

디지털증거 압수수색절차에서의 '관련성'의 문제

정 대 희* · 이 상 미**

국 | 문 | 요 | 약

디지털 증거의 저장매체에 저장된 정보의 대량성과 비가독성 등의 특수성으로 인하여 그동안 과잉압수로 인한 기본권 침해라는 우려가 있어 왔다. 이러한 과정에서 2012. 1. 1. 시행된 형사소송법 일부 개정법률에 관련성 문구가 추가된 것은(디지털 증거의 압수수색을 포함한 일반 압수수색에서) 과잉압수를 제한하자는 취지에서 비롯된 것으로 보인다. 관련성 개념에 대하여는 아직 까지도 정립되어 있지 아니한 것으로 보이는바, 압수수색에 있어서 '관련성'의 개념을 분설하여 정립해 보면 ① 압수수색시를 기준(시점)으로 ② 수사기관의 관점에서 ③ 영장에 기재된 범죄사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되거나 동종 유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 것(해당 사건)으로 ④ 사실인정의 자료(증거)로서 ⑤ 의미가 있을 수 있는가에 대한 물음에 대해 전혀 가능성이 없는 것이 아닌 것으로 판단되는(가능성 또는 개연성) 것이라면, 해당사건과의 관련성이 있다고 말할 수 있을 것이다.

이러한 '관련성' 개념의 문제는 일반 압수수색의 문제 뿐만 아니라 디지털증거의 압수수색의 경우에도 그 특수성이 인정됨에도 불구하고 동일하게 문제된다고 할 것이다. 압수수색의 관련성 문제는 압수대상의 범위를 사전에 인지하기 어렵고, 압수수색 현장에서 부딪히는 현실적인 어려움에 따른 수사의 공백이 없도록 탄력적으로 넓게 인정하여야 할 것이고 이는 디지털증거에 있어서도 마찬가지라 할 것이다.

이와 달리 디지털 증거에서의 관련성을 제한적으로 해석하게 되면 프라이버시 보호에는 좀더 충실하게 될지 모르지만 실제적 진실발견을 위한 수사는 한계에 부딪히게 되어 결국 국민 개인을 범죄로부터 보호하기 어렵게 될 것이다. 계속적인 연구와 각 기관 및 학계의 활발한 논의로 양 법익의 적절한 균형을 찾는 합리적인 방법이 모색되어야 한다.

❖ 주제어 : 디지털, 증거, 압수, 수색, 관련성

* 수원지방검찰청 평택지청 검사.

** 광주지방검찰청 검사.

I. 서론

첨단 IT 사회의 빠른 기술발전은 디지털 정보의 폭발적인 증가를 가져왔으며, 각종 컴퓨터 및 인터넷 범죄와 고도로 지능화된 화이트칼라 범죄에 대한 디지털 증거의 수집과 분석에 있어서도 발빠른 대응을 요구하고 있다. 그러나, 우리 형사사법체계는 여전히 이러한 상황에 제대로 대응할 수 있는 구조를 갖추고 있지 못하다. 법 인식은 아날로그적 사고에 머물러 있는 상태에서 디지털증거의 특수성으로 인하여 생길 수 있는 문제점에 대한 우려를 제기하는 단계에 있는 것이다. 결국, 디지털 증거의 증가와 그 특수성에도 불구하고 형사사법체계가 정비되지 못한 것에 대한 부담을 오롯이 수사기관이 지고 있는 상황이다.

이러한 가운데, 2012. 1. 1. 시행된 형사소송법 일부 개정법률에 압수수색 조문의 개정이 있었다. 종래 규정과 달리 개정법에서는 법원의 압수에 있어서는 요건은 ‘필요한 때’로, 대상물은 ‘피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건’(법 제106조 제1항)으로, 수사기관의 압수에 있어서는 요건은 ‘범죄수사에 필요한 때’와 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고’로, 대상물은 ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’(법 제215조 제1항, 제2항) 압수할 수 있는 것으로 규정한 것이다. 그러나 종전에도 ‘수사에 필요한 때’라고 하는 필요성의 내용에는 이미 관련성과 비례성으로 해석하고 있었다. 압수는 증거물 또는 몰수할 물건을 대상으로 하고 있고 이는 일정한 범죄를 전제로 하여 그 범죄의 증거물이거나 그 범죄와 관련하여 몰수할 물건으로서 평가될 수 있는 것이어야 함은 당연한 것이었다.

그럼에도 불구하고 위와 같은 관련성 문구가 추가된 것은 특히 저장매체의 제한을 받지 않고 대량 저장이 가능한 디지털증거의 발달로 인하여 디지털 증거의 압수수색시 과잉압수의 문제가 대두되었기 때문이다. 이에 따라 과잉압수를 제한하자는 취지에서 관련성 문구를 추가하여 이를 구체화하였다고 평가할 수 있다.

관련성 개념과 관련하여서는 관련성의 의미와 인정 범위에 대한 해석론에 따라 압수수색의 범위가 달라질 것이어서 중요한 의미를 가지고, 그 외에 압수수색 과정에서 발견되는 별건범죄의 증거에 대하여 어떻게 취급할 것인가도 문제된다. 이하

에서는 위와 같은 관련성 개념 및 인정범위, 별건범죄의 증거 사용 가부 등에 대하여 논하고, 이에 대한 학계나 실무, 판례의 논리에 대하여 검토하여 보고자 한다.

II. 디지털증거 압수수색 절차 개관

1. 디지털증거 및 디지털 포렌식의 기본개념

최근 디지털증거는 다양하고 빈번하게 사용되고 있는 반면, 정작 그 의미조차 통일되어 있지 않은 상황이다. 그러나 현재까지 논의된 디지털증거의 개념을 정리하여 보면, 미국 과학실무그룹(Scientific Working Group on Digital Evidence)의 “디지털 방식으로 저장되거나 전송되는 증거가치 있는 정보”라는 정의가 가장 일반적인 것으로 보인다.¹⁾

결국 디지털 증거는 ‘0’과 ‘1’의 이진수 형태의 방식(디지털형태)으로 기록된 정보이고, 저장매체와는 별개의 무체물이며, 범죄증거로서 가치를 가지고 있는 정보로서 ‘디지털 형태로 저장되거나 전송되는, 범죄증거로서의 가치가 있는 정보’라고 정의할 수 있다.²⁾

본래 ‘포렌식(forensic)’이라는 개념은 법의학에서 사용하는 용어으로써, 사체를 조사해 수사에 도움이 될 수 있는 증거를 찾아 이를 수집·분석하여 그 조사결과를 법정 에 제출하는 일련의 과정을 말한다.³⁾ 따라서 ‘디지털 포렌식(digital forensics)’은 이러한 포렌식의 개념을 디지털영역에 접목한 용어으로써, ‘법정 제출용 디지털 증거를 수집하여 분석하는 구체적인 기술 내지 일련의 절차’를 의미한다.⁴⁾

- 1) 김정환, “형사소송에서 디지털증거의 조사방법에 관한 입법론적 고찰 -특히 민사소송의 경우와 비교하여”, 「비교형사법연구」 제14권 제2호, 2012, 49면; 이상진/탁희성, “디지털증거 분석도구에 의한 증거수집절차 및 증거능력 확보방안”, 「한국형사정책연구원」, 2006, 31면; 이윤제, “디지털증거의 압수·수색과 증거능력”, 「형사법의 신동향」 통권 제23호, 대검찰청, 2009, 171면.
- 2) 조상수, “디지털증거의 법적지위 향상을 위한 무결성 보장 방안”, 「형사법의 신동향」 통권 제27호, 대검찰청, 2010, 68면; 전명길, “디지털증거의 수집과 증거능력”, 「법학연구」 제41권, 한국법학회, 2011, 319면.
- 3) 양근원, “디지털 포렌식과 법적 문제 고찰”, 「형사정책연구」 제17권 제2호, 2006, 205면.

2. 디지털증거 압수수색의 절차

가. 디지털증거 압수수색의 특성

디지털증거의 특성으로 매체독립성, 비가시성·비가독성, 취약성, 대량성, 네트워크 관련성 등이 그 주요한 특성으로 논의되고 있다. 위와 같은 특성들 중에서 현재 대두되고 있는 쟁점들과 관련하여서는 대량성, 네트워크 관련성, 취약성 등은 결국 매체독립성이라는 주된 특성에서 파생되는 부차적인 특성에 불과하므로 결국 디지털 특성의 특성은 매체독립성과 비가시성·비가독성으로 설명할 수 있다고 생각된다.⁵⁾

나. 디지털증거의 압수수색 절차

디지털정보 압수수색 방식을 크게 나누면 ① 현장에 있는 정보저장매체 등에서 영장 기재 혐의사실과 관련된 데이터만 복사하거나 종이로 출력하는 방법, ② 현장에서 저장매체 전체를 이미징하여 증거사본을 확보한 후 증거사본을 수사기관의 사무실로 가져와 영장 기재 혐의사실과 관련된 데이터를 검색하여 복사 또는 출력하는 방법, ③ 현장에 있는 정보저장매체(또는 시스템) 자체를 수사기관 사무실로 가져와 저장매체 전체를 이미징하여 증거사본을 확보한 다음, 저장매체 원본은 반환하고 증거사본에서 영장 기재 혐의사실과 관련된 데이터를 검색하여 복사 또는 출력하는 방법이 있을 수 있다.⁶⁾ 앞서 본 3가지 방식 중 실무상 빈번하게 문제가 되는 것은 저장매체의 원본 반출이 허용되는 ③ 방식이다.

4) 김봉수, “초범:디지털 증거(Digital evidence)와 포렌식(Forensics)”, 「방송통신정책」 제21권 6호, 정보통신정책연구원, 2009, 43-44면.

5) 김정환, 앞의 논문, 52면.

6) 박혁수, “디지털 압수수색의 실무상 쟁점”, 「형사법의 신통향」 통권 제44호, 대검찰청, 2014, 78-79면.

Ⅲ. 디지털 증거 압수수색에서의 관련성의 문제

1. 일반 압수수색에 있어서 '관련성'의 개념 정립

가. 2012년 시행된 개정 형사소송법

2012. 1. 1.자로 시행된 개정 형사소송법(이하 '개정 형사소송법'이라 한다)에는 압수수색과 관련하여 일부 조문의 개정이 이루어졌다. 개정 형사소송법은 법원의 압수에 관하여 제106조 제1항에서 '법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.'고 규정하고, 법원의 수색에 관하여 제109조 제1항은 '법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 피고인의 신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소를 수색할 수 있다.'고 규정하였으며, 수사기관의 압수수색에 관하여는 제215조에서 '검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.'라고 규정하여 '해당사건과의 관련성'을 명문화하였다.

형사소송법 개정 전후 규정 비교	
2012년 개정 전	2012년 개정 후
제106조(압수) ①법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.	제106조(압수) ①-----필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. -----.
제109조(수색) ①법원은 필요한 때에는 피고인의 신체, 물건 또는 주거 기타 장소를 수색할 수 있다	제109조(수색) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 피고인의 신체, 물건 또는 주거 기타 장소를 수색할 수 있다.
제215조(압수, 수색, 검증) ①검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.	제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의

형사소송법 개정 전후 규정 비교	
2012년 개정 전	2012년 개정 후
<p>②사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.</p>	<p>하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ②사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.</p>

나. ‘필요성’과 ‘관련성’의 관계

종전 형사소송법 규정에는 위와 같이 ‘필요성’만을 규정하고 있었으나, 관련성이 없는 경우에는 압수·수색·검증이 인정될 수 없다는 점에서는 종래 견해가 일치하고 있었다.⁷⁾ 뿐만 아니라 종래 판례도 영장발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분에 대하여만 압수·수색·검증영장을 집행가능하다고 판시하여 왔다.⁸⁾ 즉, 필요성만을 규정하고 있었으나, 관련성은 명문화만 되어 있지 않았을 뿐 당연히 요구되는 것이었다.

그러나, 개정 형사소송법이 위와 같이 ‘관련성’을 형사소송법 규정에 명문화한 것

7) 이재상, 「형사소송법」(제9판), 박영사, 2014, 311면; 배종대/이상돈/정승환/이주원, 「신형사소송법」(제3판), 홍문사, 2011, 181면.

8) 「구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제217조 제1항 등에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 긴급체포한 경우 체포한 때부터 48시간 이내에 한하여 영장 없이, 긴급체포의 사유가 된 범죄사실 수사에 필요한 최소한의 범위 내에서 당해 범죄사실과 관련된 증거물 또는 몰수할 것으로 판단되는 피의자의 소유, 소지 또는 보관하는 물건을 압수할 수 있다. 이때, 어떤 물건이 긴급체포의 사유가 된 범죄사실 수사에 필요한 최소한의 범위 내의 것으로서 압수의 대상이 되는 것인지는 당해 범죄사실의 구체적인 내용과 성질, 압수하고자 하는 물건의 형상, 성질, 당해 범죄사실과의 관련 정도와 증거가치, 인멸의 우려는 물론 압수로 인하여 발생하는 불이익의 정도 등 압수 당시의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.»면서, 「위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 중 제1호 내지 제4호는 피고인이 보관하던 다른 사람의 주민등록증, 운전면허증 및 그것이 들어있던 지갑으로서, 피고인이 이른바 전화사기죄의 범행을 저질렀다는 범죄사실 등으로 긴급체포된 직후 압수되었는바, 그 압수 당시 위 범죄사실의 수사에 필요한 범위 내의 것으로서 전화사기범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 보이므로, 적법하게 압수되었다고 할 것이다.»라고 판시한 바 있다(대법원 2008.07.10. 선고 2008도2245 판결[사기방조·전자금융거래법위반·점유이탈물횡령]).

과 관련하여 이를 '필요성' 요건과 별개의 독립된 요건으로 인정할 것인가에 관하여 부정적인 견해도 있으나,⁹⁾ 일부 견해는 이를 필요성과 독립한 별도의 요건으로, 해당 사건을 전제로 하여 영장 담당 판사나 수사상 압수·수색·검증에 참여하는 피의자·변호인의 관점에서 객관적으로 판단하는 것이 특징이라면, '해당 사건'이란 특정된 조문에 구체적으로 규정된 구성요건을 대전제로 놓고 이에 대입하여 재구성한 범죄사실을 의미하는 것으로 보아야 하고, 수사상 압수·수색·검증의 목적물이 되는 것은 피의사실을 직접 증명하는 증거는 물론, 간접증거나 정상관계 증거도 포함된다고 한다.¹⁰⁾

생각건대, 위 '관련성' 규정은 종전에 계속되어 왔던 사건과 관련없는 물건에 대한 '과잉압수' 논란에 의하여 2012년부터 시행된 형사소송법에 새로이 규정된 점에서, '관련성' 개념이 명문화되기 전과 완전히 동일한 정도의 역할만 한다고 보기는 어려워 보인다.¹¹⁾

다. '관련성'의 의의

앞서 살펴본 바와 같이 개정 형사소송법은 압수·수색을 위하여 해당(피고)사건과의 '관련성'을 요구하고 있는바, 그 의미가 무엇인지가 문제된다.

'관련성'의 의미에 관해서 수사는 일정한 범죄혐의를 전제로 하여 그 혐의를 확인하고 재판과정에서 적절한 처벌을 받도록 하기 위한 증거물을 수집하고, 피의자의 신병을 확보하는 등의 행위를 말하고, 압수는 이와 같은 수사의 한 방법으로 행해지므로 압수대상물은 전제된 범죄혐의에 관한 수사에 있어 이와 같은 증거물로서의 의미를 가질 수 있는 것(또는 몰수할 수 있는 물건)에 한정되어야 하고 이는 재판과정에서의 압수에서도 마찬가지라고 해석하는 견해가 있다.¹²⁾ 위 견해는 관련성이란 증거물로서의 의미를 가질 수 있는 가능성 또는 개연성을 의미한다고 본다.

생각건대, '해당사건과 관련성이 있다'는 말의 의미는 곧 '해당사건의 증거로 사

9) 이재상, 앞의 책, 311면; 이은모, 「형사소송법」(제4판), 박영사, 2014, 322면.

10) 신동운, 「형사소송법」(제5판), 법문사, 2014, 417-418면.

11) 이완규, 「압수물의 범죄사실과의 관련성과 증거사용범위」, 2014. 10. 6. 형사판례연구회 발표문, 6면.

12) 이완규, 각주13의 발표문, 7면.

용될 수 있다’는 의미이므로 결국 ‘관련성’의 개념은 압수수색 단계에서 ‘증거가 무엇인가’ 하는 것과 직결되는 문제로 보인다.

[명 제]

해당사건과 관련이 있다 = 해당사건의 증거로 사용될 수 있다

라. 관련성 유무에 대한 판단문제

증거로 사용될 것인지 여부는 수사와 재판을 통해 최종적으로 결정되는 것이어서 압수수색 당시에는 증거로 사용될 것인지 여부를 판단하기 어렵다는 난점이 있다. 즉, 압수수색 당시에는 일응 증거로 보였던 것이 알고 보니 아무런 증거가 아닌 것으로 판명된 경우도 있을 수 있고, 압수수색 당시에는 아무런 증거로 보이지 않았던 것이 알고 보니 중요한 증거로 판명된 경우도 있을 수 있다. 다시 말해 압수수색 당시에는 해당 사건과 관련성이 있다고 판단하였는데 추후에 관련성이 없는 것으로 밝혀진 경우, 압수수색 당시에는 아무런 관련이 없는 것으로 무심코 압수한 것이 추후에 해당사건과 관련성이 있는 것으로 밝혀진 경우도 있을 수 있는 것이다.

[예 세]

1. 압수수색 당시에는 증거로 보였던 것이 결국 해당사건의 아무런 증거가 아닌 것으로 판명된 경우
 - 甲의 A에 대한 흉기 살인 사건 현장에서 피물은 손수건이 발견되어 압수하였는데, 알고 보니 이는 B라는 사람이 커피를 닦은 손수건에 불과하였던 경우
2. 압수수색 당시에는 증거로 보이지 않았던 것이 추후에 증거인 것으로 밝혀진 경우
 - A에 대한 살인 사건 현장에서 사건과는 아무런 관련이 없어 보이는 그림 액자를 압수하였는데 액자에서 (육안에 보이지 않도록 닦여진) 혈흔이 발견되어 그 액자로 사람의 머리를 내리쳐 살해한 사실이 발견된 경우

따라서, 수사 단계에 있어서 압수·수색의 경우 해당사건과 관련성 여부도 수사과 재판에서 증거물로서 의미를 가질 수 있는 가능성 또는 개연성으로 판단될 수 밖에

없다고 할 것이고,¹³⁾ ‘압수·수색 당시’를 기준으로 해당사건과 관련성이 있다고 인정되는 경우라면 이는 적법한 압수·수색이라고 할 것이다. 이를 통해 획득한 물건의 증거능력이 인정됨은 물론이다.

즉, 사후적으로 그것이 전혀 압수수색의 계기가 된 사건(‘해당사건’)의 증거로 사용될 수 없음이 밝혀졌다 하더라도 압수·수색과정에 아무런 위법이 없으므로 이를 위법수집증거로 볼 수 없는 것이다.

특히, 수사 단계에 있어서 압수·수색의 경우 법조문 상으로 ‘피고사건과 관계가 있다고 인정되는’이라고 규정하여 기소된 사건에 한정된 공판 단계 형사소송법 제 106조와는 달리, 수사 단계 형사소송법 제215조는 ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것’에 한정하여 압수수색이 가능하다고 규정하고 있으므로, 수사 단계에서는 진행되는 수사에 있어 사건의 전모를 파악하기 위한 수사 진행에 도움이 될 수 있는 증거(예를 들어 피의자가 도주 중인 경우 그 피의자의 소재를 파악할 수 있는 자료)도 압수수색이 가능하다고 할 것이다.¹⁴⁾ 장래 재판에서 범죄사실에 대한 증거로 제출될 가능성이 있는 것도 포함됨은 물론이다.

마. ‘증거’의 범위

앞서 살펴보았듯이, 관련성 여부를 수사와 재판에 있어서 증거물로서 의미를 가질 수 있는 가능성 또는 개연성 여부로 판단한다면, 과연 ‘증거’는 무엇인가 하는 문제가 압수·수색의 범위와도 직결되는 가장 중요한 문제라 할 것이다.

먼저 위와 같은 논의를 하기 위해서는 당연히 증거에 관한 일반론을 살펴볼 필요성이 있다. 일반적으로 ‘증거’란 ‘사실인정의 근거가 되는 자료’를 뜻하고, 증거는 증거방법과 증거자료의 두 가지 의미를 포함하는 개념으로 본다. 증거방법이란 사실인정의 자료가 되는 유형물 자체(예를 들면, 증인, 증거서류, 증거물)를 말하고, 증거자료란 증거방법을 조사함으로써 알게 된 내용(예를 들면 증인, 증거물의 조사

13) 독일 형사소송법 제94조 제1항은 ‘조사를 위해 증거로서 의미를 가지는 대상들을 확보하거나 다른 방법으로 취득할 수 있다(Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können, sind in Verwahrung zu nehmen oder in anderer Weise sicherzustellen).’라고 규정하여, 압수수색의 대상을 유사하게 개념 정립하고 있다.

14) 이완규, 각주13의 발표문, 8면.

에 의하여 알게 된 증거물의 성질)을 의미한다.

여기서 증거는 직접증거뿐만 아니라 간접증거도 포함된다 할 것이고, 엄격한 증명의 대상이 되는 사실¹⁵⁾을 입증하기 위한 증거뿐만 아니라, 자유로운 증명의 대상이 되는 사실을 입증하기 위한 증거¹⁶⁾까지 모두 포함한다고 할 것이다.

또한, 범인의 어떠한 성격, 기질은 정황증거로서 중요한 증거이고, 증인으로 채택된 경우 그 신빙성을 판단하는데 도움을 줄 수 있는 보조증거가 될 수 있는데, 직업 법관이 재판하는 우리 법상으로 정황증거로 사용이 가능하다고 할 것이다. 또한, 다른 범행 또는 비행자료의 경우에도 동종유사의 범행은 정황자료로, 위증범행 등은 진술의 신빙성을 판단하는 정황증거로 사용될 수 있으므로 당연히 압수수색이 가능한 증거의 범위에 포함된다고 할 것이다.

뿐만 아니라, 우리 법은 직업 법관이 사실판단과 양형판단을 모두 행하는 재판 제도를 가지고 있으며, 이에 대응하여 검사가 적정한 형의 선고를 법원에 청구하는 구형권을 가지고 있어 양형자료의 수집도 포함되므로 위 증거로서 의미를 가진다고 할 것이다.

바. ‘가능성 또는 개연성’의 의미

앞서 살펴보았듯이, 관련성 여부를 증거물로서 의미를 가질 수 있는 가능성 또는 개연성 여부로 판단한다면, 위 ‘가능성 또는 개연성’이란 무엇인지도 압수수색의 범위를 판단함에 있어 중요한 역할을 할 것으로 보인다.

여기서 ‘가능성 또는 개연성’은 증거물이 당사자에게 유리하거나 불리하거나를 묻지 않고, 또한 사실의 전모를 확인하는데 있어서 증거로서의 의미가 있을 수 있는 가라는 물음에 대해 전혀 가능성이 없는 것이 아니라면 가능성은 있는 것으로 봄이 타당할 것이다.¹⁷⁾ 또한, 앞서 살펴보았듯이 사후적으로 압수한 물건이 아무런 증거

15) 공소범죄사실(구성요건해당사실, 위법성과 책임의 기초사실, 처벌조건 등), 법률상 형의 가중·감면의 이유되는 사실(누범전과, 심신미약, 중지미수 사실 등), 간접사실(주요사실의 준부를 간접적으로 추인하는 사실), 경험법칙(경험법칙의 내용이 명백하지 아니한 때), 법규(외국법, 관습법, 자치법규 등) 등(이제상, 「형사소송법」(제9판), 박영사, 2014, 526-528면).

16) 정상관계사실, 소송법적 사실, 보조사실.

17) 이완규, 각주13의 발표문, 12면.

도 되지 않음이 밝혀졌다 하더라도 '가능성 내지 개연성'으로 충분하므로 이를 위법 수집증거로 볼 수는 없고 단지 압수의 필요성이 없어 환부하면 된다 할 것이다.

사. '해당사건'의 범위 - 즉, '어떤 사건'에 대한 증거가 될 가능성인지

또한, 앞서 살펴본 바와 같이 개정 형사소송법은 압수·수색을 위하여 '해당(피고) 사건'과의 관련성을 요구하고 있는바, '해당 사건'의 범위가 어떠한지도 압수수색의 관련성을 결정함에 있어 중요한 기준이 된다. 왜냐하면, '해당(피고)사건'의 범위가 넓을수록 그와 관련이 있는 압수수색 대상의 범위도 넓어질 것이기 때문이다.

이에 관하여 일부 견해는 피의자의 방어권을 보장하기 위하여 특정된 조문에 구체적으로 규정된 구성요건을 대전제로 놓고 이에 대입하여 재구성한 범죄사실이 명시되어야 한다면서 관련성 요건의 전제가 되는 '해당사건'은 '특정된 구성요건에 대입하여 재구성된 범죄사실'을 의미한다고 좁게 해석하고 있으나,¹⁸⁾ 이는 수사나 재판의 진행 과정에서의 범죄사실이 변화될 수 있음을 고려할 때 지나치게 좁게 인정하는 것으로 부적절해 보이고, 영장에 기재된 범죄사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되는 사실은 관련성 판단의 전제로서의 범죄사실에 포함된다고 보는 것이 타당하다.¹⁹⁾ 왜냐하면, 공소제기를 하는 경우 공소제기의 효력이 동일성이 있는 한 모든 사실에 미치기 때문에 법원의 심리의 대상에는 포함될 수 있고, 그와 관련된 사실에 대한 증거라면 결국 판결에 영향을 미칠 수 있기 때문에 압수수색의 대상이 될 수 있다고 보아야 하기 때문이다.

대법원은 압수수색의 대상과 관련하여, "압수의 대상을 압수수색영장의 범죄사실 자체와 직접적으로 연관된 물건에 한정할 것은 아니고, 압수수색영장의 범죄사실과 기본적 사실관계가 동일한 범행 또는 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서는 압수를 실시할 수 있다²⁰⁾"고 판시한 바 있다.

위 판결의 배경이 된 사건의 압수수색영장 범죄사실에는 2008. 3. ~ 4.경의 사전

18) 신동운, 앞의 책, 418면.

19) 이완규, 각주13의 발표문, 9면.

20) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결.

선거운동, 후보자 비방, 허위사실공표만 기재되어 있었는데, 압수과정에서 2007. 12.경의 사전선거운동의 증거가 발견되어 이를 압수하여 이를 증거로 사용하여 기소한 사안인데, 대법원은 위 판결에서 ① 2007. 11.경의 사전선거운동에 관한 서류도 선거기획 서류로 압수할 물건에 해당되고, ② 범죄사실과의 관련성 및 필요성이 있으며, ③ 가사 혐의사실과 관련성을 직접적으로 연관된 물건에 한정한다고 하더라도 증거능력을 인정할 수 있는 예외에 해당한다고 판시하였는바, 압수수색의 관련성에 관한 대법원의 명확한 기준을 제시한 판결이라 할 것이다.

아. 판단 주체

위와 같이 해당(피고)사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것, 즉 해당사건과의 관련성을 ‘압수수색영장의 범죄사실과 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 모든 사실을 입증할 증거로서의 의미를 가질 가능성 또는 개연성’으로 정의한다면 이를 판단하는 주체는 누구인지가 문제된다.

일부 견해는 그 주체를 압수수색에 참여하는 피의자·변호인의 관점에서 객관적으로 판단하여야 한다고 주장하나,²¹⁾ 피의자·변호인의 관점에서라면 혐의를 입증하기 위한 증거는 대부분 배제시켜야 한다는 결론이 도출될 수 있으므로 압수수색의 의미를 퇴색하 위한다는 점에서 타당하다고 보기는 어렵고, 결국 앞선 논의에서 보는 바와 같이 여야 단계에서는 장하되는 여야 보기는 사건의 전모를 파악하기 위한 여야 장하 보도움이 될 수 있는 증거를 압수수색할 수 있다고 본다면, 수사기관의 입장에서 판단함이 타당하다 할 것이다.

자. 판단 기준 시점

압수수색에 있어 관련성 유무 판단에 있어서 매우 중요한 문제가 바로 판단 기준 시점의 문제이다. 판단 기준 시점을 압수수색 이전으로 하느냐 아니면 압수수색 이후로 하느냐에 따라 관련성 유무의 판단에 사용될 수 있는 자료에 있어서 현저한 차이가 있기 때문에 관련성 유무에 대한 판단이 달라질 수가 있다.

21) 신동운, 앞의 책, 417면.

예를 들어, 압수수색 전에는 피혐의자, 혐의사실에 관한 정보가 압수수색 후보다 매우 한정적이기 때문에,²²⁾ 압수수색을 마친 후에는 피혐의자 내지 혐의사실이 좀 더 구체화되기 때문에 증거로 사용될 가능성 유무에 대한 판단은 좁아질 수 밖에 없는 것이다.

생각건대, 압수한 자료가 증거로서 어떤 내용을 가지고 있고 어떤 용도로 사용될 수 있을지는 미리 확인할 수 없고, 절차의 진행에 따른 사실관계의 모습도 미리 예상할 수는 없다. 그러므로 압수물이 사후에 증거로 제출될 수 있는 것으로 확인되는지는 문제되지 않는다고 할 것이다. 따라서 압수 당시에 관련성이 있는 것으로 생각할 만한 상당한 이유가 있어 압수를 하였는데 사후에 관련성이 없는 것으로 확인되었다고 하여 그 압수가 위법한 것이 되지 않는다고 하여야 할 것이다.

이는 압수수색영장의 시적 판단 범위와도 관련이 될 수 있는데, 압수수색영장이 청구되는 시점에서 압수수색영장에 기재된 해당 사건에 대하여 증거로 사용될 가능성 내지 개연성이 있는 물건이었다면 적법한 압수였다고 할 것이고, 사후적으로 기소 시점, 사실심 변론 종결 시점 등에서 해당 사건에 대하여 증거로 사용될 가능성이 없다고 판단되더라도 이는 압수 계속 필요성 문제로서 환부 내지 폐기 등의 문제가 발생할 뿐 위법수집증거로 된다고 할 수는 없을 것이다.

2. 디지털증거 압수수색에 있어서 ‘관련성’

가. 문제점

디지털 증거의 경우 대량성, 무형성, 비가독성 등으로 인하여 이를 직접 열람하지 않고서는 그 내용을 확인하기 어렵다. 이는 서류 압수에서 사건과 관련된 서류와 그렇지 않은 서류를 구분하기 위해 모든 문서를 전부 확인해야 하는 것과 마찬가지로 이다. 따라서 디지털증거는 압수와 수색을 나누어 생각해 볼 필요성이 있다고 생각

22) 실무상 피혐의자의 경우 인적사항이 확인되지 않아 ‘성명불상자’를 피혐의자로 하여 압수수색을 하는 경우도 있다(예컨대, 뺑소니 차량 운전자의 인적사항이 파악되지 않는데 변사자에 대한 부검을 실시할 때 부검용 압수수색 영장을 청구하는 경우, 보이스피싱 범행의 피혐의자 인적사항이 파악되지 않는데 계좌추적을 실시하는 경우 등).

한다. 즉, 사건과 관련된 전자정보를 검색하기 위해서는 이러한 정보를 저장하고 있을 만한 개연성 있는 저장매체를 그 검색의 범위에 포함시켜야 할 것이나, 검색과는 달리 압수의 범위를 정함에 있어서는 검색의 경우보다는 좁게 해석할 필요성이 있어 보인다.²³⁾

이는 개인의 기본권 보호와 실체적 진실의 발견이라는 두 이념이 조화롭게 추구 되도록 하기 위함인데, 이하에서는 외국의 입법례를 살펴보고 두 이념의 적정한 형량을 위한 검토방안에 대하여 살펴보도록 하겠다.

나. 외국의 입법례

1) 미국

가) 연방헌법(수정헌법 제4조²⁴⁾)

연방헌법(수정헌법 제4조)은 선서 또는 보증에 의하여 상당한 이유(Probable Cause)가 인정되고, 압수수색의 장소 및 압수할 물건이 특정되는 경우에만 영장이 발부될 수 있음을 규정하고 있다. 디지털증거의 경우, 압수수색의 대상이 무형의 정보에 불과하므로 영장주의 적용을 받는지 여부가 문제될 수 있으나, 미 연방 대법원은 수정헌법 제4조의 범위에 전자적 기록이 포함될 수 있다고 해석하고 있다.²⁵⁾

미연방 대법원에 의하면 “상당한 이유”와 관련하여 “특정성”을 요구하는데, 특정성이란 압수대상 물건이 범죄행위와 관련되어 있고, 압수수색 장소에 그 물건이 존재한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있다는 점을 특정하여야 한다는 의미로서, “압수수색 장소에 범죄와 관련된 증거가 존재한다고 볼 만한 합리적인 개연성”만을 소명하면 족하다.²⁶⁾ 결국 이는 미국의 압수수색영장은 위와 같은 요건에 따라 압수할 물건과 장소가 특정되면 족하고, 구체적인 압수수색 방법은 영장발부의 요건이

23) 이완규, “디지털 증거의 압수수색과 관련성 개념의 해석”, 2013년도 춘계학술대회 : 안전, 범죄 그리고 형사절차 발표문, 28면.

24) “...No warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

25) United States v. New York Telephone Co. U.S. 159, 169, 98 S.Ct. 364, 54 LEd. 2d 376(1997).

26) Rolando v. del Carmen Criminal procedure Law and Practice, Wadsworth, 8th(2010) p. 106.

아니므로, 압수수색방법에 관하여는 이를 적시할 이유도 필요도 없다는 것을 의미한다.²⁷⁾

또한 미연방 대법원은 “미국 헌법의 문언상, 그리고 위 헌법 해석에 관한 미연방 대법원 판결에 비추어, 수정헌법 제4조가 요구하는 압수수색영장발부 요건 외에 다른 요건이 요구된다고 할 수 없으며, 압수수색이 특정한 방법에 따라 집행되어야 한다는 논리는 인정될 수 없다”고 판시²⁸⁾하면서, 개인의 프라이버시와의 관계에 대하여는 “영장에서 상당한 이유가 인정되는 한 개인의 프라이버시는 이에 물러날 수밖에 없다”고 판시²⁹⁾하고 있다.

나) 연방 형사소송법 제41조

미연방 형사소송법 제41조는 압수수색영장에 의하여 “컴퓨터 저장매체를 압수하거나 그 매체에 저장된 정보를 압수 또는 복사할 수 있다”고 규정하고 있다. 또한 저장매체를 압수한 경우 또는 그 정보를 압수한 경우에는 달리 영장에 정함이 없는 한, 그 압수물이나 정보의 사후적인 검토를 허용하고 있다. 이 경우 위 디지털증거에 대한 압수방법으로 컴퓨터 등의 저장매체에 대하여는 원본 압수를 원칙으로 한다. 이에 반하여 컴퓨터 등에 저장된 정보에 대하여는 원본압수 또는 사본압수 두 가지 모두 가능하도록 규정하고 있고, 양자는 병렬적으로 규정되어 있다.³⁰⁾

다) 미국 실무에서 사용되는 압수수색 영장 기재례

미국에서 사용되는 디지털증거의 압수수색영장들의 실제 샘플들을 분석하여 보면, 저장매체에 관하여는 “컴퓨터 및 그 컴퓨터안의 내용물, 주변기기 및 그 안의 내용물(플로피 디스크, 하드 드라이브, 컴퓨터 소프트웨어와 프로그램, 집(zip)드라이브, CD롬 드라이브, DVD 드라이브, 스캐너 등에 제한되지 않는다), 기타 데이터

27) 백승주, “미국의 압수수색영장 일부기각 및 압수방법 제한에 관한 실무연구 -디지털증거를 중심으로-”, 『법조』 제62권 제7호, 2013, 202면.

28) *Dalia v. United States*, 441. U.S. 238, 258(1979); *United States c. Grubbs*, 547, U.S. 90.98 (2006).

29) *United States v. Ross*. 456, U.S. 798, 823(1982).

30) 백승주, 앞의 논문, 204면.

가 저장된 장치” 등으로 기재하고 있는 것이 실무이다. 정보와 관련하여서는 “모든 데이터, 정보, 이미지 검색 및 보기”로 기재하되, 그 중 범죄와 관련되고, 증거가 될 만한 자료들(예컨대, 관련 이메일 자료, 기록, 사진 등)에 대하여는 “출력 또는 복사(print or copy)”로 기재하고 있다. 한편, 저장된 정보의 경우에는 “압수된 컴퓨터를 수색하여 해당 정보를 찾은 후³¹⁾ 이를 다른 저장매체로 옮기거나 복사하는 방법으로 재생산하거나 이를 출력하도록”을 허가하는 문구가 별도의 항으로 기재되어 있다.³²⁾

실제로 미국 뉴욕 주에서 사용되는 컴퓨터 관련 압수수색 영장을 살펴봐도 압수 방법에 대하여는 전혀 제한하고 있지 않고, 원본 압수를 원칙으로 하고 있다. 이는 압수된 컴퓨터 데이터 원본에 대하여 디지털 포렌식을 위해서는 원본 데이터의 사본 제작을 상정하고 있기 때문이다. 다만, 실무에서는 저장 정보에 대해서 압수 후 장소를 옮겨 수색하거나, 압수 후 바로 현장에서 정보 등을 사본하는 경우 등 두 가지 방법이 모두 이용된다. 그 중 컴퓨터 하드 디스크 등의 원본을 압수한 후 현장에서 사본한 다음 원본은 피압수자에게 돌려주는 방식이 가장 많이 이루어지고 있다. 이러한 방법은 통상 컴퓨터 등 저장매체와 그 안에 저장된 정보를 구별하여 컴퓨터나 이동식 저장매체와 그 안에 저장된 정보를 구별하여 컴퓨터나 이동식 저장매체 등에 대하여는 “압수”를, 압수된 컴퓨터 등의 검색을 위하여는 특정 범죄와 관련된 정보에 대한 “수색”을 허용하는 형태로 이루어지게 된다.³³⁾

라) 최근 미국 판례의 동향

미국에서는 앞서 살펴본 바와 같이 관련정보를 선택적으로 압수할 것인지, 매체 자체를 압수할 것인지, 일괄 압수할 것인지에 대한 구체적인 방법에 대하여는 수사관의 재량에 위임하여 사전통제를 자제하면서 영장의 특정성을 결여하였거나 수색, 압수에 중대한 하자가 있는 경우에는 사후적으로 증거사용을 배제하는 방식으로 사

31) 우리 형사소송법이나 이에 근거한 우리 법원의 태도는 미국의 “압수된 컴퓨터를 수색하여 해당 정보를 찾은 후”라는 부분을 제외한 채 디지털증거라면 “저장매체 자체에서 분리하여 압수”하는 방법만을 제시하고 있는 것으로 보인다.

32) 백승주, 앞의 논문, 229-230면. 이 논문의 저자는 콜롬비아 로스쿨 재학 중 브룩클린 지방검찰청에서 인턴십 과정을 거치면서 미국에서 실제 실무에 사용되는 디지털 증거에 대한 압수수색영장의 샘플 등을 확보하여 분석한 결과를 반영하였다.

33) United States v. Riccardi, 405 F.3d 852(10th Cir. 2005).

후적·사법적 통제를 가하고 있다. 그러면서도 매뉴얼에 따른 압수·수색을 한 경우에는 선의의 항변을 널리 인정하는 경향에 있다.³⁴⁾

2008년 이전의 판례를 살펴보면³⁵⁾, 데이터를 조사하기 위하여 컴퓨터 시스템 전체를 압수할 필요성을 설명하는 것으로 일괄압수를 허용하거나(United States v. Hay³⁶⁾), 영장의 요건으로서 압수·수색 프로토콜의 필요성을 부정하고, 포렌식 조사관의 합리적 재량에 따라 압수가 이루어진 것을 정당하다고 판시(Commonwealth v. McDermott³⁷⁾)하는 등 압수수색절차에서 현장수사관의 재량을 넓게 인정³⁸⁾하였다. 압수대상물에 관하여 카테고리 수준에서 기재한 영장을 적법하다고 하거나(United States v. Hill³⁹⁾), 기술적 한계에 의한 일괄압수의 필연성을 인정하고, 일부 부당하게 이루어진 수색에 대하여 수색 자체를 무효로 볼 것은 아니라고 판시한 사례(United States v. Hunter⁴⁰⁾)도 같은 맥락에 있다고 할 것이다.

그러나, Tamura 판결⁴¹⁾에서 영장에 특정된 문서만을 압수하는 대신 해당 기간 내에 작성된 문서 전체를 일괄 압수한 것은 부당하다고 판시하면서, 수사기관이 영장에 기재된 기록 대신 회사의 문서 전체를 헌법에 위반되게 압수하였다 할지라도 그 의도가 무차별적인 ‘낚시’식의 수사가 아니라 현실적 실용성에 따른 것일 경우, 공판에 증거로 제출한 문서가 유효한 수색영장에 의하여 적법하게 보유한 것이라면 이와 같이 증거로 제출한 문서는 비록 문서 전체를 압수한 행위가 불법한 것임에도 불구하고 그 증거능력을 상실하지 아니한다고 판시한 것을 배경으로 하여 Comprehensive Drug Testing 판결에서 컴퓨터에 저장된 혼재된 데이터의 압수수색에 관하여 판시를 한 바 있다. 위 Comprehensive Drug Testing 판결은 2008년부터 2010년에 이르기까지 변천의 과정을 겪게 되는데, 먼저 2008년 판결⁴²⁾의 경우

34) 노명선, “디지털 증거의 압수·수색에 관한 판례동향과 비교법적 고찰”, 『형사법의 신동향』 통권 제43호, 대검찰청, 2014, 149면.

35) 이하의 판례 분석 내용은 노명선, 앞의 논문, 149-166면 참조.

36) United States v. Hay, 231 F.3d 630, 637(9th Cir. 2000).

37) Commonwealth v. McDermott, 864 N.E.2d 471(Mass. 2007).

38) Dalia v. United States 441 U.S. 238(1979).

39) United States v. Hill, 459 F. 3d 966(9th Cir. 2006).

40) United States v. Hunter, 13 F.Supp.2d 574(D.Vt., 1998).

41) United States v. Tamura 694 F2d 591(9th Cir. 1982).

해당 사안의 영장은 압수대상물을 구체적으로 명시하지 않았고 더 이상 자세한 기술이 불가한 이유도 밝히지 않았으므로 영장의 범위가 지나치게 넓었으며, 그럼에도 불구하고 수색 자체는 상당한 이유에 근거하여 이루어졌고, 그 집행의 방식을 이유로 해당 수색으로부터 과실(fruits)을 반드시 배제할 필요가 없다고 판시하였으며, 2009 판결⁴³⁾은 위와 같은 논의를 전제로 일괄압수의 가이드라인(plain view 이론 불인정, 디지털데이터의 분류·편집은 전문가나 독립된 제3자가 할 것, 수색 프로토콜은 상당한 이유가 있는 정보만을 드러내도록 설계, 불필요한 정보의 환부·파기)를 제시하였다. 그러나 ‘원칙과 예외’의 법리에 기한 위 2009년 판결은 이후 2010년 판결⁴⁴⁾에서 파기되었다. 즉, 2010년 판결에서는 종전에 일괄압수의 요건과 증거능력에 관한 2009년 판결을 파기하고 영장심사 시 일응의 기준으로 삼는 정도에 그치기로 하였다.

2) 독일

독일의 경우 디지털 증거와 같이 그 내용을 검색해보지 않고서는 관련성 여부를 판단하기 어려운 ‘서류’의 경우 압수수색에 있어서 특별 규정⁴⁵⁾[이른바 ‘서류의 검열(Durchsicht von Papieren)’]을 두고, 이를 디지털 증거 압수수색에 있어서도 적용함으로써 문제를 해결하고 있다. 이는 수색과 압수의 중간 단계에 위치한 절차로 보이는데, 서류의 검열은 수색의 현장에서 행해질 수도 있고 수색 현장에서 검열하지 않고 사무실로 가지고 갈 수도 있다.

서류의 검열은 아직 압수가 행해진 것은 아니고 검열 과정을 마치고 분류된 서류를 정식으로 압수하는 처분을 하는 때에 압수가 있는 것이라고 한다. 서류의 검열이란 압수할 대상을 분류하는 압수의 준비과정으로 그 과정은 수색의 한 과정이므로

42) United States v. Comprehensive Drug Testing Inc. 513 F.3d 1085(9th Cir. 2008).

43) United States v. Comprehensive Drug Testing Inc. 579 F.3d 989.

44) United States v. Comprehensive Drug Testing Inc. 621 F.3d 1162.

45) 독일 형사소송법 제110조 ① 수사에 필요한 서류의 검열은 검사와 검사의 지시를 받은 사법경찰관의 권한이다[Die Durchsicht der Papiere des von der Durchsuchung Betroffenen steht der Staatsanwaltschaft und auf deren Anordnung ihren Ermittlungspersonen(§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu.].

서류의 검열을 위해 서류를 검열자의 사무실 등으로 가져가는 것은 아직 압수가 아니라고 한다. 압수수색을 함께 하는 경우는 수색, 임시적 보전, 검열을 거쳐 압수를 하게 될 것이고, 수색 영장만을 받아 수색을 먼저 하는 경우에는 수색, 임시적 보전, 검열을 거쳐 압수할 물건을 분류한 후에 압수할 물건에 대해 다시 압수영장을 청구하게 된다.⁴⁶⁾

다. 소결

미국의 경우를 살펴보면, 연방헌법에서 압수수색의 요건으로서 ‘압수수색 장소에 범죄와 관련된 증거가 존재한다고 볼 만한 합리적인 개연성’을 요구하면서 우리의 경우와 같이 ‘관련성’을 요구하고 있는데, 그 관련성은 실무상 ‘범죄와 관련되고 증거가 될 만한 모든 데이터, 정보, 이미지 검색 및 보기’로 비교적 광범위한 차원에서 인정되고 있다. 미국은 원본 압수를 원칙으로 하고 압수된 컴퓨터나 이동식 저장매체를 ‘압수’하고, 특정 범죄와 관련된 정보에 대한 ‘수색’을 허용하는 형태로 이루어진다. 이것은 범죄와 관련되고 증거가 될 만한 정보가 있다면 일단 그 정보가 들어 있는 컴퓨터 등 원본의 압수를 허용하고 있어 가사 원본 내에 범죄와 관련되어 있지 않은 다른 정보가 포함되어 있더라도 그것 자체를 위법한 압수로 보지 않는 것으로 보인다. 범죄와 관련된 정보를 선택적으로 압수할 것인지, 매체 자체를 압수할 것인지, 일괄 압수할 것인지를 문제는 전적으로 압수 당시의 수사관의 재량에 따라 결정할 문제로 보았던 것이다. 또한 압수수색에 있어 중대한 하자가 있는 경우에도 곧바로 압수수색의 적법성을 배제하는 것이 아니라 사후적으로 해당 증거의 사용을 배제하는 방법으로 해결한다.

최근 미국의 Tamura 판결에서 일괄 압수의 경우 부당하다는 판시를 하기는 하였지만 그것 또한 현실적 필요에 따른 것일 경우 일정한 요건 하에 그 증거능력을 상실하지 않는다고 판시하였고, 컴퓨터에 저장된 흔재된 데이터의 경우 Comprehensive Drug Testing 판결에서 몇차례 변천을 거쳐 디지털 증거의 압수에 대한 가이드라인

46) 이완규, 각주25의 발표문, 49면에서 재인용(Nack. StPO-Karlsruher Kommentar 6 Aufl., C.H.Beck, 2008, §105 Rdnr. 20; BVerfGE 18, 12, 2002, 2 BvR 1910/02; BVerfGE NJW 2003, 2669); BGH2 Bjs 82/98-3, 11.).

을 제시하고자 하는 시도가 있었으나 파기된 바가 있다. 미국의 경우 압수수색의 현실적 문제점을 고려하여 압수수색 당시의 압수수색현장에서의 수사관의 재량을 존중하고 범죄와 관련되어 증거로 사용될 가능성만 있다면 압수수색 자체는 적법하다고 보고 있으며, 특히 디지털 증거의 특수성에 따른 가이드라인을 제시하려는 시도는 있었으나 결국 현실적인 운용에 있어서 그 역시 폐기되었다는 점은 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠다.

디지털 증거의 경우 앞서 살펴본 매체독립성, 대량성 등에 의하여 압수수색시에 범죄와 무관한 자료가 포함되어 있을 가능성이 높은 것은 사실이나, 일반 압수수색의 문제와 같이 압수수색을 실시하는 수사관의 재량에 따라 범죄와 관련된다는 상당한 의심하에 이루어진 것이라면 그 압수수색은 일단 적법하다고 할 것이고, 사후적으로 불필요한 증거에 대하여는 환부 내지 폐기 등의 문제가 발생할 뿐이다.

3. 관련성 있는 정보의 집행

가. 문제점

정보저장매체에는 영장에 기재된 범죄사실과 관련이 있는 정보와 관련이 없는 정보가 혼재되어 있는 경우가 많다는 앞서 살펴본 바와 같다. 이러한 경우에 정보저장매체 자체를 압수하게 되면 기업의 영업비밀이나 개인의 프라이버시를 침해할 가능성이 높다. 다른 한편으로는 대량성이라는 디지털 정보의 특성으로 인하여 관련성 있는 정보를 특정함에 있어서 많은 시간과 노력을 필요로 하며, 그 과정에서 증거의 오염가능성이 높아 전문적 기술과 장비가 필요하다는 점이 실무상 기본권 보호와 효율적인 수사라는 상충되는 가치를 조화시킬 필요가 있다.

이른바 ‘전교조 사건⁴⁷⁾’(대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정)에서는 위와 같

47) 전교조에서는 전교조 소속 교원 17,000여명의 서명을 받아 2009. 6. 18.경 미디어법 입법 중단 등을 요구하는 시국선언을 발표하여 국가공무원법위반으로 고발되었다. 경찰은 전교조 본부 사무실에 대하여 압수수색영장을 집행하였는데, 저장매체에 저장된 파일들을 카피하기 위하여 하드복사기 2대를 준비하여 갔으나, 대부분의 컴퓨터에서 하드디스크가 제거된 상태였고, 컴퓨터와 서버의 전원공급이 차단된 상태여서 저장매체에 저장된 내용을 확인할 수도 없는 상태였다. 이에 따라 사법경찰관은 저장매체가 포함된 데스크탑 컴퓨터 3대와 서버 컴퓨터 10대를 가지고 갔고,

은 관점에서 압수수색시 컴퓨터 자체를 가지고 가서 그 중 파일 8,000여개를 DVD 및 CD에 복사한 것은 관련성 있는 증거에 대한 적법한 압수수색이라고 볼 수 있는지 문제가 되었다.

나. 현행법상 관련성의 원칙

앞서 언급한 바와 같이 형사소송법 제106조 제1항 본문은 관련성을 압수의 요건으로 추가하고 동법 제109조 제1항은 수색에 대하여서도 동일한 요건을 추가하여 압수수색의 대상물은 피고사건이나 피의사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정된다. 형사소송법 제106조 제3항 본문은 압수의 목적물이 정보저장매체 등인 경우에 원칙적으로 기억된 정보의 ‘범위를 정하여’ 출력하거나 복제하여 제출하도록 규정하고 있으므로 압수 집행의 대상은 정보저장매체 내 정보 중에 범죄사실과 관계가 있는 범위에 한정된다. 다만, 형사소송법 제106조 제3항 단서는 “범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다”고 규정함으로써 예외적인 경우에 범죄사실과 관련된 정보와 무관된 정보가 혼재된 정보저장매체 자체에 대한 압수를 인정하고 있다. 따라서 현행 형사소송법 제106조 제1항, 제109조 제1항, 제215조는 종래의 필요성 이외에 해석론 및 실무상 인정되던 관련성의 요건을 명문화한 것이라면, 형사소송법 제106조 제3항은 관련정보에 대한 집행의 원칙을 입법화한 것이다.⁴⁸⁾

전교조 직원들 및 그 변호인이 참관하는 가운데 그 저장매체에 저장된 파일들 중 2009. 5. 1. 이후 열람한 모든 문서(단, 엑셀문서는 2009. 6. 1. 이후) 파일에 한하여 DVD 등 일회성 저장매체에 저장한 후 저장매체를 각 1본씩 나누어 가지기로 전교조 직원과 협의한 후 해쉬값 교환 등을 통하여 무결성을 확보하는 방식으로 파일 8,000여개를 DVD 및 CD에 복사한 후에 압수한 컴퓨터들을 전교조 측에 가환부하였다.

전교조는 위 압수수색에 대한 준항고를 제기하였지만 그 준항고와 이후 재항고까지 기각된 사안이다.

48) 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교, 2011, 261면.

다. 대상결정에 대한 판시내용

위 대상결정은 전자정보에 대한 압수수색영장의 집행에 있어서 문서출력 또는 파일복사의 대상이 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의의 원칙상 당연하다고 하면서 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄 혐의와의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서 출력 혹은 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이 되고, 저장매체 내 전자정보를 파일복사함에 있어서 당사자 측의 동의 등 특별한 사정이 없는 이상 관련 파일의 검색 등 적절한 작업을 통해 그 대상을 이 사건 범죄 혐의와 관련 있는 부분에 한정하고 나머지는 대상에서 제외하여야 한다고 판시하고 있다.

그리고 대상결정의 구체적인 사안과 관련하여 영장의 명시적 근거가 없음에도 수사기관이 임의로 정한 시점 이후의 접근 파일 일체를 복사하는 방식의 영장집행은 원칙적으로 압수수색영장이 허용한 범위를 벗어난 것으로서 위법하다고 볼 여지가 있으나, 범죄사실 관련성에 관하여 당사자 측이 명시적인 이의를 제기하지 아니한 점, 당사자 측의 참여하에 이루어진 위 압수수색의 전 과정에 비추어 수사기관이 혐의사실과 관련 있는 부분으로 대상을 제한하려고 노력한 점 및 그 조치의 적합성에 대한 당사자 측의 묵시적 동의를 고려하여 그 영장의 집행을 위법하지 않다고 판시하였다.

라. 검토

디지털 저장매체는 자료의 양이 방대하고, 범죄사실과 무관한 정보가 함께 혼합되어 저장되어 있을 수 있으므로 개인의 프라이버시를 보호하기 위하여 디지털 저장매체에 대한 압수·수색의 범위를 제한할 필요가 있고, 디지털 저장매체에 대한 압수·수색의 범위는 기본적으로 범죄사실과의 관련성 유무 및 정도, 비례성의 원칙에 따라 판단되어야 한다.⁴⁹⁾ 다만 정보저장매체 등에 대한 압수수색과 관련하여 집행 현장의 상황상 그 현장에서 내용을 확인하여 관련성 있는 정보를 선별하기가 불

49) 전승수, 앞의 박사학위논문, 71면.

가능하거나 현저히 곤란한 경우, 정보저장매체에 관련된 정보가 기록되어 있을 개연성이 인정되고 현장 확인시 기록된 정보가 손괴될 가능성이 있는 경우, 또는 관련된 정보의 삭제가 의심되어 저장매체에 대한 복구가 필요한 경우에는 형사소송법 제106조 제3항 단서에 따라 관련정보가 혼재된 정보저장매체 자체에 대한 압수를 인정하여야 한다.

예외적으로 저장매체 자체를 압수하는 경우에도 비례의 원칙이 적용되므로 형사소송법 제199조 제1항 단서에 따라 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 하고, 압수 이후에 해당 범죄사실과 관련이 없다고 확인된 디지털 정보는 압수·수색의 범위를 벗어난 것이므로 별도의 영장이 없는 한 이를 증거로 사용할 수 없고 범죄사실과 무관한 디지털 정보를 계속 보존할 수 없다고 봄이 상당하다.⁵⁰⁾

다만, 위와 같이 비례의 원칙에 따라 필요한 최소한도의 범위 안에서 압수·수색의 범위를 결정하는 때에도 단순히 압수하는 파일의 수와 해당파일의 수에서 관련성 있는 정보 파일의 수를 비교하는 방식에 의하여서는 아니된다.

피의자와 제3자 사이의 공모사실을 확인하기 위하여 양 당사자의 통화내역을 확인하여 범행일시 부근의 통화내역을 찾는다고 가정해보자. 통신사실확인자료제공요청허가서를 청구하면서 피의자와 제3자 사이의 통신사실을 확인할 필요성을 소명한 후 범행일시 부근의 적정한 일정 기간을 정하여 통화내역을 확인하면 그것으로 적법한 집행이라고 할 것이다. 피의자 및 제3자의 각각의 통화내역이 따라서는 수백 건, 수천건에 달할 수도 있고, 어떤 경우에는 수건에 불과하거나 전혀 없을 가능성도 있다. 그리고 정작 범행에 직접적으로 관련이 있는 혐의자와 제3자 사이의 상호 통화내역은 전체 통화내역 중 소수에 불과할 가능성이 있다. 실제로 집행하기 전에는 그 내용을 미리 알기 어려운 경우가 많고, 그 관련성은 수사과정에서 계속 변화하기 마련이기 때문에 이를 압수수색 집행 이전 단계에서 예측하기란 쉬운 일이 아니다. 따라서, 대상결정에서 수사기관이 임의로 정한 시점 이후의 접근 파일 일체를 복사하는 방식으로 8,000여개의 파일을 복사한 영장집행이 '원칙적'으로 압수수색 영장이 허용한 범위를 벗어난 것이라고 위법하다고 볼 여지가 있다는 판시는 압수수색집행의 현실을 고려하지 못한 것으로 옳지 않다. 하지만, 대상결정 역시 수사기

50) 전승수, 앞의 박사학위논문, 72면.

관이 일정 시점 이후의 파일들만 복사하여 나뉘대로 대상을 제한하려고 노력하고 당사자 측도 그 적합성에 대하여 묵시적으로 동의한 것으로 보이는 경우에 해당하여 영장 집행이 위법하다고 볼 수는 없다고 이른바 선의의 항변을 인정한 것으로 보인다. 이에 따르면 결국 대상결정에 의하더라도 8,000여개의 파일을 복사한 것은 실제로는 관련성이 없는 파일이 포함되어 있더라도 적법한 압수수색의 집행이라고 본 것이다.

요컨대, 압수수색의 요건으로서 관련성을 요구하는 현행 형사소송법에 비추어 압수수색의 범위를 원칙적으로 범죄사실과 관련된 디지털 정보에 한정하는 대상결정의 태도는 타당하다. 그러나 대상결정은 집행현장에서 사정상 관련 있는 정보를 식별하기가 불가능하거나 현저히 곤란한 사정이 인정되는 예외적인 경우에도 저장매체 자체에 대한 압수 또는 하드카피 내지 이미징 형태의 압수를 인정하는 것이 아니라 혐의사실과 관련된 증거의 선별을 위하여 해당 저장매체의 점유 이전을 인정하는 문제가 있다. 먼저 이는 예외적인 경우에 저장매체 자체에 대한 압수를 인정하는 종전 법원의 실무관행과 형사소송법 제106조 제3항의 규정에 배치되고, 실무상 원칙과 예외가 혼재되어 이를 명확하게 구분할 수 없는 문제가 있다. 또한, 위 결정과 같이 점유이전과 선별과정을 포함하여 압수수색영장 집행의 일환으로 보게 되면 압수의 본질적 내용이 목적물에 대한 점유 이전임에도 불구하고 점유이전에 따른 압수를 인정하지 아니하고, 관련성 있는 정보를 선별할 때까지 영장의 집행과정을 무한히 확장할 위험이 있으며, 영장의 집행종료시점을 확정하지 못하고, 실무상 관련성 있는 정보를 찾을 때까지 피압수수색 당사자의 참여권 등을 무한하게 보장하여야 하는 문제가 있다.⁵¹⁾

4. 일괄 압수의 가능성 문제

가. 문제점

압수수색의 대상이 되는 정보저장매체에는 영장에 기재된 범죄사실과 관련이 있

51) 전승수, 앞의 박사학위논문, 262-265면.

는 것과 없는 것이 혼재되어 있는 경우가 많다. 그런데 대량성이라는 디지털 정보의 특성으로 인하여 영장의 집행 현장에서 디지털 정보의 내용을 확인하여 범죄혐의와 관련이 없는 것을 선별하는 것은 많은 시간과 전문적 기술을 요하여 사실상 불가능하다. 이 경우 실무상 수사기관은 디지털 저장매체 전체를 압수하고 있는데, 이는 피처분자뿐만 아니라 제3자에 대한 프라이버시권 등에 광대한 침해를 야기할 가능성이 높으므로, 범죄에 대한 관련성 유무를 따져보지 않고 컴퓨터 등 저장매체를 일괄하여 압수수색할 수 있는지 문제⁵²⁾된다.

나. 학설

1) 긍정설

범죄 관련성 유무를 불문하고 컴퓨터 장비 전체에 대한 일괄 압수수색을 인정하는 견해로, 무체정보도 형사소송법상 압수의 대상인데, 그 저장자료는 보기 전에는 쉽게 판단할 수 없으므로, 압수수색의 범위나 압수물을 포괄적으로 정할 수 있도록 그 요건을 완화하여야 해석하여야 한다면서 디지털 증거의 압수수색 대상을 넓게 인정하고 있다.⁵³⁾

2) 부정설

당해 범죄행위와 무관한 자료가 함께 저장된 컴퓨터 장비를 압수하는 것은 허용되지 않는다는 견해로, 범죄행위와 관련된 자료만이 저장된 컴퓨터 장비는 해당 데이터와 일체 불가분으로 결합되어 있는 경우에는 그 컴퓨터 장비를 증거물로 보거나 몰수할 것으로 보아 이를 압수할 수 있으나, 범죄 관련 자료와 무관한 자료도

52) 법원이 발부하는 영장에서 디지털 증거 등에 관하여는 일반적으로 다음과 유사한 내용이 기재되어 있다: 「컴퓨터 저장장치에 저장된 정보는 피압수자 또는 형사소송법 제123조에 정한 참여인의 확인을 받아 수사기관이 휴대한 저장장치에 하드카피·이미징하거나, 문서로 출력할 수 있는 경우 그 출력물을 수집하는 방법으로 압수함(다만, 해당 컴퓨터 저장장치가 몰수 대상물이거나 하드카피·이미징 또는 문서의 출력을 할 수 없는 경우에는 컴퓨터 저장장치 자체를 압수할 수 있음)」.

53) 안경옥, “정보화시대의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호”, 「비교형사법연구」 제5권 제1호, 2003, 328면.

함께 저장된 컴퓨터의 경우에는 데이터와 장비가 일체 불가분으로 결합된 것으로 볼 수 없어 형사소송법상의 압수수색에 의하는 것이 불가능하다는 견해이다.⁵⁴⁾

3) 제한적 긍정설

제한적 긍정설은 원칙적으로 피의사실과의 관련성 유무를 확인하지 않고 일괄 압수하는 것은 영장주의 원칙에 반하지만, 예외적으로 당해 피의사실과 관련된 디지털 정보의 존재 개연성, 압수수색 현장에서의 선별의 용이성 및 정보의 손괴 가능성 등의 사정이 있는 때에는 일괄 압수를 허용하는 견해이다.

일본 최고재판소는, 압수수색현장의 상황을 종합적으로 고려하여 현장에서 내용을 확인하는 것이 곤란하거나 부적절하고 그 확인이 어려우며 “영장에 의하여 압수하려고 하는 컴퓨터, 플로피디스크 등에 피의사실과 관련된 정보가 기록되어 있을 개연성이 인정되는 경우에는 그와 같은 정보가 실제로 기록되어 있는지를 그 장소에서 확인하게 되면 기록된 정보를 손괴할 위험이 있을 때”는 그 내용을 확인하지 않고 컴퓨터, 플로피디스크 등을 일괄 압수할 수 있다고 판시한 바 있다.⁵⁵⁾

4) 압수수색영장의 발부기준 강화설

정보의 비투명성으로 인하여 영장의 집행 범위가 지나치게 넓어지는 문제에 대응하기 위하여 압수수색영장의 발부기준을 체포영장의 기준과 동일하게 하지는 견해이다.⁵⁶⁾ 정보저장장치에 대한 압수수색을 행할 경우 정보는 열어보지 못하면 다른 정보와 뚜렷한 차이를 알 수 없다는 비투명성 때문에 일괄 압수수색이 불가피하므로 이를 제한하기 위하여 ‘독립적인 제3자에 의한 검토’제도를 실시하거나 영장주

54) 오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련증거의 수집과 이용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997, 77면.

55) 日最決 坪成 1. 5. 1. 刑集 52卷 4号, 275면, 「令状により差し押さえようとするパソコン `フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において `そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは `内容を確認することなしに右パソコン `フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるものと解される。」

56) 박경신, “이메일압수수색의 제문제와 관련 법률개정안들에 대한 평가”, 「사법개혁과 세계의 사법제도」 [VII], 사법제도비교연구회, 2010.

의 하에서 압수수색영장의 발부기준을 체포영장의 기준과 동일하게 취급하여야 한다고 보고 있다.

이와 유사한 취지로, 18대 국회 때 전기통신사업자의 이메일에 저장된 전자메일 등에 대하여는 수사기관의 압수수색시 지나치게 포괄적인 영장이 발부되는 사례가 많다고 주장하면서, 이메일 등에 대한 압수수색시 구속사유까지 요구하여야 한다는 개정안이 박영선 의원 대표로 국회에 발의되기도 하였다.⁵⁷⁾

다. 검토

지금까지 살펴본 바와 같이 디지털 증거의 압수수색에 있어서는 그 증거 자체의 특이성으로 인하여 다른 압수수색과는 다른 요건들이 요구되어 왔다. 특히 컴퓨터 저장장치에는 방대한 정보가 수록될 수 있어 무분별한 압수수색을 인정한다면, 개인정보 및 프라이버시의 심각한 피해를 야기할 수 있다. 따라서, 위와 같은 기본권을 제한하지 않을 수는 없으나, 사실상 디지털증거의 경우 검색을 해보기 전까지는 어떤 압수물이 들어있는지를 알 수가 없어 관련성이 있는 경우만 압수수색을 허용하는 경우 거의 모든 디지털증거에 대한 압수수색이 불가능해 질 수 있다는 점에서 어려움이 있다.

앞서 살펴본 학설에 관하여 살펴보면, 긍정설은 범죄사실과의 관련성 유무를 아예 따지지 않는 점에서 압수수색을 지나치게 확대하는 것이므로 타당하다고 보기 어렵고, 부정설의 경우 사실상 디지털증거에 대한 압수수색을 포기해야 한다는 점에서 첨단 범죄에 발맞춘 수사를 어렵게 하는 문제점이 있다.

결국, 두가지 법익을 형량하여 압수수색에서 적용하는 제한적 긍정설의 입장을 따를 수 밖에 없겠다. 즉, 해당 범죄사실과 무관한 자료와 유관한 자료를 물리적으로 분리할 수 없거나 현장에서 이를 선별할 수 없는 때에는 양자가 혼합되어 있는 저장매체 전체를 압수할 수가 있다고 보아야 할 것이다. 다만, 제한적 긍정설은 그 범위 자체가 매우 모호하므로 기준에 관하여는 앞으로 판례에 의하여 정립해 나갈 필요성이 있을 것이다. 앞서 살펴본 일본 최고재판소 판결은 일응의 판단기준이 될 수 있을 것으로 본다.

57) 형사소송법 일부개정법률안, 박영선 의원 등 23인 대표발의 의안번호 제5246호.

5. 압수수색 중 발견한 ‘다른 범죄’의 증거 문제 – 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결을 중심으로

가. 문제점

디지털 증거의 경우 저장된 정보의 대량성, 무형성, 비가독성 등으로 인하여 압수수색 과정에서 영장에 기재된 해당사건과 다른 증거자료를 찾게 되는 경우가 많다. 이 때 이를 다른 범죄의 증거로 사용 가능한지 여부는 여부는 여부관련성 쟁점에 있어서 끊임없이 제기되고 있는 화두이다. 최근 선고된 2013도7101판결에서는 이와 관련된 판시를 한 바가 있는바 이하에서 위 판결을 중심으로 관련 쟁점을 논의하고자 한다.

나. 사안의 개요

본 사건은 중앙선거관리위원회에서 ‘A가 공천 청탁과 관련하여 甲에게 3억 원을 건네주고 甲은 이를 丙에게 제공하였고, 丁에게도 불법선거자금 2,000만 원을 제공하였다’는 등의 내용으로 고발장을 제출하여 A, 甲 등의 주거지 등에 대한 압수수색영장을 발부받아 甲의 휴대전화를 압수한 후 분석 중 甲이 乙에게 공천위원에 대한 공천 청탁 및 선거운동 총괄기획 명목으로 3억 원을 요구하여 이를 乙이 약속하는 내용의 대화녹음 파일을 확인하였다. 이를 근거로 甲, 乙을 공직선거법위반으로 기소하였던 사안이다.

다. 판시내용

1심 법원은 압수수색의 전제가 된 녹음파일이 甲뿐만 아니라 乙에게도 관련성이 있다고 판시하여 甲과 乙에 대하여 모두 유죄 판결을 하였다.

1심 법원은 위 녹음 파일은 피고인 甲과 乙사이의 대화를 일부 녹음한 것으로서, 그 대화내용 중에는 甲이 丙, 丁 등 당 공천위원 등을 언급하면서 그들과 접촉을 시도해보겠다거나, 丙에게 이미 로비를 하였다는 취지의 말이 포함되어 있는데 이를 위 압수수색 영장 범죄사실에 기재된 A와 丙 사이의 공천 관련 금품수수 혐의를

입증하기 위한 유력한 '간접증거'로도 사용할 수 있어 관련성이 있다고 하였고,

또한 위 영장 기재 범죄사실(甲과 A사이의 공천관련 금품 수수 사건 등)과 甲과 乙에 대한 이 사건 공소사실은 모두 국회의원 선거에서의 공천과 관련한 금품 수수 또는 약속에 관한 것이고, 그 청탁의 대상이 되는 공천위원으로 丙이 공통적으로 있으며, 각 범행이 이루어진 시간적 간격 또는 3주 남짓으로 상당히 근접해 있는바, 이 사건 공소사실과 위 영장 기재 범죄사실은 전혀 별개의 범행이 아니라 적어도 '동종 유사의 범행'으로 볼 수 있다고 판시하여 관련성을 인정하였다.

이에 반하여 항소심은 위 녹음파일이 압수수색영장 범죄사실과 관련성이 없다는 이유로 위법수집증거로 판단하면서 이에 근거하여 甲 및 乙에 대해 행해진 검사작성 조서들도 모두 증거능력을 부정하였다.

항소심 법원은 관련성에 대하여, 이 사건 영장은 A를 피의자로 하여 A가 甲을 통하여 공천과 관련하여 당 공천위원인 丙 등에게 돈 봉투를 제공하였다는 것을 범죄사실로 하여 발부된 것이어서 A의 공천 관련 금품제공 혐의사건과 관련된 자료를 압수하라는 취지가 명백하므로, 전혀 다른 乙과 甲 사이의 공천 및 선거운동 관련 대가 제공 요구 및 약속에 관한 혐의사실에는 그 효력이 미치지 않는다고 판시하였다. 특히, 항소심 법원은 위 녹음파일이 A에 대한 공소사실을 입증하는 간접증거로 사용될 수 있다는 것과 위 녹음파일을 영장범죄사실과 무관한 피고인 乙과 甲 사이의 범죄사실을 입증하기 위한 증거로 사용하는 것은 별개의 문제여서 A에 대한 관계에서 위 녹음파일에 대한 압수가 적법하다고 하여 甲에 대한 관계에서도 적법한 것은 아니라고 판시하였다.

대법원도 압수수색영장에 당해 혐의사실을 범하였다고 의심된 피의자는 A에 한정되어 있는데, 수사기관이 압수한 녹음파일은 甲과 乙 사이의 범행에 관한 것으로서 A가 그 범행에 가담 내지 관련되어 있다고 볼 만한 자료가 없다면 “피의자인 A가 녹음파일에 의하여 의심되는 혐의사실과 무관한 이상, 수사기관이 별도 압수수색영장을 발부받지 않고 압수된 녹음 파일은 형사소송법 제219조에 의하여 수사기관의 압수에 준용되는 형사소송법 제106조 제1항이 규정하는 피고사건 내지 같은 법 제215조 제1항이 규정하는 해당사건 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 해당한다고 할 수 없다”는 취지로 판시하였다. 이에 의하여 대법원도 위법수집증거로서 증거능력을 부인하였다.

라. 대상 판결에 대한 검토

앞서 살펴본 압수수색에 있어서 해당사건과의 ‘관련성’의 판단 기준에 따를 때 위 항소심 판결과 대법원 판결은 타당하다고 할 수 없다.

본건에서 압수수색 영장에 기재된 범죄사실인 A와 甲의 공직선거법위반 범죄사실인데, 영장에 기재된 범죄사실 상으로 甲은 丙과의 친분관계를 과시하면서 A로부터 돈을 받았고, 甲과 乙의 공직선거법위반 사건에서도 甲은 丙과의 친분관계를 과시하며 乙로부터 돈을 받았는바, 甲과 乙사이의 통화내용을 녹음한 파일은 당연히 甲과 A사이의 공직선거법위반 사건에서도 기본적 사실관계 동일성 여부를 따져 볼 것도 없이 해당사건 자체에 해당된다고 할 것이다.

또한, 1심 판결에서 실시한 바와 같이, 휴대전화 녹음 파일 내용에 의하면 甲이 국회의원 선거와 관련하여 당 공천심사위원인 丙, 丁 등을 접촉하는 방법으로 공천에 어떠한 영향력을 미치려고 했다는 것을 추단할 수 있고, 이를 위 압수수색 영장 범죄사실에 기재된 A와 丙 사이의 공천 관련 금품수수 혐의를 입증하기 위한 유력한 ‘간접증거’로도 사용할 수 있을 것이라고 볼 수 있다. 앞서 검토한 바와 같이 ‘간접증거’가 될 가능성이 있는 경우도 ‘관련성’을 인정하기에 아무런 장애가 되지 않는 것이다.

한편, 증거로서의 의미가 있을 수 있는가에 대한 물음에 대해 전혀 가능성이 없는 것이 아닌 것으로 판단되는 경우 가능성 또는 개연성이 인정된다고 할 것인바, 앞서 살펴본 바와 같이 휴대전화 녹음 파일은 甲과 A사이의 공직선거법위반 사건에서거 범위반 사서거에서거범위반 으므로, 압수수색 당시를 기준으로 볼때 가능성 또는 개연성이 인정된다 할 것이다.

대법원 판결과 같이 A만 피의자로 입건하고 甲을 피의자로 입건하지 않은 상태에서 수사를 진행하여 압수수색을 실시하였다고 하여 그러한 이유로 관련성을 부인하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 甲이 압수수색 당시에 입건되어 있지는 않았으나, 수사진행 상황에 따라 입건될 가능성이 있었고(잠재적 피의자성), 甲이 행한 동종, 유사의 범행이어서 A의 범죄사실과 관련한 정황증거로 사용될 수 있으므로(잠재적 증거 가능성), A에 관하여 입건된 범죄사실과의 관련성을 인정함이 타당하다 할 것이다.

또한, 대법원의 판결과 같이 적법하게 압수한 물건을 다른 범죄의 증거로 사용하기 위하여 또다시 새로운 영장을 받아야 한다고 해석한다면, 이는 수사기관의 점유권이라는 권리를 보호하기 위하여 다시 영장을 받는 것과 같은 의미이므로 국민의 기본권을 보장하고자 하는 영장주의의 근본 취지에 부합하지 않는다 할 것이다.

위와 같은 대법원 판결에 의한다면 성명불상자를 피의자로 하여 실시한 압수수색의 경우에는 모든 경우 압수수색이 사후적으로 위법하다는 결론에 이를 수도 있음을 유의하여야 한다.

IV. 결론

디지털 증거의 저장매체에 저장된 정보의 대량성과 비가독성 등의 특수성으로 인하여 그동안 과잉압수로 인한 기본권 침해라는 우려가 있어 왔다. 이러한 과정에서 2012. 1. 1. 시행된 형사소송법 일부 개정법률에 관련성 문구가 추가된 것은 (디지털 증거의 압수수색을 포함한 일반 압수수색에서) 과잉압수를 제한하지는 취지에서 비롯된 것으로 보인다. 관련성 개념에 대하여는 아직까지도 정립되어 있지 아니한 것으로 보이는바, 이상에서 살펴본 바와 같이 압수수색에 있어서 '관련성'의 개념을 분설하여 정립해 보면 ① 압수수색시를 기준(시점)으로 ② 수사기관의 관점에서 ③ 영장에 기재된 범죄사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되거나 동종 유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 것(해당 사건)으로 ④ 사실인정의 자료(증거)로서 ⑤ 의미가 있을 수 있는가에 대한 물음에 대해 전혀 가능성이 없는 것이 아닌 것으로 판단되는(가능성 또는 개연성) 것이라면, 해당사건과의 관련성이 있다고 말할 수 있을 것이다. 그것이 사후적으로 전혀 압수수색의 계기가 된 사건의 증거로 사용될 수 없음이 밝혀졌다고 하더라도 압수수색과정에 아무런 위법이 없으므로 이를 위법수집증거로 볼 수 없는 것이고, 다만 환부 내지 폐기 등의 문제가 발생할 뿐이다.

이러한 '관련성' 개념의 문제는 일반 압수수색의 문제 뿐만 아니라 디지털증거의 압수수색의 경우에도 그 특수성이 인정됨에도 불구하고 동일하게 문제된다고 할 것

이다. 압수수색의 관련성 문제는 압수대상의 범위를 사전에 인지하기 어렵고, 압수수색 현장에서 부딪히는 현실적인 어려움에 따른 수사의 공백이 없도록 탄력적으로 넓게 인정하여야 할 것이고 이는 디지털증거에 있어서도 마찬가지라 할 것이다. 따라서 디지털 증거의 압수수색에 있어서도 유체물의 압수수색과 마찬가지로 현장에서 압수수색의 집행으로 종료되고, 현장에서 이를 검색하는 것은 확보된 압수물을 확인하는 행위에 해당한다고 하겠다.

이와 달리 디지털 증거에서의 관련성을 제한적으로 해석하게 되면 프라이버시 보호에는 좀더 충실하게 될지 모르지만 실제적 진실발견을 위한 수사는 한계에 부딪히게 되어 결국 국민 개인을 범죄로부터 보호하기 어렵게 될 것이다. 지속적인 연구와 각 기관 및 학계의 활발한 논의로 양 법익의 적절한 균형을 찾는 합리적인 방법이 모색되기를 기대한다.

참고문헌

국내문헌

단행본

배종대/이상돈/정승환/이주원, 「신형사소송법」(제3판), 홍문사, 2011.

신동운, 「형사소송법」(제5판), 법문사, 2014.

이은모, 「형사소송법」(제4판), 박영사, 2014.

이재상, 「형사소송법」(제9판), 박영사, 2014.

논문 및 기타 자료

김봉수, “초범:디지털 증거(Digital evidence)와 포렌식(Forensics)”, 「방송통신정책」 제21권 6호, 정보통신정책연구원, 2009.

김정환, “형사소송에서 디지털증거의 조사방법에 관한 입법론적 고찰 -특히 민사소송의 경우와 비교하여-”, 「비교형사법연구」 제14권 제2호, 2012.

노명선, “디지털 증거의 압수·수색에 관한 판례동향과 비교법적 고찰”, 「형사법의 신동향」 통권 제43호, 대검찰청, 2014.

박경신, “이메일압수수색의 제문제와 관련 법률개정안들에 대한 평가”, 「사법개혁과 세계의 사법제도」[VII], 사법제도비교연구회, 2010.

박혁수, “디지털 압수수색의 실무상 쟁점”, 「형사법의 신동향」 통권 제44호, 대검찰청, 2014.

백승주, “미국의 압수수색영장 일부기각 및 압수방법 제한에 관한 실무연구 -디지털 증거를 중심으로-”, 「법조」 제62권 제7호, 2013.

안경옥, “정보화시대의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호”, 「비교형사법연구」 제5권 제1호, 2003.

양근원, “디지털 포렌식과 법적 문제 고찰”, 「형사정책연구」 제17권 제2호, 2006.

오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련증거의 수집과 이용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1997.

- 이상진/탁희성, “디지털증거 분석도구에 의한 증거수집절차 및 증거능력 확보방안”, 「한국형사정책연구원」, 2006.
- 이완규, “디지털 증거의 압수수색과 관련성 개념의 해석”, 2013년도 춘계학술대회 : 안전, 범죄 그리고 형사절차 발표문.
- 이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 증거사용범위”, 2014. 10. 6. 형사판례연구회 발표문.
- 이윤제, “디지털증거의 압수·수색과 증거능력”, 「형사법의 신동향」 통권 제23호, 대검찰청, 2009.
- 전명길, “디지털증거의 수집과 증거능력”, 「법학연구」 제41권, 한국법학회, 2011.
- 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 박사학위 논문, 서울대학교, 2011.
- 조상수, “디지털증거의 법적지위 향상을 위한 무결성 보장 방안”, 「형사법의 신동향」 통권 제27호, 대검찰청, 2010.
- 형사소송법 일부개정법률안, 박영선 의원 등 23인 대표발의 의안번호 제5246호.

외국문헌

日最決 坪成 1. 5. 1. 刑集 52券 4号.

Nack. StPO-Karlsruher Kommentar 6 Aufl., C.H.Beck, 2008, §105 Rdnr. 20(이완규, “디지털 증거의 압수수색과 관련성 개념의 해석”, 2013년도 춘계학술대회 : 안전, 범죄 그리고 형사절차 발표문에서 재인용)

The question of relevancy in searches and seizures of digital evidence

Jung Dae-hee* · Lee Sang-mi**

The vast quantity and non-readability of the data of digital evidence kept in means of storage have increasingly led to excessive seizures and there is growing concern that this in turn results in the violation of fundamental rights. Meanwhile an amendment concerning relevancy made to the Criminal Procedure Act that took effect on January 1st, 2012, seems to reflect an effort to limit such excessive seizures (of digital evidence in particular, as well as ordinary searches and seizures in general). The concept of relevancy is yet to be determined but in the context of search and seizure, if ① at the moment of search and seizure ② from the standpoint of the investigation agency ③ criminal facts provided for in the warrant can identify with the actual facts of the case or there are grounds to suspect that they are pertinent to analogous crimes and ④ it is unlikely that one can deny (the possibility or probability) that ⑤ they, as evidence in proving facts are insignificant, then relevancy to the case in question may be established.

Such a matter of relevancy arises not only in ordinary searches and seizures but in searches and seizures of digital evidence, despite the distinct features of the latter. The question of relevancy with regard to searches and seizures needs to be viewed in a sufficiently flexible manner so as to avoid problems during investigation, since it is difficult to determine beforehand the exact scope of seizure. The same can be said of searches and seizures of digital evidence.

* Prosecutor of Pyeongtaek District Prosecution Service

** Prosecutor of Gwangju District Prosecution Service

If, on the contrary, relevancy of digital evidence is viewed restrictively investigations in pursuit of the truth will be considerably impeded at the cost of some additional protection of privacy. This in turn will frustrate efforts to protect individuals from crime. It would be well advised to continue research and discuss further the appropriate balance between the two interests in order to reach a rational solution.

❖ Keyword: Digital, Evidence, Seizure, Search, Relevancy