

## 정보저장매체 등을 외부로 반출한 이후의 절차에서 피압수자의 참여권을 둘러싼 실무상 쟁점과 해석론

조 광 훈\*

### < 목 차 >

- I. 문제의 제기
- II. 전자정보나 정보저장매체를 외부로 반출한 이후, 참여권과 관련하여 제기되는 쟁점들
- III. 전자정보나 정보저장매체의 외부로 반출한 이후의 단계별 참여권의 보장방법과 그 범위
- IV. 피압수자의 참여권의 합리적 보장과 실체적 진실발견의 원활을 위한 모색
- V. 맺음말

### I. 문제의 제기

그동안 전자정보나 정보저장매체에 대한 압수수색절차에서 형사소송법 제106조 제3항의 규정에도 불구하고 이를 제대로 준수하지 않는 수사기관의 절차상의 문제점을 지적하는 것에 집중되어 왔다.<sup>1)</sup> 해당사건과 관련성이 없음에도

\* 서울서부지방법검찰청 형사1부 김찰수사관, 고려대학교 대학원 박사과정 수료.

1) 특히 2011년 7월 형사소송법 제106조 제3항이 개정되어 ‘출력과 복제 압수의 원칙’과 ‘정보저장매체의 예외적 압수’의 규정을 마련하였지만 이러한 규정에도 불구하고 실무에서는 오히려 ‘정보저장매체의 원칙’과 ‘출력과 복제 압수의 예외적 압수’를 하는 문제점을 지적하는 글들이 많았다. 이에 대한 대표적 연구들로는 박병선, “디지털 증거의 압수수색절차상 문제점과 개선방안”, 『법학연구』 제51권, 한국법학회, 2013.9, 249-265면; 김용호·이대성, “실무상 디지털 증거의 현장 압수수색 문제점과 개선방안”, 『한국정보통신학회 논문집』 제17권, 한국정보통신학회, 2013.11, 2,595-2,601면; 권양섭, “실태조사를 통해 본 디지털 증거수집의 문제점과 개선방안”, 『법학연구』 제49권, 한국법학회, 2013.3, 159면 이하; 박봉진·김상균, “디지털 증거 압수수색에 관한 연구”, 『법과정책』 제19집 제1호, 제주대학교 법학

불구하고 마구잡이로 포괄적 압수수색으로 인한 피압수자 등의 불필요한 기본권과 프라이버시에 대한 침해와 관련한 비판이 중심이었다. 그런데 최근에는 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정에서 정보저장매체 등의 압수수색절차에서 피압수자 등의 참여권의 중요성을 강조하면서 정보저장매체의 압수수색절차에서 피압수자 등의 참여권에 대한 관심이 커지고 있다.

피압수자 등의 참여권은 수사기관의 압수수색절차에서 적법절차를 준수하도록 심리적으로 억제하는 효과를 기대할 수 있지만 최초 압수수색 현장에서 복제하거나 출력한 전자정보나 예외적 사정으로 인하여 정보저장매체를 외부로 반출하여 이를 탐색·출력하는 과정에서는 그 중요성이 더욱 커진다.

그런데 참여권과 관련하여 대법원은 피압수자 등에게 참여권을 보장하여야 한다는 확고한 입장이지만 참여권을 구체적으로 어느 범위까지 어떻게 보장하여야 하는 것인지에 대해서는 여전히 해석론으로 다듬어 나갈 수 밖에 없다. 여기에 참여권의 보장방법과 그 범위에 대한 명확한 지침이나 가이드라인이 마련되어 있는 것도 아니어서 실무상으로 혼란을 방지하기 위한 적절한 해석론이 시급한 과제로 던져진 형국이 되었다. 이에 정보저장매체 등의 압수수색절차를 둘러싼 참여권을 둘러싼 적절한 해석론이 요구되는 시점에 와 있다고 볼 수 있다.<sup>2)</sup>

따라서 이 글에서는 전자정보나 정보저장매체를 외부로 반출한 이후의 절차에서 피압수자 등의 참여권을 둘러싼 실무상 쟁점과 해석론을 전개하고자 한다. 먼저 전자정보나 정보저장매체의 외부로 반출한 후, 절차에서 실무상 제기되는 쟁점들에 대하여 문제를 제기한 후(Ⅱ), 각 단계별로 참여권의 보장범위를 구체적으로 검토하고(Ⅲ), 피압수자의 참여권의 합리적 보장과 실체적 진실발견의 원활을 위한 모색방안도 살펴본 후(Ⅳ), 이를 정리(Ⅴ)하고자 한다.

연구소, 2012.7, 187-214면; 이주원, “디지털 증거에 대한 압수색제도의 개선,” 「안암법학」 제27권, 안암법학회, 2012, 151-199면; 이훈재, “디지털 증거의 압수수색에 관한 쟁점별 해석과 통제방안 -개정 형사소송법을 중심으로-,” 「법학논총」 제37권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2013.9, 129-168면; 손동권, “새로이 입법화된 디지털 증거의 압수수색제도에 관한 연구,” 「형사정책」 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 2011.2, 325-349면; 조성훈, “디지털 증거와 영장주의; 증거분석과정에 대한 규제를 중심으로,” 「형사정책연구」 제24권 제3호, 2013·가을호, 111-149면; 조광훈, “디지털 증거의 압수수색의 문제점과 개선방안,” 「서울법학」 제21권 제3호, 서울시립대학교법학연구소, 2014.2, 699-738면 참조.

2) 정보저장매체 등의 압수수색절차에서 참여권에 관한 논점을 정리하고 있는 글로는 조광훈, “정보저장매체 등의 압수·수색에서 참여권,” 「저스티스」 통권 제151호, 한국법학원, 2015. 12, 271-300면 참조.

## Ⅱ. 전자정보나 정보저장매체의 외부로 반출한 이후의 실무상 제기되는 쟁점들

### 1. 현재까지 대법원의 참여권에 관한 입장

전자정보나 정보저장매체에 대한 압수수색절차에서 피압수자 등의 참여권의 중요성을 언급한 것은 대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 전원합의체 결정이라고 볼 수 있다. 대법원은 위 결정에서 “... 전자정보에 대한 압수수색영장을 집행할 때에는 원칙적으로 영장 발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 한다. ... 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후, 영장에 기재된 범죄 혐의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 경우에도 ... 피 압수수색 당사자나 변호인의 계속적인 참여권 보장, 피 압수수색 당사자가 배제된 상태의 저장매체에 대한 열람, 복사 금지, 복사대상 전자정보 목록의 작성 교부 등 압수수색 대상인 저장매체 내 전자정보의 왜곡이나 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.”고 결정하였다.<sup>3)</sup>

그리고 최근에는 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정<sup>4)</sup>에서 피압수자의 참여권의 중요성을 재차 강조하기도 하였다. 이 전원합의체 결정에서 대법원은 부득이하고 예외적 사유로 복제 또는 출력한 전자정보나 정보저장매

3) 이 결정은 수사기관의 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수수색절차에서 ‘원칙적 복제 또는 출력물 압수’와 ‘예외적 정보저장매체 원칙’을 강조하고 있기도 한다.

4) 이 결정의 사실관계는 다음과 같다. 수원지방법검찰청 검사는 당초 ○○○회사에 대한 배임 혐의로 발부받은 압수·수색영장(제1영장)으로 정보저장매체를 압수하여(2011. 4. 25) 대검찰청에 인계하고(2011. 4. 26), 대검찰청은 위 회사의 관계자들의 참여하에 반출한 정보저장매체의 전자정보 전체를 이미징하여 D-NET망에 복제(2011. 4. 27)하였다. 그 후 강력부 검사는 D-NET망에서 별도의 하드 디스크로 재복제한 후(2011. 5. 3-6), 정보저장매체를 탐색한 후, 문서로 출력하던 중(2011. 5. 9-20), 리베이트 관련 자료를 발견하고 이를 특수부 검사에게 인계(2011. 5. 20)하였다. 특수부 검사는 강력부 검사실에 보관 중인 위 하드 디스크 내에 저장된 관련 데이터를 압수할 물건으로 기재하여 리베이트 관련 약사법 위반 등 혐의로 압수·수색영장(이하에서 ‘제2영장’이라 함)을 발부받아 집행(2011. 5. 26)한 사안에서 강력부 검사가 D-NET망에서 별도의 하드 디스크로 재복제한 후(2011. 5. 3-6) 정보저장매체를 탐색한 후, 문서로 출력할 당시에 참여권을 보장하지 않았고, 법원으로부터 제2영장을 발부받아 집행할 당시에 피압수자나 변호인 등의 참여권을 보장하지 않았다고 하여 제1~5의 압수처분은 모두 취소한 사안이었다.

체를 외부로 반출한 이후에 피압수자의 참여권을 둘러싼 쟁점에 대한 가이드라인을 제시하면서 참여권의 중요성을 재확인할 하기도 하였다<sup>5)</sup>. 대법원은 “... 전자정보의 복제·탐색·출력시 피압수자 등에게 참여의 기회를 보장하여 혐의 사실과 무관한 전자정보의 복제를 방지하는 적절한 조치를 취하여야 하고 ... 더 나아가 탐색과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견하는 경우에는 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받아야 하고, 피압수자 등의 참여권 보장 및 압수한 전자정보의 목록교부 등 적절한 조치가 필요하다”는 취지로 결정하였다.<sup>6)</sup>

## 2. 압수수색의 종료시점과 관련한 논쟁

정보저장매체에 대한 압수수색절차에서 참여권과 관련된 문제는 압수수색의 종료시점을 어느 때로 보느냐와 밀접한 관련이 있다. 그것은 정보저장매체에 대한 압수수색절차에서 정보저장매체나 전자정보에 대한 점유를 취득하는 것을 기준으로 본다면 수사기관이 정보저장매체 등의 점유를 확보하면 압수수색이 종료되는 것으로 볼 수 있다. 이는 수사기관이 필요로 하는 정보저장매체나 전자정보에 대한 점유권을 취득하면 압수수색은 종료되어 더 이상 강제력을 투입할 일이 없어 피압수자 등의 참여권은 인정될 여지가 없기 때문이다. 수사기관이 압수대상물에 대한 점유의 취득을 기준으로 본다면 피압수자의 참여권은 압수수색이 개시되어 종료되기 전까지만 보장되는 것이다. 이와 같이 수사기관이 유체물에 대한 점유를 취득하면 압수수색은 곧 종료되기 때문에 일반 유체물에 대한 압수수색절차에서는 수사기관이 압수물의 점유권을 확보함에 있어 많은 시간이 걸리는 것도 아니다. 이에 당사자의 참여권과 관련하여 문제점이 발생할 일은 별로 없다.

5) “대법원의 전원합의체 결정에 대한 평석으로는 조광훈, “전자정보의 압수수색절차에서 참여권의 범위와 한계,” 「법조」 통권 제711호, 법조협회, 2015. 12, 291-331면 참조”

6) 위와 같이 피압수자 등의 참여권의 중요성을 강조한 대법원의 전원합의체 결정 이외에도 통합진보당 이○○ 의원 내란음모 등 사건(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 판결; 서울고등법원 2014. 8. 11. 선고 2014노762 판결; 수원지방법원 2014. 2. 17. 선고 2013고합620, 624, 699, 851판결(병합))에서도 피압수자 등의 참여권을 둘러싼 논란이 있었다. 이 사건에서 변호인들은 수사기관의 압수수색영장의 집행절차에서 명확성과 공정성이 없고, 당사자들에 대한 사전 통지가 없었다는 점, 전자정보 탐색·복제·복구·복호화 과정에서도 참여권이 보장되지 않았다는 점, 압수수색영장의 허용범위를 벗어난 압수물을 위법하게 압수하였다고 주장하였으나 변호인의 주장을 받아들이지 않고, 수사기관의 압수수색절차는 모두 적법하다고 판단하였다.

문제는 정보저장매체를 압수하거나 전자정보가 압수 대상인 경우이다. 수사기관이 필요로 하는 압수의 대상물은 정보저장매체나 전자정보인데 실제로 필요로 하는 것은 범죄혐의를 밝혀줄 전자정보가 대부분이다. 판례는 수사기관이 정보저장매체에 대한 점유권을 취득하였으나 그 이후의 절차를 진행하기 위하여 외부로 반출하거나 그 속에 저장되어 있는 전자정보를 복제 또는 종이로 출력하였더라도 그것으로 곧바로 압수수색이 종료된 것으로 보지 않고 있다. 대법원은 정보저장매체 등을 외부로 반출하였을 경우에 반출된 정보저장매체의 봉인을 해제하고 거기에 저장되어 있는 전자정보(파일)를 열어 이를 탐색하거나 해당사건과 관련성이 있는 전자정보를 다시 복제 또는 출력하는 행위까지를 모두 압수수색 영장 집행의 일환으로 보고 있는 것이다.<sup>7)</sup> 이러한 점에서 정보저장매체 등에 대한 압수수색절차에서의 참여권은 압수수색의 종료 시점과 매우 밀접한 관련이 있다고 보아야 할 것이다. 하지만 이러한 대법원의 입장에도 불구하고 학설은 압수수색의 종료시점과 관련한 논쟁이 여전히 지속되고 있다.<sup>8)</sup>

### 3. 정보저장매체 등을 외부로 반출한 이후의 행위에 관한 법적성질에 관한 논쟁

위에서 살펴본 바와 같이 대법원의 견해처럼 정보저장매체 등을 외부로 옮긴 이후에 파일을 탐색, 복제, 출력하는 과정도 압수수색영장의 집행의 일환으로

7) 대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190 전원합의체 결정과 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정.

8) 이를 다루고 있는 대표적 글로는 손동권·신이철, 「새로운 형사소송법」, 세창출판사, 2013, 298면; 오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구,” 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1997, 76-80면; 김용호, “실무상 디지털 증거의 압수수색의 문제점과 개선방안,” 2012년 디지털 증거 압수수색에 관한 개정 법률안 공청회, 한국포렌식 학회, 85면; 이숙연, “전자정보에 대한 압수수색의 기본권, 그리고 영장주의에 관하여; 대법원 2011도1190 결정에 대한 평석을 중심으로,” 「헌법학 연구」 제18권, 한국헌법학회, 2012. 3, 22면; 이완규, “디지털 증거 압수수색과 관련성 개념의 해석,” 「법조」 통권 제686호, 법조협회, 2013. 11, 158면; 노명선, “사이버 범죄의 증거확보에 관한 몇가지 입법적 제안,” 「성균관법학」 제19권 제2호, 성균관대학교법학연구소, 2007. 8, 347면; 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구,” 박사학위논문, 서울대학교 대학원 2010, 85-87면; 조광훈, 앞의 “디지털 증거의 압수수색의 문제점과 개선방안,” 712-716면; 조광훈, “형사소송법 제106조의 쟁점과 개정안 검토,” 「법조」 통권 제694호, 법조협회, 2014. 7, 217-222면; 이완규, “디지털 증거 압수절차상 피압수자 참여방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법,” 「형사법의 신동향」 통권 제48호, 대검찰청미래기획단, 2015. 9, 103-111면; 최성필, “디지털 증거의 증거능력,” 학술대회발표자료, 한국형사소송법학회 대검찰청 독일형사법연구회 공동주최, 2015. 9. 11, 23-24면.

보는 입장에서는 전자정보를 탐색하고 출력하는 행위를 마칠 때 까지를 전체적으로 압수수색영장의 집행의 일환으로 포섭하게 되어 법적성질을 검토할 실익은 없어진다. 하지만 대법원의 일관된 입장이 논리에 흠결이 없는 것이 아니라 는 것은 그동안 많은 선행연구들에서도 그 문제점과 개선방안을 검토한 바가 있다. 특히 압수목적의 교부시점과 관련한 문제점, 압수수색장소의 가변성에 따른 제반 문제점이 여전히 논쟁의 대상이 되고 있다.<sup>9)</sup>

이러한 문제점들을 명확히 해결하지 못하는 한 대법원이 전자정보 등을 외부로 반출한 이후의 행위까지를 모두 압수수색의 일환으로 포섭하려는 입장이 논리적으로 문제가 있을 수 밖에 없고, 정보저장매체 등을 외부로 반출한 이후에 절차의 관한 법적성질을 두고 매듭을 지을 수 없기에 논쟁은 지속될 수 밖에 없다.<sup>10)</sup> 하지만 실무에서는 대법원의 입장에서 업무를 처리하여야 하는 상황이라는 점을 감안하여 본고에서는 지금까지의 대법원의 정보저장매체 등을 외부로 반출한 이후에 파일을 탐색·복제·출력하는 과정도 압수수색영장 집행의 일환이라는 입장에서 피압수자 등의 참여권의 인정 여부를 검토하는 것이 필요하다. 따라서 정보저장매체 등을 외부로 반출한 이후의 법적성질이나 문제점과 관련한 쟁점은 본고에서는 재론하지 않기로 한다.

#### 4. 피압수자의 ‘참여권’과 해당사건과의 ‘관련성’의 상관성

정보저장매체의 압수수색절차에서 피압수자 등의 참여권은 해당사건의 관련성

- 
- 9) 이에 대한 상세한 검토는 조광훈, 앞의 “형사소송법 제106조의 쟁점과 개정안 검토”, 219면 이하; 조광훈, 앞의 “정보저장매체의 분석행위의 입법론에 대한 타당성 검토”, 31-73면.
- 10) 이에 대하여 수사기관이 예외적으로 외부로 반출한 정보저장매체를 분석함에 있어 사건에 법원의 허가를 받도록 하자고 입법론을 제기하는 견해(곽병선, “디지털 증거의 압수수색절차상 문제점과 개선방안,” 「법학연구」 제51권 한국법학회, 2013. 9, 249-265면, 정병곤, “디지털 증거의 압수수색에 대한 문제점과 개선방안,” 「형사법연구」 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013· 겨울호, 171-192면, 권양섭, “디지털 저장매체의 예외적 압수방법에 대한 사후통제방안,” 「형사법연구」 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014년· 봄호, 237-261면)들은 대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 전원합의체 결정과 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정에서 외부로 반출한 이후 정보저장매체를 탐색한 후 탐색한 전자정보를 출력하거나 복제하는 행위까지도 모두 압수수색영장 집행의 한 과정으로 보고 있음에도 불구하고 또 다시 법원의 허가를 받아야 한다고 주장한다. 이는 법원에서 기히 발부한 압수수색영장의 효력이 지속되고 있는데, 또 다시 법원의 허가를 받아야 한다고 주장하여 논리적 모순을 극복할 수 없음을 알 수 있다. 이를 상세히 비판하는 견해로는 조광훈, 앞의 “정보저장매체의 분석행위의 입법론에 대한 타당성 검토,” 31-71면 참조.

과도 밀접한 관련이 있다. 물론 해당사건의 관련성은 정보저장매체나 전자정보의 압수수색절차에서 뿐만 아니라 일반 물건에 대한 압수수색절차에서도 수사기관이 포괄적 압수수색을 방지하고 억지할 수 있는 매우 중요한 의미를 갖는다. 그러나 해당사건과의 관련성은 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수수색절차에는 더욱 중요한 의미가 있다.<sup>11)</sup> 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수수색절차에서는 그 특성상 그 정보의 대량성으로 인하여 수사기관이 원하는 정보와 그렇지 않은 정보와 마구 섞여 있을 뿐만 아니라 필요한 정보를 골라내기 위해서는 어느 정도의 탐색행위가 필요하고 그러한 탐색행위를 하기 위한 어느 정도의 포괄적 탐색을 허용할 수 밖에 없는 불가피한 상황이 발생하기 때문이다.<sup>12)</sup> 이러한 상황에서 피압수자 등의 참여권은 수사기관으로 하여금 가급적이면 해당사건과 관련성이 있는 전자정보만을 탐색하고 해당사건과 관련성 있는 부분에 한정하여

- 
- 11) 전자정보나 정보저장매체의 압수수색절차에서 ‘관련성’을 다루는 대표적 글로는 이완규, 앞의 “디지털 증거 압수수색과 관련성 개념의 해석,” 91-162면; 오기두, 「전자증거법」, 박영사, 2015. 6, 193면 이하; 정대희·이상미, 앞의 “디지털 증거 압수수색절차에서의 관련성의 문제,” 95-127면; 조광훈, “압수수색절차에서 ‘관련성’에 관한 고찰,” 「사법」 통권 제 34호, 사법발전재단, 2015. 9, 247-295면.
- 12) 최근 관련성을 다룬 대법원의 판결(대법원 2015.10.29. 선고 2015도9784 판결)이 있었다. 2013. 5.경 ○○교육발전소 대표 피고인 김○○이 교육감 선거 출마예정인 피고인 김○○을 위하여 예정에 없던 ‘부모님께 감사편지와 양말보내기’ 행사를 개최하여 양만 190만원을 상당을 제공하고(기부행위), 2014. 2.경부터 피고인 김○○의 저서를 정가보다 싼 가격으로 제공하고(기부행위), 2013. 9. 13.경 ○○교육발전소 회원들에게 교육감 선거 출마사실을 알리고 지지를 호소하는 ‘추석편지’를 발송(사전선거운동)하였다는 공소사실에 대하여 1심 판결(청주지방법원 2015. 2. 9. 선고 2014고합244판결)은 1, 2의 압수영장의 혐의사실은 양말 등의 기부행위에 관한 것으로서 선거운동기간 전에 선거출마의사를 밝히는 편지를 보낸 행위와 범행시기, 범행의 상대방, 범행의 유형 및 방법, 적용법조 및 보호법익이 등이 전혀 다르므로 기본적 사실관계가 상이하고 동종 유사범행이라고 보기 어렵고, 검찰이 출력 복사한 자료 중에는 12년 추석인사 메시지 파일, 12년 발전소 사무처 회의록, 2014. 6. 발전소 집행위원회 회의록 등 기부행위와 무관한 자료가 포함되어 있어 키워드 검색 등에 의한 선별만으로는 혐의사실과 관련된 부분으로 제한하려는 조치를 충분히 취한 것으로 볼 수 없다고 하여 추석편지 등에 대한 압수수색은 적법절차에 위배되었다고 하면서 증거능력을 인정하지 않았다. 하지만 항소심(대전고등법원 2015.6.17. 선고 2015노155 판결)과 대법원(2015.10.29. 선고 2015도9784 판결)은 수사기관이 압수수색 당시 상황을 기준으로 범죄사실 자체와 직접적으로 연관된 물건 뿐만 아니라 압수수색영장의 범죄사실과 기본적 사실관계가 동일한 범행 또는 동종 유사의 범행이 관련된다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서는 압수가 가능하다고 하여 ‘추석편지, 12년 회의록, 12년 추석메시지’ 등도 교육감 선거의 후보자가 되는 자인지 여부를 판정할 수 있는 중요한 증거자료가 될 수 있다고 판시하였고, 검찰이 총 154,815개의 파일 중 혐의사실과 관련성이 있을 것으로 판단되는 9,357개의 파일만을 선별적으로 이미징을 하였다면 일부 파일에서 관련성에 혼동이 있더라도 적법절차를 준수한 것으로 보아 증거능력을 인정할 수 있다고 하였다. 더 나아가 ‘추석편지’를 사전선거운동 및 공범의 유죄의 증거로 사용하는 것도 가능하다고 판시하였다.

출력하도록 함으로써 무분별한 포괄적 압수수색을 억제하고 피압수자 등의 기본권과 프라이버시권의 침해를 억제하는 중요한 역할을 하는 것이다.

수사기관의 입장에서 본다면 피압수자 등의 참여권이 수사기관의 압수수색에 지장을 초래하거나 방해하는 제도로 인식하기 쉽지만 피압수자 등의 입장에서 본다면 자신의 정보기본권과 프라이버시권을 지키기 위하여 필요 불가결한 제도로 인식되어 참여권과 관련성은 상대적이면서도 상호 보완적인 역할을 하고 있다고 볼 수 있다. 이와 같이 정보저장매체나 전자정보에 대한 압수수색절차에서 참여권은 해당사건의 관련성과 매우 밀접한 관련이 있는 것이다.

## 5. 참여권의 범위와 한계에 관한 문제

정보저장매체나 전자정보를 외부로 반출하여 이를 탐색, 출력하는 행위까지를 압수수색영장의 집행의 일환으로 본다는 대법원의 입장을 따르면 그 과정에서 피압수자의 참여권을 보장하여야 한다. 그러나 대법원의 입장에 따른다고 하더라도 참여권의 보장과 한계가 과연 어디까지인지는 적절한 해석론으로 이를 해결할 수밖에 없는 현실에 놓여 있다. 사실상 수사절차는 실제적 진실을 밝혀나가려는 수사기관과 피의자의 이해는 대립되는 상황이 발생할 수밖에 없다. 이와 같은 현실에서 당사자들에게 참여권을 인정하더라도 그 범위와 한계가 어디까지인지는 적절하고 합리적인 해석으로 이를 보완해야 하는 상황이 된 것이다. 전자정보나 정보저장매체를 외부로 반출한 이후에 각 단계별로 피압수자 등의 참여권의 보장방법과 그 범위에 관하여 실무에서 어떻게 합리적으로 인정할 것인지는 항목을 바꾸어 검토하기로 한다.

### Ⅲ. 전자정보나 정보저장매체의 외부로 반출한 이후의 각 단계별 참여권의 보장방법과 그 범위

#### 1. 외부장소에서의 정보저장매체의 봉인의 해제

디지털 포렌식 담당 수사관이 정보저장매체가 놓여 있던 최초의 압수수색 현



장에서 피압수자 등의 참여 하에 전자정보를 복제 또는 출력하거나 정보저장매체를 봉인하여 이를 외부로 옮기는 것으로 수사기관의 압수수색 절차는 시작된다. 검찰의 경우에는 전자정보를 복제 또는 출력하거나 정보저장매체를 외부로 옮기는 경우에는 그 장소를 대부분 대검찰청 디지털 포렌식 센터로 정하게 된다. 이 단계는 최초의 압수수색 현장에서 주로 이루어지는데 이때 정보저장매체 등을 외부로 반출하면서 피압수자 등에게 압수목록을 교부하기도 한다.

외부로 옮겨진 정보저장매체에 대하여 디지털 포렌식 수사관은 피압수자 등이 참여하는 상태에서 봉인을 해제하고 쓰기 방지장치를 장착한다. 이 과정에서 수사기관이 최초의 압수수색현장에서 정보저장매체를 외부로 반출하기 위하여 봉인하였던 것을 해제하게 되는데 이때에도 당연히 참여권을 보장하여야 한다.<sup>13)</sup> 만일 참여권을 보장하지 않고 봉인을 해제한다면 전자정보의 무결성에 흠결이 발생하여 증거능력의 시비에 휘말리게 될 위험성은 물론이고 참여권이 보장되지 않아 위법한 압수수색이라는 논란을 피하기 어려운 상황에 처하게 된다. 하지만 피압수자가 참여하여 보안장치를 해제하는 것을 거부하거나 비밀번호를 알려주는 것을 거부하는 경우까지 굳이 참여권을 보장할 실익은 없을 것이다.<sup>14)</sup>

## 2. 전자정보에 대한 이미징의 단계

이는 디지털 포렌식 수사관이 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보에 대하여 이미징 작업을 하는 단계이다. 저장정보매체를 압수하여 수사기관의 사무실에서 이미징 작업을 하는 단계는 현재 실무상으로도 피압수자 등이 참여하도록 하고 있다. 특히 추후에 피압수자 측의 전자정보의 원본과 상이하다는 논란을 잠재우고 무결성을 유지하기 위하여 피압수자에게 이미징 복제본의 해쉬값을 확인시키는 절차도 필요할 것이다. 이 단계를 거친 후에 정보저장매체의 원본은 피압수자 등에게 반환하는 절차를 밟는다. 물론 이 과정에서도 피압수자 등의 참여권을 보장하여야 한다.<sup>15)</sup> 이 과정에서 수사기관이 이미징을 할 때 해

13) 박혁수, “디지털 정보 압수수색의 실무상 쟁점,” 『형사법의 신동향』 통권 제44호, 대검찰청 미래기획단, 2014. 9, 97면.

14) 이완규, 앞의 “디지털 증거 압수절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거압수 방법”, 122면.

15) 한편 이 단계에서 피의자 등에게 참여권을 보장하는 취지는 압수물의 존부나 형상 변경

당사건과 관련성이 없는 전자정보에 대하여 이미징을 한다면 이 과정에 참여하면서 부당한 절차에 대하여 이의를 제기할 수도 있을 것이다.

### 3. 디지털 포렌식 센터 증거사본 시스템에 업로드(저장)단계

이는 위와 같이 이미징 작업을 통해 만들어진 증거사본을 수사기관의 사무실에 마련된 디지털 포렌식 센터의 증거사본 보관시스템에 업로드 하여 저장시키는 과정이다. 이 단계를 실무적 관점에서 2가지의 법적성질로 구분하는 견해<sup>16)</sup>가 있다. 먼저 압수의 대상이 정보저장매체라는 가정 하에 정보저장매체를 수사기관의 사무실로 옮긴 자체가 압수수색영장의 집행이 종료되었으므로 증거사본을 보관 서버에 업로드하는 행위는 전자정보의 원형보존에 해당한다는 견해가 가능할 것이고, 두 번째로 압수의 대상이 전자정보라는 가정하에 증거로 사용할 관련 전자정보를 최종적으로 복사 또는 출력하였을 때 압수수색은 종료되고 증거사본을 보관 서버에 업로드하는 행위를 포함한 중간의 조치들은 모두 압수수색집행의 일환이라는 견해가 가능할 것이라는 견해가 있을 것이라고 밝히고 있다.<sup>17)</sup>

이 과정에서 피압수자의 참여권을 보장하는 것이 좋을 것이다. 물론 이는 필요한 전자정보를 이미징을 한 후로 이를 업로드 하는 것이 수사기관의 구체적 내부 절차에 불과하여 굳이 참여권을 인정하지 않아도 무방할 것이나 되도록 참여권을 보장하는 것이 추후에 증거로 사용될 전자정보의 무결성과 신뢰성을 확보하는데 도움이 될 것이다. 만일 이 단계에서 해당사건과 관련성이 있는 전자정보와 관련성이 없는 전자정보를 구분하지 않고 모두 업로드를 한다면 얼핏 보아 관련성이 없는 부분을 복사하는 행위로 이는 영장주의에 반하는 것이라는 견해<sup>18)</sup>가 있다.

그러나 이것은 최초의 압수수색절차에서 이미징한 전자정보를 해당사건과 관

---

등을 둘러싸고 벌어질 논란을 사전에 차단하려는 데 있으므로 수사기관이 피의자 등의 참여를 일부 제한하는 대신 압수물의 상실 또는 파손 등의 방지를 위한 다른 상당한 조치를 취하였고, 이를 제한하는데 합리적인 이유가 있다면 단순히 피의자 등의 참여가 일부 제한되었다고 하더라도 압수수색이 위법하게 되는 것은 아니라는 견해가 있다(박혁수, 앞의 “디지털 정보 압수수색의 실무상 쟁점,” 99면).

16) 위의 논문, 89-90면.

17) 위의 논문, 89면.

18) 위의 논문, 92면.

관련성이 있는지를 본격적으로 탐색하고 분석하기 위한 사전 작업에 불과하고 전자정보의 무결성 확보와 이미징한 전자정보의 원형을 보존할 필요가 있다는 점에서 디지털 포렌식 센터 증거사본 시스템에 업로드하는 증거사본 단계에서는 어느 정도 불가피하다고 볼 것이다.<sup>19)</sup>

최초의 압수수색현장에서 정보저장매체를 외부로 반출하지 않고 정보저장매체에서 전자정보를 이미징을 한 후 그 전자정보를 압수하였다면 전자정보의 봉인을 해제하고 디지털 포렌식 센터의 증거사본 시스템에 업로드를 하는 과정을 거친다.

#### 4. 증거사본을 내려 받아 삭제 파일의 복구, 파일을 추출하는 등 분석하는 단계

이는 디지털 포렌식 수사관은 인증과정을 거쳐 디지털 포렌식 증거사본 보관 시스템에 저장되어 있는 전자정보에 접근하여 저장된 증거사본을 내려 받아 삭제 파일을 복구, 파일을 추출하는 등의 분석작업을 실시하는 단계이다. 이 과정에서도 피압수자의 참여권을 보장하여야 할 것이다. 때로는 이 과정에서 디지털 포렌식 수사관이 증거사본을 하드디스크에 저장하여 수사팀에게 인계하고 그 이후의 절차를 수사팀이 직접 수행하는 경우도 있다.

#### 5. 디지털 포렌식 센터의 원격디지털 공조시스템에 업로드(저장)하는 단계

이는 디지털 포렌식 수사관이 증거사본을 내려 받아 삭제 파일의 복구, 파일을 추출, 색인이 완료된 데이터를 디지털 포렌식 센터의 원격 디지털 공조시스템에 저장(업로드)하는 단계이다. 이 과정은 최종적으로 전자정보를 분석하기 위한 절차에 불과하므로 굳이 피압수자 등의 참여권을 보장할 필요는 없을 것이다.

---

19) 하지만 전자정보를 탐색한 후 출력하는 단계에서는 해당사건과 관련성이 있는 부분에 한하여 출력하여야 함에는 변함이 없을 것이다.

## 6. 전자정보의 탐색(또는 검색)단계

이 단계는 사건을 수사하는 수사관이 네트워크를 통하여 원격 디지털 공조시스템에 접속한 후, 그곳에 저장되어 있는 데이터를 검색하는 단계이다. 만일 디지털 담당수사관이 디지털 포렌식 센터의 원격 디지털 공조시스템에 업로드(저장)하는 단계에서 네트워크 사정이 여의치 않거나 수사팀으로부터 전자정보의 분석이 완료된 데이터를 하드디스크나 CD에 저장하여 수사팀에 인계하여 달라는 요청을 받는 경우도 있는데, 그러한 경우에는 디지털 담당 수사관으로부터 넘겨받은 데이터가 저장된 하드디스크나 CD를 수사팀의 컴퓨터에 연결하여 탐색하는 과정을 거치게 된다.

일반적으로는 디지털 담당수사관이 수사팀이 디지털 포렌식 센터의 증거사본 보관시스템에 업로드 하여 저장시킨 전자정보를 불러와 해당사건과 관련성이 있는 전자정보를 탐색의 과정을 거치게 된다. 이는 정보저장매체나 전자정보를 압수한 후 실무상으로도 핵심단계에 해당한다. 이 단계는 수사기관이 필요로 하는 전자정보를 증거화 시키는 과정이므로 수많은 전자정보들 중에서 필요한 전자정보만을 골라내기 위한 핵심절차에 해당한다. 이 단계는 수사기관이 해당 사건과 관련성이 있는 전자정보를 찾아내고 추출하는 단계이므로 피압수자 등에게 참여권을 보장하여야 하는 가장 중요한 단계가 된다. 따라서 이 단계에서는 반드시 참여권을 보장하여야 한다.

## 7. 전자정보의 복사 또는 출력단계

이 단계는 위와 같이 수사관이 전자정보를 탐색 또는 검색한 결과 압수수색 영장에 기재되어 있는 범죄사실과 관련성이 있는 전자정보(파일)를 복사하거나 출력하는 단계를 말한다. 이 과정에서도 피압수자의 참여권은 큰 의미가 있다. 만일 수사관이 해당사건과 관련성이 없음에도 이를 출력한다면 이의를 제기할 수도 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 수사관이 계속 출력하거나 복사한다면 당사자의 참여권은 보장하였으나 해당사건과 관련성이 없는 전자정보를 증거로 사용할 수 없을 뿐만 아니라 당초에 압수수색영장의 범죄사실과는 무관하므로 위법한 영장집행이 될 것이다. 물론 수사기관은 그 증거가 해당사건과는 관련성이 없지만 다른 범죄를 구성한다면 탐색을 중단하고 곧바로 별도의 압수수색

영장을 발부받아 탐색하여 복사 또는 출력할 수 있음은 물론이다. 따라서 이 단계에서도 피압수자 등의 참여권은 핵심이므로 반드시 보장하여야 한다.

## 8. 증거화 단계

이 단계는 디지털 포렌식 담당 수사관이나 담당 수사관이 압수수색한 결과를 증거화시키기 위하여 증거분석보고서를 작성하는 과정이다. 이 단계는 당연히 수사기관의 내부절차이므로 피압수자의 참여권을 보장하지 않아도 문제는 없을 것이다.

# Ⅳ. 피압수자의 참여권의 합리적 보장과 실체적 진실발견의 원활을 위한 모색

## 1. 피압수자의 참여권 연기요청에 관한 문제

위에서 살펴본 바와 같이 수사기관은 정보저장매체와 전자정보를 압수한 후 정보저장매체의 봉인을 해제하고 전자정보를 탐색하는 과정에서 피압수자 등에게 참여권을 보장하여야 한다는 것을 살펴보았다. 그런데 만일 피압수자 등에게 참여권을 통지하였으나 참여를 연기하면서 수사기관의 전자정보 탐색과 분석을 방해하는 상황이 발생한다면 이를 합리적으로 어떻게 할 것인지도 검토하여야 한다. 즉 참여권을 병자하여 이를 남용할 경우에는 어떻게 해야 하는지에 대한 문제이다. 물론 수사기관이 이들 매체에 대한 탐색이나 분석의 일정을 피압수자 등에게 알려주어 참여하도록 통지하였으나<sup>20)</sup> 그들의 일정이 맞지 않아 부득이 하게 다른 일자로 조정할 가능성이 있다면 절충하고, 이것이 수사에 지

20) 현행 형사소송법 제122조와 제219조에는 압수수색영장을 집행함에는 미리 그 집행의 일시와 장소를 참여권에게 통지하도록 되어 있다. 하지만 정보저장매체 등의 압수수색절차에서는 압수수색을 개시하기 전에 미리 참여권을 통지함에는 적절하지 않은 경우가 많다. 다만 판례도 급속을 요하는 때에는 사전통지를 할 수 있다고 보고 있으므로 사전통지의 예외의 사유를 보다 넓게 해석할 필요가 있을 것이다. 이에 관한 논의는 조광훈, “정보저장매체 등의 압수수색에서 참여권”, 288면과 강구민·김창우·오경식, “압수수색영장 집행에 있어 참여권자에 관한 소고,” 『법학논총』 제22권 제2호, 조선대학교법학연구원, 2015. 8, 535면 참조.

장을 주지 않는다면 일정을 합리적으로 조정하면 될 것이다. 하지만 피압수자 등이 정당한 이유없이 참여권을 포기하지도 않고 수사기관이 참여를 요청한 기일에 참여하지도 않고 계속하여 그 기일을 연기만 할 경우라면 피압수자 등의 참여권을 배제한 상태에서 전자정보의 탐색을 진행할 수 밖에 없을 것이다.

이에 대하여 수사기관이 전자정보의 선별절차를 진행하기 위하여 피압수자에게 그 절차에 참여하도록 통보하였으나 피압수자가 이런 저런 이유를 대면서 날짜를 연기하며 수사진행을 방해하려는 경우는 압수수색의 강제처분적 성질을 감안하여 피압수자의 의사에 좌우되는 것이 바람직하지 않으므로 수사기관이 기회를 부여한 것만으로도 충분하고, 피압수자 등의 참여없이 진행할 수 있고, 사건관계인의 지위에서 참여권에 대하여 형사소송법 제122조에서는 급속을 요하는 경우에는 예외를 규정하고 있으므로 수사의 급속한 진행의 필요성이 있다면 참여없이 진행할 수도 있다는 견해<sup>21)</sup>가 있다.

생각건대, 수사기관은 피압수자 등에게 전자정보의 탐색행위에 참여할 것을 통보하였으나 변호인도 참여하지 않았고, 피압수자 등도 참여권을 포기하거나 정당한 이유 없이 거절하였다면 후일의 분쟁에 대비하여 명확히 할 필요가 있을 것이다. 앞에서 검토한 바와 같이 8개의 단계 중에서 가급적이면 봉인을 해제하는 단계, 디지털 포렌식 센터의 원격 디지털 공조시스템에 저장되어 있는 전자정보를 불러와 전자정보를 선별적으로 탐색하고 출력하는 단계에서는 반드시 참여권을 보장하여야 한다는 입장에서 실무를 운영하여야 할 것이다. 물론 이 단계에서도 수사기관이 피압수자 등에게 참여할 것을 통보하였으나 정당한 사유 없이 참여를 거절한다든지, 참여일자를 일방적으로 연기한다든지, 참여일자의 연기에 정당한 이유가 존재하지 않고 오로지 수사방해에 목적이 있다고 판단될 경우에는 수사기관이 종합적으로 판단하여야 할 것이다.<sup>22)</sup>

## 2. 수사기관이 관련성 없는 전자정보를 ‘탐색’하는 경우

21) 이완규, 앞의 “디지털 증거압수 절차상 피압수자 참여방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법”, 130-131면.

22) 이 단계에서 피압수자의 참여권은 필수적이므로 피압수자가 참여권을 행사하지 않는다는 분명한 의사표시가 있을 경우에는 서류로 분명히 해 두어야 할 것이고, 참여기일을 연기할 경우에도 그 사유서를 제출하도록 하여 그 사유가 타당한지, 수사방해를 위한 목적이 아닌지를 세심하게 검토하여야 할 것이다.

수사기관이 전자정보를 탐색하거나 출력하는 과정에서 피압수자 등이 참여권을 보장받았더라도 수사기관이 해당사건과 관련성이 없는 전자정보를 탐색하거나 출력한다면 참여권자는 어떻게 할 것인지도 검토하여야 한다. 물론 수사기관의 압수수색절차에서 그 방법과 절차가 법에 위반하여 진행된다면 법원에 준항고를 제기할 수도 있을 것이다.<sup>23)</sup>

그러나 전자정보의 탐색은 간단하지 않다. 수사기관이 당초 해당사건과 관련성있는 전자정보만을 압수하고 복제 또는 출력하겠다고 압수수색영장을 발부령 받았다고 하더라도 압수수색의 대상이 되는 해당사건과 관련성이 있는 전자정보인지를 보려면 우선 파일을 일일이 검색하고 탐색하는 행위가 불가피하다.<sup>24)</sup> 최초 압수수색 현장에서 전자정보를 복제하여 압수한 후, 이를 외부로 반출하여 선별적인 탐색을 거쳐 출력하든, 정보저장매체를 외부로 반출하여 그 속에 저장되어 있는 전자정보를 탐색하여 출력하든 관련성이 있는지를 살펴보려면 어느 정도의 포괄적 탐색이 허용될 수 밖에 없는 상황이 발생하는 것이다. 외국에서도 일반적으로 포괄적 탐색을 허용하고 있다.<sup>25)</sup> 따라서 이미징한 전자정

23) 수사기관이 영장에서 허용된 범위를 넘어 무관한 정보를 복제·출력하는지를 감시하는 역할이 참여권이지만 이를 지지할 권리는 없고 단지 사후에 준항고로 다룰 수 있다고 한다(이완규, 앞의 “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법”, 110면).

24) 미국에서는 정보저장매체의 모든 파일을 검색하는 것을 대부분 허용하고 있다(Vincent Angermeier, “Swinging for the Fences: How Comprehensive Drug Testing, Inc. Missed the Ball on Digital Searches,” 100 J. Crim. L. & Criminology 1,603-1606; United States v. Williams, 592 F. 3d 511(4th Cir. 2010); United States v. Burgess, 576 f 3d 1078(10th Cir 2009).

25) 일본에서는 전자정보나 정보저장매체 전부를 압수하는 것도 위법이 아니라고 하며(安富 梁, “刑事手續と コンピュータ 犯罪”, 慶應義塾大學 法學研究會叢書(52)(平成 4年), 155, 註 21頁; 廣畑史郎, “コンピュータ 犯罪 と 搜索 差押え”, 警察學 論集 41卷 3號(1988), 73頁), 특히 수사기관의 압수수색절차에서 피압수자의 비협조하거나 증거인멸의 염려가 있을 경우에도 전부를 압수할 수 있다고 한다(安富 梁, 前掲書, 34, 註 1) 8頁; 河上和雄, “押收 差押 證據法 ノート(1)”, (1982), 87頁). 이러한 경우에도 정보저장매체나 전자정보를 압수 수사함에 있어 해당범죄와 관련성을 요구하는 것은 영장집행에 혼란을 초래할 우려가 있을 경우(安富 梁, 위의 논문, 42면)나 수사목적 달성을 위하여 압수수색의 대상이 된 정보 저장매체 전부를 압수하는 것도 허용된다는 한다(廣畑史郎, 前掲論文, 74頁; 安富 梁, 前掲論文, 156頁, 註 24). 미국에서도 압수수색영장에 압수목적물로 기록이나 문서만이 기재되어 있어도 정보저장매체를 압수를 허용하고 있고(United States v. Munson, 650 F. Supp. 525 (D. Colo. 1986), Barry J, Hurewitz, Allen M.Lo, “Computer-related crimes”, p 519, fn 172), 기록을 압수할 수 있다고 영장에 적시되어 있다면 압수가 허용되는 기록을 포함하고 있다고 믿을만한 이유가 있으면 컴퓨터 소프트웨어와 하드웨어 전부를 수색할 수 있다고 판시(United States v. Sissler, 1991. U.S. Dis. LEXIS 16465, at \*11(S.D. Mich. Aug. 30. 1991; Barry J, Hurewitz, Allen M.Lo, Ibid, p519 fn 173.)하기도 한다. 이에 더

보를 수사기관이 탐색하는 과정에서 어느 정도의 포괄적 탐색행위는 허용할 수 밖에 없을 것이다. 물론 해당사건과 전혀 관련성이 없는 파일을 열어보는 것은 당초부터 허용되지 않는다고 볼 수도 있겠지만 문제는 해당파일의 제목만 보아서 해당 파일명과 해당 파일 속에 실제로 저장되어 있는 전자정보의 내용이 일치된다는 보장이 없다. 해당파일의 제목은 해당사건과 관련성이 없을지는 몰라도 실제 그 파일 속에 저장되어 있는 전자정보는 해당 사건과 관련성이 있는 파일(전자정보)일 수도 충분히 있을 것이기 때문이다.<sup>26)</sup> 따라서 수사기관이 해당사건과 관련성이 있는 전자정보인지를 확인하기 위해서는 어느 정도의 포괄적인 압수수색을 허용할 수 밖에 없는 현상이 발생하는 것이다. 이는 독일 형사소송법이 압수한 서류를 수사상 증거로 사용할 것과 그렇지 않을 것으로 선별하는 절차에 대해 검사가 그 권한을 갖고 있으며 어느 범위까지를 할 것인가도 검사의 책임 하에서 재량을 가진다고 보고 있는 것과 그 맥락을 같이 하고 있다.<sup>27)</sup> 하지만 그렇다고 하더라도 출력함에는 해당사건과 관련성이 있는 부분에 한정하여 출력하여야 함에는 변함이 없을 것이다.

### 3. 각 단계별 참여권 보장을 위한 명확한 지침의 마련과 보완

현재 대검찰청은 ‘디지털 포렌식 수사관의 증거수집 및 분석규정’(대검 예규 제805호 2015. 7. 16.)<sup>28)</sup>을 시행하고 있다.<sup>29)</sup> 피압수자 등의 참여권을 규정하고 있는 조항은 제15조 제3항, 제4항, 제19조 제1항, 제2항에서도 규정하고 있다. 경찰청은 ‘디지털 증거수집 및 처리 등에 관한 규칙’(경찰청 훈령 제766호, 2015. 6. 1. 시행)<sup>30)</sup>을 시행하고 있다.<sup>31)</sup>

---

하여 혐의자의 광범위한 기망이 있음을 입증하기 위하여 필요한 범위에서 포괄적인 수색 활동도 가능하다고 판시{United States v. Sawyer, 799 F.2d 1494(11th Cir. 1986); Rickert v. Sweeney, 813 F.2d 907(8th Cir. 1987)}하기도 한다. 이에 대한 상세한 검토는 조광훈, 앞의“압수수색절차에서 관련성에 관한 고찰,” 276-277면 참조.

26) 실제로도 혐의자들이 엉뚱한 파일명에 해당사건과 관련성이 있는 자료를 숨겨 놓거나 수사기관이 탐색하더라도 어렵게 하기 위하여 이상한 파일 속에 숨겨 놓는 경우가 허다하다.

27) Nack, StPO- Karlsruher Kommentar, C.H.Beck, 2008, § 110 Rdnr. 1.

28) 대검찰청은 2006. 11. 21.자로 대검 예규 410호로 제정하여 현재까지 4회에 걸쳐 개정하여 시행해 오고 있다.

29) 대검찰청은 디지털 포렌식 수사관의 증거수집 및 분석규정 이외에도 ‘디지털 수사 자문위원회 운영규정’(대검 예규 제804호, 2015. 7. 16)과 ‘디지털 포렌식 압수지원 절차에 관한 지침’(대검 예규 제807호, 2015. 7. 16)을 제정·운영하고 있다.

30) 모두 23개 조항으로 구성되어 있으나 피압수자 등의 참여권과 관련한 규정은 제12조 제1



현재 대검찰청에서 시행 중인 ‘디지털 포렌식 수사관의 증거수집 및 분석규정’ 제15조 (정보저장매체 등의 압수·수색·검증) “③ 제1항 본문의 압수·수색을 행하는 경우에는 책임자등을 참여시키고, 압수·수색한 디지털 증거에 대하여 해쉬값(Hash Value)을 생성하여, 책임자등의 확인·서명을 받아야 한다. 이 경우 다음 각 호의 내용이 포함된 확인서를 작성하여 책임자등의 확인·서명을 받아야 한다. 다만, 확인서는 사용된 디지털 포렌식 도구에 의해 자동 생성된 자료로 같음할 수 있다. 1. 확인서 작성일시 및 장소, 2. 정보저장매체 등의 종류 및 사용자, 3. 해쉬값, 4. 확인자의 인적사항 및 연락처, 확인자와 피압수자와의 관계, 5. 기타 진정성·무결성·신뢰성을 확인하는데 필요한 사항 ④ 제1항 단서의 정보저장매체 등의 압수·수색을 행하는 경우에는 별지 제1호 서식의 압수물 확인지를 작성한 다음, 압수대상 정보저장매체 등에 부착하여 책임자등의 확인·서명을 받고, 별지 제2호 서식의 압수물 봉인지를 이용하여 봉인한 후, 위 책임자등으로부터 확인·서명을 받아야 한다. 다만, 긴급을 요하는 등 부득이한 경우에는 다른 형식으로 봉인한 후 확인·서명을 받을 수 있다. 제19조 (정보저장매체 등의 등록 및 책임자등의 참여) ② 전항의 경우 책임자등 참여권자의 요청이 있는 경우 참여를 보장하여야 한다. 책임자 등이 이미징 과정 등에 참여한 경우에는 별지 제5호의 서식에 따라 확인서를 작성토록 한다.” 고 규정하고 있다.

그리고 현재 경찰청에서 시행 중인 ‘디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙’에서는 제12조(압수절차) 제1항에서 정보저장매체나 전자정보를 압수하는 최초의 현장에서 피압수자나 참여인을 참여하게 한다고 규정하고, 동조 제2항에서 해쉬값을 확인하는 경우에 피압수자 또는 참여인의 참여권을 보장하여야 한다고만 규정하고 있다. 그런데 두 개의 기관에서 시행하고 있는 예규와 훈령 등의 내부지침을 보면 전자정보나 정보저장매체 등을 외부로 반출한 이후의 절차에서 피압수자의 참여권을 각 단계별로 상세히 규정하고 있지 않다. 따라서 앞서 살펴본 바와 같이 피압수자 등의 참여권을 철저히 보장하기 위하여 피압

항, 제2항, 제13조 단 2개에 불과하다.

31) 미국은 법무부 산하 연방 사법연구소에서 ‘초동수사에서 디지털 증거수집 수사지침’(NIJ (National Institute of Justice), U. S. Department of Justice, Office of Justice Programs National Institute of Justice, Electronic Crime Scece Investigation: An On-the-Scece Reference for First Responders, 2001. 9.)과 ‘디지털 증거에 대한 포렌식 운용과 조사지침’(U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs National Institute of Justice, Forensic Examination 2004)을 각각 제정·시행하고 있다.

수자 등의 참여권과 관련한 지침이나 규정을 보완하여야 할 것이다.

#### 4. 관련성 없는 전자정보나 사건종결 후, 즉시 폐기

피압수자의 참여권은 수사기관이 전자정보를 탐색한 후, 이를 복제하거나 출력하는 과정에서 빛을 발한다. 검토한 바와 같이 이 단계에서 피압수자 등의 참여권은 수사기관으로 하여금 해당사건과 관련성 있는 전자정보에 한하여 탐색하고 출력할 것을 감시하는 의미가 크다는 것도 검토하였다. 여기에 더 나아가 수사기관이 해당사건과 관련성이 있는 전자정보를 증거로 사용한 후 사건이 모두 종결되었다면 해당 전자정보를 즉시 폐기하여야 함은 물론이거니와 사건이 종결되지 않았더라도 분석하기 전에 이미징한 파일이나 분석과정에서 생성된 파일 또는 자료가 더 이상 필요하지 않을 경우에는 즉시 폐기하도록 하여야 할 것이다.<sup>32)</sup> 이 경우 수사기관이 자발적으로 폐기를 하도록 하는 것도 좋지만 사건이 종결이 되었다면 피압수자 등에게 해당 전자정보가 모두 폐기되었음을 확인하는 증명서(또는 확인서)를 교부하는 방안도 고려할 수가 있을 것이다.<sup>33)</sup>

32) 대검찰청의 디지털 포렌식 수사관의 증거수집 및 분석규정 제19조(정보저장매체 등의 등록 및 책임자 등의 참여) 제3항에서는 “이미지 파일을 디지털 수사통합업무 관리시스템에 등록한 경우 위 등록된 파일 이외에 이미지 파일은 모두 삭제한다.”고 규정하고 있고, 동 규정 제24조(분석결과 통보) 제3항에서도 “디지털 증거의 분석을 담당한 디지털 포렌식 수사관은 지원 요청자에게 분석 결과 통보 후 분석과정에서 생성된 자료를 지체없이 폐기하여야 한다.”고 규정하고 있다. 또한 경찰청의 디지털 증거수집 및 처리 등에 관한 규칙 제23조(디지털 증거의 보관 및 삭제·폐기) 제2항에서도 “제22조 제1항 단서에 따라 보관하는 복제본을 제외한 디지털 압수물, 복제본 및 증거분석을 통해 획득한 디지털 증거는 분석의뢰자에게 반환 후, 지체 없이 삭제·폐기하여야 한다.”고 규정하고 있다.

33) 한편 대법원 2015.7.16.자 2011모1839 전원 합의제 결정이 있는 후, 서울중앙지방법원에서는 기존에 디지털 증거와 관련한 압수수색영장의 실무운영지침이 개정하여 2015. 8. 1.부터 시행한다고 밝혔다. 그 지침 중에는 압수한 전자정보의 상세한 목록의 교부와 해당사건과 관련성이 없는 전자정보의 폐기할 의무를 영장에 명시하도록 하였다. 하지만 압수수색영장의 구체적인 집행방법은 수사기관이 알아서 판단하여 집행할 일임에도 법원이 그 집행방법까지도 구체적으로 제한하는 것이 과연 타당한지가 의문이다. 수사기관은 형사소송법 제106조 제3항에 따라 구체적으로 집행하면 되기 때문이다. 또한 수사기관이 최초의 압수수색영장에 적시된 혐의사실(즉 해당사건)과 관련성은 없으나 별건의 범죄사실을 구성할 경우에는 별개의 압수수색영장을 발부받아 집행할 수도 있기 때문에 해당사건의 혐의사실과 무관하다고 하여 곧바로 폐기하도록 한다면 이는 실제적 진실발견과 법적 정의에 반할 수도 있을 것이다. 예를 들면, 해당사건이 뇌물수수 사건으로 압수한 전자정보가 뇌물수수사건에서는 관련성은 없지만 별개의 횡령사건과 관련성이 있다면 수사기관은 횡령사건으로 압수수색영장을 발부받아 적법절차를 준수하면서 해당 전자정보에 대하여 압수수색을 실시할 수도 있을 것이다(대법원 2015.7.16. 자 2011모1839 전원합의체 결정에서

그래야 수사기관이 자칫 해당사건 이외에 다른 사건에서 압수수색영장 없이 별개의 사건에서 증거로 사용할 수 있는 여지를 원천적으로 차단하여 범죄와 무관한 수많은 제3자의 정보기본권을 침해할 소지를 원천적으로 차단할 수가 있기 때문이다.

## V. 맺음말

이상과 같이 복제 또는 출력한 전자정보나 정보저장매체를 외부로 반출한 이후, 피압수자의 참여권을 둘러싼 실무상 쟁점과 해석론을 살펴보았다. 기존에 전자정보나 정보저장매체의 압수수색절차에서는 포괄적 압수수색으로 인하여 많은 비판을 받아왔던 부분을 효과적으로 억제하고 통제할 수 있는 방안은 피압수자의 참여권을 철저히 보장하여야 하는 것은 기본적인 입장에서 벗어나 논할 수는 없다. 수사기관이 최초 압수수색현장에서의 전자정보를 출력 또는 복제하거나 정보저장매체의 점유권을 획득하는 과정에서 참여권을 인정하는 것에 별다른 문제가 없을 것이다. 하지만 정보저장매체를 외부로 반출한 이후 과정에 피압수자 등의 참여권 보장과 관련하여 향후 수사기관과 다툼이나 분쟁이 발생할 여지가 충분히 내포되어 있다.

하지만 판례는 정보저장매체 등에 대한 압수수색은 복제 또는 출력을 마칠 때 까지 참여권을 보장하라고 할 뿐 과연 어느 단계와 어느 범위까지 참여권을 인정해야 하는지에 대한 판단이나 가이드라인조차 제시하지 않고 있다. 그렇다고 실무계에서 손을 놓고 있을 수는 없다. 참여권을 적정하게 보장하고 인정하기 위한 해석론으로 그 간극을 메울 수 밖에 없다. 분명한 것은 참여권의 범위를 논함에 있어 피압수자의 프라이버시권을 비롯한 기본권을 과도하게 침해하거나 우리 법제가 상정하고 있는 적정절차의 틀에서 너무 멀리 떨어져 있어서는 곤란하다는 점이다. 실무상으로는 참여권과 관련한 명확한 규정을 찾기 전에 우선 피압수자의 프라이버시권과 실제적 진실발견을 적절하고 조화롭게 해

---

도 다른 범죄의 증거를 우연히 발견한 경우에 별도의 영장이 필요하다고 하였다). 그래서 우리나라에서도 미국의 'Plain view doctrine'의 법리를 원용할 필요가 있고, 독일의 '긴급 압수제도'나 일본 처럼 '기록명령 후 압수제도'를 적극 검토할 필요가 있는 것이다. 이에 대한 상세한 검토는 조광훈, 앞의 "압수수색의 관련성에 관한 고찰", 286-292면.

석을 펼쳐나가려는 자세가 요구된다고 할 것이다. 그리고 정보저장매체 등의 압수수색절차에서 참여권의 범위와 한계에 관하여 활발하게 논쟁하고 학계와 실무계의 의미 있는 후속연구도 지속되어 이와 관련한 합리적인 해석론도 조속히 마련되고 정립되어야 할 것이다.

투고일 : 2015.10.14. / 심사완료일 : 2015.11.23. / 게재확정일 : 2015.12.20.

[참고문헌]

1. 단행본

노명선·이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교출판부, 2013.

신동운, 「간추린 형사소송법」, 법문사, 2015.

\_\_\_\_\_, 「형사소송법」, 법문사, 2014.

신이철·손동권, 「새로운 형사소송법」, 세창출판사, 2014.

오기두, 「전자증거법」, 박영사, 2015.

2. 논문

김용호, “실무상 디지털 증거의 압수수색의 문제점과 개선방안,” 2012년 디지털 증거 압수수색에 관한 개정 법률안 공청회 자료, 한국포렌식 학회, 2012.

강구민·김창우·오경식, “압수수색영장 집행에 있어 참여권자에 관한 소고,” 「법학논총」 제22권 제2호, 조선대학교법학연구원, 2015. 8.

곽병선, “디지털 포렌식 수사의 문제점과 개선방안,” 「법학연구」 제42집, 한국법학회, 2011. 5.

노명선, “디지털 증거의 압수수색에 관한 관례의 동향과 비교법적 고찰,” 「형사법신동향」 통권 제43호, 대검찰청미래기획단, 2014. 6.

박봉진·김상균, “디지털 증거 압수수색에 관한 연구,” 「법과정책」 제19집 제1호, 제주대학교법학연구소, 2013. 2.

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

손동권, “새로운 입법화된 디지털 증거의 압수수색제도에 관한 연구,” 「형사정책」 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 2011. 12.

이완규, “디지털 증거의 압수수색과 관련성 개념의 해석,” 「법조」 통권 제686호, 법조협회 2013. 11.

\_\_\_\_\_, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법,” 「형사법의 신동향」 통권 제48호, 2015. 9.

오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구,” 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1997.

전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구,” 박사학

위 논문, 서울대학교 대학원, 2010.

정대희 · 이상미, “디지털 증거 압수수색절차에서의 ‘관련성’의 문제, 「형사정책 연구」 제26권 제2호, 한국형사정책연구원, 2015, 여름호.

조광훈, “디지털 증거의 압수수색의 문제점과 개선방안, 「서울법학」 통권 제21권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2014. 2.

\_\_\_\_\_, “형사소송법 제106조의 쟁점과 개정안 검토, 「법조」 통권 제694호, 법조협회, 2014, 7.

\_\_\_\_\_, “정보저장매체 등의 분석행위의 입법론에 대한 타당성 검토, 「형사법의 신 동향」 통권 제44호, 대검찰청미래기획단, 2014. 9.

\_\_\_\_\_, “압수수색절차에서 ‘관련성’에 관한 고찰, 「사법」 통권 제34호, 사법발전재단, 2015. 9.

\_\_\_\_\_, “정보저장매체 등의 압수수색에서 참여권, 「저스티스」 통권 제151호, 한국 법학원, 2015. 12.

\_\_\_\_\_, “전자정보의 압수수색절차에서 참여권의 범위와 한계 -대법원 2015 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정을 중심으로-, 「법조」 통권 제711호, 법조협회, 2015. 12.

최성필, “디지털 증거의 증거능력,」 학술대회발표자료, 한국형사소송법학회 대검찰청 독일형사법연구회 공동주최, 2015. 9. 11.

Nack, StPO- Karlsruher Kommentar, C. H. Beck, 2008.

安富 梁, “刑事手續と コンピュータ 犯罪”, 慶應義塾大學 法學研究會叢書(52)(平成4年).

廣畑史郎, “コンピュータ 犯罪 と 搜索 差押え”, 警察學 論集 41券 3號(1988).

### 3. 규정(훈령) 및 지침

디지털 포렌식 수사관의 증거수집 및 분석규정(대검찰청 예규 제805호, 2015. 7. 16).

디지털 증거수집 및 처리 등에 관한 규칙(경찰청 훈령 제766호, 2015. 6. 1).

초동수사에서 디지털 증거 수집 수사지침 NIJ (National Institute of Justice), U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs National Institute of Justice, Electronic Crime Scene Investigation: An On-the-Scene Reference for First Responders, 2001. 9.).

디지털 증거에 대한 포렌식 운용과 조사지침 (U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs National Institute of Justice, Forensic Examination 2004).

[국문초록]

## 정보저장매체 등을 외부로 반출한 이후의 절차에서 피압수자의 참여권을 둘러싼 실무상 쟁점과 해석론

조 광 훈\*

기존에는 전자정보나 정보저장매체의 압수수색절차에서 형사소송법 제106조 제3항의 규정에도 불구하고 이를 제대로 준수하지 않는 문제점을 지적하는 연구에 집중해 왔다. 하지만 최근 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정에서 정보저장매체 등을 외부로 반출한 이후의 절차에서도 피압수자 등의 참여권을 보장하지 않아 정보저장매체 등의 압수수색절차가 전체적으로 위법하다고 하였다, 하지만 정보저장매체나 전자정보를 외부로 반출한 이후에 피압수자 등의 참여권을 구체적으로 어디까지 어떻게 보장하여야 하는지에 대하여 언급하지 않고 있어 참여권을 둘러싼 쟁점에 대한 적절하고 합리적인 해석론이 요구되는 상황이다.

전자정보나 정보저장매체를 외부로 반출한 이후의 실무상 제기되는 쟁점들은 정보저장매체의 압수수색의 종결시점, 외부로 반출한 이후의 행위의 법적성질, 참여권과 관련성의 상관성 등이 있다. 전자정보나 정보저장매체의 외부로 반출한 이후의 각 단계별 참여권의 보장방법과 그 범위는 8단계로 구분하여 살펴볼 수 있다. 즉 외부장소에서의 정보저장매체의 봉인과 해제, 전자정보에 대한 이미징의 단계, 디지털 포렌식 센터 증거사본 시스템에 업로드(저장)단계, 증거사본을 내려 받아 삭제 파일의 복구, 파일의 추출단계, 원격 디지털 공조시스템에 업로드(저장)하는 단계, 전자정보의 탐색(또는 확인)단계, 전자정보의 복사 또는 출력단계, 증거화 단계 중에서 봉인의 해제, 이미징의 단계, 삭제 파일의 복구, 파일을 추출하는 단계, 전자정보의 탐색단계, 전자정보의 복사 또는 출력단계에서는 피압수자의 참여권을 보장하여야 할 것이다.

특히 파일을 선별적으로 탐색하고 이를 출력하는 과정에서는 반드시 보장하여야 할 것이다. 피압수자의 참여권의 합리적 보장과 실제적 진실발견의 원활

---

\* 서울서부지방법검찰청 형사1부 검찰수사관, 고려대학교 대학원 박사과정 수료.



을 위한 모색방안으로는 피압수자 등이 참여권을 정당한 사유 없이 수사를 방해하기 위하여 일방적으로 연기한다든지 거절할 경우에는 수사기관이 종합적으로 판단하여야 한다. 검찰과 경찰은 디지털 증거의 분석과 관련한 예규나 지침에서 각 단계별로 참여권을 구체적으로 보완하는 것도 필요하다. 피압수자 등은 수사기관이 관련성 없는 전자정보를 탐색하는 경우라면 준항고 절차를 이용하여 다투어야 한다. 관련성 없는 전자정보 등은 사건종결 후에는 즉시 폐기하도록 하고 이러한 사실을 피압수자 등에게 통보하는 증명서(확인서) 등을 교부하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.

주제어 : 정보저장매체, 전자정보의 압수수색, 참여권, 해당사건, 관련성, 피압수자

[Abstract]

Discussions on the Practical Issues and Interpretation of  
Participation Right of Those Subject to Seizure during the  
Procedure after Taking Out Information Storage Device Outside

Cho, Kwang-Hoon\*

In regards to the seizure and search procedure of electronic information or information storage device, existing studies focused on the issue of lack of compliance to the Paragraph 3, Article 106 of Criminal Procedure Code. In the recent 2011MO1839 en banc ruling on July 16, 2015, however, it was stated that seizure and search procedure of information storage device was illegal overall upon failing to guarantee the participation right of those subject to seizure even in the procedure after taking out information storage device outside. However, it does not specially mention about the level of guaranteeing participation right of those subject to seizure after taking out information storage device or electronic information. Accordingly, there is a need for discussions on appropriate and reasonable interpretation of issues concerning participation right.

As for practical issue being raised after taking out electronic information or information storage device, they include the completion period of seizure and search of information storage device, legal nature of act after taking out, correlation between participation right and relevance, etc. In regards to the method and scope of guaranteeing participation right according to step after taking out electronic information or information storage device, they can be divided into eight steps for review. It would be necessary to guarantee the participation right of those subject to seizure in the step of sealing & unsealing of information storage device outside and electronic information imaging;

---

\* Prosecution Investigation Officer, Criminal Division 1, Seoul Western District Prosecutor's Office

step of upload (storage) to digital forensic center evidence copy system; step of download of evidence copy for deleted file recovery, file extraction; step of upload (storage) to remote digital system; step of searching (or verifying) electronic information; step of copying or printing electronic information; step of unsealing and imaging during evidencing step; step of recovering deleted file, file extraction; step of search electronic information; step of copying or printing electronic information.

It should be guaranteed particularly during the process of selectively searching for files and printing them. In regards to searching for ways to ensure reasonable guaranteeing of participation right of those subject to seizure and discovery of substantial truth, it is necessary for investigative agency to determine whether or not to recognize participation right of those subject to seizure when they postpone or refuse without justifiable cause to interrupt investigation. It would be also necessary for the prosecution and the police to specifically supplement participation right according to step in the prescribed regulations or guidelines on the analysis of digital evidence. In the case of investigative agency searching unrelated electronic information, those subject to seizure should contend by using the quasi-appeal procedure. There could also be the method of disposing unrelated electronic information instantly after the completion of case and issuing a certificate (confirmation) of notification to those subject to seizure regarding such matter.

Key words : information storage device, seizure and search of electronic information, participation right, relevant case, relevancy, those subject to seizure

