



미디어융합시대, 표현의 자유와 **심**의제도의 방향 - 비영리 시민참여 콘텐츠를 중심으로 -



# 미디어융합시대, 표현의 자유와 **심**의제도의 방향

- 비영리 시민참여 콘텐츠를 중심으로 -



미디어융합시대, 표현의 자유와  
**심의제도**의 방향

- 비영리 시민참여 콘텐츠를 중심으로 -

2008. 12



# 차 례

## I. 비영리 시민참여 콘텐츠

1. 문제의식	8
2. 비영리 시민참여 콘텐츠란?	9

## II. 표현의 자유에 대한 일반론과 비영리 시민참여 콘텐츠

1. 표현의 자유의 우월적 지위 보장	12
(1) 대한민국 헌법	12
(2) 사상의 자유시장론	13
(3) 언론의 다원주의론	14
(4) 표현의 자유 규제에 관한 합헌성 판단 기준	16
2. 표현의 자유에 대한 제한	18
2-1. 사전적 제한	18
(1) 허가와 검열의 금지	18
(2) 행정부의 심사 금지	19
2-2. 사후적 제한	20
(1) 법률 유보의 원칙	20
(2) 불법적 표현 금지	20
(3) 유해적 표현 관리	22
2-3. 매체별 심의	25
2-4. 자율 심의	27
3. 비영리 시민참여 콘텐츠에 있어 표현의 자유의 보장	29



### III. 비영리 시민참여 콘텐츠의 매체별 심의현황과 개선방향

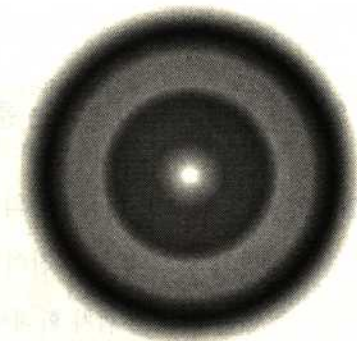
1. 인터넷 - 이용자 제작 콘텐츠의 심의제도를 중심으로 .....	32
(1) 현황 : 가. 인터넷의 특성 .....	32
나. 현행 인터넷 규제 법률	
(2) 문제점 : 가. 방송통신위원장의 취급거부·정지·제한명령제도의 위헌성 .....	39
나. 방송통신심의위원회의 시정요구권한의 위헌성	
다. 불명확한 심의규정의 위헌성	
라. 사이버 명예훼손에 대한 형사처벌의 문제점	
마. 광범위하고 자의적인 임시조치의 문제점	
(3) 개선방향 : 가. 불법 게시물에 대한 방통위와 방통심의위의 자의적 판단과 삭제 권한 폐지 ...	50
나. 비영리 참여 콘텐츠 제작 및 배포자가 법률적 책임 사후 직접 부담하는 원칙	
다. 불법성 판단절차에 있어 최소한의 공정성과 신속성 담보할 필요	
라. 명예훼손 등 사인(私人)간의 분쟁은 민사적 분쟁조정기구로 해결	
마. 유해적 표현물 관리는 자율 등급심으로 해결	
2. 방송 - 시청(취)자 참여프로그램의 심의제도를 중심으로 .....	53
(1) 현황 : 가. 시청(취)자 참여프로그램 제도의 의의 .....	54
나. 각 매체별 시청(취)자 참여프로그램 현황	
(지상파 공영방송 / 케이블 및 위성방송 / 공동체라디오)	
다. 시청(취)자 참여프로그램의 심의제도	
(2) 문제점 : 가. 내용 심의 기준의 문제 .....	60
나. 사전심의 : 방송사 자체심의의 문제	
다. 사후심의 : 방송통신심의위원회의 사후심의 문제	
(3) 개선방향 : 가. 시청자참여프로그램에 대한 별도의 심의규정 마련할 필요 .....	64
(법률개정, 제한적 내용심의제 도입, 반론권 보장)	
나. 지상파 방송과 케이블, 위성방송 등 매체별 심의 기준 차별화	
다. 방송사 심의 아닌 시청자 대표성 갖는 별도 협의체에서 자율 심의	
라. 시청자참여프로그램 제작자를 보호하기 위한 제도적 장치 마련	
3. 영화 - 비영리 독립제작 영화의 심의제도를 중심으로 .....	69
(1) 현황 : 가. 비영리 독립제작 영화의 증가 .....	69
나. 현행 영화 규제 법률(의무등급제도(영화, 비디오), 상영등급분류의 기준과 내용)	

(2) 문제점 .....	75
가. 의무등급제도의 문제	
: 상업영화 뿐 아니라 비영리 독립제작 영화도 등급분류 심사 의무화함, 과잉금지 원칙 위배, 제도적 허점과 행정기관의 과도한 사전 통제	
나. 상영등급분류의 기준과 내용의 문제	
: 등급분류의 자의적 해석 가능성, 제한적이며 권위적인 등급분류 기준, 교묘한 검열과 문화적 권리의 침해 가능성, 현실 불가능한 등급분류의 규제, 영화를 선택하는 데 필요한 상세 내용정보의 부족	
(3) 개선방향 .....	81
가. 비영리 독립제작 영화에 대한 별도의 심의 체계 마련할 필요	
(등급을 받지 않을 권리도 포함하는 사전적 완전등급제의 도입)	
나. 자율적 민간 협의체에 의한 심의제도의 도입	
다. 민주적이고 공개적인 심의기준과 내용 마련할 필요	
라. 내용기술제의 도입	

### IV. 부 록

1. 국제인권선언 중 표현의 자유 관련 조항 모음 .....	88
2. 일반 대중의 문화생활에 대한 참여 및 기여에 관한 권고(1976) .....	90
3. 민중 커뮤니케이션 헌장(2006) .....	107

# I 비영리 시민참여 콘텐츠





# 1. 문제의식

## (1) 표현의 자유의 실질화가 필요함

- 표현의 자유는 일찍이 근대시민권의 핵심 권리 중 하나로서, 60년 전 세계인권선언을 비롯한 수많은 현대 인권 규범 속에서 가장 기본적인 인권으로 인정되어 왔음
- 그러나 대형 언론과 출판 위주의 미디어 환경은 수직적이고 폐쇄적이었으며, 일반시민이 이에 접근하는 것은 쉽지 않은 일이었음
- 따라서 일반시민의 미디어에 대한 접근권을 보장함으로써 '표현의 자유'를 실질화해야 한다는 지적이 이어졌으며 유네스코에서는 이러한 문제의식을 담아 1976년 《일반 대중의 문화 생활에 대한 참여 및 기여에 관한 권고》를 발표하기도 하였음

## (2) 미디어 환경이 변화하고 있으나 일반 시민의 참가는 충분히 이루어지고 있지 못함

- 최근 들어 디지털 기술의 발전에 의한 미디어 제작비용의 감소와 미디어 리터러시의 향상, 그리고 무엇보다 인터넷처럼 진입장벽이 낮고 누구나 참여할 수 있는 개방적 소통공간의 등장은 일반 시민이 미디어에 참여할 수 있는 기회를 점차 확대하고 있음
- 그러나 아직까지도 전문제작자가 아닌 일반 시민이 직접 제작한 콘텐츠에 대한 사회적 인식과 그에 대한 보호는 충분히 이루어지지 않고 있음
- 2000년 통합방송법 제정으로 시작된 공중파 방송과 케이블TV에서의 시청자제작프로그램은 방송통신심의위원회 및 방송사의 이중 심의로부터 자유롭지 못하였으며, 프로그램의 대부분이 청취자참여프로그램으로 편성된 공동체라디오의 경우도 방송심의규정을 지나치게 엄격히 적용함으로써 시민들의 표현의 자유를 심각하게 침해하고 있음
- 또한 국가에 의한 사전 검열을 폐지하고 등급제로 전환한 영화 분야에서도 비영리 독립 제작 영화에 대한 완전등급제는 인정되지 않고 있음
- 한편 가장 민주적이고 참여적인 매체로 주목받아온 인터넷에서도 최근 게시물 삭제가 빈

번하게 일고 있으며, 이용자들이 즐겨 쓰는 대통령의 별명에 대해서 방송통신심의위원회가 '언어순화' 하라는 권고를 내리는 등 규제가 강화되고 있음

## (3) 비영리 시민참여 콘텐츠에 대해서는 표현의 자유가 우선적으로 보장되어야 함

- 일반 시민의 비영리적인 미디어 참여는 전통적인 표현의 자유 영역으로서, 미디어 사업자에 의한 콘텐츠나 상업적인 콘텐츠와 구별되어 신중하게 접근되고 보호될 필요가 있음
- 기술 발전에 따라 동일한 콘텐츠가 다양한 플랫폼으로 이동하거나 하나의 단말기가 다양한 소통 모델을 포괄하는 경우가 늘어나는 미디어융합 시대, 통합적 내용심의제도 마련에 있어 고민해야 할 중요한 내용 중 하나는 일반 시민의 비영리적 참여 콘텐츠에 대한 표현의 자유를 보호하고 확대하는 것임
- 각 매체별로 진행되어온 표현의 자유 운동의 성과와 경험에 기반하면서도, 점차 매체별 경계가 사라지는 미디어융합 환경에 따라 통합적으로 적용될 수 있는 일반 시민의 비영리적 참여 콘텐츠에 대한 심의 제도의 방향을 모색할 필요가 있음

## (4) 이에 방송, 영화, 인터넷 등 다양한 미디어를 통해 발표되는 일반 시민의 표현물을 '비영리적 시민참여 콘텐츠'로 명명하고 그 표현의 자유를 보장하는 심의 원칙을 마련할 필요가 있음

# 2. 비영리 시민참여 콘텐츠란?

## (1) 개념 정의

- 비영리 시민참여 콘텐츠란 전문 콘텐츠 제작사(CP, PP, 영화 제작사 등)나 서비스 제공 사



업자 등 미디어 사업자가 제작한 콘텐츠가 아니라, 일반 시민들이 비영리적 목적으로 자신들의 의사를 표현하기 위하여 제작하고 유통하는 콘텐츠를 말함

○ 기본적으로 탈규제 모델이 적용되어 온 인쇄매체와 달리 인터넷, 방송, 영화 등의 매체 심의 과정에서 그 표현의 자유가 제한되어 온 비영리 시민참여 콘텐츠에 특히 주목함

## (2) 비영리 시민참여 콘텐츠의 성격

- 주체 : 전문 사업자가 아닌 일반 시민에 의해 제작되고 유통되는 창작물이어야 함
- 목적 : 콘텐츠의 제작 혹은 유통 활동이 비영리적인 목적을 지녀야 함
- 포괄 범위 : 콘텐츠의 생산 및 제작 뿐 아니라 그러한 표현물의 상영, 게시, 공개 등 유통 활동을 포함함

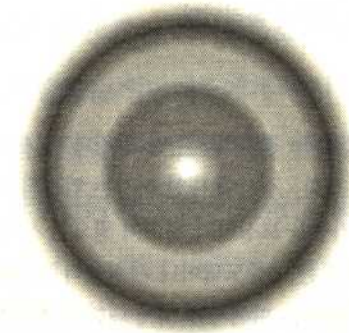
## (3) 비영리 시민참여 콘텐츠의 분류

- 인터넷에서의 이용자제작콘텐츠
- 방송에서의 시청자 및 청취자 참여 프로그램
- 영화에서의 독립 제작 영화 및 비디오

## (4) 비영리 시민참여 콘텐츠의 구체적 예시

- 인터넷 : 일반 시민의 인터넷 게시물, 댓글, 블로그와 미니홈피의 포스팅
- 방송 : 공중파 / 케이블 / 위성방송의 시청자참여(퍼블릭 액세스) 프로그램, 공동체라디오의 청취자참여 프로그램
- 영화 : (상업) 영화제작사가 아닌 개인과 비영리 단체에 의해 제작되는 영상 창작물 및 개인과 비영리 단체에 의해 개최되는 비영리적 목적의 상영회와 영화제, 비영리적 목적을 위해 비영리적 유통망을 통해 배포되는 비디오물

## II 표현의 자유에 대한 일반론과 비영리 시민참여 콘텐츠





# 1. 표현의 자유의 우월적 지위 보장

## (1) 대한민국 헌법

○ 표현의 자유는 가장 기본적인 인권으로서 대한민국 헌법에서 명백히 보장하고 있으며, 행위보다 두터운 보호를 받고 있음. 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니 함

제19조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

제20조

- ① 모든 국민은 종교의 자유를 가진다.
- ② 국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

제21조

- ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
- ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
- ③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.
- ④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

제22조

- ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.
- ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.

제37조

- ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.
- ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

○ 헌법재판소는 언론·출판의 자유가 지니는 가치와 기능을, 첫째, 견해의 다양성과 공개 토론을 가능하게 함으로써 민주체제에 있어서 자기통치(self-government)의 기본적 수단이라는

것, 둘째, 개인이 타인과의 커뮤니케이션을 통해 공동사회의 일원으로 기능하게 한다는 것, 셋째, 개인이 자신의 인격을 발현하는 데 있어 가장 유효하고 직접적인 수단이라는 것, 넷째, 진리의 확보를 통해 문화 및 사회의 진보를 가능하게 한다는 것의 4가지로 제시하였음. 특히 헌법재판소는 “문화의 진보는 한때 공식적인 진리로 생각되었던 오류가 새로운 믿음에 의해 대체되고 새로운 진리에 자리를 양보하는 과정 속에서 이루어진다. 진리를 추구할 권리는 우리 사회가 경화되지 않고 민주적으로 성장해가기 위한 원동력이며 불가결의 필요조건인 것이다.” 라고 실시하였음<sup>1)</sup>

○ 한편, 헌법재판소는 일찍이 음반등록시설요건 사건에서 예술자유조항(헌법 제22조 제1항)이 보호하는 내용으로서 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회 및 결사의 자유를 제시하고, 예술창작의 자유는 외부의 간섭 없이 창작소재, 창작형태 및 창작과정 등을 자유로이 결정할 수 있는 권리이기 때문에 음반 또는 비디오물로써 창작활동을 하는 행위도 당연히 여기에 포함되며, 나아가 창작한 예술품을 일반대중에게 전시·공연·보급할 수 있는 예술표현의 자유에는 음반제작자 등 예술품보급을 목적으로 하는 예술출판자의 출판·보급행위도 그 보호 대상이 된다고 판시하였음.<sup>2)</sup> 표현물의 제작 뿐 아니라 그 표현물의 배포와 그 수단까지도 보호 대상임을 명확히 하였음

## (2) 사상의 자유시장론

○ 사상의 자유시장론에 따르면, 어떤 사상과 견해가 옳고 그른지, 또는 가치있고 가치없는 것인지를 평가하고 결정하는 것은 '정부'가 아니라 '사상의 공개시장' 임. 이는 설령 유해한 사상이나 표현이라 하더라도 그 해악의 교정은 사상의 공개시장에서 대립되는 사상이나 표현에

1) 헌재, 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 정재환·전정환·이인호·임지봉·황성기, “사이버 공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구”, 헌법재판연구 제13권, 2002.12.에서 재인용. 이하 대부분의 내용을 앞의 자료에서 인용함

2) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1.



의한 경합을 통해 이루어져야 한다는 믿음으로, 사상이나 표현의 가치를 평가하는 주체는 결코 국민의 대리인인 정부가 될 수 없으며 오직 국민 스스로일 뿐이라는 생각으로 언론자유에 이념적 바탕을 이루고 있음

○ 진리추구의 권리가 실질적으로 보장되기 위해서는 인간은 아무런 제약 없이 다른 사람의 사상이나 사고에 접근할 수 있어야 함. 바로 여기에서 언론매체(인쇄)는 진리탐구의 협력자로 간주됨. 언론매체는 종국적인 결정자인 국민의 판단을 위한 자료나 증거 또는 쟁점을 제공하는 기관으로서, 어떤 논쟁의 직접적인 이해당사자인 정부의 통제나 그 영향으로부터 자유로워야 한다는 것은 당연한 요청임

○ 이러한 관점에서 헌법재판소는 “국가는 단순히 어떤 표현(내용)이 가치 없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다.”라고 판시하면서, 그 논거로 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재하고 있다는 점을 제시하고 있음. 즉, “언론·출판에 대한 규제는 통상 그 언론·출판으로 말미암은 해악을 시정하고 방지하기 위한 것이고 이러한 국가의 노력은 정당하고 필요한 것이기는 하나, 국가의 개입에 앞서 그 해악을 해소시킬 수 있는 1차적 메커니즘, 즉 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재한다는 사실이다. 그리하여 만일 시민사회 내부에서 서로 대립되는 다양한 사상과 의견들의 경쟁을 통하여 유해한 언론·출판의 해악이 자체적으로 해소될 수 있다면 국가의 개입은 최소한도에 그쳐야 할 것이다. 입헌민주국가에서 언론·출판의 자유를 거론할 때 견해의 다양성과 공개토론이 강조되는 소이 가 여기에 있는 것이다.”라고 판시하고 있음<sup>3)</sup>

### (3) 언론의 다원주의론

3) 헌재, 1998. 4. 30. 앞의 결정.

○ 다른 한편으로 실질적인 언론의 자유를 보장하기 위해서는 다양한 사상들이 자유롭게 개진될 수 있도록 적극적인 환경을 조성할 필요가 있음. 이러한 취지에서 보다 폭넓은 사상의 자유시장을 형성하게 하기 위해 다원주의 원칙이 출현함

○ 프랑스는 언론, 시청각커뮤니케이션에 관한 기본 원칙으로 다원주의를 꼽고 있음

- 프랑스의 헌법사전은 “다원주의란 시민사회에서 사상(견해)의 다양성, 이해관계의 다양성, 그리고 그 집단들의 다양성을 특별히 보호하고 그 다양성의 보장을 자유의 한 조건이 되게 하는 정치적, 법적 차원의 개념”이라고 정의하고 있음. 언론에 있어서의 다원주의란 국민이 다양한 정보와 사상(견해)에 접할 수 있고 그로 인하여 다양한 사상을 형성하고 표현할 수 있어야 한다는 의미로 볼 수 있음

- 1986년 다원성 보장을 위한 법률이 도입되면서, 공영부문에서는 선거운동 기간 중의 라디오·텔레비전방송의 공공서비스에 대한 정치단체의 접근권 보장, 국영방송사들을 통한 정부의 성명 발표에 대한 반박권 인정, 의회의장단의 의회중계방송 통제, 상·하원의 정치단체, 노동단체, 종교단체에 대한 방송시간할당 등이 이루어짐

- 민간부문에 있어서는 민영방송사 설립에 있어서 자본소유한도 제한, 복수허가의 제한, 정기간행물기업 간의 겸영 제한 등의 제도를 두고 있음. 이는 자본집중 내지 언론시장의 독과점을 방지함으로써 다양한 언론기업으로부터 수신자인 일반국민이 다양한 정보를 접할 수 있게 하여 종국적으로 다원화를 실현하기 위한 것임

○ 표현의 자유 유엔특별보고관인 Ambeyi Ligabo 역시 2008년 2월 《의견과 표현의 자유에 대한 권리 증진과 보호에 관한 보고서》에서 매체의 다양성 증진이 중요하다고 강조함

- 이때 다양성은 △ 표현수단의 다양성(표현수단의 창조와 유포에 자유로운 환경 수립), △ 정보원의 다양성(특히 인터넷과 같은 디지털 환경의 이점을 충분히 활용하는 것), △ 내용의 다양성(다양한 집단과 취약한 집단이 표현수단에 접근할 수 있고 자신들의 의견을 효과적으로 유포할 수 있는 길을 찾도록 하는 것)을 포함함

- 이 보고서는 다양성을 증진하는 가장 적절한 방법이 매체의 표현에 직접 간섭하는 것이



아니라 독립매체와 내용 생산자가 출현하고 활약할 수 있는 자유로운 환경을 만드는 것임을 지적하였음. 이런 점에서 개인 사용자가 지구적 규모로 내용을 유포할 수 있는 인터넷은 당연히 강화되어야 함<sup>4)</sup>

#### (4) 표현의 자유 규제에 관한 합헌성 판단기준

##### ○ 명확성의 원칙

- 법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있음. 법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 이러한 명확성의 원칙은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한 입법에 요구되는 것임

- 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 이러한 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지니고 있음. 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과(chilling effect)를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증될 수 있도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 함. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라 는 확신이 없는 기본권 주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높음. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구됨<sup>5)</sup>

##### ○ 과잉금지원칙

4) 류은숙, 의견과 표현의 자유에 대한 권리 증진과 보호에 관한 유엔특별보고관(Ambeyi Ligabo) 보고서, 인권오름 제113호, 2008. 7. 23.

5) 헌재, 2002. 6. 27., 99헌마480 결정, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인.

- 헌법 제37조 제2항에 근거한 과잉금지원칙은 모든 기본권제한입법의 한계원리이므로 표현의 자유를 제한하는 입법도 이 원칙을 준수하여야 함은 물론이나, 표현의 자유의 경우에 과잉금지원칙은 위에서 본 명확성의 원칙과 밀접한 관련성을 지니고 있음. 불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되므로 과잉금지원칙과 조화할 수 없게 되기 때문임<sup>6)</sup>

##### ○ 명백하고 현존하는 위협

- ‘명백하고 현존하는 위협’ 원칙은 1989년 헌법재판소의 국가보안법 사건에서부터 표현의 자유의 보호기준으로 널리 받아들여지고 있음

- ‘명백하고 현존하는 위협’ 원칙이란 중대한 피해가 반드시 그리고 즉각적으로 일어날 경우에만 표현이 처벌될 수 있다는 원칙으로, 듣고 반응하는 사람을 거치지 않고 곧바로 효과를 내는 행동에 비해 표현은 자유롭게 구사할 수 있다는 것

- 미연방대법원은 1차 세계대전 당시 징집 불복을 선동하는 전단을 배포한 것에 대해 실제로 대규모 징집거부사태가 발생할 명백하고 현존하는 위협이 있어야만 선동행위에 대한 처벌이 헌법적으로 가능하다고 판시하였음. 즉 화자와 청취자 간에 특수한 상황이 있어 청취자가 반드시 그리고 즉각적으로 화자의 주장을 실행에 옮길 위험이 존재하지 않는 한 불특정 다수에게 특정한 입장이거나 특정한 행동의 타당성을 주장하는 것마저도 표현의 자유로 보호된다는 것임<sup>7)</sup>

- 1995년 국제법 전문가들이 ‘국가안보와 표현의 자유 및 정보접근에 관한 요하네스버그 원칙’을 채택하였는데 여기서도 “표현의 자유에 대한 권리의 평화적인 행사는 국가안보에 대한 위협으로 간주되어서는 아니 되며, 어떠한 규제나 형벌도 과해져서는 아니 된다.”라고 하였음. 흔히들 금기시 여기는 ‘정부를 바꾸자는 표현, 국가나 국기를 모욕하는 표현, 징병반대, 전쟁반대’ 등의 표현도 “국가안보에 대한 위협이 되지 아니하는 표현”임<sup>8)</sup>

6) 헌재, 2002. 6. 27., 앞의 결정.

7) 박경신, “인터넷 규제와 표현의 자유 : 2008년 정보통신망법 개정안을 중심으로”, 언론광장 2008년 10월 월례포럼, 2008. 10. 1

8) 류은숙, [세계인권선언의 현재적 의미] 제19조 의견과 표현의 자유, 인권오름 제127호, 2008. 11. 5.



## 2. 표현의 자유에 대한 제한

### 2-1. 사전적 제한

#### (1) 허가과 검열의 금지

○ 역사적으로 표현의 자유를 최대한 보장하기 위한 구체적인 법리들이 형성되어 왔음

○ 검열금지의 원칙은 가장 대표적인 표현의 자유 법리이며 우리 헌법에서도 이를 명백히 표방하고 있음

○ 형사처벌과 같은 사후제한은 일단 표현행위가 행하여진 다음에 가해지는 데 반하여, 사전제한은 표현행위 자체를 불가능하게 함으로써 공중의 평가 기회를 아예 봉쇄해버린다는 점에서 사상의 자유시장의 성립 자체를 불가능하게 함

○ 헌법재판소는 헌법 제21조 제2항의 검열금지의 원칙을 절대적인 원칙, 즉 검열을 수단으로 한 제한은 법률로써도 허용되지 않는다고 해석하였음<sup>9)</sup>

- 헌법재판소는 검열을 다음과 같이 4개 내지 6개의 요건을 매개로 정의하고 있음. 첫째, 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 셋째, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지, 넷째, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등임. 다섯째, 표현물의 발표를 완전히 금지하지 않고 청소년유해성 등급에 따라 부분적으로 제한하는 '등급제'는 검열이 아님. 여섯째, 사전심사가 내용적인 심사일 경우에만 '검열'의 범위에 포함되며 시간, 장소, 방법에 대한 심사를 위한 사전심사는 해당되지 않음

- 그러나 한국의 사전검열 법리가 표현물을 검열기관에 의무적으로 제출해야 하는 경우에만 적용되는 데 반해, 미국의 사전제재 법리는 사전제출의무가 없는 사후심의라고 할지라도 심

9) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2

의의 결과물로서 장래효과를 가지는 명령이거나 행정기관의 명령 혹은 권고인 경우 위헌적인 사전제재로 평가하고 있음. 미국의 사전제재금지 법리의 현대적 해석에서 '사전' 보다 더욱 중요한 것은 사법부의 역할, 제재기준의 명확성(이를 통한 행정권 재량의 통제), 그리고 매체가 가지고 있는 특수성이라는 주장이 제기되고 있음.<sup>10)</sup> 이러한 관점은 사전제재가 불가능한 인터넷 미디어 환경에서 특히 의미 있는 '검열'의 재정의라 평가할 수 있음

#### (2) 행정부의 심사 금지

○ 우리 헌법재판소는 행정권이 주체가 된 사전심사절차를 헌법에서 금지하고 있는 검열의 요소로 정의하고 있음

○ 어떤 사상과 견해가 옳고 그른지, 또는 가치 있고 가치 없는 것인지를 평가하고 결정하는 것은 '정부'가 아니라 국민의 '사상의 공개시장'이기 때문에 정부가 표현내용을 심사하여 선별적인 취급을 해서는 아니 됨. 다만, 경합을 통해서 그 해악이 해소될 수 없는 일정한 표현유형에 대한 사후규제는 용인될 수 있음

○ 법치주의의 원리에 의해 중립성과 독립성이 보장되는 사법기관의 판단과, 국가권력의 영향력 하에 있으면서 비밀주의와 일방주의가 지배하는 행정기관의 심의는 그 의미가 크게 다름. 사법기관이 아닌 행정기관이 불법성의 판단 또는 범죄의 구성요건을 이루는 부분에 대한 판단을 하는 것은 바람직하지 않음

10) 박경신, "미국의 사전제재(prior restraint)법리, 3권분립 그리고 명확성의 원칙의 상관관계", 헌법실무연구회 발표문, 2008.9.19. 참조. 이러한 관점에서는 미발표 표현물에 대한 법원의 방영금지처분 명령 역시 위헌의 소지가 있음. 한편 우리 헌법재판소는 법원의 방영금지처분 명령을 사전검열에 해당하지 않는다고 보고 있음(헌재결 2001.8.30. 2000헌바36 합헌)



○ 헌법재판소는 불온통신 규제제도에 대하여 “형식적으로는 표현의 자유에 대한 사후제한이지만, ‘이용자-전기통신사업자’ 및 ‘전기통신사업자-정보통신부장관’의 역학관계에 비추어 볼 때 전기통신사업자는 정보통신부장관의 취급거부 등 명령이 없더라도 미리 이용약관 등에 의하여 이용자의 통신내용을 규제하고 이에 따라 이용자는 스스로 조심할 수 밖에 없는, 실질적으로는 상시적인, 자체 검열체제로 가능하기 쉽다.”라고 판단하여 간접적인 행정부의 내용 심사도 엄격한 위헌성 심사 대상으로 삼은 바 있음<sup>11)</sup>

## 2-2. 사후적 제한

### (1) 법률 유보의 원칙

○ 우리 헌법 제37조의 2항에서는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 하였음. 따라서 표현의 자유 제한이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 비례의 원칙과 법률유보의 원칙을 준수하여야 함

- 정당하고도 구체적인 목적이 존재하여야 하고, 그 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 정보유통을 억제하여야 함(비례의 원칙)

- 또 그러한 억제정책은 민주적 정치과정인 입법절차에 의해 명확하게 표명되어야 함(법률유보의 원칙). 표현물에 대한 제작 및 발표를 제한하는 법률은 일정한 원칙을 충족해야 합헌성을 인정받을 수 있음

### (2) 불법적 표현 금지

11) 헌재 2002. 6. 27. 앞의 결정

○ 표현의 자유는 가장 기본적인 권리이지만, 자신과 다른 사람의 권리를 동시에 보장하고 공공의 가치를 보호하기 위하여 어떤 경우에는 제한함

- 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.”라고 하여 표현의 자유의 헌법적 한계를 선언하고 있음

- 다만 표현물의 제작과 배포에 대한 금지는 명확한 법률에 의해서만 가능함

○ 법률에 의해서 금지되는 ‘불법표현물’이란 법률에 의하여 민·형사 책임을 지는 표현물을 의미함. 불법표현물은 유통뿐 아니라 제작까지도 금지되어, 이를 위반한 경우에는 형사처벌이 가해지고, 민사책임을 지는 것이 일반적임

- 현행법률에 따라 불법표현물에 해당하는 대표적인 경우가 음란죄(형법 제243조 및 제244조, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제1호), 명예훼손죄(형법 제307조 및 제309조, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조), 공직선거법상의 허위사실공표죄 내지 공직선거후보자비방죄(공직선거법 제82조의4, 제250조, 제251조), 반국가단체의 찬양·고무죄(국가보안법 제7조) 등의 구성요건을 충족하는 내용의 표현물들임

- 미연방대법원은 전통적으로 헌법상 보호되지 않는 표현으로서, 음란(obsenity), 명예훼손(defamation), 욕지거리(fighting words), 기망적인 왜곡묘사(fraudulent misrepresentation), 불법행위의 선동(advocacy of imminent lawless behavior) 등을 제시하고 있음

○ 그렇지만, 표현의 자유 제한은 결코 그 자체가 목적이 될 수 없으며 타인의 권리보호와 사회진보의 달성이라는 목적을 위하여 예외적으로 허용되는 수단임. 언론·출판의 자유가 지니는 헌법적 가치의 중요성을 고려할 때 그 기준의 적용은 매우 신중하고 엄격히 이루어져야 함. 헌법재판소는 음란표현은 언론자유조항의 보호영역에 속하지 않지만, 저속한 표현(성표현물)은 헌법의 보호영역에 속한다고 판시하여 표현의 불법성에 대한 해석을 엄격히 하고 있음

○ 표현물에 대한 사전 검열이 금지되는 한편, 표현물의 제작이나 배포에 따른 법률적 책임은 표현물의 제작자나 배포자가 사후적으로 직접 부담해 왔음



- 표현물의 불법성에 대한 중독적인 판단은 사법부의 관할 아래에 있으며 사법부는 그 관할의 공정한 행사를 위해 3심제도를 구비하고 있음

- 비영리 시민참여 콘텐츠의 경우 그 불법성 판단에 더욱 엄격을 기하여 법원이 아닌 행정기관이나 사업자가 자의적으로 법해석을 하거나 그 결과를 토대로 표현의 자유를 제한하는 것이 허용되어서는 안 됨

- 다만 소송 절차에는 시간이나 비용이 많이 소요되기 때문에, 최근에는 신속한 구제나 사적 분쟁 해결을 위하여 다양한 핫라인(hot-line)<sup>12)</sup>이나 중재기구<sup>13)</sup> 등의 보완적 제도가 개발되어 왔음

### (3) 유해적 표현 관리

○ 표현물의 선정성, 폭력성 등이 실정법에는 저촉되지 않지만 공동체의 문화적 규범에 근거해 유해하다고 판단되는 경우 유해 등급을 부여하는 것이 인정되어 왔음. 유해 표현물은 제작이 금지되지는 않지만 등급에 따라 취약계층에 대한 유통이 통제됨

○ 대표적인 유해 표현물은 청소년보호법상 '청소년유해매체물'로서, 법률에 의하여 그 제작이나 유통이 금지되지는 않지만, 청소년에게 유통시키는 경우에만 법적 제재가 가해지는 내용의 표현물을 의미함

- 청소년유해매체물을 관리하는 방법으로는 청소년유해매체물의 유통시 상대방의 연령을 확인하여 청소년에 대하여 판매를 금지할 의무(청소년보호법 제17조 제1항), 청소년유해매체물에 대한 표시의무, 포장, 구분 및 격리의무가 있음(청소년보호법 제14조 제1항, 제15조 제1항, 제17조 제2항 및 제3항, 제18조 제1항 및 제2항)

12) 핫라인이란 불법, 유해 콘텐츠에 대한 정보를 사업자나 사법기관에 제공하는 민간자율감시망을 의미함

13) 명예훼손에 대한 분쟁중재나 분쟁조정 제도가 발달해 왔음

- 매체별로 방송프로그램의 경우에는 방송시간대의 제한을 통해서 청소년의 접근을 통제하고(청소년보호법 제19조), 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보의 경우에는 정보를 제공하는 자가 프로그램을 시작하기 전에 "이 프로그램은 19세 미만 청소년이 이용해서는 안 됩니다."라는 자막표시를 하여야 하고(청소년보호법시행령 제13조 및 [별표 2]), 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자는 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보로서 청소년유해매체물로 결정·고시된 매체물에 대하여 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 함(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제42조)

○ 현행 청소년보호법 제2조에 따르면, '청소년유해매체물'로서 법적 효력이 발생하기 위해서는 일정한 형식적·절차적 요건이 구비되어야 함

- 청소년보호위원회 및 각 심의기관이 당해 매체물이 청소년에게 유해하다는 것을 '결정 또는 확인'한 뒤, 보건복지가족부장관이 당해 매체물에 대해서 '고시'를 해야 함

○ 청소년보호의 필요성이 인정된다고 하더라도, 그러한 목적의 표현물 규제입법이 무한정 허용되는 것은 아님

- 청소년보호를 위한 표현물 규제는 청소년의 알권리와 접근의 자유를 제한하는 것임. 청소년도 우리 헌법상의 기본권 주체이므로, 청소년보호를 위한 목적으로 표현물을 규제하는 경우에도 기본권제한 원칙을 따라야 함. 청소년보호를 위한 표현물 규제입법은 명확성의 원칙에 위배되어서는 안 되며, 과잉금지의 원칙에 위배되어서도 안 됨. 특히 등급분류는 기본권제한의 효과를 가져오기 때문에 등급분류기준이 명확하게 규정되어야 함. 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 요구됨

- 청소년에게 유해할 수 있는 표현물일지라도 이들 표현물에 대한 성인의 접근까지 막아서는 안 됨

- 청소년과 부모 간에 국가가 너무 과도하게 개입하는 것은, 자율적인 사적 영역으로서의 가족관계의 형성(가족의 자율성: family autonomy)과 청소년에 관한 부모의 교육·양육권을 침



해할 소지가 있음. 부모에게 국가의 기준을 무조건 강요하는 것은 헌법적 한계를 넘어서기 때문에, 부모가 자신의 자녀에게 적절하다고 판단한 경우에는 국가가 청소년에게 유해하다고 판단한 표현물에 대한 청소년의 접근을 인정하는 예외를 인정해야 함

- 따라서 현행 청소년보호법도 청소년유해매체물을 청소년에게 시청·관람·이용토록 하여 벌칙이 적용되는 대상을 '영리의 목적'에 국한시키고 있음(청소년보호법 제50조 제1호)

○ 우리나라에서 채택하고 있는 등급제는 민간의 자율에 의하는 것이 아니라, 전적으로 국가가 제도운영을 담당하고 그에 따르지 않으면 형사처벌이 부수되는 국가 등급제라고 할 수 있음.<sup>14)</sup> 헌법재판소는 행정기관에 의한 청소년유해매체물 규제에 대해서 합헌결정을 내린 바 있음<sup>15)</sup>

- 그러나 청소년보호를 위한 모든 사전·사후심의제도가 우리 헌법이 금지하고 있는 검열에 해당되지 않는지에 대해서는 여전히 논란이 계속되고 있음

- 위헌성 시비를 없애기 위해서는 청소년유해매체물 심의가 현재처럼 행정기관에 의해 일방적으로 이루어지는 것이 아니라 독립적인 민간기구에 의해 자율적으로 이루어지는 방식으로 개편될 필요가 있음

○ 청소년 보호를 위한 목적을 가지고 있다 하더라도 비영리 시민참여 콘텐츠는 행정기관의 사전심의에서 제외할 필요가 있음

- 비영리 시민참여 콘텐츠에 대한 청소년유해등급 부여 여부는 기본적으로 이를 비영리적 목적으로 제작하거나 배포하는 시민의 자율에 의해 이루어져야 함

- 비영리 시민참여 콘텐츠의 경우 행정기관의 사전 등급 심사에서 제외되어야 함. 다만 공중파 방송 등 매체별 특성에 따라 필요한 경우, 행정기관이 아닌 민간자율 심의기구가 사전 등급 심사를 맡는 것이 바람직함

- 비영리 시민참여 콘텐츠에 부여된 등급의 적절성에 대한 사회적 통제는 사후적으로 이루

14) 여기서 심의기관이란 구체적으로 한국간행물윤리위원회, 방송통신심의위원회, 영상물등급위원회를 말함.

15) 헌재 2000. 6. 29. 99헌가16, 구 청소년보호법 제2조 제3호 가목 등 위헌제청사건, 판례집 12-1.

어져야 함. 그 사후 심의를 매체에 따라 행정기관이나 민간자율 심의기구가 담당할 수 있음. 행정기관은 사후에 등급의 적절성을 평가할 수 있지만 이를 강제하지 않는 것이 필요함

- 사후 심의는 반드시 규제당사자의 항변권과 이의제기권이 충분히 보장되어야 하며, 전편에 대한 심의가 아니라 신고나 불만요청제기에 따른 일부 심의로 한정할 필요가 있음

### 2-3. 매체별 심의

○ 소위 '매체특성론' 내지 '매체특성론적 접근방법(a medium-specific analysis)'이란 특성이 서로 다른 매체에 따라 규제에 관한 법적 원리가 달라야 한다는 문제의식으로서, 매체의 구조적 특성에 따라서 표현의 자유에 대한 제한의 문제를 다루어야 한다는 접근방법을 뜻함<sup>16)</sup>

○ '인쇄모델'은 방송을 제외한 기타의 매체시장에 모두 적용되어 온 대표적인 탈규제모델임  
- 인쇄매체의 경우 독자의 문자해독능력과 취사선택이 전제된다는 점에서 내용규제로부터 가장 자유로운 매체로 인식되어왔음

- 이론적으로 볼 때 언론의 자유는 인쇄매체가 형성하는 '분권적이고 개방적인 커뮤니케이션 구조' 속에서 잘 발휘될 수 있음. 누구나 자신의 의견을 출판하고, 여러 다양한 견해를 대표하는 인쇄매체가 다수 존재하면서 정보수용자에게 다양한 선택가능성이 제공되고, 이렇게 형성된 사상의 자유시장에는 정부가 개입할 이유가 거의 존재하지 않음. 때문에 그 동안 헌법상의 언론의 자유는 소극적 관점, 즉 정부규제로부터의 자유 내지는 침해배제청구권으로 이해되어 왔음

- 인쇄모델은 <신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률>과 <잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률> 상의 신문·통신·잡지·기타 간행물, <출판문화산업 진흥법> 상의 간행물, <영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률>, <음악산업진흥에 관한 법률> 상의 영화·비디오물·음반, <공연법> 상의 음악·무용·연극·연예·국악·곡예 등의 공연물에 적용되어 왔음

16) 조희순, "인터넷 내용규제정책의 진단과 개선과제", NCA CIO REPORT (04-14호), 2004. 10. 31.



○ '통신모델'은 사적인 통신 수단을 대상으로 하는 규제모델로 우편, 전신, 전화 등에 적용되어 왔으며 최근 이메일, 비공개 게시판 등 인터넷 일부 서비스에 적용되고 있음

- 통신서비스는 언론자유 가치를 실현하기 위해서 지역이나 대상에 상관없이 저렴한 요금으로 일정한 품질 이상의 서비스를 보편적으로 제공할 의무(universal services)를 저왔음

- 다른 한편으로 통신의 비밀은 헌법적으로 사생활권의 주요한 내용이기 때문에 통신사업자는 타인의 통신내용에 대해 편집하거나 검열할 수 없는 중립의무를 지고 있음

○ 기존의 아날로그 공중파 방송에 적용되어 왔던 소위 '방송모델'은 독특한 지위를 가지고 있음

- 라디오와 텔레비전의 아날로그 방송은 그 주파수의 희소성과 소유 및 경영에 거액의 자금이 소요되는 특성을 가지고 있음. 따라서 소수가 이들 매체를 장악하고 중앙집권적으로 정보의 흐름을 제어할 수 있기 때문에 상대적으로 강도 높은 정부의 규제가 적용되어 왔음

- 폐쇄적인 커뮤니케이션 환경에서는 사상의 자유시장이 형성되기 어렵기 때문에 정부로부터 언론매체의 자유를 지키는 것만으로는 언론자유 가치를 확보하기 어려워졌음. 이에 공중파 방송에 대한 다양성을 확보하기 위해 정부의 개입이 불가피해졌음. 미 연방대법원은 "보다 우위에 있는 것은 방송인의 (말할) 권리가 아니라 시청자·청취자의 (다양한 견해를 받을) 권리이다."라고 지적하였고 '다양한 사상과 견해를 받을 수 있는 시청자 및 청취자의 권리'를 언론자유 의 한 내용으로 확인함<sup>17)</sup>

- 다른 한편으로 아날로그 공중파 방송은 '정보수용자측 통제능력의 결여'라는 특징을 가지고 있음. 가정에 직접 침투해 들어오는 방송전파는 무심결에 채널을 돌리는 어린이에게 여과과정 없이 직접 전달되기 때문에 방송내용으로부터 어린이를 보호하기 위한 정부의 내용적 규제가 헌법적으로 정당화되어 왔음

- 방송모델의 구체적인 법리로서는, 진입장벽으로서 중립적인 허가제의 인정, 편집권의 제한, 소유 및 경영의 제한, 방송내용에 대한 예외적 허용 등을 들 수 있음

- 방송모델이 인쇄모델과 그 이념적 기초를 달리하는 것은 결코 아님. 달라진 정보환경에서 본래적 언론자유 가치인 견해의 다양성 확보와 공개토론의 활성화를 추구하기 위해 방송표현자의 언론자유를 부분적으로 제약하는 것일 뿐임. 방송표현자의 언론의 자유는 그 자체로 헌법 제21조의 보호영역이며 청소년보호라는 명목으로 성인의 알권리를 제한하는 것은 헌법적으로 승인되기 어려움

- 요컨대, 방송매체에 대한 제한적인 정부규제가 헌법적으로 승인되는 것은 그동안의 아날로그 방송매체가 지니고 있던 구조적 특성에 기인한 것임<sup>18)</sup>

## 2-4. 자율 심의

○ 최근 커뮤니케이션 환경이 급변하면서 정보의 전파 속도와 범위가 확장되었고, 이에 방송사, 포털 등 표현물 유통사업자에 의한 자율 심의가 확산되어 왔음

- 유통사업자의 자율 심의는 불법성 판단부터 유해성 판단이나 등급 심사 등 포괄적으로 이루어지고 있음

- 표현물 제작자가 유통사업자의 심의를 받는 것이 법률적 의무는 아니지만 유통을 관리하는 사업자 심의는 매우 강력한 규제 효과를 발휘하고 있음

- 공중파 방송의 경우 각 방송사별로 방송사 내부 표현물에 대한 사업자 심의가 사전적으로 이루어지기도 함

○ 그러나 자의적인 사업자 심의와 그 결과로 인한 표현물의 발표 규제는 헌법상의 권리를 침해하는 것이 분명하며, 최근 사적 검열 논란이 커지는 배경이 되고 있음

○ 특히 사업자는 정치적 부담을 질 수 있는 정치적 표현물에 대해서 규제위주적인 결정을

18) 80년대 후반에 들어 미연방통신위원회는 방송에 있어서 공정성원칙을 폐기하였는데, 통신위원회의 이러한 입장변화는 기술 발전의 결과 방송채널의 수가 확대되어가는 커뮤니케이션의 환경변화에 대응한 것으로 알려짐. 기계적 중립성에 가까운 '공정성 원칙'보다 그 모태가 되는 '다양성 원칙'을 상기하는 것이 디지털 시대에 더욱 중요함.

17) Red Lion Broadcasting Co. v. FCC 사건.



내리는 경향이 크고, 정반대로 선정적 표현물에 대해서는 영리 추구를 목적으로 하는 사업자 특성상 소극적으로 규제를 결정할 소지가 큼

○ 따라서 자율 심의 역시 기본권적 표현의 자유를 존중하는 한도 하에서 이루어질 필요가 있음

- 비영리 시민참여 콘텐츠에 대한 청소년유해등급 부여 여부는 기본적으로 이를 비영리적 목적으로 제작하거나 배포하는 시민의 자율에 의해 이루어져야 함. 다만 공중파 방송 등 매체 별 특성에 따라 필요한 경우, 민간자율 심의기구가 사전 등급 심사를 맡는 것이 가능함. 민간자율 심의기구에 의한 등급 심사는 사업자 일방이 결정하는 것이 아니라 시청(취)자 위원회 등 이해당사자가 의사결정에 참여하는 의사결정 구조 하에 결정되어야 함.

- 비영리 시민참여 콘텐츠에 부여된 등급의 적절성에 대한 사회적 통제는 사후적으로 이루어져야 함. 사후 심의는 반드시 규제당사자의 항변권과 이의제기권이 충분히 보장되어야 하며, 전편에 대한 심의가 아니라 신고나 불만요청제기에 따른 일부 심의로 한정할 필요가 있음

- 심의규정은 명확성의 원칙에 따라서 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정해야 함

### 3. 비영리 시민참여 콘텐츠에 있어 표현의 자유의 보장

○ 시민이 비영리적 목적으로 생산하고 배포하는 콘텐츠는 영리적 콘텐츠와 구분하여 심의할 필요가 있음

○ 비영리 시민참여 콘텐츠의 경우라 하더라도 그 제작과 유통이 금지되는 불법적 표현에 대한 심의가 이루어져야 하지만 사전 심사는 검열로서 허용되지 않음. 사후 심의인 경우에도 법원이 아닌 행정기관이나 사업자가 자의적으로 법해석을 하거나 그 결과를 토대로 표현의 자유를 제한하는 것이 허용되어서는 안 됨. 다만 법원 심사를 보완하기 위하여 다양한 핫라인이나 중재기구 등 제도 보완이 이루어질 필요가 있음

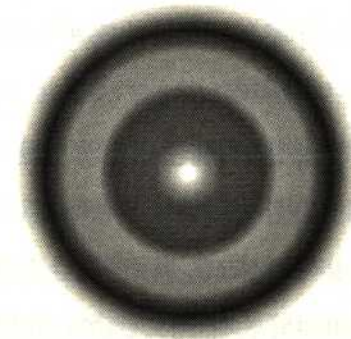
○ 불법은 아니지만 청소년의 접근으로부터 격리할 의무가 존재하는 유해적 표현물 관리를 위하여 비영리 시민참여 콘텐츠에 대하여도 등급을 부여할 필요가 있지만, 자율적으로 이루어져야 함. 독립적인 민간자율 심의기구가 사전에 등급을 부여하거나 사후에 관리를 할 수 있지만 방송사, 포털 등 사업자 일방이 결정하는 것이 아니라 시청자 위원회, 이용자 위원회 등 이해당사자가 참여하는 의사결정 구조 하에 결정되어야 하며, 전편에 대한 심의가 아니라 신고나 불만요청제기에 따른 일부 심의로 한정할 필요가 있음. 행정기관은 사후에 등급의 적절성을 평가할 수 있지만 이를 강제하거나 사전에 등급을 부여하지 않는 것이 필요함. 현행 청소년보호법은 청소년유해매체물을 청소년에게 시청·관람·이용토록 하여 벌칙이 적용되는 대상을 '영리의 목적'에 국한시키고 있다는 점을 참고할 것(청소년보호법 제50조 제1호)



구분	사전 심의			사후 심의		
	행정기관 심의	법원 심의	자율 심의	행정기관 심의	법원 심의	자율 심의
인터넷 이용자 제작 콘텐츠	불허 (검열)	비현실적	비현실적 * 제작/유통하는 당사자가 자율적으로 등급 부여	등급 심의 * 이용자 신고에 따른 심의 * 강제성 없음	불법 심의 * 핫라인 중재기구 등 제도 보완	등급 심의 (핫라인) 불법 심의 (핫라인) * 이용자 신고에 따른 심의 * 사업자 일방심의가 아니라 독립 이용자 위원회가 바람직
방송 시(청)취자 참여프로그램	불허 (검열)	가처분	등급 심의 * 불법성에 대한 자의적 내용 심의 원칙적 불허. 다만 공중파방송 참여프로그램의 경우 내용심의 가능 * 라디오 참여프로그램의 경우 등급심의가 비현실적 * 사업자 일방심의를 아니라 독립 시청(취)자 위원회가 바람직	등급 심의 * 불만요청제기에 따른 일부 내용심의 * 강제성 없음	불법 심의	시청(취)자 방송평가회 * 사업자 일방심의를 아니라 독립 시청(취)자 위원회가 바람직
영화 비영리 독립제작 영화 및 비디오	불허 (검열)	가처분	등급 심의 * 현행 행정기관에 의한 등급 심의는 민간 자율 기구에 의한 심으로 대체돼야	등급 심의	불법 심의	등급 심의

〈표 1〉 비영리 시민참여 콘텐츠의 일반 심의원칙

### Ⅲ 비영리 시민참여 콘텐츠의 매체별 심의현황과 개선방향





# 1. 인터넷

- 이용자 제작 콘텐츠의 심의제도를 중심으로

## (1) 현황

### 가. 인터넷의 특성

○ 인터넷은 인류역사상 유례없이 사상과 정보의 자유로운 교환을 가능하게 하는 놀라운 표현매체로 등장함

- 표현의 자유 유엔특별보고관인 Ambeyi Ligabo는 인터넷이 “낮은 비용, 탈집중적 성격, 영향이 미치는 범위의 광대함으로 인해” 국가당국과 정책에 대해 독립적인 의견을 전달할 수 있는 중요한 표현수단이 되었다는 점에 주목함<sup>19)</sup>

- 인터넷을 비롯한 최근의 디지털 전자매체는 기존의 아날로그 전자매체가 형성시켰던 중앙집권적이고 폐쇄적인 커뮤니케이션 환경을 다시 분권적이고 개방적인 구조로 변화시키고 있음. 이를 가능케 한 인터넷의 기술적 특성으로 탈중앙화된 분배구조와 정보수문장의 부존재, 무한한 정보생산능력과 정보유통채널의 존재, 정보전달에 있어서 시간과 공간의 극복, 매우 저렴한 정보생산과 유통의 비용, 정보전달의 쌍방향성, 정보구성의 연상적 구조(Hypertext), 상대적 익명성, 암호도구의 사용 등을 들 수 있음

○ 역사적으로 볼 때, 정부는 새로운 미디어가 출현할 경우 그 해악가능성을 들어 표현의 자유를 부인하거나 제한해 왔음

- 초기 인쇄매체의 출현에 대해 당시의 권력당국이었던 교황청과 세속정부는 가혹한 검열과 통제로 일관하였고, 19세기 후반에서 20세기 초에 전신, 전화, 라디오, 텔레비전, 영화 등의

19) 류은숙, 2008. 7. 23, 앞의 글.

아날로그 전자매체가 출현하였을 때에 미국의 연방대법원과 연방의회는 이들 새로운 미디어에 대해 언론자유 가치를 충분히 고려하지 않은 채 소극적인 태도를 취하였음

- 이상의 역사적 현상은 인터넷이라는 새로운 매체에 대해 최근 우리 정부가 그 해악가능성을 들어 도입한 불온통신의 단속, 인터넷 실명제 등 여러 규제체제에서도 재현되고 있음<sup>20)</sup>

○ 인터넷에 어떤 매체모델을 적용할 것인가를 두고 혼란이 계속되고 있음

- 정부는 대체로 불온, 저속, 자살 사이트 등 인터넷의 사회적 해악에 초점을 맞추어 왔다는 점에서 공중파 방송규제 모델과 흡사한 모델을 적용해 왔음

○ 이에 대하여 헌법재판소는 2002. 6. 27. 불온통신 조항에 대한 위헌 결정을 통해 기본적으로 인터넷에 인쇄모델의 적용을 인정하고 있음

- 헌법재판소는 “인터넷은 공중파방송과 달리 ‘가장 참여적인 시장’, ‘표현촉진적인 매체’이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보 수용자측의 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 질서 위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.”라고 실시함

20) “우리의 경우에는 이에 더하여 지난 수십 년 동안 표현매체를 바라보는 왜곡된 언론관이었던 소위 ‘가부장적 언론관’ 내지 ‘권위주의적 언론관’이 이러한 규제체제의 배면에 함께 작용하고 있는 것으로 판단된다. 특히 성적 표현과 관련해서, 나는 보아도 그 해악을 자체적으로 해소할 수 있어서 괜찮으나 너는 그런 능력이 없기 때문에 보아서 안 된다는 식이다.” 정재황 등, 2002. 12, 앞의 자료.



- 헌법재판소는 이러한 관점에서 “온라인 매체상의 정보의 신속한 유통을 고려한다면 표현물 삭제와 같은 일정한 규제조치의 필요성 자체를 부인하기는 어렵다고 하더라도, 내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물이 아닌 한, 내용을 이유로 함부로 표현물을 규제하거나 억압하여서는 아니 된다”고 보았음<sup>21)</sup>

- 이러한 관점에서 사이버공간은 언론자유 헌법적 가치가 진정으로 꽃필 수 있는 공간이며, 따라서 이 표현매체에 대한 정부의 내용적 및 구조적 규제는 헌법적으로 쉽게 용인되어서는 안 되며, 고도의 엄격심사를 통해 언론자유 헌법적 가치가 실현될 수 있도록 헌법해석을 해야 할 것임

#### ○ 해외에서도 인터넷에 인쇄모델의 적용을 인정해 왔음

- 미국은 1996년과 1997년 잇따른 통신법위법 위헌 판결에서 인터넷에 대한 방송규제 모델의 적용을 부인하였음. 당시 판사들은 방송매체에 대한 규제근거들 즉, 방송에 대한 광범위한 정부규제의 역사, 주파수의 희소성, 방송의 침투적 성격 등이 ‘사이버공간’에 존재하지 않는다는 점을 지적하였음. 또한 인터넷의 매체적 특성에 대하여, 인터넷 이용자가 특정 정보를 검색하기 위해서는 적극적이고 숙고적으로 행동해야 하므로 방송보다는 전화에 가깝다고 지적하였음. 또한 인터넷은 지금까지 존재해 온 언론매체 중에서 ‘가장 참여적인 시장’을 형성해 왔으며, 인쇄매체보다도 더 표현촉진적인 매체이므로 정부의 간섭으로부터 가장 많은 보호를 받아야 한다고 지적하였음<sup>22)</sup>

- 미국 판례들은 ISP(Internet Service Provider, 인터넷서비스제공자)에 대하여 ‘내용에 관한 통제의 가능성(편집권 또는 편집가능성)’을 기준으로 출판업자(Publisher), 배포자(Distributor), 공중전달자(Common Carrier)의 세 가지 유형으로 구분하여 판결해 왔음. 즉 편집권을 행사하는 ISP는 출판업자로 인정하여 그 책임을 긍정하였고, 편집권이 없는 ISP의 경우에는 서점 혹은 도서관과 같은 배포자로 인정하여 책임을 부정하였음. 그러나 이 논리에 의할 경우, 불법 정보

21) 헌재, 2002. 6. 27., 앞의 결정.

22) 정재황 등, 2002. 12., 앞의 자료.

를 적극적으로 관리하는 ISP는 책임을 지게 되고 관리를 해태하는 ISP는 책임을 면하게 되는 모순이 발생하여 논란이 계속되어오다 결국 CDA(Communication Decency Act, 통신법위법)가 ISP에게 면죄부를 부여해 주는 소위 ‘선한 사마리아인’ 조항으로 입법적 해결이 이루어진 바 있음. 즉, 이용자의 신고 등에 의해 ISP가 불법 정보를 인지하게 되는 경우에 삭제 등의 조치를 취하면 이에 따른 민형사상 책임을 면하게 한 것이 그 골자임. 이를 통상 “고지에 따른 처리”(notice and takedown) 규제 모델로 분류함<sup>23)</sup>

- 유럽 역시 “인터넷상의 정보는 인쇄기반의 정보로서 자유로운 소통이 보장되어야 함과 동시에 표현의 자유 및 프라이버시와 같은 기본권이 존중되어야 함”이라고 보았음. 미국보다 ISP의 사회적 책임을 강조한다는 점에서 차이가 있지만 불법 정보의 경우 “고지에 따른 처리”를 따르고 있음. 독일은 ‘정보통신서비스법’ 제5조에서 ISP의 책임을 명시하였는데 ① ISP는 자신이 직접 제작한 콘텐츠에 관해서는 일반법상의 책임을 지고 ② 제3자가 제공한 불법적 콘텐츠에 대하여는 구체적인 내용을 ISP가 인지하고 있고 그 유통의 방지가 기술적으로 가능하고 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 한하여 책임을 지며, ③ 접속만을 제공한 경우에는 책임을 지지 않는다고 규정하고 있음. 영국과 프랑스의 경우도 주로 ISP의 규제에 주목하면서 기존 법률에 존재하던 전통적인 매체에 새로이 컴퓨터 관련매체를 포함시키는 개정을 해오고 있으며, 구체적인 규제내용은 하드코어 포르노나 아동 포르노 또는 인종차별 등에 국한되고 있음. 유럽의 경우 자율규제가 폭넓게 활성화되어 있다는 점이 주목할 만한 특징점으로 평가되고 있음<sup>24)</sup>

#### 나. 현행 인터넷 규제 법률

23) 오길영, “인터넷통제구조에 대한 비판적 검토”, 민주법학 통권 제38호; 전용휘, “인터넷 의사표현의 자유”, 제2회 미래과학기술 방송통신포럼 <인터넷 규제 정책방향 모색을 위한 토론회: 인터넷 의사표현의 자유와 책임을 논한다>, 미래과학기술·방송통신 포럼, 이용경 의원실 주관, 2008.9.11.

24) EU의 ‘SIP(Safe Internet Plus) 2005-2008 4대 주요 실행계획’에 따르면 불법 콘텐츠에 대한 대처법으로서 “핫라인을 통한 일반 대중들의 신고를 지원하고, EU는 회원국별 인터넷 핫라인의 공조를 위한 네트워크(INHOPE) 및 개별 핫라인 운영에 지속적인 기금 지원”을 제시하고 있음. 조화순, 2004. 10. 31., 앞의 글과 오길영, 앞의 글 참조.



## 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률

### 제44조(정보통신망에서의 권리보호)

- ① 이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다.
- ② 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제1항에 따른 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다.
- ③ 방송통신위원회는 정보통신망에 유통되는 정보로 인한 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인에 대한 권리침해를 방지하기 위하여 기술개발·교육·홍보 등에 대한 시책을 마련하고 이를 정보통신서비스 제공자에게 권고할 수 있다.

### 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 "삭제 등"이라 한다)를 요청할 수 있다.
- 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.
- ③ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제42조에 따른 표시방법을 지키지 아니하는 청소년유해매체물이 게재되어 있거나 제42조의2에 따른 청소년 접근을 제한하는 조치 없이 청소년유해매체물을 광고하는 내용이 전시되어 있는 경우에는 지체 없이 그 내용을 삭제하여야 한다.
- 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.

### 제44조의3(임의의 임시조치)

- ① 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되면 임의로 임시조치를 할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 임시조치에 관하여는 제44조의2제2항 후단, 제4항 후단 및 제5항을 준용한다.

제44조의4(자율규제) 정보통신서비스 제공자단체는 이용자를 보호하고 안전하며 신뢰할 수 있는 정보통신서비스를 제공하기 위하여 정보통신서비스 제공자 행동강령을 정하여 시행할 수 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. 「청소년보호법」에 따른 청소년유해매체물로서 상대방의 연령 확인, 표시의무 등 법령에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보
  6. 법령에 따라 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 정보
  7. 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보
  8. 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보
  9. 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보
- ② 방송통신위원회는 제1항 제1호부터 제6호까지의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항 제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 취급의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다.
- ③ 방송통신위원회는 제1항 제7호부터 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」제21조 제4호에 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 의견 제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 의견 제출의 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

제44조의10(명예훼손 분쟁조정부)

- ① 심의위원회는 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보와 관련된 분쟁의 조정업무를 효율적으로 수행하기 위하여 5명 이하의 위원으로 구성된 명예훼손 분쟁조정부를 두되, 그중 1명 이상은 변호사의 자격이 있는 자로 한다.
- ② 명예훼손 분쟁조정부의 위원은 심의위원회의 위원장이 심의위원회의 동의를 받아 위촉한다.
- ③ 명예훼손 분쟁조정부의 분쟁조정절차 등에 관하여는 제33조의 2제2항, 제35조부터 제39조까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “분쟁조정위원회”는 “심의위원회”로, “개인정보와 관련한 분쟁”은 “정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보와 관련된 분쟁”으로 본다.
- ④ 명예훼손 분쟁조정부의 설치·운영 및 분쟁조정 등에 관하여 그 밖의 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제70조(벌칙)

- ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

제73조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

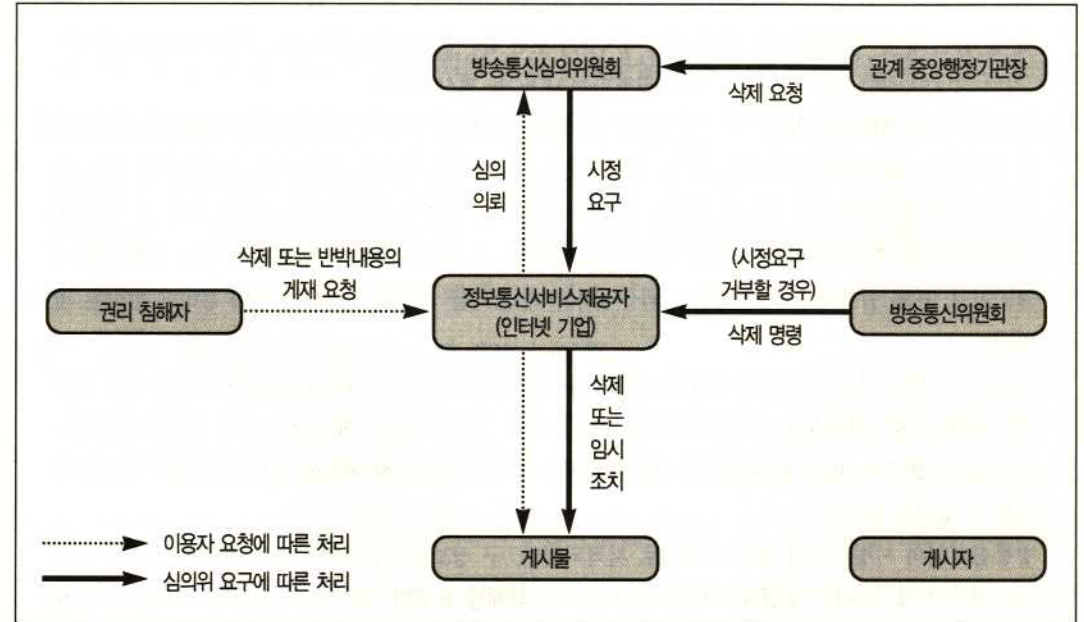
5. 제44조의7 제2항 및 제3항에 따른 방송통신위원회의 명령을 이행하지 아니한 자

○ 위 규정에 따라 이루어지는 불법정보 규제는 두 가지 경우를 들 수 있음

- 첫째, 방송통신위원회가 불법정보를 직접 규제하는 경우로서, 방송통신심의위원회의 심의를 거쳐 ISP 등에게 당해 불법정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명령함(제44조의7 제2항)

- 둘째, 관계 중앙행정기관장의 요청에 의하는 경우로서, 요청일로부터 7일 이내에 방송통신

심의위원회의 심의를 거쳐 ISP 등에게 시정요구를 하고, 이에 불응할 경우 그 취급을 거부·정지 또는 제한토록 명령함(제44조의7 제3항). 이러한 명령을 위반할 경우에는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하게 됨(제73조의 제5호)<sup>25)</sup>



〈그림 1〉 게시물 삭제 흐름도

## (2) 문제점

### 가. 방송통신위원장의 취급거부·정지·제한명령제도의 위헌성

25) 오길영, 앞의 글.



〈사례〉

방송통신심의위원회(이하 '방통심의위')는 2008년 7월 1일 인터넷 포털사이트인 다음(Daum) 내 '광고 불매운동 게시글' 58건에 대해 '불법정보'라는 이유로 '해당 정보의 삭제'를 시정요구하는 결정을 하였다.

방통심의위는 삭제요구를 한 근거로 정보통신윤리심의규정 제7조(범죄 기타 법령위반) 제4호의 '기타 범죄 및 법령에 위반되는 위법행위를 조장하여 건전한 법질서를 현저히 해할 우려가 있는 정보'라는 점 및 같은 규정 제8조(선량한 풍속 기타 사회질서 위반 등) 제4호(타인의 권리를 침해하는 정보) 항목의 '기타 정당한 권한 없이 타인의 권리를 침해하는 내용'을 제시하였다.

하지만, 이 시정요구는 위헌적인 결정이라는 비판이 제기되었다. 위 심의규정은 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제9호의 '그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보'라는 규정을 근거로 한 것이지만 이는 헌법재판소가 이미 위헌판단을 한 '불온통신'의 하나인 '범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사하는 내용'과 동일하여 역시 위헌 법률에 불과하고, 위헌 법률을 근거로 하는 심의규정과 그에 근거한 삭제요구 또한 위헌일 수밖에 없다는 것이다.

헌법적 논란을 떠나 이 결정이 법률에 의하여 부여된 권한의 범위를 넘어선 월권행위라는 비판 또한 제기되었다. 광고불매운동 게시글에 대한 위법 논란은 광고불매운동 게시글이 업무방해에 해당되는지에 관한 것인데 '내용' 심의기관인 방통심의위가 어떻게 업무방해 여부를 판단하겠다는 것인지 이해할 수 없다는 것이다.

방통심의위의 시정요구의 성격도 문제로 지적되었다. 구 정보통신윤리위원회의 업무를 인수한 방통심의위가 어떤 정보를 '불법정보'라고 결정하고 그 삭제를 요구할 경우, 정보통신서비스제공자나 게시판 운영자로서는 이를 거부할 수 없다. 방통심의위의 삭제요구를 따르지 않을 경우, 방송통신위원회가 직접 나서 삭제를 명령할 수 있기 때문이다. 명목상 독립기구인 방통심의위의 삭제요구는 사실상 방송통신위원회라는 강력한 행정기관의 뒷배경 속에서 이루어지고 있는 것이다.

결국 누리꾼들과 시민사회단체들은 7월 16일 방통심의위의 결정에 대하여 헌법소원을 제기하였다.

○ 방송통신위원회는 불법정보에 대하여 방송통신심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있음. 특히 국가기밀·국가보안법 위반·그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보인 경우 정보통신서비스 제공자나 게시판 관리·운영자가 방송통신심의위원회의 시정 요구에 따르지 않는 경우, 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있으면 반드시 해당

정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 함. 이 명령에 따르지 않을 경우 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금의 형사처벌에 처해짐(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제2항과 제3항 및 제73조)

- 현재 주로 이용되고 있는 취급거부·정지·제한명령의 구체적 수단은 전기통신사업자에 대한 사이트폐쇄명령, 이용자명(ID)정지명령, 삭제명령임

○ 이는 행정기관인 방송통신위원회의 장이 인터넷상의 표현 행위를 과도하게 제한하는 규정일 뿐만 아니라, 극단적인 경우 이를 형사 처벌하는 등의 강제 수단을 통해 규율하는 것으로 헌법상의 과잉금지 원칙에 반함

- 인터넷에서도 불법 표현물은 금지됨. 그러나 행정기관이 일방적으로 불법성 여부를 판단하고 곧바로 사상의 자유시장에서 강제적으로 제거 내지는 퇴출시킨다면, 헌법상 보호받는 표현에 대해서까지 심각한 위축효과를 초래할 수 있음

○ 이와 관련하여 헌법재판소는 2002. 6. 27. 불온통신 규제제도에 대하여 "형식적으로는 표현의 자유에 대한 사후제한이지만, '이용자-전기통신사업자' 및 '전기통신사업자-정보통신부장관'의 역학관계에 비추어 볼 때 전기통신사업자는 정보통신부장관의 취급거부 등 명령이 없더라도 미리 이용약관 등에 의하여 이용자의 통신내용을 규제하고 이에 따라 이용자는 스스로 조심할 수밖에 없는, 실질적으로는 상시적인, 자체 검열체제로 가능하기 쉽다."라고 하여 행정기관의 사후적인 내용심의에 따른 행정조치의 위헌적 소지를 일정하게 인정하였다는 사실에 주목할 필요가 있음

나. 방송통신심의위원회의 시정요구권한의 위헌성

○ 방송통신심의위원회는 행정기관으로서 그 심의에 따른 조치는 행정처분성을 가지고 있음  
- 방송통신심의위원회는 독립적으로 사무를 수행하는 것이 명시되어 있고(방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제18조 제1항) 그 시정요구는 법률적 의무가 따르지 않는 권고적 성격을



가지고 있음

- 그러나 헌법재판소는 1996년 10월 4일의 구 영화법 제12조 등에 대한 위헌결정에서 공인 윤리위원회의 법적 성격과 관련하여 "검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 보아 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다. 왜냐하면 그렇게 해석하지 아니한다면 검열기관의 구성은 입법기술의 문제이므로 정부에게 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통하여 사실상 검열을 하면서도 헌법상 검열금지원칙을 위반하였다는 비난을 면할 수 있는 길을 열어주기 때문이다."라고 실시하였음

- 또한 구 정보통신윤리위원회의 경우 2007년 대법원이 정보통신윤리위원회의 심의결과의 행정처분성을 인정한 만큼<sup>26)</sup> 정보통신윤리위원회의 업무와 권한을 포괄승계한 방송통신심의위원회 역시 재론의 여지없이 행정기관이며, 그 심의결과에 대해서는 행정처분성이 인정된다고 볼 수 있음

- 이러한 점에서 방송통신심의위원회가 비록 독립적인 위원회의 성격을 가지고 있다고는 하지만 그 심의 및 시정요구를 '공권력의 행사'로 볼 수 있음

○ 실질적으로 정보통신서비스 제공자나 게시판 관리·운영자가 방송통신심의위원회의 시정 요구에 따르지 않을 수 없는 구조임

- 정보통신서비스 제공자나 게시판 관리·운영자가 방송통신심의위원회의 시정 요구에 따르지 아니하였을 경우 방송통신위원장이 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있고, 이 명령에 따르지 않을 경우 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금의 형사처벌에 처해짐

○ 사법기관이 아닌 행정기관이 불법성의 판단 또는 범죄의 구성요건을 이루는 부분에 대한 판단을 하고 그에 따른 행정처분을 하는 것은 위헌적임

26) "정보통신윤리위원회의 결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다". 대법원 2007. 6. 14. 선고, 2005두4397 판결.

- 해당 규정 위반시 형사처벌이 뒤따른다는 점을 고려해볼 때 범죄의 구성요건을 이루는 부분을 행정기관이 심의결정토록 하는 구조임. 이러한 판단은 행정기관 스스로 직권취소하거나 사법권의 종국적인 판단이 있기 전까지는 공권력으로 인해 그 적법성을 추정받게 됨

- 방송통신심의위원회의 구성과 성격상 스스로의 심의결정을 번복하는 일은 거의 기대할 수 없다는 점, 방송통신심의위원회의 결정에 불복하더라도 사법권의 판단은 상당한 시간이 소요된다는 점, 심의의 구체적 내용이 표현의 자유라는 헌법상 기본권을 직접 제한하는 것이라는 점 등을 고려해보면, 방송통신심의위원회의 불법여부에 대한 판단은 형식에 있어서는 잠정적 판단에 불과하나 그 효과의 실제에 있어서는 거의 종국적인 판단과 유사하다고 보아야 함

- 특히 제한적 본인확인제처럼 주요 인터넷 사이트에 대하여 강제적인 국가 실명제가 도입되어 신원이 노출되어 있는 상황에서 이용자의 글을 행정기관이 심의한다는 것은, 이용자의 입장에서 행정기관을 마주하여 직접 대화하는 것과 다를 바가 없음. 이러한 심리강제는 결국 자기검열을 강제하여 표현의 자유를 위축시킴

#### 다. 불명확한 심의규정의 위헌성

〈사례〉

2008년 5월 29일 방송통신심의위원회(이하 '방통심의위')는 다음카페 '이명박 탄핵을 위한 범국민운동본부' 내 특정 게시글에 대해 심의한 결과, 해당 정보통신서비스제공자를 통해 '언어순화 및 과장된 표현의 자제권고'를 하기로 결정했다. 문제가 된 글은 카페 회원이 5월 3일 올린 '이명박 아주 지능형입니다'란 제목의 글로 공기업 및 의료보험 민영화의 문제를 비판하는 내용을 담고 있다. 방통심의위는 심의기준에 대하여 "이 대통령을 간사한 사람 '머리용량 2MB' 등으로 표현, 인격을 폄하했다."고 밝혔다. 이 글은 경찰청이 방통심의위에 신고한 것으로 밝혀져 논란이 일기도 하였다. 불법적이지 않은 글의 일부 표현을 문제 삼아 경찰이 정부를 비판하는 국민의 글을 사후에 검열하는 데 방통심의위를 이용한다는 비판이 제기된 것이다.

○ 방송통신심의위원회의 심의범위는 '정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보



등 심의가 필요하다고 인정되는 정보'를 대상으로 하고 있음(방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령 제8조 제1항). 그 심의 결과에 따라 ① 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, ② 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, ③ 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그밖에 필요하다고 인정하는 사항 등의 시정요구를 ISP에 함(방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령 제8조 제2항). ISP가 이에 응하지 않을 경우 그 취급을 거부·정지 또는 제한토록 명령하게 됨(방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령 제8조 제4항)

○ 심의위원회의 이러한 삭제요구권은 표현의 자유를 저해할 우려가 있는 기본권 제한에 해당하므로 당해 내용은 법률유보의 원칙에 의해 법률에 의해 제한되어야 마땅할 것이나 포괄적으로 시행령에 위임되어 있고, '필요하다고 인정되는 / 인정하는 사항'이라고 하여 법문 자체에서 이미 자의적 판단의 가능성을 전면적으로 열어두고 그 규정 내용 또한 모호하여 위헌성이 심각함

○ 또한 방송통신심의위원회의 심의범위인 불법정보로서 '그밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보'라는 모호한 규정을 두고 있음(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제9호). 이는 '명확성의 원칙'에 위배될 뿐더러, 해당조문의 위반 시 2년 이하의 징역형이라는 형사처벌을 받게 된다는 점을 감안한다면 '죄형법정주의'에도 저촉됨

○ 온라인매체에 관한 규제에 대하여 헌법재판소는 온라인매체에서 일정한 규제가 가능하나 그 규제는 "내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물", 예를 들면, "아동 포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권침해"와 같은 것으로 제한된다고 밝힌 바 있음<sup>27)</sup>

27) 헌재, 2002. 6. 27., 앞의 결정.

## 라. 사이버 명예훼손에 대한 형사처벌의 문제점

○ 소위 '악플', 즉 악성 댓글은 법률적으로 불법 정보에 해당하는 '명예훼손'에 해당하며 '사이버 명예훼손'의 경우 형법상 명예훼손보다 가중처벌하고 있음(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조)

○ 그러나 댓글 작성자의 상당수를 10대 청소년이 차지하고 있는 현실 속에서 사이버 명예훼손의 형사처벌 확대가 청소년 범죄자의 양산으로 이어지고 인터넷 문화 개선 효과는 크지 않을 것이라는 우려의 목소리가 존재함

- 최근 청소년의 온라인 폭력실태 설문조사에 따르면 서울 초중고생의 절반 가까이 온라인 상 언어폭력 가해경험이 있었으며(KBS, 추적60분, 서울 초, 중, 고학생 각 300명씩 총 900명 대상 설문조사), 10대의 댓글 작성률은 전체의 21.1%에 달했고(2006년 네이버 조사), 전체 사이버 범죄의 54.3%를 10~20대가 차지하는 것(2007년 경찰청 사이버범죄 통계)으로 드러났을 뿐 아니라 최근 트랜스젠더 하리수, 동성애자임을 커밍아웃한 홍석천씨가 밝힌 바에 따르면 지속적인 악성댓글 작성자가 모두 초등학생이었음<sup>28)</sup>

- 다른 사람을 배려하는 인터넷 문화는 형사처벌이 아니라 교육문화적 접근방법으로 도달할 수 있음

○ 국제적으로 명예훼손이 자유로운 비판을 가로막고 국가기관에 의한 언론 탄압에 이용되는 상황에 주목하여 명예훼손에 관하여 형사처벌보다 민사적 해결이 확대되고 있음. 특히 표현의 자유 유엔특별보고관인 Ambeyi Ligabo은 모든 형사법적 명예훼손은 철폐되어야 한다고 지적하였음

- 형사처벌은 검찰 본연의 업무이므로 권력자는 아무런 비용을 들이지 않고 자신의 영향력 하에 있는 검찰을 동원하여 자신에게 비판적인 개인 및 단체들에게 타격을 가하거나 이들을 제압할 수 있음

28) '청소년 미래 불모지는 사이버모욕죄 사업예산 전액삭감해야', 최문순 의원 보도자료, 2008.11.13



- 특별보고관은 2008년 2월 《의견과 표현의 자유에 대한 권리 증진과 보호에 관한 보고서》에서 명예훼손 법률의 주관적 성격이 불의를 폭로하는 저널리즘을 가로막고 비판을 침묵시키는 강력한 장치로 변질됐다고 비판함

- 특별보고관은 2002년 언론매체의 자유에 관한 OSCE(유럽안보협력기구) 대표, 표현의 자유에 관한 OAS(미주기구) 특별보고관과 합동으로 공동선언문을 발표하면서 “형법으로 명예훼손을 처벌하는 것은 표현의 자유에 대한 정당한 제한이 아니다. 모든 형법상 명예훼손 법은 철폐돼야 하며 필요하다면 적절한 민법으로 대체돼야 한다.”고 지적하였음<sup>29)</sup>

○ 미국, 유럽 등 세계 여러 나라에서 명예훼손에 대한 형사처벌이 줄고 있는 추세임

- 미국에서는 1964년 명예훼손 처벌법 자체를 위헌처분한 판결 이후 뉴욕, 캘리포니아, 일리노이, 텍사스 주를 포함한 많은 주들의 명예훼손 처벌조항이 위헌처분되거나 주의회에 의해 자발적으로 폐기되었음. 사법부나 입법부에서 이렇게 형사상 명예훼손을 폐지하였던 이유로 1920부터 1956년 사이의 형사상 명예훼손 사건의 2분의 1 정도가 권력자가 검찰을 동원하여 비판적 개인을 탄압하려는 시도였다는 연구결과가 제시됨. 2004년 현재 14개주만이 명예훼손에 대한 형사처벌규정을 유지하고 있고 이들 주들에서 제기되는 명예훼손 형사사건들을 모두 합쳐도 1년에 약 2건에 머물 뿐임. 1990년부터 2002년 사이에 있었던 명예훼손 형사건의 23건의 반이 정치적인 시도였다는 연구결과가 있고 이 사건들의 대부분이 상급법원에 의해 번복되었음

- 유럽인권재판소는 언론인들이 정부를 비판하여 명예훼손 형사처벌을 받은 여러 사건들에서 회원국 최고법원의 결정들을 번복하였음. 대표적으로 유럽인권재판소는 우크라이나 총리를 비판한 기자에 대해 우크라이나 검찰이 형사처벌을 가한 것에 대해 인권침해라고 규정하여 우크라이나 법원의 유죄판결을 번복하였음

- 아메리카인권재판소 역시 협약에 가입한 중남미의 국가들 내에서 언론인들이 자국의 정

29) 류은숙, 의견과 표현의 자유에 대한 권리 증진과 보호에 관한 유엔특별보고관(Ambeyi Ligabo) 보고서, 인권오름 제113호, 2008.7.23. 류은숙, [세계인권선언의 현재적 의미] 제19조 의견과 표현의 자유, 인권오름 제127호, 2008.11.5.

치인들에 대해 비판적인 기사를 써서 명예훼손 처벌을 당하는 것에 대해 인권협약에 위반된다는 결정을 하였음

- 2007년에는 회교국가인 바레인에서도 명예훼손의 형사처벌 폐지가 논의되었음<sup>30)</sup>

## 마. 광범위하고 자의적인 임시조치의 문제점

○ 인터넷 사업자가 권리를 침해받은 사람의 요청에 의하여 삭제나 임시조치 등 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있음(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의2 제6항)

○ 일방의 주장에 의하여 광범위한 임시조치(블라인드 처리)가 가능해지면서 기업이나 정치에 대한 비판글에 재갈로 작용하고 있음<sup>31)</sup>

- 2007년 6월 포털사이트 다음이 삼성코레노 사(使)측의 명예훼손이라는 주장에 따라 삼성코레노 노조측의 카페를 임시차단했다가 정보통신윤리위원회로부터 해당 카페의 게시물은 명예훼손이 아니라는 결정이 내려져 40여 일 만에 복구됨

- 2007년 8월 (주)이랜드월드가 다음, 네이버 등 주요 포털사이트에 게시된 이랜드 파업 관련 게시물에 대해 “회사의 명예를 훼손했다”고 주장함에 따라 수십 건의 게시물이 한꺼번에 임시조치되었다가 정보통신윤리위원회의 “해당없음” 결정으로 일주일 뒤에 복구되기도 함

- 2007년 8월 네이버 카페 ‘그림책 읽어주는 엄마’에서 홍출판사의 어린이용 책값을 매장별로 비교한 뒤 최저 가격을 알려준 게시물이 홍출판사의 명예훼손이라는 주장에 의해 임시조치되었음

30) 박경신, “명예훼손 형사처벌 폐지해야”, 경향신문 2008. 7. 17.자.

31) “댓글 차단, 법대로? 포털 마음대로?”, 아이뉴스24 2008. 11. 4.자; “포털 글삭제 맞선 나의 분투기”, 미디어스 2008. 10. 27.자; “포털 ‘임시삭제’는 권력집단 보호막”, 미디어스 2008. 10. 24.자; “기업·정치인, 포털 임시삭제 ‘비판글 재갈’ 악용”, 한겨레 2008. 10. 23.자; “조중동이 요청해 삭제된 게시물 1300건”, 미디어오늘 2008. 10. 22.자; “최문순 ‘포털 게시물 무차별 삭제로 표현자유 제약’”, 연합뉴스 2008. 10. 20.자; “햄버거가 이럴수가?” 소비자들, 패스트푸드 광고에 대불만”, 데일리서프라이즈 2008. 10. 18.자; “사이버수사대는 경찰청장 해결사?”, 뉴스메이커 786호 2008. 8. 5.자. 등 참조.



- 2008년 8월 경찰이 어청수 경찰청장을 비판하거나 패러디한 게시물, 이미지, 동영상 수백 건에 대하여 임시조치를 요청한 것으로 알려져 논란이 일어남

- 2008년 10월 롯데리아 햄버거가 과대광고라는 소비자의 주장이 임시조치되었음

- 2008년 10월 동원에프앤비 참치에서 이물질이 나왔다고 비판한 블로거의 포스팅이 명예 훼손이라며 임시조치되었음

- 2008년 10월 주성영 의원은 자신에 대한 비판적 게시물이나 이미지를 게재한 게시물에 대하여 명예훼손이라며 임시조치를 요구하였음

○ 광범위하고 자의적인 불법성 판단에 따른 임시조치에 제한을 가할 필요가 있음

- 공정거래위원회는 2008년 7월21일 포털이 고객의 게시물을 구체적 근거 없이 삭제 등의 조치를 할 수 있도록 한 약관이 불공정하다며 시정명령을 내림. 시정명령의 대상이 된 네이버와 다음의 약관에는 “게시물 등을 회원의 사전 동의 없이 임시게시 중단, 수정, 삭제, 이동 또는 등록 거부 등의 관련조치를 취할 수 있다”고 되어 있었음

- 현행 법률은 “해당 정보의 삭제 등을 요청받으면 지체 없이 삭제 및 임시조치를 해야 한다.”라고 하여 해당 정보의 삭제가 타인의 권리 침해여부에 대한 어떠한 사법적 또는 행정적 판단이 없는 시점에서 이루어짐

- 따라서 임시조치는 ISP의 책임에 관한 규정이라기보다는 독자적인 삭제권한 또는 임시조치권한을 명시적으로 부여하고 있으므로 ISP의 권한에 관한 규정에 가까움. ISP에게 권한을 부여한다는 것은 전세계적으로 유례가 없고 불필요함. 미국에서는 인터넷에서의 내용삭제를 허용한 명령이 취소되었거나, 심지어 그 내용이 영업비밀에 해당하는 것이어서 그 내용의 공표가 현행법에 위배될 소지가 있어도 자의적인 내용삭제가 인정될 수 없다는 판례까지 있음<sup>32)</sup>

- 국가가 ISP에 불법성 판단을 위탁하는 성격이 강해 이를 엄밀한 의미에서의 자율규제라 보기도 어려움

- 또한 정보게재자가 정보의 삭제, 반박내용의 게재 또는 임시조치에 대하여 이의를 제기할

방법이 규정되어 있지 않아, 규제당사자(게시자)의 표현의 자유를 침해할 가능성이 있음. 일방의 주장에 의해 글이 삭제된 후 삭제당한 게시자가 재게시를 요청하기 위해서는 권리 침해사실에 대해 반박하는 입증을 해야 하는데, 이는 기본권 침해 소지가 매우 큼. 또한 일부 포털의 경우 임시조치 게시물 내용에 대한 규제 당사자(게시자)의 접근권조차 부여하지 않고 있음.

- 삭제 및 임시조치를 면책이 아닌 의무조항으로 해석하는 경우 서비스제공자는 되도록 안전하게 삭제요청이 있는 모든 게시물에 대해서 삭제 및 임시조치를 하려고 할 것이고, 이는 결국 합법적인 게시물마저도 삭제 및 임시차단하는 광범위한 표현의 자유 침해로 이어질 수 있음.<sup>33)</sup>

- 포털 이용자들은 임시조치의 명확한 기준도 알지 못하는 상태여서 혼란이 증중하고 있음. 명확한 기준 마련이 시급함.

○ 한편 대법원은 명예를 훼손한 글이 게시되었다 하더라도 정보통신서비스 제공자, 게시판 관리·운영자가 이를 무조건적으로 삭제할 의무를 지고 있다고 보지 않았음. “온라인 서비스 제공자인 인터넷상의 홈페이지 운영자가 자신이 관리하는 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방치하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지게 하기 위해서는 그 운영자에게 그 게시물을 삭제할 의무가 있음에도 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니한 경우여야 하고, 그의 삭제의무가 있는지는 게시의 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 당해 사이트의 성격 및 규모, 영리목적의 유무, 개방정도, 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제의 기술적, 경제적 난이도 등을 종합하여 판단하여야 할 것으로서, 특별한 사정이 없다면 단지 홈페이지 운영자가 게시하는 게시판에 다른 사람에 의하여 제3자의 명예를 훼손하는 글이 게시되고 그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 할 수는 없다.”<sup>34)</sup>

32) 오길영, 앞의 글.

34) 대법원 2003. 6. 27 선고 2002다72194 판결

32) 오길영, 앞의 글.



### (3) 개선방향

○ 불법 게시물에 대한 방송통신심의위원회와 방송통신위원장의 자의적 판단과 삭제 권한은 폐지되어야 함

- <정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률> 제44조의7 제2항과 제3항 및 제73조 등 방송통신위원회의 삭제(취급 거부·정지 또는 제한) 명령 권한과 삭제 명령을 이행하지 않는 자에 대한 형사 처벌규정은 즉각 삭제되어야 함

- 불명확한 규정으로 자의적인 불법성 판단을 허용하고 있는 <정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률> 제44조의7 제1항 9호와 <방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률> 시행령 제8조 제4항 등은 조속히 폐지되어야 함

○ 일반 시민의 비영리적 참여 콘텐츠의 제작이나 인터넷 배포에 따른 법률적 책임은 표현물의 제작자나 배포자가 사후적으로 직접 부담하는 것을 원칙으로 함

- 다만 헌법의 보호대상이 아닌 불법정보를 신속히 차단시켜야 할 긴급한 상황이 발생할 때 고지에 따른 신속한 처리가 가능하도록 핫라인 등 제도 보완과 활성화가 이루어질 필요가 있음

- 한편, 불법정보를 신속히 차단시켜야 할 긴급한 상황이 존재한다고 인정되는 경우, 행정청이 법원에 가처분을 신청하고 법원이 빠른 시일 안에 일정한 대립당사자적 구조 하에 가처분 결정을 하는 제도 개선이 학계 일각에서 제안되기도 하였음<sup>35)</sup>

- 현행 방송통신심의위원회의 불법 정보에 대한 권한은 핫라인으로 명확히 한정하고 장기적으로 민간기구화할 필요가 있음

○ 긴급한 상황이라 하더라도 그 불법성 판단절차에 있어 최소한의 공정성과 신속성이 담보되어야 함

- 불법정보 삭제에 있어 현행 법률은 그 규제 대상을 정보통신서비스 제공자, 게시판 관리·

35) 정재황 등, 2004. 12, 앞의 자료.

운영자로 규정하여 규제 당사자(게시자)의 항변권이나 사법적 구제 절차가 갖추어져 있지 않음

- 따라서 불법표현물의 심의 대상을 규제 당사자(게시자)로 명확히 규정하고 그 항변권이나 사법적 구제 절차를 갖추어야 함

- 핫라인의 고지 등에 의한 임시조치 혹은 삭제는 무조건적으로 이루어지는 것이 아니라 민간자율 심의기구에 의해 최소한의 공정성이 확보되어야 함

○ 다만 명예훼손 등 사인간의 분쟁에 대하여는 일방적인 게시물 삭제 보다 민사적 분쟁조정기구(ADR)의 기능을 활성화하는 것이 바람직함

- 소송은 민사분쟁의 해결방안으로 가장 일반적인 것이나, 재판지연, 비용과다, 복잡난해 등의 단점이 있어 미국을 중심으로 하여 새로운 분쟁해결방안으로서 ADR(Alternative Dispute Resolution : 소송에 갈음하는 분쟁해결 또는 재판외 분쟁해결)이 각광을 받고 있음. 소송은 상대방의 의사나 태도에 관계없는 국가권력에 의한 강제적 해결방법임에 대하여, ADR은 당사자 쌍방의 일치된 자율적 의사에 기한 자주적 해결방식인 점에서 소송과는 성질을 달리함<sup>36)</sup>

- 당사자들이 분쟁조정절차에 참여할 기회가 보장된 상태에서 분쟁조정기구의 결정이 이루어져 당사자들에게 통보되면 양 당사자가 직접 결정을 수용하여 그에 따른 게시물 삭제 혹은 복구를 결정할 수 있을 것임. 일방 당사자가 불복하는 경우에는 법원으로 이관할 수 있음

- 분쟁조정절차로 이관하는 과정에서 임시조치가 제한적으로 허용될 수 있음

- 다만 현재의 '명예훼손분쟁조정부'는 방송통신심의위원회 산하로서 그 위원은 방송통신심의위원회 위원장이 방송통신심의위원회의 동의를 받아 위촉하도록 하였음.(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의10 제2항) 헌법재판소 결정<sup>37)</sup>에 따르면, 행정위원회의 조직 및 권한에 있어서 중립성 내지 독립성, 조정절차에 있어서의 신중성과 공정성이 담보되어야만 행정위원회 조정에 대한 재판상 화해의 효력 부여로 인한 위헌 가능성이 감소할 것인 바, 현행 방송통신심의위원회 산하로 되어 있는 명예훼손분쟁조정부를 독립적으로 구성되고 활동하도록 할 필요가 있음

36) 나경원, <인터넷상 권리침해 방지를 위한 '명예훼손분쟁조정부' 역할의 재조명>, 제278회 정기국회 국정감사 정책자료집 4, 2008. 10.

37) 헌재, 1995. 5. 25, 91헌가7 결정.



○ 불법은 아니지만 청소년의 접근으로부터 격리할 의무가 존재하는 유해적 표현물 관리를 위하여 비영리 시민참여 콘텐츠에 대하여서도 등급을 부여할 필요가 있지만, 자율적으로 이루어져야 함

- 행정기관은 사후에 등급의 적절성을 평가할 수 있지만 이를 강제하거나 사전에 등급을 부여하지 않는 것이 필요함. 현행 청소년보호법은 청소년유해매체물을 청소년에게 시청·관람·이용토록 하여 벌칙이 적용되는 대상을 '영리의 목적'에 국한시키고 있다는 점을 참고할 것(청소년보호법 제50조 제1호)

- 민간자율 심의기구가 사후에 등급을 관리할 수 있지만 포털 등 사업자 일방이 결정하는 것이 아니라 이용자 위원회 등 이해당사자가 참여하는 의사결정 구조 하에 결정되어야 하며, 전편에 대한 심의가 아니라 신고나 불만요청제기에 따른 일부 심의로 한정할 필요가 있음

## 2. 방송

- 시청(취)자참여프로그램(Public Access Program)의 심의제도를 중심으로

2000년 '시청자참여프로그램'이라는 이름으로 도입된 퍼블릭 액세스는 방송국 등 기존 미디어에 의해 일반적으로 제공되는 미디어가 아닌 대중의 방송 참여, 대중의 표현의 자유를 확장하기 위한 권리적 개념으로 도입된 제도입니다. 현재 공영방송 KBS와 지역지상파방송, 케이블TV의 지역채널의 시청자참여프로그램, 위성방송의 시민방송 RTV 등 매체별로 다양한 형태의 시청자참여프로그램이 편성 중입니다. 지난 2005년부터는 공동체라디오 시범방송이 본격화되면서 지역 주민이 참여하고 운영하는 공동체 참여 방송이 이루어지고 있으며, 공동체라디오방송의 대부분은 청취자가 직접 참여하는 프로그램으로 운영되고 있습니다.

그러나 그동안 시청자참여프로그램은 방송위원회와 방송사의 이중 심의로부터 자유롭지 못하였으며, 심의를 둘러싼 논란은 초기부터 계속되어 왔습니다. 2002년 KBS <열린채널> 운영협의회는 <주민등록증을 찢어라>(제작 진보넷, 연출 이마리오)에 대하여 비속어 사용/공무원 초상권 침해/박정희 생각 장면/제목의 과격함 등을 이유로 편성불가를 결정하였고, 이는 법정싸움까지 가는 공방 속에 2년 여 만에 운영협의회에서 재논의를 거쳐 방영될 수 있었습니다. 2006년에는 이미 운영협의회 심사를 통과하고 방영예정이었던 <우리 모두다 구분주다>(제작 태준식)에 대하여 KBS 심의실은 이 프로그램에서 다루고 있는 내용이 재판에 계류 중이라는 이유로 무기한 방송보류 결정을 내렸습니다. 이 외에도 사회적으로 이슈가 되고 있거나 찬반양론이 대립하고 있는 사안을 다루는 시청자참여프로그램에 대한 방송사의 일방적인 방송불가 결정으로 인한 시청자와 방송사의 갈등은 계속되고 있습니다.

이러한 문제의 근본 원인은 '시청(취)자참여프로그램'과 같은 새로운 방송모델에 대한 새로운 형태의 심의 시스템이 마련되지 못하였기 때문입니다. 현행 심의규정에 대한 방송사의 자의적 해석과 근본적으로는 시청자참여프로그램의 성격과 맞지 않은 방송심의규정에 근거한 사전심의를 사실상 헌법에서 금하고 있는 '사전검열'로 작용하고 있다는 비판이 미디어운동단체들은 물론 전문가들에 의해 제기된 바 있습니다. 또한 방송사에 의한 심의뿐만 아니라 같은 규정에 의한 방송통심심의위원회의 심의가 이중으로 이루어지고 있다는 점에서 시청자참여프로그램의 표현의 자유를 위축시킬 수 있는 현재의 심의 체계를 개정할 필요가 있습니다.

'시청(취)자참여프로그램'에 대한 심의는 내용규제가 중심이 아닌 시민들의 참여와 권리를 확대하고 보장하는 방향으로 이루어져야 합니다. 이 글은 퍼블릭 액세스의 본래 취지인 일반 대중의 표현의 자유를 실현하고 국가나 방송사의 검열로부터 자유로울 수 있는 시청(취)자참여프로그램에 대한 심의 개선방향을 제시하고자 합니다.



## (1) 현황

### 가. 시청자 참여프로그램 제도의 의의

○ 방송사업자가 운영하는 채널에 전적으로 시청자 자신이 제작한 프로그램을 송출할 수 있도록 하는 시청자참여프로그램 편성의무 제도는 시청자가 방송의 주인이라는 방송법의 정신을 가장 구체적으로 구현하는 것으로 볼 수 있으며, 시청자, 시민의 표현의 자유 확장이라는 측면에서 미디어 민주주의 구현을 위해 매우 중요한 제도라 할 수 있음.

○ 현행 방송법의 시청자 참여프로그램 편성의무 제도는 세계적으로 봐도 매우 획기적이고 진보적인 제도로 평가되고 있음.

○ 방송통신위원회의 방송발전기금의 사용 용도의 하나도 시청자가 직접 제작한 방송프로그램을 규정하여, 시청자 참여프로그램의 제작 활성화를 뒷받침하고 있음.(방송법 제38조 제4호)

### 나. 각 매체별 시청(취)자 참여프로그램 현황

#### 1) 지상파공영방송 KBS의 시청자 참여프로그램 편성제도

○ 한국방송공사는 대통령령이 정하는 바에 의하여 시청자가 직접 제작한 시청자 참여프로그램을 편성하여야 함.(방송법 69조 제6항)

- 시청자 참여프로그램의 범위(시행규칙 제13조 제1항)

- ① 시청자가 직접 기획·제작한 방송프로그램
- ② 시청자가 직접 기획하고 방송발전기금 등의 지원을 받아 제작한 방송프로그램

- 편성의무 채널과 편성분량

- 한국방송공사는 지상파텔레비전 방송사업의 허가를 받아 행하는 텔레비전방송의 채널

에서 매월 100분 이상의 텔레비전 방송프로그램을 시청자가 직접 제작한 시청자 참여프로그램으로 편성하여야 함.(시행령 제51조 제1항)

- 시청자 참여프로그램의 운영

- 한국방송공사는 시청자 참여프로그램의 편성기준을 정하고 이를 공표하여야 함.(시행령 제51조 제2항)
- 시청자 참여프로그램의 운영에 관한 사항은 한국방송공사의 시청자위원회에서 담당함.(시행규칙 제13조 제2항) → 이에 따라 KBS 시청자위원회는 산하 소위원회로 '시청자 참여프로그램 운영협의회'를 구성하여 관련 직무를 수행하고 있음.
- 한국방송공사의 시청자위원회는 필요하다고 인정하는 경우에는 한국방송공사에 시청자 참여프로그램의 제작에 소요된 제작비용의 일부에 대한 지원을 요청할 수 있으며, 이에 경우 한국방송공사는 제작비의 일부를 지원할 수 있도록 규정하고 있음.(시행규칙 제13조 제3항)
- 시청자 참여프로그램의 방송을 요청받은 한국방송공사는 무상으로 시청자 참여프로그램을 방송하여야 하며, 방송된 시청자 참여프로그램의 저작권은 제작자에게 있음.(시행규칙 제13조 제4항)

- 방송위원회의 시청자 참여프로그램 제작 활성화를 위한 시책의 수립·시행 의무

- 방송위원회는 시청자 참여프로그램의 제작비 지원 등 제작의 활성화를 위한 시책을 수립·시행하여야 함.(시행규칙 제13조 제5항)

#### 2) SO 및 위성방송사업자의 시청자제작방송프로그램 방송제도

○ 종합유선방송사업자 및 위성방송사업자는 방송위원회규칙이 정하는 바에 의하여 시청자가 자체 제작한 방송프로그램의 방송을 요청하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 이를 지역채널 또는 공공채널을 통하여 방송하여야 함.(법 제70조 제7항)