

2026년 1월31일 시행 경정승진 <형사소송법> 사례 기출문제

[문제 1]

(1) 甲은 친구 乙과의 술자리에서 “내가 지난 5월에 아는 동생한테서 부부관계를 몰래 촬영한 음란물을 여러 개 받았는데, 특별히 너에게만 몇 개 공유해 주겠다.” 라는 발언을 하며 친밀감을 표시하였다. 당시 乙은 휴대전화를 이용하여 甲과의 대화를 녹음한 후 집으로 돌아와 녹음파일 원본을 노트북에 복사한 후 휴대전화의 녹음파일 원본은 삭제하였다. 이후 乙은 사법경찰관 P에게 해당 녹음파일 사본과 녹취서를 증거로 제출하였다. 이에 P는 2025. 8. 17. 압수수색검증영장을 발부받아 다음날 甲에게 해당 영장을 제시한 후 비밀번호가 설정된 甲 소유 PC의 하드디스크 1개를 압수하였다. P는 2025. 8. 19. 압수한 하드디스크에 저장된 전자정보를 탐색하면서 부부 성관계 불법촬영물(‘불법촬영물’)뿐만 아니라 甲이 2024. 1. 무렵 P2P 프로그램을 통해 다운로드하여 소지해 온 아동·청소년 성착취물(‘성착취물’)을 발견하였는데, 그 과정에서 별도의 압수수색영장을 발부받지는 않았다. P는 2025. 10. 1. ‘성착취물’ 소지 범행을 여죄로 인지하고, 불법촬영물 및 성착취물을 특정하여 해시값을 확인한 후 甲에게 그 목록을 전자정보확인서 형태로 교부하고, 하드디스크에서 본건 혐의사실과 관련된 ‘불법촬영물’ 파일 2개와 불상의 청소년이 출연한 ‘성착취물’ 파일 89개를 압수하였다는 내용의 압수조서와 압수목록을 작성하였다. 이후 甲은 성폭력처벌법 위반(카메라등이용촬영물소지등) 및 청소년성보호법 위반(성착취물소지등)으로 기소되었다.

(2) 한편 甲의 아내인 丙은 甲이 ‘성착취물’ 을 별도의 USB에 숨겨둔 사실을 알고 甲 소유의 해당 USB에 저장된 ‘성착취물’ 관련 전자정보 중 일부를 선별, 복제하여 자신의 공(空) USB에 저장한 다음 이를 甲 몰래 P에게 제출하였지만 P는 압수목록을 작성, 교부하지 않았을 뿐만 아니라 USB의 탐색과정에서 丙에게 참여의 기회도 보장하지 않았다. 또한 P는 이 과정에서 甲의 의사를 확인하거나 甲을 소환하는 등의 조치도 취하지 않았다.

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

1. (1)에서 乙이 제출한 녹음파일 사본과 녹취서는 유죄의 증거로 사용할 수 있는가? (15점)
[기출사례특강 12강, 2026년 변호사시험 1문, 2순환 진모 6회 1문, 2순환 1회 1문]
2. (1)에서 압수영장의 ‘범죄사실 부분’ 에 ‘甲이 2025. 5. 무렵 불법촬영물을 불상의 자로부터 전달 받아 소지하였다.’ 는 내용이, ‘압수수색을 필요로 하는 사유’ 에 ‘아동성착취물 등 본건 혐의 관련 전자정보에 대한 압수가 필요하다.’ 는 내용이, ‘압수할 물건’ 에 ‘디지털 증거매체에 저장한 전자정보 중 불법촬영물 및 아동성착취물 범죄혐의와 관련된 것’ 이라는 내용이 기재되어 있었던 경우, P의 압수는 적법한가? (15점) [2순환 제3회 1문·2문, 최신3개년판례특강 테마 31번]
3. (2)에서 丙이 제출한 USB에 저장된 전자정보는 甲에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 있는가? (15점)
[3순환 1회 2문, 4순환 1회 3문, 최신판례특강 테마, 최신기출특강 13강 추가판례]
4. (2)에서 P의 수사과정에 대한 위법을 주장하는 甲의 불복수단은? (5점)

■ 사례 답안

I. 설문(1)에 대하여 (15점)

1. 문제점 (0.5/15점)

(甲은 자신이 불법촬영물을 소지하고 있다는 사실을 시인하는 내용의 진술을 乙에게 하였으므로) 乙이 甲과의 대화를 몰래녹음한 파일의 증거능력과 관련하여서는 대화자간의 비밀녹음의 증거능력과 전문증거로서 전문법칙의 예외¹⁾ 및, 증거능력인정의 전제로서 원본이 존재하지 않는바 원본과의 사본의 동일성의 입증방법등을 살펴 볼 필요가 있다.

2. 대화자간의 비밀녹음 (4/15점)

(1) 학 설 (1점)

① 통신비밀보호법은 타인간의 경우만 보호하고 있고, 대화당사자 사이에는 대화의 비밀성이 인정되지 않기 때문에 대화당사자의 비밀녹음도 증거능력이 있다는 견해, ② 타인과 타인간의 통신이나 대화의 경우에만 적용되는 통신비밀보호법의 위반은 아니나 대화상대방의 헌법상의 기본권인 프라이버시를 침해하므로 증거능력이 없다는 견해 및 ③ 통신비밀보호법위반은 아니나 사인의 위법수집증거의 법리에 따라 비교형량하여 증거사용여부를 판단해야 한다는 견해가 대립한다.

(2) 판 례 (2점)

판례는 3인간의 대화 중 일방이 상대방과의 대화를 몰래 녹음한 부분은 타인간의 대화를 녹음한 것이 아니어서 통신비밀보호법 제14조의 적용을 받지 않는다고 보아 대화당사자 중 일방의 비밀녹음은 증거사용이 가능하다는 전제에서(2001도3106), 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다고 보아 이익형량설을 취하고 있다(대판 2023.12.14. 2021도2299).

(3) 검 토 (2점)

대화당사자 사이의 대화를 타인간의 대화라고는 볼 수 없다는 점에서 통신비밀보호법의 적용은 없다고 볼 것이다. 그러나 국가의 기본권보호의무에 비추어 정보의 자기결정권을 침해하는 비밀녹음은 제308조의2에 따라 사인의 위법수집증거의 법리에 따라 해결해야 할 것으로 본다. 따라서 침해되는 사익과 형사소추의 필요성, 녹음상황 등을 비교형량하여 증거배제여부를 결정함이 타당하다고 볼 것이다.

(4) 사안의 경우 (1점)

사안의 경우 乙이 甲의 대화를 몰래 녹음한 것은 甲의 프라이버시를 침해하는 측면이 없지 않다. 그러나 불법촬영된 동영상의 유포를 방지할 필요성 및 甲에 대한 형사소추의 필요성을 감안할 때 이를 위법수집 증거로 볼 수는 없다.

3. 전문법칙의 예외 (5/15점)

(1) 진술녹음의 처리 (0.5점)

- ① 구법상 확설은 진술서설과 진술기재서류설로 대립되었으나, 판례는 녹음테이프도 매체가 특수할 뿐 서류와 본질이 동일하다고 보았다(진술기재서류설).
- ② 2016. 5.29. 개정형사소송법 제313조 제1항·제2항은 진술내용을 수록한 특수매체기록을 진술서나 진술기재서류와 동일하게 취급함으로써 진술기재서류설의 입장을 명문화하였다.

1) “음란물영상을 여러 개 받았는데, 너에게만 몇 개 공유해주겠다.” 라는 甲의 발언은 성폭력처벌법위반사건과 관련하여 자신이 불법 촬영물을 소지하고 있음을 시인하는 내용의 진술로서 전문증거에 해당한다.

이때 녹음테이프와 같은 특수매체기록은 매체의 특수성상 제313조 제1항의 적용에 있어 서명이나 날인 별도로 요구되지 않는다(통설·판례).

(2) 전문법칙의 예외 (4.5점)

- ① 설문의 녹음파일은 피고인 아닌 乙이 작성한 피고인 甲의 진술을 기재한 서류에 다름없다.
- ② **피고인 아닌 자가 작성한 피고인의 진술을 기재한 서류의 전문법칙 예외요건과 관련하여서는 ㉠ 제313조 제1항 단서만이 증거능력인정요건이라는 완화요건설 ㉡ 제313조 제1항 단서뿐만 아니라 본문까지도 요건이라는 가중요건설이 대립된다.**
- ③ 판례는 고소인이 피고인인 자신의 아내와의 대화를 녹음한 부분에 대해 작성자인 고소인이 성립의 진정을 인정하고 검사가 특신상태를 증명하면 증거능력이 있다고 보아 완화요건설이다.
- ④ 생각건대, 제313조 제1항 단서의 명문규정과 신빙성높은 특수매체기록의 증거사용의 필요성을 감안할 때 완화요건설이 타당하다.
- ⑤ 그렇다면, 설문에서는 제313조 제1항 단서에 따라, 작성자인 乙의 공판정진술에 의해 성립의 진정이 인정되고 특신상태가 증명되면 증거능력이 있다고 판단된다.

4. 원본과의 동일성 (5/15점)

- ① 대화 내용을 녹음한 파일은 그 성질상 작성자나 진술자의 서명 또는 날인이 없을 뿐만 아니라 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험성이 있음을 고려하여, 대화 내용을 직접 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야 하고, 그러한 증명이 없는 경우에는 쉽게 증거능력을 인정할 수 없다(대판 2025.02.27. 2022도1864).
- ② **사인(私人)이 복사한 녹음파일 사본을 증거로 제출한 경우 그 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사한 사본이라는 점은 해쉬(Hash)값 비교 등 원본과 사본의 직접 비교를 통해 증명하는 것이 원칙이다. 다만, 원본 제출이 불가능하거나 곤란하여 원본과 사본을 직접 비교할 수 없는 때에는 법원이 녹음파일 생성과 전달 및 보관 등의 절차에 관여한 사람의 증언이나 진술, 녹음파일에 대한 검증·감정 결과, 수사 및 공판 심리의 경과 등 제반 사정을 종합하여 사본의 원본 동일성 증명 여부를 판단할 수 있다(대판 2025.02.27. 2022도1864).**
- ③ 설문에서는 원본파일이 이미 삭제된바, 녹음파일의 사본과 녹취서가 증거능력이 있기 위해서는 삭제된 녹음파일과 사본의 해쉬값의 비교나 직접 비교, 기타 녹음파일의 검증·감정등을 통해 동일성이 전제되어야 증거능력 인정이 가능하다.

5. 사안의 해결 (0.5/15점)

乙이 대화당사자로서 甲과의 대화를 녹음한 것은 위법수집증거로 볼 수 없고 제313조 제1항 단서의 요건을 갖추면 甲의 각 피고사건에 증거로 사용할 수 있다. 다만, 원본이 삭제된 점에 비추어, 원본을 복구하여 원본과 사본의 해쉬값을 직접 비교하거나, 녹음파일 생성과 전달 및 보관 등의 절차에 관여한 사람의 증언이나 진술, 녹음파일에 대한 검증·감정 결과, 수사 및 공판 심리의 경과 등 제반 사정을 종합하여 사본의 원본 동일성이 우선적으로 증명되어야 한다.

II. 설문(2)에 대하여 (15점)

1. 문제점 (1/15점)

P가 불법촬영물과 아동성착취물을 압수·압수한 행위는 ① 甲의 주거지에서 행한 압수절차 ② 다음날 행해진 수사기관의 사무실에서의 탐색절차로 구분할 수 있다. 각 절차별로 압수·수색절차의 적법성이 문제된다. 특히, 형사소송법 제215조 제2항이 요구하는 혐의와의 관련성이 인정되는지, 수사기관의 사무실에서의 탐색 과정에서 당사자의 참여·사전통지를 배제한 점, 압수목록을 50여일이 지나 교부한 행위의 적법성등을 살펴볼 필요가 있다.

2. 압수·수색에 있어 혐의와의 관련성 (7/15점)

(1) 혐의와의 관련성 (3점)

가. 형사소송법 제215조 제2항은 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다고 규정하고 있다.

나. 압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다.

㉠ 그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 뿐 아니라 자백의 진실성을 담보하는 보강 증거 등에도 인정될 수 있고

㉡ 피의자와 사이의 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다(대판 2017.12.05. 2017도13458).

다. 한편 증거 수집단계의 관련성과 증거 사용을 위한 관련성은 구분되므로, 수사기관이 영장 집행 당시까지 알거나 알 수 있었던 사정에 비추어 관련성 인정 여부를 판단하여야 한다(대판 2025.06.12. 2023도11395).

(2) 불법촬영물 등의 압수에 있어 관련성 판단방법 (1점)

디지털성범죄와 관련한 불법촬영이나 아동성착취물의 소지등의 범죄는 범죄의 속성상 해당범행의 **상습성이 의심되거나 성적 기호 또는 경향성의 발현**에 따른 일련의 범행의 일환인 경우가 많고, 이미지파일이나 동영상 파일은 몰수대상이 되기도 하고 신속히 압수·수색하여 **촬영물의 유통가능성을 적시에 차단할 필요성**도 크다. 반면, 이미지파일이나 동영상파일등은 비교적 명확하게 특정될 수 있으므로 무관한 사적 전자정보 전반의 압수수색으로 이어질 가능성도 높지 않은 점 등을 관련성 판단에 고려할 필요가 있다.

(3) 사안의 적용 (3점)²⁾

① 설문에서 불법촬영물의 소지와 아동성착취물의 소지는 모두 甲이 행한 것으로 의심받는 범죄로서 인적 관련성이 인정된다.

2) 이와 유사한 원심(광주고법 2023. 8. 10. 선고 2022노408 판결)에서는 혐의와의 관련성을 부정하였지만, 대법원에서는 혐의와의 관련성을 인정한바 있다. 그러나 해당판례의 영장기재범죄사실은 토렌트등의 웹하드에서 불법촬영물을 다운로드하여 소지하였다는 사실로서, 애초에 압수영장의 압수수색을 필요로 하는 사유에 아동·청소년 성착취물에 대한 압수가 필요하다는 취지의 기제가 있는 등, 불법촬영물을 타인으로부터 전송받아 소지하고 있다는 본 사례의 영장범죄사실과 다소간 차이가 있다. 따라서, 관련성을 부정하고 이를 전제로 무관정보는 삭제·폐기해야 한다는 방식으로 답안서술이 이어지는 것이라 하더라도 비슷한 정도의 점수를 얻을 수는 있다고 보아야 한다.

- ② 甲에 대한 영장기재 범죄사실에는 불법촬영물을 소지하였다는 점(카메라등이용촬영)만 기재되어 있으나, 카메라등이용촬영물 소지와 아동청소년성보호법상 성착취물소지등은 불법적인 성적 영상물을 다운로드받는 것으로 유사한 특성을 가지고 있고, 피의자가 어떤 불법적 영상물을 소지하고 있는지는 사전에 파악하기 어렵다. 불법촬영물이나 아동성착취물의 경우 상습성이 의심되거나 성적 기호 또는 경향성의 발현에 따른 일련의 범행의 일환이며 유통가능성을 적시에 차단할 필요가 크며, 또한 각 전자정보는 甲의 자백의 진실성을 담보하는 보강증거나 자백의 신빙성과 범행동기 등을 판단할 수 있는 간접증거나 정황증거등으로 사용할 수 있다는 점에서 객관적 관련성 또한 인정된다.
- ③ 결국, 아동성착취물에 대해서도 영장기재 혐의와의 인적·객관적 관련성은 인정할 수 있다.

3. 압수·수색의 절차 (7/15점)

(1) 사전통지 및 당사자의 참여 (3점)

- ① 전자정보도 압수·수색의 대상이 되므로, 전자정보의 탐색·복제과정에서 당사자의 참여권이나 압수목적의 교부, 압수조서의 작성 등 적법한 압수·수색의 절차를 준수하여야 한다.
- ② 형사소송법은 검사, 피의자 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있도록 규정하고 있고(제121조, 제219조), 당사자의 참여권보장을 위하여 미리 집행의 일시와 장소를 당사자 등에게 통지하여야 한다(제122조 본문). 다만, 당사자 등이 참여하지 아니한다는 의사를 표시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다(제122조 단서). 압수에 대한 사전통지는 본질적으로 증거인멸의 위험을 초래하는바, 제122조 단서의 급속을 요하는 경우는 넓게 해석해야 한다.
- ③ 설문에서, 甲의 주거지에서 행한 甲 소유 PC에서 하드디스크를 압수하는 과정(2025.8.18.)에서는 미리 甲에게 압수·수색의 일시 등을 통지하지 않았으나 증거인멸의 가능성을 고려할 때 급속을 요하는 경우로 포섭이 가능하고 甲도 참여하였다는 점에서 문제가 없다.
- ④ 그러나 2025.8.19. 수사기관의 사무실에서 진행된 탐색과정도 압수·수색절차로서 탐색장소가 수사기관의 사무실이라는 점에서 증거인멸의 가능성도 없음에도 甲에게 통지를 하지 않고 甲의 참여없이 진행되었음은 위법한 것으로 보아야 한다.

(2) 영장의 사전제시 (1점)

- ① 압수·수색영장의 집행과정에서는 반드시 영장을 사전제시하고 영장을 제시받는 자가 피의자인 경우에는 사본을 교부하여야 하며(제219조·제118조)³⁾ 현장에서 압수수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 그 사람들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 한다. 다만, 처분을 받는 자가 현장에 없는 등 영장의 제시나 그 사본의 교부가 현실적으로 불가능한 경우 또는 처분을 받는 자가 영장의 제시나 사본의 교부를 거부한 때에는 예외로 한다(제219조, 제118조 단서).
- ② 설문에서 P는 甲의 주거지에서는 영장을 사전제시하였고, 사무실에서 진행된 탐색과정에서는 甲의 참여가 없어 영장을 제시하지 않은 점 자체를 위법이라 할 수는 없다.

3) 체포·구속의 경우(제209조, 제200조의6, 제85조)와 달리 사후제시를 허용하는 명문규정이 없기 때문이다.

(3) 압수목록의 교부 (3점)

- ① 적법하게 발부된 영장의 기재는 그 집행의 적법성 판단의 우선적인 기준이 되어야 하므로, **예외적으로 압수물의 수량·종류·특성 기타의 사정상 압수 직후 현장에서 압수목록을 작성·교부하지 않을 수 있다는 취지가 영장에 명시되어 있고, 이와 같은 특수한 사정이 실제로 존재하는 경우에는 압수영장을 집행한 후 일정한 기간이 경과하고서 압수목록을 작성·교부할 수도 있다.**
- ② 압수목록 작성·교부 시기의 예외에 관한 영장의 기재는 피의자·피압수자 등의 압수 처분에 대한 권리구제 절차 또는 불복절차가 형해화되지 않도록 그 취지에 맞게 엄격히 해석되어야 하고, 나아가 **예외적 적용의 전제가 되는 특수한 사정의 존재 여부는 수사기관이 이를 증명하여야 하며, 그 기간 역시 필요 최소한에 그쳐야 한다.** 또한 영장에 의한 압수 및 그 대상물에 대한 확인조치가 끝나면 그것으로 압수절차는 종료되고, **압수물과 혐의사실과의 관련성 여부에 관한 평가 및 그에 필요한 추가 수사는 압수절차 종료 이후의 사정에 불과하므로 이를 이유로 압수 직후 이루어져야 하는 압수목록 작성·교부의무를 해태·거부할 수는 없다**(대결 2024.01.05. 2021모385).
- ③ 설문에서는 압수목록을 사후에 교부할 수 있다는 점이 별도로 영장에 명시되어 있지 않고, 2025년 8.18.에 압수를 마쳤고, 또한 압수대상물이 불법촬영물 2개와 아동성착취물 89개로 비교적 소수이며 동영상파일은 다른 자료에 비해 개개의 특징이 용이하다. 비록 해쉬값을 확인함에 일정한 시일이 필요하다고 볼 수 있다 하더라도 압수시로부터 약50여일이 경과한 2025.10.1.에야 비로소 구체적 내역이 기재된 압수목록을 새로 교부한 것은 압수목록의 교부절차를 준수하지 않은 것으로 볼 수 있다.

(4) 소결

甲의 주거지에 대한 압수절차에는 특별한 위법이 없으나, 수사기관의 사무실에서의 탐색과정에는 사전통지가 없는 점, 당사자가 참여하지 않은 점, 영장의 기재도 없고 특별한 사정이 존재하지 않음에도 압수목록의 교부가 지체된 점에 있어서 위법하다.

4. 사안의 해결

甲의 PC를 탐색하여 불법촬영동영상 2개 이외에 성착취동영상 89개를 압수한 행위는 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 관련성을 인정할 수는 있지만, 당사자의 참여권을 침해하고 압수목록의 교부가 지체되었다는 점에서 적법절차의 본질을 침해한 위법이 존재한다.

Ⅲ. 설문(3)에 대하여 (15점)

1. 문제점 (1/15점)

丙이 제출한 USB메모리카드에 수록된 전자정보가 증거능력이 인정되는지는 이를 사인의 위법수집증거로 볼 수 있는지, 적법한 임의제출권자에 해당하는지, 기타 압수·수색의 절차를 준수한 것인지 등을 살펴볼 필요가 있다. 특히 원본의 소유자인 甲의 참여가 없다는 점을 어떻게 평가할 것인지를 검토할 필요가 있다.

2. 사인의 위법수집과 절차위반여부 (3점)

가. 사인의 위법수집증거에 대해 제308조의2가 적용되는지에 관하여는 긍정설과 부정설도 존재하나 국가는 사인간의 기본권 침해행위에 대해 기본권보호의무가 있으므로 사인간의 증거수집행위에도 위법수집증거배제법칙은 적용된다고 보아야 한다. 다만, 국가가 사적 영역에 지나치게 개입하는 것은 타당하다고 볼 수 없으므로 이익형량에 따라 판단하는 절충설이 타당하다고 본다.

나. 판례도 “국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없고, 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활의 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(97도1270)” 라고 판시하여 **절충설**을 취한다.

다. 설문에서 丙은 乙의 아내로서 자진하여 성착취동영상을 소지한 남편의 범죄사실을 수사기관에 알리고자 이를 복제하여 제출하고 있다. 성착취동영상은 유출가능성 및 전파가능성이 크다는 점, 형사소추의 필요성 등을 고려할 때 이를 위법수집증거로는 볼 수 없다.

3. 임의제출의 적법성 (10/15점)

(1) USB의 임의제출물 압수자체의 적법성 (3점)

가. 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. 영장주의 예외요건은 엄격히 해석해야 하므로, 제출자는 최소한 소유자, 소지자, 보관자에 해당하여야 한다.

나. **전자정보의 경우 무정형의 관념에 불과하므로, 여러 번 중복제되더라도 원본전자정보와 복제된 전자정보는 독립하여 존재할 수 있다.**

설문의 경우, 丙이 피의자 甲 소유·관리의 정보저장매체 자체를 수사기관에 제출한 것이 아니라, **그 전자정보를 丙이 소유·관리의 정보저장매체에 복제한 후 이를 수사기관에 제출한 것인바, 丙은 해당메모리카드의 소유자에 해당한다.** 또한 丙은 자진하여 이를 P에게 제출하고 있는바, 제출의 임의성도 인정된다. 따라서 소유자의 임의제출로서 비록 사전·사후 영장을 발부받지 않았다 하더라도 제218조의 요건을 갖춘 것으로 판단된다.

(2) 탐색과정의 적법성 (원본소유자의 참여권문제) (4점)

가. 전자정보도 압수·수색의 대상이 되므로, 전자정보의 탐색·복제과정에서 당사자의 참여권이나 압수목록의 교부 등 적법한 압수·수색의 절차를 준수하여야 한다. 이때 **참여권이 보장되는 당사자는 외형적·객관적으로 보아, 압수근접시점까지 압수물을 지배·관리하면서 관리처분권을 행사한 자를 말한다.**

나. 따라서 **원본전자정보와 복제된 전자정보는 상호 독립하여 존재할 수 있는바, 복제 전자정보와 원본 전자정보의 내용이 완전히 동일하다고 하더라도, 오직 원본 전자정보 관리처분권자의 참여를 배제할 목적으로 복제 전자정보를 임의제출하는 경우와 같이 현저히 부당한 사정이 존재하지 않는 한 복제 전자정보 임의제출자 외에 원본 전자정보 관리처분권자를 실질적 피압수자로 평가하고 그에게 참여권을 인정해야 하는 것은 아니다(대판 2025.10.16. 2025도1549).**

- 다. 원본 전자정보에 대한 관리처분권자도 참여해야 한다고 새기는 것은 무한한 복제·유통 등이 가능한 전자정보의 압수절차에서 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라 수사의 현장성·적시성·밀행성에도 어긋나기 때문이다.
- 라. 그렇다면, USB의 제출 및 탐색과정에서 복제전 원본소유자인 甲이 참여하지 않은 점을 위법이라 할 수는 없다.

(3) 丙의 참여 및 압수목록의 교부 (3점)

- ① 임의제출 및 임의제출된 전자정보의 탐색과정도 압수·수색 절차이므로 사전 통지 및 당사자의 참여권이 보장되고 압수목록이 교부되어야 함이 원칙이다.
- ② 설문에서는 소유자 丙이 전자정보의 탐색과정에 참여하지 않았고 丙에게조차 사전통지를 하지 않은 위법이 존재한다.
- ③ 그러나, 丙이 제출한 USB메모리카드에는 甲이 보유하고 있는 성착취물의 일부만 선별, 복제되어 있는 등 파일의 개수가 소수이고, 丙이 임의제출자로서 제출한 내용을 이미 알고 있으며 나아가 丙은 해당 사건의 피의자에 해당하지도 않는다. 따라서 비록 사전통지 및 참여, 압수목록이 교부되지 않았다 하더라도 적법절차의 본질이 침해되었다고 볼 수는 없다.⁴⁾

5. 위법수집증거인지 여부 (사안의 해결) (1/15점)

적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다(제308조의2). 따라서 헌법 제12조 제1항이 정한 적법절차의 본질을 침해하여 수집한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.

그런데, 설문에서는 비록 압수목록의 미교부, 탐색과정에서의 사전통지 및 丙의 참여권 등이 침해되었다 하더라도, 원본 소유자 丙이 소유자로서 성착취동영상을 직접 선별·복제하여 자진하여 이를 제출하고 있다는 점에서 적법절차의 본질을 침해하였다고 볼 수 없어, 절차위반에도 불구하고 증거능력이 인정된다고 판단된다.

4) 대판 2021.11.25. 2019도6730 「다른 범행에 관한 동영상은 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범행의 동기와 경위, 범행 수단과 방법 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있으므로 구체적·개별적 연관관계가 인정되어 관련성이 있는 증거에 해당하고, 경찰관이 피의자 신문 당시 휴대전화를 피고인과 함께 탐색하는 과정에서 발견된 다른 범행에 관한 동영상을 추출·복사하였고, 피고인이 직접 다른 범행에 관한 동영상을 토대로 ‘범죄일람표’ 목록을 작성·제출하였으므로, 실질적으로 피고인에게 참여권이 보장되고, 전자정보 상세목록이 교부된 것과 다르지 않다는 이유로, 이와 달리 다른 범행에 관한 동영상의 증거능력을 부정한 원심을 파기한 사례」의 판시를 활용한 사안적용이나, 해당절차의 미비를 이유로 위법수집증거로 결론내리더라도 점수에 있어 차이는 없을 것으로 보입니다.

IV. 설문(4)에 대하여 (5점)

1. 수사상 준항고 (2.5점)

- ① 사법경찰관의 구금, 압수·압수물의 환부, 변호인참여제한 조치에 대해 불복이 있으면 관할법원에 준항고를 제기할 수 있다(형사소송법 제417조).
- ② P가 행한 압수처분의 위법성을 다투기 위해 甲은 관할법원에 수사상 준항고를 제기할 수 있다. 준항고 과정에서 甲은 자신의 참여권문제나 丙의 탐색과정에서의 참여권, 압수목록의 미교부등의 위법을 주장할 수 있다. 다만, 수사상 준항고는 집행정지효가 없으므로 준항고제기에도 불구하고 수사기관은 압수된 전자정보의 탐색을 계속할 수 있다.
- ③ 수사상 준항고가 기각되면, 甲은 곧바로 대법원에 재항고를 제기할 수도 있다(제419조, 제415조).

2. 위법수집증거배제법칙의 주장 (1.5점)

적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없는바(제308조의2), 甲은 자신의 참여권의 문제나 丙의 참여권의 문제, 압수목록의 미교부등을 들어 형사본안의 심리과정에서 추출된 파일들이 위법수집증거임을 주장할 수 있다.

3. 상소이유, 이의신청, 국가배상 (1점)

- ① 수사상 불법은 판결에 영향을 미치지 않는 한 독립한 상소이유가 될 수 없는 것이 원칙이다. 따라서 압수·수색절차의 위법이 아니라, 그로 인하여 수집한 증거의 증거능력을 인정하였다는 주장을 하면서(법령위반을 주장) 甲은 증거결정에 대한 이의신청을 할 수 있고(제296조 제1항, 규칙 제135조의2 단서), 위법수집증거를 채택하여 유죄판결을 한 원심판결전체에 대해 판결에 영향을 미친 사실오인이나 법령위반을 들어 판결전체에 대해 상소를 제기할 수 있다(상대적 상소이유로 주장, 제361조의5 제1호, 제14호, 제383조 제1호·제4호).
- ② 또한, 甲은 위법하게 압수절차를 진행한 개별 경찰관의 행위에 대해 국가배상을 청구하거나(국가배상법 제2조) 형사책임을 추궁할 수도 있다.