

전자증거의 압수·수색에서의 관련성 판단 및 실무상 문제점

-한국 대법원 및 일본 최고재판소의 판례를 계기로-

Judgement of Relevance and Practical Issues in Seize and Search of Digital Evidence

-Taking Opportunity of the Cases of Supreme Court of
South Korea and Japan-

방 경 휘*

Bang, Kyeong-Hwi

목 차

- | | |
|----------------------------|------------------------|
| I. 시작하며 | IV. 전자증거의 압수·수색에서의 관련성 |
| II. 한국과 일본 판례의 사안과 판시 및 검토 | 판단과 연결된 실무상 문제점 |
| III. 전자증거의 압수·수색에서의 관련성 판단 | V. 마치면서 |

일반적으로 정보저장매체에는 피의사실과 관계가 있는 정보(이하 ‘유관정보’)와 관계가 없는 정보(이하 ‘무관정보’)가 대량으로 혼재, 저장되어 있다. 이러한 정보저장매체로부터 압수·수색의 절차에서 발견한 전자증거들 가운데 유관정보만 ‘현장에서 즉시 완벽하게 선별하는 것’은 현실적으로 거의 불가능하다. 전자증거의 특성에 근거하였을 때, 전자증거의 압수·수색에 있어서 피의사실과의 ‘관련성’이라는 요건은 기존의 유체물 증거에 있어서의 그것에 비하여 훨씬 중요한 의미를 갖는다.

기존의 유체물 증거에 비해 압수·수색의 대상물과 피의사실과의 관련성을 판단하는

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2020.47.101>

투고일: 2020. 8. 17. / 심사외일: 2020. 9. 23. / 게재확정일: 2020. 10. 14.

* 일본 게이오기주쿠 대학교 대학원 후기박사과정

Doctoral Student, Graduate School at Keio University, Japan

것이 간단하지 않은 전자증거의 경우, 관련성의 인정에 있어서 더욱 신중한 판단이 요구된다. 전자증거의 압수·수색에서의 관련성에 관한 판단이라는 쟁점에 내포되어 있는 근본적인 문제의식은 ‘압수·수색에서 피의사실과의 관련성이 있는가를 판단해야 할 때 압수·수색의 대상물이 전자증거일 경우, 기존의 유체물 증거와는 다르게 인식하고 다뤄야 할 필요성이 있는가’라고 생각된다. 이러한 문제의식에 관하여 우리나라는 긍정하고 있는 것으로 보이지만 일본의 학계에서는 대체적으로 그렇지 않다는 경향이 있는 것으로 판단된다.

하지만 형사소송법의 체계와 구조가 비슷함에도 일본에서 전자증거를 바라보는 관점이 우리나라와 다른 것에는 분명히 납득할 만한 이유가 존재한다고 생각된다. 그러므로 관련성의 판단 및 이와 관련한 실무상 문제점에 관하여 일본의 판례 및 논의 등을 참고로 해서 본 연구를 진행하는 것은 비교법적 검토의 측면에서도 의미 있다고 말할 수 있다.

[주제어] 관련성, 압수, 수색, 전자증거, 전자정보

I. 시작하며

전자증거는 압수·수색의 대상을 특정하는 데 있어서 문서류 등의 유체물에 비하여 곤란할 뿐만 아니라 가공·소거 등을 용이하게 할 수 있다는 성질을 갖고 있다.¹⁾ 그리고 전자증거를 저장하기 위해 필요한 정보저장매체에는 문서와 비교할 수 없을 정도의 대량의 정보를 간단하게 저장할 수 있다. 또한 정보저장매체에 저장된 전자증거 그 자체는 내용을 시각화할 수 있는 별도의 장치가 있어야 저장된 내용을 확인할 수 있다. 이처럼 기존의 문서와 같은 가시성과 가독성도 없으므로 문서에 관한 압수와는 다른 새로운 문제를 발생할 가능성이 있다.²⁾

일반적으로 정보저장매체에는 피의사실과 관계가 있는 정보(이하 ‘유관정보’)와 관계가 없는 정보(이하 ‘무관정보’)가 대량으로 혼재, 저장되어 있다. 이러한 정보저장매체로부터 압수·수색의 절차에서 발견한 전자증거들 가운데 유관정보만 ‘현장에서 즉시 완벽하게 선별하는 것’은 현실적으로 거의 불가능하다. 전자증거와 피의사실과의 관련성에 대해서는 그 내용을 파악할 수 있는 상태가 되고 나서야 판단할 수 있기 때문이다.³⁾ 이러한 전자증거의 특성에 근거하였을 때, 전자증거의 압수·수색에 있어서 피의사실과의 ‘관련성’이라는 요건은 기존의 유체물 증거에 있어서의 그것에 비하여

1) 亀井源太郎ほか, 『プロセス講義 刑事訴訟法』(信山社, 2016年)114頁.

2) 石丸俊彦, 『刑事訴訟の実務(上)』[三訂版](新日本法規出版株式会社, 2011年)394頁.

3) 安富潔, 『刑事手続とコンピュータ犯罪』(慶応義塾大学法学研究会, 1992年)42頁.

훨씬 중요한 의미를 갖는다고 말할 수 있다. 여기서의 관련성이란 일반적으로 증거법상 어느 증거가 당해 사실의 증명과 연관되어 있어 그 당해 사실을 증명할 수 있는 능력을 의미한다.⁴⁾⁵⁾

본고에서는 관련한 한국과 일본의 대표적인 판례를 계기로 하여 양국의 판례를 살펴 보고 검토를 한 후, 전자증거의 압수·수색에서의 ‘관련성’이라는 요건, 특히 관련성의 인정에 관한 판단을 어떻게 하는가에 관하여 논하려고 한다. 그밖에도 전술한 한일의 판례로부터 확인한 쟁점과 연결되는 실무상 문제점에 대해서도 살펴보고자 한다. 전자증거에 관한 강제수사에 있어서 한일의 법령과 판례의 내용이 동일하지는 않다. 하지만 수사기관에 의한 전자증거의 압수·수색 과정에서 예상되거나 실제로 발생할 수 있는 문제점은 양국에 동일한 경우가 적지 않을 것이라고 생각된다. 그러므로 관련성 판단과 관련하여 한국과 일본의 판례를 중심으로 비교·검토하면서 또한 관련한 양국의 논의를 중점적으로 살펴보면서 본 연구를 진행하는 것은 한국과 일본에 관한 비교법적 검토의 측면에서도 의미 있는 시도가 될 수 있을 것이다.

II. 한국과 일본 판례의 사안과 판시 및 검토

전자증거의 압수·수색에 있어서의 관련성 판단과 관련하여 한국과 일본에서는 저마다 주목할 만한 의미가 있다고 판단되는 판례가 있다. 본 장에서는 그러한 한국과 일본의 판례를 하나씩 선정하여 각각의 판례에 관한 사안과 판시 및 그에 관한 검토를 하려고 한다. 전자증거의 압수·수색에 있어서의 관련성 판단과 관련하여 양국의 판례에서 저마다 다루고 있는 사안의 구체적인 쟁점은 다르다. 하지만 각 쟁점은 공통적으로 ‘관련성의 인정에 관한 판단’과 밀접한 관련이 있다고 보인다. 그러므로 양국의 판례를 함께 다루보는 것은 충분한 의미를 갖는다고 사료된다.

4) 김인회, 형사소송법 제1판, 피앤씨미디어, 2015, 162쪽.

5) 일본에서도 관련성에 관하여 ‘증거법상 증거가 요증사실의 존부의 증명에 도움이 될 수 있는 성질, 즉 증거로서의 유의성’이라고 정의함으로써 일반적으로 한국과 동일한 의미로 사용되고 있다. 田宮裕, 『刑事訴訟法』[新版](有斐閣、2004年)325頁。

1. 한국의 경우 - 대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체결정

1.1 사안과 판시

대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체결정은 수사기관이 적법한 절차에 의하여 압수한 정보저장매체에서 우연히 발견한 또다른 범죄와 관련한 증거를 어떻게 처리해야 하는가에 관하여 다루고 있다. 이 사안은 다음과 같다; 수사기관은 피의자의 배임 혐의에 관한 압수·수색영장을 집행하여 피의자로부터 정보저장매체를 압수하였다. 그러나 당해 정보저장매체에는 유관정보와 무관정보가 혼재되어 있었다. 수사기관은 범죄 혐의와 관련한 전자정보를 탐색하던 중, 우연히 당해 정보저장매체에서 피의자가 근무하는 회사와 관련한 약사법 위반과 조세범처벌법 위반 등의 혐의와 관계가 있는 또다른 전자정보를 발견하였다.

이 사안에서 쟁점이 되는 것은 ‘적법한 절차에 의해 압수한 정보저장매체에서 전자정보를 탐색하던 중 본건이 아닌 별건 증거를 발견하였을 경우에 이것을 적법하게 압수하기 위해서는 어떻게 해야 하는가’라는 점이다. 이에 관하여 대법원은 ‘전자정보에 대한 압수·수색에 있어 … 혐의사실과 관련된 전자정보 이외에 이와 무관한 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 그러나 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다. 나아가 이러한 경우에도 … 피압수·수색 당사자는 최초의 압수·수색 이전부터 전자정보를 관리하고 있던 자라 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 피압수자에게 참여권을 보장하고(이하 생략)’ 라고 판시하였다.

1.2 판례의 검토

현행 형사소송법은 2011년 7월 18일에 전자증거의 압수·수색에 관한 규정을 신설하고 압수·수색에 있어서 조문에 ‘관련성’ 요건을 추가하였다.⁶⁾ 그러나 전자증거의 압수·

6) 개정되기 전에도 형사소송법의 압수·수색 규정은 증거물이나 몰수해야 할 물건을 그 대상으로 하고 있었고

수색에 관하여 새롭게 발생하는 실무상 문제에 대처하기 위해서는 여전히 판례의 해석에 의존하는 경향이 적지 않다. 그리고 여기에는 대법원의 판단이 주요한 기준이 되고 있다.⁷⁾ 본 판례의 경우, 전자증거의 압수·수색에 관한 방법에 대하여 일정한 기준을 제시한 판례로서 그 의미가 있다고 평가할 수 있다.

그러나 본 판례는 관련성의 인정과 관련하여 두 가지를 간과하고 있다. 먼저 (1) ‘전자 정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 피의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정’이라는 문장이 일관적으로 해석되지 않는다. 당해 문장이 의미하는 것이 ① 이미 선별된 유관정보만을 대상으로 탐색하는 과정인가 아니면 ② 정보저장매체에 저장된 전체의 정보를 대상으로 유관정보의 존재 유무를 탐색하는 과정인가 정확하게 판단할 수 없다는 것이다. 앞에서 언급한 것처럼 본 판례의 사실관계는 담당 검사가 유관정보·무관정보가 혼재된 정보저장매체를 탐색하는 과정에서 별건 증거를 발견한 것이지만 대법원의 판시는 전술한 두 가지로 해석될 수 있다는 점에서 문제의 소지가 있다.

만약 ①의 의미라면 당해 별건 증거는 최초의 압수·수색영장(제1영장)에 근거해서 적법하게 압수할 수 있다고 봐야 한다. 하지만 ②의 의미라면 경우가 달라진다. ②의 의미로서 ‘유관정보·무관정보가 혼재된 정보저장매체를 적법하게 탐색하던 도중, 제1영장에 의한 압수·수색이 허용되지 않는 무관정보에서 별건 증거가 발견되었을 경우에는 새로운 영장(제2영장)을 요구한다’는 취지로 해석한다면 유체물의 압수·수색과 비교하더라도 일관적인 해석이 되므로 일단 해석 그 자체에 대해서는 적절하다고 보인다. 하지만 이렇게 해석하더라도 또다른 문제가 발생한다. 첫째, 이미 수사기관이 적법하게 점유를 취득하고 있는 물건(정보저장매체)을 압수하기 위해서 다시 새로운 영장을 발부 받아야 하는데, 이것은 아직 점유취득이 이뤄지지 않은 물건에 대한 점유취득의 강제처분인 압수의 개념⁸⁾과 배치된다.⁹⁾ 둘째, 이미 수사기관이 보관하고 있는 물건을 영장을

여기에는 일정한 범죄의 존재가 그 전제로 되어 있었다. 따라서 개정 전의 규정은 법해석상으로도 당연히 관련성 요건을 인정할 수 있는 것이었다. 그럼에도 이 문구가 추가된 것은 종전의 압수·수색의 집행에 있어서 관련성에 주의하여 해석·적용하지 않은 탓에 과잉압수의 논란이 있었기 때문이다. 또한 기술의 발달로 인하여 정보저장매체 안에 대량의 정보를 저장할 수 있어서 전자증거의 압수·수색에 있어 과잉압수의 문제는 새로운 문제영역으로 등장했다는 점도 이유가 될 수 있다. 이완규, “디지털 증거 압수수색과 관련성 개념의 해석”, 법조 통권 686호, 법조협회, 2013, 97쪽.

- 7) 이원상, “디지털 증거의 증거능력·관련성과 전문증거에 대한 최근 판례 견해를 기반으로”, 법학논총 제28권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2016, 607쪽.
- 8) 이주원, 형사소송법 제2판, 박영사, 2020, 144쪽.
- 9) 같은 의미를 가진 견해로서, 물리적 세계에서 이미 압수된 증거물에 대하여 다시 새로운 압수·수색영장을 발부받아서 사용하라는 영장재청구의 주장은, 수사에 필요한 증거 또는 몰수 대상물에 관한 점유의 적법한

통해서 다시 수사기관으로부터 압수한다는 것은 이론적으로 성립될 수 없다. 압수·수색영장을 받는 취지는 사인의 프라이버시나 재산권을 침해하는 처분에 관해서 법관에 의한 사전적 심사를 통한 기본권 보장에 있는 것이므로 기본권을 침해받는 대상이 수사기관이 될 수는 없기 때문이다.¹⁰⁾

그렇다고 해서 제2영장 집행의 대상자를 수사기관이 아닌 제1영장의 피처분자로 지정하더라도¹¹⁾ 이 문제는 해결되지 않는다. 제1영장의 피처분자를 대상으로 제2영장에 의한 압수를 집행하기 위해서는 그 전에 이미 압수하여 보관하고 있는 정보저장매체를 수사기관이 다시 피처분자에게 돌려줘야 한다는 결과가 나오기 때문이다. 생각건대 만약 대법원이 ②의 의미로 판시했다면, 동일한 정보저장매체에 저장된 본건 증거와 별건 증거의 관계에 있어서 관련성의 유무에 관계없이 수사기관은 일괄적으로 새로운 영장을 법원에 청구해서 발부받아야 한다는 결론을 내린 것이라고 추측할 수 있다. 본 판례는 전자증거의 압수·수색에 있어서 관련성이라는 요건을 고려하여 실제 진실의 발견과 기본권 보호의 조화를 도모하는 것이 아닌 무조건적인 새로운 영장의 발부를 요구하고 있다. 이것은 결국 압수·수색영장의 집행에 관한 형식적 절차의 정립에 더 치중하였다고 판단된다.

또한 (2) 대법원은 별건 증거의 처리를 논하기 전에 별건 증거가 발견된 전자정보와 본건의 피의사실과의 관련성의 인정을 어떻게 판단해야 하는가에 관해서도 언급했어야 한다고 생각한다. 본 판례는 선행절차에 해당하는 관련성의 판단 방법에 대해서도 별다른 언급이 없다. 본 판례는 이에 관한 구체적인 방안을 제시한 후, 별건 증거의 적법한 증거 사용에 관한 절차를 제시해야 했지만 그렇게 하지 않았다는 점에서 한계가 있다고 판단된다.

정리하자면 별건 증거의 처리 문제는 관련성의 인정 가부를 결정한 후 접근할 수 있다. 즉 먼저 관련성의 인정 가부를 어떻게 판단할 수 있는가에 대하여 제시하고 나서 비로소 영장 청구 등을 포함한 별건 증거의 처리 문제에 대응할 수 있다고 보인다.

강제적 이전이라는 압수의 의미에 비춰봤을 때, 지나치게 기교적인 설명이라는 비판이 있다. 이경렬/설재운, “전자증거의 적법한 압수와 별건 증거사용에 관한 실무 연구”, 법조 제68권 제1호, 법조협회, 2019, 382쪽.

10) 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015, 149쪽.

11) 실제로 본 판례는 ‘별도 범죄혐의와 관련된 전자정보는 최초의 압수·수색영장에 의한 압수·수색의 대상이 아니어서 저장매체의 원래 소재지에서 별도의 압수·수색영장에 기해 진행되는 경우와 마찬가지로 피처분자는 최초의 압수·수색 이전부터 해당 전자정보를 관리하고 있던 자라 할 것이므로’라고 판시하였다.

2. 일본의 경우 - 최고재판소 평성 10년 5월 1일¹²⁾(刑集52卷4号275頁)¹³⁾

2.1 사안과 판시

일본 최고재판소의 판례 最決平成10·5·1(刑集52卷4号275頁)은 수사현장에서의 정보저장매체의 압수·수색과 관련하여 수사기관의 포괄적 압수가 허용될 수 있는 것인가에 관하여 다루고 있다. 이 사안은 자동차등록파일에 자동차 사용의 본거지에 대해서 부실한 기록을 시키고 이것을 비치시켰다고 하는 전자적 공정증서원본부실기록, 동 공용피의사실에 관하여 발부된 압수·수색영장에 근거해서 사법경찰직원¹⁴⁾이 신청인으로부터 컴퓨터 1대, 플로피디스크 합계 108매 등(이하 ‘디스크’라고 칭한다)을 압수한 처분 등의 취소가 요구된 사안이다.

이 사안에서 쟁점이 되는 것은 ‘수사기관이 압수·수색 과정에서 디스크에 저장되어 있는 전자정보에 관하여 피의사실과의 관련성 유무를 현장에서 확인하지 않고 디스크를 전부 압수한 것이 허용될 수 있는가’라는 점이다. 이에 관하여 본 판례는 ‘영장에 의해 차압하려고 하는 컴퓨터, 디스크 등의 가운데 피의사실에 관한 정보가 저장되어 있을 개연성이 인정되는 경우에 대하여, 당해 정보가 실제로 저장되어 있는가를 그 장소에서 확인한다면 저장된 정보가 손괴될 위험이 있을 때에는, 내용을 확인하는 것 없이 당해 컴퓨터, 디스크 등을 압수하는 것이 허용된다고 해석된다’고 판시하며 수사기관의 당해 처분이 적법하다고 하였다.

2.2 판례의 검토

일본의 형사소송법(제99조(법원의 압수·제출명령) 및 제222조(압수·수색·검증에 관한 규정의 준용 등) 제1항)에 의하면 압수의 대상은 유체물에 한정되어 있다.¹⁵⁾ 이에

12) 이하 본고에서는 ‘최고재판소 평성 10년 5월 1일’을 일본에서의 일반적인 표기법인 ‘最決平成10·5·1’로 표기한다.

13) 본 판례는 최고재판소에서 나오지 20년도 넘게 지났지만, 본고에서 인용한 일본의 참고문헌을 보면 알 수 있듯이 지금까지도 일본에서는 본 판례와 관련한 연구가 계속해서 이뤄지고 있다. 그러므로 본 판례는 전자증거의 압수·수색과 관련하여 일본에서 상당히 중요한 의미를 갖고 있는 판례라고 사료된다.

14) 우리나라의 ‘사법경찰관리’에 상응한다.

15) 이와는 달리, 일본에서도 전자증거의 압수·수색에서 대상이 되는 것이 실질적으로는 컴퓨터나 그밖에 정보저장매체가 아닌 무체정보로서의 ‘전자적 기록’ 그 자체라는 견해가 있다. 安富潔 『ハイテク犯罪と刑事手続』

근거하였을 때, 컴퓨터로 입력된 데이터 그 자체는 유체물이 아니므로 압수의 대상이 될 수 없지만 그것이 정보저장매체의 형태로 저장되어 있거나 문서로 인쇄되었다면 압수의 대상이 된다.¹⁶⁾ 즉 일본에서의 전자증거의 압수·수색은 어디까지나 유체물인 정보저장매체나 인쇄물 등을 대상으로 해서 이뤄진다.¹⁷⁾ 이 점은 본 판례가 나왔을 당시에도 동일하게 적용되었다. 본 판례에서 수사기관이 압수한 정보저장매체는 디스크¹⁸⁾다. 본 판례도 사건 현장에서의 압수물의 선별에 대한 현실적 어려움을 고려하여 ① ‘정보저장매체에 관련정보가 저장되어 있을 개연성’이 존재하고 ② ‘현장에서 정보의 저장 유무를 확인할 경우, 저장된 정보가 손괴될 위험’이 있을 때에는 예외적으로 현장에서 관련한 정보에 관한 유무의 확인이 없는 정보저장매체의 압수를 허용한 것으로 보인다.¹⁹⁾ 게다가 이 사안의 경우에는 피처분자들이 증거인멸을 위한 컴퓨터 소프트까지 개발하고 있다는 정보도 있었으므로²⁰⁾ 포괄적인 압수의 허용은 불가피했다고 말할 수 있다.

본 판례는 일본 최고재판소가 이러한 압수를 (일정의 요건의 하에서) 적법하다고 한 최초의 판단을 보여준 것에 큰 의미가 있다는 점을 인정할 수 있다.²¹⁾ 하지만 일본 최고재판소는 내용의 확인 없는 포괄적 압수가 허용되는 예외적인 요건은 제시했지만 허용할 수 있는 이론적 이유는 제시하지 않고 있다. ‘개연성’이 존재하고 ‘손괴될 위험이 있을

(慶応義塾大学法学研究会、2000年)163頁。

16) 田宮裕・前掲注5・107頁。

17) 川出敏裕, 『判例講座刑事訴訟法(捜査・証拠篇)』(立花書房、2018年)141頁。

18) 지금은 디스크에 저장할 수 있는 정보의 양이 적다고 말할 수 있다. 플로피디스크의 경우, 5.25인치에는 약 1.16MB, 3.5인치에는 약 1.39MB의 전자정보를 저장할 수 있다. 오늘날의 USB 메모리나 휴대용 하드디스크에 각각 GB(MB의 1,024배), TB(GB의 1,024배) 단위의 전자정보를 저장할 수 있다는 것에 비하면 플로피디스크에 저장할 수 있는 정보량은 극히 적다고 말할 수 있다. 하지만 그 당시(평성 10년은 1998년에 해당한다)의 경우, 108매의 디스크에 저장된 전자정보 가운데 유관정보만 현장에서 빠짐없이 선별, 압수하는 것은 간단한 일이 아니었을 것이다.

19) 이에 관하여 본 판례는 압수해야 할 물건이 플로피디스크라도, 원칙적으로는 수색의 현장에서 피의사실과의 관련성의 유무를 확인하고 당해 플로피디스크가 압수·수색영장에 기재 ‘압수해야 할 물건’에 해당하는가에 관하여 1장씩 순차적으로 판단해야 함을 전제하고 있다고 해석하는 견해가 있다(平木正洋, 「令状による差押え(2)―フロッピーディスクの差押え」*刑事訴訟法判例百選*第9版(2011年)55頁). 또한 동일한 취지에 근거하여 압수를 하기 위해서는 먼저 대상물의 내용을 확인하는 것이 원칙이고 본 판례에서 판시한 2가지의 사정은 그 원칙의 예외로 해석해야 한다는 견해로서 宇藤崇, 「令状による差押え(2)―フロッピーディスクの差押え」*刑事訴訟法判例百選* [第10版](2017年)49頁。

20) 본 판례에는 ‘신청인들이, 저장된 정보를 순식간에 소거하는 컴퓨터 소프트를 개발하고 있다는 정보도 있었기 때문에(이하 생략)’라고 판시되어 있다.

21) 加藤克佳, 「フロッピーディスク等の差押え」*別冊判例タイムズ*26号(2010年)176頁。

때'라는 예외적인 요건²²⁾은 어느 정도의 설득력은 있지만 의미 자체는 추상적이다. 물론 압수·수색의 집행 전에는 대상을 정확하게 특정하는 것이 곤란하다. 따라서 압수를 집행할 때의 관련성 판단에 있어서는 대상물에 대한 피의사실과의 구체적 범위를 어느 정도 넓게 상정할 수밖에 없는 측면도 있다.²³⁾ 하지만 내용의 확인 없는 압수는, 강제수사의 대상을 가능한 한 구체적으로 특정해서 사인에게 가해지는 기본권 침해의 범위를 최소한으로 줄인다는 영장주의의 취지를 몰각시킬 수 있다.

정보저장매체에 관한 저장된 내용의 확인 없는 포괄적 압수는 당해 정보저장매체에 저장된 전자증거와 피의사실과의 관련성이 존재한다고 인정할 수 있을 때 허용해야 한다고 생각된다. 이때 객관적으로 유죄증거가 될 수 없다는 것이 명백한 무관정보를 제외한다면, 결국 포괄적 압수에 관해서는 '정보저장매체에 저장된 전자정보가 피의사실과 어느 정도의 관계가 있을 때 비로소 관련성을 인정할 수 있는가'가 허용의 판단을 위한 중점적 요소가 될 것이다. 그러나 본 판례는 관련성이 존재한다고 인정할 수 있는 방법에 관해서는 구체적으로 언급하지 않았다. 또한 이 점 이외에도 본건에서는 사전에 손괴될 우려가 있다고 판명하고 있었지만, 한국과 일본 모두 그러한 위험이 수사기관에 의하여 사전에 완벽하게 판명되고 있는 사례를 찾기 어렵다는 것도 한계라고 생각된다.

3. 소결론

전술한 한국과 일본의 판례는 구체적인 사안은 다르지만 공통적으로 '전자증거를 적법하게 압수하기 위해서는 그 전에 당해 전자증거와 피의사실과의 관련성에 관한 검토가 필요하다'는 점을 확인할 수 있다. 다만, 판례에서 다루지 못한 부분이 존재하고 또한 향후 유사한 판례가 나올 수 있으므로 그러한 부분에 대해서는 계속해서 논의가 필요하다고 생각된다. 그리고 비록 일본의 판례와 형사소송법의 내용이 우리나라의 그것들과 동일하지는 않지만, 수사현장에서 실제로 발생할 수 있는 사안은 동일하거나 비슷할 수 있다고 생각된다. 또한, 양국의 판례를 살펴봄을 통하여 전자증거의 압수·수색에 있어서 '관련성'이라는 요소가 한국과 일본에 모두 중요한 의미를 갖는 이론적

22) '예외적인' 요건이라고 칭하는 이유는, 판례가 제시한 2가지의 사정이 앞으로 수사기관이 정보저장매체에 관한 압수·수색현장에서 존재한다고 판단할 경우, 항상 내용을 확인하지 않고 압수할 수 있다는 일종의 '필수적 면제' 요건이라고까지 해석할 수는 없기 때문이다. 동일한 견해로 渡辺聡子, 『判例講義刑事訴訟法』(不磨書房, 2009年)163頁.

23) 酒巻匡, 『刑事訴訟法』(有斐閣, 2016年)119頁.

요건이라고 봐도 적절하다. 그러므로 일본의 판례를 살펴보고 검토하는 것은 향후 비교 법적 측면에서 유사한 사안을 다루는 데 일정한 방향을 제시할 수 있을 것이라 보인다.

III. 전자증거의 압수·수색에서의 관련성 판단

전자증거의 압수·수색에서의 관련성 판단에 대하여 논의하기 위해서는 그에 앞서 관련성이라는 개념이란 구체적으로 무엇인가에 관하여 살펴봐야 할 필요가 있다. 그러므로 본 장에서는 먼저 관련성이라는 개념이 한국과 일본에서 어떤 의미로 어떻게 정의되고 있는가를 확인한 후, 전자증거의 압수·수색에서의 관련성 판단에 관한 논의를 전개하고자 한다.

1. 관련성의 의미

관련성이란 개념은 미국의 증거법으로부터 유래한 것으로 보인다.²⁴⁾²⁵⁾ 현재, 한국과 일본에서는 관련성의 의미에 대해서 다양하게 정의되고 있다.²⁶⁾

1.1 한국의 경우

먼저 관련성이란, 피고사건의 요증사실을 입증하는 증거로서 사용이 가능한 물건(정

24) 증거법을 공부함에 있어서 관련성(relevance) 개념이 논리적 출발점이 되고, 증거로서 허용되기 위해서는 해당 증거가 담고 있는 정보가 반드시 쟁점과 관련되어야 하며 바로 이 개념이 증거법의 기초가 된다고 한다. 아서 베스트, 형사법연구회 옮김, 미국 증거법 제6판, 탐구사, 2009, 23쪽.

25) 이와 관련하여 미국 연방 증거규칙 제401호(Federal Rules of Evidence Rule 401. Test for Relevant Evidence)는, 증거가 존재하지 않을 경우에 비해서 만약 (a) 어떤 사실에 관하여 존재할 것 같다는 경향을 보다 더 많이 또는 더 적게 가지고 있으며 또한 (b) 어떤 사실이 특정한 행위를 결정하는 데 있어서의 결과에 해당한다면 그것은 ‘관련성이 있는 증거’가 된다고 정의하고 있다.

26) 이에 관해서는 그만큼 관련성이라는 단어 자체가 상당히 추상적이고 애매모호함을 의미한다는 지적이 있다 (조광훈, “압수·수색절차에서 ‘관련성’에 관한 고찰”, 사법 통권 제33호, 사법발전재단, 2015, 261쪽). 또한 관련성 개념에 관한 정의가 어려운 이유로, 관련성이라는 개념이 원래는 증거의 증거능력에 관한 검토를 하기 위한 전제조건이라는 점에서 기인하기 때문이라는 견해도 있다. 장응혁, “압수에 있어서 ‘관련성’ 판단기준의 비판적 검토: 대법원 2019.10.17. 선고 2019도6775 판결을 소재로”, 형사법연구 제32권 제2호, 한국형사법학회, 2020, 245쪽.

보저장매체를 포함) 또는 전자정보의 연관성이라는 견해²⁷⁾가 있다. 그리고 수사기관이 혐의를 포착한 후, 압수수색영장을 청구하고 있는 해당 범죄의 사실 및 컴퓨터 전자기록이 객관적·주관적·시간적으로 관련이 있어야 한다는 의미라고 주장하는 견해²⁸⁾가 있다. 또한 ‘해당 혐의사실’과 ‘해당 피의자’에 관한 관계에서 그 범위를 넘어 해당 사건과 관계가 없는 다른 사건의 증거수집을 허용하지 않는다는 의미로 파악하는 견해²⁹⁾도 있다. 그밖에도 개념의 명칭은 약간 다르지만 ‘해당 사건과 관련성이 있다는 것’은 해당 사건의 증거로서 사용될 수 있다는 의미로 해석하는 견해³⁰⁾ 등이 존재한다.

1.2 일본의 경우

일본의 경우, 먼저 관련성이란 ‘피의사실과 관련하는 개연성(가능성)’으로 이해해야 한다는 견해³¹⁾가 있다. 또한 관련성을 ‘정당한 이유’로 파악하여 정당한 이유란, 특정의 범죄가 존재하고 또한 당해 구체적 범죄와 처분의 대상 간에 일정한 결합(관련성)이 인정되는 것을 의미한다고 해석하는 견해³²⁾가 있다. 그밖에도 ‘피의사실과의 관련성’이란, 피의사실에 관한 증거로서 가치가 있는 것을 의미한다는 견해³³⁾ 등이 존재한다.

2. 전자증거의 압수·수색에서의 관련성 판단

전자증거의 압수·수색의 허용 범위는 정보저장매체에 저장된 전자증거와 당해 피의 사실과의 관련성을 판단할 수 있는 요소가 무엇인가에 의해 설정된다. 그렇다면 전자증거에 대한 압수·수색에서 ‘관련성의 인정 가부를 어떻게 판단하는가’에 관하여 살펴볼

27) 조광훈, 위의 논문, 261쪽.

28) 오기두, 전자증거법 제1판, 박영사, 2015, 247쪽.

29) 이주원, 앞의 책, 154쪽.

30) 정대희/이상미, “디지털증거 압수수색절차에서의 ‘관련성’의 문제”, 형사정책연구 제26권 제2호, 한국형사정책연구원, 2015, 101-102쪽.

31) 石山宏樹, 「捜査段階における差押えの関連性について—最決平成10年5月1日刑集52卷4号275頁を中心に—」, 東京大学法科大学院ローレビュー9巻(2014年)127頁.

32) 宮木康博, 「電磁的記録媒体の差押え(最決平成10・5・1)」, 法学教室470号(2019年)16頁. 이 견해가 제시된 문헌에서는 관련성을 ‘정당한 이유(관련성)’라고 표기하고 있음을 확인할 수 있다.

33) 이 견해에 의하면, 압수의 대상물이 범인의 특정, 죄책의 유무, 경중의 판단에 도움이 될 수 있는 경우에는, 압수의 대상물과 피의사실과의 관련성이 인정된다고 한다. 秋葉康弘, 「差押の対象物と被疑事実との関連性の程度」, 別冊判例タイムズ35号(2013年)80頁.

필요가 있다. 이를 위하여 한국과 일본의 논의를 살펴보고 검토해 보고자 한다.

2.1 한국의 경우

국내에서는 전자증거의 압수·수색에서의 관련성의 인정 가부를 어떻게 판단하는가를 ‘관련성이란 요건을 어떻게 해석해야 하는가’의 문제로 파악하는 것으로 보인다. 이에 관하여 현재 관련성을 엄격하게 해석해서 적용해야 한다는 견해와 완화해서 해석하여 적용해야 한다는 견해로 나뉘어지고 있다. 이러한 견해의 양분화는 범죄의 피의사실과 어느 정도의 관련성을 요구할 것인가에 관한 시각의 차이에서 비롯된다고 생각된다.

먼저 관련성을 엄격하게 해석해서 적용해야 한다는 견해는 영장에 기재된 죄명과 범죄사실만을 관련성의 인정 가부의 전제사실로 보고 있다.³⁴⁾ 본 견해는 헌법상의 영장주의를 엄격하게 적용할 것을 요구하며 영장에 기재된 범죄사실과 관련성이 있는 증거만 압수·수색의 대상이 된다고 한다. 본 견해는 피처분자의 헌법상의 기본권을 보호하는 것을 강조하는 입장에 속하며 관련성을 인정할 수 있는 범위를 좁게 파악하고 있다고 생각한다.

이에 반하여 관련성을 완화해서 해석하여 적용해야 한다는 견해는, 기본적 사실관계가 동일하거나 동종·유사한 범행과 관련이 있는 것으로 보일 경우에는 영장에 기재된 피의사실과는 다소 상이하더라도 관련성의 인정을 위한 전제에 해당할 수 있다고 한다.³⁵⁾ 즉 관련성을 인정하기 위해 전제가 되는 피의사실에 영장에 기재된 범죄사실만 해당하는 것으로 한정하지 않는다. 본 견해를 동일한 취지로 긍정하는 또다른 견해는 전자증거에 관한 포괄적인 압수·수색은 허용될 수 없더라도 피의사실과의 관련성에 의한 특정의 정도는 완화해서 적용해야 한다고 주장한다.³⁶⁾ 관련성의 완화 해석을 주장하는 견해는 수사현장에서의 특수성과 수사의 효율성을 강조하는 입장에 속하며 관련성을 인정할 수 있는 범위를 전자와 비교하면 상대적으로 넓게 파악하고 있다고 생각된다.

판례의 경우, 대법원은 ‘압수의 대상을 압수·수색영장의 범죄사실 자체와 직접적으

34) 신동운, 간추린 형사소송법 제5판, 법문사, 2013, 117쪽; 신교임, “디지털 증거와 범죄사실의 관련성에 관한 연구”, 서울대학교대학원 석사학위논문, 2015, 90쪽 재인용.

35) 박민우, “수사기관의 압수에 있어 관련성 요건의 해석과 쟁점에 대한 검토”, 경찰학연구 제16권 제1호, 경찰대학 경찰학연구편집위원회, 2016, 20쪽.

36) 손동권, “새로이 입법화된 디지털 증거의 압수, 수색제도에 관한 연구; 특히 추가적 보완입법의 문제”, 형사정책 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 2011, 334쪽.

로 연관된 물건에 한정할 것은 아니고, 압수·수색영장의 범죄사실과 기본적 사실관계가 동일한 범행 또는 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서는 압수를 실시할 수 있다'고 판시하여³⁷⁾ 관련성의 인정에 있어서 판단의 범위를 영장에 기재된 범죄사실에만 한정하고 있지 않다.

2.2 일본의 경우

관련성의 인정을 위한 판단의 방법에 관하여 먼저, 개연성이 있는가에 의해서 판단해야 한다는 견해가 있으며 본 견해가 유력한 것으로 파악된다. '개연성이 있다'는 것은, 명확하게 증거가 아닌 것 이외의 것에는 일응 관련성이 있다고 추인되는 것을 의미한다.³⁸⁾ 본 견해는, 관련성이란 피의사실과의 개연성을 의미하며 당해 증거의 관련성이 인정된다는 것은 피의사실과의 개연성이 존재한다는 것이 된다고 한다. 그리고 그 개연성의 유무에 관한 판단의 경우, 압수·수색의 현장에서는 물건의 기재 내용보다 오히려 당해 물건의 성질 및 당해 물건의 보관자, 보관장소 및 보관상황 등의 외부적 사정에 의해서 이뤄질 수밖에 없다고 한다.³⁹⁾⁴⁰⁾ 특히 전자증거의 경우에는 수사관이 스스로 현장에서 정보저장매체에 저장된 내용을 일일이 확인하는 것이 곤란하므로 관련성의 확인은 외부상황에 의한 개연성 판단에 의할 수밖에 없음을 부정할 수 없다⁴¹⁾고 지적한다.

37) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결. 본 판결에서 문제가 된 압수의 대상은 서류 등의 유체물이지만 전자증거의 압수·수색에 있어서의 관련성의 인정 범위에 관하여 판시한 다른 대법원 판례(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결 등)에서도, 본고의 본문에 기재한 당해 부분이 인용되고 있다. 그러므로 본 판결이 제시한 내용을 유체물뿐만 아니라 전자증거를 압수·수색의 대상으로 할 경우에도 적용할 수 있는 것으로 파악된다.

38) 寺崎嘉博, 「電磁的記録に対する包括的差押え」広瀬=多田 編 『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社, 2003年)257頁.

39) 石山宏樹・前掲注31・128頁 以下.

40) 사건으로 이 견해를 취했을 때, '피의사실에 관련성이 있는 증거에는, 직접증거뿐만 아니라, 간접증거 또는 상습성이나 영리성 등에 관한 상황증거도 포함된다(安井哲章 「搜索差押えの対象の特定」法学教室460号(2019年)21頁)'는 명제가 성립할 수 있다고 생각된다.

41) 中島宏, 「電磁的記録媒体の差押え等の適法性」法学セミナー通号768号(2019年)130頁. 그리고 같은 취지로 외부적 상황으로부터 피의사실과의 일정한 정도의 관련성이 인정되고, 당해 증거가 확실히 영장에 기재된 물건인가에 관하여 현장에서 내용을 확인할 수 없는 것이 피처분자의 책임에 귀속되는 경우에는, 예외적으로 관련성의 요건을 완화하는 것도 허용해야 한다는 견해로서 亀井源太郎 『ロースクール刑事訴訟法』[第2版](法学書院, 2014年)90頁.

그에 반하여 관련성이라는 요건은 헌법의 영장주의의 요청을 받아서 일반적인 형태로 설정된 ‘견고한’ 기준이므로, 개별구체적인 이익균형에 의거해서 변동시킬 수 있는 것이 아니며,⁴²⁾ 또한 컴퓨터 정보의 경우. 어쩔 수 없는 사정이 있으면 왜 피의사실과의 관련성을 완화해서 생각할 수 있는가에 관해서는 설명이 곤란하다는 견해⁴³⁾가 있다. 본 견해는 피의사실과의 관련성의 정도를 엄밀하게 판단해야 한다는 주장으로 보인다. 이것은 관련성을 인정할 수 있는 범위를 가능한 한 좁혀서, 예를 들면 내용의 확인이 즉시 가능한 것 등에 의해서만 관련성의 유무를 판단해야 한다는 의미라고 파악된다. 그밖에도 피의사실과의 관련성의 정도를 판단하는 것에 있어서는, 압수의 대상물이 피의사실 자체의 증거인가, 정황사실에 관한 증거인가, 이것들의 사실에 관한 직접증거인가, 간접증거나 보조증거인가라는 관점으로부터 생각하는 것도 유용하다는 견해⁴⁴⁾ 등이 있다.

판례의 경우, ‘압수의 현장에서 개개의 물건에 대해 그 물건의 어디에 잠재하고 있을지도 알 수 없는 관련성의 유무를 정확히 판단하는 것은 상당 곤란하며 … 압수 시점에 있어서의, 관련성의 유무에 관한 정확, 엄밀한 식별을 요구하는 것은, 불가능을 강요하는 것이며, 압수 시점에 있어서의 관련성의 유무의 판단은 어느 정도의 개연적 판단으로 충분하며 그 물건에 관련성이 있다는 가능성을 인정할 수 있으면 그 압수가 허용된다고 해석해야 한다’고 판시하여,⁴⁵⁾ 관련성의 인정을 위해서는 개연성의 판단이 필요하다는 점을 제시하고 있다. 또한 항소심⁴⁶⁾에서도 ‘피의사실을 증명하기에 충분한 가능성이 있는 물건인가 아닌가에 관한 판단은, 피의사실과의 관련성을 가진 가능성이 어느 정도의 개연성을 갖고 존재하는가 아닌가의 판단에 의해 이뤄져야 한다고 해석하는 것이 상당하다’고 판시하여 그 입장을 유지하였다.⁴⁷⁾ 그리고 본 견해를 전자증거의 압수·수색의 경우에도 적용하고 있음을 전술했던 일본 최고재판소의 판례⁴⁸⁾를 통해서도 확인할

42) 이 견해에 의하면, 개별구체적인 이익균형에 의한 요건의 변동을 인정할 경우, 수사의 이익이 전면으로 솟아날 수 있다는 것에 의하여 관련성 요건에 의한 압수 범위의 한정이 사실상 기능하지 못하게 될 우려가 있다고 한다. 笹倉宏紀, 「フロッピーディスク等につき内容を確認せずに差し押さえることが許されるとされた事例」
ジュリスト1191号(2000年)82頁。

43) 山下幸夫, 「コンピュータ・システムと捜査-弁護の立場から」三井誠ほか編 『新刑事手続Ⅰ』(悠々社, 2002年)399頁。

44) 秋葉康弘・前掲注33・80頁。

45) 東京地判昭和58・7・20(LEX/DB 21078460)。

46) 東京高判平成40・3・30(判タ805号68頁)。

47) 제1심과 제2심에서는 개연성의 판단을 통한 관련성의 인정 가부에 관하여 판시하고 있지만 제3심(最決平成9・3・28(判タ946号119頁))에서는 관련된 내용이 보이지 않는다.

48) 最決平成10・5・1(刑集52卷4号275頁)。본 판례와 관련하여 본 판례의 판시를 설명하는 이론으로서 개연성설

수 있다.

3. 소결론

관련성의 의미는 한국과 일본에서 모두 다양한 관점을 통하여 정의되고 있으므로 관련성이라는 개념을 단일화된 의미로 정의하기에는 무리가 있다고 판단된다. 관련성의 의미에 관해서는 앞으로도 다양한 견해가 계속해서 등장할 것이라고 생각된다.

그리고 전자증거의 압수·수색에서의 관련성 판단에 관하여 먼저 국내의 논의에 관하여 검토하자면, 관련성을 완화해서 해석하여 적용해야 한다는 견해가 더 설득력이 있다. 전자증거의 특수한 성질을 고려하였을 때 관련성 요건의 전제로서의 피의사실을 영장에 기재된 죄명과 범죄사실에 한정할 경우, 수사나 재판의 진행에 따른 범죄사실의 가변성에 비춰봤을 때 그 범위가 너무 협소해서 부적절하다.⁴⁹⁾ 그러므로 기본적인 사실관계에 비춰봤을 때, 영장에 기재된 죄명 및 범죄사실과 그 동일성이 인정되는 사실도 포함한다고 보는 것이 타당하다고 생각된다. 그러므로 본 견해와 같은 입장을 취하고 있는 대법원의 판례⁵⁰⁾에 대해서도 동의한다. 다만 본 판례의 경우, ‘관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위’가 어느 정도를 의미하는가에 관해서는 구체적인 설명이 없으므로 이 점에 관해서는 앞으로도 계속해서 논의의 필요성이 있다고 생각된다.

일본의 논의의 경우에도 개연성의 유무를 통하여 관련성의 인정 가부를 판단하는 견해가 현실적으로도 타당하다고 판단된다. 특히 이 견해는 기존의 유체물이 아닌 무형의 전자정보에 대한 압수·수색에 있어서 더욱 설득력을 갖는다고 생각된다. 일본의 판례 또한 이 견해를 취하고 있으므로 특별한 문제는 없다고 생각된다. 다만 이에 관하여, 전자증거의 압수·수색과 관련한 판례에 대해서는 대량의 정보를 저장한 정보저장매체에 대하여 그 내용을 확인하지 않고 압수하는 것은 결과적으로 일반 탐색적인 압수·수색을 인정한 것과 동일하다는 점에서도, 또한 업무 등에서의 영향이 심하다는 점에서도 적절하다고는 말하기 어렵다는 비판⁵¹⁾이 있다. 타당한 비판이기는 하지만 이 문제는

이 채택되어야 한다는 견해가 있다. 濱田毅, 「搜索差押に対する相当性による規律」, 『同志社法學』69卷7号(2018年)1018頁.

49) 전승수, “압수수색상 관련성의 실무상 문제점”, 형사법의 신동향 통권 제49호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015, 45-46쪽.

50) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 전원합의체결정.

51) 水谷規男, 「証拠収集のための強制処分(1)」, 『法学セミナー』通号616号(2006年)115頁.

기술적인 발전이 수반되었을 때 완전히 해결될 수 있을 것으로 보인다.

전자증거의 압수·수색에서의 관련성 판단에 관하여 정리하자면, 한국의 ‘관련성을 완화해서 해석하여 적용해야 한다’는 견해와 일본의 ‘개연성의 유무를 통하여 관련성의 인정 가부를 판단한다’는 견해는 관련성의 정도를 엄격하게 요구하지는 않는다는 공통점이 있다. 또한 전술한 한국과 일본의 견해 모두 수사에 있어서 유연한 집행이 가능하도록 하는 데 긍정적인 이론적 근거를 제공한다고 판단된다. 이 점에 대해서는 양국의 판례도 부정적인 입장을 취하고 있지 않으므로 오로지 실제적 진실의 발견만을 추구하는 견해도 아니라고 보는 것이 타당하다. 그러나 관련성의 확인 대상의 경우, 한국은 확대하고 있지만 일본은 한정하고 있다는 차이점이 있다고 말할 수 있다. 살피건대, 결론적으로는 어느 쪽의 견해도 이론상으로도 실무상으로도 설득력이 있으므로 어느 쪽이 더 타당한가에 대하여 논하는 것에는 특별한 실익이 없다고 생각된다.

IV. 전자증거의 압수·수색에서의 관련성 판단과 연결된 실무상 문제점

지금까지 전자증거의 압수·수색에 있어서는, ‘전자증거와 피의사실과의 관련성을 인정하기 위하여 어떻게 판단해야 하는가’에 관하여 영장에 기재된 죄명과 범죄사실에 한정하지 않고 그밖에 외부적 사항 등도 함께 고려할 필요가 있다는 것을 한국과 일본의 논의에 관한 검토를 통하여 알 수 있었다. 하지만 관련성의 인정을 어떻게 판단하는가에 관한 검토뿐만 아니라 양국의 판례에서 문제가 된, 관련성 인정의 판단과 관련하여 연결되는 실무상 문제점에 대해서도 짚어볼 필요가 있다. 앞서 전자증거의 압수·수색과 관련하여 양국의 판례에서는 별건 증거의 문제 그리고 포괄적 압수·수색의 문제가 각 사안의 쟁점이 되었음을 확인할 수 있었다. 본 장에서는 논의의 범위를 확장하여 한국과 일본의 법령과 판례 및 양국에서의 논의 등을 바탕으로, 양국의 판례에서 확인할 수 있었던 두 가지의 실무상 문제점에 관하여 살펴보고자 한다.

1. 전자증거의 압수·수색에서의 별건 증거에 관한 문제

수사기관이 압수·수색을 집행하는 과정에서는 사전에 법원이 발부한 영장에 적혀

있는 피의사실(본건)에 관한 증거 외에도 다른 피의사실(별건)에 관한 증거가 발견될 수 있다. 만약 수사기관이 오로지 별건의 증거를 획득하기 위해 의도적으로 보다 쉽게 영장을 발부받을 수 있는 본건에 관한 증거의 압수·수색을 집행했을 경우, 본건의 증거에 관한 압수·수색영장을 적법하게 발부받고 별건의 증거도 함께 수집했다라도 별건의 증거에 관한 압수는 위법한 처분이 된다. 왜냐하면 특정의 피의사실을 전제로 이뤄지는 영장심사가 그 의미를 잃어버리게 되므로 일반영장의 문제가 발생할 수 있기 때문이다.⁵²⁾

별건 증거의 압수·수색과 관련하여 전술한 내용의 경우에는 본건과 별건의 증거가 물리적으로 동일하지 않으며 주로 유체물 증거의 압수·수색에서 발생할 수 있는 사안이다. 그러나 전자증거의 압수·수색에 있어서는, ① 적법한 압수·수색에 의해 수집된, 본건과 관련성이 있는 전자정보가 그 자체로 별건 증거에도 해당이 되거나, ② 적법하게 수집되었지만 본건과는 관련성이 없는 전자정보가 나중에 별건 증거로 확인되는 경우가 있을 수 있다. 전자증거의 경우, 일반적으로 유관정보와 무관정보가 대량으로 혼재되어 저장된 정보저장매체 등을 대상으로 압수·수색이 이뤄진다. 그 때문에 수사기관이 필요로 하는 전자정보를 발견하더라도 그것이 별건 증거에도 해당하는가를 수사현장에서 단시간에 파악하는 것이 유체물에 비하여 용이하지 않다. 그러므로 이 두 가지의 경우에는 수사기관이 압수·수색의 적법성을 인정받기 위하여 각각의 경우에 어떻게 해야 하는가가 문제가 된다.

먼저 ①의 경우, 본건과 관련성이 있는 전자정보가 그 자체로 별건 증거도 되는 경우에는 수사기관이 복수의 범죄사실에 관하여 모두 함께 공소제기를 하면 되므로 이 경우에는 별건 증거로 사용하더라도 문제가 되지 않는다.⁵³⁾ 그러나 ②의 경우에는 ①의 경우와 동일한 절차가 이뤄진다면 일반영장의 문제가 발생할 수 있으므로 위법한 절차가 되며 당해 전자정보에는 증거능력이 인정될 수 없다. 전자증거의 압수·수색에 있어서의 본건과 관련성이 없는 전자정보가 별건 증거로 확인되었다면, 비록 수사기관이 처음에 그 전자정보를 적법하게 압수하였다라도 별건 증거로 사용하기 위해서는 새로운 압수·수색영장의 청구 및 발부가 이뤄져야 한다.⁵⁴⁾ 왜냐하면 압수·수색영장의 실질적 효력

52) 岩下雅充ほか, 『刑事訴訟法教室』(法律文化社, 2013年)73頁.

53) 이완규, 앞의 논문, 2013, 155쪽.

54) 이때, 이 영장의 집행과정에는 영장에 특정된 피처분자(만약, 당해 집행으로 인해 기본권 침해의 가능성이 있는 제3자가 있다면 그 제3자도 포함)를 참여권자로 특정한 후, 참여권을 보장해야 한다. 이경렬/설재운, 앞의 논문, 384쪽.

이 사전에 영장 집행의 대상으로 특정된 본건과 관련성이 있는 부분에만 미치므로 별건 증거에 관해서는 별도의 영장을 받아서 집행하는 것이 타당하기 때문이다.⁵⁵⁾ 이 점에 대해서는 판례도 동일한 입장을 취하고 있다.⁵⁶⁾

일본의 경우, 전자증거의 압수·수색과 관련한 별건 증거의 처리에 관해서는 직접적인 논의가 좀처럼 보이지 않는다. 다만, 유체물 증거의 압수·수색에 있어서의 별건 증거의 처리에 관한 논의와 판례를 살펴보고 검토하는 것은 참고가 될 만하다고 사료된다. 일본에서는 적법한 수색 과정에서 별건 증거를 발견했을 경우, ① 그것을 소지하였다는 것을 이유로 현행범 체포를 한 후, 그 체포에 수반한 압수와 ② 임의제출에 의한 영치 그리고 한국과 동일하게 ③ 새로운 영장을 발부받아서 그 영장에 의하여 압수하는 방법을 허용하고 있다.⁵⁷⁾ 전자증거의 압수·수색에서의 별건 증거의 문제와 관련하여 있을 때, ②의 경우에는 압수·수색 현장에서 별건 증거에 해당하는 전자정보를 발견하였을 때 고려할 만하다고 생각된다. 그리고 수사기관이 압수·수색을 집행하기 전부터 압수해야 할 대상물을 상세히 파악하기에는 현실적으로 무리가 있다. 이러한 현실적인 어려움을 이유로 일본에서는 압수·수색영장에 특정할 수 있는 대상물을 가능한 한 구체적으로 열거한 후, ‘그밖에 본건에 관련이 있다고 사료되는 물건’과 같이 관련성의 인정범위를 조금 넓혀서 개괄적으로 표기하는 것이 허용되고 있으며 실무상 실제로도 적지 않다고 한다.⁵⁸⁾ 판례의 경우, 별건에 관한 내용이 포함된 메모에 대하여, 본건의 정황사실이나 배경사정에 관한 해명을 위해 필요한 증거로서 충분히 인정할 수 있기 때문에 본건과의 관련성도 인정되므로 압수의 대상물에 해당된다고 판시하였다.⁵⁹⁾ 본 판례는 비록 별건 증거라고 해도, 본건의 정황사실이나 배경사정에 관한 증거에 해당된다면

55) 이완규, 앞의 논문, 2013, 157쪽.

56) 적법하게 압수한 정보저장매체에서 우연히 본건과 관련성이 없는 별건 증거를 발견했을 경우에는, 별건 증거에 관한 압수·수색영장을 새로이 발부받아서 적법하게 압수해야 하며 이 과정에서는 피압수자 등에 관한 참여권을 보장하고 압수한 전자정보의 목록을 교부하는 등의 적절한 조치가 이뤄져야 한다고 판시하였다. 앞의 각주 50)의 판례.

57) 이에 대하여 ①의 경우에는 그 증거가 마약이나, 총기류 등 소지나 휴대가 금지되는 물품이어야 하고 ②의 경우에는 임의제출을 할 수 있는 소유자, 소지자, 피의자를 영장 집행의 현장에서 체포할 수 있어야 하는 상황에만 가능하며 ③의 경우에는 새로운 영장을 발부받을 시간적 여유가 있어야 한다는 제약을 받는다. 安富潔, 『刑事訴訟法講義』[第三版](慶應義塾大学出版会、2014年)118頁.

58) 池田=前田, 『刑事訴訟法講義』[第6版](東京大学出版会、2018年)174頁.

59) 폭력단에 의한 공갈피의사건과 관련하여 경찰이 적법하게 압수·수색영장을 발부받고 폭력단의 사무소를 수색하던 중 영장에는 특정되지 않은, 불법 도박장 개설 등에 관한 메모를 발견하고 별건 증거로 압수한 사안에 관하여 일본 최고재판소가 경찰의 압수 처분에 대하여 적법하다고 판시한 사안이다. 最判昭和61・11・18(判時837号104頁).

본건과의 관련성을 인정해도 좋다는 논리를 전제로 해서 수사기관의 압수 처분을 적법하다고 판단한 것으로 보인다.⁶⁰⁾

전자증거의 압수·수색에 있어서의 별건 증거의 문제에 관한 해결 방안으로는 먼저 긴급압수(독립적 압수·수색)제도의 도입을 제시하는 견해가 있다.⁶¹⁾ 그리고 미국의 플레인 뷰 원칙⁶²⁾의 적용을 고려할 필요가 있다는 견해가 한국⁶³⁾과 일본⁶⁴⁾에서 공통적으로 제시되고 있다. 그밖에도 국내에서는 관련성 개념의 탄력적 해석을 통해 별건 증거의 문제를 해결하자는 견해⁶⁶⁾가 있다. 현행법에는 수색의 집행 과정에서 본건과 관련성이 없는 별건 증거도 압수할 수 있다는 조문이 없다. 따라서 일본과 같이 개괄적 표기를 허용하면서 관련성 개념을 탄력적으로 해석하여 별건 증거에 관한 문제를 해결할 필요가 있다고 한다.⁶⁷⁾ 생각건대 어떠한 방안을 도입하더라도 헌법에서 규정하고 있는 영장주의 및 유체물을 기준으로 규정된 형사소송법의 체계로부터 벗어나지 않는 범위 내에서 적용되어야 할 것이다. 또한 입법을 통하여 법적 근거를 명확하게 마련하고 나서 제도적으로 운용하는 것이 타당하다고 판단된다.

60) 齊藤司, 『刑事訴訟公法の思考プロセス』(日本評論社, 2019年)103頁.

61) 조광훈, 앞의 논문, 2015, 290-291쪽; 손동권, “형사법 논문특집: 수사절차상 긴급 압수·수색 제도와 그에 관한 개선입법론”, 경희법학 제46권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2011, 24-27쪽. 이에 반하여 일본에서는, 영장주의의 예외를 인정하기 위해서는 그것을 정당화할 만큼의 충분한 이유가 있다는 점이 제시될 필요가 있다는 이유로 이 제도의 도입을 부정하는 견해가 있으며 이것이 일본에서의 통설인 것으로 보인다. 井上正仁, 『捜査手段としての通信・会話の傍受』(有斐閣, 1997年)192頁.

62) 압수·수색 과정에서 본건과 무관한 별건 증거를 출입이나 수색 없이 발견하였을 때에는 그것을 영장 없이 압수·수색할 수 있다는 원칙이다. Russell L. Weaver, et al., *Criminal Procedure: A Contemporary Approach*, West Academic Publishing, 2015, p. 270.

63) 이원상, “디지털 증거의 압수·수색절차에서의 관련성 연관 쟁점 고찰: 미국의 사례를 기반으로”, 형사법의 신동향 통권 제51호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2016, 27쪽; 김성룡, “전자정보에 대한 이른바 ‘별건 압수·수색’”, 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모1839 전원합의체 결정의 평석을 겸하여, 형사법의 신동향 제49호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015, 141쪽.

64) 田宮裕・前掲注5・105頁. 다만, 일본법 하에서는 실질적인 의미 내지 기능이 미국보다 한정적일 수밖에 없다는 점에 유의할 필요가 있다는 견해도 있다. 村上祐亮, 「逮捕に伴う捜索・差押えと逮捕後の移動-比較法的観点からの一考察」, 東京大学法科大学院ローレビュー-第1巻(2016年8月)(2006年)152頁.

65) 하지만 일본에서는 플레인 뷰 원칙을 적용할 수 없다는 것이 통설이다. 松尾浩也, 『刑事訴訟公法・上』[新版](弘文堂, 1999年)76頁; 後藤昭, 『捜査法の論理』(岩波書店, 2001年)49頁.

66) 전승수, 앞의 논문, 43쪽; 이완규, 앞의 논문, 2013, 107쪽.

67) 이완규, 앞의 논문, 2013, 107쪽. 다만, 이 주장과 관련해서는 관련성의 개념을 넓혀서 이해하는 것보다 영장을 집행하는 과정에서 발생할 수밖에 없는 문제를 정공법으로 직접 해결해 나가는 것이 바람직하다는 비판적 견해가 있다. 김성룡, 앞의 논문, 147쪽.

2. 전자증거의 포괄적 압수·수색에 관한 문제

전자증거에 대한 포괄적 압수·수색의 허용을 전면적으로 부정한다면 사실상 전자증거에 대한 압수·수색을 완전히 포기해야 한다는 점에서 이것을 현실적으로 인정하고 허용할 수밖에 없음을 앞에서 확인할 수 있었다. 그러나 유관정보와 무관정보가 대량으로 혼재, 저장되어 있을 가능성이 높은 정보저장매체를 탐색하는 과정에서 무관정보의 노출로 인한 사생활의 침해의 가능성을 부정할 수 없는 것도 사실이다. 특히 전자정보는 시각적으로 노출될 경우, 당해 전자정보 자체는 기술적으로 삭제할 수는 있지만 그것을 이미 열람한 사람의 기억까지 삭제할 수는 없으므로 기본권의 침해가 사실상 영구적이거나 치명적인 문제가 존재한다.

정보저장매체에 대한 강제처분은 이미 그 자체에 시민이 부지인 상태로 수사기관의 감시의 객체가 되는 위험성이 있음을 의미한다.⁶⁸⁾ 그러므로 예외적으로 정보저장매체에 대한 포괄적 압수를 인정하더라도 압수한 정보저장매체를 수사기관으로 가져온 후, 저장된 전자정보를 선별 및 탐색하는 과정에서 발생할 수 있는 기본권의 침해를 가능한 한 어떻게 최소화할 수 있는가에 관한 방안을 모색할 필요가 있다.

일본의 판례⁶⁹⁾는 예외적인 포괄적 압수의 허용은 긍정했지만 포괄적 압수 후에 저장된 전자정보로부터 수사기관이 유관정보·무관정보를 선별하는 과정에서 발생할 수 있는 기본권의 침해의 대응에 관한 언급은 없었다는 점을 지적할 수 있다. 이와 관련하여 포괄적 압수에 의한 기본권 침해의 개선책으로서 일본의 형사소송법에 규정되어 있는, 평성 23년의 개정을 통하여 신설된 형사소송법의 기록명령부차압(제99조의2, 제218조)⁷⁰⁾과 피처분자의 협력요청(제111조의2, 제222조 제1항) 제도를 참고할 만하다. 다만, 본 신설규정을 통하여 전술한 문제를 압수가 집행되기 전에 대처할 수 있다고 판단되기는 하지만 본 규정에도 어느 정도의 한계점을 보이고 있다, 먼저, 기록명령부차압의 경우, 일종의 제출명령이라고 할 수 있으며⁷¹⁾ 수사기관에도 그 권한이 인정되고 있다,

68) 内藤大海, 「犯罪対策と新しい捜査手法」川崎=白取 『刑事訴訟法理論の探究』(日本評論社, 2015年)74頁.

69) 앞의 각주 48)의 판례.

70) 수사기관이 전자정보를 보관하고 있는 자 또는 그밖에 전자정보를 이용할 권한이 있는 자에게 명령하여, 수사기관이 필요로 하는 전자정보를 다른 정보저장매체에 저장 또는 인쇄하게 한 후, 그것을 압수하는 방법이다. 川出敏裕, 『刑事手続法の論点』(立花書房, 2019年)101頁.

71) 池田=前田=前掲注58・182頁. 이와 달리 기록명령부차압의 경우에는, 「물건」이 아닌 「정보」의 제출(기록)이 이뤄진다는 차이가 있고 또한 제출명령은 오직 법원에만 인정되는 처분이므로 엄밀히 말하자면 제출명령이 아니라는 견해도 있다. 後藤=白取, 『新・コンメンタル刑事訴訟法』[第3版](日本評論社, 2018年)232頁.

그런데 일본에서는 기록명령부차압의 대상자에 피의자도 포함되어 있기 때문에, 자기에 불이익한 공술의 강요로서 헌법 제38조 제1항에 위반하는 것이 아닌가 문제가 된다는 비판⁷²⁾이 있다. 그리고 피처분자에 대한 협력요청의 경우, 피처분자에게 협력해야 할 법적 의무는 있지만 의무를 위반하더라도 그것에 대한 벌칙이 마련되어 있지 않다.⁷⁴⁾ 게다가 수사기관이 직접강제할 수도 없으므로 그때에는 어쩔 수 없이 정보저장매체 자체를 압수해야 할 것이다. 하지만 이 경우에는 다시 정보저장매체의 포괄적 압수로 인한 기본권 침해의 문제로 회귀하므로 결국 원점으로 되돌아간다. 만약 국내에서 현행 형사소송법의 개정과 관련하여 이 두 가지의 제도에 관한 도입을 고려할 때에는, 현재 일본에서 지적되고 있는 이러한 비판을 참고할 필요가 있다고 생각된다.

한국의 경우, 일본처럼 형사소송법에 기록명령부차압이나 피처분자의 협력요청 등의 규정이 존재하지 않는다. 따라서 현행 형사소송법에 규정된 내용만으로 효과적인 대처를 할 수 있는 가능성은 낮다고 판단된다. 이와 관련하여 확실로는 포괄적 압수에 관하여 긍정설⁷⁵⁾과 부정설⁷⁶⁾ 그리고 예외적으로 인정하자는 제한적 긍정설⁷⁷⁾이 제시되고 있으며 제한적 긍정설이 현실적으로 타당한 것으로 생각된다. 하지만 제한적 긍정설의 경우, 허용에 대한 범위가 매우 애매하므로 이에 관해서는 일본의 판례[最決平成10·5·1(刑集52卷4号275頁)]를 참고하자는 견해⁷⁸⁾가 있는 정도에 그치고 있다. 다만, 국내에서는 포괄적 압수·수색에 의한 기본권 침해를 막기 위한 방법으로 수사기관에 의한 전자증거의 압수·수색에서의 피처분자 등에 관한 참여권 보장이 판례를 통해 제시되었다.⁷⁹⁾

72) 山下幸夫, 「デジタル情報と捜査—弁護の立場から—コメント」三井誠ほか 『刑事手続の新展開上巻』(成文堂、2017年)433頁; 笹倉宏紀, 「サイバー空間の捜査」法学教室446号(2017年)40頁.

73) 이와는 반대로, 간접강제에 의한 담보가 규정되어 있지 않고, 또한 처분자가 명령의 내용을 직접강제할 수 없다는 점을 감안하여 판단한다면, 강요에 해당한다고까지는 말할 수 없다는 견해도 있다. 長沼範良, 「ハイテク犯罪と刑事手続法の整備」ジュリスト1257号(2003年)25頁.

74) 松尾浩也 監, 『条解刑事訴訟法』[第4版増補版](弘文堂、2018年) 1274頁.

75) 안경옥, “정보화사회의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003, 328쪽.

76) 오기두, 앞의 책, 32쪽.

77) 정대희/이상미, 앞의 논문, 121쪽.

78) 정대희/이상미, 위의 각주와 동일쪽.

79) 이와 관련하여, 관련성이 있는 범위에 한정된 물건 또는 전자정보에 관한 압수·수색이 가능하다고 한다면, 참여권의 경우에도 당해 범죄사실과 관련성이 있는 물건 또는 전자정보에 관한 압수·수색에만 한정해서 그 효력이 미치는 것으로 보아야 한다는 점을 근거로 관련성과 참여권의 불가분성을 주장하는 견해가 있다. 조광훈, “전자정보의 압수·수색절차에서 관련성·동일성·참여권”, 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결에서 제기된 쟁점을 중심으로”, 법제 2018년 6월호, 법제처, 2018, 30-31쪽.

그러나 참여권 보장의 경우에는 관련한 구체적인 절차와 보장의 허용 범위 등에 관한 규정이 형사소송법에 존재하지 않으므로 궁극적으로는 입법을 통한 해결을 모색해야 할 것이다.

V. 마치면서

관련성은 형벌법령의 적용·실현이라는 국가의 정당한 이익을 전제로, 압수의 대상이라고 할 수 있는 물건의 범위를 확정하는 데 있어서 국가권력에 의한 개인의 사생활영역 침해의 한계를 정할 수 있는 요소라고 말할 수 있다.⁸⁰⁾ 기존의 유체물 증거에 비해 압수·수색의 대상물과 피의사실과의 관련성을 판단하는 것이 간단하지 않은 전자증거의 경우, 관련성의 인정에 있어서 더욱 신중한 판단이 요구된다.

전자증거의 압수·수색에서의 관련성에 관한 판단이라는 쟁점에 내포되어 있는 근본적인 문제의식은 ‘압수·수색에서 피의사실과의 관련성이 있는가를 판단해야 할 때 압수·수색의 대상물이 전자증거일 경우, 기존의 유체물 증거와는 다르게 인식하고 다뤄야 할 필요성이 있는가’라고 생각된다. 이러한 문제의식에 관하여 우리나라는 긍정하고 있는 것으로 보이지만 일본의 학계에서는 대체적으로 그렇지 않다는 경향이 있는 것으로 판단된다. 그렇기 때문에 일본의 경우에는 전자증거의 압수·수색과 관련한 논의에 있어서 전반적으로 전자증거도 엄연히 유체물의 형태로서 대물적 강제처분이 이뤄져야 한다는 점을 기본적인 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 다만, 형사소송법의 체계와 구조가 비슷함에도 일본에서 전자증거를 바라보는 관점이 우리나라와 다른 것에는 분명히 납득할 만한 이유가 존재한다고 생각된다. 그밖에도 본고에서 다뤘던 실무상 문제점과 관련한 논의가 일본에서 좀처럼 보이지 않는 이유는, 일본 형사소송법이 전자증거의 압수·수색과 관련하여 다양한 수단을 구체적으로 규정하고 있어서⁸¹⁾ 전술했던 문제

80) 宮木康博·前掲注32·19頁.

81) 전자증거의 압수·수색과 관련하여 일본 형사소송법에서는, 기록명령부차압과 피처분자에 대한 협력요청 외에도 원격접속복사(‘리모트 액세스(リモートアクセス)’ 제99조 제2항, 제218조 제2항), 전자적 기록물의 압수에 관한 집행방법(제110조의2, 제222조 제1항), 제3자에 대한 보존요청(제197조 제3항-제5항), 전자적 기록의 몰수에 관한 규정(제498조의2) 등 다양한 수단을 형사소송법에서 직접 구체적으로 규정하고 있다. 전자증거의 압수·수색과 관련하여 형사소송법에서 직접 규정하고 있는 내용이 한 가지(정보저장매체 등의 압수 방법 제106조 제3항)에 불과한 우리나라의 형사소송법과는 상당한 차이가 있다고 말할 수 있다.

등에 관하여 적절히 대처하는 것이 가능하기 때문이라고 추측된다.

따라서 전자증거의 압수·수색에서의 관련성 인정에 관한 판단 외에도 이와 연결되는 실무상 문제점에 관해서는 궁극적으로 입법을 통해 해결하는 것이 가장 실효성이 높을 것이다. 왜냐하면 관련한 성문법이 없을 경우, 지금처럼 계속해서 판례의 해석 등으로 갈음하는 것에는 근본적으로 한계가 있기 때문이다. 구체적으로는 형사소송법의 압수·수색 규정에 전자정보의 압수·수색에 있어서의 관련성 판단에 관한 기준을 하부조항으로 신설 및 제시할 필요가 있다고 판단된다. 아울러 실제 집행 현장에서 관련성 판단과 관련하여 수사기관에 발생할 수 있는 현실적인 어려움을 감안한다면, 일본의 기록명령 부차압과 피처분자의 협력요청 제도를 도입해서 관련 규정을 신설하는 것도 적절한 방안이 될 수 있다. 이때, 기록명령부차압의 경우에는 먼저 피의자에게 임의적인 협력을 요청하되, 피의자에게 합리적인 거부 사유가 없는 경우에 한하여 강제집행이 가능하다는 조항을 그리고 피처분자의 협력요청의 경우에는, 일본 형사소송법에서는 존재하지 않는, 피처분자의 협력해야 할 법적 의무의 위반에 대한 벌칙 등을 함께 규정할 필요가 있을 것이다. 입법을 통하여 해결책을 모색할 경우, 형사소송법에 직접 규정하는 것이 가장 바람직하지만 그것이 어렵다면 특별법이나 하위법령의 형태로 규정한 후, 형사소송법에 규정하는 순서로 이뤄지는 것도 적절하다고 판단된다.⁸²⁾

82) 다만, 이와 관련해서는 특별법의 제정에 의한 방법은 법질서가 추구해야 할 통일성을 고려하였을 때, 지양해야 한다는 비판적 견해가 있다. 김혜경, “영장주의의 본질을 기초로 한 전자정보의 압수·수색의 참여권의 범위”, 연세법학 제35호, 연세법학회, 2020, 25쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 김인회, 형사소송법 제1판, 피앤씨미디어, 2015.
- 신동운, 간추린 형사소송법 제5판, 법문사, 2013.
- 아서 베스트, 형사법연구회 옮김, 미국 증거법 제6판, 탐구사, 2009.
- 오기두, 전자증거법 제1판, 박영사, 2015.
- 이주원, 형사소송법 제2판, 박영사, 2020.
- 池田=前田, 『刑事訴訟法講義』 [第6版](東京大学出版会、2018年).
- 石丸俊彦, 『刑事訴訟の実務(上)』 [三訂版](新日本法規出版株式会社、2011年).
- 井上正仁, 『捜査手段としての通信・会話の傍受』(有斐閣、1997年).
- 岩下雅充ほか, 『刑事訴訟法教室』(法律文化社、2013年).
- 亀井源太郎, 『ロースクール刑事訴訟法』 [第2版](法学書院、2014年).
- 亀井源太郎ほか, 『プロセス講義 刑事訴訟法』(信山社、2016年).
- 川出敏裕, 『刑事手続法の論点』(立花書房、2019年).
- _____, 『判例講座刑事訴訟法[捜査・証拠篇]』(立花書房、2018年).
- 後藤昭, 『捜査法の論理』(岩波書店、2001年).
- 後藤=白取, 『新・コンメンタール刑事訴訟法』 [第3版](日本評論社、2018年).
- 齊藤司, 『刑事訴訟法の思考プロセス』(日本評論社、2019年).
- 酒巻匡, 『刑事訴訟法』(有斐閣、2016年).
- 田宮裕, 『刑事訴訟法』 [新版](有斐閣、2004年).
- 松尾浩也, 『刑事訴訟法・上』 [新版](弘文堂、1999年).
- 松尾浩也 監, 『条解刑事訴訟法』 [第4版増補版](弘文堂、2018年).
- 安富潔, 『刑事訴訟法講義』 [第三版](慶應義塾大学出版会、2014年).
- _____, 『刑事手続とコンピュータ犯罪』(慶應義塾大学法学研究会、1992年).
- _____, 『ハイテク犯罪と刑事手続』(慶應義塾大学法学研究会、2000年).
- 渡辺咲子, 『判例講義刑事訴訟法』(不磨書房、2009年).
- Russell L. Weaver, et al., Criminal Procedure : A Contemporary Approach, West Academic Publishing, 2015.

2. 학술지

- 김성룡, “전자정보에 대한 이른바 ‘별건 압수·수색’; 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011모 1839 전원합의체 결정의 평석을 곁하여”, 형사법의 신동향 제49호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015, 106-158쪽.
- 김혜경, “영장주의의 본질을 기초로 한 전자정보의 압수·수색의 참여권의 범위”, 연세 법학 제35호, 연세법학회, 2020, 19-48쪽.
- 박민우, “수사기관의 압수에 있어 관련성 요건의 해석과 쟁점에 대한 검토”, 경찰학연구 제16권 제1호, 경찰대학 경찰학연구편집위원회, 2016, 3-33쪽.
- 손동권, “새로이 입법화된 디지털 증거의 압수, 수색제도에 관한 연구; 특히 추가적 보완 입법의 문제”, 형사정책 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 2011, 325-349쪽.
- _____, “형사법 논문특집: 수사절차상 긴급 압수·수색 제도와 그에 관한 개선입법론”, 경희법학 제46권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2011, 9-33쪽.
- 안경옥, “정보화사회의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003, 309-334쪽.
- 이경렬/설재윤, “전자증거의 적법한 압수와 별건 증거사용에 관한 실무 연구”, 법조 제68권 제1호, 법조협회, 2019, 356-390쪽.
- 이완규, “디지털 증거 압수수색과 관련성 개념의 해석”, 법조 통권 686호, 법조협회, 2013, 91-162쪽.
- _____, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법”, 형사법의 신동향 통권 제48호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015, 90-158쪽.
- 이원상, “디지털 증거의 압수·수색절차에서의 관련성 연관 쟁점 고찰; 미국의 사례를 기반으로”, 형사법의 신동향 통권 제51호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2016, 1-34쪽.
- _____, “디지털 증거의 증거능력; 관련성과 전문증거에 대한 최근 판례 견해를 기반으로”, 법학논총 제28권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2016, 605-638쪽.
- 장응혁, “압수에 있어서 ‘관련성’ 판단기준의 비판적 검토; 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019도6775 판결을 소재로”, 형사법연구 제32권 제2호 통권 제83호, 한국형사법학회, 2020, 235-260쪽.
- 전승수, “압수수색상 관련성의 실무상 문제점”, 형사법의 신동향 통권 제49호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015, 37-73쪽.

- 정대희/이상미, “디지털증거 압수수색절차에서의 ‘관련성’의 문제”, 형사정책연구 제26권 제2호, 한국형사정책연구원, 2015, 95-130쪽.
- 조광훈, “압수·수색절차에서 ‘관련성’에 관한 고찰”, 사법 통권 제33호, 사법발전재단, 2015, 247-297쪽.
- _____, “전자정보의 압수·수색절차에서 관련성·동일성·참여권; 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결에서 제기된 쟁점을 중심으로”, 법제 2018년 6월호, 법제처, 2018, 10-43쪽.
- 秋葉康弘, 「差押の対象物と被疑事実との関連性の程度」別冊判例タイムズ35号(2013年) 80-81頁。
- 石山宏樹, 「捜査段階における差押えの関連性について一最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁を中心に」東京大学法科大学院ローレビュー9巻(2014年)120-131頁。
- 宇藤崇, 「令状による差押え(2)一フロッピーディスクの差押え」刑事訴訟法判例百選[第10版](2017年)48-49頁。
- 加藤克佳, 「フロッピーディスク等の差押え」別冊判例タイムズ26号(2010年)175-176頁。
- 笹倉宏紀, 「サイバー空間の捜査」法学教室446号(2017年)31-40頁。
- _____, 「フロッピーディスク等につき内容を確認せずに差し押さえることが許されるとされた事例」ジュリスト1191号(2000年)80-84頁。
- 寺崎嘉博, 「電磁的記録に対する包括的差押え」広瀬=多田 編『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社、2003年)249-261頁。
- 内藤大海, 「犯罪対策と新しい捜査手法」川崎=白取 『刑事訴訟法理論の探究』(日本評論社、2015年)63-76頁。
- 中島宏, 「電磁的記録媒体の差押え等の適法性」法学セミナー通号768号(2019年)130頁。
- 長沼範良, 「ハイテク犯罪と刑事手続法の整備」ジュリスト1257号(2003年)22-28頁。
- 濱田毅, 「搜索差押に対する相当性による規律」同志社法學69巻7号(2018年)975-1063頁。
- 平木正洋, 「令状による差押え(2)一フロッピーディスクの差押え」刑事訴訟法判例百選[第9版](2011年)54-55頁。
- 村上祐亮, 「逮捕に伴う搜索・差押えと逮捕後の移動 -比較法的観点からの一考察-」東京大学法科大学院ローレビュー第1巻(2016年8月)(2006年)125-153頁。
- 水谷規男, 「証拠収集のための強制処分(1)」法学セミナー通号616号(2006年)112-116頁。
- 宮木康博, 「電磁的記録媒体の差押え(最決平成10・5・1)」法学教室470号(2019年) 15-19頁。

安井哲章, 「搜索差押えの対象の特定」法学教室460号(2019年)18-21頁。

山下幸夫, 「デジタル情報と捜査一弁護の立場からーコメント1」三井誠ほか『刑事手続の新展開上巻』(成文堂、2017年)429-436頁。

_____, 「コンピュータ・システムと捜査一弁護の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続 I』(悠々社、2002年)398-404頁。

[Abstract]

Judgement of Relevance and Practical Issues in Seize and Search of Digital Evidence

**–Taking Opportunity of the Cases of Supreme Court of
South Korea and Japan–**

Bang, Kyeong-Hwi*

In general, data storage media contains a large number of information that is related to cases and information that is not related to cases. It is almost impossible for investigative agencies to select perfectly the digital information that is related to cases at the scene from all the digital information in data storage media found in the process of seize and search. Based on the characteristics of digital evidence, the requirement “relevance” in reference to seize and search for digital evidence has a much important meaning than that of material evidence.

Legislation and precedent in South Korea and Japan in reference to compulsory measures in criminal investigation regarding digital evidence are not same. However, the number of same issues that may occur in South Korea and Japan in the process of seize and search for digital evidence by investigative agencies may not be less. Therefore, Studying relevance judgement by referring to Japanese court cases and discussions would be significant in terms of comparative analysis.

[Key Words] Relevance, Seize, Search, Digital Evidence, Digital Information

* Doctoral Student, Graduate School at Keio University, Japan