

헌 법 재 판 소

결 정

사 건 2008헌마500 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21

조 제4호 위헌확인 등

청 구 인

1. 이태봉

서울 도봉구 쌍문4동 금호2차 아파트 202동 1503호

2. 최수택

서울 마포구 노고산동 56-33 501호

3. 권태경

인천 서구 불로동 51블럭 1, 2롯데 삼보해피하임 503동 1101호

4. 정기조

서울 강동구 성내2동 코오롱아파트 102동 505호

5. 이철

서울 도봉구 창5동 296-44 일진빌라 나동 102호

청구인들 대리인 1. 변호사 이상훈

2. 법무법인 동서파트너스

담당변호사 김기중

피 청 구 인

방송통신심의위원회

대리인 법무법인(유한) 태평양

주 문

1. 이 사건 심판청구 중 '방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률'(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 것) 제21조 제4호, '방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령'(2008. 2. 29. 대통령령 제20739호로 제정된 것) 제8조 제1항 중 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제9호에 따른 불법정보' 부분, 같은 시행령 제8조 제2항 제1호 중 '해당 정보의 삭제' 부분, 정보통신위원회 정보통신윤리위원회의규정(2008. 1. 15. 개정된 것) 제7조 제4호 및 제8조 제4호 마복, 방송통신심의위원회의 2008. 7. 1.자 주식회사 다음커뮤니케이션에 대한 청구인 이태봉의 게시물 삭제 요구 부분을 모두 각하한다.

2. 청구인들의 나머지 심판청구를 기각한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 2008. 6.경 주식회사 다음커뮤니케이션(이하 '주식회사 다음'이라 고 한다)이 운영하고 있는 인터넷 포털 사이트(www.daum.net) 내의 '아고라' 게시판과 '언론소비자주권 국민캠페인'이라는 인터넷 카페에 조선일보, 중앙일보, 동아일보에 광고를 게재한 회사들의 이름과 전화번호 목록을 작성하고, 위 회사들에

게 전화를 걸어 위 각 신문사에 대한 광고 게재를 중단할 것을 요구하자는 취지의 게시글을 작성하여 등록을 하였다.

(2) 주식회사 다음은 2008. 6. 2.과 같은 달 20.에 피청구인에게 위 게시글 중 청구인 이태봉의 일부 게시글을 포함하여 이 사건 각 신문에 대한 광고게재중단 캠페인과 관련한 게시글들에 대하여 심의를 신청하였다. 피청구인은 2008. 7. 1. 주식회사 다음이 심의신청한 게시글 중 청구인 이태봉의 일부 게시글이 정보통신윤리위원회 정보통신윤리심의규정 제7조 제4호, 제8조 제4호 마목에 위배된다고 판단하고, 주식회사 다음에 대해 '해당 정보의 삭제'라는 시정요구(이하 '이 사건 시정요구'라고 한다)를 하기로 결정하여, 다음 날 이를 주식회사 다음에 통지하였다. 피청구인은 위 통지에 "항후 유사한 사해에 대하여는 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률' 제44조의2 및 별첨 심의사해에 따라 처리해 주시고, 같은 법 제3조 제1항에 정한 정보통신서비스제공자의 책무도 다하여 주시기 바랍니다."라는 문구를 부기하였다.

(3) 주식회사 다음은 2008. 7. 2.부터 청구인 이태봉의 일부 게시글에 대하여는 이 사건 시정요구에 따라, 청구인 이태봉의 나머지 게시글 및 나머지 청구인들의 게시글에 대하여는 유사사해로서 삭제하였다.

(4) 청구인들은, 이 사건 시정요구는 청구인들의 표현의 자유 등을 침해한다고 주장하면서, 2008. 7. 16. 이 사건 시정요구의 취소 및 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률' 제44조의7 제1항 제9호, '방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률' 제21조 제4호, 같은 법 시행령 제8조, 정보통신윤리위원회 정보통신윤리심의규정 제7조, 제8조 제4호의 각 위원회인을 구하는 이 사건 헌법소원심판

을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들이 위헌 여부를 다투고 있는 대상은 구 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'(2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정되고 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되어 2008. 12. 14. 시행되기 전의 것, 이하 '정보통신망법'이라 한다) 제44조의7 제1항, '방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률'(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 것, 이하 '방송통신위원회법'이라 한다) 제21조 제4호, 방송통신위원회법 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20739호로 제정된 것, 이하 '이 사건 시행령'이라 한다) 제8조, 정보통신윤리위원회 정보통신윤리심의규정(2008. 1. 15. 개정된 것, 이하 '이 사건 심의규정'이라 한다) 제7조, 제8조 제4호, 그리고 이 사건 시정요구이다.

그런데 청구인들과 관련된 부분은 각 정보통신망법 제44조의7 제1항 중 제9호 부분, 이 사건 시행령 제8조 가운데 제1항 중 '정보통신망법 제44조의7 제1항 제9호에 따른 불법정보' 부분과 제2항 제1호 중 '해당 정보의 삭제' 부분, 이 사건 심의규정 제7조, 제8조 제4호 가운데 각 제7조 제4호, 제8조 제4호 마목 부분이다. 따라서 위 규정을 중 청구인들과 관련된 부분을 제외한 나머지 부분은 모두 심판 대상에서 제외하기로 한다.

그렇다면 이 사건 심판대상은 ① 정보통신망법 제44조의7 제1항 제9호(이하 '이 사건 정보통신망법 조항'이라 한다), ② 방송통신위원회법 제21조 제4호(이하 '이 사건 방송통신위원회법 조항'이라 한다), ③ 이 사건 시행령 제8조 제1항 중 '정보통신망법 제44조의7 제1항 제9호에 따른 불법정보' 부분(이하 '이 사건 불법정보

조항'이라 한다), ④ 이 사건 시행령 제8조 제2항 제1호 중 '해당 정보의 삭제' 부분(이하 '이 사건 삭제요구 조항'이라 한다), ⑤ 이 사건 심의규정 제7조 제4호, ⑥ 이 사건 심의규정 제8조 제4호 마복, ⑦ 이 사건 시정요구 등이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

이 사건 심판대상조항 및 관련조항의 구체적인 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

○ 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정되고 2008. 12. 14. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것)

제44조의7(불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

9. 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보

○ 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 것)

제21조(심의위원회의 직무) 심의위원회의 직무는 다음 각 호와 같다.

4. 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신운리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구

○ 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20739호로 개정된 것)

제8조(심의위원회의 심의대상 정보 등) ① 법 제21조 제4호에서 “대통령령이 정하는 정보”란 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 ‘정보통신망 이용촉진 및

정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보를 말한다.

② 법 제21조 제4호에 따른 시정요구의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 해당 정보의 삭제 또는 접속차단

○ 정보통신윤리위원회 정보통신윤리심의규정(2008. 1. 15. 개정된 것)

제7조(범죄 기타 법령 위반) 범죄 기타 법령에 위반되는 행위에 관련된 다음 각 호의 정보는 유통이 적당하지 아니한 것으로 본다.

4. 기타 범죄 및 법령에 위반되는 위법행위를 조장하여 건전한 법질서를 현저히 해할 우려가 있는 정보

제8조(선량한 풍속 기타 사회질서 위반 등) 선량한 풍속 기타 사회질서를 현저히 해할 우려가 있는 내용의 다음 각 호의 정보는 유통이 적당하지 아니한 것으로 본다.

4. 타인의 권리를 침해하는 다음 각 목의 정보

마. 기타 정당한 권한 없이 타인의 권리를 침해하는 내용

[관련조항]

별지 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장요지

가. 적법성에 관한 주장요지

(1) 이 사건 정보통신망법 조항, 이 사건 심의규정 제7조 제4호, 제8조 제4호 마복

위 규정들은 서로 불가분의 관계를 가지면서 전체적으로 불법정보의 내용을 확

정하고 이를 금지하는 규정이다. 정보통신망 이용자들은 어떠한 집행행위에 의하여 피보스스 그러한 불법정보의 유통금지의무를 지는 것이 아니라, 위 조항들 자체에 의하여 직접 위와 같은 의무를 부담하게 된다. 따라서 위 규정은 직접성이 인정된다.

(2) 이 사건 방송통신위원회법 조항, 이 사건 불법정보 조항, 이 사건 삭제요구 위 규정들에 근거한 피청구인의 심의 및 시정요구제도에 따라 '행정기관의 잠정

적 사법판단'에 의해 해당 정보의 삭제가 가능해지고, 이로써 사후적인 구제가 무의미해지는 표현의 자유 침해의 효과가 종국적으로 발생하므로, 위 규정들의 직접성도 인정된다.

(3) 이 사건 시정요구

행정기관인 피청구인에 의한 이 사건 시정요구는 그에 따르지 않을 경우 상당한 법적 불이익이 예정되어 있는 강제조치이므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.

그리고 이 사건 시정요구의 직접 대상자는 정보통신서비스제공자 내지 게시판 관리·운영자(이하 합하여 '서비스제공자 등'이라 한다)이지만 이 사건 시정요구로 인하여 표현의 자유를 실질적으로 제한받는 자는 이용자인 청구인들이므로, 청구인들에게는 자기관련성이 인정된다.

이와 같이 청구인들은 표현의 자유를 제한받는 주체임에도 불구하고 피청구인의 시정요구의 상대방인 서비스제공자 등이 아닌 제3자라는 이유로 행정소송의 제기를 통한 권리구제를 받지 못할 가능성이 있으므로 보충성 원칙의 예외에 해

당한다.

나. 본안에 관한 주장요지

(1) 이 사건 정보통신망법 조항

이 사건 정보통신망법 조항은 방송통신위원회법 시행령 제8조 제1항에 따라 피청구인의 심의대상 및 삭제요구 대상인 불법정보의 내용을 정하고 있는바, 그 의미가 불명확하거나 지나치게 광범위하므로 명확성 원칙이나 과잉금지 원칙에 위배된다.

(2) 이 사건 방송통신위원회법 조항, 이 사건 불법정보 조항, 이 사건 삭제요구 조항

이 사건 방송통신위원회법 조항은 대통령령이 정하는 정보에 대한 심의 및 시정요구를 피청구인의 직무로 규정하고 있는데, 방송통신위원회법 시행령 제8조는 모범이 규정한 심의 및 시정요구의 범위를 벗어나 정보통신망법 제44조의7 제3항과 달리 관계 중앙행정기관장의 요청이 없는 경우에도 피청구인이 이 사건 정보통신망법 조항의 불법정보에 관하여 심의 및 시정요구를 할 수 있도록 규정하고 있고, 시정요구의 내용으로 '해당 정보의 삭제, 접속차단', '이용정지 또는 이용해지'를 규정하고 있다. 이는 법률이 입법사항을 포괄적으로 시행령에 위임하고 있는 것이거나, 시행령이 법률이 위임한 문언적 해석의 한계를 벗어나 시정요구를 구체화하고 있는 것이므로 포괄위임입법금지의 원칙이나 법률유보의 원칙에 위배된다.

또한 이 사건 방송통신위원회법 조항, 이 사건 불법정보 조항, 이 사건 삭제요구 조항은, 행정기관인 피청구인으로 하여금 해당 정보가 불법정보인지 여부를 판

단한 후 해당 정보에 대한 '삭제요구'까지 가능하도록 하고 있는바, 표현행위자에 대한 통지, 표현행위자에 대한 진술기회 부여, 제한된 범위 내에서의 접속 차단 등 그 목적을 달성하면서도 기본권을 덜 제한하는 다양한 수단이 있음에도 불구하고, 해당 정보에 대한 접속을 아무런 제한 없이 차단할 수 있도록 하거나 삭제 조치를 사실상 강제할 수 있도록 하고 있으므로, 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 표현의 자유를 침해하고 있다.

(3) 이 사건 심의규정 제7조 제4호, 제8조 제4호 마복

이 사건 정보통신방법 조항과 마찬가지로 이유로 이 사건 심의규정 제7조 제4호도 명확성원칙이나 과잉금지원칙에 위배된다.

한편, 이 사건 심의규정 제8조 제4호 마복의 근거는 이 사건 방송통신위원회법 조항의 위임을 받은 이 사건 시행령 제8조 제1항이라 할 것인데, 위 규정의 이른바 '권리침해정보'는 위 시행령 조항의 '정보통신방법 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보'의 범주를 넘어서는 것이므로, 법률유보의 원칙에 위반된다.

(4) 이 사건 시정요구

이 사건 시정요구는 위에서 보는 바와 같이 위헌인 근거법령들에 기하여 한 조처로서 헌법 제21조의 표현의 자유, 헌법 제124조의 소비자 기본권을 침해하나, 가사 이 사건 시정요구의 근거법령들이 합헌적인 것이라고 하여도 이 사건 시정요구는 다음과 같은 이유로 위헌이다.

'범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보'에서 말하는 범죄 목적의 정보는 그 내용 자체로서 범죄성 내지 불법성이 뚜렷한 정보로 좁게 해석하

여야 한다. 피청구인은 청구인들의 게시물이 '업무방해죄'의 범죄 목적을 가진 정보라고 판단하고 있으나 이는 소비자들의 정당한 불매운동을 위한 정보라고 할 수 있을 뿐 결코 불법성이 뚜렷한 정보라고 볼 수 없으므로, 이는 이 사건 정보통신방법 조항의 불법정보에 해당되지 아니한다. 그럼에도 불구하고, 청구인들의 게시물에 대하여 삭제요구를 한 이 사건 시정요구는 헌법 제21조의 표현의 자유, 헌법 제124조의 소비자 기본권을 침해한다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 이 사건 정보통신방법 조항 부분

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면, 그 법률 또는 법률조항이 직접 청구인의 기본권을 침해하여야 하는바, 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 당해 법령에 근거한 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다(헌재 1998. 11. 26. 96헌마55등, 판례집 10-2, 756, 762; 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마356, 공보 105, 696, 700 등 참조).

이 사건 정보통신방법 조항을 포함하고 있는 정보통신방법 제44조의7 제1항은 불법정보의 내용을 확정하고, 그에 해당하는 정보의 유통금지의무를 부과하고 있는바, 청구인들은 어떠한 집행행위에 의하지 않더라도 위 조항 자체에 의하여 직접 그러한 불법정보의 유통금지의무를 부담하게 된다고 할 것이므로, 위 조항은 기본권 침해의 직접성을 갖추고 있다.

나. 이 사건 방송통신위원회법 조항, 이 사건 불법정보 조항, 이 사건 삭제요구 조항, 이 사건 심의규정 제7조 제4호 및 제8조 제4호 마복 부분

이 사건 방송통신위원회법 조항은 피청구인의 직무 중 하나로 “전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구”를 규정하고 있다.

이 사건 불법정보 조항을 포함하고 있는 이 사건 시행령 제8조 제1항은 이 사건 방송통신위원회법 조항의 위임에 따라 피청구인이 심의·시정요구하는 정보의 대상을 정보통신망법 제44조의7에 규정한 불법정보 등으로 규정하고 있으며, 이 사건 삭제요구 조항을 포함하고 있는 이 사건 시행령 제8조 제2항은 피청구인이 정보통신망을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보에 대하여 할 수 있는 시정요구의 유형을 규정하고 있다.

한편, 이 사건 심의규정 제7조 제4호, 제8조 제4호 마복은 모두 정보통신에 관한 심의기준을 정한 조항이다(방송통신위원회법 제24조 제2호는 피청구인이 이 사건 방송통신위원회법 조항에 의한 심의를 하기 위한 정보통신에 관한 심의규정을 제정·공표하도록 하고 있으나, 피청구인은 이 사건 시정요구 당시 위 규정에 의한 심의규정을 비치 제정·공표하지 않았으므로, 기존에 정보통신윤리위원회가 내부적으로 사용하던 이 사건 심의규정을 기준으로 하여 심의 및 시정요구를 진행하였다).

위 법령조항들 및 심의규정들은 모두 직접적으로 청구인들의 자유를 제한하거나, 의무를 부과하거나, 권리 또는 법적 지위를 박탈하는 것이 아니라, 피청구인의

시정요구라는 구체적인 집행행위를 매개로 하여야만 비로소 청구인들의 권리의무에 영향을 미치는 것이므로, 그 자체로써 직접 기본권을 제한하지 않는다.

따라서 이 부분 각 심판청구는 직접성의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 할 것이다.

나. 이 사건 시정요구 부분

(1) 기본권침해 가능성 있는 공권력의 행사인지 여부

(가) 정점

헌법재판소법 제68조 제1항은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자가 헌법소원을 제기할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘공권력’이란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용을 말하고(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 692), 그 행사 또는 불행사로 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시키는 것이어야 한다(헌재 2008. 1.17. 2007헌마700, 판례집 20-1 상, 139, 154-155 등).

피청구인은, 이 사건 시정요구는 게시글이 건전한 통신윤리에 저해되는 정보를 확인하고 서비스제공자 등에게 해당 정보를 삭제하도록 권고하는 것으로서 단순한 권고적·비권력적 행위에 불과하여 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당하지 않는다고 주장하므로 이를 살핀다.

(나) 피청구인이 행정기관인지 여부

이 사건 방송통신위원회법 조항은 피청구인의 직무의 하나로 “전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여

필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구"를 규정하고 있다.

피청구인은 방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 장려하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 방송통신위원회법에 의하여 설립된 기관으로(제18조 제1항), 피청구인의 위원은 대통령이 위촉하고, 구성과 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(제18조 제3항, 제7항), 별도의 기금 이외에 국고에서 피청구인의 운영 등에 필요한 경비를 지급받을 수 있도록 하고 있다(제28조). 피청구인은 이 사건 방송통신위원회법 조항에서 정한 정보의 심의 및 시정요구 외에 방송법 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결 등을 할 수 있고, 심의규정의 제정 및 공표를 하며, 심의규정에 위반되는 경우에는 그 제재조치를 결정할 수 있다(제21조, 제24조, 제25조).

이와 같이 피청구인의 설립, 운영, 직무에 관한 내용을 종합하면, 피청구인이 공권력 행사의 주체인 국가행정기관임을 인정할 수 있다.

(다) 시정요구의 종류 및 효과

시정요구의 종류는 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항이다(방송통신위원회법 시행령 제8조 제2항).

서비스제공자 등은 시정요구를 받은 경우 그 조치결과를 피청구인에 지체 없이 통보하여야 한다(같은 조 제3항). 만일 해당 정보가 정보통신방법 제44조의7 제1항 제1호부터 제6호까지의 규정에 따른 불법정보인 경우 서비스제공자

등이 시정요구에 따르지 아니하면 피청구인은 방송통신위원회에 서비스제공자 등에 대하여 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있고(방송통신위원회법 시행령 제8조 제4항), 방송통신위원회는 이에 따라 서비스제공자 등으로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 정보통신위원회법 제44조의7 제1항 제2, 3호에 해당하는 '사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보'나 '공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보'의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 취급의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다(정보통신방법 제44조의7 제2항).

또한 해당 정보가 정보통신방법 제44조의7 제1항 제7호부터 제9호까지의 정보에 해당하는 경우에는 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있고, 피청구인이 시정요구를 하였지만 서비스제공자 등이 시정요구에 따르지 아니하였을 것을 요건으로 방송통신위원회는 서비스제공자 등에게 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다(정보통신방법 제44조의7 제3항).

위 44조의7 제2항 및 제3항에 따른 방송통신위원회의 명령을 이행하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(정보통신방법 제73조 제5호).

한편, 시정요구에 대하여 서비스제공자 등과 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 피청구인에게 이의신청을 할 수 있다(방송통신위원회법

시행령 제8조 제5항).

(다) 청구인들의 표현의 자유와의 관련성

우리 헌법은 모든 국민에게 표현의 자유를 보장하고 있는바(헌법 제21조), 그 중요성을 고려할 때 형사처벌 등 법적 제재가 수반되지 않더라도 만일 해당 공권력의 행사가 표현의 자유를 위축시켜 상대방으로 하여금 스스로 표현 행위를 자제하게 만든다면, 그 공권력 작용은 그 정도에 따라 표현의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수도 있다.

이 사건 시정요구는 행정지도 내지 권고의 외관을 띠고 있지만, 그 상대방은 표현의 자유를 침해당하는 해당 정보의 게시자가 아니라 사실상 제3자인 서비스제공자 등이고, 서비스제공자 등은 게시자의 유지보다는 사업상의 감독 기관인 방송통신위원회 및 피청구인과의 원활한 협조관계에 활동한 이해관계를 갖고 있으므로, 정보의 삭제 등 시정이 정보게시자의 의사나 동의에 의해서가 아니라 행정기관의 개입과 이에 따르는 서비스제공자 등의 이행에 의하여 이루어지게 된다.

또한 시정요구는 해당 정보의 삭제 또는 접속차단을 넘어 이용자에 대한 이용정지 또는 이용제한에까지 이를 수 있으므로, 정보통신망 이용자의 표현의 자유를 위축시켜 스스로 표현 행위를 자제하게 만드는 위축효과가 결코 작다고 할 수 없다.

(나) 판단

이상에서 본 바와 같이, 행정기관인 피청구인의 시정요구는 서비스제공자 등에 게 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, 서비스제공자 등이 이에 따르지 않는 경

우 방송통신위원회의 해당 정보의 취급 거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 내려질 수 있으며, 행정기관인 피청구인이 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것이므로, 이는 단순한 행정 지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 상당히 강하게 갖는 것으로서 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다.

(2) 보충성 원칙의 충족 여부

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법 보장된 기본권을 침해받은 자는 다른 법률에 구제원차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원 심판을 청구할 수 없다.

앞서 본 바와 같이 이 사건 시정요구를 공권력의 행사라고 보는 이상 이는 항고소송의 대상에 해당하는 행정처분이라 할 것이고, 청구인들은 이 사건 시정요구에 의하여 표현의 자유를 침해받을 우려가 있으며, 이 사건 시정명도 이용자인 청구인들의 이의신청권을 규정하고 있는 점(제8조 제5항) 등에 비추어 보면, 청구인들의 원고적격도 인정할 수 있으므로, 청구인들은 이 사건 시정요구에 대하여 행정소송을 제기할 수 있다.

따라서 이러한 권리구제원차를 거치지 아니하고 제기된 이 부분 심판청구는 보충성을 결여하여 부적법하다고 할 것이다.

다. 소결

그렇다면 이 사건 정보통신방법 조항을 제외한 나머지 심판대상조항들에 대한 청구는 모두 부적법하므로, 이 사건 정보통신방법 조항에 대하여만 본안판단을 하기로 한다.

4. 이 사건 정보통신방법 조항에 대한 본안판단
가. 시정요구제도의 연혁

(1) 시정요구제도의 도입

2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정된 정보통신방법은 종래 전기통신사업법이 규정하고 있던 불법통신에 관한 규제제도를 동법의 규율내용으로 받아들였다. 그리하여 불법통신의 내용에 관한 규제는 종전 전기통신사업법으로부터 정보통신방법으로 그 위치를 옮기게 되었다.

개정된 정보통신방법은 이 사건 시정요구제도와 유사한 형태의 시정요구제도를 처음으로 도입하였다. 즉, 제44조의9 제1항 제3호에 정보통신윤리위원회의 직무로서 '정보통신망을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 이 법 및 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구'를 규정하였다.

(2) 방송통신위원회법의 제정

2008. 2. 29. 법률 제8867호로 방송통신위원회법이 새로이 제정되었다. 그 목적은 방송과 통신의 균형발전을 위하여 종래 방송위원회와 정보통신부로 이원화되어 있던 방송통신 관련 기능을 통합하여 방송통신위원회에서 규율하도록 하기 위함이다. 대통령 소속의 방송통신위원회는 기존에 정보통신윤리위원회가 행하던 정보통신에 대한 규제 역할과 정보통신부가 보유하던 방송 및 정보통신사업에 대한 각종의 인허가 및 승인권을 갖게 되었다.

방송통신위원회 신하에는 방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 장달하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 피청구인을 설치하였는바, 피청구인의 직무 가운데 하나로서 이 사건 방송통신위원회

법 조항에서 "전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구제도"를 규정하였다.

이로써 이 사건 정보통신방법 조항에서 유통을 금지하는 정보가 유통된 경우 앞의 "3. 다. (1)의 (다) 시정요구의 종류 및 효과" 부분에서 본 바와 같이 이 사건 방송통신위원회법 조항에 따른 시정요구와 방송통신위원회의 취급거부·정지·제한명령제도(정보통신방법 제44조의7 제3항)라는 두 가지 단계적 내지 중첩적 규제가 정립되게 되었다.

나. 명확성 원칙 위반 여부

(1) 명확성 원칙의 요구 정도

법치국가원리의 한 표현인 명확성 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다. 그러나 명확성 원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다고 할 것이다(헌재 2011. 10. 25. 2010헌바272, 공보 제181호, 1605, 1607 등).

이 사건 정보통신방법 조항을 포함한 정보통신방법 제44조의7 제1항은 누구든지 정보통신망을 통하여 각 호에 규정된 불법 정보를 유통해서는 아니 된다고 하

고 있는바, 이에 위반하여 불법정보를 유통시킨 자를 형사처벌하는 조항은 없으나, 앞서 본 바와 같이 해당 정보가 위 조항 각 호에 해당하는 경우 서비스제공자 등에게 피청구인이 해당 정보의 시정요구를 하거나, 방송통신위원회가 해당 정보의 취급거부, 정지 또는 제한을 명할 수 있고, 서비스제공자 등이 방송통신위원회의 명령에 따르지 않을 경우 형사처벌을 받게 된다(정보통신방법 제73조 제5호).

따라서 이 사건 정보통신방법 조항은 엄밀한 의미에서 형사처벌조항은 아니지만 형사처벌과 밀접한 관련이 있는 조항이고 동시에 표현의 자유를 제한하고 있으므로, 엄격한 의미의 명확성 원칙이 적용된다.

한편, 명확성 원칙의 엄격한 적용이 요구되는 경우라 하더라도 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 여부를 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다(헌재 2001. 6. 28. 99헌바31, 판해집 13-1, 1233 등 참조).

(2) 판단

이 사건 정보통신방법 조항은 누구든지 정보통신망을 통하여 ‘그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보’를 유통하여서는 아니된다고 규정하고 있는바, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반 국민이 이로써 유통이 금지되는 정보의 기준과 범위를 충분히 예측할 수 있는지가 문제이다.

우선 이 사건 정보통신방법 조항에서 사용하고 있는 ‘범죄’, ‘교사’, ‘방조’라는

용어는 행위를 비롯한 법률에서 널리 사용되고 있고, 그 의미는 법률에 규정되어 있거나 판례에 의해 정립되어 왔다.

범죄된 형사처벌의 대상이 되는 행위로서 형법 등 법률에 규정된 구성요건에 해당하고 위법성과 책임이 인정되는 행위를 의미한다. 이 때 ‘범죄’의 범위와 관련하여 특별한 제한구정이 없으므로 법정형의 경중을 불문하고 형사처벌의 대상이 되는 모든 범죄로 해석함이 상당하다. 그리고 ‘교사’는 타인으로 하여금 범죄를 결의하여 실행하게 하는 행위를, ‘방조’는 타인의 범죄를 용이하게 하는 행위를 말한다.

따라서 ‘범죄를 목적으로 하는 내용의 정보’란 범죄를 실행하기 위한 목적으로 유통시킨 것으로서 내용 자체에 의해 그 범죄 목적을 판단할 수 있는 정보를, ‘범죄를 교사 또는 방조하는 내용의 정보’란 타인으로 하여금 범죄를 실행할 결의를 일으키게 하는 내용이나 타인의 범죄를 용이하게 하는 내용을 담고 있는 정보를 의미한다고 해석할 수 있다.

이 때 이 사건 정보통신방법 조항에서 ‘범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보’의 유통을 금지하는 목적이 불특정인을 상대로 신속하고 광범위한 정보유통이 가능한 온라인매체를 범죄에 이용하거나 범죄를 조장하는 데 이용하는 경우 그 위험이 매우 크기 때문에 이를 조기에 차단하려는 데 있다는 점을 감안하면, 정보게시자가 범행에 착수하였거나 혹은 교사 또는 방조된 정범이 범행에 착수하였을 필요는 없다고 할 것이다.

(3) 소결

그렇다면 이 사건 정보통신방법 조항은 수법자의 예견가능성을 해하거나 행정

기관이 자의적 집행을 가능하게 할 정도로 불명확하다고 할 수 없으므로, 명확성 원칙에 위배되지 아니한다.

다. 과잉금지 원칙 위반 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

전기통신망 특히 인터넷 매체는 기존의 통신수단과는 차원이 다른 신속성, 확장성, 복제성을 가지고 있어 '범죄를 목적으로 하거나 교사·방조하는 내용의 정보'를 유통할 경우 실제 범죄의 발생 가능성 및 피해가 급속히 확산될 우려가 크므로, 이러한 피해를 방지하고 정보통신망을 건전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하기 위하여 이 사건 정보통신망법 조항에서 위와 같은 정보의 유통을 금지하는 것은 입법목적이 정당하다.

그리고 전문기관인 피청구인으로 하여금 해당 정보가 위와 같이 유통이 금지된 정보에 해당하든지 여부를 심의하게 하고 피청구인의 시정요구 또는 방송통신위원회의 취급거부·금지·제한명령제도를 통하여 정보의 유통을 조기에 차단하는 것은 이러한 입법목적 달성에 적절한 수단이 된다 할 것이다.

(2) 최소침해성 및 법익균형성

인터넷에서 유통되는 정보는 그 형식의 다양성, 규모 및 전파성에 있어 기존의 정보와는 근본적인 차이가 있고, 계속적으로 새로운 형태로 확대재생산될 가능성이 높기 때문에 인터넷이 범죄를 조장하거나 범행을 실행하는 데 사용되는 것을 막기 위하여는 어느 정도 유연한 해석이 가능하도록 포괄적으로 규정할 필요가 있고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 정보통신망법 조항은 수법자의 예견가능성을 해하거나 행정기관의 자의적 집행을 가능하게 할 정도로 불명확하다고

할 수는 없으므로, 불명확성에서 유래하는 과도한 제한의 문제는 발생하지 않는다.

또한 어떤 행위가 반사회적 행위로서 범죄에 해당하는가의 결정은 국민의 대표기관인 입법자의 판단에 맡겨져 있는 것인바, 입법기관이 범죄로 정한 행위를 목적으로 하거나 이를 교사 또는 방조하는 내용의 정보는 '그 자체로서 불법성이 뚜렷하고 사회적 유해성이 명백한 표현물'(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480)에 해당하므로 이를 표현의 자유에 대한 과도한 제한이라고 할 수 없다.

게다가 이 사건 정보통신망법 조항에 해당하는 정보를 유통하는 경우에도 이를 형사처벌하는 것이 아니라 해당 정보의 시정요구제도, 취급거부·금지·제한명령제도를 통하여 그 정보에 대한 접근을 차단하거나, 삭제, 해당 사이트의 이용제한을 하는 데 불과한 점, 피청구인이 시정요구를 한 경우 서비스제공자 등과 해당 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 이의신청을 할 수 있도록 하고 (이 사건 시행령 제8조 제5항), 피청구인이 정보통신망법 제44조의7에 따른 제재조치를 정하려는 때에는 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하며(방송통신위원회법 제25조 제2항, 제1항 제2호), 방송통신위원회가 위 제재조치를 명할 때에는 미리 해당 이용자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하는 점(정보통신망법 제44조의7 제4항) 등을 종합하면, 입법자가 이 사건 정보통신망 조항의 금지의무를 위반한 자를 제재하는 수단 및 법적 효과를 설정함에 있어서, 그들의 기본권 침해를 최소화하도록 배려하였다고 볼 수 있으므로, 최소침해성과 법익균형성도 충족한다.

(3) 소결

결국 이 사건 정보통신망 조항이 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

5. 결론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구 중 이 사건 방송통신위원회법 조항, 이 사건 불법정보 조항, 이 사건 삭제요구 조항, 이 사건 심의규정 제7조 제4호 및 제8조 제4호 마복, 이 사건 시정요구에 대한 부분은 부적법하므로 모두 각하하고, 나머지 부분은 이유 없어 기각하기로 하여, 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 이 사건 심판청구 중 이 사건 정보통신방법 조항 부분에 관하여 아래 6.과 같은 재판관 김중대, 재판관 송두환, 재판관 이정미의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 김중대, 재판관 송두환, 재판관 이정미의 이 사건 정보통신방법 조항 부분에 대한 반대의견

우리는 이 사건 정보통신방법 조항이 헌법상 표현의 자유의 제한에 관한 명확성의 원칙 및 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 표현의 자유를 침해한다고 생각하므로, 다음과 같이 의견을 밝힌다.

가. 명확성원칙 위반 여부

(1) 표현의 자유와 명확성원칙

법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 구체내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있어야 한다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-269 참조).

표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 이러한 명확성원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유는 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 존재인바, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하고, 그 결과 다양한 의견, 견해, 사상이 자유롭게 표출되게 함으로써 이러한 표현들이 상호 검증을 거처도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 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 높고, 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 판례집 22-2 하, 694 등 참조).

(2) 판단

이 사건 정보통신방법 조항은 ‘그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보의 유통을 금지하고 있고, 이는 크게 ‘범죄를 목적으로 하는 내용의 정보’와 ‘범죄를 교사 또는 방조하는 내용의 정보’로 나눌 수 있으므로, 이로써 일반 국민이 유통이 금지되는 정보의 기준과 범위를 예측할 수 있는지 여부에 관하여 순차적으로 검토한다.

(가) ‘범죄를 목적으로 하는 내용의 정보’의 불명확성

일반적으로 ‘범죄’의 개념이 분명하다 하더라도, ‘범죄를 목적으로 하는 내용의 정보’라는 개념이 명확하다고 할 수는 없다.

이 사건 정보통신방법 조항 외에, 정보통신방법 제44조의7 제1항 제1호 내지 제

8호는 유물이 금지되는 각 정보의 내용을 구체적으로 한정하고 있다. 즉, 「1. 음란한 부호·문안·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·문안·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 정보로 유물이 금지되는 정보」에 관하여는, 정보통신망을 이용하든 수범자 또는 이를 규제하는 행정기관 모두 어떠한 내용이 금지되고 어떠한 내용이 허용되는지를 알 수 있을 것으로 보인다.

그런데, 이 사건 정보통신망법 조항에서는 '범죄를 목적으로 하는 내용'이라고 하여 단지 정보게시자의 주관적 의도만을 규정하고 있을 뿐, 해당 정보의 '내용'을 달리 한정하거나 또는 그에 관한 어떤 지점도 제시하지 않고 있으므로, 이 사건 정보통신망법 조항에 의해 규제되는 정보의 내용은 무한정 확대될 수 밖에 없고, 특정한 표현이 과연 범죄를 목적으로 하는 표현인지 여부에 대하여 그 경계를 객관적으로 설정하기 어렵다.

또한, 위 제1호 내지 제8호의 정보는 모두 그러한 내용의 정보를 게시하는 행위

가 특정 형사처벌조항의 구성요건 중 일부나 전부를 충족시키는 행위에 해당하는 데 반하여, 이 사건 정보통신망법 조항에서는 '범죄를 목적으로 하는'이라는 주관적 의도만을 규정하고 있어서, 범죄를 목적으로 하는 내용의 정보를 게시한 경우라면 그 게시행위가 구성요건적 행위에 해당하지 아니하고 법행 준비행위나 모의 단계에 불과한 경우도 포함될 수 있게 되어, 과연 어느 범위까지 이에 해당된다고 보아야 할 것인지, 행정기관이 어떤 범위에서 법을 적용할 것인지 예측하기 어렵다.

나아가, 다수의견도 지적한 바와 같이, 이 사건 정보통신망법 조항은 '범죄'의 종류에 아무런 제한을 가하고 있지 아니하여, 형법 또는 각종 형사특별법에 규정된 여러 범죄 외에도 경범죄처벌법상의 경범죄뿐만 아니라 수많은 행정법규상의 경미한 행정법규까지도 모두 여기에 포함되게 되어 있다. 이런 광범위한 '범죄' 개념에 '목적'이라는 주관적이고 추상적인 개념까지 결합되는 경우, 그 한계를 설정하기가 대단히 어렵게 된다. 경범죄, 행정법 등까지 망라한다면, 진물리 '범죄의 목적'이 없다고 단정짓기 어려운 내용의 정보는 실로 무수할 것이기 때문이다.

결국 이 사건 정보통신망법 조항 중 '그 밖에 범죄를 목적으로 하거나' 부분은 그 의미가 모호하고 불명확하다.

(나) '범죄를 교사 또는 방조하는 내용의 정보'의 의미
다수의견과 같이, 범죄의 '교사'란 타인으로 하여금 범죄를 결의하여 실행하게 하는 것을 의미하고, 범죄의 '방조'란 범죄의 실행행위를 용이하게 하는 지점, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서, 그 방조는 유형적·물질적인 방조뿐만 아니라 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적·정신적 방조행위

까지도 이에 해당된다.

그러나, 일반적인 '교사'나 '방조'의 의미가 위와 같다고 하여, '범죄를 교사 또는 방조하는 내용의 정보'라는 개념이 명확해지는 것은 아니다. 다수의견에서 밝힌 바와 같이, 불특정인을 상대로 신속한 정보유동이 가능한 온라인매체에 대한 내용 규제 제도의 속성상, 이 사건 정보통신방법 조항에 의한 규제는 정부의 존재나 정부의 실행의 착수와는 상관없이 정보의 내용만으로 하는 것일 수밖에 없다는 점에서 처벌법규에서의 교사나 방조의 개념과는 다르다고 볼 수 있고, 그 한계가 객관적으로 확정되어지기 어렵다.

교사의 개념은 캠페인, 선전, 선동 등의 개념과 구별하기 어렵고, 특히 그렇지 않아도 원래 형법상 방조의 개념이 비정형적인 측면을 가지고 있어 그 해당 여부에 관한 판단이 쉽지 아니한데, 이 사건 정보통신방법 조항은 '본법의 실행행위', '방조행위와 본법의 실행행위 사이의 인과관계'도 요구하지 아니함으로써, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로서 도대체 어디까지가 이 사건 정보통신방법 조항에 의해 규제되는 정보인지 판단하기가 불가능해진다.

(다) 개별화·유형화를 통한 명확성 추구의 포기

헌법재판소는 이른바 불온통신 사건에서, "규제대상이 다양·다기하다 하더라도 개별화·유형화를 통한 명확성의 추구를 포기하여서는 아니 되고, 부득이한 경우 국가는 표현규제의 과잉보다는 오히려 규제의 부족을 선택하여야 할 것이다. 해악이 명백히 검증된 것이 아닌 표현을 규제하는 것은 녹보다 실이 크다고 보는 것이 표현의 자유의 본질이기 때문이다."(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 630)라고 판단한 바 있다.

그런데, 이 사건 정보통신방법 조항은 제1호 내지 제8호의 개별화·유형화된 규제 외에 다시 나아가 '그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사·방조하는 내용의 정보'의 유통을 금지하는 포괄적인 금지규정을 들으로써 명확한 입법을 구현하고자 하는 노력을 스스로 불각시키고 있다.

이와 같이 그 경계가 모호한 광범위한 표현행위를 불법적 표현이라 하여 금지한다면, 집행기관의 주관적 판단에 기한 자의적인 집행 가능성이 매우 높을 뿐 아니라, 정보통신서비스 이용자로서는 과연 어떤 표현이 범죄를 목적으로 하는 내용, 또는 범죄를 교사, 방조하는 내용의 표현이 되는 것인지를 예측하기 어려워, 표현의 자유에 대한 중대한 위축효과를 가져온다.

(3) 소결

이 사건 정보통신방법 조항은 명확성의 원칙에 위배된다.

나. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 명확성원칙과 과잉금지원칙의 관계

헌법 제37조 제2항에 근거한 과잉금지원칙은 모든 기본권제한입법의 한계원리이므로 표현의 자유를 제한하는 입법도 이 원칙을 준수하여야 함은 물론이나, 표현의 자유의 경우에 과잉금지원칙은 위에서 본 명확성원칙과 밀접한 관련성을 지니고 있다. 불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되므로 과잉금지원칙과 조화할 수 없게 되는 것이다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 628).

이 사건 정보통신방법 조항은 '범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내

용의 정보' 일반을 불법정보의 내용으로 하여 규제를 가하는 것으로서, 불법정보 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋나는 것이 아닌지를 검토할 필요가 있다.

서비스제공자 등에게 해당 정보의 취급거부 등을 명하여 정보의 유통을 차단하는 조치는 형사처벌하는 것에 비하여 상대적으로 덜 제한적인 수단이라고 보는 견해도 있으나, 아래에서 보는 바와 같이 사법부의 판단 전에 행정기관에 의해 표현의 내용이 규제되는 경우는 자의적 집행의 위험이 더욱 커지는 점, 이 역시 표현의 자유에 대한 중대한 제한에 해당하는 점에 비추어, 사회 공동체에 중대한 위험성이 발생할 수 있는 한정된 유형의 범죄, 해당 정보로 인하여 범죄가 발생하여 구체적으로 사회공동체에 중대한 해악을 끼칠 가능성이 명백히 인정되는 경우 등 엄격한 요건 하에 인정되도록 할 필요가 있다.

(2) 표현행위에 대한 지나치게 광범위한 규제

표현행위의 내용에 대한 광범위한 개념에 의한 규제는 다양한 의견간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고 건전하게 해소할 가능성을 봉쇄한다.

진체주의 사회와 달리 국가의 무류성(無緣性)을 믿지 않으며 다원성과 가치상대주의를 이념적 기초로 하는 민주주의 사회에서, 상대적이고 가변적인 개념을 갖대로 표현의 허용 여부를 국가가 재단하게 되면 언론과 사상의 자유시장이 왜곡되고, 정치적, 이데올로기적으로 악용될 우려가 있다. 민주주의에서 어떤 표현이나 정보의 가치 유무, 해악성 유무를 국가가 1차적으로 재단하여서는 아니 되고 시민

사회의 자기교정기능, 사상과 의견의 경쟁메커니즘에 맡겨야 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 339-340; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 631-632 참조).

이 사건 정보통신방법 조항의 '범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보' 개념은 지나치게 광범위하거나 불명확한 개념으로서, 표현의 자유를 제한하기에는 적합하지 아니한 개념이다.

일반적으로 범죄는 사회적 해악으로서 이를 규제하는 것은 공익상의 필요에 기초한 것이라 할 것이나, 어떤 행위를 범죄에 해당한다고 볼 것인지에 관하여 사회적 논란이 있는 경우도 있고, 예민한 정치·경제·사회적 이슈에 관한 표현들은 어떤 범죄와 일정한 관련성을 가질 가능성이 있으며, 범죄를 목적으로 하는 등의 정보 유통행위로 판단받을 가능성도 있다. 따라서, 표현행위는 직접적인 범죄행위와 구분되어야 하고, 그 표현 자체로서 급박하고 심대한 사회적 해악을 발생시키는 경우가 아닌 이상, 가급적 자유의 영역으로서 보장할 필요가 있다. 이와 같은 표현은 다른 표현과 함께 사상의 자유시장 속에서 토론, 경쟁하도록 보장하여야 할 필요가 있는 것이다.

정치적·경제적·사회적·사상적 쟁점에 관한 표현들이 '범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 정보 유통행위로서 규제될 가능성이 있다면, 정보통신서비스 이용자들의 토론의 주체성 및 자유로운 표현행위가 위축되지 않을 수 없고, 이로 말미암아 다양한 사회세력에 대한 비판적 표현이 배제되고 표현의 자유에 관한 기본권을 보장함으로써 달성하고자 하는 가치의 본질적 기능이 훼손될 위험이 있다.

한편, 현재 인터넷상 과도한 표현에 의하여 법의 침해가 발생하고 있는 영역은 인터넷상 표현에 의한 명예훼손, 모욕, 사생활 침해 등 개인적 법익을 침해하는 영역 및 사행행위 또는 음란정보의 유통행위 영역이다. 그런데 해당 영역에 관한 규제는 이미 정보통신방법 제44조의7 제1항 제1, 2, 3, 6호에 의하여 금지되고 있는데, 이 사건 정보통신방법 조항에서 별도로 '범죄의 목적' 내지 '범죄의 교사·방조'라고 하는 추상적인 개념을 사용하면서까지 표현의 자유를 규제할 필요성이 인정된다고 보기도 어렵다.

(3) 행정기관에 의한 표현의 내용규제

헌법 제21조 제2항에서 언론·출판에 대한 검열을 원대적으로 금지하고 있는 이유는, 행정기관에 의한 검열제가 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의를 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사건에 억제함으로써 이른바 관제 의견이나 지배자에게 부해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 직접 그 금지를 규정하고 있는 것이다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13, 판례집 8-2, 212, 222).

이 사건 정보통신방법 조항의 '범죄 목적' 또는 '범죄의 교사, 방조' 여부에 관한 제1차적 판단권은 행정기관인 피청구인에게 부여되어 있고, 이에 기초하여 피청구인이 서비스제공자 등에게 표현행위에 대한 시정요구를 하거나 방송통신위원회가 해당정보의 취급거부·정지·제한명령을 할 수 있다.

비록 위와 같은 시정요구 제도나 취급거부·정지·제한명령 제도가 헌법 제21조 제2항에 의하여 금지되는 행정기관에 의한 사전검열의 정도에 이르지는 아니하지만, 행정기관의 성격을 갖고 있는 피청구인이나 방송통신위원회가 정보의 내

용을 선별하여 일정한 정보의 시정요구나 취급거부 등을 명할 수 있도록 하고 있는 것은 사전검열제와 유사한 위헌성을 내포하고 있다.

따라서, 이러한 행정기관에 의한 내용규제의 기준은 법률로 보다 명확히 규정될 필요가 있을 뿐 아니라, 표현행위 중에서도 사법기관의 사법적 질치진행 결과를 기대해서는 그 위해를 방지할 수 없는 극히 예외적인 경우, 즉 그 사회적 해악이 중대하고 위험이 명백한 경우에 한정되어야 하는 것이다.

그런데, 이 사건 정보통신방법 조항은 사법기관이 아닌 행정기관으로 하여금 특정한 표현행위 자체가 범죄구성요건에 해당하는 위법, 유책한 행위인지 여부를 훨씬 지나쳐 특정한 표현행위가 범죄를 교사, 방조하고 있는 것인지, 더 나아가 범죄의 목적이 있는지 여부까지 자체 판단한 후, 그러한 표현에 대하여 취급거부·정지·제한명령까지 할 수 있도록 하고 있다. 또한 그 규제대상을 모든 범죄 관련 정보로 하여 대단히 포괄적으로 규제하면서, 그 해악의 중대성과 결과발생의 현실적 위험성 등의 요소에 대하여는 전혀 고려하고 있지 않다.

행정기관에게 이와 같이 광범위한 규제대상에 관하여 포괄적인 규제권한을 부여한다면, 규제대상인 표현이 특정인, 특정세력, 특정집단, 특정가치관에 불리한지, 유리한지에 따라 차별적·편향적인 법집행이 이루어질 수 있도록 불공평한 효과를 발생하므로, 이 사건 정보통신방법 조항은 표현의 자유가 가지는 민주주의 기능이나 표현의 자유의 사법적 보장을 충분히 배려한 것이라고 하기 어렵다.

(4) 소결

결국, 이 사건 정보통신방법 조항은 표현행위에 대하여 지나치게 광범위한 규제

를 하고 있는 점, 이로 인하여 행정기관에 의한 자의적 집행이 가능한 점 등에 비
추어 볼 때, 과잉금지원칙에 위배된다 할 것이다.

다. 결어
이 사건 정보통신방법 조항은 명확성원칙 및 과잉금지원칙을 위반하여 표현의
자유를 침해한다.

2012. 2. 23.

재판장 이강국 _____

재판관 김중대 _____

재판관 민형기 _____

재판관 이동훈 _____

재판관 복영준 _____

재판관 송두환 _____

재판관 박한철 _____

재판관 이정미 _____

[별지]

관련조항

○ 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 것)

제18조(방송통신심의위원회의 설치 등) ① 방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하녀 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 독립적으로 사무를 수행하는 방송통신심의위원회(이하 "심의위원회"라 한다)를 둔다.

② 심의위원회는 9인의 위원으로 구성한다. 이 경우 심의위원회 위원장(이하 "심의위원장"이라 한다) 1인, 부위원장 1인을 포함한 3인의 위원을 상임으로 한다.

③ 심의위원회 위원(이하 "심의위원"이라 한다)은 대통령이 위촉한다. 이 경우 3인은 국회의장이 국회 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 추천한 자를 위촉하고, 3인은 국회의 소관 상임위원회에서 추천한 자를 위촉한다.

④ 심의위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 상임위원 3인은 호선하고, 보수 등 직무에 관하여 필요한 사항은 심의위원회 규칙으로 정한다.

⑤ 심의위원의 임기는 3년으로 하되, 1회에 한하여 연임할 수 있다. 다만, 사고로 결원이 생긴 경우에 위촉되는 보궐 심의위원의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

⑥ 심의위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때에는 부위원장, 심의위원회이 미리 정한 심의위원 순으로 그 직무를 대행한다.

⑦ 심의위원회의 구성과 운영에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

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 사항의 심의

4. (생략)

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

제24조(심의규정의 제정·공표 등) 심의위원회는 제21조에 정한 직무를 수행함에 필요한 다음 각 호의 심의규정을 제정·공표한다.

1. '방송법', 제33조에 따른 방송심의에 관한 규정

2. 제21조 제3호 및 제4호를 심의하기 위한 정보통신에 관한 심의규정

제25조(제재조치 등) ① 심의위원회는 방송 또는 정보통신의 내용이 제24조의 심의규정에 위반된다고 판단하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나의 제재조치 등을 정할 수 있다.

1. '방송법', 제100조 제1항에 따른 제재조치·권고 또는 의견제시

2. '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률', 제44조의7에 따른 불법

정보 유출에 대한 취급의 거부·정지 또는 제한

② 심의위원회는 제1항의 제제조치를 정하려는 때에는 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

③ 심의위원회는 제1항의 제제조치를 정한 때에는 위원회에 지체 없이 제제조치의 처분을 할 것을 요청하여야 한다.

④ 심의위원장은 제21조 제1호 내지 제4호에 따른 직무를 수행하기 위하여 필요한 경우에는 방송사업자 또는 '정보통신망의 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률' 제2조 제1항 제3호의 정보통신서비스제공자에게 관련 자료의 제출을 요구할 수 있다.

⑤ 위원회는 제3항에 따라 심의위원회으로부터 제제조치의 처분을 요청받은 때에는 '방송법' 또는 '정보통신망의 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'이 정하는 바에 따라 해당 사업자 등에 대하여 그 제제조치의 처분을 명명하여야 한다.

○ 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20739호로 제정된 것)

제8조(심의위원회의 심의대상 정보 등) ① (생략)

② 법 제21조 제4호에 따른 시정요구의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. (생략)

2. 이용자에 대한 이용정지 또는 이용제한

3. 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항

③ 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리자·운영자는 제1항 및 제2항에 따른

시정요구를 받은 경우에는 그 조치결과를 심의위원회에 지체 없이 통보하여야 한다.

④ 심의위원회는 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리자·운영자가 제1항에 따른 시정요구에 따르지 아니하는 경우로서 해당 정보가 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률' 제44조의7 제1항 제1호부터 제6호까지의 규정에 따른 불법정보인 때에는 방송통신위원회에 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리자·운영자로 하여금 그 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있다.

⑤ 제2항에 따른 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자, 게시판 관리자·운영자 또는 해당 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 심의위원회에 다음 각 호의 사항이 적힌 문서를 제출하여 이의신청을 할 수 있다.

1. 이의신청인의 명칭 또는 성명과 주소·전화번호·전자우편주소

2. 시정요구의 문서번호

3. 이의신청의 사유

4. 이의신청인의 기명날인 또는 서명

5. 그 밖에 이의신청을 위하여 필요한 사항

⑥ 심의위원회는 제5항에 따른 이의신청이 있는 날부터 15일 이내에 이를 심의하여야 한다.

⑦ 제6항에 따른 심의 결과에 대하여는 다시 이의신청을 할 수 없다.

○ 구 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것)

제44조의7(발행정보의 유통금지 등) ①누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호·문안·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시하는 내용의 정보
2. 사람을 비방할 목적으로 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보
3. 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문안·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 내용의 정보
4. 정당한 사유없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운송을 방해하는 내용의 정보
5. 「청소년보호법」에 따른 청소년유해매체물로서 상대방의 연령확인, 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. (생략)

② 방송통신위원회는 제1항제1호 내지 제6호의 규정에 따른 정보에 대하여는 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제18조에 따른 방송통신심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항제2호 및 제3호의

규정에 따른 정보의 경우에는 그러한 정보로 인하여 피해를 받은 자의 명시(명시)한 의사에 반하여 이를 명할 수 없다.

③ 방송통신위원회는 제1항제7호 내지 제9호의 규정에 따른 정보에 대하여는 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있는 경우에 한하여 요청을 받은 날부터 7일 이내에 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제18조에 따른 방송통신심의위원회의 심의를 거친 후 같은 법 제21조제4호에 따른 시정요구에도 불구하고 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자가 이에 응하지 아니하는 경우에는 그 취급의 거부·정지 또는 제한을 명하여야 한다. <개정 2008.2.29>

④ 방송통신위원회는 제2항 및 제3항의 규정에 따른 법령의 대상이 되는 정보통신서비스제공자, 게시판 관리·운영자 또는 해당 이용자에게 사전에 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

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