

2021년 제27회 법무사 2차 시험

형사소송법

【문 1】

[기본적 사실관계]

A는 농촌 지역에서 주유소를 운영하는 자로서, S 정유회사를 통해 공급받은 유류를 면세유 구입카드를 소지한 영세 농민에게 면세유로 공급하고, 면세유 관리기관인 농협으로부터 해당 공급량에 대한 면세유류공급확인서를 발급받아 세무서에 제출함으로써 부가세 등 세금을 환급받아 정상유와 면세유의 차액 상당액을 정산하는 공급거래를 이어오고 있다. 한편 화물차를 운행하는 B는 면세유 공급대상자가 아님에도 A와의 친분을 통해 2019. 2. 1.부터 2019. 4. 1. 사이에 A가 위탁보관 중이던 타인의 면세유 구입카드를 이용하여 A로부터 몇 차례 면세유를 정상유보다 저렴한 가격에 공급받았고, A는 그 거래에 대하여 세무서로부터 감면세액을 환급받았다. (각 설문은 상호관련성이 없음)

1. <추가된 사실관계> 사법경찰관 P는 A가 B와의 공모관계에서 면세유를 본래와 다른 용도로 부정유통하였다는 범죄사실로 A의 스마트폰에 대한 압수·수색영장을 발부받아 확보한 스마트폰에 ‘면세유’를 키워드로 검색하여 나온 문자메시지, 사진 및 문서파일 등의 전자정보를 복제·출력하는 방식으로 압수·수색 절차를 진행하였다. (각 설문은 상호관련성이 없고, 견해 대립이 있을 경우 대법원 판례에 따름)

가. 사법경찰관 P가 A의 스마트폰에 대한 압수·수색영장을 집행할 때 준수하여야 할 절차상 유의사항은 무엇인지 설명하시오. [10점]

나. 영장집행 단계에서 사법경찰관 P가 A에게 압수·수색영장의 첫 페이지 범죄사실 부분만을 제시하면서 나머지 영장 부분을 A가 확인하지 못하도록 한 경우 영장 제시는 적법한지 설명하시오. 만약 이후 수사 단계에서 조사에 참여한 A의 변호인이 위 영장의 나머지 부분까지 확인한 경우에 압수·수색 처분의 효력에 차이가 발생하는지 설명하시오. [10점]

다. 사법경찰관 P는 압수·수색영장의 집행에 따라 A의 스마트폰에서 출력한 전자정보를 통해 A가 2019. 3. 무렵 공장운영자 C에게도 면세유를 부정유통한 정황을 포착하였다. 위 전자정보를 A와 C의 공모관계에 의한 면세유 부정유통 추가 범행의 증거로 사용할 수 있는지 설명하시오. [10점]

2. <추가된 사실관계> A는 2020. 1. 20. “농업 용도에 사용할 면세유를 B에게 다른 용도로 판매하고 조세를 환급받았다.”는 공소사실에 대하여 조세범처벌법위반죄로 공소가 제기되었다. (각 설문은 상호관련성이 없고, 견해 대립이 있을 경우 대법원 판례에 따름)

가. 사법경찰관 P는 공소제기에 앞서 A에 대한 피의자신문조서를 작성하였고, 이후 소속 경찰청장 명의로 관할 세무서장에게 고발의뢰가 이루어졌으나 별다른 이유 없이 고발장이 제출되지 않았다. 이 경우 A에 대한 피의자조사의 적법성에 대하여 논하시오. [7점]

나. 공판절차에서 A는 공소사실을 자백하고 있으나 1심 법원은 관할 세무서장의 고발이 없는 채로 제기된 공소의 효력에 대하여 심리하고자 한다. 1심 법원의 적정한 처리에 대하여 논하시오. [8점]

다. 만약 1심 계속 중에 관할 세무서장이 고발장을 제출한 경우 공소제기의 효력에 어떤 영향이 있는지 논하시오. [5점]

별첨

■ 조세범 처벌법

제4조(면세유의 부정 유통)

① 「조세특례제한법」 제106조의2제1항제1호에 따른 석유류를 같은 호에서 정한 용도 외의 다른 용도로 사용·판매하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 석유판매업자(같은 조 제2항에 따른 석유판매업자를 말한다)는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액등의 5배 이하의 벌금에 처한다.

② 「개별소비세법」 제18조제1항제11호 및 「교통·에너지·환경세법」 제15조제1항제3호에 따른 외국항행선박 또는 원양어업선박에 사용할 목적으로 개별소비세 및 교통·에너지·환경세를 면제받는 석유류를 외국항행선박 또는 원양어업선박 외의 용도로 반출하여 조세를 포탈하거나, 외국항행선박 또는 원양어업선박 외의 용도로 사용된 석유류에 대하여 외국항행선박 또는 원양어업선박에 사용한 것으로 환급·공제받은 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액등의 5배 이하의 벌금에 처한다. <개정 2018.12.31.>

... (중략) ...

제21조(고발)

이 법에 따른 범칙행위에 대해서는 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장의 고발이 없으면 검사는 공소를 제기할 수 없다.

■ 조세특례제한법

제106조의2(농업·임업·어업용 및 연안여객선박용 석유류에 대한 부가가치세 등의 감면 등)

... (생략) ...

■ 농·축산·임·어업용 기자재 및 석유류에 대한 부가가치세 영세율 및 면세 적용 등에 관한 특례규정

제14조(농·임·어업용 면세석유류 적용대상 농어민 등의 범위)

... (생략) ...

【문 1. 1】 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행의 제문제1)

[가] 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행 시 유의사항

1. 압수·수색영장의 집행 시 일반적 준수사항

- ① 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다(법 제118조).
- ② 반드시 사전 제시를 요하고 구속에서와 같은 긴급집행은 허용되지 않으며, 복사본이 아닌 정본을 제시하여야 하므로 팩스(Fax)로 압수영장의 사본을 송신하여 압수한 E-Mail은 증거능력이 없다(대판 2017.9.7. 2015도10648[Naver E-Mail 압수 사진 참조]).
- ③ 수사기관이 영장을 제시할 때에는 피압수자에게 법관이 발부한 영장에 따른 압수·수색 또는 검증이라는 사실과 영장에 기재된 범죄사실 및 수색 또는 검증할 장소·신체·물건, 압수할 물건 등을 명확히 알리고, 피압수자가 해당 영장을 열람할 수 있도록 해야 한다(법 제118조, 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(이하 ‘수사준칙’) 제33조 제1항 참조).
- ④ 압수·수색 또는 검증의 처분을 받는 자가 여럿인 경우에는 모두에게 개별적으로 영장을 제시하여야 하고(수사준칙 제38조 제2항), 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다라도 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다(대판 2009.3.12. 2008도763).
- ⑤ 수사기관은 압수·수색의 과정에 피압수자등이나 변호인의 참여권을 보장하여야 한다(법 제121조, 제122조, 제123조 등).
- ⑥ 한편, 수사기관은 증거물 또는 몰수할 물건을 압수한 경우에는 압수물목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다(법 제129조, 수사준칙 제40조).

2. 전자정보에 대한 압수·수색 시 유의사항(수사준칙 제41조, 제42조)

- ① 컴퓨터용디스크 및 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 “정보저장매체등”)에 기억된 정보(이하 “전자정보”)를 압수하는 경우에는 해당 정보저장매체등의 소재지에서 수색한 후 범죄사실과 관련된 전자정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하는 방법으로 한다(법 제106조 제3항, 제219조 및 수사준칙 제41조 제1항).
- ② 제1항에 따른 압수 방법의 실행이 불가능하거나 그 방법으로는 압수의 목적을 달성하는 것이 현저히 곤란한 경우에는 압수·수색 현장에서 정보저장매체등에 들어 있는 전자정보 전부를 복제하여 그 복제본을 정보저장매체등의 소재지 외의 장소로 반출할 수 있다(법 제106조 제3항 및 수사준칙 제41조 제2항 참조).

1) 여러분 그 동안 수고하셨습니다. 사안은 주유소 운영자가 농·어민 등에게 조세특례제한법에 정한 면세유를 공급한 것처럼 위조한 면세유류공급확인서로 정유회사를 기망하여 면세유를 공급받음으로써 면세유와 정상유의 가격 차이 상당의 이득을 취득한 사안에서, 정유회사에 대하여 사기죄를 구성하는 것은 별론으로 하고, 국가 또는 지방자치단체를 기망하여 국세 및 지방세의 환급세액 상당을 편취한 것으로 볼 수 없다고 판시한, 대판 2008.11.27. 2008도7303의 사실관계를 전제로, 전자정보에 대한 압수·수색의 절차와 관련된 수사준칙상의 내용이나 최근 판례의 쟁점 및 최근 대선정국에서 소위 ‘고발사주의혹’ 사건(?)과 관련하여(실제로는 무관함) 출제된 문제로 보입니다.

- ③ 수사기관이 전자정보의 복제본을 취득하거나 전자정보를 복제할 때에는 해시값(파일의 고유값으로서 일종의 전자지문을 말함)을 확인하거나 압수·수색의 과정을 촬영하는 등 전자적 증거의 동일성과 무결성(無缺性)을 보장할 수 있는 적절한 방법과 조치를 취해야 한다(수사준칙 제42조 제3항).
- ④ 위 ②, ③에 따른 압수 방법의 실행이 불가능하거나 그 방법으로는 압수의 목적을 달성하는 것이 현저히 곤란한 경우에는 피압수자 또는 법 제123조에 따라 압수·수색영장을 집행할 때 참여하게 해야 하는 사람(이하 “피압수자등”)이 참여한 상태에서 정보저장매체등의 원본을 봉인(封印)하여 정보저장매체등의 소재지 외의 장소로 반출할 수 있다(법 제106조 및 수사준칙 제41조 제2항 참조).
- ⑤ 수사기관은 전자정보의 탐색·복제·출력을 완료한 경우에는 지체 없이 피압수자등에게 압수한 전자정보의 목록을 교부해야 한다(법 제129조 및 수사준칙 제42조 제1항 참조).
- ⑥ 수사기관은 위 ⑤의 목록에 포함되지 않은 전자정보가 있는 경우에는 해당 전자정보를 지체 없이 삭제 또는 폐기하거나 반환해야 한다. 이 경우 삭제·폐기 또는 반환확인서를 작성하여 피압수자등에게 교부해야 한다(수사준칙 제42조 제2항 참조).
- ⑦ 수사기관은 압수·수색의 전 과정에 걸쳐 피압수자등이나 변호인의 참여권을 보장해야 하며, 피압수자등과 변호인이 참여를 거부하는 경우에는 신뢰성과 전문성을 담보할 수 있는 상당한 방법으로 압수·수색을 하여야 한다(수사준칙 제42조 제4항).
- ⑧ 한편, 수사기관이 전자정보의 탐색·복제·출력을 완료한 경우에는 지체 없이 피압수자등에게 압수한 전자정보의 목록을 교부해야 한다(법 제129조, 수사준칙 제42조 제1항 참조).

[나] 압수·수색영장의 제시의 위법과 변호인의 확인에 의한 하자의 치유 허부

1. 압수·수색영장의 제시 범위 및 방법

- ① 수사기관이 영장을 제시할 때에는 피압수자에게 법관이 발부한 영장에 따른 압수·수색이라는 사실과 영장에 기재된 범죄사실 및 수색할 장소·신체·물건, 압수할 물건 등을 명확히 알리고, 피압수자가 해당 영장을 열람할 수 있도록 해야 한다(법 제118조 및 수사준칙 제38조 제1항).
- ② 판례도 “압수·수색영장을 집행하는 수사기관은 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 사실을 확인함과 동시에 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 사항을 충분히 알 수 있도록 압수·수색영장을 제시하여야 한다.”는 입장이다(대판 2017.9.21. 2015도12400).
- ③ 따라서 판례에 따르면, 사안의 영장 제시는 위법하다.

2. 압수·수색영장의 제시의 위법과 변호인에 의한 하자의 치유 여부

- ① 판례는 “사법경찰관이 압수·수색영장의 피압수자에게 압수·수색영장을 제시함에 있어 표지에 해당하는 첫 페이지와 피압수자의 혐의사실이 기재된 부분만을 보여 주고, 나머지 압수·수색영장의 기재 내용을 확인하지 못하게 한 사안에서, 위와 같은 압수·수색영장의 제시는 피압수자로 하여금 그 내용을 충분히 알 수 있도록 제시한 것으로 보기 어려워 위법하고, 이로 인해 취득한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다.”고 한다(대판 2017.9.21. 2015도12400).
- ② 그리고 판례는 “수사기관이 재항고인의 휴대전화 등을 압수할 당시 재항고인에게 압수·수색영장을 제시하였는데 재항고인이 영장의 구체적인 확인을 요구하였으나 수사기관이 영장의 범죄사실 기재 부분을 보여주지 않았고, 그 후 재항고인의 변호인이 재항고인에 대한 조사에 참여하면서 영장을 확인한 사안에서, 수사기관이 위 압수처분 당시 재항고인으로부터 영장 내용의 구체적인 확인을 요구받았음에도 압수·수색영장의 내용을 보여주지 않았던 것으로 보이므로 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 압수·수색영장의 제시라고 인정하기 어렵다.”고 판시하여(대결 2020.4.16. 2019모3526), 변호인의 사후 확인에 의하여 위법한 압수·수색처분의 효력에 차이가 발생하는 것은 아니라는 입장이다.

3. 사안의 경우

사법경찰관 P가 A에게 압수·수색영장의 첫 페이지 범죄사실 부분만을 제시하면서 나머지 영장 부분을 A가 확인하지 못하도록 한 영장 제시는 위법하다.

만약 이후 수사 단계에서 조사에 참여한 A의 변호인이 위 영장의 나머지 부분까지 확인하였다 하더라도 위법한 압수·수색 처분의 효력이 달라지는 것은 아니다(대결 2020.4.16. 2019모3526).

[다] 제215조 압수·수색영장의 효력범위와 사건과의 ‘관련성’

I. 문제점

사안에서 A의 스마트폰에서 출력한 전자정보를 통해 포착한 C의 면세유 부정유통한 정황이 법 제215조 압수·수색영장의 효력범위에 관한 ‘사건과의 관련성’ 요건을 충족하여 A와 C의 공모관계에 의한 범행의 증거로도 사용할 수 있는지가 문제된다.

II. 사건과의 관련성 = 객관적 관련성 + 인적 관련성

1. 관련성

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

2. 객관적 관련성

① 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 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

② 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의 사실과 단순히 동종·유사 범행이라는 사유만으로 객관적 관련성이 있다고 할 것은 아니다 (대판 2021.8.26. 2021도2205[마약 사범에 대한 영장에 의한 소변, 모발의 압수의 적법 여부와 2차적 증거의 증거능력이 문제된 사건] 등 참조).

3. 인적 관련성

피의자와 사이의 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 공동정범, 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다(대판 2017.12.5. 2017도13458; 대판 2017.1.25. 2016도13489 등 참조).

III. 문제의 해결

A와 C와의 추가 범행의 수법이 A와 B와의 범행 수법과 동일하다는 점, 범행의 시점도 A와 B와의 범행 시점의 사이라는 점 등을 고려하면, 추가로 발견된 위 전자정보는 A의 혐의사실과 단순히 동종·유사 범행이라는 사유를 넘어서서 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에 해당하여 객관적 관련성을 인정할 수 있고, C는 A와 공모관계가 인정되는 공범관계에 해당하여 인적 관련성도 인정된다.

따라서 A의 스마트폰에서 출력한 위 전자정보는 A와 C의 범행(조세범처벌법 제4조, 제9조 등)의 증거로도 사용할 수 있다.

【문 1. 2】 고발 전 수사의 허부, 무죄판결 사유와 공소기각판결 사유 경합시 법원의 재판, 고발의 추완의 허부

[가] 친고죄·전속고발사건에 있어서 고소·고발 전 수사의 허부 (7점)

1. 문제점

사안의 조세범처벌법위반죄는 고발이 있어야 공소제기할 수 있는 소위 필요적 고발(전속고발) 사건에 해당하는바(조세범처벌법 제21조), 고소 또는 고발이 소추조건이 친고죄 또는 필요적 고발사건에서 고소·고발 전에도 수사가 허용되는지가 문제된다.

2. 고소·고발 전 수사의 허부

(1) 학 설

- ① 전면허용설 : 친고죄에 있어서 고소가 없는 경우에도 수사가 허용된다는 견해이다.
- ② 전면부정설 : 친고죄의 경우에 고소가 없으면 강제수사는 물론 임의수사도 할 수 없다는 견해이다.
- ③ 제한적 허용설(통설) : 원칙적으로 허용되지만, 고소의 가능성이 없는 때에는 허용되지 않는다는 견해로, 「고소의 가능성이 없는 때」란 (i) 고소기간이 경과한 경우(제230조), (ii) 고소권자가 고소를 하지 않겠다는 뜻을 명백히 한 경우(고소취소나 합의서의 제출 등)(제232조)라고 한다.

(2) 판 례

고소·고발의 가능성이 없는 상태에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소·고발 전의 수사가 위법한 것은 아니라고 하여(대판 1995.2.24. 94도252; 대판 2011.3.10. 2008도7724), 제한적 허용설의 입장이다.

(3) 검 토

고소 전 수사의 필요성과 피해자의 의사존중·명예보호라는 친고죄의 취지를 고려해 볼 때, 친고죄에 있어서 고소가 없어도 수사를 할 수 있지만 고소의 가능성이 없는 때에는 수사를 할 수 없다는 제한적 허용설이 타당하다.

3. 문제의 해결

판례인 제한적 허용설에 따르면, 사안은 고발의 가능성이 없는 상태에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는바, 고발 전에 사법경찰관 P의 A에 대한 피의자조사가 적법하다.

[나] 공소기각판결의 사유가 있는 경우 법원의 실체재판의 허부 (8점)

1. 문제점

필요적 고발사건에서 고발은 소추조건으로, 고발이 없는 공소제기는 제327조 제2호의 공소기각판결의 사유에 해당한다. 한편 피고인 A가 공판절차에서 자백하고 있는바, 법원이 유·무죄의 실체재판을 진행할 수는 없는지가 문제된다.

2. 공소기각판결의 사유가 있는 경우 법원의 실체재판의 허부

(1) 원 칙

판례는 소추조건은 실체재판의 전제조건이라는 점에 비추어, 공소기각판결의 사유와 무죄판결의 사유가 경합된 경우에는 원칙적으로 공소기각의 판결을 하여야 한다는 입장이다(대판(소합) 1999.4.15. 96도1922[소위 롯데슈퍼할아버지 사건][다수의견]; 대판 1988.3.8. 87도2673 참조).

(2) 예 외

판례는 교통사고처리특례법위반 사건에서, “사건의 실체에 관한 심리가 이미 완료되어 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서에서 정한 사유가 없는 것으로 판명되고 달리 피고인이 같은 법 제3조 제1항의 죄를 범하였다고 인정되지 않는 경우, 설령 같은 법 제3조 제2항 본문이나 제4조 제1항 본문의 사유(공소기각판결의 사유: 편자 주)가 있더라도, 사실심법원이 피고인의 이익을 위하여 교통사고처리특례법 위반의 공소사실에 대하여 무죄의 실체판결을 선고하였다면, 이를 위법이라고 볼 수는 없다.”고 판시하여(대판 2015.5.14. 2012도11431[교통사고처리특례법위반] [공소기각 사안에 대한 무죄판결을 한 사건]; 대판 2003.10.24. 2003도4638 참조), 공소기각판결의 사유와 무죄판결의 사유가 경합된 경우에 피고인의 이익을 위하여 예외적으로 무죄판결을 할 수 있다는 입장이다.

3. 문제의 해결

공소기각 등 소추조건인 흠결을 이유로 하는 형식재판의 사유와 실체재판이 경합한 경우, 논리적으로 형식재판을 하는 것이 원칙이지만, 판례와 같이 피고인의 이익을 위하여 형식재판 우선 원칙의 예외를 인정하는 것이 타당하다고 본다.

사안에서 피고인이 자백하고 있는데, 만일 심리결과 보강증거가 있더라도 법원은 유죄판결을 할 수는 없고 공소기각판결로 절차를 종결하여야 하겠지만(제327조 제2호, 조세범처벌법 제21조), 만일 심리결과 보강증거가 없다면 법원은 피고인의 이익을 위하여 공소사실에 대하여 무죄판결을 할 수도 있을 것이다(제325조 후단, 제310조).

[다] 친고죄·전속고발사건에 있어서 고소·고발의 추완의 허부 (5점)

1. 문제점

친고죄에 있어서 고소 또는 필요적 고발사건 있어서 고발이 없음에도 불구하고 공소를 제기한 후에 비로소 고소 또는 고발이 있는 경우에 공소제기가 적법하게 될 수 있는지가 문제된다.

2. 고소·고발의 추완의 허부

(1) 학 설

- ① 적극설 : 형사절차의 동적·발전적 성격, 소송경제와 절차유지의 원칙을 논거로 한다.
- ② 소극설(다수설) : 친고죄에 있어서 고소는 공소제기의 적법·유효조건이므로 고소가 없으면 공소제기는 무효이고, 공소제기는 절차의 형식적 확실성이 강하게 요청되는 소송행위이므로 무효의 치유를 인정해서는 안된다는 견해이다.
- ③ 절충설 : 공소제기시에 공소사실이 친고죄임에도 불구하고 고소가 없는 경우에는 고소의 추완을 인정할 수 없지만, 비친고죄로 공소제기된 사건이 심리결과 친고죄로 판명되거나 친고죄가 추가된 때에는 고소의 추완을 인정해야 하자는 견해이다.

(2) 판 례

“세무공무원의 고발 없이 조세범칙사건(즉고발사건)의 공소가 제기된 이후에 세무공무원이 고발한 경우에는 공소제기의 흠결이 보정될 수 없다.”고 하여(대판 1970.7.28. 70도942), 소극설의 입장이다.

(3) 검 토

검사의 부당한 공소를 규제하고 피고인의 이익보호를 위해서는 소극설이 타당하다.

3. 문제의 해결

판례인 소극설에 따르면, 필요적 고발사건에서 고발 없이 공소제기된 후 1심 계속 중에 관할 세무서장이 고발장을 제출하였다 하더라도 무효인 공소제기의 흠결이 보정될 수는 없다.

따라서 법원은 고발의 추완이 있더라도 공소기각판결(제327조 제2호)로 절차를 종결하여야 한다.