

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2022도9877 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)(일부 인정된 죄명 : 협박), 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등)

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 법무법인 정법
담당변호사 정이훈 외 2인

원 심 판 결 서울고등법원 2022. 7. 22. 선고 2022노288 판결

판 결 선 고 2022. 10. 27.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피해자가 제출한 방송녹음파일의 증거능력에 관하여
가. 통신비밀보호법 제3조, 제4조 위반 여부

1) 통신비밀보호법 제2조에 의하면 '전기통신'이란 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말하고(제2호), '감청'이란 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음성·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다(제7호). 통신비밀보호법 제3조는 통신비밀보호법, 형사소송법, 군사법원법의 규정에 의하지 아니한 전기통신의 감청을 금지하고 있고, 같은 법 제4조는 위 규정을 위반하여 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다고 정하고 있다.

2) 위와 같은 전기통신의 감청은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 통신비밀보호법 제2조 제7호 소정의 각 행위를 하는 것만을 말한다고 풀이함이 상당하다고 할 것이므로, 전기통신의 당사자의 일방이 상대방 모르게 통신의 음성·영상 등을 청취하거나 녹음하는 것은 여기의 감청에 해당하지 아니하지만, 제3자의 경우는 설령 당사자 일방의 동의를 받고 그 통신의 음성·영상을 청취하거나 녹음하였다 하더라도 그 상대방의 동의가 없었던 이상, 사생활 및 통신의 불가침을 국민의 기본권의 하나로 선언하고 있는 헌법규정과 통신비밀의 보호와 통신의 자유신장을 목적으로 제정된 통신비밀보호법의 취지에 비추어 이는 통신비밀보호법 제3조

제1항 위반이 된다(대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 등 참조).

3) 방송자가 인터넷을 도관 삼아 인터넷서비스제공업체 또는 온라인서비스제공자인 인터넷개인방송 플랫폼업체의 서버를 이용하여 실시간 또는 녹화된 형태로 음성, 영상물을 방송함으로써 불특정 혹은 다수인이 이를 수신·시청할 수 있게 하는 인터넷개인방송은 그 성격이나 통신비밀보호법의 위와 같은 규정에 비추어 전기통신에 해당함은 명백하다.

인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등 그 수신 범위를 한정하는 비공개 조치를 취하지 않고 방송을 송출하는 경우, 누구든지 시청하는 것을 포괄적으로 허용하는 의사라고 볼 수 있으므로, 그 시청자는 인터넷개인방송의 당사자인 수신인에 해당하고, 이러한 시청자가 방송 내용을 지득·채록하는 것은 통신비밀보호법에서 정한 감청에 해당하지 않는다. 그러나 인터넷개인방송의 방송자가 비밀번호를 설정하는 등으로 비공개 조치를 취한 후 방송을 송출하는 경우에는, 방송자로부터 허가를 받지 못한 사람은 당해 인터넷개인방송의 당사자가 아닌 '제3자'에 해당하고, 이러한 제3자가 비공개 조치가 된 인터넷개인방송을 비정상적인 방법으로 시청·녹화하는 것은 통신비밀보호법상의 감청에 해당할 수 있다. 다만, 방송자가 이와 같은 제3자의 시청·녹화 사실을 알거나 알 수 있었음에도 방송을 중단하거나 그 제3자를 배제하지 않은 채 방송을 계속 진행하는 등 허가받지 아니한 제3자의 시청·녹화를 사실상 승낙·용인한 것으로 볼 수 있는 경우에는 불특정인 혹은 다수인을 직·간접적인 대상으로 하는 인터넷개인방송의 일반적 특성상 그 제3자 역시 인터넷개인방송의 당사자에 포함될 수 있으므로, 이러한 제3자가 방송 내용을 지득·채록하는 것은 통신비밀보호법에서 정한 감청에 해당하지 않는다.

4) 기록에 따르면, 피해자가 수사기관에 제출한 방송녹음파일 중 2021. 6. 6.자 방송과 2021. 6. 17. 23:17경부터 시작된 방송은 피고인이 비공개 조치를 하지 않은 상태에서 한 방송이거나, 피고인이 비공개 조치를 한 후 방송을 하는 과정에서 피고인과 잘 아는 사이인 피해자가 불상의 방법으로 접속하거나 시청하고 있다는 사정을 알면서도 방송을 중단하거나 피해자를 배제하는 조치를 취하지 아니하고, 오히려 피해자의 시청 사실을 전제로 피해자를 상대로 한 발언을 하기도 하는 등 계속 진행한 방송임을 알 수 있다. 이러한 경위에 비추어 피해자는 위 각 방송의 당사자에 포함될 뿐 당사자가 아닌 제3자에 해당한다고 볼 수는 없으므로, 피해자가 위 각 방송을 시청하면서 음향·영상 등을 청취하거나 녹음하였다도 통신비밀보호법 제3조를 위반한 불법감청에 해당하지 않는다.

나. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 '정보통신망법'이라고 한다) 제48조 제1항 위반 여부

1) 정보통신망법 제48조 제1항은 이용자의 신뢰 또는 이익을 보호하기 위한 규정이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이므로, 위 규정에서 접근권한을 부여하거나 허용되는 범위를 설정하는 주체는 서비스제공자이다. 따라서 서비스제공자로부터 권한을 부여받은 이용자가 아닌 제3자가 정보통신망에 접속한 경우, 그에게 접근권한이 있는지 여부는 서비스제공자가 부여한 접근권한을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도870 판결 등 참조).

2) 따라서 피해자에게 피고인의 인터넷개인방송에 접근할 권한이 있는지 여부는 방송자인 피고인이 아니라 인터넷개인방송 플랫폼업체가 부여한 접근권한을 기준으로 판단하여야 하는바, 원심이 적법하게 채택한 증거 및 그에 기하여 인정한 사실관계에 의

하면 피해자가 2021. 6. 6.자 방송, 2021. 6. 17.자 각 인터넷개인방송에 접속한 것이 인터넷개인방송 플랫폼업체가 부여한 접근권한 없이 이루어진 것이라고 단정하기 어렵다. 나아가 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, 피해자의 최초 신고 이후 피고인이 송출한 방송의 내용, 피해자가 피고인의 방송에 접속하게 된 경위, 피해자의 방송 시청 및 녹화로 인하여 훼손되는 정보통신망 자체의 안전성이나 정보의 신뢰성, 피해자의 증거수집 과정에서 침해되는 피고인의 사생활 내지 인격적 이익 등을 전체적으로 고려하여 보더라도 피해자가 수사기관에 제출한 방송녹음파일의 증거능력을 배제할 수는 없다.

다. 원심이 같은 취지에서 위 각 방송녹음파일의 증거능력을 인정한 조치는 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 증거능력에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

2. 나머지 상고이유에 관하여

원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 임의제출, 위법수집증거배제법칙, 전자정보의 임의제출 또는 압수에서의 적법절차, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의9 제2항의 보복 목적 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 결론

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

재판장 대법관 민유숙 _____

 대법관 조재연 _____

 대법관 이동원 _____

주 심 대법관 천대엽 _____