

특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)(일부인정된죄명협박)  
·정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반( 명예훼손)·성폭력  
범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등)·성폭력범  
죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등)



[서울고등법원 2022. 7. 22. 2022노288]

【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 박영우(기소), 손석천(공판)

【변 호 인】 법무법인 정법 담당변호사 정이훈 외 2인

【원심판결】 인천지방법원 2022. 1. 21. 선고 2021고합582 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 1년 6월에 처한다.

피고인에게 40시간의 성폭력 치료프로그램 이수를 명한다.

압수된 증 제1호(갤럭시 S21 휴대전화기 1대), 증 제5호(외장하드 1개)를 각 몰수하고, 압수된 증 제2호(휴대전화기  
내 저장된 피해자 신체 사진)를 폐기한다.

별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점은 각 무죄

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(증거능력에 관한 항소이유를 보충·추가하는 법률상 주장을 포함한다)

1) 사실오인 및 법리오해

가) 수사기관의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2항 관련)

갤럭시 S21 휴대전화기(증 제1호, 이하 '이 사건 휴대전화'라 한다), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호),  
외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장된 피해자 사진(증거목록 순번 75)은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해  
당하여 증거능력이 없다.

① 이 사건 휴대전화는 피고인이 자발적인 의사에 기하여 임의제출한 것이 아니고 담당경찰관에 의해 강제로 압수  
된 것이다.

② 경찰은 영장 없이 피고인의 집과 학원을 수색하였고, 외장하드 등 위 장소에서 압수한 증거들에 대한 임의제출  
동의서의 작성을 강요하였다.

피고인이 사후에 수색동의서를 작성하기는 하였으나 수색동의서만으로 강제처분인 수색을 할 수 없으며, 강제처분  
인 수색을 통해서 압수한 물건들은 임의제출의 대상이 될 수 없다.

③ 경찰은 압수한 정보저장매체들의 디지털 포렌식 과정에서 피고인의 참여권을 보장하지 않았고, '위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 동의서 또한 담당경찰관의 강압·협박에 의해 작성한 것이다.

④ 경찰은 이 사건 휴대전화, 외장하드 등을 압수한 다음날인 2021. 3. 30. 위 증거물들의 봉인을 해제하여 증거를 훼손하였고, 이로 인해 디지털 저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았음이 담보되지 않으므로 포렌식 결과 또한 신뢰할 수 없다.

정보저장매체 원본 반출 확인서의 서명은 담당경찰관의 강요 내지 협박에 의해 이루어진 것이고, 피고인은 원본 봉인과정에 참여한 사실이 없다.

⑤ 경찰은 피고인에게 압수한 전자정보의 상세목록을 교부하지 않았다.

나) 사인의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제3, 4항 관련)

피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거인 수사보고서(증거목록 순번 38, 48), 녹취서(증거목록 순번 73) 등은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

① 피해자가 전기통신인 피고인의 인터넷 방송을 감청하고, 공개되지 않은 타인간의 대화를 청취·녹음한 행위는 통신비밀보호법 제3조를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 증거능력이 없다.

② 피고인이 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 통하여 비로그인 이용자에 대하여 피고인이 진행하는 인터넷 방송에 대한 접근권한을 차단하였음에도 불구하고 피해자가 접근권한 없이 피고인의 방송에 침입한 행위는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

③ 피해자가 피고인이 지적재산권을 갖고 있는 피고인의 인터넷 방송을 녹화·편집하여 복제물을 생성한 행위는 저작권법 제136조 제1항 제1호를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

다) 원심 판시 범죄사실 제1, 2항에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

피고인은 피해자의 사전동의를 얻어 피해자의 나체 사진을 촬영하였다.

라) 원심 판시 범죄사실 제3항 별지1 범죄일람표 2 내지 4에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

① 피고인의 발언은 인터넷 방송 정지에 대한 항의차원에서 한 것이므로 해악의 고지에 해당하지 않고, 피해자로 하여금 공포심을 일으키기에 충분하지도 않다.

② 피고인은 피해자의 아이디를 블랙리스트에 등록하고, 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 한 비공개 방송에서 해당 발언을 하였다.

당시 피고인으로서의 피해자가 피고인의 방송을 시청하고 있다는 사실을 인식할 수 없었기 때문에 피해자에게 해악을 고지한다는 의사가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형(징역 1년 6월 등)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해 주장(이유무죄 부분 관련)

피고인이 4차례에 걸쳐 피해자의 경찰신고에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박한 사실이 충분히 인정됨에도 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점을 모두 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 위 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 수사기관의 위법수집증거 주장에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하여 보면, 수사기관의 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 휴대전화(증 제1호), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장되어 있는 피해자 사진(증거목록 순번 75) 등은 그 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

1) 이 사건 휴대전화 및 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진의 증거능력

① 피해자는 2021. 3. 29. 피해자의 집에서 피고인과 함께 있던 중 피고인 소유의 이 사건 휴대전화에서 나체 상태로 잠을 자는 자신의 모습이 촬영된 사진 2장(이하 '이 사건 촬영물'이라 하고, 편의상 그 파일이나 이를 복사하여 외장하드에 저장한 사진 내지 파일도 이와 동일하게 지칭한다)을 발견하였다.

피해자는 같은 날 10:17경 '남자친구가 자신 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 112범죄신고센터에 신고하였다.

신고를 접한 경찰이 현장에 도착하자 피해자는 피해를 호소하였고 피고인은 그 자리에서 촬영 사실을 인정하면서 이 사건 휴대전화를 제출하였다.

② 경찰은 피고인이 위와 같이 촬영 사실을 인정하고 이 사건 휴대전화를 제출하는 점을 근거로 도망우려 및 증거인멸 우려가 없다고 판단하여 피고인에게 임의동행의 사유 및 이유, 언제든지 퇴거할 수 있는 등 권리를 고지한 후 피고인과 인천서부경찰서로 임의동행하였다.

피고인은 인천서부경찰서에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 9쪽)에 서명하고 무인(拇印)하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화 및 촬영물을 압수하고, 이에 대한 압수조서와 압수목록 교부서를 작성하였다.

③ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '피고인한테 이 사건 휴대전화를 제출할 거냐고 수차례 물어본 기억이 있고, 피고인이 제출한다고 하였다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 3쪽).

④ 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에서 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다(증거기록 1권 251쪽). 또한 피고인은 수사과정에서 변호인을 선임하였는데, 2021. 7. 26. 검찰에 제출된 '변호인 의견서'에는 제출의 임의성 여부를 다투는 내용은 없고, '피해자의 동의를 받아 촬영한 것이다'라는 주장만 있다.

⑤ 피고인은 최초 경찰 조사 단계에서부터 검찰 및 원심 법정에 이르기까지 촬영 사실 자체는 인정하면서 다만 피해자의 사전동의 하에 촬영한 것이라는 주장을 일관되게 하여 왔다.

이러한 입장에 의하면 피고인이 피해자와 함께 있던 현장에서 발각된 이 사건 촬영물 외에 문제될만한 다른 사진 등은 없었던 이 사건 휴대전화를 그 현장에 출동한 경찰에게 임의로 제출하는 것은 부자연스러워 보이지 않는다.

피고인과 변호인도 원심에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 사전동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

⑥ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 이 사건 휴대전화를 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

## 2) 외장하드 및 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물의 증거능력

① 수색이 피수색자의 자발적인 의사에 기하여 임의로 동의하여 이루어지고 그 수색에 의하여 발견된 물건이 피수색자의 자발적인 의사로 임의제출되어 압수된 경우, 이는 강제수사가 아닌 임의수사에 의하여 증거수집이 이루어진 것이므로, 그 수색·압수가 법관이 발부한 영장에 의하여 이루어지지 아니하였다는 사정만으로 위법하게 되어 증거능력이 부정되는 것은 아니다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도364 판결 등 참조).

② 경찰은 피해자로부터 위와 같이 신고를 받고 현장에 출동하여 피고인이 피해자의 나체 사진을 촬영한 사실을 확인하였는데, 당시 피해자는 위 나체 사진 2장도 이 사건 휴대전화의 휴지통에서 발견하는 등 다른 사진도 있을 것이라고 주장하였다.

③ 경찰은 피고인이 피고인 소유의 다른 전자정보저장매체에 촬영물을 저장하고 있는지 확인하기 위하여, 2021. 3. 29. 15:20경 피고인의 수색 동의를 받고 피고인의 주거지인 경기 오산시 (주소 1 생략) 등을 수색하였다.

수색 결과 위 주거지에서 외장하드, 노트북 등 전자정보저장매체가 발견되었다.

경찰은 피고인이 위 정보저장매체에 피해자의 다른 사진 등을 촬영하여 보관하고 있을 가능성이 있다고 판단하여 피고인의 동의하에 피고인으로부터 NT900X5N(노트북) 1대, SM-G930S(스마트폰) 1대, 외장하드(MTD10EH/K2) 1개, USB(32GB) 1개를 제출받았다.

④ 당일 인천서부경찰서로 돌아온 피고인은 '경찰의 수색을 거부할 수 있는 권리가 있음을 안내받았고, 피고인의 동의 하에 피고인의 주거지를 수색함에 참여하였다'는 내용의 수색동의서에 무인하였다(증거기록 1권 14쪽). 피고인은 같은 날 오산시 주거지에서 압수된 위 정보저장매체들에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 19쪽) 및 소유권포기서(증거기록 1권 20쪽)에 서명하고 무인하였다.

경찰은 위 물건들을 압수하고 압수목록 교부서를 작성하였다.

- ⑤ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '동의서는 수색 이후 경찰서에 돌아와서 받은 게 맞지만 주거지를 수색하기 전 구두로 수차례 물어봐서 의사를 확인하였다', '오산시 주거지를 수색할 때, 경찰이 피고인에게 증거물들을 임의제출할거냐고 물어봤더니 피고인이 그러겠다고 대답해서 경찰이 직접 가지고 나온 것이다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽).
- ⑥ 한편 피고인은 2021. 3. 29. '본인은 전자저장매체 원본 및 모바일기기 봉인과정에 참여하여 봉인에 이상이 없음을 확인하였고, 정보저장매체 원본의 봉인 해제, 복제본의 획득, 정보저장매체 원본 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력 과정에 참여할 수 있음을 고지 받았으며, 위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 정보저장매체 원본 반출 확인서에 서명하고 무인하였다(증거기록 1권 22, 24~27쪽). 이로써 피고인은 디지털 포렌식 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였다.
- ⑦ 인천서부경찰서 수사관은 2021. 4. 1. 인천경찰청 사이버수사과 디지털 포렌식계에 디지털 증거분석을 의뢰하였는데, 디지털증거분석관이 작성한 디지털 증거분석 결과보고서에 의하면, 의뢰 당시 분석대상인 스마트폰 2대, 외장하드, USB는 모두 봉투에 봉인되어 있었던 것으로 나타난다(증거기록 1권 46~47쪽). 당심 증인 공소외 1도 법정에서 '2021. 3. 29. 증거물을 압수한 이후 증인을 비롯한 경찰관들이 봉인을 해제한 적은 없다'라고 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽). 설령 피고인의 주장과 같이 봉인이 해제된 적이 있다 하더라도, 이 사건에서 증거로 되는 것은 이 사건 휴대전화와 외장하드에 저장되어 있던 이 사건 촬영물(나체 사진)로서 이는 원본과의 동일성이나 무결성의 문제가 발생할 여지가 없으므로, 봉인 해제 여부를 문제 삼아 증거능력을 부정할 수는 없다.

⑧ 위 디지털 포렌식 분석 결과 이 사건 휴대전화 및 외장하드에서 이 사건 촬영물이 발견된 것 외에는 일체의 압수물에서 문제될만한 사진 등은 발견되지 아니하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화에 저장된 이 사건 촬영물은 이미 압수되었기 때문에 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물은 별도로 압수하지 않았다.

압수하지 않은 경우 '압수된 전자정보 상세목록'을 교부할 의무가 없으므로(형사소송법 제219조, 제129조, 형사소송규칙 제61조, 제62조) 그 교부서는 작성되지 아니한 것으로 보인다.

이 사건 휴대전화 및 외장하드에서만 이 사건 촬영물이 발견된 사실을 알고 있던 피고인은 2021. 6. 17. 이 사건 휴대전화와 외장하드를 제외한 다른 압수물(노트북 1대, 휴대전화 1대, USB 1대)에 대하여 압수물 환부·가환부 청구를 하였다(증거기록 1권 79쪽).

⑨ 앞서 본 바와 같이 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다.

또한 수사과정에서 선임된 피고인의 변호인이 2021. 7. 26. 검찰에 제출한 '변호인 의견서'에도 위 수색이나 제출 과정에서의 임의성을 문제 삼는 내용은 없었고, 오히려 임의제출에 의하여 압수된 외장하드에 피해자가 촬영을 사전동의한 내용이 저장되어 있으니 디지털 포렌식을 하여 달라고 요청하였으며(증거기록 1권 318쪽, 333쪽), 이에 검찰은 외장하드에 대한 디지털 포렌식을 실시하였다(증거기록 1권 436~438쪽).

⑩ 이미 피해자에게 발각된 이 사건 촬영물 외에는 문제될만한 다른 사진 등이 없었던 피고인으로서, 당시 피해자나 수사기관으로부터 다른 사진 등을 추가로 촬영한 것이 아닌지 의심 받는 상황에서 속히 그 의심을 벗기 위하여 수색 등에 동의할 동기도 있었다고 보인다.

피고인은 당시 위와 같이 수사기관에 정보저장매체들을 제출한 것 외에 피해자에게도 추가적인 해명을 하였는데, 피고인은 검찰 피의자신문에서 "피해자가 2021. 3.말, 4.초경에 직접 저의 메일함, 구글사진첩, 클라우드 등 기타 곳곳에 사진이 남아 있는지 직접 확인했고 전혀 남아 있지 않은 것을 피해자가 확인했습니다.

"라고 진술하였다(증거기록 1권 309쪽). 피고인과 변호인은 원심에서 위 압수물 등에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 수색과 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

⑪ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 위 수색동의 및 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 수색동의서 및 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 임의로 위 수색에 동의하고 위 압수물을 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

나아가 위에서 본 제반 사정에 비추어 보면, 수사기관의 앞서 본 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

#### 나. 사인의 위법수집증거 주장에 관한 판단

##### 1) 판단 범위

이 사건 공소사실 중 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 뒤에서 보는 바와 같이 피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39)의 증거능력 유무와 관계없이 각 무죄라고 판단되므로, 위 각 공소사실과 관련해서는 그 증거능력에 관하여 따로 판단하지 아니한다.

따라서 이 부분 주장은 위 녹화파일의 증거능력 유무에 따라 유무죄 판단이 달라질 수 있는 부분 즉 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 한정하여 증거능력 유무를 판단한다.

##### 2) 관련 법리

가) 통신비밀보호법 제3조는 "통신 및 대화비밀의 보호"라는 제목 하에 제1항 본문에서 "누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.

"고 규정하고 있다.

위 조항은 사생활의 비밀과 자유 특히 통신 등의 비밀과 자유를 보호법익으로 하는 것으로 해석된다.

전기통신을 하는 당사자의 일방이 상대방 모르게 전기통신 내용을 녹음하더라도 이는 통신 등의 비밀과 자유를 침해하는 것이 아니므로, 이러한 행위는 여기에서 말하는 감청에 해당하지 않는다.

따라서 여기서 '전기통신의 감청'이라 함은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다(대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 등 참조). 한편, 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리키므로(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 참조) 전기통신의 송신인과 수신인이 전기통신을 이용하여 의사를 소통하는 것은 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

나) 통신비밀보호법 제4조는 "제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

"고 규정하고 있고, 그에 관하여 아무런 예외를 두지 않고 있다.

통신비밀보호법 제3조, 제4조의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 에 비추어 보면, 통신비밀보호법 제3조를 위반하여 불법 감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 증거능력이 없다고 보아야 하고, 이를 공익과 사익과의 비교형량을 거쳐 공익이 우월하다는 이유로 증거능력을 인정할 수는 없다.

다) 이와 달리 통신비밀보호법 제3조에 위배되지 않은 행위가 다른 법률 규정에 위배되는 경우에는 그 행위로 취득한 증거의 사용이 항시 금지되는 것은 아니다.

이러한 경우 법원으로서의 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 그 다른 법률 규정에서 의하여 보호되는 이익 등을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결 등 참조). 이때 법원이 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 다른 법률 규정의 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.

법원으로서의 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 다른 법률 규정에 의한 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 그 정도, 증거수집 과정에서 그 보호이익을 침해하게 된 경위와 그 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결 등 참조).

### 3) 판단

#### 가) 기초사실

(1) 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2021. 5. 28.부터 2021. 7. 13.까지 인터넷 방송 사이트인 '(사이트명 생략)'에서 '(닉네임 생략)'이라는 닉네임을 사용하여 인터넷 개인 방송을 진행하였다.

이는 성인콘텐츠(19세 미만 이용제한) 방송으로, 서비스제공자인 (사이트명 생략)는 성인콘텐츠 방송의 경우 본인인증이 완료된 회원만이 시청 가능한 것으로 규정하고 있고, 본인인증을 거쳐 아이디를 등록한 회원은 그 아이디로 접속하여 누구나 무료로 성인콘텐츠를 시청할 수 있다.

한편 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 진행자(BJ)는 시청자로부터 시청료를 받는 것이 아니라 그 방송을 시청한 시청자들이 자발적으로 지급하는 후원료를 받아 수익을 얻고 그 수익을 (사이트명 생략)와 분배한다.

② 피고인은 위 기간 동안 피해자의 아이디인 '(아이디 생략)'을 블랙리스트에 등록하여 피해자가 피고인의 방송에 접속하는 것을 차단하였다.

③ 피해자는 자신의 아이디로 피고인의 인터넷 방송에 접속하는 것이 불가능하자 자신의 아이디로 로그인하지 않고 '게스트'로 피고인의 인터넷 방송에 접속하여 피고인의 발언을 녹화하였고, 그 녹화파일을 경찰에 제출하였다.

④ 피고인은 당심 법정에서 "방송하는 사람 좌측 상단에 방송에 들어온 모든 아이디를 확인할 수 있고, 로그인 하지 않고 들어온 사람은 게스트 1, 게스트 2 등으로 표시됩니다.

", "게스트 접속은 원래 없는 것으로 알고 있는데 그것이 어떻게 가능한지 모르겠습니다.

"라고 진술하였다(당심 제1회 공판조서). 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경에는 다른 아이디 접속자에 대하여 하는 것과 동일하게 게스트인 피해자를 상대로 직접 육성으로 발언하였다.

(2) 한편, 피고인은 당심 변론종결 후인 2022. 7. 1. 변호인의견서를 제출하면서 피고인이 인터넷 방송을 진행하면서 피해자의 아이디에 대한 블랙리스트 등록 외에 추가로 비밀번호를 설정하였다고 주장하며 그 자료를 제출하였다.

그 자료는 피고인이 2021. 6. 14.과 2021. 6. 17. 다른 시청자들에게 인터넷 방송 비밀번호를 알려주었다는 것일 뿐, 2021. 6. 14. 이전에도 비밀번호를 설정하였다거나 그 비밀번호를 다른 시청자들에게 알려주었다는 자료는 없다.

#### 나) 구체적 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실들을 종합하여 보면, 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거들은 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 관하여 그 증거능력을 모두 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (1) 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문 위반 주장

피해자의 녹화행위는 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정하는 '전기통신의 감청'에 해당하지 않고, 피고인이 인터넷 방송 시청자들을 상대로 한 발언은 위 조항에서 규정하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

따라서 피고인의 인터넷 방송 녹화파일 등은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 그 증거능력이 부정되지 않는다.

구체적인 이유는 다음과 같다.

#### (가) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분(2021. 6. 6. 17:30경 발언)

① 피고인이 방송한 '(사이트명 생략)'라는 플랫폼은 원칙적으로 인터넷 방송 진행자가 불특정 다수인에게 방송을 하기 위하여 이용되는 것이다.

피고인이 2021. 6. 6. 이 부분 공소사실과 같은 발언을 할 당시 인터넷 방송에 비밀번호를 설정하였다는 자료는 없으므로, 위 방송은 로그인을 하고 성인인증을 거치면 누구나 무료로 접속하여 방송을 시청할 수 있던 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 위 인터넷 방송 공간은 피고인의 통신 등의 비밀과 자유가 보호되는 사적 공간이라고 보기 어렵다.

피고인은 (사이트명 생략) 이용약관을 증거로 제출하면서 그 약관 제14조 제8항 제15호에서 '본 서비스를 통해 얻은 정보를 회사의 사전 승낙 없이 복제하거나 제3자에게 제공하는 행위'를 금하고 있으므로, 피고인의 인터넷 방송 공간



은 사적 공간으로 보아야 한다고 주장한다.

그러나 위 약관을 보더라도 위 규정은 인터넷 방송 콘텐츠에 관한 제2차적 저작권이 (사이트명 생략) 측에 있음을 규정한 것에 불과하고 위 약관 제24조는 이를 구체화하고 있다.

즉 위 약관 제24조 제3항, 제4항은 제2차적 저작권자인 (사이트명 생략)는 회원이 서비스로 제공된 콘텐츠를 타 회원, 기타 이용자가 시청하도록 하거나 제휴사에게 제공하거나, 이를 녹화·편집·변경하여 타 회원, 기타 이용자가 시청하거나 제휴사에게 제공할 수 있고, (사이트명 생략), 타 회원, 기타 이용자, 제휴사는 회원의 콘텐츠를 복제·수정·각색·공연·전시·방송·배포 등을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 오히려 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 공간이 통신의 비밀과 자유가 보장되는 공간이 아니라는 점을 보여줄 뿐, 피고인의 주장과 같이 공개되지 않은 사적 공간임을 뒷받침하는 자료라고 볼 수 없다.

따라서 피해자가 당시 피고인이 인터넷 방송에서 한 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 보기 어렵다.

② 피고인이 2021. 6. 6. 인터넷 방송을 진행할 무렵 피해자는 게스트로 방송에 접속하였다.

당시 피고인이 그 게스트가 피해자인 것을 알지 못하였다 하더라도 게스트가 접속한 사실 자체는 인식하고 있었다. 게스트의 접속이 다른 아이디 접속과 마찬가지로 인터넷 방송 진행자의 좌측 상단 화면에 명확히 표시되고 인터넷 방송 진행자와 게스트 접속자간에 송수신이 가능한 것이라면, (사이트명 생략)의 인터넷 방송 시스템 내에서 실제로 존재하는 게스트 접속방식이 해킹에 해당한다거나 위법한 것이라고 단정하기 어렵다(피고인은 이러한 접속방식이 어떻게 가능한지 모르겠다고 주장하고 있을 뿐이다). 또한 게스트 접속방식이 어떻게 가능한지를 떠나 인터넷 방송 진행자인 피고인이 게스트의 접속사실을 인식하고 그의 시청을 묵인하면서 인터넷 방송을 계속 진행한 것이라면, 그 게스트는 인터넷 방송의 참여자 중 1인이었다고 보아야 한다.

피고인이 당시 그 게스트의 시청을 원치 않았다면 방송을 중단하거나 그 게스트에게 접속을 중단하고 떠나갈 것을 요구하여야 했을 것이나, 피고인이 이러한 조치를 취하였다고 볼만한 증거는 없으므로, 피고인은 게스트의 방송 시청을 묵인하였다고 봄이 상당하다.

따라서 당시 게스트로 접속한 피해자는 인터넷 방송의 송수신인이었다고 볼 수 있다.

이러한 점에서도 피해자가 당시 피고인의 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

③ 나아가 피고인이 위 인터넷 방송에서 시청자(접속자)들을 상대로 욕성으로 발언하였다 하더라도 이는 현장에 있는 당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위가 아니므로 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'라고 할 수 없다.

이는 아래 (4)항의 경우에도 마찬가지이다.

(4) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언) 피고인이 2021. 6. 17. 23:17경 이 부분 공소사실 기재와 같은 발언을 할 당시 피해자는 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있었다.

피고인도 피해자가 게스트로 접속한 사실을 인식하였을 뿐만 아니라, 별지 5 기재와 같이 직접 피해자를 상대로 계속하여 발언을 이어나갔다.

따라서 피해자는 전기통신의 당사자인 송수신인이라 할 수 있으므로, 이러한 피해자의 녹화행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

피고인은 위 방송 당시 비밀번호를 설정하여 비공개성을 강화하였는데, 피해자가 다른 아이디로 접속하여 피고인으로부터 비밀번호를 알아낸 뒤 그 비밀번호를 이용하여 게스트로 접속한 것으로 추정된다고 주장한다.

그러나 그것이 사실이라 하더라도, 피고인이 피해자의 존재를 인식하고 피해자를 발언의 상대방으로 인정하여 계속 발언한 이상, 피해자를 송수신의 상대방으로 인정한 사실은 달라지지 아니한다.

이러한 당사자의 지위에 있는 피해자가 그 발언을 녹화하였다고 하여 피고인의 통신의 비밀과 자유가 침해되었다고 할 수 없으므로, 피고인이 주장하는 사정은 위 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.

(2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항 위반 주장

앞서 본 사정들을 종합하여 보면, 피해자가 피고인의 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 각 인터넷 방송에 게스트로 접속한 것을 가리켜 피해자가 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반하여 접근권한 없이 접속한 것이라고 단정하기 어렵다.

설령 피해자가 위 각 인터넷 방송에 접속한 것이 접근권한 없이 이루어진 것이라고 하더라도, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 법률 규정에 의하여 보호되는 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선된다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 앞서 본 바와 같이 피해자가 위 각 인터넷 방송의 송수신 당사자로서 이를 녹화할 수 있다고 볼 수 있는 이상 그 녹화에 이르게 된 중간 과정에 관한 사정은 그 녹화파일의 증거능력 판단에 중대한 영향을 미친다고 보기 어렵다.

② 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항이 정당한 접근권한 없는 정보통신망 침입을 금지하는 것은 이용자의 신뢰 내지 그의 이익을 보호하기 위함이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533 판결 참조). 피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박하는 내용 등이 담긴 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하였다고 하여 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성이 얼마만큼 훼손당하였다고 보아야 하는지 의문이다.

③ 피고인은 위 각 방송 이전에 별지 2 기재와 같이 피해자를 협박하는 내용이 담긴 메시지를 전송하였다.

피해자는 피고인이 인터넷 방송에서 자신에 대한 범죄행위를 할 수 있다는 두려움에 이를 확인하는 과정에서 피고인의 범죄행위를 인지하였고 이를 수사기관에 신고하고자 하는 목적으로 피고인의 방송을 녹화한 것이다.

④ 피해자는 피고인의 방송 중 이 사건 공소사실에 관한 부분만을 선별하여 재생시간을 3~5분 분량으로 편집한 녹화파일을 제출하였다.

⑤ 피해자가 수사기관에 제출한 인터넷 방송 녹화파일은 피고인이 이 사건 방송에서 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박한 직접적인 내용이 담겨 있어 피고인의 범죄를 규명하는데 반드시 필요한 증거이다.

⑥ 피고인 및 변호인은 원심 공판기일에서 피해자가 제출한 인터넷 방송 녹화파일에 대해 이미 증거동의하였다.

### (3) 저작권법 위반 주장

저작권법 제23조는 재판 또는 수사를 위하여 필요한 경우 그 한도 안에서 저작물을 복제하여 이용하는 것을 허용하고 있고, 다만 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우는 예외로 하고 있다.

피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피고인의 인터넷 방송을 녹화하여 제출한 것은 피고인의 명예훼손과 협박 범행을 증명하기 위한 것으로 이로 인하여 피고인의 이익이 부당하게 침해되었다고 보이지 않으므로, 저작권법 제23조에 의하여 허용되는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 피해자의 위 행위가 피고인의 지적재산권을 침해한 위법한 행위라고 볼 수 없다.

설령 이와 달리 본다 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 종합하여 보면, 피해자에 대한 욕설, 명예훼손 또는 협박 내용으로 가득찬 방송 콘텐츠에 대하여 저작권법으로 보호받는 피고인의 사적 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선한다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

다.

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등) 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등) 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 주장과 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 다음과 같은 사정을 종합적으로 고려하여, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 나체 상태로 잠을 자고 있던 피해자의 모습을 사진 촬영한 사실이 인정되고, 피해자의 추정적 승낙 또한 인정될 수 없으며, 이러한 점에 대한 피고인의 고의 또한 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 고려한 사정은 ① 피해자는 피고인의 휴대전화에서 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 피고인을 112범죄신고센터에 신고하였고, 이 사건 촬영물은 새벽 04:30경 촬영된 것으로서, 피해자의 얼굴 및 가슴과 음부 등이 적나라하게 드러나는 반면 피해자가 촬영 사실을 인지하였다고 볼만한 모습은 드러나지 않는 점, ② 피고인이 피해자에게 '하의만을 탈의한 채로 성관계를 하면서 마치 아무 일도 없는 것처럼 옷을 입은 상반신만 사진 촬영하면 재미있을 것 같다'는 취지의 말을 한 사정만으로는 피해자가 나체 상태로 잠든 자신의 모습을 피고인이 촬영하는 데까지 동의하였거나, 객관적 사정에 비추어 이에 대한 피해자의 승낙이 예견되었다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인은 은밀한 방식으로 이 사건 촬영물을 촬영하였고, 피해자가 이를 발견하자 상당히 당황하였던 것으로 보이는 점 등이다.

#### 2) 당심의 판단

원심이 설시한 사정들에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 보태어 보면, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 이 사건 촬영물을 촬영하였다고 판단하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하다.

거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 피해자는 경찰에서 '피고인과 사진 촬영에 관한 이야기를 나눈 적이 없고, 피고인에게 사진 촬영에 대해 승낙하거나 승낙의 의미를 암시하는 말을 한 적이 없다'라는 취지로 진술하였고(증거기록 1권 36쪽), 검찰에서는 "피고인이 통화를 하면서 저에게 '성관계를 하면서 위쪽은 옷을 입은 상태로 남들이 볼 때는 성관계를 하는 중임을 모르게 위쪽만 사진을 같이 찍고 싶다'는 식의 말을 한 적이 있어 제가 그냥 웃어넘긴 적은 있습니다.

이 말을 피고인이 오해한 것인지는 모르겠지만, 제가 피고인이 저의 나체사진을 찍어도 된다고 동의한 적은 절대 없습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 288쪽). 피해자는 원심 법정에서는 "이런 이야기는 제가 나눈 적이 있어요. 이 친구가 먼저 저에게 '우리가 위에 옷을 입고 하의를 탈의한 채로 성기를 삽입하고, 자연스러운 커플사진인 것처럼 셀카 모드로 셀카를 찍으면' 그 셀카는 얼굴이에요. 얼굴이라는 얘기도 분명히 그 자리에서 했어요. '얼굴 사진을 찍으면 다른 사람들이 봤을 땐 이 사진에 우리가 뭘 하고 있는 사진인지 모르겠고, 그럼 너무 재밌을 것 같지 않냐. 우리만 아는 비밀 사진을 만드는 거야'라는 식으로 이야기를 했고, 사실 저는 찍을 생각을 하지 않았지만 '그럴 수 있겠네. 나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라는 이야기를 한 적이 있어요"(공판기록 244쪽), "찍어도 된다는 대화를 한 사실은 전혀 없습니다.

얼굴 사진을 찍자고 했지, 성관계하는 사진을 찍자고 한 건 아니기 때문에..."(공판기록 245쪽)라고 진술하였다.

이러한 피해자의 진술은 '피해자가 이 사건 촬영물에 대해 사전에 동의하거나 승낙한 적이 없다'는 주요 부분에 대해서 그 진술이 일관되고 구체적이며, 피해자는 피고인이 성관계 장면의 사진 촬영을 제안할 당시 '웃어넘겼다'거나 '나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라고 대답하였다'고 진술하여 자신에게 불리할 수 있는 내용에 관해서도 숨기지 않고 솔직하게 진술하고 있어 그 진술의 신빙성이 높다.

- ② 한편 피고인은 경찰에서 "사건 전날 피해자와 통화할 때 '성관계를 할 때 서로 나체 사진을 찍자'라는 얘기를 서로 했고, 피해자도 그런 얘기를 할 때 크게 거부감 없이 동의를 했습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 73쪽), 검찰에서는 "솔직히 오래 되어서 정확히 어떤 말을 하였는지 기억이 나지 않습니다.

그런데 성관계 할 때 사진찍어도 된다고 얘기하였고 저는 그것은 사진을 찍어도 된다는 의미로 받아들였습니다"라고 진술하였으며(증거기록 1권 304쪽), 원심 법정에서는 "섹스 중 촬영에 대한 관련된 그런 대화도 있었어요. 그런데 그런 대화가 있었는데 밑에는 섹스 중이고 위에는 가리고 그런 식의 발언이 있었어요. 그래서 저는 섹스 중 촬영이 나체 사진보다 수위가 높다고 해서 그거를 허락한 줄 알았어요"라고 진술하였다(공판기록 344쪽). 나체가 보이게 사진을 찍는 것과 나체가 보이지 않게 사진을 찍는 것은 카메라 등 이용 촬영 범죄에서 핵심이 되는 중요한 부분에 관한 진술임에도, 피고인은 수사기관에서는 '성관계 도중 나체사진을 찍는 것에 피해자가 동의하는 말을 하였다'고 진술하다가, 원심 법정에서는 '성관계 도중 상체는 옷을 입은 채로 성관계를 하지 않는 것처럼 사진을 찍는 것에 대해 피해자가 동의하는 말을 하였다'는 취지로 진술하여 주요 부분에 대한 진술이 일관되지 않는다(피고인은 피해자가 촬영 사실에 동의하는 대화내용이 담긴 녹음파일을 삭제하였다고도 주장한다.

피고인은 검찰 단계에서 위 녹음파일이 외장하드에 저장되어 있다고 주장하여 이에 대한 디지털 포렌식까지 실시하였으나 그와 같은 파일은 존재하지 않았다.

피고인이 주장하는 녹음파일이 실제로 존재하였다거나 피해자가 그 녹음파일을 삭제하였다고 인정할 만한 아무런 증거가 없다).

- ③ 피해자는 검찰에서 "저희는 제가 방송을 하는 사람이다 보니 문제가 될 수 있어서 저희 둘도 사진을 같이 찍지 않았 습니다", "피고인이 계속 같이 찍은 사진이 없다고 하여 월미도에 가서 사진을 한 번 같이 찍은 적이 있는데, 저는 그 사진도 혹시나 제 방송생활에 문제가 생길까봐 피고인에게 주지 않았습시다"라고 진술하였고(증거기록 1권 288~289쪽), 피고인도 검찰에서 "둘이 평소 같이 찍은 사진이 없는 것도 맞고, 월미도에서도 같이 사진을 찍은 것은 제가 아니라 피해자가 찍어서 저한테는 사진도 주지 않았습시다", "평소에 여자친구가 사진을 잘 찍으려고 하지 않았고, 본인사진을 주지 않았습시다"라고 진술하였다(증거기록 1권 305~306쪽). 즉, 피해자는 인터넷 방송 진행자로서 시청자들의 후원으로 생계를 유지하고 있었는데, 피해자의 방송에서 가장 많은 후원을 하여 소위 '회장'이라고 불리던 피고인과의 교제 사실이 시청자들에게 알려질 경우 방송에 지장이 있을 것으로 예상하여 피고인과 함께 평범한 사진을 찍는 것조차 거부하였던 것으로 보인다.

이러한 피해자가 피고인과 교제하는 사실을 넘어 성관계 사실까지 알려질 수 있고 나체 사진이 유포될 경우 사실상 인터넷 방송을 할 수 없게 될 수 있는 것을 감수하면서까지 이 사건 촬영물에 대해 사전동의하였다는 것은 경험칙에 반한다.

- ④ 피고인은 피해자의 집에서 자주 데이트를 하고 성관계를 가졌으므로 피고인의 주장대로 피해자의 사전동의가 있었다면, 피해자가 의식이 있는 상태에서 나체를 촬영할 수도 있었을 것으로 보인다.

그러나 피고인은 피해자가 잠이 든 뒤 약 3시간이 지난 사건 당일 새벽 04:30경 피해자의 나체를 촬영하였을 뿐만 아니라, 촬영 과정에서도 피해자에게 발각되지 않기 위하여 사진을 찍어도 소리가 나지 않는 '에스캠'이라는 휴대전화 어플리케이션을 사용하였다.

- ⑤ 피고인은 피해자의 나체를 촬영한 2021. 3. 18.부터 이 사건 촬영물이 피해자에게 발각된 2021. 3. 29.까지 약 11일 동안 피해자와 교제하면서 연락을 주고받거나 만나는 사이였음에도, 피해자에게 촬영 사실을 전혀 알리지 않았다. 반면 피해자는 2021. 3. 29. 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 경찰에 '남자친구가 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 신고하였다.

- ⑥ 피고인은 2021. 3. 31. 피해자에게 "다시 한 번 얘기할게. 너한테 걸릴 줄 알았었고, 그 자리에서 그거 무마시키려고 했어. 니 안방 들어가기 전에 충분히 뺄 수도 있었어. 그냥 놔둔 거야, 너 어디까지 하는지 몰라고. 그런데 거기서 좀 적당히 까불어"라고 말하였다(추가 증거기록 12쪽). 피고인은 피해자에게 이 사건 촬영물에 대해 '걸릴 줄 알았다'거나, '무마시키려고 했다'는 표현을 사용하고 있는데, 이는 이 사건 촬영물이 피해자의 의사에 반한다는 것을 피고인이 알고 있었음을 보여준다.

나아가 피고인과 피해자 사이의 2021. 4. 1. 자 녹취록에 의하면, 피해자가 "그렇게 몰래 사진 찍고, 그런 모든 게 실제 범죄잖아"라고 하자, 피고인은 "사진만 갖고 얘기해. 그 팩트만 갖고. 나 그거 인정했잖아"라고 답하였으며, 피해자가 재차 "그러니까 범죄잖아"라고 하자 피고인이 "어"라고 말하였다(추가 증거기록 3, 4쪽). 이러한 대화 내용 역시 피고인 스스로 본인의 행위가 범죄를 구성할 수 있음을 알고 있었다는 점을 보여준다.

라. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3, 4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점에 관한 판단

1) 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 부분(2021. 6. 14. 18:05경 및 같은 해 6. 17.경 01:14경 각 발언)

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*\*동 \*\*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

나) 원심의 판단

원심은 이 부분 각 공소사실에 대하여 피고인이 피해자를 각 협박한 사실은 인정되지만, 수사단서의 제공에 대한 보복목적이 있었다고 보이지 아니한다는 이유로 각 협박죄를 유죄로 인정하는 한편, 각 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(보복협박등)의 점은 이유무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로 피고인이 피해자가 피고인의 인터넷 방송을 시청하고 있다는 것을 인식하고 피해자를 상대로 해악을 고지하는 발언을 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 각 협박죄를 인정한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 피고인의 항소이유 주장은 이유 있다.

① 피고인은 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 기재 일시(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경)에 성인콘텐츠 인터넷 방송을 진행하였다.

피해자는 당시 블랙리스트 설정으로 인하여 피해자의 아이디로 피고인의 방송에 접속할 수 없자 게스트로 접속하였다.

② 피고인이 위 각 일시에 인터넷 방송을 진행하면서 한 발언들은 불특정 시청자들을 상대로 피해자에 관한 분노를 표출하고 폭로의 뜻을 밝힌 것으로 보일 뿐, 그 당시 피해자가 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있음을 인식하고 피해자를 상대로 직접 해악을 고지하는 발언을 하였다고 보기 어렵다.

먼저 피고인은 2021. 6. 14. 18:05경 인터넷 방송을 진행하면서 “누가 신고해가지고 나 어처구니가 없어가지고.”, “지들 마음이야. 씨발 것들, 맨날, 아니 그러니까 지들 마음에 안 들면 영정시키는 거야.” 등의 발언을 하였다.

여기서 “누가”, “지들” 등은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어로서 피해자가 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하고 피해자에 대하여 한 발언이 아니고, 인터넷 방송을 시청하는 불특정 다수인에 대하여 한 발언으로 보는 것이 자연스럽다.

다음 피고인은 2021. 6. 17. 01:14경 인터넷 방송을 진행하면서 "진짜 대놓고 방송 못하게 진짜. 그 씨발년 사람 좇나 건드려. 뒤질 것 같아" 등의 발언을 하였다.

여기서도 "그 씨발년"은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어임이 분명하다.

피고인이 "아니, 방송 커자마자 뭐 게스트가 들어오는 거는 뭐야, 도대체"라고 말하기는 하였으나 위와 같이 발언한 사정만으로 피고인이 피해자가 피고인의 방송에 게스트로 접속해 있다는 것을 알았다고 단정하기 어렵다.

피고인이 피해자를 상대방으로 보고 피해자에 대하여 직접 발언하였다고 볼만한 내용은 전혀 존재하지 아니하기 때문이다.

## 2) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

### 가) 관련 법리

협박죄에서 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로 명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없으나 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다(대법원 1991. 5. 10. 선고 90도2102 판결 참조).

### 나) 판단

#### (1) 피고인의 발언이 해악의 고지에 해당하는지 여부

피고인은 원심에서도 피고인과 피해자는 평소 상당한 수위의 욕설을 서로 주고받아 왔으므로 이러한 수준의 이 부분 공소사실 기재 발언 역시 피고인이 피해자에게 해악을 고지한 것이라고 볼 수 없다는 취지로 주장하였다.

원심은 그 판시 사정들을 종합하여 피고인이 자신의 인터넷 방송에서 한 발언들은 합리적인 상대방이 해악의 발생이 가능한 것으로 받아들일 정도로 구체적으로 해악을 고지한 것이라고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (2) 피고인에게 해악을 고지할 의사가 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인은 피해자가 2021. 6. 17. 23:17경 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하면서 피해자에게 해악을 고지할 의사가 있었음을 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

#### ① 피고인은 2021. 6. 10.부터 2021. 6. 14.까지 '(사이트명 생략)'로부터 방송정지를 당하였다.

피고인은 방송정지가 해제된 당일 진행한 2021. 6. 14. 자 방송에서 "개인적으로 나한테 불만이 있는 그 사람이 신고를 때렸어", "형. 나 누가 신고한지 알아. 이야기를 못할 뿐이야. 버르고 있어"라고 하였고, 6. 17. 01:14경 진행한 방송에서도 "또 신고해가지고 방송 정지당하고. (...) 그 씨발년. 사람 좇나 건드려"라고 하였다.

이처럼 이 부분 범행 이전 방송에서 피고인은 누군가로부터 신고를 당하여 방송정지 징계를 받은 것에 대한 불만을 표출하면서 자신을 신고한 사람이 피해자라는 사실을 알고 있음을 암시하는 발언들을 해왔다.

- ② 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경 방송에서 "내가 씨발년아, 너한테 영정을 먹어야 되냐?"(별지 5 순번 4), "씨발년아, 또 신고해봐"(별지 5 순번 5), "게스트로 보고 있는 거 다 알고 있... 게스트가 있어, 지금"(별지 5 순번 11), "이 씨발년아. 게스트야. 내 방에서 녹화되고 있잖아. 이거 영구정지 먹어. 먹여. 이 씨발년아. 다른 거 켜줄게. 대륙에서 켜줄까? 크게 되려나? 대륙에 아는 사람들, 큰손들 많이 아는데. 그게 더 먹히겠지? 쫓만한 년이. 씨발년이, 사람을 좇밥으로 아나. 대륙에서 켜줄까"(별지 5 순번 14 내지 16), "내 방송 다 듣는 거 알아 이 씨발년아(별지 5 순번 34)"라고 말하였다.

이는 앞서 본 바와 같이 피고인이 신고자라고 생각한 피해자가 게스트로 접속하여 방송을 시청하고 있다는 것을 피고인이 알았음을 뒷받침한다.

### 3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 별지 1 범죄일람표 순번 제1번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 5. 15. 발언)

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 피고인이 2021. 3. 18. 04:30경 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 2021. 5. 15. 03:30경 인천 서구에 있는 피해자의 집 앞에 찾아가 현관문을 발로 차고 욕설을 하여 위협한 다음 피해자의 112 신고로 경찰관이 출동하자 같은 건물 지하 주차장으로 내려가 스마트폰을 이용하여 피해자에게 "경찰에 또 신고했네", "사진사건 나 많이 억울해", "제대로 당하고 나니까 일단 머리가 멍하네 죽을거야 다 모두 싹 다 너와 관련된 모든 사람들 그냥 다 죽일거야 너도 죽일거야 조심해라 신고해 또 잘하는 거 특기 살려야지", "시간이 지날수록 분노는 극에 달할거야", "니가 한국 어디로 이사 가든 난 널 찾을거야 니가 한국에 없어도 난 널 찾을거야", "널 어떻게 해줄까 고민해볼게 좀 더 잔인하게 해줄 수 있는 방법이 먼지 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어 오졌다 나를 경찰에 두 번이나 신고하네"라고 메시지를 전송하여 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사과 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

#### 2) 원심의 판단

원심은, 피고인이 피해자를 협박한 데에는 자신과 교제했던 피해자가 자신을 이용하여 경제적 이익만 취득하였다는 배신감 및 '(사이트명 생략)'에 신고하여 방송정지가 되게 만들었다는 분노가 주된 동기를 이루었던 것으로 보이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였음이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

#### 3) 당심의 판단

##### 가) 관련 법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항은 '자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적' 또는 '고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술,



증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 거짓으로 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적'으로 형법상 폭행죄, 협박죄 등을 범한 경우 형법상의 법정형보다 더 무거운 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다.

여기에서 행위자에게 그러한 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적 관계, 범행 전후의 정황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 참조). 한편 이러한 목적범에서의 목적은 반드시 적극적 의욕이나 확정적 인식이 있어야만 하는 것은 아니고 미필적 인식으로도 충분하며, 또한 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지도 문제되지 아니 한다(대법원 2017. 11. 14. 선고 2014도8710 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 등 참조).

#### 나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자가 2021. 3. 29. 피고인의 나체 사진 촬영 범행을 경찰에 신고하고, 2021. 5. 15. 피고인의 피해자의 집 현관문 앞 욕설, 위협 등을 경찰에 신고하여 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다고 봄이 타당하다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 검사의 항소이유 주장은 이유 있다.

① 피고인은 피해자의 신고로 출동한 경찰이 사건 현장을 떠난 직후인 2021. 5. 15. 04:26경부터 06:02경까지 피해자에게 "경찰에 또 신고했네 ㅋㅋ"(별지 2 순번 1), "그리고 나를 경찰에 신고하고"(별지 2 순번 17), "신고해 또", "누가 누구를 고소하는지 모르겠다"(별지 2 순번 80), "널 어떻게 해줄까. 고민해볼게 좀더. 잔인하게. 해줄 수 있는 방법이 먼지. 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어. 오졌다.

나를 경찰에 두 번이나 신고하네"(별지 2 순번 129 내지 135)라는 내용의 메시지를 보냈다.

② 피고인은 피해자가 경찰에 피고인을 신고한 것을 수차례 언급하면서 피해자 및 피해자와 관련된 자들을 죽여 버리겠다고 협박하였다.

피고인이 피해자에게 메시지를 보낸 시점, 그 메시지 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인은 2021. 3. 29.이나 2021. 5. 15.에 있었던 피해자의 경찰 신고에 대한 보복의 목적으로 피해자에게 메시지를 보냈고, 그에 대한 미필적 인식도 있었다고 충분히 인정된다.

③ 피고인이 보낸 메시지 중 일부에는 피고인은 자신과 교제하였고 상당한 금전적 지원까지 한 상대방인 피해자가 자신을 진심으로 대한 것이 아니었다는 배신감이나 2021. 5. 15.에도 다른 남자와 함께 집에 있으면서 자신에게 문을 열어 주지 않았다는 의심으로부터 비롯된 분노가 표현되어 있기는 하다.

그러나 앞서 본 바와 같이 피고인이 피해자의 경찰 신고를 직접적으로 거둬 언급하면서 피해자에게 해악을 가하겠다는 취지의 메시지를 전송한 것이 명확한 이상, 그와 같은 사정은 위 법리에 따라 보복의 목적을 인정하는데 아무런 장애가 되지 아니한다.

나. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경 각 발언)

앞서 2. 라. 1) 다)항에서 본 바와 같이 피고인이 피해자를 상대로 협박한 사실 자체가 증명되었다고 보기 어렵다.

따라서 어떠한 협박이 있음을 전제로 그것을 수사단서의 제공에 대한 보복목적의 협박이라고 보아야 한다는 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*동 \*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

2) 판단

원심은 그 판시 이유를 들어 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 위와 같은 행위를 한 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4. 결론

원심판결 중 별지 1 범죄일람표 순번 제1, 2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로 파기되어야 한다.

그런데 위 파기 부분과 원심이 유죄로 인정한 나머지 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 위 나머지 유죄 부분 중 2021. 6. 17. 23:17경 협박죄 부분과 원심이 이유무죄로 판단한 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 일죄의 관계에 있으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장 등에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(증거능력에 관한 항소이유를 보충·추가하는 법률상 주장을 포함한다)

1) 사실오인 및 법리오해

가) 수사기관의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2항 관련)

갤럭시 S21 휴대전화기(증 제1호, 이하 '이 사건 휴대전화'라 한다), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장된 피해자 사진(증거목록 순번 75)은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

- ① 이 사건 휴대전화는 피고인이 자발적인 의사에 기하여 임의제출한 것이 아니고 담당경찰관에 의해 강제로 압수된 것이다.
- ② 경찰은 영장 없이 피고인의 집과 학원을 수색하였고, 외장하드 등 위 장소에서 압수한 증거들에 대한 임의제출 동의서의 작성을 강요하였다.  
피고인이 사후에 수색동의서를 작성하기는 하였으나 수색동의서만으로 강제처분인 수색을 할 수 없으며, 강제처분인 수색을 통해서 압수한 물건들은 임의제출의 대상이 될 수 없다.
- ③ 경찰은 압수한 정보저장매체들의 디지털 포렌식 과정에서 피고인의 참여권을 보장하지 않았고, '위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 동의서 또한 담당경찰관의 강압·협박에 의해 작성한 것이다.
- ④ 경찰은 이 사건 휴대전화, 외장하드 등을 압수한 다음날인 2021. 3. 30. 위 증거물들의 봉인을 해제하여 증거를 훼손하였고, 이로 인해 디지털 저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았음이 담보되지 않으므로 포렌식 결과 또한 신뢰할 수 없다.  
정보저장매체 원본 반출 확인서의 서명은 담당경찰관의 강요 내지 협박에 의해 이루어진 것이고, 피고인은 원본 봉인과정에 참여한 사실이 없다.
- ⑤ 경찰은 피고인에게 압수한 전자정보의 상세목록을 교부하지 않았다.

나) 사인의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제3, 4항 관련)

피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거인 수사보고서(증거목록 순번 38, 48), 녹취서(증거목록 순번 73) 등은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

- ① 피해자가 전기통신인 피고인의 인터넷 방송을 감청하고, 공개되지 않은 타인간의 대화를 청취·녹음한 행위는 통신비밀보호법 제3조를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 증거능력이 없다.
- ② 피고인이 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 통하여 비로그인 이용자에 대하여 피고인이 진행하는 인터넷 방송에 대한 접근권한을 차단하였음에도 불구하고 피해자가 접근권한 없이 피고인의 방송에 침입한 행위는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.
- ③ 피해자가 피고인이 지적재산권을 갖고 있는 피고인의 인터넷 방송을 녹화·편집하여 복제물을 생성한 행위는 저작권법 제136조 제1항 제1호를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

다) 원심 판시 범죄사실 제1, 2항에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

피고인은 피해자의 사전동의를 얻어 피해자의 나체 사진을 촬영하였다.

라) 원심 판시 범죄사실 제3항 별지1 범죄일람표 2 내지 4에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

① 피고인의 발언은 인터넷 방송 정지에 대한 항의차원에서 한 것이므로 해악의 고지에 해당하지 않고, 피해자로 하여금 공포심을 일으키기에 충분하지도 않다.

② 피고인은 피해자의 아이디를 블랙리스트에 등록하고, 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 한 비공개 방송에서 해당 발언을 하였다.

당시 피고인으로서의 피해자가 피고인의 방송을 시청하고 있다는 사실을 인식할 수 없었기 때문에 피해자에게 해악을 고지한다는 의사가 없었다.

## 2) 양형부당

원심의 형(징역 1년 6월 등)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

### 1) 사실오인 및 법리오해 주장(이유무죄 부분 관련)

피고인이 4차례에 걸쳐 피해자의 경찰신고에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박한 사실이 충분히 인정됨에도 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점을 모두 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

### 2) 양형부당

원심이 선고한 위 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

## 2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 수사기관의 위법수집증거 주장에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하여 보면, 수사기관의 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 휴대전화(증 제1호), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장되어 있는 피해자 사진(증거목록 순번 75) 등은 그 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

### 1) 이 사건 휴대전화 및 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진의 증거능력

① 피해자는 2021. 3. 29. 피해자의 집에서 피고인과 함께 있던 중 피고인 소유의 이 사건 휴대전화에서 나체 상태로 잠을 자는 자신의 모습이 촬영된 사진 2장(이하 '이 사건 촬영물'이라 하고, 편의상 그 파일이나 이를 복사하여 외장하드에 저장한 사진 내지 파일도 이와 동일하게 지칭한다)을 발견하였다.

피해자는 같은 날 10:17경 '남자친구가 자신 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 112범죄신고센터에 신고하였다.

신고를 접한 경찰이 현장에 도착하자 피해자는 피해를 호소하였고 피고인은 그 자리에서 촬영 사실을 인정하면서 이 사건 휴대전화를 제출하였다.

② 경찰은 피고인이 위와 같이 촬영 사실을 인정하고 이 사건 휴대전화를 제출하는 점을 근거로 도망우려 및 증거인멸 우려가 없다고 판단하여 피고인에게 임의동행의 사유 및 이유, 언제든지 퇴거할 수 있는 등 권리를 고지한 후 피고인과 인천서부경찰서로 임의동행하였다.

피고인은 인천서부경찰서에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 9쪽)에 서명하고 무인(拇印)하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화 및 촬영물을 압수하고, 이에 대한 압수조서와 압수목록 교부서를 작성하였다.

③ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '피고인한테 이 사건 휴대전화를 제출할 거냐고 수차례 물어본 기억이 있고, 피고인이 제출한다고 하였다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 3쪽).

④ 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다(증거기록 1권 251쪽). 또한 피고인은 수사과정에서 변호인을 선임하였는데, 2021. 7. 26. 검찰에 제출된 '변호인 의견서'에는 제출의 임의성 여부를 다투는 내용은 없고, '피해자의 동의를 받아 촬영한 것이다'라는 주장만 있다.

⑤ 피고인은 최초 경찰 조사 단계에서부터 검찰 및 원심 법정에 이르기까지 촬영 사실 자체는 인정하면서 다만 피해자의 사전동의 하에 촬영한 것이라는 주장을 일관되게 하여 왔다.

이러한 입장에 의하면 피고인이 피해자와 함께 있던 현장에서 발각된 이 사건 촬영물 외에 문제될만한 다른 사진 등은 없었던 이 사건 휴대전화를 그 현장에 출동한 경찰에게 임의로 제출하는 것은 부자연스러워 보이지 않는다.

피고인과 변호인도 원심에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 사전동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

⑥ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 이 사건 휴대전화를 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

## 2) 외장하드 및 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물의 증거능력

① 수색이 피수색자의 자발적인 의사에 기하여 임의로 동의하여 이루어지고 그 수색에 의하여 발견된 물건이 피수색자의 자발적인 의사로 임의제출되어 압수된 경우, 이는 강제수사가 아닌 임의수사에 의하여 증거수집이 이루어진 것이므로, 그 수색·압수가 법관이 발부한 영장에 의하여 이루어지지 아니하였다는 사정만으로 위법하게 되어 증거능력이 부정되는 것은 아니다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도364 판결 등 참조).

② 경찰은 피해자로부터 위와 같이 신고를 받고 현장에 출동하여 피고인이 피해자의 나체 사진을 촬영한 사실을 확인하였는데, 당시 피해자는 위 나체 사진 2장도 이 사건 휴대전화의 휴지통에서 발견하는 등 다른 사진도 있을 것이라고 주장하였다.

③ 경찰은 피고인이 피고인 소유의 다른 전자정보저장매체에 촬영물을 저장하고 있는지 확인하기 위하여, 2021. 3. 29. 15:20경 피고인의 수색 동의를 받고 피고인의 주거지인 경기 오산시 (주소 1 생략) 등을 수색하였다.

수색 결과 위 주거지에서 외장하드, 노트북 등 전자정보저장매체가 발견되었다.

경찰은 피고인이 위 정보저장매체에 피해자의 다른 사진 등을 촬영하여 보관하고 있을 가능성이 있다고 판단하여 피고인의 동의하에 피고인으로부터 NT900X5N(노트북) 1대, SM-G930S(스마트폰) 1대, 외장하드(MTD10EH/K2) 1개, USB(32GB) 1개를 제출받았다.

- ④ 당일 인천서부경찰서로 돌아온 피고인은 '경찰의 수색을 거부할 수 있는 권리가 있음을 안내받았고, 피고인의 동의하에 피고인의 주거지를 수색함에 참여하였다'는 내용의 수색동의서에 무인하였다(증거기록 1권 14쪽). 피고인은 같은 날 오산시 주거지에서 압수된 위 정보저장매체들에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 19쪽) 및 소유권포기서(증거기록 1권 20쪽)에 서명하고 무인하였다.

경찰은 위 물건들을 압수하고 압수목록 교부서를 작성하였다.

- ⑤ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '동의서는 수색 이후 경찰서에 돌아와서 받은 게 맞지만 주거지를 수색하기 전 구두로 수차례 물어봐서 의사를 확인하였다', '오산시 주거지를 수색할 때, 경찰이 피고인에게 증거물들을 임의제출할거냐고 물어봤더니 피고인이 그러겠다고 대답해서 경찰이 직접 가지고 나온 것이다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽).
- ⑥ 한편 피고인은 2021. 3. 29. '본인은 전자저장매체 원본 및 모바일기기 봉인과정에 참여하여 봉인에 이상이 없음을 확인하였고, 정보저장매체 원본의 봉인 해제, 복제본의 획득, 정보저장매체 원본 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력 과정에 참여할 수 있음을 고지 받았으며, 위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 정보저장매체 원본 반출 확인서에 서명하고 무인하였다(증거기록 1권 22, 24~27쪽). 이로써 피고인은 디지털 포렌식 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였다.
- ⑦ 인천서부경찰서 수사관은 2021. 4. 1. 인천경찰청 사이버수사과 디지털 포렌식계에 디지털 증거분석을 의뢰하였는데, 디지털증거분석관이 작성한 디지털 증거분석 결과보고서에 의하면, 의뢰 당시 분석대상인 스마트폰 2대, 외장하드, USB는 모두 봉투에 봉인되어 있었던 것으로 나타난다(증거기록 1권 46~47쪽). 당심 증인 공소외 1도 법정에서 '2021. 3. 29. 증거물을 압수한 이후 증인을 비롯한 경찰관들이 봉인을 해제한 적은 없다'라고 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽). 설령 피고인의 주장과 같이 봉인이 해제된 적이 있다 하더라도, 이 사건에서 증거로 되는 것은 이 사건 휴대전화와 외장하드에 저장되어 있던 이 사건 촬영물(나체 사진)로서 이는 원본과의 동일성이나 무결성의 문제가 발생할 여지가 없으므로, 봉인 해제 여부를 문제 삼아 증거능력을 부정할 수는 없다.

- ⑧ 위 디지털 포렌식 분석 결과 이 사건 휴대전화 및 외장하드에서 이 사건 촬영물이 발견된 것 외에는 일체의 압수물에서 문제될만한 사진 등은 발견되지 아니하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화에 저장된 이 사건 촬영물은 이미 압수되었기 때문에 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물은 별도로 압수하지 않았다.

압수하지 않은 경우 '압수된 전자정보 상세목록'을 교부할 의무가 없으므로(형사소송법 제219조, 제129조, 형사소송규칙 제61조, 제62조) 그 교부서는 작성되지 아니한 것으로 보인다.

이 사건 휴대전화 및 외장하드에서만 이 사건 촬영물이 발견된 사실을 알고 있던 피고인은 2021. 6. 17. 이 사건 휴대전화와 외장하드를 제외한 다른 압수물(노트북 1대, 휴대전화 1대, USB 1대)에 대하여 압수물 환부·가환부 청구를 하

였다(증거기록 1권 79쪽).

- ⑨ 앞서 본 바와 같이 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다.

또한 수사과정에서 선임된 피고인의 변호인이 2021. 7. 26. 검찰에 제출한 '변호인 의견서'에도 위 수색이나 제출 과정에서의 임의성을 문제 삼는 내용은 없었고, 오히려 임의제출에 의하여 압수된 외장하드에 피해자가 촬영을 사전동의한 내용이 저장되어 있으니 디지털 포렌식을 하여 달라고 요청하였으며(증거기록 1권 318쪽, 333쪽), 이에 검찰은 외장하드에 대한 디지털 포렌식을 실시하였다(증거기록 1권 436~438쪽).

- ⑩ 이미 피해자에게 발각된 이 사건 촬영물 외에는 문제될만한 다른 사진 등이 없었던 피고인으로서, 당시 피해자나 수사기관으로부터 다른 사진 등을 추가로 촬영한 것이 아닌지 의심 받는 상황에서 속히 그 의심을 벗기 위하여 수색 등에 동의할 동기도 있었다고 보인다.

피고인은 당시 위와 같이 수사기관에 정보저장매체들을 제출한 것 외에 피해자에게도 추가적인 해명을 하였는데, 피고인은 검찰 피의자신문에서 "피해자가 2021. 3.말, 4.초경에 직접 저의 메일함, 구글사진첩, 클라우드 등 기타 곳곳에 사진이 남아 있는지 직접 확인했고 전혀 남아 있지 않은 것을 피해자가 확인했습니다.

"라고 진술하였다(증거기록 1권 309쪽). 피고인과 변호인은 원심에서 위 압수물 등에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 수색과 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

- ⑪ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 위 수색동의 및 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 수색동의서 및 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 임의로 위 수색에 동의하고 위 압수물을 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

나아가 위에서 본 제반 사정에 비추어 보면, 수사기관의 앞서 본 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

나. 사인의 위법수집증거 주장에 관한 판단

#### 1) 판단 범위

이 사건 공소사실 중 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 뒤에서 보는 바와 같이 피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39)의 증거능력 유무와 관계없이 각 무죄라고 판단되므로, 위 각 공소사실과 관련해서는 그 증거능력에 관하여 따로 판단하지 아니한다.

따라서 이 부분 주장은 위 녹화파일의 증거능력 유무에 따라 유무죄 판단이 달라질 수 있는 부분 즉 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 한정하여 증거능력 유무를 판단한다.

## 2) 관련 법리

가) 통신비밀보호법 제3조는 "통신 및 대화비밀의 보호"라는 제목 하에 제1항 본문에서 "누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다."

"고 규정하고 있다.

위 조항은 사생활의 비밀과 자유 특히 통신 등의 비밀과 자유를 보호법익으로 하는 것으로 해석된다.

전기통신을 하는 당사자의 일방이 상대방 모르게 전기통신 내용을 녹음하더라도 이는 통신 등의 비밀과 자유를 침해하는 것이 아니므로, 이러한 행위는 여기에서 말하는 감청에 해당하지 않는다.

따라서 여기서 '전기통신의 감청'이라 함은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다(대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 등 참조). 한편, 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리키므로(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 참조) 전기통신의 송신인과 수신인이 전기통신을 이용하여 의사를 소통하는 것은 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

나) 통신비밀보호법 제4조는 "제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다."

"고 규정하고 있고, 그에 관하여 아무런 예외를 두지 않고 있다.

통신비밀보호법 제3조, 제4조의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 에 비추어 보면, 통신비밀보호법 제3조를 위반하여 불법 감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 증거능력이 없다고 보아야 하고, 이를 공익과 사익과의 비교형량을 거쳐 공익이 우월하다는 이유로 증거능력을 인정할 수는 없다.

다) 이와 달리 통신비밀보호법 제3조에 위배되지 않은 행위가 다른 법률 규정에 위배되는 경우에는 그 행위로 취득한 증거의 사용이 항시 금지되는 것은 아니다.

이러한 경우 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 그 다른 법률 규정에서 의하여 보호되는 이익 등을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결 등 참조). 이때 법원이 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 다른 법률 규정의 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.

법원으로서 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 다른 법률 규정에 의한 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 그 정도, 증거수집 과정에서 그 보호이익을 침해하게 된 경위와 그 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결 등 참조).

## 3) 판단

가) 기초사실



(1) 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2021. 5. 28.부터 2021. 7. 13.까지 인터넷 방송 사이트인 '(사이트명 생략)'에서 '(닉네임 생략)'이라는 닉네임을 사용하여 인터넷 개인 방송을 진행하였다.

이는 성인콘텐츠(19세 미만 이용제한) 방송으로, 서비스제공자인 (사이트명 생략)는 성인콘텐츠 방송의 경우 본인인증이 완료된 회원만이 시청 가능한 것으로 규정하고 있고, 본인인증을 거쳐 아이디를 등록한 회원은 그 아이디로 접속하여 누구나 무료로 성인콘텐츠를 시청할 수 있다.

한편 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 진행자(BJ)는 시청자로부터 시청료를 받는 것이 아니라 그 방송을 시청한 시청자들이 자발적으로 지급하는 후원료를 받아 수익을 얻고 그 수익을 (사이트명 생략)와 분배한다.

② 피고인은 위 기간 동안 피해자의 아이디인 '(아이디 생략)'을 블랙리스트에 등록하여 피해자가 피고인의 방송에 접속하는 것을 차단하였다.

③ 피해자는 자신의 아이디로 피고인의 인터넷 방송에 접속하는 것이 불가능하자 자신의 아이디로 로그인하지 않고 '게스트'로 피고인의 인터넷 방송에 접속하여 피고인의 발언을 녹화하였고, 그 녹화파일을 경찰에 제출하였다.

④ 피고인은 당심 법정에서 "방송하는 사람 좌측 상단에 방송에 들어온 모든 아이디를 확인할 수 있고, 로그인 하지 않고 들어온 사람은 게스트 1, 게스트 2 등으로 표시됩니다.

", "게스트 접속은 원래 없는 것으로 알고 있는데 그것이 어떻게 가능한지 모르겠습니다.

"라고 진술하였다(당심 제1회 공판조서). 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경에는 다른 아이디 접속자에 대하여 하는 것과 동일하게 게스트인 피해자를 상대로 직접 욕성으로 발언하였다.

(2) 한편, 피고인은 당심 변론종결 후인 2022. 7. 1. 변호인의견서를 제출하면서 피고인이 인터넷 방송을 진행하면서 피해자의 아이디에 대한 블랙리스트 등록 외에 추가로 비밀번호를 설정하였다고 주장하며 그 자료를 제출하였다.

그 자료는 피고인이 2021. 6. 14.과 2021. 6. 17. 다른 시청자들에게 인터넷 방송 비밀번호를 알려주었다는 것일 뿐, 2021. 6. 14. 이전에도 비밀번호를 설정하였다거나 그 비밀번호를 다른 시청자들에게 알려주었다는 자료는 없다.

#### 나) 구체적 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거들은 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 관하여 그 증거능력을 모두 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (1) 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문 위반 주장

피해자의 녹화행위는 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정하는 '전기통신의 감청'에 해당하지 않고, 피고인이 인터넷 방송 시청자들을 상대로 한 발언은 위 조항에서 규정하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

따라서 피고인의 인터넷 방송 녹화파일 등은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 그 증거능력이 부정되지 않는다.

구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분(2021. 6. 6. 17:30경 발언)

① 피고인이 방송한 '(사이트명 생략)'라는 플랫폼은 원칙적으로 인터넷 방송 진행자가 불특정 다수인에게 방송을 하기 위하여 이용되는 것이다.

피고인이 2021. 6. 6. 이 부분 공소사실과 같은 발언을 할 당시 인터넷 방송에 비밀번호를 설정하였다는 자료는 없으므로, 위 방송은 로그인을 하고 성인인증을 거치면 누구나 무료로 접속하여 방송을 시청할 수 있던 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 위 인터넷 방송 공간은 피고인의 통신 등의 비밀과 자유가 보호되는 사적 공간이라고 보기 어렵다.

피고인은 (사이트명 생략) 이용약관을 증거로 제출하면서 그 약관 제14조 제8항 제15호에서 '본 서비스를 통해 얻은 정보를 회사의 사전 승낙 없이 복제하거나 제3자에게 제공하는 행위'를 금하고 있으므로, 피고인의 인터넷 방송 공간은 사적 공간으로 보아야 한다고 주장한다.

그러나 위 약관을 보더라도 위 규정은 인터넷 방송 콘텐츠에 관한 제2차적 저작권이 (사이트명 생략) 측에 있음을 규정한 것에 불과하고 위 약관 제24조는 이를 구체화하고 있다.

즉 위 약관 제24조 제3항, 제4항은 제2차적 저작권자인 (사이트명 생략)는 회원이 서비스로 제공된 콘텐츠를 타 회원, 기타 이용자가 시청하도록 하거나 제휴사에게 제공하거나, 이를 녹화·편집·변경하여 타 회원, 기타 이용자가 시청하거나 제휴사에게 제공할 수 있고, (사이트명 생략), 타 회원, 기타 이용자, 제휴사는 회원의 콘텐츠를 복제·수정·각색·공연·전시·방송·배포 등을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 오히려 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 공간이 통신의 비밀과 자유가 보장되는 공간이 아니라는 점을 보여줄 뿐, 피고인의 주장과 같이 공개되지 않은 사적 공간임을 뒷받침하는 자료라고 볼 수 없다.

따라서 피해자가 당시 피고인이 인터넷 방송에서 한 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 보기 어렵다.

② 피고인이 2021. 6. 6. 인터넷 방송을 진행할 무렵 피해자는 게스트로 방송에 접속하였다.

당시 피고인이 그 게스트가 피해자인 것을 알지 못하였다 하더라도 게스트가 접속한 사실 자체는 인식하고 있었다. 게스트의 접속이 다른 아이디 접속과 마찬가지로 인터넷 방송 진행자의 좌측 상단 화면에 명확히 표시되고 인터넷 방송 진행자와 게스트 접속자간에 송수신이 가능한 것이라면, (사이트명 생략)의 인터넷 방송 시스템 내에서 실제로 존재하는 게스트 접속방식이 해킹에 해당한다거나 위법한 것이라고 단정하기 어렵다(피고인은 이러한 접속방식이 어떻게 가능한지 모르겠다고 주장하고 있을 뿐이다). 또한 게스트 접속방식이 어떻게 가능한지를 떠나 인터넷 방송 진행자인 피고인이 게스트의 접속사실을 인식하고 그의 시청을 묵인하면서 인터넷 방송을 계속 진행한 것이라면, 그 게스트는 인터넷 방송의 참여자 중 1인이었다고 보아야 한다.

피고인이 당시 그 게스트의 시청을 원치 않았다면 방송을 중단하거나 그 게스트에게 접속을 중단하고 떠나갈 것을 요구하여야 했을 것이나, 피고인이 이러한 조치를 취하였다고 볼만한 증거는 없으므로, 피고인은 게스트의 방송 시청을 묵인하였다고 봄이 상당하다.

따라서 당시 게스트로 접속한 피해자는 인터넷 방송의 송수신인이었다고 볼 수 있다.

이러한 점에서도 피해자가 당시 피고인의 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

③ 나아가 피고인이 위 인터넷 방송에서 시청자(접속자)들을 상대로 욕성으로 발언하였다 하더라도 이는 현장에 있는 당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위가 아니므로 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'라고 할 수 없다.

이는 아래 (4)항의 경우에도 마찬가지이다.

(4) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언) 피고인이 2021. 6. 17. 23:17경 이 부분 공소사실 기재와 같은 발언을 할 당시 피해자는 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있었다.

피고인도 피해자가 게스트로 접속한 사실을 인식하였을 뿐만 아니라, 별지 5 기재와 같이 직접 피해자를 상대로 계속하여 발언을 이어나갔다.

따라서 피해자는 전기통신의 당사자인 송수신인이라 할 수 있으므로, 이러한 피해자의 녹화행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

피고인은 위 방송 당시 비밀번호를 설정하여 비공개성을 강화하였는데, 피해자가 다른 아이디로 접속하여 피고인으로부터 비밀번호를 알아낸 뒤 그 비밀번호를 이용하여 게스트로 접속한 것으로 추정된다고 주장한다.

그러나 그것이 사실이라 하더라도, 피고인이 피해자의 존재를 인식하고 피해자를 발언의 상대방으로 인정하여 계속 발언한 이상, 피해자를 송수신의 상대방으로 인정한 사실은 달라지지 아니한다.

이러한 당사자의 지위에 있는 피해자가 그 발언을 녹화하였다고 하여 피고인의 통신의 비밀과 자유가 침해되었다고 할 수 없으므로, 피고인이 주장하는 사정은 위 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.

## (2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항 위반 주장

앞서 본 사정들을 종합하여 보면, 피해자가 피고인의 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 각 인터넷 방송에 게스트로 접속한 것을 가리켜 피해자가 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반하여 접근권한 없이 접속한 것이라고 단정하기 어렵다.

설령 피해자가 위 각 인터넷 방송에 접속한 것이 접근권한 없이 이루어진 것이라고 하더라도, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 법률 규정에 의하여 보호되는 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선된다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 앞서 본 바와 같이 피해자가 위 각 인터넷 방송의 송수신 당사자로서 이를 녹화할 수 있다고 볼 수 있는 이상 그 녹화에 이르게 된 중간 과정에 관한 사정은 그 녹화파일의 증거능력 판단에 중대한 영향을 미친다고 보기 어렵다.

- ② 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항이 정당한 접근권한 없는 정보통신망 침입을 금지하는 것은 이용자의 신뢰 내지 그의 이익을 보호하기 위함이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533 판결 참조). 피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박하는 내용 등이 담긴 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하였다고 하여 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성이 얼마만큼 훼손당하였다고 보아야 하는지 의문이다.
- ③ 피고인은 위 각 방송 이전에 별지 2 기재와 같이 피해자를 협박하는 내용이 담긴 메시지를 전송하였다.  
피해자는 피고인이 인터넷 방송에서 자신에 대한 범죄행위를 할 수 있다는 두려움에 이를 확인하는 과정에서 피고인의 범죄행위를 인지하였고 이를 수사기관에 신고하고자 하는 목적으로 피고인의 방송을 녹화한 것이다.
- ④ 피해자는 피고인의 방송 중 이 사건 공소사실에 관한 부분만을 선별하여 재생시간을 3~5분 분량으로 편집한 녹화파일을 제출하였다.
- ⑤ 피해자가 수사기관에 제출한 인터넷 방송 녹화파일은 피고인이 이 사건 방송에서 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박한 직접적인 내용이 담겨 있어 피고인의 범죄를 규명하는데 반드시 필요한 증거이다.
- ⑥ 피고인 및 변호인은 원심 공판기일에서 피해자가 제출한 인터넷 방송 녹화파일에 대해 이미 증거동의하였다.

### (3) 저작권법 위반 주장

저작권법 제23조는 재판 또는 수사를 위하여 필요한 경우 그 한도 안에서 저작물을 복제하여 이용하는 것을 허용하고 있고, 다만 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우는 예외로 하고 있다.

피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피고인의 인터넷 방송을 녹화하여 제출한 것은 피고인의 명예훼손과 협박 범행을 증명하기 위한 것으로 이로 인하여 피고인의 이익이 부당하게 침해되었다고 보이지 않으므로, 저작권법 제23조에 의하여 허용되는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 피해자의 위 행위가 피고인의 지적재산권을 침해한 위법한 행위라고 볼 수 없다.

설령 이와 달리 본다 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 종합하여 보면, 피해자에 대한 욕설, 명예훼손 또는 협박 내용으로 가득찬 방송 콘텐츠에 대하여 저작권법으로 보호받는 피고인의 사적 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선한다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

다.

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등) 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등) 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 주장과 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 다음과 같은 사정을 종합적으로 고려하여, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 나체 상태로 잠을 자고 있던 피해자의 모습을 사진 촬영한 사실이 인정되고, 피해자의 추정적 승낙 또한 인정될 수 없으며, 이러한 점에 대한 피고인의 고의 또한 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 고려한 사정은 ① 피해자는 피고인의 휴대전화에서 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 피고인을 112범죄신고센터에 신고하였고, 이 사건 촬영물은 새벽 04:30경 촬영된 것으로서, 피해자의 얼굴 및 가슴과 음부 등이 적나라하게 드러나는 반면 피해자가 촬영 사실을 인지하였다고 볼만한 모습은 드러나지 않는 점, ② 피고인이 피해자에게 '하의만을 탈의한 채로 성관계를 하면서 마치 아무 일도 없는 것처럼 옷을 입은 상반신만 사진 촬영하면 재미있을 것 같다'는 취지의 말을 한 사정만으로는 피해자가 나체 상태로 잠든 자신의 모습을 피고인이 촬영하는 데까지 동의하였거나, 객관적 사정에 비추어 이에 대한 피해자의 승낙이 예견되었다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인은 은밀한 방식으로 이 사건 촬영물을 촬영하였고, 피해자가 이를 발견하자 상당히 당황하였던 것으로 보이는 점 등이다.

## 2) 당심의 판단

원심이 설시한 사정들에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 보태어 보면, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 이 사건 촬영물을 촬영하였다고 판단하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하다.

거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 피해자는 경찰에서 '피고인과 사진 촬영에 관한 이야기를 나눈 적이 없고, 피고인에게 사진 촬영에 대해 승낙하거나 승낙의 의미를 암시하는 말을 한 적이 없다'라는 취지로 진술하였고(증거기록 1권 36쪽), 검찰에서는 "피고인이 통화를 하면서 저에게 '성관계를 하면서 위쪽은 옷을 입은 상태로 남들이 볼 때는 성관계를 하는 중임을 모르게 위쪽만 사진을 같이 찍고 싶다'는 식의 말을 한 적이 있어 제가 그냥 웃어넘긴 적은 있습니다.

이 말을 피고인이 오해한 것인지는 모르겠지만, 제가 피고인이 저의 나체사진을 찍어도 된다고 동의한 적은 절대 없습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 288쪽). 피해자는 원심 법정에서는 "이런 이야기는 제가 나눈 적이 있어요. 이 친구가 먼저 저에게 '우리가 위에 옷을 입고 하의를 탈의한 채로 성기를 삽입하고, 자연스러운 커플사진인 것처럼 셀카 모드로 셀카를 찍으면' 그 셀카는 얼굴이에요. 얼굴이라는 얘기도 분명히 그 자리에서 했고요. '얼굴 사진을 찍으면 다른 사람들이 봤을 땐 이 사진에 우리가 뭘 하고 있는 사진인지 모르겠고, 그럼 너무 재밌을 것 같지 않냐. 우리만 아는 비밀 사진을 만드는 거야'라는 식으로 이야기를 했고, 사실 저는 찍을 생각을 하지 않았지만 '그럴 수 있겠네. 나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라는 이야기를 한 적이 있어요"(공판기록 244쪽), "찍어도 된다는 대화를 한 사실은 전혀 없습니다.

얼굴 사진을 찍자고 했지, 성관계하는 사진을 찍자고 한 건 아니기 때문에..."(공판기록 245쪽)라고 진술하였다.

이러한 피해자의 진술은 '피해자가 이 사건 촬영물에 대해 사전에 동의하거나 승낙한 적이 없다'는 주요 부분에 대해서 그 진술이 일관되고 구체적이며, 피해자는 피고인이 성관계 장면의 사진 촬영을 제안할 당시 '웃어넘겼다'거나 '나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라고 대답하였다'고 진술하여 자신에게 불리할 수 있는 내용에 관해서도 숨기지 않고 솔직하게 진술하고 있어 그 진술의 신빙성이 높다.

② 한편 피고인은 경찰에서 "사건 전날 피해자와 통화할 때 '성관계를 할 때 서로 나체 사진을 찍자'라는 얘기를 서로 했고, 피해자도 그런 얘기를 할 때 크게 거부감 없이 동의를 했습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 73쪽), 검찰에

서는 "솔직히 오래 되어서 정확히 어떤 말을 하였는지 기억이 나지 않습니다.

그런데 성관계 할 때 사진찍어도 된다고 얘기하였고 저는 그것은 사진을 찍어도 된다는 의미로 받아들였습니다"라고 진술하였으며(증거기록 1권 304쪽), 원심 법정에서는 "섹스 중 촬영에 대한 관련된 그런 대화도 있었어요. 그런데 그런 대화가 있었는데 밑에는 섹스 중이고 위에는 가리고 그런 식의 발언이 있었어요. 그래서 저는 섹스 중 촬영이 나체 사진보다 수위가 높다고 해서 그거를 허락한 줄 알았어요"라고 진술하였다(공판기록 344쪽). 나체가 보이게 사진을 찍는 것과 나체가 보이지 않게 사진을 찍는 것은 카메라 등 이용 촬영 범죄에서 핵심이 되는 중요한 부분에 관한 진술임에도, 피고인은 수사기관에서는 '성관계 도중 나체사진을 찍는 것에 피해자가 동의하는 말을 하였다'고 진술하다가, 원심 법정에서는 '성관계 도중 상체는 옷을 입은 채로 성관계를 하지 않는 것처럼 사진을 찍는 것에 대해 피해자가 동의하는 말을 하였다'는 취지로 진술하여 주요 부분에 대한 진술이 일관되지 않는다(피고인은 피해자가 촬영 사실에 동의하는 대화내용이 담긴 녹음파일을 삭제하였다고도 주장한다.

피고인은 검찰 단계에서 위 녹음파일이 외장하드에 저장되어 있다고 주장하여 이에 대한 디지털 포렌식까지 실시하였으나 그와 같은 파일은 존재하지 않았다.

피고인이 주장하는 녹음파일이 실제로 존재하였다거나 피해자가 그 녹음파일을 삭제하였다고 인정할 만한 아무런 증거가 없다).

③ 피해자는 검찰에서 "저희는 제가 방송을 하는 사람이다 보니 문제가 될 수 있어서 저희 둘도 사진을 같이 찍지 않았습니다", "피고인이 계속 같이 찍은 사진이 없다고 하여 월미도에 가서 사진을 한 번 같이 찍은 적이 있는데, 저는 그 사진도 혹시나 제 방송생활에 문제가 생길까봐 피고인에게 주지 않았습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 288~289쪽), 피고인도 검찰에서 "둘이 평소 같이 찍은 사진이 없는 것도 맞고, 월미도에서도 같이 사진을 찍은 것은 제가 아니라 피해자가 찍어서 저한테는 사진도 주지 않았습니다", "평소에 여자친구가 사진을 잘 찍으려고 하지 않았고, 본인사진을 주지 않았습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 305~306쪽). 즉, 피해자는 인터넷 방송 진행자로서 시청자들의 후원으로 생계를 유지하고 있었는데, 피해자의 방송에서 가장 많은 후원을 하여 소위 '회장'이라고 불리던 피고인과의 교제 사실이 시청자들에게 알려질 경우 방송에 지장이 있을 것으로 예상하여 피고인과 함께 평범한 사진을 찍는 것조차 거부하였던 것으로 보인다.

이러한 피해자가 피고인과 교제하는 사실을 넘어 성관계 사실까지 알려질 수 있고 나체 사진이 유포될 경우 사실상 인터넷 방송을 할 수 없게 될 수 있는 것을 감수하면서까지 이 사건 촬영물에 대해 사전동의하였다는 것은 경험칙에 반한다.

④ 피고인은 피해자의 집에서 자주 데이트를 하고 성관계를 가졌으므로 피고인의 주장대로 피해자의 사전동의가 있었다면, 피해자가 의식이 있는 상태에서 나체를 촬영할 수도 있었을 것으로 보인다.

그러나 피고인은 피해자가 잠이 든 뒤 약 3시간이 지난 사건 당일 새벽 04:30경 피해자의 나체를 촬영하였을 뿐만 아니라, 촬영 과정에서도 피해자에게 발각되지 않기 위하여 사진을 찍어도 소리가 나지 않는 '에스캠'이라는 휴대전화 어플리케이션을 사용하였다.

⑤ 피고인은 피해자의 나체를 촬영한 2021. 3. 18.부터 이 사건 촬영물이 피해자에게 발각된 2021. 3. 29.까지 약 11일 동안 피해자와 교제하면서 연락을 주고받거나 만나는 사이였음에도, 피해자에게 촬영 사실을 전혀 알리지 않았다. 반면 피해자는 2021. 3. 29. 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 경찰에 '남자친구가 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 신고하였다.

⑥ 피고인은 2021. 3. 31. 피해자에게 "다시 한 번 얘기할게. 너한테 걸릴 줄 알았었고, 그 자리에서 그거 무마시키려고 했어. 니 안방 들어가기 전에 충분히 뺄 수도 있었어. 그냥 놔둔 거야, 너 어디까지 하는지 몰라고. 그런데 거기서 좀 적당히 까불어"라고 말하였다(추가 증거기록 12쪽). 피고인은 피해자에게 이 사건 촬영물에 대해 '걸릴 줄 알았다'거나, '무마시키려고 했다'는 표현을 사용하고 있는데, 이는 이 사건 촬영물이 피해자의 의사에 반한다는 것을 피고인이 알고 있었음을 보여준다.

나아가 피고인과 피해자 사이의 2021. 4. 1. 자 녹취록에 의하면, 피해자가 "그렇게 몰래 사진 찍고, 그런 모든 게 실제 범죄잖아"라고 하자, 피고인은 "사진만 갖고 얘기해. 그 팩트만 갖고. 나 그거 인정했잖아"라고 답하였으며, 피해자가 재차 "그러니까 범죄잖아"라고 하자 피고인이 "어"라고 말하였다(추가 증거기록 3, 4쪽). 이러한 대화 내용 역시 피고인 스스로 본인의 행위가 범죄를 구성할 수 있음을 알고 있었다는 점을 보여준다.

라. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3, 4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점에 관한 판단

1) 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 부분(2021. 6. 14. 18:05경 및 같은 해 6. 17.경 01:14경 각 발언)

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*\*동 \*\*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

나) 원심의 판단

원심은 이 부분 각 공소사실에 대하여 피고인이 피해자를 각 협박한 사실은 인정되지만, 수사단서의 제공에 대한 보복목적이 있었다고 보이지 아니한다는 이유로 각 협박죄를 유죄로 인정하는 한편, 각 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(보복협박등)의 점은 이유무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로 피고인이 피해자가 피고인의 인터넷 방송을 시청하고 있다는 것을 인식하고 피해자를 상대로 해악을 고지하는 발언을 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 각 협박죄를 인정한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 피고인의 항소이유 주장은 이유 있다.

① 피고인은 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 기재 일시(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경)에 성인콘텐츠 인터넷 방송을 진행하였다.

피해자는 당시 블랙리스트 설정으로 인하여 피해자의 아이디로 피고인의 방송에 접속할 수 없자 게스트로 접속하였다.

② 피고인이 위 각 일시에 인터넷 방송을 진행하면서 한 발언들은 불특정 시청자들을 상대로 피해자에 관한 분노를 표출하고 폭로의 뜻을 밝힌 것으로 보일 뿐, 그 당시 피해자가 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있음을 인식하고 피해자를 상대로 직접 해악을 고지하는 발언을 하였다고 보기 어렵다.

먼저 피고인은 2021. 6. 14. 18:05경 인터넷 방송을 진행하면서 “누가 신고해가지고 나 어처구니가 없어가지고.”, “지들 마음이야. 씨발 것들, 맨날, 아니 그러니까 지들 마음에 안 들면 영정시키는 거야.” 등의 발언을 하였다.

여기서 “누가”, “지들” 등은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어로서 피해자가 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하고 피해자에 대하여 한 발언이 아니고, 인터넷 방송을 시청하는 불특정 다수인에 대하여 한 발언으로 보는 것이 자연스럽다.

다음 피고인은 2021. 6. 17. 01:14경 인터넷 방송을 진행하면서 “진짜 대놓고 방송 못하게 진짜. 그 씨발년 사람 좇나 건드려. 뒤질 것 같아” 등의 발언을 하였다.

여기서도 “그 씨발년”은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어임이 분명하다.

피고인이 “아니, 방송 켜자마자 뭐 게스트가 들어오는 거는 뭐야, 도대체”라고 말하기는 하였으나 위와 같이 발언한 사정만으로 피고인이 피해자가 피고인의 방송에 게스트로 접속해 있다는 것을 알았다고 단정하기 어렵다.

피고인이 피해자를 상대방으로 보고 피해자에 대하여 직접 발언하였다고 볼만한 내용은 전혀 존재하지 아니하기 때문이다.

## 2) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

### 가) 관련 법리

협박죄에서 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로 명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없으나 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다(대법원 1991. 5. 10. 선고 90도2102 판결 참조).

### 나) 판단

#### (1) 피고인의 발언이 해악의 고지에 해당하는지 여부

피고인은 원심에서도 피고인과 피해자는 평소 상당한 수위의 욕설을 서로 주고받아 왔으므로 이러한 수준의 이 부분 공소사실 기재 발언 역시 피고인이 피해자에게 해악을 고지한 것이라고 볼 수 없다는 취지로 주장하였다.

원심은 그 판시 사정들을 종합하여 피고인이 자신의 인터넷 방송에서 한 발언들은 합리적인 상대방이 해악의 발생이 가능한 것으로 받아들일 정도로 구체적으로 해악을 고지한 것이라고 판단하였다.



앞서 본 법리에 비추어 원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인에게 해악을 고지할 의사가 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인은 피해자가 2021. 6. 17. 23:17경 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하면서 피해자에게 해악을 고지할 의사가 있었음을 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 피고인은 2021. 6. 10.부터 2021. 6. 14.까지 '(사이트명 생략)'로부터 방송정지를 당하였다.

피고인은 방송정지가 해제된 당일 진행한 2021. 6. 14. 자 방송에서 "개인적으로 나한테 불만이 있는 그 사람이 신고를 때렸어", "형. 나 누가 신고한지 알아. 이야기를 못할 뿐이야. 버리고 있어"라고 하였고, 6. 17. 01:14경 진행한 방송에서도 "또 신고해가지고 방송 정지당하고. (...) 그 씨발년. 사람 좇나 건드려"라고 하였다.

이처럼 이 부분 범행 이전 방송에서 피고인은 누군가로부터 신고를 당하여 방송정지 징계를 받은 것에 대한 불만을 표출하면서 자신을 신고를 한 사람이 피해자라는 사실을 알고 있음을 암시하는 발언들을 해왔다.

② 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경 방송에서 "내가 씨발년아, 너한테 영정을 먹어야 되냐?"(별지 5 순번 4), "씨발년아, 또 신고해봐"(별지 5 순번 5), "게스트로 보고 있는 거 다 알고 있... 게스트가 있어, 지금"(별지 5 순번 11), "이 씨발년아. 게스트야. 내 방에서 녹화되고 있잖아. 이거 영구정지 먹어. 먹여. 이 씨발년아. 다른 거 켜줄게. 대륙에서 켜줄까? 크게 되려나? 대륙에 아는 사람들, 큰손들 많이 아는데. 그게 더 먹히겠지? 좇만한 년이. 씨발년이, 사람을 좇밥으로 아나. 대륙에서 켜줄까"(별지 5 순번 14 내지 16), "내 방송 다 듣는 거 알아 이 씨발년아(별지 5 순번 34)"라고 말하였다.

이는 앞서 본 바와 같이 피고인이 신고자라고 생각한 피해자가 게스트로 접속하여 방송을 시청하고 있다는 것을 피고인이 알았음을 뒷받침한다.

3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 별지 1 범죄일람표 순번 제1번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 5. 15. 발언)

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 피고인이 2021. 3. 18. 04:30경 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 2021. 5. 15. 03:30경 인천 서구에 있는 피해자의 집 앞에 찾아가 현관문을 발로 차고 욕설을 하여 위협한 다음 피해자의 112 신고로 경찰관이 출동하자 같은 건물 지하 주차장으로 내려가 스마트폰을 이용하여 피해자에게 "경찰에 또 신고했네", "사진사건 나 많이 억울해", "제대로 당하고 나니까 일단 머리가 멍하네 죽을거야 다 모두 싹 다 너와 관련된 모든 사람들 그냥 다 죽일거야 너도 죽일거야 조심해라 신고해 또 잘하는 거 특기 살려야지", "시간이 지날수록 분노는 극에 달할거야", "니가 한국 어디로 이사 가든 난 널 찾을거야 니가 한국에 없어도 난 널 찾을거야", "널 어떻게 해줄까 고민해볼게 좀 더 잔인하게 해줄 수 있는 방법이 먼지 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어 오졌다 나를 경찰에 두 번이나 신고하네"라고 메시지를 전송하여 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

## 2) 원심의 판단

원심은, 피고인이 피해자를 협박한 데에는 자신과 교제했던 피해자가 자신을 이용하여 경제적 이익만 취득하였다는 배신감 및 '(사이트명 생략)'에 신고하여 방송정지가 되게 만들었다는 분노가 주된 동기를 이루었던 것으로 보이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였음이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

## 3) 당심의 판단

### 가) 관련 법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항은 '자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적' 또는 '고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 거짓으로 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적'으로 형법상 폭행죄, 협박죄 등을 범한 경우 형법상의 법정형보다 더 무거운 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다.

여기에서 행위자에게 그러한 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적 관계, 범행 전후의 정황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 참조). 한편 이러한 목적범에서의 목적은 반드시 적극적 의욕이나 확정적 인식이 있어야만 하는 것은 아니고 미필적 인식으로도 충분하며, 또한 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지도 문제되지 아니 한다(대법원 2017. 11. 14. 선고 2014도8710 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 등 참조).

### 나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자가 2021. 3. 29. 피고인의 나체 사진 촬영 범행을 경찰에 신고하고, 2021. 5. 15. 피고인의 피해자의 집 현관문 앞 욕설, 위협 등을 경찰에 신고하여 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다고 봄이 타당하다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 검사의 항소이유 주장은 이유 있다.

① 피고인은 피해자의 신고로 출동한 경찰이 사건 현장을 떠난 직후인 2021. 5. 15. 04:26경부터 06:02경까지 피해자에게 "경찰에 또 신고했네 ㄱㄱ"(별지 2 순번 1), "그리고 나를 경찰에 신고하고"(별지 2 순번 17), "신고해 또", "누가 누구를 고소하는지 모르겠다"(별지 2 순번 80), "널 어떻게 해줄까. 고민해볼게 좀더. 잔인하게. 해줄 수 있는 방법이 먼지. 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어. 오졌다.

나를 경찰에 두 번이나 신고하네"(별지 2 순번 129 내지 135)라는 내용의 메시지를 보냈다.

② 피고인은 피해자가 경찰에 피고인을 신고한 것을 수차례 언급하면서 피해자 및 피해자와 관련된 자들을 죽여 버리겠다고 협박하였다.

피고인이 피해자에게 메시지를 보낸 시점, 그 메시지 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인은 2021. 3. 29.이나 2021. 5. 15.에 있었던 피해자의 경찰 신고에 대한 보복의 목적으로 피해자에게 메시지를 보냈고, 그에 대한 미필적 인식도 있었다고 충분히 인정된다.

③ 피고인이 보낸 메시지 중 일부에는 피고인은 자신과 교제하였고 상당한 금전적 지원까지 한 상대방인 피해자가 자신을 진심으로 대한 것이 아니었다는 배신감이나 2021. 5. 15.에도 다른 남자와 함께 집에 있으면서 자신에게 문을 열어 주지 않았다는 의심으로부터 비롯된 분노가 표현되어 있기는 하다.

그러나 앞서 본 바와 같이 피고인이 피해자의 경찰 신고를 직접적으로 거듭 언급하면서 피해자에게 해악을 가하겠다는 취지의 메시지를 전송한 것이 명확한 이상, 그와 같은 사정은 위 법리에 따라 보복의 목적을 인정하는데 아무런 장애가 되지 아니한다.

나. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경 각 발언)

앞서 2. 라. 1) 다)항에서 본 바와 같이 피고인이 피해자를 상대로 협박한 사실 자체가 증명되었다고 보기 어렵다.

따라서 어떠한 협박이 있음을 전제로 그것을 수사단서의 제공에 대한 보복목적의 협박이라고 보아야 한다는 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*동 \*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

#### 2) 판단

원심은 그 판시 이유를 들어 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 위와 같은 행위를 한 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 4. 결론

원심판결 중 별지 1 범죄일람표 순번 제1, 2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로 파기되어야 한다.

그런데 위 파기 부분과 원심이 유죄로 인정한 나머지 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 위 나머지 유죄 부분 중 2021. 6. 17. 23:17경 협박죄 부분과 원심이 이유무죄로 판단한 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 일죄의 관계에 있으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장 등에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인(증거능력에 관한 항소이유를 보충·추가하는 법률상 주장을 포함한다)

1) 사실오인 및 법리오해

가) 수사기관의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2항 관련)

갤럭시 S21 휴대전화기(증 제1호, 이하 '이 사건 휴대전화'라 한다), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장된 피해자 사진(증거목록 순번 75)은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

① 이 사건 휴대전화는 피고인이 자발적인 의사에 기하여 임의제출한 것이 아니고 담당경찰관에 의해 강제로 압수된 것이다.

② 경찰은 영장 없이 피고인의 집과 학원을 수색하였고, 외장하드 등 위 장소에서 압수한 증거들에 대한 임의제출 동의서의 작성을 강요하였다.

피고인이 사후에 수색동의서를 작성하기는 하였으나 수색동의서만으로 강제처분인 수색을 할 수 없으며, 강제처분인 수색을 통해서 압수한 물건들은 임의제출의 대상이 될 수 없다.

③ 경찰은 압수한 정보저장매체들의 디지털 포렌식 과정에서 피고인의 참여권을 보장하지 않았고, '위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 동의서 또한 담당경찰관의 강압·협박에 의해 작성한 것이다.

④ 경찰은 이 사건 휴대전화, 외장하드 등을 압수한 다음날인 2021. 3. 30. 위 증거물들의 봉인을 해제하여 증거를 훼손하였고, 이로 인해 디지털 저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았음이 담보되지 않으므로 포렌식 결과 또한 신뢰할 수 없다.

정보저장매체 원본 반출 확인서의 서명은 담당경찰관의 강요 내지 협박에 의해 이루어진 것이고, 피고인은 원본 봉인과정에 참여한 사실이 없다.

⑤ 경찰은 피고인에게 압수한 전자정보의 상세목록을 교부하지 않았다.

나) 사인의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제3, 4항 관련)

피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거인 수사보고서(증거목록 순번 38, 48), 녹취서(증거목록 순번 73) 등은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

① 피해자가 전기통신인 피고인의 인터넷 방송을 감청하고, 공개되지 않은 타인간의 대화를 청취·녹음한 행위는 통신비밀보호법 제3조를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 통신비밀보호법 제4조에 의하여

증거능력이 없다.

- ② 피고인이 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 통하여 비로그인 이용자에 대하여 피고인이 진행하는 인터넷 방송에 대한 접근권한을 차단하였음에도 불구하고 피해자가 접근권한 없이 피고인의 방송에 침입한 행위는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.
- ③ 피해자가 피고인이 지적재산권을 갖고 있는 피고인의 인터넷 방송을 녹화·편집하여 복제물을 생성한 행위는 저작권법 제136조 제1항 제1호를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

다) 원심 판시 범죄사실 제1, 2항에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

피고인은 피해자의 사전동의를 얻어 피해자의 나체 사진을 촬영하였다.

라) 원심 판시 범죄사실 제3항 별지1 범죄일람표 2 내지 4에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

① 피고인의 발언은 인터넷 방송 정지에 대한 항의차원에서 한 것이므로 해악의 고지에 해당하지 않고, 피해자로 하여금 공포심을 일으키기에 충분하지도 않다.

② 피고인은 피해자의 아이디를 블랙리스트에 등록하고, 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 한 비공개 방송에서 해당 발언을 하였다.

당시 피고인으로서는 피해자가 피고인의 방송을 시청하고 있다는 사실을 인식할 수 없었기 때문에 피해자에게 해악을 고지한다는 의사가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형(징역 1년 6월 등)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해 주장(이유무죄 부분 관련)

피고인이 4차례에 걸쳐 피해자의 경찰신고에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박한 사실이 충분히 인정됨에도 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점을 모두 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 위 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 수사기관의 위법수집증거 주장에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하여 보면, 수사기관의 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 휴대전화(증 제1호), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장되어 있는 피해자 사진(증거목록 순번 75) 등은 그 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

1) 이 사건 휴대전화 및 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진의 증거능력

- ① 피해자는 2021. 3. 29. 피해자의 집에서 피고인과 함께 있던 중 피고인 소유의 이 사건 휴대전화에서 나체 상태로 잠을 자는 자신의 모습이 촬영된 사진 2장(이하 '이 사건 촬영물'이라 하고, 편의상 그 파일이나 이를 복사하여 외장하드에 저장한 사진 내지 파일도 이와 동일하게 지칭한다)을 발견하였다.

피해자는 같은 날 10:17경 '남자친구가 자신 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 112범죄신고센터에 신고하였다.

신고를 접한 경찰이 현장에 도착하자 피해자는 피해를 호소하였고 피고인은 그 자리에서 촬영 사실을 인정하면서 이 사건 휴대전화를 제출하였다.

- ② 경찰은 피고인이 위와 같이 촬영 사실을 인정하고 이 사건 휴대전화를 제출하는 점을 근거로 도망우려 및 증거인멸 우려가 없다고 판단하여 피고인에게 임의동행의 사유 및 이유, 언제든지 퇴거할 수 있는 등 권리를 고지한 후 피고인과 인천서부경찰서로 임의동행하였다.

피고인은 인천서부경찰서에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 9쪽)에 서명하고 무인(拇印)하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화 및 촬영물을 압수하고, 이에 대한 압수조서와 압수목록 교부서를 작성하였다.

- ③ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '피고인한테 이 사건 휴대전화를 제출할 거냐고 수차례 물어본 기억이 있고, 피고인이 제출한다고 하였다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 3쪽).

- ④ 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다(증거기록 1권 251쪽). 또한 피고인은 수사과정에서 변호인을 선임하였는데, 2021. 7. 26. 검찰에 제출된 '변호인 의견서'에는 제출의 임의성 여부를 다루는 내용은 없고, '피해자의 동의를 받아 촬영한 것이다'라는 주장만 있다.

- ⑤ 피고인은 최초 경찰 조사 단계에서부터 검찰 및 원심 법정에 이르기까지 촬영 사실 자체는 인정하면서 다만 피해자의 사전동의 하에 촬영한 것이라는 주장을 일관되게 하여 왔다.

이러한 입장에 의하면 피고인이 피해자와 함께 있던 현장에서 발각된 이 사건 촬영물 외에 문제될만한 다른 사진 등은 없었던 이 사건 휴대전화를 그 현장에 출동한 경찰에게 임의로 제출하는 것은 부자연스러워 보이지 않는다.

피고인과 변호인도 원심에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 사전동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 제출의 임의성을 다루기 시작하였다.

- ⑥ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 이 사건 휴대전화를 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

2) 외장하드 및 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물의 증거능력

- ① 수색이 피수색자의 자발적인 의사에 기하여 임의로 동의하여 이루어지고 그 수색에 의하여 발견된 물건이 피수색자의 자발적인 의사로 임의제출되어 압수된 경우, 이는 강제수사가 아닌 임의수사에 의하여 증거수집이 이루어진 것이므로, 그 수색·압수가 법관이 발부한 영장에 의하여 이루어지지 아니하였다는 사정만으로 위법하게 되어 증거능력이 부정되는 것은 아니다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도364 판결 등 참조).
- ② 경찰은 피해자로부터 위와 같이 신고를 받고 현장에 출동하여 피고인이 피해자의 나체 사진을 촬영한 사실을 확인하였는데, 당시 피해자는 위 나체 사진 2장도 이 사건 휴대전화의 휴지통에서 발견하는 등 다른 사진도 있을 것이라고 주장하였다.

- ③ 경찰은 피고인이 피고인 소유의 다른 전자정보저장매체에 촬영물을 저장하고 있는지 확인하기 위하여, 2021. 3. 29. 15:20경 피고인의 수색 동의를 받고 피고인의 주거지인 경기 오산시 (주소 1 생략) 등을 수색하였다.
- 수색 결과 위 주거지에서 외장하드, 노트북 등 전자정보저장매체가 발견되었다.

경찰은 피고인이 위 정보저장매체에 피해자의 다른 사진 등을 촬영하여 보관하고 있을 가능성이 있다고 판단하여 피고인의 동의하에 피고인으로부터 NT900X5N(노트북) 1대, SM-G930S(스마트폰) 1대, 외장하드(MTD10EH/K2) 1개, USB(32GB) 1개를 제출받았다.

- ④ 당일 인천서부경찰서로 돌아온 피고인은 '경찰의 수색을 거부할 수 있는 권리가 있음을 안내받았고, 피고인의 동의하에 피고인의 주거지를 수색함에 참여하였다'는 내용의 수색동의서에 무인하였다(증거기록 1권 14쪽). 피고인은 같은 날 오산시 주거지에서 압수된 위 정보저장매체들에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 19쪽) 및 소유권포기서(증거기록 1권 20쪽)에 서명하고 무인하였다.

경찰은 위 물건들을 압수하고 압수목록 교부서를 작성하였다.

- ⑤ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '동의서는 수색 이후 경찰서에 돌아와서 받은 게 맞지만 주거지를 수색하기 전 구두로 수차례 물어봐서 의사를 확인하였다', '오산시 주거지를 수색할 때, 경찰이 피고인에게 증거물들을 임의제출할거냐고 물어봤더니 피고인이 그러겠다고 대답해서 경찰이 직접 가지고 나온 것이다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽).

- ⑥ 한편 피고인은 2021. 3. 29. '본인은 전자저장매체 원본 및 모바일기기 봉인과정에 참여하여 봉인에 이상이 없음을 확인하였고, 정보저장매체 원본의 봉인 해제, 복제본의 획득, 정보저장매체 원본 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력 과정에 참여할 수 있음을 고지 받았으며, 위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 정보저장매체 원본 반출 확인서에 서명하고 무인하였다(증거기록 1권 22, 24~27쪽). 이로써 피고인은 디지털 포렌식 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였다.

- ⑦ 인천서부경찰서 수사관은 2021. 4. 1. 인천경찰청 사이버수사과 디지털 포렌식계에 디지털 증거분석을 의뢰하였는데, 디지털증거분석관이 작성한 디지털 증거분석 결과보고서에 의하면, 의뢰 당시 분석대상인 스마트폰 2대, 외장하드, USB는 모두 봉투에 봉인되어 있었던 것으로 나타난다(증거기록 1권 46~47쪽). 당심 증인 공소외 1도 법정에서 '2021. 3. 29. 증거물을 압수한 이후 증인을 비롯한 경찰관들이 봉인을 해제한 적은 없다'라고 진술하였다(증인신문

녹취서 4쪽). 설령 피고인의 주장과 같이 봉인이 해제된 적이 있다 하더라도, 이 사건에서 증거로 되는 것은 이 사건 휴대전화와 외장하드에 저장되어 있던 이 사건 촬영물(나체 사진)로서 이는 원본과의 동일성이나 무결성의 문제가 발생할 여지가 없으므로, 봉인 해제 여부를 문제 삼아 증거능력을 부정할 수는 없다.

⑧ 위 디지털 포렌식 분석 결과 이 사건 휴대전화 및 외장하드에서 이 사건 촬영물이 발견된 것 외에는 일체의 압수물에서 문제될만한 사진 등은 발견되지 아니하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화에 저장된 이 사건 촬영물은 이미 압수되었기 때문에 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물은 별도로 압수하지 않았다.

압수하지 않은 경우 '압수된 전자정보 상세목록'을 교부할 의무가 없으므로(형사소송법 제219조, 제129조, 형사소송규칙 제61조, 제62조) 그 교부서는 작성되지 아니한 것으로 보인다.

이 사건 휴대전화 및 외장하드에서만 이 사건 촬영물이 발견된 사실을 알고 있던 피고인은 2021. 6. 17. 이 사건 휴대전화와 외장하드를 제외한 다른 압수물(노트북 1대, 휴대전화 1대, USB 1대)에 대하여 압수물 환부·가환부 청구를 하였다(증거기록 1권 79쪽).

⑨ 앞서 본 바와 같이 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다.

또한 수사과정에서 선임된 피고인의 변호인이 2021. 7. 26. 검찰에 제출한 '변호인 의견서'에도 위 수색이나 제출 과정에서의 임의성을 문제 삼는 내용은 없었고, 오히려 임의제출에 의하여 압수된 외장하드에 피해자가 촬영을 사전동의한 내용이 저장되어 있으니 디지털 포렌식을 하여 달라고 요청하였으며(증거기록 1권 318쪽, 333쪽), 이에 검찰은 외장하드에 대한 디지털 포렌식을 실시하였다(증거기록 1권 436~438쪽).

⑩ 이미 피해자에게 발각된 이 사건 촬영물 외에는 문제될만한 다른 사진 등이 없었던 피고인으로서, 당시 피해자나 수사기관으로부터 다른 사진 등을 추가로 촬영한 것이 아닌지 의심 받는 상황에서 속히 그 의심을 벗기 위하여 수색 등에 동의할 동기도 있었다고 보인다.

피고인은 당시 위와 같이 수사기관에 정보저장매체들을 제출한 것 외에 피해자에게도 추가적인 해명을 하였는데, 피고인은 검찰 피의자신문에서 "피해자가 2021. 3.말, 4.초경에 직접 저의 메일함, 구글사진첩, 클라우드 등 기타 곳곳에 사진이 남아 있는지 직접 확인했고 전혀 남아 있지 않은 것을 피해자가 확인했습니다.

"라고 진술하였다(증거기록 1권 309쪽). 피고인과 변호인은 원심에서 위 압수물 등에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 수색과 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

⑪ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 위 수색동의 및 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 수색동의서 및 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 임의로 위 수색에 동의하고 위 압수물을 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.



나아가 위에서 본 제반 사정에 비추어 보면, 수사기관의 앞서 본 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

#### 나. 사인의 위법수집증거 주장에 관한 판단

##### 1) 판단 범위

이 사건 공소사실 중 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 뒤에서 보는 바와 같이 피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39)의 증거능력 유무와 관계없이 각 무죄라고 판단되므로, 위 각 공소사실과 관련해서는 그 증거능력에 관하여 따로 판단하지 아니한다. 따라서 이 부분 주장은 위 녹화파일의 증거능력 유무에 따라 유무죄 판단이 달라질 수 있는 부분 즉 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 한정하여 증거능력 유무를 판단한다.

##### 2) 관련 법리

가) 통신비밀보호법 제3조는 "통신 및 대화비밀의 보호"라는 제목 하에 제1항 본문에서 "누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다."

"고 규정하고 있다.

위 조항은 사생활의 비밀과 자유 특히 통신 등의 비밀과 자유를 보호법익으로 하는 것으로 해석된다.

전기통신을 하는 당사자의 일방이 상대방 모르게 전기통신 내용을 녹음하더라도 이는 통신 등의 비밀과 자유를 침해하는 것이 아니므로, 이러한 행위는 여기에서 말하는 감청에 해당하지 않는다.

따라서 여기서 '전기통신의 감청'이라 함은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다(대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 등 참조). 한편, 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리키므로(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 참조) 전기통신의 송신인과 수신인이 전기통신을 이용하여 의사를 소통하는 것은 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

나) 통신비밀보호법 제4조는 "제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다."

"고 규정하고 있고, 그에 관하여 아무런 예외를 두지 않고 있다.

통신비밀보호법 제3조, 제4조의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 에 비추어 보면, 통신비밀보호법 제3조를 위반하여 불법 감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 증거능력이 없다고 보아야 하고, 이를 공익과 사익과의 비교형량을 거쳐 공익이 우월하다는 이유로 증거능력을 인정할 수는 없다.

다) 이와 달리 통신비밀보호법 제3조에 위배되지 않은 행위가 다른 법률 규정에 위배되는 경우에는 그 행위로 취득한 증거의 사용이 항시 금지되는 것은 아니다.

이러한 경우 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 그 다른 법률 규정에서 의하여 보호되는 이익 등을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결 등 참조). 이때 법원이 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 다른 법률 규정의 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.

법원으로서도 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 다른 법률 규정에 의한 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 그 정도, 증거수집 과정에서 그 보호이익을 침해하게 된 경위와 그 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결 등 참조).

### 3) 판단

#### 가) 기초사실

(1) 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2021. 5. 28.부터 2021. 7. 13.까지 인터넷 방송 사이트인 '(사이트명 생략)'에서 '(닉네임 생략)'이라는 닉네임을 사용하여 인터넷 개인 방송을 진행하였다.

이는 성인콘텐츠(19세 미만 이용제한) 방송으로, 서비스제공자인 (사이트명 생략)는 성인콘텐츠 방송의 경우 본인인증이 완료된 회원만이 시청 가능한 것으로 규정하고 있고, 본인인증을 거쳐 아이디를 등록한 회원은 그 아이디로 접속하여 누구나 무료로 성인콘텐츠를 시청할 수 있다.

한편 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 진행자(BJ)는 시청자로부터 시청료를 받는 것이 아니라 그 방송을 시청한 시청자들이 자발적으로 지급하는 후원료를 받아 수익을 얻고 그 수익을 (사이트명 생략)와 분배한다.

② 피고인은 위 기간 동안 피해자의 아이디인 '(아이디 생략)'을 블랙리스트에 등록하여 피해자가 피고인의 방송에 접속하는 것을 차단하였다.

③ 피해자는 자신의 아이디로 피고인의 인터넷 방송에 접속하는 것이 불가능하자 자신의 아이디로 로그인하지 않고 '게스트'로 피고인의 인터넷 방송에 접속하여 피고인의 발언을 녹화하였고, 그 녹화파일을 경찰에 제출하였다.

④ 피고인은 당심 법정에서 "방송하는 사람 좌측 상단에 방송에 들어온 모든 아이디를 확인할 수 있고, 로그인 하지 않고 들어온 사람은 게스트 1, 게스트 2 등으로 표시됩니다.

", "게스트 접속은 원래 없는 것으로 알고 있는데 그것이 어떻게 가능한지 모르겠습니다.

"라고 진술하였다(당심 제1회 공판조서). 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경에는 다른 아이디 접속자에 대하여 하는 것과 동일하게 게스트인 피해자를 상대로 직접 욕성으로 발언하였다.

(2) 한편, 피고인은 당심 변론종결 후인 2022. 7. 1. 변호인의견서를 제출하면서 피고인이 인터넷 방송을 진행하면서 피해자의 아이디에 대한 블랙리스트 등록 외에 추가로 비밀번호를 설정하였다고 주장하며 그 자료를 제출하였다.

그 자료는 피고인이 2021. 6. 14.과 2021. 6. 17. 다른 시청자들에게 인터넷 방송 비밀번호를 알려주었다는 것일 뿐, 2021. 6. 14. 이전에도 비밀번호를 설정하였다거나 그 비밀번호를 다른 시청자들에게 알려주었다는 자료는 없다.

나) 구체적 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거들은 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 관하여 그 증거능력을 모두 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(1) 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문 위반 주장

피해자의 녹화행위는 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정하는 '전기통신의 감청'에 해당하지 않고, 피고인이 인터넷 방송 시청자들을 상대로 한 발언은 위 조항에서 규정하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

따라서 피고인의 인터넷 방송 녹화파일 등은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 그 증거능력이 부정되지 않는다.

구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분(2021. 6. 6. 17:30경 발언)

① 피고인이 방송한 '(사이트명 생략)'라는 플랫폼은 원칙적으로 인터넷 방송 진행자가 불특정 다수인에게 방송을 하기 위하여 이용되는 것이다.

피고인이 2021. 6. 6. 이 부분 공소사실과 같은 발언을 할 당시 인터넷 방송에 비밀번호를 설정하였다는 자료는 없으므로, 위 방송은 로그인을 하고 성인인증을 거치면 누구나 무료로 접속하여 방송을 시청할 수 있던 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 위 인터넷 방송 공간은 피고인의 통신 등의 비밀과 자유가 보호되는 사적 공간이라고 보기 어렵다.

피고인은 (사이트명 생략) 이용약관을 증거로 제출하면서 그 약관 제14조 제8항 제15호에서 '본 서비스를 통해 얻은 정보를 회사의 사전 승낙 없이 복제하거나 제3자에게 제공하는 행위'를 금하고 있으므로, 피고인의 인터넷 방송 공간은 사적 공간으로 보아야 한다고 주장한다.

그러나 위 약관을 보더라도 위 규정은 인터넷 방송 콘텐츠에 관한 제2차적 저작권이 (사이트명 생략) 측에 있음을 규정한 것에 불과하고 위 약관 제24조는 이를 구체화하고 있다.

즉 위 약관 제24조 제3항, 제4항은 제2차적 저작권자인 (사이트명 생략)는 회원이 서비스로 제공된 콘텐츠를 타 회원, 기타 이용자가 시청하도록 하거나 제휴사에게 제공하거나, 이를 녹화·편집·변경하여 타 회원, 기타 이용자가 시청하거나 제휴사에게 제공할 수 있고, (사이트명 생략), 타 회원, 기타 이용자, 제휴사는 회원의 콘텐츠를 복제·수정·각색·공연·전시·방송·배포 등을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 오히려 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 공간이 통신의 비밀과 자유가 보장되는 공간이 아니라는 점을 보여줄 뿐, 피고인의 주장과 같이 공개되지 않은 사적 공간임을 뒷받침하는 자료라고 볼 수 없다.

따라서 피해자가 당시 피고인이 인터넷 방송에서 한 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정하는 전기통신의 감청에 해당한다고 보기 어렵다.

② 피고인이 2021. 6. 6. 인터넷 방송을 진행할 무렵 피해자는 게스트로 방송에 접속하였다.

당시 피고인이 그 게스트가 피해자인 것을 알지 못하였다 하더라도 게스트가 접속한 사실 자체는 인식하고 있었다. 게스트의 접속이 다른 아이디 접속과 마찬가지로 인터넷 방송 진행자의 좌측 상단 화면에 명확히 표시되고 인터넷 방송 진행자와 게스트 접속자간에 송수신이 가능한 것이라면, (사이트명 생략)의 인터넷 방송 시스템 내에서 실제로 존재하는 게스트 접속방식이 해킹에 해당한다거나 위법한 것이라고 단정하기 어렵다(피고인은 이러한 접속방식이 어떻게 가능한지 모르겠다고 주장하고 있을 뿐이다). 또한 게스트 접속방식이 어떻게 가능한지를 떠나 인터넷 방송 진행자인 피고인이 게스트의 접속사실을 인식하고 그의 시청을 묵인하면서 인터넷 방송을 계속 진행한 것이라면, 그 게스트는 인터넷 방송의 참여자 중 1인이었다고 보아야 한다.

피고인이 당시 그 게스트의 시청을 원치 않았다면 방송을 중단하거나 그 게스트에게 접속을 중단하고 떠나갈 것을 요구하여야 했을 것이나, 피고인이 이러한 조치를 취하였다고 볼만한 증거는 없으므로, 피고인은 게스트의 방송 시청을 묵인하였다고 봄이 상당하다.

따라서 당시 게스트로 접속한 피해자는 인터넷 방송의 송수신인이었다고 볼 수 있다.

이러한 점에서도 피해자가 당시 피고인의 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

③ 나아가 피고인이 위 인터넷 방송에서 시청자(접속자)들을 상대로 욕성으로 발언하였다 하더라도 이는 현장에 있는 당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위가 아니므로 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'라고 할 수 없다.

이는 아래 (나)항의 경우에도 마찬가지이다.

(나) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언) 피고인이 2021. 6. 17. 23:17경 이 부분 공소사실 기재와 같은 발언을 할 당시 피해자는 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있었다.

피고인도 피해자가 게스트로 접속한 사실을 인식하였을 뿐만 아니라, 별지 5 기재와 같이 직접 피해자를 상대로 계속하여 발언을 이어나갔다.

따라서 피해자는 전기통신의 당사자인 송수신인이라 할 수 있으므로, 이러한 피해자의 녹화행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

피고인은 위 방송 당시 비밀번호를 설정하여 비공개성을 강화하였는데, 피해자가 다른 아이디로 접속하여 피고인으로부터 비밀번호를 알아낸 뒤 그 비밀번호를 이용하여 게스트로 접속한 것으로 추정된다고 주장한다.

그러나 그것이 사실이라 하더라도, 피고인이 피해자의 존재를 인식하고 피해자를 발언의 상대방으로 인정하여 계속 발언한 이상, 피해자를 송수신의 상대방으로 인정한 사실은 달라지지 아니한다.

이러한 당사자의 지위에 있는 피해자가 그 발언을 녹화하였다고 하여 피고인의 통신의 비밀과 자유가 침해되었다고 할 수 없으므로, 피고인이 주장하는 사정은 위 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.

## (2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항 위반 주장

앞서 본 사정들을 종합하여 보면, 피해자가 피고인의 2021. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 각 인터넷 방송에 게스트로 접속한 것을 가리켜 피해자가 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반하여

접근권한 없이 접속한 것이라고 단정하기 어렵다.

설령 피해자가 위 각 인터넷 방송에 접속한 것이 접근권한 없이 이루어진 것이라고 하더라도, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 법률 규정에 의하여 보호되는 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선된다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 앞서 본 바와 같이 피해자가 위 각 인터넷 방송의 송수신 당사자로서 이를 녹화할 수 있다고 볼 수 있는 이상 그 녹화에 이르게 된 중간 과정에 관한 사정은 그 녹화파일의 증거능력 판단에 중대한 영향을 미친다고 보기 어렵다.

② 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항이 정당한 접근권한 없는 정보통신망 침입을 금지하는 것은 이용자의 신뢰 내지 그의 이익을 보호하기 위함이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533 판결 참조). 피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박하는 내용 등이 담긴 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하였다고 하여 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성이 얼마만큼 훼손당하였다고 보아야 하는지 의문이다.

③ 피고인은 위 각 방송 이전에 별지 2 기재와 같이 피해자를 협박하는 내용이 담긴 메시지를 전송하였다.

피해자는 피고인이 인터넷 방송에서 자신에 대한 범죄행위를 할 수 있다는 두려움에 이를 확인하는 과정에서 피고인의 범죄행위를 인지하였고 이를 수사기관에 신고하고자 하는 목적으로 피고인의 방송을 녹화한 것이다.

④ 피해자는 피고인의 방송 중 이 사건 공소사실에 관한 부분만을 선별하여 재생시간을 3~5분 분량으로 편집한 녹화파일을 제출하였다.

⑤ 피해자가 수사기관에 제출한 인터넷 방송 녹화파일은 피고인이 이 사건 방송에서 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박한 직접적인 내용이 담겨 있어 피고인의 범죄를 규명하는데 반드시 필요한 증거이다.

⑥ 피고인 및 변호인은 원심 공판기일에서 피해자가 제출한 인터넷 방송 녹화파일에 대해 이미 증거동의하였다.

### (3) 저작권법 위반 주장

저작권법 제23조는 재판 또는 수사를 위하여 필요한 경우 그 한도 안에서 저작물을 복제하여 이용하는 것을 허용하고 있고, 다만 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우는 예외로 하고 있다.

피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피고인의 인터넷 방송을 녹화하여 제출한 것은 피고인의 명예훼손과 협박 범행을 증명하기 위한 것으로 이로 인하여 피고인의 이익이 부당하게 침해되었다고 보이지 않으므로, 저작권법 제23조에 의하여 허용되는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 피해자의 위 행위가 피고인의 지적재산권을 침해한 위법한 행위라고 볼 수 없다.

설령 이와 달리 본다 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 종합하여 보면, 피해자에 대한 욕설, 명예훼손 또는 협박 내용으로 가득찬 방송 콘텐츠에 대하여 저작권법으로 보호받는 피고인의 사적 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선한다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

다.

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등) 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등) 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 주장과 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 다음과 같은 사정을 종합적으로 고려하여, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 나체 상태로 잠을 자고 있던 피해자의 모습을 사진 촬영한 사실이 인정되고, 피해자의 추정적 승낙 또한 인정될 수 없으며, 이러한 점에 대한 피고인의 고의 또한 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 고려한 사정은 ① 피해자는 피고인의 휴대전화에서 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 피고인을 112범죄신고센터에 신고하였고, 이 사건 촬영물은 새벽 04:30경 촬영된 것으로서, 피해자의 얼굴 및 가슴과 음부 등이 적나라하게 드러나는 반면 피해자가 촬영 사실을 인지하였다고 볼만한 모습은 드러나지 않는 점, ② 피고인이 피해자에게 '하의만을 탈의한 채로 성관계를 하면서 마치 아무 일도 없는 것처럼 옷을 입은 상반신만 사진 촬영하면 재미있을 것 같다'는 취지의 말을 한 사정만으로는 피해자가 나체 상태로 잠든 자신의 모습을 피고인이 촬영하는 데까지 동의하였거나, 객관적 사정에 비추어 이에 대한 피해자의 승낙이 예견되었다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인은 은밀한 방식으로 이 사건 촬영물을 촬영하였고, 피해자가 이를 발견하자 상당히 당황하였던 것으로 보이는 점 등이다.

#### 2) 당심의 판단

원심이 설시한 사정들에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 보태어 보면, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 이 사건 촬영물을 촬영하였다고 판단하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하다.

거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 피해자는 경찰에서 '피고인과 사진 촬영에 관한 이야기를 나눈 적이 없고, 피고인에게 사진 촬영에 대해 승낙하거나 승낙의 의미를 암시하는 말을 한 적이 없다'라는 취지로 진술하였고(증거기록 1권 36쪽), 검찰에서는 "피고인이 통화를 하면서 저에게 '성관계를 하면서 위쪽은 옷을 입은 상태로 남들이 볼 때는 성관계를 하는 중임을 모르게 위쪽만 사진을 같이 찍고 싶다'는 식의 말을 한 적이 있어 제가 그냥 웃어넘긴 적은 있습니다.

이 말을 피고인이 오해한 것인지는 모르겠지만, 제가 피고인이 저의 나체사진을 찍어도 된다고 동의한 적은 절대 없습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 288쪽). 피해자는 원심 법정에서는 "이런 이야기는 제가 나눈 적이 있어요. 이 친구가 먼저 저에게 '우리가 위에 옷을 입고 하의를 탈의한 채로 성기를 삽입하고, 자연스러운 커플사진인 것처럼 셀카 모드로 셀카를 찍으면' 그 셀카는 얼굴이에요. 얼굴이라는 애기도 분명히 그 자리에서 했어요. '얼굴 사진을 찍으면 다른 사람들이 봤을 땐 이 사진에 우리가 뭘 하고 있는 사진인지 모르겠고, 그럼 너무 재밌을 것 같지 않냐. 우

리만 아는 비밀 사진을 만드는 거야'라는 식으로 이야기를 했고, 사실 저는 찍을 생각을 하지 않았지만 '그럴 수 있겠네. 나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라는 이야기를 한 적이 있어요"(공판기록 244쪽), "찍어도 된다는 대화를 한 사실은 전혀 없습니다.

얼굴 사진을 찍자고 했지, 성관계하는 사진을 찍자고 한 건 아니기 때문에..."(공판기록 245쪽)라고 진술하였다.

이러한 피해자의 진술은 '피해자가 이 사건 촬영물에 대해 사전에 동의하거나 승낙한 적이 없다'는 주요 부분에 대해서 그 진술이 일관되고 구체적이며, 피해자는 피고인이 성관계 장면의 사진 촬영을 제안할 당시 '웃어넘겼다'거나 '나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라고 대답하였다'고 진술하여 자신에게 불리할 수 있는 내용에 관해서도 숨기지 않고 솔직하게 진술하고 있어 그 진술의 신빙성이 높다.

- ② 한편 피고인은 검찰에서 "사건 전날 피해자와 통화할 때 '성관계를 할 때 서로 나체 사진을 찍자'라는 얘기를 서로 했고, 피해자도 그런 얘기를 할 때 크게 거부감 없이 동의를 했습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 73쪽), 검찰에서는 "솔직히 오래 되어서 정확히 어떤 말을 하였는지 기억이 나지 않습니다.

그런데 성관계 할 때 사진찍어도 된다고 얘기하였고 저는 그것은 사진을 찍어도 된다는 의미로 받아들였습니다"라고 진술하였으며(증거기록 1권 304쪽), 원심 법정에서는 "섹스 중 촬영에 대한 관련된 그런 대화도 있었어요. 그런데 그런 대화가 있었는데 밑에는 섹스 중이고 위에는 가리고 그런 식의 발언이 있었어요. 그래서 저는 섹스 중 촬영이 나체 사진보다 수위가 높다고 해서 그거를 허락한 줄 알았어요"라고 진술하였다(공판기록 344쪽). 나체가 보이게 사진을 찍는 것과 나체가 보이지 않게 사진을 찍는 것은 카메라 등 이용 촬영 범죄에서 핵심이 되는 중요한 부분에 관한 진술임에도, 피고인은 수사기관에서는 '성관계 도중 나체사진을 찍는 것에 피해자가 동의하는 말을 하였다'고 진술하다가, 원심 법정에서는 '성관계 도중 상체는 옷을 입은 채로 성관계를 하지 않는 것처럼 사진을 찍는 것에 대해 피해자가 동의하는 말을 하였다'는 취지로 진술하여 주요 부분에 대한 진술이 일관되지 않는다(피고인은 피해자가 촬영 사실에 동의하는 대화내용이 담긴 녹음파일을 삭제하였다고도 주장한다.

피고인은 검찰 단계에서 위 녹음파일이 외장하드에 저장되어 있다고 주장하여 이에 대한 디지털 포렌식까지 실시하였으나 그와 같은 파일은 존재하지 않았다.

피고인이 주장하는 녹음파일이 실제로 존재하였다거나 피해자가 그 녹음파일을 삭제하였다고 인정할 만한 아무런 증거가 없다).

- ③ 피해자는 검찰에서 "저희는 제가 방송을 하는 사람이다 보니 문제가 될 수 있어서 저희 둘도 사진을 같이 찍지 않았습니다", "피고인이 계속 같이 찍은 사진이 없다고 하여 월미도에 가서 사진을 한 번 같이 찍은 적이 있는데, 저는 그 사진도 혹시나 제 방송생활에 문제가 생길까봐 피고인에게 주지 않았습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 288~289쪽), 피고인도 검찰에서 "둘이 평소 같이 찍은 사진이 없는 것도 맞고, 월미도에서도 같이 사진을 찍은 것은 제가 아니라 피해자가 찍어서 저한테는 사진도 주지 않았습니다", "평소에 여자친구가 사진을 잘 찍으려고 하지 않았고, 본인사진을 주지 않았습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 305~306쪽). 즉, 피해자는 인터넷 방송 진행자로서 시청자들의 후원으로 생계를 유지하고 있었는데, 피해자의 방송에서 가장 많은 후원을 하여 소위 '회장'이라고 불리던 피고인과의 교제 사실이 시청자들에게 알려질 경우 방송에 지장이 있을 것으로 예상하여 피고인과 함께 평범한 사진을 찍는 것조차 거부하였던 것으로 보인다.

이러한 피해자가 피고인과 교제하는 사실을 넘어 성관계 사실까지 알려질 수 있고 나체 사진이 유포될 경우 사실상 인터넷 방송을 할 수 없게 될 수 있는 것을 감수하면서까지 이 사건 촬영물에 대해 사전동의하였다는 것은 경험

칙에 반한다.

④ 피고인은 피해자의 집에서 자주 데이트를 하고 성관계를 가졌으므로 피고인의 주장대로 피해자의 사전동의가 있었다면, 피해자가 의식이 있는 상태에서 나체를 촬영할 수도 있었을 것으로 보인다.

그러나 피고인은 피해자가 잠이 든 뒤 약 3시간이 지난 사건 당일 새벽 04:30경 피해자의 나체를 촬영하였을 뿐만 아니라, 촬영 과정에서도 피해자에게 발각되지 않기 위하여 사진을 찍어도 소리가 나지 않는 '에스캠'이라는 휴대전화 어플리케이션을 사용하였다.

⑤ 피고인은 피해자의 나체를 촬영한 2021. 3. 18.부터 이 사건 촬영물이 피해자에게 발각된 2021. 3. 29.까지 약 11일 동안 피해자와 교제하면서 연락을 주고받거나 만나는 사이였음에도, 피해자에게 촬영 사실을 전혀 알리지 않았다. 반면 피해자는 2021. 3. 29. 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 경찰에 '남자친구가 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 신고하였다.

⑥ 피고인은 2021. 3. 31. 피해자에게 "다시 한 번 얘기할게. 너한테 걸릴 줄 알았었고, 그 자리에서 그거 무마시키려고 했어. 니 안방 들어가기 전에 충분히 뺄 수도 있었어. 그냥 놔둔 거야, 너 어디까지 하는지 몰라고. 그런데 거기서 좀 적당히 까불어"라고 말하였다(추가 증거기록 12쪽). 피고인은 피해자에게 이 사건 촬영물에 대해 '걸릴 줄 알았다'거나, '무마시키려고 했다'는 표현을 사용하고 있는데, 이는 이 사건 촬영물이 피해자의 의사에 반한다는 것을 피고인이 알고 있었음을 보여준다.

나아가 피고인과 피해자 사이의 2021. 4. 1. 자 녹취록에 의하면, 피해자가 "그렇게 몰래 사진 찍고, 그런 모든 게 실제 범죄잖아"라고 하자, 피고인은 "사진만 갖고 얘기해. 그 팩트만 갖고. 나 그거 인정했잖아"라고 답하였으며, 피해자가 재차 "그러니까 범죄잖아"라고 하자 피고인이 "어"라고 말하였다(추가 증거기록 3, 4쪽). 이러한 대화 내용 역시 피고인 스스로 본인의 행위가 범죄를 구성할 수 있음을 알고 있었다는 점을 보여준다.

라. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3, 4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점에 관한 판단

1) 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 부분(2021. 6. 14. 18:05경 및 같은 해 6. 17.경 01:14경 각 발언)

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*동 \*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

나) 원심의 판단

원심은 이 부분 각 공소사실에 대하여 피고인이 피해자를 각 협박한 사실은 인정되지만, 수사단서의 제공에 대한 보복목적이 있었다고 보이지 아니한다는 이유로 각 협박죄를 유죄로 인정하는 한편, 각 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(보복협박등)의 점은 이유무죄로 판단하였다.



다) 당심의 판단

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로 피고인이 피해자가 피고인의 인터넷 방송을 시청하고 있다는 것을 인식하고 피해자를 상대로 해악을 고지하는 발언을 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 각 협박죄를 인정한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 피고인의 항소이유 주장은 이유 있다.

- ① 피고인은 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 기재 일시(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경)에 성인콘텐츠 인터넷 방송을 진행하였다.

피해자는 당시 블랙리스트 설정으로 인하여 피해자의 아이디로 피고인의 방송에 접속할 수 없자 게스트로 접속하였다.

② 피고인이 위 각 일시에 인터넷 방송을 진행하면서 한 발언들은 불특정 시청자들을 상대로 피해자에 관한 분노를 표출하고 폭로의 뜻을 밝힌 것으로 보일 뿐, 그 당시 피해자가 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있음을 인식하고 피해자를 상대로 직접 해악을 고지하는 발언을 하였다고 보기 어렵다.

먼저 피고인은 2021. 6. 14. 18:05경 인터넷 방송을 진행하면서 “누가 신고해가지고 나 어처구니가 없어가지고.”, “지들 마음이야. 씨발 것들, 맨날, 아니 그러니까 지들 마음에 안 들면 영정시키는 거야.” 등의 발언을 하였다.

여기서 “누가”, “지들” 등은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어로서 피해자가 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하고 피해자에 대하여 한 발언이 아니고, 인터넷 방송을 시청하는 불특정 다수인에 대하여 한 발언으로 보는 것이 자연스럽다.

다음 피고인은 2021. 6. 17. 01:14경 인터넷 방송을 진행하면서 “진짜 대놓고 방송 못하게 진짜. 그 씨발년 사람 좇나 건드려. 뒤질 것 같아” 등의 발언을 하였다.

여기서도 “그 씨발년”은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어임이 분명하다.

피고인이 “아니, 방송 커자마자 뭐 게스트가 들어오는 거는 뭐야, 도대체”라고 말하기는 하였으나 위와 같이 발언한 사정만으로 피고인이 피해자가 피고인의 방송에 게스트로 접속해 있다는 것을 알았다고 단정하기 어렵다.

피고인이 피해자를 상대방으로 보고 피해자에 대하여 직접 발언하였다고 볼만한 내용은 전혀 존재하지 아니하기 때문이다.

2) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

가) 관련 법리

협박죄에서 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로

명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없으나 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다(대법원 1991. 5. 10. 선고 90도2102 판결 참조).

#### 나) 판단

##### (1) 피고인의 발언이 해악의 고지에 해당하는지 여부

피고인은 원심에서도 피고인과 피해자는 평소 상당한 수위의 욕설을 서로 주고받아 왔으므로 이러한 수준의 이 부분 공소사실 기재 발언 역시 피고인이 피해자에게 해악을 고지한 것이라고 볼 수 없다는 취지로 주장하였다.

원심은 그 판시 사정들을 종합하여 피고인이 자신의 인터넷 방송에서 한 발언들은 합리적인 상대방이 해악의 발생이 가능한 것으로 받아들일 정도로 구체적으로 해악을 고지한 것이라고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

##### (2) 피고인에게 해악을 고지할 의사가 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인은 피해자가 2021. 6. 17. 23:17경 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하면서 피해자에게 해악을 고지할 의사가 있었음을 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

##### ① 피고인은 2021. 6. 10.부터 2021. 6. 14.까지 '(사이트명 생략)'로부터 방송정지를 당하였다.

피고인은 방송정지가 해제된 당일 진행한 2021. 6. 14. 자 방송에서 "개인적으로 나한테 불만이 있는 그 사람이 신고를 때렸어", "형. 나 누가 신고한지 알아. 이야기를 못할 뿐이야. 버리고 있어"라고 하였고, 6. 17. 01:14경 진행한 방송에서도 "또 신고해가지고 방송 정지당하고. (...) 그 씨발년. 사람 좇나 건드려"라고 하였다.

이처럼 이 부분 범행 이전 방송에서 피고인은 누군가로부터 신고를 당하여 방송정지 징계를 받은 것에 대한 불만을 표출하면서 자신을 신고한 사람이 피해자라는 사실을 알고 있음을 암시하는 발언들을 해왔다.

##### ② 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경 방송에서 "내가 씨발년아, 너한테 영정을 먹어야 되냐?"(별지 5 순번 4), "씨발년아, 또 신고해봐"(별지 5 순번 5), "게스트로 보고 있는 거 다 알고 있... 게스트가 있어, 지금"(별지 5 순번 11), "이 씨발년아. 게스트야. 내 방에서 녹화되고 있잖아. 이거 영구정지 먹어. 먹여. 이 씨발년아. 다른 거 켜줄게. 대륙에서 켜줄까? 크게 되려나? 대륙에 아는 사람들, 큰손들 많이 아는데. 그게 더 먹히겠지? 좇만한 년이. 씨발년이, 사람을 좇밥으로 아나. 대륙에서 켜줄까"(별지 5 순번 14 내지 16), "내 방송 다 듣는 거 알아 이 씨발년아(별지 5 순번 34)"라고 말하였다.

이는 앞서 본 바와 같이 피고인이 신고자라고 생각한 피해자가 게스트로 접속하여 방송을 시청하고 있다는 것을 피고인이 알았음을 뒷받침한다.

#### 3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 별지 1 범죄일람표 순번 제1번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 5. 15. 발언)

##### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 피고인이 2021. 3. 18. 04:30경 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 2021. 5. 15. 03:30경 인천 서구에 있는 피해자의 집 앞에 찾아가 현관문을 발로 차고 욕설을 하여 위협한 다음 피해자의 112 신고로 경찰관이 출동하자 같은 건물 지하 주차장으로 내려가 스마트폰을 이용하여 피해자에게 "경찰에 또 신고했네", "사진사건 나 많이 억울해", "제대로 당하고 나니까 일단 머리가 멍하네 죽을거야 다 모두 싹 다 너와 관련된 모든 사람들 그냥 다 죽일거야 너도 죽일거야 조심해라 신고해 또 잘하는 거 특기 살려야지", "시간이 지날수록 분노는 극에 달할거야", "니가 한국 어디로 이사 가든 난 널 찾을거야 니가 한국에 없어도 난 널 찾을거야", "널 어떻게 해줄까 고민해볼게 좀 더 잔인하게 해줄 수 있는 방법이 먼지 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어 오졌다 나를 경찰에 두 번이나 신고하네"라고 메시지를 전송하여 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

## 2) 원심의 판단

원심은, 피고인이 피해자를 협박한 데에는 자신과 교제했던 피해자가 자신을 이용하여 경제적 이익만 취득하였다는 배신감 및 '(사이트명 생략)'에 신고하여 방송정지가 되게 만들었다는 분노가 주된 동기를 이루었던 것으로 보이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였음이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

## 3) 당심의 판단

### 가) 관련 법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항은 '자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적' 또는 '고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 거짓으로 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적'으로 형법상 폭행죄, 협박죄 등을 범한 경우 형법상의 법정형보다 더 무거운 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다.

여기에서 행위자에게 그러한 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적 관계, 범행 전후의 정황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 참조). 한편 이러한 목적범에서의 목적은 반드시 적극적 의욕이나 확정적 인식이 있어야만 하는 것은 아니고 미필적 인식으로도 충분하며, 또한 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지도 문제되지 아니 한다(대법원 2017. 11. 14. 선고 2014도8710 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 등 참조).

### 나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자가 2021. 3. 29. 피고인의 나체 사진 촬영 범행을 경찰에 신고하고, 2021. 5. 15. 피고인의 피해자의 집 현관문 앞 욕설, 위협 등을 경찰에 신고하여 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다고 봄

이 타당하다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 검사의 항소이유 주장은 이유 있다.

- ① 피고인은 피해자의 신고로 출동한 경찰이 사건 현장을 떠난 직후인 2021. 5. 15. 04:26경부터 06:02경까지 피해자에게 "경찰에 또 신고했네 ㅅㅅ"(별지 2 순번 1), "그리고 나를 경찰에 신고하고"(별지 2 순번 17), "신고해 또", "누가 누구를 고소하는지 모르겠다"(별지 2 순번 80), "널 어떻게 해줄까. 고민해볼게 좀더. 잔인하게. 해줄 수 있는 방법이 먼지. 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어. 오졌다. 나를 경찰에 두 번이나 신고하네"(별지 2 순번 129 내지 135)라는 내용의 메시지를 보냈다.

- ② 피고인은 피해자가 경찰에 피고인을 신고한 것을 수차례 언급하면서 피해자 및 피해자와 관련된 자들을 죽여 버리겠다고 협박하였다.

피고인이 피해자에게 메시지를 보낸 시점, 그 메시지 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인은 2021. 3. 29.이나 2021. 5. 15.에 있었던 피해자의 경찰 신고에 대한 보복의 목적으로 피해자에게 메시지를 보냈고, 그에 대한 미필적 인식도 있었다고 충분히 인정된다.

- ③ 피고인이 보낸 메시지 중 일부에는 피고인은 자신과 교제하였고 상당한 금전적 지원까지 한 상대방인 피해자가 자신을 진심으로 대한 것이 아니었다는 배신감이나 2021. 5. 15.에도 다른 남자와 함께 집에 있으면서 자신에게 문을 열어 주지 않았다는 의심으로부터 비롯된 분노가 표현되어 있기는 하다.

그러나 앞서 본 바와 같이 피고인이 피해자의 경찰 신고를 직접적으로 거둬 언급하면서 피해자에게 해악을 가하겠다는 취지의 메시지를 전송한 것이 명확한 이상, 그와 같은 사정은 위 법리에 따라 보복의 목적을 인정하는데 아무런 장애가 되지 아니한다.

나. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경 각 발언)

앞서 2. 라. 1) 다)항에서 본 바와 같이 피고인이 피해자를 상대로 협박한 사실 자체가 증명되었다고 보기 어렵다.

따라서 어떠한 협박이 있음을 전제로 그것을 수사단서의 제공에 대한 보복목적의 협박이라고 보아야 한다는 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*동 \*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

## 2) 판단

원심은 그 판시 이유를 들어 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 위와 같은 행위를 한 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 4. 결론

원심판결 중 별지 1 범죄일람표 순번 제1, 2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로 파기되어야 한다.

그런데 위 파기 부분과 원심이 유죄로 인정한 나머지 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 위 나머지 유죄 부분 중 2021. 6. 17. 23:17경 협박죄 부분과 원심이 이유무죄로 판단한 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 일죄의 관계에 있으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장 등에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(증거능력에 관한 항소이유를 보충·추가하는 법률상 주장을 포함한다)

##### 1) 사실오인 및 법리오해

가) 수사기관의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2항 관련)

갤럭시 S21 휴대전화기(증 제1호, 이하 '이 사건 휴대전화'라 한다), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장된 피해자 사진(증거목록 순번 75)은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

① 이 사건 휴대전화는 피고인이 자발적인 의사에 기하여 임의제출한 것이 아니고 담당경찰관에 의해 강제로 압수된 것이다.

② 경찰은 영장 없이 피고인의 집과 학원을 수색하였고, 외장하드 등 위 장소에서 압수한 증거들에 대한 임의제출 동의서의 작성을 강요하였다.

피고인이 사후에 수색동의서를 작성하기는 하였으나 수색동의서만으로 강제처분인 수색을 할 수 없으며, 강제처분인 수색을 통해서 압수한 물건들은 임의제출의 대상이 될 수 없다.

③ 경찰은 압수한 정보저장매체들의 디지털 포렌식 과정에서 피고인의 참여권을 보장하지 않았고, '위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 동의서 또한 담당경찰관의 강압·협박에 의해 작성한 것이다.

④ 경찰은 이 사건 휴대전화, 외장하드 등을 압수한 다음날인 2021. 3. 30. 위 증거물들의 봉인을 해제하여 증거를 훼손하였고, 이로 인해 디지털 저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았음이 담보되지 않으므로 포렌식 결과 또한 신뢰할 수 없다.

정보저장매체 원본 반출 확인서의 서명은 담당경찰관의 강요 내지 협박에 의해 이루어진 것이고, 피고인은 원본 봉 인과정에 참여한 사실이 없다.

⑤ 경찰은 피고인에게 압수한 전자정보의 상세목록을 교부하지 않았다.

나) 사인의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제3, 4항 관련)

피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거인 수사보고서 (증거목록 순번 38, 48), 녹취서(증거목록 순번 73) 등은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

- ① 피해자가 전기통신인 피고인의 인터넷 방송을 감청하고, 공개되지 않은 타인간의 대화를 청취·녹음한 행위는 통신비밀보호법 제3조를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 증거능력이 없다.
- ② 피고인이 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 통하여 비로그인 이용자에 대하여 피고인이 진행하는 인터넷 방송에 대한 접근권한을 차단하였음에도 불구하고 피해자가 접근권한 없이 피고인의 방송에 침입한 행위는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.
- ③ 피해자가 피고인이 지적재산권을 갖고 있는 피고인의 인터넷 방송을 녹화·편집하여 복제물을 생성한 행위는 저작권법 제136조 제1항 제1호를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

다) 원심 판시 범죄사실 제1, 2항에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

피고인은 피해자의 사전동의를 얻어 피해자의 나체 사진을 촬영하였다.

라) 원심 판시 범죄사실 제3항 별지1 범죄일람표 2 내지 4에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

- ① 피고인의 발언은 인터넷 방송 정지에 대한 항의차원에서 한 것이므로 해악의 고지에 해당하지 않고, 피해자로 하여금 공포심을 일으키기에 충분하지도 않다.
- ② 피고인은 피해자의 아이디를 블랙리스트에 등록하고, 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 한 비공개 방송에서 해당 발언을 하였다.  
당시 피고인으로서의 피해자가 피고인의 방송을 시청하고 있다는 사실을 인식할 수 없었기 때문에 피해자에게 해악을 고지한다는 의사가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형(징역 1년 6월 등)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해 주장(이유무죄 부분 관련)

피고인이 4차례에 걸쳐 피해자의 경찰신고에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박한 사실이 충분히 인정됨에도 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점을 모두 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

## 2) 양형부당

원심이 선고한 위 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

## 2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

### 가. 수사기관의 위법수집증거 주장에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하여 보면, 수사기관의 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 휴대전화(증 제1호), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장되어 있는 피해자 사진(증거목록 순번 75) 등은 그 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 1) 이 사건 휴대전화 및 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진의 증거능력

① 피해자는 2021. 3. 29. 피해자의 집에서 피고인과 함께 있던 중 피고인 소유의 이 사건 휴대전화에서 나체 상태로 잠을 자는 자신의 모습이 촬영된 사진 2장(이하 '이 사건 촬영물'이라 하고, 편의상 그 파일이나 이를 복사하여 외장하드에 저장한 사진 내지 파일도 이와 동일하게 지칭한다)을 발견하였다.

피해자는 같은 날 10:17경 '남자친구가 자신 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 112범죄신고센터에 신고하였다.

신고를 접한 경찰이 현장에 도착하자 피해자는 피해를 호소하였고 피고인은 그 자리에서 촬영 사실을 인정하면서 이 사건 휴대전화를 제출하였다.

② 경찰은 피고인이 위와 같이 촬영 사실을 인정하고 이 사건 휴대전화를 제출하는 점을 근거로 도망우려 및 증거인멸 우려가 없다고 판단하여 피고인에게 임의동행의 사유 및 이유, 언제든지 퇴거할 수 있는 등 권리를 고지한 후 피고인과 인천서부경찰서로 임의동행하였다.

피고인은 인천서부경찰서에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 9쪽)에 서명하고 무인(摺印)하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화 및 촬영물을 압수하고, 이에 대한 압수조서와 압수목록 교부서를 작성하였다.

③ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '피고인한테 이 사건 휴대전화를 제출할 거냐고 수차례 물어본 기억이 있고, 피고인이 제출한다고 하였다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 3쪽).

④ 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다(증거기록 1권 251쪽). 또한 피고인은 수사과정에서 변호인을 선임하였는데, 2021. 7. 26. 검찰에 제출된 '변호인 의견서'에는 제출의 임의성 여부를 다루는 내용은 없고, '피해자의 동의를 받아 촬영한 것이다'라는 주장만 있다.

⑤ 피고인은 최초 경찰 조사 단계에서부터 검찰 및 원심 법정에 이르기까지 촬영 사실 자체는 인정하면서 다만 피해자의 사전동의 하에 촬영한 것이라는 주장을 일관되게 하여 왔다.

이러한 입장에 의하면 피고인이 피해자와 함께 있던 현장에서 발각된 이 사건 촬영물 외에 문제될만한 다른 사진 등은 없었던 이 사건 휴대전화를 그 현장에 출동한 경찰에게 임의로 제출하는 것은 부자연스러워 보이지 않는다. 피고인과 변호인도 원심에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 사전동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

- ⑥ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 이 사건 휴대전화를 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

## 2) 외장하드 및 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물의 증거능력

- ① 수색이 피수색자의 자발적인 의사에 기하여 임의로 동의하여 이루어지고 그 수색에 의하여 발견된 물건이 피수색자의 자발적인 의사로 임의제출되어 압수된 경우, 이는 강제수사가 아닌 임의수사에 의하여 증거수집이 이루어진 것이므로, 그 수색·압수가 법관이 발부한 영장에 의하여 이루어지지 아니하였다는 사정만으로 위법하게 되어 증거능력이 부정되는 것은 아니다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도364 판결 등 참조).
- ② 경찰은 피해자로부터 위와 같이 신고를 받고 현장에 출동하여 피고인이 피해자의 나체 사진을 촬영한 사실을 확인하였는데, 당시 피해자는 위 나체 사진 2장도 이 사건 휴대전화의 휴지통에서 발견하는 등 다른 사진도 있을 것이라고 주장하였다.

- ③ 경찰은 피고인이 피고인 소유의 다른 전자정보저장매체에 촬영물을 저장하고 있는지 확인하기 위하여, 2021. 3. 29. 15:20경 피고인의 수색 동의를 받고 피고인의 주거지인 경기 오산시 (주소 1 생략) 등을 수색하였다.

수색 결과 위 주거지에서 외장하드, 노트북 등 전자정보저장매체가 발견되었다.

경찰은 피고인이 위 정보저장매체에 피해자의 다른 사진 등을 촬영하여 보관하고 있을 가능성이 있다고 판단하여 피고인의 동의하에 피고인으로부터 NT900X5N(노트북) 1대, SM-G930S(스마트폰) 1대, 외장하드(MTD10EH/K2) 1개, USB(32GB) 1개를 제출받았다.

- ④ 당일 인천서부경찰서로 돌아온 피고인은 '경찰의 수색을 거부할 수 있는 권리가 있음을 안내받았고, 피고인의 동의하에 피고인의 주거지를 수색함에 참여하였다'는 내용의 수색동의서에 무인하였다(증거기록 1권 14쪽). 피고인은 같은 날 오산시 주거지에서 압수된 위 정보저장매체들에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 19쪽) 및 소유권포기서(증거기록 1권 20쪽)에 서명하고 무인하였다.

경찰은 위 물건들을 압수하고 압수목록 교부서를 작성하였다.

- ⑤ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '동의서는 수색 이후 경찰서에 돌아와서 받은 게 맞지만 주거지를 수색하기 전 구두로 수차례 물어봐서 의사를 확인하였다', '오산시 주거지를 수색할 때, 경찰이 피고인에게 증거물들을 임의제출할거냐고 물어봤더니 피고인이 그러겠다고 대답해서 경찰이 직접 가지고 나온 것이다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽).



⑥ 한편 피고인은 2021. 3. 29. '본인은 전자저장매체 원본 및 모바일기기 봉인과정에 참여하여 봉인에 이상이 없음을 확인하였고, 정보저장매체 원본의 봉인 해제, 복제본의 획득, 정보저장매체 원본 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력 과정에 참여할 수 있음을 고지 받았으며, 위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 정보저장매체 원본 반출 확인서에 서명하고 무인하였다(증거기록 1권 22, 24~27쪽). 이로써 피고인은 디지털 포렌식 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였다.

⑦ 인천서부경찰서 수사관은 2021. 4. 1. 인천경찰청 사이버수사와 디지털 포렌식계에 디지털 증거분석을 의뢰하였는데, 디지털증거분석관이 작성한 디지털 증거분석 결과보고서에 의하면, 의뢰 당시 분석대상인 스마트폰 2대, 외장하드, USB는 모두 봉투에 봉인되어 있었던 것으로 나타난다(증거기록 1권 46~47쪽). 당시 증인 공소외 1도 법정에서 '2021. 3. 29. 증거물을 압수한 이후 증인을 비롯한 경찰관들이 봉인을 해제한 적은 없다'라고 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽). 설령 피고인의 주장과 같이 봉인이 해제된 적이 있다 하더라도, 이 사건에서 증거로 되는 것은 이 사건 휴대전화와 외장하드에 저장되어 있던 이 사건 촬영물(나체 사진)로서 이는 원본과의 동일성이나 무결성의 문제가 발생할 여지가 없으므로, 봉인 해제 여부를 문제 삼아 증거능력을 부정할 수는 없다.

⑧ 위 디지털 포렌식 분석 결과 이 사건 휴대전화 및 외장하드에서 이 사건 촬영물이 발견된 것 외에는 일체의 압수물에서 문제될만한 사진 등은 발견되지 아니하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화에 저장된 이 사건 촬영물은 이미 압수되었기 때문에 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물은 별도로 압수하지 않았다.

압수하지 않은 경우 '압수된 전자정보 상세목록'을 교부할 의무가 없으므로(형사소송법 제219조, 제129조, 형사소송규칙 제61조, 제62조) 그 교부서는 작성되지 아니한 것으로 보인다.

이 사건 휴대전화 및 외장하드에서만 이 사건 촬영물이 발견된 사실을 알고 있던 피고인은 2021. 6. 17. 이 사건 휴대전화와 외장하드를 제외한 다른 압수물(노트북 1대, 휴대전화 1대, USB 1대)에 대하여 압수물 환부·가환부 청구를 하였다(증거기록 1권 79쪽).

⑨ 앞서 본 바와 같이 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다.

또한 수사과정에서 선임된 피고인의 변호인이 2021. 7. 26. 검찰에 제출한 '변호인 의견서'에도 위 수색이나 제출 과정에서의 임의성을 문제 삼는 내용은 없었고, 오히려 임의제출에 의하여 압수된 외장하드에 피해자가 촬영을 사전동의한 내용이 저장되어 있으니 디지털 포렌식을 하여 달라고 요청하였으며(증거기록 1권 318쪽, 333쪽), 이에 검찰은 외장하드에 대한 디지털 포렌식을 실시하였다(증거기록 1권 436~438쪽).

⑩ 이미 피해자에게 발각된 이 사건 촬영물 외에는 문제될만한 다른 사진 등이 없었던 피고인으로서, 당시 피해자나 수사기관으로부터 다른 사진 등을 추가로 촬영한 것이 아닌지 의심 받는 상황에서 속히 그 의심을 벗기 위하여 수색 등에 동의할 동기도 있었다고 보인다.

피고인은 당시 위와 같이 수사기관에 정보저장매체들을 제출한 것 외에 피해자에게도 추가적인 해명을 하였는데, 피고인은 검찰 피의자신문에서 "피해자가 2021. 3.말, 4.초경에 직접 저의 메일함, 구글사진첩, 클라우드 등 기타 곳곳에 사진이 남아 있는지 직접 확인했고 전혀 남아 있지 않은 것을 피해자가 확인했습니다.

"라고 진술하였다(증거기록 1권 309쪽). 피고인과 변호인은 원심에서 위 압수물 등에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 수색과 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

⑪ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 위 수색동의 및 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 수색동의서 및 임의제출 동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 임의로 위 수색에 동의하고 위 압수물을 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

나아가 위에서 본 제반 사정에 비추어 보면, 수사기관의 앞서 본 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

#### 나. 사인의 위법수집증거 주장에 관한 판단

##### 1) 판단 범위

이 사건 공소사실 중 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 뒤에서 보는 바와 같이 피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39)의 증거능력 유무와 관계없이 각 무죄라고 판단되므로, 위 각 공소사실과 관련해서는 그 증거능력에 관하여 따로 판단하지 아니한다.

따라서 이 부분 주장은 위 녹화파일의 증거능력 유무에 따라 유무죄 판단이 달라질 수 있는 부분 즉 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 한정하여 증거능력 유무를 판단한다.

##### 2) 관련 법리

가) 통신비밀보호법 제3조는 "통신 및 대화비밀의 보호"라는 제목 하에 제1항 본문에서 "누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.

"고 규정하고 있다.

위 조항은 사생활의 비밀과 자유 특히 통신 등의 비밀과 자유를 보호법익으로 하는 것으로 해석된다.

전기통신을 하는 당사자의 일방이 상대방 모르게 전기통신 내용을 녹음하더라도 이는 통신 등의 비밀과 자유를 침해하는 것이 아니므로, 이러한 행위는 여기에서 말하는 감청에 해당하지 않는다.

따라서 여기서 '전기통신의 감청'이라 함은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다(대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 등 참조). 한편, 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리키므로(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 참조) 전기통신의 송신인과 수신인이 전기통신을 이용하여 의사를 소통하는 것은 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

나) 통신비밀보호법 제4조는 "제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

"고 규정하고 있고, 그에 관하여 아무런 예외를 두지 않고 있다.

통신비밀보호법 제3조, 제4조의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 에 비추어 보면, 통신비밀보호법 제3조를 위반하여 불법 감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 증거능력이 없다고 보아야 하고, 이를 공익과 사익과의 비교형량을 거쳐 공익이 우월하다는 이유로 증거능력을 인정할 수는 없다.

다) 이와 달리 통신비밀보호법 제3조에 위배되지 않은 행위가 다른 법률 규정에 위배되는 경우에는 그 행위로 취득한 증거의 사용이 항시 금지되는 것은 아니다.

이러한 경우 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 그 다른 법률 규정에서 의하여 보호되는 이익 등을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결 등 참조). 이때 법원이 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서의 진실발견이라는 공익 이 다른 법률 규정의 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.

법원으로서도 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 다른 법률 규정에 의한 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 그 정도, 증거수집 과정에서 그 보호이익을 침해하게 된 경위와 그 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄 의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결 등 참조).

### 3) 판단

#### 가) 기초사실

(1) 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2021. 5. 28.부터 2021. 7. 13.까지 인터넷 방송 사이트인 '(사이트명 생략)'에서 '(닉네임 생략)'이라는 닉네임을 사용하여 인터넷 개인 방송을 진행하였다.

이는 성인콘텐츠(19세 미만 이용제한) 방송으로, 서비스제공자인 (사이트명 생략)는 성인콘텐츠 방송의 경우 본인인증이 완료된 회원만이 시청 가능한 것으로 규정하고 있고, 본인인증을 거쳐 아이디를 등록한 회원은 그 아이디로 접속하여 누구나 무료로 성인콘텐츠를 시청할 수 있다.

한편 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 진행자(BJ)는 시청자로부터 시청료를 받는 것이 아니라 그 방송을 시청한 시청자들이 자발적으로 지급하는 후원료를 받아 수익을 얻고 그 수익을 (사이트명 생략)와 분배한다.

② 피고인은 위 기간 동안 피해자의 아이디인 '(아이디 생략)'을 블랙리스트에 등록하여 피해자가 피고인의 방송에 접속하는 것을 차단하였다.

③ 피해자는 자신의 아이디로 피고인의 인터넷 방송에 접속하는 것이 불가능하자 자신의 아이디로 로그인하지 않고 '게스트'로 피고인의 인터넷 방송에 접속하여 피고인의 발언을 녹화하였고, 그 녹화파일을 경찰에 제출하였다.

④ 피고인은 당심 법정에서 "방송하는 사람 좌측 상단에 방송에 들어온 모든 아이디를 확인할 수 있고, 로그인 하지 않고 들어온 사람은 게스트 1, 게스트 2 등으로 표시됩니다.

", "게스트 접속은 원래 없는 것으로 알고 있는데 그것이 어떻게 가능한지 모르겠습니다.

"라고 진술하였다(당심 제1회 공판조서). 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경에는 다른 아이디 접속자에 대하여 하는 것과 동일하게 게스트인 피해자를 상대로 직접 육성으로 발언하였다.

(2) 한편, 피고인은 당심 변론종결 후인 2022. 7. 1. 변호인의견서를 제출하면서 피고인이 인터넷 방송을 진행하면서 피해자의 아이디에 대한 블랙리스트 등록 외에 추가로 비밀번호를 설정하였다고 주장하며 그 자료를 제출하였다.

그 자료는 피고인이 2021. 6. 14.과 2021. 6. 17. 다른 시청자들에게 인터넷 방송 비밀번호를 알려주었다는 것일 뿐, 2021. 6. 14. 이전에도 비밀번호를 설정하였다거나 그 비밀번호를 다른 시청자들에게 알려주었다는 자료는 없다.

#### 나) 구체적 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거들은 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 관하여 그 증거능력을 모두 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (1) 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문 위반 주장

피해자의 녹화행위는 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정하는 '전기통신의 감청'에 해당하지 않고, 피고인이 인터넷 방송 시청자들을 상대로 한 발언은 위 조항에서 규정하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

따라서 피고인의 인터넷 방송 녹화파일 등은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 그 증거능력이 부정되지 않는다.

구체적인 이유는 다음과 같다.

#### (가) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분(2021. 6. 6. 17:30경 발언)

① 피고인이 방송한 '(사이트명 생략)'라는 플랫폼은 원칙적으로 인터넷 방송 진행자가 불특정 다수인에게 방송을 하기 위하여 이용되는 것이다.

피고인이 2021. 6. 6. 이 부분 공소사실과 같은 발언을 할 당시 인터넷 방송에 비밀번호를 설정하였다는 자료는 없으므로, 위 방송은 로그인을 하고 성인인증을 거치면 누구나 무료로 접속하여 방송을 시청할 수 있던 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 위 인터넷 방송 공간은 피고인의 통신 등의 비밀과 자유가 보호되는 사적 공간이라고 보기 어렵다.

피고인은 (사이트명 생략) 이용약관을 증거로 제출하면서 그 약관 제14조 제8항 제15호에서 '본 서비스를 통해 얻은 정보를 회사의 사전 승낙 없이 복제하거나 제3자에게 제공하는 행위'를 금하고 있으므로, 피고인의 인터넷 방송 공간은 사적 공간으로 보아야 한다고 주장한다.

그러나 위 약관을 보더라도 위 규정은 인터넷 방송 콘텐츠에 관한 제2차적 저작권이 (사이트명 생략) 측에 있음을 규정한 것에 불과하고 위 약관 제24조는 이를 구체화하고 있다.

즉 위 약관 제24조 제3항, 제4항은 제2차적 저작권자인 (사이트명 생략)는 회원이 서비스로 제공된 콘텐츠를 타 회원, 기타 이용자가 시청하도록 하거나 제휴사에게 제공하거나, 이를 녹화·편집·변경하여 타 회원, 기타 이용자가 시청하

거나 제휴사에게 제공할 수 있고, (사이트명 생략), 타 회원, 기타 이용자, 제휴사는 회원의 콘텐츠를 복제·수정·각색·공연·전시·방송·배포 등을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 오히려 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 공간이 통신의 비밀과 자유가 보장되는 공간이 아니라는 점을 보여줄 뿐, 피고인의 주장과 같이 공개되지 않은 사적 공간임을 뒷받침하는 자료라고 볼 수 없다.

따라서 피해자가 당시 피고인이 인터넷 방송에서 한 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 보기 어렵다.

② 피고인이 2021. 6. 6. 인터넷 방송을 진행할 무렵 피해자는 게스트로 방송에 접속하였다.

당시 피고인이 그 게스트가 피해자인 것을 알지 못하였다 하더라도 게스트가 접속한 사실 자체는 인식하고 있었다. 게스트의 접속이 다른 아이디 접속과 마찬가지로 인터넷 방송 진행자의 좌측 상단 화면에 명확히 표시되고 인터넷 방송 진행자와 게스트 접속자간에 송수신이 가능한 것이라면, (사이트명 생략)의 인터넷 방송 시스템 내에서 실제로 존재하는 게스트 접속방식이 해킹에 해당한다거나 위법한 것이라고 단정하기 어렵다(피고인은 이러한 접속방식이 어떻게 가능한지 모르겠다고 주장하고 있을 뿐이다). 또한 게스트 접속방식이 어떻게 가능한지를 떠나 인터넷 방송 진행자인 피고인이 게스트의 접속사실을 인식하고 그의 시청을 묵인하면서 인터넷 방송을 계속 진행한 것이라면, 그 게스트는 인터넷 방송의 참여자 중 1인이었다고 보아야 한다.

피고인이 당시 그 게스트의 시청을 원치 않았다면 방송을 중단하거나 그 게스트에게 접속을 중단하고 떠나갈 것을 요구하여야 했을 것이나, 피고인이 이러한 조치를 취하였다고 볼만한 증거는 없으므로, 피고인은 게스트의 방송 시청을 묵인하였다고 봄이 상당하다.

따라서 당시 게스트로 접속한 피해자는 인터넷 방송의 송수신인이었다고 볼 수 있다.

이러한 점에서도 피해자가 당시 피고인의 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

③ 나아가 피고인이 위 인터넷 방송에서 시청자(접속자)들을 상대로 육성으로 발언하였다 하더라도 이는 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위가 아니므로 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'라고 할 수 없다.

이는 아래 (나)항의 경우에도 마찬가지이다.

(나) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언) 피고인이 2021. 6. 17. 23:17경 이 부분 공소사실 기재와 같은 발언을 할 당시 피해자는 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있었다.

피고인도 피해자가 게스트로 접속한 사실을 인식하였을 뿐만 아니라, 별지 5 기재와 같이 직접 피해자를 상대로 계속하여 발언을 이어나갔다.

따라서 피해자는 전기통신의 당사자인 송수신인이라 할 수 있으므로, 이러한 피해자의 녹화행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

피고인은 위 방송 당시 비밀번호를 설정하여 비공개성을 강화하였는데, 피해자가 다른 아이디로 접속하여 피고인으로부터 비밀번호를 알아낸 뒤 그 비밀번호를 이용하여 게스트로 접속한 것으로 추정된다고 주장한다.

그러나 그것이 사실이라 하더라도, 피고인이 피해자의 존재를 인식하고 피해자를 발언의 상대방으로 인정하여 계속 발언한 이상, 피해자를 송수신의 상대방으로 인정한 사실은 달라지지 아니한다.

이러한 당사자의 지위에 있는 피해자가 그 발언을 녹화하였다고 하여 피고인의 통신의 비밀과 자유가 침해되었다고 할 수 없으므로, 피고인이 주장하는 사정은 위 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.

(2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항 위반 주장

앞서 본 사정들을 종합하여 보면, 피해자가 피고인의 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 각 인터넷 방송에 게스트로 접속한 것을 가리켜 피해자가 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반하여 접근권한 없이 접속한 것이라고 단정하기 어렵다.

설령 피해자가 위 각 인터넷 방송에 접속한 것이 접근권한 없이 이루어진 것이라고 하더라도, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 법률 규정에 의하여 보호되는 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선된다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 앞서 본 바와 같이 피해자가 위 각 인터넷 방송의 송수신 당사자로서 이를 녹화할 수 있다고 볼 수 있는 이상 그 녹화에 이르게 된 중간 과정에 관한 사정은 그 녹화파일의 증거능력 판단에 중대한 영향을 미친다고 보기 어렵다.

② 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항이 정당한 접근권한 없는 정보통신망 침입을 금지하는 것은 이용자의 신뢰 내지 그의 이익을 보호하기 위함이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533 판결 참조). 피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박하는 내용 등이 담긴 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하였다고 하여 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성이 얼마만큼 훼손당하였다고 보아야 하는지 의문이다.

③ 피고인은 위 각 방송 이전에 별지 2 기재와 같이 피해자를 협박하는 내용이 담긴 메시지를 전송하였다.

피해자는 피고인이 인터넷 방송에서 자신에 대한 범죄행위를 할 수 있다는 두려움에 이를 확인하는 과정에서 피고인의 범죄행위를 인지하였고 이를 수사기관에 신고하고자 하는 목적으로 피고인의 방송을 녹화한 것이다.

④ 피해자는 피고인의 방송 중 이 사건 공소사실에 관한 부분만을 선별하여 재생시간을 3~5분 분량으로 편집한 녹화파일을 제출하였다.

⑤ 피해자가 수사기관에 제출한 인터넷 방송 녹화파일은 피고인이 이 사건 방송에서 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박한 직접적인 내용이 담겨 있어 피고인의 범죄를 규명하는데 반드시 필요한 증거이다.

⑥ 피고인 및 변호인은 원심 공판기일에서 피해자가 제출한 인터넷 방송 녹화파일에 대해 이미 증거동의하였다.

### (3) 저작권법 위반 주장

저작권법 제23조는 재판 또는 수사를 위하여 필요한 경우 그 한도 안에서 저작물을 복제하여 이용하는 것을 허용하고 있고, 다만 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우는 예외로 하고 있다.

피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피고인의 인터넷 방송을 녹화하여 제출한 것은 피고인의 명예훼손과 협박 범행을 증명하기 위한 것으로 이로 인하여 피고인의 이익이 부당하게 침해되었다고 보이지 않으므로, 저작권법 제23조에 의하여 허용되는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 피해자의 위 행위가 피고인의 지적재산권을 침해한 위법한 행위라고 볼 수 없다.

설령 이와 달리 본다 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 종합하여 보면, 피해자에 대한 욕설, 명예훼손 또는 협박 내용으로 가득찬 방송 콘텐츠에 대하여 저작권법으로 보호받는 피고인의 사적 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선한다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

다.

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등) 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등) 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 주장과 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 다음과 같은 사정을 종합적으로 고려하여, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 나체 상태로 잠을 자고 있던 피해자의 모습을 사진 촬영한 사실이 인정되고, 피해자의 추정적 승낙 또한 인정될 수 없으며, 이러한 점에 대한 피고인의 고의 또한 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 고려한 사정은 ① 피해자는 피고인의 휴대전화에서 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 피고인을 112범죄신고센터에 신고하였고, 이 사건 촬영물은 새벽 04:30경 촬영된 것으로서, 피해자의 얼굴 및 가슴과 음부 등이 적나라하게 드러나는 반면 피해자가 촬영 사실을 인지하였다고 볼만한 모습은 드러나지 않는 점, ② 피고인이 피해자에게 '하의만을 탈의한 채로 성관계를 하면서 마치 아무 일도 없는 것처럼 옷을 입은 상반신만 사진 촬영하면 재미있을 것 같다'는 취지의 말을 한 사정만으로는 피해자가 나체 상태로 잠든 자신의 모습을 피고인이 촬영하는 데까지 동의하였거나, 객관적 사정에 비추어 이에 대한 피해자의 승낙이 예견되었다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인은 은밀한 방식으로 이 사건 촬영물을 촬영하였고, 피해자가 이를 발견하자 상당히 당황하였던 것으로 보이는 점 등이다.

#### 2) 당심의 판단

원심이 설시한 사정들에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 보태어 보면, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 이 사건 촬영물을 촬영하였다고 판단하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하다.

거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 피해자는 경찰에서 '피고인과 사진 촬영에 관한 이야기를 나눈 적이 없고, 피고인에게 사진 촬영에 대해 승낙하거나 승낙의 의미를 암시하는 말을 한 적이 없다'라는 취지로 진술하였고(증거기록 1권 36쪽), 검찰에서는 "피고인이 통화를 하면서 저에게 '성관계를 하면서 위쪽은 옷을 입은 상태로 남들이 볼 때는 성관계를 하는 중임을 모르게 위쪽만 사진을 같이 찍고 싶다'는 식의 말을 한 적이 있어 제가 그냥 웃어넘긴 적은 있습니다.

이 말을 피고인이 오해한 것인지는 모르겠지만, 제가 피고인이 저의 나체사진을 찍어도 된다고 동의한 적은 절대 없습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 288쪽). 피해자는 원심 법정에서는 "이런 이야기는 제가 나눈 적이 있어요. 이 친구가 먼저 저에게 '우리가 위에 옷을 입고 하의를 탈의한 채로 성기를 삽입하고, 자연스러운 커플사진인 것처럼 셀카 모드로 셀카를 찍으면' 그 셀카는 얼굴이에요. 얼굴이라는 얘기도 분명히 그 자리에서 했어요. '얼굴 사진을 찍으면 다른 사람들이 봤을 땐 이 사진에 우리가 뭘 하고 있는 사진인지 모르겠고, 그럼 너무 재밌을 것 같지 않냐. 우리만 아는 비밀 사진을 만드는 거야'라는 식으로 이야기를 했고, 사실 저는 찍을 생각을 하지 않았지만 '그럴 수 있겠네. 나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라는 이야기를 한 적이 있어요"(공판기록 244쪽), "찍어도 된다는 대화를 한 사실은 전혀 없습니다.

얼굴 사진을 찍자고 했지, 성관계하는 사진을 찍자고 한 건 아니기 때문에..."(공판기록 245쪽)라고 진술하였다.

이러한 피해자의 진술은 '피해자가 이 사건 촬영물에 대해 사전에 동의하거나 승낙한 적이 없다'는 주요 부분에 대해서 그 진술이 일관되고 구체적이며, 피해자는 피고인이 성관계 장면의 사진 촬영을 제안할 당시 '웃어넘겼다'거나 '나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라고 대답하였다'고 진술하여 자신에게 불리할 수 있는 내용에 관해서도 숨기지 않고 솔직하게 진술하고 있어 그 진술의 신빙성이 높다.

- ② 한편 피고인은 경찰에서 "사건 전날 피해자와 통화할 때 '성관계를 할 때 서로 나체 사진을 찍자'라는 얘기를 서로 했고, 피해자도 그런 얘기를 할 때 크게 거부감 없이 동의를 했습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 73쪽), 검찰에서는 "솔직히 오래 되어서 정확히 어떤 말을 하였는지 기억이 나지 않습니다.

그런데 성관계 할 때 사진찍어도 된다고 얘기하였고 저는 그것은 사진을 찍어도 된다는 의미로 받아들였습니다"라고 진술하였으며(증거기록 1권 304쪽), 원심 법정에서는 "섹스 중 촬영에 대한 관련된 그런 대화도 있었어요. 그런데 그런 대화가 있었는데 밑에는 섹스 중이고 위에는 가리고 그런 식의 발언이 있었어요. 그래서 저는 섹스 중 촬영이 나체 사진보다 수위가 높다고 해서 그거를 허락한 줄 알았어요"라고 진술하였다(공판기록 344쪽). 나체가 보이게 사진을 찍는 것과 나체가 보이지 않게 사진을 찍는 것은 카메라 등 이용 촬영 범죄에서 핵심이 되는 중요한 부분에 관한 진술임에도, 피고인은 수사기관에서는 '성관계 도중 나체사진을 찍는 것에 피해자가 동의하는 말을 하였다'고 진술하다가, 원심 법정에서는 '성관계 도중 상체는 옷을 입은 채로 성관계를 하지 않는 것처럼 사진을 찍는 것에 대해 피해자가 동의하는 말을 하였다'는 취지로 진술하여 주요 부분에 대한 진술이 일관되지 않는다(피고인은 피해자가 촬영 사실에 동의하는 대화내용이 담긴 녹음파일을 삭제하였다고도 주장한다.

피고인은 검찰 단계에서 위 녹음파일이 외장하드에 저장되어 있다고 주장하여 이에 대한 디지털 포렌식까지 실시하였으나 그와 같은 파일은 존재하지 않았다.

피고인이 주장하는 녹음파일이 실제로 존재하였다거나 피해자가 그 녹음파일을 삭제하였다고 인정할 만한 아무런 증거가 없다).



③ 피해자는 검찰에서 "저희는 제가 방송을 하는 사람이다 보니 문제가 될 수 있어서 저희 둘도 사진을 같이 찍지 않았 습니다", "피고인이 계속 같이 찍은 사진이 없다고 하여 월미도에 가서 사진을 한 번 같이 찍은 적이 있는데, 저는 그 사진도 혹시나 제 방송생활에 문제가 생길까봐 피고인에게 주지 않았습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 288~289쪽), 피고인도 검찰에서 "둘이 평소 같이 찍은 사진이 없는 것도 맞고, 월미도에서도 같이 사진을 찍은 것은 제가 아니라 피해자가 찍어서 저한테는 사진도 주지 않았습니다", "평소에 여자친구가 사진을 잘 찍으려고 하지 않았고, 본인사진을 주지 않았습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 305~306쪽). 즉, 피해자는 인터넷 방송 진행자로서 시청자들의 후원으로 생계를 유지하고 있었는데, 피해자의 방송에서 가장 많은 후원을 하여 소위 '회장'이라고 불리던 피고인과의 교제 사실이 시청자들에게 알려질 경우 방송에 지장이 있을 것으로 예상하여 피고인과 함께 평범한 사진을 찍는 것조차 거부하였던 것으로 보인다.

이러한 피해자가 피고인과 교제하는 사실을 넘어 성관계 사실까지 알려질 수 있고 나체 사진이 유포될 경우 사실상 인터넷 방송을 할 수 없게 될 수 있는 것을 감수하면서까지 이 사건 촬영물에 대해 사전동의하였다는 것은 경험칙에 반한다.

④ 피고인은 피해자의 집에서 자주 데이트를 하고 성관계를 가졌으므로 피고인의 주장대로 피해자의 사전동의가 있었다면, 피해자가 의식이 있는 상태에서 나체를 촬영할 수도 있었을 것으로 보인다.

그러나 피고인은 피해자가 잠이 든 뒤 약 3시간이 지난 사건 당일 새벽 04:30경 피해자의 나체를 촬영하였을 뿐만 아니라, 촬영 과정에서도 피해자에게 발각되지 않기 위하여 사진을 찍어도 소리가 나지 않는 '에스캠'이라는 휴대전화 어플리케이션을 사용하였다.

⑤ 피고인은 피해자의 나체를 촬영한 2021. 3. 18.부터 이 사건 촬영물이 피해자에게 발각된 2021. 3. 29.까지 약 11일 동안 피해자와 교제하면서 연락을 주고받거나 만나는 사이였음에도, 피해자에게 촬영 사실을 전혀 알리지 않았다. 반면 피해자는 2021. 3. 29. 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 경찰에 '남자친구가 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 신고하였다.

⑥ 피고인은 2021. 3. 31. 피해자에게 "다시 한 번 얘기할게. 너한테 걸릴 줄 알았었고, 그 자리에서 그거 무마시키려고 했어. 니 안방 들어가기 전에 충분히 뺄 수도 있었어. 그냥 놔둔 거야, 너 어디까지 하는지 몰라고. 그런데 거기서 좀 적당히 까불어"라고 말하였다(추가 증거기록 12쪽). 피고인은 피해자에게 이 사건 촬영물에 대해 '걸릴 줄 알았다'거나, '무마시키려고 했다'는 표현을 사용하고 있는데, 이는 이 사건 촬영물이 피해자의 의사에 반한다는 것을 피고인이 알고 있었음을 보여준다.

나아가 피고인과 피해자 사이의 2021. 4. 1. 자 녹취록에 의하면, 피해자가 "그렇게 몰래 사진 찍고, 그런 모든 게 실제 범죄잖아"라고 하자, 피고인은 "사진만 갖고 얘기해. 그 팩트만 갖고. 나 그거 인정했잖아"라고 답하였으며, 피해자가 재차 "그러니까 범죄잖아"라고 하자 피고인이 "어"라고 말하였다(추가 증거기록 3, 4쪽). 이러한 대화 내용 역시 피고인 스스로 본인의 행위가 범죄를 구성할 수 있음을 알고 있었다는 점을 보여준다.

라. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3, 4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점에 관한 판단

1) 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 부분(2021. 6. 14. 18:05경 및 같은 해 6. 17.경 01:14경 각 발언)

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*\*동 \*\*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

나) 원심의 판단

원심은 이 부분 각 공소사실에 대하여 피고인이 피해자를 각 협박한 사실은 인정되지만, 수사단서의 제공에 대한 보복목적이 있었다고 보이지 아니한다는 이유로 각 협박죄를 유죄로 인정하는 한편, 각 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(보복협박등)의 점은 이유무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로 피고인이 피해자가 피고인의 인터넷 방송을 시청하고 있다는 것을 인식하고 피해자를 상대로 해악을 고지하는 발언을 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 각 협박죄를 인정한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 피고인의 항소이유 주장은 이유 있다.

- ① 피고인은 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 기재 일시(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경)에 성인콘텐츠 인터넷 방송을 진행하였다.

피해자는 당시 블랙리스트 설정으로 인하여 피해자의 아이디로 피고인의 방송에 접속할 수 없자 게스트로 접속하였다.

- ② 피고인이 위 각 일시에 인터넷 방송을 진행하면서 한 발언들은 불특정 시청자들을 상대로 피해자에 관한 분노를 표출하고 폭로의 뜻을 밝힌 것으로 보일 뿐, 그 당시 피해자가 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있음을 인식하고 피해자를 상대로 직접 해악을 고지하는 발언을 하였다고 보기 어렵다.

먼저 피고인은 2021. 6. 14. 18:05경 인터넷 방송을 진행하면서 “누가 신고해가지고 나 어처구니가 없어가지고.”, “지들 마음이야. 씨발 것들, 맨날, 아니 그러니까 지들 마음에 안 들면 영정시키는 거야.” 등의 발언을 하였다.

여기서 “누가”, “지들” 등은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어로서 피해자가 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하고 피해자에 대하여 한 발언이 아니고, 인터넷 방송을 시청하는 불특정 다수인에 대하여 한 발언으로 보는 것이 자연스럽다.

다음 피고인은 2021. 6. 17. 01:14경 인터넷 방송을 진행하면서 “진짜 대놓고 방송 못하게 진짜. 그 씨발년 사람 좇나 건드려. 뒤질 것 같아” 등의 발언을 하였다.

여기서도 "그 씨발년"은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어임이 분명하다.

피고인이 "아니, 방송 커자마자 뭐 게스트가 들어오는 거는 뭐야, 도대체"라고 말하기는 하였으나 위와 같이 발언한 사정만으로 피고인이 피해자가 피고인의 방송에 게스트로 접속해 있다는 것을 알았다고 단정하기 어렵다.

피고인이 피해자를 상대방으로 보고 피해자에 대하여 직접 발언하였다고 볼만한 내용은 전혀 존재하지 아니하기 때문이다.

## 2) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

### 가) 관련 법리

협박죄에서 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로 명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없으나 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다(대법원 1991. 5. 10. 선고 90도2102 판결 참조).

### 나) 판단

#### (1) 피고인의 발언이 해악의 고지에 해당하는지 여부

피고인은 원심에서도 피고인과 피해자는 평소 상당한 수위의 욕설을 서로 주고받아 왔으므로 이러한 수준의 이 부분 공소사실 기재 발언 역시 피고인이 피해자에게 해악을 고지한 것이라고 볼 수 없다는 취지로 주장하였다.

원심은 그 판시 사정들을 종합하여 피고인이 자신의 인터넷 방송에서 한 발언들은 합리적인 상대방이 해악의 발생이 가능한 것으로 받아들일 정도로 구체적으로 해악을 고지한 것이라고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (2) 피고인에게 해악을 고지할 의사가 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인은 피해자가 2021. 6. 17. 23:17경 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하면서 피해자에게 해악을 고지할 의사가 있었음을 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

#### ① 피고인은 2021. 6. 10.부터 2021. 6. 14.까지 '(사이트명 생략)'로부터 방송정지를 당하였다.

피고인은 방송정지가 해제된 당일 진행한 2021. 6. 14. 자 방송에서 "개인적으로 나한테 불만이 있는 그 사람이 신고를 때렸어", "형. 나 누가 신고한지 알아. 이야기를 못할 뿐이야. 버리고 있어"라고 하였고, 6. 17. 01:14경 진행한 방송에서도 "또 신고해가지고 방송 정지당하고. (...) 그 씨발년. 사람 좇나 건드려"라고 하였다.

이처럼 이 부분 범행 이전 방송에서 피고인은 누군가로부터 신고를 당하여 방송정지 징계를 받은 것에 대한 불만을 표출하면서 자신을 신고한 사람이 피해자라는 사실을 알고 있음을 암시하는 발언들을 해왔다.

② 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경 방송에서 "내가 씨발년아, 너한테 영정을 먹어야 되냐?"(별지 5 순번 4), "씨발년아, 또 신고해봐"(별지 5 순번 5), "게스트로 보고 있는 거 다 알고 있... 게스트가 있어, 지금"(별지 5 순번 11), "이 씨발년아. 게스트야. 내 방에서 녹화되고 있잖아. 이거 영구정지 먹어. 먹여. 이 씨발년아. 다른 거 켜줄게. 대륙에서 켜줄까? 크게 되려나? 대륙에 아는 사람들, 큰손들 많이 아는데. 그게 더 먹히겠지? 좇만한 년이. 씨발년이, 사람을 좇밥으로 아나. 대륙에서 켜줄까"(별지 5 순번 14 내지 16), "내 방송 다 듣는 거 알아 이 씨발년아(별지 5 순번 34)"라고 말하였다.

이는 앞서 본 바와 같이 피고인이 신고자라고 생각한 피해자가 게스트로 접속하여 방송을 시청하고 있다는 것을 피고인이 알았음을 뒷받침한다.

### 3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 별지 1 범죄일람표 순번 제1번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 5. 15. 발언)

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 피고인이 2021. 3. 18. 04:30경 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 2021. 5. 15. 03:30경 인천 서구에 있는 피해자의 집 앞에 찾아가 현관문을 발로 차고 욕설을 하여 위협한 다음 피해자의 112 신고로 경찰관이 출동하자 같은 건물 지하 주차장으로 내려가 스마트폰을 이용하여 피해자에게 "경찰에 또 신고했네", "사진사건 나 많이 억울해", "제대로 당하고 나니까 일단 머리가 멍하네 죽을거야 다 모두 싹 다 너와 관련된 모든 사람들 그냥 다 죽일거야 너도 죽 일거야 조심해라 신고해 또 잘하는 거 특기 살려야지", "시간이 지날수록 분노는 극에 달할거야", "니가 한국 어디로 이사 가든 난 널 찾을거야 니가 한국에 없어도 난 널 찾을거야", "널 어떻게 해줄까 고민해볼게 좀 더 잔인하게 해줄 수 있는 방법이 먼지 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어 오졌다 나를 경찰에 두 번이나 신고하네"라고 메시지를 전송하여 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

#### 2) 원심의 판단

원심은, 피고인이 피해자를 협박한 데에는 자신과 교제했던 피해자가 자신을 이용하여 경제적 이익만 취득하였다는 배신감 및 '(사이트명 생략)'에 신고하여 방송정지가 되게 만들었다는 분노가 주된 동기를 이루었던 것으로 보이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였음이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

#### 3) 당심의 판단

##### 가) 관련 법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항은 '자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적' 또는 '고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 거짓으로 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적'으로 형법상 폭행죄, 협박죄 등을 범한 경우 형법상의 법정형보다 더 무거운 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하

고 있다.

여기에서 행위자에게 그러한 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적 관계, 범행 전후의 정황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 참조). 한편 이러한 목적범에서의 목적은 반드시 적극적 의욕이나 확정적 인식이 있어야만 하는 것은 아니고 미필적 인식으로도 충분하며, 또한 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지도 문제되지 아니 한다(대법원 2017. 11. 14. 선고 2014도8710 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 등 참조).

나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자가 2021. 3. 29. 피고인의 나체 사진 촬영 범행을 경찰에 신고하고, 2021. 5. 15. 피고인의 피해자의 집 현관문 앞 욕설, 위협 등을 경찰에 신고하여 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다고 봄이 타당하다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 검사의 항소이유 주장은 이유 있다.

① 피고인은 피해자의 신고로 출동한 경찰이 사건 현장을 떠난 직후인 2021. 5. 15. 04:26경부터 06:02경까지 피해자에게 "경찰에 또 신고했네 ㅋㅋ"(별지 2 순번 1), "그리고 나를 경찰에 신고하고"(별지 2 순번 17), "신고해 또", "누가 누구를 고소하는지 모르겠다"(별지 2 순번 80), "널 어떻게 해줄까. 고민해볼게 좀더. 잔인하게. 해줄 수 있는 방법이 먼지. 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어. 오졌다.

나를 경찰에 두 번이나 신고하네"(별지 2 순번 129 내지 135)라는 내용의 메시지를 보냈다.

② 피고인은 피해자가 경찰에 피고인을 신고한 것을 수차례 언급하면서 피해자 및 피해자와 관련된 자들을 죽여 버리겠다고 협박하였다.

피고인이 피해자에게 메시지를 보낸 시점, 그 메시지 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인은 2021. 3. 29.이나 2021. 5. 15.에 있었던 피해자의 경찰 신고에 대한 보복의 목적으로 피해자에게 메시지를 보냈고, 그에 대한 미필적 인식도 있었다고 충분히 인정된다.

③ 피고인이 보낸 메시지 중 일부에는 피고인은 자신과 교제하였고 상당한 금전적 지원까지 한 상대방인 피해자가 자신을 진심으로 대한 것이 아니었다는 배신감이나 2021. 5. 15.에도 다른 남자와 함께 집에 있으면서 자신에게 문을 열어 주지 않았다는 의심으로부터 비롯된 분노가 표현되어 있기는 하다.

그러나 앞서 본 바와 같이 피고인이 피해자의 경찰 신고를 직접적으로 거둬 언급하면서 피해자에게 해악을 가하겠다는 취지의 메시지를 전송한 것이 명확한 이상, 그와 같은 사정은 위 법리에 따라 보복의 목적을 인정하는데 아무런 장애가 되지 아니한다.

나. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경 각 발언)

앞서 2. 라. 1) 다)항에서 본 바와 같이 피고인이 피해자를 상대로 협박한 사실 자체가 증명되었다고 보기 어렵다.

따라서 어떠한 협박이 있음을 전제로 그것을 수사단서의 제공에 대한 보복목적의 협박이라고 보아야 한다는 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*동 \*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

2) 판단

원심은 그 판시 이유를 들어 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 위와 같은 행위를 한 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4. 결론

원심판결 중 별지 1 범죄일람표 순번 제1, 2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로 파기되어야 한다.

그런데 위 파기 부분과 원심이 유죄로 인정한 나머지 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 위 나머지 유죄 부분 중 2021. 6. 17. 23:17경 협박죄 부분과 원심이 이유무죄로 판단한 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 일죄의 관계에 있으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장 등에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(증거능력에 관한 항소이유를 보충·추가하는 법률상 주장을 포함한다)

1) 사실오인 및 법리오해

가) 수사기관의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2항 관련)

갤럭시 S21 휴대전화기(증 제1호, 이하 '이 사건 휴대전화'라 한다), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장된 피해자 사진(증거목록 순번 75)은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

① 이 사건 휴대전화는 피고인이 자발적인 의사에 기하여 임의제출한 것이 아니고 담당경찰관에 의해 강제로 압수된 것이다.

② 경찰은 영장 없이 피고인의 집과 학원을 수색하였고, 외장하드 등 위 장소에서 압수한 증거들에 대한 임의제출 동의서의 작성을 강요하였다.

피고인이 사후에 수색동의서를 작성하기는 하였으나 수색동의서만으로 강제처분인 수색을 할 수 없으며, 강제처분인 수색을 통해서 압수한 물건들은 임의제출의 대상이 될 수 없다.

③ 경찰은 압수한 정보저장매체들의 디지털 포렌식 과정에서 피고인의 참여권을 보장하지 않았고, '위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 동의서 또한 담당경찰관의 강압·협박에 의해 작성한 것이다.

④ 경찰은 이 사건 휴대전화, 외장하드 등을 압수한 다음날인 2021. 3. 30. 위 증거물들의 봉인을 해제하여 증거를 훼손하였고, 이로 인해 디지털 저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았음이 담보되지 않으므로 포렌식 결과 또한 신뢰할 수 없다.

정보저장매체 원본 반출 확인서의 서명은 담당경찰관의 강요 내지 협박에 의해 이루어진 것이고, 피고인은 원본 봉인과정에 참여한 사실이 없다.

⑤ 경찰은 피고인에게 압수한 전자정보의 상세목록을 교부하지 않았다.

나) 사인의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제3, 4항 관련)

피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거인 수사보고서(증거목록 순번 38, 48), 녹취서(증거목록 순번 73) 등은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

① 피해자가 전기통신인 피고인의 인터넷 방송을 감청하고, 공개되지 않은 타인간의 대화를 청취·녹음한 행위는 통신비밀보호법 제3조를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 증거능력이 없다.

② 피고인이 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 통하여 비로그인 이용자에 대하여 피고인이 진행하는 인터넷 방송에 대한 접근권한을 차단하였음에도 불구하고 피해자가 접근권한 없이 피고인의 방송에 침입한 행위는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

③ 피해자가 피고인이 지적재산권을 갖고 있는 피고인의 인터넷 방송을 녹화·편집하여 복제물을 생성한 행위는 저작권법 제136조 제1항 제1호를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

다) 원심 판시 범죄사실 제1, 2항에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

피고인은 피해자의 사전동의를 얻어 피해자의 나체 사진을 촬영하였다.

라) 원심 판시 범죄사실 제3항 별지1 범죄일람표 2 내지 4에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

① 피고인의 발언은 인터넷 방송 정지에 대한 항의차원에서 한 것이므로 해악의 고지에 해당하지 않고, 피해자로 하여금 공포심을 일으키기에 충분하지도 않다.

- ② 피고인은 피해자의 아이디를 블랙리스트에 등록하고, 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 한 비공개 방송에서 해당 발언을 하였다.

당시 피고인으로서의 피해자가 피고인의 방송을 시청하고 있다는 사실을 인식할 수 없었기 때문에 피해자에게 해악을 고지한다는 의사가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형(징역 1년 6월 등)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해 주장(이유무죄 부분 관련)

피고인이 4차례에 걸쳐 피해자의 경찰신고에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박한 사실이 충분히 인정됨에도 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점을 모두 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 위 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 수사기관의 위법수집증거 주장에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하여 보면, 수사기관의 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 휴대전화(증 제1호), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장되어 있는 피해자 사진(증거목록 순번 75) 등은 그 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

1) 이 사건 휴대전화 및 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진의 증거능력

- ① 피해자는 2021. 3. 29. 피해자의 집에서 피고인과 함께 있던 중 피고인 소유의 이 사건 휴대전화에서 나체 상태로 잠을 자는 자신의 모습이 촬영된 사진 2장(이하 '이 사건 촬영물'이라 하고, 편의상 그 파일이나 이를 복사하여 외장하드에 저장한 사진 내지 파일도 이와 동일하게 지칭한다)을 발견하였다.

피해자는 같은 날 10:17경 '남자친구가 자신 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 112범죄신고센터에 신고하였다.

신고를 접한 경찰이 현장에 도착하자 피해자는 피해를 호소하였고 피고인은 그 자리에서 촬영 사실을 인정하면서 이 사건 휴대전화를 제출하였다.

- ② 경찰은 피고인이 위와 같이 촬영 사실을 인정하고 이 사건 휴대전화를 제출하는 점을 근거로 도망우려 및 증거인멸 우려가 없다고 판단하여 피고인에게 임의동행의 사유 및 이유, 언제든지 퇴거할 수 있는 등 권리를 고지한 후 피고인과 인천서부경찰서로 임의동행하였다.

피고인은 인천서부경찰서에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 9쪽)에 서명하고 무인(拇印)하였다.



경찰은 이 사건 휴대전화 및 촬영물을 압수하고, 이에 대한 압수조서와 압수목록 교부서를 작성하였다.

③ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '피고인한테 이 사건 휴대전화를 제출할 거냐고 수차례 물어본 기억이 있고, 피고인이 제출한다고 하였다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 3쪽).

④ 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다(증거기록 1권 251쪽). 또한 피고인은 수사과정에서 변호인을 선임하였는데, 2021. 7. 26. 검찰에 제출된 '변호인 의견서'에는 제출의 임의성 여부를 다투는 내용은 없고, '피해자의 동의를 받아 촬영한 것이다'라는 주장만 있다.

⑤ 피고인은 최초 경찰 조사 단계에서부터 검찰 및 원심 법정에 이르기까지 촬영 사실 자체는 인정하면서 다만 피해자의 사전동의 하에 촬영한 것이라는 주장을 일관되게 하여 왔다.

이러한 입장에 의하면 피고인이 피해자와 함께 있던 현장에서 발각된 이 사건 촬영물 외에 문제될만한 다른 사진 등은 없었던 이 사건 휴대전화를 그 현장에 출동한 경찰에게 임의로 제출하는 것은 부자연스러워 보이지 않는다.

피고인과 변호인도 원심에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 사전동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

⑥ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 이 사건 휴대전화를 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

## 2) 외장하드 및 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물의 증거능력

① 수색이 피수색자의 자발적인 의사에 기하여 임의로 동의하여 이루어지고 그 수색에 의하여 발견된 물건이 피수색자의 자발적인 의사로 임의제출되어 압수된 경우, 이는 강제수사가 아닌 임의수사에 의하여 증거수집이 이루어진 것이므로, 그 수색·압수가 법관이 발부한 영장에 의하여 이루어지지 아니하였다는 사정만으로 위법하게 되어 증거능력이 부정되는 것은 아니다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도364 판결 등 참조).

② 경찰은 피해자로부터 위와 같이 신고를 받고 현장에 출동하여 피고인이 피해자의 나체 사진을 촬영한 사실을 확인하였는데, 당시 피해자는 위 나체 사진 2장도 이 사건 휴대전화의 휴지통에서 발견하는 등 다른 사진도 있을 것이라고 주장하였다.

③ 경찰은 피고인이 피고인 소유의 다른 전자정보저장매체에 촬영물을 저장하고 있는지 확인하기 위하여, 2021. 3. 29. 15:20경 피고인의 수색 동의를 받고 피고인의 주거지인 경기 오산시 (주소 1 생략) 등을 수색하였다.

수색 결과 위 주거지에서 외장하드, 노트북 등 전자정보저장매체가 발견되었다.

경찰은 피고인이 위 정보저장매체에 피해자의 다른 사진 등을 촬영하여 보관하고 있을 가능성이 있다고 판단하여 피고인의 동의하에 피고인으로부터 NT900X5N(노트북) 1대, SM-G930S(스마트폰) 1대, 외장하드(MTD10EH/K2) 1개,

USB(32GB) 1개를 제출받았다.

- ④ 당일 인천서부경찰서로 돌아온 피고인은 '경찰의 수색을 거부할 수 있는 권리가 있음을 안내받았고, 피고인의 동의 하에 피고인의 주거지를 수색함에 참여하였다'는 내용의 수색동의서에 무인하였다(증거기록 1권 14쪽). 피고인은 같은 날 오산시 주거지에서 압수된 위 정보저장매체들에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 19쪽) 및 소유권포기서(증거기록 1권 20쪽)에 서명하고 무인하였다.

경찰은 위 물건들을 압수하고 압수목록 교부서를 작성하였다.

- ⑤ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '동의서는 수색 이후 경찰서에 돌아와서 받은 게 맞지만 주거지를 수색하기 전 구두로 수차례 물어봐서 의사를 확인하였다', '오산시 주거지를 수색할 때, 경찰이 피고인에게 증거물들을 임의제출할거냐고 물어봤더니 피고인이 그러겠다고 대답해서 경찰이 직접 가지고 나온 것이다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽).
- ⑥ 한편 피고인은 2021. 3. 29. '본인은 전자저장매체 원본 및 모바일기기 봉인과정에 참여하여 봉인에 이상이 없음을 확인하였고, 정보저장매체 원본의 봉인 해제, 복제본의 획득, 정보저장매체 원본 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력 과정에 참여할 수 있음을 고지 받았으며, 위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 정보저장매체 원본 반출 확인서에 서명하고 무인하였다(증거기록 1권 22, 24~27쪽). 이로써 피고인은 디지털 포렌식 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였다.
- ⑦ 인천서부경찰서 수사관은 2021. 4. 1. 인천경찰청 사이버수사와 디지털 포렌식계에 디지털 증거분석을 의뢰하였는데, 디지털증거분석관이 작성한 디지털 증거분석 결과보고서에 의하면, 의뢰 당시 분석대상인 스마트폰 2대, 외장하드, USB는 모두 봉투에 봉인되어 있었던 것으로 나타난다(증거기록 1권 46~47쪽). 당심 증인 공소외 1도 법정에서 '2021. 3. 29. 증거물을 압수한 이후 증인을 비롯한 경찰관들이 봉인을 해제한 적은 없다'라고 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽). 설령 피고인의 주장과 같이 봉인이 해제된 적이 있다 하더라도, 이 사건에서 증거로 되는 것은 이 사건 휴대전화와 외장하드에 저장되어 있던 이 사건 촬영물(나체 사진)로서 이는 원본과의 동일성이나 무결성의 문제가 발생할 여지가 없으므로, 봉인 해제 여부를 문제 삼아 증거능력을 부정할 수는 없다.

⑧ 위 디지털 포렌식 분석 결과 이 사건 휴대전화 및 외장하드에서 이 사건 촬영물이 발견된 것 외에는 일체의 압수물에서 문제될만한 사진 등은 발견되지 아니하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화에 저장된 이 사건 촬영물은 이미 압수되었기 때문에 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물은 별도로 압수하지 않았다.

압수하지 않은 경우 '압수된 전자정보 상세목록'을 교부할 의무가 없으므로(형사소송법 제219조, 제129조, 형사소송규칙 제61조, 제62조) 그 교부서는 작성되지 아니한 것으로 보인다.

이 사건 휴대전화 및 외장하드에서만 이 사건 촬영물이 발견된 사실을 알고 있던 피고인은 2021. 6. 17. 이 사건 휴대전화와 외장하드를 제외한 다른 압수물(노트북 1대, 휴대전화 1대, USB 1대)에 대하여 압수물 환부·가환부 청구를 하였다(증거기록 1권 79쪽).

- ⑨ 앞서 본 바와 같이 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다.

또한 수사과정에서 선임된 피고인의 변호인이 2021. 7. 26. 검찰에 제출한 '변호인 의견서'에도 위 수색이나 제출 과정에서의 임의성을 문제 삼는 내용은 없었고, 오히려 임의제출에 의하여 압수된 외장하드에 피해자가 촬영을 사전동의한 내용이 저장되어 있으니 디지털 포렌식을 하여 달라고 요청하였으며(증거기록 1권 318쪽, 333쪽), 이에 검찰은 외장하드에 대한 디지털 포렌식을 실시하였다(증거기록 1권 436~438쪽).

⑩ 이미 피해자에게 발각된 이 사건 촬영물 외에는 문제될만한 다른 사진 등이 없었던 피고인으로서, 당시 피해자나 수사기관으로부터 다른 사진 등을 추가로 촬영한 것이 아닌지 의심 받는 상황에서 속히 그 의심을 벗기 위하여 수색 등에 동의할 동기도 있었다고 보인다.

피고인은 당시 위와 같이 수사기관에 정보저장매체들을 제출한 것 외에 피해자에게도 추가적인 해명을 하였는데, 피고인은 검찰 피의자신문에서 "피해자가 2021. 3.말, 4.초경에 직접 저의 메일함, 구글사진첩, 클라우드 등 기타 곳곳에 사진이 남아 있는지 직접 확인했고 전혀 남아 있지 않은 것을 피해자가 확인했습니다.

"라고 진술하였다(증거기록 1권 309쪽). 피고인과 변호인은 원심에서 위 압수물 등에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 수색과 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

⑪ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 위 수색동의 및 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 수색동의서 및 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 임의로 위 수색에 동의하고 위 압수물을 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

나아가 위에서 본 제반 사정에 비추어 보면, 수사기관의 앞서 본 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

#### 나. 사인의 위법수집증거 주장에 관한 판단

##### 1) 판단 범위

이 사건 공소사실 중 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 뒤에서 보는 바와 같이 피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39)의 증거능력 유무와 관계없이 각 무죄라고 판단되므로, 위 각 공소사실과 관련해서는 그 증거능력에 관하여 따로 판단하지 아니한다.

따라서 이 부분 주장은 위 녹화파일의 증거능력 유무에 따라 유무죄 판단이 달라질 수 있는 부분 즉 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 한정하여 증거능력 유무를 판단한다.

##### 2) 관련 법리

가) 통신비밀보호법 제3조는 "통신 및 대화비밀의 보호"라는 제목 하에 제1항 본문에서 "누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.

"고 규정하고 있다.

위 조항은 사생활의 비밀과 자유 특히 통신 등의 비밀과 자유를 보호법익으로 하는 것으로 해석된다.

전기통신을 하는 당사자의 일방이 상대방 모르게 전기통신 내용을 녹음하더라도 이는 통신 등의 비밀과 자유를 침해하는 것이 아니므로, 이러한 행위는 여기에서 말하는 감청에 해당하지 않는다.

따라서 여기서 '전기통신의 감청'이라 함은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다(대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 등 참조). 한편, 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리키므로(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 참조) 전기통신의 송신인과 수신인이 전기통신을 이용하여 의사를 소통하는 것은 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

나) 통신비밀보호법 제4조는 "제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

"고 규정하고 있고, 그에 관하여 아무런 예외를 두지 않고 있다.

통신비밀보호법 제3조, 제4조의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 에 비추어 보면, 통신비밀보호법 제3조를 위반하여 불법 감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 증거능력이 없다고 보아야 하고, 이를 공익과 사익과의 비교형량을 거쳐 공익이 우월하다는 이유로 증거능력을 인정할 수는 없다.

다) 이와 달리 통신비밀보호법 제3조에 위배되지 않은 행위가 다른 법률 규정에 위배되는 경우에는 그 행위로 취득한 증거의 사용이 항시 금지되는 것은 아니다.

이러한 경우 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 그 다른 법률 규정에서 의하여 보호되는 이익 등을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결 등 참조). 이때 법원이 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 다른 법률 규정의 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.

법원으로서 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 다른 법률 규정에 의한 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 그 정도, 증거수집 과정에서 그 보호이익을 침해하게 된 경위와 그 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결 등 참조).

### 3) 판단

#### 가) 기초사실

(1) 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2021. 5. 28.부터 2021. 7. 13.까지 인터넷 방송 사이트인 '(사이트명 생략)'에서 '(닉네임 생략)'이라는 닉네임을 사용하여 인터넷 개인 방송을 진행하였다.

이는 성인콘텐츠(19세 미만 이용제한) 방송으로, 서비스제공자인 (사이트명 생략)는 성인콘텐츠 방송의 경우 본인인증이 완료된 회원만이 시청 가능한 것으로 규정하고 있고, 본인인증을 거쳐 아이디를 등록한 회원은 그 아이디로 접속하여 누구나 무료로 성인콘텐츠를 시청할 수 있다.

한편 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 진행자(BJ)는 시청자로부터 시청료를 받는 것이 아니라 그 방송을 시청한 시청자들이 자발적으로 지급하는 후원료를 받아 수익을 얻고 그 수익을 (사이트명 생략)와 분배한다.

② 피고인은 위 기간 동안 피해자의 아이디인 '(아이디 생략)'을 블랙리스트에 등록하여 피해자가 피고인의 방송에 접속하는 것을 차단하였다.

③ 피해자는 자신의 아이디로 피고인의 인터넷 방송에 접속하는 것이 불가능하자 자신의 아이디로 로그인하지 않고 '게스트'로 피고인의 인터넷 방송에 접속하여 피고인의 발언을 녹화하였고, 그 녹화파일을 경찰에 제출하였다.

④ 피고인은 당심 법정에서 "방송하는 사람 좌측 상단에 방송에 들어온 모든 아이디를 확인할 수 있고, 로그인 하지 않고 들어온 사람은 게스트 1, 게스트 2 등으로 표시됩니다.

", "게스트 접속은 원래 없는 것으로 알고 있는데 그것이 어떻게 가능한지 모르겠습니다.

"라고 진술하였다(당심 제1회 공판조서). 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경에는 다른 아이디 접속자에 대하여 하는 것과 동일하게 게스트인 피해자를 상대로 직접 욕성으로 발언하였다.

(2) 한편, 피고인은 당심 변론종결 후인 2022. 7. 1. 변호인의견서를 제출하면서 피고인이 인터넷 방송을 진행하면서 피해자의 아이디에 대한 블랙리스트 등록 외에 추가로 비밀번호를 설정하였다고 주장하며 그 자료를 제출하였다. 그 자료는 피고인이 2021. 6. 14.과 2021. 6. 17. 다른 시청자들에게 인터넷 방송 비밀번호를 알려주었다는 것일 뿐, 2021. 6. 14. 이전에도 비밀번호를 설정하였다거나 그 비밀번호를 다른 시청자들에게 알려주었다는 자료는 없다.

#### 나) 구체적 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거들은 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 관하여 그 증거능력을 모두 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (1) 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문 위반 주장

피해자의 녹화행위는 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정하는 '전기통신의 감청'에 해당하지 않고, 피고인이 인터넷 방송 시청자들을 상대로 한 발언은 위 조항에서 규정하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

따라서 피고인의 인터넷 방송 녹화파일 등은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 그 증거능력이 부정되지 않는다.

구체적인 이유는 다음과 같다.

#### (가) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분(2021. 6. 6. 17:30경 발언)

① 피고인이 방송한 '(사이트명 생략)'라는 플랫폼은 원칙적으로 인터넷 방송 진행자가 불특정 다수인에게 방송을 하기 위하여 이용되는 것이다.

피고인이 2021. 6. 6. 이 부분 공소사실과 같은 발언을 할 당시 인터넷 방송에 비밀번호를 설정하였다는 자료는 없으므로, 위 방송은 로그인을 하고 성인인증을 거치면 누구나 무료로 접속하여 방송을 시청할 수 있던 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 위 인터넷 방송 공간은 피고인의 통신 등의 비밀과 자유가 보호되는 사적 공간이라고 보기 어렵다.

피고인은 (사이트명 생략) 이용약관을 증거로 제출하면서 그 약관 제14조 제8항 제15호에서 '본 서비스를 통해 얻은 정보를 회사의 사전 승낙 없이 복제하거나 제3자에게 제공하는 행위'를 금하고 있으므로, 피고인의 인터넷 방송 공간은 사적 공간으로 보아야 한다고 주장한다.

그러나 위 약관을 보더라도 위 규정은 인터넷 방송 콘텐츠에 관한 제2차적 저작권이 (사이트명 생략) 측에 있음을 규정한 것에 불과하고 위 약관 제24조는 이를 구체화하고 있다.

즉 위 약관 제24조 제3항, 제4항은 제2차적 저작권자인 (사이트명 생략)는 회원이 서비스로 제공된 콘텐츠를 타 회원, 기타 이용자가 시청하도록 하거나 제휴사에게 제공하거나, 이를 녹화·편집·변경하여 타 회원, 기타 이용자가 시청하거나 제휴사에게 제공할 수 있고, (사이트명 생략), 타 회원, 기타 이용자, 제휴사는 회원의 콘텐츠를 복제·수정·각색·공연·전시·방송·배포 등을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 오히려 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 공간이 통신의 비밀과 자유가 보장되는 공간이 아니라는 점을 보여줄 뿐, 피고인의 주장과 같이 공개되지 않은 사적 공간임을 뒷받침하는 자료라고 볼 수 없다.

따라서 피해자가 당시 피고인이 인터넷 방송에서 한 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 보기 어렵다.

② 피고인이 2021. 6. 6. 인터넷 방송을 진행할 무렵 피해자는 게스트로 방송에 접속하였다.

당시 피고인이 그 게스트가 피해자인 것을 알지 못하였다 하더라도 게스트가 접속한 사실 자체는 인식하고 있었다. 게스트의 접속이 다른 아이디 접속과 마찬가지로 인터넷 방송 진행자의 좌측 상단 화면에 명확히 표시되고 인터넷 방송 진행자와 게스트 접속자간에 송수신이 가능한 것이라면, (사이트명 생략)의 인터넷 방송 시스템 내에서 실제로 존재하는 게스트 접속방식이 해킹에 해당한다거나 위법한 것이라고 단정하기 어렵다(피고인은 이러한 접속방식이 어떻게 가능한지 모르겠다고 주장하고 있을 뿐이다). 또한 게스트 접속방식이 어떻게 가능한지를 떠나 인터넷 방송 진행자인 피고인이 게스트의 접속사실을 인식하고 그의 시청을 묵인하면서 인터넷 방송을 계속 진행한 것이라면, 그 게스트는 인터넷 방송의 참여자 중 1인이었다고 보아야 한다.

피고인이 당시 그 게스트의 시청을 원치 않았다면 방송을 중단하거나 그 게스트에게 접속을 중단하고 떠나갈 것을 요구하여야 했을 것이나, 피고인이 이러한 조치를 취하였다고 볼만한 증거는 없으므로, 피고인은 게스트의 방송 시청을 묵인하였다고 봄이 상당하다.

따라서 당시 게스트로 접속한 피해자는 인터넷 방송의 송수신인이었다고 볼 수 있다.

이러한 점에서도 피해자가 당시 피고인의 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

③ 나아가 피고인이 위 인터넷 방송에서 시청자(접속자)들을 상대로 욕성으로 발언하였다 하더라도 이는 현장에 있는 당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위가 아니므로 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'라고 할 수 없다.

이는 아래 (나)항의 경우에도 마찬가지이다.

(나) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언) 피고인이 2021. 6. 17. 23:17경 이 부분 공소사실 기재와 같은 발언을 할 당시 피해자는 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있었다.

피고인도 피해자가 게스트로 접속한 사실을 인식하였을 뿐만 아니라, 별지 5 기재와 같이 직접 피해자를 상대로 계속하여 발언을 이어나갔다.

따라서 피해자는 전기통신의 당사자인 송수신인이라 할 수 있으므로, 이러한 피해자의 녹화행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

피고인은 위 방송 당시 비밀번호를 설정하여 비공개성을 강화하였는데, 피해자가 다른 아이디로 접속하여 피고인으로부터 비밀번호를 알아낸 뒤 그 비밀번호를 이용하여 게스트로 접속한 것으로 추정된다고 주장한다.

그러나 그것이 사실이라 하더라도, 피고인이 피해자의 존재를 인식하고 피해자를 발언의 상대방으로 인정하여 계속 발언한 이상, 피해자를 송수신의 상대방으로 인정한 사실은 달라지지 아니한다.

이러한 당사자의 지위에 있는 피해자가 그 발언을 녹화하였다고 하여 피고인의 통신의 비밀과 자유가 침해되었다고 할 수 없으므로, 피고인이 주장하는 사정은 위 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.

(2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항 위반 주장

앞서 본 사정들을 종합하여 보면, 피해자가 피고인의 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 각 인터넷 방송에 게스트로 접속한 것을 가리켜 피해자가 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반하여 접근권한 없이 접속한 것이라고 단정하기 어렵다.

설령 피해자가 위 각 인터넷 방송에 접속한 것이 접근권한 없이 이루어진 것이라고 하더라도, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 법률 규정에 의하여 보호되는 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선된다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 앞서 본 바와 같이 피해자가 위 각 인터넷 방송의 송수신 당사자로서 이를 녹화할 수 있다고 볼 수 있는 이상 그 녹화에 이르게 된 중간 과정에 관한 사정은 그 녹화파일의 증거능력 판단에 중대한 영향을 미친다고 보기 어렵다.

② 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항이 정당한 접근권한 없는 정보통신망 침입을 금지하는 것은 이용자의 신뢰 내지 그의 이익을 보호하기 위함이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533 판결 참조). 피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박하는 내용 등이 담긴 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하였다고 하여 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성이 얼마만큼 훼손당하였다고 보아야 하는지 의문이다.

③ 피고인은 위 각 방송 이전에 별지 2 기재와 같이 피해자를 협박하는 내용이 담긴 메시지를 전송하였다.

피해자는 피고인이 인터넷 방송에서 자신에 대한 범죄행위를 할 수 있다는 두려움에 이를 확인하는 과정에서 피고인의 범죄행위를 인지하였고 이를 수사기관에 신고하고자 하는 목적으로 피고인의 방송을 녹화한 것이다.

④ 피해자는 피고인의 방송 중 이 사건 공소사실에 관한 부분만을 선별하여 재생시간을 3~5분 분량으로 편집한 녹화파일을 제출하였다.

⑤ 피해자가 수사기관에 제출한 인터넷 방송 녹화파일은 피고인이 이 사건 방송에서 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박한 직접적인 내용이 담겨 있어 피고인의 범죄를 규명하는데 반드시 필요한 증거이다.

⑥ 피고인 및 변호인은 원심 공판기일에서 피해자가 제출한 인터넷 방송 녹화파일에 대해 이미 증거동의하였다.

### (3) 저작권법 위반 주장

저작권법 제23조는 재판 또는 수사를 위하여 필요한 경우 그 한도 안에서 저작물을 복제하여 이용하는 것을 허용하고 있고, 다만 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우는 예외로 하고 있다.

피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피고인의 인터넷 방송을 녹화하여 제출한 것은 피고인의 명예훼손과 협박 범행을 증명하기 위한 것으로 이로 인하여 피고인의 이익이 부당하게 침해되었다고 보이지 않으므로, 저작권법 제23조에 의하여 허용되는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 피해자의 위 행위가 피고인의 지적재산권을 침해한 위법한 행위라고 볼 수 없다.

설령 이와 달리 본다 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 종합하여 보면, 피해자에 대한 욕설, 명예훼손 또는 협박 내용으로 가득찬 방송 콘텐츠에 대하여 저작권법으로 보호받는 피고인의 사적 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선한다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

다.

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등) 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등) 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 주장과 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 다음과 같은 사정을 종합적으로 고려하여, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 나체 상태로 잠을 자고 있던 피해자의 모습을 사진 촬영한 사실이 인정되고, 피해자의 추정적 승낙 또한 인정될 수 없으며, 이러한 점에 대한 피고인의 고의 또한 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 고려한 사정은 ① 피해자는 피고인의 휴대전화에서 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 피고인을 112범죄신고센터에 신고하였고, 이 사건 촬영물은 새벽 04:30경 촬영된 것으로서, 피해자의 얼굴 및 가슴과 음부 등이 적나라하게 드러나는 반면 피해자가 촬영 사실을 인지하였다고 볼만한 모습은 드러나지 않는 점, ② 피고인이 피해자에게 '하의만



을 탈의한 채로 성관계를 하면서 마치 아무 일도 없는 것처럼 옷을 입은 상반신만 사진 촬영하면 재미있을 것 같다'는 취지의 말을 한 사정만으로는 피해자가 나체 상태로 잠든 자신의 모습을 피고인이 촬영하는 데까지 동의하였다거나, 객관적 사정에 비추어 이에 대한 피해자의 승낙이 예견되었다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인은 은밀한 방식으로 이 사건 촬영물을 촬영하였고, 피해자가 이를 발견하자 상당히 당황하였던 것으로 보이는 점 등이다.

## 2) 당심의 판단

원심이 설시한 사정들에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 보태어 보면, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 이 사건 촬영물을 촬영하였다고 판단하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하다.

거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 피해자는 경찰에서 '피고인과 사진 촬영에 관한 이야기를 나눈 적이 없고, 피고인에게 사진 촬영에 대해 승낙하거나 승낙의 의미를 암시하는 말을 한 적이 없다'라는 취지로 진술하였고(증거기록 1권 36쪽), 검찰에서는 "피고인이 통화를 하면서 저에게 '성관계를 하면서 위쪽은 옷을 입은 상태로 남들이 볼 때는 성관계를 하는 중임을 모르게 위쪽만 사진을 같이 찍고 싶다'는 식의 말을 한 적이 있어 제가 그냥 웃어넘긴 적은 있습니다.

이 말을 피고인이 오해한 것인지는 모르겠지만, 제가 피고인이 저의 나체사진을 찍어도 된다고 동의한 적은 절대 없습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 288쪽). 피해자는 원심 법정에서는 "이런 이야기는 제가 나눈 적이 있어요. 이 친구가 먼저 저에게 '우리가 위에 옷을 입고 하의를 탈의한 채로 성기를 삽입하고, 자연스러운 커플사진인 것처럼 셀카 모드로 셀카를 찍으면' 그 셀카는 얼굴이에요. 얼굴이라는 얘기도 분명히 그 자리에서 했고요. '얼굴 사진을 찍으면 다른 사람들이 봤을 땐 이 사진에 우리가 뭘 하고 있는 사진인지 모르겠고, 그럼 너무 재밌을 것 같지 않냐. 우리만 아는 비밀 사진을 만드는 거야'라는 식으로 이야기를 했고, 사실 저는 찍을 생각을 하지 않았지만 '그럴 수 있겠네. 나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라는 이야기를 한 적이 있어요"(공판기록 244쪽), "찍어도 된다는 대화를 한 사실은 전혀 없습니다.

얼굴 사진을 찍자고 했지, 성관계하는 사진을 찍자고 한 건 아니기 때문에..."(공판기록 245쪽)라고 진술하였다.

이러한 피해자의 진술은 '피해자가 이 사건 촬영물에 대해 사전에 동의하거나 승낙한 적이 없다'는 주요 부분에 대해서 그 진술이 일관되고 구체적이며, 피해자는 피고인이 성관계 장면의 사진 촬영을 제안할 당시 '웃어넘겼다'거나 '나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라고 대답하였다'고 진술하여 자신에게 불리할 수 있는 내용에 관해서도 숨기지 않고 솔직하게 진술하고 있어 그 진술의 신빙성이 높다.

- ② 한편 피고인은 경찰에서 "사건 전날 피해자와 통화할 때 '성관계를 할 때 서로 나체 사진을 찍자'라는 얘기를 서로 했고, 피해자도 그런 얘기를 할 때 크게 거부감 없이 동의를 했습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 73쪽), 검찰에서는 "솔직히 오래 되어서 정확히 어떤 말을 하였는지 기억이 나지 않습니다.

그런데 성관계 할 때 사진찍어도 된다고 얘기하였고 저는 그것은 사진을 찍어도 된다는 의미로 받아들였습니다"라고 진술하였으며(증거기록 1권 304쪽), 원심 법정에서는 "섹스 중 촬영에 대한 관련된 그런 대화도 있었어요. 그런데 그런 대화가 있었는데 밑에는 섹스 중이고 위에는 가리고 그런 식의 발언이 있었어요. 그래서 저는 섹스 중 촬영이 나체 사진보다 수위가 높다고 해서 그거를 허락한 줄 알았어요"라고 진술하였다(공판기록 344쪽). 나체가 보이게 사진을 찍는 것과 나체가 보이지 않게 사진을 찍는 것은 카메라 등 이용 촬영 범죄에서 핵심이 되는 중요한 부분에 관한 진술임에도, 피고인은 수사기관에서는 '성관계 도중 나체사진을 찍는 것에 피해자가 동의하는 말을 하였다'고 진

술하다가, 원심 법정에서는 '성관계 도중 상체는 옷을 입은 채로 성관계를 하지 않는 것처럼 사진을 찍는 것에 대해 피해자가 동의하는 말을 하였다'는 취지로 진술하여 주요 부분에 대한 진술이 일관되지 않는다(피고인은 피해자가 촬영 사실에 동의하는 대화내용이 담긴 녹음파일을 삭제하였다고도 주장한다).

피고인은 검찰 단계에서 위 녹음파일이 외장하드에 저장되어 있다고 주장하여 이에 대한 디지털 포렌식까지 실시하였으나 그와 같은 파일은 존재하지 않았다.

피고인이 주장하는 녹음파일이 실제로 존재하였다거나 피해자가 그 녹음파일을 삭제하였다고 인정할 만한 아무런 증거가 없다).

- ③ 피해자는 검찰에서 "저희는 제가 방송을 하는 사람이다 보니 문제가 될 수 있어서 저희 둘도 사진을 같이 찍지 않았 습니다", "피고인이 계속 같이 찍은 사진이 없다고 하여 월미도에 가서 사진을 한 번 같이 찍은 적이 있는데, 저는 그 사진도 혹시나 제 방송생활에 문제가 생길까봐 피고인에게 주지 않았 습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 288~289쪽), 피고인도 검찰에서 "둘이 평소 같이 찍은 사진이 없는 것도 맞고, 월미도에서도 같이 사진을 찍은 것은 제가 아니라 피해자가 찍어서 저한테는 사진도 주지 않았 습니다", "평소에 여자친구가 사진을 잘 찍으려고 하지 않았고, 본인사진을 주지 않았 습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 305~306쪽). 즉, 피해자는 인터넷 방송 진행자로서 시청자들의 후원으로 생계를 유지하고 있었는데, 피해자의 방송에서 가장 많은 후원을 하여 소위 '회장'이라고 불리던 피고인과의 교제 사실이 시청자들에게 알려질 경우 방송에 지장이 있을 것으로 예상하여 피고인과 함께 평범한 사진을 찍는 것조차 거부하였던 것으로 보인다.

이러한 피해자가 피고인과 교제하는 사실을 넘어 성관계 사실까지 알려질 수 있고 나체 사진이 유포될 경우 사실상 인터넷 방송을 할 수 없게 될 수 있는 것을 감수하면서까지 이 사건 촬영물에 대해 사전동의하였다는 것은 경험칙에 반한다.

- ④ 피고인은 피해자의 집에서 자주 데이트를 하고 성관계를 가졌으므로 피고인의 주장대로 피해자의 사전동의가 있었다면, 피해자가 의식이 있는 상태에서 나체를 촬영할 수도 있었을 것으로 보인다.

그러나 피고인은 피해자가 잠이 든 뒤 약 3시간이 지난 사건 당일 새벽 04:30경 피해자의 나체를 촬영하였을 뿐만 아니라, 촬영 과정에서도 피해자에게 발각되지 않기 위하여 사진을 찍어도 소리가 나지 않는 '에스캠'이라는 휴대전화 어플리케이션을 사용하였다.

- ⑤ 피고인은 피해자의 나체를 촬영한 2021. 3. 18.부터 이 사건 촬영물이 피해자에게 발각된 2021. 3. 29.까지 약 11일 동안 피해자와 교제하면서 연락을 주고받거나 만나는 사이였음에도, 피해자에게 촬영 사실을 전혀 알리지 않았다. 반면 피해자는 2021. 3. 29. 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 경찰에 '남자친구가 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 신고하였다.

- ⑥ 피고인은 2021. 3. 31. 피해자에게 "다시 한 번 얘기할게. 너한테 걸릴 줄 알았었고, 그 자리에서 그거 무마시키려고 했어. 니 안방 들어가기 전에 충분히 뺄 수도 있었어. 그냥 놔둔 거야, 너 어디까지 하는지 몰라고. 그런데 거기서 좀 적당히 까불어"라고 말하였다(추가 증거기록 12쪽). 피고인은 피해자에게 이 사건 촬영물에 대해 '걸릴 줄 알았다'거나, '무마시키려고 했다'는 표현을 사용하고 있는데, 이는 이 사건 촬영물이 피해자의 의사에 반한다는 것을 피고인이 알고 있었음을 보여준다.

나아가 피고인과 피해자 사이의 2021. 4. 1. 자 녹취록에 의하면, 피해자가 "그렇게 몰래 사진 찍고, 그런 모든 게 실제 범죄잖아"라고 하자, 피고인은 "사진만 갖고 얘기해. 그 팩트만 갖고. 나 그거 인정했잖아"라고 답하였으며, 피해자가 재차 "그러니까 범죄잖아"라고 하자 피고인이 "어"라고 말하였다(추가 증거기록 3, 4쪽). 이러한 대화 내용 역시 피고인 스스로 본인의 행위가 범죄를 구성할 수 있음을 알고 있었다는 점을 보여준다.

라. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3, 4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점에 관한 판단

1) 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 부분(2021. 6. 14. 18:05경 및 같은 해 6. 17.경 01:14경 각 발언)

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*\*동 \*\*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

나) 원심의 판단

원심은 이 부분 각 공소사실에 대하여 피고인이 피해자를 각 협박한 사실은 인정되지만, 수사단서의 제공에 대한 보복목적이 있었다고 보이지 아니한다는 이유로 각 협박죄를 유죄로 인정하는 한편, 각 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(보복협박등)의 점은 이유무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로 피고인이 피해자가 피고인의 인터넷 방송을 시청하고 있다는 것을 인식하고 피해자를 상대로 해악을 고지하는 발언을 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 각 협박죄를 인정한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 피고인의 항소이유 주장은 이유 있다.

① 피고인은 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 기재 일시(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경)에 성인콘텐츠 인터넷 방송을 진행하였다.

피해자는 당시 블랙리스트 설정으로 인하여 피해자의 아이디로 피고인의 방송에 접속할 수 없자 게스트로 접속하였다.

② 피고인이 위 각 일시에 인터넷 방송을 진행하면서 한 발언들은 불특정 시청자들을 상대로 피해자에 관한 분노를 표출하고 폭로의 뜻을 밝힌 것으로 보일 뿐, 그 당시 피해자가 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있음을 인식하고 피해자를 상대로 직접 해악을 고지하는 발언을 하였다고 보기 어렵다.

먼저 피고인은 2021. 6. 14. 18:05경 인터넷 방송을 진행하면서 "누가 신고해가지고 나 어처구니가 없어가지고.", "지들 마음이야. 씨발 것들, 맨날, 아니 그러니까 지들 마음에 안 들면 영정시키는 거야." 등의 발언을 하였다.

여기서 "누가", "지들" 등은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어로서 피해자가 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하고 피해자에 대하여 한 발언이 아니고, 인터넷 방송을 시청하는 불특정 다수인에 대하여 한 발언으로 보는 것이 자연스럽다.

다음 피고인은 2021. 6. 17. 01:14경 인터넷 방송을 진행하면서 "진짜 대놓고 방송 못하게 진짜. 그 씨발년 사람 좇나 건너드려. 뒤질 것 같아" 등의 발언을 하였다.

여기서도 "그 씨발년"은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어임이 분명하다.

피고인이 "아니, 방송 커자마자 뭐 게스트가 들어오는 거는 뭐야, 도대체"라고 말하기는 하였으나 위와 같이 발언한 사정만으로 피고인이 피해자가 피고인의 방송에 게스트로 접속해 있다는 것을 알았다고 단정하기 어렵다.

피고인이 피해자를 상대방으로 보고 피해자에 대하여 직접 발언하였다고 볼만한 내용은 전혀 존재하지 아니하기 때문이다.

## 2) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

### 가) 관련 법리

협박죄에서 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로 명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없으나 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다(대법원 1991. 5. 10. 선고 90도2102 판결 참조).

### 나) 판단

#### (1) 피고인의 발언이 해악의 고지에 해당하는지 여부

피고인은 원심에서도 피고인과 피해자는 평소 상당한 수위의 욕설을 서로 주고받아 왔으므로 이러한 수준의 이 부분 공소사실 기재 발언 역시 피고인이 피해자에게 해악을 고지한 것이라고 볼 수 없다는 취지로 주장하였다.

원심은 그 판시 사정들을 종합하여 피고인이 자신의 인터넷 방송에서 한 발언들은 합리적인 상대방이 해악의 발생이 가능한 것으로 받아들일 정도로 구체적으로 해악을 고지한 것이라고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (2) 피고인에게 해악을 고지할 의사가 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인은 피해자가 2021. 6. 17. 23:17경 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하면서 피해자에게 해악을 고지할 의사가 있었음을 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 피고인은 2021. 6. 10.부터 2021. 6. 14.까지 '(사이트명 생략)'로부터 방송정지를 당하였다.

피고인은 방송정지가 해제된 당일 진행한 2021. 6. 14. 자 방송에서 "개인적으로 나한테 불만이 있는 그 사람이 신고를 때렸어", "형. 나 누가 신고한지 알아. 이야기를 못할 뿐이야. 버르고 있어"라고 하였고, 6. 17. 01:14경 진행한 방송에서도 "또 신고해가지고 방송 정지당하고. (...) 그 씨발년. 사람 좇나 건드려"라고 하였다.

이처럼 이 부분 범행 이전 방송에서 피고인은 누군가로부터 신고를 당하여 방송정지 징계를 받은 것에 대한 불만을 표출하면서 자신을 신고를 한 사람이 피해자라는 사실을 알고 있음을 암시하는 발언들을 해왔다.

② 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경 방송에서 "내가 씨발년아, 너한테 영정을 먹어야 되냐?"(별지 5 순번 4), "씨발년아, 또 신고해봐"(별지 5 순번 5), "게스트로 보고 있는 거 다 알고 있... 게스트가 있어, 지금"(별지 5 순번 11), "이 씨발년아. 게스트야. 내 방에서 녹화되고 있잖아. 이거 영구정지 먹어. 먹여. 이 씨발년아. 다른 거 켜줄게. 대륙에서 켜줄까? 크게 되려나? 대륙에 아는 사람들, 큰손들 많이 아는데. 그게 더 먹히겠지? 좇만한 년이. 씨발년아, 사람을 좇밥으로 아냐. 대륙에서 켜줄까"(별지 5 순번 14 내지 16), "내 방송 다 듣는 거 알아 이 씨발년아(별지 5 순번 34)"라고 말하였다.

이는 앞서 본 바와 같이 피고인이 신고자라고 생각한 피해자가 게스트로 접속하여 방송을 시청하고 있다는 것을 피고인이 알았음을 뒷받침한다.

### 3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 별지 1 범죄일람표 순번 제1번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 5. 15. 발언)

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 피고인이 2021. 3. 18. 04:30경 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 2021. 5. 15. 03:30경 인천 서구에 있는 피해자의 집 앞에 찾아가 현관문을 발로 차고 욕설을 하여 위협한 다음 피해자의 112 신고로 경찰관이 출동하자 같은 건물 지하 주차장으로 내려가 스마트폰을 이용하여 피해자에게 "경찰에 또 신고했네", "사진사건 나 많이 억울해", "제대로 당하고 나니까 일단 머리가 멍하네 죽을거야 다 모두 싹 다 너와 관련된 모든 사람들 그냥 다 죽일거야 너도 죽일거야 조심해라 신고해 또 잘하는 거 특기 살려야지", "시간이 지날수록 분노는 극에 달할거야", "니가 한국 어디로 이사 가든 난 널 찾을거야 니가 한국에 없어도 난 널 찾을거야", "널 어떻게 해줄까 고민해볼게 좀 더 잔인하게 해줄 수 있는 방법이 먼지 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어 오졌다 나를 경찰에 두 번이나 신고하네"라고 메시지를 전송하여 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

#### 2) 원심의 판단

원심은, 피고인이 피해자를 협박한 데에는 자신과 교제했던 피해자가 자신을 이용하여 경제적 이익만 취득하였다는 배신감 및 '(사이트명 생략)'에 신고하여 방송정지가 되게 만들었다는 분노가 주된 동기를 이루었던 것으로 보이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였음이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소

사실을 이유무죄로 판단하였다.

### 3) 당심의 판단

#### 가) 관련 법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항은 '자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적' 또는 '고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 거짓으로 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적'으로 형법상 폭행죄, 협박죄 등을 범한 경우 형법상의 법정형보다 더 무거운 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다.

여기에서 행위자에게 그러한 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적 관계, 범행 전후의 정황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 참조). 한편 이러한 목적범에서의 목적은 반드시 적극적 의욕이나 확정적 인식이 있어야만 하는 것은 아니고 미필적 인식으로도 충분하며, 또한 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지도 문제되지 아니 한다(대법원 2017. 11. 14. 선고 2014도8710 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 등 참조).

#### 나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자가 2021. 3. 29. 피고인의 나체 사진 촬영 범행을 경찰에 신고하고, 2021. 5. 15. 피고인의 피해자의 집 현관문 앞 욕실, 위험 등을 경찰에 신고하여 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다고 봄이 타당하다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 검사의 항소이유 주장은 이유 있다.

① 피고인은 피해자의 신고로 출동한 경찰이 사건 현장을 떠난 직후인 2021. 5. 15. 04:26경부터 06:02경까지 피해자에게 "경찰에 또 신고했네 ㄱㄱ"(별지 2 순번 1), "그리고 나를 경찰에 신고하고"(별지 2 순번 17), "신고해 또", "누가 누구를 고소하는지 모르겠다"(별지 2 순번 80), "널 어떻게 해줄까. 고민해볼게 좀더. 잔인하게. 해줄 수 있는 방법이 먼지. 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어. 오졌다.

나를 경찰에 두 번이나 신고하네"(별지 2 순번 129 내지 135)라는 내용의 메시지를 보냈다.

② 피고인은 피해자가 경찰에 피고인을 신고한 것을 수차례 언급하면서 피해자 및 피해자와 관련된 자들을 죽여 버리겠다고 협박하였다.

피고인이 피해자에게 메시지를 보낸 시점, 그 메시지 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인은 2021. 3. 29.이나 2021. 5. 15.에 있었던 피해자의 경찰 신고에 대한 보복의 목적으로 피해자에게 메시지를 보냈고, 그에 대한 미필적 인식도 있었다고 충분히 인정된다.

③ 피고인이 보낸 메시지 중 일부에는 피고인은 자신과 교제하였고 상당한 금전적 지원까지 한 상대방인 피해자가 자신을 진심으로 대한 것이 아니었다는 배신감이나 2021. 5. 15.에도 다른 남자와 함께 집에 있으면서 자신에게 문을

열어 주지 않았다는 의심으로부터 비롯된 분노가 표현되어 있기는 하다.

그러나 앞서 본 바와 같이 피고인이 피해자의 경찰 신고를 직접적으로 거둬 언급하면서 피해자에게 해악을 가하겠다는 취지의 메시지를 전송한 것이 명확한 이상, 그와 같은 사정은 위 법리에 따라 보복의 목적을 인정하는데 아무런 장애가 되지 아니한다.

나. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경 각 발언)

앞서 2. 라. 1) 다)항에서 본 바와 같이 피고인이 피해자를 상대로 협박한 사실 자체가 증명되었다고 보기 어렵다.

따라서 어떠한 협박이 있음을 전제로 그것을 수사단서의 제공에 대한 보복목적의 협박이라고 보아야 한다는 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*동 \*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

2) 판단

원심은 그 판시 이유를 들어 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 위와 같은 행위를 한 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4. 결론

원심판결 중 별지 1 범죄일람표 순번 제1, 2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로 파기되어야 한다.

그런데 위 파기 부분과 원심이 유죄로 인정한 나머지 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 위 나머지 유죄 부분 중 2021. 6. 17. 23:17경 협박죄 부분과 원심이 이유무죄로 판단한 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 일죄의 관계에 있으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장 등에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

## 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(증거능력에 관한 항소이유를 보충·추가하는 법률상 주장을 포함한다)

### 1) 사실오인 및 법리오해

가) 수사기관의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2항 관련)

갤럭시 S21 휴대전화기(증 제1호, 이하 '이 사건 휴대전화'라 한다), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장된 피해자 사진(증거목록 순번 75)은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

① 이 사건 휴대전화는 피고인이 자발적인 의사에 기하여 임의제출한 것이 아니고 담당경찰관에 의해 강제로 압수된 것이다.

② 경찰은 영장 없이 피고인의 집과 학원을 수색하였고, 외장하드 등 위 장소에서 압수한 증거들에 대한 임의제출 동의서의 작성을 강요하였다.

피고인이 사후에 수색동의서를 작성하기는 하였으나 수색동의서만으로 강제처분인 수색을 할 수 없으며, 강제처분인 수색을 통해서 압수한 물건들은 임의제출의 대상이 될 수 없다.

③ 경찰은 압수한 정보저장매체들의 디지털 포렌식 과정에서 피고인의 참여권을 보장하지 않았고, '위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 동의서 또한 담당경찰관의 강압·협박에 의해 작성한 것이다.

④ 경찰은 이 사건 휴대전화, 외장하드 등을 압수한 다음날인 2021. 3. 30. 위 증거물들의 봉인을 해제하여 증거를 훼손하였고, 이로 인해 디지털 저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았음이 담보되지 않으므로 포렌식 결과 또한 신뢰할 수 없다.

정보저장매체 원본 반출 확인서의 서명은 담당경찰관의 강요 내지 협박에 의해 이루어진 것이고, 피고인은 원본 봉인과정에 참여한 사실이 없다.

⑤ 경찰은 피고인에게 압수한 전자정보의 상세목록을 교부하지 않았다.

나) 사인의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제3, 4항 관련)

피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거인 수사보고서(증거목록 순번 38, 48), 녹취서(증거목록 순번 73) 등은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

① 피해자가 전기통신인 피고인의 인터넷 방송을 감청하고, 공개되지 않은 타인간의 대화를 청취·녹음한 행위는 통신비밀보호법 제3조를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 증거능력이 없다.

② 피고인이 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 통하여 비로그인 이용자에 대하여 피고인이 진행하는 인터넷 방송에 대한 접근권한을 차단하였음에도 불구하고 피해자가 접근권한 없이 피고인의 방송에 침입한 행위는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

③ 피해자가 피고인이 지적재산권을 갖고 있는 피고인의 인터넷 방송을 녹화·편집하여 복제물을 생성한 행위는 저작권법 제136조 제1항 제1호를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.



다) 원심 판시 범죄사실 제1, 2항에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

피고인은 피해자의 사전동의를 얻어 피해자의 나체 사진을 촬영하였다.

라) 원심 판시 범죄사실 제3항 별지1 범죄일람표 2 내지 4에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

① 피고인의 발언은 인터넷 방송 정지에 대한 항의차원에서 한 것이므로 해악의 고지에 해당하지 않고, 피해자로 하여금 공포심을 일으키기에 충분하지도 않다.

② 피고인은 피해자의 아이디를 블랙리스트에 등록하고, 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 한 비공개 방송에서 해당 발언을 하였다.

당시 피고인으로서 피해자가 피고인의 방송을 시청하고 있다는 사실을 인식할 수 없었기 때문에 피해자에게 해악을 고지한다는 의사가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형(징역 1년 6월 등)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해 주장(이유무죄 부분 관련)

피고인이 4차례에 걸쳐 피해자의 경찰신고에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박한 사실이 충분히 인정됨에도 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점을 모두 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 위 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 수사기관의 위법수집증거 주장에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하여 보면, 수사기관의 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 휴대전화(증 제1호), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장되어 있는 피해자 사진(증거목록 순번 75) 등은 그 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

1) 이 사건 휴대전화 및 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진의 증거능력

① 피해자는 2021. 3. 29. 피해자의 집에서 피고인과 함께 있던 중 피고인 소유의 이 사건 휴대전화에서 나체 상태로 잠을 자는 자신의 모습이 촬영된 사진 2장(이하 '이 사건 촬영물'이라 하고, 편의상 그 파일이나 이를 복사하여 외장하드에 저장한 사진 내지 파일도 이와 동일하게 지칭한다)을 발견하였다.

피해자는 같은 날 10:17경 '남자친구가 자신 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 112범죄신고센터에 신고하였다.

신고를 접한 경찰이 현장에 도착하자 피해자는 피해를 호소하였고 피고인은 그 자리에서 촬영 사실을 인정하면서 이 사건 휴대전화를 제출하였다.

② 경찰은 피고인이 위와 같이 촬영 사실을 인정하고 이 사건 휴대전화를 제출하는 점을 근거로 도망우려 및 증거 인멸 우려가 없다고 판단하여 피고인에게 임의동행의 사유 및 이유, 언제든지 퇴거할 수 있는 등 권리를 고지한 후 피고인과 인천서부경찰서로 임의동행하였다.

피고인은 인천서부경찰서에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 9쪽)에 서명하고 무인(拇印)하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화 및 촬영물을 압수하고, 이에 대한 압수조서와 압수목록 교부서를 작성하였다.

③ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '피고인한테 이 사건 휴대전화를 제출할 거냐고 수차례 물어본 기억이 있고, 피고인이 제출한다고 하였다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 3쪽).

④ 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다(증거기록 1권 251쪽). 또한 피고인은 수사과정에서 변호인을 선임하였는데, 2021. 7. 26. 검찰에 제출된 '변호인 의견서'에는 제출의 임의성 여부를 다루는 내용은 없고, '피해자의 동의를 받아 촬영한 것이다'라는 주장만 있다.

⑤ 피고인은 최초 경찰 조사 단계에서부터 검찰 및 원심 법정에 이르기까지 촬영 사실 자체는 인정하면서 다만 피해자의 사전동의 하에 촬영한 것이라는 주장을 일관되게 하여 왔다.

이러한 입장에 의하면 피고인이 피해자와 함께 있던 현장에서 발각된 이 사건 촬영물 외에 문제될만한 다른 사진 등은 없었던 이 사건 휴대전화를 그 현장에 출동한 경찰에게 임의로 제출하는 것은 부자연스러워 보이지 않는다.

피고인과 변호인도 원심에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 사전동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 제출의 임의성을 다루기 시작하였다.

⑥ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 이 사건 휴대전화를 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

## 2) 외장하드 및 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물의 증거능력

① 수색이 피수색자의 자발적인 의사에 기하여 임의로 동의하여 이루어지고 그 수색에 의하여 발견된 물건이 피수색자의 자발적인 의사로 임의제출되어 압수된 경우, 이는 강제수사가 아닌 임의수사에 의하여 증거수집이 이루어진 것이므로, 그 수색·압수가 법관이 발부한 영장에 의하여 이루어지지 아니하였다는 사정만으로 위법하게 되어 증거능력이 부정되는 것은 아니다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도364 판결 등 참조).

② 경찰은 피해자로부터 위와 같이 신고를 받고 현장에 출동하여 피고인이 피해자의 나체 사진을 촬영한 사실을 확인하였는데, 당시 피해자는 위 나체 사진 2장도 이 사건 휴대전화의 휴지통에서 발견하는 등 다른 사진도 있을 것이라고 주장하였다.

③ 경찰은 피고인이 피고인 소유의 다른 전자정보저장매체에 촬영물을 저장하고 있는지 확인하기 위하여, 2021. 3. 29. 15:20경 피고인의 수색 동의를 받고 피고인의 주거지인 경기 오산시 (주소 1 생략) 등을 수색하였다.

수색 결과 위 주거지에서 외장하드, 노트북 등 전자정보저장매체가 발견되었다.

경찰은 피고인이 위 정보저장매체에 피해자의 다른 사진 등을 촬영하여 보관하고 있을 가능성이 있다고 판단하여 피고인의 동의하에 피고인으로부터 NT900X5N(노트북) 1대, SM-G930S(스마트폰) 1대, 외장하드(MTD10EH/K2) 1개, USB(32GB) 1개를 제출받았다.

④ 당일 인천서부경찰서로 돌아온 피고인은 '경찰의 수색을 거부할 수 있는 권리가 있음을 안내받았고, 피고인의 동의하에 피고인의 주거지를 수색함에 참여하였다'는 내용의 수색동의서에 무인하였다(증거기록 1권 14쪽). 피고인은 같은 날 오산시 주거지에서 압수된 위 정보저장매체들에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 19쪽) 및 소유권포기서(증거기록 1권 20쪽)에 서명하고 무인하였다.

경찰은 위 물건들을 압수하고 압수목록 교부서를 작성하였다.

⑤ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '동의서는 수색 이후 경찰서에 돌아와서 받은 게 맞지만 주거지를 수색하기 전 구두로 수차례 물어봐서 의사를 확인하였다', '오산시 주거지를 수색할 때, 경찰이 피고인에게 증거물들을 임의제출할거냐고 물어봤더니 피고인이 그러겠다고 대답해서 경찰이 직접 가지고 나온 것이다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽).

⑥ 한편 피고인은 2021. 3. 29. '본인은 전자저장매체 원본 및 모바일기기 봉인과정에 참여하여 봉인에 이상이 없음을 확인하였고, 정보저장매체 원본의 봉인 해제, 복제본의 획득, 정보저장매체 원본 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력 과정에 참여할 수 있음을 고지 받았으며, 위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 정보저장매체 원본 반출 확인서에 서명하고 무인하였다(증거기록 1권 22, 24~27쪽). 이로써 피고인은 디지털 포렌식 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였다.

⑦ 인천서부경찰서 수사관은 2021. 4. 1. 인천경찰청 사이버수사와 디지털 포렌식계에 디지털 증거분석을 의뢰하였는데, 디지털증거분석관이 작성한 디지털 증거분석 결과보고서에 의하면, 의뢰 당시 분석대상인 스마트폰 2대, 외장하드, USB는 모두 봉투에 봉인되어 있었던 것으로 나타난다(증거기록 1권 46~47쪽). 당심 증인 공소외 1도 법정에서 '2021. 3. 29. 증거물을 압수한 이후 증인을 비롯한 경찰관들이 봉인을 해제한 적은 없다'라고 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽). 설령 피고인의 주장과 같이 봉인이 해제된 적이 있다 하더라도, 이 사건에서 증거로 되는 것은 이 사건 휴대전화와 외장하드에 저장되어 있던 이 사건 촬영물(나체 사진)로서 이는 원본과의 동일성이나 무결성의 문제가 발생할 여지가 없으므로, 봉인 해제 여부를 문제 삼아 증거능력을 부정할 수는 없다.

⑧ 위 디지털 포렌식 분석 결과 이 사건 휴대전화 및 외장하드에서 이 사건 촬영물이 발견된 것 외에는 일체의 압수물에서 문제될만한 사진 등은 발견되지 아니하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화에 저장된 이 사건 촬영물은 이미 압수되었기 때문에 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물은 별도로 압수하지 않았다.

압수하지 않은 경우 '압수된 전자정보 상세목록'을 교부할 의무가 없으므로(형사소송법 제219조, 제129조, 형사소송규칙 제61조, 제62조) 그 교부서는 작성되지 아니한 것으로 보인다.

이 사건 휴대전화 및 외장하드에서만 이 사건 촬영물이 발견된 사실을 알고 있던 피고인은 2021. 6. 17. 이 사건 휴대전화와 외장하드를 제외한 다른 압수물(노트북 1대, 휴대전화 1대, USB 1대)에 대하여 압수물 환부·가환부 청구를 하였다(증거기록 1권 79쪽).

⑨ 앞서 본 바와 같이 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다.

또한 수사과정에서 선임된 피고인의 변호인이 2021. 7. 26. 검찰에 제출한 '변호인 의견서'에도 위 수색이나 제출 과정에서의 임의성을 문제 삼는 내용은 없었고, 오히려 임의제출에 의하여 압수된 외장하드에 피해자가 촬영을 사전동의한 내용이 저장되어 있으니 디지털 포렌식을 하여 달라고 요청하였으며(증거기록 1권 318쪽, 333쪽), 이에 검찰은 외장하드에 대한 디지털 포렌식을 실시하였다(증거기록 1권 436~438쪽).

⑩ 이미 피해자에게 발각된 이 사건 촬영물 외에는 문제될만한 다른 사진 등이 없었던 피고인으로서, 당시 피해자나 수사기관으로부터 다른 사진 등을 추가로 촬영한 것이 아닌지 의심 받는 상황에서 속히 그 의심을 벗기 위하여 수색 등에 동의할 동기도 있었다고 보인다.

피고인은 당시 위와 같이 수사기관에 정보저장매체들을 제출한 것 외에 피해자에게도 추가적인 해명을 하였는데, 피고인은 검찰 피의자신문에서 "피해자가 2021. 3.말, 4.초경에 직접 저의 메일함, 구글사진첩, 클라우드 등 기타 곳곳에 사진이 남아 있는지 직접 확인했고 전혀 남아 있지 않은 것을 피해자가 확인했습니다.

"라고 진술하였다(증거기록 1권 309쪽). 피고인과 변호인은 원심에서 위 압수물 등에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 수색과 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

⑪ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 위 수색동의 및 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 수색동의서 및 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 임의로 위 수색에 동의하고 위 압수물을 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

나아가 위에서 본 제반 사정에 비추어 보면, 수사기관의 앞서 본 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

#### 나. 사인의 위법수집증거 주장에 관한 판단

##### 1) 판단 범위

이 사건 공소사실 중 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 뒤에서 보는 바와 같이 피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39)의 증거능력 유무와 관계없이 각 무죄라고 판단되므로, 위 각 공소사실과 관련해서는 그 증거능력에 관하여 따로 판단하지 아니한다.

따라서 이 부분 주장은 위 녹화파일의 증거능력 유무에 따라 유무죄 판단이 달라질 수 있는 부분 즉 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 한정하여 증거능력 유무를 판단한다.

## 2) 관련 법리

가) 통신비밀보호법 제3조는 “통신 및 대화비밀의 보호”라는 제목 하에 제1항 본문에서 “누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.

”고 규정하고 있다.

위 조항은 사생활의 비밀과 자유 특히 통신 등의 비밀과 자유를 보호법익으로 하는 것으로 해석된다.

전기통신을 하는 당사자의 일방이 상대방 모르게 전기통신 내용을 녹음하더라도 이는 통신 등의 비밀과 자유를 침해하는 것이 아니므로, 이러한 행위는 여기에서 말하는 감청에 해당하지 않는다.

따라서 여기서 ‘전기통신의 감청’이라 함은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다(대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 등 참조). 한편, 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 ‘대화’는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리키므로(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 참조) 전기통신의 송신인과 수신인이 전기통신을 이용하여 의사를 소통하는 것은 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 ‘대화’에 해당하지 않는다.

나) 통신비밀보호법 제4조는 “제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

”고 규정하고 있고, 그에 관하여 아무런 예외를 두지 않고 있다.

통신비밀보호법 제3조, 제4조의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 에 비추어 보면, 통신비밀보호법 제3조를 위반하여 불법 감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 증거능력이 없다고 보아야 하고, 이를 공익과 사익과의 비교형량을 거쳐 공익이 우월하다는 이유로 증거능력을 인정할 수는 없다.

다) 이와 달리 통신비밀보호법 제3조에 위배되지 않은 행위가 다른 법률 규정에 위배되는 경우에는 그 행위로 취득한 증거의 사용이 항시 금지되는 것은 아니다.

이러한 경우 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 그 다른 법률 규정에서 의하여 보호되는 이익 등을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결 등 참조). 이때 법원이 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 다른 법률 규정의 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.

법원으로서도 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 다른 법률 규정에 의한 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 그 정도, 증거수집 과정에서 그 보호이익을 침해하게 된 경위와 그 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고

2010도12244 판결 등 참조).

### 3) 판단

#### 가) 기초사실

(1) 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2021. 5. 28.부터 2021. 7. 13.까지 인터넷 방송 사이트인 '(사이트명 생략)'에서 '(닉네임 생략)'이라는 닉네임을 사용하여 인터넷 개인 방송을 진행하였다.

이는 성인콘텐츠(19세 미만 이용제한) 방송으로, 서비스제공자인 (사이트명 생략)는 성인콘텐츠 방송의 경우 본인인증이 완료된 회원만이 시청 가능한 것으로 규정하고 있고, 본인인증을 거쳐 아이디를 등록한 회원은 그 아이디로 접속하여 누구나 무료로 성인콘텐츠를 시청할 수 있다.

한편 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 진행자(BJ)는 시청자로부터 시청료를 받는 것이 아니라 그 방송을 시청한 시청자들이 자발적으로 지급하는 후원료를 받아 수익을 얻고 그 수익을 (사이트명 생략)와 분배한다.

② 피고인은 위 기간 동안 피해자의 아이디인 '(아이디 생략)'을 블랙리스트에 등록하여 피해자가 피고인의 방송에 접속하는 것을 차단하였다.

③ 피해자는 자신의 아이디로 피고인의 인터넷 방송에 접속하는 것이 불가능하자 자신의 아이디로 로그인하지 않고 '게스트'로 피고인의 인터넷 방송에 접속하여 피고인의 발언을 녹화하였고, 그 녹화파일을 경찰에 제출하였다.

④ 피고인은 당심 법정에서 "방송하는 사람 좌측 상단에 방송에 들어온 모든 아이디를 확인할 수 있고, 로그인 하지 않고 들어온 사람은 게스트 1, 게스트 2 등으로 표시됩니다.

", "게스트 접속은 원래 없는 것으로 알고 있는데 그것이 어떻게 가능한지 모르겠습니다.

"라고 진술하였다(당심 제1회 공판조서). 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경에는 다른 아이디 접속자에 대하여 하는 것과 동일하게 게스트인 피해자를 상대로 직접 욕성으로 발언하였다.

(2) 한편, 피고인은 당심 변론종결 후인 2022. 7. 1. 변호인의견서를 제출하면서 피고인이 인터넷 방송을 진행하면서 피해자의 아이디에 대한 블랙리스트 등록 외에 추가로 비밀번호를 설정하였다고 주장하며 그 자료를 제출하였다.

그 자료는 피고인이 2021. 6. 14.과 2021. 6. 17. 다른 시청자들에게 인터넷 방송 비밀번호를 알려주었다는 것일 뿐, 2021. 6. 14. 이전에도 비밀번호를 설정하였다거나 그 비밀번호를 다른 시청자들에게 알려주었다는 자료는 없다.

#### 나) 구체적 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실들을 종합하여 보면, 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거들은 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 관하여 그 증거능력을 모두 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(1) 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문 위반 주장

피해자의 녹화행위는 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정하는 '전기통신의 감청'에 해당하지 않고, 피고인이 인터넷 방송 시청자들을 상대로 한 발언은 위 조항에서 규정하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다. 따라서 피고인의 인터넷 방송 녹화파일 등은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 그 증거능력이 부정되지 않는다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분(2021. 6. 6. 17:30경 발언)

① 피고인이 방송한 '(사이트명 생략)'라는 플랫폼은 원칙적으로 인터넷 방송 진행자가 불특정 다수인에게 방송을 하기 위하여 이용되는 것이다.

피고인이 2021. 6. 6. 이 부분 공소사실과 같은 발언을 할 당시 인터넷 방송에 비밀번호를 설정하였다는 자료는 없으므로, 위 방송은 로그인을 하고 성인인증을 거치면 누구나 무료로 접속하여 방송을 시청할 수 있던 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 위 인터넷 방송 공간은 피고인의 통신 등의 비밀과 자유가 보호되는 사적 공간이라고 보기 어렵다.

피고인은 (사이트명 생략) 이용약관을 증거로 제출하면서 그 약관 제14조 제8항 제15호에서 '본 서비스를 통해 얻은 정보를 회사의 사전 승낙 없이 복제하거나 제3자에게 제공하는 행위'를 금하고 있으므로, 피고인의 인터넷 방송 공간은 사적 공간으로 보아야 한다고 주장한다.

그러나 위 약관을 보더라도 위 규정은 인터넷 방송 콘텐츠에 관한 제2차적 저작권이 (사이트명 생략) 측에 있음을 규정한 것에 불과하고 위 약관 제24조는 이를 구체화하고 있다.

즉 위 약관 제24조 제3항, 제4항은 제2차적 저작권자인 (사이트명 생략)는 회원이 서비스로 제공된 콘텐츠를 타 회원, 기타 이용자가 시청하도록 하거나 제휴사에게 제공하거나, 이를 녹화·편집·변경하여 타 회원, 기타 이용자가 시청하거나 제휴사에게 제공할 수 있고, (사이트명 생략), 타 회원, 기타 이용자, 제휴사는 회원의 콘텐츠를 복제·수정·각색·공연·전시·방송·배포 등을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 오히려 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 공간이 통신의 비밀과 자유가 보장되는 공간이 아니라는 점을 보여줄 뿐, 피고인의 주장과 같이 공개되지 않은 사적 공간임을 뒷받침하는 자료라고 볼 수 없다.

따라서 피해자가 당시 피고인이 인터넷 방송에서 한 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 보기 어렵다.

② 피고인이 2021. 6. 6. 인터넷 방송을 진행할 무렵 피해자는 게스트로 방송에 접속하였다.

당시 피고인이 그 게스트가 피해자인 것을 알지 못하였다 하더라도 게스트가 접속한 사실 자체는 인식하고 있었다. 게스트의 접속이 다른 아이디 접속과 마찬가지로 인터넷 방송 진행자의 좌측 상단 화면에 명확히 표시되고 인터넷 방송 진행자와 게스트 접속자간에 송수신이 가능한 것이라면, (사이트명 생략)의 인터넷 방송 시스템 내에서 실제로 존재하는 게스트 접속방식이 해킹에 해당한다거나 위법한 것이라고 단정하기 어렵다(피고인은 이러한 접속방식이 어떻게 가능한지 모르겠다고 주장하고 있을 뿐이다). 또한 게스트 접속방식이 어떻게 가능한지를 떠나 인터넷 방송 진행자인 피고인이 게스트의 접속사실을 인식하고 그의 시청을 묵인하면서 인터넷 방송을 계속 진행한 것이라면, 그 게스트는 인터넷 방송의 참여자 중 1인이었다고 보아야 한다.

피고인이 당시 그 게스트의 시청을 원치 않았다면 방송을 중단하거나 그 게스트에게 접속을 중단하고 떠나갈 것을 요구하여야 했을 것이나, 피고인이 이러한 조치를 취하였다고 볼만한 증거는 없으므로, 피고인은 게스트의 방송 시

청을 묵인하였다고 봄이 상당하다.

따라서 당시 게스트로 접속한 피해자는 인터넷 방송의 송수신인이었다고 볼 수 있다.

이러한 점에서도 피해자가 당시 피고인의 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

③ 나아가 피고인이 위 인터넷 방송에서 시청자(접속자)들을 상대로 욕성으로 발언하였다 하더라도 이는 현장에 있는 당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위가 아니므로 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'라고 할 수 없다.

이는 아래 (4)항의 경우에도 마찬가지이다.

(4) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언) 피고인이 2021. 6. 17. 23:17경 이 부분 공소사실 기재와 같은 발언을 할 당시 피해자는 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있었다.

피고인도 피해자가 게스트로 접속한 사실을 인식하였을 뿐만 아니라, 별지 5 기재와 같이 직접 피해자를 상대로 계속하여 발언을 이어나갔다.

따라서 피해자는 전기통신의 당사자인 송수신인이라 할 수 있으므로, 이러한 피해자의 녹화행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

피고인은 위 방송 당시 비밀번호를 설정하여 비공개성을 강화하였는데, 피해자가 다른 아이디로 접속하여 피고인으로부터 비밀번호를 알아낸 뒤 그 비밀번호를 이용하여 게스트로 접속한 것으로 추정된다고 주장한다.

그러나 그것이 사실이라 하더라도, 피고인이 피해자의 존재를 인식하고 피해자를 발언의 상대방으로 인정하여 계속 발언한 이상, 피해자를 송수신의 상대방으로 인정한 사실은 달라지지 아니한다.

이러한 당사자의 지위에 있는 피해자가 그 발언을 녹화하였다고 하여 피고인의 통신의 비밀과 자유가 침해되었다고 할 수 없으므로, 피고인이 주장하는 사정은 위 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.

## (2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항 위반 주장

앞서 본 사정들을 종합하여 보면, 피해자가 피고인의 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 각 인터넷 방송에 게스트로 접속한 것을 가리켜 피해자가 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반하여 접근권한 없이 접속한 것이라고 단정하기 어렵다.

설령 피해자가 위 각 인터넷 방송에 접속한 것이 접근권한 없이 이루어진 것이라고 하더라도, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 법률 규정에 의하여 보호되는 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선된다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 앞서 본 바와 같이 피해자가 위 각 인터넷 방송의 송수신 당사자로서 이를 녹화할 수 있다고 볼 수 있는 이상 그 녹화에 이르게 된 중간 과정에 관한 사정은 그 녹화파일의 증거능력 판단에 중대한 영향을 미친다고 보기 어렵다.



- ② 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항이 정당한 접근권한 없는 정보통신망 침입을 금지하는 것은 이용자의 신뢰 내지 그의 이익을 보호하기 위함이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533 판결 참조). 피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박하는 내용 등이 담긴 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하였다고 하여 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성이 얼마만큼 훼손당하였다고 보아야 하는지 의문이다.
- ③ 피고인은 위 각 방송 이전에 별지 2 기재와 같이 피해자를 협박하는 내용이 담긴 메시지를 전송하였다.  
피해자는 피고인이 인터넷 방송에서 자신에 대한 범죄행위를 할 수 있다는 두려움에 이를 확인하는 과정에서 피고인의 범죄행위를 인지하였고 이를 수사기관에 신고하고자 하는 목적으로 피고인의 방송을 녹화한 것이다.
- ④ 피해자는 피고인의 방송 중 이 사건 공소사실에 관한 부분만을 선별하여 재생시간을 3~5분 분량으로 편집한 녹화파일을 제출하였다.
- ⑤ 피해자가 수사기관에 제출한 인터넷 방송 녹화파일은 피고인이 이 사건 방송에서 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박한 직접적인 내용이 담겨 있어 피고인의 범죄를 규명하는데 반드시 필요한 증거이다.
- ⑥ 피고인 및 변호인은 원심 공판기일에서 피해자가 제출한 인터넷 방송 녹화파일에 대해 이미 증거동의하였다.

### (3) 저작권법 위반 주장

저작권법 제23조는 재판 또는 수사를 위하여 필요한 경우 그 한도 안에서 저작물을 복제하여 이용하는 것을 허용하고 있고, 다만 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우는 예외로 하고 있다.

피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피고인의 인터넷 방송을 녹화하여 제출한 것은 피고인의 명예훼손과 협박 범행을 증명하기 위한 것으로 이로 인하여 피고인의 이익이 부당하게 침해되었다고 보이지 않으므로, 저작권법 제23조에 의하여 허용되는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 피해자의 위 행위가 피고인의 지적재산권을 침해한 위법한 행위라고 볼 수 없다.

설령 이와 달리 본다 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 종합하여 보면, 피해자에 대한 욕설, 명예훼손 또는 협박 내용으로 가득찬 방송 콘텐츠에 대하여 저작권법으로 보호받는 피고인의 사적 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선한다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

다.

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등) 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등) 부분에 관한 판단

### 1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 주장과 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 다음과 같은 사정을 종합적으로 고려하여, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 나체 상태로 잠을 자고 있던 피해자의 모습을 사진 촬영한 사실이 인정되고, 피해자의 추정적 승낙 또한 인정될 수 없으며, 이러한 점에 대한 피고인의 고의 또한 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 고려한 사정은 ① 피해자는 피고인의 휴대전화에서 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 피고인을 112범죄신고센터에 신고하였고, 이 사건 촬영물은 새벽 04:30경 촬영된 것으로서, 피해자의 얼굴 및 가슴과 음부 등이 적나라하게 드러나는 반면 피해자가 촬영 사실을 인지하였다고 볼만한 모습은 드러나지 않는 점, ② 피고인이 피해자에게 '하의를 탈의한 채로 성관계를 하면서 마치 아무 일도 없는 것처럼 옷을 입은 상반신만 사진 촬영하면 재미있을 것 같다'는 취지의 말을 한 사정만으로는 피해자가 나체 상태로 잠든 자신의 모습을 피고인이 촬영하는 데까지 동의하였거나, 객관적 사정에 비추어 이에 대한 피해자의 승낙이 예견되었다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인은 은밀한 방식으로 이 사건 촬영물을 촬영하였고, 피해자가 이를 발견하자 상당히 당황하였던 것으로 보이는 점 등이다.

## 2) 당심의 판단

원심이 실시한 사정들에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 보태어 보면, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 이 사건 촬영물을 촬영하였다고 판단하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하다.

거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 피해자는 경찰에서 '피고인과 사진 촬영에 관한 이야기를 나눈 적이 없고, 피고인에게 사진 촬영에 대해 승낙하거나 승낙의 의미를 암시하는 말을 한 적이 없다'라는 취지로 진술하였고(증거기록 1권 36쪽), 검찰에서는 "피고인이 통화를 하면서 저에게 '성관계를 하면서 위쪽은 옷을 입은 상태로 남들이 볼 때는 성관계를 하는 중임을 모르게 위쪽만 사진을 같이 찍고 싶다'는 식의 말을 한 적이 있어 제가 그냥 웃어넘긴 적은 있습니다.

이 말을 피고인이 오해한 것인지는 모르겠지만, 제가 피고인이 저의 나체사진을 찍어도 된다고 동의한 적은 절대 없습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 288쪽). 피해자는 원심 법정에서는 "이런 이야기는 제가 나눈 적이 있어요. 이 친구가 먼저 저에게 '우리가 위에 옷을 입고 하의를 탈의한 채로 성기를 삽입하고, 자연스러운 커플사진인 것처럼 셀카 모드로 셀카를 찍으면' 그 셀카는 얼굴이에요. 얼굴이라는 애기도 분명히 그 자리에서 했어요. '얼굴 사진을 찍으면 다른 사람들이 봤을 땐 이 사진에 우리가 뭘 하고 있는 사진인지 모르겠고, 그럼 너무 재밌을 것 같지 않냐. 우리만 아는 비밀 사진을 만드는 거야'라는 식으로 이야기를 했고, 사실 저는 찍을 생각을 하지 않았지만 '그럴 수 있겠네. 나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라는 이야기를 한 적이 있어요"(공판기록 244쪽), "찍어도 된다는 대화를 한 사실은 전혀 없습니다.

얼굴 사진을 찍자고 했지, 성관계하는 사진을 찍자고 한 건 아니기 때문에..."(공판기록 245쪽)라고 진술하였다.

이러한 피해자의 진술은 '피해자가 이 사건 촬영물에 대해 사전에 동의하거나 승낙한 적이 없다'는 주요 부분에 대해서 그 진술이 일관되고 구체적이며, 피해자는 피고인이 성관계 장면의 사진 촬영을 제안할 당시 '웃어넘겼다'거나 '나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라고 대답하였다'고 진술하여 자신에게 불리할 수 있는 내용에 관해서도 숨기지 않고 솔직하게 진술하고 있어 그 진술의 신빙성이 높다.

- ② 한편 피고인은 경찰에서 "사건 전날 피해자와 통화할 때 '성관계를 할 때 서로 나체 사진을 찍자'라는 얘기를 서로 했고, 피해자도 그런 얘기를 할 때 크게 거부감 없이 동의를 했습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 73쪽), 검찰에서는 "솔직히 오래 되어서 정확히 어떤 말을 하였는지 기억이 나지 않습니다.

그런데 성관계 할 때 사진찍어도 된다고 얘기하였고 저는 그것은 사진을 찍어도 된다는 의미로 받아들였습니다"라고 진술하였으며(증거기록 1권 304쪽), 원심 법정에서는 "섹스 중 촬영에 대한 관련된 그런 대화도 있었어요. 그런데 그런 대화가 있었는데 밑에는 섹스 중이고 위에는 가리고 그런 식의 발언이 있었어요. 그래서 저는 섹스 중 촬영이 나체 사진보다 수위가 높다고 해서 그거를 허락한 줄 알았어요"라고 진술하였다(공판기록 344쪽). 나체가 보이게 사진을 찍는 것과 나체가 보이지 않게 사진을 찍는 것은 카메라 등 이용 촬영 범죄에서 핵심이 되는 중요한 부분에 관한 진술임에도, 피고인은 수사기관에서는 '성관계 도중 나체사진을 찍는 것에 피해자가 동의하는 말을 하였다'고 진술하다가, 원심 법정에서는 '성관계 도중 상체는 옷을 입은 채로 성관계를 하지 않는 것처럼 사진을 찍는 것에 대해 피해자가 동의하는 말을 하였다'는 취지로 진술하여 주요 부분에 대한 진술이 일관되지 않는다(피고인은 피해자가 촬영 사실에 동의하는 대화내용이 담긴 녹음파일을 삭제하였다고도 주장한다.

피고인은 검찰 단계에서 위 녹음파일이 외장하드에 저장되어 있다고 주장하여 이에 대한 디지털 포렌식까지 실시하였으나 그와 같은 파일은 존재하지 않았다.

피고인이 주장하는 녹음파일이 실제로 존재하였다거나 피해자가 그 녹음파일을 삭제하였다고 인정할 만한 아무런 증거가 없다).

- ③ 피해자는 검찰에서 "저희는 제가 방송을 하는 사람이다 보니 문제가 될 수 있어서 저희 둘도 사진을 같이 찍지 않았습니다", "피고인이 계속 같이 찍은 사진이 없다고 하여 월미도에 가서 사진을 한 번 같이 찍은 적이 있는데, 저는 그 사진도 혹시나 제 방송생활에 문제가 생길까봐 피고인에게 주지 않았습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 288~289쪽), 피고인도 검찰에서 "둘이 평소 같이 찍은 사진이 없는 것도 맞고, 월미도에서도 같이 사진을 찍은 것은 제가 아니라 피해자가 찍어서 저한테는 사진도 주지 않았습니다", "평소에 여자친구가 사진을 잘 찍으려고 하지 않았고, 본인사진을 주지 않았습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 305~306쪽). 즉, 피해자는 인터넷 방송 진행자로서 시청자들의 후원으로 생계를 유지하고 있었는데, 피해자의 방송에서 가장 많은 후원을 하여 소위 '회장'이라고 불리던 피고인과의 교제 사실이 시청자들에게 알려질 경우 방송에 지장이 있을 것으로 예상하여 피고인과 함께 평범한 사진을 찍는 것조차 거부하였던 것으로 보인다.

이러한 피해자가 피고인과 교제하는 사실을 넘어 성관계 사실까지 알려질 수 있고 나체 사진이 유포될 경우 사실상 인터넷 방송을 할 수 없게 될 수 있는 것을 감수하면서까지 이 사건 촬영물에 대해 사전동의하였다는 것은 경험칙에 반한다.

- ④ 피고인은 피해자의 집에서 자주 데이트를 하고 성관계를 가졌으므로 피고인의 주장대로 피해자의 사전동의가 있었다면, 피해자가 의식이 있는 상태에서 나체를 촬영할 수도 있었을 것으로 보인다.

그러나 피고인은 피해자가 잠이 든 뒤 약 3시간이 지난 사건 당일 새벽 04:30경 피해자의 나체를 촬영하였을 뿐만 아니라, 촬영 과정에서도 피해자에게 발각되지 않기 위하여 사진을 찍어도 소리가 나지 않는 '에스캠'이라는 휴대전화 어플리케이션을 사용하였다.

- ⑤ 피고인은 피해자의 나체를 촬영한 2021. 3. 18.부터 이 사건 촬영물이 피해자에게 발각된 2021. 3. 29.까지 약 11일 동안 피해자와 교제하면서 연락을 주고받거나 만나는 사이였음에도, 피해자에게 촬영 사실을 전혀 알리지 않았다.

반면 피해자는 2021. 3. 29. 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 경찰에 '남자친구가 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 신고하였다.

⑥ 피고인은 2021. 3. 31. 피해자에게 "다시 한 번 얘기할게. 너한테 걸릴 줄 알았었고, 그 자리에서 그거 무마시키려고 했어. 니 안방 들어가기 전에 충분히 뺄 수도 있었어. 그냥 놔둔 거야, 너 어디까지 하는지 몰라고. 그런데 거기서 좀 적당히 까불어"라고 말하였다(추가 증거기록 12쪽). 피고인은 피해자에게 이 사건 촬영물에 대해 '걸릴 줄 알았다'거나, '무마시키려고 했다'는 표현을 사용하고 있는데, 이는 이 사건 촬영물이 피해자의 의사에 반한다는 것을 피고인이 알고 있었음을 보여준다.

나아가 피고인과 피해자 사이의 2021. 4. 1. 자 녹취록에 의하면, 피해자가 "그렇게 몰래 사진 찍고, 그런 모든 게 실제 범죄잖아"라고 하자, 피고인은 "사진만 갖고 얘기해. 그 팩트만 갖고. 나 그거 인정했잖아"라고 답하였으며, 피해자가 재차 "그러니까 범죄잖아"라고 하자 피고인이 "어"라고 말하였다(추가 증거기록 3, 4쪽). 이러한 대화 내용 역시 피고인 스스로 본인의 행위가 범죄를 구성할 수 있음을 알고 있었다는 점을 보여준다.

라. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3, 4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점에 관한 판단

1) 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 부분(2021. 6. 14. 18:05경 및 같은 해 6. 17.경 01:14경 각 발언)

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*\*동 \*\*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

나) 원심의 판단

원심은 이 부분 각 공소사실에 대하여 피고인이 피해자를 각 협박한 사실은 인정되지만, 수사단서의 제공에 대한 보복목적이 있었다고 보이지 아니한다는 이유로 각 협박죄를 유죄로 인정하는 한편, 각 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(보복협박등)의 점은 이유무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로 피고인이 피해자가 피고인의 인터넷 방송을 시청하고 있다는 것을 인식하고 피해자를 상대로 해악을 고지하는 발언을 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 각 협박죄를 인정한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 피고인의 항소이유 주장은 이유 있다.

① 피고인은 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 기재 일시(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경)에 성인콘텐츠 인터넷 방송을 진행하였다.

피해자는 당시 블랙리스트 설정으로 인하여 피해자의 아이디로 피고인의 방송에 접속할 수 없자 게스트로 접속하였다.

② 피고인이 위 각 일시에 인터넷 방송을 진행하면서 한 발언들은 불특정 시청자들을 상대로 피해자에 관한 분노를 표출하고 폭로의 뜻을 밝힌 것으로 보일 뿐, 그 당시 피해자가 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있음을 인식하고 피해자를 상대로 직접 해악을 고지하는 발언을 하였다고 보기 어렵다.

먼저 피고인은 2021. 6. 14. 18:05경 인터넷 방송을 진행하면서 “누가 신고해가지고 나 어처구니가 없어가지고.”, “지들 마음이야. 씨발 것들, 맨날, 아니 그러니까 지들 마음에 안 들면 영정시키는 거야.” 등의 발언을 하였다.

여기서 “누가”, “지들” 등은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어로서 피해자가 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하고 피해자에 대하여 한 발언이 아니고, 인터넷 방송을 시청하는 불특정 다수인에 대하여 한 발언으로 보는 것이 자연스럽다.

다음 피고인은 2021. 6. 17. 01:14경 인터넷 방송을 진행하면서 “진짜 대놓고 방송 못하게 진짜. 그 씨발년 사람 좇나 건드려. 뒤질 것 같아” 등의 발언을 하였다.

여기서도 “그 씨발년”은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어임이 분명하다.

피고인이 “아니, 방송 커자마자 뭐 게스트가 들어오는 거는 뭐야, 도대체”라고 말하기는 하였으나 위와 같이 발언한 사정만으로 피고인이 피해자가 피고인의 방송에 게스트로 접속해 있다는 것을 알았다고 단정하기 어렵다.

피고인이 피해자를 상대방으로 보고 피해자에 대하여 직접 발언하였다고 볼만한 내용은 전혀 존재하지 아니하기 때문이다.

## 2) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

### 가) 관련 법리

협박죄에서 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로 명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없으나 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다(대법원 1991. 5. 10. 선고 90도2102 판결 참조).

### 나) 판단

#### (1) 피고인의 발언이 해악의 고지에 해당하는지 여부

피고인은 원심에서도 피고인과 피해자는 평소 상당한 수위의 욕설을 서로 주고받아 왔으므로 이러한 수준의 이 부분 공소사실 기재 발언 역시 피고인이 피해자에게 해악을 고지한 것이라고 볼 수 없다는 취지로 주장하였다.

원심은 그 판시 사정들을 종합하여 피고인이 자신의 인터넷 방송에서 한 발언들은 합리적인 상대방이 해악의 발생이 가능한 것으로 받아들일 정도로 구체적으로 해악을 고지한 것이라고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인에게 해악을 고지할 의사가 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인은 피해자가 2021. 6. 17. 23:17경 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하면서 피해자에게 해악을 고지할 의사가 있었음을 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 피고인은 2021. 6. 10.부터 2021. 6. 14.까지 '(사이트명 생략)'로부터 방송정지를 당하였다.

피고인은 방송정지가 해제된 당일 진행한 2021. 6. 14. 자 방송에서 "개인적으로 나한테 불만이 있는 그 사람이 신고를 때렸어", "형. 나 누가 신고한지 알아. 이야기를 못할 뿐이야. 버르고 있어"라고 하였고, 6. 17. 01:14경 진행한 방송에서도 "또 신고해가지고 방송 정지당하고. (...) 그 씨발년. 사람 좇나 건드려"라고 하였다.

이처럼 이 부분 범행 이전 방송에서 피고인은 누군가로부터 신고를 당하여 방송정지 징계를 받은 것에 대한 불만을 표출하면서 자신을 신고를 한 사람이 피해자라는 사실을 알고 있음을 암시하는 발언들을 해왔다.

② 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경 방송에서 "내가 씨발년아, 너한테 영정을 먹어야 되냐?"(별지 5 순번 4), "씨발년아, 또 신고해봐"(별지 5 순번 5), "게스트로 보고 있는 거 다 알고 있... 게스트가 있어, 지금"(별지 5 순번 11), "이 씨발년아. 게스트야. 내 방에서 녹화되고 있잖아. 이거 영구정지 먹어. 먹여. 이 씨발년아. 다른 거 켜줄게. 대륙에서 켜줄까? 크게 되려나? 대륙에 아는 사람들, 큰손들 많이 아는데. 그게 더 먹히겠지? 좇만한 년이. 씨발년아, 사람을 좇밥으로 아냐. 대륙에서 켜줄까"(별지 5 순번 14 내지 16), "내 방송 다 듣는 거 알아 이 씨발년아(별지 5 순번 34)"라고 말하였다.

이는 앞서 본 바와 같이 피고인이 신고자라고 생각한 피해자가 게스트로 접속하여 방송을 시청하고 있다는 것을 피고인이 알았음을 뒷받침한다.

3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 별지 1 범죄일람표 순번 제1번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 5. 15. 발언)

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 피고인이 2021. 3. 18. 04:30경 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 2021. 5. 15. 03:30경 인천 서구에 있는 피해자의 집 앞에 찾아가 현관문을 발로 차고 욕설을 하여 위협한 다음 피해자의 112 신고로 경찰관이 출동하자 같은 건물 지하 주차장으로 내려가 스마트폰을 이용하여 피해자에게 "경찰에 또 신고했네", "사진사건 나 많이 억울해", "제대로 당하고 나니까 일단 머리가 멍하네 죽을거야 다 모두 싹 다 너와 관련된 모든 사람들 그냥 다 죽일거야 너도 죽일거야 조심해라 신고해 또 잘하는 거 특기 살려야지", "시간이 지날수록 분노는 극에 달할거야", "니가 한국 어디로 이사 가든 난 널 찾을거야 니가 한국에 없어도 난 널 찾을거야", "널 어떻게 해줄까 고민해볼게 좀 더 잔인하게 해줄

수 있는 방법이 먼지 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어 오졌다 나를 경찰에 두 번이나 신고하네"라고 메시지를 전송하여 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사과 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

## 2) 원심의 판단

원심은, 피고인이 피해자를 협박한 데에는 자신과 교제했던 피해자가 자신을 이용하여 경제적 이익만 취득하였다는 배신감 및 '(사이트명 생략)'에 신고하여 방송정지가 되게 만들었다는 분노가 주된 동기를 이루었던 것으로 보이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였음이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소 사실을 이유무죄로 판단하였다.

## 3) 당심의 판단

### 가) 관련 법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항은 '자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적' 또는 '고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 거짓으로 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적'으로 형법상 폭행죄, 협박죄 등을 범한 경우 형법상의 법정형보다 더 무거운 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다.

여기에서 행위자에게 그러한 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적 관계, 범행 전후의 정황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 참조). 한편 이러한 목적범에서의 목적은 반드시 적극적 의욕이나 확정적 인식이 있어야만 하는 것은 아니고 미필적 인식으로도 충분하며, 또한 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지도 문제되지 아니 한다(대법원 2017. 11. 14. 선고 2014도8710 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 등 참조).

### 나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자가 2021. 3. 29. 피고인의 나체 사진 촬영 범행을 경찰에 신고하고, 2021. 5. 15. 피고인의 피해자의 집 현관문 앞 욕설, 위협 등을 경찰에 신고하여 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다고 봄이 타당하다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 검사의 항소이유 주장은 이유 있다.

- ① 피고인은 피해자의 신고로 출동한 경찰이 사건 현장을 떠난 직후인 2021. 5. 15. 04:26경부터 06:02경까지 피해자에게 "경찰에 또 신고했네 ㅈㅈ"(별지 2 순번 1), "그리고 나를 경찰에 신고하고"(별지 2 순번 17), "신고해 또", "누가 누구를 고소하는지 모르겠다"(별지 2 순번 80), "널 어떻게 해줄까. 고민해볼게 좀더. 잔인하게. 해줄 수 있는 방법이 먼지. 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어. 오졌다.

나를 경찰에 두 번이나 신고하네"(별지 2 순번 129 내지 135)라는 내용의 메시지를 보냈다.

② 피고인은 피해자가 경찰에 피고인을 신고한 것을 수차례 언급하면서 피해자 및 피해자와 관련된 자들을 죽여 버리겠다고 협박하였다.

피고인이 피해자에게 메시지를 보낸 시점, 그 메시지 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인은 2021. 3. 29.이나 2021. 5. 15.에 있었던 피해자의 경찰 신고에 대한 보복의 목적으로 피해자에게 메시지를 보냈고, 그에 대한 미필적 인식도 있었다고 충분히 인정된다.

③ 피고인이 보낸 메시지 중 일부에는 피고인은 자신과 교제하였고 상당한 금전적 지원까지 한 상대방인 피해자가 자신을 진심으로 대한 것이 아니었다는 배신감이나 2021. 5. 15.에도 다른 남자와 함께 집에 있으면서 자신에게 문을 열어 주지 않았다는 의심으로부터 비롯된 분노가 표현되어 있기는 하다.

그러나 앞서 본 바와 같이 피고인이 피해자의 경찰 신고를 직접적으로 거둬 언급하면서 피해자에게 해악을 가하겠다는 취지의 메시지를 전송한 것이 명확한 이상, 그와 같은 사정은 위 법리에 따라 보복의 목적을 인정하는데 아무런 장애가 되지 아니한다.

나. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경 각 발언)

앞서 2. 라. 1) 다)항에서 본 바와 같이 피고인이 피해자를 상대로 협박한 사실 자체가 증명되었다고 보기 어렵다.

따라서 어떠한 협박이 있음을 전제로 그것을 수사단서의 제공에 대한 보복목적의 협박이라고 보아야 한다는 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*동 \*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

2) 판단

원심은 그 판시 이유를 들어 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 위와 같은 행위를 한 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.



#### 4. 결론

원심판결 중 별지 1 범죄일람표 순번 제1, 2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로 파기되어야 한다.

그런데 위 파기 부분과 원심이 유죄로 인정한 나머지 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 위 나머지 유죄 부분 중 2021. 6. 17. 23:17경 협박죄 부분과 원심이 이유무죄로 판단한 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 일죄의 관계에 있으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장 등에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(증거능력에 관한 항소이유를 보충·추가하는 법률상 주장을 포함한다)

##### 1) 사실오인 및 법리오해

가) 수사기관의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2항 관련)

갤럭시 S21 휴대전화기(증 제1호, 이하 '이 사건 휴대전화'라 한다), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장된 피해자 사진(증거목록 순번 75)은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

① 이 사건 휴대전화는 피고인이 자발적인 의사에 기하여 임의제출한 것이 아니고 담당경찰관에 의해 강제로 압수된 것이다.

② 경찰은 영장 없이 피고인의 집과 학원을 수색하였고, 외장하드 등 위 장소에서 압수한 증거들에 대한 임의제출 동의서의 작성을 강요하였다.

피고인이 사후에 수색동의서를 작성하기는 하였으나 수색동의서만으로 강제처분인 수색을 할 수 없으며, 강제처분인 수색을 통해서 압수한 물건들은 임의제출의 대상이 될 수 없다.

③ 경찰은 압수한 정보저장매체들의 디지털 포렌식 과정에서 피고인의 참여권을 보장하지 않았고, '위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 동의서 또한 담당경찰관의 강압·협박에 의해 작성한 것이다.

④ 경찰은 이 사건 휴대전화, 외장하드 등을 압수한 다음날인 2021. 3. 30. 위 증거물들의 봉인을 해제하여 증거를 훼손하였고, 이로 인해 디지털 저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았음이 담보되지 않으므로 포렌식 결과 또한 신뢰할 수 없다.

정보저장매체 원본 반출 확인서의 서명은 담당경찰관의 강요 내지 협박에 의해 이루어진 것이고, 피고인은 원본 봉인과정에 참여한 사실이 없다.

⑤ 경찰은 피고인에게 압수한 전자정보의 상세목록을 교부하지 않았다.

나) 사인의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제3, 4항 관련)

피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거인 수사보고서(증거목록 순번 38, 48), 녹취서(증거목록 순번 73) 등은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

- ① 피해자가 전기통신인 피고인의 인터넷 방송을 감청하고, 공개되지 않은 타인간의 대화를 청취·녹음한 행위는 통신비밀보호법 제3조를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 증거능력이 없다.
- ② 피고인이 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 통하여 비로그인 이용자에 대하여 피고인이 진행하는 인터넷 방송에 대한 접근권한을 차단하였음에도 불구하고 피해자가 접근권한 없이 피고인의 방송에 침입한 행위는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.
- ③ 피해자가 피고인이 지적재산권을 갖고 있는 피고인의 인터넷 방송을 녹화·편집하여 복제물을 생성한 행위는 저작권법 제136조 제1항 제1호를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

다) 원심 판시 범죄사실 제1, 2항에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

피고인은 피해자의 사전동의를 얻어 피해자의 나체 사진을 촬영하였다.

라) 원심 판시 범죄사실 제3항 별지1 범죄일람표 2 내지 4에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

① 피고인의 발언은 인터넷 방송 정지에 대한 항의차원에서 한 것이므로 해악의 고지에 해당하지 않고, 피해자로 하여금 공포심을 일으키기에 충분하지도 않다.

② 피고인은 피해자의 아이디를 블랙리스트에 등록하고, 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 한 비공개 방송에서 해당 발언을 하였다.

당시 피고인으로서의 피해자가 피고인의 방송을 시청하고 있다는 사실을 인식할 수 없었기 때문에 피해자에게 해악을 고지한다는 의사가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형(징역 1년 6월 등)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해 주장(이유무죄 부분 관련)

피고인이 4차례에 걸쳐 피해자의 경찰신고에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박한 사실이 충분히 인정됨에도 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점을 모두 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 위 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 수사기관의 위법수집증거 주장에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하여 보면, 수사기관의 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 휴대전화(증 제1호), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장되어 있는 피해자 사진(증거목록 순번 75) 등은 그 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

1) 이 사건 휴대전화 및 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진의 증거능력

- ① 피해자는 2021. 3. 29. 피해자의 집에서 피고인과 함께 있던 중 피고인 소유의 이 사건 휴대전화에서 나체 상태로 잠을 자는 자신의 모습이 촬영된 사진 2장(이하 '이 사건 촬영물'이라 하고, 편의상 그 파일이나 이를 복사하여 외장하드에 저장한 사진 내지 파일도 이와 동일하게 지칭한다)을 발견하였다.

피해자는 같은 날 10:17경 '남자친구가 자신 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 112범죄신고센터에 신고하였다.

신고를 접한 경찰이 현장에 도착하자 피해자는 피해를 호소하였고 피고인은 그 자리에서 촬영 사실을 인정하면서 이 사건 휴대전화를 제출하였다.

- ② 경찰은 피고인이 위와 같이 촬영 사실을 인정하고 이 사건 휴대전화를 제출하는 점을 근거로 도망우려 및 증거인멸 우려가 없다고 판단하여 피고인에게 임의동행의 사유 및 이유, 언제든지 퇴거할 수 있는 등 권리를 고지한 후 피고인과 인천서부경찰서로 임의동행하였다.

피고인은 인천서부경찰서에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 9쪽)에 서명하고 무인(拇印)하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화 및 촬영물을 압수하고, 이에 대한 압수조서와 압수목록 교부서를 작성하였다.

- ③ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '피고인한테 이 사건 휴대전화를 제출할 거냐고 수차례 물어본 기억이 있고, 피고인이 제출한다고 하였다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 3쪽).

- ④ 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다(증거기록 1권 251쪽). 또한 피고인은 수사과정에서 변호인을 선임하였는데, 2021. 7. 26. 검찰에 제출된 '변호인 의견서'에는 제출의 임의성 여부를 다루는 내용은 없고, '피해자의 동의를 받아 촬영한 것이다'라는 주장만 있다.

- ⑤ 피고인은 최초 경찰 조사 단계에서부터 검찰 및 원심 법정에 이르기까지 촬영 사실 자체는 인정하면서 다만 피해자의 사전동의 하에 촬영한 것이라는 주장을 일관되게 하여 왔다.

이러한 입장에 의하면 피고인이 피해자와 함께 있던 현장에서 발각된 이 사건 촬영물 외에 문제될만한 다른 사진 등은 없었던 이 사건 휴대전화를 그 현장에 출동한 경찰에게 임의로 제출하는 것은 부자연스러워 보이지 않는다.

피고인과 변호인도 원심에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 사전동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 제출의 임의성을 다루기 시작하였다.

- ⑥ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 이 사건 휴대전화를 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

2) 외장하드 및 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물의 증거능력

- ① 수색이 피수색자의 자발적인 의사에 기하여 임의로 동의하여 이루어지고 그 수색에 의하여 발견된 물건이 피수색자의 자발적인 의사로 임의제출되어 압수된 경우, 이는 강제수사가 아닌 임의수사에 의하여 증거수집이 이루어진 것이므로, 그 수색·압수가 법관이 발부한 영장에 의하여 이루어지지 아니하였다는 사정만으로 위법하게 되어 증거능력이 부정되는 것은 아니다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도364 판결 등 참조).
- ② 경찰은 피해자로부터 위와 같이 신고를 받고 현장에 출동하여 피고인이 피해자의 나체 사진을 촬영한 사실을 확인하였는데, 당시 피해자는 위 나체 사진 2장도 이 사건 휴대전화의 휴지통에서 발견하는 등 다른 사진도 있을 것이라고 주장하였다.

- ③ 경찰은 피고인이 피고인 소유의 다른 전자정보저장매체에 촬영물을 저장하고 있는지 확인하기 위하여, 2021. 3. 29. 15:20경 피고인의 수색 동의를 받고 피고인의 주거지인 경기 오산시 (주소 1 생략) 등을 수색하였다.
- 수색 결과 위 주거지에서 외장하드, 노트북 등 전자정보저장매체가 발견되었다.

경찰은 피고인이 위 정보저장매체에 피해자의 다른 사진 등을 촬영하여 보관하고 있을 가능성이 있다고 판단하여 피고인의 동의하에 피고인으로부터 NT900X5N(노트북) 1대, SM-G930S(스마트폰) 1대, 외장하드(MTD10EH/K2) 1개, USB(32GB) 1개를 제출받았다.

- ④ 당일 인천서부경찰서로 돌아온 피고인은 '경찰의 수색을 거부할 수 있는 권리가 있음을 안내받았고, 피고인의 동의하에 피고인의 주거지를 수색함에 참여하였다'는 내용의 수색동의서에 무인하였다(증거기록 1권 14쪽). 피고인은 같은 날 오산시 주거지에서 압수된 위 정보저장매체들에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 19쪽) 및 소유권포기서(증거기록 1권 20쪽)에 서명하고 무인하였다.

경찰은 위 물건들을 압수하고 압수목록 교부서를 작성하였다.

- ⑤ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '동의서는 수색 이후 경찰서에 돌아와서 받은 게 맞지만 주거지를 수색하기 전 구두로 수차례 물어봐서 의사를 확인하였다', '오산시 주거지를 수색할 때, 경찰이 피고인에게 증거물들을 임의제출할거냐고 물어봤더니 피고인이 그러겠다고 대답해서 경찰이 직접 가지고 나온 것이다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽).

- ⑥ 한편 피고인은 2021. 3. 29. '본인은 전자저장매체 원본 및 모바일기기 봉인과정에 참여하여 봉인에 이상이 없음을 확인하였고, 정보저장매체 원본의 봉인 해제, 복제본의 획득, 정보저장매체 원본 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력 과정에 참여할 수 있음을 고지 받았으며, 위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 정보저장매체 원본 반출 확인서에 서명하고 무인하였다(증거기록 1권 22, 24~27쪽). 이로써 피고인은 디지털 포렌식 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였다.

- ⑦ 인천서부경찰서 수사관은 2021. 4. 1. 인천경찰청 사이버수사과 디지털 포렌식계에 디지털 증거분석을 의뢰하였는데, 디지털증거분석관이 작성한 디지털 증거분석 결과보고서에 의하면, 의뢰 당시 분석대상인 스마트폰 2대, 외장하드, USB는 모두 봉투에 봉인되어 있었던 것으로 나타난다(증거기록 1권 46~47쪽). 당심 증인 공소외 1도 법정에서 '2021. 3. 29. 증거물을 압수한 이후 증인을 비롯한 경찰관들이 봉인을 해제한 적은 없다'라고 진술하였다(증인신문

녹취서 4쪽). 설령 피고인의 주장과 같이 봉인이 해제된 적이 있다 하더라도, 이 사건에서 증거로 되는 것은 이 사건 휴대전화와 외장하드에 저장되어 있던 이 사건 촬영물(나체 사진)로서 이는 원본과의 동일성이나 무결성의 문제가 발생할 여지가 없으므로, 봉인 해제 여부를 문제 삼아 증거능력을 부정할 수는 없다.

⑧ 위 디지털 포렌식 분석 결과 이 사건 휴대전화 및 외장하드에서 이 사건 촬영물이 발견된 것 외에는 일체의 압수물에서 문제될만한 사진 등은 발견되지 아니하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화에 저장된 이 사건 촬영물은 이미 압수되었기 때문에 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물은 별도로 압수하지 않았다.

압수하지 않은 경우 '압수된 전자정보 상세목록'을 교부할 의무가 없으므로(형사소송법 제219조, 제129조, 형사소송규칙 제61조, 제62조) 그 교부서는 작성되지 아니한 것으로 보인다.

이 사건 휴대전화 및 외장하드에서만 이 사건 촬영물이 발견된 사실을 알고 있던 피고인은 2021. 6. 17. 이 사건 휴대전화와 외장하드를 제외한 다른 압수물(노트북 1대, 휴대전화 1대, USB 1대)에 대하여 압수물 환부·가환부 청구를 하였다(증거기록 1권 79쪽).

⑨ 앞서 본 바와 같이 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다.

또한 수사과정에서 선임된 피고인의 변호인이 2021. 7. 26. 검찰에 제출한 '변호인 의견서'에도 위 수색이나 제출 과정에서의 임의성을 문제 삼는 내용은 없었고, 오히려 임의제출에 의하여 압수된 외장하드에 피해자가 촬영을 사전동의한 내용이 저장되어 있으니 디지털 포렌식을 하여 달라고 요청하였으며(증거기록 1권 318쪽, 333쪽), 이에 검찰은 외장하드에 대한 디지털 포렌식을 실시하였다(증거기록 1권 436~438쪽).

⑩ 이미 피해자에게 발각된 이 사건 촬영물 외에는 문제될만한 다른 사진 등이 없었던 피고인으로서, 당시 피해자나 수사기관으로부터 다른 사진 등을 추가로 촬영한 것이 아닌지 의심 받는 상황에서 속히 그 의심을 벗기 위하여 수색 등에 동의할 동기도 있었다고 보인다.

피고인은 당시 위와 같이 수사기관에 정보저장매체들을 제출한 것 외에 피해자에게도 추가적인 해명을 하였는데, 피고인은 검찰 피의자신문에서 "피해자가 2021. 3.말, 4.초경에 직접 저의 메일함, 구글사진첩, 클라우드 등 기타 곳곳에 사진이 남아 있는지 직접 확인했고 전혀 남아 있지 않은 것을 피해자가 확인했습니다.

"라고 진술하였다(증거기록 1권 309쪽). 피고인과 변호인은 원심에서 위 압수물 등에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 수색과 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

⑪ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 위 수색동의 및 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 수색동의서 및 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 임의로 위 수색에 동의하고 위 압수물을 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

나아가 위에서 본 제반 사정에 비추어 보면, 수사기관의 앞서 본 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

#### 나. 사인의 위법수집증거 주장에 관한 판단

##### 1) 판단 범위

이 사건 공소사실 중 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 뒤에서 보는 바와 같이 피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39)의 증거능력 유무와 관계없이 각 무죄라고 판단되므로, 위 각 공소사실과 관련해서는 그 증거능력에 관하여 따로 판단하지 아니한다. 따라서 이 부분 주장은 위 녹화파일의 증거능력 유무에 따라 유무죄 판단이 달라질 수 있는 부분 즉 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 한정하여 증거능력 유무를 판단한다.

##### 2) 관련 법리

가) 통신비밀보호법 제3조는 “통신 및 대화비밀의 보호”라는 제목 하에 제1항 본문에서 “누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.

”고 규정하고 있다.

위 조항은 사생활의 비밀과 자유 특히 통신 등의 비밀과 자유를 보호법익으로 하는 것으로 해석된다.

전기통신을 하는 당사자의 일방이 상대방 모르게 전기통신 내용을 녹음하더라도 이는 통신 등의 비밀과 자유를 침해하는 것이 아니므로, 이러한 행위는 여기에서 말하는 감청에 해당하지 않는다.

따라서 여기서 ‘전기통신의 감청’이라 함은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다(대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 등 참조). 한편, 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 ‘대화’는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리키므로(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 참조) 전기통신의 송신인과 수신인이 전기통신을 이용하여 의사를 소통하는 것은 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 ‘대화’에 해당하지 않는다.

나) 통신비밀보호법 제4조는 “제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

”고 규정하고 있고, 그에 관하여 아무런 예외를 두지 않고 있다.

통신비밀보호법 제3조, 제4조의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 에 비추어 보면, 통신비밀보호법 제3조를 위반하여 불법 감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 증거능력이 없다고 보아야 하고, 이를 공익과 사익과의 비교형량을 거쳐 공익이 우월하다는 이유로 증거능력을 인정할 수는 없다.

다) 이와 달리 통신비밀보호법 제3조에 위배되지 않은 행위가 다른 법률 규정에 위배되는 경우에는 그 행위로 취득한 증거의 사용이 항시 금지되는 것은 아니다.

이러한 경우 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 그 다른 법률 규정에서 의하여 보호되는 이익 등을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결 등 참조). 이때 법원이 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 다른 법률 규정의 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.

법원으로서도 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 다른 법률 규정에 의한 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 그 정도, 증거수집 과정에서 그 보호이익을 침해하게 된 경위와 그 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결 등 참조).

### 3) 판단

#### 가) 기초사실

(1) 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2021. 5. 28.부터 2021. 7. 13.까지 인터넷 방송 사이트인 '(사이트명 생략)'에서 '(닉네임 생략)'이라는 닉네임을 사용하여 인터넷 개인 방송을 진행하였다.

이는 성인콘텐츠(19세 미만 이용제한) 방송으로, 서비스제공자인 (사이트명 생략)는 성인콘텐츠 방송의 경우 본인인증이 완료된 회원만이 시청 가능한 것으로 규정하고 있고, 본인인증을 거쳐 아이디를 등록한 회원은 그 아이디로 접속하여 누구나 무료로 성인콘텐츠를 시청할 수 있다.

한편 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 진행자(BJ)는 시청자로부터 시청료를 받는 것이 아니라 그 방송을 시청한 시청자들이 자발적으로 지급하는 후원료를 받아 수익을 얻고 그 수익을 (사이트명 생략)와 분배한다.

② 피고인은 위 기간 동안 피해자의 아이디인 '(아이디 생략)'을 블랙리스트에 등록하여 피해자가 피고인의 방송에 접속하는 것을 차단하였다.

③ 피해자는 자신의 아이디로 피고인의 인터넷 방송에 접속하는 것이 불가능하자 자신의 아이디로 로그인하지 않고 '게스트'로 피고인의 인터넷 방송에 접속하여 피고인의 발언을 녹화하였고, 그 녹화파일을 경찰에 제출하였다.

④ 피고인은 당심 법정에서 "방송하는 사람 좌측 상단에 방송에 들어온 모든 아이디를 확인할 수 있고, 로그인 하지 않고 들어온 사람은 게스트 1, 게스트 2 등으로 표시됩니다.

", "게스트 접속은 원래 없는 것으로 알고 있는데 그것이 어떻게 가능한지 모르겠습니다.

"라고 진술하였다(당심 제1회 공판조서). 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경에는 다른 아이디 접속자에 대하여 하는 것과 동일하게 게스트인 피해자를 상대로 직접 욕성으로 발언하였다.

(2) 한편, 피고인은 당심 변론종결 후인 2022. 7. 1. 변호인의견서를 제출하면서 피고인이 인터넷 방송을 진행하면서 피해자의 아이디에 대한 블랙리스트 등록 외에 추가로 비밀번호를 설정하였다고 주장하며 그 자료를 제출하였다.

그 자료는 피고인이 2021. 6. 14.과 2021. 6. 17. 다른 시청자들에게 인터넷 방송 비밀번호를 알려주었다는 것일 뿐, 2021. 6. 14. 이전에도 비밀번호를 설정하였다거나 그 비밀번호를 다른 시청자들에게 알려주었다는 자료는 없다.

나) 구체적 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거들은 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 관하여 그 증거능력을 모두 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(1) 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문 위반 주장

피해자의 녹화행위는 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정하는 '전기통신의 감청'에 해당하지 않고, 피고인이 인터넷 방송 시청자들을 상대로 한 발언은 위 조항에서 규정하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

따라서 피고인의 인터넷 방송 녹화파일 등은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 그 증거능력이 부정되지 않는다.

구체적인 이유는 다음과 같다.

(가) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분(2021. 6. 6. 17:30경 발언)

① 피고인이 방송한 '(사이트명 생략)'라는 플랫폼은 원칙적으로 인터넷 방송 진행자가 불특정 다수인에게 방송을 하기 위하여 이용되는 것이다.

피고인이 2021. 6. 6. 이 부분 공소사실과 같은 발언을 할 당시 인터넷 방송에 비밀번호를 설정하였다는 자료는 없으므로, 위 방송은 로그인을 하고 성인인증을 거치면 누구나 무료로 접속하여 방송을 시청할 수 있던 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 위 인터넷 방송 공간은 피고인의 통신 등의 비밀과 자유가 보호되는 사적 공간이라고 보기 어렵다.

피고인은 (사이트명 생략) 이용약관을 증거로 제출하면서 그 약관 제14조 제8항 제15호에서 '본 서비스를 통해 얻은 정보를 회사의 사전 승낙 없이 복제하거나 제3자에게 제공하는 행위'를 금하고 있으므로, 피고인의 인터넷 방송 공간은 사적 공간으로 보아야 한다고 주장한다.

그러나 위 약관을 보더라도 위 규정은 인터넷 방송 콘텐츠에 관한 제2차적 저작권이 (사이트명 생략) 측에 있음을 규정한 것에 불과하고 위 약관 제24조는 이를 구체화하고 있다.

즉 위 약관 제24조 제3항, 제4항은 제2차적 저작권자인 (사이트명 생략)는 회원이 서비스로 제공된 콘텐츠를 타 회원, 기타 이용자가 시청하도록 하거나 제휴사에게 제공하거나, 이를 녹화·편집·변경하여 타 회원, 기타 이용자가 시청하거나 제휴사에게 제공할 수 있고, (사이트명 생략), 타 회원, 기타 이용자, 제휴사는 회원의 콘텐츠를 복제·수정·각색·공연·전시·방송·배포 등을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 오히려 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 공간이 통신의 비밀과 자유가 보장되는 공간이 아니라는 점을 보여줄 뿐, 피고인의 주장과 같이 공개되지 않은 사적 공간임을 뒷받침하는 자료라고 볼 수 없다.

따라서 피해자가 당시 피고인이 인터넷 방송에서 한 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정하는 전기통신의 감청에 해당한다고 보기 어렵다.

② 피고인이 2021. 6. 6. 인터넷 방송을 진행할 무렵 피해자는 게스트로 방송에 접속하였다.



당시 피고인이 그 게스트가 피해자인 것을 알지 못하였다 하더라도 게스트가 접속한 사실 자체는 인식하고 있었다. 게스트의 접속이 다른 아이디 접속과 마찬가지로 인터넷 방송 진행자의 좌측 상단 화면에 명확히 표시되고 인터넷 방송 진행자와 게스트 접속자간에 송수신이 가능한 것이라면, (사이트명 생략)의 인터넷 방송 시스템 내에서 실제로 존재하는 게스트 접속방식이 해킹에 해당한다거나 위법한 것이라고 단정하기 어렵다(피고인은 이러한 접속방식이 어떻게 가능한지 모르겠다고 주장하고 있을 뿐이다). 또한 게스트 접속방식이 어떻게 가능한지를 떠나 인터넷 방송 진행자인 피고인이 게스트의 접속사실을 인식하고 그의 시청을 묵인하면서 인터넷 방송을 계속 진행한 것이라면, 그 게스트는 인터넷 방송의 참여자 중 1인이었다고 보아야 한다.

피고인이 당시 그 게스트의 시청을 원치 않았다면 방송을 중단하거나 그 게스트에게 접속을 중단하고 떠나갈 것을 요구하여야 했을 것이나, 피고인이 이러한 조치를 취하였다고 볼만한 증거는 없으므로, 피고인은 게스트의 방송 시청을 묵인하였다고 봄이 상당하다.

따라서 당시 게스트로 접속한 피해자는 인터넷 방송의 송수신인이었다고 볼 수 있다.

이러한 점에서도 피해자가 당시 피고인의 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

③ 나아가 피고인이 위 인터넷 방송에서 시청자(접속자)들을 상대로 욕성으로 발언하였다 하더라도 이는 현장에 있는 당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위가 아니므로 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'라고 할 수 없다.

이는 아래 (나)항의 경우에도 마찬가지이다.

(나) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언) 피고인이 2021. 6. 17. 23:17경 이 부분 공소사실 기재와 같은 발언을 할 당시 피해자는 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있었다.

피고인도 피해자가 게스트로 접속한 사실을 인식하였을 뿐만 아니라, 별지 5 기재와 같이 직접 피해자를 상대로 계속하여 발언을 이어나갔다.

따라서 피해자는 전기통신의 당사자인 송수신인이라 할 수 있으므로, 이러한 피해자의 녹화행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

피고인은 위 방송 당시 비밀번호를 설정하여 비공개성을 강화하였는데, 피해자가 다른 아이디로 접속하여 피고인으로부터 비밀번호를 알아낸 뒤 그 비밀번호를 이용하여 게스트로 접속한 것으로 추정된다고 주장한다.

그러나 그것이 사실이라 하더라도, 피고인이 피해자의 존재를 인식하고 피해자를 발언의 상대방으로 인정하여 계속 발언한 이상, 피해자를 송수신의 상대방으로 인정한 사실은 달라지지 아니한다.

이러한 당사자의 지위에 있는 피해자가 그 발언을 녹화하였다고 하여 피고인의 통신의 비밀과 자유가 침해되었다고 할 수 없으므로, 피고인이 주장하는 사정은 위 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.

## (2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항 위반 주장

앞서 본 사정들을 종합하여 보면, 피해자가 피고인의 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 각 인터넷 방송에 게스트로 접속한 것을 가리켜 피해자가 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반하여

접근권한 없이 접속한 것이라고 단정하기 어렵다.

설령 피해자가 위 각 인터넷 방송에 접속한 것이 접근권한 없이 이루어진 것이라고 하더라도, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 법률 규정에 의하여 보호되는 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선된다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 앞서 본 바와 같이 피해자가 위 각 인터넷 방송의 송수신 당사자로서 이를 녹화할 수 있다고 볼 수 있는 이상 그 녹화에 이르게 된 중간 과정에 관한 사정은 그 녹화파일의 증거능력 판단에 중대한 영향을 미친다고 보기 어렵다.

② 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항이 정당한 접근권한 없는 정보통신망 침입을 금지하는 것은 이용자의 신뢰 내지 그의 이익을 보호하기 위함이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533 판결 참조). 피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박하는 내용 등이 담긴 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하였다고 하여 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성이 얼마만큼 훼손당하였다고 보아야 하는지 의문이다.

③ 피고인은 위 각 방송 이전에 별지 2 기재와 같이 피해자를 협박하는 내용이 담긴 메시지를 전송하였다.

피해자는 피고인이 인터넷 방송에서 자신에 대한 범죄행위를 할 수 있다는 두려움에 이를 확인하는 과정에서 피고인의 범죄행위를 인지하였고 이를 수사기관에 신고하고자 하는 목적으로 피고인의 방송을 녹화한 것이다.

④ 피해자는 피고인의 방송 중 이 사건 공소사실에 관한 부분만을 선별하여 재생시간을 3~5분 분량으로 편집한 녹화파일을 제출하였다.

⑤ 피해자가 수사기관에 제출한 인터넷 방송 녹화파일은 피고인이 이 사건 방송에서 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박한 직접적인 내용이 담겨 있어 피고인의 범죄를 규명하는데 반드시 필요한 증거이다.

⑥ 피고인 및 변호인은 원심 공판기일에서 피해자가 제출한 인터넷 방송 녹화파일에 대해 이미 증거동의하였다.

### (3) 저작권법 위반 주장

저작권법 제23조는 재판 또는 수사를 위하여 필요한 경우 그 한도 안에서 저작물을 복제하여 이용하는 것을 허용하고 있고, 다만 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우는 예외로 하고 있다.

피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피고인의 인터넷 방송을 녹화하여 제출한 것은 피고인의 명예훼손과 협박 범행을 증명하기 위한 것으로 이로 인하여 피고인의 이익이 부당하게 침해되었다고 보이지 않으므로, 저작권법 제23조에 의하여 허용되는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 피해자의 위 행위가 피고인의 지적재산권을 침해한 위법한 행위라고 볼 수 없다.

설령 이와 달리 본다 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 종합하여 보면, 피해자에 대한 욕설, 명예훼손 또는 협박 내용으로 가득찬 방송 콘텐츠에 대하여 저작권법으로 보호받는 피고인의 사적 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선한다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

다.

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등) 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등) 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 주장과 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 다음과 같은 사정을 종합적으로 고려하여, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 나체 상태로 잠을 자고 있던 피해자의 모습을 사진 촬영한 사실이 인정되고, 피해자의 추정적 승낙 또한 인정될 수 없으며, 이러한 점에 대한 피고인의 고의 또한 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 고려한 사정은 ① 피해자는 피고인의 휴대전화에서 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 피고인을 112범죄신고센터에 신고하였고, 이 사건 촬영물은 새벽 04:30경 촬영된 것으로서, 피해자의 얼굴 및 가슴과 음부 등이 적나라하게 드러나는 반면 피해자가 촬영 사실을 인지하였다고 볼만한 모습은 드러나지 않는 점, ② 피고인이 피해자에게 '하의만을 탈의한 채로 성관계를 하면서 마치 아무 일도 없는 것처럼 옷을 입은 상반신만 사진 촬영하면 재미있을 것 같다'는 취지의 말을 한 사정만으로는 피해자가 나체 상태로 잠든 자신의 모습을 피고인이 촬영하는 데까지 동의하였거나, 객관적 사정에 비추어 이에 대한 피해자의 승낙이 예견되었다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인은 은밀한 방식으로 이 사건 촬영물을 촬영하였고, 피해자가 이를 발견하자 상당히 당황하였던 것으로 보이는 점 등이다.

#### 2) 당심의 판단

원심이 설시한 사정들에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 보태어 보면, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 이 사건 촬영물을 촬영하였다고 판단하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하다.

거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 피해자는 경찰에서 '피고인과 사진 촬영에 관한 이야기를 나눈 적이 없고, 피고인에게 사진 촬영에 대해 승낙하거나 승낙의 의미를 암시하는 말을 한 적이 없다'라는 취지로 진술하였고(증거기록 1권 36쪽), 검찰에서는 "피고인이 통화를 하면서 저에게 '성관계를 하면서 위쪽은 옷을 입은 상태로 남들이 볼 때는 성관계를 하는 중임을 모르게 위쪽만 사진을 같이 찍고 싶다'는 식의 말을 한 적이 있어 제가 그냥 웃어넘긴 적은 있습니다.

이 말을 피고인이 오해한 것인지는 모르겠지만, 제가 피고인이 저의 나체사진을 찍어도 된다고 동의한 적은 절대 없습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 288쪽). 피해자는 원심 법정에서는 "이런 이야기는 제가 나눈 적이 있어요. 이 친구가 먼저 저에게 '우리가 위에 옷을 입고 하의를 탈의한 채로 성기를 삽입하고, 자연스러운 커플사진인 것처럼 셀카 모드로 셀카를 찍으면' 그 셀카는 얼굴이에요. 얼굴이라는 애기도 분명히 그 자리에서 했어요. '얼굴 사진을 찍으면 다른 사람들이 봤을 땐 이 사진에 우리가 뭘 하고 있는 사진인지 모르겠고, 그럼 너무 재밌을 것 같지 않냐. 우

리만 아는 비밀 사진을 만드는 거야'라는 식으로 이야기를 했고, 사실 저는 찍을 생각을 하지 않았지만 '그럴 수 있겠네. 나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라는 이야기를 한 적이 있어요"(공판기록 244쪽), "찍어도 된다는 대화를 한 사실은 전혀 없습니다.

얼굴 사진을 찍자고 했지, 성관계하는 사진을 찍자고 한 건 아니기 때문에..."(공판기록 245쪽)라고 진술하였다.

이러한 피해자의 진술은 '피해자가 이 사건 촬영물에 대해 사전에 동의하거나 승낙한 적이 없다'는 주요 부분에 대해서 그 진술이 일관되고 구체적이며, 피해자는 피고인이 성관계 장면의 사진 촬영을 제안할 당시 '웃어넘겼다'거나 '나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라고 대답하였다'고 진술하여 자신에게 불리할 수 있는 내용에 관해서도 숨기지 않고 솔직하게 진술하고 있어 그 진술의 신빙성이 높다.

- ② 한편 피고인은 검찰에서 "사건 전날 피해자와 통화할 때 '성관계를 할 때 서로 나체 사진을 찍자'라는 얘기를 서로 했고, 피해자도 그런 얘기를 할 때 크게 거부감 없이 동의를 했습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 73쪽), 검찰에서는 "솔직히 오래 되어서 정확히 어떤 말을 하였는지 기억이 나지 않습니다.

그런데 성관계 할 때 사진찍어도 된다고 얘기하였고 저는 그것은 사진을 찍어도 된다는 의미로 받아들였습니다"라고 진술하였으며(증거기록 1권 304쪽), 원심 법정에서는 "섹스 중 촬영에 대한 관련된 그런 대화도 있었어요. 그런데 그런 대화가 있었는데 밑에는 섹스 중이고 위에는 가리고 그런 식의 발언이 있었어요. 그래서 저는 섹스 중 촬영이 나체 사진보다 수위가 높다고 해서 그거를 허락한 줄 알았어요"라고 진술하였다(공판기록 344쪽). 나체가 보이게 사진을 찍는 것과 나체가 보이지 않게 사진을 찍는 것은 카메라 등 이용 촬영 범죄에서 핵심이 되는 중요한 부분에 관한 진술임에도, 피고인은 수사기관에서는 '성관계 도중 나체사진을 찍는 것에 피해자가 동의하는 말을 하였다'고 진술하다가, 원심 법정에서는 '성관계 도중 상체는 옷을 입은 채로 성관계를 하지 않는 것처럼 사진을 찍는 것에 대해 피해자가 동의하는 말을 하였다'는 취지로 진술하여 주요 부분에 대한 진술이 일관되지 않는다(피고인은 피해자가 촬영 사실에 동의하는 대화내용이 담긴 녹음파일을 삭제하였다고도 주장한다.

피고인은 검찰 단계에서 위 녹음파일이 외장하드에 저장되어 있다고 주장하여 이에 대한 디지털 포렌식까지 실시하였으나 그와 같은 파일은 존재하지 않았다.

피고인이 주장하는 녹음파일이 실제로 존재하였다거나 피해자가 그 녹음파일을 삭제하였다고 인정할 만한 아무런 증거가 없다).

- ③ 피해자는 검찰에서 "저희는 제가 방송을 하는 사람이다 보니 문제가 될 수 있어서 저희 둘도 사진을 같이 찍지 않았습니다", "피고인이 계속 같이 찍은 사진이 없다고 하여 월미도에 가서 사진을 한 번 같이 찍은 적이 있는데, 저는 그 사진도 혹시나 제 방송생활에 문제가 생길까봐 피고인에게 주지 않았습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 288~289쪽), 피고인도 검찰에서 "둘이 평소 같이 찍은 사진이 없는 것도 맞고, 월미도에서도 같이 사진을 찍은 것은 제가 아니라 피해자가 찍어서 저한테는 사진도 주지 않았습니다", "평소에 여자친구가 사진을 잘 찍으려고 하지 않았고, 본인사진을 주지 않았습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 305~306쪽). 즉, 피해자는 인터넷 방송 진행자로서 시청자들의 후원으로 생계를 유지하고 있었는데, 피해자의 방송에서 가장 많은 후원을 하여 소위 '회장'이라고 불리던 피고인과의 교제 사실이 시청자들에게 알려질 경우 방송에 지장이 있을 것으로 예상하여 피고인과 함께 평범한 사진을 찍는 것조차 거부하였던 것으로 보인다.

이러한 피해자가 피고인과 교제하는 사실을 넘어 성관계 사실까지 알려질 수 있고 나체 사진이 유포될 경우 사실상 인터넷 방송을 할 수 없게 될 수 있는 것을 감수하면서까지 이 사건 촬영물에 대해 사전동의하였다는 것은 경험

칙에 반한다.

④ 피고인은 피해자의 집에서 자주 데이트를 하고 성관계를 가졌으므로 피고인의 주장대로 피해자의 사전동의가 있었다면, 피해자가 의식이 있는 상태에서 나체를 촬영할 수도 있었을 것으로 보인다.

그러나 피고인은 피해자가 잠이 든 뒤 약 3시간이 지난 사건 당일 새벽 04:30경 피해자의 나체를 촬영하였을 뿐만 아니라, 촬영 과정에서도 피해자에게 발각되지 않기 위하여 사진을 찍어도 소리가 나지 않는 '에스캠'이라는 휴대전화 어플리케이션을 사용하였다.

⑤ 피고인은 피해자의 나체를 촬영한 2021. 3. 18.부터 이 사건 촬영물이 피해자에게 발각된 2021. 3. 29.까지 약 11일 동안 피해자와 교제하면서 연락을 주고받거나 만나는 사이였음에도, 피해자에게 촬영 사실을 전혀 알리지 않았다. 반면 피해자는 2021. 3. 29. 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 경찰에 '남자친구가 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 신고하였다.

⑥ 피고인은 2021. 3. 31. 피해자에게 "다시 한 번 얘기할게. 너한테 걸릴 줄 알았었고, 그 자리에서 그거 무마시키려고 했어. 니 안방 들어가기 전에 충분히 뺄 수도 있었어. 그냥 놔둔 거야, 너 어디까지 하는지 몰라고. 그런데 거기서 좀 적당히 까불어"라고 말하였다(추가 증거기록 12쪽). 피고인은 피해자에게 이 사건 촬영물에 대해 '걸릴 줄 알았다'거나, '무마시키려고 했다'는 표현을 사용하고 있는데, 이는 이 사건 촬영물이 피해자의 의사에 반한다는 것을 피고인이 알고 있었음을 보여준다.

나아가 피고인과 피해자 사이의 2021. 4. 1. 자 녹취록에 의하면, 피해자가 "그렇게 몰래 사진 찍고, 그런 모든 게 실제 범죄잖아"라고 하자, 피고인은 "사진만 갖고 얘기해. 그 팩트만 갖고. 나 그거 인정했잖아"라고 답하였으며, 피해자가 재차 "그러니까 범죄잖아"라고 하자 피고인이 "어"라고 말하였다(추가 증거기록 3, 4쪽). 이러한 대화 내용 역시 피고인 스스로 본인의 행위가 범죄를 구성할 수 있음을 알고 있었다는 점을 보여준다.

라. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3, 4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점에 관한 판단

1) 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 부분(2021. 6. 14. 18:05경 및 같은 해 6. 17.경 01:14경 각 발언)

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*동 \*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

나) 원심의 판단

원심은 이 부분 각 공소사실에 대하여 피고인이 피해자를 각 협박한 사실은 인정되지만, 수사단서의 제공에 대한 보복목적이 있었다고 보이지 아니한다는 이유로 각 협박죄를 유죄로 인정하는 한편, 각 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(보복협박등)의 점은 이유무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로 피고인이 피해자가 피고인의 인터넷 방송을 시청하고 있다는 것을 인식하고 피해자를 상대로 해악을 고지하는 발언을 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 각 협박죄를 인정한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 피고인의 항소이유 주장은 이유 있다.

- ① 피고인은 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 기재 일시(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경)에 성인콘텐츠 인터넷 방송을 진행하였다.

피해자는 당시 블랙리스트 설정으로 인하여 피해자의 아이디로 피고인의 방송에 접속할 수 없자 게스트로 접속하였다.

② 피고인이 위 각 일시에 인터넷 방송을 진행하면서 한 발언들은 불특정 시청자들을 상대로 피해자에 관한 분노를 표출하고 폭로의 뜻을 밝힌 것으로 보일 뿐, 그 당시 피해자가 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있음을 인식하고 피해자를 상대로 직접 해악을 고지하는 발언을 하였다고 보기 어렵다.

먼저 피고인은 2021. 6. 14. 18:05경 인터넷 방송을 진행하면서 “누가 신고해가지고 나 어처구니가 없어가지고.”, “지들 마음이야. 씨발 것들, 맨날, 아니 그러니까 지들 마음에 안 들면 영정시키는 거야.” 등의 발언을 하였다.

여기서 “누가”, “지들” 등은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어로서 피해자가 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하고 피해자에 대하여 한 발언이 아니고, 인터넷 방송을 시청하는 불특정 다수인에 대하여 한 발언으로 보는 것이 자연스럽다.

다음 피고인은 2021. 6. 17. 01:14경 인터넷 방송을 진행하면서 “진짜 대놓고 방송 못하게 진짜. 그 씨발년 사람 좇나 건드려. 뒤질 것 같아” 등의 발언을 하였다.

여기서도 “그 씨발년”은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어임이 분명하다.

피고인이 “아니, 방송 커자마자 뭐 게스트가 들어오는 거는 뭐야, 도대체”라고 말하기는 하였으나 위와 같이 발언한 사정만으로 피고인이 피해자가 피고인의 방송에 게스트로 접속해 있다는 것을 알았다고 단정하기 어렵다.

피고인이 피해자를 상대방으로 보고 피해자에 대하여 직접 발언하였다고 볼만한 내용은 전혀 존재하지 아니하기 때문이다.

2) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

가) 관련 법리

협박죄에서 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로

명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없으나 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다(대법원 1991. 5. 10. 선고 90도2102 판결 참조).

#### 나) 판단

##### (1) 피고인의 발언이 해악의 고지에 해당하는지 여부

피고인은 원심에서도 피고인과 피해자는 평소 상당한 수위의 욕설을 서로 주고받아 왔으므로 이러한 수준의 이 부분 공소사실 기재 발언 역시 피고인이 피해자에게 해악을 고지한 것이라고 볼 수 없다는 취지로 주장하였다.

원심은 그 판시 사정들을 종합하여 피고인이 자신의 인터넷 방송에서 한 발언들은 합리적인 상대방이 해악의 발생이 가능한 것으로 받아들일 정도로 구체적으로 해악을 고지한 것이라고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

##### (2) 피고인에게 해악을 고지할 의사가 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인은 피해자가 2021. 6. 17. 23:17경 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하면서 피해자에게 해악을 고지할 의사가 있었음을 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

##### ① 피고인은 2021. 6. 10.부터 2021. 6. 14.까지 '(사이트명 생략)'로부터 방송정지를 당하였다.

피고인은 방송정지가 해제된 당일 진행한 2021. 6. 14. 자 방송에서 "개인적으로 나한테 불만이 있는 그 사람이 신고를 때렸어", "형. 나 누가 신고한지 알아. 이야기를 못할 뿐이야. 버리고 있어"라고 하였고, 6. 17. 01:14경 진행한 방송에서도 "또 신고해가지고 방송 정지당하고. (...) 그 씨발년. 사람 좇나 건드려"라고 하였다.

이처럼 이 부분 범행 이전 방송에서 피고인은 누군가로부터 신고를 당하여 방송정지 징계를 받은 것에 대한 불만을 표출하면서 자신을 신고한 사람이 피해자라는 사실을 알고 있음을 암시하는 발언들을 해왔다.

##### ② 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경 방송에서 "내가 씨발년아, 너한테 영정을 먹어야 되냐?"(별지 5 순번 4), "씨발년아, 또 신고해봐"(별지 5 순번 5), "게스트로 보고 있는 거 다 알고 있... 게스트가 있어, 지금"(별지 5 순번 11), "이 씨발년아. 게스트야. 내 방에서 녹화되고 있잖아. 이거 영구정지 먹어. 먹여. 이 씨발년아. 다른 거 켜줄게. 대륙에서 켜줄까? 크게 되려나? 대륙에 아는 사람들, 큰손들 많이 아는데. 그게 더 먹히겠지? 좇만한 년이. 씨발년이, 사람을 좇밥으로 아나. 대륙에서 켜줄까"(별지 5 순번 14 내지 16), "내 방송 다 듣는 거 알아 이 씨발년아(별지 5 순번 34)"라고 말하였다.

이는 앞서 본 바와 같이 피고인이 신고자라고 생각한 피해자가 게스트로 접속하여 방송을 시청하고 있다는 것을 피고인이 알았음을 뒷받침한다.

#### 3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 별지 1 범죄일람표 순번 제1번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 5. 15. 발언)

##### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 피고인이 2021. 3. 18. 04:30경 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 2021. 5. 15. 03:30경 인천 서구에 있는 피해자의 집 앞에 찾아가 현관문을 발로 차고 욕설을 하여 위협한 다음 피해자의 112 신고로 경찰관이 출동하자 같은 건물 지하 주차장으로 내려가 스마트폰을 이용하여 피해자에게 "경찰에 또 신고했네", "사진사건 나 많이 억울해", "제대로 당하고 나니까 일단 머리가 멍하네 죽을거야 다 모두 싹 다 너와 관련된 모든 사람들 그냥 다 죽일거야 너도 죽일거야 조심해라 신고해 또 잘하는 거 특기 살려야지", "시간이 지날수록 분노는 극에 달할거야", "니가 한국 어디로 이사 가든 난 널 찾을거야 니가 한국에 없어도 난 널 찾을거야", "널 어떻게 해줄까 고민해볼게 좀 더 잔인하게 해줄 수 있는 방법이 먼지 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어 오졌다 나를 경찰에 두 번이나 신고하네"라고 메시지를 전송하여 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

## 2) 원심의 판단

원심은, 피고인이 피해자를 협박한 데에는 자신과 교제했던 피해자가 자신을 이용하여 경제적 이익만 취득하였다는 배신감 및 '(사이트명 생략)'에 신고하여 방송정지가 되게 만들었다는 분노가 주된 동기를 이루었던 것으로 보이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였음이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소 사실을 이유무죄로 판단하였다.

## 3) 당심의 판단

### 가) 관련 법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항은 '자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적' 또는 '고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 거짓으로 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적'으로 형법상 폭행죄, 협박죄 등을 범한 경우 형법상의 법정형보다 더 무거운 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다.

여기에서 행위자에게 그러한 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적 관계, 범행 전후의 정황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 참조). 한편 이러한 목적범에서의 목적은 반드시 적극적 의욕이나 확정적 인식이 있어야만 하는 것은 아니고 미필적 인식으로도 충분하며, 또한 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지도 문제되지 아니 한다(대법원 2017. 11. 14. 선고 2014도8710 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 등 참조).

### 나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자가 2021. 3. 29. 피고인의 나체 사진 촬영 범행을 경찰에 신고하고, 2021. 5. 15. 피고인의 피해자의 집 현관문 앞 욕설, 위협 등을 경찰에 신고하여 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다고 봄



이 타당하다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 검사의 항소이유 주장은 이유 있다.

- ① 피고인은 피해자의 신고로 출동한 경찰이 사건 현장을 떠난 직후인 2021. 5. 15. 04:26경부터 06:02경까지 피해자에게 "경찰에 또 신고했네 ㅋㅋ"(별지 2 순번 1), "그리고 나를 경찰에 신고하고"(별지 2 순번 17), "신고해 또", "누가 누구를 고소하는지 모르겠다"(별지 2 순번 80), "널 어떻게 해줄까. 고민해볼게 좀더. 잔인하게. 해줄 수 있는 방법이 먼지. 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어. 오졌다. 나를 경찰에 두 번이나 신고하네"(별지 2 순번 129 내지 135)라는 내용의 메시지를 보냈다.

② 피고인은 피해자가 경찰에 피고인을 신고한 것을 수차례 언급하면서 피해자 및 피해자와 관련된 자들을 죽여 버리겠다고 협박하였다.

피고인이 피해자에게 메시지를 보낸 시점, 그 메시지 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인은 2021. 3. 29.이나 2021. 5. 15.에 있었던 피해자의 경찰 신고에 대한 보복의 목적으로 피해자에게 메시지를 보냈고, 그에 대한 미필적 인식도 있었다고 충분히 인정된다.

- ③ 피고인이 보낸 메시지 중 일부에는 피고인은 자신과 교제하였고 상당한 금전적 지원까지 한 상대방인 피해자가 자신을 진심으로 대한 것이 아니었다는 배신감이나 2021. 5. 15.에도 다른 남자와 함께 집에 있으면서 자신에게 문을 열어 주지 않았다는 의심으로부터 비롯된 분노가 표현되어 있기는 하다.

그러나 앞서 본 바와 같이 피고인이 피해자의 경찰 신고를 직접적으로 거듭 언급하면서 피해자에게 해악을 가하겠다는 취지의 메시지를 전송한 것이 명확한 이상, 그와 같은 사정은 위 법리에 따라 보복의 목적을 인정하는데 아무런 장애가 되지 아니한다.

나. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경 각 발언)

앞서 2. 라. 1) 다)항에서 본 바와 같이 피고인이 피해자를 상대로 협박한 사실 자체가 증명되었다고 보기 어렵다.

따라서 어떠한 협박이 있음을 전제로 그것을 수사단서의 제공에 대한 보복목적의 협박이라고 보아야 한다는 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*동 \*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

## 2) 판단

원심은 그 판시 이유를 들어 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 위와 같은 행위를 한 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 4. 결론

원심판결 중 별지 1 범죄일람표 순번 제1, 2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로 파기되어야 한다.

그런데 위 파기 부분과 원심이 유죄로 인정한 나머지 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 위 나머지 유죄 부분 중 2021. 6. 17. 23:17경 협박죄 부분과 원심이 이유무죄로 판단한 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 일죄의 관계에 있으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장 등에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(증거능력에 관한 항소이유를 보충·추가하는 법률상 주장을 포함한다)

##### 1) 사실오인 및 법리오해

가) 수사기관의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2항 관련)

갤럭시 S21 휴대전화기(증 제1호, 이하 '이 사건 휴대전화'라 한다), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장된 피해자 사진(증거목록 순번 75)은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

① 이 사건 휴대전화는 피고인이 자발적인 의사에 기하여 임의제출한 것이 아니고 담당경찰관에 의해 강제로 압수된 것이다.

② 경찰은 영장 없이 피고인의 집과 학원을 수색하였고, 외장하드 등 위 장소에서 압수한 증거들에 대한 임의제출 동의서의 작성을 강요하였다.

피고인이 사후에 수색동의서를 작성하기는 하였으나 수색동의서만으로 강제처분인 수색을 할 수 없으며, 강제처분인 수색을 통해서 압수한 물건들은 임의제출의 대상이 될 수 없다.

③ 경찰은 압수한 정보저장매체들의 디지털 포렌식 과정에서 피고인의 참여권을 보장하지 않았고, '위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 동의서 또한 담당경찰관의 강압·협박에 의해 작성한 것이다.

④ 경찰은 이 사건 휴대전화, 외장하드 등을 압수한 다음날인 2021. 3. 30. 위 증거물들의 봉인을 해제하여 증거를 훼손하였고, 이로 인해 디지털 저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았음이 담보되지 않으므로 포렌식 결과 또한 신뢰할 수 없다.

정보저장매체 원본 반출 확인서의 서명은 담당경찰관의 강요 내지 협박에 의해 이루어진 것이고, 피고인은 원본 봉 인과정에 참여한 사실이 없다.

⑤ 경찰은 피고인에게 압수한 전자정보의 상세목록을 교부하지 않았다.

나) 사인의 위법수집증거 주장(원심 판시 범죄사실 제3, 4항 관련)

피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거인 수사보고서 (증거목록 순번 38, 48), 녹취서(증거목록 순번 73) 등은 아래와 같은 이유로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다.

- ① 피해자가 전기통신인 피고인의 인터넷 방송을 감청하고, 공개되지 않은 타인간의 대화를 청취·녹음한 행위는 통신비밀보호법 제3조를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 증거능력이 없다.
- ② 피고인이 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 통하여 비로그인 이용자에 대하여 피고인이 진행하는 인터넷 방송에 대한 접근권한을 차단하였음에도 불구하고 피해자가 접근권한 없이 피고인의 방송에 침입한 행위는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.
- ③ 피해자가 피고인이 지적재산권을 갖고 있는 피고인의 인터넷 방송을 녹화·편집하여 복제물을 생성한 행위는 저작권법 제136조 제1항 제1호를 위반한 것이고, 이와 같이 위법한 방법으로 취득한 녹화파일은 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

다) 원심 판시 범죄사실 제1, 2항에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

피고인은 피해자의 사전동의를 얻어 피해자의 나체 사진을 촬영하였다.

라) 원심 판시 범죄사실 제3항 별지1 범죄일람표 2 내지 4에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

- ① 피고인의 발언은 인터넷 방송 정지에 대한 항의차원에서 한 것이므로 해악의 고지에 해당하지 않고, 피해자로 하여금 공포심을 일으키기에 충분하지도 않다.
- ② 피고인은 피해자의 아이디를 블랙리스트에 등록하고, 19세 미만 이용제한 설정 및 비밀번호 설정을 한 비공개 방송에서 해당 발언을 하였다.  
당시 피고인으로서의 피해자가 피고인의 방송을 시청하고 있다는 사실을 인식할 수 없었기 때문에 피해자에게 해악을 고지한다는 의사가 없었다.

2) 양형부당

원심의 형(징역 1년 6월 등)은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해 주장(이유무죄 부분 관련)

피고인이 4차례에 걸쳐 피해자의 경찰신고에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박한 사실이 충분히 인정됨에도 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점을 모두 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

## 2) 양형부당

원심이 선고한 위 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

## 2. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

### 가. 수사기관의 위법수집증거 주장에 관한 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하여 보면, 수사기관의 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 휴대전화(증 제1호), 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진(증 제2호), 외장하드(증 제5호) 및 외장하드에 저장되어 있는 피해자 사진(증거목록 순번 75) 등은 그 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 1) 이 사건 휴대전화 및 휴대전화기 내 저장된 피해자 신체 사진의 증거능력

① 피해자는 2021. 3. 29. 피해자의 집에서 피고인과 함께 있던 중 피고인 소유의 이 사건 휴대전화에서 나체 상태로 잠을 자는 자신의 모습이 촬영된 사진 2장(이하 '이 사건 촬영물'이라 하고, 편의상 그 파일이나 이를 복사하여 외장하드에 저장한 사진 내지 파일도 이와 동일하게 지칭한다)을 발견하였다.

피해자는 같은 날 10:17경 '남자친구가 자신 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 112범죄신고센터에 신고하였다.

신고를 접한 경찰이 현장에 도착하자 피해자는 피해를 호소하였고 피고인은 그 자리에서 촬영 사실을 인정하면서 이 사건 휴대전화를 제출하였다.

② 경찰은 피고인이 위와 같이 촬영 사실을 인정하고 이 사건 휴대전화를 제출하는 점을 근거로 도망우려 및 증거인멸 우려가 없다고 판단하여 피고인에게 임의동행의 사유 및 이유, 언제든지 퇴거할 수 있는 등 권리를 고지한 후 피고인과 인천서부경찰서로 임의동행하였다.

피고인은 인천서부경찰서에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 9쪽)에 서명하고 무인(摺印)하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화 및 촬영물을 압수하고, 이에 대한 압수조서와 압수목록 교부서를 작성하였다.

③ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '피고인한테 이 사건 휴대전화를 제출할 거냐고 수차례 물어본 기억이 있고, 피고인이 제출한다고 하였다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 3쪽).

④ 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다(증거기록 1권 251쪽). 또한 피고인은 수사과정에서 변호인을 선임하였는데, 2021. 7. 26. 검찰에 제출된 '변호인 의견서'에는 제출의 임의성 여부를 다루는 내용은 없고, '피해자의 동의를 받아 촬영한 것이다'라는 주장만 있다.

⑤ 피고인은 최초 경찰 조사 단계에서부터 검찰 및 원심 법정에 이르기까지 촬영 사실 자체는 인정하면서 다만 피해자의 사전동의 하에 촬영한 것이라는 주장을 일관되게 하여 왔다.

이러한 입장에 의하면 피고인이 피해자와 함께 있던 현장에서 발각된 이 사건 촬영물 외에 문제될만한 다른 사진 등은 없었던 이 사건 휴대전화를 그 현장에 출동한 경찰에게 임의로 제출하는 것은 부자연스러워 보이지 않는다. 피고인과 변호인도 원심에서 이 사건 휴대전화 및 촬영물에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 사전동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

- ⑥ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 이 사건 휴대전화를 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

## 2) 외장하드 및 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물의 증거능력

- ① 수색이 피수색자의 자발적인 의사에 기하여 임의로 동의하여 이루어지고 그 수색에 의하여 발견된 물건이 피수색자의 자발적인 의사로 임의제출되어 압수된 경우, 이는 강제수사가 아닌 임의수사에 의하여 증거수집이 이루어진 것이므로, 그 수색·압수가 법관이 발부한 영장에 의하여 이루어지지 아니하였다는 사정만으로 위법하게 되어 증거능력이 부정되는 것은 아니다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도364 판결 등 참조).

- ② 경찰은 피해자로부터 위와 같이 신고를 받고 현장에 출동하여 피고인이 피해자의 나체 사진을 촬영한 사실을 확인하였는데, 당시 피해자는 위 나체 사진 2장도 이 사건 휴대전화의 휴지통에서 발견하는 등 다른 사진도 있을 것이라고 주장하였다.

- ③ 경찰은 피고인이 피고인 소유의 다른 전자정보저장매체에 촬영물을 저장하고 있는지 확인하기 위하여, 2021. 3. 29. 15:20경 피고인의 수색 동의를 받고 피고인의 주거지인 경기 오산시 (주소 1 생략) 등을 수색하였다.

수색 결과 위 주거지에서 외장하드, 노트북 등 전자정보저장매체가 발견되었다.

경찰은 피고인이 위 정보저장매체에 피해자의 다른 사진 등을 촬영하여 보관하고 있을 가능성이 있다고 판단하여 피고인의 동의하에 피고인으로부터 NT900X5N(노트북) 1대, SM-G930S(스마트폰) 1대, 외장하드(MTD10EH/K2) 1개, USB(32GB) 1개를 제출받았다.

- ④ 당일 인천서부경찰서로 돌아온 피고인은 '경찰의 수색을 거부할 수 있는 권리가 있음을 안내받았고, 피고인의 동의하에 피고인의 주거지를 수색함에 참여하였다'는 내용의 수색동의서에 무인하였다(증거기록 1권 14쪽). 피고인은 같은 날 오산시 주거지에서 압수된 위 정보저장매체들에 대한 임의제출동의서(증거기록 1권 19쪽) 및 소유권포기서(증거기록 1권 20쪽)에 서명하고 무인하였다.

경찰은 위 물건들을 압수하고 압수목록 교부서를 작성하였다.

- ⑤ 당심 증인 공소외 1은 법정에서 '동의서는 수색 이후 경찰서에 돌아와서 받은 게 맞지만 주거지를 수색하기 전 구두로 수차례 물어봐서 의사를 확인하였다', '오산시 주거지를 수색할 때, 경찰이 피고인에게 증거물들을 임의제출할거냐고 물어봤더니 피고인이 그러겠다고 대답해서 경찰이 직접 가지고 나온 것이다'라는 취지로 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽).

⑥ 한편 피고인은 2021. 3. 29. '본인은 전자저장매체 원본 및 모바일기기 봉인과정에 참여하여 봉인에 이상이 없음을 확인하였고, 정보저장매체 원본의 봉인 해제, 복제본의 획득, 정보저장매체 원본 또는 복제본에 대한 탐색·복제·출력 과정에 참여할 수 있음을 고지 받았으며, 위 과정에 참여하지 않겠다'는 내용의 정보저장매체 원본 반출 확인서에 서명하고 무인하였다(증거기록 1권 22, 24~27쪽). 이로써 피고인은 디지털 포렌식 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였다.

⑦ 인천서부경찰서 수사관은 2021. 4. 1. 인천경찰청 사이버수사과 디지털 포렌식계에 디지털 증거분석을 의뢰하였는데, 디지털증거분석관이 작성한 디지털 증거분석 결과보고서에 의하면, 의뢰 당시 분석대상인 스마트폰 2대, 외장하드, USB는 모두 봉투에 봉인되어 있었던 것으로 나타난다(증거기록 1권 46~47쪽). 당시 증인 공소외 1도 법정에서 '2021. 3. 29. 증거물을 압수한 이후 증인을 비롯한 경찰관들이 봉인을 해제한 적은 없다'라고 진술하였다(증인신문 녹취서 4쪽). 설령 피고인의 주장과 같이 봉인이 해제된 적이 있다 하더라도, 이 사건에서 증거로 되는 것은 이 사건 휴대전화와 외장하드에 저장되어 있던 이 사건 촬영물(나체 사진)로서 이는 원본과의 동일성이나 무결성의 문제가 발생할 여지가 없으므로, 봉인 해제 여부를 문제 삼아 증거능력을 부정할 수는 없다.

⑧ 위 디지털 포렌식 분석 결과 이 사건 휴대전화 및 외장하드에서 이 사건 촬영물이 발견된 것 외에는 일체의 압수물에서 문제될만한 사진 등은 발견되지 아니하였다.

경찰은 이 사건 휴대전화에 저장된 이 사건 촬영물은 이미 압수되었기 때문에 외장하드에 저장된 이 사건 촬영물은 별도로 압수하지 않았다.

압수하지 않은 경우 '압수된 전자정보 상세목록'을 교부할 의무가 없으므로(형사소송법 제219조, 제129조, 형사소송규칙 제61조, 제62조) 그 교부서는 작성되지 아니한 것으로 보인다.

이 사건 휴대전화 및 외장하드에서만 이 사건 촬영물이 발견된 사실을 알고 있던 피고인은 2021. 6. 17. 이 사건 휴대전화와 외장하드를 제외한 다른 압수물(노트북 1대, 휴대전화 1대, USB 1대)에 대하여 압수물 환부·가환부 청구를 하였다(증거기록 1권 79쪽).

⑨ 앞서 본 바와 같이 검사 이계한이 2021. 7. 20. 작성한 '인권보호를 위한 구속 피의자 면담 결과서'에는 피고인이 '사법경찰관의 조사과정에 폭행·협박·가혹행위·진술강요 등이 없었다'.

사법경찰관 진술과정에서 유리한 사정을 충분히 진술하였다'는 취지로 면담한 것으로 기재되어 있다.

또한 수사과정에서 선임된 피고인의 변호인이 2021. 7. 26. 검찰에 제출한 '변호인 의견서'에도 위 수색이나 제출 과정에서의 임의성을 문제 삼는 내용은 없었고, 오히려 임의제출에 의하여 압수된 외장하드에 피해자가 촬영을 사전동의한 내용이 저장되어 있으니 디지털 포렌식을 하여 달라고 요청하였으며(증거기록 1권 318쪽, 333쪽), 이에 검찰은 외장하드에 대한 디지털 포렌식을 실시하였다(증거기록 1권 436~438쪽).

⑩ 이미 피해자에게 발각된 이 사건 촬영물 외에는 문제될만한 다른 사진 등이 없었던 피고인으로서, 당시 피해자나 수사기관으로부터 다른 사진 등을 추가로 촬영한 것이 아닌지 의심 받는 상황에서 속히 그 의심을 벗기 위하여 수색 등에 동의할 동기도 있었다고 보인다.

피고인은 당시 위와 같이 수사기관에 정보저장매체들을 제출한 것 외에 피해자에게도 추가적인 해명을 하였는데, 피고인은 검찰 피의자신문에서 "피해자가 2021. 3.말, 4.초경에 직접 저의 메일함, 구글사진첩, 클라우드 등 기타 곳곳에 사진이 남아 있는지 직접 확인했고 전혀 남아 있지 않은 것을 피해자가 확인했습니다.

"라고 진술하였다(증거기록 1권 309쪽). 피고인과 변호인은 원심에서 위 압수물 등에 대하여 모두 증거동의를 하였고, 다만 원심이 그 판시와 같은 근거를 들어 피고인의 동의 촬영 주장을 배척하자 당심에 이르러서 수색과 제출의 임의성을 다투기 시작하였다.

⑪ 이와 같은 피고인의 범행 적발 경위, 위 수색동의 및 임의제출 당시 상황 및 피고인의 태도, 수색동의서 및 임의제출동의서 작성 경위 및 내용, 이후 수사 과정 및 원심 법정에서의 피고인의 주장 내지 태도, 당심 증인 공소외 1의 법정진술 등에 비추어 보면, 피고인은 자발적인 의사에 기하여 임의로 위 수색에 동의하고 위 압수물을 임의로 제출하였다고 봄이 타당하다.

나아가 위에서 본 제반 사정에 비추어 보면, 수사기관의 앞서 본 증거수집과정에 피고인이 주장하는 것과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

#### 나. 사인의 위법수집증거 주장에 관한 판단

##### 1) 판단 범위

이 사건 공소사실 중 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 뒤에서 보는 바와 같이 피해자가 제출한 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39)의 증거능력 유무와 관계없이 각 무죄라고 판단되므로, 위 각 공소사실과 관련해서는 그 증거능력에 관하여 따로 판단하지 아니한다.

따라서 이 부분 주장은 위 녹화파일의 증거능력 유무에 따라 유무죄 판단이 달라질 수 있는 부분 즉 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 한정하여 증거능력 유무를 판단한다.

##### 2) 관련 법리

가) 통신비밀보호법 제3조는 "통신 및 대화비밀의 보호"라는 제목 하에 제1항 본문에서 "누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.

"고 규정하고 있다.

위 조항은 사생활의 비밀과 자유 특히 통신 등의 비밀과 자유를 보호법익으로 하는 것으로 해석된다.

전기통신을 하는 당사자의 일방이 상대방 모르게 전기통신 내용을 녹음하더라도 이는 통신 등의 비밀과 자유를 침해하는 것이 아니므로, 이러한 행위는 여기에서 말하는 감청에 해당하지 않는다.

따라서 여기서 '전기통신의 감청'이라 함은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다(대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 등 참조). 한편, 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리키므로(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 참조) 전기통신의 송신인과 수신인이 전기통신을 이용하여 의사를 소통하는 것은 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

나) 통신비밀보호법 제4조는 "제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

"고 규정하고 있고, 그에 관하여 아무런 예외를 두지 않고 있다.

통신비밀보호법 제3조, 제4조의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 에 비추어 보면, 통신비밀보호법 제3조를 위반하여 불법 감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 증거능력이 없다고 보아야 하고, 이를 공익과 사익과의 비교형량을 거쳐 공익이 우월하다는 이유로 증거능력을 인정할 수는 없다.

다) 이와 달리 통신비밀보호법 제3조에 위배되지 않은 행위가 다른 법률 규정에 위배되는 경우에는 그 행위로 취득한 증거의 사용이 항시 금지되는 것은 아니다.

이러한 경우 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 그 다른 법률 규정에서 의하여 보호되는 이익 등을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결 등 참조). 이때 법원이 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서의 진실발견이라는 공익 이 다른 법률 규정의 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.

법원으로서도 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 다른 법률 규정에 의한 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 그 정도, 증거수집 과정에서 그 보호이익을 침해하게 된 경위와 그 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄 의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결 등 참조).

### 3) 판단

#### 가) 기초사실

(1) 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 2021. 5. 28.부터 2021. 7. 13.까지 인터넷 방송 사이트인 '(사이트명 생략)'에서 '(닉네임 생략)'이라는 닉네임을 사용하여 인터넷 개인 방송을 진행하였다.

이는 성인콘텐츠(19세 미만 이용제한) 방송으로, 서비스제공자인 (사이트명 생략)는 성인콘텐츠 방송의 경우 본인인증이 완료된 회원만이 시청 가능한 것으로 규정하고 있고, 본인인증을 거쳐 아이디를 등록한 회원은 그 아이디로 접속하여 누구나 무료로 성인콘텐츠를 시청할 수 있다.

한편 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 진행자(BJ)는 시청자로부터 시청료를 받는 것이 아니라 그 방송을 시청한 시청자들이 자발적으로 지급하는 후원료를 받아 수익을 얻고 그 수익을 (사이트명 생략)와 분배한다.

② 피고인은 위 기간 동안 피해자의 아이디인 '(아이디 생략)'을 블랙리스트에 등록하여 피해자가 피고인의 방송에 접속하는 것을 차단하였다.

③ 피해자는 자신의 아이디로 피고인의 인터넷 방송에 접속하는 것이 불가능하자 자신의 아이디로 로그인하지 않고 '게스트'로 피고인의 인터넷 방송에 접속하여 피고인의 발언을 녹화하였고, 그 녹화파일을 경찰에 제출하였다.



④ 피고인은 당심 법정에서 "방송하는 사람 좌측 상단에 방송에 들어온 모든 아이디를 확인할 수 있고, 로그인 하지 않고 들어온 사람은 게스트 1, 게스트 2 등으로 표시됩니다.

", "게스트 접속은 원래 없는 것으로 알고 있는데 그것이 어떻게 가능한지 모르겠습니다.

"라고 진술하였다(당심 제1회 공판조서). 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경에는 다른 아이디 접속자에 대하여 하는 것과 동일하게 게스트인 피해자를 상대로 직접 욕성으로 발언하였다.

(2) 한편, 피고인은 당심 변론종결 후인 2022. 7. 1. 변호인의견서를 제출하면서 피고인이 인터넷 방송을 진행하면서 피해자의 아이디에 대한 블랙리스트 등록 외에 추가로 비밀번호를 설정하였다고 주장하며 그 자료를 제출하였다.

그 자료는 피고인이 2021. 6. 14.과 2021. 6. 17. 다른 시청자들에게 인터넷 방송 비밀번호를 알려주었다는 것일 뿐, 2021. 6. 14. 이전에도 비밀번호를 설정하였다거나 그 비밀번호를 다른 시청자들에게 알려주었다는 자료는 없다.

#### 나) 구체적 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인의 인터넷 방송 녹화파일(증거목록 순번 39) 및 이를 기초로 획득한 2차적 증거들은 이 사건 공소사실 중 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 및 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에 관하여 그 증거능력을 모두 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (1) 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문 위반 주장

피해자의 녹화행위는 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정하는 '전기통신의 감청'에 해당하지 않고, 피고인이 인터넷 방송 시청자들을 상대로 한 발언은 위 조항에서 규정하는 타인간의 '대화'에 해당하지 않는다.

따라서 피고인의 인터넷 방송 녹화파일 등은 통신비밀보호법 제4조에 의하여 그 증거능력이 부정되지 않는다.

구체적인 이유는 다음과 같다.

#### (가) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분(2021. 6. 6. 17:30경 발언)

① 피고인이 방송한 '(사이트명 생략)'라는 플랫폼은 원칙적으로 인터넷 방송 진행자가 불특정 다수인에게 방송을 하기 위하여 이용되는 것이다.

피고인이 2021. 6. 6. 이 부분 공소사실과 같은 발언을 할 당시 인터넷 방송에 비밀번호를 설정하였다는 자료는 없으므로, 위 방송은 로그인을 하고 성인인증을 거치면 누구나 무료로 접속하여 방송을 시청할 수 있던 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 위 인터넷 방송 공간은 피고인의 통신 등의 비밀과 자유가 보호되는 사적 공간이라고 보기 어렵다.

피고인은 (사이트명 생략) 이용약관을 증거로 제출하면서 그 약관 제14조 제8항 제15호에서 '본 서비스를 통해 얻은 정보를 회사의 사전 승낙 없이 복제하거나 제3자에게 제공하는 행위'를 금하고 있으므로, 피고인의 인터넷 방송 공간은 사적 공간으로 보아야 한다고 주장한다.

그러나 위 약관을 보더라도 위 규정은 인터넷 방송 콘텐츠에 관한 제2차적 저작권이 (사이트명 생략) 측에 있음을 규정한 것에 불과하고 위 약관 제24조는 이를 구체화하고 있다.

즉 위 약관 제24조 제3항, 제4항은 제2차적 저작권자인 (사이트명 생략)는 회원이 서비스로 제공된 콘텐츠를 타 회원, 기타 이용자가 시청하도록 하거나 제휴사에게 제공하거나, 이를 녹화·편집·변경하여 타 회원, 기타 이용자가 시청하

거나 제휴사에게 제공할 수 있고, (사이트명 생략), 타 회원, 기타 이용자, 제휴사는 회원의 콘텐츠를 복제·수정·각색·공연·전시·방송·배포 등을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 오히려 (사이트명 생략)의 인터넷 방송 공간이 통신의 비밀과 자유가 보장되는 공간이 아니라는 점을 보여줄 뿐, 피고인의 주장과 같이 공개되지 않은 사적 공간임을 뒷받침하는 자료라고 볼 수 없다.

따라서 피해자가 당시 피고인이 인터넷 방송에서 한 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 보기 어렵다.

② 피고인이 2021. 6. 6. 인터넷 방송을 진행할 무렵 피해자는 게스트로 방송에 접속하였다.

당시 피고인이 그 게스트가 피해자인 것을 알지 못하였다 하더라도 게스트가 접속한 사실 자체는 인식하고 있었다. 게스트의 접속이 다른 아이디 접속과 마찬가지로 인터넷 방송 진행자의 좌측 상단 화면에 명확히 표시되고 인터넷 방송 진행자와 게스트 접속자간에 송수신이 가능한 것이라면, (사이트명 생략)의 인터넷 방송 시스템 내에서 실제로 존재하는 게스트 접속방식이 해킹에 해당한다거나 위법한 것이라고 단정하기 어렵다(피고인은 이러한 접속방식이 어떻게 가능한지 모르겠다고 주장하고 있을 뿐이다). 또한 게스트 접속방식이 어떻게 가능한지를 떠나 인터넷 방송 진행자인 피고인이 게스트의 접속사실을 인식하고 그의 시청을 묵인하면서 인터넷 방송을 계속 진행한 것이라면, 그 게스트는 인터넷 방송의 참여자 중 1인이었다고 보아야 한다.

피고인이 당시 그 게스트의 시청을 원치 않았다면 방송을 중단하거나 그 게스트에게 접속을 중단하고 떠나갈 것을 요구하여야 했을 것이나, 피고인이 이러한 조치를 취하였다고 볼만한 증거는 없으므로, 피고인은 게스트의 방송 시청을 묵인하였다고 봄이 상당하다.

따라서 당시 게스트로 접속한 피해자는 인터넷 방송의 송수신인이었다고 볼 수 있다.

이러한 점에서도 피해자가 당시 피고인의 발언을 녹화한 행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

③ 나아가 피고인이 위 인터넷 방송에서 시청자(접속자)들을 상대로 육성으로 발언하였다 하더라도 이는 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위가 아니므로 통신비밀보호법에서 보호하는 타인간의 '대화'라고 할 수 없다.

이는 아래 (나)항의 경우에도 마찬가지이다.

(나) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언) 피고인이 2021. 6. 17. 23:17경 이 부분 공소사실 기재와 같은 발언을 할 당시 피해자는 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있었다.

피고인도 피해자가 게스트로 접속한 사실을 인식하였을 뿐만 아니라, 별지 5 기재와 같이 직접 피해자를 상대로 계속하여 발언을 이어나갔다.

따라서 피해자는 전기통신의 당사자인 송수신인이라 할 수 있으므로, 이러한 피해자의 녹화행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문에서 규정한 전기통신의 감청에 해당한다고 볼 수 없다.

피고인은 위 방송 당시 비밀번호를 설정하여 비공개성을 강화하였는데, 피해자가 다른 아이디로 접속하여 피고인으로부터 비밀번호를 알아낸 뒤 그 비밀번호를 이용하여 게스트로 접속한 것으로 추정된다고 주장한다.

그러나 그것이 사실이라 하더라도, 피고인이 피해자의 존재를 인식하고 피해자를 발언의 상대방으로 인정하여 계속 발언한 이상, 피해자를 송수신의 상대방으로 인정한 사실은 달라지지 아니한다.

이러한 당사자의 지위에 있는 피해자가 그 발언을 녹화하였다고 하여 피고인의 통신의 비밀과 자유가 침해되었다고 할 수 없으므로, 피고인이 주장하는 사정은 위 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.

(2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항 위반 주장

앞서 본 사정들을 종합하여 보면, 피해자가 피고인의 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 각 인터넷 방송에 게스트로 접속한 것을 가리켜 피해자가 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항을 위반하여 접근권한 없이 접속한 것이라고 단정하기 어렵다.

설령 피해자가 위 각 인터넷 방송에 접속한 것이 접근권한 없이 이루어진 것이라고 하더라도, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 법률 규정에 의하여 보호되는 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선된다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 앞서 본 바와 같이 피해자가 위 각 인터넷 방송의 송수신 당사자로서 이를 녹화할 수 있다고 볼 수 있는 이상 그 녹화에 이르게 된 중간 과정에 관한 사정은 그 녹화파일의 증거능력 판단에 중대한 영향을 미친다고 보기 어렵다.

② 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제48조 제1항이 정당한 접근권한 없는 정보통신망 침입을 금지하는 것은 이용자의 신뢰 내지 그의 이익을 보호하기 위함이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533 판결 참조). 피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박하는 내용 등이 담긴 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하였다고 하여 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성이 얼마만큼 훼손당하였다고 보아야 하는지 의문이다.

③ 피고인은 위 각 방송 이전에 별지 2 기재와 같이 피해자를 협박하는 내용이 담긴 메시지를 전송하였다.

피해자는 피고인이 인터넷 방송에서 자신에 대한 범죄행위를 할 수 있다는 두려움에 이를 확인하는 과정에서 피고인의 범죄행위를 인지하였고 이를 수사기관에 신고하고자 하는 목적으로 피고인의 방송을 녹화한 것이다.

④ 피해자는 피고인의 방송 중 이 사건 공소사실에 관한 부분만을 선별하여 재생시간을 3~5분 분량으로 편집한 녹화파일을 제출하였다.

⑤ 피해자가 수사기관에 제출한 인터넷 방송 녹화파일은 피고인이 이 사건 방송에서 피해자의 명예를 훼손하고 피해자를 협박한 직접적인 내용이 담겨 있어 피고인의 범죄를 규명하는데 반드시 필요한 증거이다.

⑥ 피고인 및 변호인은 원심 공판기일에서 피해자가 제출한 인터넷 방송 녹화파일에 대해 이미 증거동의하였다.

### (3) 저작권법 위반 주장

저작권법 제23조는 재판 또는 수사를 위하여 필요한 경우 그 한도 안에서 저작물을 복제하여 이용하는 것을 허용하고 있고, 다만 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우는 예외로 하고 있다.

피해자가 2021. 6. 6. 17:30경 및 2021. 6. 17. 23:17경 피고인의 인터넷 방송을 녹화하여 제출한 것은 피고인의 명예훼손과 협박 범행을 증명하기 위한 것으로 이로 인하여 피고인의 이익이 부당하게 침해되었다고 보이지 않으므로, 저작권법 제23조에 의하여 허용되는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 피해자의 위 행위가 피고인의 지적재산권을 침해한 위법한 행위라고 볼 수 없다.

설령 이와 달리 본다 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 종합하여 보면, 피해자에 대한 욕설, 명예훼손 또는 협박 내용으로 가득찬 방송 콘텐츠에 대하여 저작권법으로 보호받는 피고인의 사적 이익보다 효과적인 형사소추 내지 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 우선한다고 봄이 타당하므로, 위 녹화파일 등의 증거능력을 배제할 수 없다.

피고인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

다.

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등) 및 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영물소지등) 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 주장과 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 다음과 같은 사정을 종합적으로 고려하여, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 나체 상태로 잠을 자고 있던 피해자의 모습을 사진 촬영한 사실이 인정되고, 피해자의 추정적 승낙 또한 인정될 수 없으며, 이러한 점에 대한 피고인의 고의 또한 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심이 고려한 사정은 ① 피해자는 피고인의 휴대전화에서 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 피고인을 112범죄신고센터에 신고하였고, 이 사건 촬영물은 새벽 04:30경 촬영된 것으로서, 피해자의 얼굴 및 가슴과 음부 등이 적나라하게 드러나는 반면 피해자가 촬영 사실을 인지하였다고 볼만한 모습은 드러나지 않는 점, ② 피고인이 피해자에게 '하의만을 탈의한 채로 성관계를 하면서 마치 아무 일도 없는 것처럼 옷을 입은 상반신만 사진 촬영하면 재미있을 것 같다'는 취지의 말을 한 사정만으로는 피해자가 나체 상태로 잠든 자신의 모습을 피고인이 촬영하는 데까지 동의하였거나, 객관적 사정에 비추어 이에 대한 피해자의 승낙이 예견되었다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인은 은밀한 방식으로 이 사건 촬영물을 촬영하였고, 피해자가 이를 발견하자 상당히 당황하였던 것으로 보이는 점 등이다.

#### 2) 당심의 판단

원심이 설시한 사정들에다가 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 보태어 보면, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 이 사건 촬영물을 촬영하였다고 판단하고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하다.

거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 피해자는 경찰에서 '피고인과 사진 촬영에 관한 이야기를 나눈 적이 없고, 피고인에게 사진 촬영에 대해 승낙하거나 승낙의 의미를 암시하는 말을 한 적이 없다'라는 취지로 진술하였고(증거기록 1권 36쪽), 검찰에서는 "피고인이 통화를 하면서 저에게 '성관계를 하면서 위쪽은 옷을 입은 상태로 남들이 볼 때는 성관계를 하는 중임을 모르게 위쪽만 사진을 같이 찍고 싶다'는 식의 말을 한 적이 있어 제가 그냥 웃어넘긴 적은 있습니다.

이 말을 피고인이 오해한 것인지는 모르겠지만, 제가 피고인이 저의 나체사진을 찍어도 된다고 동의한 적은 절대 없습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 288쪽). 피해자는 원심 법정에서는 "이런 이야기는 제가 나눈 적이 있어요. 이 친구가 먼저 저에게 '우리가 위에 옷을 입고 하의를 탈의한 채로 성기를 삽입하고, 자연스러운 커플사진인 것처럼 셀카 모드로 셀카를 찍으면' 그 셀카는 얼굴이에요. 얼굴이라는 얘기도 분명히 그 자리에서 했어요. '얼굴 사진을 찍으면 다른 사람들이 봤을 땐 이 사진에 우리가 뭘 하고 있는 사진인지 모르겠고, 그럼 너무 재밌을 것 같지 않냐. 우리만 아는 비밀 사진을 만드는 거야'라는 식으로 이야기를 했고, 사실 저는 찍을 생각을 하지 않았지만 '그럴 수 있겠네. 나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라는 이야기를 한 적이 있어요"(공판기록 244쪽), "찍어도 된다는 대화를 한 사실은 전혀 없습니다.

얼굴 사진을 찍자고 했지, 성관계하는 사진을 찍자고 한 건 아니기 때문에..."(공판기록 245쪽)라고 진술하였다.

이러한 피해자의 진술은 '피해자가 이 사건 촬영물에 대해 사전에 동의하거나 승낙한 적이 없다'는 주요 부분에 대해서 그 진술이 일관되고 구체적이며, 피해자는 피고인이 성관계 장면의 사진 촬영을 제안할 당시 '웃어넘겼다'거나 '나체가 보이는 게 아니면 상관없지'라고 대답하였다'고 진술하여 자신에게 불리할 수 있는 내용에 관해서도 숨기지 않고 솔직하게 진술하고 있어 그 진술의 신빙성이 높다.

- ② 한편 피고인은 경찰에서 "사건 전날 피해자와 통화할 때 '성관계를 할 때 서로 나체 사진을 찍자'라는 얘기를 서로 했고, 피해자도 그런 얘기를 할 때 크게 거부감 없이 동의를 했습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 73쪽), 검찰에서는 "솔직히 오래 되어서 정확히 어떤 말을 하였는지 기억이 나지 않습니다.

그런데 성관계 할 때 사진찍어도 된다고 얘기하였고 저는 그것은 사진을 찍어도 된다는 의미로 받아들였습니다"라고 진술하였으며(증거기록 1권 304쪽), 원심 법정에서는 "섹스 중 촬영에 대한 관련된 그런 대화도 있었어요. 그런데 그런 대화가 있었는데 밑에는 섹스 중이고 위에는 가리고 그런 식의 발언이 있었어요. 그래서 저는 섹스 중 촬영이 나체 사진보다 수위가 높다고 해서 그거를 허락한 줄 알았어요"라고 진술하였다(공판기록 344쪽). 나체가 보이게 사진을 찍는 것과 나체가 보이지 않게 사진을 찍는 것은 카메라 등 이용 촬영 범죄에서 핵심이 되는 중요한 부분에 관한 진술임에도, 피고인은 수사기관에서는 '성관계 도중 나체사진을 찍는 것에 피해자가 동의하는 말을 하였다'고 진술하다가, 원심 법정에서는 '성관계 도중 상체는 옷을 입은 채로 성관계를 하지 않는 것처럼 사진을 찍는 것에 대해 피해자가 동의하는 말을 하였다'는 취지로 진술하여 주요 부분에 대한 진술이 일관되지 않는다(피고인은 피해자가 촬영 사실에 동의하는 대화내용이 담긴 녹음파일을 삭제하였다고도 주장한다.

피고인은 검찰 단계에서 위 녹음파일이 외장하드에 저장되어 있다고 주장하여 이에 대한 디지털 포렌식까지 실시하였으나 그와 같은 파일은 존재하지 않았다.

피고인이 주장하는 녹음파일이 실제로 존재하였다거나 피해자가 그 녹음파일을 삭제하였다고 인정할 만한 아무런 증거가 없다).

③ 피해자는 검찰에서 "저희는 제가 방송을 하는 사람이다 보니 문제가 될 수 있어서 저희 둘도 사진을 같이 찍지 않았 습니다", "피고인이 계속 같이 찍은 사진이 없다고 하여 월미도에 가서 사진을 한 번 같이 찍은 적이 있는데, 저는 그 사진도 혹시나 제 방송생활에 문제가 생길까봐 피고인에게 주지 않았습니다"라고 진술하였고(증거기록 1권 288~289쪽), 피고인도 검찰에서 "둘이 평소 같이 찍은 사진이 없는 것도 맞고, 월미도에서도 같이 사진을 찍은 것은 제가 아니라 피해자가 찍어서 저한테는 사진도 주지 않았습니다", "평소에 여자친구가 사진을 잘 찍으려고 하지 않았고, 본인사진을 주지 않았습니다"라고 진술하였다(증거기록 1권 305~306쪽). 즉, 피해자는 인터넷 방송 진행자로서 시청자들의 후원으로 생계를 유지하고 있었는데, 피해자의 방송에서 가장 많은 후원을 하여 소위 '회장'이라고 불리던 피고인과의 교제 사실이 시청자들에게 알려질 경우 방송에 지장이 있을 것으로 예상하여 피고인과 함께 평범한 사진을 찍는 것조차 거부하였던 것으로 보인다.

이러한 피해자가 피고인과 교제하는 사실을 넘어 성관계 사실까지 알려질 수 있고 나체 사진이 유포될 경우 사실상 인터넷 방송을 할 수 없게 될 수 있는 것을 감수하면서까지 이 사건 촬영물에 대해 사전동의하였다는 것은 경험칙에 반한다.

④ 피고인은 피해자의 집에서 자주 데이트를 하고 성관계를 가졌으므로 피고인의 주장대로 피해자의 사전동의가 있었다면, 피해자가 의식이 있는 상태에서 나체를 촬영할 수도 있었을 것으로 보인다.

그러나 피고인은 피해자가 잠이 든 뒤 약 3시간이 지난 사건 당일 새벽 04:30경 피해자의 나체를 촬영하였을 뿐만 아니라, 촬영 과정에서도 피해자에게 발각되지 않기 위하여 사진을 찍어도 소리가 나지 않는 '에스캠'이라는 휴대전화 어플리케이션을 사용하였다.

⑤ 피고인은 피해자의 나체를 촬영한 2021. 3. 18.부터 이 사건 촬영물이 피해자에게 발각된 2021. 3. 29.까지 약 11일 동안 피해자와 교제하면서 연락을 주고받거나 만나는 사이였음에도, 피해자에게 촬영 사실을 전혀 알리지 않았다. 반면 피해자는 2021. 3. 29. 이 사건 촬영물을 발견한 즉시 경찰에 '남자친구가 몰래 찍은 성관련 몰카 영상을 발견하였고, 남자친구와 같이 있다'라는 내용으로 신고하였다.

⑥ 피고인은 2021. 3. 31. 피해자에게 "다시 한 번 얘기할게. 너한테 걸릴 줄 알았었고, 그 자리에서 그거 무마시키려고 했어. 니 안방 들어가기 전에 충분히 뺄 수도 있었어. 그냥 놔둔 거야, 너 어디까지 하는지 몰라고. 그런데 거기서 좀 적당히 까불어"라고 말하였다(추가 증거기록 12쪽). 피고인은 피해자에게 이 사건 촬영물에 대해 '걸릴 줄 알았다'거나, '무마시키려고 했다'는 표현을 사용하고 있는데, 이는 이 사건 촬영물이 피해자의 의사에 반한다는 것을 피고인이 알고 있었음을 보여준다.

나아가 피고인과 피해자 사이의 2021. 4. 1. 자 녹취록에 의하면, 피해자가 "그렇게 몰래 사진 찍고, 그런 모든 게 실제 범죄잖아"라고 하자, 피고인은 "사진만 갖고 얘기해. 그 팩트만 갖고. 나 그거 인정했잖아"라고 답하였으며, 피해자가 재차 "그러니까 범죄잖아"라고 하자 피고인이 "어"라고 말하였다(추가 증거기록 3, 4쪽). 이러한 대화 내용 역시 피고인 스스로 본인의 행위가 범죄를 구성할 수 있음을 알고 있었다는 점을 보여준다.

라. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3, 4번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점에 관한 판단

1) 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 부분(2021. 6. 14. 18:05경 및 같은 해 6. 17.경 01:14경 각 발언)

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*\*동 \*\*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

나) 원심의 판단

원심은 이 부분 각 공소사실에 대하여 피고인이 피해자를 각 협박한 사실은 인정되지만, 수사단서의 제공에 대한 보복목적이 있었다고 보이지 아니한다는 이유로 각 협박죄를 유죄로 인정하는 한편, 각 특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(보복협박등)의 점은 이유무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로 피고인이 피해자가 피고인의 인터넷 방송을 시청하고 있다는 것을 인식하고 피해자를 상대로 해악을 고지하는 발언을 하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실에 대하여 각 협박죄를 인정한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 피고인의 항소이유 주장은 이유 있다.

- ① 피고인은 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 기재 일시(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경)에 성인콘텐츠 인터넷 방송을 진행하였다.

피해자는 당시 블랙리스트 설정으로 인하여 피해자의 아이디로 피고인의 방송에 접속할 수 없자 게스트로 접속하였다.

- ② 피고인이 위 각 일시에 인터넷 방송을 진행하면서 한 발언들은 불특정 시청자들을 상대로 피해자에 관한 분노를 표출하고 폭로의 뜻을 밝힌 것으로 보일 뿐, 그 당시 피해자가 피고인의 인터넷 방송에 게스트로 접속하여 이를 시청하고 있음을 인식하고 피해자를 상대로 직접 해악을 고지하는 발언을 하였다고 보기 어렵다.

먼저 피고인은 2021. 6. 14. 18:05경 인터넷 방송을 진행하면서 “누가 신고해가지고 나 어처구니가 없어가지고.”, “지들 마음이야. 씨발 것들, 맨날, 아니 그러니까 지들 마음에 안 들면 영정시키는 거야.” 등의 발언을 하였다.

여기서 “누가”, “지들” 등은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어로서 피해자가 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하고 피해자에 대하여 한 발언이 아니고, 인터넷 방송을 시청하는 불특정 다수인에 대하여 한 발언으로 보는 것이 자연스럽다.

다음 피고인은 2021. 6. 17. 01:14경 인터넷 방송을 진행하면서 “진짜 대놓고 방송 못하게 진짜. 그 씨발년 사람 좇나 건드려. 뒤질 것 같아” 등의 발언을 하였다.

여기서도 "그 씨발년"은 제3자를 지칭하는 3인칭 용어임이 분명하다.

피고인이 "아니, 방송 커자마자 뭐 게스트가 들어오는 거는 뭐야, 도대체"라고 말하기는 하였으나 위와 같이 발언한 사정만으로 피고인이 피해자가 피고인의 방송에 게스트로 접속해 있다는 것을 알았다고 단정하기 어렵다.

피고인이 피해자를 상대방으로 보고 피해자에 대하여 직접 발언하였다고 볼만한 내용은 전혀 존재하지 아니하기 때문이다.

## 2) 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 부분(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

### 가) 관련 법리

협박죄에서 협박이라 함은 일반적으로 보아 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 의미하므로 그 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니하고, 다만 행위자의 언동이 단순한 감정적인 욕설 내지 일시적 분노의 표시에 불과하여 주위사정에 비추어 가해의 의사가 없음이 객관적으로 명백한 때에는 협박행위 내지 협박의 의사를 인정할 수 없으나 위와 같은 의미의 협박행위 내지 협박의사가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 주위상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다(대법원 1991. 5. 10. 선고 90도2102 판결 참조).

### 나) 판단

#### (1) 피고인의 발언이 해악의 고지에 해당하는지 여부

피고인은 원심에서도 피고인과 피해자는 평소 상당한 수위의 욕설을 서로 주고받아 왔으므로 이러한 수준의 이 부분 공소사실 기재 발언 역시 피고인이 피해자에게 해악을 고지한 것이라고 볼 수 없다는 취지로 주장하였다.

원심은 그 판시 사정들을 종합하여 피고인이 자신의 인터넷 방송에서 한 발언들은 합리적인 상대방이 해악의 발생이 가능한 것으로 받아들일 정도로 구체적으로 해악을 고지한 것이라고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (2) 피고인에게 해악을 고지할 의사가 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인은 피해자가 2021. 6. 17. 23:17경 인터넷 방송을 시청하고 있음을 인식하면서 피해자에게 해악을 고지할 의사가 있었음을 인정할 수 있다.

피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

#### ① 피고인은 2021. 6. 10.부터 2021. 6. 14.까지 '(사이트명 생략)'로부터 방송정지를 당하였다.

피고인은 방송정지가 해제된 당일 진행한 2021. 6. 14. 자 방송에서 "개인적으로 나한테 불만이 있는 그 사람이 신고를 때렸어", "형. 나 누가 신고한지 알아. 이야기를 못할 뿐이야. 버리고 있어"라고 하였고, 6. 17. 01:14경 진행한 방송에서도 "또 신고해가지고 방송 정지당하고. (...) 그 씨발년. 사람 좇나 건드려"라고 하였다.

이처럼 이 부분 범행 이전 방송에서 피고인은 누군가로부터 신고를 당하여 방송정지 징계를 받은 것에 대한 불만을 표출하면서 자신을 신고한 사람이 피해자라는 사실을 알고 있음을 암시하는 발언들을 해왔다.



② 피고인은 2021. 6. 17. 23:17경 방송에서 "내가 씨발년아, 너한테 영정을 먹어야 되냐?"(별지 5 순번 4), "씨발년아, 또 신고해봐"(별지 5 순번 5), "게스트로 보고 있는 거 다 알고 있... 게스트가 있어, 지금"(별지 5 순번 11), "이 씨발년아. 게스트야. 내 방에서 녹화되고 있잖아. 이거 영구정지 먹어. 먹여. 이 씨발년아. 다른 거 켜줄게. 대륙에서 켜줄까? 크게 되려나? 대륙에 아는 사람들, 큰손들 많이 아는데. 그게 더 먹히겠지? 좇만한 년이. 씨발년이, 사람을 좇밥으로 아나. 대륙에서 켜줄까"(별지 5 순번 14 내지 16), "내 방송 다 듣는 거 알아 이 씨발년아(별지 5 순번 34)"라고 말하였다.

이는 앞서 본 바와 같이 피고인이 신고자라고 생각한 피해자가 게스트로 접속하여 방송을 시청하고 있다는 것을 피고인이 알았음을 뒷받침한다.

### 3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 별지 1 범죄일람표 순번 제1번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 5. 15. 발언)

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 피고인이 2021. 3. 18. 04:30경 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 2021. 5. 15. 03:30경 인천 서구에 있는 피해자의 집 앞에 찾아가 현관문을 발로 차고 욕설을 하여 위협한 다음 피해자의 112 신고로 경찰관이 출동하자 같은 건물 지하 주차장으로 내려가 스마트폰을 이용하여 피해자에게 "경찰에 또 신고했네", "사진사건 나 많이 억울해", "제대로 당하고 나니까 일단 머리가 멍하네 죽을거야 다 모두 싹 다 너와 관련된 모든 사람들 그냥 다 죽일거야 너도 죽 일거야 조심해라 신고해 또 잘하는 거 특기 살려야지", "시간이 지날수록 분노는 극에 달할거야", "니가 한국 어디로 이사 가든 난 널 찾을거야 니가 한국에 없어도 난 널 찾을거야", "널 어떻게 해줄까 고민해볼게 좀 더 잔인하게 해줄 수 있는 방법이 먼지 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어 오졌다 나를 경찰에 두 번이나 신고하네"라고 메시지를 전송하여 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

#### 2) 원심의 판단

원심은, 피고인이 피해자를 협박한 데에는 자신과 교제했던 피해자가 자신을 이용하여 경제적 이익만 취득하였다는 배신감 및 '(사이트명 생략)'에 신고하여 방송정지가 되게 만들었다는 분노가 주된 동기를 이루었던 것으로 보이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였음이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

#### 3) 당심의 판단

##### 가) 관련 법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항은 '자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적' 또는 '고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출을 하지 못하게 하거나 고소·고발을 취소하게 하거나 거짓으로 진술·증언·자료제출을 하게 할 목적'으로 형법상 폭행죄, 협박죄 등을 범한 경우 형법상의 법정형보다 더 무거운 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하

고 있다.

여기에서 행위자에게 그러한 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적 관계, 범행 전후의 정황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 참조). 한편 이러한 목적범에서의 목적은 반드시 적극적 의욕이나 확정적 인식이 있어야만 하는 것은 아니고 미필적 인식으로도 충분하며, 또한 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지도 문제되지 아니 한다(대법원 2017. 11. 14. 선고 2014도8710 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 등 참조).

나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자가 2021. 3. 29. 피고인의 나체 사진 촬영 범행을 경찰에 신고하고, 2021. 5. 15. 피고인의 피해자의 집 현관문 앞 욕설, 위협 등을 경찰에 신고하여 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다고 봄이 타당하다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 검사의 항소이유 주장은 이유 있다.

① 피고인은 피해자의 신고로 출동한 경찰이 사건 현장을 떠난 직후인 2021. 5. 15. 04:26경부터 06:02경까지 피해자에게 "경찰에 또 신고했네 ㅋㅋ"(별지 2 순번 1), "그리고 나를 경찰에 신고하고"(별지 2 순번 17), "신고해 또", "누가 누구를 고소하는지 모르겠다"(별지 2 순번 80), "널 어떻게 해줄까. 고민해볼게 좀더. 잔인하게. 해줄 수 있는 방법이 먼지. 시간이 지날수록 내 분노는 커지고 있어. 오졌다.

나를 경찰에 두 번이나 신고하네"(별지 2 순번 129 내지 135)라는 내용의 메시지를 보냈다.

② 피고인은 피해자가 경찰에 피고인을 신고한 것을 수차례 언급하면서 피해자 및 피해자와 관련된 자들을 죽여 버리겠다고 협박하였다.

피고인이 피해자에게 메시지를 보낸 시점, 그 메시지 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인은 2021. 3. 29.이나 2021. 5. 15.에 있었던 피해자의 경찰 신고에 대한 보복의 목적으로 피해자에게 메시지를 보냈고, 그에 대한 미필적 인식도 있었다고 충분히 인정된다.

③ 피고인이 보낸 메시지 중 일부에는 피고인은 자신과 교제하였고 상당한 금전적 지원까지 한 상대방인 피해자가 자신을 진심으로 대한 것이 아니었다는 배신감이나 2021. 5. 15.에도 다른 남자와 함께 집에 있으면서 자신에게 문을 열어 주지 않았다는 의심으로부터 비롯된 분노가 표현되어 있기는 하다.

그러나 앞서 본 바와 같이 피고인이 피해자의 경찰 신고를 직접적으로 거둬 언급하면서 피해자에게 해악을 가하겠다는 취지의 메시지를 전송한 것이 명확한 이상, 그와 같은 사정은 위 법리에 따라 보복의 목적을 인정하는데 아무런 장애가 되지 아니한다.

나. 별지 1 범죄일람표 순번 제2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 14. 18:05경 및 2021. 6. 17. 01:14경 각 발언)

앞서 2. 라. 1) 다)항에서 본 바와 같이 피고인이 피해자를 상대로 협박한 사실 자체가 증명되었다고 보기 어렵다.

따라서 어떠한 협박이 있음을 전제로 그것을 수사단서의 제공에 대한 보복목적의 협박이라고 보아야 한다는 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)의 점(2021. 6. 17. 23:17경 발언)

#### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2021. 3. 29. 10:19경 인천 서구 ○○○○로 \*\*\*, \*\*동 \*\*호에 있는 피해자의 집에서 화장실을 이용하는 사이에 몰래 촬영한 피해자의 나체 사진 파일 2개를 발견한 피해자가 112에 신고하여 경찰 수사를 받게 된 것에 앙심을 품고 보복의 목적으로 피해자를 협박하기로 마음먹은 후, 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 기재와 같이 피해자를 협박하였다.

이로써 피고인은 자기의 형사사건의 수사와 관련하여 수사단서의 제공에 대한 보복의 목적으로 피해자를 협박하였다.

#### 2) 판단

원심은 그 판시 이유를 들어 피고인이 피해자가 피고인을 경찰에 신고함으로써 수사단서를 제공한 것에 대한 보복의 목적으로 위와 같은 행위를 한 사실이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다고 보아 이 부분 공소사실을 이유무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인이나 법리오해의 잘못이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 4. 결론

원심판결 중 별지 1 범죄일람표 순번 제1, 2, 3번 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로 파기되어야 한다.

그런데 위 파기 부분과 원심이 유죄로 인정한 나머지 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 위 나머지 유죄 부분 중 2021. 6. 17. 23:17경 협박죄 부분과 원심이 이유무죄로 판단한 별지 1 범죄일람표 순번 제4번 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등) 부분은 일죄의 관계에 있으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장 등에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.