

마약류관리에관한법률위반(마약)·마약류관리에관한법률위반(향정)

[서울고법 2023. 4. 21. 2023노150, 842]



【판시사항】

피고인에 대한 마약류 관리에 관한 법률 위반의 공소사실과 관련하여, 피고인은 당초 '甲으로부터 마약을 수수·사용하였다.'는 범죄혐의사실로 발부된 압수·수색영장에 의해 자신의 주거지에서 휴대전화가 압수된 후 수사기관에서 경찰관 乙로부터 조사를 받았는데, 당시 같은 사무실에 있던 경찰관 丙이 피고인의 휴대전화를 탐색하여 영장 기재 혐의사실과 관련된 전자정보 외에 '피고인이 丁, 戊, 己와 향정신성의약품을 수수하였다.'는 범죄사실과 관련하여 주고받은 메시지(별건 전자정보)도 추출하여 이를 증거로 제출하였고, 피고인은 법정에서 범행을 모두 자백한 사안에서, 공소사실 중 甲, 戊, 己 관련 부분을 유죄로, 丁 관련 부분을 무죄로 판단한 사례

【판결요지】

피고인에 대한 마약류 관리에 관한 법률 위반의 공소사실과 관련하여, 피고인은 당초 '甲으로부터 마약을 수수·사용하였다.'는 범죄혐의사실로 발부된 압수·수색영장에 의해 자신의 주거지에서 휴대전화가 압수된 후 수사기관에서 경찰관 乙로부터 조사를 받았는데, 당시 같은 사무실에 있던 경찰관 丙이 피고인의 휴대전화를 탐색하여 영장 기재 혐의사실과 관련된 전자정보 외에 '피고인이 丁, 戊, 己와 향정신성의약품을 수수하였다.'는 범죄사실과 관련하여 주고받은 메시지(이하 '별건 전자정보'라 한다)도 추출하여 이를 증거로 제출하였고, 피고인은 법정에서 범행을 모두 자백한 사안이다. 丙이 피고인과 변호인의 관여 없이 혼자서 별건 전자정보를 탐색·추출한 점, 丙이나 乙이 피고인 등에게 탐색·추출 과정을 실제로 보여주거나 그 과정에 참관할 수 있음을 고지하고 원할 경우 참여시키는 등으로 참여의 기회를 제공하였다는 객관적인 자료가 없는 점(당사자의 참여권을 보장하였다는 점에 대한 증명 책임은 수사기관에 있다고 보아야 한다), 피고인 등이 이러한 고지를 받지 않은 채 별다른 이의를 제기하지 않았다는 점만으로 참여 포기 의사를 명확히 하였다고 보기 어려운 점에 비추어 별건 전자정보의 탐색·추출 과정에서 당사자 및 변호인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 할 수 없고, 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 丁, 戊, 己가 관련된 범죄사실은 마약류 수수의 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하여 객관적 관련성이 있다고 할 수 없는 데도, 수사기관이 별건 전자정보에 대한 탐색을 중단하고 새로운 압수·수색영장을 발부받는 등의 절차를 거치지 않고 임의로 별건 전자정보의 탐색·추출에 나아간 것은 영장 기재 혐의사실과 관련성 없는 정보에 관한 것으로서 영장주의를 위반하여 위법하므로 별건 전자정보는 위법수집증거로서 증거능력이 없고, 나아가 수사기관이 이를 토대로 丁, 戊, 己와 관련된 범죄혐의를 인지한 다음 丁, 戊, 己를 소환하여 작성한 피의자신문조서 등은 위법수집증거를 기초로 획득한 2차적 증거에 해당하여 증거능력이 없으며, 다만 절차위반 행위 후 계속된 수사 과정에서 수집된 증거의 증거능력은 그 절차위반 행위와 새로운 증거 수집 사이의 인과관계가 희석·단절되었는지를 개별적으로 판단하여야 하는데, 丁의 법정진술은 본인 스스로의 기억보다는 수사기관 조사 당시 제시받은 별건 전자정보에 의존하고 있으므로 별건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 희석·단절되었다고 보기 어려워 증거능력을 인정할 수 없는 반면, 戊, 己의 법정진술은 자신들의 기억에 의존하여 명확하게 공소사실에 부합하는 진술을 하였고, 수사기관에서 별건 전자정보를 제시받지 않았더라도 동일한 취지의 진술을 하였을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 인과관계가 희석·단절되어 증거능

력을 인정할 수 있다는 이유로, 공소사실 중 甲, 戊, 己 관련 부분을 유죄로, 丁 관련 부분을 무죄로 판단한 사례이다.

【참조조문】

마약류 관리에 관한 법률 제2조 제1호, 제2호 (마)목, 제3호 (나)목, (라)목, 제3조 제1호, 제4조 제1항 제1호, 제59조 제1항 제9호, 제60조 제1항 제1호, 제2호, 제61조 제1항 제5호, 형사소송법 제121조, 제215조, 제219조, 제307조, 제308조, 제308조의2, 제310조

【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 정주희 외 1인

【변 호 인】 변호사 안희권

【원심판결】 1. 인천지법 2022. 12. 22. 선고 2022고합504 판결 / 2. 인천지법 2023. 1. 13. 선고 2022고단6994 판결

【주문】

】
원심판결을 모두 파기한다.
피고인을 판시 제1의 각 죄에 대하여 징역 10월에, 판시 제2의 각 죄에 대하여 벌금 15,000,000원에 각 처한다.
피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 100,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.
피고인에게 40시간의 재활교육 프로그램의 이수를 명한다.
피고인으로부터 314,000원을 추징한다.
위 벌금 및 추징액에 상당한 금액의 가납을 명한다.
이 사건 공소사실 중 2021. 5. 17. 「마약류 관리에 관한 법률」 위반(향정)의 점은 무죄.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 제1 원심판결 중 각 향정신성의약품 수수의 점에 관한 사실오인 및 법리오해

피고인이 휴대전화를 통해 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3(이하 위 3명을 통칭할 때에는 '공소외 1 등'이라고 한다)과 주고받은 메시지(이하 '이 사건 전자정보'라 한다)는 수사기관이 위 전자정보를 추출하는 과정에서 피고인과 변호인의 참여권을 보장하지 않았을 뿐만 아니라 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 무관한 내용으로서 위법수집증거이고, 증인 공소외 1 등의 법정진술은 위와 같은 위법수집증거에 기한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.
그럼에도 원심이 증인 공소외 1 등의 법정진술에 증거능력이 있다고 보고 관련된 공소사실을 유죄로 인정한 것은 잘못이다.

2) 양형부당

각 원심의 형(제1 원심: 징역 1년 및 벌금 1,000만 원, 제2 원심: 벌금 700만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

각 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 이 사건 전자정보의 증거능력

1) 원심의 판단

원심은, ① 피고인과 변호인이 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받을 당시 다른 경찰관 공소외 5가 피고인과 떨어진 자리에서 피고인의 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 추출하였고, ② 그 과정에서 피고인이나 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할 수 있음을 고지하였다는 등의 객관적 증거는 없는 점, ③ 증인 공소외 5, 공소외 4의 원심 법정진술만으로는 그들이 피고인과 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할지 여부를 미리 확인하거나 피고인과 변호인이 참여 포기 의사를 명백히 밝혔다고 보기 어려운 점에 비추어, 이 사건 전자정보의 압수·수색 과정에서 피고인과 변호인의 참여권이 보장되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

또한 ④ 공소외 1 등이 관련된 범죄사실은 이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로 영장 기재 혐의사실과 객관적 관련성이 없는 점, ⑤ 그럼에도 경찰이 별도의 영장을 발부받지 않고 이 사건 전자정보를 추출한 점에 비추어, 이 사건 전자정보에 대한 압수·수색 절차는 영장주의에도 위배된다고 보아, 이 사건 전자정보는 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 판단하였다.

2) 당심의 추가 판단

원심이 판시한 사정에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 따라 알 수 있는 다음과 같은 사정까지 고려하면, 이 사건 전자정보의 증거능력이 없다고 본 원심의 판단은 정당하다.

가) 관련 법리

수사기관이 압수한 휴대폰을 수사기관 사무실로 옮겨 탐색·복제·출력하는 과정도 모두 압수·수색의 일환에 해당하므로 이는 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하고, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 참조).

혐의사실과 전자정보 사이에 객관적 관련성이 있는지는 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

다만 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장 범죄혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 인정되는 것이 아니고, 혐의사실의 내용, 수사의 대상과 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있어야 한다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결 등 참조).

나) 참여권 보장 여부

CCTV 영상 캡처 사진, USB(CCTV 영상 첨부)(증거목록 순번 77, 78) 등 관련된 증거에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

경찰관 공소외 5가 피고인의 휴대전화에서 이 사건 전자정보를 탐색·추출할 당시 피고인은 변호인의 참여하에 같은 사무실에 있는 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받고 있었다.

경찰관 공소외 4와 공소외 5는 나란히 배열된 책상에 앉아 있었고, 피고인과 변호인은 책상을 사이에 두고 공소외 4의 맞은편에 앉아 있어 공소외 5와는 책상을 사이에 두고 대각선 맞은편에 앉아 있었는데, 피고인과 변호인이 앉은 자리에서 공소외 5가 탐색 중인 휴대전화 화면이 보이지 않는다.

공소외 5는 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 출력한 다음 이를 공소외 4에게 교부하였고, 공소외 4는 그제서야 피고인과 변호인에게 위 전자정보를 제시하였다.

피고인이나 변호인은 이러한 과정에 대해 특별히 이의를 제기하지는 않았던 것으로 보인다.

당사자와 변호인에게 압수·수색 절차에 참여권을 보장하는 취지는 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 탐색·추출을 막기 위함이다.

따라서 피고인이나 변호인에게 압수·수색에 대한 참여 기회가 '실질적으로' 보장되었다고 하기 위해서는 그들이 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 확인하면서 영장 기재 혐의사실과 무관한 정보의 탐색·추출에 이의하는 등 사전에 이를 제지할 수 있는 기회가 있었어야 할 것이다.

앞서 보았듯이 ① 경찰관 공소외 5가 피고인과 변호인과 같은 사무실에 있기는 하였지만 그들의 관여 없이 혼자서 이 사건 전자정보를 탐색·추출한 점, ② 경찰관 공소외 5나 공소외 4가 피고인과 변호인에게 휴대전화에서 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 보여주거나, 피고인이나 변호인에게 전자정보 탐색·추출 과정을 참관할 수 있음을 고지하고 그들이 원할 경우 그 과정에 참여시키는 등으로 참여의 기회를 제공하였다는 점에 관한 객관적인 자료가 없는 점(당사자의 참여권을 보장하였다는 점에 대한 증명책임은 수사기관에 있다고 보아야 한다), ③ 피고인과 변호인이 이러한 고지를 받지 않은 채 별다른 이의를 제기하지 않았다는 점만으로 그들이 참여 포기 의사를 명확히 하였다고 보기 어려운 점에 비추어 보면, 이 사건 전자정보의 탐색·추출 과정에서 당사자 및 변호인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 할 수 없다.

다) 영장주의 위배 여부

이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실(피고인이 2021. 9.경 서울 강남구 소재 자신의 주거지에서 공소외 6으로부터 펜타닐 패치를 수수하고 공소외 6과 함께 이를 사용하였다는 사실)과, 공소외 1 등이 관련된 범죄사실(피고인이 ① 2021. 5. 17. 서울 마포구에서 공소외 1에게 향정신성의약품 메디키네티타드정 4정을 무상 교부하고, ② 2022. 4. 13. 서울 종로구에서 공소외 2로부터 향정신성의약품 자나팜정 4정을 무상 수수하고, ③ 2022. 6. 11. 서울 마포구에서 공소외 3으로부터 향정신성의약품 페니드정 5정을 무상 수수하였다는 사실)은 마약류 수수의 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로, 위 영장 기재 범죄혐의사실과 사이에 객관적 관련성이 있다고 할 수 없다.

검사는 위 압수·수색영장의 '압수할 물건'란에는 '피의자가 소지·사용하는 전자정보 저장매체에 저장된 전자정보 중 마약류 범행과 관련된 전자정보'라고 기재되어 있으므로, 영장에 기재된 범죄혐의사실에 한정되지 않고 피고인의 마약류 범행에 관한 전자정보를 폭넓게 압수·수색할 수 있다고 주장한다.

그러나 이 사건 압수·수색영장은 압수대상 및 방법을 제한하여 일부 기각하는 취지로 발부되었고, 위 영장에 첨부된 별지 '압수대상 및 방법의 제한'에는 전자정보의 압수는 혐의사실과 관련된 전자정보만을 출력·복사하여야 함이 명확하게 기재되어 있다(증거기록 124면 이하). 앞서 관련 법리에서 본 것처럼 영장 기재 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 관련성 있는 정보라고 볼 수 없고, 달리 이 사건 전자정보와 영장 기재 혐의사실 사이에 구체적·개별적 연관관계가 있다고 평가하기도 어렵다.

검사는 또한 이 사건 전자정보를 통해 피고인이 평소 마약류를 취급해 온 사람이라는 점을 알 수 있으므로 이는 영장 기재 혐의사실에 대한 간접증거나 정황증거로 사용할 수 있어 관련성을 인정할 수 있다는 취지로도 주장한다. 그러나 수사기관이 이 사건 전자정보를 압수·수색할 당시에는, 이미 영장 기재 혐의사실에 관하여 공범인 공소외 6의 진술, 공소외 6과 피고인 사이의 인스타그램 대화내역 및 전화통화내역(증거순번 1~9) 등 핵심적인 증거를 확보한 상태였다.

따라서 피고인이 공소외 6이 아닌 다른 사람들과 다른 시기에 항정신성의약품 수수에 관한 대화를 나누었다는 사정은 공소외 6과 관련된 범행의 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하는 데 도움이 된다고 볼 수 없고, 이러한 정보에 대한 압수·수색은 별건 범죄혐의의 수사를 위한 것으로 볼 수밖에 없다.

결국 경찰이 이 사건 전자정보에 대한 탐색을 중단하고 새로운 압수·수색영장을 발부받는 등의 절차를 거치지 않고 임의로 이 사건 전자정보의 탐색·추출에 나아간 것은, 영장 기재 혐의사실과 관련성 없는 정보에 관한 것으로서 영장주의를 위반하여 위법하다.

검사의 이 부분 주장은 모두 받아들일 수 없다.

나. 2차적 증거의 증거능력 및 유무죄 판단

1) 원심의 판단

원심은, 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등과 관련된 증거, 즉 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서, 진료비 세부산정내역 등은 위법수집증거인 이 사건 전자정보를 기초로 획득한 2차적 증거에 해당하여 증거능력이 없다고 판단하였다.

다만 공소외 1 등과 관련된 공소사실에 대한 피고인의 법정자백은 피고인이 상당한 기간 변호인의 충분한 조력을 받고 공개된 법정에서 진술거부권을 고지받은 등 적법한 절차를 통해 임의로 이루어져, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 절차적 위법성과 인과관계가 단절되었다고 판단하였다.

증인 공소외 1 등의 공소사실에 부합하는 원심 법정진술에 대해서는, ① 증인들이 법원의 소환을 받고 공개된 법정에서 임의로 출석하여 진술거부권을 고지받은 후 증언하였고, ② 수사기관에서 진술한 후 상당한 시간이 지났음에도 자발적으로 증언한 점, ③ 증인신문 과정에서 이 사건 전자정보가 제시되지 않았고 전자정보에 대한 문답은 증인들이 경험한 사실관계를 진술하는 과정에서 이루어진 점 등에 비추어, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 위법성과 위법정진술 사이에 인과관계가 단절되었다고 판단하여 공소외 1 등의 법정진술의 증거능력을 인정하고, 이를 토대로 관련된 공소사실을 유죄로 판단하였다.

2) 당심의 판단

가) 기록에 의하면, 원심이 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서 등의 증거능력을 배척한 반면, 피고인의 원심법정 자백은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 단절되

었다고 보아 증거능력을 인정한 것은 타당하다.

나) 공소외 1 등의 원심 법정진술의 증거능력에 관하여 살펴본다.

(1) 기록에 의하면, 수사기관은 이 사건 전자정보를 토대로 공소외 1 등과 관련된 범죄혐의를 인지한 다음 공소외 1 등을 소환하여 피의자신문조서를 작성한 사실, 피고인이 원심에서 위 증거가 위법수집증거라고 다투자 검사는 그들을 증인으로 신청하였고, 공소외 1 등은 법원의 소환을 받고 법정에서 출석하여 증언거부권을 고지받은 후 선서하고 진술하였으며, 그 과정에서 이 사건 전자정보나 그들에 대한 수사기관 조서는 제시받지 않은 사실이 인정된다.

(2) 증인 공소외 1은 '본인이 2021. 5. 17. 무렵 우울증이 심하고 많이 아파서 그 무렵의 일이 기억이 잘 나지 않고, 피고인이 퀵서비스로 보낸 메디키넷리타드정 4정이 들어있는 상자를 받은 것도 잘 기억나지 않으며, 검찰 조사 때 피고인과 주고받은 메시지를 보고 인정하였으며, 그런 대화 내용이 있다면 아마 받았을 것이다.

'는 취지로 진술하였다.

이러한 공소외 1의 진술은 본인 스스로의 기억보다는 수사기관 조사 당시 제시받은 이 사건 전자정보에 의존하고 있고, 이 사건 전자정보가 제시되지 않았다면 공소외 1이 스스로의 기억에 따라 공소사실에 부합하는 진술을 하였을지 불분명하다.

따라서 증인 공소외 1의 진술과 이 사건 전자정보의 수집 과정의 위법성 사이에 인과관계가 희석되거나 단절되었다고 보기 어렵다.

(3) 한편 증인 공소외 2와 공소외 3은 원심법정에서 '수사기관 조사 당시 피고인과 주고받은 메시지를 보았고, 공소사실과 같이 피고인의 부탁을 받고 본인이 처방받아 복용하던 항정신성의약품 일부를 피고인에게 무상으로 교부한 사실이 기억이 난다.

'고 진술하여, 공소외 1과 달리 이 사건 전자정보에 의존하지 않고 피고인과 항정신성의약품을 주고받은 사실에 대한 스스로의 기억에 의존하여 공소사실에 부합하는 진술을 하였다.

비록 경찰이 이 부분 범죄의 단서(이 사건 전자정보)를 적법절차를 위반하여 포착하였지만, 그러한 단서 없이는 관련된 수사가 개시되지 못하였을 것이라는 이유로 그 후 수집된 증거들의 증거능력을 일률적으로 부정한다면 수사기관이 별건 압수 등으로 범죄혐의에 대한 단서를 위법하게 지득한 경우 그 후 해당 범죄에 대한 일체의 수사과 기소가 불가능해져 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권 행사가 예외 없이 불가능해질 수 있다.

위법한 절차위반 행위 후 계속된 수사 과정에서 수집된 증거의 증거능력은, 그 절차위반 행위와 새로운 증거 수집 사이의 인과관계가 희석·단절되었는지를 개별적으로 판단해야 할 것이다.

증인 공소외 2, 공소외 3이 자신들의 기억에 의존하여 명확하게 공소사실에 부합하는 진술을 하고 있고 수사기관에서 이 사건 전자정보를 제시받지 않았더라도 동일한 취지의 진술을 하였을 것으로 보이는 점, 피고인도 이 부분 공소사실 자체에 대해서는 인정하고 있으면서 보강증거의 유무에 대해서만 다투고 있는 점을 고려하면, 증인 공소외 2, 공소외 3의 법정진술은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 희석·단절되어 증거능력을 인정할 수 있다고 판단된다.

다.

소결론

원심이 공소외 1의 법정진술의 증거능력이 있다고 본 것은 잘못이고, 위 진술 외에는 관련 공소사실에 대하여 피고인의 자백이 유일한 증거로서 보강증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고해야 한다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

그 외에 원심이 증인 공소외 2, 공소외 3의 원심 법정진술의 증거능력을 인정하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 타당하고, 여기에 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 위 부분 주장은 받아들이지 않는다.

3. 직권판단(병합심리로 인한 파기)

원심판결들에 대하여 피고인이 항소를 제기하였고, 이 법원은 위 각 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다. 그런데 피고인의 제1 원심 판시 제2의 나., 다.

죄(공소외 2, 공소외 3 관련 향정신성의약품 수수의 점)는 제2 원심 판시 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

4. 결론

제1 원심판결 중 판시 제2의 가.죄에 대한 피고인의 항소는 이유 있어 파기되어야 하고, 같은 판결의 판시 제1의 가., 나. 죄 부분은 위 파기 부분과 하나의 형이 선고되었으므로 함께 파기되어야 한다.

제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결들을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 제1 원심판결 중 각 향정신성의약품 수수의 점에 관한 사실오인 및 법리오해

피고인이 휴대전화를 통해 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3(이하 위 3명을 통칭할 때에는 '공소외 1 등'이라고 한다)과 주고받은 메시지(이하 '이 사건 전자정보'라 한다)는 수사기관이 위 전자정보를 추출하는 과정에서 피고인과 변호인의 참여권을 보장하지 않았을 뿐만 아니라 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 무관한 내용으로서 위법수집증거이고, 증인 공소외 1 등의 법정진술은 위와 같은 위법수집증거에 기한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

그럼에도 원심이 증인 공소외 1 등의 법정진술에 증거능력이 있다고 보고 관련된 공소사실을 유죄로 인정한 것은 잘못이다.

2) 양형부당

각 원심의 형(제1 원심: 징역 1년 및 벌금 1,000만 원, 제2 원심: 벌금 700만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

각 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 이 사건 전자정보의 증거능력

1) 원심의 판단

원심은, ① 피고인과 변호인이 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받을 당시 다른 경찰관 공소외 5가 피고인과 떨어진 자리에서 피고인의 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 추출하였고, ② 그 과정에서 피고인이나 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할 수 있음을 고지하였다는 등의 객관적 증거는 없는 점, ③ 증인 공소외 5, 공소외 4의 원심 법정진술만으로는 그들이 피고인과 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할지 여부를 미리 확인하거나 피고인과 변호인이 참여 포기 의사를 명백히 밝혔다고 보기 어려운 점에 비추어, 이 사건 전자정보의 압수·수색 과정에서 피고인과 변호인의 참여권이 보장되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

또한 ④ 공소외 1 등이 관련된 범죄사실은 이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로 영장 기재 혐의사실과 객관적 관련성이 없는 점, ⑤ 그럼에도 경찰이 별도의 영장을 발부받지 않고 이 사건 전자정보를 추출한 점에 비추어, 이 사건 전자정보에 대한 압수·수색 절차는 영장주의에도 위배된다고 보아, 이 사건 전자정보는 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 판단하였다.

2) 당심의 추가 판단

원심이 판시한 사정에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 따라 알 수 있는 다음과 같은 사정까지 고려하면, 이 사건 전자정보의 증거능력이 없다고 본 원심의 판단은 정당하다.

가) 관련 법리

수사기관이 압수한 휴대폰을 수사기관 사무실로 옮겨 탐색·복제·출력하는 과정도 모두 압수·수색의 일환에 해당하므로 이는 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하고, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 참조).

혐의사실과 전자정보 사이에 객관적 관련성이 있는지는 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

다만 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장 범죄혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 인정되는 것이 아니고, 혐의사실의 내용, 수사의 대상과 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있어야 한다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결 등 참조).

나) 참여권 보장 여부

CCTV 영상 캡처 사진, USB(CCTV 영상 첨부)(증거목록 순번 77, 78) 등 관련된 증거에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

경찰관 공소외 5가 피고인의 휴대전화에서 이 사건 전자정보를 탐색·추출할 당시 피고인은 변호인의 참여하에 같은 사무실에 있는 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받고 있었다.

경찰관 공소외 4와 공소외 5는 나란히 배열된 책상에 앉아 있었고, 피고인과 변호인은 책상을 사이에 두고 공소외 4의 맞은편에 앉아 있어 공소외 5와는 책상을 사이에 두고 대각선 맞은편에 앉아 있었는데, 피고인과 변호인이 앉은 자리에서 공소외 5가 탐색 중인 휴대전화 화면이 보이지 않는다.

공소외 5는 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 출력한 다음 이를 공소외 4에게 교부하였고, 공소외 4는 그제서야 피고인과 변호인에게 위 전자정보를 제시하였다.

피고인이나 변호인은 이러한 과정에 대해 특별히 이의를 제기하지는 않았던 것으로 보인다.

당사자와 변호인에게 압수·수색 절차에 참여권을 보장하는 취지는 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 탐색·추출을 막기 위함이다.

따라서 피고인이나 변호인에게 압수·수색에 대한 참여 기회가 '실질적으로' 보장되었다고 하기 위해서는 그들이 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 확인하면서 영장 기재 혐의사실과 무관한 정보의 탐색·추출에 이의하는 등 사전에 이를 제지할 수 있는 기회가 있었어야 할 것이다.

앞서 보았듯이 ① 경찰관 공소외 5가 피고인과 변호인과 같은 사무실에 있기는 하였지만 그들의 관여 없이 혼자서 이 사건 전자정보를 탐색·추출한 점, ② 경찰관 공소외 5나 공소외 4가 피고인과 변호인에게 휴대전화에서 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 보여주거나, 피고인이나 변호인에게 전자정보 탐색·추출 과정을 참관할 수 있음을 고지하고 그들이 원할 경우 그 과정에 참여시키는 등으로 참여의 기회를 제공하였다는 점에 관한 객관적인 자료가 없는 점(당사자의 참여권을 보장하였다는 점에 대한 증명책임은 수사기관에 있다고 보아야 한다), ③ 피고인과 변호인이 이러한 고지를 받지 않은 채 별다른 이의를 제기하지 않았다는 점만으로 그들이 참여 포기 의사를 명확히 하였다고 보기 어려운 점에 비추어 보면, 이 사건 전자정보의 탐색·추출 과정에서 당사자 및 변호인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 할 수 없다.

다) 영장주의 위배 여부

이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실(피고인이 2021. 9.경 서울 강남구 소재 자신의 주거지에서 공소외 6으로부터 펜타닐 패치를 수수하고 공소외 6과 함께 이를 사용하였다는 사실)과, 공소외 1 등이 관련된 범죄사실(피고인이 ① 2021. 5. 17. 서울 마포구에서 공소외 1에게 향정신성의약품 메디키넷리타드정 4정을 무상 교부하고, ② 2022. 4. 13. 서울 종로구에서 공소외 2로부터 향정신성의약품 자나팜정 4정을 무상 수수하고, ③ 2022. 6. 11. 서울 마포구에서 공소외 3으로부터 향정신성의약품 페니드정 5정을 무상 수수하였다는 사실)은 마약류 수수의 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로, 위 영장 기재 범죄혐의사실과 사이에 객관적 관련성이 있다고 할 수 없다.

검사는 위 압수·수색영장의 '압수할 물건'란에는 '피의자가 소지·사용하는 전자정보 저장매체에 저장된 전자정보 중 마약류 범행과 관련된 전자정보'라고 기재되어 있으므로, 영장에 기재된 범죄혐의사실에 한정되지 않고 피고인의 마약류 범행에 관한 전자정보를 폭넓게 압수·수색할 수 있다고 주장한다.

그러나 이 사건 압수·수색영장은 압수대상 및 방법을 제한하여 일부 기각하는 취지로 발부되었고, 위 영장에 첨부된 별지 '압수대상 및 방법의 제한'에는 전자정보의 압수는 혐의사실과 관련된 전자정보만을 출력·복사하여야 함이 명확

하게 기재되어 있다(증거기록 124면 이하). 앞서 관련 법리에서 본 것처럼 영장 기재 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 관련성 있는 정보라고 볼 수 없고, 달리 이 사건 전자정보와 영장 기재 혐의 사실 사이에 구체적·개별적 연관관계가 있다고 평가하기도 어렵다.

검사는 또한 이 사건 전자정보를 통해 피고인이 평소 마약류를 취급해 온 사람이라는 점을 알 수 있으므로 이는 영장 기재 혐의사실에 대한 간접증거나 정황증거로 사용할 수 있어 관련성을 인정할 수 있다는 취지로도 주장한다.

그러나 수사기관이 이 사건 전자정보를 압수·수색할 당시에는, 이미 영장 기재 혐의사실에 관하여 공범인 공소외 6의 진술, 공소외 6과 피고인 사이의 인스타그램 대화내역 및 전화통화내역(증거순번 1~9) 등 핵심적인 증거를 확보한 상태였다.

따라서 피고인이 공소외 6이 아닌 다른 사람들과 다른 시기에 향정신성의약품 수수에 관한 대화를 나누었다는 사정은 공소외 6과 관련된 범행의 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하는 데 도움이 된다고 볼 수 없고, 이러한 정보에 대한 압수·수색은 별건 범죄혐의의 수사를 위한 것으로 볼 수밖에 없다.

결국 경찰이 이 사건 전자정보에 대한 탐색을 중단하고 새로운 압수·수색영장을 발부받는 등의 절차를 거치지 않고 임의로 이 사건 전자정보의 탐색·추출에 나아간 것은, 영장 기재 혐의사실과 관련성 없는 정보에 관한 것으로서 영장주의를 위반하여 위법하다.

검사의 이 부분 주장은 모두 받아들일 수 없다.

나. 2차적 증거의 증거능력 및 유무죄 판단

1) 원심의 판단

원심은, 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등과 관련된 증거, 즉 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서, 진료비 세부산정내역 등은 위법수집증거인 이 사건 전자정보를 기초로 획득한 2차적 증거에 해당하여 증거능력이 없다고 판단하였다.

다만 공소외 1 등과 관련된 공소사실에 대한 피고인의 법정자백은 피고인이 상당한 기간 변호인의 충분한 조력을 받고 공개된 법정에서 진술거부권을 고지받은 등 적법한 절차를 통해 임의로 이루어져, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 절차적 위법성과 인과관계가 단절되었다고 판단하였다.

증인 공소외 1 등의 공소사실에 부합하는 원심 법정진술에 대해서는, ① 증인들이 법원의 소환을 받고 공개된 법정에서 임의로 출석하여 진술거부권을 고지받은 후 증언하였고, ② 수사기관에서 진술한 후 상당한 시간이 지났음에도 자발적으로 증언한 점, ③ 증인신문 과정에서 이 사건 전자정보가 제시되지 않았고 전자정보에 대한 문답은 증인들이 경험한 사실관계를 진술하는 과정에서 이루어진 점 등에 비추어, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 위법성과 위법정진술 사이에 인과관계가 단절되었다고 판단하여 공소외 1 등의 법정진술의 증거능력을 인정하고, 이를 토대로 관련된 공소사실을 유죄로 판단하였다.

2) 당심의 판단

가) 기록에 의하면, 원심이 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서 등의 증거능력을 배척한 반면, 피고인의 원심법정 자백은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 단절되었다고 보아 증거능력을 인정한 것은 타당하다.

나) 공소외 1 등의 원심 법정진술의 증거능력에 관하여 살펴본다.

(1) 기록에 의하면, 수사기관은 이 사건 전자정보를 토대로 공소외 1 등과 관련된 범죄혐의를 인지한 다음 공소외 1 등을 소환하여 피의자신문조서를 작성한 사실, 피고인이 원심에서 위 증거가 위법수집증거라고 다투자 검사는 그들을 증인으로 신청하였고, 공소외 1 등은 법원의 소환을 받고 법정에 출석하여 증언거부권을 고지받은 후 선서하고 진술하였으며, 그 과정에서 이 사건 전자정보나 그들에 대한 수사기관 조서는 제시받지 않은 사실이 인정된다.

(2) 증인 공소외 1은 '본인이 2021. 5. 17. 무렵 우울증이 심하고 많이 아파서 그 무렵의 일이 기억이 잘 나지 않고, 피고인이 퀵서비스로 보낸 메디키네티타드정 4정이 들어있는 상자를 받은 것도 잘 기억나지 않으며, 검찰 조사 때 피고인과 주고받은 메시지를 보고 인정하였으며, 그런 대화 내용이 있다면 아마 받았을 것이다.

'는 취지로 진술하였다.

이러한 공소외 1의 진술은 본인 스스로의 기억보다는 수사기관 조사 당시 제시받은 이 사건 전자정보에 의존하고 있고, 이 사건 전자정보가 제시되지 않았다면 공소외 1이 스스로의 기억에 따라 공소사실에 부합하는 진술을 하였을지 불분명하다.

따라서 증인 공소외 1의 진술과 이 사건 전자정보의 수집 과정의 위법성 사이에 인과관계가 희석되거나 단절되었다고 보기 어렵다.

(3) 한편 증인 공소외 2와 공소외 3은 원심법정에서 '수사기관 조사 당시 피고인과 주고받은 메시지를 보았고, 공소사실과 같이 피고인의 부탁을 받고 본인이 처방받아 복용하던 항정신성의약품 일부를 피고인에게 무상으로 교부한 사실이 기억이 난다.

'고 진술하여, 공소외 1과 달리 이 사건 전자정보에 의존하지 않고 피고인과 항정신성의약품을 주고받은 사실에 대한 스스로의 기억에 의존하여 공소사실에 부합하는 진술을 하였다.

비록 경찰이 이 부분 범죄의 단서(이 사건 전자정보)를 적법절차를 위반하여 포착하였지만, 그러한 단서 없이는 관련된 수사가 개시되지 못하였을 것이라는 이유로 그 후 수집된 증거들의 증거능력을 일률적으로 부정한다면 수사기관이 별건 압수 등으로 범죄혐의에 대한 단서를 위법하게 지득한 경우 그 후 해당 범죄에 대한 일체의 수사과 기소가 불가능해져 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권 행사가 예외 없이 불가능해질 수 있다.

위법한 절차위반 행위 후 계속된 수사 과정에서 수집된 증거의 증거능력은, 그 절차위반 행위와 새로운 증거 수집 사이의 인과관계가 희석·단절되었는지를 개별적으로 판단해야 할 것이다.

증인 공소외 2, 공소외 3이 자신들의 기억에 의존하여 명확하게 공소사실에 부합하는 진술을 하고 있고 수사기관에서 이 사건 전자정보를 제시받지 않았더라도 동일한 취지의 진술을 하였을 것으로 보이는 점, 피고인도 이 부분 공소사실 자체에 대해서는 인정하고 있으면서 보강증거의 유무에 대해서만 다투고 있는 점을 고려하면, 증인 공소외 2, 공소외 3의 법정진술은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 희석·단절되어 증거능력을 인정할 수 있다고 판단된다.

다.

소결론

원심이 공소외 1의 법정진술의 증거능력이 있다고 본 것은 잘못이고, 위 진술 외에는 관련 공소사실에 대하여 피고인의 자백이 유일한 증거로서 보강증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고해야 한다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

그 외에 원심이 증인 공소외 2, 공소외 3의 원심 법정진술의 증거능력을 인정하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 타당하고, 여기에 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 위 부분 주장은 받아들이지 않는다.

3. 직권판단(병합심리로 인한 파기)

원심판결들에 대하여 피고인이 항소를 제기하였고, 이 법원은 위 각 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다. 그런데 피고인의 제1 원심 판시 제2의 나., 다.

죄(공소외 2, 공소외 3 관련 향정신성의약품 수수의 점)는 제2 원심 판시 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

4. 결론

제1 원심판결 중 판시 제2의 가.죄에 대한 피고인의 항소는 이유 있어 파기되어야 하고, 같은 판결의 판시 제1의 가., 나. 죄 부분은 위 파기 부분과 하나의 형이 선고되었으므로 함께 파기되어야 한다.

제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결들을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 제1 원심판결 중 각 향정신성의약품 수수의 점에 관한 사실오인 및 법리오해

피고인이 휴대전화를 통해 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3(이하 위 3명을 통칭할 때에는 '공소외 1 등'이라고 한다)과 주고받은 메시지(이하 '이 사건 전자정보'라 한다)는 수사기관이 위 전자정보를 추출하는 과정에서 피고인과 변호인의 참여권을 보장하지 않았을 뿐만 아니라 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 무관한 내용으로서 위법수집증거이고, 증인 공소외 1 등의 법정진술은 위와 같은 위법수집증거에 기한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

그럼에도 원심이 증인 공소외 1 등의 법정진술에 증거능력이 있다고 보고 관련된 공소사실을 유죄로 인정한 것은 잘못이다.

2) 양형부당

각 원심의 형(제1 원심: 징역 1년 및 벌금 1,000만 원, 제2 원심: 벌금 700만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

각 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 이 사건 전자정보의 증거능력

1) 원심의 판단

원심은, ① 피고인과 변호인이 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받을 당시 다른 경찰관 공소외 5가 피고인과 떨어진 자리에서 피고인의 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 추출하였고, ② 그 과정에서 피고인이나 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할 수 있음을 고지하였다는 등의 객관적 증거는 없는 점, ③ 증인 공소외 5, 공소외 4의 원심 법정진술만으로는 그들이 피고인과 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할지 여부를 미리 확인하거나 피고인과 변호인이 참여 포기 의사를 명백히 밝혔다고 보기 어려운 점에 비추어, 이 사건 전자정보의 압수·수색 과정에서 피고인과 변호인의 참여권이 보장되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

또한 ④ 공소외 1 등이 관련된 범죄사실은 이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로 영장 기재 혐의사실과 객관적 관련성이 없는 점, ⑤ 그럼에도 경찰이 별도의 영장을 발부받지 않고 이 사건 전자정보를 추출한 점에 비추어, 이 사건 전자정보에 대한 압수·수색 절차는 영장주의에도 위배된다고 보아, 이 사건 전자정보는 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 판단하였다.

2) 당심의 추가 판단

원심이 판시한 사정에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 따라 알 수 있는 다음과 같은 사정까지 고려하면, 이 사건 전자정보의 증거능력이 없다고 본 원심의 판단은 정당하다.

가) 관련 법리

수사기관이 압수한 휴대폰을 수사기관 사무실로 옮겨 탐색·복제·출력하는 과정도 모두 압수·수색의 일환에 해당하므로 이는 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하고, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 참조).

혐의사실과 전자정보 사이에 객관적 관련성이 있는지는 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

다만 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장 범죄혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 인정되는 것이 아니고, 혐의사실의 내용, 수사의 대상과 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있어야 한다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결 등 참조).

나) 참여권 보장 여부

CCTV 영상 캡처 사진, USB(CCTV 영상 첨부)(증거목록 순번 77, 78) 등 관련된 증거에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

경찰관 공소외 5가 피고인의 휴대전화에서 이 사건 전자정보를 탐색·추출할 당시 피고인은 변호인의 참여하에 같은 사무실에 있는 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받고 있었다.

경찰관 공소외 4와 공소외 5는 나란히 배열된 책상에 앉아 있었고, 피고인과 변호인은 책상을 사이에 두고 공소외 4의 맞은편에 앉아 있어 공소외 5와는 책상을 사이에 두고 대각선 맞은편에 앉아 있었는데, 피고인과 변호인이 앉은 자리에서 공소외 5가 탐색 중인 휴대전화 화면이 보이지 않는다.

공소외 5는 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 출력한 다음 이를 공소외 4에게 교부하였고, 공소외 4는 그제서야 피고인과 변호인에게 위 전자정보를 제시하였다.

피고인이나 변호인은 이러한 과정에 대해 특별히 이의를 제기하지는 않았던 것으로 보인다.

당사자와 변호인에게 압수·수색 절차에 참여권을 보장하는 취지는 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 탐색·추출을 막기 위함이다.

따라서 피고인이나 변호인에게 압수·수색에 대한 참여 기회가 '실질적으로' 보장되었다고 하기 위해서는 그들이 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 확인하면서 영장 기재 혐의사실과 무관한 정보의 탐색·추출에 이의하는 등 사전에 이를 제지할 수 있는 기회가 있었어야 할 것이다.

앞서 보았듯이 ① 경찰관 공소외 5가 피고인과 변호인과 같은 사무실에 있기는 하였지만 그들의 관여 없이 혼자서 이 사건 전자정보를 탐색·추출한 점, ② 경찰관 공소외 5나 공소외 4가 피고인과 변호인에게 휴대전화에서 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 보여주거나, 피고인이나 변호인에게 전자정보 탐색·추출 과정을 참관할 수 있음을 고지하고 그들이 원할 경우 그 과정에 참여시키는 등으로 참여의 기회를 제공하였다는 점에 관한 객관적인 자료가 없는 점(당사자의 참여권을 보장하였다는 점에 대한 증명책임은 수사기관에 있다고 보아야 한다), ③ 피고인과 변호인이 이러한 고지를 받지 않은 채 별다른 이의를 제기하지 않았다는 점만으로 그들이 참여 포기 의사를 명확히 하였다고 보기 어려운 점에 비추어 보면, 이 사건 전자정보의 탐색·추출 과정에서 당사자 및 변호인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 할 수 없다.

다) 영장주의 위배 여부

이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실(피고인이 2021. 9.경 서울 강남구 소재 자신의 주거지에서 공소외 6으로부터 펜타닐 패치를 수수하고 공소외 6과 함께 이를 사용하였다는 사실)과, 공소외 1 등이 관련된 범죄사실(피고인이 ① 2021. 5. 17. 서울 마포구에서 공소외 1에게 향정신성의약품 메디키넷리타드정 4정을 무상 교부하고, ② 2022. 4. 13. 서울 종로구에서 공소외 2로부터 향정신성의약품 자나팜정 4정을 무상 수수하고, ③ 2022. 6. 11. 서울 마포구에서 공소외 3으로부터 향정신성의약품 페니드정 5정을 무상 수수하였다는 사실)은 마약류 수수의 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로, 위 영장 기재 범죄혐의사실과 사이에 객관적 관련성이 있다고 할 수 없다.

검사는 위 압수·수색영장의 '압수할 물건'란에는 '피의자가 소지·사용하는 전자정보 저장매체에 저장된 전자정보 중 마약류 범행과 관련된 전자정보'라고 기재되어 있으므로, 영장에 기재된 범죄혐의사실에 한정되지 않고 피고인의 마약류 범행에 관한 전자정보를 폭넓게 압수·수색할 수 있다고 주장한다.

그러나 이 사건 압수·수색영장은 압수대상 및 방법을 제한하여 일부 기각하는 취지로 발부되었고, 위 영장에 첨부된 별지 '압수대상 및 방법의 제한'에는 전자정보의 압수는 혐의사실과 관련된 전자정보만을 출력·복사하여야 함이 명확

하게 기재되어 있다(증거기록 124면 이하). 앞서 관련 법리에서 본 것처럼 영장 기재 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 관련성 있는 정보라고 볼 수 없고, 달리 이 사건 전자정보와 영장 기재 혐의 사실 사이에 구체적·개별적 연관관계가 있다고 평가하기도 어렵다.

검사는 또한 이 사건 전자정보를 통해 피고인이 평소 마약류를 취급해 온 사람이라는 점을 알 수 있으므로 이는 영장 기재 혐의사실에 대한 간접증거나 정황증거로 사용할 수 있어 관련성을 인정할 수 있다는 취지로도 주장한다.

그러나 수사기관이 이 사건 전자정보를 압수·수색할 당시에는, 이미 영장 기재 혐의사실에 관하여 공범인 공소외 6의 진술, 공소외 6과 피고인 사이의 인스타그램 대화내역 및 전화통화내역(증거순번 1~9) 등 핵심적인 증거를 확보한 상태였다.

따라서 피고인이 공소외 6이 아닌 다른 사람들과 다른 시기에 향정신성의약품 수수에 관한 대화를 나누었다는 사정은 공소외 6과 관련된 범행의 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하는 데 도움이 된다고 볼 수 없고, 이러한 정보에 대한 압수·수색은 별건 범죄혐의의 수사를 위한 것으로 볼 수밖에 없다.

결국 경찰이 이 사건 전자정보에 대한 탐색을 중단하고 새로운 압수·수색영장을 발부받는 등의 절차를 거치지 않고 임의로 이 사건 전자정보의 탐색·추출에 나아간 것은, 영장 기재 혐의사실과 관련성 없는 정보에 관한 것으로서 영장주의를 위반하여 위법하다.

검사의 이 부분 주장은 모두 받아들일 수 없다.

나. 2차적 증거의 증거능력 및 유무죄 판단

1) 원심의 판단

원심은, 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등과 관련된 증거, 즉 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서, 진료비 세부산정내역 등은 위법수집증거인 이 사건 전자정보를 기초로 획득한 2차적 증거에 해당하여 증거능력이 없다고 판단하였다.

다만 공소외 1 등과 관련된 공소사실에 대한 피고인의 법정자백은 피고인이 상당한 기간 변호인의 충분한 조력을 받고 공개된 법정에서 진술거부권을 고지받은 등 적법한 절차를 통해 임의로 이루어져, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 절차적 위법성과 인과관계가 단절되었다고 판단하였다.

증인 공소외 1 등의 공소사실에 부합하는 원심 법정진술에 대해서는, ① 증인들이 법원의 소환을 받고 공개된 법정에서 임의로 출석하여 진술거부권을 고지받은 후 증언하였고, ② 수사기관에서 진술한 후 상당한 시간이 지났음에도 자발적으로 증언한 점, ③ 증인신문 과정에서 이 사건 전자정보가 제시되지 않았고 전자정보에 대한 문답은 증인들이 경험한 사실관계를 진술하는 과정에서 이루어진 점 등에 비추어, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 위법성과 위법정진술 사이에 인과관계가 단절되었다고 판단하여 공소외 1 등의 법정진술의 증거능력을 인정하고, 이를 토대로 관련된 공소사실을 유죄로 판단하였다.

2) 당심의 판단

가) 기록에 의하면, 원심이 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서 등의 증거능력을 배척한 반면, 피고인의 원심법정 자백은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 단절되었다고 보아 증거능력을 인정한 것은 타당하다.

나) 공소외 1 등의 원심 법정진술의 증거능력에 관하여 살펴본다.

(1) 기록에 의하면, 수사기관은 이 사건 전자정보를 토대로 공소외 1 등과 관련된 범죄혐의를 인지한 다음 공소외 1 등을 소환하여 피의자신문조서를 작성한 사실, 피고인이 원심에서 위 증거가 위법수집증거라고 다투자 검사는 그들을 증인으로 신청하였고, 공소외 1 등은 법원의 소환을 받고 법정에 출석하여 증언거부권을 고지받은 후 선서하고 진술하였으며, 그 과정에서 이 사건 전자정보나 그들에 대한 수사기관 조서는 제시받지 않은 사실이 인정된다.

(2) 증인 공소외 1은 '본인이 2021. 5. 17. 무렵 우울증이 심하고 많이 아파서 그 무렵의 일이 기억이 잘 나지 않고, 피고인이 퀵서비스로 보낸 메디키네티타드정 4정이 들어있는 상자를 받은 것도 잘 기억나지 않으며, 검찰 조사 때 피고인과 주고받은 메시지를 보고 인정하였으며, 그런 대화 내용이 있다면 아마 받았을 것이다.

'는 취지로 진술하였다.

이러한 공소외 1의 진술은 본인 스스로의 기억보다는 수사기관 조사 당시 제시받은 이 사건 전자정보에 의존하고 있고, 이 사건 전자정보가 제시되지 않았다면 공소외 1이 스스로의 기억에 따라 공소사실에 부합하는 진술을 하였을지 불분명하다.

따라서 증인 공소외 1의 진술과 이 사건 전자정보의 수집 과정의 위법성 사이에 인과관계가 희석되거나 단절되었다고 보기 어렵다.

(3) 한편 증인 공소외 2와 공소외 3은 원심법정에서 '수사기관 조사 당시 피고인과 주고받은 메시지를 보았고, 공소사실과 같이 피고인의 부탁을 받고 본인이 처방받아 복용하던 항정신성의약품 일부를 피고인에게 무상으로 교부한 사실이 기억이 난다.

'고 진술하여, 공소외 1과 달리 이 사건 전자정보에 의존하지 않고 피고인과 항정신성의약품을 주고받은 사실에 대한 스스로의 기억에 의존하여 공소사실에 부합하는 진술을 하였다.

비록 경찰이 이 부분 범죄의 단서(이 사건 전자정보)를 적법절차를 위반하여 포착하였지만, 그러한 단서 없이는 관련된 수사가 개시되지 못하였을 것이라는 이유로 그 후 수집된 증거들의 증거능력을 일률적으로 부정한다면 수사기관이 별건 압수 등으로 범죄혐의에 대한 단서를 위법하게 지득한 경우 그 후 해당 범죄에 대한 일체의 수사과 기소가 불가능해져 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권 행사가 예외 없이 불가능해질 수 있다.

위법한 절차위반 행위 후 계속된 수사 과정에서 수집된 증거의 증거능력은, 그 절차위반 행위와 새로운 증거 수집 사이의 인과관계가 희석·단절되었는지를 개별적으로 판단해야 할 것이다.

증인 공소외 2, 공소외 3이 자신들의 기억에 의존하여 명확하게 공소사실에 부합하는 진술을 하고 있고 수사기관에서 이 사건 전자정보를 제시받지 않았더라도 동일한 취지의 진술을 하였을 것으로 보이는 점, 피고인도 이 부분 공소사실 자체에 대해서는 인정하고 있으면서 보강증거의 유무에 대해서만 다투고 있는 점을 고려하면, 증인 공소외 2, 공소외 3의 법정진술은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 희석·단절되어 증거능력을 인정할 수 있다고 판단된다.

다.

소결론

원심이 공소외 1의 법정진술의 증거능력이 있다고 본 것은 잘못이고, 위 진술 외에는 관련 공소사실에 대하여 피고인의 자백이 유일한 증거로서 보강증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고해야 한다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

그 외에 원심이 증인 공소외 2, 공소외 3의 원심 법정진술의 증거능력을 인정하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 타당하고, 여기에 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 위 부분 주장은 받아들이지 않는다.

3. 직권판단(병합심리로 인한 파기)

원심판결들에 대하여 피고인이 항소를 제기하였고, 이 법원은 위 각 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다. 그런데 피고인의 제1 원심 판시 제2의 나., 다.

죄(공소외 2, 공소외 3 관련 향정신성의약품 수수의 점)는 제2 원심 판시 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

4. 결론

제1 원심판결 중 판시 제2의 가.죄에 대한 피고인의 항소는 이유 있어 파기되어야 하고, 같은 판결의 판시 제1의 가., 나. 죄 부분은 위 파기 부분과 하나의 형이 선고되었으므로 함께 파기되어야 한다.

제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결들을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 제1 원심판결 중 각 향정신성의약품 수수의 점에 관한 사실오인 및 법리오해

피고인이 휴대전화를 통해 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3(이하 위 3명을 통칭할 때에는 '공소외 1 등'이라고 한다)과 주고받은 메시지(이하 '이 사건 전자정보'라 한다)는 수사기관이 위 전자정보를 추출하는 과정에서 피고인과 변호인의 참여권을 보장하지 않았을 뿐만 아니라 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 무관한 내용으로서 위법수집증거이고, 증인 공소외 1 등의 법정진술은 위와 같은 위법수집증거에 기한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

그럼에도 원심이 증인 공소외 1 등의 법정진술에 증거능력이 있다고 보고 관련된 공소사실을 유죄로 인정한 것은 잘못이다.

2) 양형부당

각 원심의 형(제1 원심: 징역 1년 및 벌금 1,000만 원, 제2 원심: 벌금 700만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

각 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 이 사건 전자정보의 증거능력

1) 원심의 판단

원심은, ① 피고인과 변호인이 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받을 당시 다른 경찰관 공소외 5가 피고인과 떨어진 자리에서 피고인의 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 추출하였고, ② 그 과정에서 피고인이나 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할 수 있음을 고지하였다는 등의 객관적 증거는 없는 점, ③ 증인 공소외 5, 공소외 4의 원심 법정진술만으로는 그들이 피고인과 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할지 여부를 미리 확인하거나 피고인과 변호인이 참여 포기 의사를 명백히 밝혔다고 보기 어려운 점에 비추어, 이 사건 전자정보의 압수·수색 과정에서 피고인과 변호인의 참여권이 보장되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

또한 ④ 공소외 1 등이 관련된 범죄사실은 이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로 영장 기재 혐의사실과 객관적 관련성이 없는 점, ⑤ 그럼에도 경찰이 별도의 영장을 발부받지 않고 이 사건 전자정보를 추출한 점에 비추어, 이 사건 전자정보에 대한 압수·수색 절차는 영장주의에도 위배된다고 보아, 이 사건 전자정보는 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 판단하였다.

2) 당심의 추가 판단

원심이 판시한 사정에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 따라 알 수 있는 다음과 같은 사정까지 고려하면, 이 사건 전자정보의 증거능력이 없다고 본 원심의 판단은 정당하다.

가) 관련 법리

수사기관이 압수한 휴대폰을 수사기관 사무실로 옮겨 탐색·복제·출력하는 과정도 모두 압수·수색의 일환에 해당하므로 이는 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하고, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 참조).

혐의사실과 전자정보 사이에 객관적 관련성이 있는지는 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

다만 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장 범죄혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 인정되는 것이 아니고, 혐의사실의 내용, 수사의 대상과 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있어야 한다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결 등 참조).

나) 참여권 보장 여부

CCTV 영상 캡처 사진, USB(CCTV 영상 첨부)(증거목록 순번 77, 78) 등 관련된 증거에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

경찰관 공소외 5가 피고인의 휴대전화에서 이 사건 전자정보를 탐색·추출할 당시 피고인은 변호인의 참여하에 같은 사무실에 있는 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받고 있었다.

경찰관 공소외 4와 공소외 5는 나란히 배열된 책상에 앉아 있었고, 피고인과 변호인은 책상을 사이에 두고 공소외 4의 맞은편에 앉아 있어 공소외 5와는 책상을 사이에 두고 대각선 맞은편에 앉아 있었는데, 피고인과 변호인이 앉은 자리에서 공소외 5가 탐색 중인 휴대전화 화면이 보이지 않는다.

공소외 5는 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 출력한 다음 이를 공소외 4에게 교부하였고, 공소외 4는 그제서야 피고인과 변호인에게 위 전자정보를 제시하였다.

피고인이나 변호인은 이러한 과정에 대해 특별히 이의를 제기하지는 않았던 것으로 보인다.

당사자와 변호인에게 압수·수색 절차에 참여권을 보장하는 취지는 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 탐색·추출을 막기 위함이다.

따라서 피고인이나 변호인에게 압수·수색에 대한 참여 기회가 '실질적으로' 보장되었다고 하기 위해서는 그들이 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 확인하면서 영장 기재 혐의사실과 무관한 정보의 탐색·추출에 이의하는 등 사전에 이를 제지할 수 있는 기회가 있었어야 할 것이다.

앞서 보았듯이 ① 경찰관 공소외 5가 피고인과 변호인과 같은 사무실에 있기는 하였지만 그들의 관여 없이 혼자서 이 사건 전자정보를 탐색·추출한 점, ② 경찰관 공소외 5나 공소외 4가 피고인과 변호인에게 휴대전화에서 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 보여주거나, 피고인이나 변호인에게 전자정보 탐색·추출 과정을 참관할 수 있음을 고지하고 그들이 원할 경우 그 과정에 참여시키는 등으로 참여의 기회를 제공하였다는 점에 관한 객관적인 자료가 없는 점(당사자의 참여권을 보장하였다는 점에 대한 증명책임은 수사기관에 있다고 보아야 한다), ③ 피고인과 변호인이 이러한 고지를 받지 않은 채 별다른 이의를 제기하지 않았다는 점만으로 그들이 참여 포기 의사를 명확히 하였다고 보기 어려운 점에 비추어 보면, 이 사건 전자정보의 탐색·추출 과정에서 당사자 및 변호인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 할 수 없다.

다) 영장주의 위배 여부

이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실(피고인이 2021. 9.경 서울 강남구 소재 자신의 주거지에서 공소외 6으로부터 펜타닐 패치를 수수하고 공소외 6과 함께 이를 사용하였다는 사실)과, 공소외 1 등이 관련된 범죄사실(피고인이 ① 2021. 5. 17. 서울 마포구에서 공소외 1에게 향정신성의약품 메디키넷리타드정 4정을 무상 교부하고, ② 2022. 4. 13. 서울 종로구에서 공소외 2로부터 향정신성의약품 자나팜정 4정을 무상 수수하고, ③ 2022. 6. 11. 서울 마포구에서 공소외 3으로부터 향정신성의약품 페니드정 5정을 무상 수수하였다는 사실)은 마약류 수수의 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로, 위 영장 기재 범죄혐의사실과 사이에 객관적 관련성이 있다고 할 수 없다.

검사는 위 압수·수색영장의 '압수할 물건'란에는 '피의자가 소지·사용하는 전자정보 저장매체에 저장된 전자정보 중 마약류 범행과 관련된 전자정보'라고 기재되어 있으므로, 영장에 기재된 범죄혐의사실에 한정되지 않고 피고인의 마약류 범행에 관한 전자정보를 폭넓게 압수·수색할 수 있다고 주장한다.

그러나 이 사건 압수·수색영장은 압수대상 및 방법을 제한하여 일부 기각하는 취지로 발부되었고, 위 영장에 첨부된 별지 '압수대상 및 방법의 제한'에는 전자정보의 압수는 혐의사실과 관련된 전자정보만을 출력·복사하여야 함이 명확

하게 기재되어 있다(증거기록 124면 이하). 앞서 관련 법리에서 본 것처럼 영장 기재 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 관련성 있는 정보라고 볼 수 없고, 달리 이 사건 전자정보와 영장 기재 혐의 사실 사이에 구체적·개별적 연관관계가 있다고 평가하기도 어렵다.

검사는 또한 이 사건 전자정보를 통해 피고인이 평소 마약류를 취급해 온 사람이라는 점을 알 수 있으므로 이는 영장 기재 혐의사실에 대한 간접증거나 정황증거로 사용할 수 있어 관련성을 인정할 수 있다는 취지로도 주장한다.

그러나 수사기관이 이 사건 전자정보를 압수·수색할 당시에는, 이미 영장 기재 혐의사실에 관하여 공범인 공소외 6의 진술, 공소외 6과 피고인 사이의 인스타그램 대화내역 및 전화통화내역(증거순번 1~9) 등 핵심적인 증거를 확보한 상태였다.

따라서 피고인이 공소외 6이 아닌 다른 사람들과 다른 시기에 향정신성의약품 수수에 관한 대화를 나누었다는 사정은 공소외 6과 관련된 범행의 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하는 데 도움이 된다고 볼 수 없고, 이러한 정보에 대한 압수·수색은 별건 범죄혐의의 수사를 위한 것으로 볼 수밖에 없다.

결국 경찰이 이 사건 전자정보에 대한 탐색을 중단하고 새로운 압수·수색영장을 발부받는 등의 절차를 거치지 않고 임의로 이 사건 전자정보의 탐색·추출에 나아간 것은, 영장 기재 혐의사실과 관련성 없는 정보에 관한 것으로서 영장주의를 위반하여 위법하다.

검사의 이 부분 주장은 모두 받아들일 수 없다.

나. 2차적 증거의 증거능력 및 유무죄 판단

1) 원심의 판단

원심은, 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등과 관련된 증거, 즉 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서, 진료비 세부산정내역 등은 위법수집증거인 이 사건 전자정보를 기초로 획득한 2차적 증거에 해당하여 증거능력이 없다고 판단하였다.

다만 공소외 1 등과 관련된 공소사실에 대한 피고인의 법정자백은 피고인이 상당한 기간 변호인의 충분한 조력을 받고 공개된 법정에서 진술거부권을 고지받은 등 적법한 절차를 통해 임의로 이루어져, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 절차적 위법성과 인과관계가 단절되었다고 판단하였다.

증인 공소외 1 등의 공소사실에 부합하는 원심 법정진술에 대해서는, ① 증인들이 법원의 소환을 받고 공개된 법정에서 임의로 출석하여 진술거부권을 고지받은 후 증언하였고, ② 수사기관에서 진술한 후 상당한 시간이 지났음에도 자발적으로 증언한 점, ③ 증인신문 과정에서 이 사건 전자정보가 제시되지 않았고 전자정보에 대한 문답은 증인들이 경험한 사실관계를 진술하는 과정에서 이루어진 점 등에 비추어, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 위법성과 위법정진술 사이에 인과관계가 단절되었다고 판단하여 공소외 1 등의 법정진술의 증거능력을 인정하고, 이를 토대로 관련된 공소사실을 유죄로 판단하였다.

2) 당심의 판단

가) 기록에 의하면, 원심이 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서 등의 증거능력을 배척한 반면, 피고인의 원심법정 자백은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 단절되었다고 보아 증거능력을 인정한 것은 타당하다.

나) 공소외 1 등의 원심 법정진술의 증거능력에 관하여 살펴본다.

(1) 기록에 의하면, 수사기관은 이 사건 전자정보를 토대로 공소외 1 등과 관련된 범죄혐의를 인지한 다음 공소외 1 등을 소환하여 피의자신문조서를 작성한 사실, 피고인이 원심에서 위 증거가 위법수집증거라고 다투자 검사는 그들을 증인으로 신청하였고, 공소외 1 등은 법원의 소환을 받고 법정에 출석하여 증언거부권을 고지받은 후 선서하고 진술하였으며, 그 과정에서 이 사건 전자정보나 그들에 대한 수사기관 조서는 제시받지 않은 사실이 인정된다.

(2) 증인 공소외 1은 '본인이 2021. 5. 17. 무렵 우울증이 심하고 많이 아파서 그 무렵의 일이 기억이 잘 나지 않고, 피고인이 퀵서비스로 보낸 메디키네티타드정 4정이 들어있는 상자를 받은 것도 잘 기억나지 않으며, 검찰 조사 때 피고인과 주고받은 메시지를 보고 인정하였으며, 그런 대화 내용이 있다면 아마 받았을 것이다.

'는 취지로 진술하였다.

이러한 공소외 1의 진술은 본인 스스로의 기억보다는 수사기관 조사 당시 제시받은 이 사건 전자정보에 의존하고 있고, 이 사건 전자정보가 제시되지 않았다면 공소외 1이 스스로의 기억에 따라 공소사실에 부합하는 진술을 하였을지 불분명하다.

따라서 증인 공소외 1의 진술과 이 사건 전자정보의 수집 과정의 위법성 사이에 인과관계가 희석되거나 단절되었다고 보기 어렵다.

(3) 한편 증인 공소외 2와 공소외 3은 원심법정에서 '수사기관 조사 당시 피고인과 주고받은 메시지를 보았고, 공소사실과 같이 피고인의 부탁을 받고 본인이 처방받아 복용하던 항정신성의약품 일부를 피고인에게 무상으로 교부한 사실이 기억이 난다.

'고 진술하여, 공소외 1과 달리 이 사건 전자정보에 의존하지 않고 피고인과 항정신성의약품을 주고받은 사실에 대한 스스로의 기억에 의존하여 공소사실에 부합하는 진술을 하였다.

비록 경찰이 이 부분 범죄의 단서(이 사건 전자정보)를 적법절차를 위반하여 포착하였지만, 그러한 단서 없이는 관련된 수사가 개시되지 못하였을 것이라는 이유로 그 후 수집된 증거들의 증거능력을 일률적으로 부정한다면 수사기관이 별건 압수 등으로 범죄혐의에 대한 단서를 위법하게 지득한 경우 그 후 해당 범죄에 대한 일체의 수사과 기소가 불가능해져 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권 행사가 예외 없이 불가능해질 수 있다.

위법한 절차위반 행위 후 계속된 수사 과정에서 수집된 증거의 증거능력은, 그 절차위반 행위와 새로운 증거 수집 사이의 인과관계가 희석·단절되었는지를 개별적으로 판단해야 할 것이다.

증인 공소외 2, 공소외 3이 자신들의 기억에 의존하여 명확하게 공소사실에 부합하는 진술을 하고 있고 수사기관에서 이 사건 전자정보를 제시받지 않았더라도 동일한 취지의 진술을 하였을 것으로 보이는 점, 피고인도 이 부분 공소사실 자체에 대해서는 인정하고 있으면서 보강증거의 유무에 대해서만 다투고 있는 점을 고려하면, 증인 공소외 2, 공소외 3의 법정진술은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 희석·단절되어 증거능력을 인정할 수 있다고 판단된다.

다.

소결론

원심이 공소외 1의 법정진술의 증거능력이 있다고 본 것은 잘못이고, 위 진술 외에는 관련 공소사실에 대하여 피고인의 자백이 유일한 증거로서 보강증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고해야 한다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

그 외에 원심이 증인 공소외 2, 공소외 3의 원심 법정진술의 증거능력을 인정하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 타당하고, 여기에 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 위 부분 주장은 받아들이지 않는다.

3. 직권판단(병합심리로 인한 파기)

원심판결들에 대하여 피고인이 항소를 제기하였고, 이 법원은 위 각 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다. 그런데 피고인의 제1 원심 판시 제2의 나., 다.

죄(공소외 2, 공소외 3 관련 향정신성의약품 수수의 점)는 제2 원심 판시 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

4. 결론

제1 원심판결 중 판시 제2의 가.죄에 대한 피고인의 항소는 이유 있어 파기되어야 하고, 같은 판결의 판시 제1의 가., 나. 죄 부분은 위 파기 부분과 하나의 형이 선고되었으므로 함께 파기되어야 한다.

제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결들을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 제1 원심판결 중 각 향정신성의약품 수수의 점에 관한 사실오인 및 법리오해

피고인이 휴대전화를 통해 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3(이하 위 3명을 통칭할 때에는 '공소외 1 등'이라고 한다)과 주고받은 메시지(이하 '이 사건 전자정보'라 한다)는 수사기관이 위 전자정보를 추출하는 과정에서 피고인과 변호인의 참여권을 보장하지 않았을 뿐만 아니라 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 무관한 내용으로서 위법수집증거이고, 증인 공소외 1 등의 법정진술은 위와 같은 위법수집증거에 기한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

그럼에도 원심이 증인 공소외 1 등의 법정진술에 증거능력이 있다고 보고 관련된 공소사실을 유죄로 인정한 것은 잘못이다.

2) 양형부당

각 원심의 형(제1 원심: 징역 1년 및 벌금 1,000만 원, 제2 원심: 벌금 700만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

각 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 이 사건 전자정보의 증거능력

1) 원심의 판단

원심은, ① 피고인과 변호인이 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받을 당시 다른 경찰관 공소외 5가 피고인과 떨어진 자리에서 피고인의 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 추출하였고, ② 그 과정에서 피고인이나 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할 수 있음을 고지하였다는 등의 객관적 증거는 없는 점, ③ 증인 공소외 5, 공소외 4의 원심 법정진술만으로는 그들이 피고인과 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할지 여부를 미리 확인하거나 피고인과 변호인이 참여 포기 의사를 명백히 밝혔다고 보기 어려운 점에 비추어, 이 사건 전자정보의 압수·수색 과정에서 피고인과 변호인의 참여권이 보장되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

또한 ④ 공소외 1 등이 관련된 범죄사실은 이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로 영장 기재 혐의사실과 객관적 관련성이 없는 점, ⑤ 그럼에도 경찰이 별도의 영장을 발부받지 않고 이 사건 전자정보를 추출한 점에 비추어, 이 사건 전자정보에 대한 압수·수색 절차는 영장주의에도 위배된다고 보아, 이 사건 전자정보는 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 판단하였다.

2) 당심의 추가 판단

원심이 판시한 사정에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 따라 알 수 있는 다음과 같은 사정까지 고려하면, 이 사건 전자정보의 증거능력이 없다고 본 원심의 판단은 정당하다.

가) 관련 법리

수사기관이 압수한 휴대폰을 수사기관 사무실로 옮겨 탐색·복제·출력하는 과정도 모두 압수·수색의 일환에 해당하므로 이는 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하고, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 참조).

혐의사실과 전자정보 사이에 객관적 관련성이 있는지는 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

다만 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장 범죄혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 인정되는 것이 아니고, 혐의사실의 내용, 수사의 대상과 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있어야 한다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결 등 참조).

나) 참여권 보장 여부

CCTV 영상 캡처 사진, USB(CCTV 영상 첨부)(증거목록 순번 77, 78) 등 관련된 증거에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

경찰관 공소외 5가 피고인의 휴대전화에서 이 사건 전자정보를 탐색·추출할 당시 피고인은 변호인의 참여하에 같은 사무실에 있는 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받고 있었다.

경찰관 공소외 4와 공소외 5는 나란히 배열된 책상에 앉아 있었고, 피고인과 변호인은 책상을 사이에 두고 공소외 4의 맞은편에 앉아 있어 공소외 5와는 책상을 사이에 두고 대각선 맞은편에 앉아 있었는데, 피고인과 변호인이 앉은 자리에서 공소외 5가 탐색 중인 휴대전화 화면이 보이지 않는다.

공소외 5는 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 출력한 다음 이를 공소외 4에게 교부하였고, 공소외 4는 그제서야 피고인과 변호인에게 위 전자정보를 제시하였다.

피고인이나 변호인은 이러한 과정에 대해 특별히 이의를 제기하지는 않았던 것으로 보인다.

당사자와 변호인에게 압수·수색 절차에 참여권을 보장하는 취지는 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 탐색·추출을 막기 위함이다.

따라서 피고인이나 변호인에게 압수·수색에 대한 참여 기회가 '실질적으로' 보장되었다고 하기 위해서는 그들이 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 확인하면서 영장 기재 혐의사실과 무관한 정보의 탐색·추출에 이의하는 등 사전에 이를 제지할 수 있는 기회가 있었어야 할 것이다.

앞서 보았듯이 ① 경찰관 공소외 5가 피고인과 변호인과 같은 사무실에 있기는 하였지만 그들의 관여 없이 혼자서 이 사건 전자정보를 탐색·추출한 점, ② 경찰관 공소외 5나 공소외 4가 피고인과 변호인에게 휴대전화에서 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 보여주거나, 피고인이나 변호인에게 전자정보 탐색·추출 과정을 참관할 수 있음을 고지하고 그들이 원할 경우 그 과정에 참여시키는 등으로 참여의 기회를 제공하였다는 점에 관한 객관적인 자료가 없는 점(당사자의 참여권을 보장하였다는 점에 대한 증명책임은 수사기관에 있다고 보아야 한다), ③ 피고인과 변호인이 이러한 고지를 받지 않은 채 별다른 이의를 제기하지 않았다는 점만으로 그들이 참여 포기 의사를 명확히 하였다고 보기 어려운 점에 비추어 보면, 이 사건 전자정보의 탐색·추출 과정에서 당사자 및 변호인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 할 수 없다.

다) 영장주의 위배 여부

이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실(피고인이 2021. 9.경 서울 강남구 소재 자신의 주거지에서 공소외 6으로부터 펜타닐 패치를 수수하고 공소외 6과 함께 이를 사용하였다는 사실)과, 공소외 1 등이 관련된 범죄사실(피고인이 ① 2021. 5. 17. 서울 마포구에서 공소외 1에게 향정신성의약품 메디키넷리타드정 4정을 무상 교부하고, ② 2022. 4. 13. 서울 종로구에서 공소외 2로부터 향정신성의약품 자나팜정 4정을 무상 수수하고, ③ 2022. 6. 11. 서울 마포구에서 공소외 3으로부터 향정신성의약품 페니드정 5정을 무상 수수하였다는 사실)은 마약류 수수의 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로, 위 영장 기재 범죄혐의사실과 사이에 객관적 관련성이 있다고 할 수 없다.

검사는 위 압수·수색영장의 '압수할 물건'란에는 '피의자가 소지·사용하는 전자정보 저장매체에 저장된 전자정보 중 마약류 범행과 관련된 전자정보'라고 기재되어 있으므로, 영장에 기재된 범죄혐의사실에 한정되지 않고 피고인의 마약류 범행에 관한 전자정보를 폭넓게 압수·수색할 수 있다고 주장한다.

그러나 이 사건 압수·수색영장은 압수대상 및 방법을 제한하여 일부 기각하는 취지로 발부되었고, 위 영장에 첨부된 별지 '압수대상 및 방법의 제한'에는 전자정보의 압수는 혐의사실과 관련된 전자정보만을 출력·복사하여야 함이 명확

하게 기재되어 있다(증거기록 124면 이하). 앞서 관련 법리에서 본 것처럼 영장 기재 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 관련성 있는 정보라고 볼 수 없고, 달리 이 사건 전자정보와 영장 기재 혐의 사실 사이에 구체적·개별적 연관관계가 있다고 평가하기도 어렵다.

검사는 또한 이 사건 전자정보를 통해 피고인이 평소 마약류를 취급해 온 사람이라는 점을 알 수 있으므로 이는 영장 기재 혐의사실에 대한 간접증거나 정황증거로 사용할 수 있어 관련성을 인정할 수 있다는 취지로도 주장한다.

그러나 수사기관이 이 사건 전자정보를 압수·수색할 당시에는, 이미 영장 기재 혐의사실에 관하여 공범인 공소외 6의 진술, 공소외 6과 피고인 사이의 인스타그램 대화내역 및 전화통화내역(증거순번 1~9) 등 핵심적인 증거를 확보한 상태였다.

따라서 피고인이 공소외 6이 아닌 다른 사람들과 다른 시기에 향정신성의약품 수수에 관한 대화를 나누었다는 사정은 공소외 6과 관련된 범행의 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하는 데 도움이 된다고 볼 수 없고, 이러한 정보에 대한 압수·수색은 별건 범죄혐의의 수사를 위한 것으로 볼 수밖에 없다.

결국 경찰이 이 사건 전자정보에 대한 탐색을 중단하고 새로운 압수·수색영장을 발부받는 등의 절차를 거치지 않고 임의로 이 사건 전자정보의 탐색·추출에 나아간 것은, 영장 기재 혐의사실과 관련성 없는 정보에 관한 것으로서 영장주의를 위반하여 위법하다.

검사의 이 부분 주장은 모두 받아들일 수 없다.

나. 2차적 증거의 증거능력 및 유무죄 판단

1) 원심의 판단

원심은, 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등과 관련된 증거, 즉 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서, 진료비 세부산정내역 등은 위법수집증거인 이 사건 전자정보를 기초로 획득한 2차적 증거에 해당하여 증거능력이 없다고 판단하였다.

다만 공소외 1 등과 관련된 공소사실에 대한 피고인의 법정자백은 피고인이 상당한 기간 변호인의 충분한 조력을 받고 공개된 법정에서 진술거부권을 고지받은 등 적법한 절차를 통해 임의로 이루어져, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 절차적 위법성과 인과관계가 단절되었다고 판단하였다.

증인 공소외 1 등의 공소사실에 부합하는 원심 법정진술에 대해서는, ① 증인들이 법원의 소환을 받고 공개된 법정에서 임의로 출석하여 진술거부권을 고지받은 후 증언하였고, ② 수사기관에서 진술한 후 상당한 시간이 지났음에도 자발적으로 증언한 점, ③ 증인신문 과정에서 이 사건 전자정보가 제시되지 않았고 전자정보에 대한 문답은 증인들이 경험한 사실관계를 진술하는 과정에서 이루어진 점 등에 비추어, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 위법성과 위법정진술 사이에 인과관계가 단절되었다고 판단하여 공소외 1 등의 법정진술의 증거능력을 인정하고, 이를 토대로 관련된 공소사실을 유죄로 판단하였다.

2) 당심의 판단

가) 기록에 의하면, 원심이 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서 등의 증거능력을 배척한 반면, 피고인의 원심법정 자백은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 단절되었다고 보아 증거능력을 인정한 것은 타당하다.

나) 공소외 1 등의 원심 법정진술의 증거능력에 관하여 살펴본다.

(1) 기록에 의하면, 수사기관은 이 사건 전자정보를 토대로 공소외 1 등과 관련된 범죄혐의를 인지한 다음 공소외 1 등을 소환하여 피의자신문조서를 작성한 사실, 피고인이 원심에서 위 증거가 위법수집증거라고 다투자 검사는 그들을 증인으로 신청하였고, 공소외 1 등은 법원의 소환을 받고 법정에 출석하여 증언거부권을 고지받은 후 선서하고 진술하였으며, 그 과정에서 이 사건 전자정보나 그들에 대한 수사기관 조서는 제시받지 않은 사실이 인정된다.

(2) 증인 공소외 1은 '본인이 2021. 5. 17. 무렵 우울증이 심하고 많이 아파서 그 무렵의 일이 기억이 잘 나지 않고, 피고인이 퀵서비스로 보낸 메디키네티타드정 4정이 들어있는 상자를 받은 것도 잘 기억나지 않으며, 검찰 조사 때 피고인과 주고받은 메시지를 보고 인정하였으며, 그런 대화 내용이 있다면 아마 받았을 것이다.

'는 취지로 진술하였다.

이러한 공소외 1의 진술은 본인 스스로의 기억보다는 수사기관 조사 당시 제시받은 이 사건 전자정보에 의존하고 있고, 이 사건 전자정보가 제시되지 않았다면 공소외 1이 스스로의 기억에 따라 공소사실에 부합하는 진술을 하였을지 불분명하다.

따라서 증인 공소외 1의 진술과 이 사건 전자정보의 수집 과정의 위법성 사이에 인과관계가 희석되거나 단절되었다고 보기 어렵다.

(3) 한편 증인 공소외 2와 공소외 3은 원심법정에서 '수사기관 조사 당시 피고인과 주고받은 메시지를 보았고, 공소사실과 같이 피고인의 부탁을 받고 본인이 처방받아 복용하던 항정신성의약품 일부를 피고인에게 무상으로 교부한 사실이 기억이 난다.

'고 진술하여, 공소외 1과 달리 이 사건 전자정보에 의존하지 않고 피고인과 항정신성의약품을 주고받은 사실에 대한 스스로의 기억에 의존하여 공소사실에 부합하는 진술을 하였다.

비록 경찰이 이 부분 범죄의 단서(이 사건 전자정보)를 적법절차를 위반하여 포착하였지만, 그러한 단서 없이는 관련된 수사가 개시되지 못하였을 것이라는 이유로 그 후 수집된 증거들의 증거능력을 일률적으로 부정한다면 수사기관이 별건 압수 등으로 범죄혐의에 대한 단서를 위법하게 지득한 경우 그 후 해당 범죄에 대한 일체의 수사과 기소가 불가능해져 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권 행사가 예외 없이 불가능해질 수 있다.

위법한 절차위반 행위 후 계속된 수사 과정에서 수집된 증거의 증거능력은, 그 절차위반 행위와 새로운 증거 수집 사이의 인과관계가 희석·단절되었는지를 개별적으로 판단해야 할 것이다.

증인 공소외 2, 공소외 3이 자신들의 기억에 의존하여 명확하게 공소사실에 부합하는 진술을 하고 있고 수사기관에서 이 사건 전자정보를 제시받지 않았더라도 동일한 취지의 진술을 하였을 것으로 보이는 점, 피고인도 이 부분 공소사실 자체에 대해서는 인정하고 있으면서 보강증거의 유무에 대해서만 다투고 있는 점을 고려하면, 증인 공소외 2, 공소외 3의 법정진술은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 희석·단절되어 증거능력을 인정할 수 있다고 판단된다.

다.

소결론

원심이 공소외 1의 법정진술의 증거능력이 있다고 본 것은 잘못이고, 위 진술 외에는 관련 공소사실에 대하여 피고인의 자백이 유일한 증거로서 보강증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고해야 한다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

그 외에 원심이 증인 공소외 2, 공소외 3의 원심 법정진술의 증거능력을 인정하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 타당하고, 여기에 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 위 부분 주장은 받아들이지 않는다.

3. 직권판단(병합심리로 인한 파기)

원심판결들에 대하여 피고인이 항소를 제기하였고, 이 법원은 위 각 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다. 그런데 피고인의 제1 원심 판시 제2의 나., 다.

죄(공소외 2, 공소외 3 관련 향정신성의약품 수수의 점)는 제2 원심 판시 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

4. 결론

제1 원심판결 중 판시 제2의 가.죄에 대한 피고인의 항소는 이유 있어 파기되어야 하고, 같은 판결의 판시 제1의 가., 나. 죄 부분은 위 파기 부분과 하나의 형이 선고되었으므로 함께 파기되어야 한다.

제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결들을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 제1 원심판결 중 각 향정신성의약품 수수의 점에 관한 사실오인 및 법리오해

피고인이 휴대전화를 통해 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3(이하 위 3명을 통칭할 때에는 '공소외 1 등'이라고 한다)과 주고받은 메시지(이하 '이 사건 전자정보'라 한다)는 수사기관이 위 전자정보를 추출하는 과정에서 피고인과 변호인의 참여권을 보장하지 않았을 뿐만 아니라 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 무관한 내용으로서 위법수집증거이고, 증인 공소외 1 등의 법정진술은 위와 같은 위법수집증거에 기한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

그럼에도 원심이 증인 공소외 1 등의 법정진술에 증거능력이 있다고 보고 관련된 공소사실을 유죄로 인정한 것은 잘못이다.

2) 양형부당

각 원심의 형(제1 원심: 징역 1년 및 벌금 1,000만 원, 제2 원심: 벌금 700만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

각 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 이 사건 전자정보의 증거능력

1) 원심의 판단

원심은, ① 피고인과 변호인이 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받을 당시 다른 경찰관 공소외 5가 피고인과 떨어진 자리에서 피고인의 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 추출하였고, ② 그 과정에서 피고인이나 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할 수 있음을 고지하였다는 등의 객관적 증거는 없는 점, ③ 증인 공소외 5, 공소외 4의 원심 법정진술만으로는 그들이 피고인과 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할지 여부를 미리 확인하거나 피고인과 변호인이 참여 포기 의사를 명백히 밝혔다고 보기 어려운 점에 비추어, 이 사건 전자정보의 압수·수색 과정에서 피고인과 변호인의 참여권이 보장되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

또한 ④ 공소외 1 등이 관련된 범죄사실은 이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로 영장 기재 혐의사실과 객관적 관련성이 없는 점, ⑤ 그럼에도 경찰이 별도의 영장을 발부받지 않고 이 사건 전자정보를 추출한 점에 비추어, 이 사건 전자정보에 대한 압수·수색 절차는 영장주의에도 위배된다고 보아, 이 사건 전자정보는 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 판단하였다.

2) 당심의 추가 판단

원심이 판시한 사정에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 따라 알 수 있는 다음과 같은 사정까지 고려하면, 이 사건 전자정보의 증거능력이 없다고 본 원심의 판단은 정당하다.

가) 관련 법리

수사기관이 압수한 휴대폰을 수사기관 사무실로 옮겨 탐색·복제·출력하는 과정도 모두 압수·수색의 일환에 해당하므로 이는 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하고, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 참조).

혐의사실과 전자정보 사이에 객관적 관련성이 있는지는 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

다만 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장 범죄혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 인정되는 것이 아니고, 혐의사실의 내용, 수사의 대상과 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있어야 한다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결 등 참조).

나) 참여권 보장 여부

CCTV 영상 캡처 사진, USB(CCTV 영상 첨부)(증거목록 순번 77, 78) 등 관련된 증거에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

경찰관 공소외 5가 피고인의 휴대전화에서 이 사건 전자정보를 탐색·추출할 당시 피고인은 변호인의 참여하에 같은 사무실에 있는 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받고 있었다.

경찰관 공소외 4와 공소외 5는 나란히 배열된 책상에 앉아 있었고, 피고인과 변호인은 책상을 사이에 두고 공소외 4의 맞은편에 앉아 있어 공소외 5와는 책상을 사이에 두고 대각선 맞은편에 앉아 있었는데, 피고인과 변호인이 앉은 자리에서 공소외 5가 탐색 중인 휴대전화 화면이 보이지 않는다.

공소외 5는 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 출력한 다음 이를 공소외 4에게 교부하였고, 공소외 4는 그제서야 피고인과 변호인에게 위 전자정보를 제시하였다.

피고인이나 변호인은 이러한 과정에 대해 특별히 이의를 제기하지는 않았던 것으로 보인다.

당사자와 변호인에게 압수·수색 절차에 참여권을 보장하는 취지는 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 탐색·추출을 막기 위함이다.

따라서 피고인이나 변호인에게 압수·수색에 대한 참여 기회가 '실질적으로' 보장되었다고 하기 위해서는 그들이 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 확인하면서 영장 기재 혐의사실과 무관한 정보의 탐색·추출에 이의하는 등 사전에 이를 제지할 수 있는 기회가 있었어야 할 것이다.

앞서 보았듯이 ① 경찰관 공소외 5가 피고인과 변호인과 같은 사무실에 있기는 하였지만 그들의 관여 없이 혼자서 이 사건 전자정보를 탐색·추출한 점, ② 경찰관 공소외 5나 공소외 4가 피고인과 변호인에게 휴대전화에서 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 보여주거나, 피고인이나 변호인에게 전자정보 탐색·추출 과정을 참관할 수 있음을 고지하고 그들이 원할 경우 그 과정에 참여시키는 등으로 참여의 기회를 제공하였다는 점에 관한 객관적인 자료가 없는 점(당사자의 참여권을 보장하였다는 점에 대한 증명책임은 수사기관에 있다고 보아야 한다), ③ 피고인과 변호인이 이러한 고지를 받지 않은 채 별다른 이의를 제기하지 않았다는 점만으로 그들이 참여 포기 의사를 명확히 하였다고 보기 어려운 점에 비추어 보면, 이 사건 전자정보의 탐색·추출 과정에서 당사자 및 변호인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 할 수 없다.

다) 영장주의 위배 여부

이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실(피고인이 2021. 9.경 서울 강남구 소재 자신의 주거지에서 공소외 6으로부터 펜타닐 패치를 수수하고 공소외 6과 함께 이를 사용하였다는 사실)과, 공소외 1 등이 관련된 범죄사실(피고인이 ① 2021. 5. 17. 서울 마포구에서 공소외 1에게 향정신성의약품 메디키넷리타드정 4정을 무상 교부하고, ② 2022. 4. 13. 서울 종로구에서 공소외 2로부터 향정신성의약품 자나팜정 4정을 무상 수수하고, ③ 2022. 6. 11. 서울 마포구에서 공소외 3으로부터 향정신성의약품 페니드정 5정을 무상 수수하였다는 사실)은 마약류 수수의 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로, 위 영장 기재 범죄혐의사실과 사이에 객관적 관련성이 있다고 할 수 없다.

검사는 위 압수·수색영장의 '압수할 물건'란에는 '피의자가 소지·사용하는 전자정보 저장매체에 저장된 전자정보 중 마약류 범행과 관련된 전자정보'라고 기재되어 있으므로, 영장에 기재된 범죄혐의사실에 한정되지 않고 피고인의 마약류 범행에 관한 전자정보를 폭넓게 압수·수색할 수 있다고 주장한다.

그러나 이 사건 압수·수색영장은 압수대상 및 방법을 제한하여 일부 기각하는 취지로 발부되었고, 위 영장에 첨부된 별지 '압수대상 및 방법의 제한'에는 전자정보의 압수는 혐의사실과 관련된 전자정보만을 출력·복사하여야 함이 명확

하게 기재되어 있다(증거기록 124면 이하). 앞서 관련 법리에서 본 것처럼 영장 기재 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 관련성 있는 정보라고 볼 수 없고, 달리 이 사건 전자정보와 영장 기재 혐의 사실 사이에 구체적·개별적 연관관계가 있다고 평가하기도 어렵다.

검사는 또한 이 사건 전자정보를 통해 피고인이 평소 마약류를 취급해 온 사람이라는 점을 알 수 있으므로 이는 영장 기재 혐의사실에 대한 간접증거나 정황증거로 사용할 수 있어 관련성을 인정할 수 있다는 취지로도 주장한다.

그러나 수사기관이 이 사건 전자정보를 압수·수색할 당시에는, 이미 영장 기재 혐의사실에 관하여 공범인 공소외 6의 진술, 공소외 6과 피고인 사이의 인스타그램 대화내역 및 전화통화내역(증거순번 1~9) 등 핵심적인 증거를 확보한 상태였다.

따라서 피고인이 공소외 6이 아닌 다른 사람들과 다른 시기에 향정신성의약품 수수에 관한 대화를 나누었다는 사정은 공소외 6과 관련된 범행의 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하는 데 도움이 된다고 볼 수 없고, 이러한 정보에 대한 압수·수색은 별건 범죄혐의의 수사를 위한 것으로 볼 수밖에 없다.

결국 경찰이 이 사건 전자정보에 대한 탐색을 중단하고 새로운 압수·수색영장을 발부받는 등의 절차를 거치지 않고 임의로 이 사건 전자정보의 탐색·추출에 나아간 것은, 영장 기재 혐의사실과 관련성 없는 정보에 관한 것으로서 영장주의를 위반하여 위법하다.

검사의 이 부분 주장은 모두 받아들일 수 없다.

나. 2차적 증거의 증거능력 및 유무죄 판단

1) 원심의 판단

원심은, 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등과 관련된 증거, 즉 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서, 진료비 세부산정내역 등은 위법수집증거인 이 사건 전자정보를 기초로 획득한 2차적 증거에 해당하여 증거능력이 없다고 판단하였다.

다만 공소외 1 등과 관련된 공소사실에 대한 피고인의 법정자백은 피고인이 상당한 기간 변호인의 충분한 조력을 받고 공개된 법정에서 진술거부권을 고지받은 등 적법한 절차를 통해 임의로 이루어져, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 절차적 위법성과 인과관계가 단절되었다고 판단하였다.

증인 공소외 1 등의 공소사실에 부합하는 원심 법정진술에 대해서는, ① 증인들이 법원의 소환을 받고 공개된 법정에서 임의로 출석하여 진술거부권을 고지받은 후 증언하였고, ② 수사기관에서 진술한 후 상당한 시간이 지났음에도 자발적으로 증언한 점, ③ 증인신문 과정에서 이 사건 전자정보가 제시되지 않았고 전자정보에 대한 문답은 증인들이 경험한 사실관계를 진술하는 과정에서 이루어진 점 등에 비추어, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 위법성과 위법정진술 사이에 인과관계가 단절되었다고 판단하여 공소외 1 등의 법정진술의 증거능력을 인정하고, 이를 토대로 관련된 공소사실을 유죄로 판단하였다.

2) 당심의 판단

가) 기록에 의하면, 원심이 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서 등의 증거능력을 배척한 반면, 피고인의 원심법정 자백은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 단절되었다고 보아 증거능력을 인정한 것은 타당하다.

나) 공소외 1 등의 원심 법정진술의 증거능력에 관하여 살펴본다.

(1) 기록에 의하면, 수사기관은 이 사건 전자정보를 토대로 공소외 1 등과 관련된 범죄혐의를 인지한 다음 공소외 1 등을 소환하여 피의자신문조서를 작성한 사실, 피고인이 원심에서 위 증거가 위법수집증거라고 다투자 검사는 그들을 증인으로 신청하였고, 공소외 1 등은 법원의 소환을 받고 법정에 출석하여 증언거부권을 고지받은 후 선서하고 진술하였으며, 그 과정에서 이 사건 전자정보나 그들에 대한 수사기관 조서는 제시받지 않은 사실이 인정된다.

(2) 증인 공소외 1은 '본인이 2021. 5. 17. 무렵 우울증이 심하고 많이 아파서 그 무렵의 일이 기억이 잘 나지 않고, 피고인이 퀵서비스로 보낸 메디키네티타드정 4정이 들어있는 상자를 받은 것도 잘 기억나지 않으며, 검찰 조사 때 피고인과 주고받은 메시지를 보고 인정하였으며, 그런 대화 내용이 있다면 아마 받았을 것이다.

'는 취지로 진술하였다.

이러한 공소외 1의 진술은 본인 스스로의 기억보다는 수사기관 조사 당시 제시받은 이 사건 전자정보에 의존하고 있고, 이 사건 전자정보가 제시되지 않았다면 공소외 1이 스스로의 기억에 따라 공소사실에 부합하는 진술을 하였을지 불분명하다.

따라서 증인 공소외 1의 진술과 이 사건 전자정보의 수집 과정의 위법성 사이에 인과관계가 희석되거나 단절되었다고 보기 어렵다.

(3) 한편 증인 공소외 2와 공소외 3은 원심법정에서 '수사기관 조사 당시 피고인과 주고받은 메시지를 보았고, 공소사실과 같이 피고인의 부탁을 받고 본인이 처방받아 복용하던 항정신성의약품 일부를 피고인에게 무상으로 교부한 사실이 기억이 난다.

'고 진술하여, 공소외 1과 달리 이 사건 전자정보에 의존하지 않고 피고인과 항정신성의약품을 주고받은 사실에 대한 스스로의 기억에 의존하여 공소사실에 부합하는 진술을 하였다.

비록 경찰이 이 부분 범죄의 단서(이 사건 전자정보)를 적법절차를 위반하여 포착하였지만, 그러한 단서 없이는 관련된 수사가 개시되지 못하였을 것이라는 이유로 그 후 수집된 증거들의 증거능력을 일률적으로 부정한다면 수사기관이 별건 압수 등으로 범죄혐의에 대한 단서를 위법하게 지득한 경우 그 후 해당 범죄에 대한 일체의 수사과 기소가 불가능해져 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권 행사가 예외 없이 불가능해질 수 있다.

위법한 절차위반 행위 후 계속된 수사 과정에서 수집된 증거의 증거능력은, 그 절차위반 행위와 새로운 증거 수집 사이의 인과관계가 희석·단절되었는지를 개별적으로 판단해야 할 것이다.

증인 공소외 2, 공소외 3이 자신들의 기억에 의존하여 명확하게 공소사실에 부합하는 진술을 하고 있고 수사기관에서 이 사건 전자정보를 제시받지 않았더라도 동일한 취지의 진술을 하였을 것으로 보이는 점, 피고인도 이 부분 공소사실 자체에 대해서는 인정하고 있으면서 보강증거의 유무에 대해서만 다투고 있는 점을 고려하면, 증인 공소외 2, 공소외 3의 법정진술은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 희석·단절되어 증거능력을 인정할 수 있다고 판단된다.

다.

소결론

원심이 공소외 1의 법정진술의 증거능력이 있다고 본 것은 잘못이고, 위 진술 외에는 관련 공소사실에 대하여 피고인의 자백이 유일한 증거로서 보강증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고해야 한다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

그 외에 원심이 증인 공소외 2, 공소외 3의 원심 법정진술의 증거능력을 인정하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 타당하고, 여기에 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 위 부분 주장은 받아들이지 않는다.

3. 직권판단(병합심리로 인한 파기)

원심판결들에 대하여 피고인이 항소를 제기하였고, 이 법원은 위 각 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다. 그런데 피고인의 제1 원심 판시 제2의 나., 다.

죄(공소외 2, 공소외 3 관련 향정신성의약품 수수의 점)는 제2 원심 판시 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

4. 결론

제1 원심판결 중 판시 제2의 가.죄에 대한 피고인의 항소는 이유 있어 파기되어야 하고, 같은 판결의 판시 제1의 가., 나. 죄 부분은 위 파기 부분과 하나의 형이 선고되었으므로 함께 파기되어야 한다.

제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결들을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 제1 원심판결 중 각 향정신성의약품 수수의 점에 관한 사실오인 및 법리오해

피고인이 휴대전화를 통해 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3(이하 위 3명을 통칭할 때에는 '공소외 1 등'이라고 한다)과 주고받은 메시지(이하 '이 사건 전자정보'라 한다)는 수사기관이 위 전자정보를 추출하는 과정에서 피고인과 변호인의 참여권을 보장하지 않았을 뿐만 아니라 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 무관한 내용으로서 위법수집증거이고, 증인 공소외 1 등의 법정진술은 위와 같은 위법수집증거에 기한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

그럼에도 원심이 증인 공소외 1 등의 법정진술에 증거능력이 있다고 보고 관련된 공소사실을 유죄로 인정한 것은 잘못이다.

2) 양형부당

각 원심의 형(제1 원심: 징역 1년 및 벌금 1,000만 원, 제2 원심: 벌금 700만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

각 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 이 사건 전자정보의 증거능력

1) 원심의 판단

원심은, ① 피고인과 변호인이 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받을 당시 다른 경찰관 공소외 5가 피고인과 떨어진 자리에서 피고인의 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 추출하였고, ② 그 과정에서 피고인이나 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할 수 있음을 고지하였다는 등의 객관적 증거는 없는 점, ③ 증인 공소외 5, 공소외 4의 원심 법정진술만으로는 그들이 피고인과 변호인에게 위 탐색·추출 과정에 참여할지 여부를 미리 확인하거나 피고인과 변호인이 참여 포기 의사를 명백히 밝혔다고 보기 어려운 점에 비추어, 이 사건 전자정보의 압수·수색 과정에서 피고인과 변호인의 참여권이 보장되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

또한 ④ 공소외 1 등이 관련된 범죄사실은 이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로 영장 기재 혐의사실과 객관적 관련성이 없는 점, ⑤ 그럼에도 경찰이 별도의 영장을 발부받지 않고 이 사건 전자정보를 추출한 점에 비추어, 이 사건 전자정보에 대한 압수·수색 절차는 영장주의에도 위배된다고 보아, 이 사건 전자정보는 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 판단하였다.

2) 당심의 추가 판단

원심이 판시한 사정에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 따라 알 수 있는 다음과 같은 사정까지 고려하면, 이 사건 전자정보의 증거능력이 없다고 본 원심의 판단은 정당하다.

가) 관련 법리

수사기관이 압수한 휴대폰을 수사기관 사무실로 옮겨 탐색·복제·출력하는 과정도 모두 압수·수색의 일환에 해당하므로 이는 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하고, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 참조).

혐의사실과 전자정보 사이에 객관적 관련성이 있는지는 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

다만 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장 범죄혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 인정되는 것이 아니고, 혐의사실의 내용, 수사의 대상과 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있어야 한다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결 등 참조).

나) 참여권 보장 여부

CCTV 영상 캡처 사진, USB(CCTV 영상 첨부)(증거목록 순번 77, 78) 등 관련된 증거에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

경찰관 공소외 5가 피고인의 휴대전화에서 이 사건 전자정보를 탐색·추출할 당시 피고인은 변호인의 참여하에 같은 사무실에 있는 경찰관 공소외 4로부터 피의자신문을 받고 있었다.

경찰관 공소외 4와 공소외 5는 나란히 배열된 책상에 앉아 있었고, 피고인과 변호인은 책상을 사이에 두고 공소외 4의 맞은편에 앉아 있어 공소외 5와는 책상을 사이에 두고 대각선 맞은편에 앉아 있었는데, 피고인과 변호인이 앉은 자리에서 공소외 5가 탐색 중인 휴대전화 화면이 보이지 않는다.

공소외 5는 휴대전화를 탐색하여 이 사건 전자정보를 출력한 다음 이를 공소외 4에게 교부하였고, 공소외 4는 그제서야 피고인과 변호인에게 위 전자정보를 제시하였다.

피고인이나 변호인은 이러한 과정에 대해 특별히 이의를 제기하지는 않았던 것으로 보인다.

당사자와 변호인에게 압수·수색 절차에 참여권을 보장하는 취지는 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 탐색·추출을 막기 위함이다.

따라서 피고인이나 변호인에게 압수·수색에 대한 참여 기회가 '실질적으로' 보장되었다고 하기 위해서는 그들이 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 확인하면서 영장 기재 혐의사실과 무관한 정보의 탐색·추출에 이의하는 등 사전에 이를 제지할 수 있는 기회가 있었어야 할 것이다.

앞서 보았듯이 ① 경찰관 공소외 5가 피고인과 변호인과 같은 사무실에 있기는 하였지만 그들의 관여 없이 혼자서 이 사건 전자정보를 탐색·추출한 점, ② 경찰관 공소외 5나 공소외 4가 피고인과 변호인에게 휴대전화에서 전자정보를 탐색·추출하는 과정을 실제로 보여주거나, 피고인이나 변호인에게 전자정보 탐색·추출 과정을 참관할 수 있음을 고지하고 그들이 원할 경우 그 과정에 참여시키는 등으로 참여의 기회를 제공하였다는 점에 관한 객관적인 자료가 없는 점(당사자의 참여권을 보장하였다는 점에 대한 증명책임은 수사기관에 있다고 보아야 한다), ③ 피고인과 변호인이 이러한 고지를 받지 않은 채 별다른 이의를 제기하지 않았다는 점만으로 그들이 참여 포기 의사를 명확히 하였다고 보기 어려운 점에 비추어 보면, 이 사건 전자정보의 탐색·추출 과정에서 당사자 및 변호인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 할 수 없다.

다) 영장주의 위배 여부

이 사건 압수·수색영장에 기재된 혐의사실(피고인이 2021. 9.경 서울 강남구 소재 자신의 주거지에서 공소외 6으로부터 펜타닐 패치를 수수하고 공소외 6과 함께 이를 사용하였다는 사실)과, 공소외 1 등이 관련된 범죄사실(피고인이 ① 2021. 5. 17. 서울 마포구에서 공소외 1에게 향정신성의약품 메디키네티타드정 4정을 무상 교부하고, ② 2022. 4. 13. 서울 종로구에서 공소외 2로부터 향정신성의약품 자나팜정 4정을 무상 수수하고, ③ 2022. 6. 11. 서울 마포구에서 공소외 3으로부터 향정신성의약품 페니드정 5정을 무상 수수하였다는 사실)은 마약류 수수의 일시, 장소, 관련자, 마약류의 종류와 양, 구체적 행위 태양이 전혀 다르고 시간적 간격도 상당하므로, 위 영장 기재 범죄혐의사실과 사이에 객관적 관련성이 있다고 할 수 없다.

검사는 위 압수·수색영장의 '압수할 물건'란에는 '피의자가 소지·사용하는 전자정보 저장매체에 저장된 전자정보 중 마약류 범행과 관련된 전자정보'라고 기재되어 있으므로, 영장에 기재된 범죄혐의사실에 한정되지 않고 피고인의 마약류 범행에 관한 전자정보를 폭넓게 압수·수색할 수 있다고 주장한다.

그러나 이 사건 압수·수색영장은 압수대상 및 방법을 제한하여 일부 기각하는 취지로 발부되었고, 위 영장에 첨부된 별지 '압수대상 및 방법의 제한'에는 전자정보의 압수는 혐의사실과 관련된 전자정보만을 출력·복사하여야 함이 명확

하게 기재되어 있다(증거기록 124면 이하). 앞서 관련 법리에서 본 것처럼 영장 기재 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행에 관한 것이라는 사유만으로 관련성 있는 정보라고 볼 수 없고, 달리 이 사건 전자정보와 영장 기재 혐의 사실 사이에 구체적·개별적 연관관계가 있다고 평가하기도 어렵다.

검사는 또한 이 사건 전자정보를 통해 피고인이 평소 마약류를 취급해 온 사람이라는 점을 알 수 있으므로 이는 영장 기재 혐의사실에 대한 간접증거나 정황증거로 사용할 수 있어 관련성을 인정할 수 있다는 취지로도 주장한다.

그러나 수사기관이 이 사건 전자정보를 압수·수색할 당시에는, 이미 영장 기재 혐의사실에 관하여 공범인 공소외 6의 진술, 공소외 6과 피고인 사이의 인스타그램 대화내역 및 전화통화내역(증거순번 1~9) 등 핵심적인 증거를 확보한 상태였다.

따라서 피고인이 공소외 6이 아닌 다른 사람들과 다른 시기에 향정신성의약품 수수에 관한 대화를 나누었다는 사정은 공소외 6과 관련된 범행의 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하는 데 도움이 된다고 볼 수 없고, 이러한 정보에 대한 압수·수색은 별건 범죄혐의의 수사를 위한 것으로 볼 수밖에 없다.

결국 경찰이 이 사건 전자정보에 대한 탐색을 중단하고 새로운 압수·수색영장을 발부받는 등의 절차를 거치지 않고 임의로 이 사건 전자정보의 탐색·추출에 나아간 것은, 영장 기재 혐의사실과 관련성 없는 정보에 관한 것으로서 영장주의를 위반하여 위법하다.

검사의 이 부분 주장은 모두 받아들일 수 없다.

나. 2차적 증거의 증거능력 및 유무죄 판단

1) 원심의 판단

원심은, 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등과 관련된 증거, 즉 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서, 진료비 세부산정내역 등은 위법수집증거인 이 사건 전자정보를 기초로 획득한 2차적 증거에 해당하여 증거능력이 없다고 판단하였다.

다만 공소외 1 등과 관련된 공소사실에 대한 피고인의 법정자백은 피고인이 상당한 기간 변호인의 충분한 조력을 받고 공개된 법정에서 진술거부권을 고지받은 등 적법한 절차를 통해 임의로 이루어져, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 절차적 위법성과 인과관계가 단절되었다고 판단하였다.

증인 공소외 1 등의 공소사실에 부합하는 원심 법정진술에 대해서는, ① 증인들이 법원의 소환을 받고 공개된 법정에서 임의로 출석하여 진술거부권을 고지받은 후 증언하였고, ② 수사기관에서 진술한 후 상당한 시간이 지났음에도 자발적으로 증언한 점, ③ 증인신문 과정에서 이 사건 전자정보가 제시되지 않았고 전자정보에 대한 문답은 증인들이 경험한 사실관계를 진술하는 과정에서 이루어진 점 등에 비추어, 이 사건 전자정보 수집 과정에서의 위법성과 위법정진술 사이에 인과관계가 단절되었다고 판단하여 공소외 1 등의 법정진술의 증거능력을 인정하고, 이를 토대로 관련된 공소사실을 유죄로 판단하였다.

2) 당심의 판단

가) 기록에 의하면, 원심이 이 사건 전자정보에 기초하여 획득한 공소외 1 등에 대한 검찰 및 경찰의 피의자신문조서 등의 증거능력을 배척한 반면, 피고인의 원심법정 자백은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 단절되었다고 보아 증거능력을 인정한 것은 타당하다.

나) 공소외 1 등의 원심 법정진술의 증거능력에 관하여 살펴본다.

(1) 기록에 의하면, 수사기관은 이 사건 전자정보를 토대로 공소외 1 등과 관련된 범죄혐의를 인지한 다음 공소외 1 등을 소환하여 피의자신문조서를 작성한 사실, 피고인이 원심에서 위 증거가 위법수집증거라고 다투자 검사는 그들을 증인으로 신청하였고, 공소외 1 등은 법원의 소환을 받고 법정에 출석하여 증언거부권을 고지받은 후 선서하고 진술하였으며, 그 과정에서 이 사건 전자정보나 그들에 대한 수사기관 조서는 제시받지 않은 사실이 인정된다.

(2) 증인 공소외 1은 '본인이 2021. 5. 17. 무렵 우울증이 심하고 많이 아파서 그 무렵의 일이 기억이 잘 나지 않고, 피고인이 퀵서비스로 보낸 메디키네티타드정 4정이 들어있는 상자를 받은 것도 잘 기억나지 않으며, 검찰 조사 때 피고인과 주고받은 메시지를 보고 인정하였으며, 그런 대화 내용이 있다면 아마 받았을 것이다.

'는 취지로 진술하였다.

이러한 공소외 1의 진술은 본인 스스로의 기억보다는 수사기관 조사 당시 제시받은 이 사건 전자정보에 의존하고 있고, 이 사건 전자정보가 제시되지 않았다면 공소외 1이 스스로의 기억에 따라 공소사실에 부합하는 진술을 하였을지 불분명하다.

따라서 증인 공소외 1의 진술과 이 사건 전자정보의 수집 과정의 위법성 사이에 인과관계가 희석되거나 단절되었다고 보기 어렵다.

(3) 한편 증인 공소외 2와 공소외 3은 원심법정에서 '수사기관 조사 당시 피고인과 주고받은 메시지를 보았고, 공소사실과 같이 피고인의 부탁을 받고 본인이 처방받아 복용하던 항정신성의약품 일부를 피고인에게 무상으로 교부한 사실이 기억이 난다.

'고 진술하여, 공소외 1과 달리 이 사건 전자정보에 의존하지 않고 피고인과 항정신성의약품을 주고받은 사실에 대한 스스로의 기억에 의존하여 공소사실에 부합하는 진술을 하였다.

비록 경찰이 이 부분 범죄의 단서(이 사건 전자정보)를 적법절차를 위반하여 포착하였지만, 그러한 단서 없이는 관련된 수사가 개시되지 못하였을 것이라는 이유로 그 후 수집된 증거들의 증거능력을 일률적으로 부정한다면 수사기관이 별건 압수 등으로 범죄혐의에 대한 단서를 위법하게 지득한 경우 그 후 해당 범죄에 대한 일체의 수사과 기소가 불가능해져 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권 행사가 예외 없이 불가능해질 수 있다.

위법한 절차위반 행위 후 계속된 수사 과정에서 수집된 증거의 증거능력은, 그 절차위반 행위와 새로운 증거 수집 사이의 인과관계가 희석·단절되었는지를 개별적으로 판단해야 할 것이다.

증인 공소외 2, 공소외 3이 자신들의 기억에 의존하여 명확하게 공소사실에 부합하는 진술을 하고 있고 수사기관에서 이 사건 전자정보를 제시받지 않았더라도 동일한 취지의 진술을 하였을 것으로 보이는 점, 피고인도 이 부분 공소사실 자체에 대해서는 인정하고 있으면서 보강증거의 유무에 대해서만 다투고 있는 점을 고려하면, 증인 공소외 2, 공소외 3의 법정진술은 이 사건 전자정보 수집 과정의 위법성과 인과관계가 희석·단절되어 증거능력을 인정할 수 있다고 판단된다.

다.

소결론

원심이 공소외 1의 법정진술의 증거능력이 있다고 본 것은 잘못이고, 위 진술 외에는 관련 공소사실에 대하여 피고인의 자백이 유일한 증거로서 보강증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고해야 한다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

그 외에 원심이 증인 공소외 2, 공소외 3의 원심 법정진술의 증거능력을 인정하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 타당하고, 여기에 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 위 부분 주장은 받아들이지 않는다.

3. 직권판단(병합심리로 인한 파기)

원심판결들에 대하여 피고인이 항소를 제기하였고, 이 법원은 위 각 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다. 그런데 피고인의 제1 원심 판시 제2의 나., 다.

죄(공소외 2, 공소외 3 관련 향정신성의약품 수수의 점)는 제2 원심 판시 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없다.

4. 결론

제1 원심판결 중 판시 제2의 가.죄에 대한 피고인의 항소는 이유 있어 파기되어야 하고, 같은 판결의 판시 제1의 가., 나. 죄 부분은 위 파기 부분과 하나의 형이 선고되었으므로 함께 파기되어야 한다.

제1 원심판결 중 판시 제2의 나., 다.

죄 부분과 제2 원심판결에는 앞서 본 직권파기사유가 있다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결들을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.