

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2021도10034 가. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)
나. 아동복지법위반(아동에대한음행강요·매개·성희롱등)
다. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물소지)

피 고 인 피고인
상 고 인 검사 및 피고인
변 호 인 변호사 이현정(국선)
원 심 판 결 대전고등법원 2021. 7. 16. 선고 2021노23 판결
판 결 선 고 2021. 11. 25.

주 문

원심판결 중 원심 판시 별지 범죄일람표 1 기재 각 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 위반(음란물제작·배포 등), 각 아동복지법 위반(아동에 대한 음행강요·매개·성희롱 등), 각 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 위반(음란물소지) 부분, 별지 범죄일람표 2 기재 각 아동복지법 위반(아동에 대한 음행강요·매개·성희롱 등) 부분, 별

지 범죄일람표 3 기재 각 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 위반(음란물소지) 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대전고등법원에 환송한다.

피고인의 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 관하여

가. 관련 법리

1) 형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증(이하 '압수수색'이라고 한다)을 할 수 있다."라고 규정한다. 여기서 '해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것'은 압수수색영장의 범죄 혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 것으로서 압수수색영장의 범죄 혐의사실과 객관적 관련성이 인정되고 압수수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 경우를 의미한다. 그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수수색영장에 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. 이러한 객관적 관련성은 압수수색영장 범죄 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사

범행에 관한 것이라는 사유만으로 객관적 관련성이 있다고 할 것은 아니다(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결, 대법원 2021. 8. 26. 선고 2021도2205 판결 등 참조).

2) 전자정보 또는 전자정보저장매체에 대한 압수수색에서 혐의사실과 관련된 전자정보인지 여부를 판단할 때는 혐의사실의 내용과 성격, 압수수색의 과정 등을 토대로 구체적·개별적 연관관계를 살펴볼 필요가 있다. 특히 카메라의 기능과 전자정보저장매체의 기능을 함께 갖춘 휴대전화인 스마트폰을 이용한 불법촬영 등 범죄와 같이 범죄의 속성상 해당 범행의 상습성이 의심되거나 성적 기호 내지 경향성의 발현에 따른 일련의 범행의 일환으로 이루어진 것으로 의심되고, 범행의 직접 증거가 스마트폰 안에 이미지 파일이나 동영상 파일의 형태로 남아 있을 개연성이 있는 경우에는 그 안에 저장되어 있는 같은 유형의 전자정보에서 그와 관련한 유력한 간접증거나 정황증거가 발견될 가능성이 높다는 점에서 이러한 간접증거나 정황증거는 혐의사실과 구체적·개별적 연관관계를 인정할 수 있다. 이처럼 범죄의 대상이 된 피해자의 인격권을 현저히 침해하는 성격의 전자정보를 담고 있는 촬영물은 범죄행위로 인해 생성된 것으로서 몰수의 대상이기도 하므로, 휴대전화에서 해당 전자정보를 신속히 압수수색하여 촬영물의 유통가능성을 적시에 차단함으로써 피해자를 보호할 필요성이 크다. 나아가 이와 같은 경우에는 간접증거나 정황증거이면서 몰수의 대상이자 압수수색의 대상인 전자정보의 유형이 이미지 파일 내지 동영상 파일 등으로 비교적 명확하게 특정되어 그와 무관한 사적 전자정보 전반의 압수수색으로 이어질 가능성이 적어 상대적으로 폭넓게 관련성을 인정할 여지가 많다는 점에서도 그렇다(대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 전원합의체 판결 참조).

나. 이 사건의 경위

원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 경찰은 피해자 공소외인(가명, 이하 '피해자 공소외인'이라고 한다)의 아버지가 2019. 11. 17. '피해자 공소외인과 카카오톡 대화를 통해 알게 된 성인 남성이 2019. 11. 9. 피해자 공소외인에 대하여 음란 유사성행위를 하였다'는 취지의 고소장을 제출하자, 이에 대한 수사를 개시하였다.

2) 경찰은 피고인을 피의자로 특정한 후 피고인이 피해자 공소외인을 촬영하는 데 사용한 휴대전화, 당시 촬영한 동영상 파일 등이 저장되어 있을 것으로 추정되는 PC 등 증거물을 확보하기 위한 압수수색검증영장의 청구를 신청하여, 2020. 3. 9. 압수수색검증영장(이하 '이 사건 압수영장'이라고 한다)을 발부받았다. 이 사건 압수영장에는 범죄사실로 '피고인이 2019. 11. 9. 위력으로 13세 미만 미성년자인 피해자 공소외인을 추행하고, 피해자 공소외인의 의사에 반하여 그 신체를 촬영하였다'는 내용이, 압수수색을 필요로 하는 사유로 '피고인의 증거인멸 가능성과 카메라 촬영 영상물 유포 등의 가능성'이 각 기재되어 있었다.

3) 경찰은 2020. 3. 17. 피고인에게 이 사건 압수영장을 제시하고 피고인으로부터 스마트폰(SM-N971N, USIM 포함) 1대(증 제3호, 이하 '이 사건 휴대전화'라고 한다)와 SSD(MZ-75E250) 1개(증 제4호, 이하 '이 사건 SSD'라고 한다)를 각 압수하였다(이하 이 사건 휴대전화와 SSD를 통틀어 이하 '이 사건 각 전자기기'라고 한다).

4) 경찰은 이 사건 휴대전화에서 피고인이 피해자 공소외인을 촬영한 동영상 파일이 발견되지 않자, 이 사건 휴대전화에 설치된 네이버 클라우드 애플리케이션에 접속하여 피고인의 클라우드 계정에 저장되어 있는 다수의 음란 동영상 파일을 발견하였고, 그

중 피고인이 피해자 공소외인을 촬영한 것이라고 지정한 영상파일을 이 사건 휴대전화에 내려받은 뒤 이동식 저장장치에 저장하는 방식으로 피고인으로부터 이를 임의제출 받았다.

5) 경찰은 2020. 3. 18.부터 2020. 3. 31.까지 이 사건 각 전자기기에 대한 디지털 증거분석을 하였고, 그 결과 피고인이 피해자 공소외인을 촬영한 동영상 파일뿐 아니라 다른 피해자들에 대하여 제작하였거나 소지하고 있는 아동·청소년이용음란물 자료를 발견하였으나, 그 과정에서 법원으로부터 별도의 압수수색영장을 발부받지는 않았다.

6) 경찰은 2020. 4. 17. 위와 같이 발견한 전자정보(이하 '이 사건 각 전자정보'라고 한다)를 토대로 아동·청소년이용음란물을 발견하였다는 내용의 수사보고서를 작성하였고, 2020. 4. 19. 이 사건 각 전자정보를 특정하여 해시값을 확인한 후 피고인에게 그 목록을 전자정보확인서 형태로 교부하고 피고인으로부터 이 사건 각 전자기기와 각 전자정보를 압수하였다는 내용의 압수조서와 압수목록을 작성하였다.

7) 검사는 2020. 11. 25. 이 사건 각 전자정보와 이를 토대로 수집한 증거를 근거로 ① '피고인이 2018. 8. 12.경부터 2019. 11. 11.경까지 총 4회에 걸쳐 피해자 공소외인을 포함한 4명의 피해자들에게 성적 학대행위를 함과 동시에 이를 촬영하여 아동·청소년이용음란물을 제작하고, 이를 소지하였다'는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 '청소년성보호법'이라고 한다) 위반(음란물제작·배포 등), 아동복지법 위반(아동에 대한 음행강요·매개·성희롱 등) 및 청소년성보호법 위반(음란물소지), ② '피고인이 2019. 2. 13.경부터 2019. 11. 11.경까지 총 7회에 걸쳐 3명의 피해자들에게 성적 학대행위를 하였다'는 아동복지법 위반(아동에 대한 음행강요·매개·성희롱 등), ③ '피고인이 2019. 10. 29.경부터 2020. 3. 16.경까지 총 7회에 걸쳐 7명의 피해자들에 대

한 아동·청소년이용음란물을 소지하였다'는 청소년성보호법 위반(음란물소지)의 내용으로 공소를 제기하였다.

다. 원심의 판단

원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 각 전자정보 중 피해자 공소외인을 제외한 나머지 피해자들에 대한 범행 관련 부분은 위법한 압수수색절차를 통해 수집된 증거로서 증거능력이 없으므로, 피고인의 자백이 진실한 것임을 인정할 만한 보강증거가 없다고 보아, 피해자 공소외인을 제외한 나머지 피해자들에 대한 범행 부분인 원심 판시 별지 범죄일람표 1 기재 각 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포 등), 각 아동복지법 위반(아동에 대한 음행강요·매개·성희롱 등), 각 청소년성보호법 위반(음란물소지) 부분, 별지 범죄일람표 2 기재 각 아동복지법 위반(아동에 대한 음행강요·매개·성희롱 등) 부분, 별지 범죄일람표 3 기재 각 청소년성보호법 위반(음란물소지) 부분(이하 '원심 판시 범죄일람표 1, 2, 3 기재 부분'이라고 한다)을 무죄로 판단하였다.

1) 피해자 공소외인에 대한 범행과 나머지 피해자들에 대한 범행은 피해자·범행 일시·음란물의 내용에 차이가 있다. 이 사건 압수영장에 나머지 피해자들에 대한 범행에 관한 내용이 없고, 추가 여죄 수사에 활용하기 위한 목적이 있다는 취지의 기재도 없다. 경찰이 이 사건 압수영장을 발부받을 당시에는 나머지 피해자들에 대한 범행에 관한 수사를 개시하지 않았다. 따라서 나머지 피해자들에 대한 범행은 피해자 공소외인에 대한 범행과 구체적·개별적 연관관계가 있다고 보기 어렵다.

2) 경찰은 이 사건 압수영장에 따라 압수한 이 사건 각 전자기기를 탐색하는 과정에서 영장 발부의 사유로 된 범죄사실과 다른 범죄 혐의에 대한 자료를 발견하였으므로, 더 이상 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별건 범죄사실에 대한 압수수색영장을 받

부받는 등의 절차를 진행하였어야 하는데도, 별도의 압수수색영장을 발부받거나 피고인으로부터 이를 임의제출받는 절차를 진행하지 않았다.

라. 대법원의 판단

1) 앞서 본 사실관계를 관련 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 압수영장은 혐의사실의 직접증거뿐 아니라 그 증명에 도움이 되는 간접증거 또는 정황증거를 확보하기 위한 것이라고 볼 수 있고, 이 사건 압수영장에 따라 압수된 이 사건 각 전자정보 및 그 분석결과 등은 혐의사실의 간접증거 또는 정황증거로 사용될 수 있는 경우에 해당하여 이 사건 압수영장 기재 혐의사실과의 객관적 관련성이 인정된다고 보는 것이 타당하므로, 그 증거를 피해자 공소외인을 제외한 나머지 피해자들에 대한 공소사실의 증거로 사용할 수 있다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 이 사건 압수영장의 범죄사실에는 피해자 공소외인에 대한 범행 부분만이 기재되어 있다. 그러나 휴대전화를 이용한 이 사건 성범죄의 특성에다가 이 사건 압수영장에 압수수색이 필요한 사유로 영장 기재 범죄사실에 관한 혐의의 상당성 외에도 카메라 촬영 영상물 유포 등의 가능성을 배제할 수 없다는 기재가 있었던 점을 고려하면 추가 여죄수사의 가능성이 있었다고 볼 수 있다.

나) 이 사건 압수영장에 기재된 범죄사실은 피고인이 2019. 11. 9. 피해자 공소외인을 추행하고 피해자 공소외인의 의사에 반하여 신체를 촬영하였다는 것이다. 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외인을 제외한 나머지 피해자들에 대한 부분은 2018. 8. 12.경부터 2020. 3. 16.경까지 아동들에게 성적 학대행위를 하거나, 이 사건 휴대전화를 이용하여 아동·청소년이용음란물을 제작하거나, 아동·청소년이용음란물을 소지하였다는 것이다. 이를 비교하여 보면 그 각 범행 시기가 근접하여 있고, 범행이 모두 아동·

청소년을 대상으로 하고 있으며, 이 사건 휴대전화를 주된 범행수단으로 하고 있다는 점에서 공통점이 인정되므로, 위 각 범행은 동종·유사 범행에 해당한다. 여기에 수사기관이 압수수색 당시 이 사건 각 전자정보가 피고인이 아동·청소년이용음란물을 제작한 것인지, 아니면 아동·청소년이용음란물을 소지한 것인지 구분하기 어려웠다는 점도 함께 고려되어야 한다.

다) 피고인이 피해자 공소외인에게 음란한 행위를 하도록 하였다는 부분은 결과적으로 성적 학대로 인한 아동복지법 위반(아동에 대한 음행강요·매개·성희롱 등)에 해당한다고 판단되었고, 이 사건 압수영장 집행 당시에도 피고인이 상습범으로 처벌될 가능성이 완전히 배제되었다고 볼 수는 없었다.

라) 이 사건 각 전자정보는 이 사건 압수영장에 기재된 범죄사실인 피해자 공소외인에 대한 범행과 관련하여 피고인이 피해자 공소외인의 의사에 반하거나 위력을 이용하여 피해자 공소외인에게 음란한 행위를 하도록 하고 그 신체를 촬영하였는지 여부 및 피고인 진술의 신빙성과 범행 동기 등을 판단할 수 있는 간접증거나 정황증거로도 사용될 수 있었다. 나아가 이 사건 각 전자정보는 성범죄에서 중요한 심리 요소인 피고인의 성적 취향을 알 수 있는 자료에 해당한다.

2) 그런데도 원심은 이 사건 압수영장 기재 혐의사실과 피해자 공소외인을 제외한 나머지 피해자들에 대한 공소사실 사이에 관련성이 없으므로, 이 사건 각 전자정보 중 피해자 공소외인을 제외한 나머지 피해자들에 대한 범행 관련 부분은 위법하게 수집된 증거에 해당하고, 그에 기초하여 획득한 2차적 증거들도 증거능력이 없다고 보아, 이 사건 공소사실 중 원심 판시 범죄일람표 1, 2, 3 기재 부분을 무죄로 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 압수수색에서 객관적 관련성과 위법수집증거에 관한 법리를 오해

하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 피고인의 상고이유에 관하여

원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외인에 대한 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포 등), 아동복지법 위반(아동에 대한 음행강요·매개·성희롱 등) 부분을 유죄로 판단하면서 피고인으로부터 이 사건 휴대전화를 몰수하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 형법 제48조 제1항 제1호에서 정한 몰수의 대상 및 비례의 원칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 파기의 범위

위와 같은 이유로 원심판결 중 원심 판시 범죄일람표 1, 2, 3 기재 부분은 파기되어야 한다. 한편 파기되어야 하는 무죄 부분을 제외한 나머지 무죄 부분은 검사가 상고하지 않아 분리·확정되었다. 그리고 원심판결 중 유죄 부분은 파기되어야 하는 위 무죄 부분과 형법 제37조 전단 경합범의 관계에 있어 별개로 심리·판단되는 관계에 있는데, 위와 같이 피고인의 상고이유를 받아들일 수 없고, 이에 대하여 검사가 상고하지 않았다. 따라서 파기의 범위는 원심판결 중 원심 판시 범죄일람표 1, 2, 3 기재 부분에 한정된다.

4. 결론

그러므로 검사의 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결 중 원심 판시 범죄일람표 1, 2, 3 기재 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 피고인의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로

주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노태약

주 심 대법관 박정화

 대법관 김선수

 대법관 오경미