

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)·정보통신망이

용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)

[대전지방법원 2017. 12. 6. 2017노1867]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 박선영(기소), 신지나(공판)

【변 호 인】 법무법인 유앤아이 담당변호사 최정기

【원심판결】 대전지방법원 2017. 6. 9. 선고 2017고단211 판결

【주문】

】

원심판결 중 유죄부분(이유 무죄부분 포함)을 파기한다.

피고인을 징역 1년에 처한다.

압수된 증 제1 내지 5호를 몰수한다.

원심판결 중 무죄부분(이유 무죄부분 제외)에 대한 검사의 항소를 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

1) 피고인(유죄부분)

가) '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심은 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편을 판매한 행위가 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항에 해당한다고 판단하였으나, 위 규정은 그 문언상 다른 사람의 신체를 촬영한 자가 직접 그 촬영물을 판매하는 경우만을 의미하는 것이고 피해자 또는 제3자가 촬영한 촬영물을 판매하는 것은 위 규정에 의하여 처벌될 수 없다. 결국 위 59편의 동영상은 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 영상물일 뿐 피고인이 촬영한 촬영물이 아니고, 설령 피고인이 촬영한 것에 해당한다고 하더라도 피해자들의 의사에 반하여 판매되었다는 점이 증명되지 않은 점, 위 18편의 동영상도 인터넷을 통해 다운로드 받은 것일 뿐이므로 피고인이 직접 촬영한 것이 아닌 점 등에 비추어, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다.

나) 별지 범죄일람표(이하 '범죄일람표'라고만 한다) 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심은 위 동영상들에 대하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것으로 보기는 어렵다고 판단하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여는 무죄를 인정하면서

도, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여는 유죄로 인정하였다.

그런데, 촬영된 영상이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 내용이 아니라면 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호의 '음란한 영상'에도 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상의 출연자들은 대부분 옷을 입은 상태로서 위 동영상들은 정보통신망법 상의 '음란한 영상'에 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

2) 검사(무죄부분)

가) '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

피해자들이 휴대전화에 부착된 카메라로 피고인과 영상통화를 한 것은 피해자들의 의사에 의한 것이나 이것만으로 피해자들이 자신의 신체를 '촬영'한 것이라고 볼 수는 없고, 피고인이 영상통화로 전송받은 피해자들의 신체 영상정보를 별도의 저장장치를 이용하여 피고인의 휴대전화 컴퓨터 기억장치에 기록하여야만 비로소 '촬영'에 해당하므로, 피고인의 행위는 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항의 '촬영' 행위에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

나) 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심이 무죄로 판단한 위 동영상의 출연자들은 신체 부위 등이 노출된 피해자들과 함께 촬영된 사람들에 불과하여 피해자에 해당하지 않음을 전제로 기소 범위에 포함되지 않은 것인데, 원심은 이와 같이 공소사실에 포함되지 않은 위 출연자들에 대하여 무죄의 판단을 한 것이므로 이는 불고불리 원칙에 위반된다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상들은 피고인이 피해자들과 주고받은 카카오톡 메시지를 촬영한 영상물인 사실은 인정되나, 그 카카오톡 메시지를 주고받게 된 경위와 내용, 메시지를 주고받을 당시에 피고인과 피해자들이 음란한 행위를 하였던 점 등에 비추어 정보통신망법 상의 '음란한 문언'에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

나. 양형부당(쌍방)

원심의 형(징역 3년, 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간, 신상정보의 공개 및 고지명령 3년, 몰수)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 이 사건 공소사실 제2항 중 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 662편을 인터넷을 통하여' 부분을 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 632편을 인터넷을 통하여'로 각 변경하고, 범죄일람표 4 연번 40번, 52번, 63번, 122번, 136번, 165번, 289번, 297번, 318번, 369번, 371번, 372번, 404번, 405번, 406번, 407번, 408번, 409번, 411번, 412번, 413번, 414번, 415번, 416번, 417번, 554번, 645번, 647번, 649번, 661번을 각 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

1) 관련 법리

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다.

그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결 등 참조).

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제14조 제2항은 "제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있고, 제14조 제1항은 "카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있다.

위 각 규정에 의하면, 성폭력처벌법 제14조 제2항의 촬영물은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하는 것임이 문언 상 명백하므로, 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물까지 위 조항 소정의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 할 것이다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도 16953 판결 참조).

또한 성폭력처벌법 제14조 제1항 소정의 '촬영'의 사전적·통상적 의미는 '사람, 사물, 풍경 따위를 사진이나 영화로 찍음'이고, 촬영의 대상은 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'라고 보아야 함이 문언상 명백하

므로 위 규정의 처벌 대상은 '다른 사람의 신체 그 자체'를 카메라 등 기계장치를 이용해서 '직접' 촬영하는 경우에 한정된다고 보는 것이 타당하므로, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상도 위 조항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279 판결 참조).

2) 구체적인 판단

가) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

- ① 피고인은 휴대전화 채팅프로그램인 '○○○(인터넷주소 1 생략)'에 접속하여 피해자들과 영상통화를 하면서 미니스커트와 스타킹을 신고 손톱에 매니큐어를 칠한 상태에서 자신의 허벅지와 성기 옆 부분을 마치 여성의 음부를 만지는 것처럼 보여주며 피해자들이 자위행위를 하도록 유도하였다.

피고인은 휴대전화 2대를 이용하여 1대로는 문자를 입력하여 피해자들에게 특정 자세를 취할 것 등을 지시하고, 나머지 1대로는 그러한 피해자들의 자위행위 장면을 미리 설치해 놓은 모바일 애플리케이션인 '△△△[(영문표기 생략), 휴대전화의 화면을 계속적으로 캡처하여 이를 저장하는 프로그램]' 프로그램을 이용하여 저장하였다.

- ② 한편, 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 촬영된 것으로서, 피해자들이 휴대전화 카메라를 향하여 스스로 성기를 노출하며 자위행위를 하는 모습이 담겨있다.

- ③ 피고인은 위와 같이 저장된 동영상 총 77편(피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 성명불상의 사람이 저장한 18편의 동영상)을 피해자들의 동의를 받지 아니하고 인터넷을 통하여 판매하였다.

나) 위 인정사실 및 원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편은 각 동영상에 출연하는 피해자들이 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 촬영한 동영상을 위 피고인 등이 전송받아 이를 저장한 것에 불과하므로, 앞서 본 법리에 따라 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 촬영물에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

- ① 영상통화는 휴대전화의 통화기능과 동영상 촬영 기능을 합하여 통화당사자 사이에 영상과 소리를 실시간으로 주고받을 수 있도록 하는 것으로, 피해자들은 피고인 등과 영상통화를 하면서 위와 같은 동영상 촬영 기능을 이용하여 스스로 자신의 신체 부위나 자위행위를 하는 모습을 휴대전화기의 카메라에 비추었고 카메라 렌즈를 통과한 영상정보가 디지털 신호의 형태로 피고인의 휴대전화로 실시간 전송되었던 것인바, 그 동영상은 피해자들이 그 의사에 기하여 직접 자신의 신체를 촬영한 것일 뿐 이를 피고인이 촬영하였다고 볼 수 없다.

② 피고인은 휴대전화의 카메라 기능을 이용하여 자신의 모습을 촬영하여 이를 피해자들에게 전송하는 한편, 휴대전화 화면을 실시간 캡처(Capture)하여 저장할 수 있는 △△△ 프로그램을 이용하여 위와 같이 피해자들로부터 전송된 영상정보를 자신의 휴대전화에 저장하였다.

그런데 위 △△△ 프로그램은 직접 휴대전화에 내장된 카메라 기능을 이용하여 대상을 촬영하는 것이 아니라 휴대전화 화면에 나타나는 이미지를 계속적으로 캡처하는 등의 방법으로 이를 저장하는 것이다.

결국 피고인이 피해자들로부터 전송받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 △△△ 프로그램을 이용하여 자신의 휴대전화에 저장하였다고 하더라도 그와 같은 저장 행위만으로는 피고인이 피해자들의 신체를 직접 촬영하였다고 볼 수 없으므로, 피고인이 저장한 동영상 59편은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 '촬영'한 촬영물에 해당하지 않는다.

③ 설령 피고인이 △△△ 프로그램을 이용하여 피해자들로부터 수신된 영상정보를 다시 촬영한 것이라고 보더라도, 피고인이 촬영한 대상은 피해자들의 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자들의 신체 그 자체는 아니라고 할 것이고, 나아가 다른 사람의 신체에 관한 이미지가 담긴 영상도 성폭력처벌법 제14조 제1항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

④ 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 그 성명불상의 제작자가 피해자들로부터 전송받은 영상정보를 어떠한 방식으로 저장하였는지에 관하여 구체적으로 확인되지 않았다.

그러나 각 피해자들의 진술에 의하면, 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체를 촬영하여 영상을 전송하였고 이후 그 영상이 인터넷을 통해 판매되었다는 것이므로, 피고인이 직접 영상통화를 하면서 저장한 동영상 59편과 유사한 방식으로 제작되었던 것으로 보인다.

결국 피고인이 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상들도 피해자들이 그 의사에 기하여 자신의 신체를 직접 촬영한 것으로 보일 뿐이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 다른 사람을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물에 해당한다는 사실을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인의 행위가 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다(피고인은 18편의 동영상들은 '피고인'이 아닌 '제3자'가 촬영한 것이어서 위 조항에 해당하지 않는다는 취지로도 주장하나, 위와 같이 피고인의 주장을 받아들이는 이상 더 나아가 살펴보지 않는다).

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 출연자들에 관한 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여는 아래 4.의 나항에서 보는 바와 같이 불고불리 원칙에 위배되어 더 이상 판단하지 않으나, 성폭력처벌법 제14조 제2항과 정보통신망법 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호는 그 입법취지와 보호법익 및 범죄 구성요건을 달리하므로, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점의 성립 여부에 관하여는 이와 별도로 판단되어야 한다.

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 각 동영상(연번 11, 38, 40, 51)에는 위 출연자뿐만 아니라 그들을 제외하더라도 다른 남성들이 등장하고 그 남성들이 성기를 노출하거나 옷을 입은 채로 자위행위를 하는 장면들이 확인되는바, 이는 단순히 저속하거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것으로 보이므로, 음란한 영상에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인의 법리오해 주장은 이유 없다.

다.

범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상은 증거로 제출되어 있지 않아 이를 확인할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 음란한 영상에 해당한다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

앞서 3.의 가항에서 살펴본 바와 같이, 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상(촬영 및 촬영물 유포의 점)과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상(촬영물 유포의 점) 합계 77편에 출연하는 피해자들은 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체 부위를 휴대전화의 카메라 렌즈에 비추고 그 영상정보를 피고인의 휴대전화로 전송한 것에 대하여 그 촬영이 피해자들의 의사에 반하여 이루어진 것이라고 할 수 없고, 나아가 '다른 사람의 신체'를 촬영한 것으로도 볼 수 없으므로, 피고인 또는 성명불상의 사람이 전송 받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 저장한 행위만으로는 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영행위에 해당한다고 볼 수 없다.

또한 성폭력처벌법 제14조 제3항은 '영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 정보통신망을 이용하여 유포'한 경우에 이를 가중처벌하는 규정으로서, 위 동영상들이 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영물에 해당하지 않는 이상 그 동영상의 유포행위를 성폭력처벌법 제14조 제3항에 따라 처벌할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 검사의 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 촬영물 판매로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

검사는 이 부분 공소사실을 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소하면서, 1인 이상의 사람들이 출연한 위 각 촬영물에서 누가 이 사건 피해자에 해당하는지는 특정하지 않았다.

이에 대해 원심은 위 동영상들에 나오는 출연자들 중 일부 사람(범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자)에 관하여는 그 복장 및 행동에 비추어 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것이라고 보기 어렵다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.

그런데 검사는 항소이유서에서 위 출연자들을 이 사건 피해자로 기소한 것이 아니라는 취지로 명확하게 주장하고 있는바, 검찰이 기소한 범위에 위 출연자들에 대한 부분이 포함되어 있다고 볼 수 없는 이상 원심이 위 출연자들에 대한 부분에 관하여 무죄의 판단을 한 것은 불고불리 원칙에 위배된다.

따라서 원심판결에는 불고불리 원칙에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 부분 공소사실은 기소 범위에 포함되지 않으므로 그 유·무죄 여부에 관하여 더 나아가 판단하지 않는다.

다.

범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유통)의 점

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 위 동영상들은 피고인과 피해자들이 주고받은 카카오톡 메시지의 글을 저장한 것인 점, ② 그 내용은 피고인이 피해자들과 영상통화를 하기 전에 이루어진 대화이거나, 영상통화를 하는 과정에서 피고인이 원하는 특정 자세, 행동 등을 요구하고 상대방이 이에 답변하는 형식의 대화인 점(영상통화는 피고인의 또 다른 휴대전화를 사용하였던 것으로 보인다), ③ 비록 메시지 중에 '소리랑 표정 신음 느끼하게, 다리 벌리구 최대한', '좀 더 느끼하게, 저보면서, 혀로 빨면서' 등과 같이 자극적이고 성적인 표현들이 포함되어 있기는 하나(연번 31 동영상), 위 메시지 부분이 동영상 전체 중에 일부분에 불과하고 그 이외에 일반적인 대화를 나누는 다른 채팅 화면이 나타나기도 하는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 위 동영상들이 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것이라고 보기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 검사의 사실오인 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원심판결 중 유죄부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 항소도 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분 및 이와 상상적 경합관계에 있어 하나의 형이 선고된 이유 무죄부분을 함께 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 이유 무죄부분을 제외한 나머지 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여 원심이 이유 무죄로 인

정하였는데, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여 피고인이 항소함으로써 위 이유 무죄부분도 당심에 이심되었다.

그런데 이에 대하여 검사가 항소를 제기하지는 않았는바, 위 이유 무죄부분은 당사자 사이의 공방에서 벗어났다고 보아야 하므로 원심판결의 무죄판단을 그대로 따르고 다시 판단하지 않기로 한다).

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

1) 피고인(유죄부분)

가) '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심은 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편을 판매한 행위가 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항에 해당한다고 판단하였으나, 위 규정은 그 문언상 다른 사람의 신체를 촬영한 자가 직접 그 촬영물을 판매하는 경우만을 의미하는 것이고 피해자 또는 제3자가 촬영한 촬영물을 판매하는 것은 위 규정에 의하여 처벌될 수 없다.

결국 위 59편의 동영상은 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 영상물일 뿐 피고인이 촬영한 촬영물이 아니고, 설령 피고인이 촬영한 것에 해당한다고 하더라도 피해자들의 의사에 반하여 판매되었다는 점이 증명되지 않은 점, 위 18편의 동영상도 인터넷을 통해 다운로드 받은 것일 뿐이므로 피고인이 직접 촬영한 것이 아닌 점 등에 비추어, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다.

나) 별지 범죄일람표(이하 '범죄일람표'라고만 한다) 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심은 위 동영상들에 대하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것으로 보기는 어렵다고 판단하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여는 무죄를 인정하면서도, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여는 유죄로 인정하였다.

그런데, 촬영된 영상이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 내용이 아니라면 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호의 '음란한 영상'에도 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상의 출연자들은 대부분 옷을 입은 상태로서 위 동영상들은 정보통신망법 상의 '음란한 영상'에 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

2) 검사(무죄부분)

가) '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

피해자들이 휴대전화에 부착된 카메라로 피고인과 영상통화를 한 것은 피해자들의 의사에 의한 것이나 이것만으로 피해자들이 자신의 신체를 '촬영'한 것이라고 볼 수는 없고, 피고인이 영상통화로 전송받은 피해자들의 신체 영상정보를 별도의 저장장치를 이용하여 피고인의 휴대전화 컴퓨터 기억장치에 기록하여야만 비로소 '촬영'에 해당하므로, 피고인의 행위는 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항의 '촬영' 행위에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

나) 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심이 무죄로 판단한 위 동영상의 출연자들은 신체 부위 등이 노출된 피해자들과 함께 촬영된 사람들에 불과하여 피해자에 해당하지 않음을 전제로 기소 범위에 포함되지 않은 것인데, 원심은 이와 같이 공소사실에 포함되지 않은 위 출연자들에 대하여 무죄의 판단을 한 것이므로 이는 불고불리 원칙에 위반된다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상들은 피고인이 피해자들과 주고받은 카카오톡 메시지를 촬영한 영상물인 사실은 인정되나, 그 카카오톡 메시지를 주고받게 된 경위와 내용, 메시지를 주고받을 당시에 피고인과 피해자들이 음란한 행위를 하였던 점 등에 비추어 정보통신망법 상의 '음란한 문언'에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

나. 양형부당(쌍방)

원심의 형(징역 3년, 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간, 신상정보의 공개 및 고지명령 3년, 몰수)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 이 사건 공소사실 제2항 중 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 662편을 인터넷을 통하여' 부분을 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 632편을 인터넷을 통하여'로 각 변경하고, 범죄일람표 4 연번 40번, 52번, 63번, 122번, 136번, 165번, 289번, 297번, 318번, 369번, 371번, 372번, 404번, 405번, 406번, 407번, 408번, 409번, 411번, 412번, 413번, 414번, 415번, 416번, 417번, 554번, 645번, 647번, 649번, 661번을 각 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판 대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

1) 관련 법리

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다.

그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결 등 참조).

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제14조 제2항은 "제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있고, 제14조 제1항은 "카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있다.

위 각 규정에 의하면, 성폭력처벌법 제14조 제2항의 촬영물은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하는 것임이 문언 상 명백하므로, 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물까지 위 조항 소정의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 할 것이다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도 16953 판결 참조).

또한 성폭력처벌법 제14조 제1항 소정의 '촬영'의 사전적·통상적 의미는 '사람, 사물, 풍경 따위를 사진이나 영화로 찍음'이고, 촬영의 대상은 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'라고 보아야 함이 문언상 명백하므로 위 규정의 처벌 대상은 '다른 사람의 신체 그 자체'를 카메라 등 기계장치를 이용해서 '직접' 촬영하는 경우에 한정된다고 보는 것이 타당하므로, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상도 위 조항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279 판결 참조).

2) 구체적인 판단

가) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

- ① 피고인은 휴대전화 채팅프로그램인 '○○○(인터넷주소 1 생략)'에 접속하여 피해자들과 영상통화를 하면서 미니스커트와 스타킹을 신고 손톱에 매니큐어를 칠한 상태에서 자신의 허벅지와 성기 옆 부분을 마치 여성의 음부를 만지는 것처럼 보여주며 피해자들이 자위행위를 하도록 유도하였다.

피고인은 휴대전화 2대를 이용하여 1대로는 문자를 입력하여 피해자들에게 특정 자세를 취할 것 등을 지시하고, 나머지 1대로는 그러한 피해자들의 자위행위 장면을 미리 설치해 놓은 모바일 애플리케이션인 '△△△[(영문표기 생략), 휴대전화의 화면을 계속적으로 캡처하여 이를 저장하는 프로그램]' 프로그램을 이용하여 저장하였다.

② 한편, 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 피해자들이 성명 불상의 사람과 영상통화를 하면서 촬영된 것으로서, 피해자들이 휴대전화 카메라를 향하여 스스로 성기를 노출하며 자위행위를 하는 모습이 담겨있다.

③ 피고인은 위와 같이 저장된 동영상 총 77편(피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 성명불상의 사람이 저장한 18편의 동영상)을 피해자들의 동의를 받지 아니하고 인터넷을 통하여 판매하였다.

나) 위 인정사실 및 원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편은 각 동영상에 출연하는 피해자들이 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 촬영한 동영상을 위 피고인 등이 전송받아 이를 저장한 것에 불과하므로, 앞서 본 법리에 따라 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 촬영물에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

① 영상통화는 휴대전화의 통화기능과 동영상 촬영 기능을 합하여 통화당사자 사이에 영상과 소리를 실시간으로 주고받을 수 있도록 하는 것으로, 피해자들은 피고인 등과 영상통화를 하면서 위와 같은 동영상 촬영 기능을 이용하여 스스로 자신의 신체 부위나 자위행위를 하는 모습을 휴대전화기의 카메라에 비추었고 카메라 렌즈를 통과한 영상정보가 디지털 신호의 형태로 피고인의 휴대전화로 실시간 전송되었던 것인바, 그 동영상은 피해자들이 그 의사에 기하여 직접 자신의 신체를 촬영한 것일 뿐 이를 피고인이 촬영하였다고 볼 수 없다.

② 피고인은 휴대전화의 카메라 기능을 이용하여 자신의 모습을 촬영하여 이를 피해자들에게 전송하는 한편, 휴대전화 화면을 실시간 캡처(Capture)하여 저장할 수 있는 △△△ 프로그램을 이용하여 위와 같이 피해자들로부터 전송된 영상정보를 자신의 휴대전화에 저장하였다.

그런데 위 △△△ 프로그램은 직접 휴대전화에 내장된 카메라 기능을 이용하여 대상물을 촬영하는 것이 아니라 휴대전화 화면에 나타나는 이미지를 계속적으로 캡처하는 등의 방법으로 이를 저장하는 것이다.

결국 피고인이 피해자들로부터 전송받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 △△△ 프로그램을 이용하여 자신의 휴대전화에 저장하였다고 하더라도 그와 같은 저장 행위만으로는 피고인이 피해자들의 신체를 직접 촬영하였다고 볼 수 없으므로, 피고인이 저장한 동영상 59편은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 '촬영'한 촬영물에 해당하지 않는다.

③ 설령 피고인이 △△△ 프로그램을 이용하여 피해자들로부터 수신된 영상정보를 다시 촬영한 것이라고 보더라도, 피고인이 촬영한 대상은 피해자들의 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자들의 신체 그 자체는 아니라고 할 것이고, 나아가 다른 사람의 신체에 관한 이미지가 담긴 영상도 성폭력처벌법 제14조 제1항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

④ 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 그 성명불상의 제작자가 피해자들로부터 전송받은 영상정보를 어떠한 방식으로 저장하였는지에 관하여 구체적으로 확인되지 않았다.

그러나 각 피해자들의 진술에 의하면, 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체를 촬영하여 영상을 전송하였고 이후 그 영상이 인터넷을 통해 판매되었다는 것이므로, 피고인이 직접 영상통화를 하면서 저장한 동영상 59편과 유사한 방식으로 제작되었던 것으로 보인다.

결국 피고인이 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상들도 피해자들이 그 의사에 기하여 자신의 신체를 직접 촬영한 것으로 보일 뿐이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 다른 사람을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물에 해당한다는 사실을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인의 행위가 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다(피고인은 18편의 동영상들은 '피고인'이 아닌 '제3자'가 촬영한 것이어서 위 조항에 해당하지 않는다는 취지로도 주장하나, 위와 같이 피고인의 주장을 받아들이는 이상 더 나아가 살펴보지 않는다).

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 출연자들에 관한 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여는 아래 4.의 나항에서 보는 바와 같이 불고불리 원칙에 위배되어 더 이상 판단하지 않으나, 성폭력처벌법 제14조 제2항과 정보통신망법 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호는 그 입법취지와 보호법익 및 범죄 구성요건을 달리하므로, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점의 성립 여부에 관하여는 이와 별도로 판단되어야 한다.

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 각 동영상(연번 11, 38, 40, 51)에는 위 출연자뿐만 아니라 그들을 제외하더라도 다른 남성들이 등장하고 그 남성들이 성기를 노출하거나 옷을 입은 채로 자위행위를 하는 장면들이 확인되는바, 이는 단순히 저속하거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것으로 보이므로, 음란한 영상에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인의 법리오해 주장은 이유 없다.

다.

범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상은 증거로 제출되어 있지 않아 이를 확인할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 음란한 영상에 해당한다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

앞서 3.의 가항에서 살펴본 바와 같이, 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상(촬영 및 촬영물 유포의 점)과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상(촬영물 유포의 점) 합계 77편에 출연하는 피해자들은 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체 부위를 휴대전화의 카메라 렌즈에 비추고 그 영상정보를 피고인의 휴대전화로 전송한 것에 해당하여 그 촬영이 피해자들의 의사에 반하여 이루어진 것이라고 할 수 없고, 나아가 '다른 사람의 신체'를 촬영한 것으로도 볼 수 없으므로, 피고인 또는 성명불상의 사람이 전송 받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 저장한 행위만으로는 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영행위에 해당한다고 볼 수 없다.

또한 성폭력처벌법 제14조 제3항은 '영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 정보통신망을 이용하여 유포'한 경우에 이를 가중처벌하는 규정으로서, 위 동영상들이 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영물에 해당하지 않는 이상 그 동영상의 유포행위를 성폭력처벌법 제14조 제3항에 따라 처벌할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 검사의 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 촬영물 판매로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

검사는 이 부분 공소사실을 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소하면서, 1인 이상의 사람들이 출연한 위 각 촬영물에서 누가 이 사건 피해자에 해당하는지는 특정하지 않았다.

이에 대해 원심은 위 동영상들에 나오는 출연자들 중 일부 사람(범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자)에 관하여는 그 복장 및 행동에 비추어 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것이라고 보기 어렵다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.

그런데 검사는 항소이유서에서 위 출연자들을 이 사건 피해자로 기소한 것이 아니라는 취지로 명확하게 주장하고 있는바, 검찰이 기소한 범위에 위 출연자들에 대한 부분이 포함되어 있다고 볼 수 없는 이상 원심이 위 출연자들에 대한 부분에 관하여 무죄의 판단을 한 것은 불고불리 원칙에 위배된다.

따라서 원심판결에는 불고불리 원칙에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 부분 공소사실은 기소 범위에 포함되지 않으므로 그 유·무죄 여부에 관하여 더 나아가 판단하지 않는다.

다.

범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 위 동영상들은 피고인과 피해자들이 주고받은 카카오톡 메신저의 글을 저장한 것인 점, ② 그 내용은 피고인이 피해자들과 영상통화를 하기 전에 이루어진 대화이거나, 영상통화를 하는 과정에서 피고인이 원하는 특정 자세, 행동 등을 요구하고 상대방이 이에 답변하는 형식의 대화인 점(영상통화는 피고인의 또 다른 휴대전화를 사용하였던 것으로 보인다), ③ 비록 메시지 중에 '소리랑 표정 신음 느끼하게, 다리 벌리구 최대한', '좀 더 느끼하게, 저보면서, 혀로 빨면서' 등과 같이 자극적이고 성적인 표현들이 포함되어 있기는 하나(연번 31 동영상), 위 메시지 부분이 동영상 전체 중에 일부분에 불과하고 그 이외에 일반적인 대화를 나누는 다른 채팅 화면이 나타나기도 하는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 위 동영상들이 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것이라고 보기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 검사의 사실오인 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원심판결 중 유죄부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 항소도 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분 및 이와 상상적 경합관계에 있어 하나의 형이 선고된 이유 무죄부분을 함께 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 이유 무죄부분을 제외한 나머지 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여 원심이 이유 무죄로 인정하였는데, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여 피고인이 항소함으로써 위 이유 무죄부분도 당심에 이심되었다.

그런데 이에 대하여 검사가 항소를 제기하지는 않았는바, 위 이유 무죄부분은 당사자 사이의 공방에서 벗어났다고 보아야 하므로 원심판결의 무죄판단을 그대로 따르고 다시 판단하지 않기로 한다).

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

1) 피고인(유죄부분)

가) '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심은 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편을 판매한 행위가 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항에 해당한다고 판단하였으나, 위 규정은 그 문언상 다른 사람의 신체를 촬영한 자가 직접 그 촬영물을 판매하는 경우만을 의미하는 것이고 피해자 또는 제3자가 촬영한 촬영물을 판매하는 것은 위 규정에 의하여 처벌될 수 없다. 결국 위 59편의 동영상은 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 영상물일 뿐 피고인이 촬영한 촬영물이 아니고, 설령 피고인이 촬영한 것에 해당한다고 하더라도 피해자들의 의사에 반하여 판매되었다는 점이 증명되지 않은 점, 위 18편의 동영상도 인터넷을 통해 다운로드 받은 것일 뿐이므로 피고인이 직접 촬영한 것이 아닌 점 등에 비추어, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다.

나) 별지 범죄일람표(이하 '범죄일람표'라고만 한다) 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심은 위 동영상들에 대하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것으로 보기는 어렵다고 판단하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여는 무죄를 인정하면서도, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여는 유죄로 인정하였다.

그런데, 촬영된 영상이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 내용이 아니라면 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호의 '음란한 영상'에도 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상의 출연자들은 대부분 옷을 입은 상태로서 위 동영상들은 정보통신망법 상의 '음란한 영상'에 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

2) 검사(무죄부분)

가) '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

피해자들이 휴대전화에 부착된 카메라로 피고인과 영상통화를 한 것은 피해자들의 의사에 의한 것이나 이것만으로 피해자들이 자신의 신체를 '촬영'한 것이라고 볼 수는 없고, 피고인이 영상통화로 전송받은 피해자들의 신체 영상정보를 별도의 저장장치를 이용하여 피고인의 휴대전화 컴퓨터 기억장치에 기록하여야만 비로소 '촬영'에 해당하므로, 피고인의 행위는 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항의 '촬영' 행위에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

나) 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심이 무죄로 판단한 위 동영상의 출연자들은 신체 부위 등이 노출된 피해자들과 함께 촬영된 사람들에 불과하여 피해자에 해당하지 않음을 전제로 기소 범위에 포함되지 않은 것인데, 원심은 이와 같이 공소사실에 포함되지 않은 위 출연자들에 대하여 무죄의 판단을 한 것이므로 이는 불고불리 원칙에 위반된다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다)

각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상들은 피고인이 피해자들과 주고받은 카카오톡 메시지를 촬영한 영상물인 사실은 인정되나, 그 카카오톡 메시지를 주고받게 된 경위와 내용, 메시지를 주고받을 당시에 피고인과 피해자들이 음란한 행위를 하였던 점 등에 비추어 정보통신망법 상의 '음란한 문언'에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

나. 양형부당(쌍방)

원심의 형(징역 3년, 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간, 신상정보의 공개 및 고지명령 3년, 몰수)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 이 사건 공소사실 제2항 중 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 662편을 인터넷을 통하여' 부분을 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 632편을 인터넷을 통하여'로 각 변경하고, 범죄일람표 4 연번 40번, 52번, 63번, 122번, 136번, 165번, 289번, 297번, 318번, 369번, 371번, 372번, 404번, 405번, 406번, 407번, 408번, 409번, 411번, 412번, 413번, 414번, 415번, 416번, 417번, 554번, 645번, 647번, 649번, 661번을 각 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

1) 관련 법리

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다.

그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결 등 참조).

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제14조 제2항은 "제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있고, 제14조 제1항은 "카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있다.

위 각 규정에 의하면, 성폭력처벌법 제14조 제2항의 촬영물은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하는 것임이 문언 상 명백하므로, 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물까지 위 조항 소정의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 할 것이다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도16953 판결 참조).

또한 성폭력처벌법 제14조 제1항 소정의 '촬영'의 사전적·통상적 의미는 '사람, 사물, 풍경 따위를 사진이나 영화로 찍음'이고, 촬영의 대상은 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'라고 보아야 함이 문언상 명백하므로 위 규정의 처벌 대상은 '다른 사람의 신체 그 자체'를 카메라 등 기계장치를 이용해서 '직접' 촬영하는 경우에 한정된다고 보는 것이 타당하므로, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상도 위 조항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279 판결 참조).

2) 구체적인 판단

가) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 피고인은 휴대전화 채팅프로그램인 '○○○(인터넷주소 1 생략)'에 접속하여 피해자들과 영상통화를 하면서 미니스커트와 스타킹을 신고 손톱에 매니큐어를 칠한 상태에서 자신의 허벅지와 성기 옆 부분을 마치 여성의 음부를 만지는 것처럼 보여주며 피해자들이 자위행위를 하도록 유도하였다.

피고인은 휴대전화 2대를 이용하여 1대로는 문자를 입력하여 피해자들에게 특정 자세를 취할 것 등을 지시하고, 나머지 1대로는 그러한 피해자들의 자위행위 장면을 미리 설치해 놓은 모바일 애플리케이션인 '△△△[(영문표기 생략), 휴대전화의 화면을 계속적으로 캡처하여 이를 저장하는 프로그램]' 프로그램을 이용하여 저장하였다.

② 한편, 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 피해자들이 성명 불상의 사람과 영상통화를 하면서 촬영된 것으로서, 피해자들이 휴대전화 카메라를 향하여 스스로 성기를 노출하며 자위행위를 하는 모습이 담겨있다.

- ③ 피고인은 위와 같이 저장된 동영상 총 77편(피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 성명불상의 사람이 저장한 18편의 동영상)을 피해자들의 동의를 받지 아니하고 인터넷을 통하여 판매하였다.

나) 위 인정사실 및 원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편은 각 동영상에 출연하는 피해자들이 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 촬영한 동영상을 위 피고인 등이 전송받아 이를 저장한 것에 불과하므로, 앞서 본 법리에 따라 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 촬영물에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

① 영상통화는 휴대전화의 통화기능과 동영상 촬영 기능을 합하여 통화당사자 사이에 영상과 소리를 실시간으로 주고받을 수 있도록 하는 것으로, 피해자들은 피고인 등과 영상통화를 하면서 위와 같은 동영상 촬영 기능을 이용하여 스스로 자신의 신체 부위나 자위행위를 하는 모습을 휴대전화기의 카메라에 비추었고 카메라 렌즈를 통과한 영상정보가 디지털 신호의 형태로 피고인의 휴대전화로 실시간 전송되었던 것인바, 그 동영상은 피해자들이 그 의사에 기하여 직접 자신의 신체를 촬영한 것일 뿐 이를 피고인이 촬영하였다고 볼 수 없다.

② 피고인은 휴대전화의 카메라 기능을 이용하여 자신의 모습을 촬영하여 이를 피해자들에게 전송하는 한편, 휴대전화 화면을 실시간 캡처(Capture)하여 저장할 수 있는 △△△ 프로그램을 이용하여 위와 같이 피해자들로부터 전송된 영상정보를 자신의 휴대전화에 저장하였다.

그런데 위 △△△ 프로그램은 직접 휴대전화에 내장된 카메라 기능을 이용하여 대상물을 촬영하는 것이 아니라 휴대전화 화면에 나타나는 이미지를 계속적으로 캡처하는 등의 방법으로 이를 저장하는 것이다.

결국 피고인이 피해자들로부터 전송받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 △△△ 프로그램을 이용하여 자신의 휴대전화에 저장하였다고 하더라도 그와 같은 저장 행위만으로는 피고인이 피해자들의 신체를 직접 촬영하였다고 볼 수 없으므로, 피고인이 저장한 동영상 59편은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 '촬영'한 촬영물에 해당하지 않는다.

③ 설령 피고인이 △△△ 프로그램을 이용하여 피해자들로부터 수신된 영상정보를 다시 촬영한 것이라고 보더라도, 피고인이 촬영한 대상은 피해자들의 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자들의 신체 그 자체는 아니라고 할 것이고, 나아가 다른 사람의 신체에 관한 이미지가 담긴 영상도 성폭력처벌법 제14조 제1항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

④ 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 그 성명불상의 제작자가 피해자들로부터 전송받은 영상정보를 어떠한 방식으로 저장하였는지에 관하여 구체적으로 확인되지 않았다.

그러나 각 피해자들의 진술에 의하면, 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체를 촬영하여 영상을 전송하였고 이후 그 영상이 인터넷을 통해 판매되었다는 것이므로, 피고인이 직접 영상통화를 하면서 저

장한 동영상 59편과 유사한 방식으로 제작되었던 것으로 보인다.

결국 피고인이 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상들도 피해자들이 그 의사에 기하여 자신의 신체를 직접 촬영한 것으로 보일 뿐이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 다른 사람을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물에 해당한다는 사실을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인의 행위가 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다(피고인은 18편의 동영상들은 '피고인'이 아닌 '제3자'가 촬영한 것이어서 위 조항에 해당하지 않는다는 취지로도 주장하나, 위와 같이 피고인의 주장을 받아들이는 이상 더 나아가 살펴보지 않는다).

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 출연자들에 관한 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여는 아래 4.의 나항에서 보는 바와 같이 불고불리 원칙에 위배되어 더 이상 판단하지 않으나, 성폭력처벌법 제14조 제2항과 정보통신망법 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호는 그 입법취지와 보호법익 및 범죄 구성요건을 달리하므로, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점의 성립 여부에 관하여는 이와 별도로 판단되어야 한다.

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 각 동영상(연번 11, 38, 40, 51)에는 위 출연자뿐만 아니라 그들을 제외하더라도 다른 남성들이 등장하고 그 남성들이 성기를 노출하거나 옷을 입은 채로 자위행위를 하는 장면들이 확인되는바, 이는 단순히 저속하거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것으로 보이므로, 음란한 영상에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인의 법리오해 주장은 이유 없다.

다.

범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상은 증거로 제출되어 있지 않아 이를 확인할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 음란한 영상에 해당한다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

앞서 3.의 가항에서 살펴본 바와 같이, 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상(촬영 및 촬영물 유포의 점)과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상(촬영물 유포의 점) 합계 77편에 출연하는 피해자들은 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체 부위를 휴대전화의 카메라 렌즈에 비추고 그 영상정보를 피고인의 휴대전화로 전송한 것에 해당하여 그 촬영이 피해자들의 의사에 반하여 이루어진 것이라고 할 수 없고, 나아가 '다른 사람의 신체'를 촬영한 것으로도 볼 수 없으므로, 피고인 또는 성명불상의 사람이 전송 받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 저장한 행위만으로는 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영행위에 해당한다고 볼 수 없다.

또한 성폭력처벌법 제14조 제3항은 '영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 정보통신망을 이용하여 유포'한 경우에 이를 가중처벌하는 규정으로서, 위 동영상들이 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영물에 해당하지 않는 이상 그 동영상의 유포행위를 성폭력처벌법 제14조 제3항에 따라 처벌할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 검사의 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 촬영물 판매로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

검사는 이 부분 공소사실을 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소하면서, 1인 이상의 사람들이 출연한 위 각 촬영물에서 누가 이 사건 피해자에 해당하는지는 특정하지 않았다.

이에 대해 원심은 위 동영상들에 나오는 출연자들 중 일부 사람(범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자)에 관하여는 그 복장 및 행동에 비추어 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것이라고 보기 어렵다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.

그런데 검사는 항소이유서에서 위 출연자들을 이 사건 피해자로 기소한 것이 아니라는 취지로 명확하게 주장하고 있는바, 검찰이 기소한 범위에 위 출연자들에 대한 부분이 포함되어 있다고 볼 수 없는 이상 원심이 위 출연자들에 대한 부분에 관하여 무죄의 판단을 한 것은 불고불리 원칙에 위배된다.

따라서 원심판결에는 불고불리 원칙에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 부분 공소사실은 기소 범위에 포함되지 않으므로 그 유·무죄 여부에 관하여 더 나아가 판단하지 않는다.

다.

범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 위 동영상들은 피고인과 피해자들이 주고받은 카카오톡 메시지의 글을 저장한 것인 점, ② 그 내용은 피고인이 피해자들과 영상통화를 하기 전에 이루어진 대화이거나, 영상통화를 하는 과정에서 피고인이 원하는 특정 자세, 행동 등을 요구하고 상대방

이 이에 답변하는 형식의 대화인 점(영상통화는 피고인의 또 다른 휴대전화를 사용하였던 것으로 보인다), ③ 비록 메시지 중에 '소리랑 표정 신음 느끼하게, 다리 벌리구 최대한', '좀 더 느끼하게, 저보면서, 혀로 빨면서' 등과 같이 자극적이고 성적인 표현들이 포함되어 있기는 하나(연번 31 동영상), 위 메시지 부분이 동영상 전체 중에 일부분에 불과하고 그 이외에 일반적인 대화를 나누는 다른 채팅 화면이 나타나기도 하는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 위 동영상들이 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것이라고 보기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 검사의 사실오인 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원심판결 중 유죄부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 항소도 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분 및 이와 상상적 경합관계에 있어 하나의 형이 선고된 이유 무죄부분을 함께 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 이유 무죄부분을 제외한 나머지 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여 원심이 이유 무죄로 인정하였는데, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여 피고인이 항소함으로써 위 이유 무죄부분도 당심에 이심되었다.

그런데 이에 대하여 검사가 항소를 제기하지는 않았는바, 위 이유 무죄부분은 당사자 사이의 공방에서 벗어났다고 보아야 하므로 원심판결의 무죄판단을 그대로 따르고 다시 판단하지 않기로 한다).

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

1) 피고인(유죄부분)

가) '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심은 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편을 판매한 행위가 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항에 해당한다고 판단하였으나, 위 규정은 그 문언상 다른 사람의 신체를 촬영한 자가 직접 그 촬영물을 판매하는 경우만을 의미하는 것이고 피해자 또는 제3자가 촬영한 촬영물을 판매하는 것은 위 규정에 의하여 처벌될 수 없다.

결국 위 59편의 동영상은 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 영상물일 뿐 피고인이 촬영한 촬영물이 아니고, 설령 피고인이 촬영한 것에 해당한다고 하더라도 피해자들의 의사에 반하여 판매되었다는 점이 증명되지 않은 점, 위 18편의 동영상도 인터넷을 통해 다운로드 받은 것일 뿐이므로 피고인이 직접 촬영한 것이 아닌 점 등에 비추어, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다.

나) 별지 범죄일람표(이하 '범죄일람표'라고만 한다) 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심은 위 동영상들에 대하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것으로 보기는 어렵다고 판단하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여는 무죄를 인정하면서도, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여는 유죄로 인정하였다.

그런데, 촬영된 영상이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 내용이 아니라면 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호의 '음란한 영상'에도 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상의 출연자들은 대부분 옷을 입은 상태로서 위 동영상들은 정보통신망법 상의 '음란한 영상'에 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

2) 검사(무죄부분)

가) '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

피해자들이 휴대전화에 부착된 카메라로 피고인과 영상통화를 한 것은 피해자들의 의사에 의한 것이나 이것만으로 피해자들이 자신의 신체를 '촬영'한 것이라고 볼 수는 없고, 피고인이 영상통화로 전송받은 피해자들의 신체 영상정보를 별도의 저장장치를 이용하여 피고인의 휴대전화 컴퓨터 기억장치에 기록하여야만 비로소 '촬영'에 해당하므로, 피고인의 행위는 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항의 '촬영' 행위에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

나) 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심이 무죄로 판단한 위 동영상의 출연자들은 신체 부위 등이 노출된 피해자들과 함께 촬영된 사람들에 불과하여 피해자에 해당하지 않음을 전제로 기소 범위에 포함되지 않은 것인데, 원심은 이와 같이 공소사실에 포함되지 않은 위 출연자들에 대하여 무죄의 판단을 한 것이므로 이는 불고불리 원칙에 위반된다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상들은 피고인이 피해자들과 주고받은 카카오톡 메시지를 촬영한 영상물인 사실은 인정되나, 그 카카오톡 메시지를 주고받게 된 경위와 내용, 메시지를 주고받을 당시에 피고인과 피해자들이 음란한 행위를 하였던 점 등에 비추어 정보통신망법 상의 '음란한 문언'에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

나. 양형부당(쌍방)

원심의 형(징역 3년, 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간, 신상정보의 공개 및 고지명령 3년, 몰수)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 이 사건 공소사실 제2항 중 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 662편을 인터넷을 통하여' 부분을 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 632편을 인터넷을 통하여'로 각 변경하고, 범죄일람표 4 연번 40번, 52번, 63번, 122번, 136번, 165번, 289번, 297번, 318번, 369번, 371번, 372번, 404번, 405번, 406번, 407번, 408번, 409번, 411번, 412번, 413번, 414번, 415번, 416번, 417번, 554번, 645번, 647번, 649번, 661번을 각 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

1) 관련 법리

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다.

그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결 등 참조).

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제14조 제2항은 "제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있고, 제14조 제1항은 "카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있다.

위 각 규정에 의하면, 성폭력처벌법 제14조 제2항의 촬영물은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하는 것임이 문언 상 명백하므로, 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물까지 위 조항 소정의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 할 것이다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도 16953 판결 참조).

또한 성폭력처벌법 제14조 제1항 소정의 '촬영'의 사전적·통상적 의미는 '사람, 사물, 풍경 따위를 사진이나 영화로 찍음'이고, 촬영의 대상은 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'라고 보아야 함이 문언상 명백하므로 위 규정의 처벌 대상은 '다른 사람의 신체 그 자체'를 카메라 등 기계장치를 이용해서 '직접' 촬영하는 경우에 한정된다고 보는 것이 타당하므로, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상도 위 조항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279 판결 참조).

2) 구체적인 판단

가) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 피고인은 휴대전화 채팅프로그램인 '○○○(인터넷주소 1 생략)'에 접속하여 피해자들과 영상통화를 하면서 미니스커트와 스타킹을 신고 손톱에 매니큐어를 칠한 상태에서 자신의 허벅지와 성기 옆 부분을 마치 여성의 음부를 만지는 것처럼 보여주며 피해자들이 자위행위를 하도록 유도하였다.

피고인은 휴대전화 2대를 이용하여 1대로는 문자를 입력하여 피해자들에게 특정 자세를 취할 것 등을 지시하고, 나머지 1대로는 그러한 피해자들의 자위행위 장면을 미리 설치해 놓은 모바일 애플리케이션인 '△△△[(영문표기 생략), 휴대전화의 화면을 계속적으로 캡처하여 이를 저장하는 프로그램]' 프로그램을 이용하여 저장하였다.

② 한편, 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 촬영된 것으로서, 피해자들이 휴대전화 카메라를 향하여 스스로 성기를 노출하며 자위행위를 하는 모습이 담겨있다.

③ 피고인은 위와 같이 저장된 동영상 총 77편(피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 성명불상의 사람이 저장한 18편의 동영상)을 피해자들의 동의를 받지 아니하고 인터넷을 통하여 판매하였다.

나) 위 인정사실 및 원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사실들을 종합하여 보면, 피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편은 각 동영상에 출연하는 피해자들이 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 촬영한 동영상을 위 피고인 등이 전송받아 이를 저장한 것에 불과하므로, 앞서 본 법리에 따라 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 촬영물에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

① 영상통화는 휴대전화의 통화기능과 동영상 촬영 기능을 합하여 통화당사자 사이에 영상과 소리를 실시간으로 주고받을 수 있도록 하는 것으로, 피해자들은 피고인 등과 영상통화를 하면서 위와 같은 동영상 촬영 기능을 이용하여 스스로 자신의 신체 부위나 자위행위를 하는 모습을 휴대전화기의 카메라에 비추었고 카메라 렌즈를 통과한 영상정보가 디지털 신호의 형태로 피고인의 휴대전화로 실시간 전송되었던 것인바, 그 동영상은 피해자들이 그 의사에 기하여 직접 자신의 신체를 촬영한 것일 뿐 이를 피고인이 촬영하였다고 볼 수 없다.

② 피고인은 휴대전화의 카메라 기능을 이용하여 자신의 모습을 촬영하여 이를 피해자들에게 전송하는 한편, 휴대전화 화면을 실시간 캡처(Capture)하여 저장할 수 있는 △△△ 프로그램을 이용하여 위와 같이 피해자들로부터 전송된 영상정보를 자신의 휴대전화에 저장하였다.

그런데 위 △△△ 프로그램은 직접 휴대전화에 내장된 카메라 기능을 이용하여 대상을 촬영하는 것이 아니라 휴대전화 화면에 나타나는 이미지를 계속적으로 캡처하는 등의 방법으로 이를 저장하는 것이다.

결국 피고인이 피해자들로부터 전송받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 △△△ 프로그램을 이용하여 자신의 휴대전화에 저장하였다고 하더라도 그와 같은 저장 행위만으로는 피고인이 피해자들의 신체를 직접 촬영하였다고 볼 수 없으므로, 피고인이 저장한 동영상 59편은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 '촬영'한 촬영물에 해당하지 않는다.

③ 설령 피고인이 △△△ 프로그램을 이용하여 피해자들로부터 수신된 영상정보를 다시 촬영한 것이라고 보더라도, 피고인이 촬영한 대상은 피해자들의 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자들의 신체 그 자체는 아니라고 할 것이고, 나아가 다른 사람의 신체에 관한 이미지가 담긴 영상도 성폭력처벌법 제14조 제1항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

④ 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 그 성명불상의 제작자가 피해자들로부터 전송받은 영상정보를 어떠한 방식으로 저장하였는지에 관하여 구체적으로 확인되지 않았다.

그러나 각 피해자들의 진술에 의하면, 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체를 촬영하여 영상을 전송하였고 이후 그 영상이 인터넷을 통해 판매되었다는 것이므로, 피고인이 직접 영상통화를 하면서 저장한 동영상 59편과 유사한 방식으로 제작되었던 것으로 보인다.

결국 피고인이 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상들도 피해자들이 그 의사에 기하여 자신의 신체를 직접 촬영한 것으로 보일 뿐이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 다른 사람을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물에 해당한다는 사실을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인의 행위가 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다(피고인은 18편의 동영상들은 '피고인'이 아닌 '제3자'가 촬영한 것이어서 위 조항에 해당하지 않는다는 취지로도 주장하나, 위와 같이 피고인의 주장을 받아들이는 이상 더 나아가 살펴보지 않는다).

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유통)의 점

위 출연자들에 관한 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여는 아래 4.의 나항에서 보는 바와 같이 불고불리 원칙에 위배되어 더 이상 판단하지 않으나, 성폭력처벌법 제14조 제2항과 정보통신망법 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호는 그 입법취지와 보호법익 및 범죄 구성요건을 달리하므로, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점의 성립 여부에 관하여는 이와 별도로 판단되어야 한다.

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 각 동영상(연번 11, 38, 40, 51)에는 위 출연자뿐만 아니라 그들을 제외하더라도 다른 남성들이 등장하고 그 남성들이 성기를 노출하거나 옷을 입은 채로 자위행위를 하는 장면들이 확인되는바, 이는 단순히 저속하거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것으로 보이므로, 음란한 영상에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인의 법리오해 주장은 이유 없다.

다.

범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상은 증거로 제출되어 있지 않아 이를 확인할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 음란한 영상에 해당한다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

앞서 3.의 가항에서 살펴본 바와 같이, 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상(촬영 및 촬영물 유포의 점)과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상(촬영물 유포의 점) 합계 77편에 출연하는 피해자들은 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체 부위를 휴대전화의 카메라 렌즈에 비추고 그 영상정보를 피고인의 휴대전화로 전송한 것에 해당하여 그 촬영이 피해자들의 의사에 반하여 이루어진 것이라고 할 수 없고, 나아가 '다른 사람의 신체'를 촬영한 것으로도 볼 수 없으므로, 피고인 또는 성명불상의 사람이 전송 받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 저장한 행위만으로는 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영행위에 해당한다고 볼 수 없다.

또한 성폭력처벌법 제14조 제3항은 '영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 정보통신망을 이용하여 유포'한 경우에 이를 가중처벌하는 규정으로서, 위 동영상들이 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영물에 해당하지 않는 이상 그 동영상의 유포행위를 성폭력처벌법 제14조 제3항에 따라 처벌할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 검사의 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 촬영물 판매로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

검사는 이 부분 공소사실을 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소하면서, 1인 이상의 사람들이 출연한 위 각 촬영물에서 누가 이 사건 피해자에 해당하는지는 특정하지 않았다.

이에 대해 원심은 위 동영상들에 나오는 출연자들 중 일부 사람(범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자)에 관하여는 그 복장 및 행동에 비추어 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것이라고 보기 어렵다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.

그런데 검사는 항소이유서에서 위 출연자들을 이 사건 피해자로 기소한 것이 아니라는 취지로 명확하게 주장하고 있는바, 검찰이 기소한 범위에 위 출연자들에 대한 부분이 포함되어 있다고 볼 수 없는 이상 원심이 위 출연자들에 대한 부분에 관하여 무죄의 판단을 한 것은 불고불리 원칙에 위배된다.

따라서 원심판결에는 불고불리 원칙에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 부분 공소사실은 기소 범위에 포함되지 않으므로 그 유·무죄 여부에 관하여 더 나아가 판단하지 않는다.

다.

범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 위 동영상들은 피고인과 피해자들이 주고받은 카카오톡 메시지의 글을 저장한 것인 점, ② 그 내용은 피고인이 피해자들과 영상통화를 하기 전에 이루어진 대화이거나, 영상통화를 하는 과정에서 피고인이 원하는 특정 자세, 행동 등을 요구하고 상대방이 이에 답변하는 형식의 대화인 점(영상통화는 피고인의 또 다른 휴대전화를 사용하였던 것으로 보인다), ③ 비록 메시지 중에 '소리랑 표정 신음 느끼하게, 다리 벌리구 최대한', '좀 더 느끼하게, 저보면서, 혀로 빨면서' 등과 같이 자극적이고 성적인 표현들이 포함되어 있기는 하나(연번 31 동영상), 위 메시지 부분이 동영상 전체 중에 일부분에 불과하고 그 이외에 일반적인 대화를 나누는 다른 채팅 화면이 나타나기도 하는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 위 동영상들이 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것이라고 보기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 검사의 사실오인 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원심판결 중 유죄부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 항소도 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분 및 이와 상상적 경합관계에 있어 하나의 형이 선고된 이유 무죄부분을 함께 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 이유 무죄부분을 제외한 나머지 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여 원심이 이유 무죄로 인정하였는데, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여 피고인이 항소함으로써 위 이유 무죄부분도 당시에 이심되었다.

그런데 이에 대하여 검사가 항소를 제기하지는 않았는바, 위 이유 무죄부분은 당사자 사이의 공방에서 벗어났다고 보아야 하므로 원심판결의 무죄판단을 그대로 따르고 다시 판단하지 않기로 한다).

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

1) 피고인(유죄부분)

가) '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심은 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편을 판매한 행위가 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항에 해당한다고 판단하였으나, 위 규정은 그 문언상 다른 사람의 신체를 촬영한 자가 직접 그 촬영물을 판매하는 경우만을 의미하는 것이고 피해자 또는 제3자가 촬영한 촬영물을 판매하는 것은 위 규정에 의하여 처벌될 수 없다. 결국 위 59편의 동영상은 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 영상물일 뿐 피고인이 촬영한 촬영물이 아니고, 설령 피고인이 촬영한 것에 해당한다고 하더라도 피해자들의 의사에 반하여 판매되었다는 점이 증명되지 않은 점, 위 18편의 동영상도 인터넷을 통해 다운로드 받은 것일 뿐이므로 피고인이 직접 촬영한 것이 아닌 점 등에 비추어, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다.

나) 별지 범죄일람표(이하 '범죄일람표'라고만 한다) 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심은 위 동영상들에 대하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것으로 보기는 어렵다고 판단하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여는 무죄를 인정하면서도, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여는 유죄로 인정하였다.

그런데, 촬영된 영상이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 내용이 아니라면 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호의 '음란한 영상'에도 해당

하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상의 출연자들은 대부분 옷을 입은 상태로서 위 동영상들은 정보통신망법 상의 '음란한 영상'에 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

2) 검사(무죄부분)

가) '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

피해자들이 휴대전화에 부착된 카메라로 피고인과 영상통화를 한 것은 피해자들의 의사에 의한 것이나 이것만으로 피해자들이 자신의 신체를 '촬영'한 것이라고 볼 수는 없고, 피고인이 영상통화로 전송받은 피해자들의 신체 영상정보를 별도의 저장장치를 이용하여 피고인의 휴대전화 컴퓨터 기억장치에 기록하여야만 비로소 '촬영'에 해당하므로, 피고인의 행위는 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항의 '촬영' 행위에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

나) 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심이 무죄로 판단한 위 동영상의 출연자들은 신체 부위 등이 노출된 피해자들과 함께 촬영된 사람들에 불과하여 피해자에 해당하지 않음을 전제로 기소 범위에 포함되지 않은 것인데, 원심은 이와 같이 공소사실에 포함되지 않은 위 출연자들에 대하여 무죄의 판단을 한 것이므로 이는 불고불리 원칙에 위반된다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상들은 피고인이 피해자들과 주고받은 카카오톡 메시지를 촬영한 영상물인 사실은 인정되나, 그 카카오톡 메시지를 주고받게 된 경위와 내용, 메시지를 주고받을 당시에 피고인과 피해자들이 음란한 행위를 하였던 점 등에 비추어 정보통신망법 상의 '음란한 문언'에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

나. 양형부당(쌍방)

원심의 형(징역 3년, 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간, 신상정보의 공개 및 고지명령 3년, 몰수)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 이 사건 공소사실 제2항 중 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 662편을 인터넷을 통하여' 부분을 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 632편을 인터넷을 통하여'로 각 변경하고, 범죄일람표 4 연번 40번, 52번, 63번, 122번, 136번, 165번, 289번, 297번, 318번, 369번, 371번, 372번, 404번, 405번, 406번, 407번, 408번, 409번, 411번, 412번, 413번, 414번, 415번, 416번, 417번, 554번, 645번, 647번, 649번, 661번을 각 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

1) 관련 법리

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다.

그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결 등 참조).

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제14조 제2항은 "제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있고, 제14조 제1항은 "카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있다.

위 각 규정에 의하면, 성폭력처벌법 제14조 제2항의 촬영물은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하는 것임이 문언 상 명백하므로, 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물까지 위 조항 소정의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 할 것이다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도16953 판결 참조).

또한 성폭력처벌법 제14조 제1항 소정의 '촬영'의 사전적·통상적 의미는 '사람, 사물, 풍경 따위를 사진이나 영화로 찍음'이고, 촬영의 대상은 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'라고 보아야 함이 문언상 명백하므로 위 규정의 처벌 대상은 '다른 사람의 신체 그 자체'를 카메라 등 기계장치를 이용해서 '직접' 촬영하는 경우에 한정된다고 보는 것이 타당하므로, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상도 위 조항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279 판결 참조).

2) 구체적인 판단

가) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

- ① 피고인은 휴대전화 채팅프로그램인 '○○○(인터넷주소 1 생략)'에 접속하여 피해자들과 영상통화를 하면서 미니스커트와 스타킹을 신고 손톱에 매니큐어를 칠한 상태에서 자신의 허벅지와 성기 옆 부분을 마치 여성의 음부를 만지는 것처럼 보여주며 피해자들이 자위행위를 하도록 유도하였다.

피고인은 휴대전화 2대를 이용하여 1대로는 문자를 입력하여 피해자들에게 특정 자세를 취할 것 등을 지시하고, 나머지 1대로는 그러한 피해자들의 자위행위 장면을 미리 설치해 놓은 모바일 애플리케이션인 '△△△[(영문표기 생략), 휴대전화의 화면을 계속적으로 캡처하여 이를 저장하는 프로그램]' 프로그램을 이용하여 저장하였다.

- ② 한편, 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 촬영된 것으로서, 피해자들이 휴대전화 카메라를 향하여 스스로 성기를 노출하며 자위행위를 하는 모습이 담겨있다.

- ③ 피고인은 위와 같이 저장된 동영상 총 77편(피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 성명불상의 사람이 저장한 18편의 동영상)을 피해자들의 동의를 받지 아니하고 인터넷을 통하여 판매하였다.

나) 위 인정사실 및 원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편은 각 동영상에 출연하는 피해자들이 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 촬영한 동영상을 위 피고인 등이 전송받아 이를 저장한 것에 불과하므로, 앞서 본 법리에 따라 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 촬영물에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

- ① 영상통화는 휴대전화의 통화기능과 동영상 촬영 기능을 합하여 통화당사자 사이에 영상과 소리를 실시간으로 주고받을 수 있도록 하는 것으로, 피해자들은 피고인 등과 영상통화를 하면서 위와 같은 동영상 촬영 기능을 이용하여 스스로 자신의 신체 부위나 자위행위를 하는 모습을 휴대전화기의 카메라에 비추었고 카메라 렌즈를 통과한 영상정보가 디지털 신호의 형태로 피고인의 휴대전화로 실시간 전송되었던 것인바, 그 동영상은 피해자들이 그 의사에 기하여 직접 자신의 신체를 촬영한 것일 뿐 이를 피고인이 촬영하였다고 볼 수 없다.

- ② 피고인은 휴대전화의 카메라 기능을 이용하여 자신의 모습을 촬영하여 이를 피해자들에게 전송하는 한편, 휴대전화 화면을 실시간 캡처(Capture)하여 저장할 수 있는 △△△ 프로그램을 이용하여 위와 같이 피해자들로부터 전송된 영상정보를 자신의 휴대전화에 저장하였다.

그런데 위 △△△ 프로그램은 직접 휴대전화에 내장된 카메라 기능을 이용하여 대상물을 촬영하는 것이 아니라 휴대전화 화면에 나타나는 이미지를 계속적으로 캡처하는 등의 방법으로 이를 저장하는 것이다.

결국 피고인이 피해자들로부터 전송받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 △△△ 프로그램을 이용하여 자신의 휴대전화에 저장하였다고 하더라도 그와 같은 저장 행위만으로는 피고인이 피해자들의 신체를 직접 촬영하였다고 볼 수 없으므로, 피고인이 저장한 동영상 59편은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 '촬영'한 촬영물에 해당하지 않는다.

③ 설령 피고인이 △△△ 프로그램을 이용하여 피해자들로부터 수신된 영상정보를 다시 촬영한 것이라고 보더라도, 피고인이 촬영한 대상은 피해자들의 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자들의 신체 그 자체는 아니라고 할 것이고, 나아가 다른 사람의 신체에 관한 이미지가 담긴 영상도 성폭력처벌법 제14조 제1항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

④ 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 그 성명불상의 제작자가 피해자들로부터 전송받은 영상정보를 어떠한 방식으로 저장하였는지에 관하여 구체적으로 확인되지 않았다.

그러나 각 피해자들의 진술에 의하면, 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체를 촬영하여 영상을 전송하였고 이후 그 영상이 인터넷을 통해 판매되었다는 것이므로, 피고인이 직접 영상통화를 하면서 저장한 동영상 59편과 유사한 방식으로 제작되었던 것으로 보인다.

결국 피고인이 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상들도 피해자들이 그 의사에 기하여 자신의 신체를 직접 촬영한 것으로 보일 뿐이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 다른 사람을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물에 해당한다는 사실을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인의 행위가 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다(피고인은 18편의 동영상들은 '피고인'이 아닌 '제3자'가 촬영한 것이어서 위 조항에 해당하지 않는다는 취지로도 주장하나, 위와 같이 피고인의 주장을 받아들이는 이상 더 나아가 살펴보지 않는다).

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 출연자들에 관한 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여는 아래 4.의 나항에서 보는 바와 같이 불고불리 원칙에 위배되어 더 이상 판단하지 않으나, 성폭력처벌법 제14조 제2항과 정보통신망법 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호는 그 입법취지와 보호법익 및 범죄 구성요건을 달리하므로, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점의 성립 여부에 관하여는 이와 별도로 판단되어야 한다.

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 각 동영상(연번 11, 38, 40, 51)에는 위 출연자뿐만 아니라 그들을 제외하더라도 다른 남성들이 등장하고 그 남성들이 성기를 노출하거나 옷을 입은 채로 자위행위를 하는 장면들이 확인되는바, 이는 단순히 저속하거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것으로 보이므로, 음란한 영상에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인의 법리오해 주장은 이유 없다.

다.

범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상은 증거로 제출되어 있지 않아 이를 확인할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 음란한 영상에 해당한다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

앞서 3.의 가항에서 살펴본 바와 같이, 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상(촬영 및 촬영물 유포의 점)과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상(촬영물 유포의 점) 합계 77편에 출연하는 피해자들은 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체 부위를 휴대전화의 카메라 렌즈에 비추고 그 영상정보를 피고인의 휴대전화로 전송한 것에 해당하여 그 촬영이 피해자들의 의사에 반하여 이루어진 것이라고 할 수 없고, 나아가 '다른 사람의 신체'를 촬영한 것으로도 볼 수 없으므로, 피고인 또는 성명불상의 사람이 전송 받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 저장한 행위만으로는 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영행위에 해당한다고 볼 수 없다.

또한 성폭력처벌법 제14조 제3항은 '영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 정보통신망을 이용하여 유포'한 경우에 이를 가중처벌하는 규정으로서, 위 동영상들이 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영물에 해당하지 않는 이상 그 동영상의 유포행위를 성폭력처벌법 제14조 제3항에 따라 처벌할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 검사의 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 촬영물 판매로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

검사는 이 부분 공소사실을 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소하면서, 1인 이상의 사람들이 출연한 위 각 촬영물에서 누가 이 사건 피해자에 해당하는지는 특정하지 않았다.

이에 대해 원심은 위 동영상들에 나오는 출연자들 중 일부 사람(범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자)에 관하여는 그 복장 및 행동에 비추어 성적 욕망 또는 수치

심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것이라고 보기 어렵다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.

그런데 검사는 항소이유서에서 위 출연자들을 이 사건 피해자로 기소한 것이 아니라는 취지로 명확하게 주장하고 있는바, 검찰이 기소한 범위에 위 출연자들에 대한 부분이 포함되어 있다고 볼 수 없는 이상 원심이 위 출연자들에 대한 부분에 관하여 무죄의 판단을 한 것은 불고불리 원칙에 위배된다.

따라서 원심판결에는 불고불리 원칙에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 부분 공소사실은 기소 범위에 포함되지 않으므로 그 유·무죄 여부에 관하여 더 나아가 판단하지 않는다.

다.

범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 위 동영상들은 피고인과 피해자들이 주고받은 카카오톡 메시지의 글을 저장한 것인 점, ② 그 내용은 피고인이 피해자들과 영상통화를 하기 전에 이루어진 대화이거나, 영상통화를 하는 과정에서 피고인이 원하는 특정 자세, 행동 등을 요구하고 상대방이 이에 답변하는 형식의 대화인 점(영상통화는 피고인의 또 다른 휴대전화를 사용하였던 것으로 보인다), ③ 비록 메시지 중에 '소리랑 표정 신음 느끼하게, 다리 벌리구 최대한', '좀 더 느끼하게, 저보면서, 혀로 빨면서' 등과 같이 자극적이고 성적인 표현들이 포함되어 있기는 하나(연번 31 동영상), 위 메시지 부분이 동영상 전체 중에 일부분에 불과하고 그 이외에 일반적인 대화를 나누는 다른 채팅 화면이 나타나기도 하는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 위 동영상들이 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것이라고 보기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 검사의 사실오인 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원심판결 중 유죄부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 항소도 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분 및 이와 상상적 경합관계에 있어 하나의 형이 선고된 이유 무죄부분을 함께 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 이유 무죄부분을 제외한 나머지 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여 원심이 이유 무죄로 인정하였는데, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여 피고인이 항소함으로써 위 이유 무죄부분도 당심에 이심되었다.

그런데 이에 대하여 검사가 항소를 제기하지는 않았는바, 위 이유 무죄부분은 당사자 사이의 공방에서 벗어났다고 보아야 하므로 원심판결의 무죄판단을 그대로 따르고 다시 판단하지 않기로 한다).

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

1) 피고인(유죄부분)

가) '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심은 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편을 판매한 행위가 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항에 해당한다고 판단하였으나, 위 규정은 그 문언상 다른 사람의 신체를 촬영한 자가 직접 그 촬영물을 판매하는 경우만을 의미하는 것이고 피해자 또는 제3자가 촬영한 촬영물을 판매하는 것은 위 규정에 의하여 처벌될 수 없다. 결국 위 59편의 동영상은 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 영상물일 뿐 피고인이 촬영한 촬영물이 아니고, 설령 피고인이 촬영한 것에 해당한다고 하더라도 피해자들의 의사에 반하여 판매되었다는 점이 증명되지 않은 점, 위 18편의 동영상도 인터넷을 통해 다운로드 받은 것일 뿐이므로 피고인이 직접 촬영한 것이 아닌 점 등에 비추어, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다.

나) 별지 범죄일람표(이하 '범죄일람표'라고만 한다) 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유통)의 점

원심은 위 동영상들에 대하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것으로 보기는 어렵다고 판단하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여는 무죄를 인정하면서도, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유통)의 점에 대하여는 유죄로 인정하였다.

그런데, 촬영된 영상이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 내용이 아니라면 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호의 '음란한 영상'에도 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유통)의 점

위 동영상의 출연자들은 대부분 옷을 입은 상태로서 위 동영상들은 정보통신망법 상의 '음란한 영상'에 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

2) 검사(무죄부분)

가) '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유통'으로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

피해자들이 휴대전화에 부착된 카메라로 피고인과 영상통화를 한 것은 피해자들의 의사에 의한 것이나 이것만으로 피해자들이 자신의 신체를 '촬영'한 것이라고 볼 수는 없고, 피고인이 영상통화로 전송받은 피해자들의 신체 영상정보를 별도의 저장장치를 이용하여 피고인의 휴대전화 컴퓨터 기억장치에 기록하여야만 비로소 '촬영'에 해당하므로, 피고인의 행위는 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항의 '촬영' 행위에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

나) 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심이 무죄로 판단한 위 동영상의 출연자들은 신체 부위 등이 노출된 피해자들과 함께 촬영된 사람들에 불과하여 피해자에 해당하지 않음을 전제로 기소 범위에 포함되지 않은 것인데, 원심은 이와 같이 공소사실에 포함되지 않은 위 출연자들에 대하여 무죄의 판단을 한 것이므로 이는 불고불리 원칙에 위반된다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상들은 피고인이 피해자들과 주고받은 카카오톡 메시지를 촬영한 영상물인 사실은 인정되나, 그 카카오톡 메시지를 주고받게 된 경위와 내용, 메시지를 주고받을 당시에 피고인과 피해자들이 음란한 행위를 하였던 점 등에 비추어 정보통신망법 상의 '음란한 문언'에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

나. 양형부당(쌍방)

원심의 형(징역 3년, 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간, 신상정보의 공개 및 고지명령 3년, 몰수)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 이 사건 공소사실 제2항 중 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 662편을 인터넷을 통하여' 부분을 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 632편을 인터넷을 통하여'로 각 변경하고, 범죄일람표 4 연번 40번, 52번, 63번, 122번, 136번, 165번, 289번, 297번, 318번, 369번, 371번, 372번, 404번, 405번, 406번, 407번, 408번, 409번, 411번, 412번, 413번, 414번, 415번, 416번, 417번, 554번, 645번, 647번, 649번, 661번을 각 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

1) 관련 법리

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다.

그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결 등 참조).

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제14조 제2항은 "제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있고, 제14조 제1항은 "카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있다.

위 각 규정에 의하면, 성폭력처벌법 제14조 제2항의 촬영물은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하는 것임이 문언 상 명백하므로, 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물까지 위 조항 소정의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 할 것이다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도 16953 판결 참조).

또한 성폭력처벌법 제14조 제1항 소정의 '촬영'의 사전적·통상적 의미는 '사람, 사물, 풍경 따위를 사진이나 영화로 찍음'이고, 촬영의 대상은 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'라고 보아야 함이 문언상 명백하므로 위 규정의 처벌 대상은 '다른 사람의 신체 그 자체'를 카메라 등 기계장치를 이용해서 '직접' 촬영하는 경우에 한정된다고 보는 것이 타당하므로, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상도 위 조항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279 판결 참조).

2) 구체적인 판단

가) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 피고인은 휴대전화 채팅프로그램인 '○○○(인터넷주소 1 생략)'에 접속하여 피해자들과 영상통화를 하면서 미니스커트와 스타킹을 신고 손톱에 매니큐어를 칠한 상태에서 자신의 허벅지와 성기 옆 부분을 마치 여성의 음부를 만지는 것처럼 보여주며 피해자들이 자위행위를 하도록 유도하였다.

피고인은 휴대전화 2대를 이용하여 1대로는 문자를 입력하여 피해자들에게 특정 자세를 취할 것 등을 지시하고, 나머지 1대로는 그러한 피해자들의 자위행위 장면을 미리 설치해 놓은 모바일 애플리케이션인 '△△△[(영문표기 생략), 휴대전화의 화면을 계속적으로 캡처하여 이를 저장하는 프로그램]' 프로그램을 이용하여 저장하였다.

② 한편, 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 피해자들이 성명 불상의 사람과 영상통화를 하면서 촬영된 것으로서, 피해자들이 휴대전화 카메라를 향하여 스스로 성기를 노출하며 자위행위를 하는 모습이 담겨있다.

③ 피고인은 위와 같이 저장된 동영상 총 77편(피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 성명불상의 사람이 저장한 18편의 동영상)을 피해자들의 동의를 받지 아니하고 인터넷을 통하여 판매하였다.

나) 위 인정사실 및 원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편은 각 동영상에 출연하는 피해자들이 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 촬영한 동영상을 위 피고인 등이 전송받아 이를 저장한 것에 불과하므로, 앞서 본 법리에 따라 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 촬영물에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

① 영상통화는 휴대전화의 통화기능과 동영상 촬영 기능을 합하여 통화당사자 사이에 영상과 소리를 실시간으로 주고받을 수 있도록 하는 것으로, 피해자들은 피고인 등과 영상통화를 하면서 위와 같은 동영상 촬영 기능을 이용하여 스스로 자신의 신체 부위나 자위행위를 하는 모습을 휴대전화기의 카메라에 비추었고 카메라 렌즈를 통과한 영상정보가 디지털 신호의 형태로 피고인의 휴대전화로 실시간 전송되었던 것인바, 그 동영상은 피해자들이 그 의사에 기하여 직접 자신의 신체를 촬영한 것일 뿐 이를 피고인이 촬영하였다고 볼 수 없다.

② 피고인은 휴대전화의 카메라 기능을 이용하여 자신의 모습을 촬영하여 이를 피해자들에게 전송하는 한편, 휴대전화 화면을 실시간 캡처(Capture)하여 저장할 수 있는 △△△ 프로그램을 이용하여 위와 같이 피해자들로부터 전송된 영상정보를 자신의 휴대전화에 저장하였다.

그런데 위 △△△ 프로그램은 직접 휴대전화에 내장된 카메라 기능을 이용하여 대상물을 촬영하는 것이 아니라 휴대전화 화면에 나타나는 이미지를 계속적으로 캡처하는 등의 방법으로 이를 저장하는 것이다.

결국 피고인이 피해자들로부터 전송받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 △△△ 프로그램을 이용하여 자신의 휴대전화에 저장하였다고 하더라도 그와 같은 저장 행위만으로는 피고인이 피해자들의 신체를 직접 촬영하였다고 볼 수 없으므로, 피고인이 저장한 동영상 59편은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 '촬영'한 촬영물에 해당하지 않는다.

③ 설령 피고인이 △△△ 프로그램을 이용하여 피해자들로부터 수신된 영상정보를 다시 촬영한 것이라고 보더라도, 피고인이 촬영한 대상은 피해자들의 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자들의 신체 그 자체는 아니라고 할 것이고, 나아가 다른 사람의 신체에 관한 이미지가 담긴 영상도 성폭력처벌법 제14조 제1항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다.

다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

④ 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 그 성명불상의 제작자가 피해자들로부터 전송받은 영상정보를 어떠한 방식으로 저장하였는지에 관하여 구체적으로 확인되지 않았다. 그러나 각 피해자들의 진술에 의하면, 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체를 촬영하여 영상을 전송하였고 이후 그 영상이 인터넷을 통해 판매되었다는 것이므로, 피고인이 직접 영상통화를 하면서 저장한 동영상 59편과 유사한 방식으로 제작되었던 것으로 보인다.

결국 피고인이 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상들도 피해자들이 그 의사에 기하여 자신의 신체를 직접 촬영한 것으로 보일 뿐이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 다른 사람을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물에 해당한다는 사실을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인의 행위가 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다(피고인은 18편의 동영상들은 '피고인'이 아닌 '제3자'가 촬영한 것이어서 위 조항에 해당하지 않는다는 취지로도 주장하나, 위와 같이 피고인의 주장을 받아들이는 이상 더 나아가 살펴보지 않는다).

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 출연자들에 관한 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여는 아래 4.의 나항에서 보는 바와 같이 불고불리 원칙에 위배되어 더 이상 판단하지 않으나, 성폭력처벌법 제14조 제2항과 정보통신망법 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호는 그 입법취지와 보호법의 및 범죄 구성요건을 달리하므로, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점의 성립 여부에 관하여는 이와 별도로 판단되어야 한다.

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 각 동영상(연번 11, 38, 40, 51)에는 위 출연자뿐만 아니라 그들을 제외하더라도 다른 남성들이 등장하고 그 남성들이 성기를 노출하거나 옷을 입은 채로 자위행위를 하는 장면들이 확인되는바, 이는 단순히 저속하거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것으로 보이므로, 음란한 영상에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인의 법리오해 주장은 이유 없다.

다.

범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상은 증거로 제출되어 있지 않아 이를 확인할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 음란한 영상에 해당한다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

앞서 3.의 가항에서 살펴본 바와 같이, 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상(촬영 및 촬영물 유포의 점)과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상(촬영물 유포의 점) 합계 77편에 출연하는 피해자들은 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체 부위를 휴대전화의 카메라 렌즈에 비추고 그 영상정보를 피고인의 휴대전화로 전송한 것에 해당하여 그 촬영이 피해자들의 의사에 반하여 이루어진 것이라고 할 수 없고, 나아가 '다른 사람의 신체'를 촬영한 것으로도 볼 수 없으므로, 피고인 또는 성명불상의 사람이 전송 받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 저장한 행위만으로는 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영행위에 해당한다고 볼 수 없다.

또한 성폭력처벌법 제14조 제3항은 '영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 정보통신망을 이용하여 유포'한 경우에 이를 가중처벌하는 규정으로서, 위 동영상들이 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영물에 해당하지 않는 이상 그 동영상의 유포행위를 성폭력처벌법 제14조 제3항에 따라 처벌할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 검사의 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 촬영물 판매로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

검사는 이 부분 공소사실을 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소하면서, 1인 이상의 사람들이 출연한 위 각 촬영물에서 누가 이 사건 피해자에 해당하는지는 특정하지 않았다.

이에 대해 원심은 위 동영상들에 나오는 출연자들 중 일부 사람(범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자)에 관하여는 그 복장 및 행동에 비추어 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것이라고 보기 어렵다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.

그런데 검사는 항소이유서에서 위 출연자들을 이 사건 피해자로 기소한 것이 아니라는 취지로 명확하게 주장하고 있는바, 검찰이 기소한 범위에 위 출연자들에 대한 부분이 포함되어 있다고 볼 수 없는 이상 원심이 위 출연자들에 대한 부분에 관하여 무죄의 판단을 한 것은 불고불리 원칙에 위배된다.

따라서 원심판결에는 불고불리 원칙에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 부분 공소사실은 기소 범위에 포함되지 않으므로 그 유·무죄 여부에 관하여 더 나아가 판단하지 않는다.

다.

범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 위 동영상들은 피고인과 피해자들이 주고받은 카카오톡 메시지의 글을 저장한 것인 점, ② 그 내용은 피고인이 피해자들과 영상통화를 하기 전에 이루어진 대화이거나, 영상통화를 하는 과정에서 피고인이 원하는 특정 자세, 행동 등을 요구하고 상대방이 이에 답변하는 형식의 대화인 점(영상통화는 피고인의 또 다른 휴대전화를 사용하였던 것으로 보인다), ③ 비록 메시지 중에 '소리랑 표정 신음 느끼하게, 다리 벌리구 최대한', '좀 더 느끼하게, 저보면서, 혀로 빨면서' 등과 같이 자극적이고 성적인 표현들이 포함되어 있기는 하나(연번 31 동영상), 위 메시지 부분이 동영상 전체 중에 일부분에 불과하고 그 이외에 일반적인 대화를 나누는 다른 채팅 화면이 나타나기도 하는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 위 동영상들이 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것이라고 보기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 검사의 사실오인 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원심판결 중 유죄부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 항소도 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분 및 이와 상상적 경합관계에 있어 하나의 형이 선고된 이유 무죄부분을 함께 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 이유 무죄부분을 제외한 나머지 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여 원심이 이유 무죄로 인정하였는데, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여 피고인이 항소함으로써 위 이유 무죄부분도 당심에 이심되었다.

그런데 이에 대하여 검사가 항소를 제기하지는 않았는바, 위 이유 무죄부분은 당사자 사이의 공방에서 벗어났다고 보아야 하므로 원심판결의 무죄판단을 그대로 따르고 다시 판단하지 않기로 한다).

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

1) 피고인(유죄부분)

가) '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심은 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편을 판매한 행위가 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제2항에 해당한다고 판단하였으나, 위 규정은 그 문언상 다른 사람의 신체를 촬영한 자가 직접 그 촬영물을 판매하는 경우만을 의미하는 것이고 피해자 또는 제3자가 촬영한 촬영물을 판매하는 것은 위 규정에 의하여 처벌될 수 없다.

결국 위 59편의 동영상은 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 영상물일 뿐 피고인이 촬영한 촬영물이 아니고, 설령 피고인이 촬영한 것에 해당한다고 하더라도 피해자들의 의사에 반하여 판매되었다는 점이 증명되지 않은 점, 위 18편의 동영상도 인터넷을 통해 다운로드 받은 것일 뿐이므로 피고인이 직접 촬영한 것이 아닌 점 등에 비추어, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다.

나) 범죄일람표(이하 '범죄일람표'라고만 한다) 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심은 위 동영상들에 대하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것으로 보기는 어렵다고 판단하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여는 무죄를 인정하면서도, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여는 유죄로 인정하였다.

그런데, 촬영된 영상이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 내용이 아니라면 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호의 '음란한 영상'에도 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상의 출연자들은 대부분 옷을 입은 상태로서 위 동영상들은 정보통신망법 상의 '음란한 영상'에 해당하지 않는다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

2) 검사(무죄부분)

가) '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

피해자들이 휴대전화에 부착된 카메라로 피고인과 영상통화를 한 것은 피해자들의 의사에 의한 것이나 이것만으로 피해자들이 자신의 신체를 '촬영'한 것이라고 볼 수는 없고, 피고인이 영상통화로 전송받은 피해자들의 신체 영상정보를 별도의 저장장치를 이용하여 피고인의 휴대전화 컴퓨터 기억장치에 기록하여야만 비로소 '촬영'에 해당하므로, 피고인의 행위는 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항의 '촬영' 행위에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

나) 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

원심이 무죄로 판단한 위 동영상의 출연자들은 신체 부위 등이 노출된 피해자들과 함께 촬영된 사람들에 불과하여 피해자에 해당하지 않음을 전제로 기소 범위에 포함되지 않은 것인데, 원심은 이와 같이 공소사실에 포함되지 않은 위 출연자들에 대하여 무죄의 판단을 한 것이므로 이는 불고불리 원칙에 위반된다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 잘못이 있다.

다) 범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 동영상들은 피고인이 피해자들과 주고받은 카카오톡 메시지를 촬영한 영상물인 사실은 인정되나, 그 카카오톡 메시지를 주고받게 된 경위와 내용, 메시지를 주고받을 당시에 피고인과 피해자들이 음란한 행위를 하였던 점 등에 비추어 정보통신망법 상의 '음란한 문언'에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

나. 양형부당(쌍방)

원심의 형(징역 3년, 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간, 신상정보의 공개 및 고지명령 3년, 몰수)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 이 사건 공소사실 제2항 중 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 662편을 인터넷을 통하여' 부분을 '범죄일람표 4 기재와 같은 동영상 총 632편을 인터넷을 통하여'로 각 변경하고, 범죄일람표 4 연번 40번, 52번, 63번, 122번, 136번, 165번, 289번, 297번, 318번, 369번, 371번, 372번, 404번, 405번, 406번, 407번, 408번, 409번, 411번, 412번, 413번, 414번, 415번, 416번, 417번, 554번, 645번, 647번, 649번, 661번을 각 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 이에 관하여 살펴본다.

3. 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

1) 관련 법리

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다.

그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결 등 참조).

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제14조 제2항은 "제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연

하게 전시·상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있고, 제14조 제1항은 "카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

"고 규정하고 있다.

위 각 규정에 의하면, 성폭력처벌법 제14조 제2항의 촬영물은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물을 뜻하는 것임이 문언 상 명백하므로, 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물까지 위 조항 소정의 촬영물에 포함시키는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어난 해석이라고 할 것이다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도 16953 판결 참조).

또한 성폭력처벌법 제14조 제1항 소정의 '촬영'의 사전적·통상적 의미는 '사람, 사물, 풍경 따위를 사진이나 영화로 찍음'이고, 촬영의 대상은 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체'라고 보아야 함이 문언상 명백하므로 위 규정의 처벌 대상은 '다른 사람의 신체 그 자체'를 카메라 등 기계장치를 이용해서 '직접' 촬영하는 경우에 한정된다고 보는 것이 타당하므로, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상도 위 조항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279 판결 참조).

2) 구체적인 판단

가) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 피고인은 휴대전화 채팅프로그램인 '○○○(인터넷주소 1 생략)'에 접속하여 피해자들과 영상통화를 하면서 미니스커트와 스타킹을 신고 손톱에 매니큐어를 칠한 상태에서 자신의 허벅지와 성기 옆 부분을 마치 여성의 음부를 만지는 것처럼 보여주며 피해자들이 자위행위를 하도록 유도하였다.

피고인은 휴대전화 2대를 이용하여 1대로는 문자를 입력하여 피해자들에게 특정 자세를 취할 것 등을 지시하고, 나머지 1대로는 그러한 피해자들의 자위행위 장면을 미리 설치해 놓은 모바일 애플리케이션인 '△△△[(영문표기 생략), 휴대전화의 화면을 계속적으로 캡처하여 이를 저장하는 프로그램]' 프로그램을 이용하여 저장하였다.

② 한편, 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 촬영된 것으로서, 피해자들이 휴대전화 카메라를 향하여 스스로 성기를 노출하며 자위행위를 하는 모습이 담겨있다.

③ 피고인은 위와 같이 저장된 동영상 총 77편(피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 성명불상의 사람이 저장한 18편의 동영상)을 피해자들의 동의를 받지 아니하고 인터넷을 통하여 판매하였다.

나) 위 인정사실 및 원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 직접 저장한 59편의 동영상과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상 합계 77편은 각 동영상에 출연하는 피해자들이 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 촬영한

동영상을 위 피고인 등이 전송받아 이를 저장한 것에 불과하므로, 앞서 본 법리에 따라 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 촬영물에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있으므로, 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

① 영상통화는 휴대전화의 통화기능과 동영상 촬영 기능을 합하여 통화당사자 사이에 영상과 소리를 실시간으로 주고받을 수 있도록 하는 것으로, 피해자들은 피고인 등과 영상통화를 하면서 위와 같은 동영상 촬영 기능을 이용하여 스스로 자신의 신체 부위나 자위행위를 하는 모습을 휴대전화기의 카메라에 비추었고 카메라 렌즈를 통과한 영상정보가 디지털 신호의 형태로 피고인의 휴대전화로 실시간 전송되었던 것인바, 그 동영상은 피해자들이 그 의사에 기하여 직접 자신의 신체를 촬영한 것일 뿐 이를 피고인이 촬영하였다고 볼 수 없다.

② 피고인은 휴대전화의 카메라 기능을 이용하여 자신의 모습을 촬영하여 이를 피해자들에게 전송하는 한편, 휴대전화 화면을 실시간 캡처(Capture)하여 저장할 수 있는 △△△ 프로그램을 이용하여 위와 같이 피해자들로부터 전송된 영상정보를 자신의 휴대전화에 저장하였다.

그런데 위 △△△ 프로그램은 직접 휴대전화에 내장된 카메라 기능을 이용하여 대상을 촬영하는 것이 아니라 휴대전화 화면에 나타나는 이미지를 계속적으로 캡처하는 등의 방법으로 이를 저장하는 것이다.

결국 피고인이 피해자들로부터 전송받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 △△△ 프로그램을 이용하여 자신의 휴대전화에 저장하였다고 하더라도 그와 같은 저장 행위만으로는 피고인이 피해자들의 신체를 직접 촬영하였다고 볼 수 없으므로, 피고인이 저장한 동영상 59편은 '다른 사람'을 촬영대상자로 하여 그 신체를 '촬영'한 촬영물에 해당하지 않는다.

③ 설령 피고인이 △△△ 프로그램을 이용하여 피해자들로부터 수신된 영상정보를 다시 촬영한 것이라고 보더라도, 피고인이 촬영한 대상은 피해자들의 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자들의 신체 그 자체는 아니라고 할 것이고, 나아가 다른 사람의 신체에 관한 이미지가 담긴 영상도 성폭력처벌법 제14조 제1항의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

④ 피고인이 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 공소외 1 등 피해자 18명의 동영상은 그 성명불상의 제작자가 피해자들로부터 전송받은 영상정보를 어떠한 방식으로 저장하였는지에 관하여 구체적으로 확인되지 않았다.

그러나 각 피해자들의 진술에 의하면, 피해자들이 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체를 촬영하여 영상을 전송하였고 이후 그 영상이 인터넷을 통해 판매되었다는 것이므로, 피고인이 직접 영상통화를 하면서 저장한 동영상 59편과 유사한 방식으로 제작되었던 것으로 보인다.

결국 피고인이 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상들도 피해자들이 그 의사에 기하여 자신의 신체를 직접 촬영한 것으로 보일 뿐이고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 다른 사람을 촬영대상자로 하여 그 신체를 촬영한 촬영물에 해당한다는 사실을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인의 행위가 성폭력처벌법 제14조 제2항 및 제1항의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다(피고인은 18편의 동영상들은 '피고인'이 아닌 '제3자'가 촬영한 것이어서 위 조항에 해당하지 않는다는 취지로도 주장하나, 위와 같이

피고인의 주장을 받아들이는 이상 더 나아가 살펴보지 않는다).

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 출연자들에 관한 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여는 아래 4.의 나항에서 보는 바와 같이 불고불리 원칙에 위배되어 더 이상 판단하지 않으나, 성폭력처벌법 제14조 제2항과 정보통신망법 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호는 그 입법취지와 보호법익 및 범죄 구성요건을 달리하므로, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점의 성립 여부에 관하여는 이와 별도로 판단되어야 한다.

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 각 동영상(연번 11, 38, 40, 51)에는 위 출연자뿐만 아니라 그들을 제외하더라도 다른 남성들이 등장하고 그 남성들이 성기를 노출하거나 옷을 입은 채로 자위행위를 하는 장면들이 확인되는바, 이는 단순히 저속하거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것으로 보이므로, 음란한 영상에 해당한다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 피고인의 법리오해 주장은 이유 없다.

다.

범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

위 범죄일람표 4 연번 418~553, 555~644, 646, 648, 650~660 기재 각 동영상은 증거로 제출되어 있지 않아 이를 확인할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 동영상들이 음란한 영상에 해당한다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 있다.

4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

가. '촬영' 및 '정보통신망을 이용한 촬영물 유포'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

앞서 3.의 가항에서 살펴본 바와 같이, 피고인이 영상통화를 하면서 저장한 59편의 동영상(촬영 및 촬영물 유포의 점)과 인터넷을 통해 다운로드 받아 소지하고 있던 18편의 동영상(촬영물 유포의 점) 합계 77편에 출연하는 피해자들은 피고인 또는 성명불상의 사람과 영상통화를 하면서 스스로 자신의 신체 부위를 휴대전화의 카메라 렌즈에 비추고 그 영상정보를 피고인의 휴대전화로 전송한 것에 대하여 그 촬영이 피해자들의 의사에 반하여 이루어진 것이라고 할 수 없고, 나아가 '다른 사람의 신체'를 촬영한 것으로도 볼 수 없으므로, 피고인 또는 성명불상의 사람이 전송 받은 영상을 피해자들의 의사에 반하여 저장한 행위만으로는 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영행위에 해당한다고 볼 수 없다.

또한 성폭력처벌법 제14조 제3항은 '영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 정보통신망을 이용하여 유포'한 경우에 이를 가중처벌하는 규정으로서, 위 동영상들이 성폭력처벌법 제14조 제1항의 촬영물에 해당하지 않는 이상 그 동영상의 유포행위를 성폭력처벌법 제14조 제3항에 따라 처벌할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 검사의 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자에 대한 각 촬영물 판매로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

검사는 이 부분 공소사실을 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소하면서, 1인 이상의 사람들이 출연한 위 각 촬영물에서 누가 이 사건 피해자에 해당하는지는 특정하지 않았다.

이에 대해 원심은 위 동영상들에 나오는 출연자들 중 일부 사람(범죄일람표 1 연번 11 기재 촬영물 25초경 최우측 출연자, 연번 38 기재 촬영물 4분 56초경 최좌측 출연자, 연번 40 기재 촬영물 4분 5초경 최좌측 출연자, 연번 51 기재 촬영물 15초경 출연자 2인, 2분 38초경 최좌측 출연자)에 관하여는 그 복장 및 행동에 비추어 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체가 촬영된 것이라고 보기 어렵다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.

그런데 검사는 항소이유서에서 위 출연자들을 이 사건 피해자로 기소한 것이 아니라는 취지로 명확하게 주장하고 있는바, 검찰이 기소한 범위에 위 출연자들에 대한 부분이 포함되어 있다고 볼 수 없는 이상 원심이 위 출연자들에 대한 부분에 관하여 무죄의 판단을 한 것은 불고불리 원칙에 위배된다.

따라서 원심판결에는 불고불리 원칙에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 부분 공소사실은 기소 범위에 포함되지 않으므로 그 유·무죄 여부에 관하여 더 나아가 판단하지 않는다.

다.

범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재(범죄일람표 4 연번 172, 188, 189, 196, 217 기재 각 동영상과 동일하다) 각 동영상 관련 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 위 동영상들은 피고인과 피해자들이 주고받은 카카오톡 메시지의 글을 저장한 것인 점, ② 그 내용은 피고인이 피해자들과 영상통화를 하기 전에 이루어진 대화이거나, 영상통화를 하는 과정에서 피고인이 원하는 특정 자세, 행동 등을 요구하고 상대방이 이에 답변하는 형식의 대화인 점(영상통화는 피고인의 또 다른 휴대전화를 사용하였던 것으로 보인다), ③ 비록 메시지 중에 '소리랑 표정 신음 느끼하게, 다리 벌리구 최대한', '좀 더 느끼하게, 저보면서, 혀로 빨면서' 등과 같이 자극적이고 성적인 표현들이 포함되어 있기는 하나(연번 31 동영상), 위 메시지 부분이 동영상 전체 중에 일부분에 불과하고 그 이외에 일반적인 대화를 나누는 다른 채팅 화면이 나타나기도 하는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 위 동영상들이 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것이라고 보기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 검사의 사실오인 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원심판결 중 유죄부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고 피고인의 항소도 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분 및 이와 상상적 경합관계에 있어 하나의 형이 선고된 이유 무죄부분을 함께 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 이유 무죄부분을 제외한 나머지 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(범죄일람표 1 연번 7, 23, 24, 31, 52 기재 각 '촬영물 판매'로 인한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점에 관하여 원심이 이유 무죄로 인정하였는데, 이와 상상적 경합관계에 있는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)의 점에 대하여 피고인이 항소함으로써 위 이유 무죄부분도 당심에 이심되었다.

그런데 이에 대하여 검사가 항소를 제기하지는 않았는바, 위 이유 무죄부분은 당사자 사이의 공방에서 벗어났다고 보아야 하므로 원심판결의 무죄판단을 그대로 따르고 다시 판단하지 않기로 한다).