

2022년 경찰승진 형사소송법(경정급)

본 문제에 대한 해설의 저작권은 네오고시뱅크(Neo Gosibank)에 있습니다.
무단 복제 시 저작권법에 의거 고발하여 민·형사상 책임을 지게 됩니다.

[1문] 다음을 읽고 설문에 답하십시오. (50점)

사법경찰관 P는 피해자 A의 고소로 甲이 2021. 5. 6.에 휴대전화기를 이용해 저지른 성폭력범죄의처벌등에관한특례법(이하 ‘성폭력처벌법’ 이라 한다)상 카메라이용촬영 혐의 및 통신매체이용음란 혐의를 수사하면서 甲의 소재를 파악하기 위해 甲의 주거지와 직장을 탐문하였지만, 甲은 직장을 그만둔 채 소재를 감추었다. 사법경찰관 P는 甲의 소재를 계속해서 파악하던 중, 2021. 7. 6. 21:30경 甲의 내연녀 乙의 주거지 주변 노상에서 우연히 甲을 발견하고 미란다원칙을 고지한 후 긴급체포하였다.

다음날 오전 10:00경 사법경찰관 P는 甲과 동행하여 乙의 주거지에서 乙의 참여하에 그곳에 숨겨져 있던 甲의 휴대전화기를 발견하였으나 甲이 비밀번호를 알려주지 않자 그대로 甲의 휴대전화기를 압수하였다. 같은 날 20:00경 발부된 사후영장에는 계속 압수의 필요성으로 ‘피해자 A에 대한 범죄혐의의 상당성’ 외에도 ‘여죄수사의 필요성’ 및 ‘상습범의 가능성’ 등이 포함되어 있었다.

사법경찰관 P는 압수한 휴대전화기에 대한 디지털포렌식을 실시한 결과, 피해자 A에 대한 자료 외에도 甲이 2021. 1.경부터 2021. 4.경까지 사이에 저지른 피해자 B, C, D에 대한 성폭력처벌법상 통신매체이용음란혐의에 관한 추가자료들을 확보하였는데, 이에 대해서는 사후영장을 신청하지 않았다. 甲은 디지털포렌식 실시 전과 추가자료 확보 당시 참여권을 통지받았으나 참여하지 않겠다는 의사를 명시적으로 표시하였다.

한편, 우연히 피해자 A에 대한 甲의 범행현장을 목격한 丙은 사법경찰관 P의 요구에 따라 참고인으로 출석하여 진술서를 작성하였으나, 甲이 성폭력처벌법상 카메라등이용촬영·반포죄와 통신매체이용음란죄로 기소된 후 공판정에 증인으로 출석해서는 단순히 보복을 염려해 증언을 거부하였다.

※ 전체 논점정리와 결론은 별도로 쓰지 말고, 각 문항별로 답안을 작성할 것

1. 사법경찰관 P가 甲을 긴급체포한 것은 적법한가? (10점) [적중 : 프리미어 현장 4회]
2. 사법경찰관 P에 의한 甲의 휴대전화기 압수 및 피해자 B, C, D에 대한 추가자료들의 확보는 적법한가? (20점) [적중 : 제217조 제1항 ⇨ 진도별 5회, 프리미어현장 2회, 전자기록의 압수·압수의 효력범위 ⇨ 프리미어현장 3회/7회, 진도별 3회/5회, 하프범위 1·2회, 전범위 2회]
3. 丙의 증언거부권 행사가 정당한지 검토하고 丙이 작성한 진술서의 증거능력을 논하십시오. (10점)
[적중 : 프리미어 현장6회(정당하지 못한 증언거부), 진도별 7회(정당한 증언거부), 사례X노트 예제44]

4. 만일, 乙이 甲과 별개로 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등)죄로 기소되어 甲과 병합심리를 받던 중 자신에 대한 피고인신문과정에서 “내가 가지고 있던 영상들은 甲이 피해자 A를 직접 촬영했다고 하면서 준 것이다.” 라고 진술하였다면, 이 진술이 甲에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 있는가? (10점) [공통피고인의 증인적격, 프리미어 현장 1회/사례X노트 예제52]

[2문] 다음을 약술하라. (50점)

- (1) 진술거부권의 내용과 효과 (30점) [적중 : 진도별7회, 예상논점배부자료]
- (2) 보강이 필요한 자백과 보강증거의 자격 (20점) [적중 : 전범위 1회, 예상논점배부자료]

〈참고조문〉

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

제13조(통신매체를 이용한 음란행위) 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 사람은 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

제14조(카메라 등을 이용한 촬영) ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영(이하 “반포등”이라 한다)한 자 또는 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니한 경우(자신의 신체를 직접 촬영한 경우를 포함한다)에도 사후에 그 촬영물 또는 복제물을 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 영리를 목적으로 촬영대상자의 의사에 반하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항 제1호의 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 이용하여 제2항의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

④ 제1항 또는 제2항의 촬영물 또는 복제물을 소지·구입·저장 또는 시청한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

⑤ 상습으로 제1항부터 제3항까지의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

답안 작성 시 문제는 답안지에 기재하지 말 것

■ [1문] 사례 (50점)

I. 설문(1)에 대하여 (10점) [적중 : 프리미어 현장 4회, 적중유무와 무관하게 누구나 잘 쓸 수 있는 논점입니다.]

1. 문제점 (1/10점)

사법경찰관 P의 甲에 대한 긴급체포의 적법성은 체포당시의 사정에 비추어 긴급체포의 요건과 절차를 준수한 것인지가 문제된다. 다만, 형사소송법은 범죄사실별로 체포와 구속의 효력을 정하고 있는바, 카메라등이용촬영혐의와 통신매체이용음란혐의로 나누어 살펴볼 필요가 있다.

2. 긴급체포의 요건과 절차 (4/10점)

긴급체포가 적법하기 위해서는 ① **범죄의 중대성**, 즉 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역·금고에 해당하는 범죄로서 ② **범죄혐의의 상당성(객관적 혐의)**, 즉 무죄추정을 깨뜨릴 만한 고도의 개연성이 인정되고 ③ **체포의 필요성**(도망 및 증거인멸의 우려)과 ④ **긴급성**, 즉 피의자를 우연히 만난 경우와 같이 영장을 청구할 시간적 여유가 없는 경우이어야 한다.

또한 피의사실, 체포이유, 변호인선임권을 고지하고 변명의 기회를 부여하는 등(제200조의5, **미란다원칙**) 적법한 절차를 거쳐야 한다.

나아가 긴급체포는 긴급행위인바 사후에 밝혀진 사정이 아니라 체포당시의 사정을 기준으로 체포한 수사기관의 입장에서 그 적법성을 판단해야 할 것이고 수사기관의 판단에는 상당한 재량이 인정되어야 한다.

3. 긴급체포의 적법성 (4/10점)

(1) 통신매체이용음란 혐의의 경우 (1점)

긴급체포의 요건인 범죄의 중대성 여부는 법정형을 기준으로 하여야 한다. 그런데 통신매체이용음란행위는 그 법정형이 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금으로 규정되어 있는바(성폭력처벌법 제13조)는 甲의 해당범죄사실은 긴급체포의 대상이 되지 않는다.

(2) 카메라이용촬영 혐의의 경우(3점)

우선, 성폭력처벌법상 카메라등이용촬영죄는 그 법정형에 7년 이하의 징역이 포함되어 있으므로 범죄의 중대성은 인정되고, P가 甲의 주거지와 직장을 탐문하였으나 甲의 소재를 파악하기 힘든 상황에서 우연히 甲을 발견하였다는 점에서 체포당시의 사정을 감안하여도 체포의 필요성과 긴급성 역시 인정되는 것으로 볼 수 있다. 또한 긴급체포 이전에 미란다원칙을 고지하였다는 점에서 절차적인 문제에도 특별한 위법이 없다.

다만, 甲의 객관적 혐의를 인정할 수 있는지와 관련하여서는 특별한 사정이 제시되어 있지 않는바, 범죄혐의의 상당성이 인정됨을 전제로 甲에 대한 긴급체포는 카메라등 이용촬영죄에 대한 긴급체포로서 적법하다.

4. 사안의 해결 (1/10점)

범죄혐의의 상당성을 인정할 만한 사정이 전제된다면, 甲에 대한 긴급체포는 성폭력처벌법상 카메라등이용촬영죄에 대한 긴급체포로서 적법한 것으로 판단된다.

II. 설문(2)에 대하여 (20점) [적중 : 제217조 제1항 ⇨ 진도별 5회, 프리미어현장 2회, 전자기록의 압수·압수의 효력 범위 ⇨ 프리미어현장 3회/7회, 진도별 3회/5회, 하프범위 1·2회, 전범위 2회]

1. 문제점 (1/20점)

사법경찰관 P가 영장없이 甲의 휴대전화기를 압수한 행위가 적법한 것인지는 영장주의 예외규정인 제216조 내지 제218조의 요건을 충족한 것인지가 문제된다. B, C, D에 대한 추가자료들의 확보의 적법성과 관련하여서는 긴급 체포 이후 행한 압수의 효력이 해당파일에도 미치는 것인지를 살펴보아야 한다.

2. 휴대폰압수의 적법성 (10/20점)

(1) 영장주의 예외의 충족여부 (6.5점)

가. 영장주의 예외의 근거 (1점)

P가 甲의 휴대폰을 압수함에 있어서는 사전에 영장을 발부받은바 없으므로 제216조 내지 제218조의 요건을 갖추지 못하면 위법함을 면할 수 없다. 이때 사법경찰관 P의 휴대폰 압수는, 수사단계에 이루어진 강제압수인바 제216조 제1항 제1호, 제216조 제2항, 제218조는 애초에 적용될 여지가 없고, 압수장소 역시 체포현장이거나 범죄장소로 볼 수도 없어 제216조 제1항 제2호, 제216조 제3항도 적용될 여지가 없다.

나. 제217조 제1항의 예외 (5.5점)

① 사법경찰관은 긴급체포된 자가 소유·소지·보관하는 물건에 대해 긴급히 압수할 필요가 있는 경우, 체포시로부터 24시간 내에 한하여 영장없이 압수·수색·검증을 할 수 있다. 압수계속 필요시에는 지체없이 늦어도 체포시로부터 48시간 내에 사후영장을 청구하여야 한다(제217조 제2항).

설문에서 P가 甲을 긴급체포한 시점은 긴급체포한 시점(2021.7.6.23:30)으로부터 12시간 30분이 지난 시점으로서 24시간 내에 있고 긴급성과 관련하여서는 특별한 문제가 없다.

② 제217조 제1항은 긴급체포된 자가 소유·보관하는 물건에 대한 압수도 허용되는바, 소유·보관하는 물건이 있는 장소인 이상 장소적 제한이 없다. 판례도 같은 취지에서 체포현장이거나 범죄장소가 아닌 피의자의 주거지에도 제217조 제1항에 따른 압수가 가능하다고 보았다. 따라서 체포현장이거나 범죄장소가 아닌 乙의 집에서 압수·수색이 이루어진 점을 위법이라 할 수 없다.

③ 한편, 제217조 제1항은 압수의 대상물에 대해 명문규정을 두고 있지 않아 그 압수의 범위에 대해 견해가 대립된다. 생각건대, 제217조 제1항은 영장주의 예외일 뿐 압수의 요건을 완화하는 조문은 아니므로 제215조가 요구하는 피의사건과의 관련성이 인정되는 범위 내에서만 수사기관은 압수할 수 있다고 보아야 한다. 판례 역시 “긴급체포의 사유가 된 범죄사실 수사에 필요한 최소한의 범위 내에서 당해 범죄사실과 관련된 증거물 또는 몰수할 것으로 판단되는 피의자의 소유, 소지 또는 보관하는 물건을 압수할 수 있다” 고 보아 같은 취지이다(2008도2245).

설문에서는 긴급체포사유로 된 혐의와 관련된 파일의 일부만을 압수한 것이 아니라 정보저장매체인 휴대전화 전체를 압수하였는바, 압수의 적법성과 효력에 관하여 추가적인 고찰이 필요하다.

(2) 휴대폰 전체를 압수한 행위의 적법성 (3점)

① 수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색은 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 범죄혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 정보저장매체에 해당 파일을 복제하는 방식으로 이루어져야 하고, 정보저장매체 자체를 직접 반출하거나 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 압수·수색하는 것은 일부복제·출력이 불가능하거나

압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다.

- ② 설문에서는 긴급히 압수하는 과정이고, 甲이 비밀번호를 알려주지 않았고 나아가 휴대전화의 특성상 긴급압수의 현장에서 혐의와 관련된 파일만을 선별하여 일부복제·출력하는 것은 현저히 곤란하다는 점을 감안할 때 휴대전화 전체를 압수한 것을 위법이라 할 수 없다.

(3) 소결 (0.5점)

사법경찰관 P가 甲의 휴대전화를 압수한 것은 형사소송법 제217조 제1항에 따른 압수의 요건을 갖추었고, 현장사정을 고려할 때 혐의와 관련한 일부가 아니라 휴대폰 전체(정보저장매체)를 압수한 것 역시 적법하다.

3. B,C,D등에 대한 통신매체 음란행위와 관련된 파일수집의 적법성 (8/20점)

(1) 휴대폰 압수의 효력이 미치는 범위 (4점)

- ① 헌법 제12조 제3항의 영장주의의 중요성을 감안할 때, 영장에 따른 압수에 있어 압수의 효력범위는 영장에 기재된 범죄사실과 그와 관련된 범죄사실에만 미치고 별건수색 및 별건압수는 허용되지 않고 이러한 범리는 영장주의 예외규정에 따른 긴급압수에도 그대로 적용되어야 한다.
 한편, 영장주의 예외규정은 엄격히 해석되어야 하므로 영장주의 예외요건을 갖추지 못하여 위법한 경우에는 사후영장을 발부받는다 하더라도 그 하자가 치유된다고 볼 수 없다(대판 2012.02.09. 2009도14884).¹⁾
 따라서, 압수계속을 위한 사후영장에 “여죄수사의 필요성” 또는 “상습범의 가능성” 등이 계속 압수가 필요한 사유로 기재되어 있더라도 무관정보에 대한 압수에 해당된다면, 영장주의 위반의 하자는 치유될 수 없다.
- ② 이때 범죄혐의와의 객관적 관련성은 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행수단, 방법, 시간, 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우를 말하고, 단순히 동종 또는 유사범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 수는 없다.²⁾
- ③ 그렇다면, 성폭력처벌법상 카메라등 이용촬영죄로 긴급체포된 甲에 대하여 제217조 제1항에 따라 휴대폰(정보저장매체)에 대한 압수가 적법하더라도, 압수의 효력은 카메라등 이용촬영과 관련된 파일에만 미치고, 무관정보인 B, C, D에 대한 통신매체 이용음란행위에 대해서는 미친다고 볼 수 없다.³⁾ B, C, D에 대한 통신매체 이용 음란행위의 범죄사실은 A에 대한 카메라등 이용촬영행위와 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없고 그 동기나 경위 등의 입증을 위한 간접증거에 해당하지도 않기 때문이다.

1) 임의제출과 관련하여, 혐의와 관련되어 있지 않은 무관정보를 출력한 사안에서도 판례는 비록 사후에 영장을 발부받았다 하더라도 무관정보에 대한 복제·출력은 위법하고 하자는 치유되지 않는다고 보았다(대판[전합] 2021.11.18. 2016도348).

2) 혐의와의 관련성과 관련하여서는 사전영장을 발부받은 경우와 긴급압수의 경우는 달리 해석되어야 한다. **사전영장을 발부받은 경우**에는 영장에 기재된 범죄혐의가 명확히 특정되고 압수의 범위와 관련하여서도 법원이 심사하여 영장을 발부하는 것이다. 따라서 **상습성을 인정하는 자료 등에까지 압수대상으로 기재할 수 있고 그에 따른 압수 역시 적법하다**(대판 2020.02.13. 2019도14341). 반면, 영장주의 예외규정은 엄격히 해석해야 하므로 (비록 압수당시의 사정을 기준으로 수사주체의 입장이 고려되어야 한다고 하더라도) 범죄혐의와 관련된 필요최소한으로 압수·수색의 대상이 한정될 수밖에 없다. 카메라등이용촬영죄와 통신매체이용음란행위는 상습범을 가중처벌하는 규정을 별도로 두고 있지 않고, 양범죄사이에는 기본적 사실관계가 동일하지도 않다(형법상 실제적 경합범의 관계).

3) 경찰이 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(카메라등이용촬영)죄의 피해자가 임의제출한 피고인 소유·관리의 휴대전화 2대의 전자정보를 탐색하다가 피해자를 촬영한 휴대전화가 아닌 다른 휴대전화에서 다른 피해자 2명에 대한 동종의 범행 등에 관한 1년 전 사진·동영상을 발견하고 영장 없이 이를 복제한 CD를 증거로 제출한 사안에서, 대법원은 “다른 휴대전화에 담긴 전자정보 중 임의제출을 통해 압수된 범위는 임의제출 및 압수의 동기가 된 피고인의 2014년 범행 자체와 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보로 제한적으로 해석하는 것이 타당한바, 범죄발생 시점 사이에 상당한 간격이 있고 피해자 및 범행에 이용한 휴대전화도 전혀 다른 피고인의 2013년 범행에 관한 동영상은 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실(2014년 범행)과 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보로 보기 어려우므로, 수사기관이 사전 영장 없이 이를 취득한 이상 증거능력이 없고, 사후에 압수·수색영장을 받아 압수절차가 진행되었더라도 달리 볼 수 없다는 이유로,” 2013년 범행을 무죄로 판단한 원심의 판단에 정보저장매체에 대한 임의제출물 압수에 있어 제출자의 의사에 따른 전자정보의 제출범위 한정, 임의제출된 전자정보의 증거능력 인정 요건 등에 법리를 오해한 잘못이 없다며 상고를 기각한바 있다(대판[전합] 2021.11.18. 2016도348).

A에 대한 통신매체이용음란행위에 대해서는 논란이 야기될 수밖에 없다. 이미 A에 대한 통신매체이용음란행위에 대한 수사가 진행되었고, 설문상 명확한 것은 아니지만 A에 대한 통신매체이용음란 행위는 카메라등이용촬영죄의 동기, 수단 등과 관련한 정황증거가 된다고 볼 여지도 있다. 그러한 점을 감안하여 출제과정에서 A에 대한 통신매체 이용 음란행위는 압수대상에서 삭제한 것으로 보인다.

(2) 압수과정에서 무관정보 발견시의 조치 (4점)

- ① 수사기관이 압수된 정보저장매체 등을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 탐색·복제·출력하는 경우, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수자나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 압수된 전자정보의 파일 명세가 특정된 압수목록을 작성·교부하여야 하며 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다.
- ② 따라서 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 범죄혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보(무관정보)를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다.
- ③ 사안에서, 甲은 참여하지 않겠다는 의사를 사전에 명시하였으므로, 사전통지 및 당사자의 참여권을 침해한 것은 아니다. 그러나 탐색중단 및 새로운 영장의 발부없이, 무관정보인 B, C, D에 대한 통신매체이용음란행위에 관한 파일을 탐색하여 확보한 것은 별건수색 및 별건압수로서 위법하다고 보아야 한다.

4. 사안의 해결 (1/20점)

사법경찰관 P가 乙의 집에서 甲의 휴대폰을 압수한 것 자체는 형사소송법 제217조 제1항에 따른 압수로 적법하나, 탐색중단 및 새로운 영장의 발부없이, 무관정보인 B, C, D에 대한 통신매체이용음란행위에 관한 파일을 탐색하여 확보한 것은 별건수색 및 별건압수로서 위법하다고 보아야 한다.

<혐의와의 관련성 부분에 대해 질문이 있으셔서 아래의 내용을 추가합니다.>

2019도14341 사례는 제 예시답안 각주 2)에 간략히만 소개되어 있습니다.

일단, 어떤 사례가 판례의 사실관계를 그대로 출제했다고 오해해서는 안됩니다. 격무에 시달리는 현직분들만이 출제로 들어가셨을 때는 그렇게 할 여지도 있습니다. 그러나, 대한민국 최고의 실력을 겸비한 형사법교수님들이 출제로 들어갔을 때에는 다양한 판례와 사실관계를 엮고 또 변형하여 출제합니다.

1. 2019도14341 판례와의 관계

2019도14341사안은 피고인이 피해자에 대한 10살 여아에 대하여 저지른 간음유인미수(형법 제305조) 및 통신매체이용음란(성폭법 제13조)과 관련하여, 휴대폰을 압수하였습니다. 압수된 휴대폰에는 다른 미성년 피해자에 대한 간음유인미수/기수사실과 통신매체이용음란행위에 대한 사실관계가 드러납니다.

2019도1431사안의 사실관계를 단순화시키면, 피고인은 피해자에게 인터넷을 통해 음란한 발언등을 하여 피해자를 피어 낸 다음, 이리저리 끌고 다니며 음식을 사주기도 합니다. 그리고, 수사기관은 피고인이 상습적으로 이러한 범행을 하였다고 판단하게 되지요. 그래서 간음유인 등으로 긴급체포하고 휴대폰을 압수하였는데, 휴대폰에는 다른 피해자들에 대한 간음유인미수/기수, 미성년자 의제강간/강제추행, 통신매체이용음란행위가 드러납니다.

이에 대해 대법원은 통신매체이용음란행위 등은 간음유인의 수단으로 사용되었다고 볼 수 있고, 형법 제305조의2가 간음유인미수나 미성년자 의제강간은 상습범에 대한 처벌규정을 두는데, 피고인에 대해서 상습범으로 처벌할 가능성도 있으므로, 긴급체포사유로된 범죄와 기타의 간음유인 및 카메라등이용촬영에 관한 증거들이 객관적 관련성이 있다고 판시한 것입니다.

전체적으로 볼 때, 이번 시험문제는 2019도14341의 사실관계에서 시사받아 출제된 것으로 충분히 볼 수는 있겠습니다.

2. 경정급 시험문제와의 차이점

오늘 사례는 甲의 A에 대한 통신매체이용음란과 카메라등 이용촬영에 관한 성폭력처벌법입니다. 다음으로 긴급체포와 함께 제217조 제1항에 따른 압수가 이루어졌습니다. 당사자가 참여거부의사를 밝힌 가운데 휴대폰에 대한 포렌식이 이어지고 A에 대한 사진 이외에 B, C, D에 대한 사진(카메라등 이용촬영)등이 탐색 및 확보되었습니다.

이번 사례는 ① 상습적으로 카메라 등 이용촬영을 하였거나 통신매체이용음란행위를 하였다는 점이 드러나지 않았고, A에 대한 범죄와 B, C, D에 대한 범죄가 동거나 수단관계에 있다고 판정하기가 어려운 상황입니다. ② 더하여, 2019도14341의 사례와 달리, 카메라등이용촬영죄나 통신매체이용음란행위에 대해서는 상습범처벌규정도 존재하지 않습니다.

결국, 2019도14341에서 사실관계를 일부차용한 것은 맞으나, 그 내용에는 다소간의 차이가 있습니다.

3. 전원합의체 판례 등장이후의 해석론의 변화

2019도 14341 판례도 매우 훌륭한 판례이지만, 2020년 2월 13일에 판시된 것입니다. 압수·수색의 객관적 관련성의 범위를 구체화하였다는 점에서 분명 시사점이 큰 판례인 것은 사실입니다.

그러나, 주의할 점이 있다면, 기존에는 고려되지 않았던 영역에 대해 새로운 판례가 나타나면, 새로운 판시는 이후의 실무에서 새로운 기준점이 되어야 합니다.

바로, 휴대폰과 같이 정보저장매체 전체를 (임의제출 형태로) 압수한 경우에 있어서, 비록 정보저장매체 자체에 대한 압수가 적법하더라도 압수의 효력은 혐의와 관련된 부분에 한정된다는 점입니다(대판[전합] 2021.11.18. 2016도 348). 이 부분은 기존까지와 다른 새로운 입장이고, 이에 전원합의체로 판시를 내린 것입니다.

4. 점수관련 강사의 생각

수험생분들 중에서는 혐의와 관련된 내용이다라고 검토를 내리신 분도 있고, 혐의와 관련되어 있지 않은 무관정보라고 결론내리신분도 있으실 것입니다.

이 부분은 분명 해석이 가능한 영역입니다. 유관정보 vs 무관정보 어느 쪽이나 점수를 얻을 수는 있습니다. 주관식이기 때문입니다.

그러나, 시험답안은 전원합의체 판결처럼 반대해석이 가능하고 반대해석에서는 추가논의가 이어진다면 반대상황을 가정하고 추가논의까지 서술해주어야 합니다. 그것이 교수님들의 채점기준표입니다.

즉, (나는) 혐의와 관련있는 전자기록에 해당한다라고 결론을 내렸다하더라도, 다만, 혐의와 관련성이 없는 경우라면, 이는 압수의 효력이 미치지 않으므로 해당부분에 대해서는 탐색을 중단하고 새로운 영장을 발부받아 탐색·복제를 시행해야 한다는 취지로 서술해야 합니다.

그리고, 최종결론에서는 무관정보라면 위법하다고 보는 것이 타당하겠으나, (나는) 유관정보로 봄이 타당하므로 자료의 추가확보는 적법하다라고 결론을 내리시는 것이 좋습니다.

(어떻게든 유관정보인지 무관정보인지까지 서술하시고, 유관정보로 결론내리셨다하더라도 20점 배점중에 15~16점 정도까지는 잘 끌어오신 것으로 판단됩니다.)

III. 설문(3)에 대하여 (10점) [적중 : 프리미어 현장6회(정당하지 못한 증거거부), 진도별 7회(정당한 증거거부), 사례X노트 예제44]

1. 문제점(1/10점)

丙의 진술서는 전문증거인바, 증거동의를 없는 이상 제311조 내지 제316조의 요건을 갖추지 못하면 증거로 할 수 없다(제310조의2). 다만, 丙의 증거거부권행사의 정당성과 관련하여서는 형사소송법 제148조, 제149조 소정의 증거거부사유가 있는지를 우선적으로 살펴보기로 한다.

2. 丙의 증거거부권행사의 정당성 (2/10점)

형사소송법은 자기 또는 근친자의 형사책임과 관련된 증거거부권(제148조)과 업무상비밀에 관한 증거거부권(제149조)을 인정하고 있다. 즉, ① 누구든지 자기나 근친자가 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 드러날 염려가 있는 증언을 거부할 수 있고(제148조) ② 변호사·의사 등의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있었던 자가 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있다. 단 본인의 승낙이나 중대한 공익상 필요 있는 때에는 예외로 한다(제149조).

설문에서 丙은 甲의 근친자라거나 甲으로부터 업무상 위탁을 받은 제149조 소정의 변호사 등으로도 볼 수 없으므로 증거거부권자로 볼 수 없다. (또한 특정강력의 피해자도 아니다.) 따라서 단순히 보복의 우려를 들어 행한 丙의 증거거부권행사는 정당하지 못하다.

3. 丙의 진술서의 증거능력 (6.5./10점)

(1) 제312조 제5항·제312조 제4항의 예외 (2점)

- ① 丙의 진술서는 수사단계에서 사법경찰관 P의 요구로 작성되었는바, 이른바 수사과정에서 작성된 진술서로서 제312조 제5항에 따라 증거능력이 판단되어야 한다.
- ② 따라서, 丙의 진술서는 사법경찰관 P작성 진술조서와 마찬가지로 적법한 절차와 방식에 따른 작성, 실질적 진정성립, 특신상태의 증명, 반대신문의 기회보장의 요건을 모두 갖추어야만 증거능력이 인정될 수 있다.
- ③ 설문에서 丙은 정당한 이유없이 증언을 거부하고 있어 피고인 甲에게 반대신문의 기회가 보장되었다고 볼 수 없는바, 제312조 제4항의 요건을 충족하지는 못한다. 다만, 반대신문결여의 상쇄장치인 제314조의 요건 충족여부를 추가적으로 살펴볼 필요가 있다.

(2) 정당하지 못한 증언거부와 제314조의 예외 (4.5점)

가. 이에 대해 학설은 ① 증언거부권이 없는 증인이 마음대로 증언을 거부한 경우, 실제진실발견을 양보해서는 안 되므로 제314조가 적용될 수 있다고 보는 적극설(판례 별개의견)와 ② 반대신문권을 강화하고 전문법칙 예외 요건을 엄격히 개정해온 형사소송법의 태도에 비추어 정당하지 못한 증언거부시에도 제314조의 필요성요건을 충족할 수 없다고 보는 소극설(판례 다수의견)로 대립된다.

나. 판례는 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라도, 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 필요성요건을 충족하지 못한다고 판시하여(대판[전합] 2019.11.21. 2018도13945) 원칙적으로 소극설의 입장을 취하고 있다.

다. 생각건대, 전문법칙 예외조문은 엄격히 해석해야하고 제314조가 엄격히 개정된 취지에 비추어 소극설이 타당하다. 나아가, 적극설에 의하면 참고인이 수사 과정에서 피고인에게 불리한 진술을 해놓고 나중에 법정에서 증언을 거부하는 경우에는 오히려 죄가 없는 피고인이 억울하게 형사처벌을 받게 되는 결과가 발생할 우려가 있다는 점도 고려할 필요가 있다.

라. 그렇다면, 丙의 진술서는 제314조에 따라서도 증거능력을 인정받을 수 없다.

4. 사안의 해결 (0.5/10점)

丙의 증언거부권행사는 정당하다고 볼 수 없다. 丙이 정당한 이유없이 증언을 거부한 이상 제312조 제4항, 제314조의 예외요건도 갖추었다고 볼 수 없으므로 丙의 진술서는 증거능력이 없다(제310조의2).

IV. 설문(4)에 대하여 (10점) [적중 : 공동피고인의 증인적격, 프리미어 현장 1회/사례X노트 예제52, 적중여부와 무관하게 기본적인 준비가 되어 있으면 누구나 쓸 수 있는 문제에 해당합니다.]

1. 문제점 (1/10점)

乙은 甲과 별개의 성폭력처벌법위반죄로 병합기소되었는바, 이른바 공범아닌 공동피고인이다. 乙이 피고인인 문단계에서 행한 법정진술은 선서없이 이루어진 법정진술인바, 공범아닌 공동피고인의 선서없는 법정진술의 증거능력이 문제된다. 다만, 전문증거라는 점에서 전문법칙 예외규정부터 검토하기로 한다.

2. 전문법칙의 예외 (2/10점)

피고인 아닌 乙이 피고인 甲의 진술을 전문한 전문진술은 전문증거인바, 증거동의를 없는 이상 제316조 제1항의 요건을 갖추지 못하면 甲의 피고사건에서 증거로 할 수 없다(제310조의2). 따라서 甲의 원진술이 특히 신빙할 만한 상태 하에서 이루어졌음이 증명되어야 증거로 할 수 있다. 다만, 설문상 특신상태의 존부에 대해서는 명확한 사실제시가 없다.

3. 공범아닌 공동피고인의 선서없는 법정진술의 증거능력 (6/10점)

(1) 공범아닌 공동피고인의 증인적격

가. 공범아닌 공동피고인의 증인적격과 관련하여서는 ① 공범아닌 공동피고인이라도 피고인의 지위를 겸유하므로 진술거부권침해 우려가 있어 증인이 될 수 없다는 소극설과 ② 공범 아닌 공동피고인은 상호간에 제3자이므로 증인이 될 수 있다는 적극설이 대립된다.

나. 판례는 피고인과 별개 사건으로 공소제기된 피고인은 상호간에 증인의 지위에 있어 선서없이 이루어진 법정진술은 증거능력이 없다고 보아 적극설을 취한다.

다. 생각건대, 적극설이 타당하다. 공범 아닌 공동피고인은 제3자로서 우연히 병합된 것에 불과하기 때문이다.

(1) 공동피고인의 증인적격

가. 학설

공범인 공동피고인의 증인적격과 관련하여서는 ① 공동피고인도 상호간에 제3자인 이상 당연히 증인이 될 수 있다는 긍정설, ② 공동피고인에게 증인적격을 인정하면 진술거부권을 침해하므로 언제나 증인이 될 수 없다는 소극설 및 ③ 공범 아닌 공동피고인은 증인이 되나 공범인 공동피고인은 증인이 될 수 없다는 절충1설 및 ④ 공범아닌 공동피고인은 증인이 되나 공범인 공동피고인은 원칙적으로 증인이 될 수 없으나 변론이 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나면 증인이 될 수 있다는 절충2설 등이 대립된다.

나. 판례

판례는 공범 아닌 공동피고인은 다른 공동피고인에 대한 관계에서 증인이 되나, 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 증인이 될 수 있다는 입장이다(대판2008도3300).

다. 검토

생각건대, 절충2설이 타당하다. 공범 아닌 공동피고인은 제3자에 불과하므로 증인이 될 수 있다고 보아야 한다. 반면, 공범인 공동피고인은 진술거부권을 침해할 우려가 있으므로 원칙적으로 증인이 될 수 없다고 보아야 하나, 공범간의 무분별한 책임전가를 제재할 필요성이 있으므로 변론을 분리할 경우에는 예외적으로 공범도 증인이 된다고 볼 것이다.

(2) 사안의 적용

乙은 공범 아닌 공동피고인으로서 선서능력이 있는 자이다. 그럼에도 불구하고 선서없이 행하여진 乙의 법정진술은 증거능력을 인정받을 수 없다.⁴⁾

4. 사안의 해결 (1/10점)

甲의 진술을 내용으로 하는 乙의 법정진술은 선서없이 행하여졌다는 점에서 甲에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없다.

4) 선서없는 법정진술의 증거능력을 부정하는 최종근거 역시 위법수집증거배제법칙이다(제308조의2).