

## 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)

[서울고법 2012. 10. 18. 2012노2340]



### 【판시사항】

- [1] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호에서 정한 '음란'의 의미 및 형사처벌의 대상이 되는 '음란표현물'의 요건과 그 판단 기준
- [2] 법학교수로서 방송통신심의위원회 심의위원인 피고인이 위원회에서 음란정보로 의결한 '발기된 남성 성기 사진' 등을 관련 정보통신심의규정 및 피고인의 주관적 견해와 함께 자신의 인터넷 블로그에 게시하였다고 하여 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(음란물유포)으로 기소된 사안에서, 제반 사정을 종합할 때 위 게시물이 같은 법 제74조 제1항 제2호에서 규정한 '음란한 화상 또는 영상'에 해당하지 않는다는 이유로 무죄를 선고한 사례

### 【판결요지】

- [1] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제2호 및 제44조의7 제1항 제1호에서 규정하고 있는 '음란'이란 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 말하는데, 음란성에 관한 논의는 자연스럽게 형성·발전되어 온 사회 일반의 성적 도덕관념이나 윤리관념 및 문화적 사조와 직결되고 아울러 개인의 사생활이나 행복추구권 및 다양성과도 깊이 연관되는 문제로서 국가 형벌권이 지나치게 적극적으로 개입하기에 적절한 분야가 아니라는 점을 고려할 때, 위 법리에 따라 특정 표현물을 형사처벌의 대상이 될 음란표현물이라고 하기 위하여는 표현물이 단순히 성적인 흥미에 관련되어 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도만으로는 부족하고, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소할 뿐 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학·교육적 가치를 지니지 아니한 것으로서, 과도하고도 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현·묘사함으로써 존중·보호되어야 할 인격체로서 인간의 존엄과 가치를 훼손·왜곡한다고 볼 정도로 평가되는 것을 뜻한다고 할 것이고, 이를 판단할 때에는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 사회 평균인의 입장에서 전체적인 내용을 관찰하여 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다.
- [2] 법학교수로서 방송통신심의위원회(이하 '위원회'라고 한다) 심의위원인 피고인이 위원회에서 음란정보로 의결한 '발기된 남성 성기 사진' 등을 관련 정보통신심의규정 및 피고인의 주관적 견해와 함께 자신의 인터넷 블로그에 게시하였다고 하여 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(음란물유포)으로 기소된 사안에서, 위 게시물은 다른 사람의 블로그에 게시되어 있던 발기한 남성 성기 사진 7장 및 벌거벗은 남성의 뒷모습 사진 1장이 담긴 블로그 화면을 캡처해서 올린 부분, 정보통신심의규정 제8조의 내용을 그대로 소개한 부분, 위원회의 음란물 심의를 비판하는 피고인의 견해를 피력한 부분으로 이루어져 있으므로, 게시물의 전체 내용 및 맥락에 관한 검토 없이 어느 일부분만을 떼어내서 음란 여부를 판단하는 것은 적절하지 않은 점 등의 제반 사정을 종합하여 사회 평균인의 입장에서 전체적으로 관찰·평가해 볼 때, 위 게시물이 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 사상적·학술적 가치를 지니지 아니하는 것으로 보기 어려워 같은 법 제74조 제1항 제2호에서 규정한 '음란한 화상 또는 영상'에 해당하지 않는다는 이유로, 이와 달리 보아 유죄를 인정한 제1심판

결을 파기하고 무죄를 선고한 사례.

**【참조조문】**

- [1] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제1호, 제74조 제1항 제2호  
[2] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제1호, 제74조 제1항 제2호, 형사소송법 제325조

**【참조판례】**

- [1] 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결(공2008상, 537), 대법원 2008. 6. 12. 선고 2006도4067 판결, 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007도3815 판결

**【전문】**

**【피 고 인】**

**【항 소 인】** 피고인

**【검 사】** 김진남 외 1인

**【변 호 인】** 법무법인 지평지성 담당변호사 최정규 외 1인

**【원심판결】** 서울서부지법 2012. 7. 13. 선고 2012고합151 판결

**【주문】**

】

원심판결을 파기한다.

피고인은 무죄.

이 사건 판결의 요지를 공시한다.

**【이유】**

**】 1. 항소이유의 요지**

피고인이 자신의 블로그에 게재한 공소사실 기재 게시물은 최근 대법원 판례의 기준에 따르더라도 음란물로 보기 어렵고, 이미 공개된 화상을 블로그에 단기간 게재했다고 해서 공공연하게 전시하였다고 볼 수도 없으며, 학술적 논쟁을 위해 블로그에 게재한 것에 음란물 유포의 범의가 있다고 단정할 수 없고, 법학교수 및 방송통신심의위원회 심의위원의 지위와 자격에서 공적 토론을 위한 의사표현을 한 것이므로 정당행위에 해당함에도, 이와 달리 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해로 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

**2. 판단**

**가. 공소사실의 요지**

피고인은 2011. 5.경부터 방송통신심의위원회 심의위원으로 일하던 중, 2011. 7. 20.경 서울 서대문구 (주소 생략)에 있는 □□□□□◇◇◇호 피고인의 집에서, 피고인의 인터넷 블로그인 ' 피고인 자료실 (블로그 주소 생략)'에 '검열자 일기 #4 이 사진을 보면 성적으로 자극받거나 성적으로 흥분되나요?'라는 제목으로 2011. 7. 12. 제18차 방송통신심

의위원회에서 음란정보로 의결한 발기된 남성 성기 사진 등(이하 '이 사건 게시물'이라 한다)을 게시함으로써 정보통신망을 통하여 음란한 화상 또는 영상을 공공연하게 전시하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다.

##### 1) 이 사건 게시물의 음란성 여부

일반적으로 남녀의 성기는 성별의 차이를 가장 명확하게 나타내는 제1차 성징으로서, 노출될 경우 성적 수치심이나 성적 흥분을 야기할 가능성이 가장 큰 신체부위로 받아들여지는데, 이 사건 게시물에는 발기된 남성 성기만을 부각하여 노골적으로 적나라하게 촬영한 사진들이 본문의 맨 앞부분에 상당한 양을 차지하면서 게시되어 있고, 그 중에는 제목을 통해서까지 성적 흥분 상태를 암시하거나 공개된 장소에서 발기된 성기를 드러낸 것을 암시하는 맥락을 보이기도 하는 점, 피고인이 이 사건 게시물 말미에 관련 정보통신심의규정과 함께 위 사진들을 음란물로 보는 것에 반대한다는 피고인의 의견을 기재하고 있기는 하나, 그 주된 취지는 성행위에 관한 서사가 없는 성기 사진 자체를 음란물로 보는 것은 부당하다는 결론적인 의견만을 간단하게 제시하고 있을 뿐이고, 나아가 이에 대한 구체적인 학술적 논증이나 그 밖에 발기된 남성 성기의 사진에 의해 야기되는 성적 자극을 완화시킬 만한 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치 등을 지닌 내용상의 맥락이 존재한다고 평가하기는 어려운 점 등을 종합하면, 우리 사회의 평균인의 입장에서 볼 때 이 사건 게시물은 지배적으로 성적 수치심이나 호색적 흥みに 치우쳐 받아들여질 가능성이 매우 높고, 별다른 사상적·학술적·교육적 가치를 지니지 아니하여, 이를 성적 도의관념에 반하는 음란물이라고 보기에 충분하다.

##### 2) 공공연하게 전시한 것으로 볼 수 있는지 여부

피고인은 원하는 사람들은 누구든지 접근할 수 있는 자신의 블로그에 이 사건 게시물을 올린 사실을 인정할 수 있는바, 공공연한 전시란 불특정 또는 다수인이 실제로 음란한 화상을 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미한다는 법리에 비추어 볼 때( 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도10914 판결 등 참조), 피고인의 이러한 행위는 공공연히 전시한 행위로 넉넉히 인정된다 할 것이고, 피고인의 주관적 게시 목적이나 게시기간, 심의과정에서 특정한 소수의 심의위원 등에게 공개된 바 있다는 사정 등을 고려하여 달리 볼 바 아니다.

##### 3) 범의를 인정할 수 있는지 여부

게시물의 음란성 여부나 공공연하게 전시한 것에 해당되는지 여부는 객관적으로 판단해야 할 것이고, 그 행위자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것은 아닌바( 대법원 1996. 6. 11. 선고 96노980 판결 등 참조), 비록 피고인이 이 사건 게시물의 음란성을 인식하지 못하였고 공공연하게 전시한다는 인식 또한 없었다고 하더라도 피고인이 객관적으로 음란하다고 인정되는 게시물을 누구든지 접근할 수 있는 블로그에 게시하고 있다는 것을 인식하고 있었음을 인정할 수 있는 이상, 이 사건 음란물 전시에 관한 피고인의 고의를 인정하기에 족하다.

##### 4) 정당행위에 해당하는지 여부

피고인이 음란물인 이 사건 게시물을 공공연하게 전시한 행위는 그 수단과 방법에 있어서 상당성이 인정되지 않을뿐더러 음란물을 게재하는 행위가 긴급하고 불가피한 수단이었다고 보기도 어려우므로, 이를 형법 제20조에서 정하는 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로 볼 수는 없다.

다.

#### 당심의 판단

##### 1) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 '음란'의 판단 기준

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제2호 및 제44조의7 제1항 제1호에서 규정하고 있는 '음란'이라 함은 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 말하는바, 음란성에 관한 논의는 자연스럽게 형성·발전되어 온 사회 일반의 성적 도덕관념이나 윤리관념 및 문화적 사조와 직결되고 아울러 개인의 사생활이나 행복추구권 및 다양성과도 깊이 연관되는 문제로서 국가 형벌권이 지나치게 적극적으로 개입하기에 적절한 분야가 아니라는 점을 고려할 때, 위 법리에 따라 특정 표현물을 형사처벌의 대상이 될 음란표현물이라고 하기 위하여는 그 표현물이 단순히 성적인 흥미에 관련되어 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도만으로는 부족하고, 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 평가되는 것을 뜻한다고 할 것이고, 이를 판단함에 있어서는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 사회 평균인의 입장에서 그 전체적인 내용을 관찰하여 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다( 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결, 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007도3815 판결 등 참조).

##### 2) 이 사건에서의 판단

###### 가) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 아래의 사실이 인정된다.

- (1) 피고인은 △△대학교 법학전문대학원 소속 교수로서, 2011. 5.경 대통령으로부터 방송통신심의위원회 심의위원으로 위촉되어 활동해 오고 있다.
- (2) 피고인은 2005. 9. 25. 네이버에 ' 피고인(영문명)의 블로그'라는 제목으로 블로그를 개설한 후 5년간 아무런 게시물을 올리지 않다가 2010. 10.경부터 블로그 제목을 ' 피고인 자료실 (블로그 주소 생략)'로 변경하면서 자신의 연구에 필요한 자료를 모아두는 용도로 활용하였는데, 방송통신심의위원회 심의위원 활동을 시작하면서 위 블로그에 '검열자의 일기'라는 디렉토리를 만들어 방송통신심의위원회의 심의 과정에서 자신이 느낀 소회 등을 글로 작성하여 게시하였다.
- (3) 2011. 7. 12. 개최된 18차 방송통신심의위원회에서 음란정보 심의에 관한 건(2011-18-274) 중 미니홈피, 블로그 등에 발기된 남성의 성기가 구체적으로 묘사된 이미지 정보를 게시한 내용이 음란정보에 해당하여 정보통신심의규정에 위반되는지 여부에 관하여 심의하였는데, 피고인을 포함한 3인의 심의위원은 위 게시물이 정보통신심의규정에

위반되지 않는다는 의견을 제시하였으나, 나머지 6명의 심의위원들은 음란물에 해당되어 정보통신심의규정에 위반된다는 의견을 제시함으로써 위 게시물들에 대하여 이용해지 또는 삭제의 시정요구를 하는 것으로 의결되었다.

(4) 피고인은 2011. 7. 20. 자신의 집에서 자신의 블로그에 '검열자 일기 #4 이 사진을 보면 성적으로 자극받거나 성적으로 흥분되나요?'라는 제목 아래 줄에 "18차 전체회의에서 여기의 블로그 사진들이 음란물이라며 차단되었다.

"라고 기재한 다음 방송통신심의위원회에서 음란 여부를 심의했던 블로그에 게재되어 있던 발기한 남성 성기 사진 7장 (그 중에는 동일한 사진을 확대한 사진도 포함되어 있다)과 벌거벗은 남성의 뒷모습 사진 1장이 담긴 블로그 화면을 캡처사진으로 올렸으며, 그 아래에 "정보통신심의규정은 다음과 같다.

"고 기재하고 위 규정 제8조의 내용을 소개한 후, 그 아래에 다음과 같은 내용을 기재하였다.

위 사진들이 어떻게 "사회질서를 현저히 해할 우려"가 있고 누구의 "성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하는지" 궁금하다.

이런 식으로 성행위에 진입하지 않은 그리고 성행위에 관한 서사에 포함되지 않은 성기이미지 자체를 음란물이라고 보는 것이다.

어떤 표현물을 음란물이라고 정하는 것은 청소년 유해물이라고 정하는 것과 다르다.

위 사진들은 청소년 유해물일 수 있다.

이 사진들에 대해 성인인증을 요구하는 것은 타당할지 모르나 음란물이라고 정해버리면 성인을 포함하여 누구도 어떤 장소에서든 어떤 방법으로도 볼 수 없는 것이다.

즉 합법적인 표현물의 세계에서 완전히 추방되는 것이다.

이 사진을 올린 의도가 무어겠느냐고 묻는 것은 표현의 자유를 오해하고 있는 것이다.

그렇게 일일이 표현물이 옳으나 그르나 사회적으로 적합하냐를 묻는 것 자체가 표현의 자유를 침해하는 것이다.

표현의 자유는 모든 표현의 자유이지 '사회적으로 좋은 표현을 할 자유'가 아니다.

아니 '사회적으로 좋고 나쁜 표현을 걸러내려 해서는 안된다는 것이 표현의 자유의 이상이다.

위 사진들은 어찌되었든 자기표현의 가장 원초적인 모습이고 이것이 사회질서를 해한다거나 명백하고 현존하는 위험이 없는 한 처벌대상이 되어서는 아니된다.

아니 최소한 심의규정에라도 충실해야 하는 것 아닌가. 위와 같은 사진들도 다 내릴 거라면 남녀의 성기, 음모 또는 항문이 구체적으로 묘사되는 내용이라는 규정 외에 나머지 '사회질서', '성욕자극' 이런 문구들은 다 필요 없어진 것 아닌가.

나) 이 사건 게시물의 음란 여부에 관한 판단

위 인정사실에서 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합해 보면, 이 사건 게시물은 사회 평균인의 입장에서 전체적으로 관찰·평가해 볼 때, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 사상적·학술적 가치를 지니지 아니하는 것으로 보기 어려우므로 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제2호가 규정하는 '음란한 화상 또는 영상'에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 나머지 구성요건에 관하여 살필 필요 없이 이 사건 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

- (1) 이 사건 게시물은 크게 세 부분, 즉 ① 다른 사람의 블로그에 게시되어 있던 발기된 남성 성기 사진 7장 및 벌거벗은 남성의 뒷모습 사진 1장이 담긴 블로그 화면을 캡처해서 올린 부분, ② 정보통신심의규정 제8조의 내용을 그대로 소개한 부분, ③ 방송통신심의위원회의 음란물 심의를 비판하는 피고인의 견해를 피력한 부분으로 이루어져 있으므로, 이 사건 게시물의 전체 내용 및 맥락에 관한 검토 없이 위 게시물의 일부분인 ① 부분만을 떼어내서 음란 여부를 판단하는 것은 적절하지 않다.
- (2) 위 ① 부분은 ②, ③ 부분과 달리 여러 장의 사진으로 이루어져 있고 이 사건 게시물 내에서 차지하는 분량이 상대적으로 많아서 ②, ③ 부분보다 시각적으로 돋보이긴 하나, 위 ①, ② 부분은 타인의 블로그에 올려져 있던 사진 및 정보통신심의규정을 그대로 옮긴 것인데 반하여, ③ 부분은 피고인의 주관적 견해를 표현하고 있으므로, 이 사건 게시물을 전체적으로 본 일반 보통인이라면, 게시자가 표현하고자 한 핵심 내용은 ① 부분이 아니라 ③ 부분에 있음을 충분히 알 수 있었을 것으로 보인다.
- (3) 위 ③ 부분은 총 13문장으로만 이루어져 있어서 완결된 논리 및 체계를 갖춘 학술적 논문 또는 보고서라고 볼 수는 없으나, 그 내용은 '방송통신심의위원회가 성행위에 진입하지 않고 성행위에 관한 서사가 포함되지 않은 성기 이미지 자체를 청소년 유해물이 아닌 음란물로 보는 것은, 사회적 적합성 여부를 기준으로 표현물을 걸러내게 되어 표현의 자유를 침해하는 것인데, 표현물은 사회질서를 해한다거나 명백하고 현존하는 위험이 없는 한 형사처벌의 대상이 되어서는 안 되며, 위와 같은 표현물을 음란물로 보는 것은 정보통신심의규정에도 반한다'는 취지로서 표현의 자유와 밀접한 관련이 있는 사회적 이슈에 관하여 자신의 학술적 의견 및 정책적 입장을 인터넷 공간에 적합한 용어 및 논리로 집약하여 표현한 것이므로 어느 정도의 사상적 또는 학술적 가치를 지니고 있다고 평가할 수 있다.
- (4) 어떠한 사안에 관한 자신의 의견을 설득력 있게 전개하기 위해서는 먼저 판단의 대상을 정확히 특정하거나 문제 제기를 한 후 그에 대한 자신의 견해 및 근거를 밝히는 것이 효과적이라 할 것인데, 피고인이 견해를 피력하고자 하는 사안은 실제로 인터넷 블로그에 게재되었던 발기된 남성 성기 사진들이 음란물에 해당하는지 여부였으므로 피고인은 판단 대상이 되었던 사진을 그대로 게재하는 방법으로 문제를 제기하였거나 판단의 대상을 소개한 것으로 보인다(다만, 문제 제기 방법 또는 판단의 대상을 소개하는 방법으로서 음란 여부가 논란이 되었던 위 사진들을 그대로 자신의 블로그에 게시하는 것이 불가피했던 것이었는지에 관하여는 이론이 있을 수 있다).
- (5) 피고인이 게시한 사진들은 발기된 남성 성기 및 음모가 화면 중심에 부각되어 있어 성적 부위가 적나라하게 노출되어 있고, 사진 윗부분에 공개된 장소에서 촬영한 사진임을 암시하는 듯한 제목이 붙어있어 저속하거나 문란한 느낌을 주긴 하나, 그 사진들에 관하여 피고인이 별도의 성적인 설명 또는 평가를 부가하지 않고 위 사진들 바로 아래 정보통신심의규정을 소개하면서 위 사진들을 음란물로 판단한 방송통신심의위원회의 다수의견에 대한 비판적 견해를 피력한 이 사건 게시물의 전체적 맥락에서 볼 때, 이 사건 게시물에 게재된 사진들이 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소한다고 단정할 수 없다.

### 3. 결론

그렇다면 피고인의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

이 사건 공소사실의 요지는 위 제2의 가.항 기재와 같은바, 이는 앞서 본 바와 같이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항에 의하여 이 사건 판결의 요지를 공시하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김기정(재판장) 정준화 김봉원