형사정책연구 Korean Criminological Review
제31권 제1호(통권 제121호, 2020・봄)

데이터 보관 사업자에 대한 영장집행 절차의 현실화 방안에 관한 연구:

피의자에 대한 사전 통지 생략 및 영장 사본제시 필요성을 중심으로

이관희*・이상진**

국 | 문 | 요 | 약

과거 수사기관은 통신자료, 통신사실확인자료, 금융거래자료 등 사업자가 보관하고 있는 컨텐츠 또는 거래사실 등을 임의수사의 일환인 사실조회의 방식으로 취득해 왔다. 그러나 수사기관의 광범위한 자료요청과 사업자의 무분별한 자료제공으로 인해 개인의 개인정보자기결정권이 침해될 우려와 이를 보호할 필요성이 대두되어 입법자는 특별법과 형사소송법의 개정을 통해 이러한 자료를 요구할 때 법관의 심사를 받도록 하였다.

이메일이나 금융자료를 제공받기 위해 수사기관은 법관으로부터 압수수색영장을 발부받아 집행을 하게 되는데 데이터를 보관하는 사업자에 대한 영장의 집행절차는 유체물과 장소에 대한 강제적인 집행절차와는 그 모습이 전혀 다르다. 그럼에도 불구하고 우리 법원은 기존의 압수수색에 적용되어 왔던 규정을 엄격히 적용하려는 태도를 보이면서 데이터 취득 시 피의자를 참여시키지 않았다거나 자료제공자에게 영장을 모사전송으로 제시한 것은 위법하다고 평가한다.

2007년 형사소송법 개정 이전, 유체물의 압수에 관하여도 성상불변론을 중심으로 갑론을박하였던 것이 학계의 입장이었다. 실체적 진실의 발견을 위해서는 사소한 절차적 위반은 감수해야 한다는 입장이 있을 정도였다. 그러나 사업자가 보관하는 데이터에 대한 취득에 있어서는 어떠한 강제력도 행사되지 않고 임의적이고 투명한 방법으로 데이터를 취득함에도 불구하고 강제적인 압수수색에 적용되었던 형사소송법 규정을 사업자에게 요청하는 방식의 데이터 취득에도 엄격히 적용하는 것은 데이터 취득의 특성 및 수사실무 등 관행을 전혀 고려하지 않은 것이다.

저자는 데이터 취득 방식의 변화와 특성 및 이와 관련한 특별법의 연혁과 제·개정취지 등을 살펴본 후, 사용자가 보관하는 데이터 취득에 관하여는 기존 압수수색영장의 집행규정을 그대로 적용하는 것이 적절치 않다는 점을 논증할 것이다.

오히려 데이터 취득에서 특별히 강조되어야 할 점은 압수수색절차의 엄격성이 아니라 개인정보자기결정권을 적절히 보호해야 한다는 점이며, 이를 보호하기 위해서는 통신비밀보호법이나 금융실명제법이 상세히 규정한 것처럼 압수수색영장의 집행에 있어서도 철저한 사후 통지 및 자료요구와 제공에 관한 사항의 관리감독을 강화해 나가야 한다.

DOI : https://doi.org/10.36889/KCR.2020.03.31.1.129

❖ 주제어 : 압수수색통지, 정보, 데이터, 자료, 디지털증거, 압수수색, 영장의 사본제시, 팩스영장, 전자영장, 전자적 제시

* 주저자: 경찰대학 경찰학과 교수, tokwanhee@gmail.com
** 교신저자: 고려대학교 정보보호대학원 교수, sangjin@korea.ac.kr

Ⅰ. 서론

고소사건처럼 처음부터 피의자가 특정된 경우도 있겠으나 강도나 살인사건처럼 범인이 특정되지 않은 사건도 있다. 수사기관이 증거들을 찾아 범죄를 재구성해 나가는 과정에서 고소된 피고소인이나 살인사건의 용의자에게 "당신의 범행을 입증할 증거를 압수수색할 예정이다."라고 알려주는 것은 일반 상식에 적합하지 않다. 그러나 우리의 형사소송법 제219조는 법원의 압수수색 규정을 준용하여 수사기관이 압수수색을 할 경우 미리 피의자나 변호인에게 통지해야 한다고 규정하고 있고[1] 법원은 이 규정을 근거로 수사기관이 주식회사 카카오톡을 상대로 압수수색 영장을 집행하여 피의자 계정 내용을 확인한 사건에서 "피의자 등에게 압수·수색영장 집행과정에 참여권을 보장한 것은 압수·수색 집행의 절차적 적법성을 확보하여 영장주의를 충실하게 구현하기 위한 것인데, 피의자 등에게 참여권이 보장되지 않았다면 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색은 위법하다."고 결정하였다.[2]

형사소송법 제199조 제2항은 "수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다."는 규정을 두고 있다. 수사기관은 이 규정을 근거로 금융거래자료, 통신사실확인자료 등을 보관하는 사업자에게 요청하여 그 자료의 사본을 제공받아 왔으나 입법자가 수사기관의 광범위한 자료의 요구와 제공을 견제하기 위해 법관의 심사를 받도록 규정을 정비한 이후 수사기관은 영장 또는 허가서를 발부받아 모사전송 등의 방법으로 이를 집행해 왔다. 그러나 최근 대법원은 이메일에 대한 압수수색에서는 전기통신사업자에게 영장을 모사전송으로 제시한 행위에 대해 영장 제시 절차를 위반하였다고 판결[3]하였고 금융거래자료에 대한 영장집행에서도 영장을 직접 제시하지 않아 적법절차를 위반하였다고 판결[4]하였다. 최근 법원은 사업자가 보관하고 있는 데이터의 취득에 관하여도 기존 형사

1) 형사소송법 제122조(영장집행과 참여권자에의 통지) 압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.

2) 서울중앙지방법원 2016.2.18. 2015보6 준항고 결정

3) 대법원 2017.9.7. 선고 2015도10648 판결

4) 대법원 2019.3.14. 선고 2018도2841 판결

소송법 규정을 엄격히 적용하는 모습을 보이고 있다.

형사소송법 제정 당시의 압수수색은 특정 장소에 대한 강제력 행사를 통해 주거의 평온을 침해하고 물건에 대한 압류를 통해 재산권을 침해하는 행위를 수반한 것이었으나, 사업자가 보관하고 있는 데이터에 대한 취득은 법관의 심사를 거쳐야 한다는 점을 제외하면 임의적인 자료제출의 모습을 그대로 유지하고 있다는 점이 간과되어서는 안 된다.

금융자료 등 개인에 관한 데이터에 대한 헌법적 가치의 변화에 따라 해당 데이터에 대한 무차별적인 취득을 견제하기 위해 까다로운 요건을 도입하거나 기존 형사소송법에서 규정된 영장을 추가로 요구하는 등 그 절차를 엄격하게 하는 것은 바람직한 입법방향이나 이를 획득하는 절차적 방법에 관하여 물리적인 압수수색에 적합한 과거의 것을 그대로 적용하는 것이 타당한지에 대해서는 재고해 보아야 한다.

이메일, 금융자료, 통신사실확인자료 등의 취득을 위해 영장 또는 허가서를 사용하지만 일반 사업자가 보관하고 있는 가입자 정보, 물품 구매정보, 배송지 정보 등도 사업자의 관점, 데이터 소유자의 관점에서는 모두 동일한 정도의 보호가 필요한 데이터들이다. 그럼에도 불구하고 데이터의 내용에 따라 취득절차와 사후 통지 등에 관하여 서로 다른 규제를 받고 있어 오히려 개인정보주체에 대해 일관된 보호를 하지 못하는 상태에 놓여 있다. 데이터의 특성, 보호가 필요한 기본권의 영역 등을 고려하지 않은 채 압수수색영장을 집행한다는 이유로 형사소송법의 규정을 기계적으로 적용하기 보다는 현 시대에 맞는 새로운 시각으로 데이터에 대한 취득을 통일적으로 규율할 방법과 해석을 강구하는 것이 바람직하다.

본고는 현재 수사기관이 취득하는 사업자 보관 데이터의 유형과 취득 방법의 변화 및 특성을 살펴보고 과거의 압수수색 방식에 적용되던 형사소송법을 현재의 데이터 취득에 엄격히 적용할 경우 모순이 발생한다는 점을 논증한 후 데이터 취득 현실에 적합한 해석이 무엇인지 검토해 볼 것이다. 최종적으로는 데이터 소유자를 적절히 보호하려면 데이터 침해에 대한 사후 통지의 강화와 데이터 이동경로에 대한 로그기록의 관리와 감독이 필요하다는 점을 주장할 것이다.

Ⅱ. 보관 데이터의 유형

1. 분류기준

통신자료, 통신사실확인자료, 금융거래자료, 의료 및 신용관리 기록 등에 관하여 "제3자가 보관하는 데이터"라는 주장[5)]이 있으나 이러한 자료를 보관하는 사업자를 개인정보주체와 분리하는 취지로 '제3자'라고 단정하는 것이 바람직한지 의문이다. 사업자가 이러한 자료를 보관하게 된 것은 비록 개인정보주체와의 계약관계에 따른 것이지만 엄밀히 말하면 이러한 자료들은 사업자가 거래를 위해 보관하게 되며 사업자가 직접 생성한 자료라고 보아야 한다. 개인에 관한 자료라는 맥락에서 보호할 필요성이 있다고 하여 이러한 자료를 사업자와 분리하여 '제3자 보관 데이터'라고 정의하는 것은 오히려 데이터의 생성자인 사업자를 타자화하는 오해를 불러일으킨다.

개인이 사업자가 제공한 서비스를 이용하여 생성한 데이터와 사업자가 생성한 데이터를 분류하기 위해서는 우선 컨텐츠인 데이터와 거래사실인 데이터로 구분하는 것이 바람직하다. 또한 컨텐츠인 데이터와 거래사실인 데이터 중에는 과거에 남겨진 데이터(보관된 데이터)와 미래에 남겨질 데이터(실시간 데이터)로 구분할 수 있다.

2. 컨텐츠인 데이터

가. 대화의 내용

전화통신을 활용한 대화의 내용은 컨텐츠인 데이터이며 실시간 데이터에 해당한다. 대화의 내용은 통신비밀보호법의 적용을 받게 되며 범죄수사를 위한 대화의 감청을 위해서는 법원으로부터 통신제한조치 허가서를 발부받아야 한다. 특히, 통신제

5) 이정희·김지현, "제3자 보관 디지털 증거의 압수 관련 문제점 및 개선방안 연구", 디지털포렌식연구, 2014.6; 김혁, "제3자 보관 정보에 대한 압수수색 영장의 집행과 적정절차", 형사정책연구, 2018.3; 김기범, "범죄수사에서 제3자 정보 요청에 관한 입법체계", 한국위기관리논집, 2017.8, 김기범, "압수수색영장의 전자적 제시에 관한 입법적 연구", 경찰학연구, 2018.6

한조치는 통신비밀보호법 제5조 제1항에 규정한 범죄에 대하여 해당 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 할 수 있다.

나. 우체물, 전자우편, 회원제정보서비스

우체물, 이메일, SNS 서비스, 클라우드 서비스 등은 모두 사업자가 구축해 놓은 서비스를 이용하여 서비스 이용주체가 생성한 컨텐츠에 해당하며 압수수색영장을 활용하여 취득한다.

형사소송법 제107조 제1항은 "법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 우체물 또는「통신비밀보호법」제2조제3호에 따른 전기통신(이하 "전기통신"이라 한다)에 관한 것으로서 체신관서, 그 밖의 관련 기관 등이 소지 또는 보관하는 물건의 제출을 명하거나 압수를 할 수 있다."고 규정하고 통신비밀보호법 제2조 제3호는 "전기통신"을 "전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다."고 규정하고 있다. "회원제정보서비스"라 함은 특정의 회원이나 계약자에게 제공하는 정보서비스 또는 그와 같은 네트워크의 방식을 말한다. 전기통신에 관한 압수 규정은 2011. 7. 18. 공포된 개정 형사소송법에서 추가된 것이며 형사소송법 제219조는 해당 규정을 수사기관에 준용토록 하고 있다.

우체물을 포함하여 전자우편, 회원제정보서비스에 대한 데이터는 압수수색의 대상이며 제114조[6]에 따라 압수수색 대상이 전기통신인 경우에는 영장에 작성기간을 기재하여야 하며 송수신이 완료된 전기통신에 대해 압수수색을 한 경우 수사대상이 된 가입자에게 압수수색 사실을 사후 통지하여야 한다.[7]

---

6) 형사소송법 제114조(영장의 방식) ①압수·수색영장에는 피고인의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부년월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지 기타 대법원규칙으로 정한 사항을 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다. 다만, 압수·수색할 물건이 전기통신에 관한 것인 경우에는 작성기간을 기재하여야 한다.

7) 통신비밀보호법 제9조의3(압수·수색·검증의 집행에 관한 통지) ① 검사는 송·수신이 완료된 전기통

3. 거래사실인 데이터

가. 통신자료와 통신사실확인자료

전기통신사업법 제83조는 전기통신업무에 종사하는 자 또는 종사하였던 자는 그 재직 중에 통신에 관하여 알게 된 타인의 비밀을 누설하여서는 안 된다는 것을 전제로, “수사관서의 장이 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디, 가입일 또는 해지일에 관한 자료의 열람이나 제출(이하 "통신자료제공"이라 한다)을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.”고 규정하고 있다. 또한, “통신자료제공 요청은 요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 서면(이하 "자료제공요청서"라 한다)으로 하여야 한다.”라고 규정하고 실무적으로 자료제공요청서의 집행은 모사전송 등의 방법에 의하고 있다.

다만, 통신자료제공요청과 관련한 일명 회피 연아 사건[8] 이후 수사기관은 압수수색영장을 발부받아 통신자료를 취득해 왔으며 해당 사건의 상고심에서 피고 패소

신에 대하여 압수·수색·검증을 집행한 경우 그 사건에 관하여 공소를 제기하거나 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 수사대상이 된 가입자에게 압수·수색·검증을 집행한 사실을 서면으로 통지하여야 한다.

② 사법경찰관은 송·수신이 완료된 전기통신에 대하여 압수·수색·검증을 집행한 경우 그 사건에 관하여 검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분의 통보를 받거나 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에 수사대상이 된 가입자에게 압수·수색·검증을 집행한 사실을 서면으로 통지하여야 한다.

8) 명예훼손사건에서 종로경찰서장이 주식회사 네이버에게 피의자의 ‘포털 ID, 이름, 주민번호, 이메일, 휴대폰 번호, 포털 가입일자’ 정보를 요구하여 주식회사 네이버가 해당 정보를 제공한 것과 관련하여 피의자는 주식회사 네이버를 상대로 손해배상 청구 소송을 진행한 사건으로, 이 사건 제2심(서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나19012 판결) 법원에서는, ① 피고의 ‘개인정보 취급방침’에는 개인정보를 외부에 공개하지 않는 원칙의 예외로 “법령의 규정에 의하거나 수사 목적으로 법령에 정해진 절차와 방법에 따라 수사기관의 ‘요구’가 있는 경우”라고 기재되어 있으나, 실제로는 구 전기통신사업법을 근거로 수사기관의 ‘요청’이 있기만 하면 언제나 예외 없이 이용자의 인적사항 일체를 수사기관에 제공하여온 점, 수사기관의 ‘ID와 인적사항일체’에 대한 요청에 대하여 ‘이메일 주소’까지 제공한 점, ③ 이 사건 게시물이 공적 인물을 대상으로 한 것으로 명예훼손에 해당하기 어렵고 급박하게 개인정보를 제공해야할 특별한 사정이 없는 것 등으로 원고의 개인정보 자기결정권 내지 익명표현의 자유를 침해하고 이에 의해 정신적 고통을 받았을 것은 경험칙상 명백하다며 위자료 500,000원의 배상을 판결하였음.

부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송하는 판결[9]을 하였음에도 불구하고 이후에도 대형 포털업체에는 여전히 압수수색영장을 이용하여 통신자료를 제공받고 있다.

통신사실확인자료는 통신제한조치와 함께 통신비밀보호법에 정해진 절차에 따라 법원의 허가서를 받아 모사전송의 방식으로 이를 집행하고 자료를 제공받고 있다. 통신자료, 통신사실확인자료 모두 거래사실인 데이터에 해당하지만 통신사실확인자료에는 통화위치에 관한 실시간 데이터도 있는데, 이 또한 통신비밀보호법에 의한 허가서에 의해 취득하고 있다.

나. 금융거래자료 등

금융거래자료의 취득은 형사소송법 상 압수수색영장에 의하여 제공받지만 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하 금융실명제법)에서 규정하는 바에 따라 금융위원회가 정하는 표준양식을 활용하여 금융기관에 자료를 요구하여야 한다.

형사소송법이 압수수색에 관하여 수사관이 직접 강제할 수 있는 수권규정을 상세히 규정한 것에 반하여 금융실명제법 제4조 제1항은 우선 금융회사 등에 종사하는 자가 명의인의 서면상의 요구나 동의를 받지 아니하고는 그 금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료를 타인에게 제공하거나 누설하여서는 아니 된다고 규정한 후에 단서에서 “법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공”은 가능하다는 방식으로 규정하고 있고 금융회사 등에 종사하는 자가 제4조 제1항 또는 제2항을 위반하여 거래자료 등의 제공을 요구받은 경우에는 그 요구를 거부하여야 한다는 규정을 두는 등 자료제공의 주체와 자료요구방식의 심사권을 금융기관에 부여했다는 점을 주목해야 한다.

금융거래자료 이외에도 수사기관에서 취득하는 자료에는 신용거래자료, 의료기

9) “검사 또는 수사관서의 장이 수사를 위하여 구 전기통신사업법(2010. 3. 22. 법률 제10166호로 전부 개정되기 전의 것) 제54조 제3항, 제4항에 의하여 전기통신사업자에게 통신자료의 제공을 요청하고, 이에 전기통신사업자가 위 규정에서 정한 형식적·절차적 요건을 심사하여 검사 또는 수사관서의 장에게 이용자의 통신자료를 제공하였다면, 검사 또는 수사관서의 장이 통신자료의 제공요청 권한을 남용하여 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해하는 것임이 객관적으로 명백한 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한, 이로 인하여 이용자의 개인정보자기결정권이나 익명표현의 자유 등이 위법하게 침해된 것이라고 볼 수 없다.”; 대법원 2012다105482 판결

록, 보험가입내역, 배송내역, 도메인 등록내역, VPN 서비스 사용내역 등 다양하며 예금인출내역과 신용카드 사용내역 등은 과거 거래내역뿐만 아니라 미래의 사용 내역 등 실시간 자료까지 수사에 활용하고 있다. 실무상 이러한 자료들은 사업자에 대한 공문서 또는 압수수색영장에 의해 취득하고 있다.

4. 시사점

앞서 살펴본 바와 같이 사업자가 보관하고 있는 데이터에는 서비스 이용자가 직접 생성한 컨텐츠와 사업자가 거래사실에 관하여 기록한 자료로 구분되고 보관된 자료와 실시간 자료로 구분됨에도 불구하고 우리의 법제는 전기통신사업법과 통신비밀보호법의 적용을 받는 자료 이외에는 모두 형사소송법상 압수수색영장으로 규율하려는 태도를 보이고 있다. 또한 수사실무상 통신자료를 압수수색의 방법으로 취득하거나 통신 기지국에 대한 자료를 압수수색의 방법으로 취득하는 것을 보면 통신에 관한 자료의 취득에도 일관성이 없어 보인다.

통신제한조치의 경우 정해진 범죄에 대한 예외적인 경우에 한하여 허가서에 의해 취득하고 있으나 동일한 정도의 보호를 요구하는 카카오톡 서비스나 이메일 등에 저장된 대화의 내용 등은 관련 범죄의 제한없이 압수수색영장에 의해 취득할 수 있도록 허용하고 있는 것도 일관성이 없다. 이러한 현상은 사업자가 보관하는 데이터에 대한 침해의 정도에 따라 이를 통합적으로 규율하기 보다는 개별 사안에 대한 입법목적에 따라 특별법을 마련함으로서 생긴 불균형으로 보인다.

Ⅲ. 데이터 취득방식의 변화와 특성

1. 취득방식의 변화와 취지

형사소송법 제199조 제2항은 “수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다.”는 규정을 두고 있으며 그간 수사기관은

공문으로 데이터를 보유한 공사단체에 자료를 요청해 왔으며 이렇게 획득한 자료는 형사소송법 제315조[10]에 따라 당연히 증거능력이 부여되어 왔다.

이러한 방식의 자료 취득의 성질에 대하여, 수사기관의 요청이 있으면 그 상대방인 공무소 등은 이에 협조할 의무가 있으므로 이를 강제처분이라고 보는 견해도 있으나 공무소 등에 의무이행을 강제할 방법이 없다는 점에서 임의수사로 보아야 할 것이다.[11] 이러한 방식으로 조회한 자료들은 공판 단계에서 증거로 제출되기도 하지만 수사단계에서는 용의자를 추적하는 단서를 발견하거나 용의선상에서 제외하거나 범죄를 재구성하기 위한 수사자료로도 쓰이고 있다.

정보통신서비스의 발달로 개인의 정보와 업무에 사용되는 데이터를 보관하는 방식이 혁신적으로 변화됨에 따라 사업자가 보관하는 데이터는 수사에서 필수적인 요소로 자리잡게 되었으나 한편으로는 사업자가 보관하는 데이터의 소유자를 보호할 필요성도 증대되었다. 어떤 학자는 이러한 데이터에 대해 "금융, 통신 서비스가 제공되면서 강제처분의 새로운 대상으로 데이터가 등장하였고 이를 보호하기 위해 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률과 통신비밀보호법을 제정하여 제3자 데이터에 대한 영장주의를 도입하였다."[12]라고 주장을 하는데, 사업자가 보관하는 데이터가 강제처분의 새로운 대상이 된 것이라기보다는 임의수사의 방식[13]으로 취득해 왔던 수사관행의 개선을 도모하고 개인정보 주체를 보호할 필요성에 따라 취득의 요건을 강화한 것이라고 보는 것이 타당하다. 또한, 사업자 입장에서는 개인정보보호법의 취지에 따라 법률상 근거가 없는 경우 해당 정보를 수사기관에 제공할 수 없게 되었다. 금융실명제법에서 법관이 발부한 영장에 따라 거래자료를 제공하도록 한 것이나 통신비밀보호법이 통신사실 및 통신의 내용에 관하여 법원의 심사를 받도록 한

10) 제315조 (당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 게기한 서류는 증거로 할 수 있다.
1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서
2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서
3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서

11) 신동운, 신형사소송법 제5판, 2014, 284면

12) 김기범, "압수수색영장의 전자적 제시에 관한 연구", 경찰학연구 제18권 제2호, 2018.6, 150면

13) "통신비밀보호법 상에 규정된 허가서의 경우 입법자가 종래 임의수사에 가까운 것으로 취급되었던 통신사실확인자료의 취득에 관하여도 영장주의를 도입하여 엄격한 절차를 규정해 놓고 있는 것이다."; 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 449면

것은 각 수사기관에게는 사업자가 보관하고 있는 데이터에 대한 취득의 적법성을 부여하고[14] 사업자에게는 개인에 관한 자료를 수사기관에 제공할 수 있는 정당성을 확보해 주는 역할을 수행한다.

지금은 폐지되었지만 금융거래자료를 요구할 때에는 법관의 영장이 필요하다는 것을 최초로 규정한 예금적금등의비밀보장에관한법률의 개정이유를 보더라도 거래자료의 요구에 법관의 영장을 요건으로 한 취지를 알 수 있다. 1971.1.13. 시행된 예금적금등의비밀보장에관한법률 개정이유에서 "현행 법은 예외적으로 민사소송법·형사소송법·국세징수법 또는 상속세법의 규정에 의하여 예금·적금등에 관한 비밀의 정보제공을 금융기관에 요구할 수 있게 하였는 바, 동 예외적인 규정이 수사기관이나 세무서등에 의한 질문이나 조사보고의 요구시에는 특정인이나 특정점포의 지정없이 광범위한 자료제공을 요구하게 될 우려가 많으므로 이러한 요인을 제거하여 이 법이 목적하는 실효를 거둘 수 있도록 하려는 것임."이라고 명시하고 있다.

결국, 사업자가 보관하는 데이터들은 실질에 있어서는 임의적 방법에 의해 취득할 뿐만 아니라 계정 등 원본이 아니라 사본에 의한 결과 회신의 형태를 띠고 있어서 강제집행의 방법에 의한 압수수색과는 본질적으로 다른 차이점이 존재한다.

2. 취득의 특성

가. 자료제출의 임의성

통신자료, 통신사실확인자료, 전자우편, 금융거래자료 등의 데이터를 취득함에 있어서 각 취득에 필요한 요건들이 달라 통신자료제공요청서를 제출한다든지, 압수수색영장 또는 허가서를 근거로 자료제출을 요구하지만 자료를 보관하는 사업자의 관점에서는 모두 임의적인 방식으로 수사기관에 관련 데이터를 제공하고 있다.

전기통신사업법 제83조 제3항은 "전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장, 정보수사기관의 장이 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 다음 각 호의 자료의 열람이나 제출(이하 "통신

14) 이관희·김기범·이상진, "정보에 대한 독자적 강제처분 개념 도입 연구", 치안정책연구 제26권 제2호, 2012, 86면

자료제공"이라 한다)을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.”고 규정하고 통신비밀보호법 제13조 제1항은 “검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다.”는데 이러한 규정들은 자료제출의 요구와 제공 모두 임의적인 것임을 나타낸다.

특히, 금융실명거래및비밀보장에관한법률안에 대한 검토보고 중 “第2項 但書 規定에서도 法官의 令狀에 의한 경우에는 金融情報등을 保管 또는 管理하는 部署에 대하여도 去來情報등의 提供을 要求할 수 있도록 規定하고 있음. 이는 그동안 緊急命令의 委任根據없이 金融機關의 特定店鋪에만 金融去來情報를 要求하여야 하는 것을 범죄수사상의 便利를 위하여 本店 電算室에도 一括照會가 가능하도록 施行令(金融實名去來및保障에관한緊急財政經濟命令 第4條의 施行에 관한 規定)에 規定하여 施行하고 있던 것을 法律에 明示하고자 하는 것임.”[15]이라는 내용이 포함되어 있다. 금융거래자료는 영장에 의하는 경우에도 강제집행의 방식에 의하는 것이 아니라 “거래정보 등의 제공을 요구”하는 방식으로 제공이 이루어지고 있다는 표현, “범죄수사상의 편리”를 위해 거래정보를 관리하는 본점에서도 조회가능하도록 하는 표현 등을 보면 법관의 영장은 금융기관에서 자료를 수사기관에 제공할 수 있는 정당성을 부여해 주는 것일 뿐, 수사기관에서 강제력을 동원하여 금융기관의 서버를 수색 후 압수하는 방식이 아니라는 점에 주목해야 한다. 이러한 특성으로 인해 금융거래에 대한 추적 수사가 임의수사라는 주장까지 있다.[16]

수사실무상 사업자가 보관하고 있는 데이터는 압수수색과 같이 직접적인 강제력을 행사하여 취득하는 것이 아니라 데이터를 보관하는 사업자 동의에 의해 취득하게 되며 이 경우 데이터 관리자의 협조가 필수적인 요소가 된다. 결국, 자료의 요구나 제공이 임의적인 이상 형사소송법에서 규정하고 있는 것과 같이 압수수색 시 건정을 열거나 개봉 등 처분을 한다든지(제120조), 야간집행을 제한한다든지(제125

15) 금융실명거래및비밀보장에관한법률안 검토보고, 1997.7, 6면

16) “금융거래 추적 수사는 그 과정에서 대상자에게 물리적 강제력을 행사하는 것은 아니기 때문에 임의수사에 해당된다는 견해이다. 이는 강제수사의 의의와 관련하여 물리적 강제력의 유무를 기준으로 하는 입장에 선 견해이다. 이 견해에 따르면 원칙적으로 포괄영장이 허용될 가능성이 커질 것이고, 영장 관련 업무가 좀 더 탄력적으로 운용될 것이다.”; 고은석, “수사기관의 금융거래 추적 수사와 영장주의의 예외”, 법조 제58권 제7호, 2009, 140-141면

조), 집행 중지 시 장소를 폐쇄하거나 간수자를 둔다든지(제127조) 압수한 목록을 교부하는 등(제129조)의 규정들은 적용될 여지가 없게 된다.

나. 데이터 사본의 제출

수사기관이 직접 감청하는 경우를 제외하고 사업자가 보관하는 데이터에 대한 취득은 일반적인 압수수색에서의 압류와 달리 원본 데이터가 가공된 형태의 문서사본, 이메일, 모사전송 등의 방법으로 수사기관에 제공된다. 특히, 거래사실에 관한 데이터의 경우 형사소송법 제315조에 따라 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당하여 증거능력을 인정받기 위해 원본과 사본 사이의 무결성을 증명한다든지 관리연속성을 증명하여야만 하는 성질의 것도 아니다.

이러한 방식의 데이터 취득에 의해 침해되는 것은 개인정보주체의 개인정보자기결정권 또는 사생활의 비밀이어서 유체물을 전제로 적용되는 형사소송법 상 몰수, 가환부, 환부 등의 규정도 개입될 여지가 없다. 다만, 통신비밀보호법에는 폐기 등에 관한 특별한 규정이 존재하는데 사본으로서의 데이터에 관하여는 유체물에 적용되어 왔던 형사소송법의 규정을 그대로 적용할 것이 아니라 통신비밀보호법과 같은 특별규정의 마련을 통해 통제장치를 강구하는 것이 바람직하다.

다. 자료요구, 자료제공 로그의 기록

전기통신사업법 제83조는 전기통신사업자가 통신자료제공을 한 경우에는 해당 통신자료제공 사실 등 필요한 사항을 기재한 대장과 자료제공요청서 등 관련 자료를 갖추어 두어야 하며 이에 대한 현황을 과학기술정보통신부장관에게 보고하도록 하고 있으며 통신비밀보호법 제13조는 수사기관이 통신사실 확인자료제공요청사실 등 필요한 사항을 기재한 대장과 통신사실 확인자료제공요청서 등 관련자료를 소속기관에 비치하고 전기통신사업자는 자료제공현황 등을 과학기술정보통신부장관에게 보고하고, 해당 통신사실 확인자료 제공 관련자료를 7년간 비치하도록 규정하고 있으며 금융실명제법 제4조의3은 거래자료 등을 제공한 경우에는 금융위원회가 정하는 표준양식으로 기록·관리하도록 규정하고 있다.

사업자가 보관하는 데이터의 취득을 위해서는 통신자료제공요구서, 통신사실확인자료제공 허가서, 금융위원회가 정하는 표준 압수수색영장이 수사기관의 신분증명서와 함께 모사전송 등으로 제공되며 사업자 등이 제공한 데이터의 사본을 비롯하여 해당 자료의 송수신 로그가 수사기관 및 사업자에게 모두 남겨질 뿐만 아니라 앞서 설명한 법령에 따라 이를 법적으로 보관해야 할 의무가 있고 사후에 감사 등을 받는 등 자료의 요구와 제공에 관한 모든 사항이 통제·관리되고 있다.

결국 이러한 로그의 기록은 일반적인 압수수색영장의 집행에 비하여 구체적이고 상세한 집행의 과정이 기록됨으로써 일반 영장의 집행에서 요구되는 압수목록의 교부나 압수수색 조서의 작성 등이 불필요하게 된다. 데이터 소유자의 개인정보자기결정권 등을 실질적으로 보호하기 위해서는 영장 및 허가서와 같이 법관의 사전심사를 거치도록 하는 것뿐만 아니라 사후 관리, 통제와 감사 등의 방법이 바람직하며 유체물의 압수수색에 적용되는 형사소송법 규정의 엄격한 적용만이 능사는 아니다.

라. 관계자 참여 필요성의 부재

형사소송법 제121조는 영장집행에 검사, 피고인 또는 변호인 등 당사자의 참여권을 규정하고 제123조는 압수수색영장 집행 장소의 책임자, 간수자 등의 참여에 관하여 규정하고 이를 수사기관의 압수수색에 준용하는 규정을 두고 있다.

제123조에 따른 책임자 등 참여와 관련하여, 데이터를 보관하는 전기통신사업자 등은 영장 또는 허가서 등의 내용에 근거하여 관련 자료를 전기통신사업자 등이 직접 발췌하여 제공하기 때문에 수사기관이 압수수색영장 집행 현장에서 참여자 등을 두는 상황이 존재하지 않게 되며 통신자료에 대한 영장의 집행, 금융거래정보에 대한 영장의 집행 시 수사실무 상 제121조에 규정된 당사자 등에게 통지하지 않아 왔을 뿐만 아니라 각 사업자의 본점 전산실 등에서 자료를 검색, 발췌하는 현장에 피의자 등을 참여시킬 방법 또는 의미가 현실적으로 없다.

아울러, 금융거래자료의 제공 후 금융기관 종사자가 계좌 명의인에게 통지하는 규정[17], 이메일 등 전자우편에 대한 압수수색 시 대상이 된 가입자에 대한 통지 규정[18]은 압수수색 등 당시에 가입자 등 관계자의 참여가 없음을 전제로 마련된 것들

이다.

영장주의의 적용을 받게 된 통신사실확인자료의 제공에 관하여는 근본적으로 피의자나 참여자의 참여가 전제되지 않고 있다는 점을 주목해야 하며 사업자가 보관하는 거래사실에 관한 데이터를 취득하는 것에는 차이가 없음에도 불구하고 압수수색영장에 의한 취득의 경우에만 형사소송법 제121조와 제123조를 엄격히 적용하여 사업자의 데이터 추출 현장에 피의자 등을 참여시킬 필요성이 있는지 의문이다.

3. 시사점

사업자가 보관하는 데이터의 무분별한 취득을 방지하기 위해 법관의 심사를 받도록 하여 요구와 제공을 엄격히 해 놓은 것을 제외한다면, 사업자가 업무상 보관하고 있는 데이터를 수사기관에 제공하는 방식은 종전과 다를 바가 없다. 사실상 사업자의 협조에 의해 자료를 제공받는 관행은 오히려 종전의 강제집행 방식에 비하여 요구와 제공에 관한 근거자료들이 보관, 관리되고 있으며 수사기관이 무관한 데이터를 수색하여 필요한 데이터를 취득하는 것이 아니라 사업자가 허가서와 영장에 기재된 사항만을 선별하여 제공하는 등 유체물에 대한 압수수색보다 그 침해가 경감된 것이 사실이다.

유체물에 적용된 압수수색 관련 규정을 엄격히 적용하기 보다는 데이터 취득의

---

17) 금융실명제법 제4조의2(거래정보등의 제공사실의 통보) ① 금융회사등은 명의인의 서면상의 동의를 받아 거래정보등을 제공한 경우나 제4조제1항제1호·제2호(조세에 관한 법률에 따라 제출의무가 있는 과세자료 등의 경우는 제외한다)·제3호 및 제8호에 따라 거래정보등을 제공한 경우에는 제공한 날(제2항 또는 제3항에 따라 통보를 유예한 경우에는 통보유예기간이 끝난 날)부터 10일 이내에 제공한 거래정보등의 주요 내용, 사용 목적, 제공받은 자 및 제공일 등을 명의인에게 서면으로 통보하여야 한다.

18) 통신비밀보호법 제9조의3(압수·수색·검증의 집행에 관한 통지) ① 검사는 송·수신이 완료된 전기통신에 대하여 압수·수색·검증을 집행한 경우 그 사건에 관하여 공소를 제기하거나 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 수사대상이 된 가입자에게 압수·수색·검증을 집행한 사실을 서면으로 통지하여야 한다. ② 사법경찰관은 송·수신이 완료된 전기통신에 대하여 압수·수색·검증을 집행한 경우 그 사건에 관하여 검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분의 통보를 받거나 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에 수사대상이 된 가입자에게 압수·수색·검증을 집행한 사실을 서면으로 통지하여야 한다.

현실을 반영하여 합리적인 적용과 해석을 할 필요가 있으며 개인정보자기결정권의 보호에 방점을 두기 위하여 전기통신사업법, 통신비밀보호법, 금융실명제법 등에서 정하는 사후 통제 방식을 일반적 압수수색영장의 집행에도 적용할 필요성이 있다.

Ⅳ. 데이터 보관 사업자에 대한 영장집행 절차의 현실화

1. 피의자 참여권 통지의 생략

가. 피의자 참여권 통지의 생략에 관한 법원의 입장

서울중앙법원은 결정으로 "카카오톡에 대한 압수수색 집행 과정에서 피의자 또는 변호인에게 집행의 일시와 장소를 통지하지 않았고 통지의 예외 사유인 형사소송법 제122조의 '급속을 요하는 때'에도 해당하지 않는다며 해당 사건의 압수수색은 참여권을 보장하지 않아 위법하다."고 판단하였다.[19] 대법원은 이메일에 대한 압

19) 서울중앙지방법원 2016.2.18. 2015보6 준항고 결정

1. 사실관계

검찰은 2014. 5. 18. 열린 '세월호 참사 추모 침묵행진'을 기획한 혐의로 피의자인 준항고인을 수사하면서 준항고인의 카카오톡 대화내용 등을 확보하기 위해 카카오톡 서버에 대한 압수·수색을 실시한 후 2014. 11.경 준항고인을 '집회및시위에관한법률위반' 등으로 불구속기소하였다.

준항고인은 불구속기소된 이후 뒤늦게 카카오톡 대화내용의 압수수색 사실을 알게 되었고, 이에 준항고인은 검찰이 압수수색 사실을 미리 알려 주지 않아 참여권을 보장하지 않았고, 집행 당시 영장 원본을 제시하지도 않았으며, 압수목록도 교부하지 않았고, 범죄혐의와 관련 없는 카카오톡 대화내용도 모두 압수하였다는 이유로 서울중앙지방법원에 위 압수·수색 처분은 위법하므로 취소하여 달라는 내용의 준항고를 제기하였다.

2. 결정의 요지

준항고 법원은 이 사건 압수·수색의 위법성에 대하여, "피의자 등에게 압수·수색영장 집행과정에 참여권을 보장한 것은 압수·수색 집행의 절차적 적법성을 확보하여 영장주의를 충실하게 구현하기 위한 것인데, 피의자 등에게 참여권이 보장되지 않았다면 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색은 위법하다.", "특히 형사소송법 제122조 단서의 '급속을 요하는 때'에 해당하는지 여부와 관련하여, '급속을 요하는 때'란 '압수·수색영장 집행사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수·수색의 실효를 거두기 어려운 경우'를 의미하는데, 압수·수색의 대상인 카카오톡 대화내용는 주식회사 카카오톡의 서버에 보관 중으로 피의자 등이 접근하여 관련 정보를 은닉하거나 인멸할 수 있는 성실의 것이 아니고, 수사기관은 영장이 발부된 후 이틀이 지나 압수·수색을 실시하여 급박하게 이루어 진 것으로 볼 수 없다고 보아 예외 사유에도 해당하지 않는다."고 판단하였

수수색영장을 집행하면서 피의자에 대한 사전통지를 결략한 사안에서 "형사소송법 제122조의 급속을 요하는 때라 함은 압수수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수수색의 실효를 거두기 어려울 경우를 의미한다."고 판단하였다.[20]

나. 재판상 압수수색과 수사상 압수수색의 차이

법원의 압수수색에서는 피고인이 당사자로써의 지위를 가지는 반면, 수사 중 피의자는 수사의 대상일 뿐만 아니라 경우에 따라서는 피의자가 특정되지 않은 경우도 있으며 피의자가 특정된 경우라도 수사의 밀행성이 유지되어야 할 필요성도 존재한다.

수사의 밀행성을 차치하고서라도 법원의 압수수색에서는 당사자에게 반대신문의 기회를 제공해야 하나 수사기관의 압수수색을 통해 취득한 증거는 공판정에서 다시 한 번 증거능력을 인정받아야 하는 문제가 남아 있고 이 때 비로소 당사자에게 반대신문의 기회가 보장될 수 있기 때문에 법원의 압수수색과 수사 중의 압수수색을 만연히 같게 취급해서는 안 된다.

다. 당사자 참여 규정의 취지와 통지 생략의 가능성

대법원은 피의자 또는 참여권자의 참여, 영장의 제시 등 형사소송법의 취지는 "영장주의에 의한 적법한 집행을 확보하고, 피압수자 측의 사생활의 비밀과 자유,

---

다. 나아가 압수·수색 처분을 취소할 지 여부에 대하여, "수사기관의 증거수집 과정에서 영장주의 등 절차적 적법성을 확보하고 국민의 기본권을 보장하여야 할 필요와 실체적 진실 규명의 요청을 비교, 형량하여 참여권을 보장하는 취지, 급속하게 집행될 사유가 없었던 사정, 압수·수색으로 확인한 자료가 준항고인의 내밀한 사생활의 비밀에 속하는 사정 등에 비추어 압수·수색 영장의 원본의 제시, 압수물 목록 교부, 피의사실과의 관련성 등 준항고인의 나머지 주장에 대하여 더 나아가 살펴 볼 필요없이 이 사건 압수·수색의 취소는 면할 수 없다"고 결정하였다.

20) "수사기관이 이 사건 이메일 압수·수색영장 집행 시 급속을 요하는 때에 해당한다고 보아 사전통지를 생략한 것이 위법하다는 피고인들의 주장을 배척한 제1심판결을 그대로 유지한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 압수·수색영장 집행이나 위법수집증거배제법칙에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다."; 대법원 2012.10.11. 선고 2012도7455 판결

주거의 자유, 경제활동의 자유 등과 같은 기본적 인권을 보호하기 위한 것"이며 특히 피의자 등의 참여권에 대해서는 "수사기관의 압수·수색에 피의자 또는 변호인, 책임자 등의 참여를 보장하는 형사소송법 제219조, 제121조, 제123조의 규정이 영장에 의한 적법한 압수·수색을 사전에 실효성 있게 확보하기 위한 제도적 수단으로서 중요하게 작용할 수 있다. 수사기관이 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 피압수자 측에게 참여의 기회를 주지 않게 되면 수사기관은 무관정보를 제한 없이 취득할 수 있게 되어 압수·수색의 대상을 유관정보에 한정한 영장의 적법한 집행을 확보할 수 없게 된다."고 판시하고 있다.[21)]

디지털 증거와 관련하여 증거능력상 진정성 문제가 다투어지므로 피의자나 소유자를 참여하게 하고 확인을 받는 절차를 거치면 향후에 다툼의 소지를 없앨 수 있어 소송진행을 원활히 할 수 있고, 나아가 검색과정이 복잡할 때 소유자의 도움을 받을 수 있어서 편리할 수도 있다. 그러나 이러한 편리를 도모하기 위해 수사기관이 임의로 피의자나 소유자를 참여하게 할 수는 있겠지만 참여가 피의자의 권리는 아니라는 의견[22)]도 있다.

대법원의 의견은 강제집행이 필요한 압수수색영장 집행의 상황에는 적합하지만 앞서 살펴본 바와 같이 사업자가 보관하는 데이터에 대한 취득에 있어서는 "피압수자 측의 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유, 경제활동의 자유 등의 침해상황", "무관정보를 제한 없이 취득할 수 있는 상황"이 발생하지 않기 때문에 당사자 참여의 필요성이 현저히 경감되며 사실상 사업자가 압수수색영장에 기재되어 있는 자료를 선별 할 때 선별 현장에 피의자 등이 참여하는 것도 현실적으로 어렵다.

라. 제219조 준용규정의 적정성 판단

형사소송법 제121조, 제122조[23)]는 제1편 총칙 제10장 법원의 압수수색에 관한

21) 대법원 2015.7.16. 2011모1839 전원합의체 결정

22) 이완규, "디지털증거 압수수색과 관련성 개념의 해석", 법조, 2013, 150면

23) 제121조(영장집행과 당사자의 참여) 검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.
제122조(영장집행과 참여권자에의 통지) 압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.

장에 위치하며 수사기관의 압수수색에 대해서는 제2편 제1심 제1장 수사 부분에서 제219조[24]에 의해 제121조, 제122조를 준용하는 방식을 채택하고 있다.

그런데 형사소송법 제121, 122조를 수사과정에 적용할 경우 수사비밀의 사전 누설 및 압수물의 인멸, 은닉을 초래할 위험이 있을 뿐만 아니라 피의자의 도주 등으로 피의자의 참여를 기대하기 어려운 경우 및 수사 초기 단계로서 피의자가 확정되지 아니한 경우에는 통지가 현실적으로 불가능하다는 문제도 있다.[25]

법원의 사정은 수사기관과 다르다는 점에도 유의해야 한다. 법원은 이미 관련 증거가 확보되어 재판 중에 있기 때문에 수사의 밀행성이 결부될 필요가 없다.[26] 현실과 맞지 않는 동 규정은 형사소송법이 공소제기 이후 법원이 강제처분을 하는 상황을 예상하여 조문을 규정한 후 수사상의 압수수색에 관하여 이를 준용하는 입법형식을 취하고 있기 때문에 발생한 오류로 보인다.

우리와 유사한 조문체제를 가지고 있는 일본은 법원의 압수단계에서 인정되는 당사자 참여권을 수사절차에는 준용하지 않고 있다.[27] 일본형사소송법 제113조는 입회권과 입회통지의무를 부과하고 있는데 수사기관에 이를 준용하는 제222조는 제

---

24) 제219조(준용규정) 제106조, 제107조, 제109조 내지 제112조, 제114조, 제115조제1항 본문, 제2항, 제118조부터 제132조까지, 제134조, 제135조, 제140조, 제141조, 제333조제2항, 제486조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다. 단, 사법경찰관이 제130조, 제132조 및 제134조에 따른 처분을 함에는 검사의 지휘를 받아야 한다.

25) 박혁수, "디지털 정보 압수수색의 실무상 쟁점", 형사법의 신동향 통권 제44호, 2014.9, 94면

26) 김기준, "수사단계의 압수수색 절차 규정에 대한 몇 가지 고찰", 형사법의 신동향 통권 제18호, 2009, 4면

27) 일본형사소송법 제113조 ① 검찰관·피고인 또는 변호인은 압수장 또는 수색장의 집행에 입회할 수 있다. 단 신체의 구속을 받고 있는 피고인은 그러하지 아니하다.
② 압수장 또는 수색장의 집행을 하는 자는 미리 집행의 일시 및 장소를 전항의 규정에 의하여 입회할 수 있는 자에게 통지하여야 한다. 단 이들이 미리 재판소에 입회하지 아니하는 의사를 명시한 경우 및 급속을 요하는 경우에는 그러하지 아니하다.
③ 재판소는 압수장 또는 수색장의 집행에 대하여 필요한 때에는 피고인을 이에 입회하도록 할 수 있다.
제222조 ① 제99조, 제100조, 제102조 내지 제105조, 제110조 내지 제112조, 제114조, 제115조 및 제118조 내지 제124조의 규정은 검찰관·검찰사무관 또는 사법경찰직원이 제218조, 제220조 및 전조의 규정에 의하여 하는 압수 또는 수색에 대하여, 제110조, 제112조, 제114조, 제118조, 제129조, 제131조 및 제137조 내지 제140조의 규정은 검찰관·검찰사무관 또는 사법경찰직원이 제218조 또는 제220조의 규정에 의하여 하는 검증에 대하여 이를 준용한다. 단 사법순사는 제122조 내지 제124조에 규정된 처분을 할 수 없다.

113조를 준용하지 않도록 규정하고 있다. 이에 비해 우리의 형사소송법은 제121조와 제122조에서 참여권과 통지의무를 규정하고 제219조에서 '제118조부터 제132조까지' 포괄적으로 준용하고 있어 준용에서의 오류일 가능성이 존재한다.

1949년 형사소송법요강안과 법제편찬위원회의 심의에서 "형사소송법의 편찬은 현행 형사소송법규(의용형사소송법을 의미함)를 참고로 하여 민주주의적 형사재판제도를 확립도록 제정할 것"으로 가결하여[28] 제정 형사소송법이 일본의 형사소송법을 기초로 하였음이 확인된다.

1954년 형사소송법초안[29]은 현행 제121조와 제122조에 대응하는 규정을 제117조 및 제118조에 규정하고 제222조에서 이를 수사기관의 압수수색에 준용하도록 작성하였는데 형사소송법안에 대한 독회에서 법제사법위원장 김정실은 "초안에 있어서는 공판중심주의를 철저화시켜 모든 증거 그것이 증거물이거나 증거서류이거나를 막론하고 공판정에 제출케 하여 피고인에 비판의 기회를 부여하고 증인신문, 압수수색에 있어서의 피고인의 참여권과 반대신문권이 인정되고 자백만으로써 유죄의 판결을 받지 않도록 한 것입니다."라고 발언[30]함으로써 압수수색에 있어 피고인의 참여권은 공판중심주의의 철저화를 위한 것이라는 점을 명백히 하였다. 이외에 우리 제정형사소송법에서 어떠한 이유로 압수수색에서 피고인 또는 변호인에 대한 통지규정을 수사에 준용하게 되었는지 그 근거는 찾을 수 없다.

수사단계에서 피의자는 공판에서의 당사자와는 다른 지위를 가지며 피의자가 특정되지 않은 사건에서의 압수수색에서는 통지의 대상도 불명확하며 그간 사업자 보관 데이터에 대한 압수수색에서 피의자에 대한 통지가 생략되고 있었던 점, 피의자에 대한 금융거래자료를 압수한 경우 피의자에게 사후 통지가 이루어지며 이메일

28) 신양균 편저, 형사소송법 제개정 자료집(상), 한국형사정책연구원, 2009, 15면

29) 제117조 검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.
제118조 압수 및 수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 그러나 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 그러하지 아니하다.
제210조 제104조, 제105조, 제107조 내지 제110조, 제112조, 제113조제1항 전단 제2항, 제115조 내지 제130조, 제135조, 제136조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다. 그러나 사법경찰관이 제127조 내지 제129조의 규정에 의한 처분을 함에는 검사의 지휘를 받어야 한다.

30) 신양균 편저, 형사소송법 제개정 자료집(상), 한국형사정책연구원, 2009, 149면

등에 대한 압수수색에서도 사후 통지를 해야 한다는 점은 압수수색에 있어서 피의자 또는 변호인에게 사전 통지해야 한다는 규정과 걸맞지 않거나 상호 모순된다.

피고사건에 있어서 법원은 중립적인 제3자의 지위에 있으며 검사와 피고인은 당사자로써 법원의 압수수색검증에 참여하는 것이 적합하고 피고인에게 증거보전이나 증인신문에의 참여권이 인정되는 것과 맥락을 같이 한다. 이러한 참여권은 압수수색 장소에서 책임자, 주거주의 참여와는 그 맥락을 달리하는 것으로 우리 제정 형사소송법의 모델이 되었던 일본 형사소송법의 경우 수사기관의 준용규정에서 유독 피고인의 참여권 부분만을 수사에서는 준용하지 않는 구조를 택하고 있다. 반면, 압수수색에서 책임자, 주거주, 간수자 등을 참여시키는 규정[31]은 수사기관에서 그대로 준용하고 있다는 점은 일본형사소송법이 법원의 압수수색에서 피고인의 참여권을 보장하는 조항을 수사에는 준용하지 않겠다는 의사를 명백히 한 것이다.

독일의 경우도 압수수색 시 피의자나 변호인의 참여권을 보장하지 않고 미국의 경우 압수수색에 대한 피의자, 변호인의 참여권을 보장하는 판례나 입법이 발견되지 않고 오히려 압수수색 장소의 점유자 참여권도 보장되지 않는다.[32]

피의자에 대한 사전 통보는 피의자가 피압수 대상물 즉, 증거를 은닉하거나 훼손, 멸실할 가능성을 높이고 압수의 효과를 담보할 수 없게 한다. 즉, 사전 통보는 수사의 밀행성과 신속성 그리고 압수, 수색의 실효성에 대립되는 규정이다.[33]

수사기관에서 압수수색영장집행 시 피의자 등에게 통지하고 집행에 참여권을 부여한 형사소송법 제219조 준용규정은 수사의 밀행성 보장의 취지와도 모순될 뿐만 아니라 법제정의 연혁을 보더라도 일본의 형사소송법을 차용하는 과정에서 잘못 규정되었을 가능성을 부정할 수 없다. 또한 우리 형사소송법이 우편 서비스 제공자가

31) 일본형사소송법 제114조 ① 공무소 내에서 압수장 또는 수색장의 집행을 할 때에는 그 長 또는 그를 갈음할 자에게 통지하여 그 처분에 입회하도록 하여야 한다.
② 전항의 규정에 의한 경우를 제외하고 사람의 주거 또는 사람이 간수하는 저택, 건조물 또는 선박 내에서 압수장 또는 수색장을 집행할 때에는 住居主나 간수자 또는 이들을 갈음할 사람을 이에 입회하도록 하여야 한다. 이들을 입회하도록 할 수 없을 때에는 이웃사람 또는 지방공공단체의 직원을 입회하도록 하여야 한다.

32) 김기준, “수사단계의 압수수색 절차 규정에 대한 몇 가지 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제18호, 2009, 4-5면

33) 강구민·김창우·오경식, “압수수색영장 집행에 있어 참여권자에 관한 소고”, 법학논집 제22편 제2호, 2015, 532면

보관하는 우체물에 대한 압수의 경우 발신인이나 수신인에게 그 취지를 통지하게 한 것, 이메일과 같은 전기통신에 대한 압수수색을 했을 경우 당사자에게 통지할 수 있는 제도를 통신비밀보호법에 신설함으로써 데이터 소유자에 대한 사후통지제도를 둔 것은 사전 통지 또는 참여를 배제한 것이므로 제219조 준용규정을 적용할 여지가 없게 된다. 따라서 본질적으로는 제219조 준용규정을 개정할 필요가 있으며 개정 이전이라도 사업자가 보관하는 데이터에 대한 압수수색영장의 집행에 있어서는 제219조, 제121조, 제122조를 엄격하게 적용하지 않아야 한다.

2. 영장의 사본제시

가. 모사전송에 의한 영장집행에 관한 법원의 입장

서울중앙지방법원은 2014고단4122 사건에서 "수사기관이 압수한 카카오톡 대화기록은 압수·수색 당시 카카오톡에 압수·수색 영장의 원본을 제시하지 않았고 팩스로 보냈으며 사후에도 영장의 원본을 제시하지 않았으며, 압수·수색 영장 집행후 압수물 목록도 교부하지 아니하여 카카오톡 대화기록은 위법수집 증거이므로 증거능력이 인정되지 않는다."고 판시하였다.[34)]

대법원은 수사기관이 금융거래자료와 이메일에 대한 영장을 모사전송의 방법으로 집행한 사건에서 “영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시되어야 하고(형사소송법 제219조, 제118조[35)]), 압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.”[36)]고 판결하였고 이메일에 대해 모사전송의 방법으로 영장을 집행한 사안에서 “수사기관

34) https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=99212 (2020.2.24. 검색)
35) 형사소송법 제118조(영장의 제시) 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.
36) 대법원 2019.3.14. 선고 2018도2841 판결

은 위 압수수색영장을 집행할 당시 공소외 1 주식회사에 팩스로 영장 사본을 송신한 사실은 있으나 영장 원본을 제시하지 않았고 또한 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 이를 피압수·수색 당사자에게 교부하였다고 볼 수도 없다고 전제한 다음, 위와 같은 방법으로 압수된 위 각 이메일은 헌법과 형사소송법 제219조, 제118조, 제129조가 정한 절차를 위반하여 수집한 위법수집증거로 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없고, 이러한 절차 위반은 헌법과 형사소송법이 보장하는 적법절차 원칙의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다."고 판결하였다.

나. 수사기관의 영장집행 관행

수사기관은 1990년대 후반부터 업무의 효율성을 제고하기 위해 금융, 통신사 등을 대상으로 모사전송과 전자우편을 이용해 영장을 제시하였고 지난 20년 동안 아무런 탈없이 운영되어 왔다.[37]

전자적 제시는 수사의 신속성, 효율성 그리고 밀행성을 보장하고 집행현장에서 당사자 간에 마찰을 최소화 할 수 있어 적극 활용되고 있다. 경찰청의 통계에 따르면 영장의 전자적 제시 건수가 물리적 전자 제시 건수를 이미 넘어섰다. 2017년 금융영장 신청건수(116,889건)는 전체 압수수색영장 신청건수(203,977건) 중 57.3%를 차지할 정도이다.[38]

모사전송 등의 방법으로 영장을 집행할 때 수사관은 집행하는 사람이 누구인지를 알리기 위해 신분증 사본을 함께 전송하고, 이를 접수받은 곳에서는 수사관의 신분을 가진 사람이 진정하게 성립된 영장의 사본을 전송하였다고 판단하면 영장에 기재된 사항을 조회하여 수사기관에 회신한다. 이때, 모사전송, 이메일(e-mail) 혹은 CD, DVD, USB 등의 이동식 저장매체를 통해 회신을 하게 되는데, 가입자 정보 등 압수하는 데이터의 양이 적은 경우 모사전송 방법으로 회신되기도 하지만, 대량의 데이터가 회신되는 이메일 정보, 통화 내역, 기지국 정보, 로그 기록 등은 파일 형식으로 이를 요청한 수사관의 이메일로 전송해주는 것이 대부분이다. 위와 같이 사업자가 보관하는 데이터를 회신 받은 수사관은 회신받은 데이터를 출력하여 수사

37) 김기범, "압수수색영장의 전자적 제시에 관한 연구", 경찰학연구 제18권 제2호, 2018.6, 150면
38) 김기범, "압수수색영장의 전자적 제시에 관한 연구", 경찰학연구 제18권 제2호, 2018.6, 151면

기록에 첨부하여 이를 송치해 왔다.[39] 수사실무 상 영장의 집행과 자료를 제공받는 과정 전체는 일반적인 압수수색과 전혀 다른 모습을 하고 있다.

다. 모사전송에 의한 영장집행의 연혁과 성질

통신사실확인자료를 취득하기 위해서 법관의 허가서가 필요함에도 불구하고 이의 집행은 모사전송의 방식에 의한다. 이는 2005년 통신사실확인자료의 승인주체가 법원의 허가사항이 됨에 따라 정보통신부의 '통신비밀 보호업무 처리지침'이 제정되었고 동 지침에 따라 모사전송에 의한 요청을 하고 있다. 금융거래자료를 요구하기 위한 압수수색영장의 집행에 관하여 금융실명거래업무해설은 "금융정보제공을 요구할 때 금융위원회가 정하는 표준양식에 의하여 팩스로 요청할 수 있다."라고 설명한다.[40] 법관의 심사를 통하여 영장주의의 적용을 받게 되었다는 통신사실확인자료의 경우 모사전송에 의한 집행을 허용하면서 사실상 자료의 요구와 제공의 방식이 다르지 않은 금융거래자료나 이메일 자료의 압수수색에는 이를 허용하지 않는 것은 균형에 맞지 않다.

1993. 8. 12 시행된 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령[41] 재무위원회에서 "비밀보장을 어떻게 일반 국민에게 확신시켜 줄 수 있는가 하는 점은 바로 실명제를 성공적으로 정착시킬 수 있는 관건이라고 말할 수 있습니다. 금융정보 자료제공에 대한 한계를 보다 명확하게 명시하거나 금융기관이 다른 국가기관으로부터 부당한 자료제공 요청을 거부할 수 있는 법적 제도적 장치를 강화해야 한다고 봅니다."라는 질의내용에 대해 재무부장관은[42] "정부도 금융실명제를 성공적으로 정착시키기 위해서는 금융거래정보에 대한 비밀보장이 무엇보다도 중요하다고 생각되어서 그 보완대책을 강구하였습니다. 먼저, 이번 긴급명령의 제목을 금융실명거

39) 이정희·김지현, "제3자 보관 디지털 증거의 압수 관련 문제점 및 개선방안 연구", 디지털포렌식연구 제8권 제1호, 2014, 87면

40) (나. 정보제공 요구방법(실명법 제4조제2항) (1) 다음 각호의 사항을 기재한 금융위원회가 정하는 표준양식(금융위원회고시(2009-49호): 72~75쪽 참조)에 의하여 요구하는 경우에 정보제공 가능(FAX요청시도 가능); 은행연합회, 금융실명거래 업무해설, 2016.8, 46면

41) 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령 [시행 1993. 8. 12.] [대통령긴급재정경제명령 제16호, 1993. 8. 12., 제정]

42) 제14대 국회 163회 1차 재무위원회 국회회의록

래및비밀보장에관한긴급명령으로 해서 정부의 비밀보장에 대한 정책의지를 분명히 하였습니다. 또한 금융거래정보는 예금주의 동의없이는 원칙적으로 요구하거나 제공되지 못하도록 하고 법원의 제출명령, 조세에 관한 법률에 의한 조사, 금융감독검사에 필요한 경우 법률에 의해서 불특정 다수인에게 공개가 인정되어 제공하는 경우에 한해서만 예외적으로 금융정보가 제공되도록 하되 이 경우에도 필요한 최소한의 범위내에서 문서에 의해서 특정 점포별로 요구하도록 하고 부당한 정보제공요구를 받는 경우에도 금융기관이 이를 거부하도록 의무화하였습니다."라고 답변하였다.

금융거래자료는 강제집행에 의한 압류의 개념이 아니라 그간 공문 등에 의해 쉽게 제공되던 관행을 개선하여 금융거래의 비밀을 보장하는 것이 법의 취지이며 "문서에 의해" 자료를 요구하도록 하고 이러한 문서의 방식에 대해서 금융기관 연합회가 정하여 모사전송집행을 허용하였다면 이러한 방식도 제시의 개념에 포함시켜야 함이 타당하다.

형사소송법 제118조의 입법취지는 법관이 발부한 영장없이 압수수색을 하는 것을 방지하고 압수수색영장에 기재된 물건, 장소, 신체에 대해서만 압수수색을 하도록 하려는 것을 보장하는데 있다.[43] 영장의 제시라는 일정한 형식을 거치도록 함으로써 수사기관이 행하는 강제처분의 적법성을 시민에게 가시적으로 납득시킴과 동시에 수사기관의 강체처분 남용을 심리적으로 견제하는 이중의 효과가 있다.[44] 영장을 피처분자에게 제시할 것을 요구하고 있는 취지는 피처분자로 하여금 압수수색의 이유와 범위를 포함한 그 내용을 알게 함으로써 개인의 프라이버시와 재산권의 침해를 최소화하면서 절차의 명확성과 공정성을 담보하기 위함으로 해석할 수 있다.[45] 그러나 사업자가 보관하는 데이터에 대한 압수수색의 경우 오프라인에서의 책임자, 주거주 또는 소지자, 소유자, 보관자의 지위는 데이터를 보유한 사업자가 될 것이고 자료를 제공하는 주체인 사업자와 합의된 방법으로 제시된다면 제118조의 취지에 부합한다고 해석하여야 한다.

---

43) 이영돈, "수사상 압수수색영장의 제시", 경찰법연구(제11권 제1호), 2013, 224면

44) 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 230면

45) 강구민·김창우·오경식, "압수수색영장 집행에 있어 참여권자에 관한 소고", 법학논집 제22편 제2호, 2015, 531면; 민영성, "압수수색영장의 집행에 있어서 '필요한 처분'과 영상사전제시 원칙의 예외", 인권과 정의 제357호, 대한변호사협회, 2006, 96면

라. 사본에 의한 제시의 허용성 판단

사업자가 보관하는 데이터의 취득을 목적으로 하는 압수수색은 모사전송에 의한 영장의 제시를 통해 자료를 요구하고 사업자 측은 사본의 형태로 자료를 제공하기 때문에 일반적인 압수수색에서와 같이 압류에 해당하는 행위와 수색에 해당하는 행위가 없음에도 불구하고 법원이 모사전송에 의한 영장의 제시가 "기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 행위"라고 판단한 것은 쉽게 납득하기 어렵다.

모사전송에 의한 영장의 집행은 정보통신의 발달에 따라 비로소 가능하게 된 것이다. 오히려 강제력을 행사하는 일반적인 방법에 비하여 덜 침해적인 비대면, 사본 제시 방법은 허용될 필요가 있음에도 통신비밀보호법을 제외하고 대부분의 법률에서 이에 대한 명시적 근거를 두지 않고 있어[46] 아쉬울 뿐이다.

사업자가 보관하고 있는 데이터에 대한 영장의 집행에 있어 모사전송에 의한 방법은 당초 영장의 제시를 통해 구현하려는 제반 목적을 침해하는 바가 없으며 수사 효율성과 자료를 제공하는 사업자의 편의성에도 부합하고 영장의 사본이 모두 사업자에게 전송되어 사업자가 영장의 기재사항을 면밀히 검토할 수도 있기 때문에 허용여부를 적극 검토하여야 한다. 다만, 사본의 진위여부 등을 식별할 필요성이 있으며 사업자가 영장 사본의 진위여부를 다투면서 자료제공을 거부할 경우에는 진위를 입증하거나 원본을 제시하는 등의 방법을 취해야 한다.

3. 소결

피의자에게 참여권의 부여는 형사소송법 연혁으로 살펴보았을 때 잘못 준용되었을 가능성이 존재할 뿐만 아니라 수사의 밀행성에 대한 보장, 수사기관에서 압수수색한 증거는 공판정에서 다시 한 번 증거능력을 인정받아야 하므로 법원이 실시하는 압수수색에서 당사자에게 참여권을 보장해야 하는 것과 상황이 다르다는 점 등을 고려해야 한다. 특히, 사업자가 선별하여 제공하는 데이터의 취득에 관하여 형사

46) 김기범, "범죄수사에서 제3자 정보 요청에 관한 입법체계", 한국위기관리논집 Vol13 no8, 2017, 90면

소송법 제121, 122조를 엄격히 적용하는 것은 재고해 볼 필요가 있다. 따라서 위와 같은 점들을 반영하여 종국적으로는 형사소송법 제219조 준용규정을 개정하여 수사기관의 압수수색에서는 제121, 122조를 준용하지 않도록 하여야 한다.

영장을 모사전송 등의 방법으로 제시한 경우 사업자는 영장의 사본 및 영장을 제시한 수사관의 인적사항을 모두 저장할 수 있는 이점이 있고 영장에 기재된 사항만을 사업자의 판단에 따라 선별적으로 제공해 줄 수 있는 등 영장의 집행에 따른 기본권 침해 상황이 현저히 낮아진다. 또한, 영장주의의 적용을 받는 통신사실확인자료제공요청 허가서의 집행은 모사전송이 허용되고 있기 때문에 영장의 집행에 있어서만 엄격히 해석할 성질도 아니다. 따라서 임의제출의 방식과 다를 바 없이 진행되는 사업자 보관 데이터에 대한 압수수색에서는 영장의 제시를 사본에 의한 제시까지 허용할 수 있도록 해석하는 것이 바람직하다.

Ⅴ. 결론

종래 판례는 비진술증거인 증거물에 대해서는 압수절차가 위법하더라도 물건 자체의 성질과 형상에 변경을 가져오는 것이 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다고 하는 소위 성상불변론의 입장에 있었다가 2007년에 비로소 형사소송법에 제308조의2[47]를 신설하여 위법수집증거배제법칙을 명문화하였다.[48] 위법수집증거배제법칙을 통하여 적법절차를 준수하고 위법수사를 견제하고자 하는 것은 바람직하지만 사소한 절차위반까지 위법수사로 보아 수집된 증거의 증거능력을 배제한다면 국가의 형사소추역량에 지나친 제약이 가해지게 되고 실체적 진실발견에 지장을 초래할 수도 있기 때문에 형사소송법의 모든 절차를 엄격하게만 적용하는 것이 무조건 바람직하다고 단정할 수 없다.

특히, 사업자가 보관하고 있는 데이터의 취득에 관하여는 앞서 본고가 주장한 바와 같이 압수수색영장의 집행을 통해 침해되는 이익이 크지 않은 반면 수사의 밀행

47) 제308조의2 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

48) 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 1320면

성을 보장하고 그 효율성을 증대시키며 영장의 집행과정이 오히려 투명하게 유지되는 이익도 있기 때문에 유체물에 대해 강제력을 행사하면서 이루어지는 압수수색영장의 집행과는 다르게 평가하여야 할 것이다.

카카오톡 대화내용에 대한 압수, 이메일에 대한 압수, 통신자료제공요청허가서 등의 집행은 압수수색영장의 집행이라기보다는 실질적으로 법원의 자료제출명령과 더욱 유사함에도 불구하고 법원의 자료제출명령 규정은 수사기관에게 준용하지 않고 있다. 강제력을 행사하지 않은 데이터의 취득에 대해서는 법관의 심사를 받은 자료제출명령장 등의 제도를 도입하는 것도 본고에서 지적한 문제를 해결할 수 있는 대안이 된다고 생각한다.

또한 데이터에 관한 압수수색에서 기본권을 더욱 충실히 보장하기 위해서는 과거의 규정에 얽매이기보다는 통신비밀보호법이나 금융실명제법에서 규정하고 있는 사후통지제도, 관련 자료의 보관과 감사제도 등을 구체적으로 도입, 적용하는 방식으로 위법수사를 억제하는 방향의 입법이 이루어지기를 바란다.

참고문헌

[국내문헌]

신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014.

신양균 편저, 형사소송법 제개정 자료집(상), 한국형사정책연구원, 2009.

강구민, 김창우, 오경식, “압수수색영장 집행에 있어 참여권자에 관한 소고”, 법학논집 제22편 제2호, 2015.

고은석, “수사기관의 금융거래 추적 수사와 영장주의의 예외”, 법조 제58권 제7호, 2009.

김기범, “범죄수사에서 제3자 정보 요청에 관한 입법체계”, 한국위기관리논집, 2017.

김기범, “압수수색영장의 전자적 제시에 관한 연구”, 경찰학연구 제18권 제2호, 2018.

김기준, “수사단계의 압수수색 절차 규정에 대한 몇 가지 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제18호, 2009.

김혁, “제3자 보관 정보에 대한 압수수색 영장의 집행과 적정절차”, 형사정책연구, 2018.

민영성, “압수수색영장의 집행에 있어서 ‘필요한 처분’과 영장사전제시 원칙의 예외”, 인권과 정의 제357호, 대한변호사협회, 2006.

박혁수, “디지털 정보 압수수색의 실무상 쟁점”, 형사법의 신동향 통권 제44호, 2014.

이관희·김기범·이상진, “정보에 대한 독자적 강제처분 개념 도입 연구”, 치안정책연구 제26권 제2호, 2012.

이영돈, “수사상 압수수색영장의 제시”, 경찰법연구 제11권 제1호, 2013.

이완규, “디지털증거 압수수색과 관련성 개념의 해석”, 법조, 2013.

이정희·김지현, “제3자 보관 디지털 증거의 압수 관련 문제점 및 개선방안 연구”, 디지털포렌식연구, 2014.

A Study on the Realistic Plan of the Execution Procedure of Warrants against Operators Keeping Data

Lee, Kwan-hee* · Lee, Sang-jin**

In the past, investigative agencies have acquired contents or transaction logs kept by operators such as telecommunication data, telecommunications data, and financial transaction data in concert with a company that keeps data. However, the widespread requests for data from investigative agencies and reckless data provision by the operators caused concerns that the Right to Self-Determination of Personal Information would be violated, and there was also a need to protect it.

To acquire e-mail or financial data, the investigative agencies execute a search and seizure warrant, but the execution process of the warrant against the company who keeps the data is completely different from the compulsory enforcement procedures against property and place. Nevertheless, our court, while showing an attitude to strictly apply the rules that had been applied to the compulsory raids to less intrusive data acquisition, assesses that it is illegal to exclude suspects in the site of data acquisition or to execute warrants using fax.

Before the revision of the Criminal Procedure Act in 2007, there was a debate over whether to recognize the admissibility of evidence if an object illegally seized was worth the evidence. At that time, there were even arguments that minor procedural violations should be tolerated in order to discover the real truth. Therefore, the strict application of the Criminal Procedure Code provisions applied in the area of compulsory investigation, despite the fact that no force is exercised in acquiring the data held by the company, and the voluntary and transparent method

* Professor, Korean National Police University
** Professor, Korean University, Corresponding Author

is used, does not reflect any investigative practices regarding data acquisition.

After examining changes in data acquisition methods, characteristics, and the nature of the special laws related to them, the author will argue that it is not appropriate to apply the existing regulations of search and seizure warrants to the acquisition of data kept by the company.

Rather, what should be particularly emphasized in data acquisition is not the rigor of search and seizure procedures, but the right to self-determination of personal information should be properly protected. In addition, in order to protect it, we should focus on strengthening the management and supervision of data movement, and modifying the notice process for a party to personal information in the execution of search and seizure warrants, as detailed by the Protection of Communications Secrets Act or Act on Real Name Financial Transactions and Confidentiality.

❖ Key words: Notice of search and seizure warrant, Information, Data, Digital Evidence, Search and Seizure, shown a copy of a confiscation warrant, Fax Warrant, Electronic Warrant, Electronic Presentation

투고일 : 2월 26일 / 심사일 : 3월 25일 / 게재확정일 : 3월 25일