

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·정보통신망이용촉진및정
보보호등에관한법률위반(음란물유포등)

[대법원 2008. 6. 12. 2006도4067]



【판시사항】

- [1] 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 '음란'의 의미 및 그 판단 기준
- [2] 인터넷 사이트 초기화면 등에 성인 동영상물에 대한 광고용 선전문구 및 영상을 게재하고 접속한 사람들을 유료회원으로 가입시킨 사안에서, 위 광고내용이 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 음란표현물에 해당하지 않으며, 또한 실제 제공되는 영상물과 광고내용에 다소 차이가 있더라도 사기의 기망행위에 해당하지 않는다고 한 사례

【참조조문】

- [1] 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되기 전의 것) 제65조(현행 제74조) 제1항 제2호
- [2] 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되기 전의 것) 제65조(현행 제74조) 제1항 제2호, 형법 제347조

【참조판례】

- [1] 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결(공2006상, 997), 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결(공2008상, 537), 대법원 2008. 4. 11. 선고 2008도254 판결

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 김태하

【원심판결】 부산고법 2006. 6. 1. 선고 2006노7 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

【이유】

】 상고이유를 본다.

- 1. 음란물 유포의 점에 대하여

형사법이 도덕이나 윤리 문제에 함부로 관여하는 것은 바람직하지 않고, 특히 개인의 사생활 영역에 속하는 내밀한 성적 문제에 개입하는 것은 필요 최소한의 범위 내로 제한함으로써 개인의 성적 자기결정권 또는 행복추구권이 부당하게 제한되지 않도록 해야 한다는 점, 개인의 다양한 개성과 독창적인 가치 실현을 존중하는 오늘날 우리 사회에서의 음란물에 대한 규제 필요성은 사회의 성윤리나 성도덕의 보호라는 측면을 넘어서 미성년자 보호 또는 성인의 원하지 않는 음란물에 접하지 않을 자유의 측면을 더욱 중점적으로 고려하여야 한다는 점 등에 비추어 볼 때, 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라고 한다) 제65조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 '음란'이라 함은 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서, 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하고, 사회적으로 유해한 영향을 끼칠 위험성이 있다고 평가할 수 있을 정도로, 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학·교육적 가치를 지니지 아니하는 것을 뜻한다고 볼 것이고, 표현물의 음란 여부를 판단함에 있어서는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 하며, 한편 비디오물의 내용의 전부 혹은 일부를 그대로 옮겨 제작한 화면 또는 동영상을 정보통신망을 통하여 제공하는 행위가 아동이나 청소년을 유해한 환경에 빠뜨릴 위험성이 상대적으로 크다 하더라도 이는 엄격한 성인인증절차를 마련하도록 요구·강제하는 등으로 대처해야 할 문제이지, 그러한 위험성만을 내세워 그 음란성 여부에 대하여 달리 판단할 수는 없다 (대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결 등 참조).

원심은 제1심이 채택한 증거를 근거로, 피고인이 운영한 이 사건 각 사이트의 초기화면 등에 게재한 그 판시와 같은 내용의 문언과 영상이 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사와 서술을 하고 있고, 그 표현의 주된 목적이 호색적 흥미를 돋우기 위한 것이어서, 이는 일반인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서 음란성이 인정된다고 보았으나, 위 채택 증거에 의하더라도 위 초기화면 등에 게재한 광고영상의 내용은 나체 상태의 남녀간의 다양한 형태의 성교나 애무, 여성의 자위 장면 등을 중점적으로 묘사한 것이기는 하지만, 남녀 성기나 음모의 직접적·노골적인 노출은 거의 없는 것으로 보이는데다가, 피고인의 소명자료에 따르면 위 광고영상 및 그에 대한 소개와 설명의 취지로 부기한 광고문언 대부분이 영상물등급위원회에서 18세 관람가의 등급분류심의를 받은 영상물에서 부분적으로 발췌한 그대로의 것으로, 위 각 사이트의 초기화면에 들어가서 위 광고내용을 보기 위해서는 인터넷의 포털 사이트를 통한 성인인증절차를 거치도록 되어 있음을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 전체적으로 관찰·평가해 보면, 위 광고내용이 상당히 저속하고 문란한 느낌을 주는 것은 분명하다 하더라도 이를 넘어서 형사법상 규제의 대상으로 삼을 만큼 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하고, 사회적으로 유해한 것으로까지 평가할 수 있을 정도로 성적 부위나 행위를 노골적이고 적나라하게 표현 또는 묘사한 것이라고 단정하기에는 부족한 것으로 보이고, 달리 이를 인정할 만한 자료는 보이지 아니한다.

그렇다면 피고인이 일관되게 위 광고내용의 음란성을 다투고 있는 이상, 원심으로서 위 광고내용이 과연 위에서 본 정도의 음란성의 요건을 충족할 수 있는지를 좀 더 상세히 밝혀 보았어야 함에도 이에 이르지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만으로 음란하다고 단정해버린 것은, 표현물의 음란성에 관한 법리를 오해하였거나 필요한 심리를 다

하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 있다.

2. 상습사기의 점에 대하여

원심은 그 채택 증거를 종합하여, 피고인은 자신이 운영하는 이 사건 각 사이트의 초기화면 등에 위에서 본 것과 같은 내용의 광고문언 및 영상을 게재함으로써 마치 유료회원으로 가입하면 남녀의 성기가 노골적으로 드러난 불법 포르노를 볼 수 있을 것 같은 기대감을 가지게 한 다음, 실제 가입자들에게는 일반 성인영화만을 제공하였으므로, 그 가입결정의 주요 원인이 된 영상물의 제공에 관한 기망행위가 인정되어 사기죄가 성립한다고 보았다.

그러나 상품의 선전·광고에 있어서 거래의 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다고 할 것이나, 그 선전·광고에 다소의 과장과 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다(대법원 2001. 5. 29. 선고 99다55601, 55618 판결 등 참조).

원심의 채택 증거 및 기록에 의하면, 피고인이 이 사건 각 사이트의 초기화면에 게재한 광고용 선전문구 및 영상은 위 각 사이트에서 유료회원에게 실제 제공하고 있는 영상물등급심의위원회 등급분류 심의를 거친 영상물의 선전문구나 영상에서 발췌한 그대로의 것이라고 일관되게 주장하여 왔고, 피고인이 제출한 자료에 의하면 이러한 피고인의 주장은 사실로 볼 여지가 많을 뿐만 아니라, 위 광고내용 및 실제 제공 영상물 모두 그 자체로도 상당한 정도로 저속하고 문란한 느낌을 주는 성적 표현물이라는 사실은, 남녀의 성기가 직접적·노골적으로 노출되지는 아니한 점에 있어서 그와 달리 남녀 성기 등이 노출된 영상을 초기화면에서부터 광고하는 성인사이트와는 분명한 차이가 있는 것으로 보이는 점, 위 각 사이트의 하단에 광고내용은 성인사이트의 이해를 돕기 위한 문구로서 일부 변형된 이미지도 사용될 수 있다는 표기가 되어 있고, 거기에 접속하기 위해서는 인터넷의 포털 사이트를 통한 두 차례의 성인인증절차를 거쳐 피고인이 국내에 등록한 상호와 사업자등록번호, 결제 및 환불 회사의 연락처 등이 표기된 화면에 접속하여 회원으로 가입하도록 되어 있는 점, 위 사이트의 유료회원이자 피해자로 되어 있는 원심증인 공소외인은 포털 사이트를 통해 접속하는 유료 성인사이트의 경우 위 심의를 적법하게 통과한 영상물을 유통하고 있다는 사실을 잘 알고, 따라서 심의를 통과하지 않은 불법 포르노를 보기 위해서는 주로 p2p 등 다른 방식을 이용한다고 진술한 점 등의 사정이 인정되고, 이를 반박할 만한 증거자료는 제출되어 있지 아니하다.

그렇다면 위와 같은 사실관계 하에서 이 사건 각 사이트의 초기화면에 게시된 광고내용을 보고 접속한 자들을 유료회원으로 가입시킨 피고인의 행위는, 가입 회원들에게 실제 제공하는 영상물의 선전·광고에 있어 일반 상거래의 관행상 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘는 사기의 기망행위에 해당한다고 단정하기에는 부족하다 할 것이므로, 원심으로서 이 사건 각 사이트에서 실제 제공하는 영상물의 내용을 검증하여 초기화면의 광고내용과 대비하여 본 다음, 위 양자가 그 내용에 있어 질적으로 차이가 있는지 여부 및 그러한 차이점 내지 원본의 부분적인 발췌행위가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 범위를 넘어서는 것인지 여부를 따져 보았어야 할 것임에도 불구하고, 이에 이르지 아니한 채 앞서 본 바와 같은 이유만으로 영상물의 제공에 관한 기망행위가 인정된다고 단정하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 상품의 선전·광고에 있어서 기망행위의 성립에 관한 법리를 오해하였거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이 점에 관한 상고이유의 주장도 이유 있다.

3. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 차한성(재판장) 고현철 김지형(주심) 전수안