

# 정보 속성의 이해와 디지털매체 압수수색에 대한 인식개선

이관희\*·이상진\*\*

## 국 | 문 | 요 | 약

자료, 정보, 지식, 지혜라는 단어들은 오래된 개념들이며 인간의 역사에서 '알'이라는 명제를 중심으로 사용되어 왔다. 특히, '정보'라는 단어는 최근의 정보화사회, 정보혁명이라는 트렌드와 함께 일상이 되었으며 심지어 정보 관련 권리가 기본권에 포함되기에 이르렀다.

그런데 우리는 이 '정보'에 대한 통일된 견해 또는 명백한 정의 없이 현실의 필요에 따라 제각기 규율하려는 오류를 범하고 있다.

우리가 다루고자 하는 어떤 것에 정보, 데이터, 지식이라는 이름을 붙여가며 사용하더라도 그 필요한 용례를 다한다면 그만이지만 이를 사권의 대상으로 삼는다든지, 강제처분의 대상으로 규율한다든지, 헌법상의 권리로 보호하는 경우에는 명백히 그 개념을 한정할 필요가 있다.

저자는 우선 우리의 법에서 정보개념을 통일적으로 바라보지 않는다는 점을 살펴보고, 정보에 대한 속성과 본질을 어떻게 이해해야 하는지 검토한 후에 정보는 존재하는 것이 아니라 정보처리자가 주어진 데이터를 인식하여 해석하는 것이라는 점을 확실히 한 후, 우리의 강제처분 제도를 정보의 본질에 부합하게 개선할 필요가 있다는 점을 주장할 것이다.

결국 강제처분의 대상은 유체물 또는 유체물에 화체되어 있는 데이터 또는 자료가 되어야 하며 강제처분에서의 정보란 수사기관이 '관련성 있고 증거가치가 있다'고 인식하는 것이 될 것이다.

디지털매체에 집약되어 있는 인간의 기본권 영역에 대한 침해를 최소화하기 위해서는 기존과 같이 '압수대상이 되는 정보'를 제한하는 방식이 아니라 증거가치와 무관한 기타의 영역에 대한 수색의 범위를 제한하는 방식으로 법, 제도, 정책, 기술이 마련되어야 함을 제안한다.

❖ 주제어 : 정보, 데이터, 자료, 증거, 강제처분, 압수수색검증, 정보처리, 규범

\* 주저자: 경찰대학 경정, tokwanhee@gmail.com

\*\* 교신저자: 고려대학교 정보보호대학원 교수, sangjin@korea.ac.kr

## I. 서론

2018. 3. 26. 문재인 정부가 발의한 개정 헌법에는 “정보화 사회로 빠르게 진전되고 있는 현실을 고려하여 알권리 및 자기정보통제권을 명시적으로 확인함으로써 이에 대한 보장을 강화하고, 정보기본권 보장을 위한 핵심적인 사항으로서 정보의 독점과 격차로 인한 폐해에 대해서는 국가가 예방 및 시정을 위해 노력하도록 하기 위해” 정보기본권을 신설한다고 언급하고 있다.

우리는 ‘정보’에 관한 권리를 기본권으로 규정하고 이를 최상위법을 통해서라도 보호하고자 하는 노력을 기울이고 있다. 법은 인간의 관심사이다. 엄밀히 말해 법 자체가 관심의 대상이라고 하기 보다는 법을 통해 보호받고자 하는 그 무엇이 관심의 대상일 것이다.

그런데 우리의 법에는 과연 ‘정보’의 개념에 대한 일관된 입장이 있을까? 인간의 내밀한 영역을 강제적으로 들여다 볼 수 있는 강제처분의 영역에서 그 침해의 양을 줄이고자 하는 노력이 있을 뿐이다. 이는 수사에 필요한 자료들이 기업과 개인의 저장매체에 집약적으로 관리되기 시작하면서 오래된 형사소송법의 문리적 해석에 근거한 수사기관의 디지털저장매체 압수수색행위에 의문을 품기 시작하였기 때문이다.

이러한 의문에 편승하여 디지털증거의 압수와 관련한 쟁점을 다룬 저자의 줄고<sup>1)</sup>에서 저자는 ‘정보를 압수’, ‘정보를 몰수’하는 등의 표현을 사용하면서 과거의 유체물과 같이 정보도 압수의 대상이 될 수 있다는 전제에서 디지털증거의 취급방법에 대해 고민해 왔을 뿐, 정보에 대한 정확한 개념정의가 없이 기존의 프레임에 그 필요에 따라 ‘정보’를 포섭시키려는 쉬운 방법을 택하였다. 많은 국내의 저서와 논문에서도 ‘전자정보에 대한 압수수색’, ‘증거물이 되는 전자정보’ 등의 표현을 사용하면서 ‘정보’가 기존의 유체물과 같이 압수와 수색의 대상이 될 수 있다는 것을 당연한 전제로 삼고 있다.

어떤 학자는 ‘정보’가 압수의 대상이 될 수 있는지에 대한 학설의 대립<sup>2)</sup>이 있었

---

1) 김기범·이관희. “전기통신사업자 보관 몰수 대상 정보의 압수실태 및 개선방안”. 경찰학연구, 16(3), 2016; 김기범·이관희·장윤식·이상진, “정보영장 제도 도입방안 연구”. 경찰학연구, 11(3), 2011.

으나 개정 형사소송법 제106조 제3항이 이를 입법화하여 문제가 어느 정도 해결되었다는 견해를 주장하기도 하였다.<sup>3)</sup> 하지만 우리의 형사소송법 제106조가 정보를 압수수색의 대상으로 삼고 있다고 단언할 수 있을까? 제106조 제3항은 압수의 목적이 ‘정보저장매체’일 때 그 매체에 저장된 내용을 취득하는 방법에 대해 규정하고 있을 뿐이고 심지어 영문 형사소송법 제106조 제3항은 ‘정보저장매체’를 ‘information storage’가 아니라 ‘data storage’라고 다른 표현을 사용하고 있다.

정보를 유체물에 준하여 해석하려는 관점 또는 현상을 바라보는 인식이 아니라 객관적 존재라고 보는 관점은 물리적으로 존재하는 범죄도구와 수사관이 인식한 범죄 현장에 대한 해석의 가치를 구분하지 못하게 되고, 저장매체에서 복사한 컴퓨터 파일 하나하나에 대한 해시값의 가치보다 압수수색현장에서 컴퓨터 화면을 아날로그 비디오 카메라로 촬영한 영상의 가치를 저평가하는 오류에 빠지게 된다.

또한, 일명 ‘역외 접속 압수수색’에 대해 국내 접속 PC의 화면을 통해 자료를 인식한다는 개념보다는 해외의 서버에 물리적으로 침입하기 때문에 영도권을 침범할 수 있다는 사고가 선행<sup>4)</sup>되기도 하는 등 정보 개념에 대한 이해 부족은 강제처분제도에서 많은 후속 쟁점을 낳게 된다.

이쯤에서 저자는 정보가 과연 무엇인지, 과연 고전적인 방법에 의한 압수가 가능한 것인지 의문을 품지 않을 수 없었다. 과연 우리 법령에서 정보를 어떻게 개념화하고 있는지, 정보에 대한 올바른 이해가 왜 필요한지 살펴본 후, 정보는 유체물과 같은 존재가 아니라 정보처리자의 인식에 따라 가치가 부여되는 것이라는 점을 강조하고자 한다. 정보처리자가 이를 전달하기 위해 코딩하여 기록한 것이 데이터이며 이러한 데이터는 정보운반체 또는 데이터운반체에 대한 보존 또는 압수를 통해서 강제처분이 가능할 뿐이라는 것을 주장할 것이다. 개인의 일기장에 있는 데이터와 저장매체에 저장되어 있는 데이터는 저장 또는 기록되어 있는 구조에 있어서는

- 
- 2) ① 민법상 무체물도 물건에 포함된다는데 착안하여 압수 대상이라는 긍정설, ② 정보는 유체물이 아니므로 압수가 불가능하다는 부정설, ③ 법규가 흠결된 상황에서 현실적인 필요성이 절박하고, 범죄사실을 최소한의 범위에서 증명할 수 있는 관련성이 인정되는 경우에 인정해야 한다는 절충설
- 3) 김기범·이관희·장윤식·이상진, “정보영장 제도 도입방안 연구”. 경찰학연구, 11(3), 2011, 87면.
- 4) 이숙연, “형사소송에서의 디지털증거의 취급과 증거능력”, 박사학위논문, 고려대학교, 2010, 36면.
- 5) 정대용·김기범·권헌영·이상진, “디지털 증거의 역외 압수수색에 관한 쟁점과 입법론 - 계정 접속을 통한 해외서버의 원격 압수수색을 중심으로 -”, 법조, Vol 720, 2016.12, 142면.

다르지 않다. 가장 크게 다른 점은 비율이다. 얻고자 하는 데이터와 얻을 필요가 없는 데이터 사이의 비율이며 얻을 필요가 없는 데이터에 개인의 사생활이 집약적으로 관리되고 있다면 우리의 강제처분제도는 얻을 것에 대한 제어에서 얻을 필요가 없는 부분에 대한 수색을 제한하는 방식으로 전환되어야 한다.

## II. 정보개념에 대한 논의의 필요성

### 1. 우리 법령에서의 정보개념

#### 가. 정보 자체에 대한 정의 또는 정보를 한정하는 수식이 없는 정의

형사소송법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 정보통신산업 진흥법 등에서는 정보 자체에 대한 정의가 없을 뿐만 아니라 이를 수식, 한정하는 것도 없이 ‘정보’라는 용어를 사용함으로써 ‘정보’의 개념이 정의되지 않을 경우 이를 해석하기 모호한 규정들을 포함하고 있다.

형사소송법의 경우 제59조의3 제1항에서 ‘검사나 피고인 또는 변호인이 법원에 제출한 서류·물건의 명칭·목록 또는 이에 해당하는 정보’라는 표현을 통해 정보를 서류나 목록 등과 유사한 지위로 표현하기도 하고 제266조의3 제6항과 제292조의3에서는 ‘도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건’이라는 표현과 제106조 제3항에서는 ‘압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체등"이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다.’고 함으로써 정보저장매체 또는 도면이나 사진 등에 포함되어 있는 그 내용을 통칭하기도 하였다가 제313조 제1항에서는 ‘피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다.’고 함으로써 문자, 사진, 영상을 다시 정보의 예시로 규정하는 등 정보 자체와 정보가 표현된 형식이나

매체를 구분하지 못하고 있다. 또한 제313조 제1항에서 피고인 등이 작성 또는 진술한 내용은 정보라는 표현을 쓰고 제2항에서는 ‘과학적 분석결과에 기초한 디지털 포렌식 자료’라는 표현을 사용하여 ‘정보’와 ‘자료’를 구분해 놓고 있으나 그 논리에 일관성은 없어 보인다.

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률<sup>6)</sup>과 정보통신산업 진흥법<sup>7)</sup>에서는 정보에 대한 정의없이 정보통신망 또는 정보통신에 대해 정의하고 있을 뿐이다.

#### 나. 정보 용어 자체의 정의가 있는 법령

국가정보화기본법 제3조 제1호는 정보를 ‘특정 목적을 위하여 광 또는 전자적 방식으로 처리되어 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식’이라고 정의하고 있다. 이 법은 정보는 관념이 아니라 특정한 방식으로 ‘표현된 것’을 요건으로 정하고 자료와 지식도 정보에 포함되는 개념으로 정의내리고 있다. 또한 같은 조 제4호에서는 지식정보사회를 정의하면서 ‘정보화를 통하여 지식과 정보가 행정, 경제, 문화, 산업 등 모든 분야에서 가치를 창출하고 발전을 이끌어가는 사회를 말한다.’는 표현을 통해 정보가 가치를 창출하는 것이어야 함을 간접적인 방법으로 요구하고 있다. 그런데 제1호와 다소 모순되는 점은 정보는 모든 종류의 자료와 지식을 포함하는 것으로 정의하고 제4호에서는 지식과 정보를 병렬적인 것으로 규정하고 있다는 점이다. 또한 같은 조 제7호에서는 지식정보자원을 ‘보존 및 이용 가치가 있는 자료로서 학술, 문화, 과학기술, 행정 등에 관한 디지털화된 자료나 디지털화의 필요성이 인정되는 자료’라고 설명하면서 지식과 정보가 되는 자원은 ‘가치가 있는 자료’라고 함으로써 지식과 자료가 정보에 포함되는 개념

#### 6) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조(정의)

① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "정보통신망"이란 「전기통신사업법」 제2조제2호에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다.

#### 7) 정보통신산업 진흥법 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "정보통신"이란 정보의 수집·가공·저장·검색·송신·수신 및 그 활용과 관련된 기기(기기)·기술·서비스 등 정보화를 촉진하기 위한 일련의 활동과 수단을 말한다.

인 것인지, 가치가 있는 자료가 정보 또는 지식이 된다는 것인지 모호하게 언급하고 있다.

공공기관의 정보공개에 관한 법률<sup>8)</sup>과 교육관련기관의 정보공개에 관한 특례법<sup>9)</sup> 각 제2조 제1호에서는 정보를 ‘직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항’으로 정의하여 직무와 관련하여 매체에 표현된 내용 일체를 정보라고 하고 있어 형사소송법 제266조의3 제6항, 제292조의3에서 표현한 정보의 위상과 동일한 입장을 취하고 있다. 이들 법령은 정보가 표현되는 매체를 중심으로 설명하는 반면, 국가정보화기본법은 정보의 표현방식을 구체화하는 방식을 택한 것이 차이점이다.

#### 다. 종류와 범위 등이 특정된 정보의 정의

앞서 살펴본 법령들에서는 정보의 표현방식, 정보가 기록되어 있는 매체의 종류만을 나열하는 등의 방식을 선택한 반면, 정보 자체에 대한 정의보다는 정보의 종류에 따라 구체적으로 이를 규정하는 법들이 다수 존재한다.

대표적으로 개인정보보호법 제2조 제1호는 ‘1. "개인정보"란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.’고 정의하고 있고 국가공간정보 기본법에 서의 공간정보<sup>10)</sup>, 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률에서의 위치정보<sup>11)</sup>, 디엔

8) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "정보"란 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말한다.

9) 교육관련기관의 정보공개에 관한 특례법 제2조(정의)

(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "정보"란 교육관련기관이 학교교육과 관련하여 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드, 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말한다.

10) 국가공간정보 기본법 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률에서의 디엔에이신원확인정보<sup>12)</sup> 등의 법률에서도 같은 방식으로 정의하고 있다.

비록, 이러한 정의방식은 ‘정보’ 자체의 개념에 대하여 포괄적인 정의를 하거나 그 표현의 방식 또는 매체에 대한 정의는 없으나 어떠한 종류를 법률로써 보호하고자 하는지는 명백히 하려는 노력을 하고 있다.

## 2. 정보개념 이해의 필요성

정보개념을 정의하는 범위에 관하여 인간 생활의 전 영역에 공통된 정보의 개념을 정의하는 방법과 국가정보학<sup>13)</sup> 또는 통신기술 영역 등 특정한 영역에 국한하여 정보를 정의하는 방법이 있다. 정보는 우리의 일상생활 전 영역에 중요한 위치를 차지하고 있으며 이를 중심으로 규범적인 해석이 필요한 만큼 통일된 개념 해석이 필요하다.

그러나 정보가 무엇인지 정의하기 위한 노력은 오래되었음에도 불구하고 오늘날에 와서도 정립되지 못한 채 다양한 개념으로 사용되고 있다. 심지어 전달된 자료 자체 즉 데이터도 정보라고 불릴 수 있으며 더 나아가 그런 자료를 통해 지식을 산출할 수 있는 어떤 대상으로서 우리가 얻게 되는 지식 또한 정보라고 불릴 수 있다

1. "공간정보"란 지상·지하·수상·수중 등 공간상에 존재하는 자연적 또는 인공적인 객체에 대한 위치정보 및 이와 관련된 공간적 인지 및 의사결정에 필요한 정보를 말한다.

11) 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "위치정보"라 함은 이동성이 있는 물건 또는 개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 「전기통신사업법」 제2조제2호 및 제3호에 따른 전기통신설비 및 전기통신회선 설비를 이용하여 수집된 것을 말한다.

12) 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. "디엔에이신원확인정보"란 개인 식별을 목적으로 디엔에이감식을 통하여 취득한 정보로서 일련의 숫자 또는 부호의 조합으로 표기된 것을 말한다.

13) “국가정보학에서 information은 첩보라는 용어로 표현되는데 첩보는 ‘상대편의 정보나 형편을 몰래 알아내어 보고하거나 그런 보고’로 정의되어 있고 intelligence와는 상대적으로 ‘그 의미의 타당성이 검증되지 않았지만 분석, 평가 과정을 거치면 목적에 맞게 이용될 수 있을 것으로 믿고 수집된 자료’라고 정의한다.”; 정준선, 국가정보와 경찰활동, 경찰대학, 2018.9, 14면.

는 포괄적 견해<sup>14)</sup>까지 존재한다.

일상적인 정보개념이 매체가 표상하는 객관적인 사실이나 사태를 의미할 수도 있고 전달신호의 의미로도 이해될 수 있는 개념이기 때문에 정보개념을 한 마디로 정의하기는 쉽지 않다.<sup>15)16)17)</sup>

정보라는 개념의 다양성과 정보가 가지는 고유한 성격들을 모두 고려한다면 정보에 대해 법적 지위를 부여하기가 어려워지며<sup>18)</sup> 이 상태를 방지할 경우 보호해야 할 대상으로 삼은 현재의 모든 법규범들은 정보개념의 오해석을 양산하게 되고 이를 근간으로 한 추가적인 쟁점에 대응할 수 없게 된다. 정보 개념에 대한 오래된 논의가 통합적이지 않다고 하여 이를 현실 세계의 규범에서 방관할 수는 없다.

각 분야에서 정보개념의 다양성을 인정하더라도 규범적인 의미에서의 정보에 대한 독자적인 의미부여는 반드시 필요하며 최소한 그 정보가 의미하는 범위라도 한정짓는 노력이 선행되어야 법이 보호하고자 하는 대상을 특정 지을 수 있게 된다. 결국 정보를 어떻게 개념 정의할 것인가는 결국 ‘정보를 어떻게 이해할 것인가’ 즉, 정보가 법학에 있어서 어떠한 의미를 가지는가에 맞추어지게 될 것이다.<sup>19)</sup>

정보철학의 개척자로 알려져 있는 서안교통대 인문사회과학학원 철학과 우륵 교수는 정보를 ‘물 위의 달’에 비유하면서 물 위의 달은 객관적이지만 실재하지 않는 것이라고 하였다. 실재하지 않는 것을 보호하고 거래하고 이를 침해하기 위해서는 물질에 대한 규율로서가 아니라 무엇이며 어떻게 담겨질 것이며 어떻게 유통하고 보호할 것인지를 규범적으로 정의해야 한다.

14) 여명숙, “사이버스페이스의 존재론과 그 심리철학적 함축”, 이화여자대학교 박사학위논문, 1998, 67면.

15) 홍경자, “정보개념과 정보해석학의 근대적 기원”, 해석학연구 제13권, 2004, 34면.

16) “정보라는 단어는 정보이론의 일반적 영역에 있는 다양한 저자들 사이에서 각기 다른 의미를 가진다. 일반적인 영역에서 사용되는 수많은 것들을 충분히 설명할 수 있는 하나의 정보 개념을 기대하는 것은 어렵다고 봐야한다.”; Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p1.

17) “정보처리시스템의 전형인 컴퓨터 그리고 이에 관한 정보 정책을 이야기하는 많은 책들에서 정보와 관련한 수많은 연구를 진행하였지만 문제는 과연 정보가 무엇인지에 대해서는 알려지지 않았다는 점이다.”; Mark Burgin, Data, Information, and Knowledge, Information, v. 7, No.1, 2004, p2.

18) 정진명, “사권의 대상으로서 정보의 개념과 정보관련권리”, 한국비교사법학회, 2000, 298면.

19) 정진명, “사권의 대상으로서 정보의 개념과 정보관련권리”, 한국비교사법학회, 2000, 300면.

### Ⅲ. 정보 속성에 관한 선행질문들

#### 1. 메시지를 포함하여야 하는가

정보는 반드시 내용이나 뜻을 담고 있어야만 하는 것인가?

그런데 지금 이 순간에도 내용이나 뜻을 갖지 않는 셀 수 없이 많은 신호들이 우리에게 쏟아지고 있다. 과학자들은 하늘에서 측정되는 우주배경복사 신호로 우주가 빅뱅으로 시작되었다는 사실을 추론할 수 있다는 주장을 하면서 이러한 신호들로부터 모종의 정보를 얻을 수 있다고 말한다.<sup>20)</sup>

신호로부터 정보를 추론해 낼 수도 있지만 신호 자체가 뜻을 지닌 메시지를 송출하는 수단도 된다는 점에서 그 자체가 우리가 논하고 있는 ‘정보’를 담고 있을 가능성도 있기 때문에 정보가 메시지이나 신호이냐는 논쟁은 큰 의미가 없어 보인다. 신호는 메시지를 보내는 수단이기도 하고 메시지가 완성되지 않았어도 신호는 존재하기 때문이다.

엄청나게 많은 신호를 보냈지만 아무런 의미가 없는 쓰레기 더미라면 이를 정보라고 보아야 할 것인지? 암호화되어 쉽게 해독이 되지 않는 것도 그 안에 메시지가 있다고 가정하여 이를 정보라고 취급할 것인지가 관건이다.

결국 메시지를 담고 있어야 정보가 되는 것이라든지, 신호는 정보를 담고 있지 않다는 명제는 중요하지 않으며 이를 받아들인 정보처리자가 정보로써의 가치를 부여하는 것일 뿐이다.

#### 2. 기록되어야 하는가

정보를 매체에 ‘기록’된 것에 주목하여 해석하려는 관점이 있다. 그 중 대표적인 것이 역사이다. 즉, 과거에 있던 어떠한 사건들의 공통점은 모두 역사적이라는 점이며 엄격히 말해 그 사건들은 모두 사건들을 기록하는 시스템의 개발에 의지하고 있다는 것이다. 그렇게 함으로써 과거에 대한 정보를 축적하고 전달한다.

20) 김명석, “현대 정보 개념 이전의 개념들”, 철학논총 제94집, 2018.10, 64면.

이러한 주장은 기록이 없으면 역사는 없고, 따라서 역사는 사실상 정보시대와 동의어라고 주장하면서 선사시대는 기록 시스템의 이용 이전의 시기인 것<sup>21)</sup>이라고 한다. 이러한 관점은 정보기술이 과거의 기록수단에 대한 대체수단으로 등장하면서 정보혁명을 이끈 것에 대해 방점을 두고 있으며, 기록되지 않은 것은 정보가 아니라는 결론에 이르게 되고 정보와 정보운반체라는 구분을 모호하게 만들게 되는 문제점이 있다.

### 3. 측정될 수 있는가

정보를 정의함에 있어서 어떠한 분야에서는 이를 직관적이고 정량적이라고 정의한다. 대표적으로 Shannon은 통신의 수학적 이론에서 정보를 전달하고자 하는 데이터로 취급하고 이는 데이터를 코딩하고 전송하는 최적의 방법을 고안하는 것을 목적으로 하며 정보에 대해 정량적 접근을 하였다.<sup>22)</sup> 이는 정보를 정보제공자와 정보수령자 사이에 놓여 있는 경로를 지나가는 정량적인 것으로 보는 관점이지 정보가 가지고 있는 또는 정보가 표현하고자 하는 그 사상과 관념에 초점을 둔 것은 아니다. 즉, 이 이론에서 정보는 일반적 의미의 정보에 해당하지 않고 순전히 기술적인 의미를 가질 뿐이다.<sup>23)</sup>

이러한 정보개념은 정보제공자와 수령자 사이에 발생한 정보의 양적 변동에 초점을 맞추기 때문에 정보의 내용과 독립된 정보의 현상만 파악하는 한계가 있다.<sup>24)</sup> 통신의 수학적 이론을 공동으로 작성한 Weaver도 이를 인정하는데 그는 “정보라는 단어는 우리가 말하는 것과 그리 관계가 없다. 통신의 수학적 이론은 정보, 심볼과 신호의 운반을 다루지 정보 그 자체를 다루지 않는다. 이는 정보란 우리가 메시지를 선택할 때 선택의 자유에 대한 측정방법을 말한다.”<sup>25)</sup>고 언급하였다. 통신의 수학적 이론에서 주요 관심사는 주어진 채널에서 주어진 알파벳으로 얼마나 효율적으로 데

21) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p3.

22) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p38-39.

23) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p44.

24) 정진명, “사권의 대상으로서 정보의 개념과 정보관련권리”, 한국비교사법학회, 2000, 300면.

25) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p45.

이터를 코딩하고 전송할 수 있는지에 관한 것이고 그 의미, 관련성, 신용성, 유용성 뿐만 아니라 그것을 구성하는 해석되지 않은 데이터의 상세 내용 등에 대해서는 관심이 없다.<sup>26)</sup>

결국 ‘정보’라는 단어가 가지는 기호에 대해 일반적인 개념과 통신의 수학적 이론에서 말하는 ‘정보’의 개념에는 분명 차이가 있으며 규범적 정의를 필요로 하는 경우 Shannon의 정의는 차용될 수 없다.

#### 4. 진실해야 하는가

정보에 관한 입장 중 정보란 잘 형성되어 있고, 의미가 있으며 진실한 것으로써 지식과 정보는 같은 개념을 가진 가족 구성원으로, 의미 있는 정보는 과학적 조사방법론의 필수적인 시작점<sup>27)</sup>이며 이러한 유익함(informativeness)은 정보의 구체적인 속성 또는 예시가 된다<sup>28)</sup>는 의견이 있다. 그러나 이러한 주장은 사안을 관찰하고 해석하는 자의 입장에서의 상대성을 고려하지 않은 시도이다.

익히 알다시피 2세기 클라우디오스 프톨레마이오스에 의해 체계화된 천동설은 17세기 갈릴레오 갈릴레이의 지동설까지 1500년 동안 진실로 받아들여졌다. 지동설과 천동설 중에 어떤 것이 진실인지에 대해서는 그 시점에 따라 달라지므로 진실함을 정보의 요건으로 삼는 경우 정보의 개념이 과거와 미래에 따라 다르게 되는 오류가 발생한다. 이미 과학과 수학의 역사는 어느 시점에 지식이라고 받아들여졌던 것이 다른 시대에는 그렇지 않다는 것을 보여주고 있다.<sup>29)</sup>

어떤 사람이 거짓 증언을 한 경우에도 그 증언은 비록 진실하지는 않지만 사실에

26) Luciano Floridi, *Information: a very short introduction*, Oxford University Press, 2010, p48.

27) Luciano Floridi, *Information: a very short introduction*, Oxford University Press, 2010, p49-51.

28) Fidelia Ibekwe-SanJuan, Thomas M. Dousa Editors, *Theories of Information, Communication and Knowledge*, Springer, 2014, p10.

29) “Separation of knowledge from beliefs and fantasies leads to the important question whether knowledge gives only true/correct representation of object properties. Many think that knowledge has to be always true. What is not true is called misconception. However, history of science and mathematics shows that what is considered knowledge at one time may be a misconception at another time.”; Mark Burgin, *Data, Information, and Knowledge*, *Information*, v. 7, No.1, 2004, p9.

대한 묘사가 포함되어 있으며 이를 듣는 증언의 상대방에게는 다른 추가적인 자료들과의 연계를 통해 의미 있는 정보로 받아들여질 가능성이 있다는 점을 간과하지 말아야 한다.

## IV. 정보의 속성과 본질에 관한 인식

### 1. 정보는 존재가 아니라 정보처리자의 인식이다

지적재산권이 거래의 대상이 되고 개인정보, 신용정보 등을 사고 판다는 표현들이 난무한다고 하여 정보를 물리적인 화폐나 금과 같은 형태로 존재하는 것은 아니다. 정보의 개념을 논하는 것은 해와 달의 크기와 온도를 측정하는 것이 아니라 지구가 해를 중심으로 돌고 달이 지구를 중심으로 돈다는 인간의 인식과 해석에 관한 논쟁이다.

‘종이’와 ‘종이에 적힌 글귀가 의미하는 바’를 구분할 수 있다면 정보라는 것이 기본적으로 주어진 신호의 의미를 이해하고 해석하고자 하는 의식적인 주관 없이는 정의할 수 없는 어떤 것<sup>30)</sup>이라는 사실은 명백해 보인다. 따라서 정보는 유형적인 재화와 달리 인간의 정신적인 측면과 직결되어 있으며<sup>31)</sup> 존재가 아닌 인식이 바탕이 되는 것이다.

정보의 라이프 사이클은 전형적으로 다음 단계를 포함한다: 발생(발견, 디자인, 저작 등), 전송(네트워킹, 배포, 접근, 검색, 전송 등), 프로세싱과 관리(수집, 유효성 검사, 수정, 조직, 인덱싱, 정렬, 필터링, 업데이트, 정렬, 저장 등), 그리고 사용(모니터링, 모델링, 분석, 예상, 의사결정, 교육, 배움 등)<sup>32)</sup>의 상태를 가지는데 이는 정보 자체에 대한 사용자 관점이고 역사를 기록하는 과정이기도 하며 우리의 뇌가 어떠한 상황을 처리하는 과정과도 다르지 않다. 이러한 생태의 표현은 존재하는 것에

30) 홍경자, “정보개념과 정보해석학의 근대적 기원”, 해석학연구 제13권, 2004, 31면.

31) 정진명, “사권의 대상으로서 정보의 개념과 정보관련권리”, 한국비교사법학회, 2000, 299면.

32) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p4.

대한 정의라기보다는 인식하는 것에 대한 처리과정으로써 정보를 바라 본 것이며 현대 정보 개념의 선개념들로 형상, 지향, 관념, 자료, 사상, 명제 등과 같은 철학 개념들을 포함<sup>33)</sup>하는 취지와 일맥상통 한다.

## 2. 정보가치는 정보처리자가 부여한다

의미 있는 내용으로 받아들여지는 정보는 ‘지시적’과 ‘사실적’인 것으로 구분하기도 한다.<sup>34)</sup> 예를 들어 앞 차가 비상등을 점멸하는 경우 비상상황이라는 사실적 의미로 해석될 수도 있으며 후미 차량으로 하여금 속도를 줄이라는 지시적 의미로 해석되기도 하는데 이는 위와 같은 현상을 지각한 정보처리자의 해석에 달려 있다. 은행 계좌내역, 신용카드 사용내역, 병원 진료내역, 기차 시간표 등도 고객의 입장에서와 수사기관의 입장에서 그 가치가 달라지는 자료의 예시에 해당한다.

이에 반하여 사람의 홍채는 사람을 식별하기 위한 생체자료를 제공하기도 하며 사람의 신원(identity) 자체 즉, 현상에 관한 자료로서도 사용된다.<sup>35)</sup> 홍채의 모양과 DNA 값은 의도와 진실성과 같은 것을 포함하는 의미 있는 정보의 전형을 갖추지 못했기 때문에<sup>36)</sup> 과연 가치가 없다고 평가할 수 있을까?

유기체는 감각 데이터를 정보로 변환시키고 이러한 정보를 세계와 교감하기 위해 건설적으로 처리한다. 인간에게 있어서 이러한 과정은 지난 세대뿐만 아니라 다른 사람에 의해 획득한 의미 있는 정보를 통합, 사용, 업데이트, 교환, 저장, 수집 등의 특별한 역량을 발휘하는 것을 포함한다.<sup>37)</sup> 결국 위에서 분류한 지시적, 사실적, 선언적이라는 정보의 특성은 일반적인 용도 즉, 그 정보를 필요로 하는 통상적인 ‘대중’의 관점에서 부여한 의미나 목적에 따른 특성일 뿐이다. 저자가 논하는 정보라는 것은 데이터나 자료나 신호 등에 비하여 무언가 재해석되거나 특별한 의미를 가지는 것임에는 분명해 보이지만 그 의미는 절대적인 것이 아니라 주체가 정보로써의

33) 김명석, “현대 정보 개념 이전의 개념들”, 철학논총 제94집, 2018.10, 66면.

34) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p34.

35) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p75.

36) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p80.

37) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p87.

가치를 부여하는 상대적인 것이다.

세상의 사물과 자연은 존재한다. 세상이 보내는 신호에 대해 그것이 의미 있는 것인지 의미 없는 것인지는 오로지 해석체의 몫이므로 해석체가 받아들인 것이 신호인지, 데이터인지, 정보인지, 지식인지 등의 구분은 의미가 없다. 개인정보에서 말하는 ‘정보’와 정보통신망에서 말하는 ‘정보’, 비밀정보에서 말하는 ‘정보’, 국가 정보활동에서 말하는 ‘정보’를 ‘그 정보의 객관적인 속성’을 기준으로 구분하는 것은 불가능하며 모든 신호와 데이터와 정보 등을 대상으로 놓은 상태에서 보호하고자 하는 대상 즉, 규범적으로 보호할 범위를 정하는 것에 의해 해석될 수 있을 뿐이다.

### 3. 보호의 대상으로 삼기 위해서는 규범적 정의가 필요하다

저작권, 특허권, 무역비밀, 트레이드마크, 실용신안권은 그 권리를 개발하고 공유하기 위해 그들의 수혜자들에게 경제적 인센티브를 제공한다. 이러한 정보들은 전형적으로 몇몇 특권을 누리는 접근권에 근거하여 사용되며 암호화된 군사정보도 그 전형적인 예시이다.<sup>38)</sup> 명확히 말해, 정보의 경제적 가치에 대해 이야기하자면 그 정보는 의미 있는 정보이다. 어느 누구도 어제의 신문 또는 잘못된 정보에 돈을 지불하지 않는다. 이러한 점은 정보의 질에 관한 일반적인 개념과 상통한다.<sup>39)</sup>

이는 일견, ‘정보의 개념은 정의조차 어렵고 이에 대한 가치는 상대적이다’라는 앞서의 논증과 상충되어 보인다. 비록, 개개인이 상대적으로 가치를 부여한 것을 거래의 대상으로 삼고자 하는 사회적 공감대, 이를 법규범으로 규제 또는 보호하고자 하는 법률의 틀을 통해 가치를 부여하게 된 것이라는 설명을 더하면 논리 흐름의 정합성이 인정될 뿐만 아니라 정보라는 것을 보호 또는 규제하기 위해서는 규범의 역할이 중요하다는 것도 알 수 있다. 이는 종이에 불과한 지폐를 우리 사회가 경제적인 가치를 부여하기로 약속하고 지불수단으로 정의하고 그것의 유통구조를 마련하고 화폐 간의 동일가치를 부여하여 거래의 도구로 삼은 것과 다를 바 없다.

우리는 정보의 양을 비트 또는 바이트 등으로 세고, 정보의 내용을 이진수로 표현

38) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p88.

39) Luciano Floridi, Information: a very short introduction, Oxford University Press, 2010, p89-90.

하는데 익숙하다. 1001010001이 이진수인가? 십진수인가? 그리고 이진수라면 어떠한 의미를 담고 있는가? 이 숫자가 정보를 담고 있다고 말하려면 이를 해석하는 기호 체계가 먼저 가정되어야 한다.<sup>40)</sup> 기호 체계가 갖춰져 있지 않은 상태에서의 것, 기호 체계가 갖춰져 있어도 기호 체계로 해석되지 않는 것을 정보로 인식되거나 해석될 수 없다. 즉, 시각과 청각 같은 감각자료 그 자체가 우리에게 정보를 주는 것이 아니라 우리 지성의 해석을 거쳐야만 그것이 정보화될 수 있다면 결국 정보는 해석 체계 곧 의미 체제 안에서만 존립할 수 있게 된다.<sup>41)</sup>

정리하자면, 정보는 정보제공자와 수령자가 해독이라는 추가적 과정을 거쳐 인지한 기호 또는 신호 속에 들어 있는 의미로 파악되며 이를 위해서 당사자는 정보의 본질에 도달할 수 있는 이차적 정보인 해독체(코드)를 필요로 한다. 이러한 의미에서 정보는 유형적인 재화에 부여된 재산권과 유사한 구조를 지닌다.<sup>42)</sup>

정보가 사회적 가치를 가진다고 할 때 우리는 코드 즉, 규범의 정의를 통해 정보를 규제하게 될 것이며 규제할 정보가 가지는 사회적 가치여하에 따라 그 규제방식을 구체화하는 작업을 하게 될 것이다. 정보는 현재의 시대에 새로운 것이 아니며 사회가 유용하다고 판단한 가치가 정보로써 구현될 뿐이므로 그 정보가 재산권, 프라이버시, 표현의 자유 등에 관한 것인지 부터 검토되어야 한다.

결국 정보는 그 자체가 물질과 같은 형태로 존재하는 것이 아니라 이를 표상하는 어떤 것들에 대한 인식을 통해 다시 기록하는 등 정보운반체를 통해 유통과 거래가 이루어지게 된다.

## V. 디지털매체 압수수색에 관한 인식의 개선

### 1. 규범적 정의가 필요한 정보와 강제처분

40) 김명석, “현대 정보 개념 이전의 개념들”, 철학논총 제94집, 2018.10, 66면.

41) 김명석, “현대 정보 개념 이전의 개념들”, 철학논총 제94집, 2018.10, 67면 각주.

42) 정진명, “사권의 대상으로서 정보의 개념과 정보관련권리”, 한국비교사법학회, 2000, 300면.

정보라는 단어는 크게 세 가지를 뜻한다. 1)인지 주체가 외부 세계에 대한 앎을 얻는 과정, 2)앎을 얻은 인지 주체의 상태, 3)인지 주체가 알게 된 앎의 내용 또는 대상에 담겨 있는 앎의 내용. 이처럼 정보 개념은 앎 개념과 매우 밀접하게 얽혀 있다. 실제로 정보 개념의 역사는 인식론의 역사와 함께 한다.<sup>43)</sup>

정보는 존재하는 것의 특성이 아니라 이를 인식하는 주체 또는 상황에 따라 달리 평가되는 가치이며 그 가치를 부여하는 주체 전체를 위해 통일된 개념을 설정하는 것은 불가능하다는 점을 앞서 살펴보았다. 우리의 법규범에서조차 자료, 지식, 정보 등이 구분되지 않는 경우가 있으며 일상에서는 정보에 대한 개념에 대한 다양한 해석이 존재한다. 반면, 정보에 대한 권리가 기본권의 하나로써 인식되고 있는 상황에서는 이에 대한 규범적 정의가 선행될 영역은 존재한다.

정보는 그 특성상 법 목적에 연유하지 않으면 규범적 평가가 어렵게 되고 정보가 법률거래와 법적 보호의 대상이 되는 경우 법적인 대상화 작업이 불가피하기 때문이다. 정보를 법의 대상으로 삼고자 하는 경우 정보의 내용, 경로, 인식 등 하나의 현상을 객관적으로 파악할 수 있어야만 한다.<sup>44)</sup>

강제처분의 대상이 되는 무한한 자료들의 경우와 달리 규범적으로 정의내려 보호해야 할 정보들로는 개인정보, 신용정보, 의료정보, 군사정보 등을 예시로 들 수 있다. 규범에 의해 보호되는 것을 두고 개인정보라고 칭할 경우 그 자료의 범위는 무한대로 확대될 수밖에 없기 때문에 규범이 정보에 대한 가치평가자가 되어 법으로써 보호해야 할 ‘개인정보’, ‘신용정보’ 등의 개념들을 정의내릴 필요가 있게 된다.

규범적으로 정의된 정보는 물론 강제처분의 대상이 될 수 있으며 이 경우 해당 정보의 가치 부여자는 수사기관이 아니라 해당 정보를 규범적으로 정의한 법규가 될 것이기 때문에 수사기관은 해당 법규가 정한 특별한 규정<sup>45)</sup>을 추가적으로 준수해야 한다.

43) 김명석, “현대 정보 개념 이전의 개념들”, 철학논총 제94집, 2018.10, 72면.

44) 정진명, “사권의 대상으로서 정보의 개념과 정보관련권리”, 한국비교사법학회, 2000, 305면.

45) 형사소송법 제106조 제4항은 저장매체에 대한 압수를 통해 정보를 제공받은 경우 ‘개인정보 보호법」 제2조제3호에 따른 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다.’고 규정하고 있으며 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조는 금융거래정보에 관한 영장 집행의 특칙을 규정하고 있다.

## 2. 압수 대상에 대한 인식개선

본디 압수의 대상은 ‘물건’이다. 물건은 유체물 또는 전기, 열, 빛, 에너지와 같은 무체물 중에 관리할 수 있는 자연력이어야 하며 배타적으로 지배가 가능해야 하기 때문에 해와 달과 같이 배타적 지배가 불가능한 유체물은 물건에 해당하지 않는다. 또한, 사람이 아닌 외계의 일부여야 하기 때문에 신체의 일부는 물건에 포함되지 않으며 인간의 인격이나 사상과 관념 등도 당연히 물건으로 취급받을 수 없게 된다.<sup>46)</sup> 따라서 어떠한 경우에도 존재하지 않는 정보를 물건의 한 종류로써 취급하는 것은 불가능한 것이 당연한 논리적 귀결이다.

그렇다면 저장매체에 있는 일부의 증거를 취득해야 하는 현실적 필요성은 어떻게 극복할 수 있을까? 현재의 형사소송법은 저장매체의 경우에는 ‘복제와 출력의 방법’을 제안한다. 그러나 과연 유체물이 아닌 현상을 복제와 출력의 방식으로 강제처분하는 문제가 디지털 시대에 새로 발생한 문제일까?

디지털매체에 대한 수색의 공간은 주거나 물리적 공간이 아니라 하드디스크와 같은 저장매체이며 처분의 방법이 논리적인 것을 포함한다는 측면에서는 통상의 것과 다르지만<sup>47)</sup> 매체와 매체 속에 내포된 내용은 역시 증거로써 확보되어야 할 증거방법이라는 점에서는 물리적인 압수수색과 다르지 않다.<sup>48)</sup> 저장매체의 집적도가 가지는 문제는 과거 유체물의 압수와 유체물이 포함된 가방 또는 증거가 포함되어 있는 서류 일체에 대한 압수의 문제와 그 구조는 같다. 취득하고자 하는 것이 디지털화된 것이라는 이유로 압수와 수색의 구조가 달라지지는 않는다. 유체물이 놓여 있는 형상도 수사기관에게는 정보이며 서류 문치에 포함된 단 한 줄의 글귀도 역시 증거 가치를 가지는 정보에 해당하기 때문에 디지털저장매체라고 하여 달리 볼 것은 아니다.

압수수색검증의 대상은 보관 보존된 현상과 데이터가 될 것이며 이것이 유체물이 아니어서 배타적 이전을 할 수 없는 경우에는 증거취득의 방법으로써 사진촬영, 녹

46) 김준호, 민법강의 제25판, 법문사, 2019.1, 165-166면.

47) Orin S. Kerr, "Searches and Seizures in a Digital World", Harvard Law Review, Vol. 119, The Harvard Law Review Association, 2005, pp539-547.

48) 이규호, "미국에 있어 디지털증거의 증거능력", 민사소송 제11권 제2호, 2007, 154면.

화, 복제, 출력 등의 방법을 사용하게 될 뿐이지 ‘정보’를 압수하는 개념은 아닌 것이 분명하다.

결국 과거이든 현재이든 ‘정보’ 자체는 압수수색의 대상이 될 수 없다. 압수수색의 현장에서 어떠한 자료 또는 현상의 가치 부여자는 수사기관이 될 것이며 수사기관이 부여하는 가치는 증거로서의 가치이다. 정보를 압수하는 것이 아니라 증거가치가 있다고 인정되는 것을 정보화 또는 코딩 즉, 해당 인식에 필요한 데이터의 보존(압수의 확장)조치를 통하여 법정에서 제시함으로써 법원이 이를 인식할 수 있는 상태로 취득하게 될 뿐이다.

이는 범죄현장을 사진촬영하거나 스케치하거나 검증조서를 작성하거나 서류의 일부를 복사하는 등의 행위와 완전히 일치하며 우리는 이러한 행위를 압수하였다고 표현할 수 있으나 이는 압수의 개념을 확장하여 해석되는 것일 뿐 정보를 그 대상으로 삼은 것은 아니다.

### 3. 역외접속 압수수색에 대한 인식전환

압수한 스마트폰을 통해 피압수자의 해외 메일 계정에 접속하는 행위, 클라우드 서비스를 이용하고 있는 기업에 대한 압수수색의 경우 수사기관은 해당 데이터가 저장되어 있는 서버의 관할권에 대한 판단이 불가하다.<sup>49)</sup> 이 경우 데이터는 국내 형사소송법이 미치지 않는 타국에 저장되어 있거나 심지어 여러 국가의 서버에 분산되어 있을 가능성이 있기 때문이다.

이러한 현상에 대해 데이터에 기존의 유체물과 같이 영토 관할권을 적용시킬 수 있는지, 수사기관이 해외 서버에 저장되어 있는 데이터를 수집하는 경우 해당 서버의 소재지를 관할하는 국가의 동의가 필요한지 등에 대한 논의가 필요하다.

이런 문제의식은 데이터의 관할권 성립을 판단함에 있어서 기존의 전통적인 영토주의 접근방식을 그대로 채택하는 것이 적합하지 않다는 “데이터 예외주의(data

49) “형사소송법 제109조에서 정한 수색대상을 ‘신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소’라고 한정하고 이 대상이 여전히 물리적인 공간이라고 엄격하게 해석한다면 정보가 보관되어 있는 서버는 물리적으로 같은 장소라고 할 수 없다.”; 이관희·김기범·이상진, “정보에 대한 독자적 강제처분 개념 도입”, 치안정책연구 제26권 제2호, 2012. 12, 81면.

exceptionalism)” 담론을 낳게 된다. 이를 찬성하는 학자들은 데이터가 기존의 유·무형 자산과는 다른 독특한 속성을 가지며, 이러한 특징들로 인해 클라우드 환경에서 데이터에 대해 기존의 영토주의적 접근방식을 적용하기 어렵다고 주장한다.

데이터가 저장 또는 기록되어 있는 것은 일반 서적이거나 서버나 동일한 구조를 가진다. 유체물인 서버를 압수하는 것과 일반 서적을 압수하는 것은 압수하는 방법에 있어서는 다르지 않다. 역외접속에 의한 압수수색에서 다른 점은 데이터가 있느냐 없느냐의 문제가 아니라 데이터를 인식할 수 있는 방법이 다를 뿐이다.

시각적으로 물건을 바라보는 것은 사물의 형상을 우리의 눈을 통해 인식하는 것일 뿐 그 사물이 우리의 눈으로 이동하는 것이 아니며 데이터를 읽어 오는 것 또한 네트워크를 통해 상대측에 있는 신호를 수신자가 그대로 해석하여 인식하는 것일 뿐이다. 역외 압수수색의 문제는 수사기관이 위치하는 영토에서 상대측의 신호를 인식하는 행위일 뿐이기 때문에 접근권한을 정당하게 획득하는 한 역외 접속 압수수색이 영토권의 문제를 야기하지 않는다. 이는 정보가 존재하는 것이 아니라 인식하는 것이라는 점으로부터 출발하는 해석이다.

#### 4. 압수대상의 한정에서 수색범위의 한정으로 전환

저장매체의 대량성, 데이터 저장의 압축성, IT기술에 대한 의존성 때문에 발생하는 문제는 강제처분의 구조가 아니라 그 과정에서 들여다보게 되는 사생활의 영역과 확보해야 할 증거 간의 엄청난 비율의 차이이다.<sup>50)</sup>

형사사법의 목적수행을 위해 증거가 되는 것을 가져와야 하는 것은 분명하기 때문에 사생활 보호를 위한 방책으로 현재까지 압수의 범위를 한정하려는 노력을 해왔다. 현행 형사소송법 제106조 제3항의 탄생 이유도 맥을 같이 한다.

결국 유체물인 물건은 압수할 수 있다는 기본 전제에서 출발하여 저장매체의 경우 압수의 범위를 한정하는 것을 원칙으로 삼으면서도 예외적인 상황에서는 다시

50) “디지털정보는 컴퓨터를 이용하지 않고는 읽거나 볼 수 없기 때문에 그 자체로 내용을 읽고 알 수 있는 서면에 기록된 정보보다도 프라이버시에 대한 기대 정도가 높다.”; 오기두, “형사절차상 컴퓨터관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구”, 서울대 박사학위논문, 1997, 89면.

저장매체를 압수할 수 있다는 기본 전제를 그대로 유지하고 있다.

이러한 현행의 구조는 실무에서 재량과 확장해석의 여지를 남겨둠으로써 지속적인 논쟁을 불러일으키게 된다.

저장매체와 같은 유체물은 가치나 무가치나 관계없이 정의내릴 수 있으나 그 안에 포함된 무형의 것은 그 내용을 인식하기 전에 가치를 정의(증거에 대한 가치 및 관련성)하는 것은 불가능하다.

수사기관이 최초로 압수수색의 대상으로 삼는 것은 유체물인 저장매체에 틀림이 없으며 그 안에 있는 무형의 것에 대해서는 범위를 정하고 그 데이터가 보여주는 의미를 새로운 정보운반체(사진촬영, 복제, 출력, 녹화, 조서의 작성 등)에 담는 방법으로 취득하게 되는데 이는 압수 대상이 되는 유체물 자체의 문제가 아니라 취득하게 되는 데이터 이외의 영역을 검색하는 검색범위의 문제<sup>51)</sup>로 귀결된다.

검색범위와 방법을 구체적으로 정하지 않을 경우 검색 자체가 압수와 같은 침해를 양산하게 되기 때문이다. 인간의 뇌 역시 사진촬영, 복제, 출력 등과 같은 정보운반체<sup>52)</sup>에 해당하기 때문이다.

헌법 제12조 제1항이 비록 법률에 의한 경우 압수수색이 허용된다고 규정하고 있으나 헌법 제17조부터 제23조까지는 사생활의 불가침, 통신비밀의 불가침, 양심·종교·언론·출판·집회·결사·학문·예술의 자유, 재산권의 보장을 기본권으로 삼고 있다. 증거 관련성이 없는 나머지 부분은 헌법 제17조부터 제23조가 보장해야 할 기본권들이 포함되어 있음에도 불구하고 법률인 형사소송법 제106조 제3항에 대한 준수와 이에 대한 엄격한 해석으로써 국민의 기본권이 보장될 것이라고 기대하기는 어렵다.

구체적으로 검색범위와 방법의 제한을 위해서는 정보처리 방법에 대한 억제, 과도한 정보처리의 결과물에 대한 배제, 저장매체에 대한 통제, 정보운반체에 대한 통

51) 이관희·김기범·이상진, “정보에 대한 독자적 강제처분 개념 도입”, 치안정책연구 제26권 제2호, 2012. 12, 93면.

52) “정보운반체는 세 가지 부류가 있다. 물질, 정신과 구조이다. 예를 들어, 책에 있어서 정보의 물질적 운반체는 책 자체이다. 그러나 책이 정보를 운반할 수 있는 것은 의미 있는 텍스트로 프린트 되어 있기 때문인데 이 텍스트는 책이 아니며 책에 있어서 구조적 운반체이다. 게다가 그 텍스트가 어떤 지식을 표상하고 있다고 할 수 있는데 그 지식은 책에서 정보의 정신적 운반체가 된다.”; Mark Burgin, *Data, Information, and Knowledge, Information*, v. 7, No.1, 2004, p13-14.

제와 보호의 관점에서 접근하여야 하며 수색의 과정에서 유통되는 자료의 법익이 침해되지 않도록 하는 일체의 제도, 정책, 기술의 마련이 필요하다.

## VI. 결론

500페이지에 달하는 용의자의 일기장에서 살인 범행의 동기를 기록해 놓은 1페이지, 1.44MB 플로피 디스크에 저장되어 있는 일기장 파일에서 살인 범행의 동기를 기록해 놓은 100Byte 부분의 구조는 같다.

일기장의 1페이지를 얻기 위해 일기장 전체를 압수해야 하는 논쟁의 핵심은 ‘과연 정보를 압수할 수 있는가?’가 아니라 ‘관련성이 있는 부분만을 취득할 방법이 없을까?’라는 방법론이다.

우리는 일기장 1페이지를 수사기관의 시각에서 증거라고 불러왔고 이는 일반적 시각에서는 ‘데이터 또는 자료’라고 불러 왔다. 일기장에서 1페이지를 찢어 오는 방법, 일체감을 입증하기 위해서는 일기장 전체를 가져오는 방법, 일기장 1페이지만을 정지화상으로 촬영하는 방법, 일기장이 놓여 있는 위치와 해당 페이지를 동영상으로 촬영하는 방법, 이를 복사기로 복사하는 방법 등은 필요한 부분만을 가져올 수 있는 기술발전의 변화와 가능성에 따른 것일 뿐 ‘현존하는 필요한 자료’만을 가져와야 하는 최소침해 원칙의 본질은 변함이 없다.

디지털 시대에서 강제처분이 가져온 쟁점은 정보를 압수할 수 있다는 새로운 시각이 아니라 필요한 것과 불필요한 것 간의 비율이다. 브라운관 TV를 압수하기 위해 용의자의 주거 서랍장을 수색할 이유가 없어야 하는데 1MB의 파일을 찾기 위해 1Terabyte의 영역을 다 열어봐야 하는 강제처분 특히 수색의 방식에 대한 개선이 필요한 때다.

세상에 존재하는 모든 것은 정보 가치가 있다. 그 모든 것을 하나로 정의하는 노력보다는 개인정보, 신용정보, 의료정보, 군사정보 등 규범적 정의를 통해 보호해야 할 ‘정보’를 보호해 나가는 법적 틀을 갖추고 강제처분의 영역에서는 불필요한 사생활의 영역을 들여다보지 않도록 하는 구체적인 입법론을 마련하여야 한다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 김준호, 민법강의 제25판, 법문사, 2019.
- 정준선, 국가정보와 경찰활동, 경찰대학, 2018.
- 김기범·이관희, “전기통신사업자 보관 몰수 대상 정보의 압수실태 및 개선방안”, 경찰학연구, 2016.
- 김기범·이관희·장윤식·이상진, “정보영장 제도 도입방안 연구”. 경찰학연구, 2011.
- 김명석, “현대 정보 개념 이전의 개념들”, 철학논총 제94집, 2018.
- 여명숙, “사이버스페이스의 존재론과 그 심리철학적 함축”, 이화여자대학교 박사학위논문, 1998.
- 오기두, “형사절차상 컴퓨터관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구”, 서울대 박사학위논문, 1997,
- 이관희·김기범·이상진, “정보에 대한 독자적 강제처분 개념 도입”, 치안정책연구 제26권 제2호, 2012.
- 이규호, “미국에 있어 디지털증거의 증거능력”, 민사소송 제11권 제2호, 2007.
- 이숙연, “형사소송에서의 디지털증거의 취급과 증거능력”, 박사학위논문, 고려대학교, 2010.
- 정대용·김기범·권현영·이상진, “디지털 증거의 역외 압수수색에 관한 쟁점과 입법론 - 계정 접속을 통한 해외서버의 원격 압수수색을 중심으로 -”, 법조, Vol 720, 2016.
- 정진명, “사권의 대상으로서 정보의 개념과 정보관련권리”, 한국비교사법학회, 2000.
- 홍경자, “정보개념과 정보해석학의 근대적 기원”, 해석학연구 제13권, 2004.

[외국문헌]

Fidelia Ibekwe-SanJuan, Thomas M. Dousa Editors, *Theories of Information, Communication and Knowledge*, Springer, 2014.

Luciano Floridi, *Information: a very short introduction*, Oxford University Press, 2010.

Mark Burgin, *Data, Information, and Knowledge*, *Information*, v. 7, No.1, 2004.

Orin S. Kerr, "Searches and Seizures in a Digital World", *Harvard Law Review*, Vol. 119, The Harvard Law Review Association, 2005.

## Understanding information properties and improving awareness of Search & Seizure against digital media

Lee, Kwan-hee\* · Lee, Sang-jin\*\*

The words data, information, knowledge and wisdom are old concepts and have been used around the proposition of 'knowing' in human history. In particular, the word 'information' has become daily with the recent trend of information society, information revolution, and even information-related rights have been included in the human rights.

However, we are making the error of trying to discipline ourselves according to the needs of reality without a unified view or clear definition of this 'information'.

If we use anything we want to address under the name of information, data, and knowledge, we will need to limit that concept to the extent that it is necessary to use it as an object of private authority, discipline as a subject of coercion, and protect it with constitutional rights.

The author will first look at the fact that our laws do not view information concepts uniformly, and after reviewing how to understand the attributes and nature of information, he will make sure that information is not present but a recognition and interpretation of given data by the information processor, and then argue that our forced disposal system needs to be improved in accordance with the nature of the information.

In the end, the subject of Search & Seizure should be data or data that is burned on the 'effects' kind of storage, and information in Search & Seizure would be perceived by investigators as 'relevant and worthy of evidence'.

It suggests that laws, institutions, policies and technologies should be prepared

---

\* Superintendent, Korean National Police University

\*\* Professor, Korean University, Corresponding Author

in a way that limits the scope of searches for other areas unrelated to the value of evidence, rather than in a way that limits the 'seized data' to minimize encroachment on areas of basic human rights that are concentrated in digital media.

❖ Key words: Information, Data, Paper, Evidence, Search and Seizure, Compulsory execution, Information processing, Code

