

## 2023년 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)

- (1) 사법경찰관 P는 甲이 운영하는 노래연습장에서 반복적으로 주류판매 영업을 하고 있다고 의심하고 있었다. P는 甲에게 자신의 소속이나 단속의 취지, 영장없이 수색을 하는 이유 등 어떠한 설명도 하지 않은 채 甲이 거세게 저항함에도 불구하고 바로 7번 노래방으로 들어가 수색하여 판매중이던 주류를 발견하였다. 한편 사법경찰관 P는 이와 관련하여 압수·수색영장을 발부받은 바 없었고, 위 수색을 한 15일 전에도 같은 의심을 품고 위 노래연습장에 출동하였으나 현장적발에 실패한 바 있었다.
- (2) 그런데 甲의 노래연습장 옆 가게인 乙이 운영하는 노래연습장도 주류판매 영업을 하고 있었다. 사법경찰관 P는 이러한 사실을 신고를 통해 확인하고 위와 같은 혐의로 乙의 노래연습장에 대한 압수·수색영장을 발부받아 乙의 노래연습장을 수색하기 시작하였다. P가 乙의 노래연습장을 수색하던 중 피가 묻어 있는 칼을 우연히 발견하고 이를 압수하였다가 그 후 乙에게 환부한 후 다시 제출받았다. 이 칼은 乙이 사채업자 A를 살해하기 위해 사용한 도구였다.
- (3) 한편 乙의 공격에도 불구하고 A는 간신히 살아남았다. 이후 A가 증인으로 법정에 출석하여, 乙이 자신을 칼로 찔렀다고 경찰에서 진술한 것은 맞지만 당시 심야에 느닷없이 공격을 당하는 바람에 범인의 얼굴을 제대로 보지 못하였기 때문에 乙이 범인인지는 정확하지 않다고 증언하였다. 이에 검사는 A의 여자친구인 B와 사법경찰관 P를 증인신청하였다. 법정에 출석한 B는 A가 자신에게 乙이 분명히 범인이 맞다고 사건 직후부터 며칠 전까지 말해왔다고 증언하였고, P는 A가 경찰조사에서 乙이 범인이라고 진술하였다고 증언하였다.

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

1. 사실관계 (1)에서, 사법경찰관 P가 위 노래연습장에서 행한 수색은 적법한가? (15점)  
[사례X노트 예제62번, 1순환 모의고사\_현장강의3회]
2. 사실관계 (1)에서, 만일 며칠 후 사법경찰관 P가 甲의 노래연습장에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우 위 수색은 적법한가? (5점)  
[사례X노트 예제62번, 1순환 모의고사\_현장강의3회]
3. 사실관계 (2)에서, 위 칼이 乙의 A에 대한 범죄를 입증하기 위한 증거로 사용될 수 있는 요건은 무엇인가? (20점)  
[사례X노트 예제29번, 통합사례 23번]
4. 사실관계 (3)에서, B와 사법경찰관 P의 증언을 乙의 A에 대한 범행에 대하여 유죄의 증거로 사용할 수 있는가? (10점)  
[사례X노트 예제 56번]

### [문제 II] 다음을 약술하십시오.

1. 전자정보에 대한 압수·수색 (30점)      [사례X노트 28번 전자기록의 압수, 사례X노트 29번, 기타 모의고사 사례논점]
2. 사법경찰관의 불송치 결정 (20점)      [예상논점 37번]

## ■ [총평]

### 1. 들어가며

오랜 기간 피와 땀을 흘려 준비하신 모든 현직분들께 경의의 말씀을 드리며 총평을 시작하겠습니다. 고생 많으셨습니다. 존경합니다.

### 2. 사례의 경우

- (1) 사례문제의 경우, 외견상 간단한 사례이지만, 설문 1과 2는 아직 고등고시에 기출된 바가 없는 문제입니다. 다만, 강사의 사례X노트[현장강의 특수자료]에 포함되어 있고 1순환 현장모의고사에 출제된 바가 있어서 프리미어 회원분들께서는 비교적 어렵지 않게 사례에 접하셨으리라 생각됩니다.
- (2) 다음으로 사례설문3의 경우에는 사례X노트에도 포함되어 있고, 통합사례교재 사례23번에 그대로 있는 문제이고 임의제출물압수의 경우, 현장에서도 반복 연습한 논점이어서 본 강사의 강의를 들으셨거나 교재로 공부하셨던 분은 무난하게 쓰셨으리라 생각됩니다. 다만, 해당문제에 대해 한 번도 학습을 하지 않은 분은 전체적인 목차의 흐름, 논리구조가 쉽지 않아 매우 고전을 했을 문제이기도 합니다. 해당사례는 변호사시험과 사법시험 기출문제이기도 합니다. 해당문제는 준비를 했더라도 결코 용이하게 쓰기 쉽지 않은 문제여서, 목차의 체계적 구성보다는 관련내용을 얼마나 썼는지에 따라 점수가 결정될 것입니다.
- (3) 마지막으로 설문4는 특별한 논점이 없는 문제입니다. 만약 사례부터 쓰신 분들이라면 제316조 제2항과 조사자 증언이라는 너무 뻥한 논점이 나와서 이렇게 쉬워도 되는지 당황했을 수도 있습니다. 그러나 일단 사례의 마지막 문제이고, 전자정보의 압수절차에 대해 준비가 안 되어서 당황하셨을 수 있겠지만, 문제를 정확히 읽으신 분들은 손쉽게 쓰실 수 있는 문제였습니다.

### 3. 단문의 경우

- (1) 단문(1)의 경우, 경찰승진 기본서 대부분에 포함되어 있지 않은 반면, 단문(2)는 대부분의 교재에 포함된 내용입니다. 또한 단문(2)는 모두들 준비하셨을 것이기 때문에, 채점의 곤란성을 감안할 때 12~14점 사이에 대부분의 점수가 확보할 것으로 보입니다.
- (2) 단문(1)의 경우, 승진 기본서에 포함되어 있지 않기에, 교수님들이 직접 채점기준표를 만들었을 것입니다. 이 채점기준표는 단문(2)와 달리, 쓰는 만큼 점수를 주게 됩니다. 또한 채점기준내용도 상세하지 못하게 작성될 확률이 높습니다. 제가, 예시하여 답안을 작성하였지만, 실제로는 작성된 답안의 70% 정도만 현출해도 20점 이상을 득점을 할 수 있습니다. 즉, 30점을 만들어 두었지만, 어떠한 내용이라도 관련되어 있지 않을 수 없고 양과 카테고리(항목)를 쓰는 대로 점수가 추가될 것입니다. 이는 과도한 채점분량을 줄이고자 하는 목적도 존재하는 것으로 볼 수 없다.

### 4. 향후 대비책

2023년도 시험문제는 이제, 단순암기만으로는 형사소송법 점수를 제대로 맞을 수 없다는 것을 보여줍니다. 전자정보의 압수와 같이 미리 대비하지 않더라도, 사례학습을 충분히 하고 형사소송법의 내용을 충실히 공부한 사람은 쓸 수 있는 만큼 쓸 수 있는 문제가 향후 지속적으로 출제될 듯합니다. 나아가, 이러한 변화는 종착에 가서는 다른 모든 고등고시와 마찬가지로 단문을 사실상 폐지하는 방향으로 나아갈 것입니다.

또한, 최신판례와 관련한 사항들을 철저히 분석하여 실력향상과 더불어 제대로 된 학습이 이루어질 때에만, 고득점으로 승진의 목표를 달성하는 시대가 되었다는 점이 자명합니다.

■ [1문] 사례 (50점)

I. 설문(1)에 대하여 (15점) [사례X노트 예제62번, 1순환 모의고사\_현장강의3회]

1. 문제점 (1/15점)

사경 P의 노래연습장에서 행한 수색은 사전에 영장을 발부받은바 없으므로 제216조 내지 제218조의 요건을 갖추지 못하면 위법함을 면할 수 없다.

2. 영장주의 예외의 근거(1/15점)

P의 노래연습장에서 행한 수색은 수사단계에 이루어진 물건에 대한 강제수색이므로 체포·구속목적의 피의자수색인 제216조 제1항 제1호와 공소제기 후 피고인의 구속영장집행시의 수색을 정한 제216조 제2항, 임의제출물등의 압수를 정한 제218조는 애초에 적용될 여지가 없고 긴급체포가 성공한 경우도 아니어서 제217조 제1항도 적용될 여지가 없다.

3. 제216조 제1항 제2호(2/15점)

- ① 사법경찰관은 체포현장에서 영장없이 수색할 수 있다.
- ② 다만, 제216조 제1항 제2호와 체포와의 관련성에 대해서는 체포설, 체포착수설, 현장설, 시간적·장소적 접촉설등이 대립된다. 판례는 현행범체포에 착수한 바 없어 제216조 제1항 제2호, 제212조에 따른 체포현장에서의 압수로 볼 수 없다고 보는 등 체포착수설을 취한다. 설문에서는 비록 피의자가 현장에 있었다하더라도 체포에 착수한바 없어, 제216조 제1항 제2호의 요건을 갖추고 있지 못하다.

4. 제216조 제3항 (10/15점)

(1) 의의

범행중 범행직후 범죄장소에서 긴급을 요하여 지방법원판사의 영장을 발부받을 시간적 여유가 없을 때에는 영장없이 압수·수색·검증을 할 수 있다. 이 경우 지체없이 사후영장을 발부받아야 한다. 범행 중 또는 범행후의 범죄장소이면 족하며 피의자가 현장에 있거나 체포되었을 것을 요건으로 하지 않는다. 따라서 설문에서 체포가 매개되지 않았다는 점은 제216조 제3항의 요건충족과는 무관한 사항이다.

(2) 사안의 적용

- ① 설문에서는 甲은 노래방불법영업(음악산업진흥법위반죄)이 실행 중인 자로서, 범행 중의 범죄장소에 해당한다고 볼 수 있다.
- ② 그러나 제216조 제3항은 영장주의 예외일 뿐 압수·수색의 요건을 완화하는 조문이 아니므로 통상적인 압수와 마찬가지로 “죄를 범하였다고 의심할 만한 정황”이 있어야 한다. 압수·수색에서 필요한 혐의에 대해서는 객관적 혐의설과 최초의 혐의설의 대립이 있으나, 설문과 같이 단지 수사기관이 내심으로 의심하고 있을 뿐 구체적 혐의가 존재하지 않는 경우에는 최초의 혐의조차 충족하지 못한다.<sup>1)</sup>
- ④ 또한 15일 전에도 주류판매를 하고 있다는 의심을 가지고 출동한바 있으므로, 혐의를 소명하여 사전에 영장을 청구할 시간적 여유가 있었다는 점에서 긴급성요건을 갖추었다고 볼 수도 없다.
- ⑤ 설령, 수색이 적법하더라도 지체없이 사후영장을 발부받지 않았다는 점도 위법하다.
- ⑥ 요컨대, 설문의 수색은 제216조 제3항의 요건도 갖추었다고 볼 수 없다.

1) 이 부분 서술에 대해서는 수사와 내사의 구별에 대한 일반론을 쓰고 수사에 이르지 못하는 정도의 혐의만 존재하므로, 본격적인 수사처분을 행하지 못하였다고 서술하는 경우에도 비슷한 점수를 획득할 수 있습니다.

5. 사안의 해결 (1/15점)

(1)에서 P의 수색은 현행범체포에 착수한바 없어 제216조 제1항 제2호의 수색의 요건을 갖추었다고 볼 수 없고, 구체적인 범죄혐의도 없고 긴급성요건도 갖추지 못하였으며 사후영장을 발부받지 않았다는 점에서 제216조 제3항의 요건도 갖추었다고 볼 수 없다. 따라서 P의 노래연습장에서 한 수색은 위법하다.

II. 설문(2)에 대하여 (5점) [사례X노트 예제62번, 1순환 모의고사\_현장강의3회]

1. 범행중, 범행직후 범죄장소에서 긴급을 요하여 지방법원 판사의 영장을 발부받을 여유가 없을 때에는 영장없이 수색할 수 있다. 이 경우 지체없이 사후에 영장을 발부받아야 한다(제216조 제3항).
2. 판사가 수사기관의 위법행위를 인식하면서도 영장을 발부한 경우 위법성이 희석된다고 해석할 여지가 있다. 그러나, 제216조 제3항은 영장주의 예외로서 엄격히 해석해야 하는바, 동항이 요구하는 모든 요건을 갖춘 경우에 한하여 위 압수·수색도 적법해진다고 보아야 한다. 그렇다면 제216조 제3항의 요건의 일부인 사후 영장의 청구만으로 위법성이 순화된다고 볼 수는 없다.
3. 판례도 같은 취지에서 “형사소송법 제216조 제3항의 요건 중 어느 하나라도 갖추지 못한 경우 그러한 압수·수색 또는 검증은 위법하고, 이에 대하여 사후에 법원으로부터 영장을 발부받았다고 하여 그 위법성이 치유되는 것은 아니다.” 라고 판시한 바 있다(2009도14884).
4. 요컨대, P가 행한 甲의 노래연습장에 대한 수색은 긴급성요건을 결하여 위법하고, 사후에 압수·수색영장을 발부받은 경우라도 하자가 치유된다고 볼 수 없다.

Ⅲ. 설문(3)에 대하여 (20점) [사례X노트 예제29번, 통합사례 23번]

1. 문제점(1/20점)

설문에서 P가 영장없이 압수한 피물은 같은 乙이 사채없자 A를 살해하기 위해 사용한 도구였는바, 위 칼이 乙에 대한 범죄입증을 위한 증거로 사용하기 위해서는 압수가 적법하든지, 수사기관의 위법한 압수와 인과관계가 희석·단절된다는 등의 사정이 존재하여야 한다.

2. 위법수집증거배제법칙과 독수과실의 원칙(6/20점)

(1) 성질·형상불변론 (1점)

종래 판례는 이른바 성질·형상불변론에 따라 위법하게 수집된 압수물에는 위법수집증거배제법칙이 적용되지 않는다고 보았으나(대판87도705), 최근 대법원은 제주지사실 압수·수색 사건을 통해 성질·형상불변론을 폐기하고 비진술증거에도 제308조의2가 적용된다고 견해를 변경하였다(대판2007도3061). 생각건대, 형사소송법 제308조의2는 배제되는 증거의 범위를 진술증거에 한정하고 있지 않은바 비진술증거에도 위법수집증거배제법칙은 적용된다고 보아야 한다.

따라서, 피물은 칼이 비진술증거라는 점 자체는 예외적으로 증거능력이 인정되는 사정이 아니다.

(2) 증거배제의 기준 (1점)

제308조의2는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다고 규정함으로써 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙을 증거배제의 기준으로 삼고 있다. 따라서 이익형량을 통해 적법절차의 본질을 침해하는 중대한 위법이 있는 경우에만 증거능력이 배제되게 된다.

그렇다면, 이익형량의 결과 그 수집절차에 적법절차의 본질을 침해하는 위법이 없다고 판단되는 경우에는 증거능력이 인정될 여지가 있다.

(3) 독수과실의 원칙과 예외 (4점)

헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙을 제대로 구현하기 위해서는 선행절차가 위법하면 후행절차는 당연히 위법하다고 보아야 한다. 다만, 이와 같은 법리를 철저히 하면 자칫 한번의 위법수사만 있으면 그 이후의 모든 절차가 위법하게 되어 실제진실발견이 요원해질 수 있는바, 인과관계가 희석·단절되었다고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 후행절차는 적법하다고 보아야 한다.

그렇다면, 수사기관이 위법하게 압수한 물건을 환부한 이후 다시 임의제출을 받아 압수한 경우에도, 증거를 압수한 최초의 절차 위반행위와 최종적인 증거수집 사이의 인과관계가 단절되었다고 평가할 수 있는 정도로 위법성이 희석되는 경우에는 예외적으로 임의제출물압수가 적법해질 수 있다.

3. 압수절차의 적법성 (10/20점)

(1) 영장의 효력범위 내인지 (3점)

가. 별건압수의 금지와 압수대상물의 특정 (2점)

- ① 수사상 압수·수색을 행함에 있어서는 사전영장이 원칙이고, 개별영장·특정영장이어야 하며 일반영장은 금지된다.
- ② 헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 영장주의의 정신에 비추어 볼 때, ‘압수할 물건’을 특정하기 위한 압수·수색영장의 문언은 엄격하게 해석하여야 하고 함부로 확장·유추 해석하는 것은 허용될 수 없다.

**나. 사안의 경우 (1점)**

사법경찰관 P가 발부받은 영장의 압수대상물은 乙이 운영하는 노래연습장에 있는 음악산업진흥법 위반죄에 관한 것을 대상으로 한다. 따라서 압수·수색영장의 효력은 음악산업진흥법위반죄와 관련된 물건에만 미치고 별건인 乙의 A에 대한 살인죄에 관한 증거물에는 미치지 않는다. 따라서 노래연습장에서 발견된 칼에 대한 압수는 별건압수로서 위법하고, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의에 비추어 설문의 칼은 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

**(2) 환부후 임의제출 (7점)**

**가. 위수증과 독수과실 (1점)**

노래연습장에서 압수된 칼은 전술한 바와 같이 위법수집증거이고, 이를 환부한 다음 다시 제출받더라도 2차증거(독수과실)로서 증거능력이 없는 것이 원칙이다. 다만, 임의제출이라는 乙의 새로운 행위에 의해 인과관계가 희석·단절되는 경우라면 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있다.

**나. 임의제출물 압수 자체의 요건 (6점)**

- ① 유류물이나 소유자·소지자·보관자가 임의로 제출한 물건은 영장없이 압수할 수 있다(제218조). 사전뿐 아니라 사후에도 영장을 발부받을 필요는 없으나, 일단 제출 후에는 임의로 취거할 수 없고 압수목록의 교부 등 일반 압수절차는 준수하여야 한다는 점에서 강제수사에 해당한다.
- ② 헌법 제12조 제3항이 천명하는 영장주의의 중요성에 비추어, 영장주의 예외규정은 엄격히 해석해야 하므로 임의제출물압수가 적법하기 위해서는 ㉠ 제출자가 소유자·소지자·보관자의 개념에 포섭되어야 하고 ㉡ 수사기관의 우월적 지위에 의하여 임의제출 명목으로 실질적으로 강제적인 압수가 행하여질 수 있으므로, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 한다.
- ③ 설문에서 乙은 칼의 소유자·소지자·보관자로서 적법한 제출자에 해당한다. 따라서 乙의 제출의 임의성이 합리적 의심없는 정도로 증명되면 임의제출은 적법하게 된다.

**5. 증거능력이 인정되기 위한 요건 (3/20점)**

임의제출이 적법하면 이는 임의제출로서의 요건을 갖출 뿐만 아니라 인과관계가 희석·단절되는 예외적 사정에 해당하게 된다. 이를 위해서 사경 P는 임의제출물 압수의 의미와 효과를 乙에게 상세히 설명하여야 할 것이고, 소유자, 소지자 내지 보관자인 乙이 임의제출의 효과를 정확히 이해한 가운데서 오로지 자발적 의사에 의하여 임의로 제출한다면, 위법한 압수 이후 임의제출이 적법해지고 증거능력이 인정될 수 있다. 이러한 제출과정의 임의성은 검사가 합리적 의심 없는 정도로 증명하여야 한다.



**IV. 설문(4)에 대하여 (10점) [사례X노트 49번]**

**1. 문제점 (1/10점)**

B와 사경 P의 증언은 전문증거인바, 증거동의를 없는 이상 제316조의 요건을 갖추지 못하면 乙의 A에 대한 살인죄의 공소사실에 대해 증거로 할 수 없다(제310조의2). 이하 B와 P의 증언을 구분하여 검토하기로 한다.

**2. B의 증언의 증거능력 (4/10점)**

- ① B는 범죄피해자 A의 진술(乙이 살인죄의 범인이 맞다는 진술)을 증인의 지위에서 전문하고 있다.
- ② B의 진술이 증거능력이 있기 위해서는 우선 B가 증인으로서의 요건을 갖추어야 한다. 따라서 적법한 선서 및 증언거부권의 고지가 선행되어야 하고 피고인 乙이나 그 변호인에게 반대신문의 기회가 보장되어야 한다.
- ③ B의 전문진술은 乙의 피고사건에서 피고인 아닌 피해자 A의 진술을 전문하는 것이므로, 제316조 제2항의 요건도 갖추어야 한다. 따라서 원진술자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그밖의 사유로 진술할 수 없고(필요성요건) 그 진술이 특히 신빙할 만한 상태 하에서 이루어졌음이 증명(특신상태의 증명, 신용성요건)되어야 한다.
- ④ 특신상태란 구태여 반대신문을 통한 검증을 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 담보할 만한 구체적이고 외부적인 정황을 의미하는바, 이는 자유로운 증명의 대상이 되나 검사가 합리적 의심없는 정도로 증명하여야 한다.
- ⑤ 그런데, 설문에서는 원진술자 A가 법정에서 출석하여 진술하고 있으므로 제316조 제2항의 필요성요건을 갖추지 못하여 증거능력이 인정될 수 없다.

**3. P의 증언의 증거능력 (4/10점)**

- ① 사법경찰관 P는 A를 조사한 경찰관으로서 이른바 조사자에 해당한다.
- ② 종래 판례는 조사경찰관의 조사자증언을 일절 불허하였다. 이는 단순한 전문법칙의 예외를 넘어 위법수사 예방장치로 기능하고 있는 제312조 제3항의 입법취지를 감안한 것이다. 그러나 2007.6.1. 공포된 개정형사소송법은 사법경찰관의 현장의 목소리를 법정에서 반영하고 공판중심주의를 강화하기 위해, 조사자나 조사참여자의 증언을 명문으로 허용하였다. 따라서 P가 A를 수사과정에서 조사하였다는 점은 증거능력을 인정함에 장애요소가 아니다.
- ③ 다음으로 P가 A의 진술을 전문하는 것 역시 전문증거인바 증거동의를 없는 이상 제316조 제2항의 요건을 갖추어야 하고(제310조의2), 증인요건 또한 갖추어야 한다.
- ④ 전술한 바와 같이 P의 전문진술 역시 증거능력이 인정되려면, 필요성요건과 신용성요건을 모두 갖추어야 하는바, 원진술자 A가 법정에서 출석하여 범행을 부인하는 이 사건에서는 필요성요건으로 갖추지 못하여 증거능력을 인정받을 수 없다. 판례도 같은 취지에서 조사자증언도 제316조 제2항에 따라 증거능력이 인정될 수 있지만, 원진술자가 법정에서 출석하여 수사기관에서 한 진술을 부인하는 취지로 증언한 이상 원진술자의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언은 증거능력이 없다고 보았다(2008도6985).

**4. 사안의 해결 (1/10점)**

B가 전문한 A의 진술은 제316조 제2항의 필요성요건을 갖추지 못하였고, P가 전문한 A의 진술 역시 제316조 제2항의 필요성요건을 갖추지 못하였다. 전문진술임에도 전문법칙 예외를 충족하고 있지 못하므로 B와 P의 전문진술은 모두 증거능력이 없다(제310조의2).

■ [2문] (1) 전자정보의 압수·수색 (30점)

[전자정보의 압수는 명확한 내용이 3대 단문교재에 포함되어 있지 않습니다. 교수출제임을 감안하면, 관련된 모든 내용이 배점사항이 될 것입니다. 따라서, 목차와 무관하게 내용이 나와 있으면 여기에 포함되어 있지 않은 내용이라도 모두 배점이 주어질 것입니다. 이 점을 고려하여 점수를 예상하시면 충분합니다. 가령, 결어의 경우 증거능력이 아니라 다른 내용이 들어가도 배점이 될 것입니다.]

I. 서설 (3/30점)

- ① 전자기록의 압수가 명문화되어 있지 않던 구법하에서는 무체물인 전자기록 자체의 압수가 허용되는지 문제되었으나, 판례는 전자기록도 압수의 대상이 된다고 보았다.
- ② 2011.7.28. 개정형사소송법은 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다고 규정하여(제219조, 제106조 제3항) 전자기록의 압수를 명문화하였다.

II. 전자정보의 압수 (24/30점)

1. 영장주의 (7점) [1순환 현장강의\_4회 사례]

(1) 사전영장 발부 및 일반영장의 금지 (3점)

- ① 헌법 제12조 제3항의 영장주의 원칙을 고려할 때, 일반영장은 금지된다. 전자기록의 압수와 관련하여서도 압수 대상과 장소 등을 구체적으로 특정하여야 한다.
- ② 정보저장매체 등에 대한 압수에 있어서는 압수의 비례성을 준수하여야 한다. 이에 형사소송법은 압수·수색할 물건이 전기통신에 관한 것인 경우에는 작성기간<sup>2)</sup>을 기재하도록 하고 있다(제114조① 단서).
- ③ 법원은 정보저장매체의 정보를 제공받은 경우 「개인정보 보호법」 제2조제3호에 따른 정보주체에게 해당 사실을 지체 없이 알려야 한다(동조 제4항).

(2) 일부복제·일부출력의 원칙 (4점) [전범위 모의고사\_2회 사례]

- ① 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행에 있어서는 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 혐의사실과 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 있더라도 그 같은 경우에 그 저장매체 자체를 직접 또는 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(대결 2011.05.26. 2009모1190).
- ② 사전영장에 의한 전자기록의 압수는 영장에 기재된 범죄사실에 관련된 부분에 한정되어야 한다. 전자정보의 탐색과정에서 영장에 기재된 사실과 다른 범죄사실에 관한 정보(무관정보)를 발견한 경우에는, 탐색을 중단한 후 새로운 영장을 발부받아 압수하여야 한다. 새로운 영장을 발부받지 않은 상태에서 무관정보를 탐색·압수 하였다면, 이러한 압수·수색절차는 별건수색·별건압수로서 위법함 면치 못한다.

2) 전자정보의 작성기간이란 전자파일의 생성기간을 의미한다. 가령, 2012.01.01.~2016.02.29까지 작성된 전자기록 등과 같이 기재하여야 함을 의미한다.



2. 절차 (17점) [사례X노트 28번]

(1) 영장의 사전제시 (4점)

- ① 압수·수색을 집행함에 있어서는 반드시 사전에 영장을 제시하여야 한다(제219조, 제118조). 압수·수색에 있어서는 체포나 구속과 같은 긴급집행이 인정되지 아니하는바, 영장이 발부된 이상은 반드시 사전에 제시하는 것이 원칙이다. 다만, 수사기관의 영장의 사전제시의무는 영장제시가 현실적으로 가능한 상황을 전제로 한 규정으로 보아야 하고, 피처분자가 현장에 없거나 현장에서 그를 발견할 수 없는 경우 등 영장제시가 현실적으로 불가능한 경우에는 영장을 제시하지 않았다 하더라도 위법이라 볼 수 없다.<sup>3)</sup>
- ② 헌법 제12조 제3항, 법 제215조는 영장주의를 천명하고 있고 제219조가 준용하는 제114조 제1항은 영장의 문언을 구체적으로 특정하고 있다. 영장주의의 중요성에 비추어 영장에 기재된 문언은 엄격히 해석해야 하고, 별건에 대한 압수·수색은 위법하다. 따라서, 전자정보를 탐색하던 도중 무관정보를 발견할 경우, 수사기관은 탐색을 중단하고 새로운 영장을 발부받아 이를 제시후 집행하여야 한다.

(2) 당사자의 참여 및 사전통지 (7점) [사례X노트 28번]

가. 일반절차 (3점) [하프범위 1회\_사례, 전범위 2회\_사례]

- ① 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다(형사소송법 제219조, 제121조).
- ② 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력·복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 정보저장매체(컴퓨터)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우 역시, 형사소송법상 압수·수색의 절차인 이상 참여 기회를 보장하는 등 적법절차를 준수하여야 한다.
- ③ 압수·수색영장을 집행할 때에는 미리 집행일시와 장소를 참여권자에게 통지하여야 한다. 단, ㉠ 참여하지 아니한다는 의사표시가 있을 때 또는 ㉡ 급속을 요하는 때에는 통지하지 아니하여도 무방하다(제122조, 제219조). 압수수색 실시의 사전통지는 본질적으로 압수물 인멸, 은닉의 위험을 초래하므로 위 예외사유인 ‘급속을 요하는 때’를 넓게 해석하는 것이 합리적이라 할 것이다.

나. 변호인의 경우 (1점) [하프범위 1회\_사례, 전범위 2회]

형사소송법 제219조, 제121조가 규정한 변호인의 참여권은 피압수자의 보호를 위하여 변호인에게 주어진 고유권이다. 따라서 설령 피압수자가 수사기관에 압수·수색영장의 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그 변호인에게는 미리 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 압수·수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 한다(2020도10729).

다. 키워드·확장자 검색의 경우 (1점) [사례X노트 29번]

수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다(대판 2018.2.8. 2017도13263).

3) 대판 2015.1.22. 2014도10978, 이석기 내란음모사건

라. 제3자의 임의제출과 당사자의 참여권 (2점) [전범위 2회\_사례]

- ① 피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 영장에 의하지 않고 임의제출한 경우에도 피압수자 이외에 피의자등의 참여권도 보장되는 것이 원칙이다.
- ② 다만, 피압수자에 더하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’ 라 함은, 피의자가 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우로써, 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대하여 실질적인 압수·수색 당사자로 평가할 수 있는 경우를 말하는 것이다(대판 2022.01.27. 2021도11170).

(3) 압수목록의 교부 (3점) [사례X노트 28번]

- ① 압수한 경우에는 목록(압수목록)을 작성하여 소유자·소지자·보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다(제129조, 제219조). 압수물 목록은 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부 신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리 행사 절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로 이러한 권리 행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다.<sup>4)</sup> 전자정보를 압수한 경우에도 압수직후 압수장소에서 압수목록을 작성하여 교부하는 것이 원칙이다.
- ② 이러한 압수물 목록 교부 취지에 비추어 볼 때, 압수된 정보의 상세목록에는 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 하고, 수사기관은 이를 출력한 서면을 교부하거나 전자파일 형태로 복사해 주거나 이메일을 전송하는 등의 방식으로 할 수 있다(대판 2018.02.08. 2017도13263).

(4) 주의사항 기타 (3점)

- ① 여자의 신체수색에 있어서는 성년의 여자가 참여하여야 한다. 따라서 여자의 신체에 있는 전자기록이 포함된 정보저장매체를 압수·수색할 경우 성년의 여자가 참여하여야 한다(제219조, 제124조).
- ② 압수·수색의 경우 야간집행은 금지된다. 전자정보의 압수·수색과정에서도 일출전 일몰 후 야간집행은 금지된다. 다만, 야간에 공중이 출입할 수 있는 장소에서 공개된 시간나 풍속을 해하는 장소에서 전자정보를 압수할 경우에는 야간집행제한규정이 적용되지 않는다(제219조, 제125조·제126조).
- ③ 판례는 전자정보의 증거능력과 관련하여 원본과 복사본 내지 출력물의 동일성 내지는 무결성을 요하고 있다(대판 2013.7.26. 2013도2511). 따라서 전자정보의 압수·수색과정에서는 무결성요건을 확보하기 위하여 일부를 복제할 경우, 수사기관의 정보저장매체에 복제한 이후 봉인등의 조치를 취해야 할 것이고, 전체를 하드카피하는 경우에 있어서도 디지털포렌식장비에 의해 이미징·하드카피하는 방식에 의하여야 한다.

Ⅲ. 압수된 전자기록의 증거능력 (3/30점)

- ① 전자기록의 압수절차에 영장주의를 위배한 위법이 수집된 경우에는 위법수집증거배제법칙에 따라 증거능력이 배제되어야 한다.
- ② 2016.5.29. 형사소송법 제313조 제1항은 전자기록에 대한 전문법칙 예외규정을 명문화했다. 따라서 전자기록은 진술서나 진술기재서류 등에 준하여 제313조 제1항·제2항의 요건을 충족하면 증거능력이 인정된다. 특히 진술서의 경우 작성자가 성립의 진정을 부인하는 경우에는 디지털포렌식 자료 기타 객관적 방법에 의해 성립의 진정을 대체증명할 수 있다(제313조 제2항).

4) 대판 2009.3.12. 2008도763