

■ 법원이 선임한 부재자 재산관리인

법원이 선임한 부재자 재산관리인이 그 관리대상인 부재자의 재산에 대한 범죄행위에 관하여 법원으로부터 고소권 행사에 관한 허가를 얻은 경우, 부재자 재산관리인은 형사소송법 제225조 제1항의 취지와 부재자 재산관리인제도의 취지에 비추어 제225조 제1항이 정한 법정대리인으로서 적법한 고소권자에 해당한다고 보아야 한다(대판 2022.5.26. 2021도2488). [변24]

234p 3번째 ■●94 밑에 추가.

만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대결(全合) 2015.7.16. 2011도1839[중근당 압수 사건]). ●94 [변23事]

☞ 한편 압수·수색 과정에서 위와 같은 예외적인 사정이 존재하였다는 점에 대하여는 영장의 집행기관인 수사기관이 이를 구체적으로 증명하여야 한다(대결 2022.7.14. 2019모2584 참조).

☞ 따라서 수사기관이 피압수자 측에 참여의 기회를 보장하거나 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하지 않은 위법한 압수·수색 과정을 통하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 위법성이 치유되는 것도 아니다(대판 2022.7.28. 2022도2960 참조). [변23(1)事 등]

243p 하단에 추가.

■ 전자정보에 대한 압수 완료 후 혐의사실과 관련 없는 전자정보의 삭제·폐기

수사기관은 하드디스크나 이미징 등 형태(‘복제본’)에 담긴 전자정보를 탐색하여 혐의사실과 관련된 정보(‘유관정보’)를 선별하여 출력하거나 다른 저장매체에 저장하는 등으로 압수를 완료하면 혐의사실과 관련 없는 전자정보(‘무관정보’)를 삭제·폐기하여야 한다. 수사기관이 새로운 범죄 혐의의 수사를 위하여 무관정보가 남아 있는 복제본을 열람하는 것은 압수·수색영장으로 압수되지 않은 전자정보를 영장 없이 검색하는 것과 다르지 않다. 따라서 복제본은 더 이상 수사기관의 탐색, 복제 또는 출력 대상이 될 수 없으며, 수사기관은 새로운 범죄혐의의 수사를 위하여 필요한 경우에도 유관정보만을 출력하거나 복제한 기존 압수·수색의 결과물을 열람할 수 있을 뿐이다(대판 2023.6.1. 2018도19782).

Tip

수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사전적·사후적 통제수단
- 대결 2022.7.14. 2019모2584.

(1) 수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사전적·사후적 통제수단

강제수사는 범죄수사 목적을 위하여 필요 최소한의 범위 내에서만 이루어져야 하므로(제199조 제1항), 수사기관의 압수·수색 또한 범죄수사에 필요한 경우에 한하여 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 이루어져야 한다(제215조). 수사기관이 압수 또는 수색을 할 때에는 처분을 받는 사람에게 반드시 적법한 절차에 따라 법관이 발부한 영장을 사전에 제시하여야 하고(헌법 제12조 제3항 본문, 형사소송법 제219조 및 제118조), 피의자·피압수자 또는 변호인(이하 '피의자 등')은 압수·수색영장의 집행에 참여할 권리가 있으므로(제219조, 제121조), 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에도 원칙적으로는 피의자 등에게 미리 집행의 일시와 장소를 통지하여야 한다(제219조, 제122조). 한편 수사기관은 압수영장을 집행한 직후에 압수목록을 곧바로 작성하여 압수한 물건의 소유자·소지자·보관자 기타 이에 준하는 사람에게 교부하여야 한다(제219조, 제129조).

헌법과 형사소송법이 정한 이러한 규정의 체계·내용을 종합하여 보면, 압수·수색영장은 수사기관의 범죄수사 목적을 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서만 신청·청구·발부되어야 하고, 이를 전제로 한 수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사전적 통제수단으로, ① 압수·수색의 대상자에게 집행 이전에 반드시 영장을 제시하도록 함으로써 법관이 발부한 영장 없이 압수·수색을 하는 것을 방지하여 영장주의 원칙을 절차적으로 보장하고, 압수·수색영장에 기재된 물건·장소·신체에 한정하여 압수·수색이 이루어질 수 있도록 함으로써 개인의 사생활과 재산권의 침해를 최소화하며, ② 피의자 등에게 미리 압수·수색영장의 집행 일시와 장소를 통지함으로써 압수·수색영장의 집행 과정에 대한 참여권을 실질적으로 보장하고, 나아가 압수·수색영장의 집행 과정에서 피의사실과 관련성이 있는 압수물의 범위가 부당하게 확대되는 것을 방지함으로써 영장 집행절차의 적법성·적정성을 확보하도록 하였다.

또한 수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사후적 통제수단 및 피의자 등의 신속한 구제절차로 마련된 준항고 등(제417조)을 통한 불복의 기회를 실질적으로 보장하기 위하여 수사기관으로 하여금 압수·수색영장의 집행을 종료한 직후에 압수목록을 작성·교부할 의무를 규정하였다.

(2) 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때 취해야 할 조치의 내용

헌법과 형사소송법이 정한 절차와 관련 규정, 그 입법 취지 등을 충실히 구현하기 위하여, 수사기관은 압수·수색영장의 집행기관으로서 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 강제처분이 이루어진다는 사실을 확인할 수 있도록 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 내용까지 구체적으로 충분히 인식할 수 있는 방법으로 압수·수색영장을 제시하여야 하고, 증거인멸의 가능성이 최소화됨을 전제로 영장 집행 과정에 대한 참여권이 충실히 보장될 수 있도록 사전에 피의자·피압수자 또는 변호인(이하 '피의자 등')에 대하여 집행 일시와 장소를 통지하여야 함은 물론 피의자 등의 참여권이 형해화되지 않도록 그 통지의무의 예외로 규정된 '피의자 등이 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때'라는 사유를 엄격하게 해석하여야 하며, 준항고 등을 통한 권리구제가 신속하면서도 실질적으로 이루어질 수 있도록 압수목록을 작성할 때 압수방법·장소·대상자별로 명확히 구분하여 압수물의 품종·종류·명칭·수량·외형상 특징 등을 최대한 구체적이고 정확하게 특정하여 기재하여야 한다.

246p ④와 (3) 검토 사이에 추가.

판례는 불분명하지만, 체포착수설의 입장이라고 한다.

이 사건 공소사실 중 공무집행방해 부분 기재 경찰관들의 행위에 대하여, 제216조 제3항이 정한 ‘긴급을 요하여 법원 판사의 영장을 받을 수 없는 때’의 요건을 갖추지 못하였고 또한 현행법체포에 착수하지 아니한 상태에서 제216조 제1항 제2호, 제212조가 정하는 ‘체포현장에서의 압수·수색’ 요건을 갖추지 못하였으므로, 영장 없는 압수·수색업무로서의 적법한 직무집행으로 볼 수 없다(대판 2017.11.29. 2014도16080).

257p 上 4째줄 밑에 추가.

☞ 수사기관이 준항고인을 피의자로 하여 발부받은 압수·수색영장에 기하여 인터넷서비스업체인 甲 주식회사를 상대로 甲 회사의 본사 서버에 저장되어 있는 준항고인의 전자정보인 카카오톡 대화내용 등에 대하여 압수·수색을 실시하였는데, 준항고인은 수사기관이 압수·수색 과정에서 참여권을 보장하지 않는 등의 위법이 있다는 이유로 압수·수색의 취소를 청구한 사안에서, 압수·수색에서 나타난 위법이 압수·수색절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대하다고 보아 압수·수색을 취소한 원심의 결론을 수긍한 사례(대결 2022.5.31. 2016모587[카카오에 영장을 팩스로 송부하였을 뿐 영장 원본을 제시하지 않은 사건]).

337p 12행 밑에 추가.

■ 공소제기 후 피고인이 처벌을 면할 목적으로 국외에 있는 경우, 그 기간 동안 구 형사소송법 제249조 제2항에서 정한 기간의 진행이 정지되는지 여부(소극)

제249조 제2항 및 제253조 제3항의 법 문언과 취지 등을 종합하면, 제253조 제3항에서 정지의 대상으로 규정된 ‘공소시효’는 범죄행위가 종료한 때로부터 진행되고 공소의 제기로 정지되는 구 형사소송법 제249조 제1항의 시효를 뜻하고, 그 시효와 별개로 공소를 제기한 때로부터 일정 기간이 경과하면 공소시효가 완성된 것으로 간주된다고 규정한 구 형사소송법 제249조 제2항에서 말하는 ‘공소시효’는 여기에 포함되지 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 공소제기 후 피고인이 처벌을 면할 목적으로 국외에 있는 경우에도, 그 기간 동안 구 형사소송법 제249조 제2항에서 정한 기간의 진행이 정지되지는 않는다(대판 2022.9.29. 2020도13547). [변23(3)]

365p 下에서 ② 위에 추가.

■ 무면허운전의 죄수와 포괄일죄에서 공소장변경허가를 결정하는 기준

[1] 무면허운전으로 인한 도로교통법 위반죄는 특별한 경우를 제외하고는 사회통념상 운전한 날을 기준으로 운전한 날마다 1개의 운전행위가 있다고 보는 것이 상당하므로 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 도로교통법 위반의 1죄가 성립한다. 한편 같은 날 무면허운전 행위를 여러 차례 반복한 경우에는 특별한 사정이 없다면 각 무면허 운전 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.

[2] 포괄일죄에서 공소장변경허가를 결정할 때는 포괄일죄를 구성하는 개개 공소사실별로 종전 것과의 동일성을 따지기보다는 변경된 공소사실이 전체적으로 포괄일죄의 범주 내에 있는지, 즉 단일하고 계속된 범의하에 동종의 범행을 반복하여 행하고 피해법익도 동일한 경우에 해당한다고 볼 수 있는지에 초점을 맞추어야 한다(대판 2022.10.27. 2022도8806). [변23(2)]

제2 피고인신문(제296조의2)

[변22(3),24 법원22]

■ 변호인의 피고인신문의 법적 성격과 침해시 상고이유 여부(적극)

제370조, 제296조의2 제1항 본문은 “검사 또는 변호인은 증거조사 종료 후에 순차로 피고인에게 공소사실 및 정상에 관하여 필요한 사항을 신문할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로, 변호인의 피고인신문권은 변호인의 소송법상 권리이다. 한편 재판장은 검사 또는 변호인이 항소심에서 피고인신문을 실시하는 경우 제1심의 피고인신문과 중복되거나 항소이유의 당부를 판단하는 데 필요 없다고 인정하는 때에는 그 신문 전체 또는 일부를 제한할 수 있으나(규칙 제156조의6 제2항), 변호인의 본질적 권리를 해할 수는 없다(법 제370조, 제299조 참조). 따라서 재판장은 변호인이 피고인을 신문하겠다는 의사를 표시한 때에는 피고인을 신문할 수 있도록 조치하여야 하고, 변호인이 피고인을 신문하겠다는 의사를 표시하였음에도 변호인에게 일체의 피고인신문을 허용하지 않은 것은 변호인의 피고인신문권에 관한 본질적 권리를 해하는 것으로서 소송절차의 법령위반에 해당한다(대판 2020.12.24. 2020도10778).

☞ 항소심에서 변호인이 피고인을 신문하겠다는 의사를 표시하였음에도 변호인에게 일체의 피고인신문을 허용하지 않은 재판장의 조치가 소송절차의 법령위반으로서 상고이유에 해당한다는 판시. [법원22]

537p **예** 감정수탁자, 즉 수사기관에 의하여 감정을 위촉받은 자가 작성한 감정서 밑에 추가.

다만, 판례는 국과수 소장 작성의 감정의뢰회보서에 대하여는 제315조 제1호의 ‘직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서’로 당연히 증거능력이 있다는 입장이다(대판 1982.9.14. 82도1504). [변23事]

591p **●**251 밑에 추가.

② 이 사건 휴대전화에 대한 임의제출서, 압수조서 등은 경찰이 피고인의 이 부분(마지막 발각 범행인 순번 26번) 범행 직후 범행 현장에서 피고인으로부터 위 휴대전화를 임의제출 받아 압수하였다는 내용으로서 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보의 증거능력 여부에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당하므로, 증거동의한 이상 유죄의 증거 및 이 부분 공소사실에 대한 보강증거가 될 여지가 많다(대판 2022.11.17. 2019도11967).

676p **上** 8행에 추가.

■ 집행유예취소결정에 대한 즉시항고권회복청구와 재소자특칙 규정(제344조 제1항)의 적용 여부(적극)

즉시항고도 상소의 일종이므로 재소자특칙은 집행유예취소결정에 대한 즉시항고권회복청구서의 제출에도 마찬가지로 적용된다(대결 2022.10.27. 2022모1004).

677p 3번째 **■**에 추가.

☞ 이때 ‘적법한 공판기일 통지’란 소환장의 송달(제76조) 및 소환장 송달의 의제(제268조)의 경우에 한정되는 것이 아니라 적어도 피고인의 이름·죄명·출석 일시·출석 장소가 명시된 공판기일 변경명령을 송달받은 경우(제270조)도 포함된다(대판 2022.11.10. 2022도7940).

677p 하단에 추가.

[2] 한편, 피고인이 상고권회복결정을 받아 상고하더라도 사실오인이나 양형부당을 상고이유로 주장하지 못하므로 결국 사실오인 등 주장에 관하여 항소심의 판단을 받을 기회를 갖지 못하게 되는데, 원심판결을 파기함으로써 피고인에게 사실심 재판을 받을 기회를 부여할 필요가 있다(대판 2023.2.23. 2022도15288 및 대판(全합) 2015.6.25. 2014도17252 등 참조).