

디지털 증거 압수수색에서 피의자의 참여권 보장 법리에 대한 비판적 고찰

이관희* · 이상진**

국 | 문 | 요 | 약

형사소송법 제219조는 법원의 압수수색에 대한 피고인의 참여권 규정을 수사기관의 압수수색에서도 준용하도록 규정하고 있다. 이 규정을 엄격하게 해석하는 경우, 수사기관이 A라는 장소에 대한 압수수색을 하기 전에 피의자 또는 그 변호인에게 통지하여야 하고 압수수색 현장에 그들을 참여시켜야 한다. 우리의 형사소송법이 독일, 프랑스, 일본의 영향을 받아 제정되었으나 정작 독일, 프랑스, 일본의 형사소송법에는 이와 유사한 규정이 없으며 '수사기관이 증거를 수집하기 전에 피의자에게 이를 통보한다'는 개념 자체가 어색한 것도 사실이다.

2011년부터 대법원은 '피의자' 또는 '피압수자'의 참여권에 대해 언급하고 있다. 형사소송법 제121조에서 언급하는 '피고인 또는 변호인'과 압수수색영장의 집행 대상이 되는 '피압수자'는 분명 다른 개념이다. 그런데 우리의 대법원은 '피의자'와 '피압수자'라는 용어를 혼용하여 사용하고 '피압수자' 참여권 보장의 근거로 제121조를 언급하는 등 갈팡질팡하는 모습을 보여 왔다.

본고는 제219조가 제121조를 준용하는 것은 형사소송의 맥락에서 적절하지 않을 뿐만 아니라 비교법적으로 보더라도 입법상 과오일 가능성이 있다는 사실을 주장하고 해당 규정을 토대로 판시한 대법원의 입장이 모순된 것임을 논증한 후 법조문의 수정이 필요하다는 점을 강조할 것이다.

다만, 현행법이 규정하고 있는 규정만으로는 디지털 매체에 대한 수색에서 관계자의 권리를 보장하기에 부족하기 때문에 수색 현장에서 '참여권' 보장을 통해 수사기관의 남용을 통제하여야 하며, 그 참여권 보장의 근거는 제121조가 아니라 제118조와 제123조가 되어야 한다. 또한 개인 정보자기결정권을 보호하기 위해 수사기관이 취득·채록한 것이 제3자의 데이터일 경우 그에게 취득 사실에 대해 통지할 수 있도록 해야 한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.9.30.3.193>.

❖ 주제어 : 디지털 증거, 데이터, 정보, 디지털 저장매체, 압수수색, 파일열람, 참여권, 방어권, 개인정보자기결정권, 프라이버시

* 주저자: 고려대학교 정보보호연구원 박사 후 연구원, tokwanhee@gmail.com

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

I. 서론

지금으로부터 15년 전 한국인의 평균 데이터 보유량은 이미 500GB를 넘어섰고 이는 전 세계인이 보유한 평균 데이터량의 2배가 넘는 수치이다.¹⁾ 2019년 기준 5G 이동통신 서비스 가입자 월평균 데이터 사용량은 26GB에 달한다.²⁾ 1GB에 트럭 한 대 분의 종이 문서를 저장할 수 있으나³⁾ 우리 국민은 매달 트럭 26대에 실린 문서량에 해당하는 데이터를 사용하며 128GB 용량의 스마트폰에는 트럭 128대 분량의 문서를 저장할 수 있다는 뜻이 된다.

덩치가 큰 유체물에 대한 압수, 사람에 대한 체포 이전 단계의 수색에서도 국민의 헌법상 기본권은 침해당하기 때문에 영장주의가 적용된다. 그렇다면 트럭 128대에서 한 장의 문서를 찾기 위해 트럭 128대를 전부 수색하는 경우는 어떠한 기본권이 침해되는 것일까? 헌법 제16조에서 규정한 주거의 자유뿐만 아니라 제17조에서 규정한 사생활의 비밀과 자유, 제18조에서 규정한 통신의 자유, 제19조에서 규정한 양심의 자유까지 침해할 소지가 크다.

유체물에 대한 절차를 규정하고 있던 형사소송법은 제106조 제3항의 신설을 통해 출력·복제의 원칙을 새로이 규정하였고 제107조를 통해서 전기통신에 관한 압수·수색에 대해 규율하기 위해 노력한 것은 사실이지만 디지털 저장매체 수색에 따른 막대한 기본권 침해를 실질적으로 방어하기에는 여전히 부족하다.

대법원은 당사자인 피고인이 영장의 집행에 참여할 수 있다는 형사소송법 제121조의 규정을 토대로 디지털 저장매체에 대한 압수·수색에서 피압수자(또는 피의자)의 참여권이 보장된다는 취지로 판시하였으나 각 판결의 내용을 검토하면, 각 판결 사이에서 심지어는 하나의 판결 안에서도 모순점이 발견된다. 또한 대법원의 입장과 같이 제121조가 규정한 ‘방어적’ 참여권 규정을 실무에 엄격히 적용한다고 하여도 과연 디지털 매체에 대한 압수·수색이 침해하는 국민의 기본권을 충분히 보호할 수 있는지도 의문이다.

본고는 우선 우리의 형사소송법에 영향을 준 독일·프랑스·일본의 형사소송법에서 ‘피

1) <https://www.inews24.com/view/372578> (2023. 6. 6. 방문)

2) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20191101156900017> (2023. 6. 6. 방문)

3) https://www.worldcadaccess.com/blog/2004/12/1gb_1_truckload.html (2023. 6. 6. 방문)

의자'의 참여권을 보장하고 있는지 검토한 후, 법원의 압수·수색에서 당사자들의 참여권을 규정한 형사소송법 제121조를 수사기관의 압수·수색에도 준용하도록 하는 법 규정과 이를 토대로 한 대법원의 판시내용을 비판적으로 검토하고 제121조를 수사기관의 압수·수색에도 준용하도록 한 제219조가 입법의 과오일 가능성을 주장할 것이다. 다만, 디지털 저장매체에 대한 수색과 압수에서 발생할 수 있는 기본권 침해를 충분히 방어하기 위해 '피의자'가 아닌 다수 참여자의 참여권이 보장되어야 함을 주장할 것이다.

II. 참여권에 관한 독일·프랑스·일본 형사소송법 비교

1. 독일·프랑스·일본의 법

가. 독일

독일 형사소송법은 제8장에서 압수, 통신 감시, 데이터뱅크 검색, 기술 수단의 투입, 비밀수사관의 투입과 수색을 모두 규율하고 있으며, 수사기관에서 수색 시 법관 또는 검사가 참관하지 않는 경우에는 해당 지역의 지방자치단체 공무원 1인 또는 주민 2인이 참관하여야 한다고 규정하고 있다.⁴⁾ 또한 수색 대상의 점유자는 수색에 참여할 수 있으며 점유자가 부재 중일 경우 타인이 참여할 수 있도록 있다.⁵⁾

이처럼 독일의 형사소송법은 수색에 관하여 이중의 참관 장치를 두고 있으나, 피의자에 대한 참여권(또는 입회권) 규정은 존재하지 않는다.

4) 제105조(2) 주거, 사무실 또는 관리하는 부동산에 대한 수색이 법관 또는 검사의 참관 없이 실시되는 경우에는 가능한 한 그 지역의 지방자치단체 공무원 1인 또는 주민 2인이 참관해야 한다. 경찰공무원이나 검찰수사관은 수색에 참관할 지방자치단체 주민이 될 수 없다.(독일법연구회, 『독일 형사소송법』, 사법발전재단, 2018, 137면)

5) 제106조 수색할 장소나 물건의 점유자는 수색에 참여할 수 있다. 점유자가 부재중이면, 가능하다면 그의 대리인, 성년인 친족, 동거인 또는 이웃이 참관하도록 해야 한다.(독일법연구회, 앞의 책, 137-138면)

나. 프랑스

프랑스 형사소송법 제95조는 예심판사가 예심 수사 피의자의 주거를 수색하는 때에는 제57조 및 제59조의 규정⁶⁾에 따라 주거권자를 참여하도록 하고 주거권자가 참여할 수 없을 때에는 주거권자에게 참여인을 지명하도록 규정하고 있다. 프랑스 형사소송법 제56조 제3항은 “사법경찰관은 미리 직무상 비밀 유지와 방어권 보장에 필요한 일체의 조치를 강구하여야 한다”고 규정하고 있고 사법경찰관이 이러한 규정을 위반한 경우 그 절차 자체를 무효로 한다고 명시하고 있다. 절차위반의 경우 위법수집증거배제법칙을 적용하여 증거능력의 유무를 다투는 우리의 경우와 다르다. 이외에 우리 형사소송법과 같이 피의자 또는 변호인이 압수수색 절차에 참여하도록 하는 규정은 찾아볼 수 없다.

다. 일본

일본 형사소송법 제110조는 “압수장 또는 수색장은 처분을 받는 자에게 이를 제시하여야 한다”고 규정하고 있다. 이는 절차의 공정을 담보함과 동시에 압수 및 수색 등을 받는 사람의 인권을 배려하는 취지에서 인정된 것이다.⁷⁾

법원의 압수수색에 관하여 일본 형사소송법 제113조⁸⁾는 피고인 또는 변호인의 참여

6) 제57조 ① 직무상 비밀유지와 방어권 존중에 대한 제56조의 규정을 지키는 것과 별도로, 전조에 규정된 압수수색이 주거에 대하여 행하여질 경우에는 주거권자를 참여시켜야 한다.

② 주거권자가 참여할 수 없을 때에는 사법경찰관은 주거권자에게 참여인을 지명하도록 하고, 그러한 지명이 없을 경우에는 사법경찰관이 직접 당해 행정청 관계자 이외의 자 중에서 2인의 참여인을 지명하여야 한다.

제59조 ① 수색장소의 특성 상 불가피한 경우 또는 법률이 정하는 예외적인 경우를 제외하고는 6시 이전 및 21시 이후에는 수색을 개시할 수 없다.

② 제56조, 제56-1조, 제57조 및 본조에 정한 방식에 위반한 때에는, 그 절차를 무효로 한다. (『프랑스 형사소송법』, 법무부, 2011, 54-55면, 91면)

7) 히라라기토키오 저/조균석 역, 『일본형사소송법』, 박영사, 2012, 177면

8) 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.

권과 이들에 대한 통지에 관하여 규정함으로써 우리 형사소송법 제121조와 제122조에 대응하는 규정을 두고 있다. 그러나 일본 형사소송법 제222조⁹⁾는 수사기관의 압수수색 영장 집행에 관하여 법원의 것을 준용하면서 피고인 또는 변호인의 참여권에 관한 제113조를 의도적으로 준용하지 않고 있다.

또한 일본에서는 형사소송법 제99조의2를 신설하여 데이터 취득에 있어서 새로운 “기록명령부 압수”라고 하는 유형을 만들었다. 기존의 기록매체 압수는 수사기관이 스스로 데이터를 복사하는 것이지만 신설된 규정은 데이터를 취득하기 위하여 데이터의 보관자 또는 이용권한을 가진 자에게 특정의 데이터를 수사기관이 지시한 저장매체에 복사하라고 명령한 데이터를 취득하려는 것이다.¹⁰⁾

우리와 마찬가지로 일본의 형사소송법에서 제출명령 제도는 법관에게만 적용되었고 수사기관에는 적용되지 않았기 때문에 현실적인 상황을 고려하여 새로운 제도를 신설한 것으로 보인다. 이러한 입법의 동향은 기존의 형사소송법 규정이 디지털 데이터에 대한 자료취득과 결맞지 않기 때문에 생긴 현상임을 주의 깊게 바라보아야 한다.

2. 우리의 법

가. 법규정

우리 형사소송법은 일본의 형사소송법과 매우 유사한 구조와 내용을 가지고 있다. 제118조에서는 ‘처분을 받는 자’에 대한 영장 제시의무, 제121조는 당사자의 참여, 제122조는 당사자에 대한 통지, 제123조는 주거주 등의 참여를 규정하고 있으며 제219조 준용규정을 통해 수사기관의 영장집행에 이들 조항을 준용하도록 하고 있다.

9) 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 제222조 내지 제124조에 규정된 처분을 할 수 없다.

10) 형사법 아카데미, 『주요 국가의 압수수색 제도 개관』, 검찰, 2018, 160-161면

나. 입법상 과오로 의심되는 준용규정

앞서 살펴본 바와 같이 우리 법의 연원이 된 독일, 프랑스, 일본의 형사소송법은 피의자 또는 변호인의 참여권에 대해 언급하지 않고 있다. 일본의 형사소송법이 의도적으로 법원의 압수·수색에 대한 피고인의 참여권 규정에 대한 준용을 배제하였음에도 해당 법 형식을 차용한 우리의 입법자는 피고인 등의 참여권 조항을 수사기관의 압수수색에서 준용하였는데 그 입법의 취지를 설명한 자료는 찾아볼 수가 없다.

2017년에 발행된 「주석 형사소송법」도 이러한 점을 지적하면서, 공판과정에서 행해지는 압수·수색은 공개적 절차로서의 공판의 일부이므로 공판에서와 같이 검사와 피고인 또는 변호인이 참여하여야 할 것이지만 밀행성이 원칙인 수사절차는 수사기관과 피의자가 서로 당사자로서 공방하는 절차가 아니므로 수사절차에서 제121조를 준용하는 것은 입법상의 과오로 보인다는 의견을 제시하였다.¹¹⁾

1954년 당시 압수·수색제도는 유체물을 상정한 것이었다. 데이터에 대한 조회와 회신은 역시 같은 시기에 규정된 형사소송법 제199조 제2항(수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다)에 따라 이루어졌다. 이후 정보기본권 등의 보호 필요성에 따라 수사 실무에서는 그 속성이 전혀 다른 데이터의 취득에 있어서도 1954년의 압수·수색제도를 활용하게 되었다. 따라서, 유체물을 염두에 둔 압수·수색절차를 데이터에 적용할 경우 모순이 발생하는 것은 당연한 것이다.

반면, 특별법으로 제정된 통신비밀보호법은 압수·수색제도 대신 허가서 제도를 신설하였으며 그 집행 절차와 사후 통지 제도 등도 ‘통신’의 특성에 맞게 새롭게 마련하였다. 데이터에 대한 압수·수색이나 통신에 대한 허가서의 집행이 모두 강제수사라는 점, 따라서 모두 법관의 심사를 받아야 하는 점, 수사기관이 취득하게 되는 것은 결국 데이터라는 점에서 다를 바 없는데 통신비밀보호법상 허가서 집행에는 피의자 등에 대한 통지 및 참여권 보장제도가 없다. 1954년의 입법자는 압수·수색에서 피의자의 참여권을 보장하고 1993년의 입법자는 통신비밀보호법에서 피의자의 참여권을 의도적으로 배제한 것일까?

11) 편집대표 김희욱·박일환, 『제5판 주석 형사소송법 (II)』, 한국사법행정학회, 2017, 315면

다. 1954년의 형사소송법과 현실의 모순

우리나라에 컴퓨터가 공식적으로 처음 도입된 것은 1967년이다. 경제기획원 조사통계국에서 인구통계 조사를 위해 IBM 컴퓨터를 들여왔고, 당시 대통령을 비롯한 정부 고위 인사들이 처음 작동하는 순간을 함께 지켜보았다고 한다.¹²⁾

형사소송법은 우리나라에 컴퓨터가 도입되기 14년 전에 제정되었고 현재 논쟁이 되고 있는 제118조부터 제123조까지의 규정도 제정 당시부터 존재했다. 형사소송법 제정 당시에는 예상하지 못했던 컴퓨터가 등장하였고 이를 대상으로 한 압수와 수색 현장에서 기본권 침해 사례가 급증하게 되었다. 우리의 입법자가 이에 대응하기 위해 형사소송법에 수정을 가한 것은 제106조와 제107조뿐이다.

앞서 본 바와 같이 독·프·일의 입법자는 통신과 데이터에 대한 수사기관의 처분에 대해 형사소송법 개정을 통해 통합적으로 규율하고 있으나, 우리의 입법자는 데이터 취득 절차를 통합적으로 정비하지 않고 통신자료, 통신사실확인자료, 통신의 내용, 금융거래자료 등의 데이터에 한하여 특별법으로 규율하고 있다. 데이터의 속성이 유사함에도 불구하고 특별법에서 규율하지 않는 데이터는 압수·수색절차를 활용하게 되면서 형사소송 실무에서는 모순이 발생하게 되었고 개별 쟁점에 대한 판단을 사법부에 미루고 있다.

3. 소결

헌법 제12조 제3항과 제16조는 영장주의에 대해 규정하고 있다. 이 규정들은 체포, 구속, 압수, 수색이 신체의 자유와 주거의 자유를 침해하는 전형적인 경우이기 때문에 기본권 조항에 부가하여 특별히 영장주의를 천명한 것이며, 헌법 제37조 제2항에 따라 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있을 뿐이다. 신체, 주거의 자유뿐만 아니라 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀, 양심의 자유, 종교의 자유 등이 디지털 매체를 매개로 하여 향유되고 있으므로 수사기관이 이러한 자유와 권리를 제한하기 위해서는 신체, 주거의 자유를 침해하는 것과 동등한 수준 또는 그 이상의 정당성이 요구된다는 것은 이제 상식이 되었다.

12) <https://www.hani.co.kr/arti/economy/it/1021151.html> (2023. 6. 8. 방문)

유체물에 대한 압수의 모습과 주거에 대한 수색의 모습은 데이터에 대한 탐색과 이에 대한 취득의 모습과는 매우 다르다. 헌법에 보장된 기본권을 유의미하게 보장하기 위해서는 조금 더 구체적인 상황에 맞는 구체적인 법률이 마련될 필요가 있다.

데이터가 조회, 제공되는 모습은 통신자료, 통신사실확인자료, 통신 및 이메일의 내용, 금융자료와 임의수사인 사실조회가 다르지 않으나, 특별법에서 규율하는 데이터에 대해서는 관리자에게 제공되는 서면(영장, 허가서 또는 통신자료제공요청서)이 추가되었을 뿐이다. 통신비밀보호법의 경우 자료의 종류, 요구 절차, 사후 절차가 상세히 규정되어 있으나 특별법에 규정하지 않은 데이터는 압수·수색절차를 사용하기 때문에 동일 유형의 데이터에 대해서도 강제력을 행사하는 방법과 세부 절차에서 상호 충돌이 발생하는 등 모순점을 드러내게 된다.

Ⅲ. 판례의 변천과 그로 인한 혼돈

1. 참여권 논쟁의 시작

참여권 논쟁은 전교조 사건(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정)부터 시작되었다. 그런데 당시 대법원은 형사소송법 제219조와 제121조에 따른 피의자의 참여권을 언급한 것이 아니라 압수수색영장 집행 대상자의 참여권을 언급하였을 뿐이다.

전교조 사건을 이어받아 범민련 남측본부 사건(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도 7455 판결)에서 대법원은 형사소송법 제219조와 제121조를 처음으로 언급하였다. 그런데 이 두 규정은 1954년 형사소송법이 제정될 당시부터 존재하던 규정임에도 불구하고 2012년 10월 11일 대법원 판결 이전에는 해당 규정들이 논쟁의 대상이 된 적이 없었고 이 판결이 있기 전 수사기관에서도 제219조와 제121조, 제122조에 근거하여 피의자 또는 변호인에게 압수수색영장의 집행을 사전 통지하는 관행도 없었으며, 특히 피압수자와 피의자가 서로 다른 상황에서의 영장집행에서 피의자를 참여시키는 실무도 존재하지 않았다.

범민련 남측본부 사건의 1심 법원이 “압수수색 실시의 사전통지는 본질적으로 압수물

인멸, 은닉의 위험을 초래하므로 위 예외사유인 ‘급속을 요하는 때’를 넓게 해석하는 것이 합리적이라 할 것이므로, 이 사건에서 피고인들에 대한 사전통지가 이루어지지 않았다고 하더라도 이는 급속을 요하는 때에 해당한다고 할 것이므로 위 사유만으로 이 사건 압수수색절차가 위법하다고 할 수는 없다.”고 판시¹³⁾한 점으로 미루어 보면, 제122조의 단서 규정이 적용될 여지가 크고 이에 근거하여 통지되지 않는 경우 피의자 측이 참여권을 행사할 가능성도 거의 없다고 볼 수 있다.

2. 참여권에 대한 사법부의 입장 변화

가. 종근당 사건 이전

(1) 전교조 사건(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정)

수사기관이 전국교직원노동조합 본부 사무실에 대한 영장을 집행하면서 방대한 전자정보가 담긴 저장매체를 수사기관 사무실로 가져가 그곳에서 저장매체 내 전자정보파일을 다른 저장매체로 복사한 경우 영장집행의 위법성이 문제된 사건이다.

이 사건에서 대법원은 “전자정보가 담긴 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 열람 혹은 복사하게 되는 경우에도, 그 전체 과정을 통하여 피압수·수색 당사자나 그 변호인의 계속적인 참여권 보장, 피압수·수색 당사자가 배제된 상태에서의 저장매체에 대한 열람·복사 금지, 복사대상 전자정보 목록의 작성·교부 등 압수·수색대상인 저장매체 내 전자정보의 왜곡이나 훼손과 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치가 이루어져야만 그 집행절차가 적법한 것으로 될 것이다.”라고 판시하였다.

이 결정에서 참여권의 주체는 ‘피의자 또는 변호인’이 아니라 ‘피압수·수색 당사자나 그 변호인’이라고 명시하고 있고 참여권 보장의 취지는 “압수·수색의 대상인 저장매체 내 전자정보의 왜곡이나 훼손과 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치”라는 입장을 밝혔다.

대법원은 “8,000여 개나 되는 파일을 복사한 이 사건 영장집행은 원칙적으로 압수·수

13) 서울중앙지방법원 2011. 12. 22. 선고 2009고합731,2011고합348(병합) 판결

색영장이 허용한 범위를 벗어난 것으로서 위법하다고 볼 여지가 있다.”라고 하면서 ‘포괄적인 압수의 위법성’에 대해서도 언급하였다.

정리하면, 일명 전교조 사건 결정에서는 포괄적인 수색에 대한 언급 없이 ‘포괄적인 압수가 위법하다고 볼 여지가 있다’는 입장을 표명하였고, 저장매체에 대한 압수·수색에서 ‘피의자’가 아닌 ‘피압수자’에 대한 참여권 보장에 대해서만 언급하였다. 또한, 참여권 보장의 취지는 ‘증거의 왜곡 등을 방지하기 위한 조치’로 한정하였다.

(2) 범민련 남측본부 사건(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결)

수사기관이 이메일 압수·수색 집행과정에서 형사소송법이 정한 사전 통지가 이루어지지 않아 피고인 등의 절차 참여권이 제한되었으므로 압수집행은 위법하고 그에 따라 수집된 증거도 증거능력을 상실한다는 주장에 대하여 대법원은 “피의자 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있고(형사소송법 제219조, 제121조), 압수·수색영장을 집행함에는 원칙적으로 미리 집행의 일시와 장소를 피의자 등에게 통지하여야 하나(형사소송법 제122조 본문), ‘급속을 요하는 때’에는 위와 같은 통지를 생략할 수 있다(형사소송법 제122조 단서). 여기서 ‘급속을 요하는 때’라고 함은 압수·수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수·수색의 실효를 거두기 어려울 경우라고 해석함이 옳고, 그와 같이 합리적인 해석이 가능하므로 형사소송법 제122조 단서가 명확성의 원칙 등에 반하여 위헌이라고 볼 수 없다.”고 설시하였다.

특히, 동일 쟁점에 대해 1심 법원은 “살피건대, 형사소송법 제219조, 제122조는 압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 피의자 또는 변호인에게 통지하여야 하나 피의자 또는 변호인이 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다고 규정하고 있는바, 압수·수색 실시의 사전통지는 본질적으로 압수물 인멸, 은닉의 위험을 초래하므로 위 예외사유인 ‘급속을 요하는 때’를 넓게 해석하는 것이 합리적이라 할 것이므로, 이 사건에서 피고인들에 대한 사전통지가 이루어지지 않았다고 하더라도 이는 급속을 요하는 때에 해당한다고 할 것이므로 위 사유만으로 이 사건 압수·수색절차가 위법하다고 할 수는 없다.”고 판시¹⁴⁾하고 있다.

14) 서울중앙지방법원 2011. 12. 22. 선고 2009고합731, 2011고합348(병합) 판결

2심 법원은 여기에 더하여 “설령 수사기관이 압수집행을 사전에 통지하지 않은 것이 위법하다 할지라도, 이를 통해 수집한 증거는 실체 진실의 발견이나 형사사법 정의의 관점에서 유죄의 증거로 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 봄이 상당하므로, 이와 결론을 같이 한 원심판결은 정당하고, 거기에 어떠한 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다.”고 판시¹⁵⁾하였다.

이 사건의 판결은 형사소송법 제219조 준용규정과 제121조, 제122조를 근거로 사전 통지의 대상과 참여의 주체는 피의자 또는 변호인이라는 점을 명확히 하였다. 다만, 1심 법원이 판시한 바와 같이 압수·수색 실시의 사전통지는 본질적으로 증거의 인멸과 은닉의 위험을 초래하므로 ‘급속을 요하는 때’를 넓게 해석하여야 한다는 취지를 수용할 경우 제121조에 따른 피의자 또는 변호인의 참여권이 보장되는 경우는 적다고 보아야 할 것이다.

나. 종근당 사건 결정(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정)

(1) 저장매체 반출 이후 참여권 미보장에 대해

(가) 사안의 내용

(저장매체 반출) 검사가 압수·수색영장을 발부받아 갑 주식회사 빌딩 내 을의 사무실을 압수·수색하였는데, 저장매체에 범죄혐의와 관련된 정보와 범죄혐의와 무관한 정보가 혼재된 것으로 판단하여 갑 회사의 동의를 받아 저장매체를 수사기관 사무실로 반출하였다.

(제1 처분) 이후 검사는 을 측의 참여하에 저장매체에 저장된 전자정보파일 전부를 ‘이미징’의 방법으로 다른 저장매체로 복제하였다.

(제2 처분) 검사는 을 측의 참여 없이 이미징한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제하였다.

(제3 처분) 검사는 을 측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하는 과정에서 갑 회사의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보 등 무관정보도 함께 출력하였다.

15) 서울고등법원 2012. 6. 8. 선고 2012노82 판결

(나) 대법원의 판단

위 사안에 대해 대법원의 다수의견은 “제1처분은 위법하다고 볼 수 없으나, 제2·3처분은 제1처분 후 피압수·수색 당사자에게 계속적인 참여권을 보장하는 등의 조치가 이루어지지 아니한 채 유관정보는 물론 무관정보까지 재복제·출력한 것으로서 영장이 허용한 범위를 벗어나고 적법절차를 위반한 위법한 처분이며, 제2·3 처분에 해당하는 전자정보의 복제·출력 과정은 증거물을 획득하는 행위로서 압수·수색의 목적에 해당하는 중요한 과정인 점 등 위법의 중대성에 비추어 위 영장에 기한 압수·수색이 전체적으로 취소되어야 한다.”고 하였다.

(2) 별건 정보 탐색을 위한 제2영장 집행에서의 참여권 미보장에 대해

(가) 사안의 내용

을 측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하던 중 우연히 을 등의 별건 범죄 혐의와 관련된 전자정보를 발견하고 문서로 출력하였고, 그 후 을 측에 참여권 등을 보장하지 않은 채 다른 검사가 별건 정보를 소명자료로 제출하면서 압수·수색영장(‘제2영장’)을 발부받아 외장 하드디스크에서 별건 정보를 탐색·출력하였다.

(나) 대법원의 판단

대법원은 “제2 영장 청구 당시 압수할 물건으로 삼은 정보는 제1 영장의 피압수·수색 당사자에게 참여의 기회를 부여하지 않은 채 임의로 재복제한 외장 하드디스크에 저장된 정보로서 그 자체가 위법한 압수물이어서 별건 정보에 대한 영장청구 요건을 충족하지 못하였고, 나아가 제2 영장에 기한 압수·수색 당시 을 측에 압수·수색 과정에 참여할 기회를 보장하지 않았으므로, 제2 영장에 기한 압수·수색은 전체적으로 위법하다.”고 판시하였다.

(3) 참여권자와 그 근거

대법원은 “그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는

피압수·수색 당사자(이하 ‘피압수자’라 한다)나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다.”고 판시하고 “별도의 압수·수색 절차는 최초의 압수·수색 절차와 구별되는 별개의 절차이고, 별도 범죄혐의와 관련된 전자정보는 최초의 압수·수색영장에 의한 압수·수색의 대상이 아니어서 저장매체의 원래 소재지에서 별도의 압수·수색영장에 기해 압수·수색을 진행하는 경우와 마찬가지로 피압수·수색 당사자(이하 ‘피압수자’라 한다)는 최초의 압수·수색 이전부터 해당 전자정보를 관리하고 있던 자라 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 피압수자에게 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.”라고 판시하였다.

그런데 판시 내용에 따르면 ‘해당 전자정보를 관리하고 있던 자’ 즉, ‘피압수자’에게 참여권을 보장한다고 하면서도 그 근거조항으로 제219조, 제121조를 제시하는 등 모순적인 태도를 보였다. 또한 참여권 보장의 취지를 “임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치”, “피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치”로 명시하기도 하였다.

(4) 종근당 사건 결정의 정리

(가) 디지털 매체에 포함된 기본권 확인

대법원은 “전자정보가 저장된 저장매체는 대부분 대용량이어서 압수·수색영장 발부의 사유로 된 범죄혐의와 관련이 없는 개인의 일상생활이나 기업경영에 관한 정보가 광범위하게 포함되어 있다. 이러한 전자정보에 대한 압수·수색은 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권, 재산권 등을 침해할 우려가 크므로 포괄적으로 이루어져서는 아니 되고 비례의 원칙에 따라 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다.”고 함으로써 디지털 저장매체에는 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권, 재산권 등의 기본권이 포함되어 있다고 선언하였다.

(나) 해당 전자정보를 관리하고 있던 자를 참여권자로 명시

대법원은 ‘해당 전자정보를 관리하고 있던 자’를 피압수자라고 지칭하고 그에게 참여

권을 보장해야 한다고 하였다. 그런데 피압수자의 참여권에 대한 근거조항으로 형사소송법 제219조, 제121조를 언급함으로써 참여권자가 ‘피압수자’인지, ‘피의자’인지 모호하게 판결하였다. 특히, 대법원은 “형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고”라는 표현을 사용함으로써 소송의 당사자, 피의자, 피압수·수색 대상자를 모두 포괄하는 듯한 태도를 보이는 오류를 범하였다.

다. 종근당 사건 이후

(1) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 및 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결

이 사건들에서 대법원은 종근당 사건 결정을 참조하여 “형사소송법 제219조, 제121조는 ‘수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다’는 취지로 규정하고 있다.”고 선언함으로써 제121조에서 규정한 ‘피고인’을 ‘피압수자’로 단정 지었다.

(2) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결

이 판결에서 대법원은 “피의자 스스로 임의제출한 경우 피의자의 참여권 등이 보장되어야 하는 것과 견주어 보더라도 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.”고 함으로써 ‘피압수자’와 제121조에 규정한 ‘당사자로서의 피의자’를 혼용하여 표현하였다.

또한, “정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 대하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’란, 피의자가 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우로써, 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대하여 실질적인 피압수자로 평

가할 수 있는 경우를 말하는 것이다.”라고 함으로써 피의자의 참여권에 대한 근거를 제 121조에 두는 것이 아니라 ‘피압수자’의 지위에서 그 근거를 찾고 있다.

(3) 대법원 2022. 5. 31.자 2016모587 결정

수사기관이 인터넷서비스업체인 카카오 본사 서버에 보관된 전자정보를 압수·수색영장의 집행을 통해 취득하면서 피의자에게 통지하지 않은 것에 대한 위법성을 평가함에 있어 대법원은 “원심이 인터넷서비스업체인 카카오 본사 서버에 보관된 이 사건 전자정보에 대한 이 사건 압수·수색영장의 집행에 의하여 전자정보를 취득하는 것이 참여권자에게 통지하지 않을 수 있는 형사소송법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 해당하지 않는다고 판단한 것은 잘못이나, (후략)”라고 판시하였다. 이는 ‘인터넷서비스업체에 대한 영장의 집행을 통해 전자정보를 취득할 때에 제121조에 규정된 참여권자(피의자 또는 변호인)에게 통지하여야 한다’는 것을 전제로 ‘급속을 요하는 때’에 해당하여 통지하지 않을 수 있다는 입장을 간접적으로 표현했다고 보아야 한다.

같은 결정에서 대법원은 “수사기관이 카카오로부터 입수한 전자정보에서 범죄 혐의 사실과 관련된 부분의 선별 없이 그 일체를 출력하여 증거물로 압수한 위법, 그 과정에서 서비스이용자로서 실질적 피압수자이자 피의자인 준항고인에게 참여권을 보장하지 않은 위법(후략)”이 인정된다고 설시하였는데 이 부분에서는 ‘피의자는 피압수자로서 참여권이 보장되어야 한다’는 입장을 보였다.

정리하면, 같은 결정 안에서 대법원은 ‘제121조에 따른 피의자의 참여권을 보장하기 위한 통지는 급속을 요하는 때에 해당하여 통지하지 않을 수 있다’고 하면서도 ‘피의자는 피압수자의 자격으로 참여권을 보장해야 한다’는 모순적인 설명을 하고 있다.

3. 입법과 사법이 야기한 혼돈

가. 참여권자와 근거 규정의 불일치

일명 전교조 사건에서는 ‘피압수·수색 당사자나 그 변호인’을 참여권자로 명시하고 있을 뿐이어서 형사소송법 제118조에 따라 영장의 처분을 받는 상대방이 당연히 참여할

수 있다는 것인지, 제121조에 따라 소송의 당사자가 참여할 수 있다는 것인지, 제123조에 따라 주거주로서 참여할 수 있다는 것인지 명확히 하지 않았다.

그 이후의 일명 범민련 남측본부 사건에서는 “피의자 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있고(형사소송법 제219조, 제121조), 압수·수색영장을 집행함에는 원칙적으로 미리 집행의 일시와 장소를 피의자 등에게 통지하여야 하나(형사소송법 제122조 본문), (후략)”라고 함으로써 형사소송법 제121조에 따른 피의자의 참여권임을 밝혔다.

그런데 그 이후 종근당 사건 결정에서 대법원은 일부의 경우를 제외한 대부분의 판시 부분에서 피의자의 참여권은 논하지 않고 피압수자의 참여권만을 논하였다. 또한 피압수자 참여권의 법적 근거를 피의자 참여권 규정(제121조)에서도 도출하고 있는데 형사소송법은 피의자 및 피압수자의 참여권을 구분하고 있다는 점에서, 대법원의 이러한 판단은 현행 형사소송법이 규정하는 바와 배치된다.¹⁶⁾

종근당 사건에 대한 결정 이후 2019년까지 대법원은 종근당 사건 결정을 참조하여 제121조에서 규정한 ‘피고인 또는 변호인’을 ‘피압수자 또는 변호인’으로 단정짓는 태도를 보였다.¹⁷⁾ 2022년 이후 대법원은 다시 “정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 대하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 한다.”는 취지로 다시 입장을 변경하여 피압수자와 피의자 모두에게 참여권을 인정하였는데 ‘피압수자’의 참여권을 보장하는 근거에 대해서는 명시하지 않고 있다.

나. 참여권 보장 취지의 모호성

참여권의 보장 취지에 대해서도 2011년 전교조 사건에서는 “압수·수색의 대상인 저장매체 내 전자정보의 왜곡이나 훼손과 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치”¹⁸⁾라고 하였고 2015년 종근당 사건 결정에서는 “혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치”¹⁹⁾라고 하였다. 전교조 사건 및

16) 전치홍, “대법원의 참여권 법리에 대한 비판적 검토-대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 전원합의체 판결을 중심으로”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호, 2022. 03, 18면

17) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 및 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결

18) 대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정

19) 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정

종근당 사건 결정 모두 피의자가 아니라 ‘피압수·수색 당사자’라고 하였으므로 피의자가 아닌 압수수색의 집행을 당하는 상대방이 가지는 참여권의 보장취지를 설명한 것으로 볼 수 있다. 반면, 2022년 판결에서는 피의자의 참여권에 대해 언급하면서 그 취지에 대하여는 “피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.”²⁰⁾고 판시하였다.

형사소송법 제121조에서 규정하고 있는 당사자의 참여권과 제123조에서 정한 주거주 등의 참여권은 그 취지가 다르다. 또한, 대법원 판례에서 계속 언급하고 있는 ‘피압수 당사자’의 참여권은 명시적인 규정이 존재하는 것이 아니라 압수·수색영장 원본의 제시 규정(제118조)에 따라 ‘반사적으로 인정되는 현상’일 뿐이다. 대법원이 참여권자와 그 근거 규정에 대해 명확히 하지 않는 이상 그 참여권의 취지도 당연히 모호해질 수밖에 없다.

4. 소결

형사소송법은 당사자(검사와 피고인)의 참여권과 당사자 이외의 참여를 구분하고 있다.

형사소송 당사자의 참여에 대해서는 압수·수색에 관하여 제121조에서 규정하고 있고 증인신문에 대해서는 제163조에서 규정한다. 법원의 감정에 관하여도 제176조에서 당사자의 참여권을 규정하고 있다. 법원의 압수·수색과 증인신문, 법원의 감정에 관하여 모두 당사자인 검사, 피고인 또는 변호인이 참여할 수 있다는 점을 규정하고 있고 그 참여의 취지도 동일한 것으로 판단된다. 형사소송법은 법원의 다양한 집행에 대해 당사자의 참여권을 규정하면서도 유독 법원의 압수·수색에 대한 참여권 규정인 제121조만을 수사의 장에서 준용하고 있다.

형사소송법은 제123조에서 압수·수색영장의 집행 현장에서 책임자, 주거주 등의 참여에 대해 규정하고 있고 제124조에서는 성년의 여자를 참여하게 한다는 규정을 두고 있다. 또한 제141조는 의사나 성년 여자를 참여하게 하여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 규정들은 당사자 이외의 참여에 대해 규정하는 것이고 앞에서 언급한 ‘당사자(검사와 피

20) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결

고인)’의 참여권과는 취지를 달리하는 것이라는 점에 주목해야 한다.

일명 ‘참여권 논쟁’을 해결하기 위해서는 등장인물을 세 가지로 구분하여 검토하여야 한다. 우선 제118조에 따라 수사기관이 반드시 영장을 제시해야 할 상대방인 ‘피압수자’이다. 두 번째로 제121조에서 규정하고 있는 당사자 즉, ‘피의자’이다. 마지막으로 제123조에서 언급하고 있는 ‘집행 현장의 책임자 등’이다.

제118조의 취지에 대해 형사소송법 주석서는 압수·수색 처분을 받는 자에게 영장을 제시함으로써 압수·수색영장을 집행하는 자가 적법한 권한에 의하여 압수·수색을 하는 것임을 알도록 하고 압수·수색영장에 기재된 물건, 장소, 신체에 대해서만 압수·수색을 하도록 하려는 것을 보장하려는 취지가 있으며 여기서 처분을 받는 자란 압수·수색을 당하는 자이므로 압수할 물건 또는 수색할 장소를 현실적으로 지배하는 자를 의미한다고 설명한다.²¹⁾

제118조를 규정한 이후 형사소송법은 제121조에 이르러 당사자의 참여권에 대해 규정하고 있다. 이는 분명 영장집행의 상대방과 피고인을 분리한 것이며 제121조의 참여권은 증인신문, 감정에서의 당사자 참여권 등 당사자로서 자신에게 유불리한 증거의 취득과정에 참여하도록 함으로써 당사자주의를 강화하기 위한 것이다.

결국, 제121조에서 언급한 당사자의 참여권과 제118조 또는 제123조에서 언급하는 참여권은 그 성질을 달리하는 것이므로 이를 구분하여 논하여야 한다.

IV. 참여권 법리의 재구성

사법부는 입법자가 규정해 둔 제219조와 제121조를 엄격히 적용하려고 시도하였으나 여러 측면에서 모순점을 드러냈다. 사법부가 입법을 할 수는 없으니 현행 규정을 적용하면서 발생한 당연한 결과이다.

모순을 해결하기 위해서는 입법자가 제121조의 취지를 명확히 한 후에 프라이버시를 침해할 우려가 높은 디지털 매체의 압수·수색과 개인에 관한 데이터 취득에 필요한 절차를 세부적으로 마련함으로써 영장주의가 적용되는 각 법률 간에 일관성 있는 해석이 가

21) 편집대표 김희옥·박일환, 『제5판 주석 형사소송법(1)』, 한국사법행정학회, 2017, 613면

능하도록 조치할 수밖에 없다.

다만, 입법자의 법 개정을 돕기 위해 디지털 매체에 대한 수색과 압수를 명확히 구분하고 수색에서 참여권의 역할을 명확히 하며 그 참여권의 본질이 무엇인지 관련 법리를 재구성할 필요가 있다.

1. 수색과 압수의 명확한 구분

영장집행의 모습은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 수사기관이 직접 수색하는 것과 기업이나 단체에 영장을 제시하고 선별된 데이터를 제공받는 것이다.

기지국의 통신기록, 은행의 금융기록, 복잡한 분산 컴퓨팅 시스템에서 관련 기록만을 추출하는 것, 통신자료를 압수·수색영장으로 취득하는 것, 이메일을 확보하는 것, SNS의 대화내용을 확보하는 것들이 모두 후자에 해당한다.

영장집행의 모습에서 전자와 후자의 가장 큰 차이점은 ‘수사기관에 의한 수색’의 유무이다. 수색은 압수의 전 단계에서 이루어지며 압수의 목적을 이행하기 위한 수단이기 때문에 수사기관이 취득할 데이터를 발견하기 위해 어느 범위 내에서 수색을 허용할 것인지 결정하는 것은 매우 중요하다.

오프라인에서 수색 범위는 꽤 명백하게 확정할 수 있으나 다종다양한 환경에서 운영되는 개별 정보통신시스템에서 사전에 수색 범위를 명확히 하는 것은 불가능한 것이다. 이러한 측면에서 ‘피압수자’ 또는 ‘관리자’ 등의 포괄적 참여권은 디지털 매체에 대한 수사기관의 수색에서 중요한 역할을 하게 된다.

결국, 참여권에 대한 법리를 구성하기 위해서는 눈에 보이지도 않고 수색할 범위에 대한 구분도 쉽지 않은 디지털 환경에서 ‘수사기관이 직접 수색’하는 경우에 초점을 맞추어야 한다.

2. 수색에 대한 ‘통제’와 압수에 대한 ‘통지’의 구분

앞서 언급한 바와 같이 디지털증거를 취득하는 과정은 수사기관이 직접 수색하는 것과 선별된 데이터를 제공받는 것으로 구분된다. 수색에 대해서는 ‘통제’의 문제가 발생

하며 데이터 관리자가 선별하여 제공한 데이터에 대해서는 정보주체에 대한 ‘통지’의 문제가 발생한다.

가입자 정보, 물품 구매정보, 배송지 정보 등도 사업자 및 정보주체의 관점에서는 영장·허가서가 필요한 이메일, 금융자료, 통신사실확인자료 등과 동일한 수준의 보호가 필요한 데이터임에도 불구하고 데이터의 종류에 따라 각기 다른 규제를 받고 있어 정보주체가 일관된 보호를 받지 못하는 상태에 놓여 있다.²²⁾ 개인정보자기결정권의 대상이 되는 데이터는 그 종류와 관계없이 데이터 처리에 관하여 정보주체가 알 권리를 향유할 방도, 수사기관의 직접 집행에 따른 권한 남용을 통제할 방도는 동시에 고려되어야 한다.

헌법재판소는 2012. 12. 27. 선고 2011헌바225 결정에서 “전자우편에 대한 압수·수색의 경우에는 일반적인 유형물에 대한 압수·수색과 달리 ‘압수처분을 받는 자’와 ‘압수의 실질적인 대상인 정보의 소유자’가 분리되게 된다. 그 결과 정보주체는 ‘현실적으로 압수·수색을 당하고 있는 자로서 압수할 물건 또는 장소를 현실적으로 지배하는 자’가 아니어서 형사소송법 제118조에 정한 영장제시의 상대방인 ‘처분을 받는 자’가 될 수 없어 영장제시를 통하여 그 집행을 고지받을 수 없으므로, 형사소송법 제122조 본문의 규정에 의한 사전통지가 아니고서는 그 집행사실을 사전에는 물론 사후적으로도 통지받을 수 없게 되는 문제가 있었다.”라고 설시하여, ‘피압수자는 정보주체가 아닌 서버의 소유자’라는 입장을 밝힌 바 있다.

따라서, 수사기관이 직접 압수·수색하는 현장에서는 적극적 참여권을 보장할 방안을 논의해야 하며 영장·허가서·공문 등 데이터 요구에 필요한 서면과 관계없이 수사기관에 제공된 정보의 주체가 그 사실을 알 수 있도록 할 장치를 고안해야 한다.

3. 참여권 보장 근거의 명확화 – 제121조에서 제118조와 제123조로

가. 제121조에 따른 참여권 보장의 한계

형사소송법에서 “당사자”라는 용어는 제1편 총칙과 제2편 제3장 공판 이후에만 등장

22) 이관희·이상진, “데이터 보관 사업자에 대한 영장집행 절차의 현실화 방안에 관한 연구: 피의자에 대한 사전 통지 생략 및 영장 사본제시 필요성을 중심으로”, 형사정책연구 제31권 제1호, 2020. 03, 131면

하며 수사와 공소의 장에서 “당사자”라는 용어는 등장하지 않는다.

형사소송법에서 말하는 “당사자”는 일상적인 생활영역에서 어떤 행위의 상대방을 일컫는 것이 아니라 소송구조론에서 직권주의와 대비되는 당사자주의, 즉 형사소송의 당사자인 ‘검사’와 ‘피고인’에게 소송의 주도권을 인정하여 그들의 공격과 방어를 중심으로 심리가 진행되고 법원은 제3자의 입장에서 당사자의 주장과 증명활동을 평가하는 소송구조에서 의미하는 당사자를 말한다.²³⁾ 또한 현행 형사소송법에서 당사자주의적 속성을 드러내는 가장 핵심적인 요소 중 하나는 피고인의 방어권 보장인데 피고인의 참여권과 반대신문권은 ‘당사자’인 피고인에게 주어지는 방어권 중 하나이다.²⁴⁾

당사자로서 피고인의 방어권은 증인신문, 감정 등의 절차에도 모두 등장한다. 그런데 그 중 압수·수색에 관한 참여권 규정인 제121조만이 수사에 준용되고 있다. 당사자로서 피고인의 방어권을 피의자까지 확대하는 이유, 그리고 그 중 유일하게 법원의 압수·수색에 대한 피고인의 방어권을 피의자까지 확장한 이유는 무엇일까? 그 이유에 대해 명확하게 설명해 놓은 문헌은 찾지 못하였다.

제121조를 적용하여 피의자 또는 변호인에게 참여권을 보장한다고 해도 “제219조에 의하여 준용되는 법 제121조에 의해서 압수·수색영장의 집행 또는 검증영장의 집행에 대한 피의자의 참여권은 보장되고 있으나 ‘급속을 요구하는 경우에는 예외로 한다’는 법 제122조의 단서에 의하여 수사기관에 의한 영장집행은 피의자 또는 변호인의 참여없이 행하여지는 것이 보통이다.”²⁵⁾²⁶⁾라는 의견도 존재하고 실제 판례도 급속을 요하는 경우를 넓게 해석하기 때문에 현실에서 제121조의 참여권이 보장되는 경우는 드물다.

앞서 논했던 것처럼 법문의 규정을 충실히 따르면 모순점을 드러내게 되고, 설사 제121조를 엄격히 적용하려고 해도 실무에서는 제122조의 단서를 근거로 참여권에 대한 통지를 하지 않을 수 있기 때문에 그 실효성도 보장되지 않는다.

23) 배종대·홍영기, 『형사소송법』, 홍문사, 2017, 22면

24) 배종대·홍영기, 앞의 책, 23-24면

25) 허형구·차용석·백형구·강구진, 『주석 형사소송법 (上)』, 한국사법행정학회, 1983, 671면

26) 편집대표 차용석·백형구, 『제3판 주석 형사소송법 (II)』, 한국사법행정학회, 1999, 222면

나. 제118조와 제123조에 근거한 참여권 보장

제121조는 당사자로 하여금 법원의 집행상황을 지켜보아 증거수집절차의 위법여부를 알게 함으로써 영장집행절차의 공정을 담보하려는 취지이다. 당사자는 영장집행절차가 위법·부당한 경우에도 그 집행현장에서 그 시정을 요구할 권리는 법률상 인정되어 있지 않다.²⁷⁾

수집된 증거에 기초하여 공소사실을 특정한 후 법원에서 압수·수색을 행하고 당사자들이 입회하는 경우 설사 집행현장에서 시정을 요구할 권리가 법률상 인정되지 않더라도 여전히 당사자주의의 강화라는 의의를 가질 수 있으나, 수사기관의 영장 집행은 공판이 아니라 여전히 공소제기 여부가 불투명한 수사단계에 불과하고 그 남용의 여지도 커서 참여권의 의의가 단순히 ‘집행자에 대한 심리적 강제의 효과’를 주는 정도에 그친다면 영장집행 현장에서의 수사권 남용을 통제할 수 없게 된다.

대법원도 참여권의 보장은 “압수·수색의 대상인 저장매체 내 전자정보의 왜곡이나 훼손과 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치”, “피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치”라는 입장을 밝혔고 “전자정보에 대한 압수·수색은 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권, 재산권 등을 침해할 우려가 크므로 포괄적으로 이루어져서는 아니 되고 비례의 원칙에 따라 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다.”²⁸⁾라고도 하였다.

참여권 보장의 취지를 살리기 위해서는 ‘급속을 요하는 경우’에 대한 예외가 있는 제121조에 근거할 것이 아니라 조금 더 자연스럽고 적극적인 법리를 모색해야 한다. 따라서, 본고는 참여권의 근거를 제118조와 제123조에서 찾고자 한다.

제118조는 영장을 집행함에는 그 처분을 받는 자에게 반드시 사전에 제시하여야 한다고 규정하고 있다. 이 규정은 절차의 명확성과 공정을 담보하려는데 그 목적이 있으며 영장주의의 본질적 내용이다.

제123조는 공무소, 주거 등에서의 압수수색에 관하여 집행을 받는 자의 권리를 보호하고 집행절차의 공정을 담보하기 위하여 책임자나 주거주 등을 참여시킬 것을 요구하고 있다. 책임자, 주거주, 간수자 등의 참여는 영장을 집행하기 위한 절차적 조건이다. 이러

27) 허형구·차용석·백형구·강구진, 앞의 책, 418면

28) 대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 전원합의체 판결

한 참여제도는 집행을 받는 상대방을 보호하고 영장집행 절차의 적정성을 담보하려는 데 그 목적이 있다. 따라서 책임자, 주거주, 간수자 등의 참여 없이 행한 영장집행은 위법이다. 이 규정은 제121조와 다르게 급속을 요하는 경우에도 지켜져야 한다.²⁹⁾³⁰⁾ 또한 공무소 내의 압수·수색에 관하여는 공무상의 비밀을 보호하기 위한 압수 거절권의 행사나 원활한 공무집행을 보호하기 위하여도 중요한 의의를 가진다.³¹⁾ 제121조의 참여권과 다르게 제123조 제1항의 참여권은 압수거절권의 행사까지도 염두에 둔 것이다.

결국, ‘급속을 요하는 경우’라는 예외를 인정하고 있고, 입법상 과오라는 의심까지 받고 있으며, 그 적용에 있어 모순점을 내포하고 있는 제121조에서 참여권의 근거를 찾기 보다는 제118조와 제123조에서 참여권의 근거를 찾는 것이 법률의 해석 측면이나 수색에서의 인권침해 방지 측면에서도 유용하다.

4. 논의의 방향

가. 무리한 해석의 종결

디지털증거에 대한 압수·수색에 대해 최근 증거 수집 과정의 위법성을 이유로 증거능력을 부인하는 판례가 잇따르고 있고 압수·수색의 적법성을 둘러싼 법원과 검찰 사이 물밑 신경전이 고조되고 있다.³²⁾

‘정당한 압수·수색’의 범위에 대해 가장 쟁점이 되는 것은 ‘실질적 피압수자’ 개념이다. 대법원은 디지털 매체를 제출한 피압수자뿐만 아니라 피의자도 그 매체에 저장된 정보에 대하여 실질적인 피압수자로 평가할 수 있는 경우가 있다³³⁾는 실질적 피압수자 개념을 사용하였다.

그런데 형사소송법은 데이터를 ‘압수의 대상’으로 규정하지 않고 있으며³⁴⁾ 앞서 살펴

29) 편집대표 김희욱·박일환, 『제5판 주석 형사소송법 (I)』, 한국사법행정학회, 2017, 625-626면

30) 허형구·차용석·백형구·강구진, 앞의 책, 421-422면

31) 허형구·차용석·백형구·강구진, 앞의 책, 420면

32) 이창훈 기자, “피의자 참여 없는 압수수색은 무효, 잇단 판결...법원-검찰 신경전”, 중앙일보, 2023.

7. 3.자

33) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결

34) 이관희·김기범·이상진, “정보에 대한 독자적 강제처분 개념 도입 연구”, 치안정책연구 제26권 제2호, 2012, 89-90면

본 바와 같이 피압수자의 참여권이라는 것에 대한 명시적 근거는 없고, 영장을 집행할 때에는 처분을 받는 자에게 제시해야 한다는 제118조 규정에 따른 반사적인 효과일 뿐이다. 결국, 대법원은 ‘정보주체에 대한 권리를 보호해야 한다’는 필요성에 대한 강박은 있으나 이를 논리적으로 풀어내지 못하고 있다. 이러한 무리한 해석은 실질적으로 사법부에 의한 입법행위가 되어 삼권분립의 취지를 훼손시킨다.

나. 수색에 대한 적극적 통제

제121조에서 의미하는 참여권은 방어권이다. 방어권은 적극적이고 능동적 활동인 수사와 공판활동에 대응하는 것으로 논리적으로 소극적·수동적인 성격을 띤다.³⁵⁾ 피압수자의 지위에 있는 참여권자도 역시 소극적 방어권을 가질 뿐이다. 피압수자는 압수절차에서 어떤 물건이 압수되는지 현장에서 확인하고 압수목록을 교부받는 방법 등에 의해 간접적으로 보호된다.³⁶⁾

오프라인의 공간에 대한 수색과 유체물을 대상으로 한 압수에서는 소극적 방어권도 수사기관의 남용을 간접적으로 억제할 수 있고 압수목록 및 압수조서 등의 내용을 통해 사후에 다룰 여지가 있다. 그런데 디지털 데이터에 대한 프라이버시는 열람과 동시에 침해되기 때문에 소극적 방어권은 한계를 가진다. 일반적으로 유체물 압수에 대한 위법성 평가는 사후에도 명확한 편이지만, 디지털 데이터를 탐색하는 과정에서 발생한 위법성 평가는 수사기관이나 피수색자나 법원의 입장에서조차 매우 모호할 수밖에 없다.

증거로 사용할 데이터의 범위 대비 수색의 대상이 되는 데이터 영역의 비율이 다르고, 데이터를 저장하는 위치와 방법 역시 사용자의 특성에 따라 다르며, 증거에 해당하는 것인지 확인하기 위해 수색의 범위에 놓인 파일들을 열람해야 할 경우도 있기 때문에 법률로써 수색의 범위와 방법을 사전에 구체적으로 묘사하는 것도 한계가 있다. 그렇다고 하여 오로지 수사기관의 실천이성이 그 범위와 방법을 결정하도록 방치할 수도 없다.

파일의 내용을 열람하는 방식에 의한 수색의 경우에는 더욱 신중하게 위법성을 평가해야 한다. 유체물의 경우 각 쓰임과 가치를 유체물별로 특정할 수 있으며 이를 인식하

35) 김인회, “방어권 남용론 비판”, 법학연구 제18집 제1호, 2015. 03, 328-329면

36) 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 형사법의 신통향 제48호, 2015. 09, 106면

기도 쉽지만 디지털 데이터의 경우 그 사용 또는 보유 등의 가치는 혼재되어 있으며 열람해 보기 전까지는 이를 특정할 수도 없다. 또한 디지털 매체의 집적도 향상에 따라 증거에 제공할 양에 비해 탐색이 필요한 범위가 상대적으로 커지고 있다. 따라서, 파일의 내용을 열람하는 방식의 수색은 일반영장·포괄영장의 집행과 다를 바가 없다.³⁷⁾

형사소송법이 디지털 매체에 대한 절차를 세밀하게 규정하지 않은 상황에서 참여권이 소극적 방어권의 역할을 하는 정도에 그친다면 일반영장의 집행과도 다를 바 없는 남용에 따른 침해를 사전에 구제할 제도는 없게 된다. 따라서, 형사소송규칙의 개정을 통해서라도 수색을 통제할 방법을 마련해야 한다.

본고가 주장한 바와 같이 참여권의 근거를 제118조와 제123조에서 중복적으로 찾는 경우 압수·수색 처분을 받을 자뿐만 아니라 책임자, 관리자, 주거주, 간수자를 비롯하여 심지어 이웃 사람 또는 지방공공단체의 직원도 참여권자가 될 수 있다. 해당 조문을 토대로 영장 제시의 상대방이 될 자의 범위, 참여권 보장을 위한 구체적인 방법, 사후에 수색 및 압수의 위법성을 다룰 것을 대비한 집행 과정의 촬영, 촬영물 사본에 대한 교부, 대리로 참여할 수 있는 지방공공단체의 직원에 대한 사전 지정 및 교육, 참여권자의 이의제기 사항을 수색조서 및 압수조서에 기재하여야 한다는 의무조항 등을 형사소송규칙에 구체적으로 반영하면 디지털 매체 수색에 대한 통제가 가능하다.

다. ‘정보의 처리에 관한 정보를 제공받을 권리’ 보장을 위한 통지

형사소송법 제107조에서 우체물과 전기통신에 관한 것에 대한 압수의 경우 발신인이거나 수신인에게 그 취지를 통지하여야 한다고 규정하고 있고, 통신비밀보호법은 전기통신에 대하여 압수·수색을 한 경우 일정한 기간 내에 수사대상이 된 가입자에게 집행사실을 통지하여야 한다고 규정하고 있으며 통신제한조치, 통신사실확인자료제공요청 등에 대해서도 사후 통지제도를 마련해 두었다. 또한, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률도 영장에 따라 금융거래가 제공된 경우 그 명의인에게 통보하도록 규정하고 있다.

이러한 규정들은 발신자, 수신자, 통신의 당사자를 ‘피압수자’로 보는 것이 아니라 정보주체에 해당한다고 보아 그 주체에게 사후에 통지하여야 한다는 취지이며 이는 ‘피압

37) 이관희·이상진, “파일 열람 행위에 의한 영장집행의 문제점과 디지털 저장매체 수색압수구조의 개선방안”, 법조 제69권 제4호, 2020. 08, 263-264면

수자'와 '정보주체'를 구분하는 명백한 근거이다. 따라서, 영장의 집행에 대한 처분을 받는 자(피압수자)에 대한 조치와 영장의 집행에 따라 통지받을 정보주체에 대한 수사기관 등의 조치는 구분되어야 하는 것이 타당하다.

제118조와 제123조에 따른 참여권은 수사기관을 감시하는 역할을 하면서 영장에 기재되어 있는 범위 내에서 수색과 압수를 하도록 할 수 있으나 수사기관이 취득한 데이터가 참여권자 이외의 사람에 대한 것일 경우 개인정보보호법 제4조가 보장하는 '정보주체가 개인정보의 처리에 관한 정보를 제공받을 권리'를 보장할 수는 없다. 따라서, 영장의 집행에 참여하지 않는 정보주체가 '그 처리에 관한 정보를 제공받을 권리'를 누릴 방안을 마련하여야 한다.

V. 결론

본고는 당사자의 방어권을 규정하고 그 주체도 피의자에 한정되는 제121조를 토대로 영장 집행 현장의 참여권 법리를 도출하는 것은 적절하지 않으며 현실에서 모순점까지 유발한다는 점을 주장하였다. 다만, 수사기관의 권리남용을 억제하기 위해 참여권의 보장은 필요한 것이며 특히 디지털 매체에서는 더욱 큰 가치를 가지기 때문에 제121조보다는 오히려 제118조와 제123조에 근거하여 참여권을 도출하여야 함도 주장하였다. 또한, 제118조의 경우 단서에서 예외를 두기 때문에 참여권의 기능을 온전하게 수행하기 위해서는 제118조와 제123조가 동시에 기능하여야 한다고 강조하였다.

민주주의는 근본적으로 사생활의 익명화와 권력의 투명화를 지향한다. 권력의 투명화는 우리에게 권력에 저항할 수 있는 프라이버시 공간을 만들어 준다.³⁸⁾ 참여권은 수사권력의 익명화를 감시하고 인간의 존엄성과 자유를 보장하기 위한 전제 조건으로서의 프라이버시 보장을 위한 필수불가결한 권리라고 보아야 한다.

그런데 제118조와 제123조에 따라 참여권을 이중적으로 보장한다고 해도 이 참여권이 소극적, 수동적 방어권의 기능만을 수행한다면 디지털 매체에 대한 프라이버시 침해 가능성은 여전히 존재하므로 소극적 참여권으로 기능하도록 방지하기 보다는 실질적으

38) 이진우, 프라이버시의 철학 -자유-의 토대로서의 개인주의, 돌베개, 2009, 213면

로 참여권이 보장될 수 있는 방도가 필요하다.

가장 실천적이며 궁극적인 대안은 현행 형사소송법을 개정하여 다양한 법률에서 이질적으로 다루어지고 있는 디지털 데이터에 대한 수사기관의 처리에 대해 일관된 절차를 마련하는 것이다. 입법의 불비가 사법부의 해석을 통해서 해결되는 영역에는 한계가 있으며 이 한계를 넘어설 경우 법관에 의한 법창조라는 입법과 사법의 경계가 허물어지는 역효과를 제어할 수 없게 되기 때문이다.³⁹⁾

시대가 달라지면 언어와 문법도 달라져야 한다. 1954년에 제정된 형사소송법은 이미 오래된 것이기 때문에 개정의 필요성이 있다. 특히, 현재와 같이 디지털 증거의 필요성과 정보기본권 간의 충돌이 계속되는 상황에서는 영장주의에 관한 조항들은 디지털의 성질에 부합하도록 전부 개정되어야 한다.

19세기 후반에 이미 프라이버시의 개념이 등장했고 디지털과 네트워크의 발전에 따라 모든 인간의 흔적은 디지털로 집약되고 있으므로 프라이버시의 종류와 범위는 무한히 확장되고 있다. 프라이버시를 침해하는 기술의 발전에 반비례하여 보호의 강도를 높여야 하는 것이 옳다는 것에 동의한다면 이에 대한 실천적인 대안을 제시해야 하며, 입법부에 의해 디지털 데이터에 대한 통합적 법제가 마련되기 전이라도 형사소송규칙 등의 개정을 통해서 현행 법률이 허용하는 범위 내에서 참여권의 실질적 보장을 위한 하위규범을 구체화하여야 한다.

39) 김혜경, “영장주의의 본질을 기초로 한 전자정보 압수·수색의 참여권의 범위”, 연세법학 제35호, 2020. 6, 24면

참고문헌

[국내문헌]

- 김인회, “방어권 남용론 비판”, 법학연구 제18집 제1호, 2015. 03, 328-329면
- 김혜경, “영장주의의 본질을 기초로 한 전자정보 압수·수색의 참여권의 범위”, 연세법학 제35호, 2020. 6, 24면
- 독일법연구회, 『독일 형사소송법』, 사법발전재단, 2018, 137면
- 배종대·홍영기, 『형사소송법』, 홍문사, 2017, 22면
- 이관희·김기범·이상진, “정보에 대한 독자적 강제처분 개념 도입 연구”, 치안정책연구 제26권 제2호, 2012, 89-90면
- 이관희·이상진, “데이터 보관 사업자에 대한 영장집행 절차의 현실화 방안에 관한 연구: 피의자에 대한 사전 통지 생략 및 영장 사본제시 필요성을 중심으로”, 형사정책연구 제31권 제1호, 2020. 03, 131면
- 이관희·이상진, “파일 열람 행위에 의한 영장집행의 문제점과 디지털 저장매체 수색압수 구조의 개선방안”, 법조 제69권 제4호, 2020. 08, 263-264면
- 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 형사법의 신동향 제48호, 2015. 09, 106면
- 이진우, 프라이버시의 철학 - 자유의 토대로서의 개인주의, 돌베개, 2009, 213면
- 전치홍, “대법원의 참여권 법리에 대한 비판적 검토-대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도 348 전원합의체 판결을 중심으로”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호, 2022. 03, 18면
- 편집대표 김희옥·박일환, 『제5판 주식 형사소송법 (I)』, 한국사법행정학회, 2017, 613면
- 편집대표 김희옥·박일환, 『제5판 주식 형사소송법 (II)』, 한국사법행정학회, 2017, 315면
- 편집대표 차용석·백형구, 『제3판 주식 형사소송법 (II)』, 한국사법행정학회, 1999, 222면
- 『프랑스 형사소송법』, 법무부, 2011, 54-55면, 91면

허형구·차용석·백형구·강구진, 『주석 형사소송법 (上)』, 한국사법행정학회, 1983, 671
면
형사법 아카데미, 『주요 국가의 압수수색 제도 개관』, 검찰, 2018, 160-161면
히라라기토키오 저/조균석 역, 『일본형사소송법』, 박영사, 2012, 177면

[판결 및 결정]

대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정
대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정
대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결
대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결
대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 전원합의체 판결
대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결
서울고등법원 2012. 6. 8. 선고 2012노82 판결
서울중앙지방법원 2011. 12. 22. 선고 2009고합731,2011고합348(병합) 판결

A Critical Look at the Jurisprudence of the Suspect's Right to Participate in a Seizure of Digital Evidence

Lee, Kwan-hee* · Lee, Sang-jin**

When Articles 219 and 121 of the Criminal Procedure Act are strictly applied, the investigative agency must notify the suspect or his/her lawyer before conducting a search and seizure of the place A and have them participate in the search and seizure site. There are no similar provisions in the Criminal Procedure Act of Germany, France, and Japan, which were the basis of the Criminal Procedure Act. It is also true that the concept of notifying the suspect before the investigative agency collects evidence is awkward.

The “suspect” mentioned in Article 121 of the Criminal Procedure Act and the “person subject to a seizure and search warrant” are clearly different concepts. However, our Supreme Court cannot distinguish the terms “suspect” and “person subject to seizure and search warrant” and refers to Article 121 as the basis for guaranteeing the right to participate in “person subject to seizure and search warrant.”

This paper will argue that Article 219's application of Article 121 is not only appropriate in the context of investigative practice, but may also be legislative errors. It will also emphasize the need to revise the Criminal Procedure Act after arguing that the Supreme Court's position on the basis of the relevant regulations is contradictory.

However, since the provisions of the current law alone are not enough to guarantee the rights of those subject to seizure and search, abuse of investigative agencies should be controlled by guaranteeing the “right to participate” at the search

* Post-doctoral researcher, Korea University

** Professor, Korea University, Corresponding Author

site. And the basis for guaranteeing the right to participate should be Articles 118 and 123, not Articles 121. In addition, in order to protect the right to self-determination of personal information, if the data acquired by the investigative agency belongs to a third party, the third party should be notified of the acquisition.

❖ Key words: Digital evidence, Data, Information, Data storage, Search and Seizure, Browsing files, Right to participate, Right of defense, Right to self-determination of personal information, Privacy