

모도기사 직선용 초고입니다.

## 헌 법 재 판 소

### 결 정

사 건 2011헌가13 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21

조 제4호 위헌제청

제 청 법 원 서울고등법원

제 청 신 청 인 최병성

인양시 만안구 인양9동 1094-1 중화브라운빌 101동 1306호

내리인 법무법인 상복

담당변호사 장주영

당 해 사 건 서울고등법원 2010누9428 시정요구처분취소

### 주 문

방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 것) 제21조 제4호는 헌법에 위반되지 아니한다.

### 이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상  
가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 포털사이트인 주식회사 다음커뮤니케이션(이하 '주식회사 다음'이라 한다)의 블로그에 국내산 시멘트의 유독성에 관한 글(이하 '이 사건 게시글'이라 한다)을 게재하였다.

(2) 방송통신심의위원회(이하 '심의위원회'라 한다)는 한국양회공업협회 등으로 부터 이 사건 게시글에 대한 심의신청이 제기되자, 이를 심의한 후 이 사건 게시글이 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'(이하 '정보통신망법'이라 고 한다) 제44조의7 제1항 제2호 소정의 불법정보인 '비방 목적의 명예훼손 정보'에 해당한다는 이유로, 2009. 4. 24. '방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률'(이하 '방송통신위원회법'이라 한다) 제21조 제4호, 같은 법 시행령 제8조 제1항, 제2항에 근거하여 주석회사 다음에 대하여 이 사건 게시글의 삭제를 요구하였다(이하 '이 사건 시정요구'라 한다).

(3) 제청신청인은 이 사건 시정요구에 대하여 이의신청을 제기하였으나 심의위원회가 2009. 6. 23. 이의신청을 기각하자, 2009. 8. 31. 심의위원회를 상대로 서울행정법원 2009구합35924호로 이 사건 시정요구의 취소를 구하는 소를 제기하였으나, 서울행정법원은 2010. 2. 11. 제청신청인의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다.

(4) 이에 심의위원회가 항소하여 당해 사건으로 항소심 계속중이던 2010. 6. 8. 제청신청인은 방송통신위원회법 제21조 제4호, 정보통신망법 제44조의7 제1항 제2호에 대하여 서울고등법원 2010아189호 위헌법률심판제청 신청을 하였고, 당해 법원은 2011. 2. 14. 그 중 방송통신위원회법 제21조 제4호에 대한 신청을 받아들여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 '방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률'(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 것) 제21조 제4호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

##### [심판대상조항]

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

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

4. 전기통신시설을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 진정한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정

요구

##### [관련조항]

별지 기재와 같다.

#### 2. 제정법원의 위헌제정 이유

가. 명확성원칙, 포괄위임입법금지 및 법률유보의 원칙의 위반

이 사건 법률조항에서의 '진정한 통신윤리'는 헌법 제21조 제4항의 '공중도덕이나 사회윤리'와 비교하여 불명확하여 불명확한 기준과 대강을 예측할 수 없이 있고, 어떤 내용들이 대통령령에 정하여질지 그 기준과 대강을 예측할 수 없게 되어 있으므로, 명확성의 원칙 및 포괄위임입법금지 원칙에 반한다.

나아가 법률로써 구체화하여야 할 것을 법률에 의하여는 전혀 구체화하지 않은 채 전적으로 행정입법에 맡겨놓은 것이므로, 실질적 법률유보원칙에도 반한다.

#### 나. 패임금지원칙 위반

이 사건 법률조항은 '진정한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서의 정보'라는 심의위원회의 심의 및 시정요구의 대상이 되는 정보의 개념을 전제로 하여 규제를 가하는 것인데, 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 일반적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 될 뿐만 아니라, 그 규제수단에 있어서도 방송통신위원회법 시행령 제8조 제2항 소정의 '해당 정보의 삭제 또는 접속차단', '이용자에 대한 이용정지 또는 이용제한'과 같은 그 회복이 원서회 관할 수단을 사용하고 있으므로, 패임금지의 원칙에 어긋난다.

#### 3. 재판의 전제성에 대한 판단

##### 가. 갱신

법원에 대한 위헌제청이 적법하기 위해서는 법원에 계속중인 구체적인 사건에 적용될 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 한다. 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면, 우선 그 법률이 당해 소송사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다. 심판대상 법률조항이 재판의 전제가 되는 요건을 갖추고 있는지의 여부는 제정법원의 견해를 존중하는 것이 원칙이며, 재판의 전제와 관련된 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없는 것으로 보이는 경우에만 예외적으로 이를 부인할 수 있다(헌재 2010. 9. 30. 2008헌가13, 공보 제168호, 1581, 1584 등).

당해 사건은 이 사건 법률조항에 기한 심의위원회의 시정요구를 취소해달라는 소송이다. 민일 법원이 시정요구를 항고소송의 대상이 되는 '처분'이 아니라 단순



헌 권고적·비권력적 행위라고 판단하여 각하할 것이지만, 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건의 결론이나 법률적 의미가 달라지지 않으므로 재판의 적체성을 부인될 수 밖에 없다.

그런데 당해 사건의 1심법원은 그 처분성을 인정하여 원고의 청구를 받아들여는 판결을 선고하였고, 그 항소심인 제정법원도 재판의 적체성이 인정됨을 전제로 위헌법률심판제청을 하였는데, 이러한 제정법원의 법률적 견해는 아래에서 보는 바와 같이 수긍할 만 하다.

나. 시정요구의 성격

(1) 심의위원회가 행정기관인지 여부

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

심의위원회는 방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 장담하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 방송통신위원회법에 의하여 설립된 기관으로(제18조 제1항), 심의위원회의 위원은 대통령이 위촉하고, 구성과 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(제18조 제3항, 제7항), 별도의 기금 이외에 국고에서 심의위원회의 운영 등에 필요한 경비를 지급받을 수 있도록 하고 있다(제28조). 심의위원회는 이 사건 법률조항에서 정한 정보의 심의 및 시정요구 외에 방송법 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결 등을 할 수 있고, 심의규정의 제정 및 공포를 하며, 심의규정에 위반되는 경우에는 그 제재조치를 결정할 수 있다(제21조, 제23조, 제25조).

이와 같이 심의위원회의 설립, 운영, 직무에 관한 내용을 종합하면, 심의위원회를 공권력 행사의 주체인 국가행정기관이라 인정할 수 있다.

(2) 시정요구의 종류 및 효과

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

(나) 정보통신서비스제공자 또는 게시관 관리·운영자는 시정요구를 받은 경우 그 조치결과를 심의위원회에 지체 없이 통보하여야 한다(방송통신위원회법 시행령 제8조 제3항).

정보통신서비스제공자 등이 시정요구에 따르지 아니하는 경우, 해당 정보가 정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호부터 제6호까지의 규정에 따른 불법정보인 때에는, 심의위원회는 방송통신위원회에 정보통신서비스제공자 등으로 하여금 그 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있고(방송통신위원회법 시행령 제8조 제4항), 방송통신위원회는 이에 따라 정보통신서비스제공자 등으로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 정보통신위원회법 제44조의7 제1항 제2, 3호에 해당하자는 ‘사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보’나 ‘공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문안·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, 심의위원회가 시정요구를 하였지만 정보통신서비스제공자 등이 시정요구에 따르지 아니하였을 것을 요건으로 방송통신위원회는 정보통신서비스제공자 등에게 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다(정보통신방법 제44조의7 제3항).

정보통신방법 제44조의7 제2항 및 제3항에 따른 방송통신위원회의 명령을 이행하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(정보통신방법 제73조 제5호).

(나) 한편 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자 등과 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 심의위원회에 이의신청을 할 수 있다(방송통신위원회의법 시행령 제8조 제5항).

### (3) 표현의 자유와의 관련성

(가) 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 표현행위를 자제하게 만든다면, 그 공권력 작용은 그 정도에 따라 표현의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수도 있다.

(나) 이 사건 시정요구는 행정지도 내지 권고의 외관을 띠고 있지만, 그 요

구의 상대방은 표현의 자유를 침해당하는 해당 정보의 게시자가 아니라 사실상 제3자인 서비스제공자 등이고, 서비스제공자 등은 게시물의 유지보다는 사업상의 감독기관인 방송통신위원회 및 심의위원회와의 원활한 협조관계에 될 등한 이해관계를 갖고 있으므로, 정보의 삭제 등 시정이 정보게시자의 의사나 동의에 의해서가 아니라 행정기관의 개입과 이에 따르는 서비스제공자 등의 이행에 의하여 이루어질 가능성이 높다.

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

### (4) 소결

(가) 이상에서 본 바와 같이, 행정기관인 심의위원회의 시정요구는 정보통신서비스제공자 등에게 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, 정보통신서비스제공자 등 이에 따르지 않는 경우 방송통신위원회의 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 예정되어 있으며, 행정기관인 심의위원회가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 유도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것이므로, 이는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 구체적·구속적 성격을 갖는 것으로서 헌법소원 또는 형고소송의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다.

(나) 따라서 이 사건 법률조항의 재판의 전제성이 인정된다.

### 4. 본안 판단

가. 명확성 원칙 위반



법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수법자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 판례집 10-1, 327, 341; 헌재 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 8).

이 사건 법률조항 중 ‘건전한 통신윤리’라는 개념은 다소 추상적이기는 하나, 건전화의 선을 이용하여 정보를 전달함에 있어 우리 사회가 요구하는 최소한의 질서 또는 도덕률을 의미하고, ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보(이하 ‘불안전정보’라 한다)’란 이러한 질서 또는 도덕률에 저해되는 정보로서 심의 및 시정요구가 필요한 정보라는 의미라고 할 것이다. 또한 정보통신영역의 광범위성과 빠른 변화속도, 그리고 다양하고 가변적인 표현형태를 문자화하기에 어려운 점을 감안할 때, 위와 같은 함축적인 표현은 불가피하다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

나. 포괄위임입법금지 원칙 위배 여부

#### (1) 위임입법의 범위와 한계

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거 및 그 범위와 한계를 제시하고 있는데, 이는 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고, 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하기 위한 것이다. 여기에서 ‘법률에서

구체적으로 범위를 정하여라 함은 법률에 이미 대통령령 등 하위법규에 규정된 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어 누구라도 그 자체로부터 대통령령 등에 규정된 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다.

#### (2) 위임의 구체성·명확성 요구의 완화

예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 위임입법의 위와 같은 구체성·명확성의 요구 정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 법률행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한되어야 하는 반면에, 자율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화된다(헌재 2003.12.18. 2002헌바49, 판례집 15-2 하, 502, 519--520)

이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 시정요구가 국민의 표현의 자유를 제한하는 측면이 있다고 하더라도, 그 불이행시의 법적 제재가 경미한 점에 비추어 형벌법규에 요구되는 정도로 엄격하게 위임의 요건과 범위를 규정하여야 하는 것은 아니다. 그리고 정보통신에 관한 영역은 시대적·기술적인 변화 상황에 따라 빠른 속도로 변동하고 있고, 인터넷과 스마트폰의 대중화로 허부가 다르게 새로운 정보의 내용과 유통형태가 출현하고 있으므로, 현실의 변화에 대응하여 유연하게 규율하도록 하기 위해서는 광범위하게 대통령령에 위임하여야 할 필요성도 있다. 따라

서 위임의 구체성과 명확성의 요구는 완화된다.

(3) 판단

이 사건 법률조항은 '건전한 통신망리의 함양을 위하여 필요한 사항'이란 요건을 추가하여 '전기통신시설을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보' 중 대통령령에 위임되는 심의 및 시정대상 정보의 범위를 한정하고 있다.

또한, 정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하여 국민생활의 향상과 공공부리의 증진에 이바지함을 목적으로 하는(정보통신망법 제1조) 정보통신망법은 음란·폭력정보 등 청소년에게 해로운 정보를 규제하고 있고(제41조 내지 제43조), 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보의 규제에 관한 자세한 규정을 두고 있으며(제44조 내지 제44조의 3), 특히 제44조의7에서는 정보통신망을 통하여 유통하여서는 아니되는 정보의 범위를 구체적으로 나열하면서 방송통신위원회가 정보통신서비스 제공자 등에게 정보의 취급을 거부하는 등의 조치를 명하는 전제조건으로 심의위원회의 심의 또는 시정요구를 명시하고 있다(제44조의7 제1 내지 3항).

결국 위와 같은 관련 법조항을 유기적·체계적으로 종합하면, 심의 및 시정요구의 대상으로 대통령령에 규정될 불건전정보란 위 정보통신망법 조항들에 의해 금지되거나 규제되는 정보 내지 이와 유사한 정보가 될 것임을 누구나 예측할 수 있다고 할 것이다.

(4) 소결

따라서 이 사건 법률조항은 포괄위임법규지 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 법률유보원칙 위반 여부

앞서 본 바와 같이, 심의위원회의 심의 및 시정요구 대상인 불건전정보는 이 사건 법률조항 및 그로부터 적용한 위임을 받는 시행령에 의하여 규제되어 있으며, 법률유보원칙에 반한다고 할 수 없다.

라. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 제정법원의 위헌제청이유

제정법원의 위헌제청사유는, 이 사건 법률조항에 따라 심의위원회는 불건전정보에 대하여 시정요구를 할 수 있는데, 불건전정보 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 과잉 규제의 우려가 있고, 그 규제수단도 '해당 정보의 삭제 또는 철회'라든가, '이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지'와 같은 회복이 현저히 곤란한 수단을 사용하고 있으므로, 과잉금지의 원칙에 위배된다는 것이다.

(2) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

이 사건 법률조항은 불건전정보에 대한 규제를 통하여 온라인매체의 피해를 방지하고 전기통신사업의 건전한 발전을 도모하기 위한 것으로 입법목적의 정당성이 인정되고, 심의위원회로 하여금 불건전정보의 심의 및 시정요구를 할 수 있도록 한 것은 위와 같은 입법목적 달성에 적절한 방법이라 할 수 있다.

(3) 침해의 최소성

① 불명확성으로 인한 과잉규제 여부

이 사건 법률조항이 불명확하다거나 그 내용의 형성을 하위법규에 지나치게 포괄적으로 위임하였다고 할 수 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 법률조항이 불건전정보 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 인하여 규제되지 않더라도 될 표현



의 자유까지 규제하고 있다고 볼 수 없다. 오히려 다음 ㉡항에서 보는 바와 같이 위법규인 시행령 규정을 통하여 기본권 침해를 최소화하고 있다고 판단된다.

㉡ 규제수단의 과잉 여부

이 사건 법률조항에 따른 시정요구는 시행령에서 구체화되어 단계적으로 '해당 정보의 접속차단', '해당정보의 삭제', '이용자에 대한 이용정지', '이용자에 대한 이용제한'로 구분되어 있는바(방송통신위원회법 시행령 제8조 제2항), 이는 심의대상 정보의 불법성 내지 시정필요성의 경중에 따라 시정요구의 상대방에게 단계적으로 적절한 시정요구를 함으로써 해당 정보게시자의 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고자 한 것이다.

또한 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자 등과 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 심의위원회에 이의신청을 할 수 있고(방송통신위원회법 시행령 제8조 제5항), 심의위원회는 이의신청이 있는 날부터 15일 이내에 이를 심의하도록 함으로써(같은 조 제6항), 이용자의 신속한 권리구제를 가능하게 하고 있다.

한편 시정요구의 상대방인 정보통신서비스제공자 등에게 조치결과와 불지의무를 부과하고 있지만(방송통신위원회법 시행령 제8조 제3항), 그 불이행에 대한 제재수단은 설정하지 아니하였다.

나아가 정보통신서비스제공자 등에게 시정요구를 따라야 할 의무를 부과하는 규정이나 그 불이행에 대한 제재규정도 없다. 다만, 시정요구 대상정보가 정보통신방법 제44조의7 제1항의 불법정보에 해당하고, 정보통신서비스제공자 등이 시정요구에 따르지 아니하는 경우 방송통신위원회가 해당 정보의 취급거부·정지 또

는 제한명령을 발령할 수도 있으나, 이 경우 심의위원회의 요청 및 방송통신위원회의 발령 자체가 제량행위로 규정되어 있거나(방송통신위원회법 시행령 제8조 제4항, 정보통신방법 제44조의7 제2항), 관계 중앙행정기관의 장의 요청이라는 주객 요인이 규정되어 있어(정보통신방법 제44조의7 제3항), 시정요구의 불이행만으로 곧바로 위와 같은 명령을 받게 되는 것은 아니다.

결국 이 사건 법률조항에 따른 시정요구는 정보게시자의 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고자 불법성 내지 불진전성의 경중에 따라 단계적 조치를 마련하고 있고, 시정요구의 불이행 자제에 대한 제재조치를 규정하고 있지 아니하나, 달리 불진전정보의 규제수단으로 표현의 자유를 덜 침해할 방법을 발견하기 어려우므로, 피해의 최소화 원칙에 반하지 않는다.

(4) 법의 균형성

전기통신회선을 통해 유통되는 정보, 특히 인터넷을 통해 유통되는 정보는 종전의 고전적인 통신수단과는 비교할 수 없을 정도의 복제성, 확장성, 신속성을 가지고 유통되기 때문에 불법정보에 대하여 신속하게 적절한 조치를 취하지 않으면 그로 인해 발생할 수 있는 개인적 피해와 사회적 혼란 등을 사후적으로 회복하기란 사실상 불가능에 가깝다. 따라서 불법정보에 대한 심의 및 시정요구 제도를 통해 건전한 통신문리의 현양이라는 공익을 보호할 필요성은 매우 크다고 할 것이다.

반면, 시정요구로 인하여 채택되는 불법정보 게시자의 표현의 자유에 대한 제한은 공익적 필요성에 비하여 크지 않다. 즉, 해당 정보가 삭제된 경우에도 정보게시자는 동일한 내용의 정보를 아무런 제한 없이 반복하여 게시할 수 있고, 시정요

구는 당해 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리자·운영자가 운영하는 통신망에 한정되므로 이용자에 대한 이용정지나 이용해지가 내린진 경우에도 해당 불법정보게시자는 다른 통신망을 이용하여 동일한 내용의 정보를 게시할 수 있기 때문이다.

따라서 법익균형성 요건도 충족한다.

(5) 소결

결국 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 제청신청인의 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 아래 6과 같은 재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정비의 반대의견을 제외한 나머지 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정비의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항이 법률유보원칙 및 포괄위임법금지원칙을 위반하여 헌법에 위배된다고 생각하므로, 다음과 같이 의견을 밝힌다.

가. 법률유보원칙 위배 여부

(1) 법률유보원칙과 시정요구의 적용

(가) 국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하다(헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289, 판례집 17-1, 261, 269).

오늘날 법률유보원칙은, 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분하다는 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 기본권의 중요성을 가진 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사함에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다.

(나) 이 사건 법률조항은 국민의 표현의 자유를 제한하는 조항이 아니고, 단지 심의위원회의 직무범위를 정하는 조직법적 규범에 불과하며, 국민의 표현의 자유를 제한하는 근거규정은 특정 정보의 유통금지 의무를 직접 부과하고 있는 정보통신망법 제44조의7 제1항이라는 주장이 있다.

그러나, 이 사건 법률규정에 의하여 심의위원회가 심의 및 시정요구를 할 수 있는 정보의 범위는 정보통신망법 제44조의7 제1항이 규정하는 불법정보에 한정되어 있지 않고, 정보통신망법에 시정요구의 요건을 별도로 규정하고 있지도 않다. 오히려, 정보통신망법 제44조의7 제3항 제2호는 “방송통신위원회법 제21조 제4호에 따른 시정요구를 하였을 것”이라고 하여 이 사건 법률조항을 시정요구의 근거조항으로 적시하고 있으며, 이 밖에 달리 심의위원회에 통신정보의 심의 및 시정요구라는 행정작용을 행할 권한을 부여하는 조항을 발견할 수 없다.

그렇다면, 이 사건 법률조항은 단순히 심의위원회의 직무범위를 정하는 행정조직법상의 규범에 그치는 것이 아니라, ‘시정요구’제도를 창설하고, 나아가 심의위원회의 시정요구의 근거가 되는 행정작용법상의 근거규범으로서, 국민의 표현의 자유를 규제하는 입법이라고 보아야 한다.

(다) 이러한 통신정보의 시정요구가 규율하는 것은 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로도 중요한 의미를 갖는 영역, 즉 표현의 자유라는 기본권 제한의 영역



에 속하므로, 이와 관련하여서는 입법자의 규율일도가 더욱 높은 것이 요구되고, 따라서 이에 관한 법률유보원칙의 적용은 단순히 형식적으로 법률에 규정되었는가 아니라 그 본질적 사항이 법률에 규정되었는가를 기준으로 하여야 한다.

## (2) 판단

(가) 이 사건 법률조항은 “전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 진전한 통신원리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구”라고 규정하여, 심의 및 시정요구의 대상인 정보의 범위를 대통령령에 위임하고 있을 뿐, 시정요구의 상대방, 내용, 효과, 방법 및 절차에 관하여는 전혀 규정하지 아니하고, 대통령령에 이를 위임하지도 않고 있다. 이는 ‘대통령령이 정하는 정보’의 범위를 정하고 있는 방송통신위원회법 시행령 제8조 제1항이 위임명령의 형식을, 시정요구의 종류를 정하고 있는 같은 시행령 제8조 제2항이 집행명령의 형식을 취하고 있는 점에 비추어 보아도 분명하다.

(나) 다수의견은, 심의위원회의 심의 및 시정요구 대상인 불진정정보가 이 사건 법률조항 및 그로부터 직접한 위임을 받은 시행령에 규정되어 있으므로 법률유보 원칙에 반하지 않는다고 한다. 그 대상을 규정하는 것만으로는 시정요구가 과연 어떠한 내용을 가지게 될 것인지 전혀 알 수 없다.

사건적으로 시정이란 ‘잘못된 것을 바로잡음’, 요구된 ‘어떤 행위를 할 것을 청함’의 뜻을 가지고 있어, 정보의 시정요구란 ‘정보가 잘못된 것을 바로잡을 것을 청하는 것’이라 할 수 있다. 그러나, 위와 같은 사전적 의미만으로는 시정요구의 상대방이 정보의 게시자인지, 정보통신서비스제공자인지 여부, 시정의 내용이 정보의 시정에 그치는 것인지, 정보게시자에 대한 조치도 포함하는 것인지 여부 및

시정요구로 인하여 상대방에게 어떠한 법적 효과가 발생하는지 등을 전혀 예측할 수 없어, 입법적인 집행명령의 제정(실제 시행령 제8조 제2항 제2호의 이용자에 대한 조치는 정보의 시정요구의 문언적 의미를 넘어서는 것으로 보인다.) 등 행정권의 자의적 행사를 가능하게 함으로써 궁극적으로 개인의 자유와 권리가 침해되는 결과를 초래한다.

결론적으로, 입법자가 표현의 자유를 제한하는 시정요구 제도를 창설함에 있어서는 적어도 시정요구 제도를 구체화할 수 있는 시정요구의 상대방, 내용, 효과에 대해 입법자 스스로 결정하여, 법률에서 명확히 규정하거나 구체적 범위를 정하여 대통령령에 위임하여야 함에도 불구하고, 이 사건 법률조항이 이에 대하여 전혀 언급하지 아니하고 대통령령에 이에 관한 위임을 하지도 아니한 채, 심의위원회의 직무의 하나로 ‘정보의 시정요구’를 규정하고 있는 것은 법률유보원칙에 어긋난다 할 것이다.

(다) 따라서, 이 사건 법률조항은 법률유보원칙에 위반된다.

나. 포괄위임금지원칙 위배 여부

(1) 표현의 자유와 포괄위임금지 내지 명확성의 원칙

포괄위임금지의 원칙은 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서 법률의 명확성원칙이 위임입법에 관하여 구체화된 특별규정이라고 할 수 있다. 따라서 수권법률조항의 명확성원칙 위배 여부는 헌법 제75조의 포괄 위임금지원칙의 위반 여부에 대한 심사로서 충족된다(헌재 2011. 2. 24. 2009헌바 13, 공보 제173호, 361, 366 등 참조).

이 사건 법률조항과 같이 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원

칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 존재인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아나라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높고, 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 628 참조).

(2) 판단

(가) 이 사건 법률조항은 '건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항'을 기준으로 하여 심의 및 시정요구의 대상이 되는 정보의 범위를 대통령령에 위임하고 있으나, '건전한 통신윤리'란 그 개념이 지나치게 불명확하고 애매하여 정보의 범위를 정하는 지점이 될 수 없다.

헌법 제37조 제2항은 모든 자유와 권리는 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있음을 규정하고 있고, 헌법 제21조 제4항은 언론·출판은 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다고 규정하고 있다. 또한 방송통신위원회법 제18조 제1항은 '정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경의 조성을 위하여' 심의위원

회를 둔다고 하고 있다.

이 사건 법률조항의 '건전한 통신윤리'란 헌법 제21조 제4항의 '공중도덕이나 사회윤리', 방송통신위원회법 제18조 제1항의 '정보통신에서의 건전한 문화 창달'과 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구제화되어 있지 않은 것이다. 즉 심의위원회의 심의대상의 하나이자 시정요구의 대상이 되는 정보의 개념을 전혀 한정하지 못하고, 헌법상 기본권 제한의 요건, 헌법상 언론·출판자유 의 권 또는 방송통신위원회의 설치목적 등을 그대로 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다.

이처럼 '건전한 통신윤리'라는 것은 매우 추상적인 개념이어서, 어떠한 표현행위가 과연 '건전한 통신윤리'의 함양에 필요한 사항인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수 밖에 없고, 행정기관으로서도 그 의미대용을 객관적으로 확정하기 어렵다.

(나) 헌법재판소는 '공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 통신'이라는 기준에 의하여 불온통신의 취급거부, 정지, 제한이라는 제재처분을 할 수 있도록 함으로써 표현의 내용에 대한 규제를 하였던 구 전기통신사업법 제53조 제1항에 대하여 명확성원칙 및 파잉금지원칙에 위배된다는 이유로 위헌결정을 한 바 있다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 판례집 14권 1집 616).

위 결정에 따라 2002. 12. 26. 법률 제6822호로 개정된 전기통신사업법은 종래 금지대상이었던 '공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 통신'으로서의 불온통신을 대신하여 '불법통신'을 금지대상 정보로 규정하고(제53조 제1항), 음란한 내용의 통신, 타인의 명예를 훼손하는 내용의 통신 등 9개의 유형으로 분류하여 이



를 구체화하였으나, 불법통신에 대한 규제수단으로서 종래와 같이 정보통신부장관의 전기통신사업자에 대한 해당 전기통신의 취급의 거부·금지명령 제도를 두었  
고(제53조 제2항), 이후 2007. 1. 16. 법률 제8289호로 개정되어 2007. 7. 27. 시행  
된 정보통신방법법은 종래 전기통신사업법이 규정하고 있던 불법통신에 관한 규제  
제도를 받아들여면서, 불법통신의 내용에 관한 규제는 종전 전기통신사업법으로부  
터 정보통신방법법으로 그 위치를 옮기게 되었다.

이 때 위 정보통신방법 제44조의9 제1항 제3호는 정보통신윤리위원회의 직부로  
서 '정보통신방법을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 이 법 및 대통령령  
이 정하는 정보의 심의 및 시정요구'를 규정함으로써 이 사건 시정요구와 유사한  
형태의 시정요구제도를 처음으로 도입하였는데, 방송통신위원회법이 2008. 2. 29.  
법률 제8867호로 개정되면서 심의위원회가 설치되고(제18조 제1항), 이 사건 법률  
조항에 심의위원회의 직무 가운데 하나로서 '전기통신회선을 통하여 일반에게 공  
개되어 유통되는 정보 중 간접한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서  
대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구'가 규정되면서 위 정보통신방법 제44  
조의9는 삭제되었다.

결국, 방송통신위원회의 취급거부·금지·제한명령제도(정보통신방법 제44조의7  
제3항)라는 기존의 규제제도 외에 이 사건 법률조항에 의해 심의위원회의 시정요  
구라는 또 하나의 표현의 내용 규제제도를 창설하면서, '간접한 통신윤리의 함양  
을 위하여 필요한 사항'이라는 모호하고도 추상적인 기준을 제시함으로써, 이미  
헌법재판소에서 위헌이라고 판단되었던 '불온통신'이 '불건전정보'라는 모습으로  
되살아난 것이다.

(다) 또한, 이 사건 법률조항 중 '간접한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사  
항'이란 '심의 및 시정요구가 필요한 사항'을 의미한다 할 것인데, 앞서 본 바와  
같이 시정요구의 본질적인 사항인 시정요구의 상대방, 내용, 효과 등이 법률에 전  
혀 규정되어 있지 않으므로, '심의 및 시정요구가 필요한 사항'도 확정짓기 어렵  
다.

(라) 결국, 이 사건 법률조항은 위인되는 내용이 구체적으로 무엇인지 전혀 알  
수 없도록 규정함으로써 아무런 지침 없이 행정기관에 시정요구의 대상이 되는  
정보의 범위를 형성하도록 한 것이므로, 포괄위임규칙에 위반된다.

다. 결어

그렇다면, 이 사건 법률조항은 법률유보원칙 및 포괄위임법규칙에 위반한  
것으로서 헌법에 위배된다고 하지 않을 수 없다.

2012. 2. 23.

재판장	재판관	이경국
	재판관	김종대
	재판관	민형기

[별지]

관련조항

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

제1조(목적) 이 법은 방송과 통신의 융합환경에 능동적으로 대응하여 방송의 자유와 공공성 및 공익성을 높이고 방송·통신의 국제경쟁력을 강화하며 방송통신위원회의 독립적 운영을 보장함으로써 국민의 권익보호와 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

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

② 내지 ⑦ 생략

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

제관관 이농홈 \_\_\_\_\_  
제관관 복영준 \_\_\_\_\_  
제관관 송두환 \_\_\_\_\_  
제관관 박한철 \_\_\_\_\_  
제관관 이정미 \_\_\_\_\_



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

○ 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20739호로 제정된 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
2. 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지

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

③ 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자는 제1항 및 제2항에 따른 시정요구를 받은 경우에는 그 조치결과를 심의위원회에 지체 없이 통보하여야 한다.

④ 심의위원회는 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·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 관리·운영자로 하여금 그 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있다.

⑤ 제2항에 따른 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자, 게시판 관리·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.

○ 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률

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 타인

의 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, 표시의 부등 법령에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보

6. 법령에 따라 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 정보

7. 법령에 따라 분류된 미필 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보

8. 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보

9. (생략)

② 방송통신위원회는 제1항 제1호부터 제6호까지의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스제공자 또는 게시관 관리자·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항 제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 법원의 사에 반하여 그 취급의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다.

③ 방송통신위원회는 제1항 제7호부터 제9호까지의 정보가 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에는 정보통신서비스제공자 또는 게시관 관리자·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 1 방송통신위원회의 원치 및 운영에 관한 법률」 제21조 제4호에 따른 시정 요구를 하였을 것

3. 정보통신서비스제공자나 게시관 관리자·운영자가 시정 요구에 따르지 아니하였을 것

④ 방송통신위원회는 제2항 및 제3항에 따른 법령의 대상이 되는 정보통신서비스제공자, 게시관 관리자·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