

디지털 증거 압수시 참여권 및 별건정보 압수에 관한 연구

- 안보범죄에 대한 적용을 중심으로 -

The Study of Right to Participate and Confiscation for
Another Digital Evidence

- Focus on National Security Crime -

박 용 신*

차 례

- | | |
|---------------------------------|---------------------|
| I. 들어가며 | IV. 디지털 증거의 별건압수 허용 |
| II. 당사자의 참여권을 매개로 본
형사소송의 목적 | 여부에 대한 검토 |
| III. 디지털 증거의 압수과정에서의
참여권 | V. 나가며 |

• 국 문 요 약 •

본 논문은 대법원 2015.07.16 선고 2011 모1839 전원합의체 결정을 매개로 대법원이 디지털 증거의 압수수색에 있어서 어떠한 시각을 가지고 있으며 그 방향의 타당성에 관하여 서술하였다. 디지털 정보는 비가시성, 대량성, 매체 독립성 등을 가지고 있기 때문에 유체증거와 달리 취급해야 하는데 현행법은 이에 대해 소극적으로 규정하고 있다.

이러한 상황에서 우리 형사소송법은 압수시 당사자의 참여권을 보장하고 있으나 이를 디지털 정보에도 그대로 적용해야 하는지가 문제된다. 이는 피의자 측의 프라이버시 보호

뿐만 아니라 증거능력 인정의 다름을 미연에 방지하기 위한 것이다. 대법원은 디지털 정보 압수의 모든 절차에서 당사자의 참여권을 보장해야 한다고 판시했지만 본 논문에서는 현실적인 이유(hash 값, 압수목록 교부 등)에서 대법원의 입장이 불합리하다는 점을 지적하였다.

다음으로 디지털 정보의 압수시 범죄혐의와 관련 없는 정보를 우연히 발견한 경우, 영미법처럼 plain view 법리가 형성되지 않은 우리나라에서 어떻게 이를 처리할 것인가이다. 대법원은 이러한 경우에 별도의 영장을 발부받아야 한다고 판시했으나, 본 논문에서는

* 성균관대학교 법학연구소 선임연구원

장기적으로 독립적 긴급압수의 도입을 고려해야 하며, 안보범죄에 한정하여 독립적 긴급압수를 우선적으로 도입해야 함을 주장하였다.

이상에서 검토한 본 논문의 2가지 주요쟁점은 최종적으로는 형사소송의 근본목적은 실체진실 발견으로 볼 것이냐 적정절차 준수로

볼 것이냐의 대립으로 볼 수 있다. 형사절차의 궁극적인 목적은 형법의 목적을 달성하기 위한 실제적 진실발견을 주요한 목적으로 삼고 그 과정에서 발생할 수 있는 국가권력의 전단적 행사를 견제하여 피고인의 기본권을 보장하는 적정절차가 가미되어야 함을 지적하였다.

◆ 주제어 : 디지털 정보, 당사자의 참여권, 별건정보 압수, 실제적 진실발견, 적정절차

I. 들어가며

정보통신기술의 발달은 우리의 일상 뿐만 아니라 형사절차에서도 변화를 요구하고 있다. 그 중에서도 가장 변화된 점은 증거가 유체물 중심에서 디지털 증거 중심으로 이전한 것이다. 하지만 우리 실정법이 디지털 증거의 특칙을 규정하지 않아서 형사절차상 디지털 증거를 유체물과 동일하게 접근할 것인가에 대해 다음 몇 가지가 문제된다.

우선 디지털 정보의 압수는 장기간 진행되는데 이 경우에도 당사자의 참여권을 보장해야 하는가이다. 다음으로 만약 압수·수색의 과정에서 수사기관이 행한 복수의 처분 중에서 일부 처분에 절차상 하자가 있다면 후속처분의 적법성은 어떻게 되는가이다. 마지막으로 압수·수색영장으로 피의자의 컴퓨터를 압수·수색하는 과정에서 별개범죄의 명백한 증거를 발견한 경우, 이를 어떻게 처리해야 하는가이다. 그리고 이러한 물음에 대한 해답은 형사절차에 있어서 실제적 진실을 추구할 것이냐 아니면 피고인 보호를 포함한 적정절차를 우선할 것인가에 대한 시각이 전제되어 있다. 하지만 지난 2015년 대법원은 전원합의체 결정으로 명시적인 방향을 제시하였다.¹⁾ 즉, 디지털 증거의 압수·수색절차에서 일련

1) 2015. 07. 16 대판 2011보1839 전원합의체 결정. 이하에서 대상판결이란 동 결정을

의 과정은 하나의 압수·수색절차로 봄이 상당하고, 이러한 쏠 과정에 있어서 당사자 등의 참여권이 보장되어야 하며, 범죄수사 중 별개범죄에 대한 정보가 현출되는 경우 수사기관은 일단 압수·수색을 중단하고 법원으로부터 별개영장을 발부받아 압수·수색에 나아가야 한다는 것이다.

법원의 입장은 피고인의 권리를 보장하고, 실제적 진실발견과 적법절차의 조화를 추구한 해석이라는 점에서는 환영할 결정이다. 하지만 이러한 입장은 범죄와의 투쟁이 영원한 목표인 수사기관의 활동을 지나치게 제약하는 것이라는 의문이 든다. 그리고 이는 일반 형사범죄 뿐만 아니라 안보범죄에 있어서 더욱 극대화된다. 안보사건에 있어서 주요한 피고인의 법정전술은 수사기관이 제시한 디지털 정보의 증거능력에 대한 다툼으로 나아가는 것이며, 이는 종래 안보사건에서 있어서 무수히 제기된 준항고 사건으로 알 수 있기 때문이다.

이에 본 논문에서는 법원의 입장이 수사기관(정보기관 포함)에 미치는 영향을 검토하고 이에 대한 개선방안을 도출하고자 한다. 구체적으로는 위 대법원 전원합의체결정을 통해 우리 대법원이 구체적인 형사절차에 있어서 지향점이 무엇인지를 먼저 분석하고 이에 대한 입장을 제시할 것이다(Ⅱ). 다음으로는 대상결정에서 구체적으로 문제가 되었던 쟁점사항들에 대한 대법원 입장의 문제점을 지적하고 개선방안을 제시한다(Ⅲ, Ⅳ).

의미한다.

Ⅱ. 당사자의 참여권을 매개로 본 형사소송의 목적

형사소송은 국가형벌권을 구체적으로 실현하기 위한 절차를 규율하기 위한 법으로 형사사법을 통한 정의를 실현하여 판결의 실질적 정당성을 확보함에 그 목적이 있으며, 실체적 진실 발견과 적법절차 원칙이 양대 축으로 이해된다.²⁾³⁾ 이러한 대립은 형사소송의 근본적인 추구점을 무엇으로 보아야 할 것인가에 대한 대립으로 이어질 수 있다. 대상판결을 매개로 형사소송의 목적에 대한 우리 대법원의 입장을 살펴보기로 하자.

1. 판례의 태도

대법원은 검사가 피압수자 등의 참여 없이 이미징한 복제본에서 자신의 하드 디스크에 재복제를 하고, 재복제한 파일에서 혐의 사실과 관련된 부분을 문서로 출력한 경우, 이러한 절차상의 하자는 선행처분(즉 피압수자의 정보저장 매체를 이미징하는 처분)의 유효성을 잠탈하는 조치

2) 또한 형사소송의 목적으로 신속한 재판의 원리도 제시하는 견해가 다수이다. 이재상·조균석, 형사소송법 제10판, 박영사, 2015, 20쪽; 노명선·이완규, 형사소송법 제4판, SKKUP, 2015, 32쪽.

3) 최근에는 당사자의 의사에 의한 분쟁해결을 제시하는 견해, 노명선·이완규, 형사소송법 제4판, 35쪽, 정의와 법적 안정성, 적정절차를 제시하는 견해, 홍영기, “형사소송법 그 독자적인 범목적에 대한 이해”, 저스티스 제100호, 한국법학원, 2007, 265-267쪽, 더 나아가 범죄 피해자 보호를 형사소송의 새로운 지도이념으로 제시하는 입장도 있다. 김재중, “형사소송의 지도이념으로서의 피해자 보호주의”, 법학연구 제19권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2008, 131쪽.

이기 때문에 전체적으로 취소되어야 한다는 입장이다.⁴⁾ 이에 반해 반대의견은 “실체적 진실규명과 개인의 권리보호 이념은 입법자의 헌법적 결단이며, 수사기관이 적법한 절차에 따르지 않은 압수물의 증거능력은 형식적으로 정해진 절차에 따르지 않았다는 이유만으로 준항고 절차에서 획일적으로 증거능력을 부정할 것이 아니라, 실체 재판에서 이를 판단해야 한다”는 전제에서, 다수의견과 같이 무관정보와 유관정보의 구별 없이 이를 모두 취소하는 것은 절차적 적법성만을 강조한 나머지 실체적 진실발견을 외면한 것이라 비판하고 있다.⁵⁾

2. 검토

대법원은 형사소송의 목적을 적법절차를 중심으로 피고인의 인권을 침해하지 않는 선에서 실체적 진실을 탐구해가자는 것으로 볼 수 있다. 이에 반해 반대의견은 형사소송의 2가지 기둥 중에서 무엇을 우선시하는 것이 아니라, 양자를 병렬적으로 보는 듯 하다. 즉, “적법절차의 원칙과 함께 추구되어야 하는 또 다른 형사소송의 이념인 실체적 진실 규명”이라 판시하고 있기 때문이다.

분명 소송절차에서는 법적 안정성 뿐만 아니라 구체적 타당성도 기하여 할 것이며, 이에 대한 판단은 헌법과 법률 그리고 법관의 양심에 따

4) 대법원 2015.07.16 선고 2011모1839 전원합의체 결정.

5) 대법원 2015.07.16 선고 2011모1839 전원합의체 결정의 반대의견.

따라서 반대의견은 i) 무관정보의 경우 피의자 등의 참여권이 배제된 것은 중대한 절차적 위법이며, 이를 통해 얻은 증거는 위법수집증거로서 참여권 보장 없이 복제·출력한 행위는 준항고 절차에서 취소될 수 있으나, ii) 유관정보의 경우 그 압수에 대해 대물적 강제처분의 특성상 피의자 등이 이에 대해 어떠한 이익을 제기할 여지가 없으며, 상대적으로 그들에게 참여권을 보장할 필요가 적다고 판단하고 있다.

른 판단이 전제되므로 진실발견과 절차적 정의 중 어느 것을 우선시하는가는 판단자의 입장에 따라 상이할 것이다. 형사소송에 있어서 실체적 진실발견을 우위에 두는 사상은 국가의 형사사법 시스템을 범죄와의 투쟁수단으로 보는 것이며, 이러한 범죄와의 투쟁을 통해 보호적 기능을 수행하고자 한다. 즉 “적극적 실체적 진실발견 ⇒ 범죄투쟁(신속한 처벌과 범죄의 예방) ⇒ 사회방위”의 도식이 성립하는 것이지만, 실체적 진실발견의 이념을 일관되게 관철하면 형사소송은 범죄와의 투쟁수단으로 변모하게 될 가능성이 있다고 비판받는다.⁶⁾ 하지만 다음의 2가지 이유에서 시각을 달리 할 수 있다.

먼저 실체적 진실발견의 정점에는 법의 도구화가 우려된다는 비판부터 보기로 하자. 이는 과거의 역사적 경험 즉, 일제 강점기 및 권위주의 정권 시절에 자행된 법률적 불법에 대한 반성적 고려가 내재된 것이다. 이러한 문제의식은 법률적 불법의 제정과 그 운용에 대한 문제의식으로서 타당하다. 하지만, 법은 그 자체로 존재하는 것이 아니라, 그 시대의 정신을 반영해서 사회현상을 해결해야 한다. 특히 구체적인 형사소송 절차를 규정하고 있는 형사소송법의 도구적 특징은 실체법에 비해 더 강하다. 따라서 형사소송(법)의 도구화에 대한 우려는 형사소송의 목적과는 달리 볼 문제라 생각한다.

다음으로 형사소송의 근본적인 목적에 대한 물음이다. 형사소송은 범죄를 행한 자에 대해 실체법이 규정되어 있는 제재를 가하기 위한 국가작용이다. 실체법에 규정되어 있는 형법의 목적을 실현하기 위해 범죄자를 처벌하고자 하는 것이다. 따라서 형사소송의 근본적인 목적은 형법의

6) 변종필, “형사소송이념과 범죄투쟁 그리고 인권”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003, 941쪽.

목적 달성을 위한 실체적 진실발견에서 출발하여, 그 과정에서 발생할 수 있는 국가권력의 전단적 행사를 견제해 피고인의 기본권을 보장하는 적정절차가 고려되어야 하는 것이다.

이러한 의미에서 형사소송에서 실체적 진실발견의 지향점이 형사소송의 도구화를 초래한다는 비판은 수범자의 기본적 인권을 보장하고 사법의 민주화를 추구한다는 점에서는 수긍할 수 있지만, 범죄와의 투쟁을 감안하면 소극적인 해석이라 생각한다.

따라서 형사소송의 근본적인 목적은 실체적 진실발견을 통해 국가의 정당한 형벌권을 행사하는 것이다. 물론 범죄와의 투쟁에 있어서 피고인(피의자)의 권리성·주체성을 인정하고 이를 통한 인간의 존엄성은 존중받아야 하기 때문에 실체적 진실발견 뿐만 아니라 적정절차 역시 포기할 수 없는 가치이다. 판례에 의한다면 향후 디지털 증거 압수과정에서 피의자 등의 참여권을 보장해야 하는데, 이는 적법절차에 치중하여, 수사기관의 정당한 활동을 위축시킬 우려가 있다.⁷⁾ 오히려 반대의견이 실체적 진실발견이라는 형사절차 본래의 목적에 충실한 가운데 적법절차 원리를 가미하는 균형잡힌 해석을 한 것이라 생각한다.

3. 안보사건에 있어서의 지향점

그렇다면 이제 안보범죄에 대해서는 어떻게 접근해야 하는 것인가를 보도록 하자. 안보범죄의 학문적 의미는 확립되지 않은 실정이지만 국가

7) 뿐만 아니라, 현재로서는 형사소송법 또는 형사소송규칙 그 어디에도 디지털 증거의 압수수색 전 과정에 피의자 등의 참여권을 보장해야 한다는 규정도 없다. 따라서 현실적으로 디지털 증거의 압수수색 절차에 있어서 어느 정도까지 피의자 등의 참여권을 보장해야 하는지를 규정하는 명문의 조항이 필요하다.

안보를 저해하는 범죄 즉, 국가의 존립을 저해하는 범죄를 의미하고 있다. 국가란 국가 자신 그리고 그 공동체의 구성원들에게 물리적인 안전을 제공하는 것이 그 존재목적이기 때문에 국가안보란 국가의 기본적인 목적으로 이해될 수 있다.⁸⁾ 그렇기 때문에 우리 형법은 각칙에서 우선적으로 국가의 안전을 해하는 범죄를 규정할 뿐만 아니라 국가보안법, 테러방지법 등을 비롯한 특별법으로 공동체 자신의 안전을 보장하고자 하는 것이다.

안보범죄는 다음에서 보는 바와 같이 일반 형사범죄와 다른 특성이 있는데, 우리는 안보범죄를 형사범죄와 동일하게 취급하여 형사절차를 진행하고 있다는 문제점이 있다. 즉, 안보범죄는 i) 성격적인 측면에서 우리나라의 존립을 저해하여 상이한 정치적 통일체의 구축을 목표로 하고, 그 과정에서 실정법의 구성요건을 위반하기 때문에 정치범적 성격과 형사범적 성격이 공존하고 있으며 ii) 대응에 있어서는 형사범죄는 형사소송 절차에 의해 처벌을 하면 될 것이지만(전통적 대응방안),⁹⁾ 안보범죄는 일반적인 형사절차 뿐만 아니라 군사적·외교적 해결방안(새로운 대응방안)도¹⁰⁾ 존재한다는 점이다.¹¹⁾

개인은 국가가 자신의 생명과 신체의 안전을 보장해줄을 믿고 자신의 천부적 권리를 이양하여 국가의 구성원이 되었다. 우리가 국가를 창설한

8) Donald M. Sniw, *National Security 6th ed.*, Routledge, 2016, p. 26.

9) 이는 뉴욕 세계무역센터에 대한 테러 및 이집트 대통령의 암살 음모로 기소된 Abdel Rahman 외 9인에 대해 유죄를 선고한 U.S v Rahman(2nd Cir. 189 F.3d 88, 1999)를 비롯한 전통적인 접근방법이다.

10) 오래된 논의지만 9·11 테러사건 이후 미국 행정부가 행한 일련의 행동 즉, war on terror를 통해 테러범죄와의 투쟁에 나선 것이 이러한 새로운(극단적이고 지극히 실효성이 의심되는) 대응방안이라고 볼 수 있다.

11) Charles A. Shanor, *National Security and Military Law*, Thomson, 2003, p.42.

것은 스스로 보호하기 위해 계약에 의한 울타리를 세운 것이며 이것이 국가이다. 문제는 안보사범은 이러한 계약 자체를 인정하지 않거나, 울타리의 관리주체를 바꾸고자 한다는 점이다. 즉, 그들은 정당한 사회계약으로 성립된 국가를 스스로의 주관적 신념이나 정치적 입장의 차이를 이유로 부정하고 이를 위협하는 세력인데, 이러한 자에 대해서 울타리 안의 사람과 동일한 대우를 하는 것이 과연 타당한지는 다시 한 번 생각해 볼 일이다. 그러한 의미에서 울타리 밖에서 그 울타리 자체를 파괴하고자 하는 안보사범에 대해서는 실체적 진실 발견을 우선하여 울타리 그 자체와 울타리로 인해 살아가는 공동체 구성원의 보호를 추구하는 것이 바로 국가 본연의 역할이라 할 것이다.

문제는 실체적 진실발견의 한계이다. 우리는 지난 2001년 이후 부시 행정부가 테러와의 전쟁을 선언한 후 테러 용의자들에게 행한 다양한 사실행위(ex. 변칙인도¹²⁾)가 테러범죄와의 투쟁을 위한 실체적 진실발견의 극단적 형태라는 점은 알고 있다. 하지만 변칙인도 등은 UN의 고문금지에 관한 국제조약에 위배될 우려가 있으며, 국제사면위원회는 변칙인도가 국제법과 미국의 실정법에 어긋나는 행위이기 때문에 그 금지를 요청하였다. 국제적 압력이 아니더라도 국가의 형벌권 행사에 있어서 실체적 진실만을 추구하는 것의 위험성은 이러한 변칙인도 행위의 피해자와 이로 인해 상처 받은 인류의 존엄성을 상기하면 쉽게 한계점이 도출될 것이다. 따라서 안보사범에 있어서도 실체적 진실발견의 한계점은

12) 변칙인도 또는 비상인도(irregular rendition · extraordinary rendition)란 탈레반이나 알카에다와 같이 테러용의자로 체포된 자에 대한 정보수집을 위해 헌법상 고문이 금지된 미국내로 인도하지 않고, 고문이 허용되는 제3국으로 인도하여 심문을 지속하는 기법을 의미한다. 이에 대해 자세한 것은 Stephen Dycus etc, *National Security Law 4th Edition*, Aspen Publishers, 2011, p.456 and pp. 804-816.

인간의 기본적 존엄성을 존중하는 것이다.

Ⅲ. 디지털 증거의 압수과정에서의 참여권

1. 문제제기

디지털 정보에 대한 압수는 유체물에 대한 압수와 다르다. 유체물의 경우에는 수사기관의 점유취득으로 압수절차가 종료되지만, 디지털 정보는 저장매체 자체의 압수(또는 출력·복제)로 종료되는 것인지 아니면 압수 후 검색과정도 포괄적인 압수로 볼 것인지 대립이 있기 때문이다. 이는 당사자의 참여권 보장과 직결되는 쟁점사항으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 이를 안보사건에 있어서도 동일하게 적용해야 하는 것인가라는 의문이 남는다. 물론 안보사건 역시 형사범적 요소를 포함하므로 형사소송의 제 원칙이 적용되는 당연하지만, 안보사건에 있어서 피고인측의 재판전략을 감안하면, 이에 대한 특칙을 마련할 여지도 있다. 이하에서는 디지털 증거에 있어서 압수수색의 종료시점과 형사소송법상 당사자 참여권의 본질이 무엇이며 그것이 어떠한 성격을 가지는지에 대해 검토한 후, 그 제한가능성을 검토하기로 한다.

2. 디지털 증거 압수의 종료시점 판단

형사소송법 제106조 제3항은 디지털 증거 압수수색시 원칙적 선별압수, 예외적 매체압수를 규정한다. 문제는 매체압수의 경우 매체를 제3의 장소(ex. 수사기관)로 이전하여 관련성 있는 정보검색을 하는 행위가 압수인지 그렇지 않으면 수색인지에 대해 혼란이 있다는 점이다.

1) 판례의 입장

판례는 예외적으로 매체압수를 하는 경우 매체 자체의 압수, 유관증거 선별을 위한 탐색, 증거분석 등의 과정 중에서 어디까지가 압수과정인지 판시하고 있지 않으며, 하나의 영장에 기해 이루어지는 절차라고 판시하여 모든 절차를 압수과정으로 보고 있다.¹³⁾ 이에 반해 반대의견은 “하나의 압수·수색영장에 기한 압수·수색이 외형상으로는 1개만 존재한다고 하더라도 관념적으로는 대상별로 수개의 압수·수색이 존재한다”고 보거나,¹⁴⁾ “압수 절차가 현장에서의 압수 및 복제·탐색·출력과 같은 일련의 단계를 거쳐 이루어지고 각 단계의 개별 처분이 구분될 수 있어 그 개별 처분별로 위법 여부를 가릴 수 있는 이상, 그에 관한 취소 여부도 개별적으로 판단할 수 있다고 봄이 타당하”다고 판시하여 별개의 단계로 파악한다.¹⁵⁾

2) 검토

대법원이 디지털 증거의 압수수색에서 당사자의 참여권을 보장하는 것은 i) 디지털 저장매체에 무관정보가 다수 포함되어 있어 피고인의 정보 자기결정권을 보호하고, ii) 무관증거의 압수로 인한 증거능력의 다툼을 미연에 방지, iii) 강제수사의 주도권은 수사기관에게 있으므로 피압수자의 권리를 최대한 보장하기 위한 것이다. 따라서 전교조 사건 이후부터 대법원은 유관정보를 탐색하는 과정을 하나의 압수절차로 파

13) 2015.07.16 선고 2011도1839 전원합의체 결정의 다수의견.

14) 2015.07.16 선고 2011도1839 전원합의체 결정의 대법관·김창석, 박상욱의 반대이견.

15) 2015.07.16 선고 2011도1839 전원합의체 결정의 대법관 김용덕의 별개의견.

악하여 피압수자의 참여권을 보장하고 있다. 하지만 대법원의 입장대로 디지털 증거 분석과정 전 절차에 있어서 피압수자의 참여권을 보장하는 것이 과연 현실적이며, 판례의 의도(무관증거 사용 및 과잉압수에 대한 통제)가 제대로 작용할지는 다시 한 번 고려해 볼 문제이다.

첫째 디지털 정보의 압수절차는 매체에 대한 점유배제로부터 이미징, 분석, 증명력 있는 디지털 증거의 확보, 분석보고서 작성으로 이루어지는데,¹⁶⁾ 피압수자 등이 장기간의 시간을 요하는 절차에 참관하는 것이 현실적으로 가능한지 회의적이다. 매체용량에 따라 달라지긴 하겠지만 실생활에서 자주 사용하는 용량의 압수(ex. 16기가의 usb)가 아니라, 대규모의 저장장치 또는 서버에 저장된 정보의 경우 이미징 작업부터 분석까지 매우 장시간이 소요됨은 자명한 사실이다. 또한 장소적으로는 이미징 작업이 수사기관으로 이전해 수행되는데,¹⁷⁾ 이미징 및 분석이 이루어지는 수사기관 내부에 대한 노출을 최소화하고 수사기관의 정상적인 업무 역시 보장되어야 한다.

둘째 수사기관은 형사소송법 제129조에 따라 압수목록을 교부하여 피압수자는 자신이 압수당한 정보가 무엇인지 알고 있기 때문에 장기간을 요하는 이미징 절차 등에 필요적으로 참가할 필요가 없다는 점이다.¹⁸⁾

16) 실무상 디지털 증거의 압수수색 절차를 간결하게 정리한 것으로 박혁수, “디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점”, 형사법의 신동향 제44호, 대검찰청, 2014, 81쪽.

17) 물론 정보저장매체의 이미징 작업은 당해 압수영장의 집행지에서 수행되어야 하지만, 관련 프로그램(ex. encase)의 예상치 않은 오류나 현장에서의 물리적 돌발사태 등으로 당사자의 참여하에 수사기관으로 이전해 이미징 작업을 하는 경우가 대다수이다.

18) 따라서 실무상 증거능력에 관한 다툼의 소지를 없애기 위해 탐색과정에서 피압수자측에게 참여의사를 문의하여도 참여하지 않겠다는 사례가 많았다는 점은 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 박

그럼에도 불구하고 대법원이 압수절차를 하나로 파악하여 그 일부처분의 적법성을 문제로 전체처분을 취소한 것은 적법절차를 준수하지 않은 수사기관에 대한 일종의 제재로 판단한 것이다. 이는 우리 형사소송법이 디지털 증거의 압수종료 시점을 어떻게 보아야 하는가 즉, 매체의 점유취득 이후 탐색절차를 명확히 규정하지 않기 때문에 발생한 것이다. 따라서 이하에서는 디지털 정보의 탐색행위를 어떻게 볼 것인가에 대한 해석론을 검토하기로 한다.

3. 디지털 증거 탐색 절차의 법적 성격

디지털 정보의 압수수색시 압수의 시기를 어떻게 볼 것인가, 그리고 디지털 정보의 검색행위를 어떻게 볼 것인가는 우리나라만의 문제는 아니다. 다만, 우리나라의 경우 외국과 달리 압수에 있어서 피고인 등의 참여권을 보장하는 규정을 두고 있다는 점에 차이가 있다. 이러한 참여권 규정으로 인해 디지털 정보 압수시점이 외국과는 다른 의미를 가진다.

1) 수색설

디지털 저장매체의 점유배제나 이미징 단계는 아직 압수가 행해진 것이 아니며, 그 저장매체나 복제물을 검색하면서 범죄의 증거로 관련성 있는 것을 확인해가는 과정으로 수색이라고 파악하는 입장이다.¹⁹⁾ 이 입장은 디지털 저장매체에 들어 있는 정보의 대량성 때문에 검색 과정

의 별건 증거 압수 방법”, 형사법의 신동향 제48호, 대검찰청, 2015, 111쪽에서 소개되어 있다.

19) 오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 1997, 76-81쪽.

에서 파일을 열어볼 수 있는 대상을 범죄와의 관련성이 있는 대상으로 제한하고, 더 나아가 최종적인 압수의 대상도 범죄와 관련성이 있는 정보들로 제한하고자 한다.²⁰⁾ 이에 의하면 탐색과정에서 유관정보를 선별해 복제·출력하면 압수절차가 종료된다.

2) 임의수사설

디지털 증거의 탐색행위는 정보저장매체나 복제 등에 의한 압수 이후에 새로이 물리적 강제력을 행사하거나 프라이버시 등 법익을 침해하거나 상대방에게 의무를 부과하는 행위가 아니고, 그 탐색은 디지털 증거의 압수에 당연히 예상되는 것이므로 별도의 강제처분이 아닌 임의수사라 보는 입장이다.²¹⁾ 따라서 이 입장은 정보저장매체를 직접 압수하거나 복사 또는 출력하는 경우에 압수절차는 종료되며, 그 이후의 탐색절차는 수사기관 내부적인 확인행위로 보게 된다.²²⁾

20) 이완규, “디지털 증거의 압수수색 개념 및 증거능력 요건”, 형사재판의 제문제 제7권, 사법발전재단, 2014, 329쪽.

21) 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 86쪽; 박혁수, 디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점, 92쪽.

22) 이완규, “디지털 증거의 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 101면. 뿐만 아니라 소위 전교조 사건에 관한 하급심 결정도 압수수색영장에 의해 저장매체 원본을 수사기관 사무실로 이전함으로써 압수집행은 종료되고, 이후 저장매체에서 약 8,00개의 파일을 수사기관의 저장매체로 복사하고, 저장매체 원본을 피압수자에게 반환한 것은 압수영장 집행 이후의 절차에 해당한다고 보았다(서울중앙지방법원 2009.09.11. 선고 2009보5 결정).

3) 검토

현행법상 증거물의 압수는 유체물이든 디지털 정보이든 동일하게 접근해야 하며, 목적물의 점유를 취득하면 압수가 완료된다. 하지만 압수 과정을 전체적으로 판단하면, 저장매체 원본을 이미징 한 사본의 문제가 남는다. 디지털 정보의 압수는 저장매체 원본을 압수하는 경우 피압수자 등의 참여하에 이미징으로 사본을 남기고, 원본은 피압수자에게 환부한다.²³⁾ 하지만 압수대상인 저장매체는 유관·무관증거가 혼재되어 있는데, 구분하지 않고 이미징을 한다면 무관정보에 대해서도 이미징이 행해지는 것이며, 판례의 취지대로라면 무관정보에 대해서도 압수가 행해진 것이 되지 않을까? 이러한 판례의 입장에 따르면 정보 저장매체에 대한 이미징 자체가 위법한 압수가 될 공산이 크다.²⁴⁾ 따라서 디지털 정보에 대한 탐색행위는 수사기관의 강제처분이 아니라, 임의수사로 보는 것이 타당하다.²⁵⁾

23) 물론 이는 압수현장에서 정보저장매체에 대한 유관증거·무관증거를 판별할 수 없어, 당해 정보저장 매체 전체를 이미징 뜨는 경우를 상정한 것이다.

24) 동일한 문제의식으로는 박혁수, “디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점”, 88쪽.

25) 이완규, 디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법, 103-104쪽; 박혁수, “디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점”, 88쪽.

같은 취지에서 현행법상 압수의 종료시점은 저장매체를 압수한 시점, 유관정보를 출력한 시점, 필요한 정보를 파일형태로 복제한 시점으로 구분하여, “저장매체를 압수하여 가져가는 경우는 그 압수시점에 영장집행은 종료”된다고 보는 입장도 있다. 이에 대해서는 김성룡, “전자정보에 대한 이른바 별건 압수·수색”, 151쪽.

4. 디지털 증거 압수에 있어서 당사자의 참여권 보장

디지털 증거 압수절차에 있어서 그 탐색과정을 수사기관 내부의 확인 행위로 본다면 탐색과정에서 당사자의 참여권은 보장되지 않을 것이다. 하지만 우리 대법원은 혐의사실과 관련성에 대한 구분 없이 이루어지는 복제·탐색·출력을 방지하기 위해서 디지털 증거 압수 쏘 절차에 있어서 당사자의 참여권이 보장되어야 한다고 판시하고 있다.

1) 당사자 참여권에 대한 비교법적 검토

(1) 미국

미국은 디지털 증거의 압수수색에서 피압수자 등의 참여권을 규정하고 있는 명문의 조항은 없으며, 판례상의 법리가 발달되어 왔다. 다만, 이 경우에도 당사자의 참여권을 직접적으로 인정하는 것이 아니라, 디지털 증거(혹은 대량의 유체물)에서 영장과의 관련성 없는 증거에 대한 검색을 제한하여, 피압수자의 참여와 동일한 법적 효과를 추구하는 것이다.

연방 제9순회항소법원은 U.S. v. Comprehensive Drug Testing 사건에서²⁶⁾ 영장에 기재된 사항 이외의 것을 전체적으로 압수하는 것은 수정 헌법 제4조²⁷⁾에 위반되기 때문에 당해 압수는 위법하며, 수사기관은 영장 범위 밖의 증거물을 반환해야 한다고 판시하였다.²⁸⁾ 물론 이러한 입

26) U.S. v. Comprehensive Drug Testing, 579 F.3d 989(9th Cir, 2009).

27) 수정헌법 제4조 불합리한 수색과 압수로부터 신체, 주거, 서류 및 물건의 안전을 보장받는 인민의 권리는 이를 침해할 수 없으며, 수색 및 압수영장은 상당한 이유에 근거하여, 선서 또는 확약에 의해 뒷받침되고, 수색될 장소, 압수될 물품을 특정하지 아니하고 이를 발부할 수 없다.

28) CDT 판결의 경과와 의의에 대해서는 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압

장에 대해 미국의 다른 법원이 모두 동조하는 것은 아니며, 오히려 반대 취지의 판결을 생산하는 항소법원도 존재한다. 하지만 현실적으로 수사 기관이 저장매체 전체를 압수하거나 전체를 이미징하여 복사하는 것 이외에는 다른 방안이 없다는 이유로 이를 “필요한 과잉압수”로 허용하게 되었고, 나아가 그 안에서 일정한 파일이 영장범위에 있는가를 확인하기 위해 모든 것을 열어보는 것을 제한할 수 없게 되었다.²⁹⁾

(2) 독일

피압수자 등의 참여권과 관련하여 독일 형사소송법 제110조는 ‘가능하다면 피의자가 참여하도록’ 규정하고 있었으나,³⁰⁾ 2004년 8월 제1차 사법근대화법을 통한 개정에서 별다른 이유 없이 삭제되었다.³¹⁾ 또한 독일 형사소송법 제106조는 수색에 있어서 점유자의 참여권을 보장하고 있지만,³²⁾ 피고인 또는 피의자가 점유자가 아닌 경우에는 참여할 수 없

수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 113-114쪽; 노명선, “디지털 증거의 압수·수색에 관한 판례 동향과 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 제43호, 대검찰청, 2014, 158-165쪽.

29) 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 116쪽.

30) 2004년 제1차 사법근대화법에 의해 삭제된 제110조 제3항은 다음과 같은 내용이었다.

“제110조 ③ 문서의 소유자 혹은 그의 대리인에게는 봉인을 함께 압인하는 것이 허용된다. 또한 그 후에 봉인의 해제와 문서의 탐색(검열)명령이 내려지는 경우에는 가능하다면 그에 참여할 것이 권고되어야 한다.”

31) 김성룡, “전자정보에 대한 이른바 별건 압수·수색”, 136쪽.

32) 독일 형사소송법 제106조(점유자의 참여) ① 수색할 공간 또는 그 대상의 점유자는 수색에 입회할 수 있다. 점유자가 부재중인 경우에는 가능하다면 그 대리인 또는 성년인 친족, 동거인 또는 이웃이 입회하도록 하여야 한다.

② 제103조 제1항의 경우 점유자나 그의 부재중 입회한 자에게는 수색의 목

다는 한계가 있다.

(3) 일본

일본은 i) 법원에 의한 압수영장 집행시에는 검사, 피고인, 변호인의 참여를 인정하고 있으나,³³⁾ ii) 수사기관에 의한 압수영장 집행시에는 단지 필요한 경우 피고인만 입회시킬 수 있다.³⁴⁾

2) 소결 - 판례법리 적용의 난점

디지털 정보의 규모가 대규모화되고 있는 실정에서 판례의 법리대로 피압수자가 압수절차에 있어서 참여하는 것이 가능한지부터 의문이다. 극단적으로 피압수 저장매체가 클라우드 시스템인 경우 이를 선별하는 과정은 물리적으로 상당한 시간이 소요됨은 자명한 일이며, 그 과정에서 피압수자가 이를 참관하는 것이 과연 의미가 있을 것인가? 게다가 수사기관은 피압수자에게 압수목록을 배부하고 있는데, 그렇다면 피압수자는 혼재된 정보 중에서 유관정보와 무관정보를 명확히 구분할 수 있으며, 수사기관이 압수해야 하는 유관정보가 무엇인지를 알 수 있지 않을까?

또한 피압수자의 참여권을 보장하고자 하는 것은 디지털 증거의 압수

적에 대해 수색을 개시하기 이전에 고지하여야 한다. 이 규정은 제104조 제2항에 기술된 공간의 점유자에게는 적용되지 않는다.

33) 일본 형사소송법 제113조 ① 검찰관·피고인 또는 변호인은 압수장 또는 수색장의 집행에 입회할 수 있다. 단 신체의 구속을 받고 있는 피고인은 그러하지 아니하다.

34) 일본 형사소송법 제222조 ⑥ 검찰관·검찰사무관 또는 사법경찰직원은 제218조의 규정에 의하여 압수·수색 또는 검증을 함에 있어 필요한 때에는 피의자를 이에 입회하도록 할 수 있다.

수색과정에서 원본매체와 사본의 동일성 보장을 위한 측면도 있다. 그리고 이러한 양자의 동일성은 hash값의 동일성으로 판명된다. 이미징 절차부터 분석과정에 이르기까지 hash값이 보장되지 않으면 증거능력이 인정되지 않는 상황에서 hash값이라는 과학적 증명수단이 있음에도 당사자의 참여를 굳이 요구하는 것은 수사기관 뿐만 아니라 피압수자측의 부담을 가중시키는 이론이 아닌가 반문해본다. 따라서 디지털 증거 압수과정의 처음과 마지막 절차, 예를 들면 i) 압수현장에서 압수물의 봉인과 쓰기방지 장치의 부착, ii) 탐색된 결과의 선별완료 과정에서 당사자 참여권을 인정하면 충분하며, 그 중간과정에서는 피압수자 등의 참여를 필요적으로 요구할 필요는 없다.

IV. 디지털 증거의 별건압수 허용 여부에 대한 검토

1. 문제제기

디지털 증거의 대량성, 혼재성 때문에 수사기관이 압수과정에서 별개의 정보를 발견한 경우 이를 어떻게 처리해야 하는가도 문제된다. 이에 대법원은 제1영장의 집행과정에서 별개의 범죄혐의 정보를 발견하여, 이를 별개사건의 증거로 하기 위해서는 별도의 압수수색 영장을 발부받아야 하며(제2영장), 그 영장의 피압수자는 당해 정보를 가지고 있는 수사기관이 아니라, 최초의 피압수자라 관시하고 있다.

판례의 태도는 새로운 범죄에 대해 수사기관이 인지를 했음에도 불구하고 이를 압수할 수 없으며, 이후에 법원으로부터 별도의 압수영장을

발부받아 새로이 집행을 하라는 것인데, 동 사안과 같이 이미징 사본이 수사기관의 점유 하에 있는 경우라면 모르겠지만, 그렇지 않은 경우 피의자 측에 의한 증거의 훼손·멸실 우려가 있으며 수사의 역동성을 저해할 수 있다. 디지털 정보의 압수시 별개범죄의 증거가 현출된 경우 어떻게 해석해야 하는가를 살펴보고 이에 대한 개선방안을 강구하고자 한다.

2. 디지털 증거에 대한 별건압수의 허용여부

현행법의 해석상 디지털 증거의 압수에 있어서 별건증거의 압수를 허용하는 명문의 규정은 없다. 최근 몇 년간 이러한 경우에 있어서의 보완책으로서 독립적 긴급압수 제도 도입의 논의가 있었지만 아직 실현되지 못했다.

1) 미국에서 별건정보의 압수

대물적 강제처분은 기본권을 제한하기 때문에 어느 나라나 원칙적 제한과 예외적인 허용의 구조를 가지고 있다. 미국 역시 수정헌법 제4조를 근거로 원칙과 예외의 법리를 가지고 있다. 즉 연방대법원은 영장 없는 강제처분이 허용되는 경우로 체포에 수반하는 수색, 긴급상황에서의 수색, 독립적 긴급 압수수색 뿐만 아니라, 일정한 요건 하에서는 긴급성과도 무관한 plain view 원칙을 발전시켜 왔다. 디지털 증거의 대량성, 혼재성 때문에 특히 plain view 원칙을 검토할 필요가 있다. 동 원칙은 수사기관이 적법하게 어느 장소에 들어간 경우 그곳에서 눈으로 보아 범죄의 증거 또는 금제품임을 즉각 인식할 수 있는 물건이라면 영장 없이 압수할 수 있다는 원칙이지만, 수사기관의 권한을 강화시켜 일반영장을

수사기관에게 부여할 수 있다는 한계점도 가지고 있다. 그러나 디지털 정보의 질과 양이 폭발적으로 증가하고 있는 상황에서 국민의 기본권을 이유로 수사기관의 범죄와의 투쟁을 제약하는 것이 과연 타당한 것인가라는 의문이 제기될 수 있으며, 이러한 측면에서 plain view 원칙을 참고할 수 있다.

plain view 원칙이 적용되기 위한 요건은 i) 수사기관이 적법하게 대상물이 존재하는 장소에 들어갔을 것, ii) 수사기관이 대상물에 대한 적법한 접근 권한을 가질 것, iii) 그 대상의 범죄적 성격이 즉각적으로 명백한 경우이다.³⁵⁾ 하지만 plain view 원칙을 적용함에 있어서 미국의 각 법원은 그 적용여부에 대해 상이하게 판단하고 있음을 주의해야 한다. 예를 들어 제9순회항소법원은 디지털 증거에 있어서 동 원칙의 적용을 금지할 뿐만 아니라 예방조치를 취해야 한다고 판시한다.³⁶⁾ 이에 대해 제4순회항소법원은 plain view 원칙을 디지털 증거에 제한 없이 적용할 수 있다고 판시하고 있다.³⁷⁾ 즉, 미국 순회항소법원별로 디지털 증거에 대해 plain view 원칙을 적용하는 여부에 차이가 있음을 알 수 있다. 이러한 논란에 대해 일각에서는 컴퓨터 파일의 라벨·종류, 수사기관이 영장집행

35) Kate Brueggemann Ward, "The Plain(or not so Plain) View Doctrine - Applying the Plain View Doctrine to Digital Seizures", *University of Cincinnati Law Review* Vol.79 No.3, 2011, p.1166; RayMing Chang, "Why The Plain View Doctrine Should Not Apply to Digital Evidence", *Journal of Trial & Ppellate Advocacy* Vol.12, 2006, p.33.

36) U.S. v. Adjani, 452 F.3de 1140, 1150(9th Cir. 2006). 동 사건에서 제9순회항소법원은 디지털 증거는 쉽게 위장되고 파일 확장자명이 변경될 수 있기 때문에 수사기관은 영장 범위 안에 해당하는 정보를 발견하기 위해 컴퓨터를 탐색할 때, 결국엔 모든 파일을 검토하게 될 것이며, 이는 수사기관에게 그만큼의 추가적인 압수권한을 부여하는 것이라 판시하고 있다.

37) U.S. v. Williams, 592 F.3d 511, 514(4th Cir. 2010).

시 제3지에서의 수색을 위해 압수하는 경우, 컴퓨터 수색·압수에 어느 정도의 시간이 소요될지 모르는 경우 등에는 plain view 원칙이 잠재적으로 제한된다는 입장도 있다.³⁸⁾

2) 독일에 있어서 별건정보의 압수

독일은 형사소송법 제108조에서 ‘우연히 발견한 물건’에 대한 가압수 제도를 규정하고 있다.³⁹⁾ 즉, 다른 범죄혐의와의 관련성이 있는 대상을 발견한 경우, 영장 없이 압수할 수 있는 사전영장주의의 예외를 규정하고 있다. 이를 통해 수색하는 공무원이 수색과정에서 우연히 발견한, 다른 형사범행의 증거방법으로 중요할 수 있는 대상 앞에서 눈을 감아야만 하는 것은 아님을 분명히 한다고 평가받고 있다.⁴⁰⁾ 하지만 이러한 우연 발견물에 대한 가압수는 법원의 수색명령을 벗어나서 정해진 목적 없이 낚시성으로 수색이 이루어진 경우에는 적용되지 않는다는 것이 판례의 입장이다.⁴¹⁾ 즉, 계획적인 별건증거 수집임이 밝혀진 경우, 그것의 절차법적 위반이 너무나 심각하여 모든 상황들을 종합적으로 비교형량해도 국가의 범죄해명과 처벌이라는 의무가 한 발 양보할 수 밖에 없는

38) RayMing Chang, “Why The Plain View Doctrine Should Not Apply to Digital Evidence”, pp.50-57.

39) 독일 형사소송법 제108조(여타 대상에 대한 압수) ① 조사와는 직접적 관련이 없지만 수색의 기회에 다른 범행의 혐의근거가 되는 대상을 발견한 때에는 이를 가압수할 수 있다. 당해 사실은 검사에게 통지하여야 한다. 제103조 제1항 제2문에 의한 수색의 경우에는 제1문을 적용하지 아니한다.

40) Benfer · Bialon, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft*, 4. Auflage, Beck C. H, 2010, Rn. 456(김성룡, 전자정보에 대한 이른바 별건 압수·수색, 139쪽 재인용).

41) BGH CR 1999, 292(김성룡, 전자정보에 대한 이른바 별건 압수·수색, 141쪽 재인용).

경우에는 증거로 사용할 수 없으며, 그 외의 경우에는 증거로 사용할 수 있다는 의미이다.⁴²⁾

3. 디지털 증거의 압수 중 별건정보 해결방안

수사과정 중 우연히 발견한 범죄증거에 대해 추가탐색을 중지하고 별도의 범죄혐의에 대한 압수수색 영장을 발부받는 경우는 디지털 증거에 대해서만 논의되던 사안은 아니다.⁴³⁾ 하지만 현행법상 인정되는 영장주의의 예외는 피의자의 체포·구속상황과 연계되기 때문에, 피의자를 체포하지 못하거나 체포와 관련 없는 상황에서 별개범죄 증거를 압수하기 곤란하다. 물론 이러한 경우 소유자, 소지자 등으로부터 임의제출을 받던가, 판례의 취지대로 별도의 영장을 발부받아 집행을 하는 방안이 있다. 하지만, 임의제출은 임의성이 없으면 증거물 확보가 불가능하며, 새로운 영장을 발부받는 경우 증거의 멸실이 예상되기 때문에, 이러한 공백을 배제하고 실제적 진실을 추구하기 위해 긴급압수수색제도를 도입하자는 의견이 제시된다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

42) 김성룡, “전자정보에 대한 이른바 별건 압수·수색”, 142쪽.

43) 이러한 논의는 안성수, 형사소송법 - 쟁점과 미래, 박영사, 2009, 174-176쪽.

44) 노명선·이완규, 형사소송법 제4판, 243쪽, 손동권, “새로이 입법화된 디지털 증거의 압수·수색제도에 관한 연구”, 형사정책 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 2011, 342쪽; 안성수, 형사소송법 - 쟁점과 미래, 176쪽; 김을수, “압수물에 대한 위법수집증거배제법칙의 적용범위와 판단기준에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문, 2014, 219쪽 등.

45) 물론 이에 대해 수사상 긴급한 경우 증거물 압수의 필요성은 있다고 해도 이러한 수사상의 필요성은 수사기법의 고양을 통해 충족해야 할 문제이지, 영장주의 원칙을 포기하면서 해결할 문제는 아니라는 비판도 있다. 이에 대해서는 이은모, 형사소송법 제5판, 박영사, 2015, 353쪽.

물론 영장주의를 규정하고 있는 형사소송법 제216조, 제217조는 긴급성을 이유로 영장 없는 압수·수색·검증을 허용한다. 하지만 동 규정들은 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 적용되는 규정이고, 디지털 증거에 대한 독립적 긴급압수는 체포·구속과는 상관없는 압수수색만을 의미하는 것이다. 따라서 디지털 증거에 대한 독립적 긴급압수제도를 도입해도 이는 영장주의의 예외는 아니라고 생각한다. 뿐만 아니라 우리 형사소송법은 영장에 대상목적물과 장소 등을 특정하도록 규정하고 있는데 실질적으로 압수현장에 어떠한 물건이 있을지 예상하기 힘들며, 별개 범죄의 증거임이 명백한 경우까지 별도의 영장을 요구하는 것은 영장청구에서 발부에 이르기까지 시간적·공간적인 측면에서 압수의 실효성을 제고하기 힘들다.⁴⁶⁾

만약 우연 발견물에 대해 독립적 긴급압수제도가 도입된다면, 긴급압수를 행한 후에, 법원의 사후적 영장을 청구하고, 그 사후적 영장이 기각되거나 범죄혐의와의 관련성이 없다고 판명되면 압수물을 환부하면 된다. 이처럼 긴급압수에 대해 사후적 통제가능성도 구비되어 있기 때문에 독립적 긴급압수 제도의 도입을 고려할 수 있다.

4. 과도기적 조치로 안보사범에 대한 독립적 긴급압수제도

우연히 발견된 별건증거에 대해 필요성이 인정된다고 모든 범죄에 대해 긴급압수를 인정하는 것은 비례성의 원칙에 위배될 수 있으며, 정치논리에 도입 자체가 좌절될 수 있기 때문에, 우선적으로 한정된 형태의 범죄에 대해 도입을 고려할 수 있다. 그럼 한정된 형태의 범죄를 어떻게

46) 노명선·이완규, 형사소송법 제4판, 244쪽.

선정할 것인가.

우선 법정형에 따라 도입을 고려하는 방안이 있을 수 있다. 우리 헌법은 제12조 제3항에서 현행범 또는 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 우려가 있는 경우에는 사후영장을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 헌법적 결단을 존중한다면 사형, 무기 또는 3년 이상의 형에 해당하는 경우에 한해 독립적 긴급압수제도를 도입할 수 있다. 하지만 이러한 경우는 그 범위가 지나치게 확대되기 때문에 시범적 도입의 의미가 퇴색될 수 있다.

따라서 특정 범죄군에 대해 적용여부를 판단하는 방안이 좀 더 현실적이다. 그렇다면 우선적으로 살인, 강도 등 강력사건, 공동체 자체의 존립에 영향을 줄 수 있는 안보사건 등에 도입을 고려할 수 있다. 하지만 강력사건의 경우 그 법정형이 대체로 중하긴 하지만 유체증거가 현출될 가능성이 높다는 특성상 독립적 긴급압수수색 제도를 우선적으로 도입하기에는 부적절한 측면이 있다. 이에 반해 안보사건은 우리 헌법의 가치체계를 부정하며 공동체 자체의 존립과 안전을 위협하는 형태의 특수한 범죄군이다. 뿐만 아니라 정보·수사기관은 피의자의 범죄혐의 입증을 위해 고의 외에 초과주관적 요소로서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 인식하고 있었다는 점을 증명해야 한다.⁴⁷⁾ 따라서 범죄사실 입증과 관련된 증거(직접증거·간접증거

47) 대법원은 남북공동선언실천연대가 국가보안법상 찬양고무죄로 기소된 사안에서, 국가보안법상 찬양고무죄는 목적범이라는 전제하에 “목적은 범죄 성립을 위한 초주관적 위법요소로서 고의 외에 별도로 요구되는 것이며, 국가보안법 제7조 제5항 범죄의 성립을 인정할 수 있으려면 검사가 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점을 증명하여야 한다. (중략) 이적행위 목적의 직접증거가 없는 때에는 표현물의 이적성의 징표가 되는 여러 사정들에 더하여 행위자의 경력과 지위, 위 규정의 행위를 하게 된 경위, 이적단체 가입 여부

뿐만 아니라 실질증거·보조증거) 외에 수사 진행에 도움이 되는 관련된 증거(범죄수사의 진행 자체에 도움이 되는 증거)의 수집 필요성이 요구되기 때문에 도입을 고려할 수 있다. 따라서 긴급압수수색을 제한적 대상으로 도입한다면 안보사범에 대해 우선적으로 도입해보는 것을 제안한다.

V. 나가며

대법원의 대상결정 이후 서울중앙지방법원은 ‘전자정보 압수수색 집행 실무방식 개선안’을 마련하여 대상결정의 취지를 반영한 영장발부 매뉴얼을 개발하여 전국 법원에 보급하고 있다. 동 개선안은 법원에서 공개를 꺼려하기에 입수할 수 없었으나, 언론에 공개된 사항과 대상결정의 취지를 감안하면 다음과 같은 것으로 추정된다.

- 디지털 정보 저장매체에 저장된 정보 중 범죄사실과 관련된 정보만 압수할 수 있음
- 압수된 정보의 탐색·출력·복제 등 전 과정에 피압수자가 참여할 수 있게 해야 함
- 압수집행 중 범죄 사실과 관련 없는 정보는 삭제·폐기·반환해야 함.

이러한 법원의 영장실무에 대해서 우선적으로 드는 의문은 형사소송법 제106조 제3항과 법원의 취지대로라면 압수의 원칙은 현장에서의 출

및 행위자가 소속한 이적단체의 실질적인 목표, 활동과의 연관성 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 이적행위 목적 여부를 판단할 수 있다”고 판시한 바 있다. 이에 대해서는 대법원 2010.07.23, 선고, 2010도1189, 전원합의체 판결.

력 또는 복제를 받는 것이다. 하지만 그것이 실질적으로 가능한 것인지 진지하게 반문해보지 않을 수 없다. 압수현장에서 대다수의 선량한 시민은 수사기관의 압수집행을 지지하는 경우는 없겠지만 물리력을 사용해서 공권력 행사를 방해하는 경우도 존재하기 때문이다. 이처럼 피압수자가 실력행사를 하는 상태에서 정보저장매체 중 영장과의 관련성 있는 정보를 선별할 수 있다는 것이 과연 가능한지 의문이다.

수사는 역동성을 근간으로 한다. 따라서 최초 영장청구시에는 예견할 수 없었던 별건의 범죄정보가 발견되더라도 이를 압수현장의 실정에 맞게 수사기관의 재량을 인정해 줄 필요가 있다. 특히 일반적인 형사사건보다 기업범죄, 지능형 범죄 뿐만 아니라 안보사건에 그 필요성이 더 크다. 예를 들어 횡령사건에 대해 압수영장을 발부받아 집행 도중 별건의 비자금 조성, 조세포탈 혐의를 입증할 수 있는 증거를 발견하거나, 국가보안법상 회합통신죄 혐의로 압수영장을 발부 받아 영장집행중 형법상 내란(음모)죄 관련 정보를 발견한 경우에, 증거물의 훼손·멸실 등의 사유가 있는 경우와 같이 제한된 범위 내에서는 예외를 인정할 필요성도 있다.

문제는 압수절차에서 피압수자의 참여권을 소극적으로 인정할 뿐만 아니라, 수사기관의 별건압수 권한을 제한적이거나 확대한다면 피고인측의 권리가 지금보다 제한될 가능성이 있다는 점이다. 이는 최근 지속적으로 제기되고 있는 안보사범에 한정된 변호인의 접견교통권 제한 논의와 결합되어, 피고인들의 지위 약화라는 문제점을 초래할 가능성이 있다. 하지만 이러한 문제는 입법적·사법적 통제방안을 강구할 문제이지,⁴⁸⁾ 피고인의 권한 약화를 이유로 실제적 진실규명과 국가라는 공동

48) 이러한 문제를 전문적으로 판단하는 별도의 재판부(법원)의 창설을 고려할

체의 안전을 비교형량할 문제는 아니라고 생각한다.

압수절차에 있어서 피압수자의 참여권이 법리적으로 보장되어야 하는 것도 아니며, 대법원이 애초에 의도한 목적도 달성하기 어렵다. 오히려 대법원의 취지대로 압수수색 쏠 과정에 대해 피압수자 측의 참여권을 보장해야 한다는 취지가 특정 사건의 피의자 등에 의해 악용될 우려가 더 크다. 또한 이러한 참여권이 보장되지 않았으며, 정보저장 매체에 대한 수사기관의 점유취득 이후에 발생한 탐색행위를 소송법상 압수로 본 것은 대상결정에서 소수의견이 지적하는 바와 같이 수사기관에 대한 제재를 가한 것이며, 법원이 수사기관에 대해 과도한 개입을 한 것으로 생각한다. 향후 이러한 분야에 대한 심도 있는 논의를 기대하며 본 고를 매조지하고자 한다.

〈논문 접수 : 2016. 11. 11, 심사 개시 : 2016. 11. 17, 게재 확정 : 2016. 12. 20〉

수도 있다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김승희, 형사소송법, PNC미디어, 2015.
- 노명선·이완규, 형사소송법 제4판, SKKUP, 2015.
- 안성수, 형사소송법 - 쟁점과 미래, 박영사, 2009.
- 이은모, 형사소송법 제5판, 박영사, 2015.
- 이재상·조균석, 형사소송법 제10판, 박영사, 2015.
- 平良木登規男, 조균석 역, 일본 형사소송법, 박영사, 2012.

2. 논문

- 김성룡, “전자정보에 대한 이른바 별건 압수·수색”, 형사법의 신동향 제49호, 대검찰청, 2015.
- 김소영, “합법 수사 중 우연히 발견한 증거의 증거능력”, 고려대학교 석사학위논문, 2014.
- 김을수, “압수물에 대한 위법수집증거배제법칙의 적용범위와 판단기준에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문, 2014.
- 김재중, “형사소송의 지도이념으로서의 피해자 보호주의”, 법학연구 제19권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2008.
- 김혜경, “실체적 진실발견은 형사소송법의 목적인가?”, 형사법연구 제26권 제2호, 한국형사법학회, 2014.

- 권양섭, “디지털 증거수집에 관한 연구”, 군산대학교 박사학위 논문, 2009.
- 권영범, “형사소송의 이념”, 저스티스 제125호, 한국법학원, 2011.
- 노명선, “디지털 증거의 압수·수색에 관한 판례 동향과 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 제43호, 대검찰청, 2014.
- 박혁수, “개정 형사소송법 상 디지털 증거의 증거능력”, 국외훈련검사 연구 논문집 제26집, 법무연수원, 2009.
- _____, “디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점”, 형사법의 신동향 제44호, 대검찰청, 2014.
- 변종필, “형사소송이념과 범죄투쟁 그리고 인권”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 손동권, “새로이 입법화된 디지털 증거의 압수·수색제도에 관한 연구”, 형사정책 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 2011.
- 이완규, “디지털 증거의 압수수색 개념 및 증거능력 요건”, 형사재판의 제문제 제7권, 사법발전재단, 2014.
- _____, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 형사법의 신동향 제48호, 대검찰청, 2015.
- 양근원, “형사절차상 디지털 증거의 수집과 증거능력에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위논문 2006.
- 오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문”, 1997.
- 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2010.
- 조 국, “압수·수색의 합법성 기준 재검토”, 비교형사법연구 제5권 제2호,

한국비교형사법학회, 2003.

조상수, “디지털 증거의 법적 지위 향상을 위한 무결성 보장 방안”, 형사법의 신동향 제27호, 대검찰청, 2010.

홍영기, “형사소송법 그 독자적인 범목적에 대한 이해”, 저스티스 제100호, 한국법학원, 2007.

II. 외국 문헌

1. 단행본

A. Shanor, *National Security and Military Law*, Thomson, 2003.

Benfer · Bialon, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft*, 4. Auflage, Beck C. H, 2010.

Donald M. Sniw, *National Security* 6th ed, Routledge, 2016.

Stephen Dycus · Arthur L. Berney · William C. Banks · Peter Raven-Hansen, *National Security Law* 4th Edition, Aspen Publishers, 2011.

2. 논문

Kate Brueggemann Ward, “The Plain(or not so Plain) View Doctrine - Applying the Plain View Doctrine to Digital Seizures”, *University of Cincinnati Law Review* Vol.79 No.3, 2011.

RayMing Chang, “Why The Plain View Doctrine Should Not Apply to Digital Evidence”, *Journal of Trial &ellate Advocacy* Vol.12, 2006.

< ABSTRACT >

The Study of Right to Participate and Confiscation for Another Digital Evidence

– Focus on National Security Crime –

Park, Woong-Shin

This study is aimed at examining eligibility for the direction and viewpoint concerning search and confiscation of digital evidence under Supreme Court of Korea case 2011mo1839 delivered in July 16 2016.

Digital evidence should be distinguished from material evidence because of its unique characteristics such as independence, invisibility, mass data. However, the Korean law regulates these exceptional clauses passively.

In this sense, the problem is that whether criminal procedural code should ensure party's right to participate in the case of confiscation of digital evidence. Not only does it protect privacy of suspect, but it also forestall disputation admissibility of evidence. Although South Korea Supreme Court decided that the party's should be guaranteed the right to participate in all procedures for the search and seizure of digital evidence, this paper pointed out that the Supreme Court's position is unreasonable for practical reasons(Hash value, Issuance of search and seizure list etc).

On top of that, the thesis discusses how to handle the digital evidence that is not related to crime suspect during seize and

confiscation in Korea where plain view is not formed like Anglo American law. Supreme Court of Korea decided that a separate warrant should be issued in this case, but in this paper we should consider the introduction of independent urgent seizure in the long term and insist that Independent Emergency Search and Seizure should be preferentially introduced only for national security crimes.

The two main issues of this paper, which have been reviewed above, can be regarded as the confrontation between whether the fundamental purpose of the criminal procedure is to be regarded as substantive truth discovery or due process of Law. The ultimate objective of the criminal procedure should be to find the substantive truth to achieve the purpose of the criminal law and to have proper procedures to ensure the basic rights of the defendant by checking the preliminary events of the state power that may arise in the process.

◆ Key Words : Digital Information, Party's Right to Participate, Confiscation of Another Digital Evidence, Finding of Substantial Truth, Due Process

