

# 헌법소원심판청구서

청 구 인 1. 진 중 권

2. 김 철

위 청구인들의 대리인 변호사 최영동

## 청 구 취 지

“정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(제44조의 2 제1항, 제2항, 제4항은 헌법에 위반된다.”라는 결정을 구합니다.

## 침해된 권리

헌법 제21조(표현의 자유), 헌법 제11조(평등권), 헌법 제37조 제2항(기본권제한의 한계)

## 당 해 사 건

서울중앙지방법원 2009가단498090 손해배상

원고 진중권 외 1명, 피고 주식회사 다음커뮤니케이션

## 청 구 이 유

### 1. 청구인의 지위

청구인들은 청구의 주식회사 다음커뮤니케이션(이하 “소외 다음”이라 합  
니다)이 운영하는 인터넷 포털 서비스 “다음(daum)”의 회원으로서 동 서  
비스에서 제공하는 블로그를 운영하고 있으며, 소외 다음은 정보통신망  
이용촉진 및 정보보호에 관한 법률(이하 정보통신이용법이라고 합니다)  
의한 정보통신서비스제공자 (인터넷 포털 서비스 사업자)입니다.

### 2. 사건의 개요

#### 가. 청구인 진중권

(1) 청구인 진중권은 2009. 6. 3.부터 같은 달 8.경까지 인터넷 포털 서비스다음에 있는 자신의 블로그에 15개의 글을 게재하였는데 그 중 “오마이뉴스와 프레스안 기고문”이라는 제목의 글을 제외한 모든 글이 소외 다음에 의하여 임시 접근 금지 조치(이하 “임시조치”라 합니다)를 당하였습니다(갑 제1호증의 1, 2, 갑 제2호증의 1 내지 14 각 참조).

그 결과 청구인 진중권은 위 글들을 게시할 수 없었고, 평소 청구인 진중권의 블로그를 방문하여 그의 글을 읽던 사람들도 임시조치가 취해진 글들을 읽을 수 없게 되었습니다.

(2) 한편 소외 다음에 의하여 임시조치가 내려진 글들은 청구인 진중권이 당시 한국예술종합학교의 객원교수 자격이 없음에도 채용되었다는 인터넷 신문 기사에 대하여 위 기사들의 근거 없음을 밝히고, 객원교수 채용에는 아무런 문제가 없음을 해명하기 위하여 작성되어진 것입니다(갑 제2호증의 1 내지 14 참조).

(3) 또한 위 각 게시글은 타인의 권리를 침해하는 내용은 없으며, 다만 소외 변희재가 계속 청구인 진중권에게 근거 없는 기사를 실어, 이에 대하여 반박하는 글을 쓰면서 일부 게시글에는 과장되거나 풍자적 표현이

조금 있으나 게시글의 전체적인 맥락을 고려하면 소위 변희재나 타인의 권리를 침해하는 글로 보기 어렵습니다.

## 나. 청구인 김철

(1) 청구인 김철은 2009. 1. 23. “고의방화, 도심테러라고? 인두깍을 쓴 이들”라는 제목의 게시글을 티스토리에 있는 자신의 블로그에 게재하였습니다.

이 글은 당시 소위 용산 참사에 관련된 신문 기사의 원문들을 복사하여 게재하면서 용산 참사에 대하여 불법행위에 대한 정당한 공권력행사라고 주장하는 국회의원들을 인두깍을 쓴 짐승과 같다라는 자신의 의견을 덧붙여 게재하였습니다(갑 제3호증 참조).

(2) 그런데 소위 다음은 장제원(국회의원)으로부터 명예훼손을 이유로 위 게시글의 중단 요청을 받고 2009. 4. 29. 청구인 김철에게 임시 조치를 취한다는 통보를 전자우편으로 보냈습니다(갑 제4호증 참조).

청구인 김철은 소외 다음에게 위 게시글이 타인의 명예를 훼손하는 글이 아니므로 재게시 해달라는 요청을 하였지만 소외 다음은 “피해자로부터 명예훼손으로 인한 권리침해 주장이 있었고, 명예훼손 여부는 법률적 판단을 따라야 하는 부분으로서 피고가 판단하기 어려운 문제여서 임시조치를 취하게 되었으며, 30일간 임시조치 후 자동으로 복원시킬 것이라는 취지의 답변만을 받았습니다(갑 제5호증 참조).

결국 청구인 김철의 게시글은 30일 동안 차단되었고, 청구인 김철 뿐만 아니라 평소 청구인 김철의 블로그를 방문하여 그의 글을 읽던 사람들도 임시조치가 취해진 글을 읽을 수 없게 되었습니다.

(3) 한편 소외 다음에 의하여 임시조치가 내려진 글은 청구인 김철이 당시 용산참사에 관련된 신문기사들을 원문 그대로 복사하여 게시한 부분과 자신의 의견을 적은 부분으로 나눌 수 있습니다. 그런데 신문기사의 경우 장제원이 행정안전위 회의에서 발언한 내용을 그대로 게재한 것에 불과하여 장제원의 명예를 훼손하는 글로 볼 수 없으며, 나머지 표현은 청구인 김철이 자신의 의견을 적은 것에 불과하여 이 또한 장제원의 명예를 훼손하는 글로 보기 어렵다할 것입니다.

### 3. 위헌법률심판의 제청

청구인들은 2009. 12. 24. 서울중앙지방법원에 주식회사 다음커뮤니케이션의 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구의 소(사건번호 : 2009가단498090 손해배상(기))를 제기한 후, 정보통신이용법 제44조의2 제1항, 제2항, 제4항이 손해배상청구의 소의 재판에 전제가 됨에 따라 2010. 6. 7. 위헌법률심판을 제청하였습니다.

그러나 서울중앙지방법원은 청구인들의 위헌법률심판제청이 재판의 전제성이 없다는 이유로 각하하였습니다(서울중앙지방법원 2010카기4001호 결정문 참조).

### 4. 재판의 전제성

청구인들은 소외 다음의 임시조치가 위헌이며 이 위헌인 규정에 근거한 임시조치는 불법행위가 성립한다고 생각하여 민사소송을 제기한 후 위헌법률심판을 제청하였습니다. 그러나 법원은 청구인들의 위헌법률심판제청을 재판의 전제성이 없다는 이유로 기각하였습니다.

재판의 전제성이라 함은 첫째, 구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 둘째, 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 셋째, 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말하는데 청구인들의 위헌법률심판제청은 아래와 같은 이유로 재판의 전제성이 인정된다고 할 것입니다.

#### 가. 법원에 계속 중인 손해배상 청구 소송

청구인들은 2009. 12. 주식회사 다음커뮤니케이션을 피고로 하여 청구인들이 소외 다음이 운영하는 인터넷 포털 서비스 “다음(Daum)” 및 “티스토리(Tistory)”가 제공하는 블로그에 올린 게시물을 소외 다음이 근거 없이 임시적으로 차단하는 조치를 취한 데 대하여 채무불이행 및 불법행위로 인한 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였습니다.

#### 나. 당해 소송사건의 재판에 적용되는 법률

청구인들은 즉시 소외 다음에 블로그의 글들을 복원해달라고 요청했습니다. 복원 요청에 대하여 주식회사 다음 커뮤니케이션은 청구인들의 게시

물에 대하여 정보통신이용법 제44조의2 제1항에 따른 권리침해주장자의 삭제요청이 있었고 그 권리침해 여부를 판단하기가 어려워 같은 조 제4항에 규정한 임시조치를 취하였던 것이므로 “법령상 의무를 충실히 이행한 것”뿐이어서 위법성이 없다고 답변하였습니다.

소외 다음이 자신의 손해배상책임을 부인하기 위해 주장한 정보통신망법 제44조의 2 제1항, 제2항 그리고 제4항입니다.

위 조항들 특히 정보통신망법 제44조의 2 제4항은 자신의 임시조치가 정당화되는 근거규정이므로 이 규정이 없었더라면 적법한 게시물을 30일간 삭제한 것에 대한 손해배상책임을 지게 될 것입니다.

#### **다. 다른 내용의 재판이 하게 되는 경우**

다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라 함은 당해 사건의 재판의 결론이나 주문이 달라지는 경우 뿐 아니라 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리하는 경우, 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우 등을 모두 포함합니다.



만약 이 사건 조항들이 합헌적인 조항이라면 위 조항들에 따라 행해진 피고의 임시조치는 피고의 주장대로 위법성이 없으므로 손해배상책임이 발생할 여지가 없을 것입니다.

그러나 위 조항들이 표현의 자유를 침해하여 위헌이라면, 피고의 임시조치가 법적으로 정당하다는 근거가 없어지게 되므로 이 임시조치를 한 피고의 행위에 대해서는 법적인 책임이 발생합니다.

다만 피고가 당해 조치를 취할 당시에는 효력을 발하고 있던 조항이 추후에 위헌으로 판명된다 하여 위법한 조치를 취한 피고에게 고의나 과실이 있다고 인정할 수 없어 결국 결론이 같다면 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당하지 않는다고 생각할 수도 있습니다.

그러나 당시에 효력을 발하고 있었다고 하여 고의·과실이 인정되지 않을 것이라는 점은 아직 속단할 수 없습니다. 타인의 권리를 침해하는 것이 아니어서 그 게시물을 삭제하거나 차단할 수 없는 것이었음에도 그리고 그러한 사실을 피고가 알았거나 알 수 있었음에도 피고가 임시조치라는 잘못된 제도에 숨어서 인터넷 포털사업자의 편의를 위해 게시자의 글을 차단한 것이라면 위법성을 알았거나 알 수 있었다고 말할 수 있을 것입

니다. 이 경우 법률이 위헌이라면 피고의 행위는 고의나 과실일 가능성이 더욱 커지게 될 것입니다.

나아가, 애초에 피고의 행위가 법률상 의무에 따른 것이어서 위법하지 않으므로 손해배상책임이 발생하지 않는다는 것과, 피고의 행위는 위법하지 않으나 그 행위에 고의나 과실이 없으므로 손해배상책임이 발생하지 않는다는 것은 그 결론을 이끌어내는 이유를 달리하는 것이며, 이 사건에서 위법성이외의 다른 사유로 손해배상청구권이 없다는 결론이 난다손치더라도 분명히 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당할 것입니다.

즉 위법성 이외의 요건 사실을 모두 심리하여 나머지 요건이 충족된 연후에야 비로소 위법성 여부에 대한 위헌법률심판제청이 가능한 것이 아니라 나머지 요건이 성립하든 성립하지 않든 위법성이 요건 사실이라는 점 하나만으로도 재판의 전제성이 인정되는 것이라고 할 것입니다.

만약에 다른 요건으로 기각되지 않을 것까지 요구한다면 재판의 전제성은 위헌결정이 날 경우 재판에서의 승소할 수 있음을 전제로 하는 것이라는 개념으로 확장될 것이며 이렇게 될 경우 위헌법률심판 제청의 폭은 매우 좁게 될 우려가 있습니다.

따라서 위 조항들은 재판의 전제성을 충족합니다.

## 라. 침해의 반복위험성과 헌법적 해명의 중요성

### (1) 침해의 반복위험성

재판의 결론에 차이가 없다 하더라도 이 위헌법률심판제청이 허용되어야 할 또 다른 중요한 이유가 있습니다. 위 법률에 의해 발생하는 피해는 그 성질상 심리기간 중 사태의 진행으로 소의 이익이 소멸하여 위 법률에 대한 헌법적 해명을 구하기 어려운 반면 침해의 반복 위험성이 높습니다.

만약 자신의 게시물이 차단된 게시자가 게시물의 복구(즉 임시조치의 해제)를 구하는 소를 제기하고 피고 측이 게시물의 차단이 제44조의2 상의 의무라고 주장할 때 그 조항에 대해 위헌법률심판제청을 신청한다면 제44조의2의 위헌성은 재판의 내용뿐만 아니라 재판의 결론에 영향을 미칠 것입니다. 이 사건 조항들이 합헌이라면 피고의 임시조치는 법적 의무에 따른 것이므로 위법성이 없을 것이나 이 사건 조항들이 위헌이라면 임시조치는 더 이상 법률적 근거를 갖지 못하며 임시조치를 해제할 의무가 발생하기 때문입니다. 손해배상소송과는 달리 피고의 행위 당시에 이 사

건 조항들이 유효하였는가에 관계없이 임시조치의 해제의무는 발생할 것이며 게시물 재판의 전제성은 수월하게 충족되어 게시자는 헌법적 해명을 구할 수 있었을 것입니다.

하지만 소외 다음(Daum)은 정보통신망법 제44조의2 제4항이 “임시조치 기간은 30일 이내”로 한다는 조항에 기대어 30일이라는 짧은 기간이 지난 이후에는 임시조치를 자동으로 해제하고 있습니다. 그렇다면 그렇게 짧은 기간 내에 복구될 게시물에 대해 게시자가 게시물을 복구하기 위한 소송을 제기하여 이 사건 조항에 대하여 헌법적 해명을 구할 것을 기대하기는 어려울 것입니다. 그러므로 이 사건 조항에 대하여 헌법적 해명을 구하기는 어렵습니다. 그러므로 이 사건 법률조항에 의한 침해는 반복될 가능성이 높습니다.

## (2) 헌법적 해명의 중요성

한편 이 사건 조항들에 따라 정보통신서비스제공자들은 피해를 주장하는 자의 요청에 따라 수많은 게시물들을 그 합법성 여부에 관계없이 차단하고 있습니다. 가장 대표적인 정보통신서비스제공자이며 이번 소송의 피고인 다음(Daum)에 의해서만 명예훼손 및 초상권 침해를 이유로 한 임시

조치가 매 월 수천 건이 이루어지고 있습니다(표 1 참조).

<표1 Daum의 지난 3년간 명예훼손/초상권/개인정보 임시조치 처리건수>

	2007			2008			2009		
	처리건수 (합계)	삭제	임시조치	처리건수 (합계)	삭제	임시조치	처리건수 (합계)	삭제	임시조치
연간(총계)	10265	6631	3634	27454	5908	21546	14719	1215	13504
월간(평균)	<b>855.4</b>	552.6	302.8	<b>2287.8</b>	492.3	1795.5	<b>3680</b>	304	3376
1월	635	635		1221	420	801	4545	322	4223
2월	704	704		1380	493	887	4476	475	4001
3월	1014	1014		1829	607	1222	5698	418	5280
4월	748	748		1932	703	1229			
5월	634	634		1852	489	1363			
6월	479	479		1351	344	1007			
7월	888	888		3611	576	3035			
8월	673	247	426	2149	380	1769			
9월	822	225	597	2239	458	1781			
10월	1233	323	910	4028	358	3670			
11월	1661	500	1161	3563	422	3141			
12월	774	234	540	2299	658	1641			

정보통신망이 자신의 의견을 표현하는 가장 중요한 수단으로 자리매김하고 있는 이 시기에 정보통신망을 통한 표현의 자유를 이렇듯 일상적으로 제약하는 이 사건 조항들의 위헌성 판단은 그 헌법적 해명이 매우 중요하다 할 것입니다. 그러나 이 사건 법률조항에 대한 헌법적 해명이 신속

히 이루어지지 않는 한 이 사건 법률조항에 의한 기본권 침해는 반복해서 일어나게 될 것입니다.

결론적으로 이 사건 조항에 따른 임시조치는 그 기간이 짧아 복구를 구하는 소를 제기하고 그 소를 계기로 하여 그 소의 전제가 되는 이 사건 조항의 헌법적 해명을 구하기 어려운 상황에서 우리의 일상에서 수도 없이 반복되고 있는 것입니다.

이 사건에서도 법원에 계쟁중인 임시조치는 30일이 지난 후에 효력이 소멸되어 신청인들의 게시물은 복구된 상황입니다. 신청인은 게시물의 복구를 구하는 소송을 제기하지 않고 게시물이 복구된 이후에 30일 간의 차단에 의해 발생한 피해에 대하여 손해배상소송을 제기하였습니다. 30일 이후에는 어차피 복구될 게시물에 대해 그 복구를 구하는 소송을 제기하는 실익이 없기 때문에 그렇게 한 것입니다. 그렇다면 이번 소송이 장래의 권리침해를 막기 위한 소송이 아니고 과거의 권리침해에 대한 보전을 구하는 소송이라고 하여 재판의 전제성을 인정하지 않는다면 이 사건 조항의 헌법적 해명은 요원해지는 반면 이 사건 조항에 의한 권리침해는 반복될 것이므로 이 사건 조항의 위헌성 여부가 재판의 결과에 영향을 미치지 않는다고 하더라도 위헌법률심판은 허용되어야 할 것입니다.

## 5. 기본권의 침해의 구조

### 가. 법률의 규정

2006. 6. 경 청구인들의 기본권을 침해한 정보통신망이용촉진 및 정보보호에 관한 법률(2006.03.24에 일부 개정된 법률 제7917호) 제44조의 2입니다. 현재 적용되고 있는 정보통신망이용촉진 및 정보보호에 관한 법률 (일부개정 2008.06.13 법률 제9119호) 제44조의 2는 동일한 내용입니다.

정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률(일부개정 2008.06.13 법률 제9119호) 제44조의2 (정보의 삭제요청 등) ① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있다.

② 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요

한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.

③ 생략

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.

⑤ 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다.

⑥ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다. [시행 2008.3.22][2007.1.26 신설]

#### 나. 제44조의2 제1항 제2항 제4항에 의한 침해의 구조

정보통신사업자는 침해자라고 주장하는 사람이 정보통신망법 제44조의2 제1항에 의거하여 정보의 삭제를 요구할 경우 정보통신이용법 제44조의2 제2항에 의해 삭제하거나 임시조치를 취해야 합니다. 임시조치란 정보



통신이용법 제44조의 2 제4항에서 말하는 30일 이내의 접근금지를 말하는데 이는 30일 이내의 차단과 동의어라 할 수 있습니다.

이 때 삭제 또는 30일 이내의 임시조치의 요건은 ① 사생활 침해나 명예 훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우일 것, ② 그 침해를 받은 자가 침해 사실을 소명할 것입니다. 그러나 같은 조 제4항에 따르면 타인의 권리침해가 없다고 할지라도 즉 위의 ①의 요건이 충족되지 않는다고 할지라도 사업자는 아래 두 가지에 해당한다면 임시조치(30일 이내의 차단)를 취할 수 있습니다.

- ① 사업자가 권리의 침해 여부를 판단하기 어려울 경우 (제44조의 2 제6항)
- ② 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우 (제44조의 2 제6항)

침해사실을 소명하지 못한 경우라 하더라도 사업자가 완전한 확신이 들지 않는다면 임시조치로서 30일 이내의 차단 조치를 취할 수 있습니다.

위와 같은 내용을 유형화하면 3가지로 나눌 수 있습니다.

정보의 게재 → 권리침해 주장 → 포털사이트 사업자의 판단에 따라 처리

(판단 1) 권리침해가 확인됨 - 삭제 또는 임시조치 - 의무

(판단 2) 권리침해가 아님 - 유지 - 의무

(판단 3) 판단 불가 - 임시조치 - 의무

위에서 분류한 (판단 3)의 판단 불가가 가장 양도 많고 중요한 부분입니다. 이 영역에서, 즉 표현의 자유가 얼마나 보장되는가가 가장 중요한데 제44조의2제4항은 권리침해가 아니라는 확신이 들지 않을 때는 임시조치를 취“할 수 있다”고 되어 있습니다.

그러나 제4항의 ‘할 수 있다’라는 문구는 사업자의 재량행위를 의미하는 것이 아닙니다. 삭제와 임시조치 둘 중의 하나를 선택해야 하는데 임시조치를 선택할 수 있다는 것으로서 최소한 임시조치는 해야 한다는 의미로서 사업자의 의무를 설정한 것입니다. 그렇기 때문에 청구인이 소외 다음에 대해 제기한 손해배상 소송에서 소외 다음은 ‘법정상 의무를 충실히 한 것’이라고 답변하였고 같은 논거로 법원은 손해배상청구를 기각한 것입니다(2009가단498090 손해배상)<sup>1)</sup>.

---

1) “피고는 정보통신망 이용법 등 관련법령에 따라야할 일반적인 의무가 있으므로 (위 약관 9조에도 이를 전제로 한 규정이 있고, 설령 그런 규정이 없더라도 위와 같은 의무가 있음은 명백하다) 피고의 임시조치가 정보통신망 이용법에 따라 적법하게 이루어졌다면 비록 당시 약관에는 그런 구체적인 내용이 포함되어 있지 않더라도 이를 두고 약관을 위반한 것이라고 할 수는 없다.” 위 법원이 약관 조항에 관련 없이 임시조치를 할 의무를 있다고 본 것은 위 조항이 의무조항임을 확인한 것입니다. 제44조의2 제4항이 단순히 임시조치를 허용하는 조항으로 보았다면, 법원은 ‘약관에 그와 같은 임시조치를 할 것이라고 규정되어 있기 때문에 정보통신사업자는 그와 같은 의무가 있다’라고 하였을 것입니다.

결론적으로, 제44조의2 제4항은 피해를 주장하는 자의 요청만 있으면 권리침해가 확인되지 않은 상황에서도 임시조치를 해야 할 의무를 부과한 것입니다. 청구인은 혹시 제44조의 제4항이 위와 같이 임시조치를 해야 할 의무를 부과하는 조항이 아니고 단지 임시조치를 하도록 허용하는 조항이라고 할지라도 이 조항은 위헌이라고 주장하고자 하며 그 주장은 이 청구서의 7.에 실시되어 있습니다.

## 다. 실제 사례

이처럼 권리 침해가 없는 경우에도 피해 주장자의 삭제 요청만 있으면 삭제 또는 임시조치를 할 의무를 부과하는 이 사건 조항들로 인해 권리 침해와는 무관한 합법적인 게시물들이 임시조치를 당하는 사례들이 빈번하게 발생하고 있습니다.

### (1) 임시조치 제도의 사적 검열 기능

정보통신이용법 제44조의2에 따른 임시조치는 현재 인터넷 게시글들이 삭제되거나 차단되는 가장 중요한 통로로서 정보통신서비스제공자를 통한 광범한 사적 검열을 가능하게 하는 역할을 하고 있습니다. 명예훼손이

나 초상권 주장에만 한정하더라도 Daum 과 Naver는 각각 매 월 2-3천 건 또는 5-6천건의 임시조치를 시행하고 있으며 (아래 표2와 표3)이는 방송통신심의위원회의 심의에 의한 삭제건수인 월 1천건 정도에 비해도 훨씬 높은 수치입니다.2)

<표2 Daum의 지난 3년간 명예훼손/초상권/개인정보 임시조치 처리건수>

	2007			2008			2009 (- 3월까지)		
	처리건수 (합계)	삭제	임시조치	처리건수 (합계)	삭제	임시조치	처리건수 (합계)	삭제	임시조치
연간 (총계)	10265	6631	3634	27454	5908	21546	14719	1215	13504
월간 (평균)	<b>855.4</b>	552.6	302.8	<b>2287.8</b>	492.3	1795.5	<b>3680</b>	304	3376

<표3 최근 3년간 NHN 명예훼손 임시 조치 건수>

년	월	명예훼손 관련 임시조치 처리 URL 수
'07년	3월	3,774
	4월	3,409
	5월	2,235
	6월	2,731
	7월	3,711

2) 방송통신심의위원회의 2008년 통신심의 관련 통계에 따르면 2008년 5월부터 2008년 12월 사이의 분야별 심의건수 및 삭제건수는 다음과 같다.

음란 및 선정 : 9,801건 심의 2,817건 삭제

**권리침해: 6,334건 심의 1,202건 삭제 (편집자 강조)**

폭력 잔혹 및 혐오: 1,553건 심의 463건 삭제

사행심조장 6,805건 심의 6,075건 삭제

사회질서위반 5,816건 심의 4,447건 삭제

	8월	2,937
	9월	3,105
	10월	4,742
	11월	5,894
	12월	5,138
'08년	1월	8,927
	2월	5,758
	3월	5,514
	4월	5,645
	5월	4,961
	6월	4,637
	7월	5,947
	8월	4,089
	9월	3,769
	10월	5,554
	11월	4,589
	12월	5,240
'09년	1월	10,276
	2월	6,834
	3월	6,975

(네이버는 임시조치와 삭제를 따로 구분하지 않음.)

## (2) 정치인, 기업 등에 의한 남용 사례

월 1만건 가까이 이루어지는 임시조치는 상당수가 정치인이나 기업의 요청에 의해 이루어지고 있습니다. 다음에 소개하는 바와 같이 권력에 대한 정당한 비판이나 소비자로서 할 수 있는 기업의 제품에 대한 평가까지도

자신에게 불리한 내용이라는 이유로 그 위법성과 무관하게 임시조치 당 함으로서 표현의 자유에 대한 심각한 침해를 일으키고 있는 것입니다.

### (가) 서울시의 광장운영 비판 게시물에 대한 임시조치<sup>3)</sup>

2007년 11월 14일 게시자가 다음(Daum)이 운영하는 티스토리 블로그에 쓴 ‘[대농고비꼬기]세훈씨 서울시장 되니 00씨 판박이네!’<sup>4)</sup> 라는 글이 서울시의 요구로 임시조치되었습니다. 이 글은 오세훈 서울시장이 서울광장에서 집회를 전면 불허하겠다고 밝힌 것을 비판한 글로서 관련된 신문 기사를 스크랩해놓고 자신의 의견을 덧붙이고 있는 바, 그 내용에는 어디에도 사실적인 주장이 없어 형법 제307조의 명예훼손이 성립될 내용이 없고 어떠한 기준으로 보아도 욕설이라고 할 수 있는 내용이 없어 형법 제311조의 모욕이 성립될 여지가 없음에도 서울시의 삭제 요청이 있었다는 이유만으로 임시조치된 것입니다.

### (나) 주성영 의원의 임시조치 요구

게시자는 2008년 10월 20일 다음(Daum) 의 아고라 경제토론 게시판에

---

3) <http://savenature.egloos.com/1592771>

4) 삭제된 글의 원문은 <http://blog.ohmynews.com/savenature/199381>

다음과 같이 단 세 줄로 된 글을 올렸으나 주성영 의원의 삭제 요청에 의하여 임시조치 당하였습니다.<sup>5)</sup>

<http://www.cyworld.com/doitnow304>

[주성영퇴진] 만취한채 민폐끼치는 주성영의 싸이월드입니다.

방명록에 방금 글남기고 왔어요.

이 역시 사실적 주장이 없어 명예훼손이 성립되지 아니하고 미니홈피 주소는 어차피 공개된 것으로서 개인정보 침해가 아닙니다. “만취한 채 민폐끼치는” 이라는 표현은 해당 정치인에 대한 게시자의 주관적 평가이며 사회상규를 일탈하는 경멸적인 표현이라고 할 수 없어 모욕죄가 적용될 수 없습니다. 더구나 주성영 의원은 명백히 공인으로서 명예훼손, 모욕 및 개인정보침해의 기준이 엄격합니다. 그럼에도 주 의원은 자신에 대한 명예훼손, 모욕 등을 이유로 수백 건의 게시물에 대해 삭제요청을 하였으며 그 결과 실제 권리 침해가 없는 게시자의 글도 임시조치된 것입니다.<sup>6)</sup>

#### (다) 경찰 폭력을 비판한 게시물에 대한 임시조치

2009년 5월 1일 있었던 시위에서 시위대에 진압봉을 휘두른 경찰에 대해 비판한 블로그 및 다음(Daum) 아고라 게시판의 게시물 다수가 임시

---

5) <http://wnsgud313.tistory.com/156>

6) [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/317623.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/317623.html) 참조.

조치된 바 있습니다. 이 게시글들에 대해 삭제를 요청한 사람은 당시 진압봉을 휘두른 경찰간부이며 삭제된 게시물 중에는 한 블로거가 해당 경찰간부에게 정중하게 쓴 공개 질의서도 포함되어 있습니다.<sup>7)</sup>

공무원이 공개된 장소에서 공무를 집행하는 장면을 거짓 없이 촬영한 장면을 게재하는 것마저도 명예훼손에 해당한다면 표현의 자유는 설 곳이 없을 것입니다. 거짓 없이 촬영한 사진은 진실의 적시에 해당하며 이 모습을 그대로 보여주는 것은 “공익”이라는 위법성조각사유가 성립함을 쉽게 알 수 있습니다.

#### (라) 이랜드-뉴코아 노동조합 관련 게시물 임시조치 8)

2007년 8월 14일 “조합원 추스르는 이랜드-뉴코아 노조/ 파업에 민형사 면책을 허(許)하라”는 제목의 글이 사측인 이랜드 월드의 요청에 따라 네이버에 의해 임시 조치되었습니다. 이 글은 이랜드-뉴코아 노동조합의 투쟁과 관련한 기사를 스크랩한 것이며 이들을 응원하는 다섯줄의 견해를 남겼을 뿐입니다. 아이뉴스24에 따르면 이 게시물 외에도 네이버와 다음의 관련 게시물 수 십 건도 임시 조치되었다고 합니다.

---

7) [http://www.pressian.com/article/article.asp?article\\_num=60090508170951&Section=03](http://www.pressian.com/article/article.asp?article_num=60090508170951&Section=03)

8) <http://blog.naver.com/gimche/150021000496>



그러나 기사를 스크랩한 것만으로 명예훼손이나 모욕이 성립될 수 없는 것은 다언을 필요로 하지 않으며 추가된 다섯 줄 역시 어떠한 실정법 위반도 성립하지 않습니다.

#### (마) 장자연 리스트 관련 조선일보의 임시조치 요구

2009년 4월 6일 민주당 이종걸 의원은 다음(Daum) 아고라 경제토론방에 “국회의원마저 협박하는 조선일보의 오만함을 고발한다!” 라는 제목의 글을 올렸습니다. 이 게시물은 조선일보의 요청으로 임시 차단되었습니다. 이에 이종걸 의원은 “00일보”로 수정하여 다시 게시물을 올렸지만 이 역시 임시 조치되었습니다.<sup>9)</sup>

장자연 리스트에 관한 대부분의 게시물들은 ‘아무개가 실제로 성상납을 받았다’ 는 것이 아니라 ‘아무개가 성상납을 받았다는 단서가 있다’는 내용을 담고 있습니다. 이 단서의 존재는 진실임은 물론 공적 사안임에도 불구하고 명예훼손죄를 적용하는 것에 대해서는 여러 가지 논란이 제기되고 있습니다. 실제로 이종걸 의원이 이에 대해 강하게 항의하자 다음(Daum)측은 이 글에 대해 방송통신위원회에 심의를 요청하였고, 심의위는 4월 21일, 명예훼손이 아니라는 결정을 내려 게시물은 원상복구되었습니다.

9) <http://bbs1.agora.media.daum.net/gaia/do/debate/read?bbsId=D115&articleId=610524>

심의위의 통신심의소위는 “명예를 훼손할만한 구체적 사실의 적시로 보기 어렵고, 구체적 사실의 적시로 볼 수 있다 하더라도 공공성 및 사회성을 갖춘 공적 관심사안에 해당한다며 “일반 국민의 알 권리 대상으로 보호해야 할 것이므로 위법성이 조각돼 ‘해당없음’으로 의결한다” 고 결정하였습니다.<sup>10)</sup>

#### (바) 티켓 무비 사례

2009년 3월 6일 다음(Daum) 블로그를 운영하고 있는 이용자의 게시글 중 ‘인터넷 영화예매 사이트 티켓무비. 어떤 사이트일까 궁금했다.’ 라는 제목의 글이 티켓무비 투어 주식회사의 요청에 의해 임시조치 되었습니다.<sup>11)</sup> 이 글은 당시 티켓무비 사이트의 불편함에 대해 담담하게 기술했을 뿐이었습니다. 해당 게시글에 의하면 티켓무비와 관련된 다른 이용자의 게시글들도 다수 임시조치 되었음을 알 수 있습니다. 단지 자사의 상품에 대해 부정적인 평가를 했다고 명예훼손 요청을 한 사례라 할 수 있습니다.

소비자가 제품에 대한 평판을 게시한 것은 당연히 공익적인 사안이므로

---

10) [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/351470.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/351470.html)

11) <http://blog.daum.net/polelate/7883871>

허위가 없는 한 명예훼손이 성립할 수 없습니다. 그럼에도 이 사례는 기업들이 자신들에게 불리한 내용들을 삭제하는 도구로 임시조치 제도가 남용되고 있음을 보여주는 것입니다.

### (3) 소결

정리하자면, 위의 사례들은 제44조의2 제4항이 정보통신사업자에게 타인의 권리를 침해하지 않는 게시물들을 삭제할 의무를 부과하였기 때문에 발생한 사례들로서 위 조항의 기본권침해의 심대성을 보여준다고 하겠습니다.

## 6. 정보통신망법 제44조의2 제4항의 기본권 침해

정보통신망법 제44조의2 제4항의 임시조치제도는 헌법 제37조 및 평등의 원칙을 천명한 헌법 제11조를 위반하여 헌법 제21조의 언론의 자유(표현의 자유)를 침해합니다.

### 가. 기본주장

우선 위 조항은 타인의 권리를 침해하지 않는 합법적인 게시물을 정당한 사유 없이 최장 30일간 차단하도록 의무화하므로 게시자의 표현의 자유를 과잉하게 침해하며 이에 따라 비례의 원칙을 위배합니다. 합법적인 게시물이므로 위와 같은 사익의 침해를 정당화할 공익이 애당초 존재하지 않기 때문입니다.

나. ‘권리침해판단의 어려움’과 ‘분쟁의 예상 여부’가 기본권 침해의 사유가 될 수는 없습니다.

물론 정보통신망법 제44조의2 제4항은 두 가지 사유{ ①사업자가 권리의 침해 여부를 판단하기 어려울 경우 (제44조의 2 제4항) ② 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우 (제44조의 2 제4항)}를 임시조치의 요건으로 들고 있습니다. 그러나 그 어느 것도 표현의 자유를 제한할 사유가 되지 않으며, 기본권 제한에 있어서 비례의 원칙에 반하기는 매한가지입니다.

이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우까지 임시조치를 취할 수 있도록 한 것은 임시조치가 타인의 권리를 침해하는 것을 방지하기 위한 목적이 라면 기본권을 제한하는 목적의 정당성이 인정될 수 있을 것입니다. 그러나 블로그 내용의 합법성이나 불법성과는 무관하게 분쟁을 저지할 목적

으로 표현의 자유를 제한하는 것이라면 기본권 제한의 목적이 정당하다고 할 수 없을 것입니다.

분쟁은 당사자들의 주관적이고 상호 간의 상대적인 견해차에서 발생할 수 있습니다. 한 당사자가 객관적으로는 틀림없이 상대방에게 잘못을 저질러놓고도 이를 부인하는 것만으로도 분쟁은 발생할 수 있습니다. 제44조의2 제4항은 피해자가 잘못된 사람에게 잘못했다고 하는 것도 가해자의 요청만 있다면 반드시 차단하도록 의무화하고 있습니다.

또 불법인지 아닌지와 무관하게 기본권을 제한하는 것은 기본권 제한시 비례의 원칙 및 보충성의 원칙을 지키도록 한 헌법 제37조를 위반한 것입니다. 물론 인터넷의 특성 상 권리침해가 확인되지 않은 상황에서라도 긴급하게 그리고 잠정적으로 피해를 구제할 필요는 있을 수 있습니다. 그러나 그렇다면 ‘사업자가 권리가 침해되었다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우’ 등으로 요건을 강화해야 헌법에 충실할 것입니다. 그렇게 하지 않고 권리의 침해가 전혀 없음은 물론 그렇다고 믿을만한 상당한 이유가 전혀 없는 상황에서도 단순히 ‘사업자가 권리의 침해 여부를 판단하기 어려운 경우’에 임시조치를 의무화하는 것은 권리구제라는 목표의 적절한 수단도 되지 못함은 물론 이와 같은 임시조치에 의해 발생하는 사

익의 침해와 공익의 달성에 비례관계도 없습니다.

#### 나. 본질적 내용 침해 금지 및 재판청구권의 침해

정보통신망법에 의한 임시조치는 헌법 제21조가 보호하고 있는 언론의 자유(표현의 자유)의 본질적인 내용을 침해하고 있습니다.

헌법 제21조의 언론의 자유는 자신의 사상, 의견 등을 최대한 자유롭게 외부에 전달할 권리를 보장하고 있습니다. 자신이 표현한 것이 헌법 제21조 제4항이 정하고 있는 한계 즉 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다는 한계를 벗어나지 않는 한 최대한 자유롭게 표현할 수 있도록 보장되어야 합니다.

표현의 자유를 기본권으로서 최대한 보장한 것은 역으로 표현의 자유를 제한하고자하는 현실의 도전을 반영하고 있는 것입니다. 모든 사람이 들어서 좋은 것은 굳이 헌법에서 보호하고 보장하지 않아도 됩니다. 아무도 듣기 좋은 내용의 표현을 방해할 사람이 없기 때문입니다.

표현의 자유의 핵심은 “타인이 듣기 싫어하는 내용의 표현”에 있습니다. 타인의 명예를 침해할 지도 모르는 표현이나 타인이 믿고 따르며 소중히

하고 있는 신념에 대한 비판, 사업이나 장사에 큰 영향을 미치는 부정적 평가 등 사람들이 싫어하는 내용을 얼마나 자유롭게 표현할 수 있는가에 표현의 자유의 핵심이 있는 것입니다.

표현의 자유의 본질적인 내용은 “타인이 듣기 싫어하는 말을 할 수 있는 권리”이며 이를 원칙적으로 금지하게 되면 표현의 자유의 본질적인 내용을 제한한 것이 됩니다.

나아가 위에서 정보통신망법 제44조의2 제4항은 권리침해여부가 확인되지 않은 상황에서 차단을 의무화함으로써 인터넷상의 게시물에 대해 합법성의 추정을 배제하고 있습니다. 기본권 행사의 합법성 추정을 배제하고 있는 것은 거꾸로 말하면 청구인은 재판을 받지도 않은 상태에서 불법행위로 취급되고 있는 것과 같습니다. 이는 재판에 의하지 않고 불법성을 인정하는 것으로서 재판청구권을 침해한 것입니다.

#### 다. 긴급구제로서의 임시조치제도의 위헌성

위에서 말했듯이 제44조의2 제4항은 합법적인 게시물의 차단을 의무화하므로 비례의 원칙을 위반합니다. 이에 대해 혹자는 합법적인 게시물을

차단하는 위험을 감수하더라도 인터넷의 특성 상 게시물 불법성이 확인되기 전이라도 조기에 차단하여 피해의 확대를 방지하기 위해 임시조치제도가 필요하다고 주장할는지 모릅니다. 그러나 이와 같은 목표를 위해 법률을 제정함에 있어서도 기본권 제한은 필요한 최소한이어야 하며, 다른 방법이 없어야 합니다.

우선 위에서 말했듯이 (1) ‘권리침해의 개연성이 있는 경우’에만 임시조치를 의무화하는 방법은 기본권을 덜 침해하는 매우 현명한 방법입니다. 또는 아래에 살펴보듯이, 외국의 입법례는 (2) 피해주장자가 삭제를 요청할 수 있는 권리와 게시자가 복원을 요청할 수 있는 권리를 모두 인정함으로써 균형을 맞추어줍니다. (이에 따라 면책도 어느 일방에 대해서만 면책시켜주는 것이 아니라 쌍방에 대해 즉 침해주장자와 게시자 모두에 대하여 정보통신서비스제공자를 면책을 시켜줌으로써 양자의 권리사이의 균형을 유지하고 있습니다.) 또 같은 외국의 입법례는 (3) 위와 같은 임시조치를 의무조항이 아닌 면책조항으로 구성하여 서비스제공자가 권리침해의 개연성에 따라 게시물 별로 판단을 달리 할 수 있도록 하여 침해를 최소화합니다.

이와 같은 입법례를 볼 때, 필요한 최소한의 침해도 아니고 다른 방법이



없는 것도 아니라고 할 것입니다.

### <다른 법제와의 비교>

현행 미국의 Digital Millenium Copyright Act(이하 'DMCA'라고 합니다) 제512조의 notice-and-take-down 제도에도 존재합니다. 그 구조는 다음과 같습니다.

- ① 서비스제공자는 게시물이 실제로 저작권을 침해하는가에 관계없이 피해주장자의 요청이 있을 때 그 게시물을 차단한다.
- ② 서비스제공자는 게시자가 다시 게시물의 복원을 요청하면 그 게시물이 실제로 저작권을 침해하는지에 관계없이 그 게시물을 복원한다.
- ③ 피해주장자가 소송을 제기하지 않는 이상 서비스제공자는 복원된 게시물을 그대로 유지할 수 있다.
- ④ 서비스제공자는 위의 절차를 따를 경우 게시자와 피해주장자로부터 면책을 받는다. 그러나 서비스제공자는 위 절차를 따를 의무는 없다.

즉 서비스제공자는 권리침해의 주장이 있다는 이유만으로 일단 서비스제공자가 관련 게시물을 차단하도록 장려하고, 또 권리 침해를 부인하는 주장만으로 관련 게시물을 복원하도록 장려를 하고 있는 것입니다. 차단행

위에 대해서는 차단 전까지의 게시를 통해 발생하는 피해주장자에 대한 배상책임을 면하도록 해줌으로써 차단행위를 장려하고 복원행위에 대해서는 복원 전까지의 차단행위를 통해 발생하는 게시자에 대한 배상책임을 면하도록 해줌으로써 복원행위를 장려해주는 것입니다.

결국 위 조항들은 서비스제공자가 피해주장자와 게시자의 의사를 그대로 따라줄 것을 장려함으로써 두 가지의 상충하는 입법목적은 달성하고 있습니다. 피해주장자의 의사(차단)를 곧바로 수용하도록 하여 긴급구제의 입법목적은 달성하는 한편 게시자의 의사(복원)를 역시 곧바로 수용하도록 하여 적어도 게시자가 진지하게 합법적이라고 주장하는 게시물은 복원하도록 하여 합법적인 게시물의 보존이라는 또 다른 입법목적은 달성하고 있습니다. 물론 피해주장자의 의사를 곧바로 수용한 후 게시자가 복원요청을 하지 않게 되면 합법적인 게시물이 영구히 차단되는 폐해가 있지만 게시자가 복원요청을 하지 않았다는 것은 차단에 암묵적으로 동의한 것으로 해석할 여지가 있는 것입니다. 또 게시자의 의사를 곧바로 수용하게 되면 불법적인 게시물이 재게시되는 폐해가 있지만 피해주장자는 사법부의 판단을 통해 다시 차단할 수 있는 기회를 갖게 됩니다.

이 사건 법률조항은 DMCA와는 다음과 같은 면에서 큰 차이가 있습니다.

다. 첫째 서비스제공자에게 합법적일 수 있는 게시물에 대해 차단행위만을 요구할 뿐 복원행위를 요구하고 있지 않아 복원이 법적으로 불가능한 것으로 해석됩니다. 둘째 DMCA의 ④는 필요적 면책이지만 이 사건 법률조항의 경우에는 임의적 면책입니다. 따라서 서비스제공자가 면책을 받으면 좋고 받지 못해도 어쩔 수 없는 것입니다. DMCA 하에서 서비스제공자는 면책이라는 법적 혜택을 얻기 위해 임시조치를 임의적으로 시행하는 것이 됩니다.

결론적으로 임시조치가 긴급구제라는 목적의 정당성이 수긍될 수 있다손 치더라도 이 사건조항은 DMCA와 달리 서비스제공자에게 게시자의 요청이 있을 경우 합법적인 게시물을 복원할 동기도 의무도 부과하지 않으면서 이를 차단할 의무만을 부과하고 있습니다.

또 30일 이내의 임시조치는 지나치게 장기간이며 기간을 이렇게 장기로 할 합리적 근거가 없습니다. 판단할 수 없을 때 임시조치를 취하도록 한 것은 어디까지나 임시조치에 불과한데, 30일의 기간은 사실상 종국적인 조치나 다름없기 때문에 필요한 최소한의 제한이라고 할 수 없습니다.

라. 평등권 침해

이 사건 임시조치 제도는 정보통신망서비스제공자 및 정보통신망을 통해 소통하는 자들에 한해서 적용되는 규정으로서 신문, 방송 등의 서비스를 제공하는 자와 그러한 매체를 통해 자신의 의견을 표현하는 자들에 비해 차별적인 규제를 하고 있는 것입니다.

신문이나 방송 등의 어떠한 다른 매체에 대해서도 보도내용에 대해 권리 침해가 있다는 ‘주장’만으로 보도내용을 번복하거나 삭제해야 할 의무를 발생시키는 규정은 어디에도 존재하지 않습니다.

그러나 앞서 표현의 자유에서 논한 바와 같이 차별취급에 따른 침해를 최소화할 수 있는 수단을 택하지 않고 합법적인 게시물마저 차단되도록 하고 있으므로 이러한 방식의 차별취급이 불가피한 것이라 볼 수 없고, 차별로 인하여 달성하고자 하는 공익은 권리 침해의 주장이 있는 모든 게시물에 대한 차단을 통해 얻는 권리 침해 위험성 감소의 효과에 불과한데 비하여 차별로 인한 불평등의 효과는 합법적인 게시물까지 차단됨으로 인해 받는 표현의 자유에 대한 극심한 제한이므로 차별취급의 비례성을 상실하고 있습니다.

따라서 이 사건 조항은 평등권을 침해하는 위헌적 규정입니다.

## 7. 보론: 제44조의2 제4항 “할 수 있다”의 해석

혹자는 법 제44조의2 제4항은 임시조치를 단순히 사업자의 재량행위로서 허용하는 것이지 의무화하는 것은 아니라고 주장합니다. 이 주장에 따르면 법 제44조의2 제1항과 제2항은 모두 권리침해가 확실할 때만 ‘삭제 등’의 의무를 가지게 되며 법 제44조의2 제4항은 권리침해가 불확실할 경우 ‘삭제 등’의 의무를 갖지는 않지만 최소한 ‘삭제 등’의 행위를 하였다고 해도 불이익을 입지 않음을 명시한 것에 그치기 때문에 상기 조항은 합헌이라고 합니다. 그러나 그렇지 않습니다.

### 가. 제44조의2 제4항은 합법적인 게시물을 차단할 의무를 부과하고 있습니다

법원과 소외 다음은 “할 수 있다”라는 문구에도 불구하고 이번 사건의 임시조치를 법령 상의 의무에 따라 시행한 것으로 해석하고 있음은 이미 위에서 말한 바와 같습니다.

그리고 이와 같은 해석은 당연한 것입니다. 제44조의2 제2항에 따르면 “해당 정보의 삭제 등을 요청받으면 ‘지체 없이’ 삭제·임시조치 등의 필

요한 조치를 하”도록 되어 있습니다. 이렇게 되면 서비스제공자들은 게시물  
의 권리 침해여부에 관계없이 삭제요청이 있는 모든 게시물에 대해서  
삭제 및 임시조치를 할 수밖에 없게 됩니다. 실제로 소외 다음 그리고 주  
요 정보통신서비스제공자인 NHN 모두 매우 형식적인 오류가 없는 한  
거의 모든 삭제요청에 대해 임시조치 내지 삭제로 대응하고 있습니다. 서  
비스제공자는 선의나 인식의 부재에 관계없이 불법게시물에 대한 방조책  
임을 지게 될 것을 두려워하기 때문입니다. 이러한 상황에서는 권리침해  
가 없는 게시물이라고 할지라도 이 사건 조항의 의무를 ‘요청이 있을 경  
우에는 반드시 삭제 또는 임시조치를 할 의무’ 로 새길 수밖에 없습니다.  
이에 대해서는 정보통신서비스제공자들 사이에 아무런 이견이 없습니다.

그렇다면 제4항에서 “권리의 침해여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자  
간에 다툼이 예상되는 경우” 에는 임시조치를 ‘할 수 있다’ 고 표현하는  
것은, 그와 같은 경우에는 제1항에 따른 삭제요청이 있었어도 ‘임시조치’  
를 통해 대응 의무를 다한 것으로 볼 수 있다는 의미인 것이지, 삭제도  
임시조치도 택하지 않고 아무런 대응도 하지 않아도 좋다는 의미는 아닌  
것입니다. 특히 “제1항의 삭제요청에도 불구하고... 임시조치를 할 수 있  
다”라는 표현은 보통은 “삭제 또는 임시조치”로 대응을 하여야 하나 제4  
항에 적시된 한정된 경우에는 임시조치 만으로 그 대응의무를 다할 수

있다는 의미인 것입니다.

결국 제44조의2 제4항은 임시조치를 ‘할 수 있다’라는 표현을 사용하고 있어 일견 임시조치가 선택적인 것처럼 보이나 같은 조 제1항, 제2항과 함께 해석할 경우 이 조항은 임시조치를 ‘하여야 한다’는 효력을 갖게 됩니다. 그러므로 역시 합법적인 게시물을 억제시키므로 위에서 언급하였던 위헌의 논거들이 모두 그대로 적용됩니다.

#### 나. 제44조의2 제4항이 의무조항이 아니라고 할지라도 위헌입니다

위 법령은 침해의 소명도 이루어지지 않은 상태에서 30일간 차단이 되는 불법행위를 합법화시켰습니다. 결과적으로 적법한 글의 게재와 유통을 금지하는 사적 조치를 법령이 허용하고 있는 것입니다. 의무조항이 아니라고 할지라도 이와 같은 법령이 없다면 침해의 확인도 이루어지지 않은 채 임시조치를 취할 수 없었을 것입니다. 제44조의2 제4항은 합법적인 게시물임에도 불구하고 그 게시물의 차단행위(임시조치)를 수인할 의무를 게시자에게 부과함이 명백합니다. 사인 A가 사인 B의 표현의 자유를 침해하는 행위를 할 권한을 줌으로써 사인 B는 이를 수인해야 하는 것입니다. 즉 서비스제공자 A가 이용자 B의 게시물이 합법적임에도 누군가의 요청이 있다는 이유로 그 게시물을 차단하도록 허용을 하고 있는 것입니다.

위와 같은 규정은 DMCA의 Notice-and-takedown규정과 극명히 비교됩니다. Notice-and-takedown규정은, 차단이나 게시의무를 명시적으로든 실질적으로든 부과하지 않고 그러한 차단이나 게시를 할 동기만을 부여한다는 점은 차치하고라도, DMCA규정은 적어도 복원을 요구하는 게시물들은 복원되도록 합니다. 즉 권리를 침해하지 않는 게시물이 계속 차단되어 있을 가능성을 낮추는 것입니다. 복원요청이 없는 게시물의 경우에는 차단에 대한 게시자에 의한 암묵적인 동의가 있다고 볼 수 있으므로 그러한 동의가 있는 게시물에 한하여만 계속적으로 차단되도록 하는 것으로서 표현의 자유에 대한 침해를 최소화하는 방식입니다. 즉 객관적으로 권리침해가 없는 게시물이라 할지라도 복원요청이 없는 한 차단상태를 유지하도록 하여 권리침해가 있을 가능성에 대해 대비하는 한편, 복원요청이 있을 경우에는 권리침해가 없다는 주장이 있으므로 권리침해가 없을 가능성이 그렇지 않은 경우보다는 상대적으로 높다고 보아 차단상태가 유지되지 않도록 하여 차단조치에 의한 표현의 자유 침해를 최소화한 것입니다.

물론 복원 요청이 있다고 하여 합법적인 게시물이라는 것은 아니어서 타인의 권리를 침해하는 정보를 신속히 차단한다는 입법목적이 달성되지



않을 것 같지만, 실제로는 차단된 대부분의 게시물에 대하여 게시자는 복원 요청을 하지 않는 것이 현실입니다. Naver의 경우 95% 이상의 차단된 게시물에 대해 게시자는 이의제기를 하지 않는다고 합니다. 즉 차단된 게시물의 95%는 피해주장자와 게시자 양자의 동의에 의하여 차단이 유지되는 것입니다.

게시자가 복원 요청을 하는 나머지 5%의 경우에도 불법적인 게시물이 포함되어 있을 수도 있지만 서비스제공자는 자신의 판단에 의하여 불법성이 인정된 경우에 자발적으로 복원 요청을 받아들이지 않을 수도 있습니다.<sup>12)</sup>

따라서 미국 DMCA 제512조의 방식, 즉 게시자에게 복원을 요청할 권리를 규정하는 방식을 택한다면 표현의 자유를 훨씬 적게 침해하면서도 입법 목적을 달성할 수 있을 것입니다.

그리고 이러한 복원 요청권은 게시물의 삭제라는 기본권의 제한(표면적으로는 정보통신서비스제공자라는 사인에 의한 기본권 제한이지만, 실질적으로는 입법권이라는 국가권력에 의해 이루어지는 기본권의 제한)에

---

12) 그렇다 하여 무조건 서비스제공자가 게시자에 대하여 책임을 지는 것은 아니고 민법 및 공정거래법 위반이 없는 이상 책임을 지지 않는 것입니다.

대하여 그 게시물의 삭제가 부당하며 자신의 게시물이 복원될 권리가 있음을 주장할 절차적 권리로서 당연히 인정되어야 하는 권리입니다. 그러나 현행 정보통신망법 제44조의2는 권리 침해를 주장하며 게시물에 대한 삭제를 요청할 권리를 보장하고 있지만, 차단된 게시물에 대하여 복원을 요청할 권리는 보장하고 있지 않으며 이는 보다 덜 침익적인 수단이 있음에도 이를 택하지 않은 채 필요한 정도를 넘어 기본권을 제한하는 것으로 침해의 최소성에 어긋나 위헌입니다.

“사업자가 권리의 침해 여부를 판단하기 어려울 경우” 임시조치를 취할 수 있도록 재량을 부여한 것은 “타인이 듣기 싫어하는 말을 할 수 있는 권리”를 직접적으로 제한하는 것과 동일시 할 수 없다고 항변할런지도 모릅니다.

그러나 표현의 자유를 비롯한 기본권의 행사가 합법성의 추정을 받지 못한다면 그 자체로 권리를 침해받고 있는 것이나 다름없습니다. 표현의 자유이든 다른 자유이든 권리의 행사가 그 한계를 넘은 것인지 아닌지 확실하지 않을 때에는 임시로 기본권을 제한할 수 있다고 한다면 그 자체로 기본권 보장의 취지를 무력하게 만들 수 있는 것입니다.

“사업자가 권리의 침해 여부를 판단하기 어려울 경우” 블로그의 글을 삭제할 수 있도록 하는 법률의 규정은 권리 침해를 입증하지 못한 경우에도 글을 삭제할 수 있도록 허용하고 있는 바, 오히려 권리 침해를 입증하지 못한 경우에는 글을 삭제할 수 없다는 입법이 필요하다고 할 것입니다.

따라서 기본권 행사에 있어서 합법성 추정을 배제하고 임의로 기본권을 제한할 수 있도록 한 정보통신망법 제44조의 2는 헌법을 위반한 것입니다.

## 8. 결 론

따라서 이 사건 조항들이 위헌임을 확인해주시기 바랍니다.

## 입 증 방 법

- |                    |                        |
|--------------------|------------------------|
| 1. 갑 제1호증의 1, 2    | 각 임시조치로 차단된 글 목록       |
| 1. 갑 제2호증의 1 내지 12 | 각 임시조치로 차단된 글(청구인 진중권) |
| 1. 갑 제3호증          | 임시조치로 차단된 글(청구인 김철)    |
| 1. 갑 제4호증          | 전자우편 사본                |
| 1. 갑 제5호증          | 전자우편 사본                |

## 참 고 자 료

1. 참고자료 1 내지 9                      각 게시글

## 첨 부 서 류

1. 위헌제청신청서
1. 위헌제청신청각하 결정문 및 동 결정의 송달증명서
1. 기타 입증서류
1. 소송위임장

2010. 8. 30.

위 청구인들의 대리인

변호사 최 영 동

헌법재판소 귀중