

**마약류관리에 관한 법률 위반(향정)·마약류관리에 관한 법률 위
반(대마)·정보통신망 이용 촉진 및 정보보호 등에 관한 법률
위반(음란물 유포)**

[대법원 2009. 5. 14. 2008도10914]



【판시사항】

- [1] 헌법과 형사소송법이 정한 절차를 위반하여 수집한 압수물과 이를 기초로 획득한 2차적 증거의 증거능력 및 그 판단 기준
- [2] 음란물 유포의 범죄혐의를 이유로 압수수색영장을 발부받은 사법경찰리가 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견하자, 피고인을 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수하였으나 그 다음날 피고인을 석방하고도 사후 압수수색영장을 발부받지 않은 사안에서, 위 압수물과 압수조서는 형사소송법상 영장주의를 위반하여 수집한 증거로서 증거능력이 부정된다고 한 사례
- [3] 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호의 규정 취지 및 '공연히 전시'의 의미
- [4] 인터넷사이트에 집단 성행위 목적의 카페를 운영하는 자가 남녀 회원을 모집한 후 특별모임을 병자하여 집단으로 성행위를 하고 그 촬영물이나 사진 등을 카페에 게시한 사안에서, 위 카페의 회원수에 비추어 위 게시행위가 음란물을 공연히 전시한 것에 해당한다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 기본적인 인권 보장을 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 따라서 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론, 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 기본적인 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다. 다만, 위법하게 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 한해 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있을 뿐이다.
- [2] 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 음란물 유포의 범죄혐의를 이유로 압수·수색영장을 발부받은 사법경찰리가 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견하자, 피고인을 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수하였으나, 그 다음날 피고인을 석방하였음에도 사후 압수·수색영장을 발부받지 않은 사안에서, 위 압수물과 압수조서는 형사소송법상 영장주의를 위반하여 수집한 증거로서 증거능력이

부정된다고 한 사례.

- [3] 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정되기 전의 것) 제65조 제1항 제2호는 정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자를 처벌하도록 규정하고 있다. 이 법률 규정은 초고속 정보통신망의 광범위한 구축과 그 이용촉진 등에 따른 음란물의 폐해를 막기 위하여 마련된 것이고, 여기서 '공연히 전시'한다고 함은 불특정 또는 다수인이 실제로 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미한다.
- [4] 인터넷사이트에 집단 성행위 목적의 카페를 개설, 운영한 자가 남녀 회원을 모집한 후 특별모임을 병자하여 집단으로 성행위를 하고 그 촬영물이나 사진 등을 카페에 게시한 사안에서, 카페가 회원제로 운영되는 등 제한적이고 회원들 상호간에 음란물을 게시, 공유해 온 사정이 있다고 하더라도, 위 카페의 회원수에 비추어 위 게시행위가 음란물을 공연히 전시한 것에 해당한다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제215조, 제307조
- [2] 헌법 제12조 제1항, 제3항, 구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 일부 개정되기 전의 것) 제216조 제1항 제2호, 제3항, 제217조 제2항, 형사소송법 제215조, 제307조
- [3] 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정되기 전의 것) 제65조 제1항 제2호(현행 제74조 제1항 제2호 참조)
- [4] 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정되기 전의 것) 제65조 제1항 제2호(현행 제74조 제1항 제2호 참조)

【참조판례】

- [1]
- [2] 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결(공2007하, 1974) /
- [3]
- [4] 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335 판결(공2003하, 1739), 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8155 판결(공2008상, 413)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인 및 검사

【변 호 인】 법무법인 서울제일 담당변호사 송재양

【원심판결】 수원지법 2008. 11. 4. 선고 2008노2766 판결

【주문】

】

원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 수원지방법원 본원 합의부에 환송한다. 검사의 상고를 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 본다.

1. 검사의 상고이유에 대하여

기본적 인권 보장을 위하여 압수·수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수·수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 하므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없고, 다만 위법하게 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 한해 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있을 뿐이다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 사법경찰리가 2007. 10. 23. 이 사건 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(음란물유포)의 범죄혐의를 이유로 발부받은 압수·수색영장(수색·검증할 장소, 신체 또는 물건 : (주거지 주소 생략)(주거지), (사업장 소재지 생략)(사업장), 압수할 물건 : 범죄행위에 제공되었거나 범죄행위에 관련된 컴퓨터 및 주변기기, 하드디스크, USB메모리, 플로피 디스크, 시디, 장부, 서류, 수첩, 메모지)에 기하여 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마가 발견되자 이에 피고인을 마약류관리에 관한 법률 위반(대마)죄의 현행범으로 체포하면서 위 대마를 압수하였으나, 현행범으로 체포된 피고인이 구속영장에 의하여 구속되지 않고 다음날인 2007. 10. 24. 석방되었음에도 사후 압수·수색영장을 받지 아니한 사실이 인정되므로 위 압수한 대마 및 그 압수조서 중 “위 대마를 피고인에게서 압수하였다”는 취지의 기재 등은 형사소송법상 영장주의를 위반하여 수집한 증거로, 그 절차위반의 정도가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 것이어서 그 증거능력을 배제하는 것이 형사사법 정의 실현의 취지에 합치된다 할 것이고, 따라서 위 각 증거는 증거능력이 없어 위 대마소지의 점에 관한 공소사실의 증거로 사용할 수 없다고 판단하였다.

구 형사소송법(2007. 6. 1. 공포되고 2008. 1. 1.부터 시행된 법률 제8496호 이전의 것) 제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항에 의하면 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수·수색을 할 수 있고 이때 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 이를 즉시 환부하여야 하지만, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 사후에 압수·수색영장을 받아야 한다고 규정하고, 같은 법 제216조 제3항에 의하면 범행 중 또는 범행 직후의 범

죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수·수색을 하되, 사후에 영장을 받도록 규정하고 있는바, 이러한 형사소송법의 규정과 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 압수물과 압수조서의 기재는 형사소송법상 영장주의 원칙에 위배하여 수집하거나 그에 기초한 증거로서 그 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당한다 할 것이니, 원심이 위 각 증거의 증거능력을 부정하고 이 사건 대마소지의 점에 관한 공소사실에 대하여 범죄의 증명이 없다는 이유로 무죄를 선고한 것은 정당하다.

원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같이 압수물 등의 증거능력에 관한 법리오해 및 채증법칙위배 등의 위법이 없다.

2. 피고인의 상고이유에 대하여

가. 음란물 유포의 점에 대하여

구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정되기 전의 것) 제65조 제1항 제2호(이하 '이 사건 법률 규정'이라 한다)는 정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자를 처벌하도록 규정하고 있는바, 이 사건 법률 규정은 초고속 정보통신망의 광범위한 구축과 그 이용촉진 등에 따른 음란물의 폐해를 막기 위하여 마련된 것이고, 여기서 '공연히 전시'한다고 함은 불특정 또는 다수인이 실제로 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미한다 (대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8155 판결 등 참조).

원심은, 피고인이 그 판시 인터넷사이트에서 집단 성행위(일명 '스와핑') 목적의 카페를 개설, 운영하면서 남녀 회원을 모집한 후 특별모임을 병자하여 집단으로 성행위를 하고 그 촬영물이나 사진 등을 카페에 게시함으로써 정보통신망을 통하여 음란한 화상 등을 공연히 전시하였다고 하는 이 사건 공소사실에 대하여, 피고인의 주장처럼 위 카페가 회원제로 운영되는 등 제한적이고 회원들 상호간에 위 음란물을 게시, 공유하여 온 사정이 있다 하여도 위 카페의 회원수 등에 비추어 피고인은 정보통신망을 이용하여 음란물을 다수인이 인식할 수 있는 상태로 전시한 사실이 인정된다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 원심의 인정 사실에 의하면 위와 같은 피고인의 행위는 정보통신망을 이용하여 음란물을 다수인이 인식할 수 있는 상태로 전시함으로써 이 사건 법률규정을 위반한 경우에 해당한다 할 것이니, 같은 취지의 원심 판단은 정당하다.

원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같이 정보통신망을 통한 음란물 유포의 점에 관한 법리오해의 위법이 없다.

나. 향정신성의약품 투약의 점에 대하여

형사소송법 제254조 제4항이 "공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.

"라고 규정한 취지는, 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 방어권의 범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 것이므로, 검사로서는 위 세 가지 특정요소를 종합하여 다른 사실과의 식별이 가능하도록 범죄 구성요건에 해당하는 구체적 사실을 기재하여야 하는바, 이는 마약류 취급자가 아니면서도 마약류를 투약하였음을 내용으로 하는 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 공소사실에 관한 기재에 있어서도 마찬가지이다(대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7465 판결, 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7342 판결 등 참조).

피고인에 대한 이 부분 공소사실은 "피고인은 마약류 취급자가 아님에도 불구하고, 2007. 4.경 내지 6.경 사이에 알 수 없는 곳에서, 향정신성의약품인 엠디엠에이(MDMA, 일명 '엑스타시')를 알 수 없는 방법으로 투약하였다.

"는 것인바, 엠디엠에이의 투약시기, 투약장소, 투약방법에 관한 위와 같은 기재만으로는 피고인의 방어권의 행사에 지장을 초래할 위험성이 크고, 위 투약시기로 기재된 위 기간 내에 복수의 투약가능성도 충분히 있으므로 투약횟수의 기재조차 없는 위 공소사실에 대하여는 그 심판대상이 한정되었다고도 보기도 어렵다.

따라서 위와 같은 공소사실의 기재는 특정한 구체적 사실의 기재에 해당한다고 볼 수 없어 형사소송법 제254조 제4항에 정해진 요건을 갖추지 못하였으므로, 이 부분 공소는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효라 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 이 사건 공소사실이 특정되었음을 전제로 이를 유죄라고 판단한 원심판결에는 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다.

이 점을 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 결 론

그러므로 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고(원심이 유죄로 인정한 피고인에 대한 판시 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로 유죄 부분 전부를 파기한다), 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 무죄 부분에 대한 검사의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장) 양승태 김지형(주심) 전수안