

# 헌법소원심판청구서

청 구 인 OOO

대리인 변호사 김 선 휴  
서울 종로구 자하문로9길 16 김선휴 법률사무소

## 청 구 취 지

“정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것) 제44조의2 제2항 중 “임시조치”에 관한 부분 및 제4항은 헌법에 위반된다.”라는 결정을 구합니다.

## 침 해 된 권리

헌법 제21조 표현의 자유

## 침 해 의 원인

“정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것) 제44조의2 제2항 중 “임시조치”에 관한 부분 및 제4항

## 청 구 이 유

### 1. 사건개요

#### 가. 정보통신망을 통한 청구인의 표현행위

청구인은 정보통신서비스제공자인 (주)카카오가 제공하는 티스토리 블로그 서비스를 통해 ‘아이엠피터’(<http://impeter.tistory.com>)<sup>1)</sup>(이하 ‘이 사건 블로그’라고 합니다)라는 블로그를 운영해온 사람입니다. 청구인은 2008년부터 8년

간 이 사건 블로그에 정치, 현대사 등을 주제로 2,400개가 넘는 글을 올렸고, 위 블로그에는 하루 평균 3만 명이 방문하고 있습니다. 청구인은 영향력 있는 대표적인 시사전문 파워블로거로서, 충분한 자료검토를 통해 책임감 있고 진지성을 갖춘 게시물을 꾸준히 게재하고 있습니다.

청구인은 2011. 1. 26. 이 사건 블로그에 “‘어이, 전화 연결해봐’ MB 전화정 치 하루 수십통”이라는 제목의 글을 게시하였습니다. 위 게시물은 이명박 당시 대통령이 전화통화를 이용해 정치적 활동을 하는 점에 대한 비판적 의견을 개진한 내용입니다. 해당 게시물은 이명박 전 대통령이 소망교회의 김지철 목사에게 위로전화를 했다는 소망교회 관계자의 공개된 발언 및 이를 언급한 기사 내용을 토대로 하였고, 소망교회와 관련하여 사생활 침해나 명예훼손으로 볼만한 내용을 담고 있지 않습니다(갑 제1호증- 가 참조).

청구인은 2013. 3. 16.에는 이 사건 블로그에 ‘진보의 하나님, 보수의 한국 교회’라는 제목의 글을 게시하였습니다. 위 게시물은 ‘사랑의 교회’ 고(故) 옥 한음 목사의 아들인 옥성호 집사가 낸 ‘갑각류의 크리스천-블랙편’이라는 책에 대한 서평으로, 위 책이 담고 있는 내용을 소개하고, 한국사회에서 기독교가 비판받는 이유가 무엇인지, 진정한 의미의 크리스천은 무엇인지에 대한 청구인의 의견을 밝히고 있는 글입니다. 이 게시물에도 사랑의 교회나 사랑의 교회 오정현 목사와 관련하여 사생활 침해나 명예훼손으로 볼 만한 내용은 전혀 포함되어 있지 않습니다(갑 제1호증-나 참조).

#### 나. 청구인의 게시물에 대한 임시조치

(주) 카카오는 청구인이 게재한 위 두 개의 게시물에 대해 각각 (재)대한예수교장로회소망교회 대리 단체와 사랑의 교회 담임목사 오정현의 대리 단체로부터 명예훼손을 이유로 한 게시물 삭제요청이 있자, 2016. 4. 26.에는 “진보의 하나님, 보수의 한국교회” 게시물에 대해, 2016. 4. 27.에는 “‘어이, 전화 연

---

1) 2016. 7. 2. 블로그 해킹이 의심되는 사태로 인해 기존 블로그 주소가 다른 웹페이지로 연결되어, 현재 블로그 주소는 “<http://Impeter.tistory.com>”으로 변경한 상태입니다.

결해봐' MB 전화정치 하루 수십통" 게시물에 대해 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률'(이하 '정보통신망법'이라 합니다) 제44조의2 제2항 및 제4항에 따라, 30일간 위 게시물에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치를 하였습니다(이하 '이 사건 임시조치'라 합니다)(갑 제2호증 참조).<sup>2)</sup>

#### 다. 헌법소원 심판청구

이에 청구인은 이 사건 임시조치의 근거가 된 정보통신망법 제44조의2 제2항 및 제4항이 헌법 제21조에 의해 청구인에게 보장된 기본권인 표현의 자유를 침해하는 것이라고 주장하며, 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하는 바입니다.

### 2. 심판대상

청구인이 위헌확인을 구하는 심판대상은 "정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률"(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것) 제44조의2 제2항 중 "임시조치"에 관한 부분 및 제4항(이하 두 조항을 통칭하여 '이 사건 법률 조항'이라 합니다)이며, 심판대상조항은 다음과 같습니다.

#### [심판대상조항]

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것) 제44조의2 (정보의 삭제요청 등) ② 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제 등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.

---

2) 이 사건 임시조치를 통지받은 청구인은 (주)카카오에 이 사건 임시조치에 대한 재개 시청구를 하였고, (주) 카카오는 권리침해주장자로부터 방송통신심의위원회 등의 심의 신청이 접수되지 않았다면 이 사건 임시조치일로부터 각 30일이 경과한 2016. 5. 26.과 2016. 5. 27. 청구인의 게시물을 복원조치하였습니다(갑 제3호증 참조).

④ 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 “임시조치”라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.

### 3. 이 사건 청구의 적법요건

#### 가. 자기관련성

이 사건 법률조항의 문언상 직접적인 수범자는 ‘정보통신서비스 제공자’이고, 정보게재자인 청구인은 제3자에 해당하나, 사생활이나 명예 등 자기의 권리가 침해되었다고 주장하는 자로부터 침해사실의 소명과 더불어 그 정보의 삭제 등을 요청받으면 정보통신서비스 제공자는 자체 없이 임시조치를 하도록 규정하고 있는 이상, 위 임시조치로 청구인이 게재한 정보는 접근이 차단되는 불이익을 받게 되었으므로, 이 사건 법률조항의 입법목적, 실질적인 규율대상, 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도를 종합적으로 고려할 때, 이 사건 법률조항으로 인한 기본권침해와 관련하여 청구인의 자기관련성을 인정할 수 있습니다(현재 2012. 5. 31. 2010헌마88, 판례집24-1하, 578, 586).

#### 나. 직접성

정보통신망법 제44조의2 제2항은 제1항에 의한 권리침해 주장자의 요청이 있는 경우 삭제·임시조치 등 필요한 조치를 하도록 하고 있고, 제44조의2 제4항은 임시조치의 요건과 내용을 보완하고 있으며, 제44조의2 제5항은 필요한 조치의 내용·절차 등을 약관에 구체적으로 밝히도록 하고 있어, 결과적으로 이 사건 법률조항으로 인한 기본권의 제한은 사인 간의 계약관계(약관)에 기초한 구체적인 사인(여기서는 정보통신서비스 제공자)의 행위에 의하여 이루어지게 됩니다.

하지만 권리침해 주장자의 삭제요청이 있는 경우라면 적어도 이해당사자 간

에 다툼이 예상되는 경우에 해당되어 제44조의2 제4항에 따라 임시조치를 할 수 있는 요건이 충족될 수 있고, 제44조의2 제2항에 따르면 그 경우 임시조치 등 필요한 조치를 하도록 의무지우고 있어, 정보통신서비스 제공자의 임시조치로 인한 청구인의 기본권제한은 이 사건 법률조항에 의하여 결정되어 있으므로, 이 사건 법률조항은 정보게재자인 청구인의 기본권을 직접 제한하고 있습니다(현재 2012. 5. 31. 2010헌마88, 판례집24-1하, 578, 586-587 참조). 따라서 이 사건 법률조항은 기본권 침해의 직접성이 인정됩니다.

#### 다. 권리보호이익

청구인의 재개시청구에 따라 청구인의 게시물은 이 사건 임시조치일로부터 30일이 경과한 2016. 5. 26. 및 5. 27. 복원되었습니다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인한 청구인에 대한 권리침해상황은 종료되었다고 볼 수 있습니다.

그러나 시사블로거로서 사회문제에 대해 비판적인 게시물을 게재하는 청구인에 대해서는 권리침해 주장이 있다는 이유로 앞으로도 임시조치가 취해질 가능성이 크므로 기본권 침해의 반복가능성이 인정됩니다.

또한 비록 2012. 5. 31. 2010헌마88 결정을 통해 임시조치제도에 대한 한차례 합헌 결정이 있었으나, 합헌결정 이후에도 임시조치제도가 정보게재자의 표현의 자유를 침해한다는 문제가 계속 지적되고 있고, 임시조치제도의 활용은 더욱 빈번해져 남용되는 상황입니다. 따라서 이 사건 법률조항에 대해서는 여전히 헌법적 해명의 필요성이 있다고 볼 수 있습니다.<sup>3)</sup>

#### 라. 청구기간 및 대리인 선임

청구인에 대한 기본권 침해가 있은 날은 이 사건 임시조치가 행해진 2016. 4. 26.과 2016. 4. 27.입니다. 청구인은 각 날짜에 (주)카카오로부터 임시조치 사실을 통지받아 기본권 침해사실을 알게 되었습니다. 따라서 위 각 날짜로부터

---

3) 또한 이미 2016. 4. 현행 임시조치제도에 대한 제기된 헌법소원사건이 전원재판부에 회부되어 본안심리 중이므로, 이 사건 청구도 병합하여 본안심리함이 타당할 것입니다.

터 90일이 경과하기 전인 2016. 7. 22. 제기하는 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항의 청구기간을 준수한 것입니다.

한편, 청구인은 변호사 김선휴를 대리인으로 선임하였으므로 헌법재판소법 제 25조 제3항의 요건 또한 충족하였습니다.

#### 4. 정보통신망법상 임시조치제도

##### 가. 임시조치제도 규율방식의 문제점

###### (1) 권리침해주장정보에 대한 임시조치 의무 부과

이 사건 법률조항은 권리침해 여부가 확실하지 않은 게시물에 대해서도 권리침해주장이 있으면 정보통신서비스제공자(이하 ‘ISP’라 합니다)에게 최소한 임시조치를 취해야 할 ‘의무’를 부과하고 있습니다.

이 점에 대해서는 선례도 같은 취지로 파악하고 있다고 보입니다. 선례는 이 사건 법률조항이 기본권 침해의 직접성이 있는지를 판단하면서 “권리침해 주장자의 삭제요청이 있는 경우라면 적어도 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에 해당되어 제44조의2 제4항에 따라 임시조치를 할 수 있는 요건이 충족될 수 있고, 제44조의2 제2항에 따르면 그 경우 임시조치 등 필요한 조치를 하도록 의무지우고 있어”라고 판시하였기 때문입니다.

###### (2) 국제적 흐름에 부합하지 않는 입법례

그런데 이처럼 명예훼손 등 인격권 침해여부가 불분명한 정보에 대해서 ISP에게 삭제 또는 임시조치를 ‘의무로 부과’하는 것은 세계적으로도 유례를 찾아보기 힘든 매우 예외적인 입법방식입니다.

미국, 유럽, 일본 등의 경우 우리나라의 임시조치와 같은 제도를 운영하고

있지 않습니다. 오히려 해외 주요 법제들은 불법임이 확실한 정보에 대해서도 인터넷서비스제공자가 그 존재를 몰랐다면 하등의 책임으로부터 면제해주는 내용을 주로 설정하고 있습니다.

미국의 경우 ‘통신품위법’(Communication Decency Act of 1996) 제230조 (c)(1)은 “쌍방향 컴퓨터서비스의 제공자나 이용자는 제3의 정보제공자에 의하여 제공되는 어떠한 정보에 관하여도 그 정보의 출판자 또는 발언자로 취급되지 않는다”고 규정함으로써 제3자의 표현행위를 단지 전파한 인터넷서비스제공자에 대하여 광범위한 면책을 인정하고 있습니다. 또한 ISP의 합리적 판단에 의하여 내용의 문제성(외설, 음탕, 불결, 과도한 폭력성 등)을 이유로 게시물을 삭제 했다고 하더라도 ISP에게 민사상의 책임이 없다고 규정하고 있습니다.<sup>4)</sup>

독일의 통신서비스법은 “유럽연합(EU)의 역내시장에서의 전자상거래의 법률적 측면에 관한 유럽의회 및 이사회의 지침”<sup>5)</sup>(EU Directive 2000/31/EC)을 수용하여, ISP가 침해내용을 인지하고 그 이용을 저지하는 것이 기술적으

---

4) 47 U.S.C.A § 230 (C) Protection for “good samaritan” blocking and screening of offensive material

(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

(2) Civil liability

No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of—

(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or

(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).

5) DIRECTIVE 2000/31/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)

로 가능하고 기대가능한 경우에만 타인의 정보내용에 대해 책임을 지는 ‘조건부 책임원칙’을 규정하고 있습니다.

일본의 ‘특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률’에서도 명예훼손피해자가 ISP에 대하여 침해정보의 송신을 방지하는 조치의 신청이 있는 경우 일정한 조치를 취하면 배상책임에서 면책될 수 있음을 규정하고 있습니다.

이처럼 각국 입법례가 면책적 규정을 두는 것은, 그렇게 하지 않으면 ISP로서는 유통되는 불법정보에 대해 책임지는 것을 피하기 위해 유통되는 정보들을 과잉삭제, 차단하게 되기 쉽기 때문입니다. 따라서 ISP가 일정한 조건과 절차에 따라 특정조치들을 취한 경우 불법정보 유통책임에서 면책시킴으로써 인해 과잉차단의 동기를 약화시켜 정보의 자유로운 유통 및 표현의 자유를 보장하고 있는 것입니다.

그런데 이 사건 법률조항은 권리침해주장만 있어도 최소한 임시조치를 취할 “의무”를 부과함으로써 면책조항으로 구성하는 국제적 흐름에 어긋날 뿐만 아니라, 합법적인 정보가 차단될 위험에 대한 대비책이 전혀 없이 권리침해정보의 차단에만 치우친 입법방식이며, 뒤에서 보는 바와 같이 게시자의 표현의 자유 및 정보통신망 이용촉진을 위한 최소한의 절차와 장치도 결여하고 있습니다.

#### 나. 임시조치 이후의 절차 규정 미비

합법적인 정보가 차단된다고 하더라도 이에 대해 게시자가 불복할 경우 사업자가 이를 공정하게 처리할 의무를 부과한다면 위 조항의 폐해는 완화될 수 있을지 모릅니다. 현행 임시조치제도는 권리침해주장자가 권리침해를 소명하여 삭제요청을 하고, 권리침해여부의 판단이 어렵거나 당사자 사이에 다툼이 예상되는 경우에는 ISP에게 30일 이내의 임시조치를 취할 의무를 부과하고 있지만, 임시조치가 취해진 이후의 절차에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않습니다.

이는 저작권법이 제103조 제1항, 제2항에서 저작권 권리 주장자의 복제·전송 중단요구 및 이에 따른 복제·전송 중단을 규정함과 동시에 제3항에서 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 복제·전송의 재개를 요구할 수 있고, 그 경우 온라인서비스제공자가 재개요구사실 및 재개 예정일을 권리주장자에게 지체없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개 시켜야 할 의무를 부과하는 것과도 비교됩니다.<sup>6)</sup>

---

6) 저작권법 제103조(복제·전송의 중단) ① 온라인서비스제공자(제102조제1항제1호의 경우는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)의 서비스를 이용한 저작물등의 복제·전송에 따라 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자(이하 이 조에서 "권리주장자"라 한다)는 그 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다.

② 온라인서비스제공자는 제1항에 따른 복제·전송의 중단요구를 받은 경우에는 즉시 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키고 권리주장자에게 그 사실을 통보하여야 한다. 다만, 제102조 제1항제3호 및 제4호의 온라인서비스제공자는 그 저작물등의 복제·전송자에게도 이를 통보하여야 한다.

③ 제2항에 따른 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 온라인서비스제공자는 재개요구사실 및 재개 예정일을 권리주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다. 다만, 권리주장자가 복제·전송자의 침해행위에 대하여 소를 제기한 사실을 재개예정일 전에 온라인서비스제공자에게 통보한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 온라인서비스제공자는 제1항 및 제3항의 규정에 따른 복제·전송의 중단 및 그 재개의 요구를 받을 자(이하 이 조에서 "수령인"이라 한다)를 지정하여 자신의 설비 또는 서비스를 이용하는 자들이 쉽게 알 수 있도록 공지하여야 한다.

⑤ 온라인서비스제공자가 제4항에 따른 공지를 하고 제2항과 제3항에 따라 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인서비스제공자의 책임을 면제한다. 다만, 이 항의 규정은 온라인서비스제공자가 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 안 때부터 제1항에 따른 중단을 요구받기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다.

⑥ 정당한 권리 없이 제1항 및 제3항의 규정에 따른 그 저작물등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다.

⑦ 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 소명, 중단, 통보, 복제·전송의 재개, 수령인의 지정 및 공지 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 이 경우 문화체육관광부장관은 관계중앙행정기관의 장과 미리 협의하여야 한다.

이와 같이 정보게재자가 자신의 정당한 권리를 주장하고 소명할 기회를 주는 절차가 미비하다는 문제점은 임시조치제도의 도입 당시 국회 상임위원회의 검토보고서에서도 이미 지적된 사항입니다. 이후 정보게재자의 표현의 자유를 보호하기 위한 절차 미비 등 임시조치제도의 문제점에 대해서는 여러 논문과 보고서에서도 지속적으로 지적되었습니다.<sup>7)</sup>

임시조치가 이루어진 이후의 절차에 관해서 이 사건 법률조항이 명확하게 규율하지 않고 있기 때문에 이 부분은 자율에 맡겨져 있고 (주)카카오, (주)네이버 등 주요 ISP는 임시조치 이후의 절차에 대해 약관 등을 통해 규율하고 있습니다(갑 제4호증-가, 나 참조).

이에 따르면 (주)카카오와 (주)네이버의 경우 모두 정보 게재자는 임시조치에 대해 이의신청 또는 재개시청구를 할 수 있다는 규정을 두고 있습니다. 그러나 임시조치 후 30일 이내에 이의신청 또는 재개시청구가 없는 경우에는 모두 30일의 임시조치 기간이 경과한 후에 게시물은 최종 삭제됩니다. 30일 이내에 이의신청 또는 재개시청구가 있는 경우에도 복원은 대체로 임시조치의 최장기간인 30일이 경과한 후에야 복원되고 있습니다.

이처럼 임시조치 이후의 절차, 정보게재자의 재개시청구의 처리 등에 대해서 ISP들은 자율적으로 운영하고 있지만, 법률에서 임시조치에 대한 의무부과를 하고 있고 그 기한을 30일 이내로 정하고 있다보니, 포털들은 향후 발생할지 모르는 소송 및 책임추궁을 피하기 위해 가급적 권리침해주장자에게 유리하게 절차를 운영하고 있습니다. 권리침해 주장이 있을 때는 형식적 요건만 갖추면 지체없이 임시조치를 취함에 비해 게시자가 이의제기를 할 경우에는 지체없이 복원시키는 것이 아니라 30일의 기간이 지난 이후에야 복원해주는 경우가 대

---

7) 김현귀, “정보통신망법상 임시조치제도와 표현의 자유”, 『법과사회』제46호, 2014. 6.; 박경신, “인터넷 임시조치제도의 위헌성- 남이 싫어하는 말은 30일 후에 하라”, 『중앙 법학』 제11집 제3호, 2009. 10. ; 황창근, “정보통신망법상 임시조치 제도의 개선방향”, 『인터넷 분쟁과 임시조치 개선방안 세미나 자료집』, 2013. 12. 8. ; 심우민, “임시조치 합헌 결정의 입법학적 검토”, 『사이버커뮤니케이션학보』 통권 제31권 제1호, 2014. 3. 등

부분이고, 이의제기가 없는 경우에는 그대로 삭제로 이어지고 있습니다.

또한 이와 같은 정보게재자의 재게시요구 절차는 법적으로 정해진 절차가 아닙니다보니, 이와 같은 자율적 관행은 게재자의 표현의 자유에 불리한 방향으로 더욱 퇴보할 가능성도 지니고 있습니다.

#### 다. 임시조치의 남용실태

현행 임시조치제도는 게시물의 과잉차단을 가져올 수밖에 없는 구조로 되어 있습니다. 권리침해를 주장하는 자로서는 형식적인 소명을 통해 게시물을 손쉽고 빠르게 차단시킬 수 있기 때문에 더욱 남용하기 쉬운 제도입니다. 이는 임시조치와 관련된 여러 통계자료들을 통해서도 파악할 수 있습니다.

(1) 임시조치는 실제 정보통신망에서 유통되는 권리침해정보의 양에 비해 과도하게 이루어지고 있습니다.

아래 표에서 볼 수 있듯이 임시조치제도는 2007년 도입된 이후 지속적이고 급격한 증가추세에 있는 것으로 파악됩니다.<sup>8)</sup>

|      | 포털A사(네이버) | 포털B사(다음) | 총계      |
|------|-----------|----------|---------|
| 2008 | 70,401    | 21,546   | 91,947  |
| 2009 | 83,548    | 50,860   | 134,408 |
| 2010 | 85,573    | 58,186   | 143,759 |
| 2011 | 123,079   | 86,431   | 209,510 |
| 2012 | 155,161   | 59,124   | 214,285 |

[표1] 권리침해 주장자 신청에 의한 임시조치 건수 [단위: 건(url 단위)]

출처: 방송통신위원회, 국회제출자료, 2012. 10. 및 2013. 7. <sup>9)</sup>

그리고 형사절차가 개시된 사이버 명예훼손·모욕죄 사건 수와 비교해볼 때 이와 같은 임시조치 건수의 급격한 증가는 단순히 정보통신망 상에 명예훼손

8) 2011-2012년 사이 다음의 임시조치 건수 감소는 2011년 특정집단을 중심으로 다량의 임시조치 요청이 제기되어 2011년 급격한 임시조치 건수 증가가 있었기 때문이라고 합니다(김유향, 심우민, “정보통신망법상 임시조치규정에 대한 입법영향분석”, 『현안보고서』 제205호, 국회입법조사처, 2013, 34쪽 참조).

9) 김유향, 심우민, “정보통신망법상 임시조치규정에 대한 입법영향분석”, 『현안보고서』 제205호, 국회입법조사처, 2013, 33쪽.

등 권리침해정보의 양이 증가했기 때문이라고 볼 수는 없습니다.

2012년을 기준으로 볼 때 주요 두 개 ISP에 의해 행해진 임시조치 건수는 총 21만 건을 넘어서는 데 비해, 같은 해 경찰이 파악한 사이버 명예훼손 및 사이버 모욕범죄의 발생은 5,684건, 그 중 실제 기소된 사건은 3,318 건<sup>10)</sup>에 불과하기 때문입니다.

또한 아래 표에서 볼 수 있듯이 임시조치의 활용이 5년 사이에 두 배 이상 증가한 데 비해 같은 기간 방송통신심의위원회의 권리침해 통신심의는 절반 이상 줄어들었고 명예훼손 분쟁조정도 큰 변화가 없는 수준입니다. 줄어든 통신심의 건수가 수천 건인데 비해 늘어난 임시조치 건수가 10만 건 이상이라는 점에서도 볼 수 있듯이 이는 단순히 임시조치가 통신심의를 대체하면서 늘어난 것이 아닙니다.

| 구분   | 임시조치    |        | 권리침해 통신심의 |       | 명예훼손 분쟁조정 |        |
|------|---------|--------|-----------|-------|-----------|--------|
|      | 건수      | 지수     | 건수        | 지수    | 건수        | 지수     |
| 2008 | 91,947  | 100    | 6,334     | 100.  | 57        | 100    |
| 2009 | 134,408 | 146.18 | 3,990     | 62.99 | 48        | 84.21  |
| 2010 | 143,759 | 156.35 | 1,926     | 30.41 | 51        | 89.47  |
| 2011 | 209,510 | 227.86 | 2,833     | 44.73 | 59        | 103.51 |
| 2012 | 214,285 | 233.05 | 2,947     | 46.53 | 69        | 121.05 |

[표2] 유사제도간 기간별 제기 건수. 지수는 각 제도의 2008년 건수를 기준(100)으로 하여 변환한 것임.<sup>11)</sup>

이처럼 정보통신망의 인격권 침해범죄 현황 및 다른 유사제도의 이용정도와 비교해볼 때, 임시조치는 실제 인터넷상에 존재하는 권리침해정보의 양에 비해서도 현저하게 남용되고 있다는 점을 넉넉히 추단할 수 있습니다.<sup>12)</sup>

10) 박찬엽·이상진, “사이버상 명예훼손·모욕 사건의 수사절차 개선방안”, 『경찰학연구』 제15권 제4호, 2015, 63쪽 참조.

11) 김유향, 심우민, “정보통신망법상 임시조치규정에 대한 입법영향분석”, 『현안보고서』 제205호, 국회입법조사처, 2013, 42쪽에서 재인용.

12) 사이버 명예훼손 및 모욕죄의 경우 최근에는 고소의 낭발도 사회적으로 문제가 되고 있는 수준입니다. 2015년 사이버 명예훼손 및 모욕죄의 경우, 전체 기소가 8,099건인데 비해 불기소가 그보다 많은 11,344건에 달하는데, 이는 그만큼 실제 권리침해가 없음에도 명예훼손이나 모욕죄로 고소가 낭발되고 있는 상황을 반증하고 있는 것입니다.

(2) 임시조치는 형식적 판단에 의해 이루어지며 대부분 게시물의 최종 삭제로 귀결됩니다.

### 1) 권리침해여부의 형식적 판단

이 사건 법률조항은 조문 구조상으로는 ISP 입장에서 소명을 통해 권리침해여부를 판단하고 이에 따라 삭제 등 요청의 수용방식 및 기각 여부를 판단할 수 있는 것처럼 보입니다.

그러나 정보통신망법 제44조의2 제4항에서 임시조치를 해야 하는 요건으로 “권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우”를 규정하고 있고, 게재된 정보에 대해서 권리침해를 주장하며 삭제요청을 하는 것은 그 자체로 당사자 간에 다툼이 예상되는 경우의 요건을 충족시키기 때문에, 사실상 삭제요청이 있는 모든 경우는 형식적 요건을 결여하지 않는 한 삭제 또는 임시조치를 해야 하는 의무를 발생시킵니다.

그리고 ISP 입장에서는 추후 제기될 수 있는 소송의 위험성을 회피하기 위하여 거의 대부분 ‘삭제’가 아닌 ‘임시조치’의 형태로 삭제요청을 수용하고 있고 자신들의 법적 판단의 부담을 벗어나기 위하여 가급적 서면상의 형식요건 판단에 의거하여 기계적으로 관련 절차를 진행하고 있습니다.<sup>13)</sup> (주)네이버도 홈페이지에 게시한 게시중단요청 처리절차에서 권리침해주장이 있을 때 “형식적 판단”을 통해 임시조치를 취하고 있음을 명시하고 있습니다(갑 제3호증- 가,나 참조).

### 2) 최종 삭제로 귀결

현행 임시조치규정은 정보게재자의 이의제기절차도 임시조치기간이 끝난 후의 게시물의 처리에 대해서도 아무런 규정을 두고 있지 않습니다. 이러한 법적

---

13) 김유향, 심우민, “정보통신망법상 임시조치규정에 대한 입법영향분석”, 『현안보고서』제205호, 국회입법조사처, 2013, 19-20쪽 참조.

상황에서 주요 ISP들은 정보개재자의 이의신청(재개시청구)가 없는 경우, 임시조치기간이 경과한 뒤 최종적으로 게시물을 삭제하고 있습니다.

주요 ISP들이 2013. 10. 국회에 제출한 자료에 의하면, 임시조치가 행해진 게시물 중에서 재개시되는 건수는 매우 낮은 상황입니다.<sup>14)</sup> 삭제되는 비율로 따지면, 임시조치가 취해진 게시물은 95% 정도가 종국적으로 삭제되고 있습니다. 아래 표는 임시조치제도를 통하여 대부분의 게시물들이 임시적인 접근차단이 아니라 종국적으로 삭제되고 있다는 것을 보여주고 있습니다.

| 연도          | 임시조치    | 재개시    | 삭제      | 삭제비율   |
|-------------|---------|--------|---------|--------|
| 2008        | 70,401  | 2,746  | 67,655  | 96.09% |
| 2009        | 83,548  | 2,220  | 81,328  | 97.34% |
| 2010        | 85,573  | 5,034  | 80,539  | 94.11% |
| 2011        | 123,079 | 8,994  | 114,085 | 92.69% |
| 2012        | 155,161 | 10,804 | 144,357 | 93.03% |
| 2013(1,2분기) | 120,739 | 4,258  | 116,481 | 96.47% |

[표3] (주) 네이버의 임시조치 현황<sup>15)</sup>

현상적으로만 보자면, 임시조치 요청 대상 게시물이 내용적으로 정당할 경우 이의제기 신청을 하면 되는데, 게시자가 그렇게 하지 않았다는 점은 당초 게시물 자체가 정당성을 가지지 못한 것 아니냐는 의문이 제기될 수도 있습니다. 그러나 일반적으로 임시조치가 이루어지고 이에 대해 이의제기한다는 것은 번거로울 뿐 아니라, 자칫 소송 등의 법적 절차에까지 이를 수 있어 이러한 번거로움을 회피하기 위하여 이의제기 하지 않는 경우가 많다고 보는 것이 더 타당한 분석일 것입니다.<sup>16)</sup>

### (3) 방송통신심의위원회의 통신심의와 비교할 때에도, 임시조치의 과잉차단현실이 드러납니다.

14) 포털들로서는 요건을 갖춘 이의제기가 접수되면, 법적 분쟁에 휘말리지 않기 위해 거의 대부분 재개시 조치를 취하고 있기 때문에 재개시 건수는 정식의 이의제기 건수와 거의 같다고 볼 수 있습니다.

15) 김유향, 심우민, “정보통신망법상 임시조치규정에 대한 입법영향분석”, 『현안보고서』제205호, 국회입법조사처, 2013, 35쪽.

16) 김유향, 심우민, “정보통신망법상 임시조치규정에 대한 입법영향분석”, 『현안보고서』제205호, 국회입법조사처, 2013, 41쪽 참조.

방송통신심의위원회(이하 ‘방심위’라 합니다)는 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 명예훼손 등 권리침해정보에 대해서 심의하고 해당정보의 삭제, 접속 차단 등의 시정요구를 할 수 있습니다(‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’ 제21조 제4호, 같은 법 시행령 제8조).<sup>17)</sup>

시정요구제도는 법률상 기관인 방심위의 심의를 거쳐 당해 게시물에 조치를 취하는 것이기 때문에 신속한 전파 및 확산을 방지하는 데 다소 한계가 있지만, 사실상 형식적 판단만이 이루어지는 ISP의 임시조치와 달리 권리침해여부에 대한 실질적 판단이 이루어진다는 점에서 법적 판단의 확실성은 다소 높다고 할 수 있습니다.

그런데 아래에서 보듯이 방심위의 통신심의의 경우 심의건수에 비해 시정요구가 이루어지는 비율은 그리 높지 않습니다. 연도마다 차이가 크지만, 5년 반 동안 이루어진 통신심의의 총 건수는 19,764건인데 비해 시정요구가 이루어진 총 건수는 3분의 1 수준인 6,130건입니다.

|            | 권리침해<br>심의건수 | 시정요구<br>총계 | 삭제    | 이용정지 | 이용해지 | 접속차단  |
|------------|--------------|------------|-------|------|------|-------|
| 2008       | 6,334        | 1,202      | 1,201 | 0    | 1    | 0     |
| 2009       | 3,990        | 1,124      | 1,121 | 0    | 0    | 3     |
| 2010       | 1,926        | 446        | 389   | 0    | 0    | 57    |
| 2011       | 2,833        | 668        | 348   |      | 1    | 319   |
| 2012       | 2,947        | 1,572      | 608   |      | 2    | 962   |
| 2013<br>.6 | 1,734        | 1,118      | 485   |      | 1    | 632   |
| 총계         | 19,764       | 6,130      | 4,152 |      | 5    | 1,973 |

[표4] 통신심의 시정요구 관련 권리침해 심의 건수<sup>18)</sup>

이처럼 명예훼손 등 권리침해가 주장되는 게시물은 방심위의 심의절차를 거

17) 정보통신 심의규정 제10조 제2항은 명예훼손 등 타인의 권리 침해와 관련된 정보는 당사자 또는 그 대리인이 심의를 신청하여야 하도록 규정하고 있었으나 2015. 12. 개정을 통해 삭제되어 현재는 신청이 없이도 명예훼손 게시글에 대해서 방심위가 심의하는 것이 가능한 상태입니다.

18) 김유향, 심우민, “정보통신망법상 임시조치규정에 대한 입법영향분석”, 『현안보고서』제205호, 국회입법조사처, 2013, 43쪽.

치더라도, 권리침해 주장자들의 의견이 받아들여지는 것이 3분의1 수준에 불과합니다. 명예훼손 주장이 있다 해도 게시물의 삭제나 접속차단은 표현의 자유와 같은 헌법상 기본권과 조화를 이루어야 하고, 명예훼손인지 여부에 대한 일반인들의 판단이 어렵다보니 늘 실제 명예훼손에 이르지 않는 게시물에 대해서도 심의 신청이 제기될 가능성이 있기 때문입니다.

그런데 임시조치의 경우는 권리침해 주장이 있는 경우의 거의 95% 정도가 종국적으로 삭제됩니다. 이는 임시조치가 실제로 권리침해가 없는 게시물에 대해서까지 과잉하게 삭제하게 된다는 점을 간접적으로 보여주는 것입니다.

## 5. 이 사건 법률조항의 기본권 침해 여부

### 가. 제한되는 기본권

#### (1) 사상·의견의 발표 및 전달의 자유 제한

헌법 제21조 제1항에서 보장하고 있는 표현의 자유는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미합니다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47).

이 사건 법률조항은 권리침해 주장자의 삭제요청이 있고, 권리침해여부를 판단하기 어렵거나 당사자 간에 다툼이 예상될 때 ISP로 하여금 정보게재자의 게시물에 대한 접근을 차단하는 조치를 취할 의무를 부과하고 있습니다. 게시물에 대한 접근차단조치가 취해지면, 해당게시물을 작성하여 게재한 사람 이외에는 그 게시물의 내용을 볼 수 없게 됩니다. 이는 즉 해당 게시물을 통해 사상 또는 의견을 “발표할 자유”를 제한하는 것이고, 그 게시물의 유통이 차단됨으로 인해 사상 또는 의견을 “전파할 자유”도 제한하는 것입니다.

#### (2) 표현의 ‘시의성’ 박탈

이 사건 법률조항은 규범적으로는 표현행위의 종국적 삭제가 아니라 최장

30일의 범위 내에서 ‘임시적인’ 접근차단 의무를 부과하고 있습니다.

그런데 자신의 의사를 자유로이 표현하고 전달할 수 있는 권리로서 표현의 자유란 표현의 ‘시기’ 면에서도 원칙적으로 제한받지 않을 것이 요구됩니다. 특히 특정한 쟁점이나 사건에 대한 자신의 의견을 표명하는 것과 관련해서는 그 대상과의 연관성이 밀접한 시기에 그 사건에 알맞은 의견을 표시하는 ‘시의성’이 매우 중요한 요소를 차지합니다. 이는 해당 표현에 대한 반론과 토론을 통하여 ‘사상의 자유시장’에서 자정작용이 이루어지도록 하는 것과도 연관되어 있는 표현의 자유의 중요한 기능입니다.

따라서 정보통신망에 게재된 정보에 대한 접근을 최장 30일까지 차단하는 이 사건 법률조항의 ‘임시조치’는 그 제한이 임시적인 것이라 하더라도 표현의 ‘시의성’을 박탈하는 조치라는 점에서 표현의 자유에 대한 중대한 제한을 가하고 있습니다(2012. 5. 31. 2010헌마88, 판례집24-1하, 578, 590-591 참조).

### (3) 표현의 자유에 대한 위축효과

이 사건 법률조항은 임시조치된 게시물을 복원하기 위해서 어떤 절차가 필요 한지 규정하고 있지 않지만, 적어도 30일 이내에 게시물을 복원하기 위해서는 어떤 형태가 되었든 정보게재자의 적극적인 ‘작위’가 필요함은 명백합니다. 즉 이 사건 법률조항은 표현행위의 복원을 원하는 정보게재자들에게 복원을 위한 적극적 작위의무를 부과하고 있고, 주요 ISP들은 그 작위를 이의신청 또는 재 게시청구라는 형태로 할 것을 요구하고 있는 것입니다.

이에 따라 임시조치를 당한 정보게재자는 한 번 임시조치가 취해진 표현행위를 다시 하기 위해서 향후 발생할지 모르는 분쟁이나 책임부담의 위험성을 감수하면서 적극적인 행위를 해야 한다는 것입니다. 그리고 이는 표현행위에 대한 위축효과를 가져옵니다.

비록 ISP가 임시조치를 하는 것이 유권적이고 최종적인 권리침해판단이 아 니지만, 임시조치를 당한 게시물의 작성자들은 자신의 게시물이 명예훼손 등 권리침해의 소지가 있는지, 다시 재게시를 청구해도 될 것인지에 대해 스스로

검열하게 될 것입니다. 특히 만약 자신의 게시물에 대해 권리침해를 주장하는 주체가 정치인이나 기업, 대형 종교단체 등 권력이나 재력, 인적 동원력을 가진 곳일수록 이들이 자신에 대해 고소나 손해배상청구를 감행할지 모른다는 두려움을 갖게 만들 수 있습니다. 앞서 통계를 통해 살펴본 것처럼 임시조치된 게시물에 대해 적극적으로 재개시청구를 하는 비율은 5% 전후에 불과하다는 사실은 임시조치제도가 표현행위에 대한 실질적인 위축을 가져오고 있음을 반증하는 것입니다.

이와 같이 이 사건 법률조항은 표현행위의 공개 및 유통 금지, 표현행위의 시의성 박탈, 표현행위의 위축 등 여러 측면에서 정보게재자의 표현의 자유를 제한하고 있습니다.

#### 나. 과잉금지원칙 위반 여부

##### (1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

선례는 이 사건 법률조항의 목적의 정당성을 다음과 같이 설명하고 있습니다.

“정보통신망에 의한 정보 유통의 경우 그 신속성, 확장성과 익명성, 비대면 성에 따라 허위 정보의 유통에 대한 반론권 행사가 용이하지 않고, 군중심리에 따른 비이성적 집단행동이 발생할 가능성이 크며, 이에 따라 정보통신망을 통하여 일반에 공개되는 정보로 인하여 사인의 사생활이나 명예 등 권리가 침해 될 경우 일반적인 민사상 구제절차나 형사처벌 규정만으로는 그 회복이 불가능한 상황이 발생할 수 있다.

특히 우리나라의 경우, 인터넷의 이용이 상당한 정도로 보편화되어 있는 데다가 사이버 범죄가 매년 증가하는 추세에 있고, 인터넷상에 타인에 대한 모욕, 명예훼손, 비방을 내용으로 하는 게시물을 올리는 등 사이버 폭력의 발생 빈도 역시 매우 우려스러운 수준이어서, 사이버 폭력으로 인한 타인의 사생활 침해나 명예훼손 등의 권리침해 및 그로 인한 사회적 혼란은 이미 심각한 상황에 이르고 있다.

이 사건 법률조항은 이와 같은 현실 속에서 사생활을 침해하거나 명예를 훼

손하는 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 무분별하게 유통되는 것을 방지하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되며,(…)"

목적의 정당성에 대한 선례의 판시에 대해서 다음과 같은 두 가지 문제점을 지적할 수 있을 것입니다.

### 1) 정보통신망의 합법정보 과잉차단 문제에 대한 인식이 필요합니다.

선례는 목적의 정당성의 검토에서부터 “군중심리에 따른 비이성적 집단행동”, “사이버 폭력의 발생빈도 역시 매우 우려스러운 수준”, “사이버 폭력으로 인한 사회적 혼란은 이미 심각한 상황” 등의 표현을 통해 정보통신망 및 그 이용자에 대한 지나친 불신을 드러내고 있고, 사이버폭력의 위험성에 대한 과장된 현실인식을 보여주고 있습니다.

물론 정보통신망에서 발생하는 사이버 폭력의 현실과 위험성은 간과할 수 없는 것이지만, 헌법재판소가 그 동안 여러 결정을 통해 인터넷이라는 매체의 특성, 인터넷 상에서의 표현의 자유가 지닌 중요성에 대해 일관되게 강조해온 내용들에 비추어보았을 때, 임시조치제도에 관한 2010헌마88 결정에서 유독 표현의 자유보다 인격권 침해정보의 심각성 및 차단 필요성을 지나치게 강조한 현실 인식을 하고 있는 것이 다소 이례적이기까지 합니다.

즉 헌법재판소는 인터넷을 “개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등을 기본으로 하는 사상의 자유시장에 가장 근접한 매체”, “매체 자체에서 잘못된 정보에 대한 반론과 토론, 교정이 이루어질 수 있”는 매체(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등, 판례집 23-2하, 739, 755 참조)로 이해하고 있습니다.

인터넷 공간에서 이루어지는 익명표현에 대해서도, “인터넷이 가지는 정보전달의 신속성 및 상호성과 결합하여 현실 공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 극복하여 계층·지위·나이·성 등으로부터 자유로운 여론을 형성함으로써 다양한 계층의 국민 의사를 평등하게 반영하여 민주주의가 더욱 발전되

게 한다. 따라서 비록 인터넷 공간에서의 익명표현이 부작용을 초래할 우려가 있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호되어야 한다.”고 판시하여, 정보통신망에서의 익명성이 부작용을 초래할 우려에도 불구하고 표현의 자유 보장의 가치를 중시한 바 있습니다(현재 2012. 8. 23. 2010헌마47 등, 판례집 24-2상, 590, 607).

또한 허위통신을 규제하는 전기통신사업법 조항에 대한 위헌결정에서도 “유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없다”고 판시한 바 있습니다(현재 2010. 12. 28. 2008헌바157 등, 판례집 22-2하, 684, 700).

앞서 살펴본 바와 같이 임시조치건수는 도입된 이래로 매 년 지속적으로 급격한 증가추세를 보이고 있고, 삭제요청이 있는 정보의 95% 가까이가 종국적으로 삭제되면서, 정보게재자의 표현의 자유를 심각하게 제한한다는 지적이 계속 제기되고 있습니다. 또 임시조치제도 뿐 아니라 정보통신망 상에서 이루어지는 정당한 비판이나 의견표명에 대해서 명예훼손, 모욕 등을 이유로 한 고소나 손해배상청구가 남발되어 표현의 자유를 위축시키는 것 역시 사회문제로 지적되고 있습니다.

따라서 현재 정보통신망에서 권리침해정보의 차단이 불충분하여 발생하는 인격권 침해 문제만 강조할 것이 아니라, 오히려 정보통신망에서 합법정보가 과잉하게 차단됨으로 인해 발생하는 표현의 자유 제약과 자유로운 정보유통 저해의 문제점도 심각하게 고려되어야 합니다.

그것이 헌법재판소가 임시조치제도를 바라보기 위한 균형 잡힌 현실인식이다. 그 동안 헌법재판소가 정보통신망에서의 표현의 자유와 관련해 내려온 여러 결정들과도 맥을 같이 하는 것입니다.

2) 이 사건 법률조항의 입법목적이 ‘인격권 보호’ 그리고 ‘정보통신망 이용 촉진’이라면 현행 법은 적합한 수단이 될 수 없습니다.

이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 공익은 단지 인격권 보호만이 아닙니다. 권리침해정보에 대한 유통차단을 통해 건전한 정보통신망 이용환경을 조성하고 이를 통해 이용자들의 정보통신망에 대한 신뢰를 확보하며, 나아가 “정보통신망의 이용촉진”에 기여하는 것이 이 사건 법률조항의 중요한 궁극적 목적으로 파악되어야 합니다. 사실 이 사건 법률조항이 포함된 정보통신망법의 가장 주된 입법목적 중 하나가 바로 정보통신망 이용촉진이기 때문입니다.<sup>19)</sup>

이 때 ‘인격권보호’와 ‘정보통신망 이용촉진’이라는 두 가지 목적은 서로 충돌하는 것이 아닙니다. 오히려 정보통신망에서의 인격권 보호는 안전하고 건전한 이용환경 조성을 통해 정보통신망 이용촉진을 가져올 수 있다는 점에서 정당화됩니다. 따라서 만약 인격권 보호를 위해 택한 수단이 필요한 범위를 넘는 과잉한 것이거나 합법적인 정보 차단을 막기 위한 보호장치를 마련하지 않음으로써 오히려 정보통신망의 이용을 저해시킨다면, 이 사건 법률조항의 중요한 입법목적 자체를 달성할 수 없게 하는 것으로서, 이는 최소침해성 이전에 수단의 적합성도 충족시키지 못하는 것입니다.

### (3) 침해의 최소성

선례는 1) 표현의 자유를 덜 침해하는 대안이 존재한다고 볼 수 있고, 2) 임시조치의 절차적 요건과 내용은 표현의 자유에 대한 필요최소한의 제한을 가하도록 설정되어 있다는 이유로 이 사건 법률조항이 침해의 최소성 요건을 충족시킨다고 판단하였습니다. 그러나 아래와 같이 선례의 판단은 타당하지 않습니다.

#### 1) 표현의 자유를 덜 침해하는 대체수단의 존재

---

19) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제1조(목적) 이 법은 정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하여 국민생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

선례는 “정보가 공개된 상태를 그대로 두고서는 어떠한 분쟁해결절차가 사후적으로 진행된다 하더라도 사실상 그 침해를 제거해 내는 것이 불가능”한 경우들을 상정하면서, 사후적인 손해배상이나 형사처벌은 피해를 전보하여 주지 못하고, “반박내용을 게재하도록 하거나 링크 또는 퍼나르기 금지, 검색기능을 이용한 접근 차단, 독립적이고 전문적인 기관에 의한 신속한 분쟁해결절차의 마련 등과 같은 방안들은 이 사건 법률조항의 입법목적을 효과적으로 달성할 만한 대체적인 수단이라고 할 수 없다.”고 보았습니다.

그러나 다음과 같이 입법목적을 달성하면서 표현의 자유를 덜 침해하는 여러 가지 방안을 상정해볼 수 있습니다.

#### ① 사생활의 비밀에 관한 정보에 한하여 임시조치를 규정하는 방안

개인의 “사생활의 비밀”에 관한 정보는 그 내용의 정당성을 떠나 ‘공개’되는 것만으로 권리침해가 발생한다고 볼 수 있습니다. 특히 선례가 그 판시에서도 들고 있는 사례처럼 “사진이나 동영상으로 개인의 사적인 일상을 직접적으로 공개”하는 경우, 공적인 사안에 관련되지 않은 개인에 대한 과도한 신상털기 같은 경우는 “표현에 대한 반론과 토론을 통한 자정작용이 사실상 무의미한 경우”가 될 수 있을 것입니다. 이러한 정보에 대해서는 신속한 차단을 통해 정보의 유통 뿐 아니라 공개까지도 일단 잠정적으로라도 차단시킬 이익이 클 수 있습니다.

그러나 “명예훼손”이 주장되는 게시물의 경우는 다르게 판단되어야 합니다. 잘못된 행위나 사회적인 문제에 대한 사실의 적시는 그러한 행위를 하거나 문제를 야기한 사람에 대한 부정적인 평가를 수반하게 되고, 대부분의 비판적이거나 부정적인 사실적시의 표현행위에는 사람의 사회적 평가를 저해하는 내용이 포함되게 됩니다. 그러나 사회적 평가를 저해하는 내용이 포함된 것만으로 바로 명예훼손이라는 권리침해가 되는 것은 아닙니다.

#### 따라서 그 적시된 사실이 공개되지 않아야 할 사생활의 비밀에 관한 것이 아

니라면, 그 게시물은 신속한 접속차단을 통해 해당 정보의 공개와 유통 모두를 전면적으로 차단하는 것만이 인격권 침해방지를 위한 유일한 수단이라고 볼 수 없습니다. 이 경우에는 반박내용의 게재를 통해 “표현에 대한 반론과 토론을 통한 자정작용”으로도 인격권 보호 목적을 달성할 수 있을 것입니다. 오히려 이는 게시물들을 단순히 일방적으로 차단시키는 것보다 정보소통의 양을 증가시키고 정보통신만의 활성화라는 입법목적에도 기여합니다.

임시조치가 취해졌던 청구인의 게시물은 사생활의 비밀을 침해하는 내용을 담고 있지 않았습니다. 소망교회 담임목사에게 이명박 대통령이 위로전화를 했다는 신년행사에서의 공개된 발언과 이를 다룬 뉴스 기사를 소개하였을 뿐이고, 사랑의 교회 건축 공사가 휴일에도 계속되고 있다는 공개된 사실을 적시하였을 뿐입니다. 이러한 게시물의 내용은 공개되는 것만으로 회복할 수 없는 피해를 발생시키는 게시물이 아님이 명백합니다.<sup>20)</sup>

권리침해여부, 특히 명예훼손인지 여부에 대한 실질적 판단을 법률전문가가 아닌 ISP가 하는 것은 어려울 수 있으나, 어떤 정보가 사생활의 비밀과 관련된 정보인지 사생활의 비밀과 무관한 명예훼손과 관련된 정보인지 여부의 판단 자체는 비교적 쉽게 가능할 것입니다. 따라서 사생활의 비밀을 침해하는 정보에 대해서만 임시조치가 가능하도록 하는 수단을 택한다면, 정당한 게시물에 대해 과잉한 임시조치가 행해지는 것을 방지하면서도, 사생활과 관련하여 인격권에 회복불가능한 손해가 발생하는 것 역시 막을 수 있을 것입니다.

## ② 정보의 공개를 유지하면서 확산과 유통을 차단하는 방안

명예훼손이 주장되는 정보에 반박내용을 게재하는 것만으로 인격권 보호라는 목적 달성이 충분하지 않다는 반론이 있을 수 있지만, 그 경우라 하더라도 게

---

20) 위 게시물들이 공개 자체를 잠정적으로 차단해야 할 필요가 없는 정보라는 점은 위 게시물들에 대해 임시조치가 취해진 시점이 각 게시물이 이 사건 블로그를 통해 공개된 시점부터 3년 및 5년이나 지난 때라는 것에서도 드러납니다. 사실 청구인의 게시물은 만약 방심위의 통신심의 혹은 명예훼손으로 인한 형사재판이나 손해배상청구 재판이 이루어졌다면 명예훼손정보가 아니라고 판명되었을 내용입니다.

시물의 공개 상태는 유지하되 링크나 소위 ‘퍼나르기’의 차단, 실시간 검색어 또는 인기검색어 등록의 차단, 검색 금칙어 설정과 같이 정보의 확산과 유통만을 차단하는 방안을 택하는 것이 덜 침해적인 수단일 것입니다. 그 경우 인격권 보호라는 목적을 훨씬 더 용이하게 달성하면서도 게시물의 공개 상태는 유지시키기 때문에 게시자의 표현의 자유를 덜 침해하는 수단이라고 볼 수 있습니다.

### ③ 정보의 삭제요청 시 공식적 분쟁해결절차의 개시여부를 소명하도록 방안

덜 침해적인 대안으로서, 권리침해 주장자가 ISP에게 정보의 삭제를 요청하기 위해서는, 최소한 방심위의 통신심의 신청이나 명예훼손분쟁조정신청, 권리침해를 이유로 한 고소나 손해배상청구 등의 공식적인 분쟁해결절차를 개시했음을 소명하도록 하는 방안도 고려할 수 있습니다.

임시조치가 한 해 20만 건 넘게 행해지며 실제 권리침해가 없는 게시물들까지 대량으로 삭제시키도록 남용되는 것은, 임시조치가 이루어질 수 있는 요건이 너무 간단하고 권리침해주장의 진지성과 진실성을 담보하기 위한 조치가 거의 마련되어 있지 않기 때문입니다. 정보통신망에서의 진지성 없는, 걸러지지 않은 정보들이 유통되는 것만 우려할 것이 아니라, 정보통신망에서 유통되는 진지하고 합법적인 게시물들에 대해 본인에 대한 불편한, 부정적인 내용이 포함되어 있다는 이유로 권리침해여부에 대한 진지한 성찰 없이 삭제요청을 남용하는 것 역시 우려해야 합니다.

따라서 임시조치를 하기 위한 전제가 되는 권리침해주장자의 삭제요청을, 현재와 같이 거의 의미 없는 ‘소명’만 있으면 할 수 있게 하는 게 아니라, 통신심의요청 등 공식적인 분쟁해결절차를 개시한 것을 요건으로 하도록 규정하는 것도 대안이 될 수 있을 것입니다. 통신심의나 명예훼손분쟁조정신청은 그 절차가 복잡하거나 비용이 드는 것도 아니고, 일부 ISP들은 임시조치가 취해진 뒤 재개시 청구가 있으면 당사자들의 동의를 구해 심의요청을 대리하기도 하는 만큼, 그 절차를 삭제요청단계에서 개시하도록 하는 것이 인격권 보호를 위한 불필요하거나 무거운 부담을 권리침해주장자에게 지우는 것이라 보기도 어

렵습니다. 원래 임시조치는 잠정적 조치이고, 그 잠정적인 임시조치기간 동안 자율적인 분쟁해결이 이루어질 것을 기대하고 있는 것으로 볼 수도 있는데, 그 분쟁해결의 절차를 삭제요청단계에서 개시하도록 하여 삭제요청의 진지성과 진실성을 담보하는 것은 분명히 표현의 자유를 덜 침해하면서도 인격권 보호를 달성할 수 있는 수단으로 고려될 수 있을 것입니다.

## 2) 침해를 최소화하기 위한 후속 조치 마련 여부

선례는 “‘소명’절차를 전제하고 있는 것은 정보게재자의 표현의 자유에 대한 침해를 최소화하기 위한 노력으로 평가”할 수 있고, “30일 이내라는 비교적 짧은 기간 동안의 정보 접근만을 차단할 뿐이어서 정보게재자의 이익 역시 보호”한다는 점을 근거로, 이 사건 법률조항에서 규정한 임시조치가 필요최소한의 제한만을 가하고 있다고 판단하였습니다.

그러나 삭제요청을 하기 위한 ‘소명’ 요건은 표현의 자유 침해를 최소화하기 위한 수단으로 볼 수 없습니다. 사실 선례도 이 사건 법률조항의 요건과 내용 부분의 판시에서 권리침해의 ‘소명’에 대해 ‘사생활 침해’, ‘명예훼손’에 있어서는 권리침해 여부가 해당 정보의 내용에 달려 있는 경우가 대부분이므로, 권리침해 주장자와 권리주체가 동일인임을 확인시켜 주는 것 이상의 의미를 가지기 어렵다는 점을 인지하고 있습니다. 그럼에도 침해의 최소성 부분에서 ‘소명’을 요구하는 것을 침해최소화를 위한 조치로 언급하는 것은 적절하지 않습니다.

또 “정보통신서비스 제공자도 서로 경쟁을 하면서 영리활동을 하는 사경제 주체이므로 단순히 사생활 침해나 명예훼손 가능성이 있는 정보를 차단함으로써 손해배상책임을 감면받으려는 동기 못지않게 자신의 서비스를 제한 없이 제공함으로써 이용자들을 더 많이 유치하려는 동기도 임시조치 여부에 관한 의사결정에 상당한 영향을 미칠 것”이라고 판시하였으나, 이 역시 현실과는 동떨어진 주장에 불과합니다.

침해주장자의 소명에 대해 그것이 설득력 있는지 판단하고 되도록 서비스를

제한 없이 제공하려는 ISP의 의지가 당장 직면한 손해배상책임의 위협 못지 않을 거라는 추정은 그저 추정일 뿐입니다. 오히려 거의 독과점 상태에 가까운 ISP 시장환경 등을 고려하면<sup>21)</sup> 눈에 보이지 않는 서비스 제공의 이익보다 손해배상책임의 위협이 확실히 눈에 보이는 위험이기 때문입니다.<sup>22)</sup>

또 30일 이내라는 비교적 짧은 기간 동안의 정보 접근만을 차단할 뿐이어서 정보게재자의 이익 역시 보호한다는 부분도 타당하지 않습니다.

최근의 정보유통의 속도, 뉴스가 소비되고 교체되는 주기를 고려할 때 30일이라는 시간은 결코 짧은 시간이 아닙니다. 어떤 게시물들의 경우에는 단순히 시의성을 약화시키는 정도가 아니라, 아예 그 게시물을 무가치하게 만들어버릴 수도 있을 정도입니다. 이 사건을 검토하는 분들께서는 한 번 현재로부터 30일 이전에 우리 사회에서 어떤 뉴스가 이슈였는지 떠올려보셨으면 합니다. 이미 그 30일 사이에 새롭게 생성되고 유통된 수많은 정보에 가려 30일 이전의 이슈는 이미 사람들의 관심에서 멀어져있는 경우가 많을 것입니다. 30일의 차단기간을 표현의 자유에 대한 최소한의 제한이라고 보는 것은 옳지 않습니다.

특히 앞서 임시조치제도의 남용 실태에서 확인하였듯이, 임시조치된 게시물은 95% 정도가 결국 30일의 기간이 경과한 후에 삭제된다는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항으로 인한 표현의 자유 침해는 단지 30일의 임시적인 차단이 아니라 게시물의 종국적 삭제라는 중한 결과임을 간과할 수 없습니다.

또한 선례는 ‘30일 이내’에 정보게재자의 재게시청구가 있을 경우라든지 등 향후의 분쟁해결절차에 관하여는 정보통신서비스 제공자의 자율에 맡기고 있고, 각 포털이 약관에 의해 재게시절차 및 분쟁해결절차로 유도, 30일 이상 임시조치하지 않도록 하고 있다는 점 등도 최소침해성 판단의 논거로 들고 있습니다.

---

21) 현재 네이버, 다음 두 개 메이저 정보통신서비스제공자가 시장을 독과점하고 있는 현실에서 이용자들은 두 개 포털이 한 해 20만 건에 달하는 임시조치를 하여도 두 개 메이저 포털에서 이탈하여 다른 정보통신서비스 제공자의 포털을 이용하기로 결정하기가 쉽지 않을 것입니다.

22) 김현귀, “정보통신망법상 임시조치제도와 표현의 자유”, 『법과사회』제46호, 2014. 6. ,320쪽 참조.

그러나 임시조치 이후의 절차에 대해서 규정하지 않음으로써 이를 ISP의 자율에 맡기고 있는 것은 기본권 침해를 최소화하기 위한 조치가 전혀 마련되어 있지 않다는 것의 방증입니다.

즉 이 사건 법률조항은 권리침해주장자의 삭제요청과 ISP의 임시조치의무만 규정하고 있고, 합법적인 정보에 대해 임시조치를 당한 정보제재자의 이익보호를 위한 절차를 “전혀” 마련하고 있지 않은 것입니다. 적어도 정보제재자가 임시조치에 대하여 정당한 게시물임을 주장하는 이의신청을 통하여 정보의 재게시를 요청할 수 있도록 하고, 재게시요청이 있을 경우 30일 이내라도 임시조치된 게시물을 복원시키도록 하는 등의 규정이 마련될 필요가 있습니다. 이는 설령 현행의 임시조치제도가 그대로 유지된다고 하여도 정보제재자의 표현의 자유를 위해 필요한 최소한의 절차적 보호일 것입니다.

이 때 재게시요청에 의해 자체없이 게시물을 복원시키도록 할 경우, 권리침해게시물로 인해 인격권 침해가 발생하여 입법목적을 달성할 수 없다는 지적이 있을 수 있으나, 앞서 살펴보았듯이 임시조치된 건수 중 재게시를 요구하는 비율은 5%도 되지 않습니다. 이는 임시조치된 게시물 중 정당한 게시물이 5%도 되지 않는다는 의미가 아닙니다. 이는 그만큼 임시조치가 정보제재자들에게 표현행위에 대한 위축효과를 발생시킨다는 것입니다.

그럼에도 위축효과를 극복하고 법적 분쟁의 위험성을 감수하면서까지도 자신의 표현행위의 정당함을 주장하며 재게시하는 경우에 그 재게시를 자체없이 허용한다면, 이는 권리침해의 여지가 거의 없는 게시물에 남용된 임시조치들만을 주로 배제시킴으로써 표현의 자유를 절차적으로 보장하면서도 인격권 보호라는 목적 달성을 지장을 가져오지 않을 것입니다.

### 3) 소결

이처럼 임시조치가 취해지는 권리침해정보의 유형과 내용을 사생활 침해정보로 제한하는 방안, 정보의 공개 자체를 금지시키는 임시조치가 아니라 유통을 최소화하는 방안, 정보의 삭제요청을 위해 최소한의 공식적인 분쟁해결절차 개시를 요건으로 하는 방안, 정보제재자에게 정보제재 청구 등 임시조치를 다툴 수 있는 권한과 절차 규정을 마련하는 방안 등 인격권 침해 방지라는 목적

을 달성하면서 정보개재자의 표현의 자유 침해를 최소화하기 위한 여러 가지 대안을 상정해볼 수 있습니다.

과연 어떤 방안이 인격권 보호와 표현의 자유의 조화를 가장 잘 달성하는 방안인지 여부는 입법자의 선택이 필요한 문제지만, 중요한 것은 현행 임시조치 제도가 오로지 인격권 침해방지를 위한 정보차단에만 지나치게 편중되어, 표현의 자유 침해를 최소화하기 위한 그 어떠한 조치도 마련하고 있지 않다는 점입니다. 따라서 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 요건을 명백하게 위반하고 있습니다.

#### (4) 법익의 균형성

선례는 타인의 인격적 법익 기타 권리에 대한 침해가 돌이킬 수 없는 상황에 이르게 될 가능성을 미연에 차단하려는 공익은 매우 절실한 점에 비추어 아무런 제한 없이 표현의 자유의 시의성을 보장받을 사익에 대한 제한 사이에 불균형이 발생하지 않는다고 판단하였습니다.

그러나 선례는 법익균형성 판단에 있어 비교·형량하여야 하는 공익과 사익을 잘못 설정하고 있습니다. 앞서 누차 강조한 바와 같이 이 사건 법률조항의 임시조치제도는 그 요건과 절차에 의할 때 ‘타인의 권리를 침해하는 정보’에 한정되지 않고, 필연적으로 타인의 권리를 침해하지 않는 정보에 대한 임시조치도 발생할 수밖에 없습니다.

따라서 이 사건 법률조항이 법익균형성의 원칙에 반하는지 여부를 판단함에 있어서는 ‘타인의 권리를 침해하는 정보에 대한 접속을 임시적으로 차단함으로써 달성되는 공익’과 ‘타인의 권리를 침해하지 않는 정보에 대한 접속이 임시적으로 차단됨으로써 제한되는 사익’이 주된 비교의 대상이 되어야 합니다. 권리침해정보에 대한 임시조치를 통해 달성되는 인격권 침해방지는 물론 절실한 공익일 수 있습니다. 그러나 권리를 침해하지 않는, 즉 합법적이고 차단될 이유가 전혀 없는 정보에 대한 임시조치로 인한 표현의 자유 제약은, 단순히 시의성 제한의 문제가 아닙니다.

그리고 권리침해가 없는 게시물에 대한 임시조치가 행해지는 수준은 단지 약간의 불가피한 부작용 정도로 치부할 수 없습니다. 앞서 살펴본 바와 같이 통신심의건수나 사이버명예훼손·모욕으로 인한 형사사건수의 양에 비해 임시조치되는 게시물의 양이 비교할 수 없이 많습니다. 또한 통신심의 건수 중 시정요구가 행해지는 비율(약 3분의1), 사이버명예훼손·모욕으로 입건된 건수 중 실제 기소된 비율(약 5분의2)에 비추어보면, 삭제요청의 대부분이 기계적으로 수용되는 임시조치제도는 권리침해가 없음에도 임시조치가 행해지는 비율이 상당할 것입니다.

이 사건 법률조항은 인격권 침해방지라는 목적에만 치우쳐, 인격권 보호와 게재자의 표현의 자유 사이의 조화와 균형을 전혀 갖추지 못하고 있으며, 헌법으로 보호되는 표현까지도 억제함으로써 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성을 방해하고 있습니다. 표현의 자유가 민주주의 사회에서 갖는 중요성에 비추어볼 때, 그 불균형의 문제는 심각하다고 할 수 있습니다. 나아가 이와 같이 권리침해가 없는 게시물에 대한 과도한 임시조치는 정보통신망의 이용 촉진이라는 입법목적도 저해하므로, 그러한 점에서도 법익간의 균형을 상실하고 있다고 볼 것입니다.

## 6. 결론

검토한 바와 같이 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 표현의 자유를 침해하므로 이 사건 법률조항에 대한 위헌 결정을 내려주시기를 바랍니다.

## 첨 부 서 류

1. 각종 입증서류
2. 소송위임장(소속변호사회 경유)

## 입 증 서 류

- |              |                             |
|--------------|-----------------------------|
| 1. 갑 제1호증- 가 | '어이, 전화 연결해봐' MB전화정치 하루 수십통 |
| 2. 갑 제1호증- 나 | 진보의 하나님, 보수의 한국 교회          |
| 3. 갑 제2호증    | 이 사건 임시조치 안내화면 캡쳐           |
| 4. 갑 제3호증    | 임시조치 게시물 복원 안내화면 캡쳐         |
| 4. 갑 제4호증- 가 | Daum 서비스 약관                 |
| 5. 갑 제4호증- 나 | Naver 게시중단 요청 서비스 안내        |

2016 . 7 . 22 .

청구인 대리인 변호사 김 선 휴 (인)

헌 법 재 판 소 귀중