

대판 2022.11.17. 2019도11967

# 임의제출과 보강증거

## 최신중요판례 분석

### 1. 대판 2022.11.17. 2019도11967

이 사건 휴대전화에 대한 임의제출서, 압수조서 등은 경찰이 피고인의 범행 직후 범행 현장에서 피고인으로부터 위 휴대전화를 임의제출 받아 압수하였다는 내용으로서 피고인의 자백을 보강하는 증거가 된다고 본 사례

[1] 자백에 대한 보강증거는 자백사실이 가공적인 것이 아니고 진실한 것이라고 담보할 수 있는 정도이면 족한 것이지 범죄사실의 전부나 중요부분의 전부에 일일이 보강증거를 필요로 하는 것이 아니다(대법원 1994. 9. 30. 선고 94도1146 판결 참조).

[2] 이 사건 휴대전화에 대한 임의제출서, 압수조서, 압수목록, 압수품 사진, 압수물 소유권 포기여부 확인서는 경찰이 피고인의 범행 직후 범행 현장에서 피고인으로부터 위 휴대전화를 임의제출 받아 압수하였다는 내용으로서 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보의 증거능력 여부에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당하므로, 피고인이 증거로 함에 동의한 이상 유죄를 인정하기 위한 증거로 사용할 수 있고, 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 자백을 보강하는 증거가 된다고 볼 여지가 많다.

⇒ 이 사건 공소사실은 피고인이 2017. 9. 1.~2018. 5. 25.까지 지하철역 등지에서 총 26회 성명불상의 피해자들의 신체를 의사에 반하여 촬영하였다는 것임. 쟁점은 ① 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보 탐색·복제·출력 과정에서 피고인의 참여권이 보장되었는지 여부, ② 이 사건 휴대전화에 대한 임의제출서, 압수조서 등이 마지막 발각 범행인 순번 26번 범행에 대한 자백의 보강증거가 되는지 여부임

⇒ 경찰은 2018. 5. 25. 19:00경 이 사건 공소사실 중 원심 판시 별지 범죄일람표 순번 제26번 기재 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 위반(카메라등이용촬영) 범행 현장에서 피고인으로부터 이 사건 휴대전화를 임의 제출받아 영장 없이 압수하였다. 이 사건 휴대전화에 대한 압수조서의 '압수경위'란에는 위 제26번 기재 공소사실과 관련하여, "피의자가 범행 후 경찰관이 피의자에게 범행 사실을 추궁하니 '물가를 찍어 죄송합니다. 한 번만 봐주시면 안 되나요'라고 말하면서 위 휴대전화를 현장에서 임의제출하였다"는 내용이 포함되어 있다. 대법원은 휴대전화에 대한 임의제출은 적법하다고 하더라도 이 사건 휴대전화 내 전자정보 탐색·복제·출력과 관련하여 경찰이 사전에 그 일시·장소를 통지하거나 피고인에게 참여의 기회를 보장하였는지, 압수한 전자정보목록을 교부하거나 또는 피고인이 그 과정에 참여하지 않을 의사였는지 등을 확인할 수 있는 자료가 존재하지 않고 당사자의 참여권을 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 특별한 사정도 존재하지 않아, 휴대폰으로부터 출력한 전자기록은 위법수집증거이고, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 위법성이 치유되는 것도 아니라고 보았다.

## 1. 사실관계의 개요

- ① 甲은 2018.5.25. 18:53경 지하철역 계단에서 올라가는 피해여성을 발견하고 휴대폰의 동영상 촬영버튼을 눌러 피해자의 허벅지와 엉덩이 부분을 몰래 촬영하였다(제26번 몰카촬영).
- ② 사법경찰관 P는 甲이 성명불상의 피해여성을 촬영하는 것을 목격하고 범죄현장에서 甲으로부터 휴대폰을 임의제출받았는데 휴대전화에 대한 압수조서의 '압수경위'란에는 위 제26번 기재 공소사실과 관련하여, "피의자가 범행 후 경찰관이 피의자에게 범행 사실을 추궁하니 '몰카를 찍어 죄송합니다. 한 번만 봐주시면 안 되나요'라고 말하면서 위 휴대전화를 현장에서 임의제출하였다"는 내용이 포함되어 있다.
- ③ P는 甲을 용산역에 있는 철도경찰 사무실까지 임의동행하였으나 甲은 별다른 조사를 받지 아니하고 귀가하였다.
- ④ 경찰은 2018. 5. 29.경 이 사건 휴대전화를 탐색하던 중 이 사건 공소사실 전부(2017.9.1. 20:30분경에 지하철 연신내역에서 찍은 성명불상 여성 동영상 및 이 사건 동영상을 포함한 총 26개의 촬영물)에 관한 사진 및 동영상 파일을 발견하였고, 이를 별도의 시디(CD)에 복제하여 사진으로 출력한 후 위 시디 및 출력한 사진을 이 사건 수사기록에 편철하였다.
- ⑤ 이후 피고인은 같은 날 15:00경 서울지방철도 특별사법경찰대 광역철도수사과 사무실에 출석하여 경찰 조사를 받았는데, 경찰은 피의자신문을 실시하면서 피고인에게 위 CD로 복제된 동영상 파일을 재생하여 보여 주었고, 피고인은 이 사건 공소사실을 모두 자백하였다.
- ⑥ 이 사건 휴대전화 내 전자정보 탐색 · 복제 · 출력과 관련하여 경찰이 사전에 그 일시 · 장소를 통지하거나 피고인에게 참여의 기회를 보장하였는지, 압수한 전자정보목록을 교부하거나 또는 피고인이 그 과정에 참여하지 않을 의사였는지 등을 확인할 수 있는 자료가 존재하지 않는다.
- ⑦ 한편, 피고인은 제1심 법정에서 이 사건 공소사실에 대해 모두 자백하고 검사가 제출한 모든 서류에 대하여 증거로 함에 동의하였으며, 이는 항소심에서도 그대로 유지되었다.

## 2. 사건의 쟁점

### 1. 임의제출물 압수의 적법성

- ① 유류물이나 소유자, 소지자, 보관자가 임의로 제출한 물건은 영장없이 압수할 수 있다(제218조). 사전뿐 아니라 사후에도 영장을 발부받을 필요는 없으나, 일단 제출 후에는 임의로 취거할 수 없다는 점에서 강제수사에 해당한다.
- ② 영장주의 예외규정은 엄격히 해석해야 하므로 임의제출물압수가 적법하기 위해서는 제출자가 소유자 · 소지자 · 보관자의 개념에 포섭되어야 하고 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 한다.
- ③ 설문에서 甲은 핸드폰의 소유자로서 스스로 한번만 봐달라고 말하면서 핸드폰을 제출하고 있다는 점 등을 고려할 때 핸드폰자체에 대한 임의제출은 제218조의 요건을 갖추어 적법하다.

### 2. 휴대폰에 저장된 전자정보의 증거능력

#### (1) 위법수집증거배제법칙과 독수과실의 원칙

적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다(제308조의2). 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙을 제대로 구현하기 위해서는 위법수집증거뿐만 아니라 그로부터 파생된 2차증거역시 증거능력이 부정되어야 한다.

## (2) 휴대폰의 임의제출의 효력이 미치는 범위

- ① 수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색은 원칙적으로 영장발부 범죄혐의사실과 관련된 부분만을 일부 출력하거나 일부복제하는 것이 원칙이다. 다만, 일부복제·출력이 불가능하거나 압수·수색의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 예외적으로 정보저장매체 전체를 이미징·하드카프하거나 수사기관 사무실로 반출하여 복제 후 반환할 수 있고, 이러한 법리는 정보저장매체를 임의제출하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.
- ② 별건압수·수색은 금지되므로 수사기관이 제출자의 의사를 쉽게 확인할 수 있음에도 이를 확인하지 않은 채 특정 범죄혐의사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체를 임의제출받은 경우, 그 정보저장매체에 저장된 전자정보 전부가 임의제출되어 압수된 것으로 취급할 수 없고 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 된다.
- ③ 그렇다면, 설문에서 피의자 甲은 26번째 범죄혐의와 관련하여 범죄사실을 시인하며 핸드폰을 임의제출 하였을 뿐이고 수사기관 역시 압수의 범위와 관련하여 甲의 의사를 확인하는 등의 조치를 취하지 아니하였으므로 임의제출의 효력은 甲의 26번째 영상촬영부분에만 미친다.

## (3) 전자정보의 탐색과정의 적법성

### 가. 당사자의 참여 및 사전통지

- ① 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다(형사소송법 제219조, 제121조). 저장매체에 대한 탐색·출력하는 경우 역시 형사소송법상 압수·수색의 절차인 이상 참여 기회를 보장하는 등 적법절차를 준수하여야 한다.
- ② 압수·수색영장을 집행할 때에는 미리 집행일시와 장소를 참여권자에게 통지하여야 한다. 단, 참여하지 아니한다는 의사표시가 있을 때 또는 급속을 요하는 때에는 통지하지 아니하여도 무방하다(제122조, 제219조). 압수수색 실시의 사전통지는 본질적으로 압수물 인멸, 은닉의 위험을 초래하므로 위 예외사유인 ‘급속을 요하는 때’를 넓게 해석하는 것이 합리적이라 할 것이다.
- ③ 그러나 사안과 같이 수사기관의 사무실에서 압수·수색이 이루어지는 경우 미리 통지한다하더라도 甲이 증거를 인멸한다는 것은 상정하기 어려운바 급속을 요하는 경우로 볼 수 없다.

### 나. 압수목록의 교부

- ① 압수·수색의 결과 압수할 물건이 존재하는 경우 압수목록을 작성하여 교부하여야 한다(제219조, 제129조). 이때 압수물목록의 교부는 피의자가 환부·가환부, 준항고를 청구하는 등 피의자의 권리구제를 위한 기초자료에 해당하므로 압수직후 압수현장에서 작성·교부하는 것이 원칙이다.
- ② 따라서 탐색직후 압수목록을 교부한 것이 아니라 이후 피의자신문을 하는 과정에서 비로소 압수목록을 교부한 것은 위법하다.

## (4) 위법수집증거와 증거동의

- ① 위법수집증거에 대해 증거동의가 가능한지에 대해서는 적극설, 소극설, 절충설이 대립된다.
- ② 영장주의 위반의 위법수집증거나 고문이나 잠을 깨우지 않은 위법사유가 경합된 자백 등에 대해서는 증거동의의 대상이 아니라고 보나, 당사자에게 참여기회를 주지 않는 등 반대신문권을 침해하는 위법수집증거에 대해서는 증거동의를 허용하고 있는 듯한 태도를 보이고 있다.
- ③ 생각건대, 증거동의를 신속한 재판에 추구하기 위해 단지 입법정책적으로 마련된 제도인바, 헌법상 적법절차의 본질을 보호하기 위해 마련된 위법수집증거배제법칙을 침해할 수 없다고 보아야 한다.
- ④ 그렇다면, 설문에서 당사자의 참여권보장을 침해하고 압수목록을 교부하지 않은 경우와 같이 중대한 위법이 개재된 위법수집증거에 대해서는 증거동의의 효력이 없다고 보아야 한다.

같은 취지에서 판례도 수사기관이 피압수자 측에게 참여의 기회를 보장하거나 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하지 않은 위법한 압수·수색 과정을 통하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 위법성이 치유되는 것도 아니라고 판시한바 있다(대판 2022. 7. 28. 2022도2960).

#### 4. 압수조서의 증거능력

##### (1) 전문법칙의 예외

- ① 압수조서는 전문증거로서 압수의 경위와 결과를 입증하는 데에는 검증조서에 준하여 형사소송법 제312조 제6항의 요건을 갖추어야 증거능력이 인정됨이 원칙이다.
- ② 다만, 피고인 甲이 위 압수조서에 대해 증거동의하였으므로 전문법칙 예외규정의 충족여부를 불문하고 전문법칙의 예외요건을 충족한다.

##### (2) 위법수집증거 내지 독수과실에 해당하는지 여부

- ① 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙을 제대로 구현하기 위해서는 위법수집증거뿐 아니라 이를 토대로 획득한 2차증거 역시 증거능력이 부정되어야 한다(독수과실의 원칙).
- ② 이 사건 휴대전화에 대한 임의제출서, 압수조서, 압수목록, 압수품 사진, 압수물 소유권 포기여부 확인서는 경찰이 피고인의 이 부분 범행 직후 범행 현장에서 피고인으로부터 위 휴대전화를 임의제출 받아 압수하였다는 내용으로서 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보의 증거능력 여부에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당한다. 따라서 위법하게 수집된 휴대전화의 전자정보와 달리 위법수집증거 또는 2차증거에 해당하지 않는다.

##### (3) 소결

설문의 압수조서는 甲의 피고사건에 증거능력이 인정된다.

#### 5. 압수조서의 기재가 甲의 자백의 보강증거가 되는지 여부

##### (1) 카메라등 이용촬영죄의 법적 성질

甲의 행위당시 카메라등 이용촬영죄는 상습범가중규정이 존재하지 않았다. 따라서 甲의 카메라등 이용촬영범죄는 26개의 경합범이다. 경합범의 경우 각 범죄별로 보강증거가 존재하는지를 살펴보아야 한다.

##### (2) 25개의 카메라등 이용촬영죄

25개의 카메라등 이용촬영죄는 피고인의 자백 이외에 증거능력있는 보강증거가 없어 유죄판결을 선고할 수 없다.

##### (3) 26번째 카메라등 이용촬영죄

###### 가. 보강증거의 성질

자백에 대한 보강증거는 반드시 직접 범죄사실을 증명하는 직접증거에 한하지 않고 간접증거 내지 정황증거로도 족하다(2010도11272).

###### 나. 보강증거가 필요한 범위

- ① 보강증거가 어느 범위까지 자백을 보강해야 하는가를 보강증거의 범위의 문제라고 한다. 학설은 ㉠ 객관적 범죄구성사실인 죄체의 전부 또는 중요부분에 대하여 보강증거가 있어야 한다는 **죄체설**과 ㉡ 자백의 진실성을 담보하는 정도면 족하다는 **진실성담보설**(통설)이 대립된다.

- ② 판례는 **자백이 진실한 것이라고 인정할 수 있는 정도의 증거이면 족하다고 판시하여 진실성담보설을 취한다**(95도1448).
- ③ 생각건대, 보강법칙은 오판의 위험을 방지하는데 직접적인 근거가 있으므로 진실성담보설이 타당하다고 본다.
- ④ 사안에서, 이 사건 휴대전화에 대한 **임의제출서, 압수조서, 압수목록, 압수품 사진, 압수물 소유권 포기여부 확인서**는 경찰이 피고인의 이 부분 범행 직후 범행 현장에서 피고인으로부터 위 휴대전화를 임의제출 받아 압수하였다는 내용으로서 이 사건 휴대전화에 저장된 전자정보의 증거능력 여부에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당하고, 甲이 26번째 사진을 촬영하였다는 사실에 대한 진실성을 담보하는 정도에 해당한다.

#### (4) 사안의 해결

甲의 25개의 카메라등촬영이용죄에 대해서는 보강증거가 없어 유죄판결을 할 수 없다. 그러나 26번째 카메라등이용촬영죄에 대해서는 압수조서 등의 기재내용이 자백의 진실성을 담보하므로 이 부분에 대해서는 유죄판결을 선고할 수 있다.