

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2021도7168 가. 국민체육진흥법위반
나. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반
(음란물유포)

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인 및 검사

변 호 인 변호사 하은정(국선)

원 심 판 결 창원지방법원 2021. 5. 20. 선고 2020노2946 판결

판 결 선 고 2021. 10. 14.

주 문

원심판결 중 추징을 명한 부분을 파기한다.

피고인으로부터 45,000,000원을 추징한다.

검사의 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실의 요지 및 원심의 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지는 다음과 같다. 피고인은 공소외 1, 공소외 2와 공모하여 2019. 2. 1.경부터 2019. 3. 1.경까지 (사이트명 1 생략), (사이트명 2 생략), (사이트명 3 생략), (사이트명 4 생략), (사이트명 5 생략)(이하 위 각 웹사이트를 통틀어 '이 사건 웹사이트'라고 한다)를 순차적으로 개설하여 운영하면서, 이 사건 웹사이트의 이용자 수를 늘리기 위해 음란 사이트의 주소를 링크하여 이용자들이 이 사건 웹사이트에 접속한 후 위와 같이 게시된 음란 사이트를 통해 음란한 동영상을 볼 수 있도록 하고, 이 사건 웹사이트에 체육진흥투표권 또는 이와 비슷한 것을 발행하여 결과를 적중시킨 자에게 재물이나 재산상의 이익을 제공하는 행위(이하 '유사행위'라고 한다)를 영위하는 도박 사이트를 홍보하는 배너를 게시하여 이용자들이 위 배너를 통해 도박 사이트에 접속하여 도박을 하도록 하였다. 이로써 피고인은 공소외 1, 공소외 2와 공모하여 정보통신망을 통하여 음란한 화상 또는 영상을 배포하고, 서울올림픽기념국민체육진흥공단과 수탁업자가 아님에도 유사행위를 홍보하였다.

나. 원심은 판시와 같은 이유로 위 공소사실을 유죄로 판단하면서 제1심이 추징을 명한 189,000,000원 중 94,000,000원은 공범에게 분배되었다고 보고 나머지 95,000,000원을 피고인으로부터 추징하였다.

2. 검사의 상고이유에 대하여

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인으로부터 위 94,000,000원을 추징하지 않은 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 추징에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 피고인의 상고이유에 대하여

가. 형법 제48조 제1항은 '범죄행위로 인하여 생(生)하였거나 이로 인하여 취득한 물건'으로서 범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 이외의 자가 정을 알면서 취득한 물건의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다고 규정하면서(제2호), 제2항에서는 제1항에 기재한 물건을 몰수하기 불가능한 때에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있다. 이와 같이 형법 제48조는 몰수의 대상을 '물건'으로 한정하고 있다. 이는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 및 범죄행위의 보수로 얻은 재산을 범죄수익으로 몰수할 수 있도록 한 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」이나 범죄행위로 취득한 재산상 이익의 가액을 추징할 수 있도록 한 형법 제357조 등의 규정과는 구별된다. 민법 제98조는 물건에 관하여 '유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력'을 의미한다고 정의하는데, 형법이 민법이 정의한 '물건'과 다른 내용으로 '물건'의 개념을 정의하고 있다고 볼 만한 사정도 존재하지 아니한다(대법원 2021. 1. 28. 선고 2016도11877 판결 참조).

나. 기록에 의하면, 피고인은 2018. 3.경부터 2019. 2.경 사이에 이 사건 웹사이트를 순차로 개설한 후 2019. 2.경부터 이 사건 웹사이트에 음란 사이트 링크배너와 도박 사이트 홍보배너를 게시하는 등의 방식으로 이를 운영하다가 2020. 3. 초순경 성명불상자에게 이 사건 웹사이트를 50,000,000원에 매각하고 현금으로 위 돈을 지급받은 사실이 인정된다. 이와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 웹사이트는 이 사건 각 범죄행위에 제공된 무형의 재산에 해당할 뿐 형법 제48조 제1항 제2호에서 정한 '범죄행위로 인하여 생(生)하였거나 이로 인하여 취득한 물건'에 해당하지 않는다. 따라서 피고인이 이 사건 웹사이트 매각을 통해 취득한 대가는 형법 제48조 제1항 제2호, 제2항이 규정한 추징의 대상에 해당하지 않는다.

다. 그런데도 원심은 이와 달리, 이 사건 웹사이트가 형법 제48조 제1항 제2호에서 정한 '범죄행위로 인하여 생(生)하였거나 이로 인하여 취득한 물건'에 해당한다는 전제 하에 피고인으로부터 이 사건 웹사이트 매각대금 50,000,000원을 추징하였다. 이러한 원심의 판단에는 형법 제48조에서 정한 몰수·추징에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결 중 추징을 명한 부분을 파기하되, 이 부분은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 형사소송법 제396조에 의하여 다음과 같이 판결하고, 검사의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

앞서 본 것과 같은 이유로 형법 제48조 제1항 제2호, 제2항에 의하여 피고인으로부터 45,000,000원(= 원심 인정 추징금 95,000,000원 - 이 사건 웹사이트 매각대금 50,000,000원)을 추징한다.

재판장	대법관	김재형
	대법관	안철상
주 심	대법관	노정희
	대법관	이흥구

