

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)·주거침입

[의정부지방법원 2020. 6. 25. 2019노1277]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 장혜영, 하재무(기소), 박재호(공판)

【변 호 인】 법무법인 로엘 담당변호사 김성은

【원심판결】 의정부지방법원 고양지원 2019. 5. 2. 선고 2019고단286, 727(병합) 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 1년에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인에게 40시간의 성폭력치료강의 수강 및 120시간의 사회봉사를 각 명한다.

피고인에게 아동·청소년 관련기관 등과 장애인복지시설에 각 5년간 취업제한(운영 및 사실상 노무제공 금지 포함)을 명한다.

압수된 아이폰7 1대(증 제1호)를 몰수한다.

이 사건 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재 각 성폭력범죄의처벌등에관한법률위반(카메라등촬영)의 점은 무죄.

무죄판결 요지를 공시한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

쌍방 양형부당 (원심: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 보호관찰 2년, 수강명령 성폭력 치료강의 40시간, 사회봉사명령 120시간, 취업제한명령 10년, 몰수)

2. 직권판단

가. 공소사실의 요지(『2019고단286』중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재)

피고인은 2018. 1. 13. 05:56경부터 06:15경까지 서울 관악구 소재 피해자 공소외 1(여, 가명, 29세)의 집에서, 잠을 자고 있는 피해자의 브래지어를 내려 유두가 보이도록 한 후 피고인의 휴대전화 카메라로 피해자의 가슴 부위를 근접하여 동영상으로 촬영한 것을 비롯하여 그 무렵부터 같은 해 9. 22.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재와 같이 총 9회에 걸쳐 카메라를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 피해자들의 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 검사가 유죄의 증거로 제시한 ① 압수된 피고인 소유의 휴대전화기를 탐색하여 복제한 영상파일과 이를 출력한 캡처 사진, ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피고인이 진술한 동선 안에 있는 지하철역 CCTV 영상 캡처사진, ③ 그리고 수사기관의 연락을 받고 출석하여 진술한 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서로써 이 부분

공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 적법절차에 의하지 않은 증거

그러나 아래 수사경위를 살펴볼 때, 피고인 소유의 휴대전화를 압수하고 거기에 기억된 정보를 출력하거나 복제하는 과정이 적법절차에 따라 이루어졌다고 할 수 없고, 이러한 디지털 증거에 터 잡아 추가로 수집된 2차적 증거는 인과 관계가 희석 또는 단절하지 아니하여 증거능력을 인정할 수 없으므로(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결 참조), 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 없다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

2) 수사 경위

가) 행인 공소외 2와 그 일행 1명은 2018. 9. 23. 12:13경 수도권 전철 3호선 주엽역 6번 출구 에스컬레이터에서, 피고인이 피해자 공소외 3(가명)에 대한 별지 범죄일람표 순번 제10번 기재 범행을 저지르는 것을 목격하고, 피고인을 붙잡고 휴대전화를 빼앗은 다음, 신고를 받고 현장에 출동한 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장에게 피고인의 신병과 휴대전화를 인계하였다.

나) 공소외 4 경장은 위 현장에서 피고인의 휴대전화를 건네받고 저장정보를 확인하려고 하였고, 이때 피고인이 휴대전화를 회수하려는 태도를 취하자, 피고인을 현행범으로 체포하고 주엽지구대로 인치하였다.

다) 사법경찰관 공소외 5 경위는 2018. 9. 23. 12:17경 위 지구대에서, 피고인 작성의 임의제출 동의서를 징구하고, 휴대전화기 잠금장치도 해제받은 다음 휴대전화기에 대한 압수조서(임의제출)를 작성하였다.

라) 사법경찰관 공소외 6 경위는 2018. 9. 23. 15:27부터 여성청소년과 여청2팀 사무실에서 피고인에 대한 피의자신문을 하였고, 이때 피고인의 휴대전화기에 저장된 비디오폴더 속에 담긴 동영상파일들을 찾아 제시하자, 피고인은 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행을 자백하였고 나머지 동영상파일에 관하여는 진술을 거부하면서, 피의자신문조서 말미에 편철된 수사 과정 확인서에 아래와 같은 기재를 하였다.

지구대에서 조사를 하는 과정에서 휴대폰 반환을 할 수 있다고 해서 서류에 작성하고 지장을 찍었습니다.

그런데 경찰서로 오게 되어 반환이 안 된다고 말씀하셔서 정말 연락 때문에 꼭 필요한 거라서 반환받고 싶습니다.

반환이 안 된다는 서류나 문서 없이 조사관님 말로서만 이야기를 하셔서 저는 이의제기를 하겠습니다.

마) 피고인은 2018. 9. 23. 17:35 석방되었고, 그 후 2018. 9. 27. 법무법인 로엘을 변호인으로 선임하였다.

바) 공소외 6 경위는 2018. 10. 2. 압수한 휴대전화를 다시 탐색하여 저장된 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행 동영상을 캡처한 사진을 수사보고서로 작성하였고, 2018. 10. 6. 09:00경에는 피고인의 주거지에서 사전압수수색 검증영장(2018. 10. 4.자)을 집행하면서 컴퓨터 1대를 압수하였는데, 이때 피고인한테서 전자정보확인서를 징구하였지만(컴퓨터에 관한 디지털기기봉인 등 참여절차 불희망 취지가 기재됨) 변호인에게서는 형사소송법 제219조, 제121조 소정의 참여 통지는 없었다.

사) 공소외 6 경위는 2018. 10. 10. 압수된 휴대전화기와 컴퓨터에 대한 디지털증거분석을 경기도북부지방경찰청에 의뢰하였고, 같은 경찰청 수사과 소속 공소외 7 디지털증거분석관이 2018. 10. 31. '휴대전화를 탐색하여 이 사건 범

행 관련 동영상 파일(별지 범죄일람표 순번 제1~10번)을 CD로 복제·첨부하였고, 컴퓨터에서는 관련 파일을 찾지 못했다는 디지털 증거분석 결과보고서를 작성하여 회신하자, 2018. 11. 15. 각 범행 관련 동영상을 캡처 사진으로 종합한 수사보고(디지털 증거분석 결과)를 작성하였다.

아) 공소외 6 경위는 2018. 11. 22. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 동영상 캡처 사진 2장(범죄일람표 순번 제2번, 제6번 관련)만 확인하고 피해사실을 진술하였다.

자) 공소외 6 경위는 2018. 11. 26. 피고인의 휴대전화기를 다시 탐색하여 피해자 공소외 1(가명)에 대한 사진파일 4개를 추가로 찾아냈으나, 이미 확인된 동영상 파일의 범죄와 같다고 보아 추가 범죄인지를 하지 않았고, 이 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조의 참여절차를 위한 통지절차는 역시 없었다.

차) 의정부지방법검찰청 고양지청 소속 장혜영 검사는 2019. 1. 10. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 피해사실을 진술하였으나 동영상 내지 사진 열람은 거절하였다.

3) 휴대전화기 압수절차의 위법

가) 임의제출 절차의 위법

사실은 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰관 공소외 4 경장이 출동현장에서 피고인 소유의 휴대전화기를 빼앗아 소지하고 있던 행인 공소외 2한테서 제출받았는데, 같은 경찰서 소속 사법경찰관 공소외 5 경위는 피고인한테서 임의로 제출받는 형식으로 압수하였고(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 참조), 형사소송법 제129조의 압수목록 또는 범죄수사규칙 제123조 제3항 소정의 압수증명서를 교부하지 않았다.

나) 임의성 증명 부재

피고인이 압수 당일 사법경찰관 공소외 6 경위에게 휴대전화기를 돌려달라는 이의를 한 사실에 비추어 볼 때(증거기록 제35쪽), 피고인은 체포되어 매우 위축된 상태에서 임의제출의 의미와 효과를 제대로 고지받지 못한 채 임의제출 동의서를 요구받아 작성한 것으로 보임에도, 제출에 임의성이 있었다는 점에 대한 검사의 증명이 없다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조).

4) 휴대전화기에 기억된 정보의 탐색, 복제·출력절차의 위법

가) 참여권

휴대전화기는 디지털정보가 담긴 정보저장매체에 해당하고, 이에 대한 압수는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 방식으로 압수하는 것이 원칙이다(형사소송법 제219조, 제106조 제3항). 비록, 임의제출 형식으로 압수되었다라도, 정보저장매체에 대하여는 정보탐색과 디지털증거의 복제 또는 출력이 필수적으로 수반되므로, 탐색과 복제·출력도 계속된 압수집행의 일환으로 보아야 하고, 따라서 형사소송법 제219조, 제121조가 정한 참여절차는 보장되어야 한다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 참조). 특히, 휴대전화기에 저장된 개인정보의 양과 민감성까지 감안하면 더욱 그렇고, 휴대전화기가 영장집행에 의해 압수된 것인지 아니면 임의제출된 것인지를 구별해 판단할 것은 아니다.

따라서 사법경찰관은 휴대전화기를 임의제출로 압수수색하는 경우에도 참여권을 보장하여야 한다.

그런데 사법경찰관 공소외 6 경위는, 피고인과 변호인(2018. 9. 27. 선임)에게 참여권 통지 없이, 2018. 10. 2. 휴대전화기를 탐색하여 저장된 동영상 파일(범죄일람표 순번 제7~10번)의 캡처 사진을 출력하였고, 공소외 6 경위의 의뢰를 받은 경기도북부지방법검찰청 수사과 소속 디지털분석관이 실행한 포렌식 수사과정(범죄일람표 순번 제1~10번)은 물론, 공소외 6 경위가 그 결과를 회신받아 동영상 파일 복제CD와 휴대전화기를 다시 탐색하는 과정에서도 참여 통지

는 이루어지지 않았다.

나) 압수수색의 범위 초과

임의제출 형식의 압수는 판사가 발부한 영장이 아니라 제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장의 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.

한편, 압수수색은 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 허용되고, 여기서 압수·수색영장의 범죄 혐의 사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의 사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결 등 참조).

이 사건 수사경과를 볼 때, 피고인이 진정한 의사에 따라 임의제출을 하였더라도, 제출대상은 체포 당일의 범행 동영상 파일(범죄일람표 순번 제10번 관련)과 범행도구였던 유체물로서 휴대전화기 정도에 불과하였을 것이다.

따라서 사법경찰관으로서는 정보저장매체를 탐색하다가 압수와 관계된 당해 사건과 전혀 다른 태양의 피해자 공소외 1(가명)에 대한 범행을 의심할 수 있는 동영상 파일을 발견하였을 경우에는(범죄일람표 순번 제1~7번 관련), 별도의 영장을 발부받아 동영상파일에 대하여 나아갔어야 함에도 그러하지 않았으므로, 적법절차를 준수한 것이라 할 수 없다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 결정 참조).

다) 압수목록 또는 압수증명서 미교부

전자정보가 저장된 저장매체에 대한 압수수색은 본질적으로 저장매체 자체가 아니라 전자정보를 압수대상으로 하는 것이므로(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결 참조), 전자정보를 압수하였을 때에는 지체 없이 압수된 정보목록을 교부하여야 함에도 피고인에게 그러한 절차가 이루어지지 않은 위법이 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 직권 파기사유가 있으므로 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제 364조 제2항에 따라 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

쌍방 양형부당 (원심: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 보호관찰 2년, 수강명령 성폭력 치료강의 40시간, 사회봉사명령 120시간, 취업제한명령 10년, 몰수)

2. 직권판단

가. 공소사실의 요지(『2019고단286』중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재)

피고인은 2018. 1. 13. 05:56경부터 06:15경까지 서울 관악구 소재 피해자 공소외 1(여, 가명, 29세)의 집에서, 잠을 자고 있는 피해자의 브래지어를 내려 유두가 보이도록 한 후 피고인의 휴대전화 카메라로 피해자의 가슴 부위를 근접하여 동영상으로 촬영한 것을 비롯하여 그 무렵부터 같은 해 9. 22.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재와 같이 총 9회에 걸쳐 카메라를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 피해자들의 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 검사가 유죄의 증거로 제시한 ① 압수된 피고인 소유의 휴대전화기를 탐색하여 복제한 영상파일과 이를 출력한 캡처 사진, ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피고인이 진술한 동선 안에 있는 지하철역 CCTV 영상 캡처사진, ③ 그리고 수사기관의 연락을 받고 출석하여 진술한 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서로써 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 적법절차에 의하지 않은 증거

그러나 아래 수사경위를 살펴볼 때, 피고인 소유의 휴대전화기를 압수하고 거기에 기억된 정보를 출력하거나 복제하는 과정이 적법절차에 따라 이루어졌다고 할 수 없고, 이러한 디지털 증거에 터 잡아 추가로 수집된 2차적 증거는 인과 관계가 희석 또는 단절하지 아니하여 증거능력을 인정할 수 없으므로(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결 참조), 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 없다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

2) 수사 경위

가) 행인 공소외 2와 그 일행 1명은 2018. 9. 23. 12:13경 수도권 전철 3호선 주엽역 6번 출구 에스컬레이터에서, 피고인이 피해자 공소외 3(가명)에 대한 별지 범죄일람표 순번 제10번 기재 범행을 저지르는 것을 목격하고, 피고인을 붙잡고 휴대전화기를 빼앗은 다음, 신고를 받고 현장에 출동한 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장에게 피고인의 신병과 휴대전화기를 인계하였다.

나) 공소외 4 경장은 위 현장에서 피고인의 휴대전화기를 건네받고 저장정보를 확인하려고 하였고, 이때 피고인이 휴대전화기를 회수하려는 태도를 취하자, 피고인을 현행범으로 체포하고 주엽지구대로 인치하였다.

다) 사법경찰관 공소외 5 경위는 2018. 9. 23. 12:17경 위 지구대에서, 피고인 작성의 임의제출 동의서를 징구하고, 휴대전화기 잠금장치도 해제받은 다음 휴대전화기에 대한 압수조서(임의제출)를 작성하였다.

라) 사법경찰관 공소외 6 경위는 2018. 9. 23. 15:27부터 여성청소년과 여청2팀 사무실에서 피고인에 대한 피의자신문을 하였고, 이때 피고인의 휴대전화기에 저장된 비디오폴더 속에 담긴 동영상파일들을 찾아 제시하자, 피고인은 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행을 자백하였고 나머지 동영상파일에 관하여는 진술을 거부하면서, 피의자신문조서 말미에 편철된 수사 과정 확인서에 아래와 같은 기재를 하였다.

지구대에서 조사를 하는 과정에서 휴대폰 반환을 할 수 있다고 해서 서류에 작성하고 지장을 찍었습니다.

그런데 경찰서로 오게 되어 반환이 안 된다고 말씀하셔서 정말 연락 때문에 꼭 필요한 거라서 반환받고 싶습니다.

반환이 안 된다는 서류나 문서 없이 조사관님 말로서만 이야기를 하셔서 저는 이의제기를 하겠습니다.

마) 피고인은 2018. 9. 23. 17:35 석방되었고, 그 후 2018. 9. 27. 법무법인 로엘을 변호인으로 선임하였다.

바) 공소외 6 경위는 2018. 10. 2. 압수한 휴대전화기를 다시 탐색하여 저장된 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행 동영상을 캡처한 사진을 수사보고서로 작성하였고, 2018. 10. 6. 09:00경에는 피고인의 주거지에서 사전압수수색 검증영장(2018. 10. 4.자)을 집행하면서 컴퓨터 1대를 압수하였는데, 이때 피고인한테서 전자정보확인서를 징구하였

지만(컴퓨터에 관한 디지털기기봉인 등 참여절차 불희망 취지가 기재됨) 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제121조 소정의 참여 통지는 없었다.

사) 공소외 6 경위는 2018. 10. 10. 압수된 휴대전화기와 컴퓨터에 대한 디지털증거분석을 경기도북부지방경찰청에 의뢰하였고, 같은 경찰청 수사과 소속 공소외 7 디지털증거분석관이 2018. 10. 31. '휴대전화기를 탐색하여 이 사건 범행 관련 동영상 파일(별지 범죄일람표 순번 제1~10번)을 CD로 복제·첨부하였고, 컴퓨터에서는 관련 파일을 찾지 못했다'는 디지털 증거분석 결과보고서를 작성하여 회신하자, 2018. 11. 15. 각 범행 관련 동영상을 캡처 사진으로 종합한 수사보고(디지털 증거분석 결과)를 작성하였다.

아) 공소외 6 경위는 2018. 11. 22. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 동영상 캡처 사진 2장(범죄일람표 순번 제2번, 제6번 관련)만 확인하고 피해사실을 진술하였다.

자) 공소외 6 경위는 2018. 11. 26. 피고인의 휴대전화기를 다시 탐색하여 피해자 공소외 1(가명)에 대한 사진파일 4개를 추가로 찾아냈으나, 이미 확인된 동영상 파일의 범죄와 같다고 보아 추가 범죄인지를 하지 않았고, 이 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조의 참여절차를 위한 통지절차는 역시 없었다.

차) 의정부지방검찰청 고양지청 소속 장혜영 검사는 2019. 1. 10. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 피해사실을 진술하였으나 동영상 내지 사진 열람은 거절하였다.

3) 휴대전화기 압수절차의 위법

가) 임의제출 절차의 위법

사실은 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장이 출동현장에서 피고인 소유의 휴대전화기를 빼앗아 소지하고 있던 행인 공소외 2한테서 제출받았는데, 같은 경찰서 소속 사법경찰관 공소외 5 경위는 피고인한테서 임의로 제출받는 형식으로 압수하였고(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 참조), 형사소송법 제129조의 압수목록 또는 범죄수사규칙 제123조 제3항 소정의 압수증명서를 교부하지 않았다.

나) 임의성 증명 부재

피고인이 압수 당일 사법경찰관 공소외 6 경위에게 휴대전화기를 돌려달라는 이의를 한 사실에 비추어 볼 때(증거기록 제35쪽), 피고인은 체포되어 매우 위축된 상태에서 임의제출의 의미와 효과를 제대로 고지받지 못한 채 임의제출 동의서를 요구받아 작성한 것으로 보임에도, 제출에 임의성이 있었다는 점에 대한 검사의 증거가 없다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조).

4) 휴대전화기에 기억된 정보의 탐색, 복제·출력절차의 위법

가) 참여권

휴대전화기는 디지털정보가 담긴 정보저장매체에 해당하고, 이에 대한 압수는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 방식으로 압수하는 것이 원칙이다(형사소송법 제219조, 제106조 제3항). 비록, 임의제출 형식으로 압수되었다라도, 정보저장매체에 대하여는 정보탐색과 디지털증거의 복제 또는 출력이 필수적으로 수반되므로, 탐색과 복제·출력도 계속된 압수집행의 일환으로 보아야 하고, 따라서 형사소송법 제219조, 제121조가 정한 참여절차는 보장되어야 한다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 참조). 특히, 휴대전화기에 저장된 개인정보의 양과 민감성까지 감안하면 더욱 그렇고, 휴대전화기가 영장집행에 의해 압수된 것인지 아니면 임의제출된 것인지를 구별해 판단할 것은 아니다.

따라서 사법경찰관은 휴대전화기를 임의제출로 압수수색하는 경우에도 참여권을 보장하여야 한다.

그런데 사법경찰관 공소외 6 경위는, 피고인과 변호인(2018. 9. 27. 선임)에게 참여권 통지 없이, 2018. 10. 2. 휴대전화기를 탐색하여 저장된 동영상 파일(범죄일람표 순번 제7~10번)의 캡처 사진을 출력하였고, 공소외 6 경위의 의뢰를 받은 경기도북부지방경찰청 수사과 소속 디지털분석관이 실행한 포렌식 수사과정(범죄일람표 순번 제1~10번)은 물론, 공소외 6 경위가 그 결과를 회신받아 동영상 파일 복제CD와 휴대전화기를 다시 탐색하는 과정에서도 참여 통지는 이루어지지 않았다.

나) 압수수색의 범위 초과

임의제출 형식의 압수는 판사가 발부한 영장이 아니라 제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장의 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.

한편, 압수수색은 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 허용되고, 여기서 압수·수색영장의 범죄 혐의 사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의 사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결 등 참조).

이 사건 수사경과를 볼 때, 피고인이 진정한 의사에 따라 임의제출을 하였더라도, 제출대상은 체포 당일의 범행 동영상 파일(범죄일람표 순번 제10번 관련)과 범행도구였던 유체물로서 휴대전화기 정도에 불과하였을 것이다.

따라서 사법경찰관으로서 정보저장매체를 탐색하다가 압수와 관계된 당해 사건과 전혀 다른 태양의 피해자 공소외 1(가명)에 대한 범행을 의심할 수 있는 동영상 파일을 발견하였을 경우에는(범죄일람표 순번 제1~7번 관련), 별도의 영장을 발부받아 동영상파일에 대하여 나아갔어야 함에도 그러하지 않았으므로, 적법절차를 준수한 것이라 할 수 없다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 결정 참조).

다) 압수목록 또는 압수증명서 미교부

전자정보가 저장된 저장매체에 대한 압수수색은 본질적으로 저장매체 자체가 아니라 전자정보를 압수대상으로 하는 것이므로(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결 참조), 전자정보를 압수하였을 때에는 지체 없이 압수된 정보목록을 교부하여야 함에도 피고인에게 그러한 절차가 이루어지지 않은 위법이 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 직권 파기사유가 있으므로 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

쌍방 양형부당 (원심: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 보호관찰 2년, 수강명령 성폭력 치료강의 40시간, 사회봉사명령 120시간, 취업제한명령 10년, 몰수)

2. 직권판단

가. 공소사실의 요지(『2019고단286』중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재)

피고인은 2018. 1. 13. 05:56경부터 06:15경까지 서울 관악구 소재 피해자 공소외 1(여, 가명, 29세)의 집에서, 잠을 자고 있는 피해자의 브래지어를 내려 유두가 보이도록 한 후 피고인의 휴대전화 카메라로 피해자의 가슴 부위를 근접하여 동영상으로 촬영한 것을 비롯하여 그 무렵부터 같은 해 9. 22.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재와 같이 총 9회에 걸쳐 카메라를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 피해자들의 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 검사가 유죄의 증거로 제시한 ① 압수된 피고인 소유의 휴대전화기를 탐색하여 복제한 영상파일과 이를 출력한 캡처 사진, ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피고인이 진술한 동선 안에 있는 지하철역 CCTV 영상 캡처사진, ③ 그리고 수사기관의 연락을 받고 출석하여 진술한 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서로써 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 적법절차에 의하지 않은 증거

그러나 아래 수사경위를 살펴볼 때, 피고인 소유의 휴대전화기를 압수하고 거기에 기억된 정보를 출력하거나 복제하는 과정이 적법절차에 따라 이루어졌다고 할 수 없고, 이러한 디지털 증거에 터 잡아 추가로 수집된 2차적 증거는 인과관계가 희석 또는 단절하지 아니하여 증거능력을 인정할 수 없으므로(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결 참조), 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 없다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

2) 수사 경위

가) 행인 공소외 2와 그 일행 1명은 2018. 9. 23. 12:13경 수도권 전철 3호선 주엽역 6번 출구 에스컬레이터에서, 피고인이 피해자 공소외 3(가명)에 대한 별지 범죄일람표 순번 제10번 기재 범행을 저지르는 것을 목격하고, 피고인을 붙잡고 휴대전화기를 빼앗은 다음, 신고를 받고 현장에 출동한 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장에게 피고인의 신병과 휴대전화기를 인계하였다.

나) 공소외 4 경장은 위 현장에서 피고인의 휴대전화기를 건네받고 저장정보를 확인하려고 하였고, 이때 피고인이 휴대전화기를 회수하려는 태도를 취하자, 피고인을 현행범으로 체포하고 주엽지구대로 인치하였다.

다) 사법경찰관 공소외 5 경위는 2018. 9. 23. 12:17경 위 지구대에서, 피고인 작성의 임의제출 동의서를 징구하고, 휴대전화기 잠금장치도 해제받은 다음 휴대전화기에 대한 압수조서(임의제출)를 작성하였다.

라) 사법경찰관 공소외 6 경위는 2018. 9. 23. 15:27부터 여성청소년과 여청2팀 사무실에서 피고인에 대한 피의자신문을 하였고, 이때 피고인의 휴대전화기에 저장된 비디오폴더 속에 담긴 동영상파일들을 찾아 제시하자, 피고인은 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행을 자백하였고 나머지 동영상파일에 관하여는 진술을 거부하면서, 피의자신문조서 말미에 편철된 수사 과정 확인서에 아래와 같은 기재를 하였다.

지구대에서 조사를 하는 과정에서 휴대폰 반환을 할 수 있다고 해서 서류에 작성하고 지장을 찍었습니다.

그런데 경찰서로 오게 되어 반환이 안 된다고 말씀하셔서 정말 연락 때문에 꼭 필요한 거라서 반환받고 싶습니다.

반환이 안 된다는 서류나 문서 없이 조사관님 말로서만 이야기를 하셔서 저는 이의제기를 하겠습니다.

마) 피고인은 2018. 9. 23. 17:35 석방되었고, 그 후 2018. 9. 27. 법무법인 로엘을 변호인으로 선임하였다.

바) 공소외 6 경위는 2018. 10. 2. 압수한 휴대전화기를 다시 탐색하여 저장된 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행 동영상을 캡처한 사진을 수사보고서로 작성하였고, 2018. 10. 6. 09:00경에는 피고인의 주거지에서 사전압수수색 검증영장(2018. 10. 4.자)을 집행하면서 컴퓨터 1대를 압수하였는데, 이때 피고인한테서 전자정보확인서를 징구하였지만(컴퓨터에 관한 디지털기기봉인 등 참여절차 불희망 취지가 기재됨) 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제121조 소정의 참여 통지는 없었다.

사) 공소외 6 경위는 2018. 10. 10. 압수된 휴대전화기와 컴퓨터에 대한 디지털증거분석을 경기도북부지방경찰청에 의뢰하였고, 같은 경찰청 수사과 소속 공소외 7 디지털증거분석관이 2018. 10. 31. '휴대전화기를 탐색하여 이 사건 범행 관련 동영상 파일(별지 범죄일람표 순번 제1~10번)을 CD로 복제·첨부하였고, 컴퓨터에서는 관련 파일을 찾지 못했다'는 디지털 증거분석 결과보고서를 작성하여 회신하자, 2018. 11. 15. 각 범행 관련 동영상을 캡처 사진으로 종합한 수사보고(디지털 증거분석 결과)를 작성하였다.

아) 공소외 6 경위는 2018. 11. 22. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 동영상 캡처 사진 2장(범죄일람표 순번 제2번, 제6번 관련)만 확인하고 피해사실을 진술하였다.

자) 공소외 6 경위는 2018. 11. 26. 피고인의 휴대전화기를 다시 탐색하여 피해자 공소외 1(가명)에 대한 사진파일 4개를 추가로 찾아냈으나, 이미 확인된 동영상 파일의 범죄와 같다고 보아 추가 범죄인지를 하지 않았고, 이 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조의 참여절차를 위한 통지절차는 역시 없었다.

차) 의정부지방검찰청 고양지청 소속 장혜영 검사는 2019. 1. 10. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 피해사실을 진술하였으나 동영상 내지 사진 열람은 거절하였다.

3) 휴대전화기 압수절차의 위법

가) 임의제출 절차의 위법

사실은 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰관 공소외 4 경장이 출동현장에서 피고인 소유의 휴대전화기를 빼앗아 소지하고 있던 행인 공소외 2한테서 제출받았는데, 같은 경찰서 소속 사법경찰관 공소외 5 경위는 피고인한테서 임의로 제출받는 형식으로 압수하였고(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 참조), 형사소송법 제129조의 압수목록 또는 범죄수사규칙 제123조 제3항 소정의 압수증명서를 교부하지 않았다.

나) 임의성 증명 부재

피고인이 압수 당일 사법경찰관 공소외 6 경위에게 휴대전화기를 돌려달라는 이의를 한 사실에 비추어 볼 때(증거기록 제35쪽), 피고인은 체포되어 매우 위축된 상태에서 임의제출의 의미와 효과를 제대로 고지받지 못한 채 임의제출 동의서를 요구받아 작성한 것으로 보임에도, 제출에 임의성이 있었다는 점에 대한 검사의 증거가 없다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조).

4) 휴대전화기에 기억된 정보의 탐색, 복제·출력절차의 위법

가) 참여권

휴대전화기는 디지털정보가 담긴 정보저장매체에 해당하고, 이에 대한 압수는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 방식으로 압수하는 것이 원칙이다(형사소송법 제219조, 제106조 제3항). 비록, 임의제출 형식으로 압수되었더라도, 정보저장매체에 대하여는 정보탐색과 디지털증거의 복제 또는 출력이 필수적으로 수반되므로, 탐색과 복제·출력도 계속된 압수집행의 일환으로 보아야 하고, 따라서 형사소송법 제219조, 제121조가 정한 참여절차는 보장되어야 한다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 참조). 특히, 휴대전화기에 저장된 개인정보의 양과 민감성까지 감안하면 더욱 그렇고, 휴대전화기가 영장집행에 의해 압수된 것인지 아니면 임의제출된 것인지를 구별해 판단할 것은 아니다.

따라서 사법경찰관은 휴대전화기를 임의제출로 압수수색하는 경우에도 참여권을 보장하여야 한다.

그런데 사법경찰관 공소외 6 경위는, 피고인과 변호인(2018. 9. 27. 선임)에게 참여권 통지 없이, 2018. 10. 2. 휴대전화기를 탐색하여 저장된 동영상 파일(범죄일람표 순번 제7~10번)의 캡처 사진을 출력하였고, 공소외 6 경위의 의뢰를 받은 경기도북부지방경찰청 수사과 소속 디지털분석관이 실행한 포렌식 수사과정(범죄일람표 순번 제1~10번)은 물론, 공소외 6 경위가 그 결과를 회신받아 동영상 파일 복제CD와 휴대전화기를 다시 탐색하는 과정에서도 참여 통지는 이루어지지 않았다.

나) 압수수색의 범위 초과

임의제출 형식의 압수는 판사가 발부한 영장이 아니라 제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장의 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.

한편, 압수수색은 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 허용되고, 여기서 압수·수색영장의 범죄 혐의 사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의 사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결 등 참조).

이 사건 수사경과를 볼 때, 피고인이 진정한 의사에 따라 임의제출을 하였더라도, 제출대상은 체포 당일의 범행 동영상 파일(범죄일람표 순번 제10번 관련)과 범행도구였던 유체물로서 휴대전화기 정도에 불과하였을 것이다.

따라서 사법경찰관으로서는 정보저장매체를 탐색하다가 압수와 관계된 당해 사건과 전혀 다른 태양의 피해자 공소외 1(가명)에 대한 범행을 의심할 수 있는 동영상 파일을 발견하였을 경우에는(범죄일람표 순번 제1~7번 관련), 별도의 영장을 발부받아 동영상파일에 대하여 나아갔어야 함에도 그러하지 않았으므로, 적법절차를 준수한 것이라 할 수 없다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 결정 참조).

다) 압수목록 또는 압수증명서 미교부

전자정보가 저장된 저장매체에 대한 압수수색은 본질적으로 저장매체 자체가 아니라 전자정보를 압수대상으로 하는 것이므로(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결 참조), 전자정보를 압수하였을 때에는 지체 없이 압수된 정보목록을 교부하여야 함에도 피고인에게 그러한 절차가 이루어지지 않은 위법이 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 직권 파기사유가 있으므로 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제 364조 제2항에 따라 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

쌍방 양형부당 (원심: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 보호관찰 2년, 수강명령 성폭력 치료강의 40시간, 사회봉사명령 120시간, 취업제한명령 10년, 몰수)

2. 직권판단

가. 공소사실의 요지(『2019고단286』중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재)

피고인은 2018. 1. 13. 05:56경부터 06:15경까지 서울 관악구 소재 피해자 공소외 1(여, 가명, 29세)의 집에서, 잠을 자고 있는 피해자의 브래지어를 내려 유두가 보이도록 한 후 피고인의 휴대전화 카메라로 피해자의 가슴 부위를 근접하여 동영상으로 촬영한 것을 비롯하여 그 무렵부터 같은 해 9. 22.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재와 같이 총 9회에 걸쳐 카메라를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 피해자들의 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 검사가 유죄의 증거로 제시한 ① 압수된 피고인 소유의 휴대전화를 탐색하여 복제한 영상파일과 이를 출력한 캡처 사진, ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피고인이 진술한 동선 안에 있는 지하철역 CCTV 영상 캡처사진, ③ 그리고 수사기관의 연락을 받고 출석하여 진술한 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서로써 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 적법절차에 의하지 않은 증거

그러나 아래 수사경위를 살펴볼 때, 피고인 소유의 휴대전화를 압수하고 거기에 기억된 정보를 출력하거나 복제하는 과정이 적법절차에 따라 이루어졌다고 할 수 없고, 이러한 디지털 증거에 터 잡아 추가로 수집된 2차적 증거는 인과관계가 희석 또는 단절하지 아니하여 증거능력을 인정할 수 없으므로(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결 참조), 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 없다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

2) 수사 경위

가) 행인 공소외 2와 그 일행 1명은 2018. 9. 23. 12:13경 수도권 전철 3호선 주엽역 6번 출구 에스컬레이터에서, 피고인이 피해자 공소외 3(가명)에 대한 별지 범죄일람표 순번 제10번 기재 범행을 저지르는 것을 목격하고, 피고인을 붙잡고 휴대전화를 빼앗은 다음, 신고를 받고 현장에 출동한 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장에게 피고인의 신병과 휴대전화를 인계하였다.

나) 공소외 4 경장은 위 현장에서 피고인의 휴대전화를 건네받고 저장정보를 확인하려고 하였고, 이때 피고인이 휴대전화를 회수하려는 태도를 취하자, 피고인을 현행범으로 체포하고 주엽지구대로 인치하였다.

다) 사법경찰관 공소외 5 경위는 2018. 9. 23. 12:17경 위 지구대에서, 피고인 작성의 임의제출 동의서를 징구하고, 휴대전화기 잠금장치도 해제받은 다음 휴대전화기에 대한 압수조서(임의제출)를 작성하였다.

라) 사법경찰관 공소외 6 경위는 2018. 9. 23. 15:27부터 여성청소년과 여청2팀 사무실에서 피고인에 대한 피의자신문을 하였고, 이때 피고인의 휴대전화기에 저장된 비디오폴더 속에 담긴 동영상파일들을 찾아 제시하자, 피고인은 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행을 자백하였고 나머지 동영상파일에 관하여는 진술을 거부하면서, 피의자신문조서 말미에 편철된 수사 과정 확인서에 아래와 같은 기재를 하였다.

지구대에서 조사를 하는 과정에서 휴대폰 반환을 할 수 있다고 해서 서류에 작성하고 지장을 찍었습니다.

그런데 경찰서로 오게 되어 반환이 안 된다고 말씀하셔서 정말 연락 때문에 꼭 필요한 거라서 반환받고 싶습니다.

반환이 안 된다는 서류나 문서 없이 조사관님 말로서만 이야기를 하셔서 저는 이의제기를 하겠습니다.

마) 피고인은 2018. 9. 23. 17:35 석방되었고, 그 후 2018. 9. 27. 법무법인 로엘을 변호인으로 선임하였다.

바) 공소외 6 경위는 2018. 10. 2. 압수한 휴대전화기를 다시 탐색하여 저장된 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행 동영상을 캡처한 사진을 수사보고서로 작성하였고, 2018. 10. 6. 09:00경에는 피고인의 주거지에서 사전압수수색 검증영장(2018. 10. 4.자)을 집행하면서 컴퓨터 1대를 압수하였는데, 이때 피고인한테서 전자정보확인서를 징구하였지만(컴퓨터에 관한 디지털기기봉인 등 참여절차 불희망 취지가 기재됨) 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제121조 소정의 참여 통지는 없었다.

사) 공소외 6 경위는 2018. 10. 10. 압수된 휴대전화기와 컴퓨터에 대한 디지털증거분석을 경기도북부지방경찰청에 의뢰하였고, 같은 경찰청 수사과 소속 공소외 7 디지털증거분석관이 2018. 10. 31. '휴대전화기를 탐색하여 이 사건 범행 관련 동영상 파일(별지 범죄일람표 순번 제1~10번)을 CD로 복제·첨부하였고, 컴퓨터에서는 관련 파일을 찾지 못했다'는 디지털 증거분석 결과보고서를 작성하여 회신하자, 2018. 11. 15. 각 범행 관련 동영상을 캡처 사진으로 종합한 수사보고(디지털 증거분석 결과)를 작성하였다.

아) 공소외 6 경위는 2018. 11. 22. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 동영상 캡처 사진 2장(범죄일람표 순번 제2번, 제6번 관련)만 확인하고 피해사실을 진술하였다.

자) 공소외 6 경위는 2018. 11. 26. 피고인의 휴대전화기를 다시 탐색하여 피해자 공소외 1(가명)에 대한 사진파일 4개를 추가로 찾아냈으나, 이미 확인된 동영상 파일의 범죄와 같다고 보아 추가 범죄인지를 하지 않았고, 이 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조의 참여절차를 위한 통지절차는 역시 없었다.

차) 의정부지방검찰청 고양지청 소속 장혜영 검사는 2019. 1. 10. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 피해사실을 진술하였으나 동영상 내지 사진 열람은 거절하였다.

3) 휴대전화기 압수절차의 위법

가) 임의제출 절차의 위법

사실은 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장이 출동현장에서 피고인 소유의 휴대전화기를 빼앗아 소지하고 있던 행인 공소외 2한테서 제출받았는데, 같은 경찰서 소속 사법경찰관 공소외 5 경위는 피고인한테서 임의로 제출받는 형식으로 압수하였고(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 참조), 형사소송법 제129조의 압수목록 또는 범죄수사규칙 제123조 제3항 소정의 압수증명서를 교부하지 않았다.

나) 임의성 증명 부재

피고인이 압수 당일 사법경찰관 공소외 6 경위에게 휴대전화기를 돌려달라는 이의를 한 사실에 비추어 볼 때(증거기록 제35쪽), 피고인은 체포되어 매우 위축된 상태에서 임의제출의 의미와 효과를 제대로 고지받지 못한 채 임의제출 동의를 요구받아 작성한 것으로 보임에도, 제출에 임의성이 있었다는 점에 대한 검사의 증명이 없다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조).

4) 휴대전화기에 기억된 정보의 탐색, 복제·출력절차의 위법

가) 참여권

휴대전화기는 디지털정보가 담긴 정보저장매체에 해당하고, 이에 대한 압수는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 방식으로 압수하는 것이 원칙이다(형사소송법 제219조, 제106조 제3항). 비록, 임의제출 형식으로 압수되었다라도, 정보저장매체에 대하여는 정보탐색과 디지털증거의 복제 또는 출력이 필수적으로 수반되므로, 탐색과 복제·출력도 계속된 압수집행의 일환으로 보아야 하고, 따라서 형사소송법 제219조, 제121조가 정한 참여절차는 보장되어야 한다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 참조). 특히, 휴대전화기에 저장된 개인정보의 양과 민감성까지 감안하면 더욱 그렇고, 휴대전화기가 영장집행에 의해 압수된 것인지 아니면 임의제출된 것인지를 구별해 판단할 것은 아니다.

따라서 사법경찰관은 휴대전화기를 임의제출로 압수수색하는 경우에도 참여권을 보장하여야 한다.

그런데 사법경찰관 공소외 6 경위는, 피고인과 변호인(2018. 9. 27. 선임)에게 참여권 통지 없이, 2018. 10. 2. 휴대전화기를 탐색하여 저장된 동영상 파일(범죄일람표 순번 제7~10번)의 캡처 사진을 출력하였고, 공소외 6 경위의 의뢰를 받은 경기도북부지방경찰청 수사과 소속 디지털분석관이 실행한 포렌식 수사과정(범죄일람표 순번 제1~10번)은 물론, 공소외 6 경위가 그 결과를 회신받아 동영상 파일 복제CD와 휴대전화기를 다시 탐색하는 과정에서도 참여 통지는 이루어지지 않았다.

나) 압수수색의 범위 초과

임의제출 형식의 압수는 판사가 발부한 영장이 아니라 제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장의 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.

한편, 압수수색은 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 허용되고, 여기서 압수·수색영장의 범죄 혐의 사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의 사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결 등 참조).

이 사건 수사경과를 볼 때, 피고인이 진정한 의사에 따라 임의제출을 하였더라도, 제출대상은 체포 당일의 범행 동영상 파일(범죄일람표 순번 제10번 관련)과 범행도구였던 유체물로서 휴대전화기 정도에 불과하였을 것이다.

따라서 사법경찰관으로서는 정보저장매체를 탐색하다가 압수와 관계된 당해 사건과 전혀 다른 태양의 피해자 공소외 1(가명)에 대한 범행을 의심할 수 있는 동영상 파일을 발견하였을 경우에는(범죄일람표 순번 제1~7번 관련), 별도의 영장을 발부받아 동영상 파일에 대하여 나아갔어야 함에도 그러하지 않았으므로, 적법절차를 준수한 것이라 할 수 없다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 결정 참조).

다) 압수목록 또는 압수증명서 미교부

전자정보가 저장된 저장매체에 대한 압수수색은 본질적으로 저장매체 자체가 아니라 전자정보를 압수대상으로 하는 것이므로(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결 참조), 전자정보를 압수하였을 때에는 지체 없이 압수된 정보목록을 교부하여야 함에도 피고인에게 그러한 절차가 이루어지지 않은 위법이 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 직권 파기사유가 있으므로 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제 364조 제2항에 따라 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

쌍방 양형부당 (원심: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 보호관찰 2년, 수강명령 성폭력 치료강의 40시간, 사회봉사명령 120시간, 취업제한명령 10년, 몰수)

2. 직권판단

가. 공소사실의 요지(『2019고단286』중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재)

피고인은 2018. 1. 13. 05:56경부터 06:15경까지 서울 관악구 소재 피해자 공소외 1(여, 가명, 29세)의 집에서, 잠을 자고 있는 피해자의 브래지어를 내려 유두가 보이도록 한 후 피고인의 휴대전화 카메라로 피해자의 가슴 부위를 근접하여 동영상으로 촬영한 것을 비롯하여 그 무렵부터 같은 해 9. 22.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재와 같이 총 9회에 걸쳐 카메라를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 피해자들의 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 검사가 유죄의 증거로 제시한 ① 압수된 피고인 소유의 휴대전화기를 탐색하여 복제한 영상파일과 이를 출력한 캡처 사진, ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피고인이 진술한 동선 안에 있는 지하철역 CCTV 영상 캡처사진, ③ 그리고 수사기관의 연락을 받고 출석하여 진술한 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서로써 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 적법절차에 의하지 않은 증거

그러나 아래 수사경위를 살펴볼 때, 피고인 소유의 휴대전화기를 압수하고 거기에 기억된 정보를 출력하거나 복제하는 과정이 적법절차에 따라 이루어졌다고 할 수 없고, 이러한 디지털 증거에 터 잡아 추가로 수집된 2차적 증거는 인과관계가 희석 또는 단절하지 아니하여 증거능력을 인정할 수 없으므로(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결 참조), 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 없다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

2) 수사 경위

- 가) 행인 공소외 2와 그 일행 1명은 2018. 9. 23. 12:13경 수도권 전철 3호선 주엽역 6번 출구 에스컬레이터에서, 피고인이 피해자 공소외 3(가명)에 대한 별지 범죄일람표 순번 제10번 기재 범행을 저지르는 것을 목격하고, 피고인을 붙잡고 휴대전화기를 빼앗은 다음, 신고를 받고 현장에 출동한 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장에게 피고인의 신병과 휴대전화기를 인계하였다.
- 나) 공소외 4 경장은 위 현장에서 피고인의 휴대전화기를 건네받고 저장정보를 확인하려고 하였고, 이때 피고인이 휴대전화기를 회수하려는 태도를 취하자, 피고인을 현행범으로 체포하고 주엽지구대로 인치하였다.
- 다) 사법경찰관 공소외 5 경위는 2018. 9. 23. 12:17경 위 지구대에서, 피고인 작성의 임의제출 동의서를 징구하고, 휴대전화기 잠금장치도 해제받은 다음 휴대전화기에 대한 압수조서(임의제출)를 작성하였다.
- 라) 사법경찰관 공소외 6 경위는 2018. 9. 23. 15:27부터 여성청소년과 여청2팀 사무실에서 피고인에 대한 피의자신문을 하였고, 이때 피고인의 휴대전화기에 저장된 비디오폴더 속에 담긴 동영상파일들을 찾아 제시하자, 피고인은 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행을 자백하였고 나머지 동영상파일에 관하여는 진술을 거부하면서, 피의자신문조서 말미에 편철된 수사 과정 확인서에 아래와 같은 기재를 하였다.
- 지구대에서 조사를 하는 과정에서 휴대폰 반환을 할 수 있다고 해서 서류에 작성하고 지장을 찍었습니다.
- 그런데 경찰서로 오게 되어 반환이 안 된다고 말씀하셔서 정말 연락 때문에 꼭 필요한 거라서 반환받고 싶습니다.
- 반환이 안 된다는 서류나 문서 없이 조사관님 말로서만 이야기를 하셔서 저는 이의제기를 하겠습니다.
- 마) 피고인은 2018. 9. 23. 17:35 석방되었고, 그 후 2018. 9. 27. 법무법인 로엘을 변호인으로 선임하였다.
- 바) 공소외 6 경위는 2018. 10. 2. 압수한 휴대전화기를 다시 탐색하여 저장된 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행 동영상을 캡처한 사진을 수사보고서로 작성하였고, 2018. 10. 6. 09:00경에는 피고인의 주거지에서 사전압수수색 검증영장(2018. 10. 4.자)을 집행하면서 컴퓨터 1대를 압수하였는데, 이때 피고인한테서 전자정보확인서를 징구하였지만(컴퓨터에 관한 디지털기기봉인 등 참여절차 불희망 취지가 기재됨) 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제121조 소정의 참여 통지는 없었다.
- 사) 공소외 6 경위는 2018. 10. 10. 압수된 휴대전화기와 컴퓨터에 대한 디지털증거분석을 경기도북부지방경찰청에 의뢰하였고, 같은 경찰청 수사과 소속 공소외 7 디지털증거분석관이 2018. 10. 31. '휴대전화기를 탐색하여 이 사건 범행 관련 동영상 파일(별지 범죄일람표 순번 제1~10번)을 CD로 복제·첨부하였고, 컴퓨터에서는 관련 파일을 찾지 못했다'는 디지털 증거분석 결과보고서를 작성하여 회신하자, 2018. 11. 15. 각 범행 관련 동영상을 캡처 사진으로 종합한 수사보고(디지털 증거분석 결과)를 작성하였다.
- 아) 공소외 6 경위는 2018. 11. 22. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 동영상 캡처 사진 2장(범죄일람표 순번 제2번, 제6번 관련)만 확인하고 피해사실을 진술하였다.
- 자) 공소외 6 경위는 2018. 11. 26. 피고인의 휴대전화기를 다시 탐색하여 피해자 공소외 1(가명)에 대한 사진파일 4개를 추가로 찾아냈으나, 이미 확인된 동영상 파일의 범죄와 같다고 보아 추가 범죄인지를 하지 않았고, 이 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조의 참여절차를 위한 통지절차는 역시 없었다.
- 차) 의정부지방검찰청 고양지청 소속 장혜영 검사는 2019. 1. 10. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 피해사실을 진술하였으나 동영상 내지 사진 열람은 거절하였다.

3) 휴대전화기 압수절차의 위법

가) 임의제출 절차의 위법

사실은 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장이 출동현장에서 피고인 소유의 휴대전화기를 빼앗아 소지하고 있던 행인 공소외 2한테서 제출받았는데, 같은 경찰서 소속 사법경찰관 공소외 5 경위는 피고인한테서 임의로 제출받는 형식으로 압수하였고(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 참조), 형사소송법 제129조의 압수목록 또는 범죄수사규칙 제123조 제3항 소정의 압수증명서를 교부하지 않았다.

나) 임의성 증명 부재

피고인이 압수 당일 사법경찰관 공소외 6 경위에게 휴대전화기를 돌려달라는 이의를 한 사실에 비추어 볼 때(증거기록 제35쪽), 피고인은 체포되어 매우 위축된 상태에서 임의제출의 의미와 효과를 제대로 고지받지 못한 채 임의제출 동의서를 요구받아 작성한 것으로 보임에도, 제출에 임의성이 있었다는 점에 대한 검사의 증명이 없다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조).

4) 휴대전화기에 기억된 정보의 탐색, 복제·출력절차의 위법

가) 참여권

휴대전화기는 디지털정보가 담긴 정보저장매체에 해당하고, 이에 대한 압수는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 방식으로 압수하는 것이 원칙이다(형사소송법 제219조, 제106조 제3항). 비록, 임의제출 형식으로 압수되었다라도, 정보저장매체에 대하여는 정보탐색과 디지털증거의 복제 또는 출력이 필수적으로 수반되므로, 탐색과 복제·출력도 계속된 압수집행의 일환으로 보아야 하고, 따라서 형사소송법 제219조, 제121조가 정한 참여절차는 보장되어야 한다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 참조). 특히, 휴대전화기에 저장된 개인정보의 양과 민감성까지 감안하면 더욱 그렇고, 휴대전화기가 영장집행에 의해 압수된 것인지 아니면 임의제출된 것인지를 구별해 판단할 것은 아니다.

따라서 사법경찰관은 휴대전화기를 임의제출로 압수수색하는 경우에도 참여권을 보장하여야 한다.

그런데 사법경찰관 공소외 6 경위는, 피고인과 변호인(2018. 9. 27. 선임)에게 참여권 통지 없이, 2018. 10. 2. 휴대전화기를 탐색하여 저장된 동영상 파일(범죄일람표 순번 제7~10번)의 캡처 사진을 출력하였고, 공소외 6 경위의 의뢰를 받은 경기도북부지방경찰청 수사과 소속 디지털분석관이 실행한 포렌식 수사과정(범죄일람표 순번 제1~10번)은 물론, 공소외 6 경위가 그 결과를 회신받아 동영상 파일 복제CD와 휴대전화기를 다시 탐색하는 과정에서도 참여 통지는 이루어지지 않았다.

나) 압수수색의 범위 초과

임의제출 형식의 압수는 판사가 발부한 영장이 아니라 제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장의 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.

한편, 압수수색은 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 허용되고, 여기서 압수·수색영장의 범죄 혐의 사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의 사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결 등 참조).

이 사건 수사경과를 볼 때, 피고인이 진정한 의사에 따라 임의제출을 하였더라도, 제출대상은 체포 당일의 범행 동영상 파일(범죄일람표 순번 제10번 관련)과 범행도구였던 유체물로서 휴대전화기 정도에 불과하였을 것이다.

따라서 사법경찰관으로서는 정보저장매체를 탐색하다가 압수와 관계된 당해 사건과 전혀 다른 태양의 피해자 공소외 1(가명)에 대한 범행을 의심할 수 있는 동영상 파일을 발견하였을 경우에는(범죄일람표 순번 제1~7번 관련), 별도의 영장을 발부받아 동영상파일에 대하여 나아갔어야 함에도 그러하지 않았으므로, 적법절차를 준수한 것이라 할 수 없다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 결정 참조).

다) 압수목록 또는 압수증명서 미교부

전자정보가 저장된 저장매체에 대한 압수수색은 본질적으로 저장매체 자체가 아니라 전자정보를 압수대상으로 하는 것이므로(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결 참조), 전자정보를 압수하였을 때에는 지체 없이 압수된 정보목록을 교부하여야 함에도 피고인에게 그러한 절차가 이루어지지 않은 위법이 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 직권 파기사유가 있으므로 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제 364조 제2항에 따라 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

쌍방 양형부당 (원심: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 보호관찰 2년, 수강명령 성폭력 치료강의 40시간, 사회봉사명령 120시간, 취업제한명령 10년, 몰수)

2. 직권판단

가. 공소사실의 요지(『2019고단286』중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재)

피고인은 2018. 1. 13. 05:56경부터 06:15경까지 서울 관악구 소재 피해자 공소외 1(여, 가명, 29세)의 집에서, 잠을 자고 있는 피해자의 브래지어를 내려 유두가 보이도록 한 후 피고인의 휴대전화 카메라로 피해자의 가슴 부위를 근접하여 동영상으로 촬영한 것을 비롯하여 그 무렵부터 같은 해 9. 22.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재와 같이 총 9회에 걸쳐 카메라를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 피해자들의 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 검사가 유죄의 증거로 제시한 ① 압수된 피고인 소유의 휴대전화를 탐색하여 복제한 영상파일과 이를 출력한 캡처 사진, ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피고인이 진술한 동선 안에 있는 지하철역 CCTV 영상 캡처사진, ③ 그리고 수사기관의 연락을 받고 출석하여 진술한 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서로써 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 적법절차에 의하지 않은 증거

그러나 아래 수사경위를 살펴볼 때, 피고인 소유의 휴대전화를 압수하고 거기에 기억된 정보를 출력하거나 복제하는 과정이 적법절차에 따라 이루어졌다고 할 수 없고, 이러한 디지털 증거에 터 잡아 추가로 수집된 2차적 증거는 인과

관계가 희석 또는 단절하지 아니하여 증거능력을 인정할 수 없으므로(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결 참조), 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 없다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

2) 수사 경위

가) 행인 공소외 2와 그 일행 1명은 2018. 9. 23. 12:13경 수도권 전철 3호선 주엽역 6번 출구 에스컬레이터에서, 피고인이 피해자 공소외 3(가명)에 대한 별지 범죄일람표 순번 제10번 기재 범행을 저지르는 것을 목격하고, 피고인을 붙잡고 휴대전화기를 빼앗은 다음, 신고를 받고 현장에 출동한 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장에게 피고인의 신병과 휴대전화기를 인계하였다.

나) 공소외 4 경장은 위 현장에서 피고인의 휴대전화기를 건네받고 저장정보를 확인하려고 하였고, 이때 피고인이 휴대전화기를 회수하려는 태도를 취하자, 피고인을 현행범으로 체포하고 주엽지구대로 인치하였다.

다) 사법경찰관 공소외 5 경위는 2018. 9. 23. 12:17경 위 지구대에서, 피고인 작성의 임의제출 동의서를 징구하고, 휴대전화기 잠금장치도 해제받은 다음 휴대전화기에 대한 압수조서(임의제출)를 작성하였다.

라) 사법경찰관 공소외 6 경위는 2018. 9. 23. 15:27부터 여성청소년과 여청2팀 사무실에서 피고인에 대한 피의자신문을 하였고, 이때 피고인의 휴대전화기에 저장된 비디오폴더 속에 담긴 동영상파일들을 찾아 제시하자, 피고인은 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행을 자백하였고 나머지 동영상파일에 관하여는 진술을 거부하면서, 피의자신문조서 말미에 편철된 수사 과정 확인서에 아래와 같은 기재를 하였다.

지구대에서 조사를 하는 과정에서 휴대폰 반환을 할 수 있다고 해서 서류에 작성하고 지장을 찍었습니다.

그런데 경찰서로 오게 되어 반환이 안 된다고 말씀하셔서 정말 연락 때문에 꼭 필요한 거라서 반환받고 싶습니다.

반환이 안 된다는 서류나 문서 없이 조사관님 말로써만 이야기를 하셔서 저는 이의제기를 하겠습니다.

마) 피고인은 2018. 9. 23. 17:35 석방되었고, 그 후 2018. 9. 27. 법무법인 로엘을 변호인으로 선임하였다.

바) 공소외 6 경위는 2018. 10. 2. 압수한 휴대전화기를 다시 탐색하여 저장된 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행 동영상을 캡처한 사진을 수사보고서로 작성하였고, 2018. 10. 6. 09:00경에는 피고인의 주거지에서 사전압수수색 검증영장(2018. 10. 4.자)을 집행하면서 컴퓨터 1대를 압수하였는데, 이때 피고인한테서 전자정보확인서를 징구하였지만(컴퓨터에 관한 디지털기기봉인 등 참여절차 불희망 취지가 기재됨) 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제121조 소정의 참여 통지는 없었다.

사) 공소외 6 경위는 2018. 10. 10. 압수된 휴대전화기와 컴퓨터에 대한 디지털증거분석을 경기도북부지방경찰청에 의뢰하였고, 같은 경찰청 수사과 소속 공소외 7 디지털증거분석관이 2018. 10. 31. '휴대전화기를 탐색하여 이 사건 범행 관련 동영상 파일(별지 범죄일람표 순번 제1~10번)을 CD로 복제·첨부하였고, 컴퓨터에서는 관련 파일을 찾지 못했다'는 디지털 증거분석 결과보고서를 작성하여 회신하자, 2018. 11. 15. 각 범행 관련 동영상을 캡처 사진으로 종합한 수사보고(디지털 증거분석 결과)를 작성하였다.

아) 공소외 6 경위는 2018. 11. 22. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 동영상 캡처 사진 2장(범죄일람표 순번 제2번, 제6번 관련)만 확인하고 피해사실을 진술하였다.

자) 공소외 6 경위는 2018. 11. 26. 피고인의 휴대전화기를 다시 탐색하여 피해자 공소외 1(가명)에 대한 사진파일 4개를 추가로 찾아냈으나, 이미 확인된 동영상 파일의 범죄와 같다고 보아 추가 범죄인지를 하지 않았고, 이 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조의 참여절차를 위한 통지절차는 역시 없었다.

차) 의정부지방법검찰청 고양지청 소속 장혜영 검사는 2019. 1. 10. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 피해사실을 진술하였으나 동영상 내지 사진 열람은 거절하였다.

3) 휴대전화기 압수절차의 위법

가) 임의제출 절차의 위법

사실은 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장이 출동현장에서 피고인 소유의 휴대전화기를 빼앗아 소지하고 있던 행인 공소외 2한테서 제출받았는데, 같은 경찰서 소속 사법경찰관 공소외 5 경위는 피고인한테서 임의로 제출받는 형식으로 압수하였고(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 참조), 형사소송법 제129조의 압수목록 또는 범죄수사규칙 제123조 제3항 소정의 압수증명서를 교부하지 않았다.

나) 임의성 증명 부재

피고인이 압수 당일 사법경찰관 공소외 6 경위에게 휴대전화기를 돌려달라는 이의를 한 사실에 비추어 볼 때(증거기록 제35쪽), 피고인은 체포되어 매우 위축된 상태에서 임의제출의 의미와 효과를 제대로 고지받지 못한 채 임의제출 동의를 요구받아 작성한 것으로 보임에도, 제출에 임의성이 있었다는 점에 대한 검사의 증명이 없다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조).

4) 휴대전화기에 기억된 정보의 탐색, 복제·출력절차의 위법

가) 참여권

휴대전화기는 디지털정보가 담긴 정보저장매체에 해당하고, 이에 대한 압수는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 방식으로 압수하는 것이 원칙이다(형사소송법 제219조, 제106조 제3항). 비록, 임의제출 형식으로 압수되었다라도, 정보저장매체에 대하여는 정보탐색과 디지털증거의 복제 또는 출력이 필수적으로 수반되므로, 탐색과 복제·출력도 계속된 압수집행의 일환으로 보아야 하고, 따라서 형사소송법 제219조, 제121조가 정한 참여절차는 보장되어야 한다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 참조). 특히, 휴대전화기에 저장된 개인정보의 양과 민감성까지 감안하면 더욱 그렇고, 휴대전화기가 영장집행에 의해 압수된 것인지 아니면 임의제출된 것인지를 구별해 판단할 것은 아니다.

따라서 사법경찰관은 휴대전화기를 임의제출로 압수수색하는 경우에도 참여권을 보장하여야 한다.

그런데 사법경찰관 공소외 6 경위는, 피고인과 변호인(2018. 9. 27. 선임)에게 참여권 통지 없이, 2018. 10. 2. 휴대전화기를 탐색하여 저장된 동영상 파일(범죄일람표 순번 제7~10번)의 캡처 사진을 출력하였고, 공소외 6 경위의 의뢰를 받은 경기도북부지방법검찰청 수사과 소속 디지털분석관이 실행한 포렌식 수사과정(범죄일람표 순번 제1~10번)은 물론, 공소외 6 경위가 그 결과를 회신받아 동영상 파일 복제CD와 휴대전화기를 다시 탐색하는 과정에서도 참여 통지는 이루어지지 않았다.

나) 압수수색의 범위 초과

임의제출 형식의 압수는 판사가 발부한 영장이 아니라 제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장의 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.

한편, 압수수색은 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 허용되고, 여기서 압수·수색영장의 범죄 혐의 사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의 사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결 등 참조).

이 사건 수사경과를 볼 때, 피고인이 진정한 의사에 따라 임의제출을 하였더라도, 제출대상은 체포 당일의 범행 동영상 파일(범죄일람표 순번 제10번 관련)과 범행도구였던 유체물로서 휴대전화기 정도에 불과하였을 것이다.

따라서 사법경찰관으로서는 정보저장매체를 탐색하다가 압수와 관계된 당해 사건과 전혀 다른 태양의 피해자 공소외 1(가명)에 대한 범행을 의심할 수 있는 동영상 파일을 발견하였을 경우에는(범죄일람표 순번 제1~7번 관련), 별도의 영장을 발부받아 동영상파일에 대하여 나아갔어야 함에도 그러하지 않았으므로, 적법절차를 준수한 것이라 할 수 없다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 결정 참조).

다) 압수목록 또는 압수증명서 미교부

전자정보가 저장된 저장매체에 대한 압수수색은 본질적으로 저장매체 자체가 아니라 전자정보를 압수대상으로 하는 것이므로(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결 참조), 전자정보를 압수하였을 때에는 지체 없이 압수된 정보목록을 교부하여야 함에도 피고인에게 그러한 절차가 이루어지지 않은 위법이 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 직권 파기사유가 있으므로 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

쌍방 양형부당 (원심: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 보호관찰 2년, 수강명령 성폭력 치료강의 40시간, 사회봉사명령 120시간, 취업제한명령 10년, 몰수)

2. 직권판단

가. 공소사실의 요지(『2019고단286』중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재)

피고인은 2018. 1. 13. 05:56경부터 06:15경까지 서울 관악구 소재 피해자 공소외 1(여, 가명, 29세)의 집에서, 잠을 자고 있는 피해자의 브래지어를 내려 유두가 보이도록 한 후 피고인의 휴대전화 카메라로 피해자의 가슴 부위를 근접하여 동영상으로 촬영한 것을 비롯하여 그 무렵부터 같은 해 9. 22.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재와 같이 총 9회에 걸쳐 카메라를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 피해자들의 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 검사가 유죄의 증거로 제시한 ① 압수된 피고인 소유의 휴대전화를 탐색하여 복제한 영상파일과 이를 출력한 캡처 사진, ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피고인이 진술한 동선 안에 있는 지하철역 CCTV 영상 캡처사진, ③ 그리고 수사기관의 연락을 받고 출석하여 진술한 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서로써 이 부분

공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 적법절차에 의하지 않은 증거

그러나 아래 수사경위를 살펴볼 때, 피고인 소유의 휴대전화를 압수하고 거기에 기억된 정보를 출력하거나 복제하는 과정이 적법절차에 따라 이루어졌다고 할 수 없고, 이러한 디지털 증거에 터 잡아 추가로 수집된 2차적 증거는 인과 관계가 희석 또는 단절하지 아니하여 증거능력을 인정할 수 없으므로(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결 참조), 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 없다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

2) 수사 경위

가) 행인 공소외 2와 그 일행 1명은 2018. 9. 23. 12:13경 수도권 전철 3호선 주엽역 6번 출구 에스컬레이터에서, 피고인이 피해자 공소외 3(가명)에 대한 별지 범죄일람표 순번 제10번 기재 범행을 저지르는 것을 목격하고, 피고인을 붙잡고 휴대전화를 빼앗은 다음, 신고를 받고 현장에 출동한 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장에게 피고인의 신병과 휴대전화를 인계하였다.

나) 공소외 4 경장은 위 현장에서 피고인의 휴대전화를 건네받고 저장정보를 확인하려고 하였고, 이때 피고인이 휴대전화를 회수하려는 태도를 취하자, 피고인을 현행범으로 체포하고 주엽지구대로 인치하였다.

다) 사법경찰관 공소외 5 경위는 2018. 9. 23. 12:17경 위 지구대에서, 피고인 작성의 임의제출 동의서를 징구하고, 휴대전화기 잠금장치도 해제받은 다음 휴대전화기에 대한 압수조서(임의제출)를 작성하였다.

라) 사법경찰관 공소외 6 경위는 2018. 9. 23. 15:27부터 여성청소년과 여청2팀 사무실에서 피고인에 대한 피의자신문을 하였고, 이때 피고인의 휴대전화기에 저장된 비디오폴더 속에 담긴 동영상파일들을 찾아 제시하자, 피고인은 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행을 자백하였고 나머지 동영상파일에 관하여는 진술을 거부하면서, 피의자신문조서 말미에 편철된 수사 과정 확인서에 아래와 같은 기재를 하였다.

지구대에서 조사를 하는 과정에서 휴대폰 반환을 할 수 있다고 해서 서류에 작성하고 지장을 찍었습니다.

그런데 경찰서로 오게 되어 반환이 안 된다고 말씀하셔서 정말 연락 때문에 꼭 필요한 거라서 반환받고 싶습니다.

반환이 안 된다는 서류나 문서 없이 조사관님 말로서만 이야기를 하셔서 저는 이의제기를 하겠습니다.

마) 피고인은 2018. 9. 23. 17:35 석방되었고, 그 후 2018. 9. 27. 법무법인 로엘을 변호인으로 선임하였다.

바) 공소외 6 경위는 2018. 10. 2. 압수한 휴대전화를 다시 탐색하여 저장된 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행 동영상을 캡처한 사진을 수사보고서로 작성하였고, 2018. 10. 6. 09:00경에는 피고인의 주거지에서 사전압수수색 검증영장(2018. 10. 4.자)을 집행하면서 컴퓨터 1대를 압수하였는데, 이때 피고인한테서 전자정보확인서를 징구하였지만(컴퓨터에 관한 디지털기기봉인 등 참여절차 불희망 취지가 기재됨) 변호인에게서는 형사소송법 제219조, 제121조 소정의 참여 통지는 없었다.

사) 공소외 6 경위는 2018. 10. 10. 압수된 휴대전화기와 컴퓨터에 대한 디지털증거분석을 경기도북부지방경찰청에 의뢰하였고, 같은 경찰청 수사과 소속 공소외 7 디지털증거분석관이 2018. 10. 31. '휴대전화를 탐색하여 이 사건 범

행 관련 동영상 파일(별지 범죄일람표 순번 제1~10번)을 CD로 복제·첨부하였고, 컴퓨터에서는 관련 파일을 찾지 못했다는 디지털 증거분석 결과보고서를 작성하여 회신하자, 2018. 11. 15. 각 범행 관련 동영상을 캡처 사진으로 종합한 수사보고(디지털 증거분석 결과)를 작성하였다.

아) 공소외 6 경위는 2018. 11. 22. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 동영상 캡처 사진 2장(범죄일람표 순번 제2번, 제6번 관련)만 확인하고 피해사실을 진술하였다.

자) 공소외 6 경위는 2018. 11. 26. 피고인의 휴대전화기를 다시 탐색하여 피해자 공소외 1(가명)에 대한 사진파일 4개를 추가로 찾아냈으나, 이미 확인된 동영상 파일의 범죄와 같다고 보아 추가 범죄인지를 하지 않았고, 이 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조의 참여절차를 위한 통지절차는 역시 없었다.

차) 의정부지방법검찰청 고양지청 소속 장혜영 검사는 2019. 1. 10. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 피해사실을 진술하였으나 동영상 내지 사진 열람은 거절하였다.

3) 휴대전화기 압수절차의 위법

가) 임의제출 절차의 위법

사실은 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰관 공소외 4 경장이 출동현장에서 피고인 소유의 휴대전화기를 빼앗아 소지하고 있던 행인 공소외 2한테서 제출받았는데, 같은 경찰서 소속 사법경찰관 공소외 5 경위는 피고인한테서 임의로 제출받는 형식으로 압수하였고(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 참조), 형사소송법 제129조의 압수목록 또는 범죄수사규칙 제123조 제3항 소정의 압수증명서를 교부하지 않았다.

나) 임의성 증명 부재

피고인이 압수 당일 사법경찰관 공소외 6 경위에게 휴대전화기를 돌려달라는 이의를 한 사실에 비추어 볼 때(증거기록 제35쪽), 피고인은 체포되어 매우 위축된 상태에서 임의제출의 의미와 효과를 제대로 고지받지 못한 채 임의제출 동의서를 요구받아 작성한 것으로 보임에도, 제출에 임의성이 있었다는 점에 대한 검사의 증명이 없다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조).

4) 휴대전화기에 기억된 정보의 탐색, 복제·출력절차의 위법

가) 참여권

휴대전화기는 디지털정보가 담긴 정보저장매체에 해당하고, 이에 대한 압수는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 방식으로 압수하는 것이 원칙이다(형사소송법 제219조, 제106조 제3항). 비록, 임의제출 형식으로 압수되었다라도, 정보저장매체에 대하여는 정보탐색과 디지털증거의 복제 또는 출력이 필수적으로 수반되므로, 탐색과 복제·출력도 계속된 압수집행의 일환으로 보아야 하고, 따라서 형사소송법 제219조, 제121조가 정한 참여절차는 보장되어야 한다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 참조). 특히, 휴대전화기에 저장된 개인정보의 양과 민감성까지 감안하면 더욱 그렇고, 휴대전화기가 영장집행에 의해 압수된 것인지 아니면 임의제출된 것인지를 구별해 판단할 것은 아니다.

따라서 사법경찰관은 휴대전화기를 임의제출로 압수수색하는 경우에도 참여권을 보장하여야 한다.

그런데 사법경찰관 공소외 6 경위는, 피고인과 변호인(2018. 9. 27. 선임)에게 참여권 통지 없이, 2018. 10. 2. 휴대전화기를 탐색하여 저장된 동영상 파일(범죄일람표 순번 제7~10번)의 캡처 사진을 출력하였고, 공소외 6 경위의 의뢰를 받은 경기도북부지방법검찰청 수사과 소속 디지털분석관이 실행한 포렌식 수사과정(범죄일람표 순번 제1~10번)은 물론, 공소외 6 경위가 그 결과를 회신받아 동영상 파일 복제CD와 휴대전화기를 다시 탐색하는 과정에서도 참여 통지

는 이루어지지 않았다.

나) 압수수색의 범위 초과

임의제출 형식의 압수는 판사가 발부한 영장이 아니라 제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장의 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.

한편, 압수수색은 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 허용되고, 여기서 압수·수색영장의 범죄 혐의 사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의 사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결 등 참조).

이 사건 수사경과를 볼 때, 피고인이 진정한 의사에 따라 임의제출을 하였더라도, 제출대상은 체포 당일의 범행 동영상 파일(범죄일람표 순번 제10번 관련)과 범행도구였던 유체물로서 휴대전화기 정도에 불과하였을 것이다.

따라서 사법경찰관으로서는 정보저장매체를 탐색하다가 압수와 관계된 당해 사건과 전혀 다른 태양의 피해자 공소외 1(가명)에 대한 범행을 의심할 수 있는 동영상 파일을 발견하였을 경우에는(범죄일람표 순번 제1~7번 관련), 별도의 영장을 발부받아 동영상파일에 대하여 나아갔어야 함에도 그러하지 않았으므로, 적법절차를 준수한 것이라 할 수 없다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 결정 참조).

다) 압수목록 또는 압수증명서 미교부

전자정보가 저장된 저장매체에 대한 압수수색은 본질적으로 저장매체 자체가 아니라 전자정보를 압수대상으로 하는 것이므로(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결 참조), 전자정보를 압수하였을 때에는 지체 없이 압수된 정보목록을 교부하여야 함에도 피고인에게 그러한 절차가 이루어지지 않은 위법이 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 직권 파기사유가 있으므로 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제 364조 제2항에 따라 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

쌍방 양형부당 (원심: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 보호관찰 2년, 수강명령 성폭력 치료강의 40시간, 사회봉사명령 120시간, 취업제한명령 10년, 몰수)

2. 직권판단

가. 공소사실의 요지(『2019고단286』중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재)

피고인은 2018. 1. 13. 05:56경부터 06:15경까지 서울 관악구 소재 피해자 공소외 1(여, 가명, 29세)의 집에서, 잠을 자고 있는 피해자의 브래지어를 내려 유두가 보이도록 한 후 피고인의 휴대전화 카메라로 피해자의 가슴 부위를 근접하여 동영상으로 촬영한 것을 비롯하여 그 무렵부터 같은 해 9. 22.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재와 같이 총 9회에 걸쳐 카메라를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 피해자들의 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 검사가 유죄의 증거로 제시한 ① 압수된 피고인 소유의 휴대전화기를 탐색하여 복제한 영상파일과 이를 출력한 캡처 사진, ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피고인이 진술한 동선 안에 있는 지하철역 CCTV 영상 캡처사진, ③ 그리고 수사기관의 연락을 받고 출석하여 진술한 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서로써 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 적법절차에 의하지 않은 증거

그러나 아래 수사경위를 살펴볼 때, 피고인 소유의 휴대전화기를 압수하고 거기에 기억된 정보를 출력하거나 복제하는 과정이 적법절차에 따라 이루어졌다고 할 수 없고, 이러한 디지털 증거에 터 잡아 추가로 수집된 2차적 증거는 인과 관계가 희석 또는 단절하지 아니하여 증거능력을 인정할 수 없으므로(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결 참조), 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 없다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

2) 수사 경위

가) 행인 공소외 2와 그 일행 1명은 2018. 9. 23. 12:13경 수도권 전철 3호선 주엽역 6번 출구 에스컬레이터에서, 피고인이 피해자 공소외 3(가명)에 대한 별지 범죄일람표 순번 제10번 기재 범행을 저지르는 것을 목격하고, 피고인을 붙잡고 휴대전화기를 빼앗은 다음, 신고를 받고 현장에 출동한 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장에게 피고인의 신병과 휴대전화기를 인계하였다.

나) 공소외 4 경장은 위 현장에서 피고인의 휴대전화기를 건네받고 저장정보를 확인하려고 하였고, 이때 피고인이 휴대전화기를 회수하려는 태도를 취하자, 피고인을 현행범으로 체포하고 주엽지구대로 인치하였다.

다) 사법경찰관 공소외 5 경위는 2018. 9. 23. 12:17경 위 지구대에서, 피고인 작성의 임의제출 동의서를 징구하고, 휴대전화기 잠금장치도 해제받은 다음 휴대전화기에 대한 압수조서(임의제출)를 작성하였다.

라) 사법경찰관 공소외 6 경위는 2018. 9. 23. 15:27부터 여성청소년과 여청2팀 사무실에서 피고인에 대한 피의자신문을 하였고, 이때 피고인의 휴대전화기에 저장된 비디오폴더 속에 담긴 동영상파일들을 찾아 제시하자, 피고인은 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행을 자백하였고 나머지 동영상파일에 관하여는 진술을 거부하면서, 피의자신문조서 말미에 편철된 수사 과정 확인서에 아래와 같은 기재를 하였다.

지구대에서 조사를 하는 과정에서 휴대폰 반환을 할 수 있다고 해서 서류에 작성하고 지장을 찍었습니다.

그런데 경찰서로 오게 되어 반환이 안 된다고 말씀하셔서 정말 연락 때문에 꼭 필요한 거라서 반환받고 싶습니다.

반환이 안 된다는 서류나 문서 없이 조사관님 말로서만 이야기를 하셔서 저는 이의제기를 하겠습니다.

마) 피고인은 2018. 9. 23. 17:35 석방되었고, 그 후 2018. 9. 27. 법무법인 로엘을 변호인으로 선임하였다.

바) 공소외 6 경위는 2018. 10. 2. 압수한 휴대전화기를 다시 탐색하여 저장된 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행 동영상을 캡처한 사진을 수사보고서로 작성하였고, 2018. 10. 6. 09:00경에는 피고인의 주거지에서 사전압수수색 검증영장(2018. 10. 4.자)을 집행하면서 컴퓨터 1대를 압수하였는데, 이때 피고인한테서 전자정보확인서를 징구하였

지만(컴퓨터에 관한 디지털기기봉인 등 참여절차 불희망 취지가 기재됨) 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제121조 소정의 참여 통지는 없었다.

사) 공소외 6 경위는 2018. 10. 10. 압수된 휴대전화기와 컴퓨터에 대한 디지털증거분석을 경기도북부지방경찰청에 의뢰하였고, 같은 경찰청 수사과 소속 공소외 7 디지털증거분석관이 2018. 10. 31. '휴대전화기를 탐색하여 이 사건 범행 관련 동영상 파일(별지 범죄일람표 순번 제1~10번)을 CD로 복제·첨부하였고, 컴퓨터에서는 관련 파일을 찾지 못했다'는 디지털 증거분석 결과보고서를 작성하여 회신하자, 2018. 11. 15. 각 범행 관련 동영상을 캡처 사진으로 종합한 수사보고(디지털 증거분석 결과)를 작성하였다.

아) 공소외 6 경위는 2018. 11. 22. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 동영상 캡처 사진 2장(범죄일람표 순번 제2번, 제6번 관련)만 확인하고 피해사실을 진술하였다.

자) 공소외 6 경위는 2018. 11. 26. 피고인의 휴대전화기를 다시 탐색하여 피해자 공소외 1(가명)에 대한 사진파일 4개를 추가로 찾아냈으나, 이미 확인된 동영상 파일의 범죄와 같다고 보아 추가 범죄인지를 하지 않았고, 이 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조의 참여절차를 위한 통지절차는 역시 없었다.

차) 의정부지방검찰청 고양지청 소속 장혜영 검사는 2019. 1. 10. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 피해사실을 진술하였으나 동영상 내지 사진 열람은 거절하였다.

3) 휴대전화기 압수절차의 위법

가) 임의제출 절차의 위법

사실은 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장이 출동현장에서 피고인 소유의 휴대전화기를 빼앗아 소지하고 있던 행인 공소외 2한테서 제출받았는데, 같은 경찰서 소속 사법경찰관 공소외 5 경위는 피고인한테서 임의로 제출받는 형식으로 압수하였고(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 참조), 형사소송법 제129조의 압수목록 또는 범죄수사규칙 제123조 제3항 소정의 압수증명서를 교부하지 않았다.

나) 임의성 증명 부재

피고인이 압수 당일 사법경찰관 공소외 6 경위에게 휴대전화기를 돌려달라는 이의를 한 사실에 비추어 볼 때(증거기록 제35쪽), 피고인은 체포되어 매우 위축된 상태에서 임의제출의 의미와 효과를 제대로 고지받지 못한 채 임의제출 동의서를 요구받아 작성한 것으로 보임에도, 제출에 임의성이 있었다는 점에 대한 검사의 증거가 없다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조).

4) 휴대전화기에 기억된 정보의 탐색, 복제·출력절차의 위법

가) 참여권

휴대전화기는 디지털정보가 담긴 정보저장매체에 해당하고, 이에 대한 압수는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 방식으로 압수하는 것이 원칙이다(형사소송법 제219조, 제106조 제3항). 비록, 임의제출 형식으로 압수되었다라도, 정보저장매체에 대하여는 정보탐색과 디지털증거의 복제 또는 출력이 필수적으로 수반되므로, 탐색과 복제·출력도 계속된 압수집행의 일환으로 보아야 하고, 따라서 형사소송법 제219조, 제121조가 정한 참여절차는 보장되어야 한다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 참조). 특히, 휴대전화기에 저장된 개인정보의 양과 민감성까지 감안하면 더욱 그렇고, 휴대전화기가 영장집행에 의해 압수된 것인지 아니면 임의제출된 것인지를 구별해 판단할 것은 아니다.

따라서 사법경찰관은 휴대전화기를 임의제출로 압수수색하는 경우에도 참여권을 보장하여야 한다.

그런데 사법경찰관 공소외 6 경위는, 피고인과 변호인(2018. 9. 27. 선임)에게 참여권 통지 없이, 2018. 10. 2. 휴대전화기를 탐색하여 저장된 동영상 파일(범죄일람표 순번 제7~10번)의 캡처 사진을 출력하였고, 공소외 6 경위의 의뢰를 받은 경기도북부지방경찰청 수사과 소속 디지털분석관이 실행한 포렌식 수사과정(범죄일람표 순번 제1~10번)은 물론, 공소외 6 경위가 그 결과를 회신받아 동영상 파일 복제CD와 휴대전화기를 다시 탐색하는 과정에서도 참여 통지는 이루어지지 않았다.

나) 압수수색의 범위 초과

임의제출 형식의 압수는 판사가 발부한 영장이 아니라 제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장의 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.

한편, 압수수색은 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 허용되고, 여기서 압수·수색영장의 범죄 혐의 사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의 사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결 등 참조).

이 사건 수사경과를 볼 때, 피고인이 진정한 의사에 따라 임의제출을 하였더라도, 제출대상은 체포 당일의 범행 동영상 파일(범죄일람표 순번 제10번 관련)과 범행도구였던 유체물로서 휴대전화기 정도에 불과하였을 것이다.

따라서 사법경찰관으로서는 정보저장매체를 탐색하다가 압수와 관계된 당해 사건과 전혀 다른 태양의 피해자 공소외 1(가명)에 대한 범행을 의심할 수 있는 동영상 파일을 발견하였을 경우에는(범죄일람표 순번 제1~7번 관련), 별도의 영장을 발부받아 동영상파일에 대하여 나아갔어야 함에도 그러하지 않았으므로, 적법절차를 준수한 것이라 할 수 없다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 결정 참조).

다) 압수목록 또는 압수증명서 미교부

전자정보가 저장된 저장매체에 대한 압수수색은 본질적으로 저장매체 자체가 아니라 전자정보를 압수대상으로 하는 것이므로(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결 참조), 전자정보를 압수하였을 때에는 지체 없이 압수된 정보목록을 교부하여야 함에도 피고인에게 그러한 절차가 이루어지지 않은 위법이 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 직권 파기사유가 있으므로 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

쌍방 양형부당 (원심: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 보호관찰 2년, 수강명령 성폭력 치료강의 40시간, 사회봉사명령 120시간, 취업제한명령 10년, 몰수)

2. 직권판단

가. 공소사실의 요지(『2019고단286』중 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재)

피고인은 2018. 1. 13. 05:56경부터 06:15경까지 서울 관악구 소재 피해자 공소외 1(여, 가명, 29세)의 집에서, 잠을 자고 있는 피해자의 브래지어를 내려 유두가 보이도록 한 후 피고인의 휴대전화 카메라로 피해자의 가슴 부위를 근접하여 동영상으로 촬영한 것을 비롯하여 그 무렵부터 같은 해 9. 22.경까지 별지 범죄일람표 순번 제1 내지 9번 기재와 같이 총 9회에 걸쳐 카메라를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 피해자들의 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 원심의 판단

원심은, 검사가 유죄의 증거로 제시한 ① 압수된 피고인 소유의 휴대전화기를 탐색하여 복제한 영상파일과 이를 출력한 캡처 사진, ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술과 피고인이 진술한 동선 안에 있는 지하철역 CCTV 영상 캡처사진, ③ 그리고 수사기관의 연락을 받고 출석하여 진술한 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서로써 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 적법절차에 의하지 않은 증거

그러나 아래 수사경위를 살펴볼 때, 피고인 소유의 휴대전화기를 압수하고 거기에 기억된 정보를 출력하거나 복제하는 과정이 적법절차에 따라 이루어졌다고 할 수 없고, 이러한 디지털 증거에 터 잡아 추가로 수집된 2차적 증거는 인과관계가 희석 또는 단절하지 아니하여 증거능력을 인정할 수 없으므로(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018도2624 판결 참조), 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 없다.

따라서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

2) 수사 경위

가) 행인 공소외 2와 그 일행 1명은 2018. 9. 23. 12:13경 수도권 전철 3호선 주엽역 6번 출구 에스컬레이터에서, 피고인이 피해자 공소외 3(가명)에 대한 별지 범죄일람표 순번 제10번 기재 범행을 저지르는 것을 목격하고, 피고인을 붙잡고 휴대전화기를 빼앗은 다음, 신고를 받고 현장에 출동한 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰리 공소외 4 경장에게 피고인의 신병과 휴대전화기를 인계하였다.

나) 공소외 4 경장은 위 현장에서 피고인의 휴대전화기를 건네받고 저장정보를 확인하려고 하였고, 이때 피고인이 휴대전화기를 회수하려는 태도를 취하자, 피고인을 현행범으로 체포하고 주엽지구대로 인치하였다.

다) 사법경찰관 공소외 5 경위는 2018. 9. 23. 12:17경 위 지구대에서, 피고인 작성의 임의제출 동의서를 징구하고, 휴대전화기 잠금장치도 해제받은 다음 휴대전화기에 대한 압수조서(임의제출)를 작성하였다.

라) 사법경찰관 공소외 6 경위는 2018. 9. 23. 15:27부터 여성청소년과 여청2팀 사무실에서 피고인에 대한 피의자신문을 하였고, 이때 피고인의 휴대전화기에 저장된 비디오폴더 속에 담긴 동영상파일들을 찾아 제시하자, 피고인은 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행을 자백하였고 나머지 동영상파일에 관하여는 진술을 거부하면서, 피의자신문조서 말미에 편철된 수사 과정 확인서에 아래와 같은 기재를 하였다.

지구대에서 조사를 하는 과정에서 휴대폰 반환을 할 수 있다고 해서 서류에 작성하고 지장을 찍었습니다.

그런데 경찰서로 오게 되어 반환이 안 된다고 말씀하셔서 정말 연락 때문에 꼭 필요한 거라서 반환받고 싶습니다.

반환이 안 된다는 서류나 문서 없이 조사관님 말로서만 이야기를 하셔서 저는 이의제기를 하겠습니다.

마) 피고인은 2018. 9. 23. 17:35 석방되었고, 그 후 2018. 9. 27. 법무법인 로엘을 변호인으로 선임하였다.

바) 공소외 6 경위는 2018. 10. 2. 압수한 휴대전화기를 다시 탐색하여 저장된 별지 범죄일람표 순번 제7~10번 기재 범행 동영상을 캡처한 사진을 수사보고서로 작성하였고, 2018. 10. 6. 09:00경에는 피고인의 주거지에서 사전압수수색 검증영장(2018. 10. 4.자)을 집행하면서 컴퓨터 1대를 압수하였는데, 이때 피고인한테서 전자정보확인서를 징구하였지만(컴퓨터에 관한 디지털기기봉인 등 참여절차 불희망 취지가 기재됨) 변호인에게서는 형사소송법 제219조, 제121조 소정의 참여 통지는 없었다.

사) 공소외 6 경위는 2018. 10. 10. 압수된 휴대전화기와 컴퓨터에 대한 디지털증거분석을 경기도북부지방경찰청에 의뢰하였고, 같은 경찰청 수사과 소속 공소외 7 디지털증거분석관이 2018. 10. 31. '휴대전화기를 탐색하여 이 사건 범행 관련 동영상 파일(별지 범죄일람표 순번 제1~10번)을 CD로 복제·첨부하였고, 컴퓨터에서는 관련 파일을 찾지 못했다'는 디지털 증거분석 결과보고서를 작성하여 회신하자, 2018. 11. 15. 각 범행 관련 동영상을 캡처 사진으로 종합한 수사보고(디지털 증거분석 결과)를 작성하였다.

아) 공소외 6 경위는 2018. 11. 22. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 동영상 캡처 사진 2장(범죄일람표 순번 제2번, 제6번 관련)만 확인하고 피해사실을 진술하였다.

자) 공소외 6 경위는 2018. 11. 26. 피고인의 휴대전화기를 다시 탐색하여 피해자 공소외 1(가명)에 대한 사진파일 4개를 추가로 찾아냈으나, 이미 확인된 동영상 파일의 범죄와 같다고 보아 추가 범죄인지를 하지 않았고, 이 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조의 참여절차를 위한 통지절차는 역시 없었다.

차) 의정부지방검찰청 고양지청 소속 장혜영 검사는 2019. 1. 10. 피해자 공소외 1(가명)에 대한 진술조서를 작성하였고, 이때 위 피해자는 피해사실을 진술하였으나 동영상 내지 사진 열람은 거절하였다.

3) 휴대전화기 압수절차의 위법

가) 임의제출 절차의 위법

사실은 경기일산서부경찰서 소속 사법경찰관 공소외 4 경장이 출동현장에서 피고인 소유의 휴대전화기를 빼앗아 소지하고 있던 행인 공소외 2한테서 제출받았는데, 같은 경찰서 소속 사법경찰관 공소외 5 경위는 피고인한테서 임의로 제출받는 형식으로 압수하였고(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 참조), 형사소송법 제129조의 압수목록 또는 범죄수사규칙 제123조 제3항 소정의 압수증명서를 교부하지 않았다.

나) 임의성 증명 부재

피고인이 압수 당일 사법경찰관 공소외 6 경위에게 휴대전화기를 돌려달라는 이의를 한 사실에 비추어 볼 때(증거기록 제35쪽), 피고인은 체포되어 매우 위축된 상태에서 임의제출의 의미와 효과를 제대로 고지받지 못한 채 임의제출 동의서를 요구받아 작성한 것으로 보임에도, 제출에 임의성이 있었다는 점에 대한 검사의 증거가 없다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조).

4) 휴대전화기에 기억된 정보의 탐색, 복제·출력절차의 위법

가) 참여권

휴대전화기는 디지털정보가 담긴 정보저장매체에 해당하고, 이에 대한 압수는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 방식으로 압수하는 것이 원칙이다(형사소송법 제219조, 제106조 제3항). 비록, 임의제출 형식으로 압수되었다라도, 정보저장매체에 대하여는 정보탐색과 디지털증거의 복제 또는 출력이 필수적으로 수반되므로, 탐색과 복제·출력도 계속된 압수집행의 일환으로 보아야 하고, 따라서 형사소송법 제219조, 제121조가 정한 참여절차는 보장되어야 한다(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 참조). 특히, 휴대전화기에 저장된 개인정보의 양과 민감성까지 감안하면 더욱 그렇고, 휴대전화기가 영장집행에 의해 압수된 것인지 아니면 임의제출된 것인지를 구별해 판단할 것은 아니다.

따라서 사법경찰관은 휴대전화기를 임의제출로 압수수색하는 경우에도 참여권을 보장하여야 한다.

그런데 사법경찰관 공소외 6 경위는, 피고인과 변호인(2018. 9. 27. 선임)에게 참여권 통지 없이, 2018. 10. 2. 휴대전화기를 탐색하여 저장된 동영상 파일(범죄일람표 순번 제7~10번)의 캡처 사진을 출력하였고, 공소외 6 경위의 의뢰를 받은 경기도북부지방경찰청 수사과 소속 디지털분석관이 실행한 포렌식 수사과정(범죄일람표 순번 제1~10번)은 물론, 공소외 6 경위가 그 결과를 회신받아 동영상 파일 복제CD와 휴대전화기를 다시 탐색하는 과정에서도 참여 통지는 이루어지지 않았다.

나) 압수수색의 범위 초과

임의제출 형식의 압수는 판사가 발부한 영장이 아니라 제출자의 의사에 기하여 압수물이 제출된다는 점에서 차이가 있을 뿐 그 법적 효과는 영장의 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.

한편, 압수수색은 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 허용되고, 여기서 압수·수색영장의 범죄 혐의 사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의 사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결 등 참조).

이 사건 수사경과를 볼 때, 피고인이 진정한 의사에 따라 임의제출을 하였더라도, 제출대상은 체포 당일의 범행 동영상 파일(범죄일람표 순번 제10번 관련)과 범행도구였던 유체물로서 휴대전화기 정도에 불과하였을 것이다.

따라서 사법경찰관으로서는 정보저장매체를 탐색하다가 압수와 관계된 당해 사건과 전혀 다른 태양의 피해자 공소외 1(가명)에 대한 범행을 의심할 수 있는 동영상 파일을 발견하였을 경우에는(범죄일람표 순번 제1~7번 관련), 별도의 영장을 발부받아 동영상파일에 대하여 나아갔어야 함에도 그러하지 않았으므로, 적법절차를 준수한 것이라 할 수 없다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 결정 참조).

다) 압수목록 또는 압수증명서 미교부

전자정보가 저장된 저장매체에 대한 압수수색은 본질적으로 저장매체 자체가 아니라 전자정보를 압수대상으로 하는 것이므로(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결 참조), 전자정보를 압수하였을 때에는 지체 없이 압수된 정보목록을 교부하여야 함에도 피고인에게 그러한 절차가 이루어지지 않은 위법이 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결 참조).

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 직권 파기사유가 있으므로 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제 364조 제2항에 따라 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.