

반드시 알아야 할 인터넷 관련 헌법재판소 판례 5선

황성기(한양대학교 법학전문대학원 교수, 오픈넷 이사)

1. 불온통신 사건

가. 판례제목

현재 2002. 6. 27. 99헌마480, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인

나. 주문

전기통신사업법(1991. 8. 10. 법률 제4394호로 전문개정된 것) 제53조, 같은 법 시행령(1991. 12. 31. 대통령령 제13558호로 전문개정된 것) 제16조는 헌법에 위반된다.

위 같은 법 제71조 제7호(1996. 12. 30. 법률 제5220호로 개정된 것) 중 제53조 제3항 부분에 대한 심판청구를 각하한다.

다. 사건개요, 심판대상 및 결정요지

(1) 사건개요

청구인은 항공대학교 학생으로서, 1998. 9. 14.부터 주식회사 나우콤에서 운영하는 종합컴퓨터 통신망인 ‘나우누리’에 ‘이의제기’라는 이용자명(ID)으로 가입하여 컴퓨터통신을 이용하여 왔다.

청구인은 1999. 6. 15. 위 ‘나우누리’에 개설되어 있는 ‘찬우물’이라는 동호회의 ‘속보란’ 게시판에 “서해안 총격전, 어설프다 김대중!”이라는 제목의 글을 게시하였는데, ‘나우누리’ 운영자가 같은 달 21. 정보통신부장관의 명령에 따라 위 게시물을 삭제하고 청구인에 대하여 ‘나우누리’ 이용을 1개월 중지시켰다.

이에 청구인은 정보통신부장관의 위와 같은 명령의 근거조항인 전기통신사업법 제53조, 같은 법 제71조 제7호 중 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 청구하였다.

(2) 심판대상

이 사건에서의 심판대상은 다음과 같다.

전기통신사업법(1991. 8. 10. 법률 제4394호로 전문개정된 것) 제53조 (불온통신의 단속)

① 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하

여서는 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.

전기통신사업법(1996. 12. 30. 법률 제5220호로 개정된 것) 제71조 (별칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 6. 생략

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

8. 생략

전기통신사업법시행령(1991. 12. 31. 대통령령 제13558호로 전문개정된 것) 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

(3) 결정요지

1) 전기통신사업법 제53조 제1항의 위헌 여부

전기통신사업법 제53조 제1항은 불온통신을 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 통신’으로 규정하고 이를 금지하고 있는바, 여기서의 ‘공공의 안녕질서’는 위 헌법 제37조 제2항의 ‘국가의 안전보장·질서유지’와, ‘미풍양속’은 헌법 제21조 제4항의 ‘공중도덕이나 사회윤리’와 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하다. 즉 ‘불온통신’의 개념을 정하고 있는 것이 아니라 헌법상 기본권제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판자유의 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다. 이처럼, ‘공공의 안녕질서’, ‘미풍양속’이라는 것은 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.

결론적으로 전기통신사업법 제53조 제1항은 규제되는 표현의 내용이 명확하지 아니하여 명확성의 원칙에 위배된다.

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.

먼저, 외설성이 음란에는 달하지 않는 성적 표현, 한두 번의 폭력적 표현, 다소 상세한 살인현장의 묘사, 성을 소재로 한 유머, 왜곡된 사회도덕이나 윤리를 풍자하는 다소 품위없는

표현 등 헌법상 보호받는 표현인 ‘저속’한 표현뿐만 아니라, 청소년에 대한 접근만 금지하여도 죽할 표현들도 불온통신에 해당되어 규제받게 된다.

더 나아가서 다양한 의견간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고, 건전하게 해소할 가능성을 봄 쇄한다. 성(性), 혼인, 가족제도에 관한 표현들(예컨대, 혼전동거, 계약결혼, 동성애 등에 관한 표현)이 ‘미풍양속’을 해하는 것으로 규제되고 예민한 정치적, 사회적 이슈에 관한 표현들(예컨대, 징집반대, 양심상의 집총거부, 통일문제 등에 관한 표현)이 ‘공공의 안녕질서’를 해하는 것으로 규제된다면, 전기통신의 이용자는 표현 행위에 있어 위축되지 않을 수 없고, 이로 말미암아 열린 논의의 가능성은 원천적으로 배제되어 표현의 자유의 본질적 기능이 훼손된다.

결론적으로, 전기통신사업법 제53조 제1항은 표현의 자유를 지나치게 광범위하게, 포괄적으로 제한함으로써 과잉금지원칙에 위배된다.

2) 전기통신사업법 제53조 제2항의 위헌 여부

‘공공의 안녕질서’나 ‘미풍양속’의 개념은 대단히 추상적이고 불명확하여, 수범자인 국민으로 하여금 어떤 내용들이 대통령령에 정하여질지 그 기준과 대강을 예측할 수도 없게 되어 있다. 또한, 이 개념은 행정입법자에게 적정한 지침을 제공하지 못함으로써 그로 인한 행정입법을 제대로 통제하는 기능을 수행하지 못한다. 이러한 기능은 위임입법에서 위임사항을 명백히 한계지울 수 있을 때 비로소 가능한데, ‘공공의 안녕질서’나 ‘미풍양속’의 개념은 행정입법의 범위에 대한 아무런 한계로도 작용하지 못하는 것이다. 그리하여 행정입법자는 다분히 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 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신’으로서 ‘반국가적 행위의 수행을 목적으로 하는 내용의 전기통신’, ‘선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신’을 각 규정하여 위 전기통신사업법 제53조 제1항에 못지 않게 불명확하고 광범위하게 통신을 규제하고 있는 점에서 더욱 명백하게 드러난다고 할 것이다.

결론적으로 전기통신사업법 제53조 제2항은 대통령령에 규정될 불온통신의 내용 및 범위를 예측할 수 있도록 구체적이고 명확하게 위임하고 있지 않아 포괄위임금지원칙에 위배된다.

3) 전기통신사업법 제53조 제3항의 위헌성

전기통신사업법 제53조 제1항과 제2항이 헌법에 위반되므로 위 조항들을 전제로 하는 전기통신사업법 제53조 제3항 또한 더 나아가 살필 필요 없이 위헌이라 할 것인바, 아울러 위 조항에 의한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도는 실질적인 피규제자인 전기통신 이용자에게 의견진술권이 전혀 보장되어 있지 아니한 점에서 적법절차원칙에도 위배될 소지가 있고, 나아가 위 취급거부·정지·제한에 이용자명(ID)의 사용금지 또는 사이트폐쇄까지 포함하는 것으로 해석한다면 이용자가 당해 사이트를 통하여 다른 적법한 정보를 유통하는 것 까지 불가능하게 한다는 점에서 과잉금지원칙에 위반될 소지가 많음을 지적하여 둔다.

4) 전기통신사업법시행령 제16조의 위헌성

위에서 본 바와 같이 전기통신사업법 제53조 제2항이 헌법에 위반되므로 이를 근거로 한

전기통신사업법시행령 제16조 또한 더 나아가 살필 것 없이 위헌이라 할 것이다.

라. 해설

불온통신 사건에서의 위헌결정은 다음과 같은 의의를 지닌다.

첫째, 우리나라에 있어서 온라인매체의 내용적 규제입법에 대한 최초의 사법심사라는 점이다. 사실 불온통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도의 위헌성과 문제점에 대해서는 이미 오래 전부터 전문가들에 의해 분석되어 왔을 뿐만 아니라, 온라인매체의 발전에 있어서 장애물이 되고 있는 규제시스템이라는 점도 지속적으로 지적되어 왔다. 따라서 헌법재판소의 이번 결정은 앞으로 우리나라의 온라인매체 내용규제입법의 방향에 큰 영향을 미칠 것으로 판단된다.

둘째, 헌법재판소의 위헌결정은 인터넷 등 온라인매체에 대한 내용적 규제의 한계문제를 본격적으로 다루었다는 점에서 매우 중요한 의미를 지닌다. 따라서 1997년에 판시된 미국 연방대법원의 Reno v. ACLU판결¹⁾에 버금가는 의미를 지니고 있다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 위헌결정을 내리는 논리에 있어서도 인터넷을 비롯한 온라인매체를 ‘가장 참여적인 시장(the most participatory marketplace)’, ‘표현촉진적인 매체(speech-enhancing medium)’라고 인정함으로써, 미국 법원의 논리를 많이 원용했음을 알 수 있다. 예컨대 이 위헌결정에서 헌법재판소가 설시한 다음의 방론은 이후의 인터넷 규제 관련 사법심사에서 중요한 판단기준으로 활용되면서 많은 영향을 미치게 된다.

“인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”이다. 공중파방송은 전파 자원의 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 자유의장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.”

한편 헌법재판소의 위헌결정에도 불구하고, 국회는 대상범위를 불법정보에 국한시키면서 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도를 존치시키는 법률개정을 하였고, 그리고 이 제도가 현재 아래에서 소개하는 바와 같이 정보통신망법 제44조의7로 존치되고 있다. 그러면 왜 국회는 이 제도를 존치시켰을까?

그 이유는 헌법재판소가 지적한 불온통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도의 가장 큰 문제점이 불온통신이라는 ‘개념의 불명확성’과 ‘포섭범위의 광범성’이라는 점에 주목하였기 때문이라고 분석된다. 즉 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령

1) 세계 최초의 인터넷 규제입법인 미국의 1996년 연방통신품위법(the Communications Decency Act: 일명 CDA)은 인터넷을 방송매체와 동일하게 취급하여 규제를 시도하였던 법률이었다. 하지만 연방통신품위법이 표현의 자유를 침해한다는 이유로 미합중국 지방법원 펜실베니아 동부지구는 1996. 6. 11. 위헌선언을 내렸고(ACLU v. Reno[929 F. Supp. 824]), 미연방대법원은 1997. 6. 26. 위헌선언을 내렸다(Reno v. ACLU[521 U.S. 844]).

제도 자체가 위헌이라는 것이 아니라, 그 대상이 되는 표현물의 개념이 너무 불명확하고 범위가 너무 포괄적이라는 것이다. 하지만 그 대상을 불법정보에 국한한다고 하더라도 이론적으로나 현실적으로 다음과 같은 문제점들이 여전히 존재한다.

첫째, 불법정보의 범위를 어떻게 설정할 것인가의 문제이다. 즉 그 대상을 불법정보에 국한한다고 하더라도, 불법정보를 어떻게 개념정의하고 그 범위를 어디까지 설정할 것인가가 어려운 문제로 등장한다.

둘째, 불법정보에 대한 궁극적인 판단권은 사법부에 있다는 점이다. 즉 문제되는 정보가 불법인지 여부에 대한 궁극적인 판단권은 법원을 비롯한 사법부에 있다. 따라서 비록 그 대상이 불법정보에 국한한다고 하더라도, 사법부에 의한 궁극적인 판단이 이루어지기 이전에 행정기관에 의한 규제조치가 활동되는 것이 과연 정당한가의 문제가 제기될 수 있다.

결국 온라인매체의 내용적 규제입법에 대한 최초의 사법심사라는 의의에도 불구하고, 현법재판소의 위헌결정은 위와 같은 근본적인 문제점들을 ‘분명하게’ 해결하지 못하였다는 점에서 한계가 있다. 즉 불법성 여부에 대한 사법부의 판단 이전에 행정기관이 일정한 규제조치를 부과할 수 있는 것이 과연 헌법적으로 정당한지 그리고 행정부의 명령이라는 규제조치가 수단적인 면에서 과연 적절한 수단이 될 수 있는지에 대한 분명한 판단을 생략했다는 점에서, 여전히 논란의 여지를 남겨 놓은 것이다. 결국 아래에서 보는 바와 같이 2002. 11. 8. 국회에서 의결된 개정 전기통신사업법 제53조는 그 대상범위를 불법정보에 국한시키면서 동시에 정보통신부장관의 명령제도를 존치시키고 있는데, 현법재판소가 위와 같은 근본적인 문제점을 해결하지 못한 관계로 인해, 그 합헌성 여부에 대한 판단이 다음의 기회로 넘어가게 되었다.

마. 사후경과

불온통신 사건에서의 위헌결정 이후 국회는 2002. 11. 8. 그 대상범위를 불법정보에 국한하는 형태로 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도를 존치시키는 전기통신사업법 중 개정법률안을 의결하였다. 그리고 이 제도가 현재 다음과 같이 정보통신망법 제44조의7로 존치되고 있다.

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. 「청소년 보호법」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 방송통신위원회는 제1항제1호부터 제6호까지의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 취급의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다.

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

그리고 헌법재판소는 위 규정 중 제44조의7 제1항 제9호인 ‘그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보’가 명확성의 원칙과 과잉금지의 원칙에 위배하지 않는다고 판시하였다.²⁾

2. 인터넷 사전선거운동 사건

가. 판례제목

현재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등, 공직선거법 제93조 제1항 등 위헌확인

나. 주문

구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 및 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 제2항 제5호 중 제93조 제1항의 각 ‘기타 이와 유사한 것’과 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제93조 제1항 및 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 제2항 제5호 중 제93조 제1항의 각 ‘그 밖에 이와 유사한 것’에, ‘정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.

다. 사건개요, 심판대상 및 결정요지

(1) 사건개요

2) 현재 2012. 2. 23. 2008헌마500, 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 위헌확인 등.

청구인들은 주요 공직선거와 관련하여 자신들이 지지하거나 반대하는 후보자 또는 정당에 대해 UCC(User-Created Contents, 이용자제작콘텐츠)를 제작하거나, 글을 게재 또는 트윗(tweet, 140자 미만의 단문으로 된 짧은 글)을 작성하여 각종 포털사이트 또는 홈페이지, 블로그, 트위터 등의 SNS(social network service) 등을 통하여 인터넷상에 게시·유포하고자 한 사람들이거나 그로 인하여 형사재판에 계류중인 사람들이다.

한편 중앙선거관리위원회는 2007. 1. 26. ‘선거 UCC물에 대한 운용기준’을 발표하여, 대통령 선거일전 180일부터 선거일까지 후보자 또는 정당에 대한 지지·추천·반대의 내용을 담거나 정당의 명칭이나 후보자의 성명을 나타내는 UCC를 인터넷에 올리는 경우, 그것이 단순한 의견 개진의 정도를 넘어 선거에 영향을 미칠 수 있는 것으로 인정된다면, 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 및 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제255조 제2항 제5호의 규제대상이 된다고 하였다. 또한 중앙선거관리위원회는 2010. 2. 12. ‘선거관련 트위터 이용가능범위 제시’라는 제하의 보도자료를 배포하여 ‘트위터를 이용해 특정후보 혹은 정당에 관한 지지, 반대를 표시하거나 선거운동정보가 담긴 트윗을 리트윗하는 행위는 전자우편 발송과 유사한 성격을 가지므로, 공직선거법 제93조 제1항(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)에 의해 규제하겠다’는 방침을 밝힌 적이 있다.

(2) 심판대상

이 사건에서의 심판대상은 다음과 같다.

구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제93조 (탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) ① 누구든지 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 기타 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. 다만, 선거운동기간 중 후보자가 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동)제1항 제2호의 규정에 따른 명함을 직접 주거나 후보자가 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 후보자의 배우자(배우자 대신 후보자가 그의 직계존·비속 중에서 신고한 1인을 포함한다)가 그 명함을 직접주는 경우에는 그러하지 아니하다.

② ~ ③ 생략

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 ① 생략

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 4. 생략

5. 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지)제1항의 규정에 위반하여 문서·도화 등을 배부·첩부·살포·게시·상영하거나 하게 한 자, 같은 조 제2항의 규정에 위반하여 광고 또는 출연을 하거나 하게 한 자 또는 제3항의 규정에 위반하여 신분증명서·

문서 기타 인쇄물을 발급·배부 또는 징구하거나 하게 한 자

6. ~ 8. 생략

③ ~ ④ 생략

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제93조 (탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·계시 등 금지) ① 누구든지 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 그러하지 아니하다.

1. 선거운동기간 중 후보자, 제60조의3제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(같은 항 제2호의 경우 선거연락소장을 포함하며, 이 경우 “예비후보자”는 “후보자”로 본다)이 제60조의3제1항 제2호에 따른 후보자의 명함을 직접 주는 행위

2. 선거기간이 아닌 때에 행하는 「정당법」 제37조 제2항에 따른 통상적인 정당활동

② ~ ③ 생략

(3) 결정요지

인터넷은 누구나 손쉽게 접근 가능한 매체이고, 이를 이용하는 비용이 거의 발생하지 아니하거나 또는 적어도 상대적으로 매우 저렴하여 선거운동비용을 획기적으로 낮출 수 있는 정치공간으로 평가받고 있고, 오히려 매체의 특성 자체가 ‘기회의 균형성·투명성·저비용성의 제고’라는 공직선거법의 목적에 부합하는 것이라고도 볼 수 있는 점, 후보자에 대한 인신공격적 비난이나 허위사실 적시를 통한 비방 등을 직접적으로 금지하고 처벌하는 법률 규정은 이미 도입되어 있고 모두 이 사건 법률조항보다 법정형이 높으므로, 결국 허위사실, 비방 등이 포함되지 아니한 정치적 표현만 이 사건 법률조항에 의하여 처벌되는 점, 인터넷의 경우에는 정보를 접하는 수용자 또는 수신자가 그 의사에 반하여 이를 수용하게 되는 것이 아니고 자발적·적극적으로 이를 선택(클릭)한 경우에 정보를 수용하게 되며, 선거과정에서 발생하는 정치적 관심과 열정의 표출을 반드시 부정적으로 볼 것은 아니라는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항에서 선거일전 180일부터 선거일까지 인터넷상 선거와 관련한 정치적 표현 및 선거운동을 금지하고 처벌하는 것은 후보자 간 경제력 차이에 따른 불균형 및 흑색선전을 통한 부당한 경쟁을 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과를 방지한다는 입법목적 달성을 위하여 적합한 수단이라고 할 수 없다고 보았다.

대통령선거, 국회의원선거, 지방선거가 순차적으로 맞물려 돌아가는 현실을 고려하면, 기본권 제한의 기간이 지나치게 길고, 그 기간 정당의 정보제공 및 홍보는 계속되는 가운데, 정당의 정강·정책 등에 대한 지지, 반대 등 의사표현을 금지하는 것은 일반국민의 정당이나 정부의 정책에 대한 비판을 봉쇄하여 정당정치나 책임정치의 구현이라는 대의제도의 이념적 기반을 약화시킬 우려가 있다는 점, 인터넷 상에서 선거운동을 할 수 없는 자의 선거운동, 비방이나 허위사실 공표의 확산을 막기 위한 사전적 조치는 이미 별도로 입법화되어 있고, 선거관리의 주체인 중앙선거관리위원회도 인터넷 상 선거운동의 상시화 방안을 지속

적으로 제시해오고 있는 점 등을 고려하면, 일정한 정치적 표현 내지 선거운동 속에 비방·흑색선전 등의 부정적 요소가 개입될 여지가 있다 하여 일정한 기간 이를 일률적·전면적으로 금지하고 처벌하는 것은 과도하다고 보았다.

인터넷 상 정치적 표현 내지 선거운동을 금지함으로써 얻는 선거의 공정성은 명백하거나 구체적이지 못한 반면, 인터넷을 이용한 의사소통이 보편화되고 각종 선거가 빈번한 현실에서 선거일 전 180일부터 선거일까지 장기간 동안 인터넷 상 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 전면적으로 제한함으로써 생기는 불이익 내지 피해는 매우 크다고 보았다.

결국 헌법재판소의 결정 요지는 공직선거법 제93조 제1항에서 금지하고 있는 ‘그밖에 이와 유사한 것’에 ‘정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’이 포함되는 것으로 해석하는 것은, 정치적 표현 및 선거운동의 자유의 중요성, 인터넷의 매체적 특성, 입법목적과의 관련성, 다른 공직선거법 법률조항들과의 관계 등을 고려할 때, 과잉금지원칙에 위배하여 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 침해한다는 것이다.

라. 해설

일반적으로 “매체에 대한 국가 규제의 기준과 정도의 수준은 당해 매체의 구조적 특성에 의해 결정된다”는 접근방법을 ‘매체특성론적 접근방법’이라 부른다. 이러한 매체특성론적 접근방법에 의하면, 인터넷의 특성이자 본질인 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 정보의 다양성은 인터넷 대한 규제의 기준과 정도의 수준을 결정하는데 중요하게 고려되어야 하며, 이에 따라 인터넷에 대해서는 기존의 매스미디어에 대한 규제보다는 ‘완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 수준’으로 규제시스템이 적용되어야 한다. 헌법재판소도 위의 ‘불온통신사건’에서 이러한 이론을 이미 수용한 적이 있다(현재 2002. 6. 27. 99 헌마480).

한편 선거운동 규제와 관련하여 중요하게 고려해야 할 요소는 선거운동을 위하여 활용되는 ‘매체의 특성’이다. 즉 선거운동 규제의 목적은 선거의 공정성이고, 선거의 공정성은 곧 선거운동에 있어서 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’를 의미하며, 선거운동을 위해 활용되는 매체에 대한 규제의 기준과 수준의 정도는 매체의 특성에 의해서 결정되어야 한다. 이것은 결국 당해 매체의 특성과 본질 그 자체가 선거운동 규제의 목적에 부합한다고 한다면, 당해 매체를 활용한 선거운동의 규제는 여타의 매체보다 ‘완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 수준’으로 이루어져야 한다는 것을 의미한다.

바로 위와 같은 매체특성론적 접근방법과 선거운동 규제의 정당화논리를 접목하여 인터넷을 활용한 선거운동 규제의 타당성 및 적정성과 관련된 논란을 헌법적으로 해결하였다는 점에서, 더 나아가서 인터넷에서의 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유를 대폭 확대하였다는 점에서, 이 판례는 매우 중요한 선례로서의 의미를 지니게 되는 것이다.

한편 선거운동 규제와 관련하여서는 다음과 같은 두 가지의 본질적 문제영역이 존재한다. 첫째, 현재의 공직선거법상의 선거운동 규제장치들이 과연 ‘합리적’이냐의 문제이다. 선거의 헌법적 의미를 고려하면, 선거야말로 정치적 표현의 자유가 최대한 보장되어야 할 영역임에도 불구하고, 현재의 공직선거법은 ‘후보자나 정당을 비판하는 일반국민에 대한 규제’까지 포함하는 ‘포괄적 규제’방식을 채택함으로 인하여, 그동안 정치적 표현의 자유라든지 선거운동의 자유라는 관점에서 많은 비판이 이루어져 왔다.

둘째, 현재의 공직선거법이 과연 매체환경의 변화에 ‘적절하게’ 부합하고 있느냐의 문

제이다. 이것은 새로운 매체나 커뮤니케이션수단들의 특성을 간파하여 이를 매체나 수단들이 국민의 정치적 표현의 자유를 극대화하는 메커니즘으로 작동할 수 있도록 ‘배려’하고 있는가의 차원에서이다.

위의 두 가지 문제영역을 전제할 때, 이 판례는 헌법이론적으로나 실무적으로 상당한 진전을 이루어내는 계기가 되었다는 점에서 그 의의가 크다고 할 수 있다. 예컨대 우선 매체 특성론적 접근방법과 선거운동규제의 정당화논리를 접목하여, 선거의 공정성과 정치적 표현의 자유 및 선거운동의 자유의 조화를 위한 보다 정치한 논리를 제시하고 있다는 점에서, 선거운동영역에서의 헌법이론의 발전이 이루어졌다는 평가가 가능하다. 뿐만 아니라 중앙선거관리위원회는 이 결정 이후 인터넷을 이용한 선거운동은 상시 허용하겠다는 입장을 밝힘으로써, 선거실무에서 일반 국민의 정치적 표현의 자유 및 선거운동의 자유가 실질적으로 확대되었다는 점에서도 매우 중요한 의의를 지닌다. 이 판례는 향후 위와 같은 두 가지 문제영역에서 헌법이론적으로나 헌법실무 및 선거실무의 발전을 위한 근거판례로서 중요하게 활용될 수 있을 것이다.

마. 관련 판례의 연혁

헌법재판소는 이 사건 심판대상조항인 공직선거법 제93조 제1항과 이와 거의 유사한 취지의 내용을 담고 있던 조항들에 대해서 줄곧 합헌결정을 선고해 왔다(현재 1995. 4. 20. 92헌바29; 현재 2001. 8. 30. 99헌바92등; 현재 2001. 10. 25. 2000헌마193; 현재 2001. 12. 20. 2000헌바96등; 현재 2002. 5. 30. 2001헌바58; 현재 2006. 5. 25. 2005헌바15; 현재 2007. 1. 17. 2004헌바82; 현재 2009. 5. 28. 2007헌바24). 특히 인터넷상의 UCC에 대해서 공직선거법 제93조 제1항의 ‘이와 유사한 것’에 해당한다고 판단하여 처벌하는 것의 위헌 여부와 관련하여서 합헌결정을 내린 바 있다(현재 2009. 7. 30. 2007헌마718). 하지만 헌법재판소는 이 인터넷 사전선거운동사건에서 종전의 2007헌마718 결정을 이 사건 결정과 저촉되는 범위 내에서 변경하게 된다.

3. 방통통신심의위원회의 시정요구 사건

가. 판례제목

현재 2012. 2. 23. 2011헌가13, 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 위헌제청

나. 주문

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

다. 사건개요, 심판대상 및 결정요지

(1) 사건개요

제청신청인은 포털사이트인 주식회사 ○○커뮤니케이션(이하 ‘주식회사 ○○’이라 한다)의 블로그에 국내산 시멘트의 유독성에 관한 글(이하 ‘이 사건 게시글’이라 한다)을 게재하였다. 방송통신심의위원회(이하 ‘심의위원회’라 한다)는 한국□□공업협회 등으로부터

이 사건 게시글에 대한 심의신청이 제기되자, 이를 심의한 후 이 사건 게시글이 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(이하 ‘정보통신망법’이라 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 주식회사 ○○에 대하여 이 사건 게시글의 삭제를 요구하였다(이하 ‘이 사건 시정요구’라 한다). 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 제기하였으며, 서울행정법원은 2010. 2. 11. 제청신청인의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 이에 심의위원회가 항소하여 당해 사건으로 항소심 계속 중이던 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.

(2) 심판대상

이 사건의 심판대상은 다음과 같다.

방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 것) 제21조(심의위원회의 직무) 심의위원회의 직무는 다음 각 호와 같다.

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

(3) 결정요지

행정기관인 방송통신심의위원회의 시정요구는 정보통신서비스제공자 등에게 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, 정보통신서비스제공자 등이 이에 따르지 않는 경우 방송통신위원회의 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 예정되어 있으며, 행정기관인 방송통신심의위원회가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것이므로, 이는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로서 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다.

이 사건 법률조항 중 ‘건전한 통신윤리’라는 개념은 다소 추상적이기는 하나, 전기통신회선을 이용하여 정보를 전달함에 있어 우리 사회가 요구하는 최소한의 질서 또는 도덕률을 의미하고, ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보(이하 ‘불건전정보’라 한다)’란 이러한 질서 또는 도덕률에 저해되는 정보로서 심의 및 시정요구가 필요한 정보를 의미한다고 할 것이며, 정보통신영역의 광범위성과 빠른 변화속도, 그리고 다양하고 가변적인 표현형태를 문자화하기에 어려운 점을 감안할 때, 위와 같은 합축적인 표현은 불가피하다고 할 것이어서, 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

이 사건 법률조항은 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항’이란 요건을 추가하여 ‘전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보’ 중 대통령령에 위임되는

심의 및 시정대상 정보의 범위를 한정하고 있는바, 정보통신망법의 목적 및 불법정보 규정(제1조, 제41조 내지 제44조의3, 제44조의7) 등 관련 법조항을 유기적·체계적으로 종합하면, 심의 및 시정요구의 대상으로 대통령령에 규정될 불건전정보란 위 정보통신망법조항들에 의해 금지되거나 규제되는 정보 내지 이와 유사한 정보가 될 것임을 누구나 예측할 수 있다고 할 것이므로, 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니하고, 이와 같이 심의 및 시정요구 대상인 불건전정보가 이 사건 법률조항 및 그로부터 적법한 위임을 받는 시행령에 의하여 규정되어 있는 이상 법률유보원칙에 반한다고 할 수도 없다.

이 사건 법률조항은 불건전정보에 대한 규제를 통하여 온라인매체의 폐해를 방지하고 전기통신사업의 건전한 발전을 도모하기 위한 것으로 입법목적의 정당성이 인정되고, 심의위원회로 하여금 불건전정보의 심의 및 시정요구를 할 수 있도록 한 것은 위와 같은 입법목적 달성을 적절한 방법이라 할 수 있다. 한편, 이 사건 법률조항에 따른 시정요구는 정보게시자의 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고자 시행령에서 단계적 조치를 마련하고 있고, 시정요구의 불이행 자체에 대한 제재조치를 규정하고 있지 아니하며, 달리 불건전정보의 규제수단으로 표현의 자유를 덜 침해할 방법을 발견하기 어려우므로, 피해의 최소성 원칙에 반하지 아니하고, 인터넷 정보의 복제성, 확장성, 신속성을 고려할 때 시정요구 제도를 통해 건전한 통신윤리의 함양이라는 공익을 보호할 필요성은 매우 큰 반면, 정보게시자의 표현의 자유에 대한 제한은 해당 정보의 삭제나 해당 통신망의 이용제한에 국한되므로, 법익균형성도 충족한다 할 것이어서, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하는 것이라 할 수도 없다.

라. 해설

이 사건의 배경을 설명하면 다음과 같다.

2011년 2월 1일 소위 ‘최병성 목사’ 사건의 제2심 재판부인 서울고등법원 제3행정부는 사건심리 중 최병성 목사측이 제기한 방송통신심의위원회의 심의 및 시정요구제도의 법적 근거조항인 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 ‘방송통신위원회설치·운영법’이라고 함) 제21조 제4호에 대한 위헌법률심판제청신청을 받아들여, 헌법재판소에 동 조항의 위헌 여부에 대한 심판을 제청하는 결정을 내렸다(서울고등법원 제3행정부 2011. 2. 1. 2010아189, 위헌법률심판제청신청). 담당 재판부는 위헌법률심판제청결정을 내리면서 명확성의 원칙 위반, 과잉금지의 원칙 위반, 포괄위임금지원칙 위반, 법률유보원칙 위반을 그 이유로 제시하였다.

그런데 법원의 위 위헌법률심판제청결정의 내용 및 취지를 이해하기 위해서는 위헌법률심판제청결정의 계기가 된 당해사건(본안에 해당하는 사건)을 이해할 필요가 있다. 당해사건은 바로 최병성 목사가 자신의 블로그에 게시한 소위 ‘쓰레기 시멘트’ 관련 게시글이 한국양회공업협회 등의 명예를 훼손하는 불법정보에 해당되어 방송통신심의위원회가 심의 및 삭제의 시정요구를 한 것이 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부와 실제 이 사건에서 다루어진 방송통신심의위원회의 시정요구처분이 적법한지 여부가 문제된 사건이었다.

제1심 법원은 불법정보에 대한 방송통신심의위원회의 시정요구가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다는 점을 인정하였고, 실제 이 사건에서 다루어진 시정요구처분은 관련 게시글이 ‘비방목적의 명예훼손정보’ 즉, 불법정보에 해당되지 않기 때문에 위법하다는 판결을 내렸다(서울행정법원 제12부 2010. 2. 11. 2009구합35924, 시정요구처분취소).³⁾ 하지

만 방송통신심의위원회측이 항소를 하여 제2심에 계류 중이었는바, 소속계속 중 최병성 목사측이 이 사건 시정요구의 법적 근거조항인 방송통신위원회설치·운영법 제21조 제4호에 대해서 위헌법률심판제청신청을 하였고, 담당 재판부가 이를 인용하면서 위헌법률심판제청결정을 하게 된 것이다. 담당 재판부의 위헌법률심판제청결정으로 인하여 분쟁의 양상은 ‘불법정보에 대한 방송통신심의위원회의 시정요구가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 및 개별 명예훼손정보에 대한 방송통신심의위원회의 시정요구가 적법한지 여부’ 문제에서 방송통신심의위원회의 시정요구제도의 법적 근거조항인 ‘방송통신위원회설치·운영법 제21조 제4호의 위헌 여부’ 문제로 전환되었다. 그리고 후자와 관련된 분쟁의 해결은 헌법재판소로 넘어 가게 되었고, 결국 헌법재판소의 이번 결정이 나오게 된 것이다.

방통통신심위원회의 시정요구 사건에서 헌법재판소 결정의 의의는 다음과 같다.

첫째, 불법정보를 비롯한 인터넷 콘텐츠를 대상으로 하는 행정기관의 심의 및 시정요구에 대한 ‘행정소송법적 통제’가 가능하다는 것을 확인하였다는 점이다. 이 문제는 현행 방송통신심의위원회의 전신인 정보통신윤리위원회 및 동 위원회의 작용의 법적 성격과 관련한 논란의 연장선상에 있다고 볼 수 있다. 우선 과거의 정보통신윤리위원회에 의한 청소년유해매체물의 심의·결정에 대해서는, 대법원이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 판시한 적이 있다.⁴⁾ 하지만 불법정보에 대한 행정기관의 심의 및 시정요구는 직접적인 법적 강제력이 없어 항고소송의 대상이 되는 행정처분에는 해당하지 않는다는 것이 기존의 판례의 입장이었다.⁵⁾ 그런데 기존의 정보통신윤리위원회의 심의기능과 기존 방송위원회의 기능 중심의기능이 합쳐져서 만들어진 방송통신심의위원회가 출범한 이후, 최병성 목사사건의 제1심 법원은 불법정보에 대한 방송통신심의위원회의 시정요구에 대해서 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 인정하게 된다. 그동안 정보통신윤리위원회뿐만 아니라 방송통신심의위원회측은 자신이 행하는 시정요구는 단순히 권고적 효력만을 가지는 비권력적 사실행위인 행정지도에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다는 주장을 해왔다. 하지만 법원은 방송통신심의위원회의 구성과 조직, 권한, 법적 성격, 시정요구제도의 기본구조 등을 고려하여, 이용자(게시자)의 권리보호를 위해 항고소송의 대상이 되는 행정처분성을 인정하였다. 비록 대법원의 판결은 아니지만, 최병성 목사사건의 제1심 법원이 기존의 판례와는 정반대로 행정처분성을 인정하였다는 것은 결국 불법정보를 비롯한 인터넷 콘텐츠에 대한 방송통신심의위원회의 심의 및 시정요구에 대해서 ‘사법적 통제’의 필요성을 인정하였다는 것을 의미한다. 그런데 헌법재판소는 행정기관인 방송통신심의위원회의 시정요구는

3) 이 사건의 경위는 다음과 같다. 원고(최병성 목사)는 포털사이트인 주식회사 다음커뮤니케이션의 블로그(<http://blog.daum.net/cbs5012>, 이하 ‘이 사건 블로그’라고 한다)에 국내산 시멘트에 관한 게시글(이하 ‘이 사건 게시글’이라고 한다)을 게재하였다. 피고(방송통신심의위원회)는 한국양회공업협회 등으로부터 이 사건 게시글에 대한 심의신청이 제기됨에 따라 이를 심의한 결과, 이 사건 게시글이 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제2호 소정의 ‘불법정보’(비방 목적의 명예훼손 정보)에 해당한다는 이유로 2009. 4. 24. 위 다음커뮤니케이션에 대하여 해당정보의 삭제를 요구(이하 ‘이 사건 시정요구’라고 함)하였다. 이에 원고는 이의신청을 제기하였는데, 피고는 2009. 6. 23. 이 사건 게시글에 대한 원고의 이의신청을 기각하였다. 그리고 이 사건 시정요구의 처분성 여부와 관련하여, 피고는 “피고는 민간인으로 구성된 독립기구의 성격을 지니고 있을 뿐 행정청에 해당하지 아니하고, 설령 행정청이라고 본다고 하더라도 방송통신위원회 설치·운영법상 정보통신서비스제공자 등이 피고의 시정요구에 응할 의무가 없으므로, 이 사건 시정요구는 단순히 권고적 효력만을 가지는 비권력적 사실행위인 행정지도에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다”고 주장하였다.

4) 대법원 2007. 6. 14. 2005두4397, 청소년유해매체결정취소.

5) 서울행정법원 2001. 5. 4. 2001구3555, 이용정지처분취소.

단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로서 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다고 함으로써, 이제는 방송통신심의위원회의 시정요구에 대해서는 행정소송을 통한 구제가 가능해지게 된 것이다.

둘째, 방송통신심의위원회의 시정요구의 법적 근거조항인 방송통신위원회법 제21조 제4호에 대해서 명확성의 원칙, 법률유보의 원칙, 과잉금지의 원칙에 반하지 않는다고 함으로써, 방송통신심의위원회의 시정요구제도에 대해서 합헌성을 인정하였다. 하지만 그럼에도 불구하고 여전히 헌법이론적인 문제는 남아 있다. 즉 “사법부의 판단 이전에 행정기관이 일정한 표현물이나 정보의 불법성 여부에 대한 판단을 함과 동시에 그를 전제로 삭제 등의 시정요구를 통해 당해 표현물이나 정보의 유통을 금지하는 것”으로 정의를 내릴 수 있는 행정심의가 과연 현행 헌법하에서 허용될 수 있는지가 문제가 근본적으로 존재하기 때문이다.

4. 인터넷 설명제 사건

가. 판례제목

현재 2012. 8. 23. 2010헌마47등, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5 제1항 제2호 등 위헌확인

나. 주문

‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것) 제44조의5 제1항 제2호, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 시행령’(2009. 1. 28. 대통령령 제21278호로 개정된 것) 제29조, 제30조 제1항은 헌법에 위반된다.

다. 사건개요, 심판대상 및 결정요지

(1) 사건개요

1) 2010헌마47 사건

청구인 손○규, 천○소, 이○은(이하 ‘청구인 손○규 등’이라 한다)은 2009. 12. 30.과 2010. 1. 17. 인터넷 사이트인 ‘유튜브(kr.youtube.com)’, ‘오마이뉴스(ohmynews.com)’, ‘와이티엔(ytn.co.kr)’의 게시판에 익명으로 댓글 등을 게시하려고 하였으나, 위 게시판의 운영자가 게시자 본인임을 확인하는 절차를 거쳐야만 게시판에 댓글 등을 게시할 수 있도록 조치를 함으로써 댓글 등을 게시할 수 없었다. 이에 청구인 손○규 등은 인터넷게시판(이하 특별히 ‘인터넷게시판’이라 칭하여야 할 경우를 제외하고 ‘게시판’이라 한다)을 운영하는 정보통신서비스 제공자에게 게시판 이용자가 본인임을 확인할 조치를 취할 의무(이하 ‘본인확인조치의무’라 한다)를 부과하고 있는 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제30조 제1항이 자신들의 표현의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 2010. 1. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 2010헌마252 사건

청구인 주식회사 ○○(이하 ‘청구인 회사’라 한다)은 2005. 11. 7.부터 인터넷 언론사인 ‘인터넷 ○○(www.○○.co.kr)’을 운영하여 왔는데, 방송통신위원회가 2010. 2. 2. 위 인터넷 언론사를 2010년도 본인확인조치의무 대상자로 공시함으로써 2010. 4. 1.부터 본인확인조치의무를 부담하게 되었다. 이에 청구인 회사는 정보통신서비스 제공자에 대한 본인확인조치의무 부과 및 그 위반 시 제재를 규정한 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5 제1항 제2호, 제2항, 제76조 제1항 제6호 및 같은 법 시행령 제29조, 제30조 제1항이 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2010. 4. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 심판대상

이 사건에서의 심판대상은 다음과 같다.

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것) 제44조의5(게시판 이용자의 본인 확인) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 게시판을 설치·운영하려면 그 게시판 이용자의 본인 확인을 위한 방법 및 절차의 마련 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치(이하 “본인확인조치”라 한다)를 하여야 한다.

1. 생략

2. 정보통신서비스 제공자로서 제공하는 정보통신서비스의 유형별 일일 평균 이용자 수가 10만 명 이상이면서 대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자

② ~ ④ 생략

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 시행령(2009. 1. 28. 대통령령 제21278호로 개정된 것) 제29조(본인확인조치) 법 제44조의5제1항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 필요한 조치”란 다음 각 호의 모두를 말한다.

1. 「전자서명법」 제2조제10호에 따른 공인인증기관, 그 밖에 본인확인서비스를 제공하는 제3자 또는 행정기관에 의뢰하거나 모사전송·대면확인 등을 통하여 게시판이용자가 본인임을 확인할 수 있는 수단을 마련할 것

2. 본인확인 절차 및 본인확인정보 보관시 본인확인정보 유출을 방지할 수 있는 기술을 마련할 것

3. 게시판에 정보를 게시한 때부터 게시판에서 정보의 게시가 종료된 후 6개월이 경과하는 날까지 본인확인정보를 보관할 것

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 시행령(2009. 1. 28. 대통령령 제21278호로 개정된 것) 제30조(정보통신서비스 제공자 중 본인확인조치의무자의 범위) ① 법 제44조의5제1항제2호에서 “대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자”란 전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일평균 이용자수가 10만 명 이상인 정보통신서비스 제공자를 말한다.

② 생략

(3) 결정요지

본인확인제의 입법목적과 관련하여, 인터넷게시판에 타인의 명예를 훼손하는 등의 불법정보를 게시하는 것을 억제하고 불법정보 게시로 피해가 발생한 경우 가해자를 특정할 수 있

는 기초자료를 확보함으로써 건전한 인터넷문화를 조성하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다고 보았다. 하지만 본인확인제는 아래와 같이 목적달성을 위한 범위를 넘는 과도한 제한을 하는 것으로서 침해의 최소성이 인정되지 않는다고 보았다.

첫째, 불법정보 게시로 인한 피해가 발생한 경우 가해자 특정은 인터넷 주소 등의 추적 및 확인 등을 통하여, 피해자 구제는 정보통신서비스제공자에 의한 당해 정보의 삭제·임시조치(정보통신망법 제44조의2 제1항, 제2항)⁶⁾, 게시판 관리·운영자에 대한 불법정보 취급의 거부·정지 또는 제한명령(정보통신망법 제44조의7 제2항, 제3항) 등으로 불법정보의 유통 및 확산을 차단하거나 사후적으로 손해배상 또는 형사처벌 등을 통하여 충분히 할 수 있다는 점이다.

둘째, 본인확인의 대상인 ‘게시판 이용자’는 ‘정보의 게시자’뿐만 아니라 불법행위를 할 가능성이 없는 ‘정보의 열람자’도 포함하고, 본인확인제 적용 대상인 정보통신서비스제공자 선정에 있어서 그 정확성과 기준이 불분명한 이용자수 산정 결과에 따라 적용대상의 범위가 정해지는 등 본인확인제는 인터넷의 특성을 고려하지 아니한 채 그 적용범위를 광범위하게 정함으로써 법집행자에게 자의적인 집행의 여지를 부여하고 있다는 점이다.

셋째, 본인확인제에 따라 정보통신서비스제공자가 본인확인정보를 보관하여야 하는 기간은 정보의 게시가 종료된 후 6개월이 경과하는 날까지이므로, 정보를 삭제하여 그 게시를 종료하지 않는 한 본인확인정보는 무기한으로 정보통신서비스제공자에게 보관되는 결과가 발생할 수 있다는 점이다.

더 나아가서 본인확인제는 다음과 같이 법익의 균형성 역시 인정되지 않는다고 보았다.

첫째, 표현의 자유의 사전 제한을 정당화하기 위해서는 그 제한으로 인하여 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 하는데, 본인확인제 시행 이후에 명예훼손 등의 불법정보 게시가 의미있게 감소하였다라는 증거를 찾아볼 수 없고, 국내 인터넷 이용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있어서, 결과적으로 당초 목적과 같은 공익을 실질적으로 달성하고 있다고 보기 어렵다는 점이다.

둘째, 본인확인제의 적용을 받지 않는 모바일 게시판, 소셜 네트워크 서비스 등 새로운 의사소통수단의 등장으로 본인확인제는 그 공익을 인터넷 공간의 아주 제한된 범위에서만 실현하게 되었다는 점이다.

셋째, 본인확인제로 인하여 인터넷 이용자는 자신의 신원 노출에 따른 규제나 차별 등을 염려하여 표현 자체를 포기할 가능성이 높고, 외국인이나 주민등록번호가 없는 재외국민은 인터넷게시판의 이용이 봉쇄되며, 새롭게 등장한 정보통신망상의 의사소통수단과 경쟁하여야 하는 게시판 운영자는 업무상 불리한 제한을 당하고, 본인확인정보 보관으로 인하여 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가하게 되었다는 점이다.

결국 본인확인제를 규율하고 있는 이 사건 법령조항들은 과잉금지원칙에 위배하여 게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권, 정보통신서비스제공자의 언론의 자유 등 기본권을 침해한다고 결론을 내렸다.

6) 현법재판소는 정보통신망법상의 임시조치제도에 대해서 합헌결정을 내린 바 있다. 현재 2012. 5. 31. 2010헌마88, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의2 제2항 위헌확인.

라. 해설

이 사건에서 위헌결정이 내려진 본인확인제는 주로 인터넷 실명제라는 명칭으로 많이 불려 왔고, 그동안 한국 사회에서의 인터넷 규제의 불합리성, 인터넷상에서의 표현의 자유를 억압하는 기제의 상징으로서 인식되어 왔다. 하지만 이러한 정치·사회적 레토릭은 별론으로 하더라도, 법적인 관점에서 볼 때 사실 본인확인제는 그 입법목적과 수단간의 논리적 상관성이 존재하지 아니하고, 인터넷이라고 하는 매체의 특성과 사물의 본성에 전혀 부합하지 않는 시스템이었다.

첫째, 본인확인제가 도입된 배경으로서 인터넷의 특성 중의 하나인 소위 ‘익명성’과 ‘명예훼손 등의 불법정보 게시’ 간에 논리적 상관성이 과연 존재하는가라는 의문이다. 이 문제제기는 익명성과 해악적인 의사표현간의 논리적 상관성에 관한 것이다. 기본적으로 “익명성은 도덕적으로 중립적이다”는 원칙을 감안한다면⁷⁾, 익명성과 해악적인 의사표현간의 논리적 상관성은 분명하지 않다. 따라서 익명성에 대한 도덕적 가치판단을 전제로 해서 모든 인터넷상의 일탈행위 내지 역기능의 원인이 익명성에 있고, 그 익명성을 제거하면 이러한 역기능이 해소될 것이라는 본인확인제의 기본철학은 굉장히 단순한 발상이자 논리의 비약이라고 할 것이다.

둘째, 본인 여부를 확인하는 것이 과연 익명성을 제거하는 것인가라는 의문이다. 이 문제제기는 본인확인과 익명성 제거간의 논리적 상관성에 관한 것이다. 하지만 본인인지 여부가 확인되었다고 해서 익명성이 완전히 제거된다고 보기는 힘들다. 헌법재판소가 본인확인제 시행 이후에 명예훼손 등의 불법정보 게시가 의미있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없다고 지적한 것은 바로 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.

셋째, 본인확인제는 애초부터 그 설계시스템상 개인정보 보호정책 및 개인정보 보호의 이념에 반하는 것이었다. 개인정보를 가장 잘 보호하는 방법은 개인정보의 수집과 활용을 가능한 억제하는 것이다. 그런데 이용자의 본인 여부 확인을 위해서는 그 근본구조상 이용자의 개인정보를 수집·활용할 수밖에 없게 되는데, 결국 본인확인제의 채택으로 인해 개인정보의 수집과 활용이 촉진되는 상황을 유발하게 되는 것이다. 헌법재판소가 위헌결정을 내리면서 그 근거로 내세운 계시판 이용자의 개인정보자기결정권의 침해논리는 바로 이러한 맥락에서 도출되는 것이다.

한편 헌법재판소는 공직선거법상의 실명확인제에 대해서 합헌결정을 내린 바 있다. 사실 공직선거법상의 실명확인제와 이번에 위헌결정된 정보통신망법상의 본인확인제는 그 기본취지라든지 운영메커니즘이 거의 동일하다는 점에서, 정보통신망법상의 본인확인제의 위헌논리가 공직선거법상의 실명확인제에 대해서도 동일하게 적용될 수 있다. 그러면 왜 헌법재판소는 공직선거법상의 실명확인제에 대해서 합헌결정을 내렸을까라는 의문을 가질 수 있다. 추측컨대 선거의 공정성 내지 평온성에 대한 헌법재판소의 과도한 집착이 그 이유 중의 하나가 아닐까 생각한다. 참고로 중앙선거관리위원회는 정보통신망법상의 본인확인제에 대한 위헌결정을 계기로 공직선거법상의 실명확인제의 폐지를 국회에 건의한 적이 있다.

한편 심판대상과 관련하여, 이번에 위헌이 결정된 법령조항들 중 법률의 경우에는 심판대

7) ‘미국과학발전협회(American Association for the Advancement of Science)’가 1997년 11월 회의에서 향후 인터넷에 대한 규제시스템이나 규제정책들을 설계함에 있어서 온라인에서의 익명커뮤니케이션을 보장하기 위해 제시한 4가지 원칙들 중의 하나이다. “익명성은 도덕적으로 중립적이다”라는 원칙은 익명성을 이용하여 야기될 수 있는 양면성, 즉 순기능적 측면과 역기능적 측면을 구분하는 것이 중요하고, 역기능적 측면이 순기능적 측면을 불필요하게 제한하는 근거로 활용되어서는 안된다는 것을 강조하는 의미를 갖고 있다.

상이 정보통신망법 제44조의5 제1항 제2호에 한정되고 있어서, 동법 제44조의5 제1항 제1호가 규정하고 있는 ‘공공기관 등의 본인확인제’는 여전히 유효하다는 시각이 있을 수 있다. 하지만 헌법재판소의 위헌결정의 이유의 대부분이 게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권의 침해에 초점을 맞추고 있다는 점에서, 공공기관 등이 운영하고 있는 본인확인제가 정보통신서비스제공자가 운영하고 있는 본인확인제와 그 운영메커니즘이 동일하다는 것을 염두에 둔다면, 공공기관 등이 운영하는 본인확인제에 대해서도 위헌결정의 기속력이 미친다고 보아야 한다. 결국 현재 방송통신위원회는 정보통신망법 개정을 통해서 제44조의5 제1항 제1호가 규정하고 있는 ‘공공기관 등의 본인확인제’를 폐지하려는 정보통신망법개정안을 준비 중인 것으로 알고 있다.

마. 관련 판례의 소개

한국 사회에서 그동안 적용되어 왔던 인터넷 실명제로는 위헌결정된 정보통신망법상의 본인확인제 이외에, 공직선거법상의 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인제도 존재한다. 그런데 헌법재판소는 공직선거법상의 실명확인제에 대해서 합헌결정을 내린 바 있다.⁸⁾

5. 인터넷 게임 강제적 셧다운제 사건

가. 판례제목

현재 2014. 4. 24. 2011헌마659등, 청소년보호법 제23조의3 등 위헌 확인

나. 주문

청구인들의 청구를 모두 기각한다.

다. 사건개요, 심판대상 및 결정요지

(1) 사건개요

1) 2011헌마659 사건

청구인 박○진은 인터넷게임을 즐겨하는 16세 미만의 청소년이고, 청구인 김○정, 정○희는 16세 미만의 청소년을 자녀로 둔 부모들이다. 청구인들은 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임의 제공을 금지하고 이를 위반하는 인터넷게임 제공자를 형사처벌하도록 규정한 구 청소년보호법(2011. 5. 19. 법률 제10659호로 개정되고, 2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정되기 전의 것) 조항들이 청소년의 일반적 행동자유권, 부모의 자녀교육권 등을 침해한다고 주장하면서 2011. 10. 28. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 2011헌마683 사건

청구인 주식회사 ○○게임즈 외 12인은 인터넷게임의 개발 및 제공 업체이다. 청구인들은

8) 현재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 공직선거법 제82조의 6 제1항 등 위헌확인, 공직선거법 제82조의 6 제1항 등 위헌소원.

인터넷게임 제공자로 하여금 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임의 제공을 금지하도록 하고 이를 위반하는 경우 형사처벌하도록 규정한 구 청소년보호법(2011. 5. 19. 법률 제10659호로 개정되고, 2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정되기 전의 것) 조항들 및 청소년 보호법(2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정된 것) 조항들이 인터넷게임 제공자의 직업의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 2011. 11. 4. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 심판대상

이 사건의 심판대상은 다음과 같다.

구 청소년보호법(2011. 5. 19. 법률 제10659호로 개정되고, 2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정되기 전의 것)

제23조의3(심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한 등) ① ‘게임산업진흥에 관한 법률’에 따른 게임물 중 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물(이하 “인터넷게임”이라 한다)의 제공자(전기통신사업법 제22조에 따라 부가통신사업자로 신고한 자를 말하며, 같은 조 제1항 후단 및 제4항에 따라 신고한 것으로 보는 경우를 포함한다. 이하 같다)는 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하여서는 아니 된다.

제51조(별칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

6의2. 제23조의3을 위반하여 심야시간대에 16세 미만의 청소년에게 인터넷게임을 제공한 자

청소년 보호법(2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정된 것)

제26조(심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한) ① 인터넷게임의 제공자는 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하여서는 아니 된다.

제59조(별칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

5. 제26조를 위반하여 심야시간대에 16세 미만의 청소년에게 인터넷게임을 제공한 자

(3) 결정요지

청소년보호법상 ‘인터넷게임’은 ‘게임산업진흥에 관한 법률’(이하 ‘게임산업법’이라 한다)에 따른 게임물 중 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물이라고 정의되어 있다. 따라서 게임의 시작 및 실행을 위하여 인터넷이나 네트워크 등 정보통신망에의 접속이 필요한 게임이라면 기기나 종류를 불문하고 모두 인터넷게임에 해당하고, 게임산업법상 게임물이 아니거나 정보통신망에의 접속이 필요 없는 게임은 인터넷게임에 해당하지 않는다는 것은 누구나 쉽게 알 수 있으므로, 이 사건 금지조항에서 ‘인터넷게임’의 의미는 명확하다. 한편, 청소년보호법 부칙 및 여성가족부고시(제2013-9호)에서, 스마트폰 등 모바일 기기를 이용하는 인터넷게임에 대하여 강제적 셧다운제의 적용을 유예하고 있는데, 이로 인하여 이 사건 금지조항에서 정한 ‘인터넷게임’의 의미가 불명확해진다고 보기는 어려우므로, 이 사건 금지조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다.

이 사건 금지조항은 청소년의 건강한 성장과 발달 및 인터넷게임 중독을 예방하려는 것으로, 인터넷게임 자체는 오락 내지 여가활동의 일종으로 부정적이라고 볼 수 없으나, 우리나라 청소년의 높은 인터넷게임 이용률, 인터넷게임에 과몰입되거나 중독될 경우에 나타나는 부정적 결과 및 자발적 중단이 쉽지 않은 인터넷게임의 특성 등을 고려할 때, 16세 미만의 청소년에 한하여 오전 0시부터 오전 6시까지만 인터넷게임을 금지하는 것이 과도한 규제라고 보기 어렵다. 여성가족부장관으로 하여금 2년마다 적절성 여부를 평가하도록 하고, 시험용 또는 교육용 게임물에 대해서 그 적용을 배제하는 등 피해를 최소화하는 장치도 마련되어 있으며, 본인 또는 법정대리인의 자발적 요청을 전제로 하는 게임산업법상 선택적 셋다운제는 그 이용률이 지극히 저조한 점 등에 비추어 대체수단이 되기에는 부족하므로 침해최소성 요건도 충족한다. 나아가 청소년의 건강 보호 및 인터넷게임 중독 예방이라는 공익의 중대성을 고려할 때 법익균형성도 유지하고 있으므로, 이 사건 금지조항이 인터넷게임 제공자의 직업수행의 자유, 여가와 오락 활동에 관한 청소년의 일반적 행동자유권 및 부모의 자녀교육권을 침해한다고 볼 수 없다.

인터넷게임은 주로 동시 접속자와의 상호교류를 통한 게임 방식을 취하고 있어 중독성이 강한 편이고, 정보통신망서비스가 제공되는 곳이면 언제나 쉽게 접속하여 장시간 이용으로 이어질 가능성이 크다는 점에서, 다른 게임과 달리 인터넷게임에 대해서만 강제적 셋다운제를 적용하는 것에는 합리적 이유가 있다. 또한 전기통신사업법에 따라 부가통신사업자로 신고하고 게임법상 등급분류를 받아 정상적인 방법으로 제공되는 인터넷게임물에 대해서는 그 제공업체가 국내 업체인지 해외 업체인지를 불문하고 강제적 셋다운제가 적용되므로, 일부 해외 서버를 통해 불법 유통되고 있는 게임물에 대하여 적용되지 않는다는 사실만으로 해외 업체에 비하여 국내 업체만을 차별취급한다고 볼 수는 없다.

라. 해설

이 사건의 배경은 짧게는 강제적 셋다운제가 청소년보호법에 실제로 도입된 2011년도부터, 그리고 길게는 2004년도부터 보수적 시민단체, 청소년관련단체들의 제안⁹⁾에서 비롯해서 김재경 의원 등 12인이 2005. 7. 18. 국회에 제안한 「청소년보호법 일부개정법률안」(의안번호 172263)¹⁰⁾에서부터 시작된 위헌 여부 및 그 정책적 정당성에 관한 기나긴 논쟁과정에 있어서 이번 헌법재판소의 결정이 내려졌다는 점에서 강제적 셋다운제 관련 논쟁이 새로운 시점을 맞이하게 되었다고 볼 수 있다.

2011. 5. 19 개정된 청소년보호법은 제26조 제1항에서 “인터넷게임의 제공자는 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하여서는 아니 된다.”라고

9) 청소년보호위원회·기독교윤리실천운동·청소년마을 등 시민단체들이 2004. 10. 19. 개최한 <청소년 수면권 확보 “청소년, 잘 권리있다”>라는 제목의 세미나에서 강제적 셋다운제 도입이 공식적으로 제안되었다.

10) 김재경 의원안의 핵심내용은 당시 청소년보호법에 ‘게임물 제공시간 제한’이라는 제목의 제19조의 2를 신설하고, 이 규정 위반에 대한 벌칙조항으로 제51조에 제5호의 2를 추가하는 것이었다. 청소년보호법 제19조의 2(게임물 제공시간 제한): 제7조 제1호에 해당하는 게임물 중 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 규정에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 것은 이용청소년의 연령 등을 감안하여 대통령령이 정하는 심야시간에는 이를 청소년에게 제공하여서는 아니 된다.

청소년보호법 제51조(벌칙): 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

5의 2: 제19조의 2의 규정을 위반하여 청소년에게 게임물을 제공한 자.

규정하고, 동법 제59조 제5호에서 그 위반시 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 내용의 소위 ‘인터넷게임 셧다운제’를 도입하였다. 그리고 이러한 청소년 보호법상의 인터넷게임 셧다운제는 2011. 11. 20.부터 시행되었다. 현행 청소년보호법상 인터넷게임 셧다운제는 형사벌을 통하여 국가가 법률로써 강제한다는 점에서 ‘강제적 셧다운제’라는 특징을 갖고 있다. 그런데 청소년보호법 제26조 제2항은 여성가족부장관으로 하여금 문화체육관광부장관과 협의하여 심야시간대 인터넷게임의 제공시간 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 2년마다 평가하여 개선 등의 조치를 하도록 하고 있는바, 원래 셧다운제를 도입할 당시 PC 온라인게임에 대해서만 적용되고 모바일게임(스마트폰 게임, 태블릿PC 게임) 및 콘솔기기 게임은 2년간 유예되었고,¹¹⁾ 2013. 2. 20 여성가족부 고시 「심야시간대 인터넷게임 제공시간 제한 대상 게임물 범위」(제2013-9호)에 의해서 2015. 5. 19까지 다시 그 적용이 유예되었다.

위와 같은 청소년보호법상의 강제적 셧다운제 이외에 또 다른 유형의 셧다운제도 존재한다. 예컨대 2011. 7. 21 신설된 게임산업진흥법 제12조의3 제1항은 인터넷게임사업자에게 게임물 이용자의 게임파몰입과 중독을 예방하기 위하여 과도한 게임물 이용 방지 조치를 하도록 의무를 부과하면서, 이러한 조치의 내용 중의 하나로 ‘청소년 본인 또는 법정대리인의 요청 시 게임물 이용방법, 게임물 이용시간 등 제한’(제3호)을 포함시키도록 요구하고 있다. 이러한 게임산업진흥법상 인터넷게임 셧다운제는 청소년 본인 또는 법정대리인의 요청에 따른 게임물 이용시간 제한이라는 점에서 ‘선택적 셧다운제’라는 특징을 갖고 있다.

한편 2013. 1. 8 손인춘 의원이 대표발의한 「인터넷게임중독 예방에 관한 법률안」(의안번호 3263)(이하 ‘인터넷게임중독예방법안’이라 한다) 제23조는 “인터넷게임 제공업자는 청소년에게 오후 10시부터 다음 날 오전 7시까지 인터넷게임을 제공하여서는 아니된다.”라고 규정함으로써, 셧다운제를 통한 보호대상 범위를 모든 청소년에게 확대하고 있을 뿐만 아니라, 셧다운의 시간대에 있어서도 ‘오후 10시부터 다음 날 오전 7시까지’로 확대하고 있다. 다만 그 위반시 제재수단에 있어서는 형사벌이 아닌 과징금을 부과하고 있다(동 법안 제24조 제9호). 인터넷게임중독예방법안의 셧다운제는 청소년보호법상의 셧다운제와 마찬가지로 ‘강제적 셧다운제’의 특징을 가지고 있으면서도, 오히려 그 내용적인 측면에서는 규제를 강화하고 있는 것이다.

강제적 셧다운제를 강화하는 방향의 법률안이 국회에 제안되었지만, 이와 반대로 강제적 셧다운제를 완화하는 방향의 법률안도 국회에 제안되었다. 예컨대 2013. 2. 4 전병현 의원이 대표발의한 「청소년 보호법 일부개정법률안」(의안번호 3587)은 게임산업 규제 시 발생할 수 있는 위험의 가능성을 최소화하고 제도의 실효성을 확보하는 차원에서, 해당 청소년의 친권자 등이 셧다운제 해제를 요청하는 경우와 모바일 게임, 태블릿PC 게임, 콘솔게임 등은 셧다운제 적용 대상에서 제외하도록 하고 있다(안 제26조 제4항 신설).

인터넷게임 셧다운제의 문제점과 관련하여, 특히 강제적 셧다운제는 다음과 같은 문제점을 갖고 있다.

첫째, 강제적 셧다운제는 헌법재판소의 합헌결정에도 불구하고 여전히 헌법적으로 문제가

11) 청소년보호법 부칙 <제10659호, 2011. 5. 19>

① (시행일) 이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제23조의3제1항의 개정규정에 따른 인터넷게임 중 심각한 인터넷게임 중독의 우려가 없는 것으로서 대통령령으로 정하는 기기를 이용한 인터넷게임에 대한 심야시간대 제공시간 제한에 관한 부분은 공포 후 2년이 경과한 날부터 시행한다.

있다고 생각한다. 강제적 셧다운제는 청소년의 문화향유권으로서의 ‘게임할 권리’, 일반적 행동자유권, 알 권리 내지 정보접근권을 침해하고, 게임사업자의 표현의 자유를 침해하며, 가족의 자율성 및 자녀에 대한 부모의 교육·양육권의 침해하고, 평등원칙 및 문화국가의 원리에도 반한다. 무엇보다도 강제적 셧다운제는, 가정 내에서 자신의 자녀가 게임을 어느 정도 혹은 언제까지, 그리고 어떠한 방법으로 이용하는가에 관한 통제는 부모의 교육에 의해 이루어져야 한다는 점을 고려할 때, 이러한 부모의 교육에 관한 권리·의무를 배제한 채 국가가 직접적으로 가정 내에 개입하여 법적으로 강제하는 것이므로, ‘가족의 자율성 명제’에 정면으로 반한다.

둘째, ‘공적 등급분류시스템과의 조화 명제’에도 반한다. 강제적 셧다운제가 적용되는 인터넷게임은 이미 게임물관리위원회에 의해 등급분류가 이루어진 것이다. 그리고 게임물관리위원회에 의한 등급분류 그 자체가 청소년 보호를 목적으로 하는 것이다. 그런데 강제적 셧다운제는 청소년 보호의 목적을 가지고 있는 등급분류제 이외에 추가적으로 이용시간대 제한방식을 ‘중첩적’으로 부가하고 있는 것이다. 이러한 중첩적인 규제는 기존의 공적 등급분류시스템의 의미를 퇴색시킬 가능성이 높다.¹²⁾

셋째, 청소년 보호라는 관점에서 청소년의 게임중독을 예방하기 위한 수단으로서 강제적 셧다운제는 적합하지 못하다. 강제적 셧다운제의 목적인 청소년의 게임중독예방 혹은 청소년의 수면권 보장을 한번 근본적으로 읊미해 볼 필요가 있다. 왜 청소년들이 게임에 중독될까? 왜 청소년들이 밤에 잠을 자지 않을까? 강제적 셧다운제는 이러한 문제들의 근본원인이 게임에 있다는 것을 전제하고 있다. 과연 그럴까? 그렇지 않다고 생각한다. 게임중독은 보다 근본적인 정신질환 내지 개인문제의 부산물일 가능성이 높고, 청소년들의 수면 부족은 과도한 사교육에서 비롯된 측면이 강하다. 따라서 이러한 근본적인 원인에 대한 종합적인 진단과 처방은 제쳐두고, 비본질적인 부분에 집착하여 규제를 하는 것이 강제적 셧다운제의 본질이다. 이러한 측면에서 강제적 셧다운제는 청소년 보호라는 목적에 부합하지 못할 뿐만 아니라 오히려 무책임한 규제 수단에 불과하다.

위와 같은 측면에서 본다면, 헌법재판소의 합헌결정은 그 결론에도 동의할 수 없을 뿐만 아니라, 중요한 쟁점에 대한 심도있는 고민이 부족하고, 또한 논증과정에서도 논리의 비약이 매우 심하다는 점에서 비판의 여지가 매우 많다.

마. 향후 전망

현재 손인춘 의원이 대표발의한 인터넷게임중독예방법안상의 강제적 셧다운제는 국회에 계류중이다. 손인춘 의원이 제안한 강제적 셧다운제의 위헌 여부는 이번 합헌결정과는 별개로 논쟁의 대상이 될 수 있다.

손인춘 의원의 인터넷게임중독예방법안은 현행 청소년보호법상의 강제적 셧다운제를 강화하고 있는데, 예전대 셧다운제 적용대상 청소년의 범위를 모든 청소년으로 확대하고 있고, 셧다운제 적용 시간대의 범위도 오후 10시부터 다음날 7시까지로 확대하고 있으며, 2년마다 실시되는 셧다운제 적용의 적절성 평가도 폐지하고 있다.

12) 강제적 셧다운제의 적용을 받지 않으려면 청소년 이용불가 게임물을 서비스하면 되고, 15세 이용 가 등급에 해당할 것 같은 게임들은 오히려 청소년 이용불가 게임물로 연령을 상향하여 제작 및 서비스하는 것이 강제적 셧다운제로부터 자유로울 수 있기 때문에, 국내 게임시장에서 향후 청소년 이용불가 게임물의 비중이 높아질 가능성을 배제할 수 없고 그럴 경우에 15세 이용가라는 연령등급은 사실상 연령등급제에서 의미있는 연령등급이 되지 않을 수 있다.

그런데, 설령 헌법재판소의 합헌논리에 따른다고 하더라도, 인터넷게임중독예방법안상의 강화된 강제적 셧다운제는 위헌성의 여지가 매우 높다. 왜냐하면 강제적 셧다운제에 관한 합헌논리의 주된 논거들 중의 하나가 셧다운제의 적용대상 청소년의 범위가 ‘16세 미만 청소년’에 한정되고 있다는 점, 셧다운제의 적용대상 시간대가 ‘밤 12시부터 아침 6시까지’로 한정되고 있다는 점, 그리고 보완조치로서 2년마다 셧다운제 적용의 적절성 평가를 실시하고 있다는 점 등이기 때문이다. 따라서 현재의 강제적 셧다운제보다 그 적용대상 청소년 및 시간대의 범위를 확대하고, 완충장치로서의 적절성 평가도 폐지하는 것은, 헌법재판소의 합헌결정의 취지에 따른다고 하더라도, 위헌성이 인정될 수 있는 것이다.

따라서 강제적 셧다운제를 둘러싼 논쟁은 손인춘 의원안을 계기로 하여 제2라운드에 진입했다고 할 수 있다.