

## 준항고인용결정에대한재항고

[대법원 2022. 7. 14. 2019모2584]



### 【판시사항】

- [1] 수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사전적·사후적 통제수단
- [2] 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때 취해야 할 조치의 내용
- [3] 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 전자정보가 담긴 저장매체 또는 그 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력할 수 있는 예외적인 사정이 존재하였다는 점에 대한 증명책임 소재(=영장의 집행기관인 수사기관) 및 이러한 증명이 이루어졌음을 전제로 압수·수색영장을 집행하는 과정에서 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적 복제 등을 막기 위한 적법한 조치를 취하지 않은 경우, 압수·수색의 적법 여부(원칙적 소극)

### 【판결요지】

- [1] 강제수사는 범죄수사 목적을 위하여 필요 최소한의 범위 내에서만 이루어져야 하므로(형사소송법 제199조 제1항), 수사기관의 압수·수색 또한 범죄수사에 필요한 경우에 한하여 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 이루어져야 한다(형사소송법 제215조). 수사기관이 압수 또는 수색을 할 때에는 처분을 받는 사람에게 반드시 적법한 절차에 따라 법관이 발부한 영장을 사전에 제시하여야 하고(헌법 제12조 제3항 본문, 형사소송법 제219조 및 제118조), 피의자·피압수자 또는 변호인(이하 '피의자 등'이라 한다)은 압수·수색영장의 집행에 참여할 권리가 있으므로(형사소송법 제219조, 제121조), 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에도 원칙적으로는 피의자 등에게 미리 집행의 일시와 장소를 통지하여야 한다(형사소송법 제219조, 제122조). 한편 수사기관은 압수영장을 집행한 직후에 압수목록을 곧바로 작성하여 압수한 물건의 소유자·소지자·보관자 기타 이에 준하는 사람에게 교부하여야 한다(형사소송법 제219조, 제129조). 헌법과 형사소송법이 정한 이러한 규정의 체계·내용을 종합하여 보면, 압수·수색영장은 수사기관의 범죄수사 목적을 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서만 신청·청구·발부되어야 하고, 이를 전제로 한 수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사전적 통제수단으로, ① 압수·수색의 대상자에게 집행 이전에 반드시 영장을 제시하도록 함으로써 법관이 발부한 영장 없이 압수·수색을 하는 것을 방지하여 영장주의 원칙을 절차적으로 보장하고, 압수·수색영장에 기재된 물건·장소·신체에 한정하여 압수·수색이 이루어질 수 있도록 함으로써 개인의 사생활과 재산권의 침해를 최소화하며, ② 피의자 등에게 미리 압수·수색영장의 집행 일시와 장소를 통지함으로써 압수·수색영장의 집행 과정에 대한 참여권을 실질적으로 보장하고, 나아가 압수·수색영장의 집행 과정에서 피의사실과 관련성이 있는 압수 물건의 범위가 부당하게 확대되는 것을 방지함으로써 영장 집행절차의 적법성·적정성을 확보하도록 하였다. 또한 수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사후적 통제수단 및 피의자 등의 신속한 구제절차로 마련된 준항고 등(형사소송법 제417조)을 통한 불복의 기회를 실질적으로 보장하기 위하여 수사기관으로 하여금 압수·수색영장의 집행을 종료한 직후에 압수목록을 작성·교부할 의무를 규정하였다.

- [2] 헌법과 형사소송법이 정한 절차와 관련 규정, 그 입법 취지 등을 충실히 구현하기 위하여, 수사기관은 압수·수색영장의 집행기관으로서 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 강제처분이 이루어진다는

사실을 확인할 수 있도록 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 내용까지 구체적으로 충분히 인식할 수 있는 방법으로 압수·수색영장을 제시하여야 하고, 증거인멸의 가능성이 최소화됨을 전제로 영장 집행 과정에 대한 참여권이 충실히 보장될 수 있도록 사전에 피의자·피압수자 또는 변호인(이하 '피의자 등'이라 한다)에 대하여 집행 일시와 장소를 통지하여야 함은 물론 피의자 등의 참여권이 형해화되지 않도록 그 통지의무의 예외로 규정된 '피의자 등이 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때'라는 사유를 엄격하게 해석하여야 하며, 준항고 등을 통한 권리구제가 신속하면서도 실질적으로 이루어질 수 있도록 압수목록을 작성할 때 압수방법·장소·대상자별로 명확히 구분하여 압수물의 품종·종류·명칭·수량·외형상 특징 등을 최대한 구체적이고 정확하게 특정하여 기재하여야 한다.

- [3] 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피나 이미징 등 형태를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력할 수는 있다. 그러나 압수·수색 과정에서 위와 같은 예외적인 사정이 존재하였다는 점에 대하여는 영장의 집행기관인 수사기관이 이를 구체적으로 증명하여야 하고, 이러한 증명이 이루어졌음을 전제로 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피·이미징 등 형태를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력을 통하여 압수·수색영장을 집행하는 경우에도 그 과정에서 피의자·피압수자 또는 변호인(이하 '피의자 등'이라 한다)에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적 복제 등을 막기 위한 적법한 조치를 하는 등 헌법상 영장주의 및 적법절차의 원칙을 준수하여야 한다. 만약 그러한 조치를 취하지 않았다면, 그럼에도 피의자 등에 대하여 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되지 않았다고 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 이상, 압수·수색을 적법하다고 평가할 수 없다.

#### 【참조조문】

- [1] 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제118조, 제199조 제1항, 제121조, 제122조, 제129조, 제215조, 제219조, 제417조  
[2] 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제118조, 제199조 제1항, 제121조, 제122조, 제129조, 제215조, 제219조, 제417조  
[3] 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제121조, 제122조, 제215조, 제219조, 제308조

#### 【참조판례】

- [3] 대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정(공2015하, 1274)

#### 【전문】

【준항고인】 준항고인

【재항고인】 검사

【원심결정】 서울남부지법 2019. 8. 16. 자 2018보6 결정

【주문】

】

재항고를 기각한다.

【이유】

】 1. 관련 법리

가. 강제수사는 범죄수사 목적을 위하여 필요 최소한의 범위 내에서만 이루어져야 하므로(형사소송법 제199조 제1항), 수사기관의 압수·수색 또한 범죄수사에 필요한 경우에 한하여 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 이루어져야 한다(형사소송법 제215조). 수사기관이 압수 또는 수색을 할 때에는 처분을 받는 사람에게 반드시 적법한 절차에 따라 법관이 발부한 영장을 사전에 제시하여야 하고(헌법 제12조 제3항 본문, 형사소송법 제219조 및 제118조), 피의자·피압수자 또는 변호인(이하 '피의자 등'이라 한다)은 압수·수색영장의 집행에 참여할 권리가 있으므로(형사소송법 제219조, 제121조), 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에도 원칙적으로는 피의자 등에게 미리 집행의 일시와 장소를 통지하여야 한다(형사소송법 제219조, 제122조). 한편 수사기관은 압수영장을 집행한 직후에 압수목록을 곧바로 작성하여 압수한 물건의 소유자·소지자·보관자 기타 이에 준하는 사람에게 교부하여야 한다(형사소송법 제219조, 제129조).

나. 헌법과 형사소송법이 정한 이러한 규정의 체계·내용을 종합하여 보면, 압수·수색영장은 수사기관의 범죄수사 목적을 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서만 신청·청구·발부되어야 하고, 이를 전제로 한 수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사전적 통제수단으로, ① 압수·수색의 대상자에게 집행 이전에 반드시 영장을 제시하도록 함으로써 법관이 발부한 영장 없이 압수·수색을 하는 것을 방지하여 영장주의 원칙을 절차적으로 보장하고, 압수·수색영장에 기재된 물건·장소·신체에 한정하여 압수·수색이 이루어질 수 있도록 함으로써 개인의 사생활과 재산권의 침해를 최소화하며, ② 피의자 등에게 미리 압수·수색영장의 집행 일시와 장소를 통지함으로써 압수·수색영장의 집행 과정에 대한 참여권을 실질적으로 보장하고, 나아가 압수·수색영장의 집행 과정에서 피의사실과 관련성이 있는 압수물의 범위가 부당하게 확대되는 것을 방지함으로써 영장 집행절차의 적법성·적정성을 확보하도록 하였다.

다.

또한 수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사후적 통제수단 및 피의자 등의 신속한 구제절차로 마련된 준항고 등(형사소송법 제417조)을 통한 불복의 기회를 실질적으로 보장하기 위하여 수사기관으로 하여금 압수·수색영장의 집행을 종료한 직후에 압수목록을 작성·교부할 의무를 규정하였다.

라. 헌법과 형사소송법이 정한 절차와 관련 규정, 그 입법 취지 등을 충실히 구현하기 위하여, 수사기관은 압수·수색영장의 집행기관으로서 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 강제처분이 이루어진다는 사실을 확인할 수 있도록 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 내용까지 구체적으로 충분히 인식할 수 있는 방법으로 압수·수색영장을 제시하여야 하고, 증거인멸의 가능성이 최소화됨을 전제로 영장 집행 과정에 대한 참여권이 충실히 보장될 수 있도록 사전에 피의자 등에 대하여 집행 일시와 장소를 통지하여야 함은 물론 피의자 등의 참여권이 형해화되지 않도록 그 통지의무의 예외로 규정된 '피의자 등이 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때'라는 사유를 엄격하게 해석하여야 하며, 준항고 등을 통한 권리구제가 신속하면서도 실질적으로 이루어질 수 있도록 압수목록을 작성할 때 압수방법·장소·대상자별로 명확히 구분하여 압수물의 품종·종류·명칭·수량·외형상 특징 등을 최대한 구체적이고 정확하게 특정하여 기재하

여야 한다.

마. 한편 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피나 이미징 등 형태를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력할 수는 있다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 참조). 그러나 압수·수색 과정에서 위와 같은 예외적인 사정이 존재하였다는 점에 대하여는 영장의 집행기관인 수사기관이 이를 구체적으로 증명하여야 하고, 이러한 증명이 이루어졌음을 전제로 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피·이미징 등 형태를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력을 통하여 압수·수색영장을 집행하는 경우에도 그 과정에서 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적 복제 등을 막기 위한 적법한 조치를 하는 등 헌법상 영장주의 및 적법절차의 원칙을 준수하여야 한다.

만약 그러한 조치를 취하지 않았다면, 그럼에도 피의자 등에 대하여 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되지 않았다고 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 이상, 압수·수색을 적법하다고 평가할 수 없다.

## 2. 인정 사실

원심결정 이유 및 기록에 따르면, 아래의 사실이 인정된다.

### 가. 압수·수색의 경과

1) 준항고인에 대한 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(알선수재등) 등 사건(이하 '이 사건 형사사건'이라 한다)에 관하여 담당검사 및 검찰수사관(이하 이들을 각 '담당검사' 및 '담당수사관', 그리고 이들을 포함한 수사관계자를 '담당검사 등'이라 한다)은 2016. 9. 12. 판사로부터 압수·수색·검증영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)과 체포영장을 발부받았다.

담당검사 등은 2016. 9. 20. 09:55경 검사실에서 체포영장을 집행하여 준항고인을 체포하였고, 그 직후 압수·수색을 시작하였다.

담당검사 등은 같은 날 10:00경 검사실에서 준항고인의 신체를 수색하여 휴대폰을 압수하였고, 그 직후 준항고인의 운전기사 신청외 1을 통하여 준항고인의 차량이 해당 검찰청 주차장에 있음을 확인한 후 이를 수색하여 다수의 물건을 압수하였으며, 같은 날 12:20경부터 15:30경까지 신청외 1이 보는 가운데 준항고인의 주거지·사무실을 수색하여 준항고인에게 유출하였던 수사자료 등을 포함한 상자 2~3개 분량과 라이카 카메라 1개 등을 압수하였다(이하 '이 사건 압수·수색'이라 한다). 담당검사 등은 이 사건 압수·수색에 착수하기 전에 준항고인에게 이 사건 영장을 제시하지 않았고, 준항고인에게 주거지·사무실에 대한 압수·수색 사실을 통지하지도 않았다.

2) '2016. 9. 20. 자 압수목록교부서 2매'에는 이 사건 영장에 따라 준항고인의 신체·승용차·주거지에 대한 압수물만이 아니라 검사실 및 관련 변호사 사무실에서 임의제출받은 압수물까지 포함되어 있었고, 압수방법·장소·대상자별로 구분되지 않은 채 압수물 중 극히 일부만 기재되었다.

압수물의 내역에는 '지출내역 등 서류 1박스' 등과 같이 압수물의 구체적 내역을 알 수 없는 포괄적 방식의 기재 내용과, 혐의사실과 무관하며 압수의 필요성조차 불분명한 '키보드·마우스·안경·연필·화장품' 등이 다수 기재되었을 뿐이다. 담당검사 등은 위 '압수목록교부서 2매'를 준항고인에게 교부하지도 않았다.

3) 담당수사관은 준항고인에게 수사자료를 유출하였다가 회수한 수사자료를 임의로 파쇄·폐기하였고, 2017년 초경 압수목록에 기재하지 않은 압수물 중 상당 부분을 준항고인이 아니라 제3자인 신청외 2의 아내 신청외 3에게 건네주었으며, 신청외 3은 2018. 1. 29.경 준항고인 측에 이를 전달하였다.

이 사건 영장에 기초한 압수물 중 디지털 포렌식 절차를 거쳐 일부 문서를 출력한 것 외에는 이 사건 형사사건에 증거로 제출된 것이 거의 없다.

이 사건 영장에는 '압수 대상 및 방법의 제한'이 첨부되었는데, 그중 '나. 전자정보의 압수' 항목은 [별지]와 같다.

담당검사 등은 압수한 휴대폰 3대 중 스마트폰 1대에 대하여 디지털 포렌식 절차를 거치기 전에 준항고인의 참여권도 보장하지 않은 상태에서 임의로 저장된 전자정보를 수색하였고, 혐의사실과 무관한 사생활이 담긴 사진을 포함한 전자정보 대부분을 담당검사의 개인 저장매체에 복제·저장하였다.

담당검사 등은 2017. 1.경 준항고인 측에 압수한 스마트폰 2대를 반환하였으나, 2018. 2.경 서울고등검찰청에 임의제출할 때까지 위 전자정보를 개인 저장매체에 보관하였다.

담당검사 등은 준항고인의 주거지에 대한 수색 과정에서 노트북 2대를 발견하였고, 준항고인의 참여권도 보장되지 않은 상태에서 노트북을 반출하였으며, 2016. 10. 4.에 이르러서야 디지털 포렌식 요청을 하였다.

노트북 2대 중 1대는 2018. 1. 29. 제3자를 거쳐 준항고인 측에 전달되었고, 나머지 1대는 2017. 11. 말경까지 검사실에 보관되다가 서울고등검찰청이 다시 압수하는 등 장기간 준항고인에게 반환되지 않았다.

담당검사 등은 준항고인에게 압수한 노트북 2대 및 스마트폰 2대 등에 저장된 전자정보에 대한 상세목록을 작성·교부한 적도 없다.

#### 나. 관련 사건의 경과

1) 서울고등검찰청 감찰부 등은 2017. 11.경부터 담당수사관과 담당검사 등을 상대로 이 사건 영장의 집행절차 등을 조사하였는데, 2016. 9. 20. 자 압수목록교부서 2매에 발신인이 담당 검찰청이 아닌 '서울중앙지방검찰청', 수신인란 및 문서번호란이 각 공란, 피의자 이름도 준항고인이 아닌 '신청외 4'로 기재되어 있고, 신청외 1의 서명 부분은 육안으로 보더라도 서로 다른 모양·필체임이 밝혀졌다.

2) 담당수사관은 2017. 12. 11. 공용서류손상·허위공문서작성 등 다수 혐의로 공소가 제기되어, 제1심에서 2018. 8. 30. 이 사건 압수·수색과 관련된 공소사실 대부분에 대해 징역 1년 6개월, 집행유예 3년 등의 형을 선고받았고, 이 사건 압수·수색과 무관한 일부 공소사실에 대하여 무죄를 선고받았다(서울중앙지방법원 2017고합1248 등).

그중 공용서류손상죄의 범죄사실 요지는, '담당수사관은 준항고인에게 수사자료를 유출한 사정이 알려짐으로써 책임 문제가 발생할 위험성에 직면하자, 직접 이 사건 형사사건의 수사에 착수하여 신속하게 준항고인을 체포하고 압수·수색을 통해 유출한 자료를 회수한 다음 이를 폐기하여 수사자료 유출사실을 은폐하기로 마음먹고, 2016. 9. 20. 12:20경부터 15:30경까지 준항고인의 주거지 수색 후 유출하였던 수사자료 등 상자 2~3개 분량을 압수하였음에도 수사자료의 유출 및 회수사실이 드러나지 않도록 '압수목록교부서'에 이를 기재하지 않았다.

담당검사 등은 준항고인의 휴대폰에 대하여 곧바로 디지털 포렌식 요청을 하였으나, 압수한 노트북 2대에 대하여는 압수일로부터 2주일이 지났음은 물론 준항고인을 구속 기소하기 직전인 2016. 10. 4.이 되어서야 이를 요청하였다.

담당수사관은 2016. 9. 20. 16:30경 검사실에서 압수물 중 유출하였던 일부 수사자료를 파쇄하였고, 나머지 수사자료를 검사실에 보관하다가 2017. 1.경부터 2017. 2.경까지 모두 파쇄하였다.

이로써 담당수사관은 이 사건 형사사건의 증거물로 압수한 수사자료에 대하여 압수목록 교부 및 압수조서 작성 등 압수물로서의 효용을 갖추기 위한 절차를 거치지 않고 파쇄함으로써 공용서류 등의 효용을 해하였다.

‘는 것이다.

한편 허위공문서작성죄의 범죄사실 요지는, ‘담당수사관은 이 사건 압수·수색 이전에 압수물건란이 백지인 압수목록교부서에 담당검사의 기명·날인을 받아 참여인에게 교부할 것을 위임받았으므로 압수물을 구체적으로 기재하여 압수목록교부서를 완성할 권한과 책무가 있었다.

담당수사관은 준항고인의 주거지에서 상자 2~3개 분량의 수사자료와 라이카 카메라 1개를 압수하였음에도 수사자료의 유출 및 회수사실이 드러나지 않도록 압수목록란에 압수물 대부분을 기재하지 않은 채 압수목록교부서를 작성함으로써, 행사할 목적으로 직무에 관한 공문서인 압수목록교부서를 허위로 작성하였다.

‘는 것이다.

3) 담당수사관은 공판 과정에서 "이 사건 압수·수색 당시부터 정상적인 압수·수색절차를 실시·진행할 의사는 아예 없었고, 단지 압수·수색의 기회를 이용하여 해당 수사자료를 임의로 수거·회수하였을 뿐이다.

"라는 취지로 주장하였다.

서울중앙지방법검찰청은 2018. 6. 20. 담당수사관의 제1심 공판 과정에서, ① 이 사건 압수·수색 당시 이 사건 영장이 제시되지 않았고, ② 검사실에서 체포되어 조사 중인 준항고인에게 압수목록교부서를 제공하지도 않았으며, ③ 압수목록교부서에 압수물을 고의로 누락하여 기재하였고, ④ 압수물을 피압수자인 준항고인이 아니라 제3자인 신청외 2의 아내에게 건네주는 등 일반적인 수사절차라고는 도저히 이해할 수 없는 부분이 많다는 취지의 의견서를 제출하였다.

서울고등검찰청은 2019. 3. 19. 담당수사관의 항소심 공판 과정에서 ‘부인할 수 없는 사실은, ① 담당수사관이 이 사건 압수·수색 당시 영장 제시, 압수목록교부서의 작성 및 교부, 압수물 환부 등 형사소송법이 정한 적법절차를 하나도 제대로 지키지 않았고, 다량의 압수물을 압수목록교부서에 기재하지도 않은 채 무단으로 폐기한 점, ② 이로 인하여 피압수자인 준항고인은 주거지·사무실에 대한 압수·수색이 이루어진 사실이나 무엇을 압수해 갔는지 알 수 없게 되었고, 그로 인해 자신이 기소된 이 사건 형사사건에서 제대로 방어권을 행사할 수 없게 된 점’이라는 취지의 의견서를 제출하였다.

4) 제1심판결에 대해 쌍방이 항소하였으나, 항소심은 쌍방의 사실오인 및 법리오해 주장을 배척한 채 담당수사관의 양형부당 주장만 인정하여 2019. 4. 4. 제1심판결을 파기한 후 징역 1년, 집행유예 2년을 선고하였으며, 위 판결은 그 무렵 확정되었다(서울고등법원 2018노2518 등).

### 3. 재항고이유에 대한 판단

#### 가. 이 사건 압수처분의 적법성 여부

관련 법리 및 위 인정 사실을 종합하여 보면, 아래와 같은 이유에서 이 사건 압수처분은 헌법과 형사소송법이 정한 영장주의, 적법절차 원칙은 물론 압수·수색의 절차 관련 규정을 위반한 것이어서 어느 모로 보나 위법하다.

1) 이 사건 압수처분은 사실상 수사기관이 영장청구권 및 영장의 집행권한을 남용한 것으로 임의수사의 원칙과 비례성의 원칙에 위반된다.

가) 담당검사 등은 준항고인에게 수사자료를 유출한 사정이 알려짐에 따른 위험을 피하기 위하여 유출한 자료를 신속하게 회수하여 이를 폐기함으로써 수사자료 유출사실을 은폐하기 위한 목적이었음에도 이러한 실질적인 목적을 숨긴 채 이 사건 영장을 청구하여 발부받은 것으로 볼 수 있다.

나) 이는 범죄수사라는 적법한 목적이 아니라 담당검사 등에 불리한 증거를 수거한 후 이를 파쇄하기 위한 부당한 목적으로 형식상 압수·수색절차의 기회를 이용한 것이자 이 사건 영장의 청구·발부·집행절차를 악용한 경우에 해당하고, 나아가 영장의 집행 역시 수사자료 유출행위의 은폐라는 목적을 달성하기 위하여 매우 광범위한 범위 내에서 사실상 아무런 제한 없이 위법하게 이루어진 것으로 볼 수 있다.

2) 담당검사 등은 이 사건 압수·수색에 착수하기 이전에 피의자 겸 피압수자인 준항고인에게 이 사건 영장을 제시하지 않았다.

따라서 이 사건 압수처분은 영장의 사전제시의무를 해태한 것으로 영장주의 원칙에 위반된다.

3) 이 사건 압수처분은 영장 집행 일시·장소에 대한 사전 통지의무를 위반하고 준항고인 등의 참여권을 박탈한 위법이 있다.

가) 담당검사 등은 준항고인에게 주거지·사무실에 대한 압수·수색에 착수하기 이전에 집행 일시·장소를 통지하지 않았고, 이로써 준항고인은 그 당시 주거지·사무실에 대하여 이 사건 영장이 집행되는 사실조차 알지 못하였다.

나) 이 부분 압수·수색은 준항고인에 대하여 체포영장을 집행하여 신병을 확보한 후에 이루어졌으므로, 적어도 이러한 상황은 증거인멸 우려 등으로 피의자 등에 대한 영장 집행을 일시·장소에 관한 통지의무가 면제되는 '급속을 요하는 때'에 해당한다고 볼 수 없다.

다) 준항고인에 대하여 체포영장이 집행되었으나, 체포영장에 기재된 '서울남부구치소 또는 체포지 인근 경찰관서'는 인치 또는 구금장소에 불과하므로 준항고인의 체포 상태가 유지됨을 전제로 정당한 수사 목적의 범위 내에서 다른 장소로 이동하는 것까지 제한되는 것은 아니다.

그러므로 준항고인이 승용차·주거지·사무실에 대한 이 사건 영장의 집행 과정에 참여하는 것이 법률상 불가능하다고 볼 수 없다.

라) 준항고인은 당시 피의자로서 변호인을 선임할 권리를 가지고 있었으므로(형사소송법 제30조 제1항), 담당검사 등으로부터 이 사건 영장의 집행 일시·장소를 적법하게 통지받았다면 신속하게 변호인을 선임한 후 변호인으로 하여금 집행절차에 참여하도록 할 수 있었다.

마) 신청외 1이 준항고인의 승용차·주거지에 대한 압수·수색 과정을 지켜본 사실은 인정된다.

그러나 준항고인으로부터 적법한 위임을 받은 적이 없는 신청외 1을 형사소송법 제123조 제1항이 정한 '간수자 또는 이에 준하는 자'로 볼 수 없고, 담당검사 등이 이러한 압수·수색 과정에서 신청외 1에게 이 사건 영장을 적법하게 제

시하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 영장 집행 과정에서 준항고인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 볼 수도 없다.

4) 이 사건 압수처분은 압수목록 작성 시 압수방법·장소·대상자별로 구분하지 않은 상태에서 압수물의 대부분이 누락되었고, 기재 내용·방식 역시 지나치게 포괄적이며, 이마저도 준항고인에게 교부되지 않은 위법이 있다.

가) 담당검사 등이 작성한 '2016. 9. 20. 자 압수목록교부서 2매'에 기재된 압수물은 준항고인의 신체·승용차·주거지에서 압수된 것은 물론 제3자로부터 임의제출받은 것까지 포함되어 있다.

그럼에도 압수방법·장소나 대상자가 전혀 구분되어 있지 않은바, 준항고인의 입장에서는 이 사건 영장이 어느 장소에서 어느 범위까지 집행되었는지를 알 수 없다.

나) 위 압수목록교부서 2매에 기재된 압수물은 이 사건 압수처분에 따른 압수물 중 극히 일부에 국한되고, 위 서류는 형식적인 부실함과 그 내용상의 오류 및 포괄적인 기재 방식 등에 비추어 볼 때, 형사소송법 제219조 및 제129조에 따라 이 사건 영장의 집행 결과를 적법하게 기재한 서류라고 보기 어렵다.

다) 담당검사 등은 수사자료 유출사실을 은폐하기 위하여 고의로 압수물의 대부분을 누락하는 방법으로 압수목록교부서 2매를 부실하게 작성하였고, 상당한 분량의 압수물을 무단으로 파쇄·폐기·은닉함에 따라 준항고인은 이 사건 압수처분으로 인한 압수물이 무엇인지, 어느 범위에 이르는지를 도저히 알 수 없는 상태에 이르렀다.

이로 인하여 준항고인의 재산권이 침해되었음은 물론 불복의 기회가 실질적으로 보장될 수 없었고, 이 사건 형사사건에서 준항고인의 방어권이 충실하게 행사되기도 어려웠다.

5) 노트북 2대와 휴대폰 1대에 저장된 전자정보에 대한 압수·수색은 이 사건 영장에 명시된 '압수 대상 및 방법의 제한'을 위반하였고, 그 전체 과정에서 준항고인 등의 참여권이 보장되지도 않았으며, 집행 후 준항고인에게 전자정보 상세목록을 교부하지도 않았고, 저장매체 원본인 노트북 2대와 스마트폰 2대의 반환기간이 도과되었을 뿐만 아니라 담당검사 등이 적법한 절차 없이 압수한 전자정보를 개인 저장매체에 저장·반출하여 장기간 보유하는 등 여러 측면에서 위법하다.

가) 이 사건 영장에 첨부된 '압수 대상 및 방법의 제한'에는 [별지]와 같이 원칙적으로 저장매체의 소재지에서 수색·검증 후 혐의사실과 관련된 전자정보만을 범위를 정하여 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복제하여야 하고(이하 '원칙적 방법'이라 한다), 예외적으로 저장매체 소재지에서 복제본 형태로 반출하여 전자정보를 압수할 수 있으며(이하 '제1 예외적 방법'라 한다), 제1 예외적 방법이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 피압수자 등의 참여 아래 저장매체 원본을 봉인하여 저장매체의 소재지 이외의 장소로 반출할 수 있지만, 그 경우 피압수자 등의 참여권을 보장한 가운데 원본을 개봉하여 복제본을 획득하고, 원본은 지체 없이 반환하되, 특별한 사정이 없는 한 원본 반출일로부터 10일을 초과하여서는 안 된다(이하 '제2 예외적 방법'이라 한다)는 내용이 명시되어 있다.

나) 담당검사 등은 이 사건 영장에 따라 노트북 2대에 저장된 전자정보를 압수할 때 제2 예외적 방법에 따라 노트북 2대를 그 소재지에서 검사실로 반출하였다.

이러한 압수·수색의 적법성이 인정되기 위해서는 이 사건 영장의 집행 당시 원칙적 방법과 제1 예외적 방법이 모두 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 해당하였어야 하나, 이러한 사정이 증명되었다고 볼 수 없으므로, 노트북 2대에 저장된 전자정보에 대한 압수·수색은 그 시작부터 적법하다고 보기 어렵다.



다) 제2 예외적 방법에 따라 저장매체의 원본 반출이 허용되는 경우에도, 피압수자 등의 참여 아래 저장매체 원본을 봉인한 후 이를 반출하여야 한다.

그런데 담당검사 등의 이 사건 영장 집행 과정에서 준항고인 등의 참여권을 보장하지 않았으므로, 노트북 2대의 봉인 및 반출절차 역시 위법하다.

라) 제2 예외적 방법에 따라 저장매체의 원본 반출이 허용되는 경우에도 피압수자 등의 참여 아래 원본을 개봉하여 복제본을 획득한 후 원본을 지체 없이 반환하여야 하고, 특별한 사정이 없는 한 10일을 초과할 수 없다.

그런데 담당검사 등은 노트북 2대를 검사실로 반출한 2016. 9. 20.로부터 14일이 경과된 2016. 10. 4.에 이르러서야 디지털 포렌식 요청을 하였고, 그로부터 1년 이상 준항고인에게 노트북 2대를 반환하지 않았으며, 이를 정당시할 만한 불가피하거나 특별한 사정도 보이지 않으므로, 이 사건 영장을 위반하여 노트북 2대의 반환기간을 부당히 도과한 위법이 있다.

마) 담당검사 등은 압수한 휴대폰 3대 중 스마트폰 1대에 대하여 준항고인의 참여권을 보장하지 않은 상태에서 임의로 저장된 전자정보를 수색하고, 혐의사실과의 관련성도 살피지 않은 채 대부분의 전자정보를 담당검사의 개인 저장매체 등에 복제·저장하였고, 심지어 이를 반출한 후 장기간 보유하였다.

이로 인해 준항고인의 참여권이 침해되었음은 물론 혐의사실과 관련성 있는 전자정보에 한하여 필요 최소한의 범위에 대해서만 압수·수색을 허가한 이 사건 영장의 압수 대상 및 방법의 제한을 위반하였고, 임의수사의 원칙 및 비례성의 원칙을 위반하였을 뿐만 아니라 압수한 전자정보를 적법한 절차를 거치지 않은 채 무단 반출하여 소지한 위법이 있다.

바) 담당검사 등은 2017. 1.경에 이르러서야 압수한 스마트폰 2대를 준항고인 측에 반환하였는데, 압수일로부터 10일을 초과하여 반환하였어야 하는 특별한 사정도 인정되지 않으므로, 이 사건 영장을 위반하여 스마트폰 2대의 반환기간을 부당히 도과한 위법이 있다.

사) 위 노트북 2대 및 스마트폰 2대에 저장된 전자정보의 압수·수색절차 종료 직후에 준항고인에게 압수 대상 전자정보의 상세목록이 교부된 적도 없다.

#### 나. 준항고 이익의 존부

수사기관의 압수물에 관한 처분의 취소를 구하는 준항고는 항고소송의 일종이므로 통상의 항고소송과 마찬가지로 그 이익이 있어야 하고, 준항고 절차의 계속 중 이로써 달성하려는 목적이 이미 이루어졌거나 시일의 경과 또는 그 밖의 사정으로 인하여 그 이익이 상실된 경우에는 준항고의 이익이 없어 부적법하다(대법원 2015. 10. 15. 자 2013모 1970 결정 등 참조).

이러한 법리에 앞서 본 인정 사실을 종합하면, 담당검사 등은 이 사건 영장의 집행이 종료된 직후에 압수물의 대부분을 압수목록교부서에 기재하지 아니하였고, 이로 인하여 준항고인이 이 사건 압수처분에 근거한 압수물의 품목·종류·수량 등을 정확히 알 수 없는 상태에 이르렀으며, 압수목록교부서에 기재된 압수물의 상당 부분도 적법한 절차를 거쳐 준항고인에게 환부되지 않은 이상, 재항고인이 이 사건 압수처분에 근거한 압수물을 전혀 보관하고 있지 않더라도 담당검사 등의 이 사건 압수처분으로 인하여 준항고인의 재산권에 대한 부당한 침해가 계속되고 있을 뿐만 아니라 준항고인·재항고인 사이에 이 사건 압수처분으로 인한 압수물과 반환되지 않은 압수물의 범위에 대한 다

통이 해소되지 않았으므로, 준항고인은 이 사건 압수처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

다.

소결

원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 압수처분이 헌법과 형사소송법이 규정한 영장주의와 적법절차 원칙에 위반되어 위법하다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 압수·수색영장 집행의 적법성 및 준항고 이익에 관한 법리를 오해함으로써 재판에 영향을 미친 잘못이 없다.

#### 4. 결론

그러므로 재항고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

[별 지] '압수 대상 및 방법의 제한' 중 '나. 전자정보의 압수' 항목: 생략

대법관 민유숙(재판장) 조재연 이동원 천대엽(주심)