

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2024도19106 가. 준강제추행
나. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등
이용촬영·반포등)
다. 감금
라. 강간
마. 스토킹범죄의처벌등에관한법률위반
바. 협박

피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 법무법인(유한) 이현
담당변호사 최대건

원 심 판 결 수원고등법원 2024. 11. 14. 선고 2024노595 판결
판 결 선 고 2025. 4. 24.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 쟁점 공소사실의 요지

가. 준강제추행

피고인은 2023. 8. 24. 22:59경 서울 송파구 ○○동 인근에 주차된 피고인의 승용차 안에서 술을 마신 상태에서 잠이 든 피해자의 상의를 걷어 가슴 위까지 걷어 올리고 브래지어를 내린 뒤 손으로 피해자의 가슴을 만지고, 벌어진 피해자의 입 안에 손가락을 넣는 등 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 피해자를 추행하였다.

나. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 위반(카메라 등 이용 촬영·반포 등)

피고인은 다음과 같이 4회에 걸쳐 피해자의 의사에 반하여 피고인의 휴대전화기에 내장된 카메라 기능을 이용하여 동영상을 촬영함으로써 성적 수치심을 유발하는 타인의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영하였다. 피고인은 ① 2023. 8. 24. 22:59경 가항 기재 장소에서 피해자의 가슴을 만지는 등 피해자를 추행하는 모습을, ② 같은 날 23:09경 가항 기재 장소에서 피해자의 입 안에 손가락을 넣고 피해자의 가슴을 만져 추행하는 모습을, ③ 2023. 10. 9. 22:08경 성남시 (이하 생략)에 있는 피고인의 집에서 피해자와 성관계하는 장면을, ④ 2023. 10. 9. 22:16경 위 피고인의 집에서 피해자의 음부에 자신의 손가락을 넣어 만지는 모습을 각각 촬영하였다.

2. 원심의 판단

원심은 다음과 같이 피고인의 휴대전화에서 쟁점 공소사실 관련 준강제추행 영상 2

개 및 성관계 동영상 2개, 총 4개의 영상(이하 '이 사건 영상'이라 한다)이 적법하게 압수되었다는 이유로 증거능력을 인정하여, 쟁점 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 이를 유죄로 인정하였다.

가. 경찰이 2024. 1. 1. 피고인의 동의를 받아 피고인의 휴대전화에 저장된 전자정보를 탐색하였고, 피고인이 조사받는 곳과 같은 사무실에서 탐색이 이루어졌으며, 이후 피고인에게 탐색 결과가 고지되었으므로, 피고인의 동의 아래 전체적인 과정이 진행된 것으로 평가할 수 있다.

나. 경찰이 피고인의 변호인에게 미리 집행의 일시와 장소를 통지하지 않은 채 2024. 1. 4. 압수·수색영장을 집행하여 이 사건 영상을 압수하였다고 하더라도, 피고인 및 변호인 중 최소한 한쪽에게 참여권을 보장하면 되고, 피고인이 압수·수색 과정에 참여하였으므로, 이를 위법한 증거수집으로 볼 수 없다. 설령, 피고인이 긴급체포된 때로부터 얼마 지나지 않은 상황이어서 변호인에게 별도로 참여 기회를 보장하였어야 적법하다고 보더라도, 그 절차 위반의 정도가 무겁다고 볼 수 없으므로, 위와 같이 압수한 증거를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

3. 대법원의 판단

가. 관련 법리

1) 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다(형사소송법 제219조, 제121조). 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력·복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어, 전자정보가 담긴 저장매체, 하드카피나 이미징(imaging) 등 형태(이하 '복제본'이라 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐

색·출력하는 경우에도, 피압수자나 변호인에게 참여 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만일 그러한 조치를 취하지 않았다면, 피압수자 측이 위와 같은 절차나 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였거나, 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자에게 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 압수·수색이 적법하다고 할 수 없다. 이는 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력한 경우에도 마찬가지이다(대법원 2015. 7. 16. 자 2011도1839 전원합의체 결정, 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 등 참조).

한편 형사소송법 제219조, 제121조가 규정한 변호인의 참여권은 피압수자의 보호를 위하여 변호인에게 주어진 고유권이다. 따라서 설령, 피압수자에게 집행의 일시와 장소를 통지하고, 피압수자가 스스로 수사기관에 압수·수색영장의 집행에 참여할 의사를 명시하거나 또는 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그 변호인에게는 형사소송법 제219조, 제122조에 따라 미리 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 압수·수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 한다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2020도10729 판결 참조).

2) 형사소송법 제308조의2는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 정하고 있다. 이는 위법한 압수·수색을 비롯한 수사과정의 위법행위를 억제하고 재발을 방지함으로써 국민의 기본적 인권 보장이라는 헌법 이념을 실현하고자 위법수집증거 배제 원칙을 명시한 것이다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094

판결, 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조). 헌법 제12조는 기본적인 권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있고, 형사소송법은 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있다. 이러한 헌법과 형사소송법의 규범력을 확고하게 유지하고 수사과정의 위법행위를 억제할 필요가 있으므로, 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 또한 기본적인 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않고 확보한 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 보아야 한다.

그러나 법률에 정해진 절차에 따르지 않고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 증거능력을 부정하는 것은 헌법과 형사소송법의 목적에 맞지 않는다. 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이기 때문이다. 수사기관의 절차 위반행위가 적법 절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다. 이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반 행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로

고찰하여 판단해야 한다. 이러한 법리는 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거에 대해서도 마찬가지로 적용되므로, 절차에 따르지 않은 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석이나 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결, 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 등 참조).

나. 인정 사실

원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 따르면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 피해자는 2023. 12. 27. △△△경찰서에 피고인을 스토킹범죄로 고소하였고, 2023. 12. 31. 제1회 경찰조사를 받았다. 위 조사에서 피해자는 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」 위반, 협박, 감금 피해에 대하여 주로 진술하였다. 경찰은 2023. 12. 31. 18:02경 피고인을 위와 같은 혐의로 긴급체포하였다.

2) 피해자는 2024. 1. 1. 10:25경 제2회 경찰조사를 받으면서 감금 및 강간 피해를 추가로 진술하였다. 피해자는 그 과정에서 '피고인이 2023. 12. 17. 피해자를 감금하고 나체 사진이나 성관계 영상을 남자친구에게 보낼 것처럼 협박하였는데, 피고인에게 실제 사진이나 영상이 있는지는 알지 못한다'고 진술하였다.

3) 담당 수사관인 공소외 1 경위는 2024. 1. 1. 18:00경 피고인에 대한 첫 피의자신문을 시작하기 전 피고인에게 피고인의 휴대전화에 저장된 영상과 사진을 볼 테니 휴대전화의 비밀번호를 알려줄 것을 요구하여 피고인의 동의 아래 휴대전화의 전자정보를 탐색하고, 그 과정에서 휴대전화 사진첩의 '가려진 항목'에서 피해자와의 성관계

영상 등을 확인하였다. 피고인은 당일 작성된 피의자신문조서 말미에 "제가 사용하는 휴대폰 탐색은 동의하에 이루어졌습니다."라고 자필 기재하였다. 수사기관은 압수수색 검증영장을 발부받아 피고인의 휴대전화를 압수하여 추가 조사할 예정이라는 취지의 수사보고서를 작성하였다.

4) 법무법인 □□의 담당변호사 공소외 2는 2024. 1. 2. △△△경찰서에 피고인에 대한 변호인 선임신고서를 제출하였다.

5) 수사기관은 수원지방법원 성남지원 판사로부터 발부받은 2024. 1. 3. 자 압수수색검증영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)에 기초하여 2024. 1. 4. 피고인의 휴대전화를 탐색하여 사진첩 '가려진 항목'에 저장된 쟁점 공소사실 관련 이 사건 영상을 찾아 압수하였고, 피고인은 위와 같은 탐색·복제 과정에 참여하였다. 그러나 수사기관이 피고인의 변호인에게 위 압수·수색 절차에 관한 사전통지를 하지 않아, 변호인은 위 절차에 참여하지 않았다.

다. 판단

1) 이 사건 영상 압수의 적법 여부

가) 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 보면, 원심이 판시와 같은 이유로 2024. 1. 1. 이루어진 휴대전화 탐색은 피고인의 동의에 따른 것이고 그 과정에 피고인의 참여권이 보장되었다고 판단한 것은 정당하다.

나) 한편 위와 같은 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 영장에 기초하여 2024. 1. 4. 이루어진 피고인 휴대전화 저장 전자정보의 탐색·복제과정에 피고인이 참여하였다고 하더라도, 수사기관으로서 위와 같은 탐색·복제에 앞서 피고인의 변호인에게 그 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 위 절차에 참여할 기회를 제공하

였어야 한다. 그럼에도 수사기관이 그와 같은 조치를 취하지 않았으므로, 이 사건 영장을 집행한 수사기관은 압수절차를 위반하였다. 그런데 이와 달리 원심은 피고인이 압수·수색 과정에 참여하였으므로 변호인에게 참여권을 보장하지 않더라도 적법하다는 취지로 판단하였다. 이러한 원심의 판단은 변호인의 참여권에 관한 법리를 오해한 것이다.

2) 위법수집증거 배제법칙의 예외 인정

다만 위와 같은 사실관계 및 기록을 통하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 모두 종합하여 보면, 위와 같은 수사기관의 변호인에 대한 참여 통지 누락의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 이 사건 영장의 집행을 통해 수집된 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 해당한다.

가) 피고인은 이 사건 영장에 의해 2024. 1. 4. 이루어진 압수·수색의 전 과정에 참여하였으므로, 그 과정에서 이 사건 영장 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적 복제를 막을 수 있었던 것으로 보인다.

나) 이 사건 영장의 집행 과정에서 피고인이 수사기관에 변호인의 참여를 요구한 바 없다. 피고인의 변호인은 2024. 1. 1. 피의자신문 당시 피고인과 통화를 하여 피고인이 긴급체포되어 조사 중임을 알았고 이후 변호인 선임신고서를 제출하기도 하였음에도 수사기관에 이 사건 영장의 집행 상황을 문의하거나 그 과정에의 참여를 요구한 바 없다.

다) 수사기관은, 피고인으로부터 성관계 영상을 유폐하겠다는 협박을 받았다는 피해자의 진술을 듣고, 관련 영상을 찾기 위하여 피고인의 휴대전화를 피고인의 동의 아래 탐색한 후, 이 사건 영상이 발견되자 더 이상의 수사를 중단하고 이 사건 영장을 발부받아 이를 압수하였다. 이러한 일련의 수사과정을 놓고 보면, 수사기관은 이 사건 영상을 확보하는 과정에서 적법절차 원칙을 준수하려고 하였던 것으로 보이고, 의도적으로 변호인 참여권을 침해하고자 하였다고 보이지 않는다.

3) 소결론

결국, 이 사건 영상 등 관련 증거의 증거능력을 인정하여 쟁점 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결은 결론적으로 정당하고, 거기에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 압수·수색절차의 참여권, 위법수집증거 배제법칙의 예외, 직접심리주의, 공판중심주의 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 임상필 _____

주 심 대법관 이흥구 _____

대법관 오석준 _____

대법관 이숙연 _____