

아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)·성폭력범죄
의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)·아동·청소년의성보호
에관한법률위반(성매수등)

[서울고등법원 2021. 1. 7. 2020노1164]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 최종경(기소), 위성국(공판)

【변 호 인】 법무법인 BLS 담당변호사 전형호

【원심판결】 서울서부지방법원 2020. 6. 18. 선고 2019고합289 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 1년에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인에게 40시간의 성매매 방지강의 수강을 명한다.

피고인에게 아동·청소년 관련기관 등과 장애인복지시설에 3년간 취업제한(운영 및 사실상 노무제공 금지 포함)을 명한다.

이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한 특례법위반(카메라등이용촬영)의 점은 각 무죄.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 증거능력에 관한 법리오해

[이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한 특례법위반(카메라등이용촬영)의 점 관련]

이 부분 공소사실에 관한 증거들인 압수물총목록 기재 증 제1 내지 10호증(이하 '이 사건 압수물'이라 한다)은 아래와 같은 사정들을 고려할 때 영장주의 및 적법절차의 원칙을 위반하여 수집된 위법수집증거로 증거능력이 없다.

이를 기초로 획득한 수사보고 등은 모두 위법수집증거에 기초한 2차 증거로 역시 증거능력이 없다.

그럼에도 위 각 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 위법수집증거배제법칙(형사소송법 제308조의2)에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

① 이 사건 압수물은 수사기관이 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)의 기초가 된 피의사실(이하 '이 사건 피의사실'이라 한다)과 관련성이 없는 것들이다.

수사기관은 이 사건 압수물에 관하여 사후적으로 영장을 발부받지도 않았다.

② 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 용이함에도 저장매체 자체인 이 사건 압수물을 반출하여 압수하였다.

이는 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다.

③ 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 피고인에게 이 사건 영장의 표지만을 제시하고 '압수할 물건'과 '압수방법의 제한'이 기재되어 있는 부분을 제시하지 않았다.

이는 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 영장 제시라 할 수 없다.

④ 경찰은 압수된 PC(증 제8호증, 이하 '이 사건 PC'라 한다)의 봉인을 해제하는 과정과 압수된 SSD카드(증 제10호증, 이하 '이 사건 SSD카드'라 한다)를 탐색하여 별지 기재 동영상들(이하 '이 사건 동영상들'이라 하고, 그 중 일부를 일컬을 때에는 '순번 ○○ 동영상'이라 한다)을 취득하는 과정에서 피고인의 참여를 배제하였다.

⑤ 경찰은 이 사건 동영상들을 취득한 이후 피고인에게 압수된 전자정보가 무엇인지 확인할 수 있는 '상세목록'을 교부하지 않았고, 특별한 사정이 없음에도 이 사건 압수물들을 피고인에게 반환하지 않았다.

경찰은 이 사건 압수물로부터 취득하였으나 압수하지 않은 전자정보를 삭제·폐기하지도 않았다.

⑥ 경찰은 이 사건을 검찰에 송치하면서 이 사건 동영상들을 기록에 첨부하지 않았다가, 이후 사건 담당 경찰이 집에서 이 사건 동영상들을 찾아 검찰에 추송하였다.

이는 증거기록을 사적으로 복제하여 유출하였던 것으로 위법하다.

2) 사실오인(순번 22 동영상 관련)

순번 22 동영상은 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영된 것이 아니다.

순번 22 동영상에 관한 수사보고(증거기록 제123면)에도 '몰래카메라는 아닌 것으로 추정됨'이라고 기재되어 있다.

그럼에도 이 사건 공소사실 중 순번 22 동영상에 관한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(징역 2년 6월 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인[이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점 관련]

공소외 1은 수사기관에서부터 피고인을 상대로 2회에 걸쳐 성매매를 하였다고 자발적으로 진술하였고 그 진술내용이 구체적이어서 신빙성이 있다.

공소외 1이 순번 20, 21 동영상 속의 여성이 자신이 아니라고 진술을 번복한 것은 피고인으로부터 강요를 받았기 때문이다.

이러한 사정들에 비추어 보면 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술에는 신빙성이 있음에도 불구하고 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 증거능력 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 이 법원에 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인에 대한 수사 개시 및 이 사건 영장 발부 경위

① 피고인의 배우자 공소외 2는 2018. 4.경 자신의 지인 공소외 3에게 "피고인의 컴퓨터에서 여성의 신체를 몰래 촬영한 사진들을 발견했는데, 피고인으로부터 '그 사진들을 몰래 촬영하여 다른 사람들과 공유했다'고 들었다"면서, 자신의 휴대전화로 피고인의 모니터 화면에 나타나 있는 위 사진들을 촬영하여 이를 공소외 3에게 전송하였다.

② 공소외 3은 2018. 5. 8. '피고인이 상습적으로 자신의 차 안 등에서 여자의 신체 사진을 몰래 찍어 유포한다고 하니 조사를 부탁드립니다'는 취지로 '스마트 국민제보' 사이트에 신고를 하여 경찰에 사건이 접수되었다.

③ 경찰은 2018. 5. 12. 공소외 3에 대한 참고인 조사를 하였다.

공소외 3은 그날 공소외 2로부터 전송받은 사진들을 경찰에 제출하였는데, 그 사진들은 차량 조수석에 반바지 차림으로 앉아있는 여성을 운전석 위쪽에서 내려다보는 방향으로 촬영한 사진 8장, 편의점 앞 의자에 원피스를 입고 앉아있는 여성을 앞에서 촬영한 사진 1장(증거기록 제20 내지 28면)이었다.

④ 경찰은 2018. 5. 30.경 법원에 피의자의 특정 및 증거 확보를 위한 이 사건 영장의 발부를 신청하였다.

서울서부지방법원 영장담당판사는 2018. 5. 30. 피고인의 신체, 피고인의 주소지, 피고인 소유의 차량 2대에 관한 이 사건 영장을 발부하였다.

이 사건 영장에 기재된 주요 내용은 다음과 같다(다만, 별지의 내용은 생략한다).

[피의자]피의자[범죄사실]피의자는 2017. 시간불상경 피의자 소유의 차량 등에서 사업상 알게 된 성명불상의 피해자를 자신의 휴대전화를 이용하여 성적수치심을 느낄 수 있는 허벅지와 다리 등의 신체부위를 그 의사에 반하여 촬영하였고, 카카오톡 어플을 이용하여 게임동호회 회원 단체 카톡방에 전송하는 방법으로 유포하였다.

[압수·수색·검증을 필요로 하는 사유]참고인 공소외 3은 2018. 5. 6. 친구인 공소외 2의 남편 피의자가 모르는 여자의 사진을 몰래 찍어서 유포했다며 진정서를 제출하였음 2018. 4. 피의자의 부인 공소외 2는 피의자의 컴퓨터에서 우연히 몰카 사진을 보게 되었고, 이를 피의자에게 문자 사업상 알게 된 여성들을 휴대전화를 이용하여 몰래 촬영한 다음 게임 동호회 사람들에게 카카오톡 단체카톡방을 통해 유포하였다는 말을 들었고, 2018. 4. 9. 이를 참고인 공소외 3에게 고민상담을 하며 진술함참고인이 제출한 피의자의 부인 공소외 2와의 카카오톡 대화내용과 피의자의 부인

공소외 2가 피의자의 컴퓨터 모니터를 그대로 촬영한 사진 등으로 보아 범증 명확히 할 필요가 있다고 판단됨참고인이 제출한 피의자 휴대전화 번호를 통신자료 제공요청하여 피의자 특정하였으나, 검거할 시 피의자가 휴대전화, 컴퓨터 등에 저장되어 있는 사진 등을 삭제하는 등 증거를 인멸하고, 자신의 주거지 등에 있는 증거를 인멸하거나 삭제할 우려가 있어 검거하지 않고, 피의자가 소지하고 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자 주거지에 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자가 사진을 촬영한 피의자 소유의 차량 등을 압수·수색·검증하여 피의자의 혐의를 입증할 증거를 확보한 후, 피의자를 검거하고 혐의사실을 입증하는 수사단서로 활용하고자 함[수색, 검증할 장소, 신체, 물건]1. 피의자의 신체2. 피의자 주소지(서울 마포구 (주소 1 생략))3. 피의자 소유의 (차량번호 1 생략) 아우디, (차량번호 2 생략) 쟈트라 차량[압수할 물건]- 피의자가 소지 및 소유하고 있는 휴대전화, 외장메모리, 유심칩, 컴퓨터 본체, usb, 외장하드 등 저장매체 일체- 단, 휴대전화 외의 물건은 별지와 같이 압수대상 및 방법 제한

나) 이 사건 영장의 집행 과정

① 이 사건을 수사하던 서울마포경찰서 사법경찰관 경위 공소외 4, 순경 공소외 5, 공소외 6(이하 이들을 모두 일컬을 때에는 '이 사건 경찰들'이라 한다)은 2018. 6. 5. 08:20경 이 사건 영장에 기재된 압수·수색 장소인 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에 도착한 다음, 피고인에게 전화하여 이 사건 영장이 발부되었음을 통지하고 차량들에 대한 수색을 위하여 나와 달라고 요구하였다.

② 이 사건 경찰들은 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에서 기다리던 중 신발주머니가 △△동 불상의 호실에서 바닥으로 떨어지는 것을 목격하고, 그 신발주머니를 열어 확인한 결과 그 안에서 저장매체 2개[하드디스크 1개(WD Blue Desktop Hard Drive, 증 제9호증), SSD카드 1개(Crucial MX300 Solid State Drive, 증 제10호증)]를 발견하였다.

이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:30경 피고인이 주차장에 나타나자 이 사건 영장을 제시하고 차량들을 수색하였으나 이 사건 피의사실에 관련된 물품을 발견하지 못하였다.

곧이어 이 사건 경찰들은 피고인에게 신발주머니를 보여주면서 신발주머니 및 그 안에 들어 있는 저장매체들이 피고인의 것이 맞는지 물어보았는데, 피고인은 그 신발주머니와 저장매체들은 자신의 것이 아니고 이를 던진 적도 없다고 답변하였다.

③ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:35경 피고인의 주거지로 이동하여 이 사건 영장에 기하여 hp노트북, saramin usb, 아이폰5, 베가 스마트폰, 아이폰6s 플러스, 애플 맥북에어, 컴퓨터 하드디스크, 컴퓨터 본체(조립식)(증 제1 내지 8호증, 이하 '영장에 의한 압수물'이라 한다)를 압수하였다.

④ 이 사건 경찰들은 피고인의 주거지에서 이 사건 영장 집행을 하면서 공소외 2(피고인의 배우자)에게 위 신발주머니와 저장매체 2개가 누구 것인지 물어보았고, 공소외 2는 '신발주머니는 자신의 것이나 그 안에 들어있는 저장매체 2개에 대하여는 모른다'고 답변하였다.

⑤ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 09:00경 위 신발주머니 안에 들어있던 저장매체 2개(이하 '이 사건 유류물'이라 한다)를 유류물로 압수하였다.

⑥ 이 사건 경찰들은 같은 날 영장에 의한 압수물에 관하여 이 사건 영장에 의하여 압수하였다는 취지의 압수조서(증거기록 제63면)를 작성하였고, 이 사건 유류물에 관하여는 유류물로 압수했다는 취지의 압수조서(증거기록 제67면)를 작성하였다.

다) 이 사건 압수물의 분석 및 공소제기 과정

① 피고인은 2018. 6. 5. 09:00경 영장에 의한 압수물에 대한 원본 반출 확인서를 작성하면서 디지털기기·저장매체의 봉인해제, 복제본의 획득, 디지털기기·저장매체 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력가정에 참여하겠다는 의사를 밝혔다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

② 피고인은 2018. 6. 14. 경찰과 통화를 하면서 위 참여의사를 번복하여 탐색절차에 참여하지 않겠다는 의사를 밝혔다. 피고인은 2018. 6. 18. 그 당시 변호인이었던 공소외 7 변호사와 함께 서울마포경찰서를 방문하여 '개인 일정 조절이 어려워 전체 절차에 참여하기 어렵다'는 사유로 참여의사를 철회한다는 내용의 참여 철회 확인서를 제출하였다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

③ 이 사건 압수물에 대한 디지털증거분석 결과 압수된 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 불상의 여성 엉덩이와 다리 사진 11장이 발견되었고, 이 사건 PC와 이 사건 SSD카드에서 이 사건 동영상들이 발견되었다.

이 사건 동영상들에는 피고인이 여성과 나체로 성관계를 하는 장면 등이 촬영되어 있다.

그러나 위 디지털증거분석 결과 공소외 3이 경찰에서 참고인 조사를 받을 당시 제출한 사진들이 다시 발견되었다는 내용은 기재되어 있지 않다.

④ 이 사건 동영상들을 증거로 이 사건 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점과 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(이를 통틀어 이하 '이 사건 동영상 촬영'이라 한다)을 포함한 이 사건 공소가 제기되었다.

반면 공소외 3이 경찰에 제출한 사진과 관련된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았고, 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 발견된 위 사진 11장에 관하여서도 공소가 제기되지 않았다.

2) 구체적 판단

위에서 인정한 바와 같이 이 사건 동영상 촬영에 관한 주된 증거는 이 사건 동영상들이다.

이 사건 동영상들 중 순번 1 내지 5, 7 내지 9, 11 내지 16, 20, 21은 영장에 의한 압수물 중 하나인 이 사건 PC에서 발견되었고, 같은 순번 6, 10, 17 내지 19, 22는 이 사건 유류물 중 하나인 이 사건 SSD카드에서 발견되었다.

아래에서는 이 사건 PC에서 발견된 파일(이하 'PC 파일'이라 한다)과 이 사건 SSD카드에서 발견된 파일(이하 'SSD카드 파일'이라 한다)의 증거능력에 관하여 나누어 차례로 살펴보기로 한다.

가) PC 파일의 증거능력

(1) 관련 법리

형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

"라고 정하고 있다.

따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

위와 같이 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 증거는 피고인이 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 증거능력이 없다고 봄이 타당하다.

그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

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

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

(가) PC 파일이 이 사건 영장과 무관하다는 주장(위 법리오해 주장 ①)

① 이 사건 PC는 이 사건 영장에 의한 압수물이므로, 이 사건 영장 발부의 사유로 된 이 사건 피의사실과 관련된 범죄에 한하여 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

그런데 아래와 같은 사정들을 고려하면 이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 관계있는 범죄라고 볼 수 없어 이 사건 영장의 효력이 미치지 아니한다.

㉠ 이 사건 피의사실 중 성명불상의 피해자에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점은 피고인이 차량 내부에서 치마를 입은 여성의 하반신을 촬영하였다는 것 등인 반면 이 사건 동영상 촬영의 점은 피고인이 나체로 촬영대상자와 성관계를 하고 있는 장면을 촬영하였다는 것으로 그 대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 촬영물의 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있다.

㉡ 이 사건 피의사실에 관하여는 이 사건 피의사실이 일어나던 당시 상습범 처벌 규정이 존재하지 않았고 특별한 목적 등을 주관적 구성요건으로 요구하고 있지도 않아, 이 부분 범행에 관한 음란물 자료들이 이 사건 피의사실의 목적이거나 상습성에 대한 간접증거나 정황증거로 사용될 여지도 없었다.

㉢ 이 사건 영장에는 이 사건 동영상 촬영의 점에 관련된 내용이 전혀 기재되어 있지 않고, 추가 여죄 수사에 활용하기 위한 목적이 있다는 취지의 기재 또한 없다.

㉣ 이 사건 동영상 촬영의 점에 관하여는 공소가 제기되었으나, 이 사건 영장 발부의 기초가 된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았다.

② 그렇다면 이 사건 PC를 탐색하는 과정에서 이 사건 피의사실과 별건인 이 사건 동영상 촬영과 관련된 자료를 발견한 수사기관으로서는 더 이상 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별건 범죄 혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받는 등의 조치를 취하였어야 한다.

수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않은 채 이 사건 PC에서 발견된 파일을 탐색한 것은 헌법과 형사소송법이 정한 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수·수색에 해당하고 그 절차 위반의 정도가 매우 중하다고 판단된다. PC 파일은 증거능력이 없다.

③ 형사소송법 등에서 압수·수색 절차와 관련된 조항을 둔 취지와 그를 통해 보호되는 권리·법익의 중요성, 이 사건 영장의 집행 과정에서 이루어진 수사기관의 위반 내용과 경위 및 그 회피가능성 등을 두루 살펴보면, PC 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고, PC 파일의 캡처 화면을 보면서 조사가 이루어진 공소외 8에 대한 검찰 진술조서 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다.

④ 이와 같이 PC 파일의 증거능력을 인정할 수 없으나, 아래에서는 피고인이 제기하고 있는 나머지 법리오해 주장에 관하여도 살펴보기로 한다.

(나) 저장매체 자체 반출이 위법하다는 주장(위 법리오해 주장 ②)

이 사건 영장의 '압수할 물건'란 및 별지에는, 원칙적으로 피고인이 소지하고 있는 컴퓨터 본체나 저장매체에서 이 사건 피의사실과 관련된 전자정보만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복제하는 방법으로 이를 압수하여야 하고, 예외적으로 영장의 집행 현장에서 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 불가능하거나 현저히 곤란할 때에만 저장매체 자체를 반출하는 등으로 압수할 수 있다고 기재되어 있다.

이 사건 피의사실은 '피고인이 여성의 신체 부위를 의사에 반하여 촬영하고 카카오톡 어플을 이용하여 전송하는 방법으로 반포하였다'는 취지이다.

이 사건 경찰들로서는 피의사실에 기재된 사진 파일뿐 아니라 이를 반포한 사실에 관한 증거들도 압수할 필요가 있었을 것이다.

그런데 이 사건 경찰들이 이 사건 피의사실 기재 파일 및 그 반포에 관한 증거들이 어느 저장매체에 저장되어 있는지 분명히 알기 어려웠을 것으로 보이는 점, 피고인이 일부 저장매체를 신발주머니에 담아 아파트 바깥으로 던져버리는 등으로 증거의 은닉을 시도하는 등 피고인의 협조를 받아 필요한 증거들만을 압수하기 용이하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들이 저장매체의 복제본 획득이 현저히 곤란하다고 판단하여 이를 봉인한 후 반출하는 방식으로 압수한 것이 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다고 보기는 어렵다.

(다) 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ③)

형사소송법 제219조에서 준용하는 같은 법 제118조는 피압수자 등이 압수·수색 사유를 확인하고 진행될 절차에서 참여권을 행사할 수 있도록 하는 등 방어권을 보장하기 위한 것인데 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 영장 집행 당시 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장의 표지를 제시받았고 피의사실의 내용을 들었다고 하는 것을 인정하고 있는

점, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 영장 집행과정에서 참여권이 침해되었다고 보기 어려운 점까지 종합하여 볼 때 피고인의 위 주장만으로 이 사건 영장의 집행 당시 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다고 보기는 어렵다.

(라) 피고인의 참여권이 배제되었다는 주장(위 법리오해 주장 ④)

앞서 살핀 바와 같이 이 사건 PC는 2018. 6. 5. 압수되었고, 피고인은 그날 그 봉인해제 및 탐색·복제 과정 등에 참여하겠다는 의견을 밝혔다.

그런데 이 사건 PC는 같은 날 서울지방경찰청에 디지털 증거분석이 의뢰되었고, 그곳에서 피고인의 참여 없이 봉인이 해제되었다.

그렇다면 이 사건 PC의 봉인 해제 과정에 피고인의 참여가 배제된 절차의 하자가 있음은 인정된다.

그러나 피고인은 2018. 6. 18. 변호인과 함께 경찰을 방문하여 이 사건 PC의 탐색 과정에 참여하지 않겠다는 취지의 확인서를 작성하여 제출한 점, 이 사건 PC의 실제 탐색작업은 2018. 6. 20. 이루어진 것으로 보이는 점, 피고인도 이 사건 PC에서 탐색된 파일들에 관하여 자신이 촬영한 동영상이라는 것을 부인하지는 않는 점 등을 종합하여 볼 때 위와 같은 절차의 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

(마) 압수된 전자정보에 관한 상세목록이 교부되지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ⑤)

형사소송법 제219조, 제129조에 의하면 수사기관은 압수물에 관한 목록을 작성하여 피압수자에게 이를 교부하여야 한다.

그런데 원심과 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 이 사건 경찰은 이 사건 PC로부터 동영상 파일을 탐색하여 취득하였음에도 피고인에게 전자정보 상세목록을 교부하지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 이 사건 PC로부터 취득한 전자정보는 형사소송법 제219조, 제129조가 규정한 절차에 따르지 않고 취득한 증거에 해당한다.

그러나 압수목록 또는 전자정보상세목록의 교부는 압수가 종료된 이후에 이루어지는 절차이므로, 형사소송법이 압수·수색에 관하여 정한 다른 절차들과 비교할 때 그 위반으로 인하여 피압수자에게 발생하는 법익 침해의 정도가 중하지 않은 점, 피고인이 이 사건 PC의 탐색과정에 참여하지 않겠다는 의사를 표명하였던 점까지 고려할 때 위와 같은 절차 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제해야 할 정도로 중대한 것이라 보기는 어렵다.

(바) 경찰이 이 사건 동영상을 유출하였다가 검찰에 송치했다는 주장(위 법리오해 주장 ⑥)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 사건 경찰들은 2018. 11. 14.경 이 사건을 검찰에 송치할 당시 PC 파일을 첨부하지 않았던 사실, 이 사건 경찰 중 한명이 2019. 3. 11.경 PC 파일이 저장된 USB를 '집에서 찾았다'고 하면서 검찰에 추송한 사실을 인정할 수 있다.

이와 같이 이 사건 경찰이 피의사실에 관한 수사의 일환으로 압수된 물건일 뿐 아니라 성관계 장면이 촬영되어 프라이버시의 침해 우려가 큰 PC 파일의 존재를 파악하지 못하거나 심지어 이를 자신의 집에 가져갔다는 것은 잘못이다.

그러나 위와 같은 잘못이 PC 파일이 취득된 이후에 일어난 것인 점, 피고인이 PC 파일이 자신에 의하여 촬영된 것임을 인정하고 있는 점까지 종합하여 볼 때 위와 같은 수사과정에서의 잘못으로 인하여 PC 파일의 증거능력을 부정할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

나) 압수된 SSD카드(증 제10호증)에서 발견된 파일의 증거능력

(1) 관련 법령

- 형사소송법 제218조(영장에 의하지 아니한 압수)

검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.

(2) 구체적 판단

(가) 유류물 압수의 적법 여부

앞서 살펴본 바와 같이 피고인은 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장을 집행하겠다는 통지를 받은 직후 피고인의 거주지인 아파트 20층에서 바깥으로 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니를 던졌다.

피고인은 곧바로 주차장으로 내려가 이 사건 경찰로부터 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니가 자신의 것인지 질문을 받고도 그 소유임을 부인하였다.

이 사건 SSD카드는 이 사건 경찰들이 피고인에게 이 사건 영장의 집행을 하겠다는 것을 고지한 직후 아파트 상층으로부터 바닥으로 떨어진 점에 비추어 이 사건 경찰들로서는 이 사건 SSD카드에 이 사건 피의사실에 관한 증거가 포함되어 있을 것으로 여길 만한 상황이었다고 보인다.

그러나 이 사건 경찰들이 SSD카드를 발견하여 그 점유를 취득할 당시 그것이 피고인이 피고인 주거지에서 던진 것인지 여부나 이 사건 범행과 관련된 것인지 여부를 명확히 알 수는 없었을 것이다.

또한 이 사건 영장에 기재된 수색, 검증할 장소, 신체, 물건은 '피고인의 신체, 피고인 주소지, 피고인 소유의 차량들'로 한정되어 있다.

이와 같이 경찰들로서는 이 사건 SSD카드가 이 사건 피의사실과 관련된 것일 가능성이 있어 이를 압수함이 상당함에도 그 소유관계가 명확히 확인되지는 않았던 점, 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장의 집행장소를 벗어난 곳에 위치하고 있어 이 사건 영장의 집행으로 이를 압수하기 어려웠던 점까지 고려할 때 이 사건 경찰들이 이를 유류물로 보아 압수한 절차가 위법하다고 볼 수는 없다.

(나) SSD카드 파일들의 증거능력 유무

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로 보아 압수한 절차에 위법이 있다고 할 수는 없다.

그러나 이 사건 SSD카드 자체가 아닌 그로부터 발견된 SSD카드 파일은 아래에서 살펴보는 바와 같이 피고인의 참여권이 보장되지 않은 점, 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어려운 점 등으로 인하여 그 증거능력을 인정할 수 없다.

또한 SSD카드 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다(순번 22 동영상에 관한 증거들도 모두 증거능력이 인정되지 않으므로, 순번 22 동영상 관련 사실 오인 주장에 대한 판단은 생략한다).

① 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 경찰들이 이 사건 영장을 집행에 임박하여 피고인에게 영장 발부 사실을 알린 직후에 이루어졌다.

이와 같이 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 피의사실, 즉 촬영대상자의 의사에 반하여 타인의 신체를 촬영하고 이를 반포한 점에 대한 수사의 일환으로 이루어졌다.

② 이 사건 영장의 압수 대상물은 이 사건 피의사실과 관련된 동영상 파일들과 피고인의 휴대전화이고 예외적으로 저장매체도 포함하고 있었다.

이 사건 경찰들은 실제로 이 사건 영장에 기하여 영장에 의한 압수물을 반출하는 방식으로 압수하였다.

만약 피고인이 이 사건 SSD카드를 아파트 주차장으로 던지지 않았다면 이 사건 SSD카드 역시 이 사건 영장에 기하여 피고인 주거지에서 압수되었을 것으로 보인다.

③ 이 사건 경찰도 이 사건 SSD카드를 압수할 당시 그것이 피고인에 의하여 피고인의 주거지에서 아파트 주차장으로 던져진 것임을 짐작한 것으로 보인다.

이 사건 경찰은 이를 취득한 직후 피고인에게 피고인의 소유물인지 여부를 물어보기도 하였다.

이 사건 경찰들은 곧이어 피고인의 주거지로 이동하여 피고인의 배우자 공소외 2에게 이 사건 SSD카드와 그것이 들어있던 신발주머니가 누구의 것인지 질문하였으며, 공소외 2로부터 신발주머니가 자신의 것이라는 답변을 들었다.

④ 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로서 압수한 것을 위법하다고 보기는 어렵다.

그러나 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장이 집행되던 중에 압수된 점, 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드가 피고인에 의하여 던져진 것임을 짐작하였을 것인 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들로서는 이 사건 피의사실과 관련된 파일을 취득하기 위하여 이 사건 SSD카드를 탐색하는 과정에서 이 사건 영장 집행과정과 마찬가지로 피고인의 참여권을 보장하고, 만약 이 사건 피의사실과 무관한 파일을 발견할 경우 그 탐색을 멈추고 별도의 압수수색영장을 청구하여 발부받아야 한다고 봄이 타당하다.

이 사건 SSD카드가 유류물로 압수되었다는 사정만으로 그것이 이 사건 피의사실을 근거로 한 이 사건 영장 집행과 밀접하게 연관되어 압수되었음에도 아무런 제한 없이 이를 탐색하여 별개의 범죄사실에 관한 증거를 취득할 수 있다고 볼 수는 없다.

⑤ 이 사건 경찰들은 이 사건 SSD카드의 탐색에 관하여 피고인이 참여할 것인지 의사를 묻지 않았고, 실제로 피고인 또는 변호인의 참여 없이 탐색이 진행되었다.

그런데 이 사건 SSD카드의 탐색과정에서 이 사건 피의사실과 관련이 있다고 보기 어려운 SSD카드 파일들이 발견되었다.

피고인은 그와 같은 탐색과정에서 별건 증거의 취득에 관한 자신의 의견을 피력할 기회를 부여받지 못하였고, 취득한 파일의 상세목록을 교부받을 기회 역시 부여받지 못하였다.

⑥ SSD카드 파일들은 앞서 살펴본 PC 파일에 관한 부분에서 상세히 살펴본 바와 마찬가지로 이 사건 피의사실과 사이에 ㉠ 그 촬영대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있고, ㉡ 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접·정황증거로 사용될 여지가 없으며, ㉢ 이 사건 SSD카드 파일의 압수 당시 이 사건 경찰들이 이를 추가 여죄 수사에 활용할 목적이 있었다고 보기 어려워, 결국 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2019. 1~2.경 서울 강남구 역삼동에 있는 상호불상의 모텔에서 '□□' 어플을 통하여 만난 아동·청소년인 공소외 1(여, 15세)과 성행위를 한 뒤 그녀에게 그 대가로 현금 15만 원을 교부함으로써 아동·청소년의 성을 사는 행위를 하였다.

2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거를 토대로 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1 진술의 신빙성을 인정하기 어렵고, 나머지 증거들만으로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 부족하다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

- ① 공소외 1은 검찰에서 2회에 걸쳐 조사받을 당시 2018년 초경 성매매 사실에 관하여는 비교적 구체적으로 진술한 데 반하여, 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않았다.
- ② 공소외 1은 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하였다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술을 번복하였다.
- ③ 공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 자신이 아니라고 진술을 번복하는 등 전체적으로 일관되지 않은 면이 있다.
- ④ 피고인이 자신의 성매매, 동영상 촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로이 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다.

- ⑤ 피고인은 2019. 4.경 공소외 1로부터 사실확인서를 받았는데, 피고인이 사실확인서를 받기 전인 2019. 1~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 하였을 가능성을 완전히 배제하기 어렵다.

3) 이 법원의 판단

공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받았고, 원심에서는 증인으로 채택되었으나 출석하지 않았으며, 이 법원에서 증인으로 출석하여 진술하였다.

공소외 1의 각 진술을 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항에 기재된 바와 같이 2018년 초 겨울경에 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하여 성매수를 하였을 뿐 아니라, 이 부분 공소사실 기재와 같이 2019. 1.~2.경에도 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하면서 현금을 교부하여 성매수를 하였다는 것을 충분히 인정할 수 있다.

가) 공소외 1 진술의 신빙성

(1) 공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받고 이 법원에 증인으로 출석하여 진술하면서, 피고인과의 성매매 사실에 관하여 "2018년 초경 '□□' 어플을 통해 피고인을 만나 성관계 2번에 15만 원을 받는 조건으로 성관계를 하였다.

2019. 1.~2.경에도 같은 조건으로 피고인을 만나 성관계를 하였다"는 취지로 일관되게 진술하였다.

공소외 1은 성매매 사실로 인하여 자신도 형사처벌을 받을 수 있음에도 위와 같이 진술하여 그 진술에 신빙성이 있다.

(2) 피고인은 수사기관에서 공소외 1로부터 성매수를 한 사실을 모두 부인하였으나, 원심 및 이 법원에서는 2018년 초경 성매수 사실(범죄사실 제3항)은 자백하면서 2019. 1.~2.경 성매수 사실(이 부분 공소사실)은 부인하고 있다.

이와 같이 공소외 1의 진술 중 2018년 초경 성매수에 관한 부분은 피고인의 자백과 부합하여 그 신빙성을 인정할 수 있다.

그런데 공소외 1이 이 부분 공소사실에 관하여만 허위로 진술할 이유를 찾기 어렵다.

(3) 원심의 공소외 1 진술의 신빙성 배척 근거에 관하여

① 원심은 이 부분 공소사실에 관한 공소외 1의 검찰에서의 진술이 구체적이지 않다고 보았다.

공소외 1은 검찰에서 이 부분 공소사실에 관하여 '2019. 1.~2.경 피고인과 만나 모텔에 갔을 때 성관계를 하는 조건으로 얼마를 받은 것인가요'라는 질문에 '현금으로 15만 원을 받은 것으로 기억합니다'라고만 답변하여 그 당시 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않기는 하였다.

그런데 공소외 1의 진술을 전체적으로 살펴보면 이는 공소외 1이 추가적인 질문을 받지 않아 당시 성관계의 조건만을 진술하였던 것으로 볼 여지가 크다.

반면, 공소외 1은 이 법원에 증인으로 출석하여 2019. 1.~2.경 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 '(그 무렵) 피고인과 카톡인가 라인인가로 연락하다가 만나서 역삼동 쪽에 있는 모텔에 갔다.

자신은 당시 역삼동 ◇◇ 편의점 근처에 살고 있었는데 그 근처 부동산 옆에서 피고인이 운전하여 온 차를 타고 이동하였다.

모텔은 피고인이 예약하였다.

이동시간은 10분 미만이었다.

피고인으로부터 15만 원을 받았다'는 취지로 구체적으로 진술하였다.

② 원심은 공소외 1이 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술한 점도 신빙성을 인

정하기 어려운 근거 중 하나로 들었다.

그러나 공소외 1이 2019. 8.경 검찰 조사를 받을 당시는 이 부분 공소사실로부터 약 7개월이 지난 시점이었던 점, 공소외 1의 진술이 이 부분 공소사실의 주된 내용에 관하여는 구체적이고 일관된 점, 공소외 1은 2018. 초경 성매매 이후 연락이 끊겼다가 2019. 1.~2.경 다시 연락이 닿아 몇 차례 연락을 주고받다가 만나 성매매에 이르게 되었는바 다시 연락이 닿게 된 경위는 이 부분 공소사실의 주요부분이라고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 위와 같이 일부 진술이 불일치한다는 점만으로 공소외 1의 진술에 신빙성이 없다고 볼 수는 없다.

- ③ 원심은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 다시 자신이 아니라고 진술하여 전체적으로 일관되지 않는다고 보았다.

공소외 1은 피고인의 동영상 촬영 행위에 관한 수사가 진행 중이던 2019. 4. 24.경 '2018. 2.~3.경 피고인과 만나 교제하면서 동의하에 3회 성관계를 하였다.

피고인과 모텔 등에서 성관계 촬영을 하는 것을 알고 동의하였다'는 취지의 사실확인서를 작성하여 피고인을 통해 경찰에 제출하였다.

공소외 1은 2019. 8. 16. 검찰에서 처음 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 "그 동영상 속의 여성은 공소외 1이 아니고 다른 여성이지만, 그냥 공소외 1이라고 해라. 다른 여성이라고 하면 (피고인과 공소외 1) 둘 다 문제가 된다.

돈과 관계없이 만났고, 영상도 같이 보고 촬영한 것이라고 말해라"라는 이야기를 들었다'고 진술한 다음, 순번 20, 21 동영상을 시청하였다.

그리고 공소외 1은 '순번 20, 21 동영상 속의 여성은 자신(공소외 1)이 맞는 것 같다.

다만 그 동영상 촬영을 알지 못했고 동의하지도 않았다.

'고 진술하였다.

공소외 1은 2019. 9. 3. 검찰에서 다시 조사를 받을 당시 '(1차 조사 이후) 피고인으로부터 연락을 받았는데 순번 20, 21 동영상 속 여성은 공소외 1이 아니라 21세의 다른 여성이라고 들었다.

피고인으로부터 위와 같은 말을 듣고 그 동영상 속의 여성이 자신이 아닐 수도 있다는 생각이 들었다'고 진술하고, 순번 20, 21 동영상을 다시 열람한 뒤 '영상 속의 여성의 몸매, 목소리 등을 보면 확실히 제가 아닌 것 같습니다.

영상 속의 여성이 저와 많이 닮았고 (1차 조사) 당시 너무 충격을 받아 영상을 자세히 보지 못해서 영상 속의 여성이 저라고 생각한 것입니다'라고 진술하였다.

위와 같은 공소외 1의 각 진술은 주된 내용이 변경되어 일관되지 않기는 하다.

그런데 위 사실확인서는 공소외 1이 피고인으로부터 허위의 내용의 사실확인서를 작성해달라는 요구를 받고 이에 응하여 작성한 것으로 보인다.

공소외 1은 검찰에서 최초로 진술할 당시부터 피고인으로부터 받은 부당한 요청사항까지 모두 솔직하게 진술하였다.

그러한 공소외 1이 동영상 속의 인물이 자신인지 여부에 관하여 굳이 허위로 진술하였을 것으로 보기는 어렵다.

공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 만 16세의 어린 나이였고, 성매매 사실로 자신이 처벌받을 수도 있다는 사실에 겁을 먹었던 것으로 보이며, 실제로 당시 진술조서에는 공소외 1이 순번 20, 21 동영상을 열람할 당시 상황에 관하여 "검사가 영상을 재생하자 진술인(공소외 1)이 매우 당황하고 놀라며 '이걸 어떻게 확인해요?'라고 말하다가 혼자 확인하겠다고 하여 혼자 시청함"(증거기록 제744면)이라고 기재되어 있다.

반면 공소외 1은 검찰 2회 조사 당시 피고인으로부터 위 각 동영상 속의 여성이 자신이 아님을 분명히 들은 상황에서 다시 위 각 동영상을 열람하고 그 동영상 속 여성이 자신이 아니라고 진술하였는바, 진술이 변경된 경위를 수궁할 수 있고, 그와 같은 진술 변경의 점만으로 앞서 살펴본 바와 같이 신빙성이 있는 공소외 1 진술이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

- ④ 원심은 피고인이 성매매, 동영상촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로운 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다고 보았다.

그러나 이는 신빙성이 있는 공소외 1의 진술에 비추어 타당하다고 할 수 없다.

- ⑤ 원심은 피고인이 2019. 1.~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 했을 가능성을 배제할 수 없다고 보았다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1.~2.경 피고인과 성매매를 하였고, 피고인에 대한 수사가 진행 중이라는 것은 2019. 4.경 사실확인서를 작성할 무렵 처음 들었다고 진술하고 그 진술에 신빙성이 있다고 판단된다.

나) 피고인의 변소에 관하여

- ① 피고인은 2019. 1.~2.경 이 사건 각 동영상 속의 여성이 누구인지 특정하기 위하여 공소외 1을 만났을 뿐이고 그날 공소외 1이 이 사건 각 동영상 속의 여성이 아님을 확인하였다고 변소하고 있다.

그러나 앞서 살핀 바와 같이 공소외 1은 수사기관으로부터 이 법원에 이르기까지 일관되게 2019. 1.~2.경 피고인과 만나 성매매를 하였다고 진술한 점, 공소외 1은 2019. 8. 16.경 검찰에서 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 이 사건 각 동영상 속의 여성이 자신이라고 진술하라는 이야기를 들었다'고 진술하였던 점에 비추어 받아들일 수 없다.

- ② 피고인은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시에는 '(자신이) 2019. 1.~2.경 돈이 필요하여 피고인에게 먼저 연락하였다'고 진술하였는데, 검찰 2회 조사 당시에는 '2019. 8. 27.경 피고인으로부터 같은 피해를 입은 공소외 10으로부터 연락을 받고 공소외 10에게 피고인의 전화번호를 물었다'고 진술하여 피고인의 연락처를 알고 있었는지 관한 내용이 서로 상반된다는 취지로 변소한다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1.~2.경 카톡 또는 라인을 통하여 연락하였다고 진술하였는바 그 당시에는 피고인의 전화번호를 알지 못하였던 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술이 상반된다고 볼 수는 없다.

다) 소결론

공소외 1의 각 진술에는 신빙성이 있어 이를 주된 증거로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지없이 인정할 수 있다고 판단된다.

3. 결론

이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(원심 판시 범죄사실 제1, 2항)에 관한 피고인의 법리오해 주장과 이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점(원심 판시 무죄부분)에 관한 검사의 사실오인 주장은 이유 있다.

원심은 범죄사실 제1, 2항 부분과 범죄사실 제3항을 형법 제37조 전단 경합범 관계로 보아 하나의 형을 선고하였고, 이 법원에서 유죄로 판단하는 원심 판시 무죄부분은 원심 범죄사실 제3항 부분과 형법 제37조 전단 경합범 관계에 있다.

따라서 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

피고인의 사실오인 주장 및 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 모두 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 증거능력에 관한 법리오해

[이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한 특례법위반(카메라등이용촬영)의 점 관련]

이 부분 공소사실에 관한 증거들인 압수물총목록 기재 증 제1 내지 10호증(이하 '이 사건 압수물'이라 한다)은 아래와 같은 사정들을 고려할 때 영장주의 및 적법절차의 원칙을 위반하여 수집된 위법수집증거로 증거능력이 없다.

이를 기초로 획득한 수사보고 등은 모두 위법수집증거에 기초한 2차 증거로 역시 증거능력이 없다.

그럼에도 위 각 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 위법수집증거배제법칙(형사소송법 제308조의2)에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

① 이 사건 압수물은 수사기관이 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)의 기초가 된 피의사실(이하 '이 사건 피의사실'이라 한다)과 관련성이 없는 것들이다.

수사기관은 이 사건 압수물에 관하여 사후적으로 영장을 발부받지도 않았다.

② 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 용이함에도 저장매체 자체인 이 사건 압수물을 반출하여 압수하였다.

이는 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다.

③ 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 피고인에게 이 사건 영장의 표지만을 제시하고 '압수할 물건'과 '압수방법의 제한'이 기재되어 있는 부분을 제시하지 않았다.

이는 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 영장 제시라 할 수 없다.

④ 경찰은 압수된 PC(증 제8호증, 이하 '이 사건 PC'라 한다)의 봉인을 해제하는 과정과 압수된 SSD카드(증 제10호증, 이하 '이 사건 SSD카드'라 한다)를 탐색하여 별지 기재 동영상들(이하 '이 사건 동영상들'이라 하고, 그 중 일부를 일컬을 때에는 '순번 ○○ 동영상'이라 한다)을 취득하는 과정에서 피고인의 참여를 배제하였다.

⑤ 경찰은 이 사건 동영상들을 취득한 이후 피고인에게 압수된 전자정보가 무엇인지 확인할 수 있는 '상세목록'을 교부하지 않았고, 특별한 사정이 없음에도 이 사건 압수물들을 피고인에게 반환하지 않았다.

경찰은 이 사건 압수물로부터 취득하였으나 압수하지 않은 전자정보를 삭제·폐기하지도 않았다.

⑥ 경찰은 이 사건을 검찰에 송치하면서 이 사건 동영상들을 기록에 첨부하지 않았다가, 이후 사건 담당 경찰이 집에서 이 사건 동영상들을 찾아 검찰에 추송하였다.

이는 증거기록을 사적으로 복제하여 유출하였던 것으로 위법하다.

2) 사실오인(순번 22 동영상 관련)

순번 22 동영상은 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영된 것이 아니다.

순번 22 동영상에 관한 수사보고(증거기록 제123면)에도 '몰래카메라는 아닌 것으로 추정됨'이라고 기재되어 있다.

그럼에도 이 사건 공소사실 중 순번 22 동영상에 관한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(징역 2년 6월 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인[이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점 관련]

공소외 1은 수사기관에서부터 피고인을 상대로 2회에 걸쳐 성매매를 하였다고 자발적으로 진술하였고 그 진술내용이 구체적이어서 신빙성이 있다.

공소외 1이 순번 20, 21 동영상 속의 여성이 자신이 아니라고 진술을 번복한 것은 피고인으로부터 강요를 받았기 때문이다.

이러한 사정들에 비추어 보면 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술에는 신빙성이 있음에도 불구하고 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 증거능력 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 이 법원에 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인에 대한 수사 개시 및 이 사건 영장 발부 경위

- ① 피고인의 배우자 공소외 2는 2018. 4.경 자신의 지인 공소외 3에게 "피고인의 컴퓨터에서 여성의 신체를 몰래 촬영한 사진들을 발견했는데, 피고인으로부터 '그 사진들을 몰래 촬영하여 다른 사람들과 공유했다'고 들었다"면서, 자신의 휴대전화로 피고인의 모니터 화면에 나타나 있는 위 사진들을 촬영하여 이를 공소외 3에게 전송하였다.

② 공소외 3은 2018. 5. 8. '피고인이 상습적으로 자신의 차 안 등에서 여자의 신체 사진을 몰래 찍어 유폐한다고 하니 조사를 부탁드립니다'는 취지로 '스마트 국민제보' 사이트에 신고를 하여 경찰에 사건이 접수되었다.

③ 경찰은 2018. 5. 12. 공소외 3에 대한 참고인 조사를 하였다.

공소외 3은 그날 공소외 2로부터 전송받은 사진들을 경찰에 제출하였는데, 그 사진들은 차량 조수석에 반바지 차림으로 앉아있는 여성을 운전석 위쪽에서 내려다보는 방향으로 촬영한 사진 8장, 편의점 앞 의자에 원피스를 입고 앉아있는 여성을 앞에서 촬영한 사진 1장(증거기록 제20 내지 28면)이었다.

④ 경찰은 2018. 5. 30.경 법원에 피의자의 특정 및 증거 확보를 위한 이 사건 영장의 발부를 신청하였다.

서울서부지방법원 영장담당판사는 2018. 5. 30. 피고인의 신체, 피고인의 주소지, 피고인 소유의 차량 2대에 관한 이 사건 영장을 발부하였다.

이 사건 영장에 기재된 주요 내용은 다음과 같다(다만, 별지의 내용은 생략한다).

[피의자]피의자[범죄사실]피의자는 2017. 시간불상경 피의자 소유의 차량 등에서 사업상 알게 된 성명불상의 피해자를 자신의 휴대전화를 이용하여 성적수치심을 느낄 수 있는 허벅지와 다리 등의 신체부위를 그 의사에 반하여 촬영하였고, 카카오톡 어플을 이용하여 게임동호회 회원 단체 카톡방에 전송하는 방법으로 유폐하였다.

[압수·수색·검증을 필요로 하는 사유]참고인 공소외 3은 2018. 5. 6. 친구인 공소외 2의 남편 피의자가 모르는 여자의 사진을 몰래 찍어서 유폐했다며 진정서를 제출하였음 2018. 4. 피의자의 부인 공소외 2는 피의자의 컴퓨터에서 우연히 몰카 사진을 보게 되었고, 이를 피의자에게 문자 사업상 알게 된 여성들을 휴대전화를 이용하여 몰래 촬영한 다음 게임 동호회 사람들에게 카카오톡 단체카톡방을 통해 유폐하였다는 말을 들었고, 2018. 4. 9. 이를 참고인 공소외 3에게 고민상담을 하며 진술함참고인이 제출한 피의자의 부인 공소외 2와의 카카오톡 대화내용과 피의자의 부인 공소외 2가 피의자의 컴퓨터 모니터를 그대로 촬영한 사진 등으로 보아 범증 명확히 할 필요가 있다고 판단됨참고인이 제출한 피의자 휴대전화 번호를 통신자료 제공요청하여 피의자 특정하였으나, 검거할 시 피의자가 휴대전화, 컴퓨터 등에 저장되어 있는 사진 등을 삭제하는 등 증거를 인멸하고, 자신의 주거지 등에 있는 증거를 인멸하거나 삭제할 우려가 있어 검거하지 않고, 피의자가 소지하고 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자 주거지에 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자가 사진을 촬영한 피의자 소유의 차량 등을 압수·수색·검증하여 피의자의 혐의를 입증할 증거를 확보한 후, 피의자를 검거하고 혐의사실을 입증하는 수사단서로 활용하고자 함[수색, 검증할 장소, 신체, 물건]1. 피의자의 신체2. 피의자 주소지(서울 마포구 (주소 1 생략))3. 피의자 소유의 (차량번호 1 생략) 아우디, (차량번호 2 생략) 쉐르라 차량[압수할 물건]- 피의자가 소지 및 소유하고 있는 휴대전화, 외장메모리, 유심칩, 컴퓨터 본체, usb, 외장하드 등 저장매체 일체- 단, 휴대전화 외의 물건은 별지와 같이 압수대상 및 방법 제한

나) 이 사건 영장의 집행 과정

① 이 사건을 수사하던 서울마포경찰서 사법경찰관 경위 공소외 4, 순경 공소외 5, 공소외 6(이하 이들을 모두 일컬을 때에는 '이 사건 경찰들'이라 한다)은 2018. 6. 5. 08:20경 이 사건 영장에 기재된 압수·수색 장소인 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에 도착한 다음, 피고인에게 전화하여 이 사건 영장이 발부되었음을 통지하고 차량들에 대한 수색

을 위하여 나와 달라고 요구하였다.

- ② 이 사건 경찰들은 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에서 기다리던 중 신발주머니가 △△동 불상의 호실에서 바닥으로 떨어지는 것을 목격하고, 그 신발주머니를 열어 확인한 결과 그 안에서 저장매체 2개[하드디스크 1개(WD Blue Desktop Hard Drive, 증 제9호증), SSD카드 1개(Crucial MX300 Solid State Drive, 증 제10호증)]를 발견하였다.

이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:30경 피고인이 주차장에 나타나자 이 사건 영장을 제시하고 차량들을 수색하였으나 이 사건 피의사실에 관련된 물품을 발견하지 못하였다.

곧이어 이 사건 경찰들은 피고인에게 신발주머니를 보여주면서 신발주머니 및 그 안에 들어 있는 저장매체들이 피고인의 것이 맞는지 물어보았는데, 피고인은 그 신발주머니와 저장매체들은 자신의 것이 아니고 이를 던진 적도 없다고 답변하였다.

- ③ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:35경 피고인의 주거지로 이동하여 이 사건 영장에 기하여 hp노트북, saramin usb, 아이폰5, 베가 스마트폰, 아이폰6s 플러스, 애플 맥북에어, 컴퓨터 하드디스크, 컴퓨터 본체(조립식)(증 제1 내지 8호증, 이하 '영장에 의한 압수물'이라 한다)를 압수하였다.

- ④ 이 사건 경찰들은 피고인의 주거지에서 이 사건 영장 집행을 하면서 공소외 2(피고인의 배우자)에게 위 신발주머니와 저장매체 2개가 누구 것인지 물어보았고, 공소외 2는 '신발주머니는 자신의 것이나 그 안에 들어있는 저장매체 2개에 대하여는 모른다'고 답변하였다.

- ⑤ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 09:00경 위 신발주머니 안에 들어있던 저장매체 2개(이하 '이 사건 유류물'이라 한다)를 유류물로 압수하였다.

- ⑥ 이 사건 경찰들은 같은 날 영장에 의한 압수물에 관하여 이 사건 영장에 의하여 압수하였다는 취지의 압수조서(증거기록 제63면)를 작성하였고, 이 사건 유류물에 관하여는 유류물로 압수했다는 취지의 압수조서(증거기록 제67면)를 작성하였다.

다) 이 사건 압수물의 분석 및 공소제기 과정

- ① 피고인은 2018. 6. 5. 09:00경 영장에 의한 압수물에 대한 원본 반출 확인서를 작성하면서 디지털기기·저장매체의 봉인해제, 복제본의 획득, 디지털기기·저장매체 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력가정에 참여하겠다는 의사를 밝혔다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

- ② 피고인은 2018. 6. 14. 경찰과 통화를 하면서 위 참여의사를 번복하여 탐색절차에 참여하지 않겠다는 의사를 밝혔다. 피고인은 2018. 6. 18. 그 당시 변호인이었던 공소외 7 변호사와 함께 서울마포경찰서를 방문하여 '개인 일정 조절이 어려워 전체 절차에 참여하기 어렵다'는 사유로 참여의사를 철회한다는 내용의 참여 철회 확인서를 제출하였다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

- ③ 이 사건 압수물에 대한 디지털증거분석 결과 압수된 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 불상의 여성 엉덩이와 다리 사진 11장이 발견되었고, 이 사건 PC와 이 사건 SSD카드에서 이 사건 동영상들이 발견되었다.

이 사건 동영상들에는 피고인이 여성과 나체로 성관계를 하는 장면 등이 촬영되어 있다.

그러나 위 디지털증거분석 결과 공소외 3이 경찰에서 참고인 조사를 받을 당시 제출한 사진들이 다시 발견되었다는 내용은 기재되어 있지 않다.

④ 이 사건 동영상들을 증거로 이 사건 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점과 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(이를 통틀어 이하 '이 사건 동영상 촬영'이라 한다)을 포함한 이 사건 공소가 제기되었다.

반면 공소외 3이 경찰에 제출한 사진과 관련된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았고, 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 발견된 위 사진 11장에 관하여서도 공소가 제기되지 않았다.

2) 구체적 판단

위에서 인정한 바와 같이 이 사건 동영상 촬영에 관한 주된 증거는 이 사건 동영상들이다.

이 사건 동영상들 중 순번 1 내지 5, 7 내지 9, 11 내지 16, 20, 21은 영장에 의한 압수물 중 하나인 이 사건 PC에서 발견되었고, 같은 순번 6, 10, 17 내지 19, 22는 이 사건 유류물 중 하나인 이 사건 SSD카드에서 발견되었다.

아래에서는 이 사건 PC에서 발견된 파일(이하 'PC 파일'이라 한다)과 이 사건 SSD카드에서 발견된 파일(이하 'SSD카드 파일'이라 한다)의 증거능력에 관하여 나누어 차례로 살펴보기로 한다.

가) PC 파일의 증거능력

(1) 관련 법리

형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

"라고 정하고 있다.

따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

위와 같이 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 증거는 피고인이 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 증거능력이 없다고 봄이 타당하다.

그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

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

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은

아니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

(가) PC 파일이 이 사건 영장과 무관하다는 주장(위 법리오해 주장 ①)

① 이 사건 PC는 이 사건 영장에 의한 압수물이므로, 이 사건 영장 발부의 사유로 된 이 사건 피의사실과 관련된 범죄에 한하여 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

그런데 아래와 같은 사정들을 고려하면 이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 관계있는 범죄라고 볼 수 없어 이 사건 영장의 효력이 미치지 아니한다.

㉠ 이 사건 피의사실 중 성명불상의 피해자에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점은 피고인이 차량 내부에서 치마를 입은 여성의 하반신을 촬영하였다는 것 등인 반면 이 사건 동영상 촬영의 점은 피고인이 나체로 촬영대상자와 성관계를 하고 있는 장면을 촬영하였다는 것으로 그 대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 촬영물의 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있다.

㉡ 이 사건 피의사실에 관하여는 이 사건 피의사실이 일어나던 당시 상습범 처벌 규정이 존재하지 않았고 특별한 목적 등을 주관적 구성요건으로 요구하고 있지도 않아, 이 부분 범행에 관한 음란물 자료들이 이 사건 피의사실의 목적이거나 상습성에 대한 간접증거나 정황증거로 사용될 여지도 없었다.

㉢ 이 사건 영장에는 이 사건 동영상 촬영의 점에 관련된 내용이 전혀 기재되어 있지 않고, 추가 여죄 수사에 활용하기 위한 목적이 있다는 취지의 기재 또한 없다.

㉣ 이 사건 동영상 촬영의 점에 관하여는 공소가 제기되었으나, 이 사건 영장 발부의 기초가 된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았다.

② 그렇다면 이 사건 PC를 탐색하는 과정에서 이 사건 피의사실과 별건인 이 사건 동영상 촬영과 관련된 자료를 발견한 수사기관으로서 더 이상 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별건 범죄 혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받는 등의 조치를 취하였어야 한다.

수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않은 채 이 사건 PC에서 발견된 파일을 탐색한 것은 헌법과 형사소송법이 정한 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수·수색에 해당하고 그 절차 위반의 정도가 매우 중하다고 판단된다. PC 파일은 증거능력이 없다.

③ 형사소송법 등에서 압수·수색 절차와 관련된 조항을 둔 취지와 그를 통해 보호되는 권리·법익의 중요성, 이 사건 영장의 집행 과정에서 이루어진 수사기관의 위반 내용과 경위 및 그 회피가능성 등을 두루 살펴보면, PC 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고, PC 파일의 캡처 화면을 보면서 조사가 이루어진 공소외 8에 대한 검찰 진술조서 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다.

④ 이와 같이 PC 파일의 증거능력을 인정할 수 없으나, 아래에서는 피고인이 제기하고 있는 나머지 법리오해 주장에 관하여도 살펴보기로 한다.

(나) 저장매체 자체 반출이 위법하다는 주장(위 법리오해 주장 ②)

이 사건 영장의 '압수할 물건'란 및 별지에는, 원칙적으로 피고인이 소지하고 있는 컴퓨터 본체나 저장매체에서 이 사건 피의사실과 관련된 전자정보만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복제하는 방법으로 이를 압수하여야 하고, 예외적으로 영장의 집행 현장에서 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 불가능하거나 현저히 곤란할 때에만 저장매체 자체를 반출하는 등으로 압수할 수 있다고 기재되어 있다.

이 사건 피의사실은 '피고인이 여성의 신체 부위를 의사에 반하여 촬영하고 카카오톡 어플을 이용하여 전송하는 방법으로 반포하였다'는 취지이다.

이 사건 경찰들로서는 피의사실에 기재된 사진 파일뿐 아니라 이를 반포한 사실에 관한 증거들도 압수할 필요가 있었을 것이다.

그런데 이 사건 경찰들이 이 사건 피의사실 기재 파일 및 그 반포에 관한 증거들이 어느 저장매체에 저장되어 있는지 분명히 알기 어려웠을 것으로 보이는 점, 피고인이 일부 저장매체를 신발주머니에 담아 아파트 바깥으로 던져버리는 등으로 증거의 은닉을 시도하는 등 피고인의 협조를 받아 필요한 증거들만을 압수하기 용이하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들이 저장매체의 복제본 획득이 현저히 곤란하다고 판단하여 이를 봉인한 후 반출하는 방식으로 압수한 것이 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다고 보기는 어렵다.

(다) 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ③)

형사소송법 제219조에서 준용하는 같은 법 제118조는 피압수자 등이 압수·수색 사유를 확인하고 진행될 절차에서 참여권을 행사할 수 있도록 하는 등 방어권을 보장하기 위한 것인데 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 영장 집행 당시 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장의 표지를 제시받았고 피의사실의 내용을 들었다고 하는 것을 인정하고 있는 점, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 영장 집행과정에서 참여권이 침해되었다고 보기 어려운 점까지 종합하여 볼 때 피고인의 위 주장만으로 이 사건 영장의 집행 당시 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다고 보기는 어렵다.

(라) 피고인의 참여권이 배제되었다는 주장(위 법리오해 주장 ④)

앞서 살핀 바와 같이 이 사건 PC는 2018. 6. 5. 압수되었고, 피고인은 그날 그 봉인해제 및 탐색·복제 과정 등에 참여하겠다는 의견을 밝혔다.

그런데 이 사건 PC는 같은 날 서울지방경찰청에 디지털 증거분석이 의뢰되었고, 그곳에서 피고인의 참여 없이 봉인이 해제되었다.

그렇다면 이 사건 PC의 봉인 해제 과정에 피고인의 참여가 배제된 절차의 하자가 있음은 인정된다.

그러나 피고인은 2018. 6. 18. 변호인과 함께 경찰을 방문하여 이 사건 PC의 탐색 과정에 참여하지 않겠다는 취지의 확인서를 작성하여 제출한 점, 이 사건 PC의 실제 탐색작업은 2018. 6. 20. 이루어진 것으로 보이는 점, 피고인도 이 사건 PC에서 탐색된 파일들에 관하여 자신이 촬영한 동영상이라는 것을 부인하지는 않는 점 등을 종합하여 볼 때 위

와 같은 절차의 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

(마) 압수된 전자정보에 관한 상세목록이 교부되지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ⑤)

형사소송법 제219조, 제129조에 의하면 수사기관은 압수물에 관한 목록을 작성하여 피압수자에게 이를 교부하여야 한다.

그런데 원심과 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 이 사건 경찰은 이 사건 PC로부터 동영상 파일을 탐색하여 취득하였음에도 피고인에게 전자정보 상세목록을 교부하지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 이 사건 PC로부터 취득한 전자정보는 형사소송법 제219조, 제129조가 규정한 절차에 따르지 않고 취득한 증거에 해당한다.

그러나 압수목록 또는 전자정보상세목록의 교부는 압수가 종료된 이후에 이루어지는 절차이므로, 형사소송법이 압수·수색에 관하여 정한 다른 절차들과 비교할 때 그 위반으로 인하여 피압수자에게 발생하는 법익 침해의 정도가 중하지 않은 점, 피고인이 이 사건 PC의 탐색과정에 참여하지 않겠다는 의사를 표명하였던 점까지 고려할 때 위와 같은 절차 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제해야 할 정도로 중대한 것이라 보기는 어렵다.

(바) 경찰이 이 사건 동영상을 유출하였다가 검찰에 송치했다는 주장(위 법리오해 주장 ⑥)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 사건 경찰들은 2018. 11. 14.경 이 사건을 검찰에 송치할 당시 PC 파일을 첨부하지 않았던 사실, 이 사건 경찰 중 한명이 2019. 3. 11.경 PC 파일이 저장된 USB를 '집에서 찾았다'고 하면서 검찰에 추송한 사실을 인정할 수 있다.

이와 같이 이 사건 경찰이 피의사실에 관한 수사의 일환으로 압수된 물건일 뿐 아니라 성관계 장면이 촬영되어 프라이버시의 침해 우려가 큰 PC 파일의 존재를 파악하지 못하거나 심지어 이를 자신의 집에 가져갔다는 것은 잘못이다.

그러나 위와 같은 잘못이 PC 파일이 취득된 이후에 일어난 것인 점, 피고인이 PC 파일이 자신에 의하여 촬영된 책임을 인정하고 있는 점까지 종합하여 볼 때 위와 같은 수사과정에서의 잘못으로 인하여 PC 파일의 증거능력을 부정할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

나) 압수된 SSD카드(증 제10호증)에서 발견된 파일의 증거능력

(1) 관련 법령

- 형사소송법 제218조(영장에 의하지 아니한 압수)

검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.

(2) 구체적 판단

(가) 유류물 압수의 적법 여부

앞서 살펴본 바와 같이 피고인은 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장을 집행하겠다는 통지를 받은 직후 피고인의 거주지인 아파트 20층에서 바깥으로 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니를 던졌다.

피고인은 곧바로 주차장으로 내려가 이 사건 경찰로부터 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니가 자신의 것인지 질문을 받고도 그 소유임을 부인하였다.

이 사건 SSD카드는 이 사건 경찰들이 피고인에게 이 사건 영장의 집행을 하겠다는 것을 고지한 직후 아파트 상층으로부터 바닥으로 떨어진 점에 비추어 이 사건 경찰들로서는 이 사건 SSD카드에 이 사건 피의사실에 관한 증거가 포함되어 있을 것으로 여길 만한 상황이었다고 보인다.

그러나 이 사건 경찰들이 SSD카드를 발견하여 그 점유를 취득할 당시 그것이 피고인이 피고인 주거지에서 던진 것인지 여부나 이 사건 범행과 관련된 것인지 여부를 명확히 알 수는 없었을 것이다.

또한 이 사건 영장에 기재된 수색, 검증할 장소, 신체, 물건은 '피고인의 신체, 피고인 주소지, 피고인 소유의 차량들'로 한정되어 있다.

이와 같이 경찰들로서는 이 사건 SSD카드가 이 사건 피의사실과 관련된 것일 가능성이 있어 이를 압수함이 상당함에도 그 소유관계가 명확히 확인되지는 않았던 점, 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장의 집행장소를 벗어난 곳에 위치하고 있어 이 사건 영장의 집행으로 이를 압수하기 어려웠던 점까지 고려할 때 이 사건 경찰들이 이를 유류물로 보아 압수한 절차가 위법하다고 볼 수는 없다.

(나) SSD카드 파일들의 증거능력 유무

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로 보아 압수한 절차에 위법이 있다고 할 수는 없다.

그러나 이 사건 SSD카드 자체가 아닌 그로부터 발견된 SSD카드 파일은 아래에서 살펴보는 바와 같이 피고인의 참여권이 보장되지 않은 점, 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어려운 점 등으로 인하여 그 증거능력을 인정할 수 없다.

또한 SSD카드 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다(순번 22 동영상에 관한 증거들도 모두 증거능력이 인정되지 않으므로, 순번 22 동영상 관련 사실 오인 주장에 대한 판단은 생략한다).

① 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 경찰들이 이 사건 영장을 집행에 임박하여 피고인에게 영장 발부 사실을 알린 직후에 이루어졌다.

이와 같이 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 피의사실, 즉 촬영대상자의 의사에 반하여 타인의 신체를 촬영하고 이를 반포한 점에 대한 수사의 일환으로 이루어졌다.

② 이 사건 영장의 압수 대상물은 이 사건 피의사실과 관련된 동영상 파일들과 피고인의 휴대전화이고 예외적으로 저장매체도 포함하고 있었다.

이 사건 경찰들은 실제로 이 사건 영장에 기하여 영장에 의한 압수물을 반출하는 방식으로 압수하였다.

만약 피고인이 이 사건 SSD카드를 아파트 주차장으로 던지지 않았다면 이 사건 SSD카드 역시 이 사건 영장에 기하여 피고인 주거지에서 압수되었을 것으로 보인다.

③ 이 사건 경찰도 이 사건 SSD카드를 압수할 당시 그것이 피고인에 의하여 피고인의 주거지에서 아파트 주차장으로 던져진 것임을 짐작한 것으로 보인다.

이 사건 경찰은 이를 취득한 직후 피고인에게 피고인의 소유물인지 여부를 물어보기도 하였다.

이 사건 경찰들은 곧이어 피고인의 주거지로 이동하여 피고인의 배우자 공소외 2에게 이 사건 SSD카드와 그것이 들어있던 신발주머니가 누구의 것인지 질문하였으며, 공소외 2로부터 신발주머니가 자신의 것이라는 답변을 들었다.

④ 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로서 압수한 것을 위법하다고 보기는 어렵다.

그러나 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장이 집행되던 중에 압수된 점, 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드가 피고인에 의하여 던져진 것임을 짐작하였을 것인 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들로서는 이 사건 피의사실과 관련된 파일을 취득하기 위하여 이 사건 SSD카드를 탐색하는 과정에서 이 사건 영장 집행과정과 마찬가지로 피고인의 참여권을 보장하고, 만약 이 사건 피의사실과 무관한 파일을 발견할 경우 그 탐색을 멈추고 별도의 압수수색영장을 청구하여 발부받아야 한다고 봄이 타당하다.

이 사건 SSD카드가 유류물로 압수되었다는 사정만으로 그것이 이 사건 피의사실을 근거로 한 이 사건 영장 집행과 밀접하게 연관되어 압수되었음에도 아무런 제한 없이 이를 탐색하여 별개의 범죄사실에 관한 증거를 취득할 수 있다고 볼 수는 없다.

⑤ 이 사건 경찰들은 이 사건 SSD카드의 탐색에 관하여 피고인이 참여할 것인지 의사를 묻지 않았고, 실제로 피고인 또는 변호인의 참여 없이 탐색이 진행되었다.

그런데 이 사건 SSD카드의 탐색과정에서 이 사건 피의사실과 관련이 있다고 보기 어려운 SSD카드 파일들이 발견되었다.

피고인은 그와 같은 탐색과정에서 별건 증거의 취득에 관한 자신의 의견을 피력할 기회를 부여받지 못하였고, 취득한 파일의 상세목록을 교부받을 기회 역시 부여받지 못하였다.

⑥ SSD카드 파일들은 앞서 살펴본 PC 파일에 관한 부분에서 상세히 살펴본 바와 마찬가지로 이 사건 피의사실과 사이에 ㉠ 그 촬영대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있고, ㉡ 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접·정황증거로 사용될 여지가 없으며, ㉢ 이 사건 SSD카드 파일의 압수 당시 이 사건 경찰들이 이를 추가 여죄 수사에 활용할 목적이 있었다고 보기 어려워, 결국 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2019. 1~2.경 서울 강남구 역삼동에 있는 상호불상의 모텔에서 '□□' 어플을 통하여 만난 아동·청소년인 공소외 1(여, 15세)과 성행위를 한 뒤 그녀에게 그 대가로 현금 15만 원을 교부함으로써 아동·청소년의 성을 사는 행위를 하였다.

2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거를 토대로 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1 진술의 신빙성을 인정하기 어렵고, 나머지 증거들만으로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 부족하다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

- ① 공소외 1은 검찰에서 2회에 걸쳐 조사받을 당시 2018년 초경 성매매 사실에 관하여는 비교적 구체적으로 진술한 데 반하여, 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않았다.
- ② 공소외 1은 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하였다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술을 반복하였다.
- ③ 공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 자신이 아니라고 진술을 반복하는 등 전체적으로 일관되지 않은 면이 있다.
- ④ 피고인이 자신의 성매매, 동영상 촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1.~2.경 새로이 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다.
- ⑤ 피고인은 2019. 4.경 공소외 1로부터 사실확인서를 받았는데, 피고인이 사실확인서를 받기 전인 2019. 1.~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 하였을 가능성을 완전히 배제하기 어렵다.

3) 이 법원의 판단

공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받았고, 원심에서는 증인으로 채택되었으나 출석하지 않았으며, 이 법원에서 증인으로 출석하여 진술하였다.

공소외 1의 각 진술을 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항에 기재된 바와 같이 2018년 초 겨울경에 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하여 성매수를 하였을 뿐 아니라, 이 부분 공소사실 기재와 같이 2019. 1.~2.경에도 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하면서 현금을 교부하여 성매수를 하였다는 것을 충분히 인정할 수 있다.

가) 공소외 1 진술의 신빙성

- (1) 공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받고 이 법원에 증인으로 출석하여 진술하면서, 피고인과의 성매매 사실에 관하여 "2018년 초경 '□□' 어플을 통해 피고인을 만나 성관계 2번에 15만 원을 받는 조건으로 성관계를 하였다. 2019. 1.~2.경에도 같은 조건으로 피고인을 만나 성관계를 하였다"는 취지로 일관되게 진술하였다. 공소외 1은 성매매 사실로 인하여 자신도 형사처벌을 받을 수 있음에도 위와 같이 진술하여 그 진술에 신빙성이 있다.

- (2) 피고인은 수사기관에서 공소외 1로부터 성매수를 한 사실을 모두 부인하였으나, 원심 및 이 법원에서는 2018년 초경 성매수 사실(범죄사실 제3항)은 자백하면서 2019. 1.~2.경 성매수 사실(이 부분 공소사실)은 부인하고 있다. 이와 같이 공소외 1의 진술 중 2018년 초경 성매수에 관한 부분은 피고인의 자백과 부합하여 그 신빙성을 인정할 수 있다.

그런데 공소외 1이 이 부분 공소사실에 관하여만 허위로 진술할 이유를 찾기 어렵다.

(3) 원심의 공소외 1 진술의 신빙성 배척 근거에 관하여

① 원심은 이 부분 공소사실에 관한 공소외 1의 검찰에서의 진술이 구체적이지 않다고 보았다.

공소외 1은 검찰에서 이 부분 공소사실에 관하여 '2019. 1.~2.경 피고인과 만나 모텔에 갔을 때 성관계를 하는 조건으로 얼마를 받은 것인가요'라는 질문에 '현금으로 15만 원을 받은 것으로 기억합니다'라고만 답변하여 그 당시 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않기는 하였다.

그런데 공소외 1의 진술을 전체적으로 살펴보면 이는 공소외 1이 추가적인 질문을 받지 않아 당시 성관계의 조건만을 진술하였던 것으로 볼 여지가 크다.

반면, 공소외 1은 이 법원에 증인으로 출석하여 2019. 1.~2.경 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 '(그 무렵) 피고인과 카톡인가 라인인가로 연락하다가 만나서 역삼동 쪽에 있는 모텔에 갔다.

자신은 당시 역삼동 ◇◇ 편의점 근처에 살고 있었는데 그 근처 부동산 옆에서 피고인이 운전하여 온 차를 타고 이동하였다.

모텔은 피고인이 예약하였다.

이동시간은 10분 미만이었다.

피고인으로부터 15만 원을 받았다'는 취지로 구체적으로 진술하였다.

② 원심은 공소외 1이 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술한 점도 신빙성을 인정하기 어려운 근거 중 하나로 들었다.

그러나 공소외 1이 2019. 8.경 검찰 조사를 받을 당시는 이 부분 공소사실로부터 약 7개월이 지난 시점이었던 점, 공소외 1의 진술이 이 부분 공소사실의 주된 내용에 관하여는 구체적이고 일관된 점, 공소외 1은 2018. 초경 성매매 이후 연락이 끊겼다가 2019. 1.~2.경 다시 연락이 닿아 몇 차례 연락을 주고받다가 만나 성매매에 이르게 되었는바 다시 연락이 닿게 된 경위는 이 부분 공소사실의 주요부분이라고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 위와 같이 일부 진술이 불일치한다는 점만으로 공소외 1의 진술에 신빙성이 없다고 볼 수는 없다.

③ 원심은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 다시 자신이 아니라고 진술하여 전체적으로 일관되지 않는다고 보았다.

공소외 1은 피고인의 동영상 촬영 행위에 관한 수사가 진행 중이던 2019. 4. 24.경 '2018. 2.~3.경 피고인과 만나 교제하면서 동의하에 3회 성관계를 하였다.

피고인과 모텔 등에서 성관계 촬영을 하는 것을 알고 동의하였다'는 취지의 사실확인서를 작성하여 피고인을 통해 경찰에 제출하였다.

공소외 1은 2019. 8. 16. 검찰에서 처음 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 "그 동영상 속의 여성은 공소외 1이 아니고 다른 여성이지만, 그냥 공소외 1이라고 해라. 다른 여성이라고 하면 (피고인과 공소외 1) 둘 다 문제가 된다. 돈과 관계없이 만났고, 영상도 같이 보고 촬영한 것이라고 말해라"라는 이야기를 들었다'고 진술한 다음, 순번 20, 21 동영상을 시청하였다.

그리고 공소외 1은 '순번 20, 21 동영상 속의 여성은 자신(공소외 1)이 맞는 것 같다.

다만 그 동영상 촬영을 알지 못했고 동의하지도 않았다.

'고 진술하였다.

공소외 1은 2019. 9. 3. 검찰에서 다시 조사를 받을 당시 '(1차 조사 이후) 피고인으로부터 연락을 받았는데 순번 20, 21 동영상 속 여성은 공소외 1이 아니라 21세의 다른 여성이라고 들었다.

피고인으로부터 위와 같은 말을 듣고 그 동영상 속의 여성이 자신이 아닐 수도 있다는 생각이 들었다'고 진술하고, 순번 20, 21 동영상을 다시 열람한 뒤 '영상 속의 여성의 몸매, 목소리 등을 보면 확실히 제가 아닌 것 같습니다.

영상 속의 여성이 저와 많이 닮았고 (1차 조사) 당시 너무 충격을 받아 영상을 자세히 보지 못해서 영상 속의 여성이 저라고 생각한 것입니다'라고 진술하였다.

위와 같은 공소외 1의 각 진술은 주된 내용이 변경되어 일관되지 않기는 하다.

그런데 위 사실확인서는 공소외 1이 피고인으로부터 허위의 내용의 사실확인서를 작성해달라는 요구를 받고 이에 응하여 작성한 것으로 보인다.

공소외 1은 검찰에서 최초로 진술할 당시부터 피고인으로부터 받은 부당한 요청사항까지 모두 솔직하게 진술하였다.

그러한 공소외 1이 동영상 속의 인물이 자신인지 여부에 관하여 굳이 허위로 진술하였을 것으로 보기는 어렵다.

공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 만 16세의 어린 나이였고, 성매매 사실로 자신이 처벌받을 수도 있다는 사실에 겁을 먹었던 것으로 보이며, 실제로 당시 진술조서에는 공소외 1이 순번 20, 21 동영상을 열람할 당시 상황에 관하여 "검사가 영상을 재생하자 진술인(공소외 1)이 매우 당황하고 놀라며 '이걸 어떻게 확인해요?'라고 말하다가 혼자 확인하겠다고 하여 혼자 시청함"(증거기록 제744면)이라고 기재되어 있다.

반면 공소외 1은 검찰 2회 조사 당시 피고인으로부터 위 각 동영상 속의 여성이 자신이 아님을 분명히 들은 상황에서 다시 위 각 동영상을 열람하고 그 동영상 속 여성이 자신이 아니라고 진술하였는바, 진술이 변경된 경위를 수궁할 수 있고, 그와 같은 진술 변경의 점만으로 앞서 살펴본 바와 같이 신빙성이 있는 공소외 1 진술이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

④ 원심은 피고인이 성매매, 동영상촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로운 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다고 보았다.

그러나 이는 신빙성이 있는 공소외 1의 진술에 비추어 타당하다고 할 수 없다.

⑤ 원심은 피고인이 2019. 1.~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 했을 가능성을 배제할 수 없다고 보았다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1.~2.경 피고인과 성매매를 하였고, 피고인에 대한 수사가 진행 중이라는 것은 2019. 4.경 사실확인서를 작성할 무렵 처음 들었다고 진술하고 그 진술에 신빙성이 있다고 판단된다.

나) 피고인의 변소에 관하여

- ① 피고인은 2019. 1.~2.경 이 사건 각 동영상 속의 여성이 누구인지 특정하기 위하여 공소외 1을 만났을 뿐이고 그날 공소외 1이 이 사건 각 동영상 속의 여성이 아님을 확인하였다고 변소하고 있다.

그러나 앞서 살핀 바와 같이 공소외 1은 수사기관으로부터 이 법원에 이르기까지 일관되게 2019. 1.~2.경 피고인과 만나 성매매를 하였다고 진술한 점, 공소외 1은 2019. 8. 16.경 검찰에서 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 이 사건 각 동영상 속의 여성이 자신이라고 진술하라는 이야기를 들었다'고 진술하였던 점에 비추어 받아들일 수 없다.

- ② 피고인은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시에는 '(자신이) 2019. 1.~2.경 돈이 필요하여 피고인에게 먼저 연락하였다'고 진술하였는데, 검찰 2회 조사 당시에는 '2019. 8. 27.경 피고인으로부터 같은 피해를 입은 공소외 10으로부터 연락을 받고 공소외 10에게 피고인의 전화번호를 물었다'고 진술하여 피고인의 연락처를 알고 있었는지 관한 내용이 서로 상반된다는 취지로 변소한다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1.~2.경 카톡 또는 라인을 통하여 연락하였다고 진술하였는바 그 당시에는 피고인의 전화번호를 알지 못하였던 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술이 상반된다고 볼 수는 없다.

다) 소결론

공소외 1의 각 진술에는 신빙성이 있어 이를 주된 증거로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지없이 인정할 수 있다고 판단된다.

3. 결론

이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(원심 판시 범죄사실 제1, 2항)에 관한 피고인의 법리오해 주장과 이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점(원심 판시 무죄부분)에 관한 검사의 사실오인 주장은 이유 있다.

원심은 범죄사실 제1, 2항 부분과 범죄사실 제3항을 형법 제37조 전단 경합범 관계로 보아 하나의 형을 선고하였고, 이 법원에서 유죄로 판단하는 원심 판시 무죄부분은 원심 범죄사실 제3항 부분과 형법 제37조 전단 경합범 관계에 있다.

따라서 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

피고인의 사실오인 주장 및 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 모두 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 증거능력에 관한 법리오해

[이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점 관련]

이 부분 공소사실에 관한 증거들인 압수물총목록 기재 증 제1 내지 10호증(이하 '이 사건 압수물'이라 한다)은 아래와 같은 사정들을 고려할 때 영장주의 및 적법절차의 원칙을 위반하여 수집된 위법수집증거로 증거능력이 없다.

이를 기초로 획득한 수사보고 등은 모두 위법수집증거에 기초한 2차 증거로 역시 증거능력이 없다.

그럼에도 위 각 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 위법수집증거배제법칙(형사소송법 제308조의2)에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

① 이 사건 압수물은 수사기관이 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)의 기초가 된 피의사실(이하 '이 사건 피의사실'이라 한다)과 관련성이 없는 것들이다.

수사기관은 이 사건 압수물에 관하여 사후적으로 영장을 발부받지도 않았다.

② 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 용이함에도 저장매체 자체인 이 사건 압수물을 반출하여 압수하였다.

이는 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다.

③ 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 피고인에게 이 사건 영장의 표지만을 제시하고 '압수할 물건'과 '압수방법의 제한'이 기재되어 있는 부분을 제시하지 않았다.

이는 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 영장 제시라 할 수 없다.

④ 경찰은 압수된 PC(증 제8호증, 이하 '이 사건 PC'라 한다)의 봉인을 해제하는 과정과 압수된 SSD카드(증 제10호증, 이하 '이 사건 SSD카드'라 한다)를 탐색하여 별지 기재 동영상들(이하 '이 사건 동영상들'이라 하고, 그 중 일부를 일컬을 때에는 '순번 ○○ 동영상'이라 한다)을 취득하는 과정에서 피고인의 참여를 배제하였다.

⑤ 경찰은 이 사건 동영상들을 취득한 이후 피고인에게 압수된 전자정보가 무엇인지 확인할 수 있는 '상세목록'을 교부하지 않았고, 특별한 사정이 없음에도 이 사건 압수물들을 피고인에게 반환하지 않았다.

경찰은 이 사건 압수물로부터 취득하였으나 압수하지 않은 전자정보를 삭제·폐기하지도 않았다.

⑥ 경찰은 이 사건을 검찰에 송치하면서 이 사건 동영상들을 기록에 첨부하지 않았다가, 이후 사건 담당 경찰이 집에서 이 사건 동영상들을 찾아 검찰에 추송하였다.

이는 증거기록을 사적으로 복제하여 유출하였던 것으로 위법하다.

2) 사실오인(순번 22 동영상 관련)

순번 22 동영상은 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영된 것이 아니다.

순번 22 동영상에 관한 수사보고(증거기록 제123면)에도 '몰래카메라는 아닌 것으로 추정됨'이라고 기재되어 있다.

그럼에도 이 사건 공소사실 중 순번 22 동영상에 관한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(징역 2년 6월 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인[이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점 관련]

공소외 1은 수사기관에서부터 피고인을 상대로 2회에 걸쳐 성매매를 하였다고 자발적으로 진술하였고 그 진술내용이 구체적이어서 신빙성이 있다.

공소외 1이 순번 20, 21 동영상 속의 여성이 자신이 아니라고 진술을 번복한 것은 피고인으로부터 강요를 받았기 때문이다.

이러한 사정들에 비추어 보면 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술에는 신빙성이 있음에도 불구하고 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 증거능력 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 이 법원에 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인에 대한 수사 개시 및 이 사건 영장 발부 경위

① 피고인의 배우자 공소외 2는 2018. 4.경 자신의 지인 공소외 3에게 "피고인의 컴퓨터에서 여성의 신체를 몰래 촬영한 사진들을 발견했는데, 피고인으로부터 '그 사진들을 몰래 촬영하여 다른 사람들과 공유했다'고 들었다"면서, 자신의 휴대전화로 피고인의 모니터 화면에 나타나 있는 위 사진들을 촬영하여 이를 공소외 3에게 전송하였다.

② 공소외 3은 2018. 5. 8. '피고인이 상습적으로 자신의 차 안 등에서 여자의 신체 사진을 몰래 찍어 유포한다고 하니 조사를 부탁드립니다'는 취지로 '스마트 국민제보' 사이트에 신고를 하여 경찰에 사건이 접수되었다.

③ 경찰은 2018. 5. 12. 공소외 3에 대한 참고인 조사를 하였다.

공소외 3은 그날 공소외 2로부터 전송받은 사진들을 경찰에 제출하였는데, 그 사진들은 차량 조수석에 반바지 차림으로 앉아있는 여성을 운전석 위쪽에서 내려다보는 방향으로 촬영한 사진 8장, 편의점 앞 의자에 원피스를 입고 앉아있는 여성을 앞에서 촬영한 사진 1장(증거기록 제20 내지 28면)이었다.

④ 경찰은 2018. 5. 30.경 법원에 피의자의 특정 및 증거 확보를 위한 이 사건 영장의 발부를 신청하였다.

서울서부지방법원 영장담당판사는 2018. 5. 30. 피고인의 신체, 피고인의 주소지, 피고인 소유의 차량 2대에 관한 이 사건 영장을 발부하였다.

이 사건 영장에 기재된 주요 내용은 다음과 같다(다만, 별지의 내용은 생략한다).

[피의자]피의자[범죄사실]피의자는 2017. 시간불상경 피의자 소유의 차량 등에서 사업상 알게 된 성명불상의 피해자를 자신의 휴대전화를 이용하여 성적수치심을 느낄 수 있는 허벅지와 다리 등의 신체부위를 그 의사에 반하여 촬영하였고, 카카오톡 어플을 이용하여 게임동호회 회원 단체 카톡방에 전송하는 방법으로 유포하였다.

[압수·수색·검증을 필요로 하는 사유]참고인 공소외 3은 2018. 5. 6. 친구인 공소외 2의 남편 피의자가 모르는 여자의 사진을 몰래 찍어서 유포했다며 진정서를 제출하였음2018. 4. 피의자의 부인 공소외 2는 피의자의 컴퓨터에서 우연히 몰카 사진을 보게 되었고, 이를 피의자에게 묻자 사업상 알게 된 여성들을 휴대전화를 이용하여 몰래 촬영한 다음 게임 동호회 사람들에게 카카오톡 단체카톡방을 통해 유포하였다는 말을 들었고, 2018. 4. 9. 이를 참고인 공소외 3에게 고민상담을 하며 진술함참고인이 제출한 피의자의 부인 공소외 2와의 카카오톡 대화내용과 피의자의 부인 공소외 2가 피의자의 컴퓨터 모니터를 그대로 촬영한 사진 등으로 보아 범증 명확히 할 필요가 있다고 판단됨참고인이 제출한 피의자 휴대전화 번호를 통신자료 제공요청하여 피의자 특정하였으나, 검거할 시 피의자가 휴대전화, 컴퓨터 등에 저장되어 있는 사진 등을 삭제하는 등 증거를 인멸하고, 자신의 주거지 등에 있는 증거를 인멸하거나 삭제할 우려가 있어 검거하지 않고, 피의자가 소지하고 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자 주거지에 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자가 사진을 촬영한 피의자 소유의 차량 등을 압수·수색·검증하여 피의자의 혐의를 입증할 증거를 확보한 후, 피의자를 검거하고 혐의사실을 입증하는 수사단서로 활용하고자 함[수색, 검증할 장소, 신체, 물건]1. 피의자의 신체2. 피의자 주소지(서울 마포구 (주소 1 생략))3. 피의자 소유의 (차량번호 1 생략) 아우디, (차량번호 2 생략) 쉐보레 차량[압수할 물건]- 피의자가 소지 및 소유하고 있는 휴대전화, 외장메모리, 유심칩, 컴퓨터 본체, usb, 외장하드 등 저장매체 일체- 단, 휴대전화 외의 물건은 별지와 같이 압수대상 및 방법 제한

나) 이 사건 영장의 집행 과정

① 이 사건을 수사하던 서울마포경찰서 사법경찰관 경위 공소외 4, 순경 공소외 5, 공소외 6(이하 이들을 모두 일컬을 때에는 '이 사건 경찰들'이라 한다)은 2018. 6. 5. 08:20경 이 사건 영장에 기재된 압수·수색 장소인 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에 도착한 다음, 피고인에게 전화하여 이 사건 영장이 발부되었음을 통지하고 차량들에 대한 수색을 위하여 나와 달라고 요구하였다.

② 이 사건 경찰들은 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에서 기다리던 중 신발주머니가 △△동 불상의 호실에서 바닥으로 떨어지는 것을 목격하고, 그 신발주머니를 열어 확인한 결과 그 안에서 저장매체 2개[하드디스크 1개(WD Blue Desktop Hard Drive, 증 제9호증), SSD카드 1개(Crucial MX300 Solid State Drive, 증 제10호증)]를 발견하였다.

이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:30경 피고인이 주차장에 나타나자 이 사건 영장을 제시하고 차량들을 수색하였으나 이 사건 피의사실에 관련된 물품을 발견하지 못하였다.

곧이어 이 사건 경찰들은 피고인에게 신발주머니를 보여주면서 신발주머니 및 그 안에 들어 있는 저장매체들이 피고인의 것이 맞는지 물어보았는데, 피고인은 그 신발주머니와 저장매체들은 자신의 것이 아니고 이를 던진 적도 없다고 답변하였다.

③ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:35경 피고인의 주거지로 이동하여 이 사건 영장에 기하여 hp노트북, saramin usb, 아이폰5, 베가 스마트폰, 아이폰6s 플러스, 애플 맥북에어, 컴퓨터 하드디스크, 컴퓨터 본체(조립식)(증 제1 내지 8호증, 이하 '영장에 의한 압수물'이라 한다)를 압수하였다.

④ 이 사건 경찰들은 피고인의 주거지에서 이 사건 영장 집행을 하면서 공소외 2(피고인의 배우자)에게 위 신발주머니와 저장매체 2개가 누구 것인지 물어보았고, 공소외 2는 '신발주머니는 자신의 것이나 그 안에 들어있는 저장매체 2개에 대하여는 모른다'고 답변하였다.

⑤ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 09:00경 위 신발주머니 안에 들어있던 저장매체 2개(이하 '이 사건 유류물'이라 한다)를 유류물로 압수하였다.

⑥ 이 사건 경찰들은 같은 날 영장에 의한 압수물에 관하여 이 사건 영장에 의하여 압수하였다는 취지의 압수조서(증거기록 제63면)를 작성하였고, 이 사건 유류물에 관하여는 유류물로 압수했다는 취지의 압수조서(증거기록 제67면)를 작성하였다.

다) 이 사건 압수물의 분석 및 공소제기 과정

① 피고인은 2018. 6. 5. 09:00경 영장에 의한 압수물에 대한 원본 반출 확인서를 작성하면서 디지털기기·저장매체의 봉인해제, 복제본의 획득, 디지털기기·저장매체 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력가정에 참여하겠다는 의사를 밝혔다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

② 피고인은 2018. 6. 14. 경찰과 통화를 하면서 위 참여의사를 번복하여 탐색절차에 참여하지 않겠다는 의사를 밝혔다. 피고인은 2018. 6. 18. 그 당시 변호인이었던 공소외 7 변호사와 함께 서울마포경찰서를 방문하여 '개인 일정 조절이 어려워 전체 절차에 참여하기 어렵다'는 사유로 참여의사를 철회한다는 내용의 참여 철회 확인서를 제출하였다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

③ 이 사건 압수물에 대한 디지털증거분석 결과 압수된 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 불상의 여성 엉덩이와 다리 사진 11장이 발견되었고, 이 사건 PC와 이 사건 SSD카드에서 이 사건 동영상들이 발견되었다.

이 사건 동영상들에는 피고인이 여성과 나체로 성관계를 하는 장면 등이 촬영되어 있다.

그러나 위 디지털증거분석 결과 공소외 3이 경찰에서 참고인 조사를 받을 당시 제출한 사진들이 다시 발견되었다는 내용은 기재되어 있지 않다.

④ 이 사건 동영상들을 증거로 이 사건 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점과 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(이를 통틀어 이하 '이 사건 동영상 촬영'이라 한다)을 포함한 이 사건 공소가 제기되었다.

반면 공소외 3이 경찰에 제출한 사진과 관련된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았고, 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 발견된 위 사진 11장에 관하여서도 공소가 제기되지 않았다.

2) 구체적 판단

위에서 인정한 바와 같이 이 사건 동영상 촬영에 관한 주된 증거는 이 사건 동영상들이다.

이 사건 동영상들 중 순번 1 내지 5, 7 내지 9, 11 내지 16, 20, 21은 영장에 의한 압수물 중 하나인 이 사건 PC에서 발견되었고, 같은 순번 6, 10, 17 내지 19, 22는 이 사건 유류물 중 하나인 이 사건 SSD카드에서 발견되었다.

아래에서는 이 사건 PC에서 발견된 파일(이하 'PC 파일'이라 한다)과 이 사건 SSD카드에서 발견된 파일(이하 'SSD카드 파일'이라 한다)의 증거능력에 관하여 나누어 차례로 살펴보기로 한다.

가) PC 파일의 증거능력

(1) 관련 법리

형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

"라고 정하고 있다.

따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

위와 같이 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 증거는 피고인이 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 증거능력이 없다고 봄이 타당하다.

그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

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

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

(가) PC 파일이 이 사건 영장과 무관하다는 주장(위 법리오해 주장 ①)

① 이 사건 PC는 이 사건 영장에 의한 압수물이므로, 이 사건 영장 발부의 사유로 된 이 사건 피의사실과 관련된 범죄에 한하여 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

그런데 아래와 같은 사정들을 고려하면 이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 관계있는 범죄라고 볼 수 없어 이 사건 영장의 효력이 미치지 아니한다.

① 이 사건 피의사실 중 성명불상의 피해자에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점은 피고인이 차량 내부에서 치마를 입은 여성의 하반신을 촬영하였다는 것 등인 반면 이 사건 동영상 촬영의 점은

피고인이 나체로 촬영대상자와 성관계를 하고 있는 장면을 촬영하였다는 것으로 그 대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 촬영물의 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있다.

㉠ 이 사건 피의사실에 관하여는 이 사건 피의사실이 일어나던 당시 상습범 처벌 규정이 존재하지 않았고 특별한 목적 등을 주관적 구성요건으로 요구하고 있지도 않아, 이 부분 범행에 관한 음란물 자료들이 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접증거나 정황증거로 사용될 여지도 없었다.

㉡ 이 사건 영장에는 이 사건 동영상 촬영의 점에 관련된 내용이 전혀 기재되어 있지 않고, 추가 여죄 수사에 활용하기 위한 목적이 있다는 취지의 기재 또한 없다.

㉢ 이 사건 동영상 촬영의 점에 관하여는 공소가 제기되었으나, 이 사건 영장 발부의 기초가 된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았다.

㉣ 그렇다면 이 사건 PC를 탐색하는 과정에서 이 사건 피의사실과 별건인 이 사건 동영상 촬영과 관련된 자료를 발견한 수사기관으로서는 더 이상 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별건 범죄 혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받는 등의 조치를 취하였어야 한다.

수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않은 채 이 사건 PC에서 발견된 파일을 탐색한 것은 헌법과 형사소송법이 정한 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수·수색에 해당하고 그 절차 위반의 정도가 매우 중하다고 판단된다. PC 파일은 증거능력이 없다.

③ 형사소송법 등에서 압수·수색 절차와 관련된 조항을 둔 취지와 그를 통해 보호되는 권리·법익의 중요성, 이 사건 영장의 집행 과정에서 이루어진 수사기관의 위반 내용과 경위 및 그 회피가능성 등을 두루 살펴보면, PC 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고, PC 파일의 캡처 화면을 보면서 조사가 이루어진 공소의 8에 대한 검찰 진술조서 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다.

④ 이와 같이 PC 파일의 증거능력을 인정할 수 없으나, 아래에서는 피고인이 제기하고 있는 나머지 법리오해 주장에 관하여도 살펴보기로 한다.

(나) 저장매체 자체 반출이 위법하다는 주장(위 법리오해 주장 ②)

이 사건 영장의 '압수할 물건'란 및 별지에는, 원칙적으로 피고인이 소지하고 있는 컴퓨터 본체나 저장매체에서 이 사건 피의사실과 관련된 전자정보만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복제하는 방법으로 이를 압수하여야 하고, 예외적으로 영장의 집행 현장에서 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 불가능하거나 현저히 곤란할 때에만 저장매체 자체를 반출하는 등으로 압수할 수 있다고 기재되어 있다.

이 사건 피의사실은 '피고인이 여성의 신체 부위를 의사에 반하여 촬영하고 카카오톡 어플을 이용하여 전송하는 방법으로 반포하였다'는 취지이다.

이 사건 경찰들로서는 피의사실에 기재된 사진 파일뿐 아니라 이를 반포한 사실에 관한 증거들도 압수할 필요가 있었을 것이다.

그런데 이 사건 경찰들이 이 사건 피의사실 기재 파일 및 그 반포에 관한 증거들이 어느 저장매체에 저장되어 있는지 분명히 알기 어려웠을 것으로 보이는 점, 피고인이 일부 저장매체를 신발주머니에 담아 아파트 바깥으로 던져버리는 등으로 증거의 은닉을 시도하는 등 피고인의 협조를 받아 필요한 증거들만을 압수하기 용이하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들이 저장매체의 복제본 획득이 현저히 곤란하다고 판단하여 이를 봉인한 후 반출하는 방식으로 압수한 것이 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다고 보기는 어렵다.

(다) 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ③)

형사소송법 제219조에서 준용하는 같은 법 제118조는 피압수자 등이 압수·수색 사유를 확인하고 진행될 절차에서 참여권을 행사할 수 있도록 하는 등 방어권을 보장하기 위한 것인데 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 영장 집행 당시 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장의 표지를 제시받았고 피의사실의 내용을 들었다고 하는 것을 인정하고 있는 점, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 영장 집행과정에서 참여권이 침해되었다고 보기 어려운 점까지 종합하여 볼 때 피고인의 위 주장만으로 이 사건 영장의 집행 당시 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다고 보기는 어렵다.

(라) 피고인의 참여권이 배제되었다는 주장(위 법리오해 주장 ④)

앞서 살핀 바와 같이 이 사건 PC는 2018. 6. 5. 압수되었고, 피고인은 그날 그 봉인해제 및 탐색·복제 과정 등에 참여하겠다는 의견을 밝혔다.

그런데 이 사건 PC는 같은 날 서울지방경찰청에 디지털 증거분석이 의뢰되었고, 그곳에서 피고인의 참여 없이 봉인이 해제되었다.

그렇다면 이 사건 PC의 봉인 해제 과정에 피고인의 참여가 배제된 절차의 하자가 있음은 인정된다.

그러나 피고인은 2018. 6. 18. 변호인과 함께 경찰을 방문하여 이 사건 PC의 탐색 과정에 참여하지 않겠다는 취지의 확인서를 작성하여 제출한 점, 이 사건 PC의 실제 탐색작업은 2018. 6. 20. 이루어진 것으로 보이는 점, 피고인도 이 사건 PC에서 탐색된 파일들에 관하여 자신이 촬영한 동영상이라는 것을 부인하지는 않는 점 등을 종합하여 볼 때 위와 같은 절차의 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

(마) 압수된 전자정보에 관한 상세목록이 교부되지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ⑤)

형사소송법 제219조, 제129조에 의하면 수사기관은 압수물에 관한 목록을 작성하여 피압수자에게 이를 교부하여야 한다.

그런데 원심과 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 이 사건 경찰은 이 사건 PC로부터 동영상 파일을 탐색하여 취득하였음에도 피고인에게 전자정보 상세목록을 교부하지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 이 사건 PC로부터 취득한 전자정보는 형사소송법 제219조, 제129조가 규정한 절차에 따르지 않고 취득한 증거에 해당한다.

그러나 압수목록 또는 전자정보상세목록의 교부는 압수가 종료된 이후에 이루어지는 절차이므로, 형사소송법이 압수·수색에 관하여 정한 다른 절차들과 비교할 때 그 위반으로 인하여 피압수자에게 발생하는 법익 침해의 정도가 중하지 않은 점, 피고인이 이 사건 PC의 탐색과정에 참여하지 않겠다는 의사를 표명하였던 점까지 고려할 때 위와 같은 절차 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제해야 할 정도로 중대한 것이라 보기는 어렵다.

(바) 경찰이 이 사건 동영상은 유출하였다가 검찰에 송치했다는 주장(위 법리오해 주장 ⑥)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 사건 경찰들은 2018. 11. 14.경 이 사건을 검찰에 송치할 당시 PC 파일을 첨부하지 않았던 사실, 이 사건 경찰 중 한명이 2019. 3. 11.경 PC 파일이 저장된 USB를 '집에서 찾았다'고 하면서 검찰에 추송한 사실을 인정할 수 있다.

이와 같이 이 사건 경찰이 피의사실에 관한 수사의 일환으로 압수된 물건일 뿐 아니라 성관계 장면이 촬영되어 프라이버시의 침해 우려가 큰 PC 파일의 존재를 파악하지 못하거나 심지어 이를 자신의 집에 가져갔다는 것은 잘못이다.

그러나 위와 같은 잘못이 PC 파일이 취득된 이후에 일어난 것인 점, 피고인이 PC 파일이 자신에 의하여 촬영된 것임을 인정하고 있는 점까지 종합하여 볼 때 위와 같은 수사과정에서의 잘못으로 인하여 PC 파일의 증거능력을 부정할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

나) 압수된 SSD카드(증 제10호증)에서 발견된 파일의 증거능력

(1) 관련 법령

- 형사소송법 제218조(영장에 의하지 아니한 압수)

검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.

(2) 구체적 판단

(가) 유류물 압수의 적법 여부

앞서 살펴본 바와 같이 피고인은 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장을 집행하겠다는 통지를 받은 직후 피고인의 거주지인 아파트 20층에서 바깥으로 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니를 던졌다.

피고인은 곧바로 주차장으로 내려가 이 사건 경찰로부터 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니가 자신의 것인지 질문을 받고도 그 소유임을 부인하였다.

이 사건 SSD카드는 이 사건 경찰들이 피고인에게 이 사건 영장의 집행을 하겠다는 것을 고지한 직후 아파트 상층으로부터 바닥으로 떨어진 점에 비추어 이 사건 경찰들로서는 이 사건 SSD카드에 이 사건 피의사실에 관한 증거가 포함되어 있을 것으로 여길 만한 상황이었다고 보인다.

그러나 이 사건 경찰들이 SSD카드를 발견하여 그 점유를 취득할 당시 그것이 피고인이 피고인 주거지에서 던진 것인지 여부나 이 사건 범행과 관련된 것인지 여부를 명확히 알 수는 없었을 것이다.

또한 이 사건 영장에 기재된 수색, 검증할 장소, 신체, 물건은 '피고인의 신체, 피고인 주소지, 피고인 소유의 차량들'로 한정되어 있다.

이와 같이 경찰들로서는 이 사건 SSD카드가 이 사건 피의사실과 관련된 것일 가능성이 있어 이를 압수함이 상당함에도 그 소유관계가 명확히 확인되지는 않았던 점, 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장의 집행장소를 벗어난 곳에 위치하고 있어 이 사건 영장의 집행으로 이를 압수하기 어려웠던 점까지 고려할 때 이 사건 경찰들이 이를 유류물로 보아 압수한 절차가 위법하다고 볼 수는 없다.

(나) SSD카드 파일들의 증거능력 유무

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로 보아 압수한 절차에 위법이 있다고 할 수는 없다.

그러나 이 사건 SSD카드 자체가 아닌 그로부터 발견된 SSD카드 파일은 아래에서 살펴보는 바와 같이 피고인의 참여권이 보장되지 않은 점, 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어려운 점 등으로 인하여 그 증거능력을 인정할 수 없다.

또한 SSD카드 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다(순번 22 동영상에 관한 증거들도 모두 증거능력이 인정되지 않으므로, 순번 22 동영상 관련 사실 오인 주장에 대한 판단은 생략한다).

① 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 경찰들이 이 사건 영장을 집행에 임박하여 피고인에게 영장 발부 사실을 알린 직후에 이루어졌다.

이와 같이 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 피의사실, 즉 촬영대상자의 의사에 반하여 타인의 신체를 촬영하고 이를 반포한 점에 대한 수사의 일환으로 이루어졌다.

② 이 사건 영장의 압수 대상물은 이 사건 피의사실과 관련된 동영상 파일들과 피고인의 휴대전화이고 예외적으로 저장매체도 포함하고 있었다.

이 사건 경찰들은 실제로 이 사건 영장에 기하여 영장에 의한 압수물을 반출하는 방식으로 압수하였다.

만약 피고인이 이 사건 SSD카드를 아파트 주차장으로 던지지 않았다면 이 사건 SSD카드 역시 이 사건 영장에 기하여 피고인 주거지에서 압수되었을 것으로 보인다.

③ 이 사건 경찰도 이 사건 SSD카드를 압수할 당시 그것이 피고인에 의하여 피고인의 주거지에서 아파트 주차장으로 던져진 것임을 짐작한 것으로 보인다.

이 사건 경찰은 이를 취득한 직후 피고인에게 피고인의 소유물인지 여부를 물어보기도 하였다.

이 사건 경찰들은 곧이어 피고인의 주거지로 이동하여 피고인의 배우자 공소외 2에게 이 사건 SSD카드와 그것이 들어있던 신발주머니가 누구의 것인지 질문하였으며, 공소외 2로부터 신발주머니가 자신의 것이라는 답변을 들었다.

④ 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로서 압수한 것을 위법하다고 보기는 어렵다.

그러나 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장이 집행되던 중에 압수된 점, 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드가 피고인에 의하여 던져진 것임을 짐작하였을 것인 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들로서는 이 사건 피의사실과 관련된 파일을 취득하기 위하여 이 사건 SSD카드를 탐색하는 과정에서 이 사건 영장 집행과정과 마찬가지로 피고인의 참여권을 보장하고, 만약 이 사건 피의사실과 무관한 파일을 발견할 경우 그 탐색을 멈추고 별도의 압수수색영장을 청구하여 발부받아야 한다고 봄이 타당하다.

이 사건 SSD카드가 유류물로 압수되었다는 사정만으로 그것이 이 사건 피의사실을 근거로 한 이 사건 영장 집행과 밀접하게 연관되어 압수되었음에도 아무런 제한 없이 이를 탐색하여 별개의 범죄사실에 관한 증거를 취득할 수 있다고 볼 수는 없다.

⑤ 이 사건 경찰들은 이 사건 SSD카드의 탐색에 관하여 피고인이 참여할 것인지 의사를 묻지 않았고, 실제로 피고인 또는 변호인의 참여 없이 탐색이 진행되었다.

그런데 이 사건 SSD카드의 탐색과정에서 이 사건 피의사실과 관련이 있다고 보기 어려운 SSD카드 파일들이 발견되었다.

피고인은 그와 같은 탐색과정에서 별건 증거의 취득에 관한 자신의 의견을 피력할 기회를 부여받지 못하였고, 취득한 파일의 상세목록을 교부받을 기회 역시 부여받지 못하였다.

⑥ SSD카드 파일들은 앞서 살펴본 PC 파일에 관한 부분에서 상세히 살펴본 바와 마찬가지로 이 사건 피의사실과 사이에 ㉠ 그 촬영대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있고, ㉡ 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접·정황증거로 사용될 여지가 없으며, ㉢ 이 사건 SSD카드 파일의 압수 당시 이 사건 경찰들이 이를 추가 여죄 수사에 활용할 목적이 있었다고 보기 어려워, 결국 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2019. 1~2.경 서울 강남구 역삼동에 있는 상호불상의 모텔에서 '□□' 어플을 통하여 만난 아동·청소년인 공소외 1(여, 15세)과 성행위를 한 뒤 그녀에게 그 대가로 현금 15만 원을 교부함으로써 아동·청소년의 성을 사는 행위를 하였다.

2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거를 토대로 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1 진술의 신빙성을 인정하기 어렵고, 나머지 증거들만으로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 부족하다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

- ① 공소외 1은 검찰에서 2회에 걸쳐 조사받을 당시 2018년 초경 성매매 사실에 관하여는 비교적 구체적으로 진술한 데 반하여, 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않았다.
- ② 공소외 1은 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하였다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술을 반복하였다.

- ③ 공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 자신이 아니라고 진술을 번복하는 등 전체적으로 일관되지 않은 면이 있다.
- ④ 피고인이 자신의 성매매, 동영상 촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1.~2.경 새로이 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다.
- ⑤ 피고인은 2019. 4.경 공소외 1로부터 사실확인서를 받았는데, 피고인이 사실확인서를 받기 전인 2019. 1.~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 하였을 가능성을 완전히 배제하기 어렵다.

3) 이 법원의 판단

공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받았고, 원심에서는 증인으로 채택되었으나 출석하지 않았으며, 이 법원에서 증인으로 출석하여 진술하였다.

공소외 1의 각 진술을 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항에 기재된 바와 같이 2018년 초 겨울경에 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하여 성매수를 하였을 뿐 아니라, 이 부분 공소사실 기재와 같이 2019. 1.~2.경에도 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하면서 현금을 교부하여 성매수를 하였다는 것을 충분히 인정할 수 있다.

가) 공소외 1 진술의 신빙성

- (1) 공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받고 이 법원에 증인으로 출석하여 진술하면서, 피고인과의 성매매 사실에 관하여 "2018년 초경 '□□' 어플을 통해 피고인을 만나 성관계 2번에 15만 원을 받는 조건으로 성관계를 하였다. 2019. 1.~2.경에도 같은 조건으로 피고인을 만나 성관계를 하였다"는 취지로 일관되게 진술하였다. 공소외 1은 성매매 사실로 인하여 자신도 형사처벌을 받을 수 있음에도 위와 같이 진술하여 그 진술에 신빙성이 있다.

- (2) 피고인은 수사기관에서 공소외 1로부터 성매수를 한 사실을 모두 부인하였으나, 원심 및 이 법원에서는 2018년 초경 성매수 사실(범죄사실 제3항)은 자백하면서 2019. 1.~2.경 성매수 사실(이 부분 공소사실)은 부인하고 있다. 이와 같이 공소외 1의 진술 중 2018년 초경 성매수에 관한 부분은 피고인의 자백과 부합하여 그 신빙성을 인정할 수 있다.

그런데 공소외 1이 이 부분 공소사실에 관하여만 허위로 진술할 이유를 찾기 어렵다.

(3) 원심의 공소외 1 진술의 신빙성 배척 근거에 관하여

- ① 원심은 이 부분 공소사실에 관한 공소외 1의 검찰에서의 진술이 구체적이지 않다고 보았다.

공소외 1은 검찰에서 이 부분 공소사실에 관하여 '2019. 1.~2.경 피고인과 만나 모텔에 갔을 때 성관계를 하는 조건으로 얼마를 받은 것인가요'라는 질문에 '현금으로 15만 원을 받은 것으로 기억합니다'라고만 답변하여 그 당시 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않기는 하였다.

그런데 공소외 1의 진술을 전체적으로 살펴보면 이는 공소외 1이 추가적인 질문을 받지 않아 당시 성관계의 조건만을 진술하였던 것으로 볼 여지가 크다.

반면, 공소외 1은 이 법원에 증인으로 출석하여 2019. 1.~2.경 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 '(그 무렵) 피고인과 카톡인가 라인인가로 연락하다가 만나서 역삼동 쪽에 있는 모텔에 갔다.

자신은 당시 역삼동 ◇◇ 편의점 근처에 살고 있었는데 그 근처 부동산 옆에서 피고인이 운전하여 온 차를 타고 이동하였다.

모텔은 피고인이 예약하였다.

이동시간은 10분 미만이었다.

피고인으로부터 15만 원을 받았다'는 취지로 구체적으로 진술하였다.

- ② 원심은 공소외 1이 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술한 점도 신빙성을 인정하기 어려운 근거 중 하나로 들었다.

그러나 공소외 1이 2019. 8.경 검찰 조사를 받을 당시는 이 부분 공소사실로부터 약 7개월이 지난 시점이었던 점, 공소외 1의 진술이 이 부분 공소사실의 주된 내용에 관하여는 구체적이고 일관된 점, 공소외 1은 2018. 초경 성매매 이후 연락이 끊겼다가 2019. 1.~2.경 다시 연락이 닿아 몇 차례 연락을 주고받다가 만나 성매매에 이르게 되었는바 다시 연락이 닿게 된 경위는 이 부분 공소사실의 주요부분이라고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 위와 같이 일부 진술이 불일치한다는 점만으로 공소외 1의 진술에 신빙성이 없다고 볼 수는 없다.

- ③ 원심은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 다시 자신이 아니라고 진술하여 전체적으로 일관되지 않는다고 보았다.

공소외 1은 피고인의 동영상 촬영 행위에 관한 수사가 진행 중이던 2019. 4. 24.경 '2018. 2.~3.경 피고인과 만나 교제하면서 동의하에 3회 성관계를 하였다.

피고인과 모텔 등에서 성관계 촬영을 하는 것을 알고 동의하였다'는 취지의 사실확인서를 작성하여 피고인을 통해 경찰에 제출하였다.

공소외 1은 2019. 8. 16. 검찰에서 처음 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 "그 동영상 속의 여성은 공소외 1이 아니고 다른 여성이지만, 그냥 공소외 1이라고 해라. 다른 여성이라고 하면 (피고인과 공소외 1) 둘 다 문제가 된다.

돈과 관계없이 만났고, 영상도 같이 보고 촬영한 것이라고 말해라"라는 이야기를 들었다'고 진술한 다음, 순번 20, 21 동영상을 시청하였다.

그리고 공소외 1은 '순번 20, 21 동영상 속의 여성은 자신(공소외 1)이 맞는 것 같다.

다만 그 동영상 촬영을 알지 못했고 동의하지도 않았다.

'고 진술하였다.

공소외 1은 2019. 9. 3. 검찰에서 다시 조사를 받을 당시 '(1차 조사 이후) 피고인으로부터 연락을 받았는데 순번 20, 21 동영상 속 여성은 공소외 1이 아니라 21세의 다른 여성이라고 들었다.

피고인으로부터 위와 같은 말을 듣고 그 동영상 속의 여성이 자신이 아닐 수도 있다는 생각이 들었다'고 진술하고, 순번 20, 21 동영상을 다시 열람한 뒤 '영상 속의 여성의 몸매, 목소리 등을 보면 확실히 제가 아닌 것 같습니다.

영상 속의 여성이 저와 많이 닮았고 (1차 조사) 당시 너무 충격을 받아 영상을 자세히 보지 못해서 영상 속의 여성이 저라고 생각한 것입니다'라고 진술하였다.

위와 같은 공소외 1의 각 진술은 주된 내용이 변경되어 일관되지 않기는 하다.

그런데 위 사실확인서는 공소외 1이 피고인으로부터 허위의 내용의 사실확인서를 작성해달라는 요구를 받고 이에 응하여 작성한 것으로 보인다.

공소외 1은 검찰에서 최초로 진술할 당시부터 피고인으로부터 받은 부당한 요청사항까지 모두 솔직하게 진술하였다.

그러한 공소외 1이 동영상 속의 인물이 자신인지 여부에 관하여 굳이 허위로 진술하였을 것으로 보기는 어렵다.

공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 만 16세의 어린 나이였고, 성매매 사실로 자신이 처벌받을 수도 있다는 사실에 겁을 먹었던 것으로 보이며, 실제로 당시 진술조서에는 공소외 1이 순번 20, 21 동영상을 열람할 당시 상황에 관하여 "검사가 영상을 재생하자 진술인(공소외 1)이 매우 당황하고 놀라며 '이걸 어떻게 확인해요?'라고 말하다가 혼자 확인하겠다고 하여 혼자 시청함"(증거기록 제744면)이라고 기재되어 있다.

반면 공소외 1은 검찰 2회 조사 당시 피고인으로부터 위 각 동영상 속의 여성이 자신이 아님을 분명히 들은 상황에서 다시 위 각 동영상을 열람하고 그 동영상 속 여성이 자신이 아니라고 진술하였는바, 진술이 변경된 경위를 수궁할 수 있고, 그와 같은 진술 변경의 점만으로 앞서 살펴본 바와 같이 신빙성이 있는 공소외 1 진술이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

④ 원심은 피고인이 성매매, 동영상촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로운 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다고 보았다.

그러나 이는 신빙성이 있는 공소외 1의 진술에 비추어 타당하다고 할 수 없다.

⑤ 원심은 피고인이 2019. 1~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 했을 가능성을 배제할 수 없다고 보았다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1~2.경 피고인과 성매매를 하였고, 피고인에 대한 수사가 진행 중이라는 것은 2019. 4.경 사실확인서를 작성할 무렵 처음 들었다고 진술하고 그 진술에 신빙성이 있다고 판단된다.

나) 피고인의 변소에 관하여

① 피고인은 2019. 1~2.경 이 사건 각 동영상 속의 여성이 누구인지 특정하기 위하여 공소외 1을 만났을 뿐이고 그날 공소외 1이 이 사건 각 동영상 속의 여성이 아님을 확인하였다고 변소하고 있다.

그러나 앞서 살핀 바와 같이 공소외 1은 수사기관으로부터 이 법원에 이르기까지 일관되게 2019. 1~2.경 피고인과 만나 성매매를 하였다고 진술한 점, 공소외 1은 2019. 8. 16.경 검찰에서 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 이 사건 각 동영상 속의 여성이 자신이라고 진술하라는 이야기를 들었다'고 진술하였던 점에 비추어 받아들일 수 없다.

② 피고인은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시에는 '(자신이) 2019. 1~2.경 돈이 필요하여 피고인에게 먼저 연락하였다'고 진술하였는데, 검찰 2회 조사 당시에는 '2019. 8. 27.경 피고인으로부터 같은 피해를 입은 공소외 10으로부터 연락을 받고 공소외 10에게 피고인의 전화번호를 물었다'고 진술하여 피고인의 연락처를 알고 있었는지 관한 내용이 서로 상반된다는 취지로 변소한다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1~2.경 카톡 또는 라인을 통하여 연락하였다고 진술하였는바 그 당시에는 피고인의 전화번호를 알지 못하였던 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술이 상반된다고 볼 수는 없다.

다) 소결론

공소외 1의 각 진술에는 신빙성이 있어 이를 주된 증거로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지없이 인정할 수 있다고 판단된다.

3. 결론

이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(원심 판시 범죄사실 제1, 2항)에 관한 피고인의 법리오해 주장과 이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점(원심 판시 무죄부분)에 관한 검사의 사실오인 주장은 이유 있다.

원심은 범죄사실 제1, 2항 부분과 범죄사실 제3항을 형법 제37조 전단 경합범 관계로 보아 하나의 형을 선고하였고, 이 법원에서 유죄로 판단하는 원심 판시 무죄부분은 원심 범죄사실 제3항 부분과 형법 제37조 전단 경합범 관계에 있다.

따라서 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

피고인의 사실오인 주장 및 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 모두 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 증거능력에 관한 법리오해

[이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점 관련]

이 부분 공소사실에 관한 증거들인 압수물총목록 기재 증 제1 내지 10호증(이하 '이 사건 압수물'이라 한다)은 아래와 같은 사정들을 고려할 때 영장주의 및 적법절차의 원칙을 위반하여 수집된 위법수집증거로 증거능력이 없다.

이를 기초로 획득한 수사보고 등은 모두 위법수집증거에 기초한 2차 증거로 역시 증거능력이 없다.

그럼에도 위 각 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 위법수집증거배제법칙(형사소송법 제308조의2)에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

① 이 사건 압수물은 수사기관이 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)의 기초가 된 피의사실(이하 '이 사건 피의사실'이라 한다)과 관련성이 없는 것들이다.

수사기관은 이 사건 압수물에 관하여 사후적으로 영장을 발부받지도 않았다.

② 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 용이함에도 저장매체 자체인 이 사건 압수물을 반출하여 압수하였다.

이는 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다.

- ③ 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 피고인에게 이 사건 영장의 표지만을 제시하고 '압수할 물건'과 '압수방법의 제한'이 기재되어 있는 부분을 제시하지 않았다.

이는 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 영장 제시라 할 수 없다.

- ④ 경찰은 압수된 PC(증 제8호증, 이하 '이 사건 PC'라 한다)의 봉인을 해제하는 과정과 압수된 SSD카드(증 제10호증, 이하 '이 사건 SSD카드'라 한다)를 탐색하여 별지 기재 동영상들(이하 '이 사건 동영상들'이라 하고, 그 중 일부를 일컬을 때에는 '순번 ○○ 동영상'이라 한다)을 취득하는 과정에서 피고인의 참여를 배제하였다.

- ⑤ 경찰은 이 사건 동영상들을 취득한 이후 피고인에게 압수된 전자정보가 무엇인지 확인할 수 있는 '상세목록'을 교부하지 않았고, 특별한 사정이 없음에도 이 사건 압수물들을 피고인에게 반환하지 않았다.

경찰은 이 사건 압수물로부터 취득하였으나 압수하지 않은 전자정보를 삭제·폐기하지도 않았다.

- ⑥ 경찰은 이 사건을 검찰에 송치하면서 이 사건 동영상들을 기록에 첨부하지 않았다가, 이후 사건 담당 경찰이 집에서 이 사건 동영상들을 찾아 검찰에 추송하였다.

이는 증거기록을 사적으로 복제하여 유출하였던 것으로 위법하다.

2) 사실오인(순번 22 동영상 관련)

순번 22 동영상은 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영된 것이 아니다.

순번 22 동영상에 관한 수사보고(증거기록 제123면)에도 '몰래카메라는 아닌 것으로 추정됨'이라고 기재되어 있다.

그럼에도 이 사건 공소사실 중 순번 22 동영상에 관한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(징역 2년 6월 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인[이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점 관련]

공소외 1은 수사기관에서부터 피고인을 상대로 2회에 걸쳐 성매매를 하였다고 자발적으로 진술하였고 그 진술내용이 구체적이어서 신빙성이 있다.

공소외 1이 순번 20, 21 동영상 속의 여성이 자신이 아니라고 진술을 번복한 것은 피고인으로부터 강요를 받았기 때문이다.

이러한 사정들에 비추어 보면 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술에는 신빙성이 있음에도 불구하고 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 증거능력 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 이 법원에 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인에 대한 수사 개시 및 이 사건 영장 발부 경위

① 피고인의 배우자 공소외 2는 2018. 4.경 자신의 지인 공소외 3에게 "피고인의 컴퓨터에서 여성의 신체를 몰래 촬영한 사진들을 발견했는데, 피고인으로부터 '그 사진들을 몰래 촬영하여 다른 사람들과 공유했다'고 들었다"면서, 자신의 휴대전화로 피고인의 모니터 화면에 나타나 있는 위 사진들을 촬영하여 이를 공소외 3에게 전송하였다.

② 공소외 3은 2018. 5. 8. '피고인이 상습적으로 자신의 차 안 등에서 여자의 신체 사진을 몰래 찍어 유포한다고 하니 조사를 부탁드립니다'는 취지로 '스마트 국민제보' 사이트에 신고를 하여 경찰에 사건이 접수되었다.

③ 경찰은 2018. 5. 12. 공소외 3에 대한 참고인 조사를 하였다.

공소외 3은 그날 공소외 2로부터 전송받은 사진들을 경찰에 제출하였는데, 그 사진들은 차량 조수석에 반바지 차림으로 앉아있는 여성을 운전석 위쪽에서 내려다보는 방향으로 촬영한 사진 8장, 편의점 앞 의자에 원피스를 입고 앉아있는 여성을 앞에서 촬영한 사진 1장(증거기록 제20 내지 28면)이었다.

④ 경찰은 2018. 5. 30.경 법원에 피의자의 특정 및 증거 확보를 위한 이 사건 영장의 발부를 신청하였다.

서울서부지방법원 영장담당판사는 2018. 5. 30. 피고인의 신체, 피고인의 주소지, 피고인 소유의 차량 2대에 관한 이 사건 영장을 발부하였다.

이 사건 영장에 기재된 주요 내용은 다음과 같다(다만, 별지의 내용은 생략한다).

[피의자]피의자[범죄사실]피의자는 2017. 시간불상경 피의자 소유의 차량 등에서 사업상 알게 된 성명불상의 피해자를 자신의 휴대전화를 이용하여 성적수치심을 느낄 수 있는 허벅지와 다리 등의 신체부위를 그 의사에 반하여 촬영하였고, 카카오톡 어플을 이용하여 게임동호회 회원 단체 카톡방에 전송하는 방법으로 유포하였다.

[압수·수색·검증을 필요로 하는 사유]참고인 공소외 3은 2018. 5. 6. 친구인 공소외 2의 남편 피의자가 모르는 여자의 사진을 몰래 찍어서 유포했다며 진정서를 제출하였음2018. 4. 피의자의 부인 공소외 2는 피의자의 컴퓨터에서 우연히 몰카 사진을 보게 되었고, 이를 피의자에게 문자 사업상 알게 된 여성들을 휴대전화를 이용하여 몰래 촬영한 다음 게임 동호회 사람들에게 카카오톡 단체카톡방을 통해 유포하였다는 말을 들었고, 2018. 4. 9. 이를 참고인 공소외 3에게 고민상담을 하며 진술함참고인이 제출한 피의자의 부인 공소외 2와의 카카오톡 대화내용과 피의자의 부인 공소외 2가 피의자의 컴퓨터 모니터를 그대로 촬영한 사진 등으로 보아 범증 명확히 할 필요가 있다고 판단됨참고인이 제출한 피의자 휴대전화 번호를 통신자료 제공요청하여 피의자 특정하였으나, 검거할 시 피의자가 휴대전화, 컴퓨터 등에 저장되어 있는 사진 등을 삭제하는 등 증거를 인멸하고, 자신의 주거지 등에 있는 증거를 인멸하거나

삭제할 우려가 있어 검거하지 않고, 피의자가 소지하고 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자 주거지에 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자가 사진을 촬영한 피의자 소유의 차량 등을 압수·수색·검증하여 피의자의 혐의를 입증할 증거를 확보한 후, 피의자를 검거하고 혐의사실을 입증하는 수사단서로 활용하고자 함[수색, 검증할 장소, 신체, 물건]1. 피의자의 신체2. 피의자 주소지(서울 마포구 (주소 1 생략))3. 피의자 소유의 (차량번호 1 생략) 아우디, (차량번호 2 생략) 쟈트라 차량[압수할 물건]- 피의자가 소지 및 소유하고 있는 휴대전화, 외장메모리, 유심칩, 컴퓨터 본체, usb, 외장하드 등 저장매체 일체- 단, 휴대전화 외의 물건은 별지와 같이 압수대상 및 방법 제한

나) 이 사건 영장의 집행 과정

① 이 사건을 수사하던 서울마포경찰서 사법경찰관 경위 공소외 4, 순경 공소외 5, 공소외 6(이하 이들을 모두 일컬을 때에는 '이 사건 경찰들'이라 한다)은 2018. 6. 5. 08:20경 이 사건 영장에 기재된 압수·수색 장소인 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에 도착한 다음, 피고인에게 전화하여 이 사건 영장이 발부되었음을 통지하고 차량들에 대한 수색을 위하여 나와 달라고 요구하였다.

② 이 사건 경찰들은 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에서 기다리던 중 신발주머니가 △△동 불상의 호실에서 바닥으로 떨어지는 것을 목격하고, 그 신발주머니를 열어 확인한 결과 그 안에서 저장매체 2개[하드디스크 1개(WD Blue Desktop Hard Drive, 증 제9호증), SSD카드 1개(Crucial MX300 Solid State Drive, 증 제10호증)]를 발견하였다.

이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:30경 피고인이 주차장에 나타나자 이 사건 영장을 제시하고 차량들을 수색하였으나 이 사건 피의사실에 관련된 물품을 발견하지 못하였다.

곧이어 이 사건 경찰들은 피고인에게 신발주머니를 보여주면서 신발주머니 및 그 안에 들어 있는 저장매체들이 피고인의 것이 맞는지 물어보았는데, 피고인은 그 신발주머니와 저장매체들은 자신의 것이 아니고 이를 던진 적도 없다고 답변하였다.

③ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:35경 피고인의 주거지로 이동하여 이 사건 영장에 기하여 hp노트북, saramin usb, 아이폰5, 베가 스마트폰, 아이폰6s 플러스, 애플 맥북에어, 컴퓨터 하드디스크, 컴퓨터 본체(조립식)(증 제1 내지 8호증, 이하 '영장에 의한 압수물'이라 한다)를 압수하였다.

④ 이 사건 경찰들은 피고인의 주거지에서 이 사건 영장 집행을 하면서 공소외 2(피고인의 배우자)에게 위 신발주머니와 저장매체 2개가 누구 것인지 물어보았고, 공소외 2는 '신발주머니는 자신의 것이나 그 안에 들어있는 저장매체 2개에 대하여는 모른다'고 답변하였다.

⑤ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 09:00경 위 신발주머니 안에 들어있던 저장매체 2개(이하 '이 사건 유류물'이라 한다)를 유류물로 압수하였다.

⑥ 이 사건 경찰들은 같은 날 영장에 의한 압수물에 관하여 이 사건 영장에 의하여 압수하였다는 취지의 압수조서(증거기록 제63면)를 작성하였고, 이 사건 유류물에 관하여는 유류물로 압수했다는 취지의 압수조서(증거기록 제67면)를

작성하였다.

다) 이 사건 압수물의 분석 및 공소제기 과정

- ① 피고인은 2018. 6. 5. 09:00경 영장에 의한 압수물에 대한 원본 반출 확인서를 작성하면서 디지털기기·저장매체의 봉인해제, 복제본의 획득, 디지털기기·저장매체 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력가정에 참여하겠다는 의사를 밝혔다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).
- ② 피고인은 2018. 6. 14. 경찰과 통화를 하면서 위 참여의사를 번복하여 탐색절차에 참여하지 않겠다는 의사를 밝혔다. 피고인은 2018. 6. 18. 그 당시 변호인이었던 공소외 7 변호사와 함께 서울마포경찰서를 방문하여 '개인 일정 조절이 어려워 전체 절차에 참여하기 어렵다'는 사유로 참여의사를 철회한다는 내용의 참여 철회 확인서를 제출하였다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).
- ③ 이 사건 압수물에 대한 디지털증거분석 결과 압수된 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 불상의 여성 엉덩이와 다리 사진 11장이 발견되었고, 이 사건 PC와 이 사건 SSD카드에서 이 사건 동영상들이 발견되었다.
이 사건 동영상들에는 피고인이 여성과 나체로 성관계를 하는 장면 등이 촬영되어 있다.

그러나 위 디지털증거분석 결과 공소외 3이 경찰에서 참고인 조사를 받을 당시 제출한 사진들이 다시 발견되었다는 내용은 기재되어 있지 않다.

- ④ 이 사건 동영상들을 증거로 이 사건 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점과 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(이를 통틀어 이하 '이 사건 동영상 촬영'이라 한다)을 포함한 이 사건 공소가 제기되었다.

반면 공소외 3이 경찰에 제출한 사진과 관련된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았고, 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 발견된 위 사진 11장에 관하여서도 공소가 제기되지 않았다.

2) 구체적 판단

위에서 인정한 바와 같이 이 사건 동영상 촬영에 관한 주된 증거는 이 사건 동영상들이다.

이 사건 동영상들 중 순번 1 내지 5, 7 내지 9, 11 내지 16, 20, 21은 영장에 의한 압수물 중 하나인 이 사건 PC에서 발견되었고, 같은 순번 6, 10, 17 내지 19, 22는 이 사건 유류물 중 하나인 이 사건 SSD카드에서 발견되었다.

아래에서는 이 사건 PC에서 발견된 파일(이하 'PC 파일'이라 한다)과 이 사건 SSD카드에서 발견된 파일(이하 'SSD카드 파일'이라 한다)의 증거능력에 관하여 나누어 차례로 살펴보기로 한다.

가) PC 파일의 증거능력

(1) 관련 법리

형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

"라고 정하고 있다.

따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

위와 같이 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 증거는 피고인이 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 증거능력이 없다고 봄이 타당하다.

그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

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

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

(가) PC 파일이 이 사건 영장과 무관하다는 주장(위 법리오해 주장 ①)

① 이 사건 PC는 이 사건 영장에 의한 압수물이므로, 이 사건 영장 발부의 사유로 된 이 사건 피의사실과 관련된 범죄에 한하여 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

그런데 아래와 같은 사정들을 고려하면 이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 관계있는 범죄라고 볼 수 없어 이 사건 영장의 효력이 미치지 아니한다.

㉠ 이 사건 피의사실 중 성명불상의 피해자에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점은 피고인이 차량 내부에서 치마를 입은 여성의 하반신을 촬영하였다는 것 등인 반면 이 사건 동영상 촬영의 점은 피고인이 나체로 촬영대상자와 성관계를 하고 있는 장면을 촬영하였다는 것으로 그 대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 촬영물의 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있다.

㉡ 이 사건 피의사실에 관하여는 이 사건 피의사실이 일어나던 당시 상습범 처벌 규정이 존재하지 않았고 특별한 목적 등을 주관적 구성요건으로 요구하고 있지도 않아, 이 부분 범행에 관한 음란물 자료들이 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접증거나 정황증거로 사용될 여지도 없었다.

㉢ 이 사건 영장에는 이 사건 동영상 촬영의 점에 관련된 내용이 전혀 기재되어 있지 않고, 추가 여죄 수사에 활용하기 위한 목적이 있다는 취지의 기재 또한 없다.

㉣ 이 사건 동영상 촬영의 점에 관하여는 공소가 제기되었으나, 이 사건 영장 발부의 기초가 된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았다.

② 그렇다면 이 사건 PC를 탐색하는 과정에서 이 사건 피의사실과 별건인 이 사건 동영상 촬영과 관련된 자료를 발견한 수사기관으로서 더 이상 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별건 범죄 혐의에 대한 압수·수색영장을 발부

받는 등의 조치를 취하였어야 한다.

수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않은 채 이 사건 PC에서 발견된 파일을 탐색한 것은 헌법과 형사소송법이 정한 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수·수색에 해당하고 그 절차 위반의 정도가 매우 중하다고 판단된다. PC 파일은 증거능력이 없다.

- ③ 형사소송법 등에서 압수·수색 절차와 관련된 조항을 둔 취지와 그를 통해 보호되는 권리·법익의 중요성, 이 사건 영장의 집행 과정에서 이루어진 수사기관의 위반 내용과 경위 및 그 회피가능성 등을 두루 살펴보면, PC 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고, PC 파일의 캡처 화면을 보면서 조사가 이루어진 공소외 8에 대한 검찰 진술조서 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다.
- ④ 이와 같이 PC 파일의 증거능력을 인정할 수 없으나, 아래에서는 피고인이 제기하고 있는 나머지 법리오해 주장에 관하여도 살펴보기로 한다.

(나) 저장매체 자체 반출이 위법하다는 주장(위 법리오해 주장 ②)

이 사건 영장의 '압수할 물건'란 및 별지에는, 원칙적으로 피고인이 소지하고 있는 컴퓨터 본체나 저장매체에서 이 사건 피의사실과 관련된 전자정보만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복제하는 방법으로 이를 압수하여야 하고, 예외적으로 영장의 집행 현장에서 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 불가능하거나 현저히 곤란할 때에만 저장매체 자체를 반출하는 등으로 압수할 수 있다고 기재되어 있다.

이 사건 피의사실은 '피고인이 여성의 신체 부위를 의사에 반하여 촬영하고 카카오톡 어플을 이용하여 전송하는 방법으로 반포하였다'는 취지이다.

이 사건 경찰들로서는 피의사실에 기재된 사진 파일뿐 아니라 이를 반포한 사실에 관한 증거들도 압수할 필요가 있었을 것이다.

그런데 이 사건 경찰들이 이 사건 피의사실 기재 파일 및 그 반포에 관한 증거들이 어느 저장매체에 저장되어 있는지 분명히 알기 어려웠을 것으로 보이는 점, 피고인이 일부 저장매체를 신발주머니에 담아 아파트 바깥으로 던져버리는 등으로 증거의 은닉을 시도하는 등 피고인의 협조를 받아 필요한 증거들만을 압수하기 용이하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들이 저장매체의 복제본 획득이 현저히 곤란하다고 판단하여 이를 봉인한 후 반출하는 방식으로 압수한 것이 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다고 보기는 어렵다.

(다) 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ③)

형사소송법 제219조에서 준용하는 같은 법 제118조는 피압수자 등이 압수·수색 사유를 확인하고 진행될 절차에서 참여권을 행사할 수 있도록 하는 등 방어권을 보장하기 위한 것인데 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 영장 집행 당시 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장의 표지를 제시받았고 피의사실의 내용을 들었다고 하는 것을 인정하고 있는 점, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 영장 집행과정에서 참여권이 침해되었다고 보기 어려운 점까지 종합하여 볼 때 피고인의 위 주장만으로 이 사건 영장의 집행 당시 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다고 보기는 어렵다.

(라) 피고인의 참여권이 배제되었다는 주장(위 법리오해 주장 ④)

앞서 살핀 바와 같이 이 사건 PC는 2018. 6. 5. 압수되었고, 피고인은 그날 그 봉인해제 및 탐색·복제 과정 등에 참여하겠다는 의견을 밝혔다.

그런데 이 사건 PC는 같은 날 서울지방법경찰청에 디지털 증거분석이 의뢰되었고, 그곳에서 피고인의 참여 없이 봉인이 해제되었다.

그렇다면 이 사건 PC의 봉인 해제 과정에 피고인의 참여가 배제된 절차의 하자가 있음은 인정된다.

그러나 피고인은 2018. 6. 18. 변호인과 함께 경찰을 방문하여 이 사건 PC의 탐색 과정에 참여하지 않겠다는 취지의 확인서를 작성하여 제출한 점, 이 사건 PC의 실제 탐색작업은 2018. 6. 20. 이루어진 것으로 보이는 점, 피고인도 이 사건 PC에서 탐색된 파일들에 관하여 자신이 촬영한 동영상이라는 것을 부인하지는 않는 점 등을 종합하여 볼 때 위와 같은 절차의 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

(마) 압수된 전자정보에 관한 상세목록이 교부되지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ⑤)

형사소송법 제219조, 제129조에 의하면 수사기관은 압수물에 관한 목록을 작성하여 피압수자에게 이를 교부하여야 한다.

그런데 원심과 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 이 사건 경찰은 이 사건 PC로부터 동영상 파일을 탐색하여 취득하였음에도 피고인에게 전자정보 상세목록을 교부하지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 이 사건 PC로부터 취득한 전자정보는 형사소송법 제219조, 제129조가 규정한 절차에 따르지 않고 취득한 증거에 해당한다.

그러나 압수목록 또는 전자정보상세목록의 교부는 압수가 종료된 이후에 이루어지는 절차이므로, 형사소송법이 압수·수색에 관하여 정한 다른 절차들과 비교할 때 그 위반으로 인하여 피압수자에게 발생하는 법익 침해의 정도가 중하지 않은 점, 피고인이 이 사건 PC의 탐색과정에 참여하지 않겠다는 의사를 표명하였던 점까지 고려할 때 위와 같은 절차 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제해야 할 정도로 중대한 것이라 보기는 어렵다.

(바) 경찰이 이 사건 동영상을 유출하였다가 검찰에 송치했다는 주장(위 법리오해 주장 ⑥)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 사건 경찰들은 2018. 11. 14.경 이 사건을 검찰에 송치할 당시 PC 파일을 첨부하지 않았던 사실, 이 사건 경찰 중 한명이 2019. 3. 11.경 PC 파일이 저장된 USB를 '집에서 찾았다'고 하면서 검찰에 추송한 사실을 인정할 수 있다.

이와 같이 이 사건 경찰이 피의사실에 관한 수사의 일환으로 압수된 물건일 뿐 아니라 성관계 장면이 촬영되어 프라이버시의 침해 우려가 큰 PC 파일의 존재를 파악하지 못하거나 심지어 이를 자신의 집에 가져갔다는 것은 잘못이다.

그러나 위와 같은 잘못이 PC 파일이 취득된 이후에 일어난 것인 점, 피고인이 PC 파일이 자신에 의하여 촬영된 것임을 인정하고 있는 점까지 종합하여 볼 때 위와 같은 수사과정에서의 잘못으로 인하여 PC 파일의 증거능력을 부정

할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

나) 압수된 SSD카드(증 제10호증)에서 발견된 파일의 증거능력

(1) 관련 법령

- 형사소송법 제218조(영장에 의하지 아니한 압수)

검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.

(2) 구체적 판단

(가) 유류물 압수의 적법 여부

앞서 살펴본 바와 같이 피고인은 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장을 집행하겠다는 통지를 받은 직후 피고인의 거주지인 아파트 20층에서 바깥으로 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니를 던졌다.

피고인은 곧바로 주차장으로 내려가 이 사건 경찰로부터 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니가 자신의 것인지 질문을 받고도 그 소유임을 부인하였다.

이 사건 SSD카드는 이 사건 경찰들이 피고인에게 이 사건 영장의 집행을 하겠다는 것을 고지한 직후 아파트 상층으로부터 바닥으로 떨어진 점에 비추어 이 사건 경찰들로서는 이 사건 SSD카드에 이 사건 피의사실에 관한 증거가 포함되어 있을 것으로 여길 만한 상황이었다고 보인다.

그러나 이 사건 경찰들이 SSD카드를 발견하여 그 점유를 취득할 당시 그것이 피고인이 피고인 주거지에서 던진 것인지 여부나 이 사건 범행과 관련된 것인지 여부를 명확히 알 수는 없었을 것이다.

또한 이 사건 영장에 기재된 수색, 검증할 장소, 신체, 물건은 '피고인의 신체, 피고인 주소지, 피고인 소유의 차량들'로 한정되어 있다.

이와 같이 경찰들로서는 이 사건 SSD카드가 이 사건 피의사실과 관련된 것일 가능성이 있어 이를 압수함이 상당함에도 그 소유관계가 명확히 확인되지는 않았던 점, 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장의 집행장소를 벗어난 곳에 위치하고 있어 이 사건 영장의 집행으로 이를 압수하기 어려웠던 점까지 고려할 때 이 사건 경찰들이 이를 유류물로 보아 압수한 절차가 위법하다고 볼 수는 없다.

(나) SSD카드 파일들의 증거능력 유무

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로 보아 압수한 절차에 위법이 있다고 할 수는 없다.

그러나 이 사건 SSD카드 자체가 아닌 그로부터 발견된 SSD카드 파일은 아래에서 살펴보는 바와 같이 피고인의 참여권이 보장되지 않은 점, 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어려운 점 등으로 인하여 그 증거능력을 인정할 수 없다.

또한 SSD카드 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다(순번 22 동영상에 관한 증거들도 모두 증거능력이 인정되지 않으므로, 순번 22 동영상 관련 사실

오인 주장에 대한 판단은 생략한다).

① 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 경찰들이 이 사건 영장을 집행에 임박하여 피고인에게 영장 발부 사실을 알린 직후에 이루어졌다.

이와 같이 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 피의사실, 즉 촬영대상자의 의사에 반하여 타인의 신체를 촬영하고 이를 반포한 점에 대한 수사의 일환으로 이루어졌다.

② 이 사건 영장의 압수 대상물은 이 사건 피의사실과 관련된 동영상 파일들과 피고인의 휴대전화이고 예외적으로 저장매체도 포함하고 있었다.

이 사건 경찰들은 실제로 이 사건 영장에 기하여 영장에 의한 압수물을 반출하는 방식으로 압수하였다.

만약 피고인이 이 사건 SSD카드를 아파트 주차장으로 던지지 않았다면 이 사건 SSD카드 역시 이 사건 영장에 기하여 피고인 주거지에서 압수되었을 것으로 보인다.

③ 이 사건 경찰도 이 사건 SSD카드를 압수할 당시 그것이 피고인에 의하여 피고인의 주거지에서 아파트 주차장으로 던져진 것임을 짐작한 것으로 보인다.

이 사건 경찰은 이를 취득한 직후 피고인에게 피고인의 소유물인지 여부를 물어보기도 하였다.

이 사건 경찰들은 곧이어 피고인의 주거지로 이동하여 피고인의 배우자 공소외 2에게 이 사건 SSD카드와 그것이 들어있던 신발주머니가 누구의 것인지 질문하였으며, 공소외 2로부터 신발주머니가 자신의 것이라는 답변을 들었다.

④ 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로서 압수한 것을 위법하다고 보기는 어렵다.

그러나 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장이 집행되던 중에 압수된 점, 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드가 피고인에 의하여 던져진 것임을 짐작하였을 것인 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들로서는 이 사건 피의사실과 관련된 파일을 취득하기 위하여 이 사건 SSD카드를 탐색하는 과정에서 이 사건 영장 집행과정과 마찬가지로 피고인의 참여권을 보장하고, 만약 이 사건 피의사실과 무관한 파일을 발견할 경우 그 탐색을 멈추고 별도의 압수수색영장을 청구하여 발부받아야 한다고 봄이 타당하다.

이 사건 SSD카드가 유류물로 압수되었다는 사정만으로 그것이 이 사건 피의사실을 근거로 한 이 사건 영장 집행과 밀접하게 연관되어 압수되었음에도 아무런 제한 없이 이를 탐색하여 별개의 범죄사실에 관한 증거를 취득할 수 있다고 볼 수는 없다.

⑤ 이 사건 경찰들은 이 사건 SSD카드의 탐색에 관하여 피고인이 참여할 것인지 의사를 묻지 않았고, 실제로 피고인 또는 변호인의 참여 없이 탐색이 진행되었다.

그런데 이 사건 SSD카드의 탐색과정에서 이 사건 피의사실과 관련이 있다고 보기 어려운 SSD카드 파일들이 발견되었다.

피고인은 그와 같은 탐색과정에서 별건 증거의 취득에 관한 자신의 의견을 피력할 기회를 부여받지 못하였고, 취득한 파일의 상세목록을 교부받을 기회 역시 부여받지 못하였다.

⑥ SSD카드 파일들은 앞서 살펴본 PC 파일에 관한 부분에서 상세히 살펴본 바와 마찬가지로 이 사건 피의사실과 사이에 ㉠ 그 촬영대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있고, ㉡ 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접·정황증거로 사용될 여지가 없으며, ㉢ 이 사건 SSD카드 파일의 압수 당시 이 사건 경찰들이 이를 추가 여죄 수사에 활용할 목적이 있었다고 보기 어려워, 결국 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2019. 1~2.경 서울 강남구 역삼동에 있는 상호불상의 모텔에서 '□□' 어플을 통하여 만난 아동·청소년인 공소외 1(여, 15세)과 성행위를 한 뒤 그녀에게 그 대가로 현금 15만 원을 교부함으로써 아동·청소년의 성을 사는 행위를 하였다.

2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거를 토대로 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1 진술의 신빙성을 인정하기 어렵고, 나머지 증거들만으로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 부족하다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

- ① 공소외 1은 검찰에서 2회에 걸쳐 조사받을 당시 2018년 초경 성매매 사실에 관하여는 비교적 구체적으로 진술한 데 반하여, 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않았다.
- ② 공소외 1은 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하였다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술을 반복하였다.
- ③ 공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 자신이 아니라고 진술을 반복하는 등 전체적으로 일관되지 않은 면이 있다.
- ④ 피고인이 자신의 성매매, 동영상 촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로이 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다.
- ⑤ 피고인은 2019. 4.경 공소외 1로부터 사실확인서를 받았는데, 피고인이 사실확인서를 받기 전인 2019. 1~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 하였을 가능성을 완전히 배제하기 어렵다.

3) 이 법원의 판단

공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받았고, 원심에서는 증인으로 채택되었으나 출석하지 않았으며, 이 법원에서 증인으로 출석하여 진술하였다.

공소외 1의 각 진술을 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항에 기재된 바와 같이 2018년 초 겨울경에 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하여 성매수를 하였을 뿐 아니라, 이 부분 공소사실 기재와 같이 2019. 1~2.경에도 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하면서 현금을 교부하여 성매수를 하였다는 것을 충분히 인정할 수 있다.

가) 공소외 1 진술의 신빙성

(1) 공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받고 이 법원에 증인으로 출석하여 진술하면서, 피고인과의 성매매 사실에 관하여

"2018년 초경 '□□' 어플을 통해 피고인을 만나 성관계 2번에 15만 원을 받는 조건으로 성관계를 하였다.

2019. 1.~2.경에도 같은 조건으로 피고인을 만나 성관계를 하였다"는 취지로 일관되게 진술하였다.

공소외 1은 성매매 사실로 인하여 자신도 형사처벌을 받을 수 있음에도 위와 같이 진술하여 그 진술에 신빙성이 있다.

(2) 피고인은 수사기관에서 공소외 1로부터 성매수를 한 사실을 모두 부인하였으나, 원심 및 이 법원에서는 2018년 초경

성매수 사실(범죄사실 제3항)은 자백하면서 2019. 1.~2.경 성매수 사실(이 부분 공소사실)은 부인하고 있다.

이와 같이 공소외 1의 진술 중 2018년 초경 성매수에 관한 부분은 피고인의 자백과 부합하여 그 신빙성을 인정할 수 있다.

그런데 공소외 1이 이 부분 공소사실에 관하여만 허위로 진술할 이유를 찾기 어렵다.

(3) 원심의 공소외 1 진술의 신빙성 배척 근거에 관하여

① 원심은 이 부분 공소사실에 관한 공소외 1의 검찰에서의 진술이 구체적이지 않다고 보았다.

공소외 1은 검찰에서 이 부분 공소사실에 관하여 '2019. 1.~2.경 피고인과 만나 모텔에 갔을 때 성관계를 하는 조건으로

얼마를 받은 것인가요'라는 질문에 '현금으로 15만 원을 받은 것으로 기억합니다'라고만 답변하여 그 당시 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않기는 하였다.

그런데 공소외 1의 진술을 전체적으로 살펴보면 이는 공소외 1이 추가적인 질문을 받지 않아 당시 성관계의 조건만을 진술하였던 것으로 볼 여지가 크다.

반면, 공소외 1은 이 법원에 증인으로 출석하여 2019. 1.~2.경 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 '(그 무렵) 피고인과 카톡인가 라인인가로 연락하다가 만나서 역삼동 쪽에 있는 모텔에 갔다.

자신은 당시 역삼동 ◇◇ 편의점 근처에 살고 있었는데 그 근처 부동산 옆에서 피고인이 운전하여 온 차를 타고 이동하였다.

모텔은 피고인이 예약하였다.

이동시간은 10분 미만이었다.

피고인으로부터 15만 원을 받았다'는 취지로 구체적으로 진술하였다.

② 원심은 공소외 1이 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술한 점도 신빙성을 인정하기 어려운 근거 중 하나로 들었다.

그러나 공소외 1이 2019. 8.경 검찰 조사를 받을 당시는 이 부분 공소사실로부터 약 7개월이 지난 시점이었던 점, 공소외 1의 진술이 이 부분 공소사실의 주된 내용에 관하여는 구체적이고 일관된 점, 공소외 1은 2018. 초경 성매매 이후 연락이 끊겼다가 2019. 1.~2.경 다시 연락이 닿아 몇 차례 연락을 주고받다가 만나 성매매에 이르게 되었는바 다

시 연락이 닿게 된 경위는 이 부분 공소사실의 주요부분이라고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 위와 같이 일부 진술이 불일치한다는 점만으로 공소외 1의 진술에 신빙성이 없다고 볼 수는 없다.

- ③ 원심은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 다시 자신이 아니라고 진술하여 전체적으로 일관되지 않는다고 보았다.

공소외 1은 피고인의 동영상 촬영 행위에 관한 수사가 진행 중이던 2019. 4. 24.경 '2018. 2.~3.경 피고인과 만나 교제하면서 동의하에 3회 성관계를 하였다.

피고인과 모텔 등에서 성관계 촬영을 하는 것을 알고 동의하였다'는 취지의 사실확인서를 작성하여 피고인을 통해 경찰에 제출하였다.

공소외 1은 2019. 8. 16. 검찰에서 처음 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 "그 동영상 속의 여성은 공소외 1이 아니고 다른 여성이지만, 그냥 공소외 1이라고 해라. 다른 여성이라고 하면 (피고인과 공소외 1) 둘 다 문제가 된다.

돈과 관계없이 만났고, 영상도 같이 보고 촬영한 것이라고 말해라"라는 이야기를 들었다'고 진술한 다음, 순번 20, 21 동영상을 시청하였다.

그리고 공소외 1은 '순번 20, 21 동영상 속의 여성은 자신(공소외 1)이 맞는 것 같다.

다만 그 동영상 촬영을 알지 못했고 동의하지도 않았다.

'고 진술하였다.

공소외 1은 2019. 9. 3. 검찰에서 다시 조사를 받을 당시 '(1차 조사 이후) 피고인으로부터 연락을 받았는데 순번 20, 21 동영상 속 여성은 공소외 1이 아니라 21세의 다른 여성이라고 들었다.

피고인으로부터 위와 같은 말을 듣고 그 동영상 속의 여성이 자신이 아닐 수도 있다는 생각이 들었다'고 진술하고, 순번 20, 21 동영상을 다시 열람한 뒤 '영상 속의 여성의 몸매, 목소리 등을 보면 확실히 제가 아닌 것 같습니다.

영상 속의 여성이 저와 많이 닮았고 (1차 조사) 당시 너무 충격을 받아 영상을 자세히 보지 못해서 영상 속의 여성이 저라고 생각한 것입니다'라고 진술하였다.

위와 같은 공소외 1의 각 진술은 주된 내용이 변경되어 일관되지 않기는 하다.

그런데 위 사실확인서는 공소외 1이 피고인으로부터 허위의 내용의 사실확인서를 작성해달라는 요구를 받고 이에 응하여 작성한 것으로 보인다.

공소외 1은 검찰에서 최초로 진술할 당시부터 피고인으로부터 받은 부당한 요청사항까지 모두 솔직하게 진술하였다.

그러한 공소외 1이 동영상 속의 인물이 자신인지 여부에 관하여 굳이 허위로 진술하였을 것으로 보기는 어렵다.

공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 만 16세의 어린 나이였고, 성매매 사실로 자신이 처벌받을 수도 있다는 사실에 겁을 먹었던 것으로 보이며, 실제로 당시 진술조서에는 공소외 1이 순번 20, 21 동영상을 열람할 당시 상황에 관하여 "검사가 영상을 재생하자 진술인(공소외 1)이 매우 당황하고 놀라며 '이걸 어떻게 확인해요?'라고 말하다가 혼자 확인하겠다고 하여 혼자 시청함"(증거기록 제744면)이라고 기재되어 있다.

반면 공소외 1은 검찰 2회 조사 당시 피고인으로부터 위 각 동영상 속의 여성이 자신이 아님을 분명히 들은 상황에서 다시 위 각 동영상을 열람하고 그 동영상 속 여성이 자신이 아니라고 진술하였는바, 진술이 변경된 경위를 수궁할 수 있고, 그와 같은 진술 변경의 점만으로 앞서 살펴본 바와 같이 신빙성이 있는 공소외 1 진술이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

- ④ 원심은 피고인이 성매매, 동영상촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로운 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다고 보았다.

그러나 이는 신빙성이 있는 공소외 1의 진술에 비추어 타당하다고 할 수 없다.

- ⑤ 원심은 피고인이 2019. 1~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 했을 가능성을 배제할 수 없다고 보았다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1~2.경 피고인과 성매매를 하였고, 피고인에 대한 수사가 진행 중이라는 것은 2019. 4.경 사실확인서를 작성할 무렵 처음 들었다고 진술하고 그 진술에 신빙성이 있다고 판단된다.

나) 피고인의 변소에 관하여

- ① 피고인은 2019. 1~2.경 이 사건 각 동영상 속의 여성이 누구인지 특정하기 위하여 공소외 1을 만났을 뿐이고 그날 공소외 1이 이 사건 각 동영상 속의 여성이 아님을 확인하였다고 변소하고 있다.

그러나 앞서 살핀 바와 같이 공소외 1은 수사기관으로부터 이 법원에 이르기까지 일관되게 2019. 1~2.경 피고인과 만나 성매매를 하였다고 진술한 점, 공소외 1은 2019. 8. 16.경 검찰에서 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 이 사건 각 동영상 속의 여성이 자신이라고 진술하라는 이야기를 들었다'고 진술하였던 점에 비추어 받아들이 수 없다.

- ② 피고인은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시에는 '(자신이) 2019. 1~2.경 돈이 필요하여 피고인에게 먼저 연락하였다'고 진술하였는데, 검찰 2회 조사 당시에는 '2019. 8. 27.경 피고인으로부터 같은 피해를 입은 공소외 10으로부터 연락을 받고 공소외 10에게 피고인의 전화번호를 물었다'고 진술하여 피고인의 연락처를 알고 있었는지 관한 내용이 서로 상반된다는 취지로 변소한다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1~2.경 카톡 또는 라인을 통하여 연락하였다고 진술하였는바 그 당시에는 피고인의 전화번호를 알지 못하였던 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술이 상반된다고 볼 수는 없다.

다) 소결론

공소외 1의 각 진술에는 신빙성이 있어 이를 주된 증거로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지없이 인정할 수 있다고 판단된다.

3. 결론

이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(원심 판시 범죄사실 제1, 2항)에 관한 피고인의 범리오해 주장과 이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점(원심 판시 무죄부분)에 관한 검사의 사실오인 주장은 이유 있다.

원심은 범죄사실 제1, 2항 부분과 범죄사실 제3항을 형법 제37조 전단 경합범 관계로 보아 하나의 형을 선고하였고, 이 법원에서 유죄로 판단하는 원심 판시 무죄부분은 원심 범죄사실 제3항 부분과 형법 제37조 전단 경합범 관계에 있다.

따라서 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

피고인의 사실오인 주장 및 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 모두 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 증거능력에 관한 법리오해

[이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한 특례법위반(카메라등이용촬영)의 점 관련]

이 부분 공소사실에 관한 증거들인 압수물총목록 기재 증 제1 내지 10호증(이하 '이 사건 압수물'이라 한다)은 아래와 같은 사정들을 고려할 때 영장주의 및 적법절차의 원칙을 위반하여 수집된 위법수집증거로 증거능력이 없다.

이를 기초로 획득한 수사보고 등은 모두 위법수집증거에 기초한 2차 증거로 역시 증거능력이 없다.

그럼에도 위 각 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 위법수집증거배제법칙(형사소송법 제308조의2)에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

① 이 사건 압수물은 수사기관이 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)의 기초가 된 피의사실(이하 '이 사건 피의사실'이라 한다)과 관련성이 없는 것들이다.

수사기관은 이 사건 압수물에 관하여 사후적으로 영장을 발부받지도 않았다.

② 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 용이함에도 저장매체 자체인 이 사건 압수물을 반출하여 압수하였다.

이는 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다.

③ 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 피고인에게 이 사건 영장의 표지만을 제시하고 '압수할 물건'과 '압수방법의 제한'이 기재되어 있는 부분을 제시하지 않았다.

이는 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 영장 제시라 할 수 없다.

④ 경찰은 압수된 PC(증 제8호증, 이하 '이 사건 PC'라 한다)의 봉인을 해제하는 과정과 압수된 SSD카드(증 제10호증, 이하 '이 사건 SSD카드'라 한다)를 탐색하여 별지 기재 동영상들(이하 '이 사건 동영상들'이라 하고, 그 중 일부를 일컬을 때에는 '순번 ○○ 동영상'이라 한다)을 취득하는 과정에서 피고인의 참여를 배제하였다.

⑤ 경찰은 이 사건 동영상들을 취득한 이후 피고인에게 압수된 전자정보가 무엇인지 확인할 수 있는 '상세목록'을 교부하지 않았고, 특별한 사정이 없음에도 이 사건 압수물들을 피고인에게 반환하지 않았다.

경찰은 이 사건 압수물로부터 취득하였으나 압수하지 않은 전자정보를 삭제·폐기하지도 않았다.

⑥ 경찰은 이 사건을 검찰에 송치하면서 이 사건 동영상들을 기록에 첨부하지 않았다가, 이후 사건 담당 경찰이 집에서 이 사건 동영상들을 찾아 검찰에 추송하였다.

이는 증거기록을 사적으로 복제하여 유출하였던 것으로 위법하다.

2) 사실오인(순번 22 동영상 관련)

순번 22 동영상은 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영된 것이 아니다.

순번 22 동영상에 관한 수사보고(증거기록 제123면)에도 '몰래카메라는 아닌 것으로 추정됨'이라고 기재되어 있다.

그럼에도 이 사건 공소사실 중 순번 22 동영상에 관한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(징역 2년 6월 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인[이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점 관련]

공소외 1은 수사기관에서부터 피고인을 상대로 2회에 걸쳐 성매매를 하였다고 자발적으로 진술하였고 그 진술내용이 구체적이어서 신빙성이 있다.

공소외 1이 순번 20, 21 동영상 속의 여성이 자신이 아니라고 진술을 번복한 것은 피고인으로부터 강요를 받았기 때문이다.

이러한 사정들에 비추어 보면 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술에는 신빙성이 있음에도 불구하고 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 증거능력 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 이 법원에 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인에 대한 수사 개시 및 이 사건 영장 발부 경위

① 피고인의 배우자 공소외 2는 2018. 4.경 자신의 지인 공소외 3에게 "피고인의 컴퓨터에서 여성의 신체를 몰래 촬영한 사진들을 발견했는데, 피고인으로부터 '그 사진들을 몰래 촬영하여 다른 사람들과 공유했다'고 들었다"면서, 자신의 휴대전화로 피고인의 모니터 화면에 나타나 있는 위 사진들을 촬영하여 이를 공소외 3에게 전송하였다.

② 공소외 3은 2018. 5. 8. '피고인이 상습적으로 자신의 차 안 등에서 여자의 신체 사진을 몰래 찍어 유포한다고 하니 조사를 부탁드립니다'는 취지로 '스마트 국민제보' 사이트에 신고를 하여 경찰에 사건이 접수되었다.

③ 경찰은 2018. 5. 12. 공소외 3에 대한 참고인 조사를 하였다.

공소외 3은 그날 공소외 2로부터 전송받은 사진들을 경찰에 제출하였는데, 그 사진들은 차량 조수석에 반바지 차림으로 앉아있는 여성을 운전석 위쪽에서 내려다보는 방향으로 촬영한 사진 8장, 편의점 앞 의자에 원피스를 입고 앉아있는 여성을 앞에서 촬영한 사진 1장(증거기록 제20 내지 28면)이었다.

④ 경찰은 2018. 5. 30.경 법원에 피의자의 특정 및 증거 확보를 위한 이 사건 영장의 발부를 신청하였다.

서울서부지방법원 영장담당판사는 2018. 5. 30. 피고인의 신체, 피고인의 주소지, 피고인 소유의 차량 2대에 관한 이 사건 영장을 발부하였다.

이 사건 영장에 기재된 주요 내용은 다음과 같다(다만, 별지의 내용은 생략한다).

[피의자]피의자[범죄사실]피의자는 2017. 시간불상경 피의자 소유의 차량 등에서 사업상 알게 된 성명불상의 피해자를 자신의 휴대전화를 이용하여 성적수치심을 느낄 수 있는 허벅지와 다리 등의 신체부위를 그 의사에 반하여 촬영하였고, 카카오톡 어플을 이용하여 게임동호회 회원 단체 카톡방에 전송하는 방법으로 유포하였다.

[압수·수색·검증을 필요로 하는 사유]참고인 공소외 3은 2018. 5. 6. 친구인 공소외 2의 남편 피의자가 모르는 여자의 사진을 몰래 찍어서 유포했다며 진정서를 제출하였음 2018. 4. 피의자의 부인 공소외 2는 피의자의 컴퓨터에서 우연히 몰카 사진을 보게 되었고, 이를 피의자에게 문자 사업상 알게 된 여성들을 휴대전화를 이용하여 몰래 촬영한 다음 게임 동호회 사람들에게 카카오톡 단체카톡방을 통해 유포하였다는 말을 들었고, 2018. 4. 9. 이를 참고인 공소외 3에게 고민상담을 하며 진술함참고인이 제출한 피의자의 부인 공소외 2와의 카카오톡 대화내용과 피의자의 부인 공소외 2가 피의자의 컴퓨터 모니터를 그대로 촬영한 사진 등으로 보아 범증 명확히 할 필요가 있다고 판단됨참고인이 제출한 피의자 휴대전화 번호를 통신자료 제공요청하여 피의자 특정하였으나, 검거할 시 피의자가 휴대전화, 컴퓨터 등에 저장되어 있는 사진 등을 삭제하는 등 증거를 인멸하고, 자신의 주거지 등에 있는 증거를 인멸하거나 삭제할 우려가 있어 검거하지 않고, 피의자가 소지하고 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자 주거지에 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자가 사진을 촬영한 피의자 소유의 차량 등을 압수·수색·검증하여 피의자의 혐의를 입증할 증거를 확보한 후, 피의자를 검거하고 혐의사실을 입증하는 수사단서로 활용하고자 함[수색, 검증할 장소, 신체, 물건]1. 피의자의 신체2. 피의자 주소지(서울 마포구 (주소 1 생략))3. 피의자 소유의 (차량번호 1 생략) 아우디, (차량번호 2 생략) 쉐보레 차량[압수할 물건]- 피의자가 소지 및 소유하고 있는 휴대전화, 외장메모리, 유심칩, 컴퓨터 본체, usb, 외장하드 등 저장매체 일체- 단, 휴대전화 외의 물건은 별지와 같이 압수대상 및 방법 제한

나) 이 사건 영장의 집행 과정

① 이 사건을 수사하던 서울마포경찰서 사법경찰관 경위 공소외 4, 순경 공소외 5, 공소외 6(이하 이들을 모두 일컬을 때에는 '이 사건 경찰들'이라 한다)은 2018. 6. 5. 08:20경 이 사건 영장에 기재된 압수·수색 장소인 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에 도착한 다음, 피고인에게 전화하여 이 사건 영장이 발부되었음을 통지하고 차량들에 대한 수색을 위하여 나와 달라고 요구하였다.

② 이 사건 경찰들은 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에서 기다리던 중 신발주머니가 △△동 불상의 호실에서 바닥으로 떨어지는 것을 목격하고, 그 신발주머니를 열어 확인한 결과 그 안에서 저장매체 2개[하드디스크 1개(WD Blue

Desktop Hard Drive, 증 제9호증), SSD카드 1개(Crucial MX300 Solid State Drive, 증 제10호증)]를 발견하였다.

이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:30경 피고인이 주차장에 나타나자 이 사건 영장을 제시하고 차량들을 수색하였으나 이 사건 피의사실에 관련된 물품을 발견하지 못하였다.

곧이어 이 사건 경찰들은 피고인에게 신발주머니를 보여주면서 신발주머니 및 그 안에 들어 있는 저장매체들이 피고인의 것이 맞는지 물어보았는데, 피고인은 그 신발주머니와 저장매체들은 자신의 것이 아니고 이를 던진 적도 없다고 답변하였다.

③ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:35경 피고인의 주거지로 이동하여 이 사건 영장에 기하여 hp노트북, saramin usb, 아이폰5, 베가 스마트폰, 아이폰6s 플러스, 애플 맥북에어, 컴퓨터 하드디스크, 컴퓨터 본체(조립식)(증 제1 내지 8호증, 이하 '영장에 의한 압수물'이라 한다)를 압수하였다.

④ 이 사건 경찰들은 피고인의 주거지에서 이 사건 영장 집행을 하면서 공소외 2(피고인의 배우자)에게 위 신발주머니와 저장매체 2개가 누구 것인지 물어보았고, 공소외 2는 '신발주머니는 자신의 것이나 그 안에 들어있는 저장매체 2개에 대하여는 모른다'고 답변하였다.

⑤ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 09:00경 위 신발주머니 안에 들어있던 저장매체 2개(이하 '이 사건 유류물'이라 한다)를 유류물로 압수하였다.

⑥ 이 사건 경찰들은 같은 날 영장에 의한 압수물에 관하여 이 사건 영장에 의하여 압수하였다는 취지의 압수조서(증거기록 제63면)를 작성하였고, 이 사건 유류물에 관하여는 유류물로 압수했다는 취지의 압수조서(증거기록 제67면)를 작성하였다.

다) 이 사건 압수물의 분석 및 공소제기 과정

① 피고인은 2018. 6. 5. 09:00경 영장에 의한 압수물에 대한 원본 반출 확인서를 작성하면서 디지털기기·저장매체의 봉인해제, 복제본의 획득, 디지털기기·저장매체 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력가정에 참여하겠다는 의사를 밝혔다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

② 피고인은 2018. 6. 14. 경찰과 통화를 하면서 위 참여의사를 반복하여 탐색절차에 참여하지 않겠다는 의사를 밝혔다. 피고인은 2018. 6. 18. 그 당시 변호인이었던 공소외 7 변호사와 함께 서울마포경찰서를 방문하여 '개인 일정 조절이 어려워 전체 절차에 참여하기 어렵다'는 사유로 참여의사를 철회한다는 내용의 참여 철회 확인서를 제출하였다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

③ 이 사건 압수물에 대한 디지털증거분석 결과 압수된 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 불상의 여성 엉덩이와 다리 사진 11장이 발견되었고, 이 사건 PC와 이 사건 SSD카드에서 이 사건 동영상들이 발견되었다.

이 사건 동영상들에는 피고인이 여성과 나체로 성관계를 하는 장면 등이 촬영되어 있다.

그러나 위 디지털증거분석 결과 공소외 3이 경찰에서 참고인 조사를 받을 당시 제출한 사진들이 다시 발견되었다는 내용은 기재되어 있지 않다.

④ 이 사건 동영상들을 증거로 이 사건 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점과 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(이를 통틀어 이하 '이 사건 동영상 촬영'이라 한다)을 포함한 이 사건 공소가 제기되었다.

반면 공소외 3이 경찰에 제출한 사진과 관련된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았고, 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 발견된 위 사진 11장에 관하여서도 공소가 제기되지 않았다.

2) 구체적 판단

위에서 인정한 바와 같이 이 사건 동영상 촬영에 관한 주된 증거는 이 사건 동영상들이다.

이 사건 동영상들 중 순번 1 내지 5, 7 내지 9, 11 내지 16, 20, 21은 영장에 의한 압수물 중 하나인 이 사건 PC에서 발견되었고, 같은 순번 6, 10, 17 내지 19, 22는 이 사건 유류물 중 하나인 이 사건 SSD카드에서 발견되었다.

아래에서는 이 사건 PC에서 발견된 파일(이하 'PC 파일'이라 한다)과 이 사건 SSD카드에서 발견된 파일(이하 'SSD카드 파일'이라 한다)의 증거능력에 관하여 나누어 차례로 살펴보기로 한다.

가) PC 파일의 증거능력

(1) 관련 법리

형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

"라고 정하고 있다.

따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

위와 같이 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 증거는 피고인이 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 증거능력이 없다고 봄이 타당하다.

그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

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

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

(가) PC 파일이 이 사건 영장과 무관하다는 주장(위 법리오해 주장 ①)

① 이 사건 PC는 이 사건 영장에 의한 압수물이므로, 이 사건 영장 발부의 사유로 된 이 사건 피의사실과 관련된 범죄에 한하여 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

그런데 아래와 같은 사정들을 고려하면 이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 관계있는 범죄라고 볼 수 없어 이 사건 영장의 효력이 미치지 아니한다.

㉠ 이 사건 피의사실 중 성명불상의 피해자에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점은 피고인이 차량 내부에서 치마를 입은 여성의 하반신을 촬영하였다는 것 등인 반면 이 사건 동영상 촬영의 점은 피고인이 나체로 촬영대상자와 성관계를 하고 있는 장면을 촬영하였다는 것으로 그 대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 촬영물의 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있다.

㉡ 이 사건 피의사실에 관하여는 이 사건 피의사실이 일어나던 당시 상습범 처벌 규정이 존재하지 않았고 특별한 목적 등을 주관적 구성요건으로 요구하고 있지도 않아, 이 부분 범행에 관한 음란물 자료들이 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접증거나 정황증거로 사용될 여지도 없었다.

㉢ 이 사건 영장에는 이 사건 동영상 촬영의 점에 관련된 내용이 전혀 기재되어 있지 않고, 추가 여죄 수사에 활용하기 위한 목적이 있다는 취지의 기재 또한 없다.

㉣ 이 사건 동영상 촬영의 점에 관하여는 공소가 제기되었으나, 이 사건 영장 발부의 기초가 된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았다.

② 그렇다면 이 사건 PC를 탐색하는 과정에서 이 사건 피의사실과 별건인 이 사건 동영상 촬영과 관련된 자료를 발견한 수사기관으로서 더 이상 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별건 범죄 혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받는 등의 조치를 취하였어야 한다.

수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않은 채 이 사건 PC에서 발견된 파일을 탐색한 것은 헌법과 형사소송법이 정한 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수·수색에 해당하고 그 절차 위반의 정도가 매우 중하다고 판단된다. PC 파일은 증거능력이 없다.

③ 형사소송법 등에서 압수·수색 절차와 관련된 조항을 둔 취지와 그를 통해 보호되는 권리·법익의 중요성, 이 사건 영장의 집행 과정에서 이루어진 수사기관의 위반 내용과 경위 및 그 회피가능성 등을 두루 살펴보면, PC 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고, PC 파일의 캡처 화면을 보면서 조사가 이루어진 공소외 8에 대한 검찰 진술조서 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다.

④ 이와 같이 PC 파일의 증거능력을 인정할 수 없으나, 아래에서는 피고인이 제기하고 있는 나머지 법리오해 주장에 관하여도 살펴보기로 한다.

(나) 저장매체 자체 반출이 위법하다는 주장(위 법리오해 주장 ②)

이 사건 영장의 '압수할 물건'란 및 별지에는, 원칙적으로 피고인이 소지하고 있는 컴퓨터 본체나 저장매체에서 이 사건 피의사실과 관련된 전자정보만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복제하는 방법으로 이를 압수하여야 하고, 예외적으로 영장의 집행 현장에서 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 불가능하거나 현저히 곤란할 때에만 저장매체 자체를 반출하는 등으로 압수할 수 있다고 기재되어 있다.

이 사건 피의사실은 '피고인이 여성의 신체 부위를 의사에 반하여 촬영하고 카카오톡 어플을 이용하여 전송하는 방법으로 반포하였다'는 취지이다.

이 사건 경찰들로서는 피의사실에 기재된 사진 파일뿐 아니라 이를 반포한 사실에 관한 증거들도 압수할 필요가 있었을 것이다.

그런데 이 사건 경찰들이 이 사건 피의사실 기재 파일 및 그 반포에 관한 증거들이 어느 저장매체에 저장되어 있는지 분명히 알기 어려웠을 것으로 보이는 점, 피고인이 일부 저장매체를 신발주머니에 담아 아파트 바깥으로 던져버리는 등으로 증거의 은닉을 시도하는 등 피고인의 협조를 받아 필요한 증거들만을 압수하기 용이하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들이 저장매체의 복제본 획득이 현저히 곤란하다고 판단하여 이를 봉인한 후 반출하는 방식으로 압수한 것이 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다고 보기는 어렵다.

(다) 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ③)

형사소송법 제219조에서 준용하는 같은 법 제118조는 피압수자 등이 압수·수색 사유를 확인하고 진행될 절차에서 참여권을 행사할 수 있도록 하는 등 방어권을 보장하기 위한 것인데 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 영장 집행 당시 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장의 표지를 제시받았고 피의사실의 내용을 들었다고 하는 것을 인정하고 있는 점, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 영장 집행과정에서 참여권이 침해되었다고 보기 어려운 점까지 종합하여 볼 때 피고인의 위 주장만으로 이 사건 영장의 집행 당시 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다고 보기는 어렵다.

(라) 피고인의 참여권이 배제되었다는 주장(위 법리오해 주장 ④)

앞서 살핀 바와 같이 이 사건 PC는 2018. 6. 5. 압수되었고, 피고인은 그날 그 봉인해제 및 탐색·복제 과정 등에 참여하겠다는 의견을 밝혔다.

그런데 이 사건 PC는 같은 날 서울지방경찰청에 디지털 증거분석이 의뢰되었고, 그곳에서 피고인의 참여 없이 봉인이 해제되었다.

그렇다면 이 사건 PC의 봉인 해제 과정에 피고인의 참여가 배제된 절차의 하자가 있음은 인정된다.

그러나 피고인은 2018. 6. 18. 변호인과 함께 경찰을 방문하여 이 사건 PC의 탐색 과정에 참여하지 않겠다는 취지의 확인서를 작성하여 제출한 점, 이 사건 PC의 실제 탐색작업은 2018. 6. 20. 이루어진 것으로 보이는 점, 피고인도 이 사건 PC에서 탐색된 파일들에 관하여 자신이 촬영한 동영상이라는 것을 부인하지는 않는 점 등을 종합하여 볼 때 위와 같은 절차의 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

(마) 압수된 전자정보에 관한 상세목록이 교부되지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ⑤)

형사소송법 제219조, 제129조에 의하면 수사기관은 압수물에 관한 목록을 작성하여 피압수자에게 이를 교부하여야 한다.

그런데 원심과 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 이 사건 경찰은 이 사건 PC로부터 동영상 파일을 탐색하여 취득하였음에도 피고인에게 전자정보 상세목록을 교부하지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 이 사건 PC로부터 취득한 전자정보는 형사소송법 제219조, 제129조가 규정한 절차에 따르지 않고 취득한 증거에 해당한다.

그러나 압수목록 또는 전자정보상세목록의 교부는 압수가 종료된 이후에 이루어지는 절차이므로, 형사소송법이 압수·수색에 관하여 정한 다른 절차들과 비교할 때 그 위반으로 인하여 피압수자에게 발생하는 법익 침해의 정도가 중하지 않은 점, 피고인이 이 사건 PC의 탐색과정에 참여하지 않겠다는 의사를 표명하였던 점까지 고려할 때 위와 같은 절차 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제해야 할 정도로 중대한 것이라 보기는 어렵다.

(바) 경찰이 이 사건 동영상을 유출하였다가 검찰에 송치했다는 주장(위 법리오해 주장 ⑥)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 사건 경찰들은 2018. 11. 14.경 이 사건을 검찰에 송치할 당시 PC 파일을 첨부하지 않았던 사실, 이 사건 경찰 중 한명이 2019. 3. 11.경 PC 파일이 저장된 USB를 '집에서 찾았다'고 하면서 검찰에 추송한 사실을 인정할 수 있다.

이와 같이 이 사건 경찰이 피의사실에 관한 수사의 일환으로 압수된 물건일 뿐 아니라 성관계 장면이 촬영되어 프라이버시의 침해 우려가 큰 PC 파일의 존재를 파악하지 못하거나 심지어 이를 자신의 집에 가져갔다는 것은 잘못이다.

그러나 위와 같은 잘못이 PC 파일이 취득된 이후에 일어난 것인 점, 피고인이 PC 파일이 자신에 의하여 촬영된 것임을 인정하고 있는 점까지 종합하여 볼 때 위와 같은 수사과정에서의 잘못으로 인하여 PC 파일의 증거능력을 부정할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

나) 압수된 SSD카드(증 제10호증)에서 발견된 파일의 증거능력

(1) 관련 법령

- 형사소송법 제218조(영장에 의하지 아니한 압수)

검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.

(2) 구체적 판단

(가) 유류물 압수의 적법 여부

앞서 살펴본 바와 같이 피고인은 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장을 집행하겠다는 통지를 받은 직후 피고인의 거주지인 아파트 20층에서 바깥으로 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니를 던졌다.

피고인은 곧바로 주차장으로 내려가 이 사건 경찰로부터 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니가 자신의 것인지 질문을 받고도 그 소유임을 부인하였다.

이 사건 SSD카드는 이 사건 경찰들이 피고인에게 이 사건 영장의 집행을 하겠다는 것을 고지한 직후 아파트 상층으로부터 바닥으로 떨어진 점에 비추어 이 사건 경찰들로서는 이 사건 SSD카드에 이 사건 피의사실에 관한 증거가 포함되어 있을 것으로 여길 만한 상황이었다고 보인다.

그러나 이 사건 경찰들이 SSD카드를 발견하여 그 점유를 취득할 당시 그것이 피고인이 피고인 주거지에서 던진 것인지 여부나 이 사건 범행과 관련된 것인지 여부를 명확히 알 수는 없었을 것이다.

또한 이 사건 영장에 기재된 수색, 검증할 장소, 신체, 물건은 '피고인의 신체, 피고인 주소지, 피고인 소유의 차량들'로 한정되어 있다.

이와 같이 경찰들로서는 이 사건 SSD카드가 이 사건 피의사실과 관련된 것일 가능성이 있어 이를 압수함이 상당함에도 그 소유관계가 명확히 확인되지는 않았던 점, 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장의 집행장소를 벗어난 곳에 위치하고 있어 이 사건 영장의 집행으로 이를 압수하기 어려웠던 점까지 고려할 때 이 사건 경찰들이 이를 유류물로 보아 압수한 절차가 위법하다고 볼 수는 없다.

(나) SSD카드 파일들의 증거능력 유무

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로 보아 압수한 절차에 위법이 있다고 할 수는 없다.

그러나 이 사건 SSD카드 자체가 아닌 그로부터 발견된 SSD카드 파일은 아래에서 살펴보는 바와 같이 피고인의 참여권이 보장되지 않은 점, 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어려운 점 등으로 인하여 그 증거능력을 인정할 수 없다.

또한 SSD카드 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다(순번 22 동영상에 관한 증거들도 모두 증거능력이 인정되지 않으므로, 순번 22 동영상 관련 사실 오인 주장에 대한 판단은 생략한다).

① 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 경찰들이 이 사건 영장을 집행에 임박하여 피고인에게 영장 발부 사실을 알린 직후에 이루어졌다.

이와 같이 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 피의사실, 즉 촬영대상자의 의사에 반하여 타인의 신체를 촬영하고 이를 반포한 점에 대한 수사의 일환으로 이루어졌다.

② 이 사건 영장의 압수 대상물은 이 사건 피의사실과 관련된 동영상 파일들과 피고인의 휴대전화이고 예외적으로 저장매체도 포함하고 있었다.

이 사건 경찰들은 실제로 이 사건 영장에 기하여 영장에 의한 압수물을 반출하는 방식으로 압수하였다.

만약 피고인이 이 사건 SSD카드를 아파트 주차장으로 던지지 않았다면 이 사건 SSD카드 역시 이 사건 영장에 기하여 피고인 주거지에서 압수되었을 것으로 보인다.

③ 이 사건 경찰도 이 사건 SSD카드를 압수할 당시 그것이 피고인에 의하여 피고인의 주거지에서 아파트 주차장으로 던져진 것임을 짐작한 것으로 보인다.

이 사건 경찰은 이를 취득한 직후 피고인에게 피고인의 소유물인지 여부를 물어보기도 하였다.

이 사건 경찰들은 곧이어 피고인의 주거지로 이동하여 피고인의 배우자 공소외 2에게 이 사건 SSD카드와 그것이 들어있던 신발주머니가 누구의 것인지 질문하였으며, 공소외 2로부터 신발주머니가 자신의 것이라는 답변을 들었다.

④ 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로서 압수한 것을 위법하다고 보기는 어렵다.

그러나 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장이 집행되던 중에 압수된 점, 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드가 피고인에 의하여 던져진 것임을 짐작하였을 것인 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들로서는 이 사건 피의사실과 관련된 파일을 취득하기 위하여 이 사건 SSD카드를 탐색하는 과정에서 이 사건 영장 집행과정과 마찬가지로 피고인의 참여권을 보장하고, 만약 이 사건 피의사실과 무관한 파일을 발견할 경우 그 탐색을 멈추고 별도의 압수수색영장을 청구하여 발부받아야 한다고 봄이 타당하다.

이 사건 SSD카드가 유류물로 압수되었다는 사정만으로 그것이 이 사건 피의사실을 근거로 한 이 사건 영장 집행과 밀접하게 연관되어 압수되었음에도 아무런 제한 없이 이를 탐색하여 별개의 범죄사실에 관한 증거를 취득할 수 있다고 볼 수는 없다.

⑤ 이 사건 경찰들은 이 사건 SSD카드의 탐색에 관하여 피고인이 참여할 것인지 의사를 묻지 않았고, 실제로 피고인 또는 변호인의 참여 없이 탐색이 진행되었다.

그런데 이 사건 SSD카드의 탐색과정에서 이 사건 피의사실과 관련이 있다고 보기 어려운 SSD카드 파일들이 발견되었다.

피고인은 그와 같은 탐색과정에서 별건 증거의 취득에 관한 자신의 의견을 피력할 기회를 부여받지 못하였고, 취득한 파일의 상세목록을 교부받을 기회 역시 부여받지 못하였다.

⑥ SSD카드 파일들은 앞서 살펴본 PC 파일에 관한 부분에서 상세히 살펴본 바와 마찬가지로 이 사건 피의사실과 사이에 ㉠ 그 촬영대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있고, ㉡ 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접·정황증거로 사용될 여지가 없으며, ㉢ 이 사건 SSD카드 파일의 압수 당시 이 사건 경찰들이 이를 추가 여죄 수사에 활용할 목적이 있었다고 보기 어려워, 결국 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2019. 1~2.경 서울 강남구 역삼동에 있는 상호불상의 모텔에서 '□□' 어플을 통하여 만난 아동·청소년인 공소외 1(여, 15세)과 성행위를 한 뒤 그녀에게 그 대가로 현금 15만 원을 교부함으로써 아동·청소년의 성을 사는 행위를 하였다.

2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거를 토대로 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1 진술의 신빙성을 인정하기 어렵고, 나머지 증거들만으로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 부족하다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

- ① 공소외 1은 검찰에서 2회에 걸쳐 조사받을 당시 2018년 초경 성매매 사실에 관하여는 비교적 구체적으로 진술한 데 반하여, 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않았다.
- ② 공소외 1은 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하였다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술을 반복하였다.
- ③ 공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 자신이 아니라고 진술을 반복하는 등 전체적으로 일관되지 않은 면이 있다.
- ④ 피고인이 자신의 성매매, 동영상 촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1.~2.경 새로이 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다.
- ⑤ 피고인은 2019. 4.경 공소외 1로부터 사실확인서를 받았는데, 피고인이 사실확인서를 받기 전인 2019. 1.~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 하였을 가능성을 완전히 배제하기 어렵다.

3) 이 법원의 판단

공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받았고, 원심에서는 증인으로 채택되었으나 출석하지 않았으며, 이 법원에서 증인으로 출석하여 진술하였다.

공소외 1의 각 진술을 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항에 기재된 바와 같이 2018년 초 겨울경에 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하여 성매수를 하였을 뿐 아니라, 이 부분 공소사실 기재와 같이 2019. 1.~2.경에도 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하면서 현금을 교부하여 성매수를 하였다는 것을 충분히 인정할 수 있다.

가) 공소외 1 진술의 신빙성

- (1) 공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받고 이 법원에 증인으로 출석하여 진술하면서, 피고인과의 성매매 사실에 관하여 "2018년 초경 '□□' 어플을 통해 피고인을 만나 성관계 2번에 15만 원을 받는 조건으로 성관계를 하였다. 2019. 1.~2.경에도 같은 조건으로 피고인을 만나 성관계를 하였다"는 취지로 일관되게 진술하였다. 공소외 1은 성매매 사실로 인하여 자신도 형사처벌을 받을 수 있음에도 위와 같이 진술하여 그 진술에 신빙성이 있다.

- (2) 피고인은 수사기관에서 공소외 1로부터 성매수를 한 사실을 모두 부인하였으나, 원심 및 이 법원에서는 2018년 초경 성매수 사실(범죄사실 제3항)은 자백하면서 2019. 1.~2.경 성매수 사실(이 부분 공소사실)은 부인하고 있다. 이와 같이 공소외 1의 진술 중 2018년 초경 성매수에 관한 부분은 피고인의 자백과 부합하여 그 신빙성을 인정할 수 있다.

그런데 공소외 1이 이 부분 공소사실에 관하여만 허위로 진술할 이유를 찾기 어렵다.

(3) 원심의 공소외 1 진술의 신빙성 배척 근거에 관하여

① 원심은 이 부분 공소사실에 관한 공소외 1의 검찰에서의 진술이 구체적이지 않다고 보았다.

공소외 1은 검찰에서 이 부분 공소사실에 관하여 '2019. 1.~2.경 피고인과 만나 모텔에 갔을 때 성관계를 하는 조건으로 얼마를 받은 것인가요'라는 질문에 '현금으로 15만 원을 받은 것으로 기억합니다'라고만 답변하여 그 당시 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않기는 하였다.

그런데 공소외 1의 진술을 전체적으로 살펴보면 이는 공소외 1이 추가적인 질문을 받지 않아 당시 성관계의 조건만을 진술하였던 것으로 볼 여지가 크다.

반면, 공소외 1은 이 법원에 증인으로 출석하여 2019. 1.~2.경 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 '(그 무렵) 피고인과 카톡인가 라인인가로 연락하다가 만나서 역삼동 쪽에 있는 모텔에 갔다.

자신은 당시 역삼동 ◇◇ 편의점 근처에 살고 있었는데 그 근처 부동산 옆에서 피고인이 운전하여 온 차를 타고 이동하였다.

모텔은 피고인이 예약하였다.

이동시간은 10분 미만이었다.

피고인으로부터 15만 원을 받았다'는 취지로 구체적으로 진술하였다.

② 원심은 공소외 1이 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술한 점도 신빙성을 인정하기 어려운 근거 중 하나로 들었다.

그러나 공소외 1이 2019. 8.경 검찰 조사를 받을 당시는 이 부분 공소사실로부터 약 7개월이 지난 시점이었던 점, 공소외 1의 진술이 이 부분 공소사실의 주된 내용에 관하여는 구체적이고 일관된 점, 공소외 1은 2018. 초경 성매매 이후 연락이 끊겼다가 2019. 1.~2.경 다시 연락이 닿아 몇 차례 연락을 주고받다가 만나 성매매에 이르게 되었는바 다시 연락이 닿게 된 경위는 이 부분 공소사실의 주요부분이라고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 위와 같이 일부 진술이 불일치한다는 점만으로 공소외 1의 진술에 신빙성이 없다고 볼 수는 없다.

③ 원심은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 다시 자신이 아니라고 진술하여 전체적으로 일관되지 않는다고 보았다.

공소외 1은 피고인의 동영상 촬영 행위에 관한 수사가 진행 중이던 2019. 4. 24.경 '2018. 2.~3.경 피고인과 만나 교제하면서 동의하에 3회 성관계를 하였다.

피고인과 모텔 등에서 성관계 촬영을 하는 것을 알고 동의하였다'는 취지의 사실확인서를 작성하여 피고인을 통해 경찰에 제출하였다.

공소외 1은 2019. 8. 16. 검찰에서 처음 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 "그 동영상 속의 여성은 공소외 1이 아니고 다른 여성이지만, 그냥 공소외 1이라고 해라. 다른 여성이라고 하면 (피고인과 공소외 1) 둘 다 문제가 된다. 돈과 관계없이 만났고, 영상도 같이 보고 촬영한 것이라고 말해라"라는 이야기를 들었다'고 진술한 다음, 순번 20, 21 동영상을 시청하였다.

그리고 공소외 1은 '순번 20, 21 동영상 속의 여성은 자신(공소외 1)이 맞는 것 같다.

다만 그 동영상 촬영을 알지 못했고 동의하지도 않았다.

'고 진술하였다.

공소외 1은 2019. 9. 3. 검찰에서 다시 조사를 받을 당시 '(1차 조사 이후) 피고인으로부터 연락을 받았는데 순번 20, 21 동영상 속 여성은 공소외 1이 아니라 21세의 다른 여성이라고 들었다.

피고인으로부터 위와 같은 말을 듣고 그 동영상 속의 여성이 자신이 아닐 수도 있다는 생각이 들었다'고 진술하고, 순번 20, 21 동영상을 다시 열람한 뒤 '영상 속의 여성의 몸매, 목소리 등을 보면 확실히 제가 아닌 것 같습니다.

영상 속의 여성이 저와 많이 닮았고 (1차 조사) 당시 너무 충격을 받아 영상을 자세히 보지 못해서 영상 속의 여성이 저라고 생각한 것입니다'라고 진술하였다.

위와 같은 공소외 1의 각 진술은 주된 내용이 변경되어 일관되지 않기는 하다.

그런데 위 사실확인서는 공소외 1이 피고인으로부터 허위의 내용의 사실확인서를 작성해달라는 요구를 받고 이에 응하여 작성한 것으로 보인다.

공소외 1은 검찰에서 최초로 진술할 당시부터 피고인으로부터 받은 부당한 요청사항까지 모두 솔직하게 진술하였다.

그러한 공소외 1이 동영상 속의 인물이 자신인지 여부에 관하여 굳이 허위로 진술하였을 것으로 보기는 어렵다.

공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 만 16세의 어린 나이였고, 성매매 사실로 자신이 처벌받을 수도 있다는 사실에 겁을 먹었던 것으로 보이며, 실제로 당시 진술조서에는 공소외 1이 순번 20, 21 동영상을 열람할 당시 상황에 관하여 "검사가 영상을 재생하자 진술인(공소외 1)이 매우 당황하고 놀라며 '이걸 어떻게 확인해요?'라고 말하다가 혼자 확인하겠다고 하여 혼자 시청함"(증거기록 제744면)이라고 기재되어 있다.

반면 공소외 1은 검찰 2회 조사 당시 피고인으로부터 위 각 동영상 속의 여성이 자신이 아님을 분명히 들은 상황에서 다시 위 각 동영상을 열람하고 그 동영상 속 여성이 자신이 아니라고 진술하였는바, 진술이 변경된 경위를 수궁할 수 있고, 그와 같은 진술 변경의 점만으로 앞서 살펴본 바와 같이 신빙성이 있는 공소외 1 진술이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

④ 원심은 피고인이 성매매, 동영상촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로운 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다고 보았다.

그러나 이는 신빙성이 있는 공소외 1의 진술에 비추어 타당하다고 할 수 없다.

⑤ 원심은 피고인이 2019. 1~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 했을 가능성을 배제할 수 없다고 보았다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1~2.경 피고인과 성매매를 하였고, 피고인에 대한 수사가 진행 중이라는 것은 2019. 4.경 사실확인서를 작성할 무렵 처음 들었다고 진술하고 그 진술에 신빙성이 있다고 판단된다.

나) 피고인의 변소에 관하여

- ① 피고인은 2019. 1.~2.경 이 사건 각 동영상 속의 여성이 누구인지 특정하기 위하여 공소외 1을 만났을 뿐이고 그날 공소외 1이 이 사건 각 동영상 속의 여성이 아님을 확인하였다고 변소하고 있다.

그러나 앞서 살핀 바와 같이 공소외 1은 수사기관으로부터 이 법원에 이르기까지 일관되게 2019. 1.~2.경 피고인과 만나 성매매를 하였다고 진술한 점, 공소외 1은 2019. 8. 16.경 검찰에서 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 이 사건 각 동영상 속의 여성이 자신이라고 진술하라는 이야기를 들었다'고 진술하였던 점에 비추어 받아들일 수 없다.

- ② 피고인은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시에는 '(자신이) 2019. 1.~2.경 돈이 필요하여 피고인에게 먼저 연락하였다'고 진술하였는데, 검찰 2회 조사 당시에는 '2019. 8. 27.경 피고인으로부터 같은 피해를 입은 공소외 10으로부터 연락을 받고 공소외 10에게 피고인의 전화번호를 물었다'고 진술하여 피고인의 연락처를 알고 있었는지 관한 내용이 서로 상반된다는 취지로 변소한다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1.~2.경 카톡 또는 라인을 통하여 연락하였다고 진술하였는바 그 당시에는 피고인의 전화번호를 알지 못하였던 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술이 상반된다고 볼 수는 없다.

다) 소결론

공소외 1의 각 진술에는 신빙성이 있어 이를 주된 증거로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지없이 인정할 수 있다고 판단된다.

3. 결론

이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(원심 판시 범죄사실 제1, 2항)에 관한 피고인의 법리오해 주장과 이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점(원심 판시 무죄부분)에 관한 검사의 사실오인 주장은 이유 있다.

원심은 범죄사실 제1, 2항 부분과 범죄사실 제3항을 형법 제37조 전단 경합범 관계로 보아 하나의 형을 선고하였고, 이 법원에서 유죄로 판단하는 원심 판시 무죄부분은 원심 범죄사실 제3항 부분과 형법 제37조 전단 경합범 관계에 있다.

따라서 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

피고인의 사실오인 주장 및 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 모두 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 증거능력에 관한 법리오해

[이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점 관련]

이 부분 공소사실에 관한 증거들인 압수물총목록 기재 증 제1 내지 10호증(이하 '이 사건 압수물'이라 한다)은 아래와 같은 사정들을 고려할 때 영장주의 및 적법절차의 원칙을 위반하여 수집된 위법수집증거로 증거능력이 없다.

이를 기초로 획득한 수사보고 등은 모두 위법수집증거에 기초한 2차 증거로 역시 증거능력이 없다.

그럼에도 위 각 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 위법수집증거배제법칙(형사소송법 제308조의2)에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

① 이 사건 압수물은 수사기관이 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)의 기초가 된 피의사실(이하 '이 사건 피의사실'이라 한다)과 관련성이 없는 것들이다.

수사기관은 이 사건 압수물에 관하여 사후적으로 영장을 발부받지도 않았다.

② 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 용이함에도 저장매체 자체인 이 사건 압수물을 반출하여 압수하였다.

이는 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다.

③ 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 피고인에게 이 사건 영장의 표지만을 제시하고 '압수할 물건'과 '압수방법의 제한'이 기재되어 있는 부분을 제시하지 않았다.

이는 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 영장 제시라 할 수 없다.

④ 경찰은 압수된 PC(증 제8호증, 이하 '이 사건 PC'라 한다)의 봉인을 해제하는 과정과 압수된 SSD카드(증 제10호증, 이하 '이 사건 SSD카드'라 한다)를 탐색하여 별지 기재 동영상들(이하 '이 사건 동영상들'이라 하고, 그 중 일부를 일컬을 때에는 '순번 ○○ 동영상'이라 한다)을 취득하는 과정에서 피고인의 참여를 배제하였다.

⑤ 경찰은 이 사건 동영상들을 취득한 이후 피고인에게 압수된 전자정보가 무엇인지 확인할 수 있는 '상세목록'을 교부하지 않았고, 특별한 사정이 없음에도 이 사건 압수물들을 피고인에게 반환하지 않았다.

경찰은 이 사건 압수물로부터 취득하였으나 압수하지 않은 전자정보를 삭제·폐기하지도 않았다.

⑥ 경찰은 이 사건을 검찰에 송치하면서 이 사건 동영상들을 기록에 첨부하지 않았다가, 이후 사건 담당 경찰이 집에서 이 사건 동영상들을 찾아 검찰에 추송하였다.

이는 증거기록을 사적으로 복제하여 유출하였던 것으로 위법하다.

2) 사실오인(순번 22 동영상 관련)

순번 22 동영상은 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영된 것이 아니다.

순번 22 동영상에 관한 수사보고(증거기록 제123면)에도 '몰래카메라는 아닌 것으로 추정됨'이라고 기재되어 있다.

그럼에도 이 사건 공소사실 중 순번 22 동영상에 관한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(징역 2년 6월 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인[이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점 관련]

공소외 1은 수사기관에서부터 피고인을 상대로 2회에 걸쳐 성매매를 하였다고 자발적으로 진술하였고 그 진술내용이 구체적이어서 신빙성이 있다.

공소외 1이 순번 20, 21 동영상 속의 여성이 자신이 아니라고 진술을 번복한 것은 피고인으로부터 강요를 받았기 때문이다.

이러한 사정들에 비추어 보면 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술에는 신빙성이 있음에도 불구하고 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 증거능력 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 이 법원에 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인에 대한 수사 개시 및 이 사건 영장 발부 경위

① 피고인의 배우자 공소외 2는 2018. 4.경 자신의 지인 공소외 3에게 "피고인의 컴퓨터에서 여성의 신체를 몰래 촬영한 사진들을 발견했는데, 피고인으로부터 '그 사진들을 몰래 촬영하여 다른 사람들과 공유했다'고 들었다"면서, 자신의 휴대전화로 피고인의 모니터 화면에 나타나 있는 위 사진들을 촬영하여 이를 공소외 3에게 전송하였다.

② 공소외 3은 2018. 5. 8. '피고인이 상습적으로 자신의 차 안 등에서 여자의 신체 사진을 몰래 찍어 유포한다고 하니 조사를 부탁드립니다'는 취지로 '스마트 국민제보' 사이트에 신고를 하여 경찰에 사건이 접수되었다.

③ 경찰은 2018. 5. 12. 공소외 3에 대한 참고인 조사를 하였다.

공소외 3은 그날 공소외 2로부터 전송받은 사진들을 경찰에 제출하였는데, 그 사진들은 차량 조수석에 반바지 차림으로 앉아있는 여성을 운전석 위쪽에서 내려다보는 방향으로 촬영한 사진 8장, 편의점 앞 의자에 원피스를 입고 앉아있는 여성을 앞에서 촬영한 사진 1장(증거기록 제20 내지 28면)이었다.

④ 경찰은 2018. 5. 30.경 법원에 피의자의 특정 및 증거 확보를 위한 이 사건 영장의 발부를 신청하였다.

서울서부지방법원 영장담당판사는 2018. 5. 30. 피고인의 신체, 피고인의 주소지, 피고인 소유의 차량 2대에 관한 이 사건 영장을 발부하였다.

이 사건 영장에 기재된 주요 내용은 다음과 같다(다만, 별지의 내용은 생략한다).

[피의자]피의자[범죄사실]피의자는 2017. 시간불상경 피의자 소유의 차량 등에서 사업상 알게 된 성명불상의 피해자를 자신의 휴대전화를 이용하여 성적수치심을 느낄 수 있는 허벅지와 다리 등의 신체부위를 그 의사에 반하여 촬영하였고, 카카오톡 어플을 이용하여 게임동호회 회원 단체 카톡방에 전송하는 방법으로 유포하였다.

[압수·수색·검증을 필요로 하는 사유]참고인 공소외 3은 2018. 5. 6. 친구인 공소외 2의 남편 피의자가 모르는 여자의 사진을 몰래 찍어서 유포했다며 진정서를 제출하였음2018. 4. 피의자의 부인 공소외 2는 피의자의 컴퓨터에서 우연히 몰카 사진을 보게 되었고, 이를 피의자에게 묻자 사업상 알게 된 여성들을 휴대전화를 이용하여 몰래 촬영한 다음 게임 동호회 사람들에게 카카오톡 단체카톡방을 통해 유포하였다는 말을 들었고, 2018. 4. 9. 이를 참고인 공소외 3에게 고민상담을 하며 진술함참고인이 제출한 피의자의 부인 공소외 2와의 카카오톡 대화내용과 피의자의 부인 공소외 2가 피의자의 컴퓨터 모니터를 그대로 촬영한 사진 등으로 보아 범증 명확히 할 필요가 있다고 판단됨참고인이 제출한 피의자 휴대전화 번호를 통신자료 제공요청하여 피의자 특정하였으나, 검거할 시 피의자가 휴대전화, 컴퓨터 등에 저장되어 있는 사진 등을 삭제하는 등 증거를 인멸하고, 자신의 주거지 등에 있는 증거를 인멸하거나 삭제할 우려가 있어 검거하지 않고, 피의자가 소지하고 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자 주거지에 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자가 사진을 촬영한 피의자 소유의 차량 등을 압수·수색·검증하여 피의자의 혐의를 입증할 증거를 확보한 후, 피의자를 검거하고 혐의사실을 입증하는 수사단서로 활용하고자 함[수색, 검증할 장소, 신체, 물건]1. 피의자의 신체2. 피의자 주소지(서울 마포구 (주소 1 생략))3. 피의자 소유의 (차량번호 1 생략) 아우디, (차량번호 2 생략) 쉐보레 차량[압수할 물건]- 피의자가 소지 및 소유하고 있는 휴대전화, 외장메모리, 유심칩, 컴퓨터 본체, usb, 외장하드 등 저장매체 일체- 단, 휴대전화 외의 물건은 별지와 같이 압수대상 및 방법 제한

나) 이 사건 영장의 집행 과정

① 이 사건을 수사하던 서울마포경찰서 사법경찰관 경위 공소외 4, 순경 공소외 5, 공소외 6(이하 이들을 모두 일컬을 때에는 '이 사건 경찰들'이라 한다)은 2018. 6. 5. 08:20경 이 사건 영장에 기재된 압수·수색 장소인 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에 도착한 다음, 피고인에게 전화하여 이 사건 영장이 발부되었음을 통지하고 차량들에 대한 수색을 위하여 나와 달라고 요구하였다.

② 이 사건 경찰들은 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에서 기다리던 중 신발주머니가 △△동 불상의 호실에서 바닥으로 떨어지는 것을 목격하고, 그 신발주머니를 열어 확인한 결과 그 안에서 저장매체 2개[하드디스크 1개(WD Blue Desktop Hard Drive, 증 제9호증), SSD카드 1개(Crucial MX300 Solid State Drive, 증 제10호증)]를 발견하였다.

이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:30경 피고인이 주차장에 나타나자 이 사건 영장을 제시하고 차량들을 수색하였으나 이 사건 피의사실에 관련된 물품을 발견하지 못하였다.

곧이어 이 사건 경찰들은 피고인에게 신발주머니를 보여주면서 신발주머니 및 그 안에 들어 있는 저장매체들이 피고인의 것이 맞는지 물어보았는데, 피고인은 그 신발주머니와 저장매체들은 자신의 것이 아니고 이를 던진 적도 없다고 답변하였다.

③ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:35경 피고인의 주거지로 이동하여 이 사건 영장에 기하여 hp노트북, saramin usb, 아이폰5, 베가 스마트폰, 아이폰6s 플러스, 애플 맥북에어, 컴퓨터 하드디스크, 컴퓨터 본체(조립식)(증 제1 내지 8호증, 이하 '영장에 의한 압수물'이라 한다)를 압수하였다.

④ 이 사건 경찰들은 피고인의 주거지에서 이 사건 영장 집행을 하면서 공소외 2(피고인의 배우자)에게 위 신발주머니와 저장매체 2개가 누구 것인지 물어보았고, 공소외 2는 '신발주머니는 자신의 것이나 그 안에 들어있는 저장매체 2개에 대하여는 모른다'고 답변하였다.

⑤ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 09:00경 위 신발주머니 안에 들어있던 저장매체 2개(이하 '이 사건 유류물'이라 한다)를 유류물로 압수하였다.

⑥ 이 사건 경찰들은 같은 날 영장에 의한 압수물에 관하여 이 사건 영장에 의하여 압수하였다는 취지의 압수조서(증거기록 제63면)를 작성하였고, 이 사건 유류물에 관하여는 유류물로 압수했다는 취지의 압수조서(증거기록 제67면)를 작성하였다.

다) 이 사건 압수물의 분석 및 공소제기 과정

① 피고인은 2018. 6. 5. 09:00경 영장에 의한 압수물에 대한 원본 반출 확인서를 작성하면서 디지털기기·저장매체의 봉인해제, 복제본의 획득, 디지털기기·저장매체 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력가정에 참여하겠다는 의사를 밝혔다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

② 피고인은 2018. 6. 14. 경찰과 통화를 하면서 위 참여의사를 번복하여 탐색절차에 참여하지 않겠다는 의사를 밝혔다. 피고인은 2018. 6. 18. 그 당시 변호인이었던 공소외 7 변호사와 함께 서울마포경찰서를 방문하여 '개인 일정 조절이 어려워 전체 절차에 참여하기 어렵다'는 사유로 참여의사를 철회한다는 내용의 참여 철회 확인서를 제출하였다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

③ 이 사건 압수물에 대한 디지털증거분석 결과 압수된 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 불상의 여성 엉덩이와 다리 사진 11장이 발견되었고, 이 사건 PC와 이 사건 SSD카드에서 이 사건 동영상들이 발견되었다.

이 사건 동영상들에는 피고인이 여성과 나체로 성관계를 하는 장면 등이 촬영되어 있다.

그러나 위 디지털증거분석 결과 공소외 3이 경찰에서 참고인 조사를 받을 당시 제출한 사진들이 다시 발견되었다는 내용은 기재되어 있지 않다.

④ 이 사건 동영상들을 증거로 이 사건 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점과 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(이를 통틀어 이하 '이 사건 동영상 촬영'이라 한다)을 포함한 이 사건 공소가 제기되었다.

반면 공소외 3이 경찰에 제출한 사진과 관련된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았고, 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 발견된 위 사진 11장에 관하여서도 공소가 제기되지 않았다.

2) 구체적 판단

위에서 인정한 바와 같이 이 사건 동영상 촬영에 관한 주된 증거는 이 사건 동영상들이다.

이 사건 동영상들 중 순번 1 내지 5, 7 내지 9, 11 내지 16, 20, 21은 영장에 의한 압수물 중 하나인 이 사건 PC에서 발견되었고, 같은 순번 6, 10, 17 내지 19, 22는 이 사건 유류물 중 하나인 이 사건 SSD카드에서 발견되었다.

아래에서는 이 사건 PC에서 발견된 파일(이하 'PC 파일'이라 한다)과 이 사건 SSD카드에서 발견된 파일(이하 'SSD카드 파일'이라 한다)의 증거능력에 관하여 나누어 차례로 살펴보기로 한다.

가) PC 파일의 증거능력

(1) 관련 법리

형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

"라고 정하고 있다.

따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

위와 같이 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 증거는 피고인이 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 증거능력이 없다고 봄이 타당하다.

그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

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

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

(가) PC 파일이 이 사건 영장과 무관하다는 주장(위 법리오해 주장 ①)

① 이 사건 PC는 이 사건 영장에 의한 압수물이므로, 이 사건 영장 발부의 사유로 된 이 사건 피의사실과 관련된 범죄에 한하여 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

그런데 아래와 같은 사정들을 고려하면 이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 관계있는 범죄라고 볼 수 없어 이 사건 영장의 효력이 미치지 아니한다.

① 이 사건 피의사실 중 성명불상의 피해자에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점은 피고인이 차량 내부에서 치마를 입은 여성의 하반신을 촬영하였다는 것 등인 반면 이 사건 동영상 촬영의 점은

피고인이 나체로 촬영대상자와 성관계를 하고 있는 장면을 촬영하였다는 것으로 그 대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 촬영물의 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있다.

㉠ 이 사건 피의사실에 관하여는 이 사건 피의사실이 일어나던 당시 상습범 처벌 규정이 존재하지 않았고 특별한 목적 등을 주관적 구성요건으로 요구하고 있지도 않아, 이 부분 범행에 관한 음란물 자료들이 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접증거나 정황증거로 사용될 여지도 없었다.

㉡ 이 사건 영장에는 이 사건 동영상 촬영의 점에 관련된 내용이 전혀 기재되어 있지 않고, 추가 여죄 수사에 활용하기 위한 목적이 있다는 취지의 기재 또한 없다.

㉢ 이 사건 동영상 촬영의 점에 관하여는 공소가 제기되었으나, 이 사건 영장 발부의 기초가 된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았다.

㉣ 그렇다면 이 사건 PC를 탐색하는 과정에서 이 사건 피의사실과 별건인 이 사건 동영상 촬영과 관련된 자료를 발견한 수사기관으로서는 더 이상 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별건 범죄 혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받는 등의 조치를 취하였어야 한다.

수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않은 채 이 사건 PC에서 발견된 파일을 탐색한 것은 헌법과 형사소송법이 정한 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수·수색에 해당하고 그 절차 위반의 정도가 매우 중하다고 판단된다. PC 파일은 증거능력이 없다.

③ 형사소송법 등에서 압수·수색 절차와 관련된 조항을 둔 취지와 그를 통해 보호되는 권리·법익의 중요성, 이 사건 영장의 집행 과정에서 이루어진 수사기관의 위반 내용과 경위 및 그 회피가능성 등을 두루 살펴보면, PC 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고, PC 파일의 캡처 화면을 보면서 조사가 이루어진 공소의 8에 대한 검찰 진술조서 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다.

④ 이와 같이 PC 파일의 증거능력을 인정할 수 없으나, 아래에서는 피고인이 제기하고 있는 나머지 법리오해 주장에 관하여도 살펴보기로 한다.

(나) 저장매체 자체 반출이 위법하다는 주장(위 법리오해 주장 ②)

이 사건 영장의 '압수할 물건'란 및 별지에는, 원칙적으로 피고인이 소지하고 있는 컴퓨터 본체나 저장매체에서 이 사건 피의사실과 관련된 전자정보만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복제하는 방법으로 이를 압수하여야 하고, 예외적으로 영장의 집행 현장에서 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 불가능하거나 현저히 곤란할 때에만 저장매체 자체를 반출하는 등으로 압수할 수 있다고 기재되어 있다.

이 사건 피의사실은 '피고인이 여성의 신체 부위를 의사에 반하여 촬영하고 카카오톡 어플을 이용하여 전송하는 방법으로 반포하였다'는 취지이다.

이 사건 경찰들로서는 피의사실에 기재된 사진 파일뿐 아니라 이를 반포한 사실에 관한 증거들도 압수할 필요가 있었을 것이다.

그런데 이 사건 경찰들이 이 사건 피의사실 기재 파일 및 그 반포에 관한 증거들이 어느 저장매체에 저장되어 있는지 분명히 알기 어려웠을 것으로 보이는 점, 피고인이 일부 저장매체를 신발주머니에 담아 아파트 바깥으로 던져버리는 등으로 증거의 은닉을 시도하는 등 피고인의 협조를 받아 필요한 증거들만을 압수하기 용이하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들이 저장매체의 복제본 획득이 현저히 곤란하다고 판단하여 이를 봉인한 후 반출하는 방식으로 압수한 것이 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다고 보기는 어렵다.

(다) 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ③)

형사소송법 제219조에서 준용하는 같은 법 제118조는 피압수자 등이 압수·수색 사유를 확인하고 진행될 절차에서 참여권을 행사할 수 있도록 하는 등 방어권을 보장하기 위한 것인데 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 영장 집행 당시 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장의 표지를 제시받았고 피의사실의 내용을 들었다고 하는 것을 인정하고 있는 점, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 영장 집행과정에서 참여권이 침해되었다고 보기 어려운 점까지 종합하여 볼 때 피고인의 위 주장만으로 이 사건 영장의 집행 당시 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다고 보기는 어렵다.

(라) 피고인의 참여권이 배제되었다는 주장(위 법리오해 주장 ④)

앞서 살핀 바와 같이 이 사건 PC는 2018. 6. 5. 압수되었고, 피고인은 그날 그 봉인해제 및 탐색·복제 과정 등에 참여하겠다는 의견을 밝혔다.

그런데 이 사건 PC는 같은 날 서울지방경찰청에 디지털 증거분석이 의뢰되었고, 그곳에서 피고인의 참여 없이 봉인이 해제되었다.

그렇다면 이 사건 PC의 봉인 해제 과정에 피고인의 참여가 배제된 절차의 하자가 있음은 인정된다.

그러나 피고인은 2018. 6. 18. 변호인과 함께 경찰을 방문하여 이 사건 PC의 탐색 과정에 참여하지 않겠다는 취지의 확인서를 작성하여 제출한 점, 이 사건 PC의 실제 탐색작업은 2018. 6. 20. 이루어진 것으로 보이는 점, 피고인도 이 사건 PC에서 탐색된 파일들에 관하여 자신이 촬영한 동영상이라는 것을 부인하지는 않는 점 등을 종합하여 볼 때 위와 같은 절차의 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

(마) 압수된 전자정보에 관한 상세목록이 교부되지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ⑤)

형사소송법 제219조, 제129조에 의하면 수사기관은 압수물에 관한 목록을 작성하여 피압수자에게 이를 교부하여야 한다.

그런데 원심과 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 이 사건 경찰은 이 사건 PC로부터 동영상 파일을 탐색하여 취득하였음에도 피고인에게 전자정보 상세목록을 교부하지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 이 사건 PC로부터 취득한 전자정보는 형사소송법 제219조, 제129조가 규정한 절차에 따르지 않고 취득한 증거에 해당한다.

그러나 압수목록 또는 전자정보상세목록의 교부는 압수가 종료된 이후에 이루어지는 절차이므로, 형사소송법이 압수·수색에 관하여 정한 다른 절차들과 비교할 때 그 위반으로 인하여 피압수자에게 발생하는 법익 침해의 정도가 중하지 않은 점, 피고인이 이 사건 PC의 탐색과정에 참여하지 않겠다는 의사를 표명하였던 점까지 고려할 때 위와 같은 절차 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제해야 할 정도로 중대한 것이라 보기는 어렵다.

(바) 경찰이 이 사건 동영상을 유출하였다가 검찰에 송치했다는 주장(위 법리오해 주장 ⑥)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 사건 경찰들은 2018. 11. 14.경 이 사건을 검찰에 송치할 당시 PC 파일을 첨부하지 않았던 사실, 이 사건 경찰 중 한명이 2019. 3. 11.경 PC 파일이 저장된 USB를 '집에서 찾았다'고 하면서 검찰에 추송한 사실을 인정할 수 있다.

이와 같이 이 사건 경찰이 피의사실에 관한 수사의 일환으로 압수된 물건일 뿐 아니라 성관계 장면이 촬영되어 프라이버시의 침해 우려가 큰 PC 파일의 존재를 파악하지 못하거나 심지어 이를 자신의 집에 가져갔다는 것은 잘못이다.

그러나 위와 같은 잘못이 PC 파일이 취득된 이후에 일어난 것인 점, 피고인이 PC 파일이 자신에 의하여 촬영된 것임을 인정하고 있는 점까지 종합하여 볼 때 위와 같은 수사과정에서의 잘못으로 인하여 PC 파일의 증거능력을 부정할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

나) 압수된 SSD카드(증 제10호증)에서 발견된 파일의 증거능력

(1) 관련 법령

- 형사소송법 제218조(영장에 의하지 아니한 압수)

검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.

(2) 구체적 판단

(가) 유류물 압수의 적법 여부

앞서 살펴본 바와 같이 피고인은 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장을 집행하겠다는 통지를 받은 직후 피고인의 거주지인 아파트 20층에서 바깥으로 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니를 던졌다.

피고인은 곧바로 주차장으로 내려가 이 사건 경찰로부터 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니가 자신의 것인지 질문을 받고도 그 소유임을 부인하였다.

이 사건 SSD카드는 이 사건 경찰들이 피고인에게 이 사건 영장의 집행을 하겠다는 것을 고지한 직후 아파트 상층으로부터 바닥으로 떨어진 점에 비추어 이 사건 경찰들로서는 이 사건 SSD카드에 이 사건 피의사실에 관한 증거가 포함되어 있을 것으로 여길 만한 상황이었다고 보인다.

그러나 이 사건 경찰들이 SSD카드를 발견하여 그 점유를 취득할 당시 그것이 피고인이 피고인 주거지에서 던진 것인지 여부나 이 사건 범행과 관련된 것인지 여부를 명확히 알 수는 없었을 것이다.

또한 이 사건 영장에 기재된 수색, 검증할 장소, 신체, 물건은 '피고인의 신체, 피고인 주소지, 피고인 소유의 차량들'로 한정되어 있다.

이와 같이 경찰들로서는 이 사건 SSD카드가 이 사건 피의사실과 관련된 것일 가능성이 있어 이를 압수함이 상당함에도 그 소유관계가 명확히 확인되지는 않았던 점, 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장의 집행장소를 벗어난 곳에 위치하고 있어 이 사건 영장의 집행으로 이를 압수하기 어려웠던 점까지 고려할 때 이 사건 경찰들이 이를 유류물로 보아 압수한 절차가 위법하다고 볼 수는 없다.

(나) SSD카드 파일들의 증거능력 유무

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로 보아 압수한 절차에 위법이 있다고 할 수는 없다.

그러나 이 사건 SSD카드 자체가 아닌 그로부터 발견된 SSD카드 파일은 아래에서 살펴보는 바와 같이 피고인의 참여권이 보장되지 않은 점, 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어려운 점 등으로 인하여 그 증거능력을 인정할 수 없다.

또한 SSD카드 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다(순번 22 동영상에 관한 증거들도 모두 증거능력이 인정되지 않으므로, 순번 22 동영상 관련 사실 오인 주장에 대한 판단은 생략한다).

① 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 경찰들이 이 사건 영장을 집행에 임박하여 피고인에게 영장 발부 사실을 알린 직후에 이루어졌다.

이와 같이 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 피의사실, 즉 촬영대상자의 의사에 반하여 타인의 신체를 촬영하고 이를 반포한 점에 대한 수사의 일환으로 이루어졌다.

② 이 사건 영장의 압수 대상물은 이 사건 피의사실과 관련된 동영상 파일들과 피고인의 휴대전화이고 예외적으로 저장매체도 포함하고 있었다.

이 사건 경찰들은 실제로 이 사건 영장에 기하여 영장에 의한 압수물을 반출하는 방식으로 압수하였다.

만약 피고인이 이 사건 SSD카드를 아파트 주차장으로 던지지 않았다면 이 사건 SSD카드 역시 이 사건 영장에 기하여 피고인 주거지에서 압수되었을 것으로 보인다.

③ 이 사건 경찰도 이 사건 SSD카드를 압수할 당시 그것이 피고인에 의하여 피고인의 주거지에서 아파트 주차장으로 던져진 것임을 짐작한 것으로 보인다.

이 사건 경찰은 이를 취득한 직후 피고인에게 피고인의 소유물인지 여부를 물어보기도 하였다.

이 사건 경찰들은 곧이어 피고인의 주거지로 이동하여 피고인의 배우자 공소외 2에게 이 사건 SSD카드와 그것이 들어있던 신발주머니가 누구의 것인지 질문하였으며, 공소외 2로부터 신발주머니가 자신의 것이라는 답변을 들었다.

④ 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로서 압수한 것을 위법하다고 보기는 어렵다.

그러나 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장이 집행되던 중에 압수된 점, 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드가 피고인에 의하여 던져진 것임을 짐작하였을 것인 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들로서는 이 사건 피의사실과 관련된 파일을 취득하기 위하여 이 사건 SSD카드를 탐색하는 과정에서 이 사건 영장 집행과정과 마찬가지로 피고인의 참여권을 보장하고, 만약 이 사건 피의사실과 무관한 파일을 발견할 경우 그 탐색을 멈추고 별도의 압수수색영장을 청구하여 발부받아야 한다고 봄이 타당하다.

이 사건 SSD카드가 유류물로 압수되었다는 사정만으로 그것이 이 사건 피의사실을 근거로 한 이 사건 영장 집행과 밀접하게 연관되어 압수되었음에도 아무런 제한 없이 이를 탐색하여 별개의 범죄사실에 관한 증거를 취득할 수 있다고 볼 수는 없다.

⑤ 이 사건 경찰들은 이 사건 SSD카드의 탐색에 관하여 피고인이 참여할 것인지 의사를 묻지 않았고, 실제로 피고인 또는 변호인의 참여 없이 탐색이 진행되었다.

그런데 이 사건 SSD카드의 탐색과정에서 이 사건 피의사실과 관련이 있다고 보기 어려운 SSD카드 파일들이 발견되었다.

피고인은 그와 같은 탐색과정에서 별건 증거의 취득에 관한 자신의 의견을 피력할 기회를 부여받지 못하였고, 취득한 파일의 상세목록을 교부받을 기회 역시 부여받지 못하였다.

⑥ SSD카드 파일들은 앞서 살펴본 PC 파일에 관한 부분에서 상세히 살펴본 바와 마찬가지로 이 사건 피의사실과 사이에 ㉠ 그 촬영대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있고, ㉡ 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접·정황증거로 사용될 여지가 없으며, ㉢ 이 사건 SSD카드 파일의 압수 당시 이 사건 경찰들이 이를 추가 여죄 수사에 활용할 목적이 있었다고 보기 어려워, 결국 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2019. 1~2.경 서울 강남구 역삼동에 있는 상호불상의 모텔에서 '□□' 어플을 통하여 만난 아동·청소년인 공소외 1(여, 15세)과 성행위를 한 뒤 그녀에게 그 대가로 현금 15만 원을 교부함으로써 아동·청소년의 성을 사는 행위를 하였다.

2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거를 토대로 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1 진술의 신빙성을 인정하기 어렵고, 나머지 증거들만으로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 부족하다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

- ① 공소외 1은 검찰에서 2회에 걸쳐 조사받을 당시 2018년 초경 성매매 사실에 관하여는 비교적 구체적으로 진술한 데 반하여, 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않았다.
- ② 공소외 1은 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하였다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술을 반복하였다.

- ③ 공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 자신이 아니라고 진술을 번복하는 등 전체적으로 일관되지 않은 면이 있다.
- ④ 피고인이 자신의 성매매, 동영상 촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1.~2.경 새로이 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다.
- ⑤ 피고인은 2019. 4.경 공소외 1로부터 사실확인서를 받았는데, 피고인이 사실확인서를 받기 전인 2019. 1.~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 하였을 가능성을 완전히 배제하기 어렵다.

3) 이 법원의 판단

공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받았고, 원심에서는 증인으로 채택되었으나 출석하지 않았으며, 이 법원에서 증인으로 출석하여 진술하였다.

공소외 1의 각 진술을 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항에 기재된 바와 같이 2018년 초 겨울경에 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하여 성매수를 하였을 뿐 아니라, 이 부분 공소사실 기재와 같이 2019. 1.~2.경에도 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하면서 현금을 교부하여 성매수를 하였다는 것을 충분히 인정할 수 있다.

가) 공소외 1 진술의 신빙성

- (1) 공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받고 이 법원에 증인으로 출석하여 진술하면서, 피고인과의 성매매 사실에 관하여 "2018년 초경 '□□' 어플을 통해 피고인을 만나 성관계 2번에 15만 원을 받는 조건으로 성관계를 하였다. 2019. 1.~2.경에도 같은 조건으로 피고인을 만나 성관계를 하였다"는 취지로 일관되게 진술하였다. 공소외 1은 성매매 사실로 인하여 자신도 형사처벌을 받을 수 있음에도 위와 같이 진술하여 그 진술에 신빙성이 있다.

- (2) 피고인은 수사기관에서 공소외 1로부터 성매수를 한 사실을 모두 부인하였으나, 원심 및 이 법원에서는 2018년 초경 성매수 사실(범죄사실 제3항)은 자백하면서 2019. 1.~2.경 성매수 사실(이 부분 공소사실)은 부인하고 있다. 이와 같이 공소외 1의 진술 중 2018년 초경 성매수에 관한 부분은 피고인의 자백과 부합하여 그 신빙성을 인정할 수 있다.

그런데 공소외 1이 이 부분 공소사실에 관하여만 허위로 진술할 이유를 찾기 어렵다.

(3) 원심의 공소외 1 진술의 신빙성 배척 근거에 관하여

- ① 원심은 이 부분 공소사실에 관한 공소외 1의 검찰에서의 진술이 구체적이지 않다고 보았다.

공소외 1은 검찰에서 이 부분 공소사실에 관하여 '2019. 1.~2.경 피고인과 만나 모텔에 갔을 때 성관계를 하는 조건으로 얼마를 받은 것인가요'라는 질문에 '현금으로 15만 원을 받은 것으로 기억합니다'라고만 답변하여 그 당시 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않기는 하였다.

그런데 공소외 1의 진술을 전체적으로 살펴보면 이는 공소외 1이 추가적인 질문을 받지 않아 당시 성관계의 조건만을 진술하였던 것으로 볼 여지가 크다.

반면, 공소외 1은 이 법원에 증인으로 출석하여 2019. 1.~2.경 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 '(그 무렵) 피고인과 카톡인가 라인인가로 연락하다가 만나서 역삼동 쪽에 있는 모텔에 갔다.

자신은 당시 역삼동 ◇◇ 편의점 근처에 살고 있었는데 그 근처 부동산 옆에서 피고인이 운전하여 온 차를 타고 이동하였다.

모텔은 피고인이 예약하였다.

이동시간은 10분 미만이었다.

피고인으로부터 15만 원을 받았다'는 취지로 구체적으로 진술하였다.

- ② 원심은 공소외 1이 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술한 점도 신빙성을 인정하기 어려운 근거 중 하나로 들었다.

그러나 공소외 1이 2019. 8.경 검찰 조사를 받을 당시는 이 부분 공소사실로부터 약 7개월이 지난 시점이었던 점, 공소외 1의 진술이 이 부분 공소사실의 주된 내용에 관하여는 구체적이고 일관된 점, 공소외 1은 2018. 초경 성매매 이후 연락이 끊겼다가 2019. 1.~2.경 다시 연락이 닿아 몇 차례 연락을 주고받다가 만나 성매매에 이르게 되었는바 다시 연락이 닿게 된 경위는 이 부분 공소사실의 주요부분이라고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 위와 같이 일부 진술이 불일치한다는 점만으로 공소외 1의 진술에 신빙성이 없다고 볼 수는 없다.

- ③ 원심은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 다시 자신이 아니라고 진술하여 전체적으로 일관되지 않는다고 보았다.

공소외 1은 피고인의 동영상 촬영 행위에 관한 수사가 진행 중이던 2019. 4. 24.경 '2018. 2.~3.경 피고인과 만나 교제하면서 동의하에 3회 성관계를 하였다.

피고인과 모텔 등에서 성관계 촬영을 하는 것을 알고 동의하였다'는 취지의 사실확인서를 작성하여 피고인을 통해 경찰에 제출하였다.

공소외 1은 2019. 8. 16. 검찰에서 처음 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 "그 동영상 속의 여성은 공소외 1이 아니고 다른 여성이지만, 그냥 공소외 1이라고 해라. 다른 여성이라고 하면 (피고인과 공소외 1) 둘 다 문제가 된다.

돈과 관계없이 만났고, 영상도 같이 보고 촬영한 것이라고 말해라"라는 이야기를 들었다'고 진술한 다음, 순번 20, 21 동영상을 시청하였다.

그리고 공소외 1은 '순번 20, 21 동영상 속의 여성은 자신(공소외 1)이 맞는 것 같다.

다만 그 동영상 촬영을 알지 못했고 동의하지도 않았다.

'고 진술하였다.

공소외 1은 2019. 9. 3. 검찰에서 다시 조사를 받을 당시 '(1차 조사 이후) 피고인으로부터 연락을 받았는데 순번 20, 21 동영상 속 여성은 공소외 1이 아니라 21세의 다른 여성이라고 들었다.

피고인으로부터 위와 같은 말을 듣고 그 동영상 속의 여성이 자신이 아닐 수도 있다는 생각이 들었다'고 진술하고, 순번 20, 21 동영상을 다시 열람한 뒤 '영상 속의 여성의 몸매, 목소리 등을 보면 확실히 제가 아닌 것 같습니다.

영상 속의 여성이 저와 많이 닮았고 (1차 조사) 당시 너무 충격을 받아 영상을 자세히 보지 못해서 영상 속의 여성이 저라고 생각한 것입니다'라고 진술하였다.

위와 같은 공소외 1의 각 진술은 주된 내용이 변경되어 일관되지 않기는 하다.

그런데 위 사실확인서는 공소외 1이 피고인으로부터 허위의 내용의 사실확인서를 작성해달라는 요구를 받고 이에 응하여 작성한 것으로 보인다.

공소외 1은 검찰에서 최초로 진술할 당시부터 피고인으로부터 받은 부당한 요청사항까지 모두 솔직하게 진술하였다.

그러한 공소외 1이 동영상 속의 인물이 자신인지 여부에 관하여 굳이 허위로 진술하였을 것으로 보기는 어렵다.

공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 만 16세의 어린 나이였고, 성매매 사실로 자신이 처벌받을 수도 있다는 사실에 겁을 먹었던 것으로 보이며, 실제로 당시 진술조서에는 공소외 1이 순번 20, 21 동영상을 열람할 당시 상황에 관하여 "검사가 영상을 재생하자 진술인(공소외 1)이 매우 당황하고 놀라며 '이걸 어떻게 확인해요?'라고 말하다가 혼자 확인하겠다고 하여 혼자 시청함"(증거기록 제744면)이라고 기재되어 있다.

반면 공소외 1은 검찰 2회 조사 당시 피고인으로부터 위 각 동영상 속의 여성이 자신이 아님을 분명히 들은 상황에서 다시 위 각 동영상을 열람하고 그 동영상 속 여성이 자신이 아니라고 진술하였는바, 진술이 변경된 경위를 수궁할 수 있고, 그와 같은 진술 변경의 점만으로 앞서 살펴본 바와 같이 신빙성이 있는 공소외 1 진술이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

④ 원심은 피고인이 성매매, 동영상촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로운 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다고 보았다.

그러나 이는 신빙성이 있는 공소외 1의 진술에 비추어 타당하다고 할 수 없다.

⑤ 원심은 피고인이 2019. 1~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 했을 가능성을 배제할 수 없다고 보았다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1~2.경 피고인과 성매매를 하였고, 피고인에 대한 수사가 진행 중이라는 것은 2019. 4.경 사실확인서를 작성할 무렵 처음 들었다고 진술하고 그 진술에 신빙성이 있다고 판단된다.

나) 피고인의 변소에 관하여

① 피고인은 2019. 1~2.경 이 사건 각 동영상 속의 여성이 누구인지 특정하기 위하여 공소외 1을 만났을 뿐이고 그날 공소외 1이 이 사건 각 동영상 속의 여성이 아님을 확인하였다고 변소하고 있다.

그러나 앞서 살핀 바와 같이 공소외 1은 수사기관으로부터 이 법원에 이르기까지 일관되게 2019. 1~2.경 피고인과 만나 성매매를 하였다고 진술한 점, 공소외 1은 2019. 8. 16.경 검찰에서 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 이 사건 각 동영상 속의 여성이 자신이라고 진술하라는 이야기를 들었다'고 진술하였던 점에 비추어 받아들일 수 없다.

② 피고인은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시에는 '(자신이) 2019. 1~2.경 돈이 필요하여 피고인에게 먼저 연락하였다'고 진술하였는데, 검찰 2회 조사 당시에는 '2019. 8. 27.경 피고인으로부터 같은 피해를 입은 공소외 10으로부터 연락을 받고 공소외 10에게 피고인의 전화번호를 물었다'고 진술하여 피고인의 연락처를 알고 있었는지 관한 내용이 서로 상반된다는 취지로 변소한다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1~2.경 카톡 또는 라인을 통하여 연락하였다고 진술하였는바 그 당시에는 피고인의 전화번호를 알지 못하였던 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술이 상반된다고 볼 수는 없다.

다) 소결론

공소외 1의 각 진술에는 신빙성이 있어 이를 주된 증거로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지없이 인정할 수 있다고 판단된다.

3. 결론

이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(원심 판시 범죄사실 제1, 2항)에 관한 피고인의 법리오해 주장과 이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점(원심 판시 무죄부분)에 관한 검사의 사실오인 주장은 이유 있다.

원심은 범죄사실 제1, 2항 부분과 범죄사실 제3항을 형법 제37조 전단 경합범 관계로 보아 하나의 형을 선고하였고, 이 법원에서 유죄로 판단하는 원심 판시 무죄부분은 원심 범죄사실 제3항 부분과 형법 제37조 전단 경합범 관계에 있다.

따라서 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

피고인의 사실오인 주장 및 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 모두 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 증거능력에 관한 법리오해

[이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점 관련]

이 부분 공소사실에 관한 증거들인 압수물총목록 기재 증 제1 내지 10호증(이하 '이 사건 압수물'이라 한다)은 아래와 같은 사정들을 고려할 때 영장주의 및 적법절차의 원칙을 위반하여 수집된 위법수집증거로 증거능력이 없다.

이를 기초로 획득한 수사보고 등은 모두 위법수집증거에 기초한 2차 증거로 역시 증거능력이 없다.

그럼에도 위 각 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 위법수집증거배제법칙(형사소송법 제308조의2)에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

① 이 사건 압수물은 수사기관이 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)의 기초가 된 피의사실(이하 '이 사건 피의사실'이라 한다)과 관련성이 없는 것들이다.

수사기관은 이 사건 압수물에 관하여 사후적으로 영장을 발부받지도 않았다.

② 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 용이함에도 저장매체 자체인 이 사건 압수물을 반출하여 압수하였다.

이는 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다.

- ③ 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 피고인에게 이 사건 영장의 표지만을 제시하고 '압수할 물건'과 '압수방법의 제한'이 기재되어 있는 부분을 제시하지 않았다.

이는 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 영장 제시라 할 수 없다.

- ④ 경찰은 압수된 PC(증 제8호증, 이하 '이 사건 PC'라 한다)의 봉인을 해제하는 과정과 압수된 SSD카드(증 제10호증, 이하 '이 사건 SSD카드'라 한다)를 탐색하여 별지 기재 동영상들(이하 '이 사건 동영상들'이라 하고, 그 중 일부를 일컬을 때에는 '순번 ○○ 동영상'이라 한다)을 취득하는 과정에서 피고인의 참여를 배제하였다.

- ⑤ 경찰은 이 사건 동영상들을 취득한 이후 피고인에게 압수된 전자정보가 무엇인지 확인할 수 있는 '상세목록'을 교부하지 않았고, 특별한 사정이 없음에도 이 사건 압수물들을 피고인에게 반환하지 않았다.

경찰은 이 사건 압수물로부터 취득하였으나 압수하지 않은 전자정보를 삭제·폐기하지도 않았다.

- ⑥ 경찰은 이 사건을 검찰에 송치하면서 이 사건 동영상들을 기록에 첨부하지 않았다가, 이후 사건 담당 경찰이 집에서 이 사건 동영상들을 찾아 검찰에 추송하였다.

이는 증거기록을 사적으로 복제하여 유출하였던 것으로 위법하다.

2) 사실오인(순번 22 동영상 관련)

순번 22 동영상은 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영된 것이 아니다.

순번 22 동영상에 관한 수사보고(증거기록 제123면)에도 '몰래카메라는 아닌 것으로 추정됨'이라고 기재되어 있다.

그럼에도 이 사건 공소사실 중 순번 22 동영상에 관한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(징역 2년 6월 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인[이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점 관련]

공소외 1은 수사기관에서부터 피고인을 상대로 2회에 걸쳐 성매매를 하였다고 자발적으로 진술하였고 그 진술내용이 구체적이어서 신빙성이 있다.

공소외 1이 순번 20, 21 동영상 속의 여성이 자신이 아니라고 진술을 번복한 것은 피고인으로부터 강요를 받았기 때문이다.

이러한 사정들에 비추어 보면 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술에는 신빙성이 있음에도 불구하고 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 증거능력 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 이 법원에 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인에 대한 수사 개시 및 이 사건 영장 발부 경위

① 피고인의 배우자 공소외 2는 2018. 4.경 자신의 지인 공소외 3에게 "피고인의 컴퓨터에서 여성의 신체를 몰래 촬영한 사진들을 발견했는데, 피고인으로부터 '그 사진들을 몰래 촬영하여 다른 사람들과 공유했다'고 들었다"면서, 자신의 휴대전화로 피고인의 모니터 화면에 나타나 있는 위 사진들을 촬영하여 이를 공소외 3에게 전송하였다.

② 공소외 3은 2018. 5. 8. '피고인이 상습적으로 자신의 차 안 등에서 여자의 신체 사진을 몰래 찍어 유포한다고 하니 조사를 부탁드립니다'는 취지로 '스마트 국민제보' 사이트에 신고를 하여 경찰에 사건이 접수되었다.

③ 경찰은 2018. 5. 12. 공소외 3에 대한 참고인 조사를 하였다.

공소외 3은 그날 공소외 2로부터 전송받은 사진들을 경찰에 제출하였는데, 그 사진들은 차량 조수석에 반바지 차림으로 앉아있는 여성을 운전석 위쪽에서 내려다보는 방향으로 촬영한 사진 8장, 편의점 앞 의자에 원피스를 입고 앉아있는 여성을 앞에서 촬영한 사진 1장(증거기록 제20 내지 28면)이었다.

④ 경찰은 2018. 5. 30.경 법원에 피의자의 특정 및 증거 확보를 위한 이 사건 영장의 발부를 신청하였다.

서울서부지방법원 영장담당판사는 2018. 5. 30. 피고인의 신체, 피고인의 주소지, 피고인 소유의 차량 2대에 관한 이 사건 영장을 발부하였다.

이 사건 영장에 기재된 주요 내용은 다음과 같다(다만, 별지의 내용은 생략한다).

[피의자]피의자[범죄사실]피의자는 2017. 시간불상경 피의자 소유의 차량 등에서 사업상 알게 된 성명불상의 피해자를 자신의 휴대전화를 이용하여 성적수치심을 느낄 수 있는 허벅지와 다리 등의 신체부위를 그 의사에 반하여 촬영하였고, 카카오톡 어플을 이용하여 게임동호회 회원 단체 카톡방에 전송하는 방법으로 유포하였다.

[압수·수색·검증을 필요로 하는 사유]참고인 공소외 3은 2018. 5. 6. 친구인 공소외 2의 남편 피의자가 모르는 여자의 사진을 몰래 찍어서 유포했다며 진정서를 제출하였음2018. 4. 피의자의 부인 공소외 2는 피의자의 컴퓨터에서 우연히 몰카 사진을 보게 되었고, 이를 피의자에게 문자 사업상 알게 된 여성들을 휴대전화를 이용하여 몰래 촬영한 다음 게임 동호회 사람들에게 카카오톡 단체카톡방을 통해 유포하였다는 말을 들었고, 2018. 4. 9. 이를 참고인 공소외 3에게 고민상담을 하며 진술함참고인이 제출한 피의자의 부인 공소외 2와의 카카오톡 대화내용과 피의자의 부인 공소외 2가 피의자의 컴퓨터 모니터를 그대로 촬영한 사진 등으로 보아 범증 명확히 할 필요가 있다고 판단됨참고인이 제출한 피의자 휴대전화 번호를 통신자료 제공요청하여 피의자 특정하였으나, 검거할 시 피의자가 휴대전화, 컴퓨터 등에 저장되어 있는 사진 등을 삭제하는 등 증거를 인멸하고, 자신의 주거지 등에 있는 증거를 인멸하거나

삭제할 우려가 있어 검거하지 않고, 피의자가 소지하고 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자 주거지에 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자가 사진을 촬영한 피의자 소유의 차량 등을 압수·수색·검증하여 피의자의 혐의를 입증할 증거를 확보한 후, 피의자를 검거하고 혐의사실을 입증하는 수사단서로 활용하고자 함[수색, 검증할 장소, 신체, 물건]1. 피의자의 신체2. 피의자 주소지(서울 마포구 (주소 1 생략))3. 피의자 소유의 (차량번호 1 생략) 아우디, (차량번호 2 생략) 쟈트라 차량[압수할 물건]- 피의자가 소지 및 소유하고 있는 휴대전화, 외장메모리, 유심칩, 컴퓨터 본체, usb, 외장하드 등 저장매체 일체- 단, 휴대전화 외의 물건은 별지와 같이 압수대상 및 방법 제한

나) 이 사건 영장의 집행 과정

① 이 사건을 수사하던 서울마포경찰서 사법경찰관 경위 공소외 4, 순경 공소외 5, 공소외 6(이하 이들을 모두 일컬을 때에는 '이 사건 경찰들'이라 한다)은 2018. 6. 5. 08:20경 이 사건 영장에 기재된 압수·수색 장소인 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에 도착한 다음, 피고인에게 전화하여 이 사건 영장이 발부되었음을 통지하고 차량들에 대한 수색을 위하여 나와 달라고 요구하였다.

② 이 사건 경찰들은 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에서 기다리던 중 신발주머니가 △△동 불상의 호실에서 바닥으로 떨어지는 것을 목격하고, 그 신발주머니를 열어 확인한 결과 그 안에서 저장매체 2개[하드디스크 1개(WD Blue Desktop Hard Drive, 증 제9호증), SSD카드 1개(Crucial MX300 Solid State Drive, 증 제10호증)]를 발견하였다.

이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:30경 피고인이 주차장에 나타나자 이 사건 영장을 제시하고 차량들을 수색하였으나 이 사건 피의사실에 관련된 물품을 발견하지 못하였다.

곧이어 이 사건 경찰들은 피고인에게 신발주머니를 보여주면서 신발주머니 및 그 안에 들어 있는 저장매체들이 피고인의 것이 맞는지 물어보았는데, 피고인은 그 신발주머니와 저장매체들은 자신의 것이 아니고 이를 던진 적도 없다고 답변하였다.

③ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:35경 피고인의 주거지로 이동하여 이 사건 영장에 기하여 hp노트북, saramin usb, 아이폰5, 베가 스마트폰, 아이폰6s 플러스, 애플 맥북에어, 컴퓨터 하드디스크, 컴퓨터 본체(조립식)(증 제1 내지 8호증, 이하 '영장에 의한 압수물'이라 한다)를 압수하였다.

④ 이 사건 경찰들은 피고인의 주거지에서 이 사건 영장 집행을 하면서 공소외 2(피고인의 배우자)에게 위 신발주머니와 저장매체 2개가 누구 것인지 물어보았고, 공소외 2는 '신발주머니는 자신의 것이나 그 안에 들어있는 저장매체 2개에 대하여는 모른다'고 답변하였다.

⑤ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 09:00경 위 신발주머니 안에 들어있던 저장매체 2개(이하 '이 사건 유류물'이라 한다)를 유류물로 압수하였다.

⑥ 이 사건 경찰들은 같은 날 영장에 의한 압수물에 관하여 이 사건 영장에 의하여 압수하였다는 취지의 압수조서(증거기록 제63면)를 작성하였고, 이 사건 유류물에 관하여는 유류물로 압수했다는 취지의 압수조서(증거기록 제67면)를

작성하였다.

다) 이 사건 압수물의 분석 및 공소제기 과정

- ① 피고인은 2018. 6. 5. 09:00경 영장에 의한 압수물에 대한 원본 반출 확인서를 작성하면서 디지털기기·저장매체의 봉인해제, 복제본의 획득, 디지털기기·저장매체 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력가정에 참여하겠다는 의사를 밝혔다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).
- ② 피고인은 2018. 6. 14. 경찰과 통화를 하면서 위 참여의사를 번복하여 탐색절차에 참여하지 않겠다는 의사를 밝혔다. 피고인은 2018. 6. 18. 그 당시 변호인이었던 공소외 7 변호사와 함께 서울마포경찰서를 방문하여 '개인 일정 조절이 어려워 전체 절차에 참여하기 어렵다'는 사유로 참여의사를 철회한다는 내용의 참여 철회 확인서를 제출하였다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).
- ③ 이 사건 압수물에 대한 디지털증거분석 결과 압수된 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 불상의 여성 엉덩이와 다리 사진 11장이 발견되었고, 이 사건 PC와 이 사건 SSD카드에서 이 사건 동영상들이 발견되었다.
이 사건 동영상들에는 피고인이 여성과 나체로 성관계를 하는 장면 등이 촬영되어 있다.

그러나 위 디지털증거분석 결과 공소외 3이 경찰에서 참고인 조사를 받을 당시 제출한 사진들이 다시 발견되었다는 내용은 기재되어 있지 않다.

- ④ 이 사건 동영상들을 증거로 이 사건 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점과 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(이를 통틀어 이하 '이 사건 동영상 촬영'이라 한다)을 포함한 이 사건 공소가 제기되었다.

반면 공소외 3이 경찰에 제출한 사진과 관련된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았고, 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 발견된 위 사진 11장에 관하여서도 공소가 제기되지 않았다.

2) 구체적 판단

위에서 인정한 바와 같이 이 사건 동영상 촬영에 관한 주된 증거는 이 사건 동영상들이다.

이 사건 동영상들 중 순번 1 내지 5, 7 내지 9, 11 내지 16, 20, 21은 영장에 의한 압수물 중 하나인 이 사건 PC에서 발견되었고, 같은 순번 6, 10, 17 내지 19, 22는 이 사건 유류물 중 하나인 이 사건 SSD카드에서 발견되었다.

아래에서는 이 사건 PC에서 발견된 파일(이하 'PC 파일'이라 한다)과 이 사건 SSD카드에서 발견된 파일(이하 'SSD카드 파일'이라 한다)의 증거능력에 관하여 나누어 차례로 살펴보기로 한다.

가) PC 파일의 증거능력

(1) 관련 법리

형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

"라고 정하고 있다.

따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

위와 같이 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 증거는 피고인이 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 증거능력이 없다고 봄이 타당하다.

그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

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

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

(가) PC 파일이 이 사건 영장과 무관하다는 주장(위 법리오해 주장 ①)

① 이 사건 PC는 이 사건 영장에 의한 압수물이므로, 이 사건 영장 발부의 사유로 된 이 사건 피의사실과 관련된 범죄에 한하여 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

그런데 아래와 같은 사정들을 고려하면 이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 관계있는 범죄라고 볼 수 없어 이 사건 영장의 효력이 미치지 아니한다.

㉠ 이 사건 피의사실 중 성명불상의 피해자에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점은 피고인이 차량 내부에서 치마를 입은 여성의 하반신을 촬영하였다는 것 등인 반면 이 사건 동영상 촬영의 점은 피고인이 나체로 촬영대상자와 성관계를 하고 있는 장면을 촬영하였다는 것으로 그 대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 촬영물의 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있다.

㉡ 이 사건 피의사실에 관하여는 이 사건 피의사실이 일어나던 당시 상습범 처벌 규정이 존재하지 않았고 특별한 목적 등을 주관적 구성요건으로 요구하고 있지도 않아, 이 부분 범행에 관한 음란물 자료들이 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접증거나 정황증거로 사용될 여지도 없었다.

㉢ 이 사건 영장에는 이 사건 동영상 촬영의 점에 관련된 내용이 전혀 기재되어 있지 않고, 추가 여죄 수사에 활용하기 위한 목적이 있다는 취지의 기재 또한 없다.

㉣ 이 사건 동영상 촬영의 점에 관하여는 공소가 제기되었으나, 이 사건 영장 발부의 기초가 된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았다.

② 그렇다면 이 사건 PC를 탐색하는 과정에서 이 사건 피의사실과 별건인 이 사건 동영상 촬영과 관련된 자료를 발견한 수사기관으로서 더 이상 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별건 범죄 혐의에 대한 압수·수색영장을 발부

받는 등의 조치를 취하였어야 한다.

수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않은 채 이 사건 PC에서 발견된 파일을 탐색한 것은 헌법과 형사소송법이 정한 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수·수색에 해당하고 그 절차 위반의 정도가 매우 중하다고 판단된다. PC 파일은 증거능력이 없다.

- ③ 형사소송법 등에서 압수·수색 절차와 관련된 조항을 둔 취지와 그를 통해 보호되는 권리·법익의 중요성, 이 사건 영장의 집행 과정에서 이루어진 수사기관의 위반 내용과 경위 및 그 회피가능성 등을 두루 살펴보면, PC 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고, PC 파일의 캡처 화면을 보면서 조사가 이루어진 공소외 8에 대한 검찰 진술조서 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다.
- ④ 이와 같이 PC 파일의 증거능력을 인정할 수 없으나, 아래에서는 피고인이 제기하고 있는 나머지 법리오해 주장에 관하여도 살펴보기로 한다.

(나) 저장매체 자체 반출이 위법하다는 주장(위 법리오해 주장 ②)

이 사건 영장의 '압수할 물건'란 및 별지에는, 원칙적으로 피고인이 소지하고 있는 컴퓨터 본체나 저장매체에서 이 사건 피의사실과 관련된 전자정보만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복제하는 방법으로 이를 압수하여야 하고, 예외적으로 영장의 집행 현장에서 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 불가능하거나 현저히 곤란할 때에만 저장매체 자체를 반출하는 등으로 압수할 수 있다고 기재되어 있다.

이 사건 피의사실은 '피고인이 여성의 신체 부위를 의사에 반하여 촬영하고 카카오톡 어플을 이용하여 전송하는 방법으로 반포하였다'는 취지이다.

이 사건 경찰들로서는 피의사실에 기재된 사진 파일뿐 아니라 이를 반포한 사실에 관한 증거들도 압수할 필요가 있었을 것이다.

그런데 이 사건 경찰들이 이 사건 피의사실 기재 파일 및 그 반포에 관한 증거들이 어느 저장매체에 저장되어 있는지 분명히 알기 어려웠을 것으로 보이는 점, 피고인이 일부 저장매체를 신발주머니에 담아 아파트 바깥으로 던져버리는 등으로 증거의 은닉을 시도하는 등 피고인의 협조를 받아 필요한 증거들만을 압수하기 용이하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들이 저장매체의 복제본 획득이 현저히 곤란하다고 판단하여 이를 봉인한 후 반출하는 방식으로 압수한 것이 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다고 보기는 어렵다.

(다) 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ③)

형사소송법 제219조에서 준용하는 같은 법 제118조는 피압수자 등이 압수·수색 사유를 확인하고 진행될 절차에서 참여권을 행사할 수 있도록 하는 등 방어권을 보장하기 위한 것인데 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 영장 집행 당시 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장의 표지를 제시받았고 피의사실의 내용을 들었다고 하는 것을 인정하고 있는 점, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 영장 집행과정에서 참여권이 침해되었다고 보기 어려운 점까지 종합하여 볼 때 피고인의 위 주장만으로 이 사건 영장의 집행 당시 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다고 보기는 어렵다.

(라) 피고인의 참여권이 배제되었다는 주장(위 법리오해 주장 ④)

앞서 살핀 바와 같이 이 사건 PC는 2018. 6. 5. 압수되었고, 피고인은 그날 그 봉인해제 및 탐색·복제 과정 등에 참여하겠다는 의견을 밝혔다.

그런데 이 사건 PC는 같은 날 서울지방법경찰청에 디지털 증거분석이 의뢰되었고, 그곳에서 피고인의 참여 없이 봉인이 해제되었다.

그렇다면 이 사건 PC의 봉인 해제 과정에 피고인의 참여가 배제된 절차의 하자가 있음은 인정된다.

그러나 피고인은 2018. 6. 18. 변호인과 함께 경찰을 방문하여 이 사건 PC의 탐색 과정에 참여하지 않겠다는 취지의 확인서를 작성하여 제출한 점, 이 사건 PC의 실제 탐색작업은 2018. 6. 20. 이루어진 것으로 보이는 점, 피고인도 이 사건 PC에서 탐색된 파일들에 관하여 자신이 촬영한 동영상이라는 것을 부인하지는 않는 점 등을 종합하여 볼 때 위와 같은 절차의 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

(마) 압수된 전자정보에 관한 상세목록이 교부되지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ⑤)

형사소송법 제219조, 제129조에 의하면 수사기관은 압수물에 관한 목록을 작성하여 피압수자에게 이를 교부하여야 한다.

그런데 원심과 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 이 사건 경찰은 이 사건 PC로부터 동영상 파일을 탐색하여 취득하였음에도 피고인에게 전자정보 상세목록을 교부하지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 이 사건 PC로부터 취득한 전자정보는 형사소송법 제219조, 제129조가 규정한 절차에 따르지 않고 취득한 증거에 해당한다.

그러나 압수목록 또는 전자정보상세목록의 교부는 압수가 종료된 이후에 이루어지는 절차이므로, 형사소송법이 압수·수색에 관하여 정한 다른 절차들과 비교할 때 그 위반으로 인하여 피압수자에게 발생하는 법익 침해의 정도가 중하지 않은 점, 피고인이 이 사건 PC의 탐색과정에 참여하지 않겠다는 의사를 표명하였던 점까지 고려할 때 위와 같은 절차 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제해야 할 정도로 중대한 것이라 보기는 어렵다.

(바) 경찰이 이 사건 동영상을 유출하였다가 검찰에 송치했다는 주장(위 법리오해 주장 ⑥)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 사건 경찰들은 2018. 11. 14.경 이 사건을 검찰에 송치할 당시 PC 파일을 첨부하지 않았던 사실, 이 사건 경찰 중 한명이 2019. 3. 11.경 PC 파일이 저장된 USB를 '집에서 찾았다'고 하면서 검찰에 추송한 사실을 인정할 수 있다.

이와 같이 이 사건 경찰이 피의사실에 관한 수사의 일환으로 압수된 물건일 뿐 아니라 성관계 장면이 촬영되어 프라이버시의 침해 우려가 큰 PC 파일의 존재를 파악하지 못하거나 심지어 이를 자신의 집에 가져갔다는 것은 잘못이다.

그러나 위와 같은 잘못이 PC 파일이 취득된 이후에 일어난 것인 점, 피고인이 PC 파일이 자신에 의하여 촬영된 것임을 인정하고 있는 점까지 종합하여 볼 때 위와 같은 수사과정에서의 잘못으로 인하여 PC 파일의 증거능력을 부정

할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

나) 압수된 SSD카드(증 제10호증)에서 발견된 파일의 증거능력

(1) 관련 법령

- 형사소송법 제218조(영장에 의하지 아니한 압수)

검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.

(2) 구체적 판단

(가) 유류물 압수의 적법 여부

앞서 살펴본 바와 같이 피고인은 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장을 집행하겠다는 통지를 받은 직후 피고인의 거주지인 아파트 20층에서 바깥으로 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니를 던졌다.

피고인은 곧바로 주차장으로 내려가 이 사건 경찰로부터 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니가 자신의 것인지 질문을 받고도 그 소유임을 부인하였다.

이 사건 SSD카드는 이 사건 경찰들이 피고인에게 이 사건 영장의 집행을 하겠다는 것을 고지한 직후 아파트 상층으로부터 바닥으로 떨어진 점에 비추어 이 사건 경찰들로서는 이 사건 SSD카드에 이 사건 피의사실에 관한 증거가 포함되어 있을 것으로 여길 만한 상황이었다고 보인다.

그러나 이 사건 경찰들이 SSD카드를 발견하여 그 점유를 취득할 당시 그것이 피고인이 피고인 주거지에서 던진 것인지 여부나 이 사건 범행과 관련된 것인지 여부를 명확히 알 수는 없었을 것이다.

또한 이 사건 영장에 기재된 수색, 검증할 장소, 신체, 물건은 '피고인의 신체, 피고인 주소지, 피고인 소유의 차량들'로 한정되어 있다.

이와 같이 경찰들로서는 이 사건 SSD카드가 이 사건 피의사실과 관련된 것일 가능성이 있어 이를 압수함이 상당함에도 그 소유관계가 명확히 확인되지는 않았던 점, 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장의 집행장소를 벗어난 곳에 위치하고 있어 이 사건 영장의 집행으로 이를 압수하기 어려웠던 점까지 고려할 때 이 사건 경찰들이 이를 유류물로 보아 압수한 절차가 위법하다고 볼 수는 없다.

(나) SSD카드 파일들의 증거능력 유무

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로 보아 압수한 절차에 위법이 있다고 할 수는 없다.

그러나 이 사건 SSD카드 자체가 아닌 그로부터 발견된 SSD카드 파일은 아래에서 살펴보는 바와 같이 피고인의 참여권이 보장되지 않은 점, 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어려운 점 등으로 인하여 그 증거능력을 인정할 수 없다.

또한 SSD카드 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다(순번 22 동영상에 관한 증거들도 모두 증거능력이 인정되지 않으므로, 순번 22 동영상 관련 사실

오인 주장에 대한 판단은 생략한다).

① 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 경찰들이 이 사건 영장을 집행에 임박하여 피고인에게 영장 발부 사실을 알린 직후에 이루어졌다.

이와 같이 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 피의사실, 즉 촬영대상자의 의사에 반하여 타인의 신체를 촬영하고 이를 반포한 점에 대한 수사의 일환으로 이루어졌다.

② 이 사건 영장의 압수 대상물은 이 사건 피의사실과 관련된 동영상 파일들과 피고인의 휴대전화이고 예외적으로 저장매체도 포함하고 있었다.

이 사건 경찰들은 실제로 이 사건 영장에 기하여 영장에 의한 압수물을 반출하는 방식으로 압수하였다.

만약 피고인이 이 사건 SSD카드를 아파트 주차장으로 던지지 않았다면 이 사건 SSD카드 역시 이 사건 영장에 기하여 피고인 주거지에서 압수되었을 것으로 보인다.

③ 이 사건 경찰도 이 사건 SSD카드를 압수할 당시 그것이 피고인에 의하여 피고인의 주거지에서 아파트 주차장으로 던져진 것임을 짐작한 것으로 보인다.

이 사건 경찰은 이를 취득한 직후 피고인에게 피고인의 소유물인지 여부를 물어보기도 하였다.

이 사건 경찰들은 곧이어 피고인의 주거지로 이동하여 피고인의 배우자 공소외 2에게 이 사건 SSD카드와 그것이 들어있던 신발주머니가 누구의 것인지 질문하였으며, 공소외 2로부터 신발주머니가 자신의 것이라는 답변을 들었다.

④ 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로서 압수한 것을 위법하다고 보기는 어렵다.

그러나 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장이 집행되던 중에 압수된 점, 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드가 피고인에 의하여 던져진 것임을 짐작하였을 것인 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들로서는 이 사건 피의사실과 관련된 파일을 취득하기 위하여 이 사건 SSD카드를 탐색하는 과정에서 이 사건 영장 집행과정과 마찬가지로 피고인의 참여권을 보장하고, 만약 이 사건 피의사실과 무관한 파일을 발견할 경우 그 탐색을 멈추고 별도의 압수수색영장을 청구하여 발부받아야 한다고 봄이 타당하다.

이 사건 SSD카드가 유류물로 압수되었다는 사정만으로 그것이 이 사건 피의사실을 근거로 한 이 사건 영장 집행과 밀접하게 연관되어 압수되었음에도 아무런 제한 없이 이를 탐색하여 별개의 범죄사실에 관한 증거를 취득할 수 있다고 볼 수는 없다.

⑤ 이 사건 경찰들은 이 사건 SSD카드의 탐색에 관하여 피고인이 참여할 것인지 의사를 묻지 않았고, 실제로 피고인 또는 변호인의 참여 없이 탐색이 진행되었다.

그런데 이 사건 SSD카드의 탐색과정에서 이 사건 피의사실과 관련이 있다고 보기 어려운 SSD카드 파일들이 발견되었다.

피고인은 그와 같은 탐색과정에서 별건 증거의 취득에 관한 자신의 의견을 피력할 기회를 부여받지 못하였고, 취득한 파일의 상세목록을 교부받을 기회 역시 부여받지 못하였다.

⑥ SSD카드 파일들은 앞서 살펴본 PC 파일에 관한 부분에서 상세히 살펴본 바와 마찬가지로 이 사건 피의사실과 사이에 ㉠ 그 촬영대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있고, ㉡ 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접·정황증거로 사용될 여지가 없으며, ㉢ 이 사건 SSD카드 파일의 압수 당시 이 사건 경찰들이 이를 추가 여죄 수사에 활용할 목적이 있었다고 보기 어려워, 결국 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2019. 1~2.경 서울 강남구 역삼동에 있는 상호불상의 모텔에서 '□□' 어플을 통하여 만난 아동·청소년인 공소외 1(여, 15세)과 성행위를 한 뒤 그녀에게 그 대가로 현금 15만 원을 교부함으로써 아동·청소년의 성을 사는 행위를 하였다.

2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거를 토대로 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1 진술의 신빙성을 인정하기 어렵고, 나머지 증거들만으로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 부족하다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

- ① 공소외 1은 검찰에서 2회에 걸쳐 조사받을 당시 2018년 초경 성매매 사실에 관하여는 비교적 구체적으로 진술한 데 반하여, 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않았다.
- ② 공소외 1은 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하였다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술을 반복하였다.
- ③ 공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 자신이 아니라고 진술을 반복하는 등 전체적으로 일관되지 않은 면이 있다.
- ④ 피고인이 자신의 성매매, 동영상 촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로이 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다.
- ⑤ 피고인은 2019. 4.경 공소외 1로부터 사실확인서를 받았는데, 피고인이 사실확인서를 받기 전인 2019. 1~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 하였을 가능성을 완전히 배제하기 어렵다.

3) 이 법원의 판단

공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받았고, 원심에서는 증인으로 채택되었으나 출석하지 않았으며, 이 법원에서 증인으로 출석하여 진술하였다.

공소외 1의 각 진술을 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항에 기재된 바와 같이 2018년 초 겨울경에 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하여 성매수를 하였을 뿐 아니라, 이 부분 공소사실 기재와 같이 2019. 1~2.경에도 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하면서 현금을 교부하여 성매수를 하였다는 것을 충분히 인정할 수 있다.

가) 공소외 1 진술의 신빙성

(1) 공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받고 이 법원에 증인으로 출석하여 진술하면서, 피고인과의 성매매 사실에 관하여

"2018년 초경 '□□' 어플을 통해 피고인을 만나 성관계 2번에 15만 원을 받는 조건으로 성관계를 하였다.

2019. 1.~2.경에도 같은 조건으로 피고인을 만나 성관계를 하였다"는 취지로 일관되게 진술하였다.

공소외 1은 성매매 사실로 인하여 자신도 형사처벌을 받을 수 있음에도 위와 같이 진술하여 그 진술에 신빙성이 있다.

(2) 피고인은 수사기관에서 공소외 1로부터 성매수를 한 사실을 모두 부인하였으나, 원심 및 이 법원에서는 2018년 초경

성매수 사실(범죄사실 제3항)은 자백하면서 2019. 1.~2.경 성매수 사실(이 부분 공소사실)은 부인하고 있다.

이와 같이 공소외 1의 진술 중 2018년 초경 성매수에 관한 부분은 피고인의 자백과 부합하여 그 신빙성을 인정할 수 있다.

그런데 공소외 1이 이 부분 공소사실에 관하여만 허위로 진술할 이유를 찾기 어렵다.

(3) 원심의 공소외 1 진술의 신빙성 배척 근거에 관하여

① 원심은 이 부분 공소사실에 관한 공소외 1의 검찰에서의 진술이 구체적이지 않다고 보았다.

공소외 1은 검찰에서 이 부분 공소사실에 관하여 '2019. 1.~2.경 피고인과 만나 모텔에 갔을 때 성관계를 하는 조건으로

얼마를 받은 것인가요'라는 질문에 '현금으로 15만 원을 받은 것으로 기억합니다'라고만 답변하여 그 당시 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않기는 하였다.

그런데 공소외 1의 진술을 전체적으로 살펴보면 이는 공소외 1이 추가적인 질문을 받지 않아 당시 성관계의 조건만을 진술하였던 것으로 볼 여지가 크다.

반면, 공소외 1은 이 법원에 증인으로 출석하여 2019. 1.~2.경 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 '(그 무렵) 피고인과 카톡인가 라인인가로 연락하다가 만나서 역삼동 쪽에 있는 모텔에 갔다.

자신은 당시 역삼동 ◇◇ 편의점 근처에 살고 있었는데 그 근처 부동산 옆에서 피고인이 운전하여 온 차를 타고 이동하였다.

모텔은 피고인이 예약하였다.

이동시간은 10분 미만이었다.

피고인으로부터 15만 원을 받았다'는 취지로 구체적으로 진술하였다.

② 원심은 공소외 1이 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술한 점도 신빙성을 인정하기 어려운 근거 중 하나로 들었다.

그러나 공소외 1이 2019. 8.경 검찰 조사를 받을 당시는 이 부분 공소사실로부터 약 7개월이 지난 시점이었던 점, 공소외 1의 진술이 이 부분 공소사실의 주된 내용에 관하여는 구체적이고 일관된 점, 공소외 1은 2018. 초경 성매매 이후 연락이 끊겼다가 2019. 1.~2.경 다시 연락이 닿아 몇 차례 연락을 주고받다가 만나 성매매에 이르게 되었는바 다

시 연락이 닿게 된 경위는 이 부분 공소사실의 주요부분이라고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 위와 같이 일부 진술이 불일치한다는 점만으로 공소외 1의 진술에 신빙성이 없다고 볼 수는 없다.

- ③ 원심은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 다시 자신이 아니라고 진술하여 전체적으로 일관되지 않는다고 보았다.

공소외 1은 피고인의 동영상 촬영 행위에 관한 수사가 진행 중이던 2019. 4. 24.경 '2018. 2.~3.경 피고인과 만나 교제하면서 동의하에 3회 성관계를 하였다.

피고인과 모텔 등에서 성관계 촬영을 하는 것을 알고 동의하였다'는 취지의 사실확인서를 작성하여 피고인을 통해 경찰에 제출하였다.

공소외 1은 2019. 8. 16. 검찰에서 처음 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 "그 동영상 속의 여성은 공소외 1이 아니고 다른 여성이지만, 그냥 공소외 1이라고 해라. 다른 여성이라고 하면 (피고인과 공소외 1) 둘 다 문제가 된다.

돈과 관계없이 만났고, 영상도 같이 보고 촬영한 것이라고 말해라"라는 이야기를 들었다'고 진술한 다음, 순번 20, 21 동영상을 시청하였다.

그리고 공소외 1은 '순번 20, 21 동영상 속의 여성은 자신(공소외 1)이 맞는 것 같다.

다만 그 동영상 촬영을 알지 못했고 동의하지도 않았다.

'고 진술하였다.

공소외 1은 2019. 9. 3. 검찰에서 다시 조사를 받을 당시 '(1차 조사 이후) 피고인으로부터 연락을 받았는데 순번 20, 21 동영상 속 여성은 공소외 1이 아니라 21세의 다른 여성이라고 들었다.

피고인으로부터 위와 같은 말을 듣고 그 동영상 속의 여성이 자신이 아닐 수도 있다는 생각이 들었다'고 진술하고, 순번 20, 21 동영상을 다시 열람한 뒤 '영상 속의 여성의 몸매, 목소리 등을 보면 확실히 제가 아닌 것 같습니다.

영상 속의 여성이 저와 많이 닮았고 (1차 조사) 당시 너무 충격을 받아 영상을 자세히 보지 못해서 영상 속의 여성이 저라고 생각한 것입니다'라고 진술하였다.

위와 같은 공소외 1의 각 진술은 주된 내용이 변경되어 일관되지 않기는 하다.

그런데 위 사실확인서는 공소외 1이 피고인으로부터 허위의 내용의 사실확인서를 작성해달라는 요구를 받고 이에 응하여 작성한 것으로 보인다.

공소외 1은 검찰에서 최초로 진술할 당시부터 피고인으로부터 받은 부당한 요청사항까지 모두 솔직하게 진술하였다.

그러한 공소외 1이 동영상 속의 인물이 자신인지 여부에 관하여 굳이 허위로 진술하였을 것으로 보기는 어렵다.

공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 만 16세의 어린 나이였고, 성매매 사실로 자신이 처벌받을 수도 있다는 사실에 겁을 먹었던 것으로 보이며, 실제로 당시 진술조서에는 공소외 1이 순번 20, 21 동영상을 열람할 당시 상황에 관하여 "검사가 영상을 재생하자 진술인(공소외 1)이 매우 당황하고 놀라며 '이걸 어떻게 확인해요?'라고 말하다가 혼자 확인하겠다고 하여 혼자 시청함"(증거기록 제744면)이라고 기재되어 있다.

반면 공소외 1은 검찰 2회 조사 당시 피고인으로부터 위 각 동영상 속의 여성이 자신이 아님을 분명히 들은 상황에서 다시 위 각 동영상을 열람하고 그 동영상 속 여성이 자신이 아니라고 진술하였는바, 진술이 변경된 경위를 수궁할 수 있고, 그와 같은 진술 변경의 점만으로 앞서 살펴본 바와 같이 신빙성이 있는 공소외 1 진술이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

- ④ 원심은 피고인이 성매매, 동영상촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로운 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다고 보았다.

그러나 이는 신빙성이 있는 공소외 1의 진술에 비추어 타당하다고 할 수 없다.

- ⑤ 원심은 피고인이 2019. 1~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 했을 가능성을 배제할 수 없다고 보았다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1~2.경 피고인과 성매매를 하였고, 피고인에 대한 수사가 진행 중이라는 것은 2019. 4.경 사실확인서를 작성할 무렵 처음 들었다고 진술하고 그 진술에 신빙성이 있다고 판단된다.

나) 피고인의 변소에 관하여

- ① 피고인은 2019. 1~2.경 이 사건 각 동영상 속의 여성이 누구인지 특정하기 위하여 공소외 1을 만났을 뿐이고 그날 공소외 1이 이 사건 각 동영상 속의 여성이 아님을 확인하였다고 변소하고 있다.

그러나 앞서 살핀 바와 같이 공소외 1은 수사기관으로부터 이 법원에 이르기까지 일관되게 2019. 1~2.경 피고인과 만나 성매매를 하였다고 진술한 점, 공소외 1은 2019. 8. 16.경 검찰에서 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 이 사건 각 동영상 속의 여성이 자신이라고 진술하라는 이야기를 들었다'고 진술하였던 점에 비추어 받아들이 수 없다.

- ② 피고인은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시에는 '(자신이) 2019. 1~2.경 돈이 필요하여 피고인에게 먼저 연락하였다'고 진술하였는데, 검찰 2회 조사 당시에는 '2019. 8. 27.경 피고인으로부터 같은 피해를 입은 공소외 10으로부터 연락을 받고 공소외 10에게 피고인의 전화번호를 물었다'고 진술하여 피고인의 연락처를 알고 있었는지 관한 내용이 서로 상반된다는 취지로 변소한다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1~2.경 카톡 또는 라인을 통하여 연락하였다고 진술하였는바 그 당시에는 피고인의 전화번호를 알지 못하였던 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술이 상반된다고 볼 수는 없다.

다) 소결론

공소외 1의 각 진술에는 신빙성이 있어 이를 주된 증거로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지없이 인정할 수 있다고 판단된다.

3. 결론

이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(원심 판시 범죄사실 제1, 2항)에 관한 피고인의 범리오해 주장과 이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점(원심 판시 무죄부분)에 관한 검사의 사실오인 주장은 이유 있다.

원심은 범죄사실 제1, 2항 부분과 범죄사실 제3항을 형법 제37조 전단 경합범 관계로 보아 하나의 형을 선고하였고, 이 법원에서 유죄로 판단하는 원심 판시 무죄부분은 원심 범죄사실 제3항 부분과 형법 제37조 전단 경합범 관계에 있다.

따라서 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

피고인의 사실오인 주장 및 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 모두 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 증거능력에 관한 법리오해

[이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한 특례법위반(카메라등이용촬영)의 점 관련]

이 부분 공소사실에 관한 증거들인 압수물총목록 기재 증 제1 내지 10호증(이하 '이 사건 압수물'이라 한다)은 아래와 같은 사정들을 고려할 때 영장주의 및 적법절차의 원칙을 위반하여 수집된 위법수집증거로 증거능력이 없다.

이를 기초로 획득한 수사보고 등은 모두 위법수집증거에 기초한 2차 증거로 역시 증거능력이 없다.

그럼에도 위 각 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 위법수집증거배제법칙(형사소송법 제308조의2)에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

① 이 사건 압수물은 수사기관이 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)의 기초가 된 피의사실(이하 '이 사건 피의사실'이라 한다)과 관련성이 없는 것들이다.

수사기관은 이 사건 압수물에 관하여 사후적으로 영장을 발부받지도 않았다.

② 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 용이함에도 저장매체 자체인 이 사건 압수물을 반출하여 압수하였다.

이는 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다.

③ 경찰은 이 사건 영장의 집행 당시 피고인에게 이 사건 영장의 표지만을 제시하고 '압수할 물건'과 '압수방법의 제한'이 기재되어 있는 부분을 제시하지 않았다.

이는 형사소송법 제219조, 제118조에 따른 적법한 영장 제시라 할 수 없다.

④ 경찰은 압수된 PC(증 제8호증, 이하 '이 사건 PC'라 한다)의 봉인을 해제하는 과정과 압수된 SSD카드(증 제10호증, 이하 '이 사건 SSD카드'라 한다)를 탐색하여 별지 기재 동영상들(이하 '이 사건 동영상들'이라 하고, 그 중 일부를 일컬을 때에는 '순번 ○○ 동영상'이라 한다)을 취득하는 과정에서 피고인의 참여를 배제하였다.

⑤ 경찰은 이 사건 동영상들을 취득한 이후 피고인에게 압수된 전자정보가 무엇인지 확인할 수 있는 '상세목록'을 교부하지 않았고, 특별한 사정이 없음에도 이 사건 압수물들을 피고인에게 반환하지 않았다.

경찰은 이 사건 압수물로부터 취득하였으나 압수하지 않은 전자정보를 삭제·폐기하지도 않았다.

⑥ 경찰은 이 사건을 검찰에 송치하면서 이 사건 동영상들을 기록에 첨부하지 않았다가, 이후 사건 담당 경찰이 집에서 이 사건 동영상들을 찾아 검찰에 추송하였다.

이는 증거기록을 사적으로 복제하여 유출하였던 것으로 위법하다.

2) 사실오인(순번 22 동영상 관련)

순번 22 동영상은 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영된 것이 아니다.

순번 22 동영상에 관한 수사보고(증거기록 제123면)에도 '몰래카메라는 아닌 것으로 추정됨'이라고 기재되어 있다.

그럼에도 이 사건 공소사실 중 순번 22 동영상에 관한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여 유죄로 인정한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 양형부당

원심이 선고한 형(징역 2년 6월 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인[이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점 관련]

공소외 1은 수사기관에서부터 피고인을 상대로 2회에 걸쳐 성매매를 하였다고 자발적으로 진술하였고 그 진술내용이 구체적이어서 신빙성이 있다.

공소외 1이 순번 20, 21 동영상 속의 여성이 자신이 아니라고 진술을 반복한 것은 피고인으로부터 강요를 받았기 때문이다.

이러한 사정들에 비추어 보면 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술에는 신빙성이 있음에도 불구하고 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 증거능력 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 이 법원에 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인에 대한 수사 개시 및 이 사건 영장 발부 경위

① 피고인의 배우자 공소외 2는 2018. 4.경 자신의 지인 공소외 3에게 "피고인의 컴퓨터에서 여성의 신체를 몰래 촬영한 사진들을 발견했는데, 피고인으로부터 '그 사진들을 몰래 촬영하여 다른 사람들과 공유했다'고 들었다"면서, 자신의 휴대전화로 피고인의 모니터 화면에 나타나 있는 위 사진들을 촬영하여 이를 공소외 3에게 전송하였다.

② 공소외 3은 2018. 5. 8. '피고인이 상습적으로 자신의 차 안 등에서 여자의 신체 사진을 몰래 찍어 유포한다고 하니 조사를 부탁드립니다'는 취지로 '스마트 국민제보' 사이트에 신고를 하여 경찰에 사건이 접수되었다.

③ 경찰은 2018. 5. 12. 공소외 3에 대한 참고인 조사를 하였다.

공소외 3은 그날 공소외 2로부터 전송받은 사진들을 경찰에 제출하였는데, 그 사진들은 차량 조수석에 반바지 차림으로 앉아있는 여성을 운전석 위쪽에서 내려다보는 방향으로 촬영한 사진 8장, 편의점 앞 의자에 원피스를 입고 앉아있는 여성을 앞에서 촬영한 사진 1장(증거기록 제20 내지 28면)이었다.

④ 경찰은 2018. 5. 30.경 법원에 피의자의 특정 및 증거 확보를 위한 이 사건 영장의 발부를 신청하였다.

서울서부지방법원 영장담당판사는 2018. 5. 30. 피고인의 신체, 피고인의 주소지, 피고인 소유의 차량 2대에 관한 이 사건 영장을 발부하였다.

이 사건 영장에 기재된 주요 내용은 다음과 같다(다만, 별지의 내용은 생략한다).

[피의자]피의자[범죄사실]피의자는 2017. 시간불상경 피의자 소유의 차량 등에서 사업상 알게 된 성명불상의 피해자를 자신의 휴대전화를 이용하여 성적수치심을 느낄 수 있는 허벅지와 다리 등의 신체부위를 그 의사에 반하여 촬영하였고, 카카오톡 어플을 이용하여 게임동호회 회원 단체 카톡방에 전송하는 방법으로 유포하였다.

[압수·수색·검증을 필요로 하는 사유]참고인 공소외 3은 2018. 5. 6. 친구인 공소외 2의 남편 피의자가 모르는 여자의 사진을 몰래 찍어서 유포했다며 진정서를 제출하였음 2018. 4. 피의자의 부인 공소외 2는 피의자의 컴퓨터에서 우연히 몰카 사진을 보게 되었고, 이를 피의자에게 문자 사업상 알게 된 여성들을 휴대전화를 이용하여 몰래 촬영한 다음 게임 동호회 사람들에게 카카오톡 단체카톡방을 통해 유포하였다는 말을 들었고, 2018. 4. 9. 이를 참고인 공소외 3에게 고민상담을 하며 진술함참고인이 제출한 피의자의 부인 공소외 2와의 카카오톡 대화내용과 피의자의 부인 공소외 2가 피의자의 컴퓨터 모니터를 그대로 촬영한 사진 등으로 보아 범증 명확히 할 필요가 있다고 판단됨참고인이 제출한 피의자 휴대전화 번호를 통신자료 제공요청하여 피의자 특정하였으나, 검거할 시 피의자가 휴대전화, 컴퓨터 등에 저장되어 있는 사진 등을 삭제하는 등 증거를 인멸하고, 자신의 주거지 등에 있는 증거를 인멸하거나 삭제할 우려가 있어 검거하지 않고, 피의자가 소지하고 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자 주거지에 있는 휴대전화, 컴퓨터, USB, 외장하드 등 저장매체, 피의자가 사진을 촬영한 피의자 소유의 차량 등을 압수·수색·검증하여 피의자의 혐의를 입증할 증거를 확보한 후, 피의자를 검거하고 혐의사실을 입증하는 수사단서로 활용하고자 함[수색, 검증할 장소, 신체, 물건]1. 피의자의 신체2. 피의자 주소지(서울 마포구 (주소 1 생략))3. 피의자 소유의 (차량번호 1 생략) 아우디, (차량번호 2 생략) 쉐보레 차량[압수할 물건]- 피의자가 소지 및 소유하고 있는 휴대전화, 외장메모리, 유심칩, 컴퓨터 본체, usb, 외장하드 등 저장매체 일체- 단, 휴대전화 외의 물건은 별지와 같이 압수대상 및 방법 제한

나) 이 사건 영장의 집행 과정

① 이 사건을 수사하던 서울마포경찰서 사법경찰관 경위 공소외 4, 순경 공소외 5, 공소외 6(이하 이들을 모두 일컬을 때에는 '이 사건 경찰들'이라 한다)은 2018. 6. 5. 08:20경 이 사건 영장에 기재된 압수·수색 장소인 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에 도착한 다음, 피고인에게 전화하여 이 사건 영장이 발부되었음을 통지하고 차량들에 대한 수색을 위하여 나와 달라고 요구하였다.

② 이 사건 경찰들은 위 아파트 △△동 근처 지상 주차장에서 기다리던 중 신발주머니가 △△동 불상의 호실에서 바닥으로 떨어지는 것을 목격하고, 그 신발주머니를 열어 확인한 결과 그 안에서 저장매체 2개[하드디스크 1개(WD Blue

Desktop Hard Drive, 증 제9호증), SSD카드 1개(Crucial MX300 Solid State Drive, 증 제10호증)]를 발견하였다.

이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:30경 피고인이 주차장에 나타나자 이 사건 영장을 제시하고 차량들을 수색하였으나 이 사건 피의사실에 관련된 물품을 발견하지 못하였다.

곧이어 이 사건 경찰들은 피고인에게 신발주머니를 보여주면서 신발주머니 및 그 안에 들어 있는 저장매체들이 피고인의 것이 맞는지 물어보았는데, 피고인은 그 신발주머니와 저장매체들은 자신의 것이 아니고 이를 던진 적도 없다고 답변하였다.

③ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 08:35경 피고인의 주거지로 이동하여 이 사건 영장에 기하여 hp노트북, saramin usb, 아이폰5, 베가 스마트폰, 아이폰6s 플러스, 애플 맥북에어, 컴퓨터 하드디스크, 컴퓨터 본체(조립식)(증 제1 내지 8호증, 이하 '영장에 의한 압수물'이라 한다)를 압수하였다.

④ 이 사건 경찰들은 피고인의 주거지에서 이 사건 영장 집행을 하면서 공소외 2(피고인의 배우자)에게 위 신발주머니와 저장매체 2개가 누구 것인지 물어보았고, 공소외 2는 '신발주머니는 자신의 것이나 그 안에 들어있는 저장매체 2개에 대하여는 모른다'고 답변하였다.

⑤ 이 사건 경찰들은 2018. 6. 5. 09:00경 위 신발주머니 안에 들어있던 저장매체 2개(이하 '이 사건 유류물'이라 한다)를 유류물로 압수하였다.

⑥ 이 사건 경찰들은 같은 날 영장에 의한 압수물에 관하여 이 사건 영장에 의하여 압수하였다는 취지의 압수조서(증거기록 제63면)를 작성하였고, 이 사건 유류물에 관하여는 유류물로 압수했다는 취지의 압수조서(증거기록 제67면)를 작성하였다.

다) 이 사건 압수물의 분석 및 공소제기 과정

① 피고인은 2018. 6. 5. 09:00경 영장에 의한 압수물에 대한 원본 반출 확인서를 작성하면서 디지털기기·저장매체의 봉인해제, 복제본의 획득, 디지털기기·저장매체 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력가정에 참여하겠다는 의사를 밝혔다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

② 피고인은 2018. 6. 14. 경찰과 통화를 하면서 위 참여의사를 반복하여 탐색절차에 참여하지 않겠다는 의사를 밝혔다. 피고인은 2018. 6. 18. 그 당시 변호인이었던 공소외 7 변호사와 함께 서울마포경찰서를 방문하여 '개인 일정 조절이 어려워 전체 절차에 참여하기 어렵다'는 사유로 참여의사를 철회한다는 내용의 참여 철회 확인서를 제출하였다(검사가 이 법원에 제출한 2020. 11. 30.자 참고자료).

③ 이 사건 압수물에 대한 디지털증거분석 결과 압수된 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 불상의 여성 엉덩이와 다리 사진 11장이 발견되었고, 이 사건 PC와 이 사건 SSD카드에서 이 사건 동영상들이 발견되었다.

이 사건 동영상들에는 피고인이 여성과 나체로 성관계를 하는 장면 등이 촬영되어 있다.

그러나 위 디지털증거분석 결과 공소외 3이 경찰에서 참고인 조사를 받을 당시 제출한 사진들이 다시 발견되었다는 내용은 기재되어 있지 않다.

④ 이 사건 동영상들을 증거로 이 사건 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점과 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(이를 통틀어 이하 '이 사건 동영상 촬영'이라 한다)을 포함한 이 사건 공소가 제기되었다.

반면 공소외 3이 경찰에 제출한 사진과 관련된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았고, 애플 맥북에어(증 제6호증)에서 발견된 위 사진 11장에 관하여서도 공소가 제기되지 않았다.

2) 구체적 판단

위에서 인정한 바와 같이 이 사건 동영상 촬영에 관한 주된 증거는 이 사건 동영상들이다.

이 사건 동영상들 중 순번 1 내지 5, 7 내지 9, 11 내지 16, 20, 21은 영장에 의한 압수물 중 하나인 이 사건 PC에서 발견되었고, 같은 순번 6, 10, 17 내지 19, 22는 이 사건 유류물 중 하나인 이 사건 SSD카드에서 발견되었다.

아래에서는 이 사건 PC에서 발견된 파일(이하 'PC 파일'이라 한다)과 이 사건 SSD카드에서 발견된 파일(이하 'SSD카드 파일'이라 한다)의 증거능력에 관하여 나누어 차례로 살펴보기로 한다.

가) PC 파일의 증거능력

(1) 관련 법리

형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

"라고 정하고 있다.

따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

위와 같이 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 증거는 피고인이 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 증거능력이 없다고 봄이 타당하다.

그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

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

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

(가) PC 파일이 이 사건 영장과 무관하다는 주장(위 법리오해 주장 ①)

① 이 사건 PC는 이 사건 영장에 의한 압수물이므로, 이 사건 영장 발부의 사유로 된 이 사건 피의사실과 관련된 범죄에 한하여 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

그런데 아래와 같은 사정들을 고려하면 이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

이 부분 범행은 이 사건 피의사실과 관계있는 범죄라고 볼 수 없어 이 사건 영장의 효력이 미치지 아니한다.

㉠ 이 사건 피의사실 중 성명불상의 피해자에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점은 피고인이 차량 내부에서 치마를 입은 여성의 하반신을 촬영하였다는 것 등인 반면 이 사건 동영상 촬영의 점은 피고인이 나체로 촬영대상자와 성관계를 하고 있는 장면을 촬영하였다는 것으로 그 대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 촬영물의 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있다.

㉡ 이 사건 피의사실에 관하여는 이 사건 피의사실이 일어나던 당시 상습범 처벌 규정이 존재하지 않았고 특별한 목적 등을 주관적 구성요건으로 요구하고 있지도 않아, 이 부분 범행에 관한 음란물 자료들이 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접증거나 정황증거로 사용될 여지도 없었다.

㉢ 이 사건 영장에는 이 사건 동영상 촬영의 점에 관련된 내용이 전혀 기재되어 있지 않고, 추가 여죄 수사에 활용하기 위한 목적이 있다는 취지의 기재 또한 없다.

㉣ 이 사건 동영상 촬영의 점에 관하여는 공소가 제기되었으나, 이 사건 영장 발부의 기초가 된 이 사건 피의사실에 관하여는 공소가 제기되지 않았다.

② 그렇다면 이 사건 PC를 탐색하는 과정에서 이 사건 피의사실과 별건인 이 사건 동영상 촬영과 관련된 자료를 발견한 수사기관으로서 더 이상 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별건 범죄 혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받는 등의 조치를 취하였어야 한다.

수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않은 채 이 사건 PC에서 발견된 파일을 탐색한 것은 헌법과 형사소송법이 정한 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수·수색에 해당하고 그 절차 위반의 정도가 매우 중하다고 판단된다. PC 파일은 증거능력이 없다.

③ 형사소송법 등에서 압수·수색 절차와 관련된 조항을 둔 취지와 그를 통해 보호되는 권리·법익의 중요성, 이 사건 영장의 집행 과정에서 이루어진 수사기관의 위반 내용과 경위 및 그 회피가능성 등을 두루 살펴보면, PC 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고, PC 파일의 캡처 화면을 보면서 조사가 이루어진 공소외 8에 대한 검찰 진술조서 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다.

④ 이와 같이 PC 파일의 증거능력을 인정할 수 없으나, 아래에서는 피고인이 제기하고 있는 나머지 법리오해 주장에 관하여도 살펴보기로 한다.

(나) 저장매체 자체 반출이 위법하다는 주장(위 법리오해 주장 ②)

이 사건 영장의 '압수할 물건'란 및 별지에는, 원칙적으로 피고인이 소지하고 있는 컴퓨터 본체나 저장매체에서 이 사건 피의사실과 관련된 전자정보만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복제하는 방법으로 이를 압수하여야 하고, 예외적으로 영장의 집행 현장에서 압수 대상 저장매체로부터 복제본 획득이 불가능하거나 현저히 곤란할 때에만 저장매체 자체를 반출하는 등으로 압수할 수 있다고 기재되어 있다.

이 사건 피의사실은 '피고인이 여성의 신체 부위를 의사에 반하여 촬영하고 카카오톡 어플을 이용하여 전송하는 방법으로 반포하였다'는 취지이다.

이 사건 경찰들로서는 피의사실에 기재된 사진 파일뿐 아니라 이를 반포한 사실에 관한 증거들도 압수할 필요가 있었을 것이다.

그런데 이 사건 경찰들이 이 사건 피의사실 기재 파일 및 그 반포에 관한 증거들이 어느 저장매체에 저장되어 있는지 분명히 알기 어려웠을 것으로 보이는 점, 피고인이 일부 저장매체를 신발주머니에 담아 아파트 바깥으로 던져버리는 등으로 증거의 은닉을 시도하는 등 피고인의 협조를 받아 필요한 증거들만을 압수하기 용이하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들이 저장매체의 복제본 획득이 현저히 곤란하다고 판단하여 이를 봉인한 후 반출하는 방식으로 압수한 것이 이 사건 영장에서 정한 압수방법의 제한을 위반하여 위법하다고 보기는 어렵다.

(다) 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ③)

형사소송법 제219조에서 준용하는 같은 법 제118조는 피압수자 등이 압수·수색 사유를 확인하고 진행될 절차에서 참여권을 행사할 수 있도록 하는 등 방어권을 보장하기 위한 것인데 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 영장 집행 당시 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장의 표지를 제시받았고 피의사실의 내용을 들었다고 하는 것을 인정하고 있는 점, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 영장 집행과정에서 참여권이 침해되었다고 보기 어려운 점까지 종합하여 볼 때 피고인의 위 주장만으로 이 사건 영장의 집행 당시 적법한 영장 제시가 이루어지지 않았다고 보기는 어렵다.

(라) 피고인의 참여권이 배제되었다는 주장(위 법리오해 주장 ④)

앞서 살핀 바와 같이 이 사건 PC는 2018. 6. 5. 압수되었고, 피고인은 그날 그 봉인해제 및 탐색·복제 과정 등에 참여하겠다는 의견을 밝혔다.

그런데 이 사건 PC는 같은 날 서울지방경찰청에 디지털 증거분석이 의뢰되었고, 그곳에서 피고인의 참여 없이 봉인이 해제되었다.

그렇다면 이 사건 PC의 봉인 해제 과정에 피고인의 참여가 배제된 절차의 하자가 있음은 인정된다.

그러나 피고인은 2018. 6. 18. 변호인과 함께 경찰을 방문하여 이 사건 PC의 탐색 과정에 참여하지 않겠다는 취지의 확인서를 작성하여 제출한 점, 이 사건 PC의 실제 탐색작업은 2018. 6. 20. 이루어진 것으로 보이는 점, 피고인도 이 사건 PC에서 탐색된 파일들에 관하여 자신이 촬영한 동영상이라는 것을 부인하지는 않는 점 등을 종합하여 볼 때 위와 같은 절차의 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

(마) 압수된 전자정보에 관한 상세목록이 교부되지 않았다는 주장(위 법리오해 주장 ⑤)

형사소송법 제219조, 제129조에 의하면 수사기관은 압수물에 관한 목록을 작성하여 피압수자에게 이를 교부하여야 한다.

그런데 원심과 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 이 사건 경찰은 이 사건 PC로부터 동영상 파일을 탐색하여 취득하였음에도 피고인에게 전자정보 상세목록을 교부하지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 이 사건 PC로부터 취득한 전자정보는 형사소송법 제219조, 제129조가 규정한 절차에 따르지 않고 취득한 증거에 해당한다.

그러나 압수목록 또는 전자정보상세목록의 교부는 압수가 종료된 이후에 이루어지는 절차이므로, 형사소송법이 압수·수색에 관하여 정한 다른 절차들과 비교할 때 그 위반으로 인하여 피압수자에게 발생하는 법익 침해의 정도가 중하지 않은 점, 피고인이 이 사건 PC의 탐색과정에 참여하지 않겠다는 의사를 표명하였던 점까지 고려할 때 위와 같은 절차 하자가 이 사건 PC의 증거능력을 배제해야 할 정도로 중대한 것이라 보기는 어렵다.

(바) 경찰이 이 사건 동영상을 유출하였다가 검찰에 송치했다는 주장(위 법리오해 주장 ⑥)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 사건 경찰들은 2018. 11. 14.경 이 사건을 검찰에 송치할 당시 PC 파일을 첨부하지 않았던 사실, 이 사건 경찰 중 한명이 2019. 3. 11.경 PC 파일이 저장된 USB를 '집에서 찾았다'고 하면서 검찰에 추송한 사실을 인정할 수 있다.

이와 같이 이 사건 경찰이 피의사실에 관한 수사의 일환으로 압수된 물건일 뿐 아니라 성관계 장면이 촬영되어 프라이버시의 침해 우려가 큰 PC 파일의 존재를 파악하지 못하거나 심지어 이를 자신의 집에 가져갔다는 것은 잘못이다.

그러나 위와 같은 잘못이 PC 파일이 취득된 이후에 일어난 것인 점, 피고인이 PC 파일이 자신에 의하여 촬영된 것임을 인정하고 있는 점까지 종합하여 볼 때 위와 같은 수사과정에서의 잘못으로 인하여 PC 파일의 증거능력을 부정할 정도로 중대하다고 보기는 어렵다.

나) 압수된 SSD카드(증 제10호증)에서 발견된 파일의 증거능력

(1) 관련 법령

- 형사소송법 제218조(영장에 의하지 아니한 압수)

검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.

(2) 구체적 판단

(가) 유류물 압수의 적법 여부

앞서 살펴본 바와 같이 피고인은 이 사건 경찰들로부터 이 사건 영장을 집행하겠다는 통지를 받은 직후 피고인의 거주지인 아파트 20층에서 바깥으로 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니를 던졌다.

피고인은 곧바로 주차장으로 내려가 이 사건 경찰로부터 이 사건 SSD카드가 들어있는 신발주머니가 자신의 것인지 질문을 받고도 그 소유임을 부인하였다.

이 사건 SSD카드는 이 사건 경찰들이 피고인에게 이 사건 영장의 집행을 하겠다는 것을 고지한 직후 아파트 상층으로부터 바닥으로 떨어진 점에 비추어 이 사건 경찰들로서는 이 사건 SSD카드에 이 사건 피의사실에 관한 증거가 포함되어 있을 것으로 여길 만한 상황이었다고 보인다.

그러나 이 사건 경찰들이 SSD카드를 발견하여 그 점유를 취득할 당시 그것이 피고인이 피고인 주거지에서 던진 것인지 여부나 이 사건 범행과 관련된 것인지 여부를 명확히 알 수는 없었을 것이다.

또한 이 사건 영장에 기재된 수색, 검증할 장소, 신체, 물건은 '피고인의 신체, 피고인 주소지, 피고인 소유의 차량들'로 한정되어 있다.

이와 같이 경찰들로서는 이 사건 SSD카드가 이 사건 피의사실과 관련된 것일 가능성이 있어 이를 압수함이 상당함에도 그 소유관계가 명확히 확인되지는 않았던 점, 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장의 집행장소를 벗어난 곳에 위치하고 있어 이 사건 영장의 집행으로 이를 압수하기 어려웠던 점까지 고려할 때 이 사건 경찰들이 이를 유류물로 보아 압수한 절차가 위법하다고 볼 수는 없다.

(나) SSD카드 파일들의 증거능력 유무

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로 보아 압수한 절차에 위법이 있다고 할 수는 없다.

그러나 이 사건 SSD카드 자체가 아닌 그로부터 발견된 SSD카드 파일은 아래에서 살펴보는 바와 같이 피고인의 참여권이 보장되지 않은 점, 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어려운 점 등으로 인하여 그 증거능력을 인정할 수 없다.

또한 SSD카드 파일을 기초로 하여 작성된 수사보고 등은 위법하게 수집된 증거를 기초로 획득한 2차적 증거로서 위법한 증거수집행위와 2차적 증거수집 사이에 인과관계가 희석 또는 단절되지 아니하였다고 봄이 타당하므로, 역시 그 증거능력이 없다(순번 22 동영상에 관한 증거들도 모두 증거능력이 인정되지 않으므로, 순번 22 동영상 관련 사실 오인 주장에 대한 판단은 생략한다).

① 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 경찰들이 이 사건 영장을 집행에 임박하여 피고인에게 영장 발부 사실을 알린 직후에 이루어졌다.

이와 같이 이 사건 SSD카드의 압수는 이 사건 피의사실, 즉 촬영대상자의 의사에 반하여 타인의 신체를 촬영하고 이를 반포한 점에 대한 수사의 일환으로 이루어졌다.

② 이 사건 영장의 압수 대상물은 이 사건 피의사실과 관련된 동영상 파일들과 피고인의 휴대전화이고 예외적으로 저장매체도 포함하고 있었다.

이 사건 경찰들은 실제로 이 사건 영장에 기하여 영장에 의한 압수물을 반출하는 방식으로 압수하였다.

만약 피고인이 이 사건 SSD카드를 아파트 주차장으로 던지지 않았다면 이 사건 SSD카드 역시 이 사건 영장에 기하여 피고인 주거지에서 압수되었을 것으로 보인다.

③ 이 사건 경찰도 이 사건 SSD카드를 압수할 당시 그것이 피고인에 의하여 피고인의 주거지에서 아파트 주차장으로 던져진 것임을 짐작한 것으로 보인다.

이 사건 경찰은 이를 취득한 직후 피고인에게 피고인의 소유물인지 여부를 물어보기도 하였다.

이 사건 경찰들은 곧이어 피고인의 주거지로 이동하여 피고인의 배우자 공소외 2에게 이 사건 SSD카드와 그것이 들어있던 신발주머니가 누구의 것인지 질문하였으며, 공소외 2로부터 신발주머니가 자신의 것이라는 답변을 들었다.

④ 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드를 유류물로서 압수한 것을 위법하다고 보기는 어렵다.

그러나 이 사건 SSD카드가 이 사건 영장이 집행되던 중에 압수된 점, 이 사건 경찰들이 이 사건 SSD카드가 피고인에 의하여 던져진 것임을 짐작하였을 것인 점 등을 고려할 때 이 사건 경찰들로서는 이 사건 피의사실과 관련된 파일을 취득하기 위하여 이 사건 SSD카드를 탐색하는 과정에서 이 사건 영장 집행과정과 마찬가지로 피고인의 참여권을 보장하고, 만약 이 사건 피의사실과 무관한 파일을 발견할 경우 그 탐색을 멈추고 별도의 압수수색영장을 청구하여 발부받아야 한다고 봄이 타당하다.

이 사건 SSD카드가 유류물로 압수되었다는 사정만으로 그것이 이 사건 피의사실을 근거로 한 이 사건 영장 집행과 밀접하게 연관되어 압수되었음에도 아무런 제한 없이 이를 탐색하여 별개의 범죄사실에 관한 증거를 취득할 수 있다고 볼 수는 없다.

⑤ 이 사건 경찰들은 이 사건 SSD카드의 탐색에 관하여 피고인이 참여할 것인지 의사를 묻지 않았고, 실제로 피고인 또는 변호인의 참여 없이 탐색이 진행되었다.

그런데 이 사건 SSD카드의 탐색과정에서 이 사건 피의사실과 관련이 있다고 보기 어려운 SSD카드 파일들이 발견되었다.

피고인은 그와 같은 탐색과정에서 별건 증거의 취득에 관한 자신의 의견을 피력할 기회를 부여받지 못하였고, 취득한 파일의 상세목록을 교부받을 기회 역시 부여받지 못하였다.

⑥ SSD카드 파일들은 앞서 살펴본 PC 파일에 관한 부분에서 상세히 살펴본 바와 마찬가지로 이 사건 피의사실과 사이에 ㉠ 그 촬영대상자와 범행일시, 촬영의 경위와 내용, 성적 수치심을 유발하는 정도 등에서 상당한 차이가 있고, ㉡ 이 사건 피의사실의 목적이나 상습성에 대한 간접·정황증거로 사용될 여지가 없으며, ㉢ 이 사건 SSD카드 파일의 압수 당시 이 사건 경찰들이 이를 추가 여죄 수사에 활용할 목적이 있었다고 보기 어려워, 결국 이 사건 피의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2019. 1~2.경 서울 강남구 역삼동에 있는 상호불상의 모텔에서 '□□' 어플을 통하여 만난 아동·청소년인 공소외 1(여, 15세)과 성행위를 한 뒤 그녀에게 그 대가로 현금 15만 원을 교부함으로써 아동·청소년의 성을 사는 행위를 하였다.

2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거를 토대로 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 1 진술의 신빙성을 인정하기 어렵고, 나머지 증거들만으로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 부족하다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

- ① 공소외 1은 검찰에서 2회에 걸쳐 조사받을 당시 2018년 초경 성매매 사실에 관하여는 비교적 구체적으로 진술한 데 반하여, 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않았다.
- ② 공소외 1은 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하였다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술을 반복하였다.
- ③ 공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 자신이 아니라고 진술을 반복하는 등 전체적으로 일관되지 않은 면이 있다.
- ④ 피고인이 자신의 성매매, 동영상 촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1.~2.경 새로이 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다.
- ⑤ 피고인은 2019. 4.경 공소외 1로부터 사실확인서를 받았는데, 피고인이 사실확인서를 받기 전인 2019. 1.~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 하였을 가능성을 완전히 배제하기 어렵다.

3) 이 법원의 판단

공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받았고, 원심에서는 증인으로 채택되었으나 출석하지 않았으며, 이 법원에서 증인으로 출석하여 진술하였다.

공소외 1의 각 진술을 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항에 기재된 바와 같이 2018년 초 겨울경에 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하여 성매수를 하였을 뿐 아니라, 이 부분 공소사실 기재와 같이 2019. 1.~2.경에도 아동·청소년인 공소외 1과 성행위를 하면서 현금을 교부하여 성매수를 하였다는 것을 충분히 인정할 수 있다.

가) 공소외 1 진술의 신빙성

- (1) 공소외 1은 검찰에서 2회 조사를 받고 이 법원에 증인으로 출석하여 진술하면서, 피고인과의 성매매 사실에 관하여 "2018년 초경 '□□' 어플을 통해 피고인을 만나 성관계 2번에 15만 원을 받는 조건으로 성관계를 하였다. 2019. 1.~2.경에도 같은 조건으로 피고인을 만나 성관계를 하였다"는 취지로 일관되게 진술하였다. 공소외 1은 성매매 사실로 인하여 자신도 형사처벌을 받을 수 있음에도 위와 같이 진술하여 그 진술에 신빙성이 있다.

- (2) 피고인은 수사기관에서 공소외 1로부터 성매수를 한 사실을 모두 부인하였으나, 원심 및 이 법원에서는 2018년 초경 성매수 사실(범죄사실 제3항)은 자백하면서 2019. 1.~2.경 성매수 사실(이 부분 공소사실)은 부인하고 있다. 이와 같이 공소외 1의 진술 중 2018년 초경 성매수에 관한 부분은 피고인의 자백과 부합하여 그 신빙성을 인정할 수 있다.

그런데 공소외 1이 이 부분 공소사실에 관하여만 허위로 진술할 이유를 찾기 어렵다.

(3) 원심의 공소외 1 진술의 신빙성 배척 근거에 관하여

① 원심은 이 부분 공소사실에 관한 공소외 1의 검찰에서의 진술이 구체적이지 않다고 보았다.

공소외 1은 검찰에서 이 부분 공소사실에 관하여 '2019. 1.~2.경 피고인과 만나 모텔에 갔을 때 성관계를 하는 조건으로 얼마를 받은 것인가요'라는 질문에 '현금으로 15만 원을 받은 것으로 기억합니다'라고만 답변하여 그 당시 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 구체적으로 진술하지 않기는 하였다.

그런데 공소외 1의 진술을 전체적으로 살펴보면 이는 공소외 1이 추가적인 질문을 받지 않아 당시 성관계의 조건만을 진술하였던 것으로 볼 여지가 크다.

반면, 공소외 1은 이 법원에 증인으로 출석하여 2019. 1.~2.경 피고인을 만난 경위나 상황에 관하여 '(그 무렵) 피고인과 카톡인가 라인인가로 연락하다가 만나서 역삼동 쪽에 있는 모텔에 갔다.

자신은 당시 역삼동 ◇◇ 편의점 근처에 살고 있었는데 그 근처 부동산 옆에서 피고인이 운전하여 온 차를 타고 이동하였다.

모텔은 피고인이 예약하였다.

이동시간은 10분 미만이었다.

피고인으로부터 15만 원을 받았다'는 취지로 구체적으로 진술하였다.

② 원심은 공소외 1이 검찰 조사 당시 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인에게서 먼저 '만나자'는 연락이 왔다고 진술하다가, 자신이 돈이 없어서 먼저 연락하였다고 진술하는 등 잘 기억나지 않는다는 취지로 진술한 점도 신빙성을 인정하기 어려운 근거 중 하나로 들었다.

그러나 공소외 1이 2019. 8.경 검찰 조사를 받을 당시는 이 부분 공소사실로부터 약 7개월이 지난 시점이었던 점, 공소외 1의 진술이 이 부분 공소사실의 주된 내용에 관하여는 구체적이고 일관된 점, 공소외 1은 2018. 초경 성매매 이후 연락이 끊겼다가 2019. 1.~2.경 다시 연락이 닿아 몇 차례 연락을 주고받다가 만나 성매매에 이르게 되었는바 다시 연락이 닿게 된 경위는 이 부분 공소사실의 주요부분이라고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 위와 같이 일부 진술이 불일치한다는 점만으로 공소외 1의 진술에 신빙성이 없다고 볼 수는 없다.

③ 원심은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시 순번 20, 21 동영상 속 인물이 자신이라고 진술하였다가, 2회 조사 시에는 순번 20, 21 동영상 속 인물은 다시 자신이 아니라고 진술하여 전체적으로 일관되지 않는다고 보았다.

공소외 1은 피고인의 동영상 촬영 행위에 관한 수사가 진행 중이던 2019. 4. 24.경 '2018. 2.~3.경 피고인과 만나 교제하면서 동의하에 3회 성관계를 하였다.

피고인과 모텔 등에서 성관계 촬영을 하는 것을 알고 동의하였다'는 취지의 사실확인서를 작성하여 피고인을 통해 경찰에 제출하였다.

공소외 1은 2019. 8. 16. 검찰에서 처음 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 "그 동영상 속의 여성은 공소외 1이 아니고 다른 여성이지만, 그냥 공소외 1이라고 해라. 다른 여성이라고 하면 (피고인과 공소외 1) 둘 다 문제가 된다. 돈과 관계없이 만났고, 영상도 같이 보고 촬영한 것이라고 말해라"라는 이야기를 들었다'고 진술한 다음, 순번 20, 21 동영상을 시청하였다.

그리고 공소외 1은 '순번 20, 21 동영상 속의 여성은 자신(공소외 1)이 맞는 것 같다.

다만 그 동영상 촬영을 알지 못했고 동의하지도 않았다.

'고 진술하였다.

공소외 1은 2019. 9. 3. 검찰에서 다시 조사를 받을 당시 '(1차 조사 이후) 피고인으로부터 연락을 받았는데 순번 20, 21 동영상 속 여성은 공소외 1이 아니라 21세의 다른 여성이라고 들었다.

피고인으로부터 위와 같은 말을 듣고 그 동영상 속의 여성이 자신이 아닐 수도 있다는 생각이 들었다'고 진술하고, 순번 20, 21 동영상을 다시 열람한 뒤 '영상 속의 여성의 몸매, 목소리 등을 보면 확실히 제가 아닌 것 같습니다.

영상 속의 여성이 저와 많이 닮았고 (1차 조사) 당시 너무 충격을 받아 영상을 자세히 보지 못해서 영상 속의 여성이 저라고 생각한 것입니다'라고 진술하였다.

위와 같은 공소외 1의 각 진술은 주된 내용이 변경되어 일관되지 않기는 하다.

그런데 위 사실확인서는 공소외 1이 피고인으로부터 허위의 내용의 사실확인서를 작성해달라는 요구를 받고 이에 응하여 작성한 것으로 보인다.

공소외 1은 검찰에서 최초로 진술할 당시부터 피고인으로부터 받은 부당한 요청사항까지 모두 솔직하게 진술하였다.

그러한 공소외 1이 동영상 속의 인물이 자신인지 여부에 관하여 굳이 허위로 진술하였을 것으로 보기는 어렵다.

공소외 1은 검찰 1회 조사 당시 만 16세의 어린 나이였고, 성매매 사실로 자신이 처벌받을 수도 있다는 사실에 겁을 먹었던 것으로 보이며, 실제로 당시 진술조서에는 공소외 1이 순번 20, 21 동영상을 열람할 당시 상황에 관하여 "검사가 영상을 재생하자 진술인(공소외 1)이 매우 당황하고 놀라며 '이걸 어떻게 확인해요?'라고 말하다가 혼자 확인하겠다고 하여 혼자 시청함"(증거기록 제744면)이라고 기재되어 있다.

반면 공소외 1은 검찰 2회 조사 당시 피고인으로부터 위 각 동영상 속의 여성이 자신이 아님을 분명히 들은 상황에서 다시 위 각 동영상을 열람하고 그 동영상 속 여성이 자신이 아니라고 진술하였는바, 진술이 변경된 경위를 수궁할 수 있고, 그와 같은 진술 변경의 점만으로 앞서 살펴본 바와 같이 신빙성이 있는 공소외 1 진술이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

④ 원심은 피고인이 성매매, 동영상촬영 등 행위로 인한 수사가 한창 진행 중인 2019. 1~2.경 새로운 아동·청소년의 성을 사는 범행을 하였으리라고 기대하기 어려운 면이 있다고 보았다.

그러나 이는 신빙성이 있는 공소외 1의 진술에 비추어 타당하다고 할 수 없다.

⑤ 원심은 피고인이 2019. 1.~2.경 공소외 1과 만나 수사 관련 상의를 했을 가능성을 배제할 수 없다고 보았다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1.~2.경 피고인과 성매매를 하였고, 피고인에 대한 수사가 진행 중이라는 것은 2019. 4.경 사실확인서를 작성할 무렵 처음 들었다고 진술하고 그 진술에 신빙성이 있다고 판단된다.

나) 피고인의 변소에 관하여

- ① 피고인은 2019. 1.~2.경 이 사건 각 동영상 속의 여성이 누구인지 특정하기 위하여 공소외 1을 만났을 뿐이고 그날 공소외 1이 이 사건 각 동영상 속의 여성이 아님을 확인하였다고 변소하고 있다.

그러나 앞서 살핀 바와 같이 공소외 1은 수사기관으로부터 이 법원에 이르기까지 일관되게 2019. 1.~2.경 피고인과 만나 성매매를 하였다고 진술한 점, 공소외 1은 2019. 8. 16.경 검찰에서 조사를 받을 당시 '피고인으로부터 이 사건 각 동영상 속의 여성이 자신이라고 진술하라는 이야기를 들었다'고 진술하였던 점에 비추어 받아들일 수 없다.

- ② 피고인은 공소외 1이 검찰 1회 조사 당시에는 '(자신이) 2019. 1.~2.경 돈이 필요하여 피고인에게 먼저 연락하였다'고 진술하였는데, 검찰 2회 조사 당시에는 '2019. 8. 27.경 피고인으로부터 같은 피해를 입은 공소외 10으로부터 연락을 받고 공소외 10에게 피고인의 전화번호를 물었다'고 진술하여 피고인의 연락처를 알고 있었는지 관한 내용이 서로 상반된다는 취지로 변소한다.

그러나 공소외 1은 이 법원에서 2019. 1.~2.경 카톡 또는 라인을 통하여 연락하였다고 진술하였는바 그 당시에는 피고인의 전화번호를 알지 못하였던 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술이 상반된다고 볼 수는 없다.

다) 소결론

공소외 1의 각 진술에는 신빙성이 있어 이를 주된 증거로 이 부분 공소사실을 합리적 의심의 여지없이 인정할 수 있다고 판단된다.

3. 결론

이 사건 공소사실 중 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점(원심 판시 범죄사실 제1, 2항)에 관한 피고인의 법리오해 주장과 이 사건 공소사실 중 2019. 1~2.경 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등)의 점(원심 판시 무죄부분)에 관한 검사의 사실오인 주장은 이유 있다.

원심은 범죄사실 제1, 2항 부분과 범죄사실 제3항을 형법 제37조 전단 경합범 관계로 보아 하나의 형을 선고하였고, 이 법원에서 유죄로 판단하는 원심 판시 무죄부분은 원심 범죄사실 제3항 부분과 형법 제37조 전단 경합범 관계에 있다.

따라서 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

피고인의 사실오인 주장 및 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 관한 판단을 모두 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결한다.