

압수·수색 범위와 범죄사실과의 관련성*

김 재 중** · 이 승 준***

국 | 문 | 요 | 약

형사소송법 제106조 및 제215조에서 규정하고 있는 압수·수색에 있어 관련성이란 무죄추정을 깨뜨릴 정도는 아니지만 피고사건의 증거물로서 의미를 가질 수 있는 객관적 가능성으로 볼 수 있으며, 이때 객관적 가능성은 사전적 시점에서 영장발부 판사의 관점에서 증거물로서 의미를 가질 수 있어야 하며, 구체적으로는 범죄인과의 주관적 관련, 범죄사실과의 객관적 관련이 있는지를 기준으로 하여야 한다.

영장주의의 정신은 결국 압수·수색과정에서 본건과 관련성이 인정되는 증거의 범위를 확장함으로써 영장주의를 우회하지 않도록 제한함에 있다. 따라서 형사소송법이 규정하고 있는 영장주의의 의미는 좁게 이해될 수 없다. 이러한 영장주의의 정신을 바탕으로 대상판결을 살펴보면, 먼저 범죄인과의 주관적 관련성은 영장기재 피의자인 甲에 대해 乙은 공범관계로 볼 수 있으므로 관련성이 인정된다고 보아야 한다. 다음으로 객관적 관련성은 영장기재 범죄사실은 甲의 정당후보자 관련 공천금 제공 혐의였으나, 확보된 대화녹음은 乙과 B 사이의 정당후보자 추천 및 선거운동 관련 대가제공 요구 및 약속 혐의였으므로 영장기재 범죄사실과 기본적 사실관계가 동일하다고는 판단할 수 없다. 다만 甲의 동종·유사 범행이 아니라 乙의 동종·유사 범행에 해당되므로 관련성을 인정할 수 있다.

그러나 관련성이 인정되는 증거라고 하더라도 중요한 판단이 남아 있다. 관련성이 있다는 것은 범죄수사 및 공판의 진행과 관련하여 영장기재 범죄사실과 관련하여 대상물을 압수·수색할 수 범위를 설정해 주는 것을 의미하며, 이는 영장에 구체적으로 기재된 압수·수색의 대상과는 구별된다. 관련성이 있는 증거라도 현실적으로 수사기관 등에 의해 압수·수색의 대상이 되기 위해서는 영장에 의한 압수, 또는 형사소송법 제216조의 예외에 해당하여 압수가 이루어져야만 한다. 그렇다면 영장이 발부된 경우에는 원칙적으로 영장에 기재된 피의자를 대상으로 압수·수색의 장소에서 압수할 물건에 한정하여 압수하여야 한다. 그 외 제3자를 대상으로, 다른 증거를 대상으로 하는 압수는 범죄장소에서의 압수·수색과 같이 무영장·압수수색의 예외에 따라야만 적법한 증거로서 사용할 수 있다. 그렇지 않은 경우 영장주의 원칙을 위반한 위법수집증거가 된다. 대상판결에서

* 이 논문은 2015학년도 충북대학교 연구년제 지원에 의하여 연구되었음(This work was conducted during the research year of Chungbuk National University in 2015).

** 충북대학교 법학전문대학원 교수, 변호사. 주저자

*** 충북대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사. 공동저자

영장에 기재된 피의자는 甲에 불과하며 이 범위를 벗어난 경우 새로운 영장이나 사후영장을 발부받는 것이 영장주의의 구현이다. 그러나 대법판결에서 수사기관은 사후영장을 발부받지 않았으므로, 녹음파일이 乙과 B에 대한 증거로 사용되는 것은 위법수집증거에 해당된다.

❖ 주제어: 영장주의, 압수·수색, 별건정보, 위법수집증거배제법칙, 전자정보, 사후영장

[대상판결] 대법원 2014.1.16. 선고 2013도7101 판결
[공직선거법위반·정치자금법위반]

[사실관계]

검사는 甲이 2012. 3. 15.경 국회의원 공천과 관련하여 ○○당 공천위원회에 공천헌금을 전달하였다는 중앙선관위의 고발장이 접수되자, 수사를 개시하여 피의자를 甲, 압수수색영장 기재 범죄사실로 “피의자는 공천과 관련하여, A에게 지시하여 2012.3.5. 및 3.28. ○○당 공천위원 丙에게 거액을 전달하였다”로 기재하고(이하 ‘원래사건’이라 함), 압수장소는 乙의 주거지, 차량, 압수대상물로 범죄행위와 관련하여 작성·보관 중인 수첩 등 피의자의 신체, 피의자의 물건과 함께 乙이 소지하고 있던 휴대전화, 태블릿 PC 및 저장된 정보를 대상으로 기재하였다. 부산지검 소속 수사관들은 위 영장에 의해 乙의 컴퓨터 HDD, USB를 압수하였고, 휴대폰을 압수하려고 했으나 현장에서 복제하는 것이 현저히 곤란하고 휴대전화의 저장정보를 복제하고 변환한 후에야 범죄사실의 관련성 유무를 판단할 수 있으므로 휴대전화 자체를 압수하여 가지고 왔다. 수사관은 乙의 참여의사를 확인하지 않은 상태에서 그의 참여 없이 휴대전화의 저장정보를 복제하였고 녹음파일을 따로 추출하여 독립된 파일로 저장하였으나, 乙에게 위 녹음파일을 비롯한 전자정보에 대한 상세목록을 교부하지 않았다. 그런데 乙의 휴대폰에서 추출된 녹음파일 중에서 새로이 乙과 B의 공직선거법위반 혐의와 관련된 대화녹음 X를 발견하였다. 이에 검사는 乙과 B를 피고인으로 한 공직선거법 위반 혐의(B가 乙에게 선거운동 기획 및 공천을 도와주는 대가로 3억원의 제공을 약속하였음)를 수사하게 되었다. 그 과정에서 피고인들은 녹음파일을 임의제출하지 않았으며, 새로운 압수·수색영장도 발부되지 않았다.

검사는 甲을 소환하여 대화녹음의 내용을 들려주며 혐의사실을 조사하였는데, 甲은 녹음파일의 수집절차에 대해 이의를 제기하지 않고 자백하였으며, 乙도 이의를 제기하지 않고 자백을 하였다. 이에 검사는 피고인들을 정당후보자 추천 및 선거운동 관련 대가제공 요구 및 약속혐의로 공소를 제기하였고(이하 ‘별개 사건’이라 함 : 甲과 乙 사이의 정당후보자 추천¹⁾ 및 선거운동 관련 대가제공 요구 및 약속 혐의

1) 대상판결에서 문제된 사안이나, 본 논문의 쟁점을 ‘관련성’으로 한정하고자 논의대상에서는 제외함.

사건),²⁾ 공판과정에서 위 대화녹음을 증거로 제출하였다(다른 증인 존재함).

[사안의 경과]

대상판결의 사안에 대해, 1심 법원³⁾은 乙의 휴대전화에 저장되어 있던 이 사건 녹음파일 및 녹취록은 압수수색 영장에 기재된 甲과 乙 사이의 공천 관련 금품수수 혐의를 입증하기 위한 유력한 간접증거로도 사용할 수 있고, 이 사건 녹음파일에 의하여 확인되는 범죄사실과 위 영장 기재 범죄사실은 동종·유사의 범행으로 볼 수 있으므로 영장 기재 범죄사실과의 관련성이 인정된다고 판단하고, 피고인 乙과 B 모두에게 유죄 판결을 하였다.

1심 법원의 주요 논거는 압수의 대상에 관한 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도 2649 판결을 바탕으로 하며 다음과 같다. 첫째 관련성에 대해서는, ① 乙과 B의 대화를 녹음한 녹음파일은 그 대화내용 중에 乙이 ○○당 공천위원들을 언급하면서 그들과 접촉을 한번 시도해보겠다거나 이미 로비를 하였다는 취지의 말이 포함되어 있으므로 丙 등을 접촉하는 방법으로 공천에 어떠한 영향력을 미치려고 하였다는 것을 추단할 수 있고, 이를 위 압수·수색 영장 범죄사실에 기재된 甲, 乙 사이의 공천 관련 금품수수 혐의를 입증하기 위한 유력한 간접증거로도 사용할 수 있어 관련성이 있다고 판단하였으며, ② 영장 기재 범죄사실과 乙과 B에 대한 공소사실은 모두 제19대 국회의원 선거에서의 공천과 관련한 금품 수수 또는 약속에 관한 것이고, 그 청탁의 대상이 되는 공천위원으로 丙이 공통적으로 있으며, 각 범행이 이루어진 시간적 간격 또한 3주 남짓으로 상당히 근접해 있는 바, 이 사건 공소사실과 위 영장 기재 범죄사실은 적어도 동종·유사의 범행으로 볼 수 있다고 판단하였다.

둘째, 압수 절차상 참여권 보장 및 압수목록 교부와 관련하여, 위 녹음파일을 압수하는 과정에서 관계인의 참여권 보장 및 압수목록 교부 절차가 누락되었다고 볼 여지가 없지 않으나, 수사기관의 절차 위반행위는 비교적 그 하자가 경미하다고 보이는 등 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지는 않으며, 위 녹음

2) 후에 기소된 공소사실의 요지는 “을은 갑이 선거운동 기획을 총괄하고 공천을 받을 수 있도록 도와주는 대가로 갑에게 3억원의 제공을 약속하며, 갑은 을로부터 3억원의 제공의 약속받았다”이다.

3) 부산지방법원 2012.11.23. 선고 2012고합802 판결.

파일과 이에 기초한 녹취록 및 피고인들의 진술이 기재된 증거서류는 위법수집증거에 해당한다고 할 수 없어 증거능력이 인정된다고 판단하였다.

반면 항소심 법원은 녹음파일과 압수·수색영장 기재 범죄사실과의 관련성을 부정하였다. 그 판단의 논거는 다음과 같다. 첫째 관련성과 관련하여, 발부된 영장은 甲의 공천 관련 금품제공 혐의사건과 관련된 자료를 압수하라는 취지가 명백하므로, 전혀 다른 ‘乙과 B 사이의 공천 및 선거운동 관련한 대가 제공 요구 및 약속에 관한’ 혐의사실에는 그 효력이 미치지 아니한다. 따라서 이 사건 녹음파일은 영장에 기재된 압수대상물로 볼 수 없으며, 녹음파일이 甲에 대한 공소사실을 입증하는 간접증거로 사용될 수 있다는 것과 녹음파일을 영장 기재 범죄사실과 무관한 乙과 B 사이의 범죄사실을 입증하기 위한 증거로 사용하는 것은 별개의 문제이므로, 甲에 대한 관계에서 이 사건 녹음파일에 대한 압수가 적법하다고 하여 피고인 乙과 B에 대한 관계에서도 적법한 것은 아니라고 판단하였다.

둘째 위법한 압수와 증거능력에 대하여, 녹음파일은 영장에 기재된 압수대상물이 아님에도 수사기관은 녹음파일에 대하여 별도의 압수수색영장을 발부받는 등의 적법한 절차를 준수하지 아니한 점, 영장 집행과정의 일환인 이 사건 녹음파일의 복제 과정에 당사자의 참여권이 보장되지 아니한 점, 당사자에게 압수목록 교부가 이루어지지 아니한 점 등을 종합하면, 이 사건 녹음파일의 압수는 적법하게 발부된 영장에 의하지 아니하고 헌법과 형사소송법을 위반하여 행하여진 위법한 압수이며, 2차적 증거의 증거능력의 경우, 피고인들이 검찰에서 한 진술 역시 적법절차에 따르지 아니하고 수집된 이 사건 녹음파일을 기초로 획득된 2차적 증거로서 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다고 판단하였다.

[원심판결] 부산고법 2013. 6. 5. 선고 2012노667 판결

[상고심 판결이유]

...

(나) 기록에 의하면, 이 사건 녹음파일에 의하여 그 범행이 의심되었던 혐의사실은

공직선거법상 정당후보자 추천 관련 내지 선거운동 관련 금품 요구·약속의 범행에 관한 것으로서, 일응 범행의 객관적 내용만 볼 때에는 이 사건 영장에 기재된 범죄 사실과 동종·유사의 범행에 해당한다고 볼 여지가 있다. 그러나 이 사건 영장에서 당해 혐의사실을 범하였다고 의심된 ‘피의자’는 피고인 2에 한정되어 있는데, 수사기관이 압수한 이 사건 녹음파일은 피고인 1과 피고인 7 사이의 범행에 관한 것으로서 피고인 2가 그 범행에 가담 내지 관련되어 있다고 볼 만한 아무런 자료가 없다. 결국 이 사건 영장에 기재된 ‘피의자’인 피고인 2가 이 사건 녹음파일에 의하여 의심되는 혐의사실과 무관한 이상, 수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 아니한 채 압수된 이 사건 녹음파일은 형사소송법 제219조에 의하여 수사기관의 압수에 준용되는 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정되어 2012. 1. 1.부터 시행된 것) 제106조 제1항이 규정하는 ‘피고사건’ 내지 같은 법 제215조 제1항이 규정하는 ‘해당 사건’과 ‘관계가 있다고 인정할 수 있는 것’에 해당한다고 할 수 없으며, 이와 같은 압수에는 헌법 제12조 제1항 후문, 제3항 본문이 규정하는 헌법상 영장주의에 위반한 절차적 위법이 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 녹음파일은 형사소송법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’로서 이를 증거로 쓸 수 없다고 할 것이고, 그와 같은 절차적 위법은 헌법상 규정된 영장주의 내지 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 중대한 위법에 해당하는 이상 예외적으로 그 증거능력을 인정할 수 있는 경우로 볼 수도 없다.

(다) 그렇다면 수사기관의 이 사건 녹음파일 압수·수색 과정에서 피압수·수색 당사자인 피고인 1에게 참여권이 보장되었는지, 복사대상 전자정보의 목록이 교부되었는지 여부 등은 별론으로 하더라도, 원심이 위와 같은 전제에서 이 사건 녹음파일이 이 사건 영장에 의하여 압수할 수 있는 물건 내지 전자정보로 볼 수 없다고 하여 그 증거능력을 부정한 조치는 결론에 있어 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

[평 석]

I. 문제의 제기

수사실무 상 압수·수색영장 기재 범죄사실과 관련된 증거를 압수·수색하면서 우연히 발견된 별건범죄의 증거 문제, 즉 우연히 발견된 증거를 활용한 별건 범죄의 수사과 기소, 이후 공판과정에서의 증거능력 문제 등이 종종 등장해왔지만, 이론적으로는 큰 관심을 받지 못했다. 그러나 영장주의의 정신, 위법수집증거배제법칙의 의미 등 형사소송법의 대원칙과 정신을 고려할 때 이러한 문제는 실무상 복잡하고 어려운 문제를 넘어서 이론적으로도 매우 중요한 영역이라고 할 수 있다.

더욱이 디지털 증거라는 새로운 압수 대상물이 등장하면서 압수·수색의 대상 범위에 대한 논의는 그 중요성이 커질 수밖에 없게 되었다. 전자정보의 속성상 압수대상물의 분리 내지 내용물의 추출이 용이하지 않으므로 별개범죄의 ‘관련성’ 문제가 논의의 중심으로 대두될 수밖에 없게 된 것이다.

이러한 문제는 과잉압수의 문제점 해결을 위해 형사소송법 개정으로 제106조 및 제215조에 ‘관련성’이라는 문언이 추가되었으나 여전히 그 의미가 명확하지 않고, 대법원도 분명한 기준을 제시하지 않았기 때문으로 보인다. 이에 따라 수사기관의 입장에서는 ‘관련성’의 완화 내지 광의적 해석을 시도하기도 한다.

이하에서는 영장주의의 의미를 바탕으로 대상관결에서 문제된 관련성의 범위를 어떻게 판단할 것인지를 살펴보고, 최근 2011도1839 결정⁴⁾과의 비교분석을 통해 향후 ‘관련성’의 범위 설정과 관련하여 바람직한 방향을 제시하고, 대법원 논리의 타당성을 검증해 보고자 한다.

4) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011도1839 전원합의체 결정.

II. ‘관련성’과 압수·수색영장의 범위

1. 관련성의 의의와 범위

가. 관련성의 개념과 역할

형사소송법은 2011년 7월 18일 개정에서 법원의 압수에 대하여, 제106조 제1항에서 “법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.”고 변경하여, 과거 “법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.”는 규정과 달리 ‘피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’라는 문구를 추가하여 대상물을 한정함으로써 과잉압수를 방지하고자 하였다.

마찬가지로 수사기관의 압수에 대해서도, 제215조 제1항에서 “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.”고 개정하였으며, 제2항의 사법경찰관의 영장 신청도 동일한 취지로 변경하여, ‘사건과의 관련성’이라는 제한을 가하여 과잉압수를 방지하고자 하였다.

여기서 새롭게 추가된 관련성의 의미에 대해, ‘증거물로서의 의미를 가질 수 있는 가능성 또는 개연성’이라는 견해⁵⁾와 해당 사건을 전제로 하여 중요한 어떤 사실이 그 증거가 없을 때보다는 그 증거에 의해 존재가능성이 있게 인정되거나 반대로 존재가능성이 없게 여겨지도록 만드는 경향이라는 견해⁶⁾, 사실의 증명과 연결되어 있으며 또한 이를 증명할 수 있는 최소한의 힘이 있음을 의미한다는 견해⁷⁾, 디지털 증거와 특히 관련시켜, 관련성은 사건과의 관련성인 객관적 관련성, 증거와 수사대

5) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2013, 184면; 이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 적법한 압수물의 증거사용 범위”, 형사판례연구[23], 박영사, 2015, 542면.

6) 정웅석·백광민, 형사소송법, 대명출판사, 2014, 211면.

7) 신동운, 형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 358면; 전승수, “압수·수색상 관련성의 실무상 문제점”, 형사법의 신동향 통권 제49호, 2015.12., 41면.

상자 간의 인적 관련성으로 주관적 관련성, 혐의사실 발생시점과의 근접성이라는 시간적 관련성으로 세분하는 견해⁸⁾등이 있다.

독일 형사소송법은 제94조 제1항에서 압수물을 ‘증거방법으로 심리에 중요할 수 있는 대상(Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung)’으로 정의하고 있다. 그리고 그 구체적 의미는 잠재적 증거가치(potenzielle Beweisbedeutsamkeit)로 이해되고 있다.⁹⁾ 증거가치는 양형판단에 영향을 주거나 피의자의 소재발견, 도주, 증거인멸과 연결되어 있는 경우에도 인정된다. 수사의 개시는 수사기관의 주관적 혐의로 개시되며 이 경우에도 무영장 압수·수색이 허용된다. 그런데 형사소송법은 체포·구속에 대해서는 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유’를 요구하고 있는 반면, 압수·수색·검증에 대해서는 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황’으로 구분하고 있다. 즉 인신구속 이전 단계에 범죄 혐의 확정 및 증거수집을 위해 대물적 강제처분이 선행된다는 점을 고려하여 범죄의 혐의가 완화된 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 압수·수색에 있어 관련성이란 무죄추정을 깨뜨릴 정도는 아니지만 피고사건의 증거물로서 의미를 가질 수 있는 객관적 가능성으로 볼 수 있다. 이때 객관적 가능성은 사전적 시점에서 영장발부 판사의 관점에서 증거물로서 의미를 가질 수 있어야 하며, 구체적으로는 범죄인과의 주관적 관련, 범죄사실과의 객관적 관련이 있는지를 기준으로 하며, 후자는 범죄와의 시간적·장소적 관련을 포함하는 의미라고 할 수 있다. 피고사건은 향후 공소장에 범죄사실로 기재될 경우 공소효력의 범위로서 의미를 가지기 때문이다. 구체적으로 주관적 관련이란 피의자와 공동정범 또는 간접정범관계이거나 교사범, 방조범의 관계, 범인은닉, 증거인멸, 장물에 관한 죄와 그 본범의 관계에 있는 것을 의미하며, 객관적 관련이란 영장기재 범죄사실 자체와 직접 관련 또는 영장기재 범죄사실과 기본적 사실관계가 동일하거나 동종·유사의 범행 관계, 이중 범행으로 보조증거 내지 간접증거로 사용될 수 있는 관계를 말한다.

그리고 이러한 관련성의 개념 정의는 필연적으로 관련성의 역할 내지 의미와 연결되어 있다. ‘피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’ 즉, 關聯

8) 오기두, “관련성 없는 핸드폰 녹음 파일 압수와 위법수집 증거”, 2013.3.4.자 법률신문, 13면.

9) BGH StV 1988, 90; Roxin/Schünemann, Strafverfahrens recht, 27. Aufl., §34 Rn. 3; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl., §10 Rn. 32.

性的 의미, 관련성의 압수·수색의 제한요건으로서의 독자적 의미를 가지는 문제와 관련하여 크게 2가지 입장이 있다. 하나는 관련성이 개정 전과 마찬가지로 ‘수사에 필요한 때’ 즉 필요성의 요건이므로 독자적인 의미를 크게 가지지 않는다는 입장이다.¹⁰⁾ 이러한 입장은 이미 과거에도 형사소송법상 ‘수사에 필요한 때’, 즉 필요성의 의미가 압수는 증거물 또는 물수할 물건을 대상으로 하며, 이는 일정한 범죄를 전제로 하여 그 범죄의 증거물이거나 물수물이어야 하므로, 관련성과 비례성이 그 요건이었다는 것이다. 다른 하나의 입장은 관련성이라는 문언이 과잉압수 제한을 위해 새로 도입되었으므로 필요성으로부터 독립된 요건이 되었다고 평가하는 입장이다.¹¹⁾

생각건대 필요성과 관련성은 구별되는 개념으로 보아야 한다. 개정 형사소송법이 독일이나 일본¹²⁾과 달리 정보저장매체의 압수·수색을 계기로 촉발된 판례의 변화를 반영하고 과잉압수의 방지 필요성을 방지하기 위하여 ‘관련성’을 추가한 취지¹³⁾를 고려하고, 수사기관 내지 법원 입장에서 필요성이 인정된다고 하더라도 관련성이 없는 목적물이 있는가하면, 반대로 관련성이 있지만 압수·수색의 필요성이 없는 경우가 있을 수 있다는 점을 고려해야하기 때문이다.

나. 관련성의 범위

1) 견해 대립의 검토

수사기관의 입장에서는 압수·수색영장의 관련성의 범위가 피의자의 여죄 및 본

10) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 2013, 184면; 이은모, 형사소송법(제5판), 박영사, 2015, 320면; 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012, 311면; 조 국, 위법수집증거배제법칙, 박영사, 2005, 330면.

11) 신동운, 앞의 책, 358면; 정웅석/백광민, 앞의 책, 211면; 이완규, 앞의 논문, 543면; 이창현, 형사소송법(제2판), 입추출판사, 2015, 429면; 전승수, 앞의 논문, 44면.

12) 일본 형사소송법 제218조 제1항은 “檢察官、檢察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押え、記録命令付差押え、搜索又は検証をすることができる。この場合において、身体の検査は、身体検査令状によらなければならない。”라고 규정하여 범죄 수사에 필요한 경우로 압수대상물을 명시하고 있다.

13) 전자정보의 압수·수색에 관한 대표적 판결인 2011.5.26, 2009도1190 판결은 전자정보에 대해 이후에도 지속적이고도 확고한 법원의 입장으로 영향을 미치고 있으며, 이후 2011년 형사소송법 개정에서도 제106조 제3항에 영향을 미쳤다.

건 수사와 관련하여 증거수집에 있어 매우 중요한 의미를 지닌다.

이러한 관련성의 범위에 대해, ① ‘해당사건’의 범위 설정에 대해 3가지 방법을 제시하면서 일반영장으로의 변질을 막기 위해서는 일본 형사소송법상의 소인 개념을 차용하여, 해당사건이 특정된 구성요건에 대입하여 재구성된 범죄사실(죄명)을 의미하는 것이라는 견해가 있다.¹⁴⁾ 이 견해는 방법론으로 관할을 규정하고 있는 형사소송법 제11조의 ‘관련사건’을 기준으로 하는 방법, 소송물 개념에 따라 형사소송법 제248조 제2항이 규정하고 있는 공소효력의 범위로서의 ‘범죄사실’을 기준으로 하는 방법, 검사가 적용을 구하는 법적 구성요건에 대입하여 재구성한 사실로서 압수·수색·검증의 원인이 된 사실로, 일본 형사소송법의 ‘소인’에 준하는 개념을 제시하고 있다.¹⁵⁾ 이 견해에 의하면 영장에 기재된 피의자의 범죄사실에 한하여만 압수·수색할 수 있다. 이와 달리 관련성 판단의 기준으로 ② 사실의 전모를 확인하는데 증거로 의미가 있을 가능성, 증거로 의미가 있는 자료가 존재할 가능성으로 파악하면서 그 판단은 사전적 관점에서 압수기관의 관점을 기초로 그러한 상황에서 일반인의 경험에 비추어 관련성이 있다고 의심하는 것이 상당한가를 기준으로 한다는 견해¹⁶⁾도 있다. 이 견해는 압수·수색 현장의 실무상 어려움을 감안하여 증거로 의미가 있는 자료가 존재할 가능성이 있는 물건도 압수대상물이 된다고 보아,¹⁷⁾ 영장 기재 범죄사실과 관련하여 일반적으로 예측할 수 있는 정도의 범죄사실에 관한 증거, 그 범죄와 목적·수단 관계에 있는 범죄사실, 동일 구성요건으로 범위가 확대되거나 동일 죄질로서 통상 함께 행해질 가능성이 많고 예견될 수 있는 경우, 공범에 대한 증거 경우 등은 관련성을 인정하고 있다.¹⁸⁾ 이에 대해 ③ 미국의 플레인 뷰 이론(the plain view doctrine)에 기초해 고의적인 탐색적 압수·수색이 아니라 수사기관이 A범죄 수사를 위해 적법하게 임의처분이나 강제처분을 집행하는 도중 적법

14) 신동운, 앞의 책, 359면.

15) 신동운, 앞의 책, 358~359면.

16) 이완규, 앞의 논문, 547면 이하. 영장 집행 시점을 기준으로 하면서 대체로 이에 동조하는 견해는 전승수, 앞의 논문, 52면 이하.

17) 이 견해는 별건 범죄의 증거자료의 관련성에 대해 동일 피의자의 동종·유사 범행자료, 동일 피의자의 이종 범행자료, 다른 사람(공범, 공범 이외의 자)의 범행자료를 구분하여 개별적으로 증거로서의 의미를 검토한다(이완규, 앞의 논문, 550면 이하).

18) 이완규, “디지털 증거 압수수색과 관련성 개념의 해석”, 법조 통권 686호, 2013.11., 109면.

하게 서 있는 장소에서 별도의 인위적인 수색 없이 우연히 명백한 금제품이나 B 범죄의 증거물을 발견했을 때에는 별도의 압수·수색영장 없이 금제품이나 B 범죄의 증거물의 압수·수색이 허용된다는 견해¹⁹⁾도 있다. ④ 관련성을 피의사실과 관련하여 객관적 관련성, 피의자와 관련하여 주관적 관련성, 시간적 관련성으로 구분하는 전제에서, 객관적 관련성은 수사기관이 영장청구의 범죄사실로 적시한 사실과 기본적인 사실관계가 동일한 경우이며 동종·유사 범행에 관해서는 미치지 않으며, 주관적 관련성은 영장 기재 피의자가 원칙이지만 공동정범이나 공범이 소유, 소지하는 물건 등도 관련성이 인정될 수 있으며, 시간적 관련성은 범행 일시로부터의 관련성이라고 이해하는 견해²⁰⁾가 있다.

대법원은 이에 대해 영장에 기재될 ‘압수할 물건’에 대해 엄격하게 해석하여야 하나, 압수의 대상을 ① 압수·수색영장의 범죄사실 자체와 직접적으로 연관된 물건 뿐만 아니라, ② 압수·수색영장의 범죄사실과 기본적인 사실관계가 동일한 범행 또는 ③ 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서는 압수를 실시할 수 있다고 판시하였다.²¹⁾ 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추해석하는 것은 허용될 수 없으나,²²⁾ 기본적인 사실관계가 동일한 범행 또는 동종·유사의 범행과 관련된다고 판단되는 경우 헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 적법절차와 영장주의의 정신에 비추어 관련성이 인정된다는 것이다.

생각건대 해당사건과 관계가 있거나 피고사건과 관계가 있다는 것은 형사절차의 진행과 판결을 효력을 염두에 둘 수밖에 없으므로 수사절차와 공판절차를 관통하는 개념으로 범죄사실을 고려하지 않을 수 없다. 다만 소인개념은 우리 형사소송법상 받아들일 수 없으며, 관할을 기준으로 한 관련사건의 경우 그 취지 자체가 분리심판으로 인한 피고인의 불이익 방지와 동일 사건에 대한 모순된 판결의 방지에 있다는 점에서 대물적 강제처분과는 차원을 달리한다고 하겠다. 그리고 특정된 구성요건에

19) 심희기·양동철, 쟁점감의 형사소송법(제2판), 삼영사, 2010, 205면 이하. 이 견해는 2008도10914 판결의 사안을 플레인 뷰 이론에 의할 때 발견된 대마의 압수를 적법한 압수·수색으로 이해한다.

20) 성익경, “압수영장의 효력 범위와 위법수집증거배제법칙”, 판례연구 제26집, 2015, 624면. 유사한 취지는 오기두, 앞의 글, 13면.

21) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결.

22) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결.

대입하여 재구성된 범죄사실로 해당 사건을 이해할 경우, 피고인의 방어권 보장은 충실해질 수 있지만, ‘관련사실’이나 ‘범죄사실’에 비해서는 해당 사건의 범위가 크게 축소된다는 단점이 있다.²³⁾ 다음으로 증거로 의미가 있는 자료가 존재할 가능성을 기준으로 하는 견해는 증거가치만을 중시하여 일반영장을 금지하고 있는 영장주의를 우회하여 영장주의를 퇴색시키며, 일반적으로 예측할 수 있는 정도의 범죄사실은 관련성의 구체적 기준을 제시하는 것이 아니라 새로운 판단대상을 제시하였기에 타당하다고 할 수 없다. 마찬가지로 플레인 뷰 이론을 차용하는 견해는 형사소송법이 플레인 뷰 이론을 수용하고 있는지 의문이며, 관련성 개념을 추가로 명시한 형사소송법 개정 취지에 비추어 영장주의의 의미를 몰각시킬 우려가 있다.²⁴⁾

여기서 관련성이 인정되는 범위는 영장주의의 의미와 공소장에 기재될 범죄사실의 증거로서 객관적 가능성, 유무죄 여부를 확인하는데 의미가 있는 물건이라는 개념에서 출발할 필요가 있다. 다만 압수수색 영장에 기재된 범죄사실과 공소장에 기재된 범죄사실은 異次元의 문제로, 동일할 수 있지만 반드시 동일한 개념이 아니다. 영장 기재 범죄사실은 주로 수사 초기 단계에서 범죄사실을 확정하기 위한 단서들을 확보하기 위한 경우가 대부분이며, 압수·수색의 결과 수사의 방향, 공소제기의 내용이 달라질 수 있기 때문에 공소장에 기재된 범죄사실과는 차이가 있다. 여기서 기본적 사실관계가 동일하다고 하여 수사단계에서 영장기재 범죄사실의 효력범위를 확대하는 것은 공소사실의 동일성 판단 기준인 기본적 사실동일설을 둘러싼 문제점, 규범적 요소, 범죄사실의 내용과 행위 태양은 어떻게 처리할 것인가라는 문제가 추가될 수 있기 때문에 신중을 기하여야 한다. 즉 대법원이 공소장 변경에서 공소사실의 동일성 판단기준으로 제시하고 있는 수정된 기본적 사실동일설²⁵⁾을 바탕으로 영장기재 범죄사실의 관련성 범위를 판단할 경우 ‘기본적 사실관계의 동일성’ 판단에 있어 수정된 기본적 사실동일성이 내포하고 있는 문제점, 규범적 요소 판단에 있어 법관의 자의개입 등이 그대로 노출되기 때문이다.

결국, 관련성의 범위는 공소장에 기재될 범죄사실을 토대로 증거의 종류와 태양

23) 신동운, 앞의 책, 359면도 이 점을 인정하고 있다.

24) 같은 취지로, 성익경, 앞의 논문, 623면.

25) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결.

에 따라 구체적, 개별적으로 결정될 수밖에 없으며, 제106조 내지 제215조의 법문에 기초하여 ‘피고(해당)사건’에서 주관적으로 피의자(피고인)와 관련이 있는지, 객관적으로 범죄사실과 관련이 있는지를 기준으로 판단하여야 한다.²⁶⁾ 관련성 요건은 주관적 관련성과 객관적 관련성 모두 인정될 때 충족될 수 있다.

그리고 그 판단주체와 시점은 영장을 발부하는 판사의 관점에서 영장발부시점이 되어야 한다. 현행법 상 수사기관이 영장발부 전에 관련성을 입증하는 자료를 제출하여야 하며, 무영장 압수·수색을 거쳤다고 하더라도 사후영장에 의해 증거능력 인정에 통제를 받기 때문이다. 사전적 관점에서 수사기관이 주체가 된다는 주장은 영장주의를 우회하여 그 취지를 잠탈할 우려가 있다.

또한 여기서 피의사실을 직접 증명하는 직접증거는 물론, 간접증거와 정상관계 증거도 관련성이 인정될 수 있으며, ‘피고사건’과 관련성이 있는지는 피의자와의 관련성을 기준으로 구체적, 개별적으로 결정되어야 한다. 즉 동일 피의자의 동일 범행 자료인지를 기준으로 공범관계에 있는 이중 범행자료까지 관련성 판단의 범위를 넓혀갈 수 있는 것이다. 동일 피의자의 동종·유사범행인지 여부, 이중범행인지 여부, 타인(공범인 타인, 공범 아닌 타인)의 범행인지 여부에 따라 관련성을 개별적으로 판단하여야 한다. 다만 대법원의 입장처럼 ① 압수·수색영장의 범죄사실 자체와 직접적으로 연관된 물건을 넘어 ② 압수·수색영장의 범죄사실과 기본적 사실관계가 동일한 범행, ③ 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 물건으로 판단하는 것은 재검토의 필요가 있다. 압수·수색을 함에 있어 검사는 영장청구서에 죄명 및 피의사실의 요지를 기재하고 피의자에게 범죄 혐의가 있다고 인정되는 자료를 제출하여야 하며, 이 때 해당 사건과의 관련성을 인정할 수 있는 자료를 함께 제출하여야 한다(규칙 제107조, 제108조). 그렇다면 ①에 대해서는 원칙적으로 압수·수색 영장에 의해 압수·수색이 가능하다. 문제는 ②의 경우인데 기본적 사실관계가 동일하다는 의미를 일체의 법률적 관점을 배제하고 순수하게 자연적 관점에서 범행의 일시와 장소, 수단과 방법, 범행 객체 내지 피해자 등을 고려하여 밀접관계이거나 택일관계이면 동일한 범죄로 본다는 것인지, 피침해법익 또는

26) 이러한 입장에 있으면서도 객관적 관련성을 압수·수색영장의 범죄사실과 기본적 사실관계가 동일한 범행으로 한정하고, 동일한 피의자가 범한 수개의 범죄사실에 대해서는 부정하는 견해로는 전승 수, 앞의 논문, 47면 이하.

죄질까지 고려하여 동일한 범죄로 본다는 것인지에 따라 압수·수색의 범위가 달라질 수밖에 없는데, 후자로 볼 경우 범행의 일시, 장소 등을 고려했을 때 밀접관계와 비양립관계로 경합범의 관계에 설 수 없는 새로운 범행을 만들어내는 것이므로 타당하지 않다. 그리고 전자로 본다면 ②는 영장기재 범죄사실의 범위를 재확인하는 의미 정도로 볼 수 있다. 왜냐하면 ① 압수·수색영장의 범죄사실 자체와 직접적으로 연관된 물건이기 때문이다. 그렇다면 ③과 그 외 관련되는 증거자료가 있는지가 관련성에서 문제될 뿐이다. 그리고 동종·유사의 범행 내지 이종의 범행은 요증사실과의 관계, 실질증거의 증명력과 관계에 따라 개별적으로 판단되어야 한다.

2) 관련성 있는 증거의 구체적 검토

이러한 관점에서 관련성의 범위를 구체적으로 살펴보면, 직접증거의 경우 압수·수색영장의 범죄사실과 동일한 피의자의 동종·유사 범행, 공범인 제3자의 동종·유사 범행에 대해서는 관련성이 인정된다고 하겠다. 피의자와 범인은닉, 증거인멸, 장물에 관한 죄와 그 본범의 관계에 있는 자에 대해서도 마찬가지다. 동종·유사 범행의 경우 관련성을 부정하는 견해²⁷⁾도 있으나, 공판 단계의 압수·수색과 달리 수사 단계에서는 피해사실의 정확한 특징이 어려울 뿐만 아니라²⁸⁾ 동일 피의자든 공범이든 영장기재 범죄사실과의 상습성 판단, 영장기재 범죄사실의 혐의 입증, 범의 판단 등에 있어 매우 중요한 자료가 되기 때문에 관련성을 인정하는 것이 타당하다. 형사소송법 제215조에서 이미 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하고, 형사소송규칙 제108조는 해당 사건과의 관련성을 인정할 수 있는 자료를 제출하도록 하고 있으므로 동종·유사 범행의 관련성을 부정할 수 없다. 반면 동일 피의자나 공범의 이종 범행 자료는 직접증거로서는 관련성이 부정된다고 하겠다. 영장주의의 의미는 구체적 사실에 근거한 특정 범죄혐의의 존재를 전제로 하는 것이지, 단순히 수사의 단서를 찾기 위한 탐색적 압수·수색을 허용하지 않는다는 것을 포함

27) 성익경, 앞의 논문, 624면.

28) 예컨대 절도 피의자의 주거지 압수·수색과정에서 절도 피해품으로 보이는 여성지갑이 여러 개 나온 경우 피해자 중 누구의 소유인지를 특정하기 어려운데, 압수·수색시 요구되는 범죄혐의를 대인적 강제처분에 비해 완화해서 해석하는 것이 타당하므로 별도의 영장을 받도록 하는 것은 적절하지 않다.

하고 있기 때문이다.

이와 달리 간접증거의 경우 그 특성상 관련성의 범위가 다소 유동적일 수 있어 신중하게 판단하여야 한다. 연방증거규칙에 의해 허용의 범위가 구체적으로 규정된 미국의 경우²⁹⁾와 달리 직접증거가 아니면 모두 간접증거가 될 수 있으므로, 요증사실의 존부를 간접적으로 추인하는 데 불과한 간접증거는 요증사실을 추인하게 하는 정황으로서 의미가 있는지가 판단되어야 한다. 간접증거를 통해서 관련성을 넓히는 것은 특정 범죄의 수사를 위한 영장이 다른 사건에 우회적으로 사용될 가능성을 높이는 것이다. 따라서 간접증거는 추론과정을 통해 주요사실을 증명하므로 간접사실이 주요사실에 대해 중요성을 지녀야 한다.³⁰⁾ 미미한(entfernten) 개연성만으로는 추론의 시작이 불가능하다.³¹⁾ 대법원도 요증사실과의 관계에서 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당하는지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야만 된다는 점을 인정하고 있다.³²⁾ 이런 의미에서 영장기재 범죄사실의 범행의 수단 또는 방법의 입증에 사용될 수 있는 경우에는 정황증거로서 관련성을 인정할 수 있을 것이다. 예컨대 조직폭력배의 구성원들이 공모하여 권총으로 협박하여 공갈한 사건에서 영장에 “본 건에 관계있는 폭력단을 표창하는 편지, 배지, 메모 등”이라고 기재되었으나, 폭력조직의 구성원들이 도박장을 개장한 사실을 기재한 메모가 발견된 경우 폭력조직의 성격, 공갈 피의자와 다른 조직원과의 관계, 사건의 조직적 배경 등을 알 수 있는 것이므로 관련성을 인정할 수 있는 것이다.³³⁾

마찬가지로 보조증거의 경우 영장주의의 취지를 잠탈할 우려가 크므로 관련성의 범위 판단이 신중하게 이뤄져야 하는데, 이중의 범행이라고 하더라도 영장기재 피의자 진술의 증명력과 관련 있는 경우 관련성을 인정할 수 있을 것이다.

29) Federal Rules of Evidence §404(Character Evidence; Crimes or Other Acts)는 성격증거의 배제 예외를 규정하여, 범죄, 위법행위 등이 동기, 기회, 의도 등을 증명하기 위한 용도로 사용될 수 있음을 규정하고 있다. §413도 성범죄에 있어 유사 범죄경력 등에 있어 예외를 규정하고 있다.

30) 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009, 705면.

31) Volk/Engländer, a.a.O., §23 Rn. 4.

32) 대법원 1995.01.24. 선고 94도1949 판결.

33) 日最判 昭和 51.11.18. 判時 837, 104.

2. 甲의 범죄사실에 대한 녹음파일의 관련성 유무

가. 乙과 B의 녹음파일의 관련성 판단

대법원은 대상판결에서 공직선거와 관련하여 甲의 乙을 통한 금품제공 범죄사실과 B의 乙에 대한 금품제공 범죄사실은 양자 간에 관련성이 없다고 판단하였다. 대법원은 범행의 객관적 내용을 볼 때에 영장기재 범죄사실과 동종·유사의 범행에 해당할 여지가 있음을 인정하면서, 甲은 乙과 B의 범행에 가담 내지 관련되어 있다고 볼만한 아무런 자료가 없다고 하면서 관련성을 부정하였다. 이처럼 대법원이 대화 녹음 X에 대해 취하고 있는 관점에 대해, 압수·수색의 관련성 요건에 대해 그 판단 기준과 법적 효과를 처음으로 제시한 의미가 있다고 하면서, 관련성 판단시 피고인(피의자)라는 주관적 표지와 범죄사실(피의사실)이라는 객관적 표지를 동시에 고려하도록 요구하고 있다고 보는 견해와³⁴⁾ 관련성의 개념을 제대로 파악하지 못하였으며 관련성 문제와 증거사용 범위 문제를 혼동하였다는 견해³⁵⁾가 있다.

乙의 휴대폰에 저장되어 있던 녹음파일이 甲과 乙의 공직선거법 위반 혐의의 증거로 사용될 수 있는지와 관련해서는 주관적으로 피의자와 관련이 있는지, 객관적으로 영장기재 범죄사실과 관련성이 있는지를 직접증거의 경우와 간접증거의 경우로 나눠서 살펴보아야 한다.

먼저 주관적 관련성을 살펴보면, 대상판결에서 문제된 압수·수색영장에는 피의자가 甲으로 기재되었을 뿐, 乙과 B를 피의자로 기재하지 않았다. 다만 甲과 乙 및 B 사이에 공범 등 범죄참가형태적 관련성이 문제되는데 乙은 甲과 공범 관계에 있을 수 있으므로 관련성은 인정된다고 볼 수 있다.

다음으로 객관적 관련성을 살펴보면, 영장기재 범죄사실은 甲의 정당후보자 관련 공천현금 제공 혐의였으나, 확보된 대화녹음은 乙과 B 사이의 정당후보자 추천 및 선거운동 관련 대가제공 요구 및 약속 혐의였다. 우선 甲의 영장기재 범죄사실과 乙과 B 사건 사이에 기본적 사실관계가 동일하다고는 판단할 수 없다. 그리고 동

34) 신동운, “압수·수색의 관련성 요건과 그 법적 효과”, 법률신문 2015. 1. 8.자(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Cases-Commentary-View.aspx?serial=1107>).

35) 이완규, 앞의 논문, 566면 이하.

중·유사 범행의 경우 직접증거로 관련성이 인정될 수 있으나, 甲의 동종·유사범행이 아니다. 다만 乙의 동종·유사 범행인지와 관련해서도 공천 후보자 추천에 더하여 선거운동 관련 금품 요구 및 약속 혐의가 있으므로 관련성을 인정할 수 있다.

한편 대화녹음파일을 보충적으로 간접증거로 사용할 수 있는지 여부에 대해, 1심 법원은 녹음파일의 대화내용상 乙이 공천심사위원인 丙 등에 대한 친분을 이용하여 공천에 영향력을 미치려고 하였다(접촉 시도 또는 로비)는 것을 추단할 수 있고, 이를 압수수색 영장 기재 범죄사실에 기재된 甲과 丙 사이의 공천관련 금품수수 혐의 입증의 유력한 간접증거로 사용할 수 있어, 녹음파일의 관련성이 인정된다고 보았다. 1심 법원의 이러한 태도는 ‘증거로 사용할 수 있는가’를 관련성의 기준으로 이해한 것이다. 이러한 1심 법원의 태도가 타당하다는 주장도 있다.³⁶⁾ 반면 2심 법원은 甲의 영장기재 범죄사실에 대한 간접증거로 사용될 수 있다는 점은 인정하면서 乙과 B의 범죄사실에 대한 증거로는 사용할 수 없다고 판단하였으며, 대법원은 간접증거 여부를 판단하지 않고 영장기재 범죄사실과 동종·유사의 범행이기는 하나 乙의 범행에 대한 것이므로 관련성이 없다고 판단하였다.

생각건대 간접증거는 규문주의의 쇠퇴이후 직접증거와 동일한 증명력을 가지게 되었으나, 심증의 형성에 있어 전체 증거를 상호 관련 하에 종합적으로 고찰하여 하나하나의 간접사실이 그 사이에 모순, 저축이 없어야 하며, 논리와 경험칙, 과학법칙에 의해 뒷받침되어 치밀하고 모순 없는 논증 과정을 거쳐야만 한다.³⁷⁾ 물론 이는 증명력의 문제라고 할 수도 있으나, 직접증거가 아니면 모두 간접증거가 될 수 있으므로 간접증거를 통한 혐의 인정에는 이처럼 신중을 기하여야 한다. 영장에 피의자를 특정하고 죄명을 기재하도록 하는 것은 영장이 함부로 다른 사건의 수사에 유용됨을 방지하려는 것인데,³⁸⁾ 간접증거를 통해서 관련성을 넓히는 것은 영장주의의 이러한 취지를 우회하는 것이기 때문이다. 대상판결에서 乙과 B의 대화녹음을 통해 乙이 공천심사위원인 丙 등에 대한 친분을 이용하여 공천에 영향력을 미치려고 하였다는 것을 추단할 수 있고, 이것이 영장 기재 범죄사실인 甲과 丙 사이의 공

36) 이완규, 앞의 논문, 562면.

37) 신동운, 앞의 책, 1010면; 임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012, 453면; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도507 판결.

38) 차용석·최용성, 형사소송법(제3판), 21세기사, 2008, 249면.

천관련 금품수수 혐의 입증의 유력한 간접증거가 될 수 있는가? 간접증거는 추론과정을 통해 주요사실을 증명하므로 간접사실이 주요사실에 대해 중요성을 지녀야 하며, 요증사실과의 관계에서 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여야 한다. 그런데 대상판결의 경우 乙이 공천심사위원인 丙 등에 대한 친분을 이용하여 공천에 영향력을 미치려고 하였다는 점만으로 甲이 乙에게 공천현금을 제공하였다는 영장기재 범죄사실에 대해 중요한 간접사실이라고 볼 수는 없다. 乙과 B 사이의 범행에 대해서는 중요한 간접증거가 될 수 있으나, 영장에 피의자로 기재되지 않고 공범관계의 의심으로 주관적 관련성이 인정된 乙에 대한 간접증거는 甲이 丙에게 공천현금을 제공했다는 요증사실에 대해서 동일하게 증거가치를 평가해줄 수 없기 때문이다.³⁹⁾

나. 관련성과 압수·수색영장의 효력범위의 구별 필요성

관련성이 인정되는 증거라고 하더라도 중요한 판단이 남아 있다. 관련성이 있다는 것은 범죄수사 및 공판의 진행과 관련하여 영장기재 범죄사실과 관련하여 대상물을 압수·수색할 수 범위를 설정해 주는 것을 의미하며, 이는 영장에 구체적으로 기재된 압수·수색의 대상과는 구별되는 것이다. 형사소송법과 형사소송규칙은 압수·수색영장의 방식으로 피의자(피고인), 죄명, 압수할 물건, 압수수색할 장소·신체·물건, 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유를 기재하도록 하고 있다. 그리고 이렇게 기재된 영장은 철저히 사전에 제시되어야만 한다. 여기서 추상적으로 관련성 있는 증거로 압수·수색의 대상이 될 수 있다고 하더라도 이 증거가 현실적으로 실제 수사기관 등에 의해 압수·수색의 대상이 되기 위해서는 영장에 의한 압수, 또는 형사소송법 제216조의 예외에 해당하여 압수가 이루어져야만 한다. 그렇다면 영장이 발부된 경우에는 원칙적으로 영장에 기재된 피의자를 대상으로 압수·수색의 장소에서 압수할 물건에 한정하여 압수하여야 한다. 대상판결의 乙과 같이 그 외 제3자를 대상으로, 다른 증거를 대상으로 하는 압수는 범죄장소에서의 압수·수색과 같이 무영장·압수수색의 예외에 따라야만 적법한 증거로서 사용할 수 있다. 그렇지

39) 범행현장의 甲의 지문이 있었다는 간접증거가 甲이 살인범이라는 요증사실을 추인하기 위해서는 甲이 살해현장에 있었다는 중요한 간접사실이어야만 하는 것과 동일하다.

않은 경우 영장주의 원칙을 위반한 위법수집증거가 된다.

Ⅲ. 영장주의의 의미와 별건 범행자료의 위법수집증거배제법칙의 위반여부

1. 영장주의의 의미

형사소송법은 강제처분의 억제를 위해서 영장주의와 강제처분법정주의를 엄격히 규정하고 있다. 시민의 자유와 재산을 보호를 위해 수사기관이 대물적 강제처분을 행할 경우 법관이 발부한 사전영장에 의해 특정 대상물에 대하여 제한적으로 행하여야 한다. 이를 위해 영장에는 압수·수색의 권한이 남용되지 않도록 수사기관의 권한범위를 명확히 하여 구체적으로 특정되어야 하며, 개괄적인 기재는 지양되어야 한다. 이러한 영장주의의 정신은 결국 압수·수색과정에서 본건과 관련성이 인정되는 증거의 범위를 확장함으로써 영장주의를 우회하지 않도록 제한함에도 있다.

영장주의와 관련하여 형사소송법이 규정하고 있는 영장주의의 의미는 論者에 따라 협의로 이해할 수도 있고 광의로 해석할 수도 있다. 그러나 헌법이 보장하고 있는 영장주의의 정신은 일반영장에 의한 강제처분에 대한 항의에서 출발한 점에 비추어 좁게 이해될 수 없다. 영장에 의해 국가가 적법하게 점유권을 취득하면 그 취득된 압수물을 어떻게 사용하는가는 영장주의의 영역이 아니며, 그 목적물을 사용함으로써 개인의 프라이버시가 새롭게 다시 침해되는 것은 아니기 때문이라는 관점⁴⁰⁾은 수용하기 어렵다. 영장기재의 압수물건에 포함되지 않은 다른 증거물의 압수·수색은 실질적으로 영장주의에 반한 것으로 이해하는 것이 타당하며,⁴¹⁾ 관련성이 인정되는 증거로 무영장압수·수색의 예외에 해당할 경우에도 사후영장에 의해 규제를 받아야만 한다. 우리 형사소송법상 규정된 영장주의는 형사소송법의 정치적·역사적 발전을 고려하여 이해되어야 하는데, 일부 견해⁴²⁾에서 주장하는 것처럼

40) 이완규, 앞의 논문, 556면; 전승수, 앞의 논문, 61면.

41) 예컨대, 이재상, 앞의 책, 572면.

‘프라이버시에 대한 합리적 기대’의 감소 내지 부재는 미국 판례법상 축적된 논리이지, 우리 헌법상 영장주의와 동일하게 관념지을 수 없다. 우리나라의 영장주의는 조선형사령에 의해 요급사건이라는 미명하에 법원·예심판사가 아니라 수사기관에 의해 자행되던 강제처분권⁴³⁾의 통제와 군부독재 및 권위주의 시대 하에 행해지던 일반영장의 반성으로서 중요한 의미가 있다.⁴⁴⁾ 따라서 영장주의는 영장에 의해 취득된 압수물을 어떻게 사용하는가까지의 문제를 포함하고 있으며, 적법한 절차에 의해 영장이 발부되어 국가가 대상물의 점유를 취득하면 그 보호기능이 종료되는 것이 아니다. 나아가 영장이 수색을 제외하고 ‘압수’에만 효력을 미치는 것이 아니며, 최초 처분(initial intrusion)의 적법성과 우연히 발견된 증거의 별건 사용은 양자가 별개의 문제로, 후자는 여전히 영장주의의 영역 내에 있다. 사법의 연결성 유지의 위법수사의 억지와 더불어 영장주의 준수를 내용으로 하는 위법수집증거배제법칙의 한 축이기 때문이다.⁴⁵⁾

이 점에서 전화사기 혐의로 긴급체포된 자가 집에서 보관하고 있던 타인의 주민등록증 등이 든 지갑을 점유이탈물횡령죄의 증거로 한 압수가 적법하다는 2008도2245 판결⁴⁶⁾은 신중한 재검토가 필요하다. 대법원은 이 판결에서 실질적으로 당해 범죄사실과의 관련 정도와 증거가치에 대해서는 아무런 기준도 제시함이 관련성을 인정하였기 때문이다. 증거의 관련성과 증거가치는 일견(prima facie) 판단될 수 있는 것이 아니라 증거의 종류와 동종·유사범행인지 여부 등을 기준으로 주관적·객관적 관련성이 구체적으로 판단되어야 한다. 정통방법상 음란물 유포 혐의로 압수·수색 영장에 기초하여 주거지를 수색하는 과정에서 대마가 발견되자 현행범으로 체포

42) 심희기/양동철, 앞의 책, 207면. 특히 이완규, 앞의 논문, 556면 이하.

43) 朝鮮刑事令 제12조는 다음과 같다.

- ① 검사는 현행범이 아닌 사건이라 하더라도 수사 결과 급속한 처분을 요하는 것으로 인정되는 때에는 공소제기 전에 한하여 영장을 발부하여 검중·수색·물건을 차압하거나 피고인·증인을 신문하거나 감정을 명할 수 있다. 다만, 벌금·과료 또는 비용배상의 언도를 하거나 선서를 하게 할 수 없다.
- ② 전항의 규정에 의하여 검사에 허가된 직무는 사법경찰관도 임시로 행할 수 있다. 다만, 구류장을 발행할 수 없다.

44) 같은 취지로, 김인희, 형사소송법, 피앤씨미디어, 2015, 88~89면.

45) 367 U.S. 643(1961).

46) 대법원 2008.7. 10. 선고 2008도2245 판결.

하고 대마를 압수한 사안⁴⁷⁾에 대해서도, 같은 맥락에서 판단하여야 한다. 음란물유포자인 피의자의 성격이나 동기 등을 설명할 수 있고, 이는 양형상의 판단 자료가 될 수 있으므로 음란물 유포 범죄사실과 관련성이 있는가를 살펴보면 대마의 소지가 음란물유포자의 성격이나 동기를 설명할 수 있지만, 그와 무관할 수도 있으며, 양형상의 판단 자료라는 추상적 기준은 양형자료에서 제외되는 별건 증거자료가 무엇인지 명확하지 않기 때문에 객관적 관련성을 부정하는 것이 타당한 것이다. 결국 영장기재 범죄사실과 ‘동중·유사’ 범행 자료의 관련성 문제는 과잉압수의 방지를 통한 기본권 보호와 피고인의 방어권 보장을 위해 엄격하게 해석되어야 한다. 압수·수색이 불가능한 것이 아니라 별도의 영장이나 무영장압수·수색의 요건에 해당될 경우 그를 통한 증거수집이 가능하기 때문이다. 이러한 맥락에서 대법원이 최근 전원합의체 판결에서 수사기관 사무실 등으로 반출된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위는 원칙적으로 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수가 된다고 판시⁴⁸⁾한 점은 바람직하다고 하지 않을 수 없다.

2. 위법수집증거인지 여부

대법원은 대상 판결에서 압수된 乙의 대화녹음이 위법수집증거배제법칙에 반한다고 판단하였다. 수사기관 입장에서는 ‘관련성’에 관한 대법원 판결이 수사현실을 간과한 것으로 부당하다고 주장할 수 있다. 그런데 이는 단순히 압수·수색의 관련성 문제가 아니라 위법수집증거배제법칙의 틀 속에서 고찰되어야 한다. 헌법은 영장주의가 압수·수색의 대원칙임을 선언하고 있고, 형사소송법도 위법수집증거배제법칙을 통해 이를 확인하고 있기 때문이다.

대법원은 위법수집증거배제법칙이 형사소송법에 명문화되기 직전 “적법절차와 영장주의의 정신에 비추어 볼 때, 법관이 압수·수색영장을 발부하면서 ‘압수할 물건’을 특정하기 위하여 기재한 문언은 이를 엄격하게 해석하여야 하고, 함부로 피압

47) 대법원 2009.5.14. 자 2008도10914 판결의 사안이다.

48) 대법원 2015.7.16. 선고 2011도1839 전원합의체 결정.

수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추해석하는 것은 허용될 수 없다. 같은 취지에서 ... ‘압수장소에 보관 중인 물건’이라고 기재하고 있는 것을 ‘압수장소에 현존하는 물건’으로 해석할 수 없다”는 판시⁴⁹⁾를 하였으며, 이후에도 전교조 본부 사무실에 대한 압수·수색 사건에 대해서 “... 문서출력 또는 파일복사 대상 역시 혐의 사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하는 것은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의 원칙상 당연하다. 그러므로 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄 혐의의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서출력 혹은 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이다”라는 판시⁵⁰⁾를 이어 왔다.

위법수집증거배제법칙에 대한 미국의 논쟁⁵¹⁾은 70여년이 넘게 지속되었고, 순수주의에서부터 타협주의까지 다양하게 의견이 분포되어 있다. 워렌 법원 이후 출범한 버거·렌퀴스트 법원은 범죄에 대한 효율적 투쟁을 위해 미국 수정헌법 제4조에 의해 위법수집증거가 배제되는 것은 피고인의 헌법상 권리라는 Mapp 법칙⁵²⁾을 수정하여, 위수증법칙을 사법적으로 창조된 구제책(a judicially created remedy)으로 성격을 재규정하고,⁵³⁾ Mapp v. Ohio 판결 이후 헌법상 권리로서 확인된 위법수집증거배제법칙의 구성 축인 사법의 염결성이 제한적 역할에 그치며,⁵⁴⁾ 사회적 유용성에 대한 도구적 계산으로서의 의미를 가진다고 변질시키기도 했다.⁵⁵⁾

현재 우리 대법원이 받아들이고 있는 위법수집증거배제법칙은 미국의 경우처럼 선의의 신뢰의 예외 등 다양한 예외가 인정된 이후 Mapp 법칙이 재안정화된 단계와 같이, 2007년 형사소송법 개정 논의 과정에서 위법수집증거의 예외적 증거능력 인정의 길을 터 준 대판 2007.11.15, 2007도3061 전원합의체 판결이 정착되고 이후 명문으로 위법수집증거배제법칙이 규정되면서 위법수사억지와 실체진실발견 사

49) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

50) 대법원 2011.5.26. 선고 2009도1190 결정.

51) 이에 대한 상세한 고찰로는 조 국, 앞의 책, 21면 이하.

52) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643(1961).

53) Alderman v. United States, 394 U.S. 165(1969).

54) Stone v. Powell, 428 U.S. 485(1976).

55) Laurence H. Tribe, “Constitutional Calculus : Equal Justice or Economic Efficiency”, 98 Havard. Law Review, 621(1985).

이에 견제와 균형이 잡힌 개념이라고 할 수 있다. 개정 형사소송법이 당사자주의를 강화시키고 실체적 진실주의보다 적법절차를 한 단계 우위에 두려는 발상에 터잡아 추진되었다고 볼 수 있을 것이나,⁵⁶⁾ 형사사법 정의의 실현을 위해 판례를 통한 예외적 증거능력 인정은 불가피한 것이다.

결국 2007도3061 전원합의체 판결이후 위법수집증거배제법칙에 대한 일련의 대법원의 판결은 일본과 같은 외형적 위법수집증거배제법칙의 수용⁵⁷⁾의 입장이 아니라 형사재판에서 피고인의 근본적 권리로서 한국적 위법수집증거배제법칙에 대한 정립 단계로 이해할 수 있을 것이다. 대상판결에서도 검사가 녹음파일을 법정에서 직접 제시하면서 신문하여 얻어낸 피고인의 법정진술은 위법하게 수집된 녹음파일과 직접적 인과관계가 있다고 볼 여지가 있다는 이유로 증거능력을 배척하여, 위법하게 수집된 1차적 증거를 법정에서 직접 제시하면서 2차적 증거를 획득하려는 기존 검사의 법정 관행에 제동을 걸고 있다.⁵⁸⁾ 그렇다면 “어떤 사람의 범죄행위가 있고 그 범죄행위에 대한 증거를 확보하였는데, 그리고 그 확보과정에 아무런 불법이나 잘못이 없는데 왜 그 증거를 사용할 수 없다는 것인지 설명하기 어려울 것”이라는 주장⁵⁹⁾은 위법수집증거배제법칙은 한 축인 사법의 엄결성의 역할을 제한하고 대인적 강제처분에 대해 인단위설을 취했을 때에 도출될 수 있는 논리로 타당하다고 할 수 없다. 영장주의는 피압수·수색대상자 측의 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유, 경제활동의 자유, 재산권 등의 기본적 인권을 보호해주는 시금석이기 때문에 녹음파일 X를 甲의 범행에 관련성 있는 증거로 사용하는 것과 乙과 B의 범행에 증거로 사용하는 것은 달리 보아야 하는 것이다.

수색할 장소와 압수할 물건을 영장에 특정하는 것은 시민의 프라이버시를 침범하는 투망식 수색(fishing expedition)을 방지하기 위해 매우 중요한 것으로,⁶⁰⁾ 영장에

56) 심희기·양동철, 刑事訴訟法 判例百選(3판), 홍문사, 2013, 529면.

57) 일본의 경우 하급심 판례와 학설에서 제기되어 온 위법수집증거배제법칙이 天王寺 覺醒劑 사건(最高裁 1978.9.7. 刑集 32卷 6号, 1672頁)에서 비진술증거에도 인정되는 것으로 판시하였으나, 수사기관의 불법행위의 중대성과 불법행위의 역지라는 기준의 엄격한 적용을 통해서 실질적으로는 위법수집증거임에도 불구하고 증거능력 인정을 완화하고 있는 것이다.

58) 이 점을 지적하고 있는 글로는 신동운, 앞의 평석 참조.

59) 이완규, 앞의 논문, 569면.

60) 조 국, 앞의 책, 337면.

‘일체의 문서 및 물건’과 같은 일반적·포괄적 기재는 허용해서는 안 되며, 영장기재 범죄사실의 관련성의 범위가 투망식으로 확대되어서도 안 된다. 이미 검찰도 경찰의 전자정보에 대한 영장 신청에 특정성의 결여를 이유로 기각한 바 있다.⁶¹⁾

대상판결처럼 디지털증거와 같은 경우, 수사기관은 디지털 증거 전체, 녹음 파일 전체를 검색하거나, 컴퓨터 일체, 핸드폰 전부, 하드디스크 전부를 압수하는 불가피한 경우들이 있다. 이에 대해 과거부터 몇몇 견해⁶²⁾들이 제시되어 왔다. 먼저 전자적 증거의 경우 관련성을 찾기란 어려우므로 일반영장금지의 원칙을 완화하여 컴퓨터 장비 전체 또는 저장된 자료 전부에 대해 포괄적 압수수색을 인정하는 견해가 있다.⁶³⁾ 이 견해는 압수범위는 그 저장자료를 보기 전에는 쉽게 판단할 수 없으므로 압수·수색의 범위나 압수물을 포괄적으로 기재할 수 있도록 요건을 완화해야 한다는 점을 근거로 한다. 일본 판례⁶⁴⁾도 피의사실에 관련된 기재가 포함될 합리적 이유가 있고 현장 선별의 어려움이 있음을 전제로 포괄적 압수를 인정하는 입장에서 있다. 두 번째 견해는 포괄적 압수를 부정하는 입장⁶⁵⁾으로 범죄행위와 관련된 기록만이 저장되어 있는 디스켓 등 컴퓨터 장비는 당해 데이터와 일체불가분으로 결합되어 있으므로 압수의 대상은 될 수 있으나, 범죄행위와 무관한 기록과 유관한 기록이 함께 저장된 컴퓨터 장비는 압수 대상이 될 수 없다고 한다. 세 번째 견해는 수사기관이 범죄와 무관한 자료와 유관한 자료가 혼합되어 있으며, 양자가 물리적으로 분리하기 어려운 경우 수사기관은 당해 자료를 봉하거나 保持하면서 전체 자료에 대한 압수수색을 위한 별도의 영장발부를 기다려야 한다는 입장⁶⁶⁾이 있다. 이

61) 한겨레신문, “컴퓨터로 답안 중계 학원장 긴급체포”, 2004.12.2.자 기사 참조. 2004년 대학입시문제 부정사건에 연루된 입시학원장 수사에서 검찰은 경찰이 ‘문자+숫자’조합 메시지에 대한 S텔레콤과 인터넷 문자서비스 사이트에 대한 압수수색영장 신청에 대해 영장 특정성의 결여를 이유로 기각했다.

62) 미국과 독일의 전자정보 압수·수색의 입법례를 상세히 고찰한 문헌으로는 김성룡, “전자정보에 대한 이른바 ‘별건 압수·수색’”, 형사법의 신동향 통권 제49호, 2015.12. 118면 이하 참조.

63) 안경옥, “정보화시대의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003, 327면 이하.

64) 大阪高判 1991.11.6. 判タ 796号, 264頁.

65) 오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련증거의 수집과 이용에 관한 연구”, 서울대 대학원 박사학위논문, 1997, 77-81면.

66) 조 국, 앞의 책, 342면.

는 미국의 U.S v. Tamura 판결⁶⁷⁾의 입장이기도 한데, 수색현장에서 당해 서류 또는 컴퓨터 전자기록 속에 범죄와 무관한 증거도 함께 있는 경우, 그 전체에 대한 포괄적 압수허용여부는 현장에서 구별하기가 어렵다거나, 증거인멸의 위험이 있다는 점에 대한 판사의 승인 여부에 따라 결정되어야 한다는 점을 근거로 한다.

생각건대 형사소송법 제107조 및 제215조 등의 규정은 포괄적 압수의 허용여부에 대해 실질적으로는 제한적 허용설을 취하면서 그 기준으로 ‘관련성’을 두고 있으므로, 포괄적 압수·수색을 전면적으로 허용된다고 보거나 전면적으로 금지된다고 보는 견해는 타당하다고 할 수 없다. 세 번째 견해는 여전히 시사하는 바가 크며 관련성 없는 별건 범죄자료의 획득에 대해 대안을 제시해준다고 볼 수 있다. 결국 디지털증거의 포괄적 수색시 쟁점은 다시 관련성의 범위로 옮겨간다. 그리고 디지털 증거의 압수·수색시 관련성 판단은 더욱 세밀함을 요한다. 전자정보는 개인의 행동을 시간, 장소적으로 재구성할 수 있게 할 뿐만 아니라 개인의 내밀한 생각까지 포함하고 있는 경우가 많음에도 그 정보의 무한 복제가 가능하므로, 수사기관이 찾고자 하는 물건이 그 물건의 외적 특성을 통해 구별되거나 문서 사본의 존재가 유한한 종전의 일반적인 물건에 대한 압수·수색에 관한 제한 이론만으로는 개인이나 기업의 정보 대부분을 담고 있는 전자정보에 대한 부당한 압수·수색으로부터 헌법이 보장하는 국민의 기본적 인권을 보호하고 제대로 지켜 낼 수 없기 때문이다.⁶⁸⁾

최근 대법원은 검사가 압수·수색영장(제1 영장)을 발부받아甲 주식회사 빌딩 내乙의 사무실을 압수·수색하였는데, 저장매체에 범죄혐의와 관련된 정보(유관정보)와 범죄혐의와 무관한 정보(무관정보)가 혼재된 것으로 판단하여甲 회사의 동의를 받아 저장매체를 수사기관 사무실로 반출한 다음乙 측의 참여하에 저장매체에 저장된 전자정보파일 전부를 ‘이미징’의 방법으로 다른 저장매체로 복제하고,乙 측의 참여 없이 이미징한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제하였으며,乙 측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하던 중 우연히乙 등의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보(별건 정보)를 발견하고 문서로 출력하였고, 그 후乙 측에 참여권 등을 보장하지 않은 채 다른 검사가 별건 정보를 소명자료로

67) Unites States v. Tamura, 694 F.2D 591(9th Cir. 1982).

68) 대법원 2015.7.16. 선고 2011보1839 전원합의체 결정 중 다수의견에 대한 보충의견.

제출하면서 압수·수색영장(제2 영장)을 발부받아 외장 하드디스크에서 별건 정보를 탐색·출력한 사안에서, 제2 영장 청구 당시 압수할 물건으로 삼은 정보는 그 자체가 위법한 압수물이어서 별건 정보에 대한 영장청구 요건을 충족하지 못하였고, 제2 영장에 기한 압수·수색 당시 乙 측에 압수·수색 과정에 참여할 기회를 보장하지 않았으므로, 제2 영장에 기한 압수·수색은 전체적으로 위법하다고 판시하였다.⁶⁹⁾ 나아가 대법원은 같은 판결에서 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색 영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있으며, 특별한 사정이 없는 한 피압수·수색 당사자에게 형사소송법 제 219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다고 명확히 하였다.⁷⁰⁾ 이 판결은 별건증거의 증거사용 요건과 영장의 요부 및 위법수집증거 판단의 기준이 피압수·수색대상자의 참여권 보장이라는 점을 설시하였다는 점에서 향후 우연히 발견된 별건 증거의 증거능력 판단에 방향을 제시해 주었으며, 타당하다고 하겠다. 특히 수사기관이 위법하게 취득한 무관정보를 별도의 범죄수사를 위한 단서로만 사용하고 그 별도의 범죄사건에 증거로 활용하지 않는 이상, 영장을 발부한 법관으로서의 사후에 이를 알아내거나 실질적으로 통제할 아무런 방법이 없으므로 참여권 보장을 영장주의의 실질적 보장으로 인식하였다.

생각건대 현재 카피나 이미지를 통한 복사는 실무상 위태롭게 운용되고 있으며, 당장 대규모 서버의 압수·수색시 현행 전자정보 압수 조문만으로는 해결되지 않는 문제가 있다.⁷¹⁾ 검찰 입장에서 전자정보가 증거로 현출될 경우 증거로서의 활용

69) 대법원 2015.7.16. 선고 2011도1839 전원합의체 결정.

70) 대법원 2015.7.16. 선고 2011도1839 전원합의체 결정.

71) 이러한 현행 형사소송법의 한계를 지적하고 있는 견해로는 김성룡, 앞의 논문, 149면 이하. 이 견해는 ‘정보’를 압수·수색의 대상으로 포함하여야 하며, 우연히 발견된 별건정보가 다른 범죄의 증거로 사용되는 경우 별도의 영장이 필요 없고 압수목록의 교부를 활용하면 족하다고 한다.

이 매우 어려운 현실적 문제가 있다. 이러한 현실적 곤란으로 인해 관련성을 확대해석하거나 탐색의 과정을 압수·수색의 일환이 아니라고 주장할 수 있다. 그러나 영장주의와 사법의 엄결성을 축으로 하는 위법수집증거배제법칙의 의의를 생각해 본다면 원래사건과 관련성이 없는 무관정보는 영장주의를 위반한 위법수집증거로 보는 것이 타당하다. 그리고 영장주의는 영장에 의해 취득된 압수물을 어떻게 사용하는가까지의 문제를 포함하고 있으며, 적법한 절차에 의해 영장이 발부되어 국가가 대상물의 점유를 취득하더라도 보호기능이 종료되는 것이 아니다. 원래 사건의 영장에 의한 최초 처분의 적법성과 우연히 발견된 증거의 별건 사용은 별개의 문제로, 후자가 영장주의를 일탈할 경우 위법수집증거가 된다.

이러한 관점에서 살펴보면, 현실적으로 영장이 발부된 경우 대상판결의 대화녹음 X가 甲의 범죄사실과 관련성이 인정된다고 하더라도 영장에 기재된 피의자가 아닌 乙과 B에 대한 증거로 사용하기 위해서는 새로운 영장 또는 사후영장을 발부받아야 한다. 그런데 수사기관은 대화녹음에 대해 임의제출받거나 사후 영장을 발부받지 않았으므로 乙과 B의 공선법 위반 혐의에 대해서는 위법수집증거가 되는 것이다. 압수·수색영장의 관련성 문제와 적법한 압수물을 별건 범죄에서 증거로 사용하는 문제⁷²⁾는 서로 다원 차원이 아니라 위법수집증거로 상호 연장선상에 놓여 있다.

IV. 나가며

이상적인 수사를 상정한다면 관련성에 의심이 가는 별개의 사건에서는 별도의 압수·수색영장을 받는 것이 타당하다. 그러나 현실과 이상의 괴리는 있을 수밖에 없으며, 이 점에서 수사기관이 국민의 기본권 보장 관점에서 이행 가능한 범위가 어디까지인가를 설정하는 것이 유의미할 수 있다. 더욱이 현재 형사소송법 규정과 같이 입법적으로 명확하지 않은 상황에서 판례로 모든 상황이 해결될지도 의문이다. 이미 압수된 증거물을 다른 별건 범죄의 증거로 사용하기 위해 다시 검사가 영장을 받아 검사로부터 압수해야 하는지 그 경우 절차는 어떻게 되는지, 아니면 단순히 압

72) 서로 다른 차원이라는 견해로는 이완규, 앞의 논문, 564면 이하.

수목록의 교부로 족한지와, 사후영장을 받을 경우 그 시점은 언제이며 어떻게 하여야 하는가 등에 대한 현실적 의문이 남기 때문이다. 따라서 수사기관과 법원의 평평 게임을 막기 위해서는 중국적으로 입법적 개선이 수반되어야 한다. 독일 형사소송법 제108조⁷³⁾의 다른 대상에 대한 가압수(Vorläufige Beschlagnahme), 제103조의 기타의 자에 대한 압수 규정을 참고하여 압수범위를 명확히 할 필요가 있다. 다만 이 경우도 수색의 확장이 아니라 압수의 확장에 한정하여야 할 것이다.⁷⁴⁾

사법의 완전성이라는 명령, 꼭 그래야 한다면 범죄자는 자유를 얻겠지만 그에게 자유를 주는 것도 법이며, 국가가 스스로 법을 위반하는 것, 중한 경우 자신의 존재의 현상인 헌법을 무시하는 것보다 빨리 국가를 파멸시키는 것은 없다는 Brandeis의 지적의 의미를 생각해 본다면, 현행 형사소송법 규정 하에서는 대상판결의 논리 전개에는 다소 문제가 있지만 그 결론은 타당하다고 하겠다. 형사소송에서 어떠한 희생을 치르더라도 진실이 규명되어야 한다는 원칙은 없기 때문이다.⁷⁵⁾

73) 제108조는 제1항에서 “조사와 직접적 관련이 없지만 수색의 기회에 다른 범행을 암시하는 대상을 발견한 때에는 가압수할 수 있다. 당해 사실은 검사에게 통지하여야 한다.”고 규정하여 우연히 발견된 증거물(Zufallsfunde)의 압수를 해결하고 있다.

74) BVerfGE 113, 29.

75) BGHSt 14, 358.

참고문헌

- 김성룡, “전자정보에 대한 이른바 ‘별건 압수·수색’”, 형사법의 신동향 통권 제49호, 2015.12.
- 김인회, 형사소송법, 피앤씨미디어, 2015
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 2013, 홍문사
- 성익경, “압수영장의 효력 범위와 위법수집증거배제법칙”, 판례연구 제26집, 2015
- 신동운, “압수·수색의 관련성 요건과 그 법적 효과”, 법률신문 2015.1.8.자
- _____, 형사소송법(제4판), 법문사, 2012
- 심희기·양동철, 刑事訴訟法 判例百選(3판), 홍문사, 2013
- 안경옥, “정보화시대의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003
- 오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련증거의 수집과 이용에 관한 연구”, 서울대 대학원 박사학위논문, 1997
- _____, “관련성 없는 핸드폰 녹음 파일 압수와 위법수집 증거”, 2013.3.4.자 법률신문(4107호)
- 이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 적법한 압수물의 증거사용 범위”, 형사판례연구[23], 박영사, 2015
- 이은모, 형사소송법(제5판), 박영사, 2015
- 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2012
- 이창현, 형사소송법(제2판), 입추출판사, 2015
- 임동규, 형사소송법(제8판), 법문사, 2012
- 전승수, “압수·수색상 관련성의 실무상 문제점”, 형사법의 신동향 통권 제49호, 2015.12.
- 정웅석·백광민, 형사소송법, 대명출판사, 2014
- 조 국, 위법수집증거배제법칙, 박영사, 2005

Roxin/Schünemann, Strafverfahrens recht, 27. Aufl.

Laurence H. Tribe, “Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency”, 98 Havard. Law Review, 621(1985)

白取祐司, 刑事訴訟法(第5版), 日本評論社, 2008

The scope of seizure and search and relevance of the crime

Kim Jae-jung* · Lee Seung-jun**

The degree of relevance of the seizure defined in Article 106 and 215 of the Criminal Procedure Code may mean the objective possibility of usefulness as the evidence of the defendant's case not to negate the presumption of innocence. The objective relevance is likely to have meaning in terms of the warrants judge as evidence beforehand, Specifically, should be based on whether a subjective relation to the crime, the objective of the relevant crimes.

Spirit of warrants requirement as it is in the process of eventually confiscated limited so as not to bypass the warrant requirement by extending the scope of this case and relevant evidence is admitted. The meaning of the warrant requirement can not be narrowly understood. In the judgment based on the spirit of these warrant requirement, at first to see the relevance of subjective and criminals. Peter, Paul is relevant because they are in the accomplice relationship. Next objective relevance is recognized because Paul's crime is a similar offense of warrant based crime which is providing money by candidates related to the nomination offering suspicion of Peter.

However, even if that evidence relevant to the recognition remains an important decision. Being relevant means that the objects can be seized in connection with criminal warrants described, which distinguish from the confiscation described in the warrant. To become a reality, the subject of

* lead author, Professor of Law School of Chungbuk National University

** co-author, Associate Professor of Law School of Chungbuk National University

confiscation by any evidence relevant to the investigation agencies, etc. to correspond to the seizure or the Criminal Procedure Article 216 Article by warrant an exception should be made the seizure. Other targets a third party, seized that target other evidence may be used as legal evidence only subject to the exceptions to the free search and seizure warrant and the seizure of such crimes in the area. Otherwise, the unlawful gathering of evidence is a violation of the principle of the warrant. The suspect is described in the warrant and Peter, if outside this range will to implement the warrant, the warrant requirement if you receive a new warrant or ex post facto warrant. Therefore the recording file is the evidence collected against the law because of warrant.

❖ Keywords: requirement warrant, seizure, search, additional information, exclusionary rule, electronic information, ex post facto warrant