

## 초점

## 전기통신사업법 제53조 위헌결정의 내용과 의의

## 1. 전기통신사업법 제53조 ‘불온통신의 단속’에 대한 위헌결정

헌법재판소는 지난 6월 27일 인터넷 등 전기통신상의 표현의 자유를 공공의 안녕질서, 혹은 미풍양속이라는 추상적인 법률규정을 근거로 광범위하게 규제하고 있는 전기통신사업법 53조는 위헌이라는 결정을 내렸다. 헌법재판소 전원재판부(주심: 김영일 재판관)의 이번 결정은 인터넷상 표현의 자유에 대한 범위를 진보적 입장에서 확대 해석한 것으로 그 동안 규제 불가피론을 주장해온 정부측과 정부에 의한 인터넷 검열 자체를 반대해온 시민단체간의 새로운 논쟁을 유발시킬 전망이다. 일단 헌법재판소의 위헌결정으로 전기통신사업법 53조는 법률로서의 효력을 상실했으며 이 조항에 의해 규제 받았던 표현물은 원상복구된다.

헌법재판소는 27일 ‘전기통신사업법 제53조 등 위헌확인사건’(99헌마480) 결정문을 통해 “이 사건 결정은, 공중과 방송과 달리 ‘가장 참여적인 시장’, ‘표현촉진적인 매체’로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유에 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다는 점을 감안했다”고 밝혔다. 즉 “현재와 같이 포괄적이고 추상적인 법률규정으로 광범위하게 규제하여서는 아니되고 법률에 의하여 규제되는 범위를 구체적이고 엄밀하게 한정할 필요가 있음을 명백히 한 데 그 의의가 있다”는 것이다.

헌법재판소가 위헌 심판대상으로 결정에 붙인 법률은 전기통신사업법 제53조(불온통신의 단속) 1, 2, 3항과 같은 법 시행령 제16조(불온통신) 1, 2, 3항이다.<sup>1)</sup> 헌법재판소는 결정이유 요지(9명의 재판관중 6명의 다수의견)를 통

해 “표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 가진다”며 “그런데, ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는’이라는 불온통신의 개념은 너무나 불명확하고 애매하다”고 설명했다. 다시 말해 “공공의 안녕질서’, ‘미풍양속’은 매우 추상적인 개념이어서 어떠한 표현행위가 과연 ‘공공의 안녕질서’나 ‘미풍양속’을 해치는 것인지, 아닌지에 대한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하기도 어렵다”는 지적이다.

또 헌법재판소는 “불온통신 개념의 모호성·추상성·포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다 함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다”고 밝혔다. 헌법재판소는 대표적인 사례로 성인의 접근금지 필요성이 없는 선정적인 표현물이나 혼전동거 등 성 혼인 가족제도에 관한 표현들이 ‘미풍양속’을 해치는 것으로 규제되거나, 징집반대 집총거부 등의 예민한 정치적, 사회적 표현들이 ‘공공의 안녕질서’를 해치는 것으로 규제될 가능성이 있다고 들었다. 이 경우 “전기통신의 이용자는 표현행위에 있어서 위축되지 않을 수 없고 이로 말미암아 열린 논의의 가능성은 원천적으로 배제되어 표현의 자유의 본질적 기능이 훼손된다”는 것이다.

헌법재판소는 전기통신사업법 제53조 제2항에서 명시하고 있는 규제통신의 대상을 대통령령으로 정한다는 조항도 포괄위임입법금지원칙에 위배된다고 결정했다. 즉 추상적이고 불명확한 개념을 이용한 대통령령이 어떤 기준과 대강을 가질지를 국민 스스로 예측할 수 없으며 행정입법자에게도 적절한 지침을 제공하지 못해 제대로 된 통제기능 수행에 어려움을 준다는 설명

- 
- 1) 전기통신사업법 제53조 제1항에서 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니된다고 규정하고 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상을 대통령령에 위임하고 있다. 그리고 제3항에서 정보통신부장관은 전기통신사업자로 하여금 불온통신의 취급을 거부·정비 또는 제한하도록 명할 수 있도록 하고 이를 위반할 경우 제71조에서 2년이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 대통령령 제16조에서 불온통신으로 ①범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사하는 내용의 전기통신, ②반국가적 행위의 수행을 목적으로 하는 내용의 전기통신, ③선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신이라고 규정하고 있다.

이다. 헌법재판소는 마지막 위헌 판결대상인 전기통신사업법 제53조 제3항과 같은법 시행령 제16조는 앞에서 언급한 1, 2항의 위헌결정을 근거로 볼 때 더 나아가 살필 필요도 없는 위헌이라고 판결했다.

반면 소수의견을 제시한 하경철, 김영일, 송인준 재판관은 “법률의 합헌적 해석의 원칙 특히, 기본권의 최대보장, 최소제한의 원칙에 의거하면, 위 법률조항등에서 위임의 기준으로 사용하고 있는 ‘공공의 안녕질서’ 또는 ‘미풍양속’은 ‘모든 국민이 준수하고 지킬 것이 요구되는 최소한도의 질서 또는 도덕률’을 의미한다고 보아야 한다”고 위헌결정에 대한 반대의견을 피력했다. 이들은 또 전기통신사업자에 대해 정통부 장관이 통신망의 거부 정지 또는 제한을 명할 수 있도록 한 동법 제53조 제3항의 경우 이 조항은 이용자에 대해 일체의 직접적인 법적 책임을 부과하고 있지 않고, 이용자는 다른 통신망을 이용할 수 있다는 이유 등을 들어 과잉금지의 원칙을 위배한 표현의 자유 침해라고는 볼 수 없다고 강조했다.

그러나 소수의견을 낸 재판관들도 전기통신사업법시행령 제16조 제2호의 ‘반 국가적 행위의 수행을 목적으로 하는 내용의 전기통신’과 3호의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신’에 대해서는 지나치게 추상적이고 불명확한 표현이라고 지적했다. 즉 표현의 자유에 대한 침해가능성이 쉽게 예상되는 제2호와 제3호가 제시하는 기준은 표현의 자유를 침해하고 있는 조항으로 판단된다는 말이다.

헌법재판소의 이번 결정은 지난 99년 6월 한 대학생이 PC통신에 게시판에 올린 자신의 글이 삭제되고 통신이용이 중지된 데 항의해 표현의 자유 침해라며 99년 8월 헌법소원심판을 청구한 데 대한 것이다. 이 대학생은 당시 PC통신 ‘나우누리’의 한 동호회 게시판에 ‘서해안 총격전, 어설프다 김대중’이라는 글을 올렸다가 따른 나우누리 운영자에 대한 정통부 장관의 명령에 따라 게시 글이 삭제되고 1개월간 나우누리 이용 중지 처분을 받았다.

## 2. 내용규제관련 현행 법제도

이번에 문제가 된 전기통신사업법 제53조 불온통신의 단속조항외에도 음란, 불건전정보, 청소년유해매체물 등의 이름으로 규제하는 법조항들이 있다.

### (1) 형법상의 음란물 규제

대표적인 음란물 규제 법규는 형법 제243조<sup>1)</sup>이다. 이 조항에 의하면 음란물에 관한 죄는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 경우에 성립한다. 음란물에 관한 죄는 사회의 선량한 성풍속을 보호하기 위한 것으로서 추상적 위험범에 해당한다.<sup>2)</sup>

대법원은 컴퓨터 프로그램 파일은 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없어 형법 제243조를 적용할 수 없다고 판시하였다.<sup>3)</sup> 대법원은 수수료를 받고 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터프로그램파일은 동죄의 음란한 ‘기타 물건’으로 볼 수 없다고 판시한 것이다. 결국 이 판례에 의하면 형법 제243조의 음화반포죄는 사이버음란물에 대해서는 적용될 수 없다는 결과가 된다는 점에서 많은 비판을 받고 있다.

또한 음란물에 대한 개념이 시대적, 사회적 가치관에 따라 변하는 상대적 개념이고, 법관의 자의적인 판단을 허용할 여지가 있어 사례에 따라 법해석이나 법적용에 많은 차이를 가져올 수 있다는 비판도 제기되고 있다.<sup>4)</sup>

1) 형법 제243조 (음화반포등) 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.

2) 박상기, 「형법각론」, 박영사, 1999, p.532

3) 대법원 1999. 2. 24. 선고 98도3140 판결

#### 【판시사항】

컴퓨터 프로그램파일이 형법 제243조 소정의 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당하는지 여부 (소극)

#### 【판결요지】

형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로, 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일을 컴퓨터 통신망을 통하여 전송하는 방법으로 판매한 행위에 대하여 전기통신기본법 제48조의2의 규정을 적용할 수 있음은 별론으로 하고, 형법 제243조의 규정을 적용할 수 없다.

#### 【참조조문】 형법 제243조

4) 이경재, “성과 법, 자유와 규제: 성표현물을 둘러싼 문제점”, 「형사정책연구소식」 통권 제39호, 1997, p.16

## (2) 전기통신기본법

과거 전기통신기본법 제48조의2에, “전기통신역무를 이용하여 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 반포·판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있었으며 사이버 공간에서의 성표현물 규제의 대표적인 준거로써 이용되었었다. 예를 들어, 1997년 말 인터넷에 이승희의 누드사진 3장을 올린 노모씨를 기소하면서, 검찰은 형법상 음화전시 혐의와 함께, 전기통신기본법 위반 혐의를 추가로 적용했고, 재판부는 인터넷상의 성표현물에 대해서 형법 제243조가 아닌 전기통신기본법 제28조의 2를 적용하여 유죄 판결을 내린 바 있다.<sup>5)</sup> 그러나 이 조항은 2001년 1월 16일 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률이 개정되면서 삭제되었다.

## (3) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(이하 정보통신망법)

정보통신망법에서는 제41조에서 정보통신부장관은 정보통신망을 통하여 유통되는 음란·폭력정보 등의 유해한 정보로부터 청소년을 보호하기 위하여 ①내용선별소프트웨어의 개발 및 보급, ②청소년 보호를 위한 기술의 개발 및 보급, ③청소년 보호를 위한 교육 및 홍보, ④기타 청소년 보호를 위하여 대통령령이 정하는 사항에 관한 시책을 마련하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자 중 청소년 보호법 제7조제4호의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조제3호의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다.(제42조) 제42조의 규정을 위반하여 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 영리를 목적으로 제공한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.(제64조)

개정과정에서 많은 논란이 있었지만 규제의 대상이 청소년유해매체물로 축소된 것은 사회적인 흐름으로 볼 때, 타당한 결과라고 할 것이다. 그리고

5) 서울지법 형사8단독 재판부는 판결문에서 “노씨가 인터넷에 게재한 이승희의 누드사진은 체모까지 드러나는 등 음란성이 인정된다”고 하여 1998년 9월 29일 벌금 200만원을 선고하였다.

법규정의 내용에 있어서도 규제규정에 앞서 청소년보호정책을 우선적으로 규정하고 있는 것은 최종 수단으로써의 행정규제라는 규제정책의 세련화의 측면에서 볼 때, 매우 의미있는 구성이라고 할 것이다.

#### (4) 청소년보호법

인터넷을 통한 음성정보, 영상정보 및 문자정보가 청소년 유해매체물에 해당되는지의 여부에 대해 청소년보호법은 제10조에 다음과 같이 그 구체적 기준을 제시하고 있다.<sup>1)</sup>

① 청소년보호위원회와 각 심의기관은 제8조의 규정에 의한 심의를 함에 있어서 당해 매체 물이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 청소년유해매체물로 결정하여야 한다.

1. 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것
2. 청소년에게 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것
3. 성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것
4. 청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해하는 반사회적·비윤리적인 것
5. 기타 청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 것

② 제1항의 규정에 의한 기준을 구체적으로 적용함에 있어서는 현재 국내 사회에서의 일반적인 통념에 따르며 그 매체물이 가지고 있는 문학적·예술적·교육적·의학적·과학적 측면과 그 매체물의 특성을 동시에 고려하여야 한다.

③ 청소년유해여부에 관한 구체적인 심의기준과 그 적용에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

또한 제7조에 보면, 청소년유해매체물의 심의기준과 관련된 규정이 있는데, 이때 청소년유해매체물로 판정되면 유해매체물 표시의무를 부과하고 유

---

1) 관련 규정, 동법 시행령 제7조



통을 제한하도록 하고 있으며, 유해매체물로 심의·결정할 수 없는 것에 대해서는 매체물 자체의 등급을 구분하여 규제하도록 하고 있다.<sup>2)</sup>

그리고 청소년보호법 제17조에 보면, 청소년유해매체물 판매금지에 관한 규정이 있다. 곧 청소년유해매체물은 이를 청소년을 대상으로 시청·관람·이용에 제공하여서는 아니 되며, 위반시 3년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다고 되어 있다. 이는 청소년보호법시행령 제16조제1항에 청소년유해매체물을 판매하고자 하는 자는 반드시 그 상대방의 연령을 확인하여야 한다고 또한 명시되어 있다.

또한 청소년유해매체물의 경우 표시의무(청소년보호법 제14조 및 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조)가 주어지는데, 청소년유해매체물로 결정·고시된 모든 매체물에 대해서는 청소년에게 유해한 매체물임을 나타내는 표시를 하여야 하고, 위반시 2년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다고 되어 있다.

청소년유해매체물의 구분·격리(청소년보호법 제18조)와 관련하여 청소년유해매체물은 청소년에게 유통이 허용된 매체물과 허용되지 않는 매체물을 구분·격리하지 아니하고 판매 또는 대여를 위하여 전시·진열하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.(2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)

## (5) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률

### [성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]

제14조(통신매체이용음란) 자기 또는 다른 사람의 성적욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 300 만원이하의 벌금에 처한다.

2) 제6조 (등급구분의 종류·방법) ①청소년보호위원회와 각 심의기관은 법 제9조의규정에 의하여 청소년유해매체물로 심의·결정되지 아니한 매체물에 대하여 다음 각호의 구분에 따라 매체물의 등급을 구분할 수 있다. 다만, 각 심의기관에서 소관매체물에 대하여 별도의 등급구분을 하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 9세 이상 가 : 9세 이상 청소년이 이용할 수 있는 매체물
2. 12세 이상 가 : 12세 이상 청소년이 이용할 수 있는 매체물
3. 15세 이상 가 : 15세 이상 청소년이 이용할 수 있는 매체물

제15조(고소) 제14조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

성폭력특별법에서는 형법에서와 달리, 단순히 ‘물건’이라는 개념을 사용하지 않고 ‘영상 또는물건’이라는 개념을 사용하여 사이버 공간에서의 음란정보를 포섭대상으로 하고 있다. 그러나 이 규정은 상대방이 동의하지 않은 경우에 음란한 정보를 제공하는 경우에 처벌하는 것이지, 본인이 스스로 음란정보에 접속하여 열람하는 경우에 이러한 음란정보의 제공자를 처벌하는 것은 아니다. 본 범죄가 친고죄로 규정되어 있는 것도 처음부터 이용자가 스스로 그러한 정보에 접속해서 음란 정보를 받는 경우를 대상으로 하고 있지 않다는 것을 말해준다. 그렇기 때문에 인터넷 서비스 제공자 또는 링크자에 대하여 성폭력 특별법에 따라 처벌하는 것은 가능하지 않다.

### 3. 시사점과 전망

#### (1) 포괄적 규제에서 구체적 규제로

이번 헌법재판소의 위헌결정으로 온라인에서 포괄적인 내용규제정책에 제동이 걸린 것은 사실이다. 그러나 이것이 내용규제에 관한 근본적인 위헌결정이 아님을 상기할 필요가 있다. 즉 헌법재판소의 위헌결정문에서 알 수 있듯이 이제는 포괄적이고 추상적인 법률규정을 근거로 한 행정규제가 아니라 구체적이고 명확한 법률규정을 통한 규제가 요구된다. 자유로운 표현과 유통 그리고 참여라는 정보사회의 이념에 비추어볼 때, 이는 매우 당연한 사회적 흐름이라고 할 것이다. 오히려 이번 위헌결정을 기회로 삼아 불건전한 정보통신이용 사례를 분석하여 이에 적합한 구체적인 조항들을 만드는 것이 필요할 것이다.

#### (2) 규제정책의 세련화

규제조항의 구체화와 더불어 요청되는 것이 규제정책의 세련화일 것이다. 즉 구시대적인 포괄적이고 일방적인 규제가 아니라 참여와 자율이 인정되는 복합적인 규제가 요청된다. 현실적으로도 내용규제에 있어서 자율적 규제와 기술적 규제에 관한 논의가 많이 있어 왔다. 또한 인터넷이라는 환경이 일방



적인 규제가 불가능하다는 특성을 감안한다면 적절한 규제방법을 복합적으로 시행하는 것이 필요하다. 1차적으로 자율적인 감시 및 유해정보 차단프로그램 등을 활성화하고, 최종적 수단으로써 행정규제를 가하는 시스템이 가장 적절할 것이다.

(오테원 주임연구원, 570-4111, jerry@kisdi.re.kr)

동향

## 고객의 동의 없는 고객정보 공유의 한계

미국연방규제위원회는 통신회사나 무선호출장치회사가 다른 서비스를 판매하기 위해 고객들의 정보를 사용하는 것을 제한하는 규정을 2002년 7월 16일자로 통과시켰다. 연방통신위원회에 따르면, 이제 통신회사는 고객의 동의를 사전에 얻어야만, 통신서비스를 제공하지 않는 다른 회사와 고객정보를 공유할 수 있게 되었다. 그러나 회사가 고객의 정보를 내부적으로만 사용하거나 또는 다른 관련 통신회사와 공유하는 경우에는, 고객의 묵시적 동의가 있는 것으로 추정되어 진다. 예컨대 전화서비스를 제공하는 전화회사는, 인터넷이나 음성메일과 같은 관련 서비스를 판매하는 전화관련 회사와 고객의 기록을 공유할 수 있다. 그러나 고객의 정보를 전화회사가 공유하기를 고객이 원하지 않는다면, 전화회사에 이를 통지하여 정보공유를 차단시킬 수 있다.

이 규정은 회사가 고객의 동의를 얻어야만 고객의 개인정보를 사용할 수 있도록 강제하려는 연방통신위원회의 두 번째 시도이다. 첫 번째 시도는 법원이 이에 대해 부정적 판단을 내림으로써 성공을 거두지 못하였다.

항소법원은 연방통신위원회가 제정한 규정들이 통신회사의 권리를 침해했다는 이유로 1999년에 규정무효 판결을 내렸다. 무효화된 규정은 통신회사가 고객정보를 공유하고자 하는 모든 경우에 있어서, 서면이나 구두, 또는 전자적인 방법으로 고객의 사전 동의를 얻을 것을 요하고 있었다. 규정무효 판결 이후 제정된 새 규정은, 사전동의요건을 절대적으로 요구하지 않음으로