

## 실질적 불복신청 기회를 보장하는 디지털 증거 수집 방안

김 태 룡\*

### [대상판례]

#### 1. 사실관계

피고인 A(제6회 전국동시지방선거에서 ○○군수 선거에 출마하여 당선된 사람)는 선거에 출마하기에 앞서 출판기념회를 2014. 3. 1.경 개최하려는 계획을 세우고, ○○군 선거구민들을 상대로 초청장을 대량 발송함으로써 홍보를 통한 지지를 유도하기로 피고인 B(○○군수 비서실장), 피고인 C(○○군청 행정계장)와 공모하여, 개인 정보처리자가 정보주체의 동의를 받지 않고 개인정보를 제공한다는 점을 알면서 ○○군 내 선거구민 4,996명의 주소를 취득한 다음, 피고인 A의 선거사무장에게 건네 주어 2014. 2. 21.경 선거구민 4,996명에게 초청장을 발송하도록 하였다. 이외 피고인 A는 2014. 3. 26.경부터 2014. 4. 하순경까지 충북 청주시 ◎◎교도소에서 친척을 면회한 뒤 비서실장인 피고인 B를 통해 총 10회에 걸쳐 영치금, 축의금, 부의금 등의 명목으로 합계 90만 원의 기부행위를 하였다. 이에 따라 검사는 피고인 A를 공직선거법위반 위반과 함께 피고인 A, 피고인 B, 피고인 C를 개인정보보호법위반으로 기소하였다.

제1심(청주지방법원 2015. 1. 22. 선고 2014고합259 판결)은 피고인 A, B, C의 각 공소사실을 모두 유죄로 인정하였고, 피고인들은 사실오인 내지 법리오해, 증거능력 유무에 관한 판단, 기타 양형부당을 이유로 항소하였다.

#### 2. 항소심 판결 : 대전고등법원 2015. 7. 27. 선고 2015노101 판결

피고인의 항소 요지는 수사기관이 압수·수색을 실시함에 있어 피압수자들에게 압수·수색영장을 명확히 제시하지 않았고, 영장 기재 압수 대상이 아닌 물건에 대

\* KITRI Best of Best 9기 디지털포렌식 트랙 교육생.

해서도 압수·수색을 실시하였으며, 영장 기재 압수방법을 위반하여 저장매체 원본 자체를 반출한 점, 압수한 저장매체를 개봉하는 과정에서 피압수자들에게 참여권을 보장하지 않았고, 압수 물건이나 전자정보에 대한 목록도 교부하지 않았으며, 저장매체 원본 반출일로부터 10일을 넘어 피압수자에게 이를 환부하고, 공소외 8의 컴퓨터를 임의제출한 바 있으나, 위 컴퓨터의 소유자, 소지자 또는 보관자가 아니므로 그와 같은 임의제출은 실질적으로 영장 없는 강제압수에 해당하며, 당시 공소외 4가 작성한 진술서에는 조사과정의 기록이 없어 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 진술서라고 볼 수 없으므로 증거능력이 인정되지 않으므로 각 임의제출은 위법하고, 위법하게 수집된 자료로 부터 추출된 2차적 증거인 기부행위 관련 혐의사실에 대하여 증거능력을 인정한 원심판결에는 증거능력에 대한 법리오해의 위법이 있었다는 것이다.

이에 따라 항소심은 공직선거법위반에 대해 유죄를 인정한 제1심판결을 기부행위가 선거의 공정성에 직접적으로 해를 끼칠 위험성이 상대적으로 적어 보이는 점 등을 이유로 파기하였으며, 공직선거법위반 부분에 대해서는 피고인의 연령, 성행, 범행의 동기, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건을 참작하여 양형 하였다. 피고인과 검사가 상고하였다.

### 3. 상고심 판결 : 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결

「수사기관은 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 사실을 확인함과 동시에 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 사항을 충분히 알 수 있도록 압수·수색영장을 제시하여야 한다. …(중략)… 현장에서 피압수자가 여러 명일 경우에는 그들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. …(중략)… 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다. …(중략)… 충북지방경찰청 소속 사법경찰관이 이 사건 영장의 피압수자인 공소외 1에게 이 사건 영장을 제시하면서 표지에 해당하는 첫 페이지와 공소외 1의 혐의사실이 기재된 부분만을 보여 주고 …(중략)… 따라서 사법경찰관의 공소외 1에 대한 이 사건 영장 제시는 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 압수·수색영장의 제시라고 볼 수 없고, 이 사건 영장에 따라 압수된 이 사건 동향보고 서류, 공소외 1의 휴대전화 역시 적법한 절차에 따라 수집된 증거라고 보기 어렵다.」

## I. 들어가며

피압수자에게 압수·수색영장을 제시하였다면, 기재 압수 내역에 포함된 모든 물건에 대한 압수 권한이 생길까? 드라마에서 흔히 볼 수 있는 ‘영장을 슬쩍 보여주고, 대사 몇 마디 후 바로 압수·수색을 진행하는 장면’처럼 집행자의 영장 제시만 이루어져도 즉각적인 압수·수색이 가능 할 경우, 주요 증거에 대한 변조 또는 은닉 시도를 최대한 막을 수 있을 것이다.

그러나 압수·수색 대상이 아닌 물건에 대한 압수·수색과 함께 피압수자에 대한 인권 문제가 야기 될 수도 있으며, 형사소송법 제118조에 따르면, 압수·수색영장은 처분 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다고 명시되어있을 뿐, 제시에 대한 명확한 기준을 밝혀주지 않으므로, 피압수자들로 부터 하여금 압수·수색영장 제시의 범위가 지나치게 확장될 수 있기 때문에 인권 보호 및 증거법적 해석에 의하여 이를 적절히 제한할 필요가 있음을 상기시킨다.

따라서 수사기관이 피압수자에게 영장의 일부만 보여주고 압수·수색을 진행 할 경우, 증거능력이 인정되지 않는다는 위 대법원의 첫 판례<sup>2)</sup>는 압수·수색영장의 제시 범위와 관련된 판례가 이전까지 없었던 점과 더불어 디지털 증거 수집뿐만 아니라 전반적인 증거 수집 과정에 큰 의미를 가진다.

## II. 판례 해석

### 1. 심급 별 쟁점

원심은 정보 주체자의 동의 없이 수집된 개인정보를 이용한 사실과, 총 10회에 걸친 기부행위에 대하여 각 개인정보보호법위반 및 공직선거법 위반으로 판결하였으나, 항소심에서 피고인 측 변호인은 피압수자들에게 영장을 명확히 제시하지 않았고, 강제 압수에 의한 위법 수집 증거로부터 공직선거법 위반 사실을 알게 된 점을 들어 증거능력에 대한 법리오해를 주장하였으며, 항소심은 공직선거법 위반에 대한 증거의 증거능력이 없음을 받아들여 기부행위에 대한 원심의 유죄판결을 파기

2) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결

합과 동시에 양형 하였다,

하지만 상고심에서는 애초에 수사기관이 압수·수색 영장의 표지에 해당하는 첫 페이지와 혐의사실이 기재된 부분만을 보여 주었기에, 준항고 등 피압수자의 불복 신청의 기회를 실질적으로 보장하지 못하였으며, 나아가 피압수자가 여러 명일 경우 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하며, 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 사람에게 따로 영장을 제시<sup>3)</sup>하여야 하므로 상고를 기각하였다.

	개인정보보호법 위반	공직선거법 위반	이유
원심	유죄	유죄	개인정보보호법위반죄 공직선거법위반죄
항소심	양형	무죄	임의제출물의 증거능력 판단 법리오해 인정
상고심	무죄	무죄	피압수자의 실질적 불복신청 기회를 보장하지 못하였음

[표 1] 각 심급 별 쟁점

## 2. 실질적 불복신청 기회를 보장하는 영장 제시 방안

상고심 판례에 의한 실질적 불복신청 기회를 보장하는 영장 제시 방안은 다음과 같다. ① 압수·수색영장을 집행하는 경우에 피압수자에게 반드시 압수·수색영장을 제시해야 한다. (형사소송법 제219조, 제118조) ② 일련의 과정에서 피압수자나 변호인에게 참여의 기회를 보장해야한다. (형사소송법 제219조, 제121조) ③ 수사기관은 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 사실을 확인함과 동시에 압수·수색영장에 필요적으로 기재된 사항을 충분히 알 수 있도록 압수·수색영장을 제시하여야 한다. ④ 피압수자가 여러 명일 경우에는 그들 모두에

3) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결, “압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하는바( 형사소송법 제219조, 제118조), 현장에서 압수·수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 그 사람들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이고, 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다.”

게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다. (대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결)

### 3. 판례 인용

영장 기재 내용을 피압수자가 충분히 알 수 있도록 해야 한다는 원칙을 확인한 최초의 판결로, 과거 판례가 없기에 과거 판례와의 차이점을 비교할 수는 없으나, 위 판례가 인용된 예를 통해 이후에 어떤 영향을 미치게 되었는지 알 수 있다.

실질적 불복신청 기회를 보장하는 사안으로, 재항고인이 영장의 구체적인 확인을 요구하였으나 범죄사실 기재 부분을 보여주지 않은 사안을 적법한 압수·수색영장의 제시로 인정하지 않은 판례<sup>4)</sup>와 피압수자가 약 1분가량 영장을 읽었더라도 수사관의 제지로 충분히 내용을 읽지 못하였을 경우, 인권침해에 해당한다는 판례<sup>5)</sup>가 대표적이다.

## Ⅲ. 디지털 증거와 실질적 불복신청 기회 보장

인용 판례와 더불어 상고심의 영장 제시 방안, 그리고 헌법상의 압수·수색 영장 제시 법은 피압수자에 대한 인권을 보장 해 주고 있지만, 반대로 긴급 상황을 제외한 압수·수색 과정에서 피압수자가 영장 내용을 천천히 읽는 등의 방법으로 판례를 악용할 여지가 없지 않다.

판례를 악용하여 압수·수색 속도를 저해시킬 경우, 대기시간이 늘어남에 따라 증거자료 수집 능력이 저해될 것이며, 짧은 시간 내에도 위/변조가 용이한 디지털 증거에게는 치명적인 결과로 다가 올 것이다.

더하여 피압수자가 영장에 기재된 사항을 충분히 알 수 있을 정도로 영장을 제시해야 하며, 압수·수색은 ‘영장 제시’가 이루어진 다음에서야 진행될 수 있기 때문에, 아래 서술할 내용은 피압수자가 영장을 모두 읽은 다음에서야 압수·수색이

4) 대법원 2020. 4. 16.자 2019모3526 결정

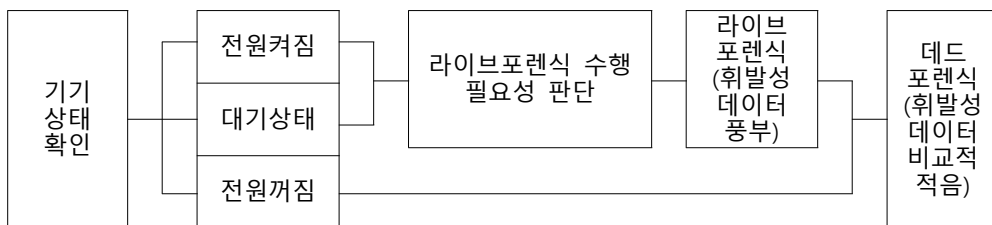
5) 국가인권위원회 2018. 11. 29.자 18진정0124600 결정

진행됨을 전제로 작성하였다.

## 1. 디지털 증거의 특성

디지털 증거는 물리적 요인으로 인한 변조도 가능하지만, 메모리와 같은 휘발성 데이터는 시간의 흐름에 따라 자동 소멸/변경되기에 신속히 수집되어야 한다. 특히 기기에 통신기능이 내장되어 있을 경우, 외부와의 통신을 차단하지 않는 이상 언제 어디서든 내부 데이터 변조가 가능한 점에서 모바일 기기는 각별히 여겨야 한다.

대부분의 기기는 정상 종료 시 메모리 최적화 작업이 진행되기에, 압수 대상 PC가 가동 중일 경우, 특별한 상황이 아닌 이상 전원 버튼을 조작하지 않는 것이 좋다. 물론 정상적인 방법으로 전원 공급을 차단시키더라도 일부 휘발성 데이터 수집이 가능하나, 대부분의 휘발성 데이터를 잃어버린 상태이기에 필요 수집 데이터 복구 시간이 오래 걸리며, 복구 난이도 또한 높아지게 된다.



[표 2] 수집 대상 기기 상태에 따른 포렌식 방법

외부 요인으로 인한 데이터 변조뿐만 아니라, 내부적으로 일정 시간마다 정기적으로 생성되는 로그 파일, 임시 저장파일 등으로 인해 \$LogFile, \$UsnJrnl 등 최대 저장 건수 혹은 용량이 제한된 일부 증거 파일이 덮어 써 지거나, 시간 경과에 따라 절전모드에 들어감으로 써, 통신 중이던 대상(팀뷰어 등)과의 연결이 자동으로 끊어지는 등, 다양한 요인이 디지털 증거의 증거능력을 없애거나 증명력을 떨어뜨리는데 일조하게 된다.

## 2. 새로운 영상 제시 방안이 디지털 증거 수집에 미치는 영향

위 디지털 증거 특성 예시처럼 디지털 증거 수집 시 신속성이 지켜져야만 휘발성 데이터에 대한 증거능력 및 증명력을 최대한 확보할 수 있는 만큼, 실질적 불복신청 기회를 보장하기 위해 피압수자가 압수·수색 영장을 읽어나갈 동안 기다려 주어야 하는 제약은 디지털 증거의 위·변조 가능성을 야기한다.

특히 현장의 피압수자가 여러 명일 경우, 개별적으로 영장을 제시해야하기에 압수·수색 과정은 더욱 지체 될 것이며, 피압수자가 이를 악용할 소지가 있다.

#### 가. 정상 종료

수사기관이 압수·수색 영장을 1분 이상 보지 못하도록 제지 한 사례가 실질적 불복신청 기회 보장되지 않은 것이기에 인권침해임을 인정한 국가인권위원회의 결정에 따라, 피압수자의 영장 확인 가능 시간을 최소 1분 이상으로 잡는다면, 업데이트를 제외한 대부분의 PC가 1분 이내 정상종료가 될 수 있기에, 수사기관이 영장을 제시 할 동안 원격에서 압수·수색 대상 PC를 종료시킴으로써 주요 휘발성 데이터를 소실시킬 수 있다.

#### 나. 주변기기 초기화

피압수자가 압수·수색 대상 기기를 은닉한 뒤, 다른 기기로 교체하였을 경우, 이를 탐색 혹은 증명하기 위해 수사기관은 AP 혹은 WIFI 장비 및 기타 주변 기기에 대한 연결 기록을 확인할 것이나, AP 혹은 WIFI 장비의 경우, 설정오류를 대비하여 공장 출하 상태로 초기화시키는 ‘공장초기화’ 기능을 제공하고 있다. 공장초기화 및 연결 설정 초기화에는 긴 시간이 필요하지 않으며, 영장을 확인 할 시간 동안 원격에서 주변기기에 대한 초기화 명령을 입력 할 경우, 유의미한 증거를 찾기 힘들 것이다.

#### 다. 예약 작업 실행

DaumCleaner는 PC내 임시파일 삭제 기능과, 메모리 최적화 기능이 있으며, 이를

일정 주기마다 자동 실행시키는 설정이 있다. 이러한 기능은 DaumCleaner 뿐만 아니라 다양한 프로그램이 지원하고 있으며, 임시파일 삭제 및 메모리 최적화뿐만 아니라 기기 자동 종료, 기기 초기화(PC방 컴퓨터) 등 일정 시간이 지나면 예약 작업을 실행하는 프로그램이 기기에 설치되어있을 경우, 시간을 오래 끌수록 유의미한 증거를 찾기 힘들어 질 것이다.

### 3. 제시 방안

논점은 ‘피압수자에게 실질적 불복신청 기회를 보장’ 하는 것이므로, 피압수자의 실질적 불복신청 기회를 보장하면서 압수·수색 시간을 줄이는 방안에 대하여 제시한다.

#### 가. 영장 사본 지참

피압수자가 다수일 경우, 원본 영장과 함께 사본 영장을 지참하여 동시에 여러 피압수자가 영장 내용을 충분히 숙지 할 수 있도록 한다. 수사기관이 영장 사본을 팩스만으로 송신한 바람에 수집된 증거의 증거능력이 없다고 본 판례<sup>6)</sup>에서는, 영장 원본을 제시하거나 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 피압수·수색 당사자에게 교부하지도 않은 채 압수·수색을 진행한 점이 쟁점이었기 때문에 현장에서 원본 영장과 함께 압수조서, 압수물 목록을 교부한다면, 영장 사본은 온전히 피압수자의 실질적 불복신청 기회를 보장하기 위한 수단으로 사용 될 수 있을 것이다.

#### 나. 디지털 증거 수집 우선권 부여

두 번째 방안은 압수·수색 시 예외적으로 영장 제시와 동시에 디지털 증거에 대한 채증이 가능하도록 예외 조항을 규정하는 것이다. 디지털 증거에 대한 채증이 완료되었을지라도 피압수자들이 압수·수색 영장을 모두 확인할 때 까지 동일 공간에 머무른다면, 피압수자들은 압수·수색 영장에서 제시하는 압수 대상과의 비교가

6) 대법원 2017. 9. 7 선고 2015도10648 판결



가능하며, 언제든지 이의를 제기 할 수 있기에 피압수자의 실질적 불복신청 기회를 보장할 수 있을 것이다.

#### 다. 전자식별 태그 부착

압수·수색 전, 대상 물품에 대한 전자식별 태그를 구비하고, 압수·수색 영장 제시와 동시에 전자식별 태그를 압수 대상 물품에 부착함으로써 다수의 피압수자들로 하여금 어떤 물품을 압수할 것인지 가시적으로 명시한다.

전자식별 태그가 붙은 대상에 대하여 피압수자의 어떠한 이의제기가 없을 경우, 암묵적으로 해당 대상에 대한 반출에 대한 이견이 없음을 표하는 것에 대한 고지를 내린 뒤 압수·수색을 진행하며, 전자식별 태그는 압수·수색 영장에서 제시한 압수 대상과 개수가 딱 맞아 떨어지므로 수사기관은 영장 기재 압수 대상이 아닌 물건에 대한 반출이 이루어 질 수 없기에 강제압수에 대한 걱정 없이 피압수자의 실질적 불복신청 기회를 보장할 수 있을 것이다.

### IV. 마치면서

현대 사회에서 기술이 발전 할수록 인권 문제가 고조되는 것은 피할 수 없는 사실이지만, 기술 발전 속도에 제도 정비 속도가 따라가지 못 하는 문제까지 맞물리면서 제도를 정비 할 경우 인권 혹은 기술 중 한 가지 요소를 소홀 할 수밖에 없게 되었다.

“미국의 경우 …(중략)… 수색장소에서 영장의 부분(copy)을 제시하거나 전달할 것을 법률로 요구하고 있는 지역이 많다.”<sup>7)</sup> 이처럼 압수·수색 영장에 대한 제도를 유연하게 적용시킨 해외의 사례를 참고하면서, 개인의 법익 침해를 최소화하기 위한 각 기관 및 학계의 논의가 필요해 보이며, 이와 같은 제안이 피압수자의 인권 보호 문제와 수사기관의 기술적 문제를 해결하는데 도움이 될 수 있기를 기대한다.

7) 문성도, “헌법상 영장 제시 조항의 문제점과 합리적 개헌방안”, 『경찰법연구』, 제16권 제1호 (2018), 10면.

# 참 고 문 헌

## 1. 국내문헌

### 논문

문성도, “헌법상 영장 제시 조항의 문제점과 합리적 개헌방안”, 『경찰법연구』, 제16권 제1호(2018)