

## 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)

[의정부지방법원 2020. 2. 6. 2019노2215]



### 【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 황정임(기소), 연제혁(공판)

【변 호 인】 변호사 공성록(국선)

【원심판결】 의정부지방법원 고양지원 2019. 7. 25. 선고 2019고단1343 판결

### 【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 6월에 처한다.

피고인에게 40시간의 성폭력 치료프로그램 이수를 명한다.

압수된 증제1호를 몰수한다.

이 사건 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번 기재 각 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라 등이용촬영)의 점은 각 무죄.

무죄판결 요지를 공시한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유 요지(쌍방)

양형부당 (원심: 징역 6월, 성폭력치료프로그램 이수 40시간, 몰수)

#### 2. 직권판단

가. 별지 범죄일람표 순번 제7번에 대하여

살피건대, 검사가 제7번 범행에 관하여 제출한 증거를 살펴보면, 피고인은 피해자 공소외 2의 신체에 대하여 몰래 동영상 촬영을 한 것이 아니라 사진촬영을 한 것임에도, 원심은 동영상 촬영 사실로써 유죄로 인정하고 말았다.

이에 검사가 당심에서 공소사실을 사진 촬영으로 변경하였으므로, 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

나. 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번에 대하여

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 9. 21. 02:53경 오산시 소재 ○○○ 모텔에서 피해자 공소외 1(여, 20세)과 성관계를 한 다음 평소 사용 하던 삼성갤럭시S8 휴대폰의 동영상 기능을 실행하여 잠이 든 피해자의 음부를 동의 없이 촬영한 것을 비롯하여 그 때부터 2019. 1. 13.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번과 같이 총 7회에 걸쳐 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 2명의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

#### 2) 판단

가) 검사 제시 증거요지

검사가 제시한 주요증거는, ① 경찰관이 2019. 1. 25. 피해자 공소외 2에 대한 동영상 촬영에 관하여 피고인에 대한 신문 도중 임의제출 받은 피고인 소유의 휴대전화기에서 탐색·복제한 사진, 동영상 파일과 위 동영상 파일 캡처사진(증거기록 제58 내지 70, 98 내지 134쪽), 그리고 이를 다시 분석한 검찰 수사보고서(2019. 4. 25.자)와 동일한 증거를 뒤늦게 압수한 검찰의 압수조서(2019. 4. 26.자 및 2019. 5. 7.자) ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피해자 공소외 1의 진술, ③ 경찰관 공소외 3의 진술이다.

나) 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등의 증거능력 (소극)

살피건대, 이 사건 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등은 아래와 같은 이유로 증거능력을 인정할 수 없다

(1) 압수조서 미작성 내지 압수목록 미교부로 인한 부적법

(가) 사법경찰관은 임의제출물을 압수하였더라도 형사소송법 제49조에 따라 압수조서를 작성하여야 하고, 압수목록을 형사소송법 제219조, 제129조에 따라 교부하여야 한다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽]. 그리고 압수물이 전자 정보인 경우에는 압수된 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

(나) 대법원은 과거에 “압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다”고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결). 그러나 최근에는 “압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다”고 판시하였다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결).

(다) 따라서 형사소송법 제49조, 제129조, 제219조가 정한 압수조서 작성과 압수목록 교부 절차를 지키지 아니하고 사법경찰관이 수집한 디지털 증거는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

(2) 범죄수사규칙 제119조 제3항에 따른 압수조서 작성 생략으로 인한 부적법

(가) 검사는 『범죄수사규칙(경찰청 훈령 제954호) 제119조 제3항에 “피의자신문조서, 진술조서, 검증조서, 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다.

”고 규정되어 있고, 이 사건 디지털증거를 압수한 사법경찰관 역시 피의자신문조서에 그와 같은 취지를 기재하고(증거기록 제33쪽), 압수조서 작성을 생략한 것이므로 증거수집 절차는 적법하다』고 주장한다.

(나) 살피건대, 위 경찰청 훈령은 사법경찰관의 수사사무 처리지침을 정한 내부규정이다.

형사소송법과 형사소송규칙으로부터 위임받지 아니한 수사기관의 내부규정으로는 형사소송법 소정의 적법절차 규정의 적용을 배제할 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결 참조).

(다) 한편, 압수조서 작성의 필요성은 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 요건을 실질화하는 데 있다.

수사기관의 압수는 피의사건과 관계가 있다고 인정되는 물건에 대하여만 허용되는 것이고, 이와 같은 법리는 임의제출에 의한 압수에도 적용된다.

따라서 사법경찰관은 압수조서를 작성하면서 피의사실과 관계가 있다고 인정하는 물건에 대하여만 임의제출로써 압수할 수 있다.

만약, 압수조서의 기재가 생략된다면 임의성이란 형식으로 피의사실과 관련 없는 물건에 대하여까지 압수가 절제되지 않고 집행될 가능성이 있다.

### (3) 제출의 임의성 증명 부족으로 인한 부적법

사법경찰관이 형사소송법 제218조에 따라 압수를 한 경우에도 제출자의 임의성이 있어야만 적법하고, 그에 대한 증명 책임은 검사에게 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조). 수사실무에서 임의제출이란 형식 하에 실질적으로는 강제수사가 행해지는 현실은 형사소송에서 중대한 문제점으로 제시되고 있다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽 참조].

살피건대, 경찰에서 고소사건의 피의자로 조사받던 피고인은 매우 위축된 상태였을 것이고, 피고인을 조사하였던 경장 공소외 3의 당심진술을 직접 들어보아도 피고인이 당시에 임의제출에 의한 압수 효과에 대하여 고지받지는 못한 것으로 보이므로, 제출의 임의성이 충분히 증명되었다고 볼 수 없다.

따라서 이 점에서도 증거능력을 인정할 수 없다.

### (4) 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 범위 초과 집행에 의한 부적법

(가) 살피건대, 임의제출에 의한 압수는 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 경우와 동일하다.

임의제출에 의한 압수의 경우에 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니할 수 있도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대하여 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

(나) 한편, 대법원은 과거에 압수수색의 집행은 동종·유사의 범행과 관련된다라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 실시할 수 있다고 판시하였고(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결 참조), 이러한 법리를 반복하여 실시하기도 하였다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결 참조).

그러나 개정 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정된 것) 제106조 제1항의 법문에 따라 해당 사건과 관련된 사건에 한정하여 집행할 수 있다고 해석함이 마땅하다.

한편, 그와 같은 관련성은 혐의사실과 객관적·인적관련성이 있는 경우에만 인정될 뿐이지(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 참조), 대법원의 과거 판시와 같이 동종·유사 범행이라고 관련성을 인정할 수는 없다.

(다) 살피건대, 이 사건 수사경과에 비추어 볼 때, 피고인의 임의제출 의사는 피해자 공소외 2가 고소한 범행에 관한 사진에 불과하였을 것으로 보이고, 이를 넘어 자신의 추가 범행을 증명하는 이 사건 휴대전화에 저장된 사진 또는 동영상 전체에 대해 임의제출 의사를 명시한 것으로는 불확실하다.

따라서 사법경찰관이 피해자 공소외 5, 공소외 1에 대한 파일까지 압수한 것은 부적법하다.

(5) 한편, 검찰수사관 작성의 수사보고서(2019. 4. 25.자)는 앞서 본바와 같이 적법절차가 아닌 방법으로 수집된 디지털 증거를 출력하여 분석한 것이고, 검사가 영장 없이 2019. 4. 26. 피고인의 휴대전화기를 압수하고(증거기록 제159쪽) 같은 날 거기에 저장된 디지털증거를 압수하였다는 2019. 5. 7.자 압수조서(증거기록 제194쪽) 역시 부적법하게 수집된 증거와 수사 결과에 터 잡아 이루어진 것인데다가, 검사가 당심에서 추가한 증거를 보태어보더라도 형사소송법 제218조에 의한 압수를 허용할 정도로 피고인에게 제출의 임의성이 있었음을 인정할 수는 없으므로 각각 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

다) 피해자 공소외 1의 진술증거 및 경찰관 공소외 3의 진술증거 취신 여부 (소극)

형사소송법 제308조의2는 '위법수집증거의 배제'라는 제목으로 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

"라고 정하고 있다.

이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다.

헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다.

이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 이 사건의 경과에 의하면, 경찰관은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거인 사진 및 동영상 파일 등을 바탕으로 피해자 공소외 1에 대한 진술조서를 작성하였는바, 그렇다면 위 진술조서는 위법수집증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다고 봄이 상당하고, 이 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없다.

또한 검사는 『사법경찰관 공소외 3 경장이 피고사건을 수사하면서 불법 촬영된 영상이 있음을 확인하였다는 진술을 하므로, 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번 기재의 범죄사실에 대한 증거가 있다』고 주장하면서 판례(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)를 원용하나, 위 판례는 현행법을 체포한 경찰관이 피고인의 피해자의 치마속을 몰래 촬영하는 것을 직접 목격하였다는 진술이 담긴 압수조서의 기재가 진술서에 준하는 것으로서 카메라등 이용촬영 범행의 보강증거가 된다는 내용으로 이미 동영상 촬영이 마쳐진 상태에서 사후적으로 경찰관이 휴대전화기의 동영상을 확인한 것에 불과한 이 사건에는 직접 적용될 것이 아니고, 이 사건과 같은 사안에서 위와 같은 경찰관의 진술을 보강증거로 인정할 경우 사실상 위법수집증거배제법칙이 형해화되는 문제가 발생하게 되므로, 경찰관 공소외 3의 진술 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 봄이 옳다.

라) 소결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 적법절차에 따르지 아니한 채 수집된 증거에 터 잡아 공소제기된 것이므로, 형사소송법 제308조의2에 따라 유죄로 판단할 수 없다.

그럼에도 원심은 위 증거에 터잡아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으므로, 원심판결에는 판결에 영향을 미친 위법이 있어 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지(쌍방)

양형부당 (원심: 징역 6월, 성폭력치료프로그램 이수 40시간, 몰수)

2. 직권판단

가. 별지 범죄일람표 순번 제7번에 대하여

살피건대, 검사가 제7번 범행에 관하여 제출한 증거를 살펴보면, 피고인은 피해자 공소외 2의 신체에 대하여 몰래 동영상 촬영을 한 것이 아니라 사진촬영을 한 것임에도, 원심은 동영상 촬영 사실로써 유죄로 인정하고 말았다.

이에 검사가 당심에서 공소사실을 사진 촬영으로 변경하였으므로, 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

나. 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 9. 21. 02:53경 오산시 소재 ○○○ 모텔에서 피해자 공소외 1(여, 20세)과 성관계를 한 다음 평소 사용하던 삼성갤럭시S8 휴대폰의 동영상 기능을 실행하여 잠이 든 피해자의 음부를 동의 없이 촬영한 것을 비롯하여 그 때부터 2019. 1. 13.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번과 같이 총 7회에 걸쳐 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 2명의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

2) 판단

가) 검사 제시 증거요지

검사가 제시한 주요증거는, ① 경찰관이 2019. 1. 25. 피해자 공소외 2에 대한 동영상 촬영에 관하여 피고인에 대한 신문 도중 임의제출 받은 피고인 소유의 휴대전화기에서 탐색·복제한 사진, 동영상 파일과 위 동영상 파일 캡처사진(증거기록 제58 내지 70, 98 내지 134쪽), 그리고 이를 다시 분석한 검찰 수사보고서(2019. 4. 25.자)와 동일한 증거를 뒤늦게 압수한 검찰의 압수조서(2019. 4. 26.자 및 2019. 5. 7.자) ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피해자 공소외 1의 진술, ③ 경찰관 공소외 3의 진술이다.

나) 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등의 증거능력 (소극)

살피건대, 이 사건 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등은 아래와 같은 이유로 증거능력을 인정할 수 없다

(1) 압수조서 미작성 내지 압수목록 미교부로 인한 부적법

(가) 사법경찰관은 임의제출물을 압수하였더라도 형사소송법 제49조에 따라 압수조서를 작성하여야 하고, 압수목록을 형사소송법 제219조, 제129조에 따라 교부하여야 한다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽]. 그리고 압수물이 전자 정보인 경우에는 압수된 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

(나) 대법원은 과거에 "압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다"고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결). 그러나 최근에는 "압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다"고 판시하였다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결).

(다) 따라서 형사소송법 제49조, 제129조, 제219조가 정한 압수조서 작성과 압수목록 교부 절차를 지키지 아니하고 사법경찰관이 수집한 디지털 증거는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

(2) 범죄수사규칙 제119조 제3항에 따른 압수조서 작성 생략으로 인한 부적법

(가) 검사는 『범죄수사규칙(경찰청 훈령 제954호) 제119조 제3항에 "피의자신문조서, 진술조서, 검증조서, 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다.

"고 규정되어 있고, 이 사건 디지털증거를 압수한 사법경찰관 역시 피의자신문조서에 그와 같은 취지를 기재하고(증거기록 제33쪽), 압수조서 작성을 생략한 것이므로 증거수집 절차는 적법하다』고 주장한다.

(나) 살피건대, 위 경찰청 훈령은 사법경찰관의 수사사무 처리지침을 정한 내부규정이다.

형사소송법과 형사소송규칙으로부터 위임받지 아니한 수사기관의 내부규정으로서는 형사소송법 소정의 적법절차 규정의 적용을 배제할 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결 참조).

(다) 한편, 압수조서 작성의 필요성은 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 요건을 실질화하는 데 있다.

수사기관의 압수는 피의자건과 관계가 있다고 인정되는 물건에 대하여만 허용되는 것이고, 이와 같은 법리는 임의제출에 의한 압수에도 적용된다.

따라서 사법경찰관은 압수조서를 작성하면서 피의사실과 관계가 있다고 인정하는 물건에 대하여만 임의제출로써 압수할 수 있다.

만약, 압수조서의 기재가 생략된다면 임의성이란 형식으로 피의사실과 관련 없는 물건에 대하여까지 압수가 절제되지 않고 집행될 가능성이 있다.

(3) 제출의 임의성 증명 부족으로 인한 부적법

사법경찰관이 형사소송법 제218조에 따라 압수를 한 경우에도 제출자의 임의성이 있어야만 적법하고, 그에 대한 증명 책임은 검사에게 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조). 수사실무에서 임의제출이란 형식 하에 실

질적으로는 강제수사가 행해지는 현실은 형사소송에서 중대한 문제점으로 제시되고 있다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽 참조].

살피건대, 경찰에서 고소사건의 피의자로 조사받던 피고인은 매우 위축된 상태였을 것이고, 피고인을 조사하였던 경찰 공소외 3의 당심진술을 직접 들어보아도 피고인이 당시에 임의제출에 의한 압수 효과에 대하여 고지받지는 못한 것으로 보이므로, 제출의 임의성이 충분히 증명되었다고 볼 수 없다.

따라서 이 점에서도 증거능력을 인정할 수 없다.

(4) 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 범위 초과 집행에 의한 부적법

(가) 살피건대, 임의제출에 의한 압수는 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 경우와 동일하다.

임의제출에 의한 압수의 경우에 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니할 수 있도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대하여 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

(나) 한편, 대법원은 과거에 압수수색의 집행은 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 실시할 수 있다고 판시하였고(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결 참조), 이러한 법리를 반복하여 실시하기도 하였다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결 참조).

그러나 개정 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정된 것) 제106조 제1항의 법문에 따라 해당 사건과 관련된 사건에 한정하여 집행할 수 있다고 해석함이 마땅하다.

한편, 그와 같은 관련성은 혐의사실과 객관적·인적관련성이 있는 경우에만 인정될 뿐이지(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 참조), 대법원의 과거 판시와 같이 동종·유사 범행이라고 관련성을 인정할 수는 없다.

(다) 살피건대, 이 사건 수사경과에 비추어 볼 때, 피고인의 임의제출 의사는 피해자 공소외 2가 고소한 범행에 관한 사진에 불과하였을 것으로 보이고, 이를 넘어 자신의 추가 범행을 증명하는 이 사건 휴대전화에 저장된 사진 또는 동영상 전체에 대해 임의제출 의사를 명시한 것으로는 불확실하다.

따라서 사법경찰관이 피해자 공소외 5, 공소외 1에 대한 파일까지 압수한 것은 부적법하다.

(5) 한편, 검찰수사관 작성의 수사보고서(2019. 4. 25.자)는 앞서 본바와 같이 적법절차가 아닌 방법으로 수집된 디지털 증거를 출력하여 분석한 것이고, 검사가 영장 없이 2019. 4. 26. 피고인의 휴대전화기를 압수하고(증거기록 제159쪽) 같은 날 거기에 저장된 디지털증거를 압수하였다는 2019. 5. 7.자 압수조서(증거기록 제194쪽) 역시 부적법하게 수집된 증거와 수사 결과에 터 잡아 이루어진 것인데다가, 검사가 당심에서 추가한 증거를 보태어보더라도 형사소송법 제218조에 의한 압수를 허용할 정도로 피고인에게 제출의 임의성이 있었음을 인정할 수는 없으므로 각각 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

다) 피해자 공소외 1의 진술증거 및 경찰관 공소외 3의 진술증거 취신 여부 (소극)

형사소송법 제308조의2는 '위법수집증거의 배제'라는 제목으로 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

"라고 정하고 있다.

이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다.

헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다.

이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 이 사건의 경과에 의하면, 경찰관은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거인 사진 및 동영상 파일 등을 바탕으로 피해자 공소외 1에 대한 진술조서를 작성하였는바, 그렇다면 위 진술조서는 위법수집증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다고 봄이 상당하고, 이 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없다.

또한 검사는 『사법경찰관 공소외 3 경장이 피고사건을 수사하면서 불법 촬영된 영상이 있음을 확인하였다는 진술을 하므로, 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번 기재의 범죄사실에 대한 증거가 있다』고 주장하면서 판례(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)를 원용하나, 위 판례는 현행법을 체포한 경찰관이 피고인의 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하는 것을 직접 목격하였다는 진술이 담긴 압수조서의 기재가 진술서에 준하는 것으로서 카메라등 이용촬영 범행의 보강증거가 된다는 내용으로 이미 동영상 촬영이 마쳐진 상태에서 사후적으로 경찰관이 휴대전화기의 동영상을 확인한 것에 불과한 이 사건에는 직접 적용될 것이 아니고, 이 사건과 같은 사안에서 위와 같은 경찰관의 진술을 보강증거로 인정할 경우 사실상 위법수집증거배제법칙이 형해화되는 문제가 발생하게 되므로, 경찰관 공소외 3의 진술 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 봄이 옳다.

#### 라) 소결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 적법절차에 따르지 아니한 채 수집된 증거에 터 잡아 공소제기된 것이므로, 형사소송법 제308조의2에 따라 유죄로 판단할 수 없다.

그럼에도 원심은 위 증거에 터잡아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으므로, 원심판결에는 판결에 영향을 미친 위법이 있어 더 이상 유지될 수 없다.

### 3. 결론

원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유 요지(쌍방)

양형부당 (원심: 징역 6월, 성폭력치료프로그램 이수 40시간, 몰수)



## 2. 직권판단

### 가. 별지 범죄일람표 순번 제7번에 대하여

살피건대, 검사가 제7번 범행에 관하여 제출한 증거를 살펴보면, 피고인은 피해자 공소외 2의 신체에 대하여 몰래 동영상 촬영을 한 것이 아니라 사진촬영을 한 것임에도, 원심은 동영상 촬영 사실로써 유죄로 인정하고 말았다.

이에 검사가 당심에서 공소사실을 사진 촬영으로 변경하였으므로, 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

### 나. 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번에 대하여

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 9. 21. 02:53경 오산시 소재 ○○○ 모텔에서 피해자 공소외 1(여, 20세)과 성관계를 한 다음 평소 사용하던 삼성갤럭시S8 휴대폰의 동영상 기능을 실행하여 잠이 든 피해자의 음부를 동의 없이 촬영한 것을 비롯하여 그 때부터 2019. 1. 13.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번과 같이 총 7회에 걸쳐 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 2명의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

#### 2) 판단

##### 가) 검사 제시 증거요지

검사가 제시한 주요증거는, ① 경찰관이 2019. 1. 25. 피해자 공소외 2에 대한 동영상 촬영에 관하여 피고인에 대한 신문 도중 임의제출 받은 피고인 소유의 휴대전화기에서 탐색·복제한 사진, 동영상 파일과 위 동영상 파일 캡처사진(증거기록 제58 내지 70, 98 내지 134쪽), 그리고 이를 다시 분석한 검찰 수사보고서(2019. 4. 25.자)와 동일한 증거를 뒤늦게 압수한 검찰의 압수조서(2019. 4. 26.자 및 2019. 5. 7.자) ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피해자 공소외 1의 진술, ③ 경찰관 공소외 3의 진술이다.

##### 나) 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등의 증거능력 (소극)

살피건대, 이 사건 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등은 아래와 같은 이유로 증거능력을 인정할 수 없다

#### (1) 압수조서 미작성 내지 압수목록 미교부로 인한 부적법

(가) 사법경찰관은 임의제출물을 압수하였더라도 형사소송법 제49조에 따라 압수조서를 작성하여야 하고, 압수목록을 형사소송법 제219조, 제129조에 따라 교부하여야 한다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽]. 그리고 압수물이 전자 정보인 경우에는 압수된 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

(나) 대법원은 과거에 “압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다”고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결). 그러나 최근에는 “압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다"고 판시하였다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결).

(다) 따라서 형사소송법 제49조, 제129조, 제219조가 정한 압수조서 작성과 압수목록 교부 절차를 지키지 아니하고 사법경찰관이 수집한 디지털 증거는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

(2) 범죄수사규칙 제119조 제3항에 따른 압수조서 작성 생략으로 인한 부적법

(가) 검사는 『범죄수사규칙(경찰청 훈령 제954호) 제119조 제3항에 "피의자신문조서, 진술조서, 검증조서, 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다.

"고 규정되어 있고, 이 사건 디지털증거를 압수한 사법경찰관 역시 피의자신문조서에 그와 같은 취지를 기재하고(증거기록 제33쪽), 압수조서 작성을 생략한 것이므로 증거수집 절차는 적법하다』고 주장한다.

(나) 살피건대, 위 경찰청 훈령은 사법경찰관의 수사사무 처리지침을 정한 내부규정이다.

형사소송법과 형사소송규칙으로부터 위임받지 아니한 수사기관의 내부규정으로는 형사소송법 소정의 적법절차 규정의 적용을 배제할 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결 참조).

(다) 한편, 압수조서 작성의 필요성은 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 요건을 실질화하는 데 있다.

수사기관의 압수는 피의사건과 관계가 있다고 인정되는 물건에 대하여만 허용되는 것이고, 이와 같은 법리는 임의제출에 의한 압수에도 적용된다.

따라서 사법경찰관은 압수조서를 작성하면서 피의사실과 관계가 있다고 인정하는 물건에 대하여만 임의제출로써 압수할 수 있다.

만약, 압수조서의 기재가 생략된다면 임의성이란 형식으로 피의사실과 관련 없는 물건에 대하여까지 압수가 절제되지 않고 집행될 가능성이 있다.

(3) 제출의 임의성 증명 부족으로 인한 부적법

사법경찰관이 형사소송법 제218조에 따라 압수를 한 경우에도 제출자의 임의성이 있어야만 적법하고, 그에 대한 증명 책임은 검사에게 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조). 수사실무에서 임의제출이란 형식 하에 실질적으로는 강제수사가 행해지는 현실은 형사소송에서 중대한 문제점으로 제시되고 있다[제5판 주식 형사소송법 (II) 제308쪽 참조].

살피건대, 경찰에서 고소사건의 피의자로 조사받던 피고인은 매우 위축된 상태였을 것이고, 피고인을 조사하였던 경장 공소외 3의 당심진술을 직접 들어보아도 피고인이 당시에 임의제출에 의한 압수 효과에 대하여 고지받지는 못한 것으로 보이므로, 제출의 임의성이 충분히 증명되었다고 볼 수 없다.

따라서 이 점에서도 증거능력을 인정할 수 없다.

(4) 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 범위 초과 집행에 의한 부적법

(가) 살피건대, 임의제출에 의한 압수는 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 경우와 동일하다.

임의제출에 의한 압수의 경우에 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니할 수 있도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대하여 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

(나) 한편, 대법원은 과거에 압수수색의 집행은 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 실시할 수 있다고 판시하였고(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결 참조), 이러한 법리를 반복하여 실시하기도 하였다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결 참조).

그러나 개정 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정된 것) 제106조 제1항의 법문에 따라 해당 사건과 관련된 사건에 한정하여 집행할 수 있다고 해석함이 마땅하다.

한편, 그와 같은 관련성은 혐의사실과 객관적·인적관련성이 있는 경우에만 인정될 뿐이지(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 참조), 대법원의 과거 판시와 같이 동종·유사 범행이라고 관련성을 인정할 수는 없다.

(다) 살피건대, 이 사건 수사경과에 비추어 볼 때, 피고인의 임의제출 의사는 피해자 공소외 2가 고소한 범행에 관한 사진에 불과하였을 것으로 보이고, 이를 넘어 자신의 추가 범행을 증명하는 이 사건 휴대전화에 저장된 사진 또는 동영상 전체에 대해 임의제출 의사를 명시한 것으로는 불확실하다.

따라서 사법경찰관이 피해자 공소외 5, 공소외 1에 대한 파일까지 압수한 것은 부적법하다.

(5) 한편, 검찰수사관 작성의 수사보고서(2019. 4. 25.자)는 앞서 본바와 같이 적법절차가 아닌 방법으로 수집된 디지털 증거를 출력하여 분석한 것이고, 검사가 영장 없이 2019. 4. 26. 피고인의 휴대전화기를 압수하고(증거기록 제159쪽) 같은 날 거기에 저장된 디지털증거를 압수하였다는 2019. 5. 7.자 압수조서(증거기록 제194쪽) 역시 부적법하게 수집된 증거와 수사 결과에 터 잡아 이루어진 것인데다가, 검사가 당심에서 추가한 증거를 보태어보더라도 형사소송법 제218조에 의한 압수를 허용할 정도로 피고인에게 제출의 임의성이 있었음을 인정할 수는 없으므로 각각 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

다) 피해자 공소외 1의 진술증거 및 경찰관 공소외 3의 진술증거 취신 여부 (소극)

형사소송법 제308조의2는 '위법수집증거의 배제'라는 제목으로 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

"라고 정하고 있다.

이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다.

헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다.

이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 이 사건의 경과에 의하면, 경찰관은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거인 사진 및 동영상 파일 등을 바탕으로 피해자 공소외 1에 대한 진술조서를 작성하였는바, 그렇다면 위 진술조서는 위법수집증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다고 봄이 상당하고, 이 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없

다.

또한 검사는 『사법경찰관 공소외 3 경장이 피고사건을 수사하면서 불법 촬영된 영상이 있음을 확인하였다는 진술을 하므로, 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번 기재의 범죄사실에 대한 증거가 있다』고 주장하면서 판례(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)를 원용하나, 위 판례는 현행법을 체포한 경찰관이 피고인의 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하는 것을 직접 목격하였다는 진술이 담긴 압수조서의 기재가 진술서에 준하는 것으로서 카메라등 이용촬영 범행의 보강증거가 된다는 내용으로 이미 동영상 촬영이 마쳐진 상태에서 사후적으로 경찰관이 휴대전화기의 동영상을 확인한 것에 불과한 이 사건에는 직접 적용될 것이 아니고, 이 사건과 같은 사안에서 위와 같은 경찰관의 진술을 보강증거로 인정할 경우 사실상 위법수집증거배제법칙이 형해화되는 문제가 발생하게 되므로, 경찰관 공소외 3의 진술 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 봄이 옳다.

#### 라) 소결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 적법절차에 따르지 아니한 채 수집된 증거에 터 잡아 공소제기된 것이므로, 형사소송법 제308조의2에 따라 유죄로 판단할 수 없다.

그럼에도 원심은 위 증거에 터잡아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으므로, 원심판결에는 판결에 영향을 미친 위법이 있어 더 이상 유지될 수 없다.

### 3. 결론

원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유 요지(쌍방)

양형부당 (원심: 징역 6월, 성폭력치료프로그램 이수 40시간, 몰수)

##### 2. 직권판단

##### 가. 별지 범죄일람표 순번 제7번에 대하여

살피건대, 검사가 제7번 범행에 관하여 제출한 증거를 살펴보면, 피고인은 피해자 공소외 2의 신체에 대하여 몰래 동영상 촬영을 한 것이 아니라 사진촬영을 한 것임에도, 원심은 동영상 촬영 사실로써 유죄로 인정하고 말았다.

이에 검사가 당심에서 공소사실을 사진 촬영으로 변경하였으므로, 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

##### 나. 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번에 대하여

##### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 9. 21. 02:53경 오산시 소재 ○○○ 모텔에서 피해자 공소외 1(여, 20세)과 성관계를 한 다음 평소 사용하던 삼성갤럭시S8 휴대폰의 동영상 기능을 실행하여 잠이 든 피해자의 음부를 동의 없이 촬영한 것을 비롯하여 그 때부터 2019. 1. 13.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번과 같이 총 7회에 걸쳐 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 2명의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

## 2) 판단

### 가) 검사 제시 증거요지

검사가 제시한 주요증거는, ① 경찰관이 2019. 1. 25. 피해자 공소외 2에 대한 동영상 촬영에 관하여 피고인에 대한 신문 도중 임의제출 받은 피고인 소유의 휴대전화기에서 탐색·복제한 사진, 동영상 파일과 위 동영상 파일 캡처사진(증거기록 제58 내지 70, 98 내지 134쪽), 그리고 이를 다시 분석한 검찰 수사보고서(2019. 4. 25.자)와 동일한 증거를 뒤늦게 압수한 검찰의 압수조서(2019. 4. 26.자 및 2019. 5. 7.자) ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피해자 공소외 1의 진술, ③ 경찰관 공소외 3의 진술이다.

### 나) 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등의 증거능력 (소극)

살피건대, 이 사건 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등은 아래와 같은 이유로 증거능력을 인정할 수 없다

#### (1) 압수조서 미작성 내지 압수목록 미교부로 인한 부적법

(가) 사법경찰관은 임의제출물을 압수하였더라도 형사소송법 제49조에 따라 압수조서를 작성하여야 하고, 압수목록을 형사소송법 제219조, 제129조에 따라 교부하여야 한다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽]. 그리고 압수물이 전자 정보인 경우에는 압수된 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

(나) 대법원은 과거에 “압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다”고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결). 그러나 최근에는 “압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다”고 판시하였다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결).

(다) 따라서 형사소송법 제49조, 제129조, 제219조가 정한 압수조서 작성과 압수목록 교부 절차를 지키지 아니하고 사법경찰관이 수집한 디지털 증거는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

#### (2) 범죄수사규칙 제119조 제3항에 따른 압수조서 작성 생략으로 인한 부적법

(가) 검사는 『범죄수사규칙(경찰청 훈령 제954호) 제119조 제3항에 “피의자신문조서, 진술조서, 검증조서, 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다.

”고 규정되어 있고, 이 사건 디지털증거를 압수한 사법경찰관 역시 피의자신문조서에 그와 같은 취지를 기재하고(증거기록 제33쪽), 압수조서 작성을 생략한 것이므로 증거수집 절차는 적법하다』고 주장한다.

(나) 살피건대, 위 경찰청 훈령은 사법경찰관의 수사사무 처리지침을 정한 내부규정이다.

형사소송법과 형사소송규칙으로부터 위임받지 아니한 수사기관의 내부규정으로는 형사소송법 소정의 적법절차 규정의 적용을 배제할 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결 참조).

(다) 한편, 압수조서 작성의 필요성은 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 요건을 실질화하는 데 있다.

수사기관의 압수는 피의사건과 관계가 있다고 인정되는 물건에 대하여만 허용되는 것이고, 이와 같은 법리는 임의제출에 의한 압수에도 적용된다.

따라서 사법경찰관은 압수조서를 작성하면서 피의사실과 관계가 있다고 인정하는 물건에 대하여만 임의제출로써 압수할 수 있다.

만약, 압수조서의 기재가 생략된다면 임의성이란 형식으로 피의사실과 관련 없는 물건에 대하여까지 압수가 절제되지 않고 집행될 가능성이 있다.

### (3) 제출의 임의성 증명 부족으로 인한 부적법

사법경찰관이 형사소송법 제218조에 따라 압수를 한 경우에도 제출자의 임의성이 있어야만 적법하고, 그에 대한 증명 책임은 검사에게 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조). 수사실무에서 임의제출이란 형식 하에 실질적으로는 강제수사가 행해지는 현실은 형사소송에서 중대한 문제점으로 제시되고 있다[제5판 주식 형사소송법 (II) 제308쪽 참조].

살피건대, 경찰에서 고소사건의 피의자로 조사받던 피고인은 매우 위축된 상태였을 것이고, 피고인을 조사하였던 경장 공소외 3의 당심진술을 직접 들어보아도 피고인이 당시에 임의제출에 의한 압수 효과에 대하여 고지받지는 못한 것으로 보이므로, 제출의 임의성이 충분히 증명되었다고 볼 수 없다.

따라서 이 점에서도 증거능력을 인정할 수 없다.

### (4) 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 범위 초과 집행에 의한 부적법

(가) 살피건대, 임의제출에 의한 압수는 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 경우와 동일하다.

임의제출에 의한 압수의 경우에 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니할 수 있도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대하여 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

(나) 한편, 대법원은 과거에 압수수색의 집행은 동종·유사의 범행과 관련된다 고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 실시할 수 있다고 판시하였고(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결 참조), 이러한 법리를 반복하여 실시하기도 하였다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결 참조).

그러나 개정 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정된 것) 제106조 제1항의 법문에 따라 해당 사건과 관련된 사건에 한정하여 집행할 수 있다고 해석함이 마땅하다.

한편, 그와 같은 관련성은 혐의사실과 객관적·인적관련성이 있는 경우에만 인정될 뿐이지(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 참조), 대법원의 과거 판시와 같이 동종·유사 범행이라고 관련성을 인정할 수는 없다.

(다) 살피건대, 이 사건 수사경과에 비추어 볼 때, 피고인의 임의제출 의사는 피해자 공소외 2가 고소한 범행에 관한 사진에 불과하였을 것으로 보이고, 이를 넘어 자신의 추가 범행을 증명하는 이 사건 휴대전화에 저장된 사진 또는 동영상 전체에 대해 임의제출 의사를 명시한 것으로는 불확실하다.

따라서 사법경찰관이 피해자 공소외 5, 공소외 1에 대한 파일까지 압수한 것은 부적법하다.

(5) 한편, 검찰수사관 작성의 수사보고서(2019. 4. 25.자)는 앞서 본바와 같이 적법절차가 아닌 방법으로 수집된 디지털 증거를 출력하여 분석한 것이고, 검사가 영장 없이 2019. 4. 26. 피고인의 휴대전화기를 압수하고(증거기록 제159쪽) 같은 날 거기에 저장된 디지털증거를 압수하였다는 2019. 5. 7.자 압수조서(증거기록 제194쪽) 역시 부적법하게 수집된 증거와 수사 결과에 터 잡아 이루어진 것인데다가, 검사가 당심에서 추가한 증거를 보태어보더라도 형사소송법 제218조에 의한 압수를 허용할 정도로 피고인에게 제출의 임의성이 있었음을 인정할 수는 없으므로 각각 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

다) 피해자 공소외 1의 진술증거 및 경찰관 공소외 3의 진술증거 취신 여부 (소극)

형사소송법 제308조의2는 '위법수집증거의 배제'라는 제목으로 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

"라고 정하고 있다.

이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다.

헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다.

이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 이 사건의 경과에 의하면, 경찰관은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거인 사진 및 동영상 파일 등을 바탕으로 피해자 공소외 1에 대한 진술조서를 작성하였는바, 그렇다면 위 진술조서는 위법수집증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다고 봄이 상당하고, 이 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없다.

또한 검사는 『사법경찰관 공소외 3 경장이 피고사건을 수사하면서 불법 촬영된 영상이 있음을 확인하였다는 진술을 하므로, 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번 기재의 범죄사실에 대한 증거가 있다』고 주장하면서 판례(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)를 원용하나, 위 판례는 현행법을 체포한 경찰관이 피고인의 피해자의 치마속을 몰래 촬영하는 것을 직접 목격하였다는 진술이 담긴 압수조서의 기재가 진술서에 준하는 것으로서 카메라등 이용촬영 범행의 보강증거가 된다는 내용으로 이미 동영상 촬영이 마쳐진 상태에서 사후적으로 경찰관이 휴대전화기의 동영상을 확인한 것에 불과한 이 사건에는 직접 적용될 것이 아니고, 이 사건과 같은 사안에서 위와 같은 경찰관의 진술을 보강증거로 인정할 경우 사실상 위법수집증거배제법칙이 형해화되는 문제가 발생하게 되므로, 경찰관 공소외 3의 진술 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 봄이 옳다.

라) 소결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 적법절차에 따르지 아니한 채 수집된 증거에 터 잡아 공소제기된 것이므로, 형사소송법 제308조의2에 따라 유죄로 판단할 수 없다.

그럼에도 원심은 위 증거에 터잡아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으므로, 원심판결에는 판결에 영향을 미친 위법이 있어 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지(쌍방)

양형부당 (원심: 징역 6월, 성폭력치료프로그램 이수 40시간, 몰수)

2. 직권판단

가. 별지 범죄일람표 순번 제7번에 대하여

살피건대, 검사가 제7번 범행에 관하여 제출한 증거를 살펴보면, 피고인은 피해자 공소외 2의 신체에 대하여 몰래 동영상 촬영을 한 것이 아니라 사진촬영을 한 것임에도, 원심은 동영상 촬영 사실로써 유죄로 인정하고 말았다.

이에 검사가 당심에서 공소사실을 사진 촬영으로 변경하였으므로, 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

나. 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 9. 21. 02:53경 오산시 소재 ○○○ 모텔에서 피해자 공소외 1(여, 20세)과 성관계를 한 다음 평소 사용하던 삼성갤럭시S8 휴대폰의 동영상 기능을 실행하여 잠이 든 피해자의 음부를 동의 없이 촬영한 것을 비롯하여 그 때부터 2019. 1. 13.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번과 같이 총 7회에 걸쳐 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 2명의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

2) 판단

가) 검사 제시 증거요지

검사가 제시한 주요증거는, ① 경찰관이 2019. 1. 25. 피해자 공소외 2에 대한 동영상 촬영에 관하여 피고인에 대한 신문 도중 임의제출 받은 피고인 소유의 휴대전화기에서 탐색·복제한 사진, 동영상 파일과 위 동영상 파일 캡처사진(증거기록 제58 내지 70, 98 내지 134쪽), 그리고 이를 다시 분석한 검찰 수사보고서(2019. 4. 25.자)와 동일한 증거를 뒤늦게 압수한 검찰의 압수조서(2019. 4. 26.자 및 2019. 5. 7.자) ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피해자 공소외 1의 진술, ③ 경찰관 공소외 3의 진술이다.

나) 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등의 증거능력 (소극)

살피건대, 이 사건 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등은 아래와 같은 이유로 증거능력을 인정할 수 없다



(1) 압수조서 미작성 내지 압수목록 미교부로 인한 부적법

(가) 사법경찰관은 임의제출물을 압수하였더라도 형사소송법 제49조에 따라 압수조서를 작성하여야 하고, 압수목록을 형사소송법 제219조, 제129조에 따라 교부하여야 한다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽]. 그리고 압수물이 전자 정보인 경우에는 압수된 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

(나) 대법원은 과거에 "압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다"고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결). 그러나 최근에는 "압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다"고 판시하였다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결).

(다) 따라서 형사소송법 제49조, 제129조, 제219조가 정한 압수조서 작성과 압수목록 교부 절차를 지키지 아니하고 사법경찰관이 수집한 디지털 증거는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

(2) 범죄수사규칙 제119조 제3항에 따른 압수조서 작성 생략으로 인한 부적법

(가) 검사는 『범죄수사규칙(경찰청 훈령 제954호) 제119조 제3항에 "피의자신문조서, 진술조서, 검증조서, 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다.

"고 규정되어 있고, 이 사건 디지털증거를 압수한 사법경찰관 역시 피의자신문조서에 그와 같은 취지를 기재하고(증거기록 제33쪽), 압수조서 작성을 생략한 것이므로 증거수집 절차는 적법하다』고 주장한다.

(나) 살피건대, 위 경찰청 훈령은 사법경찰관의 수사사무 처리지침을 정한 내부규정이다.

형사소송법과 형사소송규칙으로부터 위임받지 아니한 수사기관의 내부규정으로서는 형사소송법 소정의 적법절차 규정의 적용을 배제할 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결 참조).

(다) 한편, 압수조서 작성의 필요성은 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 요건을 실질화하는 데 있다.

수사기관의 압수는 피의자건과 관계가 있다고 인정되는 물건에 대하여만 허용되는 것이고, 이와 같은 법리는 임의제출에 의한 압수에도 적용된다.

따라서 사법경찰관은 압수조서를 작성하면서 피의사실과 관계가 있다고 인정하는 물건에 대하여만 임의제출로써 압수할 수 있다.

만약, 압수조서의 기재가 생략된다면 임의성이란 형식으로 피의사실과 관련 없는 물건에 대하여까지 압수가 절제되지 않고 집행될 가능성이 있다.

(3) 제출의 임의성 증명 부족으로 인한 부적법

사법경찰관이 형사소송법 제218조에 따라 압수를 한 경우에도 제출자의 임의성이 있어야만 적법하고, 그에 대한 증명 책임은 검사에게 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조). 수사실무에서 임의제출이란 형식 하에 실

질적으로는 강제수사가 행해지는 현실은 형사소송에서 중대한 문제점으로 제시되고 있다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽 참조].

살피건대, 경찰에서 고소사건의 피의자로 조사받던 피고인은 매우 위축된 상태였을 것이고, 피고인을 조사하였던 경찰 공소외 3의 당심진술을 직접 들어보아도 피고인이 당시에 임의제출에 의한 압수 효과에 대하여 고지받지는 못한 것으로 보이므로, 제출의 임의성이 충분히 증명되었다고 볼 수 없다.

따라서 이 점에서도 증거능력을 인정할 수 없다.

(4) 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 범위 초과 집행에 의한 부적법

(가) 살피건대, 임의제출에 의한 압수는 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 경우와 동일하다.

임의제출에 의한 압수의 경우에 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니할 수 있도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대하여 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

(나) 한편, 대법원은 과거에 압수수색의 집행은 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 실시할 수 있다고 판시하였고(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결 참조), 이러한 법리를 반복하여 실시하기도 하였다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결 참조).

그러나 개정 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정된 것) 제106조 제1항의 법문에 따라 해당 사건과 관련된 사건에 한정하여 집행할 수 있다고 해석함이 마땅하다.

한편, 그와 같은 관련성은 혐의사실과 객관적·인적관련성이 있는 경우에만 인정될 뿐이지(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 참조), 대법원의 과거 판시와 같이 동종·유사 범행이라고 관련성을 인정할 수는 없다.

(다) 살피건대, 이 사건 수사경과에 비추어 볼 때, 피고인의 임의제출 의사는 피해자 공소외 2가 고소한 범행에 관한 사진에 불과하였을 것으로 보이고, 이를 넘어 자신의 추가 범행을 증명하는 이 사건 휴대전화에 저장된 사진 또는 동영상 전체에 대해 임의제출 의사를 명시한 것으로는 불확실하다.

따라서 사법경찰관이 피해자 공소외 5, 공소외 1에 대한 파일까지 압수한 것은 부적법하다.

(5) 한편, 검찰수사관 작성의 수사보고서(2019. 4. 25.자)는 앞서 본바와 같이 적법절차가 아닌 방법으로 수집된 디지털 증거를 출력하여 분석한 것이고, 검사가 영장 없이 2019. 4. 26. 피고인의 휴대전화를 압수하고(증거기록 제159쪽) 같은 날 거기에 저장된 디지털증거를 압수하였다는 2019. 5. 7.자 압수조서(증거기록 제194쪽) 역시 부적법하게 수집된 증거와 수사 결과에 터 잡아 이루어진 것인데다가, 검사가 당심에서 추가한 증거를 보태어보더라도 형사소송법 제218조에 의한 압수를 허용할 정도로 피고인에게 제출의 임의성이 있었음을 인정할 수는 없으므로 각각 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

다) 피해자 공소외 1의 진술증거 및 경찰관 공소외 3의 진술증거 취신 여부 (소극)

형사소송법 제308조의2는 '위법수집증거의 배제'라는 제목으로 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

"라고 정하고 있다.

이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다.

헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다.

이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 이 사건의 경과에 의하면, 경찰관은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거인 사진 및 동영상 파일 등을 바탕으로 피해자 공소외 1에 대한 진술조서를 작성하였는바, 그렇다면 위 진술조서는 위법수집증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다고 봄이 상당하고, 이 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없다.

또한 검사는 『사법경찰관 공소외 3 경장이 피고사건을 수사하면서 불법 촬영된 영상이 있음을 확인하였다는 진술을 하므로, 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번 기재의 범죄사실에 대한 증거가 있다』고 주장하면서 판례(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)를 원용하나, 위 판례는 현행법을 체포한 경찰관이 피고인의 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하는 것을 직접 목격하였다는 진술이 담긴 압수조서의 기재가 진술서에 준하는 것으로서 카메라등 이용촬영 범행의 보강증거가 된다는 내용으로 이미 동영상 촬영이 마쳐진 상태에서 사후적으로 경찰관이 휴대전화기의 동영상을 확인한 것에 불과한 이 사건에는 직접 적용될 것이 아니고, 이 사건과 같은 사안에서 위와 같은 경찰관의 진술을 보강증거로 인정할 경우 사실상 위법수집증거배제법칙이 형해화되는 문제가 발생하게 되므로, 경찰관 공소외 3의 진술 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 봄이 옳다.

#### 라) 소결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 적법절차에 따르지 아니한 채 수집된 증거에 터 잡아 공소제기된 것이므로, 형사소송법 제308조의2에 따라 유죄로 판단할 수 없다.

그럼에도 원심은 위 증거에 터잡아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으므로, 원심판결에는 판결에 영향을 미친 위법이 있어 더 이상 유지될 수 없다.

### 3. 결론

원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유 요지(쌍방)

양형부당 (원심: 징역 6월, 성폭력치료프로그램 이수 40시간, 몰수)

## 2. 직권판단

### 가. 별지 범죄일람표 순번 제7번에 대하여

살피건대, 검사가 제7번 범행에 관하여 제출한 증거를 살펴보면, 피고인은 피해자 공소외 2의 신체에 대하여 몰래 동영상 촬영을 한 것이 아니라 사진촬영을 한 것임에도, 원심은 동영상 촬영 사실로써 유죄로 인정하고 말았다.

이에 검사가 당심에서 공소사실을 사진 촬영으로 변경하였으므로, 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

### 나. 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번에 대하여

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 9. 21. 02:53경 오산시 소재 ○○○ 모텔에서 피해자 공소외 1(여, 20세)과 성관계를 한 다음 평소 사용하던 삼성갤럭시S8 휴대폰의 동영상 기능을 실행하여 잠이 든 피해자의 음부를 동의 없이 촬영한 것을 비롯하여 그 때부터 2019. 1. 13.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번과 같이 총 7회에 걸쳐 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 2명의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

#### 2) 판단

##### 가) 검사 제시 증거요지

검사가 제시한 주요증거는, ① 경찰관이 2019. 1. 25. 피해자 공소외 2에 대한 동영상 촬영에 관하여 피고인에 대한 신문 도중 임의제출 받은 피고인 소유의 휴대전화기에서 탐색·복제한 사진, 동영상 파일과 위 동영상 파일 캡처사진(증거기록 제58 내지 70, 98 내지 134쪽), 그리고 이를 다시 분석한 검찰 수사보고서(2019. 4. 25.자)와 동일한 증거를 뒤늦게 압수한 검찰의 압수조서(2019. 4. 26.자 및 2019. 5. 7.자) ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피해자 공소외 1의 진술, ③ 경찰관 공소외 3의 진술이다.

##### 나) 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등의 증거능력 (소극)

살피건대, 이 사건 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등은 아래와 같은 이유로 증거능력을 인정할 수 없다

#### (1) 압수조서 미작성 내지 압수목록 미교부로 인한 부적법

(가) 사법경찰관은 임의제출물을 압수하였더라도 형사소송법 제49조에 따라 압수조서를 작성하여야 하고, 압수목록을 형사소송법 제219조, 제129조에 따라 교부하여야 한다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽]. 그리고 압수물이 전자 정보인 경우에는 압수된 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

(나) 대법원은 과거에 “압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다”고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결). 그러나 최근에는 “압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다"고 판시하였다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결).

(다) 따라서 형사소송법 제49조, 제129조, 제219조가 정한 압수조서 작성과 압수목록 교부 절차를 지키지 아니하고 사법경찰관이 수집한 디지털 증거는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

(2) 범죄수사규칙 제119조 제3항에 따른 압수조서 작성 생략으로 인한 부적법

(가) 검사는 『범죄수사규칙(경찰청 훈령 제954호) 제119조 제3항에 "피의자신문조서, 진술조서, 검증조서, 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다.

"고 규정되어 있고, 이 사건 디지털증거를 압수한 사법경찰관 역시 피의자신문조서에 그와 같은 취지를 기재하고(증거기록 제33쪽), 압수조서 작성을 생략한 것이므로 증거수집 절차는 적법하다』고 주장한다.

(나) 살피건대, 위 경찰청 훈령은 사법경찰관의 수사사무 처리지침을 정한 내부규정이다.

형사소송법과 형사소송규칙으로부터 위임받지 아니한 수사기관의 내부규정으로는 형사소송법 소정의 적법절차 규정의 적용을 배제할 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결 참조).

(다) 한편, 압수조서 작성의 필요성은 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 요건을 실질화하는 데 있다.

수사기관의 압수는 피의사건과 관계가 있다고 인정되는 물건에 대하여만 허용되는 것이고, 이와 같은 법리는 임의제출에 의한 압수에도 적용된다.

따라서 사법경찰관은 압수조서를 작성하면서 피의사실과 관계가 있다고 인정하는 물건에 대하여만 임의제출로써 압수할 수 있다.

만약, 압수조서의 기재가 생략된다면 임의성이란 형식으로 피의사실과 관련 없는 물건에 대하여까지 압수가 절제되지 않고 집행될 가능성이 있다.

(3) 제출의 임의성 증명 부족으로 인한 부적법

사법경찰관이 형사소송법 제218조에 따라 압수를 한 경우에도 제출자의 임의성이 있어야만 적법하고, 그에 대한 증명 책임은 검사에게 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조). 수사실무에서 임의제출이란 형식 하에 실질적으로는 강제수사가 행해지는 현실은 형사소송에서 중대한 문제점으로 제시되고 있다[제5판 주식 형사소송법 (II) 제308쪽 참조].

살피건대, 경찰에서 고소사건의 피의자로 조사받던 피고인은 매우 위축된 상태였을 것이고, 피고인을 조사하였던 경장 공소외 3의 당심진술을 직접 들어보아도 피고인이 당시에 임의제출에 의한 압수 효과에 대하여 고지받지는 못한 것으로 보이므로, 제출의 임의성이 충분히 증명되었다고 볼 수 없다.

따라서 이 점에서도 증거능력을 인정할 수 없다.

(4) 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 범위 초과 집행에 의한 부적법

(가) 살피건대, 임의제출에 의한 압수는 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 경우와 동일하다.

임의제출에 의한 압수의 경우에 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니할 수 있도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대하여 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

(나) 한편, 대법원은 과거에 압수수색의 집행은 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 실시할 수 있다고 판시하였고(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결 참조), 이러한 법리를 반복하여 실시하기도 하였다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결 참조).

그러나 개정 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정된 것) 제106조 제1항의 법문에 따라 해당 사건과 관련된 사건에 한정하여 집행할 수 있다고 해석함이 마땅하다.

한편, 그와 같은 관련성은 혐의사실과 객관적·인적관련성이 있는 경우에만 인정될 뿐이지(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 참조), 대법원의 과거 판시와 같이 동종·유사 범행이라고 관련성을 인정할 수는 없다.

(다) 살피건대, 이 사건 수사경과에 비추어 볼 때, 피고인의 임의제출 의사는 피해자 공소외 2가 고소한 범행에 관한 사진에 불과하였을 것으로 보이고, 이를 넘어 자신의 추가 범행을 증명하는 이 사건 휴대전화에 저장된 사진 또는 동영상 전체에 대해 임의제출 의사를 명시한 것으로는 불확실하다.

따라서 사법경찰관이 피해자 공소외 5, 공소외 1에 대한 파일까지 압수한 것은 부적법하다.

(5) 한편, 검찰수사관 작성의 수사보고서(2019. 4. 25.자)는 앞서 본바와 같이 적법절차가 아닌 방법으로 수집된 디지털 증거를 출력하여 분석한 것이고, 검사가 영장 없이 2019. 4. 26. 피고인의 휴대전화기를 압수하고(증거기록 제159쪽) 같은 날 거기에 저장된 디지털증거를 압수하였다는 2019. 5. 7.자 압수조서(증거기록 제194쪽) 역시 부적법하게 수집된 증거와 수사 결과에 터 잡아 이루어진 것인데다가, 검사가 당심에서 추가한 증거를 보태어보더라도 형사소송법 제218조에 의한 압수를 허용할 정도로 피고인에게 제출의 임의성이 있었음을 인정할 수는 없으므로 각각 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

다) 피해자 공소외 1의 진술증거 및 경찰관 공소외 3의 진술증거 취신 여부 (소극)

형사소송법 제308조의2는 '위법수집증거의 배제'라는 제목으로 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

"라고 정하고 있다.

이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다.

헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다.

이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 이 사건의 경과에 의하면, 경찰관은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거인 사진 및 동영상 파일 등을 바탕으로 피해자 공소외 1에 대한 진술조서를 작성하였는바, 그렇다면 위 진술조서는 위법수집증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다고 봄이 상당하고, 이 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없

다.

또한 검사는 『사법경찰관 공소외 3 경장이 피고사건을 수사하면서 불법 촬영된 영상이 있음을 확인하였다는 진술을 하므로, 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번 기재의 범죄사실에 대한 증거가 있다』고 주장하면서 판례(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)를 원용하나, 위 판례는 현행법을 체포한 경찰관이 피고인의 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하는 것을 직접 목격하였다는 진술이 담긴 압수조서의 기재가 진술서에 준하는 것으로서 카메라등 이용촬영 범행의 보강증거가 된다는 내용으로 이미 동영상 촬영이 마쳐진 상태에서 사후적으로 경찰관이 휴대전화기의 동영상을 확인한 것에 불과한 이 사건에는 직접 적용될 것이 아니고, 이 사건과 같은 사안에서 위와 같은 경찰관의 진술을 보강증거로 인정할 경우 사실상 위법수집증거배제법칙이 형해화되는 문제가 발생하게 되므로, 경찰관 공소외 3의 진술 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 봄이 옳다.

#### 라) 소결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 적법절차에 따르지 아니한 채 수집된 증거에 터 잡아 공소제기된 것이므로, 형사소송법 제308조의2에 따라 유죄로 판단할 수 없다.

그럼에도 원심은 위 증거에 터잡아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으므로, 원심판결에는 판결에 영향을 미친 위법이 있어 더 이상 유지될 수 없다.

### 3. 결론

원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유 요지(쌍방)

양형부당 (원심: 징역 6월, 성폭력치료프로그램 이수 40시간, 몰수)

##### 2. 직권판단

##### 가. 별지 범죄일람표 순번 제7번에 대하여

살피건대, 검사가 제7번 범행에 관하여 제출한 증거를 살펴보면, 피고인은 피해자 공소외 2의 신체에 대하여 몰래 동영상 촬영을 한 것이 아니라 사진촬영을 한 것임에도, 원심은 동영상 촬영 사실로써 유죄로 인정하고 말았다.

이에 검사가 당심에서 공소사실을 사진 촬영으로 변경하였으므로, 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

##### 나. 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번에 대하여

##### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 9. 21. 02:53경 오산시 소재 ○○○ 모텔에서 피해자 공소외 1(여, 20세)과 성관계를 한 다음 평소 사용하던 삼성갤럭시S8 휴대폰의 동영상 기능을 실행하여 잠이 든 피해자의 음부를 동의 없이 촬영한 것을 비롯하여 그 때부터 2019. 1. 13.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번과 같이 총 7회에 걸쳐 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 2명의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

## 2) 판단

### 가) 검사 제시 증거요지

검사가 제시한 주요증거는, ① 경찰관이 2019. 1. 25. 피해자 공소외 2에 대한 동영상 촬영에 관하여 피고인에 대한 신문 도중 임의제출 받은 피고인 소유의 휴대전화기에서 탐색·복제한 사진, 동영상 파일과 위 동영상 파일 캡처사진(증거기록 제58 내지 70, 98 내지 134쪽), 그리고 이를 다시 분석한 검찰 수사보고서(2019. 4. 25.자)와 동일한 증거를 뒤늦게 압수한 검찰의 압수조서(2019. 4. 26.자 및 2019. 5. 7.자) ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피해자 공소외 1의 진술, ③ 경찰관 공소외 3의 진술이다.

### 나) 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등의 증거능력 (소극)

살피건대, 이 사건 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등은 아래와 같은 이유로 증거능력을 인정할 수 없다

#### (1) 압수조서 미작성 내지 압수목록 미교부로 인한 부적법

(가) 사법경찰관은 임의제출물을 압수하였더라도 형사소송법 제49조에 따라 압수조서를 작성하여야 하고, 압수목록을 형사소송법 제219조, 제129조에 따라 교부하여야 한다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽]. 그리고 압수물이 전자 정보인 경우에는 압수된 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

(나) 대법원은 과거에 “압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다”고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결). 그러나 최근에는 “압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다”고 판시하였다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결).

(다) 따라서 형사소송법 제49조, 제129조, 제219조가 정한 압수조서 작성과 압수목록 교부 절차를 지키지 아니하고 사법경찰관이 수집한 디지털 증거는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

#### (2) 범죄수사규칙 제119조 제3항에 따른 압수조서 작성 생략으로 인한 부적법

(가) 검사는 『범죄수사규칙(경찰청 훈령 제954호) 제119조 제3항에 “피의자신문조서, 진술조서, 검증조서, 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다.

”고 규정되어 있고, 이 사건 디지털증거를 압수한 사법경찰관 역시 피의자신문조서에 그와 같은 취지를 기재하고(증거기록 제33쪽), 압수조서 작성을 생략한 것이므로 증거수집 절차는 적법하다』고 주장한다.

(나) 살피건대, 위 경찰청 훈령은 사법경찰관의 수사사무 처리지침을 정한 내부규정이다.

형사소송법과 형사소송규칙으로부터 위임받지 아니한 수사기관의 내부규정으로는 형사소송법 소정의 적법절차 규정의 적용을 배제할 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결 참조).



(다) 한편, 압수조서 작성의 필요성은 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 요건을 실질화하는 데 있다.

수사기관의 압수는 피의사건과 관계가 있다고 인정되는 물건에 대하여만 허용되는 것이고, 이와 같은 법리는 임의제출에 의한 압수에도 적용된다.

따라서 사법경찰관은 압수조서를 작성하면서 피의사실과 관계가 있다고 인정하는 물건에 대하여만 임의제출로써 압수할 수 있다.

만약, 압수조서의 기재가 생략된다면 임의성이란 형식으로 피의사실과 관련 없는 물건에 대하여까지 압수가 절제되지 않고 집행될 가능성이 있다.

### (3) 제출의 임의성 증명 부족으로 인한 부적법

사법경찰관이 형사소송법 제218조에 따라 압수를 한 경우에도 제출자의 임의성이 있어야만 적법하고, 그에 대한 증명 책임은 검사에게 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조). 수사실무에서 임의제출이란 형식 하에 실질적으로는 강제수사가 행해지는 현실은 형사소송에서 중대한 문제점으로 제시되고 있다[제5판 주식 형사소송법 (II) 제308쪽 참조].

살피건대, 경찰에서 고소사건의 피의자로 조사받던 피고인은 매우 위축된 상태였을 것이고, 피고인을 조사하였던 경장 공소외 3의 당심진술을 직접 들어보아도 피고인이 당시에 임의제출에 의한 압수 효과에 대하여 고지받지는 못한 것으로 보이므로, 제출의 임의성이 충분히 증명되었다고 볼 수 없다.

따라서 이 점에서도 증거능력을 인정할 수 없다.

### (4) 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 범위 초과 집행에 의한 부적법

(가) 살피건대, 임의제출에 의한 압수는 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 경우와 동일하다.

임의제출에 의한 압수의 경우에 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니할 수 있도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대하여 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

(나) 한편, 대법원은 과거에 압수수색의 집행은 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 실시할 수 있다고 판시하였고(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결 참조), 이러한 법리를 반복하여 실시하기도 하였다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결 참조).

그러나 개정 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정된 것) 제106조 제1항의 법문에 따라 해당 사건과 관련된 사건에 한정하여 집행할 수 있다고 해석함이 마땅하다.

한편, 그와 같은 관련성은 혐의사실과 객관적·인적관련성이 있는 경우에만 인정될 뿐이지(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 참조), 대법원의 과거 판시와 같이 동종·유사 범행이라고 관련성을 인정할 수는 없다.

(다) 살피건대, 이 사건 수사경과에 비추어 볼 때, 피고인의 임의제출 의사는 피해자 공소외 2가 고소한 범행에 관한 사진에 불과하였을 것으로 보이고, 이를 넘어 자신의 추가 범행을 증명하는 이 사건 휴대전화에 저장된 사진 또는 동영상 전체에 대해 임의제출 의사를 명시한 것으로는 불확실하다.

따라서 사법경찰관이 피해자 공소외 5, 공소외 1에 대한 파일까지 압수한 것은 부적법하다.

(5) 한편, 검찰수사관 작성의 수사보고서(2019. 4. 25.자)는 앞서 본바와 같이 적법절차가 아닌 방법으로 수집된 디지털 증거를 출력하여 분석한 것이고, 검사가 영장 없이 2019. 4. 26. 피고인의 휴대전화기를 압수하고(증거기록 제159쪽) 같은 날 거기에 저장된 디지털증거를 압수하였다는 2019. 5. 7.자 압수조서(증거기록 제194쪽) 역시 부적법하게 수집된 증거와 수사 결과에 터 잡아 이루어진 것인데다가, 검사가 당심에서 추가한 증거를 보태어보더라도 형사소송법 제218조에 의한 압수를 허용할 정도로 피고인에게 제출의 임의성이 있었음을 인정할 수는 없으므로 각각 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

다) 피해자 공소외 1의 진술증거 및 경찰관 공소외 3의 진술증거 취신 여부 (소극)

형사소송법 제308조의2는 '위법수집증거의 배제'라는 제목으로 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

"라고 정하고 있다.

이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다.

헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다.

이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 이 사건의 경과에 의하면, 경찰관은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거인 사진 및 동영상 파일 등을 바탕으로 피해자 공소외 1에 대한 진술조서를 작성하였는바, 그렇다면 위 진술조서는 위법수집증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다고 봄이 상당하고, 이 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없다.

또한 검사는 『사법경찰관 공소외 3 경장이 피고사건을 수사하면서 불법 촬영된 영상이 있음을 확인하였다는 진술을 하므로, 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번 기재의 범죄사실에 대한 증거가 있다』고 주장하면서 판례(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)를 원용하나, 위 판례는 현행법을 체포한 경찰관이 피고인의 피해자의 치마속을 몰래 촬영하는 것을 직접 목격하였다는 진술이 담긴 압수조서의 기재가 진술서에 준하는 것으로서 카메라등 이용촬영 범행의 보강증거가 된다는 내용으로 이미 동영상 촬영이 마쳐진 상태에서 사후적으로 경찰관이 휴대전화기의 동영상을 확인한 것에 불과한 이 사건에는 직접 적용될 것이 아니고, 이 사건과 같은 사안에서 위와 같은 경찰관의 진술을 보강증거로 인정할 경우 사실상 위법수집증거배제법칙이 형해화되는 문제가 발생하게 되므로, 경찰관 공소외 3의 진술 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 봄이 옳다.

라) 소결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 적법절차에 따르지 아니한 채 수집된 증거에 터 잡아 공소제기된 것이므로, 형사소송법 제308조의2에 따라 유죄로 판단할 수 없다.

그럼에도 원심은 위 증거에 터잡아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으므로, 원심판결에는 판결에 영향을 미친 위법이 있어 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지(쌍방)

양형부당 (원심: 징역 6월, 성폭력치료프로그램 이수 40시간, 몰수)

2. 직권판단

가. 별지 범죄일람표 순번 제7번에 대하여

살피건대, 검사가 제7번 범행에 관하여 제출한 증거를 살펴보면, 피고인은 피해자 공소외 2의 신체에 대하여 몰래 동영상 촬영을 한 것이 아니라 사진촬영을 한 것임에도, 원심은 동영상 촬영 사실로써 유죄로 인정하고 말았다.

이에 검사가 당심에서 공소사실을 사진 촬영으로 변경하였으므로, 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

나. 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 9. 21. 02:53경 오산시 소재 ○○○ 모텔에서 피해자 공소외 1(여, 20세)과 성관계를 한 다음 평소 사용하던 삼성갤럭시S8 휴대폰의 동영상 기능을 실행하여 잠이 든 피해자의 음부를 동의 없이 촬영한 것을 비롯하여 그 때부터 2019. 1. 13.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번과 같이 총 7회에 걸쳐 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 2명의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

2) 판단

가) 검사 제시 증거요지

검사가 제시한 주요증거는, ① 경찰관이 2019. 1. 25. 피해자 공소외 2에 대한 동영상 촬영에 관하여 피고인에 대한 신문 도중 임의제출 받은 피고인 소유의 휴대전화기에서 탐색·복제한 사진, 동영상 파일과 위 동영상 파일 캡처사진(증거기록 제58 내지 70, 98 내지 134쪽), 그리고 이를 다시 분석한 검찰 수사보고서(2019. 4. 25.자)와 동일한 증거를 뒤늦게 압수한 검찰의 압수조서(2019. 4. 26.자 및 2019. 5. 7.자) ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피해자 공소외 1의 진술, ③ 경찰관 공소외 3의 진술이다.

나) 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등의 증거능력 (소극)

살피건대, 이 사건 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등은 아래와 같은 이유로 증거능력을 인정할 수 없다

(1) 압수조서 미작성 내지 압수목록 미교부로 인한 부적법

(가) 사법경찰관은 임의제출물을 압수하였더라도 형사소송법 제49조에 따라 압수조서를 작성하여야 하고, 압수목록을 형사소송법 제219조, 제129조에 따라 교부하여야 한다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽]. 그리고 압수물이 전자 정보인 경우에는 압수된 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

(나) 대법원은 과거에 "압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다"고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결). 그러나 최근에는 "압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다"고 판시하였다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결).

(다) 따라서 형사소송법 제49조, 제129조, 제219조가 정한 압수조서 작성과 압수목록 교부 절차를 지키지 아니하고 사법경찰관이 수집한 디지털 증거는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

(2) 범죄수사규칙 제119조 제3항에 따른 압수조서 작성 생략으로 인한 부적법

(가) 검사는 『범죄수사규칙(경찰청 훈령 제954호) 제119조 제3항에 "피의자신문조서, 진술조서, 검증조서, 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다.

"고 규정되어 있고, 이 사건 디지털증거를 압수한 사법경찰관 역시 피의자신문조서에 그와 같은 취지를 기재하고(증거기록 제33쪽), 압수조서 작성을 생략한 것이므로 증거수집 절차는 적법하다』고 주장한다.

(나) 살피건대, 위 경찰청 훈령은 사법경찰관의 수사사무 처리지침을 정한 내부규정이다.

형사소송법과 형사소송규칙으로부터 위임받지 아니한 수사기관의 내부규정으로서는 형사소송법 소정의 적법절차 규정의 적용을 배제할 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결 참조).

(다) 한편, 압수조서 작성의 필요성은 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 요건을 실질화하는 데 있다.

수사기관의 압수는 피의자건과 관계가 있다고 인정되는 물건에 대하여만 허용되는 것이고, 이와 같은 법리는 임의제출에 의한 압수에도 적용된다.

따라서 사법경찰관은 압수조서를 작성하면서 피의사실과 관계가 있다고 인정하는 물건에 대하여만 임의제출로써 압수할 수 있다.

만약, 압수조서의 기재가 생략된다면 임의성이란 형식으로 피의사실과 관련 없는 물건에 대하여까지 압수가 절제되지 않고 집행될 가능성이 있다.

(3) 제출의 임의성 증명 부족으로 인한 부적법

사법경찰관이 형사소송법 제218조에 따라 압수를 한 경우에도 제출자의 임의성이 있어야만 적법하고, 그에 대한 증명 책임은 검사에게 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조). 수사실무에서 임의제출이란 형식 하에 실

질적으로는 강제수사가 행해지는 현실은 형사소송에서 중대한 문제점으로 제시되고 있다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽 참조].

살피건대, 경찰에서 고소사건의 피의자로 조사받던 피고인은 매우 위축된 상태였을 것이고, 피고인을 조사하였던 경찰 공소외 3의 당심진술을 직접 들어보아도 피고인이 당시에 임의제출에 의한 압수 효과에 대하여 고지받지는 못한 것으로 보이므로, 제출의 임의성이 충분히 증명되었다고 볼 수 없다.

따라서 이 점에서도 증거능력을 인정할 수 없다.

(4) 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 범위 초과 집행에 의한 부적법

(가) 살피건대, 임의제출에 의한 압수는 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 경우와 동일하다.

임의제출에 의한 압수의 경우에 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니할 수 있도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대하여 엄격하게 심사할 필요성이 있다.

(나) 한편, 대법원은 과거에 압수수색의 집행은 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 실시할 수 있다고 판시하였고(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결 참조), 이러한 법리를 반복하여 실시하기도 하였다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결 참조).

그러나 개정 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정된 것) 제106조 제1항의 법문에 따라 해당 사건과 관련된 사건에 한정하여 집행할 수 있다고 해석함이 마땅하다.

한편, 그와 같은 관련성은 혐의사실과 객관적·인적관련성이 있는 경우에만 인정될 뿐이지(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 참조), 대법원의 과거 판시와 같이 동종·유사 범행이라고 관련성을 인정할 수는 없다.

(다) 살피건대, 이 사건 수사경과에 비추어 볼 때, 피고인의 임의제출 의사는 피해자 공소외 2가 고소한 범행에 관한 사진에 불과하였을 것으로 보이고, 이를 넘어 자신의 추가 범행을 증명하는 이 사건 휴대전화에 저장된 사진 또는 동영상 전체에 대해 임의제출 의사를 명시한 것으로는 불확실하다.

따라서 사법경찰관이 피해자 공소외 5, 공소외 1에 대한 파일까지 압수한 것은 부적법하다.

(5) 한편, 검찰수사관 작성의 수사보고서(2019. 4. 25.자)는 앞서 본바와 같이 적법절차가 아닌 방법으로 수집된 디지털 증거를 출력하여 분석한 것이고, 검사가 영장 없이 2019. 4. 26. 피고인의 휴대전화기를 압수하고(증거기록 제159쪽) 같은 날 거기에 저장된 디지털증거를 압수하였다는 2019. 5. 7.자 압수조서(증거기록 제194쪽) 역시 부적법하게 수집된 증거와 수사 결과에 터 잡아 이루어진 것인데다가, 검사가 당심에서 추가한 증거를 보태어보더라도 형사소송법 제218조에 의한 압수를 허용할 정도로 피고인에게 제출의 임의성이 있었음을 인정할 수는 없으므로 각각 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

다) 피해자 공소외 1의 진술증거 및 경찰관 공소외 3의 진술증거 취신 여부 (소극)

형사소송법 제308조의2는 '위법수집증거의 배제'라는 제목으로 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

"라고 정하고 있다.

이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다.

헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다.

이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 이 사건의 경과에 의하면, 경찰관은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거인 사진 및 동영상 파일 등을 바탕으로 피해자 공소외 1에 대한 진술조서를 작성하였는바, 그렇다면 위 진술조서는 위법수집증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다고 봄이 상당하고, 이 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없다.

또한 검사는 『사법경찰관 공소외 3 경장이 피고사건을 수사하면서 불법 촬영된 영상이 있음을 확인하였다는 진술을 하므로, 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번 기재의 범죄사실에 대한 증거가 있다』고 주장하면서 판례(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)를 원용하나, 위 판례는 현행법을 체포한 경찰관이 피고인의 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하는 것을 직접 목격하였다는 진술이 담긴 압수조서의 기재가 진술서에 준하는 것으로서 카메라등 이용촬영 범행의 보강증거가 된다는 내용으로 이미 동영상 촬영이 마쳐진 상태에서 사후적으로 경찰관이 휴대전화기의 동영상을 확인한 것에 불과한 이 사건에는 직접 적용될 것이 아니고, 이 사건과 같은 사안에서 위와 같은 경찰관의 진술을 보강증거로 인정할 경우 사실상 위법수집증거배제법칙이 형해화되는 문제가 발생하게 되므로, 경찰관 공소외 3의 진술 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 봄이 옳다.

#### 라) 소결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 적법절차에 따르지 아니한 채 수집된 증거에 터 잡아 공소제기된 것이므로, 형사소송법 제308조의2에 따라 유죄로 판단할 수 없다.

그럼에도 원심은 위 증거에 터잡아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으므로, 원심판결에는 판결에 영향을 미친 위법이 있어 더 이상 유지될 수 없다.

### 3. 결론

원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유 요지(쌍방)

양형부당 (원심: 징역 6월, 성폭력치료프로그램 이수 40시간, 몰수)

## 2. 직권판단

### 가. 별지 범죄일람표 순번 제7번에 대하여

살피건대, 검사가 제7번 범행에 관하여 제출한 증거를 살펴보면, 피고인은 피해자 공소외 2의 신체에 대하여 몰래 동영상 촬영을 한 것이 아니라 사진촬영을 한 것임에도, 원심은 동영상 촬영 사실로써 유죄로 인정하고 말았다.

이에 검사가 당심에서 공소사실을 사진 촬영으로 변경하였으므로, 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

### 나. 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번에 대하여

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 9. 21. 02:53경 오산시 소재 ○○○ 모텔에서 피해자 공소외 1(여, 20세)과 성관계를 한 다음 평소 사용하던 삼성갤럭시S8 휴대폰의 동영상 기능을 실행하여 잠이 든 피해자의 음부를 동의 없이 촬영한 것을 비롯하여 그 때부터 2019. 1. 13.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번과 같이 총 7회에 걸쳐 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 2명의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

#### 2) 판단

##### 가) 검사 제시 증거요지

검사가 제시한 주요증거는, ① 경찰관이 2019. 1. 25. 피해자 공소외 2에 대한 동영상 촬영에 관하여 피고인에 대한 신문 도중 임의제출 받은 피고인 소유의 휴대전화기에서 탐색·복제한 사진, 동영상 파일과 위 동영상 파일 캡처사진(증거기록 제58 내지 70, 98 내지 134쪽), 그리고 이를 다시 분석한 검찰 수사보고서(2019. 4. 25.자)와 동일한 증거를 뒤늦게 압수한 검찰의 압수조서(2019. 4. 26.자 및 2019. 5. 7.자) ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피해자 공소외 1의 진술, ③ 경찰관 공소외 3의 진술이다.

##### 나) 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등의 증거능력 (소극)

살피건대, 이 사건 사진, 동영상 파일과 동영상 파일 캡처사진 등은 아래와 같은 이유로 증거능력을 인정할 수 없다

#### (1) 압수조서 미작성 내지 압수목록 미교부로 인한 부적법

(가) 사법경찰관은 임의제출물을 압수하였더라도 형사소송법 제49조에 따라 압수조서를 작성하여야 하고, 압수목록을 형사소송법 제219조, 제129조에 따라 교부하여야 한다[제5판 주석 형사소송법 (II) 제308쪽]. 그리고 압수물이 전자 정보인 경우에는 압수된 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

(나) 대법원은 과거에 “압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다”고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결). 그러나 최근에는 “압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다"고 판시하였다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도2841 판결).

(다) 따라서 형사소송법 제49조, 제129조, 제219조가 정한 압수조서 작성과 압수목록 교부 절차를 지키지 아니하고 사법경찰관이 수집한 디지털 증거는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

(2) 범죄수사규칙 제119조 제3항에 따른 압수조서 작성 생략으로 인한 부적법

(가) 검사는 『범죄수사규칙(경찰청 훈령 제954호) 제119조 제3항에 "피의자신문조서, 진술조서, 검증조서, 실황조사서에 압수의 취지를 기재하여 압수조서에 갈음할 수 있다.

"고 규정되어 있고, 이 사건 디지털증거를 압수한 사법경찰관 역시 피의자신문조서에 그와 같은 취지를 기재하고(증거기록 제33쪽), 압수조서 작성을 생략한 것이므로 증거수집 절차는 적법하다』고 주장한다.

(나) 살피건대, 위 경찰청 훈령은 사법경찰관의 수사사무 처리지침을 정한 내부규정이다.

형사소송법과 형사소송규칙으로부터 위임받지 아니한 수사기관의 내부규정으로는 형사소송법 소정의 적법절차 규정의 적용을 배제할 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결 참조).

(다) 한편, 압수조서 작성의 필요성은 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 요건을 실질화하는 데 있다.

수사기관의 압수는 피의사건과 관계가 있다고 인정되는 물건에 대하여만 허용되는 것이고, 이와 같은 법리는 임의제출에 의한 압수에도 적용된다.

따라서 사법경찰관은 압수조서를 작성하면서 피의사실과 관계가 있다고 인정하는 물건에 대하여만 임의제출로써 압수할 수 있다.

만약, 압수조서의 기재가 생략된다면 임의성이란 형식으로 피의사실과 관련 없는 물건에 대하여까지 압수가 절제되지 않고 집행될 가능성이 있다.

(3) 제출의 임의성 증명 부족으로 인한 부적법

사법경찰관이 형사소송법 제218조에 따라 압수를 한 경우에도 제출자의 임의성이 있어야만 적법하고, 그에 대한 증명 책임은 검사에게 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조). 수사실무에서 임의제출이란 형식 하에 실질적으로는 강제수사가 행해지는 현실은 형사소송에서 중대한 문제점으로 제시되고 있다[제5판 주식 형사소송법 (II) 제308쪽 참조].

살피건대, 경찰에서 고소사건의 피의자로 조사받던 피고인은 매우 위축된 상태였을 것이고, 피고인을 조사하였던 경장 공소외 3의 당심진술을 직접 들어보아도 피고인이 당시에 임의제출에 의한 압수 효과에 대하여 고지받지는 못한 것으로 보이므로, 제출의 임의성이 충분히 증명되었다고 볼 수 없다.

따라서 이 점에서도 증거능력을 인정할 수 없다.

(4) 형사소송법 제219조, 제106조 소정의 관련성 범위 초과 집행에 의한 부적법

(가) 살피건대, 임의제출에 의한 압수는 법원이 발부한 영장이 아니라 임의제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장에 의한 경우와 동일하다.

임의제출에 의한 압수의 경우에 영장주의와 적법절차의 원칙을 잠탈하는 결과가 발생하지 아니할 수 있도록 제출자의 의사에 임의성이 인정되는지 여부 및 그 범위에 대하여 엄격하게 심사할 필요성이 있다.



(나) 한편, 대법원은 과거에 압수수색의 집행은 동종·유사의 범행과 관련된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범위 내에서 실시할 수 있다고 판시하였고(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2649 판결 참조), 이러한 법리를 반복하여 실시하기도 하였다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9784 판결 참조).

그러나 개정 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정된 것) 제106조 제1항의 법문에 따라 해당 사건과 관련된 사건에 한정하여 집행할 수 있다고 해석함이 마땅하다.

한편, 그와 같은 관련성은 혐의사실과 객관적·인적관련성이 있는 경우에만 인정될 뿐이지(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 참조), 대법원의 과거 판시와 같이 동종·유사 범행이라고 관련성을 인정할 수는 없다.

(다) 살피건대, 이 사건 수사경과에 비추어 볼 때, 피고인의 임의제출 의사는 피해자 공소외 2가 고소한 범행에 관한 사진에 불과하였을 것으로 보이고, 이를 넘어 자신의 추가 범행을 증명하는 이 사건 휴대전화에 저장된 사진 또는 동영상 전체에 대해 임의제출 의사를 명시한 것으로는 불확실하다.

따라서 사법경찰관이 피해자 공소외 5, 공소외 1에 대한 파일까지 압수한 것은 부적법하다.

(5) 한편, 검찰수사관 작성의 수사보고서(2019. 4. 25.자)는 앞서 본바와 같이 적법절차가 아닌 방법으로 수집된 디지털 증거를 출력하여 분석한 것이고, 검사가 영장 없이 2019. 4. 26. 피고인의 휴대전화기를 압수하고(증거기록 제159쪽) 같은 날 거기에 저장된 디지털증거를 압수하였다는 2019. 5. 7.자 압수조서(증거기록 제194쪽) 역시 부적법하게 수집된 증거와 수사 결과에 터 잡아 이루어진 것인데다가, 검사가 당심에서 추가한 증거를 보태어보더라도 형사소송법 제218조에 의한 압수를 허용할 정도로 피고인에게 제출의 임의성이 있었음을 인정할 수는 없으므로 각각 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

다) 피해자 공소외 1의 진술증거 및 경찰관 공소외 3의 진술증거 취신 여부 (소극)

형사소송법 제308조의2는 '위법수집증거의 배제'라는 제목으로 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

"라고 정하고 있다.

이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다.

헌법 제12조는 기본적 인권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다.

이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 이 사건의 경과에 의하면, 경찰관은 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거인 사진 및 동영상 파일 등을 바탕으로 피해자 공소외 1에 대한 진술조서를 작성하였는바, 그렇다면 위 진술조서는 위법수집증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다고 봄이 상당하고, 이 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용될 수 없

다.

또한 검사는 『사법경찰관 공소외 3 경장이 피고사건을 수사하면서 불법 촬영된 영상이 있음을 확인하였다는 진술을 하므로, 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 6, 8번 기재의 범죄사실에 대한 증거가 있다』고 주장하면서 판례(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)를 원용하나, 위 판례는 현행범을 체포한 경찰관이 피고인의 피해자의 치마속을 몰래 촬영하는 것을 직접 목격하였다는 진술이 담긴 압수조서의 기재가 진술서에 준하는 것으로서 카메라등 이용촬영 범행의 보강증거가 된다는 내용으로 이미 동영상 촬영이 마쳐진 상태에서 사후적으로 경찰관이 휴대전화기의 동영상을 확인한 것에 불과한 이 사건에는 직접 적용될 것이 아니고, 이 사건과 같은 사안에서 위와 같은 경찰관의 진술을 보강증거로 인정할 경우 사실상 위법수집증거배제법칙이 형해화되는 문제가 발생하게 되므로, 경찰관 공소외 3의 진술 또한 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 봄이 옳다.

#### 라) 소결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 적법절차에 따르지 아니한 채 수집된 증거에 터 잡아 공소제기된 것이므로, 형사소송법 제308조의2에 따라 유죄로 판단할 수 없다.

그럼에도 원심은 위 증거에 터잡아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으므로, 원심판결에는 판결에 영향을 미친 위법이 있어 더 이상 유지될 수 없다.

#### 3. 결론

원심판결에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.