



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

이학석사 학위논문

행정조사를 위한 디지털증거 수집의 적법성 강화 방안

- 공정거래위원회를 중심으로 -

2019년 1월

서울대학교 융합과학기술대학원

수리정보학과 디지털포렌식학전공

강승훈

행정조사를 위한 디지털증거 수집의 적법성 강화 방안

- 공정거래위원회를 중심으로 -

지도교수 이 상 원

이 논문을 이학석사 학위논문으로 제출함

2019년 1월

서울대학교 융합과학기술대학원
수리정보학과 디지털포렌식학전공
강승훈

강승훈의 석사 학위논문을 인준함

2019년 1월

위 원 장 김 명 환 (인)

부위원장 이 상 원 (인)

위 원 이 중 식 (인)

국문초록

정보 기술의 발달과 고도화로 인하여 행정기관의 행정조사 대상이 종래의 유체물에서 디지털증거로 급속히 대체되고 있다. 이러한 시대상황에 발맞추어 행정조사권한을 보유한 여러 행정기관은 앞다투어 디지털증거 수집을 위한 절차 및 기준을 마련하고, 관련 업무를 전담할 조직을 설치해오고 있다.

공정거래위원회는 공정거래법에 의한 사무를 독립적으로 수행하는 합의제중앙행정기관으로서 경쟁법 위반행위의 조사 및 심의를 통하여 스스로 법 위반행위를 선언하고, 과징금 부과 및 검찰 고발 등의 조치를 할 수 있는 권한을 보유하고 있다. 공정거래위원회는 사건처리절차 상 효율적인 법 위반행위 적발을 위해 디지털증거의 수집을 통한 조사영역을 확대하여 왔다.

행정조사를 위한 디지털증거의 수집 행위는 디지털증거의 특성으로 인하여 종래의 유체물을 대상으로 하는 조사행위 보다 국민의 권리와 자유를 침해할 높은 가능성을 가지고 있다. 따라서 그 행위는 적법하고 적정한 절차에 따라 통제되어야 한다.

본 연구는 행정기관 중 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절차가 적법하고 적정한 절차에 따라 운영되고 있는지에 대한 문제의식을 가지고 출발하였으며, 연구 결과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 및 관련 법령 하에서 제기될 수 있는 문제점을 아래와 같이 인식하였다.

첫째, 현행 법제 하에서 공정거래위원회가 행하고 있는 디지털증거 수집절차는 작용법적인 근거가 미약하여 헌법상 보장된 적법절차 원칙에 위배될 소지가 있다고 판단하였다.

둘째, 공정거래위원회 심의절차 상 제출된 디지털증거자료의 증거조사절차가 실질적으로 이루어지지 않고 있는 점은, 공정거래위원회

가 사실상 경쟁법 집행에 있어 1심 법원의 역할을 수행하고 있는
준 사법기관의 성격을 가지고 있음을 감안한다면, 실질적 법치주의
혹은 재판청구권의 보장이라는 헌법상 원칙에 위배될 수 있다고 판
단하였다.

이러한 문제점을 인식하여 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절
차의 적법성을 강화하기 위한 방안으로

첫째, 공정거래위원회의 디지털증거 수집 행위에 필요한 법적 근
거 중 본질적인 사항은 법률로서 상향하여 제정할 것과

둘째, 공정거래위원회의 심의절차상 디지털증거의 증거조사 절차
를 강화할 것을 제시하였다.

본 논문은 공정거래위원회의 디지털증거 수집 행위의 의미 및 성
격을 확인하고 그에 따라 갖추어야 할 작용법적인 요건 및 제반절
차를 제시함으로써, 조사 대상자의 절차적 방어권을 보장하고, 공정
거래위원회 법집행 측면의 적법성을 강화하였다는 데에 그 의미가
있다.

주제어: 공정거래위원회, 행정조사, 디지털포렌식, 디지털증거 수집,
공정거래위원회 심의절차, 증거조사, 디지털증거의 증거능
력, 행정처분의 절차상 하자

학번: 2017-26917

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	2
제2장 디지털증거의 특성	5
제1절 디지털증거의 개념	5
제2절 디지털증거의 특성	6
1. 매체독립성	6
2. 변조용이성	7
3. 전문성	7
4. 비가시성 및 비가독성	8
5. 대량성	9
6. 복원성	9
제3절 디지털증거의 증거능력	11
1. 진정성	12
2. 신뢰성	12
3. 무결성	13
제4절 디지털증거 수집의 유형	14
제3장 형사절차상 디지털증거의 압수·수색	17
제1절 형사소송법 제106조 제3항	17
1. 압수·수색의 대상	17
2. 유관정보의 수집	19
3. 예외 판단의 기준	22

제2절 압수·수색 집행 과정에서의 적법절차 원칙	24
1. 참여권 보장	24
2. 반출한 저장매체의 반환 및 무관정보의 삭제	26
3. 압수한 전자정보의 상세목록 교부	29
제3절 위법한 압수·수색 집행의 구제 수단	30
1. 준항고	30
2. 위법수집 증거배제원칙	31
제4장 공정거래위원회의 디지털증거의 수집	33
제1절 공정거래법위원회의 조사의 의의 및 성격	33
1. 공정거래위원회 연혁	33
2. 공정거래위원회의 법적 지위 및 권한	34
3. 공정거래법상 조사의 의의 및 법적 성격	37
제2절 공정거래위원회 디지털증거 수집 법제의 검토	40
1. 공정거래법상 디지털증거 수집	41
2. 디지털증거 수집 및 분석에 관한 규칙	43
3. 디지털증거 수집의 법적 성질	48
4. 공정거래위원회 디지털조사의 한계	49
제5장 현행 법제 하에서 공정거래위원회 디지털증거 수집의 문제점	53
제1절 사전적 통제절차의 적정성 검토	53
1. 영장주의의 적용	53
2. 디지털증거 수집행위의 작용법적 타당성	56

제2절 사후적 구제수단의 검토	59
1. 항고소송을 통한 구제	59
2. 공정거래위원회 심의절차 상 증거 조사의 문제점	65
3. 위법하게 수집한 디지털증거자료에 기반한 처분의 효력	69
제6장 적법성 강화방안	72
제1절 본질적 사항의 법률로의 제정	72
1. 디지털 증거수집의 방법 및 대상	72
2. 디지털증거수집 절차상 절차적 권리의 보장	75
제2절 공정거래위원회 심의절차상 디지털증거의 증거조사 반영 ...	77
제7장 결론	81
참고문헌	83
Abstract	89

제1장 서론

제1절 연구의 목적

현대에 이르러 사회가 고도화되고, 행정기능의 확대·강화 현상이 촉진됨에 따라 다양한 행정기능이 적극적으로 수행할 것이 요구되고 있다. 이에 따라 행정기관은 각종 행정작용을 적절하게 행하기 위하여 행정처분의 근거가 되는 자료나 정보를 수집하는 행정조사 영역을 확대시키고 있으며, 거액의 과징금, 추징금을 부과할 수 있는 권한을 보유한 공정거래위원회, 국세청과 같은 소위 규제기관의 행정조사는 검찰의 압수·수색에 버금가는 위력을 행사하고 있다.

한편, 정보기술의 발달로 기업의 업무환경이 디지털화에 대응되면서, 업무상 작성 또는 보관 되어온 종이문서는 정보저장매체에 저장된 디지털데이터로 급속히 대체되고 있다. 이러한 변화에 대응하여 수년 전부터 상당수의 행정기관은 디지털포렌식¹⁾을 기반으로 하는 디지털증거의 수집 행위를 행정조사 기법 중 한 분야로 활용해 오고 있다. 이를 위해 디지털증거 수집(분석)을 위한 전담부서를 설치하고, 관련 규정을 제정하여 운영하고 있다.

행정조사를 위한 디지털증거의 수집 및 영치(이하 행정기관의 디지털증거 수집)행위는 디지털증거의 특성상 종래의 유체물을 대상으로 하는 조사행위 보다 국민의 권리와 자유를 침해할 높은 가능성을 가지고 있다. 이에 반해 행정기관의 디지털증거 수집행위에 대한 법적 근거 및 구체적인 방법에 대한 법률상 규정이 명확하지 않다. 그 결과 행정기관은 디지털증거수집 행위의 적법성을 담보하기 어려워 법 위반행위 발견을 위해 스스로 위반행위를 범하는 모순을

1) 디지털 기기를 매개로 하여 발생한 특정행위의 사실관계를 법정에서 규명하고 증명하기 위한 기술에 기반한 방법과 절차_탁희상, 이원상, 디지털포렌식 통합모델 구축에 관한연구, 2016년, 1면

가지게 된다. 또한, 행정기관의 디지털증거 수집행위가 위법할 경우 피조사인이 그 처분의 취소를 구할 수 있는 방법이 명확하지 않고, 위법한 수집행위로 취득한 증거를 바탕으로 처분이 내려질 경우 그 처분의 효력을 다룰 수 있는 수단이 명확하지 않아 절차적 방어권 보장 측면에서 문제점을 가지게 된다.

이처럼 본 논문은 이와 같은 문제의식을 가지고 시작하게 되었으며, 행정기관의 디지털증거 수집 절차상 발생할 수 있는 문제점을 해소하고, 적법성을 강화할 수 있는 방안을 마련하는 것을 그 목적으로 하고 있다.

제2절 연구의 범위 및 방법

본 논문의 연구 범위는 공정거래위원회가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’) 제50조에 근거하여 행정조사의 일환으로 행하는 디지털증거의 수집행위로 한정하였다.

행정기관의 행정조사를 위한 디지털 증거 수집이 이제 막 걸음마 단계를 벗어나고 있는 것에 비해 형사절차 상 디지털증거와 관련한 판례 및 법리는 이미 상당한 양이 축적되어 있다. 이 때문에 행정기관이 디지털증거의 수집 행위에 대한 쟁점이 발생할 경우 형사절차 상 정립된 법리를 준용하여 대처할 수 있을 것이다. 하지만 행정영역의 고유한 독자성 및 개별 행정기관의 특성을 고려하지 않고 행정조사 절차에 형사절차상 정립된 기준을 일률적으로 적용하여 그 행위를 통제하는 것은 자칫 큰 부작용을 낳을 수 있다. 이런 상황에서 공정거래위원회는 형사절차상 정립된 디지털증거 압수·수색의 법리를 전 행정기관에 일률적으로 적용할 때 발생할 수 있는 부작용을 최소화 할 수 있는 완충제로서의 역할이 가능하다고 판단된다.

다른 행정기관과 달리 공정거래위원회는 행정제재를 목적으로 하

는 처분절차와 사법절차의 성격을 가지는 심의절차를 동시에 운영하는 합의제 행정기관으로서 범위반 사실을 확인하고 내부 심의절차를 통하여 처분을 내리는 권한을 보유하고 있다. 특히, 공정거래위원회의 심의절차는 1심 소송절차를 대신하고 있으며, 사법절차에 준하는 대심구조, 변론절차 등을 규정하고 있다. 이에 따라 공정거래위원회는 다른 행정기관과 비교했을 때, 디지털증거 수집 절차 상 위법행위가 발생 시 내부적으로 통제 절차를 마련할 수 있고, 침해된 권리를 구제할 수 있는 기능을 갖추고 있다고 판단된다. 이러한 점을 감안하였을 때 공정거래위원회의 디지털증거 수집행위를 중심으로 관련 법리에 대한 검토가 먼저 선행되고 향후 행정기관의 특성에 맞는 디지털증거 수집 법리를 마련하는 것이 타당하다고 판단된다.

공정거래위원회는 자료제출명령, 현장조사, 신고행위 등 다양한 방법을 통하여 디지털증거를 수집할 수 있으나, 본 연구의 범위는 공정거래위원회가 현장조사를 통하여 디지털증거를 수집하는 경우로 한정하였다. 현장조사는 공정거래위원회가 범 위반 혐의를 확인하기 위하여 가장 많이 의존하는 조사방식이다. 특히, 현장조사 예정사실을 통보할 경우 조사 대상자가 관련 자료를 은닉할 가능성이 있는 부당 공동행위, 부당 지원행위 유형의 위반사건에 대해서는 기습적인 현장조사(이른바 “Dawn Raids”라고 함) 방식을 취하고 있다.²⁾ 이러한 현장조사를 통한 공정거래위원회의 디지털증거의 수집행위는 형사절차상 압수·수색 절차의 유형과 성격이 비슷하여 국민의 권리 및 자유를 제한할 가능성이 높다. 반면, 공정거래법상 조사공무원은 조사과정에서 상당한 재량성을 인정받고 있기 때문에 조사절차의 방법 및 범위 선정에 있어 적절한 통제가 필요하다.

본 논문은 공정거래위원회가 현장조사의 일환으로 수행하는 디지

2) 강수진, 공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계, 대검찰청 형사법의 신동향 Vol37, 2012년, 13면

털증거의 수집행위에 대하여 행정법의 일반원칙 및 형사절차상 디지털증거의 압수·수색 범리와 비교를 통하여 사전적·사후적 통제방안의 문제점을 검토하였으며, 향후 디지털 증거의 수집 절차상 적법성을 강화할 수 있는 방안을 제시하는 논의를 진행하고자 한다.

이를 위한 세부적인 방법으로는 먼저, 디지털증거의 특성을 검토하여 디지털증거가 아날로그 자료에 비해 개인의 권리 및 자유를 침해할 가능성이 높은 이유를 알아본다. 두 번째로, 형사절차상 발달된 디지털증거의 압수·수색에 대한 위법성 요건 및 구체절차를 검토하여 행정절차가 준용할 수 있는 법리의 틀을 마련하고자 한다. 세 번째로, 공정거래위원회가 행하는 조사의 의의 및 권한에 대한 검토를 통해 공정거래위원회가 수행하는 행정조사에 대한 이해의 폭을 넓히고, 나아가 공정거래위원회 디지털증거 수집의 법제 및 실무를 파악하여 그 한계 및 문제점을 검토하고자 한다. 마지막으로 이를 종합하여 공정거래위원회 디지털증거조사가 적법성을 갖추기 위한 바람직한 방안들을 제시해 보고자 한다.

제2장 디지털증거의 특성

제1절 디지털증거의 개념

디지털증거에 대한 다양한 개념 정의를 살펴보면, ‘범죄를 입증하거나 범죄와 피해자 또는 범죄자 사이의 연결 고리를 제공할 수 있는 모든 디지털 데이터(Eoghan Casey), ‘범죄가 어떻게 일어났는지에 대하여 입증 또는 반박할 수 있거나, 범죄 의도나 알리바이와 같은 범죄의 핵심 요소들을 이끌어낼 수 있는 정보로 컴퓨터를 사용하여 저장되거나 전송되는 데이터(W. Jerry Chisum)’라고 정의되기도 하고,³⁾또 ‘디지털 형태로 저장 또는 전송되는 증거가치 있는 정보(SWGDDE)⁴⁾, ‘법정에서 신뢰할 수 있는 저장되거나 전송되는 이진수 형태의 정보(IOCE)⁵⁾, ‘각종 디지털 저장매체에 저장되거나 네트워크 장비 및 유·무선 통신상으로 전송되는 정보 중 그 신뢰성을 보장할 수 있어 증거로서 가치를 가지는 디지털 정보⁶⁾’라고 정의된다. 디지털증거의 개념정의에 있어 빠지지 않는 컴퓨터는 디지털증거의 생성에 있어 필수적인 요건임을 알 수 있다. 이는 0과1이라는 이진법적 논리로 정의되는 디지털의 개념상 종래 유체물과 다른 생성 방법 및 유통 전달방법을 지니고 있다는 것을 예상할 수 있다.

3) Eoghan Casey, Digital Evidence and Computer Crime(2nd ed.), Academic Press, 2004년, 12면.

4) Scientific Working Group on Digital Evidence: 미국 법무부의 마약수사청, 연방수사 관세청 및 국제청등의 증거분석 연구소를 중심으로 구성된 디지털증거에 관한 과학실무그룹.

5) International Organisation on Computer Evidence: 미국, 호주, 홍콩, 영국 등 각국의 실무자들을 중심으로 만들어진 디지털증거에 관한 국제기구.

6) 탁희성·이상진, 디지털증거분석 도구에 의한 증거수집절차 및 증거능력 확보 방안, 한국형사정책연구원, 2006년, 31-34면

제2절 디지털증거의 특성

1. 매체독립성

디지털정보는 종래의 유체물 형태의 증거와 달리 정보(증거자료)가 그 의미 내용의 변경 없이도 매체(증거방법) 사이를 옮겨 다닐 수 있으며⁷⁾, 단지 저장되는 위치만 달라지는 것이어서 디지털정보 내용 자체가 변하지 않는 한 어느 매체에 저장되어 있던지 동일한 가치를 가지게 된다.⁸⁾ 또한, 매체독립성은 어떤 형태로든지 매체를 전제로 하는 것은 맞으나 그 매체가 전자정보의 생성·이동 및 삭제에 전혀 영향을 미치지 아니한다고도 볼 수 있는데,⁹⁾ 이러한 특성이 반영되어 현재의 형사소송법 제106조 제3항에서는 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보 저장매체인 경우에는 압수방법을 원칙적으로 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출 받도록 하고 있다.

한편, 매체를 달리하여도 내용의 변경이 없는 디지털정보의 특성은 원본과 사본의 차이가 없어 이들의 구별에 있어 문제가 되기도 한다. 이는 아날로그 방식은 복사하는 경우에 복사본의 신호가 원본의 신호보다 S/N(신호/잡음)비가 감소하므로 이론적으로 원본과 복사본의 구별이 가능하나, 본질적으로 0과 1로 조합된 디지털 정보는 신호의 형태 및 강도가 아닌 유무만을 검출하여 다시 만들어 기록하게 되므로 원본과 복사본의 구분이 불가능하게 되는데 기인한다.¹⁰⁾ 이는 디지털 정보가 증거로서 허용되기 위한 무결성 요건을

7) 이상원, 전자증거와 원본 증거의 법칙, 형사법의 신동향 통권 제36호, 2012년, 82면

8) 박민우, 디지털증거 압수·수색에서의 적법절차, 고려대학교, 2016년, 13면

9) 김정환, 형사소송에서의 디지털증거의 조사방법에 관한 입법론적 고찰-특히 민사소송의 경우와 비교하여-, 비교형사법연구 제14권 제2호, 2012년, 52면

10) 이숙연, 형사소송에서의 디지털증거의 취급과 증거능력, 고려대학교, 2010년, 17면

판단하는데 중요한 의미를 가진다.

2. 변조용이성

디지털정보는 간단한 조작이나 단순한 명령어 입력만으로 수정 및 삭제 등의 편집이 용이하다. 하지만 증거가치 측면에서는 증거 훼손 및 위·변조 행위가 문제가 될 경우 추후 이를 밝혀내기 위한 또 다른 법률적 쟁점이 발생할 수 있다. 이 때문에 조사기관은 피조사자가 조사를 앞두고 증거인멸을 할 수 있다는 가능성을 항상 염두 해두고 지체 없이 신속하게 정보를 수집해야 하고, 디지털증거의 수집 이후 위·변조가 되지 않았다는 것을 증명하기 위한 절차와 기술을 갖추고 피조사자 측의 이의제기에 대비해야 한다.

3. 전문성

개인 사무용 PC 보급률이 확대되면서 누구나 디지털정보를 다룰 수 있게 되었으나, 컴퓨터 내에서 디지털 정보가 어떤 방식으로 관리 되고 있는지 아는 사람은 드물다. 특히, 기술의 비약적인 발전으로 인하여 컴퓨터운영체제, 오피스·메신저 프로그램 등 업무를 위해 사용되는 소프트웨어의 종류는 갈수록 다양해지고, 세분화 되고 있으나, 이에 대한 전문적인 지식 없이는 해당 자료에 접근조차 어렵다. 이에 따라 디지털 정보를 증거로서 수집하기 위해서는 전문지식이 필요하다. 또한, 디지털정보의 변조용이성 및 취약성의 특성으로 인하여 진정성에 대한 증명이 필요하다. 이를 위해 디지털증거의 수집·보관·이송은 유체물 증거와 달리 엄격한 절차와 기준에 따라 처리되어야 한다.

따라서 디지털증거의 수집과 분석과정을 거쳐서 최종적으로 법원

에 증거능력을 갖춘 증거를 제출하기 위해서는 전문지식을 가진 전문가가 필요하다. 대법원은 증거 취급자의 전문성을 디지털 증거의 중요한 증거능력 요건으로 판단하고 있다. 이러한 연유로 수사기관 뿐만 아니라 행정기관에서도 앞 다투어 디지털정보의 수집과 분석을 위한 전문조직을 설치하고 전문 인력을 육성하고 있다.

한편, 디지털 정보의 수집·분석 절차상 적절한 방어권을 행사하기 위해서 피압수자 또는 피조사자 역시 디지털 정보의 전문성을 갖추는 필요성이 있다. 하지만 일반국민이 디지털정보의 전문성을 갖추는 것은 현실적으로 어렵기 때문에 수사기관 및 조사기관에서는 디지털증거를 수집하기 전 증거의 수집 방법, 범위, 분석 절차 등에 대한 구체적인 정보를 제공하여 양측 간의 전문성의 차이로 인하여 절차적 권리가 침해 받지 않도록 할 필요가 있다.

4. 비가시성 및 비가독성

디지털정보의 매체독립성에서 언급한 바와 같이 디지털정보는 0과 1로 조합된 무형의 디지털 데이터로서 그 자체로서는 인식이 불가능하다. 이로 인하여 디지털정보를 사람이 인식하기 위해서는 모니터 화면에 나타내거나 프린터를 통하여 인쇄된 형태로 출력하는 등 일정한 변환절차를 거쳐야 한다.

한편, 디지털정보의 비가시성 및 비가독성을 매체 의존성이라고 달리 표현하기도 한다.¹¹⁾ 이는 변환절차를 위해서는 적절한 소프트웨어와 하드웨어, 전문가들이 필요하기 때문이다. 다만, 이 과정에서 디지털정보가 원본으로서의 그것과 달라지지 않았다는 무결성을 증명해야 하는 문제가 발생하기도 한다.

11) 탁희성, 전자증거개시제도(E-Discovery)에 관한 연구, 한국형사정책연구원 (2011), 39면

5. 대량성

A4용지를 기준으로 한 쪽에 2,000자가 들어간다고 가정했을 때, 500쪽 분량의 책이 1MB 정도에 해당한다고 가정하면 과거 CD롬 한 장에는 약 680권 분량의 책을 전자적 형태로 저장할 수 있었다.¹²⁾ 현재 자주 사용하고 있는 손가락 크기의 8GB USB에는 8,000여권의 책을 저장할 수 있으며, 손바닥 크기의 1TB 컴퓨터용 하드디스크에는 1,048,000개의 책을 저장할 수 있다.

정보저장매체 제작기술의 발달로 저장매체의 저장용량은 방대해지고, 크기는 소형화 되고 있으며, 생산 가격은 낮아지고 있다. 또한, 컴퓨터 공학 기술은 대량의 데이터를 효율적이고 신속하게 관리할 수 있도록 용이하게 발달하고 있다. 그 결과 개인 및 기업은 전자적인 형태의 자료를 생성하는 것을 선호하게 됨과 동시에 기존에 아날로그 형태로 작성하여 보관 또는 관리중인 정보까지 전자화하여 관리하고 있는 추세다.

하지만 정보저장매체의 저장용량의 방대성은 범 위반행위와의 관련성 있는 정보뿐만 아니라 회사의 영업기밀, 개인의 사적 정보 등과 같은 무관한 정보까지 조사 및 수사목적으로 수집이 될 수 있는 가능성을 가지고 있다. 또한, 데이터의 대량성으로 인하여 디지털 정보의 수집 및 분석에 소요되는 시간 또한 데이터의 용량에 비례하여 늘어나는 문제점을 안고 있다.

6. 복원성

종래의 유체물형태의 자료는 한 번 훼손되거나 소멸 되는 경우 이를 복원하는 것이 매우 어렵거나 불가능한 경우가 대부분이다. 하

12) 김도훈, “전자증거에 대한 민사소송법상 취급에 관한 연구”, 연세대학교, 2007년, 14면

지만 디지털정보의 경우는 유체물 형태와 달리 데이터가 삭제되더라도 복원될 수 있는 가능성이 높다.

사용자가 디지털 데이터를 ‘Delete 명령어’ 또는 ‘윈도우의 휴지통 비우기’를 통하여 데이터를 삭제하여도 컴퓨터 운영체제는 실제 물리 디스크 영역에서 곧바로 데이터를 삭제하지 않는다. 이는 컴퓨터 작동의 효율성을 위한 기술로서, 컴퓨터 파일관리시스템은 사용자가 삭제되었다고 믿는 데이터가 저장된 영역에 다시 데이터를 기록할 수 있는 영역이라고 표시만 하고, 새로운 데이터가 덮어 씌워지는 순간까지 어떠한 작업도 하지 않는다. 달리 말하면, 컴퓨터 파일시스템이 다른 데이터를 다시 기록하지 않는 한 해당영역에 있는 데이터는 실제로 삭제가 되지 않고 저장매체에 남아 있게 된다. 그 결과 디지털포렌식 기법을 활용하여 해당 영역에 있는 데이터를 복원할 수 있다. 물론 삭제된 데이터의 복원 가능성은 사용자의 컴퓨터 사용 습관·기타 여건¹³⁾에 따라 달라지지만 유체물 형태의 자료에 비하여 복원 가능성이 높고, 복원 시 삭제전과 동일한 내용을 완벽하게 복원할 수 있다는 것을 감안한다면 복원성은 디지털 정보의 중요한 특성이 된다.

위에 언급한 디지털정보의 특성 외에도 네트워크 관련성, 익명성, 잠재성, 휘발성, 무체정보성 등의 개념이 학계에 통용되고 있으나, 디지털 정보의 특성은 비가시성과 매체 독립성으로 요약되어 특성들의 차이에 있어 본질적으로 크게 벗어나지 않는다.¹⁴⁾ 따라서 본 논문에서 주장하는 바와 크게 관련성이 없다고 판단되는 개념은 굳이 언급하지 않았다.

13) SSD(Solid State Drive)는 HDD와는 달리 Trim, Garbage Collection 등의 기능으로 인하여 삭제된 디지털데이터의 복원에 있어 많은 제한을 가지고 있으나, 본 논문의 주요한 논점이 아닌 관계로 자세한 설명은 생략하였다.

14) 김정환, 형사소송에서 디지털증거의 조사방법에 관한 입법론적 고찰 -특히 민사소송의 경우와 비교하여-, 비교형사법연구 제14권 제2호, 2012년, 52면

제3절 디지털 증거의 증거능력

유체물 형태와 비교하여 디지털정보는 매체독립성, 변조의 용이성 등 다양한 특성을 가졌고, 이러한 특성 때문에 매체와 상관없이 독립하여 매체를 옮겨 다닐 수 있으며, 간단한 조작 또는 명령어만으로 내용이 변경될 수 있다. 디지털정보가 증거로서 기능하기 위해서는 디지털정보가 수사기관 및 조사기관에 의해 수집이 될 때, 수집된 내용이 디지털정보의 원 생성자가 의도했던 대로 작성이 된 것이 맞는지, 정보의 내용이 수집전과 동일하고 변경되지 않았다는 것 등 증거가치로서의 자격이 보증되어야 한다.

이와 관련하여 기록 관리를 위한 국제표준 ISO 15489는 디지털증거가 증거로서 가치를 가지기 위한 요건으로 ‘진정성’, ‘신뢰성’, ‘무결성’, ‘이용 가능성’ 등을 들고 있다. 다만, 이 요건들이 구체적으로 증거능력의 영역에서 작용할 것인지 증거력의 영역에서 작용할 것인지는 논리적인 문제라기보다는 정책 판단의 결과로 볼 여지가 있다.¹⁵⁾

형사소송에서는 대법원 2013.7.26. 선고 2013도2511, 서울고등법원 2013.02.08. 선고 2012노805판결 등 여러 판례를 통하여 디지털정보의 증거로서의 요건을 증거능력의 문제로 다루고 있다.

반면 증거능력을 원칙적으로 문제 삼지 않는 민사소송에 있어서는 종이문서의 진정 성립을 형식적 증거력의 문제로 파악하는 통설¹⁶⁾, 판례¹⁷⁾의 태도에 비추어 볼 때 디지털정보의 증거로서의 요건은 증거능력 보다는 증거력을 판단하는 기준으로 삼고 있으며, 민사소송절차를 준용하고 있는 행정소송 절차도 증거력을 판단하는 기

15) 강성수, 전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구, 사법정책연구원, 52면.

16) 정선주, 문서의 증거력, 민사소송(III) 한국민사소송법학회지, 2000년, 242면.

17) 대법원 1993. 12. 7. 선고 93다41914 판결.

준으로 삼는 것이 가능해 보인다.

1. 진정성

디지털정보의 진정성이란 전자정보가 그 본래의 생성 취지와 맞는지, 그 정보를 생산하거나 보낸 것으로 되어 있는 사람에 의해 생산되거나 보내졌는지¹⁸⁾, 특정한 사람의 행위 결과가 정확히 표현되었고 그로 인해 생성된 자료인 것임이 인정되어야 하는 것¹⁹⁾을 말한다.

매체의 독립성의 특성상 디지털정보는 매체로부터 제한받지 않고, 다른 저장매체 또는 인터넷 등을 통하여 옮겨 다니게 된다. 문제는 그러한 과정 속에서 디지털 정보가 사람 혹은 시스템에 의하여 변경될 수 있다는 것이다. 이러한 과정에서 디지털정보가 변경되지 않았다는 것을 증명하는 것을 진정성이라고 할 수 있다.

2. 신뢰성

디지털정보의 신뢰성은 검증과정에 이용된 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 컴퓨터 처리과정의 정확성, 조작자의 전문적 기술능력을 말한다.²⁰⁾법원은 ‘검찰이 위 저장매체의 데이터가 본래 존재하였던 상태와 전혀 다름이 없이 수집·제출되었다는 사실과 위 전자적 정보의 분석처리과정에 대한 신뢰성에 대하여 그 입증책임을 다하지 못하였고, 이 법원의

18) 한충수, 민사소송에서의 증거조사절차에 있어 몇 가지 문제점 -정보 및 증거수집제도로의 인식 전환을 위한 시론, 법학논총 제27권 제2호, 2010년, 51면.

19) 김영기, 디지털증거의 진정성립 부인과 증거능력 부여방안, 형사판례연구 제19호 2011년. 6월., 516-517면

20) 서울중앙지법 2007.4.16. 선고 2006고합1365 등, 서울고등법원2007.08.16. 선고 2007노929 판결

검증절차에 참여하여 이를 주도적으로 진행한 증인의 전자적 정보 분석능력과 그 증언은 신뢰할 수 없으므로 위 문건들은 독립적인 증거로 사용할 수 없다'고 하여 디지털정보의 처리에 사용된 프로그램이나 장비가 정확하지 않는다면 그 결과 생성된 정보의 신뢰성은 의심할 수밖에 없고 이는 증거능력에 지대한 영향을 끼칠 수 있는 가능성이 있다고 판단하였다.

디지털정보의 신뢰가능성에 대한 문제가 되는 경우 동일한 조건 하에 동일한 결과를 도출 할 수 있는 재현 가능성의 여부를 통해 신뢰성여부를 판단하게 되며, 이는 디지털포렌식 분야의 전문가 등에 의해서 이루어지게 된다.

3. 무결성

디지털정보의 경우 유체물과 달리 변조용이성·취약성 등으로 인해 증거의 변경이 발생할 수 있으며, 디지털증거의 증거능력 제고를 위해 최초 정보가 수집된 순간부터 법정에 증거로 제출되기까지 변경이나 훼손이 없었다는 점이 입증되어야 한다.²¹⁾ 실무상 디지털정보의 무결성을 유지하기 위하여 ①해시값, ②수집 및 분석과정의 관계인의 참관 및 과정의 녹화 등의 방법 등을 사용하고 있으나 수사 절차의 편의성을 고려하여 해시값을 이용한 방법을 주로 사용하고 있다.

해시값을 이용한 무결성 확인을 위한 구체적인 방법은 이미지 파일에 대한 해시값²²⁾을 계산하여 피의자로 하여금 해시값이 기재된 서면에 서명·날인을 받아 보관하고 있다. 이후 법정에서 피의자 등

21) 대법원 2007.12.13.선고 2007도 7257 판결

22) 해시함수의 결과로 만들어진 코드로서, 입력값의 길이에 상관없이 일정한 길이를 가진 값을 출력하여 주는데, 서로 다른 입력값에 대해서는 서로 다른 해시 결과를 주며, 단방향 함수이므로 출력값으로 입력값을 유추할 수 없는 특징을 가진다.-박민우, 디지털증거 압수·수색에서의 적법절차, 고려대학교, 2016년, 16면

이 무결성을 부정하는 경우 수집당시의 디지털 정보의 해시값(서면에 기재된 값)과 법원에 제출된 디지털 정보의 해시값을 비교하는 방법을 통해 무결성의 훼손 유무를 판단하고 있다.

제4절 디지털증거 수집의 유형

실무상 디지털증거 압수·수색 방식을 크게 나누면 ①현장에서 정보저장매체 등으로부터 범위를 정하여 혐의사실과 관련된 데이터만 복사하거나 종이로 출력하는 방법, ②현장에서 저장매체를 이미징(또는 복제)하여 증거사본을 확보한 후 증거사본을 수사기관의 사무실로 가져와 영장 기재 혐의사실과 관련된 데이터를 검색하여 복사 또는 출력하는 방법, ③현장에 있는 정보저장매체 자체를 수사기관 사무실로 가져와 저장매체 전체를 이미징(또는 복제)하여 증거사본을 확보한 다음, 저장매체 원본은 반환하고 증거사본에서 영장 기재 혐의사실과 관련된 데이터를 검색하여 복사 또는 출력하는 방법이 있다.²³⁾

여기서 복사, 이미징, 복제의 용어가 사용되고 있는데, 각 용어의 개념을 정확히 살펴볼 필요가 있다.

먼저, 복사란 우리가 흔히 PC에서 파일을 복사하는 것과 동일한 개념으로 볼 수 있다. 복사를 통해 디지털증거를 수집할 경우 운영체제 및 파일시스템에 의하여 관련 데이터가 변경 될 수 있고, 복사 후 혐의사실 확인을 위해 자료를 열람할 경우에도 데이터가 변경될 수 있어 추후 증거능력 획득에 문제가 발생할 수 있다.

복사를 통한 증거물 분석 외에도 조사대상 정보저장매체를 직접 분석을 할 경우에도 증거물이 손상되거나 변경될 우려가 있는데 이를 방지하기 위해 실무상 원본과 완벽히 같은 사본 파일을 작성하

23) 박혁수, 디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점, 형사법의 신동향 제44호, 2014년 9월, 78-79면

여 분석을 하는 방식을 주로 취하고 있다. 이런 사본 파일을 만드는 과정을 이미징이라고 한다.²⁴⁾ 원본과 완벽히 같은 사본 파일을 만드는 구체적인 방법으로 0과1로 구분되는 비트열단위까지 동일하게 복사하는 방식을 취하고 있다. 복사와 다른 부분은 이미징작업으로 인하여 원본데이터의 손상 및 변경의 우려가 없고, 이미징되어 생성된 파일은 특수한 파일 형태로서 임의로 데이터의 내용을 수정 또는 삭제할 수 없으며, 삭제된 데이터의 비트열까지 수집되어 삭제된 데이터를 복원할 수 있는 가능성이 있다. 다만, 수집 정보의 관련성에 대한 통제가 강화되어 정보저장매체에 시작 비트열부터 끝의 비트열까지의 데이터를 전부 이미징하는 것을 피지컬 이미징, 유관정보만을 범위를 정하여 디지털포렌식 소프트웨어를 통하여 이미징하는 것을 선별(로지컬)이미징이라고 구별하기도 한다. 로지컬 이미징을 통해 데이터를 수집하는 경우에는 삭제된 데이터의 복원 가능성이 없다.

마지막으로 복제란 원본 저장매체와 모든 면에서 동일한 별도의 하드디스크 등의 저장매체를 만드는 것이다. 이미징과 복제는 둘 다 원본과 동일하기 때문에 삭제된 자료의 복구나 변형된 흔적을 분석함에 있어 원본을 직접 대상으로 하는 경우와 결과가 같다는 공통점을 가진다. 하지만, 복제는 물리적으로 원본의 1:1의 개념이기에 만약 3개의 원본 저장매체를 복제했다면 3개의 유체물로서의 복제된 저장매체가 존재하나, 이미징은 파일의 개념이라 수십 개의 이미징 파일을 하나의 저장매체에 담을 수가 있다.²⁵⁾ 실무상 분석 프로그램 및 도구의 호환성, 보관 및 전달의 용이성으로 인하여 원본저장매체의 사본을 작성할 때에는 복제보다는 이미징을 통한 방식을 주로 이용하고 있다.

24) 탁희성·이상진, 디지털증거분석 도구에 의한 증거수집절차 및 증거능력 확보 방안, 한국형사정책연구원, 2006년, 62면

25) 박민우, 디지털증거 압수·수색에서의 적법절차, 고려대학교, 2016년, 25면

디지털증거의 수집방식에 따라 조사기관 및 피조사자는 상반되는 입장을 보일 수밖에 없다. 조사기관은 삭제된 자료의 복원이 가능하고, 보다 많은 정보를 획득할 수 있는 복제 또는 피지컬 이미징 형태의 방식을 선호할 것이나, 피조사의 입장에서는 조사범위 외에 별건 정보의 수집을 방지하고, 조사와 무관한 기업의 영업기밀·개인 정보의 보호를 이유로 수사기관으로 하여금 로지컬 이미징 또는 관련 정보의 범위를 정하여 출력하는 수집방식을 이용하도록 요구할 것이기 때문이다.

제3장 형사절차상 디지털증거의 압수·수색

제1절 형사소송법 제106조 제3항

2011년 7월 18일 사법제도에 관한 국민의 신뢰 회복을 목표로 ‘압수·수색 요건 강화’, ‘정보저장매체 등에 관한 압수의 범위와 방법 명시’ 및 ‘정보주체에 대한 통지의무 부여’, ‘사법경찰관의 수사 개시권과 검사의 수사지휘권 확인’ 등을 주요 내용으로 하는 형사소송법 일부 개정 법률안이 통과되었다.²⁶⁾

개정 형사소송법 제106조 3항은 “법원은 압수의 목적물이 컴퓨터 용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 기억된 정보를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체를 압수할 수 있다”고 규정하여 디지털증거의 압수·수색 대상 및 방법 등을 제시하고 있다.

1. 압수·수색의 대상

수색은 “압수할 물건이나 피의자 또는 피고인을 발견하기 위한 목적으로 사람의 신체나 물건 또는 일정한 장소를 뒤져 찾는 강제처분으로”, 이러한 수색을 바탕으로 “증거방법으로 의미가 있는 물건이나 몰수가 예상되는 물건의 점유를 취득하는 강제처분”을 압수라고 한다.²⁷⁾ 2011년 7월 디지털증거의 압수규정이 명문화되었으나, 제106조1항에서는 압수·수색의 대상으로서 ‘증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건’이라고 규정하여 물건에 디지털증거, 즉 무체물

26) 박민우, 디지털증거 압수·수색에서의 적법절차, 고려대학교, 2016년, 69면

27) 배종대 외3인, 신형사소송법(제4판), 홍문사, 2012년, 181-182면

형태의 전자정보가 포함되는지에 대한 논란이 이어지고 있다.

전자정보가 압수·수색의 대상에 포함되는지의 여부는 많은 쟁점 사항의 원인이 되겠지만, 특히, 압수·수색의 종기와 관련하여 검찰과 법원이 첨예한 대립을 보였다. 전자정보가 압수·수색의 대상인 물건에 포함되지 않을 경우 검찰은 전자정보가 저장되어 있는 정보저장매체를 압수·수색 대상으로 한정함으로써, 정보저장매체의 점유권을 피압수자로부터 이관 받는 순간 압수·수색은 종료된다고 주장하여 정보저장매체내에 범죄사실과 관련 없는 정보에 대한 선별 또는 삭제할 의무가 존재하지 않는다고 주장할 수 있다. 반대로 피압수자는 전자정보 자체가 압수·수색의 대상이므로 범죄와 관련성이 있는 정보를 범위를 정하여 출력 또는 복제할 것을 요구할 수 있으며, 현장에서 정보저장매체의 점유권이 수사기관으로 이관되었다고 하더라도 정보저장매체내에 무관정보가 존재하지 않을 때까지 계속해서 유관정보만의 선별을 요청할 수 있는 권리를 가진다고 주장할 수 있다.

현행 형사소송법상 전자정보가 압수의 대상인지, 아닌지에 대해서는 긍정설과 부정설로 나뉜다. 열람 및 조사의 가능성이 있고²⁸⁾, 인쇄 등 필요 처분 시 유체물로 변환 가능하고²⁹⁾, 민법상 물건의 정의에 문리적 범위 안에 포함된다³⁰⁾는 것을 감안하면 전자정보도 압수의 대상으로 볼 수 있다는 견해들이 있으나, 유체물로 전환된 정보와 유체물을 동일하게 취급할 수 없고, 압수의 대상으로 허용할 경우 일반적·탐색적 수색의 위험성이 크다는 점³¹⁾, 디지털 정보는 전자적 성질을 가진 집합체 일뿐 그 자체가 전기나 에너지가 아니므

28) 강동욱, 디지털증거의 수집에 관한 형사소송법의 개정안에 대한 검토, 법학연구 제18권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2010년, 707면

29) 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2009년, 246면

30) 노승권, 컴퓨터 데이터 압수, 수색에 관한 문제, 검찰(통권 제11호), 대검찰청, 2000년, 280면.

31) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011년, 128면; 오기두, 형사절차상 컴퓨터 관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구, 박사학위논문, 서울대학교, 1997년, 77면

로 물건의 개념에 포함될 수 없다³²⁾는 견해들이 대립되고 있다.

학설상 의견은 분분하지만 대법원은 2011년 결정에서 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행 방법 및 예외의 경우 정보저장매체를 외부로 반출할 수 있는 기준을 제시³³⁾하여 전자정보에 대한 압수·수색이 가능함을 판시하였다. 또한, 최초 압수·수색 현장에서 전자정보가 담긴 저장매체 자체 또는 복사본을 압수하여 수사기관의 사무실에 옮겨 복제·탐색하는 경우 수사기관의 사무실에서 일어나는 행위는 압수·수색 종료 후의 무관한 행위가 아닌 하나의 영장에 기한 압수·수색의 일환으로 해당된다고 명시하여³⁴⁾ 압수·수색행위의 종료는 현장에서 정보저장매체의 점유권을 이관 받는 때가 아닌 정보저장매체 내에 유관정보만을 구별하여 수집이 완료된 때라고 판단하였다.

하지만 대법원이 전자정보도 압수의 목적물로 허용한 것과 전자정보가 압수의 대상물이라는 것을 명확히 선언한 것인지에 대한 구별이 필요하다는 견해³⁵⁾가 있듯이 전자정보가 압수·수색의 대상물로서 포함되는지의 해석상의 논란은 완전하게 종식 되지 않았다고 판단되며, 법조항의 문리적 해석과 법 현실 사이의 괴리를 없애기 위해 전자정보가 압수의 대상임을 명확히 규정해야한다는 주장이 끊임없이 제기되고 있는 실정이다.

2. 유관정보의 수집

개정 형사소송법 제106조 3항의 또 다른 특징은 정보저장매체의

32) 이주원, 디지털증거에 대한 압수·수색제도의 개선, 안암법학(제37권), 2012년, 159-160면

33) 대법원 2011.5.26.자 2009모1190 결정

34) 대법원 2015.7.16.자 2011모1839 결정

35) 이경렬, 디지털 정보 관련 증거의 압수·수색 규정의 도입방안, 홍익법학(제13권, 제3호), 홍익대학교 법학연구소, 2012년, 487면

압수 시 유관정보만을 선별하여 압수할 것을 원칙으로 하고, 예외적인 경우 유·무관 정보의 구별 없는 압수를 허용하는 ‘유관정보압수 원칙’을 명문화 한 것이다.

이 조항의 입법이 있기 전 대법원은 “전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행에 있어서는 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 혐의 사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, 집행현장의 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 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 허용될 수 있을 뿐이다. 나아가 이처럼 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후 영장에 기재된 범죄 혐의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수·수색영장 집행의 일환에 포함된다고 보아야 한다. 따라서 그러한 경우의 문서출력 또는 파일복사의 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의의 원칙상 당연하다. 그러므로 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄혐의와의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서출력 혹은 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이 된다.”³⁶⁾ 라고 하여 유관정보 수집 및 예외 사유에 대한 요건 등을 이미 명시적으로 판단한 바 있다.

2011년 개정된 형사소송법은 해석론 및 실무상 요건으로 인정되

36) 대법원 2011.5.26.자 2009모1190

고 있던 ‘관련성’ 요건이 제106조 제1항, 제109조 제1항, 제215조에서 명문화되었는데, 그 연장선상에서 제106조 제3항은 압수·수색의 대상이 정보저장매체일 경우에 집행의 원칙을 입법한 것이라고 평가된다.³⁷⁾ 이에 따라 압수·수색의 대상으로서 전자정보를 출력 또는 복제하여 압수할 경우 기억된 정보의 범위를 정하여 압수하라고 하여 광범위하고 포괄적인 압수를 지양하고 정보의 범위를 특정하여 압수토록 한 것이다. 또한, 제106조 3항의 단서요건에 따라 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기 현저히 곤란하다고 인정되어 수사기관이 저장매체 전부 또는 전부를 복사하여 반출한 경우 무관정보에 대한 열람·출력 권한을 가질 수는 없고, 더 나아가 해당 자료를 별건 범죄사실의 증거로서도 사용할 수 없다. 그렇지 않고 피압수자의 참여권 보장 없이 수사기관 스스로 무차별적으로 정보를 검색하고 별건의 범죄혐의를 확인, 증거로 활용한다면 위법한 압수에 해당한다.

이는 수사기관이 행하고 있는 무분별한 압수·수색으로 인한 침해받는 개인의 기본권을 보호하고 포괄적이고 광범위한 압수·수색을 통한 별건범죄 수사로 이어지는 수사관행을 억제하기 위한 법적 통제를 강화 하겠다는 것으로 해석된다. 또한, 정보저장매체에는 방대한 개인정보 및 기업의 영업비밀이 저장되어 있고, 정보저장매체가 수사기관에게 압수될 때에는 종래의 유체물과 비교할 수 없는 수준의 기본권 및 자유가 침해되는 것을 예상한다면 제106조 3항의 관련성 요건은 디지털 증거의 특성을 고려하여 절차적 권리 보장에 무게를 둔 것으로 판단된다.

다만, 다량의 전자정보들 속에 범죄와 관련성이 있는 증거 및 관련성이 없는 증거가 혼재되어 있는 압수·수색의 현장 특성상 수사기관이 증거로 활용하기 위한 정보를 특정하여 압수하는 것이 현실

37) 전승수, 디지털 정보에 대한 압수·수색영장의 집행, 법조 제670호, 2012년, 261면

적으로 가능하냐는 비판도 제기 되고 있다. 수색의 단계에서 관련성의 범위를 어떻게 판단하느냐에 따라 파일의 검색방법 및 열람이 어느정도 수준까지 허용되어야 하는지가 결정되는데, 수사기관과 피압수자는 관련성의 범위에 대해 상반된 의견을 가질 수밖에 없다. 현행 수사현실상 당해 범죄사실과 관련성이 있는 증거를 찾기 위한 탐색적 수색은 어느 정도 허용되어야 하고, 범죄의 증거로서의 관련성, 개인프라이버시의 보호 필요성 등을 형량 하여 적정한 한도 내에서 검색할 필요가 있다는 견해가 설득력을 얻는 것도 이러한 이유 때문이다.

3. 예외 판단의 기준

형사소송법 제106조 제3항의 단서조항인 “다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체를 압수할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이 때 예외를 결정하는 주체 및 예외의 기준에 대한 명확한 기준 제시가 필요하다.

대법원은 전자정보의 대량성으로 인하여 관련 정보 획득에 긴 시간이 소요되거나 전문 인력에 의한 기술적 조치가 필요한 경우의 이유를 예외적인 기준으로 제시하기도 하는데, 예외적인 기준을 적용하여 저장매체 자체를 반출하는 경우에도 피압수자의 참여권 보장 및 유관정보 수집의 원칙은 고수하여야 하고 이를 위반할 경우 압수·수색의 위법성은 면할 길이 없다고 판단하였다.³⁸⁾

이 결정문 이후 2015년 7월 서울중앙지방법원은 디지털증거에 대한 압수·수색 요건을 강화한 실무지침을 작성하여 배포하였다. 예외적으로 현장에서의 저장매체 하드카피·이미징이 불가능한 경우

38) 대법원 2015.7.16.자 2011모1839 결정

에 대해, ‘원칙적 압수 방법이 불가능하거나’, ‘압수 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 때’로 한정하면서 그 구체적 사유로는 ①피압수자 등이 협조하지 않거나, 협조를 기대할 수 없는 경우, ②혐의사실과 관련될 개연성이 있는 전자정보가 삭제·폐기된 정황이 발견된 경우, ③출력·복제에 의한 집행이 피압수자 등의 영업활동이나 사생활의 평온을 침해하는 경우, ④그 밖에 위 각 호에 준하는 경우를 말한다고 밝히고 있다. 39)

또한, 하급심 판례 중 서울남부지방법원은 ①압수·수색 장소가 개방된 업무공간이므로, 압수·수색 집행이 장시간 계속될 경우 다른 직원들의 업무에 방해가 될 우려가 있었던 점, ②전자정보의 양이 상당하여 현장에서 전체 파일의 내용을 일일이 확인해 유관정보와 무관정보를 추려 그중 유관정보만을 복제 또는 출력하기가 물적·인적·시간적 여건상 현실적으로 어려웠던 점, ③피압수자의 성명으로 된 폴더명만을 기준으로 삼아 그 밖에 나머지 폴더에 있는 파일 전부를 무관정보로 선불리 단정하여 구분할 수 없었던 점 등의 사정에 비추어 저장매체 반출이 허용된다고 판단한 바 있다.40)

최근 법원 판례의 경향에 따라 수사 실무에서는 유관정보만을 압수해야 한다는 원칙이 자리잡아가고 있지만 자칫 수사 활동의 위축으로 실체적 진실 발견이 어려워 질 수 있다는 비판이 제기되고 있다. 수사기관의 입장에서는 방대한 디지털정보 중 현장에서 범죄관련성이 있는 정보를 제한된 시간 내에 구별하여 추출 하는데 현실적인 어려움이 따르지만, 예외의 기준을 적용하여 정보저장매체를 전체를 하드카피 하거나, 저장매체 자체를 반출할 경우 어떠한 상황과 어떤 상황 아래 판단을 하였는지 그 판단은 위법인지 아닌지 등 예외사유에 해당하는 입증 책임의 부담감을 가질 수밖에 없기 때문이다.

39) 박민우, 디지털증거 압수·수색에서의 적법절차, 고려대학교, 2016년, 86면

40) 서울남부지방법원 2018.7.5. 선고 2017고합248 판결

제2절 압수·수색 집행 과정에서의 적법절차 원칙

1. 참여권 보장

형사소송법 제121조 및 제219조는 “검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.”라고 규정하여 압수·수색 절차과정의 투명성과 공정성을 보장하기 위하여 압수·수색 참여권을 명시적으로 규정하고 있다.

참여권은 압수·수색영장 집행에 있어 디지털증거의 압수·수색 절차 상 더욱 큰 의미를 가지게 된다. 앞서 언급한 디지털정보의 변조용이성, 매체독립성으로 인하여 디지털증거는 단순한 명령어의 입력 또는 간단한 조작만으로 매체에 기록된 정보를 변경하거나 쉽게 복사할 수 있다. 이는 디지털증거가 압수·수색 과정에서 외부로 반출될 경우 압수·수색의 집행이 종료된 이후에도 수사기관이 복제본을 가지고 있을 가능성을 배제할 수 없고, 혐의 사실과 무관한 정보가 수사기관에 의해 다른 범죄의 수사단서 내지 증거로 위법하게 사용되는 등 새로운 법익침해를 초래할 가능성이 있다는 것을 의미한다.⁴¹⁾ 따라서 참여권은 혐의사실의 관련성에 대한 구분이 없이 이루어지는 복제·탐색·출력을 막는 중요한 절차적인 권리로서 가치를 가지게 된다.

한편, 앞서 검토한 바와 같이 압수·수색영장의 종료 시기는 참여권의 보장시기에 큰 영향을 준다. 일례로 현장에서 정보저장매체 전체를 이미징 하여 반출하거나, 저장매체 자체를 제3의 장소로 반출하여 복제하여 원본은 반환 후 복제본에 대하여 탐색 또는 출력을 이어갈 경우 압수·수색의 종기는 언제로 보느냐에 대한 의견이 나뉜다. 압수·수색의 종기에 따라 참여권이 압수·수색의 원 처분 현

41) 대법원 2015.7.16.자 2011모1839 결정.

장으로 국한될 수 있고, 반출 후 탐색 및 열람을 위한 수사기관까지 확대될 수 있기 때문이다.

이에 대해 압수·수색 대상은 디지털정보 자체가 아니라 저장매체 등 유체물이며, 수사관이 수색을 통해 저장매체를 발견한 후 피압수자의 점유를 배제하고 수사기관의 점유 하에 두었으므로 이 시점에서 압수·수색영장의 집행이 종료되었다고 보는 입장이 있으며, 이 주장은 대법원의 2011모1839 결정이 있기까지 검찰을 비롯한 수사기관 실무상에도 널리 쓰인 방법 및 해석론이었다. 이러한 견해는 피압수자의 방어권 보장 및 수사기관의 증거수집 절차의 공정성 확보라는 영장집행 참여권의 취지를 몰각 시킬 수 있고, 법원의 수사기관의 무분별한 정보수집 통제가 형해화 될 수 있는 비판이 많았다.

이에 달리 압수·수색의 대상은 저장매체가 아니라 디지털정보 그 자체이며, 수사관이 저장매체를 수사기관의 사무실로 옮기는 행위는 압수가 아니라 제3의 장소에서 정보를 추출하기 위한 압수·수색 과정의 일환이라는 관련정보 탐색 및 추출 시 종료의 견해가 있다.⁴²⁾ 이와 관련하여 대법원은 2011.5.26.자 2009모 1190결정에서 참여권의 의미에 대해서 좀 더 명확하고 구체적인 요건을 명시하였다. ①저장매체 자체를 직접 또는 이미징 등의 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 관련 정보의 탐색, 출력 및 복사하는 과정 역시 압수·수색 영장 집행의 일환으로 포함되고, ②압수·수색 전체과정에서의 피압수·수색 당사자나 그 변호인의 참여권의 보장 및 참여가 배제된 상태에서의 저장매체의 열람 및 복사의 금지 ③전자정보의 왜곡이나 훼손과 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다고 판시하여 정보의 탐색 과정에 있어 참여권의 요건에 대하여 명시하였다.

42) 이숙연, 전자정보에 대한 압수·수색과 기본권, 그리고 영장주의에 관하여, 헌법학연구 제18권 제1호(2012.3), 2012년, 33면.

하지만 수사기관이 사무실 등 외부로 반출하여 관련 정보의 탐색, 출력 및 복사하는 과정까지 참여권이 보장되어야 한다고 하더라도 이에 대해 어느 정도의 수준까지 보장되어야 하는지에 대한 명확한 기준제시가 필요하다. 피압수자가 압수된 대량의 파일에 대한 개별적 열람을 통한 참여권을 보장하여야 하는지, 문서명의 열람만으로 그치는지에 대해서는 명확한 기준이 없어 실무상 많은 논란을 발생시키고 있다. 피압수자의 절차적 기본권 보장과 수사기관의 실질적 진실 발견이라는 가치가 조화되기 위해서는 참여권이 의도적으로 수사를 지연시키거나 방해하는 수단으로 전략하지 않고, 실질적인 절차적 권리 보장이 이루어질 수 있도록 기준 및 제도의 마련이 필요하다.

2. 반출한 저장매체의 반환 및 무관정보의 삭제

법원은 형사소송법 제 106조 제3항의 단서에 따라 예외적으로 저장매체를 적법하게 반출하여 원본에서 유관정보만을 탐색·복제·출력 하였다고 하더라도 반출한 저장매체를 영장에 명시된 기간이 경과하도록 반환하지 않았다면 그 절차에 있어 중대한 위법이 있다고 보아야 한다고 판단한 바 있다.⁴³⁾ 이 같이 판시한 이유를 살펴보면 ①전자정보에 대한 압수·수색 현장에서 저장매체 자체의 반출은 국민의 기본권 및 실질적 적법절차 원리를 침해할 여지가 있지만, 유관정보 입수를 위한 기술적인 방법상 필요불가결한 범위 내에서 비례의 원칙에 따라 예외적으로 적법성과 정당성이 허용되는 강제처분인 점 ②수사기관은 형사소송법 제218조의2에 따른 환부 또는 가환부 규정과 무관하게 반출한 저장매체를 계속하여 점유·보관할 권한을 부여받을 수 없는 점, ③압수·수색영장에 기재되어 있

43) 서울남부지방법원 2018.7.5. 선고 2017고합248 판결

는 기간이 경과한 후에도 수사기관이 저장매체를 계속 점유하는 것은 영장에 의하지 아니한 강제처분에 해당하는 점 ④수사기관이 장기간 저장매체를 점유할 경우, 피압수자로서는 개인의 일상생활이나 기업경영에 관한 정보 등 범죄혐의와 무관한 정보가 무분별하게 복제될 위험에 처하여 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권, 재산권 등이 침해될 우려가 있어, 이를 제한할 필요가 있는 점 등의 사유를 들어 수사기관이 압수·수색 시 반출한 저장매체를 장기간 반환하지 않는 것은 위법이라고 판단하였다.

예외기준을 적용하여 현장에서 반출한 저장매체에 대한 통제 범리가 없다면 수사기관의 포괄적이고 광범위한 압수·수색 행위를 지양하기 위하여 규정된 유관정보 압수 원칙이 유명무실화 되고, 수사기관의 무분별한 압수·수색으로 침해받는 국민의 기본권 보장이 형해화 될 수 있기 때문에 수사기관의 반출한 저장매체의 반환의무는 피압수자의 절차적 권리로서 중요한 의의를 가진다.

이와 비슷한 논리로 법원은 수사기관이 보유하고 있는 무관정보를 삭제하지 않은 행위에 대해서도 위법성을 판단하였다. “저장매체나 복제본에 유관정보와 무관정보가 혼재되어 있어 전체 전자정보에서 유관정보만을 선별하여 압수하는 데에 소요되는 기간 동안 수사기관이 유관정보 외에 무관정보까지 일시적으로 보관하는 것이 불가피하다고 하더라도, 어디까지나 수사기관의 유관정보 아닌 전자정보 보관은 유관정보에 대한 압수영장의 집행에 필요한 처분의 일환으로 필요 최소한도 내에서만 허용되는 것으로 보아야 하고, 별도의 압수·수색영장을 발부받지 아니한 이상 수사기관이 무관정보를 압수하거나 보관할 권한이 있는 것은 아니므로, 수사기관으로서 전체 전자정보의 혐의사실과의 관련성을 확인하여 유관정보만을 압수하고 그 외의 전자정보를 삭제·폐기하기 위하여 성실한 업무담당자로서 요구되는 노력을 기울여야 할 의무가 있다”⁴⁴⁾ 고 하

여 수사기관이 관련성이 확인되지 아니한 전자정보를 계속하여 보관하는 것은 영장주의에 반하는 압수라고 판단하였다.

다만, 이 판단에서 ‘성실한 업무 담당자로서 요구되는 노력’과 ‘상당한 기간이 경과한 때’에 대한 해석상 논란이 있을 수 있다. 해당 사건에서 법원은 영장을 발부하면서 ‘증거물 수집이 완료되고 복제된 저장매체를 보전할 필요성이 소멸된 후에는 혐의사실과 관련 없는 전자정보를 지체 없이 삭제·폐기하여야 한다.’는 압수·수색 대상 및 방법의 제한을 명확히 하였다. 법원은 무관정보를 삭제하지 않은 행위를 복제한 저장매체의 보전 필요성의 기준을 당해 영장 기재 사실의 범죄사실과의 인적·객관적 관련성으로 국한하여 위법이라고 판단하였는데, 이를 디지털증거의 압수·수색 절차 상 일률적으로 적용을 하는 것은 무리가 따른다고 판단된다.

법원의 무관정보 삭제 취지는 무관정보를 보유하는 결과 동일한 압수·수색 물건을 대상으로 한 제2의 영장, 제3의 영장이 발부 되었을 때 제 1영장에 기하여 압수한 저장매체에 당해 범죄와는 무관하지만 별건의 범죄 정보가 포함되어 있을 경우 수사기관의 별건 수사를 통제하기 위한 것으로 해석된다. 하지만 수사기관이 관련성 없는 정보를 장기간 보유함으로써 발생할 수 있는 부작용은 다른 제도적 장치를 마련하여 통제할 필요가 있다.

디지털증거는 변조·용이성으로 인하여 문서의 진정성이 언제든지 공격받을 수 있으며, 진술의 내용을 기재한 바와 다른 문서관리 파일 등은 성립의 진정에 대하여 의심받을 수 있는데, 이때 수사기관은 과학적 분석결과에 기초한 디지털포렌식 자료로 입증하여야 한다. 이 경우 원 압수물의 과학적 분석결과가 중요한 의미를 가진다.⁴⁵⁾ 디지털증거 분석 환경에 대한 구체적인 검토 없이 일률적으로

44) 서울남부지방법원 2018.7.5. 선고 2017고합248 판결

45) 컴퓨터내에는 파일에 대한 접근 및 취급, 사용자의 행위, 시스템의 환경 설정을 확인할 수 있는 정보를 저장하고 있으며, 이들 정보는 주로 문서파일과 다른 영역

범죄사실과의 인적·객관적 관련성만으로 무관정보를 삭제하지 않은 행위를 위법하다고 판단 내리는 것은 디지털 정보를 통한 실제적 진실 발견보다는 수사기관의 통제에 지나치게 기울어진 시각이라고 판단된다.

3. 압수한 전자정보의 상세목록 교부

형사소송법 제 129조, 제219조에 의하면 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준하는 자에게 교부하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 당사자의 의사에 반하여 증거물이나 몰수 대상물을 강제적으로 확보하는 것을 본질적 내용으로 하는 압수·수색 제도의 특성상 압수한 전자정보의 상세목록은 피압수자가 압수처분에 대한 위법성 주장을 하는 등 정당한 권리행사를 위한 가장 기초적인 자료가 되기 때문이다. 또한, 수사기관의 수사행위에 맞서 수사기관이 보유하고 있는 증거를 확인하여 수사기관의 우월한 지위에 따라 일방적으로 법률다툼이 진행되지 않고, 피압수인이 대등한 위치에서 재판을 받을 수 있도록 하기 위함이다. 압수한 정보의 상세목록에는 정보의 파일명세가 특정되어 있어야 하고, 수사기관은 이를 출력하여 서면을 교부하거나 전자파일 형태로 복사해 주거나 이메일을 전송하는 등의 방식으로도 할 수 있다.⁴⁶⁾ 피압수자에게 적정한 방법으로 압수한 전자정보의 상세목록을 교부하였다는 사실은 수사기관이 입증하여야 하며, 상세목록의 미교부 시 압수 처분은 위법하다.

에 저장되어 있어, 압수·수색시 이 정보에 대한 수집 검토도 필요하다
46) 대법원 2018.2.8. 선고 2017도13263 판결

제3절 위법한 압수·수색 집행의 구제 수단

1. 준항고

준항고란 재판장 또는 수명법관의 재판이나 검사 또는 사법경찰관의 처분에 대해 불복이 있는 경우 그 재판 또는 처분의 취소 또는 변경을 청구하는 불복 신청방법을 말한다. 준항고는 상급법원에 신청하는 것이 아니라 법관 소속법원이나 관할법원에 처분의 불복을 신청한다는 점에서 상소는 아니지만 실질적으로 더 강화된 재판부에 의하여 심사를 받기 때문에 형사소송법에서는 항고의 장에서 규정하고 있다⁴⁷⁾.

형사소송법 제417조는 “검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 제243조의2에 다른 변호인의 참여 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기서 압수에 관한 처분에는 영장에 의한 압수, 영장에 의하지 아니한 압수 및 압수와 관련된 처분이 포함되며, 준항고는 수사기관의 일정한 처분을 대상으로 하기 때문에 항고라기보다는 행정소송의 성질을 가지는 것이라고 할 수 있다.⁴⁸⁾

소를 구하는 자는 법률상 이익이 있어야 한다. 압수처분에 불복하여 처분의 취소를 구하는 자는 수사기관으로 하여금 위법하게 행한 압수·수색의 결과로서의 압수물을 보유하지 못하게 하고, 중국에는 해당 압수물이 소송에서 증거로서 가치를 가질 수 없도록 하는데 목적이 있는데, 이는 형사소송법이 제308조의2에 따라 위법수집증거

47) 안정섭, 최건호, 전자정보 압수·수색의 일련의 압수처분에서 참여권 보장 범위 및 준항고에서 취소의 대상 검토, 법학평론 7(2017.5), 서울대학교, 309면

48) 신이철, 형사구제법, 유스티니아누스, 2014년, 149면

의 배제원칙을 적용하고 있는 데에 기인한다.

준항고는 재판의 집행을 정지하는 효력은 없으나, 법원은 결정으로 준항고에 대한 결정이 있을 때까지 수사기관의 압수처분 등의 집행을 정지할 수는 있다.⁴⁹⁾ 또한, 압수·수색 처분의 위법성이 본안 판단에 중요한 요소로 작용될 수 있다고 판단될 경우 법원은 실무상 본안 판단을 준항고에 대한 결정이 있을 때까지 미루어 적법절차의 준수 및 수사기관의 위법한 수사를 억제하고자 하는 노력을 기울이고 있다.

2. 위법수집 증거배제원칙

위법수집증거배제법칙이란 위법한 절차에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 부정하는 것으로, 이는 원래 형사소송에서 적법절차의 준수 및 수사기관의 위법수사를 억제하고자 하는 근거에 따라 주장된 증거법칙이다. 현재 형사소송법은 2007. 6. 1. 개정에 의하여 2008. 1. 1.자로 시행된 제308조의2에서 이를 명문으로 규정하고 있다. 개정 형사소송법 제308조의2 입법 이전에도 대법원은 진술증거의 경우 위법수집증거 배제법칙을 적용하여 증거능력을 부인하여 왔다.⁵⁰⁾ 다만, 비진술증거에 관하여는 ‘형상불변론’에 입각하여 위법하게 수집된 증거라도 증거능력 자체는 위협받지 않고, 법정에서 사용될 수 있다고⁵¹⁾ 판시하여 디지털증거의 특수성으로 인하여 디지털증거 수집과정에서의 위법성은 재판과정에서 실질적인 의미를 가지지 못 하였다.

그러던 중 대법원은 2017년 11월 15일 ‘제주도지사 사건’ 판결을

49) 안정섭, 최건호, 전자정보 압수·수색의 일련의 압수처분에서 참여권 보장 범위 및 준항고에서 취소의 대상 검토, 법학평론 7(2017.5), 서울대학교, 310면

50) 대법원 1992.6.23. 선고 92도682판결; 대법원 1990.8.24. 선고 90도1285 판결; 대법원 2002.6.11. 선고 2000도5701 판결

51) 대법원 1968.9.17. 선고 68도932판결

통하여 위법수집증거 배제법칙 및 독수독과 이론을 판시 하여 비진술증거의 형상불변론을 파기하는 입장을 전면적으로 도입하였고, 이듬해 형사소송법 제 308조의2가 개정됨에 따라 비진술 증거에 대해서도 위법수집증거배제법칙이 적용됨을 명문화하였다. 그 결과, 디지털증거 또한 증거능력의 문제에 대해서 자유로울 수 없는 분야가 되었다.

다만, 대법원은 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 중요한 이념이라고 하면서 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리, 법익의 성질, 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위과 증거수집 사이의 인과관계, 수사기관의 인식과 의도 등을 종합하여 그 예외를 인정할 가능성을 열어두었다.⁵²⁾

다만, 예외가 원칙을 압도하는 상황을 막기 위하여 대법원은 디지털증거에 대한 압수·수색영장 집행에 있어 객관적·주관적 범죄관련성 요건을 중요시하면서 영장 기재 혐의사실과 무관하게 수집된 증거의 적법성 여부와 이에 대한 위법 수집증거 배제법칙의 예외 인정 여부에 관해 엄격하게 판단하는 경향이 보인다.⁵³⁾ 특히 영장에 기재된 범죄행위 관련성을 지나치게 확장하거나 관련성과 무관한 정보를 수집하는 경우, 정보의 범위를 정하여 출력 또는 복제할 수 없는 예외의 인정 사유를 무리하게 적용 또는 반출 후 저장매체의 환부 하지 않는 경우, 무관정보를 특별한 사유 없이 삭제하지 않는 경우 등 명백한 위법행위가 발생할 경우 1차적 증거에 대한 경우는 물론 1차 증거에 파생하여 수집된 2차 정보의 증거능력까지 모두 부정하고 있다.

52) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 판결

53) 손지영·김주석, 디지털증거의 증거능력 판단에 관한 연구, 대법원 사법정책연구원, 2015년, 111면

제4장 공정거래위원회의 디지털증거 수집

제1절 공정거래위원회의 조사의 의의 및 성격

1. 공정거래위원회 연혁

19세기 말 미국은 대기업들이 각종 카르텔과 트러스트를 형성하여 시장경제질서를 왜곡하고, 소비자의 이익을 침해함에 따라 이들의 폐해를 시정하기 위해 전 세계 최초로 현대적 의미의 독점규제법인 Sherman법을 제정하게 되었고, 이후 법집행을 보다 실효성 있게 하기 위하여 연방거래위원회법을 제정하여 1915년 준 사법, 준입법기능을 가진 독립 규제위원회⁵⁴⁾로 연방거래위원회를 설치하였다. 이후 세계 각국에서는 독점규제의 필요성을 인식하여 관련법의 제정 및 규제당국을 설치하였다.

1964년 한국에서는 재벌기업들이 대표적인 생활필수품인 설탕, 밀가루, 시멘트에 대해 독과점시장을 형성하고, 담합을 통하여 가격과 수량을 조작한 삼분폭리사건이 터졌다.⁵⁵⁾ 이로 인해 1975.12 물가안정 및 공정거래에 관한 법률(1976.3 시행)이 제정되어 공정거래에 관한 규정이 처음 포함되었다.

1980년에 들어 상위 3사가 전체 매출액의 50%를 차지하는 독과점 품목이 공산품 전체의 89%를 차지하고 업체들이 협회, 조합을 통하여 가격, 출고를 담합하는 등 카르텔의 폐해가 날로 심해지자, 당시

54) 독립규제위원회의 가장 큰 장점은 신속한 법집행, 불명확한 법 기준 대신 기업의 활동에 대한 명확한 가이드라인의 제시, 사법부에 의한 일반적인 법 집행 대신 신속하고, 전문성 있는 법집행의 특징을 가진다는 것이다. 형법을 주로 집행하는 법무부는 독점규제업무의 우선순위가 낮을 수밖에 없고 법원의 판단이 내려질 때까지 많은 시간이 소요되고, 소를 제기할 수 있을 뿐 위법을 선언하여 시정조치를 명할 수 있는 권한이 없다. 조성국, 미국의 경쟁/소비자법, 제도 및 사건처리절차 연구(공정거래위원회 연구용역자료), 공정거래위원회, 2015, 13면

55) 한국민족문화대백과사전([http://encykorea.aks.ac.kr/ Contents/ Index?contents_id=E0073433](http://encykorea.aks.ac.kr/Contents/Index?contents_id=E0073433)), 최종방문일: 2018.10.7

의 집권 군부는 1980.12 국가보위위원회에서 개혁입법의 하나로 ‘공정거래법’(1984.4.1.시행)을 제정하여 경제기획원 장관의 처분에 앞선 필수적 심의, 의결기구로서 공정거래위원회를 설치하였고, 공정거래실이 사무를 집행토록 하였다.⁵⁶⁾ 이후 1990년 4월 공정거래위원회 사무처를 신설하여 경제기획원에서 공정거래업무를 분리하여 이관하고, 1994년 12월 국무총리산하의 중앙행정기관으로 독립, 1996년 위원장이 장관급으로 격상하여 오늘날의 공정거래위원회의 모습을 갖추었다.

2. 공정거래위원회의 법적 지위 및 권한

정부조직법 제2조 제1항에서는 중앙행정기관의 설치와 직무범위는 법률로 정하도록하고 있고, 제5조에서는 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다고 규정하고 있다. 정부조직법을 근거로 공정거래법 제35조 제1항 및 제2항에서 불공정거래행위 규제를 위한 중앙행정기관으로서 국무총리소속하에 공정거래위원회가 설치되어 있다. 또한, 공정거래위원회는 공정거래법 집행의 전담기구로서의 지위를 갖고 있다.(공정거래법 제36조)

공정거래위원회의 법적 지위가 가지는 주요한 특징은 경쟁법 위반행위에 대한 과징금 부과, 검찰 고발 등 행정제재 처분을 위한 행정기관과 심의절차를 담당할 준 사법기관으로서의 권한을 동시에 보유하고 있다는 것이다.

행정기관으로서의 공정거래위원회는 법 위반의 혐의가 의심되는 경우 위반사실의 유무를 조사하고 이를 인정하기 위한 증거자료를 수집한다. 이 후 범위반 사실이 인정된다고 판단되면 행정제재 처분

56) 배현정, 공정거래위원회의 지위와 기능에 관한 법적 고찰, 이화여자대학교, 2002, 5-6면

을 결정하기 위해 법원의 역할을 하는 회의체로서의 공정거래위원회 심판정에 관련 내용을 상정하게 된다. 사건을 담당하게 될 공무원, 즉 심사관은 공정거래위원회 사무처에 소속됨으로써 형식상 심리를 담당하는 회의체로서의 공정거래위원회와 구분하고 있다.

준 사법기관으로서 공정거래위원회는 공정거래법 위반 여부를 다루는 과정에서 당사자 및 이해관계인의 충분한 의견이 개진되도록 사법절차에 준하는 심의 구조를 마련하고 합리적인 증거법칙과 적절한 절차를 운영하는 회의체로서의 성격을 가진다. 준 사법이라는 용어를 사용하는 이유는 공정거래법 위반사건의 심판절차가 법원과 같이 사법기관에 의해 진행되는 엄격한 사법절차는 아니지만, 행정기관 스스로 엄격한 절차를 바탕으로 증거자료 등을 통해 사실을 인정하고, 인정된 사실이 규정된 법의 요건에 충족되는지를 판단하여 시정조치, 과징금 부과 등의 행위를 스스로 내릴 수 있는 사법적 기능을 수행하는 점에 기인하고 있다고 판단된다. 헌법재판소는 “사법절차를 가장 엄격한 적법절차의 하나라고 볼 때 그에 유사한 정도로 엄격하게 적법절차의 준수가 요구되는 절차를 ‘준 사법절차’, 그러한 절차를 주재하는 기관을 ‘준 사법기관’이라고 표현할 수 있다”고 판단하여 공정거래위원회를 심의절차는 사법절차와 완전하게 동일한 절차는 아니지만 사법기관과 유사한 성격을 가지는 절차라고 판단한 바 있다.⁵⁷⁾

한편, 공정거래법 즉, 경쟁법 집행에 있어 행정기관이 심의절차에 관한 권한을 보유하는 것이 정당인가에 대한 논쟁이 끊임없이 제기되고 있다. 경쟁법 집행 방식은 법원에서의 소송을 중심으로 운용되는 사법형제도와 행정기관을 중심으로 운용되고 있는 행정형제도로 구분되는데 이에 대한 선택의 기준은 논리적이기 보다는 입법적 결과에 따른 산물이라고 판단된다. 법원에서의 재판을 통하여 경쟁법

57) 헌법재판소 2003.7.24. 선고 2001헌가25 전원재판부 결정의 소수의견

위반 행위를 다루는 사법형 제도의 경우에는 법 위반행위자의 재판을 받을 권리를 보장 할 수 있는 장점이 있으나 재판절차의 장기화로 신속한 피해구제가 어렵고, 왜곡된 시장질서의 신속한 시정이라는 경쟁법 집행의 목적을 등한시 한다는 비판의 제기가 가능하다.

반면, 행정형 제도의 경우에는 사법형 제도에 비하여 신속하고 유연한 심사제도를 통한 신속한 법 위반행위의 시정이 가능하다는 장점이 있으나, 심사절차에 피심인의 법적지위를 보호하기 위한 수단이 갖추어지지 않을 경우 피심인의 절차적 권리가 보장되지 않는다는 단점이 있다. 이러한 점을 고려하여 한국의 공정거래위원회의 경우 왜곡된 시장경제질서를 신속하게 바로잡아 시장경제에 미치는 부정적인 영향을 최소화시키기 위한 목적을 우선적으로 반영한 입법의 결과로 행정형 제도를 경쟁법 집행 방식으로 취하고 있다.

다만, 공정거래위원회가 행정형 제도를 통해 경쟁법 집행에 관한 형식적 적법성을 제공받고 있긴 하지만 다음과 같은 사유로 집행과정에 있어서 헌법적 원리의 통제를 늘 염두에 두어야 한다.

먼저, 공정거래위원회의 규율 사항이 다른 국가들과 비교했을 때, 비교적 법적 비난가능성이 상대적으로 낮은 불공정 거래행위 또는 연성 공동행위까지 형사처벌이 가능하도록 규정해두고 있어⁵⁸⁾ 공정위의 제재처분은 다른 행정기관의 처분과 달리 행정 제재를 넘어서 형사처벌 가능성이 높다. 둘째, 공정거래위원회가 부과하는 과징금의 성격이 위반행위를 통해 얻은 부당한 이익을 환수하는 것뿐만이 아니라 부당이득 환수의 성격이 없는 징벌적 성격만을 가지는 경우가 종종 발생하는 데, 그 결과 사업자가 느끼는 사실상 및 심리적 부담은 형사처벌 못지않다. 셋째, 공정거래법은 공정거래위원회의 처분에 대하여 서울고등법원을 전속관할로 규정함으로써 행정상의 처분에 대한 3심제의 재판제도에 대한 예외를 두고 있어, 공정위의

58) 정호열, 경제법(제4판), 박영사, 2013년, 158면.

심의절차가 사실상 법원의 1심 기능을 대체하고 있다. 넷째, 공정거래위원회는 공정거래법 71조에 따라 전속고발권제도⁵⁹⁾를 규정하고 있다. 이는 공정거래위원회의 전문성을 감안하여 경쟁법 집행의 독점적 권한을 부여하고, 경쟁법 위반행위에 있어 형사처벌의 필요성 판단까지 독자적으로 결정할 수 있는 권한이다.

공정거래위원회의 처분의 성격이 사실상 형사처벌에 못지 않은 효과를 가지고 있고, 헌법상 보장된 재판청구권을 제한하는 점, 경쟁법 집행의 독점적 권한을 가지고 있는 점을 감안하여 공정거래위원회의 심의절차는 헌법상 보장된 기본권을 보호하고, 형사소송의 원칙이 공정거래위원회의 심의절차상 반영될 필요가 있다. 다만, 합의회행정기관이자 경쟁법 집행기관으로서의 공정거래위원회의 전문성을 인정하고, 불공정경제행위의 신속한 시정을 위한 행정 효율성을 위하여 형사절차상 요구되는 실체적 진실발견이나 엄격한 입증책임까지 바라는 것은 무리이지만, 적어도 이해당사자에게 충분한 방어기회를 보장키 위한 노력을 소홀히 해서는 안 될 것이다. 이를 위해 공정거래위원회 조사행위는 엄격하고 적법한 절차에 따라 행하여야 하고, 심의절차상 법원의 재판절차상 인정되고 있는 대심구조 및 증거조사 등 피심인의 방어권 보장을 위한 절차를 충실하게 운영할 필요가 있다.

3. 공정거래법상 조사의 의의 및 법적 성격

공정거래위원회의 사건처리절차는 공정거래법에 위반하는 사건의 처리를 위하여 행해지는 행정적, 준 사법적 절차로서, 사건의 단서·사실에 대한 조사 및 사전심사·심사·위원회 상정·위원회의

59) 행정기관 고발 없이는 검찰이 기소할 수 없는 제도로 형사처벌 여부를 판단함에 있어 행정기관의 전문적 판단이 필요한 조세, 출입국관리, 항공, 공정거래 등 분야에 도입·운영 중에 있다.

심의, 의결·불복의 과정으로 진행된다.⁶⁰⁾ 사건처리 절차 중 사실에 대한 조사단계에 있어 공정거래위원회는 법 위반 행위의 자료를 수집하기 위한 조사를 진행한다. 근거조항으로는 공정거래법 제49조 1항에서 “공정거래위원회는 이 법의 규정에 위반한 혐의가 있다고 인정할 때에는 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다”라고 규정하고 있으며, 이 규정은 공정거래위원회가 직권에 의해 조사를 시작하기 위한 요건 및 조사권한의 수권을 부여한다. 이때 행정조사권의 발동요건인 “위반한 혐의가 있다고 인정할 때”의 해석이 분분한데, 수사기관이 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있는 경우 영장을 발부받아 압수·수색할 수 있는 수준은 아니지만 법의 시행을 위한 필요성이 있으면 조사는 가능하다는 견해⁶¹⁾, 법의 시행을 위한 필요성은 객관적으로 인정되어야 하고, 헌법합치적 해석에 의하여 공정거래위원회가 그 것을 객관적으로 소명할 수 있을 때에 한하여 행정조사가 허용 되는 것으로 보아야 한다는 견해 등이 있다.⁶²⁾ 현행 공정거래위원회 실무는 수사기관이 범죄 행위 소명을 위한 엄격한 수준의 증명은 필요 없고 신고 및 인지에 따른 법 위반 행위가 있을 수 있다는 합리적인 추정을 할 수 있는 수준으로 충분하다는 해석을 취하고 있다.

공정거래법상의 조사의 명확한 개념을 살펴보면, 법 위반 사실의 단서를 접한 공정거래위원회가 심사절차를 개시할 것인지를 결정하거나, 심사절차 개시 이후 계속하여 심의 및 의결에 필요한 자료를 수집할 목적으로 사인에 대하여 행하는 일체의 행정작용을 의미한다.⁶³⁾ 공정거래법상 조사의 법적성격은 행정조사에 속하는 행정행위

60) 홍대식, 공정거래법상 공정거래위원회의 사건처리절차에서의 절차적 하자과 처분의 효력, 특별법연구 14권, 2017년, 107면

61) 홍대식, 공정거래법상 공정거래위원회의 사건처리절차에서의 절차적 하자과 처분의 효력, 특별법연구 14권, 2017년, 114면

62) 박정훈, 공정거래법의 공적 집행, 권오승 편, 공정거래와 법치, 법문사, 2004, 1013면

63) 강수진, 공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계, 대검찰청

로서 임의조사라고 보는 것이 학계의 통설이다.⁶⁴⁾

행정조사란 행정기관이 사인으로부터 행정상 필요한 자료나 정보를 수집하기 위하여 행하는 일체의 행정작용을 일컫는데, 종래에는 질문, 검사 등의 강제적인 자료수집활동이라는 점에 착안하여 행정조사 또는 강제적 자료수집활동을 행정상 즉시강제에 포함시켜 설명 하였으나, 최근에는 임의적인 방법에 의한 인구, 주택, 특정 산업 분야 조사까지도 포괄하는 독자적인 개념으로서 권력적 행위와 임의적 협력에 의한 활동 모두를 포함하는 것으로 이해한다.⁶⁵⁾

공정거래위원회의 조사행위는 임의조사의 형태를 가지고 있어도 실무상 형사절차상 압수·수색과 비슷한 성격의 유형을 내포하고 있다. 이는 공정거래위원회의 조사 실무상 공정거래위원회 법 위반 행위 중 담합사건, 부당지원 행위 등 현장조사 예정 사실을 통보할 경우 피조사업체들이 관련 자료를 은닉 또는 삭제할 가능성이 있는 경우 기습적인 현장조사(Dawn Raid)방식을 취하고 있기 때문이며, 현장조사를 위한 사업장 출입, 자료 열람 및 제출에 따른 영치 절차는 형사절차상 압수·수색의 그것과 비슷하기 때문이다.

이에 따라 공정거래법상 조사가 임의성을 바탕으로 하는 조사라고 하여도 임의성의 내용과 정도의 진의성은 엄격히 해석하여야 한다. 임의성의 정도를 결정하는 데에 있어 중요한 전제는, 조사대상자가 당해 행정조사를 거부할 경우의 직접적인 불이익(조사거부구성요건으로 작용하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 불이익을 의미하고, 단지 조사대상자가 막연히 생각하는 심리적, 무형적, 간접적인 불이익은 제외)이 무엇인지를 아는지 여부에 달려있다.⁶⁶⁾ 이러

형사법의 신동향 Vol37, 2012년, 5면

64) 이호영, 독점규제법, 홍문사, 2010년, 424면; 신동권, 독점규제법, 박영사, 936면; 공정거래법, 사법연수원, 2011년, 285면; 황태희, 독점규제법상 집행시스템의 개선방안, 저스티스 통권 123호, 2011년, 190면; 헌재 2005. 5. 27. 2004헌마800 결정

65) 김동희, 행정법1(제17판), 박영사, 2011년, 503면, 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2013년, 472면

한 실체적 요소를 고려하지 않고 임의조사의 외형적 요소만 고려하여 조사의 적법성을 인정하는 경우 형사절차보다 더 강력한 조사권을 행사할 수 있는 가능성을 남겨 피조사자의 권리 보장에 위협이 될 수 있다.

따라서 공정거래위원회의 조사는 간접 강제력에 의한 협조의무만 존재할 뿐 원칙적으로는 임의조사라고 보고, 그 한계를 넘어 강제조사의 범위에 포함되기 위해서는 법률에 명문의 수권규정이 존재하거나(강제처분법정주의 적용), 법원이 발부한 영장에 의해서만 가능하다(영장주의 적용).⁶⁷⁾

제2절 공정거래위원회 디지털증거 수집 법제의 검토

2000년대 후반 ICT 기술의 발달로 조사대상이 종이문서에서 정보저장매체에 저장되어 있던 디지털증거로 바뀐에 따라 공정거래위원회의 조사 방식도 이런 환경 변화에 대응할 필요성이 끊임없이 제기되어 2010년 8월에 DFC(Digital Forensic Center)를 설립함으로써 디지털포렌식을 활용한 디지털증거의 수집 및 분석을 조사에 활용하기 시작하였다. 이후 2017년 9월 디지털 조사분석과를 신설하여 오늘날의 모습을 갖추었다. 공정거래법상 디지털증거의 수집행위를 규율하는 명확한 규정은 없으나, 공정거래위원회는 공정거래법 제50조 2항, 공정거래법 시행령 제56조 2항에 따라 디지털증거를 수집하고 있으며, 디지털증거 수집 절차에 관한 세부적이고 구체적인 사항을 공정거래위원회 고시로 제정하여 시행중에 있다.⁶⁸⁾

66) 한웅희, 압수·수색이 요구되는 행정조사에서의 영장주의, 서울대학교, 2018년, 17면

67) 강수진, 공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계, 대검찰청 형사법의 신동향 Vol37, 2012년, 7면

68) 디지털증거의 수집·분석 및 관리 등에 관한 규칙[시행 2018. 4. 3.] [공정거래위원회고시 제2018-4호, 2018. 4. 3., 제정]

1. 공정거래법상 디지털증거 수집

비권력적 조사에 작용법적인 근거가 필요한 것은 학설상 이견이 있으나, 권력적 조사에 작용법적인 근거를 필요로 하는 데는 이견이 없다. 공정거래위원회의 조사 및 조사결과를 바탕으로 내리는 처분은 국민의 재산에 중대한 영향을 미치는 권력적 조사 작용으로서 작용법적인 근거를 필요로 한다고 볼 수 있다. 최근 대부분의 자료가 컴퓨터 정보저장매체에 기록되고 있는 것을 감안하면 공정거래위원회가 행정조사의 일환으로 수행하는 디지털증거의 수집은 종래의 조사방식 보다 더 강력한 권력적 조사가 될 수 있다. 이 때문에 공정거래위원회의 디지털증거 수집의 권한은 조직법적 근거 외에도 명확한 작용법적 근거가 필요하다.

공정거래법 제50조 제2항은 “공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 소속공무원으로 하여금 사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부, 서류, 전산자료, 음성녹음자료, 화상자료 그 밖에 대통령령이 정하는 자료나 물건을 조사하게 할 수 있으며 대통령령이 정하는 바에 의하여 지정된 장소에서 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술을 듣게 할 수 있다”고 규정하고 있다. 또한, 공정거래법 제50조 제3항은 “위 규정에 의하여 조사를 하는 공무원은 대통령령이 정하는 바에 따라 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에 대하여 조사에 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치를 할 수 있다. “라고 규정하고 있다. 또한, 공정거래법 시행령 제56조 제2항에 “법 제50조(위반행위의 조사 등)제3항의 규정에 의한 자료나 물건의 제출명령 또는 제출된 자료나 물건의 영치는 증거인멸의 우려가 있는 경우에 한한다”고 규정하고 있다.

실무상 공정거래위원회는 디지털증거 수집의 권한이 위 조항들로 부터 비롯된다고 보는 해석론적 접근방식을 취하고는 있다. 하지만 위 조항들은 공정거래위원회가 위반행위의 확인을 목적으로 현장에서 자료나 물건을 열람 등의 형태를 통해 조사할 수 있는 권한을 규정한 것이고, 필요한 경우 제출된 자료의 물건에 대한 영치를 할 수 있을 뿐이지 전산자료의 열람을 넘어서 압수·수색에 준하는 방법으로 적극적으로 디지털증거를 수집할 수 있는 권한을 부여하는 규정은 될 수 없다는 비판이 제기된다.

또한, 공정거래법 제50조2항에서 조사대상이 되는 자료나 물건 중 ‘전산자료·음성녹음자료·화상자료’는 2001.1.16. 법률 개정 시 수정된 이후로 현재까지 유지되고 있는데, 당시 입법의도로 개정된 조항에 추가된 ‘전산자료’의 의미가 오늘날 정보저장매체에 기록되고 관리되고 있는 디지털 자료와 일치하는지에 대한 검토가 필요하다. 전산자료와 디지털 자료의 문언적인 의미의 차이점을 고려하고, 입법당시와 현재의 시대적 상황이 많이 변화한 것을 감안한다면, 그 당시 입법의도로는 전자적 형태로 관리되는 기록에 대한 열람을 통한 소극적인 조사권한을 부여한 것이라는 주장의 제기가 충분히 가능하다. 동 조항을 현대적 의미의 디지털 자료에 대한 적극적인 조사 및 수집권한을 부여한 것으로 해석하는 것이 합리적이지 않다면 현 시대에 맞는 법 개정이 필요하다고 판단된다.

한편, 행정조사에 있어 작용법적 근거를 구성하기 위하여 ①행정조사의 목적에 대한 구체적 제시 ②행정조사의 대상의 확정 ③행정조사의 수단에 대한 개별적/구체적 제시 ④행정조사의 방식에 대한 구체적 제시 ⑤행정조사의 절차에 대한 구체적 제시 등이 요건으로 필요하다.⁶⁹⁾ 이에 따라, 공정거래법상 공정거래위원회의 디지털증거의 수집의 작용법적 요소를 갖추는지에 대한 검토가 필요하

69) 김용섭외, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 박영사, 2016년, 34면

다. 위의 제50조2항으로는 디지털증거의 수집 대상을 확정하기 힘들고, 유관정보만을 선별하여 수집할 것인지, 과거 삭제된 내역을 복원하기 위한 전체 이미징을 허용한 것인지 등 디지털증거의 수집의 범위 및 방식에 대한 구체적인 기준 또한 결여되어 있다.

종합하여 보면, 현행 공정거래법 제50조 2항은 디지털증거 수집행위의 작용법적 근거를 완벽하게 충족하기에 미흡하다고 판단된다.

2. 디지털증거 수집 및 분석에 관한 규칙

공정거래위원회는 조사과정에서 컴퓨터용 디스크와 그 밖에 이와 유사한 디지털 저장매체로부터 디지털증거를 수집, 운반, 분석, 현출 및 관리하는 절차와 그 과정에서 준수하여야 할 사항 등에 대하여 규정하기 위하여 디지털증거의 수집, 분석 및 관리 등에 관한 규칙(공정거래위원회 고시 제2018-4호, 2018.4.3. 시행, 이하 ‘디지털증거 수집 규칙’)을 제정하여 시행중에 있다.

행정규칙이 법규명령으로서 효력을 가지기 위해서는 법령의 수권에 근거하여야 하고, 그 수권은 포괄위임금지의 원칙상 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다.⁷⁰⁾ 또한, 행정규제기본법 제4조 제2항 단서는 “법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다”라고 규정하여 행정규칙이 법규명령으로서의 효력을 갖기 위한 일반적 근거와 한계를 규정하고 있다. 대법원은 공정거래법 제48조 2항, 제55조의 2의 위임에 따라 공정거래위원회가 제정하여 운영하는 ‘공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙’(공정거래위원회 고시 제2018-7호, 이하 ‘사건처리 절차규칙’)을 재판의 근거로

70) 박균성, 행정법강의(제14판), 박영사, 2017, 174면

서 원용될 수 있다고 하여 법규성을 인정한 바 있다.⁷¹⁾

하지만, 공정거래위원회의 디지털증거 수집 규칙은 상위법인 공정거래법상 구체적·개별적인 사항에 대한 위임규정에 따라 제정된 행정규칙이 아니므로 공정거래위원회 내부적으로 디지털증거의 수집행위에 대한 처리기준을 규정한 행정규칙에 그치고 법규명령으로서의 효력을 가지지 못한다. 다만, 디지털증거수집 규칙이 법규성을 가지지 못하지만, 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절차 상 행정행위에 대한 일관성을 보장하고, 조사공무원이 재량권을 자의적으로 행사하는 것을 방지하는 내부적인 기준을 제시하는 역할을 하고 있다.

디지털증거 수집 규칙은 총칙, 디지털증거 수집 및 분석 지원요청, 디지털증거 수집 및 운반, 디지털증거의 등록 및 분석, 디지털증거의 관리 및 폐기 등 5개의 장으로 구성되어 있다.

총칙에서는 디지털증거 수집 절차상 사용되는 용어를 정의하고 있다. 총칙 중 제2조(정의)에서는 디지털자료와 디지털증거를 구별하고 있다. 형사절차의 디지털증거의 압수·수색절차상 개념과 비교를 해보면 유관정보와 무관정보의 구분 없이 정보저장매체에 저장되어 있는 상태의 정보를 '디지털 자료'로 해석이 가능하며, 디지털자료 중 법 위반 행위 증명을 위한 증명력을 가진 정보를 디지털증거라고 해석할 수 있다. 이는 형사절차상 디지털증거의 압수·수색 대상에 관한 혼란을 최소화하기 위해 공정거래위원회는 디지털증거의 수집대상을 정보저장매체가 아닌 디지털자료로 명확히 규정하고자 하는 취지로 판단된다. 이와 관련하여 디지털 증거 수집 절차상 수집의 대상은 제12조 1항에서도 명확하게 정보저장매체가 아닌 디지털 자료로 규정하고 있다.

제3조(디지털포렌식의 기본원칙)는 디지털증거의 특성을 감안하여

71) 대법원 2001.5.8. 선고 2000두10212 판결

디지털증거를 다루는 실무자의 전문성, 장비의 신뢰성에 대해 언급하고 있으며, 적법한 절차의 원리, 최소범위 수집원칙을 규정하고 있다. 이는 미국과 영국 그리고 우리나라 수사기관에서 디지털 포렌식의 기본원칙으로 제시하고 있는 무결성, 적법절차, Chain of custody(보관의 연속성), 재현가능성 등의 원칙⁷²⁾을 공정거래위원회의 디지털증거 수집규칙에도 적용하고 있는 것으로 판단된다. 피심인의 무결성 훼손 주장에 따른 증명력이 문제되는 경우를 대비하여 제12조 4항은 디지털증거가 수집 당시부터 무결성이 유지되고 있다는 것을 증명하기 위해 해시값 등을 기재한 확인서를 피조사업체로부터 징구 받도록 규정하고 있다.

제3장 중 제12조(수집)조항은 형사소송법 제106조 제3항의 내용과 유사하여 눈여겨 볼만하다. 제12조 1항에서는 “디지털 자료는 자료의 범위를 정하여 조사현장에서 출력 또는 이미징 방식으로 수집한다”고 규정하여 디지털증거의 포괄적 수집을 원칙적으로 금지하고 있다. 이는 2011년 개정된 형사소송법 제106조 제3항과 유사한 형태를 띠고 있다. 형사소송법 제106조가 디지털증거의 압수·수색에 있어 프라이버시권의 보호 및 포괄적 압수·수색의 문제를 해결하기 위하여 ‘유관정보 압수 원칙’을 명문화한 것인데, 공정거래위원회 디지털증거 수집 규칙 제12조 1항도 그러한 취지를 수용한 것으로 판단된다. 제12조 2항에서는 포괄적 수집의 금지 원칙에도 불구하고 디지털저장매체를 현장에서 반출 또는 이미징하여 수집할 수 있는 예외의 사유(전문 인력에 의한 기술 조치, 수집자료의 대량성)를 규정하고 있다.

제13조에서는 디지털증거 수집과정에서의 피조사업체의 참여권에

72) 미국 국립사법연구소(National Institute of Justice)는 무결성, 조사자의 전문성, 보관의 연속성; 영국경찰서장협회(Association of Chief Police Officer)는 무결성, 전문성, 재현가능성 등; 우리나라 대검찰청은 적법절차준수, 동일성·무결성 유지, 신뢰성 확보 등을 규정하고 있다. _탁희상, 이원상, 디지털포렌식 통합 모델 구축에 관한연구, 2016년, 37-38면

대하여 규정하고 있으며, 동조 2항에서는 공정거래위원회는 정당한 예외 사유가 없는 한 디지털증거 수집과정에서의 피조사인의 참여권을 허용토록 규정하고 있다. 이는 “검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.”라고 규정하고 있는 형사소송법 제121조의 성격과 유사하다. 대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정에서는 ① 피압수·수색 당사자나 변호인의 계속적인 참여권 보장, ② 피압수·수색 당사자가 배제된 상태의 저장매체에 대한 열람·복사 금지를 제시함으로써 정보의 탐색 과정에 피압수자의 참여권이 반드시 보장되어야 한다고 명시하였으며, 대법원 2015.7.16.자 2011모1839 전원합의체 결정에서는 참여권을 보장하지 않은 압수·수색은 위법하다고 판시하여 디지털증거가 증거능력을 가지기 위한 요건으로서 참여권을 언급하고 있다. 이는 수사기관의 압수·수색절차상 참여권이 범죄사실과 관련성이 없는 정보 취득을 제한하여 다른 범죄의 수사단서로 위법하게 사용되는 것을 통제하기 위한 중요한 수단으로 가치를 가진다고 볼 수 있다. 공정거래위원회 디지털증거 수집 규칙상 피조사업체의 참여권 보장 규정을 형사절차상 그것과 동일한 기준으로 비교할 수는 없지만 형사절차상 참여권의 보장의 취지와 크게 다를 바 없다고 판단된다.

제5장에서는 디지털증거의 관리 및 폐기에 관하여 규정하고 있는데, 제21조에서는 수집이 완료된 디지털증거는 보관실에 등록한 일로부터 5년이 경과한 후 공공기록물 관리에 관한 법률이 정한 절차에 따라 폐기할 수 있으며, 소송이 진행 중인 사건과 관련되는 디지털증거는 확정판결 및 그 후속조치가 종료될 때까지 보존하는 것을 규정하고 있다. 형사절차 상 압수한 디지털증거 중 혐의사실과 관련 없는 전자정보는 지체 없이 삭제 또는 폐기할 것이 요구된다. 하지만 공정거래위원회 디지털증거 수집절차 상 수집한 디지털증거는 공공기록물에 준하여 관리를 하고 있어 행정기관이 행정조사 목적

으로 수집한 디지털증거를 공공기록물로 볼 수 있는지에 대한 논란의 여지가 있다. 다만, 공정거래위원회가 디지털증거 수집절차 상 수집한 디지털증거를 법원의 확정판결이 날 때까지 보존하는 것은 향후 발생할 수 있는 디지털증거의 진정 성립에 관한 문제제기에 대비한 것이라고 보인다.

형사절차 상 압수·수색 후 혐의사실과 관련 없는 전자정보를 지체 없이 삭제 한다면 디지털증거의 수집 당시 원 데이터가 기록되어 있던 정보저장매체로부터 파악할 수 있는 파일의 생성자, 생성일시, 컴퓨터에 입력한 일시 등에 대한 정보를 파악할 수 없다. 이에 따라 만약 법원에 제출된 문서의 진정 성립에 대하여 상대방이 문제를 제기할 때 원활한 대처가 되지 않아 자칫 증거로서의 가치를 인정받지 못할 수 있다. 공정거래위원회의 디지털증거 수집규칙은 이러한 점을 적극 고려하여 수집한 디지털증거를 확정판결이 날 때까지 보존하도록 규정하고 있다고 판단된다.

공정거래위원회 디지털증거 수집 규칙은 디지털증거가 증거로서 가치를 가지기 위한 무결성, 신뢰성의 요건을 규정하고, 수집절차상 해시값을 서명한 서면을 교부받는 등 향후 일어날 수 있는 증거의 진정 성립과 관련된 문제제기에 대비한 흔적이 보인다. 또한, 2015년 종근당 판례로 인하여 문제가 되었던 참여권, 유관정보의 수집의 원칙을 규정하여 디지털증거수집 절차상 피조사인의 절차적 방어권을 보장하기 위해 노력하고 있는 것으로 보인다.

다만, 디지털증거의 수집절차상 참여권의 보장시기 및 보장범위에 대한 세부적인 규정이 없어 자칫 참여권 보장이 형식적인 절차로서 치부될 수 있는 여지가 있으며, 반대로 피조사인이 참여권 제도를 조사의 지연을 위한 용도로 악용할 수 있는 점을 감안한다면 명확한 참여권의 기준에 대한 정립이 필요해 보인다.

또한, 디지털증거의 수집 절차상 피조사인에게 교부하는 서면확인

서에 포함된 내용들이 디지털증거의 진정 성립을 보장하기 위한 정보들에 치우쳐 있고, 수집된 디지털증거의 상세목록 교부에 관한 내용이 포함되어 있지 않은 점, 정보의 범위를 정하여 수집할 수 없는 예외의 경우 영치한 저장매체를 피조사인에게 환부하는 구체적인 규정이 결여되어 있는 점을 감안한다면 디지털증거의 수집 절차상 실질적인 피조사인의 절차적 방어권 보장에 한계가 있어 보인다.

또한, 디지털증거 수집 증거 규칙에 관하여 상위법인 공정거래법상 하위규칙에 세부적인 내용을 정하도록 하는 위임규정을 찾아 볼 수 없기 때문에 디지털증거 수집 규칙이 법규성을 가질 수 없는 한계를 지니고 있다. 이 부분에 대한 개선이 필요해 보인다.

3. 디지털증거 수집의 법적 성질

디지털증거 수집 행위가 행정행위의 성질을 지니는 경우에는 사후적 통제에 있어 처분성이 인정되어 항고소송을 통하여 권리구제가 가능하다는 데에는 이견이 없을 것으로 판단된다. 반면에 사실행위인 경우에는 항고소송의 대상인 처분성이 인정되지 않을 경우 사후적으로 항고소송이 불가능할 수 있다. 다만 사실행위라도 디지털증거 수집 행위를 권력적 사실행위로 파악하는 한 이론적으로는 처분성이 인정되어 항고소송 제기가 가능하며, 아울러 헌법소원을 제기 할 수 있다고 판단된다.

종래의 행정조사 일반론에서는 행정조사의 법적 성질을 보고서 요구명령, 장부서류제출명령, 출두명령 등 행정행위의 형식을 취하는 것과 질문, 출입검사, 실시조사, 진찰, 검진, 양케이트 조사 등 사실행위의 형식을 취하는 것으로 구분하고 있다.⁷³⁾ 공정거래위원회의 일반적인 조사권한을 규정한 공정거래법 제50조 제1항에서는 당사

73) 박균성, 행정법강의(제14판), 박영사, 2017, 358면

자 등의 출석 및 의견 청취, 감정인의 지정 및 감정의 위촉, 자료나 물건의 제출 및 영치를 처분의 형식으로 조사를 하도록 규정하고 있다.

반면, 현장조사를 통한 디지털증거의 수집 권한⁷⁴⁾을 규정한 제50조 2항에서는 조사의 수행 시 별도의 처분형태를 띠지 않을 것을 요구하고 있지는 않다. 따라서 현장조사 자체가 그 어떠한 법적 효과를 발생하지 않고, 사실상의 결과만을 가져오는 행적작용임을 감안한다면 현장조사 시 공정거래위원회의 디지털증거 수집행위는 사실행위에 가깝다고 볼 수 있다. 다만, 피조사인으로부터 자신의 내심에 반하여 행정조사라는 공권력 행사의 방법에 의해 피조사인이 보유한 개인정보, 영업비밀과 관련된 정보의 점유권 내지 관리권을 박탈하는 점을 감안한다면 디지털증거 수집행위는 비권력적 사실행위보다는 권력적 사실행위에 가깝다. 위의 사실을 종합해볼 때, 디지털증거 수집 행위가 행정행위의 형태를 갖는지의 판단은 차치하더라도, 권력적 사실행위로 파악되어 처분성의 인정이 가능하다. 다만 디지털증거 수집행위의 처분성을 인정한다고 하더라도, 소제기에 대한 대상적격을 가지는지에 대한 검토도 필요한데, 이는 5장 공정거래위원회 디지털증거 수집의 문제점에서 자세히 검토하도록 하겠다.

4. 공정거래위원회 디지털증거 수집의 한계

공정거래위원회의 조사는 앞서 언급한 바와 같이 상대방의 동의 없이 바탕으로 하는 임의조사로서, 압수·수색과 같은 직접적인 강제조사권한은 포함되어 있지 않다. 이에 따라 조사의 내용이 실질적으로

74) 현행 법제상 제50조2항 '전산자료를 열람할 수 있다'규정이 디지털증거 수집의 명확한 근거규정이 되는데에 대한 이견은 있으나 그 부분에 대한 논의는 별도로 살펴보기로 하며, 이 장에서는 해당 조항의 처분성 유무를 가지는 지에 대해서만 살펴보기로 한다.

로 형사절차상 압수·수색에 준하는 강제조사에 이를 경우 공정거래위원회 조사권한의 한계를 넘는 행위로서 허용되지 않는다. 이와 관련하여 대법원은 공정거래위원회 소속 공무원이 피조사업체의 사내 통신망 전체를 대상으로 열람을 요구하였다가 거부되자 이를 조사 방해 행위로 본 사례에서 “하도급거래와 관련한 부당한 단가결정의 중요한 단서가 되는 서류가 회사의 내부전산망을 통하여 전달·보관하고 있다는 의심을 가지게 된 경우, 그 서류 내지 전산자료에 대한 제출을 요구하여 이를 조사함은 별론으로 하더라도, 공정거래위원회의 조사공무원이 스스로 그 서류 등을 찾기 위하여 내부전산망에 대한 접근권한을 얻어 무제한적으로 이를 열람할 권한까지는 부여되어 있지 아니할 뿐만 아니라, 내부 전산망에 대한 무제한적인 열람권의 부여로 인하여 회사의 영업비밀이나 관련 직원의 개인정보 등이 외부로 노출될 우려도 있어 이를 공정거래법 제50조의2에 규정된 ‘필요한 최소한의 범위 안에서의 조사’라고 보기 어렵다”⁷⁵⁾라고 하여 공정거래법상 행하는 조사를 행함에 있어 상대방의 동의 없이 조사공무원 스스로 디지털증거의 수집을 위한 통신망 전체에 대한 열람행위는 공정거래법 제50조의 2에서 말하는 필요한 최소한 범위 내의 조사라고 보기 어렵다고 판단하였다. 다시 말해 법원은 공정거래위원회의 조사는 임의조사의 성격을 벗어나지 못하고, 공정거래법상 최소범위 조사원칙은 디지털 자료의 조사절차에서도 적용되는 것을 강조하였다. 공정거래위원회가 동의에 의한 자료의 제출을 통한 수집방식이 아닌 강제수사의 성격을 가지고 조사공무원 스스로가 법 위반행위와 관련된 자료를 수색하고 압수할 수 있는 권한은 부여받지 못한다는 것이다. 다만 정당한 사유 없이 자료제출요구를 거부할 경우 기본적 위반행위에 대한 과징금을 가중하거나, 과태료 부과, 형사 처벌을 요청할 수 있는 간접강제력을 가지고 있을

75) 대법원 2014.10.30.자 2010마1362결정

뿐이다.⁷⁶⁾

임의조사와 강제조사를 구별하는 큰 차이는 조사과정에서 상대방의 동의를 유무에 있다. 이와 관련하여 동의의 임의성에 대한 구체적인 기준의 정립이 필요하다. 대법원은 수사기관이 제출 받은 임의 제출 자료에 대하여 수사기관의 우월적 지위에 의하여 임의제출명목으로 실질적으로 강제적인 압수가 행하여질 수 있으므로, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적인 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 하고, 임의로 제출된 것이라고 볼 수 없는 경우에는 증거능력을 인정할 수 없다⁷⁷⁾라고 판단하였다. 임의 제출의 형태를 띠지만 사실상 강제적인 조사행위의 경우에는 적절한 통제를 위한 기준 마련이 필요하다.

디지털증거 수집을 위한 동의절차를 진행 시 피조사인에게 임의 제출에 따른 절차적 권리를 고지하여야 한다. 특히, 피조사인이 디지털증거 수집 행위로 인하여 공정거래위원회에 제출한 자료가 무엇인지 알 수 있도록 구체적인 내용의 고지절차가 필요하다.

디지털증거의 특성상 제출한 디지털전자정보매체에서 피조사인 본인도 기억하지 못하는 저장되어 있는 정보가 있을 경우가 있고, 과거 삭제를 하였던 데이터가 디지털 포렌식 기술에 의하여 복구될 수 있다. 이 경우 피조사인이 공정거래위원회의 요청에 따라 디지털증거를 수집하는 것에 동의함에 있어 본인이 기억하지 못하는 데이터 또는 삭제된 데이터의 복원에 대한 부분까지 동의를 하였는지에 대한 구별이 필요하다.

76) 제66조(벌칙) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다.

11. 제50조제2항에 따른 조사 시 폭언·폭행, 고의적인 현장진입 저지·지연 등을 통하여 조사를 거부·방해 또는 기피한 자

제67조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금에 처한다.

10. 제50조제2항에 따른 조사 시 자료의 은닉·폐기, 접근거부 또는 위조·변조 등을 통하여 조사를 거부·방해 또는 기피한 자

77) 대법원 2016.3.10. 선고 2013도11233 판결

자료의 대용량성으로 인하여 정보저장매체 또는 자료수집의 대상의 영역에 유관정보와 무관정보가 혼재되어 있을 경우 동의의 구체성은 어느 정도까지 구체적이어야 하는지에 대한 검토도 필요하다. 극단적으로 파일이 10만 여개가 있을 경우 10만 여개 파일에 대하여 일일이 검토 작업을 통한 동의를 구할 수 있을 것이고, 반대로 10만 여개가 저장되어 있는 정보저장매체 1점에 대한 수집동의로 갈음할 수도 있을 텐데, 이러한 부분에 대한 명확한 기준의 정립이 필요하다.

제5장 현행 법제 하에서 공정거래위원회 디지털증거 수집행위의 문제점

제1절 사전 통제절차의 적정성 검토

1. 영장주의의 적용

적법절차의 원칙에서 파생된 영장주의는 권력기관의 권한남용 통제를 위한 강력한 사전적 수단으로 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절차에도 적용 될 수 있는지 검토가 필요하다. 앞서 살펴본 바와 같이 공정거래위원회의 조사행위는 행정조사에 속하는 행정행위로서 임의조사의 성격을 갖지만 임의조사의 경계를 벗어나 조사의 형식만 임의조사일 뿐 사실상 강제조사의 형태를 띠는 경우나 디지털증거 수집으로 인한 침해되는 기본권 영역이 임의조사의 형태상 수인할 수 있는 범위를 넘어선다면 영장주의를 적용받거나 근거 법률에 강제조사에 대한 명확한 규정이 있어야 마땅하다.

공정거래법 또는 관련 법령에 따라 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절차에 헌법상 규정된 영장주의를 적용하고 있다면 논의의 필요성이 없겠으나, 현재 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절차상 영장주의 적용이 가능한지에 대해서는 명확한 규정이 없다.

행정조사 일반론에서 행정조사 절차상 영장주의의 적용이 필요한지에 대해서는 영장 불요설⁷⁸⁾, 영장 필요설⁷⁹⁾의 견해가 있지만 대부분의 학설은 절충설을 취하고 있다. 절충설들의 주요한 내용으로는 행정조사가 신체나 재산에 직접 실력을 가하는 것이고, 형사책임의

78) 행정조사는 직접적인 강제력을 갖는 압수·수색의 경우와는 달리 간접적 강제력을 갖는 데 불과하기 때문에 영장주의가 적용되지 않는다고 보는 견해-박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005년, 410면

79) 헌법 제16조에서 영장주의를 규정하고 있으므로 이를 행정조사의 영역에서도 관철시켜야 된다는 견해-김남진, 김연태, 행정법 I, 법문사, 2015년, 463면

추궁과 관련성을 갖는다면 사전영장주의가 적용되지만, 긴급을 요하는 경우 또는 일상적인 행정조사에는 불요하다는 견해⁸⁰⁾, 행정조사로 인한 국민의 권익침해 가능성도 형사사법의 행사로 인한 경우에 못지않으므로, 행정조사가 형사소추절차로 이행되는 경우에는 영장이 필요하고, 기타 권력적 행정조사에서도 원칙적으로 영장이 필요하나, 영장을 기다려서는 적시에 적정한 행정조사가 행해질 수 없는 경우에 예외를 인정하는 견해⁸¹⁾, 원칙적으로 영장이 필요하지만 긴급을 요하는 경우에는 영장주의의 예외는 인정하지만 그러한 결과로 수집된 자료는 형사사법절차에서 증거능력이 배제된다는 견해⁸²⁾, 형사소추절차로 이행되는 경우에는 당연히 영장이 필요하고, 권력적 행정조사에도 영장이 필요하나, 긴급을 요하거나 행정조사의 성질상 영장주의를 요구하기 어려운 불가피한 사정이 있는 경우 예외를 인정하는 견해⁸³⁾ 등이 있다. 절충설의 내용들을 요약해 보면 형사소추절차로 이어질 가능성이 있는 권력적 조사의 경우 영장주의 적용이 필요하며, 긴급을 요하는 등 영장을 요구하기 어려운 사정이 있을 경우 영장주의가 필요 없다고 판단하고 있다.

절충설의 입장에 비추어본다면 ①공정거래위원회의 디지털증거 수집절차는 동의의 바탕으로 한 임의조사의 방식을 띠지만 사실상 권력적 조사행위로서의 성격을 가지고 있는 점, ②공정거래위원회의 심의 결과에 따라 검찰 고발에 따른 형사소추절차로 이행 될 수 있는 점, ③공정거래위원회가 수집한 디지털증거에 기반 하여 내려진 처분이 고액의 과징금, 형사상 고발 등 피조사인이 받는 권익침해가 형사사법의 행사로 인한 경우에 못지않은 점 등을 고려한다면 공정거래위원회의 디지털증거 수집행위는 영장주의적용이 필요해 보인

80) 홍정선, 행정법원론(상)(24판), 박영사, 2016년, 702면

81) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2011년, 507면

82) 장태주, 행정법개론(9판), 법문사, 2011년, 590-591면

83) 김남철, 행정법강론, 박영사, 2014년, 444면

다. 다만, 공정거래위원회는 ①임의제출 형태로 디지털자료를 수집하는 점, ②디지털 증거의 수집행위는 직접적인 형사 소추를 목적으로 하는 것이 아닌 경쟁법 위반행위의 행정제재를 목적으로 하고 있는 점, ③검찰 고발 시 공정거래위원회가 수집한 자료일체가 아닌 공정거래위원회 처분의 근거자료만 검찰에 제공하는 점을 고려하여 영장주의 적용에는 무리가 있다는 주장도 가능할지 모른다. 그러나 공정거래위원회의 자료 제출 요청 거부 시 과태료 처분 등 사실상의 간접강제력이 수반되는 점, 실무상 공정거래위원회가 범위반행위를 제재 처분의 일환으로 검찰에 고발할 경우 대부분 형사처벌이 부과되는 점을 감안한다면, 공정거래위원회의 디지털증거 수집절차가 행정기관에 의해서 수행된다는 이유로 영장주의를 적용하지 않는다는 주장은 설득력을 잃는다.

다만, 공정거래위원회의 디지털 증거 수집행위의 성격상 영장주의 적용이 필요하다고 판단하더라도, 경쟁법 위반행위에 대한 신속한 제재가 불가능하고, 경쟁법 집행기관으로서의 공정거래위원회의 자율성 및 독자성을 저해할 수 있다는 문제점을 고려했을 때, 영장주의를 적용할 경우 맞닥뜨리게 될 부작용이 클 수밖에 없다고 보인다. 이러한 문제점을 고려한 입법적 결과로 현행 공정거래법상 조사행위는 영장주의를 적용받지 않는다고 판단된다.

공정거래위원회 디지털 증거수집행위가 영장주의를 적용받지 않고, 임의조사의 형태를 띠더라도 그 행위에 관한 적절한 통제가 필요하다. 임의조사의 권한을 보유하고 있음에도 불구하고, 공정거래위원회의 디지털증거 수집절차가 간접강제를 바탕으로 포괄적이고 무분별한 조사행태를 보이는 경우 국민의 권리 및 자유는 형식적인 적법성을 갖춘 위법행위에 침해받을 수 있기 때문이다. 이를 방지하기 위해 공정거래위원회 내부적으로 법치주의 원리에 상응하는 적법한 절차를 마련하여 운영하는 것이 필요하다고 판단된다. 공정거

래위원회의 디지털 증거 수집행위는 임의조사 절차이며, 합리적 사유에 의한 조사 거부권 권한이 있음을 반드시 고지하여야 한다. 또한, 디지털 증거 수집행위의 구체적인 범위 및 방식이 공정거래법상 근거를 가지고 엄격하게 통제될 필요가 있으며, 수집절차에 있어 위법행위가 있을 경우 공정거래위원회의 처분이 있기 전이라도 그 위법성에 대해서 충분히 다룰 수 있는 절차가 마련될 필요가 있다.

2. 디지털증거 수집행위의 작용법적 타당성

디지털증거의 특성상 공정거래위원회의 디지털증거 수집행위는 종래의 유체물을 대상으로 하는 조사행위 보다 피조사인의 자유와 권리를 침해할 가능성이 높다. 영업시간 중 디지털증거를 수집하기 위해 PC 사용을 제한하는 것은 기업 활동의 자유를 침해할 여지가 있으며, 정보저장매체에 기록된 기업의 영업비밀 또는 개인의 사적 정보를 수집하는 것은 사유재산권, 개인의 프라이버시권을 침해할 가능성을 내포하고 있다. 동의의 형식을 갖추고 있지만 내심에 반하는 디지털증거의 수집 행위는 헌법상 행복추구권을 침해할 여지가 있다. 또한, 개인정보 또는 기업의 영업비밀이 조사 목적 외 사유로 사용되거나, 외부로 유출 시 기본권 침해 가능성은 더욱 더 높아진다.

이처럼 공정거래위원회의 디지털증거 수집행위는 그 자체로 피조사인의 권리를 크게 제한하는 권력적 행위이므로 적법절차원칙에서 파생되는 내용들로 절차의 적법성 및 적정성을 담보하지 못 할 경우 공정거래위원회 스스로 위반행위를 범하는 것과 동시에 행정조사대상자로부터 조사에 대한 수궁을 끌어내는데 한계가 따를 수 있다. 이에 따라 디지털증거 수집행위에 헌법상 보장된 적법절차 원칙을 적용하는 것이 필요하다.

적법절차의 원칙이라 함은, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실제적인 적법성이 있어야 한다는 원칙으로,⁸⁴⁾ 이것이 무시되면 그 추구목적의 옳고 그름에 관계없이 공권력의 남용 내지 자의로 인식될 수 있다.⁸⁵⁾

형사소송법은 디지털증거의 압수·수색의 대상 및 방법(제106조 제3항), 참여권 보장(제121조), 압수물의 상세목록의 교부(제129조), 압수·수색 이후의 압수물의 환부(제218조 제2항) 등 디지털증거 압수·수색 절차에 요구되는 절차에 관하여 자세한 규정들을 두고 있다. 이는 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 적법절차의 원리를 실현하기 위함으로 볼 수 있다. 대법원은 형사절차상 디지털증거와 관련한 판례에서 이를 구체화하여 특별한 사유 없이 정보저장매체의 원본을 반출하여 반환하지 않는 행위, 무관정보를 삭제하지 않는 행위, 압수 시 전자정보의 상세목록을 교부하지 않은 행위, 무관정보를 무단으로 열람하고 탐색하는 행위 등을 절차상 위법한 행위라고 판단하고 있다.

헌법상 보장된 적법절차 원칙은 행정절차에서도 예외 없이 적용되어야 할 필요성이 있음에도 불구하고, 현행 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절차의 적정성 또는 적법성은 형사 절차의 그것과 비교했을 때 미흡한 측면이 있다. 행정기관의 적법절차 원칙 적용을 형사절차와 동일선상에서 검토할 수는 없으나, 최소한 작용법적으로 필요한 조사의 범위, 방법, 대상에 대한 구체적인 기준정립은 필요하다. 공정거래법은 공정거래법의 위반의 혐의가 있다고 인정하는 때에는 조사를 개시할 수 있고, 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 조사 등의 처분을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이는

84) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8 결정

85) 강경근, 헌법, 법문사, 2004년, 204-206면

디지털증거 수집 절차에도 적용이 된다. 하지만 디지털증거 수집 대상의 범위, 정도, 한계에 대해서는 명확한 규정을 하고 있지 않고 있으며, 이는 조사공무원에게 상당한 재량을 인정하는 결과를 나타낸다.

행정조사에 있어 작용법적 근거를 구성하기 위한 요건으로 ①행정 조사의 목적에 대한 구체적인 제시 ②행정조사의 대상의 확정 ③행정조사의 수단에 대한 개별적/구체적 제시 ④행정조사의 방식에 대한 구체적 제시 ⑤행정조사의 절차에 대하여 구체적으로 제시할 필요가 있다.⁸⁶⁾ 공정거래법 제50조2항은 “공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 소속공무원으로 하여금 사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부·서류, 전산자료·음성녹음자료·화상자료 그 밖에 대통령령이 정하는 자료나 물건을 조사하게 할 수 있으며” 라고 규정하고 있다. 하지만, ‘전산자료를 열람할 수 있다’의 규정만으로는 디지털증거를 수집하기 위한 조사대상을 명확하게 확정하기 힘들고, 디지털증거의 수집 방식 및 범위에 대한 구체적이고 개별적인 기준을 제시하고 있지 못하다고 판단된다.

또한, 디지털증거 수집 절차상 피조사인의 참여권 보장, 수집된 전자정보 목록의 교부, 임의성의 기준제시 등 수사기관의 디지털증거의 압수·수색 절차상 이슈가 되고 있는 절차적 요건에 대한 구체적 기준도 결여되어 있어 공정거래법 제50조 2항으로는 디지털증거 수집행위의 절차상 적법성을 보장할 수 없다고 보인다.

하위규칙인 ‘디지털증거 수집규칙’ 상 디지털증거 수집의 방법, 범위 등에 대하여 세부적으로 규정하고 있지만, 상위법에 구체적인 위임규정이 없는 행정규칙의 형태로 제정되어 있는 점, 고시의 제정·개정 절차가 법률의 그것과 비교하였을 때 임의성을 가지는 점을

86) 김용섭외, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 박영사, 2016년, 34면

고려할 때, 공정거래위원회의 디지털증거 수집절차에 관한 작용법적인 근거로 적절한지에 대한 문제점을 가지고 있다.

제2절 사후적 구제수단의 검토

1. 항고소송을 통한 구제

형사절차상 디지털증거의 압수·수색 절차상 위법행위가 있는 경우 피압수자는 압수처분의 취소 또는 변경을 구하는 준항고를 제기할 수 있다. 공정거래위원회의 디지털증거 수집행위 또한 행위자체에 위법성이 있다면 위법하게 수집한 디지털증거를 바탕으로 처분이 내려질 때까지 기다리지 않고 수집행위 처분 자체의 취소를 구할 수 있어야 한다. 행정처분 등이 이루어진 다음에 취소를 구하거나, 별도로 위법한 수집행위에 대하여 민사소송이나 형사고소 등의 절차를 밟을 수도 있겠으나, 디지털증거 수집행위의 위법사유가 공정거래위원회의 처분의 효력을 완전하게 무효로 만들기 어려운 점이 있으므로 즉시 위법 행위 자체를 대상으로 취소 등 법적 구제를 취해야 할 필요성이 있다.

행정절차상 법률관계에 관한 분쟁이 발생할 경우 당사자는 민사소송이나 형사소송 등과 구별되는 행정소송을 통하여 소를 제기할 수 있다. 행정소송은 행정부와는 독립적 지위에 있는 법원이 대심구조·구술변론 등 당사자의 권리보호를 위한 절차를 거쳐, 심리·판단하는 절차라는 점에서 정식재송에 해당한다.⁸⁷⁾

행정소송법은 행정소송의 종류를 항고소송, 당사자소송, 민중소송 및 기관소송으로 구분하고 있으며, 행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송의 형태는 항고소송으로 규정하고 있다. 행정

87) 김동희, 행정법1(제19판), 박영사, 2013, 697-698면

소송법은 이를 다시 취소소송·무효 등 확인소송·부작위위법 확인소송의 세 가지 유형으로 구분하고 있다. 취소소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송⁸⁸⁾으로서 이 소송은 행정소송의 중심을 이루는 것으로, 행정소송법은 이 소송에 관한 상세한 규정을 두고, 기타 소송에 대하여는 취소소송에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다.⁸⁹⁾

취소소송은 주관적 쟁송으로서 행정청의 위법한 처분 등의 취소·변경을 구하는 소송으로서, 이 소송은 ① 행정청의 위법한 처분 등에 대하여, ② 그 취소·변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가, ③ 처분 등을 행한 행정청을 피고로 하여, ④ 개별법에 특별한 규정이 있는 경우에는 행정심판을 거쳐, ⑤ 소제기기간 내에, ⑥ 소장으로, ⑦ 관할법원에 제기하여야 한다.⁹⁰⁾ 행정소송법은 취소소송의 대상인 ‘처분’을 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 작용으로 정의하고 있다. 하지만 처분의 관념이 광범위 하게 정의되어 있어 해석에 있어 여러 견해가 대립된다.

행정소송법상의 처분을 좁게 해석하려는 견해는 처분을 실체법상의 행정행위와 동일한 것으로 파악하여 행정행위에 대하여만 취소소송의 대상으로서의 처분성을 인정 하고 있다.⁹¹⁾ 반면, 행정기능 확대에 따라 이들 작용에 대한 항고소송의 권익구제기능을 중시하여 쟁송법상의 처분개념을 실체법상의 행정행위와는 별개의 관념으로 파악하여 행정행위뿐만 아니라 권력적사실행위도 이에 포함되고, 공권력행사로서의 실체는 가지지 아니하나, 실질적으로 국민에게 계속적으로 사실상의 지배력을 미치는 행정작용에 대하여도 일정한

88) 행정소송법 제4조

89) 행정소송법 제38조, 제44조

90) 김동희, 행정법1(제19판), 박영사, 2013, 745면

91) 강구철, 행정법 I, 1993년, 857면, 석종현, 행정법(상), 1997년, 190면, 류지태, 행정법신론, 1997년, 479면

도에서 그 처분을 인정할 수 있는 견해는 처분의 개념을 넓게 해석하고 있다.⁹²⁾

앞서 공정거래위원회의 조사는 국민의 신체나 재산에 중대한 영향을 미치는 행위로서 작용법적인 근거를 필요로 하는 권력적 조사 작용이라고 검토한 바 있다. 공정거래위원회의 조사 방식이 상대방의 동의를 바탕으로 하는 임의 조사의 형태를 띠고 있지만, 공정거래위원회가 행정조사의 일환으로 수행하는 디지털증거의 수집은 디지털정보의 대량성 및 복원성으로 인하여 피조사자 개인의 일상생활이나 피조사업체에 관한 경영 정보 등 법 위반 혐의와 무관한 정보가 무분별하게 복제될 위험에 처하여 종래의 조사 방식에 비하여 더 강력한 권력적 조사행위라고 판단하였다. 행정소송법상 처분의 개념을 구제의 기능에 초점을 맞춘다면 공정거래위원회의 디지털증거 수집행위는 행정행위의 형태를 갖추고 있지 않더라도 처분성을 인정할 수 있다고 판단된다.

공정거래위원회의 디지털증거 수집행위의 처분성을 인정한다고 하더라도 그것으로 소의 제기가 가능하다고 속단할 수 없다. 소송은 당사자의 실질적 구제를 기하기 위한 제도이므로, ‘소익 없으면 소권 없다’는 원칙은 당연히 취소소송에도 적용된다. 따라서 행정처분의 위법을 주장하여 그 취소를 통하여 구할 법률상 이익이 있어야 한다. 행정소송법 제12조는 ‘원고적격’이라는 표제 하에 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소를 통하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다”라고 규정하고 있다. 전자는 처분의 취소를 구하기 위한 ‘법률상 이익’을 원고적격으로서의 요건

92) 김도창, 행정법(상), 1992년 751~752면, 김남진, 행정법(1), 1997년, 785면, 박윤훈, 행정법(상), 1997년 875면, 서원우, 행정처분개념소고, 월간고시, 1991년 1월, 이명구, 행정법원론, 1997년 696년

으로 규정하고 있고, 후자는 처분이 취소된 경우에 현실적으로 법률상 이익이 회복될 수 있는 상태에 있는 ‘협의를 소의’에 대하여 규정하고 있다고 판단된다.

현행 행정소송법상 원고적격의 요건으로서 법률상 이익의 개념과 관련하여 ‘보호할 가치 있는 이익구제설’과 ‘법적 이익구제설’과 이 대립하고 있다. 두 견해는 보호할 가치의 이익을 소송법과 실체법적 중 어떠한 기준으로 판단하느냐에 따른 차이가 있는데, 현행 판례는 ‘법적 이익구제설’에 입각하고 있다.⁹³⁾

‘법적 이익구제설’은 항고소송을 법적 이익의 구제수단으로 보고 법에 의해 보호되고 있는 이익이 침해된 자에게는 소송을 통하여 침해된 법적 이익을 구제할 수 있는 길이 주어져야 한다는 데 근거하고 있다. 법에 의해 보호되고 있는 이익은 단순히 추상적인 이익이 아니라 처분의 근거법규 및 관련법규에 의해 보호되는 직접적이고 구체적인 개인적 이익을 법률상 이익으로 보는 것이 통상적인 견해이다. 당해 처분의 근거법규 또는 관련법규의 해석에 대해 판례는 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거법규 및 관련법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우 법률상 보호 이익으로 인정하고 있다.⁹⁴⁾

이를 바탕으로 현행 공정거래법의 디지털증거 수집과 관련된 규정으로부터 법률상 보호 이익이 인정될 수 있는지에 대한 검토가 필요하다.

공정거래법 제50조의2는 “조사공무원은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 조사를 행하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니된다.”라고 규정하고 있다. 이는 목적의 정당성, 수단의 상당성 내지 방법의 적정성, 침해의 최소

93) 박균성, 행정법강의(제14판), 박영사, 2017, 739면

94) 대법원 2013.9.12. 선고 2011두33044판결

성과 법익의 균형성을 내용으로 하는 헌법상 비례의 원칙이 공정거래위원회 조사 절차에 적용됨을 규정한 것이며, 디지털증거 수집에 있어서도 당연 적용 된다. 위 규정은 일견 공정거래위원회 조사에 관하여 일반적이고도 포괄적인 원칙을 실시하고 있는 것처럼 보이지만 그 자체로 구체적인 법규적 효력을 가지므로, 공정거래법이 보호하고자 하는 피조사인의 구체적인 법률상 이익으로 판단할 수 있다.

하지만, 디지털증거의 수집 범위 및 방법에 대한 구체적이고 명시적인 규정이 없는 상태에서 공정거래위원회의 디지털증거 수집행위는 형식상 피조사인의 동의를 바탕으로 행하는 점, 공정거래법상 조사공무원에게 상당한 재량을 부여하고 있는 점 등을 감안한다면 피조사인이 공정거래위원회의 디지털증거의 수집 행위가 최소 침해원칙을 위반하여 법률상 이익을 침해받았다는 것을 주장하여 소를 제기하는 것이 가능한지 의문이다.

또한, 참여권 보장, 유관정보 수집 원칙, 반출한 저장매체의 반환 의무, 전자정보 상세목록 교부 등 현재 형사 압수·수색 절차상 크게 이슈가 되고 있는 절차적 권리는 공정거래법상 직접적으로 규정하고 있는 조항이 없다. 하위규칙에 규정할 수 있도록 하는 위임조항 또한 찾아볼 수 없기 때문에 ‘디지털증거의 수집·분석 및 관리 등에 관한 규칙’(공정거래위원회 고시 2018-4호)은 법규성을 갖추기 힘들다. 이에 따라 해당 방어권 보장을 위한 절차적 권리는 관련법규에 의해 보호되는 개인적 이익이라고 보기에 현실적으로 어려움이 따르며, 이러한 점을 종합한다면 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절차 상 위법을 이유로 항고소송을 제기하기 위해 법률상 이익을 침해받았다는 소의 요건을 갖추기는 힘들다고 판단된다.

한편, 앞서 공정거래법 제50조가 자료나 물건의 제출 및 영치를 처분의 형식으로 규정하고 있는 것과 달리 제50조2항의 현장조사를

통한 자료를 수집하는 행위는 처분의 형태를 요구하고 있지 않다고 검토한 바 있다. 현장조사 시 디지털증거를 수집하는 행위 자체가 행정행위 형태의 처분의 방식을 따르지 않고, 그 어떠한 법적 효과를 발생하지 않는 사실상의 결과만을 가져오는 행적작용임을 감안한다면 디지털증거의 수집행위는 행위의 종료 시 그 집행이 종료된다.

대법원은 “위법한 행정처분의 취소를 구하는 소는 위법한 처분에 의하여 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키고 그 처분으로 침해되거나 방해받은 권리와 이익을 보호 구제하고자 하는 소송이므로 비록 그 위법한 처분을 하더라도 원상회복이 불가능한 경우에는 그 취소를 구할 법률상의 이익이 없다⁹⁵⁾”고 하여 법률상 이익의 요건으로 원상회복 가능성을 삼고 있다. 이를 통해 사실행위의 종료 시 소를 통해 구할 법률상 이익 역시 소멸된다는 해석이 가능하다. 다만, 행정소송법에서는 처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있어 ‘처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익’개념에 대하여 더욱 검토할 필요가 있다.

공정거래위원회의 디지털증거 수집절차 상 위법성을 주장하여 피조사인이 얻을 수 있는 법률상 이익은 형사절차상 위법수집증거배제원칙을 적용하여 공정거래위원회 심의절차상 증거로 활용될 수 없도록 하거나, 과징금 부과 등의 행정처분이 내려질 경우 위법하게 수집한 디지털증거에 기반 하여 내려진 공정거래위원회 처분의 효력을 취소시키는 데 있다.

현행 행정소송절차에서는 증거의 가치를 판단하는 데 있어 증거능력의 문제보다는 증거력의 기준으로 접근하는 방식을 취하고 있

95) 대법원 1992.4.24. 선고 91누11131판결

으며, 이에 따라 위법수집증거배제 원칙을 행정조사 절차상 적용하고 있지 않다고 판단된다. 또한, 행정소송법은 취소소송의 제기로 인한 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 않는다고 규정하고 있다. 공정거래위원회 실무상 범위반행위 인지에 따른 현장조사 실시 후 제재처분까지 수개월 밖에 소요되지 않는다는 점을 감안할 때, 디지털증거 수집절차 상 위법행위가 발생했다는 사유로 수집행위의 효력의 취소를 구하는 데에는 현실적으로 어려움이 따른다.

요약하자면, 현행 법제 하에서 피조사인이 공정거래위원회 디지털 증거수집 절차상 위법행위를 이유로 처분에 문제를 제기할 수 있는 것은 현실적으로 큰 어려움이 따른다고 판단된다.

2. 공정거래위원회 심의절차 상 증거 조사의 문제점

공정거래위원회가 수집한 디지털자료를 법 위반 행위를 증명하는 증거자료로 활용 할 경우 공정거래위원회는 사건처리 절차규칙 29조를 준용하고 있다. 공정거래법상 이와 관련한 명확한 규정은 없다. 공정거래위원회의 심의 절차상 증거자료의 제출방식에 관하여 볼 때, 심사관이 심사보고서와 그 첨부자료를 전원회의 또는 소회의에 제출하는데 이러한 첨부자료가 일종의 증거자료라고 할 수 있다.⁹⁶⁾

공정거래위원회 실무상 피조사업체로부터 수집한 디지털증거를 증거자료로 활용할 경우 정보저장매체 내에 기록되어 있는 정보를

96) 사건처리 절차규칙 제29조(심의절차의 개시 및 심사보고서의 작성·제출 및 송부)

- ① 공정거래위원회는 심사관이 심사보고서와 그 첨부자료를 전원회의 또는 소회의에 제출하였을 때 심의절차를 개시한다. 심사관은 다음 각 호의 사항을 기재한 심사보고서를 작성하여 각 회의에 제출하여야 한다.
- ⑤ 제1항 제4호의 사실의 인정에는 행위사실 및 그 사실인정을 뒷받침할 수 있는 증거자료 등을 특정하여 기재하되, 그 기재방식은 "소갑제O호증"으로 하고 제출순서에 따른 번호를 붙여야 한다.

종이문서로 출력하여 심사보고서의 첨부자료 형태로 회의에 제출하고 있다. 심사보고서에는 저장매체 내에 기록되어 있던 정보가 출력물의 형태로 변환된 종이문서 외에도 디지털증거의 수집 및 분석을 담당하고 있는 공정거래위원회 디지털조사분석과에서 작성한 분석보고서도 포함시키고 있다. 분석보고서상에는 수집대상이 되는 저장매체의 정보, 저장매체 내에 기록되어 있는 정보에 대한 해시값, 정보의 수집방법 등이 기록되어 있는데, 피조사인이 종이문서로 출력된 정보저장매체 내에 기록되어 있는 정보의 진정성에 대한 문제를 제기할 경우를 대비하기 위한 것이라고 판단된다.

심사관이 심리에 앞서 제출하는 증거자료는 모두 임의제출형태로 이루어지며 이러한 임의제출 문서에 대하여는 법원에서 이루어지는 재판절차와 같이 그 성립이 진정한지 내용이 진실한지에 대하여 충분히 증명되거나 다투어질 수 있어야 한다. 통상의 재판절차에서는 소송 당사자들이 제출한 증거에 관하여 먼저 당해 증거의 신빙성 또는 증거능력에 대한 판단이 상당히 엄격하게 이루어지는 데 반해 공정거래법상 심의절차에서는 이와 관련한 아무런 규정을 두고 있지 않고 있다. 다만, 사건처리 절차규칙 제41조에 ‘증거조사 신청’⁹⁷⁾

97) 사건처리 절차규칙 제41조(증거조사의 신청 등) ① 피심인 또는 심사관은 각 회의에 증거조사를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 증거조사를 신청함에 있어서는 증거방법 및 그에 의하여 증명하려고 하는 사항을 명백히 밝혀 이를 행하고, 참고인신문을 신청하고자 하는 경우에는 참고인의 성명·주소·직업 및 신문사항을 명백히 하여 이를 행하여야 한다.

③ 의장은 피심인 또는 심사관의 증거조사신청에 대하여 그 내용이 중복되거나 그 밖에 심의의 효율적 진행이 저해된다고 판단되는 경우에 해당하여 채택하지 아니할 때에는 그 이유를 고지하여야 한다.

④ 각 회의는 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.

⑤ 제2항에 의한 참고인신문 신청이 있는 경우 심판총괄담당관은 의장의 결정에 따라 채택된 참고인신문사항을 상대방인 심사관 또는 피심인에게 통지하되 참고인에게 사전에 공개하여서는 아니된다는 문구를 기재하여 통지하여야 한다. 다만, 제41조의2 제1항 후단의 규정에 의한 신문에는 이 규정을 적용하지 아니한다.

⑥ 참고인으로 심의 전에 채택하지 않은 자에 대하여 심의중에 부득이하게 참고인 신문이 필요한 경우 의장이 해당인, 피심인 및 심사관의 동의를 얻어 즉석에서 참고인으로 채택할 수 있다.

에 관한 규정을 두고 있지만 디지털 증거자료의 진정성립 및 증거력 판단을 위한 세부적인 규정은 찾아볼 수 없다.

현행 공정거래위원회 실무상 증거조사를 위한 심리가 충분히 이루어지는지에 대한 많은 비판이 제기된다. 미국의 경우 피심인과 소추관은 자신들이 향후에 제출할 예정인 증거방법에 대해 상호간에 개시하는 절차와 심판관의 주재하에 재판일정을 합의하는 절차를 진행하는데, 이런 절차가 완료되면 피심인에게 자신의 주장을 입증하는 데 필요한 증거를 수집할 수 있도록 수개월을 부여한다. 이러한 절차가 완료된 이후부터 수차례에 걸쳐 증거조사를 위한 심리가 열리는데, 한 번의 심리기일마다 5~6시간에 걸쳐 증거조사절차를 진행하며 이러한 심리기일진행에 2,3개월이 소요된다.⁹⁸⁾ 반면 한국의 공정거래위원회의 실무는 심사관이 회의체로서의 공정거래위원회에 심사보고서를 제출함과 동시에 피심인에게 심의절차의 개시 사실을 통지하고 통상 3주의 기간 내에 심판관리관에게 의견서를 제출할 것을 요구하는 통지를 한다. 심리기일이 정해지면 별다른 증거조사절차 없이 대개 1회의 심리를 한 후 심의절차를 종결하고 바로 의결을 하는 방식으로 운영되고 있다.⁹⁹⁾ 이러한 실무는 피심인이 심의절차상 증거조사 절차를 통하여 디지털증거의 수집절차의 위법성 및 증거력에 대한 다툼을 펼치기에 실질적인 도움이 되는 절차라고 할 수 없다.

헌법재판소는 “공정거래위원회의 과징금부과절차에서 사법절차에서와 같은 증거조사절차나 변론절차는 법률상 전혀 보장되어 있지 아니하고 민사소송법, 형사소송법 등이 실제적 진실발견을 위하여

98) 윤성운, 공정거래법 위반사건 심판절차의 절차적 적법성과 개선방향, 인권과정의 Vol.330, 2004년, 155면

99) 의장은 심의 중에 당해 안건이 2회 이상의 심의가 필요하다고 인정할 때에는 다음 심의기일을 지정하여 심의를 속개할 수 있으나, 대개의 경우 2005년 Microsoft 사건(7차례 속개)과 2016년의 Qualcomm 사건(7차례 속개)과 같이 경제분석 결과에 대한 이견, 법 위반 행위의 요건 구성 등 실체법의 적용에 있어서 법 위반 사건의 사안이 중대하고 복잡한 경우에 이루어지고 있다.

채택하고 있는 증거법칙 같은 것도 역시 전혀 존재하지 아니하며, 부당한 처벌을 방지하기 위하여 형법 총칙이 마련하고 있는 여러 보장적 조치도 존재하지 아니한다. 위원회의 과징금부과절차가 민사나 형사의 소송절차와 반드시 같아야 할 필요는 물론 없다. 그러나 소송절차에서 부당한 처벌을 방지하고 실제적 진실발견을 위하여 채택하고 있는 기본적인 원칙들, 예컨대 당사자에게 사실과 법률 모두에 관하여 충분한 변론의 기회를 보장하는 것, 진정 성립이 담보되지 아니하거나 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 제한하는 것 등의 최소한 적법절차는 반드시 법률 자체에서 보장되어야 할 것인데 공정거래법에는 이와 같은 보장이 전혀 결여되어 있다.”¹⁰⁰⁾라고 의견을 제시하여 공정거래위원회의 심의절차상 증거조사 기능이 제대로 구현되고 있지 않다고 지적한 바 있다. 이에 따라 공정거래위원회의 심의절차가 디지털증거 수집절차의 위법성을 검토하고 증거력을 판단하기 위한 법치주의에 대한 충실한 대심적 준 사법절차라고 보기 어렵다고 판단되며 이는 다음과 같은 문제점을 안고 있다.

공정거래법은 공정거래위원회의 처분에 대해서는 서울고등법원을 전속관할로 하여, 그 처분에 대한 3심제의 재판제도에 예외를 두는 전속관할제도를 규정하고 있다. 전속관할제도로 인하여 공정거래위원회는 사실상 1심 재판적인 기능이 부여되어 있다고 볼 수 있는데, 이는 공정거래법 위반행위로 인해 처분을 받게 되는 국민이 사실의 인정을 통상적인 재판절차를 통해 다룰 수 있는 기회를 상당 정도 제한 받거나 상실하게 되는 결과를 가져오게 된다. 그러므로 공정거래위원회의 심의절차는 일반적인 행정심판절차와 달리 심결내용이 공정해야하며, 심사관과 피심인이 대등한 지위에서 공격과 방어를 할 수 있는 엄격한 대심적구조가 보장되어야 한다. 대심적구조의 핵심 기능은 증거조사절차라고 볼 때, 공정거래위원회에서 실질적인

100) 헌법재판소 2003.7.27. 선고 2001헌가25 결정의 반대의견

증거조사절차가 이루어지지 않고 있는 것은 헌법상 보장된 재판청구권을 침해 하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기된다.

디지털정보는 그 특성상 피조사인의 많은 권리와 자유를 침해할 수 있는데, 동의를 요건으로 하는 임의조사의 형태를 가지고 있더라도 디지털증거에 대한 수집 절차는 그 방법 및 범위에 대한 적절한 통제가 필요하다. 하지만 공정거래위원회 심의절차상 증거조사를 통하여 디지털증거의 수집절차의 위법성이 검토되어 증거력에 대한 문제를 삼지 않을 경우 헌법상 보장된 적법절차에 따라 디지털증거를 수집할 유인이 없어진다. 공정거래법상 적법절차를 따르지 않더라도 마땅한 제재규정이 없는 것도 이를 부추긴다. 그 결과 공정거래위원회의 디지털증거 수집절차가 행정편의주의에 치우쳐 형식적인 임의성만을 갖추고 사실상 강제조사로서의 행태를 보이는 경우 국민의 권리 및 자유는 형식적인 적법성을 갖춘 위법행위에 침해받을 가능성이 커진다.

3. 위법하게 수집한 디지털증거자료에 기반한 처분의 효력

공정거래위원회 심의절차상 디지털증거에 관한 증거조사가 제대로 작동을 하지 않아 피조사자의 권리보장에 실질적 도움이 되지 않는다면 위법하게 수집된 증거에 기반 하여 결정된 행정처분의 취소 여부에 대한 검토가 필요하다.

대법원은 절차적 요건을 갖추지 못한 공정거래위원회의 시정조치 등은 설령 실제법적 사유를 갖추고 있다고 하더라도 위법하여 취소를 면할 수 없다고 판시하여 절차상 위법을 이유로 공정거래위원회의 처분을 취소 한 바 있다.¹⁰¹⁾ 달리 말하면 대법원은 행정기관의 처분 절차상 적법한 요건을 갖추지 못한 경우 실제법적 사유를 갖

101) 대법원 2001.5.8. 선고 200두 10212판결

추더라도 처분의 효력이 없다고 판단하고 있으며, 절차상 적법한 요건의 위반의 정도가 중대하고 명백한 경우, 특히, 관련 법규에 적법 절차의 규정이 있음에도 불구하고, 이를 위반한 행위에 대하여 그에 근거한 처분의 효력까지 취소사유로 보고 있다. 다만, 대법원의 이 판단은 위법행위를 판단함에 있어 사건처리 절차규칙이 재판의 근거로서 법규성을 가지고 있다는 이해에 기초하고 있다.

하지만 공정거래위원회의 디지털증거 수집에 관한 절차적인 요건은 공정거래법상 명확한 규정이 없으며, 하위규칙인 디지털증거 수집 규칙은 법률상 위임 규정이 없기 때문에 법규성을 가지고 있지 않다. 이러한 점은 디지털증거 수집 규칙상 절차적 권리 규정으로부터 법률상 보호이익을 도출할 수 없는 문제점을 가지게 되며, 피조사인은 절차적 요건을 위반했다는 것을 이유로 처분의 취소를 구하는데 한계가 따른다.

다만, 과세당국이 세금을 부과하는 처분에 있어 근거자료가 되는 자료의 성립과정에 있어 근거가 된 원고의 종합소득세신고서나 각서가 과세관청 내지 그 상급관청의 일방적이고 억압적인 강요로 말미암아 원고의 자유로운 의사에 반하여 별다른 합리적이고 타당한 근거 없이 작성 제출된 것 이라면 중대하고 명백한 위법사유가 있어 과세자료로 인정할 수 없다고 판단하였던 대법원 판례에서 볼 수 있듯이 증거자료의 진정성이 과세처분의 효력에 영향을 끼칠 수도 있다.¹⁰²⁾ 하지만, 이 판례의 논리를 디지털증거의 수집절차에 적용하여 본다면 조사기관이 디지털증거를 수집하기 전·후에 있어서 그 내용이 원 작성자의 작성의도대로 동일성을 유지하고, 위·변조되지 않고 무결성을 유지한다면 증거로서 가치를 가지는데 큰 문제가 없다고 판단할 수 있다. 이러한 해석은 디지털증거가 증거로서의 가치를 가지기 위한 요건 중 무결성 및 진정성만을 강조한 나머지 디지털

102) 대법원 1985.11.12. 선고 84누250판결

털증거의 수집 절차상 피심인의 참여권 보장 등 절차적 요건의 가치는 소홀히 하는 결과를 가져 올 수 있다.

요약하여 보면, 현행 법제 하에서 피조사인은 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절차의 위법성을 이유로 공정거래위원회 처분의 취소를 구하는 데에는 한계가 따른다고 판단된다.

제6장 적법성 강화방안

제1절 본질적 사항의 법률로의 제정

공정거래위원회의 디지털증거 수집행위의 적법성을 강화하기 위하여 먼저 입법적 접근방법으로 디지털증거 수집 절차상 요구되는 본질적 사항들을 공정거래법상에 규정하는 것이 필요하다.

앞서 언급한 바와 같이 현행 공정거래위원회의 디지털증거 수집의 권한 및 방법은 공정거래법상 명확한 규정이 없고, 세부적인 절차는 상위법에 위임규정이 없는 하위규칙에 규정되어 있어 피조사인의 권리보장에 많은 한계를 가지고 있다. 이러한 문제점을 개선하기 위해 현재 형사절차상 정립된 디지털 증거 수집의 절차적 요건 및 공정거래위원회 디지털증거 수집 규칙에 규정된 내용 중 핵심적인 사항을 공정거래법에 명시하고, 디지털증거 수집 규칙에는 세부적인 내용 및 절차에 관하여 규정할 필요성이 있다.

1. 디지털 증거수집의 방법 및 대상

핵심적인 사항으로 먼저, 공정거래법상 디지털증거의 수집 방법 및 대상에 대한 구체적인 기준을 제시하는 것이 필요하다. 이를 위해 형사소송법 제106조 제3항 및 공정거래위원회 디지털증거수집 규칙 제12조 1항의 내용을 반영하여 공정거래법상 ‘공정거래위원회는 위반행위의 조사 대상이 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 전자정보일 경우 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 조사의 목적을 달성하기 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체 전체를 영치할 수 있다.’ 규정하는 것을

제안하고자 한다.

현재 디지털증거수집 규칙 제12조에서는 현장조사를 통한 디지털 증거의 수집 방식을 원칙적으로 범위를 정하여 수집하고, 전문적 기술조치가 필요한 경우 등 예외적으로 전부 수집을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 형사소송법 제106조 3항의 유관정보 수집 원칙과 유사한 성격을 가지고 있다. 형사소송법상 유관정보 수집 원칙의 입법 취지는 수사기관이 행하고 있는 무분별한 압수·수색으로 인해 침해받는 개인의 기본권을 보호하고, 포괄적이고 광범위한 압수수색을 통하여 별건 범죄 수사로 이어지는 수사관행을 억제하기 위한 것으로 판단된다.

공정거래위원회의 디지털증거 수집 행위는 형사절차상 강제조사는 아니지만 피조사인이 조사행위에 불응 시 행정제재 또는 형사처벌을 부과 하는 방식으로 간접강제력을 행사할 수 있고, 상대방의 내심에 반하여 공권력 행사를 통해 디지털 정보를 수집하는 점을 감안한다면 압수·수색행위와 같이 피조사인의 기본권을 침해할 수 있는 높은 가능성을 가지고 있다. 또한, 앞서 언급한 바와 같이 임의동의의 구체적인 기준이 정립되지 않은 상태에서 형식적 동의로 포장한 포괄적인 디지털 증거 수집이 관행화 될 경우 피조사인의 기본권은 더욱 더 침해될 가능성이 높으며, 이러한 행위에 대한 적정한 통제장치가 필요하다. 이에 따라 유관정보 수집 원칙 및 예외의 경우 전부 수집 방식을 공정거래법에 규정함으로써 무분별한 디지털증거수집 행위를 통제할 수 있다.

다만, 현행 디지털증거 수집 규칙상 명확하게 규정되어 있는 유관정보 수집 원칙의 예외사유는 현행대로 하위규칙에 세부적인 내용을 규정할 필요가 있다. 사회 환경이 급변하고 다양화되면서 현재 통용되는 전자정보의 기술수준이 어떻게 변화될지 예측하기 곤란한 점, 법제 실무 상 행정기관의 세부적인 집행처분 기준은 상위법의

위임에 따라 하위규칙에 위임하는 점 등을 고려하여 구체적인 예외 사유를 공정거래법상 규정하는 것보다는 예외가 될 수 있는 선언적인 기준만을 제시하고, 디지털증거수집 규칙 상 구체적인 예외의 사유를 규정하는 것이 타당하다고 판단된다.

한편, 현행 형사소송법상 전자정보가 압수의 대상인지, 아닌지에 대한 견해가 엇갈리는 가운데, 형사소송법 제106조 3항은 압수·수색의 대상물로서 정보저장매체를 규정하고 있어 해석상의 논란이 존재하고 있다. 압수·수색의 대상물로서 전자정보와 정보저장매체 중 어느 것을 취하느냐에 따라 디지털증거의 압수·수색 절차 상 압수·수색의 종기와 이에 수반하는 참여권의 보장시기, 유관 정보의 선별을 위한 기준정립에 중대한 영향을 끼친다. 학설상 의견은 분분하지만 대법원은 2015년 결정에서 저장매체 자체 또는 복사본을 압수하여 수사기관의 사무실에 옮겨 복제·탐색하는 경우 수사기관의 사무실에서 일어나는 행위 역시 하나의 영장에 기한 압수·수색의 일환에 해당된다고 명시하여 압수수색행위의 종료는 현장에서 정보저장매체의 점유권을 이관 받는 때가 아닌 정보저장매체 내에 유관정보만을 구별하여 수집이 완료된 때라고 하여 압수수색의 대상물이 전자정보임을 판단한 바 있다.

공정거래위원회 역시 정보저장매체와 전자정보 중 어느 것을 증거수집 대상으로 삼느냐에 따라 수집 행위의 종기 및 통제 기준에 영향을 끼칠 수 있다. 공정거래법 제50조의 2항에서 공정거래위원회 조사의 일반원칙으로서 최소범위 원칙 및 조사권 남용 금지원칙을 규정하고 있는데, 조사 목적과 관련성 있는 정보와 무관한 정보가 혼재 되어 있는 전자정보저장매체 전체를 수집 또는 복사하는 행위는 조사의 일반원칙에 위배될 소지가 있다. 대법원 역시 2014.10.30.자 2010마 1362 결정을 통하여 공정거래위원회의 조사공무원이 법위반행위와 관련되는 자료가 회사의 내부전산망을 통하여 전달·보

관하고 있다는 의심만으로 내부전산망전체를 대상으로 무제한적으로 열람하는 행위는 법 제50조의 2에 규정된 필요한 최소한의 범위 안에서의 조사라고 보기 어렵다고 판단한 바 있다. 또한, 공정거래위원회는 공정거래법 위반행위를 밝히기 위해서 주로 저장매체 속에 저장되어 있는 전자정보, 즉 업무상 목적으로 생성한 문서파일을 조사대상으로 삼고 있는 점을 감안할 때, 공정거래법상 디지털증거 수집의 대상으로서 정보저장매체가 아닌 전자정보가 규정되어야 한다고 판단할 수 있다.

요약하자면 공정거래법상 디지털증거의 수집 방식 및 대상에 관하여 원칙적인 선별 수집 및 예외적인 경우 전체 수집에 관한 사항을 규정하고, 전자정보 자체가 증거 수집 대상물이 되도록 명시하는 것이, 명확한 작용법적 근거를 마련하고, 포괄적인 수집행위를 통제할 수 있는데 도움이 될 것 이라고 판단된다.

2. 디지털증거수집 절차상 절차적 권리의 보장

형사절차상 인정되고 있는 디지털증거의 압수·수색과정의 절차적 권리가 공정거래위원회의 디지털 증거수집 절차에서도 보장될 필요가 있다. 행정기관인 공정거래위원회의 디지털증거 수집절차가 형사상의 사법절차와 동일한 수준이어야 할 필요는 없다. 하지만 헌법에서 요구하는 적법절차의 본질적인 사항은 법률에서 정해야 하는 원칙을 고려하고, 디지털증거의 수집절차의 특성 및 공정거래위원회의 처분 성격을 감안하였을 때, 형사절차상 인정되고 있는 핵심적인 절차적 권리는 공정거래법으로 상향하여 규정될 필요가 있다.

공정거래위원회 디지털 증거 수집의 적법성 강화를 위해 보장해야 할 절차적 권리 중 참여권 보장은 가장 핵심적인 사항으로 판단된다. 형사절차상 참여권은 수사기관이 혐의사실 관련성에 대한 구

분 없이 무분별한 디지털 증거의 복제·탐색·출력을 할 수 없도록 차단하는 실효적 수단으로서 의미를 가진다. 공정거래위원회의 조사 행위 역시 범위반행위를 달리하는 별건 조사의 가능성을 가지고 있기 때문에 디지털증거의 수집 시 관련성 구분이 필요하고, 관련성 구분 없이 행하는 조사행위는 공정거래위원회의 조사일반원칙인 최소 침해원칙에 위배될 소지가 있다고 판단할 수 있다. 이에 따라 공정거래위원회의 디지털 증거수집이 공정하고 적정성 있는 방법에 따라 행해지는지에 대한 감시가 필요하다.

이를 위해 먼저, 형사절차상 디지털증거의 압수·수색에 중요한 절차적 권리로서 가치를 가지는 참여권이 행정절차 상에서도 도출될 수 있는 지에 대한 검토가 필요하다. 형사절차상 피압수자 측의 참여권을 보장하여 수사기관의 무분별하고 포괄적인 압수수색을 방지함으로써 이루고자 하는 궁극적인 목적은 피압수자의 재산권, 정보의 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유 등을 보호하는데 있다.¹⁰³⁾ 재산권 등 헌법상 보장된 기본권은 행정법의 중요한 법원성을 가지며, 이를 위반한 공권력의 행사는 위법을 면할 길이 없다. 이에 따라 헌법상 보장되는 기본권 행사를 위해 중요한 가치를 가지는 참여권을 행정절차 영역이라고 굳이 배제할 사유를 찾을 수 없다. 이와 관련하여 국세기본법은 변호인·회계사·세무사 등 대리인·조력자의 조사과정 참여 권한을 법률에서 직접 명시하고 있다.

공정거래위원회는 조사절차에 관한규칙(공정거래위원회고시 제 2018-4호, 이하 ‘조사절차 규칙’) 및 공정거래위원회 디지털 증거 수집 규칙상 조사과정에 참여권 보장을 규정하고 있다. 하지만 피심인의 방어권 보장에 있어 핵심적인 사항임에도 불구하고 법률에 그 근거규정을 두고 있지 않고 하위 규칙에 그 내용을 규정하고 있는 점은 피조사인의 정당한 절차적 권리를 침해할 우려가 있다.

103) 대법원 2015.7.16. 선고 2011모1839 결정

이에 따라 현행 공정거래위원회 조사절차 규칙 및 디지털 증거 수집규칙상 규정되어 있는 조사과정의 참여권 보장 조항을 공정거래법으로 상향하여 규정하는 것이 필요하다.

이 밖에 영치한 정보저장매체의 환부 규정, 수집한 디지털증거의 세부 목록 교부 규정도 헌법상 기본권인 사생활의 비밀과 자유, 정보자기결정권, 재산권과 관련이 있는 절차적인 권리이므로 공정거래법상 기준을 제시할 필요가 있다. 그 외 세부적인 절차는 하위규칙에 규정하되, 하위규칙이 법규성을 가질 수 있도록 공정거래법에 디지털 증거 수집절차에 필요한 사항을 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있는 위임근거 조항을 규정할 필요가 있다.

제2절 공정거래위원회 심리절차상 디지털증거의 증거조사 반영

현행 공정거래법상 공정거래위원회 처분에 불복절차는 제1심으로 서울고등법원 및 법률심인 대법원에만 제기할 수 있어 헌법상 3심 재판 원칙의 예외로 되어 있다. 이로 인해 피심인의 헌법상 보장된 재판청구권을 침해하는 것이 아닌가하는 논란이 끊임없이 제기된다. 더욱이 공정거래위원회 제도 도입의 모델로 삼았던 일본이 공정거래법 개정을 통해서 2심 재판 제도에서 3심 재판제도로 돌아서면서 경쟁법 집행에서 당사자의 재판받을 권리를 보장해야 한다는 목소리가 그 어느 때보다 높아지고 있다. 또한, 공정거래위원회의 제재 처분이 사실상 형사처벌의 성격을 가지고, 사후적 사법심사제도가 제한되어 있다는 점을 고려하였을 때, 공정거래위원회 심리절차는 피심인에게 사법절차에 버금가는 수준의 절차적 권리 보장을 통해 준 사법적 절차로서 기능할 수 있도록 할 필요성이 있다.

이러한 필요성에도 불구하고, 공정거래위원회의 증거조사기능은 디지털증거수집 절차상 위법 행위 및 제출된 디지털증거의 증거력

을 판단할 수 있는 실질적인 절차가 되지 못하고 있다. 공정거래위원회 심의절차상 증거조사를 통하여 디지털증거의 수집절차의 위법성이 검토되어 이에 대한 증거력에 대한 문제를 삼지 않을 경우 헌법상 보장된 적법절차에 따라 디지털증거를 수집할 유인성이 없어진다. 그 결과 공정거래위원회의 디지털증거 수집절차가 행정편의주의에 치우쳐 형식적인 임의성만을 갖추고 사실상 강제조사로서의 행태를 보이는 경우 국민의 권리 및 자유는 형식적인 적법성을 갖춘 위법행위에 침해받을 가능성이 커질 수 있다.

현행 공정거래법상 디지털증거 수집절차에 관한 위법성 및 제출된 증거자료의 진정성에 대한 판단을 위한 아무런 규정을 두고 있지 않고 있다. 하위규칙인 사건처리 절차규칙 41조에 증거조사 규정을 두고 있지만 디지털증거에 관한 증거조사 방법에 대한 구체적인 규정은 결여되어 있다. 공정거래법 위반사건의 심리절차가 사법기관에 의해 진행되는 엄격한 사법절차는 아니지만 사실상 1심 법원의 기능과 역할을 담당·수행한다는 점을 감안한다면 공정거래위원회의 준 사법적기능을 강화하기 위해 디지털증거조사절차를 강화할 필요가 있다. 특히 디지털증거는 그 특성상 수집단계부터 분석 심의 절차를 통해 최종적으로 법원 또는 심판정에 제출되기까지 내용 및 형질의 변경 가능성을 내포하고 있어 진정성의 성립에 있어 문제점을 안고 있다. 이러한 문제점을 개선하기 위하여 공정거래법상 디지털증거에 관한 증거조사를 명확하게 규정하고, 세부적이고 구체적인 방법에 관한 사항은 사건처리 절차규칙에 규정될 필요가 있다.

행정소송법상 ‘행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다’고 규정하고 있지만, 공정거래위원회의 제재처분은 다른 국가의 사례에 비해 형사소추의 대상이 될 가능성이 높고, 부당이득 환수가 아닌 징벌적성격의 과징금은 형사처벌의 성격을 가지고 있

는 점을 감안할 때, 형사소송절차상 증거조사방법을 적극 반영할 필요가 있다.

2008년 1월 1일 부터 시행된 개정 형사소송법 292조의 3항에서는 ‘도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여 필요한 사항은 대법원 규칙으로 정한다.’라고 규정하고 있고, 하위규칙인 형사소송규칙에 전자정보가 문자인 경우와 음성·영상인 경우로 구분하여 증거조사에 대한 세부적인 방법을 제시하고 있다.

형사소송법이 전자정보의 증거조사에 관하여 단 하나의 추상적인 조문만을 규정하고, 세부적인 사항은 하위규칙에 정하고 있는 점은 전자정보가 차지하는 중요성에 비하여 적절치 못하다는 비난이 있다. 하지만, 급변하는 사회 환경 및 과학기술발달에 따른 전자정보 및 전자정보저장매체의 발달이 예측할 수 없는 점을 감안할 때 전자정보에 관한 증거조사를 탄력적으로 규정하기 위해서는 불가피한 측면이 있을 수밖에 없다고 판단된다.

컴퓨터디스크 등(컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보 저장매체)에 기억된 문자정보를 증거자료로 하는 경우에는 읽을 수 있도록 출력하여 인증한 등본을 낼 수 있다.(형사소송규칙 제134조의7 제1항). 컴퓨터용 디스크 등에 저장된 정보는 그 특성상 정보 그 자체를 법정에서 쉽게 내용을 확인할 수 없기 때문에 프린터 등을 이용하여 출력한 문서를 제출토록 한 것으로 풀이된다.

컴퓨터디스크 등에 기억된 문자정보에 대한 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구하는 때에는 컴퓨터디스크 등에 입력한 사람과 입력한 일시, 출력한 사람과 출력한 일시를 밝혀야 한다(형사소송규칙 제134조의7 제2항). 이 조항은 자기디스크 등에 저장된 정보를 출력하여 문서형태인 증거로 제출한 당사자에

대해 상대방이 출력 문서와 자기 디스크 등에 저장된 정보가 일치하지 않는다고 주장하는 경우 감정에 필요한 정보를 제공받아 출력 문서의 진정성립과 내용의 정확성을 확인하기 위한 취지로 해석된다. 형사소송 실무상 전자정보에 담긴 문자정보뿐만 아니라 작성 시각, 작성자, 송수신 시각, 발신인과 수신인 정보, 수정 시각, 삭제 시각 등이 공소사실의 입증에 필요한 경우에는 그 전자정보에 대한 분석보고서를 증거서류로 제출하거나 전자문서 파일의 메타데이터를 법정에서 비치된 컴퓨터를 통하여 확인하는 방법으로 증거조사를 하고 있다.¹⁰⁴⁾

형사절차상 요구되는 증거조사방법을 공정거래위원회 심리절차에 반영할 때에 공익 추구라는 행정목적 달성을 위한 효율성 및 행정기관 특성을 고려하지 못한 행위라는 비난의 여지도 있겠지만, 공정거래위원회 디지털증거 수집행위 및 이를 기반으로 내려지는 처분의 성격을 고려하고, 기본적 인권 보호를 위한 헌법 및 형사소송의 원칙이 공정거래위원회 처분절차의 지도 이념으로서 적극 반영되어야 한다는 점을 감안할 때 형사소송법과 같이 선언적인 디지털증거의 증거조사 조항을 공정거래법상 규정하고, 세부적인 사항은 하위규칙에 반영할 필요가 있다.

104) 법원행정처, 법원실무제요 형사[Ⅱ], 2014년, 197-199면

제7장 결론

정보 기술의 발달과 고도화로 인하여 행정기관에서 수행하는 행정조사 대상이 종래의 유체물에서 디지털증거로 급속히 대체되고 있다. 이러한 시대상황에 발맞추어 행정조사권한을 보유한 여러 행정기관은 앞 다투어 디지털증거분석을 위한 절차 및 기준을 마련하고, 관련 업무를 전담할 조직을 설치해오고 있다.

공정거래위원회는 공정거래법에 의한 사무를 독립적으로 수행하는 합의제중앙행정기관으로서 경쟁법의 위반행위를 조사하여 그 결과를 심사하여 스스로 법 위반행위를 선언하고, 과징금 부과 및 검찰 고발 등의 조치를 할 수 있는 권한을 보유하고 있다. 공정거래위원회는 사건처리절차 상 효율적인 법 위반행위 적발을 위해 디지털증거의 수집을 통해 조사영역을 확대하여 왔다.

디지털증거의 수집 행위는 디지털증거의 특성상 종래의 유체물을 대상으로 하는 조사행위 보다 국민의 권리와 자유를 침해할 가능성을 키우고 있어 그 행위에 있어 적법하고 적정한 절차에 따라 통제되어야 한다.

본 논문은 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절차가 적법하고 적정한 절차에 따라 운영되고 있는지에 대한 문제의식으로부터 출발하여 현행 법제 하에서 제기될 수 있는 문제점에 대하여 아래와 같이 인식하였다.

첫째, 현행 법제 하에서 공정거래위원회가 행하고 있는 디지털증거 수집절차의 작용법적인 근거가 미약하여 헌법상 보장된 적법절차 원칙에 위배될 소지가 있다고 판단하였다.

둘째, 공정거래위원회가 사실상 경쟁법 집행에 있어 1심 법원의 역할을 수행하고 있는 준 사법기관의 성격을 가지고 있음에도 불구하고, 심리에 제출된 디지털증거자료의 증거조사절차가 실질적으로

이루어지고 있지 않은 점은 실질적 법치주의 혹은 재판청구권의 보장이라는 헌법상 원칙에 위배될 수 있다고 판단하였다.

이러한 문제점을 인식하여 공정거래위원회의 디지털증거 수집 절차의 적법성을 강화하기 위한 방안으로 디지털증거 수집 절차상 요구되는 본질적인 사항을 법률로서 상향하여 제정할 것과 공정거래위원회의 심의절차상 디지털증거의 증거조사 절차를 강화할 것을 제시하였다.

본 논문은 공정거래위원회의 디지털증거 수집 행위의 의미 및 성격을 확인하고 그에 따라 갖추어야 할 작용법적인 요건 및 제반절차를 제시함으로써, 조사 대상자의 절차적 방어권을 보장하고 공정거래위원회 법집행 측면의 적법성을 강화하였다는 데에 그 의미가 있다.

다만, 본 논문은 형사절차상 발전된 디지털증거의 압수·수색 법리를 적용함으로써, 경쟁법의 신속한 집행 가능성이 저하되고, 이에 대한 대책을 검토하지 못한 한계를 가지고 있다.

또한, 형사절차상 법원이 주장하는 유관정보의 수집원칙 및 이에 따르는 엄격한 판단 기준은 수사 현실을 고려하지 못하고 절차적 방어권에 너무 치우친 나머지 실제적 진실 발견의 어려움이 가중되고 있다는 비판이 지속적으로 제기되고 있는 만큼 향후 행정기관의 디지털증거 수집 행위의 기준을 제시할 때 이러한 부분에 대한 고민도 필요해 보인다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 강경근, 헌법, 법문사, 2004년
강구철, 행정법 I, 1993년
김남진, 행정법(I), 1997년
김남진, 김연태, 행정법 I, 법문사, 2015년
김남철, 행정법강론, 박영사, 2014년
김도창, 행정법(상), 1992년
김동희, 행정법1(제17판), 박영사, 2011년
김동희, 행정법1(제19판), 박영사, 2013년
김용섭외, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 박영사, 2016년
노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판부, 2009년
류지태, 행정법신론, 1997년
박균성, 행정법강의(제14판), 박영사, 2017년
박균성, 행정법론(상), 박영사, 2013년
박윤훈, 행정법(상), 1997년
박정훈, 공정거래법의 공적 집행, 권오승 편, 공정거래와 법치, 법문사, 2004년
박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005년
배종대 외3인, 신형사소송법(제4판), 홍문사, 2012년
법원행정처, 법원실무제요 형사[II], 2014년
사법연수원, 공정거래법, 사법연수원, 2011년
석중현, 행정법(상), 1997년
신동권, 독점규제법, 박영사, 2011년
신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011년

이명구, 행정법원론, 1997년
이호영, 독점규제법, 홍문사, 2010년
장태주, 행정법개론(9판), 법문사, 2004년
정호열, 경제법(제4판), 박영사, 2013년
홍정선, 행정법원론(상)(24판), 박영사, 2016년

2. 논문

강성수, 전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구, 사법정책연구원, 2015년
강수진, 공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계, 대검찰청 형사법의 신동향 Vol37, 2012년
김도훈, 전자증거에대한민사소송법상취급에관한연구, 연세대학교, 2007년
김영기, 디지털증거의 진정성립 부인과 증거능력 부여방안, 형사판례연구 제19호, 2011년
김정환, 형사소송에서 디지털증거의 조사방법에 관한 입법론적 고찰 - 특히 민사소송의 경우와 비교하여-, 비교형사법연구 제14권 제2호, 2012년
노승권, 컴퓨터 데이터 압수, 수색에 관한 문제, 검찰(통권 제11호), 대검찰청, 2000년
박민우, 디지털증거 압수·수색에서의 적법절차, 고려대학교 박사논문, 2016년
박정훈, 공정거래법의 공적 집행, 권오승 편, 공정거래와 법치, 법문사, 2004년
박혁수, 디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점, 형사법의 신동향 제44호, 2014년

- 배현정, 공정거래위원회의 지위와 기능에 관한 법적 고찰, 이화여자 대학교, 2002년
- 서원우, 행정처분개념소고, 월간고시(1991.1.), 1991년
- 손지영·김주석, 디지털증거의 증거능력 판단에 관한 연구, 대법원 사법정책연구원, 2015년
- 안정섭, 최건호, 전자정보 압수·수색의 일련의 압수처분에서 참여 권 보장 범위 및 준항고에서 취소의 대상 검토, 법학평론 7(2017.5), 서울대학교, 2017년
- 오기두, 형사절차상 컴퓨터 관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구, 박사학위논문, 서울대학교, 1997년
- 윤성운, 공정거래법 위반사건 심판절차의 절차적 적법성과 개선방향, 인권과정의(vol 330), 2004년
- 이경렬, 디지털 정보 관련 증거의 압수·수색 규정의 도입방안, 홍익법학(제13권, 제3호), 홍익대학교 법학연구소, 2012년
- 이상원, 전자증거와 원본증거의 법칙, 형사법의신동향통권제36호, 2012년
- 이숙연, 전자정보에 대한 압수·수색과 기본권, 그리고 영장주의에 관하여, 헌법학연구 제18권 제1호(2012.3), 2012년
- 이숙연, 형사소송에서의 디지털증거의 취급과 증거능력, 고려대학교, 2010년
- 이주원, 디지털증거에 대한 압수·수색제도의 개선, 안암법학(제37권), 2012년
- 전승수, 디지털 정보에 대한 압수·수색영장의 집행, 법조 제670호, 2012년
- 정선주, 문서의 증거력, 민사소송(Ⅲ) 한국민사소송법학회지, 2000년
- 조성국, 미국의 경쟁/소비자법, 제도 및 사건처리절차 연구(공정거래위원회 연구용역자료), 공정거래위원회, 2015년

탁희상, 이원상, 디지털포렌식 통합모델 구축에 관한연구, 2016년
탁희성, 전자증거개시제도(E-Discovery)에 관한 연구, 한국형사정
책연구원, 2011년

탁희성·이상진, 디지털증거분석도구에의한증거수집절차및증거능력
확보방안,한국형사정책연구원,2006년

한응희, 압수·수색이 요구되는 행정조사에서의 영장주의, 서울대학
교 박사논문, 2018년

한충수, 민사소송에서의증거조사절차에있어몇가지문제점 - 정보및증
거수집제도로의인식전환을위한시론,법학논총제27권제2
호,2010년

홍대식, 공정거래법상공정거래위원회의사건처리절차에서의절차적하
자와처분의효력, 특별법연구14권, 2017년

황태희, 독점규제법상 집행시스템의 개선방안, 저스티스 통권 123
호, 2011년

3. 판례

가. 법원

대법원 1968.9.17. 선고 68도932판결

대법원 1985.11.12. 선고 84누250판결

대법원 1987.9.29. 선고 86누484 판결

대법원 1990.8.24. 선고 90도1285판결

대법원 1992.4.24. 선고 91누11131판결

대법원 1992.6.23. 선고 92도682판결

대법원 1993.12.7. 선고 93다41914판결.

대법원 2001.5.8. 선고 2000두10212판결
대법원 2001.5.8. 선고 200두10212판결
대법원 2002.6.11. 선고 2000도5701판결
대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061판결
대법원 2007.12.13. 선고 2007도7257판결
대법원 2011.5.26.자 2009모1190결정
대법원 2013.7.26. 선고 2013도2511판결
대법원 2013.9.12. 선고 2011두33044판결
대법원 2014.10.30.자 2010마1362결정
대법원 2015.7.16.자 2011모1839결정
대법원 2016.3.10. 선고 2013도11233판결
대법원 2018.2.8. 선고 2017도13263판결
서울고등법원 2013.02.08. 선고 2012노805판결
서울고등법원 2007.08.16. 선고 2007노929판결
서울남부지방법원 2018.7.5. 선고 2017고합248판결
서울중앙지법 2007.4.16. 선고 2006고합1365판결

나. 헌법재판소

헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8결정
헌법재판소 2003.7.24. 선고 2001헌가25결정
헌법재판소 2003.7.27. 선고 2001헌가25 결정
헌법재판소 2005.5.27. 선고 2004헌마800결정

4. 인터넷 사이트 자료

한국민족문화대백과사전(http://encykorea.aks.ac.kr/Contents/Index?contents_id=E0073433), 최종방문일: 2018.10.7.

II. 국외문헌

1. 단행본

Eoghan Casey, Digital Evidence and Computer Crime(2nd ed.),
Academic Press, 2004

<Abstract>

Legitimacy strengthening of Digital evidence collection for administrative investigation – Focused on Fair Trade Commission–

Kang, Seung-Hoon

Department of Mathematical Information Science,

Digital Forensics

The Graduate School of

Convergence Science and Technology

Seoul National University

Due to the development and advancement of information technology, a object of administrative investigation is rapidly being replaced by digital evidence from material things. In response to this situation, several administrative agencies with authority to conduct administrative investigation have set up procedures and standards for collecting digital evidence, and have established an organization dedicated to the related tasks.

The Fair Trade Commission(FTC) is a collegiate governmental authorities that independently conducts affairs under Monopoly Regulation and Fair Trade Act(MRFTA) through the

investigation and deliberation of the violation of MRFTA. It declares itself to be in violation of the law and has the authority to impose fines and prosecute prosecutions. FTC has expanded the scope of investigation through the collection of digital evidence in order to detect cases of law violations more efficiently in case processing procedures.

Due to the characteristic of digital evidence, collecting digital evidence for administrative investigations is more likely to infringe on the rights and freedoms of the people than the investigations of material things. Therefore, the conduct should be controlled according to lawful and due process.

This study started with the consciousness of the issue of whether FTC's digital evidence collection procedure is operated through due process of law. As a result, it can be raised under the existing laws and related regulations, I recognized the problem as follows.

First, under the current legal system, the procedure of collecting digital evidence by FTC is judged to be in violation of the due process principle guaranteed by the Constitution because it is not conducted in accordance with a legal basis.

Second, considering that FTC has a role as the first instance court, the point that examine of evidence for digital evidence presented in the deliberation process of FTC is not practically achieved can be contrary to the constitutional principle of guaranteeing the right of access to courts.

Recognizing these problems, I suggest to strengthen the legitimacy of the digital evidence collection process of FTC as

follows.

First, the essentials of the legal basis for collecting digital evidence of FTC should be enacted as laws.

Second, the FTC's deliberation procedure should strengthen the procedures for examine of evidence for digital evidence.

The purpose of this paper is to verify the meaning and nature of the digital evidence collection activities of FTC and to provide the procedural requirements and procedural procedures. As a result it is meaningful that the legality of FTC enforcement is strengthened.

Key words : administrative investigation, Fair Trade Commission, Digital forensics, collecting digital evidence, Fair Trade Commission investigation, admissibility of digital evidence, effect of defective administrative procedure.

Student Number : 2017-26917