

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)

[의정부지법 2019. 8. 22. 2018노2757]



【판시사항】

피고인이 지하철역 에스컬레이터 등에서 휴대전화기의 카메라를 이용하여 성명불상 여성들의 치마 속을 몰래 촬영하다가 지하철수사대 소속 경찰관에 의해 현행범으로 체포된 후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)으로 기소되었는데, 주요 증거로 경찰관이 현행범 체포할 때 임의제출 방식으로 압수한 피고인 소유의 휴대전화기 및 여기에 기억된 저장정보를 탐색하여 복제·출력한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일 등이 제출된 사안에서, 피고인에게 무죄를 선고한 사례

【판결요지】

피고인이 지하철역 에스컬레이터나 계단 등에서 휴대전화기의 카메라를 이용하여 성명불상 여성들의 치마 속을 총 18회에 걸쳐 몰래 촬영하다가 지하철수사대 소속 경찰관에 의해 현행범으로 체포된 후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)으로 기소되었는데, 주요 증거로 경찰관이 현행범 체포할 때 임의제출 방식으로 압수한 피고인 소유의 휴대전화기 및 여기에 기억된 저장정보를 탐색하여 복제·출력한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일 등이 제출된 사안이다. 대법원이 체포현장에서 임의제출 형식에 의한 압수수색을 허용함으로써 일선 실무에서 피의자 임의제출에 의한 압수가 광범위하게 이루어지고 있으나, 이미 체포되었거나 체포 직전의 피의자에게 임의적 제출의사를 원칙적으로 기대할 수 없으므로 형사소송법 제218조에 따른 영장 없는 압수수색은 현행범 체포현장에서 허용되지 않는다고 해석하여야 하는 점, 경찰관이 피고인의 휴대전화기를 형사소송법 제218조에 따라 압수하였으나 그 실질은 형사소송법 제216조 제1항 제2호에 따라 압수한 것으로서 사후영장을 발부받지 못하였고, 휴대전화기에 대한 경찰관의 강제수사 또는 피고인의 임의적 제출의사 부재를 의심할 수 있으나 이를 배제할 검사의 증명은 전혀 없으므로 압수된 휴대전화기에 대한 증거능력을 인정할 수 없는 점, 수사기관의 압수수색에서 피의자 참여절차 보장(형사소송법 제219조, 제121조)은 형사소송법 제218조에 의한 정보저장매체 압수수색에서도 당연히 보장되어야 하므로, 경찰관이 휴대전화 자체를 임의제출 받는 경우에는 임의제출서의 징구, 압수조서 작성, 압수목록의 교부 등 절차를 이행하여야 하고(디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙 제13조 제3항, 범죄수사규칙 제123조), 나아가 임의제출된 휴대전화에 기억된 저장정보를 압수할 경우에는 탐색·추출과정에서 피압수자 등에게 참여권을 보장하여야 하는데(디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙 제13조 제1항, 제11조 제4항), 경찰관이 휴대전화를 탐색할 때 위와 같은 절차를 준수하지 않았으므로 경찰관이 휴대전화에서 캡처하여 출력한 영상사진과 CD로 복제한 영상파일은 적법절차로 수집한 증거가 아니어서 유죄의 증거로 할 수 없는 점 등을 이유로 피고인에게 무죄를 선고한 사례이다.

【참조조문】

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2018. 12. 18. 법률 제15977호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항, 형사소송법 제106조 제1항, 제3항, 제121조, 제212조, 제216조, 제217조, 제218조, 제219조, 제308조의2, 제325조

【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 검사

【검 사】 김수희 외 1인

【변 호 인】 변호사 정중희

【원심판결】 의정부지법 2018. 9. 13. 선고 2018고단3113 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인은 무죄.

무죄판결 요지를 공시한다.

【이유】

】 1. 항소이유 요지

양형과경(원심: 벌금 700만 원, 성폭력 치료프로그램 이수 40시간, 몰수, 취업제한 2년)

2. 직권판단

2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정되어 2019. 6. 12.부터 시행된 장애인복지법 제59조의3 제1항, 제2항은 법원이 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우 10년의 범위 내에서 일정기간 동안 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 취업제한명령을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하여야 하되, 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우, 그 밖에 취업을 제한하여서는 아니 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 취업제한명령을 선고하지 아니할 수 있도록 규정하고 있다.

그런데 위 개정법률 부칙 제2조가 제59조의3 개정규정은 그 시행 전에 성범죄를 범하고 확정판결을 받지 아니한 사람에 대해서도 적용한다고 규정하고 있어 이 사건에도 위 개정법률이 적용되어야 하므로, 이 점에서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

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

[다시 쓰는 판결 이유]

1. 공소사실 및 주요 증거 요지

가. 공소사실의 요지

피고인은 2018. 3. 20. 07:31경 서울 (주소 생략) 지하철 △호선□□역 에스컬레이터에서 휴대전화기의 카메라를 이용하여 성명불상의 여성 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하였다.

이를 비롯하여 피고인은 그 무렵부터 2018. 3. 26.까지 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 18회에 걸쳐 카메라나 그 밖의 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 주요 증거의 요지

검사가 제시한 증거는, ① 경찰관이 현행범 체포할 때 임의제출 방식으로 압수한 피고인 소유의 휴대전화기(증 제1호) 및 여기에 기억된 저장정보를 탐색하여 복제·출력한 영상캡처 사진(증거기록 제41쪽 이하)과 복제된 영상파일(증거기록 제45쪽), ② 이에 터 잡아 이루어진 피고인의 자백진술이다.

2. 휴대전화 자체에 대한 압수절차의 적법성 여부(소극)

가. 현행범 체포 시 긴급압수가 아닌 임의제출에 의한 압수수색의 허부(불허)

1) 형사소송법상 영장 없는 압수수색 규정

제216조(영장에 의하지 아니한 강제처분) ① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의2, 제200조의3, 제201조 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 다음 처분을 할 수 있다.

1. 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 수사 2. 체포현장에서의 압수, 수색, 검증 ② (기재 생략) ③ 범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원 판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다.

제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분) ① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.

② 검사 또는 사법경찰관은 제1항 또는 제216조 제1항 제2호에 따라 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다.

이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다.

③ 검사 또는 사법경찰관은 제2항에 따라 청구한 압수수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다.

제218조(영장에 의하지 아니한 압수) 검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다.

2) 대법원 판례와 문제점

대법원은, 검사 또는 사법경찰관이 형사소송법 제212조의 규정에 의하여 피의자를 현행범 체포하는 경우에도 형사소송법 제218조에 따라 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있고, 이 경우에는 검사나 사법경찰관이 사후에 영장을 받을 필요가 없다고 판시하였다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도13726 판결 참조).

대법원이 체포현장에서 임의제출 형식에 의한 압수수색을 위와 같이 허용함으로써, 일선 실무에서는 피의자 임의제출에 의한 압수가 광범위하게 이루어지는 반면에, 긴급압수수색절차 및 압수물에 대한 사후영장 절차는 거의 없는 것이 통례이다[제5판 주석 형사소송법(II) 제309쪽]. 수사기관은 현행범 체포된 피의자에게 절대적으로 우월한 지위를 갖기 때문에 임의제출을 거절하는 피의자를 예상하기 어려워, 체포된 피의자가 소지하던 긴급압수물에 대한 사후영장제도는 앞으로도 형해화될 가능성이 크다.

다만 대법원이 형사소송법 제218조에 의한 압수에서도 제출자의 임의성이 원칙적으로 요구된다는 판시를 하였기에(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 참조), 임의성 없는 압수물에 대해서는 증거능력을 배제하는 방식의 소극

적인 적법절차 통제는 가능할 것이다.

3) 검토

살피건대, 형사소송법 제218조에 따른 압수물은 제출자가 그 의사를 철회하더라도 반환되지 않기 때문에 강제처분에 해당하고, 점유취득이 강제적이지 않기 때문에 형사소송법이 영장 없는 압수수색을 허용하였다.

그렇기에 강학상 압수가 아니라 영치(領置)라고도 불린다.

그런데 이미 체포되었거나 체포 직전의 피의자에게는 임의적 제출의사를 원칙적으로 기대할 수 없다.

체포 대상자로부터 제출받는 절차가 강제적이지 않다고 판단할 여지가 거의 없다.

특별한 장소(예컨대, 자수현장)가 아니라, 일반적인 현행범 체포현장에서 자신의 죄책을 증명하는 물건을 스스로 제출할 의사가 피의자에게 있다고 해석하는 것은 국민의 관념에 어긋나 사법 신뢰를 잃기 쉽다.

설령 현행범 체포현장에서 피체포자의 임의제출 진술이 있다가 사후적으로 임의제출서가 징구되었다라도, 계속 구금할 수 있는 구속영장 청구 여부 내지 확대 압수수색을 위한 영장 청구를 판단할 권한이 있는 우월적 지위의 수사기관 영향에 기한 것이라고 봄이 옳다.

체포대상자에 대하여 형사소송법 제218조에 따른 임의제출물 압수수색을 인정할 필요성은 오로지 형사소송법 제217조 소정의 사후 압수수색영장 절차를 생략하는 것 외에는 없다.

따라서 형사소송법 제218조에 따른 영장 없는 압수수색은 현행범 체포현장에서 허용되지 않는다고 해석함이 마땅하다.

나. 이 사건 휴대전화기 자체의 증거능력(소극)

1) 압수 경위

기록에 의하면, 다음과 같은 압수 경위를 인정할 수 있다.

○ 서울지방경찰청 지하철경찰대 소속 사법경찰관은 2018. 3. 26. 08:14경 ◇◇역 승강장에서, 피고인이 휴대전화로 여성 승객의 신체를 몰래 촬영하였다고 의심하고, 피고인을 불러 세워 신분증 제시와 검문이유를 밝히며 범행을 추궁하였다.

○ 경찰관은 부인하는 피고인으로부터 휴대전화기를 제출받아 카메라 사진폴더를 확인하였으나 여성 신체사진이 저장되지 않았음을 확인하였다.

그래서 최근 실행 프로그램을 확인하였고, 피고인의 무음 촬영 애플리케이션 구동 사실을 인지하고 해당 사진폴더를 열어보려고 하였으나 잠겨 있었다.

이에 피고인에게 비밀번호를 요구하였고, 피고인은 아무것도 없다고 변명하다가 계속된 추궁에 결국 비밀번호를 풀었고, 경찰관은 불법촬영된 영상이 있음을 확인하고 현행범 체포와 임의제출에 의한 휴대전화기 압수를 집행하였다.

○ 경찰관은 2018. 4. 1. 서울지방경찰청 지하철경찰대에서 압수된 휴대전화 저장정보를 다시 탐색하여 피고인이 촬영한 영상을 캡처하여 출력하고 영상파일을 CD에 복제하였다.

2) 판단

가) 임의제출 후 사후영장 미구비로 인한 증거능력 부재

위 가.항에서 살펴본 바와 같이 현행범으로 체포된 피의자가 소지하던 물건은 형사소송법 제218조에 따라 영장 없이 압수할 수 없다.

이와 같은 해석이 비록 앞서 본 대법원 판례에 어긋나기는 하나, 영장주의 원칙에는 오히려 충실하다.

검사 또는 사법경찰관은 압수의 필요성이 있는 피체포자의 물건에 대하여 형사소송법 제216조 제1항에 따라 긴급압수한 다음 형사소송법 제217조에 따라 사후영장을 발부받으면 되므로, 위와 같은 해석이 수사기관의 압수수색을 불가능하게 만드는 것도 아니다.

따라서 체포현장에서 임의제출된 물건이라도, 형사소송법 제216조 제1항에 따른 압수물로 보아 제217조 제2항이 정한 48시간 이내에 사후영장을 청구하여 발부받지 못했다면, 압수된 임의제출물은 유죄의 증거로 할 수 없다.

살피건대, 지하철수사대 소속 사법경찰관이 피고인의 휴대전화기를 형사소송법 제218조에 따라 압수하였으나, 그 실질은 형사소송법 제216조 제1항 제2호에 따라 압수한 것으로서 사후영장을 발부받지 못했으므로, 휴대전화기에 대한 증거능력을 인정할 수 없다.

나) 제출의 임의성 증명부재로 인한 증거능력 부재

가사 종전의 대법원 판례에 따라 현행법 체포현장에서도 형사소송법 제218조에 따른 임의제출물 압수가 가능하다고 보더라도, 제출자의 임의성이 인정되어야 증거능력을 인정할 수 있다.

제출의 임의성은 검사가 증명하여야 하고, 증명 정도는 실질적인 강제수사에 관한 의심을 배제할 수 있을 정도라야 한다.

살피건대, ① 경찰관이 범행을 의심하고 피고인을 붙잡아 검문과 신분증 그리고 휴대전화를 요구함으로써 피고인은 이미 체포된 것이나 마찬가지로 위촉된 심리였을 것으로 짐작된다.

② 한편 휴대전화 저장정보에 대한 수색이 사실상 먼저 이루어진 다음 현행법 체포가 이루어진 것에 반하여, 임의제출에 의한 압수절차와 그 효과에 대한 피고인의 인식 또는 경찰관의 고지는 없었던 것으로 보인다.

③ 비록 임의성 증명방법으로 형식적 서류가 요구되는 것은 아니지만, 경찰관은 피고인으로부터 임의제출서를 징구하고 압수증명서를 교부해야 함에도(범죄수사규칙 제123조 제3항), 이 사건에서 경찰관의 위 절차 준수는 확인되지 않는다.

이러한 사정에 비추어 보면, 휴대전화기에 대한 경찰관의 강제수사 또는 피고인의 임의적 제출의사 부재를 의심할 수 있으나, 이를 배제할 검사의 증명은 전혀 없다.

다) 결론

따라서 압수된 휴대전화기 자체는 어느 모로 보나 적법한 절차에 따라 수집된 증거로 인정할 수 없다.

3. 휴대전화 저장정보(영상)에 대한 탐색 내지 복제·출력 절차의 적법성 여부(소극)

가. 현행법 체포 시 형사소송법 제216조 제1항 제2호에 따라 긴급압수한 피의자의 휴대전화에 기억된 저장정보에 대해서까지 영장 없이 탐색할 수 있는지 여부(예외적 가능)

1) 문제점

최근 수사실무상, 체포현장에서 피의자가 소지하던 휴대전화기에 대하여는 별도의 압수수색영장이 없더라도 형사소송법 제216조 제1항에 따라 검사 또는 사법경찰관이 압수하여 저장정보를 탐색하고 있다.

그런데 스마트폰에 저장된 정보의 양이 막대하고 민감한 정보가 많이 담겨 있다는 점에서 현재의 수사관행은 개인의 자유를 크게 침해할 수 있다.

따라서 형사소송법 제216조에 따라 휴대전화기 자체를 긴급압수할 수 있다고 하더라도, 그 저장정보에 대해서까지 영장 없이 탐색하여 출력·복사할 수 있는지가 문제 된다.

이 사건 역시 사법경찰관이 현행범 체포현장에서 피고인의 휴대전화기를 탐색하여 저장된 동영상을 발견하고 압수하게 된 것에 터 잡고 있다.

2) 견해의 대립

이에 관하여 아래와 같은 견해의 성립을 예상할 수 있다.

① 영장주의 예외를 인정한 형사소송법 제216조에 의하여 체포된 피의자로부터 휴대전화를 긴급압수하였더라도, 휴대전화에 내재된 정보의 양과 질에 비추어 영장 없는 휴대전화 저장정보에 대한 압수수색은 허용되지 않는다는 견해 [미국연방대법원 2014년 DAVID LEON RIELY V. CALIFORNIA 판결(조기영, "사전영장 없는 휴대전화 압수수색의 허용 여부", 동북아법연구 제9권 제3호(2016. 1.), 제227쪽에서재인용)]

② 특별한 제한규정이 없으므로 형사소송법 제216조 제1항에 따라 일반적으로 허용된다는 견해

③ 원칙적으로 허용되지는 않으나, 예외적으로 예컨대 압수 당시 열려 있는 애플리케이션만 수색을 허용할 수 있다는 견해

3) 검토

살피건대, 휴대전화 저장정보에 대하여 긴급히 증거인멸을 막거나 증거를 수집해야 할 필요성이 적고(긴급성의 결여), 막대한 양의 민감한 개인정보가 담겨 있는 휴대전화 저장정보에 대한 제한 없는 압수수색은 개인의 사생활과 비밀의 자유를 침해하므로(비례성 결여), 휴대전화에 저장된 정보에 대한 압수수색에 대하여는 사전영장이 필요하나, 예외적으로 형사소송법 소정의 긴급성이 있는 경우, 예컨대 체포된 피의자가 공범에게 폭탄을 폭발시킬 문자를 보내거나, 유괴범이 피해자의 위치에 관한 정보를 보관하고 있는 경우 등에서는 저장정보에 대한 영장 없는 압수수색이 가능하다고 해석함이 마땅하고, 그에 따라 수집된 디지털정보 역시 증거능력이 있다고 할 것이다(조기영, 위 논문, 238쪽).

나. 현행범 체포 시 형사소송법 제218조에 따라 임의제출 형식으로 압수한 휴대전화기에 기억된 저장정보에 대한 탐색 내지 출력·복제과정에서 참여권을 보장해야 하는지 여부(적극)

1) 문제점

가사 휴대전화기 자체에 대한 임의제출 형식의 압수가 적법하다고 하더라도, 저장된 정보에 대하여 수사기관이 독자적으로 탐색할 수 있는지, 그렇지 않고 피의자 등에 대한 참여권을 보장해야 하는지 여부가 문제 된다.

이 사건에서도 경찰관은 2018. 3. 26. 피고인의 휴대전화를 형사소송법 제218조에 따라 압수한 다음, 2018. 4. 1. 서울지방경찰청 지하철경찰대로 옮겨 휴대전화를 다시 탐색하여 저장된 영상을 캡처 사진으로 출력하고 영상파일을 복제하는 방식으로 증거를 추출하였다.

이때 피고인에 대한 참여통지는 없었고 파일명세가 특정된 압수목록 교부도 없었다.

2) 검사 의견

이에 대하여 검사는 '형사소송법 제219조, 제121조 등의 참여절차는 발부된 압수수색영장 집행에서만 인정되고, 임의제출로써 압수된 저장장치에 대해서는 임의제출 당시 압수절차가 종료되어 참여절차를 부여할 여지가 없다.

'고 주장하면서, 임의제출된 디지털증거 분석과정에서 참여절차 없이 수집된 증거의 증거능력을 인정한 사례를 다음과 같이 들고 있다.

○ 서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016노627 판결(상고기각)

○ 서울서부지방법원 2018. 5. 10. 선고 2017노1029 판결(상고기각)

3) 판단

가) 휴대전화기의 정보저장매체 성질

휴대전화는 범행의 도구가 되는 유체물 겸 디지털정보가 담긴 정보저장매체 등에 해당하고(대법원 2014. 1. 6. 선고 2013도71010 판결 참조), 정보저장매체 등이 압수목적물인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력·복제하는 방식으로 압수하는 것이 원칙이다(형사소송법 제219조, 제106조 제3항).

한편 수사기관의 압수수색에서 피의자 참여절차 보장(형사소송법 제219조, 제121조)은 관련성 요건(제219조, 제106조 제1항)과 더불어 적법절차 요건 충족의 핵심이다.

따라서 피의자 참여절차 보장은 형사소송법 제218조에 의한 정보저장매체 압수수색에서도 당연히 보장되어야 한다.

휴대전화에 저장된 개인정보의 막대함과 민감성까지 감안하면 그러한 필요성은 배가된다.

휴대전화기가 압수수색영장 집행에 의하여 압수된 것인지 아니면 임의제출에 의하여 압수되는 것인지를 구별할 것이 아니다.

다시 말해서, 휴대전화기가 임의제출된 것이라도 거기에 기억된 저장정보에 대한 탐색과 증거추출이 진행된다면, 압수수색절차는 휴대전화 제출 당시에 종료된 것이 아니라 탐색과정까지 계속되는 것이므로, 참여권 보장과 관련성 요건과 같은 적법절차 원칙이 지켜져야 한다.

또한, 아래 나)항과 같은 현행 규정은 임의제출된 디지털 데이터의 수집에 관하여 참여절차를 보장하도록 되어 있다.

이 점에서도 앞서 본 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

나) 임의제출로 압수된 정보저장매체 등의 디지털 증거 수집에 대한 참여절차 보장 규정

디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙제11조(디지털 데이터의 압수·수색·검증) ① 수사관은 압수·수색·검증현장에서 디지털 데이터를 압수하는 경우에는 범죄사실과 관계가 있다고 인정할 수 있는 범위를 정하여 출력하거나 복제하는 방법으로 압수하여야 한다.

② 수사관은 압수·수색·검증현장에서 제1항의 방법이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 복제본을 획득하여 외부로 반출한 후, 제1항의 방법으로 디지털 데이터를 압수할 수 있다.

③ 수사관은 압수·수색·검증현장에서 제1항 및 제2항의 방법이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 디지털 저장매체 원본을 외부로 반출한 후, 제1항 또는 제2항의 방법으로 디지털 데이터를 압수할 수 있다.

④ 수사관은 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 디지털 데이터를 압수하는 경우에는 피의자나 변호인, 소유자, 소지자 또는 「형사소송법」 제123조에 정한 참여인(이하 '피압수자 등'이라고 한다)의 참여권을 보장하여야 한다.

⑤ 수사관과 증거분석관은 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 디지털 데이터를 압수하는 경우에는 데이터 고유 식별 값(이하 '해시값'이라고 한다) 확인 등 디지털 증거의 동일성, 무결성을 담보할 수 있는 적절한 방법과 조치를 취하여야 한다.

제11조의2(디지털 저장매체 자체의 압수·수색·검증) ① 수사관은 다음 각호의 사유가 존재하고 디지털 저장매체 자체를 압수·수색·검증할 수 있도록 영장에 기재되어 있는 경우에는 디지털 저장매체를 압수할 수 있다.

1. 도박·음란·기타 불법사이트 운영 사건 등 디지털 저장매체에 저장된 원본 디지털 데이터가 다시 범죄에 이용될 우려가 있는 경우 2. 디지털 저장매체에 음란물 또는 사생활 보호의 대상이 되는 내용 등이 담겨져 있어 유포 시 개인의

인격에 상당한 피해가 우려되는 경우 3. 불법 또는 정당하지 않은 방법으로 취득한 디지털 데이터가 디지털 저장매체에 저장되어 있는 경우 4. 디지털 저장매체 또는 디지털 저장매체가 포함된 존재 자체가 범죄의 증명에 필요한 경우 5. 그 밖에 제11조의 방법에 따른 압수가 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 경우 ② 제1항의 경우 디지털 저장매체의 압수에 관하여는 범죄수사규칙(경찰청 훈령 제774호)을, 디지털 저장매체에 저장된 디지털 데이터에 관하여는 제11조 제5항을 각 준용한다.

제13조(임의제출) ① 피압수자가 임의로 제출한 디지털 데이터의 압수에 관하여는 제11조를 준용한다.

이 경우 수사관은 제11조 제2항 또는 제11조 제3항의 사유가 없더라도 피압수자의 동의가 있으면 각 해당 규정에서 정하는 방법으로 압수할 수 있다.

② 제1항의 경우 해시값 확인, 참여권 고지, 확인서 작성 등에 관하여는 제12조의 규정을 준용한다.

다만 [별지 제1호 서식]의 전자정보 확인서는 [별지 제2호 서식]의 전자정보 확인서(간이)로 대체할 수 있다.

③ 피압수자가 임의로 제출한 디지털 저장매체 자체의 압수에 관하여는 제11조의2의 규정을 준용한다.

다) 검토

살피건대, 사법경찰관이 휴대전화 자체를 임의제출 받는 경우에는 임의제출서의 징구, 압수조서 작성, 압수목록의 교부 등 절차를 이행하여야 하고(디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙 제13조 제3항, 범죄수사규칙 제123조), 더 나아가 임의제출된 휴대전화에 기억된 저장정보를 압수할 경우에는 탐색·추출과정에서 피압수자 등에게 참여권을 보장하여야 한다(디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙 제13조 제1항, 제11조 제4항).

그런데 서울경찰청 지하철수사대 소속 경찰관은 2018. 4. 1. 휴대전화를 탐색할 때 위와 같은 절차를 준수하지 않았다.

그러므로 경찰관이 휴대전화에서 캡처하여 출력한 영상사진과 CD로 복제한 영상파일은 적법절차로 수집한 증거가 아니어서 유죄의 증거로 할 수 없다.

4. 결론

그렇다면 공소사실에 대한 증거들은 형사소송법 제308조의2에 따라 증거가 되지 아니하므로 피고사건은 범죄사실에 대한 검사의 증거가 없다고 할 것이다.

따라서 형사소송법 제325조 후단에 의해 무죄를 선고하고, 판결요지를 형법 제58조 제2항에 따라 공시하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[[별 지] 범죄일람표: 생략]

판사 오원찬(재판장) 이우용 고준홍