

수원지방법원 성남지원

판 결

사 건 2014고단285

가. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등){인정된 죄명 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)}

나. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)

다. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)방조{인정된 죄명 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)방조}

라. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)방조

피 고 인 1.가.나. XXX, 무직

주거 경북

등록기준지 춘천시

2.나. 000, 건설업

주거 인천

등록기준지 충남

3.나. YYY, 무직

주거 하남시

등록기준지 대구

4.다.라. ZZZ, 회사원

주거 서울 강남구

등록기준지 전남

5.다.라. 주식회사 A

소재지 성남시 분당구

사내이사 ZZZ

검 사 한은지(기소), 장송이(공판)

변 호 인 법무법인 정동(피고인 XXX을 위하여)

담당변호사 김익건, 오강민

변호사 정서희(피고인 ZZZ, 주식회사 A을 위한 국선)

판 결 선 고 2014. 9. 24.

주 문

피고인 XXX, ZZZ을 각 벌금 10,000,000원에, 피고인 000을 벌금 3,000,000원에, 피고인 YYY을 벌금 1,500,000원에, 피고인 주식회사 A을 벌금 7,000,000원에 각 처한다.

피고인 XXX, 000, YYY, ZZZ이 위 각 벌금을 납입하지 아니하는 경우 100,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인들을 노역장에 유치한다.

피고인들에게 각 벌금 상당액의 가납을 명한다.

이 유

범 죄 사 실

피고인 XXX은 인터넷 웹하드 사이트인 _____ (_____, 이하 ‘이 사건 사이트’라고 한다)의 비밀클럽인 ‘가’, ‘나’, ‘다’, ‘라’의 운영자이고, 피고인 000은 같

은 사이트의 비밀클럽인 ‘마’ 운영자이고, 피고인 YYY은 같은 사이트의 비밀클럽인 ‘바’의 운영자이고, 피고인 ZZZ은 같은 사이트의 운영회사인 피고인 주식회사 A의 대표로서 위 사이트 운영을 총괄하는 자이다.

1. 피고인 XXX

누구든지 정보통신망을 통하여 음란한 부호, 문언, 음향, 화상 또는 영상을 배포, 판매, 임대하거나 공연히 전시하여서는 아니 된다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2011. 10. 28.경 그의 주거지인 경북 칠곡군 _____에서 이 사건 사이트의 비밀클럽인 ‘가’ 애니메이션성인(22) 카데고리에 등장 캐릭터들이 단체로 성관계를 하는 내용의 애니메이션인 제목 ‘젓가슴 하트 그녀는 짐승 발정기!~ 달콤누나 미야 ~천연브라콘의 별정거유~’인 음란물을 업로드하고, 정액제 클럽 회원들이 일정 포인트를 지급하면 다운로드 받을 수 있도록 배포한 것을 비롯하여 그때부터 2013. 9. 13.경까지 위와 같은 방법으로 이 사건 사이트의 비밀클럽인 나“, ‘다’, ‘라’, ‘마’에 별지 범죄일람표 기재 음란 애니메이션 17개를 배포하고, 일반 음란물 동영상 파일 73,967개를 1,842,918회에 걸쳐 배포하였다.

2. 피고인 000

누구든지 정보통신망을 통하여 음란한 부호, 문언, 음향, 화상 또는 영상을 배포, 판매, 임대하거나 공연히 전시하여서는 아니 된다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2013. 3. 1.경 그의 주거지인 _____에서 이 사건 사이트의 비밀클럽인 ‘마’에 남녀 성관계가 나오는 음란 동영상 ‘[노 씨네] 3월 01일 업로드’를 업로드하여 클럽 회원들에게 배포한 것을 비롯하여 그때부터 2013. 9. 12.경까지 위 ‘마’에 943개의 음란물 동영상 파일을 885,296회에 걸쳐 같은 방법으로 배포하였다.

3. 피고인 YYY

누구든지 정보통신망을 통하여 음란한 부호, 문언, 음향, 화상 또는 영상을 배포, 판매, 임대하거나 공연히 전시하여서는 아니 된다.

그럼에도 피고인은 2013. 3. 2.경 그의 주거지인 _____에서 이 사건 사이트의 비밀클럽인 ‘바’에 남녀 성관계가 나오는 음란 동영상 ‘[MARX]SM001’을 업로드하여 클럽 회원들에게 배포한 것을 비롯하여, 그때부터 2013. 9. 12.경까지 위 ‘바’ 클럽에 768개의 일반 성인음란물 동영상 파일을 400,646회에 걸쳐 같은 방법으로 배포하였다.

4. 피고인 ZZZ

피고인 ZZZ은 XXX, OOO, YYY이 위 제1, 2, 3항과 같이 음란물을 이 사건 사이트의 각 비밀클럽에 게시하여 배포한다는 사실을 잘 알면서도 이를 돕기 위하여 그 직원인 _____, _____, _____와 함께 음란물 필터링 및 모니터링으로 검출된 음란물 차단 미조치, 비밀클럽 가입 홍보, 포인트 현금 환전 등의 행위를 함으로써 이들의 음란물 배포 행위를 방조하였다.

5. 피고인 주식회사 A

피고인 주식회사 A은 그 대표인 ZZZ이 위 제4항과 같이 업무와 관련하여 음란물 배포 행위를 방조하였다.

증거의 요지

1. 피고인 XXX, OOO, YYY, ZZZ의 각 법정진술

1. 경찰 압수조서

1. 각 수사보고서

1. 각 내사보고

1. 각 음란물 목록 및 수집자료

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

○ 피고인 XXX, 000, YYY : 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호(포괄하여, 벌금형 선택)

○ 피고인 ZZZ : 형법 제32조 제1항, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호(포괄하여, 벌금형 선택)

○ 피고인 주식회사 A : 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제75조, 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호(포괄하여)

1. 노역장유치

피고인 XXX, 000, YYY, ZZZ : 형법 제70조 제1항, 제69조 제2항

1. 가납명령

각 형사소송법 제334조 제1항

무죄부분

1. 피고인 XXX에 대한 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)의 점 {범죄사실 제1의 가. 항 중 별지 범죄일람표 애니메이션(이하, ‘이 사건 애니메이션’이라고 한다)에 대한 주위적 공소사실 부분}

가. 공소사실

누구든지 아동·청소년이용음란물을 배포·제공하거나 공연히 전시 또는 상영하여서는 아니 된다.

그럼에도 피고인은 2011. 10. 28.경 자신의 집인 _____에서 비밀클럽 ‘가’ 애니메이션성인(22) 카테고리에 청소년들이 등장하여 나체로 성관계를 하는 내용의 애니메이션인 ‘젓가슴 하트~그녀는 짐승 발정기!~달콤누나 미야 ~천연브라콘의 별정거유~’를 업로드하고 정액제 클럽 회원들이 일정 포인트를 지급하면 다운로드 받을 수 있도록 배포한 것을 비롯하여, 그때부터 2013. 7. 30.경까지 사이트 내의 ‘가’, ‘나’ 비밀클럽에 별지 범죄일람표 기재 17개의 아동·청소년이용음란물을 배포하였다.

나. 변호인의 주장 및 이 사건의 쟁점

피고인의 변호인은 이 사건 애니메이션에 등장하는 각 캐릭터들이 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물”에 해당되지 아니한다는 취지로 주장하면서 무죄를 다투고 있으므로 이에 관하여 보기로 한다.

다. 판단

(1) 이 부분 공소사실 관련 법조항 및 아동·청소년이용음란물에 대한 정의 규정

이 부분 공소사실에 적용되는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하, ‘아청법’이라고 한다) 제11조 제3항(이하, ‘이 사건 법조항’이라고 한다)은 아동·청소년이용음란물을 배포·제공하거나 공연히 전시 또는 상영하는 등의 행위를 처벌하고 있고, 위 법조항에 규정된 아동·청소년이용음란물에 정의에 관하여 아청법 제2조 제5호는 “아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여” 법이 정한 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 영상물로 규정하고 있다.

(2) 아청법의 목적 조항 및 개정 연혁

아청법 제1조는 “이 법은 아동·청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하고 피해아동·청소년을 위한 구제 및 지원 절차를 마련하며 아동·청소년대상 성범죄자를 체계적으로 관리함으로써 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다.

연혁적으로 원래 구 아청법(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되기 전의 것) 제2조 제5호에서는 아동·청소년이용음란물을 실제 아동·청소년이 등장하는 것으로 한정하고 있었으나, 2011. 9. 15. 개정되면서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물” 부분이 추가되었고, 그 후 2012. 12. 18. 법률 제11572호 전부 개정되면서 “명백하게 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”로 다시 제한되었다.

위와 같은 아청법의 목적 조항과 개정 연혁을 보면 현재의 아청법은 음란물의 제작 과정에 있어 실제 아동·청소년의 성이 직접적으로 착취되는 것을 방지하는 것 외에 간접적 측면에서 아동·청소년의 성이 이용되는 것을 보호하는 것도 그 목적을 하고 있다고 판단된다.

(3) 이 사건 법조항의 다의성 및 위헌적 요소

이와 같이 가상의 표현물까지 아청법의 적용대상으로 하여 아래에서 보는 바와 같이 가중처벌을 하고 신분상의 불이익을 주는 각종 부수처분을 하도록 한 입법의 타당성에 관해서 논란의 여지가 없는 것은 아니나 입법자의 결단에 의해 위와 같은 표현물에 대해서까지 처벌대상을 확대한 것 자체를 가지고 곧바로 목적의 정당성이 결여되었다거나 입법재량을 일탈한 것으로서 위헌의 법조항이라고 단정하기는 어렵다.

그러나 한편으로 이 사건 법조항에 내재되어 있는 아래와 같은 위헌적 요소로 감안한다면 위 법조항에는 죄형법정주의를 잠탈하여 처벌범위가 자의적으로 확장될 위험성이 상존하고 있고 그로 인하여 결과적으로 인간의 자유로운 상상력을 위축 시킴으로서 헌법상 기본권인 표현의 자유를 심각하게 훼손할 우려가 있다는 것도 또한 부정하기 어렵다. 그 위헌적 요소란 다음과 같다.

① 우선 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물”이라고 하는 법문언 자체가 매우 주관적이고도 모호하여 표현을 하고자 하는 사람에게 처벌대상이 되는 표현의 자유의 한계에 대한 기준을 제시하지 못하고 있다{예컨대, 애니메이션에 있어 아동·청소년에 관한 인식의 기준을 애니메이션 캐릭터의 외적 형태를 가지고만 판단할 것인지 아니면 스토리상에 나타난 설정 등을 가지고 판단할 것인지, 애니메이션에 흔히 등장하는 반인반수(半人半獸)나 요괴(妖怪)와 같은 상상의 캐릭터에 대해서도 동일한 기준을 적용할 것인지, 성적 표현이 불가피한 역사적 사건이나 신화 또는 춘향전과 같이 고전을 원작으로 한 표현물에 대해서도 같은 판단을 적용할 것인지 등에 관하여 이 사건 법조항만으로는 그 기준을 전혀 알 수 없다}.

② 다음으로 정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률상 일반적인 음란물을 유포한 범죄에 대하여는 그 영리 목적의 유무와 관계없이 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처함에 대하여, 아청법상 아동·청소년이용음란물을 유포한 범죄는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형에 처하고 있고, 여기에 영리 목적이 더해질 경우에는 10년 이하의 징역만을 처할 수 있도록 하고 있다. 더 나아가 아동·청소년이용음란물을 유포한 범죄에 대해서는 재범예방에 필요한 수

강명령 또는 성폭력 치료프로그램의 이수명령을 필요적으로 병과하도록 하고 있고(아청법 제21조 제1항), 유죄판결이 확정된 경우 신상정보가 등록되어 20년간 보존·관리되며(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제42조), 형의 집행을 종료하거나 집행이 유예·면제된 날부터 10년 동안 아동·청소년 관련 시설 등에 취업할 수 없는 제약도 가하고 있다(아청법 제56조). 또한 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우를 제외하고는 위 등록기간 동안 정보통신망을 통하여 신상등록정보를 공개하는 명령을 선고하도록 하고 있다(아청법 제49조). 이러한 법체계 하에서 애니메이션과 같은 순수 가공의 표현물을 아무런 제한 없이 아동·청소년이용음란물에 포함시켜 해석할 경우 범죄와 형벌 사이에 비례관계를 인정할 수 없고 비난가능성에 현격한 차이가 있는 행위유형에 대해 법관이 차별적인 처벌을 부과하는 데에도 한계가 있을 수밖에 없다. (각주 1: 이러한 불균형은 아동·청소년이용음란물의 제작 등을 처벌하는 아청법 제11조 제1항에서 두드러진다. 즉 위 조항은 위 행위를 한 경우 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있는데, 아무런 제한 없이 아동·청소년에 관한 애니메이션을 모두 ‘아동·청소년이용음란물’에 포함된다고 해석할 경우 자신의 노트에 아동·청소년이 성적 행위를 하는 만화나 그림을 상상하여 그리거나 스케치하는 것도 아동·청소년이용음란물 제작으로 볼 여지가 있다.)

(4) 합헌적 법률해석의 필요성

법률의 규정이 다의적이어서 한편에서는 합헌인 해석을, 다른 한편에 있어서는 위헌인 해석을 다 같이 가능하게 한다면 헌법과 합치하는 해석을 선택해야 하고 그러한 합헌적 해석이 불가능한 경우에 비로소 헌법재판소에 위헌제청을 해야 한다.

살피건대 아래에서 보는 바와 같이 아청법에서 정하는 아동·청소년이용음란물 중 표현물에 관하여 비례원칙과 엄격한 해석을 통해 합헌성을 유지하는 합헌적 법률해석이 가능하다고 판단되는 이상, 위헌제청을 하지 아니하고 합헌적 법률해석을 통하여 이 사건 법조항을 적용하도록 한다.

(5) 구체적 해석론

앞서 살펴 본 아동법의 입법목적, 개정 연혁, 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하여 합헌적 해석론을 취하여 보면, 아동·청소년이용음란물로서의 표현물은 실제 아동·청소년이 직접적 또는 간접적으로 관여된 경우에만 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 것으로 해석함이 타당하다고 할 것이다. 그러한 경우에 해당되는 것으로 상정할 수 있는 구체적 예를 들어 보면 다음과 같다.

① 표현물의 제작에 있어 실제 아동·청소년이 참여한 경우(예컨대, 표현물의 모델 등으로 직접 참여한 경우)

② 표현물의 제작에 있어 실제 아동·청소년이 참여한 바 없으나 실제 아동·청소년이 참여한 것처럼 조작이 된 경우(예컨대, 컴퓨터 합성 등을 통해 실제 아동·청소년의 사진 등을 가미하여 표현물이 제작된 경우)

③ 표현물의 제작에 있어 실제 아동·청소년이 참여하거나 참여한 것처럼 조작이 된 바는 없으나 이미지 또는 스토리 등에 의해 실제 아동·청소년이 특정될 수 있는 경우(예컨대, 애니메이션상의 이미지 또는 스토리 등에 의해 실제 아동·청소년이 특정되어 해당 아동·청소년의 인격권이 침해되는 경우)

(6) 이 부분 공소사실에 대한 판단

이 사건으로 돌아와 보건대, 제출된 증거에 의하면 이 사건 애니메이션은 앳된 모습을 한 가상의 남녀 캐릭터들이 학교, 집 또는 기타 장소에서 성적 행위를 하는 것을 내용으로 하고 있는 사실을 인정할 수 있다.

그러나 나아가 검찰이 제출한 증거만으로는 ①이 사건 애니메이션에 등장하는 각 캐릭터를 제작함에 있어 실제 아동·청소년이 참여하였다거나 ② 실제 아동·청소년이 출연한 것처럼 조작이 되었다거나 ③ 스토리 등을 통해 각 애니메이션의 캐릭터가 실제 아동·청소년으로 특정되었다고 인정할 수 없고, 달리 이 사건 애니메이션의 각 캐릭터가 실제 아동·청소년이 직접적 또는 간접적으로 관여됨으로써 명백하게 아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물에 해당한다고 인정할 만한 증거를 발견할 수 없다.

라. 결론

결국 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하여 형사소송법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 할 것이나 예비적 공소사실인 정보통신망이용촉진 및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)죄에 관하여 유죄로 인정한 이상 따로 주문에서 무죄를 선고하지는 아니 한다.

2. 피고인 ZZZ, 주식회사 A에 대한 각 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)방조의 점(범죄사실 제4, 5항 중 이 사건 애니메이션에 대한 주위적 공소사실 부분)

가. 공소사실

(1) 피고인 ZZZ은 XXX, 000, YYY이 위 제1의 가 항과 같이 아동·청소년이용음란물음란물을 이 사건 사이트의 비밀클럽에 게시하여 배포한다는 사실을 잘 알면서도 이를 돕기 위하여 직원인 _____, _____, _____와 함께 음란물 필터링 및 모니터링으로 검출된 음란물 차단 미조치, 비밀클럽 가입 홍보, 포인트 현금 환전 등의 행위를 함으로써 그들의 음란물 배포 행위를 방조하였다.

(2) 피고인 주식회사 A은 그 대표인 ZZZ이 위와 같이 업무와 관련하여 음란물 배포 행위를 방조하였다.

나. 판단

방조범은 중범으로서 정범의 존재를 전제로 하는 것인바 위 제1의 라 항에서 보는 바와 같이 그 정범인 피고인 XXX의 행위에 대하여 범죄가 성립되지 아니한 이상 위 피고인들에 대한 방조범 또한 성립될 수 없다.

다. 결론

따라서 이 부분 각 공소사실은 범죄로 되지 아니하여 형사소송법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 할 것이나 각 예비적 공소사실인 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)방조죄에 관하여 유죄로 인정한 이상 따로 주문에서 무죄를 선고하지는 아니 한다.

판사 신원일 _____