



2023. 12. 28

# 서울고등법원

## 제 11 - 2 형사부

### 판 결

등본입니다.

2023. 12. 21.

법원사무관 신 효



사 건 2023노2370 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(주거침입준강  
제추행)(인정된 죄명 방실침입, 준강제추행), 성폭  
력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬  
영·반포등), 방실침입

피 고 인 김동하 (890520-1019212), 카페직원  
주거 남양주시 화도읍 경춘보학1길 8, 405동 602호(화도읍, 라온  
프라이빗아파트)  
등록기준지 충북 음성군 맹동면 통동리 250

항 소 인 검사

검 사 박순애(기소), 정경진(공판)

변 호 인 법무법인(유한) 정률 담당변호사 이상민

원 심 판 결 의정부지방법원 남양주지원 2023. 7. 13. 선고 2023고합26 판결

판 결 선 고 2023. 12. 15.

### 주 문

검사의 항소를 기각한다.





## 이 유

### 1. 검사의 항소이유의 요지

#### 가. 법리오해

이 사건 사진<sup>1)</sup>은 원심 판시 범죄사실<sup>2)</sup> 관련 사진과 마찬가지로 이 사건 휴대전화로 촬영된 점, 위 각 사진은 모두 피해자들의 동의 없이 촬영된 것인 점 등에 비추어 원심 판시 범죄사실과 구체적·개별적 연관관계가 인정된다. 수사기관은 피고인에게 전자정보 확인서, 전자정보 세부목록을 교부하는 등 형사소송법에 따른 피고인의 절차적 권리를 보장하였으므로, 이 사건 사진 파일 등에 대한 증거능력을 충분히 인정할 수 있다. 그럼에도 이 사건 사진 파일 등이 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없고, 이 사건 사진 파일 등에 기초한 2차적 증거도 모두 증거능력이 없다고 보아, 이 사건 공소사실 중 2018. 5. 8.경 및 2019. 12. 7.경 각 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등)의 점을 무죄로 판단한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

#### 나. 양형부당

원심의 형(징역 1년 6개월, 집행유예 3년 등)은 너무 가벼워서 부당하다.

### 2. 검사의 법리오해 주장에 대한 판단

#### 가. 이 부분 공소사실의 요지

##### 1) 2018. 5. 8.경 범행

피고인은 2018. 5. 8.경 고양시 이하 상호불상의 모텔에서 피고인이 소지하고 있던 휴대전화의 카메라 기능을 이용하여 하의를 탈의한 채 잠을 자고 있던 당시 여자친구

1) 이하 특별한 사정이 없는 한 원심에서 사용한 약어를 그대로 쓴다.  
2) 원심이 유죄로 인정한 피해자 배△△, 김△△에 대한 범행을 의미한다.



있던 피해자 김토끼(가명, 여, 28세)의 모습을 3회 촬영하였다.

이로써 피고인은 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체를 피해자의 의사에 반하여 촬영하였다.

## 2) 2019. 12. 7.경 범행

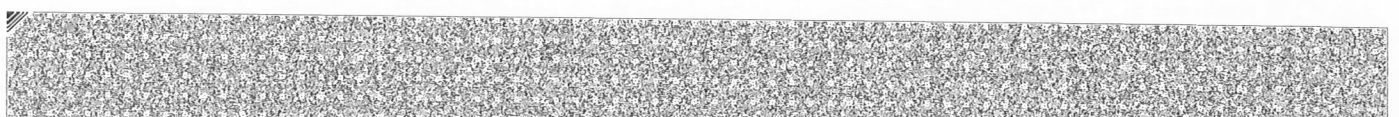
피고인은 2019. 12. 7.경 청주시 이하 상호불상의 모텔에서 피고인이 소지하고 있던 휴대전화의 카메라 기능을 이용하여 나체 상태로 잠을 자고 있던 당시 여자친구였던 피해자 조△(여, 27세)의 모습을 3회 촬영하였다.

이로써 피고인은 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체를 피해자의 의사에 반하여 촬영하였다.

### 나. 원심의 판단

원심은 이 부분 공소사실에 대한 판단에 앞서 위법수집증거 배제법칙, 임의제출된 정보저장매체에 대한 압수·수색에 있어서 객관적 관련성, 임의제출 받은 정보저장매체를 반출하여 수색하는 경우의 절차, 전자정보의 탐색 과정에서 우연히 별도의 범죄 혐의와 관련된 전자정보가 발견된 경우의 처리방법, 임의제출 물건을 압수한 경우 그 임의성의 증명책임 등에 관한 법리를 자세히 검토하였다.

이어서 원심은 ① 피고인이 피해자 배△△, 김△△에 대한 범행을 저지르게 된 경위, 그 직후 피고인 및 피해자들의 행동, 112 신고 경위, ② 출동한 경찰이 이 사건 휴대전화를 임의제출 받은 경위 및 그에 대한 압수조서의 기재 내용, ③ 피고인이 작성한 이 사건 휴대전화에 대한 원본 반출 확인서의 내용, ④ 경찰의 디지털 증거분석 의뢰





및 분석요구사항란의 기재 내용, ⑤ 디지털 증거분석 결과 및 이 사건 사진의 발견 경위, ⑥ 그 이후의 수사경위, 수사에 응하는 피고인의 태도, ⑦ 피해자 조△, 김토끼에 대한 조사경위 및 이 사건 공소제기 경위 등에 관하여 자세한 사실을 인정하였다(원심 판결 12쪽 10줄~16쪽 3줄).

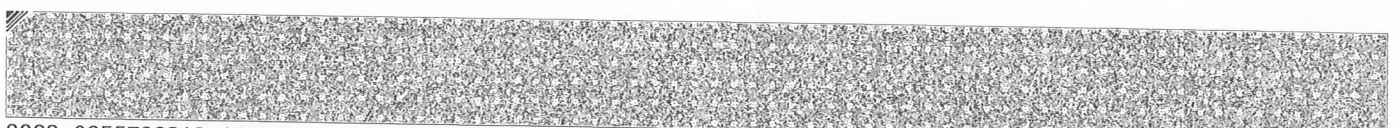
원심은 위와 같은 법리를 바탕으로 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 여러 사정에 비추어 보면, 이 사건 사진 파일 등은 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없고, 이 사건 사진 파일 등에 기초한 2차적 증거도 모두 증거능력이 없으므로, 이 부분 공소사실은 피고인의 자백 외에는 이를 증명할 증거가 없어 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당한다고 판단하였다. 원심이 든 근거의 요지는 아래와 같다.

① 이 사건 파일 등은 아래의 이유에서 이 사건 휴대전화에 대한 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 원심 판시 범죄사실과 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보로서 그 관련성이 인정된다고 볼 수 없다.

㉠ 이 사건 휴대전화의 임의제출 당시 수사대상은 원심 판시 범죄사실에 국한되어 있었을 뿐 추가 범행은 아직 수사대상이 아니었다.

㉡ 피고인이 위 임의제출 당시 이 사건 휴대전화 안에 이 사건 사진 파일이 존재한다는 것을 알았다거나 이를 제출할 의사가 있었다고 볼 만한 상황이 보이지 않는다.

㉢ 이 사건 사진은 원심 판시 범죄사실 기재 범행이 있기 약 3년 전과 1년 6개월 전에 촬영된 것이어서 피고인에게 불법촬영의 상습성이 있다고 의심된다거나 원심 판시 범죄사실 기재 범행이 성적 기호 내지 경향성의 발현에 따른 일련의 범행의 일환





으로 이루어진 것으로 단정하기는 어렵다.

㉔ 이 사건 휴대전화의 임의제출 당시 원심 판시 범죄사실은 그 일시가 명확하게 특정되어 있었고, 범행으로 인한 촬영물도 명확하게 특정되어 있었다고 볼 수 있으므로, 이 사건 휴대전화에서 원심 판시 범죄사실 관련 사진 파일 외에 원심 판시 범죄사실을 증명할 간접증거나 정황증거에 해당하는 다른 사진 파일을 확보하여야 할 필요성이 있었다고 보기 어렵다.

㉕ 경찰은 원심 판시 범죄사실 관련 증거를 확보하기 위하여 이 사건 휴대전화를 임의제출 받았음에도, 그와 관련된 전자정보뿐만 아니라 추가 범행 관련 전자정보가 있는지에 관하여도 디지털 증거분석이 이루어졌고(탐색과정에서 우연히 발견된 것이 아니다), 그 결과 이 사건 휴대전화에서 원심 판시 범죄사실 관련 사진 외에도 이 사건 사진 파일이 추가로 발견되었다. 그럼에도 경찰은 피고인으로부터 이 사건 휴대전화를 임의제출 받을 당시 이 사건 휴대전화에서 추가 범행과 관련한 증거수집이 이루어진다는 점을 피고인에게 알리지 않았다. 그렇다면, 비록 피고인이 원심 판시 범죄사실 범행 당일 이 사건 휴대전화 안에 있는 전자정보 탐색과정에 참여하지 않겠다는 의사를 밝혔더라도, 이 사건 사진 파일에 대한 탐색·복제·출력의 과정에서 피고인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 할 수 없다.

㉖ 한편, 피고인이 2021. 8. 30. 경찰에 이 사건 사진 파일을 임의제출의 형식으로 제출하기는 하였다. 그러나 앞서 본 바와 같이 경찰은 처음부터 추가 범행 발견을 목적으로 이 사건 휴대전화를 탐색하던 중 이 사건 사진 파일을 발견하였고, 그 후 피고인에 대한 신문 과정에서 피고인에게 이 사건 휴대전화에서 발견한 추가 사진이 있다고 고지하면서 추가 범행 여부에 관한 질문을 하여 자백을 받은 후 이 사건 사진 파일





을 임의제출 형식으로 제출받았는바, 원심 판시 범죄사실 관련 혐의로 조사를 받고 있던 피고인으로서 경찰이 이미 증거를 확보한 것으로 보이는 범행에 관한 사진 파일의 제출을 거부하기 어려웠을 것으로 보이고, 달리 피고인이 진정한 의사로 이 사건 사진 파일을 임의제출하였다는 점이 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다.

④ 피고인은 원심 판시 범죄사실 기재 범행 외의 추가 범행 사실을 부인하다가 이 사건 사진 파일 등에 기초한 경찰의 추궁이 이어지자 이 부분 공소사실을 자백하는 한편 경찰에게 김토끼와 조△의 출생연도를 알려준 점, 경찰은 이러한 피고인의 자백에 기초하여 피해자 김토끼, 조△의 진술을 확보한 점, 경찰이 이 사건 사진 파일을 위법한 절차를 통하여 먼저 수집하지 못했다면 이들 2차적 증거들도 수집할 수 없었을 것이 분명한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 사진 파일 등에 기초하여 수집된 2차적 증거들도 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

#### 다. 이 법원의 판단

원심이 적절하게 실시한 법리, 사실 및 사정들에 더하여 아래와 같은 법리와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 사진 파일 등이 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없고, 이 사건 사진 파일 등을 기초로 취득한 2차적 증거들도 마찬가지로 증거능력이 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 여기에 검사가 주장하는 법리오해의 잘못은 없다. 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 1) 추가 관련법리

정보저장매체 내의 전자정보가 가지는 중요성은 헌법과 형사소송법이 구현하고자 하





는 적법절차, 영장주의, 비례의 원칙과 함께 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기 결정권 등의 관점에서 유래된다(대법원 2023. 9. 18. 선고 2022도7453 전원합의체 판결 참조).

오늘날 개인 또는 기업의 업무는 컴퓨터나 서버, 저장매체가 탑재된 정보처리장치 없이 유지되기 어렵다. 특히 휴대전화는 소유자의 신상정보를 포함한 민감한 사생활정보를 저장하고 있고, 요즘은 소유자의 생활동선, 금융거래정보 등 일상생활의 거의 모든 정보를 저장하고 있어 한 사람의 인생이 모두 담겨있다고 해도 과언이 아니다. 따라서 정보통신기술이 비약적으로 발전하고 있는 오늘날 사전영장주의를 해석·적용할 때는 이러한 변화된 생활문화를 고려해야 한다.

이러한 전자정보에 대한 수사기관의 압수·수색은 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권, 재산권 등을 침해할 우려가 크므로 포괄적으로 이루어져서는 안 되고, 비례의 원칙에 따라 수사의 목적상 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다(대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 전원합의체 판결 등 참조).

## 2) 구체적인 판단

원심이 적절히 실시한 사정들에 더하여 아래와 같은 사실 및 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 사진은 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 없고, 이 사건 사진 파일에 대한 압수과정에서 피고인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 보기도 어려우므로, 수사기관이 이 사건 사진 파일을 압수한 행위는 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하고, 나아가 검사가 제출한 증거들만으로는 이 사건 사진 파일 등의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 예외적인 경우에 해당한



다고 볼 수도 없다.

① 피고인은 2021. 6. 27. 새벽 피해자 배△△, 김△△에 대한 범행을 저지른 직후 발각되었다. 위 피해자들은 이 사건 휴대전화에서 자신들의 신체를 촬영한 사진을 발견하였고, 피고인은 이를 즉시 삭제하였다. 위 피해자들의 112 신고로 출동한 경찰은 2021. 6. 27. 피고인으로부터 이 사건 휴대전화를 임의제출 받아 이를 압수하였고, 그 압수조서의 '압수경위'란에는 위 피해자들에 대한 범행만이 기재되어 있다. 이에 비추어 보면, 이 사건 휴대전화를 임의제출 받을 당시 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보 중 압수의 대상이 되는 것은 2021. 6. 27. 위 피해자들을 촬영한 사진에 한정됨이 명백한 반면, 이 부분 공소사실은 그 당시로부터 약 3년 및 1년 6개월 이전에 이루어진 것이다. 사정이 이러하다면 위 피해자들에 대한 범행과 이 부분 공소사실이 범행방법, 범행동기가 유사하다는 사정만으로 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기는 어렵다.

② 수사기관은 2021. 6. 29. 디지털 증거분석을 의뢰하면서 '여죄 관련 사진 존재유무에 대한 분석'을 명시적으로 요구하였다. 당시까지의 수사경과(위 피해자들에 대한 범행이 이루어진 장소에 대한 사진 촬영, 이 사건 휴대전화 압수, 위 피해자들에 대한 진술조서 작성이 이루어진 상태였다)에 비추어 볼 때 수사기관이 피고인의 다른 범행을 의심할만한 합리적인 정황을 발견한 것으로 보이지 않는다. 결국 수사기관이 '여죄 관련 사진 존재유무에 대한 분석'을 의뢰한 것은 '피고인이 유사한 다른 범행을 저질렀을 수도 있으니 이 사건 휴대전화에 저장된 사진 관련 전자정보를 모두 확인해 보겠다'는 의도에서 비롯된 것으로 보일 뿐이다. 그럼에도 수사기관은 이 사건 휴대전화를 임의제출 받을 당시는 물론 증거분석을 의뢰하는 과정에서 피고인에게 '여죄에 관한







수사를 진행할 예정이니 증거분석에 참석할 것인지' 여부를 확인하는 절차를 거치지도 아니하였는바, 이 사건 사진 파일에 대한 탐색·복제·출력 과정에서 형사소송법이 정한 피고인의 참여권이 실질적으로 보장되었다고 보기는 어렵다.

③ 만약 수사기관이 디지털 증거분석을 의뢰하면서 "2021. 6. 27." 촬영된 사진 파일 복구만을 요청하였다면, 비교적 간단하게 원심 판시 범죄사실 관련 사진 파일만을 추출할 수 있었을 것으로 보인다. 앞서 본 바와 같은 이 사건의 발생 경위, 이 사건 휴대전화의 압수 경위, 당시까지의 수사상황 등을 위에서 살펴본 법리에 비추어 살펴보면, 수사기관으로서는 '여죄 관련 사진의 존재 유무에 대한 분석'을 의뢰하는 것과 같이 포괄적으로 압수·수색을 하여서는 아니되고, 수사 목적상 필요한 최소한의 범위 내인 "2021. 6. 27." 촬영된 사진 파일만을 복구하는 방법으로 압수·수색을 하였어야 한다. 그것이 피고인의 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권을 수사 목적상 필요한 최소한의 범위 내에서 침해하는, 즉 비례의 원칙을 준수하는 압수·수색이라고 할 것이다.

④ 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보를 탐색하던 중 우연히 이 사건 사진을 발견하였다면(원심 판시 범죄사실 관련 사진과 이 사건 사진은 경로, 파일이름 등에서 확연히 구별된다<sup>3)</sup>), 더 이상의 추가적인 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받아 적법하게 압수·수색을 할 수 있는 길이 열려 있다. 그럼에도 수사기관은 포괄적인 방법의 압수·수색을 진행하였다.

⑤ 나아가 이 부분 공소사실 기재 범행은 나체 상태로 잠자고 있던 연인의 신체를

3) 예를 들면, 원심 판시 범죄사실 관련 사진은 '/date/'경로에서 발견된 것으로 파일이름이 의미를 알 수 없는 숫자로 되어 있는 반면, 이 사건 사진은 '/media/'경로에서 발견된 것으로 파일이름이 '20180508\_' 등으로 촬영날짜로 되어 있다.





동의 없이 촬영한 것인 점, 그 피해자가 2명인 점 등에 비추어 죄질이 좋지 아니하다. 그러나 수사기관이 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 없는 전자정보를 압수하고, 그 과정에서 피고인의 참여권을 실질적으로 보장하지 아니한 행위는 기본적 인권 보장을 위하여 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것인 점을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 이 사건 사진 파일 등의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사사법정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 예외적인 경우에 해당한다고 보기는 어렵다(형사소송의 중요한 목표이자 이념인 실체적 진실의 발견은 기본적 인권의 보장을 위하여 헌법이 규정하고 있는 적법절차의 테두리 내에서만 빛날 수 있다<sup>4)</sup>).

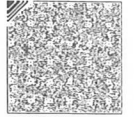
### 3. 검사의 양형부당 주장에 대한 판단

원심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고, 원심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

원심은 원심판결서 6, 7쪽의 '선고형의 결정' 항목에서 실시한 바와 같이 피고인에게 불리한 정상과 유리한 정상을 모두 고려하여 형을 정하였는바, 검사가 항소이유에서 주장하는 핵심적인 양형요소들은 이미 원심의 변론과정에 현출되었거나 원심이 그 형을 정하는 데 충분히 참작한 것으로 보이고, 이 법원에서 피고인에게 불리하게 평가하여 반영하여야 할 새로운 양형자료가 제출되지 않아 원심과 비교하여 양형의 조건에 본질적인 변화가 없다.

또한, 원심이 실시한 사정들을 비롯하여 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행의 동기, 수

4) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정 중 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김소영의 보충의견 참조



단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 기록과 변론에 나타난 모든 양형조건을 종합하여 다시 살펴보더라도, 원심의 형이 너무 가벼워서 재량의 합리적인 범위를 벗어났다고 보기는 어렵다.

따라서 검사의 양형부당 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

재판장      판사      김영훈 \_\_\_\_\_

                 판사      김재령 \_\_\_\_\_

                 판사      송혜정 \_\_\_\_\_

