

역외 전자정보 수집과 국가관할권 행사의 합리성 이론: 미연방 ‘클라우드 법’의 제도적, 법이론적 기원에 대한 분석을 중심으로

조성훈*

국 | 문 | 요 | 약

미연방 ‘클라우드 법’은 데이터에 대한 국가기관의 통제범위라는 관점에서 새로운 도전을 제시하고 있다. 특히 역외 데이터수집, 테러나 사이버보안 등의 국제범죄 대응, 국제적 차원의 정보공유와 같은 형사정책 및 절차법적인 사항에 대한 새로운 쟁점을 제시하며, 최근 위와 같은 쟁점에 대하여 구체적인 검토도 이루어진 바 있다. 그러나 위 법에 대한 이론적 차원에서의 검토는 충분히 이루어지지 않은 것으로 보인다. 본 문헌에서는 클라우드 법의 제도적, 법이론적 기초를 상세히 살펴보고, 우리 형사실무에 미치는 영향 등에 대하여 검토하였다.

충돌하는 주권국가 사이의 이익을 조정하여 정보 접근에 대한 일관되고 안정된 규칙을 발전시키기 위한 국제적 차원의 논의가 발전하고 있다. 그러나 국제적으로 일원화된 하나의 조약으로 이러한 목표를 이루는 것은 쉬운 일이 아니다. 서로 가치관을 달리하는 개별 주권국가의 이해관계를 모두 충족하고자 하는 경우 실효성이 없는 최소한의 합의 수준에 머무르는 경우가 많기 때문이다. 이에 대한 대안으로 분권화된 접근방법이 제시되고 있으며, 대표적인 것으로 미연방 클라우드 법을 들 수 있다. 국제적 협의를 통해 전자정보의 공유를 확대하는 과정에서 개별 국가의 정보보호 법제와 수사·증거 관련 형사법의 핵심적 내용은 서로 수렴하며 새로운 국제형사규범 발전을 도모할 수 있고, 국가의 정보수집 활동 통제라는 의미에서 개인정보보호 관련 원칙과 제도가 압수·수색의 적법성을 통제하는 실질적 원칙으로 발전할 수 있을 것으로 생각된다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.3.31.1.235>.

❖ 주제어 : 역외 전자정보 수집, 제출명령, 저장통신법, 클라우드 법, 국제예양, 국가관할권 행사의 합리성 원칙

* 본 문헌은 필자의 학위논문(「역외 전자정보 압수·수색에 관한 연구」, 2020.2.) 일부를 보완 및 재구성한 것이다.

** 김·장 법률사무소 변호사, 법학박사.

I. 들어가며

미연방 ‘클라우드 법’, 즉 ‘합법적 해외 데이터 활용의 명확화를 위한 법(Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, CLOUD Act)’은 데이터에 대한 국가기관의 통제 범위를 관점에서 새로운 도전을 제시하고 있다. 특히 역외 데이터수집, 테러나 사이버 보안 등의 국제범죄 대응, 국제적 차원의 정보공유와 같은 형사정책 및 절차법적인 사항에 대한 새로운 쟁점을 제시하며, 최근 위와 같은 쟁점에 대하여 구체적인 검토도 이루어진 바 있다.¹⁾ 그러나 위 법에 대한 이론적 차원에서의 검토는 충분히 이루어지지 않은 것으로 보인다. 이에 본 문헌에서는 클라우드 법의 제도적, 이론적 기초를 상세히 살펴보고, 우리 형사실무에 미치는 영향 등에 대하여 검토하기로 한다.

수사단계에서 제출명령이 인정되지 않는 우리 법제에서는 ‘압수·수색’의 맥락에서 역외 데이터수집의 문제가 검토되는바, ‘역외 전자정보 압수·수색’의 문제는 국가관할권의 범위를 확정하는 문제라 할 수 있다. 반면 미국에서는 수사단계의 자료 수집을 위해 ‘제출명령’(subpoena)이 적극적으로 활용된다. 본 문헌에서 검토하는 ‘형사절차의 증거수집과 국제예양’은 제출명령의 맥락에서 역외 전자정보 제출의무의 범위를 판단하는 것이며, 국가관할권의 범위를 확정한다기보다 이미 관할권이 인정된다는 전제 아래 그 제한 원리를 검토한다. 즉, 역외 전자정보 압수·수색의 문제와는 그 전제와 맥락이 다르다. 그러나 우리 형사절차에 대한 논의에서도 입법론으로 압수·수색 외의 전자정보 수집방법이 검토되고 있으므로,²⁾ 비교법적 관점에서 제출명령 제도의 구체적인 내용을 살펴볼 필요가 있다. 본 문헌의 내용은 그러한 측면에서도 실천적인 의미를 가질 것으로 생각된다.

1) 예컨대 다음의 문헌을 참고할 수 있다. 송영진, “미국 CLOUD Act 통과와 역외 데이터 접근에 대한 시사점”, 「형사정책연구」 제29권 제2호, 한국형사정책연구원(2018), 149면; 김재운, “미국의 클라우드법(CLOUD Act)상 대테러정책 연구”, 「한국테러학회보」 제33호, 한국테러학회(2018), 148면.

2) 우리 형사절차에 대한 논의에서도 수사단계의 제출명령 제도 도입을 주장하는 견해가 있고(예컨대, 이용, 「디지털증거 수집에 있어서의 협력의무」, 서울대학교 전문박사학위논문(2016), 233, 416면), 제19, 20대 국회의 형사소송법 개정안에는 제출명령 제도가 규정되어 있기도 하였다(의안번호: 19-13878, 20-1352).

II. 국가관할권 행사와 국제예양

1. 국제예양의 의의

‘국제예양’(comitas, comity)은 특정 국가의 법에 따라 취득한 권리가 다른 나라의 영역에서 어떠한 효력을 가지는가를 설명하기 위해 네덜란드 법학자 휘버(Ulrich Huber)에 의해 처음 제시된 개념이며, 1648년 베스트팔렌 조약(Peace of Westfalen)에 따라 성립한 상호 독립한 주권 국가들의 근대적 국제정치 질서를 역사적 배경으로 한다.³⁾ 예양은 다른 국가의 주권에 대한 사법적 존중을 의미하며,⁴⁾ ‘국내 법원이 다른 주권국가의 법률과 이익에 관계되는 사건을 해결함에 있어 따르는 협조의 정신’이라 표현하기도 한다.⁵⁾ 그러나 국제예양으로부터 국제법상 의무가 도출되는 것은 아니며, 오히려 국내법의 해석에서 타국의 이익을 고려하는 것임을 유의하여야 한다.⁶⁾

예양은 제반 요소를 고려하여 특정 행위의 ‘합리성’(reasonableness) 여부를 판단하는 이익형량의 사고방식에 기초해 있다. 보다 구체적으로, ‘이익형량 과정에서 다른 국가의 이익을 체계적으로 고려’함을 의미한다. 영미에서는 국제예양이라는 개념을 다양한 맥락

3) 국제예양 개념의 역사적 발전 경과에 대하여는 다음의 문헌을 참고할 수 있다. William S. Dodge, *International Comity in American Law*, 115 *Colum. L. Rev.* 2071, 2084-2098 (2015).

4) *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64 (1895): “법적인 의미에서 국제예양은 (한편으로) 절대적 의무의 문제도 아니고 (다른 한편으로) 단순한 호의의 문제도 아니다. 이는 국제적 의무 및 편의와 자국민의 권리를 적절히 고려하여, 한 국가가 그의 영토 내에서 다른 국가의 입법적, 행정적, 또는 사법적 행위에 대하여 허락하는 승인이다”(Comity, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and goodwill, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws).

5) *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 543 n. 27 (1987): “예양은 국내 법원이 다른 주권국가의 법률과 이익에 관계되는 사건을 해결함에 있어 따르는 협조의 정신을 말한다”(Comity refers to the spirit of cooperation in which a domestic tribunal approaches the resolution of cases touching the laws and interests of other sovereign states).

6) Dodge, 앞의 논문(주 3), 2078면: “International comity is deference to foreign government actors that is not required by international law but is incorporated in domestic law.”

으로 활용하는데, 대체로 사법 자제 원칙에 일관성을 부여하는 이론적 근거로 사용되고 있다.⁷⁾ 예컨대, 국제도산에서 보편주의를 취하는 경우에도 그 결과 외국의 주권에 부당하게 간섭하지 않기 위해 보편주의를 국제예양에 의하여 적절히 완화할 필요가 있다고 설명하기도 한다.⁸⁾

2. 국제예양의 구체적 모습

가. 입법관할권

(1) 이익형량이론

국제예양은 입법관할권을 제한하는 이론적 근거로도 사용되고 있다. 대표적인 것이 미연방제9항소법원이 1977년 텀벌레인(*Timberlane*) 판결에서 제시한 이익형량이론(interest balancing theory)이다.⁹⁾ 이는 1945년 알코아(*Alcoa*) 판결의 일방적 효과이론을 제약하기 위해 타국의 이익을 포함한 제반 요소를 고려하여 관할권 행사의 범위를 정해야 한다는 견해이며, 국제예양을 중요한 이론적 근거로 제시한다. 즉, ① 당해 행위가 미국의 대외 통상에 ‘실제적 또는 의도된 효과’(actual or intended effect)를 미치고, ② 다양한 관련 요소를 ‘국제예양과 공정성’(international comity and fairness)에 비추어 볼 때 당해 행위와 관련된 미국의 이익이 다른 국가의 이익보다 커서 역외관할권을 인정하는 것이 정당해야 한다는 기준을 제시한 것이다.

위 기준을 ‘합리적 관할권 원칙’(jurisdictional rule of reason)이라고도 하는데, 미국 법률협회(American Law Institute, ALI)의 ‘Restatement(Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987)’(이하 ‘대외관계법 리스테이트먼트’라 함) 제403조는 위 판결의 취지를 받아들여 관할권 결정준칙에 의하여 당해 사람이나 활동에 대하여 관할권을 행사할 수 있다고 하더라도 관련 요소를 고려할 때 당해 관할권 행사가

7) 반면 대륙법계, 특히 독일에서는 국제민사소송법의 기본원칙으로 예양이라는 개념을 선호하지 않는다고 한다. 석광현, 「국제민사소송법: 국제사법(절차편)」, 박영사(2012), 21면 [이하 ‘국제민사소송법’이라 함].

8) 석광현, 국제민사소송법(주 7), 23면.

9) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America National Trust & Savings Association*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1977).

불합리한 경우에는 그 관할권 행사를 자제할 수 있다는 규정을 두고 있다.¹⁰⁾

(2) 역외적용 추정금지의 원칙

이익형량이론 외에도 입법관할권 제한을 위한 다양한 시도가 있다. 예컨대 미연방대법원은 2004년 엠파그란(*Empagran*) 판결에서,¹¹⁾ 국제예약을 근거로 미국 독점규제법의 역외적용을 제한하였다. 구체적으로는 법 문언이 모호한 경우 ‘다른 국가 주권에 대한 비합리적 간섭’(unreasonable interference with the sovereign authority of other nations)을 피하는 방향으로 해석한다는 방법으로 역외적용을 제한한 것이다.

그러나 최근에 주류적인 방법론은 ‘역외적용 추정금지 원칙’(presumption against extraterritoriality)이다. 역외적용 추정금지 원칙은 역외적용에 대한 입법자의 의사가 명시적으로 나타나 있지 않다면 해당 법률의 역외적용은 원칙적으로 허용되지 않는다는 것으로, 이익형량이론과 마찬가지로 국제예약을 주요한 이론적 배경으로 한다.¹²⁾ 미국 증권거래법(*Securities Exchange Act*)의 역외적용 여부를 판단한 미연방대법원의 2010년 모리슨(*Morrison*) 판결이 위 원칙을 명시한 대표적 선례이며,¹³⁾ ‘외국인 불법행위 배상법’(Alien Tort Claims Act)의 역외적용을 부인한 2013년 키오벨(*Kiobel*) 판결에서 위 원칙이 재확인되었다.¹⁴⁾

위 원칙에 따르면 특정 법률의 역외적용 여부는 다음과 같은 2단계의 과정을 거쳐 판단한다.¹⁵⁾ 먼저 ① 법원은 법의 문언, 제정 경위·목적 등을 고려하여 역외적용 추정금지

10) 대외관계법 리스테이트먼트 제403조(입법관할권의 제한) 제1항: “제402조에 따른 관할권의 근거가 존재하더라도, 다른 국가와 연관성이 있는 사람이나 행위에 대하여 관할권을 행사함이 합리적이지 않은 경우, 국가는 입법관할권을 행사하지 않을 수 있다.” 같은 조 제3항: “두 국가가 각각 개인이나 활동에 대해 관할권을 행사하는 것이 불합리하지 않지만 두 국가의 규율이 상충하는 경우, 각 국가는 관할권을 행사함에 있어 제2항에 제시된 모든 관련 요소, 다른 국가의 이익과 자신의 이익을 적절히 평가하여야 한다. 다른 국가의 이익이 명백하게 더 큰 경우 이를 존중하여야 한다.”

11) *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155, 169 (2004).

12) 역외적용 추정금지 원칙이 예양 또는 국제관계를 고려하는 측면은 2013년 키오벨(*Kiobel*) 판결에서 더욱 명확하게 나타나고 있다. 미연방대법원은 위 판결에서 역외적용 추정금지 원칙은 ‘자국 법률과 다른 나라의 법률 사이에 의도하지 않은 충돌이 발생하는 것을 방지하는 역할’을 한다고 판시하였다. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, 1661 (2013).

13) *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010).

14) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

15) William S. Dodge, *The Presumption against Extraterritoriality in Two Steps*, 110 *AJIL Unbound*

를 반복할 근거가 있는지를 판단한다. 예컨대 해당 법률이 역외적용된다는 명시적 규정이 있다면, 역외적용 추정금지를 반복할 가능성이 있는 것이다. 다음으로 ② 해당 법률의 주된 보호법익이 무엇인지, 그리고 그 보호법익과 관련 있는 행위가 어디에서 발생한 것인지를 파악한다. 예컨대 해당 법률의 역외적용에 대한 명시적 규정을 찾을 수 없고, 주된 보호법익과 관련된 행위가 역외에서 발생하였다면, 해당 법률은 그 사건에서 적용될 수 없는 것이다.

국제인권법의 맥락에서 입법관할권의 범위가 쟁점이 된 대표적 사례가 미연방제2항소 법원의 1980년 *Filatiga v. Pena-Irala* 판결이다.¹⁶⁾ 파라과이인이 자국에서 경찰의 고문을 받다 사망하였는데, 수년 후 그 책임자가 미국에 불법체류 중인 사실이 발견되었다. 사망자의 가족들은 그를 상대로 미국 법원에 손해배상 소송을 제기하였고, 법원은 국제법을 위반한 불법행위에 대하여 외국인이 소를 제기할 수 있다고 규정한 연방 법률인 ‘외국인 불법행위 배상법’(Alien Tort Claims Act)에 근거하여 배상 청구를 인용한 것이다.¹⁷⁾

위 판결에 의하면 미국과 아무 관계가 없어도 세계 각국에서 발생한 인권침해 사건에 대해 미국 법원이 관할권을 행사할 수 있게 되며, 실제로도 외국 정부의 인권침해 관련자를 상대로 한 다수의 소송이 미국 법원에 제기되어 논란이 되었다. 이에 미연방대법원은 2013년 *키오벨(Kiobel)* 판결에서,¹⁸⁾ 앞서 설명한 역외적용 추정금지 법리를 적용하여 ‘외국인 불법행위 배상법’의 역외적용을 부인하고 미국 내에서 벌어진 국제법 위반행위에 대해서만 위 법을 근거로 한 손해배상 청구 소송이 가능하다고 판단하였다. 위 법의 문언, 제정 경위·목적 등을 고려할 때 역외적용 추정금지를 반복할 근거를 찾을 수

45 (2016).

16) *Filatiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

17) ‘외국인 불법행위 배상법’(Alien Tort Claims Act)는 국제법을 위반한 해외에서의 불법행위에 대해 외국인이 미국 연방법원에 소를 제기할 수 있도록 한 1789년 법을 말한다. 중요 조항의 원문은 다음과 같다. 28 U.S.C. § 1350: “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”

18) 위 사건은 미국에 정치적 망명을 한 12명의 나이지리아인이 다국적 석유회사(Royal Dutch Petroleum Co.)를 상대로 제기한 것으로, 원고들은 피고 회사가 1990년대 나이지리아 내 자회사를 통해 군부에 대한 수송수단 제공, 식품 제공, 금전적 지원 등을 함으로써 자신들에 대한 인권유린에 일조했다고 주장하였다.

없다는 것이다.

특히 역외적용 추정금지 원칙은 마이크로소프트 아일랜드 사건의 항소심 판결이 저장 통신법(SCA)에 근거한 영장의 효력을 부인하는 근거로 사용되었음을 주목할 필요가 있다.¹⁹⁾

나. 재판관할권

미연방대법원은 재판관할권 인정의 기준으로 연방헌법의 적법절차 조항을 제시한다. 즉, 피고가 법정지 주의 영토 내에 현존하지 않는 경우 재판관할권을 인정하려면 적법절차 원칙에 따라 ① 피고와 법정지 사이에 ‘최소한의 접촉’(minimum contact)이 있어야 하고, ② 법정지의 재판관할권 행사가 ‘공평과 실질적 정의’(fair play and substantial justice) 관념에 부합하여야 한다.²⁰⁾

이러한 재판관할권 행사의 합리성 원칙은 대표적으로 대외관계법 리스테이트먼트 제 421조에서도 인정되고 있다. 즉, 동조 제1항은 ‘관할권 행사를 합리적으로 만들 정도의 관계’가 있는 경우에 재판관할권을 행사할 수 있다고 규정하고,²¹⁾ 제2항은 합리적 재판관할권 행사로 판단할 수 있는 관계의 예를 제시하고 있다.

한편 미연방대법원은 2014년 다임러(Daimler) 판결에서,²²⁾ 법인에 대한 재판관할권 행사 기준에 근본적인 변화를 선언하였다. 위 사건에서 원고들은 캘리포니아 북부 연방지방법원에 독일 법인(Daimler AG)을 상대로 ‘외국인 불법행위 배상법’(Alien Tort Claims Act), ‘고문 피해자 보호법’(Torture Victims Protection Act) 등에 따른 다양

19) *In re Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled & Maintained by Microsoft Corp.* (Microsoft Ireland), 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016).

20) 미연방대법원은 ① *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945) 판결에서 위와 같은 기준을 처음으로 제시하였고, ② *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235 (1958) 판결(‘의도적 이용 이론’(purposeful availment theory)), ③ *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980) 판결(‘유통과정이론’(stream of commerce theory)), ④ *Asahi Metal Industry Co., Ltd. v. Superior Court*, 480 U.S. 102 (1987) 판결 등을 통하여 ‘최소한의 접촉’ 요건의 세부적 내용을 정립하였다.

21) 대외관계법 리스테이트먼트 제421조(재판관할권) 제1항: “국가가 어느 사람 또는 물건에 대하여 관할권 행사를 합리적인 것으로 만들 정도의 관계를 갖는 경우에는 그 사람 또는 물건에 대한 재판관할권을 행사할 수 있다.”

22) *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014).

한 소송을 제기하였다. 원고들은 자신들의 친척들을 상대로 한 아르헨티나 정부의 살인, 납치, 고문 등의 범죄행위에 위 독일 법인의 아르헨티나 자회사가 협조하였다고 주장하였다. 원고는 외국인들이고, 피고는 외국 법인이며, 관련 행위가 발생한 곳은 아르헨티나 이므로 위 소송은 원칙적으로 미국과 아무 관련이 없었다. 그러함에도 불구하고 원고들은 미국 법원이 재판관할권을 가진다고 주장하였는데, 독일 법인의 자회사인 **미국 법인** (Mercedes-Benz USA, LLC)이 캘리포니아 대리점을 통해 차량을 판매하고 캘리포니아에 사무실 등의 시설을 유지했다는 점을 근거로 한다.

미연방대법원은 전통적으로 법인에 대하여 법정지에서 ‘지속적·조직적 활동’(continuous and systematic activities)을 영위하는지 여부를 재판관할권 행사의 기준으로 삼아왔다.²³⁾ 그러나 미연방대법원은 위 판결에서 재판관할권을 행사하려면 법정지를 ‘설립준거법 소속지’(place of incorporation) 또는 ‘주된 영업소 소재지’(principal place of business)로 볼 수 있을 정도의 ‘지속적·조직적 활동’이 필요하다고 판시하여 지나치게 포괄적인 위 기준의 적용을 제한하였다.²⁴⁾ 그리고 위 기준에 따른다면 모회사(독일 법인)뿐만 아니라 자회사(미국 법인) 모두 재판관할권을 인정할 수 없다고 판시한 것이다. 위와 같이 재판관할권을 제한한 중요한 논거도 바로 국제예양 또는 국제관계 존중이다. 즉, 국제예양을 근거로 ‘최소한의 접촉’ 요건을 강화하여 해석하는 것이다.

다. 외국판결의 승인 및 집행

외국판결의 승인 및 집행을 맥락에서도 국제예양 개념이 이용된다. 영미법계에서는 과거 국제예양을 근거로 외국판결의 효력을 승인해 왔고,²⁵⁾ 미연방대법원도 1895년 힐튼(Hilton) 판결에서 국제예양을 근거로 한 외국판결 승인 원칙을 제시하였다.²⁶⁾

23) 위 원칙을 적용한 것으로 대표적으로 다음의 사건을 들 수 있다. *Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co.*, 342 U.S. 437 (1952); *Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A. v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984). 한편 영업활동에 근거하여 폭넓은 재판관할권을 인정하는 것은 미국법의 특징으로 이에 대하여는 재판관할권의 과잉 행사라는 비판이 있다. 석광현, 국제민사소송법(주 7), 109면.

24) 다음의 표현을 근거로 이를 ‘essentially at home test’라 부르기도 한다. *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*, 564 U.S. 915 (2011): “[A] State may exercise general jurisdiction where a defendant’s affiliations with the State are so ‘continuous and systematic’ as to render [the defendant] essentially at home in the forum State.” (밑줄은 필자).

25) *Geyer v. Aguilar* (1798) 7 Term Rep 681.

그러나 예양을 근거로 외국판결을 승인할 경우, 상호주의의 적용을 어떻게 할 것인지, 피고의 항변을 받아들이는 범위 등 다양한 이론적 문제가 있고, 영국의 예양 이론도 1842년 이후에 '의무이론(doctrine of obligation)'으로 대체되었다.²⁷⁾ 또한 기판력의 본질을 소송법적으로 파악하는 우리 법에서는 외국 법원의 판결에 의하여 새로운 권리와 의무가 발생한다는 실체법적 이해를 전제로 하는 견해는 수용하기 어렵다는 점을 유의해야 할 것이다.²⁸⁾

3. 증거조사와 국제예양

가. 증거개시제도

국제예양은 증거조사 분야에서도 중요한 역할을 한다. **증거개시제도(discovery)**를 운영하는 미국은 예양분석에 따라 타국 당사자의 증거제출의무를 판단한 경험을 축적해 왔다. 증거개시제도는 소송의 당사자가 상대방이나 제3자로부터 소송에 관계되는 정보를 얻거나 사실을 밝혀내기 위해 이용하는 기일 전 절차를 말한다. 이는 1938년 미연방 민사소송규칙이 제정되면서 폭넓게 인정되기 시작하였고, 이후 미국 민사소송 절차에서 가장 중요한 절차의 하나로 자리 잡게 되었다.²⁹⁾

특히 1960년대 이래 미국 법원은 해외 소재 자료에 대한 제출의무를 광범위하게 인정해 왔다. 예컨대 연방제2항소법원은 1968년 씨티뱅크(*Citibank*) 사건에서, “세계 무역의 상호의존도가 높아지고 개인과 기업의 이동이 증가함에 따라, 해외 소재 증거의 제출 요청은 빈번하게 발생한다. 법원이 자료를 소유하거나 통제하는 당사자에 대한 인적관할권을 가지는 경우, 해외 소재 자료의 제출을 요구할 권한을 갖는다는 것은 의심의 여지가 없다. 따라서 본 사건의 문제는 권한이 존재하는지가 아니라 그 권한을 적절히 행사할 수 있도록 하는 규칙을 발전시키는 것이다”라고 판시하였다.³⁰⁾ 즉, ① 제출의무를 부

26) *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163 (1895).

27) 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거”, 「법학연구」 제23집, 한국법학회(2006), 275, 281면.

28) 석광현, 국제민사소송법(주 7), 345면.

29) Stephen N. Subrin, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, 39 *B.C.L. Rev.* 691, 698 (1998).

30) *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897, 900 (2d Cir. 1968): “With the growing

담하는 자에 대한 ‘대인관할권’(personal jurisdiction)이 있고, ② ‘청구된 자료에 대한 소유, 소지, 또는 보관’(possession, custody, or control)이 인정되면, 별다른 제약 없이 제출의무를 인정해 온 것이다.³¹⁾

또한, 자료제출의무는 당사자가 아닌 제3자에 대하여도 폭넓게 인정되는데, 특히 피고의 금융자산에 대한 정보를 보유한 금융기관이 주된 대상이 된다. 즉, 법원은 미국 은행의 파나마 지점에 있는 자료,³²⁾ 미국 은행의 독일 프랑크푸르트 지점에 있는 자료에 대한 제출의무를 인정하고,³³⁾ 미국 뉴욕에 지점을 둔 캐나다 은행에 자국 소재 자료의 제출을 명하기도 하였다.³⁴⁾ 나아가 모회사와 자회사의 법인격이 서로 구분되는 경우에도 제출의무를 부과한다.³⁵⁾ 결국, 모회사(본점)에 대하여 자회사(지점)가 보유한 자료의 제출을 명하거나, 반대로 자회사(지점)에 대하여 모회사(본점)가 보유한 자료의 제출을 명하는 경우 모두 인정되는 것이다.

이러한 광범위한 제출의무의 인정은 효과이론(effect doctrine)에 따른 독점규제법의 역외적용과 결합하여 국제적인 마찰을 빚게 되었다.³⁶⁾ 이러한 상황을 1987년 대외관계

interdependence of world trade and the increased mobility of persons and companies, the need arises not infrequently, whether related to civil or criminal proceedings, for the production of evidence located in foreign jurisdictions. It is no longer open to doubt that a federal court has the power to require the production of documents located in foreign countries if the court has in personam jurisdiction of the person in possession or control of the material. Thus, the task before us, as Citibank concedes, is not one of defining power but of developing rules governing the proper exercise of power.” (밑줄은 필자).

31) 유사한 취지의 판결로 다음의 것이 있다. ① *Société Internationale Pour Participations Industrielles et Commerciales, S.A. v. Rogers*, 357 U.S. 197 (1958); ② *First National City Bank of New York v. Internal Revenue Service*, 271 F.2d 616 (2d Cir. 1959); ③ *In re Equitable Plan Co.*, 185 F. Supp. 57 (S.D.N.Y.), *modified*, *Ings v. Ferguson*, 282 F.2d 149 (2d Cir. 1960); ④ *Application of Chase Manhattan Bank*, 297 F.2d 611 (2d Cir. 1962); ⑤ *Linde v. Arab Bank, PLC*, 706 F.3d 92 (2d Cir. 2013).

32) *First National City Bank of New York v. Internal Revenue Service*, 271 F.2d 616 (2d Cir. 1959); *Application of Chase Manhattan Bank*, 297 F.2d 611 (2d Cir. 1962).

33) *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968).

34) *In re Equitable Plan Co.*, 185 F. Supp. 57 (S.D.N.Y.), *modified*, *Ings v. Ferguson*, 282 F.2d 149 (2d Cir. 1960).

35) *United States v. Vetco Inc.*, 691 F.2d 1281 (9th Cir. 1981).

36) 대표적으로 다음의 사건에서 미연방 수사당국은 석유 가격 담합사건에 대한 조사를 진행하였는데, 서로 다른 국적을 가진 개인과 회사에 대하여 각국에 산재한 증거의 광범위한 제출을 강제하여 일종의 사법 마찰을 빚게 되었다. *In re Investigation of World Arrangements with Relation to*

법 리스테이트먼트는 다음과 같이 설명하고 있다: “미국의 법체계를 영토적 범위를 넘어 확장하려는 그 어떤 시도도 미국 내에서의 수사와 소송을 위해 해외에 있는 서류의 제출을 명하는 것보다 더 큰 마찰을 불러온 것이 없다. 1986년 현재 15개 국가가 해외에 있는 문서를 확보하려는 미국의 시도에 대항하기 위한 법안을 채택하고 있다.”³⁷⁾ ‘대인관할권 + 통제’라는 간단한 요건만으로 해외 소재 자료에 대한 광범위한 제출의무를 인정하는 것은, 해당 자료가 소재하는 국가의 이익을 침해하거나 관련 국가의 법률과 충돌할 여지가 있다. 이러한 문제점에 대응하려면 제출의무를 판단할 때 제반 이해관계를 적절히 고려할 필요가 있다는 의견은 일찍부터 제시되었다. 대표적으로 1965년 대외관계법 리스테이트먼트 제2판은 ‘관련 국가의 중대한 이익’, ‘상충하는 의무를 부담하는 자가 겪을 곤란함’ 등을 고려한 이익형량 분석을 제시하였다.³⁸⁾ 또한 미연방제2항소법원은 앞서 살펴본 1968년 씨티뱅크(*Citibank*) 사건에서, 이러한 발전 과정을 반영하여 ① 대인관할권, ② 자료에 대한 소유, 소지, 또는 보관, ③ 이익형량 분석이라는 3단계 판단 기준을 제시하였다.³⁹⁾ 특히 해당 자료가 소재한 국가가 기업정보의 제출·공개를 다루는 국내법을 가진 경우 그러한 외국 법령을 무시하는 것은 예상을 존중하지 않는 것이라 판시하며, 이익형량 분석에서 타국의 이익을 고려하는 근거로 ‘국제예상’을 언급한 것이다. 다만, 법원은 위 사건에서 결과적으로는 독일 프랑크푸르트 지점에 있는 자료의 제출

the Production, Transportation, Refining & Distribution of Petroleum. 13 F.R.D. 280 (D.D.C. 1952).

37) 대외관계법 리스테이트먼트 제442조 - 주석 1: “No aspect of the extension of the American legal system beyond the territorial frontier of the United States has given rise to so much friction as the requests for documents in investigation and litigation in the United States. As of 1986, some 15 states had adopted legislation expressly designed to counter United States efforts to secure production of documents situated outside the United States.”

38) 1965년 대외관계법 리스테이트먼트 제2판(*Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States (1965)*) 제40조는 이익형량 분석에서 다음의 요소를 고려할 것을 권유하였다. ① 관련 국가의 중대한 이익(*vital national interests of each of the states*), ② 상충하는 법적 의무를 부담하는 자가 겪을 곤란함(*the extent and the nature of the hardship that inconsistent enforcement actions would impose upon the person*), ③ 다른 국가의 영역에서 요구되는 행동이 이루어지는 정도(*the extent to which the required conduct is to take place in the territory of the other state*), ④ 관련자의 국적(*the nationality of the person*), ⑤ 어느 한 국가에 의한 집행이 그 국가의 법에 부합할 것으로 예상하는 범위(*the extent to which enforcement by action of either state can reasonably be expected to achieve compliance with the rule prescribed by that state*).

39) *First National City Bank*, 396 F.2d at 900.

의무를 인정하였다.⁴⁰⁾

나. 증거협약의 성립

그러나 위와 같은 움직임만으로 관련 국가들의 불만을 잠재울 수는 없었고, 앞서 살펴본 ‘대외관계법 리스테이트먼트 제442조 - 주석 1’이 설명하는 바와 같이, 유럽의 국가들은 미국 법원의 증거개시 명령에 대응하는 봉쇄조항을 입법하기에 이르렀다. 봉쇄조항(blocking statute)은 자국민이 해당 국가 내에 있는 정보를 외국에 제공하는 것을 금지하는 일체의 법규를 말한다. 넓은 의미로는 일반적인 형법상의 비밀보호 관련 구성요건도 포함하나, 통상은 국제 증거조사의 맥락, 특히 미국 법원의 증거개시 명령(discovery order)에 대항하기 위한 입법을 의미한다. 즉, 미국 법원으로부터 증거개시 명령을 받은 자가 ‘외국 강제의 항변’(foreign compulsion defense)을 제출하여 증거개시 명령의 목적을 달성하지 못하도록 하기 위한 것이며,⁴¹⁾ 이러한 의미에서 봉쇄조항은 ‘대항입법’이라 표현하기도 한다.

이러한 마찰의 배경에는 영미법계와 대륙법계 사이에 사법체계에 대한 관점의 차이도 있다.⁴²⁾ 전통적으로 당사자주의(adversarial system)를 취하는 영미법계에서 증거조사는 원칙적으로 당사자와 변호사가 주도하고 법원의 개입이 제한적이므로 증거조사는 타국의 주권에 대한 침해가 아니라고 보지만, 직권주의(inquisitorial system)에 가까운 대륙법계에서 증거조사는 법원이 주도하는 주권적 활동이므로 법원이 다른 국가에서 직접 증거조사를 하는 것은 주권 침해로 허용되지 않으며, 따라서 다른 국가 사법기관의 협력이 필요하다는 사고방식을 취하게 된다. 어쨌든 이러한 다양한 이유로 증거조사에 있어 사법공조의 필요성은 일찍부터 인식되었으며, ‘민사 또는 상사의 해외증거조사에 관한 협약(The Hague Convention of Explanatory Report on the Convention)’⁴³⁾은 이를

40) *First National City Bank*, 396 F.2d at 905.

41) 대외관계법 리스테이트먼트 제442조 - 주석 4, 5.

42) 미국의 증거개시제도와 다른 국가의 갈등에 대하여는 다음의 문헌을 참고할 수 있다 Diego Zambrano, *A Comity of Errors: The Rise, Fall, and Return of International Comity in Transnational Discovery*, 34 *Berkeley J. Int'l L.* 157, 167-174 (2016).

43) The Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters. [이하 ‘증거협약’이라 함].

위한 노력의 결과물이다.⁴⁴⁾

다. 증거협약과 국내법의 관계

그렇다면 ‘증거협약’과 국내법의 관계는 어떠한지가 문제 된다. 즉, 외국 소재 자료에 대한 증거조사는 반드시 증거협약에 의한 절차를 따라야 하는 것인지, 또는 증거협약에 의한 절차와 법정지법에 의한 절차 모두 사용 가능한 것인지의 문제인 것이다.⁴⁵⁾ 위 쟁점을 ‘증거협약의 배타성’ 문제라고도 한다. 미국 증거개시제도의 적용 범위를 결정한다는 측면에서도 매우 중요한 쟁점이며, 종래 대륙법계 국가들은 증거협약이 우선하여 배타적으로 적용된다는 원칙을 지지하여 왔다.⁴⁶⁾

미연방대법원은 1987년 아에로스파시알(*Aérospatiale*) 판결에서 본 문제를 정면으로 다루었는데, 결론적으로 외국 소재에 자료에 대한 증거조사에 있어 증거협약의 배타적 적용을 부정하였다.⁴⁷⁾ 위 판결에는 다수의견(5인)과 소수의견(4인)이 있는데, 두 의견 모두 증거협약의 배타성을 인정하지 않음은 마찬가지이나, 다만 증거협약과 국내법의 구체적 관계에 대하여 견해 차이가 있다.

먼저 다수의견은 조약 해석에 대하여도 계약 해석의 일반원칙이 적용됨을 전제로 증거협약의 문언, 협상 경위 등을 검토한 후 이를 근거로 외국 소재 증거에 대한 증거협약

44) 헤이그 국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)는 1968년 개최된 제11차 회의에서 증거협약의 최종안을 채택하였고, 1970. 6. 1. 서명을 위해 개방되었으며, 1972. 10. 7. 발효하였다. 우리 정부도 2009. 12. 14. 가입국이 되었으며, 조약 제1993호로 2010. 2. 12.부터 발효하였다. 증거협약의 상세한 경위와 내용은 다음의 문헌을 통해 확인할 수 있다. Report of the United States Delegation to Eleventh Session of Hague Conference on Private International Law, 8 I.L.M. 785 (1969); Philip W. Amram, *United States Ratification of the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad*, 67 *AJIL* 104 (1973).

45) 이러한 점은 형사절차에서도 문제 될 수 있다. 즉, 사법공조 절차를 거치지 않고 해외 소재 증거를 수집하는 것이 적법한 것인지의 쟁점이 제기될 수 있는 것이다.

46) 그에 따라 아래에서 살펴볼 미연방대법원의 1987년 아에로스파시알(*Aérospatiale*) 사건의 재판과정에서 독일, 프랑스 등의 대륙법 국가들은 증거협약의 배타적 적용을 주장하는 취지의 의견서(amicus curiae brief)를 제출하기도 하였다. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522, 529 n. 11 (1987).

47) *Société Nationale Industrielle Aérospatiale*, 482 U.S. at 547. 위 사건에서 원고는 미국 법원의 대인관할권이 인정되는 피고들에 대하여 프랑스 영역 내에 소재하는 문서의 제출을 요구하거나 질문서의 회답을 요구하였는데, 이러한 경우에 증거협약이 배타적으로 적용되는지가 판결의 핵심 쟁점이었다.

의 배타적 적용을 부정하였다.⁴⁸⁾ ‘사안별 예양분석’(case by case comity analysis)을 통하여 증거협약에 의한 절차에 의하지 아니하고 국내법(연방민사소송규칙) 절차에 따른 증거수집을 할 수 있다는 것이다. 또한 예양분석의 구체적 고려요소로 ① 요청된 자료의 중요성, ② 요청이 특정된 정도, ③ 자료가 유래한 장소, ④ 요청된 자료를 구하기 위한 다른 수단의 가능성, ⑤ 관련 국가의 이익 등을 제시하였다.⁴⁹⁾

반면, 위 판결의 소수의견은 국제예양을 근거로 ‘증거협약의 사용을 선호하는 일반적인 추정’(general presumption favoring use of the convention)을 인정하면서, 법원은 원칙적으로 증거협약을 우선 적용하고 그 적용이 무의미한 예외적인 경우에만 사안별 예양분석에 따라 국내법의 절차를 사용할 수 있다고 판시한다.⁵⁰⁾ 소수의견은 ① 증거협약이 궁극적으로는 미국의 장기적 이익에 도움이 되고, ② 조약의 교섭을 담당한 행정부와 이를 비준한 입법부의 판단을 사법부가 존중하지 않는 것은 권력분립 원칙에 반하여, ③ ‘사안별 분석’(case-by-case analysis)은 예견 가능하고 효율적인 방법이 되지 못한다는 점 등을 근거로 한다.

아에로스파시알(*Aérospatiale*) 판결의 다수의견은 예양분석을 통한 증거협약의 적용 가능성을 열어두기는 하였으나, 위 판결 이후 선고된 하급심 판결들은 국내법에 의한 증거개시절차의 적용 범위를 더욱 넓혔고,⁵¹⁾ 현실적으로 ‘증거협약’에 의한 증거수집은 발견하기 어려울 정도가 되었다.⁵²⁾

48) *Société Nationale Industrielle Aérospatiale*, 482 U.S. at 534-539.

49) *Société Nationale Industrielle Aérospatiale*, 482 U.S. at 544 n. 28.

50) *Société Nationale Industrielle Aérospatiale*, 482 U.S. at 568.

51) 대표적인 연방항소법원의 판결로 다음의 것이 있다. ① 연방제2항소법원: *In re Maxwell Communication Corp.*, 93 F.3d 1036 (2d Cir. 1996); *First American Corp. v. Price Waterhouse LLP*, 154 F.3d 16, 21 (2d Cir. 1998) (해외에 있는 제3자에 대하여도 제출의무를 인정함); ② 연방제3항소법원: *In re Automotive Refinishing Paint Antitrust Litigation*, 358 F.3d 288 (3d Cir. 2004); ③ 연방제9항소법원: *Richmark Corp. v. Timber Falling Consultants*, 959 F.2d 1468, 1478 (9th Cir. 1992) (해당 국가의 형법이 문서 제출을 처벌하는 경우에도 제출의무를 인정함).

52) 이러한 경향을 분석한 문헌으로는 다음의 문헌을 참고할 수 있다. Zambrano, 앞의 논문(주 42), 176면.

4. 새로운 동향

가. 국제예양의 부활

(1) 국제경제가 발전하고 국제관계의 상호존중이 중요시됨에 따라, 위와 같은 일방적인 방향이 그대로 유지될 수는 없었고 ‘국제예양’ 개념을 중시하는 일련의 판결들이 선포되었다. 앞서 살펴본 미연방대법원의 ① 2004년 엠파그란(*Empagran*) 판결,⁵³⁾ ② 2010년 모리스(*Morrison*) 판결,⁵⁴⁾ ③ 2013년 키오벨(*Kiobel*) 판결,⁵⁵⁾ ④ 2014년 다임러(*Daimler*) 판결⁵⁶⁾ 모두 예양을 이론적 근거로 국가관할권을 제한하는 판결들이다. 즉, ① 엠파그란 판결은 법 문헌이 모호한 경우 다른 국가의 주권에 대한 비합리적 간섭을 피하는 해석을 통해 입법관할권을 제한하고, ② 모리스 판결, ③ 키오벨 판결은 역외적용 추정금지 원칙을 적용하여 입법관할권을 제한하였으며, ④ 다임러 판결은 최소한의 접촉 요건을 강화함으로써 재판관할권을 제한한 것이다.

〈표 1〉

① 2004년 엠파그란(<i>Empagran</i>) 판결	입법관할권	법 문헌이 모호한 경우 다른 국가 주권에 대한 비합리적 간섭을 피하는 해석
② 2010년 모리스(<i>Morrison</i>) 판결	입법관할권	역외적용 추정금지
③ 2013년 키오벨(<i>Kiobel</i>) 판결	입법관할권	역외적용 추정금지
④ 2014년 다임러(<i>Daimler</i>) 판결	재판관할권	‘최소한의 접촉’ 요건 강화

(2) 이러한 흐름을 바탕으로 외국 소재 자료에 대한 제출의무를 부인하는 일련의 판결이 있다. 예컨대, 연방제2항소법원은 2014년 구찌(*Gucci*) 판결에서,⁵⁷⁾ 국제예양 또는

53) *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004).

54) *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010).

55) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

56) *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014).

57) *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 768 F.3d 122 (2d Cir. 2014).

국제관계 존중을 근거로 재판관할권을 부인하는 방법으로 결론적으로 자료제출의무를 부정하였다. 위 사건에서 피고들은 인터넷을 통해 위조명품(counterfeit luxury goods)을 판매하고 그 대금을 ‘중국은행’(Bank of China)에 개설한 계좌로 송금했다. 명품 제조업체인 원고(Gucci America)는 자신의 지적재산(IP)을 보호하기 위해 뉴욕주 남부 연방지방법원에 소송을 제기하였다. 원고는 기일 전 증거개시절차(pretrial discovery)에서, 불법행위에 대한 배상과 증거를 확보할 목적으로 중국은행 뉴욕지점(New York City branch)을 상대로 ‘자산동결 가처분’(asset freeze injunction)과 ‘피고와 관련된 모든 중국은행 계좌에 대한 정보’를 제출하도록 하는 ‘제출명령’(subpoena)을 발부받았다. 그러나 중국은행 측은 뉴욕지점에 있는 서류만 제출하고 중국 본토에 있는 서류 등은 제출하지 아니한 것이다.

법원은 미연방대법원의 2014년 다임러(*Daimler*) 판결의 논리를 적용하여,⁵⁸⁾ ① 중국은행은 법정지에 지점을 가지고 있을 뿐 설립준거법 소속지는 다른 곳인 점, ② 중국은행은 미국 내에 오직 4개의 지점을 설치하고 뉴욕에서의 영업활동 비중이 매우 작은 점 등을 근거로 미국 법원의 재판관할권을 부정하였다.

(3) 또한 뉴욕주 최고법원은 2014년 모토로라(*Motorola*) 판결에서,⁵⁹⁾ 국제예양에 근거를 둔 ‘독립실체원칙’(separate entity rule)을 재확인하면서 외국 은행의 뉴욕지점은 미국 외 지점에 있는 자산에 대한 법적 책임이나 자료제출의무를 부담하지 않는다고 판시하였다. 터키 출신의 범죄집단(Uzans Family)은 모토로라로부터 수십억 달러를 빌려 이를 유용하였고, 이에 모토로라는 소송을 제기하여 21억 달러의 손해배상금이 인용되었다. 모토로라는 위 판결의 집행을 확보하기 위해 은행을 상대로 한 제출명령을 발부받고, 전 세계에 있는 관련 재산을 압류하였다. 영국법에 의해 설립되고 영국에 주된 사무소를 둔 스탠다드차타드 은행(SCB)도 뉴욕지점을 통해 위 명령 등을 송달받았고, 아랍에미리트 지점에 있는 관련 자산을 동결하였다. 그러나 아랍에미리트 중앙은행 등으로부터 보복 조치를 당하자 제출명령 등의 효력을 다투게 된 것이다.

‘독립실체원칙’은 법원이 특정 지점에 대하여 재판관할권을 가진다 하더라도 압류, 자

58) 앞서 본 바와 같이, 다임러 판결은 재판관할권을 행사하려면 법정지를 ‘설립준거법 소속지’ 또는 ‘주된 영업소 소재지’로 볼 수 있을 정도의 ‘지속적·조직적 활동’이 필요하다고 판시한다.

59) *Motorola Credit Corp. v. Standard Chartered Bank*, 21 N.E.3d 223 (2014).

산동결 명령 등의 집행에서 다른 지점은 독립된 실체로 다루어야 한다는 원칙이다. 이는 뉴욕주 판례에 의하여 인정되는 것으로, 국제예양, 관련된 국가의 주권에 대한 존중, 은행이 상충하는 법적 책임을 부담할 위험성 등을 근거로 한다.⁶⁰⁾

나. 프라이버시 보호

유럽연합(EU)은 1995년에 ‘개인정보처리와 관련한 개인의 보호 및 개인정보의 자유로운 이동에 관한 1995. 10. 24. 유럽의회 및 유럽이사회 95/46/EC 지침’을 발표한 바 있다.⁶¹⁾ ‘EU 개인정보보호 지침’은 유럽연합을 출입하는 데이터 이동을 통제하는데, 특히 제25조는 ‘적절한 보호 수준’(adequate level of protection)을 보장하지 않는 비유럽연합 국가로의 개인정보 이전을 금지하고 있었다.⁶²⁾

또한, 2018. 5. 25. 유럽연합의 ‘개인정보처리와 관련한 개인의 보호 및 개인정보의 자유로운 이동에 관한 2016. 4. 27. 유럽의회 및 유럽이사회 2016/679 규정’이 발효되었다.⁶³⁾ 1995년의 EU 개인정보보호 지침은 회원국이 준수할 최소한의 요건을 규정하고 개별 회원국이 그 내용에 부합하는 국내법을 제정하도록 하였기 때문에 회원국별로 개인정보보호의 수준이 서로 달라지는 문제가 발생하였다. 이에 유럽연합 전역에 적용되는 단일한 정보보호제도를 시행하기 위해 직접적 법적 효력을 갖는 ‘EU 일반 개인정보보호 규정’(GDPR)을 도입하게 된 것이다.

‘EU 일반 개인정보보호 규정’은 기존의 EU 개인정보보호 지침보다 강화되고 포괄적인 개인정보보호 체계를 수립한 것으로 평가받는데, 특히 본 문헌의 목적상 중요한 특징은 다음과 같다. 먼저 ① EU 일반 개인정보보호 규정도 EU 개인정보보호 지침과 유사하게 국제적 데이터 이동을 통제하고 있다.⁶⁴⁾ 그런데 ② ‘EU 일반 개인정보보호 규정’

60) *Motorola Credit Corp.*, 21 N.E.3d at 226.

61) Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, 1995 O.J. (L 281) 31-50. [이하 ‘EU 개인정보보호 지침’이라 함].

62) EU 개인정보보호 지침, 45면.

63) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), 2016 O.J. (L 119) 1 (EU). [이하 ‘EU 일반 개인정보보호 규정’(GDPR)이라 함].

은 ‘EU 개인정보보호 지침’보다 적용 범위가 넓다. 즉, 유럽연합 내에서 정보가 처리되는지 여부와 관계없이 유럽연합 시민과 관련된 정보에 적용된다.⁶⁵⁾ EU 일반 개인정보보호 규정의 역외적용은 국제적 정보의 유통에 큰 영향을 미칠 것으로 생각된다. 나아가 ③ ‘EU 일반 개인정보보호 규정’은 최대 ‘2천만 유로 또는 전 세계 매출액의 4% 중 높은 금액’이라는 강력한 제재를 규정하고 있다.⁶⁶⁾ 또한 ④ ‘EU 일반 개인정보보호 규정’ 제48조는 유럽연합 회원국과 외국 정부 간에 체결된 ‘국제형사사법공조 조약과 같은 국제협정’에 근거한 경우에 외국의 영장이나 법원 명령의 효력을 인정하고 있다.⁶⁷⁾

‘EU 일반 개인정보보호 규정’의 위와 같은 특징은 역외자료에 대한 제출을 명할 때, 예양분석에서 고려하는 요소들의 중요성에 큰 변화를 가져온다. 우선 ‘EU 일반 개인정보보호 규정’ 또는 개별 국가의 개인정보보호 관련 국내법에 의한 정보 이전금지 조항은, 단순한 봉쇄조항에 그치는 것이 아니라 개인정보보호라는 헌법적 가치를 보호하는 의미를 갖게 되었다는 점이다.⁶⁸⁾ 그로 인하여 예양분석의 고려요소 중 ‘개인정보보호와 관련한 국가의 이익’에 중요성을 부여하지 않을 수 없게 된 것이다.⁶⁹⁾

다음으로 ‘EU 일반 개인정보보호 규정’ 제83조에 내용에서 볼 수 있듯이 미국의 중

64) EU 일반 개인정보보호 규정 제45조.

65) EU 일반 개인정보보호 규정 제3조.

66) EU 일반 개인정보보호 규정 제83조.

67) EU 일반 개인정보보호 규정 제48조(유럽연합 법으로 승인되지 않은 정보의 이전 또는 제공): “개인 정보처리자나 수탁처리자가 개인정보를 이전하거나 제공하도록 요구하는 제3국의 법원이나 재판소의 판결 또는 행정기관의 결정은, 본 장에 의거한 기타 이전의 근거를 침해하지 않고, 요구한 제3국과 유럽연합이나 회원국 간에 유효한 국제형사사법공조 조약 등의 국제협정을 근거로 한 경우 어떠한 방식으로든 인정되거나 강제될 수 있다.” (EU GDPR Article 48 *Transfers or disclosures not authorised by Union law*. Any judgment of a court or tribunal and any decision of an administrative authority of a third country requiring a controller or processor to transfer or disclose personal data may only be recognised or enforceable in any manner if based on an international agreement, such as a mutual legal assistance treaty, in force between the requesting third country and the Union or a Member State, without prejudice to other grounds for transfer pursuant to this Chapter.) (밑줄은 필자).

68) 유럽에서 개인정보보호가 가지는 헌법적 가치에 대하여는 다음의 문헌을 참고할 수 있다. Paul M. Schwartz & Karl-Nikolaus Peifer, *Transatlantic Data Privacy Law*, 106 **Geo. L.J.** 115, 122-131 (2017).

69) 실무 법조계에서도 이러한 주장이 힘을 얻고 있다. David J. Kessler, Jamie Nowak & Sumera Khan, *The Potential Impact of Article 48 of the General Data Protection Regulation on Cross Border Discovery from the United States*, 17 **Sedona Conf. J.** 575, 600 (2016).

거개시 명령에 응하는 자가 부담하게 될 불이익이 극적으로 커졌다는 점이다. 이에 따라 예양분석의 고려요소 중 ‘당사자가 부담할 불이익’의 중요성이 커지게 된다.⁷⁰⁾ 위에 살펴본 ‘관련 국가의 이익’, ‘당사자가 부담할 불이익’의 중요성이 주목받게 되면, 결국 예양분석의 균형추는 증거개시 명령을 불허하거나 필요한 범위로 제한하는 방향으로 기울게 될 것이며, 실제 이러한 움직임을 보이는 판결도 선고되고 있다.⁷¹⁾

Ⅲ. 형사절차의 증거수집과 국제예양

1. 들어가며

1968년 씨티뱅크(*Citibank*) 사건에서 제시된 바와 같이, ① 대인관할권, ② 자료에 대한 소유, 소지, 또는 보관, ③ 이익형량 분석이라는 3단계 판단기준을 통하여 외국에 있는 자료에 대한 제출의무를 인정하는 것은 형사사건에서도 마찬가지이다.⁷²⁾ 타국 정부의 동의가 없는 한 수사기관이 타국의 영역 내에서 직접 수사 관련 활동을 하는 것은

70) 기존 판례에서도 예양분석의 요소 중 하나로 증거개시 명령으로 인하여 정보제공을 금지하는 자국 법령을 위반하게 될 경우 소송관련자가 부담할 고통이나 위해를 고려해 왔다. *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897, 902 (2d Cir. 1968); *Richmark Corp. v. Timber Falling Consultants*, 959 F.2d 1468, 1475 (9th Cir. 1992).

71) *Volkswagen, A.G. v. Valdez*, 909 S.W.2d 900, 902 (Tex. 1995) (개인정보보호에 대한 관련 국가의 이익, 요청된 정보를 얻는 다른 방법이 존재하는 점, 요청된 정보가 사건에서 가지는 중요성 등을 고려하여, 개인정보가 포함된 전화번호부에 대한 증거개시 명령을 인정하지 아니함); *In re Vitamins Antitrust Litigation*, No. 99-197TFH, 2001 WL 1049433, at *9 (D.D.C. June 20, 2001); *In re Xarelto (Rivaroxaban) Products Liability Litigation*, MDL NO. 2592, 2016 WL 2855221, at *3 (E.D. La. May 11, 2016); WL 3923873, at *17 (E.D. La. July 21, 2016) (독일 국내법이 프라이버시 보호에 두는 중요성을 고려하여, 독일 측의 정보보호 관련 이익이 정보제출을 명하는 미국 측의 이익보다 우월하다고 판단함).

72) 씨티뱅크 사건 자체가 대배심 제출명령(*Grand Jury subpoena duces tecum*)의 유효성을 다툰 사건이다. 대표적인 연방항소법원의 판례로 다음의 것을 들 수 있다. ① *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968); ② *In re Grand Jury Subpoena to Marc Rich & Co., A.G.*, 707 F.2d 663 (2d Cir. 1983); ③ *United States v. Vetco Inc.*, 691 F.2d 1281 (9th Cir. 1981); ④ *In re Grand Jury Proceedings Bank of Nova Scotia (United States v. Bank of Nova Scotia)*, 740 F.2d 817 (11th Cir. 1984).

허용되지 않지만,⁷³⁾ 미국 법원의 재판관할권이 인정되는 자에 대하여 외국에 있는 자료의 제출을 명할 수 있는 것이다.⁷⁴⁾ 즉, 형사사건에서도 국제예양의 관점에서 범죄 수사라는 공적 이익, 개인의 프라이버시 이익, 관련 국가의 이익 등을 비교 형량하는 합리성 판단을 통하여 외국에 있는 자료의 제출의무가 인정될 수 있다.⁷⁵⁾

한편 형사적 맥락에서 예양분석이 적용되는 측면을 이해하려면 관련 법 제도의 이해가 필수적이므로 이를 살펴보기로 한다. 디지털증거의 증거조사 관련 법제는 ① 일반 제출명령 제도, ② 디지털증거에 대한 특칙으로 볼 수 있는 ‘저장통신법’(Stored Communications Act, SCA), ③ 저장통신법의 개정법률인 ‘클라우드 법’까지 살펴봐야 전체적인 모습을 파악할 수 있다.

2. 제출명령

가. 의의

미국에서는 수사단계의 자료수집을 위해 ‘제출명령’(subpoena)이 적극적으로 활용된다. 제출명령이란 그 명령의 송달을 받은 사람에게 자신이 보관·소지하는 것으로서 현재 계속 중인 절차의 쟁점과 관련성을 가진 특정한 문서·물건을 제출하도록 하는 명령이

73) 대외관계법 리스테이트먼트 제432조 제2항: “수사기관은 다른 국가의 권한 있는 공무원에 의한 그 국가의 동의를 받은 경우에만 다른 국가의 영역에서 그 권한을 행사할 수 있다.” (§ 432. *Measures in Aid of Enforcement of Criminal Law*. (2) A state’s law enforcement officers may exercise their functions in the territory of another state only with the consent of the other state, given by duly authorized officers of that state.).

74) 대외관계법 리스테이트먼트 제442조 제1항 (a): “미국 법원이나 기관은, 법률 또는 법원 명령에 따라, 재판관할권이 인정되는 자에 대하여 수사에 관련된 문서, 물건, 기타 정보의 제출을 명할 수 있다. 이는 해당 정보나 이를 소지하는 자가 외국에 있더라도 마찬가지이다.” (§ 442. *Requests for Disclosure: Law of the United States*. (1) (a) A court or agency in the United States, when authorized by statute or rule of court, may order a person subject to its jurisdiction to produce documents, objects, or other information relevant to an action or investigation, even if the information or the person in possession of the information is outside the United States.).

75) *In re Grand Jury Proceedings Bank of Nova Scotia (United States v. Bank of Nova Scotia)*, 740 F.2d 817, 828 (11th Cir. 1984) (본 판결에 따라 해외 자료에 대한 제출명령(a subpoena for foreign records)을 ‘Nova Scotia type subpoena’라 부르기도 한다.); *In re One Grand Jury Subpoena Returnable January 11, 1989*, No. N-89-7, 1989 WL 49165, at *3 (D. Conn. Mar. 22, 1989).

다.⁷⁶⁾ 제출명령은 17세기 무렵 등장하여 주로 민사절차에서 사용되었으나, 19세기 말부터 행정기관의 조사 권한의 일부로 사용되었고 이후 대배심의 권한으로 확대되었다.⁷⁷⁾ 수사단계에서 문서 등의 자료제출을 위해 이용되는 것으로 ① 대배심 제출명령(*Grand Jury subpoena duces tecum*)과 ② 행정 제출명령(*administrative subpoena*)이 있다. 본 문헌에서는 수사단계에서 활용도가 높은 대배심 제출명령을 기준으로 서술하기로 한다.

대배심 제출명령은 대배심의 권한이기는 하나 대상자가 이에 이의를 제기할 경우 최종적으로 법원이 유효성을 확인함으로써 강제성을 확보하게 된다. 즉, 수사기관이 일단 집행에 착수하는 압수·수색영장과 달리, 제출명령을 송달받은 대상자가 이의를 제기할 경우 일종의 대심 구조형(*adversary process*) 절차를 통해 제출명령의 유효성을 다투게 되며, 최종적으로 법원의 판단에 의하여 그 강제력이 확보되는 것이다.⁷⁸⁾ 대배심에 대하여는 공권력의 남용을 방지하려는 제도의 취지와 달리 현실에서는 검사의 수사 권한을 보충하는 역할을 한다는 비판이 있고, 실제 연방검사들은 상당수의 증거를 압수·수색영장이 아닌 대배심 제출명령을 통해 수집하고 있다.⁷⁹⁾ 행정 제출명령은 미연방 조세 당국(*Internal Revenue Service, IRS*), 경쟁 당국(*Federal Trade Commission, FTC*), 검찰(*Department of Justice, DOJ*) 등이 발부하나, 대배심 제출명령과 마찬가지로 궁극적으로는 법원의 판단에 따라 강제력을 확보하게 된다. 제출명령에 불응하면 검사는 법원에 법정모욕에 의한 제재를 청구할 수 있다.⁸⁰⁾ 즉, 제출명령에는 일정 수준의 법적 강제력이 인정되므로 검사 입장에서 사건의 혐의를 입증할 서류나 정보를 수집하는 유용한 도

76) 제출명령(*subpoena*)은 연방 형사소송규칙(*Federal Rules of Criminal Procedure*) 제17조, 연방 민사소송규칙(*Federal Rules of Civil Procedure*) 제45조가 이를 규율하고 있다. 민사절차에서 제출명령은 증거개시제도(*discovery*)의 구체적인 실현방법 중 하나로 인정된다.

77) 제출명령의 역사에 대하여는 다음의 문헌을 참고할 수 있다. Christopher Slobogin, *Subpoenas and Privacy*, 54 *DePaul L. Rev.* 805, 810 (2005).

78) 다음의 판례가 이러한 성격을 적절히 설명하고 있다. *United States v. Bailey (In re Subpoena Duces Tecum)*, 228 F.3d 341, 347 (4th Cir. 2000) (“A subpoena (...) commences an adversary process during which the person served with the subpoena may challenge it in court before complying with its demands. (...) As judicial process is afforded before any intrusion occurs, the proposed intrusion is regulated by, and its justification derives from, that process.”).

79) Niki Kuckes, *The Useful, Dangerous Fiction of Grand Jury Independence*, 41 *Am. Crim. L. Rev.* 1, 7 (2004).

80) 연방 형사소송규칙 제17조 (g).

구가 된다.

독일에서는 형사소송법 제95조에 따라 제출명령과 유사한 절차가 인정되고 있으며,⁸¹⁾ 일본은 2011년 형사소송법 개정으로 기록명령부 압수제도를 도입하고(제99조의2),⁸²⁾ 수사기관도 법관이 발부하는 영장을 받아 기록명령부 압수를 할 수 있도록 규정하였다(제218조 제1항).⁸³⁾ 이와 달리 우리 형사소송법의 해석상 수사단계에서 제출명령은 인정되지 않고,⁸⁴⁾ 법원에 의한 제출명령도 그에 불응하였을 경우 별다른 제재수단이 없다.⁸⁵⁾ 그러나 인터넷서비스 제공자 등에 대한 압수·수색영장의 집행도 실질적으로는 제출명령의 성격을 가지고 있는 점, 향후 우리 법제에도 수사단계의 제출명령이나 제출명

81) 독일 형사소송법 제95조(제출의무) “(1) 제94조에 규정된 종류의 대상을 보관하는 자는 요구가 있으면 이를 제시하고 제출할 의무가 있다. (2) 거부하는 경우에는 그에게 제70조에 규정된 질서벌과 강제수단을 부과할 수 있다. 증언거부권이 있는 사람에게는 제1문을 적용하지 않는다.” (StPO § 95 *Herausgabepflicht*. (1) Wer einen Gegenstand der vorbezeichneten Art in seinem Gewahrsam hat, ist verpflichtet, ihn auf Erfordern vorzulegen und auszuliefern. (2) Im Falle der Weigerung können gegen ihn die in § 70 bestimmten Ordnungs- und Zwangsmittel festgesetzt werden. Das gilt nicht bei Personen, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind.).

82) 일본 형사소송법 제99조의2: “법원은 필요가 있을 때, 기록명령부 압수(전자정보를 보관하는 자, 그 밖에 전자정보를 이용하는 권한을 갖는 자에게 명하여 필요한 전자정보를 정보저장매체에 기록시키거나, 또는 인쇄시킨 후에, 해당 정보저장매체를 압수하는 것을 말한다. 이하 같다)를 할 수 있다.”(第九十九条の二. 裁判所は、必要があるときは、記録命令付差押え(電磁的記録を保管する者その他電磁的記録を利用する権限を有する者に命じて必要な電磁的記録を記録媒体に記録させ、又は印刷させた上、当該記録媒体を差し押さえることをいう。以下同じ。)をすることができる.).

83) 일본 형사소송법 제218조 제1항 제1문: “검찰관, 검찰사무관, 또는 사법경찰직원은 범죄수사에 관하여 필요할 때에 법관이 발부하는 영장으로 압수, 기록명령부 압수, 수색, 또는 검증을 할 수 있다.”(第二百十八条 ① 検察官, 検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押え, 記録命令付差押え, 搜索又は検証をすることができる.).

84) 형사소송법 제219조는 제106조를 준용하고 있어 수사기관이 행하는 압수에도 제출명령의 형태가 인정된다고 해석될 여지가 있으나, 영장주의에 따라 수사기관의 압수에는 원칙적으로 법관의 영장이 필요하므로 독자적인 제출명령권을 가진다고 할 수 없고, 따라서 제106조 제2항은 준용되지 않는다고 보는 견해가 일반적이다. 신동운, 「신형사소송법(제5판)」, 법문사(2014), 400면; 이은모, 「형사소송법(제6판)」, 박영사(2018), 320면; 이재상·조균석, 「형사소송법(제11판)」, 박영사(2017), 316면; 이창현, 「형사소송법(제4판)」, 피앤씨미디어(2018), 431면.

85) 형사소송법 제106조(압수) 제2항은 “법원은 압수할 물건을 지정하여 소유자, 소지자 또는 보관자에게 제출을 명할 수 있다”고 규정하고, 별다른 제재수단을 두고 있지 않다. 제출명령에 응하지 않을 경우 궁극적으로 압수·수색영장에 의해 강제력을 확보할 수 있다고 하나, 이러한 논리는 해의 소재 자료에 대한 제출명령에는 의미를 가지기 어려운 것이다.

령 불응 시 강제수단이 도입될 가능성이 있는 점 등을 고려하면, 비교법적 검토를 통해 우리 법의 해석에 참고할 점을 얻을 수 있다고 생각된다.

나. 대상자

(1) 피의자

피의자가 제출명령의 대상자가 되는지는 수정헌법 제5조 자기부죄거부특권의 범위와 관련이 있다. 자기부죄거부특권은 ‘진술 또는 의사 표현의 성격을 가지는 행위’(testimonial or communicative act)의 강요를 금지하는 것이며,⁸⁶⁾ 물적 증거제출을 거부할 수 있는 권리는 아니다.⁸⁷⁾ 수정헌법 제5조는 모든 종류의 증거가 아니라 자신에게 불리한 진술을 강제하는 것으로 평가할 수 있는 제출명령에만 적용되므로, 피의자의 의복, 혈액, 음성, 필적 표본 등을 제공하는 경우는 수정헌법 제5조의 보호를 받을 수 없는 것이다.⁸⁸⁾

(2) 제3자

‘제3자 이론’(third party doctrine)은 정보주체가 제3자에게 자발적으로 정보를 제공한 경우, 그 정보에 대하여는 수정헌법 제4조의 프라이버시 이익이 인정되지 않는다는 미국 법 특유의 이론이다.⁸⁹⁾ 이에 따라 미국 법원은 피의자·피고인이 아닌 **제3자**에 대한 제출명령을 넓은 범위에서 인정해 왔다.⁹⁰⁾

86) *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 761 (1966); *Doe v. United States*, 487 U.S. 201, 210 (1988).

87) 이러한 점을 명확히 한 미연방대법원의 1976년 피셔(Fisher) 판결 이후 문제제출 강제는 원칙적으로 수정헌법 제5조의 보호를 받을 수 없게 되었다. *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976).

88) ① *Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910) (의복); ② *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966) (혈액); ③ *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967) (음성); ④ *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967) (필적).

89) *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979); *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

90) 다만 미연방대법원은 밀러 판결, 스미스 판결 이전부터 제3자에 대한 제출명령이 수정헌법 제4조, 제5조에 위반되지 않는다는 견해를 밝혀 왔다. *First National Bank v. United States*, 267 U.S. 576 (1925).

다. 요건

(1) 제출명령의 합리성

제출명령을 어떤 요건에 따라 인정할 것인가가 문제 된다. 비록 압수·수색과 같이 직접적인 물리력을 행사하지는 않지만, 법적 강제력으로 자료제출을 명하는 제출명령의 성격에 비추어 강제처분의 ‘합리성’(reasonableness)을 요구하는 수정헌법 제4조의 취지는 유지되어야 한다.⁹¹⁾ 그러나 ‘상당한 이유’와 같이 압수·수색영장에 준하는 요건까지 요구할 수는 없을 것이다. 그에 따라 법원은 제출명령의 합리성을 보장하기 위해 연방 형사소송규칙 제17조를 기준으로 삼아왔다.⁹²⁾

위 규칙은 제출명령이 비합리적이거나 억압적일 경우 이를 취소 또는 수정할 수 있다고 규정하는바,⁹³⁾ 미국 법원은 대체로 다음과 같은 세부 요건을 요구하여 온 것이다.⁹⁴⁾ 즉, ① 수사와 관련성(relevance), ② 대상의 특정성(particularity), ③ 적절한 시간적 범위(temporal scope) 내에 있을 것, ④ 대상자에게 과도한 부담(undue burden)이 되지 않을 것 등이다.

91) ① *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186, 208 (1946); (“The Fourth, if applicable, at the most guards against abuse only by way of too much indefiniteness or breadth in the things required to be ‘particularly described,’ if also the inquiry is one the demanding agency is authorized by law to make and the materials specified are relevant. The gist of the protection is in the requirement, expressed in terms, that the disclosure sought shall not be unreasonable.”); ② *United States v. Bailey (In re Subpoena Duces Tecum)*, 228 F.3d 341, 347 (4th Cir. 2000) (“Because a subpoena *duces tecum* leads to ‘the compulsory production of private papers,’ a person served with a subpoena *duces tecum* is entitled to the Fourth Amendment’s protection against unreasonableness.”).

92) *United States v. R. Enterprises, Inc.*, 498 U.S. 292, 299 (1991): “이 사건에서 핵심적인 질문은 연방 형사 절차에서 대배심 제출명령의 발부를 규율하는 연방 형사소송규칙 제17조 (c) 항이 부과하는 제약이다.” (In this case, the focus of our inquiry is the limit imposed on a grand jury by Federal Rule of Criminal Procedure 17(c), which governs the issuance of subpoenas *duces tecum* in federal criminal proceedings.).

93) 연방 형사소송규칙 제17조 (c)(2): “법원은 제출명령이 비합리적이거나 억압적인 경우 이를 취소하거나 수정할 수 있다.” (The court may quash or modify the subpoena if compliance would be unreasonable or oppressive.).

94) *United States v. Gurule*, 437 F.2d 239, 241 (10th Cir. 1970); *United States v. Alewelt*, 532 F.2d 1165, 1168 (7th Cir. 1976); *In re Grand Jury Matters*, 751 F.2d 13, 18 (1st Cir. 1984).

(2) 과도한 부담 여부

제출명령의 대상자에게 과도한 부담을 주지 않아야 한다는 요건은 제출명령의 효력을 다투는 대부분 사건에서 쟁점이 되고 있다. 위 요건은 ‘저인망식 조사’(fishing expedition)라고 표현되기도 하는 제출명령을 어디까지 허용할 것인가의 문제로서, 관련성, 특정성, 시간적 범위 등의 다른 요건과 밀접한 관련이 있다.⁹⁵⁾ 예컨대, 대상자인 기업에 수년간에 걸친 광범위한 자료를 요구하는 제출명령은 제한될 수 있으나, 반면 자료가 구체적으로 특정되어 있다면 자료의 양이 많다는 이유만으로 이를 거부할 수는 없을 것이다. 즉, 구체적으로 요구된 자료의 분량, 사건의 복잡성, 자료의 관련성 등의 요소를 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다.⁹⁶⁾

라. 검토

그러나 실제 형사사건의 제출명령은 민사사건의 그것에 비하여 상대적으로 낮은 기준으로 발령되고 있다. 예컨대 미연방대법원은 대배심 제출명령에 대하여, 대배심의 수사 대상과 관련된 정보를 획득할 합리적 가능성이 없다고 인정될 때에만 영장무효신청(motion to squash a search warrant)을 받아들일 수 있다고 판시하고 있다.⁹⁷⁾ 그렇다면 ‘관련성’ 요건은 사실상 제출명령을 통제하는 기능을 수행하지 못하며, 특히 제3자가 보관하는 정보에 대한 정보주체의 이익을 충분히 보장할 수 없다. 이에 따라 저장통신법은 제3자가 보관하는 전자정보에 대한 제출의무 인정 요건을 높여 정보주체의 이익을

95) *In re Special, Sept. 1983, Grand Jury*, 608 F. Supp. 538, 542-543 (S.D. Ind. 1985); *Reich v. Montana Sulphur & Chemical Co.*, 32 F.3d 440 (9th Cir. 1994).

96) ① *In re Radio Corp. of America*, 13 F.R.D. 167 (S.D.N.Y. 1952) (제출명령의 유효성 판단에 대상자인 기업의 규모를 고려함); ② *In re Grand Jury Investigation*, 381 F.Supp. 1295 (E.D. Pa. 1974) (대상자인 기업의 2년 반 동안의 모든 자료를 요구한 경우 과도한 부담이 된다고 판단함); ③ *In re Grand Jury Proceedings*, 115 F.3d 1240 (5th Cir. 1997) (187명의 대상자에게 85종에 달하는 문서의 제출을 요구하였다는 이유만으로는 과도한 부담이 되지 않는다는 취지로 판시함).

97) *United States v. R. Enterprises, Inc.*, 498 U.S. 292, 301 (1991): “Drawing on the principles articulated above, we conclude that where, as here, a subpoena is challenged on relevancy grounds, the motion to quash must be denied unless the district court determines that there is no reasonable possibility that the category of materials the Government seeks will produce information relevant to the general subject of the grand jury’s investigation.” (밑줄은 필자).

보호하는 것이다. 이하에서는 항목을 바꾸어 저장통신법의 내용을 살펴본다.

3. 저장통신법

가. 배경

‘제3자 이론’(third party doctrine)은 정보주체가 제3자에게 자발적으로 정보를 제공한 경우, 그 정보에 대하여는 수정헌법 제4조의 프라이버시 이익이 인정되지 않는다는 미국 법 특유의 이론이다. 미연방대법원은 대표적으로 1977년 밀러(*Miller*) 판결에서 제3자인 은행이 보관 중인 거래기록에 대하여 프라이버시 이익을 부정하고,⁹⁸⁾ 1979년 스미스(*Smith*) 판결에서 통신사업자가 보관 중인 통화기록에 대한 프라이버시 이익이 인정되지 않는다고 판시하였다.⁹⁹⁾ 다만 미연방대법원이 2018년 카펜터(*Carpenter*) 판결에서 통신사업자가 보관하는 휴대전화의 위치정보에 대하여 수정헌법 제4조의 보호 대상이라고 판시한 취지를 고려하면,¹⁰⁰⁾ 전통적인 제3자 이론의 범위가 축소될 가능성이 있음은 염두에 두어야 할 것이다.

어쨌든 위 이론을 일관하면, 수사기관은 금융기관, 통신회사, 인터넷서비스 제공자 등이 보관하는 정보에 대하여 별다른 제약 없이 접근할 수 있게 된다. 그러나 현대사회에서 금융기관 등이 보관하는 정보의 중요성을 고려할 때 제3자에게 제공된 정보라고 하여 아무런 법적 보호를 받지 못하는 사각지대에 놓이도록 할 수는 없다. 이에 따라 의회는 다양한 법률을 제정하여 위와 같은 정보에 대한 보호 수단을 제공하고 있는데, 이를 ‘성문법에 의한 프라이버시 보호’(statutory privacy protection)라 부를 수 있다. 저장통신법(SCA)은 위와 같이 제3자가 보관 중인 정보를 보호하는 성문법 중 하나이다.

저장통신법은 아래에서 보는 바와 같이 제3자가 보관하는 전자정보에 대한 제출의무의 요건을 강화하고 있으나, 일정한 한계가 있다. 그중 가장 중요한 것은, 수정헌법 제4조가 적용되지 않기 때문에 위법수집증거 배제법칙이 적용되지 않는다는 점이다.

98) *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

99) *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

100) *Carpenter v. United States*, 138 S.Ct. 2206 (2018).

나. 개요

저장통신법은 미국 연방 법률 제18장 제2701조부터 제2713조까지 규정을 통칭하는 것이다.¹⁰¹⁾ 동 법의 분석을 위해서는, ① 수범자, ② 대상 정보, ③ 수단으로 나누어 살펴 보아야 한다.

(1) 수범자

저장통신법은 수범 대상으로 ① ‘전자통신서비스’(electronic communication service, **ECS**) 제공자, ② ‘원격정보처리서비스’(remote computing service, **RCS**) 제공자의 개념을 정하고, 그들이 보관하는 정보에 대하여 수정헌법 제4조와 유사한 법적 보호 수단을 제공하는 것이다.

(2) 대상 정보

저장통신법은 중요 디지털증거를 그 대상으로 규정하고 있다. 즉, 수사기관이 취득할 수 있는 정보는, ① 제2703조 (a), (b) 항이 규정하는 ‘통신 내용’(content of communication), ② 제2703조 (c)(1)에 규정된 ‘기타 가입자 정보’(other subscriber information),¹⁰²⁾ ③ 제2703조 (c)(2)에 열거된 ‘기본 가입자 정보’(basic subscriber information)¹⁰³⁾ 등 3가지 유형으로 나눌 수 있다.

(3) 정보취득 수단

저장통신법은 수사기관이 서비스제공자에게 특정 정보의 공개를 강제하는 데 사용할

101) 18 U.S.C. §§ 2701-2713.

102) 제2703조 (a), (b) 항에 규정된 ‘통신 내용’에 해당하지 아니하고, 제2703조 (c)(2)에 열거된 ‘기본 가입자 정보’에도 해당하지 않는 정보로, 가입자가 방문한 웹사이트의 주소, 이메일을 주고받은 상대방의 메일주소 등을 예로 들 수 있다. 우리 통신비밀보호법 제2조 제11호에 규정된 ‘통신사실 확인자료’와 유사하다.

103) 제2703조 (c)(2)는 ‘기본 가입자 정보’로 (A) 가입자 이름, (B) 주소, (C) 장·단거리 통화기록, (D) 통신서비스 시간 및 종류, (E) 송·수신에 사용된 통신(전화) 번호, (F) 서비스 지불수단에 대한 정보를 열거한다. 우리 전기통신사업법 제83조 제3항에 규정된 ‘통신자료’와 유사하다.

수 있는 방법을 제시하고 있는데, ① ‘제출명령’(subpoena), ② ‘통지 후 제출명령’(subpoena with prior notice), ③ ‘법원 명령’(court order), ④ ‘통지 후 법원 명령’(court order with prior notice), ⑤ ‘영장’(warrant)이 바로 그것이다. 비록 제출명령, 법원 명령, 영장으로 법적 수단이 세분되어 있으나, 적절한 법적 수단을 제시하면 서비스제공자가 그 취지에 부합하는 정보를 제공하는 형식일 것이므로 법적 수단이 다르다 하더라도 실제 집행의 모습은 크게 다르지 않을 것이다. 따라서 법적 수단을 세분하는 것은 정보 유형별로 프라이버시 이익이 다르다는 점을 고려하여 서로 다른 수준의 요건을 부과하려는 것에 불과하다. 사전통지를 수반하지 않는 경우, 제출명령만으로 취득할 수 있는 정보는 제2703조 (c)(2)에 열거된 ‘기본 가입자 정보’에 불과하므로 저장통신법은 디지털증거와 관련하여 정보수집에 필요한 요건을 상향시킨 것으로 평가할 수 있을 것이다.

① **제출명령**은 발부요건이 가장 약하며 절차가 간소한 증거수집 절차로, (사전통지를 하지 않을 경우) 이를 통하여 제2703조 (c)(2)에 열거된 ‘기본 가입자 정보’를 취득할 수 있다.

② (사전통지를 하지 않을 경우) **법원 명령**을 이용하여 제2703조 (c)(1)에 규정된 ‘기타 가입자 정보’, 제2703조 (c)(2)에 열거된 ‘기본 가입자 정보’를 취득할 수 있다.¹⁰⁴⁾ 제2703조 (d) 항은 법원 명령을 요건을 다음과 같이 정하고 있다.¹⁰⁵⁾ 즉, 정부기관은 유·무선 통신 내용, 또는 기록 기타 정보가 진행 중인 수사와 관련성이 있고 중요하다고 믿을 만한 합리적 근거가 있다는 점을 보여주는 ‘구체적이고 설명할 수 있는 사실’(specific and articulable facts)을 제시해야 한다.¹⁰⁶⁾ 또한 법원은 서비스제공자의

104) 18 U.S.C. § 2703 (c)(1), 2703 (c)(2).

105) 제2703조 (d) 항이 요건을 규정하기 때문에 저장통신법의 법원 명령을 ‘(d) order’라 부르기도 한다. Orin S. Kerr, *A User’s Guide to the Stored Communications Act, And A Legislator’s Guide to Amending It*, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1208, 1219 (2004).

106) 연방 법률 제18장 제2703조 (d) 항 (법원 명령의 요건): “(b) 또는 (c) 항에 따른 법원 명령은 관할이 인정되는 법원에서, 정부 기관이 유·무선 통신 내용, 또는 기록 기타 정보가 진행 중인 수사와 관련성이 있고 중요하다고 믿을 만한 합리적 근거가 있다는 점을 보여주는 구체적이고 설명할 수 있는 사실을 제시하는 경우에 발부된다. 주(州) 정부 기관의 경우, 해당 주법에 의해 금지된 경우 법원 명령은 발부되지 않는다. 본 조에 따른 명령을 발급하는 법원은, 서비스제공자의 신청에 따라, 요청한 정보나 기록이 비정상적으로 방대하거나 또는 서비스제공자에게 과도한 부담을 줄 수 있는 경우, 이를 취소 또는 수정할 수 있다.” (18 U.S.C. § 2703 (d) Requirement

신청에 따라 법원 명령이 비정상적으로 방대하거나 서비스제공자에게 과도한 부담을 줄 수 있는 경우 그 명령을 취소 또는 수정할 수 있다. 결국 제2703조 (d)항은 관련성, 중요성, 과도한 부담이 되지 않을 것 등의 요건을 규정하는데, 이는 앞서 살펴본 대배심 제출 명령의 요건과 크게 다르지 않다고 볼 수 있다. 다만 법원의 사전심사를 거친다는 점, '구체적이고 설명할 수 있는 사실' 제시를 요구한다는 점에서 실제 운용에서는 제출명령보다 강화된 요건이 적용될 것으로 생각된다.

③ 영장은 통신 내용을 포함하여 가장 광범위한 데이터 공개를 강제할 수 있는 수단 이기는 하나, 연방 형사소송규칙에 따라 범죄 혐의의 상당성 등을 입증하여야 하므로 가장 요건이 강화되어 있다고 할 수 있다. 제2703조의 내용을 간략히 정리하고 표로 정리 하면 다음과 같다.

- 연방 법률 제18장 제2703조 (a)항 제1문: 전자통신서비스(ECS) 제공자로부터 전자적 형태로 저장된 유·무선 통신 내용 중 180일 이내의 것을 취득하려면, 수사기관은 연방 형사소송규칙에 따른 법원의 영장을 발부받아야 한다.¹⁰⁷⁾
- 연방 법률 제18장 제2703조 (a)항 제2문: 전자통신서비스(ECS) 제공자로부터 180일이 지난 통신 내용을 취득하려면, (b)항에 정한 바와 같이 ① 사전통지를 하지 않

for court order. A court order for disclosure under subsection (b) or (c) may be issued by any court that is a court of competent jurisdiction and shall issue only if the governmental entity offers specific and articulable facts showing that there are reasonable grounds to believe that the contents of a wire or electronic communication, or the records or other information sought, are relevant and material to an ongoing criminal investigation. In the case of a State governmental authority, such a court order shall not issue if prohibited by the law of such State. A court issuing an order pursuant to this section, on a motion made promptly by the service provider, may quash or modify such order, if the information or records requested are unusually voluminous in nature or compliance with such order otherwise would cause an undue burden on such provider. (밑줄은 필자).

107) 18 U.S.C. § 2703 (a) *Contents of wire or electronic communications in electronic storage.* A governmental entity may require the disclosure by a provider of electronic communication service of the contents of a wire or electronic communication, that is in electronic storage in an electronic communications system for one hundred and eighty days or less, only pursuant to a warrant issued using the procedures described in the Federal Rules of Criminal Procedure (...) by a court of competent jurisdiction.

는 경우는 연방 형사소송규칙에 따른 법원의 영장을 발부받고 ② 사전통지를 하는 경우는 법원 명령, 행정 제출명령, 대배심 제출명령, 또는 법원 제출명령을 발부받아야 한다.¹⁰⁸⁾

- 연방 법률 제18장 제2703조 (b)(1): 원격정보처리서비스(RCS) 제공자로부터 통신 내용을 취득하려면 ① 사전통지를 하지 않는 경우는 연방 형사소송규칙에 따른 법원의 영장을 발부받고 ② 사전통지를 하는 경우는 법원 명령, 행정 제출명령, 대배심 제출명령, 또는 법원 제출명령을 발부받아야 한다.¹⁰⁹⁾
- 연방 법률 제18장 제2703조 (c)(1): 전자통신서비스(ECS) 제공자, 원격정보처리서비스(RCS) 제공자로부터 기타 가입자 정보를 취득하려면, ① 연방 형사소송규칙에 따른 영장, ② 법원 명령을 발부받거나, ③ 가입자 또는 고객의 동의를 받거나, 또는 ④ 텔레마케팅 사기 수사와 관련하여, 수사기관이 관련 정보를 서비스제공자에게 문서로 정식으로 요청해야 한다.¹¹⁰⁾

108) 18 U.S.C. § 2703 (a) *Contents of wire or electronic communications in electronic storage.* A governmental entity may require the disclosure by a provider of electronic communications services of the contents of a wire or electronic communication that has been in electronic storage in an electronic communications system for more than one hundred and eighty days by the means available under subsection (b) of this section.”

109) 18 U.S.C. §2703 (b) *Contents of wire or electronic communications in a remote computing service.* (1) A governmental entity may require a provider of remote computing service to disclose the contents of any wire or electronic communication to which this paragraph is made applicable by paragraph (2) of this subsection—

(A) without required notice to the subscriber or customer, if the governmental entity obtains a **warrant** issued using the procedures described in the Federal Rules of Criminal Procedure (···) by a court of competent jurisdiction; or

(B) with prior notice from the governmental entity to the subscriber or customer if the governmental entity—

(i) uses an **administrative subpoena** authorized by a Federal or State statute or a Federal or State **grand jury or trial subpoena**; or

(ii) obtains a **court order** for such disclosure under subsection (d) of this section; except that delayed notice may be given pursuant to section 2705 of this title.

110) 18 U.S.C. §2703 (c) *Records concerning electronic communication service or remote computing service.* (1) A governmental entity may require a provider of electronic communication service or remote computing service to disclose a record or other information pertaining to a subscriber to or customer of such service (not including the contents of communications) only when the governmental entity—

- 연방 법률 제18장 제2703조 (c)(2): 전자통신서비스(ECS) 제공자, 원격정보처리서비스(RCS) 제공자로부터 기본 가입자 정보(가입자 이름, 주소, 장, 단거리 통화기록, 통신서비스 시간 및 종류, 송·수신에 사용된 통신(전화) 번호, 서비스 지불수단에 대한 정보)를 취득하려면, ① 행정 제출명령, 대배심 제출명령, 또는 법원 제출명령을 발부받거나, ② 위 제2703조 (c)(1)에 규정된 수단을 이용해야 한다.¹¹¹⁾

〈표 2〉

조항	수범자	대상 정보	정보취득 수단
§ 2703(a) 제1문	ECS	통신 내용 (180일 이내)	• 영장
§ 2703(a) 제2문, 2703(b)	ECS	통신 내용 (180일 초과)	• 영장 • 법원명령 + 통지 • 제출명령 + 통지
§ 2703(b)	RCS	통신 내용	• 영장 • 법원명령 + 통지 • 제출명령 + 통지
§ 2703(c)(1)	ECS, RCS	기타 가입자 정보	• 영장 • 법원명령
§ 2703(c)(2)	ECS, RCS	기본 가입자 정보	• 영장 • 법원명령 • 제출명령

(A) obtains a **warrant** issued using the procedures described in the Federal Rules of Criminal Procedure (...) by a court of competent jurisdiction;

(B) obtains a **court order** for such disclosure under subsection (d) of this section;

(C) has the **consent** of the subscriber or customer to such disclosure;

(D) submits a **formal written request** relevant to a law enforcement investigation concerning telemarketing fraud for the name, address, and place of business of a subscriber or customer of such provider, which subscriber or customer is engaged in telemarketing (as such term is defined in section 2325 of this title); or (E) seeks information under paragraph (2).

111) 18 U.S.C. §2703 (c)(2) A provider of electronic communication service or remote computing service shall disclose to a governmental entity the (A) name; (B) address; (C) local and long distance telephone connection records, or records of session times and durations; (D) length of service (including start date) and types of service utilized; (E) telephone or instrument number or other subscriber number or identity, including any temporarily assigned network address; and (F) means and source of payment for such service (including any credit card or bank account number), of a subscriber to or customer of such service when the governmental entity uses an **administrative subpoena** authorized by a Federal or State statute or a Federal or State **grand jury or trial subpoena** or **any means available under paragraph (1)**.

다. 저장통신법과 역외 전자정보 수집

역외 데이터수집과 관련된 마이크로소프트 아일랜드¹¹²⁾ 구글 펜실베이니아 사건¹¹³⁾은 저장통신법의 적용 범위가 문제 된 사안이다. 즉, 저장통신법에 의한 영장을 집행하여 ‘**해외에 저장되어 있으나 국내에서 접근 가능한 정보**’의 제출을 강제할 수 있는지가 쟁점인 것이다. 이러한 맥락에서 ‘수색’의 법적 위치를 데이터 ‘접근’ 장소로 파악할 경우 저장통신법의 역외적용 문제는 없으나, 이와 달리 데이터 ‘저장’ 장소를 기준으로 할 경우 역외적용이 가능한지 여부를 살펴봐야 한다. 그런데 구글 펜실베이니아 사건은 수색의 법적 위치를 데이터 접근 장소로 파악하였고, 반면 마이크로소프트 아일랜드 사건은 데이터 저장 장소로 파악한 것이다.

이에 따라 연방제2항소법원은 마이크로소프트社에 미국 외에 저장된 데이터의 제출을 요구하는 영장의 집행은 법률의 역외적용에 해당하여 허용될 수 없다고 판시하였다. 즉, ① 저장통신법(SCA)에는 역외적용에 대한 명시적 규정이 없으므로 ‘역외적용 추정 금지 원칙’(presumption against extraterritoriality)에 따라 위 법에 따라 발부된 영장의 역외집행은 허용될 수 없다. 다음으로 ② 저장통신법 제2703조 (a)항의 주된 보호법익은 ‘사용자의 통신 내용에 대한 프라이버시’이고, 이와 관련된 행위는 마이크로소프트 직원이 수사기관의 대리인 자격으로 사용자의 통신 내용을 취득하는 경우에 발생한다. 그런데 그러한 행위는 아일랜드 더블린(Dublin)에 있는 데이터 센터에서 발생하므로 법률의 보호법익과 관련된 행위는 역외에서 발생하는 것이다. 따라서 본건 영장의 집행을 강제하는 것은 허용되지 않는 역외적용에 해당한다는 것이다.

한편, ‘클라우드 법’은 입법에 의하여 위와 같은 논쟁을 정리한 것이다. 마이크로소프트 아일랜드 사건이 연방대법원에 계류 중에 위 사건의 항소심 판단을 무력화하고자 한 ‘클라우드 법’이 양원을 통과하였고, 이에 연방대법원은 항소심 판결을 파기하고 소의 이익이 없으므로(moot) 기각함이 상당하다는 취지로 환송하였다. 아래에서는 항목을 바꾸어 클라우드 법의 내용을 살펴본다.

112) *In re Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled & Maintained by Microsoft Corp.* (Microsoft Ireland), 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016).

113) *In re Search Warrant No. 16-960-M-01 to Google* (Google Pennsylvania), 232 F. Supp. 3d 708 (E.D. Pa. 2017).

4. 클라우드 법

‘클라우드 법’의 공식 명칭은 ‘합법적 해외 데이터 활용의 명확화를 위한 법(Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, CLOUD Act)’이며, 역외 전자정보 수집과 관련하여 다음과 같은 다양한 내용을 담고 있는 저장통신법 개정법률이다.¹¹⁴⁾

가. 서비스제공자에게 해외에 저장·보관된 데이터 제출을 요구할 수 있는 명시적 근거를 규정

‘클라우드 법’ 이전에는 정부가 서비스제공자에게 해외에 저장·보관된 데이터의 제출을 요구할 수 있는지에 대한 명시적 규정이 없었다. 이러한 이유로 앞서 살펴본 마이크로소프트 아일랜드 사건 등에서 역외 데이터의 제출을 강제할 수 있는지에 대한 논란이 있었고, 미연방 의회는 이를 입법적으로 해결하기 위해 연방 법률 제18장 제2713조를 신설한 것이다.¹¹⁵⁾ 제2713조는 “서비스제공자는, 해당 통신 또는 정보가 미국 내에 저장되어 있는지 여부와 관계없이, 해당 제공자가 소유, 소지, 또는 관리(통제, 보관)하는 통신의 내용과 가입자 관련 정보를 보존, 백업, 또는 공개할 법적 의무를 준수하여야 한다”라고 규정하여 서비스제공자가 해외에 저장·보관된 데이터를 제출할 의무가 있음을 분명히 하였다.¹¹⁶⁾

114) CLOUD Act, H.R. 1526, 115th Con. div. V (2018).

115) 기존 저장통신법은 미국 연방 법률 제18장 제2701조부터 제2712조까지 규정되어 있었는데, 이에 제2713조를 추가한 것이다.

116) 연방 법률 제18장 제2713조: “서비스제공자는, 해당 통신 또는 정보가 미국 내에 저장되어 있는지 여부와 관계없이, 해당 제공자가 소유, 소지, 또는 관리하는 통신의 내용과 가입자 관련 정보를 보존, 백업, 또는 공개할 법적 의무를 준수하여야 한다.” (18 U.S.C. § 2713. *Required preservation and disclosure of communications and records*. A provider of electronic communication service or remote computing service shall comply with the obligations of this chapter to preserve, backup, or disclose the contents of a wire or electronic communication and any record or other information pertaining to a customer or subscriber within such provider’s possession, custody, or control, regardless of whether such communication, record, or other information is located within or outside of the United States.) (밑줄은 필자).

나. 영장 등에 대한 불복절차¹¹⁷⁾

‘클라우드 법’은 서비스제공자가 영장 등의 효력을 다룰 수 있는 절차를 규정하였는데,¹¹⁸⁾ 신설된 제2703조 (h) 항의 주요 내용은 다음과 같다.

- 연방 법률 제18장 제2703조 (h)(1)(A): ‘자격을 갖춘 외국 정부’(qualifying foreign government)란 연방 법률 제18장 제2523조에 따라 미국 정부와 행정협정을 체결하고, 전자통신서비스 제공자, 원격정보처리서비스 제공자에게 실체법·절차법적으로 본항에 규정된 것과 유사한 기회를 제공하는 외국 정부를 말한다.¹¹⁹⁾
- 연방 법률 제18장 제2703조 (h)(2)(A): 가입자 등의 통신 내용을 공개하라는 요청을 받은 서비스제공자는, ① 가입자 등이 미국인이 아니고 미국 내에 거주하지도 않으며, ② 통신 내용 공개로 인하여 자격을 갖춘 외국 정부의 법률을 위반할 실질적 위험이 있는 경우, 영장의 무효 또는 변경을 신청할 수 있다. 이 신청은 정보공개 요청을 송달받은 날로부터 14일 이내에 이루어져야 한다.¹²⁰⁾

117) 제2703조 (h) 항은 통신 내용 공개를 요청할 수 있는 ‘법적 절차’(legal process), 즉 영장을 비롯한 모든 형태의 공적인 공개요청에 대한 불복절차를 규정한다. 그러나 본 문헌의 성격을 고려하여 본문에서는 간단히 ‘영장’으로 번역하였다.

118) CLOUD Act, H.R. 1625, 115th Cong. div. V, § 103(b) (2018). (18 U.S.C. § 2703(h) 신설).

119) 18 U.S.C. § 2703. (h)(1)(A). In this subsection, the term “qualifying foreign government” means a foreign government — (i) with which the United States has an executive agreement that has entered into force under section 2523; and (ii) the laws of which provide to electronic communication service providers and remote computing service providers substantive and procedural opportunities similar to those provided under paragraphs (2) and (5).

120) 18 U.S.C. § 2703. (h)(2)(A) A provider of electronic communication service to the public or remote computing service, including a foreign electronic communication service or remote computing service, that is being required to disclose pursuant to legal process issued under this section the contents of a wire or electronic communication of a subscriber or customer, may file a motion to modify or quash the legal process where the provider reasonably believes (i) that the customer or subscriber is not a United States person and does not reside in the United States; and (ii) that the required disclosure would create a material risk that the provider would violate the laws of a qualifying foreign government. Such a motion shall be filed not later than 14 days after the date on which the provider was served with the legal process, absent agreement with the government or permission from the court to extend the deadline based on an application made within the 14 days. The right to move to quash is without

- 연방 법률 제18장 제2703조 (h)(2)(B): 신청을 받은 법원은 정부기관에 대응할 기회를 주어야 하며, ① 통신 내용의 공개로 인하여 자격을 갖춘 외국 정부의 법률을 위반할 여지가 있고 ② 제반 상황을 종합할 때 영장의 무효 또는 변경이 정의에 부합하며, ③ 가입자 등이 미국인이 아니고 미국 내에 거주하지도 않는다면, 영장을 무효로 하거나 내용을 변경할 수 있다.¹²¹⁾
- 연방 법률 제18장 제2703조 (h)(3) '예양분석': 본 조항은 위 제2703조 (h)(2)(B)의 내용 중 '제반 상황을 종합할 때 영장무효 또는 변경이 정의의 이익에 부합'하는지를 판단함에 필요한 8가지 요소를 제시한다. ① 통신내용 공개를 요구하는 수사기관의 이익을 포함한 미국의 이익, ② 공개를 금지하는 외국 정부의 이익, ③ 서비스제공자에게 부과된 일관성 없는 법적 의무로 인하여 서비스제공자 또는 그 임직원에게 부과되는 제재의 가능성, 범위 및 성격, ④ 가입자 등의 위치와 국적, 가입자 등이 미국에 대하여 가지는 연관성의 성격과 정도, 또는 제3512조에 따라 외국 수사기관이 통신내용 공개를 요청할 때에 가입자 등이 그 외국에 대하여 가지는 연결점의 성격과 정도, ⑤ 서비스제공자가 미국에 대하여 가지는 연관성의 성격과 정도, ⑥ 공개 대상 정보가 수사절차에서 가지는 중요성, ⑦ 다른 수단을 통해 공개 대상 정보에 시기적절하고 효과적으로 접근할 가능성, ⑧ 제3512조에 따라 외국 수사기관이 통신 내용 공개를 요청할 때에 그 외국 수사기관의 이익이 그것이다.¹²²⁾

prejudice to any other grounds to move to quash or defenses thereto, but it shall be the sole basis for moving to quash on the grounds of a conflict of law related to a qualifying foreign government.

- 121) 18 U.S.C. § 2703. (h)(2)(B) Upon receipt of a motion filed pursuant to subparagraph (A), the court shall afford the governmental entity that applied for or issued the legal process under this section the opportunity to respond. The court may modify or quash the legal process, as appropriate, only if the court finds that (i) the required disclosure would cause the provider to violate the laws of a qualifying foreign government; (ii) based on the totality of the circumstances, the interests of justice dictate that the legal process should be modified or quashed; and (iii) the customer or subscriber is not a United States person and does not reside in the United States.
- 122) 18 U.S.C. § 2703. (h)(3) *Comity analysis*. For purposes of making a determination under paragraph (2)(B)(ii), the court shall take into account, as appropriate— (A) the interests of the United States, including the investigative interests of the governmental entity seeking to require the disclosure; (B) the interests of the qualifying foreign government in preventing any prohibited disclosure; (C) the likelihood, extent, and nature of penalties to the provider

앞서 설명한 바와 같이, 예양은 다른 국가의 주권에 대한 사법적 존중을 의미하며, 제반 요소를 고려하여 특정 행위의 합리성 여부를 판단하는 이익형량의 사고방식에 기초해 있다. 보다 구체적으로, ‘이익형량 과정에서 다른 국가의 이익을 체계적으로 고려’함을 의미한다. 영미에서는 국제예양이라는 개념을 입법관할권, 재판관할권의 제한, 외국판결의 승인·집행 등의 다양한 맥락에서 대체로 사법 자제 원칙에 일관성을 부여하는 이론적 근거로 사용하고 있다. 나아가 외국에 있는 자료에 대한 증거조사의 맥락에서도 예양분석이 중요한 의미를 가짐은 상술한 바 있다.

해외 증거조사의 맥락에서 예양분석은 국내법과 외국법 간의 충돌이 발생한 경우 법원이 다양한 요소를 고려하여 미국과 외국 정부의 관련 이해관계를 검토하도록 하는 것이다. 달리 말하면, 예양 원칙은 법적 권리·의무의 주체가 의무의 충돌을 피하려는 최대한의 노력을 다해 행동하였음에도 외국법에 의한 제재를 받을 우려가 있을 때, 국내법에 의한 의무를 부담하지 않도록 하는 기능을 한다. ‘클라우드 법’에 의해 저장통신법에 새로 도입된 영장 등에 대한 불복절차는 미국 법원에서 발부한 영장 집행이 외국법을 위반할 소지가 있는 경우 서비스제공자가 영장의 무효·변경을 구할 수 있는 장치를 두어 각국 법률의 충돌 문제를 해결하는 역할을 하며, 이를 구체화한 제2703조 (h) 항은 바로 예양분석을 근거로 하는 것이다.¹²³⁾ 위 제2703조 (h)(3)의 8가지 요소가 예양분석의 구체적 내용을 이루며, ‘클라우드 법’에 의해 신설된 영장 등에 대한 불복절차의 핵심이라 할 것이다.

or any employees of the provider as a result of inconsistent legal requirements imposed on the provider; (D) the location and nationality of the subscriber or customer whose communications are being sought, if known, and the nature and extent of the subscriber or customer's connection to the United States, or if the legal process has been sought on behalf of a foreign authority pursuant to section 3512, the nature and extent of the subscriber or customer's connection to the foreign authority's country; (E) the nature and extent of the provider's ties to and presence in the United States; (F) the importance to the investigation of the information required to be disclosed; (G) the likelihood of timely and effective access to the information required to be disclosed through means that would cause less serious negative consequences; and (H) if the legal process has been sought on behalf of a foreign authority pursuant to section 3512, the investigative interests of the foreign authority making the request for assistance.

123) Jennifer Daskal, *Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking 2.0*, 71 *Stan. L. Rev. Online* 9 (2018); Paul M. Schwartz, *Legal Access to the Global Cloud*, 118 *Colum. L. Rev.* 1681, 1716 (2018).

한편 이는 대외관계법 리스테이트먼트에서 제시되는 예양분석의 전통적 판단요소와 다소 차이가 있다. 대외관계법 리스테이트먼트는 제442조는 다음과 같은 5가지 판단요소를 제시한다.¹²⁴⁾ 즉, ① 요청된 문서 또는 기타 정보가 수사 또는 재판에서 가지는 중요성, ② 요청 대상을 특정한 정도, ③ 정보가 미국에서 유래된 것인지 여부, ④ 대체 수단의 가능 여부, ⑤ 요청에 응하지 않을 때 훼손될 우려가 있는 미국의 중요한 이익, 또는 요청에 응할 때 훼손될 우려가 있는 증거 소재지 국가의 중요한 이익이 바로 그것이다. 그렇다면 전통적 예양분석과 ‘클라우드 법’에 의하여 신설된 제2703조 (h)(3)의 예양분석의 관계는 어떠한 것인가? 동 법안은 ‘클라우드 법’이 전통적인 예양분석에 영향을 미치지 않는다고 명시적으로 규정한다.¹²⁵⁾ 즉, 일반적으로 적용되는 전통적 의미의 예양분석은 여전히 유효하고(general comity), 제2703조 (h)(3)의 예양분석은 아래에 설명하는 행정협정을 맺은 국가, 즉 자격을 갖춘 외국 정부에 대하여 적용되는 것이다(special comity).

124) 대외관계법 리스테이트먼트 제442조 제1항 (c): “외국에 있는 정보의 제출을 명할지 여부를 결정할 때, 그리고 그러한 명령을 구성할 때 법원이나 정부 기관은 다음의 사항을 고려해야 한다. ① 요청된 문서 또는 기타 정보가 수사 또는 재판에서 가지는 중요성, ② 요청 대상을 특정한 정도, ③ 정보가 미국에서 유래된 것인지 여부, ④ 대체 수단의 가능 여부, ⑤ 요청에 응하지 않을 때 훼손될 우려가 있는 미국의 중요한 이익, 또는 요청에 응할 때 훼손될 우려가 있는 증거 소재지 국가의 중요한 이익.” (§ 442. *Requests for Disclosure: Law of the United States*. (1) (c) In deciding whether to issue an order directing production of information located abroad, and in framing such an order, a court or agency in the United States should take into account ① The importance to the investigation or litigation of the documents or other information requested; ② the degree of specificity of the request; ③ whether the information originated in the United States; ④ the availability of alternative means of securing the information; and ⑤ the extent to which noncompliance with the request would undermine important interests of the United States, or compliance with the request would undermine important interests of the state where the information is located.) (구분기호 ①, ②, ③, ④, ⑤는 필자).

125) CLOUD Act, H.R. 1625, 115th Cong. div. V, § 103(c) (2018): *Rule of Construction*. Nothing in this section, or an amendment made by this section, shall be construed to modify or otherwise affect the common law standards governing the availability or application of comity analysis to other types of compulsory process or to instances of compulsory process issued under section 2703 of title 18, United States Code, as amended by this section, and not covered under subsection (h)(2) of such section 2703.

다. 행정협정

‘클라우드 법’은 연방 법률 제18장 제2523조를 신설하여 초 국경적 정보제공 요청을 위한 행정협정(executive agreement) 관련 규정을 마련하였는바,¹²⁶⁾ 그 주요 내용은 다음과 같다.

※※※※※

- 연방 법률 제18장 제2523조 (b)(1): 외국 정부의 국내법과 그 집행이 데이터수집과 관련된 프라이버시와 시민적 자유를 실체법·절차법적으로 강력하게 보장하는 등 법률에서 정한 요건을 충족하는 경우,¹²⁷⁾ 해당 외국 정부와 행정협정을 체결할 수 있다.
- 연방 법률 제18장 제2523조 (b)(1)(B): 행정협정을 체결할 때 고려할 사항은 다음과 같다.¹²⁸⁾ 즉, ① 외국 정부가 사이버범죄 및 디지털증거에 관한 적절한 실체법과

126) CLOUD Act, H.R. 1625, 115th Cong. div. V, § 105(a) (18 U.S.C. § 2523 신설).

127) 18 U.S.C. § 2523. (b)(1). [T]he domestic law of the foreign government, including the implementation of that law, affords robust substantive and procedural protections for privacy and civil liberties in light of the data collection and activities of the foreign government that will be subject to the agreement (…).

128) 18 U.S.C. § 2523 (b)(1)(B). [T]he factors to be met in making such a determination include whether the foreign government—(i) has adequate substantive and procedural laws on cybercrime and electronic evidence, as demonstrated by being a party to the Convention on Cybercrime, done at Budapest November 23, 2001, and entered into force January 7, 2004, or through domestic laws that are consistent with definitions and the requirements set forth in chapters I and II of that Convention; (ii) demonstrates respect for the rule of law and principles of nondiscrimination; (iii) adheres to applicable international human rights obligations and commitments or demonstrates respect for international universal human rights, including—(I) protection from arbitrary and unlawful interference with privacy; (II) fair trial rights; (III) freedom of expression, association, and peaceful assembly; (IV) prohibitions on arbitrary arrest and detention; and (V) prohibitions against torture and cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment; (iv) has clear legal mandates and procedures governing those entities of the foreign government that are authorized to seek data under the executive agreement, including procedures through which those authorities collect, retain, use, and share data, and effective oversight of these activities; (v) has sufficient mechanisms to provide accountability and appropriate transparency regarding the collection and use of electronic data by the foreign government; and (vi) demonstrates a commitment to promote and protect the global free flow of information and the open, distributed, and interconnected nature of the

절차법을 가진 경우(이는 외국 정부가 사이버범죄조약 가입국이거나 국내법이 사이버범죄조약의 규정과 합치하는 경우에 증명될 수 있다), ② 법의 지배와 차별금지원칙에 대한 존중, ③ 국제 보편적 인권의 존중(이에는 자의적이고 불법적인 프라이버시 침해로부터의 보호, 공정한 재판을 받을 권리, 표현의 자유, 집회·시위의 자유, 자의적인 체포·구금 금지, 고문 금지, 잔인하고 비인도적 처벌 금지 등이 포함된다), ④ 데이터수집, 보유, 활용, 공유의 절차 및 그러한 활동의 효과적 통제에 대한 분명한 법적 권한과 절차, ⑤ 데이터수집 및 사용과 관련하여 책임성 및 적절한 투명성을 제공하는 메커니즘, ⑥ 세계적인 정보의 자유로운 이동과 인터넷의 공개되고 분산되고 상호연결된 특성을 촉진하고 보호하겠다는 의지 등이다.

한편 '클라우드 법'은 제2702조 (b)(9)를 신설하여 행정협정 대상국 정부의 요청이 있는 경우 서비스제공자가 자발적으로 통신 내용을 제공할 수 있도록 하였다.¹²⁹⁾ 이는 타국 정부에 대한 봉쇄조항(blocking statute)을 제거하는 의미를 가진다. 즉, 일정한 요건을 갖추어 행정협정을 체결한 경우, 해당 국가는 국제형사사법공조 절차를 거치지 않고 바로 미국에 근거한 서비스제공자에게 통신 내용의 제출을 요구할 수 있다. 국제형사사법공조 절차의 비효율성을 극복하고, 신속한 정보공유를 가능하도록 하는 것이 '클라우드 법'이 의도하는 핵심적 내용이라 할 수 있다. 한편 '클라우드 법'은 기존의 국제 데이터 공유 방법을 보완하는 것이지 대체하는 것이 아니다. 따라서 행정협정이 없는 경우에도 여전히 기존의 국제형사사법공조 절차를 통해 공조 요청이 가능하다. 또한, 행정협정이 체결된 국가라 하더라도 '클라우드 법'의 범위를 넘어서는 정보에 대하여는 국제형사사법공조 절차를 활용해야 한다.

라. 기타

행정협정을 체결하려면 위 제2703조 (b)(1) 외에도 추가 요건을 충족하여야 하는바, 특히 외국 정부가 접근할 수 있는 데이터 범위에 대한 제한규정을 살펴볼 필요가 있

Internet (...).

129) CLOUD Act, H.R. 1625, 115th Cong. div. V, § 104 (2)(A)(i)(II) (18 U.S.C. § 2702 (b)(9) 신설).

다.¹³⁰⁾ 행정협정은 서비스제공자에게 암호해제(decryption) 능력을 갖출 의무를 부과하거나 서비스제공자가 복호화를 할 수 없도록 하는 제한을 포함하여서는 아니 된다.¹³¹⁾ 또한 ‘의도적으로 미국인이나 미국 내에 거주하는 사람을 대상으로 하는 것’은 허용되지 않고, 미국인이나 미국 내에 거주하는 사람과 관련된 정보를 획득하기 위한 목적으로 미국 밖에 있는 미국인이 아닌 자를 대상으로 할 수 없다.¹³²⁾ 테러리즘을 포함한 ‘중대한 범죄’(serious crime)의 수사 등과 관련된 정보에 한정되며,¹³³⁾ 표현의 자유를 침해하기 위해 이용되어서는 아니 된다.¹³⁴⁾

한편, ‘클라우드 법’은 통신에 대한 실시간 감청의 법적 근거도 제공한다는 점에서도 획기적이라 할 수 있다.¹³⁵⁾ 즉, 제2511조 (2)(j)를 신설하여 서비스제공자가 미국과 행정협정을 체결한 외국 정부의 명령에 따라 통신의 내용을 감청하거나 공개하는 것은 위법하지 않다는 명시적 예외규정을 두고 있다.¹³⁶⁾ 다만 실시간 감청은 ‘정해진, 제한된 기간’에만 할 수 있고, 덜 강제적인 방법으로는 같은 정보를 확보할 합리적 기대가 없는 경우에만 허용된다.¹³⁷⁾

130) 18 U.S.C. § 2523 (b)(2)-(4).

131) 18 U.S.C. § 2523 (b)(3). [T]he terms of the agreement shall not create any obligation that providers be capable of decrypting data or limitation that prevents providers from decrypting data (...).

132) 18 U.S.C. § 2523 (b)(4). [T]he agreement requires that, with respect to any order that is subject to the agreement—(A) the foreign government may not intentionally target a United States person or a person located in the United States, and shall adopt targeting procedures designed to meet this requirement; (B) the foreign government may not target a non-United States person located outside the United States if the purpose is to obtain information concerning a United States person or a person located in the United States (...).

133) 18 U.S.C. § 2523 (b)(4)(D). [A]n order issued by the foreign government—(i) shall be for the purpose of obtaining information relating to the prevention, detection, investigation, or prosecution of serious crime, including terrorism (...).

134) 18 U.S.C. § 2523 (b)(4)(E). [A]n order issued by the foreign government may not be used to infringe freedom of speech (...).

135) CLOUD Act, H.R. 1625, 115th Cong. div. V, § 104 (18 U.S.C. § 2511 (2)(j) 신설).

136) 18 U.S.C. § 2511 (2)(j). It shall not be unlawful under this chapter for a provider of electronic communication service to the public or remote computing service to intercept or disclose the contents of a wire or electronic communication in response to an order from a foreign government that is subject to an executive agreement that the Attorney General has determined and certified to Congress satisfies section 2523.

137) 18 U.S.C. § 2523. (b)(4)(D)(vi) [I]n the case of an order for the interception of wire or

IV. 역외 데이터수집과 국제협력

1. 새로운 형태의 국제형사 규범의 발전

범죄행위와 네트워크의 초 국경적 성격, 암호화 기술발전 등의 이유로 역외 전자정보 수집의 문제는 날로 중요성을 더하고 있는바, 각국 정부는 이를 위하여 다양한 방법을 동원하고 있다. 그러나 역외 전자정보를 확보하기 위한 개별 국가의 노력은 개인의 자유를 침해할 우려가 크면서도 정작 그 실효성을 담보하기도 어렵다. 즉, 규제와 회피의 악순환은 국가안보나 정당한 법 집행과 같은 공적 이익을 훼손함과 동시에 정치적, 경제적 측면에서도 바람직하지 않은 결과로 귀결될 수 있는 것이다. 이에 따라 공적 이익과 프라이버시 보호를 조화를 위하여 역외 전자정보 접근 관련 법적 절차를 개선하려는 다양한 방법론이 제시되고 있다.

가상공간 관련 범죄 현상에 대한 국제적 대응으로 대표적인 것은 ‘사이버범죄방지조약’(Convention on Cybercrime)이다. 동 조약의 주요 내용은 ‘개별 국가 차원의 조치’(제2조-제22조)와 ‘국제협력’(제23조-제25조)으로 나눌 수 있고, 특히 국제협력과 관련하여 비교적 상세한 규정을 두고 있다.¹³⁸⁾ 그 외에도 국제형사사법공조(mutual legal assistance in criminal matters) 절차를 효율적으로 개선하려는 움직임이 있으나,¹³⁹⁾ 아직 만족할 만한 수준의 협력이 이루어진다고 보기 어렵다. 따라서 전자증거 수집 관련 제도개선을 위한 국제적 차원의 논의가 필요하다. 충돌하는 주권국가 사이의 이익을 조정하여 정부(수사기관)의 정보 접근에 대한 일관되고 안정적인 규칙을 발전시켜 나갈 필

electronic communications, and any extensions thereof, shall require that the interception order —(I) be for a fixed, limited duration; and (II) may not last longer than is reasonably necessary to accomplish the approved purposes of the order; and (III) be issued only if the same information could not reasonably be obtained by another less intrusive method (...).

138) 사이버범죄방지조약은 제2장 ‘개별 국가 차원의 조치’(measures to be taken at the national level)를 ① 형사 실체법(제2조-제13조), ② 형사 절차법(제14조-제21조), ③ 관할(제22조)로, 제3장 ‘국제협력’(international co-operation)을 ① 일반원칙(제23조-제28조), ② 개별 규정(제29조-제35조)으로 나누어 규정하고 있다.

139) 비자 면제 프로그램(Visa Waiver Program)을 모델로 하여 국제형사사법공조 절차를 개선하자는 주장으로 다음의 문헌을 참고할 수 있다. Peter Swire & Justin D. Hemmings, *Mutual Legal Assistance in an Era of Globalized Communications*, 71 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 687 (2016).

요가 있다.

그런데 국제적으로 일원화된 하나의 조약으로 이러한 목표를 이루는 것은 쉬운 일이 아니다. 서로 가치관을 달리하는 개별 주권국가의 이해관계를 모두 충족하고자 하는 경우, 실효성이 없는 최소한의 합의 수준에 머무르는 경우가 많기 때문이다.¹⁴⁰⁾ 개별 국가 별로 서로 다른 법체계와 이해관계를 가진 현실에서 단일한 조약체계로 대응하는 것은 적절하지 않다는 사고를 전제로 하여 ‘분권화된 접근방법’(decentralized approach)이 제시되고 있으며, 본 문헌에서 살펴본 미연방 ‘클라우드 법’이 대표적인 것이다.

2. 분권형 국제협력 모델

‘클라우드 법’은 다음의 두 가지 원칙을 기초로 한다. 먼저 동등경쟁조건(level playing field) 원칙이다. 이는 서비스제공자의 데이터가 지역적으로 어디에 저장되어 있는지와 관계없이 동등하게 취급하는 것을 의미하며, 앞서 살펴본 제2713조는 명시적으로 이러한 원칙을 밝히고 있다. 동 원칙은 역외 데이터 접근에 대한 법적 절차를 형성함에 있어 데이터 저장장소 등에 따라 서비스제공자를 차별 대우하는 것은 타당하지 않다는 고려를 바탕으로 한다. 그러한 차별이 감지될 경우 사용자들은 규제를 회피하기 위한 선택을 하고, 궁극적으로 인터넷의 국지화·파편화를 촉진할 우려가 있다는 것이다.

다음으로 상호주의(principle of reciprocity)를 들 수 있다. ‘클라우드 법’은 해외 수사기관이 미국 내에 저장된 데이터에 접근할 수 있는 새로운 방법을 제시하는데, 이러한 절차는 상호주의 원칙에 따라 제공되는 것이다. 즉, 해당 국가도 미국과 동등한 수준의 조치를 취할 것을 요구하는 것이다. 전통적으로 국제형사사법공조 절차에서도 상호주의를 채택하여 온 점을 참고할 수 있다. 국제형사사법공조에 있어 상호주의란 외국이 사법공조를 행하여 주는 만큼 자국도 동일 또는 유사한 범위 내에서 당해 외국으로부터의 공조요청에 응한다는 것으로 대부분 국가가 형사사법공조에 관한 기본원칙으로 인정하고 있다.¹⁴¹⁾

140) 이러한 점을 지적하는 견해로 다음의 문헌을 참고. Andrew Keane Woods, *Against Data Exceptionalism*, 68 *Stan. L. Rev.* 729, 788 (2016).

141) 우리 국제형사사법 공조법 제4조도 “공조조약이 체결되어 있지 아니한 경우에도 동일하거나 유사한 사항에 관하여 대한민국의 공조요청에 따른다는 요청국의 보증이 있는 경우에는 이 법을 적용

클라우드 법은 ‘분권화된 접근방법’을 전제하고 있다. 일정한 기본원칙으로 바탕으로 양자 간, 또는 한정된 범위의 다자 간 합의를 점진적으로 발전시켜 나간다는 사고방식을 담고 있는 것이다. 이러한 과정을 통하여 새로운 형태의 국제적 데이터 공유 규범을 정착시켜 나갈 수 있을지는 여부는 아직은 선불리 판단하기 어렵다. 다만 어느 때보다 국제적 차원의 데이터 공유에 대한 요청이 높은 상황이므로 그 구체적 실행 경과를 면밀히 관찰해야 할 것으로 생각된다.

3. 우리 형사법 이론과 실무에 미치는 영향

가. 행정협정 등을 통한 역외 전자정보 접근범위 확대

우리 형사실무에서도 양자 간 협의 등을 통한 역외 전자정보에 대한 접근범위 확대를 검토할 필요가 있다. 물론 행정협정 등을 체결할지는 여부는 국제동향 등에 대한 면밀한 검토를 기초로 신중하게 결정해야 할 것이지만, 검토 과정에서 다음과 같은 사항을 고려함이 필요하다.

예컨대, ‘클라우드 법’은 행정협정을 체결하려면, 데이터수집과 관련된 국내법이 프라이버시와 시민적 자유를 실체법·절차법적으로 강력하게 보장하는 등 법률에서 정한 요건을 충족하여야 하며, 사이버범죄방지조약 가입국이거나 국내법이 사이버범죄방지조약의 규정과 합치하는 등 사이버범죄·디지털증거에 관한 적절한 실체법과 절차법을 가질 것을 요구한다.¹⁴²⁾ 아직 우리나라는 사이버범죄방지조약 가입국이 아니며 국내법이 조약의 내용과 완전히 합치한다고 보기 어려우므로 향후 실체법 및 절차법의 정비가 필요할 수 있다. 특히 ‘데이터수집 및 사용과 관련하여 책임성 및 적절한 투명성을 제공하는 메커니즘’이라는 요건과 관련하여 개인정보 보호법, 형사소송법을 비롯한 국가의 정보통제제도 전반에 대한 검토 및 정비가 필요할 것이다.

한다”고 규정하여 상호주의를 채택하고 있다.

142) 그 외에도 ① 법의 지배와 차별금지원칙에 대한 존중, ② 국제 보편적 인권의 존중, ③ 데이터수집, 보유, 활용, 공유하는 절차 및 그러한 활동의 효과적 통제에 대한 분명한 법적 권한과 절차, ④ 데이터수집 및 사용과 관련하여 책임성 및 적절한 투명성을 제공하는 메커니즘, ⑤ 세계적인 정보의 자유로운 이동과 인터넷의 공개되고 분산되고 상호연결된 특성을 촉진하고 보호하겠다는 의지 등의 요건을 충족하여야 한다. 18 U.S.C. § 2703. (b)(1)(B).

나. 전자정보 관련 법 제도의 수렴

‘클라우드 법’에 의한 행정협정과 같은 양자 간 협의를 통해 디지털증거의 공유를 확대하는 과정에서 개별 국가의 정보보호 법제와 수사·증거 관련 형사법의 핵심적 내용은 서로 수렴해 갈 것이다. 이러한 과정을 통해 발전된 형태의 국제형사 규범이 발전할 여지가 있다.

기존에 발전해 온 국제형사 규범은 다음과 같은 두 가지 형태가 대표적이었다. 먼저 ① 다자간 조약을 통해 전통적 국제법 주체인 국가에 대한 제재를 넘어 국제범죄를 저지른 개인에 대한 처벌 체계를 구축하는 것이다. ‘국제형사재판소에 관한 로마규정’(Rome Statute of the International Criminal Court)은 그러한 노력의 결정체라 할 수 있다.¹⁴³⁾ 다음으로 ② 범죄인 인도로 대표되는 개별 국가 간 협력 체계를 들 수 있는데, 이는 어떠한 국제규범의 발전보다는 개별 국가의 형사사법권을 적절히 행사함을 목표로 하는 것이다.

그런데 본 문헌에서 논한 디지털증거에 대한 집행관할권 확장과 양자 간 협력을 매개로 한 국제형사 규범의 발전은 위 두 분야와 다른 성격을 가진다. 먼저 ① 다자간 조약보다 양자 협정을 위주로 한 국제규범의 발전 과정이고, 초 국가적 사법기구의 성립을 전제로 하지 않는 점에서 ‘국제형사재판소에 관한 로마규정’과 같은 전통적 의미의 국제형사법과 구별된다. 다음으로 ② 개별 국가의 형사사법권 행사에 초점을 두면서도 개별 국가의 형사법의 내용을 실질적으로 수렴해 가는 성격을 가지는 점에서 범죄인 인도 절차와도 구별되는 것이다. 이러한 점에서 양자 간 협의를 통한 디지털증거 공유체계의 확립은 새로운 형태의 국제형사 규범 발전 과정이라 할 수 있다. 구체적으로 다음과 같은 두 가지 측면의 결과를 예상할 수 있다.

(1) 수사·증거 관련 형사법의 수렴

개별 국가 간 수사·증거 관련 형사법의 핵심 원칙과 제도가 서로 수렴해 갈 가능성이 있다. 우리 형사절차에도 수사단계의 제출명령과 같은 새로운 증거수집방법이 도입될 여

143) UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), 17 July 1998.

지가 있는 것이다. 또한 '클라우드 법'에 의한 행정협정 체결을 고려한다면 영장에 대한 불복제도를 도입할 필요가 있을 것이다.¹⁴⁴⁾ 우리 형사법이 다른 나라 제도의 일방적 수용자에 머무를 필요도 없다. 예컨대, 대법원은 전자정보 압수·수색절차에 대한 당사자 참여권을 진술거부권에 버금가는 중요한 절차적 권리로 인식하며,¹⁴⁵⁾ 실제 실무에서도 당사자 참여절차는 매우 큰 역할을 한다. 준항고 절차는 영장 집행 전의 영장심사, 영장 집행 후의 위법수집증거 판단의 중간에 위치하면서, 당사자 참여권을 실질적으로 보호하는 역할을 하고 있다. 그런데 아직은 전자정보 압수·수색 관련 당사자 참여권이 다른 주요 국가에서도 일반화되었다고 보기는 어렵다. 향후 예상되는 양자 간 협의에서 압수·수색 관련 당사자 참여권의 보장을 주장할 필요가 있고, 이런 과정을 통해 우리의 제도가 다른 나라로 전수될 가능성도 있다.

(2) 형사법 영역으로 개인정보보호 원칙의 확장

이익형량적 사고방식에 의한 해결은 개별 사안의 구체적 사안에 따라 결과가 달라질 수 있으므로 법적 안정성이 떨어진다는 비판이 가능하나, 반면 사안별로 구체적 타당성을 실현할 수 있는 장점도 있다. 또한 타국 정부의 이익을 고려하는 측면에 대하여 살펴보면, 개인정보보호 관련 법제에 주목할 필요가 있다. 주로 민사절차와 관련된 것이기는 하나, 증거개시 제도를 운영하는 미국은 예양분석에 따라 해외 소재 증거의 제출의무를 판단해온 경험이 축적되어 있다. 제조물책임 관련 집단소송, 국제카르텔 관련 집단소송에서 주로 외국계 기업인 피고가 자국 법령의 준수를 이유로 해외에 보관된 증거의 제출을 거부한 경우, 법원은 예양분석에 따라 증거제출의무를 판단하게 된다. 이때 피고는 자국의 헌법 또는 법률상 개인정보보호 제도의 중요성을 강조하여 자료제출을 거부하는 경우가 많고, 미국 법원도 예양분석에 있어 관련 국가의 개인정보보호 관련 법제의 내용에 점점 큰 비중을 두고 있다고 한다.¹⁴⁶⁾ 이러한 점에 비추어 보면, 형사상 증거수집에

144) 대법원은 아직 영장 발부 및 기각 재판에 대한 불복을 허용하지 않는다. 대법원 1997. 9. 29.자 97도66 결정.

145) 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정(종근당 사건).

146) Samantha Cutler, Note, "The Face-Off Between Data Privacy and Discovery: Why U.S. Courts Should Respect EU Data Privacy Law When Considering the Production of Protected Information", 59 B.C. L. Rev. 1513, 1532 (2018).

서도 개인정보보호 관련 원칙과 제도가 압수·수색의 적법성과 적절성을 실질적으로 담보하는 중요한 기준으로 기능하게 될 것이다.

정리하자면, 양자 간 협의를 통해 전자정보의 공유를 확대하는 과정에서 ① 개별 국가의 정보보호 법제와 수사·증거 관련 형사법의 핵심적 내용은 서로 수렴하며 새로운 국제형사 규범 발전을 도모할 수 있고, ② 국가의 정보수집 활동 통제라는 의미에서 개인정보보호 관련 원칙과 제도가 압수·수색의 적법성을 통제하는 실질적 원칙으로 발전할 수 있을 것으로 생각된다.

참고문헌

- 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거”, 『법학연구』 제23집, 한국법학회(2006), 275면.
- 김재운, “미국의 클라우드법(CLOUD Act)상 대테러정책 연구”, 『한국테러학회보』 제33호, 한국테러학회(2018), 148면.
- 석광현, 『국제민사소송법: 국제사법(절차편)』, 박영사(2012).
- 송영진, “미국 CLOUD Act 통과와 역외 데이터 접근에 대한 시사점”, 『형사정책연구』 제29권 제2호, 한국형사정책연구원(2018), 149면.
- 신동운, 『신형사소송법(제5판)』, 법문사(2014).
- 이용, 『디지털증거 수집에 있어서의 협력의무』, 서울대학교 전문박사학위논문(2016).
- 이은모, 『형사소송법(제6판)』, 박영사(2018).
- 이재상·조균석, 『형사소송법(제11판)』, 박영사(2017).
- 이창현, 『형사소송법(제4판)』, 피앤씨미디어(2018).
- Amram, Philip W., “United States Ratification of the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad”, 67 **American Journal of International Law** 104 (1973).
- Cutler, Samantha, “The Face-Off Between Data Privacy and Discovery: Why U.S. Courts Should Respect EU Data Privacy Law When Considering the Production of Protected Information”, 59 **Boston College Law Review** 1513 (2018).
- Daskal, Jennifer, “Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking 2.0”, 71 **Stanford Law Review Online** 9 (2018).
- Dodge, William S., “International Comity in American Law”, 115 **Columbia Law Review** 2071 (2015).
- Dodge, William S., “The Presumption against Extraterritoriality in Two Steps”, 110 **American Journal of International Law Unbound** 45 (2016).

- Kerr, Orin S., “*A User’s Guide to the Stored Communications Act, And A Legislator’s Guide to Amending It*”, 72 **George Washington Law Review** 1208 (2004).
- Kessler, David J., Jamie Nowak & Sumera Khan, “*The Potential Impact of Article 48 of the General Data Protection Regulation on Cross Border Discovery from the United States*”, 17 **The Sedona Conference Journal** 575 (2016).
- Kuckes, Niki, “*The Useful, Dangerous Fiction of Grand Jury Independence*”, 41 **The American Criminal Law Review** 1 (2004).
- Schwartz, Paul M. & Karl-Nikolaus Peifer, “*Transatlantic Data Privacy Law*”, 106 **Georgetown Law Journal** 115 (2017).
- Schwartz, Paul M., “*Legal Access to the Global Cloud*”, 118 **Columbia Law Review** 1681 (2018).
- Slobogin, Christopher, “*Subpoenas and Privacy*”, 54 **DePaul Law Review** 805 (2005).
- Subrin, Stephen N., “*Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*”, 39 **Boston College Law Review** 691 (1998).
- Swire, Peter & Justin D. Hemmings, “*Mutual Legal Assistance in an Era of Globalized Communications*”, 71 **N.Y.U. Annual Survey American Law** 687 (2016).
- Woods, Andrew Keane, “*Against Data Exceptionalism*”, 68 **Stanford Law Review** 729 (2016).
- Zambrano, Diego. “*A Comity of Errors: The Rise, Fall, and Return of International Comity in Transnational Discovery*”, 34 **Berkeley Journal of International Law** 157 (2016).
- Report of the United States Delegation to Eleventh Session of Hague Conference on Private International Law, 8 **International Legal Materials** 785 (1969).

Legal Access to Extraterritorial Data and the CLOUD Act

Sung-Hun Cho*

In this article, I reviewed the jurisprudence of limiting state jurisdiction according to the principles of international comity, especially focusing on the CLOUD Act ('Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act'). The CLOUD Act presents new challenges in terms of national institutional control over data. In particular, new issues have been proposed on criminal policy and procedures such as offshore data collection, response to international crimes such as terrorism and cybersecurity, and sharing of information at the international level. In this literature, I examined the institutional and legal basis of the Act in detail and its impact on our criminal practice. In the process of building the system for information sharing through international cooperation, (1) the principles related to personal information protection can be developed into practical principles for regulation of computer searches and seizures and (2) criminal procedure laws associated with the digital evidence can converge and promote the development of new international criminal norms.

❖ key words: Legal Access to Extraterritorial Data, Production Order, Subpoena, Stored Communications Act, CLOUD Act, International Comity

투고일 : 2월 28일 / 심사일 : 3월 30일 / 게재확정일 : 3월 30일
--

* Attorney at Law, Ph.D in Law, KIM & CHANG

