

형사절차상 디지털증거의 압수·수색 및 증거능력

|일시| 2014년 12월 19일(금) 15:00~18:00
|장소| 대검찰청 디지털포렌식센터(NDFC) 2층 베리스타홀

형사절차상 디지털증거의
압수·수색 및 증거능력

KIC 한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

대검찰청 법무·법제 (형사법제 등) 전문검사 커뮤니티

KIC 한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

대검찰청 법무·법제 (형사법제 등) 전문검사 커뮤니티

세미나 자료집

형사절차상 디지털증거의 압수·수색 및 증거능력

|일시| 2014년 12월 19일(금) 15:00~18:00

|장소| 대검찰청 디지털포렌식센터(NDFC) 2층 베리스타홀

KIC 한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

대검찰청 법무·법제 (형사법제 등) 전문검사 커뮤니티

세미나 일정



시 간		내 용
주 제		형사절차상 디지털증거의 압수·수색 및 증거능력
15:00 ~ 15:10	10분	등 록
15:10 ~ 15:15	5분	전체사회 : 서효원 (법무부 형사법제과 검사) 개회선언 내외귀빈 소개
사 회		박미숙 (한국형사정책연구원 선임연구위원)
15:15 ~ 16:25	70분	제1세션 ‘디지털증거의 압수·수색’ 발표자 : 전현욱 (한국형사정책연구원 부연구위원) 이상미 (대전지검 서산지청 검사) 토론자 : 노명선 (성균관대 법학전문대학원 교수) 전승수 (서울동부지검 형사4부장검사)
16:25 ~ 16:30	5분	휴 식
16:30 ~ 17:40	70분	제2세션 ‘디지털증거의 증거능력’ 발표자 : 탁희성 (한국형사정책연구원 선임연구위원) 김윤섭 (서울동부지검 검사) 토론자 : 이원상 (조선대 법과대학 교수) 박종근 (울산지검 특수부장검사)
17:40 ~ 18:00	20분	종합 토론
18:00 ~ 18:10	10분	폐 회



Contents

■ 제1세션: 디지털증거의 압수·수색

❖ 발표자

- 디지털 증거의 압수수색 3
전현욱 ■ 한국형사정책연구원 부연구위원
- 디지털증거 압수수색절차에서의 ‘관련성’의 문제 31
이상미 ■ 대전지검 서산지청 검사

❖ 토론자

노명선 ■ 성균관대 법학전문대학원 교수
전승수 ■ 서울동부지검 형사4부장검사

■ 제2세션: 디지털증거의 증거능력

❖ 발표자

- 디지털 증거의 증거능력에 관한 소고 75
탁희성 ■ 한국형사정책연구원 선임연구위원
- 형사증거법상 디지털 증거의 증거능력
– 증거능력의 선결요건 및 전문법칙의 예외요건을 중심으로 – 95
김윤섭 ■ 서울동부지검 검사

❖ 토론자

이원상 ■ 조선대 법과대학 교수
박종근 ■ 울산지검 특수부장검사

제1 세션

디지털증거의 압수·수색

■ 발표자

- 디지털 증거의 압수수색
전현욱 ■ 한국형사정책연구원 부연구위원
- 디지털증거 압수수색절차에서의 '관련성'의 문제
이상미 ■ 대전지검 서산지청 검사

■ 토론자

노명선 ■ 성균관대 법학전문대학원 교수
전승수 ■ 서울동부지검 형사4부장검사

디지털 증거의 압수·수색



전현욱 ■ 한국형사정책연구원 부연구위원

디지털 증거의 압수·수색

■ 전현욱 (한국형사정책연구원 부연구위원)

I. 압수·수색과 기본권 제한

대한민국 헌법상 압수·수색에 대한 영장주의는 제12조 제3항¹⁾과 제16조 제2문²⁾에 의해서 명시적으로 선언된다. 형사절차는 그 특성상 본질적으로 국민의 기본권에 대한 심각한 침해할 수밖에 없으며 따라서 결코 국가기관에 의해서 그 권한이 남용되어서는 안 된다. 그러므로 “체포·구속·압수 또는 수색”과 같이 기본권의 본질적인 부분까지 제한해야만 하는 강제수사의 경우 제37조에 규정한 일반적인 법률유보 조항에 근거하도록 하지 않고, “법관이 발부한 영장”에 의해서만 제한할 수 있도록 헌법에 직접 규정하고 있는 것이다. 이처럼 우리 헌법은 직접적인 헌법유보(또는 법관유보) 규정을 통해서 형사사법절차에서의 권력분립을 설계하여 수사권한 남용에 대한 강력한 통제장치를 마련하면서도, 동시에 현실적으로 필요한 범위 내에서 적절하게 기본권의 본질적인 부분까지도 제한할 수 있도록 하기 위하여 강제수사의 허가 권한을 법률이 정한 자격을 갖춘(헌법 제101조 제3항) 법관에게만 부여하고 있다.

그런데 헌법상 영장주의를 선언하고 있는 제12조는 “신체의 자유”에 관한 규정이며, 제16조는 “주거의 자유”에 관한 규정이다. 이러한 헌법의 구조로부터 원칙적으로 영장주의는 본래 헌법상 보장된 기본권인 신체의 자유와 주거의 자유를, 필요한 경우에 한하

* 이 발표문은 전현욱/윤지영, 디지털 증거 확보를 위한 수사상 온라인 수색제도 도입 방안에 대한 연구, 대검찰청 연구용역보고서(2012)의 일부 내용을 토대로 필요한 부분을 가감하여 작성되었다.

1) “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.”

2) “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”

여 적절한 범위 내에서 그 본질적인 범위까지도 강력하게 제한할 수 있는 권한을 법관에게 부여하기 위하여 설계된 제도임을 미루어 알 수 있다. 헌법에 열거된 강제수사 중에서 체포·구속은 직접적인 신체의 자유 박탈을 의미하므로 체계상 당연히 제12조에 규정되어 있는 것이 마땅하다고 할 것이다. 압수·수색 또한 형사절차를 통하여 “처벌·보안처분 또는 강제노역”을 부과하기 위한, 즉 신체의 자유 제한을 위한 전단계 절차라는 점에서 제12조에 함께 규정되어 있는 것으로 보인다. 다만 압수·수색은 상기한 바와 같이 주거의 자유를 규정하고 있는 헌법 제16조 제2문에서 다시 한 번 규정되고 있다. 따라서 헌법 제12조와 제16조를 내용을 종합적으로 고려할 때, 우리 헌법이 본래 구조적으로 예정하여 설계하고 있는 압수·수색 제도는 ① 제12조에 의하여 보장되는 신체의 자유 제한에 밀접한 신체에 대한 수색과 소지물 등에 대한 압수, 그리고 ② 제16조에 의하여 보장되는 주거의 평온을 제한하는 주거에 대한 수색과 보관물 등에 대한 압수의 두 가지 경우인 것으로 생각된다.

반면 우리 헌법은, 강제수사로서 디지털 증거에 대한 압수·수색이 직접적으로 박탈하게 되는 것으로 생각되는 기본권인 “개인정보자기결정권”³⁾ 또는 사생활의 비밀과 자유(제17조)와 통신의 비밀(제18조) 등에 대해서는 압수·수색에 직접적으로 관련된 법관유보 규정을 별도로 두고 있지 않다. 물론 신체와 주거의 자유 제한에 수반되는 사생활 침해는 압수·수색 과정에서 당연히 발생할 수밖에 없는 것이므로 이러한 범위 내에서라면 제12조와 제16조의 법관유보에 근거하여 제한될 수 있다. 또한 이러한 경우 이외에도 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 기본권 제한의 일반원칙인 법률유보 원칙에 의하여 정보적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀⁴⁾ 등도 역시 상당한 범위 내에서 제한될 수 있음은 당연하다.

그러나 우리 헌법의 이러한 구조를 체계적으로 해석해 보면, 현행 헌법의 입법자들은

3) “개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다.” 헌재결 2005.5.26., 99헌마513·2004헌마190(병합) 전원재판부 참조.

4) 대표적으로 통신비밀보호법.

압수·수색을 통해서 기본권의 본질적인 내용을 박탈하는 것 까지도 허용하고 있는 신체의 자유 또는 주거의 자유와는 달리, 국가권력에 의한 사생활의 비밀과 자유 또는 통신의 비밀 등의 본질적인 내용에 대한 강력하고 빈번한 제한 가능성을 예정하고 있지는 않았던 것으로 보인다.

II. 압수·수색의 패러다임 전환

1. 유체물 중심의 디지털 증거 압수·수색 규정

이와 같은 관점에서 헌법을 구체화하고 있는 현행 형사소송법상의 압수·수색에법관한 규정들도 당연히 신체수색과 소지품 압수, 주거 수색과 보관품 압수라는 유체물 중심⁵⁾의 압수·수색을 전제로 입법되어 있는 것으로 보인다. 그래서 정보기술의 비약적인 발전으로 인한 의사소통방식의 근본적인 변화에도 불구하고 우리 형사소송법은 여전히 정보의 기록과 전달이 주로 서면을 통해 이루어졌던 1954년 입법당시의 압수 규정(제106조 제1항, 제2항)을 그대로 유지하고 있다. 비록 지난 2011년 제3항과 제4항⁶⁾을 신설하여 “출력” 또는 “복제”를 디지털 증거의 압수방법으로 도입하였으나, 본 조항은 여전히 “압수의 목적물”, “정보저장매체”라는 단어를 사용하고 있으며, 더 나아가 제114조 제1항⁷⁾은 압수·수색 영장에 “압수할 물건”을 필수적으로 기재하도록 명시하고 있다.⁸⁾ 그러

5) 형사소송법의 압수·수색제도가 여전히 유체물 중심으로 구성되어 있다는 분석에 대하여 자세한 내용은 조석영, 디지털 정보의 수사방법과 규제원칙, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010. 7. 75면 이하 참조.

6) 제106조(압수) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다. 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다. ② 법원은 압수할 물건을 지정하여 소유자, 소지자 또는 보관자에게 제출을 명할 수 있다. ③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 “정보저장매체등”이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다. ④ 법원은 제3항에 따라 정보를 제공받은 경우 「개인정보 보호법」 제2조제3호에 따른 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다.

7) 제114조(영장의 방식) ① 압수·수색영장에는 피고인의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부연월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지 기

므로 우리 형사소송법은 여전히 압수의 대상을 유체물로 상정하고 있는 것으로 볼 수밖에 없다. 다만 제106조 제3항과 제4항의 신설을 통하여 디지털 정보에 대한 압수 절차의 법적 근거와 방법을 마련하였을 뿐이다.⁹⁾

하지만 이미 2007년 6월 개정된 형사소송법 제292조의3과 2008년 1월 시행된 형사소송규칙 제134조의7은 “컴퓨터용 디스크 그밖에 이와 비슷한 정보저장매체”에 대한 공판절차상의 증거조사 방법에 관하여, 저장된 정보가 “문자”, “도면”, “사진” 정보인 경우 “읽을 수 있도록 출력하여 인증한 등본을 낼 수 있다”고 규정하였다. 비록 제292조의3이 문언상 여전히 “매체” 즉 유체물을 증거조사의 대상으로 하고 있지만 실제 절차를 구체화하고 있는 형사소송규칙 제134조의7은 공판정에서 증거자료로 이용하고자 하는 것이 정보저장매체에 기억된 “정보”임을 명백하게 드러내고 있는 것이다. 이는 정보기술의 발전으로 인하여 의사소통 및 기록방식이 근본적으로 달라졌다는 점을 공판절차에 적극적으로 반영하려는 노력이었다.

또한 제106조 제3항이 신설되기 전에도 이미 법원은 실무상 “수사기관이 휴대한 저장장치에 하드카피 및 이미징하거나 문서로 출력할 수 있는 그 출력물을 수집하는 방법으로 압수함(다만, 하드카피, 이미징 또는 문서를 출력할 수 없는 경우에는 컴퓨터 저장장치 자체를 압수할 수 있음)”이라는 취지를 명시한 ‘압수의 방법’이라는 문서를 별도로 첨부하여 압수방식을 구체적으로 제한하기도 하였다.¹⁰⁾ 같은 맥락에서 우리 대법원은 디지털 증거에 대한 압수는 “원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, 집행현장의 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하

다 대법원규칙으로 정한 사항을 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다. 다만, 압수·수색할 물건이 전기통신에 관한 것인 경우에는 작성기간을 기재하여야 한다.

- 8) 단서에서 예외적으로 압수할 “물건”이 전기통신에 관한 것인 경우에는 작성기간을 기재하도록 하는 내용을 추가하였을 뿐이다.
- 9) 이로써 형사소송법이 디지털 증거 압수·수색의 근거가 될 수 있는지 여부에 관한 논란은 일단락 된 것으로 볼 수 있다. 같은 견해로 손동권, 새로이 입법화된 디지털 증거의 압수·수색제도에 관한 연구, 형사정책 제23권 제2호, 한국형사정책학회. 오늘날 디지털 정보를 유죄확정의 증거로 사용할 수 없다는 것은 그야말로 “상식 밖의 이야기이다.” 김성룡, 압수·수색 관련 최근의 개정 제안과 독일 형사소송법·실무의 비교검토, 형사법의 신동향 제31호, 2011. 6., 9면. 2011. 12., 328면. 학설 대립에 관하여 자세한 내용은 탁희성, 전자증거의 압수·수색에 관한 일고찰, 형사정책연구 제15권 제1호, 한국형사정책학회, 2004, 24면 참조.
- 10) 실무상 영장 집행 방법의 제한방식의 구체적인 내용에 대하여는 조석영, 디지털 정보의 수사방법과 규제 원칙, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010. 7. 75면.

거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 존재하더라도 그와 같은 경우에 그 저장매체 자체를 직접 혹은 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있고 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 예외적으로 허용¹¹⁾된다고 판시한 바 있다. 결국 형사소송법 제106조 제3항은 이미 변해버린 현실에 적응한 디지털 증거의 압수·수색 실무를 법제화한 것이다.

그러나 압수·수색의 대상이 “유체물”이라는 기존의 입장을 여전히 고수하는 바람에 디지털 증거의 압수·수색에 대한 규범적 연구와 반성적 검토가 충분히 이루어지지 못하였으며, 이로 인해 구체적인 절차규정이 아직까지도 충실하게 마련되지 못하는 결과로 이어졌다. 즉 디지털 증거의 증거법상 전폭적인 수용과 이에 근거하여 적절하게 준비된 디지털 증거의 압수·수색에 대한 상세한 절차규정을 아직 마련하지 못하고 있는 것이다. 이로 인하여 오히려 해결되지 않은 문제가 해결된 문제보다 여전히 훨씬 많은 상황이 되어버린 것으로 보인다.

2. 기술발전과 압수·수색 절차를 통해 제한되는 기본권의 변화

물론 일반적인 유체물에 대해서는 현행 형사소송법상 압수·수색의 방법을 구체적으로 제한하는 규정을 갖고 있지 않다. 본래 압수는 영장에 특정된 압수할 물건을 수사관의 오감을 이용하여 수색하여, 발견된 압수물에 대한 실질적인 지배를 피압수자로부터 수사관(기관)으로 이전시키는 것으로 족하며, 따라서 점유를 이전하는 방법을 형사소송법에 별도로 상세하게 규정할 필요가 없었기 때문이다.¹²⁾ 이에 반하여 디지털 증거의 경우에는 원칙적으로 복제나 출력을 구체적인 압수의 방법으로 정하고 있으며 저장매체의 점유이전을 오히려 예외로 규정하고 있다. 이는 유체물과 근본적으로 다른 디지털 증거의 특징 때문이며¹³⁾, 또한 형사소송법 개정법률안 제안이유서¹⁴⁾에서 적시하고 있는 바와 같이 관련자(정보주체)의 사생활에 대한 침해 등 불필요한 기본권 침해를 최소화하기

11) 대법원 2011. 5. 26. 자 2009모1190 결정.

12) 조석영, 디지털 정보의 수사방법과 규제원칙, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010. 7., 83면.

13) 디지털 증거의 특성에 대한 상세한 내용은 전현욱/윤지영, 디지털 증거 확보를 위한 수사상 온라인 수색 제도 도입 방안에 대한 연구, 대검찰청 연구용역보고서, 2012, 9쪽 이하 참조.

14) 2009.4.1. 이주영 의원 등 발의 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 제4366호) 참조.

위험이다.

디지털 증거는 대부분의 경우 대규모의 그리고 다양한 내용과 주체의 정보가 혼재되어 있으며, 또한 다수의 정보처리장치가 네트워크로 상호간에 밀접하게 연결되어 분산 저장되어있기 때문에 저장매체나 정보처리장치 그 자체를 압수하게 되면 혐의사실과 관계없는 다수의 정보적 자기결정권이 함께 침해되게 된다. 설령 이미징 등의 방법으로 복제하거나 출력하는 방법으로 압수한다 하더라도 압수를 위한 수색 과정에서 신속하게 이를 모두 분류하고 범죄사실에 관련 있는 정보만 확인하여 선별하는 것이 사실상 매우 어렵다.¹⁵⁾ 뿐만 아니라 정보가 저장되어 있는 정보처리장치 및 정보저장매체는 보통 다수의 이용자들이 수시로 접속하여 새로운 정보를 저장하거나 수정, 삭제하는 등 실시간으로 이용되고 있기 때문에, 저장매체에 대한 물리적 압수는 모든 이용자들의 이용가능성을 장기간 제한하는 것이 될 뿐만 아니라, 범죄사실에 관련 있는 정보가 포함된 것으로 추정되는 범위의 정보만이라도 확인하여 출력 및 복제의 방법으로 압수하기 위해서라도 수색 및 출력, 복제하는 시간 동안 역시 모든 이용자의 정보처리장치 접근을 차단해야 할 필요가 발생하기도 한다.¹⁶⁾

이처럼 디지털 증거에 대한 압수·수색이라는 강제수사절차를 통해 제한되는 기본권의 핵심은 신체 및 주거의 신체와 주거의 수색 및 이에 수반되는 소지물 또는 보관물 등 “유체물”에 대한 사실상의 지배권에서 “정보” 그 자체에 대한 사실상의 지배권, 즉 정보적 자기결정권으로 옮겨가게 된다. 주지하는 바와 같이 복제와 출력의 압수방법은 본질적으로 정보저장장치 등 유체물에 대한 권리 제한이 아니며, 오로지 디지털 증거의 “내용”을 확보하는 것에 그 목적이 있다. 오히려 유체물의 사실상의 이용가능성에 대해서는 아무런 제한도 가해지지 않는 경우도 있을 것이다. 반면 상술한 바와 같이 정보적 자기결정권에 대한 제한은 광범위하게 발생하게 된다. 이는 유체물을 중심으로 규정되어 있는 현재의 형사소송법상의 압수·수색에 대한 패러다임이 바뀌어야 하며 관련 절차규정이 디지털 증거의 특성을 고려할 수 있도록 근본적으로 재구성될 필요가 있음을 강력하게 시사하고 있는 것이다.

15) 이러한 분석으로 조병인, 사이버경찰에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000, 138면.

16) 따라서 설령 압수의 방법을 복제나 출력이 원칙인 것으로 정한다 하더라도 개정법률안 제안이유서의 기대와는 달리 경우에 따라서는 여전히 관련 정보통신서비스 제공자 및 이용자 등에게 큰 부담이 될 가능성이 있다. 이러한 지적은 손동권, 새로이 입법화된 디지털 증거의 압수·수색제도에 관한 연구, 형사정책 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 2011. 12., 331면 참조.

3. 비례성 원칙

이처럼 압수·수색제도를 통해 제한되는 기본권이 본질적으로 달라지면, 당연하게도 단순히 압수·수색의 절차규정 한두 조항이 추가되는 수준으로는 해결될 수 없는 근본적인 문제가 야기될 수밖에 없다. 목적과 수단 사이의 비례성에 대한 가치판단이 더 이상 정당성을 가질 수 없게 되기 때문이다. 서론에서 언급한 바와 같이 현행법상의 압수·수색은 신체의 자유와 주거의 평온에 대한 제한 및 이에 수반하는 유체물에 대한 사실상의 지배권 박탈이라는 수단에 대한 가치평가를 전제로 하여 정당성이 인정되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 정보적 자기결정권의 박탈, 그것도 이하에서 살펴볼 바와 같이 유체물과 같은 “특정”이 사실상 곤란하여 범행과 관련성이 합리적으로 제한되기 어려운 디지털 정보에 대한 광범위한 자유 제한은 심각한 개인정보 침해로 이어질 가능성이 높으며, 특히 정보기술이 발전할수록 정보의 활용가치는 더욱 높아질 수밖에 없으므로¹⁷⁾ 시민이 느끼는 기본권 침해의 우려, 즉 수단의 가치평가는 기존의 유체물에 대한 압수·수색의 경우와 비교하기 어려울 정도로 커지기 마련이다.

실태조사 연구에 의하면 디지털 증거를 압수·수색 당한 경험이 있는 피압수자를 대상으로 한 설문조사에서 피설문자 94.4%가 디지털 증거에 대한 압수는 유체물 증거와 달리 취급되어야 한다고 대답했으며, 더 나아가 피설문자 모두가 디지털 증거 압수 과정에서 개인의 프라이버시가 “많이” 침해된 것으로 응답하였다. 또한 같은 설문조사에 의하면 디지털 증거의 수집 절차에서 피수사자의 인권이 “전혀” 보장되지 않는다고 대답한 응답자가 역시 72.2%에 이르렀다. 관련 사건을 담당했던 법률전문가인 변호사들도 무려 78.6%가 디지털 증거에 대한 압수는 유체물 증거와 달리 취급되어야 한다고 대답했으며, 92.9%가 디지털 증거의 수집과정에서 개인의 프라이버시가 “많이” 침해된다고 응답하였다.¹⁸⁾

반면 정보기술이 발전할수록 디지털 증거의 필요성, 즉 목적의 가치평가도 급속도로

17) 현재결 2005.5.26, 99헌마513·2004헌마190(병합) 전원재판부 참조; 정보기술의 발전과 개인정보의 위기현상에 대한 형법이론적 분석은 전현욱, 개인정보 보호에 관한 형법정책, 고려대학교 박사학위논문, 2010, 22면 이하 참조.

18) 이 문단의 통계수치는 권양섭, 실태조사를 통해 본 디지털 증거수집의 문제점과 개선방안, 법학연구 제49집, 2013. 3. 389면 이하 참조.

커져가기 마련이다. 최근 컴퓨터 및 인터넷의 급속한 발전과 보급으로 많은 범죄행위들이 정보처리장치를 직간접적 수단으로 함에 따라, 오늘날 대부분의 범죄사건의 증거가 정보처리장치에 저장된 디지털 정보(Information)의 형태로 남게 되었다. 특히 피해가 중대하거나 광범위하여 실체적 진실발견에 대한 요구가 더 높은 범죄일수록 디지털 포렌식에 대한 요구도 높아지고 있는 것이다. 또한 디지털 정보는 이를 관리하는 자가 수사기관의 압수·수색을 단지 몇 분이라도 사전에 알 수 있으면 쉽고 완벽하게 위변조하거나 증거를 인멸할 수 있다는 특수성이 있다. 게다가 상술한 바와 같이 범죄사실과 관련 없는 정보와 혼재되어 있거나 원격지에 저장된 정보와 유기적인 연관을 갖는 경우도 많다. 더 나아가 정보를 분산해서 저장하고 처리하는 기법인 그리드 컴퓨팅(Grid computing)이나 클라우드 컴퓨팅(Cloud computing)과 같은 비교적 새로운 정보처리기술이 활용되는 경우, 저장매체의 물리적 소재를 확정하기가 곤란해지기도 한다. 이처럼 디지털 증거는 유체물 증거와는 본질적으로 다른 관점에서 보다 강력한 기본권 제한을 통해서만 실효성을 확보할 수 있다. 따라서 실체적 진실 발견을 위해서는 증거제출을 거부하는 자의 의사에 반해 기본권을 제한하고 강제로 증거를 확보하는 강제수사로서 압수·수색의 취지를 디지털 증거에도 부합하도록 살릴 수 있는 적극적인 방법을 모색해야 한다. 특히 디지털 정보를 관리하는 자가 수색과 압수 사실을 알지 못하도록 해야 하는 경우나 소재지가 분산된 경우 원격지에서 정보통신기술을 활용하는 온라인 수색기법과 이를 통한 디지털 증거의 압수, 즉 이른바 “스파이웨어” 등과 같은 해킹수단을 증거확보의 방법으로 적극적으로 활용하는 것을 고려해 볼 필요가 있다.

그러나 국민의 기본권 제한은 필요최소한의 범위에서만 정당화 될 수 있으며, 강제수사는 법치국가원칙 아래에서만 허용될 수 있다. 특히 국가가 “스파이웨어”와 같은 수단으로 시민의 정보를 무분별하게 확보할 경우 언제라도 “빅브라더”가 될 수 있다는 시민사회의 두려움이 상존한다. 그러므로 새로운 온라인 수색기법도 원칙적으로 강제수사법정주의나 영장주의의 적용을 받아야 함은 물론이다. 따라서 현행 형사소송법상의 영장제시, 당사자 참여권 보장 등의 압수·수색 절차가 디지털 증거의 특성에 보다 부합하도록, 그리고 기본권 제한의 비례성을 충족하는 범위 내에서 새롭게 구성되어야 할 필요가 있다. 다만 적법절차를 구상함에 있어서 수사실무상의 기술적 가능성을 확인하고 기본권 제한의 일반원칙에 따라 한계와 예외를 분명히 해야 할 것이다. 이 외에도 ISP 등

관련자의 정보보호에 관한 책임을 면제하거나 정보보존 등 수사협력의무를 부과하고 강제하기 위한 절차규정의 도입도 검토 되어야 한다. 이하에서는 국내외의 판례를 토대로 디지털 증거의 압수·수색에 대한 새로운 패러다임을 제시하기 위해 고려해야 할 점들에 대하여 검토해 보겠다.

Ⅲ. 영장 없는 압수·수색의 제한

1. 라일리 판결(Riley v. California) 등에서 검토된 기본권 제한의 비례성

최근 디지털 증거와 기본권 제한의 비례성 판단의 변화에 관한 문제가 가장 분명하게 드러난 사례가 바로 2014년 미국 연방대법원의 라일리 판결¹⁹⁾이다. 이 판결의 사실관계는 다음과 같다.

데이빗 라일리(David Riley)는 등록기한이 만료된 자동차를 운전하다 경찰에 의해 검문을 받았는데, 그 과정에서 경찰관이 영장 없이 차안을 수색하여 두 개의 장전된 권총을 발견하였고, 라일리는 이를 소지한 혐의로 체포되었다. 현행법 체포과정에서 경찰은 기존의 수사실무 관행에 따라 역시 영장 없이 라일리의 신체를 수색하였고, 바지 주머니에서 스마트폰을 압수하였다. 경찰은 휴대전화에 대한 압수의 효력 범위 내에서 스마트폰의 수색이 가능하다고 생각하고 스마트폰에 저장된 정보에 접근하였고, 체포 두 시간 후 경찰서에서 조직범죄 전문수사관이 스마트폰의 내용을 조사하여 총기 발사 사건에 연루된 것으로 보이는 증거(사진)를 발견하였다. 이후 하급심 공판과정에서는 이 사진의 증거능력이 인정되어 라일리는 유죄판결을 받았다. 그러나 라일리는 스마트폰에 대한 수색과 디지털 증거의 압수가 급박한 사정이 없음에도 불구하고 영장 없이 이루어졌다는 이유로 미국 수정헌법 제4조 “영장주의”²⁰⁾ 위반을 주장하며 스마트폰에서 발견된 모

19) Riley v. California 573 U.S.(2014)

20) “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.(부당한 수색, 체포, 압수로부터 신체, 가택, 서류 및 통신의 안

든 증거에 대한 증거능력이 부인되어야 한다고 주장하였으며, 결국 미국 연방대법원은 라일리의 손을 들어주었다.

본래 미국 연방대법원은 적법한 체포에 수반한 압수·수색을 미국 수정헌법 제4조가 선언하고 있는 영장주의의 예외로 인정하고 있다. 제4조의 문언상 “합리적인(reasonable) 압수·수색”은 영장 없이도 가능하기 때문이다. 특히 자동차 안은 피체포자의 직접 통제(immediate control)²¹⁾ 아래 있으므로 체포에 수반되는 수색의 범위에 포함되며 따라서 차뿐만 아니라 차안에 있는 모든 물건에 대한 경찰관의 수색이 적법한 것으로 인정되었다.²²⁾ 다만 이후 미국 연방대법원은 이어지는 판례들을 통해 체포에 수반되는 수색의 요건을 보다 구체화하면서 미국 수정헌법 제4조의 해석상 체포에 수반되는 수색이 합리적인 것이 되려면 단순히 피체포자의 압수 대상물에 대한 직접 통제 가능성만으로는 부족하고, ① 경찰관에 대한 위해나 ② 증거 인멸의 우려가 있어야 한다는 점을 확인하였다.²³⁾ 영장 없는 수색은 그 자체만으로도 당연히 불합리(unreasonable)하므로 “피체포자가 무기에 접근할 수 있거나 증거를 인멸할 수 있는 경우”에 한해서만 예외가 인정될 수 있다는 점을 명확히 한 것이다.

이와 같은 논리에서 라일리 판결 이전에는 이러한 논리에 근거하여 피체포자의 휴대전화에 대한 영장 없는 압수와 그 휴대전화에 저장된 디지털 증거에 대한 수색은 정당한 것으로 받아들여지기도 하였다. 캘리포니아주 대법원은 “피해자의 신체가 닿을 수 있는 거리에 있는 증거”에 대해서는 증거인멸의 우려를 인정할 수 있으므로, 이에 대한 영장 없는 수색을 합리적인 것이며 따라서 “휴대전화 문자메시지함에 저장된 문자메시지를 영장 없이 수색하는 것은 체포에 수반된 수색이므로 정당하다”고 판시하였다.²⁴⁾ 주

전을 보장받는 인민의 권리는 이를 침해할 수 없다. 체포, 수색, 압수의 영장은 상당한 이유에 의하고, 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되고, 특히 수색될 장소, 체포될 사람 또는 압수될 물품을 기재하지 아니하고는 이를 발급할 수 없다.”

21) *Chimel v. California*, 395 U.S. 752(1969); 직접 통제의 요건을 선언하며 체포시 영장 없이 옆방을 수색한 것을 위법수사로 본 판결이다.

22) *New York v. Belton*, 453 U.S. 454(1981); 차 안에 있는 물건은 피체포자의 손이 닿을 수 있는 범위 내에 있어 직접 통제를 인정한 판결이다.

23) *Arizona v. Gant*, 556 U.S. 332(2009); 피체포자에 대한 체포가 이미 완료되어 수갑이 채워진 상태라면 피체포인이 차량에 접근할 가능성이 없으며, 게다가 정지된 면허증을 가지고 운전하다 경찰의 검문에 걸린 경우라면 피체포자의 차량 내부에 체포의 근거가 되는 증거가 있다고 믿을만한 합리적인 근거도 없으므로 영장 없는 수색의 정당화 사유에 해당할 여지가 없다고 판시하였다.

24) *People v. Diaz*, 51 Cal. 4th 84(2011).

목할 만 한 사실은 이 사건에서 피고인은 휴대전화에 저장된 “방대한 양의 개인정보”가 침해되므로 “사생활 침해”를 주장하였으며, 또한 압수·수색에 있어서 휴대전화 그 자체와 그 안에 있는 내용은 구분되어야 한다고 주장하였으나 법원은 이를 받아들이지 않았다는 것이다.

그러나 오하이오주 대법원²⁵⁾과 플로리다주 대법원²⁶⁾은 이와 유사한 사건에서 휴대전화에 대한 압수·수색은 피체포자가 소지하는 다른 물건들의 경우와는 다르다는 점을 명백히 하였다. 일반적인 유체물에 국한된 압수·수색에 의해 제한될 수 있는 프라이버시의 범위는 매우 제한적인 반면, 휴대전화에는 개인의 사생활과 관련된 막대한 양의 정보가 저장되어 있으므로 휴대전화에 대하여는 당연히 일반적인 유체물에 대한 압수·수색보다는 훨씬 높은 수준의 프라이버시 보호를 기대하게 된다는 것이다. 따라서 휴대전화에 저장된 디지털 증거에 대한 수사는 더욱 신중해야 한다고 선언하였다. 따라서 경찰이 체포에 수반하여 피체포자의 휴대전화를 압수하였다 하더라도 그 핸드폰을 수색하려면 경찰관의 안전 확보와 증거인멸 방지를 위하여 필요하다는 점이 명백해야 하며, 그렇지 않은 경우 반드시 사전에 수색 영장을 발부받아야 한다는 요건을 판결을 통해 선언하였다.

2. 디지털 증거에 대한 영장 없는 압수·수색의 비례성 검토

라일리 판결은 바로 오하이오주 대법원과 플로리다주 대법원의 판결을 지지하고 있다. 이 판결에서 미국 연방대법원은 “경찰은 일반적으로 영장이 없는 상태에서 압수된 체포자의 휴대전화 속의 디지털 정보를 수색할 수 없다”고 판시하였다. 그 이유로 우선 미국 연방대법원은 휴대전화에 저장된 디지털 데이터는 무기로 사용될 수 없으므로 체포를 수행하는 경찰관의 안전을 위협하거나 체포자의 도주를 도울 수 있는 것이라고 보기 어려우며, 원격 데이터 삭제 등을 통한 증거인멸 시도 역시 기술적으로 대처 가능하므로 긴급한 증거 확보의 필요성도 인정되지 않는다고 보았다.

반면 휴대전화는 피체포자가 소지할 수 있는 다른 물품에 비하여 질적으로나 양적으

25) State v. Smith, 2009 Ohio 6426(2009).

26) Smallwood v. State, 113 So. 3d 724(Fla. 2013).

로 방대한 사적 정보를 저장하고 있으므로, 휴대전화가 이전의 신체 수색이 침해할 수 있을 것으로 여겨졌던 사생활의 이익에 비교하여 현저하게 중대한 프라이버시의 침해를 야기한다면 다음과 같이 실시하였다. “10년 전만 하더라도 경찰관이 (신체 수색을 통하여) 일기장과 같은 매우 개인적인 정보를 획득한다는 것이 아주 드문 일이었지만, 오늘날 휴대전화를 소유하고 있는 90%가 넘는 성인들은 그들 삶의 거의 대부분에 대한 디지털 기록을 몸에 지니고 다닌다.”²⁷⁾

물론 휴대전화에 피체포자의 범행에 대한 정보가 들어있을 것으로 추정될 수도 있으나, 설령 그렇다 하더라도 영장 없는 압수·수색의 또다른 요건, 즉 ① 경찰관에 대한 위해나 ② 증거 인멸의 우려가 없는 한 영장 없는 압수·수색은 허용될 수 없음을 명백히 하였다. 다만 미국 연방대법원은 휴대전화에 저장된 디지털 정보가 수색으로부터 완전히 제외된다는 것을 의미하는 것이 아니며, 다만 이 판결의 의의는 미국 수정헌법 제4조에 의거하여 사전 영장을 발부받아야 한다는 점에 있다는 사실을 판결문 말미에서 분명히 밝히고 있다. 이에 더하여 지속적인 긴급 상황과 같은 극히 예외적 상황의 경우에는 물론 디지털 증거에 대한 영장 없는 수색도 정당화 될 수 있을 것이라고 하였다.

3. 소결

이러한 미국 연방대법원의 판결로부터 디지털 증거의 압수·수색의 비례성과 관련하여 다음과 같은 착안점을 도출할 수 있다. ① 디지털 증거에 대한 압수·수색은 기존의 유체물에 대한 압수·수색에 비하여 심각한 정보적 자기결정권의 침해를 야기한다는 점이 정당화 여부에 있어서 중요한 요건으로 고려되어야 한다. ② 반면 디지털 증거는 체포를 수행하는 경찰관의 안전을 위협하는 무기로 사용될 수도 없으며, 기술적인 방법으로 증거인멸은 쉽게 예방될 수 있으므로 “긴급한” 압수·수색의 필요성은 매우 낮다는 점 또한 비례성 판단에 있어서 고려되어야 한다. 그러므로 ③ 디지털 증거에 대한 영장 없는 압수·수색은 극히 예외적인 경우에만 허용될 수 있으며, 일반적으로는 위헌이다.

우리 형사소송법은 제216조 내지 제218조에서 영장 없이 압수·수색할 수 있는 경우

27) Riley v. California 573 U.S.(2014)

에 대하여 규정하고 있다. 그러나 해당 규정들은 “필요한 때(제216조 제1항, 제217조 제1항)”, “긴급”을 요하여 영장을 받을 수 없는 경우(제216조 제3항) 등의 제한요건을 가지고 있으며, 또한 이러한 긴급조치들이 모두 기본권 제한의 비례성 원칙의 범위 내에서만 정당화 될 수 있다는 점을 고려하면, 미국 연방대법원의 판결은 우리가 사실상 간과하고 있는 것인지도 모르는 수사실무상의 디지털 증거에 대한 영장 없는 압수·수색의 비례성 원칙에 대하여 중요한 해석의 기준을 제시하고 있는 것으로 볼 수 있다.

IV. 압수·수색 대상의 특정 가능성

1. 압수·수색의 범위 - 유체물 증거 관점의 특정 원칙 적용

반면 유체물 기반의 현행 압수·수색 절차는 오히려 디지털 증거에 대한 압수·수색을 불합리하게 축소하는 측면이 있다. 우리 대법원은 디지털 증거를 출력이나 복제하는 경우에도 오직 그 대상이 “혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의 원칙상 당연”하다고 실시하였다.²⁸⁾ 이는 유체물에 기반한 절차법적 원칙이 여전히 그대로 디지털 정보의 압수·수색 절차에도 적용되어야 함을 의미한다. 따라서 압수·수색은 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 허용될 수 있으며(형사소송법 제106조 제1항, 제215조²⁹⁾), 압수·수색 영장에는 “압수할 물건, 수색할 장소” 등을 적시하여 압수·수색의 범위와 한계를 명확히 하도록 하고 있다.(제114조). 그러므로 디지털 증거에 관한 영장을 발부할 때에도 당연히 압수·수색의 대상이 가능한 범위 내에서 최대한 구체적으로

28) 대법원 2011. 5. 26. 자 2009모1190 결정.

29) 제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부 받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

특정되어야 할 것이며, 영장을 집행할 때에도 오로지 특정된 범죄사실과의 관련성이 확인된 디지털 정보만을 압수해야 한다. 영장에 의해 제한될 기본권의 범위와 크기가 명확할 수록 수사기관의 공권력 남용이 보다 효과적으로 통제될 수 있기 때문이다. 따라서 다른 대안이 없는 한, 즉 현행 형사소송법상의 압수·수색 규정 아래에서는 혐의사실 관련성을 기준으로 명확하게 한정되지 못하는 압수·수색은 그것이 디지털 증거에 대한 것이라 하더라도 위법수집증거가 되어 증거능력이 인정될 수 없는 것으로 보아야 한다.

그러나 유체물 기반의 절차법 원칙을 모두 그대로 적용할 수 있는지에 관해서는 의문이 있다. 앞에서 서술한 바와 같이 디지털 증거는 대규모의 정보가 서로 혼재된 채로 원거리 네트워크 상의 상호작용을 통하여 다수인이 수시로 정보를 입출력하는 저장매체에 기록되어있는 것이 일반적이다. 따라서 지금까지 유체 증거에 대한 영장의 경우에 그랬던 것과 마찬가지로 디지털 증거에 대한 압수·수색 영장이 단순히 정보저장매체가 존재하는 곳의 장소적 위치로 특정되는 경우, 그 특정의 범위가 지나치게 넓거나 지나치게 좁을 수 있는 문제가 동시에 발생할 수 있다.³⁰⁾ 우선 영장에 특정된 당해 장소에 위치한 정보처리장치에 저장된 디지털 정보를 모두 압수하게 되면 이는 범죄사실 입증과 관련 없는 제3자의 사생활에 대한 심각한 침해를 야기할 우려가 있다. 게다가 형사소송법 제106조 제3항과 함께 신설된 제4항의 문언상 수사기관이 압수한 정보의 정보주체 모두에게 개인정보가 압수된 사실을 지체 없이 알려야 하는 현실적인 문제가 발생한다. 반면 영장에 특정된 장소와는 다른 물리적 장소에 위치한 저장장치에 정보통신 네트워크를 이용해 분산 저장된 범죄 사실 관련 정보를 압수하기 위해서는 원칙적으로 해당 관할 법원에서 새로운 영장을 받아야만 한다.³¹⁾

또한 영장에 압수·수색할 장소를 특정하는 문제뿐만 아니라, 실제 수색 현장에서 압수할 대상을 찾기 위한 수색의 범위를 한정하고 이를 통해 발견한 증거에 대한 압수의 범위를 결정하는 데에도 역시 유체증거에 비하여 상대적으로 어려움이 있을 수밖에 없다. 유체물과는 달리 디지털 증거는 수사관이 현장에서 신체의 감각기관을 활용해 직관적으로 관련성 여부를 직접 확인할 수 없을 뿐만 아니라, 설사 정보처리장치를 통하여

30) 디지털 증거의 압수·수색에 있어서 특정의 문제에 관하여 상세한 내용은 조석영, 디지털 정보의 수사방법과 규제원칙, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010. 7. 82면 참조.

31) 노명선, 전자적 증거의 실효적인 압수·수색, 증거조사 방안연구, 대검찰청 용역보고서, 2007, 23면 참조.

내용을 확인한다 해도 그 양이 엄청나게 방대한 경우가 대부분이기 때문이다. 따라서 현실적으로 압수할 정보를 발견하기 위하여 정보저장매체에 저장된 디지털 정보를 수색하는 것은, 압수대상 정보가 저장된 것으로 합리적으로 추정되는 저장매체상의 모든 정보를 정보처리기술을 활용하여 검색하는 기계적인 수단을 활용하여 이루어지는 경우가 대부분일 수밖에 없다. 또한 이러한 수색을 통해 범죄사실과 관련 있는 것으로 추정되는 정보의 범위를 개괄적으로 정하여 기계적인 검색의 방법으로 일괄 압수하고, 차후에 시간을 가지고 상세하게 분석하는 것이 디지털 증거에 대한 강제수사의 실효성을 높이기 위한 일반적인 방법이라고 할 수 있다. 그렇기 때문에 유체물 증거에 대한 형사소송법원칙을 준용하여 혐의사실 관련성을 기준으로 압수를 위한 정보 검색의 범위나 압수할 정보의 범위를 과도하게 제한한다면 압수·수색의 실효성을 확보하기 어렵게 될 것이다. 게다가 이렇게 수색된 증거는 사후적으로도 장시간의 면밀한 검토를 거친 후에야 비로소 수사대상 사건과의 관련성 유무가 확인될 수 있는 경우도 적지 않다. 뿐만 아니라 앞으로 클라우드 컴퓨팅(Cloud Computing)³²⁾이나 가상화(Virtualization)³³⁾ 등 비교적 최신의 정보 분산 처리 관련 기술이 비약적으로 발전·확산되면 점점 더 혐의 사실과 관련 있는 디지털 정보의 물리적 장소의 위치나 압수할 증거를 확인하기 위한 수색의 범위에 대한 합리적인 제한이 거의 불가능하게 될 것으로 예상된다.³⁴⁾

32) “클라우드 컴퓨팅(cloud computing)은 인터넷 기반(cloud)의 컴퓨팅(computing) 기술을 의미한다. 인터넷상의 유틸리티 데이터 서버에 프로그램을 두고 그때 그때 컴퓨터나 휴대폰 등에 불러와서 사용하는 웹에 기반한 소프트웨어 서비스이다.” 설명은 위키백과(http://ko.wikipedia.org/wiki/클라우드_컴퓨팅)에서 인용.

33) “가상화(假像化, virtualization)는 컴퓨터에서 컴퓨터 리소스의 추상화를 일컫는 광범위한 용어이다. “물리적인 컴퓨터 리소스의 특징을 다른 시스템, 응용 프로그램, 최종 사용자들이 리소스와 상호 작용하는 방식으로부터 감추는 기술”로 정의할 수 있다. 이것은 다중 논리 리소스로서의 기능을 하는 것처럼 보이는 서버, 운영 체제, 응용 프로그램, 또는 저장 장치와 같은 하나의 단일 물리 리소스를 만들어 낸다. 아니면 단일 논리 리소스처럼 보이는 저장 장치나 서버와 같은 여러 개의 물리적 리소스를 만들어 낼 수 있다. 기업은 서버 가상화를 통해 하나의 컴퓨터에서 동시에 1개 이상의 운영체제를 가동시킬 수 있다. 대부분의 서버는 단지 용량의 10~15%만 사용하는데, 가상화는 이런 서버의 이용률(utilization rate)을 70% 그 이상으로 올릴 수 있다.” 설명은 위키백과(<http://ko.wikipedia.org/wiki/가상화>)에서 인용.

34) 대표적인 검색 서비스 제공업체인 구글(Google)은 미국, 핀란드, 벨기에 등을 비롯한 전 세계 여러 곳에 산재한 데이터센터에 설치한 100만대 이상의 서버에 분산하여 데이터를 저장하고 있다고 한다. 2012. 10. 18. 경향신문 “구글, 데이터센터 내부 영상 유튜브에 공개”; 2012. 10. 18. ZDNet Korea “사상 첫 공개 구글 데이터센터 들여다보니...” 등 참조.

2. 미국 연방법원의 판례 변화

이와 같은 어려움으로 인하여 과거 미국 연방법원도 디지털 증거의 압수·수색을 위한 특정의 정도에 관하여 조금은 혼란스러운 모습을 보인 바 있다. 미국 연방법원은 1998년 마약범죄의 자금세탁 관련 수사에 있어서 수사정보의 범위를 특정하지 않고 모든 정보처리장치 및 저장매체 전부에 대하여 압수를 요구하는 영장에 대하여 특정성 요건을 충족하지 못하기 때문에 수정헌법 제4조에 반하는 포괄적인 영장이므로 위헌이라는 피고인 측의 주장에 대하여 다음과 같이 설시한 바 있다. “컴퓨터 장비 등에 대한 대규모의 점유박탈은 의심할 여지없이 직업수행을 불가능하게 하거나 개인의 삶을 방해하는 것이므로 가능하면 피해야만 하는 것이다. 그러나 기술적 그리고 법적 방법을 통하여 컴퓨터 기록에 대한 온라인 수색이 실무상 가능하게 될 때까지는 대규모의 압수는, 그것이 적절하게 설정된 기준을 준수하는 한, 여전히 집행될 수밖에 없다.”³⁵⁾ 하지만 이 판례사안의 경우 문제가 된 압수 영장의 “모든 컴퓨터(all computers)”, “모든 컴퓨터 저장장치(all computer storage devices)”라는 표현만으로는 압수·수색의 범위가 충분히 특정된 것으로 볼 수 없어 불행하게도 적절하게 설정된 기준을 준수하였다고 볼 수 없고, 따라서 흠결이 있다는 당사자의 주장을 법원이 받아들였다. 그럼에도 불구하고 “선의의 신뢰에 의한 예외(Good Faith Exception) 원칙”³⁶⁾을 적용하여 해당 사안에서 문제된 증거의 증거능력은 결국 인정한 바 있다. 이는 유체물 증거만을 기준으로 했던 과거의 영장 기재사항의 특징에 관한 기준을 디지털 증거에도 그대로 적용할 경우 발생할 수밖에 없는 불합리한 결과를 또 다른 증거법상의 원칙들을 원용하여 적극적으로 우회한 것으로 해석할 수 있다.

35) “The wholesale removal of computer equipment can undoubtedly disable a business or professional practice and disrupt personal lives, and should be avoided when possible. Still, until technology and law enforcement expertise render online computer records searching both possible and practical, wholesale seizures, if adequately safeguarded, must occur.” United States v. Hunter, 13F. Supp. 2d 574(1998), 특히 584면 이하. 이 판결의 전문은 http://scholar.google.com/scholar_case?case=4116633317864465761&q=13+F.Supp.2d+574&hl=en&as_sdt=2002 참조.

36) Good Faith Exception이란 사후적으로 검토해 볼 때 합리적인 이유를 인정하기 어려운 압수·수색영장이라 할지라도 수사관이 객관적인 입장에서 적법한 것으로 믿고 증거를 압수한 경우 증거능력이 배제되지 않는다는 미국 형사절차법상의 원칙으로 미국 연방대법원이 United State v. Leon, 468 U.S. 897 (1984) 판결에서 확인하였다.

그러나 미국 연방법원은 바로 다음해인 1999년 아동 음란물에 관련한 또 다른 판례에서 이와는 상반된 결정을 내린다. 압수·수색의 범위를 “모든 컴퓨터 소프트웨어, 하드웨어, 디스크(저장장치), 디스크 드라이브(any and all computer software and hardware, ... computer disks, disk drives)”라고 기재한 영장이 포괄영장으로서 무효라고 주장하는 피고인의 주장을 배척한 것이다.³⁷⁾ 미국 연방법원은 이 판결에서 증거를 확인하기 위하여 증거를 담은 용기(container)를 수색하는 것은 당연하다고 실시하였다. 따라서 불법적인 이미지가 존재하는지 여부를 확인하기 위하여 그 이미지가 존재할 것으로 추정되는 모든 저장매체를 조사하는 것은 합리적이라고 판단했던 것이다. 이 판례 이후로는 이와 같은 입장이 지속되고 있는 것으로 보인다.

3. 소결

정리하자면, 디지털 증거를 압수·수색하는 경우에도 당연히 그 범위가 혐의사실과 관련된 정보로 특정되어야 하는 것이 원칙이지만 유체물 중심의 기존 압수·수색의 특징과 관련된 기준을 그대로 적용하기에는 실무상 커다란 어려움이 있을 수밖에 없으므로, 현실적으로 정보처리기술의 특성을 고려하면, 디지털 증거에 대한 압수·수색에 있어서 특정의 정도는 유체물 대상의 압수·수색 절차에 비하여 형식적으로는 상당히 완화될 수밖에 없을 것으로 보인다.³⁸⁾ 특히 압수하고자 하는 디지털 증거와 같은 정보저장매체에 저장되어 있거나, 혐의사실에 관련된 특정 정보주체의 정보라고 잠정적으로라도 인정되는 경우, 강제수사로서 수색이나 압수의 범위 제한과 관련하여 혐의사실에 대한 관련성은 별다른 사정이 없는 한 대부분 추정되며, 따라서 많은 경우 혐의사실 관련성은 상당히 추상적이며 형식적 요건이 될 것으로 보인다.

이는 유체물 증거를 대상으로 만들어진 기존의 형사소송법상 압수·수색 절차가 디지털 증거에 대하여 그대로 적용되기 어려운 상황에 있기 때문이다. 특히 영장 집행 범위의 특징은 국가의 공권력행사를 합리적인 범위로 제한하고 국민의 기본권 침해를 최소

37) United States v. Upham, 168 F.3d 532(1st Cir 1999).

38) 같은 견해로 노명선, 전자적 증거의 실효적인 압수·수색, 증거조사 방안연구, 대검찰청 용역보고서, 2007, 23면.

화하기 위하여 우리 형사소송법이 도입한 제도인 영장주의의 핵심 장치임에도 불구하고, 유체물 증거에 적합한 장소적 방식의 특정 방식을 무체 디지털 증거에 그대로 적용할 경우 오히려 기본권을 적절하게 보장하기 어렵거나 수사의 합리성을 심각하게 저해하는 상황이 발생할 수도 있는 것이다.³⁹⁾ 이제 현실세계의 의사소통 방식의 변화가 압수·수색과 관련한 영장주의 방식의 변화와 새로운 수단의 추가를 통한 형사절차법의 적응을 요구하고 있다. 그러므로 디지털 증거의 특성을 적극적으로 반영하여 이에 적합하면서도 동시에 기본권을 과도하게 제한하지 않도록 적절히 수사의 범위를 제한할 수 있는 압수·수색의 새로운 방법과 절차를 모색하여 더하여야 할 것이다.

V. 압수·수색 절차의 패러다임 전환 필요성

1. 특정 정도의 완화와 시민의 기본권 보장

가. 엄격한 절차기준은 기본권 보장 장치

앞에서 살펴본 현재의 압수·수색 절차의 문제점들에도 불구하고 압수·수색에 있어서 특정 정도의 완화와 같은 기준의 변화가 무제한적으로 인정될 수 없음은 분명하다. 형사소송절차는 언제나 시민의 기본권을 다양한 방법과 강도로 제한하는 방식으로 집행되며 따라서 그 원인이 무엇이건 간에 절차기준을 완화하는 것은 직접적으로 기본권 침해를 확대하는 것으로 연결될 수밖에 없기 때문이다. 이러한 이유로 우리 대법원은 가능한 범위 내에서 최대한 압수·수색의 대상을 혐의사실과 관련한 범위로 한정하는 것은 적법절차 및 영장주의 원칙상 강제수사의 정당성과 수집된 증거의 증거능력을 담보하기 위해 필수적인 요건이며 이러한 원칙은 법치국가 형사절차에서 결코 포기될 수 없다는 점을 선언한 것이다.⁴⁰⁾ 미국 연방대법원의 판례⁴¹⁾에서도 역시 적절하게 설정된 기준의 준수

39) (아동)성범죄가 발생할 경우 수사기관은 당연히 피고인의 컴퓨터를 수색하고 심증팔구는 저장된 음란물을 찾아내어 간접증거로 활용한다. 이에 대한 비판은 2012. 10. 24. SBS TV 인터넷 기사. “극악무도 성범죄, '야동' 때문?” 참조.

를 정당한 압수·수색의 전제조건으로 하고 있음을 분명하게 확인할 수 있다. 그러므로 압수·수색에 있어서 디지털 증거의 특성으로 인하여 혐의 관련성을 기준으로 한 압수·수색 대상의 특정 기준을 엄격하게 적용하지 못하고 완화하는 것은 결국 불필요한 기본권 침해의 발생가능성을 높이는 것을 의미한다.

나. 기존 절차의 필연적 실패

그러나 기존의 유체물 기준의 압수·수색 절차를 그대로 둔 상태에서 디지털 증거에 대한 압수·수색도 우리 판례처럼 “가능한 범위 내에서 최대한” 범위를 특정할 경우 기존의 절차기준을 준수한 것으로 보는 방법으로 상황에 따라 압수·수색의 정당성을 판단한다면, 대부분의 경우 이는 단순히 압수·수색의 절차기준을 완화하는 것에 다를 아니다. 앞에서 살펴본 디지털 증거의 특성으로 인하여 압수·수색 대상의 특정에 관해서 “가능한 범위”가 매우 축소되기 때문이다. 실제로 우리 대법원은 “영장의 명시적 근거가 없음에도 수사기관이 임의로 정한 시점 이후의 접근 파일 일체를 복사하는 방식으로 8,000여개나 되는 파일을 복사한 이 사건 영장집행은 원칙적으로 압수·수색영장이 허용한 범위를 벗어난 것으로서 위법하다고 볼 여지가 있다. 그런데 범죄사실 관련성에 관하여 명시적인 이의를 제기하지 아니한 이 사건의 경우, 당사자측의 참여하에 이루어진 위 압수·수색의 전 과정에 비추어 볼 때, 수사기관이 영장에 기재된 혐의사실 일시로부터 소급하여 일정 시점 이후의 파일들만 복사한 것은 나름대로 혐의사실과 관련 있는 부분으로 대상을 제한하려고 노력을 한 것”이어서 집행이 위법하다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다.⁴²⁾ 즉 압수 대상을 확정함에 있어서 기존의 유체물 대상 압수·수색 원칙에 따르면 정당성을 인정하기 어렵다고 할 수도 있는 여지가 있는 수준의 범죄혐의 관련성만이 겨우 인정되는 상황임에도 불구하고, 디지털 증거의 특성으로 인하여 더 이상 범위를 특정할 수 없어, 일정시점 이후의 파일들로 한정하여 압수한 것만으로도 가능한 범위 내에서 최대한 범죄혐의 관련성을 유지한 것이며⁴³⁾, 이보다 엄격하게 관련성을 확인할 것

40) 대법원 2011. 5. 26. 자 2009모1190 결정.

41) United States v. Hunter, 13F. Supp. 2d 574(1998).

42) 대법원 2011. 5. 26. 자 2009모1190 결정.

43) 아마도 이러한 논거는 2011년 7월 개정된 형사소송법 제114조 제1항 단서가 전기통신에 관한 것을 압수

을 요구할 경우 사실상 디지털 증거에 대한 압수·수색의 실효성을 유지할 수 없으므로, 해당 압수·수색 절차는 과잉금지 원칙에 위반하지 않는 것으로 보아야 한다고 선언한 것이다.

그러나 이는 특정 범죄 혐의를 수사함에 있어서 “범죄혐의 사실”에 대한 관련성을 구체적으로 파악하기 어렵기 때문에 단순히 “혐의자”가 “보관”하고 있는 정보라는 점만으로도 일단 압수·수색 대상으로 본 것으로 해석된다. 단지 “혐의사실 일시로부터 소급하여 일정 시점 이후”는 사실상 혐의사실과의 관련성을 실질적으로 그리고 직접적으로 드러내는 특징이라고 보기 어렵다. 유체물 증거로 상황을 바꿔 보면, 범죄사실을 수사함에 있어서 혐의사실 일시로부터 소급하여 일정 시점 이후에 혐의자가 작성한 모든 서류 또는 접근했던 모든 물건에 대한 압수를 허용한 것으로도 볼 수도 있다. 그래서 상기한 결정례에서 대법원도 “관련 파일의 검색 등 적절한 작업을 통해 그 대상을 이 사건 범죄 혐의와 관련 있는 부분에 한정하고 나머지는 대상에서 제외하여야 할 것이므로” 해당 압수·수색 절차에 대하여 명시적으로 “위법하다고 볼 여지가 있다”고 판단하였다.

뿐만 아니라 결론에 이르는 논리 구성의 어려움을 극복하기 위해서인지 묵시적 동의를 논거로 문제가 된 압수·수색 절차의 정당성에 관한 논거를 보완하고 있다. 상기 판례에서 대법원은, 압수·수색 절차에 당사자측 직원들과 변호인의 참여가 허용되어 있었음에도 압수 당시에 명시적인 이의를 제기하지 아니하였고 영장 집행일 당일이 아니라 3일이 지난 후에 준항고를 제기하였다는 사실을 근거로 “당사자측도 그 조치의 적합성에 대하여 묵시적으로 동의한 것으로 봄이 상당하”다고 하였다. 그러나 수사기관이 영장을 제시하며 컴퓨터에 저장된 파일을 복사하고 있는 현장에서 당사자측이 바로 영장 기재 내용의 준수 여부를 확인하여 명시적인 이의를 제기한다는 것은 현실적으로 쉽지 않은 일이며,⁴⁴⁾ 더욱이 준항고와 재항고를 통하여 당해 압수·수색 절차의 부당성에 대하여 당사자가 강력하게 이의를 제기하고 있는 판례사안에 대하여서도 단지 압수·수색 현장에서 즉시 이의제기를 하지 않았다는 이유만으로 압수·수색에 묵시적으로 동의한 것으로 보고 있는 판례의 논리 구성에는 일부 동의하기 어려운 점이 있다. 만약 이러한 논지

할 경우 영장에 “작성기간”을 기재하도록 한 것과는 일맥상통하는 것으로 보인다.

44) 실제 영장 집행 당시에는 여러 가지 현실적인 한계로 인하여 이의를 제기하기 어렵다는 조사결과에 대해서는 권양섭, 실태조사를 통해 본 디지털 증거수집의 문제점과 개선방안, 법학연구 제49집, 2013. 3. 389면 이하 참조.

를 다소 무리하게 확대한다면 명시적인 이의제기가 없는 대부분의 강제수사에 대해서도 동의가 묵시적으로 추정되어, 결국에는 임의수사로 간주될 수도 있을 것이다.

다. 현행 절차에서 대상을 특정하지 못하는 압수·수색은 위법수사

게다가 이러한 대법원의 논리를 다시 돌이켜 생각해보면 피압수·수색인의 기본권은 사실상 침해되었으나 이에 기본권 주체가 이에 동의하였기 때문에 문제가 되지 않는다는 결론이 된다. 즉, 판례의 논리를 기계적으로 적용하면 현재의 디지털 증거에 대한 압수·수색 절차는 대부분의 경우 당사자가 현장에서 이의를 제기하면 수사기관이 혐의사실과의 관련성을 당장 확인하지 못하는 한 불법적인 압수·수색이 된다는 해석도 가능하다.

판례의 사안처럼 당사자측이 관리하고 있는 컴퓨터에 저장된 디지털 정보를 압수하는 경우도 특정이 어려운데, 엄청나게 많은 사람의 정보가 뒤섞인 채로 인터넷 서비스 제공자 등이 관리하는 서버에 분산 저장된 디지털 증거를 확보하려는 경우, 특히 관리자가 협조하지 않아 강제로 확보해야 하는 경우는 영장의 장소적 특정 문제와 겹쳐, 사실상 압수·수색의 대상을 특정하는 것이 불가능할 것이다. 이와 같은 경우에 정보주체나 관리자가 정보제공에 동의하지 않는다면, 결국 특정이 부족한 상태에서 강제적으로 수집된 증거는 위법수집증거 배제법칙에 의하여 증거능력을 잃게 된다. 이러한 점은 유체물을 기반으로 하는 현재의 압수·수색 절차를 디지털 증거에 그대로 적용하면, 기본권 보호에도 실패할 뿐만 아니라, 결과적으로는 압수·수색의 목적인 바, 즉 혐의사실을 입증하기 위한 증거 확보에도 실패할 가능성이 매우 크다는 사실을 의미한다.

2. 무체 정보의 특성에 적합한 압수·수색 절차 마련 필요

그러나 현대사회에서 디지털 증거의 적극적인 활용 없이는 범죄 혐의사실의 입증은 매우 어려운 일이 될 것이다. 디지털 증거는 어떻게든 확보되어 공판정에서 유죄입증을 위하여 제시되어야 하며, 디지털 증거에 대한 강제수사, 즉 압수·수색도 법치국가원칙에 따라 불필요한 기본권 침해를 최소화하는 가운데 어떻게든 이루어져야 한다. 그렇지만 지금까지 살펴본 바와 같이 혐의사실 관련성을 기준으로 압수·수색의 대상을 특정하는

방법은 현실적으로 디지털 증거에 대한 압수·수색의 범위를, 즉 수사기관이 시민의 기본권을 제한할 수 있는 범위를 합리적으로 제한하기 어려울 뿐만 아니라 경우에 따라 합법적인 수사의 범위가 비합리적으로 축소됨으로 인해서 압수·수색의 실효성을 확보하기도 어려울 수밖에 없다. 그렇기 때문에 단순히 유체증거를 기반으로 하는 압수·수색의 정당성 판단 기준을 기계적으로 적용하는 것 보다, 디지털 증거의 특징에 적합한 압수·수색 절차를 만들고 물리적 특정보다는 정보의 성질이나 형식을 통하여 압수·수색의 범위를 필요한 범위 내에서 합리적으로 확대하거나 축소할 수 있는 방법을 모색할 필요가 있다.

다만 이 때 압수하고자 하는 정보를 발견하기 위한 수색의 과정에서 폭넓게 피압수·수색인 또는 관련된 제3자의 개인정보가 노출될 수도 있다는 우려가 있다. 이는 디지털 증거의 특성으로 인하여 혐의사실 대상성을 기준으로 수색의 범위를 명확하게 특정하기가 어렵기 때문이다. 유체물에 대한 수색의 경우에 비하여 디지털 증거에 대한 수색의 범위는 상대적으로 그 폭이 넓을 수밖에 없음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그렇기 때문에 혐의사실을 관련성을 기준으로 수색의 범위를 특정하지 않은 일반영장은 영장주의의 본질상 허용될 수 없다는 문제제기가 있을 수 있다.⁴⁵⁾ 그러나 이러한 특징은 앞에서 검토한 바와 같이 디지털 증거의 특성으로 인한 압수·수색의 본질적인 한계이다. 압수·수색의 실효성을 확보하기 위해서는 유체물에 비하여 특정의 정도는 상대적으로 완화될 수밖에 없는 것이다. 그러나 이는 유체물을 기준으로 하는 특정 방법을 그대로 준용할 경우에 그러하다는 것이며, 디지털 증거의 특성에 부합하는 방법으로 보다 구체적인 특정이 가능한 방법을 모색해야 한다. 그러므로 이러한 문제는 명시적으로 디지털 증거의 유체증거와의 차이점을 인정하고 압수·수색의 범위에 대한 특정 정도를 완화하는 절차 규정을 마련하는 수밖에 없으며, 그 안에서 가능한 범위 내에서 디지털 증거의 특성에 맞도록 최대한 압수·수색 범위의 특정 가능성을 확보하고, 더 나아가 또 다른 제도적 장치를 마련하여 기본권 제한의 범위를 최소화하는 방법으로 대응해야 한다. 본래 유체물의 경우에도 압수할 물건을 발견하기 위한 수색은 증거물이 소재하고 있는 것으로 추정되는 장소 전체에 걸쳐서 인정되는 것으로 당연히 압수에 비하여 비교적 폭넓게 허용되

45) 이러한 문제 제기는 손동권, 새로이 입법화된 디지털 증거의 압수·수색제도에 관한 연구, 형사정책 제23권 제2호, 한국형사정책학회. 2011. 12., 336면 참조.

는 것이며 이것이 수색의 본질에도 부합한다. 특히 디지털 증거의 경우 기술적 검색 방법을 활용하면 수색의 범위를 폭넓게 인정함으로써 압수의 범위를 보다 합리적으로 제한할 가능성이 넓어진다는 점에서 이는 오히려 기본권 보호에 관하여 디지털 증거 수색의 장점으로 보아야 할 것이다.

게다가 디지털 증거에 대한 수색도 여전히 혐의사실을 입증하기 위한 증거를 발견하려는 강제수사이며, 따라서 기본적으로 수색의 범위는 혐의사실에 관련된 내용으로 한정될 수밖에 없음은 당연하다.⁴⁶⁾ 수사기관은 형사소송법 제215조⁴⁷⁾에 의하여 “범죄수사에 필요한 때”에 “해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한하여” 압수·수색을 할 수 있다. 따라서 영장 발부 단계에서 별도의 혐의 입증을 통하여 범죄수사에 필요한지 여부, 그리고 압수하려는 디지털 증거가 해당 사건과 관계가 있는지 여부를 법관에게 객관적으로 소명할 수 있어야 한다. 그러므로 디지털 증거의 경우에도 영장을 발급받을 수 있을 정도로 해당 혐의와 필요성이 소명 가능하다면 “필요한” 증거의 범위와 이를 발견하기 위하여 수색해야 하는 정보처리장치의 범위를, 물리적(장소적) 특정의 요건만 제외하고, 구체적으로 영장에 특정하여 명시하는 것은 실무상 불가능하지 않을 것이다. 예컨대 형사소송법 제114조 단서의 취지처럼 일차적으로는 디지털 정보의 작성기간을 통하여 수색 범위를 특정하는 것도 가능할 뿐만 아니라, 더 나아가 정보의 작성주체를 기준으로 특정하거나 피고인 또는 피의자 등의 접근 가능성 또는 합리적인 근거로 압수·수색이 개시된 컴퓨터 시스템으로부터 논리적으로 접속 가능한 범위⁴⁸⁾ 등을 기준으로 특정할 수도 있다. 또는 수사하고자 하는 혐의 사실의 구체적인 내용에 부합하는 범위를 영장에 명시하여 특정하는 것도 가능할 것이다. 즉, 디지털 증거의 특성에 부합

46) 압수·수색의 범죄혐의에 관하여 상세한 내용은 배종대, 이상돈, 정승환, 이주원 공저, 신형사소송법 제3판, 홍문사, 2011, 20/3 참조.

47) 제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

48) EU Convention on Cyber crime은 제19조 제2항은 “합법적” 접근가능성으로 온라인 수색의 범위를 정하고 있다. 그러나 이를 도입한 독일 형사소송법은 합법성에 관한 언급이 없으며 단지 접근 가능성만을 기준으로 압수·수색의 범위를 확대하고 있다. 범죄의 불법적 본질을 고려하면 이에 대한 수사범위 또한 “합법적”인 범위로 제한될 필요는 없을 것으로 생각된다.

하는 새로운 수색 또는 검색 범위 특징은 물리적 특징이 아니라 논리적 특징이며, 이를 통하여 수색 범위를 최소화하려는 노력을 절차로 만들고 영장에 이러한 내용을 기재한 다면, 이러한 압수·수색영장은 결코 “탐색적·일반적 영장”⁴⁹⁾이라고 할 수 없다.

그럼에도 불구하고 해소되지 못하는 우려가 남는다면, 이에 대해서는 디지털 증거에 대한 압수·수색으로 인하여 확인된 불필요한 정보나 사생활의 내밀한 분야에 해당하는 정보는 즉시 삭제하도록 하고, 수사기관에 비밀엄수 의무를 부여하는 방법으로 2차적 보완제도를 마련하는 것도 방법이 된다. 오히려 이런 방법을 마련하는 것이 막연히 유체 물 증거를 기준으로 하는 현재의 압수·수색 절차를 준용하는 것에 비하여 보다 합리적으로 기본권을 보장할 수 있을 것이다. 디지털 증거에 대한 압수·수색은 결국 2차적 보완 절차를 마련하는 것을 통하여 상당한 범위로 수색범위를 제한하고 수사기관의 공권력 남용을 통제하는 절차적 방법을 통해 그 정당성이 확보될 수 있을 것이다.

3. 추가적인 고려사항 - 정보관리자의 협조나 방해배제 문제 등

더 나아가 정보가 암호화 되어있거나, 일반적으로는 접근 할 수 없는 저장매체에 논리적 방법으로 은닉되어있거나, 또는 다양한 저장장치에 분산되어 있는 경우 수사기관이 이를 직접 바로 확인하고 확보하는 것은 더욱 불가능한 일이 될 것이다. 이 경우 단순한 복제·출력의 방법으로는 강제수사의 의도한 바를 달성할 수 없을 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 정보처리장치를 관리하는 자의 도움이 필요한 경우도 있을 수 있다. 따라서 혐의 입증에 필요한 범위 내에서 수사기관이 요구하는 디지털 정보를 정리하여 제출하도록 하거나, 압수한 정보의 암호를 해독하여 내용을 인지할 수 있도록 하는 등 정보 관리자의 협조를 강제로 확보할 수 있는 절차가 필요할 것으로 생각된다.

반면, 무엇보다도 정보에 대한 접근, 이용, 수정, 삭제 등의 권한을 갖고 있는 관리자가 피고인 또는 피의자 또는 혐의 사실이 밝혀질 경우 여러 가지 이유로 이익을 받게 될 사람인 경우 관리자는 범죄 혐의에 대한 입증을 적극적으로 방해하기 위하여 관련 증거를 은닉, 삭제 또는 변조하려 할 가능성이 높다.⁵⁰⁾ 그렇기 때문에 혐의 입증을 원치

49) 손동권, 새로이 입법화된 디지털 증거의 압수·수색제도에 관한 연구, 형사정책 제23권 제2호, 한국형사정책학회. 2011.12. 336면.

않는 정보 관리자가 압수·수색이 실시될 것이라는 사실을 조금이라도 사전에 알게 될 경우 디지털 증거에 대한 압수·수색은 실효성을 잃게 된다. 현행 형사소송법 제122조⁵¹⁾가 영장의 집행을 미리 당사자에게 통지하도록 하고 있는 취지에 정면으로 반하는 상황이 발생하는 것이다.

또한 복제해도 원본과 차이가 없는 디지털 증거의 특성으로 인하여, 유체증거의 점유를 이전하는 압수방법과는 달리 복제·인쇄 방식으로 압수하는 경우 공판정에서 증거로 사용할 수 있는 가능성을 확보하는 문제는 별론으로 하더라도, 해당 디지털 정보의 원본은 여전히 관리자의 관리 아래 있게 된다. 그러므로 디지털 증거에 대한 복제나 출력 방식의 압수가 가능한 경우라도 저장매체 자체를 압수하는 것이 꼭 필요한 경우도 있을 수 있다. 또한 복제 또는 출력의 방법으로 압수된 디지털 증거의 원본을 관리자가 계속 보관·이용하는 경우라면 압수된 증거의 무결성 또는 동일성을 보장할 수 있는 법적, 기술적 보완장치가 당연히 전제되어야만 한다.⁵²⁾

VI. 결론 - 디지털 증거에 대한 압수·수색의 도구적 합리성과 비례성 원칙

디지털 증거에 대한 새로운 압수·수색 절차는, 마치 형법이 “법익보호과제에 의해 근거지워지고, 이 과제를 정형화하여 수행함으로써 정당화”⁵³⁾되는 것과 마찬가지로, 디지털 증거의 확보 가능성과, 기본권 제한의 비례성 원칙을 동시에 충족할 수 있어야 한다. 다시 말해 디지털 증거를 강제적으로 확보하기 위한 도구로써 압수·수색 절차가 실제로

50) 같은 뜻으로, 손동권, 새로이 입법화된 디지털 증거의 압수·수색제도에 관한 연구, 형사정책 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 2011. 12., 332면 참조.

51) 제122조(영장집행과 참여권자에게의 통지) 압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자[검사, 피고인 또는 변호인]에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.

52) 무결성 또는 동일성 보장과 관련한 법적·기술적 논의는 이 글의 논의 범위를 벗어난다. 이와 관련한 자세한 내용은 노명선, 전자적 증거의 실효적인 압수·수색, 증거조사 방안연구, 대검찰청 용역보고서, 2007, 26면 이하 참조.

53) 배종대, 형법총론, 제10판, 홍문사, 2011, 61면.

가능할 수 있어야 하며, 그 과정에서 기본권 제한의 일반원칙에 따라 과잉금지 원칙을 준수해야 정당화될 수 있는 것이다. 그런데 유체물 증거를 기준으로 하는 엄격한 혐의 사실 관련성 기준을 디지털 증거에 적용할 경우 사실상 디지털 증거를 확보할 가능성이 매우 낮아질 수밖에 없음은 앞에서 검토한 바와 같다. 또한 기존의 범죄사실 관련성을 기준으로 하는 압수·수색 대상의 특정 절차로는 더 이상 디지털 증거에 대한 강제수사에 있어서 관련자의 기본권을 효과적으로 보장하기 어렵다는 사실도 역시 앞에서 살펴본 바와 같다.

그렇다면 결국, 수사의 합목적성과 기본권의 보장이라는 두 가지 목적을 조화시키기 위해서는 디지털 증거를 증거대상으로 본격적으로 받아들이고 디지털 증거에 적합한 또 다른 증거조사 절차를 법률로 상세하게 규정하여야 한다. 정보유통 방식이 서신에서 전기통신으로 바뀐 후 우리는 “통신비밀보호법”을 제정하였다. 하지만 오늘날 아날로그 통신에서 디지털 통신으로 다시 한 번 통신의 패러다임이 바뀌고 있다. 이에 적합한 새로운 수사방법의 입법이 시급하다. 지금까지의 논의를 총체적으로 고려하여 이를 위한 법제화의 기본적인 방향은 크게 다음의 두 가지로 정리할 수 있다.

① 강제수사의 실효성 확보

유체물 증거와 달리 보다 유연한 혐의 관련성 특정만으로도 기본권을 제한하고 혐의 입증에 필요한 증거를 수색할 수 있는 가능성은 폭넓게 열어두어야 한다. 이 때 장소적 특정 원칙은 부분적으로 포기되어야 하며 온라인 수색도 일정한 제한 아래에서 허용될 필요가 있다. 또한 압수·수색의 실효성을 실질적으로 확보하기 위하여 정보관리자의 협조나 방해배제를 확보할 수 있는 절차규정을 마련해야 한다.

② 비례성의 제도적 보장

동시에 영장 없는 압수·수색과 같은 불필요한 기본권 침해 가능성은 또 다른 2차적인 절차를 통하여 통제해야 한다. 또한 새로운 압수·수색 방법은 또 다른 불필요한 부담이나 사생활에 대한 침해를 최소화하는 방법으로 입법되어야 한다. 이를 위하여 사건 수사 담당관과 디지털 포렌식 전문 수사관을 체계적으로 그리고 명시적으로 구분하여 2단계 수사과정을 만드는 것도 한 방법이 될 것이다.

디지털증거 압수수색절차에서의 ‘관련성’의 문제



이상미 ■ 대전지검 서산지청 검사

정대희 ■ 수원지검 평택지청 검사

디지털증거 압수수색절차에서의 ‘관련성’의 문제

■ 이상미 (대전지검 서산지청 검사)

■ 정대희 (수원지검 평택지청 검사)

I. 서론

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

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

증거물이거나 그 범죄와 관련하여 몰수할 물건으로서 평가될 수 있는 것이어야 함은 당연한 것이었다.

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

관련성 개념과 관련하여서는 관련성의 의미와 인정 범위에 대한 해석론에 따라 압수수색의 범위가 달라질 것이어서 중요한 의미를 가지고, 그 외에 압수수색 과정에서 발견되는 별건범죄의 증거에 대하여 어떻게 취급할 것인가도 문제된다. 이하에서는 위와 같은 관련성 개념 및 인정범위, 별건범죄의 증거 사용 가부 등에 대하여 논하고, 이에 대한 학계나 실무, 판례의 논리에 대하여 검토하여 보고자 한다.

II. 디지털증거 압수수색 절차 개관

1. 디지털증거의 개념

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

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

1) 김정환, “형사소송에서 디지털증거의 조사방법에 관한 입법론적 고찰 -특히 민사소송의 경우와 비교하여-”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 2013, 49면; 이상진/탁희성, “디지털증거 분석도구에 의한 증거수집절차 및 증거능력 확보방안”, 한국형사정책연구원, 2006, 31면; 이윤제, “디지털증거의 압수·수색과 증거능력”, 형사법의 신동향 통권 제23호, 2009. 12. 171면.

2) 조상수, “디지털증거의 법적지위 향상을 위한 무결성 보장 방안”, 형사법의 신동향, 통권 제27호, 대검찰

2. 디지털 포렌식의 기본개념

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

3. 디지털증거 압수수색의 절차

(1) 디지털증거 압수수색의 특성

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

(2) 디지털증거의 압수수색 절차

디지털정보 압수수색 방식을 크게 나누면 ① 현장에 있는 정보저장매체 등에서 영장 기재 혐의사실과 관련된 데이터만 복사하거나 종이로 출력하는 방법, ② 현장에서 저장매체 전체를 이미징하여 증거사본을 확보한 후 증거사본을 수사기관의 사무실로 가져와

청, 2010.8, 68면; 전명길, “디지털증거의 수집과 증거능력”, 법학연구 41권, 한국법학회, 2011, 319면.

3) 양근원, “디지털 포렌식과 법적 문제 고찰”, 형사정책연구 제17권 제2호, 2006, 205면.

4) 김봉수, “초범: 디지털 증거(Digital evidence)와 포렌식(Forensics)”, 방송통신정책 21권 6호, 정보통신정책연구원, 2009, 43~44면.

5) 김정환, 앞의 논문, 52면.

영장 기재 혐의사실과 관련된 데이터를 검색하여 복사 또는 출력하는 방법, ③ 현장에 있는 정보저장매체(또는 시스템) 자체를 수사기관 사무실로 가져와 저장매체 전체를 이미징하여 증거사본을 확보한 다음, 저장매체 원본은 반환하고 증거사본에서 영장 기재 혐의사실과 관련된 데이터를 검색하여 복사 또는 출력하는 방법이 있을 수 있다.⁶⁾ 앞서 본 3가지 방식 중 실무상 빈번하게 문제가 되는 것은 저장매체의 원본 반출이 허용되는 ③ 방식이다. 검찰 수사실무에서 ③ 방식에 의해 디지털정보를 압수수색할 경우 진행 순서에 따른 주요 세부 절차는 다음과 같다.⁷⁾

순번	세 부 절 차
(1)	수사관이 압수수색 현장으로 들어가 저장매체를 찾는다.
(2)	수사관이 피압수자 등의 참여 하에 저장매체를 봉인하여 대검찰청 디지털포렌식 센터로 옮긴다. 압수목록도 교부한다.
(3)	포렌식수사관은 피압수자 등의 참관 하에 저장매체 원본의 봉인을 풀고 쓰기방지장치를 장착한 후 이미징 작업을 하여 증거사본을 작성한다.
(4)	포렌식수사관은 저장매체 원본을 수사팀에 반환하고, 이미징 작업을 통해 만들어진 증거사본을 대검찰청 디지털포렌식센터 증거사본 보관시스템에 저장(업로드)한다.
(5)	수사팀은 저장매체 원본을 피압수자 등에게 환부 또는 가환부한다.
(6)	포렌식수사관은 인증 과정을 거쳐 보관 시스템에 접근한 후 저장된 증거사본을 내려 받아 분석작업(삭제 파일 복구, 파일 추출 등)을 실시한다. ※ 증거사본 자체를 하드디스크 등에 저장하여 수사팀에 인계하는 경우도 있다.
(7)	포렌식수사관은 수사팀의 요청에 따라 분석(추출, 복구, 색인)이 완료된 데이터를 대검찰청 디지털포렌식 센터의 원격디지털공조시스템에 저장(업로드)한다. ※ 네트워크 사정 또는 수사팀의 요청이 있는 경우 분석이 완료된 데이터를 하드디스크 또는 CD에 저장하여 수사팀에 인계하기도 한다.
(8)	수사팀은 네트워크를 통해 원격디지털공조시스템에 접속한 후 그곳에 저장된 데이터를 검색하거나 또는 그 데이터가 저장된 하드디스크·CD를 수사팀의 컴퓨터에 연결하여 검색한다.
(9)	수사팀은 검색 결과 압수수색 영장 기재 범죄사실과 관련있는 것으로 확인된 파일을 복사(COPY) 또는 출력(PRINT)한다.
(10)	수사팀은 사건이 종결된 후 증거사본 등 남아있는 데이터를 삭제(폐기)한다.

6) 박혁수, “디지털 압수수색의 실무상 쟁점”, 형사법의 신동향 통권 제44호, 대검찰청, 2014. 9., 78~79면.

7) 박혁수, 앞의 논문, 81면.

Ⅲ. 디지털 증거 압수수색에서의 관련성의 문제

1. 일반 압수수색에 있어서 ‘관련성’의 개념 정립

(1) 2012년 시행된 개정 형사소송법

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

형사소송법 개정 전후 규정 비교	
2012년 개정 전	2012년 개정 후
제106조(압수) ①법원은 <u>필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.</u> 단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다.	제106조(압수) ①----- <u>필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.</u> -----.

형사소송법 개정 전후 규정 비교	
2012년 개정 전	2012년 개정 후
제109조(수색) ①법원은 필요한 때에는 피고인의 신체, 물건 또는 주거 기타 장소를 수색할수 있다	제109조(수색) ① 법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정 하여 피고인의 신체, 물건 또는 주거 기타 장소를 수색할 수 있다.
제215조(압수, 수색, 검증) ①검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ②사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.	제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정 하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정 하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

(2) ‘필요성’과 ‘관련성’의 관계

종전 형사소송법 규정에는 위와 같이 ‘필요성’만을 규정하고 있었으나, 관련성이 없는 경우에는 압수·수색·검증이 인정될 수 없다는 점에서는 종래 견해가 일치하고 있었다.⁸⁾

뿐만 아니라 종래 판례도 영장발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분에 대하여만 압수·수색·검증영장을 집행가능하다고 판시하여 왔다.⁹⁾ 즉, 필요성만을 규정하고 있었으나, 관련성은 명문화만 되어 있지 않았을 뿐 당연히 요구되는 것이었다.

그러나, 개정 형사소송법이 위와 같이 ‘관련성’을 형사소송법 규정에 명문화한 것과 관련하여 이를 ‘필요성’ 요건과 별개의 독립된 요건으로 인정할 것인가에 관하여 부정적인 견해도 있으나,¹⁰⁾ 일부 견해는 이를 필요성과 독립한 별도의 요건으로, 해당 사건을 전제로 하여 영장 담당 판사나 수사상 압수·수색·검증에 참여하는 피의자·변호인의 관점에서 객관적으로 판단하는 것이 특징이라면서, ‘해당 사건’이란 특정된 조문에 구체적으로 규정된 구성요건을 대전제로 놓고 이에 대입하여 재구성한 범죄사실을 의미하는 것으로 보아야 하고, 수사상 압수·수색·검증의 목적물이 되는 것은 피의사실을 직접 증명하는 증거는 물론, 간접증거나 정상관계 증거도 포함된다고 한다.¹¹⁾

생각건대, 위 ‘관련성’ 규정은 종전에 계속되어 왔던 사건과 관련없는 물건에 대한 ‘과잉압수’ 논란에 의하여 2012년부터 시행된 형사소송법에 새로이 규정된 점에서, ‘관련성’ 개념이 명문화되기 전과 완전히 동일한 정도의 역할만 한다고 보기는 어려워 보인다.¹²⁾

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

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

10) 이재상, 형사소송법(제9판), 박영사, 2014, 311면; 이은모, 형사소송법(제4판), 박영사, 2014, 322면

11) 신동운, 형사소송법(제5판, 법문사, 2014, 417-418면

12) 이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 증거사용범위”, 2014. 10. 6. 형사판례연구회 발표문, 6면

(3) ‘관련성’의 의의

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

‘관련성’의 의미에 관해서 수사는 일정한 범죄혐의를 전제로 하여 그 혐의를 확인하고 재판과정에서 적정한 처벌을 받도록 하기 위한 증거물을 수집하고, 피의자의 신병을 확보하는 등의 행위를 말하고, 압수는 이와 같은 수사의 한 방법으로 행해지므로 압수대상물은 전제된 범죄혐의에 관한 수사에 있어 이와 같은 증거물로서의 의미를 가질 수 있는 것(또는 몰수할 수 있는 물건)에 한정되어야 하고 이는 재판과정에서의 압수에서도 마찬가지라고 해석하는 견해가 있다.¹³⁾ 위 견해는 관련성이란 증거물로서의 의미를 가질 수 있는 가능성 또는 개연성을 의미한다고 본다.

생각건대, ‘해당사건과 관련성이 있다’는 말의 의미는 곧 ‘해당사건의 증거로 사용될 수 있다’는 의미이므로 결국 ‘관련성’의 개념은 압수수색 단계에서 ‘증거가 무엇인가’하는 것과 직결되는 문제로 보인다.

[명 제]

해당사건과 관련이 있다 = 해당사건의 증거로 사용될 수 있다

(4) 관련성 유무에 대한 판단문제

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

13) 이완규, 각주12의 발표문, 7면

당시에는 아무런 관련이 없는 것으로 무심코 압수한 것이 추후에 해당사건과 관련성이 있는 것으로 밝혀진 경우도 있을 수 있는 것이다.

[예 시]

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

따라서, 수사 단계에 있어서 압수·수색의 경우 해당사건과 관련성 여부는 수사와 재판에서 증거물로서 의미를 가질 수 있는 가능성 또는 개연성으로 판단될 수 밖에 없다고 할 것이고,¹⁴⁾ ‘압수·수색 당시’를 기준으로 해당사건과 관련성이 있다고 인정되는 경우라면 이는 적법한 압수·수색이라고 할 것이다. 이를 통해 획득한 물건의 증거능력이 인정됨은 물론이다.

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

특히, 수사 단계에 있어서 압수·수색의 경우 법조문 상으로 ‘피고사건과 관계가 있다고 인정되는’이라고 규정하여 기소된 사건에 한정된 공판 단계 형사소송법 제106조와는 달리, 수사 단계 형사소송법 제215조는 ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것’

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

에 한정하여 압수수색이 가능하다고 규정하고 있으므로, 수사 단계에서는 진행되는 수사에 있어 사건의 전모를 파악하기 위한 수사 진행에 도움이 될 수 있는 증거(예를 들어 피의자가 도주 중인 경우 그 피의자의 소재를 파악할 수 있는 자료)도 압수수색이 가능하다고 할 것이다.¹⁵⁾ 장래 재판에서 범죄사실에 대한 증거로 제출될 가능성이 있는 것도 포함됨은 물론이다.

(5) ‘증거’의 범위

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

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

여기서 증거는 직접증거뿐만 아니라 간접증거도 포함된다 할 것이고, 엄격한 증명의 대상이 되는 사실¹⁶⁾을 입증하기 위한 증거뿐만 아니라, 자유로운 증명의 대상이 되는 사실을 입증하기 위한 증거¹⁷⁾까지 모두 포함한다고 할 것이다.

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

15) 이완규, 각주12의 발표문, 8면

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

17) 정상관계사실, 소송법적 사실, 보조사실

을 판단하는 정황증거로 사용될 수 있으므로 당연히 압수수색이 가능한 증거의 범위에 포함된다고 할 것이다.

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

(6) ‘가능성 또는 개연성’의 의미

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

여기서 ‘가능성 또는 개연성’은 증거물이 당사자에게 유리하거나 불리하거나를 묻지 않고, 또한 사실의 전모를 확인하는데 있어서 증거로서의 의미가 있을 수 있는가라는 물음에 대해 전혀 가능성이 없는 것이 아니라면 가능성은 있는 것으로 봄이 타당할 것이다.¹⁸⁾ 또한, 앞서 살펴보았듯이 사후적으로 압수한 물건이 아무런 증거도 되지 않음이 밝혀졌다 하더라도 ‘가능성 내지 개연성’으로 충분하므로 이를 위법수집증거로 볼 수는 없고 단지 압수의 필요성이 없어 환부하면 된다 할 것이다.

(7) ‘해당사건’의 범위 - 즉, ‘어떤 사건’에 대한 증거가 될 가능성인지

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

이에 관하여 일부 견해는 피의자의 방어권을 보장하기 위하여 특정된 조문에 구체적으로 규정된 구성요건을 대전제로 놓고 이에 대입하여 재구성한 범죄사실이 명시되어야 한다면 관련성 요건의 전제가 되는 ‘해당사건’은 ‘특정된 구성요건에 대입하여 재구성

18) 이완규, 각주12의 발표문, 12면

된 범죄사실’을 의미한다고 좁게 해석하고 있으나,¹⁹⁾ 이는 수사나 재판의 진행 과정에서 범죄사실이 변화될 수 있음을 고려할 때 지나치게 좁게 인정하는 것으로 부적절해 보이고, 영장에 기재된 범죄사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 기본적 사실 관계에 있어서 동일성이 인정되는 사실은 관련성 판단의 전제로서의 범죄사실에 포함된다고 보는 것이 타당하다.²⁰⁾ 왜냐하면, 공소제기를 하는 경우 공소제기의 효력이 동일성이 있는 한 모든 사실에 미치기 때문에 법원의 심리의 대상에는 포함될 수 있고, 그와 관련된 사실에 대한 증거라면 결국 판결에 영향을 미칠 수 있기 때문에 압수수색의 대상이 될 수 있다고 보아야 하기 때문이다.

대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결

“압수의 대상을 압수수색영장의 범죄사실 자체와 직접적으로 연관된 물건에 한정할 것은 아니고, 압수수색영장의 범죄사실과 기본적 사실관계가 동일한 범행 또는 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서는 압수를 실시할 수 있다”

※ 위 판결의 배경이 된 사건의 압수수색영장 범죄사실에는 2008. 3. ~ 4.경의 사전선거운동, 후보자 비방, 허위사실공표만 기재되어 있었는데, 압수과정에서 2007. 11.경의 사전선거운동의 증거가 발견되어 이를 압수하여 이를 증거로 사용하여 기소한 사안인데, 대법원은 위 판결에서 ① 2007. 11.경의 사전선거운동에 관한 서류도 선거기획 서류로 압수할 물건에 해당되고, ② 범죄사실과의 관련성 및 필요성이 있으며, ③ 가사 혐의사실과 관련성을 직접적으로 연관된 물건에 한정한다고 하더라도 증거능력을 인정할 수 있는 예외에 해당한다고 판시하였는바, 압수수색의 관련성에 관한 대법원의 명확한 기준을 제시한 판결이라 할 것이다.

19) 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014, 418면

20) 이완규, 각주12의 발표문, 9면

(8) 판단 주체

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

일부 견해는 그 주체를 압수수색에 참여하는 피의자·변호인의 관점에서 객관적으로 판단하여야 한다고 주장하나,²¹⁾ 피의자·변호인의 관점에서라면 혐의를 입증하기 위한 증거는 대부분 배제시켜야 한다는 결론이 도출될 수 있으므로 압수수색의 의미를 퇴색하게 한다는 점에서 타당하다고 보기는 어렵고, 수사기관, 법원, 변호인 등 어느 하나의 입장에서가 아니라 일반인의 입장에서 합리적이라고 수긍할 만한 객관적 기준에 의하여 판단함이 타당하다 할 것이다.

‘일반인’이라는 개념도 매우 추상적인 개념이어서 그 기준을 구체적인 일반인으로 둘 것인지 또는 추상적 일반인으로 둘 것인지에 관하여 또다시 견해가 나뉠 수 있으나, 법의 통일적인 적용을 위하여는 추상적 일반인으로서 알았거나 알 수 있었던 사정을 토대로 ‘일반인’의 개념을 파악함이 타당하다고 생각된다.

(9) 판단 기준 시점

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

예를 들어, 압수수색 전에는 피혐의자, 혐의사실에 관한 정보가 압수수색 후보다 매우 한정적이기 때문에,²²⁾ 압수수색을 마친 후에는 피혐의자 내지 혐의사실이 좀더 구체화

21) 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014, 417면

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

되기 때문에 증거로 사용될 가능성 유무에 대한 판단은 좁아질 수 밖에 없는 것이다.

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

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

(10) 소결

끝으로 앞서 살펴본 압수수색에 있어서 ‘관련성’의 개념을 분설하여 정립해 보면 다음과 같다.

① 압수수색시를 기준(시점)으로 ② 추상적인 일반인(주체)이 알았거나 알 수 있었던 사정을 토대로 판단할 때 ③ 영장에 기재된 범죄사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되거나 동종 유사의 범행과 관련된다 고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 것(해당 사건)으로 ④ 사실인정의 자료(증거)로서 ⑤ 의미가 있을 수 있는가에 대한 물음에 대해 전혀 가능성이 없는 것이 아닌 것으로 판단되는 것(가능성 또는 개연성)이라면, 해당사건과의 관련성이 있다고 말할 수 있을 것이다.

실시하는 경우 등)

2. 디지털증거 압수수색에 있어서 ‘관련성’

(1) 디지털증거 압수수색의 무형성, 대량성, 비가독성

디지털 증거는 전자적인 기술에 의해 ‘0’과 ‘1’의 이진수 방식으로 생성·저장·처리되는 정보로 사람이 식별할 수 있는 물리적인 외형을 가지고 있지 않다. 마약이나 칼과 같은 유체물과는 달리 전자 정보는 그 무형성으로 인해 정보 자체를 독립적으로 식별하기 어렵고, 정보저장매체의 물리적인 공간에 연속되어 저장되기보다는 저장매체의 임의의 공간에 논리적으로 저장되기 때문에 관련된 정보만을 선별하여 압수하는 작업은 상당한 전문성과 시간이 요구된다.

디지털 증거는 현대의 기술 발전이 거듭될수록 그 안에 저장된 정보의 양이 기하급수적으로 증대되고 있다. 과거 메가바이트(MB) 단위로 정보를 저장하던 것에서 현재에는 수천 기가바이트(GB), 심지어는 테라바이트(TB)까지 그 저장 데이터 양이 늘어났고, 현실적으로 회사에 설치된 컴퓨터 1대에 속한 내용을 모두 인쇄한다면 수천 수만 페이지의 서적에 해당하는 양이 될 것이다. 이를 디지털증거의 대량성이라고 하는데, 디지털 증거는 그 대량성으로 인해 압수수색에 있어서는 저장매체가 있는 장소에서 그 저장매체를 들어 있는 정보를 검색하여 정보내용을 확인하는 것은 광활한 사막에서 바늘을 찾는 것 만큼이나 불가능한 경우가 대부분이다. 그리하여, 앞서 살펴 보았듯이 디지털증거의 경우 그 저장매체를 압수수색 장소에서 바로 확인하기보다는 저장매체를 압수한 후 수사기관의 사무실로 가지고 와 매체 안에 있는 정보를 확인하거나, 또는 저장매체를 가지고 가는 것이 적절하지 않는 경우 전체를 복사하거나 또는 이미징 하는 방법으로 복제한 후 그 내용을 사무실에서 확인하는 방법이 일반적이다.

또한, 디지털 증거는 그 안에 들어 있는 파일을 확인하기 위한 매체(프로그램 등)가 필요하다. 컴퓨터는 물론이고, 스마트폰 기기, MP3, 태블릿PC 기기 등 다양한 디지털 증거의 저장 매체가 존재하는데 이러한 기기들은 비밀번호를 설정해 두거나 보안 프로그램을 설치하여 둔 경우 그 자리에서 바로 그 내용을 확인할 수 있는 것이 아니다. 따라서 형사소송법 제106조 제3항은 법원이 디지털 증거 등 정보저장매체를 압수하는 경

우 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받음을 원칙으로 하면서도 예외적으로 정보저장매체 등 자체를 압수할 수 있도록 규정하고 이를 수사에서도 준용하고 있다(형사소송법 제219조). 디지털 증거의 이러한 성질을 비가독성이라고 한다.

(2) 디지털증거 압수수색에 있어서 ‘관련성’

(가) 序

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

즉, 사건과 관련된 전자정보를 수색하기 위해서는 이러한 정보를 저장하고 있을 만한 개연성 있는 저장매체를 그 수색의 범위에 포함시켜야 할 것이나, 수색과는 달리 압수의 범위를 정함에 있어서는 수색의 경우보다는 좁게 해석할 필요성이 있어 보인다.

이는 개인의 기본권 보호와 실체적 진실의 발견이라는 두 이념이 조화롭게 추구되도록 하기 위함인데, 두 이념의 적정한 형량을 위한 공정한 검토가 필요하다.²³⁾

(나) 외국의 입법례

① 미국

i. 연방헌법(수정헌법 제4조²⁴⁾)

연방헌법(수정헌법 제4조)은 선서 또는 보증에 의하여 상당한 이유(Probable Cause)가 인정되고, 압수수색의 장소 및 압수할 물건이 특정되는 경우에만 영장이 발부될 수 있음을 규정하고 있다. 디지털증거의 경우, 압수수색의 대상이 무형의 정보에 불과하므

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

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

로 영장주의 적용을 받는지 여부가 문제될 수 있으나, 미 연방 대법원은 수정헌법 제4조의 범위에 전자적 기록이 포함될 수 있다고 해석하고 있다.²⁵⁾

미연방 대법원에 의하면 “상당한 이유”와 관련하여 “특정성”을 요구하는데, 특정성이란 압수대상 물건이 범죄행위와 관련되어 있고, 압수수색 장소에 그 물건이 존재한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있다는 점을 특정하여야 한다는 의미로서, “압수수색 장소에 범죄와 관련된 증거가 존재한다고 볼 만한 합리적인 개연성”만을 소명하면 족하다.²⁶⁾ 결국 이는 미국의 압수수색영장은 위와 같은 요건에 따라 압수할 물건과 장소가 특정되면 족하고, 구체적인 압수수색 방법은 영장발부의 요건이 아니므로, 압수수색방법에 관하여는 이를 적시할 이유도 필요도 없다는 것을 의미한다.²⁷⁾

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

ii. 연방 형사소송법 제41조

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

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

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

27) 백승주, “미국의 압수수색영장 일부기각 및 압수방법 제한에 관한 실무연구 -디지털증거를 중심으로-”, 법조, 2013. 7., 202면.

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

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

iii. 미국 실무에서 사용되는 압수수색 영장 기재례

미국에서 사용되는 디지털증거의 압수수색영장들의 실제 샘플들을 분석하여 보면, 저장매체에 관하여는 “컴퓨터 및 그 컴퓨터안의 내용물, 주변기기 및 그 안의 내용물(플로피 디스크, 하드 드라이브, 컴퓨터 소프트웨어와 프로그램, zip)드라이브, CD롬 드라이브, DVD 드라이브, 스캐너 등에 제한되지 않는다), 기타 데이터가 저장된 장치” 등으로 기재하고 있는 것이 실무이다. 정보와 관련하여서는 “모든 데이터, 정보, 이미지 검색 및 보기”로 기재하되, 그 중 범죄와 관련되고, 증거가 될 만한 자료들(예컨대, 관련 이메일 자료, 기록, 사진 등)에 대하여는 “출력 또는 복사(print or copy)”로 기재하고 있다. 한편, 저장된 정보의 경우에는 “압수된 컴퓨터를 수색하여 해당 정보를 찾은 후³¹⁾ 이를 다른 저장매체로 옮기거나 복사하는 방법으로 재생산하거나 이를 출력하도록”을 허가하는 문구가 별도의 항으로 기재되어 있다.³²⁾

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

30) 백승주, 앞의 논문, 204면.

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

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

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

iv. 최근 미국 판례의 동향

미국에서는 앞서 살펴본 바와 같이 관련정보를 선택적으로 압수할 것인지, 매체 자체를 압수할 것인지, 일괄 압수할 것인지에 대한 구체적인 방법에 대하여는 수사관의 재량에 위임하여 사전통제를 자제하면서 영장의 특정성을 결여하였거나 수색, 압수에 중대한 하자가 있는 경우에는 사후적으로 증거사용을 배제하는 방식으로 사후적·사법적 통제를 가하고 있다. 그러면서도 매뉴얼에 따른 압수·수색을 한 경우에는 선의의 항변을 널리 인정하는 경향에 있다.³⁴⁾

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

그러나, Tamura 판결⁴¹⁾에서 영장에 특정된 문서만을 압수하는 대신 해당 기간 내에 작성된 문서 전체를 일괄 압수한 것은 부당하다고 판시하면서, 수사기관이 영장에 기재된 기록 대신 회사의 문서 전체를 헌법에 위반되게 압수하였다 할지라도 그 의도가 무차별적인 ‘낚시’식의 수사가 아니라 현실적 실용성에 따른 것일 경우, 공판에 증거로 제출한 문서가 유효한 수색영장에 의하여 적법하게 보유한 것이라면 이와 같이 증거로 제출한 문서는 비록 문서 전체를 압수한 행위가 불법한 것임에도 불구하고 그 증거능력을

34) 노명선, “디지털 증거의 압수·수색에 관한 판례동향과 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제43호, 2014. 6., 149면.

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

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

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

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

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

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

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

상실하지 아니한다고 판시한 것을 배경으로 하여 Comprehensive Drug Testing 판결에서 컴퓨터에 저장된 혼재된 데이터의 압수수색에 관하여 판시를 한 바 있다. 위 Comprehensive Drug Testing 판결은 2008년부터 2010년에 이르기까지 변천의 과정을 겪게 되는데, 먼저 2008년 판결⁴²⁾의 경우 해당 사안의 영장은 압수대상물을 구체적으로 명시하지 않았고 더 이상 자세한 기술이 불가한 이유도 밝히지 않았으므로 영장의 범위가 지나치게 넓었으며, 그럼에도 불구하고 수색 자체는 상당한 이유에 근거하여 이루어졌고, 그 집행의 방식을 이유로 해당 수색으로부터 과실(fruits)을 반드시 배제할 필요가 없다고 판시하였으며, 2009 판결⁴³⁾은 위와 같은 논의를 전제로 일괄압수의 가이드라인(plain view 이론 불인정, 디지털데이터의 분류·편집은 전문가나 독립된 제3자가 할 것, 수색 프로토콜은 상당한 이유가 있는 정보만을 드러내도록 설계, 불필요한 정보의 환부·파기)를 제시하였다. 그러나 ‘원칙과 예외’의 법리에 기한 위 2009년 판결은 이후 2010년 판결⁴⁴⁾에서 파기되었다. 즉, 2010년 판결에서는 종전에 일괄압수의 요건과 증거능력에 관한 2009년 판결을 파기하고 영장심사 시 일응의 기준으로 삼는 정도에 그치기로 하였다.

② 독일

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

서류의 검열은 아직 압수가 행해진 것은 아니고 검열 과정을 마치고 분류된 서류를 정식으로 압수하는 처분을 하는 때에 압수가 있는 것이라고 한다. 서류의 검열이란 압수

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

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

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

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

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

(다) 소결

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

최근 미국의 Tamura 판결에서 일괄 압수의 경우 부당하다는 판시를 하기는 하였지만 그것 또한 현실적 필요에 따른 것일 경우 일정한 요건 하에 그 증거능력을 상실하지 않는다고 판시하였고, 컴퓨터에 저장된 혼재된 데이터의 경우 Comprehensive Drug Testing 판결에서 몇차례 변천을 거쳐 디지털 증거의 압수에 대한 가이드라인을 제시하고자 하는 시도가 있었으나 파기된 바가 있다. 미국의 경우 압수수색의 현실적 문제점을

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

고려하여 압수수색 당시의 압수수색현장에서의 수사관의 재량을 존중하고 범죄와 관련되어 증거로 사용될 가능성만 있다면 압수수색 자체는 적법하다고 보고 있으며, 특히 디지털 증거의 특수성에 따른 가이드라인을 제시하려는 시도는 있었으나 결국 현실적인 운용에 있어서 그 역시 폐기되었다는 점은 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠다.

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

(3) 일괄 압수의 가능성 문제

(가) 序

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

법원이 발부하는 영장에서 디지털 증거 등에 관하여는 일반적으로 다음과 유사한 내용이 기재되어 있다.

「컴퓨터 저장장치에 저장된 정보는 피압수자 또는 형사소송법 제123조에 정한 참여인의 확인을 받아 수사기관이 휴대한 저장장치에 하드카피·이미징하거나, 문서로 출력할 수 있는 경우 그 출력물을 수집하는 방법으로 압수함(다만, 해당 컴퓨터 저장장치가 몰수 대상물이거나 하드카피·이미징 또는 문서의 출력을 할 수 없는 경우에는 컴퓨터 저장장치 자체를 압수할 수 있음)」

(나) 확설

① 긍정설

범죄 관련성 유무를 불문하고 컴퓨터 장비 전체에 대한 일괄 압수수색을 인정하는 견해로, 무체정보도 형사소송법상 압수의 대상인데, 그 저장자료는 보기 전에는 쉽게 판단할 수 없으므로, 압수수색의 범위나 압수물을 포괄적으로 정할 수 있도록 그 요건을 완화하여야 해석하여야 한다면서 디지털 증거의 압수수색 대상을 넓게 인정하고 있다.⁴⁷⁾

② 부정설

당해 범죄행위와 무관한 자료가 함께 저장된 컴퓨터 장비를 압수하는 것은 허용되지 않는다는 견해로, 범죄행위와 관련된 자료만이 저장된 컴퓨터 장비는 해당 데이터와 일체 불가분으로 결합되어 있는 경우에는 그 컴퓨터 장비를 증거물로 보거나 몰수할 것으로 보아 이를 압수할 수 있으나, 범죄 관련 자료와 무관한 자료도 함께 저장된 컴퓨터의 경우에는 데이터와 장비가 일체 불가분으로 결합된 것으로 볼 수 없어 형사소송법상의 압수수색에 의하는 것이 불가능하다는 견해이다.⁴⁸⁾

③ 제한적 긍정설

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

일본 최고재판소는, 압수수색현장의 상황을 종합적으로 고려하여 현장에서 내용을 확인하는 것이 곤란하거나 부적절하고 그 확인이 어려우며 “영장에 의하여 압수하려고 하는 컴퓨터, 플로피디스크 등에 피의사실과 관련된 정보가 기록되어 있을 개연성이 인정되는 경우에는 그와 같은 정보가 실제로 기록되어 있는지를 그 장소에서 확인하게 되면

47) 안경옥, “정보화시대의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003, 328면

48) 오기두, “형사절차상 컴퓨터 관련증거의 수집과 이용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 1997, 77면

기록된 정보를 손괴할 위험이 있을 때”는 그 내용을 확인하지 않고 컴퓨터, 플로피디스크 등을 일괄 압수할 수 있다고 판시한 바 있다.⁴⁹⁾

④ 압수수색영장의 발부기준 강화설

정보의 비투명성으로 인하여 영장의 집행 범위가 지나치게 넓어지는 문제에 대응하기 위하여 압수수색영장의 발부기준을 체포영장의 기준과 동일하게 하자는 견해이다.⁵⁰⁾ 정보저장장치에 대한 압수수색을 행할 경우 정보는 열어보지 못하면 다른 정보와 뚜렷한 차이를 알 수 없다는 비투명성 때문에 일괄 압수수색이 불가피하므로 이를 제한하기 위하여 ‘독립적인 제3자에 의한 검토’제도를 실시하거나 영장주의 하에서 압수수색영장의 발부기준을 체포영장의 기준과 동일하게 취급하여야 한다고 보고 있다.

이와 유사한 취지로, 18대 국회 때 전기통신사업자의 이메일에 저장된 전자메일 등에 대하여는 수사기관의 압수수색시 지나치게 포괄적인 영장이 발부되는 사례가 많다고 주장하면서, 이메일 등에 대한 압수수색시 구속사유까지 요구하여야 한다는 개정안이 박영선 의원 대표로 국회에 발의되기도 하였다.⁵¹⁾

(다) 검토

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

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

50) 박경신, “이메일압수수색의 제문제와 관련 법률개정안들에 대한 평가”, 사법개혁과 세계의 사법제도[VII], 사법제도비교연구회

51) 형사소송법 일부개정법률안, 박영선 의원 등 23인 대표발의 의안번호 5246호

증거에 대한 압수수색이 불가능해 질 수 있다는 점에서 그 딜레마가 있다.

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

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

(4) 대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정을 통하여 본 ‘관련성’ 문제

(가) 사안의 개요

전교조에서는 전교조 소속 교원 17,000여명의 서명을 받아 2009. 6. 18.경 미디어법 입법 중단 등을 요구하는 시국선언을 발표하여 국가공무원법위반으로 고발되었다.

경찰은 전교조 본부 사무실에 대하여 압수수색영장을 집행하였는데, 저장매체에 저장된 파일들을 카피하기 위하여 하드 복사기 2대를 준비하여 갔으나, 대부분의 컴퓨터에서 하드디스크가 제거된 상태였고, 컴퓨터와 서버의 전원공급이 차단된 상태여서 저장매체에 저장된 내용을 확인할 수도 없는 상태였다. 이에 따라 사법경찰관은 저장매체가 포함된 데스크탑 컴퓨터 3대와 서버 컴퓨터 10대를 가지고 갔고, 전교조 직원들 및 그 변호인이 참관하는 가운데 그 저장매체에 저장된 파일들 중 2009. 5. 1. 이후 열람한 모든 문서(단, 엑셀문서는 2009. 6. 1.이후) 파일에 한하여 DVD 등 일회성 저장매체에 저장한 후 저장매체를 각 1본씩 나누어 가지기로 전교조 직원과 협의한 후 해쉬값 교환 등을 통하여 무결성을 확보하는 방식으로 파일 8,000여개를 DVD 및 CD에 복사한 후에 압수한 컴퓨터들을 전교조 측에 가환부하였다.

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

(나) 압수수색의 대상

① 문제점

형사소송법은 압수의 대상을 ‘증거물 또는 몰수할 것으로 사료되는 물건’으로 한정하고 있으나(형사소송법 제106조 제1항, 제219조), 디지털 증거의 경우 디지털 증거가 일정한 저장매체에 저장되어 있는 것이 일반적이므로 저장매체에 들어있는 디지털 증거 일체를 압수한 것이 그 방법과 절차에 있어 적법한지 여부가 문제된다.

② 견해의 대립

압수수색 대상은 디지털정보 자체가 아니라 저장매체 등 유체물이며, 수사관이 수색을 통해 저장매체를 발견한 후 피압수자의 점유를 배제하고 수사기관의 점유 하에 두었으므로 이 시점에서 압수수색 영장의 집행이 종료되었다고 보는 견해가 있다.⁵²⁾ 이 견해는 대상결정에서 압수수색 영장에 의해 저장매체 원본을 수사기관의 사무실로 옮김으로써 압수수색 영장의 집행은 종료되고 그 이후 저장매체에서 약 8,000개의 파일을 수사기관의 저장매체로 복사하고 저장매체 원본을 피압수자에게 반환하는 행위는 압수수색 영장 집행 이후의 절차에 해당한다고 보는 것이 상당하다는 입장이다.

이와 달리 압수수색의 대상은 저장매체가 아니라 디지털정보 그 자체이며, 수사관이 압수수색 현장에서 봉인한 저장매체를 수사기관의 사무실로 옮기는 행위는 ‘압수’가 아니라 집행현장의 여건 상 제3의 장소에서 압수대상인 정보를 추출하기 위한 과정의 일환이라는 견해가 있다.⁵³⁾ 이 견해에 따르면 저장매체 원본에서 영장 기재 범죄사실과 관련된 데이터를 최종적으로 복사 또는 출력하여 증거수집을 마쳤을 때 압수수색이 종료된다고 본다.

52) 전승수, “디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행 -대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정-”, 법조, 2012. 7., 254면.

53) 이숙연, “전자정보에 대한 압수수색과 기본권, 그리고 영장주의에 관하여”, 헌법학연구 제18권(2012. 3.), 22~33면

③ 대상결정의 태도

대상결정은 ‘전자정보’에 대한 압수수색영장의 집행에 있어서 원칙적으로 혐의사실과 관련된 부분만을 출력하거나 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 열람 혹은 복사하게 되는 경우에도 복사대상 전자정보 목록의 작성·교부 등 압수·수색의 대상인 저장매체 내 전자정보의 왜곡이나 훼손과 오남용 및 임의적인 복사 등을 막기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다고 판시하고 있다. 따라서 압수수색의 대상이 저장매체 내 전자정보이고, 압수목록의 교부와 관련하여 복사대상 전자정보의 목록을 작성·교부하도록 명시함으로써 저장매체에 기억된 정보 자체를 집행의 대상으로 보는 것으로 보인다.

이른바 통진당 서버 압수 준항고 사건의 서울중앙지방법원 2013. 9. 4. 2012보6 결정도 같은 입장을 취하였다.

④ 검토

디지털증거의 압수수색에서 그 대상을 디지털정보로 볼 것인지의 문제는 무형의 디지털정보가 압수의 대상에 포함되는지의 문제임과 동시에 디지털정보가 압수의 대상이 된다면 유체물에 대한 압수를 전제로 하는 형사소송법상 압수에 대한 규정을 무체물인 정보에 그대로 적용할 수 있는지의 문제이기도 하다.

형사소송법 제106조 제1항에 규정된 압수의 대상은 증거물 또는 몰수할 것으로 사료되는 물건이므로 종래 무형의 전자정보가 압수 대상이 될 수 있는지에 관하여 긍정설과 부정설의 대립이 있었다. 그러나 위 대법원 결정 이후 형사소송법이 개정되어 개정 형사소송법 제106조 제3항과 제4항이 신설되어 전자정보가 압수의 대상이 될 수 있음을 명문화하였다.⁵⁴⁾ 또한, 형사소송법 제106조 제3항 단서는 “범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체 등을 압수할 수 있다.”라고 규정하여 일정한 사유가 존재하는 경우에는 정보저장매체 그 자체도 압수의 대상이 된다는 점을 명확히 하였다.

54) 그러나, 이에 대하여는 여전히 형사소송법 제106조 제3항의 명문상 컴퓨터용디스크, 그밖에 이와 비슷한 정보저장매체가 압수의 대상이 될 뿐 정보 자체를 압수의 대상에 포함시킨 것은 아니라는 견해로 전승수, 앞의 논문, 제254면.

이 규정은 기존 형사소송법이 압수 대상을 물건, 즉, 유체물로 한정하고 있어서 무체 물인 정보 자체만 필요한 경우에도 정보저장매체까지 압수하는 사례가 빈번히 발생하고 있어 개인의 사생활에 대한 침해가 지나치다는 지적에 있어 정보 자체가 압수의 대상이 되는 경우에는 이를 출력하거나 복제하는 것을 원칙적인 압수 방식으로 하여 개인의 사생활에 대한 침해를 최소화 하는 동시에 무체물의 압수 방식에 대한 법적 근거를 명확히 하려는 취지에서 도입되었다.⁵⁵⁾

개정 형사소송법에 따르면 ‘전자정보’만이 압수의 대상이 된다는 전제에 있는 대상결정의 태도는 더 이상 유지될 수 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 위 대상결정은 저장매체 자체가 아닌 전자정보를 압수의 대상으로 보고 있으나 개정 형사소송법은 전자정보와 저장매체 모두 압수의 대상이 될 수 있음을 명백히 하였기 때문이다.

따라서, 전자정보를 압수하는 경우나, 형사소송법 제106조 제3항 기재와 같은 예외적인 사정이 있는 때에 정보저장매체등을 압수하는 경우 모두 법이 예정하고 있는 적법한 압수에 해당하게 된다. 대상결정에서 압수수색 영장에 의해 저장매체 원본을 수사기관의 사무실로 옮김으로써 압수수색 영장의 집행을 한 것은 예외적으로 정보저장매체등을 압수하는 경우에 해당한다고 할 것이고 위와 같은 경우에는 정보저장매체에 관련성이 인정되는 정보와 관련성이 인정되지 않는 정보가 혼재되어 있더라도 그 자체로 적법한 압수라고 볼 것이다. 이후 정보저장매체등이나 관련성이 없는 정보의 경우에는(기술적으로 가능한 범위에서) 환부 또는 폐기로 해결할 문제이다.

(다) 관련성 있는 정보의 집행

① 문제점

정보저장매체에는 영장에 기재된 범죄사실과 관련이 있는 정보와 관련이 없는 정보가 혼재되어 있는 경우가 많다는 앞서 살펴본 바와 같다. 이러한 경우에 정보저장매체 자체를 압수하게 되면 기업의 영업비밀이나 개인의 프라이버시를 침해할 가능성이 높다. 다른 한편으로는 대량성이라는 디지털 정보의 특성으로 인하여 관련성 있는 정보를 특정함에 있어서 많은 시간과 노력을 필요로 하며, 그 과정에서 증거의 오염가능성이 높아

55) 2009. 4. 1. 이주영 의원 등 13인 발의 ‘형사소송법 일부 개정법률안’의 제안이유.

전문적 기술과 장비가 필요하다는 점이 실무상 기본권 보호와 효율적인 수사라는 상충되는 가치를 조화시킬 필요가 있다. 이러한 관점에서 본건에서는 압수수색시 컴퓨터 자체를 가지고 가서 그 중 파일 8,000여개를 DVD 및 CD에 복사한 것은 관련성 있는 증거에 대한 적법한 압수수색이라고 볼 수 있는지 문제가 되었다.

② 현행법상 관련성의 원칙

앞서 언급한 바와 같이 형사소송법 제106조 제1항 본문은 관련성을 압수의 요건으로 추가하고 동법 제109조 제1항은 수색에 대하여서도 동일한 요건을 추가하여 압수수색의 대상물은 피고사건이나 피의사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정된다. 형사소송법 제106조 제3항 본문은 압수의 목적물이 정보저장매체 등인 경우에 원칙적으로 기억된 정보의 ‘범위를 정하여’ 출력하거나 복제하여 제출받도록 규정하고 있으므로 압수 집행의 대상은 정보저장매체 내 정보 중에 범죄사실과 관계가 있는 범위에 한정된다. 다만, 형사소송법 제106조 제3항 단서는 “범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다”고 규정함으로써 예외적인 경우에 범죄사실과 관련된 정보와 무관한 정보가 혼재된 정보저장매체 자체에 대한 압수를 인정하고 있다. 따라서 현행 형사소송법 제106조 제1항, 제109조 제1항, 제215조는 종래의 필요성 이외에 해석론 및 실무상 인정되던 관련성의 요건을 명문화한 것이라면, 형사소송법 제106조 제3항은 관련 정보에 대한 집행의 원칙을 입법화한 것이다.⁵⁶⁾

③ 대상결정에 대한 검토

위 대상결정은 전자정보에 대한 압수수색영장의 집행에 있어서 문서출력 또는 파일복사의 대상이 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의의 원칙상 당연하다고 하면서 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄 혐의와의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서 출력 혹은 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이 되고, 저장매체 내 전자정보를 파일복사함에

56) 전승수, 각주 53의 논문, 261면.

있어서 당사자 측의 동의 등 특별한 사정이 없는 이상 관련 파일의 검색 등 적절한 작업을 통해 그 대상을 이 사건 범죄 혐의와 관련 있는 부분에 한정하고 나머지는 대상에서 제외하여야 한다고 판시하고 있다.

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

디지털 저장매체는 자료의 양이 방대하고, 범죄사실과 무관한 정보가 함께 혼합되어 저장되어 있을 수 있으므로 개인의 프라이버시를 보호하기 위하여 디지털 저장매체에 대한 압수·수색의 범위를 제한할 필요가 있고, 디지털 저장매체에 대한 압수·수색의 범위는 기본적으로 범죄사실과의 관련성 유무 및 정도, 비례성의 원칙에 따라 판단되어야 한다.⁵⁷⁾ 다만 정보저장매체 등에 대한 압수수색과 관련하여 집행 현장의 상황상 그 현장에서 내용을 확인하여 관련성 있는 정보를 선별하기가 불가능하거나 현저히 곤란한 경우, 정보저장매체에 관련된 정보가 기록되어 있을 개연성이 인정되고 현장 확인시 기록된 정보가 손괴될 가능성이 있는 경우, 또는 관련된 정보의 삭제가 의심되어 저장매체에 대한 복구가 필요한 경우에는 형사소송법 제106조 제3항 단서에 따라 관련정보가 혼재된 정보저장매체 자체에 대한 압수를 인정하여야 한다.

예외적으로 저장매체 자체를 압수하는 경우에도 비례의 원칙이 적용되므로 형사소송법 제199조 제1항 단서에 따라 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 하고, 압수 이후에 해당 범죄사실과 관련이 없다고 확인된 디지털 정보는 압수·수색의 범위를 벗어난 것이므로 별도의 영장이 없는 한 이를 증거로 사용할 수 없고 범죄사실과 무관한 디지털 정보를 계속 보존할 수 없다고 봄이 상당하다.⁵⁸⁾

57) 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교, 2011, 71면.

58) 전승수, 앞의 박사학위논문, 72면.

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

피의자와 제3자 사이의 공모사실을 확인하기 위하여 양 당사자의 통화내역을 확인하여 범행일시 부근의 통화내역을 찾는다고 가정해보자. 통신사실확인자료제공요청허가서를 청구하면서 피의자와 제3자 사이의 통신사실을 확인할 필요성을 소명한 후 범행일시 부근의 적정한 일정 기간을 정하여 통화내역을 확인하면 그것으로 적법한 집행이라고 할 것이다. 피의자 및 제3자의 각각의 통화내역이 따라서는 수백건, 수천건에 달할 수도 있고, 어떤 경우에는 수건에 불과하거나 전혀 없을 가능성도 있다. 그리고 정작 범행에 직접적으로 관련이 있는 혐의자와 제3자 사이의 상호 통화내역은 전체 통화내역 중 소수에 불과할 가능성이 있다. 실제로 집행하기 전에는 그 내용을 미리 알기 어려운 경우가 많고, 그 관련성은 수사과정에서 계속 변화하기 마련이기 때문에 이를 압수수색 집행 이전 단계에서 예측하기란 쉬운 일이 아니다. 따라서, 대상결정에서 수사기관이 임의로 정한 시점 이후의 접근 파일 일체를 복사하는 방식으로 8,000여개의 파일을 복사한 영장집행이 ‘원칙적’으로 압수수색영장이 허용한 범위를 벗어난 것이라고 위법하다고 볼 여지가 있다는 판시는 압수수색집행의 현실을 고려하지 못한 것으로 옳지 않다. 하지만, 대상결정 역시 수사기관이 일정 시점 이후의 파일들만 복사하여 나름대로 대상을 제한하려고 노력하고 당사자 측도 그 적합성에 대하여 묵시적으로 동의한 것으로 보이는 경우에 해당하여 영장 집행이 위법하다고 볼 수는 없다고 이른바 선의의 항변을 인정한 것으로 보인다. 이에 따르면 결국 대상결정에 의하더라도 8,000여개의 파일을 복사한 것은 실제로는 관련성이 없는 파일이 포함되어 있더라도 적법한 압수수색의 집행이라고 본 것이다.

요컨대, 압수수색의 요건으로서 관련성을 요구하는 현행 형사소송법에 비추어 압수·수색의 범위를 원칙적으로 범죄사실과 관련된 디지털 정보에 한정하는 대상결정의 태도는 타당하다. 그러나 대상결정은 집행현장에서 사정상 관련 있는 정보를 식별하기가 불가능하거나 현저히 곤란한 사정이 인정되는 예외적인 경우에도 저장매체 자체에 대한 압수 또는 하드카피 내지 이미징 형태의 압수를 인정하는 것이 아니라 혐의사실과 관련된 증거의 선별을 위하여 해당 저장매체의 점유 이전을 인정하는 문제가 있다. 먼저 이

는 예외적인 경우에 저장매체 자체에 대한 압수를 인정하는 종전 법원의 실무관행과 형사소송법 제106조 제3항의 규정에 배치되고, 실무상 원칙과 예외가 혼재되어 이를 명확하게 구분할 수 없는 문제가 있다. 또한, 위 결정과 같이 점유이전과 선별과정을 포함하여 압수수색영장 집행의 일환으로 보게 되면 압수의 본질적 내용이 목적물에 대한 점유이전임에도 불구하고 점유이전에 따른 압수를 인정하지 아니하고, 관련성 있는 정보를 선별할 때까지 영장의 집행과정을 무한히 확장할 위험이 있으며, 영장의 집행종료시점을 확정하지 못하고, 실무상 관련성 있는 정보를 찾을 때까지 피압수수색 당사자의 참여권 등을 무한하게 보장하여야 하는 문제가 있다.⁵⁹⁾

(5) 압수수색 중 발견한 ‘타인의 공범관계 없는 다른 범죄’의 증거 문제

(가) 序

디지털 증거의 경우 저장된 정보의 대량성, 무형성, 비가독성 등으로 인하여 압수수색 과정에서 영장에 기재된 해당사건과 다른 증거자료를 찾게 되는 경우가 많다. 이 때 이를 다른 범죄의 증거로 사용 가능한지 여부는 압수수색의 관련성 쟁점에 있어서 끊임없이 제기되고 있는 화두이다.

(나) 디지털 증거 압수수색 중 발견한 ‘타인의 공범관계 없는 다른 범죄’의 증거 문제 - 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결을 중심으로

① 사안의 개요

○ A와 甲의 공직선거법위반

A는 유력당 후보자 추천을 받지 못하게 되자 자신을 위하여 조직관리 및 선거전략 수립을 하는 등으로 선거운동에 관여하던 당 홍보위원장인 甲에게 선거구 후보자로 당의 추천을 받을 수 있도록 청탁하면서 甲에게 5,000만 원을 교부하였다.⁶⁰⁾

59) 각주53의 논문, 262~265면.

60) 결국 A는 국회의원 선거에서 비례대표로 출마하여 당선되었다.

○ 甲과 乙의 공직선거법위반

甲은 乙이 선거운동을 함에 있어 선거운동 정보를 제공하는 등 선거운동 전반에 대한 기획을 총괄하여 주겠으니 대가로 3억 원을 달라고 요구하고, 乙은 이를 제공하기로 약속하였다.

② 사건 수사 경과

본 사건은 중앙선거관리위원회에서 ‘A가 공천 청탁과 관련하여 甲에게 3억 원을 건네 주고 甲은 이를 丙에게 제공하였고, 丁에게도 불법선거자금 2,000만 원을 제공하였다’는 등의 내용으로 고발장을 제출하여 시작되었다. 중선위는 피고발인을 A로 표기하였으나, 고발장에서 甲, 丙, 丁 및 A로부터 대가를 수수한 자원봉사자들에 대하여도 철저한 수사가 필요하다고 하면서 수사를 의뢰하였다. OO지검은 사건을 접수한 후 제보자인 X를 상대로 A와 甲의 공천 관련 금원 및 불법선거자금 제공에 관하여 조사한 후, OO지법으로부터 A, 甲 등의 주거지 등에 대한 압수수색영장을 발부받아 甲의 주거지에서 압수수색영장을 집행하면서 甲의 휴대전화, 수첩 등을 압수하였다. 그 후 甲을 공직선거법위반으로 갑을 구속한 다음, 압수된 甲의 휴대전화 분석 중 甲이 乙에게 공천위원에 대한 공천 청탁 및 선거운동 총괄기획 명목으로 3억 원을 요구하여 이를 乙이 약속하는 내용의 대화녹음 파일을 확인하였다. 이는 甲이 나중에 돈을 돌려받기 위해서는 증거를 남겨두어야 한다고 생각하여 乙에게 돈을 요구하고 乙로부터 약속을 받는 내용이 대화를 자신의 휴대전화로 녹음을 해둔 것이었다.

이후 甲의 진술 및 녹음파일 등을 근거로 OO지법으로부터 압수수색영장을 발부받아 乙의 주거지 등에 대한 압수수색을 실시하였고, 甲, 乙을 공직선거법위반으로 기소하면서 이미 기소되어 있던 甲에 대한 공직선거법위반 사건에 병합신청을 하여 두 사건이 병합되었다.

③ 디지털증거(휴대전화 녹음)의 증거능력 유무에 관한 1심 재판부의 판단

피고인들은 1심 법원에서 녹음파일이 압수수색의 전제가 된 범죄사실과 관련성이 없으므로 압수수색의 효력 범위에 있지 않고 따라서 영장 없는 압수를 한 것이 되어 위법수집증거에 해당되어 증거로 사용해서는 안된다는 주장을 하였으나, 1심 법원은 이를

인정하지 않고, 관련성이 있다고 판시하여 甲과 乙에 대하여 모두 유죄 판결을 하였다.

1심 법원은 위 녹음 파일은 피고인 甲과 乙사이의 대화를 일부 녹음한 것으로서, 그 대화내용 중에는 甲이 丙, 丁 등 당 공천위원 등을 언급하면서 그들과 접촉을 시도해보겠다거나, 丙에게 이미 로비를 하였다는 취지의 말이 포함되어 있는데 압수 당시 수사기관으로서는 이러한 대화내용을 통하여 甲이 국회의원 선거와 관련하여 당 공천심사위원인 丙, 丁 등을 접촉하는 방법으로 공천에 어떠한 영향력을 미치려고 했다는 것을 추단할 수 있고, 이를 위 압수수색 영장 범죄사실에 기재된 A와 丙 사이의 공천 관련 금품수수 혐의를 입증하기 위한 유력한 ‘간접증거’로도 사용할 수 있을 것인바, 그렇다면 위 녹음파일은 위 영장 기재 범죄사실과 관련성이 있다고 판시하였다.

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

③ 디지털증거(휴대전화 녹음)의 증거능력 유무에 관한 항소심 및 대법원의 판단

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

항소심 법원은 관련성에 대하여, 이 사건 영장은 A를 피의자로 하여 A가 甲을 통하여 공천과 관련하여 당 공천위원인 丙 등에게 돈 봉투를 제공하였다는 것을 범죄사실로 하여 발부된 것이어서 A의 공천 관련 금품제공 혐의사건과 관련된 자료를 압수하라는 취지가 명백하므로, 전혀 다른 乙과 甲 사이의 공천 및 선거운동 관련 대가 제공 요구 및 약속에 관한 혐의사실에는 그 효력이 미치지 않는다고 판시하였다. 즉, 위 녹음파일은 원래의 영장에 기재된 압수대상물로 볼 수 없다는 것이다.

특히, 항소심 법원은 위 녹음파일이 A에 대한 공소사실을 입증하는 간접증거로 사용될 수 있다는 것과 위 녹음파일을 영장범죄사실과 무관한 피고인 乙과 甲 사이의 범죄

사실을 입증하기 위한 증거로 사용하는 것은 별개의문제여서 A에 대한 관계에서 위 녹음파일에 대한 압수가 적법하다고 하여 甲에 대한 관계에서도 적법한 것은 아니라고 판시하였다.

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

④ 대상 판결에 대한 검토

(a) 쟁점

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

(b) 관련성 유무 검토 기준

앞서 ‘관련성’ 개념과 관련하여 검토한 바와 같이 ① 압수수색시를 기준(시점)으로 ② 추상적인 일반인(주체)이 알았거나 알 수 있었던 사정을 토대로 판단할 때 ③ 영장에 기재된 범죄사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되거나 동종 유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 것(해당 사건)으로 ④ 사실인정의 자료(증거)로서 ⑤ 의미가 있을 수 있는가에 대한 물음에 대해 전혀 가능성이 없는 것이 아닌 것으로 판단되는(가능성 또는 개연성) 것이라면, 해당사건과의 관련성이 있다고 볼 것이다.

(c) 판단 시점

압수수색 당시를 기준으로 할 것이므로 A와 甲의 공천 관련 금원 및 불법선거자금 제

공과 관련하여 A, 甲의 주거지 등에 대한 압수수색영장을 집행할 당시를 기준으로 삼아야 할 것이다.

(d) 판단 주체

추상적인 일반인이 알았거나 알 수 있었던 사정을 토대로 판단하여야 할 것이므로 A, 甲의 주거지 등에 대한 압수수색 당시 일반인이었다면 관련성이 있음을 알 수 있었는지를 기준으로 삼아야 할 것이다.

(e) 해당 사건

영장에 기재된 범죄사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되거나 동종 유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 것(해당 사건)인지 여부를 판단하여야 하는바, 본건에서 압수수색 영장에 기재된 범죄사실인 A와 甲의 공직선거법위반 범죄사실이므로 피의자, 행위 등이 완전히 별개이므로 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정된다고 보기는 어려울 것으로 보인다. 즉, 甲과 乙의 공직선거법위반 사건을 압수수색영장에 기재된 ‘해당 사건’ 자체로 보기는 어렵다 할 것이다. 다만, 영장에 기재된 범죄사실 상으로 甲은 丙과의 친분관계를 과시하면서 A로부터 돈을 받았고, 甲과 乙의 공직선거법위반 사건에서도 甲은 丙과의 친분관계를 과시하며 乙로부터 돈을 받았는바, 甲과 乙사이의 통화내용을 녹음한 파일은 甲과 A사이의 공직선거법위반 사건에 대해서도 증거로서 의미는 있다고 할 것이므로, ‘해당 사건’과의 관련성이 있음을 인정하는 데에는 아무런 문제가 없다 할 것이다.

(f) 사실인정의 자료로서 증거

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

(g) 가능성 또는 개연성

증거로서의 의미가 있을 수 있는가에 대한 물음에 대해 전혀 가능성이 없는 것이 아닌 것으로 판단되는 경우 가능성 또는 개연성이 인정된다고 할 것인바, 앞서 살펴본 바와 같이 휴대전화 녹음 파일은 甲과 A사이의 공직선거법위반 사건에서 간접증거로서 사용될 수 있으므로, 압수수색 당시를 기준으로 가능성 또는 개연성이 있었는지 여부를 판단해 볼 것도 없이 가능성 또는 개연성이 인정된다 할 것이다.

(다) 소결

위와 같은 관련성 검토 기준에 의할 때 이 사건 휴대전화 녹음파일은 적법하게 압수된 증거이므로 당연히 甲과 乙사이의 공직선거법위반 사건에서도 증거로 사용될 수 있다고 하여야 할 것이다. 즉, 대법원 판결과 같이 A만 피의자로 입건하고 甲을 피의자로 입건하지 않은 상태에서 수사를 진행하여 압수수색을 실시하였다고 하여 그러한 이유로 관련성을 부인하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 甲이 압수수색 당시에 입건되어 있지는 않았으나, 수사진행 상황에 따라 입건될 가능성이 있었고(잠재적 피의자성), 甲이 행한 동종, 유사한 범행이어서 A의 범죄사실과 관련한 정황증거로 사용될 수 있으므로(잠재적 증거 가능성), A에 관하여 입건된 범죄사실과의 관련성을 인정함이 타당하다 할 것이다.

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

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

IV. 결론

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

이러한 ‘관련성’ 개념의 문제는 일반 압수수색의 문제 뿐만 아니라 디지털증거의 압수 수색의 경우에도 그 특수성이 인정됨에도 불구하고 동일하게 문제된다고 할 것이다. 압수수색의 관련성 문제는 압수대상의 범위를 사전에 인지하기 어렵고, 압수수색 현장에서 부딪히는 현실적인 어려움에 따른 수사의 공백이 없도록 탄력적으로 넓게 인정하여야 할 것이고 이는 디지털증거에 있어서도 마찬가지라 할 것이다. 따라서 디지털 증거의 압수수색에 있어서도 유체물의 압수수색과 마찬가지로 현장에서의 압수수색의 집행으로 종료되고, 현장에서 이를 검색하는 것은 확보된 압수물을 확인하는 행위에 해당한다고 하겠다.

이와 달리 디지털 증거에서의 관련성을 제한적으로 해석하게 되면 프라이버시 보호에는 좀더 충실하게 될지 모르지만 실체적 진실발견을 위한 수사는 한계에 부딪히게 되어

결국 국민 개인을 범죄로부터 보호하기 어렵게 될 것이다. 지속적인 연구와 각 기관 및 학계의 활발한 논의로 양 법익의 적절한 균형을 찾는 합리적인 방법이 모색되기를 기대한다.

제2세션

디지털증거의 증거능력

■ 발표자

- 디지털 증거의 증거능력에 관한 소고
탁희성 ■ 한국형사정책연구원 선임연구위원
- 형사증거법상 디지털 증거의 증거능력
- 증거능력의 선결요건 및 전문법칙의 예외요건을 중심으로 -
김윤섭 ■ 서울동부지검 검사

■ 토론자

이원상 ■ 조선대 법과대학 교수
박종근 ■ 울산지검 특수부장검사

디지털 증거의 증거능력에 관한 소고



탁희성 ■ 한국형사정책연구원 선임연구위원

디지털 증거의 증거능력에 관한 소고

■ 탁희성 (한국형사정책연구원 선임연구위원)

I. 논의의 쟁점

우리 사회에서 디지털증거가 형사절차상 필수적인 입증자료로서 지위를 갖는데는 채 10년이 걸리지 않았다. 하지만 여전히 판례에 나타난 디지털증거에 대한 법적 판단의 논거들을 보면, 디지털 정보를 법정에서 허용하기 위한 요건들이 명확히 규범적으로 정립되어 있는가에 대해서는 회의적이라 할 것이다. 디지털 증거와 관련한 대표적인 판례들에 나타난 증거능력 인정요건을 보더라도 동일성, 무결성, 원본성, 진정성, 신뢰성, 관련성, 정확성, 전문성 등의 개념들이 명확한 구분없이 열거되어 있음을 볼 수 있다. 이와 같이 디지털 증거의 증거능력을 인정하기 위한 요건으로 다양한 개념들이 중복적으로 제시되고 있는 것은 우리 증거법에 부합하는 증거능력 인정요건을 정립하지 못한 채, 미국 등 주요 외국의 법제와 판례에 나타난 디지털 증거의 허용요건들을 차용한데서 비롯된 현상이라 할 수 있다. 이와 같이 디지털 증거가 법적 신뢰를 쉽게 부여받지 못하고 다양한 입증요건들이 요구되고 있는 이유는 다른 유형의 증거들과 비교할 수 없을 만큼 위·변조 및 훼손에 취약한 특성을 가지고 있기 때문이다. 즉 증거로서의 필요성과 기술의 불완전성에 대한 규범적 불신 사이에서 우리 법제는 디지털 증거에 대한 명확한 허용기준을 세우지 못하고 있는 것이라 할 수 있다.

우리 형사소송법상 증거규정에 있어서 제시하고 있는 법정 증거능력 요건으로는 동일성, 진정성립, 신용성, 원본성만이 제시되어 있으며, 따라서 현재 판례에서 디지털 증거의 증거능력 허용요건과 관련하여 제시하고 있는 무결성이나 진정성 등의 요건은 현행 법이 인정하는 요건이 아니라고 할 것이다.¹⁾ 또한 판례에서 제시되고 있는 신뢰성, 정확

성 등의 요건 역시 증거능력 허용요건이기 보다는 증명력을 판단하는데 활용되는 요건이라고 볼 수 있음에도 증거능력 입증요건으로서 제시되고 있다. 즉, 디지털 증거는 명문의 규정이 없는 상태에서 법원의 해석을 통해 증거능력의 허용요건을 찾아가고 있는 것이라 할 것이며, 이는 동시에 디지털 증거에 대한 법정 증거능력 요건에 대한 입법적 해법이 필요하다는 의미로도 이해될 수 있다.

따라서 본 논문은 디지털 증거의 증거능력 허용여부를 판단함에 있어서 가장 많이 다루어지는 전문법칙의 적용과 관련한 논의를 중심으로 디지털 증거의 증거능력에 대한 입법적 제언을 제시해 보고자 한다.

Ⅱ. 판례에 나타난 디지털 증거의 증거능력 판단기준

디지털 증거의 증거능력을 판단함에 있어서 법원이 제시하고 있는 허용요건은 앞서 기술한 바와 같이 여러 가지가 있지만, 이를 크게 구분하여 보면 무결성, 동일성, 그리고 전문법칙의 예외라는 세 가지로 정리해 볼 수 있다. 이 가운데 무결성은 원본 디지털 증거 자체에 대하여 요구되는 입증요건인 반면에, 동일성은 원본으로부터 이미징 내지 하드카피한 파일 및 출력문서에 대해 요구되는 입증요건이며, 전문법칙의 예외는 디지털 저장매체로부터 출력된 문서가 전문진술에 해당하는 경우에 한해서 요구되는 입증요건이라 할 수 있다. 그리고 이 각각의 요건에 대하여 법원이 판단을 함에 있어서는 중점적으로 검토하고 있는 일정한 기준들이 존재하고 있음을 볼 수 있다. 이를 정리해보면 다음과 같다.

1. 무결성

법원이 디지털 증거의 무결성을 판단함에 있어서 제시하고 있는 기준은 “절차적인 적정성의 준수여부”라 할 수 있다. 즉, 디지털 증거를 확보하는 단계에서부터 증거자료로

1) 오기두, “전자증거의 증거능력”, 법률신문 2012년 8월27일자.

제출하기까지의 절차적인 오염가능성이 존재하지 않는다는 것에 대한 입증은 무결성의 주요한 판단기준으로 삼고 있는 것이다.

일심회 사건²⁾ 이후 디지털 증거의 증거능력과 관련한 판례³⁾들에 있어서 법원이 디지털 증거의 무결성 인정의 근거로 삼은 절차적 판단기준은, 피고인 등의 참여에 의한 압수⇒서명⇒봉인⇒봉인상태확인⇒봉인해제⇒재봉인=전과정의 녹화=재봉인상태의 유지라고 할 수 있다.⁴⁾ 즉, 압수단계에서부터 법원에 증거로 제출될 때까지의 일정한 절차적 기준의 준수가 디지털 증거의 무결성 즉, 훼손이나 변경이 없었음을 입증할 수 있는 판단근거가 된다는 점을 제시하고 있다.

2. 동일성

법원이 디지털 증거의 증거능력 허용요건으로서 동일성을 요구하는 것은, 원본 디지털 증거로 분석하게 되면 디지털 증거는 원본성을 상실할 수 밖에 없기 때문에 원본 디지털 증거를 입증자료로 활용하기 위해서는 이미징하거나 하드카피한 후 그 사본을 분석대상으로 하는데서 비롯된 것이라 할 수 있다. 그리고 이와 같이 이미징 내지 하드카피한 사본으로부터 출력한 문서의 형태로 증거가 제출되는 것이 일반적이기 때문에, 사본 및 출력문서를 증거로 사용하기 위해서는 원본 디지털 증거의 존재, 사본과 원본의 동일성, 원본과 출력문서간의 동일성 입증이 중요하다고 보는 것이다.

법원은 이러한 원본 디지털 증거와 사본 및 출력문서간의 동일성을 판단함에 있어서 “기술에 대한 신뢰와 정확성”을 그 기준으로 삼고 있다. 즉 법원은 세계적으로 인정받는 프로그램을 이용한 이미징 작업 및 쓰기방지장치를 부착한 이미징 작업, 디지털 저장매체 원본의 해쉬값과 이미징 작업을 통해 생성된 사본 파일의 해쉬값의 동일성, 피고인·검사·변호인이 참여한 검증과정에서 산출한 해쉬값과 압수·수색 당시 쓰기방지장치를 부착하여 ‘이미징’ 작업을 하면서 산출한 해쉬값의 동일성, 사본파일 내용과 출력문서 사이의 동일성 확인을 위한 검증 등을 동일성 판단의 논거로 삼고 있는 것이다.⁵⁾

2) 대법원 2007.12.13. 선고 2007도7257 판결

3) 대법원 2013.7.26. 선고 2013도2511 판결

4) 이숙연, “디지털 증거 및 그 증거능력과 증거조사방안: 형사절차를 중심으로 한 연구”, 사법논집 제53집, 2011, 311-312면.

이와 같이 원본 디지털 증거와 이미징한 사본 및 출력문서간 동일성의 판단에 기술적인 정확성을 요하는 것은, 디지털 증거의 원본이 존재하고 이를 사본한 저장매체나 출력문서 사이에 동일성이 인정되어야 그 사본인 저장매체나 출력문서를 증거로 사용할 수 있다⁵⁾는 원본증거 제출원칙에 기인한 것이라 할 수 있다. 그리고 이러한 디지털 매체간 사본의 동일성을 정확하게 입증할 수 있는 기술 가운데 현재로서 가장 신뢰성있는 방식이 해쉬함수의 결과를 확인하는 방법이기 때문에 해쉬값 비교를 동일성 판단의 방법으로 활용하고 있는 것이라 할 수 있다. 즉 파일내용이 수정·삭제 또는 추가되면 해쉬함수의 입력값이 변화하기 때문에 출력값 역시 달라지게 되고, 따라서 원본 해쉬값과 사본 해쉬값의 비교를 통해 파일의 변화 여부를 확인할 수 있다는 점에서 해쉬값 검증은 원본과 사본의 동일성을 정확하게 비교·판단할 수 있는 방식인 것이다.

3. 전문법칙의 예외

1) 전문증거의 범위

디지털 증거의 증거능력과 관련하여 무결성과 동일성에 대한 판단이 이루어졌다고 할지라도, 해당 디지털 저장매체로부터 출력한 문서가 진술자에 의한 진술을 구성하는 경우에는 전문증거에 해당하므로 전문법칙의 예외에 해당하는 경우에 한해서만 증거능력이 인정될 수 있다. 이와 관련하여 우리 법원은 “피고인 또는 피고인 아닌 사람이 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하는 경우, 이는 실질에 있어서 피고인 또는 피고인 아닌 사람이 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다”고 판시⁷⁾하고 있다. 하지만 전자문서로 작성된 디지털증거가 진술

5) “법원 감정을 통해 디지털 저장매체 원본 혹은 하드카피, 이미징한 매체에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성을 확인하는 과정에서 이용된 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다”; 대법원 2007.12.13. 선고 2007. 7257 판결

6) 오기두, “전자증거의 증거능력”, 법률신문 2012년 8월 27일자. 13면.

7) 대법원 2013.07.26. 선고 2013도2511 판결; 대법원 2013.02.15. 선고 2010도3504 판결; 대법원 2013. 1.

증거에 해당한다고 해도 모두 전문증거로 되는 것은 아니라고 보고 있다.

즉, 전문증거에 해당하는지 여부는 요증사실과의 관계에 의하여 결정되는 상대적 개념이므로, 그러한 디지털증거의 존재 또는 기재내용 자체가 요증사실이 되는 경우가 아니라 디지털증거에 포함된 그 기재내용의 진실성이 문제되는 경우에 한하여 전문법칙이 적용된다⁸⁾고 보고 있는 것이다. 따라서 i) 디지털 저장매체에 담긴 문건 내지는 그로부터 출력된 문건 내용의 진실성이 아닌 그러한 내용의 문건의 존재 그 자체가 직접 증거로 되는 경우⁹⁾, ii) 문건의 기재내용 자체가 요증사실의 구성요소를 이루는 경우¹⁰⁾, iii) 그 기재내용의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용되는 경우¹¹⁾에는 전문증거라고 볼 수 없기 때문에 전문법칙이 적용되지 않는다고 보고 있다.¹²⁾

2) 전문법칙 예외의 입증방법

디지털 저장매체로부터 출력된 문서가 전문증거에 해당하는 경우, 일반적으로 형사소송법 제313조 내지 제316조의 규정에 의하여 증거능력 허용여부를 검토하게 된다. 이에 의하면 전문증거로서 증거능력을 허용하기 위해서는 첫째, 작성자의 자필이나 서명날인 둘째, 작성자나 진술자에 의한 공판정 진술에 의한 진정성립의 입증, 셋째, 특신상태하에서의 진술에 대한 입증 등의 요건을 충족하도록 하고 있다.

증거로 제출된 출력서면이 문서라 하더라도 이는 기존의 다른 종이문서와 달리 디지털 저장매체에 전자적으로 저장된 정보를 가독성 있게 출력한 것에 불과하므로 작성자의 자필이나 서명날인이 존재할 것을 기대하는 것은 거의 불가능하다고 할 수 있다. 물론 공인전자서명이 있거나 전자문서 자체에 기재된 전자적 서명, 작성자를 특정할 수 있는 이미지에 의한 날인¹³⁾ 등이 존재하는 경우에는 종이문서의 서명날인에 갈음하는 것으로 볼 수 있다. 하지만 일상적으로 작성되는 전자문서에 전자서명이나 작성자를 특정

10. 선고 2010도3440 판결; 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결 등.

8) 서울고등법원 2013.02.08. 선고 2012노805 판결.

9) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결

10) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도5347 판결

11) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결

12) 서울고등법원 2013.02.08. 선고 2012노805 판결

13) 오기두, “전자증거의 증거능력”, 법률신문 2012년 8월 27일자. 13면

할 수 있는 충분히 신뢰성 있는 디지털 마크 등이 포함되어 있을 것을 기대하기는 대단히 어렵다고 할 수 있다. 그리고 피고인이 전속적으로 사용하는 저장매체에 저장되어 있고, 메타데이터나 로그기록이 피고인이 작성자임을 입증하는 전자문서라 할지라도 피고인이 작성사실을 부인하면 이를 증거로 할 수 없다는 것이 현행법의 태도라고 할 수 있다.¹⁴⁾ 따라서 판례는 디지털 저장매체로부터 출력된 문서가 전문증거에 해당하는 경우 자필이나 서명날인의 요건에 대해서는 별도로 언급함이 없이 대부분 작성자나 진술자의 공판정 진술에 의한 진정성립 입증요건의 충족여부에 따라 증거능력의 허부를 결정하고 있다고 보여진다.

그리고 특신상태하에서의 진술에 의한 입증요건과 관련해서는 판례는 “그 진술을 하였다는 것에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우”¹⁵⁾라고 실시하고 있다. 디지털 증거와 관련하여 특신상태하에서의 진술에 의한 입증요건을 언급하고 있는 판례를 보면 “디스켓에 담긴 내용이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행해진 때인지에 대하여는 위 문서의 구체적 내용, 피고인의 다른 진술과의 부합, 북한의 위 디스켓 절취사실 비난성명 들어 위 문서가 서류 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우에 해당한다”¹⁶⁾고 보아 증거능력을 인정하고 있다. 즉, 디지털 증거의 증거능력 허용요건으로서 특신상태에 대한 입증은 디지털 증거 자체 보다는 그 정보내용을 둘러싼 정황적 여건이 얼마나 신뢰할만한 것인지에 대한 판단으로 이루어지고 있음을 볼 수 있다.

4. 판례에 나타난 디지털 증거의 증거능력 허용요건에 대한 비판

위에서 기술한 바와 같이 우리 판례는 디지털 증거의 증거능력의 허부를 판단함에 있어서 원본 증거의 무결성, 원본과 사본의 동일성, 그리고 전문진술에 해당하는 경우 전

14) 이숙연, “디지털 증거의 증거능력 판단”, 형사재판의 제문제 제7권, 2014, 형사실무연구회 편(차한성 대법관 퇴임기념) 司法發展財團, 270면.

15) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011도10926 판결; 대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3798 판결; 대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159 판결.

16) 서울고등법원 2004.7.21. 선고 2004노827판결

문법칙 예외 사유의 충족여부 등을 검토하고 있다. 하지만 이와 같은 법원의 판단기준에 대하여 법원내에서 약간의 비판¹⁷⁾이 제기되고 있음을 볼 수 있다.

즉 우리 형사소송법에 명시적으로 규정된 바가 없음에도 불구하고 디지털 증거법제에 있어서 우리보다 앞선 규정을 두고 있는 외국의 규정과 논의들에 비추어 디지털 증거의 성상에 부합하는 고유한 요건이 있음을 전제로 하여 해석론으로서 증거능력 인정요건을 제시하고 있다는 것이다. 즉 “법에 명시적으로나 합리적인 범위내에 있는 추론에 의해서도 규정하고 있다고 보여지지 않는 새로운 증거능력 요건을 창설하는 것은 해석론의 한계를 넘어선 것이며, 법률상 근거 없는 증거능력 요건을 창설해 놓으면 불필요한 증거능력 인정요건 심사로 말미암아 신속·공정한 재판이념 구현에 장애가 될 수 있다”¹⁸⁾는 비판이 제기되고 있다. 이러한 비판을 제기하고 있는 오기두 판사는 헌법상 요청이나 법률상 근거 없이 디지털 증거에 대하여 무결성과 동일성이 증거능력 인정요건으로 필요하다고 하는 것은 입법론적으로는 주장할 수 있지만 법해석상으로는 주장할 수 없다고 보고 있다.¹⁹⁾

Ⅲ. 디지털 증거와 전문법칙

1. 전문진술로서 디지털 증거의 한계

디지털 증거가 적법한 압수·수색절차에 따라 수집되고, 고유한 증거능력 허용요건들을 충족하였을지라도, 그것이 전문증거에 해당하는 경우에는 형사소송법상 전문법칙의 예외사유에 해당하는 경우에 한해서만 증거로서 허용될 수 있다는 것은 오랫동안 인정되어온 증거법칙이라 할 수 있다.

IT 기기의 사용이 일상화되면서 일상의 모든 기록들이 사실상 디지털 형태로 저장되

17) 오기두, “전자증거의 증거능력”, 법률신문 2012년 8월 27일자, 13면. ; 손동권, “새로이 입법화된 디지털 증거의 압수수색제도에 관한 연구”, 형사정책 제23권 제2호, 2011, 327면; 이경렬, “디지털 정보 관련 증거의 압수수색규정의 도입방안 연구”, 홍익법학 제13권 제3호, 2012, 483면.

18) 오기두, “전자증거의 증거능력”, 법률신문 2012년 8월 27일자, 13면.

19) 오기두, 앞의 논문, 13면.

고 있음에도 불구하고, 이와 같이 전자적으로 저장된 정보들이 법정에서 제출되는 경우에는 법정증거 인정요건을 갖추고 있지 않기 때문에 쉽게 작성자에 의해 부인될 수 있는 측면이 있다. 즉 전문진술로서 디지털 증거는 전문법칙에 가장 취약한 진술증거라 할 수 있고, 따라서 전문진술 증거능력 불인정으로 말미암아 근본적으로 사건의 실체에 다가 설 수 있는 증명력 있는 증거를 재판에서 배제할 우려가 있다²⁰⁾는 비판을 제기할 수 있다고 할 것이다.

하지만 우리의 증거법제가 전문진술로서 디지털 증거에 대하여 종이문서와 동일한 자필 및 서명날인, 작성자의 진술에 의한 진성성립을 법정증거 인정요건으로 요구하는 한 전문진술에 해당하는 디지털 증거를 증거로 허용하는 데는 상당한 한계가 있을 수 밖에 없다. 그렇다고 디지털 증거가 자필이나 서명날인에 부합하지 않는 증거라고 해서 디지털 증거와 그 출력물에 대하여 형식적 진정성립 요건이 필요하지 않다고 해석하는 것도 타당하지 않다. 즉 현행 규정하에서 디지털 증거에 대한 형식적 진정성립의 문제는 입법적 해결이 이루어지기 전까지는 디지털 증거의 특성에 부합할 수 있도록 현행 증거법 규정을 합리적으로 해석하는 범위내에서의 해법을 고려해야 할 것이다.

2. 전문진술에 해당하는 디지털 증거의 증거능력에 대한 판단기준

디지털 증거에 대하여 전문법칙을 적용하기 위해서는 그것이 전문진술인가에 대한 판단이 우선되어야 한다. 앞서 기술한 바와 같이 명백히 전문증거에 해당하지 않는 경우라 할 수 있는 디지털 증거 자체가 증거물이거나 요증사실의 구성요소인 경우, 기재내용의 진실성과 무관한 간접사실에 대한 정황증거인 경우를 제외하더라도, 전문증거에 해당하는지의 여부에 대한 판단이 필요한 경우가 있을 수 있다. 즉, 전자적으로 저장되거나 생산된 디지털 증거의 경우 현실적으로는 대부분 전문법칙의 적용여부가 문제될 수 있기 때문이다. 이와 관련하여 민사사건이긴 하지만 디지털 증거에 대한 입증기준을 명확하게 제시했다는 점에서 중요한 판례로 불리우는 *Lorraine v. Markel American Ins* 판

20) Susan Haack, *Epistemology Legalized : Or, Truth, Justice, and the American Way*, 49 Am.J.Juris 43, 2004, p.56; 설민수, “전자적 문서에 대한 증거조사, 증거능력과 전문법칙”, 인권과 정의, 2007, 151면에서 재인용.

결²¹⁾에서, 디지털 증거가 전문증거인지 여부를 판단함에 있어서 다섯가지 기준을 적용하고 있음을 볼 수 있는데, 이는 우리의 예에 비추어서도 충분한 의미를 갖는 것이라 볼 수 있다. 동 판결에서 제시한 기준을 보면, 첫째, 당해 증거가 진술을 구성하는가, 둘째, 그러한 진술이 진술자(즉 사람)에 의한 것인가 셋째, 그 진술증거가 문제된 내용의 진실성을 입증하기 위해 제공되었는가, 넷째, 그 진술증거가 규정상 전문증거로부터 배제되는 것인가(당연히 증거능력 있는 전문증거에 해당하는가), 다섯째, 전문증거라 해도 전문법칙의 예외사유에 해당하는가가 그것이다.²²⁾ 이는 디지털 증거가 전문증거에 해당하는가의 여부를 체계적으로 판단가능하게 하는 합리적인 기준을 제시한 것이라 할 수 있다.

이러한 기준에 의하여 디지털 증거가 전문진술에 해당하는 것으로 판단되면, 법에 규정된 전문법칙의 예외에 해당하지 않는 한 증거능력은 인정되지 않는다. 다만 현행 형사소송법상 전문법칙의 예외 규정 가운데 디지털 증거에 대해서는 동법 제311조와 312조가 현재로서는 적용될 여지가 거의 없으며, 제315조는 당연히 증거능력 있는 서류이므로 이에 해당하면 전문법칙의 적용을 받을 이유가 없다는 점에서 문제가 되지 않는다. 따라서 전문법칙과 관련하여 디지털 증거의 증거능력 허용여부를 판단함에 있어서 적용 가능한 규정은 동법 제313조와 제314조라 할 수 있으며, 특히 제313조의 진술서는 피고인, 피의자 또는 제3자가 스스로 자기의 의사, 사상, 관념이나 사실관계 등을 기재한 문서라는 점에서 대부분의 디지털 증거가 이에 해당하고, 따라서 증거능력 판단에 있어서도 제313조의 요건과 관련한 검토가 일반적으로 이루어지고 있다. 즉, 디지털 증거를 증거로서 허용하기 위해서는 전문법칙의 예외에 해당함에 대한 입증을 요함에 있어서는, 자필 및 서명날인에 의한 형식적 진정성립과 작성자의 진술에 의한 실질적 진정성립 요건에 대한 입증, 진술의 특산상태(신용성의 정황적 보장)에 대한 입증 등이 필요하다고 할 것이다.

먼저 자필 및 서명날인에 의한 형식적 진정성립요건과 관련하여 볼 때, 디지털 증거 자체에 대해서는 전자서명 그리고 출력문서에 대해서는 서명날인에 의해서 형식적 진정

21) Lorraine v. Markel American Ins. Co., 241 F.R.D. 534(D.Md.2007)

22) 강철하, “미 Lorraine v. Markel American Insurance Company 사건에 나타난 전자적 저장정보의 증거능력 허용요건”, 아주법학 제2권 제1호, 2008, 14면.

성립의 입증이 가능하다고도 볼 수 있다. 하지만 우리 판례는 디지털 증거의 진정성립을 위해 그 출력문서에 대한 작성자의 서명날인, 전자문서에 대한 전자서명을 증거능력 인정요건으로 제시하고 있지는 않다. 전자서명이 일반적으로 통용되고 있다고 보기 어렵고, 특히 진술서 형태의 디지털 증거가 전자서명을 갖추고 있기를 기대하는 것은 무리라고 보여지는 현실에서, 예외적인 경우에 속하는 전자서명을 디지털 증거의 진정성립의 요건으로 요구하는 것은 사실상 대부분의 디지털 증거의 진정성립을 배척하는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 현재로서는 바람직하다고 보기 어렵다고 할 것이다. 다만, 디지털 환경에서 구현하기 어려운 자필 및 서명날인이라고 하는 형식적 진정성립요건을 디지털 증거에 대해서 어떻게 입증할 것인가에 대해서는 여전히 논란의 여지가 있지만, 현행 규정상으로는 해석론에 의지하는 것이 최선이라 할 것이다. 즉 작성자를 특정할 수 있는 표지에 해당하는 다양한 방식의 디지털 기술적 정보들이 객관적인 검증절차를 거쳐 제시된다고 하면 자필 및 서명날인에 갈음하여 형식적 진정성립 요건을 충족하는 것으로 해석되어질 필요가 있을 것이다.

디지털 증거의 형식적 진정성립과 관련하여 서명에 갈음한 정황적 증거로 진정성립을 인정한 사례가 우리의 판례는 없는 관례로, 미국의 판례를 예로 들어 보면 피고인이 문서에 작성자의 서명이 없으므로 형식적 진정성립을 인정한 근거가 없다고 주장한 *US. v. Simpson* 사건에서 제10항소법원은 “위 출력물에 피고인의 사용자명(screen name), 주소, 피고인이 보유한 이메일 주소가 있었고, 피고인의 집 컴퓨터 부근에서 위장경찰관이 채팅룸에서대화자에게 알려준 이름과 주소, 이메일주소 및 전화번호가 인쇄된 출력물이 발견된 경우에는 형식적 진정성립의 입증이 있다”²³⁾고 판시했다. 또한 이메일의 형식적 진정성립을 인정한 연방사건인 *US. v. Siddiqui* 사건²⁴⁾에서 제11항소법원은 “i) 당해 이메일에 포함된 이메일 주소가 피고인의 이름의 변형과 피고인 고용자의 서버주소명으로 구성된 점, ii) 위 이메일 주소가 피고인 자신이 진정한 문서라고 제시한 이메일 문건과 같은 주소를 사용하고 있는 점, iii) 당해 이메일 작성자가 피고인의 위 사건에서의 행위와 일치하는 내용을 자세히 기술한 점, iv) 이메일 내용중 하나가 피고인과 지인이 실제 참여한 행사를 지적하고 있는 점, v) 이메일 내용이 비슷한 기간동안

23) *US. v. Simpson*, 152 F.3d 1241(10th Cir 1998)

24) *US. v. Siddiqui*, 235 F.3d 1318(11th Cir.2000)

피고인과 전화로 통화한 자와 같은 내용을 담고 있는 점을 들어 그 형식적 진정성립을 인정하고 있다.²⁵⁾

이와 같이 자필 및 서명날인에 갈음하여 형식적 진정성립을 입증할 수 있는 방법이 허용된다고 해도 진술자가 진정성립을 부인하는 진술을 하게 되면 디지털 증거는 전문 법칙의 예외에 해당할 수 없게 된다. 특히 디지털 증거의 경우에는 자필 및 서명날인이 있을 수 없고, 설령 그에 갈음할 수 있는 기술적 표지를 제시한다고 해도 디지털의 특성상 위변조 및 침해는 용이하지만 그 입증(위변조 및 침해가 존재하지 않는다는)은 대단히 어렵기 때문에, 그러한 기술적 표지에 의한 진술자의 특정에 강력한 이의제기가 가능하다고 할 수 있다. 즉 자신의 디지털 기기에 다른 사람이 접속해서 작성한 것이라거나 자신의 계정이 도용당했다는 등의 이유로 자신의 진술임을 부정하는 것이 상당히 용이하다고 볼 수 있다. 따라서 피고인 등은 자신에게 불리한 디지털 증거의 진정성립요건을 굳이 인정할 필요가 없으므로 쉽게 진정성립을 부인하는 진술을 하게 되고, 이로 인해 디지털 증거의 증거능력은 배제되어질 수 밖에 없다. 이는 현행 전문증거 관련 규정의 한계에서 비롯되는 문제라고 할 수 있으므로 입법적 해결이 우선되어야 할 것이지만, 그 전까지는 법원의 합리적인 해석을 통해 증거가치 있는 디지털 증거가 진술자의 진술에 의해서 무분별하게 배척되는 결과가 초래되지 않도록 해야 할 것이다.

IV. 디지털 증거에 대한 허용기준의 재정립

1. 비진술증거에 대한 허용기준의 도입

디지털 증거는 훼손 및 개변조 등의 왜곡가능성에 취약하기 때문에 그것을 증거로 허용하기 위해서는 증거로 제시될 데이터의 무결성과 신뢰성을 보장할 수 있는 엄격한 판단기준이 필요하다고 보아야 한다. 특히 디지털 증거는 그 존재나 외관으로부터 법관의 추론을 이끌어낼 수 있는 물리적인 증거가 아니기 때문에 그 증거능력을 허용함에 있어

25) 설민수, “전자적 문서에 대한 증거조사, 증거능력과 전문법칙”, 인권과 정의, 2007, 139면, 141면.

서 일정한 제한이 가해질 필요가 있으며, 이는 디지털 증거가 가지는 증거가치를 최대한 이용하면서도 그 오류가능성을 배제하기 위한 증거능력의 제한요건이라 할 것이다.

이와 같이 비진술증거에 해당하는 디지털 증거의 법정증거 인정요건으로 제시해 볼 수 있는 것이 현재 우리 판례에서 사용되고 있는 무결성의 입증이다. 즉, 디지털 증거의 증거능력과 관련한 판례들에 있어서 증거능력 인정요건으로서 무결성 요건을 제시하고 있지만, 이는 우리 증거법이 허용하고 있는 규정은 아니다. 이와 같이 법상 명문규정이 없음에도 판례가 무결성을 디지털 증거의 증거능력 판단요건으로 제시하고 있는 것은, 디지털 증거가 다른 어떤 유형의 증거에 비하여도 훼손 및 개변조에 취약한 특성을 가지고 있기 때문에 증거로서 허용하기 위해서는 검토할 수 밖에 없는 불가피한 요건이라는 점을 법원이 이미 인정하고 있음을 보여주는 것이라 할 수 있다. 이와 같이 디지털 증거의 증거능력 허용요건으로서 무결성에 대한 판단이 필요한 것이라면 이를 해석론에 의지하기 보다는 명문화 하는 것이 보다 바람직한 해법이라 할 것이다.

다만 디지털 증거의 무결성 요건을 현재 판례에서 제시하고 있는 판단기준과 동일하게 절차적 기준의 준수를 중심으로 판단할 것인가는 좀더 논의할 필요가 있을 것이다. 즉 우리 판례가 제시하는 무결성 입증요소로서 일정한 절차적 기준의 준수는 보관의 연속성(Chain of Custody)을 의미하는데, 보관의 연속성만으로 원본 증거의 무결성을 보장할 수 있는지는 한계가 있다고 볼 수 있다. 즉, 압수의 대상이 된 원본 디지털 증거 자체가 이미 오염된 상태에 있거나 데이터의 정확성에 오류가 발생한 경우에는 보관의 연속성이 유지되었다고 하더라도 무결한 데이터라고 보기는 어렵기 때문이다. 이 경우 원본 디지털 증거가 생성된 시스템이나 산출결과에 대한 신뢰성을 입증할 필요가 있다고 볼 수 있으며, 따라서 보관의 연속성이 절차적·형식적 무결성이라고 한다면, 신뢰성 입증은 실체적 무결성이라고 볼 수 있을 것이다. 다만, 이에 대해서는 일단 보관의 연속성에 의해 디지털 증거에 대하여 형식적 무결성이 인정되는 경우 증거능력은 당연히 인정되는 것이며, 원본 디지털 증거 자체의 정확성 내지 실체적 무결성에 대한 판단은 단지 증명력의 판단영역에 속하는 것이라고도 볼 수는 있을 것이다.

2. 전문증거에 대한 허용기준의 재정립

현행 증거법상 전문진술에 해당하는 디지털 증거의 증거능력을 인정하기 위해서는 작성자 또는 진술자의 자필, 서명날인이라고 하는 형식적 진정성립요건을 충족해야 한다. 그러나 앞서 기술한 바와 같이 디지털 증거에 대해서는 자필 및 서명날인의 요건을 요구하는 것은 앞으로의 기술적 발전에 의해 디지털 자필 및 서명날인이 일상화될 때까지는 불가능에 가까운 일이라 할 것이다. 따라서 현재 판례에 있어서도 디지털 증거에 대해서는 형식적 진정성립과 관련하여 별도의 언급없이 실질적 진정성립 즉 작성자나 진술자의 공판정 진술에 의한 성립의 진정여부만을 판단대상으로 삼고 있다. 하지만 자필이나 서명날인에 준하여 작성자를 특정할 수 있는 방법이 없는 경우에는 형식적 진정성립이 부정되므로 그것만으로 증거능력이 허용되지 않는다고 보아야 함에도 판례에 의하면 실질적 진정성립에 의해 형식적 진정성립이 추정되고 있는 것으로 보여진다. 이는 합리적인 증거능력 입증방법이라고 보기는 어려울 것이다.

전문증거에 대한 자필 및 서명날인의 형식적 진정성립요건은 해당 증거의 작성자를 특정하고자 하는데서 요구되는 것이라 할 것이므로, 디지털 증거에 대해서도 해당 전자증거를 작성한 자의 확정문제로 바꾸어 생각해볼 필요가 있다.²⁶⁾ 즉 형식적 진정성립을 인정할 수 있는 객관적 사실이 존재하는 경우에는 자필 및 서명날인에 갈음할 수 있는 요건이 충족된다고 볼 필요가 있다는 것이다.

이와 같이 디지털 증거의 작성자를 특정할 수 있는 형식적 진정성립의 인정을 위한 객관적 사실로서 오기두 판사는 다음과 같은 요건들을 제시하고 있다.²⁷⁾ i) 해당 전자문서의 원본이나 출력문서에 문서작성자의 이름이 기재되어 있거나 그림 이미지에 의한 서명 또는 날인이 있는 사실, ii) 법령으로 인정되고 있거나 공사단체의 전산시스템으로 인정되는 전자서명이 있는 사실, iii) ID, PW, IP 정보, 메타데이터 등에 의해 전속적으로 피고인만 이용하는 컴퓨터임을 인정할 수 있는 사실, iv) 피고인만이 사용하는 이메일 계정으로 첨부파일 형태로 전송된 문자, 피고인이 사용하는 스마트폰, 휴대전화, 태블릿 PC 등으로 전송한 문자메시지, v) 피고인이 가입한 ISP 업체가 운영하거나 피고

26) 오기두, 앞의 논문, 13면.

27) 오기두, “피고인의 공판정 진술과 전자문서의 진정성립”, 사법 24호, 2013, 357-359면 참조.

인이 근무하는 공사단체에서 운영하는 게시판, 블로그, 인터넷 카페, SNS에 피고인이 사용하는 계정으로 게시하거나 전송한 전자문서인 사실, vi) 그 밖에 디지털 포렌식 과정에서 획득된 파일작성자의 특정자료 등²⁸⁾, vii) 디지털 증거수색·검증, 압수과정에서 확보한 피고인의 입력장치에 있는 지문, 필적 메모, 꼬리표, 암호화된 데이터에 접근할 수 있는 손으로 쓴 암호, 그 밖의 모니터, 프린터 등 연결장치에서 확보한 자료 등²⁹⁾이 그것이다.

그런데 이와 같이 작성자의 명의를 특정할 수 있는 객관적인 사실들 - ID, PW, IP 정보, 메타데이터, 작성자의 전속 컴퓨터, 전용 이메일 계정에 첨부된 파일, 도메인네임, 인증, 고유접속번호, 전자문서에 기재된 피고인 성명 및 인장이미지, 디스크나 출력문서에의 서명날인 등 - 이 존재함에도 불구하고 작성자나 진술자가 원본 증거의 작성사실을 부인하고 형식적 진정성립을 인정할 수 있는 객관적 사실을 전혀 인정하지 않는 경우에는 증거능력을 부인할 수 밖에 없는 불합리한 결과가 초래된다.³⁰⁾ 특히 판례는 실질적 진정성립의 입증수단을 원진술자의 진술만으로 제한하여 해석함으로써 결과적으로는 서명날인 등의 형식적 진정성립까지 원진술자의 인정여부에 좌우될 수 있는 불합리한 상황을 낳고 있다³¹⁾고 볼 수 있다. 이와 같이 작성자의 진술에 의하여 실질적 진정성립이 부인되면 객관적 사실에 의한 입증여부와 상관없이 증거가치가 부인된다고 하면 법관의 판단은 사실상 불필요하다고 볼 수 있다. 하지만 작성자는 진정성립을 증명할 수 있는 사실에 대하여 인정하는 진술을 하는 것 뿐이고 그 진술에 의해 진정성립을 인정할 수 있는지의 여부는 법원의 판단에 달려있다고 보아야 한다.³²⁾ 다만 디지털 증거에 대해서는 법관이 이러한 판단을 할 수 있는 법적인 근거가 미비되어 있기 때문에 피고

28) 오기두 판사가 예로서 들고 있는 것은 다음과 같다. “레지스터와 캐시내용, 메모리 내용, 네트워크 연결상태, 실행중인 프로그램 상태, 스왑 파일 시스템의 내용, 기타 하드디스크 등에 저장되어 있는 파일과 디렉토리에 대한 시간속성 정보 등과 같은 휘발성 데이터, 하드디스크, 플로피 디스크, CD, DVD, USB 메모리 등 비휘발성 장치로부터 획득된 데이터 분석자료, 프로그램의 원시코드나 프로그램 작동방식, 결과 등을 분석해내는 프로그램 소스분석 자료, 각종 디지털 전자기기에 대한 인식장치나 분석도구 등을 이용한 분석자료 등”; 오기두, 앞의 논문, 178면.

29) USDOT, Federal Guidelines for searching and seizing computers, IV. F. 2012; 오기두, 앞의 논문, 178면에서 재인용.

30) 오기두, 앞의 논문, 189면. ; 민사소송의 경우에 있어서는 당사자가 자신의 명의로 된 문서의 작성사실을 부인하더라도 다양한 방법으로 진정성립을 인정할 수 있도록 하고 있다는 점을 고려할 필요는 있다고 보여진다.

31) 이완규, “협박진술녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별- 대법원 2012.9.13. 선고 2012도7461 판결”, 저스티스 통권 제139호, 2013, 390면.

32) 오기두, 앞의 논문, 179면.

인 또는 특정한 작성자가 작성하거나 생성해낸 것이라는 사실이 합리적 의심없이 인정될 수 있는 객관적인 자료가 존재하는 경우에는 성립의 진정을 추정할 수 있도록 하는 입법적 해결이 필요하다고 할 것이다. 즉 공인전자서명을 기대하기 어려운 일반적인 전자문서의 경우 앞서 오기두 판사가 제시했던 자필 및 서명날인에 갈음하여 형식적 진정성립을 인정할 수 있는 기술적 표지 즉, ID, PW, IP정보, 메타데이터, 작성자의 전속 컴퓨터, 전용 이메일 계정에 첨부된 파일, 도메인네임, 인증, 고유접속번호, 전자문서에 기재된 피고인 성명 및 인장이미지, 디스크나 출력문서에의 서명날인 등이 존재한다면, 이에 대하여 객관적이고 중립적인 디지털 포렌식 전문가의 감정 등을 통해 작성자의 작성 사실을 입증하고, 이를 바탕으로 성립의 진정을 추정할 필요가 있다는 것이다.³³⁾

한편 실질적 진정성립과 관련하여 오기두 판사는 “전자문서에 관한 실질적 진정성립은 해당 출력문서의 원본인 전자파일의 문서의 입력, 저장, 전송, 보관, 출력 등의 모든 정보처리과정에 이용된 컴퓨터 시스템이나 관련 프로그램에 기계적·기술적 신뢰성이 있다는 것을 의미”한다고 보아, 작성자의 의사에 반한 입력·저장·전송·출력이 존재하지 않고, 컴퓨터 시스템의 이상, 보안규정 미준수 등의 사실이 존재하지 않는 경우에는 표의자의 진술내용대로 전자증거가 작성되었다는 것이 입증될 수 보고 있다.³⁴⁾ 다만 이와 같이 해석하더라도 현행규정상으로는 시스템이나 프로그램 등 정보처리과정의 진실성에 대하여 작성자의 진술이 있을 것을 전제로 해서만 가능하다고 보고 있다. 입법적 해결이 이루어지지 않은 상태에서 해석상으로 이와 같이 실질적 진정성립에 대한 입증을 요구하게 되면 오히려 디지털 증거의 증거능력을 인정하는 것이 훨씬 더 어렵게 될 가능성이 있다고 보여진다는 점에서 동의하기는 어려운 해석이라 할 것이다. 하지만, 입법적 해결을 전제로 한다면 실질적 진정성립을 인정할 수 있는 합리적인 입증방식이 될 수 있을 것으로 생각된다.

33) 이숙연, 앞의 논문, 271면.

34) 오기두, 앞의 논문, 13면.

V. 입법적 제언 및 결론

디지털 증거의 증거능력과 관련한 논의의 방향을 보면, 기존의 다른 유형의 증거와 달리 볼 이유가 없으므로 현행 규정을 통해 그 증거능력의 인정여부를 판단하면 된다고 하는 입장과 디지털 증거는 기존의 어떤 유형의 증거와도 비교하기 어려운 특성을 갖고 있기 때문에 그 특성에 부합하는 증거능력 인정요건을 별도로 마련할 필요가 있다는 입장으로 나뉘어지고 있는 듯 하다. 하지만 이러한 논의들은 정보화 사회가 가져온 새로운 형태의 범죄증거로서 증거의 존재양식 자체가 달라진데 따른 형사절차상의 혼란을 최소화하고자 하는 또 다른 표현에 다름이 아닌가 한다.

증거로서의 존재양식이 달라졌다고 해도 그것이 지니고 있는 증거가치나 사실을 증명하는 내용까지 달라지는 것은 아니라는 점에서 보면 기존의 다른 유형의 증거와 달리 볼 것은 아니지만, 그 성상 자체가 디지털 기술에 기반한 정보의 구현이라는 형태로 나타나고 있기 때문에 디지털 기술의 정확성의 이면에 존재하는 근본적인 취약성으로 인한 증거가치에 대한 우려 내지 불신이 증거능력에 대한 입증요건을 판단함에 있어서도 내재되어 있음을 볼 수 있다. 즉 디지털 증거는 기술적 취약성과 위변조 용이로 말미암아 증거로서의 견고함을 갖추 수는 없지만, 모든 국민들의 일상이 디지털기술과 연계되어 있는 현 시점에서 그로부터 생성되는 디지털 증거의 증거가치는 어느 유형의 증거에 비할 수 없을 만큼 중요하다고 볼 수 있다.

따라서 디지털 증거가 지닌 증거가치를 최대한 활용하기 위해서는 그 전제로서 먼저 증거로서의 취약성을 극복할 수 있는 법적인 장치들이 갖추어질 필요가 있다. 이러한 법적인 장치 없이 현행 규정의 해석만으로는 디지털 증거의 증거가치를 이용하는 데는 한계가 있을 수 밖에 없고, 오히려 디지털 증거의 취약성을 이용하여 명백한 증거를 무용화시킴으로서 실체적 진실의 발견이 저해되는 결과를 초래할 수도 있는 것이다.

현재 디지털 증거의 증거능력과 관련한 우리 판례의 태도를 보면, 증거능력에 대한 판단을 함에 있어서 다양한 입증요건들을 제시함으로써 디지털 증거의 취약성으로 인해 증거가치가 훼손되지 않았을 것을 무엇보다 중요하게 생각하고 있는 것으로 보여진다. 다만 판례가 제시하고 있는 입증요건들이 법률상의 규정에 근거를 두지 않고 있다는데

문제가 있다고 보여지는데, 이는 디지털 증거의 증거능력에 대한 규범적 판단을 함에 있어서 디지털 증거의 기술적 특성을 고려하지 않게 되면 그 증거가치의 정확성과 신뢰성에 대한 제대로 된 판단을 하기 어렵다는 인식에서 비롯된 것이라 생각된다.

현행 증거규정에 대한 엄격한 해석에 기인하게 되면 비진술증거인 디지털 증거에 대해서는 원본과 사본의 동일성 외에는 법정인정요건이 없다고 볼 수 있고, 전문법칙이 적용되는 진술증거인 경우에는 원본과 사본의 동일성 외에 자필과 서명날인, 작성자의 진술이라는 요건으로 증거능력을 판단할 수 밖에 없다. 이 경우 디지털 증거의 취약성을 배제할 수 있는 어떠한 요건도 개입할 수 없게 됨으로 인해 증거로서의 근본적인 신뢰를 부여받는 것이 대단히 어려울 수 밖에 없을 뿐 아니라, 자필과 서명날인이라고 하는 것이 디지털 정보에 있을 것을 기대할 수 없다는 것이 명백함에도 이를 입증요건으로 요구한다는 것은 대단히 불합리한 것이라 할 것이다.

따라서 디지털 증거의 증거능력에 대한 입법적 흠결에서 비롯될 수 있는 비합리적인 사법적 판단이 이루어지지 않기 위해서는 입법적 해결이 우선될 필요가 있다는 것은 자명한 사실이라 할 것이다. 실제 현행 형사소송법 제313조에 의하면 기술적으로 분명한 진정성립 인정자료가 있다고 하더라도 원진술자가 공판정에서 부인하면 진정성립을 인정할 수 없고 따라서 증거로서 허용할 수 없다³⁵⁾고 하는 법적 판단이 이루어지고 있으며, 이는 비판의 대상이 되고 있다.

디지털 증거의 증거능력에 대한 입법적 해법은 비진술증거에 대한 입증요건과 전문법칙 적용대상 진술증거에 대한 입증요건으로 나누어 제시해 볼 수 있을 것이다.

먼저 비진술증거인 디지털 증거의 증거능력 입증요건으로는 판례에서 현재 제시하고 있는 무결성 요건을 명문화하는 것이 필요하다고 보여진다. 무결성 요건은 디지털 증거의 취약성으로 인한 증거가치의 훼손을 배제함으로써 입증의 신뢰를 확보할 수 있게 한다는 점에서 필요불가결한 요건이라고 보아야 할 것이다. 그리고 이 경우 디지털 증거의 무결성은 절차적 무결성(보관의 연속성)과 실체적 무결성(시스템과 처리과정의 정확성)이라는 관점에서 검토할 필요가 있다고 생각한다.

다음으로 전문법칙의 적용대상인 디지털 증거의 증거능력과 관련해서는 특히 형사소송법 제313조에 대한 개정을 통해 형식적 진정성립 요건과 실질적 진정성립 요건에 대

35) 오기두, 앞의 논문, 198면.

한 입법적 개선이 있어야 할 것으로 생각한다. 현행 규정에 의한 형식적 진정성립의 요건인 자필 및 서명날인은 디지털 증거에 적합하고 작성자를 특정할 수 있는 기술적 표지 - 공인전자서명, ID, PW, IP정보, 메타데이터, 작성자의 전속 컴퓨터, 전용 이메일 계정에 첨부된 파일, 도메인네임, 인증, 고유접속번호, 전자문서에 기재된 피고인 성명 및 인장이미지 등 -가 존재하는 경우에는 그에 갈음하여 형식적 진정성립을 인정할 수 있도록 해야 할 것이다.

그리고 이러한 형식적 진정성립 요건이 존재하는 경우라 하더라도 현행 규정에 의하면 작성자 혹은 진술자의 진술에 의해 부인되면 실질적 진정성립이 인정되지 않음으로 인해 증거능력이 부정될 수 밖에 없다. 따라서 기술적으로 정확하고 신뢰할 수 있는 증거임에도 증거능력이 부인되는 불합리한 결과를 초래하지 않기 위해서는 객관적이고 중립적인 디지털 포렌식 전문가의 감정이나 해당 디지털 증거의 생성부터 출력에 관여한 시스템이나 처리과정의 정확성을 설명할 수 있는 전문가의 증언 등이 있는 경우에는 진술자나 작성자가 부인하더라도 성립의 진정을 추정할 수 있도록 할 필요가 있다고 본다. 다만 이 경우 전문법칙의 취지인 반대신문기회의 보장이라는 점을 유지하기 위해서는 피고인이 해당 디지털 증거의 진정성립에 대하여 의견을 진술할 수 있는 기회를 보장하는 것이³⁶⁾ 바람직하다 할 것이다.

36) 오기두, 앞의 논문, 199면.

형사증거법상 디지털 증거의 증거능력

- 증거능력의 선결요건 및 전문법칙의 예외요건을 중심으로 -



김윤섭 ■ 서울동부지검 검사

박상용 ■ 대전지검 천안지청 검사

형사증거법상 디지털 증거의 증거능력

- 증거능력의 선결요건 및 전문법칙의 예외요건을 중심으로 -

■ 김윤섭 (서울동부지검 검사)

■ 박상용 (대전지검 천안지청 검사)

I. 서

과학기술의 발달로 현대사회의 기록매체에는 많은 변화가 생겼다. 펜을 이용하여 종이에 문서를 작성하여 보관하는 전통적인 방식에서 진술을 녹음 또는 녹화하여 전자파일에 수록하거나 컴퓨터, 인터넷 등 정보처리시스템을 이용하여 디지털 형태로 전자문서를 작성, 송수신, 저장하는 방식까지 기록매체가 더 다양화된 것이 그것이다.

이에 따라 형사증거 또한 디지털 형태로 저장된 증거를 수집하는 경우가 많아지고, 디지털 증거의 중요성도 점점 커지고 있다. 그런데 디지털 증거는 저장매체에 저장되는 정보의 대량성, 저장매체 자체에서는 필요한 정보를 볼 수 없고 필요한 매체를 통해서만 인식할 수 있다는 무체정보성, 정보를 복사하기 쉽고 원본과 복사본의 구별이 거의 불가능하다는 복제용이성, 정보를 변조, 삭제하는 것이 매우 용이하다는 취약성, 인터넷 등의 네트워크를 통하여 전송될 수 있다는 네트워크 관련성 등의 특성을 가지고 있다.

형사소송법 제307조 제1항은 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다”라고 증거재판주의를 규정하고 있으므로 디지털 증거를 유죄 인정의 증거로 쓰기 위해서는 형사소송법에 정한 증거능력 요건을 갖추어야 할 것이다. 그런데 형사소송법은 서류, 조서, 진술, 물건 등 전통적인 형태의 증거를 전제로 만들어진 규범체계로 위에서 본 전자정보 형태인 디지털 증거의 특성을 충실히 반영하지 못하고 있다. 따라서 디지털 증거의 증거능력을 다루기 위해서는 적절한 해석이 필요하고, 해석론으로 부족할 경우에는 입법론적 개선도 필요할 것이다.

디지털 증거가 증거능력을 갖기 위해서는 현행법상 다음과 같은 요건이 충족되어야 한다.

첫째, 증거 수집의 절차가 적법하여야 한다. 적법절차를 따르지 않고 위법하게 수집된 증거는 원칙적으로 증거능력이 부정되므로, 디지털 증거 수집 역시 적법하여야 한다. 이 요건과 관련하여 주로 디지털 증거의 압수수색 과정에서 디지털 증거의 대량성·무체정보성 등으로 인하여 범죄혐의와의 관련성, 압수수색의 대상 및 범위, 집행절차와 방법, 1차적 압수수색 후 피의자의 참여권 보장 등의 문제 등이 발생된다.

둘째, 디지털 증거 특유의 선결요건으로서 증거의 원본성(또는 원본과의 동일성) 및 무결성이 요구된다. 증거의 진정성은 디지털 증거뿐만 아니라 형사법상 증거에 있어서 보편적으로 당연히 요구되는 요건이나,¹⁾ 디지털 증거의 매체독립성, 복제용이성, 취약성 등으로 인하여 진정성을 어떻게 인정할 수 있을지와 관련하여 특유의 요건이 문제된다.

셋째, 위 첫째와 둘째 요건이 모두 충족되었더라도 디지털 증거가 전문증거로서 전문법칙의 적용을 받는다면 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술에 대신하여 증거로 쓸 수 있는 전문법칙의 예외요건을 갖추지 않는 한 증거능력이 없다. 여기서 형사소송법상 엄격히 제한되어 있는 전문법칙의 예외가 디지털 증거에도 적용되는지, 적용된다면 어떤 요건을 필요로 하는지 문제된다.

이 글에서는 형사증거법의 일반적 원리인 절차적 적법성과 관련된 위법수집증거 배제법칙에 대한 논의는 제외하고, 우선 디지털 증거의 의미와 특성에 대해 간략히 논의한 후 1) 디지털 증거의 원본성 및 진정성을 어떻게 인정할 수 있을 것인지의 문제, 그리고 2) 전문법칙의 적용 여부 및 예외요건의 적용 문제에 대해 판례의 태도를 분석하고 해석을 통한 해결과 함께 입법론적 개선 방안이 있는지 논의하고자 한다.

1) 검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건도 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다(형사소송법 제318조 제1항).

Ⅱ. 디지털 증거의 의미와 특성

1. 디지털 증거의 의의

디지털 증거(Digital Evidence)를 문언적으로 정의하면 ‘디지털’ 즉, “정보의 표기 및 저장이나 전달의 형태가 0과 1의 조합인 이진수 방식으로 이루어진 증거로서의 가치를 지닌 정보”를 말한다.²⁾

디지털 증거를 결정짓는 표지는 그 내용이 아니라 형식이라고 할 것이다. 예를 들어 디지털 카메라로 사진을 촬영하였다고 하더라도 이를 출력한 사진물은 전통적 의미의 증거방법이나, 사진의 이미지 파일 자체는 디지털 증거이다. 증거 방법의 원본으로서 수집될 때 그것이 디지털 정보였다면 디지털 증거가 되는 것이다. 따라서 디지털 정보는 “디지털 매체에 보관되어 있거나 디지털 매체를 통하여 전송되는 증거로서의 가치를 지닌 정보”를 디지털 증거라고 할 수 있을 것이다.³⁾ 대검찰청 예규인 ‘디지털 증거 수집 및 분석 규정’에서도 디지털 증거에 대해 “범죄와 관련하여 디지털 형태로 저장되거나 전송되는 증거로서의 가치가 있는 정보”로 정의하고 있다.⁴⁾

우리나라 법률에서는 ‘디지털’이라는 용어보다는 ‘전자적’이라는 용어를 넓게 사용하고 있고, 형법에서도 ‘전자기록’이라는 용어를 사용하고 있다. 다만 형사소송법 제106조 제3항에서는 “압수의 목적물이 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출”하도록 규정하고 있고, 대법원은 소위 ‘일심회 사건’에서 “압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건이 증거로 사용되기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성이 인정되어야 할 것”이라고 판시하고 있다. 이는 디지털 증거 자체보다는 ‘컴퓨터용

2) 지식경제용어사전, 산업통상자원부, 2010. 11. (<http://terms.naver.com>); 이숙연, “디지털증거 및 그 증거능력과 증거조사방법: 형사절차를 중심으로 한 연구”, 사법논집 제53집(2011), 249면.

3) 권오걸, “디지털 증거의 개념·특성 및 증거능력의 요건”, IT와 법연구 제5집(2011.2.), 296면.

이 논문에서는 정보의 내용에 따라서 디지털 증거와 아날로그증거를 구별하는 것은 설득력이 없다고 하면서 디지털 증거는 ‘디지털 매체에 보관되어 있거나 디지털 매체를 통하여 전송되는 정보’라고 하고 있다. 저장이나 전송 형식에 따른 ‘디지털 정보’에 대한 정의에는 찬동하나 ‘디지털 정보’와 ‘디지털 증거’는 구별되어야 한다는 점에서 ‘증거로서의 가치를 지니는 정보’라는 표지를 추가하였다.

4) 디지털 증거 수집 및 분석 규정 제3조 제1호.

디스크와 이와 비슷한 정보저장매체’, ‘디지털 저장매체’ 등 매체를 지칭하며, 그에 저장된 정보로 간접적으로 지칭하고 있다.

‘전자’ 정보란 ‘전기와 자기신호를 이용하여 저장된 정보’로 이는 디지털 방식과 아날로그 방식을 포괄하고 있는 개념이다. 예를 들어 음성녹음의 경우 ‘mp3’ 파일로 저장된 것은 디지털 방식이나 ‘카세트테이프’에 녹음된 것은 아날로그 방식이다. ‘mp3’ 파일이나 ‘카세트테이프’ 음원 모두 전자정보에 해당하나 ‘카세트테이프’에 저장된 음원은 디지털정보라고 할 수 없다. 따라서 ‘전자증거’ 혹은 ‘전자적 증거’라고 할 경우 이는 디지털 증거를 포괄하는 개념이다.

생각건대, 아날로그 방식을 사용하는 녹음테이프나 비디오테이프가 점차 사라지고 있어 전자증거에서 디지털 증거가 아닌 증거가 차지하는 비중이 급격히 감소하고 있는 점, 우리나라 법률 중 대다수는 ‘디지털’이라는 용어 대신 ‘전자적’이라는 표현을 사용하고 있는 점 등을 고려할 때 전자 증거를 디지털 증거와 같은 의미로 사용하더라도 개념상의 혼동은 크지 않다.⁵⁾

2. 디지털 증거의 특성

가. 매체독립성, 무체정보성(비가시성, 비가독성)

디지털 증거는 ‘유체물’이 아니고 각종 디지털 매체에 저장된 혹은 전송중인 ‘정보’ 그 자체⁶⁾라는 점에서 어떤 형태의 매체에 저장되어 있든 동일한 가치를 지니고 있어 매체로부터 독립되어 있다. 즉, 사진 파일이 디지털 카메라에 저장되어 있든 컴퓨터 하드 디스크에 저장되어 있든 그 가치는 동일하다. 동시에 디지털 증거 그 자체는 사람의 시각으로 곧바로 인식할 수 없고 변환절차를 거쳐 화면상 이미지 형태나 프린터로 출력·인쇄된 형태로 현출되었을 때야 이를 인식할 수 있다는 점에서 무체정보이다. 법정에서 증거조사를 위해서는 디지털 증거의 가시화·가독화를 위한 변환절차가 필요하게 되므로 증거의 원본성이 문제된다.

5) 이숙연, 앞의 논문, 251면.

6) 양근원, “디지털 증거의 특징과 증거법상의 문제 고찰”, 한국경찰학회보 제12호, 한국경찰학회(2006). 181면.

나. 복제용이성

디지털 증거는 0과 1의 전자적 형태로 되어 있어 반복된 복사과정에서도 질적 저하 없이 원본과 동일하게 복제될 수 있다.⁷⁾ 아날로그 형태의 신호를 복사하는 경우에는 복사본의 신호가 원본의 신호보다 S/N(신호/잡음)비가 감소하므로 이론적으로 원본과 복사본의 구별이 가능하다. 그러나 디지털 신호의 경우 신호의 유무만을 검출하면 소기의 목적을 달성할 수 있으므로 원본의 신호형태를 복사하는 것이 아니라 신호의 유무만을 검출한 후 디지털 형태의 신호를 다시 만들어서 기록하게 된다.⁸⁾ 따라서 디지털 증거의 경우 원본과 복사본의 구별이 불가능하게 된다.

다. 취약성(변조용이성)

디지털 증거는 위·변조 및 삭제가 매우 용이한 반면, 그 사실을 밝혀내기가 어려워 법정에 제출된 디지털 증거에 대한 조작 여부나 증거획득 과정에서 적정한 절차가 지켜졌는지가 문제된다.⁹⁾ 결국 이는 디지털 증거의 증거능력 인정의 선결요건인 진정성 내지 무결성 요건이 구비되었는가의 문제와 연결된다.

라. 대량성

저장기술의 발전으로 방대한 분량의 디지털정보를 매우 작은 저장매체에 저장할 수 있게 되었다. 현대인 대부분이 휴대하고 있는 휴대폰에도 엄청난 양의 디지털정보를 저장할 수 있다. 따라서 어떠한 범죄 혐의를 규명하기 위하여 디지털 저장 매체를 압수·수색할 경우 방대한 디지털 정보 중 해당 범죄혐의와 관련된 정보만 압수수색하는데 어려움이 따를 수 있고, 이에 따라 위법수집증거 배제법칙의 적용에 관한 여러 가지 문제가 발생할 수 있다.

7) 이성진 등, “해킹피해시스템 증거물 확보 및 복원에 관한 연구”, 한국정보보호진흥원, 2002, 150면.

8) 이성진, “디지털 포렌식 기술 발전 방안”, 디지털 포렌식 연구, 2007. 11., 2면.

9) 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교 법학 박사학위 논문, 2010, 14면.

마. 네트워크 관련성

디지털 증거는 인터넷을 비롯한 각종 네트워크를 통하여 전송될 수 있는 특성이 있다. 또한 인터넷 서비스, 클라우드 서비스 등의 증가로 디지털 증거를 네트워크를 이용하여 제3자가 관리하는 서버에 저장하는 경우도 늘어나고 있다. 그 결과 압수수색 장소의 특정 문제, 토지관할의 문제, 나아가 국내에서의 법 집행의 한계 문제 등이 생길 수 있다.

Ⅲ. 증거능력 인정의 선결요건

1. 원본성 및 진정성

가. 원본성의 문제

원본성은 원본이 증거로 제출되어야 한다는 것으로 미국에서는 ‘서면, 녹음, 사진의 내용을 증명하기 위해 가급적 원본에 의하여 입증되어야 한다’라는 최량증거원칙(The Best Evidence Rule)으로 확립되어 있다.¹⁰⁾

이는 디지털 증거의 무체정보성과 관련되어 문제된다. 즉, 비가시적이고 비가독적인 디지털 증거는 법정에 가시성, 가독성이 있는 형태로 변환시켜 제출되어야 할 것인데 이것이 증거의 원본성을 충족할 수 있을 것인가 하는 문제이다.

그런데 현행 형사소송규칙은 제134조의7(컴퓨터디스크 등에 기억된 문자정보 등에 대한 증거조사)에서 “① 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 ‘컴퓨터 디스크 등’)에 기억된 문자정보를 증거자료로 하는 경우에는 읽을 수 있도록 출력하여 인증한 등본을 낼 수 있다. ② 컴퓨터디스크 등에 기억된 문자정보를 증거로 하는 경우에 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 컴퓨터디스크 등에 입력한 사람과 입력한 일시, 출력한 사람과 출력한 일시를 밝혀야 한다. ③ 컴퓨터

10) 원본문서원칙(original document rule)로도 불린다.

디스크 등에 기억된 정보가 도면·사진 등에 관한 것인 때에는 제1항과 제2항의 규정을 준용한다”라고 디지털 증거 제출방법에 대해 규정하고 있어 원본성의 문제를 입법적으로 해결하고 있다.

나. 진정성의 문제 - 동일성, 무결성과 신뢰성

디지털 증거의 진정성은 제출된 증거가 저장·수집과정에서 오류가 없으며 특정한 사람의 행위 결과가 정확히 표현되었고 그로 인해 생성된 자료인 것으로 인정되어야 한다는 것이다.¹¹⁾ 미국법상 진정성(authenticity)은 법원에 제출된 증거가 증거제출자가 입증을 위하여 주장하는 바로 그것이라는 것을 말한다.¹²⁾ 원본보다는 주로 사본을 제출하거나 그 출력본을 제출하는 디지털 증거의 속성상 증거의 진정성은 디지털 증거의 선결요건으로 원본과의 동일성 내지 무결성, 신뢰성 요건과 연결된다.

디지털 증거는 다른 증거와는 달리 훼손, 변경이 아주 용이하다는 특성이 있으므로 최초 증거가 저장된 저장매체에서 법정에 제출되기까지 훼손이나 변경이 없어 원본과의 동일성이 입증되어야 한다. 또한 디지털 증거에 대한 수집·분석·보관·처리 법정제출 과정에서 많은 사람들의 행위가 개입되게 되는데 이 경우 각 행위 시마다 적용된 과학적 원리 또는 이론을 구현한 기술의 신뢰성, 그 기술을 실제 적용하는 과정의 타당성이 입증되어야¹³⁾ 원본 데이터의 무결성이 그대로 유지되고 있다는 절차적 보증이 필요하다. 결국 진정성을 확보하기 위하여 동일성, 무결성, 신뢰성이 모두 충족되어야 한다.

대검예규인 ‘디지털 증거 수집 및 분석 규정’에서도 제4조(디지털 증거의 무결성 유지)에서 “디지털 증거는 압수·수색·검증한 때로부터 법정에 제출하는 때까지 훼손 또는 변경되지 아니하여야 한다.”라고 규정하고, 제20조(디지털 증거의 무결성 유지 등을 위한 조치)에서 “정보저장매체등의 봉인 해제, 이미지 파일로 복제, 디지털수사통합업무관리시스템에 등록하는 과정은 사진을 촬영하는 등 디지털 증거의 진정성, 무결성, 신뢰성 유지를 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

11) 양근원, “디지털 포렌식과 법적문제 고찰”, 형사정책연구 제17권 제2호(2006), 235면.

12) FRE 901, Requirement of Authentication or Identification, 김재봉, “디지털 증거의 증거능력요건으로서 동일성과 그 확보방법”, 법학논집, 제31집 제1호, 176면에서 재인용.

13) 김재봉, “디지털 증거의 증거능력요건으로서 동일성과 그 확보방법”, 법학논집 제31집 제1호, 177면.

다. 판례

대법원은 이른바 ‘영남위원회 사건’¹⁴⁾에서 피고인 측이 “컴퓨터 증거가 위조, 변조의 위험성을 가지고 있기 때문에 적절한 절차에 의해 수집이 되어야 하고 수사기관이 이를 이행하지 않았기 때문에 압수방법이 위법할 뿐만 아니라 압수된 이후 조작될 가능성도 있다”라고 주장하자, “컴퓨터 디스켓을 압수함에 있어 위조, 변조 등의 위험을 피하기 위하여 피고인들이 주장하는 바와 같은 방법을 취하는 것이 바람직하다 하더라도 이는 단지 압수방법의 적정 여부에 관한 것일 뿐 그와 같은 조치를 취하지 않은 것이 반드시 위법한 것이라고는 할 수 없다”라는 이유로 이를 배척하였다.

그러다가 이른바 ‘일심회 사건’¹⁵⁾에 이르러 “압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건이 증거로 사용되기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성이 인정되어야 할 것인데, 그 동일성을 인정하기 위해서는 디지털 저장매체 원본이 압수된 이후 문건 출력에 이르기까지 변경되지 않았음이 담보되어야 하고 특히 디지털 저장매체 원본에 변화가 일어나는 것을 방지하기 위해 디지털 저장매체 원본을 대신하여 디지털 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체로부터 문건이 출력된 경우에는 디지털 저장매체 원본과 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 한다. 나아가 법원 감정을 통해 디지털 저장매체 원본 혹은 ‘하드카피’·‘이미징’한 매체에 저장된 내용과 출력된 문건의 동일성을 확인하는 과정에서 이용된 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다.”라고 판시하여 디지털 증거의 선결요건으로서 동일성, 신뢰성의 문제를 정면으로 다루면서 이를 요건으로 실시하였다.

또한 이른바 ‘왕재산 사건’¹⁶⁾에서도 “압수물인 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하기 위해서는 정보저장매체 원본에 저장된 내용과 출력 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 정보저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 사정, 즉

14) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결.

15) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결.

16) 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결.

무결성이 담보되어야 한다. 특히 정보저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체로부터 출력한 문건의 경우에는 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 할 뿐만 아니라, 이를 확인하는 과정에서 이용한 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다.”라고 판시하여 동일성, 무결성, 신뢰성 요건을 디지털 증거의 선결요건으로 보았다.

2. 진정성 인정을 위한 방법

가. 문제점

위와 같은 디지털 증거의 선결요건으로서 진정성 즉, 동일성, 무결성 및 신뢰성을 어떻게 인정할 것인가의 문제이다. 이는 디지털 증거의 복제용이성, 취약성을 인정하면서도 어떠한 방법을 통하여 증거를 수집하고 현출하였을 때 위 특성에도 불구하고 동일성, 무결성 및 신뢰성이 갖추어진 것으로 볼 것인가 하는 것이다.

나. 판례의 태도

(1) 일심회 사건

이른바 ‘일심회 사건’의 1심¹⁷⁾에서는 “압수물인 각 원본 디지털 저장매체는 압수수색 영장을 통해 압수된 후 그 자리에서 봉인되었고, 피고인들은 수사기관에서 위 압수물에 대하여 카피 작업을 하거나 이미징 작업을 하기 위해 봉인을 해제하는 과정과 작업을 한 후 재봉인하는 과정에 참여한 사실, 수사기관에서는 압수물의 봉인 및 봉인해제, 재봉인시에 항상 피고인들로부터 확인서를 받았고, 위 압수물을 포장한 밀봉 봉투 개폐 부분에도 피고인들의 서명무인을 받았으며, 봉인 및 봉인해제, 재봉인의 전 과정을 캡코더

17) 서울중앙지방법원 2007. 4. 16. 선고 2006고합1365 판결.

로 녹화한 사실, 압수물인 디지털 저장매체 원본에 액세스할 경우 원본에 변화가 일어나게 되므로, 압수물인 디지털 저장매체 원본에 쓰기방지장치를 사용하고 이미징 장비를 통해 ‘이미징’ 작업을 하였고, 그렇게 작성된 이미지가 법원에서의 검증절차의 대상이 된 사실을 인정할 수 있고, 또한 위 이미지 파일은 전세계적으로 많이 사용되고 있는 엔케이스 프로그램을 이용하여 작성되었는데, 디지털 저장매체 원본의 해쉬값과 이미징 작업을 통해 생성된 이미지 파일의 해쉬값은 동일한 점이 인정된다.”라고 사실인정을 하였다.

그 결과 ① 압수수색영장에 의해 피고인들의 주거지 또는 사무실 등에서 압수된 각 디지털 저장매체 원본들은 피고인들의 참여 하에 이미징 작업을 하는 경우를 제외하고는 계속 봉인되어 있었으므로, “압수된 이후 법원에서의 검증절차에 이르기까지 보관과정의 신뢰성”이 인정되고, ② 디지털 저장매체 원본과 이미지 파일 사이에 디지털 기기 등의 데이터가 서로 일치함을 증명하는 방법으로 일반적으로 이용되는 해쉬값이 동일하므로 “디지털 저장매체 원본과 이미지 파일 사이의 데이터의 동일성”이 인정되며, 한편 ③ “피고인들 및 검사, 변호인들이 모두 참여”한 가운데 이 법원의 전자법정시설 및 엔케이스 프로그램을 이용하여 법원의 검증절차가 이루어졌는바, ④ 검증 당시 규격에 적합한 컴퓨터와 엔케이스 프로그램을 이용하여 적절한 방법으로 검증절차가 진행되었으므로, “컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력, 처리, 출력의 각 단계에서의 컴퓨터 처리과정의 정확성, 조작자의 전문적 기술능력 등”의 요건이 구비되었고, ⑤ 위와 같은 검증절차를 거쳐, “디지털 저장매체 원본을 이미징한 파일에 수록된 컴퓨터파일의 내용이 압수물인 디지털 저장매체로부터 수사기관이 출력하여 제출한 문건들에 기재된 것과 동일하다는 점”이 확인되었으므로, 증거로 거시된 문건들은 증거능력이 적법하게 부여되었다고 판시하였다. 이로써 디지털 증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건으로 보관과정의 신뢰성, 데이터 및 그 출력물의 동일성, 당사자의 참여, 검증의 정확성 및 신뢰성 등의 요건과 이를 확보하기 위한 방법을 제시하였다.

한편 ‘일심회 사건’의 항소심¹⁸⁾에서는 압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 증거능력에 대하여 “위 인정사실과 같이 국가정보원에서 위 디지털 저장매체를 압수, 봉인, 봉인 해제 및 복제를 할 때 항상 해당 피고인 측에서 입회하여 그 과정을 확인한

18) 서울고등법원 2007. 8. 16. 선고 2007노979 판결.

이상, 국가정보원에서 위 디지털 저장매체를 복제할 때 해쉬값을 작성하지 않았다고 하더라도, 위 디지털 저장매체에 담긴 파일의 내용이 국가정보원의 수사과정에서 변경되었을 가능성은 거의 없다고 봄이 타당하다”라고 하여 해쉬값이 없더라도 피고인 측에서의 참여가 보장되었다면 동일성과 무결성을 인정할 수 있다고 판시하였다. 그리고 디지털 저장매체에서 출력되어 증거로 제출된 문건의 내용과 위 디지털 저장매체에 담겨 있던 원 자료내용의 동일성에 대하여도 원심의 판단은 정당하다고 판시하며, 원본과의 동일성, 무결성 및 신뢰성을 인정하면서 피고인 측의 변조 주장을 배척하였다.

이어서 대법원 역시 원심의 판단이 정당하다고 판시하며 증거능력을 인정하였다.¹⁹⁾

(2) 왕재산 사건

대법원은 이른바 ‘왕재산 사건’에서 “출력 문건과 정보저장매체에 저장된 자료가 동일하고 정보저장매체 원본이 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 점은, 피압수·수색 당사자가 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체의 해쉬(Hash) 값이 동일하다는 취지로 서명한 확인서면을 교부받아 법원에 제출하는 방법에 의하여 증명하는 것이 원칙이나, 그와 같은 방법에 의한 증명이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는, 정보저장매체 원본에 대한 압수, 봉인, 봉인해제, ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 등 일련의 절차에 참여한 수사관이나 전문가 등의 증언에 의해 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이의 해쉬값이 동일하다거나 정보저장매체 원본이 최초 압수 시부터 밀봉되어 증거 제출 시까지 전혀 변경되지 않았다는 등의 사정을 증명하는 방법 또는 법원이 그 원본에 저장된 자료와 증거로 제출된 출력 문건을 대조하는 방법 등으로도

19) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결의 원문은 다음과 같다.

“국가정보원에서 피고인들 혹은 가족, 직원이 입회한 상태에서 원심 판시 각 디지털 저장매체를 압수한 다음 입회자의 서명을 받아 봉인하였고, 국가정보원에서 각 디지털 저장매체에 저장된 자료를 조사할 때 피고인들 입회하에 피고인들의 서명무인을 받아 봉인 상태 확인, 봉인 해제, 재봉인하였으며, 이러한 전 과정을 모두 녹화한 사실, 각 디지털 저장매체가 봉인된 상태에서 서울중앙지방검찰청에 송치된 후 피고인들이 입회한 상태에서 봉인을 풀고 세계적으로 인정받는 프로그램을 이용하여 이미징 작업을 하였는데, 디지털 저장매체 원본의 해쉬(Hash) 값과 이미징 작업을 통해 생성된 파일의 해쉬값이 동일한 사실, 제1심 법원은 피고인들 및 검사, 변호인이 모두 참여한 가운데 검증을 실시하여 이미징 작업을 통해 생성된 파일의 내용과 출력된 문건에 기재된 내용이 동일함을 확인한 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 출력된 문건은 압수된 디지털 저장매체 원본에 저장되었던 내용과 동일한 것으로 인정할 수 있어 증거로 사용할 수 있고, 같은 취지의 원심의 판단은 정당하다.”

그와 같은 무결성·동일성을 인정할 수 있다고 할 것이며, 반드시 압수·수색 과정을 촬영한 영상녹화물 재생 등의 방법으로만 증명하여야 한다고 볼 것은 아니다.”라고 판시하였다.

다. 소결

판례는 ‘일심회 사건’이나 ‘왕재산 사건’에서 원본의 계속적 봉인, 해쉬값의 동일성, 피고인 측의 절차 참여, 이용된 컴퓨터프로그램의 정확성, 처리과정의 정확성 및 전문성, 검증절차의 신뢰성 등이 확인되는지 여부를 살피면서도 어떤 특정 조건의 준수만을 반드시 요구하는 아니라 제반 사정을 고려하여 비교적 다양한 방법으로 그 진정성을 판단하고 있다. ‘일심회 사건’의 항소심에서 해쉬값이 없더라도 피고인 측에서의 참여가 보장되었다면 동일성과 무결성을 인정하고 있는 것과 ‘왕재산 사건’에서 해쉬값의 동일성을 피처분자의 확인서면이 아닌 조사자 증언이나 법원의 검증 절차에 의하여도 인정할 수 있다고 판시하고 있는 것이 그 예이다. 특히 위 ‘일심회 사건’에서는 엔케이스 프로그램을 통한 이미징 작업에 대하여 ‘세계적으로 인정받는 프로그램을 이용한 이미징 작업’이라고 하면서 신뢰성 판단의 요소로 삼고 있다. 대검예규인 ‘디지털 증거 수집 및 분석 규정’ 별지 3호 서식인 디지털분석보고서 양식에서는 ‘분석·복구에 사용한 프로그램’으로 엔케이스²⁰⁾외에도 CFT²¹⁾, DEAS²²⁾, FTK²³⁾의 프로그램을 제시하고 있고, ‘수행한 분석방법’으로 ‘원본 하드디스크를 이미지(증거파일) 작성용 컴퓨터에 쓰기방지장치를 이용해 연결하고 엔케이스를 통해 증거사본을 작성한 후 이를 서버에 저장 후, 네트워크를 통해 분석대상 증거사본을 분석용 워크스테이션으로 사본하여 분석 작업을 수행’한다고 하고 있다.

20) 미국 Guidance Software 社에서 제작한 컴퓨터 증거 조사 프로그램, 전 세계에서 가장 많이 사용되는 디지털 포렌식 도구로서 증거사본 생성과 분석, 보고서 작성에 이르기까지 증거조사의 모든 과정의 수행이 가능함.

21) 국책연구기관인 국가보안기술연구소를 통하여 개발된 컴퓨터 증거 획득 및 분석이 가능한 컴퓨터 포렌식 도구.

22) 대검찰청에서 연구·개발한 디지털 포렌식 툴로서, 컴퓨터에 저장된 파일들을 종류별로 자동분류하고, 삭제된 파일을 복구하거나 이메일, 인터넷 접속기록 등을 분석하기 위해 주로 사용됨.

23) Forensic Tool Kit의 약자로 미국 Access Data 社에서 제작한 컴퓨터 증거조사 소프트웨어. FTK Imager를 통한 증거 사본 생성, Registry Viewer를 통한 윈도우 레지스트리 분석 등 증거사본 생성과 분석, 보고서 작성에 이르기까지 증거조사의 모든 과정의 수행이 가능함.

위와 같은 프로그램 및 분석방법은 과학기술의 발전에 따라 계속 그 사용 정도가 달라질 것이고 그 신뢰성의 확보는 제반사정에 따라 개별 사안마다 구체적으로 판단하여야 한다고 본다. 진정성 역시 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·입증하여야 하는 것이지만, 이는 소송상의 사실에 관한 것이므로, 자유로운 증명으로 족하다.²⁴⁾ 따라서 향후 디지털 증거의 해쉬값이나 조사관의 증언, 법원의 검증뿐만 아니라 입회인의 증언, 전문가의 감정 등 다양한 방법으로 입증이 가능할 것이다. 한편 수사관이 준수하여야 할 세부적인 준칙과 매뉴얼을 개발하고 그러한 준칙과 매뉴얼이 준수된 사실이 입증되면 위와 같은 선결요건을 갖춘 것으로 인정하는 관행이 확립되거나 입법이 이루어진다면 디지털 증거수집의 방법과 절차가 명확해지고 최량증거의 활용도 제고될 것이다.

IV. 전문법칙의 적용 여부와 그 범위

1. 문제점

압수된 디지털 증거가 적법하게 수집된 증거로서 원본성 내지 원본과의 동일성, 무결성 등의 문제를 모두 통과하였다고 하더라도 그 디지털 증거가 전문증거에 해당하는 경우에는 모두 증거능력이 있다고 볼 수는 없다. 그 디지털 증거가 사람의 경험사실이 기록된 진술증거로서 원진술자의 법정진술에 대신하여 사용되는 경우에 전문법칙이 적용되어 증거능력이 부정될 수 있는 경우도 있기 때문이다. 그러나 디지털 증거가 진술증거로 사용된다고 하여 모두 전문증거인 것은 아니다. 전문증거는 요증사실과 관련하여 검토되어야 하기 때문이다.

디지털 증거에 대한 전문법칙의 적용과 관련하여 몇 가지 논의점이 있다.

첫째로, 과연 현행법상 디지털 증거에 전문법칙이 적용되는가의 문제가 있다. 형사소송법 제310조의2가 전문증거와 증거능력의 제한이라는 제목에, “제311조 내지 제316조

24) 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000도1743 판결, 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도1216 판결 등 참조.

에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 ‘서류’나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 ‘진술’은 이를 증거로 할 수 없다”라고 규정하고 있다. 따라서 ‘서류’나 ‘진술’이 아닌 디지털 증거 내지 그 저장매체인 컴퓨터 등 특수기록매체도 이러한 ‘서류’에 해당한다고 할 수 있는지 문제된다.

두 번째로, 디지털 증거에 전문법칙이 적용된다면, 요증사실과 관련하여 어떠한 디지털 증거에 전문법칙이 적용될 것인가의 전문법칙 적용범위의 문제가 있다. 이는 디지털 증거에 국한된 문제가 아닌 전문법칙 자체의 적용범위 문제와도 관련이 있다.

세 번째로, 어떠한 디지털 증거가 전문서류 또는 이에 준하는 전문증거에 해당한다고 한다면 그 예외를 어떻게 인정할 수 있을 것인지의 문제가 있다. 형사소송법은 전문법칙의 예외요건에 관하여 제311조 내지 제316조에 그 규정을 두고 있지만 각 조문을 각각의 상황에 해당되는 디지털 증거에도 적용 내지 준용할 것인지, 만일 이를 적용한다면 해당 요건은 어떻게 적용할 것인지 문제된다. 따라서 다음에서는 이를 차례로 논하고자 한다.

2. 현행법상 디지털 증거에 대한 전문법칙의 적용여부

가. 문제점

전문법칙은 전문증거는 원칙적으로 증거능력이 인정될 수 없다는 원칙이다. 전문증거란 “사실인정의 기초가 되는 경험적 사실을 경험자 자신이 직접 구두로 법원에 진술하지 않고 다른 형태로 간접보고하는 것”²⁵⁾ 또는 “사람의 경험적 사실에 대한 법정외 진술(out of court statement)에 관한 증거로서 그 진술내용이 진실임을 입증하기 위해 제출되는 것”²⁶⁾이라고 정의된다. 이러한 전문증거는 그 매체에 따라 사람의 진술로 전달되는 경우 외에도 전자문서, 녹음파일, 영상녹화물 등 다양한 기록물이 있을 수 있다.

25) 이재상, 신형사소송법(제2판), 법문사, 2008, 551면; 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 1046~1050면; 정웅식, 형사소송법(제4판), 대명출판사, 2007, 804면; 배종대/이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 2006, 598면

26) 이완규, “협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별”, 저스티스 통권 제139호(2013. 12.), 378면

그런데 형사소송법 제310조의2는 전문증거와 증거능력의 제한이라는 제목 하에 “제311조 내지 제316조에 규정된 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 즉, 현행 형사소송법은 문언상 전문법칙이 적용되는 진술증거로 진술을 기재한 ‘서류’와 타인의 진술을 내용으로 하는 ‘진술’만을 규정하고 있다.

문제는 앞서 예로 든 디지털 증거를 담고 있는 새로운 기록매체들을 위에서 말하는 ‘서류’에 준하는 것으로 포함시킬 수 있겠는가는 것이다. 법정에서는 USB, CD 등 저장매체의 녹음파일이나 웹상의 글이 녹취서나 인쇄물로 출력되어 제출되는 것이 일반적이거나, 이는 증거조사의 편의를 위한 것일 뿐 그 증거가 되는 것은 녹음파일 또는 인터넷 웹문서에 전자정보로 입력된 디지털 증거이다. 결국 디지털 증거에 전문법칙이 적용되는지 여부의 문제로 아래와 같은 견해의 대립을 상정할 수 있다.

나. 학설

제310조의2의 법문에 충실하여 해석하면 디지털 기록매체와 같은 새로운 매체는 ‘서류’가 아니므로 제310조의2의 적용 대상이 아니라는 견해가 가능하다(전문법칙 부적용설). 즉, 형사증거법상 원칙인 자유심증주의에 의하면 증거능력을 배제하는 규정이 없는 한 모든 증거는 증거로 쓸 수 있는데, 디지털 증거의 경우 증거능력을 배제하는 제310조의2가 적용되지 않고 그 밖의 증거능력 배제규정도 없으므로 당연히 증거능력이 인정된다는 것이다. 그렇다면 사람의 경험사실에 대한 법정의 진술로서 그 진술의 진실임을 입증하기 위해 전자문서, 음성·동영상 파일 등 특수한 기록매체에 담긴 디지털 증거가 제출되는 경우에는 증명력은 별론으로 하고 전문법칙의 적용 없이 위에서 살펴본 진정성만 갖추게 되면 모두 증거능력이 있다는 결론이 될 것이다.

그러나 일반적인 견해는 원진술자의 법정에서의 진술을 대신하는 전문증거로 판단된다면 그 진술이 담긴 매체가 디지털 매체일지라도 이는 진술의 기록물이라는 점에서 진술을 기재한 서류와 실질적으로 다를 바가 없고, 그 기록된 전자정보는 전문진술에 해당하므로, 전문법칙이 적용된다고 보고 있다(전문법칙 적용설).²⁷⁾ 이러한 견해에 따르면

디지털 증거가 전문증거에 해당하는 경우 전문법칙에 관한 제310조의2의 규정과 제311조 내지 제315조의 예외규정이 모두 적용되어야 할 것이다.

다. 판례

이에 대하여 하급심 판례 중에서는 컴퓨터디스켓 등 특수한 기록매체의 증거능력에 관하여 전문법칙을 적용하지 않고 증거물로서 검증을 통하여 진정성을 확인한 후 증거능력을 인정한 예가 있다.²⁸⁾ 앞에서 본 ‘일심회 사건’의 1심 판결 또한 디지털 저장매체로부터 출력된 문건들에 대하여 위와 같이 법원의 검증절차를 통하여 진정성, 즉 동일성 및 무결성 등이 확인되었으므로 그 증거능력이 인정된다는 취지로 판시한 바 있다.²⁹⁾ 이는 위 증거들이 전문법칙의 적용 대상이 아니라고 판단한 결과로 볼 수 있다.

그러나 대법원은 앞에서 본 ‘영남위원회 사건’ 및 ‘일심회 사건’에 대한 판결에서 “디지털 저장매체에 들어 있는 문건의 내용을 증거로 사용하는 경우 디지털 저장매체는 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되고, 따라서 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다.”라고 판시하여³⁰⁾ 컴퓨터디스켓 등에 담긴 디지털 증거에 대하여 당연히 전문법칙이 적용된다는 입장을 취하고 있다.

라. 검토

생각건대, 전문법칙은 ‘법정의 진술’의 내용이 진실함을 전제로 그 진술을 증거로 사용할 것인가의 문제로 그 매체가 서류이든 디지털 매체이든 실질적으로 다를 바 없다는 점에서 디지털 매체 또한 다른 전문증거와 달리 볼 바 아니므로, 그에 담긴 진술의 증거

27) 신동운, 앞의 책, 1159면; 법원실무제요 형사[Ⅱ], 법원행정처, 2008, 133~134면; 권오걸, 앞의 논문, 312면 등

28) 부산고등법원 1999. 5. 17. 선고 99노122 판결.

29) 서울중앙지방법원 2007. 4. 16. 선고 2006고합1365 판결.

30) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결; 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결.

능력을 판단하는 데에 있어 전문법칙을 적용하는 것이 타당하다. 예를 들어 어떤 진술을 자필로 서류에 작성할 경우에는 전문법칙이 적용되지만 같은 내용을 인터넷 블로그에 작성할 경우 전문법칙이 적용되지 않는다는 것은 납득하기 어렵다고 할 것이다.

3. 전문법칙 적용 범위의 문제

가. 문제점

디지털 증거가 전문증거에 해당하여 전문법칙이 적용되는 경우에는 형사소송법 제311조 내지 제316조의 요건을 갖추지 않는 한 원칙적으로 증거능력이 없다(형사소송법 제310조의2). 한편 형사소송법은 전문증거에 대하여 “공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술”이라고만 언급하고 있을 뿐 구체적으로 무엇이 전문증거에 해당하는지에 대해서는 직접적인 정의나 설명규정을 두지 않고 학설과 실무에 맡기고 있다. 그러다보니 이에 대한 통일된 개념이 정립되어 있지 않아 실무상 혼란을 초래하고 있다. 나아가 우리 형사소송법은, 전문서면에 대해 원진술자 또는 작성자의 법정에서의 구두 진술에 의해서만 성립의 진정을 인정하고 있고, 그 예외는 매우 한정적으로 인정하고 있을 뿐이다. 최근 판례 또한 그 예외를 매우 한정적으로 인정하고 있어 더욱 문제이다.³¹⁾ 그렇다면, 전문증거란 무엇이고, 비전문증거와 구별되는 표지는 무엇인지, 전문증거라면 어떤 예외조항을 근거로 증거능력을 인정할 것인지 문제된다.

나. 미국의 경우 - Lorraine v. Markel American Ins. Co. 판례 관련

미국 연방증거법(Federal Rule of Evidence)에서는 전문증거의 정의 및 그 예외에 대하여 상세한 규정을 두고 있다. 전문증거에 대하여 제801조(c)에서 “전문증거란 원진술자가 공판기일 또는 심문기일에 행한 진술 이외의 진술로서 그 주장사실이 진실임을 입

31) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도2602 판결 등.

증하기 위하여 제출된 것이다”라고 정의하고 제802조에서는 “전문증거는 이 법의 규정들이나 법률에 의하여 주어진 권한에 따라 연방대법원이 제정한 규칙, 의회의 법률에 의하여 규정된 경우를 제외하고는 증거로 할 수 없다”³²⁾라고 하고 있다.

미국 Maryland 지방법원에서는 2007년 Lorraine v. Markel American Ins. Co. 사건에서 전자적 저장정보(Electronically Stored Information)의 증거능력에 대하여 판시한 바 있다.³³⁾ 이 판례는 비록 민사사안이지만 전자적 증거에 관한 전문법칙의 적용 등 기준을 제시하면서, 전문증거인지 여부를 판단함에 있어서는 다음의 다섯 가지 기준을 적용하여야 한다고 판시하였다.³⁴⁾

- 1) 해당 증거가 법³⁵⁾ 제801조(a)³⁶⁾에서 정한 “진술(statement)”을 구성하는지 여부
- 2) 해당 진술의 발언주체가 법 제801조(b)³⁷⁾에서 정하는 “원진술자(declarant)”인지 여부
- 3) 해당 진술이 법 제801조(c)³⁸⁾에서 정하는 바와 같이 “그 내용의 진실성을 증명(the truth of its contents)”하기 위하여 제공되었는지 여부

32) Rule 801 (c) HEARSAY. "Hearsay" means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

Rule 802. The Rule Against Hearsay. Hearsay is not admissible unless any of the following provides otherwise: a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court.

33) Lorraine v. Markel American Ins. Co., PWG-06-1893 (D. Md May 4, 2007).

34) 위 법원 판례의 판시 5가지 기준에 관한 원문은 다음과 같다.

"To properly analyze hearsay issues there are five separate questions that must be answered: (1) does the evidence constitute a statement, as defined by Rule 801(a); (2) was the statement made by a 'declarant', as defined by Rule 801(b); (3) is the statement being offered to prove the truth of its contents, as provided by Rule 801(c); (4) is the statement excluded from the definition of hearsay by rule 801(1); and (5) if the statement is hearsay, is it covered by one of the exceptions identified at Rules 803, 804 or 807. It is critical to proper hearsay analysis to consider each of these questions.

35) 미국연방증거법(Federal Rule of Evidence).

36) 제801조(a) 진술: ‘진술’이란 구두 또는 서면에 의한 주장, 또는 주장의 의도로 행해진 어떤 사람의 비언어적 행동을 말한다[Rule 801 (a) STATEMENT. "Statement" means a person's oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if he person intended it as an assertion].

37) 제801조(b) 원진술자: ‘원진술자’란 진술을 한 사람을 말한다[Rule 801 (b) DECLARANT. "Declarant" means the person who made the statement].

38) 제801조(c) 전문증거: ‘전문증거’란 ①원진술자가 공판기일 또는 심문기일에 행한 진술 이외의 진술로서 ②그 주장사실이 진실임을 입증하기 위하여 제출된 것이다[Rule 801 (c) HEARSAY. "Hearsay" means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement].

- 4) 해당 진술이 법 제801조(d)³⁹⁾의 전문법칙 정의규정상의 적용 배제사유⁴⁰⁾에 해당하여 전문증거로부터 제외되는지 여부
- 5) 진술이 전문증거에 해당하는 경우라도 법 제803조⁴¹⁾, 제804조⁴²⁾, 제807조⁴³⁾의 예외사유(exception) 해당하여 증거능력이 인정되는지 여부

다. 판례의 태도

우리나라 판례는 위 미국의 *Lorraine v. Markel American Ins. Co.* 판결과 같이 전문법칙 요건에 대해 구체적으로 판시한 사안은 없으나, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도 2556 판결은 시사점을 준다. 위 판례 사안은 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하였다는 이유로 정보통신망이용촉진및 정보보호등에관한법률위반으로 검사가 기소하면서 그 증거로 휴대전화기에 나타난 문자 메시지 화면을 촬영한 사진을 증거로 제출한 사안이었다.⁴⁴⁾

- 39) 제801조(d)에서는 전문증거가 아닌 진술이라는 표제 하에 (1) 증인의 종전 진술, (2) 반대 당사자의 자인을 들고 있다[Rule 801 (d) STATEMENTS THAT ARE NOT HEARSAY. A statement that meets the following conditions is not hearsay: (1) A Declarant-Witness's Prior Statement (2) An Opposing Party's Statement].
- 40) 여기서의 적용 배제사유는 '전문법칙의 예외사유(exception)'과는 구별되는 개념으로 전문증거 자체의 배제사유를 말한다. 예를 들어 증인의 종전 진술 중 일부는 그 증거가 '진술'에 해당하고 그 '내용적 진실'의 증명을 목적으로 제출된 경우라도 비전문증거로 본다.
- 41) 제803조에서는 23개항에 걸쳐 전문법칙 예외사유에 대하여 규정하고 있다. 아래 정리는 노명선, 형사사건에서 전자적 증거에 관한 판례의 동향과 분석, 형사판례연구회 2014. 발표문에서 인용한다.
 - ① 제1유형: 지각, 관찰, 심리상태, 의도, 감각과 관련되는 것
: 제803(1) 현재시제로 발화한 감상, 제803(2) 흥분상태에서의 발언, 제803(3) 당시의(then-existing) 심리, 감정, 신체상태, 제803(4) 의학적 진단과 치료에 관한 진술.
 - ② 제2유형: 문서, 기록, 기타 서면에 대한 것
: 제803(5) 과거 기억과 관련된 기록물, 제803(6), 제803(7) 비즈니스 기록, 제803(8), 제803(10) 공공기록, 제803(9) 출생 및 혼인기록, 제803(11) 종교기관의 기록, 제803(12) 세례, 혼인 및 관련행사의 증서, 제803(13) 가족 기록, 제803(14) 재산권에 영향을 주는 문서의 기록, 제803(15) 재산권에 영향을 주는 문서 내의 진술, 제803(16) 오래된 문서, 제803(18) 공신력있는 논문, 제803(22) 형사사건에서의 유죄판결문, 제803(23) 특정 유형의 민사사건에서의 판결문 등이 해당한다.
 - ③ 제3유형: 평판에 관한 것
: 제803(19) 개인 또는 가족의 내력에 대한 평판, 제803(20) 토지와 관련된 관습, 이용실태, 관행, 또는 역사적 중요사실에 대한 평판, 제803(21) 특정 개인에 대한 사회공동체와 그 구성원 사이에서의 평판.
- 42) 원진술자가 증언할 수 없는 때(When the Declarant is Inavailable as a Witness)
- 43) 포괄적 예외 규정으로 일정 요건 충족시 법관의 판단에 따라 예외 창설이 가능.
- 44) 공소사실의 요지는 아래와 같다.
피고인 이○○은 피해자 이○○의 휴대전화에

그러나 이에 대해 1심⁴⁵⁾은 유죄를 인정하였으나 항소심⁴⁶⁾은 문자메시지의 형태로 전송된 문자정보를 휴대전화기의 화면에 표시하여 이를 촬영한 이 사건 사진들에 대하여 피고인이 그 성립 및 내용의 진정을 부인한다는 이유로 이를 증거로 사용할 수 없다고 하여 무죄를 선고하였고 검사가 항소심 판결에 대하여 상고를 제기하였다.

대법원은 “형사소송법 제310조의2는 사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에서 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다는 이른바 전문법칙을 선언한 것이다. 그런데 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로, 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용되지 않는다.”라고 판시하면서 항소심을 파기환송하였다.⁴⁷⁾

1. 2003. 12. 18. 11:42경 ‘땅에 떨어진 당신의 악함을 지켜보고 있으리라, 이口口’이라는 내용의 문자메시지를 보내고,
2. 2003. 12. 18. 17:52 ~ 17:57경 ‘나요 만사 다 포기했음, 내 인생도 포기했음, 만신창이 되는 길을 선택합니다, 이00씨에게 개 취급 당했는데 둘 다 불구덩이 속으로 가봅시다, 그 속이 얼마나 뜨거운지 봅시다, 누가 이기나 봅시다’라는 내용의 문자메시지를 보내고,
3. 2003. 12. 19. 06:15 ~ 06:21경 ‘이제 내가 어떻게 하는지를 첫째 인터넷에 띄울 것이고 둘째 삼성 및 교보 그리고 도이치 주주권 있는 곳에 제소하겠소, 셋째 기업은행건 감독기관에 실명으로 알리고 청와대 게시판에도 나의 이 억울함을 하소연할 것이며, 기사거리 찾는 이에게 기사거리로 줘야겠습니다’라는 내용의 문자메시지를 보내고,
4. 2003. 12. 19. 06:38 ~ 06:54경 ‘선배님 따님에게 이런 일이 있다면 지금 어떻게 하시겠습니까, 불가지고 그 댁에 가 자폭할지도, 나서지 말라고, 의리를 아무데나 써먹지 말라고, 지금 이 일은 의리로 해결이 안 돼, 부부싸움에 객이 필요할까, 말리는 시누이가 더 미운 벌, 서선배 그만 나서라고 해, 당신과 아무일이나 나서는 당신 선배땀에 뵈는게 지금 없어, 불가지고 그 댁에 가서 자폭하는 수도 있어, 지금 나 독이 올라 무슨 짓을 할지 몰라’라는 내용의 문자메시지를 보내고,
5. 2004. 1. 2. 08:48 ~ 08:57경 ‘통화하고 싶지 않지만 우리 서로 마무리 지어야 할 일이 있습니까, 전화를 주시든 전화를 안 하든 당신 맘대로 하시오, 이口口, 난 현재 손해볼게 하나도 없으니까 잠깐 안양에 다녀오면 열두시가 조금 넘을 겁니다, 비서에게 내 뜻 전했으니 본인 알아서 하시오’라는 내용의 문자메시지를 보내고,
6. 2004. 1. 18. 01:02 ~ 01:10경 ‘빨리 마무리 짓는 일이 마지막으로 당신을 위한 거라는 거 아시죠, 정신적 피해에 대한 위자료 문구는 내가 초안을 잡고 만나서 더 넣으실 내용은 추가하시죠, 이口口, 거들 부탁드립니다, 꼭 속히 매듭지으셔야죠, 그래야 제가 빨리 선고 나아갑니다, 아니면 구월로 연기됨, 성령 훼방하지 마세요, 큰 고난당합니다, 이口口’이라는 내용의 문자메시지를 보내고,
7. 2004. 1. 18. 15:34경 ‘이제 만날 의사가 없다면 이제 당신 집으로 오빠 보내겠다’라는 내용의 문자메시지를 보내, 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하였다.

45) 서울서부지방법원 2005. 9. 30. 선고 2004고정1433 판결.

46) 서울서부지방법원 2006. 4. 6. 선고 2005노1051 판결.

앞에서 본 ‘일심회 사건’ 항소심 판결⁴⁸⁾에서도 압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 증거능력에 관하여 형사소송법 제313조 제1항을 적용하여 “그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 해당하지 않으므로 그 문건의 내용을 증거로 사용할 수 없다”라고 판시하면서도 “디지털 저장매체에 대해서 적법한 검증절차를 거친 이상, 위와 같이 문건의 내용을 증거로 사용할 수 없는 문건의 경우에도 그 문건의 내용이 아니라 문건이 존재한다는 것 자체가 증거로 되는 경우에는 그 문건의 존재를 증거로 사용할 수 있다”라고 판시하고 있다.

다만 일부 판례 중에는 녹음파일에 들어 있는 피고인의 진술이 공갈 범행에서 피고인이 행한 협박내용을 입증하기 위해 증거로 제출된 사안에서 그 진술 자체가 범행수단 내지 구성요건의 일부이지 경험사실의 진술이 아님에도 이를 전문증거로 혼동하여 전문법칙을 적용한 사례도 있으나,⁴⁹⁾ 기본적으로 대법원 판례는 디지털 증거를 진술증거로 사용하는 경우, 그 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로 그 예외요건(특히 제313조 제1항)을 갖추어야 이를 증거로 사용할 수 있다고 보고 있다.⁵⁰⁾

라. 검토

전문증거는 “① 사람의 진술(진술적 행위 포함), ② 경험사실의 진술, ③ 입증취지가 진술내용이 진실임을 입증하는 경우일 것 및 ④ 법정외에서 행한 진술일 것”이라는 개념적 요소를 갖는 특징이 있다.⁵¹⁾ 결국 전문증거는 사람의 진술이 담겨있는 디지털 증거라고 하더라도 요증사실과의 관계에서 파악되어야 한다. 이는 디지털 증거가 컴퓨터에 입력된 전자문서나 웹문서이든 녹음·녹화되어 전자정보 형태로 저장된 녹음·영상녹화파일이든 마찬가지라고 할 수 있다.

위 판례에서 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반 사건의 문자메시지나 공갈 사건의 협박하는 말이 녹음된 파일은 위 전문증거의 개념요소에 비추어 볼 때 “그러

47) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556 판결.

48) 서울고등법원 2007. 8. 16. 선고 2007노929 판결.

49) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결; 이 판례에 대한 비판으로 이완규, “협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별”, 372~401면 참조.

50) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결 등.

51) 이완규, “협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별”, 378~383면 참조.

한 진술이 있었느냐’ 자체가 문제되는 것이지 “그 진술이 진실한 내용이나”가 문제되는 것은 아니므로, 해당 디지털 증거에는 전문법칙이 적용될 수 없는 것이다.⁵²⁾

사람의 지각·기억·표현·서술이라는 과정을 거치지 않고 기계적으로 처리되어 작성된 것은 사람의 주관적 진술행위가 개입되지 않으므로 전문증거에 해당하지 않는다. 예를 들어 컴퓨터 로그기록, 인터넷 웹히스토리, 전자출입증에 의해 전자적으로 기록된 출입 상황 기록 등은 증거물인 서류일 뿐 전문증거가 아니다. 그밖에도 디지털 증거가 사람의 진술을 담고 있더라도 경험사실의 진술이 아니라 의사표시, 지시인 경우에는 전문증거에 해당하지 않는다. 예를 들어 계약의 청약·승낙 등의 법률적 의사표시나 그 자체가 범행 지시 또는 공무원이 취급하는 사건의 청탁 등에 해당하는 사실상 의사표시 등은 전문증거가 아니다.⁵³⁾

결국 디지털 증거의 경우에도 그 증거능력을 인정하기 위해서는 원본성 내지 원본과의 동일성, 무결성 등의 선결요건을 갖추어야 할 뿐 아니라, 위와 같이 전문법칙이 적용되는 범위에서 다음에서 논하는 전문법칙의 예외요건까지 갖추어야 할 것이다.

V. 디지털 증거에 대한 전문법칙 예외 적용 여부 및 그 요건

1. 문제점

디지털증거가 진정성 내지 무결성이 인정되었다고 하더라도 앞서 살펴본 바와 같이 전문증거에 해당하는 경우 전문법칙의 예외가 인정될 수 있는지, 인정될 수 있다면 어떤 요건을 갖추어야 하는지 여부가 검토되어야 한다. 전문증거의 경우 그 증거가 생성된 후 공판에서 법정진술에 대신하여 사용될 때까지 무결성, 원본과의 동일성 요건을 충족하는 것과 그 원진술이 기록 내지 수록될 당시 진술한 내용 그대로 기록되었는지, 진술이

52) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556 판결; 이 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반 사건과 같은 경우 불안감을 유발하는 문자메시지를 반복적으로 전송하였는지 여부가 요증사실이지 ‘지금 나 독이 올라 무슨 짓을 할지 몰라’와 같은 문자메시지 내용의 진실성을 입증하려는 것이 아니기 때문이다.

53) 권오걸, 앞의 논문, 311~312면; 전명길, “디지털증거의 수집과 증거능력”, 법학연구 제41집(2011. 2. 25.), 332~333면; 이완규, “협박 진술 녹음의 전문증거 문제와 진정성 문제의 구별”, 380~381면 참조.

당시 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것인지 등을 증명하는 것은 별개라고 할 수 있다.

형사소송법은 제310조의2에서 원칙적으로 전문증거는 증거능력이 없다는 점을 규정하면서 그 예외로서 제311조부터 제316조까지의 경우를 들고 있으므로, 디지털증거 역시 그 적용을 받는지 여부를 우선 살펴야 한다.

다음에서는 이를 크게 세 가지로 나누어 논하고자 한다. 우선 법원 또는 수사기관에서 조서와 같은 목적으로 또는 조서에 갈음하여 기록된 디지털증거에 대하여 형사소송법 제311조 내지 제312조의 적용 여부를 논하고, 다음으로, 그 외 공판 또는 수사과정에서 아닌 상황에서 기록된 디지털 전문증거에 대하여 제313조의 적용 여부를 논한다. 마지막으로, 원진술자가 법정에서 출석할 수 없을 때 제314조의 적용 여부, 디지털증거에 대하여도 제315조가 적용되어 당연히 증거능력이 인정될 수 있는지, 전문진술과 관련된 제316조의 적용 여부 등에 관하여 차례로 살펴보고자 한다.

2. 법원 또는 수사기관에서 기록된 디지털 전문증거

가. 문제점

형사소송법은 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증의 결과를 기재한 조서(제184조 및 제221조의2의 규정에 의하여 작성한 조서도 같다)에 대하여는 제311조에 증거능력이 인정되는 예외를 두고 있다. 그리고 검사 또는 검사 이외의 수사기관이 피고인이 된 피의자나 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서 또는 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 대하여는 제312조 각 항에 전문법칙의 예외가 인정되는 요건을 규정하고 있다.

그러나 위와 같은 법원 또는 수사기관의 조서는 형사소송법상 서류의 일종인 것으로만 예정되어 있으나, 전통적인 방식의 ‘서류’로만 작성되는 것은 아니다. 최근 형사사법 정보시스템의 발달, 조사 또는 심리 시 조서에 갈음하는 영상녹화의 활용, 전자소송의

도입 등으로 전자파일 형태의 녹음·녹화물, 전자문서 등이 새로운 기록매체로 이용되고 있다.

예를 들어 범죄현장에서 체포된 피의자를 사법경찰관이 그 자리에서 조사하면서 그 진술을 녹음할 때 서면에 의한 조서만 작성하지 않았을 뿐 적법한 신문절차와 방식을 준수한 경우, 살인사건을 목격한 참고인을 발견한 사법경찰관이 우선 현장에서 그의 목격진술을 캠코더를 이용하여 녹화하였는데 그 후 그 참고인이 사망하거나 소재불명이 된 경우, 살인사건의 피해자가 사망 직전 경찰서에 전화로 신고하여 사법경찰관에게 범죄피해사실과 범인에 대하여 진술한 내용이 녹음되어 전자파일로 저장된 경우 등에 있어 수집된 녹음·녹화파일은 우리나라 형사소송법의 해석상으로는 전문법칙이 적용되어야 할 것이다. 이때 위와 같은 증거가 단지 서류의 형태를 갖추지 않았다는 이유로 전문법칙의 예외를 인정하지 않을 것인지 문제된다.

나. 제311조 내지 제312조의 적용 여부

(1) 학설의 대립

법원 또는 수사기관에서 조서의 내용을 디지털증거의 형태로 기록하는 경우 형사소송법 제311조 내지 제312조의 예외규정을 적용할 것인지 여부에 관하여는 학설의 대립이 있다. 이에 대하여 형사사법통합정보체계 구축사업의 전자화 범위가 음주, 무면허 운전 등에 대한 전자약식절차의 도입으로 일단락되었고, 형사소송에서는 민사와 같이 전자소송이 도입될 가능성이 없으므로, 법원이나 수사기관의 조서가 전자문서로 작성·저장될 여지(즉, 전자문서가 원본이 될 여지)가 없어 디지털증거에 대하여는 형사소송법 제311조, 제312조가 적용될 여지가 없다는 견해가⁵⁴⁾ 있다.

현재 실무상 법원 또는 수사기관에서 출력물 또는 화면에 문자로 나타나는 전자문서는 서면으로 출력하여 진술자로 하여금 간인하게 한 후 서명날인하게 하는 등 형사소송법상 조서의 작성방법에 따라 작성하기 때문에 전자문서 형태의 디지털 증거에 대하여는 일반적으로 위와 같은 견해가 일리가 있다. 그러나 법원에서 공판조서 또는 증인신문

54) 이숙연, 앞의 논문, 322면

조서의 일부를 녹음물 또는 영상녹화물로 인용하는 경우,⁵⁵⁾ 수사기관에서 피의자신문조서 또는 참고인진술조서 등 조서의 내용을 영상녹화, 녹음 등의 방법으로 기록하고 전자파일로 저장하는 경우⁵⁶⁾ 각 디지털기록물에 대하여 독립된 증거능력을 인정할 것인지는 또 다른 문제이다.

이와 관련하여 현행 형사소송법은 녹음·영상녹화의 근거규정을 두고 있으면서도 증거로는 어떻게 취급할 것인지에 관하여 명시적인 규정을 두지 않고 있다. 다만 법 제312조 제2항(검사 작성의 피고인이 된 피의자에 대한 조서) 및 제4항(검사 또는 사법경찰관 작성의 피고인 아닌 자에 대한 조서)에서 조서의 진정성립을 증명하는 방법으로 “영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법”이 규정되어 있고, 법 제318조의2 제2항에서 “피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 그 원진술자가 진술할 때 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 때에 한하여 원진술자에게 재생하여 시청하게 할 수 있다.”라고 규정되어 있을 뿐이다. 그로 인하여 현행 형사소송법상 법원 또는 수사기관에서 조서에 갈음하여 또는 조서의 일부로 녹음·영상녹화물에 진술을 수록한 경우 그 녹음·녹화물에 대하여 해석상 본증으로서 독립된 증거능력을 부여할 수 있는지에 관하여는 진술녹음·영상녹화물의 증거능력과 맥을 같이 하여 부정설과 긍정설로 견해가 대립하고 있다.

부정설은 특히 수사기관에서 피의자신문 또는 참고인조사 시 진술을 녹음·녹화한 경우에 초점을 맞춰 ① 2007년 개정 형사소송법이 원진술자가 조서의 진정성립을 인정하는지 여부에 따라 증거능력을 부여하던 체계에서 조서의 진정성립을 증명하는 체계로 전환되면서 영상녹화물 자체의 증거능력을 인정할 수 없게 되었다고 보고 있다.⁵⁷⁾ 또한 해석상 ② 당초 형사소송법 개정안에 있던 피의자 진술에 관한 영상녹화물의 증거능력

55) 형사소송법 제56조 제1항에 따라 공판정에서의 심리의 전부 또는 일부를 녹음 또는 영상녹화한 경우, 재판장은 법원사무관 등이 공판조서 또는 증인신문조서 등을 작성할 때 녹음물 또는 영상녹화물을 조서에 인용하고 전자파일 형태로 보관하여 조서의 일부로 하게 할 수 있다.(공판정에서의 속기·녹음·영상녹화에 관한 예규 제5조 제3항)

56) 형사소송법 제221조제1항은 피의자 아닌 자에 대한 조사 시, 제244조의2제1항은 피의자에 대한 신문 시 각각 영상녹화할 수 있다고 규정되어 있고, 그 구체적인 절차와 방법은 검찰사건사무규칙 제13조의8 내지 제13조의9에 규정되어 있다.

57) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 51면 참조.

근거규정인 제312조의2가⁵⁸⁾ 삭제되고, 한편 다른 신설 규정인 제318조의2 제2항은 영상녹화물을 전문증거로서 증거능력이 없지만 탄핵증거로 쓸 수 있는 대상에서 기억 환기용으로만 쓰일 수 있도록 용도를 제한하는 취지로 이해되는 점, ③ 신설된 제244조의2 제1항에서 영상녹화를 “할 수 있다”라고 규정하고 있는 것과 달리 피의자의 진술을 조서에 “기재하여야 한다”라고 규정하고 있으므로 규정상 피의자신문조서 작성의무가 인정되는 점 등을 해석상 논거로 하고 있다.⁵⁹⁾ 한편 그 근거에 있는 실질적 이유는 ④ 개정법과 관련된 사개추위 논의 당시부터 영상녹화물의 증거능력을 인정할 경우 수사기관에서의 진술상황을 너무나 생생히 재생하여 주게 되므로 법원에 과도한 편견을 유발할 수 있고, ⑤ 법정을 극장처럼 만들어 공판중심주의나 직접주의에 반할 우려 등에 근거하고 있다.⁶⁰⁾

반면 긍정설은 ① 개정 형사소송법에 본래 개정안에 있던 영상녹화물의 증거능력에 대한 명문의 규정인 제312조의2가 없어졌고, 법 제310조의2에 따른 전문증거의 범위는 “진술을 기재한 서류나 진술을 내용으로 하는 진술”에 한정되어 녹음·영상녹화물이 포함되지 않으므로, 이와 같은 특수 기록매체들의 경우 종래 판례와 일반이론에 따라 전문서류에 관한 조문을 적용 또는 준용하여 증거능력을 인정할 수 있다고 보고 있다.⁶¹⁾ 그 바탕에는 ② 형사소송법 제244조에 규정된 조서작성의무를 근거로 피고인 및 증인의 수사단계의 진술은 오직 조서의 형태로만 법정에 제출할 수 있다는 주장은 개정 형사소송법 제316조 제1항에서 조사자증언을 통하여 피의자의 자백을 증거로 제출할 수 있도록

58) 사개추위안 제312조의2(피의자 진술에 관한 영상녹화물)

① 검사 또는 사법경찰관 앞에서의 피고인의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물은 공판준비 또는 공판기일에 피고인이 검사 또는 사법경찰관 앞에서 일정한 진술을 한 사실을 인정하지 아니하고, 검사, 사법경찰관 또는 그 조사에 참여한 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술 기타 다른 방법으로 이를 증명하기 어려운 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

② 제1항의 영상녹화물은 적법한 절차와 방식에 따라 영상녹화된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 검사, 사법경찰관 또는 그 조사에 참여한 자의 진술에 의하여 조사의 전 과정이 객관적으로 영상녹화된 것이 증명되고, 영상녹화된 진술이 변호인의 참여 하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 것이어야 한다.

③ 제1항의 영상녹화물을 증거로 제출하는 경우에는 녹취서를 제출하여야 한다.

59) 이영한, “새로운 형사소송법에서의 조서와 영상녹화”, 법조 제617호(2008. 2.), 116-117면; 신동운, 신형사소송법(제4판), 법문사, 2012, 227면.

60) 오기두, “영상녹화물의 증거능력 및 증거조사방법”, 형사사법토론회 자료집, 사법제도개혁추진위원회, 2005, 556-571면 참조.

61) 이완규, 형사소송법연구1, 탐구사, 2008, 253-265면; 정웅석, 피의자신문의 영상녹화에 관한 연구, 법조 제625호(2008. 10.), 36면.

하여 더 이상 무의미하다는 점, ③ 소송구조상 증거의 제출은 검사의 권한과 책임이므로 공소유지를 위하여 피고인 또는 증인의 수사단계의 진술을 조서·진술서·녹음테이프·영상녹화물 등 중 어느 방법으로 현출시킬 것인지는 검사가 선택할 수 있고, 오히려 종래 조서만으로 재판하는 방식이 문제인 점, ⑤ 형사사법을 통한 정의 실현을 위하여 객관적 진실 발견은 증거능력의 차단이 아니라 보다 많은 증거를 법정에 현출시켜 그 비교를 통해 이뤄질 수 있다는 점 등이 논거를 이루고 있다.⁶²⁾

(2) 판례의 태도

2007년 형사소송법 개정 전 대법원은 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 청취한 녹음·영상녹화물에 대하여, “증거자료가 되는 것은 여전히 테이프에 녹음·녹화된 대화나 진술의 내용이라고 할 것이므로, 그와 같은 테이프의 녹음·녹화 내용이나 그에 대한 검증조서의 기재는 실질적으로는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류와 다를 바 없어, 피고인이 그 테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상, 형사소송법 제311조 내지 제315조에 규정한 것이 아니면 이를 유죄의 증거로 할 수 없다”라고 판시하고,⁶³⁾ 피의자신문의 경우 “비디오테이프의 녹화내용은 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것이므로 피의자신문조서에 준하여 그 증거능력을 가려야 할 것”이라고 판시하여 왔다.⁶⁴⁾

그러나 최근 대법원 판례는 오히려 “2007년 개정 형사소송법에서 전에 없던 수사기관에 의한 참고인(피의자 아닌 자) 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있고, 이를 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 또는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항의 규정과 대비하여 보면, 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은, 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수

62) 정용석, 앞의 논문, 37-42면.

63) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2004도1449 판결.

64) 대법원 1992.06.23. 선고 92도682 판결.

있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다”라고 판시하고 있고,⁶⁵⁾ 법원 재판실무에 있어 서도 이러한 영상녹화물을 독립된 증거로 채택하지 않고 있어 실제 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술이 기록된 영상녹화물이 독립된 증거로 쓰일 수 있는 길이 사실상 차단 되고 있다고 할 수 있다.

(3) 검토

그러나 위 판례에는 다음과 같은 문제점이 지적될 수 있다고 본다.

첫째, 대법원은 형사소송법 개정 이후에도 뒤에서 보는 바와 같이 수사기관이 아닌 사인이 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술을 수록한 디지털 증거(녹음·영상녹화물 포함)의 경우 여전히 ‘진술을 기재한 서류’와 다르지 않다고 보면서 법 제313조 제1항을 적용하는 것과 균형이 맞지 않는 문제가 있다. 법 제310조의2의 해석상 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술이 수록된 녹음·영상녹화물이 그 진술이 기재된 서류와 실질적으로 같다고 하면서 굳이 법 제311조와 제312조는 서류 형태의 ‘조서’에만 적용되고 실질적으로 조서에 같음하여 기록된 녹음·영상녹화물에는 적용되지 않다는 것은 합리적이지 못하다고 할 것이다.⁶⁶⁾ 예를 들어 현재 판례의 태도에 따르면 범죄피해자가 피해 당시 또는 그 직후 119신고를 하여 범죄피해사실과 범인에 대해 문답한 진술이 녹음된 119 소방응급센터 녹음파일에는 제313조 제1항을 적용하면서, 그 피해자가 112신고를 하여 사법경찰관에게 한 똑같은 내용의 진술이 담긴 녹음파일은 원진술자가 법정에서 진정성립을 인정하는 진술을 하여도 증거로 쓸 수 없게 될 것이다. 더구나 원진술자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에는 제313조 제1항을 전제로 하는 제314조도 적용할 수 없게 될 것이다.

둘째, 현행 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 및 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항 등은 해당 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 촬영한

65) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결.

66) 증거능력 부정설은 형사소송법 제244조의 조서작성의무에 관한 규정을 강행규정으로 보고 있으나, 실무에서는 조서 작성을 원칙으로 하되 필요에 따라서는 조서 이외에 진술서 등 다른 기록방법을 사용하고 있고, 특히 공소권없음에 해당하는 사건, 피의자가 형사미성년자인 사건에 해당하는 경우 등에는 피의자신문조서 작성 자체를 생략할 수 있다.(대검 예규 형사504호, 수사사건처리 간소화 방침, 2009. 11. 2.)

영상물에 수록된 피해자의 진술에 대해 피해자나 조사 과정에 동석했던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 법정 진술에 의하여 진정성립이 인정된 경우 증거로 할 수 있도록 명시하고 있다. 이는 진정성립의 인정방법으로 형사소송법 제312조 제4항에서 정한 원진술자(피해자)의 법정 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의한 증명 외에도 조사에 동석했던 참여자의 진술에 의한 진정성립 인정을 추가하여 해당 피해자를 사법적으로 더 보호하겠다는 취지이지 형사소송법상으로는 영상녹화물을 증거로 쓸 수 없다는 논리를 당연히 전제로 한다고 보기는 어렵다. 위 규정들에 규정된 영상녹화물이 수사에서 일반적으로 활용되는 영상녹화물과 녹화방법 및 절차, 신뢰성 등에 있어 아무런 차이가 없어 영상녹화물 자체에 증거능력의 차이나 우위는 없기 때문이다.

셋째, 현행 형사소송법 제312조 제2항 및 제4항은 원진술자의 진술 외에 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 조서의 진정성립을 증명할 수 있도록 규정하여 진술이 수록된 영상녹화물 등 객관적인 디지털매체가 증거능력 인정에 중요한 요소가 될 수 있는 가능성을 열어두고 있다고 볼 수 있다. 만일 조서가 없거나 유실된 경우 또는 피고인이 진정성립이나 내용을 인정하더라도 조서의 기재내용이 실제 녹화된 내용과 차이가 있어 정확한 진술취지를 확인하기 위해서 영상녹화물이 함께 증거로 제출된 경우 진술내용이 더 확실하게 보존된 영상녹화물을 증거로 쓸 수 없다는 것은 매우 불합리한 결과를 낳을 수 있다.

넷째, 공판정에서의 속기·녹음·영상녹화에 관한 예규에도 공판조서 또는 증인신문조서 등을 작성할 때 녹음물 또는 영상녹화물을 전자파일 형태로 보관하여 조서의 일부로 할 수 있는 근거규정(제5조)이 있고, 그러한 공판조서도 증거능력이 당연히 인정된다고 해석될 수 있는 점 등에 비추어 볼 때 법원 또는 수사기관에서 영상녹화물 등의 디지털 증거 형태로 실질적인 조서가 작성될 경우 이를 조서와 달리 취급하여야 할 당위성은 희박하다고 본다.

다만 현행 형사소송법의 해석상 디지털 증거가 실질적 조서 역할을 하는 경우 법 제311조 내지 제312조의 규정이 적용될 수 있다고 해석할 때 디지털 증거의 특성 상 여전히 각 규정의 예외요건과 조화되기 어려운 측면은 있다. 따라서 녹음·영상녹화물의 증거조사방식을 포함한 증거법 체계를 전반적으로 디지털 증거의 특성에 맞게 개선하여 합리적인 범위 내에서 증거능력이 인정될 수 있는 명시적 규정을 둘 필요가 있다고 본다.

3. 공판·수사과정 외에서 기록된 디지털 전문증거

가. 문제점

형사소송법 제313조 제1항은 “피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다”라고 규정하고 있는바 그 적용 대상을 ‘진술서나 그 진술을 기재한 서류’로서 ‘자필이나 그 서명 또는 날인이 있는 것’으로 하고 있다.

논의 지점은 두 가지 부분에 있을 수 있다.

첫 번째는 디지털 증거는 그 특성상 통상 서류에서와 같은 ‘자필’이거나 ‘그 서명 또는 날인’이 없는데 그렇다면 위 전문법칙의 예외를 규정한 제313조 조문이 적용될 것인지 여부이다. 즉, 디지털 증거의 진정성립을 인정하기 위하여 그 출력문서에 대한 작성자의 서명·날인을 증거능력 인정의 요건으로 볼 것인가의 문제이다. 제313조가 적용되지 않는다면 디지털 증거에 전문법칙의 예외를 적용할 수 있는 조문이 없어 전문법칙에 따라 증거능력이 부정되게 된다. 그러나 적용이 된다는 입장을 취하면 어떻게 진정성립을 인정할 수 있을 것인가의 문제가 생기게 된다.

두 번째로는 위에서 본 바와 같이 적용설의 입장에서 제313조에 “공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다”라고 규정하고 있는데 작성자 또는 진술자가 성립의 진정함을 인정하는 진술을 하지 않는 경우가 문제된다. 즉, 그 ‘진술’의 의미와 그 외에 다른 방법으로 성립의 진정함을 증명할 수 있을 것인지에 대해 논의할 필요가 있다.

나. 제313조의 적용 여부

(1) 학설의 대립

학설은 적용부정설과 적용긍정설로 나뉜다. 적용부정설은 디지털 증거와 관련된 법정

제출 증거물은 저장매체가 아니라 출력한 문건, 즉 서류로서, 녹음테이프를 증거로 제출하는 것과 제출 증거물에서 차이가 있고, 형사소송법 제313조 제1항 본문은, “피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것”라고 규정하여 진술을 기재한 서류는 ‘서명 또는 날인’을 요구하고 있으며, 예외적인 규정인 제311조 내지 제316조에 대한 해석은 엄격할 필요가 있으므로 녹음테이프 등의 증거능력에 대하여 제313조를 유추 적용하여 ‘진술자의 서명 또는 날인’이 없어도 증거능력을 인정하는 것은 법령 해석의 범위를 벗어나는 것이라고 주장한다.⁶⁷⁾ 이 견해는 결국 “디지털 증거의 진정성립 문제는 전자서명, 아이디와 패스워드의 일치 및 IP 주소의 확인 등 기술적인 방법으로 디지털 증거의 작성자를 특정할 수 있는 경우에는 예외적으로 진정성립을 인정할 수 있다는 내용의 입법적 결단을 통해 해결해야 할 문제”라고 하고 있다.⁶⁸⁾

이에 대하여, 적용긍정설은 디지털 전문증거에 대해 제313조를 준용함에 있어 서명·날인 요건을 필요로 하지 않는다고 본다. 이 견해는 일상적으로 작성되어 저장되는 전자 문서에 전자서명을 할 것을 기대하거나 그러한 전자문서가 아이디나 패스워드, IP 정보 또는 작성자의 특징에 충분한 신뢰성 있는 메타데이터(작성자의 신원을 특정할 수 있는 기술적 수단)까지 저장하고 있을 것을 기대할 수는 없다는 점을 들면서 이러한 조건을 갖춘 문서만 형식적 진정성립이 인정된다고 한다면, 어렵게 압수수색을 거친 디지털 증거 중 상당부분은 무용지물이 될 것이라는 점 등을 논거로 제시한다.⁶⁹⁾

한편 컴퓨터 디스크 등 정보저장매체에 저장된 전자파일이나 그것을 출력한 문서에 작성자의 서명·날인 또는 자필을 요구하기는 어려우므로 이 요건은 작성자의 특정문제로 치환하여 해석해야 한다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 전자문서 등의 디지털 증거는 작성자의 전자서명, 메타데이터(파일의 아이디와 암호, 파일의 이름, 위치, 크기 및 수정일자 등), 전송 등에 이용된 이메일 계정, 해쉬값 비교 등 작성자를 특정할 수 있는 자료가 없으면 그 전자문서 원본 자체의 증거능력이 없다고 한다. 특히 피고인 작성의

67) 장상귀, “디지털 증거의 증거능력에 관한 연구”, 법학교수·검찰실무연구회 발표자료집(1), 2009, 239면.

68) 장상귀, 앞의 책, 242면. 이 견해는 입법론으로 제313조 제3항에 “압수된 디지털 저장매체에 저장된 파일 중 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 것을 출력한 문건은 그 파일이 기술적인 방법(또는 기타 객관적 방법)에 의하여 피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성한 것이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다”는 내용을 추가하는 방안을 제시한다.

69) 노명선/이완규, 형사소송법(제2판), 성균관대학교 출판부, 2011, 605면; 이숙연, 앞의 논문, 325면.

전자문서의 경우 피고인이 자신이 작성한 문서가 아니라고 하거나 원본 자체가 위조되었다고 주장하는 경우 작성명의인을 특정할 수 없게 된다. 반면 피고인의 진술(형식적 진정성립을 인정할 수 있는 객관적 사실에 대한 진술을 포함)에 의하여 해당 전자문서의 형식적 진정성립이 인정되는 경우에는 실질적 진정성립이 사실상 추정된다고 한다.⁷⁰⁾ 이와 유사한 견해로 컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 기억된 문자정보가 증거로 제출되는 경우에 ‘작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명·날인이 있는 것’이라는 요건은 증거조사를 신청한 당사자가 컴퓨터디스크 등에 문자정보를 입력한 사람과 입력한 일시, 출력한 사람과 출력한 일시를 밝히는 것으로 전환된다고 보는 견해도 있다.⁷¹⁾

(2) 판례의 태도

대법원은 앞에서 본 ‘영남위원회 사건’ 및 ‘일심회 사건’에 대한 판결에서 “디지털 저장매체에 들어 있는 문건의 내용을 증거로 사용하는 경우 디지털 저장매체는 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되고, 따라서 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다.”라고 판시하여 압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건에 대하여 제313조를 적용하고 그 진술로써 진정성립이 인정되어야 한다는 입장을 취하고 있다. 이러한 판례의 행간을 보면 디지털 증거에 대한 제313조의 적용 요건으로 그 출력문서에 대한 작성자의 서명·날인, 전자문서에 대한 전자서명 등을 요구하지 않고 있어 증거능력 인정의 요건으로 문제 삼지 않는 듯하다.⁷²⁾

70) 오기두, “피고인의 공판정 진술과 전자문서의 진정성립”, 사법 24호, 2013. 6., 165~197면.

71) 신동운, 앞의 책, 1120면.

72) 이숙연, 앞의 논문, 324면.

(4) 검토

형사소송법 제정 시 입법자는 진술을 기록하는 매체로서 ‘서류’만을 상정하여 문언상으로는 컴퓨터 등 디지털기록 매체가 이에 포함되지 않는다고 볼 수 있다. 다만, 제310조의2의 해석상 전문법칙이 컴퓨터 등 디지털기록 매체에 적용된다면 제313조의 전문법칙의 예외규정도 작성자의 서명·날인이 없는 위와 같은 기록 매체 및 그 출력물에 적용될 수 있을 것이다.

생각건대 전문증거는 증거로 사용될 수 없다는 원칙과 실체적 진실 발견을 위해 예외적으로 인정하는 경우를 비교형량하여 조화시킬 필요가 있다. 애초에 형사소송법 조문은 디지털 증거를 상정하지 않고 작성자의 서명·날인을 규정하였던 것이므로 이에 전자서명을 요구하는 등 억지로 디지털 증거에 끼 맞추어 적용할 필요는 없어 보인다. 전자서명 역시 전자문서의 작성자와 변조여부를 확인할 수 있도록 해당문서에 첨부되는 암호화된 정보로서, 전자서명법상 공인전자서명은 서명·날인과 같은 효력이 인정되나, 전자문서의 진정성, 무결성을 입증하기 위한 하나의 자료가 될 뿐, 모든 디지털 매체에 전자서명을 요구할 수는 없기 때문이다.

오히려 제313조가 특유하게 요구하는 성립의 진정과 관련하여 해당 디지털 증거의 작성자 또는 원진술자를 특정하는 것이 일반적인 서류에 비하여 중요한 문제가 된다. 진술 기재 서면에는 문서의 내용이 자신의 진술임을 인정하는 원진술자의 서명·날인이라는 전형적인 행위가 있지만 이러한 서명·날인이 없는 디지털 증거의 경우 그 내용이 누구의 진술내용인지, 그 작성자가 누구인지부터 특정해야 하기 때문이다. 그러나 이러한 작성자의 특정 문제는 예를 들어 그 문서가 작성된 컴퓨터가 피고인의 것인지, 내용상 피고인이 아니면 작성할 수 없는 내용인지 또는 그 문서에 대해 아는 사람의 증언, 객관적인 사정에 대한 피고인의 진술, 녹음·녹화의 경우 녹음·녹화된 사람의 목소리 또는 모습이 원진술자의 것과 일치한다는 검증 또는 감정결과 등을 종합하여 자유로운 증명에 의하여 판단할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 후술하는 진정성립의 증명 단계에 들어가기 전에 우선 작성자 또는 원진술자가 특정될 필요가 있고, 이는 일응 진정성립의 문제와는 구분되므로, 작성자 또는 원진술자의 진술에만 의존할 필요는 없을 것이다.

요컨대 컴퓨터 전자문서나 진술녹음파일, 진술 영상녹화물 등 다양한 형태의 디지털

증거에 제313조를 적용함에 있어 서면에 요구되는 서명·날인은 요한다고 보기는 어렵다. 다만, 서명·날인을 요구하지 않을 경우 여전히 원진술자(또는 작성자)의 특정 문제가 남아 있으므로, 성립의 진정을 증명하기 전에 검사는 원진술자(또는 작성자)가 누구인지 밝혀야 하나, 이는 자유로운 증명로도 가능하다고 본다.

다. 진정성립의 인정

(1) 문제점

형사소송법 제313조은 피고인 또는 피고인이 아닌 자의 진술서 또는 진술 기재 서면에 대하여 “공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 증거로 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 디지털 증거가 출력된 문서 등에 대하여 제313조를 적용하는 입장에서 작성자 또는 진술자가 성립의 진정함을 인정한다면 법문상으로도 그 디지털 증거의 진정성립 인정에 문제가 없을 것으로 보인다. 그러나 작성자 또는 진술자가 진술로 성립의 진정함을 부인하고 있는 경우에 이를 인정할 수 있을 것인가가 문제된다. 디지털 증거의 경우 설사 작성자 또는 진술자가 “내가 진술한대로 자료가 되어 있지 않다”라고 진술하더라도 여러 가지 기술적·객관적 사실로 그와 반대되는 사실을 입증할 수 있기 때문이다.

(2) 학설의 대립

통설은 제313조의 “진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때”의 “진술”을 “진정성립을 인정하는 진술”로 국한하여 해석한다. 이러한 통설은 디지털 형태로 작성·저장된 문서에 대하여 종이 문서로 작성된 문서보다 증거능력 인정 요건을 더 완화할 이유는 없다고 하면서 피의자가 문서 작성 형태를 어떻게 취했느냐에 따라 자신에게 불리한 증거를 증거로 받아들여야 하는 불이익을 받으라고 할 수 없다는 점을 논거로 든다. 디지털 증거가 진술의 진실함을 전제로 요증사실을 입증하려는 전문증거라면 그 역시 종이문서와 마찬가지로 작성자 또는 진술자가 “그 문서는 내가 작성한(진술한) 것이 맞다

(녹음의 경우 진술내용이 진술자가 진술한 대로 녹음된 것이 맞다)”라는 취지의 진술에 의하여 성립의 진정함이 인정됨으로써 증거능력이 인정되고, 피고인 측의 반대신문이 허용되어야 할 것이라고 주장한다.⁷³⁾ 다만 이 견해 중에서도 “디지털 증거든, 종이문서든 피고인이 증거로 함에 부동의 하더라도 다른 객관적인 증거에 의하여 피고인의 작성 사실이 합리적 의심 없이 인정되는 문서에 대하여는 증거능력을 인정할 수 있도록 입법적으로 해결하는 것이 마땅하다”라고 하는 견해도 있다.⁷⁴⁾

한편, 해당 디지털 증거가 객관적인 기계적 자료로 작성명의인이 피고인임이 입증된다고 하더라도 형식적 진정성립을 부인만 하면 증거능력을 인정할 수 없게 되는 것은 조리에 반하나, 제313조의 직접심리주의 내지 공판중심주의 구현이라는 입법동기를 존중하여 원진술자가 형식적 진정성립을 인정할 수 있는 객관적 사실들을 인정하면 형식적 진정성립이 증명되어 실질적 진정성립이 사실상 추정되고, 증거능력이 인정될 수 있다는 견해가 있다. 예를 들어 전자문서에 전자서명, 아이디, 비밀번호, 아이피 정보, 메타데이터 등 분석결과 전속적으로 피고인만이 이용하는 컴퓨터인지, 피고인만이 사용하는 이메일 계정으로 첨부파일 형태로 전송되었는지, 에스앤에스 계정, 도메인 네임, 인증, 고유접속번호 또는 전자문서에 표시된 피고인의 성명, 인장 이미지 등 형식적 진정성립을 인정할 수 있는 사실을 피고인이 법정에서 인정하면서도 피고인이 자신이 작성한 문서가 아니라고 다투는 경우에도 증거능력이 인정될 수 있다고 한다.⁷⁵⁾

또한 제313조의 ‘진술’을 ‘원진술자가 공판정에서 행하는 모든 진술’로 해석하여야 한다는 소수설이 있다.⁷⁶⁾ 이 견해는 제정형사소송법 제313조가 ‘원진술자의 진술’로만 성립의 진정을 입증하게 한 입법 취지는 종래와 같이 원진술자가 법정에 나오지 않고 조서만으로 사실인정을 하던 폐해를 극복하고 원진술자를 반드시 출석시켜 피고인으로 하여금 비판의 기회를 갖게 해주어 직접주의를 실현할 수 있도록 하기 위함이었다고 분석한다. 따라서 위와 같이 ‘진술’을 ‘진정성립의 인정 진술’로 국한하여 해석하여 다른 객관적인 입증방법을 모두 사용할 수 없게 하는 것은 위 입법취지와 동떨어진 해석이라고 한다. 즉, ‘진술’을 ‘원진술자가 공판정에서 행하는 모든 진술’로 해석할 때 다른 객관적

73) 신동운, 앞의 책, 906~907면; 법원실무제요 형사[Ⅱ], 114면 등.

74) 이숙연, 앞의 논문, 326면.

75) 오기두, “피고인의 공판정 진술과 전자문서의 진정성립”, 177~193면.

76) 이완규, 형사소송법연구2, 법문사, 2011, 397-492면.

인 입증방법을 제시하고 이에 따라 원진술자가 진술한 전 취지를 살펴 법관이 그 성립의 진정여부를 판단할 수 있고, 그렇게 해석하는 것이 타당하다는 것이다.

(3) 판례의 태도

가) 영남위원회 사건

디지털 증거의 증거능력에 대한 논의가 처음 시작된 것은 소위 ‘영남위원회 사건’인데 컴퓨터 디스켓에 저장되어 있는 문서에 대한 증거능력을 판단함에 있어서 최초로 전문법칙을 적용하여 원작성자 또는 진술자가 인정하지 않은 디지털 증거에 대해 증거능력을 부인하였다.

즉, “컴퓨터 디스켓에 들어 있는 문건이 증거로 사용되는 경우 위 컴퓨터 디스켓은 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다고 할 것이고, 따라서 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다 할 것이다.”라고 판시하였다.

나) 일심회 사건

‘일심회 사건’의 항소심 및 상고심 판결에서도 위 ‘영남위원회 사건’ 판결은 인용된다. 1심에서는 컴퓨터, CD, USB 메모리, 플로피 디스켓 등 저장매체에 대한 원본과의 동일성 여부를 법정에서 검증하는 방식으로 확인하여 증거능력을 부여하였으나, 항소심에서는 압수물인 디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 증거능력에 대하여는 피고인 측에서의 참여가 보장되고 적법한 검증절차를 거쳤다면 그 동일성과 무결성이 인정된다고 하면서도 위 위 ‘영남위원회 사건’ 판례를 인용하면서 “이 사건 디지털 저장매체들에서 출력하여 검사가 증거로 제출한 문건 중에서 아래 표에 기재된 53개의 문건은 그 작성자

가 원심에서 그 성립의 진정함을 인정하였으나 그 밖의 문건은 그 작성자에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 않았거나 작성자가 불분명한 사실을 인정할 수 있다. 위와 같은 법리와 위 인정사실에 비추어 보면, 위 53개 문건은 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 해당하므로 그 문건의 내용을 증거로 사용할 수 있고, 그 밖의 문건은 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 해당하지 않으므로 그 문건의 내용을 증거로 사용할 수 없다.”라고 판시하여 디지털 증거로부터의 출력물에 대하여 작성자의 진술로 성립의 진정함이 인정되지 않을 경우 증거능력을 부정하여 통설과 마찬가지로 태도를 견지하고 있다.

(4) 검토

통설과 판례는 위 제313조의 ‘진술’을 성립의 진정함을 인정하는 진술로만 엄격하게 해석하고 있으나, 그로 인해 증거능력에 대한 판단이 당사자의 임의에 따르게 되는 비교법상 유래를 찾을 수 없는 기이한 결론을 가져오는 문제점이 있다. 특히 전자문서 등의 디지털 증거는 서명·날인이 없거나 작성명의가 표시되어 있지 않은 경우가 많기 때문에 더 심각한 문제가 될 수가 있다.⁷⁷⁾ 결국 객관적인 데이터와 정황 등으로 작성자 또는 진술자로 특정된 사람이 작성 또는 진술한 것이 기술적으로 밝혀지고 동일성·무결성이 입증된 경우에도 “내가 작성했다”라고 인정하는 사람이 없는 경우에는 증거로 사용할 수 없게 될 것이다.

예를 들어 피고인이 PC방에서 다른 사람과 익명으로 주고받은 이메일에 자신의 살인 방법과 과정을 구체적으로 묘사하였는데, 당시 피고인이 컴퓨터를 사용하는 장면이 촬영된 CCTV녹화물, 컴퓨터에 저장된 로그기록, 관련 메타데이터, 아이피, 이메일 계정 등을 디지털 포렌식에 의해 분석한 결과 피고인이 그 시각 해당 PC에서 이메일을 작성하여 발송한 사실이 확인된 경우를 상정하여 보자. 피고인이 전문증거인 위 이메일을 작성한 사실이 객관적으로 명백히 인정됨에도 피고인이 “내가 그 이메일을 작성한 사실이

77) 전명길, 앞의 논문, 333면. 이러한 입장에서 소수설이 전문증거인 디지털 증거와 관련하여 더 의미가 있을 수 있다고 보았다.

없다”라고 진술하거나 단순히 모르겠다고 하거나 아예 진술거부권을 행사하는 경우 통설과 판례의 견해에 따르면 위 이메일과 그 출력물은 모두 증거능력이 없게 될 것이고, 다른 유죄의 증거가 없다면 피고인은 무죄가 선고될 것이다. 이는 형사소송의 추구하는 근본이념인 형사사법 정의 실현에 반할 수 있을 뿐 아니라 피고인의 반대신문권이나 신용성의 정황적 보장 등 전문법칙의 이유와도 별다른 관련이 없다.

원진술자가 형식적 진정성립을 인정할 수 있는 객관적 사실들을 인정하면 그 진술에 의해 진정성립이 증명되어 증거능력이 인정될 수 있다는 견해는 일응 통설과 판례의 문제점을 어느 정도 해결할 수는 있을 것이다. 그러나 이 견해는 형식적 진정성립을 인정할 객관적 사실을 해당 전자문서 작성명의인의 특정문제로 보며, 어쨌든 피고인의 이를 인정하는 진술이 없으면 증거능력이 인정될 여지가 없게 된다.⁷⁸⁾

한편 제312조에서는 검찰 피의자신문조서에 대하여 제1항에서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 피고인의 진술에 의하여 ‘인정’될 것을 규정하면서 제2항에서 피고인이 진정성립을 ‘부인’하는 경우 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 ‘증명’될 수 있는 요건을 규정하고 있다. 반면, 제313조에서는 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 ‘증명’된 때에 증거로 할 수 있다고 문언 자체를 달리 규정하고 있는 점도 주목할 필요가 있다. ‘증명’은 ‘인정’과는 달리 진술자의 임의가 아닌 객관적인 입증가능성이 포함된 용어라고 볼 수 있는 것이다. 이렇게 볼 때 통설, 판례와 같이 제312조의 ‘진술’과 제313조의 ‘진술’의 취지를 같이 보는 것이 오히려 더 어색할 수 있다. 입법자로서는 같은 내용을 굳이 그렇게 다른 표현을 써서 규정할 이유가 없기 때문이다. 따라서 위 소수설과 같이 ‘진술’을 ‘원진술자가 공판정에서 행하는 모든 진술 또는 진술의 전 취지’로 해석함이 타당하다고 본다.

소수설에 따라 위에서 예로 든 사례를 본다면 피고인이 이메일을 작성하지 않았다고 진정성립의 인정 자체는 부인하는 진술을 하더라도 피고인에게 위와 같은 객관적인 자료와 분석결과를 제시하고 “이메일 작성당시 PC방에 간 사실이 있는지”, “CCTV에 촬영된 사람이 본인이 맞는지”, “당시 PC로 이메일 계정에 접속한 사실이 있는지” 등을 신문하여 피고인이 이를 인정하는 경우 그 전 취지를 살피 ‘성립의 진정이 증명되었는지 여부’를 판단할 수 있을 것이다. 설사 피고인이 억지를 써 객관적으로 명백히 입증되

78) 오기두, “피고인의 공판정 진술과 전자문서의 진정성립”, 178~179면.

는 사실에 대해 부인을 하거나, 진술거부권을 행사하더라도 피고인의 진술거부권을 침해하지 않는 한도에서 피고인의 ‘진술의 전 취지’에 의하여 진정성립이 ‘증명’되는 경우도 있을 수 있을 것이다. 다만, 소수설 역시 해석론의 한계가 있다. 현재 통설·판례의 견해에 따라 운영되는 실무의 현실을 감안할 때 논란의 소지가 없도록 명확히 입법적으로 해결함이 타당할 것이다.

라. 특신상태의 적용범위 및 인정 방법

(1) 문제점

형사소송법 제313조 제1항 단서에서는 “단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다”라고 규정하고 있다.

위 ‘진술에 불구하고’의 해석에 대하여는 이를 진정성립을 부인하는 진술로 해석할 것인지, 내용을 부인하는 진술로 해석할 것인지에 대한 견해의 대립이 있다.

(2) 학설

먼저, 진정성립부인설에서는 위 ‘피고인의 진술을 기재한 서류’를 ‘피고인 아닌 제3자가 피고인의 진술을 작성한 서류’로 해석하여 위 단서 조항이 그 경우만 적용된다고 본다. 즉, 제3자인 작성자가 진정성립을 인정할 경우 피고인이 성립의 진정을 부인하더라도 특신상태가 있을 경우 증거능력을 인정할 수 있게 해주는 규정이라고 본다.⁷⁹⁾

한편, 내용부인설은 위 단서에 규정된 특신상태 요건은 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술서와 제3자가 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류에 모두 적용된다고 본다. 이 때 ‘진술에 불구하고’의 ‘진술’은 기재내용이 진실에 부합하지 않는다고 주장하는 내용부인의 진술이라고 본다.⁸⁰⁾

79) 노명선/이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2009, 601면.

(3) 검토

생각건대, 제313조의 ‘진술에 불구하고’의 의미는 제312조 등 다른 전문법칙의 예외를 규정한 조문과 통일적, 유기적으로 해석하여야 한다고 본다. 위 단서 규정과 비슷한 형식의 규정인 제312조 제2항에서는 “제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여 졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 쓸 수 있다”라고 하여 모두 진정성립과 관련된 ‘진술’을 규정하고 있다. 또한 내용인부와 관련하여서는 제312조 제3항에 ‘그 내용을 인정할 때에 한하여’라고 규정하고 있어 진정성립과는 다른 용어 사용을 보여주고 있다. 따라서 위 ‘진술에 불구하고’는 ‘진정성립을 부인함에도 불구하고’로 해석함이 타당하고 이때의 작성자는 ‘피고인이 아닌 제3자’를 의미한다고 봄이 통일적이고 간명하다. 그리고 내용 부인은 기본적으로 증거능력의 문제가 아닌 증명력의 문제로 다루는 것이 타당하다고 할 것이므로 내용 부인으로 인하여 증거능력 자체가 부인되는 것은 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 한하여 형사소송법이 특유하게 예외를 두는 규정으로 보아야 할 것인바 위 제313조 제1항 단서의 경우 ‘진술’을 내용부인의 경우로 해석할 것은 아니라고 본다.

따라서 디지털 증거의 경우 피고인의 진술을 기재한 전자문서 또는 피고인의 진술이 녹음된 음성파일의 진정성립을 피고인이 인정하지 않는 경우 그 작성자 또는 녹음자의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때 증거로 할 수 있다. 여기서 특신상태란 신용성의 정황적 보장을 의미하고 이는 소송상 사실에 관한 것이므로 자유로운 증명으로 족하다고 할 것이다.⁸¹⁾

80) 신동운, 앞의 책, 1124~1125면.

81) 대법원 2012.7.26. 선고 2012도2937 판결 참조.

4. 제314조의 적용여부

제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음에 증명된 때에 한한다”라고 규정하고 있다. 그렇다면 디지털 증거와 관련하여 제313조가 문제되었을 때 작성자가 특정이 되지 않거나, 피고인 등이 고의로 작성자를 함구하고 있는 경우 또는 작성자가 진술을 거부하는 경우 등과 같이 사실상 진정성립의 인정을 방해하고 있는 경우 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당한다고 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

우선 피고인이 진정성립의 주체가 되어야 하는 경우 피고인은 공판기일에 출석하고 있고 진술거부권을 행사할 수 있으므로 제314조가 적용되지 않는다. 다음으로 피고인 외의 작성자가 불명일 경우나 피고인이 작성자를 함구하고 있는 경우에도 피고인은 진술거부권이 있으므로 그 작성자를 함구하더라도 위 규정을 적용할 수 있다고 할 수 없고, 작성자가 불명일 경우 역시 검사가 진정성립의 입증에 실패한 것으로 보아야지 위 제314조를 적용하여 오히려 진정성립을 인정하는 결과를 가져오는 것은 타당하지 않다.⁸²⁾

5. 제315조 적용여부

형사소송법 제315조는 당연히 증거능력이 있는 3가지 유형의 서류를 규정하고 있다. 제315조에 규정된 서류들은 신용성의 정황적 보장이 고도로 인정되기 때문에 그 증거능력을 인정한 것이다. 이에 ① 공권적인 증명문서, ② 업무상 필요로 작성한 통상문서, ③ 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서가 있다.⁸³⁾

디지털 증거와 관련하여서는 전자등기부등본과 같이 디지털화 되었지만 공권적인 증

82) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결 참조.

83) 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교 법학 박사학위 논문, 2010. 226~227면.

명문서는 당연히 제315조 제1호로 증거능력이 인정되어야 할 것이고, 컴퓨터 등 디지털 매체를 통해 작성된 업무상 장부 등도 제315조 제2호에 따라 증거능력이 인정될 수 있을 것이다.

대법원 역시 성매수 혐의로 기소된 피고인에 대하여 제출된 메모리카드 출력물의 증거능력이 문제된 사안에서 “위 메모리카드에 기재된 내용은 성매매 여성들이 성매매를 업으로 하면서 영업에 참고하기 위하여 성매매를 전후하여 상대 남성의 아이디와 전화번호 및 성매매 방법 등을 메모지에 적어두었다가 직접 또는 다른 여직원이 입력하여 작성된 것임을 알 수 있는바, 이는 실질적으로 형사소송법 제315조 제2호 소정의 영업상 필요로 작성된 통상문서로서 그 자체가 당연히 증거능력 있는 문서에 해당한다고 할 것”이라고 판시하였다.⁸⁴⁾

그렇다면 제315조 제3호와 관련하여, 디지털 증거의 경우 객관적 해취값이나 기계적인 방법 등으로 특정인이 작성한 문서라는 것이 명백히 인정될 경우 특정인의 진정성립을 인정하지 않는 진술에도 불구하고 제315조 제3호에 의하여 그 증거능력을 인정할 수 있을 것인지 문제된다. 예를 들어 진술자가 진술하거나 작성자가 자필 진술서를 작성하는 내용을 다른 사인이 촬영하거나 녹음한 경우에 해당 서류는 디지털 증거의 무결성만 입증되면 디지털 증거의 특성상 기술적으로 ‘특히 신용할만한 정황에 의하여 작성된 문서’로 인정될 수 있는 경우도 있을 것이다. 이는 제313조와 관련하여 진술 외의 방법으로도 그 진정성립을 인정할 것인지의 문제와 연관된다.

그러나 제315조의 취지상 제3호의 문서는 공적인 증명문서나 업무적인 통상문서와 같이 제도적으로 권위를 부여한 문서에 준할 정도가 되어야 할 것이다. 사망 직전의 진술이나 자연적 발언 등이 기재된 문서의 경우에도 이를 제315조 제3호로 증거능력을 인정하기 보다는 제314조의 일반적 진술서면으로 특신상태의 유무에 따라 증거능력을 판단함이 상당하다.⁸⁵⁾ 역시 위와 같이 기술적으로 특신상태가 인정된다고 하더라도 이는 제315조의 문제가 아닌 제312조, 제313조 및 제314조의 문제로 각 요건에 맞추어 판단해야 한다고 본다.

84) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3219 판결.

85) 임동규, 형사소송법, 법문사, 2008, 517면 등.

VI. 결론

현대과학의 발달로 디지털 정보의 활용도가 급증하면서 그에 따라 현대문명사회는 시간과 장소의 제약도 극복해가고 있고, 기술적 발전을 통하여 디지털 정보 이용매체는 더 정교해지고 있다. 이를 바탕으로 디지털 증거는 증거의 더 많은 부분을 차지하게 될 것이고, 그 중요성도 더욱 커질 것이다. 디지털 증거는 매체독립성, 무체정보성, 복제용이성, 취약성, 대량성 및 네트워크 관련성 등 독특한 특성을 가지고 있지만 현행 형사증거법의 대다수 규정들은 이러한 디지털 증거를 전제하지 않고 있어 규범의 공백이 생기는 문제점을 안고 있다.

따라서 본 논문에서는 디지털 증거의 특성을 고려하여 현행 형사증거법의 관련 규정에 대한 해석을 통하여 위와 같은 공백을 최소화하려는 시도를 해보았다. 그러나 엄격해석의 원칙 및 유추해석 금지의 원칙이 확립된 형사법규범의 공백을 해석만으로 메우는 데는 한계가 있으므로, 형사증거법을 디지털 증거를 포섭할 수 있는 방향으로 개정하는 노력도 필요하다고 할 것이다. 이러한 관점에서 다음과 같은 몇 가지 제안으로 본 소고를 끝맺고자 한다.

첫째, 모든 증거에 요구되는 진정성은 디지털 증거에 있어서는 원본과의 동일성, 무결성 및 신뢰성 등으로 특유의 선결요건이 요구된다. 이러한 선결요건을 입증하는 방법에 관하여 점차 판례가 축적되고 있으나, 장기적으로는 수사기관이 준수하여야 할 세부적인 준칙을 명확히 개발하고, 그 준칙이 준수된 사실이 입증되면 위 선결요건을 갖춘 것으로 인정하는(또는 추정할 수 있는) 관행 또는 입법이 필요하다고 본다.

둘째, 전문증거인 디지털 증거에 대하여는 형사소송법 제310조의2의 적용대상에 디지털 증거가 포함될 수 있도록 이를 명문화할 필요가 있다. 나아가 제310조의2의 적용은 그 전문법칙의 예외를 어떻게 인정할 것인가의 문제와 연결되므로, 형사증거법상 디지털 전문증거의 명문화는 제311조 내지 제315조를 개정하는 문제가 될 것이다.

이에 따라 셋째, 법원 또는 수사기관에서 기록된 디지털 전문증거를 규율하는 입법이 필요하다고 본다. 형사소송에 전자문서에 의한 조서가 아직 도입되지는 않았지만 향후 전자문서의 발달로 조서 자체가 전부 또는 일부 전자문서로 대체될 가능성을 배제할 수

는 없다. 한편 현재 시행되고 있는 영상녹화조사제도에 따라 피의자신문 또는 참고인조사과정을 녹화한 영상녹화물에 대하여 보충적이거나 독립된 증거능력을 부여할 필요가 있다. 현행 조서 중심의 형사증거법 체계를 급격히 개편하는 것은 어려우므로, 조서가 멸실되었거나, 피고인이 검사 또는 사법경찰관 앞에서 한 특정 진술이 조서의 내용과 달라 이를 검증할 필요가 있거나, 그 진술을 한 사실 자체를 입증하기 위하여 보충적으로 영상녹화물을 증거로 활용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 이때 극장재판을 방지하기 위하여 영상녹화물을 증거로 제출할 경우에는 반드시 녹취서를 함께 제출하도록 하는 방안 등을 고려해볼 수 있다. 이러한 입법은 영상녹화조사가 조서만을 증거로 쓰게 됨으로써 생길 수 있는 폐단을 막고, 수사의 투명성을 보장하여 사법 불신을 해소하며, 위법수사를 예방하는 장점을 살려 어렵게 도입된 영상녹화조사를 활성화하는데 기여할 것이다.

넷째, 형사소송법 제313조는 그 대상을 ‘피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것’이라고 하고 있어 디지털 증거에 이를 적용할 때는 ‘서명·날인’의 요건을 무시하거나 작성자의 특정문제 등으로 치환하여 해석해야 하는 문제를 낳고 있다. 따라서 ‘피고인 또는 피고인 아닌 자가 진술을 기록한 디지털 증거로서 그 작성자(기록을 행한 자) 또는 진술자가 특정되어 있는 것’ 등으로 그 적용대상에 관한 규정을 추가하는 방안이나 디지털 증거에 대한 별도의 법령을 제정하는 방안 등을 고려해볼 필요가 있다.

마지막으로, 형사소송법 제313조가 ‘그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때’로 진정성립의 인정방법을 제한하고 있는 것과 관련하여 그 작성자 또는 진술자의 진술 외에 형식적 진정성립을 인정할 수 있는 객관적 사실을 입증하는 방법으로도 진정성립을 증명할 수 있도록 개정할 필요가 있다. 통설과 판례는 디지털 전문증거와 그 출력된 문서 모두 오로지 작성자(또는 원진술자)의 진술에 의하여만 그 성립의 진정함이 증명될 수 있다고 해석하고 있다. 즉 어떠한 기술적인 방법으로 작성자의 작성사실을 입증하더라도 작성자가 이를 부인하면 그 성립의 진정함이 인정되지 않아 증거능력이 없게 되는 것이다. 제313조의 입법동기가 직접심리주의 내지 공판중심주의 구현에 있다면 원칙적으로 진정성립의 인정은 진술자(특히 피고인 진술의 경우 그

피고인)의 진술에 의하되, 진술자가 이를 부인하거나 진술을 거부하는 경우 예외적으로 객관적인 방법에 의하여 진정성립이 증명되고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때에 한하여 증거능력을 인정하는 방안도 고려할 필요가 있다.