

전자정보의 압수수색과 피의자의 참여권 - 대법원 입장의 비판적 수용 및 독일 논의의 참고 -

박 중 욱*

국 | 문 | 요 | 약

2015년의 종근당 결정 이후 지금까지 압수수색 과정에서의 참여권 보장의 정당성 및 참여권의 주체가 논란이 되고 있다. 우선 참여권의 주체가 문제가 된 이유는 대법원이 그 법적 근거로 형소법 제121조를 제시하면서도, 참여권자를 동조의 명백한 문언에도 불구하고 ‘피의자’가 아닌 불명확한 개념인 ‘피압수자’라고 표현하고 있기 때문이다. 특히 문헌에서는 3자간 구조의 압수수색 사안에서 누가 피압수자인지가 불명확하다는 점이 지적되었다. 이에 대해 대법원은 “실질적 피압수자인 피의자”라는 표현을 통해 정보의 실질적 소유자인 피의자의 참여권을 인정함으로써 결론적으로는 문제를 해결하였다. 하지만 이런 대법원의 설시는 타당하지 않다. 왜냐하면 형소법 제121조에 따르면 참여권의 주체는 명백히 피의자이기 때문이다. 무엇보다 대법원은 2021도 11170 판결에서 피의자가 실질적 피압수자가 아니라는 이유로 그의 참여권을 인정하지 않았는데, 이는 법률상 인정된 피의자의 권리를 부당하게 제한하는 해석이라는 점에서 적법절차 원칙에 반한다.

다른 한편 일부 문헌에서는 수사의 밀행성(비공개주의)과 실무에서의 실효성 측면에서 압수수색에서의 피의자 참여권 제도 자체의 입법적 정당성에 의문을 제기하면서 종근당 결정을 비판한다. 해당 참여권의 보장은 수사기관에게 과도한 부담을 지우며 효과적인 형사소추라는 법익을 지나치게 침해한다는 견해도 마찬가지이다. 하지만 형소법 제121조의 입법 배경, 피의자의 법적 지위, 전자정보의 증거능력과 증명력, 강제처분의 공개성 원칙과 비례성 원칙의 측면에서 오늘날 피의자에게 압수수색 과정에 참여할 기회를 제공하는 것은 충분히 정당화될 수 있으며, 그 독자적인 절차법적 중요성도 인정된다고 할 것이다. 모든 생활영역이 디지털화되어 있는 오늘날 방대한 양의 정보에 대한 압수수색은 사전영장, 영장제시, 압수목록 교부, 준항고 등과 같은 절차보장책에 더해 피의자와 그의 변호인에게 그 과정에 참여할 기회를 제공함으로써 더 효과적으로 통제될 수 있다. 물론 이런 참여는 절차를 지연시킴으로써 수사의 효율성에 실질적인 영향을 미칠 수 있다. 하지만 별건정보의 의도적 압수 등 수사권의 오남용 행위에 대처하고, 준항고 절차에서 위법한 수사행위에 효과적으로 이의제기할 수 있기 위해서는 피의자와 그의 변호인이 그 집행과정에 참여하는 것이 가장 효과적이다.

* 동국대학교 비교법문화연구원 전문연구원, 법학박사

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.3.31.1.29>.

❖ 주제어 : 열람, 열람을 위한 반출, 형소법 제121조, 피의자, 피압수자, 참여권/출석권, 전자정보의 증거능력과 증명력, 공개성 원칙

I. 서론

최근의 정보통신기술의 여건을 고려할 때 수사상 압수수색의 과정에서 수사기관이 피의자 또는 피의자 아닌 자의 정보에 포괄적으로 접근하는 것은 불가피하다. 이것은 자백보다는 객관적인 증거, 특히 전자정보가 범죄입증의 중요한 증거로서 기능하는 오늘날 더욱 그렇다. 반면 이런 수사상 처분은 거의 언제나 국민의 기본권, 특히 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조) 및 개인정보자기결정권에 대한 중대한 침해로 이어지고, 더 나아가 기본권 보호의 가장 핵심인 인간의 존엄과 가치(헌법 제10조)까지 침해할 수 있다. 왜냐하면 USB와 같은 외부 저장매체뿐만 아니라 개인용 컴퓨터(PC) 및 사실상 작은 PC로서 기능하는 태블릿 PC나 스마트폰에는 보통 혐의와 관련된 정보(이하 “유관정보”)와 그렇지 않은 정보(이하 “무관정보”)가 혼재되어 포괄적으로 저장되어 있기 때문이다.¹⁾ 이는 정보가 기업·기관·단체 등이나 인터넷서비스제공자(이하 “ISP/CP”)의 서버에 저장되어 있는 경우에도 마찬가지이다.²⁾ 따라서 수사기관이 전술한 정보저장매체나 서버에 접근하여 개인정보를 포괄적으로 수집하는 압수수색은 적절히, 즉 비례성 원칙에 따라 필요 최소한의 범위 내로 제한되어야 하고, 이를 위해 절차적으로 감시·통제

- 1) PC, 태블릿 PC, 스마트폰 등 개인용 정보저장매체에 대한 수사기관의 압수수색에서 ‘압수수색의 처분을 받는 자’, 즉 ‘피압수수색 당사자(이하 “피압수자”)’는 일반적으로 피의자, 즉 정보주체이다. 이러한 압수수색은 ‘수사기관-피압수자(= 피의자 = 정보주체)’의 2자간 구조로서 전통적인 형태에 속한다. 참고로 최종적인 압수가 행해지기 전에는 ‘피수색자’라고 표현하는 것이 옳으나, 수색은 압수의 전단계이고 최종적으로 압수를 지향한다는 점에서 일괄하여 ‘피압수자’라고 표현한다.
- 2) 여기서 서버는 일반적으로 인터넷을 통해 e-mail, SNS(Social Network Services, social media), 클라우드 컴퓨팅(cloud computing) 등의 서비스를 제공하기 위한 컴퓨터를 지칭하며, 업무나 영업에 이용되는 대용량의 정보저장매체라 할 수 있다. 이런 서버에 저장되어 있는 정보에 대한 압수수색에서는 앞의 경우와 달리 ‘수사기관-피압수자-피의자(= 정보주체)’의 3자간 구조가 형성된다. 여기서 현실적으로 압수수색의 처분을 받는 자인 ISP/CP나 기업 등은 단지 ‘정보의 보관자’일 뿐이고, 해당 처분과 실질적 이해관계를 가지는 자는 압수되는 정보의 실질적 소유자, 즉 정보주체인 피의자이다. 한편 이와 관련하여 ISP/CP가 정보의 보관자인 동시에 소유자이기도 한 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 3자간 구조에서 정보의 소유자가 그 보관자인 ISP/CP인지 정보주체인 피의자인지는 좀 더 자세한 검토가 필요할 것이다. 하지만 피의자 참여권의 정당성이라는 본 논문의 쟁점에서는 정보의 소유자를 ISP/CP로 본다고 하여도 논의의 결과에 영향이 없다고 할 것이다. 특히 개인정보보호법 제18조 제2항에 따르면 개인정보처리자는 (범죄의 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행을 위해 필요한) 경우에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다는 점에서, 정보의 소유자가 누구인지는 정보주체의 참여권에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

될 수 있어야 한다.³⁾

이와 관련하여 우선 형사소송법(이하 “형소법” 또는 “법”) 제106조 제1항, 제107조 제1항, 제109조 제1항, 제215조에는 “피고사건/피의사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여”의 문언이 있고,⁴⁾ 더 본질적으로는 헌법상의 적법절차 원칙, 비례성 원칙, 영장주의 등에 따라 압수수색의 대상과 범위가 유관정보로만 제한되어야 한다는 점은 명백하다(소위 “관련성 제한”).⁵⁾ 이러한 관련성 제한은 형사절차에서 사전적으로는 영장을 통해(법 제114조, 제219조[이하 수사절차상 준용규정인 본조 표기 생략]), 사후적으로는 준항고를 통해(법 제417조) 보장되고 있지만, 이외에 압수수색의 집행 단계에서는 영장의 사전 제시(법 제118조), 참여권 보장(법 제121조 내지 제123조), 압수목록 교부(법 제129조) 등의 절차를 통해서도 보장된다.

압수수색 집행 단계에서의 절차보장과 관련하여 대법원은 최근 일련의 결정/판결에서 참여권 보장의 위반을 위법수집증거배제법칙과 결부시킴으로써 동 절차보장에 큰 비중을 부여하고 있다. 특히 2015년의 종근당 결정(‘영장에 따른 압수의 경우’)과 2021년의 스마트폰 촬영 판결(‘임의제출에 따른 압수의 경우’)이 전원합의체를 통해 내려짐으로써 참여권 보장의 요청은 사실상 법률에 준하는 효력을 갖게 되었다. 결국 현재 임의제출을 포함한 압수수색의 절차에서 피의자 내지 피압수자에 대한 참여권 보장은 압수수색 집행을 적법성 및 압수된 증거의 증거능력 인정을 위한 결정적인 요소가 되었고, 이것은 수사기관의 측면에서 볼 때 압수된 증거가 위법수집증거로서 형사절차에서 그 사용이 배제

3) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 (전합) 결정[소위 “종근당 결정”]; 2021. 11. 18. 선고 2016도348 (전합) 판결[소위 “스마트폰 촬영 판결”] 등; 이주원, “디지털 증거에 대한 압수수색제도의 개선”, 안암법학(제37권), 안암법학회, 2012. 1, 151, 161면; 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법”, 형사법의 신통향(통권 제48호), 대검찰청, 2015. 9, 90, 97-98면; 구길모, “디지털증거 압수·수색과 참여권보장”, 형사법연구 제34권 제4호, 한국형사법학회, 2022. 12, 219, 221면 등.

4) 해당 문언은 2011.7.18.에 개정되어 2012.1.1.부터 시행된 형소법에 추가되었으나, “관련성” 개념은 종래 해석상 이미 요구되고 있었고(대법원 2004. 3. 23.자 2003도126 결정; 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정[소위 “전교조 결정”] 등), 앞의 개정을 통해 법문상으로 구체화 되었을 뿐이다(이주원, 주 3의 논문, 162면; 전승수, “디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행”, 법조(통권 제670호), 법조협회, 2012. 7, 237, 261면).

5) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 (전합) 결정 [이유 1. 가. (1)]; BVerfGE 113, 29, 55 [Rn. 114]; 124, 43, 67 [Rn. 84]; “절차상 중요하지 않은 사적인 정보를 과도하게 획득하는 것은 합리적인 범위에서 회피되어야 한다.” 본 연구에서 “관련성”과 관련된 쟁점은 별도로 다루지 않는다.

되는 것을 방지하기 위해 반드시 준수되어야 하는 절차적 전제가 되었다.⁶⁾ 이러한 대법원의 태도에 대해 문헌에서는 전체적으로 찬성하는 견해도 있지만,⁷⁾ 수사상 압수수색 절차에서의 참여권 보장 제도 자체의 정당성에 의구심을 제기하거나,⁸⁾ 그 실효성에 의문을 제기하는 견해도 있고,⁹⁾ 참여권 보장의 요청에 대해서는 공감하면서도 대법원 판결에 적시된 참여권의 주체와 법적 근거 표기의 부적절함을 지적하는 견해¹⁰⁾도 있다.¹¹⁾

다른 한편, 서류와 전자정보에 대한 압수수색의 집행과정에서 절차통제의 수단으로서 참여권 보장이 요구되는지가 최근 독일에서도 논의되고 있다. 수사기관으로 반출된 서류의 열람에 대한 피압수자의 참여권을 규정하고 있던 독일 형사소송법(Strafprozessordnung, 이하 “StPO”) 제110조 제3항이 2004년에 삭제되었고, 이에 따

- 6) 위법수집증거의 증거능력 배제의 효과는 절대적인 것으로서 증거동의를 인정되지 않고 탄핵증거로도 사용될 수 없다(이재상/조균석, 형사소송법(제12판), 박영사, 2020, 596-597면; 이주원, 형사소송법(제5판), 박영사, 2022, 438면: ‘블랙홀’).
- 7) 예를 들어, 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 한국언론법학회, 2015, 33, 59-60면; 이진국, “전자정보의 압수·수색에서 피압수·수색 당사자의 참여권에 관한 일고”, 아주법학 제11권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2018. 2, 330면 이하; 박병민, “디지털 증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안”, 디지털 증거 압수수색 개선방안, 2021년 공동 학술대회 자료집, 사법정책연구원/대한변호사협회/한국형사법학회/대법원형사법연구회, 2021. 3, 1, 2면 이하; 이혼재, “제3자 보관 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행과 피의자의 절차적 권리”, 형사법의 신동향(통권 제76호), 대검찰청, 2022. 9, 155, 179면.
- 8) 예를 들어, 이완규, 주 3의 논문, 107-108면; 김대원, “텔레그램 등 익명·비대면 공간에서의 조직범죄 수사절차와 한계”에 대한 토론문”, 4차산업혁명에 있어서 정보화 시대의 당면 과제, 2022년 하계 학술대회 자료집, 4차산업혁명융합법학회/한국형사소송법학회, 2022. 7. 1, 105-106면.
- 9) 예를 들어, 이완규, 주 3의 논문, 104면; 박건욱, “수사기관에서의 전자정보 탐색 과정을 압수수색 일환으로 보는 판례 입장에 대한 비판적 검토”, 형사법의 신동향(통권 제50호), 대검찰청, 2016. 3, 191, 202면 이하.
- 10) 예를 들어, 이순옥, “디지털 증거의 압수·수색절차에 대한 비판적 고찰”, 중앙법학 제20집 제3호, 중앙법학회, 2018. 9, 163, 182면; 전치홍, “대법원의 참여권 범리에 대한 비판적 검토”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호, 한국형사소송법학회, 2022. 3, 1, 11-13면; 구길모, 주 3의 논문, 229-233면.
- 11) 2015년의 종근당 결정 이후 참여권 보장에 대해 학계에서는 상당한 견해의 대립이 있었고, 앞의 각주들에 열거된 바와 같이 관련 논문도 다수 나왔다. 하지만 대법원은 계속해서 동 결정의 범리를 재확인하였고(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결; 2020. 11. 26. 선고 2020도10729 판결 등), 최근 2021년의 스마트폰 촬영 판결과 2022년의 세월호 카카오톡 결정을 통해 해당 범리의 적용범위를 더 확대시켰다. 한편 이러한 대법원 판결/결정에 의해 학계에서는 참여권 보장의 정당성 및 그 주체와 적용범위에 대한 논쟁이 일단락되기 보다는 오히려 다시 격화되고 있는 듯하다. 2021~2022년의 여러 형사법 관련 학술대회에서 전자정보 압수수색에서의 참여권 보장과 관련된 쟁점이 다수 발제되었다.

라 독일 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht, 이하 “BVerfG”)는 해당 참여권이 반드시 보장되어야 하는 것은 아니지만 비례성 원칙에 따라 요청될 수 있다고 실시하였다. 이후 문헌에서 참여권 보장의 필요성을 강조하는 목소리가 있었지만, 수사 실무에서 그것이 인용된 경우는 없었다. 하지만 Kiel지방법원(Landesgericht Kiel, 이하 “LG Kiel”)이 최근 - 실무상 처음으로 - 해당 참여권을 인정하는 결정을 내림으로써 관련 논의가 다시 촉발되었다.

필자는 형소법 제121조에 따른 ‘피의자’의 참여권이 전자정보의 압수수색 집행과정에서 충분히 보장되어야 한다고 생각한다. 이하에서는 먼저 전자정보 압수수색의 집행 방법과 참여권 보장에 관한 대법원의 입장을 정리한 후(Ⅱ), 참여권 주체에 대한 판례 표현의 부적절성 및 그에 따른 참여권자 범위의 부당한 축소를 비판할 것이다(Ⅲ). 이어서 참여권 보장에 대한 독일에서의 논의를 살펴본 후(Ⅳ), ‘피의자’의 참여권을 인정하는 법 제121조는 그 입법 배경, 피의자의 법적 지위, 전자정보의 증거능력과 증명력, 공개의 강제처분에 대한 감시의 필요성을 고려할 때 오늘날 - 최소한 전자정보와 관련해서는 - 타당하다는 점을 강조하고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 전자정보 압수수색의 집행 방법과 참여권 보장에 관한 대법원의 입장

대법원은 2011년의 전교조 결정에서 전자정보에 대한 압수수색에서의 집행 방법과 절차보장에 대해 처음으로 실시하였고, 2015년의 종근당 결정에서 위 결정의 내용을 재확인하면서 위법수집증거배제법칙(법 제308조의2)에 기초하여 영장주의와 적법절차 원칙의 측면에서 압수수색에 대한 절차통제의 수단으로서 참여권 보장에 상당한 비중을 부여하였다. 종근당 결정의 내용은 다음과 같이 정리될 수 있다:

- (a) ④ 압수수색의 현장에서 유관정보만을 출력한 문서 또는 그것을 복제한 파일을 압수하는 것이 ‘원칙’이고(소위 “원칙적인 현장 압수”), 이것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 정보저장매체 자체 또는 그것을 하드카피·이미징한 복제본을 수사기관의 사무실로 반출한 후 유관정보만을 탐색·출력·복제하는 것이 ‘예외’적으로 허

용된다(소위 “예외적인 반출”). ⑤ 예외적인 반출 후 유관정보를 탐색·출력·복제하는 일련의 과정은 전체적으로 하나의 영장에 기한 압수수색의 일환에 해당하고, 따라서 이때에도 탐색 후의 출력·복제는 유관정보로 한정되고 무관정보의 임의적인 출력·복제는 위법하며, 그에 따라 관련성에 대한 구분 없는 탐색 등을 통해 획득된 증거는 위법수집증거이다.¹²⁾ [관련성 제한의 위반과 위법수집증거]

- (b) 위 (a)에 따른 일련의 압수수색 과정, 특히 예외적인 반출 후 탐색 등의 과정에도 ‘법 제121조’에 근거하여 ‘피압수자’에게 참여권이 보장되어야 하며, 이러한 조치가 취해지지 않은 압수수색은 특별한 사정이 없는 한 위법하고,¹³⁾ 이때 해당 압수수색이 종료된 이후라면 그 압수수색 전체를 하나의 절차로 파악하여 그 취소여부를 판단해야 하는데, 참여권 보장 위반의 위법은 압수수색 처분 전체를 취소시킨다.¹⁴⁾ [참여권 보장의 위반과 위법수집증거]
- (c) ① 위 예외적인 반출 후의 유관정보 탐색 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 정보(소위 “별건정보”)가 우연히 발견된 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 별건 혐의에 대한 영장을 발부받아 압수수색을 진행해야 하고, 그렇지

12) 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 (전합) 결정 [이유 1. 가. (1)]. 나아가 대법원 2022. 1. 14.자 2021도1586 결정에 따르면, “수사기관이 유관정보를 선별하여 압수한 후에도 무관정보를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 그대로 보관하고 있다면 …… 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수수색 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다.”

13) 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 (전합) 결정 [이유 1. 가. (2)]: “만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수수색이 적법하다고 평가할 수 없고, 비록 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.” 종근당 결정에서 참여권 보장의 위반이 (개별) 압수수색 처분을 위법하게 만든다는 점에 대해서는 이견이 없었다.

14) 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 (전합) 결정 [이유 1. 가. (3) 및 나.]. 참여권 보장의 위반이라는 위법에 의해 취소되어야 하는 압수수색 처분의 범위에 관한 이 부분이 바로 종근당 결정에서 견해의 대립이 있었던 부분이다. 다수의견은 참여권 그 자체에 강력한 독자적인 적법절차로서의 지위를 부여했다고 할 수 있다(동 결정의 이유 5. 다. (2) 참고 [대법관 김창석, 박상옥의 반대의견]). 반면 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 (전합) 판결에 따르면, 수사기관 사무실에서 유관정보를 “수집·확보하기 위하여 삭제된 파일을 복구하고 암호화된 파일을 복호화하는 과정도 전체적으로 압수수색 과정의 일환”으로서 이 과정에 피의자의 참여권이 보장되지 않은 것은 위법하나, 해쉬(Hash)값이 보존되어 있는 등의 이유로 해당 압수수색을 통해 획득된 증거는 사용될 수 있다.

않은 경우 해당 별건정보의 획득은 위법하다. ⑤ 나아가 이런 경우 특별한 사정이 없는 한 원래의 피압수자에게 참여권이 보장되어야 한다.¹⁵⁾ [별건정보 압수수색에 서의 관련성 제한 및 참여권 보장의 위반과 위법수집증거]

이후 대법원은 2021년 말의 스마트폰 촬영 판결을 통해 영장에 근거한 압수수색의 집행 방법과 참여권 보장 등에 관한 위 중근당 결정의 법리가 유관정보와 무관정보가 혼재된 정보저장매체가 제3자에 의해 수사기관에 임의제출(법 제218조)된 경우에도 적용된다고 판시하였고,¹⁶⁾ 곧이어 2022년 5월의 결정을 통해 정보가 혼재된 서비스이용자의 통신내용 복제본이 ISP/CP에 의해 수사기관에게 전달된 경우에도 적용되어야 한다고 판시하였다.¹⁷⁾ 대법원은 전자의 판결에서 참여권자를 “실질적 피압수자인 피의자”라고 처음 표현한 후, 3자간 구조의 압수수색 사안에서는 계속해서 해당 표현을 사용하고

15) 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 (전합) 결정 [이유 2. 가.].

16) 동 판결의 설시에 따르면, 정보저장매체의 임의제출에서 압수되어야 하는 대상과 범위는 일단 임의제출자의 의사에 따라 정해져야 하지만, 그것이 불명확하거나 미확인인 경우에는 유관정보로 제한되고, 이때 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체가 피해자 등 제3자에 의해 임의제출되는 경우라면, 압수범위는 임의제출자인 제3자가 일괄하여 임의제출한다는 의사를 밝혔더라도 특별한 사정이 없는 한 유관정보로 제한된다(대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 (전합) 판결 [이유 2. 가. 2])). 다만 모텔 객실에 불법설치된 카메라를 모텔업주가 임의제출한 사안에서 대법원은 “수사기관이 임의제출받은 정보저장매체가 그 기능과 속성상 임의제출에 따른 적절한 압수의 대상이 되는 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재될 여지가 거의 없어 사실상 대부분 압수의 대상이 되는 전자정보만이 저장되어 있는 경우에는 …… 피압수자에게 참여의 기회를 보장하지 않고 전자정보 압수목록을 작성·교부하지 않았다는 점만으로 곧바로 증거능력을 부정할 것은 아니”라고 판시하였다(대법원 2021. 11. 25. 선고 2019도7342 판결).

17) 대법원 2022. 5. 31.자 2016도587 결정[소위 “세월호 카카오톡 결정”]. 다만 이 결정에 따르면, 수사기관이 ISP/CP로부터 전자정보를 취득하는 과정은 법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 근거하여 실질적 피압수자인 피의자에게 사전에 통지되지 않을 수 있다(이에 대해 同旨로는 이순욱, 주 10의 논문, 184면; 박용철, “디지털 증거 중 카카오톡 대화의 압수·수색영장 집행에 대한 참여권”, 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019. 1, 23, 28면; 박병민, 주 7의 논문, 6면). 대법원과 헌법재판소의 기존 결정에 따르면 위 ‘급속을 요하는 때’란 압수수색 집행 사실의 사전 통지로 인한 증거인멸이나 훼손을 통해 압수수색의 목적을 달성할 수 없게 되는 때, 즉 압수수색의 실효를 거두기 어려울 경우를 의미하므로(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결; 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바225, 판례집 24-2하, 467, 474면), 증거인멸이나 훼손의 염려가 사라진 경우에는 참여권자에게 참여의 기회가 제공되는 것이 타당하다는 점에서 위 대법원 결정은 타당하다. 한편 수사기관이 키워드나 확장자 검색 등을 통해 선별된 유관정보만이 복제된 파일을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관 사무실에서 압수된 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에의 참여권 보장은 요구되지 않는다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결).

있다.¹⁸⁾ 후자의 결정은 - 전원합의체를 통해 내려지지는 않았지만 - 웹메일(web mail), SNS, 클라우드 컴퓨팅 등과 같이 웹에 기반하는 인터넷서비스가 보편화된 오늘날의 정보통신 환경을 고려할 때, 압수수색 실무에서 실질적으로 중요한 의미를 갖는다.

전자정보 압수수색의 집행 방법 및 참여권 보장과 관련된 대법원 입장은 다음과 같이 요약될 수 있다: 수사기관은 관련성 제한의 요청에 따라 영장에 의해서든 임의제출에 의해서든 피의자나 제3자(피해자, ISP/CP 등)로부터 유관정보와 무관정보가 혼재된 정보 저장매체나 그 복제본을 획득한 경우에는 기관 내부에서 유관정보만을 탐색·출력·복제하는 과정을 거쳐야 하는데, 이 과정은 압수수색 집행의 일환이므로,¹⁹⁾ 피압수자에게는 해당 과정에의 참여권이 보장되어야 하고, 이러한 참여권이 보장되지 않은 압수수색은 절차적으로 위법하여 취소되어야 한다.²⁰⁾

Ⅲ. 참여권의 법적 근거와 참여권자

1. 2자간 구조의 압수수색 사안

전교조 결정과 종근당 결정은 ‘수사기관 - 피압수자(= 피의자)’인 2자간 구조의 압수수색 사안이었는데, 대법원은 앞의 결정에서 참여권의 법적 근거에 대한 명확한 언급 없

18) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019도7342; 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결; 2022. 5. 31.자 2016도587 결정 등.

19) 소위 “수색설”. 이에 반해 정보저장매체나 그 복제본이 수사기관으로 반출됨으로써 압수수색 영장의 집행은 종료되는 것이고 이렇게 획득된 압수물의 내용을 확인하기 위한 열람·탐색 등은 수사기관 내부의 행위라는 견해가 있다(소위 “압수물 확인행위설”). 수사기관으로 반출된 정보저장매체 등을 탐색하는 행위의 법적 성격에 대해서는 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2011, 85-86면; 조은별, “디지털 증거의 압수·수색에 대한 참여권의 보장”, 서울대학교 박사학위논문, 2021, 146면 이하; 박중욱, “수사기관 내에서의 범죄혐의의 관련 정보 탐색 등 행위의 법적 성격”. 비교형사법연구 제24권 제4호, 한국비교형사법학회, 2023. 1, 347, 354면 이하 참고. 이 쟁점은 본 논문에서 별도로 자세히 다루지 않는다. 다만 뒤에서 보듯이 독일에는 “수색설”에 따른 특별규정, 즉 StPO 제110조가 있다(주 30 참고).

20) 이러한 압수수색의 집행 방법과 참여권 보장에 대한 대법원의 입장은 현재 실무에서 법원이 발부하는 압수수색 영장에 첨부되는 ‘별지’의 내용이기도 하다(안성수, 김희옥/박일환(편), 주석 형사소송법(Ⅰ)(제5판), 한국사법행정학회, 2017, § 106, 565-566면).

이 단순히 “피압수자나 그 변호인”을 참여권자라고만 언급하였지만, 뒤의 결정에서는 “법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수자나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고”라고 실시하여, 참여권의 법적 근거가 법 제121조임을 명확히 하고 참여권자로는 피압수자만을 언급하였다.²¹⁾ 이러한 실시는 2자간 구조의 압수수색 사안에서 현재도 유지되고 있다.²²⁾

이에 대해 문헌에서는 비판이 제기되는데, 비판의 핵심은 형소법상 압수수색에서의 참여권을 명확하게 언급하고 있는 규정은 제121조이고 그 문언상 참여권자는 ‘피고인/피의자’인데, 대법원은 참여권의 법적 근거로 동 규정을 언급하면서- 피고인/피의자가 아닌- ‘피압수자’만을 참여권자로 언급하고 있다는 점이다. 이와 관련하여 한 유력한 견해는 형소법상 압수수색 과정에서의 참여는 ‘피압수자 지위에서의 참여’와 ‘사건관계인 지위에서의 참여’로 구분되고, 전자는 법 제118조, 제123조, 제129조에, 후자는 제121조에 근거하기 때문에 위 대법원의 실시는 부적절하다고 한다.²³⁾ 나아가 이 견해의 일부는 종근당 결정에 따를 때, 3자간 구조의 압수수색, 즉 현실적으로 처분을 받는 자(= 형식적 피압수자)가 피의자가 아닌 경우 ‘피압수자’가 누구인지가 명확하지 않다는 점을 지적하며, 증거인멸의 위험성이나 실질적 이해관계 등을 고려할 때 중요한 것은- 피압수자가 아닌- ‘정보주체인 피의자’의 참여권이라고 한다.²⁴⁾ 타당한 비판이다. 뒤 V의 내용을 고려할 때, 참여권의 보장이 필요한 자는 본질적으로- 법 제121조의 문언과 같이- 절차의 당사자인 ‘피의자’이다.

21) 한편, 종근당 결정에서 다수의견에 대한 대법관 3인(이인복, 이상훈, 김소영)의 보충의견은 전자정보 압수수색에서의 참여권의 의미와 중요성을 실시하면서 법 제121조 이외에 제123조도 언급하고 있으며, 참여권의 주체로서 피압수자 이외에 피의자도 언급한다.

22) 대법원 2015. 10. 15.자 2013도1969 결정; 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결; 2020. 11. 26. 선고 2020도10729 판결; 2022. 1. 13. 선고 2016도9596 판결(피의자의 임의제출); 2022. 7. 28. 선고 2022도2960 판결 등.

23) 이완규, 주 3의 논문, 105-109면; 同旨로는 이순옥, 주 10의 논문, 182면; 조은별, 주 19의 논문, 92-94면. 한편 동일한 전제하에 피압수자에 대한 참여권의 법적 근거로 법 제118조, 제123조, 제124조, 제128조, 제129조를 언급하거나(전치홍, 주 10의 논문, 9-10면 및 20면) 제123조만을 언급하는 견해도 있는데(구길모, 주 3의 논문, 233면), 앞의 견해와 동일한 취지라 할 수 있다.

24) 이순옥, 주 10의 논문, 182-184면; 전치홍, 주 10의 논문, 11면 및 19-20면; 구길모, 주 3의 논문, 229면.

2. 3자간 구조의 압수수색 사안

이미 언급하였듯이 대법원은 3자간 구조의 압수수색 사안이었던 스마트폰 촬영 판결과 세월호 카카오톡 결정에서 종근당 결정의 입장을 기본적으로 유지하면서, 참여권자를 “실질적 피압수자인 피의자”라고 적시하였다.²⁵⁾ 이 표현을 통해 현장에서 직접 처분의 상대방이 되지는 않았지만 정보주체이자 절차의 당사자인 피의자의 참여권이 보장되지 못한다는 종근당 결정의 문제점이 결론적으로는 보완되었지만, 참여권의 주체와 관련되어 제기되었던 문제점이 근본적으로 제거되지는 않았다. 왜냐하면 “실질적 피압수자인 피의자”라는 표현에서 알 수 있듯이 대법원은 참여권 주체의 방점을 여전히 ‘피의자’보다는 ‘피압수자’에 두고 있기 때문이다. 이점은 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결의 설시를 통해 확실히 드러난다: “정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 대하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’라 함은, …… 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대하여 실질적인 피압수자로 평가할 수 있는 경우를 말하는 것이다. 이에 해당하는지 여부는 …… 압수수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 한다. …… 단지 피의자나 그 밖의 제3자가 …… 정보주체에 해당한다는 사정만으로 그들을 실질적으로 압수수색을 받는 당사자로 취급하여야 하는 것은 아니다(밑줄은 필자).”²⁶⁾ 이 판례의 설시에 따르면, 참여권자는 형식적 피압수자와 실질적 피압수자이지만, 형식적 피압수자가 아닌 피의자가 실질적 피압수자도 아닌 경우, 그는 결국 참여권자가 아니다. 이런 해석은- 법 제121조의 명확한 문언(‘피고인/피의자’)에도 불구하고- 피의자(= 정보주체)가 참여권자가 아닐 수 있다는 것으로, 대법원은 동 규정의 ‘피의자’ 개념을 축소해석하고 있다.²⁷⁾

25) 대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 (전합) 판결 [이유 2. 가. 3)].

26) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결 [이유 1. 가. 1) 가) (2)].

27) 이와 관련하여 대법원은 피의자를 참여권의 주체에서 제외시키고 있다는 견해로는 구길모, 주 3의 논문, 226-227면. 그는 또한 실질적 피압수자 개념의 추상성은 실무에서 수사의 효율성을 저해하거나, 반대로 참여권 보장을 침해할 수 있다고 한다(229-230면).

3. 판례에 대한 비판

전형적인 강제처분인 압수수색에서 일단 현장에서 처분을 받는 자는 그 집행 방법이 적법절차 원칙에 부합하고 영장의 한계를 준수하는지 및 자신의 기본권이 비례성 원칙의 측면에서 과도하게 침해되고 있는 것은 아닌지를 감시·통제할 수 있어야 하고, 나아가 위법한 집행(처분)은 준항고를 통해 다투어 취소시킬 수도 있어야 한다. 피압수자의 이러한 방어활동을 보장하기 위해 형소법에는 영장의 기재사항(제114조)과 제시·교부(제118조), 책임자 등의 집행과정에서의 참여(제123조), 압수목록의 교부(제129조) 등이 규정되어 있다. 이러한 절차보장은 내용상(형식적) 피압수자만을 대상으로 하지만, 전통적인 2자간 구조의 압수수색 사안에서는 피의자가 피압수자이기 때문에 그의 보호가 별도로 문제되지 않는다. 한편 피압수자와 피의자가 다르지만 압수수색의 대상이 서류나 전자정보가 아닌 일반 유체물인 경우에도 피의자의 보호가 특별히 문제되지 않는다. 왜냐하면 이런 경우에는 유체물의 가시성과 특정성 때문에 피압수자 외에 피의자에게도 별도의 참여권을 보장할 실익이 적기 때문이다. 문제가 되는 것은 방대한 서류나 전자정보를 대상으로 하는 3자간 구조의 압수수색 사안에서는 위 규정들에 따른 절차보장의 효과가 제한적이라는 점이다. 왜냐하면 여기서는 현실적으로 압수수색 처분을 받는 자, 즉 ‘형식적 피압수자’와 그 처분에 실질적으로 이해관계를 갖는 자, 즉 ‘실질적 피압수자’가 구분 되는데, 관련성 제한과 별건정보 수집 등 압수수색 집행절차의 적법성 및 그 취소 가능성에 실질적으로 관심을 갖는 자는 형식적 피압수자라기보다는 절차의 당사자인 피의자이기 때문이다. 그리고 무엇보다, 이 모든 것을 차치하고 법 제219조, 제121조는 압수수색 집행과정에서의 참여권 주체로서 ‘피고인/피의자’를 규정하고 있음이 문언상 명백하다. 따라서 피의자가 참여권 보장의 흠결을 이유로 준항고를 통해 압수수색의 취소를 구하거나 그것을 통해 획득된 증거의 배제를 주장한 사안에서²⁸⁾ 대법원이 참여권의 법적 근거로서 법 제121조를 제시한 것은 타당하지만, 그럼에도 불구하고 참여권자를 - 피의자가 아닌 - 피압수자라 적시하고, 나아가 피의자가 참여권자이기 위해서는 실질적 피압수자이어야 한다고 해석한 것은 타당하지 않다. 특히 앞의 2021도11170 판결은 법 제121조의 ‘피의자’ 개념의 범위를 부당하게 축소하는 해석을 통해 법률 문언상 명확한

28) 위 1과 2에서 언급된 결정/판결의 사안들이 그렇다.

피의자의 권리를 타당한 이유 없이 제한했다는 점에서 형사절차 법정주의와 적법절차 원칙에 반한다.²⁹⁾

한편 수사상 압수수색, 특히 전자정보에 대한 포괄적 압수수색에서 ‘피의자의 참여권’이 인정되어야 하는지에 대해서는 독일에서의 참여권 논의를 검토한 후 좀 더 자세히 논하고자 한다.

IV. 독일에서의 참여권 논의

1. 참여권 규정과 BVerfG의 결정, 그리고 최근 LG Kiel의 결정

StPO 제110조³⁰⁾는 서류와 정보저장매체(이하 “서류 등”)에 대한 수색의 집행 방법에 대한 특별규정으로서, StPO가 창설되던 때(1879.10.1.)부터 존재하는 규정이다.³¹⁾

29) 유사한 취지로 구길모, 주 3의 논문, 223면. 한편 압수수색 영장의 ‘별지’(주 20 참고)에 따르면 ‘피압수자 또는 참여인’이 참여권자인데, ‘피압수자’는 ‘피의자나 변호인, 소유자, 소지자’를, ‘참여인’은 ‘형소법 제123조에 정한 참여인’을 의미한다(동 별지의 각주 1). 별지의 문언은 압수수색이라는 처분의 상대방을 포괄적으로 적시하고 있다는 점에서 그 정확한 개념 및 범위가 확실치 않지만(조은별, 주 19의 논문, 85-87면), 어쨌든 문언상 ‘피의자’는 특별한 제한 없이 피압수자에 속한다고 할 것이다. 이런 점에서 2021도11170 판결은 영장주의에도 반한다.

30) StPO 제110조 [서류와 정보저장매체의 열람(Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien)] ① 수색 당사자의 서류를 열람할 권한은 검찰 및 검찰의 명령을 받은 그의 수사관(법원조직법 제152조)에게 있다.

② 그 밖의 경우 (검찰 및 그의 수사관이 아닌) 다른 공무원은 서류의 점유자가 열람을 허용한 경우에만 발견된 서류를 열람할 수 있다. 그렇지 않은 경우 해당 공무원은 열람이 필요하다고 생각되는 서류를 점유자 입회하에 관인을 찍어 봉인된 봉투로 검찰에게 교부해야 한다.

③ 수색 당사자의 정보저장매체에 대한 열람 또한 제1항과 제2항의 기준에 따라 허용된다. 이 열람은 해당 저장매체와 공간적으로 떨어져 있지만 그것으로부터 접근될 수 있는 저장매체에게까지도 확대될 수 있다; 단, 그렇지 않으면 찾고 있는 정보의 상실이 우려되는 경우이어야 한다. 수사에 중요할 수 있는 정보는 확보될 수 있다.

④ 서류가 열람을 위해 반출되거나 정보가 임시로 확보된 경우, 제95조a와 제98조 제2항이 준용된다.

31) 최근의 개정법률(Gesetz zur Fortentwicklung der StPO und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25. Juni 2021, BGBl. I S. 2099)을 통해 동 규정은 ‘서류’뿐만 아니라 ‘정보저장매체’에도 적용되며(제3항 제1문), 수사기관에서 압수할 유관정보를 탐색하기 위해 현장에서 서류나 정보저장매체를 반출하는 행위, 소위 “열람을 위한 임시확보(vorläufige Sicherstellung)”를 허용한다(제4

창설 시부터 동 규정의 (舊) 제3항에는 수사기관으로 반출된 서류 열람에의 피압수자의 참여권이 규정되어 있었는데, 동 항은 2004년의 제1차 사법현대화법(1. JuMoG)³²⁾에 의해 삭제되었다.³³⁾ 이에 대해 BVerfG는 2005년에 2자간 구조의 압수수색 사안에서 제기된 헌법소원의 결정에서 위 삭제에도 불구하고 ‘피압수자’에게 참여권/출석권 (Teilnahmerecht/Anwesenheitsrecht)이 제공되는 것이 ‘개별적인 경우’ ‘비례성 준수를 위해’ 헌법상 요청될 수 있다고 실시하였고,³⁴⁾ 2009년에 3자간 구조의 압수수색 사안에서 제기된 헌법소원의 결정에서 위 실시를 반복하면서 참여권 보장의 필요성은 효과적인 형사소추와 정보침해의 강도를 고려하여 판단되어야 한다고 전제한 후,³⁵⁾ 피의자 아닌 제3자라는 점만으로 임시확보된 정보에 대한 참여권이 헌법상 도출되지는 않는다고 하였다.³⁶⁾

위 BVerfG의 결정 이후 하급심에서는 StPO 제110조에 따른 열람의 과정에서 피압

항). 이는 기존의 통설과 판례에 의해 인정되는 것을 입법적으로 확인한 것이다. 이에 대해서는 박중욱, 주 19의 논문, 358면 이하 참고.

32) 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198).

33) 2004. 8. 31.까지 유효했던 (舊) StPO 제110조 제3항은 다음과 같이 규정되어 있었다: “서류의 소지자나 그의 대리인에게 (반출을 위해 봉인된 봉투의 관인 옆에) 자신의 인장을 같이 찍는 것이 허용된다; 그 이후 봉인해제와 서류열람이 명령되는 경우, 가능하다면 서류의 소지자나 그의 대리인에게 참여(Teilnahme)가 요청되어야 한다.”

위 규정의 문언이 피압수자의 참여권을 인정한 것이지는 명확하지 않으나, 독일의 지배적인 견해는 수사기관의 요청 의무에 근거하여 피의자의 참여권이 규정된 것으로 본다.

34) BVerfG, Beschluss vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 (= BVerfGE 113, 29, 58 f. [Rn. 126 f.]): “StPO 제110조의 열람은 과도하고 장기간 행해지는 정보수집의 회피 및 통신의 비밀이나 정보자기결정권에 대한 침해 강도의 완화를 목적으로 한다. (기본권) 침해에서의 비례성을 준수하기 위해 확보된 전자정보의 소지자를 절차상 중요성 심사 참여시키는 것이 개별적으로 헌법상 요청될 수 있다. (舊) StPO 제110조 제3항에 있었던 열람될 서류와 정보 소지자의 출석권에 관한 규정은 2004.8.24.의 제1차 사법현대화법에 의해 - (특별한) 이유 없이 - 대체 규정 없이 삭제되었다. 그럼에도 불구하고 확보된 정보의 절차상 중요성 심사 정보저장매체의 소지자를 참여시키는 것이 개별적으로 요청될 수 있다. 특히 데이터 구조와 각 정보의 관련성에 대한 피의자 아닌 자의 단독되고 검증될 수 있는 구체적인 진술은 (확보된) 정보의 실질적인 분류를 간소화할 수 있고, 압수되어야 하는 정보의 범위를 감소시킬 수 있다(괄호의 내용 보충과 밑줄은 필자).” 이 결정은 수사기관이 영장에 의해 피의자의 사무실을 수색하여 거기에 있는 서류 및 PC 등에 저장된 전자정보를 확보한 사안에 대한 것이다.

35) BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2009 - 2 BvR 902/06 (= BVerfGE 124, 43, 72 [Rn. 96 a.E.]). 이 결정은 ISP/CP가 영장에 근거하여 메일서버에 저장된 피의자의 약 2,500개의 e-mail 복제본을 수사기관에 전달한 사안에 대한 것이다.

36) BVerfGE 124, 43, 77 [Rn. 112].

수자와 그의 변호인에게 참여권이 인정되어야 하는지가 몇 번 심사되었지만, 현행 StPO에는 참여권의 법적 근거가 없고, 동 권리는 BVerfG의 설시에 의하면 비례성 원칙에 따라 예외적으로만 인정될 수 있다는 이유로 기각되었다.³⁷⁾ 하지만 2021년 6월에 LG Kiel은 - 실무상 처음으로 - 참여권을 인정하는 결정을 내렸다³⁸⁾: “본 사안에서 비례성은 (처분) 당사자(피압수자인 협회)의 변호인에게 열람에 출석하는 것을 허용한다. (피의자 아닌 자인) 피압수자에게서 데이터베이스가 포괄적으로 확보되었는데, 이 확보된 정보의 대부분은 (수사)절차와 관련성이 없는 것으로 추정된다(dürften). 이런 점에서 피압수자는 자신의 권리에 대한 상당한 침해를 감수해야만 했고, 그와 (협회)회원 간의 통신(내용)이 확보된 것인 경우에는 회원의 권리도 침해되었다. (따라서) 피압수자에게는 정보의 열람에 출석할 상당한 이익이 있다는 점이 어려움 없이 납득될 수 있다. …… 한편 출석의 이익은 절차촉진과 소송경제의 뒤에 놓이지 않는다. 변호인의 참여로 인한 열람에서의 일정한 정도의 시간적 제한과 구조적 조치는 그것이 절차자연을 야기하는 것이 명확하지 않는 한 감수되어야 한다. (본 사안에서) 변호인은 예정된 열람에 일정의 연기 없이 나타났다. … 이 모든 것을 고려할 때, 열람 과정에 출석할 이익이 우선한다(괄호의 내용 보충과 밑줄은 필자).”³⁹⁾

현재 위 BVerfG의 설시만으로는 동 재판소가 참여권을 인정했다고 보기는 어렵다.⁴⁰⁾

37) LG Braunschweig, Beschluss vom 12. April 2006 - 6 Qs 88/06, 6 Qs 97/06 (= BeckRS 2011, 9575); LG Bonn, Beschluss vom 23. August 2011 - 27 Qs 17/11 (= BeckRS 2013, 13669); OLG Koblenz, Beschluss vom 30. März 2021 - 5 Ws 16/21 (= NZWiSt 2021, 386). 첫 번째 결정은 피의자의 E-Mail을 그 서비스제공자로부터 제공받은 사안이고, 두 번째와 세 번째 결정은 피의자에 대한 수색에서 대량의 정보가 임시로 확보된 사안이다.

38) LG Kiel, Beschluss vom 18. Juni 2021 - 3 Qs 14/21 (= NZWiSt 2021, 408). 이 결정은 실무에서 참여권을 인정한 첫 번째 사례라고 한다(Buchholz, NZWiSt 2021, 369, 370 f.; Doege, NStZ 2022, 466, 468). 그 사실관계에 따르면, 수사기관은 피의자에 대한 Kiel구법원(Amtsgericht Kiel, 이하 “AG Kiel”)의 수색영장에 근거하여 그의 사무실, 즉 피의자 아닌 자인 협회(Verein)의 공간과 서버에 있는 정보를 임시로 확보하였고, 이 확보된 정보를 열람할 때 수사기관은 처음에 협회 변호인의 출석을 허용하였으나 2번의 출석 후 소송경제를 이유로 더 이상의 출석을 불허하였다. 이 불허 결정에 대해 해당 변호인은 AG Kiel에 (준)항고를 제기하였고, 동 법원은 출석을 허용하라는 결정을 내렸다. 이에 이번에는 검찰이 해당 AG Kiel의 결정에 대해 항고를 제기하였으나, LG Kiel은 이를 기각하였다.

39) LG Kiel NZWiSt 2021, 408. 이 결정의 심사대상은 피의자 아닌 피압수자(협회)의 변호인에게 StPO 제110조에 따른 열람에 대한 출석권이 인정되는지 여부이지만, 동 출석권은 피압수자의 출석권을 전제로 한다는 점에서 법이론적 쟁점은 본질적으로 동일하다.

40) Hiéramente, wistra 11/2016, 432, 438: “BVerfG는 …… 당사자에게 열람에의 출석이 허용되어야

왜냐하면 독일 법제에서 비례성 원칙은 기본권 침해의 정당성 및 한계를 심사하는 헌법상 기본원칙 중 하나이며 개별적인 사안에서 구체적 타당성을 기하기 위한 원칙이기 때문이다. 이런 이유로 하급심 결정들에서 참여권 인정 여부가 달랐던 것이며, 다수의 결정에서 오히려 참여권이 부정되었던 것이다.

2. 참여권에 대한 견해의 대립

2004년의 삭제 및 BVerfG의 결정에도 불구하고 독일 문헌에서는 피압수자의 참여권 보장에 대한 견해의 대립이 지속되었다. 우선 참여권을 인정하는 견해는 입법자의 개정 이유서에 그 삭제 이유가 특별히 언급되어 있지 않다는 점을 이유로⁴¹⁾ 해당 삭제를 ‘편집상의 실수(Redaktionsversehen)’라 여기고,⁴²⁾ 헌법적 차원에서는 비례성 원칙으로부터, 형사절차법 차원에서는 StPO 제110조의 열람이 공개의 수사처분인 수색에 속한다는 체계적인 관점으로부터 참여권이 여전히 도출된다고 여긴다.

먼저 StPO의 규정 체계에 따를 때,⁴³⁾ 제110조에 따른 수사기관으로 반출된 서류 등의 열람은 비밀의 수사처분이 아니라 일반적인 공개의 처분인 수색의 한 과정이라는 점에서 그 집행에서는 공개성 원칙이 유지되어야 하는데, 수사기관 내에서 행해지는 서류 등의 열람에 피압수자나 그의 변호인이 참여하지 못하는 것은 동 원칙과 모순된다.⁴⁴⁾

하는지 여부에 대해 충분히 검토하지 않았다.”

41) BT-Drs. 15/3482, S. 21. 이런 이유로 동 삭제에 대해서는 입법자의 의도가 추론조차 되지 않는다거나(Hiéramente, wistra 11/2016, 432, 438), 최소한 StPO 제106조와의 체계적 연관성이 언급되어야 했다(Buchholz, NZWiSt 2021, 369, 372)는 비판이 제기된다.

42) 이를 처음 언급한 것은 Knauer/Wolf, NJW 2004, 2932, 2937; 이에 동조하는 Peters, NZWiSt 2017, 465, 471 [Tz. 2]; Buchholz, NZWiSt 2021, 369, 371 f. 한편 그것이 실수인지는 확실하지 않다는 견해로는 Wohlers/Jäger, SK-StPO, § 110 Rn. 25.

43) StPO 제8절(압수, 통신감청, 컴퓨터 수사, 기술적 수단의 투입, 비밀수사관의 투입, 수색)에는 압수 수색 및 기타 비밀의 수사처분에 대한 법적 근거가 존재하는데, 독일의 통설과 판례에 따르면 그 규정 체계에 따라 압수수색 일반규정(StPO 제94조 이하 및 제102조 이하)에 따른 ‘일반적인 압수 수색’은 StPO 제98조a 이하에 따른 ‘기타 비밀의 수사처분’과 구분되는 공개의 처분이다. 따라서 여기서는 원칙적으로 늦어도 처분의 집행 직전에 압수수색 당사자, 즉 피압수자에게 그 집행사실이 통지되어야 하지만(처분의 공개성 원칙), 그가 피의자가 아니고 해당 통지가 수사목적에 위협하게 만드는 경우, 즉 증거인멸의 우려가 존재한다면, 그 통지는 법원의 명령을 얻어 유예될 수 있다(StPO 제95조a). 이에 대한 자세한 설명은 박중욱, “제3자 보관 정보의 압수수색과 정보주체에 대한 통지”, 원광법학 제38권 제3호, 2022. 9, 원광대학교 법학연구소, 51, 62면 이하 참고.

특히 이는 전 생활영역의 디지털화에 따라 오늘날 그 열람이 사실상 통신감청이나 주거 감청과 유사해졌다는 점에서 더욱 그렇다.⁴⁵⁾ 한편 BVerfG의 판시에 따르면 압수수색에 서의 ‘공개성 원칙’이란 “당사자(피압수자)에게 원칙적으로 법적 요건에 흠결이 있는 처분의 집행에 - 경우에 따라서는 변호인의 조력을 받으면서 - 대처하고, 압수지침을 포함한 영장에 기재된 한계의 준수를 감시하며, 영장 집행(방법)의 제한에 대한 위반에 대응할 기회를 제공하는” 것을 의미한다.⁴⁶⁾ 즉 일반규정에 따른 압수수색에서는 피압수자에게 처분의 법적 요건 및 그 집행 방법의 유형과 방식, 특히 영장에 기재된 한계의 준수를 감시할 기회가 제공되어야 하고, 이를 구체화한 규정이 바로 (舊) StPO 제110조 제3항과 제106조 제1항⁴⁷⁾이다. 이때 후자의 규정은 압수수색의 당사자, 즉 피압수자가 직접 처분의 집행을 감시하여 자신을 보호하기 위한 규정으로서 수사기관에 의해 준수되어야 하는 강행규정이고, 그 위반은 처분을 위법하게 만든다.⁴⁸⁾ 이 모든 것을 고려할 때, 참여권을 긍정하는 견해는 2004년의 삭제에도 불구하고 StPO 제110조 의미의 열람이 공개적 성격을 갖는 수색에 속한다는 점, 참여권을 인정하지 않으면 동 열람은 사실상 통신감청 등과 같은 비밀의 수사처분이 된다는 점, StPO 제106조 제1항이 수색에의 참여권을 규정하고 있다는 점을 근거로 수사기관으로 반출된 서류 등의 열람에 대한 참여권은 여전히 유효하다고 주장한다.⁴⁹⁾

44) Buchholz, NZWiSt 2021, 369, 371; 동일한 취지로 Szesny, WiJ 2012, 228, 231; Peters, NZWiSt 2017, 465, 469.

45) Peters, NZWiSt 2017, 465, 473 am Anfang.

46) BVerfGE 115, 166, 104 f. [Rn. 106]; BGH NJW 2007, 930, 931(= BGHSt 51, 211, 215).

47) StPO 제106조 [수색물 점유자의 소환(Zuziehung des Inhabers eines Durchsuchungsobjekts)] ① 수색될 공간이나 물건의 점유자는 수색에 입회할 수 있다. 점유자가 부재중인 경우에는 가능하다면 그의 대리인이나 성년의 친족, 동거인, 이웃이 (입회를 위해) 소환되어야 한다.
참고로 위 규정은 내용상 책임자 등의 참여권을 규정한 우리 형소법 제123조에 상응하는데, StPO에는 형소법 제121조와 같이 ‘피의자’의 참여권에 관한 규정은 없다.

48) BGH NJW 2007, 930 [Rn. 6 f.]. 다만 독일에서는 이러한 위법성이 언제나 획득된 정보의 사용금지를 야기하기 하는 것은 아니며, BVerfG의 판시에 따르면 “절차위반이 최소한 ‘중대하게, 인식 있게, 자의적으로’ 행해진 경우에만 하자 있는 압수수색의 결과로서 증거사용금지가 요청된다”(BVerfGE 113, 29, 61 [Rn. 135]). 지배적인 견해 또한 같다(M-G/Schmitt/Köhler, § 105 Rn. 11; Bruns, KK-StPO, § 105 Rn. 21).

49) Knauer/Wolf, NJW 2004, 2932, 2937 f.: “따라서 삭제에도 불구하고 기존의 법상태는 그대로이다”; Szesny, WiJ 2012, 228, 232 [Tz. 2)]; Wohlers/Jäger, SK-StPO, § 110 Rn. 25; Hiéramente, wistra 11/2016, 432, 438 f.; Peters, NZWiSt 2017, 465, 470: “출석권은 수색의 공개적 성격에서 나온다.” 한편 Hiéramente 박사는 공개의 처분에서 적법성 통제의 가능성은 필수이기 때문에, 수사

한편 위 견해에 따르면 비례성 원칙에 의해서도 참여권이 인정될 수 있는데, 이때 위 BVerfG의 실시처럼 참여권이 개별적인 경우에 인정될 수 있다는 것이 아니라, 원칙적으로 또는 일반적으로 인정된다는 것이다. 즉 포괄적으로 반출된 서류 등의 열람에 피압수자가 출석하는 것만이 수사기관의 과도한 정보수집을 최소한 어느 정도라도 방지할 수 있다는 점에서 그것은 더 이상 임의적일 수 없다는 것이다.⁵⁰⁾ 특히 모든 생활영역이 점차 디지털화되는 오늘날 임시확보되는 정보의 양과 민감성 및 열람에서의 그 오남용 가능성을 고려할 때, 피압수자에게 열람에 대한 감시 가능성 및 이를 위한 출석권이 원칙적으로 주어지는 것이 정당하다고 한다.⁵¹⁾ 나아가 이 견해는 참여권 보장을 통해 StPO 제108조⁵²⁾에 반하는 위법한 수사행위인 ‘별건정보(Zufallsfunde)의 의도적 찾기’의 위험을 최소화할 수 있다고 한다.⁵³⁾ 결국 참여권을 인정하는 견해는 2004년의 삭제가- 의도치 않은 또는 중대한- ‘규제흡결(Regelungslücke)’을 야기했고,⁵⁴⁾ 출석권은 다시 입법화되어야 한다고 주장한다.⁵⁵⁾

반면, 참여권을 부정하는 견해의 핵심 근거는 2004년의 삭제 그 자체에 있다.⁵⁶⁾ 즉 참여권은 현재 법률상 존재하지 않으며, 입법자료에 삭제의 이유가 제시되지 않았다고 하여 그 삭제를 단순히 ‘편집상의 실수’라고 치부할 수는 없다는 것이다.⁵⁷⁾ 그리고 StPO 제106조에 따른 출석권은 수색 현장에서 수색물을 현실로 보관하고 있는 점유자

기관으로 반출된 서류 등의 열람에 참여권이 인정되지 않는 것은 중요한 절차권의 상실이라 여긴다(a.a.O. 439).

50) Bruns, KK-StPO, § 110 Rn. 6; Peters, NZWiSt 2017, 465, 471. Peters 박사는 BVerfG의 입장에 따르면 실무에서의 출석권 인정은 범죄국가 원칙에 근거한 것이 아니고, 단지 수사기관의 호의적인 환대일 뿐이라고 비판한다(a.a.O. 472).

51) Hiéramente, wistra 11/2016, 432, 439; Peters, NZWiSt 2017, 465, 472.

52) StPO 제108조 [압수물 아닌 물건의 압수(Beschlagnahme anderer Gegenstände)] ① 수색의 기회에 해당 수사와 관련이 없으나 다른 범죄의 범행을 암시하는 물건이 발견된 경우, 이것은 임시로 압수될 수 있다. 이는 검찰에게 통지되어야 한다.

53) Szesny, WiJ 2012, 228, 232 [Tz. 2)]; Hiéramente, wistra 11/2016, 432, 439; Buchholz, NZWiSt 2021, 369.

54) Peters, NZWiSt 2017, 465, 470 a.E.; Buchholz, NZWiSt 2021, 369, 372.

55) Peters, NZWiSt 2017, 465, 472.

56) M-G/Schmitt/Köhler, § 110 Rn. 5; Wenzl, NStZ 2021, 395, 399; Doege, NStZ 2022, 466, 468.

57) Doege, NStZ 2022, 466, 468. 특히 입법자가 최근 StPO 제110조에 대한 개정에서 참여권과 관련한 수정을 행하지 않았다는 점을 고려하면 더욱 그렇다(LG Bonn BeckRS 2013, 13669; Doege, a.a.O.).

에게 인정되는 것으로 반출된 후 수사기관 내에서 행해지는 서류 등의 열람에는 동 규정이 직접이든 유추로든 적용되지 않는다고 한다.⁵⁸⁾

한편 위 2021년의 LG Kiel의 결정 이후 Kiel지방법검찰청의 Doege 검사는 StPO 제 110조에 따른 열람에의 출석권 인정은 수사기관에게 상당한 부담을 줄 것이므로 일반화될 수 없다고 하면서,⁵⁹⁾ 출석권을 부인하는 논거로 다음 4가지를 언급한다. ㉠ 피압수자는 이미 서류 등의 반출에 대해 알고 있으므로, 수사기관 내에서의 열람에 당사자가 출석하지 않았다고 하여 그것이 비밀의 처분이 되는 것은 아니고, ㉡ 수사기관의 위법한 집행에 대한 감시와 통제는 다른 수단, 즉 준항고(StPO 제98조 제2항 제2문)와 최종적 압수 전의 법적 청문(StPO 제33조 제3항)을 통해 달성할 수 있으므로 그 이외에 출석권까지 인정하는 것은 과도한 것이며, ㉢ 위법수사인 별건정보의 의도적 찾기에 대한 불신은 터무니없고, 열람의 범위와 집행방법을 어떻게 구성할 것인지는 수사기관(검찰)의 재량이므로, 이에 대한 이의제기는 준항고를 통해 제기하면 충분하고, ㉣ 출석권의 보장은 실무에서 - 데이터베이스 구조를 분석하는 경우를 제외하고는 - 유관정보와 무관정보의 분류에 실질적으로 기여하지 못한다고 한다.⁶⁰⁾

다른 한편, 위 독일에서의 견해 대립은 ‘피압수자’의 출석권/참여권에 대한 것이다. 현행 StPO에는 형소법 제121조와 같은 피의자의 참여권에 관한 규정이 없고, 피의자는 StPO 제106조 제1항 의미의 점유자가 아니기 때문에, 독일에서 피의자와 그의 변호인은, 특히 3자간 구조의 압수수색 사안에서 독자적인 참여권을 갖지 못한다.⁶¹⁾ 다만 일부 견해에 따르면, 피의자는 수색될 공간의 점유자가 자신의 주거권에 근거하여 출석을 허용하는 경우 사실상 수색에 참여할 수 있다고 한다.⁶²⁾ 하지만 실무에서 이러한 승인이 - 가족, 친족, 친구, 회사 등 이외의 - 제3자, 특히 압수수색과 이해관계가 없는 ISP/CP에 의해서 자유로이 제공될지는 상당히 의심스럽다.

58) LG Bonn BeckRS 2013, 13669; Doege, NStZ 2022, 466, 468 f.

59) Doege, NStZ 2022, 466, 468.

60) Doege, NStZ 2022, 466, 470 f. [Tz. V].

61) OLG Jena NJW 2001, 1290, 1294; Bruns, KK-StPO, § 106 Rn. 3; M-G/Schmitt/Köhler, StPO, § 106 Rn. 3; Park, § 2 Rn. 169; Wohlers/Jäger, SK-StPO, § 106 Rn. 11; Peters, NZWiSt 2017, 465, 471 f.

62) Park, § 2 Rn. 169 und 196 f.; Wohlers/Jäger, SK-StPO, § 106 Rn. 11; Peters, NZWiSt 2017, 465, 472.

V. 수사상 압수수색에서 피의자 참여권 보장의 필요성

필자는 오늘날의 정보통신환경에서 수사기관에 의한 과도한 정보수집은 적절히 제한되어야 하고, 이를 위해 형소법 제121조에 따른 피의자의 참여권 보장이 중요한 기능을 할 수 있다고 생각한다. 물론 동 규정은 정보화의 진전에 따라 신설된 것이 아니라 현행 형소법의 창설시부터 존재했었고, 참여권자가 피의자라는 점에서 비교법적으로 일반적인 규정이라 할 수는 없다.⁶³⁾ 하지만 법 제121조의 입법 배경, 우리 형사법제에서의 피의자의 법적 지위, 전자정보의 증거능력과 증명력 등을 고려하고, 비교법적으로 참여권 보장이 명확하지 않은 독일에서의 그 찬성 견해의 근거를 참고할 때, 피의자의 참여권은 오늘날 전자정보의 압수수색 과정에서 과도한 개인정보 침해로 인한 인격침해의 방지에 기여할 수 있는 중요한 수단이 되었다.

1. 형소법 제121조의 입법 배경

기존의 연구에서 알 수 있듯이 압수수색에서의 ‘피의자’의 참여권은 연혁적으로 프랑스의 치죄법(1808)에 있던 예심제도와 관련이 있다. 일제는 근대화 과정에서 위 프랑스 치죄법을 모방한 일본 치죄법(1880년 제정, 1882년 시행)을 통해 당시 프랑스의 형사사법제도를 계수한 후, 명치(明治) 형사소송법(1890년 제정, 시행)을 거쳐 대정 형소법에 이르기까지 예심제도를 운용했었고, 그것을 식민지 조선에서는 식민지 체제의 효과적인 유지를 위해 조선형사령(1912, 1924)을 통해 변질시켜서 운용하였다. 프랑스 치죄법에서 예심제도의 핵심은 수사절차와 재판절차의 분리 및 수사권의 분리, 즉 검사의 기소를 기준으로 한 ‘기소 전 사법경찰관의 수사권’과 ‘기소 후 예심판사의 수사권’의 이원화에 있었다.⁶⁴⁾ 이때 후자와 관련하여 사법경찰관인 검사에게는 임의수사권과 (준)현행범에

63) 앞에서 보았듯이 독일 StPO에는 피의자의 참여권에 관한 규정이 없으며, 일본의 형소법에도 마찬가지이다. 일제의 패망 후 우리나라와 일본은 대정(大正) 형사소송법(1922년 제정, 1924년 시행)을 모델로 하여 각각 새로운 형소법을 제정하면서 모두 예심제도를 폐지하였는데, 이때 일본은 공판절차에서의 영장집행 시 당사자의 입회에 관한 규정(제113조)이 수사절차에 준용되지 않는 것으로(제222조) 입법한 반면, 우리는 제219조에 의해 제121조가 수사절차에도 준용되는 것으로 입법하였다(조은별, 주 19의 논문, 22면).

64) 신동운, “일제하 예심제도에 대하여”, 서울대학교 법학 제27권 제1호, 서울대학교 법학연구소,

대한 강제수사권을 비롯한 사법경찰 지휘·감독권과 기소권이 주어졌으며, 예심판사에게는 증거자료 수집을 위한 장기간 구속, 압수수색 등의 강제처분권과 기소된 사건의 재판(공판) 회부권이 주어졌다.⁶⁵⁾ 즉 예심제도에는 - 규문주의 성격을 갖는 - 예심이라는 형사절차를 통해 형사사건 처리의 효율성을 유지하면서도, 사법기능을 3단계(기소-예심-재판)로 분리하여 상호견제를 통해 인권을 보호하려는 구상이 담겨 있었다.⁶⁶⁾ 일본의 치죄법 및 명치·대정 형소법에서의 예심제도는 이런 구상을 대체로 수용하였지만,⁶⁷⁾ 식민지 조선에서는 그것이 형사령을 통해 변형되어 적용되었는데, 이때 예심제도의 핵심 요소이자 사법경찰관(검사)의 수사권과 기소권을 견제하는 예심판사의 위 권한들이 형사소추의 효율성을 위해 사실상 검찰과 사법경찰에게 이전되어 있었다.⁶⁸⁾ 따라서 본국 일본에서 피의자는 자신의 권리보호를 위해 중립적 위치의 예심판사가 명령·집행하는 압수수색에 임회할 권한이 있었던 반면,⁶⁹⁾ 조선형사령이 적용되던 식민지 조선에서는 수사기관에 의한 강제처분권을 통제하는 예심절차가 검사의 판단에 의하여 사실상 생략될 수 있었고, 중죄사건에서도 예외적으로만 가동되었다.⁷⁰⁾

위와 같은 형소법 제정 전의 상황을 고려한다면, 해방 후 현행 형소법 제정 당시 - 일본과 달리 - 제219조의 준용규정에 제121조가 포함된 것은 당시 입법자가 일제 강점기에서의 자의적이고 억압적인 강제수사의 폐해를 개선하고 장래 피고인이 될 피의자의

1986, 149, 150면; 유주성, “수사와 기소 분리를 위한 쟁점과 과제”, 입법과 정책 제10권 제2호, 국회입법조사처, 2018. 8, 147, 149면.

65) 유주성, “프랑스 예심판사제도 폐지에 관한 논의”, 외법논집 제41권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017. 11, 223, 226면 이하.

66) 유주성, 주 64의 논문, 149-151면. 이런 점에서 치죄법의 소송구조를 절충주의라 한다(신동운, 주 64의 논문, 150면). 한편 치죄법 초안에는 형사절차의 신속성 및 효율성 강화를 위해 검사가 직접 수사까지 할 수 있도록 하였으나, “소추권자로서 재판 당사자인 검찰에게 규문행위를 하도록 두는 것은 정의에 반할 뿐만 아니라, 시민을 위협하는 폭군을 만들어 낼 것이다.”라는 우려로 철회되었다고 한다(유주성, 주 65의 논문, 227면).

67) 다만 본국 일본도 제국주의 말기 수사의 효율성을 앞세워 검찰 중심의 수사구조를 추구하면서 대정 형소법에서는 ‘요급사건’이라는 개념을 통해 검사의 강제처분권을 확대하고 기소판의주의 등을 도입하여 예심기능을 대폭 축소하였는데, 이 한도에서는 식민지 조선과 동일하였다(신동운, 주 64의 논문, 158-159면; 유주성, 주 64의 논문, 151-152면).

68) 신동운, 주 64의 논문, 154면 및 159면; 유주성, 주 64의 논문, 152-153면. 그 결과 예심은 검사의 수사를 확인하거나 보조하는 위치로 전락하여 수사절차에서 사법기능분리의 원칙이 사라졌고, 검사는 공판 전 절차의 지배자가 되었다(유주성, 같은 논문, 152면).

69) 이훈재, 주 7의 논문, 162면.

70) 유주성, 주 64의 논문, 153면.

방어권 보호 및 처분의 적법성 통제를 위해 수사절차에서의 압수수색 집행과정에도 피의자와 그의 변호인의 참여권이 필요하다고 판단하였기 때문이라고 보아야 하며,⁷¹⁾ 단순히 그것이 입법정책적으로 부적절하다고 볼 것은⁷²⁾ 아니다.

2. 수사구조 및 피의자의 법적 지위

강제처분인 압수수색의 집행과정에 대한 피의자 참여권은 수사구조 및 피의자의 법적 지위에 대한 이해와 밀접하게 관련되어 있다. 이와 관련된 종래의 논의에 따르면 수사기관과 피의자 사이를 불평등한 수직관계로 보면서 수사기관의 고유한 강제처분권을 강조하는 규문적 수사관과 수사절차를 공판의 준비단계로 보면서 강제처분권은 본래 법원의 권한이고 피의자도 독자적인 공판준비 활동을 할 수 있다고 보는 탄핵적 수사관이 대립한다.⁷³⁾ 하지만 법치국가 원칙과 적법절차 원칙에 따를 때, 기본권을 침해하는 공권력은 법률 또는 독립된 중립의 기관인 법원의 영장에 의해서만 정당화될 수 있고 수사절차에서 일정한 절차적 권리를 갖는 피의자를 단순히 수사의 대상이나 객체로만 볼 수는 없기 때문에 규문적 수사관은 더 이상 타당하지 않다. 또한 수사를 개시하고 신병을 확보하며 증거를 수집하는 행위 등을 하는 수사기관과 그 과정에서 불가피하게 공권력의 대상이 되는 피의자를 당사자주의에 입각해서 대등하게 파악하는 것도 무리라는 점에서 수사구조를 탄핵적 수사관으로만 이해할 수도 없다. 즉 실체적 진실의 발견과 수사의 합목적성을 고려할 때 수사절차에서 피의자의 절차 주체로서의 성격이 약한 것은 사실이지만, 적법절차 원칙과 피의자의 방어권 보장을 고려할 때 그의 지위를 절차의 객체로만 볼 수는 없다. 이런 점에서 헌법과 법률에 따라 피의자에게 개별적으로 보장되는 권리, 예를 들어 진술거부권(헌법 제12조 제2항, 법 제244조의3), 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항, 법 제30조), 접견교통권(법 제34조, 제89조, 제91조, 제209조), 피의자신문에

71) 유사한 취지로 조은별, 주 19의 논문, 25면; 이훈재, 주 7의 논문, 163면

72) 이완규, 주 3의 논문, 107-108면; 김대원, 주 8의 글, 105-106면.

73) 이외에 수사절차를 공판절차와 구분되는 기소 여부를 결정하기 위한 독립된 절차로 보는 소수적 수사관도 있지만, 이 견해는 기본적으로 수사절차에서 검사를 판사와 같은 판단자로 보고 피의자와 사법경찰관리를 대립된 당사자로 본다는 점에서 우리 형소법과는 거리가 있다(최석윤, “수사절차의 구조와 피의자의 법적 지위”, 형사정책연구 제12권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 2001. 9, 47, 50).

의 변호인 참여권(법 제243조의2), 증거보전청구권(법 제184조), 참고인에 대한 증인신문청구권(법 제221조의2 제5항) 등을 기존의 소송구조론을 통해 이해하기보다는 기본적인 인권과 적법절차 원칙을 보장하기 위한 수사절차에서의 헌법적 형사소송 이념의 발현으로 이해하는 것이 타당하다.⁷⁴⁾ 헌법재판소 또한 피의자가 절차의 당사자에 준하는 지위가 갖고 방어권의 주체임을 인정한다.⁷⁵⁾

이러한 피의자의 법적 지위 및 적법절차 원칙에 따른 무기 대등의 원칙을 고려할 때, 수사상 압수수색에서의 피의자와 그의 변호인의 참여권(법 제121조) 또한 위에서 언급된 피의자의 다른 권리들과 마찬가지로 그가 절차의 (준)당사자로서 갖는 방어권 중의 하나라고 할 수 있다. 이는 우리의 소송구조가 강화된 당사자주의에 기반한다는 점⁷⁶⁾ 및 아래에서 검토될 공판절차에서의 전자정보의 증거능력과 증명력을 고려할 때 더욱 그렇다.

3. 전자정보의 증거능력과 증명력

오늘날에는 문서뿐만 아니라 도면·사진, 음성·영상자료, 영상녹화물 등 거의 모든 종류의 증거가 정보저장매체에 디지털 형식(파일)으로 저장되어 있는데, 이 정보는 그것이

74) 이재상/조균석, 주 6의 책, 190면; 최석윤, 주 73의 논문, 58-60면.

75) 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138, 판례집 16-2상, 543, 554면: “헌법과 현행 형사법은 ‘무기 대등의 원칙’을 실현하기 위하여 피의자·피고인으로 하여금 절차의 주체로서 자신의 권리를 적극적으로 행사하게 함으로써 국가권력의 형벌권 행사에 대하여 적절하게 방어할 수 있는 여러 가지 수단과 기회를 보장하고 있으며, ……”; 헌재 2005. 5. 26. 2001헌마728, 판례집 17-1, 709, 721면: “피고인에게 형사재판에서 검사와 대등한 대립소송당사자로서의 법적 지위에서 자신을 방어하고 변호할 권리가 보장되어 있듯이, 피의자도 당사자에 준하는 지위를 가지고 있으므로 형사절차에서 자신의 정당한 권리를 방어할 수 있는 권리가 보장되어야 한다.”

76) 우리의 소송구조에 대해 대법원은 “당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 …… 직접심리주의와 증거재판주의 원칙 등을 채택”(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 (전합) 판결) 또는 “공판중심주의·당사자주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조”(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결)라고 실시하였다. 반면 문헌에서는 이와 관련하여 견해의 대립이 있는데, 일반적으로 현행 형소법은 직권주의를 기본구조로 하여 출발하였지만, 현재에는 당사자주의 요소가 대폭 도입되어 있는 절충적·혼합적 소송구조라고 한다(이재상/조균석, 주 6의 책, 43면; 이주원, 주 6의 책, 전론의 lii면). 헌법재판소도 “현행 형사소송법은 직권주의 요소와 당사자주의 요소를 조화시킨 소송구조를 취하고 있다”고 실시하였다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌바128, 판례집 24-1하, 391, 401면).

공판절차에서 증거로서의 중요성이 인정되고 그 (사후)조작 가능성이 배제되는 경우, 즉 관련성과 성립의 진정성이 인정되는 경우, 증거로 사용될 수 있으며 높은 정확성 때문에 상당한 증거가치를 가진다. 이때 전자정보가 문서인 경우에는 법 제313조 제1항에 따라 진술증거로 취급되어 전문법칙이 적용되는데, 그것이 진술기재서가 아닌 진술서인 경우에는 동조 제2항에 따라 디지털포렌식으로 그 성립의 진정이 증명될 수 있지만, 동 진술서가 피고인 아닌 자에 의해 작성된 경우라면 피고인에게 반대신문권이 보장되어야 할 것이다.⁷⁷⁾ 하지만 해당 문서가 ‘공무원이 직무상 작성한 문서’나 ‘업무상 필요로 작성한 통상문서’인 경우에는 법 제315조에 따라 당연히 증거로 사용될 수 있다.⁷⁸⁾ 그리고 무엇보다 증거로 제시된 전자정보가 범행현장을 촬영·녹음·녹화한 현장사진, 현장녹음, 현장녹화이거나 증거물의 사진, 경험사실의 진술이 아닌 발언의 녹음이나 녹화인 경우에는 실무에서 비진술증거로 취급되어 전문법칙이 적용되지 않는다.⁷⁹⁾ 즉 이러한 전자정보는 그것이 위법수집증거가 아닌 한 반대신문권의 보장 없이 증거로 사용될 수 있다. 결국 현재 실무상 압수된 전자정보는 그것이 진술기재서 또는 피고인 아닌 자에 의해 작성된 진술서가 아닌 한 공판절차에서 피고인에게 반대신문의 기회가 주어질 필요 없이 증거로서 사용될 수 있다. 이런 점을 고려한다면, 법 제121조에 따라 피의자에게 압수수색 과정에 참여할 기회를 보장하는 것은 더욱 필요하다고 할 것이다.⁸⁰⁾

4. 독일 논의에서의 시사점

먼저 본 글의 주제가 압수수색에서의 ‘피의자’ 참여권의 필요성이라는 점에서 ‘피압수자’의 참여권도 제한적으로만 인정하는 독일의 상황에서 어떤 시사점을 얻는 것이 부적절해 보일 수도 있다. 하지만 독일의 논의에서 참여권을 인정하는 견해가 제시한 근거,

77) 입법자는 전자정보 사용이 일상화된 현실을 고려하여, 2016. 5. 29.의 개정을 통해 전자정보인 문서(디지털 서류)에 전문법칙이 적용됨을 명확히 하면서(제313조 제1항, 제314조), 피고인의 진술서에 대한 진정성립의 증명이 디지털포렌식으로 대체될 수 있도록 하였다(제313조 제2항).

78) 이주원, 주 6의 책, 572면. 전자정보가 증거서류의 사진 또는 사인의 진술녹음이나 진술녹화인 경우, 그것은 진술증거로서 취급되어 전문법칙이 적용된다(이주원, 같은 책, 562-563면 및 569면).

79) 이주원, 주 6의 책, 559-561면, 566면, 571면.

80) 구길모, 주 3의 논문, 229면. 나아가 이런 점에서 수사절차의 결과가 공판절차의 결과에 상당 부분 영향을 준다고 볼 수 있다(최석윤, 주 73의 논문, 48면).

특히 BVerfG의 요청이기도 한 강제처분 집행에서의 공개성 원칙 및 비례성 원칙은 우리의 논의에도 유효하게 적용될 수 있다.

우선 일반적인 압수수색이 통신감청이나 주거감청 등 소위 ‘비밀의 강제처분’과 구분되는 결정적인 차이점은 그 집행의 공개성이다. 다시 말해 압수수색은 원칙적으로 공개로, 즉 피의자의 참여와 감시 아래 집행됨으로써 그는- 경우에 따라서는 변호인의 조력을 받으면서- 위법하거나 영장의 한계를 벗어난 압수수색의 집행에 대해 현장에서의 즉각적인 이의제기 또는 사후의 효과적인 준항고 등을 통해 대응할 수 있는 기회를 갖는다. 하지만 만약 이러한 참여권이 인정되지 않는다면, 특히 포괄적으로 반출된 전자정보에 대한 수사기관 내에서의 열람/탐색의 과정에 피의자가 참여할 기회가 보장되지 않는다면, 해당 처분은 사실상- 피의자가 정보의 반출에 대해 이미 알고 있다 하더라도 - 비밀의 압수수색이라 할 것이고, 경우에 따라서는 그 효과가 통신감청이나 온라인수색(Online-Durchsuchung)⁸¹⁾에 상응할 수도 있다. 이런 점에서 전자정보 압수수색에서의 참여권의 보장은 일반적인 공개의 압수수색이 그 강력한 기본권 침해성 때문에 비례성 원칙에 따라 더 강력한 절차통제가 요구되는 기술적 비밀의 수사처분이 되는 것을 방지한다.

StPO는 비밀의 강제처분으로서 통신감청(제100조a) 이외에 온라인수색, 주거감청, 주거 외 감청(StPO 제100조b, c, f) 등도 허용하는데, 이 처분들은 처분 당사자(피처분자) 모르게(ohne Wissen der Betroffenen) 집행된다는 점에서 일반적인 압수수색에 비하여 증대된 침해강도를 갖는다.⁸²⁾ 즉 위와 같은 처분들에 의해 수집되는 정보의 범위와 다양성은 기존의 일반적인 압수수색보다 상당히 크지만, 그 집행에 대한 감독기회의 배제 및 이에 따른 위법한 집행행위에 대한 준항고 등 법적 방어의 어려움 때문에 피처분자는 해당 처분에 의한 과도한 기본권 침해에 영향을 줄 수 없다. 이런 점에서 피처분자 모르게 개인정보에 포괄적으로 접근하는 처분은 독자적인 성격을 갖는 것으로 특별한 정당화가 필요하며,⁸³⁾ 이는 각 처분에 대한 절차법적 통제장치의 법적 형성에 달려 있다.

81) 이에 대한 자세한 설명은 박희영, “보안취약점 이용 온라인수색과 국가의 기본권 보호의무”, 비교형사법연구 제24권 제2호, 한국비교형사법학회, 2022. 7, 149 참고.

82) BVerfGE 124, 43, 62 [Rn. 68].

83) BGHSt 51. 211. 215 [Rn. 10].

Ⅵ. 글을 마치며

2015년의 종근당 결정 이후 지금까지 압수수색 과정에서의 참여권 보장의 정당성 및 참여권의 주체가 논란이 되고 있다. 우선 참여권의 주체가 문제가 된 이유는 대법원이 그 법적 근거로 형소법 제121조를 제시하면서도, 참여권자를 동조의 명백한 문언에도 불구하고 ‘피의자’가 아닌 불명확한 개념인 ‘피압수자’라고 표현하고 있기 때문이다. 특히 문헌에서는 3자간 구조의 압수수색 사안에서 누가 피압수자인지가 불명확하다는 점이 지적되었다. 이에 대해 대법원은 “실질적 피압수자인 피의자”라는 표현을 통해 정보의 실질적 소유자인 피의자의 참여권을 인정함으로써 결론적으로는 문제를 해결하였다. 하지만 이런 대법원의 설시는 타당하지 않다. 왜냐하면 법 제121조에 따르면 참여권의 주체는 명백히 피의자이기 때문이다. 무엇보다 대법원은 2021도11170 판결에서 피의자가 실질적 피압수자가 아니라는 이유로 그의 참여권을 인정하지 않았는데, 이는 법률상 인정된 피의자의 권리를 부당하게 제한하는 해석이라는 점에서 적법절차 원칙에 반한다.

다른 한편 일부 문헌에서는 수사의 밀행성(비공개주의)과 실무에서의 실효성 측면에서 압수수색에서의 피의자 참여권 제도 자체의 입법적 정당성에 의문을 제기하면서 종근당 결정을 비판한다. 해당 참여권의 보장은 수사기관에게 과도한 부담을 지우며 효과적인 형사소추라는 법익을 지나치게 침해한다는 견해도 마찬가지이다. 하지만 법 제121조의 입법 배경, 피의자의 법적 지위, 전자정보의 증거능력과 증명력, 강제처분의 공개성 원칙과 비례성 원칙의 측면에서 오늘날 피의자에게 압수수색 과정에 참여할 기회를 제공하는 것은 충분히 정당화될 수 있으며, 그 독자적인 절차법적 중요성도 인정된다고 할 것이다.

모든 생활영역이 디지털화되어 있는 오늘날 거의 모든 개인정보는 정보저장매체에 저장되어 있고 이 전자정보는 수사절차에서 강력한 증거가치를 갖는다. 따라서 수사기관은 범죄규명을 위해 전자정보를 포괄적으로 열람/탐색할 수 있어야 하지만, 이와 동시에 적법절차 원칙의 측면에서 수사기관의 과도한 정보수집 및 위법한 수사행위는 절차법적 안전장치를 통해 통제되어야 한다. 형소법에 따르면 압수수색은 법관의 영장심사, 영장 제시, 피의자 내지 피압수자의 참여, 압수목록의 교부, 준항고 등과 같은 절차보장책을 통해 통제된다. 이때 방대한 양의 정보에 대한 압수수색은 피의자와 그의 변호인에게 그

과정에 참여할 기회가 제공되어야 비로소 효과적으로 통제될 수 있다. 물론 이런 참여는 다른 절차보장책과 달리 절차를 지연시킴으로써 수사의 효율성에 실질적인 영향을 미칠 수 있다. 하지만 명백한 무관정보의 압수와 별건정보의 의도적 압수 등 수사권의 오남용 행위에 대처하고, 준항고 절차에서 위법한 수사행위에 효과적으로 이의제기할 수 있기 위해서는 피의자와 그의 변호인이 그 집행과정에 참여하는 것이 가장 효과적이다. 이때 수사행위에 대한 방해금지가 참여권 보장의 한계가 될 것이다. 따라서 압수수색의 집행 과정에서 수사기관의 개별적인 행위 내지 처분이 법률이나 영장의 내용을 명백히 위반하거나 영장에 기재된 압수범위를 명백히 초과하지 않는다면, 피의자나 그의 변호인은 참여권을 이유로 수사를 방해할 수 없다고 해야 한다. 경우에 따라 피의자 등은 검색어나 데이터베이스의 구조 분석에 협력함으로써 효과적인 압수수색과 개인정보 보호에 동시에 기여할 수도 있을 것이다. 다른 한편 실무에서의 참여권 보장의 현실화를 위해 참여한 피의자와 그의 변호인이 개진한 관련성, 무결성, 집행 방법의 적법성 등에 대한 의견을 집행조서 등에 기록하게 할 필요가 있다.⁸⁴⁾ 수사기관에 대한 막연한 신뢰보다는 견제와 균형의 원리에 따라 기본권의 주체이자 형사절차의 당사자인 피의자에게 수사상 압수·수색에 제한적일지라도 참여할 기회를 제공하는 것이 타당하다. 요컨대 오늘날 전자정보 압수·수색에서의 참여권 보장은 단순히 효과적인 형사소추를 행하는 수사기관에게 부담을 지운다는 측면에서만 평가될 수 없고, 국가에 의한 개인정보의 과도한 침해를 적절히 통제하여 인간의 존엄과 가치에 대한 적절한 보호에 기여한다는 측면에서도 평가되어야 한다.

84) 오길영, 주 7의 논문, 61면; 박병민, 주 7의 논문, 8-11면 이하; 법 제243조의2[변호인의 참여 등] 및 제244조의4[수사과정의 기록]와의 균형. 2020.10.7.에 제정되어 2021.1.1.부터 시행되고 있는 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령)」 제42조에 따르면 검사 또는 사법경찰관은 전자정보의 복제본을 취득하거나 전자정보를 복제할 때에는 해시값을 확인하거나 압수·수색 또는 검증의 과정을 촬영하는 등 전자적 증거의 동일성과 무결성(無缺性)을 보장할 수 있는 적절한 방법과 조치를 취해야 하고(제3항), 참여한 피압수자나 그의 변호인이 압수 대상 전자정보와 사건의 관련성에 관하여 의견을 제시한 때에는 이를 조서에 적어야 한다(제5항).

참고문헌

1. 국내문헌

- 김희옥/박일환(편), 주석 형사소송법(I)(제5판), 한국사법행정학회, 2017.
- 이재상/조균석, 형사소송법(제12판), 박영사, 2020.
- 이주원, 형사소송법(제5판), 박영사, 2022.
- 구길모, “디지털증거 압수·수색과 참여권보장”, 형사법연구 제34권 제4호, 한국형사법학회, 2022.
- 김대원, “‘텔레그램 등 익명·비대면 공간에서의 조직범죄 수사절차와 한계’에 대한 토론문”, 4차산업혁명에 있어서 정보화 시대의 당면 과제, 2022년 하계 학술대회 자료집, 4차산업혁명융합법학회/한국형사소송법학회, 2022. 7. 1.
- 박건욱, “수사기관에서의 전자정보 탐색 과정을 압수수색 일환으로 보는 판례 입장에 대한 비판적 검토”, 형사법의 신동향(통권 제50호), 대검찰청, 2016.
- 박병민, “디지털 증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안”, 디지털 증거 압수수색 개선방안, 사법정책연구원/대한변호사협회/한국형사법학회/대법원형사법연구회 2021년 공동 학술대회 자료집, 2021. 3. 1.
- 박용철, “디지털 증거 중 카카오톡 대화의 압수·수색영장 집행에 대한 참여권”, 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019.
- 박중욱, “제3자 보관 정보의 압수수색과 정보주체에 대한 통지”, 원광법학 제38권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2022.
- 박중욱, “수사기관 내에서의 범죄혐의 관련 정보 탐색 등 행위의 법적 성격”. 비교형사법연구 제24권 제4호, 한국비교형사법학회, 2023.
- 박희영, “보안취약점 이용 온라인수색과 국가의 기본권 보호의무”, 비교형사법연구 제24권 제2호, 한국비교형사법학회, 2022.
- 신동운, “일제하 예심제도에 대하여”, 서울대학교 법학 제27권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1986.

- 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 한국언론법학회, 2015.
- 유주성, “프랑스 예심판사제도 폐지에 관한 논의”, 외법논집 제41권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017.
- 유주성, “수사와 기소 분리를 위한 쟁점과 과제”, 입법과 정책 제10권 제2호, 국회입법조사처, 2018.
- 이순옥, “디지털 증거의 압수·수색절차에 대한 비판적 고찰”, 중앙법학 제20집 제3호, 중앙법학회, 2018.
- 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법”, 형사법의 신통행(통권 제48호), 대검찰청, 2015.
- 이주원, “디지털 증거에 대한 압수수색제도의 개선”, 안암법학 제37호, 안암법학회, 2012.
- 이진국, “전자정보의 압수·수색에서 피압수·수색 당사자의 참여권에 관한 일고”, 아주법학 제11권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2018.
- 이훈재, “제3자 보관 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행과 피의자의 절차적 권리”, 형사법의 신통행(통권 제76호), 대검찰청, 2022.
- 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2011.
- 전승수, “디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행”, 법조(통권 제670호), 법조협회, 2012.
- 전치홍, “대법원의 참여권 법리에 대한 비판적 검토”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호, 한국형사소송법학회, 2022.
- 조은별, “디지털 증거의 압수·수색에 대한 참여권의 보장”, 서울대학교 박사학위논문, 2021.
- 최석윤, “수사절차의 구조와 피의자의 법적 지위”, 형사정책연구 제12권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 2001.

2. 외국문헌

- Hannich, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Auflage, C.H. Beck, München 2018. (인용: *작성자*, KK-StPO, § ... Rn. ...)
- Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 62. Auflage, C.H. Beck, München 2019. (인용: M-G/Schmitt/*작성자*, StPO, § ... Rn. ...)
- Park, Tido, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2015. (인용: *Park*, § ... Rn. ...)
- Wolter, Jürgen (Hrsg.), SK-StPO, 5. Auflage, Carl Heymanns, Köln 2016. (인용: *작성자*, SK-StPO, § ... Rn. ...)
- Buchholz*, Momme, Das Anwesenheitsrecht bei der Durchsicht von Datenbeständen nach § 110 Abs. 1 StPO, NZWiSt 2021.
- Doege*, Felix, Das Anwesenheitsrecht des Betroffenen und seines Rechtsbeistands bei der Durchsicht gem. § 110 StPO, NStZ 2022.
- Hiéramente*, Mayeul, Durchsuchung und „Durchsicht“ der Unternehmens-IT - Betrachtungen zu §§ 103, 110 StPO, wistra 11/2016.
- Knauer*, Christoph/*Wolf*, Christian, Zivilprozessuale und strafprozessuale Änderungen durch das Erste JuMoG - Teil 2: Änderungen der StPO, NJW 2004.
- Peters*, Kristina, Anwesenheitsrechte bei der Durchsicht gemäß § 110 StPO: Bekämpfung der Risiken und Nebenwirkungen einer übermächtigen Ermittlungsmaßnahme, NZWiSt 2017.
- Szesny*, André-M., Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO, WiJ 2012.
- Wenzl*, Christopher, Die Datenlieferungsvereinbarung, NStZ 2021.

Beschlagnahme und Durchsuchung elektronischer Daten sowie Teilnahmerecht des Beschuldigten

- Kritische Aufnahme der Auffassung des K-OGH und Hinweis auf die
Diskussionen in Deutschland

Joongwook Park*

Seit des Beschlusses des Plenums (K-OHG) von 2015 (2011 Mo 1839) sind die Legitimität des Rechts auf die Teilnahme am Prozess der Beschlagnahme und Durchsuchung und der Inhaber des Rechts umstritten. Zunächst liegt der Grund für die Kontroverse darüber, wer genau der Inhaber der Teilnahmerechts / Anwesenheitsrechts ist, liegt darin, dass der K-OGH den § 121 K-StPO als Rechtsgrundlage des Rechts anführt, aber trotz des klaren Wortlauts der Vorschrift den Berechtigten nicht als „den Beschuldigten“, sondern als mehrdeutigen Begriff „den von der Maßnahme Betroffenen“ bezeichnet. Diesbezüglich wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass unklar ist, wer der Betroffene ist, insbesondere wenn der Beschuldigte nicht der Inhaber der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände ist. Darüber löste der K-OGH das Problem schließlich, indem er das Teilnahmerecht des Beschuldigten, des tatsächlichen Eigentümers der Daten, durch den Ausdruck „der Beschuldigte, der die tatsächlich durchsuchte und beschlagnahmte Person ist“ anerkannte (2016 Do 348). Diese Ausführung des K-OGH ist jedoch nicht gültig. Denn nach dem § 121 K-StPO ist der Inhaber des Teilnahmerechts eindeutig der Beschuldigte. Vor allem hat der K-OGH im Urteil 2021 Do 11170 das Teilnahmerecht des Beschuldigten mit der Begründung abgelehnt, dass dieser keine tatsächliche durchsuchte und beschlagnahmte Person sei. Dies widerspricht dem Rechtsstaatsprinzip, da es sich um eine enge Auslegung handelt, die das

* Expert Researcher, Dongguk University, Dr. jur.

gesetzlich anerkannte Recht des Beschuldigten unangemessen einschränkt. Andererseits kritisiert einige Literatur den Beschluss von 2011 Mo 1839, indem sie die gesetzgeberische Legitimität des Rechts des Beschuldigten auf Teilnahme an Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Hinblick auf die Heimlichkeit der Ermittlungen und seine Wirksamkeit in der Praxis in Frage stellen. Gleiches gilt für die Auffassung, dass die Gewährleistung des Teilnahmerechts eine erhebliche Belastung des Ermittlungsverfahrens wäre und das Rechtsgut einer effektiven Strafverfolgung übermäßig verletzt. Angesichts des rechtshistorischen Hintergrunds von § 121 StPO, des Rechtsstatus des Beschuldigten, der Beweisfähigkeit und Beweiskraft elektronischer Daten und der Grundsätze der Offenheit und Verhältnismäßigkeit der Zwangsmaßnahmen kann es jedoch heute voll gerechtfertigt werden, ihm die Möglichkeit zur Teilnahme am Beschlagnahme- und Durchsuchungsverfahren zu geben, und auch seine eigenständige verfahrensrechtliche Bedeutung wird anerkannt.

< Schlagwörter >

Beschlagnahme und Durchsuchung, Durchsicht, Mitnahme zur Durchsicht, Beschuldigte, der von der Maßnahme Betroffene, Anwesenheitsrecht/Teilnahmerecht, Zulässigkeit und Authentizität elektronischer Daten, Transparenzanforderungen

❖ Key words: Seizure and search, reading, carrying out for reading, suspect, the person concerned by the measure, right to be present/right to participate, admissibility und authenticity of electronic data, transparency requirements