

# 표현매체로서 SNS(Social Network Service)에 대한 내용규제의 문제점 분석: 법률적·행정적 규제를 중심으로\*

황용석\*\*

이 글은 SNS의 보편적 이용이 늘어나고 그것에 대한 규제논의가 증가하는 것을 배경으로 해서, SNS 표현물에 대한 현행 국내 규제체계의 문제점을 분석하고자 한다. 이를 위해 규제대상으로서 SNS표현물의 성격을 살펴보고, SNS 표현물에 대한 국내 내용규제체계의 문제점을 법률적 측면과 규제기관적 차원에서 검토했다. SNS 표현물에 대한 규제체계를 살펴보면, 법률과 행정기구 중심의 국가주의적 규제경향이 강하다는 것을 알 수 있다. 5가지 측면의 규제법률이 SNS 표현물 규제와 연계되어 있으며, 규제의 주체로서 행정기구가 내용심의를 하고 있음을 알 수 있었다. 그로 인해 민간영역의 자율기능은 상대적 약한 것으로 판단된다. SNS와 같은 인터넷공간에는 최소규제의 원칙이 적용되어야 하며, 규제에 적용되는 불법의 정의도 명확히 하고 그것의 판단주체 및 규제대상을 최소화해야 한다. 현재의 행정기구로서 방송통신심의위원회 구조에 대한 본질적인 고민이 필요하다.

주제어: SNS, 방송통신심의위원회, 내용규제, 심의, 정보통신망법

## 1. 서론

SNS는 보다 많은 사람들이 분산적으로 공공의 문제를 공유하고 의견을 결집할 수 있는 표현 매개체이다. 셔키(Shirky, 2008)는 기존의 미디어에서 모두가 모든 대화에 참여할 수 없으며, 모두의 말이 등가적이지 않아서 권력이 몇몇의 핵심세력에게 집중되게 되는데, SNS는 연결성을 통해 그 힘을 흩어져 있는 일반 시민에게 이전시켰다고 보았다. 그런 점에서 셔키는 SNS를 참여의 아키텍처(an architecture of participation)‘라고 불렀다. 이러한 기술적 진화는 이용자의 사회참여와 표현을 보다 촉진시키고 있다. 특히, SNS가 대중적인 서비스로 자리잡으면서 이용자들은 자신의 미디어를 통제해서 온라인 참여 행위를 더욱 쉽게 할 기회를 갖게 되었다. SNS를 기반으로 한 시민들의 참여는 사적 자아들로 구성된 네트워크담론공간을 만들고 그 속에서 시민들이 정치인을 상대로 자신이나 공동체의 이익을 위해 활동하는 다양한 활동을 만들어 낸다.

SNS가 갖는 민주적 잠재력에도 불구하고 SNS 표현물에 대한 규제는 세계적 문제점으로 부각되고 있다. 특히 기술적으로나 산업적으로 인터넷 선진국인 한국에서는 SNS가 사회적 커뮤니케이션의 영향력 있는 매체로 인정받으면서, 그것에 대한 규제장치들이 만들어지고 SNS를 둘러싼 법리적 갈등도 커지고 있다. 그 갈등의 중심에는 인터넷 내용규제를 담당하고 있는 방송통신심의위원회와 인터넷상의 게시물을 삭제하도록 하는 법률적 체계들이 자리잡고 있다.

더군다나 방송통신심의위원회는 2011년 12월에 ‘심의위원회의 사무처 직제규칙’ 개정안을 의결해

\* 이 논문은 2011년 교육과학기술부의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2011-330-B00225).

\*\* 건국대 언론홍보대학원 부교수, prohys@gmail.com

서 통신심의국 산하에 앱·SNS를 심의하는 ‘뉴미디어 정보 심의팀’을 신설해서 SNS상의 게시물을 심의하는 전담팀을 운영하고 있다. 행정적 심의기구가 SNS 전담 심의팀을 운영함에 따라 SNS상의 표현의 자유를 침해하거나 개별 이용자들에게 위축효과를 불러올 것을 우려하는 목소리가 커지고 있는 실정이다.

이에 이 글에서는 SNS의 보편적 이용이 늘어나고 그것에 대한 규제논의가 증가하는 것을 배경으로 해서, SNS 표현물에 대한 현행 국내 규제체계의 문제점을 분석하고자 한다. 이를 위해 규제대상으로서 SNS표현물의 성격을 살펴보고, SNS 표현물에 대한 국내 내용규제체계의 문제점을 법률적 측면과 규제기관적 차원에서 검토할 것이다. 아울러 SNS 표현물과 관련된 국내 법원의 입장을 판례를 통해 해석하고자 한다. 이를 통해 SNS 표현물에 대한 바람직한 개선방향을 제시하고자 한다.

## 2. SNS상의 표현물의 성격

### 1) 규제대상으로서 SNS의 매체 특성 검토

SNS가 다른 인터넷서비스와 비교해서 고유한 특성이 있는지, 그리고 있다면 다른 내용규제의 틀을 적용해야하는지는 논의의 중요한 출발점이다. SNS는 인터넷상의 다양한 서비스의 하나로서 인터넷이 갖는 기본 특징인 이용자를 연결시키는 기능을 보다 강화한 서비스이다. 이것은 인터넷의 진화가 가져온 결과물로서 인터넷의 역사성을 배제하고 그 기능성을 논의하기 어렵다. 이용자를 연결시키는 기능은 인터넷의 본원적 기능으로 인터넷역사의 중심에 자리잡고 있다. Usenet, LISTSERV, 게시판(BBS) 서비스, 그리고 온라인카페와 같은 초창기 온라인 서비스들에도 있어왔기 때문이다. 카페와 같은 온라인 커뮤니티 서비스도 넓은 의미의 SNS로 간주되기도 하지만, 이 둘 간에는 엄연한 차이가 존재한다.

1990년대 초의 많은 온라인 커뮤니티 서비스들은 온라인 채팅과 같은 것을 통해 사람들간의 상호작용을 가능하게 했다. 그러나 이러한 연결은 주로 이용자들이 메뉴에서 특정한 관심공간을 선택한 결과였지 시스템 자체가 이용자들을 상호 연결시켜주지는 못했다. 페이스북이나 트위터와 같은 SNS의 원형은 미국의 Classmates.com과 같은 연결형 서비스에서 찾을 수 있다. 이후 1997년에 등장한 SixDegrees.com, 2000년 Makeoutclub, 2002년 Friendster과 본격적인 SNS가 등장하면서 이 새로운 양식은 인터넷서비스의 주류로 자리잡기 시작했다. 특히 2003년에 MySpace와 LinkedIn, 2004년에 Facebook 이 서비스를 시작하면서 본격적인 SNS의 성장궤도가 시작되었다(Mayfield, 2008).

SNS가 기존의 인터넷서비스와 다르게 새로운 매체처럼 주목받는 이유는 다음과 같은 몇 가지 특성 때문이다. 먼저, SNS는 연결방식에 있어 기존의 온라인 카페와 같은 커뮤니티 서비스와 차이가 있다. 온라인 커뮤니티서비스가 공동의 공간에 이용자들이 소속감을 갖고 참여하는 집단 중심적 네트워크(group-centered network)라면, SNS는 개인에게 부여된 고유한 온라인 공간에서 자아 정보를 노출시키고 이를 바탕으로 자아 중심적 네트워크(ego-centered network)를 구성하게 하는 개인미디어라 하겠다(Newson, Houghton & Patten, 2009). 이 서비스는 1) 개인들이 특정 시스템 안에서 공개 또는 반공개적 프로필을 구성할 수 있게 하고, 2) 다른 사람의 프로필 리스트를 보거나 관리할 수 있으며,

3) 이용자들이 시스템 안에서 다양한 연결 리스트를 보고 방문하는 시스템을 특징으로 한다. 이용자들이 네트워크 속의 노드(node)로서 개인의 정보(개인 프로필 및 개인의 관계망 정보 등)를 드러내는 일련의 자아노출(self-disclosure)을 통해 새로운 관계가 형성되고 촉진된다. 이는 종종 우발적이고 잠재적인 관계(latent ties)들 간의 연결을 만들어낸다(Haythornthwaite, 2005). 이러한 네트워크는 SNS는 이용자들이 스스로 노출한 자아 정체성 정보를 바탕으로 연결된다. 따라서 의견이나 정보의 확산방식 역시 개별 이용자의 네트워크 연결구조에 영향을 받는다.

둘째, SNS는 정보공유와 대화를 촉진시키는 다양한 장치를 제공한다. 대부분의 SNS는 다양한 상황에서 대화가 손쉽게 일어날 수 있도록 설계되어 있다. 특히, 이용자에게 다른 이용자와 접촉 가능하지 여부 등을 알게 해주는 ‘실재감(presence)’을 제공하여 자신과 연결 가능한 다른 이용자의 상태(온라인 또는 오프라인 상태 등)를 이해할 수 있게 한다. 이와 더불어 타자를 인식하고 평가하는데 필요한 평판(reputation)체계는 연결된 친구의 수나, 좋아하는 글의 수 등을 노출하는 것으로서, 이는 SNS상에서 사람들이 정보나 의견을 주고 받는데 있어 신뢰의 기준점으로 작용한다. (Kietzmann, et al, 2011). 또한 페이스북과 같은 서비스에는 소셜플랫폼(social platform)이라고 하는 자동화된 관계추천 기능이 활성화되어 있어 이용자의 개인 관계망을 확장할 수 있게 해준다.

셋째, SNS는 이용자들이 유연적으로 집단형성을 할 수있게 해준다. 일반적으로 개인이 유지할 수 있는 집단의 규모는 제한되지만, SNS상에서 개인들은 일상에서 유지할 수 있는 규모보다 더 많은 집단구성을 가능케 해주며 집단의 관리 역시 용이하다는 점이다.

넷째, SNS의 확산은 스마트폰과 같은 모바일미디어의 보급과 분리할 수 없다. ‘인터넷이용실태조사’(한국인터넷진흥원, 2011)에 따르면, SNS이용자의 31.5%가 모바일 환경에서 사용하고 있는 것으로 조사되어 스마트폰 확산으로 인해 SNS이용이 촉진된다는 것이 발견되었다. 미국의 ComScore(2010)의 조사에서도 2010년 1월 기준으로 스마트폰 이용자의 30.8%가 SNS서비스를 이용하고 있었는데 이는 2009년 1월의 22.5%에 비해 8.3%가 증가한 수치였다. 휴대폰을 이용한 페이스북의 이용률은 작년 대비 112%가 증가하고, 트위터 이용률은 347%가 증가한 것으로 나타났다. 이처럼 SNS의 확산과 보급에는 모바일미디어가 중요하게 영향을 미쳤다.

다섯째, SNS는 특정한 서비스를 지칭하기 보다는 포괄적인 서비스 장르를 의미한다. SNS는 소셜미디어(social media)라는 보다 광의의 개념과 혼동해서 쓰이기도 한다<sup>1)</sup>. SNS를 넓게 해석할 경우 여러개의 하위 장르들로 유형을 구분할 수 있는데, 예를 들어, 켈만(Qualman, 2009)은 실시간 업데이트 서비스, 마이크로 블로그 서비스, 참여형 북마크 서비스, 비디오 및 사진공유 서비스로 구분한 반면, 나중연(2010)은 비교적 포괄적으로 SNS를 구분해서 기능성을 중심으로 프로필기반, 비즈니스기반, 블로그기반, 버티컬, 협업기반, 커뮤니케이션중심, 관심주제기반, 마이크로블로깅 등으로 구분했다.

SNS를 소셜미디어의 한 장르인 마이크로 블로그 및 프로필기반 서비스에 국한해서 설명하는 것은 개념상 보다 충실해 보이지만, 이 구분 역시 임의적이며 배타성을 충족시키지 못하는 측면이 있다. 그 이유는 SNS라는 개념이 비즈니스 영역에서 만들어져서 다양한 전공과 산업에 걸쳐서 논의가 전개되어 왔기 때문이다.

이상의 논의를 종합해서 보면, SNS는 웹2.0 현상을 대표적인 인터넷 서비스의 하나로서 그 속에

1) 소셜미디어에 대한 장르구분은 다음과 같이 다수의 연구에서 이루어졌다(Qualman, Erik , 2009; Newson, Houghton & Patten, 2009; Safko & Brake, 2009; 최민재 & 양승찬, 2009; 노기영, 2008; 나중연, 2010).

다양한 유형을 포함하는 우산적 개념에 가깝다. 또한 다른 서비스보다 개인의 표현성을 극대화하는 기제를 갖추고 있는 매우 표현촉진적인 서비스라 하겠다. 다만, SNS를 트위터나 페이스북과 같은 특정 서비스로 한정해서 그 개념을 사용하게 되면 과잉 일반화의 오류에 빠질 수 있는 문제가 있다. 이는 SNS 표현에 대한 내용규제에도 해당되는 문제이다.

## 2) SNS표현물의 특징

표현의 공간으로서 SNS의 특징은 사적영역과 공적영역이 중첩된 양면적 공간이라는 점이다. 그로 인해 SNS상의 표현물 역시 양면성을 갖고 있어 그것의 맥락을 배제하고 그 성격을 일반화해서 말하기 힘들다. SNS는 사적 정보로 구성된 개인 공간이지만 트위터와 같이 다수의 이용자들에게 공개적으로 전파하는 행위를 포함할 경우 공적 영향을 미치는 것이라 할 수 있다(Dahlgren, 2005, p.153).

따라서 SNS상의 표현물이 갖는 법률적 책임의 쟁점은 표현물의 ‘공연성’에 두어져 있다. 여기서 말하는 공연성이란 형법상 명예훼손죄와 모욕죄의 구성요건으로 “불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태”라고 정의할 수 있다<sup>2)</sup>. 여기서 말하는 인식할 수 있는 상태란 구체적으로 인식할 것을 요하는 것이 아니라, 인식할 수 있는 상태에 도달되면 되는 것으로 풀이하고 있다. 공연성이라는 개념이 명예훼손이나 모욕죄와 같은 개인간 권익침해 법률에서 불법성의 구성요건으로 사용되고 있지만 SNS상의 표현물에 대한 중요한 규제 근거로도 작용하고 있다. 한국 법원은 ‘전파 가능성’이 있는 경우 공연성을 인정하는 판례를 다수 남겼다. 대법원 판례 가운데는 블로그상의 비공개 대화방에서 이루어진 대화까지 명예훼손의 구성요건인 공연성에 해당하는 것으로 보고 있다<sup>3)</sup> 이러한 해석에 따르면 SNS상의 대부분의 표현물은 공연성을 충족할 가능성이 많다. 즉, 기존의 인터넷 표현물과 다르지 않게 광범위한 규제의 대상이 될 수 있다는 것을 의미한다.

둘째, SNS상의 표현물은 실시간으로 생산과 소비가 일어나며 분산적 네트워크 망을 통해 급속하게 전파되는 속성이 있다. 상호 연결된 분산 네트워크의 특성 때문에 표현물의 재해석과 매개가 지속적으로 발생하는 것이다(Lüder, 2008). 때로는 SNS표현물이 초기 발신자를 특정하기가 어려울 정도로 복잡하게 확산되며, 표현자의 의도와 관계없이 사회적으로 수용되기도 한다. 예를 들어, 트위터(Twitter)는 모바일과 연동하여 유무선 인터넷에 단문을 올리는 발행기능을 부여함으로써 특정 메시지를 급속하게 확산시키며 해시태그나 리트윗과 같은 전파장치를 통해 예측하기 어렵게 정보가 확산된다. 매스미디어를 능가하는 SNS의 정보 생산 및 교류 속도의 실시간화는 사회적 영향력을 높이는 동시에 정치·사회적 규제의 근거가 되고 있다.

물론, 정보가 생산되고 교류되는 과정에서 정서적 과잉을 기반으로 새로운 사회적 맥락이 형성되는 경우도 있고 이런 것들이 타자의 권익을 침해하거나 사회적 편향성 심화 현상을 만들수도 있다. 그러나 이런 현상이 사회적인 상호작용의 결과물이라는 점에서 그 귀책성을 따지는데 어려움이 있다

2) 형법 제307조 (명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. ② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

3) 사건번호 2007도8155 대법원 판례를 보면 관련하여 2008년 2월 대법원은 블로그의 비공개 대화방에서 이루어진 대화가 명예훼손죄의 구성요건인 공연성에 해당하는 것으로 보았다. 블로그에서 한 사람에게 사실을 유포했다고 하더라도 그로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족하는 것으로 간주했다.

(Kim, 2007; Cammaerts, 2008; Kaye, 2007). 이는 다른 한편으로 SNS상의 표현물을 규제하거나 통제하는 것이 매우 어렵다는 것을 의미하기도 한다. 기존의 인터넷상의 표현물에 대한 규제의 비효율성은 논거와 맞닿아 있는 것이다(Cave & Simmons, 2008).

### 3. SNS 표현물에 대한 국내 내용규제체계

#### 1) SNS 표현물에 적용되는 법률적 체계

인터넷에 대한 국내 법률체계는 매우 다양하게 걸쳐져 있다. 한국은 인터넷 영역에 대한 정부의 법률적 직접 개입의 수준이 높다. 국내 인터넷규제법규들이 인터넷의 특정한 서비스를 특정화 하지 않는다는 점에서 SNS의 규제체계가 독립적으로 존재한다고 말하기는 힘들며 인터넷규제체계에 포함되어 있다고 말할 수 있다.

법률적 개념으로 보면, SNS서비스사업자는 전기통신사업법상에서 부가통신사업자로서의 지위를 갖고 있다. 전기통신법 제2조 제1항 제1호에 전기통신사업자를 “전기통신사업법에 의한 허가를 받거나 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는자”로 정의내리고 있다. 이러한 전기통신사업자에는 기간통신사업자, 별정통신사업자, 부가통신사업자가 포함된다. 여기서 말하는 부가통신사업자란 기간통신사업자로부터 통신회선설비를 임차하여 기간통신사업자가 제공하는 통신서비스 이외의 통신 서비스를 제공하는자를 말한다. 한편, SNS상의 표현물은 게시물은 정보통신망법상 ‘정보’로 통칭된다. SNS 표현물을 개인이 정보통신망에 게시하는 정보라고 보았을 때, 인터넷 정보와 구별되지 않고 규제된다. 현재 국내에서는 SNS 표현물에 대한 법률적 규제체계는 아래와 같은 5가지로 요약된다.

#### (1) 청소년 유해정보

청소년유해정보에 대한 규제이다. 관련 법률은 청소년보호법, 정보통신망법, 방송통신위원회설치법에 규정되어 있는 방송통신심의위원회의 청소년유해매체물결정제도이다. 청소년유해물에 대한 규제는 범위는 매우 광범위하고 가장 영향력있게 작동되고 있다. SNS상의 음란물을 포함해서 청소년유해매체물로 지정된 내용들이 모두 해당된다. 관련 규제기관은 방송통신심의위원회, 여성가족부 산하의 청소년보호위원회 등 공적 심의기관들로서 청소년유해매체물의 심의·결정과 청소년유해매체물에 대한 규제 장치들을 통해서 규제를 하고 있다.

#### (2) 정보통신망법상의 ‘불법정보’

정보통신망법에 규정된 불법정보 정의와 방송통신위원회설치법에 규정되어 있는 방송통신심의위원회의 시정요구제도이다. 정보통신망법 제44조의 7 제1항이<sup>4)</sup> 규정하고 있는 불법정보의 범위는

4) 제44조의 7(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

너무 넓고 그 경계를 구분하기 힘든 측면이 있어 기준이 명확하지 못하다는 비판을 받고 있다. 모호하고 임의적인 불법정보의 기준으로 인해 SNS상의 많은 표현물들이 규제될 가능성을 안고 있다.

### (3) 개인 간 권리침해정보

SNS 표현물을 명예훼손이나 사생활침해 등의 권리침해를 이유로 규제하는 방식이다. 현행 정보통신망법은 이용자에게 “사생활 침해, 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 안된다(제44조 제1항)”고 규정하고 있으며 사업자에게도 이것이 유통되지 않도록 노력하여야 한다고 적시하고 있다. 이 조항은 SNS 서비스사업자에게 요구되는 귀책조항으로서 SNS사업자가 명예훼손 등의 표현물을 인지하고도 방치하는 경우 처벌 받을 수 있도록 하는 근거조항이기도 하다. 사생활침해나 명예훼손은 법원이 최종적인 판단을 할 수 있음에도 인터넷서비스사업자가 임의적으로 SNS 표현물을 삭제하거나 유통되지 않게 할 수 있어서 많은 논란이 제기되어 왔다. 이런 논란의 대응책으로 사생활침해나 명예훼손 정보와 관련하여 피해자의 피해구제수단을 정보통신망법에 마련했는데, 임시조치제도, 분쟁조정신청제도, 가해자 정보의 제공청구제도 등 3가지가 있다.

이 가운데 임시조치제도는<sup>6)</sup>는 권리침해를 주장하는 자가 요청하면 그 이유 여하를 막론하고 인터넷

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.
- 5) 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.
- 6) 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 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 게시하는 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

서비스사업자가 즉각적으로 표현물을 삭제하거나 보이지 않게 기계적으로 조치도록 하고 있다. 이 제도는 피해확산을 신속히 방지한다는 장점도 있지만, 법률적 권리관계와 무관하게 특정 표현물의 유통을 금지시킬 수 있다는 점에서 많은 문제점을 안고 있다. 실제로 정치인, 기업, 정부관료 등이 임시조치제도를 활용해서 자신을 비판하는 표현을 대량으로 임시조치 요청을 하고 있다.

최문순의원이 2010년에 발표한 자료에 따르면, 2008년 1월부터 2009년 12월까지 국내 4개 주요 포털 사업자(네이버, 다음, 네이버, 싸이월드)의 임시조치 건수가 124,319건에 달했다. 대표적인 SNS인 싸이월드의 경우만 보더라도 같은 기간에 1천9건의 임시조치가 있었다. 4대 포털을 제외하고는 임시조치의 경우 구체적인 통계조차 파악되고 있지 않으며 확보된 통계역시 단순 처리빈도만 제공되고 있어 공인, 권력기관 등이 임시조치를 사회적 비판을 억제하는 수단 등으로 남용하고 있는 현황을 전혀 알 수 없는 문제점을 안고 있다. 모바일 기기의 확산과 더불어 SNS가 일상화된 2010년 이후 자료는 현재 공표된 바가 없는 실정이다. 특히, 임시조치의 경우 해외 서비스 사업자는 해당되지 않으며 급속하고도 분산적으로 확산되는 표현물에 대한 규제에는 실효성이 낮다.

#### (4) 저작권침해정보로서 규제

저작권침해정보 역시 SNS에 대한 규제대상이다. 대부분의 SNS가 단문 중심의 구조라서 저작권 침해가 적을 수 있으나, 불법 저작물의 링크를 공유하는 것도 저작권 침해소지가 있는 것으로 해석되고 있다. 저작권침해정보에 대한 대표적인 규제시스템은 저작권법에 규정되어 있는 노티스 앤 테이크다운(Notice & Take Down)제도이다.

#### (5) 공직선거법

선거행위를 규제하는 공직선거법도 SNS를 규제하는 법률의 하나이다. 한국의 경우 2010년 지방선거를 시발로 2011년 상·하반기보궐선거, 그리고 2012년 제19대 국회의원 총선거를 거치면서 SNS가 중요한 정치 표현매체로 부각되고 있다. 그동안 중앙선거관리위원회(이하 ‘중앙선관위’라 함)와 검찰·경찰에서는 SNS를 공직선거법제93조제1항의 ‘기타 유사한 것’ 또는 같은 법 제254조제2항의 ‘그 밖의 방법’에 해당되어 SNS를 통한 특정 정당·후보자에 대한 지지·반대행위를 단속하여 왔는데, 선거법 제93조제1항에 대한 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 함)의 한정위헌판결(2011. 12. 29.)과 그에 따른 중앙선관위의 정보통신망을 이용한 선거운동의 상시 허용 결정(2012. 1. 13.)으로 많은 변화가 생겼다.

## 2) SNS 표현물에 대한 규제기관의 성격

### (1) 행정기구로서 방송통신심의위원회의 성격

SNS 표현물은 정보통신망에 존재하는 정보라는 관점에서 현행 인터넷내용규제를 담당하는 방송통신심의위원회에 의해 규제되고 있다. 2008년 조직개편 이전까지 정보통신망의 내용물에 대한 심의권

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.

한은 전기통신 기본법, 전기통신사업법, 정보통신망법에 기반해서 정보통신윤리 심의규정 등의 일련의 법 규정에 따라 ‘(구)정보통신윤리위원회’에 귀속되어 있었다. 그러나 방송통신위원회가 설립되면서 방통위설치법 제21조 등에 근거하여 방송위원회의 심의기능과 (구)정보통신윤리위원회의 심의기능을 통합하여 방송통신심의위원회가 심의권을 행사하고 있다.

인터넷과 관련한 통신 분야의 심의기능은 ‘불법정보’와 ‘청소년유해정보’에 대해 심의·시정요구 및 제재조치 요구 등을 포함하고 있다. 행정적 규제기구로서 방송통신심의위원회의 성격과 그 권한으로서 시정요구가 갖는 성격은 SNS에 대한 내용규제의 정당성을 논의할 때 매우 중요하다. 콘텐츠규제의 주체와 규제의 대상이 누구인가는 인터넷규제의 정당성을 논의하는 데 가장 핵심적인 개념이기 때문이다.

방송통신심의위원회가 행정기구임은 다음과 같은 내용으로 정리할 수 있다. 첫째, 설치법 제18조 제1항에서 방송통신심의위원회는 ‘방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경조성을 위하여 독립적으로 사무를 수행’함을 명시하고 있다. 그러나 여기서 말하는 ‘독립’의 의미는 방송통신위원회라는 합의제행정기관에 인사권이 있지 않다는 소극적 개념의 독립을 의미하지 민간으로서의 독립성을 의미하지 않는다.

둘째, 방송통신심의위원회의 9인의 심의위원에 대한 임명은 대통령에게 있기 때문에 행정부로부터의 독립성을 의미한다고 말하기 힘들다.

셋째, 설치법 제18조제7항에서는 “(방송통신)심의위원회의 구성과 운영에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 규정하고 있다. 설치법 시행령 제7조제3항의 경우 “이 영에서 규정한 것 외에 방송통신심의위원회의 구성 및 운영 등에 필요한 사항은 방송통신심의위원회 규칙으로 정한다”라고 되어 있다. 이 같은 체제는 불완전하나마 「정부조직법」 제5조에 따른 합의제행정기관의 성격을 부분적으로 갖고 있다고 할 수 있다.

넷째, 방송통신심의위원회의 위원들의 경우 방송통신위원들과 다르게 「국가공무원법」 제2조제1항의 공무원은 아니다. 그러나 설치법 제20조7)에 따라 직무를 수행함에 있어 외부의 부당한 지시나 간섭을 받지 아니하고 그 신분보장에 관하여는 방송통신위원과 같이 설치법 제8조제1항<sup>8)</sup>이 준용되어 보장된다.<sup>9)</sup> 설치법 제27조<sup>10)</sup>에 따라 청렴 및 비밀유지의무준수가 요청된다는 점 등을 명시하고 있어

7) 제20조(심의위원의 신분보장 등) ① 심의위원은 직무를 수행함에 있어 외부의 부당한 지시나 간섭을 받지 아니한다.

② 심의위원의 신분보장에 관하여는 제8조제1항을 준용한다. 이 경우 동항 제2호 중 “제10조”는 “제19조”로 본다.

③ 심의위원장, 부위원장 등 상임인 위원 겸직금지 등에 관하여는 제9조를 준용한다.

8) 「방송통신위원회의 설립 및 운영에 관한 법률」 제8조 (신분보장 등) ① 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 그 의사에 반하여 면직되지 아니한다.

1. 장기간 심신장애로 인하여 직무를 수행할 수 없게 된 경우

2. 제19조의 결격사유에 해당하는 경우

3. 이 법 또는 그 밖의 다른 법률에 따른 직무상의 의무를 위반한 경우

4. 이 법 또는 그 밖의 다른 법률에 따른 위원회의 소관직무와 관련하여 부당한 이득을 취한 경우

9) 「방송통신위원회의 설립 및 운영에 관한 법률」 제20조(심의위원의 신분보장 등)

① 심의위원은 직무를 수행함에 있어 외부의 부당한 지시나 간섭을 받지 아니한다.

② 심의위원의 신분보장에 관하여는 제8조제1항을 준용한다. 이 경우 동항제2호 중 “제10조”는 “제19조”로 본다.

③ 심의위원장, 부위원장 등 상임인 위원 겸직금지 등에 관하여는 제9조를 준용한다.

10) 제27조(청렴 및 비밀유지의무) ① 심의위원, 제22조에 따른 특별위원, 제26조제2항에 따른 사무처의 직원은 이 법에 따라 심의를 받는 방송·정보통신 관련 사업에 종사하는 자로부터 금품 그 밖의 이익을 제공받아서는 아니 된다.

② 심의위원, 제22조에 따른 특별위원, 제26조제2항에 따른 사무처의 직원 또는 그 직에 있었던 자는 직무상 알게 된 정보를 타인에게 누설하거나 직무상 목적 외에 사용하여서는 아니 된다.

명백한 공무원이 아니지만 순수한 민간인의 신분으로 볼 수 없다

다섯째, 방송통신심의위원회는 각종 사업의 입찰방법으로 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 시행령 제12조 및 동법 시행규칙 제14조 규정이 적용되는 기구이다. 입찰공고시 국가중합전자조달시스템인 조달청G2B에도 게시토록 되어 있을 뿐만 아니라, 그밖에 낙찰자가 소정의 기한 내에 계약을 체결하지 아니할 경우에는 위 법 시행령 제38조에 따라 입찰보증금을 방송통신심의위원회에 귀속하게 되어 있는 행정적 처리방식이 일반적 비법인단체로 보기 어렵다(이민영, 2009).

여섯째, 방송통신심의위원회의 소관직무와 관련하여 볼 때 설치법 제21조<sup>11)</sup> 각 호에 규정된 것과 같이 방송통신심의위원회는 방송 및 정보통신 관련 심의를 주축으로 한다. 설치법 제25조에 규정된 제재조치를 정하는 절차와 관련하여 방송통신심의위원회가 제재조치를 정할 때에는 방송통신위원회에 지체 없이 제재조치의 처분을 요청하여야 하고 방송통신위원회는 방송통신심의위원회로부터 제재조치처분의 요청을 받았을 때 해당 사업자 등에 대하여 그 제재조치의 처분을 명령하도록 되어 있다. 이러한 처리방식이 민간과 행정기구를 구분 짓는 절대기준은 아니지만, 상위 규제기구인 방송통신위원회가 지체없이 방송통신심의위원회의 결과를 처리하도록 나와 있는 점은 일반적인 위임형 민간자율 규제기구와 사뭇 다른 구조라 할 수 있다.

여덟째, 방송통신심의위원회는 설치법 제24조에 따라 심의규정을 제정·공표하며, 설치법 제29조에 따라 방송통신심의위원회 규칙을 제정·개정·폐지하려는 때에는 20일 이상의 예고와 방송통신심의위원회의 의결을 거쳐야 하며 이를 관보에 게재·공표하여야 하도록 되어 있다. 이 같은 행정적 공표절차가 민간에 적용되는 경우는 많지 않다. 따라서 방송통신심의위원회는 행정적기구로 보는 것이 타당하다고 하겠다.

## (2) 시정요구의 성격

방송통신심의위원회가 갖고 있는 주요 기능 중의 하나는 현행 정보통신망법 제44조의 7에서 규정하고 있는 불법정보에 대한 ‘삭제명령권제도’와 방송통신위원회법 제21조<sup>12)</sup>, 동법시행령 제8조<sup>13)</sup>에서

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

1. 「방송법」 제32조에 규정된 사항의 심의
2. 「방송법」 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결
3. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 규정된 사항의 심의
4. 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구
5. 전기통신회선을 이용하여 유통되는 정보의 건전화에 관한 사항
6. 심의위원회의 사업계획·예산 및 결산에 관한 사항
7. 심의위원회 규칙의 제정·개정 및 폐지에 관한 사항
8. 다른 법령에 의하여 심의위원회의 심의사항으로 정한 사항

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

3. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 규정된 사항의 심의
4. 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구.

13) 제8조(심의위원회의 심의대상 정보 등) ① 법 제21조제4호에서 “대통령령이 정하는 정보”란 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보를 말한다.

- ② 법 제21조제4호에 따른 시정요구의 종류는 다음 각 호와 같다.

규정하고 있는 방송통신심의위원회에 의한 ‘시정요구제도’를 이용해서 인터넷서비스사업자에게 ‘불법’ 또는 ‘유해’를 이유로 게시물을 삭제토록 하고 있는 점이다.

현행법에서 불법정보에 대한 처분방식은 정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호부터 제6호까지에 해당하는 정보에 대해 방송통신심의위원회의 심의를 거쳐 방통위가 정보통신서비스제공자 또는 게시관 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있도록 되어 있다.<sup>14)</sup> 강제성의 측면에서 시정요구가 비권력적 작용을 하기 때문에 행정지도에 해당하며 행정지도는 법령에 의한 규율과 현실에서의 행정의 필요성에서 생긴 괴리를 시정하거나 법령에 의한 확실적인 규제를 탄력적으로 실시하기 위한 수단으로서 행정소송의 대상이 되지 않는다는 견해(지성우, 2009)도 있지만, 시정요구가 방통위설치법 제25조는 2항<sup>15)</sup>을 통해 행정적 제재를 가해서 표현의 자유를 위축시킬 수 있다는 점에서 행정조치라 보는 것이 타당하겠다.

SNS 표현물에 대한 최근의 시정요구를 보면 이러한 우려를 확인할 수 있다. 방송통신심의위원회는 2011년 5월 12일 대통령에 대한 욕설을 연상시킨다는 이유로 2MB18nomA라는 트위터 이용자를 접속차단하는 결정을 내린바 있는데, 이때도 시정요구를 통해 인터넷서비스사업자에게 요청하여 이루어졌다. 이에 따라 주식회사 케이티 등 국내 10개의 인터넷접속서비스제공사업자들은 해당계정의 접속을 차단했고, 이에 그치지 않고 방송통신심의위원회는 해당 계정의 페이스북, 유튜브, 블로그 등도 추가로 접속차단 조치하는 등 ‘2MB18nomA’ 라는 ID와 관련해서 총 18건의 접속차단과 1건의 이용해지를 시정요구한 바 있다.

이 같은 특정 계정에 대한 접속차단은 사적인 자아네트워크를 단절시키는 강력한 규제로서 계정을 기반으로 형성된 개인의 정치참여와 표현행위의 연결망을 무기력하게 만드는 것이다. 특정 게시물이 아니라 단순한 계정이 모욕감을 준다는 이유로 삭제된 것은 해외에 거의 사례가 없는 결정이다. 일반적으로 접속차단은 ‘아동 포르노그래피’나 ‘테러정보’와 같이 명백한 불법성이 확인될 때 가하는 극단적인 조치이기 때문이다.

- 
1. 해당 정보의 삭제 또는 접속차단
  2. 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지
  3. 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항.
- 14) 다만, 동법 제44조의7 제1항 제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우(명예훼손과 공포심 조장의 경우)에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 취급의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다. 이러한 경우에는 제3자에 의한 객관적인 판단보다는 당해 당사자의 범감정을 우선적으로 고려해야 하기 때문이다(황창근, 2009).
- 15) 제25조(제재조치 등) ① 심의위원회는 방송 또는 정보통신의 내용이 제24조의 심의규정에 위반된다고 판단하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나의 제재조치 등을 정할 수 있다.
2. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 불법정보 유통에 대한 취급의 거부·정지 또는 제한
  - ② 심의위원회는 제1항의 제재조치를 정하려는 때에는 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.
  - ③ 심의위원회는 제1항의 제재조치를 정한 때에는 위원회에 지체 없이 제재조치의 처분을 할 것을 요청하여야 한다.
  - ④ 심의위원장은 제21조제1호 내지 제4호에 따른 직무를 수행하기 위하여 필요한 경우에는 방송사업자 또는 「정보통신망의 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제3호의 정보통신서비스제공자에게 관련 자료의 제출을 요구할 수 있다.
  - ⑤ 위원회는 제3항에 따라 심의위원회로부터 제재조치의 처분을 요청받은 때에는 「방송법」 또는 「정보통신망의 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」이 정하는 바에 따라 해당 사업자 등에 대하여 그 제재조치의 처분을 명령하여야 한다.

이에 대해 2MB18nomA 트위터 이용자는 자신의 ID는 직설적인 욕설도 아니며 숫자와 영문 알파벳의 조합으로 수용자에 따라 다양하게 받아들여질 수 있는 것이고, 트위터 계정 그 자체는 심의대상정보가 아니며, 대통령에 대한 욕설을 심의할 근거규정이 없는 등을 이유로 이의신청하였으나 기각 당했다. 현재 시정요구 처분이 위헌적 법률에 근거한 것이므로 부당하다며 이를 취소해 달라는 행정소송을 서울행정법원에 제기한 상황이다.

실제로 시정요구제도는 국가인권위원회(이하 인권위)로부터도 개선권고를 받았다. 인권위원회는 지난 9월30일 “정보통신심의제도에 대한 개선권고”를 통해 방송통신위원장에게 전기통신망을 통하여 유통되는 불법정보 등에 대한 심의권 및 시정요구권을 정보통신 서비스 제공자 및 게시물 관리 사업자 대표들과 시민사회 대표들이 함께 구성하는 민간자율심의기구에 이양하는 내용으로 관련 규정을 개정할 것을 권고했다. 인권위는 방송통신심의위원회의 권한에 따라 이루어진 심의 및 시정요구 현황을 분석해서, 방송통신위원회 및 방송통신심의위원회가 설립된 2008. 5. 16. 이후 2010. 2. 28.까지 인터넷게시물에 대한 심의 건수는 총 58,022건으로 매월 약2,699건이고 이 중 방송통신심의위원회에 의해 시정요구가 의결된 건수는 매월 약1,684건이라고 밝혔다. 또한 2010년 1, 2월에는 심의 건수 대비 시정요구건수 비율이 약 87.3%에 이르러 심의의 대상이 된 게시물들은 거의 삭제 등 조치의 대상이 되었다고 발표했다. 신청주체 및 정보유형 현황을 보면 심의신청 주체별 건수 비율은 2008년에는 중앙행정기관 등 공공기관이 약 14.4%, 일반인이 85.4%이었으나 2009년에는 중앙행정기관 등 공공기관이 신청한 건수 비율이 약 44.5%로 약 3배로 급증하였다(국가인권위원회, 2011).

또한 심의신청 대상이 된 정보유형도 ‘사회질서위반’의 경우 5.3%에서 14.7%로 약 3배 급증하였다. 방송통신심의위원회가 2008년부터 2009년까지 불법정보 심의신청에 대하여 시정요구한 구체적 유형을 살펴보면, 시정요구 총 건수 28,468건 중 게시물을 인터넷망에서 최종적으로 제거하는 삭제, 이용해지, 접속차단 건수가 28,339건으로 약 99.5%를 차지하여 시정요구를 받은 게시물의 거의 대부분이 인터넷망으로부터 완전히 제거된 것으로 나타났다. 인권위는 이러한 점을 종합해서 현행의 심의제도가 중앙행정기관을 비롯한 공공기관이 국민의 비판을 통제하기 위한 수단으로 남용될 여지가 있다고 판단하였다.

#### 4. SNS표현물에 대한 국내 법원의 입장

SNS의 짧은 역사성으로 인해 SNS 표현물 규제와 관련한 직접적인 판결사례는 거의 없다. 다만, 인터넷내용규제에 대한 기존 판결 가운데 SNS와 연관되는 두 개의 헌법재판소 판결을 중심으로 국내 법원의 SNS내용규제에 대한 입장을 살펴보고자 한다. 첫 번째 헌법재판소 판결은 공직선거법 제93조 제1항 및 제255조제2항제5호 중 제93조제1항에 대한 한정위헌결정으로서 해당 법률이 SNS라는 용어를 쓰고 있지는 않지만, 이 판결을 통해 중앙선거관리위원회가 SNS를 통한 선거운동을 허용했다는 점에서 최초의 SNS 관련 판결이라 하겠다. 두 번째로 최병성목사의 블로그 게시물 삭제에 대한 방송통신심의위원회의 시정요구에 대한 서울행정법원의 판결과 헌법재판소의 판결을 분석하였다. 이 판결은 블로그라는 소셜미디어상의 표현물에 대한 행정적 심의의 타당성을 문제삼고 있는데, 블로그는 SNS와 같은 웹 개인미디어로서 유사한 속성을 갖는다는 점에서 중요한 판결이라 하겠다.

## 1) 헌법재판소의 공직선거법 제93조제1항 및 제255조제2항제5호 중 제93조제1항에 대한 한정위헌결정

### (1) 배경

이 사건의 청구인들은 2007년 12월 19일 실시된 대통령 선거와 관련하여 지지하거나 반대하는 후보자 또는 정당에 대해 이른바 UCC(User-Created Contents, 이용자제작콘텐츠)에 지지·추천·반대 등의 내용을 담아 이를 각종 포털사이트 또는 미니 홈페이지, 블로그 등 인터넷상에 게시하고자 하는 사람들이다.

2007년 1월 26일 중앙선거관리위원회는 ‘선거 UCC물에 대한 운용기준’을 발표하여, 대통령 선거일 전 180일부터 선거일까지 후보자 또는 정당에 대한 지지·추천·반대의 내용을 담거나 정당의 명칭이나 후보자의 성명을 나타내는 UCC를 인터넷에 올리는 경우, 그것이 단순한 의견 개진의 정도를 넘어 선거에 영향을 미칠 수 있는 것으로 인정된다면, 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 및 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제255조 제2항 제5호의 규제대상이 된다고 하였다. 이에, 청구인들은 위 법률조항들이 명확성의 원칙에 위배되고 자신들의 정치적 의사 표현의 자유를 침해하는 것이라는 이유로, 2007. 9. 5. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### (2) 판결내용

2011년 12월 29일에 헌법재판소는 선거운동 금지 논란을 빚은 공직선거법 제93조제1항 및 제255조 제2항제5호 중 제93조제1항에 대한 한정위헌결정을 하였다(헌법재판소, [2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173, 2010헌마191(병합)]<sup>16</sup>). 여기서 헌법재판소는 SNS를 중요한 정치적 표현과 참여의 수단으로 인정하였다. 엄격히 말하면, 이번 헌법재판소의 판결은 그 대상이 SNS로 국한되었다기 보다는 인터넷 일반을 다루고 있다. 그러나 이것이 SNS에 대한 최초의 헌법재판소의 판결이라 할 수 있는 이유는 중앙선거관리위원회(이하 선관위)가 공직선거법 제93조제1항 및 제255조제2항제5호를 기반으로 일반유권자들의 사전 선거운동을 금지시키면서 그 대상으로 SNS를 전자우편의 하나로 정의해서 규제대상에 포함시켰기 때문이다.

이번 판결문에서 헌법재판소는 정치적 표현 및 선거운동에 대하여는 ‘자유를 원칙으로, 금지를 예외로’하여야 하고, ‘금지를 원칙으로, 허용을 예외로’해서는 안 된다는 중요한 판결문에 남겼다. 이번 헌법재판소의 판결문에는 SNS와 같은 인터넷이 기본권 구현과 어떤 관계에 있는가를 명시적으로 담고 있다.

첫째, 헌법재판소는 인터넷에 대한 규제는 국민의 기본권과 관련된 것으로서 구체적이고 명백한

16) 이 조항과 관련하여 과도하게 정치적 표현을 제약한다는 비판과 함께 모두 4건의 헌법소원심판청구가 제기되었다. 먼저 특정후보에 반대하는 글을 인터넷에 수차례 게재하여 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항에 위반하였다는 이유로 재판을 받던 특정인이 위헌법률심판제청신청을 한 후 기간되자 헌법소원심판을 청구(2010헌바88) 헌법소원심판(2007헌마1001)하였다. 또한 2010년 6월 2일에 실시된 지방선거에서도 서울시장 후보로 출마하려던 사람들에 관련된 글들을 자신의 블로그에 게재한 특정인도 공직선거법 제93조 제1항 위반으로 수사를 받자 헌법소원심판(2010헌마173)하였으며, 중앙선거관리위원회가 공직선거법 제93조 제1항에 트위터가 포함된다 단속 기준을 발표하자 헌법소원심판(2010헌마191)이 다시 청구되었다.

조건하에서 최소규제 수단을 채택하여야 한다는 것을 명시하면서 표현의 자유, 선거운동 자유의 원칙을 고려할 때 이 조항이 제한의 한계를 넘어섰다고 판단했다. 선거의 공정성을 보장하고 탈법·금권적 혼탁선거를 방지하기 위하여 부득이하게 선거 국면에서의 정치적 표현 자유와 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도, 입법목적 달성과의 관련성이 구체적이고 명백한 범위 내에서 가장 최소한의 제한에 그치는 수단을 선택하지 않으면 안 된다고 판결문은 적시하고 있다. 특히, 헌법재판소는 정치적 표현의 자유는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있고(헌재 2004. 3.25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 434), 정치적 표현의 자유가 억압당하는 경우에는 국민주권과 민주주의 정치원리는 공허한 메아리에 지나지 않게 될 것이므로, 이를 제한하는 입법에 대하여는 엄격한 심사기준을 적용해야 한다고 적시했다.

헌법재판소는 여기서 더 나아가 헌법적 요구가 다른 요건보다 더 우선한다는 것을 명확히 했는데, “선거운동기간 외에도 인터넷 상 정치적 표현 내지 선거운동을 상시적으로 허용한다면 선거의 조기과열로 선거의 평온이 저해될 우려가 있다는 견해도 있으나, 선거의 공정과 균등한 기회의 보장은 헌법 제114조 제1항, 제116조 제1항, 공직선거법 제1조 등에 의하여 명시적으로 요구되는 헌법적 요구인 반면, 선거의 평온은 그와 동등한 차원의 공익으로 보기 어렵다”고 밝히면서 ▷ 인터넷을 이용한 정치적 표현의 경우에는 이를 접하는 수용자 또는 수신자가 그 의사에 반하여 정보를 수용하게 되는 것이 아니고, 자발적, 적극적으로 이를 선택(클릭)한 경우에 정보를 수용하게 된다는 점에서 선거의 평온을 해할 가능성이 크지 않으며, ▷ 민주주의 사회에서의 선거과정은 국민주권주의의 실현과정, 국민의 가치결단의 표현과정, 국정수행 대표자에 대한 검증과정으로서의 의미를 가지는 것이므로, 그 과정에서 발생하는 정치적 관심과 열정의 표출을 반드시 부정적으로 볼 것은 아니다”고 판시했다.

이 같은 판결은 인터넷상에서 나타나는 이용자의 능동적인 참여행위와 그로 인한 부정적 외부효과가 국민주권의 실현과정에 나타나는 어쩔 수 없는 부산물로 보고 그 부산물의 외부효과를 이유로 기본권을 침해하여서는 안된다는 입장을 명확히 밝힌 의미있는 판결이라 하겠다.

둘째, 헌법재판소는 SNS와 같은 인터넷이 정치표현과 참여의 수단으로서 가지는 긍정적 요소를 높게 평가했다. 특히, 인터넷이라는 매체의 특성이 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’에 기여한다고 판시하였다.

셋째, 헌법재판소는 인터넷이용계층이 특정 집단에 집중되어 있다는 비판에 대해서도 이것이 정치적 표현을 금지시킬 이유가 되지 못한다고 밝혔다. 판결문은 인터넷이용계층이 다양한 의사를 반영하지 못한다는 선행 판결(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718)을 언급하면서, 비록 그것이 사실이라고 하더라도 이는 정보격차에 대한 대책을 강구하기 위함이지 일반 유권자의 정치적 표현을 금지하는 이유가 될 수 없다고 해석했다. 헌법재판소는 인터넷을 우리사회의 보편적 미디어로 전향적으로 해석하고 있는 것이다.

이상과 같이 헌법재판소의 이번 판결에는 인터넷이 정치참여의 중요한 도구로서 이미 보편적 이용의 환경에 다다랐다고 판단하고 있으며, 인터넷이 갖는 매체적 속성을 고려할 때 최소규제가 타당하다고 보고 있다. 또한 인터넷이 대의제 민주주의를 구현하는 핵심적인 기본권인 표현의 자유와 선거참여의 자유의 중요한 수단으로 인정하고, 인터넷에 대한 규제가 기본권에 대한 규제로 직결될 수 있음을 지적하고 있다. 헌법재판소의 공직선거법 제93조제1항에 대한 한정위헌 결정은 그 범위 내에서 모든 국가기관을 기속하는 일종의 ‘부분위헌결정’을 한 것으로 해석된다.

### (3) 평가

헌법재판소의 이번 판결은 표현매체로서 인터넷에 대한 국가의 규제는 헌법적 기본권과 직결되는 문제로서 “금지를 원칙으로 하여서는 안된다”는 중요한 명제를 도출했다. 이미 헌법재판소는 인터넷을 “가장 표현 촉진적 매체이고 참여적인 시장으로 인정한 바 있다(헌법재판소 2002.6.27. 선고 99헌마480 결정). 이번 결정은 인터넷서비스의 하나인 SNS 역시 표현매체로서 그 속성을 공유하는 동시에 인터넷에서의 표현의 자유의 중요성을 다시한번 강조했다는 점에서 의의가 있다.

이번 판결 이전에 선관위는 2010년 1월 14일부터 공직선거법 제59조제3호에 따른 인터넷 홈페이지와 공선법 제60조의3제1항제3호에 따른 전자우편이 융합된 것으로 보아 공직선거법상 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말함)에 관한 규정을 적용해 왔다(김용희, 2012). 트위터를 전자우편으로 본 중앙선관위의 판단근거는 명확하게 제시되지 않다. 화자들간의 포인트 투 포인트(point to point communication)의 구조가 전자우편과 비슷하다고 판단한 것으로 생각된다. 따라서 선관위의 해석에 따른다면, SNS는 전자우편과 같은 개인과 개인간의 사적 커뮤니케이션에 가까운 것으로 판단한 것 같다.

이를 바탕으로 선관위는 ‘선거운동기간전 트위터에 선거운동에 해당하는 글을 게시할 경우 선거법 제254조에 위반’되고, ‘선거일전 180일부터 선거운동기간전까지 트위터에 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당의 명칭이나 입후보예정자의 성명을 게시할 경우 선거법 제93조에 위반’된다고 해석했다. 그 결과 ‘선거운동기간 전에는 예비후보자가 SNS를 이용하여 선거운동을 하는 경우를 제외하고는 선거운동을 할 수 없고, 선거일에는 SNS를 이용하여 선거운동을 할 수 없으며, 선거운동기간을 제외한 선거일 전 180일부터 선거일까지 SNS를 이용하여 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위는 할 수 없었다. 다만, 선거법 제82조의4의 규정에 의하여 선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 SNS를 이용하여 선거운동을 할 수 있다.’고 운용하여 왔다. 이에 앞서 UCC의 경우 공직선거법 제93조 제1항 및 제255조 제2항 제5호의 대상에 포함된 것이 2007년 12월 19일 실시된 대통령 선거부터이다.

그러나 헌법재판소의 한정위헌판결에 따라 그에 따라 선관위는 2012년 1월 13일 전체위원회의를 통해 “선거운동을 할 수 있는 자는 언제든지 인터넷 홈페이지(포털사이트, 미니 홈페이지, 블로그 등) 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편(이메일, SNS, 모바일 메신저 등)을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다”고 결정했다<sup>17)</sup>.

SNS와 관련해서, 허용된 행위를 보면 다음과 같다. 첫째, 선거운동을 할 수 있는 자가 언제든지 특정 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 글이나 동영상 등 선거운동정보를 홈페이지(포털사이트, 미니 홈페이지, 블로그, SNS 등) 또는 그 게시판·대화방 등에 게시하는 행위 등이다.

둘째, 선거운동을 할 수 있는 자가 언제든지 특정 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 글이나 동영상 등 선거운동정보를 전자우편 또는 모바일메신저, 트위터 등 SNS를 이용하여 전송하는 행위가 가능해 졌다. 그러나 후보자·예비후보자가 대량으로 선거운동정보를 전자우편을 이용하여 전송하는 경우에는 법 제82조의5제2항의 규정에 의한 ‘선거운동정보’임을 명시하여야 한다.

셋째, 선거운동을 할 수 있는 자가 자신의 SNS 계정을 통하여 선거운동을 하거나 자신의 트위터 팔로어 등에게 선거운동정보를 전송하거나 돌려보기 등을 하는 행위도 가능해 졌다.

17) 이 결정을 통해 2007. 1. 23. 『선거 UCC에 대한 운용기준』, 2010. 2. 11. 『트위터를 이용한 선거법위반행위 예방·단속방안』, 2011. 10. 12. 『SNS선거운동 가능범위 10문 10답』은 2012. 1. 13. 중앙선거관리위원회 결정으로 폐기되었다.

넷째, 선거일에 선거운동을 할 수 있는 자가 인터넷, 전자우편 또는 SNS로 특정 후보자에 대한 지지를 호소하거나 투표인증샷을 올리면서 ‘○○○후보를 찍어 주세요’라는 글을 게시하는 행위 역시 가능해 졌다는 점에서 매우 고무적인 판결이 아닐 수 없다. 이상과 같이 헌법재판소의 이 판결은 표현의 자유의 가치를 확인시키는 시키는 한편, SNS와 같은 인터넷 매체를 통한 참여의 보장을 강조하고 있다.

## 2) 방송통신위원회의설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 위헌제청사건—헌재 2012. 2. 23. 2011헌가13-

### (1) 배경

환경운동가인 최병성목사가 운영하는 다음커뮤니케이션의 블로그<sup>18)</sup>에서 국내산 시멘트에 관하여 게시한 글의 제목 및 주요 내용에 대해 방송통신심의위원회가 한국양회공업협회 등으로부터 심의신청이 제기받아 심의한 결과, 이 게시글이 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제2호 소정의 ‘불법정보’(비방 목적의 명예훼손 정보)에 해당한다는 이유로 2009. 4. 24. 위 다음커뮤니케이션에 대하여 해당정보의 삭제를 요구(이하 ‘이 사건 시정요구’라고 한다)하였다. 이에 최병성목사의 방송통신심의위원회에 이의신청을 제기하였으나 심의위원회는 2009년 6월23일 이의를 기각하였다.

최병성목사가 서울행정법원에 시정요구의 처분성과 적법성에 대한 소를 제기하여 서울행정법원이 2010년 2월11일 방송통신심의위원회의 시정요구가 위법하다고 판결하였다. 이에 방송통신심의위원회가 항소하여 서울고등법원 제3행정부에서 항소심을 하던 중에 최병성목사가 2010년 6월8일에 법원에 위헌법률심판제청 신청을 함에 따라 해당 재판부가 위헌여부가 해당 사건의 재판의 전제가 될 뿐만 아니라 표현의 자유를 침해하고 과잉금지의 원칙과 포괄위임입법금지 및 법률유보의 원칙에 위배된다고 인정할만한 상당한 이유가 있으므로 위헌 여부를 심판제청한 사건이다.

### (2) 서울행정법원의 시정요구에 대한 위법성 판결(2009구합35924 시정요구처분취소)

당시 서울행정법원은 시정요구의 처분성과 관련하여 방송통신심의위원회는 주장을 다음과 같이 기각하였다. 먼저 시정요구의 처분성과 관련하여 방송통신심의위원회는 민간인으로 구성된 독립기구의 성격을 지니고 있을 뿐 행정청에 해당하지 아니하고, 설령 행정청이라고 본다고 하더라도 방통위설치법상 정보통신서비스제공자 등이 피고의 시정요구에 응할 의무가 없으므로, 이 사건 시정요구는 단순히 권고적 효력만을 가지는 비권력적 사실행위인 행정지도에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다고 주장하였다. 그러나 법원은 방송통신심의위원회가 행정청에 해당하고 또한 해당 사건의 시정요구는 단순히 권고적 효력만을 가지는 비권력적 사실행위인 행정지도에 불과한 것이 아니라 주식회사 다음커뮤니케이션 등에게 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 해석하였다.

또한 정보통신서비스제공자가 방송통신심의위원회의 시정요구에 따라 게시물을 삭제한 경우에는

18) <http://blog.daum.net/cbs5012>

방송통신위원회가 나아가 제재처분을 할 여지가 없는 것이므로, 이 사건 시정요구를 행정처분으로 보아 원고가 민사상 손해배상청구의 방법 이외에 위 시정요구의 적법성에 대하여도 바로 항고소송으로 다룰 수 있게 하는 것이 직접적인 권리구제 수단이 되고, 결과적으로 개인의 온라인상 표현의 자유 등을 두텁게 보호할 수 있는 방법이 된다고 보았다.

두 번째, 시정요구의 적법성과 관련하여서도 법원은 정보통신망법 제44조의7 제1항 제2호의 ‘사람을 비방할 목적’은 형법 제309조 제1항의 ‘사람을 비방할 목적’과 마찬가지로 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하다고 보았다.

서울행정법원은 ‘적시한 사실이 공공의 이익에 관한 경우’에 대한 조건을 제시했는데, 그 내용으로 ▷ 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는데, ▷ 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이며, ▷ 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 명예훼손적 표현으로 인한 피해자가 공무원 내지 공적 인물과 같은 공인인지 아니면 사인에 불과한지 여부, ▷ 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지 여부, ▷ 피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지 여부, 그리고 그 표현에 의하여 훼손되는 명예의 성격과 그 침해의 정도, 그 표현의 방법과 동기 등 제반 사정을 고려하여 볼 때, 해당 게시물이 법률 제44조의7 제1항 제2호의 불법정보에 해당함을 전제로 한 이 사건 시정요구는 위법하다고 판결하였다.

### (3) 헌법재판소의 판결내용

한편, 방송통신심의위원회의 시정요구가 갖는 문제점이 지속적으로 제기되는 가운데, 최병성목사가 다음커뮤니케이션의 블로그에 국내산 시멘트의 유독성에 관하여 게시한 글에 대해 방송통신심의위원회가 ‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’ 제21조 제4호, 같은 법 시행령 제8조 제1항, 제2항에 근거하여 주식회사 다음에 대하여 게시글의 삭제를 요구한 시정요구에 대해 취소를 구하는 행정소송을 제기한 후 위헌법률심판제청신청을 하였다.

헌법재판소는 이 건에 대해 2012년 2월 23일 ‘재판관 5(합헌) : 3(위헌)’의 의견으로, 방송통신심의위원회의 직무의 하나로 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구’를 규정하고 있는 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)는 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다.

첫째, 헌법재판소는 판결문에서 ‘건전한 통신윤리’라는 개념은 다소 추상적이기는 하나, 관련 법조항을 유기적·체계적으로 종합하면, 심의 및 시정요구의 대상으로 대통령령에 규정될 불건전정보란 위 정보통신망법 조항들에 의해 금지되거나 규제되는 정보 내지 이와 유사한 정보가 될 것임을 누구나 예측할 수 있다는 점에서 ‘명확성의 원칙’을 위반하지 않는다고 보았다.

둘째, 불건전정보에 대한 규제를 통하여 온라인매체의 폐해를 방지하고 전기통신사업의 건전한

발전을 도모하기 위한 것으로 입법목적의 정당성이 인정되며, 방송통신심의위원회로 하여금 불건전정보의 심의 및 시정요구를 할 수 있도록 한 것은 위와 같은 ‘입법목적 달성’에 적절한 방법이라 적시했다.

셋째, 이 사건 법률조항에 따른 시정요구는 정보게시자의 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고자 시행령에서 단계적 조치를 마련하고 있고, 시정요구의 불이행 자체에 대한 제재조치를 규정하고 있지 아니하며, 달리 불건전정보의 규제수단으로 표현의 자유를 덜 침해할 방법을 발견하기 어려우므로, ‘피해의 최소화 원칙’에 반하지 않는다고 판결했다. 인터넷 정보의 복제성, 확장성, 신속성을 고려할 때 시정요구 제도를 통해 건전한 통신윤리의 함양이라는 공익을 보호할 필요성은 매우 큰 반면, 정보 게시자의 표현의 자유에 대한 제한은 해당 정보의 삭제나 해당 통신망의 이용제한에 국한되므로 ‘법익균형성’도 충족한다고 보았다.

한편, 재판관 김종대, 송두환, 이정미는 반대의견을 통해 입법자가 표현의 자유를 제한하는 시정요구 제도를 창설함에 있어서는 적어도 시정요구 제도를 구체화할 수 있는 시정요구의 상대방, 내용, 효과에 대해 입법자 스스로 결정하여, 법률에서 명확히 규정하거나 구체적인 대통령령에 위임하였어야 함에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 이에 대하여 전혀 언급하지 아니하고 대통령령에 이에 관한 위임을 하지도 아니한 채, 방송통신심의위원회의 직무의 하나로 ‘정보의 시정요구’를 규정하고 있어서 ‘법률유보원칙에 어긋난다’는 의견을 제시했다. 또한 법률조항의 ‘건전한 통신윤리’란 헌법 제21조 제4항의 ‘공중도덕이나 사회윤리’, 방송통신위원회법 제18조 제1항의 ‘정보통신에서의 건전한 문화 창달’과 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 않은 것으로, 어떠한 표현행위가 과연 ‘건전한 통신윤리’의 함양에 필요한 사항인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 행정기관으로서도 그 의미내용을 객관적으로 확정하기 어렵다. 이 사건 법률조항은 위임되는 내용이 구체적으로 무엇인지 전혀 알 수 없도록 규정함으로써 아무런 지침 없이 행정기관에 시정요구의 대상이 되는 정보의 범위를 형성하도록 한 것이므로, ‘포괄위임금지원칙’에 위반된다는 의견을 제시했다.

#### (4) 평가

헌법재판소의 이번 판결은 여러 점에서 아쉬움을 남긴다. 첫째, 서울행정법원12부의 시정요구 취소처분에서 ‘건전한 통신윤리’라는 개념이 추상적이기는 하지만, 명확성의 원칙을 위배하는 것은 아니라고 하였다. 명확성의 원칙은 표현의 자유를 논하는 데 있어서 중요한 의미를 띤다. 표현의 자유를 규제하려면 명확성이 보다 강화되고, 표현의 개념을 세밀하게 규정해야 하지만, 헌법재판소는 대통령령에 규정될 불건전정보란 누구나 예측할 수 있다는 점을 들어 합헌판정을 하였다. 그러나 대통령에 있는 표현 역시 명확성의 원칙을 충족하지 못하는 모호한 규정들이다.

또한 포괄위임입법금지 및 법률유보의 원칙에 대해서는 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보’라고 규정하고 있는 것은 수범자인 국민으로 하여금 어떤 내용들이 대통령령에 정하여질지 그 기준과 대상을 예측하기 어렵게 하는 것이다. 또한 행정입법자들에게도 적절한 지침이 되지 못한다. 더 나아가 헌법 제37조 제2항에 의하여 ‘법률’로써 구체화하여야 할 것을 법률에 의하지 않고 대통령령과 같은 행정입법에 맡기는 것은 적절치 못하다고 하겠다(황성기, 2011).

둘째, 이번 판결은 스마트미디어 환경에서 SNS와 같은 서비스를 통해 어떤 표현물이 유통될지 모르며 그 속성 역시 학술적으로도 모호한 가운데, 국가가 유연하게 그 내용을 심의할 수 있다는

전제를 담고 있다는 점에서 우려스럽다.

셋째, 이번 판결은 과거 헌법재판소가 인터넷규제에 대해 보여준 판결과 그 태도가 달라진 것이다. 과거 전기통신사업법 제53조의 위헌확인판결에서 헌법재판소는 “내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고 사회적 유해성이 명백한 표현물이 아닌 한, ... 함부로 내용을 이유로 표현물을 규제하거나 억압하여서는 아니된다. 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없다. 민주주의에서 어떤 표현이나 정보의 가치 유무, 해악성 유무를 국가가 1차적으로 재단하여서는 아니되고 시민사회의 자기교정기능, 사상과 의견의 경쟁매커니즘에 맡겨야 한다”고 판시한 것과는 달라진 태도이다(김보라미, 2012).

또한 필명 미네르바인 박대성씨와 진보신당 홈페이지에 글을 게재한 김모씨에 대해 전기통신기본법 제47조 제1항에 대한 위반을 이유로 기소당하자 제기한 위헌소송에 대해 헌법재판소는 2010년 12월 28일 심판대상인 전기통신기본법 제47조 제1항에 대해 위헌결정을 내리면서<sup>19)</sup> 다음과 같이 명기하였다.

“표현의 자유가 현대 민주사회에서 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것으로 파악하며 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 따라서 표현의 자유를 규제하는 법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다. 왜냐하면 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.” 이런 취지에서 해당 법률조항은 “공익을 해할 목적”의 허위의 통신을 금지하는바, 여기서의 “공익”은 위 헌법 제37조 제2항의 “국가의 안전보장·질서유지”와 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와 비교하여 볼 때 ‘동어반복’이라고 할 수 있을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하고 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판자유를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다. 또한 “공익”이라는 개념이 매우 추상적인 것이어서 어떠한 표현행위가 과연 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인들에게 있어 공통적으로 공익으로 인식될 수 있는 이익이 존재함은 의문의 여지가 없으나, 판단주체에 따라 공익인지 여부를 달리 판단할 가능성이 있는 이익이 존재함도 부인할 수 없다고 파악하면서 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다”(헌법재판소, 2008헌바157, 2009헌바88(병합))

여기서 주목해야할 점은 표현의 자유에 대한 그동안 헌법재판소의 일관되고 지속적인 해석과 판결이 담겨 있는데 이번 판결은 과거와 사뭇 다르게 판시된 것으로 헌법재판소의 해석에 아쉬움이 남는다. 특히, 헌법재판소가 해당법률의 합헌성을 인정함으로써 행정기구에 의한 인터넷심의제도의 변화의 논의에 부정적인 영향을 끼쳤다고 하겠다.

19) 2008헌바157, 2009헌바88(병합)

그러나 이 헌법재판소결과와 무관하게 서울행정법원에서 판결한 방송통신심의위원회의 행정기구적 속성은 유효하며, 이 제도가 효과적이며 표현의 자유의 측면에서 바람직한 규제모델인지를 논의할 필요성은 여전히 존재한다. 또한 시정요구의 합헌성과 별개로 이 제도가 갖고 있는 문제점이 법원과 사회적으로 확인되고 있기에 행정기관에 의한 규제가 아닌 대체적 규제모델의 탐색은 민주주의의 중요한 과제이기도 한다.

## 5. 결론 및 함의

이 글에서는 SNS표현물에 대한 국내 법률 체계와 규제기관의 성격, 그리고 법원의 판결문을 분석해서 그 문제점을 이해하고자 했다. SNS 표현물에 대한 규제체계를 살펴보면, 법률과 행정기구 중심의 국가주의적 규제경향이 강하다는 것을 알 수 있다. 5가지 측면의 규제법률이 SNS 표현물 규제와 연계되어 있으며, 규제의 주체로서 행정기구가 내용심의를 하고 있음을 알 수 있었다. 그로 인해 민간영역의 자율기능은 상대적 약한 것으로 판단된다.

인터넷의 분산성, 수평성, 역동성 등 소통적 특성을 고려할 때 이용자 권리보호라는 제도적 실익과 표현의 자유라는 기본권의 균형을 고려할 때 그 규제방안은 민간영역의 자율성을 최대한 보장하는 가운데 정부영역의 개입은 최소화될 필요가 있지만, 현재 국내의 SNS 표현물 규제체계는 그렇지 못하다.

이 연구에서는 SNS에 대한 내용규제체계의 개선점으로 다음과 같은 함의를 제시하고자 한다.

첫째, SNS와 같은 인터넷공간에는 최소규제의 원칙이 적용되어야 한다. 이미 우리 헌법재판소는 인터넷에 대한 규제는 국민의 기본권과 관련된 것으로서 구체적이고 명백한 조건하에서 최소규제 수단을 채택하여야 한다는 것을 명시했다. 특히 정치적 표현물에 있어서는 더욱 그러하다. 앞서 언급한 것처럼 헌법재판소는 표현적이고 참여적인 매체로서 인터넷이 대의제 민주주의에 핵심적인 도구로서 금지가 원칙이 되어서는 안된다.

둘째, 규제에 적용되는 불법의 정의를 명확히 하고 그것의 판단주체 및 규제대상을 최소화해야 한다. 인터넷을 무규제 공간으로 간주하는 국가는 없다. 현실세계의 국가법 및 사법구조가 그대로 작동되기 때문이다. 문제는 규제의 범위와 규제주체의 정당성에 있을 것이다. 규제의 범위와 관련해서, 한국은 불법에 대한 포괄적 정의를 통해 광범위한 정보나 게시물을 삭제하거나 차단할 수 있는 법적 구조를 갖고 있다. 한국의 이 같은 과도한 인터넷내용규제체계는 세계적인 흐름과 비교해서 매우 특이한 것이다. 외국의 경우 인터넷내용규제의 불법정보를 적시하는 경우는 저작권법상의 권리침해정보와 아동 포르노그래피와 같은 명백히 반사회적 내용물에 국한해 있다. 그 이유는 사법부가 판단하지 않는 이상 지극히 명백한 침해가 아닌 이상은 그 판정이 어렵기 때문이다.

셋째, 현재의 행정기구로서 방송통신심의위원회 구조에 대한 본질적인 고민이 필요하다. 비록 방송통신위원회 설치법·운영법 제21조에 4호에 대한 위헌법률심판제청에서 합헌 판결이 났지만 행정기구에 의한 내용규제의 정당성 문제와 시정요구의 법률적 및 제도적 불완전성은 그대로 남아 있다. 즉, 현재의 심의구조에 대한 대안을 모색할 필요성은 그대로 존재하고 있다. 즉, SNS규제 거버넌스에 대한 문제를 재설계할 필요성이 그것이다. 행정적인 타율규제와 법령기반의 귀책주의적 접근의 한계는 이미 우리가 경험하고 있기 때문이다. 국가가 인터넷내용을 직접 규제하는 곳이 한국외에도 존재한

다. 호주의 경우 ACMA(Australian Content and Media Authority)가 한국과 같은 국가행정기관적 성격이 띠지만 그 활동 범위는 아동포르노에 대해서만 감시/교육활동을 한다. ACMA는 ‘산업계의 행동강령(Industry Code of Practice)’을 인터넷사업자들이 채택하도록 하였는데 이 규범의 하나로서 ACMA가 불법물에 대한 차단/삭제요청을 인터넷회사에 하면 인터넷회사는 그 여부를 반드시 게시물의 원작성자에게 우선 통지를 하도록 되어 있다고 한다(박경신, 2011).

인터넷규제의 후진국으로 불리는 싱가포르와 타이완 역시 국가에 의한 행정적 규제기관을 두고 있지만 삭제/차단활동의 대상은 아동포르노에 대해서만 적용된다. 이슬람문화권인 말레이지아는 MCMC(Malaysian Content and Multimedia Commission)라는 인터넷업체들 공동의 자율기구와 불법정보 자체정화에 대한 ‘내용협약(Content Code)’를 갖고 있다. MCMC는 자율협약의 이 협약의 준수여부를 확인할 뿐 개별게시물의 위법성은 법원에 제소하여 불법성의 판단을 받는다.

이에 반해, 한국의 방송통신심의위원회는 사법부가 아닌 행정기구로서 방대한 양의 게시물을 임의로 삭제하는 법적 판정자로서 기능하고 있다. SNS 환경에서 이 같은 준 사법적 심의와 판단이 가져올 위험성은 매우 우려스러운 것이다.

또한 SNS와 같이 개인의 의견이 분산적으로 급격히 전파될 수 있는 고도화된 네트워크 환경에서 행정적 규제가 갖는 비효율성은 이미 많은 연구자들에 의해 지적된 바 있다. 특히, 임시조치와 같은 제도는 SNS에 대해서는 피해규제의 효율성이 떨어지고 페이스북이나 트위터와 같은 외국 사업자에게는 해당되지 않는 제도라서 사실상 실효성이 없다는 비판을 받고 있다.

사적 개인들의 발화가 기록되고 빠른 속도로 소통되는 SNS 공간에서 다양한 부작용이 발견되는 것은 피할 수 없는 인간커뮤니케이션 현상이다. 그런 점에서 SNS이용자의 법적, 도덕적 책임이 커지는 것은 당연하다. 또한 인터넷을 통한 다양한 기만행위가 사회의 정상적인 의사소통을 방해하는 것도 목격할 수 있다. 그러나 하나의 기술이 갖는 부정적인 면은 특정 기술의 문제라기보다는 사회의 본질적 속성이 기술에 반영된 것이라는 점을 이해할 필요도 있다. 필연적으로 나타날 수밖에 없는 부정적인 면 때문에 긍정적 측면을 감퇴시키는 것은 민주주의 발전에도 바람직하지 않다. SNS 표현물의 규제는 SNS라는 서비스의 고유성에서 찾고 그것에 대한 규제 도구를 발달시키는 것은 사회적 비용을 양산하는데 불과할 수 있음을 주지할 필요가 있다.

## ■ 참고문헌

- 김보라미 (2012). 방송통신위원회 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 위헌제청사건. <KISO저널>, 2012. 봄호, Vol.6. 19~24.
- 김용희 (2012). SNS선거운동과 선거제도. 관훈클럽-한국언론진흥재단 공동주최 세미나 발제문. 2012.2.24.
- 박홍원 (2004). 미디어 어카운터빌리티 개념을 통한 사회책임이론의 재조명. 『언론과사회』, 제12권 3호, 8~54쪽.
- 이민영 (2009). 방송통신심의의 성질에 관한 법적 연구. 『성균관법학』, 제21권 1호, 785~808.
- 이원태·김춘식·이나경 (2010). 소셜 미디어에서 온라인 정치담론의 특성. 정보통신정책연구원.
- 이원태·양승찬·이준웅·황용석 (2008). 『방통융합시대 시민참여변화와 정책적 함의』. 정보통신정책연구원 보고서.

- 전자신문(2011.08.25.). “중국 정부, 인터넷 검열 ‘공식화’”. <http://www.etnews.com/201108250144>
- 정 완(2003). 위험정보의 유통과 ISP에 대한 형법적 규제, 『형사정책연구소식』, 2003.11/12.
- 지성우 (2009). 현행 통신심의제도의 법적 문제점 고찰. 『언론과 법』, 제8권2호, 127~166.
- 최병선 (2000). 『정부규제론』. 서울: 법문사.
- 최문선 (2010. 4.7). 보도자료. “방송통신심의위원회 통신심의 1년 10개월간 36,209건 시정요구, 주요 포탈 2년간 임시조치 124,319건에 달해” .
- 황성기 (2007). 정보매개서비스제공자의 법적 책임의 적정 범위에 관한 연구: 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 2005가합64571, 손해배상(가)등의 평석을 중심으로. 『사이버커뮤니케이션학보』, 24호, 149~190.
- 황성기 (2009). 신문사 광고주 관련 정보에 대한 방송통신심의위원회의 위법 결정의 헌법적 문제점. 『공법학연구』, 제10권 2호, 214~243.
- 황성기 (2009). 한국에서 인터넷 자율규제 활성화를 위한 제도적 방안. 『KISO 저널』, 통권1호, 40~55.
- 황용석 (2010). 자율규제모델의 관점에서 본 한국인터넷자율정책기구(KISO) 현황과 과제. 『언론중재』, 2010년 겨울호, 53~70.
- 황용석 · 이동훈 (2009). 국내 인터넷 개인미디어 관련 규제 법률의 문제점 진단 및 개선방안 연구. 『정보통신정책학보』, 제16권 3호, 85~115.
- 황용석 · 이동훈 · 김준교 (2009). 미디어 책무성 관점에서의 인터넷 자율규제제도 비교연구. 『언론과 사회』, 제17-1호. 62~93.
- 황용석 (2010). KISO 정책 및 심의결정 리뷰: 국가기관의 삭제요구. 『KISO저널』, 2010 가을호 3호. 54~62.
- 황용석 (2011). SNS와 언론보도. 언론중재위원회 세미나 발표문(2011.12.7.).
- 황창근 (2010). 인터넷상 불법정보 규제법제의 분석. 『세계헌법연구』, 제15권 3호, 520~548.
- ZDNET (2012.01.08). “이란 인터넷은 국가검열받는 인트라넷”. <http://www.zdnet.co.kr/news/newsview.asp?articleid=20120108135324>
- Balow, John P. (1996). A Declaration of the Independence of Cyberspace, [www.eef.org/~barlow/Declaration-Final.html](http://www.eef.org/~barlow/Declaration-Final.html).
- Berners-Lee, T., & Fischetti, M. (1999). *Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by Its Inventors*, HarperCollins, at: [www.harpercollins.com/catalog/redis.asp?0062515861](http://www.harpercollins.com/catalog/redis.asp?0062515861).
- Bimber, Bruce A. (2003). *Information and American Democracy: Technology in the Evolution of Political Power*. New York: Cambridge Univ. Press.
- Black, Julia (1996). *Constitutionalizing Self-Regulation*, 59 *Modern Law Rev.* 24, 26.
- Blumenthal, M. S., & D. D. Clark (2001). Rethinking the design of the Internet: The end to end arguments vs. the brave new world. To appear in *ACM Transactions on Internet Technology*, <http://ana.lcs.mit.edu/anaweb/papers.html>.
- Boncheck, Mark (1995). “Grassroot in Cyberspace: Recruiting Members on the Internet”, paper presented at the 53rd Annual Meeting of the Midwest Political Association.
- Bonici, Jeanne Pia Mifsud (2008). *Self-Regulation in Cyberspace*. Leiden: T.M.C.Asser Press.
- Boyd, Danah & Ellison, Nicole (2007). Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 13(1). <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.htm>
- Cave, J., Marsden, C., & S. Simmons (2008), *Options for and Effectiveness of Internet Self-and Co-regulation*, RAND.
- Cnet (2011.12.17). China tightens screws on microbloggers. [http://news.cnet.com/8301-1023\\_3-57344708-93/china-tightens-screws-on-microbloggers/?tag=mncol;txt](http://news.cnet.com/8301-1023_3-57344708-93/china-tightens-screws-on-microbloggers/?tag=mncol;txt)
- Froomkin, A. Michael (1997). The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage, in: Brian Kahin & Charles Nesson

- (ed.), *Borders in Cyberspace: Information Policy and the Global Information Infrastructure*, Cambridge, MA: MIT Press, 1997, pp. 129~163.
- Haythornthwaite, C. (2005). Social networks and Internet connectivity effects. *Information, Communication, & Society*, 8(2), 125~147.
- John Perry Balow, & Electronic Freedom Foundation (1996). A Declaration of the Independence of Cyberspace, [www.eef.org/~barlow/Declaration-Final.html](http://www.eef.org/~barlow/Declaration-Final.html).
- Kling, Rob (1996). Information technologies and the shifting balance between privacy and social control. In Kling, Rob, (Ed.), *Computerization and Controversy: Value Conflicts and Social Choices*(2nd ed.). San Diego: Academic Press.
- Kietzmann, Jan H., Hermkens, Kristopher, McCarthy Ian P., Silvestre, & Bruno S. (2011). Social media? Get serious! Understanding the functional building blocks of social media. *Business Horizons* (2011), 54, 241~251.
- Lessig, L. (14 November 1999). Architecting Innocation, at: [www.thestandard.com/article/display/0,1151,7430,00.html](http://www.thestandard.com/article/display/0,1151,7430,00.html).
- Liu, Ching-Yi (1997). *The Regulation of Cyberspace: Computer Technology, Law, and Self-regulation on the Internet*. Ph.D. Dissertation. The University of Chicago: Chicago, IL.
- Maxwell, John W., Tomas P. Lyon, & Steven C. Hackett(2000). Self-regulation and social welfare: the political economy of corporate environmentalism. *Journal of Law and Economics*, 43(2), 583~618.
- Murugesan, S. (2007). *Understanding Web 2.0. Computer Society*, July/August, 34~41.
- Newson, Alex. & Houghton. Deryck. Patten. Justin(2008). *Blogging and Other Social Media-Exploiting the Technology and Protecting the Enterprise: Ashgate Pub Co.*
- Norris, Pippa (2001). *Digital Divide?*, New York: Cambridge Univ. Press.
- NYTimes (2012.01.27). "Censoring of Tweets Sets Off #Outrage". [http://www.nytimes.com/2012/01/28/technology/when-twitter-blocks-tweets-its-outrage.html?\\_r=1&hp](http://www.nytimes.com/2012/01/28/technology/when-twitter-blocks-tweets-its-outrage.html?_r=1&hp)
- Plaisance, P. L. (2000). The concept of media accountability reconsidered. *Journal of Mass Media Ethics*, 15(4), 257~268.
- Price, Monroe E. & Steffan G. Verhulst (2000). The Concept of Self-Regulation and the Internet Content, in Jens Walterman & Marcel Machill (eds.), *Protecting Our Child on the Internet: Toward a New Culture of Responsibility*, Gütersloh: Bertelsmann Foundation Publishers.
- Rheingold, Howard (1993). *The Virtual Community: Homesteading of the Electronic Frontier*, MA: Addison-wesley Publishing Company.
- Rowe, N., & Rothstein, H. (2004, July). Two taxonomies of deception for attacks on information systems. *Journal of Information Warfare*, 3(2), 27~39.
- Saltzer, J.H. , D. P. Reed, & D. D. Clark (1984). End-To-End Arguments in System Design. *ACM Transactions on Computer Systems*, Vol. 2(4), pp.277~288. <http://www.reed.com/Papers/endtoend.html>.
- Shah, D. V., McLeod, D. M., Friedland, L., & Nelson, M. R. (2007). Introduction: The politics of consumption/The consumption of politics. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 611. LA: Sage.
- Schulz, Wolfgang Schulz, & Thorsten Held (2004). *Regulated Self-Regulation as a Form of Modern Government: A Comparative Analysis with Case Studies from Media and Telecommunication Law*, London: The University Of Luton Press.
- Shirky. C. (2010). "The Political Power of Social Media: Technology, the Public Sphere, and Political Change", *Foreign Affairs*. <http://www.foreignaffairs.com/articles/67038/clay-shirky/the-political-power-of-social-media>

Tambini, Damian, Danilo Leonardi, & Chris Marsden (2008). *Codifying Cyberspace: Communication self-regulation in the age of internet convergence*. New York: Routledge.

Twitter official blog (2012.01.26). Tweets still must flow. <http://blog.twitter.com/2012/01/tweets-still-must-flow.html>

(투고일자: 2012. 3. 16, 수정일자: 2012. 4. 30, 게재확정일자: 2012. 5. 3)

ABSTRACT

## The Analysis of Content Regulation on Social Network Service(SNS): Focusing on the Problem of Legal and Administrative Regulation

Yong-Suk Hwang\*

Social Network Service(SNS), which are an emerging form of political architecture, have been a political means to promote civic engagement and shape public opinions on social issues. Along with the influence of SNSs, the governmental control on the dissemination of information over SNSs has increased more and more.

It would be ideal if the autonomous governance regulates SNSs which facilitate the networks of the dispersed people. It is the fact, though, that compulsory regulations under which the government controls impose policy and legal restrictions on political expressions. The current study addresses expressive and participatory nature embedded in technological characteristics of SNSs and discusses the problems of content regulations of political expression over SNSs.

First of all, it is analyzed that light touch regulation or light touch monitoring should be applied to regulating content on SNSs, particularly political expressions. Constitutional Court proclaimed that legal restrictions on the Internet could infringe basic rights of the people and thus under unambiguous standards, the Doctrine of Clear and Present Danger should be applied to its content. Second, it is found that clarifying the definition of illegality in the application of legal restrictions is necessary to minimize the excessive misleading. Third, it is required that Korea Communications Standards Commission under the government control needs to change in determining the scope of illegal information. In a domestic level, there needs to be safeguards for the protection of the self-regulatory organization such as KISO to guarantee voluntary and autonomous regulatory practices.

Keywords: SNS, Korea Communications Standards Commission, Censorship, Content Regulation

---

\* Associate Professor, Ph.D. Department of Convergent Media Graduate School of Mass Communication & Public Relations, Konkuk University