새로운 통신심의제도를 위한 몇 가지 제언

변호사 양홍석
(참여연대 공익법센터 운영위원)

1. 서

변화된 제도가 사회에 안착하기 위해서는 어느 정도 시간이 걸리고 오히려 갈등을 야기하고 사회적 진통이 필요할 수도 있다. 그런데 방송과 통신의 융합을 기치로 내걸고 출범한 방송통신심의위원회(이하 '방통심의위')에 대한 걱정과 그 활동으로 인한 불안은 해를 거듭할수록 커지고 있고 특히 2기 방통심의위 출범 후 증폭되는 양상이다. 이는 방통심의위의 인적 구성이 대통령·여당측 추천 위원들과 야당측 추천 위원들의 구성비가 6:3이고 이로 인해 과반수를 점한 여당측 위원들의 의견이 통일될 경우 그와 다른 의견은 묵살될 수 있는 구조적 불안이 몇몇 쟁점사안(트위터 @2MB18nomA, 천안함 게시글, 국가보안법 위반 정보 등)에서 현실화된 데에서 기인하는 것으로 보인다. 사실상 (여당측) "6인 위원회"의 독주를 현행 제도 내에서 수정·보완할 마땅한 방법이 없다는 점도 이런 불안과 걱정을 키우는 원인이다.

한편, 방통심의위의 통신심의와 관련한 졸속심의 우려는 단순히 대충 심의한다는 것 이상의 좀 더 복잡한 고민으로 이어진다. 방통심의위가 2011. 1. 1.부터 2011. 9. 30.까지 통신심의로 심의한 사건수는 42,137건이고 이 중 삭제, 이용해지, 접속차단 등 시정요구 건수가 39,262에 달한다. 그런데 현재 방통심의위의 조직·인력과 위원 구성으로는 9개월 동안 심의위원들이 42,137건을 "직접" 심의하는 것은 불가능하다. 자연히 사무처의 도움을 받을 수밖에 없고 이로 인해 방통심의위의 의결이 사무처의 "건의"의견에 종속되는 경향을 보이게 된다. 물론 사무처의 직원들이 올린 건의 의견이 대체로 타당하리라 짐작하지만 이는 "심의"가 실질이 아닌 형식적 절차로 전락해 결국 심의의 실종으로 이어질 우려가 있다. 또, 중앙행정기관의 장 등이 요청하는 심의에 대해서는 관련 행정기관의 전문성에 대응해 심의를 할 만한 전문성을 갖추지 못해 사실상 중앙행정기관 등의 의견을 그대로 반영해 결국 규제자판기化되는 것은 아닌지 우려된다. 더구나 현재의 방통심의위 위원들의 전력을 보면 주로 방송분야와 관련한 활동을 해 온 분들이 다수이고 방송과 통신을 동시에 하나의 조직에서 심의하다 보니 통신의 특성[1]이 제대로 고려되고 있는지도 의문이다.

---

1) 방송과 통신은 달리 봐야 한다. 방송이 통신과 무엇이 다르냐에 대해서는 아래와 같이 헌법재판소의 불온통신규제사건(헌재 2002.06.27, 99헌마480결정) 결정문의 일부를 인용하는 것으로 대신한다. "인터넷은 공중파방송과 달리 "가장 참여적인 시장", "표현촉진적인 매체"이다. 공중파방송은 전파자

이런 우려는 심의규정의 모호함과 결합되면 통신심의에 대한 불신과 방통심의위 개선필요성에 대한 강한 확신으로 이어진다. 우선 정보통신에 관한 심의규정의 체계는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'), 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(이하 '방통위설치법')이 제시하는 심의대상 유형와 서로 다르다. 좀 더 직접적으로 말하면 심의규정과 법률이 따로 노는 형국인데, 법률에서는 불법정보, 청소년유해매체물 관련 정보, 유해정보(불건전정보)[2], 권리침해정보[3]를 그 대상으로 하고 있는 반면, 정보통신에 관한 심의규정에서는 그 심의기준으로 일반심의기준(제4조)을 두고 구체적인 심의유형으로 국제 평화 질서 위반 등(제5조), 헌정질서 위반 등(제6조), 범죄 기타 법령 위반(제7조), 선량한 풍속 기타 사회질서 위반 등(제8조), 광고·선전 등의 제한(제9조)을 두고 있다. 하위법규인 심의규정이 상위법인 법률을 제대로 반영하지 못하고 법률보다 더 넓고 추상적으로 규제하는 기이한 형국이다. 이는 과거 정보통신윤리위원회 시절, 더 거슬러 올라가면 금지곡·금서 등을 양산한 국가검열의 시대, 출판경찰이 활약하던 일제강점기에 뿌리를 둔 심의규정의 틀을 답습하면서 심의규정이 해석의 방향을 제시해 주지 못하고 오히려 모호한 가치개념의 나열로 혼선을 유발하고 법률의 범위를 벗어난 자의적 해석을 부추기고 있다. 이런 모호함으로 인한 해석의 여지(餘地)는 방통심의위에게는 권한의 확장이지만 일반 국민에게는 규제와 처벌의 위험이 도사리는 표현의 금지구역이 확대되는 결과가 된다.

이외에도 방통심의위에 대한 문제점이 있지만, 방통심의위의 통신심의와 관련하여서는 "6인 위원회"로 상징되는 위원회 구성 및 운영에 관한 문제가 하드웨어 측면에서, 모호한 규정으로 인한 자의적 졸속심의 문제가 소프트웨어 측면에서 문제해

원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다"

2) 방통심의위는 방통위설치법 시행령 제8조 제1항에 따라 유해정보(불건전정보)에 대해 심의하고 있으나 이는 방통위설치법 제21조 제4호의 위헌성을 별론으로 하더라도 시행령 제8조 제1항의 "등"을 확장해석한 것으로 위헌성이 농후하다. 이에 대해서는 최근 헌법재판소에 @2MB18nomX에 대한 접속차단에 대해 헌법소원(2011헌마655)을 제기하면서 시행령 제8조 제1항의 위헌성에 대한 판단도 구한 바 있어 헌법재판소의 결정이 기대된다.

3) 명예훼손, 사생활침해 등 권리침해정보는 일부 불법정보에 해당되기는 하지만 개인적 법익에 대한 침해라는 측면에서 다른 불법정보와 구별되고 방통심의위 내 명예훼손 분쟁조정부에서 조정의 대상으로 삼고 있다는 차원에서 심의대상의 유형화시 따로 고려하는 것이 타당하다.

결의 출발점이어야 한다. 특히 사람이 제도의 일부가 되는 구조에서는 그 사람의 품성이 제도운영의 성패를 좌우할 수 있다는 것은 2기 방통심의위 운영에서도 드러나지만 어떤 제도가 인간의 좋은 품성을 담보할 수 있을까라는 의문에 이르게 되면 결국 이 두 문제 중에서도 제도개선의 측면에서 좀 더 천착해야 할 문제는 소프트웨어의 개선이 아닐까 싶다.

이하에서는 이런 측면에서 소프트웨어의 개선과 하드웨어의 변화라는 측면에서 접근하고자 한다.

2. 통신심의대상의 조정

가. 조정의 방향 – 위헌성 제거(합헌성 회복)

법제도는 헌법적 가치의 실현이라는 지향과 상충되는 반헌법적 수단일 수 없다. 최소한 대한민국 헌법하에서는 그러하다. 그렇기 때문에 통신심의와 관련한 소프트웨어적 개선의 출발은 통신심의제도가 갖는 위헌성을 제거함으로써 제도의 합헌적 운영을 모색하는 것이다.

헌법재판소는 불온통신규제사건(헌재 2002. 06. 27. 99헌마480결정)에서 "온라인매체상의 정보의 신속한 유통을 고려한다면 표현물 삭제와 같은 일정한 규제조치의 필요성 자체를 부인하기는 어렵다고 하더라도, **내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물－예컨대, 아동 포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권 침해 같은 경우**가 여기에 해당할 것이다－이 아닌 한, 청소년보호를 위한 유통관리 차원의 제약을 가하는 것은 별론으로 하고, 함부로 내용을 이유로 표현물을 규제하거나 억압하여서는 아니된다. 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없다"(밑줄·강조는 필자, 이하 같음)고 판시한 바 있다.

또, 최근 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원사건(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157, 2009헌바88(병합))에서는 "**허위사실의 표현이 있다는 이유만으로 국민의 올바른 정보획득이 침해된다거나 범죄의 선동, 국가질서의 교란 등이 발생할 구체적 위험이 있다고는 할 수 없다.**

(2) 한편 허위사실의 표현으로 인한 논쟁이 발생하는 경우, 문제되는 사안에 관한 사회적 관심을 높이고 참여를 촉진할 수도 있으므로 반드시 공익을 해하거나 민주주의의 발전을 저해하는 것이라고는 볼 수 없고, **행위자가 주관적으로 공익을 해할 목적이 있는 경우에도**

실제로 표현된 내용이 공익에 영향을 미칠 수 없는 사적인 내용이거나 내용의 진실성 여부가 대중의 관심사가 아닌 때, 내용의 허위성이 공지의 사실인 경우 등에는 그로 인한 사회적 해악이 발생하기 어렵다.

(3) 만약 **허위의 통신에 의하여 법익침해의 실질적 위험이 발생할 것이 명백한 경우가 있다면, 그에 관하여는 구체적으로 그 내용을 적시하여 규율하여야 할 것**이고, 법익침해의 위험성이 행위 자체로 명백하지 않은 때는 침해의 결과를 발생시키는 것을 금지하여야 할 것이다. 이 사건 법률조항과 같은 포괄적 규제는 기본권 침해의 최소성원칙에 부합하지 않는다.

(4) 이 사건 법률조항은, **기존의 확립된 사실 또는 관점에 반하는 사실을 밝혀내고자 하는 이들과 같이, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체로 하여금 규제를 받을 것을 우려하여 스스로 표현행위를 억제하도록 할 가능성이 높은바, 이는 이 사건 법률조항이 추구하는 공익에 비하여 가벼운 사익의 제한이라고 보기 어렵다**. 제재에 대한 두려움으로 인하여 표현이 억제된다면, 표현의 자유의 기능은 훼손될 수밖에 없다"고 판시하였다.

헌법재판소의 결정을 정리하면 다음과 같다.

㉮ 아동 포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권 침해와 같은 내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고 사회적 유해성이 명백한 표현물에 대해서는 제한이 가능하다.

㉯ 표현물 중 일부에 대해서는 청소년보호를 위해 유통차원의 제약이 가능하다.

㉰ 허위사실의 표현이 사회적으로 유해하다고 볼 수 없다. 다만, 허위사실의 표현으로 법익침해의 **실질적 위험**이 발생할 것이 명백한 경우에도 구체적으로 그 내용을 적시하는 방식으로 규제해야 한다.

㉱ 기존의 확립된 사실 또는 관점에 반하는 사실의 표현은 헌법적으로 보호되어야 한다.

이런 헌법재판소가 준 지침에 따라 현행 정보통신망법 제44조의7를 보자.

나. 불법정보 규정 자체의 문제점[4)]

1) 음란정보

헌법상 보호되는 "저속[5)]"과 음란을 명확하게 구분할 수 있는지 의문이다. 또, 음란정보와 헌법상 청소년유해매체물로 분류될 여지는 있지만 음란에 이르지 않은

---

4) 이 부분은 양홍석, 『현행 통신심의제도의 문제점과 대안모색』, <방송통신심의위 3년 평가 토론회 : 위기의 방송통신심의위 무엇이 문제인가> 토론회 자료집, 80쪽 이하를 수정·보완하였다.

5) 헌법재판소의 입장에 따르면 저속은 그 자체로 명확성의 원칙, 과도한 광범성의 원칙에 반하는 용어이다(1998. 4. 30, 95헌가16결정).

성인정보를 어떻게 구별할 것이며, 음란과 퇴폐, 음란과 선정 등 유통이 금지되어야 할 음란정보와 성인에게는 유통되어도 될 성인정보의 구별이 쉽지 않다.

이와 관련하여 헌법재판소는 종래 음란표현은 표현의 자유의 보호영역에 포함되지 않는다고 판단하였으나(대표적으로 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16), **구 청소년의성보호에관한법률 제2조 제3호 등 위헌제청사건**(헌재 2002. 4. 25, 2001헌가27)에서 "'청소년이용음란물' 역시 의사형성적 작용을 하는 의사의 표현·전파의 형식 중 하나임이 분명하므로 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는 의사표현의 매개체라는 점에는 의문의 여지가 없"다고 판시하였고, **구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호 위헌소원 사건**(헌재 2009. 5. 28, 2006헌바109)에서 엄격한 의미의 음란표현도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함된다고 판시하면서 명시적으로 종전의 입장을 변경하였다[6].

한편, 대법원은 "'음란'이라는 개념은 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이므로, 구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반 보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 삼을 수밖에 없다고 할지라도, 이는 일정한 가치판단에 기초하여 정립할 수 있는 규범적인 개념이므로, **'음란'이라는 개념을 정립**하는 것은 물론 **구체적인 표현물의 음란성 여부**도 **종국적으로는 법원이 이를 판단하여야** 한다"고 판시한 바 있고(대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결), "'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·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"고 판시하여 음란성 판단이 매우 복잡한 규범적 가치판단과정임을 간접적으

6) 이런 헌법재판소의 입장변경 표현의 자유 보호영역에 관한 소위 "범주론"의 폐기라는 측면에서 타당하다고 본다.

로 강조하고 있다. 또, 대법원은 예술성이 있다고 해서 음란성이 당연히 부정된다고 볼 수 없다[7]고 보고 있기도 하다(대법원 2005. 7. 22. 선고 2003도2911판결).

음란한 정보의 유통을 금지해야 한다는 점에 대해서는 사회적 공감대가 형성되어 있고 특히 아동포르노를 포함한 하드코어 포르노의 유통을 막아야 하는 점에 대해서는 대체로 견해가 일치한다. 문제는 앞서 지적한 바와 같이 유통되어도 되는 (저속, 선정, 퇴폐, 일반 포르노그래피 등으로 평가되는) 성인정보와 인간의 존엄성을 훼손·왜곡시키는 음란정보의 구별이 쉽지 않다는 점이고, 최종적인 판단은 법원에 맡겨져 있음에도 불구하고 방송통신심의위원회의 섣부른 판단으로 유통되어도 될 정보마저 유통을 금지될 우려가 있다.

결국 문제는 규정을 어떻게 다듬어서 성인음란정보 중에서 허용되는 것과 성인에게도 허용되지 않고 유통 자체를 금지시켜야 할 정보를 구분할 수 있느냐이다. 이와 관련하여 국제적으로 유통을 금지하는데 공감대가 형성[8]된 "아동포르노"을 고려해야 한다. 최근 OSP에 대하여 ①아동·청소년이용음란물 발견을 위한 기술적 조치의무, ②발견된 아동·청소년이용음란물 즉시삭제의무, ③아동·청소년이용음란물 전송방지 또는 중단을 위한 기술적 조치의무를 입법화한 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 개정안[9]이 통과되어 2012. 9. 16. 시행예정이기도 하다. 결국 아동포르

---

7) 미술교사가 자신의 홈페이지를 통해 남성의 성기, 여성의 성기가 드러난 작품을 게시한 것에 대해 음란성을 인정한 판결로 이 판결 자체의 타당성에 대해서는 의문이 있고 이런 대법원의 입장이 음란의 모호성을 증대시키는 측면을 무시할 수 없지만 음란표현에 대한 규제가 필요하다는 사회적 합의가 있다면 음란 여부에 관한 판단이 규범적 가치평가를 거쳐야 하고 종국적으로 법원의 판단에 따를 수밖에 없다는 점에서 쉽사리 일반인의 시각에서 판단할 수 없다는 점을 상기시킨 판결로서는 의미가 있다.

8) 우리가 가입한 조약 중에도 아동포르노의 제작, 유통 등을 금지하는 유엔 아동권리에 관한 협약 제34조, 제35조, 제36조, 아동 매매·아동 성매매 및 아동 음란물에 관한 아동권리에 관한 협약 선택의정서가 있고, 이외에도 대부분의 국가에서 아동포르노에 대해서는 엄격한 규제태도를 취하고 있으며 상업적 아동 성착취 근절을 위한 세계대회(CSEC), 아동착취 및 성적 학대로부터 아동보호에 관한 유럽회의 협약 등 다양한 형태의 아동포르노 근절을 위한 노력이 계속되고 있다.

9) **아동·청소년의 성보호에 관한 법률 [법률 제11048호, 2012. 9. 16. 시행예정]**
제8조(아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등) ① 아동·청소년이용음란물을 제작·수입 또는 수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.
② 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 판매·대여·배포하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.
③ 자신이 관리하는 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물을 발견하기 위하여 대통령령으로 정하는 조치를 취하지 아니하거나 발견된 아동·청소년이용음란물을 즉시 삭제하고, 전송을 방지 또는 중단하는 기술적인 조치를 취하지 아니한 온라인서비스제공자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 온라인서비스제공자가 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물을 발견하기 위하여 상당한 주의를 게을리하지 아니하였거나 발견된 아동·청소년이용음란물의 전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 현저히 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다. <신설 2011.9.15>
④ 아동·청소년이용음란물을 배포하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2011.9.15>
⑤ 아동·청소년이용음란물을 소지한 자는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2011.9.15>

노그래피를 박멸의 대상으로 보고 그 시장을 괴멸시킴으로써 그 제작 자체를 막겠다는 의도, 미성숙한 아동을 적나라한 성적 표현에 이용하는 것이 인간의 존엄을 파괴하고 부정한다는 데에 대한 공감을 고려하면 아동포르노그래피는 절대적으로 유통을 금지해야 할 정보로 보는데 다른 의견이 없다.

그런데 하드코어 포르노그래피는 어떻게 할 것인가? **구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호 위헌소원 사건(헌재 2009. 5. 28, 2006헌바109)의 소수의견**을 보면 "엄격한 의미의 '음란' 표현이란 단순한 포르노그래피(pornography)나 저속한(indecent) 표현과는 질적으로 구분되는 개념으로서, 이는 미국 연방대법원이 수정헌법 제1조의 보호영역에 속하지 않는다고 보는 음란물(obscenity), 또는 독일형법 제184조a에서 반포 등의 행위가 절대적으로 금지되는 **폭력적 성표현물, 수간 등 이른바 하드코어 포르노그래피(hardcore pornography)와 유사하거나 그 이상의 해악을 지닌 성적 표현**만이 이에 해당될 수 있는 것이다"고 설시한 바 있다. 독일형법에서는 폭력적 성표현물 배포 등에 대해서 일반 음란문서 배포와 달리 무겁게 처벌하고 있고 폭력적 성표현물을 동물성 음란물과 동일하게 취급하고 있다. 이런 입장을 보편적 가치라고 확신할 수 없지만, 최소한 우리 법체계에서 강간이 금지되어 있다는 점에서 '강간'과 같은 폭력적 성표현물은 아동포르노와 동일한 취지로 유통을 금지할 필요가 있고 수간(獸姦)[10]의 경우도 일반적인 성관념에서 받아들이기 어려운 측면이 있으므로 제한하고자 한다면 수긍할 만하다. 그 외 동성애, 혼음, 근친상간[11]을 내용으로 하는 음란물의 경우 일반 음란정보로 성인의 접근까지 막을 것이 아니다.

결국 아동포르노그래피, 하드코어포르노그래피를 제외한 나머지 음란물에 대한 규제는 불필요한 규제이고 청소년유해매체물로 지정·관리하면 족하다. 더구나 불법성이 뚜렷한 포르노그래피와 그렇지 않은 포르노그래피의 구별을 현재와 같이 행정기구인 방통심의위에서 하는 것은 부적절[12]·부정확[13]하다.

---

⑥ 아동·청소년이용음란물을 제작할 것이라는 정황을 알면서 아동·청소년을 아동·청소년이용음란물의 제작자에게 알선한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. <개정 2011.9.15>

⑦ 제1항의 미수범은 처벌한다. <개정 2011.9.15>

10) 수간의 경우 앞서 인용한 독일형법외에도 그 영향을 받은 스위스형법 제197조, 오스트리아 형법 제220조a에서 금지하고 있다.

11) 동성애, 근친상간은 인류의 역사만큼 오래된 것이고 혼음은 그 자체로 범죄라거나 죄악시되는 비윤리적이라고 보기 어렵다는 측면에서 신중하게 접근할 필요가 있다.

12) 종국적인 사법판단이 아니기도 하지만 음란과 예술, 음란과 외설, 음란과 퇴폐는 늘 경계에서 문제가 발생하였는데 방통심의위에서는 이런 경계를 획정할 전문성이 없다. 이것은 그 사회의 문화, 예술 전문가들이 판단하고 대중이 평가하는 과정을 거쳐야 할 문제이기 때문이다.

13) 특정 나이대, 특정 정치적 편향, 특정 계층에 편중된 위원회 구성이 위원회의 의결성향에 그대로 반

2) 명예훼손정보

정보통신망법상 명예훼손죄에 대한 처벌규정을 두고 있고, 형법상 명예훼손죄와 달리 "비방할 목적"을 요구하는데 비방할 목적 유무에 대한 판단, 오로지 공익을 위하여 표현하였는지 여부, 표현물의 내용과 현실과의 합치 여부 등에 관한 판단은 방송통신심의위원회가 쉽게 판단할 문제가 아니다[14)15)].

위반행위에 대해 형벌규정을 두고 있는 행위유형의 경우, 그 행위에 대한 위반여부에 행정상 제재와 형사상 제재가 동시에, 독자적으로[16)](상호 처분결과에 영향을 받지 아니하고) 가해진다고 해서 이중처벌은 아니라고 보지만 사실상 행정상 제재조치가 선행하고 형사상 공소제기가 이루어지므로 행정청의 판단은 수사기관이나 법관에게 하나의 지침으로 활용될 여지가 있고 예단을 형성할 우려가 있다. 그렇기 때문에 어떤 행위가 범죄라면 그것에 대해 행정청이 인지하였다면 수사기관에 고발 기타 통지하여 수사를 하고 재판을 통해 그 행위의 위법성에 대한 판단을 받아야 하고 행정청이 독자적으로 명예훼손 여부를 판단하는 것 자체가 표현의 자유에 대한 침해가 될 여지가 있다.

더구나 명예훼손은 전형적인 개인적 법익인 명예를 침해하는 행위유형인데, 이를 음란정보, 해킹·바이러스 유포 등, 청소년 유해매체물 표시의무 위반, 사행행위, 국가기밀누설, 국가보안법위반 등 국가적·사회적 법익 침해행위와 동일한 절차로 처리하는 것이 의문이 아닐 수 없다.

3) 사이버스토킹정보?

정보통신망법 제44조의7 제1항 제3호의 정보를 사이버스토킹에 관한 정보로 분류하고 있고 방송통신심의위원회도 불법유해정보신고사이트에서 이런 형식의 분류로 게시해 뒀다.

영되고 있다.

14) 국가인권위원회도 2010. 9. 30. 통신심의 폐지권고시 이 점을 지적하였다.

15) 이와 관련하여 최근 "나는꼼수다"에 대한 명예훼손가능성은 있지만 피해자가 신고를 하지 않아 반의사불벌죄에 해당하는 명예훼손정보이므로 방통심의위가 심의를 하지 않겠다고 한 것은 고무적인 일이다 ; 2011. 11. 1.자 방통심의위 보도자료 <SNS 및 애플리케이션 심의에 대한 입장> 6쪽 참조.

16) 행정처분이 형사재판의 결과에 따르는 경우나 행정처분이 고발이나 고소하는 경우라면 문제가 최소화되지만, 그 역이라면 형사재판에서 피고인이 현실적으로 죄인취급받으면서 재판을 받을 수밖에 없고 행정처분에 대해 행정쟁송을 거치지 않는 경우라면 마치 그 행위의 위법성에 대해 이미 인정한 것으로 오해받을 우려도 있다.

그런데 "**공포심**이나 **불안감**을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 **반복적**으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보"라고 규정하면서 사이버스토킹만을 위한 규정을 해석하려고 하지만 안타깝게도 규정형식상 사이버스토킹 이외에 다른 행위도 충분히 포함될 여지가 있다[17]. 문제는 사이버스토킹이 아닌 다른 행위도 위 제3호에 의해 규제될 수 있다고 보는 순간 "공포심", "불안감", "반복적"이라는 부분의 해석에 따라 규제의 범위가 매우 유동적이라는 점이다. 과연 공포심이 무엇을 말하는 것인지, 사람에 따라 공포심을 느끼는지 여부 및 그 정도가 다를 것이고 불안감 역시 마찬가지다[18]. '반복적'이라는 것이 2회 이상이면 반복적이라고 볼 것인지 2회보단 많아야 반복적이라고 평가할 수 있는지 애매하다.

결국 위 제3호는 규정 자체가 객체에 따라 다른 판단이 가능하고 객체의 주관적 평가에 따라 달라질 수 있는 공포심, 불안감과 같은 불확정개념을 사용하고 있는데 규정형식상 어떤 공포심인지, 어떤 불안감인지 알 수 없어 이 규정을 적용하기 위해서는 상당한 수준의 해석작업이 필요하고 이 해석작업은 종국적 판단권이 있는 법원에서 맡아야 한다. 그 외 행정기구인 방통심의위가 이를 먼저 판단하는 것은 자의적 심의로 이어질 위험이 다분하다.

다만, 사이버스토킹에 대해서는 스토킹에 관한 특별법[19]을 통해 구제하거나 정보통신망법에 새로운 규정을 신설하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 그리고 만약 사이버스토킹에 관한 입법이 이루어진다면 이 역시 명예훼손 정보와 마찬가지로 전형

---

17) 실제 '일본 원전 방사능괴담'수사에 이 규정(좀더 정확하게 보면 정보통신망법 제74조 제1항 제3호)이 활용된 바 있다.

18) "공포심", "불안감"이 법령의 용어로 사용된 것은 정보통신망법 제44조의7 제1항 제3호와 그 위반행위에 대한 처벌규정인 제74조 제1항 제3호 외에는 채권의 공정한 추심에 관한 법률 제9조 제2호뿐이다. 그런데 채권의 공정한 추심에 관한 법률 제9조 제2호는 "정당한 사유 없이 반복적으로 또는 야간(오후 9시 이후부터 다음 날 오전 8시까지를 말한다. 이하 같다)에 채무자나 관계인을 방문함으로써 공포심이나 불안감을 유발하여 사생활 또는 업무의 평온을 심하게 해치는 행위"라고 규정하여 공포심, 불안감이라는 용어를 야기하는 행위유형을 설시함으로써 나름대로 구체화시키려는 노력을 하였다.

19) 현재 국회에는 김재균의원이 대표발의한 '스토킹 처벌 및 방지에 관한 법률안'(의안번호 1803469)이 법사위에 상정된 상태이다. 이 법률안에서는 스토킹을 다음과 같이 정의하고 있다.

■ 스토킹 처벌 및 방지에 관한 법률안

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "스토킹"이란 당사자의 의사에 반하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.

가. 정당한 이유 없이 지속적·반복적으로 접근하거나 미행하는 행위

나. 주거지·근무지·학교 등 특정인이 일상적으로 활동하는 장소 및 그 인근지역에서 지속적·반복적으로 지켜보거나 통행로에 서 있는 행위

다. 전화·편지·모사전송기·컴퓨터통신 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망을 이용하여 지속적·반복적으로 자신의 의사를 전달하거나 특정한 사진·그림 또는 문자를 보내는 행위

라. 본인이나 제3자를 통하여 특정 물건·그림 또는 사진 등을 반복적으로 보내는 행위

적인 개인적 법익 침해행위이므로 명예훼손과 동일한 절차로 처리해야 할 것이다.

4) 해킹, 바이러스 유포 등

정보통신망법 제44조의7 제1항 제4호는 “정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 정보”를 불법정보로 규정하고 있다.

먼저, 이 규정에 의한 행위가 불법정보로서 유통이 금지되어야 하는 정보임은 분명해 보인다. 문제는 규제의 주체인데, 정보통신망법상으로도 ‘해킹, 컴퓨터바이러스, 논리폭탄, 메일폭탄, 서비스 거부 또는 고출력 전자기파 등의 방법으로 정보통신망 또는 이와 관련된 정보시스템을 공격하는 행위를 하여 발생한 사태’를 “침해사고”로 규정하고(정보통신망법 제2조 제1항 제7호), 이 침해사고에 대해서는 방송통신위원회가 침해사고에 관한 정보수집·전파, 침해사고의 예보·경보, 침해사고에 대한 긴급조치 등[20]의 조치를 취하도록 하고 있고, 필요한 경우 한국인터넷진흥원[21]이 이런 업무를 처리하도록 규정하고 있다(정보통신망법 제48조의2 제1항). 또, 관련 신고도 방송통신위원회나 한국인터넷진흥원으로 하게 되어 있다. 한편, 국가사이버안전관리규정에 따르면 사이버공격에 대해서는 국가정보원장 소속 국가사이버안전센터가 주도적으로 대응하도록 하고(동 규정 제8조), 중앙행정기관, 지방자치단체, 공공기관의 경우 보안관제센터를 통해 이에 협력하는 식으로 시스템이 만들어져 있다.

정보통신기반보호법에 따르더라도 국무총리 소속 정보통신기반보호위원회, 주요정보통신기반시설을 관리하는 기관의 장, 행정안전부장관 등이 전자적 침해행위(정보통신기반시설을 대상으로 해킹, 컴퓨터바이러스, 논리·메일폭탄, 서비스거부 또는 고출력 전자기파 등에 의하여 정보통신기반시설을 공격하는 행위)에 대응하도록

---

20) 정보통신망법 시행령 제56조(침해사고 대응조치) 법 제48조의2제1항제4호에서 "그 밖에 대통령령으로 정한 침해사고 대응조치"란 다음 각 호의 조치를 말한다.<개정 2009.1.28>
1. 주요정보통신서비스 제공자 및 법 제46조제1항에 따른 타인의 정보통신서비스 제공을 위하여 집적된 정보통신시설을 운영·관리하는 사업자에 대한 접속경로(침해사고 확산에 이용되고 있거나 이용될 가능성이 있는 접속경로만 해당한다)의 **차단 요청**
2. 「소프트웨어산업 진흥법」 제2조제4호에 따른 소프트웨어사업자 중 침해사고와 관련이 있는 소프트웨어를 제작 또는 배포한 자에 대한 해당 소프트웨어의 보안상 취약점을 수정·보완한 프로그램(이하 "보안취약점보완프로그램"이라 한다)의 제작·배포 요청 및 정보통신서비스 제공자에 대한 보안취약점보완프로그램의 정보통신망 게재 요청
3. 언론기관 및 정보통신서비스 제공자에 대한 법 제48조의2제1항제2호에 따른 침해사고 예보·경보의 전파
4. 국가 정보통신망 안전에 필요한 경우 관계 기관의 장에 대한 침해사고 관련정보의 제공

21) 한국인터넷진흥원은 그 업무로 “정보통신망 침해사고의 처리·원인분석 및 대응체계 운영”을 명시하고 있다(정보통신망법 제52조 제3항 제11호).

규정하고 있다.

이런 제규정을 종합하면 방통심의위가 불법정보를 이를 심의할 필요가 있을지 의문이고 순전히 기술적인 침해행위와 기술적인 대응에는 '내용심의'가 아닌 원인분석 후 적절한 조치를 하는 기관이 필요하다는 점에서 정보통신망법 제44조의7 제1항 제4호는 심의대상에서 제외하는 것이 타당하고 삭제하더라도 침해사고 등에 대해서는 이미 다른 규정이 완비되어 있어 특별히 규제의 공백을 걱정할 필요는 없어 보인다.

5) 「청소년 보호법」에 따른 청소년유해매체물로서 상대방의 연령 확인, 표시의무 등 법령에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보

가) 유통규제와 관련하여

이 부분과 관련하여서는 영리/비영리의 구분이 항상 분명한가라는 의문은 있지만 대체로 헌법재판소의 결정취지와 마찬가지로 청소년유해매체물의 유통규제는 필요하다고 본다.

다만, 청소년유해매체물을 계속 방송통신심의위원회에서 심의하도록 하는 것에 대해서는 재검토가 필요하다. 다른 불법정보와 달리 영리목적 청소년유해매체물에 연령확인, 표시의무를 이행하지 않은 것은 내용에 관한 규제라기보다는 유통제한의 일환이다. 성격이 다르므로 다른 규정으로 옮기는 것이 타당하고, 규제의 수단도 취급거부, 취급정지, 취급제한으로 할 것이 아니라 청소년유해매체물 출판자의 지위에 있는 경우에는 연령확인, 표시의무 등의 이행을 명하고 불이행시 일정한 제한을 가하는 식의 조치를 신설할 필요가 있다.

나) 내용심의와 관련하여

– 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호, 같은법 시행령 제8조 제1항, 청소년보호법 제8조 제1항 단서

청소년유해매체물인지 여부에 관한 판단은 청소년에 대한 유해성 여부에 관한 기준을 갖고 당해 표현물의 청소년에 대한 영향, 수용도 등을 종합적으로 고려한 결정이다. 이는 일반 표현물과 다른 유통제한을 받을 뿐 성인에 대한 관계에서는 제한이 없다는 측면에서 일반 불법정보와 다르므로 일반 불법정보에 대한 내용심의는 청소년유해매체물 판단과 무관하다. 이런 측면에서 보면 청소년유해매체에 대한 판단 자체가 나름대로 전문성을 요하는데 방송통신심의위원회는 정보통신분야

의 일반적인 규제기관일 뿐이고 청소년과 관련하여서는 특별한 전문성이 없다. 위원구성에서도 청소년 관련 전문성을 위원 임명과정에 고려하는 청소년보호위원회 구성과 달리 방통심의위 위원 인선시 청소년에 대한 식견이나 전문성은 전혀 고려의 대상이 아니다. 이런 위원 구성으로 인한 방통심의위의 한계를 인식하고 사회적 합의, 가치판단이 필요한 청소년에 대한 유해성 판단은 청소년보호라는 큰 시각에서 모든 매체를 통한 표현물을 관할하는 청소년보호위원회에서 도맡아서 하는 것이 타당하다.

6) 사행성정보

사행행위에 대한 규제필요성에 대해서는 공감하지만, 사행성 여부에 관한 판단은 나름대로 전문성을 갖추어야 한다. 사행성게임물에 관한 판단은 법원이 최종판단을 하고 있지만 현재 사행성정보에 관하여는 사행산업통합감독위원회가 나름의 전문성을 갖추고 있고 실제 사행산업통합감독위원회가 방송통신심의위원회에 2010년 심의요청한 건수가 2,500여건에 달하고 방송통신심의위원회에서는 대부분 시정요구를 하였다는 점에서 사행산업통합감독위원회가 스포츠토토, 한국마사회, 게임물등급위원회의 사행성정보 심의요청도 처리하는 방안을 고민해 볼 필요가 있다. 특히 사행산업통합감독위원회에서는 국내의 거의 모든 사행산업을 통합하여 감독하면서 불법사행행위에 대한 신고도 받고 있어서 방통심의위의 사행성정보에 대한 권한도 이전하는 국가차원의 규제일원화에 도움이 될 것으로 본다.

7) 국가기밀누설

국가기밀이 무엇인지는 법원의 판단을 받아야 한다. 대법원은 “국가보안법 제4조 제1항 제2호 (나)목에 정해진 기밀은 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 모든 사실, 물건 또는 지식으로서 그것들이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일**반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고**, 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있어 기밀로 **보호할 실질가치를 갖춘 것**이어야 한다”고 판시하였고(대법원 2003. 6. 24. 선고 2000도5442 판결), 군사기밀보호법상 ‘군사기밀’에 대해서도 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 명백한 위험을 초래할 우려가 있어야 한다고 보고 있다(대법원 2002. 5. 10. 선고 2000도1956 판결).

그런데 ①공지의 사실 여부, ②실질가치 유무는 해당 사건을 판단하는 법원의 가치판단 없이는 쉽게 단정하기 어렵고, 상대적 가치판단의 문제일 수 있으므로 방송통신심의위원회가 이를 판단하는 것 자체가 어렵다. 오히려 중앙행정기관의 장에 의해 기밀이라고 주장된 정보가 방통심의위를 통해 모두 국가기밀로 둔갑해 이를 표현하거나 이를 근거한 공적 의사표현 자체가 봉쇄될 위험이 있다.

8) 국가보안법위반정보

국가보안법 위반 여부에 관한 판단 역시 대법원의 최종판단 없이 쉽사리 인정하기 어렵고 규범해석에 있어서 정책적 고려가 이루어지는 영역의 하나로 대법원의 판단을 쉽사리 예측하기도 어렵다. 그리고 실제 방송통신심의위원회의 심의가 삭제 등의 조치를 하기 위한 형식적인 통과절차로 전락한 느낌을 지울 수 없다.
그리고 역사적으로 국가보안법은 표현의 자유를 탄압하기 위한 도구로 활용되었음을 부정할 수 없고 국가보압법 자체에 대한 위헌논란과 폐지요구가 지속되고 있다는 점에서 필요하다면 형법상 내란의 죄, 외환의 죄에 관한 정보 정도로 제한하는 선으로 그 심의대상을 축소할 필요가 있다.

9) 범죄 관련 정보

'그 밖에 범죄를 목적으로 하거나' 부분은 형법상 예비, 음모행위에서부터 정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호 내지 제8호를 제외한 나머지 모든 범죄의 구성요건해당성 있는 행위를 포괄하는 것으로 해석할 수 있다. 그리고 여기에 교사나 방조하는 내용까지 포함시키고 있어 정보통신망법 제44조의7 제1항 제9호는 제1호 내지 제8호의 일반조항(개괄조항)에 해당한다. 즉 위 제9호로 인해 정보통신망법 제44조의7 제1항 제9호는 "모든" 범죄에 관련된 정보를 '불법정보'로 규율하게 된 것이다. 특히 '방조'의 무제한성, 편면적 방조의 허용 등으로 인해 사실상 범죄에 관한 "모든" 정보가 '불법정보'가 된다. 요컨대 위 제9호로 인해 사실상 '모든 범죄에 관한 모든 정보'가 '불법정보'가 되는 것이다.

이것은 불온통신규제사건에서 '불온통신'이 명확성의 원칙에 어긋나서 위헌이라고 한 취지에도 부합하지 않는 것으로 위헌성이 제거된 형태로 보기 어렵다[22]. 역설

22) 전기통신사업법 2002. 12. 26. 개정안에 대한 심사보고서 26쪽, 검토보고서 45쪽에서도 위헌성 제거문제에 관하여 "안 제53조제1항에서는 종전의 추상적이고 불명확한 불온통신의 개념을 아래 표에서 보는 바와 같이 음란정보유통, 명예훼손, 사이버스토킹, 국가기밀누설 등 현행법상으로도 위법한 정보에 한정하여 대통령령이 아닌 법률에서 직접 규정을 두도록 함으로써 동 조항에 대하여 위헌성이 제기된 원인인 법정요건의 불명확성, 과잉금지의 원칙위배, 포괄입법금지의 원칙위배 문제는 일정부분 해소된 것으로 보임."이라는 의견으로, 완전한 위헌성 제거에 이르지 않았음을 간접적으로 시사한

적으로 '모든 범죄에 관한 모든 정보'가 '불법정보'가 되는 것이라는 점에서 이를 명확하다고 해야 할지 의문이다[23].

따라서 위 제9호에 따라 심의대상을 확대할 수 없고, 설령 위 규정을 합헌적으로 보더라도 위 규정을 근거로 심의대상을 확대하는 것은 현존하는 명백한 위험이 있는 경우로 제한해야 할 것이다.

3. 임시접속차단명령제도(+불법정보심판제도) 신설

가. 제도도입의 필요성

1) '유통을 금지시킬 정보'의 확산방지책 미흡

방통심의위는 방통위설치법 제21조 제3호 및 제4호에 따라 불법정보 등에 대해 심의하고 제4호에 따른 시정요구를 하고 있으나, 정보통신서비스제공자의 임시조치(정보통신망법 제44조의2, 44조의3)외에는 심의·의결 전에 문제되는 정보의 유통차단을 위한 조치를 마련해 두고 있지 않다. 정보통신서비스제공자가 약관[24]을 통해 '임시조치'를 할 가능성을 열어두고 있으나 정보통신망법상 임시조치제도는 사생활침해, 명예훼손 등 권리침해시 그 침해받은 자가 정보통신서비스제공자에게 요청하는 형태이고 임의의 임시조치도 그 대상은 동일하여 정보통신망법상 유통이 금지되는 정보의 확산방지에는 미흡하다. 반드시 유통 자체를 막아야 하는 정보라면 정보통신망의 특성상 일단 정보의 확산을 방지하는 조치가 선행되어야 하는데 현재는 확산방지책이 없다. 이로 인해 통신심의제도가 정보의 확산을 방조하는 형국이다.

2) 행정기관에 의한 표현물의 내용판단

가) 표현물의 내용에 대한 규제에 대한 엄격한 심사기준

바 있다.

23) 김성천·황창근·지성우·최경진, 『방송통신 심의규정 개선방안에 관한 연구』, 방송통신심의위원회, 2009, 32-33면.

24) NHN의 경우 네이버이용약관 제16조 제2항에서 "권리자의 요청이 없는 경우라도 권리침해가 인정될 만한 사유가 있거나 기타 회사 정책 및 관련법에 위반되는 경우에는 관련법에 따라 해당 게시물에 대해 임시조치 등을 취할 수 있습니다"라고 규정하고 있지만 '관련법에 따라' 임시조치를 취할 수 있다고 하고 있어 이 약관규정에 따라 정보통신망법상 임시조치 그 이상의 조치를 취하기 어렵다. 물론 같은 약관 제11조(회원의 의무) 위반을 이유로 같은 약관 제20조에 따라 이용제한조치를 취할 수는 있다. Daum Communications의 경우, Daum서비스약관 제13조 제2항에서 같은조 제1항의 의무사항을 위반할 경우에는 "회사는 회원이 제1항의 행위를 하는 경우 해당 게시물 등을 삭제 또는 임시삭제할 수 있고 서비스의 이용을 제한하거나 일방적으로 본 계약을 해지할 수 있습니다"라고 규정하여 약관에 의한 임시조치(임시삭제) 가능성을 열어뒀다. 그러나 유통금지여부에 대한 판단이 어렵기 때문에 실제 많이 활용되지는 않다.

표현의 자유는 자아완성의 필수적 전제로서의 가치, 사회적 참여수단, 진리발견 수단, 사회의 개선과 안정의 확보수단으로서의 가치, 자유민주국가 작동의 필수적 전제로서의 가치, 국가에 대한 감시자로서의 가치를 가진다[25]. 그렇기 때문에 표현의 자유에 대한 제한 특히, "**표현**"물 내용에 따른 규제(content-based regulations)는 내용중립적인 표현"**물**"에 대한 규제(content-neutral regulations)보다 훨씬 엄격한 심사기준에 따라 위헌성을 심사할 필요가 있다. 즉, 내용에 근거한 제한이 헌법적으로 허용되는 것이려면 규제의 목적이 급박하고도 구체적인 정부 이익을 신장하기 위한 것이어야 하며, 규제수단이 정부의 이익을 달성할 수 있는 수단 중에서 표현의 자유를 가장 덜 침해하는 것이어야 한다[26]. 또한 내용에 근거한 제한은 위헌으로 추정되고 입증책임은 제한하는 정부측이 부담한다[27].

우리 헌법재판소는 "표현내용에 대한 규제는 원칙적으로 ***중대한 공익의 실현***을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 하에서 허용되는 반면, 표현내용과 무관하게 표현의 방법을 규제하는 것은 *합리적인 공익상의 이유*로 폭넓은 제한이 가능하다. 헌법상 표현의 자유가 보호하고자 하는 가장 핵심적인 것이 바로 '표현행위가 어떠한 내용을 대상으로 한 것이든 보호를 받아야 한다'는 것이며, '국가가 표현행위를 그 내용에 따라 차별함으로써 특정한 견해나 입장을 선호하거나 억압해서는 안된다'는 것이다. … 자동차 소유자 자신에 관한 광고는 광고를 함에 있어서 광고의 내용이라든가 광고의 양이 제한적일 수밖에 없는 반면, 타인에 관한 광고는 그 내용이라든가 양이 매우 폭넓게 행하여 질 수 있는 것이다. 결국 타인에 관한 광고를 허용하게 되면 무분별한 광고를 하게 되고 이로 인하여 도로교통의 안전과 도시미관을 저해하는 폐해가 발생하게 될 것이다. 따라서 이 사건 시행령 조항이 자신에 관한 광고를 허용하면서 타인에 관한 광고를 금지한 것은 특정한 표현내용을 금지하거나 제한하려는 것이 아니라 광고의 매체로 이용될 수 있는 차량을 제한하고자 하는 표현방법에 따른 규제로서, 표현의 방법에 대한 제한은 ***합리적인 공익상의 이유***로 비례의 원칙의 준수 하에서 가능하다고 할 것이다"고 판시하여 표현내용에 따른 규제와 표현방법에 따른 규제를 구분하고 있음을 알 수 있다(헌재 2002.12.18, 2000헌마764결정)[28].

---

25) 임영덕, 인터넷 내용규제에 관한 연구-공동체 자율규제를 중심으로-, 성균관대학교 대학원, 2010. 2., 8-10쪽.

26) 이우영, 『미국 표현의 자유 법리상 표현매체의 기술적 특성의 반영에 관한 소고』, 경제규제와 법 제2권 제2호, 서울대학교 공익산업법센터, 2009. 11., 126쪽.

27) 양건, 헌법강의I, 법문사, 2007, 431쪽.

28) 한편 사전검열과 관련하여서는 "건강기능식품 광고는 영리 목적의 순수한 상업광고로서 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위 등과 별로 관련이 없고, 이러한 광고를 사전에 심사한다고 하여 예술활동의 독창성과 창의성 등이 침해되거나 표현의 자유 등이 크게 위축되어 *집권자의 입맛에 맞는*

나) 엄격한 심사기준과 통신심의제도 운용

위와 같이 미국의 "엄격심사기준(strict scruntiny)-긴절한 필요(compelling interest), 중간심사기준(intermediate standard of scruntiny)-중대한 이익(important interest)"라는 틀은 우리 헌법재판소에서는 "표현내용에 따른 규제-중대한 공익의 실현, 표현방법에 대한 제한-합리적인 공익상의 이유"로 수용되었다. 이런 표현의 자유에 대한 제한의 합헌성 심사기준은 비단 법률규정의 합헌성 심사에만 국한되는 것이 아니라 시행령, 시행규칙은 물론이고 일체의 공권력 행사 또는 불행사의 합헌성 심사기준으로 작용하게 된다[29]. 통신심의와 관련하여서 보면 이런 "엄격심사기준"은 최소규제원칙(정보통신에 관한 심의규정 제3조 제1호)의 선언과 심의규정 해석·적용과 관련하여서는 '의심스러울 때에는 자유를 위하여(in dubio pro libertate)' 원칙이라는 지도원리의 실천으로 구체화된다.

다) 엄격한 심사기준의 관철은 즉각적인 사법심사를 통해서만 가능하다

방통심의위는 행정기구이다. 행정기구에 의한 내용심의는 표현물의 내용에 따른 규제시스템이므로 엄격한 심사기준이 적용되는데 그 규제를 정당화시켜줄 "중대한 공익의 실현"은 실현되지 않은 추상적 이익인 반면, 그 표현물이 존재함으로서 존재하는 이익은 현실적·구체적이므로 당해 표현물이 사라짐으로 발생하는 불이익은 이익의 존재로 인해 현실적·구체적으로 인지할 수 있다. 방통심의위의 내용심의가 '실질적 검열[30]'이라는 점을 고려하면 즉각적인 사법심사가 아니고선 예견되는 공익과 인지할 수 있는 불이익의 형량이 적절하게 이루어지리라는 보장이 없다.

3) 잠정적 판단에는 잠정적 효력만 인정되어야 한다.

방통심의위의 통신심의에 따른 시정요구 등은 불법성에 대한 잠정적 판단일 뿐이다. 잠정적인 판단은 과소규제인지, 과다규제인지 누구도 알 수 없고 이런 불확실성은 그 자체로 표현의 자유에 대한 중대한 제한이다.

국가인권위원회도 2010. 9. 30. 현행 정보통신심의제도 자체가 사실상 검열로 기

표현만 허용되는 결과가 될 위험도 작다"고 판시하면서 건강기능식품 광고의 사전심사가 합헌이라고 보고 있기도 하다(헌재 2010. 07. 29. 2006헌바75결정). 헌법재판소의 이 결정에 대해서는 비록 순수한 상업광고도 표현물이라는 측면에서 엄격한 심사기준을 적용했어야 하는데, 기준을 표현물의 성격에 따라 달리 운용할 여지를 남겼다는 점에서 향후 정교한 법리의 전개가 있을 것으로 보인다.

29) 방송법 제32조 제2항 등 위헌확인 사건(헌재 2008. 06. 26. 2005헌마506결정)에서 방송법은 물론이고 시행령, 방송심의규정까지 심판의 대상으로 보고 동일한 잣대로 위헌결정을 하였다.

30) 방통심의위의 내용심의가 실질적 검열이라는 점에 대해서는 양홍석, 앞의 글, 63쪽 이하.

능할 수 있다는 점을 지적하고 방송통신심의위원회에 의한 통신심의를 폐지할 것을 권고한 바 있는데 다음과 같은 내용으로 잠정적 판단으로 인한 위축효과에 대해 지적하였다.

> 본 심의제도 아래에서 게시자가 게시물을 인터넷에 게시하기 전에 방송통신심의위원회에 게시물을 제출해야할 의무를 부담하지 않는다. 그러나 사전적인 심사가 아니라고 하여 국가권력에 의한 개입의 사회적 해악이 없다고 볼 수는 없다. 행정기관은 사법부와 달리 정치권력으로부터 독립성이 보장되어 있지 않아 그 판단이 자의적이거나 정치권력을 비호하는 용도로 동원될 가능성이 있고 사법심사의 가능성이 존재하는 한 행정기관의 판단 내지 처분은 잠정성을 띨 수밖에 없다. 이러한 상황에서 행정기관의 판단에 따라 표현행위를 차단하는 것은 사전적이든 사후적이든 표현의 자유에 대한 위축효과를 발생할 개연성이 크다. 따라서 본 심의제도가 사후심의라고 할지라도 행정기관이 자의적으로 행사할 수 있는 재량의 폭이 한정되어 위축효과가 방지될 정도로 심의대상과 심의기준이 명백하지 않는 한, 방송통신위원회의 심의 및 시정요구는 표현의 자유에 대한 중대한 침해에 해당되고 그 결과 현행 「헌법」이 검열제도를 금지하는 취지에 부합되지 않을 소지가 있다.

나. 유사한 제도

1) 임시중지명령제도(표시·광고의 공정화에 관한 법률 제8조)[31][32]

공정거래위원회는 현재 계속중인 표시·광고가 공정거래위원회가 고시한 중요정보를 누락하거나 부당한 표시·광고의 유형에 해당하는 등의 사유가 있는 경우 직권 또는 소비자단체 기타 일정한 단체 등의 요청에 따라 심사하여 그 표시·광고행위를 일시 중지할 것을 명할 수 있다(표시·광고의 공정화에 관한 법률 제8조, 같은법

---

31) 이 임시중지명령제도가 미국 FTC법상 injuction을 도입한 것이기 때문에 외국의 금지명령제도나 프랑스의 긴급소송제도도 유사성이 있을 수 있고, 우리 법제에도 각종 공사중지명령, 개선명령 등의 제도가 있으나 이 글에서 표현물의 내용과 관련한 제도에 한정해서 살펴본다.

32) **표시·광고의 공정화에 관한 법률** 제8조(임시중지명령) ① 공정거래위원회는 표시·광고 행위가 다음 각 호 모두에 해당하는 경우에는 사업자등에 대하여 그 표시·광고 행위를 일시 중지할 것을 명할 수 있다.

1. 표시·광고 행위가 제3조제1항을 위반한다고 명백하게 의심되는 경우
2. 그 표시·광고 행위로 인하여 소비자나 경쟁사업자에게 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있어 이를 예방하기 위하여 긴급히 필요하다고 인정되는 경우

② 소비자단체나 그 밖에 대통령령으로 정하는 기관·단체는 사업자등의 표시·광고 행위가 제1항 각 호 모두에 해당한다고 인정할 때에는 서면(전자문서를 포함한다)으로 공정거래위원회에 그 표시·광고 행위의 일시 중지를 명하도록 요청할 수 있다.

③ 제1항에 따른 명령에 불복하는 자는 그 명령을 받은 날부터 7일 이내에 공정거래위원회에 이의를 제기할 수 있다.

④ 공정거래위원회는 제1항에 따른 명령을 받은 자가 제3항에 따라 이의를 제기하였을 때에는 지체 없이 서울고등법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 통보를 받은 서울고등법원은 「비송사건절차법」에 따라 재판을 한다.

⑤ 제4항에 따른 재판을 할 때에는 「비송사건절차법」 제15조를 적용하지 아니한다.

시행령 제9조). 이는 공정거래위원회가 표시·광고의 부당성 판단 등을 위한 심사개시 후 최종적인 시정조치까지 통상 3개월 정도 시간이 소요됨으로써 부당한 표시·광고에 대해 일시중지하도록 할 필요성이 있기 때문에 도입된 제도이다.

2) 발행정지명령제도(신문 등의 진흥에 관한 법률 제22조 제2항)[33)]

신문을 발행하고자 하는 경우 시·도지사에게 등록해야 하는데(위 법 제9조), 시·도지사는 신문의 내용에 따른 규제로 "음란한 내용의 신문 등을 발행하여 공중도덕이나 사회윤리를 현저하게 침해하는 경우"에 발행정지를 명하거나 법원에 등록취소심판청구를 할 수 있다. 다만, 발행정지명령 등을 할 때에는 당해 시·도지사 소속의 등록취소심의위원회의 심의를 거치도록 하고 있다.

다. 임시접속차단명령 + 불법정보심판 신설안

1) 도입취지 및 제도의 개요

현행 임시조치는 권리침해정보에 대해서만 가능하고(임의의 임시조치제도 있지만 자칭 피해자의 요청이 있어야 함) 나머지 불법정보에 대해서는 법원에 가처분신청을 하는 것 외에 확산을 막을 법적 장치가 없다. 그런데 법원에 가처분을 신청을 한다 하더라도 행정기구인 방통심의위의 채권자성이 문제되고 가처분결정시까지는 합법적으로 해당 정보의 유통을 막을 방법이 없다.

우리 사회가 특정한 정보의 유통을 막아야 할 필요성에 공감하는 이상 그 정보의 확산방지책을 마련해 둘 필요가 있다는 점에서 문제정보의 발견에서 법적인 조치시까지 유통을 막을 방도로 방통심의위의 유통방지책 중 유통방지의 목적을 달성하면서도 가장 덜 제한적인 조치인 "접속차단"조치를 도입하자는 것이다.

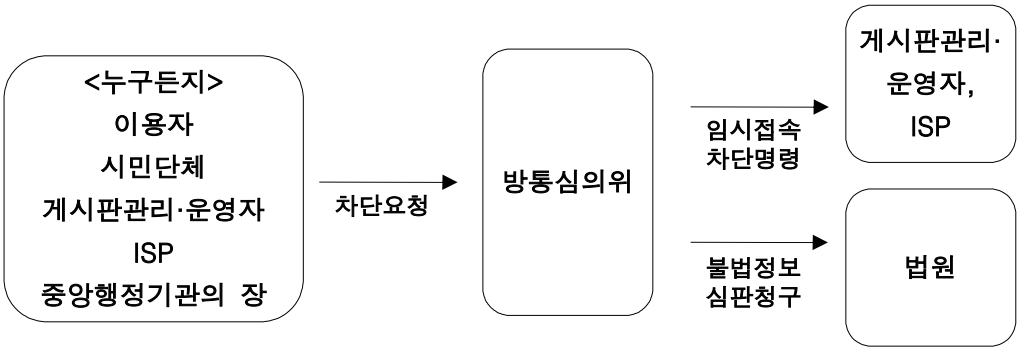
다만, 행정기구에 의한 잠정적 판단에 종국적 효력을 부여하거나 접속차단의 장기

---

33) **신문 등의 진흥에 관한 법률** 제22조(신문등의 발행정지 및 등록취소의 심판청구) ① (생략)
② 시·도지사는 제9조제1항에 따라 신문등을 등록한 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 6개월 이내의 기간을 정하여 해당 신문등의 발행정지를 명하거나 법원에 신문등의 등록취소의 심판을 청구할 수 있다.
1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 등록한 사실이 있는 경우
2. 신문등의 내용이 등록된 발행목적이나 발행내용을 현저하게 반복하여 위반한 경우
3. 음란한 내용의 신문등을 발행하여 공중도덕이나 사회윤리를 현저하게 침해한 경우
③ 제2항에 따른 심판청구에 대한 제1심 재판은 신문사업자·인터넷신문사업자 또는 인터넷뉴스서비스사업자의 보통재판적 소재지를 관할하는 지방법원합의부의 관할로 한다. 법원은 심판청구를 접수한 날부터 3개월 이내에 재판하여야 한다. 등록취소심판사건의 청구·심리·재판, 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.
④ 등록취소심판사건에 대하여는 「비송사건절차법」을 준용한다.

화는 사실상 해당정보의 삭제와 같은 효과를 발생시키므로 즉각적인 사법심사절차를 통해 잠정적 판단에 잠정적 효력을 부여하되 사법심사를 통한 종국적 판단을 얻도록 하는 것이라는 측면에서 “임시”적인 접속차단조치이다.

이때 즉각적인 사법심사는 신속·간이하게 당해 표현물의 삭제, 성인인증사이트를 거친 접속, 정보의 위치이동 등 다양한 형태의 제재방법으로 표현의 자유에 대한 침해를 최소화하는 방향으로 운용되어야 한다.



2) 임시접속차단명령제도의 내용

방통심의위가 이용자, 시민단체, 게시판관리·운영자, 정보통신서비스제공자, 중앙행정기관의 장으로부터 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 권리침해정보를 제외한 나머지 불법정보에 관하여 당해 정보의 접속을 일시 차단해 달라는 요청을 받으면 요청을 심사하여 불법정보에 해당한다고 판단하는 경우 해당 정보를 취급하는 정보통신서비스제공자, 게시판 관리·운영자에게 그 정보가 일반에 공개되지 않도록 차단할 것을 명할 수 있도록 하는 제도이다.

방통심의위가 이용자 등의 요청에 따라 정보통신망을 통해 유통되는 정보의 불법성을 심의하는 것이 아니라 차단요청의 적부를 심사하고 차단요청이 부적법하거나 불법성에 대한 의문이 있는 경우에는 차단요청에 대해 기각하는 의견을 통지하고, 타당하고 판단하면 차단명령을 하면서 불법정보심판청구에 당해 정보의 불법성에 대한 소명작업을 하게 된다.

3) 임시접속차단요청자

이용자, 시민단체의 경우 현행 불법정보 등의 신고체계를 그대로 받아들여 민원형태로 처리하고, 게시판관리·운영자나 정보통신서비스제공자의 경우 현행 임의의 임

시조치와 유사한 형태로 취급하는 정보의 불법성에 의문이 있을 경우 그 유통에 따른 책임을 면하기 위한 방법으로 활용하도록 할 가능성을 열어둔다. 다만, 현행 임시조치에 대해서도 면책규정[34]을 따로 두지 않았고 면책규정이 자칫 표현의 자유를 제한하는 과잉규제를 불러올 위험이 있으므로 ISP나 게시판관리·운영자의 면책을 인정하지는 않는다[35]. 한편, 이용자, 시민단체, 정보통신서비스제공자, 게시판관리·운영자를 임시접속차단요청자로 명시함으로써 이용자중심의 자율심의기구, 하나의 시민단체 또는 여러 개의 시민단체가 만든 자율심의기구, ISP들이 모여서 만든 자율심의기구 등 각종 자율심의기구들이 활동하는데 이 제도를 활용할 수 있으리라 본다.

중앙행정기관의 장을 요청자로 굳이 나열한 것은 불법정보에서 국가보안법위반정보, 국가기밀정보를 삭제하게 됨으로써 생기는 규제의 공백을 방지하고, 정보통신망법 제44조의7 제1항 제9호를 삭제하게 됨으로써 그동안 방통심의위가 이 규정에 기대서 의약품·식품·화장품 등의 표시광고, 여권법, 자동차관리법, 방문판매법, 담배사업법 등 다양한 법률위반 사항이 포함된 정보에 대해 필요한 경우 중앙행정기관의 장이 직접 임시접속차단요청을 방통심의위에 하도록 함으로써 위 제9호의 삭제에 따른 규제공백이 존재하지 않음을 명백히 보이기 위함이다.

방통심의위는 직권으로 임시접속차단명령을 할 수 없다. 방통심의위에게 직권에 의한 임시접속차단명령을 인정하게 되면 임시접속차단명령시 즉각적 사법심사절차가 개시되지만 운영하기에 따라 현행 심의제도와 큰 차이없이 운영될 가능성이 있다.

4) 임시접속차단요청·명령 대상정보

권리침해정보를 제외한 나머지 불법정보가 임시접속차단요청·명령의 대상이 된다. 권리침해정보는 앞서 지적한 바와 같이 다른 불법정보 유형과 달리 개인적 법익 침해에 관한 문제이므로 그 취급을 달리 해야 하고, 이용자, 시민단체 등에게도 접

34) 임의의 임시조치시 ISP면책규정을 도입하자는 취지로 홍사덕의원이 정보통신망법 개정안(의안번호 1805051)을 대표발의하여 현재 문방위에 상정되어 있는데, 이는 자칫 과도한 임시조치를 양산하여 표현의 자유를 과잉제한할 우려가 있으므로 재고되어야 한다. 같은 취지로 임시접속차단명령제도를 도입하면서 ISP나 게시판관리·운영자를 차단요청을 할 수 있는 자로 나열하는 것은 이용자, 시민단체 등과 마찬가지로 신고자 정도의 지위를 인정하는 것에 불과하므로 이 규정이 모니터링의무를 부과하거나 모니터링에 의한 임시접속차단요청을 권장하는 것이 아니므로 면책규정을 두진 않는다.

35) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결에서의 OSP에 대한 삭제의무 발생요건이나 인식요건을 보면 임시접속차단요청시 면책을 인정하게 되면 이 전원합의체 판결에서 제시한 요건보다 더 쉽게 면책을 인정하게 된다.

속차단요청을 할 수 있도록 명시하였으므로 이론적으로는 개인간 다툼에 대해 제3자도 임시접속차단요청을 할 수 있는데 개인적 법익에 관한 다툼에 제3자가 끼어드는 겪이라 부적절하다. 또, 종래 임시조치제도(정보통신망법 제44조의2)가 운영되고 있으므로 그 제도를 보완하는 방향으로 운영하는 것이 타당하다.

5) 임시접속차단명령의 대상

당해 정보를 취급하는 ISP, 게시판관리·운영자에게 당해 정보가 일반에 공개되지 않도록 차단할 것을 명하게 된다. 여기서 명령의 대상은 ISP, 게시판관리·운영자이고 둘 중 누구에게라도 임시접속차단명령을 하게 되면 따라야 한다.

6) 통지

임시접속차단명령을 하게 되면 방통심의위는 차단요청자, 차단명령대상자, 차단의 대상이 된 정보게재자에게 전자우편 등 적당한 방법으로 임시접속차단이 된 사실, 불법정보심판절차가 개시된 사실을 알려야 한다(notice and take-down).

임시접속차단요청을 심사한 결과 부적법하거나 당해 정보의 불법성이 명백하지 않은 경우에는 요청에 대해 요청을 받아들이지 않는다는 의사를 밝혀 요청자에게 통지하여야 한다. 이 요청에 대해서는 따로 불복하거나 이의할 수단을 둘 필요가 없고 요청자가 당해 정보를 차단시키고자 한다면 경우에 따라 후술하는 온라인 가처분신청을 하면 된다.

7) 정보게재자의 의견표시

임시접속차단명령의 대상이 된 정보를 게재한 자가 임시접속차단명령에 대해 이의가 있는 경우 방통심의위 또는 당해 불법정보심판청구를 담당하는 법원에 그 의견을 밝힐 수 있다. 정보게재자의 의견을 받은 방통심의위는 지체없이 불법정보심판청구사건을 담당하는 재판부에 그 의견을 전달해야 한다.

정보게재자의 불복 또는 이의신청에 따른 원상회복(put-back)절차를 둘 것인지 문제되는데, 불법정보심판제도의 심판기간을 단기로 설정하면 표현의 자유 침해를 최소화함과 동시에 불법정보의 유통방지에 효과적이므로 원상회복절차의 도입은 신중하게 고려해야 한다.

8) 불법정보에 대한 주장·소명책임

임시접속차단명령을 한 당해 정보의 불법성에 대하여는 방통심의위가 주장하고 소명하여야 한다. 불법정보심판제도의 취지상 표현물에 대한 내용규제이므로 불법성에 대한 '증명'을 요구하는 것이 타당하겠지만, 불법성에 대한 증명을 요구하게 되면 일반소송절차와 불법정보심판제도가 다를 것이 없고 신속성을 담보할 수 없다. 이에 비송사건처리절차법에 따라 처리하도록 하되 소명책임의 분배에 있어서는 당연히 신청하는 쪽인 방통심의위에서 불법성에 대한 소명책임을 진다. 문제는 소명의 정도인데, 종래 법원에서 표현행위의 금지를 명하는 가처분과 같은 만족적 가처분의 피보전권리에 대한 소명을 일반가처분에 비해 높은 수준에서 요구한 입장[36]이 불법정보심판제도에서도 그대로 유지될 것으로 보이므로 상당한 수준의 소명을 요구하는 방향으로 결정례가 형성될 것으로 보인다.
따라서 방통심의위가 불법성에 대한 상당한 수준의 소명책임을 지고 법원은 엄격한 심사기준에 입각해 불법성에 대한 판단과 함께 중대한 공익의 실현이라는 비교형량을 통해 신청인용여부를 결정해야 한다.

9) 임시접속차단의 잠정성

임시접속차단기간, 불법정보심판기간을 **72시간**으로 동일하게 설정한다. 만약 72시간 내에 불법정보심판을 종료할 수 없는 경우 1회에 하여 72시간의 범위에서 심판기간을 연장하고 불법정보심판사건을 담당하는 재판부가 임시접속차단 중인 ISP 또는 게시판관리·운영자에게 임시접속차단조치를 유지할 것을 명한다(임시접속차단유지명령). 만약 72시간 내에 심판결정이 나오지 않고 임시접속차단유지명령도 없는 경우에는 임시접속차단명령의 효력은 72시간이 지남으로써 상실되고 정보통신서비스제공자나 게시판 관리·운영자는 이를 (정보게재자의 신청에 의해) 복원해야 한다.

임시접속차단유지명령은 불법정보심판에 따라 불법성이 인정된 경우 주문에 따른 조치로 대체되고, 불법성이 인정되지 않는 기각결정이 나오게 되면 임시접속차단유지명령도 그 효력을 상실한다.

10) 불법정보심판에 따른 결정

현재 시정요구는 Ⓐ해당 정보의 삭제 또는 접속차단, Ⓑ이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, Ⓒ청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그

---

36) 권창영, 민사보전법, 도서출판 유로, 2010, 255쪽; 성창호, 『인격권에 기초한 출판 등 표현행위의 금지가처분』, 재판실무연구(3) 보전소송, 한국사법행정학회, 2008, 434-435쪽.

밖에 필요하다고 인정하는 사항이다(방통위설치법 시행령 제8조 제1항). 정보통신망을 이용하여 유통되는 정보는 그 성격이 다양한데 해당정보의 삭제(접속차단) 아니면 이용자에 대한 이용정지(해지)라는 침해의 정도가 중한 시정요구만 규정해 둔 것이 문제다. 특히 헌법재판소가 미 '불온통신규제'사건에서 시정요구의 구체적인 방법으로 이용자명(ID) 사용금지 또는 사이트폐쇄 등의 조치는 과잉금지원칙에 위반됨을 분명히 밝힌 바 있으므로 시정요구의 방식으로 이용자에 대한 이용해지나 사이트에 대한 접속차단 등의 조치는 재고되어야 한다.

불법정보심판청구에 대해 법원이 이유있다고 보는 경우에는 해당 정보에 대한 어떤 조치가 필요하다. 그 조치로는 다양한 방법이 논의될 수 있는데, 대체로 ①해당정보의 삭제, ②정보게재처의 변경[37], ③청소년유해정보표시 및 성인인증사이트 우회 등[38], ④복사금지조치[39], ⑤경고문게시[40], ⑥접속차단[41] 등의 조치를 취하도록 한다.

11) 소송이냐 비송이냐?

72시간으로 심판기간을 단기로 설정하였으므로 소송절차에 의할 경우 72시간 규정이 사실상 형해화될 우려가 있어 부득이 비송사건절차법에 따르도록 하되, 운영의 묘를 살릴 수 있는 방안을 고민해야 할 것으로 보인다.

개정안

방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조(심의위원회의 직무) 심의위원회의 직무는 다음 각 호와 같다.

1. 「방송법」 제32조에 규정된 사항의 심의
2. 「방송법」 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결
3. **「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 규정된 임시접속차단 요청에 대한 심사, 임시접속차단명령, 불법정보심판절차진행, 불법정보심판결정에 대한**

37) 일정한 위반사항이 있는 정보들만으로 모아둔 일명 "쓰레기게시판"을 만들어서 기존의 정보를 그 게시판으로 옮겨서 게재하도록 하는 방식이다.

38) 청소년유해매체물임에도 연령표시를 하지 않거나 연령확인에 필요한 조치를 취하지 않는 경우 대표적으로 그 정보에 접근하기 전에 청소년유해매체물임을 고지하고 성인인증을 받는 경유사이트를 거치도록 하는 방안이다.

39) 정보 중 극히 일부만 문제되는 부분 있거나 정보의 확산이 주된 관심사가 된 경우에는 확산방지를 위해 기술적 조치로 복사·수정이 안 되도록 한 다음 게재하도록 하는 방식이다.

40) 특정 정보에 접근할 때 불법성은 분명하나 삭제 등의 조치를 취하기에는 불법성의 정도도 현저히 적은 경우 Pop-up창 등을 통해 불법성을 알리고 유포시 법적 책임을 질 수 있음을 다른 이용자들에게 알리는 방식이다.

41) 해외 불법정보에 대해서는 현재로서는 기술적으로 접속차단을 취할 수밖에 없다고 하는데, 향후 기술발전에 따라 덜 제한적인 불법성 제거방법을 고민해야 한다.

불복 및 그에 따른 절차진행

4. (삭제)
5. 전기통신회선을 이용하여 유통되는 정보의 건전화에 관한 사항
6. 심의위원회의 사업계획·예산 및 결산에 관한 사항
7. 심의위원회 규칙의 제정·개정 및 폐지에 관한 사항
8. 다른 법령에 의하여 심의위원회의 심의사항으로 정한 사항

정보통신망법 제44조의7 (불법정보에 대한 임시접속차단요청 등) ① 이용자, 시민단체, 정보통신서비스 제공자, 게시판관리·운영자, 대통령령이 정하는 중앙행정기관의 장은 방송통신심의위원회에 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 다음 각 호의 정보가 일반에 공개되지 않도록 정보통신서비스 제공자 또는 게시판관리·운영자로 하여금 차단할 것을 명하도록 요청(이하 '임시접속차단요청'이라 한다)할 수 있다.

1. 청소년보호법에 따른 아동·청소년이용음란물, 강간·수간 등 인간의 존엄성을 파괴하는 내용의 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보

2. 청소년유해매체물로서 상대방의 연령 확인, 표시의무 등 법령에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보

3. 법령에 따라 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 정보

4. 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보

5. 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보

② 제1항의 임시접속차단요청은 해당 정보의 소재지, 제1항 각 호 중 어느 규정에 해당하는지에 관한 의견 및 그 이유 등 대통령령이 정하는 사항을 명시하여야 한다.

③ 제1항의 임시접속차단요청에 대해 방송통신심의위원회는 전체회의 또는 소위원회에 회부하여 그 적법성 요건, 당해 정보의 불법성 등에 대해 심사한 후 요청을 받아들일 경우 그 정보가 일반에 공개된 정보통신서비스제공자 또는 게시판관리·운영자에게 72시간의 범위내에서 그 정보의 접속차단을 명한다. 이때 방송통신심의위원회는 임시접속차단요청자, 임시접속차단명령을 받는 자, 정보게재자에게 접속차단이유, 그 기간, 불법정보심판회부사실 등을 통지하여야 한다.

④ 제1항의 임시접속차단요청을 요청을 받아들이지 않는 경우에는 그 뜻을 임시접속차단요청자에게 그 뜻을 통지해야 한다.

⑤ 방송통신심의위원회가 제3항의 임시접속차단명령을 한 경우 관할 법원에 불법정보심판청구를 한 것으로 본다.

⑥ 제5항의 불법정보심판청구는에 대해서 법원은 72시간 내에 결정하되, 1회 한하여 72시간의 범위안에서 연장가능하다.

⑦ 제6항에 따라 법원이 심판기간을 연장한 경우 제3항의 임시접속차단명령이 72시간이 지난 효력을 다한 시점부터 법원의 심판기간 종료시까지 당해 정보통신서비스 제공자 또는 게시판관리·운영자에게 임시접속차단을 유지할 것을 명할 수 있다.

⑧ 법원이 불법정보심판청구가 이유있는 때에는 해당 정보 삭제 또는 접속차단, 정보게재처의 변경, 청소년유해정보표시 및 성인인증사이트 우회, 복사금지조치, 경고문게시 등을 적절한 조치를 결정한다.

⑨ 불법정보심판청구가 이유없는 경우 기각결정을 한다. 기각결정과 동시에 제1항 또는 제6항의 임시접속차단명령, 제7항의 임시접속차단유지명령은 효력을 상실한다.

⑩ 제5항 내지 제9항의 불법정보심판청구에 대해서는 이 법에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고 비송사건절차법에 따른다.

4. 전자가처분신청제도의 활성화

가. 전자소송시행에 따른 신속·간이한 재판의 가능성

이미 10여년전부터 e-filing을 통한 전자법정구현에 대한 연구가 진행되다가 사법자원의 효율적 활용, 신속·저렴한 사법의 구현 등을 위해 전자소송 도입이 구체적으로 진행되었다. 민사소송분야에서는 2007.부터 전자독촉시스템을 도입하여 전자독촉이 일반화되었고, 이를 통해 쌓은 노하우를 이용해 2010. 4. 26. 특허법원에서 전자소송을 시작한 이래 2011. 5. 2. 민사본안사건 및 조정신청사건에 대해 전자소송을 실시하고 있다. 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙 [별표2]에서 가사소송, 행정소송, 채무자회생, 파산분야에 대해서는 2012. 5. 7., 민사집행, 비송사건절차분야에 대해서는 2013. 5. 6. 전자소송을 도입하겠다는 일정을 명시해두고 있다. 형사절차에서도 2010.부터 형사사법정보시스템이 갖춰지면서 약식절차에서 일부 전자문서에 의한 재판이 이루어지고 있다. 헌법재판소 역시 2010.부터 전자헌법재판센터를 통한 전자소송체계를 완비하였다.

과거 소송을 통한 문제해결에 비용과 시간을 많이 필요했지만, 여전히 제한적이기는 하지만 과거에 비해 전자소송 도입으로 신속한 재판의 가능성이 열렸다. 또, 인터넷을 통한 법률정보에의 접근이 쉬워졌고, 정형적 소송형식에 대한 정보의 양도 비교적 풍부한 편이어서 일반인의 소송에 대한 접근도가 높아졌는데 반면 변호사수임료도 과거에 비해 낮아져 소송을 통한 문제해결이 법원에 의한 종국적 해결을 얻어낼 수 있다는 점을 고려하면 비용이 많이 든다고 보기 어려워졌다.

나. 표현물유통저지를 위한 가처분제도의 활용가능성

이미 영화, 연극, 소설, 신문, 방송 등 다양한 매체를 통한 표현행위의 (사전적) 금지를 구하는 가처분신청이 있었고 인터넷분야에서 소리바다에 대한 음반복제금지가처분, 업링크서비스와 관련한 서비스금지가처분, 누드사진 인터넷서비스금지가처분, 인터넷동호회폐쇄금지가처분 등 다양한 형태의 가처분사건이 있었고 정보통신분야에서도 표현물의 유통을 저지하기 위한 가처분이 적극적으로 활용되고 있다. 그런데 표현물의 유통저지시 표현행위의 사전억제라는 결과의 중대성으로 인해 일

반적인 임시의 지위를 정하는 가처분에 비해 신중한 판단이 요구되기 때문에[42] 변론기일이나 심문기일을 지정하지 않는 경우는 극히 이례적이고 당사자를 충분히 심문한 후 결정하는 것이 일반적이다[43].

그러나 상영금지가처분, 출판금지가처분, 서비스금지가처분 등은 표현물이 유통되기 전 단계에서의 심리속도와 표현물이 유통되는 중에 벌어진 금지청구권에 기초한 가처분의 심리속도는 분명 후자가 빨라야 한다. 후자의 경우 신중과 신속의 파레토 최적을 찾지 않으면 안된다.

다. 전자소송이 가져올 변화

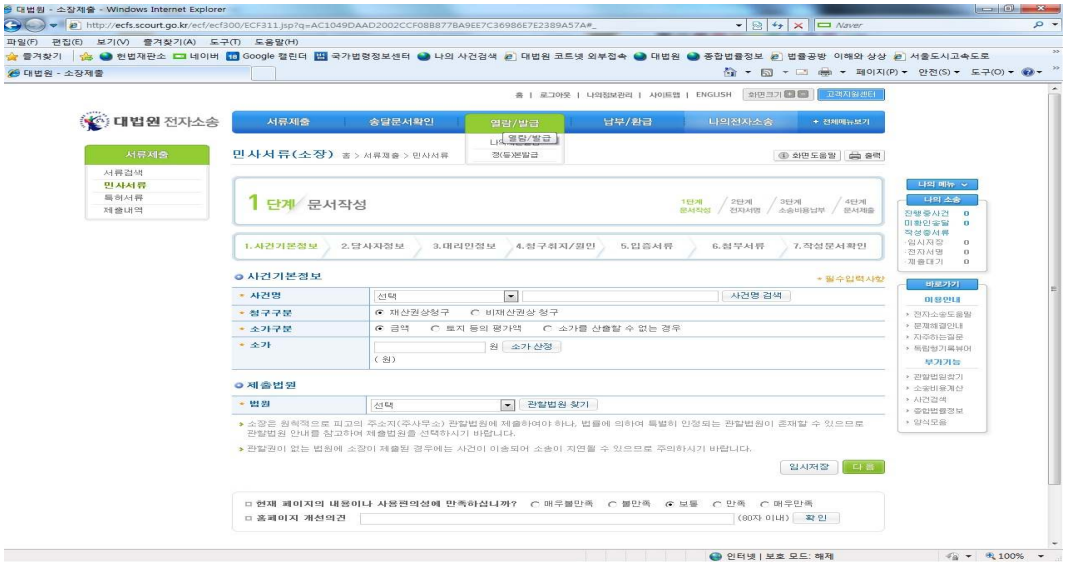
1) 가처분신청의 간소화

현재 대법원 전자소송 홈페이지(http://ecfs.scourt.go.kr/)를 통해 로그인한 후 서류제출을 클릭하면 아래 그림에서 보는 바와 같은 화면에서 각 소송 유형에 따라 내용을 홈페이지상의 표에 쳐 넣으면 자동으로 소장 등의 서류를 완성시켜주는 형태를 취하고 있다. 이는 전자독촉시스템, 전자헌법재판센터에서도 동일한 형태로 서류작성의 부담을 덜어주고 있다.

---

42) 대법원 2005. 1. 17.자 2003마1477결정을 보면, "표현행위에 대한 사전억제는 표현의 자유를 보장하고 검열을 금지하는 헌법 제21조 제2항의 취지에 비추어 **엄격하고 명확한 요건을 갖춘 경우에만** 허용된다고 할 것인바, 출판물에 대한 발행·판매 등의 금지는 위와 같은 표현행위에 대한 사전억제에 해당하고, 그 대상이 종교단체에 관한 평가나 비판 등의 표현행위에 관한 것이라고 하더라도 그 표현행위에 대한 사전금지는 원칙적으로 허용되어서는 안 될 것이지만, 다만 그와 같은 경우에도 그 표현내용이 진실이 아니거나 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것이 아니며, 또한 피해자에게 중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려가 있는 경우에는 그와 같은 표현행위는 그 가치가 피해자의 명예에 우월하지 아니하는 것이 명백하고, 또 그에 대한 유효적절한 구제수단으로서 금지의 필요성도 인정되므로 이러한 실체적인 요건을 갖춘 때에 한하여 예외적으로 사전금지가 허용된다"고 판시하여 표현물유통금지에 대한 조심스러운 접근태도를 엿볼 수 있다.

43) 성창호, 앞의 논문, 437-438쪽.



이는 종래 소송에 의한 문제해결이 사법부의 종국적 판단을 받을 수 있는 장점이 있음에도 시간과 비용이 많이 들기 때문에 꺼려왔던 문제점을 어느 정도 해결할 수 있는 방법이다.

2) 가처분재판의 신속화

민사전자소송 서비스 시행 100일을 기점으로 본 통계를 보면, 자발적인 전자소장 제출비율이 시행 첫 달인 2011년 5월에는2.7%, 6월에는 5.98%, 7월에는 11.67%로 늘어났고, 전자소송 의무이용자 등의 사건을 포함한 전체사건 대비 전자소송 진행률을 보면 2011년 5월 4.47%, 6월 7.96%, 7월 13.62%, 8월 20.96%로 비약적으로 증가하고 있다[44]. 그리고 전자소송에 의한 소송진행을 우편송달이 불필요하므로 송달기간의 획기적 단축으로 기본적인 소송에 소요되는 시간이 줄어들 것으로 보인다.

앞으로 표현물유통금지 유형의 가처분사건이 전자소송을 진행되게 되면 현재보다 신속한 진행이 기대된다. 그리고 표현물유통금지 유형의 가처분에 대해서는 신속한 심리를 위한 전담부를 개설하고, 그 부를 통해 소명의 취지에 맞게 즉시 조사할 수 있는 증거(민사소송법 제299조 제1항)를 위주로 한 신속한 증거조사, 심문기일의 탄력적 운영방법으로 화상심문[45]의 도입 등을 통해 신속성을 배가하는 방안을 고안한다면 빠른 권리구제절차로서 전자가처분제도가 각광받게 될 것으로 보인다.

---

44) 대법원 2011. 8. 11.자 보도자료 참조.

45) 전자법정도입과 관한 논의와 함께 원격지에서의 화상증언을 인정할 것이냐에 관한 논의가 있었는데, 가처분사건의 심리를 위해 민사집행법 제304조

라. 왜 전자가처분신청제도을 말하나?

1) 일반적 권리침해정보에 대한 임시조치와 전자가처분제도

가) 현재의 임시조치제도의 문제점

정보통신망법 제44조의2 제1항은 미국 DMCA에서 notice and takedown의 일부를 차용해 만든 규정으로, ①임시조치 대상의 불명확한 점, ②당사자의 이의제기 절차나 복원절차가 없는 점, ③임시조치기간이 다소 긴 점, ④임시조치기간 경과 후 절차에 대해 미비한 점 등을 지적하는 의견이 많았다.

나) 임시조치제도 개선방향과 전자가처분의 활용

(1) 법원이 아닌 정보통신서비스제공자의 판단에 의해 표현물의 유통이 임시조치 기간동안 금지되는 것을 고려하면 임시조치기간이 지나치게 길다. 임시조치기간을 현행의 절반 정도인 14일로 줄이는 방안[46]이 제안되어 있으나 임시조치기간의 장단은 이의신청에 따른 복원절차가 있다면 14일 정도면 수용할 만하다.

(2) 정보게재자의 이의신청에 의한 복원절차를 도입해야 한다. notice and take-down 제도는 복원절차를 염두에 둔 것인데 현재의 임시조치는 복원절차가 없어 자칭 피해자가 가해자를 지칭하는 것만으로 지칭 가해자의 표현물이 30일 동안 유통되지 못하는 일방적인 제도로 그 균형을 맞출 필요가 있다. 그리고 정보게재자의 이의신청을 위해서는 정보통신서비스제공자의 임시조치시 정보게재자에 대한 적절한 통지가 필수적이다.

이를 통해 임시조치의 통지를 받은 정보게재자는 정보통신서비스제공자에게 이의신청과 함께 정보의 복원을 요청할 수 있고, 이 요청을 받은 정보통신서비스제공자는 이 요청에 무조건 따라야 하고 자칭 피해자에게 복원예정시각, 복원하게 되었다는 사실을 적절한 방법으로 통지함으로써 면책되어야 한다.

문제는 만약 정보게재자의 이의신청과 복원요청에 따라 해당 정보가 복원된 경우 자칭 피해자에게도 정보의 유통을 막을 적절한 방법이 있어야 한다는 점이다. 이 지점에 활용가능한 것이 전자가처분제도이다. 전자가처분제도를 통해 정보복원시점이전 또는 복원 직후에 법원에서 인정하는 경우 다시 유통

---

46) 최문순의원 대표발의안(의안번호 187929)

을 금지시킬 수 있을 것이다.

(3) 정보게재자가 이의하지 않는 경우에는 정보를 삭제하는데에는 큰 이의가 없으나, 정보게재자가 이의하고 복원요청을 하여 복원된 정보에 대해 자칭 피해자가 재차 임시조치를 요청하는 경우에는 정보통신서비스제공자는 임시조치요청을 거절해야 하고 그 거절에 따른 책임을 지지 않아야 한다. 이 경우 다시 임시조치요청을 받아들일 경우 복원절차를 둔 취지가 무색해지고, 전자가처분이라는 신속한 사법심사절차를 거칠 수 있다는 점을 고려해야 하는 것이다. 결국 해당 정보, 해당 정보와 유사한 정보에 관한 전자가처분사건이 계속중인 경우에는 임시조치는 허용될 수 없다.

2) 정치적 의사표현과 자칭 피해자의 권리보호를 위한 균형추

정치적 의사표현이 정치인이나 특정 집단에 대한 명예훼손적 내용을 포함하고 있다는 이유로 이를 막게 되면 표현의 타이밍을 놓칠 위험이 있고 이는 민주주의에 대한 중대한 위협으로 평가될 수 있다. 그런데 그동안 정치적 의사표현의 유통을 막는 방법으로 손쉽게 쓰인 것이 임시조치제도지만, 그동안 피해자의 권리보호를 위해 불가피하다는 주장이 있었다. 이런 주장을 정면으로 돌파할 수 있는 것이 피해자의 전자가처분제 활용가능성이다. 손쉽게 가처분제도를 사용할 수 있다면 표현의 자유는 물론 (자칭) 피해자의 권리보호에도 충실할 수 있다.

5. 결론을 대신하며

현행불법정보유형	방통심의위의 임시접속차단요청심사	처리절차
음란정보	아동청소년이용음란물, 하드코어포르노로 제한	①임시접속차단명령 ②불법정보심판제도(법원)
명예훼손정보	×	①임시조치 ②전자가처분
사이버스토킹	×	①임시조치 ②전자가처분 ※ 스토킹행위에 대한 별도의 입법이 필요하지만 결국 개인적 법익 침해 문제로 동일함
해킹·바이러스유포 등	×	방송통신위원회 또는 한국인터넷진흥원에서 처리
청소년유해매체물 표시의무 등 위반	○	①임시접속차단명령 ②불법정보심판제도(법원)

		※ 청소년유해매체물 지정심의는 청소년보호위원회로 이관
사행행위	○	①사행산업통합감독위원회의 임시접속차단요청 ②임시접속차단명령 ③불법정보심판제도(법원)
국가기밀누설	○	①각 중앙행정기관의 장이 임시접속차단요청 ②임시접속차단명령 ③불법정보심판제도(법원)
국가보안법위반	○	
범죄관련정보	○	