

정보저장매체 등의 압수·수색절차에서 참여권의 입법론에 관한 타당성 검토

조 광 훈*

< 목 차 >

- I. 시작하며
- II. 정보저장매체 등의 압수·수색 절차에서 참여권에 관한 규정
- III. 정보저장매체 등의 압수·수색 절차에서 참여권의 입법안의 등장 배경과 필요성
- IV. 정보저장매체의 압수·수색에서 참여권의 입법론에 관한 타당성 검토와 제언
- V. 마치며

I. 시작하며

압수·수색절차에서 피압수자 등의 참여권은 압수·수색을 실시하는 집행기관이나 압수·수색을 당하는 피압수자의 입장에서나 모두 중요한 절차로 이해된다. 압수·수색을 실시하는 집행기관의 입장에서는 해당사건의 범죄사실과 관련성이 있는 물건이나 전자정보에 한하여 적법절차에 따라 압수·수색을 실시하였음으로 보여주는 하나의 핵심적인 징표로 다가오며, 피압수자의 입장에서는 포괄적 압수·수색을 억지하여 집행기관으로 하여금 별건수사의 가능성을 원천적으로 차단하여 적법한 압수·수색의 실시를 요구할 수 있는 인권 보장적 담보조치 중의 하나로 이해되고 있다.

이처럼 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 피압수자 등의

* 서울동부지방검찰청 공판과장, 법학박사.

참여권은 그 중요성이 계속 강조되는 방향으로 나아가고 있다. 그도 그럴 것이 전자정보에 대한 압수·수색은 해당사건의 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보만을 그 대상으로 하고 있지만 전자정보의 특성상 해당사건과 관련성이 있는 전자정보만을 신속하게 골라내어 압수한다는 것이 말처럼 그리 쉽지 않을 뿐만 아니라 이를 선별하는 절차도 녹록치 않다는 점에서 피압수자 등의 참여권은 어느 모로 모나 압수·수색절차의 적법성을 확인하는 선언적 의미에서 벗어나 실질적으로 적법성을 가늠하는 기준으로 작용하고 있다. 정보저장매체 등에 대한 압수·수색절차에서 피압수자의 참여권을 보장하지 않는 경우에는 그 절차가 위법하다고 판시하고 있는 것이 참여권의 중요성을 말해주고 있다.¹⁾

그런데 이러한 압수·수색절차에서 중요한 기능을 하는 참여권은 현행 형사소송법에서도 명문으로 여러 규정을 두고 있다. 그럼에도 불구하고 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 별도의 참여권의 규정을 마련해야 하는지 의아해 할 수가 있다. 만일, 현행 압수·수색절차에서 두고 있는 참여권에 관한 규정만으로도 참여권에 관한 실질적인 목적을 충분히 달성할 수 있다면 추가적인 참여권에 관한 규정은 불필요할 것이고, 불충분하다면 추가적인 규정이 요구된다고 할 것이다. 이와 같은 문제의식에서 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 별도의 참여권의 입법론에 관한 타당성을 검토하고자 한다. 이제까지의 선행연구들은 정보저장매체나 전자정보에 관한 압수·수색절차에서 참여권의 중요성을 강조할 뿐, 그 절차에서 참여권에 관한 규정이 필요한지, 필요하다면 왜 필요한지, 그리고 어떤 내용이 포함되어야 하는지를 다룬 글은 발견하기 어렵다.²⁾ 따라서 이 글에서는 압수·수색절차에서 참여권에 관한 규정과 각국이 정보저장매체 등의 압수·수색절차에 별도의 참여권에 관한 규정이 있는지를 살펴보고(Ⅱ), 정보저장매체 등에 대한 압수·수색절차에서 참여권의 입법론에 관한 등장배경과 필요성을 검토한 후(Ⅲ), 현재까지 제시되고 있는 참여권에 관한 입법안에 대한 타당성 검토와 제언을 한 후(Ⅳ), 마무리(Ⅴ)하고자 한다.

1) 가장 대표적인 판례가 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정이다.

2) 필자도 지금까지 정보저장매체 또는 전자정보에 관한 압수·수색절차에서 참여권의 범위·절차·중요성을 비롯한 다양한 관점에서 참여권에 관하여 여러 편의 논문을 발표한 바가 있었다. 하지만 정보저장매체 등의 압수·수색절차에서 추가적으로 참여권에 관한 규정을 두어야 하는지, 규정을 두어야 한다면 왜 두어야 하는지에 관하여 구체적으로 다루지는 못하였다.

II. 정보저장매체 등의 압수·수색절차에서 참여권에 관한 규정

1. 우리 형사소송법의 규정

우리나라의 형사소송법은 압수·수색절차에서의 참여권에 관한 규정을 여럿 두고 있는데, 바로 형사소송법 제121조, 형사소송규칙 제110조, 제122조, 제123조, 제124조에서 참여권을 규정하고 있다. 하지만 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차에서의 참여권에 관한 별도의 규정은 두고 있지 않다. 그렇다고 할지라도 형사소송법 제106조 제3항에서 정보저장매체나 전자정보에 관한 압수·수색의 규정을 두고 있어 일반 물건 뿐만 아니라 전자정보도 압수·수색의 대상이 된다는 점³⁾에서 위와 같은 참여권의 규정은 정보저장매체나 전자정보에 관한 압수·수색절차에서도 당연히 적용되므로 정보저장매체나 전자정보에 관한 압수·수색절차가 다소 독특하게 진행될 수 있다고 하더라도 전자정보에 관한 압수·수색절차에서 별도의 참여권에 관한 규정을 두어야 하는지에 관해서는 따로 검토해 보아야 할 것이다.

2. 각국의 입법례

각국의 정보저장매체 등의 압수·수색절차에서 참여권에 관한 규정을 살펴보기 전에 일반 물건에 관한 압수·수색절차에서 참여권에 관한 규정을 살펴볼 필요가 있다. 먼저 독일을 보면, 독일은 압수·수색절차에 참여권에 관한 규정을 형사소송법 제103조, 제105조, 제106조, 제110조에서 규정하고 있으나 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서의 참여권에 관한 별도의 규정은 두고 있지 않다.⁴⁾ 일본도 독일과 마찬가지로 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서의 별도의 참여권에 관한 규정을 두지 않고 있다. 일본 형사소송

3) 형사소송법 제106조 제3항이 신설된 직후에 동조 제1항에서는 압수·수색의 대상이 ‘물건’으로 되어 있어 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보가 물건에 해당되는지, 물건에 해당되지 않는다면 압수·수색의 대상이 되지 않는 것인지, 되는 것인지에 대한 다툼이 있어 왔다. 하지만 수년이 지난 현재에는 전자정보가 압수·수색의 대상이 된다는 것에는 큰 이론(異論)이 없이 정리된 것으로 보인다.

4) 조광훈, “정보저장매체 등의 압수·수색에서 참여권”, 『저스티스』 통권 제121호, 한국법학원, 2015, 274면.

법 제113조, 제114조, 제115조에서 일반적인 압수·수색절차에서의 참여권에 관한 규정만을 두고 있을 뿐이다.⁵⁾ 영국은 Police and Criminal Evidence Act 1984 Code B 7.12의 Criminal Justice and Police Act 2001 Section 50. 51. (2)에서는 “압수·수색현장에서 압수할 대상을 그 본체로부터 분리하는 것이 불가능하며 그 대상과 본체를 함께 압수하는 경우에는 수사기관은 당사자에게 어떠한 권한으로 무엇을 압수하였는지, 압수 후 분리과정에 참여할 수 있고 분리 후 압수물이 반환될 수 있음을 서면으로 통지하고, 만일 압수·수색에 당사자가 없는 경우에는 메모를 남겨야 한다.”고 규정하고 있다. 또한 영국의 Police and Criminal Evidence Act 1984 Code b 7.17에서 “수사에서 포르노그래피와 같은 불법적인 접근하는 것 자체가 불법을 초래하는 경우를 제외하고는 업무상 합리적인 시간 안에 당사자가 증거조사에 참관하거나 복제 또는 이미징을 하는 경우에도 참여권을 보장하여야 한다.”고 규정하고 있다.⁶⁾ 이와 같은 규정을 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서 별도의 참여권에 관한 규정으로 볼 수 있다. 프랑스는 일반 물건에 대한 압수·수색절차에서 참여권에 관한 규정을 형사소송법 제92조, 제96조에서 규정하고 있다. 또한 전자정보에 대한 압수·수색절차에서의 참여권을 구체적으로 규정하고 있다. 프랑스 형사소송법 제97조 제3항에서는 “범죄수사에 필요한 전자정보를 압수함에는 전자정보가 담긴 물건을 압수하거나 참여자의 입회하에 사본을 출력하는 방법으로 한다.”고 규정하고 있으며, 같은 조 제6항에서는 “변호인과 함께 입회한 경우가 아니면 봉인을 해제하거나 문서를 개피할 수 없다. 압수가 제3자의 주거에서 행하여진 경우에는 제3자도 봉인해제 및 문서개피에 참여시킨다.”고 규정하고 있다.⁷⁾

5) 조광훈, 앞의 논문, 275면.

6) 원문은 다음과 같다. POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984 (PACE) CODE B 7.17 That person or their representative must be allowed supervised access to the property to examine it or have it photographed or copied, or must be provided with a photograph or copy, in either case within a reasonable time of any request and at their own expense, unless the officer in charge of an investigation has reasonable grounds for believing this would:(i) prejudice the investigation of any offence or criminal proceedings; or(ii) lead to the commission of an offence by providing access to unlawful material such as pornography; A record of the grounds shall be made when access is denied.https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/903811/pace-code-b-2013.pdf< 최종검색일: 2020. 10. 24.>.

7) 법무부, 「프랑스 형사소송법(번역본)」, 2011, 91-92면.

Ⅲ. 정보저장매체 등의 압수·수색절차에서 참여권의 입법론의 등장배경과 필요성

1. 등장배경

정보저장매체 등의 압수·수색절차에서 별도의 참여권을 두자는 견해들은 무엇보다도 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차는 일반물건에 대한 압수·수색절차에서와는 달리 전자정보의 특성상(비가시성·비가독성·변조용이성·휘발성) 피압수자에 대한 적절한 참여권이 보장되지 않을 경우, 불필요한 개인정보의 누설에 따른 사생활의 비밀과 자유, 정보의 자기결정권을 침해받을 위험성이 상존하므로 피압수자 등의 참여권을 명문으로 보장함으로써 피압수자 등의 재산권과 기본권을 보호하여야 한다는 것을 근거에 깔고 있다. 또한 전자정보의 특성상 변조용이성과 훼손이 용이하므로 이에 대한 감시의 차원에서라도 참여권이 적극적으로 보장되어야 한다는 것이다.⁸⁾ 이는 과거의 많은 경우에서 수사기관이 디지털 증거에 대한 압수·수색절차에서 수사의 편의만을 앞세워 그 절차에서 피압수자의 참여권 등을 제대로 보장하지 않은 채 포괄적 압수·수색을 남발하는 등 이런 저런 많은 문제점을 야기하고 있는 것을 더 이상 방치할 수 없다는 반성적 고려도 밑바탕에 깔려있다고 볼 수 있다.⁹⁾ 따라서 정보저장매체와 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 피압수자의 참여권을 철저히 보장함으로써 수사기관의 포괄적 압수·수색에 적절히 통제하고 대응하려는 것이 정보저장매체의 압수·수색절차에서 별도의 참여권에 관한 규정을 두자는 주장이 제기되는 배경이라 할 수 있다.

8) 김무석, “디지털 포렌식에서의 참여권 보장 방안 - 제도개선을 중심으로-”, 『치안정책연구』 제32권 제3호, 경찰대학 치안정책연구소, 2018.12., 295-269면; 방경휘, “정보저장매체의 반출 후, 전자정보의 탐색·선별에서의 참여권 보장에 관한 연구”, 『홍익법학』 제21권 제3호, 홍익법학연구소, 2020, 399-400면.

9) 수사기관의 압수·수색절차에서 피압수자 등의 참여권이 제대로 보장되지 않아 전자정보의 증거능력을 부정하고 있는 중요한 판례로는 대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정; 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정이 대표적이다.

2. 필요성

정보저장매체 등의 압수·수색절차에서 별도의 참여권에 관한 규정을 마련할 필요성은 등장배경의 연장선상에서 검토할 필요가 있다. 정보저장매체 또는 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 별도의 참여권에 관한 규정을 두자는 견해들이 주장하는 필요성에서 첫 번째로 들 수 있는 것이 압수·수색영장의 집행기관이 해당사건의 범죄사실과 관련성이 있는 것에 한하여 압수·수색을 하는 것이 아니라 이와 관련성이 없거나 희박한 전자정보까지 압수·수색할 수 있는 위험성이 상존하므로 이를 감시하고 통제하는 방법으로 참여권을 철저히 보장하여야 한다는 것이다.¹⁰⁾ 정보저장매체나 전자정보에 관한 압수·수색절차에서 수사기관의 포괄적 압수·수색을 억제하고 감시하는 기능을 충실히 수행하기 위해서라는 것이다. 물론 형사소송법 제106조 제3항에서는 사본 또는 출력물 압수를 원칙으로 하고 예외적으로 정보저장매체(원본)의 압수도 인정하고 있지만 정보저장매체의 특성상 이러한 원칙이 언제든지 무너지거나 회피할 수 있는 있는 위험성을 항상 안고 있다는 점에서 피압수자의 입장에서는 압수·수색영장의 집행기관의 불필요한 포괄적 압수·수색을 억제하고 감시에 충실을 기하기 위하여 참여권을 강화할 필요성도 있는 것이다.¹¹⁾ 물론 여기에는 부득이한 사유로 원본매체를 압수한 후 이를 외부로 반출하여 수사기관의 사무실에서의 포괄적인 탐색행위의 억제와 감시를 위한 요청도 중요한 필요성의 하나로 추가할 수 있다.¹²⁾ 이렇게 함으로써 수사기관이 피의사건과 관련성이 있는 전자정보만을 증거로 사용하도록 심리적으로 억제함과 동시에 관련성이 없는 전자정보를 별건수사에 이용하거나 불필요하게 보관하는 것을 허용하지 않아 피압수자 등의 정보기본권을 보호하고자 함에 그 필요성이 있다. 특히 해당사건의 범죄사실과 관련성이 없는 전자정보를 수사기관의 수중에 그대로 남겨 둘 경우에는 피압수자나 제3자의 프라이버시권을 침해할 우려는 물론 수사기관에게도 위법수집증거배제법칙이 적용되어 전자정보의 증거능력의 상실을 방지하기 위해서도 참여권은 중요하게 취급되고 그 필요성은 인정된다고 할 것이다.¹³⁾

10) 배종대·홍영기, 「형사소송법」 제2판, 홍문사, 2020, 166면; 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019, 155-156면; 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정; 대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도9747판결; 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결.

11) 조광훈, 앞의 논문, 278-279면.

12) 조광훈, 앞의 논문, 279-280면.

IV. 정보저장매체의 압수·수색에서 참여권의 입법론에 관한 타당성 검토와 제언

1. 현재까지 제기된 형사소송법 입법안

가. 【입법안 1】

이 입법안은 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에 디지털 포렌식 전문가를 참여시키자는 입법안이다.¹⁴⁾¹⁵⁾

현 행	개 정 안
<p>제33조 (국선번호인) ① ② ③ <생략> ④ ⑤ <신설></p>	<p>제33조 (국선번호인) ① ② ③ <현행과 같음> ④ 법원은 선정된 변호인이 요청하는 때에 한하여 전문가 참여인을 지정하여 자문을 들을 수 있도록 하여야 한다. <신설> ⑤ 전문가 참여인에게는 수당을 지급하고, 필요한 경우에는 그 밖의 여비, 일당 및 숙박료를 지급할 수 있다. 그 밖에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다. <신설></p>

13) 전자정보의 압수·수색절차에서 참여권을 보장하지 않음으로 인하여 전체적으로 압수·수색이 위법하다고 본 결정은 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정(소위 중근당 사건)이다. 이에 대한 평석으로는 조광훈, “전자정보의 압수·수색절차에서 참여권의 범위와 한계 -대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정을 중심으로-”, 『법조』 통권 제711호, 법조협회, 2015, 291-331면.

14) 김무석, 앞의 논문, 315면.

15) 구체적인 입법안을 제시하지 않지만 디지털 포렌식 전문가를 참여시켜 전자정보의 탐색·선별과정의 적법절차를 준수하도록 하자는 견해가 있다. 이에 관해서는 류현지, “디지털 증거의 압수·수색시 전문가 참여제도에 관한 연구”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 2015, 32면 이하; 신그림, “압수·수색에서 디지털 증거의 선별적 증거수집을 위한 소고”, 『입법학 연구』 제17집 제2호, 한국입법학회, 2020.8., 232-235면; 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색의 절차에만 한정하는 것은 아니지만 일반물건이나 첨단장비나 시스템을 갖춘 정보저장매체의 압수·수색절차에 민간 전문가(해당 논문에서는 직접적으로 디지털 수사관을 지칭하고 있지는 않지만 글의 취지상 디지털 포렌식 수사관을 지칭하는 것으로 보인다)를 참여시키자는 견해도 있다. 이에 관해서는 허준, “일반인의 압수·수색 집행 조력의 근거와 한계”, 『비교형사법연구』 제22권 제2호, 한국비교형사법연구, 2020, 33-34면, 55-56면.

<p>제115조 (영장의 집행) ① ② <생략> ③ <신설></p>	<p>제115조 (영장의 집행) ① ② <현행과 같음> ③ 피고인, 변호인 또는 제129조에서 규정하는 자는 제1항 및 제1항의 과정에 참여할 수 있다 <신설> 법원은 제1항 및 제2항의 절차를 진행하기 위해 피고인, 변호인 또는 제129조에서 규정한 자에게 미리 그 일시와 장소를 통지하여야 한다. 단 통지를 받을 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때, 통지가 불가능하거나 현저히 곤란한 때, 진행 중인 재판에 현저한 지장을 초래한 것으로 인정되는 때에는 예외로 한다. <신설></p>
<p>제123조 (영장의 집행과 책임자의 참여) ③ 전항의 자를 참여하게 하지 못할 때에는 인거인 또는 지방공공단체의 지원을 참여하게 하여야 한다. ④ <신설></p>	<p>제123조 (영장의 집행과 책임자의 참여) ③ 전항의 자를 참여하게 하지 못할 때에는 인거인 또는 지방공공단체의 직원 또는 <u>전문가 참여인</u>을 참여하게 하여야 한다. <개정> ④ 전문가 참여인에 대한 구체적 사항은 법무부령으로 정한다. <신설></p>

나. 【입법안 2】

이 견해들은 입법안을 구체적으로 제시하고 있지는 않지만 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에 일반 국민을 참여인(입회인)으로 참여시키자는 주장이다.¹⁶⁾ 이 견해들은 현재 우리나라는 일반 국민들이 참여재판을 통하여 형사사법절차에 참여하고 있는 점에 비추어 피압수자의 인권보장과 절차적 공정성의 확보를 위하여 이들을 압수·수색절차에 참여시키자는 주장이다. 그렇게 함으로써 수사기관의 권한남용 방지를 통한 형사사법절차에서의 수사절차의 객관성과 투명성을 확보¹⁷⁾하여 결국에는 형사사법절차의 민주적 정당성도 함께 달성¹⁸⁾하자는 주장이다. 또 다른 견해는 디지털 증거의 특수성으로 인하여 피압수자가 압수목록을 받거나 압수·수색과정에 참여한다고 하여 수사기관이 어떤

16) 강구민, “바람직한 국민참여재판제도에 관한 연구”, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 2011, 15면; 방경휘, 앞의 논문, 403면.

17) 오경식, “수사절차상 압수·수색제도에서의 인권보장 방안”, 『형사법의 신동향』 통권 제50호, 대검찰청미래기획단, 2016, 13면.

18) 강구민, 앞의 논문, 15면.

기술적인 조치를 취하였는지, 압수된 디지털 증거가 무엇인지를 알 수 없고, 게다가 피압수자에게 유리한 증거(무죄입증자료나 형을 경감받을 수 있는 증거)보다는 불리한 증거만 포함될 수 밖에 없어 피압수자의 입장에서는 적절한 방어권을 행사하기 어려우므로 수사기관과 피압수자 사이의 무기평등의 원칙을 실현하기 위하여 정보저장매체에 대한 데이터 보존 조치된 이미지 파일을 피압수자에게 제공함으로써 참여권을 실질적으로 보장하자고 주장을 펼치고 있다.¹⁹⁾

다. 【입법안 3】

이는 프랑스 형사소송법 제87조 제6항을 참고하여 기존에 필자가 제시하였던 입법안이다.²⁰⁾²¹⁾

현 행	개 정 안
<p>제106조 (압수) ① ② ③ ④ <선 설> ⑤ <신 설></p>	<p>제106조 (압수) ① ② ③ ④ <현행과 동일> ⑤ 법원은 제3항에 따라 외부로 반출한 정보저장매체나 이미징한 전자정보는 피압수자나 변호인 등이 참여하지 아니한 상태에서는 봉인의 해제, 재봉인, 탐색(또는 검색), 출력하지 못한다. 다만 피압수자 등²²⁾이 정당한 사유 없이 참여하지 않는 때에는 그러하지 아니하다. <신 설></p>

19) 정성윤·이상진, “디지털 증거 탐색과정에서의 피압수자 방어권 보장을 위한 절차적 개선 연구”, 『치안정책연구』 제34권 제2호, 치안정책연구소, 2020, 379-382면.

20) 조광훈, 앞의 ‘전자정보의 압수·수색절차에서 참여권의 범위와 한계 -대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정을 중심으로-’, 329면; 조광훈, 앞의 ‘정보저장매체 등의 압수·수색에서 참여권’, 295면.

21) 한편으로는 정보저장매체나 전자정보를 외부로 반출(압수·수색현장에서 유관정보와 무관정보를 구분함이 없이 반출한 경우)하여 이를 탐색·복제·출력하는 경우까지를 압수·수색의 일환으로 보는 관례에 따라 어쩌면 정보저장매체나 전자정보에 관한 참여권의 규정은 불필요하다고 여길 수도 있을 것이다. 하지만 정보저장매체 등에 관한 압수·수색절차에서 참여권은 핵심절차라는 점에서 별도의 법적근거를 마련함으로써 그 절차의 적법성과 피압수자의 기본권을 강화하여야 한다는 선언적 의미를 담는 것도 필요할 것이고 정당한 이유 없이 참여권을 남용하는 것에 대한 법적근거를 명확히 마련하는 것은 반드시 필요하다고 본다. 따라서 필자가 제시하는 입법안은 지금까지 관례가 참여권을 둘러싸고 내 놓은 쟁점들을 충분히 반영하고 있는 입법안이라고 생각된다.

22) 여기에서 참여인은 피압수자로 볼 수 있는 피의자, 피고인과 이들의 변호인은 물론이고 제3자를 모두 포함한다.

2. 타당성 검토

가. 【입법안 1】에 대한 검토

입법안은 디지털 포렌식 전문가 또는 국선변호인의 요청이 있을 경우, 디지털 포렌식전문가를 압수·수색절차에 참여시키자고 한다. 또한 디지털 포렌식 자체가 고도의 전문성이 요구되므로 디지털 증거의 압수·수색절차에서 피압수자의 법익을 한층 향상시키기 위해서는 디지털 포렌식의 전문가를 참여시켜야 한다고 주장한다.²³⁾ 이 견해에 대하여 다음과 같은 비판적 검토가 가능하다.

첫째, 입법안은 피압수자의 권익과 법익을 더 한층 향상시키기 위하여 디지털 포렌식의 전문가를 참여시켜야 한다는 주장이다.²⁴⁾ 그러나 수사기관의 정보저장 매체나 전자정보에 관한 수사기관의 사무실에서의 탐색·분석·출력행위에 참여권을 철저히 보장하여야 하는 이유는 범죄사실과 관련성이 있는 부분에 한정하여 압수·수색할 수 있도록 이를 통제하고 수사기관의 불필요한 포괄적인 압수·수색을 억제하여 피압수자 등의 기본권을 보호하는 것에 방점이 찍혀 있다. 즉 형사소송법 제106조 제1항에서 명시하고 있듯이 범죄사실과 ‘관련성’이 있는 물건에 한하여 이를 압수·수색할 수 있도록 하고, 더 나아가 ‘복제 또는 사본 압수와 예외적인 원본압수의 원칙’을 규정하고 있는 제3항을 준수하도록 심리적인 강제함에 있는 것이다. 결국에는 압수·수색의 대상을 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보에 한정하고 이것도 원본이 아닌 출력하거나 사본하여 압수하도록 함으로써 무분별한 전자정보의 탐색·출력·복제를 억제함으로써 압수·수색절차에서 피압수자의 정보기본권을 보호하고자 함에 있다. 이를 넓게 보면 피압수자의 법익을 한층 향상시키기 위한 측면도 없지 않지만 근본적으로는 피압수자의 법익을 향상시키기 위해서라기보다는 법익의 침해를 방지하기 위한 방어적인 측면이 강하게 내포되어 있는 것으로 보는 것이 타당하다. 또한 압수·수색의 현장에서 해당사건의 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보만을 추출

23) 김무석, 앞의 논문, 316면.

24) 구체적인 입법안을 제시하고 있지는 않지만 같은 취지의 주장이 있다. 이 견해는 참여인을 입회인으로 칭한 후 디지털 포렌식 과정에 참여하는 입회인은 디지털 증거의 특성상 포렌식 절차 전반에 관한 전문성을 갖춘 사람이어야 한다고 주장한다(강구민·김창우·오경식, “압수·수색영장 집행에 있어 참여권자에 관한 소고”, 『법학논총』 제22권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2015, 549면).

하여 이를 사본(이미징)하여 봉인하는 경우, 피압수자가 있던 그 현장에서 이루어진다. 따라서 피압수자가 사용하던 정보저장매체 등에서 선별작업이 이루어질 것이므로 피압수자가 참여하면 그보다 더 좋은 참여인이 없을 것이다. 왜냐하면, 자신이 근무하는 사무실의 자신의 컴퓨터(정보저장매체)에 저장되어 있는 전자정보를 압수·수색하는데 전자정보에 관하여 그보다 더 잘 아는 사람은 없을 것이기 때문이다.²⁵⁾ 따라서 이러한 경우에는 피압수자만 참여시키면 족한 것이지 불필요하게 제3자(디지털 포렌식 전문가)를 참여시킬 합리적인 이유를 발견하기 어렵다. 더 나아가 부득이한 사유로 압수·수색의 현장에서 정보저장매체(원본매체)를 외부로 반출하여 수사기관의 사무실(증거선별실)에서 정보저장매체나 전자정보를 선별 작업을 하는 경우도 마찬가지로 수사기관 보다는 전자정보의 저장된 내용을 잘 알고 있는 피압수자 등이 참여하는 경우가 가장 좋을 것이다.²⁶⁾ 어느 파일에 어떤 내용이 저장되어 있는지를 상세히 알고 있는 피압수자가 참여함으로써 실질적인 참여권의 보장이 가능할 것이기 때문이다.

정보저장매체나 전자정보를 다루는 기술 또한 마찬가지이다. 정보저장매체에 각종 정보가 담겨 있는 전자정보가 정보저장매체에 저장되어 있다는 것은 피압수자 등이 평소에 사용하였던 것이기에 해당사건의 내용을 전혀 모르고 정보저장매체나 전자정보 중, 어느 파일에 어떠한 내용이 저장되어 있다는 것도 전혀 모르고 단지 디지털 포렌식 절차를 잘 알고 있는 전문가의 자질이나 능력보다는 해당사건의 전·후 사정을 대략적이거나 또는 상세히 알면서 여기에 더하여 정보저장매체나 전자정보의 어떤 파일에 어떤 전자정보가 저장되어 있다는 것을 잘 알고 있는 피압수자를 참여시킨다면 참여권은 실질적으로 충분히 보장될

25) 물론, 수사기관이 최초의 압수·수색 현장에서 장소를 수색하여 압수하는 정보저장매체 또는 전자정보의 소유자(또는 점유자)가 반드시 피압수자와 일치하지 않을 수는 있다. 그러나 정보저장매체나 전자정보의 소유자(또는 점유자)가 피압수자인 경우가 대부분이며, 정보저장매체 등의 소유자(또는 점유자)와 피압수자가 다를지라도 실무상으로는 정보저장매체나 전자정보를 잘 다루거나 그 내용을 잘 아는 사람이 수사기관의 최초의 압수·수색 현장에서 참여하고, 외부로 반출된 정보저장매체나 전자정보를 탐색·선별·분석·출력 과정에 참여하고 있으므로 해당사건의 내용을 전혀 모르는 제3자(디지털 포렌식 전문가)를 참여시킬 실익도 거의 존재하지 않는다.

26) 이 과정은 별도의 증거선별실에서 디지털 담당 수사관(분석관)과 참여인(참관인)이 나란히 앉아 참여인도 그 전 과정(CCTV도 설치되어 있음)을 지켜보면서 선별하는 일자 및 선별시간 등을 함께 체크하면서 진행한다. 또한 해당사건의 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보에 관하여 선별하여 참여인이 보는 곳에서 봉인하고 참여인의 서명·날인을 받는 등의 조치를 취하고 있으므로 디지털 담당 수사관(분석관)이 전자정보의 내용을 임의로 조작할 수도 없고 조작할 아무런 이유가 없다.

것이다.²⁷⁾ 게다가 디지털 포렌식 전문가의 전문지식이 요구되는 분야는 정보저장매체나 전자정보의 탐색·삭제·복제를 함에 있어 원본매체가 훼손 또는 변형되지 않도록 진정성(동일성)·무결성을 유지하면서 이를 탐색하고 출력하고 복제할 때 소프트웨어에 관한 기술에 필요한 것일 뿐이다.²⁸⁾ 따라서 수사기관이 정보저장매체나 전자정보를 확보하여 그 내용을 탐색·분석·출력하는 과정에서는 수사기관보다 그 내용을 더욱 상세히 알고 있는 피압수자나 피압수자를 법률적으로 대리하는 변호인을 참여시키면 충분할 것이므로 디지털 포렌식 전문가를 참여시킬 필요는 없다. 만일, 수사기관이 외부로 반출한 정보저장매체나 전자정보를 해당 사건의 범죄사실과 관련성이 없는 전자정보를 별건 범죄수사에 사용한다면 이는 추후에 수사과정이나 공판과정에서 모두 드러나기 마련이다.²⁹⁾ 또한 수사기관이 압수한 전자정보를 임의로 조작하였다면 공판정에서 전자정보의 무결성과 동일성은 검사가 입증하여야 하고 그 과정에서 뻔히 드러나는데, 적법절차를 위반하면서 까지 정보를 조작할 어리석은 기관은 없을 것이다. 더구나 공판정에서 제출되는 전자증거를 디지털 포렌식 도구를 이용하여 해쉬값이 동일함을 확인한다면 금방 탄로나게 마련이다. 따라서 비록 참여인이 디지털 포렌식에 관한 전문가가 아닐지라도 압수·수색절차가 공정성과 신뢰성을 토대로 그 절차에서 피압수자의 참여권을 보장하는 것만으로도 충분한 것이다.

둘째, 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서 피압수자의 참여권을 보장하기 위한 별도의 규정을 두려는 이유는 그 절차가 일반 물건에 대한 압수·수색의 절차와는 세심한 주의와 독특한 절차에 기인한 것이며, 특히 피압수자의 자기정보기본권을 보호하기 위한 것에 있다는 점을 감안한다면, 참여권

27) 최초의 압수·수색이 실시되는 장소에서 압수·수색을 개시하기 전에 수사기관으로부터 압수·수색영장 원본을 제시받았을 피압수자는 압수·수색의 장소, 대상, 물건(정보저장매체 또는 전자정보), 대략적인 혐의사실을 알고 있을 것이고, 어떤 범죄사실(혐의사실)로 압수·수색을 당하는지도 수사관들로부터 충분히 설명을 들었을 것이기 때문에 이러한 전·후 사정을 잘 알고 있는 피압수자를 참여시키는 것이 어느 모로 보나 합리적이다.

28) 피압수자가 사용하던 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보는 대개는 한글(또는 영문)의 파일이름으로 되어 있고 그 속에도 하나 하나의 개별파일 속에 구체적인 정보가 담겨져 있다. 피압수자나 또는 특정인들만 알게 하기 위한 파일은 암호로 표시되어 있거나 특정문자를 조합하여 특수한 이름으로 조합되어 있는 경우도 있지만 이러한 경우는 드물다. 따라서 피압수자가 사용하고 있던 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보의 파일이름이나 저장되어 있는 경로는 피압수자가 대부분 알고 있는 경우가 많기 때문에 피압수자를 참여권자로 하면 충분하다.

29) 왜냐하면, 수사기관이 불법적으로 별건 수사에 활용하였다면 이는 향후 수사과정이나 공판과정에서 자연스럽게 드러나기 때문이다.

의 규정은 형사소송법 제106조에 두는 것이 보다 합리적이다. 만일, 일반적인 압수·수색절차에 적용되는 형사소송법 제123조에 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서 참여할 전문가를 조문으로 둔다면 그 전문가는 디지털 포렌식 전문가³⁰⁾만 있는 것이 아니라 수많은 전문가가 있어 다른 유사전문가들과 구별하는 것이 쉽지 않고 수사기관이 압수·수색을 실시할 때 마다 피압수자의 요청으로 전문가를 참여시켜야 한다. 이렇게 된다면 신속한 압수·수색영장의 집행에 큰 지장을 초래하는 것은 물론이거니와 수사의 밀행성과 피압수자 등의 사생활에 관한 기본권의 침해와 개인정보를 제3자에게 누설될 위험성을 불러올 수 있다. 이는 매우 불합리하다. 또한 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서 별도의 참여권의 규정을 둔다면 형사소송법 제106조 제5항에 마련하는 것이 보다 합리적이라는 점에서 형사소송법 제33조, 제115조, 제123조에 참여권에 관한 규정을 두자는 입법안은 타당하지 않다.

셋째, 디지털 포렌식 전문가를 참여시켜야 할 해당사건이나 압수·수색절차를 선별할 것인가에 관한 기준을 정하는 것도 모호하고 쉽지 않다. 수사기관의 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차라고 하여 모두 디지털 포렌식 수사관의 전문적인 압수·수색의 기법이 요구되는 것도 아니고 간단한 디지털 포렌식 기법만 요구되는 경우도 허다하다.³¹⁾ 이렇게 고난이도의 디지털 포렌식 기법이 요구되지 않는 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차와 고난이도의 디지털 포렌식 기법이 요구되는 압수·수색절차를 어떻게 구분하느냐는 것이고, 그 판단기준을 누가, 어떻게 합리적으로 정할 것인가의 문제도 대두된다. 그렇다고 수사기관이 압수·수색에 착수하기 전에 디지털 포렌식 수사관의 포렌식 기법이 요구되는지, 요구된다면 어느 정도 요구되는지를 미리 정확히

30) 디지털 포렌식 전문가라고 하지만 어느 정도의 전문성을 갖춘 전문가를 참여시켜야 하는지도 애매하고 그 자격의 범위를 어떻게 정할지도 쉽지 않다. 보다 근본적인 의문은 우리가 통상적으로 디지털 포렌식이라고 부르지만 이는 어디까지나 강학상 또는 학술상의 용어에 불과한 것으로 이 용어로 통일되어 있는 것도 아니다. (디지털 증거, 전자증거, 전자정보 증거로 불리는 것과 마찬가지로). 따라서 디지털 포렌식에 대한 개념이나 정의가 명확하지 않고, 디지털 증거의 범위도 견해에 따라서 분명하지 않으며, 포렌식도 마찬가지로 그 개념이나 정의도 통일되어 있지 않은 상황에서 디지털 포렌식 전문가라고 용어를 단정하는 것이 과연 바람직한 것인지도 따져볼 필요가 있다.

31) 실제로는 디지털 포렌식 수사관이 참여하는 압수·수색이 실시된다고 하더라도 고난이도의 포렌식 기법이 동원되는 경우보다는 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보 중, 해당 사건과 관련성이 있는 전자정보 중, 실제적 진실발견에 필요한 정보를 복제하거나 출력하여 이를 압수하는 경우가 대부분이다.

예측하거나 가능하기도 쉽지 않다. 그렇게 불확실한 상황에서 디지털 포렌식 기법이 요구되는 압수·수색절차라고 할지라도 디지털 포렌식 전문가가 참여할 정도인지 아닌지를 구분하고 판단하여야 할 것인데, 이것을 합리적으로 결정하는 것은 결코 쉬운 일이 아닐 것이다. 예컨대, 디지털 포렌식 수사관의 압수·수색의 기법이 필요할 것으로 예상되어 포렌식 수사관으로 하여금 압수·수색을 실시하였으나 이들의 도움 없이도 압수·수색을 원활하게 진행할 수 있을 경우라든지, 반대로 압수·수색절차에서 디지털 포렌식 수사관의 도움이 필요 없을 것으로 판단되어 압수·수색을 실시하였으나 그 절차가 난해하고 복잡하여 디지털 포렌식 수사관의 도움이 필요할 경우에서 디지털 포렌식 전문가의 참여를 어떻게 요청하고 참여시킬 것인지를 합리적으로 결정하기 어려운 현상이 발생하게 될 것이다. 그렇다고 고난이도의 디지털 포렌식 기법이 요구될 것을 미리 예측하여 처음부터 디지털 포렌식 전문가를 압수·수색절차에 무조건 참여시킨다면 예산낭비를 불러오고 불필요한 절차의 추가로 압수·수색에서 번거로운 절차만 하나 추가될 수 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다.³²⁾ 이는 정보저장매체를 외부로 반출하거나 압수·수색의 현장에서 유관정보와 무관정보를 선별함이 없이 모두 복제하여 수사기관의 사무실에서 관련성이 있는 전자정보만을 선별하여 이를 분석하거나 정보저장매체를 분석하거나 전자정보를 출력하는 과정에서도 마찬가지이다. 이 절차는 전자정보를 출력하는 단순한 것에서부터 해당사건의 범죄사실과 관련성 있는 전자정보를 탐색·선별하여 출력하고 이를 재봉인하는 과정이 복잡할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 그런데 이를 어떻게 합리적으로 구분하고 선정하여 디지털 포렌식 전문가를 참여시킬 것인지, 참여시키지 않을 것인지를 구별하는 것이나 설사 이를 구별할 수 있다고 하더라도 세계적으로 유래가 없는 절차를 입법화를 한다는 것은 더 더욱 어려운 일이 될 것이다.³³⁾ 이런 점을 보더라도 디지털 포렌식 전문가를 참여시키자

32) 성폭력 범죄 사건에서 피해자변호사를 지정하는 것처럼 순번을 정하여 차례대로 지정할 수도 없고, 압수·수색절차는 항상 긴급성과 신속성을 요하는 절차인데, 설사 미리 순번이 지정이 되어 있다고 할지라도 디지털 포렌식 전문가를 압수·수색의 현장으로 갑자기 나오라고 호출하거나 참여할 필요가 없으니 압수·수색현장에서 나가줄 것을 요구할 수도 없는 노릇이다.

33) 이에 대하여 미연방법 제18장 제3105조에서 수색영장을 집행하는 담당공무원은 민간인(제3자)의 집행 참여가 허용된다는 취지로 보아 이를 일반 국민의 참여권으로 이해하려는 견해가 있다(허준, 앞의 논문, 34면). 하지만 이 규정은 수사기관의 압수·수색영장을 집행함에 있어 현장에 있던 민간인(私人)도 압수·수색영장의 집행을 도울 수 있다(조력)는 것으로 이는 수사기관의 압수·수색영장의 집행절차에 순수한 제3자로서 참여인의 자격

는 주장은 너무 성급한 주장이라고 하지 않을 수 없다.

넷째, 국선변호인의 요청이 있으면 전문가 참여인을 지정하여 자문을 들을 수 있도록 하자는 것도 수사의 밀행성을 유지해야 하는 점과 다른 전문가 제도를 고려하면 적절하지 않다. 압수·수색절차가 굳이 밀행성이 요구되지 않는지라도 피압수자 등의 인권과 명예감정 등을 고려하면 가급적이면 밀행성을 유지하면서 신속하게 진행되어야 한다. 그런데 정보저장매체 또는 전자정보의 압수·수색절차에서 전문가를 참여시킨다면 그 전문가는 디지털 포렌식 전문가를 지칭하는 것으로 보이는데, 전문가의 범위를 누구로 할 것인지, 선정한다면 그 선정절차와 방법 등을 구체적으로 정하는 것은 물론이고 강조하는 바와 같이 디지털 포렌식 전문가라는 것이 전문가의 개념이 모호하고 자격요건이나 그 기준도 없어 전적으로 신빙하기도 어렵다. 이러한 사람들을 참여인으로 할 때 수사보안과 밀행성의 유지를 어떻게 담보할 수 있을 것인지³⁴⁾에 대한 의문을 해소하기 어렵다.³⁵⁾ 또 다른 문제는 현재 형사소송법 제245조의 2에는 전문수사자문위원을 수사절차에 참여하게 하여 자문을 들을 수 있고, 공판단계에서도 마찬가지로 전문심리위원의 참여시켜 의견을 듣거나 질문할 수 있는 규정을 이미 두고 있다.³⁶⁾ 압수·수색절차도 수사절차의 일환이라고 할 수 있으므로 디지털 포렌식 절차에서 전문수사전문심리위원을 참여시켜 의견을 들을 수도 있을 것이다. 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서 디지털 포렌식 전문가를 참여시키는 것은 수사기관이 그 절차에서 적법절차를 준수하는지, 해당사건의 범죄사실과 관련성이 없는 전자정보까지 무분별한 포괄적 압수·수색을 실시하는지, 압수한 전자정보를 탐색함에도 마찬가지로 범죄사실과 관련성이 없는 전자정보를 무분별하게 출력하는지 등을 철저히 감시하자는 차원이다. 그런데 이

이 아니라 압수·수색영장의 집행을 자발적으로 돕는 다는 의미이지 수사기관이 아무 관련도 없는 제3자를 압수·수색절차에 강제로 참여시키는 것을 규정하고 있는 조항은 아니다. 쉽게 말하면 예컨대, 경찰관이 현행범을 체포함에 있어 이를 목격하는 일반 시민이 경찰관을 도와 범인을 체포하는 것을 도와주는 것과 같은 취지로 이해하는 것이 바람직하다. 따라서 이 조항이 일반국민을 압수·수색에 참여시킬 수 있는 근거조항으로 삼는 것은 적절하지 않다.

34) 그들이 압수·수색영장의 집행절차에 참여할 때 마다 보안유지 각서(기밀유지 각서)를 쓰도록 하여 이를 준수하라고 할 것인지, 만일 이를 어기면 법적 제재를 할 수도 있다고 할지도 모르겠다.

35) 입법안을 주장하는 견해도 이를 우려한 듯 디지털 포렌식 전문가의 자격과 운용에 엄격한 요건이 필요하다고 지적하고 있다(김무석, 앞의 논문, 310면).

36) 형사소송법 제279조의 2~제279조의 5.

는 앞서 언급한 바와 같이 압수할 당시에 그 정보저장매체를 취급하고 있던 피압수자라면 오히려 해당 정보저장매체를 다루거나 전자정보를 취급하고 있었다면 디지털 포렌식 전문가의 능력과 기술에 버금가거나 그 이상의 능력과 기술을 갖추고 있는 경우가 많을 것이므로 효율적인 감시가 가능할 것이다. 따라서 이러한 점을 보더라도 디지털 포렌식 전문가 보다는 피압수자를 참여시키는 것이 더 효과적이고, 더 나아가 전문수사자문위원을 활용하는 것이 더 효율적일 수도 있을 것이다. 이렇게 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서 별도의 전문가를 참여시켜 자문을 듣는 규정을 다시 마련한다면 이미 마련되어 있는 전문수사자문위원제도와 전문심리위원제도와 차이점이 과연 무엇인지에 관한 또 다른 의문을 갖지 않을 수 없다.³⁷⁾ 게다가 우리 형사소송법은 제4장에 ‘辯護’라는 章을 두어 제30조~제36조까지 변호인의 선임·권한·효력 등을 규정하면서, 제33조는 국선변호인의 선정사유를 규정하고 있는 조항인데, 여기에 느닷없이 압수·수색절차에서 전문가 참여규정을 둔다는 것도 조문의 내용이나 위치 및 체계상으로도 보더라도 매우 불합리하여 타당하지 않다.

나. 【입법안 2】에 대한 검토

【입법안에 2】도 다음과 같이 비판적으로 검토할 수 있다.

첫째, 압수·수색절차에서 일반 국민을 참여시킨다면 수사의 밀행성과 피의자를 비롯한 피압수자에 관한 부당한 인권침해를 불러올 소지가 높다. 수사는 원칙적으로 밀행주의를 지배를 받는다. 압수·수색은 통상적으로 수사 초기에 초동수사에서 증거를 확보하기 위하여 실시되는 경우가 많아 수사가 구체적으로 진행되지 않은 경우에서 초기협의에 관하여 구체적인 수사방향과 피의자의 혐의가 있는지를 확인하기 위한 대물적 강제처분이라는 점에서 수사의 밀행성이 더욱 요구된다. 만일, 이러한 수사의 초기 단계에서 수사의 밀행성이 지켜지지 않으면 수사에 큰 지장과 혼선이 초래될 수 있다. 이렇게 극도의 보안과 밀

37) 물론 수사 또는 공판절차에서 전문수사자문위원이나 전문심리위원은 의료사건이나 특허법, 상표법, 의장법, 지적재산권 등과 같은 전문분야에 관한 전문가의 의견이나 자문을 듣는 것이 통상적인 것이지만 그렇다고 압수·수색절차에서 디지털 포렌식 절차가 전문분야가 아니라고 단정하기도 어렵고 압수·수색절차에 이들의 전문가의 의견이나 자문을 듣거나 이들을 참여시킨다고 하여 적정절차에 위반되는 것으로 보이지는 않는다.

행성을 유지하면서 진행되어야 할 수사초기의 압수·수색절차에 수사와 전혀 관련이 없는 일반국민들을 참여시킨다면 디지털 포렌식 전문가를 참여시킬 때보다도 수사의 밀행성은 더욱 유지되기가 어렵다. 이로 인하여 피의자나 해당 사건과 관련이 있는 이해관계인들에 대한 인권침해나 개인정보의 유출, 수사기밀 누설, 피의사실의 노출을 불러올 우려가 높다는 점에서 정보저장매체나 전자정보의 탐색·검색·분석과정에 일반국민을 참여시키는 것은 적절하지 않다.

둘째, 압수·수색절차에서 일반국민을 참여시킨다면 형사사법절차법정주의에 반할 수가 있다. 모든 형사사법절차는 법령에 따라 이루어져야 적법절차의 시비가 발생하지 않는다. 그런데 일반국민을 압수·수색절차에 참여시킬 경우, 형사소송법에서 규정하고 있는 압수·수색절차에서 참여권을 규정하고 있는 각종 제도가 무력화될 여지가 있다. 뿐만 아니라 일반 국민을 참여시키는 것을 법률로 규정하여야 할 것인데, 이 또한 형사소송법에 규정을 마련하는 것도 적절하지 않고, 규정을 둘 경우 이미 형사소송법 제123조 제3항에 근거를 두고 있는 ‘隣居人(인거인)’과 어떻게 차이를 두어 규정할지도 쉽지 않다. 또한 국민참여재판 제도는 공소제기 후에 국민의 형사재판 참여에 관한 법률에 따라 형사사법절차의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 국민 참여재판의 대상사건의 범위, 배심원의 권한과 의무·자격·선정을 비롯하여 배심원들이 재판절차에 참여하여 행사하는 평의, 평결, 토의와 관련한 모든 사항은 법률과 규칙으로 정하고 있어 이는 형사사법절차법정주의의 틀 속에서 제도적으로 구현한 것이다. 따라서 일반 국민이 이러한 제도적인 틀 속에서 형사재판에 배심원으로 참여하여 형사사법절차에 참가하는 것은 형사사법절차법정주의에 부합하지만 일반 국민이 압수·수색절차에 참여시키려면 관련 법령에 근거를 마련하는 것도 적절하지 않을 뿐더러 압수·수색절차에서 피압수자 등의 참여권과 다른 참여인의 참여권과 상충될 여지도 있다는 점에서도 일반 국민을 압수·수색절차에 참여시키자는 입법안은 모든 면에서 설득력이 떨어진다고 하지 않을 수 없다.

셋째, 압수·수색절차에 일반국민의 참여를 통하여 그 절차의 객관성과 투명성을 확보하려는 것은 우리나라의 형사사법구조와는 거리가 있다. 앞서 언급한 바와 같이 수사절차는 기본적으로 밀행성과 기밀성을 유지할 수 밖에 없다. 수사의 밀행성과 기밀성이 유지되어야 하는 이유도 또한 앞서 언급한 바와 같이 피의자와 피해자의 인권보호와 재산권의 보호는 물론이고 피의사실의 누설을 방지함으로써 피의자와 참고인을 비롯한 이해관계인들에 대한 권익보호를 위하

여 반드시 요구된다. 특히 수사의 초기에서는 밀행성이 생명이라는 점에서 보면 더욱 그러하다. 또한 압수·수색절차의 객관성 보장은 수사기관의 객관의무와 수사업무를 진행함에 있어서 각종 법령과 규칙에 따라 공정하게 진행될 때 달성되고 이루어지는 것이지 일반 국민들이 형사사법절차에 참여한다고 하여 객관성이 보장될 것이라고 보는 건 무리가 따른다. 오히려 일반국민들이 압수·수색절차에 참여시킬 경우 수사진행에 따른 불필요한 오해와 억측, 수사절차에 관한 불필요한 간섭과 부당한 개입 등으로 수사의 공정성과 객관성이 저해될 우려만 높아질 것이다.³⁸⁾ 이러한 점에서 수사의 객관성과 투명성을 보장하기 위하여 일반 국민들을 압수·수색절차에 참여시키자는 것을 입법안에 담자는 주장 또한 타당성을 부여하기 어렵다.

넷째, 수사기관이 유죄의 증거로 사용할 데이터 보존 조치된 이미지 파일을 피압수자에게 제공하자는 주장은 도저히 납득하기 어렵다. 이러한 주장을 제기하는 견해는 디지털 포렌식에 관한 전문지식이 없는 피압수자가 비록 참여권을 보장받아 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에 참여하더라도 수사기관은 피의자의 유죄를 입증할 증거만 사용하고 피압수자(피의자)에게 유리한 증거(수사기관에게는 불리한 증거)는 확보하지 않아 피압수자에게는 적절한 방어권을 행사하기 어렵다는 것이다. 하지만 수사기관이 압수한 정보저장매체나 전자정보에서 해당사건의 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보만을 추출하여 이를 유죄의 증거로 사용하는 건 너무도 당연한 것이며, 피압수자가 만일 피의자라면 피압수자는 비록 수사기관에 의하여 정보저장매체(원본매체)를 압수를 당하였을지라도 그 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보의 원본파일은 그대로 남아 있으므로 피의자로서는 그 원본매체에 저장된 전자정보를 법적절차에 따라 얼마든지 확보하여 공판과정에서 자신에게 유리한 증거(무죄입증자료나 감경자료)로 사용하는 것도 제한받지 않을 것이다.³⁹⁾ 또한 앞서서도 잠시 언급한 바와 같이 검사가 유죄의 증거로 사용할 전자정보는 공판정에서 증거로 제출되므로 공개될 수 밖에 없고, 제출된 증거의 전자정보의 원본과 동일성·무결성

38) 국가인권위원회는 2019. 10. 29. 2019진정0431600호 결정에서 헌법이나 형사소송법을 비롯한 제반법령에서 이를 규정하고 있지 않음에도 범죄척보를 제공한 시민을 압수·수색영장을 집행하는 과정에 참여시킨 것은 적법절차를 위반하는 것은 물론이고 헌법상 신체의 자유를 침해한 것이라고 결정을 내린 바도 있었다.

39) 만일 수사기관이 압수·수색의 현장에서 원본매체의 전자정보를 사본, 복제하였다면 원본파일은 피압수자에게 그대로 남아 있을 것이므로 피압수자(피의자)는 얼마든지 그 전자정보에서 어느 전자정보가 자신에게 유리하고 불리한지를 판단하여 사용할 수 있을 것이다.

도 검사가 입증해야 한다는 점에서 수사기관이 이를 조작할 아무런 하등의 이유가 없을 것이다.⁴⁰⁾

더 나아가 계속 강조하는 바와 같이 수사기관이 압수·수색하여 확보한 정보 저장매체나 전자정보를 수사기관의 수중에 있다고 하더라도 그 파일들 속에는 어느 파일에 어떤 상세한 정보가 들어 있는지, 해당사건의 범죄사실과 관련성이 있는 정보가 어느 파일에 저장되어 있는지, 해당사건과 관련성 있는 정보와 관련성이 없는 정보가 어느 파일에 어떻게 저장되어 있는지는 수사기관보다 그 정보저장매체를 평소 사용하던 피압수자 등이 보다 상세히 알고 있다. 따라서 그 전자정보 속에 어느 정보가 자신에게 유리하고 불리한지를 수사기관이 알려주기 전에 피압수자(피의자)는 이미 잘 알고 있을 것이므로 수사단계에서 수사기관과 피압수자 사이의 무기평등 원칙의 실현을 위하여 데이터 조치된 이미지 파일을 피압수자에게 제공하자는 주장에는 전혀 동의할 수 없다. 수사기관과 피압수자(피의자) 사이의 무기평등이 원칙을 구현하고자 한다면 오히려 수사기관이 압수·수색한 정보저장매체나 전자정보에 저장되어 있는 정보 중, 어떤 전자정보가 해당 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보이고, 전자정보가 아닌지를 상세히 알고 있는 피압수자가 수사기관의 압수·수색절차나 전자정보에 대한 탐색(또는 분석)에 적극적으로 협력하여야 하는 협력의무를 부과하는 것이 타당할 것이다.⁴¹⁾ 수사기관이 데이터 조치된 이미지 파일을 피압수자에게 제공하자고 주장하는 견해들은 수사과정에서 획득한 유죄의 증거로 사용할 증거들을 공소제기 전에 피의자에게 제공하여 이를 모두 공개하라는 것이나 다름 없어 밀행주의를 지향해야 하는 수사절차상의 원칙이나 공소가 제기되지도 않은 단계에서 증거개시⁴²⁾를 강제하는 것과 같아 형사절차상으로 보더라도 전혀 타당하지 않다.⁴³⁾ 우려스러운 점은 공소제기 전에 피압수자에게 제공한다면 오

40) 전자정보를 조작할 경우 해쉬값이 달라지므로 변조할 수도 없다.

41) 이에 관한 상세한 내용은 조광훈, “정보저장매체의 압수·수색절차에서 피압수자 등의 협력의무를 둘러싼 법적쟁점”, 『사법』 제38호, 사법발전재단, 2016.12., 621-658면 참조.

42) 형사소송법 제266조의 3은 공소제기 후에 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사에 관하여 증거개시를 규정하고 있고, 제266조의 11은 피고인 또는 변호인이 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사에 관하여 증거개시를 규정하고 있다. 또한 전자증거(Electronic Discovery)에 관한 증거개시는 제266조의 3의 6항과 제266조의 11의 제5항에서 규정하고 있다. 물론 공소를 제기하였으나 아직 법원에 증거로 제출하는 서류나 증거물에 대한 열람·등사권도 제한적으로 인정되고 있으나(헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 결정 참조) 그렇다고 공소제기 전에 이를 허용하고 있는 건 아니다.

43) 무기평등의 원칙은 공판과정에서 강조되는 것이지 원칙적으로 밀행주의가 지배하는 수사

히려 피압수자(피의자)에게 효율적으로 증거인멸의 기회만 가져다 줄 수도 있는 점인데, 이러한 점을 결코 간과해서는 안될 것이다.⁴⁴⁾ 따라서 피압수자는 수사기관의 전자정보에 대한 디지털 포렌식 과정에서 피압수자나 변호인 등이 참여권을 행사하면 실질적인 참여권은 충분히 달성된다고 할 것이어서 수사기관이 확보한 이미지 파일을 피압수자에게 제공하자는 주장은 형사소송법 체계를 무시하면서 앞서나가도 너무 앞서나간 것으로 타당하지 않다.

3. 실질적인 참여권의 보장과 입법을 위한 제언

가. 피압수자의 재산권 및 기본권 보장을 위한 입법론

정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 참여권이 필요한 이유는 현재의 일반 물건에 관한 압수·수색절차에서 참여권의 규정만으로는 정보저장매체의 압수·수색의 절차에서 드러나는 다양한 문제점을 모두 극복할 수 없다는 점에 있다. 특히 정보저장매체(원본매체)보다는 그 속에 저장되어 있는 전자정보는 그 특성상 휘발성·변조 및 삭제용이성·원본과 사본의 구분의 어려움 등의 이유 때문에 원본성을 담보하지 못한다는 점에 기인한다. 이를 피압수자의 입장에서 본다면, 압수·수색영장을 집행하는 기관이 엉뚱한 마음을 먹고 정보저장매체를 외부로 반출한 후 그 속에 저장되어 있는 전자정보를 탐색·선별·복제·사본하는 과정에서 이를 조작하거나⁴⁵⁾ 해당 사건과 관련성이 없는 경우에는 즉시 폐기하지 않고 이를 별건수사에 활용할 위험성을 매우 경계하고 우려하고 있다.⁴⁶⁾ 따라서 정보저장매체 또는 전자정보에 관한 압수·수

절차에서 강조되는 개념이 아닐뿐더러 수사절차는 당사자 처분권주의가 지배하는 민사소송절차와도 크게 다르다는 점을 이러한 주장을 하는 견해들은 간과하고 있다.

44) 예컨대, 수사기관이 피압수자(피의자)의 유죄를 입증할 전자정보를 피압수자에게 제공한다면 그 전자정보를 작성한 자가 제3자라면 피압수자는 제3자를 상대로 수사기관이나 공판정에서 진술이나 증언을 자신에게 유리하도록 회유하고 조작할 가능성도 충분히 있기 때문이다.

45) 방경휘, 앞의 논문, 407면.

46) 이러한 이유 때문에 압수·수색 현장에서 정보저장매체(원본매체)를 압수하였다거나 전자정보를 출력·복제·사본을 하였더라도 외부로 반출한 정보저장매체나 전자정보를 수사기관이 이를 분석(탐색)함에는 다시 법원의 허가를 받자는 여러 주장이 제기된 바가 있었다(대표적인 견해가 정병곤, “디지털 증거의 압수·수색에 대한 문제점과 개선방안”, 『형사법연구』 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013 겨울호, 179-192면). 하지만 정보저장매체

색절차에서 참여권의 중요성이 더욱 요구되고 추가적으로 참여권의 규정을 둔다면 이를 효율적으로 통제하고 감시할 수 있는 입법안으로 구성되어야 하는 것에는 동감할 수 있다.

나. 철저한 참여권 보장을 통한 적정절차의 담보

정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 철저한 참여권의 보장은 피압수자 등의 재산권과 기본권을 보장하는 것이 1차적 의미가 있지만, 반면 압수·수색영장을 집행하는 집행기관의 압수·수색절차에서의 적정절차를 확실히 담보하는 의미도 함께 존재한다. 철저한 참여권의 보장은 피압수자 등에게는 빈틈없는 권리보장을 가져다주면서도 영장집행기관에게는 압수·수색절

를 외부로 반출한 후, 관련성 있는 전자정보를 탐색하여 출력하거나 복제를 하는 등 그 절차가 마무리되거나 전자정보를 사본한 후 그 중에서 해당사건과 관련성 있는 정보를 탐색하여 이를 출력할 때 까지 당초에 압수·수색영장의 효력에 의하여(최초의 압수·수색의 행위가 지속되는 것으로 대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 전원합의체 결정도 같은 입장이다) 하는 처분이므로 추가로 법원의 허가를 받자는 주장들은 논리적으로 큰 모순이 발생하므로 전혀 설득력이 없다. 기히 발부받은 영장의 효력에 의하여 압수·수색이 진행되고 있는데, 동일한 사안에 대하여 다시 압수·수색영장을 발부받아야 한다는 주장은 과연 논리적으로 타당한가? 또한 수사기관이 만일 압수·수색의 현장에서 정보저장매체(원본매체)나 해당사건의 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보와 관련성이 없는 전자정보를 구분함이 없이 전자정보 전부를 복제(사본, 이미징)하여 수사기관의 사무실에서 이를 탐색하는 과정에서 해당사건의 범죄사실과는 무관한 전자정보이지만 별건의 혐의사실에는 단서가 될만한 증거가 발견되어 별건범죄에 증거로 사용하고자 한다면 즉시 탐색을 중단하고 그 전자정보에 대한 압수·수색영장을 발부받아 집행하고 있다는 점에서 법적문제는 발생하지 않는다. 다만, 이 경우에는 피압수자(피의자)의 입장에서는 별건수사에 따른 예기치 못한 상황에 처할 수 있다는 점에서 수사기관의 사무실에서 피압수자의 참여권의 중요성이 대두되고, 수사기관은 최초의 압수·수색 현장에서 해당사건의 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보에 한정하여 압수·수색을 진행하려는 부당한 노력이 요구된다고 할 것이다. 따라서 당초의 압수·수색현장에서 부득이한 사유로 유관정보와 무관정보를 구분함이 없이 외부로 반출되어 탐색(검색)하는 과정에서도 참여권을 보장하여야 하고, 반대로 유관정보와 무관정보를 분리한 후 유관정보만을 출력 또는 사본한 전자정보를 외부로 옮겨 이를 검색(탐색)하는 경우라면 참여권을 보장할 필요가 없다고 할 것이다. 참고로 우리나라에서는 미국의 plain-view doctrine(육안 발견의 원칙)이나 독일의 '긴급 압수제도'(독립적 압수·수색제도), 일본의 '기록명령 후 압수제도'와 같은 유사제도를 두지 않고 있는 상황에서는 계속 발생할 수 밖에 없으므로 우리나라도 이와 같은 제도를 적극 검토하여야 함을 계속 강조하지 않을 수 없다. 이에 관한 상세한 내용은 조광훈, "정보저장매체의 분석행위의 입법론에 대한 타당성 검토", 「형사법의 신동향」 제44호, 대검찰청 미래기획단, 2014, 31면 이하; 조광훈, "정보저장매체 등을 외부로 반출한 이후의 절차에서 피압수자의 참여권을 둘러싼 실무상 쟁점과 해석론", 「영남법학」 제41호, 영남대학교 법학연구소, 2015.12., 200면 각주 10) 참조.

차에서의 철저한 적정절차의 준수를 통하여 양측에게 윈윈하는 결과를 가져오게 되는 것이다. 따라서 최초의 압수·수색의 현장에서 개시한 압수·수색에서부터 정보저장매체를 외부로 반출하여 수사기관의 사무실 등지에서 탐색·출력·분석하는 절차에서 참여권을 확실하게 보장함으로써 적정절차의 틀 속에서 형사사법절차가 진행될 수 있도록 하여야 하는 것이다. 이를 구분하여 살펴본다면, 최초의 압수·수색 현장에서 정보저장매체에서 해당사건과 관련성이 있는 전자정보를 탐색·복제·출력하는 과정, 정보저장매체 자체를 압수할 때 이를 봉인하는 과정, 외부로 반출한 정보저장매체를 수사기관의 사무실에서 봉인을 해제하는 과정, 해당 범죄사실과 관련성 있는 전자정보를 탐색하는 과정, 필요한 전자정보를 출력하는 과정, 전자정보를 출력한 후 정보저장매체(원본)를 재봉인하는 과정에서는 피압수자 등에게 참여권을 철저히 보장하여야 한다. 다만 이 과정에서 피압수자 등이 참여권을 남용하여 실제적 진실발견을 방해할 경우에 관한 사항도 입법안에 포함시킴으로써 참여권의 내용이 피압수자의 인권과 기본권을 철저히 보장함과 동시에 실제적 진실발견을 위한 중요한 절차임을 감안하여 두 개의 가치가 조화될 수 있는 입법안이 되어야 할 것이다. 이는 항목을 바꾸어 좀 더 살펴보기로 한다.

다. 피압수자의 기본권과 실제적 진실발견의 적절한 조화

지금까지 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서 수사기관의 위법행위를 지적하면서 증거능력이 없다고 판시(결정)한 법원의 태도를 보면, 압수·수색절차에서 피압수자의 참여권을 보장하지 않을 경우에는 대부분 위법수집증거 배제법칙을 들어 압수된 전자정보에 대한 증거능력을 배제시켜왔다. 이러한 판례의 태도에는 원칙적으로 공감할 수 있다. 이렇게 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 피압수자 등의 참여권이 중요한 제도적 절차임에는 틀림없지만 그렇다고 하여 참여권의 보장 여부가 반드시 압수·수색절차의 적법 여부를 결정짓는 것으로 단정할 수는 없다. 여기에서 만일 피압수자 등이 참여권의 보장이라는 미명으로 참여권의 빙자하여 실제적 진실발견을 방해하거나 저해하는 경우라면 이에 적절히 대응할 수 있는 규정을 입법론에 담는 것도 필요한 이유를 찾을 수 있다. 만일 피압수자 등의 참여권이 절대적으로 보장되어야 한다는 것만 강조된다면 피압수자 등은 이를 핑계삼아 압수·수색절차에 참여를 거부할

으로써 고의적으로 수사방해를 할 수 있는 여지가 충분하기 때문이다.

예컨대, 수사기관이 정보저장매체를 수사기관의 사무실로 옮긴 후 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보를 탐색하면서 해당사건의 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보와 그렇지 않은 전자정보를 구분한 후, 유관 정보 중, 증거로 사용할 전자정보는 출력하려고 하는 경우, 피압수자 등에게 참여권을 보장하지 않으면 위법한 절차로 평가되어 증거능력이 배제될 수 있다. 그런데 이러한 경우, 피압수자 등에게 그 절차에 참여할 것을 통보하였으나 참여하지 않겠다는 의사표시는 하지 않은 채, 정당한 사유 없이 부당하게 참관일정을 미루거나 일방적으로 그 일자를 변경한다든지, 참관시간을 일방적으로 결정한다면⁴⁷⁾ 사실상 영장집행기관의 정보저장매체나 전자정보에 대한 원활한 탐색·출력·복제·분석을 할 수 없는 상황에 처할 수 있다.⁴⁸⁾ 따라서 이러한 경우에는 정당한 사유 없이 참여를 하지 않거나 참여권을 빙자하여 수사방해로 판단되는 경우에는 참여권도 제한할 수 있어야 할 것이고 이러한 내용도 입법론에 반드시 반영되어야 하는 것이다.⁴⁹⁾

이와 관련하여 피압수자에게 참여권을 인정할 경우에는 수사기밀의 노출로 인한 수사의 밀행성 약화 우려⁵⁰⁾, 증거인멸의 우려⁵¹⁾ 등이 초래될 수 있으므로 참여권을 제한하자는 주장이 제기되고 있다. 하지만 참여권이 인정되는 범위는 외부로 반출된 정보저장매체 속에 저장되어 있는 전자정보 중에서 범죄사실과

47) 특히 공안사건이나 국가보안법위반사건에서 빈번하게 발생한다.

48) 최초의 압수·수색영장이 집행되는 장소에서 범죄사실과 관련성 있는 전자정보와 없는 전자정보를 분리하여 관련성 있는 전자정보만을 출력하거나 사본하였다면 현장에서 압수·수색이 종료된 것으로 볼 수 있으나 현장에서 그것이 불가능하여 부득이 하게 정보저장매체(원본)를 외부로 반출하여 수사기관의 사무실에서 유관정보와 무관정보를 탐색을 통하여 구분하여 유관정보를 출력하는 과정에서 정보저장매체의 봉인·외부반출·봉인해제·탐색·출력 등의 전 과정에서 참여권을 보장하여야 한다. 그런데 수사기관의 사무실에서 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보를 탐색하여 출력하거나 복제하는 과정에서 피압수자의 참여권을 보장하지 않으면 사실상 전자정보에 대한 압수·수색은 무용지물이 될 것이라는 것을 피압수자나 그의 변호사들은 잘 알고 있기 때문에 이 과정에서 수사방해 내지는 수사지연 술책을 사용할 가능성이 충분히 있기 때문이다.

49) 이러한 경우를 가정하여 참여권을 제한하자는 견해로는 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법”, 『형사법의 신동향』 통권 제48호, 대검찰청 미래기획단, 2015, 130면; 방경휘, 앞의 논문, 400면.

50) 박건욱, “수사기관에서의 전자정보 탐색과정을 압수·수색 일환으로 보는 판례 입장에 대한 비판적 검토”, 『형사법의 신동향』 통권 제50호, 대검찰청미래기획단, 2016, 213면.

51) 김기준, “수사단계의 압수·수색 절차에 대한 몇가지 고찰”, 『형사법의 신동향』 통권 제18호, 대검찰청미래기획단, 2009, 72면; 김무석, 앞의 논문, 297면; 방경휘, 앞의 논문, 398-399면.

관련성이 있는 부분을 증거로 출력·복제·사본하여 이를 증거로 사용하고자 하는 과정에서 피압수자의 참여권을 실질적으로 보장함으로써 압수·수색절차의 적법성을 보장하는 것에 중점을 두고 있고, 해당 전자정보는 피압수자 등이 소유 또는 점유하던 물건(전자정보)로 그 내용을 수사기관보다 더 잘 알고 있고, 이미 수사기관이 전자정보를 확보하고 있으므로 증거인멸을 불러올 가능성도 거의 없다는 점에서 수사의 밀행성이나 증거인멸의 우려가 있다는 이유만으로 피압수자의 참여권을 배제 또는 제한하는 건 바람직하지 않다. 오히려 참여권을 보장하지 않으면 해당 범죄사실과 관련성이 없는 전자정보일지라도 피압수자 등을 비롯한 제3자의 개인정보가 담긴 전자정보인 경우에는 프라이버시권을 보호할 수 없게 되고⁵²⁾ 영장집행기관의 무분별한 탐색과 출력이 이루어진다면 또 다른 문제를 야기할 수 있다는 점을 고려한다면 참여권을 더욱 철저히 보장하여야 한다. 더 나아가 지금까지의 참여권을 둘러싼 일관된 판례의 경향을 미루어볼 때 참여권을 처음부터 제한하는 것은 판례의 취지에 반할 뿐만 아니라 피압수자의 인권이나 방어권 보장을 고려하더라도 결코 바람직하지 않다. 또한 국가보안법 위반 사범을 비롯한 공안사범의 피고인들이 참여권을 병자하여 증거인멸이나 고의적인 수사진행의 방해에 대비하기 위해서라도 전문적인 입회인의 참여를 보장하여야 한다는 주장⁵³⁾도 어느 정도 설득력이 있으나 그러한 경우에서도 앞서 밝힌 바와 같이 굳이 디지털 포렌식 전문가를 참여시킬 것이 아니라 피압수자 등에게 참여를 요청하였으나 이들이 만일 참여를 거부한다면 형사소송법 제123조 제3항에 따라 인거인이나 지방공공단체의 직원을 참여시키면 충분하다. 아울러 정보저장매체나 전자정보에 관한 압수·수색절차에서 별도의 참여권을 두는 이유는 현재의 참여권의 규정만으로는 실질적으로 참여권을 보장하기 어려운 경우 이를 보충하려는 것에 있으므로 형사소송법 제123조 제3항도 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서도 당연히 적용된다고 할 것이고, 동조에 제4항을 신설할 필요는 없다고 생각된다.

52) 이와 유사한 견해로는 박용철, “디지털 증거 중 카카오톡 대화의 압수·수색영장 집행에 대한 참여권 - 대법원 2016도587 사건을 통해 본 형사소송법 제122조 단서상 급속을 요하는 때의 의미-”, 『비교형사법연구』 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019, 41면.

53) 강구민·김창우·오경식, 앞의 논문, 547-549면.

V. 마치며

이상 살펴본 바와 같이 정보저장매체 등에 관한 압수·수색절차 만큼 많은 논란거리를 불러오고 적법절차와 관련한 이슈가 나오는 부분도 드물지 않을 것이다. 그도 그럴 것이 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차는 우선 전자정보는 비가시성·비가독성의 독특함 때문에 압수·수색영장을 집행하는 기관이건, 피압수자이건, 일반 물건에 대한 압수·수색절차와는 세심함이 요구되고 그 절차도 간단하지 아니하여 자칫하면 사소한 절차위반이라도 위법증거 배제법칙이 적용되어 증거로 사용할 수 없는 위험성이 상존하고 있기 때문이다. 또한 압수·수색의 현장에서 전자정보를 압수하였건, 정보저장매체를 외부로 반출하여 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보를 복제·사본·출력하여 이를 분석함에도 첨단 과학적 장비의 도움을 받아야 하는 경우가 빈번하다는 점이다. 이러한 모든 절차에서 압수·수색절차에서 사소한 실수의 하나가 적법과 위법의 판가름하는 행위로 취급되고 있어 형사소송절차에서 이 분야에서 적지 않은 중요한 판례가 계속하여 등장하는 이유도 바로 여기에 있다. 그 중에서도 피압수자 등에게 ‘참여권’을 보장하였는지가 핵심절차로 여겨진다고 해도 과언이 아니다. 그렇다면 이렇게 독특하고도 세밀한 절차가 요구되는 정보저장매체와 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 피압수자의 재산권과 기본권을 보장하려면 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 집행기관의 치밀함도 요구되지만 이에 못지않게 피압수자 등의 적극적인 참여와 협조와 능동적인 감시가 함께 요구된다고 할 것이다. 그렇다고 하여 피압수자의 재산권과 인권을 보호한다는 미명 아래 합리적인 참여권을 보장하는 차원을 넘어서는 피압수자 이외에 제3자(디지털 포렌식 전문가, 일반국민)를 참여시키자거나 수사기관이 확보한 유죄 입증과 관련한 이미지 파일을 무기평등의 차원에서 피압수자에게 제공하자는 주장은 현재 형사소송법 체계를 무시한 너무 성급한 주장으로 이에 찬성하기는 어렵다. 결국에 실질적인 참여권의 보장을 위해서는 정보저장매체와 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 피압수자 등의 참여권을 실질적으로 보장함과 동시에 참여권을 남용하여 실제적 진실 발견을 저해하는 경우에는 참여권을 적절하게 제한하는 규정을 함께 마련하는 것이 필요하다. 만일 참여권에 관한 추가적인 규정을 둔다면 형사소송법 제106조 제5항⁵⁴⁾에 마련하는 것이 가장 적절하다고 생각된다.

투고일 : 2020.11.1. / 심사완료일 : 2020.12.4. / 게재확정일 : 2020.12.23.

-
- 54) 다만, 필자가 기존에 제기하였던 【입법안 3】은 해당 사건의 범죄사실과 관련성이 있는 정보저장매체나 전자정보(유관정보)와 관련성이 없는 정보저장매체나 전자정보(무관정보)가 모두 포함되는 것으로 오해의 소지가 있으므로 참여권을 보장하여야 하는 부분은 유관정보와 무관정보가 혼합된 채로 원본매체나 복제 또는 사본매체의 경우에만 보장되어야 하므로 이를 명확히 하기 위하여 본 논문의 입법안에서는 기존의 입법안에서 제시하였던 “⑤ 법원은 제3항에 따라~”를 “⑤ 법원은 제3항의 후단에 따라~”로 변경하여 제시한 후, 기본 골격을 기초로 하는 입법안은 계속 유지하기로 한다.

[참고문헌]

- 법무부, 「프랑스 형사소송법(번역본)」, 2011.
- 배종대·홍영기, 「형사소송법」 제2판, 홍문사, 2020.
- 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019.
- 강구민·김창우·오경식, “압수·수색영장 집행에 있어 참여권자에 관한 소고”, 「법학논총」 제22권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2015.
- 강구민, “바람직한 국민참여재판제도에 관한 연구”, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 2011.
- 김기준, “수사단계의 압수·수색 절차에 대한 몇가지 고찰”, 「형사법의 신동향」 통권 제18호, 대검찰청 미래기획단, 2009.
- 김무석, “디지털 포렌식에서의 참여권 보장 방안 - 제도개선을 중심으로-”, 「치안정책연구」 제32권 제3호, 경찰대학 치안정책연구소, 2018.
- 김혜경, “영장주의의 본질을 기초로 한 전자정보의 압수·수색의 참여권의 범위”, 「연세법학」 제35권, 연세대학교 법학연구소, 2020.
- 류현지, “디지털 증거의 압수·수색시 전문가 참여제도에 관한 연구”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 2015.
- 박건욱, “수사기관에서의 전자정보 탐색과정을 압수·수색 일환으로 보는 판례 입장에 대한 비판적 검토”, 「형사법의 신동향」 통권 제50호, 대검찰청 미래기획단, 2016.
- 박경규, “전자정보의 수색·압수에서 피압수자 등의 참여권 -대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 및 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결-”, 「형사법의 신동향」 제65호, 대검찰청 미래기획단, 2019.
- 박성민, “전자정보의 압수·수색에 있어 정보검색의 성격과 피압수자 참여권 보장의 의미”, 「형사정책」 제28권 제2호, 한국형사정책학회, 2016.
- 박용철, “디지털 증거 중 카카오톡 대화의 압수·수색영장 집행에 대한 참여권 - 대법원 2016도587 사건을 통해 본 형사소송법 제122조 단서상 급속을 요하는 때의 의미-”, 「비교형사법연구」 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019.
- 박웅신, “디지털 증거압수시 참여권 및 별건 정보 압수에 관한 연구”, 「치안정책연구」 제30권 제3호, 경찰대학 치안연구소, 2016.
- 방경휘, “정보저장매체의 반출 후, 전자정보의 탐색·선별에서의 참여권 보장에 관한 연구”, 「홍익법학」 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020.

- 서태경, “형사소송법 제106조 제3항 단서에 따른 수사기관의 압수에 관한 검토 - 피의자, 변호인의 참여권을 중심으로-”, 『법학논총』 제39권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2015.
- 신그림, “압수·수색에서 디지털 증거의 선별적 증거수집을 위한 소고”, 『입법학연구』 제17집 제2호, 한국입법학회, 2020.
- 이규봉, “디지털 증거의 압수·수색과 당사자 참여의 실제와 쟁점”, 『범죄수사학연구』 제5권 제2호, 경찰대학 수사과학연구센터, 2019.
- 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법”, 『형사법의 신동향』 통권 제48호, 대검찰청 미래기획단, 2015.
- 조광훈, “정보저장매체의 분석행위의 입법론에 대한 타당성 검토”, 『형사법의 신동향』 제44호, 대검찰청 미래기획단, 2014.
- _____, “정보저장매체 등의 압수·수색에서 참여권”, 『저스티스』 통권 제121호, 한국법학원, 2015.
- _____, “전자정보의 압수·수색절차에서 참여권의 범위와 한계 -대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정을 중심으로-”, 『법조』 통권 제711호, 법조협회, 2015.
- _____, “정보저장매체 등을 외부로 반출한 이후에 피압수자의 참여권을 둘러싼 실무상 쟁점과 해석론”, 『영남법학』 제41호, 영남대학교 법학연구소, 2015.
- _____, “정보저장매체의 압수수색절차에서 피압수자 등의 협력의무를 둘러싼 법적쟁점”, 『사법』 제38호, 사법발전재단, 2016.
- _____, “전자정보의 압수·수색절차에서 관련성·동일성·참여권 -대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결에서 제기된 쟁점을 중심으로-”, 『법제』 통권 제681호, 법제처, 2018.
- 조성훈, “디지털 미란다 원칙 - 전자정보에 대한 압수·수색과 당사자의 참여권”, 『사법』 통권 제36호, 사법발전재단, 2016.
- 전명길, “디지털 증거의 압수·수색에 있어서 참여권에 관한 연구”, 『인문사회 21』 제7권 제4호, 아시아문화학술원, 2016.
- 정성윤·이상진, “디지털 증거 탐색과정에서의 피압수자 방어권 보장을 위한 절차적 개선연구”, 『치안정책연구』 제34권 제2호, 치안정책연구소, 2020.
- 최형석·이상진, “디지털 증거탐색 과정에서의 피압수자 참여문제와 컴퓨터 영상 녹화제도에 관한 연구”, 『디지털포렌식 연구』 제11권 제2호, 한국디지털포렌식 학회, 2017.

허 준, “일반인의 압수·수색 집행 조력의 근거와 한계”, 『비교형사법연구』 제22권 제2호, 한국비교형사법연구, 2020.

[국문초록]

정보저장매체 등의 압수·수색절차에서 참여권의 입법론에 관한 타당성 검토

조 광 훈*

최근 정보저장매체나 전자정보의 압수·수색절차에서 참여권에 관한 입법론이 꾸준히 제기되고 있다. 제기되고 있는 입법론은 정보저장매체나 전자정보에 관한 압수·수색의 과정에서 피압수자 등의 참여권이 매우 중요하므로 이에 참여권에 관한 추가적인 규정을 두어야 한다는 것이다. 현재 우리 형사소송법에는 압수·수색절차에서 참여권에 관한 여러 규정을 두고 있음에도 불구하고 이러한 주장이 대두되는 배경에는 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 해당 범죄사실과 관련성이 없는 전자정보를 별건수사에 활용하는 것을 억제하고 개인정보의 오·남용을 방지하여 결국에는 피압수자 등을 기본권이 불필요하게 침해되는 것을 막자는 의도에서도 대두되고 있다. 그런데 만일 참여권에 관한 추가적인 규정이 필요하다면 현재 참여권의 규정을 보완 내지는 보충하여야 할 것이고, 그렇지 못하다면 불필요한 규정만 하나 더 늘어날 뿐이다.

살펴보면, 압수·수색절차에서 참여권은 압수·수색의 착수에서부터 종료될 때까지 보장되어야 하는 참여권에 관한 규정을 좀 더 세밀하게 규정할 필요가 있을 것이다. 한편, 전자정보에 관한 압수·수색도 일반 물건에 관한 압수·수색과 달리 불필요는 없지만 정보저장매체나 전자정보에 관한 압수·수색절차는 일반 물건에 대한 압수·수색의 절차와는 달리 보다 세밀함이 요구된다. 전자정보의 특성상 범죄사실과 관련성이 없는 피압수자를 비롯한 제3자의 개인정보도 다량 포함될 수 있다는 점에서 참여권의 중요성이 대두된다고 할 것이다.

따라서 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수·수색절차에서 참여권에 관한 규정을 추가로 마련한다면 정보저장매체(전자정보)의 압수·수색절차의 착수에서부터 종료에 이르기까지 피압수자 등의 참여권이 충분하고도 실질적으로 보장될 수 있도록 규정하여야 한다. 다만 피압수자 등이 참여권의 행사를 포기하

* 서울동부지방검찰청 공판과장, 법학박사.

거나 참여권을 병자하여 수사방해를 피할 것에 대한 부분도 규정함으로써 피압수자의 기본권 보호와 실체적 진실발견의 적절한 조화를 이루어야 할 것이다.

주제어 : 압수·수색, 전자정보, 정보저장매체, 대물적 강제처분, 참여권

[Abstract]

A Review on the Validity of the Theory of Legislation of
Participation Right in the Procedure of Search · Seizure of
Data Storage Media etc.

Cho Gwang-hoon*

Recently, the theory of legislation on the participation right in the procedure of search · seizure of data storage media or electronic information has been raised continuously. Theory of legislation raised recently is about establishment of additional regulation on the participation right as participation right of subject to seizure is very important in the process of search · seizure of data storage media or electronic information. The background such assertion is raised despite our current Criminal Procedure Act has regulations on the participation right in the procedure of search · seizure is to keep fundamental rights of subject to seizure from being infringed by preventing use of electronic information not associated with criminal fact for another cases and preventing misuse · abuse of personal information in the procedure of search · seizure of electronic information. If additional regulations on the participation right are necessary, however, such regulations must be supplemented or added to the existing regulations of participation right, but if not, it may end in addition of unnecessary regulation.

If we take a close look, there is a need to take a closer look on the regulations of participation right that must be guaranteed from commencement to the end of search · seizure in the procedure of search · seizure. Meanwhile, there is no need to view search · seizure of electronic information differently from search · seizure of general objects, but unlike procedure of search · seizure of general objects, details are required for the procedure of search · seizure of data storage media or electronic information. Due to the nature of electronic

* Seoul East District Prosecutor's office Chief Tribunal Doctor of Philosophy in Law.

information, volume of personal information of a third party as well as subject to seizure which is not related to the criminal fact, so the importance of participation right is on the rise.

Therefore, if new regulations on the participation right are added to the procedure of search·seizure of data storage media or electronic information, participation right of subject to seizure must be regulated to be guaranteed sufficiently and substantially from commencement to the end of the procedure of search·seizure of data storage media (electronic information). However, protection of fundamental rights of subject to seizure and finding of substantial truth shall also be in harmony by enacting a regulation to prevent subject to seizure from giving up exercise of participation right or attempting obstruction to investigation under the pretext of participation right.

Key words : search·seizure, electronic information, data storage media,
in rem constraint disposition, participation right

