

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2012도13352 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반
(음란물유포)

피 고 인 피고인

상 고 인 검사

변 호 인 법무법인 지평
담당변호사 최정규 외 1인

원 심 판 결 서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2012노2340 판결

판 결 선 고 2017. 10. 26.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 가. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 제44조의7 제1항 제1호는 '누구든지 정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음

향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보를 유통하여서는 아니 된다'고 규정하고 있다. 나아가 제74조 제1항 제2호는 '제44조의7 제1항 제1호를 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있다.

여기서 '음란'이라 함은 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 말한다. 음란성에 관한 논의는 자연스럽게 형성·발전되어 온 사회 일반의 성적 도덕관념이나 윤리의식 및 문화적 사조와 직결되고, 아울러 개인의 사생활이나 행복추구권 및 다양성과도 깊이 연관되는 문제로서, 국가 형벌권이 지나치게 적극적으로 개입하기에 적절한 분야가 아니다. 이러한 점을 고려할 때, 특정 표현물을 형사처벌의 대상이 될 음란 표현물이라고 하기 위하여는 그 표현물이 단순히 성적인 흥미에 관련되어 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도만으로는 부족하다. 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소할 뿐 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니한 것으로서, 과도하고도 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현·묘사함으로써, 존중·보호되어야 할 인격체로서의 인간의 존엄과 가치를 훼손·왜곡한다고 볼 정도로 평가될 수 있어야 한다. 나아가 이를 판단할 때에는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 사회 평균인의 입장에서 그 전체적인 내용을 관찰하여 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2006도6317 판결 등 참조).

나. 한편 음란물이 그 자체로는 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·

교육적 가치를 지니지 아니하더라도, 앞서 본 음란성에 관한 논의의 특수한 성격 때문에, 그에 관한 논의의 형성·발전을 위해 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 표현 등과 결합되는 경우가 있다. 이러한 경우 음란 표현의 해악이 이와 결합된 위와 같은 표현 등을 통해 상당한 방법으로 해소되거나 다양한 의견과 사상의 경쟁 메커니즘에 의해 해소될 수 있는 정도라는 등의 특별한 사정이 있다면, 이러한 결합 표현물에 의한 표현행위는 공중도덕이나 사회윤리를 훼손하는 것이 아니어서, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서, 형법 제20조에 정하여진 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 해당된다.

2. 이 사건 공소사실의 요지는, 방송통신심의위원회 심의위원인 피고인이 자신의 인터넷 블로그에, 방송통신심의위원회에서 음란정보로 의결한 남성의 발기된 성기 사진을 게시함으로써, 정보통신망을 통하여 음란한 화상 또는 영상인 사진을 공공연하게 전시하였다는 것이다. 그러므로 위에서 본 법리와 기록에 나타난 사실관계에 비추어 위 공소사실에 관하여 유죄의 증거가 있는지를 살펴본다.

가. 피고인이 인터넷 블로그에 2011. 7. 20. 게시한 이 사건 게시물은, "검열자 일기 #4 이 사진을 보면 성적으로 자극받거나 성적으로 흥분되나요?"라는 제목 아래 "18차 전체회의에서 여기의 블로그 사진들이 음란물이라며 차단되었다"라는 문구로 본문이 시작한다. 그리고 곧바로 다른 블로그의 화면 다섯 개를 갈무리하여 옮겨온 남성의 발기된 성기 사진 8장(이하 '이 사건 사진들'이라 한다)과 별거벗은 남성의 뒷모습 사진 1장을 전체 게시면의 절반을 조금 넘는 부분에 걸쳐 게시하고 있다. 이어서, 정보통신에 관한 심의규정(이하 '심의규정'이라 한다) 제8조 제1호를 소개한 후 '성행위에 진입

하지 않은 그리고 성행위에 관한 서사가 포함되지 않은 성기 이미지 자체를 음란물로 보는 것은 표현의 자유나 심의규정에 비추어 부당하다'라는 취지로 피고인의 의견을 덧붙이고 있다. 그러므로 이 사건 게시물은 이 사건 사진들과 음란물에 관한 논의의 형성·발전을 위한 학술적, 사상적 표현 등이 결합된 결합 표현물이다.

나. 먼저 공소제기된 이 사건 사진들이 음란한 화상 또는 영상으로서 음란물에 해당 하는지에 관하여 본다.

1) 이 사건 사진들은 모두 '○○○○'라는 블로그에 게시되었던 것을 화면 갈무리한 것들이다. 첫 번째 갈무리 사진은 발기 전과 후의 성기상태가 비교된 사진 2장이 게재 된 영상이고, 두 번째 갈무리 사진은 그 중 발기 후 성기를 확대한 사진 위에 '발기 끝 날 때 쬐'이라는 제목이 붙은 영상이다. 세 번째 갈무리 사진은 발기된 성기를 다른 각 도에서 찍은 2장의 사진을 맞붙인 사진 오른쪽에 벌거벗은 남성의 뒷모습 사진을 나란 히 배치한 영상이고, 네 번째 갈무리 사진은 그 중 왼쪽의 2장짜리 사진을 확대한 것 이다. 다섯 번째 갈무리 사진은 '버스 안에서'라는 제목 아래 햇빛이 비쳐드는 공간에 서 바지 사이로 발기된 성기를 꺼내어 노출시킨 후 손으로 바지를 누르고 있는 모습의 사진이 게재된 영상이다.

2) 남성의 성기는 신체의 일부이고, 성적 각성이나 성적 흥분 또는 생리적 작용에 따라 발기와 이완이 이루어지는 것이어서, 그 맥락에 따라 발기된 성기가 신체의 일부 로 묘사되는 것만으로는 과도하고도 노골적인 방법에 의해 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소한 표현이라고 볼 수는 없다. 그러나 이 사건 사진들은 문학적·예 술적·사상적·과학적·의학적·교육적 의도에 따라 촬영되었다고 볼 만한 아무런 맥 락이 없다. 오로지 남성의 성기, 그것도 발기된 성기와 음모만을 대상으로 근접 촬영한

것들에 불과한데다가, 일부 사진에 달린 제목 등을 통하여 성적 흥분 및 이완 상태를 드러내거나 공공장소에서 발기된 성기를 노출하였다는 것을 드러내고 있다.

3) 이처럼 이 사건 사진들은 오로지 남성의 발기된 성기와 음모만을 뚜렷하게 강조하여 여러 맥락 속에서 직접적으로 보여줌으로써 성적 각성과 흥분이 존재한다는 암시나 공개장소에서 발기된 성기의 노출이라는 성적 일탈의 의미를 나타내고 있다. 나아가 여성의 시각을 배제한 남성중심적인 성관념의 발로에 따른 편향된 관점을 전달하고 있다. 따라서 단순히 성적 흥미를 불러일으켜 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 맞춰져 있을 뿐 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니한 것으로서, 과도하고도 노골적인 방법에 의하여 성적 부위를 적나라하게 표현함으로써 인간의 존엄과 가치를 왜곡하는 음란물에 해당한다.

다. 다음으로, 이 사건 사진들의 음란성에도 불구하고 그로 인한 해악이 결합된 학술적, 사상적 표현 등을 통해 해소됨으로써, 이 사건 게시물에 의한 표현행위가 형법 제20조에 정하여진 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 해당하는지에 관하여 본다.

1) 이 사건 게시물이 소개하는 심의규정 제8조의 제목은 '선량한 풍속 기타 사회질서'이고, 그 제1호는 가목 내지 차목의 10개항으로 구성되어 있다. 그 중 제8조 본문의 '선량한 풍속 기타 사회질서를 현저히 해할 우려가 있는 내용의 다음 각 호의 정보는 유통이 적합하지 아니한 것으로 본다' 부분과 제1호 본문의 '사회통념상 일반인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 다음 각 목의 정보' 부분, 가목의 '남녀의 성기, 음모 또는 향문이 구체적으로 묘사되는 내용' 부분에는 밀줄이 그어져 있다.

2) 피고인이 제시하고 있는 의견의 내용은 "이 사건 사진들이 사회질서를 현저히 해할 우려가 있는지, 누구의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하는지 의문이다. 성행위에 진입하지 않고 성행위에 관한 서사가 포함되지 않은 성기 이미지 자체가 청소년 유해물일 수 있지만, 이를 방송통신심의위원회가 음란물이라고 보는 것은 청소년 유해물이라고 정하는 것과 달리 성인을 포함하여 누구도 어떤 장소에서든 어떤 방법으로도 볼 수 없게 되어 합법적인 표현물의 세계에서 완전히 추방되는 것이다. 이 사건 사진들의 의도가 무엇인지, 이 사건 사진들이 옳은지, 그른지, 사회적으로 적합한지를 묻는 것은 그 자체가 표현의 자유를 침해하는 것이다. 표현의 자유는 모든 표현의 자유이고, 좋고 나쁜 표현을 걸러내려 해서는 안 된다는 것이 표현의 자유의 이상이다. 이 사건 사진들은 어찌 되었건 자기표현의 가장 원초적인 모습이고, 이것이 사회질서를 해한다고 볼 명백하고 현존하는 위험이 없는 한 처벌대상이 되어서는 아니 된다. 그러지는 않더라도 최소한 심의규정에라도 충실해야 할 것인데, 이러한 사진들도 음란물로 보아 다 내릴 거라면 '남녀의 성기, 음모 또는 항문이 구체적으로 묘사되는 내용'이라는 규정 외에 나머지 '사회질서' '성욕자극'과 같은 문구들은 다 필요 없어진 것들로 보아야 한다."라는 것이다.

3) 이 사건 게시물이 게시된 동기나 목적의 정당성에 관하여 본다. 피고인은 △△대학교 □□□□대학원 교수로서, 2005. 9. 25.경 블로그를 개설 후 2010. 10.경부터 블로그 제목을 '◇◇◇ ◇◇◇'로 변경하고, 자신의 연구에 필요한 자료를 모아두는 용도로 활용하였다. 방송통신심의위원회 심의위원 활동을 시작하면서 위 블로그에 '검열자의 일기'라는 디렉토리를 만들어, 방송통신심의위원회의 심의 과정에서 자신이 느낀 소회 등을 글로 작성하여 게재하였다. '검열자의 일기'에는 이 사건 게시물 외에 표현

의 자유와 관련하여 문제되었던 자살, 국가보안법, 전기통신사업법, 공인에 대한 욕설의 규제 등 여러 주제에 관한 피고인의 문제 제기 및 견해가 게재되어 있다. 피고인은 이 사건 게시물의 게시 전인 2011. 7. 12. 개최된 제18차 방송통신심의위원회에서, 이 사건 사진들이 음란정보에 해당하는지 여부에 관하여 심의하였다. 피고인을 포함한 3인의 심의위원은 이 사건 사진들이 심의규정에 위반되지 않는다는 의견을 제시하였으나, 나머지 6명의 심의위원들은 음란물에 해당되어 심의규정에 위반된다는 의견을 제시함으로써, 이 사건 사진들에 대하여 이용해지 또는 삭제의 시정요구를 하는 것으로 의결되었다. 이에 피고인은 일반인의 시각에서 성적 자극이나 흥분이 유발되는 것인지를 묻는 형식을 취하면서, 표현의 자유나 심의규정에 비추어 이 사건 사진들을 음란물로 보는 것은 부당하다는 자신의 학술적, 사상적 견해를 블로그 방문객들에게 피력하고자 하는 의도로, 이 사건 게시물을 게시한 것으로 보인다. 피고인의 직업, 사회활동, 관심분야 등 피고인의 특수한 사정을 감안할 때, 위와 같은 게시의 동기나 목적은 사회적으로 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

4) 피고인이 이 사건 게시물을 자신의 블로그에 게시한 것이 표현의 수단이나 방법에 있어 상당성이 있는 것인지에 관하여 본다. 피고인이 이 사건 사진들을 별다른 수정 없이 그대로 게시하는 것이, 위와 같은 게시의 동기나 목적을 이루기 위해 불가피했다고 보이지는 않는다. 그렇더라도 자신이 제기하려는 문제점을 효과적으로 부각하고, 불필요한 오해를 피하면서 자신의 견해를 설득력 있게 전개하기 위해서는, 판단의 대상인 이 사건 사진들의 게시와 관련 심의규정의 제시가 필요했다고 할 수 있다. 이 사건 게시물이 피고인의 블로그에 게시됨으로써, 일반인이나 청소년이 자유롭게 그 정보에 접근하는 것이 가능하였고, 게시물의 전파성도 높았다고 판단된다. 그렇지만 피고

인의 블로그가 일반인들이나 청소년들에 널리 알려진 블로그라는 사정은 엇보이지 않고, 블로그에 게재된 게시물의 내용이나 주제 역시 일반인들이나 청소년들에 친숙한 것들도 아니어서, 이 사건 게시물의 주제를 공유하는 사람들의 범위는 제한적일 것으로 보인다. 따라서 이 사건 게시물의 게시는 표현의 수단이나 방법에 있어 상당성을 부정할 정도는 아니라고 할 것이다.

5) 이 사건 게시물에 대한 보호법익과 침해법익 간의 법익균형성 여부에 관하여 본다. 이 사건 사진들은 남성의 발기된 성기 및 음모가 과도하고도 노골적인 방법으로 노출되어 있기는 하나, 남녀의 성관계를 성기나 음모를 직접 노출하여 묘사하고 있는 장면은 아니다. 뿐만 아니라 미성년자를 대상으로 한다거나 폭력이나 강제를 수반하는 장면도 아니어서, 이 사건 사진들의 게재가 그 자체로 해소하기 어려운 심대한 해악을 야기할 정도는 아니다. 피고인이 이 사건 사진들에 관하여 별도의 성적인 설명 또는 평가를 부가하고 있지도 않다. 피고인이 이 사건 사진들에 대해 '어찌되었든 자기표현의 가장 원초적 모습'이라고 평가하면서, '성행위에 관한 서사가 없는 성기 사진 자체를 음란물로 보는 것은 부당하다'라고 밝힌 피고인의 견해가 일반적으로 받아들여지고 있는 음란성 판단의 기준은 아니다. 피고인이 이 사건 사진들의 의미나 사회적 가치에 대하여 상세한 분석이나 사상적 논증을 제시하고 있지는 않고, 제시된 의견이 학술적 논문 또는 보고서처럼 완결된 논리나 체계를 갖추고 있지도 않다. 그렇지만 표현의 자유와 관련이 있는 사회적 이슈에 관하여, 표현의 자유가 사회질서에 대한 명백하고 현존하는 위험이 없는 범위에서는 최대한 확대되어야 한다는 자신의 학술적 또는 사상적 견해를, 인터넷 공간에 적합한 용어 및 논리로 집약하여 표현한 것이므로, 일정한 정도의 학술적 또는 사상적 가치를 지니고 있다고 평가할 수 있다. 나아가 피고인은 사후

적으로 이 사건 게시물, 특히 이 사건 사진들에 대한 비판이 제기되자, 여성의 음부가 묘사된 회화작품을 블로그에 게재하면서 이 사건 사진들과 다를 바 없다는 견해를 피력하기도 하다가, 게시 일주일 후 이 사건 사진들을 블로그에서 삭제하였다.

결국 이 사건 사진들의 음란성으로 인한 해악은 이 사건 사진들에 결합된 학술적, 사상적 표현들과 비판 및 논증에 의해 해소되었다고 할 수 있다.

6) 이상을 종합하면, 결합 표현물인 이 사건 게시물을 통한 이 사건 사진들의 게시는 목적의 정당성, 그 수단이나 방법의 상당성, 보호법익과 침해법익 간의 법익균형성이 인정되므로, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다. 달리 이 사건 게시물을 통한 이 사건 사진들의 게시가 위법하다고 볼 만한 증거가 충분히 이루어졌다고 할 수 없다.

3. 원심은, 이 사건 사진들이 발기된 남성 성기를 적나라하게 노출하고 있고, 저속하거나 문란한 느낌을 주기는 하나, 피고인이 별도의 성적인 설명 또는 평가를 부가하지 아니하고, 그 바로 아래에 심의규정을 소개하면서 이 사건 사진들을 음란물로 판단한 방송통신심의위원회의 다수 의견에 대한 비판적 견해를 피력한 이상, 이 사건 게시물의 전체적 맥락에서 이 사건 사진들이 음란물에 해당한다고 단정할 수 없다면서, 이 사건 공소사실에 대하여 범죄의 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고하였다. 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단에는 정보통신망법 제74조 제1항 제2호 및 제44조의7 제1항 제1호가 규정하는 '음란'에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 그러나 이 사건 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 것은 결론적으로 정당하므로, 원심의 위와 같은 잘못은 판결 결과에 영향이 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이

판결한다.

재판장 대법관 김용덕 _____

 대법관 김 신 _____

주 심 대법관 박상옥 _____

 대법관 박정화 _____