

## 대 법 원

### 결 정

사 건 2011모1839 준항고 인용결정에 대한 재항고  
준 항 고 인 준항고인 1 외 1인  
변 호 인 법무법인 케이씨엘 외 1인  
재 항 고 인 검사  
원 심 결 정 수원지방법원 2011. 10. 31.자 2011보2 결정

### 주 문

재항고를 기각한다.

### 이 유

재항고이유를 판단한다.

1. 2011. 4. 25.자 압수·수색영장에 기한 압수·수색 부분에 대하여

가. (1) 오늘날 기업 또는 개인의 업무는 컴퓨터나 서버 등 정보처리시스템 없이 유지되기 어려우며, 전자정보가 저장된 저장매체는 대부분 대용량이어서 압수·수색영장 발부의 사유로 된 범죄혐의와 관련이 없는 개인의 일상생활이나 기업경영에 관한 정보가 광범위하게 포함되어 있다. 이러한 전자정보에 대한 압수·수색은 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권, 재산권 등을 침해할 우려가 크므로 포괄적으로 이루어져서는 아니 되고 비례의 원칙에 따라 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다.

따라서 수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색은 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복제하는 방식으로 이루어져야 하고, 저장매체 자체를 직접 반출하거나 그 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미징 등 형태(이하 '복제본'이라 한다)로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 압수·수색하는 것은 현장의 사정이나 전자정보의 대량성으로 인하여 관련 정보 획득에 긴 시간이 소요되거나 전문 인력에 의한 기술적 조치가 필요한 경우 등 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다.

이처럼 저장매체 자체 또는 적법하게 획득한 복제본을 탐색하여 혐의사실과 관련된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 일련의 과정 역시 전체적으로 하나의 영장에 기한 압수·수색의 일환에 해당한다 할 것이므로, 그러한 경우의 문서출력 또는 파일복제의 대상 역시 저장매체 소재지에서의 압수·수색과 마찬가지로 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항과 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의 원칙이나 앞서 본 비례의 원칙에 비추어 당연하다. 따라서 수사기관 사무실 등으로 반출된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위는 원칙적으로 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수가 된다.

(2) 전자정보는 복제가 용이하여 전자정보가 수록된 저장매체 또는 복제본이 압수·수색 과정에서 외부로 반출되면 압수·수색이 종료한 후에도 복제본이 남아있을 가능성을 배제할 수 없고, 그 경우 혐의사실과 무관한 전자정보가 수사기관에 의해 다른

범죄의 수사의 단서 내지 증거로 위법하게 사용되는 등 새로운 범익침해를 초래할 가능성이 있으므로, 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 이루어지는 복제·탐색·출력을 막는 절차적 조치가 중요성을 가지게 된다.

따라서 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 복제·탐색·출력하는 경우에도, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 '피압수자'라 한다)나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없고(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 등 참조), 비록 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의 사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

(3) 전자정보에 대한 압수·수색 과정에서 이루어진 현장에서의 저장매체 압수·이미징·탐색·복제 및 출력행위 등 수사기관의 처분은 하나의 영장에 의한 압수·수색 과정에서 이루어지는 것이다. 그러한 일련의 행위가 모두 진행되어 압수·수색이 종료된 이후에는 특정단계의 처분만을 취소하더라도 그 이후의 압수·수색을 저지한다는 것을 상정할 수 없고 수사기관으로 하여금 압수·수색의 결과물을 보유하도록 할 것인

지가 문제될 뿐이다. 그러므로 이 경우에는 준항고인이 전체 압수·수색 과정을 단계적·개별적으로 구분하여 각 단계의 개별 처분의 취소를 구하더라도 준항고법원으로서 특별한 사정이 없는 한 그 구분된 개별 처분의 위법이나 취소 여부를 판단할 것이 아니라 당해 압수·수색 과정 전체를 하나의 절차로 파악하여 그 과정에서 나타난 위법이 압수·수색 절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대한지 여부에 따라 전체적으로 그 압수·수색 처분을 취소할 것인지를 가려야 할 것이다. 여기서 위법의 중대성은 위반한 절차조항의 취지, 전체과정 중에서 위반행위가 발생한 과정의 중요도, 그 위반사항에 의한 법익침해 가능성의 경중 등을 종합하여 판단하여야 한다.

나. (1) 원심은, 수원지방검찰청 강력부 검사가 2011. 4. 25. 준항고인 1의 배임 혐의와 관련된 압수·수색영장(이하 '제1 영장'이라 한다)을 발부받아 압수·수색을 진행함에 있어 준항고인 1 측의 참여가 이루어지지 않은 가운데 제1 영장의 혐의사실과 무관한 전자정보에 대하여까지 무차별적으로 복제·출력하였다는 등의 이유로 이 부분 각 압수처분을 취소하였다.

(2) 원심결정 이유 및 기록에 의하면, 제1 영장에는 압수의 방법으로 "컴퓨터 전자장치에 저장된 정보 중 범죄사실과 직접 관련된 전자정보와 직접 관련되지 않은 전자정보가 혼재된 전자정보장치는 피의자나 그 소유자, 소지자 또는 간수자가 동의하지 않는 한 그 전부를 사본하거나 이미징하여 압수할 수 없고, 이 경우 범죄사실과 관련된 전자정보는 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 없거나 상당히 곤란한 경우에는 컴퓨터 저

장장치 자체를 압수할 수 있고, 이 경우에는 수사에 필요한 상당한 기간이 경과한 후 지체 없이 반환하여야 함."이라고 기재되어 있는 사실, 강력부 검사는 2011. 4. 25. 수원지방법원으로부터 제1 영장을 발부받은 당일 준향고인 2 주식회사(이하 '준향고인 2 회사'라 한다) 빌딩 내 준향고인 1의 사무실에 임하여 압수·수색을 개시하였는데, 그곳에서의 압수 당시 제1 영장에 기재된 바와 같이 이 사건 저장매체에 혐의사실과 관련된 정보와 관련되지 않은 전자정보가 혼재된 것으로 판단하여 준향고인 2 회사의 동의를 받아 이 사건 저장매체 자체를 봉인하여 영장 기재 집행 장소에서 자신의 사무실로 반출한 사실, 강력부 검사는 2011. 4. 26.경 이 사건 저장매체를 대검찰청 디지털포렌식센터에 인계하여 그곳에서 저장매체에 저장되어 있는 전자정보파일 전부를 '이미징'의 방법으로 다른 저장매체로 복제(이하 '제1 처분'이라 한다)하도록 하였는데, 준향고인 1 측은 검사의 통보에 따라 2011. 4. 27. 위 저장매체의 봉인이 해제되고 위 전자정보파일이 대검찰청 디지털포렌식센터의 원격디지털공조시스템에 복제되는 과정을 참관하다가 임의로 그곳에서 퇴거하였던 사실, 강력부 검사는 제1 처분이 완료된 후 이 사건 저장매체를 준향고인 2 회사에게 반환한 다음, 위와 같이 이미징한 복제본을 2011. 5. 3.부터 같은 달 6.까지 자신이 소지한 외장 하드디스크에 재복제(이하 '제2 처분'이라 한다)하고, 같은 달 9.부터 같은 달 20.까지 외장 하드디스크를 통하여 제1 영장 기재 범죄혐의와 관련된 전자정보를 탐색하였는데, 그 과정에서 준향고인 2 회사의 약사법위반·조세범처벌법 위반 혐의와 관련된 전자정보 등 제1 영장에 기재된 혐의사실과 무관한 정보들도 함께 출력(이하 '제3 처분'이라 한다)하였던 사실, 제2·3 처분 당시에는 준향고인 1 측이 그 절차에 참여할 기회를 부여받지 못하였고, 실제로 참여하지도 않았던 사실 등을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 강력부 검사가 이 사건 저장매체에 저장되어 있는 전자정보를 압수·수색함에 있어 저장매체 자체를 자신의 사무실로 반출한 조치는 제1 영장이 예외적으로 허용한 부득이한 사유의 발생에 따른 것이고, 제1 처분 또한 준항고인들에게 저장매체 원본을 가능한 한 조속히 반환하기 위한 목적에서 이루어진 조치로서 준항고인들이 묵시적으로나마 이에 동의하였다고 볼 수 있을 뿐만 아니라 그 복제 과정에도 참여하였다고 평가할 수 있으므로 제1 처분은 위법하다고 볼 수 없다.

그러나 제2·3 처분은 제1 처분 후 피압수자에게 계속적인 참여권을 보장하는 등의 조치가 이루어지지 아니한 채 제1 영장 기재 혐의사실과 관련된 정보는 물론 그와 무관한 정보까지 재복제·출력한 것으로서 영장이 허용한 범위를 벗어나고 적법절차를 위반한 위법한 처분이라 하지 않을 수 없다.

(3) 기록에 의하면 제1 영장에 기한 압수·수색이 이미 종료되었음을 알 수 있으므로, 원심이 제1 영장에 기한 압수·수색의 적법성을 전체적으로 판단하지 아니하고 이를 단계별로 구분하여 취소한 것은 앞서 본 법리에 비추어 적절하다고 할 수 없다.

그러나 제2·3 처분에 해당하는 전자정보의 복제·출력과정은 증거물을 획득하는 행위로서 압수·수색의 목적에 해당하는 중요한 과정인 점, 이 과정에서 혐의사실과 무관한 정보가 수사기관에 남겨지게 되면 피압수자의 다른 법익이 침해될 가능성이 한층 커지게 되므로 피압수자에게 참여권을 보장하는 것이 그러한 위험을 방지하기 위한 핵심절차인데도 그 과정에 참여권을 보장하지 않은 점, 더구나 혐의사실과 무관한 정보까지 출력한 점 등 위법의 중대성에 비추어 볼 때, 비록 제1 처분까지의 압수·수색 과정이 적법하다고 하더라도 전체적으로 제1 영장에 기한 압수·수색은 취소되어야 할

것인바, 그 단계별 처분을 모두 취소한 원심의 판단은 결국 준항고인들이 신청한 범위 내에서 제1 영장에 기한 압수·수색을 전체적으로 취소한 것과 동일한 결과이어서 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 따라서 원심의 판단에 압수·수색 방법의 적법성이나 영장주의의 적용범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 재항고인의 주장은 이유 없다.

## 2. 2011. 5. 26.자 압수·수색영장에 기한 압수·수색 부분에 대하여

가. 전자정보에 대한 압수·수색에 있어 그 저장매체 자체를 외부로 반출하거나 하드카피·이미징 등의 형태로 복제본을 만들어 외부에서 그 저장매체나 복제본에 대하여 압수·수색이 허용되는 예외적인 경우에도 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, 수사기관으로서 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다고 할 것이다.

나아가 이러한 경우에도 별도의 압수·수색 절차는 최초의 압수·수색 절차와 구별되는 별개의 절차이고, 별도 범죄혐의와 관련된 전자정보는 최초의 압수·수색영장에 의한 압수·수색의 대상이 아니어서 저장매체의 원래 소재지에서 별도의 압수·수색영장에 기해 압수·수색을 진행하는 경우와 마찬가지로 피압수자는 최초의 압수·수색 이전부터 해당 전자정보를 관리하고 있던 자라 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 그 피압수자에게 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압

수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 할 것이다.

나. 원심결정 이유와 기록에 의하면, 강력부 검사는 앞서 본 바와 같이 자신이 임의로 이미징 복제본을 재복제해 둔 외장 하드디스크에서 제1 영장 기재 혐의사실인 준향고인 1의 배임 혐의와 관련된 전자정보를 탐색하던 중 우연히 준향고인 1 등의 약사법 위반·조세범처벌법 위반 혐의에 관련된 전자정보(이하 '별건 정보'라 한다)를 발견하고 이를 문서로 출력하였던 사실, 강력부 검사는 이 사실을 수원지방검찰청 특별수사부에 통보하여 특별수사부 검사가 2011. 5. 26.경 별건 정보를 소명자료로 제출하면서 다시 압수·수색영장을 청구하여 수원지방법원으로부터 별도의 압수·수색영장(이하 '제2 영장'이라 한다)을 발부받아 외장 하드디스크에서 별건 정보를 탐색·출력하는 방식으로 압수·수색을 한 사실, 이때 특별수사부 검사는 준향고인 측에 압수·수색 과정에 참여할 수 있는 기회를 부여하지 않았을 뿐만 아니라 압수한 전자정보 목록을 교부하지도 않은 사실 등을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 제1 영장에서 예외적으로나마 저장매체 자체의 반출이나 그 전자정보 전부의 복제가 허용되어 있으나, 제2 영장 청구 당시 압수할 물건으로 삼은 정보는 제1 영장의 피압수자에게 참여의 기회를 부여하지 않은 상태에서 임의로 재복제한 외장하드디스크에 저장된 정보로서 그 자체가 위법한 압수물이어서 앞서 본 별건 정보에 대한 영장청구 요건을 충족하지 못한 것이므로, 비록 제2 영장이 발부되었다고 하더라도 그 압수·수색은 영장주의의 원칙에 반하는 것으로서 위법하다고 하지 않을 수 없다.

나아가 제2 영장에 기한 압수·수색 당시 준향고인 1 등에게 압수·수색 과정에 참

여할 기회를 전혀 보장하지 않았으므로 이 점에 비추어 보더라도 제2 영장에 기한 압수·수색은 전체적으로 위법하다고 평가함이 상당하다.

원심의 이유설시 중 제2 영장에 기한 압수·수색이 종료되었음에도 불구하고 일련의 과정을 구성하는 개별적인 행위를 단계별로 구분하여 그 적법 여부를 판단한 부분은 앞서 본 법리에 비추어 적절하다고 할 수 없으나, 준항고인들이 구하는 제2 영장에 기한 처분을 모두 취소한 원심의 판단은 결국 제2 영장에 기한 압수·수색 처분 전체를 취소한 것과 동일한 결과이어서 정당하고, 거기에 재항고이유에서 주장하는 바와 같은 영장주의의 적용범위 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 결론

그러므로 재항고를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 제1 처분에 관한 대법관 김용덕의 별개의견과 제1·2·3 처분에 관한 대법관 김창석, 대법관 박상옥의 반대의견 및 제1 처분에 관한 대법관 권순일의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치되었고, 제1·2·3 처분에 관하여 다수의견에 대한 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김소영의 보충의견과 반대의견에 대한 대법관 김창석의 보충의견이 있다.

### 4. 제1 처분에 관한 대법관 김용덕의 별개의견은 다음과 같다.

가. 다수의견은, 압수·수색 과정이 종료된 이후에는 준항고인이 전체 압수·수색 과정을 단계적·개별적으로 구분하여 각 단계의 개별 처분의 취소를 구하더라도 준항고 법원으로서 특별한 사정이 없는 한 그 구분된 개별 처분의 위법이나 취소 여부를 판단할 것이 아니라 당해 압수·수색 과정 전체를 하나의 절차로 파악하여 그 과정에서 나타난 위법이 압수·수색 절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대한지 여부에 따라 전

체적으로 그 압수·수색 처분을 취소할 것인지를 가려야 한다고 보고 있다. 이에 따라 이 사건에서 제1 영장에 기한 압수·수색이 이미 종료되었으므로 제1 영장에 의한 압수·수색의 적법성 여부는 전체적으로 판단하여야 한다는 전제에서, 비록 제1 처분까지의 압수·수색 과정이 위법하지 않다고 하더라도 이 사건에서 제2·3 처분이 가지는 위법의 중대성에 비추어 볼 때에 제1 영장에 기한 압수·수색은 전체적으로 취소되어야 한다고 판단하고 있다.

나. 그러나 다수의견에서 실시된 것과 같이 컴퓨터용디스크나 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 '저장매체'라 한다)에 관한 압수 절차가 현장에서의 압수 및 복제·탐색·출력과 같은 일련의 단계를 거쳐 이루어지고 각 단계의 개별 처분이 구분될 수 있어 그 개별 처분별로 위법 여부를 가릴 수 있는 이상, 그에 관한 취소 여부도 개별적으로 판단할 수 있다고 봄이 타당하며, 이는 영장에 의한 압수·수색 과정이 모두 종료된 경우에도 마찬가지라 할 것이다. 준항고법원은 수사기관의 압수·수색 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여, 해당 압수·수색을 취소할 것인지 여부 및 취소한다면 어느 범위에서 취소할 것인지를 형사법적 관점에서 독자적으로 판단할 수 있다고 보아야 하며, 결국 구체적인 사안에서 이루어진 일련의 압수·수색 과정에 관하여 위법 여부를 가린 후 그 결과에 따라 압수·수색 과정 전부를 취소할 수도 있고 또는 압수·수색 과정을 단계적·개별적으로 구분하여 그 일부만을 취소할 수도 있다 할 것이다.

예를 들어 압수·수색 과정 중 어느 단계의 처분이 적법하고 그에 기초하여 이루어진 다음 단계의 여러 처분 중에서 일부는 적법한 반면 일부는 부적법한 경우에, 다음 단계에서 이루어진 부적법한 개별 처분만을 취소하면 압수·수색 과정의 위법성이 해

소될 수 있으므로 그 부적법한 개별 처분을 취소하면 충분할 것이다.

그럼에도 불구하고, 다수의견과 같이 압수·수색 과정이 모두 종료되었다는 이유만으로 그 적법·위법을 전체적으로만 판단하여야 한다면, 전체적으로 적법하다는 결론을 택하여 위법한 개별 처분을 취소하지 아니할 경우에는 위법한 개별 처분임에도 마치 적법한 것처럼 압수·수색의 일부로 존속하게 되며, 반대로 전체적으로 위법하다는 결론을 택하여 적법한 개별 처분마저 취소할 경우에는 적법한 개별 처분에 의하여 얻어진 압수물의 절차적 기초를 상실시켜 공판절차에서 그 증거능력이 문제될 수 있으므로, 어느 모로 보나 불합리한 결과를 낳게 된다.

이와 같이 압수·수색이 모두 종료되었다는 이유만으로 그 압수·수색의 적법성 여부를 전체적으로 판단하여야 한다는 다수의견이 타당하지 아니하다는 점에서는 권순일 대법관의 반대의견과 그 취지가 같으므로, 그 논거를 원용하기로 하고 더 이상의 논의는 줄인다.

다. (1) 한편 형사소송법 제417조의 준항고는 검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분 등에 대하여 불복이 있는 경우에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있는 절차로서, 그 대상인 처분의 적법성 여부나 취소사유의 존부는 준항고 결정 시를 기준으로 판단하여야 한다.

검사 또는 사법경찰관의 압수·수색은 범죄수사에 필요한 때에 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 할 수 있다(형사소송법 제215조). 그리고 압수의 목적물이 저장매체인 경우에도, 마찬가지로 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다(형사소송법 제219조, 제106

조 제3항 본문). 다만 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 정보의 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 저장매체를 압수할 수 있으나(형사소송법 제106조 제3항 단서), 이는 위와 같이 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 범위 내에서 해당 기억된 정보를 출력하거나 복제함을 전제로 하여 허용된다. 또한, 검사 또는 사법경찰관이 압수한 위와 같은 압수물에 대하여 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 경우에 소유자 등의 청구가 있는 때에는 환부나 가환부를 하여야 한다(형사소송법 제218조의2).

이러한 규정들을 종합하여 보면, 비록 적법한 압수·수색영장에 의하여 저장매체에 대하여 압수가 이루어졌다 하더라도 해당 사건과 관계가 있는 정보를 발견하지 못하였고 그 후 준항고 결정 시까지의 사정에 비추어 향후에도 그 발견 가능성이 인정되지 아니하는 경우이거나, 해당 사건과 관계가 있는 정보가 수록되어 있기는 하지만 이를 해당 사건의 증거로 사용하기에는 부족하여 범죄수사를 위하여 저장매체를 압수할 필요가 없음이 밝혀진 경우에는, 그 저장매체에 대한 압수처분은 영장에서 정한 압수·수색의 목적이나 필요성의 범위를 벗어나 이루어진 것으로서 실질적으로 위법하거나 적어도 더 이상 이를 유지시킬 필요가 없다고 할 것이다.

(2) 다수의견이 실시한 것처럼 제1 영장에 의한 압수·수색 과정에서 이 사건 저장매체 자체를 봉인하여 한 현장 압수 및 그에 수록된 전자정보파일 전부를 '이미징'의 방법으로 다른 저장매체로 복제한 제1 처분의 절차 자체에는 별다른 위법이 없다. 그렇지만 기록에 의하면, 검사는 제1 처분 후 이 사건 저장매체에 수록된 전자정보파일 중에서 제1 영장 기재 혐의사실과 관련한 증거를 발견하기는 하였으나 이미 확보하고 있는 다른 증거들과 중복되는 등 증명력이 미약한 것으로 판단하여 제1 영장 기재 혐

의사실과 관련하여 준항고인 1 등이 배임으로 기소된 사건에서 검사가 제1 영장에 기한 압수·수색으로 취득한 증거를 제출하지 않았음을 자인하고 있으며, 오히려 원심결정 이후 제1 영장 기재 혐의사실과 관련하여 무죄가 선고되어 확정되었음을 알 수 있다. 그리고 제1 영장에는 '압수의 방법'으로 '범죄사실과 직접 관련된 전자정보와 직접 관련되지 않은 전자정보가 혼재된 전자정보장치는 그 소유자 등이 동의하지 않는 한 그 전부를 사본하거나 이미징하여 압수할 수 없고, 범죄사실과 관련된 전자정보는 참여인의 확인을 받아 하드카피·이미징하거나 출력물을 수집하는 방법으로 압수함(다만 하드카피·이미징 또는 문서의 출력을 할 수 없거나 상당히 곤란한 경우에는 컴퓨터 저장장치 자체를 압수할 수 있고, 이 경우에는 수사에 필요한 상당한 기간이 경과한 후에 지체없이 반환하여야 함)'이라는 취지가 기재되어 있는데, 이는 범죄수사에 필요한 범위 내에서 압수·수색할 수 있음을 전제로 하여 범죄사실과 직접 관련된 전자정보가 아니라면 압수할 수 없음을 정한 것으로서 범죄수사에 필요 없는 컴퓨터 저장장치 자체가 압수되었다면 제1 영장에 따라 지체없이 반환하여야 할 것이다.

이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 비록 제1 영장 기재 혐의사실과 관계가 있는 전자정보파일을 탐색·출력하기 위하여 필요하다고 인정하여 이 사건 저장매체 자체를 압수하였고 검사가 제1 처분 후 이 사건 저장매체에 수록된 전자정보파일 중에서 위 혐의사실과 관련한 전자정보파일을 일부 발견하였다고 하더라도, 그 전자정보파일을 증거로 사용하기에 부족하여 결국 위 혐의사실 수사를 위하여 위 전자정보파일이나 이를 수록한 이 사건 저장매체를 압수할 필요가 없음이 밝혀진 이상, 수사기관은 더 이상 제1 처분으로 인하여 취득한 이 사건 저장매체에 관한 이미징 복제본을 보유할 수 없고 오히려 이를 삭제·폐기하는 등의 방법으로 피압수자에게 반환하여야 할

것이다. 결국, 이 사건 저장매체에 관하여 이루어진 제1 처분은 제1 영장에서 정한 압수의 목적 내지 필요성의 범위를 벗어나 이루어진 것으로서 위법하다고 볼 수 있고, 더 이상 이를 유지시킬 필요가 없어 취소함이 타당하다.

따라서 원심결정의 이유 설시에 적절하지 않은 부분이 있으나, 위법한 제2·3 처분 외에 제1 처분까지 취소한 원심의 결론은 수긍할 수 있다.

라. 위에서 살핀 것과 같이 제1 처분에 관한 재항고를 기각하여야 한다는 점에서 다수의견과 결론이 같다.

그렇지만 그 이유는, 다수의견과 같이 제1 영장에 의한 압수·수색이 종료된 이후에는 전체 압수·수색 과정을 하나의 절차로 파악하여야 함에 따라 제2·3 처분의 중대한 위법으로 인하여 절차적으로 적법하였던 제1 처분까지 함께 취소되어야 하기 때문은 아니다. 제2·3 처분이 위법하다는 다수의견의 견해는 타당하지만, 다수의견과 달리 제1 처분의 취소 여부는 제2·3 처분과 독립적으로 판단되어야 하며, 다만 이 사건에서는 위에서 본 것과 같은 사유로 제1 영장에서 정한 압수의 목적 내지 필요성의 범위를 벗어나는 제1 처분의 결과물을 더 이상 수사기관이 보유할 수 없음에 따라 제1 처분이 취소되어야 한다.

이상과 같이 제1 처분에 관한 다수의견의 결론에는 찬성하나 그 이유는 달리함이 타당하므로, 별개의견으로 이를 밝혀둔다.

5. 제1·2·3 처분에 관한 대법관 김창석, 대법관 박상옥의 반대의견은 다음과 같다.

가. 기본적 인권 보장을 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색 절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의

규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다. 따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 참조).

나. 이러한 관례의 법리에 따르면, 법이 정한 압수·수색 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라 하더라도 그 점만으로 곧바로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 단정할

것은 아니고, 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우인지 여부를 살펴본 다음, 증거능력을 인정할지 여부를 최종적으로 판단하여야 한다. 따라서 위법하게 수집한 증거라는 이유만으로 증거능력이 배제된다는 필연적인 결론이 도출되는 것은 아니다.

이처럼 법이 정한 압수·수색 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만으로 증거능력이 배제된다고 볼 수 없는 이상, 압수·수색 절차에 위법한 점이 있다는 이유만으로 곧바로 압수·수색의 취소를 명할 수 없음도 분명하다. 위와 같이 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 증거인지 여부는 결국 당해 사건의 공판과정에서 가려지게 될 것인데, 그 전 단계인 압수처분에 대한 준항고 절차에서 이를 판단하도록 하는 것은 적절하지도 않을뿐더러 자칫하면 장차 법정에서 증거능력이 인정되어 증거로 채택될 수 있는 압수물임에도 그 전 단계에서 증거로서의 사용가능성이 원천적으로 배제되는 부당한 결과가 초래될 수 있기 때문이다. 요컨대 압수처분에 대한 준항고 절차에서는, 설령 그 압수·수색 절차에 위법이 있다고 하더라도 장차 그 압수물이 법정에서 증거능력이 부여될 수도 있다는 가능성을 염두에 두고, 절차위반의 정도가 중대하여 장차 증거로서의 사용가능성을 원천적으로 배제하여야 할 정도에 이른 경우에 한하여 그 압수·수색의 취소를 명할 수 있다고 보아야 한다.

따라서 이 사건 제2·3 처분 당시 피의자나 변호인을 참여시키지 않았다 하더라도 이 점만으로 곧바로 압수·수색의 취소를 명할 수는 없고, 그러한 위법의 정도가 중대하여 장차 법정에서 증거능력이 인정될 가능성조차도 없다고 볼 정도에 이르러야만 비

로소 압수·수색을 취소할 수 있다 할 것이다. 그리고 이러한 압수·수색의 취소가 정당성을 얻기 위하여서는 압수·수색 과정에서의 피의자나 변호인의 참여권 침해가 영장주의 원칙의 본질적 부분을 침해한 것으로 평가될 수 있거나 실체적 진실 규명의 요청을 희생시켜서라도 반드시 관철되어야 할 정도의 중대한 절차위반이라는 점이 인정되어야 한다.

다. 그런데 다수의견은, 제1 처분에는 별다른 위법이 없으나 제1 처분 이후 피압수자 측에게 계속적인 참여권을 보장하는 등의 조치가 이루어지지 아니한 채 제1 영장 기재 범죄혐의와 관련된 정보뿐만 아니라 그와 무관한 정보까지 임의로 재복제·출력한 제2·3 처분은 위법하고, 이러한 제2·3 처분의 위법이 중대하므로 제1 영장에 기한 압수·수색은 모두 취소되어야 한다고 한다.

그러나 제1 영장 기재 범죄혐의와 무관한 정보(이하 '무관정보'라 한다)와 제1 영장 기재 범죄혐의와 관련된 정보(이하 '유관정보'라 한다)를 구분하지 아니하고 무관정보에 대한 압수·수색만이 아니라 유관정보에 대한 압수·수색까지 취소하는 것이 타당하다는 다수의견의 결론은, 압수·수색에 있어 피의자나 변호인의 참여권을 보장하고 있는 형사소송법 제219조, 제121조의 취지와 그 위반의 효과를 잘못 이해하여, 절차적 적법성만을 지나치게 강조한 나머지 형사소송절차의 또 다른 이념인 실체적 진실 규명의 요청을 도외시한 것으로서 받아들이기 어렵다.

(1) 일반 물건에 대한 압수·수색의 경우와 마찬가지로 유관정보와 무관정보가 혼재되어 있는 저장매체에 대한 압수·수색에 있어 무관정보를 복제 또는 출력하는 행위가 위법함은 형사소송법 제215조가 규정하고 있는 영장주의 원칙에 비추어 당연하다. 이 점만으로도 무관정보에 관한 한 위법수집증거로서 증거능력이 부정되어야 하고, 따라

서 무관정보를 복제 또는 출력한 행위 자체가 준항고 절차에서 취소될 수 있다 할 것이다.

또한, 피압수자 측의 참여권이 보장되지 않을 경우 수사기관으로서는 내부적으로 무관정보까지 임의로 탐색·복제·출력하고도 법원에는 유관정보만 증거로 제출하면 그만이고, 실제로 그와 같은 행위가 수사기관 내부에서 발생하는지 여부를 확인할 방법이 없으므로, 피압수자 측에게 압수·수색에 참여할 권리를 부여하여, 이들로 하여금 수사기관이 전자정보에 대한 압수·수색을 함에 있어 영장에서 허용된 범위를 넘어 무관정보를 임의로 복제 또는 출력하는지를 감시할 수 있도록 함으로써, 범죄혐의와 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 압수를 허용하는 형사소송법 제219조, 제215조, 제106조 제1항의 규범력을 실효적으로 확보하고자 하는 절차적 보장 규정이 바로 형사소송법 제219조, 제121조가 규정하고 있는 피의자나 변호인의 참여권이다. 그러므로 무관정보의 복제 또는 출력 과정에서 피의자나 변호인의 참여권이 박탈된 것은 중대한 절차적 위법이라고 평가할 수 있으며, 이러한 절차를 통하여 취득된 무관정보는 이 점에서도 위법수집증거로서 증거능력이 부정될 수 있고, 따라서 무관증거를 복제 또는 출력한 행위 자체가 준항고 절차에서 취소될 수 있다.

그러나 유관정보에 대하여는 이와 달리 보아야 한다. 수사기관은 영장에 기재된 바에 따라 유관정보와 무관정보가 혼재되어 있는 저장매체에서 유관정보를 탐색하여 그 부분을 복제 또는 출력하는 형태로 유관정보를 적법하게 압수할 수 있는 것이므로, 유관정보의 압수에 대하여는 피의자나 변호인이 압수·수색 과정에서 어떠한 이의를 제기할 여지가 없고, 피의자나 변호인에게 참여권을 보장할 필요도 상대적으로 적다. 따라서 설령 참여권을 보장하지 않은 조치가 위법하다고 하더라도 그러한 사정만으로 곧

바로 최종적으로 획득한 유관정보의 증거능력을 부정할 수는 없고, 유관정보에 대한 압수·수색 자체를 취소할 수도 없다 할 것이다.

(2) 다수의견은 참여권이 보장되지 않은 점과 유관정보뿐만 아니라 무관정보까지 복제·출력함으로써 영장주의를 위반한 점을 제1 영장에 기한 제1·2·3 처분의 취소를 정당화하는 사유로 들고 있는데, 무관정보를 복제·출력함으로써 영장주의를 위반한 점은 유관정보에 대한 압수·수색의 위법사유라고 볼 수 없으므로, 결과적으로 유관정보에 대한 압수·수색에 대하여는 참여권이 보장되지 않은 점만이 유일한 위법사유로 남게 된다. 그런데 앞서 본 예외적인 경우에 해당하는지 여부를 살펴보지 아니한 채 피압수자 측의 지속적인 참여 없이 복제·출력의 제2·3 처분이 이루어진 이상 유관정보에 대한 압수·수색까지 모두 취소되어야 한다는 다수의견의 결론은, 압수·수색 과정에서 피의자나 변호인의 참여권 침해가 그 침해의 경위와 상황 및 내용 등에 관계없이 유관정보와 무관정보 전부에 대하여 무차별적으로 언제나 영장주의 원칙의 본질적 부분을 침해한 것으로 파악하거나 참여권 그 자체에 대하여 강력한 독자적인 적법절차로서의 지위를 부여하는 입장이라고 할 수 있다.

그러나 이는 이론적으로 근거가 없을 뿐만 아니라 실천적으로 타당하다고 할 수도 없다. 주로 무관정보가 영장 없이 임의로 복제·출력되는 것을 방지하기 위해 인정된 참여권이 보장되지 않았다고 하여 무관정보에 대한 압수·수색을 취소하는 것에서 나아가 유관정보에 대한 압수·수색까지 취소해야 한다고 보아야 할 근거는 형사소송법 어디에도 없다. 다수의견은 유관정보에 대한 압수·수색까지 취소하는 이유를 적법절차를 준수하지 아니한 수사기관에 대한 일종의 제재로 이해하고 있는 것으로 보이나, 이러한 이해는 적법절차의 원칙과 함께 추구되어야 하는 또 다른 형사소송의 이념인

실체적 진실 규명을 실질적으로 포기하는 결과에 이르게 된다. 이 점에서 다수의견은 균형과 조화를 잃은 해석이라고 볼 수밖에 없다.

예컨대 다수의견에 따르면, 수사기관이 살인 혐의와 관련된 전자정보를 압수·수색할 수 있는 영장을 발부받아 이 사건과 같은 절차로 영장이 집행되는 과정에서 살인의 혐의사실과는 전혀 무관한 절도 혐의와 관련된 정보 등을 복제·출력한 경우, 압수·수색 과정에 피압수자 측을 참여시키지 않았다고 하여 절도 혐의와 관련된 정보 등에 대한 압수·수색을 취소하는 것을 넘어서 살인 혐의와 관련된 정보에 대한 압수·수색까지 취소하여야 하는데, 이 같은 결론이 부당함은 이론의 여지가 없을 것이다.

나아가 수사기관이 살인 혐의와 관련된 전자정보를 압수·수색할 수 있는 영장을 발부받아 이 사건과 같은 절차로 영장이 집행되었다고 가정한 위의 예에서, 다수의견은 현장압수 및 저장매체에 저장되어 있는 전자정보파일 전부를 '이미징'의 방법으로 다른 저장매체로 복제한 제1 처분에 아무런 위법이 없다는 점은 인정함에도, 그 이후의 압수·수색 과정에서 참여권이 보장되지 않은 이상, 이미징한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제한 제2 처분과 외장 하드디스크로부터 출력한 제3 처분이 살인 혐의와 관련된 정보에 한정하여 이루어진 경우에도 그 압수·수색처분은 모두 취소되어야 한다는 것으로 이해된다. 왜 이 같은 법리를 세워야 하는지 도무지 이해할 수가 없다.

(3) 만약 다수의견이 무관정보에 대한 압수·수색뿐만 아니라 유관정보에 대한 압수·수색도 함께 취소한 근거가 압수·수색영장에 기한 처분은 1개뿐임을 전제로 무관정보에 대한 압수·수색과 유관정보에 대한 압수·수색을 구분할 수 없다는 점을 근거로 삼고 있는 것이라면 이 또한 타당하다고 할 수 없다.

전자정보에 대한 압수·수색은 일련의 과정을 거쳐 이루어지게 되므로, 압수·수색

을 구성하는 일련의 과정에서 이루어진 저장매체 압수, 이미징, 탐색, 복제 또는 출력 등의 행위를 개별적으로 나누어 그 처분의 적법성을 판단하는 것은 타당하다고 할 수 없으나, 그 처분의 적법성은 압수의 대상이 된 전자정보별로 달리 평가될 수 있다고 보아야 한다. 즉 하나의 압수·수색영장에 기한 압수·수색이 외형상으로는 1개만 존재한다고 하더라도 관념적으로는 대상별로 수개의 압수·수색이 존재한다고 보아야 하고, 설령 하나의 압수·수색만이 존재하는 것으로 보아야 한다 하더라도 압수 대상 전자정보별로 가분적인 것으로 보아야 한다. 따라서 압수·수색의 적법성은 '대상별'로 전체적으로 판단되어야 하는 것이다.

예컨대, 하나의 압수·수색영장에 기하여 '갑' 물건과 '을' 물건이 압수되었는데, '갑' 물건은 영장 기재 혐의사실과 관련된 것이고 '을' 물건은 영장 기재 혐의사실과 전혀 무관한 것인 경우 법원이 준항고 절차에서 '을' 물건에 대한 압수·수색만을 취소할 수 있음은 당연하고, 이는 물건에 대한 압수·수색뿐만 아니라 전자정보에 대한 압수·수색에도 그대로 적용된다고 보아야 한다.

라. 이 사건에 돌아와 보건대, 설령 제2·3 처분 당시 참여권이 보장되지 않았다고 하더라도 가장 중요한 절차라고 할 수 있는 현장압수 및 제1 처분 당시 참여권이 보장되었다는 점, 유관정보에 대하여는 참여권 보장이 가지는 의미가 상대적으로 적은 점 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 제1 영장에 기한 압수·수색 중 유관정보에 대한 압수·수색이 영장주의 원칙의 본질적 부분을 침해한 것으로 평가될 수 있는 경우에 해당하거나 증거로서의 사용가능성을 원천적으로 배제하여야 할 만큼 절차적 위법이 중대한 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로, 결국 이를 취소할 만한 위법이 있다고 할 수 없다.

그럼에도 이와 다른 전제에서 제1 영장에 기한 압수·수색 중 무관정보에 대한 압수·수색뿐만 아니라 유관정보에 대한 압수·수색까지 취소한 원심의 조치는 압수·수색의 적법성이나 영장주의의 적용범위에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다.

따라서 원심으로서 제1 영장에 기한 압수·수색 중에서 취소되어야 할 무관정보가 무엇인지에 관하여 추가로 심리·판단하여야 한다. 결국 원심결정 중 제1 영장에 기한 압수·수색 부분은 그 전부가 파기되어야 한다.

이상과 같은 이유로 제1·2·3 처분에 관하여 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

6. 제1 처분에 관한 대법관 권순일의 반대의견은 다음과 같다.

가. 다수의견은, 제1 영장에 기한 제1 처분은 적법하지만 제2·3 처분에 중대한 위법이 있는 만큼 제1 영장에 기한 압수·수색은 전체적으로 위법하다고 평가함이 상당하고, 따라서 제1·2·3 처분을 모두 취소한 원심의 결론은 정당하다고 하나, 다음과 같은 이유로 제1 처분까지 취소한 다수의견에 동의할 수 없다.

나. 형사소송법 제417조에서 규정하는 수사기관의 압수에 관한 처분의 취소를 구하는 준항고는 항고소송적 성질을 가지는 접견불허가처분에 대한 준항고 등과는 달리 수사기관에 의한 증거수집 과정의 절차적 적법성을 확보하고 이를 사법적으로 통제하기 위한 것이다. 따라서 준항고법원은 구체적인 사안에서 수사기관의 압수에 관한 처분을 취소할 것인지 여부 및 취소한다면 그 취소의 범위를 어떻게 정할 것인지를 수사기관의 증거수집 과정에 있어서 영장주의 등 절차적 적법성을 확보하고 국민의 기본권을 보장하여야 할 필요와 실체적 진실 규명의 요청을 비교형량하여 형사법적 관점에서 독자적으로 판단하여야 한다.

수사기관이 수사상 행하는 처분인 압수·수색 등은 피의자나 대상자의 동의 등에 기

하여 임의적으로 행해질 수도 있고, 그 의사에 반하여 또는 그 의사를 묻지 아니하고 강제적으로 행해질 수도 있는데, 강제적으로 행하여질 때에는 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제215조에 규정한 영장주의 원칙에 의하여 법관으로부터 영장을 발부받아 하여야 함은 당연하다. 피의자 등 관계자가 압수·수색에 동의하여 그 처분에 착수한 후에 동의를 철회하고 후속처분의 중지를 요구한 경우에는 영장주의의 취지에 비추어 영장을 발부받은 후에 후속처분을 행하여야 할 것이지만, 그렇다고 하여 임의제출 등에 의하여 이미 적법하게 행하여진 압수처분까지 소급하여 그 효력을 부인할 것은 아니다.

수사기관의 압수·수색은 압수할 물건을 찾기 위하여 사람의 신체, 물건 또는 주거 기타의 장소 등에서 대상을 찾는 행위로부터 시작하여 대상 물건의 점유를 취득하여 이를 반출·영치하는 일련의 과정으로 이루어지는데, 만약 압수할 물건이 저장매체인 경우에는 원칙적으로 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 하고, 이러한 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여 저장매체 등을 압수할 수 있다(형사소송법 제106조 제3항, 제219조). 압수한 저장매체 등으로부터 해당 사건과 관계가 있다고 인정되는 정보를 출력·복제하는 과정 또한 그 저장매체에 영장 기재 범죄사실과 관계가 있는 정보 외에 이와 무관한 다른 정보가 포함되어 있는지 여부, 저장매체에 저장되어 있는 정보의 양과 종류 및 그 속성, 피의자 등 관계자가 저장매체에 저장되어 있는 정보를 삭제하였거나 암호화하였는지 여부, 피압수자 측이 압수·수색에 협조적인지 여부 및 피압수자 측이 압수·수색 과정에 참여하였는지 여부 등 여러 사정에 따라 매우 다양한 방법으로 행하여진다. 이와 같이 수사기관이 압수·수색을 하는 과정에서 형사소송법 등에서 정한

제반 절차조항을 모두 따르지 못하는 경우가 실무상 적지 아니하고, 오히려 수사기관이 그 과정에서 행한 제반 처분이 적법한지 여부에 관하여 사후적으로 다툼이 발생할 가능성이 매우 크다. 그러므로 피의자 등 관계자가 수사기관이 행한 압수·수색에 관한 처분의 취소를 구하는 경우에 준항고법원으로서도 당해 처분이 과연 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는지 여부('실체적 요건'이라 한다) 및 압수·수색 과정에 당사자나 그 변호인 등이 참여하였는지 여부 등('절차적 요건'이라 한다)을 종합적으로 살펴서 그 취소 여부를 결정하여야 한다.

다수의견은 일련의 행위가 모두 진행되어 압수·수색이 종료된 이후에는 특정단계의 처분만을 취소하더라도 그 이후의 압수·수색을 저지한다는 것을 상정할 수 없고 수사기관으로 하여금 압수·수색의 결과물을 보유하도록 할 것인지가 문제될 뿐이므로, 준항고인이 일련의 과정을 단계적·개별적으로 구분하여 각 단계의 개별 처분의 취소를 구하더라도 준항고법원으로서도 그 구분된 개별 처분의 위법·취소 여부를 판단할 것이 아니라 일련의 압수·수색 과정 전체를 하나의 절차로 파악하여 전체적으로 압수·수색 처분을 취소할 것인지를 가려야 한다고 한다. 그러나 형사소송법 제417조는 '검사 또는 사법경찰관의 ... 압수에 관한 처분 ... 에 대하여 불복이 있으면 ... 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다'고 규정하고 있을 뿐이므로, 일련의 과정을 거쳐 단계적으로 이루어지는 압수·수색 과정에 여러 개의 처분이 있을 경우 전체를 하나의 절차로 파악하여 위법 여부를 판단하여야 한다는 다수의견의 해석론은 형사소송법 제417조에서 곧바로 도출되는 것이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 형사소송절차의 실제에서도 검사는 적법한 압수처분에 기하여 수집된 증거를 사용할 수 있는 것이므로, 그 압수처분 이후에 이루어진 다른 압수처분에 어떠한 잘못이 있다고 해서 적법하

게 수집된 증거의 효력까지 소급하여 부정할 것은 아니라고 본다. 이 점은 피의자 등 관계자의 동의 아래 임의제출 등으로 적법하게 압수처분이 이루어진 뒤에 그 동의를 철회하고 후속처분의 중지를 요구받았다 하여 이미 이루어진 압수처분의 효력이 부정될 수 없는 것과 마찬가지로이다.

다. 이 사건에 돌아와 보건대, 검사가 제1 영장을 발부받아 이 사건 저장매체 자체를 관계자의 동의하에 압수하여 반출한 처분 자체는 준항고인들도 적법한 것으로 인정하고 있고, 검사는 그 저장매체를 '이미징' 방법으로 복제한 후에 준항고인들에게 반환하였음을 알 수 있다. 그리고 검사가 이 사건 저장매체를 이미징 방법으로 복제한 처분이 위법하다고 볼 수 없음은 다수의견도 인정하고 있다. 그럼에도 불구하고 다수의견이 그 이후에 이루어진 압수·수색에 어떠한 잘못이 있다는 이유로 적법하게 이루어진 이미징 복제 처분까지 취소하는 것은 아마도 검사로 하여금 이미징 복제본을 보유하지 못하도록 하기 위한 것으로 보인다. 그러나 검사가 보유하고 있는 이미징 복제본은 그 곳에 저장되어 있는 전자정보 중에서 영장 기재 범죄사실과 관련 있는 정보를 탐색하고 이를 출력 또는 복제하는 과정이 모두 종료됨으로써 보전의 필요성이 없어진 때, 즉 압수·수색이 전체로서 종료된 때에는 삭제·폐기되어야 한다. 그런데 이 사건에서 제1 영장에 기한 압수·수색이 모두 종료되어 검사가 이미징 복제본을 보전할 필요성은 이미 상실되었으므로, 이 사건 저장매체를 이미징의 방법으로 복제한 단계의 처분이 별도로 취소되지 않더라도 이미징 복제본은 당연히 삭제·폐기되어야 하고, 따라서 이미징 복제본을 삭제·폐기하도록 하기 위하여 다수의견과 같이 취소의 범위를 확대할 현실적인 이유는 없다고 본다.

결국, 검사가 당사자를 참여시키지도 아니한 채 위 복제본을 자신이 소지한 외장 하

드디스크에 재복제한 처분 및 그 하드디스크로부터 제1 영장 기재 범죄사실과 무관한 정보까지 함께 출력한 처분 등은 압수·수색에 관한 실체적·절차적 요건을 갖추지 못한 것으로서 위법하므로 취소되어야 마땅하지만, 그렇다고 하여 적법하게 이루어진 선행처분까지 소급하여 모두 위법하게 되는 것은 아니므로 취소의 대상이 된다고 볼 수 없다.

따라서 원심결정 중 검사가 이 사건 저장매체를 이미징 방법으로 복제한 처분까지 취소한 부분은 파기되어야 한다.

이상과 같은 이유로 위 부분에 대하여 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

7. 제1·2·3 처분에 관한 다수의견에 대한 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김소영의 보충의견은 다음과 같다.

가. 우리 헌법은 제12조에서 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 ... 압수·수색 ... 을 받지 아니하며"(제1항), "... 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."(제3항)라고 정하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의의 원칙을 선언하고 있다. 이에 따라 압수·수색 여부를 수사기관의 전적인 재량에 맡기는 영장의 발부는 금지되고, 압수·수색영장에는 피의자의 성명, 죄명 외에도 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부연월일, 유효기간, 압수·수색의 사유 등을 기재하여야 하며, 영장의 청구서에도 위 사항을 기재하여야 한다(형사소송법 제219조, 제114조 제1항, 형사소송규칙 제58조, 제107조). 뿐만 아니라 형사소송법은 압수·수색영장의 집행에 있어서도 영장의 제시(제219조, 제118조), 야간집행의 제한(제219조, 제125조), 당사자의 참여 및 참여권자에의 사전통지(제219조, 제121조, 제122조), 책임자의 참여(제219조, 제123조) 등 각종 절차적 제한규정을

두고 있는데, 이러한 절차는 영장주의에 의한 적법한 집행을 확보하고, 피압수자 측의 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유, 경제활동의 자유 등의 기본적 인권을 보호하기 위한 것이므로, 전자정보에 대한 압수·수색에서도 영장주의 원칙이 관철되어야 하고 수사기관의 자의적인 판단에 의한 압수·수색이 이루어져서는 아니 된다.

더욱이 압수의 목적물이 컴퓨터용 하드디스크나 휴대전화기 등 전자정보가 저장된 대용량의 저장매체일 경우, 그 안에는 수많은 문서, 동영상, 사진 등이 파일형태로 저장되고, 그 파일을 작성한 시간, 인터넷 접속기록 등이 세세하게 기록되어 있으며, 향후 과학기술이 발전할수록 기존의 법률이 예상조차 할 수 없었던 엄청난 양의 정보가 담기게 될 가능성이 있다. 또한, 원격지 서버에 저장되어 있는 정보라도 영장에 기재된 수색장소에서 해당 서버 또는 웹사이트에 접속하여 범죄와 관련된 이메일 등 전자정보를 복제하거나 출력하는 방법으로 하는 압수·수색도 가능하다. 이러한 전자정보는 개인의 행동을 시간, 장소적으로 재구성할 수 있게 할 뿐만 아니라 개인의 내밀한 생각까지 포함하고 있는 경우가 많아 그 보유자가 대체로 타인과 공유하는 것을 원하지 않는 것인데도 그 정보의 무한 복제가 가능하다. 전자정보에 대한 압수·수색에 있어서 영장주의의 정신을 살리기 위해서는 전자정보의 이러한 특성에 비추어 보다 세심한 접근이 필요하고, 수사기관이 찾고자 하는 물건이 그 물건의 외적 특성을 통해 구별되거나 문서 사본의 존재가 유한한 종전의 일반적인 물건에 대한 압수·수색에 관한 제한 이론만으로는 개인이나 기업의 정보 대부분을 담고 있는 전자정보에 대한 부당한 압수·수색으로부터 헌법이 보장하는 국민의 기본적 인권을 보호하고 제대로 지켜 낼 수 없다.

나. 압수의 목적물인 전자정보가 대용량 저장매체에 무관정보들과 혼재되어 저장되

어 있는 경우에 수사기관은 일정한 범위를 정해 탐색하는 등으로 유관정보를 선별하여 복제하거나 출력하는 방법으로 압수·수색하는 것이 원칙이고, 저장매체 또는 복제본을 그 소재지에서 외부로 반출하여 압수·수색하는 것은 예외적으로만 허용된다. 예외적 방법은 수사기관이 한정된 시간 내에 압수·수색 장소에서 유관정보 모두를 탐색하는 것이 현저히 곤란하다는 사정이 있기 때문에 허용되었을 뿐이고, 피압수자 측이 저장매체의 외부 반출에 동의한 경우라도 이는 수사 인력이 압수·수색 장소에서 장시간 체류하는 것에 대한 압박감, 수사를 받고 있는 상황에서 수사기관의 요구를 거부하는 것에 대한 부담감 때문이지 수사기관이 무관정보까지 샅샅이 탐색하여 압수하는 데 동의한 것이라고 볼 수는 없다. 물론 법관으로서도 그와 같은 무관정보까지 압수·수색할 수 있게 하기 위해 영장을 발부해 준 것은 아니다.

따라서 탐색 결과 무관정보를 압수한 것이 밝혀진 부분에 대해서는 그 자체로 영장주의에 위반하여 위법하게 되는 것이고, 영장이 압수를 허용한 유관정보 부분만이 참여권 보장 등 적법절차의 준수 여부를 따질 의미가 있는 것이다.

다. 대용량 저장매체는 저장된 정보의 양이 방대하고 어느 것이 범죄혐의와 관련된 것이고 어느 것이 범죄혐의와 관련되지 않은 것인지를 구별하기가 용이하지 아니하여 유관정보를 선별하기 위해서는 일정 부분 정보의 내용을 살펴볼 수밖에 없다. 이 국면에서 수사기관의 압수·수색에 피의자 또는 변호인, 책임자 등의 참여를 보장하는 형사소송법 제219조, 제121조, 제123조의 규정이 영장에 의한 적법한 압수·수색을 사전에 실효성 있게 확보하기 위한 제도적 수단으로서 중요하게 작용할 수 있다.

수사기관이 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 피압수자 측에게 참여의 기회를 주지 않게 되면 수사기관은 무관정보를 제한 없이 취득할 수 있게 되어 압수·수색의

대상을 유관정보에 한정된 영장의 적법한 집행을 확보할 수 없게 된다. 수사기관이 위법하게 취득한 무관정보를 별도의 범죄수사를 위한 단서로만 사용하고 그 별도의 범죄사건에 증거로 활용하지 않는 이상, 영장을 발부한 법관으로서는 사후에 이를 알아내거나 실질적으로 통제할 아무런 방법이 없다. 수사기관이 압수·수색 과정에 피압수자 측에게 참여의 기회를 주지 않았음에도 유관정보에 대한 압수가 적법하다고 하게 되면 어떠한 수사기관도 피압수자 측을 참여시키려고 하지 않을 것이고, 실제로는 아무 제한 없이 압수한 저장매체에 저장된 전자정보를 탐색하여 취득할 수 있는 권한을 수사기관에 주는 것과 마찬가지로 이다. 이메일과 같은 전자정보는 통상 피의자 아닌 사람의 저장매체나 웹서버에도 동일한 내용의 전자문서가 존재하기 때문에 수사기관이 일단 범죄의 단서를 잡으면 다른 적법한 방법으로 동일 또는 유사한 내용의 증거물을 확보하는 것이 그다지 어렵지 않기도 하다.

법관이 헌법과 형사소송법의 규정에 의하여 유관정보에 한정하여 발부한 영장을 수사기관이 자의와 재량에 의하여 저장매체에 저장되어 있는 전자정보 전부를 압수·수색할 수 있는 영장으로 변모시켜서는 아니 되는 것이므로, 전자정보에 대한 압수·수색의 중요과정에 피압수자 측의 참여권을 전혀 보장하지 아니하는 것은 영장주의 원칙을 위반한 것과 동일한 정도의 적법절차 위반이 되어 그 위법의 정도가 중대하다고 보아야 한다.

그러므로 이 사건에서 제1 처분에 별다른 위법이 없더라도 피압수자 측에게 참여권을 보장하지 아니한 채 임의로 전자정보를 재복제·탐색·출력한 제2·3 처분은 무관정보를 출력한 부분을 제외하더라도 적법절차에 반하는 것이고, 그 절차적 위법은 앞서 본 헌법상 적법절차와 영장주의의 실질적 내용을 침해하는 중대한 위법에 해당한다

고 보아야 한다.

라. 제1·2·3 처분에 관한 반대의견은 압수의 대상이 되는 전자정보별로 압수·수색의 적법성을 달리 평가하여야 한다면서, 압수·수색 과정에서 피압수자 측의 참여권을 보장하지 않았더라도 이를 중대한 위법이라고 할 수 없으므로 유관정보에 대한 압수·수색을 취소할 수 없다고 주장한다.

그러나 법원이 유관정보에 대한 압수·수색만을 적법하다고 하기 위해서는 위 반대의견이 제시하는 바와 같이 압수·수색 처분 중에서 취소되어야 할 무관정보가 무엇인지를 일일이 심리·판단하여야 하는데, 이는 수사기관의 압수·수색에 중대한 위법으로 발생한 결과를 제거하기 위한 법원의 조치로서 적절한 것이라고 할 수 없다.

피압수자 측에 대한 참여권의 보장은 형사소송법 제219조, 제122조를 준용하여 피압수자 측에 통지하여 참여할 수 있는 기회를 부여하면 족하고, 통지가 불가능하거나 피압수자 측이 참여를 포기하면 수사기관이 단독으로 진행하면 될 것이다. 그리고 이때 참여 기회를 보장받아야 하는 사람은 피의자와 변호인, 책임자뿐만 아니라 그들로부터 위임을 받은 자 등도 포함한다고 해석할 수 있으므로, 압수·수색 현장에서 전자정보에 대한 탐색과 복제, 출력 등을 진행하는 본래의 압수·수색 방식과 비교하면 이러한 참여 기회 보장은 비현실적이라거나 특별히 수사기관에 가중된 의무나 부담을 지우는 것이라 할 수 없다. 그럼에도 수사기관이 실제로 필요한 정보를 획득하게 되는 정보의 탐색·복제·출력 과정에서 피압수자 측에 참여의 기회조차 부여하지 않는 것은 특별한 사정이 없는 이상 절차적 위법이 중대하다고 보아야 한다.

마. 실체적 진실의 발견이 형사소송의 목표이자 중요한 이념임은 부인할 수 없다. 그러나 객관적 진실 규명이 저해되거나 불가능하게 되더라도 경우에 따라서는 우선하는

가치의 실현을 위하여 이를 포기하지 않으면 안 되는 경우가 있다. 실체적 진실의 발견은 기본적 인권의 보장을 위하여 헌법이 규정하고 있는 적법절차의 테두리 내에서만 빛날 수 있다.

저장매체에 저장되어 있는 일체의 전자정보는 개인이나 기업의 일생 내지 영업비밀 등 사업 전체를 드러내는 일기장과도 같다. 국가가 피의자에 대하여 어느 하나의 범죄 혐의만을 소명하면 그로부터 압수한 전자정보 전체를 사실상 탐색·복제할 수 있다고 함으로 인하여 발생할 법익의 침해가능성은 피의자가 저지른 범죄로 인하여 침해된 이익보다 결코 작지 않다. 과거에 국가에 의한 부당한 공권력의 행사로부터 신체의 자유가 소중하였듯이 정보화 사회에서 전자정보에 대한 자기결정권은 소중한 것이다. 나아가 불법적인 압수·수색으로부터의 자유, 사생활의 자유는 오랜 역사적 경험과 연원을 두고 우리 헌법이 보장하고 있는 중요한 헌법적 가치이기도 하다.

전자정보에 대한 개인 및 기업의 의존이 심화되고 그 분석기술 또한 발전하고 효율화될수록 수사기관은 영장주의나 다른 적법절차 규정을 잠탈하고서라도 범죄를 진압하고 사전에 예방하겠다는 강한 욕구를 느끼게 될 것이다. 과거 피의자의 진술이 가장 중요한 증거로 인식되던 시대에, 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 부인되어야 한다고 한 판례의 정신은 오늘날과 같은 디지털 시대에 전자정보를 대상으로 한 압수·수색에 대하여 그대로 관철될 필요가 있다.

전자정보에 대한 압수·수색에 있어 참여권이 가진 중요성을 간과할 경우 사실상 수사기관의 별건 압수·수색이나 포괄적 압수·수색을 허용하는 결과를 초래하게 될 우

려를 쉽게 놓을 수 없다. 형사소송법 제121조, 제123조에 의한 당사자의 참여권을 보장하지 아니한 일정한 경우에 유관정보에 대한 압수처분까지 취소하는 것은 수사기관을 제재하기 위한 것이 아니라 형사소송법이 정한 절차조항의 규범력을 확보함으로써 전자정보에 대한 압수·수색에도 헌법상 적법절차와 영장주의 원칙을 관철하기 위한 불가피한 수단인 것이다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

8. 제1·2·3 처분에 관한 반대의견에 대한 대법관 김창석의 보충의견은 다음과 같다.

가. 다수의견에 대한 보충의견은 수사기관이 압수·수색 과정에 피의자나 변호인에게 참여의 기회를 주지 않았음에도 유관정보에 대한 압수처분이 적법하다고 하게 되면 수사기관이 피의자나 변호인을 참여시키려고 하지 않을 것이고 실제로는 아무런 제한 없이 압수한 저장매체에 저장된 전자정보를 탐색하여 취득할 수 있는 권한을 수사기관에게 주는 것과 마찬가지로 주장한다.

그러나 대검 원격공조시스템에 복제·저장된 이미징 파일을 검사의 하드디스크에 재복제하여 저장하는 제2 처분이나 검사의 하드디스크에 저장된 정보를 문서로 출력하는 제3 처분의 과정에 피의자나 변호인을 참여시킴으로써 압수·수색의 절차적 적법성을 확보한다 하더라도 다수의견에 대한 보충의견이 주장하는 것과 같은 우려가 사라지는 것은 아니다. 왜냐하면 그와 같은 적법절차를 거쳐 압수·수색을 한다 하더라도 대검 원격공조시스템에 복제·저장된 이미징 파일이 남아있는 한 수사기관은 적법절차에 따라 행하여지는 압수·수색과는 별도로 저장된 전자정보를 탐색하여 취득할 수 있기 때문이다.

이 점으로부터 알 수 있는 것처럼 수사기관의 무관정보에 대한 탐색의 가능성을 제거하는 것은 피의자나 변호인의 참여를 통하여 달성할 수 있는 것이 아니고 저장매체 원본을 이미징의 방법으로 대검 원격공조시스템에 복제·저장하는 제1 처분의 과정에서 유관정보 이외의 무관정보가 복제·저장되는 것을 막을 수 있는 조치를 강구할 때에만 가능하다고 할 수 있다. 또한, 이 사건에서와 같이 저장매체 원본의 압수 시점으로부터 출력에 이르는 시점까지 1개월 가까이 경과되기도 하는데 그 기간 동안 다른 특별한 조치를 취하지 아니한 상황에서 중단 없이 지속적으로 피의자나 변호인의 감시 상태에 두지 않는 한 수사기관의 임의 복제·출력의 가능성은 그대로 남게 된다. 이 같은 오랜 기간 동안 피의자나 변호인의 중단 없는 감시를 요구하는 것은 매우 비현실적인 것으로 보인다.

나. 이상에서 살펴본 것처럼 이 사건과 같이 압수·수색 과정이 이미 종료된 후에 압수·수색 과정에 피의자나 변호인을 참여시키지 않았음을 이유로 유관정보에 대한 압수처분까지 취소하는 것은 결코 무관정보에 대한 탐색이나 복제·출력을 방지하는 실효적인 대책이 될 수는 없다.

전자정보에 대한 압수처분의 취소는 저장매체 원본을 이미징의 방법으로 대검 원격공조시스템에 복제·저장하는 제1 처분의 과정에서 유관정보 이외의 무관정보가 복제·저장되는 것을 막는 금지 조치로서 구하는 부작위 청구권으로 행사되거나 이에 대한 조치가 행하여지지 아니한 채 제1 처분이 이루어지거나 그 이후의 제2·3 처분까지 이루어진 때에는 이미 지적인 것처럼 비현실적이기는 하지만 피의자나 변호인의 참여가 중단 없이 이루어진 경우에 한하여 그 압수·수색 처분의 위법상태를 제거하기 위한 원상회복 조치로서 구하는 작위 청구권으로 행사되어야 비로소 의미를 갖는다고 생

각된다.

이 같은 조치 없이 압수·수색 과정이 진행되어 수사기관이 이미 무관정보를 취득한 상태라면 이러한 금지 조치나 원상회복 조치는 더 이상 청구할 실익이 없으므로 압수 처분의 취소는 별다른 의미가 있다고 보기 어려우며, 수사기관이 무관정보를 증거로 제출할 경우 영장주의에 위반하여 수집한 위법수집증거로서 증거능력을 배제하는 것이 원칙적인 의미를 갖게 된다고 할 것이다.

다. 다수의견의 문제의식에는 전적으로 의견을 같이 한다. 그럼에도 다수의견의 논리에 함께 할 수 없는 이유는 다수의견이 세운 법리가 가져오는 부작용은 매우 큰 반면, 의도하는 목적을 달성하는 데에는 그다지 효과가 없다는 점에 있다. 전자정보의 무분별한 압수·수색에 대한 사법적 통제는 전자정보의 압수·수색 절차가 갖는 특수성과 기술적 측면 등을 세밀하게 고려한 다음, 보다 정교한 입법이나 법리의 구축을 통하여 시도하여야 할 것으로 본다.

이상과 같이 반대의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

2015. 7. 16.

재판장    대법원장    양승태

          대법관    민일영

          대법관    이인복

대법관 이상훈

대법관 김용덕

대법관 박보영

대법관 고영한

대법관 김창석

대법관 김 신

주 심 대법관 김소영

대법관 조희대

대법관 권순일

대법관 박상옥