

## 소 장

원 고 1. 인권운동사랑방

서울 중구 중림동 398-17 3층

대표자 박래군

2. 현장실천사회변혁 노동자전선

서울 영등포구 영등포동1가 602-127 창신빌딩 401호

대표자 조희주

원고들의 소송대리인

변호사 이 광 철

서울 종로구 적선동 156 광화문플래티넘빌딩 1214호

전화 02) 734-4972, 팩스 02) 736-4972

피 고 방송통신위원회 위원장

서울 종로구 세종대로 178

취급거부명령처분취소 청구의 소

### 청 구 취 지

1. 피고가 원고 인권운동사랑방, 원고 현장실천사회변혁 노동자전선에 대하여 각 2011. 11. 15. 한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제 3항에 따른 취급거부명령 처분을 각 취소한다.
2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

라는 판결을 구합니다.

## 청 구 원 인

### 1. 당사자의 지위

가. 원고 인권운동사랑방(이하 '원고 사랑방'이라고 합니다)은 차별로부터 자유로운 인간, 평등하고 평화로운 인간, 불의한 권력에 맞서 투쟁하는 인간, 사회적 약자와 연대하는 의무를 실천하는 인간의 권리를 존중하고 옹호하며, 인권의 보호와 보장을 실현할 수 있는 사회적·국가적·국제적 질서 창조를 꿈꾸고 실천하는 인권활동가들의 모임이고(갑 제1호증 인권운동사랑방 홈페이지 출력물), 원고 현장실천사회변혁 노동자전선(이하 '원고 노동자전선'이라고 합니다)은 변혁적·계급적 노동운동이라는 대원칙 하에 활동가들의 민주적 소통과 연대를 통한 조직적·주체적 실천의 기치아래 조직적으로 결집한 전국활동가조직으로써(갑 제2호증의 현장실천사회변혁 노동자전선 홈페이지 출력물), 원고들은 공히 2011. 11. 15. 아래에서 보게 될바와 같이 피고로부터 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정통망법'이라고만 합니다) 제44조의7 제3항에 따른 각 취급 거부명령처분(이하에서 원고 사랑방에 대한 취급거부명령처분'이 사건 원고 사랑방에 대한 처분'이라고 하고, 원고 노동자전선에 대한 취급거부명령처분이 사건 원고 노동자전선에 대한 처분'이라고 합니다. 둘을 포괄할 때에는 '이 사건 각 처분'이라고 합니다)을 받은바 있습니다.

나. 피고는 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률'에 의거하여 설립된 방송통신위원회의 위원장으로서, 공히 2011. 11. 15. 원고들에 대하여 이 사건 각 처분을 각 발령한 바 있습니다.

## 2. 이 사건 처분의 경위

가. 방송통신심의위원회는 2011. 7. 18. 원고들에 대해 원고 사랑방의 홈페이지 자유 게시판(<http://sarangbang.or.kr/bbs/list.php?board=freeboard>)에 게시된 게시물들, 원고 노동자전선의 홈페이지 자유게시판([http://napo.jinbo.net/webbs/list.php?board=napo\\_open](http://napo.jinbo.net/webbs/list.php?board=napo_open))에 게시된 게시물들의 취급거부를 하라는 각 시정요구를 하였습니다(갑 제3호증 방송통신심의위원회의 인권운동사랑방에 대한 심의결과 통보, 갑 제4호증 방송통신심의위원회의 현장실천사회변혁 노동자전선에 대한 심의결과 통보).

나. 원고들이 방송통신심의위원회의 각 시정요구에 응하지 않자 피고는 2011. 10. 17. 원고들에 대한 의견조회(갑 제5호증 방송통신심의위원회의 인권운동사랑방에 대한 의견조회, 갑 제6호증 방송통신심의위원회의 현장실천사회변혁 노동자전선에 대한 의견조회)를 거쳐, 2011. 11. 15. 원고들에 대하여 정통망법 제44조의7 제3항에 따른 취급거부명령에 해당하는, 이 사건 각 처분을 하였고, 원고들은 위 처분서를 공히 2011. 11. 18. 각 수령하였습니다.

## 3. 관련 법령 및 입법의 경위

### 가. 관련 법령 규정

피고의 이 사건 각 처분은 정통망법 제44조의7 등의 규정에 근거하고 있습니다<sup>1)</sup>.

---

1) 여기 정통망법 제44조의 7 제1항 제8호, 제3항, 제4항 등을 이하에서 ‘이 사건 근거규정’이라고 하고, 그 외 형사처벌 규정과 시행령 규정을 지칭할 때에는 “이 사건 근거규정 등”이라고 하겠습니다.

## 1) 정통방법 규정

### 제44조의7(불법정보의 유통금지 등)

① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보
2. 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보
3. 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보
4. 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 정보
5. 「청소년보호법」에 따른 청소년유해매체물로서 상대방의 연령 확인, 표시의무 등 법령에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보
6. 법령에 따라 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 정보
7. 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보
8. 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보
9. 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보

② 생략

③ 방송통신위원회는 제1항제7호부터 제9호까지의 정보가 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에는 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에게 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다.

1. 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있었을 것
2. 제1호의 요청을 받은 날부터 7일 이내에 심의위원회의 심의를 거친 후 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」제21조제4호에 따른 시정 요구를 하였을 것

3. 정보통신서비스 제공자나 게시판 관리·운영자가 시정 요구에 따르지 아니하였을 것

④ 방송통신위원회는 제2항 및 제3항에 따른 명령의 대상이 되는 정보통신서비스 제공자, 게시판 관리·운영자 또는 해당 이용자에게 미리 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 의견제출의 기회를 주지 아니할 수 있다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
2. 의견청취가 뚜렷이 곤란하거나 명백히 불필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
3. 의견제출의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우

[전문개정 2008.6.13]

### 제73조(벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다

5. 제44조의7제2항 및 제3항에 따른 방송통신위원회의 명령을 이행하지 아니한 자

## 2) 정통방법 시행령

### 제34조(불법정보의 취급제한명령 등의 요청)

① 관계 중앙행정기관의 장이 법 제44조의7제3항에 따라 방송통신위원회에 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에게 같은 조 제1항제7호부터 제9호까지의 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청하려는 때에는 다음 각 호의 사항을 적은 요청서를 증빙자료와 함께 방송통신위원회에 제출하여야 한다. <개정 2009.1.28>

1. 요청의 취지와 그 이유
2. 관련 법령 및 위반내용
3. 해당 정보의 목록 및 제공처
4. 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자 및 해당 이용자의 명칭 또는 성명과 주소·전화번호·전자우편주소 등의 연락처

② 방송통신위원회는 제1항에 따라 제출된 서류 등에 흠이 있음을 발견한 때에는 즉시 관계 중앙행정기관의 장에게 보완을 요구할 수 있다. 이 경우 5일 이상의 보완기간을 부여하여야 한다.

③ 방송통신위원회는 제2항에 따른 보완요구에도 불구하고 보완기간이 끝나는 날까지 보완이 이루어지지 아니한 때에는 제1항에 따라 제출받은 요청서와 증빙자료를 관계 중앙행정기관의 장에게 반려할 수 있다.

## 나. 이 사건 근거규정 등의 입법의 경위

### 가) 전기통신사업법 제53조 등에 대한 헌법재판소의 위헌결정

- 2002. 6. 27. 헌법재판소는 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인 헌법소원 심판 사건에 대하여 전기통신사업법 제53조 등의 규정이 위헌이라고 판시한바가 있습니다 (헌재결 99헌마480 결정).
- 이 사안은 개요는 다음과 같습니다.
- 항공대학교 학생인 청구인이 1998. 9. 14.부터 주식회사 나우콤에서 운영하는 종합 컴퓨터 통신망인 '나우누리'에 '이의제기'라는 이용자명(ID)으로 가입하여 컴퓨터통신을 이용하여 왔는데, 청구인은 1999. 6. 15. 위 '나우누리'에 개설되어 있는 '찬우물'이라는 동호회의 '속보란' 게시판에 "서해안 총격전, 어설프다 김대중!"이라는 제목의 글을 게시하였고, '나우누리' 운영자가 같은 달 21. 정보통신부장관의 명령에 따라 위 게시물을 삭제하고 청구인에 대하여 '나우누리' 이용을 1개월 중지시켰습니다.
- 이에 청구인은 정보통신부장관의 위와 같은 명령의 근거조항인 전기통신사업법 제53조, 같은 법 제71조 제7호중 제53조 제3항 부분 및 같은 법 시행령 제16조가 청구인의 헌법상 보장된 표현의 자유, 학문과 예술의 자유를 침해하고, 적법절차 및 과잉금지원칙에 어긋나는 위헌조항이라고 주장하면서, 1999. 8. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였던 것입니다(이하 이 사건 위헌심판이라고 합니다).
- 이 사건 위헌심판의 대상은 전기통신사업법(1991. 8. 10. 법률 제4394호로 전문개

정된 것) 제53조(다만, 제3항의 "정보통신부장관"은 본래 "체신부장관"이었던 것이 1996. 12. 30. 법률 제5220호로 개정시 변경되었다), 같은 법 제71조 제7호(1996. 12. 30. 법률 제5220호로 개정된 것) 중 제53조 제3항 부분 및 같은 법 시행령 (1991. 12. 31. 대통령령 제13558호로 전문개정된 것) 제16조의 위헌여부이고, 그 규정내용은 다음과 같습니다.

**전기통신사업법 제53조(불온통신의 단속)**

- ① 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니된다.
- ② 제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등은 대통령령으로 정한다.
- ③ 정보통신부장관은 제2항의 규정에 의한 통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부, 정지 또는 제한하도록 명할 수 있다.

**제71조(벌칙)** 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

- 7. 제53조 제3항 또는 제55조의 규정에 의한 명령을 이행하지 아니한 자

**같은 법 시행령**

**제16조(불온통신)** 법 제53조 제2항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 전기통신은 다음 각호와 같다.

- 1. 범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사하는 내용의 전기통신
- 2. 반국가적 행위의 수행을 목적으로 하는 내용의 전기통신
- 3. 선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신

- 이러한 헌법소원심판청구에 대하여 헌법재판소는 표현의 자유를 제약하는 입법으로써의 명확성의 원칙<sup>2)</sup>과 포괄위임입법금지원칙<sup>3)</sup>을 들어 이 사건 법령들이 위헌이

라고 판시했고, 다만 정보통신부장관이 갖는 이행명령제도가 갖는 위헌성에 대하여는 심리하지 아니하였습니다<sup>4)</sup>).

## 나) 정통방법을 통한 이 사건 근거규정 등의 신설과 위헌적 요소의 잔존

- 이렇게 전기통신사업법 제53조 등의 규정이 위헌결정을 받고 일반적 효력을 상실한 이후 입법자는 위 헌법재판소가 판시한 위헌요소들을 일부 정리하여 2007. 1. 26. 정통방법 제44조의 7 등 앞서 본 이 사건 근거규정 등을 신설하여 현재에 이

- 
- 2) 즉 헌법재판소는 동 결정에서 “표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다. 그런데, “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신의 개념은 너무나 불명확하고 애매하다. 여기서의 “공공의 안녕질서”는 위 헌법 제37조 제2항의 “국가의 안전보장·질서유지”와, “미풍양속”은 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와 비교하여 볼 때 동어 반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하다. 이처럼, “공공의 안녕질서”, “미풍양속”은 매우 추상적인 개념이어서 어떠한 표현행위가 과연 “공공의 안녕질서”나 “미풍양속”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하기도 어렵다.” 하면서 “전기통신사업법 제53조는 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신의 개념을 전제로 하여 규제를 가하는 것으로서 불온통신 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다. 즉, 헌법재판소가 명시적으로 보호받는 표현으로 분류한 바 있는 ‘저속한’ 표현이나, 이른바 ‘청소년유해매체물’ 중 음란물에 이르지 아니하여 성인에 의한 표현과 접근까지 금지할 이유가 없는 선정적인 표현물도 ‘미풍양속’에 반한다 하여 규제될 수 있고, 성(성), 혼인, 가족제도에 관한 표현들이 “미풍양속”을 해하는 것으로 규제되고 예민한 정치적, 사회적 이슈에 관한 표현들이 “공공의 안녕질서”를 해하는 것으로 규제될 가능성이 있어 표현의 자유의 본질적 기능이 훼손된다.” 고 하고 있습니다.
  - 3) 즉 헌법재판소는 동 결정에서 “전기통신사업법 제53조 제2항은 “ 제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등은 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있는바 이는 포괄위임입법금지원칙에 위배된다. 왜냐하면, 위에서 본 바와 같이 “공공의 안녕질서”나 “미풍양속”의 개념은 대단히 추상적이고 불명확하여, 수범자인 국민으로 하여금 어떤 내용들이 대통령령에 정하여질지 그 기준과 대강을 예측할 수도 없게 되어 있고, 행정입법자에게도 적절한 지침을 제공하지 못함으로써 그로 인한 행정입법을 제대로 통제하는 기능을 수행하지 못한다. 그리하여 행정입법자는 단순히 자신이 판단하는 또는 원하는 “안녕질서”, “미풍양속”의 관념에 따라 헌법적으로 보호받아야 할 표현까지 얼마든지 규제대상으로 삼을 수 있게 되어 있다. 이는 위 조항의 위임에 의하여 제정된 전기통신사업법시행령 제16조 제2호와 제3호가 위 전기통신사업법 제53조 제1항에 못지 않게 불명확하고 광범위하게 통신을 규제하고 있는 점에서 더욱 명백하게 드러난다.”고 하고 있습니다.
  - 4) 즉 헌법재판소는 동 결정에서 “불온통신의 취급거부, 정지, 제한에 관한 전기통신사업법 제53조 제3항 및 불온통신의 개념을 정하고 있는 같은법시행령 제16조는 위헌인 같은 조 제1항, 제2항을 전제로 하고 있어 더 나아가 사필 필요 없이 각 위헌이다.”고 하고 있습니다.



르고 있습니다.

- 그러나 이러한 경위를 거쳐 신설된 이 사건 근거규정 등 또한 표현의 자유를 제한하는 내용 내지 처벌법규의 내용을 시행령에서 법률로 바꾸었을 뿐, 위 헌법재판소 결정이 지적하는 인터넷상의 표현의 자유를 제한함에 있어 준수해야 할 헌법상의 한계 내지는 입법자의 입법형성권의 헌법합치적인 행사에 대하여는 전혀 고려를 하지 않았고, 그 결과 위 전기통신사업법의 관련 규정들이 가지는 위헌적인 요소들은 여전히 잔존하고 있습니다.

### 3. 이 사건 각 처분의 위법성 1 - 근거규정의 위헌성<sup>5)6)</sup>

#### 가. 서

- 이 사건 각 처분이 위법한 것은 게시물 취급거부명령이 이루어지는 과정과 절차에 비추어 그 처분의 근거법령에 위헌의 의문이 현저하기 때문입니다.
- 우선 이 사건 각 처분과 관련되어 인터넷상의 표현의 자유에 대하여 개략적으로 살펴 본 후 이 사건 근거법령 등의 위헌성에 관하여 살펴보겠습니다.

#### 나. 인터넷상의 표현의 자유

1) 앞서 본 2002. 6. 27. 99헌마480 위헌 결정에서 헌재는 “불온통신 규제의 주된 대상이

---

5) 이러한 내용에 터잡아 본안에서 위헌법률심판제청신청을 할 계획으로 있습니다. 재판장님의 해량을 바라는바입니다.

6) 한편, 이하의 위헌성 논의에서 국가보안법 자체의 위헌성에 관한 논의는 제외하였습니다. 그러나 대한민국의 문명국가로서의 국격과 위신을 고려할 때 국가보안법이 서둘러 폐지되어야 할 위헌의 법률임에는 의문이 없습니다. 2008. 5. 8.자 프레스안의 보도에 의하면(갑 제7호증 2008. 5. 8.자 프레스안의 보도물 출력물) “2008. 5. 7. 마이클 S. 클러세스키 주제네바 미국대표부 참사관이 제네바 유엔 유럽본부에서 한국을 대상으로 실시된 유엔 인권이사회의 '보편적 정례 인권 검토(UPR)' 회의에서 국보법 개정을 권고했다고 <연합뉴스>가 전했다.”고 보도하고 있습니다.

되는 매체의 하나는 인터넷이다. 인터넷은 공중파방송과 달리 "가장 참여적인 시장", "표현촉진적인 매체"이다. 공중파방송은 전파자원의 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."라고 판시하고 있습니다.

2) 이러한 헌법재판소의 판시는 인터넷이라고 하는 표현의 장(場)이 공중파 방송 증 기존의 표현의 매개체와는 질적으로 다른 특성을 가지고 있어 이를 통한 표현의 자유를 제약하는 입법 또한 기존의 표현의 매개체를 통한 표현의 자유를 제약하는 입법과는 질적으로 다른 것이어야 한다는 점을 시사하고 있습니다. 헌법재판소가 위 판시에 이어 "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."라고 지적한 것은 바로 이러한 점에서 그 맥락이 닿아 있는 것이라 하겠습니다.

3) 그렇다면 과연 인터넷이라고 하는 표현의 장은 기존의 표현의 수단과 어떤 점에서 질적으로 차별되는 특성들을 가지는 것인가?

이에 관하여 헌법학계의 원로인 권영성 교수는 다음과 같이 설명하고 있습니다.

즉 사이버공간의 특성에 관해 첫째, 커뮤니케이션의 방식면에서 기존의 매체는 일대다(一對多)의 전형적인 일방향적인 매스미디어인 반면에, 인터넷은 일대일(一對一) 커뮤니케이션은 물론이고, 다대다(多對多) 커뮤니케이션도 가능한 쌍방향매체라는 점이다.

둘째, 정보의 생산과 흐름의 면에서 기존의 매스미디어는 정보통제자(gatekeeper)가 존재하는 반면, 인터넷의 경우에는 그것이 존재하지 않는 ‘탈중앙통제적’이고 ‘탈매개화’된 ‘개방적’ 매체라는 점이다.

셋째, 정보와 미디어의 이용면에서 기존의 매스미디어의 정보생산자는 소수이자, 정체성이 확연히 드러나는 반면, 정보소비자는 수동적인 수용자였을 뿐이었는데 반해, 인터넷은 다수 정보생산자가 존재하는데다가 수용자가 적극적으로 이를 이용, 재생산, 분배까지 할 수 있다는 점이다.

넷째, 기존의 매스미디어에 비교해서 매체에 대한 접근성이 용이하다는 점이다.

다섯째, 정보의 형식, 성격, 내용 면에서 기존의 매스미디어는 단순한 텍스트로 내지는 음성과 화상으로만 되어 있는데 반해 인터넷은 멀티미디어의 형태로 제공된다는 점이다.

여섯째, 인터넷은 기존의 표현의 매체와는 달리 시간적 동시성과 탈공간화를 들 수 있다는 것이고, 일곱째, 인터넷은 익명성이라는 특성 탓에 사회적 구속으로부터 벗어난 일탈행위들이 초래된다는 점이다<sup>7)</sup>.

4) 이러한 인터넷이라고 하는 표현의 장의 특징은 인터넷을 통한 표현의 자유를 제약하는 입법을 함에 있어서 어떤 의미를 가지는가?<sup>8)</sup>

- 헌법 제10조 2문이 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있는 점에서 그것은 바로 입법자가 인터넷을 통한 표현의 자유를 제약하는 입법을 함에 있어서 앞서 본 인터넷이라는 표현수단의 특징을 고려하여 그 순기능을 극대화하고 그 역기능은 최소화하여 궁극에는 인터넷공간에서의 표현의 자유는 최대한 보장하면서 인간의 존엄과 불가침의 인격권을 불법정보로부터 수호해야 할 책임과 의무를 입법자에게 부과하고 있다고 해야 합니다.
- 앞서 본대로 헌법재판소가 “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.”라고 판시한 것도 계속 변화하는 인터넷 분야에서 표

7) 이상의 내용은 권영성, 헌법학원론, 법문사(2003). 489-1면 이하 부분을 요약한 것입니다.

8) 바로 이 의문에 대한 답으로부터 인터넷을 통한 의사표현에 대하여 질서위주의 규제적인 관점을 고집하는 이 사건 관련규정들의 위헌성에 관한 유의미한 단서를 찾아낼 수 있을 것입니다.

현의 자유의 규제의 수단을 다채롭고 새롭게 강구하라는 것으로써 입법자에 대한 일종의 명령의 의미로 받아들일 수 있는 것입니다.

- 그렇다면 인터넷이라고 하는 표현매체의 순기능은 무엇이고, 그 역기능은 무엇인가?
- 우선 순기능으로 꼽아본다면 표현의 자유에 있어서 현대시대의 정보통신혁명의 총아인 인터넷이 표현의 자유의 폭과 깊이를 더하고 있다는 점을 들 수 있겠습니다. 기존의 매스미디어 매체가 진입장벽이 매우 높아 자신의 의견이나 사상을 표현하고 싶은 화자들이 매체에 접근하기 어려웠던 반면에, 인터넷은 진입을 가로막는 장치가 없을 뿐만 아니라 다양한 경로와 저렴한 비용으로 인터넷을 통해 정보를 제공하고 자신의 의견이나 사상을 자유롭게 표현할 수 있습니다. 이 점에서 인터넷은 사상의 자유시장에 대한 접근이 용이한 매체<sup>9)</sup>라고 할 것입니다. 또한 앞서 본대로 인터넷은 일대일(一對一) 커뮤니케이션은 물론이고, 다대다(多對多) 커뮤니케이션도 가능한 쌍방향매체이며, 동시에 정보통제자(gatekeeper)가 존재하지 않는 ‘탈중앙통제적’이고 ‘탈매개화’된 ‘개방적’ 매체라는 점에서 사상의 자유경쟁을 효율적으로 펼칠 수 있는 가장 유력한 공간이기도 합니다.
- 그러나 인터넷은 무시할 수 없는 역기능을 가지고 있기도 합니다. 인간의 성에 관한 말초신경을 자극하는 정보, 타인의 명예를 훼손하는 허위정보 등이 앞서 본 인터넷의 장점과 만나게 되면, 그 해악은 예전의 오프라인에서의 유해정보의 유통과는 비교할 수 없는 부작용을 불러 올 것입니다.
- 그렇다면 이러한 인터넷의 순기능과 역기능에 대한 고찰로부터 입법자는 인터넷의 순기능을 살리고, 인터넷의 역기능을 최소화하는 의무<sup>10)</sup>가 도출될 수 있는 것입니

9) 권영성, 헌법학원론, 법문사(2003). 489-2면.

10) 입법자가 인터넷상의 표현의 자유에 관한 입법을 함에 있어서 바로 이렇게 순기능은 극대화하고 그 역기능을 최소화하도록 입법권을 행사하는 것이 앞서 언급한 입법권의 헌법합치적 행사의 구체적 의미라고 할 것입니다. 한편 이러한 입법자의 입법 또한 헌법 제37조 제2항이 정하는 기본권제한입법의 한계를 준

다.

5) 그러나 현행 정통망법은 유감스럽게도 이러한 인터넷의 순기능을 살리고, 그 역기능을 최소화하는 것과는 거리가 멀다고 평가하지 않을 수 없습니다. 본 건이 위의 역기능에서 언급한 불법 포르노나 타인의 인격권 훼손과는 관련이 없기에 그 부분을 언급하는 것은 무용한 일일 터이고, 현행 정통망법상의 이 사건 관련 규정들은 앞서 인터넷의 순기능으로 제시된 사상의 자유시장과 그 속에서의 공정하고 효율적인 경쟁의 유도라는 측면에 전혀 부합하지 않을 뿐만 아니라 오히려 이에 역행하고 있다고 평가됩니다<sup>11)</sup>.

바로 이 대목에 이 사건 관련 규정들의 위헌성이 존재하는 것입니다. 항을 바꾸어 이 사건 관련규정들의 위헌성을 검토하도록 합니다.

#### 다. 이 사건 관련규정들의 헌법 제21조 제1항 위배 여부

##### 1) 표현의 자유와 그 헌법적 가치

- 헌법 제21조가 보장하고 있는 표현의 자유는 사상 또는 의견을 언어, 문자 등으로 불특정다수인에게 표명하거나 전달하는 자유를 말합니다.
- 이러한 표현의 자유는 개인이 표현의 자유를 통하여 인간의 존엄과 가치를 유지하

---

수해야 하는 것은 물론입니다.

11) 앞서 본대로 인터넷이라고 하는 매체가 가지는 쌍방향 매체성, 탈중앙통제적 매체성, 탈매개 매체성, 개방적 매체성이라는 특성을 제대로 구현하려 한다면 이 사건 인터넷을 통한 표현물들의 경우 국가정보원의 삭제요청과 정보통신부 장관의 심의요청, 정보통신윤리위원회의 삭제결정, 정보통신부장관의 삭제명령의 확실적, 행정적 절차를 거쳐 그 불이행시 형사처벌을 하는 수순 대신 인터넷 공간에서의 사상의 자유로운 토론과 경쟁을 거치도록 하여 열후적이고 퇴행적인 주장과 주의는 자연스럽게 도태되고, 개선과 변화의 여지가 있는 주장과 주의는 스스로 개선하고 변화할 수 있도록 유도하는 것이 훨씬 더 바람직하고 헌법이 입법자에게 부여한 입법권능의 헌법합치적 행사에 훨씬 더 부합할 것임은 두말할 나위가 없다고 하겠습니다.

고 개인의 자유로운 인격을 발현할 수 있다는 의미에서 자기실현가치를 지니며, 각 개인의 표현활동을 통해 형성되는 사회적 여론이 국가권력을 통제하고 국민주권주의를 실현한다는 의미에서는 국민의 자기통치가치를 지니며, 한편 각 개인이 자기의 의견을 자유롭게 표명하면서 경쟁함으로써 궁극적 진리에 도달할 수 있다는 사상의 자유시장이론 또한 표현의 자유가 전제되어야만 가능한 것입니다.

- 요컨대, 표현의 자유는 민주주의 원리와 국민주권주의, 권력통제원리에 있어서 필요불가결한 기본권이라 하겠습니다<sup>12)</sup>.

## 2) 표현의 자유를 제약하는 입법의 합헌성 판단기준

- 표현의 자유라는 기본권이 갖고 있는 이러한 헌법적 가치는 표현의 자유를 제약하는 입법이 마땅히 준수해야 할 헌법적인 한계를 정당화하는 근거가 된다고 하겠습니다.
- 이렇게 표현의 자유를 제약하는 입법이 준수해야 할 헌법적 한계로써는 **명확성의 원칙, 명백·현존하는 위협의 원칙**이 주요하고, 그 외에 기본권 제한원리 일반적으로 **과잉금지 원칙** 또한 표현의 자유를 제약하는 입법으로써 준수되어야 할 주요한 헌법원리입니다<sup>13)</sup>.

## 3) 이 사건 관련규정들의 경우

---

12) 헌법재판소도 1999. 6. 24. 97헌마265 결정에서 “언론의 자유는 개인이 언론 활동을 통하여 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 자기실현의 수단임과 동시에 사회 구성원으로서 평등한 배려와 존중을 기본원리로 공생·공존관계를 유지하고 정치적 의사결정에 참여하는 사회적 가치인 자기통치를 실현하는 수단이다. ... 다양한 사상과 의견의 자유로운 교환을 위한 열린 공간의 확보와 언론매체에 의한 정보의 전달은 민주제의 필수불가결한 본질적 요소라고 말할 수 있다.”라고 판시한바, 이러한 판시도 위와 같은 맥락에서 이해될 수 있는 것이라 하겠습니다.

13) 이외에 이중기준의 원칙을 들 수 있습니다. 경제적 기본권의 제약은 합리성만으로도 충분하지만, 정신적 기본권은 원칙적으로 제한되지 아니하며, 예외적으로 제한되는 경우에[도 단순히 합리성의 충족만으로는 부족하고 그보다 더 엄격한 요건(가령, 사전억제 금지 등)의 충족이 필요하다는 이론이 바로 그것입니다.

## 가) 명확성의 원칙의 위배 여부

- 헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바 27 등 다수의 판시는 “법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다. 특히 법률이 형벌법규인 때에는 더욱 그러하다. 왜냐하면 법률이 규정한 용어나 기준이 불명확하여 그 적용대상자가 누구인지 어떠한 행위가 금지되는지의 여부를 보통의 지성을 갖춘 사람이 보통의 이해력과 관행에 따라 판단할 수 없는 경우에도 처벌된다면, 그 적용대상자에게 가혹하고 불공정한 것일 뿐만 아니라, 결과적으로 어떠한 행위가 범죄로 되어야 하는 가를 결정하는 입법권을 법관에게 위임하는 것으로 되기 때문에 권력분립의 원칙에도 반하는 것으로 되기 때문이다.”라고 판시합니다. 또한 99헌마480 결정도 같은 맥락에서 “표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 무엇이 금지되는 표현인가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.”고 판시하였음은 앞서 본바와 같습니다.
- 그런데 이 사건 관련 규정 가운데 정통방법 제44조의 7 제1항 제8호 "국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보"라는 규정은 국가보안법에서 금지하는 어떤 행위에 관한 정보인지를 구체적이고 명확하게 특정하지 않고 있어서 그 적용범위가 포괄적이고 불명확합니다.
- 위 헌법재판소의 판시 취지로부터 이러한 불명확성 내지 포괄성이 가져다 주는 기본권적인 피해를 다음 두 가지로 요약해 볼 수 있습니다.
- 첫째는 정통방법 제44조의 7 제1항 제8호 "국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보"라는 규정의 수범자들이 위 규정의 불명확성 내지 포괄성으로 인하여 과연 자신의 어떤 표현행위가 법에 저촉되는 것인지, 아닌지에 대한 구체적 기준을 얻을 수

없다는 것입니다. 결국 이 경우 수범자는 이로 인하여 문제되는 자신의 표현행위를 포기할 가능성이 더 많을 것입니다. 이러한 결과는 기본권의 최대보장을 원칙으로 하는 헌법규범에 명백히 반하는 것입니다.

- 둘째는 불명확성 내지 포괄적인 위 정통방법 제44조의 7 제1항 제8호 "국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보"라는 규정이 법집행자들에게 법적용의 객관적 판단지침을 전혀 주고 있지 못하다는 것입니다. 이 사건 관련규정들의 경우 정통방법 제44조의 7 제1항 제8호 "국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보"가 문제되어 관련 표현들의 삭제를 요청하는 기관이 국가정보원이고, 국가정보원이 당해 규정을 이유로 삭제를 요청하는 경우 방송통신위원회 내지 방송통신심의위원회가 이를 거부하기 어려울 것이라는 점을 상기해보면 이러한 문제는 단순히 객관적 판단지침을 전혀 제공해 주지 못하는데서 그치지 아니하고 국가정보원을 포함한 이 사건 관련규정들의 법집행자들로 하여금 차별적이거나 자의적인 법해석을 남용할 수 있는 여건을 제공해 주는 악결과를 초래하게 될 것임은 명약관화한 것입니다.
- 헌법재판소는 일찍이 조선민주주의인민공화국(이하 북한이라고 합니다)은 “조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실”이라고 판시한바 있습니다<sup>14)</sup>.
- 이러한 북한의 이중적 지위 이론이 갖고 있는 이론적 결함은 결함대로 지적되어야 할 것이지만, 가사 이 이론의 타당성을 일부 긍정한다고 하더라도 2000. 6. 15 남북정상회담 이후 전개된 한반도의 정세의 근본적인 변화로 인하여 북한의 성격이 반국가단체라는 성격으로부터 대화와 협력의 동반자라는 성격으로 급격히 변동하고 있음을 직시해야 합니다. 이런 근본적으로 변화된 상황아래서 북한은 평화적으로 통일을 이루어 가야 할 대

---

14) 헌법재판소 1993. 7. 29. 92헌바48 결정.



상이자 같은 주체입니다<sup>15)</sup>. 이러한 통일의 대상과 주체를 호의적으로 인식하는 것, 나아가 그들이 왜 선군정치라는 시스템을 국가운영의 틀로 도입하였는지, 북한을 건국한 김일성 주석을 왜 그들이 국가적으로 찬양하는지를 이해하는 것은 평화통일을 이루어 감에 있어서 필수적인 사항이 됩니다. 그러나 국가보안법은 이를 가로막고 있습니다<sup>16)</sup>.

- 그런데 이 사건 관련 규정 중 정통방법 제44조의 7 제1항 제8호는 관련된 내용이 구체적으로 국가보안법의 어떤 조항이 문제되는지를 전혀 적시하지 않은채 단지 "국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보"라고만 하여 국가보안법이 가지는 위헌성과 악법성을 고스란히 간직한데서 그치지 아니하고, 그 위헌성과 악법성을 더욱 모호하고 추상화시켜 확대하고 있습니다.

#### 나) 명백 · 현존하는 위협의 원칙에 관하여

- 주지하다시피 명백 · 현존하는 위협의 원칙은 미연방대법원에서 표현의 자유를 제약하는 입법에 대한 합헌성 판단의 기준으로써 정립된 것입니다. 여기서 명백이란 표현과 해악 사이의 밀접한 인과관계가 존재함을 말하고, 현존이란 해악의 발생이 시간적으로 근접하고 있음을 말하며, 위협이란 공공의 이익에 대한 해악이 발생할 개연성을 말하는 것입니다.
- 요컨대, 당해 표현행위로 말미암아 당해 표현행위로 인하여(인과관계의 존재), 공공의 이익에 대한 해악이 발생할 개연성이 높지 않은 한 표현행위를 제약하는 입법은 위헌의 신세를 면치 못한다고 풀이될 수 있겠습니다.
- 이 사건으로 돌아와 보건대, 과연 이 사건 게시물의 표현행위로 인하여 공공의 이

---

15) 평화통일을 헌법에 규정해 두고도 그 대상이자 주체인 북한을 악의적으로 왜곡해 온 그간의 국가보안법 적용의 역사는 단 한마디로 위헌의 역사라고 정리할 수 있을 것입니다.

16) 이 사건 위헌법률심판제청신청이 국가보안법에 직접 관련된 것이 아니므로 상세한 언급은 불요할 것이나, 국가보안법은 이렇게 동족간에 미움을 강요하는 법률이며, 마음속의 내심마저도 처벌하는 법률이며, 헌법의 규범력을 깎그리 무시해 온 헌법 위의 법이었던 것입니다.

익에 대한 해악이 발생할 개연성이 발생되었다고 할 것인지 의문이 아닐 수 없습니다. 더구나 6. 15. 공동선언 이후 남북관계가 정부당국간이나 민간차원에서 비약적으로 발전되고 이에 따라 남북이 서로의 체제나 사상에 대한 이해도가 제고되면서 이남정부의 수반인 대통령이 북한의 최고 수뇌를 상찬하는 일도 비밀비재하게 되었습니다. 이런 상황에서 무력에 의한 적화통일을 선동하는 것도 아니고 단순히 북한의 선군정치와 북한지도자와 체제를 호의적으로 언급한다는 이유만으로 취급거부된 이 사건 표현물들이 과연 우리 공동체 사회에 어떤 구체적인 해악을 끼치고 있는지 의문이 아닐 수 없습니다.

- 오히려 앞서 본대로 인터넷이라고 하는 매체가 가지는 쌍방향 매체성, 탈중앙통제적 매체성, 탈매개 매체성, 개방적 매체성이라는 특성에 비추어 이러한 내용의 북한을 호의적으로 인식하는 태도에 관하여 인터넷 공간에서의 사상의 자유로운 토론과 경쟁을 거치도록 하여 이러한 인식의 태도가 과연 평화통일이라고 하는 민족적 과제의 달성에 도움이 되는 것인지를 따져 보도록 하는 것이 훨씬 더 바람직하고 헌법이 입법자에게 부여한 입법권능의 헌법합치적 행사에 훨씬 더 부합할 것임은 두 말할 나위가 없다고 하겠습니다.

#### 4) 소결

이상에서 본 바와 같이 이러한 정통방법 제44조의 7 제1항 제8호 "국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보"규정은 표현의 자유를 제약하는 입법으로써 마땅히 구비해야 할 명확성의 원칙과 명백·현존하는 위협의 원칙을 위배하여 헌법 제21조 제1항이 규정하는 표현의 자유를 침해하는 위헌적인 법 규정이라 아니할 수 없습니다.

라. 이 사건 관련 규정들의 헌법 제101조 제1항, 제27조 제4항 위배 여부

## 1) 헌법상 삼권분립의 원칙

- 우리 헌법은 삼권분립의 원칙에 따라 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다고 규정해 두고 있습니다(헌법 제101조 제1항). 이에 따라 법의 최종적인 해석권한은 법원의 몫이 됩니다. 그럼에도 법의 해석에 있어서 사법부의 개입이 배제되고 그 역할을 행정부가 대신한다면 이것이 위헌임은 두말할 나위가 없는 것입니다.
- 이 사건 각 처분의 경우 외형은 행정처분의 형식을 띠고 있으나, 그 실질은 당해 표현행위가 “국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보”인지에 대한 판단을 행정부가 마치고 그에 불이익을 부과하는 것입니다. 이는 명백히 사법부가 수행하여야 할 헌법상의 사법권을 행정부가 대신하는 것이라 사료됩니다.
- 정통방법 제44조의 7 제1항 제8호의 “국가보안법”은 형사법으로서, 형사법에 위반되는지 여부를 판단함에 있어서 그 해석과 적용, 재판과정에 있어 특히 엄격한 사법 절차가 적용되어야 합니다. “국가보안법에서 금지하는 행위”인지에 대한 판단은 1차적으로는 독점적 기소권을 가진 검찰에 의하여 기소 여부의 결정과정을 거치고, 그 다음에야 법원에 의한 엄격한 사법절차를 거친 다음에야 그 위반 여부가 최종적으로 결정되게 됩니다.

## 2) 무죄추정의 원칙

- 헌법 제27조 제4항은 형사범으로 기소된 사람이라 하여도 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다고 하고 있습니다.
- 그런데 이러한 무죄추정원칙도 권력분립상 사법권을 사법부가 행사할 수 있을 때 비로소 그 실효성이 확보될 수 있는 것이라 하겠습니다. 소추자와 심판자가 서로 다른 때 비로소 그 심판을 받는 사람이 무죄일 수 있겠다는 이론의 정립이 가능한 것이지, 소추자가 심판자를 겸할 때 무죄추정의 원칙은 설 자리가 없는 것입니다.

### 3) 이 사건 관련 규정들의 작동의 흐름

- 과연 이 사건 관련규정들은 어떻게 작동이 되길래 권력분립의 원리와 무죄추정의 원칙을 침해하는 위헌적인 법규정이 되는 것일까?

- 정통망법 제44조의 7 제1항 제8호와 관련하여 게시물 취급거부명령이 작동되는 흐름은 다음과 같습니다.

① 먼저, 당해 정보에 대하여 관계 중앙행정기관(국가정보원 내지 경찰청 보안담당부서로 상정할 수 있습니다)의 장이 국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보라고 판단하면 방송통신위원회에 대하여 심의요청을 하게 됩니다.

② 다음으로 이러한 요청을 받은 방송통신위원회 위원장은 요청을 받은 날부터 7일 이내에 방송통신심의위원회로 하여금 심의를 하도록 합니다(정통망법 제44조의 7 제3항).

③ 이러한 심의요청을 받은 방송통신심의위원회는 심의를 하여 시정요구를 하게 됩니다(이것이 갑 제3, 4호증의 자료상의 심의결과 통조입니다. 정통망법 제44조의 9 제1항 제3호).

④ 그런데 이러한 시정요구에도 불구하고 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자가 이에 응하지 아니하는 경우에는 방송통신위원회 위원장은 그 취급의 거부·정지 또는 제한을 명하여야 하고(정통망법 제44조의 7 제3항),

⑤ 이러한 명령에 불응하는 경우 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자는 기소되어 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형을 선고받을 수 있는 것입니다(정통망법 제73조).

### 4) 검토

- 이러한 흐름으로부터 우리는 다음과 같은 사항을 확인할 수 있게 됩니다.

- 당해 정보가 국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보라는 판단으로부터 모든 절차는 개시됩니다. 즉 방송통신심의위원회와 방송통신위원장이 당해 정보

가 국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보라고 판단하는 경우 시정 요구로써의 삭제명령을 내릴 수 있고, 이 명령에 불응하는 경우 형사처벌을 할 수 있게 되는 것입니다.

- 그런데 당해 정보에 대하여 방송통신심의위원회와 방송통신위원장이 삭제명령을 내리기까지 그 어떤 사법부의 개입도 봉쇄되어 있거니와 당해 정보가 과연 국가보안법이라는 형사법에 위배되었는지에 대하여 사법부의 판단이 봉쇄되어 있는 결과 헌법 제27조 제4항에서 규정하는 무죄추정원칙은 형해화되고 있습니다.
- 관련하여 한 가지 더 지적할 것은 이러한 이 사건 관련규정들이 작동함에 있어서 법 규정은 그 작동의 주체를 방송통신심의위원회와 방송통신위원장으로 상정하고 있지만, 실상은 국가정보원이나 경찰청 보안담당부서에 의해 일방적으로 운용될 것이라는 점입니다. 방송통신심의위원회와 방송통신위원장의 인적 물적 역량에 비추어 과연 국가정보원이나 경찰청 보안담당 부서의 삭제요청이 있는 경우 과연 방송통신위원장이 이를 거부할 수 있는지, 거부할 수 있는 근거를 검토할 역량은 되는지, 거부해 본 전례가 있는지 무수한 의문이 제기되는 것입니다. 과거 군사독재정권 시절 안기부가 저지른 무소불위의 인권침해행위의 기억이 결코 흘러간 역사의 유물이라고 단정할 수 없습니다. 그리하여 정통방법 제44조의 7 제3항도 방송통신위원장을 시정요구의 주체로 내세우고 있는 것입니다. 그러나 실상 방송통신심의위원회와 방송통신위원장은 형식적 거수기에 불과하고 그 작동의 실질적 주관자는 바로 안기부의 후신인 국가정보원인데, 거기다가 국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보라고 하여 규정 자체의 모호성과 불명확성으로 인하여 남용과 자의적 해석의 우려까지 제기되고 더하여 사법부의 개입까지도 원천봉쇄되어 있으니 어느 모로 보나 심히 우려스러운 일이 아닐 수 없습니다.

## 5) 소결

이러한 이 사건 근거규정 등이 온전히 헌법합치적이 되려면 당해 정보가 “국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보”(의 명확성 원칙 등 위헌성은 별론) 인지를 사법부가 판단하여 사법부가 삭제를 명하여야 하고 이에 불응하는 경우 비로소 제재가 가해져야 할 것입니다. 그렇지 않고 이 사건 관련 규정들처럼 사법부의 일체의 개입을 봉쇄하여 무죄추정원칙을 무력화시키는 것은 위헌적인 법규정으로써 마땅히 시정되어야 할 것입니다<sup>17)</sup>.

## 4. 이 사건 각 처분의 위법성 2 - 이 사건 각 처분의 법규해석·적용의 문제점

### 가. 서

- 이 사건 각 처분의 대상인 정보는 ‘국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보’라는 이유로 취급거부명령처분을 받았습니다.
- 그러나 이 사건 각 처분의 대상인 정보가 과연 ‘국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용’인지에 대하여는 다음 두 가지 점에서 의문이 있습니다.

### 나. 검토

- 1) 첫째, 정보통신망법 제44조의7 제1항 제8호는 “국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보”라고 규정하고 있습니다. 그런데 이 사건 처분의 경우 국가

---

17) 이 외에 이 사건 근거규정에 위배하는 경우 형사처벌을 부과할 수 있는 문제와 관련하여 이것이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 위헌의 현저한 의문이 있습니다. 이에 관하여는 위헌법률심판제청신청서에서 상론하도록 하겠습니다.

보안법 제7조 제1항, 제5항이 문제되는 것으로 보이는데, 이 사건 각 처분은 국가  
보안법 제7조 제1항, 제5항의 해석을 그르쳐, 이 사건 각 처분의 대상인 정보들이  
국가보안법 제7조 제1항, 제5항을 위배한 것이 아님에도 불구하고 이를 위배한 정  
보로 본 위법이 있는 것입니다.

- 국가보안법 제7조 제1항은 다음과 같습니다.

① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체  
나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가  
변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.<개정 1991·5·31>

- 여기서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서는 국가보안법  
전체의 핵심에 해당하는 조문 중 하나인바, 과연 그 의미는 무엇인가?

- 대법원 2003. 9. 26. 선고 2001도2209 판결을 주목해야 합니다. 이 판결은 자유민  
주적 기본질서의 의미에 관하여 “대한민국의 독립을 위협·침해하고 영토를 침략하여 헌법과  
법률의 기능 및 헌법기관을 파괴·마비시키거나, 무장 봉기, 폭력적·비합법적 수단을 통한 정부 전복  
을 꾀하거나, 법치주의에 기반한 기본적 인권의 존중, 의회제도, 선거제도, 복수정당제도, 권력분립,  
사유재산과 시장경제를 골간으로 하는 경제질서와 사법권 독립 등”을 거시하고 있습니다.

- 그렇다면, “국가보안법 제7조 제1항, 제5항에서 금지하는 행위를 수행하는 내용”의  
정보라고 하였을 때, 그 정보는 “대한민국의 독립을 위협·침해하고 영토를 침략하여 헌법과  
법률의 기능 및 헌법기관을 파괴·마비시키거나, 무장 봉기, 폭력적·비합법적 수단을 통한 정부 전복  
을 꾀하거나, 법치주의에 기반한 기본적 인권의 존중, 의회제도, 선거제도, 복수정당제도, 권력분립,  
사유재산과 시장경제를 골간으로 하는 경제질서와 사법권 독립 등”을 위태롭게 하는 정을 알면  
서 수행된 정보여야 할 것입니다.

- 그러나 이 사건 각 처분에서 문제삼고 있는 정보 중 어떤 정보가 “대한민국의 독립을 위  
협·침해하고 영토를 침략하여 헌법과 법률의 기능 및 헌법기관을 파괴·마비시키거나, 무장 봉기, 폭  
력적·비합법적 수단을 통한 정부 전복을 꾀하거나, 법치주의에 기반한 기본적 인권의 존중, 의회제  
도, 선거제도, 복수정당제도, 권력분립, 사유재산과 시장경제를 골간으로 하는 경제질서와 사법권 독

립 등”을 위태롭게 하고 있는가 의문입니다.

- 여기 정보들은 대개 북한의 지도부를 호의적으로 표현한 것들, 북한의 지도이념인 주체 사상과 선군정치를 호의적으로 표현한 것들이 대종을 이룹니다. 그 표현들 어디에도 적화공산혁명을 선동하거나, 대통령, 국회의원, 법관 등 주요 헌법기관을 테러하자든가, 무장폭동을 선동한다든가, 기본적 인권의 존중, 의회제도, 선거제도, 복수정당제도, 권력분립, 사유재산과 시장경제를 골간으로 하는 경제질서를 부인하는 표현은 어디에도 없습니다.
- 그런데 이것이 어떻게 하여 이 사건 각 처분의 대상이 된 정보들이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 수행한 정보들이라는 것인지 의문입니다.

2) 둘째, 이 사건 각 처분은 그 대상정보들이 국가보안법 제7조 제5항을 위배하였다고 보고 있는바, 이 또한 법령의 해석·적용에 있어 오류를 범하고 있습니다.

- 국가보안법 제7조 제5항의 규정은 다음과 같습니다.

⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.<개정 1991·5·31>

- 국가보안법 제7조 제5항은 법문에 나와 있는바와 같이 목적범입니다.
- 그리하여 대법원 2010.7.23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결은 “국가보안법 제7조 제5항의 죄는 제1, 3, 4항에 규정된 이적행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득하는 것으로서 이른바 목적범임이 명백하다. 목적범에서의 목적은 범죄 성립을 위한 초과주관적 위법요소로서 고의 외에 별도로 요구되는 것이므로, 행위자가 표현물의 이적성을 인식하고 제5항의 행위를 하였다고 하더라도 이적행위를 할 목적이 인정되지 아니하면 그 구성요건은 충족되지 아니한다. 그리고 형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실에 대한 증명책임은 검사에게 있으므로 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점은 검



사가 증명하여야 하며, 행위자가 이적표현물임을 인식하고 제5항의 행위를 하였다는 사실만으로 그에게 이적행위를 할 목적이 있었다고 추정해서는 아니된다. 이 경우 행위자에게 이적행위 목적이 있음을 증명할 직접증거가 없는 때에는 표현물의 이적성의 징표가 되는 여러 사정들에 더하여 피고인의 경력과 지위, 피고인이 이적표현물과 관련하여 제5항의 행위를 하게 된 경위, 피고인의 이적단체 가입 여부 및 이적표현물과 피고인이 소속한 이적단체의 실질적인 목표 및 활동과의 연관성 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다.”고 하여 종전의 판례를 변경한바 있습니다<sup>18)</sup>.

- 그렇다면, 정보통신망법 제44조의7 제1항 제8호는 “국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보”의 해석에 있어서 “국가보안법에서 금지하는 행위”가 국가보안법 제7조 제5항인 경우(이 사건 각 처분의 대상정보가 그러합니다)에는 응당 제7조 제5항의 목적까지도 인정되는 경우어야 취급거부명령을 발령할 수 있다고 할 것입니다(물론, 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 수행한 정보들이라는 것이 인정되어야 함은 당연합니다).
- 이 경우 그 목적의 유무에 관한 입증은 형사재판이 아닌 행정처분인 점에서 취급거부명령을 발령하는 처분청이 입증하여야 할 것입니다.
- 그러나 이 사건 각 처분의 경우 그러한 목적에 관하여는 처분서 어디에도 이야기가 없습니다.
- 만일 국가보안법 제7조 제5항의 목적이 입증되지 않는 경우 그 표현물 소지 등의 행위는 국가보안법에 의하여 금지되는 행위가 아니므로 따라서 정보통신망법 제44조의 7 제1항 제8호의 적용도 받지 않는 것이 됩니다.

#### 다. 소결론

---

18) 동 전원합의체 판시 “이와 달리 이적표현물임을 인식하면서 취득·소지 또는 제작·반포하였다면 그 행위자에게는 위 표현물의 내용과 같은 이적행위를 할 목적이 있는 것으로 추정된다는 취지로 판시한 대법원 1992. 3. 31. 선고 90도2033 전원합의체 판결을 비롯하여 이 사건 전원합의체 판결의 견해에 배치되는 다른 대법원 판결들을 변경한다.”

이상과 같은 이유에서 이 사건 각 처분의 대상이 된 정보들은 국가보안법(제7조 제1항, 제5항)에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보라고 볼 수 없음에도 불구하고 피고는 이를 “국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보”로 보아 취급거부명령을 발령하였으니 이는 위법한 처분으로 취소됨이 마땅하다고 할 것입니다.

## 5. 결론

이상과 같은 이유에서 피고의 이 사건 각 처분은 위헌 또는 위법한 것이어서 그 취소를 구하고자 이 사건 소송에 이르게 되었습니다. 청구취지와 같은 판결을 하여 주시기 바랍니다.

### 입 증 방 법

- |           |  |
|-----------|--|
| 1. 갑 제1호증 | 인권운동사랑방 홈페이지 출력물                         |
| 1. 갑 제2호증 | 현장실천사회변혁 노동자전선 홈페이지 출력물                  |
| 1. 갑 제3호증 | 방송통신심의위원회의 인권운동사랑방에 대한 심의결과 통보,          |
| 1. 갑 제4호증 | 방송통신심의위원회의 현장실천사회변혁 노동자전선에 대한<br>심의결과 통보 |
| 1. 갑 제5호증 | 방송통신심의위원회의 인권운동사랑방에 대한 의견조회              |
| 1. 갑 제6호증 | 방송통신심의위원회의 현장실천사회변혁 노동자전선에 대한<br>의견조회    |

첨 부 서 류

- 1. 소장부분                    1부
- 1. 위 입증방법                각 1부
- 1. 위임장                        1부

2011. 11. .

위 원고의 소송대리인

변호사 이 광 철

서울행정법원    귀중