

**「전기통신사업법 시행령」
일부개정안
검 토 의 견**

2015. 2.

[사]오픈넷



이사장: 전용휘

주소: 서울 서초구 서초대로50길 62-9 402호

전화번호: 02-581-1643

1. 특수유형부가통신사업자의 음란물 유통방지를 위한 기술적 조치 사항 및 운영, 관리 실태 정보의 보관규정 등(안 제30조의3 및 제30조의4 신설, 별표1 및 별표3 개정)에 대한 반대의견

가. 일반적 감시의무 부과 문제점

- 기술적 조치의 24시간 상시 적용 및 모든 복제, 전송 관련 장비 및 서비스에 적용할 것을 요구하는 것(안 [별표 3] 개정)은 전기통신사업자에게 과도한 부담을 주는 **일반적 감시의무의 부과에 해당함**
 - 한EU FTA 제10.66조는 비록 지적재산권에 한정되어 있기는 하지만 모든 ISP(특수한 유형의 부가통신사업자 포함)에게 일반적 감시 의무나 적극적 조사 의무를 부과하지 못하도록 하고 있음
 - 한EU FTA 제10.66조의 모법인 **유럽연합의 전자상거래지침 (E-Commerce Directive)**은 모든 불법 정보(저작권 침해 정보, 음란 정보, 아동 포르노물)에 대한 일반적 감시 의무를 금지하고 있음
- <한-EU FTA 제10장 제10.66조 제1항 ‘감시할 일반적 의무의 면제’>

1. 양 당사자는, 제공자가 제10.63조부터 제10.65조까지의 적용대상이 되는 서비스를 제공하는 때, 자신이 송신하거나 저장하는 정보를 감시할 일반적 의무, 또는 불법적 활동을 나타내는 사실이나 정황을 적극적으로 찾도록 하는 일반적 의무를 제공자에게 부과해서는 아니 된다.

- 시행령 개정안의 모법인 전기통신사업법에도 “유통방지를 위한 기술적 조치”라고만 하여 일반적 성격의 기술적 조치를 의무화한 것이 아님

나. 안 제30조의3 제1항에 의한 기술적 조치의 문제점

- 개정 전기통신사업법의 국회 상임위 검토보고서에 의하면 음란물을 인식할 수 있는 조치는 음란물 DB를 통한 차단을 염두에 둔 것이나, 이는 표현의 자유의 침해 여지가 크고, 사업자에게 과도한 의무를 부과하여 직업의 자유를 침해할 우려가 있음
 - 음란물인지 합법적인 성표현물인지 여부는 맥락으로 판단되어야 하는데, 전세계적으로 매일 무수히 쏟아지는 음란물을 일일이 확인해서 DB를 만드는 것은 시간·비용·기술적으로 불가능하며, 합법적인 성표현물까지 과도하게 포섭되어 차단될 위험이 있음

- 또한 공신력 있는 음란물 DB가 없으며, 위에서 본 바와 같이 사업자가 음란물 DB를 만드는 것도 현실적으로 불가능함. 규제 영향분석서는 사업자가 필터링 전문 사업자와 계약을 통하여 기술적 조치를 이행할 수 있다고 하나, 필터링 업체의 DB를 100% 신뢰하여 필터링 조치를 한다 해도 면책조항이 없는 이상 제공받은 DB에 문제가 있다면 사업자가 처벌을 받게 됨
 - 전기통신사업자가 차단해야 하는 음란물 DB는 차단 사이트에 관한 DB와 차단 콘텐츠에 관한 DB 2가지가 있는데, 독일의 경우 형사 당국(Federal Office of Criminal Investigation)이 아동 음란물 웹 사이트에 대한 차단 목록을 만들도록 의무화하고 있음(The German Access Impediment Act).
 - 이런 공인 DB가 없는 상황에서 민간사업자에게 알아서 음란물을 차단하라는 것은 합법물 차단의 우려가 있고, 차단 콘텐츠에 관한 DB는 어떤 콘텐츠가 음란물인지 아닌지를 식별할 기술이 없다는 점에서 실현 불가능한 과도한 의무를 부과하는 것임
 - 따라서 시행령은 공인 DB를 전제로 한 최소한의 기술조치 의무로 한정하는 것으로 수정이 필요함

- 입법예고안 제30조의3 제1항의 조치는 저작권법령을 그대로 차용한 것인데, 침해 저작물 차단을 위한 기술적 조치를 음란물 차단 기술조치에 그대로 적용해서는 안됨
 - 첫째, 저작물은 보호받을 권리가 있는 정보인 반면, 음란물을 법률로 보호할 권리가 없는 불법정보임
 - 둘째, 필터링 조치는 DB를 전제로 하는데, 저작물의 경우 권리가 권리관리정보를 가지고 있기 때문에 특수유형부가통신사업자가 정보를 제공받아 DB를 만드는 것이 가능하지만, 음란물의 경우 불법정보의 제작자에게 DB를 만들어 제공하도록 할 수 없음
 - 셋째, 음란물 필터링 기술의 핵심은 어떤 콘텐츠가 음란물인지를 사람이 아닌 “기술적으로” 인식하는 것임. 입법예고안도 “제목, 특징 등을 비교하여 … 불법정보를 인식할 수 있는 조치”로 정하고 있음. 그런데 저작물의 경우에는 저작권자가 제공하는 특징정보를 통해 기술적 인식이 어느 정도 가능하지만 음란물은 특징 정보만으로는 음란물인지 아닌지를 “기술적으로” 인식할 방법이 없음
 - 넷째, 검색제한의 경우도 제호가 정해진 저작물과 달리 음란물에 국한되는 검색어를 특정할 수 없어 합법적인 검색어까지도 무차별적으로 제한하여 합법정보의 검색마저도 거의 불가능하게 만드는 반면, 유통 방지에는 전혀 실효성이 없음

- 차단당할 사이트 운영자에게 사전 의견 진술 기회를 부여하지 않는 것도 문제임
 - 미국의 펜실베이니아 주는 ISP에게 아동포르노 차단을 의무화하는 법을 만들었다가 위헌 판결을 받았음(Center for Democracy & Technology v. Pappert, Case No. 03-5051 (E.D. Pa. Sept. 10, 2004)) 주된 이유는 차단 사이트에 사전 통지를 하지 않아 위헌적인 사전제재(prior restraint)에 해당하고, 합법 콘텐츠에 대한 검열, 표현의 자유 침해 때문이었음

다. “유통을 방지하는 것이 기술적으로 불가능”한 기준의 문제점

- 위에서 본 바와 같이 음란물의 유통을 완벽히 방지할 수 있는 음란물 DB와 필터링 기술 갖추는 것은 현실적으로 불가능하기 때문에 제2항은 별 의미가 없을 뿐만 아니라, 아래와 같은 헌법 원칙 위반 문제가 있음

1) 자기책임의 원리 위반

- 불법정보가 유통되었다는 사실만 있으면 사업자는 방지가 기술적으로 불가능했다는 점을 증명해야 하는데, 사업자가 이를 증명할 수 있는지에 대한 기대가능성이 없어 결과적으로 제3자의 행위에 대해 무과실책임을 지우는 것과 마찬가지로
- 기술적 조치를 취하지 않을 경우 과태료 부과와 함께 등록취소 또는 사업정지 9개월을 당할 수 있다는 점을 고려할 때 타인의 행위에 대한 결과책임으로 처벌을 하는 것은 과도한 기본권 침해이며 헌법상 자기책임 원리 위반임

2) 위임입법의 한계 위반

- 전기통신사업법에서는 “대통령령으로 정하는 기술적 조치”라고만 하고 있으므로 시행령에서는 수권법률이 수권한 이상으로 국민의 기본권을 제한해서는 안됨
- 상위 법에서 수권받지 않은 내용을 규정함으로써 특수유형 부가통신사업자에게 과도한 의무를 지우고 있으므로 위임입법의 한계 위반으로 위헌임
- 또한 기술적 조치를 하지 않은 경우의 제재 규정이 강화 및 신설되었으므로 위헌성은 더욱 커짐

3) 명확성 원칙 위반

- “기술적으로 불가능”한 정도에 대한 하등의 기준이 없어 법률 해석을 통하여도 객관적인 기준을 얻기가 어려워 수범자의 예견 가능성을 심각하게 제한함
- 특히 침해적 법률에서는 명확성이 더 엄격하게 요구되는 점을 고려하면, “기술적”, “불가능”이라는 개념을 대통령령에서 새로이 규정하는 것은 너무나도 막연하여 위헌 무효임

다. 규제 적정성 및 실효성의 문제

- 규제영향분석서는 규제의 적정성에 있어 경쟁에 미치는 영향이 없고, 규제의 명료성에 있어 규제 대상자의 범위가 명확하다고 보았으나 특수유형부가통신사업자에는 **앱스토어, 클라우드 서비스 등의 새로운 유형의 사업자도 포함될 가능성이 높음**
 - 특수유형부가통신사업자의 범위에 대한 명확한 분석을 거치지 않고 P2P와 웹하드 서비스만 규제대상이라고 단정지은 것은 매일 새로운 기술이 개발되는 창조경제 시대에 맞지 않는 태도임
 - 또한 앱스토어, 클라우드서비스 등은 대기업 및 시장지배적 사업자에 의해 제공되는 경우가 많다는 점을 고려하면 **중소기업에 대한 차별적 규제일 뿐만 아니라 시장경쟁 제한 요소가 포함되어 있음**

2 청소년 유해정보 차단수단 제공 절차 및 방법 규정(안 제37조의4 신설)에 대한 반대의견

- 전기통신사업법 시행령 입법예고안 제37조의4 제2호 및 제3호는 「전파법」에 따라 할당받은 주파수를 사용하는 전기통신사업자(이하 “이동통신사”)로 하여금 청소년 고객의 휴대전화에 음란물 차단수단이 설치되어 있는지, 상시 작동하고 있는지 실시간 모니터링할 의무를 부과하고 있음

가. 선행 결정례

- 음란물 필터링 소프트웨어를 사용하기 위한 전제인 전자적 표시 의무 부과는 헌법재판소의 이른바 PICS 합헌 결정에서 합헌으로 결정난 바 있음(헌법재판소 2004. 1. 29. 자 2001헌마894 결정)
 - 헌법재판소 결정에 따르면 음란물 필터링 소프트웨어를 사용하는 정책 수단 자체에는 위헌성이 있다고 보기 어려움

나. 검토의견의 요지 : 반대

- 입법예고안은 1) 이동통신사로 하여금 청소년 고객의 휴대전화에 차단수단으로 기능하는 특정 앱(SW)을 설치하는 의무를 부과하고, 2) 이를 담보하기 위하여 청소년 고객의 휴대전화를 실시간으로 감시하도록 의무화하고 있는데, 아래와 같은 이유로 실행 불가능한 수단이며, 상위 법률의 위임 범위를 벗어난 것임은 물론 청소년의 개인정보자기 결정권, 사생활의 비밀과 자유 및 부모의 교육권 침해 소지가 큼

- 법령으로 차단수단으로 기능하는 특정 앱(SW) 설치를 강요하기보다는 부모의 교육권 행사나 교육기관 또는 사업자 간 자율적인 수단 마련으로 입법목적은 달성해야 할 것임

다. 검토 내용

1) 계약체결 단계

- 비대면 거래의 경우, 이동통신사가 청소년 고객의 휴대전화에 앱을 선택재하여 발송하는 방법 외에는 이동통신사가 차단수단의 설치 여부를 정확하게 확인할 수 있는 방법이 존재하지 않음
- 이마저도 이동통신사로부터 휴대전화를 직접 구매하지 않는 이른바 단말기 자급제의 경우 및 해외 제조사의 휴대전화의 경우에는 이동통신사의 의무 이행 가능성이 거의 없음
- 또한 이동통신사와 계약 체결 없이도 청소년이 구매 가능한 제품들(mp3, 태블릿, 노트북 등 인터넷 연결이 가능한 제품)에는 위 법령이 적용되지 않아 사실상 입법목적 달성 불가하며 평등권 침해 문제 발생

2) 의무이행 단계

- 가사 계약 체결단계에서 차단수단의 제공 및 확인이 가능하다고 하더라도, 차단수단으로 제공된 특정 앱(SW)의 삭제여부를 확인하거나 15일 이상 작동하는지 여부를 확인하기 위해서는 이동통신사가 청소년 고객의 휴대전화를 실시간으로 모니터링해야 함

- 고객의 휴대전화에 대한 통제권을 가지고 있지 않은 이동통신사가 휴대전화(스마트폰 등) OS 제조사의 협조 없이 청소년 고객의 휴대전화에서 특정 앱(SW)의 구동 여부를 확인하거나 실행 일수를 정확히 계산하도록 하는 것은 그 의무 이행이 사실상 불가능
- o 이와 달리 차단수단 개발사가 직접 차단수단 활성화 여부를 모니터링 할 수 있다고 하더라도, 이 같은 방식의 의무 이행을 위해서는 이동통신사가 특정 앱 개발사와 계약을 체결해야 하는 등 의무이행을 위해 3자간 계약에 의한 법률관계가 요구됨
- 이 과정에서 차단수단 개발사가 불필요하게 청소년 고객의 개인정보를 수집, 보관하게 되어 개인정보가 대규모로 집적되고, 개인정보의 보관 및 제3자 제공 과정에서 개인정보 유출 가능성이 증증되어 개인정보자기결정권 침해
- o 또한 휴대전화에 차단수단이 설치되어 있다고 하더라도 이를 우회할 수 있는 방법이 널리 알려져 있어, 정확한 구동일수 계산을 위해서 이동통신사는 우회 여부까지 추가적으로 탐지하는 복잡한 과정을 거쳐야 함
- o 반면, 이동통신사에게 차단수단의 '설치여부 및 구동일수 확인' 의무까지 부과하는 것은 법률이 '제공방법 및 절차'에 대해서만 시행령에 위임했음에도 시행령에서 새로운 의무를 부과한 것이어서 위임의 범위를 넘어선 것임
- 즉, 누구라도 해당 조항의 내용 및 관련 법률 조항을 유기적, 체계적으로 살펴보아도 '설치여부 및 구동일수 확인 의무'까지 시행령에 위임했다는 점을 예측할 수 있다고 보기 어려움

- 더욱이 의무이행을 담보하기 위해 이동통신사에게 실시간으로 청소년 고객을 대상으로 모니터링 의무를 부과하는 것은 이동통신사에 의한 상시적 감시를 허용하는 것으로 청소년 고객의 사생활의 자유와 비밀을 침해
- 또한 청소년의 휴대전화에 차단수단을 설치할지 여부는 부모(법정대리인)의 의사에 따라 자유롭게 선택하도록 해야 할 성격으로, 설치수단 '제공'을 넘어서 설치 자체를 법령으로 강제하는 것은 부모의 교육권을 침해

끝.