

# 변 호 인 의 견 서

사     건     정보통신망(음란물유포) 방조

피 의 자     0 0 0

위 사건에 관하여 피의자의 변호인은 피의자를 위하여 다음과 같이 의견을 개진합니다.

## 다     음

### 1. 피의사실의 요지

피의자는 워마드(<https://womad.life>) 웹사이트의 운영자로서 성명불상의 워마드 이용자들이 워마드 상에 음란물을 유포하는 것을 방조했다는 혐의로 수사를 받게 되었습니다. 피의자 신문 과정에서 총 두 건의 게시물이 방조의 대상으로 제시되었는바, 한 건은 남성의 성기와 엉덩이를 컴퓨터를 이용하여 간략하게 그린 뒤 얼굴 사진을 합성한 이미지를 포함한 게시물이며 다른 한 건은 0 0 0이라는 남성의 성기가 드러난 나체 사진을 포함한 게시물입니다.

### 2. 이 사건 게시물들은 음란물이 아니므로 음란물유포죄가 성립하지 않습니다.

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 “정보통신망법”이라 합니다) 제74조에 의하면 음란물유포죄는 “음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시”함으로써 성립합니다. 그리고 형법상 방조범은 타인의 범죄를 방조함으로써 성립하는 범죄입니다. 그런데

이 사건의 게시물들은 음란물이 아니므로 음란물유포죄가 성립할 수 없으며 따라서 피의자의 음란물유포방조죄도 성립할 수 없습니다.

대법원의 확립된 음란성 판단기준은 다음과 같습니다: “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 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 지속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호 되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 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·의학적·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 한다.” (대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결)

이러한 기준에 따르면 피의사실의 게시물 두 건은 성욕을 자극하여 성적 흥

분을 유발한다든지 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것이라고 보기 어렵고, 더욱이 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손했다고 보기도 어려우므로 음란물이 아닙니다. 모욕죄나 명예훼손죄의 성립은 별로므로 하고, 얼굴 사진을 합성한 이미지는 매우 조잡한 그림체로 성기와 엉덩이를 묘사한 그림으로서 저속하다고는 볼 수는 있겠지만 이를 노골적인 방법에 의하여 성적 부위를 적나라하게 묘사했다고 하기는 어렵습니다. 또한 나체 사진은 성기가 드러나 있긴 하나 그 자체로 성적 흥분을 유발하거나 성적 수치심을 해하며 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하는 게시물이 아니며, 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡한다고 보기도 어렵습니다. 단순히 성적 부위가 드러났다는 이유로 음란물이라고 한다면 과학서적부터 박물관에 전시되어 있는 명화까지 음란물 논란에서 자유롭지 않을 것입니다.

대법원은 이번 게시물들보다 더 수위가 높은 인터넷 폰팅광고 및 연예인 누드광고 사이트에 전라의 여성 사진, 남녀의 성행위 장면을 묘사한 만화 등을 게시한 사안에서, 그 게시물의 내용이 형사적 규제의 대상으로 삼을 만큼 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 정도는 아니어서 정보통신망법상 음란정보에 해당하지 않는다고 판단한 바 있습니다(대법원 2008. 4. 11. 선고 2008도254 판결).

**3. 게시물이 음란물에 해당한다고 하더라도 피의자에게 방조의 고의나 작위의무가 없었으므로 음란물유포방조죄는 성립하지 않습니다.**

만에 하나 게시물들이 음란물에 해당해서 성명불상의 이용자들에게 음란물 유포죄가 성립한다고 하더라도, 피의자는 게시물의 존재를 알지 못했고 음란물 유포를 방조할 의사도 전혀 없었기 때문에 방조의 고의를 인정할 수 없

으며, 게시물을 차단·삭제할 작위의무도 없었으므로 음란물유포방조죄는 성립할 수 없습니다.

#### **가. 위마드의 운영 정책을 보면 피의자에게는 방조의 고의가 없습니다.**

위마드는 사회적 약자인 여성들이 익명으로 자유롭게 자신들의 의견을 공유하는 온라인 커뮤니티 역할을 하는 웹사이트로서, 피의자는 2017년 10월 중순경부터 기존 위마드 운영자로부터 위마드의 운영권을 넘겨받아 운영해오고 있습니다. 위마드 이용자의 대부분은 급진적 페미니즘을 옹호하는 여성들로, 사회에 만연한 여성혐오에 대응해 ‘미러링’ 전략에 입각한 게시글을 올리고 추천하는 등 커뮤니티 활동을 해왔습니다. 위마드의 사상이 사회의 주류적인 입장이 아니다보니 이러한 사상과 활동에 반대하는 이들로부터 인신공격, 개인정보 유포, 해킹 등의 위협에 지속적으로 시달려왔습니다. 그렇기 때문에 이용자들의 익명성 보장이 중요했으며, 위마드는 처음 만들어질 때부터 성명, 연락처 등 일체의 개인정보를 수집하지 않는 것을 기본 운영 정책으로 삼았고, 이용자들의 요청으로 IP 주소도 수집하지 않고 있습니다. 이는 개인정보의 최소수집이라는 개인정보보호법제의 대원칙에도 부합하는 운영 정책이라 할 것입니다.

또한 피의자는 다른 생업이 있는 사람으로, 위마드로부터 아무런 수익도 얻지 못하고 있으며 수익활동을 할 계획도 없습니다. 사회적 약자이자 소수자들이 모인 위마드 커뮤니티를 지킬 사람은 본인뿐이라는 사명감 하나만으로 사비를 들여 혼자 힘겹게 운영해오고 있는 것입니다. 그렇기 때문에 대표메일 계정으로 받는 수많은 이메일을 시시각각 확인할 수 없고 일일이 답장하는 것도 불가능한 상황입니다. 그럼에도 불구하고 게시물에 대해 수사기관 등의 삭제요청이 있는 경우에는 요청을 확인하는 대로 성실히 삭제를 해왔습니다. 다만 이용자 정보에 대한 압수수색 영장 집행 협조요청에 대해서는 수집하는

이용자 정보가 없기 때문에 제공을 할 수 없어 답장을 하지 못했습니다.

그리고 피의자는 이 사건 게시물과 같이 불법적인 글을 올리는 게시자들의 대다수가 워마드의 사상에 반대하는 이들이라고 보고 있습니다. 익명으로 유지되는 웹사이트인 만큼 정확한 게시자 정보를 알 수는 없으나, 워마드 커뮤니티에 피해를 주기 위해 악의적인 글을 올리겠다고 하거나 피해를 줄 목적으로 공격했다는 게시물들을 온라인상에서 다수 발견할 수 있기 때문입니다. 이 사건의 게시물 중 하나인 0씨의 나체 사진 역시 이에 해당하는 것으로, 0씨는 스스로 찍은 본인의 성기가 드러난 사진을 반복적으로 워마드에 게시하여 왔습니다. 피의자는 이 사진이 반복적으로 올라온 정황으로 볼 때 0씨 본인이 워마드에 피해를 주려는 악의적인 목적을 갖고 있는 것으로 보고 있습니다. 그렇기에 피의자는 별도의 삭제요청 없이도 0씨의 사진을 발견할 때마다 삭제해왔으며, 간혹 발견하지 못해 남아 있는 경우에도 삭제요청을 받으면 바로 삭제하였습니다.

이상과 같이 피의자는 사회적 약자이자 소수자인 워마드 이용자들의 익명 표현의 자유를 보장하기 위해 워마드 웹사이트를 운영하고 있는 것이지 이용자들이 음란물 등 불법정보를 유포하게 할 목적으로 운영하는 것이 아닙니다. 이는 피의자가 불법적인 내용을 담고 있는 게시물의 존재를 알게 되거나 삭제요청을 받은 경우 바로 삭제해 왔다는 점에서도 명백히 드러납니다. 또한 이 사건 게시물들은 이미 오래 전에 삭제하였을 뿐만 아니라, 음란물이라고 보기 어렵다는 점에서 만약 게시물의 존재를 알고 있었다고 하더라도 그 당시 음란물이 아닌 것으로 판단하였기 때문에 삭제하지 않은 것입니다. 이렇듯 피의자는 게시물의 존재나 게시물이 음란물이라는 점을 알지 못했을 뿐만 아니라 워마드의 운영 정책을 보면 음란물 유포를 방조할 의사도 전혀 없었으므로 방조의 고의를 인정할 수 없습니다.

#### 나. 정보매개자 책임 범리에 따르면 피의자의 작위의무를 인정할 수 없습니다.

피의자가 음란물인 게시물들을 방치했다는 이유로 피의자에게 방조의 책임을 지우려면, 즉 피의자에게 부작위에 의한 방조의 책임을 지우려면 게시물을 차단·삭제할 작위의무가 인정되어야 합니다. 그런데 정보매개자 책임 범리에 따르면 피의자의 작위의무를 인정할 수 없고 따라서 게시물을 방치한 것을 방조행위라고 볼 수 없으므로 음란물유포방조죄는 성립하지 않습니다.

형법상 방조행위는 부작위에 의하여도 성립되지만, “형법이 금지하고 있는 범의침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 범의침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것”일 때만 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있습니다(대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2951 판결, 2003. 12. 12. 선고 2003도5207 판결, 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결 등 참조).

위마드와 같이 정보를 직접 제공하지 않고 제3자가 정보를 제공할 수 있도록 매개하는 자를 강학상 ‘정보매개자(digital intermediary)’라고 부르며, 정보통신망법상 정보통신서비스 제공자 중 “정보의 제공을 매개하는 자”가 이에 해당됩니다. 이러한 정보매개자에는 위마드처럼 커뮤니티형 웹사이트뿐만 아니라 네이버, 다음, 구글, 유튜브, 카카오토티, 페이스북, 인스타그램, 카카오톡과 같은 포털, 검색엔진, SNS, 메신저 등이 다 포함됩니다.

불특정 다수의 이용자들이 무궁무진한 양과 내용의 정보를 유통시킬 수 있는 인터넷의 특성상, 합법정보뿐만 아니라 불법정보도 유통될 수밖에 없습니

다. 그런데 불법정보를 직접 유통한 자가 아닌 정보매개자에게 정보가 유통되는 장을 마련했다는 이유로 불법정보에 대한 책임을 지운다면, 정보매개자는 법적 책임을 지지 않기 위해 서비스를 중단하거나 모든 게시글의 내용을 실시간으로 검토하고 불법성을 판단하여 신속히 차단·삭제해야 할 것입니다. 하지만 이는 현실적·기술적으로 불가능하며, 설사 가능하다고 하더라도 정보매개자가 과도한 사적 검열을 행하여 합법적인 게시물도 삭제하거나 게시물을 올리기 전에 허가를 받도록 하는 사전허가제로 운영할 수도 있습니다. 이렇게 된다면 인터넷 이용자들의 표현의 자유와 알 권리를 심대하게 침해하는 결과가 됩니다.

따라서 불법정보의 유통에 대한 법적 책임에 있어 정보제공자는 당연히 책임을 져야 할 것이지만, 정보매개자는 원칙적으로 행위주체가 아니므로, 불법정보를 차단할 주의의무가 발생하는 예외적인 경우, 즉 ‘인지가능성’과 ‘기술적·경제적 기대가능성’이 ‘동시’에 충족된 경우에만 그 법적 책임을 인정하는 것이 미국, 독일, 일본 등 전 세계적으로 보편적인 추세이자 입법례입니다. 우리나라 법원도 기본적으로 이와 유사한 입장에 기초하고 있습니다.

대법원은 포털 이용자가 타인을 명예훼손하는 경우 그 명예훼손에 대한 포털의 책임이 인정되는지 여부가 문제된 사건에서, “인터넷 종합 정보제공 사업자에게 자신이 제공하는 인터넷 게시공간을 적절히 관리하여야 할 주의의무가 있다고 하더라도 위 사업자가 위 게시공간의 위험으로 인하여 초래될 수 있는 명예훼손 등 법익 침해와 그에 따른 손해배상을 우려한 나머지 그곳에 게재되는 표현물들에 대한 지나친 간섭에 나서게 된다면 인터넷 이용자들이 가지는 표현의 자유는 위축될 수밖에 없으므로, 위 사업자의 관리책임은 불법성이 명백한 게시물로 인한 타인의 법익 침해 가능성을 충분히 인지할 수 있고 그의 관리가 미칠 수 있는 일정한 범위 내에서 제한적으로 인정되어야 한다.”고 전제하면서, “게시물의 불법성이 명백하고, 위 사업

자가 위와 같은 게시물로 인하여 명예를 훼손당한 피해자로부터 구체적· 개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우”에 위 사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있다고 판시하였습니다(대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결).

또한 2020년 서울남부지방법원은 음란물유포방조죄로 기소된 웹하드 사이트 사업자에 대해 무죄를 선고하면서 “온라인서비스에서 음란물 유통의 완전한 차단은 현재의 기술적 수준에 비추어 가능성이 거의 없고, 그러한 차단에 소요되는 경제적 비용과 부담들을 고려할 때 극히 비효율적이므로, 인터넷상에 존재하는 모든 정보에 대하여 인터넷서비스제공자 스스로 이를 검색하고 음란물 여부를 판단한 후에 이에 대한 이용자들의 접근을 완벽히 차단하라고 요구하는 것은 현실상 기대할 수 없다는 기술적 또는 현실적 한계 등으로 말미암아 온라인서비스제공자에 대하여 인터넷에서 이루어지는 음란물의 유포를 무조건·전면적으로 차단하도록 할 작위의무를 부과하기 어렵”다고 하면서 무죄를 선고했습니다(서울남부지방법원 2020. 2. 4. 선고 2018고단3643 판결).

이상의 정보매개자 책임 법리에 따르면 피의자가 운영하는 워마드 웹사이트에 음란물로 보이는 게시물이 올라왔다는 사정 그 자체만으로는 게시물에 대한 삭제요청이 없었고 피의자가 게시물의 존재도 인식하지 못했던 이상 피의자의 작위의무를 인정하기 어렵습니다. 그리고 앞서 말씀드렸듯이 피의자는 혼자 사비를 들여 워마드를 힘겹게 운영해오고 있으며, 이러한 피의자가 모든 게시물을 확인해서 음란물 여부를 판단한 후에 차단·삭제하는 것은



기술적·경제적으로 불가능하여 현실상 기대할 수도 없습니다. 따라서 피의자에게는 게시물을 차단·삭제할 작위의무가 없었으므로 음란물유포방조죄는 성립하지 않습니다.

#### 4. 결론

이 사건의 게시물들은 음란물이 아니기 때문에 정보통신망법상 음란물 유포에 해당하지 않고, 만약 게시물들이 음란물에 해당한다고 하더라도 피의자에게 음란물유포방조죄가 성립하지 않으므로, 피의자에게 불기소 의견(혐의없음)을 내려주시기를 바랍니다.

2020. 1.

피의자의 변호인  
변호사 김 가 연 (인)

경기남부경찰청장 귀중