

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2023도3626 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등), 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성착취물소지등), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등)

피 고 인 피고인

상 고 인 검사

변 호 인 법무법인 린
담당변호사 강인철 외 1인

원 심 판 결 부산고등법원 2023. 2. 15. 선고 (창원)2022노240 판결

판 결 선 고 2024. 12. 24.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지

가. 피고인은 2013. 6. 22.경부터 2013. 12. 31.경까지 5회에 걸쳐 청소년인 피해자 1(여, 18세)과의 성교 장면 등을 사진과 동영상으로 촬영하여 아동·청소년이용음란물을 제작하였다.

나. 피고인은 2014. 7. 22.경부터 2016. 5. 1.경까지 9회에 걸쳐 피해자 1(여, 19세)과의 유사성교 장면이나 피해자의 음부 부위 등을 피해자의 의사에 반하여 사진과 동영상으로 촬영하였다.

다. 피고인은 2020. 11. 25. 위와 같이 제작한 아동·청소년이용음란물 및 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 1, 피해자 2(가명)의 신체 부위를 피해자들의 동의 없이 촬영한 사진과 동영상을 소지하였다.

2. 압수절차에서 피고인의 참여권에 관하여

가. 원심의 판단

원심은 다음과 같은 사실과 사정 등을 들어 피해자들이 임의제출한 USB(이하 '제1, 2, 3 USB'라 한다) 및 그 저장 전자정보(이하 제1, 2, 3 USB와 그 저장 전자정보를 통틀어 '이 사건 전자정보 등'이라 한다)의 실질적 피압수자는 피고인인데 임의제출 과정에서 피고인의 참여권이 보장되지 않았으므로 이 사건 전자정보 등이나 그 이후 획득한 2차 증거는 모두 증거능력이 없다는 이유로, 이 사건 공소사실을 모두 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

1) 피해자들은 피고인 소유의 USB(이하 '원본 USB'라 한다)에 저장된 사진과 동영상 등 전자정보 중 일부를 임의로 선별, 복제하여 원본 USB가 아닌 피해자들 소유의 제1,

2, 3 USB에 저장한 다음 이 사건 전자정보 등을 경찰에 임의제출하였다.

2) 원본 USB에 저장된 사진과 동영상 등 전자정보 전반에 관한 전속적 관리처분권은 피고인에게 유보되어 있었다고 평가되므로, 원본 USB 압수·수색에 있어 실질적 피압수자는 피고인이다. 피고인이 원본 USB에 담겨 있던 전자정보의 양도나 복제를 피해자들에게 허락한 바 없고 그 소유·관리를 포기한 사정도 없다. 원본 USB에 담겨있던 전자정보가 피해자들 소유의 제1, 2, 3 USB에 옮겨져 저장되었다고 하더라도 그 정보 저장매체에 저장된 전자정보 전반에 대하여는 피고인이 여전히 전자정보에 의해서 식별되는 정보주체이다. 따라서 이 사건 전자정보 등의 압수·수색(임의제출)에 있어서도 실질적 피압수자는 피고인이다. 그런데도 수사기관은 이 사건 전자정보 등을 압수하는 과정에서 피고인에게 참여권을 보장하거나 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치를 취하지 않았다.

3) 결국 이 사건 전자정보 등은 위법수집증거로서 증거능력을 인정할 수 없다.

4) 피해자들의 진술이나 경찰이 압수·수색영장을 집행하여 확보한 피고인 소유의 컴퓨터 하드디스크, 외장하드, 휴대전화 등 저장장치와 그에 저장된 전자정보도 위법수집증거인 이 사건 전자정보 등을 기초로 하여 획득한 2차적 증거로서 증거능력이 없다.

나. 대법원의 판단

원심의 판단은 다음과 같은 이유로 받아들일 수 없다.

1) 관련 법리

전자정보가 제3자 소유·관리의 정보저장매체에 복제되어 임의제출되는 경우에 복제 전자정보와 원본 전자정보의 내용이 완전히 동일하다고 하더라도, 복제 전자정보 생성

경위와 지배관리 상태, 복제 전자정보를 임의제출하게 된 경위, 원본 전자정보 임의제출이나 압수·수색 가능성 등 제반 사정과 전자정보 압수·수색에서 혐의사실과 무관한 전자정보의 무분별한 탐색·복제·출력 등을 방지하려는 참여권의 의의 및 기능을 종합적으로 살펴, 원본 전자정보 임의제출이 충분히 가능함에도 오직 원본 전자정보 관리처분권자의 참여를 배제할 목적으로 원본 전자정보 대신 복제 전자정보를 임의제출하는 경우 등과 같이 복제 전자정보를 임의제출하는 사람에게만 참여의 기회를 부여하는 것이 현저히 부당하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 정보의 동일성을 들어 복제 전자정보 임의제출자 외에 원본 전자정보 관리처분권자를 실질적 피압수자로 평가하고 그에게 참여권을 인정해야 하는 것은 아니라고 보아야 한다.

가) 전자정보는 그 자체로는 무정형의 관념에 불과할 뿐 물리적 존재가 아니다. 전자정보는 복제가 용이하고 다수에게 손쉽게 전파·유통될 수 있으며 그 보유·사용·처분·변경 등이 다수에 의하여 동시다발적으로 이루어질 수 있는 비경합적·비배타적 성질을 가진다. 전자정보가 복제되어 유통·처분·변경되거나 여러 번 재복제되더라도 원본 전자정보나 복제되기 전 단계의 정보들은 마모되거나 훼손되지 않은 채 복제된 정보와 독립하여 존재할 수 있다. 이와 같은 전자정보의 특성을 고려하면, '제3자가 피의자 소유·관리의 정보저장매체 자체를 수사기관에 제출하는 방법으로 그 정보저장매체 내에 저장된 전자정보를 임의제출하는 것'과 '그 전자정보를 제3자 소유·관리의 정보저장매체에 복제한 후 복제 전자정보가 저장된 정보저장매체를 그 제3자가 수사기관에 제출하는 방법으로 복제 전자정보를 임의제출하는 것'은 적어도 그 임의제출 과정에서 보장되어야 하는 참여권의 관점에서는 동일하다고 평가할 수 없다.

나) 참여권자로서의 실질적 피압수자에 해당하는지 여부는, 임의제출(압수)되는 전자

정보나 정보저장매체의 관리처분권에 관하여 민사법상 권리의 귀속에 따른 사후적 판단이 아니라 압수·수색 당시의 외형적·객관적인 기준에 의하여, 즉 임의제출(압수)의 직접적 대상인 당해 정보저장매체의 현실적 지배관리 상태와 그로부터 외형적·객관적으로 추단되는 저장 전자정보에 대한 관리처분권 유무를 통하여 판단하여야 한다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결 등 참조).

다) 원본 전자정보에 대한 관리처분권을 복제 전자정보 임의제출 시 참여권 인정의 근거로 새기게 되면 무한한 복제·유통·변형·합성 등이 가능한 전자정보의 압수절차에서 일일이 원본 전자정보나 그 관리처분권자를 특정해야 할 것이다. 이는 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라 수사의 현장성·적시성·밀행성에도 어긋난다.

라) 복제 전자정보가 사인(私人)이 임의로 수집, 제출한 증거로서 위법한지 여부는 전자정보 및 저장매체 임의제출(압수) 과정에서의 절차적 권리인 참여권 보장 문제와는 다른 측면에서 판단되어야 한다.

2) 이 사건의 경우

위 법리에 비추어 살핀다.

가) 피해자들이 임의제출한 제1, 2, 3 USB는 피해자들의 소유·관리에 속하는 정보저장매체로서 그 자체로는 피고인과 관련이 없다.

나) 피고인이 소유·관리하는 정보저장매체는 원본 USB 뿐인데, 원본 USB는 수사기관에 임의제출되거나 압수된 바 없으므로 원본 USB에 관하여 형사소송법이 정한 참여권이나 그 참여권 인정을 위한 전제로 실질적 피압수자라는 지위를 상정하기 어렵다.

다) 이 사건 전자정보 등은 피해자들이 피고인의 원본 USB에 저장되어 있는 전자정보를 복제한 다음 그 복제 전자정보를 피해자들이 소유·관리하는 제1, 2, 3 USB에 저

