

제3자 보관 정보에 대한 압수·수색 영장의 집행과 적정절차 :

서울고법 2015. 6. 25. 2014노2389 판결
(대법원 2017. 9. 7. 2015도10648 판결)을 중심으로

김 혁*

국 | 문 | 요 | 약

범죄의 혐의를 명확히 하고 증거를 수집하는 데에 있어 통신수단이나 금융정보에 대한 압수·수색은 이미 필요 불가결한 요소가 되었다. 실제로 범죄의 혐의가 있는 경우 수사의 초기단계에서 압수·수색영장을 발부받아 이러한 정보를 신속히 확보하는 것이 수사기관의 일반적인 수사 기법 중 하나로 자리 잡은 상태이다. 이러한 가운데, 대법판결은 그간 현행법의 흠결과 실무상 필요에 의하여 인정되어 오던 팩스영장에 의한 영장 집행을 전면적으로 다루는 한편, 적법성 요건을 별도로 검토하였다는 점에서 큰 의미를 가진다.

그러나 대법판결은 영장 제시제도의 취지 및 도입 배경, 외국의 집행례 등을 도외시킨 채 법문에도 없는 영장의 원본 제시를 요구함으로써 정작 정보주체의 기본권 보장에는 별다른 도움을 주지 못한 채 실무의 부담만을 가중시켰다는 점에서 문제가 있다고 하지 않을 수 없다. 사실 제3자 보관 정보에 대한 압수·수색과정에서 벌어지는 문제들은 기존의 전통적인 압수·수색에서 볼 수 없었던 이익의 3원적인 충돌구조에서 비롯된 측면이 크다. 즉 전통적인 압수·수색에 있어서는 피압수자의 기본권 보장과 수사의 목적 달성이라는 2원적인 이익 충돌이 문제되었지만, 제3자 보관정보의 경우에는 이에 더하여 정보주체의 이익 고려와 기본권 보장이라는 문제가 추가된다. 대법판결은 이러한 구조를 등한시한 채 지나친 형식논리에만 치우쳐 영장집행절차를 검토함으로써 3원적인 이익 충돌은 물론 2원적인 이익 충돌의 균형점을 찾는 작업조차 제대로 수행하지 못하였다.

형사소송법 및 형사소송규칙, 수사준칙, 범죄수사규칙 등이 제3자 보관정보에 대한 압수·수색 집행 절차를 제대로 규율하지 못하고 있는 상황에서, 결국 중요한 것은 실무상 이루어지고 있는 팩스영장제도를 현실에 맞게 법제화함과 동시에 정보주체에 대한 기본권을 보장하기 위한 절차들을 마련함으로써 3원적 이익 내지 권리를 조화롭게 하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 시도야말로 제3자 보관 정보에 대한 압수·수색 과정을 진정한 의미에서 적정절차화하는 작업이라고 할 것이다. 본고에서는 이러한 입장에서 팩스영장 및 전자영장제도의 신설, 피의자의 참여권 보장을 위한 사전통지 절차 및 서식 마련, 정보주체에 대한 사후통지의 철저 등을 제시하였다.

❖ 주제어 : 팩스영장, 영장의 제시, 영장의 집행, 제3자 보관 정보, 압수·수색

* 경찰대학 치안정책연구소 연구관, 법학박사

【대상판결】

1. 공소사실¹⁾

피고인은 2008. 2. 4. 12:45 피고인의 이메일을 이용하여, AA기자 L의 이메일로 “AC”제하의 문건을 발송하였다. 위 “AC”제하 글의 주요 내용은 ‘변혁운동은 세상을 바꾸는 일이고, R 주석과 AD 위원장의 주체사상은 그 시대의 변혁운동을 영도해 나가는 가운데 빛나는 이론체계이며, 우리민족끼리 통일국가 건설을 위하여 미제를 이 땅에서 몰아내야 한다’라는 것으로서, 주체사상을 선전하면서 미 제국주의를 몰아낼 것을 선동하는 한편, 북한의 대남 통일혁명 노선에 지지, 동조하는 것이다. 이를 비롯하여 피고인은 그때부터 2009. 5. 2.까지 북한의 주의·주장 동조 등 내용의 문건이 기재된 이메일을 발송함으로써, 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한 공산집단의 활동을 찬양·선전·동조할 목적으로 이적표현물을 반포하였다.

2. 사건경과

제1심 법원(서울중앙지법 2014. 7. 31. 2012고합1828 판결)은, 수사기관이 네이버(주)에서 서울중앙지방법원 2010-388 영장을 집행함에 있어 그 원본을 제시하였다고 볼 수 없으므로 그와 같은 방식에 의하여 수집한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없어 피고인이 L에게 발송한 이메일은 공소사실을 증명하는 증거로 사용할 수 없고, 그 밖에 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고하였다. 검사는 통신회사와 금융기관의 경우 압수·수색영장 사본의 제시가 압수·수색의 절차를 위법하게 만드는 것은 아니고, 설령 압수·수색영장 사본의 제시가 절차상 하자에 해

1) 공소사실은 크게 국가보안법위반(간첩)[인정된 죄명 국가보안법위반(자진지원·금품수수)], 국가보안법위반(찬양·고무등), 국가보안법위반(이적단체의구성등)의 3가지이나, 본고에서는 국가보안법위반(찬양·고무)의 점에 대해서만 다루기로 한다.

당한다고 보더라도 압수물의 증거능력을 배척할 정도의 위법에는 해당하지 않는다고 주장하며 항소하였다. 본 논문의 대상판결인 항소심에서는 아래의 이유를 들어 검사의 항소를 기각하였다. 이어진 검사의 상고에 대해서도 대법원(2015도10648)은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 압수 절차나 압수물의 증거능력에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다고 하여 검사의 상고를 기각하였다.

3. 판결요지

검사가 제출한 증거들만으로는 위 서울중앙지방법원 2010-388 압수·수색영장과 관련하여 최초에는 압수·수색영장이 각 집행장소에 팩스로 송신되었으나 그 이후(주)다음에서 집행된 압수·수색의 경우 피압수·수색 당사자에게 압수·수색 집행 당시 영장 원본을 제시하면서 압수조서와 조서목록을 작성하여 압수목록을 피압수·수색 당사자에게 교부하였음을 넉넉히 인정할 수 있는 반면, 네이버(주)에서 집행된 압수·수색의 경우 피압수·수색 당사자에게 압수·수색 집행 당시 영장 원본을 제시하면서 압수조서와 압수목록을 작성하여 압수목록을 피압수·수색 당사자에게 교부하였다는 점에 관하여 이를 인정할 만한 뚜렷한 증거가 없다.

그렇다면 위 각 이메일은 압수·수색 당시 영장 원본이 피압수·수색 당사자에게 제시되었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 나아가 압수조서와 압수목록이 작성되어 압수목록이 피압수·수색 당사자에게 교부되었다고 볼 수 없는 이상, 헌법과 형사소송법 제118조, 제129조가 정한 절차를 위반하여 수집한 위법수집증거로 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다. 나아가 압수목록의 교부가 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되는 점에서 압수·수색 후 압수목록의 미교부는 영장주의 및 헌법과 형사소송법이 보장하는 적법절차원칙의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하고, 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없다(이와 달리 이메일 압수·수색의 특성상 압수목록의 미교부에 관하여 통상의 압수·수색과 달리 그 증거능력이 인정되는 예외적인 경우로 보아야 한다는 검사의 주장은 받아들일 수 없다).

따라서 위 각 이메일이 위법수집증거에 해당하여 증거능력을 인정할 수 없다는 취지의 원심의 판단은 …… 그 결론에 있어서는 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 것과 같은 사실오인 및 위법수집증거의 배제법칙에 관한 법리오해의 잘못이 없다.

【검토】

I. 서론

정보통신의 비약적인 발전으로 이메일, SNS, 메신저 등에 기반한 개인 간의 교류가 전통적 방식의 소통수단을 이미 상당부분 대체한 상태이다. 금융 거래에 있어도 스마트폰을 활용한 비대면 거래의 활성화로 개인 간의 거래가 빠르고 간편하게 이루어지고 있다. 기술 발전에 따른 생활 패턴의 변화는 범죄의 양상에도 그대로 반영되어, 이들 매체나 수단을 이용한 범죄의 공모, 범행을 위한 도구 마련, 범행 수법의 공유, 범죄 수익의 신속한 은닉 등이 과거 어느 때보다 손쉽게 이루어지고 있다. 그 결과 범죄의 혐의를 명확히 하고 증거를 수집하는 데에 있어 이들 통신수단이나 금융정보에 대한 압수·수색은 이미 필요 불가결한 요소가 되었다. 실제로 범죄의 혐의가 있는 경우 수사의 초기단계에서 압수·수색영장을 발부받아 이러한 정보를 신속히 확보하는 것이 수사기관의 일반적인 수사 기법 중 하나로 자리 잡은 상태이다.

반면, 개인 간에 오고가는 이메일 등에는 사생활의 자유나 프라이버시권의 측면에서 보호받아야 할 필요성이 높은 정보들이 집약되어 있는 경우가 적지 않다. 나아가 프라이버시권의 내용을 방해받지 않고 혼자 있을 권리라는 개인주의적 시각에서 탈피하여 보다 넓게 사회공공적인 성격을 가지는 것으로 파악한다면,²⁾ 이들 정보에 대한 국가기관의 무분별한 감시 내지 취득은 단순한 개인주의적 프라이버시를 넘어 표현의 자유 내지 정치적 자유의 침해와도 직결될 수 있다.³⁾ 이러한 측면에서 본다면

2) 山本龍彦, “プライバシーの権利—核心はあるのか”, 長谷部恭男(編), 人權の射程, 法律文化社, 2011, 137면.

면, 더 이상 대물적 강제처분이 대인적 강제처분에 비하여 기본권의 제한 내지 침해의 정도가 유형적으로 작다고 단언할 수는 없고, 압수·수색의 통제 및 적정화의 필요성이 더욱 강조될 수밖에 없다.

전통적으로 수사기관의 압수·수색은 영장주의를 통하여 통제되어 왔고, 일반적으로 영장주의는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여서만 수사기관이 강제처분을 할 수 있다는 데 그 본질이 있는 것으로 알려져 있다.⁴⁾ 나아가 판례는 영장에 의하더라도 영장의 제시,⁵⁾ 압수목록의 교부⁶⁾ 등 영장의 집행절차를 준수하지 않은 경우 위법한 수사에 해당함을 명확히 함으로써 영장의 발부라는 사전적 통제는 물론 영장의 집행 및 종료에 이르기까지 압수·수색 절차의 엄격성을 요구하고 있다. 수사권의 남용으로 인한 기본권의 침해를 방지하기 위해서는 압수·수색의 집행에 있어서도 적정절차의 원칙에 따른 통제가 이루어져야 함은 당연하다.

그런데 문제는 최근 압수·수색의 주된 대상이 되고 있는 이메일 등 제3자 보관 정보의 경우, 형사소송법상 규율 내용이 정치하지 않아 압수·수색 영장의 집행절차를 어떻게 통제해야 할지가 명확하지 않다는 점이다. 실제로 전자 정보에 대한 압수·수색에 있어서는 사전 영장에 의하여 압수·수색이 이루어져야 한다는 전통적인 영장주의의 관점보다는 압수·수색의 집행 절차와 관련하여 위법성 여부가 다투어지는 경우가 많은 듯 보인다. 대상판결에서도 제3자 보관 정보에 대한 압수·수색 영장의 집행 절차와 관련하여 영장 원본의 미제시, 압수목록의 미교부를 이유로 해당 압수물의 증거능력을 부정하였다. 또한 대상판결은 이례적으로 보론을 추가하면서 이메일 압수·수색에 있어서의 영장 제시의 원칙을 천명하고, “압수·수색절차에 있어 적법절차의 원칙”, “압수·수색영장 제시의 원칙 - 원본여부”, “이메일 압수·수색에 있어서의 영장 팩스 송부의 적법성 요건”을 개별적으로 검토하는 등 사법적극주

3) Thomas P. Crocker, The Political Fourth Amendment, Washington University Law Review, 88(2), 2010, p.350.

4) 성낙인, 헌법학(제17판), 법문사, 2017, 1127면.

5) 대법원 2017. 9. 21. 2015도12400. 또한 형사판례는 아니지만, 대법원은 수사기관이 피의자를 급속하게 연행하여야 할 필요가 없음에도 불구하고 피의사실 요지의 고지 및 구속영장 원본의 제시 없이 영장표지의 사본 제시만으로 강제 연행한 것은 불법연행이라고 보고 국가의 불법행위 책임을 인정한 바 있다(대법원 1997. 1. 24. 96다40547 판결).

6) 대법원 2009. 3. 12. 2008도763 판결.

의 내지 판례를 통한 법률의 흠결 문제를 해결하고자 시도하였다.

사실 이메일, 금융정보 등 제3자가 보관하고 있는 정보의 경우, 보호되어야 할 기본권의 궁극적인 향유자인 정보의 주체와 이를 보관하고 있는 피압수자가 일치하지 않아 기존의 압수·수색 절차의 통제 장치를 그대로 적용하기가 적당하지 않은 측면이 있다. 또한 지나친 집행절차의 엄격화는 수사의 효율성을 저해하고 피압수자의 영업의 자유를 오히려 침해하는 결과를 초래할 위험이 있어 여러 이익의 형량이 요구된다. 현행 형사소송법이 새로운 대상 내지 수단에 의한 압수·수색의 집행 절차를 명확히 규율하지 못하고 있는 상황에서 중요한 것은, 압수·수색 관련 조문의 취지와 그 지위를 명확히 함으로써 대립하는 이익의 적절한 균형점을 탐색함과 동시에 입법론적인 노력을 함께 경주하는 것이라고 할 수 있다.

본고에서는 이러한 문제의식을 가지고, 먼저 “II. 압수·수색의 대상 및 영장 집행의 실태”를 개관함으로써 팩스영장의 활용현황을 살펴보고, “III. 모사전송에 의한 영장 집행과 현행법의 흠결 문제”를 통하여 압수·수색 관련 조문의 취지 및 현행법의 흠결문제를 지적하고자 한다. 이를 토대로, “IV. 대상판결의 검토”에서는 대상판결의 내용을 검토하여 그 문제점을 지적한 후, “V. 압수·수색 집행의 적정화를 위한 제언”에서 입법론적 대안을 제시하며, 본고를 마무리하고자 한다.

II. 압수·수색의 대상 및 영장 집행의 실태

1. 정보에 대한 압수·수색과 제3자 보관증거

형사소송법 제106조 제1항은 당해 범죄와 관련이 있다고 사료되는 증거물 또는 물수물인 물건이 압수의 대상임을 명문으로 규정하고 있다. 하지만 실제 압수·수색에 있어서는 물건 자체보다는 물건에 체화된 기록, 내용 등 매체물에 담겨있는 정보의 확보가 압수·수색의 주목적인 경우가 많다. 휴대폰 메시지, 모바일 메신저, 이메일, SNS, 블로그 등의 내용과 관련된 정보가 저장된 매체물을 압수·수색하는 경우에는 더욱 그러하다. 이들 정보에 대한 분석은 범죄의 유형을 막론하고 범행의 내

용, 수법 등 전체 범죄상을 규명하는 데에 있어 필수적으로 요구되기 때문이다. 이와 같이 전통적인 압수의 대상물과는 다른 특성을 가지는 하드디스크나 정보매체물에 대한 압수·수색의 필요성이 증가함에 따라 2011년 정보저장매체 등에 관한 압수 방식 및 정보주체에 대한 통지를 규정한 형사소송법 제106조 제3항 및 제4항이 신설되었음은 주지의 사실이다.

그런데 형사소송법 제106조 제3항은 압수의 목적물을 정보저장매체 등으로 규정하고 있어서 정보 자체가 압수·수색의 대상이 되는지에 관해서는 여전히 논란이 있다. 먼저, 문언해석에 충실한 견해에 따르면, 형사소송법 제106조 제3항은 압수의 목적물을 정보저장매체 등이라고 명시하고 있으므로 현행법상 정보 자체는 압수의 대상물이 될 수 없다고 한다.⁷⁾ 즉 형사소송법 제106조 제3항이 정보를 언급하고 있는 것은, 단지 그 집행방법과 관련하여 기억된 정보의 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 것이 원칙이고 예외적으로 정보저장매체 등에 대한 압수를 허용한다는 것을 규정한 것이지, 압수의 대상물이 정보 자체라는 취지는 아니라는 것이다. 반면, 형사소송법 제106조 제3항 및 제4항의 전체적인 취지를 고려할 때 전자정보 자체가 압수·수색의 대상이 된다는 견해도 있다.⁸⁾ 수사과정에서 저장매체를 압수하는 목적은 범죄사실과 관련된 전자정보의 수집에 있고, 피압수자의 사생활의 비밀과 자유, 통신의 자유 등 기본권의 제한 내지 침해 문제는 당해 전자정보 자체와 관련되기 때문이라는 것이다.

이와 같이 정보의 압수·수색 대상성을 둘러싼 논란이 활발하다는 사실은, 그 자체로서 유체물을 중심으로 구축된 기존의 압수·수색 및 그에 대한 통제장치가 현실

7) 광병선, “디지털 증거의 압수·수색절차상 문제점과 개선방안”, 법학연구 제51집, 2013, 255면; 김신규, “수사절차상 압수·수색규정에 대한 비판적 검토”, 비교형사법연구 제17권 제3호, 2015, 23면; 전승수, “디지털 정보에 대한 압수수색연장의 집행 -대법원 2011. 5. 11.자 2009도1190결정-”, 법조 제670호, 2012, 252-253면; 김병수, “전자정보에 관한 압수수색의 문제점과 개선방안”, 비교형사법연구 제18권 제3호, 2016, 39면; 김영규, “미국연방대법원의 ”휴대폰에 저장된 개인정보보호에 대한 판결의 의의“, 형사정책연구 제25권 제4호, 2014, 264면.

8) 이숙연, “전자정보에 대한 압수수색과 기본권, 그리고 영장주의에 대하여 -대법원 2009도1190 결정에 대한 평석을 중심으로 한 연구-”, 헌법학연구 제18권 제1호, 2012, 21-22면; 최윤정, “전자정보 압수수색에 적용되는 영장주의 원칙과 그 예외에 관한 법적 검토 -휴대폰 등 모바일 기기를 중심으로-”, 저스티스 제153호, 2016, 116면. 이들 견해는 대법원 2009도1190 결정 및 2011도1839 결정을 두고, 압수·수색의 대상이 저장매체가 아닌 전자정보 그 자체임을 명백히 한 사례라고 해석하고 있다.

과 제대로 부합되지 않는다는 것을 나타내는 징표라고 할 수 있다. 실제로 정보의 검색, 출력, 분석 등 영장의 집행 과정에서 압수·수색절차의 종료시점 및 피압수자의 참여권 보장 등을 둘러싸고 여러 논란이 제기되고 있고,⁹⁾ 어떠한 입장을 취하느냐에 따라 증거물의 증거능력에 대한 결론이 달라지므로 이는 단순한 견해의 대립을 넘어 실질적인 의미를 가지는 중대한 문제가 되고 있다.¹⁰⁾ 정보의 압수·수색 대상성에 관하여 소극적인 입장을 취하는 견해 중에서도 저장매체만을 압수의 대상으로 규정하고 있는 현행법의 문제점을 인식하고, 입법론으로 전자정보 역시 압수·수색의 대상이 될 수 있도록 명문화할 필요가 있다는 주장이 제기되고 있는 것도 바로 이 때문이다.¹¹⁾

또한 전자정보는 구체적인 형태가 없고 이동이 자유롭기 때문에, 현대 생활에서는 정보의 주체와 그 정보를 보관하는 자가 일치하지 않는 경우가 상당히 많다. 특히 개인 간의 금융거래, 이메일 또는 메신저를 통한 정보의 교환은 해당 금융기관 내지 인터넷서비스 제공자, 또는 웹사이트 운영 업체 등이 구축한 서버에 저장되어 정보 교환이 이루어진다. 따라서 이들을 대상으로 한 압수·수색영장의 집행에 있어서는 제3자 보관 정보에 대한 압수·수색이 문제되고, 정보의 압수·수색의 대상성에 관한 논란은 압수·수색 과정에서 수사기관은 물론, 정보보관자인 피압수자, 그리고 정보 주체의 이익을 어떻게 고려할 것인가의 문제로 자연스럽게 연결되는 구조를 가진다.

2. 제3자 보관 정보에 대한 압수·수색 집행 방법

1) 팩스영장 집행의 활용실태

실무상 제3자 보관 정보에 대한 압수·수색은 주로 모사전송, 이른바 「팩스영장」의 형태로 집행된다. 즉 수사기관이 압수·수색 현장에 직접 임장하여 영장의 원본

9) 이와 관련한 자세한 사항은, 전승수, “디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행 -대법원 2011. 5. 11.자 2009도1190결정-”, 252-253면; 하태영, “전자정보에 대한 압수·수색영장의 법적 근거와 영장 집행의 적법성의 요건”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 2011, 439면.

10) 다만, 압수·수색절차의 종료시점에 관해서는 지면 관계상 논의를 생략하고자 한다.

11) 김병수, “전자정보에 관한 압수수색의 문제점과 개선방안”, 39면.

을 제시하는 것이 아니라, 정보의 보관자에게 영장을 모사전송함으로써 영장을 집행하는 것이다. 구체적으로는 수사기관의 담당 수사관이 정보를 보관하고 있는 자에게 압수·수색영장 및 수사관의 신분증 사본, 회신 받을 이메일 또는 팩스번호가 기재된 서면을 팩스로 전송하면, 해당 기관은 영장에 기재된 정보에 관한 자료를 직접 확인하여 해당 정보가 담긴 파일 또는 서면을 담당 수사관에게 이메일이나 팩스로 송부하게 된다.¹²⁾ 따라서 일반적인 압수·수색과는 달리 압수·수색에 앞서 영장의 원본이 아닌 사본을 제시하여 집행이 이루어지는 특징을 가진다. 또한 정보의 보관자인 피압수자가 직접 해당 정보 또는 자료를 선별하여 스스로 압수·수색을 집행한 것과 사실상 다를 바가 없어서 압수목록을 피압수자에게 별도로 교부하지 않는 것이 일반적이다.

이러한 형태의 팩스영장은 본래 금융기관의 계좌를 압수·수색하는 과정에서의 번거로움을 해소하기 위하여 도입되었으나, 지금은 이에 그치지 않고 신용카드 사용 내역, 이메일, 게임 아이템 관련 자료 등 제3자가 보관하는 전자정보를 압수·수색하기 위한 용도로 널리 활용되고 있다. 아래의 표에서 확인할 수 있듯이 최근 3년간 경찰에서 발부받은 유형별 압수·수색영장의 발부 현황을 살펴보면, 2016년 전체 압수·수색영장 발부건수 169,093건 중 금융계좌추적용 압수·수색영장은 99,623건으로 무려 전체 영장 발부건수의 약 60%에 달하고 있다. 금융계좌추적용 압수·수색영장은 팩스영장의 형태로 집행되므로 수사실무에서 팩스영장이 차지하는 위치가 얼마나 중요한지를 쉽게 확인할 수 있다. 게다가 사후통지를 요하는 전기통신용 압수·수색영장 및 그 외의 압수·수색영장 중에서도 모사전송을 통하여 영장을 집행하는 사례가 적지 않다. 그렇다면 적어도 수사실무에서는 형사소송법이 기본적으로 전제하고 있는 수사기관에 의한 영장의 직접 집행보다 오히려 팩스영장에 의한 간접 집행의 형태가 일반적인 영장의 집행 방법이 되었다고 평가할 수 있을 것이다.

12) 구체적인 집행방법에 관해서는 노세호, “모사전송을 통한 압수영장 제시의 논란과 개선방안에 관한 연구”, 디지털포렌식연구 제10권 제2호, 2016, 24-27면.

〈압수수색영장 발부 건수〉

연도	전체 압수수색영장	계좌추적용	전기통신
2014	163,304(100%)	105,506(64.6%)	1,081(0.6%)
2015	166,061(100%)	100,590(60.6%)	627(0.4%)
2016	169,093(100%)	99,623(58.9%)	970(0.6%)

출처 : 경찰청

2) 팩스영장 활용의 이유

위에서 살펴본 바와 같이 수사기관에서 팩스영장을 널리 활용하고 있는 이유는, 수사기관이 수사의 효율성 및 수사목적의 달성이라는 측면에서 팩스영장에 의한 집행을 보다 선호하기 때문이다. 예컨대, 금융계좌에 대한 압수·수색의 경우 전국 각지에 있는 여러 금융기관을 대상으로 동시 다발적으로 영장을 집행해야 하는 사례가 수없이 발생하고, 특히 공범 관계 및 범죄수익의 흐름을 파악하기 위해 연결계좌에 대한 압수·수색이 필요한 경우도 많다.¹³⁾ 만약, 통상의 압수·수색 절차를 통하여 영장을 집행한다면 수많은 인력 및 시간을 요할 수밖에 없어 사실상 제대로 된 압수·수색을 기대하기 어려워진다. 특히 인터넷 뱅킹이나 스마트뱅킹을 통하여 예금의 입출금 및 계좌이체가 손쉽게 가능한 상황에서 이들 계좌에 대한 압수·수색이 지연된다면, 자칫 피의자가 수사의 낚새를 눈치 채고 범죄 수익을 은닉하는 상황도 벌어질 수 있다. 또한 이메일 등에 대한 압수·수색에 있어서도 마찬가지로 문제가 발생한다. 효과적인 압수·수색을 위해서는 필요한 정보가 어느 장소, 어느 서버에 저장되어 있는지를 먼저 확인할 필요가 있다. 그런데 해당 업무에 익숙하지 않고 전문성이 떨어지는 수사관이 영장의 집행을 위해 해당 기관을 방문하더라도 해당 기관의 협조 없이 이러한 정보를 정확히 파악하기란 거의 불가능에 가깝다. 설사 서버의 저장 위치를 정확히 파악하였다 하더라도 정보가 저장된 서버의 소재지가 애초 영장의 집행을 위하여 임장하였던 장소가 아닌 때에는 재차 정보가 저장되어

13) 금융거래정보 등에 대한 압수·수색영장을 청구할 때에는 압수·수색 장소와 관련하여 금융기관의 명칭, 소재지, 영업부서 등을 특정하는 것이 실무이고, 특정 예금계좌와 연결된 계좌에 대하여 압수·수색영장이 청구된 경우 특별한 필요와 소명이 있는 때에는 1~3개월 정도의 기간을 한정하여 연결계좌의 거래내역까지 허용하는 것이 일반적이다(법원행정처, 법원실무제요 형사(1), 2014, 257-258면).

있는 곳으로 이동하여 영장을 집행해야 하는 문제가 발생한다.

피처분기관의 입장에서도 팩스영장에 의한 영장집행이 오히려 자신들의 이익에 부합되는 측면이 있다. 만약 전국의 수사관들이 영장 집행을 위하여 수시로 피처분 기관을 직접 방문하고 자신들이 구축한 서버를 직접 수색한다면, 그만큼 시간이 지체되어 업무지연에 따른 손실이 늘어나는 부작용이 발생한다. 정보보관자의 입장에서는 자신의 귀책사유가 없음에도 영장집행이라는 미명하에 전국의 수사관들이 해당 기관에 사실상 상주하는 상황이 벌어지는 것을 반길 이유가 없다.

이와 같이 모사전송을 이용한 영장 집행은 수사기관과 정보보관자 모두의 이익에 합치되는 영장 집행 방법이다. 또한 비록 형사소송법에 팩스영장에 의한 압수·수색의 집행이 명문으로 규정되어 있는 것은 아니지만, 이러한 집행방법이 전면적으로 금지된다고 해석하기도 어려울 뿐만 아니라, 대상판결 전까지 이에 대한 특별한 의제기도 없어서 그동안 실무에 정착, 확대 운영되어온 측면이 있었다.

Ⅲ. 모사전송에 의한 영장 집행과 현행법의 흠결 문제

1. 압수·수색영장의 집행 절차

형사소송법은 제3자 보관 정보의 압수·수색과 관련하여 제107조에서 우체물 또는 전기통신에 관한 압수를 규율하고 있을 뿐, 팩스영장에 의한 집행 등 통상의 압수·수색과 구별되는 별도의 집행절차를 명문으로 규정하고 있지는 않다. 다만, 금융계좌의 압수·수색에 대해서는 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제4조 제1항 제1호에 근거하여 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(이하, 수사준칙)」에서 금융계좌추적용 영장의 양식을 따로 마련하고 있고,¹⁴⁾ 경찰청 훈령인 「범죄수사규칙」 역시 제134조에서 금융계좌 추적용 영장의 신청 및 금융거래정보의 요구와 관련된 내용을 별도로 규율하는 등 일반 압수·수색영장과 금융계좌추적용 영장을 구별하고 있다. 하지만 이 경우에도 실무에서 이루어지

14) [별지 제95호 서식] 압수·수색·검증영장 신청(금융계좌추적용).

고 있는 팩스영장에 의한 집행방식에 관한 직접적인 규율 내용은 없다.¹⁵⁾

이와 같이 팩스영장에 의한 집행으로 대표되는 제3자 보관정보에 대한 영장의 집행방법에 관해서는 현행법에 명확한 규율내용이 없는 실정이다. 이러한 상황에서는 팩스영장에 의한 압수·수색의 집행 방식이 과연 형사소송법에서 전제하고 있는 통상의 압수·수색 절차에 부합되는지를 먼저 살펴볼 필요가 있다. 압수·수색영장의 집행방법과 절차를 규율하고 있는 형사소송법 제118조 내지 제129조는, 강제처분의 범위와 처분기관의 권한을 규정함과 동시에 압수·수색의 집행과정을 적정히 함으로써 피처분자를 비롯한 피의자·피고인의 기본권을 보장하는 기능을 가지고 있기 때문이다. 이러한 측면에서 살펴보면, 팩스영장에 의해 압수·수색이 이루어지는 과정에서는 영장의 사본 제시, 정보의 주체를 비롯한 피의자 또는 변호인에 대한 통지, 압수목록의 교부 등 집행 종료 후의 절차가 구체적으로 문제될 수 있다.

그런데 압수·수색영장의 집행 현장에는 다양한 변수가 존재할 뿐만 아니라, 피압수물의 특성이나 피처분자의 사정, 수사의 효율성 등의 문제로 법문과 완전히 정합하는 형태로의 영장집행이 곤란한 경우가 적지 않다. 형사소송법 제308조의2의 취지가 경미하거나 비본질적인 절차 위반에까지 증거능력을 배제하고자 하는 것은 아니라고 할 때,¹⁶⁾ 증거배제 여부의 구체적인 판단에 앞서 위 절차조항의 취지와 절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 내용이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.¹⁷⁾ 이는 수사기관의 영장 집행절차가 형사소송법의 해당 조문에 위배되는 것인지, 또한 만약 위배된다고 하더라도 그 정도가 헌법상 원리인 적정절차의 원칙에 반하는 정도에 이르는 것으로 볼 수 있는지를 판단하는 데에 있어 중요한 기준으로 작용하기 때문이다. 따라서 팩스영장에 의한 제3자 보관정보에 대한 압수·수색의 집행절차를 검토함에 있어서는 당해 영장 집행이 현행 형사소송법의 절차 규정에 위배되는지 여부와 함께 그러한 위법이 절차규정의 실질적인 내용을 위반한 것으로 평가할 수 있을 것인지에 대한 검토도 같이 이루어져야 한다.

15) 반면, 통신자료나 통신사실확인자료의 경우 범죄수사규칙 제147조 제2항에서 팩스 요청방법을 명시하고 있다.

16) 이재상·조균석, 형사소송법 제10판, 박영사, 2015, 580면.

17) 대법원 2011. 4. 28. 2009도 2109 판결; 대법원 2007. 11. 15. 2007도3061 전원합의체판결.

2. 적정절차의 측면에서의 압수·수색영장 집행 관련 조문의 해석

1) 영장의 사본 제시 문제

가. 영장 제시의 취지

영장을 집행함에 있어 형사소송법 제118조는 압수·수색영장의 제시를 규정하고 있다. 일제 강점기 당시의 의용형사소송법¹⁸⁾의 경우 피처분자의 청구가 있는 때에 영장을 제시하도록 되어 있던 것과 달리 우리의 제정 형사소송법은 피처분자의 청구 여부와 상관없이 영장의 제시를 의무화함으로써 압수·수색 과정에서의 인권침해를 방지하고자 하였다.¹⁹⁾ 영장 제시 제도는 영장 없이 압수·수색을 하는 것을 방지하고 영장에 기재된 물건, 장소, 신체에 대해서만 압수·수색을 하도록 보장함과 동시에,²⁰⁾ 절차의 명확성과 공정성을 담보하여 처분을 받는 자의 준항고 등 불복신청을 담보함으로써 피처분자의 이익을 보호하는 데에 그 입법취지가 있다고 할 수 있다.²¹⁾

더욱이 헌법 제12조 제3항은 영장의 제시를 명문화하고 있어 동 제도는 단순한 형사소송법상의 절차 규정적 성격을 넘어 헌법상 요구되는 절차라고 할 수 있다. 동일한 내용을 규율하고 있는 일본의 형사소송법 제110조가 헌법에서 직접 요구되는 절차가 아니라는 점에서²²⁾ 우리의 영장제시 제도는 일본의 제도에 비해 보다 강화된 절차 보장적 성격을 가진다고 할 수 있다. 따라서 형사소송법 제118조가 영장의 제시시기를 명시하고 있지는 않지만, 동 제도의 취지를 고려할 때 영장의 집행에 착수하기 전에 제시하는 것을 의미하는 것으로 해석하는 것이 자연스럽고, 원칙적으로 영장의 제시 없이 압수·수색을 통하여 수집한 증거는 증거능력이 부정된다고 해야 한다. 판례 역시 “압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하

18) 일본 대정(大正) 형사소송법 제150조 제3항은 “명령장은 처분을 받은 자의 청구가 있는 때에는 그것을 제시하여야 한다”고 규정하고 있었다.

19) 형사소송법 제118조는 일본의 현행 형사소송법 제110조와 그 내용이 정확히 일치하는 것으로 보아 전후 일본의 형사소송법에 영향을 받은 것으로 보인다.

20) 백형구·박일환·김희옥, 주석 형사소송법(1), 2009, 523면.

21) 秋山規雄, “搜索・差押許可状における目的物の特定”, 新関雅夫외, 増補令状基本問題(下), 一粒社, 1997, 234면.

22) 河上和雄외(編), 大コンメンタール刑事訴訟法(第二版)第2巻, 青林書院, 2011, 382면.

는바, 현장에서 압수·수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 그 사람들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다”고 판시하여 영장을 제시하지 아니한 압수·수색절차에 위법이 있음을 명확히 하고 있다.²³⁾

다만, 영장의 사전 제시가 헌법상 요구되는 절차라고 하더라도, 영장의 제시 자체는 영장주의의 본질이라기보다는 영장주의의 취지를 철저하게 구현하기 위한 수단적 성격이 강하다. 따라서 피처분자가 현장에 없거나 현장에서 그를 발견할 수 없는 경우 등 영장제시가 현실적으로 불가능한 경우에는 영장을 제시하지 않은 채 압수·수색을 하더라도 위법이 아니고,²⁴⁾ 피처분자가 영장에 의한 압수·수색의 집행인 것을 알면서 영장의 제시를 받을 권리를 포기한 때에도 영장의 제시 없이 압수·수색에 착수할 수 있다고 해야 한다.²⁵⁾

나. 제시 영장이 반드시 원본이어야 하는지 여부

살펴본 바와 같이 영장의 원칙적 사전 제시는 헌법과 형사소송법이 요구하는 절차임은 분명하나, 그때 제시되는 영장이 반드시 원본이어야 하는지 아니면 사본으로 족하는 지에 관해서는 형사소송법에 아무런 규정이 없다. 이는 통신제한조치의 집행에 있어서의 통신제한조치허가서 또는 긴급감청서 등의 사본 교부를 명시한 통신비밀보호법 제9조 제2항 및 통신사실확인자료 요청허가서 또는 긴급 통신사실 확인자료제공 요청서의 사본 내지 모사전송 방식에 의한 집행방법을 규정하고 있는 통신비밀보호법 시행령 제37조 제5항과 구별된다.

이 점과 관련하여 판례는 “압수·수색 처분을 받은 자에게 제시되어야 하는 영장은 특별한 사정이 없는 한 원본을 의미하므로 …… 영장 원본이 아닌 사본을 제시하

23) 대법원 2009. 3. 12. 2008도763 판결.

24) 대법원 2015. 1. 22. 2014도10978 판결.

25) 백형구·박일환·김희옥, 주석 형사소송법(1), 524면; 松尾浩也(외), 条解刑事訴訟法(第4版), 弘文堂, 2009, 224면.

고 영장을 집행한 것은 군사법원법 제258조를 위반한 것으로 위법하다”고 판시하여 압수·수색에 있어서는 영장의 원본 제시가 필요하다고 하고 있다.²⁶⁾ 또한 증명의 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본증거를 재판의 기초로 삼아야 한다는 점을 근거로 제시하면서, 압수·수색영장 역시 집행에 있어 원본 제시가 필요하다는 주장도 제기되고 있다.²⁷⁾

그러나 이러한 판례 및 주장은 다음의 점에서 타당하다고 볼 수 없다.

첫째, 이들 견해는 형사소송법과 형사소송규칙을 지나치게 엄격하게 해석한 나머지 관련 조문이 제정된 배경 및 취지를 간과하였다는 점에서 문제가 있다. 형사소송법 제118조는 영장의 제시만을 규정하고 있을 뿐, 제시된 영장이 반드시 원본이어야 한다는 문언은 어디에도 없다. 주지하는 바와 같이 형사소송법 제118조는 1954년 형사소송법 제정 이래 개정 없이 현재까지 그대로 이어져 왔다. 1954년 당시 복사기의 보급이 지금과 같이 일반화되지 않은 상황에서는 영장의 사본 제시 문제에 대해 별도로 고민할 필요가 없었을 것이다. 또한 팩스의 개념조차 제대로 알려지지 않은 당시로서는 입법자가 모사전송 방식에 의한 영장 집행을 염두에 두었을 리도 만무하다. 이후 새로운 통신수단이 등장하고 발전함에 따라 관련 절차를 규율하기 위하여 제정된 통신비밀보호법에서 달라진 시대상을 반영하여 모사전송 등에 의한 집행 방식을 규정한 것은 어쩌면 자연스러운 현상이라고 할 수 있을 것이다. 따라서 형사소송법이 모사전송 방식에 의한 집행 방법을 규정하고 있지 않은 것은 단지 법률 제정 당시의 사정에 따른 것이지, 이를 금하고자 하는 취지는 아니라고 할 수 있을 것이다. 통신제한조치 허가서와 통신사실확인자료 요청허가서 등의 경우 통신비밀보호법 제9조 제2항 및 동법 시행령 제37조 제5항에서 모사전송 방식에 의한 집행을 명시하고 있음에도, 유독 압수·수색영장의 경우에만 영장의 원본 제시를 요구하는 것은 유사한 성격 및 절차를 규율하고 있는 관계 법령과의 체계적 해석을 간과하였다는 점에서 타당하다고 볼 수 없다.

26) 고등군사법원 2010. 12. 14. 선고 2010노106 판결(대법원 2011. 7. 28. 선고 2011도1739 판결). 동 판례는 군사법원법이 적용되는 사안이기는 하지만, 일반 수사기관의 영장 제시 과정에서 문제되는 부분과 동일한 논리구조를 가지고 있다.

27) 박석훈·이상진·임종인, “디지털증거의 압수·수색 영장 사본제시에 따른 문제점과 개선 방안에 대한 고찰”, 법조 제716호, 2016, 104면.

둘째, 영장의 사본 제시는 영장 제시 제도의 입법 취지에도 부합된다. 전술한 바와 같이 영장 제시 제도의 입법 취지는 영장주의 원칙의 절차적 보장, 개인의 사생활과 재산권 침해의 최소화, 피압수자의 불복신청 기회의 실질적 보장에 있다. 그렇다면, 압수·수색영장을 집행하는 수사기관으로서의 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 사실을 확인함과 동시에 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 사항을 충분히 알 수 있도록 압수·수색영장을 제시함으로써 그러한 이익들이 담보되도록 보장하여야 할 필요가 있다.²⁸⁾ 즉 피압수자에게 압수·수색영장에 기재된 압수의 대상 및 범위를 명확히 알리는 것이 영장 제시 제도의 취지라 할 것인데, 사본을 통해서도 그 내용을 충분히 파악할 수 있기 때문에 원본을 굳이 제시하지 않더라도 영장 제시의 목적을 달성하는 데에 있어 아무런 지장이 없다.

셋째, 원본증거를 재판의 기초로 삼아야 한다는 원칙 역시 절대적인 것이 아니다. 원본증거의 제출을 요구하는 것은 본래 증거의 조작 가능성을 회피함으로써 실제적 진실 발견을 용이하게 하기 위함이다. 따라서 조작의 위험이 없고 피압수자나 소유자의 재산권 침해를 최소화하기 위해 필요한 때에는 사진 촬영에 의한 증거제출도 허용된다. 또한 피압수자에게 영장의 사본을 제시하고 증거물을 압수한다고 하더라도 압수물 자체는 동일하므로 증거의 조작가능성이 높아지는 것도 아니다. 물론 영장의 위·변조 여부와 수사관의 신분확인에 대해서 문제를 제기할 수는 있을 것이다.²⁹⁾ 그러나 이미 복사기술이 정교하게 발달하여 영장의 원본을 제시한다고 하더라도 영장의 위·변조를 막을 수 있는 것은 아니다. 또한 팩스영장에 의할지라도 수사관의 신분증 사본을 피압수기관에게 송부하고 있을 뿐만 아니라, 상용 메일이 아닌 기관 메일로 압수물을 송부받고 있으므로, 영장의 사본 제시가 피압수자의 이익을 부당히 침해하는 것도 아니다.

넷째, 비교법적으로도 영장의 사본제시를 문제 삼은 예를 찾아보기 어렵다. 먼저, 미국의 경우 경찰관이 수색영장의 집행을 위해 타인의 주거에 들어갈 때에는 일반적으로 영장을 사전에 제시하여야 하고,³⁰⁾ 물건을 압수할 때에는 물건이 압수되었음을

28) 대법원 2017. 9. 21. 2015도12400 판결.

29) 박석훈·이상진·임종인, “디지털증거의 압수·수색 영장 사본제시에 따른 문제점과 개선 방안에 대한 고찰”, 104-106면.

피압수자에게 고지하여야 하지만,³¹⁾ 이때 반드시 영장의 원본 제시가 필요한 것은 아니다. 실제로 금융계좌 또는 전자정보와 관련하여 수색영장을 집행함에 있어서는 영장의 사본 제시가 널리 활용되고 있다. 예를 들어 캘리포니아주의 경우 수사기관이 금융기록을 확보하기 위해서는 수색 영장이 요구되는데,³²⁾ 수색영장은 보통 우편이나 팩스 또는 이메일을 통하여 정보보관자에게 제시되고 있으며, 정보보관자는 우편이나 팩스 또는 이메일로 관련 정보를 송부하고 있다.³³⁾ 애플사(Apple) 역시 정부 또는 법집행기관을 위하여 별도의 대표 이메일(subpoenas@apple.com)을 운영하고 있으며, 수사기관 등이 소속 기관의 이메일로 수색영장 등을 제시하면 이에 응하고 있다.³⁴⁾ 또한 영국의 경우에도 기본적으로 영장 사본의 미교부가 문제된 사례는 있지만,³⁵⁾ 영장의 사본 제시를 이유로 압수물의 증거능력을 부정한 판례는 없다. 이와 관련하여 「1984년 경찰 및 범죄 증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984)」 제16조 제5항 및 제6항은, 경찰관은 수색에 앞서 영장을 제시하고 영장의 사본을 반드시 교부하도록 규정하고 있을 뿐이다.³⁶⁾ 영장의 사본 교부 의무에서도 알 수 있듯이 중요한 것은 제시되는 영장 자체가 원본인지 여부가 아니라 피압수자가 수색의 대상 및 범위를 확인할 수 있도록 보장하는 것이라고 할 수 있다.³⁷⁾ 또한 일본의

30) 이는 수정헌법 제4조에 근거한 개별 법령에 의하여 요구되고 있다(Jerold H. Israel & Wayne R. LaFave, *Criminal Procedure Constitutional Limitations in a Nutshell*(7th ed.), Thomson West, 2006, p.87).

31) *West Covina v. Perkins*, 525 U.S. 234 (1999).

32) *California Government Code* § 7475.

33) *Obtaining Financial Records*(<http://le.alcoda.org/publications/files/FINANCIALRECORDS.pdf>, 2017년 12월 11일 검색). 또한 *California Government Code* § 7475(b)에 근거한 금융범죄보고에 관한 확인 및 요청서 양식에는 요청 및 송부 수단과 관련하여 우편, 팩스, 이메일 중 하나를 체크하도록 되어 있다.

34) *Legal Process Guidelines*(<https://www.apple.com/legal/privacy/law-enforcement-guidelines-us.pdf>, 2017년 12월 11일 검색).

35) *R(Global Cash & Carry Ltd) v Birmingham Magistrates' Court*[2013] EWHC 528(Admin) at paras 16-20. 권한 있는 자에게 영장 사본을 교부하지 않은 경우 당해 영장의 효력은 부정될 수 있다.

36) Paul Ozin & Heather Norton, *PACE : A Practical Guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984*(4th ed.), Oxford University Press, 2015, pp.50-53.

37) 압수물의 목록은 압수장소의 관리인에게 교부되어야 하며, 관리인은 압수물을 확인, 촬영할 수 있고, 압수물의 사본을 교부받을 수 있는 권리를 가진다(John Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure*(5th ed.), Oxford University Press, 2015, p.50).

형사소송법 제110조 역시 우리와 마찬가지로 압수·수색영장의 집행에 있어 영장의 제시를 요구하고 있지만, 판례는 영장 집행 과정에서 발생하는 여러 상황들을 감안하여 영장 제시의 탄력적 운영을 폭넓게 인정하는 태도를 보이고 있다. 즉 영장의 제시는 내용을 열람·인식할 수 있는 방법으로 이루어져야 하나,³⁸⁾ 수사기관에게 직접적인 영장의 교부나 요점의 메모 요구³⁹⁾, 영장의 필사 내지 촬영에 응할 의무까지는 요구하지 않는다.⁴⁰⁾ 게다가 영장의 제시자체가 절대적인 것은 아니어서 피처분자가 부재중이거나 영장을 제시할 수 없는 합리적인 이유가 있는 경우에는 영장의 제시 없이 처분을 집행하는 것도 허용된다고 한다.⁴¹⁾ 따라서 영장의 원본 미제시, 즉 사본 제시가 직접적으로 문제될 여지가 없다.

2) 당사자 등의 참여와 압수목록의 교부

가. 당사자 등의 참여 및 사전통지

피의자는 사건의 당사자로서 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다(형사소송법 제121조, 제219조). 이는 압수·수색절차의 공정을 확보하고 피집행자의 이익을 보호하는 데에 그 취지가 있으며,⁴²⁾ 형사소송법은 당사자의 참여를 실질적으로 보장하기 위하여 압수·수색영장을 집행할 때에는 당사자에게 미리 집행의 일시와 장소를 통지하도록 규정하고 있다(제122조). 헌법재판소는 이러한 절차를 단순한 기술적 절차가 아닌 헌법상의 적법절차원칙을 실현하기 위한 구체적인 방법의 하나임을 명확히 하고 있다.⁴³⁾ 즉 헌법재판소는, “형사소송법 제121조와 제122조는 압수

38) 東京地判昭50・5・29判時805号84頁. 大阪高判平9・9・17判時1628号145頁.

39) 金沢地決昭48・6・30刑裁月報5卷6号1073号.

40) 東京地決昭34・5・22下集1卷5号1339頁. 다만, 이 점에 대해서는 영장 제시의 취지 및 목적에 비추어 영장의 필사 또는 복사를 인정해야 한다는 견해가 유력하다(白取祐司, 刑事訴訟法(第5版), 日本評論者, 2008, 133면, 田口守一, 刑事訴訟法(第5版), 弘文堂, 2009, 87면). 반면, 수사의 밀행성, 피의자 이외의 자에 대한 압수·수색의 경우에 발생할 수 있는 피의자의 이익보호 문제, 목적 외 사용 금지 규정의 미비 등을 이유로 압수·수색영장의 필사 및 복사를 권리로 인정할 수 없다는 견해도 있다(河上和雄의(編), 大コンメンタル刑事訴訟法(第二版), 391-392면).

41) 川出敏裕, 判例講座 刑事訴訟法(捜査・証拠編), 立花書房, 2016, 127면.

42) 이재상·조균석, 형사소송법(제10판), 321면.

43) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바225 결정.

수색이라는 국가의 강제처분에 있어 적법절차원칙에서 도출되는 절차적 요청 즉 ‘적절한 고지와 의견 제출의 기회제공’을 압수수색의 사전 통지와 그 집행에 관한 참여권의 형태로 구체화하고 있는 것”이라고 전제하면서, “형사소송법 제122조 본문에 정한 사전통지는 전자우편상의 정보주체가 국가의 부당한 정보수집과 탐지 또는 추가적인 권익 침해의 예방하고 압수수색 후에 그 정보의 삭제 등을 요구할 수 있는 기초가 되는 것으로서, 이러한 고지는 헌법 제12조 제1항과 제3항에 의한 적법절차원칙에서 요청되는 중요한 절차적 권리의 하나”라는 점을 분명히 하였다.

압수·수색영장의 집행에 있어서의 참여권의 보장과 사전통지는 제3자 보관정보의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 그런데 팩스영장에 의한 집행의 경우 일반적으로 피의자에게 영장 집행을 사전에 통지하지도 않고 당사자가 영장의 집행과정에 참여하지도 않는다. 그렇다면 영장의 사본 제시의 문제는 말할 것도 없이 팩스영장에 의한 집행은 현행법을 정면으로 위반한 것으로서 허용될 수 없다는 결론에 이르게 된다.

그러나 이 문제는 일률적으로 판단할 사항은 아니다. 영장 집행의 참여 및 통지와 관련하여 형사소송법 제122조 단서는 급속을 요하는 때에는 통지를 하지 않을 수 있다고 규정함으로써 사전 통지의 예외를 인정하고 있기 때문이다.⁴⁴⁾ 또한 헌법재판소와 대법원 모두 ‘급속을 요하는 때’의 의미를, “압수·수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수·수색의 실효를 거두기 어려울 경우”로 해석하고 있어,⁴⁵⁾ 사전통지 제도가 수사의 목적 달성에 비해 절대적으로 우월한 권리가 아님을 명확히 하고 있다. 따라서 제3자 보관정보에 대한 영장 집행에 있어 피의자에게 그 사실을 통지하지 않는 것이 증거인멸을 방지함으로써 실제적 진실을 발견하는 데에 있어 필요하다면, 사전통지를 하지 않더라도 형사소송법 제122조에 위배된다고 할 수는 없을 것이다. 더욱이 팩스영장의 경우 수사기관이 직접 영장을 집행하는 것이 아니라 정보보관자가 압수·수색을 사실상 대행한다는 점에서 직접 집행에 비하여 국가기관의 부당한 정보수집과 탐지 또는 권익 침해의 위험성이 유형적으로 높다고 볼 수도 없다.

44) 형사소송법 제107조 제3항 단서도 통지의 예외를 인정하고 있다.

45) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바225 결정; 대법원 2012. 10. 11. 2012도7455 판결.

나. 압수목록의 교부 문제

압수목록에 기재된 사항은 압수품의 수량, 권리관계 및 소재를 명확히 하는 데에 도움이 될 뿐만 아니라, 영장 기재 내용과의 비교를 통하여 압수물이 영장의 허용 범위에 속하는지를 판단하는 데에도 유용하다. 판례는 “특별한 사정이 없는 한 피압수자에게 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야” 함을 명확히 하고 있다.⁴⁶⁾ 또한 압수물 목록은 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 데에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다.⁴⁷⁾

팩스영장에 의한 집행에 있어서 압수목록을 교부하지 않고 압수조서 역시 작성하지 않는 경우 현행법을 위반한 사실 자체는 명백하다. 그런데 압수목록을 피압수자에게 교부하더라도 그러한 절차 이행이 압수목록의 교부를 규정하고 있는 형사소송법 제129조의 취지에 제대로 부합되는지는 의문이다. 압수목록은 실제로 압수를 당한 물건의 소유자, 소지자, 보관자에게 교부하는 것이 원칙이므로⁴⁸⁾ 정보의 보관자에게 이를 교부하는 경우 형식적 요건 자체는 갖추게 되지만, 그것이 피압수자나 피의자(피고인)의 권리 구제와는 아무런 관련을 갖지 않기 때문이다. 우선 피압수자의 입장에서는 정보의 보관자인 피압수자가 스스로 압수의 대상을 특정하였으므로 압수 절차에 이의를 제기할 하등의 이유가 없을 뿐만 아니라, 압수의 대상 자체가 실질적으로 타인의 정보에 불과하기 때문에 환부 내지 가환부 신청을 할 실익도 없다. 또한 피의자 또는 피고인 등 정보주체의 입장에서도 수사기관이 정보보관자에게 압수목록을 교부한들 정작 본인은 그 내용을 확인할 수가 없어서 자신의 권리구제에는 아무런 도움이 되지 않는다. 물론 피의자에게 압수목록을 교부하는 방법도 있겠으나, 정보주체를 형사소송법 제129조에 규정된 압수물의 소유자 또는 이에 준할 자로 볼 수 있는지 불분명한 측면이 있다. 이와 같이 제3자 보관 정보의 압수·수색에 있어서는 수사기관이 현행법에서 요구하는 절차를 이행하더라도 정작 그러한

46) 대법원 2015. 7. 16. 2011도1839 전원합의체 결정.

47) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결.

48) 백형구·박일환·김희옥, 주석 형사소송법(1), 545면.

제도가 의도했던 바를 전혀 충족시키지 못하는 결과가 초래되고 있다. 이는 형사소송법 제106조 제4항 및 제107조 제3항이 정보주체 등에 대한 통지를 규정하고 있는 것과 구별되는 것으로,⁴⁹⁾ 압수목록의 교부제도는 적어도 제3자 보관정보에 대한 압수·수색에 있어서는 그 의미를 상실하였다고 보아도 무방하다.

Ⅳ. 대상판결의 검토

1. 지나친 형식논리에 치우친 조문 해석

대상판결은 판결문에 이례적으로 보론을 덧붙이며 이메일 압수·수색에 있어서 영장 제시의 원칙을 선언하고, ① 압수·수색절차에 있어 적법절차의 원칙, ② 압수·수색영장 제시의 원칙 - 원본여부, ③ 이메일 압수·수색에 있어서의 영장 팩스 송부의 적법성 요건을 순서대로 검토하고 있다. ①에 관해서는 그동안 형사소송법 제308조의2를 둘러싼 해석론 및 판례를 통하여 정립된 내용을 그대로 실시하고 있으므로, 대상판결의 핵심은 ②, ③에 있다고 할 수 있다.

그런데 대상판결은 팩스영장에 의한 집행방법, 특히 ②와 관련하여 영장의 원본 미제시가 현행법에 위배된다고 결론짓고 있다. 즉 대상판결은, “형사소송법 제219조, 제118조, 형사소송규칙 제59조, 제48조에 따르면 검사의 지휘에 의하여 압수·수색 영장을 집행하는 경우 법원은 검사에게 원본을 송부하도록 하고 있고, 영장 집행시 반드시 영장을 제시하도록 규정하고 있으며, 형사소송규칙 제93조 및 제107조는 동시에 여러 장소를 집행하는 경우에 있어서의 압수·수색영장에 관하여 수통의 발부를 규정하고 있는 점에 비추어, 압수·수색영장의 제시는 기본적으로 영장의 원본 제시를 전제하고 있는 것으로 보인다”고 하여 팩스영장에 의한 집행에는 절차상 하자가 있음을 분명히 밝히고 있다.

그러나 형사소송법 및 형사소송규칙 각 조문에 원본 제시를 요한다는 기재가 없음에도 불구하고, 법원의 영장 원본 송부나 수통의 발부를 규정하는 조문이 있다는

49) 이 점에 대해서는 후술한다.

것만을 근거로 영장의 원본 제시 의무를 도출하는 것은 지나친 논리비약이라고 하지 않을 수 없다. 대상판결도 인정하고 있듯이 영장의 제시는 그 자체가 영장주의의 본질이 아니라 영장주의의 취지를 구현하기 위한 수단적 의미를 갖는다고 할 것이므로,⁵⁰⁾ 법문에서 명시적으로 금하지 않는 한 영장의 사본 제시가 영장 제시 제도의 취지에 반하는 것인지를 먼저 검토한 후 그것이 형사소송법 제118조에 위배되는지 여부를 판단하는 것이 해당 조문의 합리적인 해석이라고 볼 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 영장의 원본 미제시가 위법함을 전제한 후, 해당 집행과정에서 증거능력을 배제할만한 중대한 위법이 있는지에 관한 검토를 진행하였다는 점에서 문제가 있다. 이러한 해석론은 앞에서 밝힌 바와 같이 영장 제시제도가 형사소송법에 도입된 시대적 배경 및 동 제도의 입법취지 등에 비추어 타당하지 않을 뿐만 아니라, 유사한 규정을 두고 있는 외국의 입법례 및 해석론과도 일치하지 않는다. 따라서 대상판결은 형사소송법 및 형사소송규칙의 관련 조문을 지나치게 형식 논리에 치우쳐 해석하였다는 점에서 문제가 있다고 하지 않을 수 없다.

또한 대상판결은 팩스영장 집행의 필요성을 인정하고 현행법의 흠결 상황을 지적하면서, ③을 통해 그러한 집행방식을 적법화하기 위한 요건을 별도로 제시하고 있다. 즉 대상판결은 압수·수색영장의 원본제시 시점을 완화하여 일단 사본 제시 이후에 기록저장장치를 수사기관이 현실적으로 교부받게 되는 시점까지는 통신회사 측에 영장 원본을 제시하여야 하고,⁵¹⁾ 압수목록을 피압수자에게 교부하여야 할 뿐만 아니라, 압수조서를 작성하면서 참여자의 확인을 받는 등 형사소송법이 정한 일반적인 절차를 준수하여야만 압수·수색 절차의 적법성이 인정된다고 설시하고 있

50) 대상판결은, “압수·수색영장 제시의 원칙 자체가 영장주의의 본질이라기보다는 영장주의의 취지를 철저하게 구현하기 위한 것이라 할 것이고, 이 경우 영장의 원본을 제시하도록 요구하는 것은 영장 사본을 작출하는 과정에서 인위적인 조작이 가해지는 것을 방지하고 상대방에게 영장의 발부 사실 및 그 내용을 보다 명백히 확인시킴으로써 위와 같은 압수·수색영장 제시의 원칙을 보다 확실하게 구현하기 위한 수단적인 의미가 강하다”는 것을 분명히 밝히고 있다.

51) “법관에 의하여 압수·수색영장이 발부된 것이 사실이고 그 압수·수색영장의 취지에 맞게 집행이 되었다면, 그 집행의 초기 단계에서 압수·수색영장이 팩스로 송부되었다는 이유만으로 반드시 영장주의의 본질을 훼손하는 중대한 위법이 있는 것으로 보아야 할 것인지는 일률적으로 단정할 수 없고, 더욱이 일반적인 압수·수색영장이 아닌 특수한 압수·수색영장일 경우에는 그 개별적인 특수성에 따라 영장의 원본이 제시되어야 할 시점을 보다 완화하여 해석할 여지가 있다”고 하여 수사기관이 관련 저장매체물을 교부받게 되는 시점까지는 영장의 원본을 제시하여야 한다고 설시하고 있다.

다. 대상판결이 제시한 팩스영장 집행의 적법요건은, 형사소송법의 흠결로 인한 실무상 문제점을 염두에 두고 팩스영장에 의한 집행의 필요성을 인정하면서도 동시에 압수·수색 과정을 적정절차의 원칙에 부합되는 방향으로 통제하고자 하는 구상에서 비롯된 것으로 생각된다.

그러나 대상판결이 제시한 팩스영장 집행방식의 적법요건은 사실상 팩스영장에 의한 집행을 포기하라는 것과 다를 바 없다. 팩스영장의 집행방식이 수사의 효율성 및 편의성, 피압수자의 불이익 최소화라는 이점 때문에 활용되고 있다는 점을 고려할 때, 사본 제시 이후에 원본 제시를 요구한다면 어차피 수사관이 직접 피압수기관을 방문해야 하므로 팩스영장의 메리트가 사라질 수밖에 없기 때문이다. 물론 사후에 등기우편을 통하여 영장 원본을 송부하는 방법도 있지만, 이 역시 영장 집행관의 신분을 직접적으로 확인할 길은 없으므로 번잡한 절차만 가중시킬 뿐 팩스영장의 이른바 「문제점」을 해소하는 데에는 별 도움이 되지 않는다.

또한 대상판결의 적법요건은 수사기관으로 하여금 「편법」적인 영장집행을 조장하도록 할 위험성을 내포하고 있다. 즉 대상판결의 논리에 의할 경우 압수·수색에 있어서 사본 제시 이후에 영장 원본을 제시한다면 영장집행의 하자가 치유된다고 보아야 할 것인데, 수사기관의 입장에서 현실적으로 일단 사본 집행의 실무를 유지한 채 피압수기관으로부터 송부된 압수물의 분석과정에서 증거가치가 인정되는 이메일 등이 발견된 경우에만 압수목록을 교부하려고 할 수도 있다.⁵²⁾ 어차피 압수물의 증거가치가 없는 때에는 압수절차의 위법으로 인하여 수사기관이 입게 되는 불이익 자체가 없기 때문이다. 게다가 이러한 「편법」적 운영은 압수의 종료시점과 관련하여 또 다른 문제를 발생시킬 수 있다. 만약 피압수기관으로부터 자료를 송부받은 때를 압수절차의 종료시점으로 본다면 즉시 압수목록을 교부하여야 할 것인데, 관련 자료를 검토하는 시간 등을 감안할 때 압수목록의 교부가 적시에 이루어지지 못하는 문제가 발생할 수 있다. 반대로 피압수기관으로부터 송부받은 자료를 검색하여 증거가치가 있는 것만을 추리는 작업이 종료되는 시점을 압수·수색의 종료시점으로 보게 되는 경우에도, 송부 받은 자료를 검토하는 과정에 정보보관자인 피압

52) 실제로 필자가 확인한 바에 의하면 동 판결이 확정된 이후 검찰에서는 이러한 실무운영이 이루어지고 있는 듯 보인다.

수기관의 관계자를 참여시켜야 하는 문제가 발생한다. 피압수기관이 이러한 번거로운 절차에 참여할 가능성은 거의 없으므로 수색증명서 내지 압수목록의 교부는 형식적으로 이루어질 가능성이 많다. 그렇다면 모든 압수·수색에 있어서 영장의 원본 제시 및 당사자의 참여, 압수목록 교부절차를 엄격히 요구함으로써 적정절차를 구현하고자 했던 대상판결의 취지는 몰각될 수밖에 없을 것이다.

2. 증거배제 기준의 지나친 엄격화

대상판결은 전술한 바와 같이 영장 원본의 미제시, 압수목록의 미교부를 이유로 수집된 이메일의 증거능력을 부정하였다. 영장 원본의 미제시에 대해서는 이미 검토하였으므로, 압수목록의 미교부만을 살펴보면, 압수목록을 교부하지 않은 사실 자체는 형사소송법 제129조를 위반한 것임에 틀림이 없다. 따라서 형사소송법 제308조의2에 따른 증거배제 여부를 살피기 위해서는 압수목록을 교부하지 않은 당해 절차가 적정절차의 실질적인 내용을 침해한 중대한 위법에 해당하는지가 논점이 될 수밖에 없다.⁵³⁾ 이 점에 관하여 대상판결은 “압수목록의 교부가 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되는 점에서 압수·수색 후 압수목록의 미교부는 영장주의 및 헌법과 형사소송법이 보장하는 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하고, 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없다”고 하여 해당 이메일의 증거능력을 부정하였다.

그러나 전술한 바와 같이 제3자 보관정보의 경우 일반적인 압수·수색과는 달리 압수목록의 교부가 피압수자의 이익이나 권리구제에 별다른 도움을 주지 못한다. 팩스영장에 의한 집행에 있어서는 피압수자와 정보의 주체가 일치하지 않고 피압수자가 스스로 압수의 대상을 수색하여 수사기관에게 관련 자료를 제출하므로, 압수목록의 미교부로 인한 불이익의 상황 및 정도가 일반적인 압수·수색영장의 집행의 경우와 동일하다고 볼 수 없다. 그렇다면 이메일이나 금융계좌에 대한 팩스영장 방식에 의한 압수·수색에 있어서는 증거능력을 인정할 만한 예외적인 사유가 있다고

53) 대법원 2007. 1. 15. 2007도3061 전원합의체 판결.

보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 대상판결은 제3자 보관정보 및 팩스영장 집행의 특성을 제대로 고려함이 없이 이메일의 증거능력을 부정하였다는 점에서 잘못이 있다.

V. 압수·수색영장 집행의 적정화를 위한 제언

1. 새로운 영장집행방법의 신설

팩스영장 방식을 통한 압수·수색의 실무적 필요성을 부정할 수 없는 한, 팩스영장의 집행과정에서 벌어지는 적법성 논란을 불식시키기 위해서는 입법을 통해 압수·수색영장의 사본 제시를 명문화하는 것이 필요하다. 대상판결 역시 “압수·수색영장의 원본 제시의 원칙을 구체적으로 구현함에 있어서 어느 단계에서, 어떠한 방식으로 위 원칙을 관철할 것인지에 관하여 추가적인 논의의 여지가 있을 수 있음”을 밝히고 있어 입법론을 통한 문제 해결의 가능성을 열어두고 있다. 구체적으로는 통신비밀보호법 시행령 제12조 및 제37조 제5항을 참고하여 형사소송규칙 제59조의2에 “검사 또는 사법경찰관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 영장의 사본을 발급하거나 신분을 표시하는 증표를 제시하는 경우 모사전송의 방법에 의할 수 있다”와 같은 조문을 신설하는 것이 바람직할 것이다.

나아가 영장의 사본 제시문제를 원천적으로 해소하기 위한 방안의 하나로 전자영장 제도의 도입도 생각해 볼 수 있다. 현재도 암호기술을 이용한 다양한 형태의 공인 전자문서가 활용되고 있으므로, 압수·수색영장을 전자적으로 발부하여 활용토록 한다면 영장의 위·변조 문제는 물론, 영장의 사본 제시 문제도 일거에 해결할 수 있을 것이다. 전자영장의 형태로 발부된 영장은 언제나 원본이므로, 피압수자가 이를 확인할 수 있도록 하는 시스템을 갖추기만 하면 되기 때문이다.⁵⁴⁾

54) 노세호, “모사전송을 통한 압수영장 제시의 논란과 개선방안에 관한 연구”, 35-36면은 KICS 상에 영장 조회와 같은 기능을 삽입하여 피압수자로 하여금 직접 영장을 조회하도록 함으로써 영장 원본을 확인토록 하는 방법을 제안하고 있다.

2. 정보주체에 대한 기본권 보장

전술한 바와 같이 제3자 보관정보에 대한 압수·수색의 경우 정보보관자인 피압수자보다는 정보주체가 입게 되는 당해 강제처분으로 인한 불이익이 훨씬 크다는 특징을 갖는다. 그럼에도 불구하고 현행 형사소송법은 정보주체에 대한 고려가 정치하지 못하여 팩스영장에 의한 압수·수색에 있어서 정보주체의 이익이 무시되기 쉽다. 예를 들어 이메일 압수·수색의 경우 형사소송법 제107조 제3항은 발신인이나 수신인에게 그 취지를 통지하여야 한다고 규정하고 있지만, 전술한 바와 같이 실무상 단서 조항을 이유로 사전 통지가 이루어지지 않는 것이 일반적이다. 또한 형사소송법 제121조 및 제122조에 따라 피의자 또는 피고인은 영장집행에 참여할 권리가 있고, 압수·수색영장의 집행에 있어서는 원칙상 미리 집행의 일시와 장소를 이들에게 알려야 하지만,⁵⁵⁾ 마찬가지로 이유로 통상 정보의 주체인 피의자에게 영장집행에 실질적으로 참여할 수 있는 기회를 제공하는 경우는 거의 없다. 뿐만 아니라 형사소송규칙, 수사준칙, 범죄수사규칙 어디에도 어떠한 방식으로 통지해야 할지에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아서, 사실상 사전 통지가 원칙이 아니라 미통지가 원칙임을 용인하고 있는 듯한 태도를 보이고 있다. 수사의 밀행성 보장과 증거인멸의 방지를 위하여 사전통지의 예외를 인정하는 것 자체는 타당하다고 볼 수 있지만, 하위 법령이나 행정규칙에 사전통지의 절차 자체를 마련하고 있지 않는 것은 형사소송법 제107조 제3항, 제121조, 제122조의 취지를 몰각할 수 있다는 점에서 문제가 있다고 하지 않을 수 없다. 따라서 적어도 수사준칙에 관련 절차 및 서식을 마련하여 사전통지의 원칙이 준수될 수 있도록 하여야 할 것이다.

또한 비록 정보주체에 대한 사전통지가 적절하지 않은 경우라 할지라도 사후통지는 반드시 이루어져야 한다. 전술한 바와 같이 정보보관자에 대한 압수목록의 교부가 피의자를 비롯한 정보주체의 기본권 침해에 대응한 권리구제에 별다른 역할을 할 수 없는 상황에서는 정보주체에 대한 사후통지가 준항고 등을 통한 이의제기를

55) 2010년 8월 박영선 의원의 질의에 대한 대법원의 의견서에 따르면 압수·수색대상물의 보관자 외에 피의자 및 피고인에게도 반드시 통지가 이루어져야 한다는 입장을 취하고 있다고 한다(박경신, “E-메일 압수수색의 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가”, 인하대학교 법학연구 제13집 제2호, 2010, 278-279면).

함에 있어서 실질적인 기능을 하게 될 것이기 때문이다. 형사소송법은 제106조 제4항에서 정보주체에 대한 사후통지를 규정하고 있지만, 마찬가지로 하위 법령 및 수사준칙에 관련 절차가 제대로 마련되어 있지 않아 사실상 동 조문이 사문화되고 있다. 현재 이메일 압수·수색의 경우 통신비밀보호법 제9조의3에 따라 검사 또는 사법경찰관이 검사의 공소제기나 불기소처분 또는 불입건 등의 처분이 있는 날로부터 30일 이내에 정보주체에게 관련 사실을 서면으로 통보하고 있지만, 금융계좌의 경우에는 수사기관이 정보주체에게 일체의 통지를 하지 않고 있다.⁵⁶⁾ 이렇듯 실무에서 사후 통지가 이루어지더라도 이는 형사소송법에 근거한 것이 아닐뿐더러, 금융계좌의 경우에는 그러한 통지조차 이루어지지 않으므로 현재의 실무운용은 형사소송법 제106조 제4항의 취지를 무색하게 하고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 형사소송법에 통지 기한 및 방법을 명시하고 수사준칙에 사후 통지서식을 정비함으로써 정보주체의 기본권을 보장할 필요가 있다.⁵⁷⁾

한편, 제3자 보관정보의 압수·수색 과정에서 발생하는 여러 문제들의 경우 압수의 실질적 대상이 정보저장매체가 아닌 정보 그 자체라는 점에 문제의 근원이 자리 잡고 있다고 할 수 있다. 정보를 담고 있는 도구에 지나지 않는 저장매체만을 압수·수색의 대상으로 삼게 되면, 압수자와 피압수자 외에 사생활의 비밀과 자유 등 실질적인 기본권의 주체에 대한 고려가 미흡하게 되는 문제점을 가질 수밖에 없다. 이러한 구조는 영장주의를 통하여 무분별한 압수·수색을 제한하고, 압수·수색 절차를 적정화함으로써 피압수자 및 피의자의 방어권을 보장하고자 했던 기존의 통제구조가 전자정보에 대한 압수·수색에 있어서는 제대로 작동할 수 없음을 의미한다. 따라서 장기적으로는 유체물에 대한 압수·수색과는 별도로 정보영장제도⁵⁸⁾를 법제화함으로써 정보에 대한 압수·수색제도 자체를 체계화하는 작업이 수반되어야 할 것으로 생각된다.

56) 금융계좌 압수·수색의 경우에 있어서는 금융기관에서 정보주체에게 관련 사실을 통지하고 있지만 (금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조의2), 수사기관이 압수의 주체인 이상 이외는 별도로 수사기관에서 정보주체에게 통지하는 절차를 마련할 필요성이 있다.

57) 수사준칙 제148호 서식은 송·수신이 완료된 전기통신에 대한 압수·수색·검증 집행사실 통지 서식만을 마련하고 있을 뿐, 그 외 금융계좌 등에 대한 집행사실 통지에 관해서는 관련 통지 양식이 전무한 실정이다.

58) 김기범 외, “정보영장 제도 도입방안 연구”, 경찰학연구 제11권 제3호, 2011, 100면.

VI. 결론

살펴본 바와 같이 정보교환의 다양화로 인해 제3자 보관 정보에 대한 중요성이 날로 강조되고 있고, 수사기관에 의해 제3자 보관 정보에 대한 압수·수색이 빈번히 이루어지고 있다. 특히 팩스영장에 의한 압수·수색의 집행은 이미 실무에 정착한 단계를 지나, 전통적인 형태의 영장 집행 건수를 넘어서고 있다. 이러한 가운데, 대상판결은 그간 현행법의 흠결과 실무상 필요에 의하여 인정되어 오던 팩스영장에 의한 영장 집행을 전면적으로 다루는 한편, 적법성 요건을 별도로 검토하였다는 점에서 큰 의미를 가진다.

그러나 대상판결은 영장 제시제도의 취지 및 도입 배경, 외국의 집행례 등을 도의시킨 채 법문에도 없는 영장의 원본 제시를 요구함으로써 정작 정보주체의 기본권 보장에는 별다른 도움을 주지 못한 채 실무의 부담만을 가중시켰다는 점에서 문제가 있다고 하지 않을 수 없다. 사실 제3자 보관 정보에 대한 압수·수색과정에서 벌어지는 문제들은 기존의 전통적인 압수·수색에서 볼 수 없었던 이익의 3원적인 충돌구조에서 비롯된 측면이 크다. 즉 전통적인 압수·수색에 있어서는 피압수자의 기본권 보장과 수사의 목적 달성이라는 2원적인 이익 충돌이 문제되었지만, 제3자 보관정보의 경우에는 이에 더하여 정보주체의 이익 고려와 기본권 보장이라는 문제가 추가된다. 대상판결은 이러한 구조를 등한시한 채 지나치게 형식논리에만 치우쳐 영장집행절차를 검토함으로써 3원적인 이익 충돌은 물론 2원적인 이익 충돌의 균형점을 찾는 작업조차 제대로 수행하지 못하였다.

형사소송법 및 형사소송규칙, 수사준칙, 범죄수사규칙 등이 제3자 보관정보에 대한 압수·수색 집행 절차를 제대로 규율하지 못하고 있는 상황에서, 결국 중요한 것은 실무상 이루어지고 있는 팩스영장제도를 현실에 맞게 법제화함과 동시에 정보주체에 대한 기본권을 보장하기 위한 절차들을 마련함으로써 3원적 이익 내지 권리를 조화롭게 하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 시도가말로 제3자 보관 정보에 대한 압수·수색 과정을 진정한 의미에서 적정절차화하는 작업이라고 할 것이다. 본고에서는 이러한 입장에서 팩스영장 및 전자영장제도의 신설, 피의자의 참여권 보장을 위한 사전통지 절차 및 서식 마련, 정보주체에 대한 사후통지의 철저 등을 제시하였

다. 아무쪼록 본고에서의 논의가 제3자 보관정보에 대한 압수·수색절차의 적정화에 도움이 되기를 바라며 본고를 마치고자 한다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 법원행정처, 법원실무제요 형사(I), 2014.
- 백형구·박일환·김희옥, 주식 형사소송법(1), 2009.
- 성낙인, 헌법학(제17판), 법문사, 2017.
- 이재상·조균석, 형사소송법 제10판, 박영사, 2015.

2. 논문

- 곽병선, “디지털 증거의 압수·수색절차상 문제점과 개선방안”, 법학연구 제51집, 2013.
- 김기범 외, “정보영장 제도 도입방안 연구”, 경찰학연구 제11권 제3호, 2011.
- 김병수, “전자정보에 관한 압수수색의 문제점과 개선방안”, 비교형사법연구 제18권 제3호, 2016.
- 김신규, “수사절차상 압수·수색규정에 대한 비판적 검토”, 비교형사법연구 제17권 제3호, 2015.
- 김영규, “미국연방대법원의 ”휴대폰에 저장된 개인정보보호에 대한 판결의 의의“, 형사정책연구 제25권 제4호, 2014.
- 노세호, “모사전송을 통한 압수영장 제시의 논란과 개선방안에 관한 연구”, 디지털 포렌식연구 제10권 제2호, 2016.
- 박경신, “E-메일 압수수색의 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가”, 인하대학교 법학연구 제13집 제2호, 2010.
- 박석훈·이상진·임종인, “디지털증거의 압수·수색 영장 사본제시에 따른 문제점과 개선 방안에 대한 고찰”, 법조 제716호, 2016.
- 이숙연, “전자정보에 대한 압수수색과 기본권, 그리고 영장주의에 대하여 - 대법원

2009도1190 결정에 대한 평석을 중심으로 한 연구-”, 헌법학연구 제18권 제1호, 2012.

전승수, “디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행 - 대법원 2011. 5. 11.자 2009도1190결정-”, 법조 제670호, 2012.

최윤정, “전자정보 압수수색에 적용되는 영장주의 원칙과 그 예외에 관한 법적 검토 - 휴대폰 등 모바일 기기를 중심으로-”, 저스티스 제153호, 2016.

하태영, “전자정보에 대한 압수·수색영장의 법적 근거와 영장집행의 적법성의 요건”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 2011.

II. 구미문헌

1. 단행본

Jerold H. Israel & Wayne R. LaFave, Criminal Procedure Constitutional Limitations in a Nutshell(7th ed.), Thomson West, 2006.

John Sprack, A Practical Approach to Criminal Procedure(5th ed.), Oxford University Press, 2015.

Paul Ozin & Heather Norton, PACE : A Practical Guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984(4th ed.), Oxford University Press, 2015.

2. 논문

Thomas P. Crocker, The Political Fourth Amendment, Washington University Law Review, 88(2), 2010.

III. 일본문헌

1. 단행본

白取祐司, 刑事訴訟法(第5版), 日本評論者, 2008.

松尾浩也(외), 條解刑事訴訟法(第4版), 弘文堂, 2009.

田口守一, 刑事訴訟法(第5版), 弘文堂, 2009.

川出敏裕, 判例講座 刑事訴訟法(捜査・証拠編), 立花書房, 2016.

河上和雄외(編), 大コンメンタール刑事訴訟法(第二版)第2卷, 青林書院, 2011.

2. 논문

山本龍彦, “プライバシーの權利—核心はあるのか”, 長谷部恭男(編), 人權の射程,
法律文化社, 2011.

秋山規雄, “搜索・差押許可狀における目的物の特定”, 新關雅夫외, 増補令狀基本問題(下), 一粒社, 1997.

Execution of a Warrant of Search & Seizure for Third-party Archiving Information and Due Process

Kim, Hyeok*

In criminal investigations, it is one of the common techniques of the investigating agency to promptly obtain information related to crime by issuing a search & seizure warrant at the early stage of the investigation. In this respect, the judgment(2014노2389) has a great significance in that it fully examines the execution of warrants by fax warrants while examining the due process requirements.

However, this judgment has the problem of disregarding the purpose of the warrant system and the cases of foreign execution. In particular, the court ruled that it was illegal not to present the original of the warrant, which was not stipulated in the Criminal Procedure Act. It only adds to the burden of the work, and it does not give much help to guarantee the fundamental rights of the person searched.

Since the Criminal Procedure Act does not adequately regulate the process of search & seizure execution for third-party archiving information, it is important to legislate the fax warrant system in accordance with reality. in addition, procedures should be prepared in order to guarantee fundamental rights of the person searched.

In this paper, I proposed to establish fax warrants and electronic warrants, as well as to introduce prior and post notification procedures in order to guarantee the right of suspects.

❖ Keyword: Fax Warrant, Presentation of Warrant, Method of Execution of Warrant, Third-party Archiving Information, Search & Seizure

투고일 : 2월 10일 / 심사일 : 3월 23일 / 게재확정일: 3월 23일

* Researcher, Korean National Police University

