

상 고 이 유 서

사 건 2019나265499 손해배상(국)
원고, 상 고 인 강대선 외 18인
피고, 피상고인 대한민국

위 사건에 관하여 원고들의 소송대리인은 다음과 같이 상고이유를 개진합니다.

다 음

1. 원심판결의 요지

원심법원은 원고들이 제출한 증거들만으로는 피고의 권한남용과 그로 인한 부당한 이익침해를 인정할 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였습니다.

2. 상고이유의 요지

피고의 권한남용을 인정할 수 없다는 원심법원의 판단은 타당하지 않습니다. 그 이유는 다음과 같습니다.

가. 통신자료 제공 제도는 영장주의에 위반하여 국민의 개인정보자기결정권을 침해하기 때문에 위헌이며, 위헌인 법률에 따라 직무를 집행한 피고

의 행위는 당연히 위법합니다. 그럼에도 원심법원은 피고의 위법행위 사실을 인정할 수 없다고 하여 통신자료 제공 제도의 위헌성을 간과함으로써 판결에 영향을 미치는 중대한 위법을 범하였습니다.

나. 설령 통신자료 제공 제도를 합헌이라 추정한다 해도, 피고는 법원의 통제를 받지 않고 영장주의의 원칙을 우회하는 수단으로 전기통신사업법상 통신자료 제공 제도를 남용하여, 전 국민의 개인정보를 영장 없이 무차별적으로 압수·수색해왔습니다. 이는 명백히 제공 요청 권한을 남용하여 원고들의 기본권을 침해한 행위로 피고는 그 책임을 져야 합니다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다105482 판결). 그러나 원심은 권한 남용에 대한 심리미진으로 판결에 영향을 미치는 중대한 위법을 범하였습니다.

다. 마지막으로 피고 행위의 위법성이 위와 같이 명백히 추정되는 상황에서 피고가 권한 남용이 없었음에 대한 입증책임을 부담해야 하나 피고는 아무런 입증행위를 하지 않았습니다. 그럼에도 불구하고 원심 법원은 이에 대한 아무런 판단 없이 원고의 청구를 기각하여 입증책임에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 중대한 위법을 범하였습니다.

3. 상고이유 제1점: 통신자료 제공 제도의 위헌성

가. 원심판결의 요지

통신자료 제공 제도는 영장주의에 위반하여 국민의 개인정보자기결정권을 침해하기 때문에 위헌이며, 위헌인 법률에 따라 직무를 집행한 피고의 행위는 당연히 위법합니다. 그럼에도 원심법원은 피고의 위법행위 사실을 인정할 수 없다고 하여 통신자료 제공 제도의 위헌성을 간과함으로써 판

결에 영향을 미치는 중대한 위법을 범하였습니다.

나. 통신자료제공 제도 개요 및 연혁

수사기관이 영장 없이 전기통신사업자에게 이용자의 개인정보 제공을 요청할 수 있도록 한 근거법률은 전기통신사업법 제83조 제3항입니다. 이 규정에 의하면 전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장, 정보수사기관의 장이 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 이용자의 통신자료(성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디, 그리고 가입일 또는 해지일)의 열람이나 제출을 요청하면 그 요청에 따를 수 있습니다.¹⁾ 수사기관의 통신자료 제공 요청에 대한 유일한 제한으로는 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 자료제공요청의 제시(법 제83조 제4항) 밖에 없으며, 전기통신사업법에서는 어떠한 사전 또는 사후 통제 수단도 두고 있지 않습니다.

연혁을 살펴보면 통신자료 제공 제도는 본래 수사기관에게 정보주체의 개인정보에 대한 임의수사 권한을 부여하고자 하는 취지가 아니었습니다. 만약 그러한 취지였다면 형사소송법에 규정함이 마땅했을 것입니다. 1984. 9. 1. 제정된 공중전기통신사업법 제82조 제2항은 “공사·전신업무취급국·전화업무취급국 또는 제5조의 규정에 의하여 공중통신사업의 일부를 수탁 취급하는 자는 수사상 필요에 의하여 관계기관으로부터 공중통신업무에 관한 서류의 열람·제출의 서면요구가 있는 때에는 이에 응할 수 있다”고

1) 전기통신사업법 제83조(통신비밀의 보호) ③ 전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관의 장, 국세청장 및 지방국세청장을 포함한다. 이하 같다), 정보수사기관의 장이 재판, 수사(「조세법 처벌법」 제10조제1항, 제3항 및 제4항의 범죄 중 전화, 인터넷 등을 이용한 범죄사건의 조사를 포함한다), 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 다음 각호의 자료의 열람이나 제출(이하 "통신자료제공"이라 한다)을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.

1. 이용자의 성명
2. 이용자의 주민등록번호
3. 이용자의 주소
4. 이용자의 전화번호
5. 이용자의 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자를 식별하기 위한 이용자 식별부호를 말한다)
6. 이용자의 가입일 또는 해지일

규정하고 있었습니다. 이후 1991. 8. 10. 공중전기통신사업법이 전기통신사업법으로 전부 개정되면서 제54조 제3항에서 “전기통신사업자 또는 제12조의 규정에 의하여 전기통신사업의 일부를 수탁하여 취급하는 자는 수사상 필요에 의하여 관계기관으로부터 전기통신업무에 관한 서류의 열람이나 제출을 서면으로 요구받은 때에는 이에 응할 수 있다”라고 규정하고 있었습니다.

당시 형사소송법상 전기통신의 압수·수색과 관련한 규정이 없었고(관련 규정은 2011년에 와서야 비로소 제106조와 제107조가 개정되면서 전기통신의 압수·수색 및 정보주체에의 통지의무가 도입됩니다), 1993. 12. 27. 제정된 통신비밀보호법도 통신제한조치, 즉 감청에 대해서만 규정하고 있었습니다. 이러한 법적 공백을 틈타 수사기관은 전기통신사업자의 재량권을 규정한 위 조항에 근거해 사업자에게 이용자의 개인정보뿐만 아니라 통신내역(현재의 통신비밀보호법상 통신사실확인자료) 및 통신내용의 요청을 남발했습니다. 수사기관의 요청을 거부하기 어려운 사업자들은 모든 요청에 자동적으로 응할 수밖에 없어 사회적 논란이 야기되었습니다.

이에 수사기관의 남용을 막고자 2001. 1. 28. 일부 개정된 전기통신사업법은 통신자료의 개념을 지금과 같이 정의하고, 수사기관의 요청 요건을 제한하며 전기통신사업자의 사후 관리의무에 관한 규정을 신설하게 됩니다. 또한 2001. 12. 29. 개정된 통신비밀보호법은 통신사실확인자료에 관한 규정을 별도로 신설합니다. 당시 통신비밀보호법 개정이유를 보면, “전기통신가입자에 대한 통신자료 제공의 법적 근거와 절차를 전기통신사업법이 아닌 이 법에서 체계적으로 규정하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 문제점을 개선하려는 것”이라고 하고 있습니다. 다만 그 과정에서 전기통신사업법상 통신자료 제공 제도까지 통신비밀보호법이 포섭하지는 않았는데, 수사기관이 아닌 전기통신사업자의 재량권에 대한 내용이기 때

문에 입법자는 굳이 삭제할 필요가 없다고 판단한 것이 아닐까 추측할 뿐입니다.

다. 통신자료 제공 제도의 위헌성

통신자료 제공은 수사기관 등이 이용자의 통신자료, 즉 개인정보를 법원의 영장 없이도 취득할 수 있게 하는 제도로서 원칙적으로 정보주체의 개인정보자기결정권을 침해합니다. 또한 정보주체의 기본권을 침해함에도 불구하고 달리 정보주체에게 사전 또는 사후 통지하는 제도를 두고 있지 않아, 정보주체로서는 자신의 개인정보가 수사기관에 제공되었는지 여부를 확인 신청하지 않는 한 전혀 알 수 없으며, 제공된 정보에 오류가 있다고 하더라도 시정을 요구할 수 있는 방법이 없습니다. 그렇기 때문에 통신자료 제공에 의한 개인정보자기결정권의 침해는 더욱더 크다고 하겠습니다.

또한 통신자료 제공 제도는 사업자가 수사기관의 통신자료제공요청서를 심사하여 제공 여부를 결정하고, 사업자가 제공을 거부할 경우 수사기관이 법원에 영장을 청구하는 방식으로 운영되고 있는 바, 통신자료 제공 제도는 수사기관에 의한 국민의 기본권 제한 여부를 영장주의 원칙에 따라 법원이 판단하게 하는 것이 아니라, 사인인 사업자에게 판단하도록 하고 있어 명백히 위헌입니다.

이러한 사유로 2016년 5월 18일 시민 500명은 해당 전기통신사업법 조항들에 대해 헌법소원(2016헌마388)을 청구해 현재 심리가 진행중입니다. 또한 국회에는 통신자료 제공의 위헌성을 개선하기 위한 다수의 전기통신사업법 개정안과 통신비밀보호법 개정안이 발의·제출되어 있습니다.

라. 통신자료 제공 제도의 국제인권법 위반

(1) 유엔 자유권위원회 권고

2015년 11월 5일 유엔 시민적 정치적 권리규약 위원회(UN Human Rights Committee, 이하 '자유권위원회'라 합니다)는 대한민국에 대한 제4차 심의에서 한국에서 이용자 정보 제공이 영장 없이 이루어지는 것에 대해 우려를 표명하면서, 국가안보 목적의 감시를 포함한 모든 감시가 자유권규약에 부합하도록 대한민국 정부가 법 개정애 나설 것을 권고한 바 있습니다(참고자료 2015. 11. 9.자 참여연대 보도자료 참조).

<대한민국의 네 번째 정기 보고서에 관한 최종 견해>

42. 위원회는 전기통신사업법 제 83 조제 3 항에 따라 수사기관이 수사목적을 이유로 영장 없이 전기통신사업자에게 이용자 정보를 요구한다는 것에 대해 우려한다. 집회 참가자들을 특정하기 위한 소위 “기지국 수사”의 집행 및 이에 대한 불충분한 규제, 그리고 폭넓은 감청의 이용, 특히 국정원에 의한 감청과 이에 대한 불충분한 규제에 대해서도 우려한다 (제 17 조 및 제21 조).

43. 대한민국 정부는 국가 안보를 위한 감시를 포함해 모든 감시가 규약에 부합하도록 보장하기 위해 필요한 법 개정을 하여야 한다. 특히 이용자 정보는 영장이 있을 때만 제공해야 하고, 국정원의 통신수사를 감독할 수 있는 기제를 도입해야 하며 기지국 수사가 자의적으로 이루어지지 않도록 보호수단을 강화해야 한다.

유엔 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(이하 '자유권 규약'이라 합니다)은 국제권리장전으로 불리는 가장 기본적이고 중요한 국제인권조약의 하나로서, 1966년 12월 유엔총회에서 채택되어 1976년 3월 발효되었습니다. 대한민국은 1990년에 자유권 규약에 가입·비준하였으며, 대한민국은 자유권 규약에 가입한 이래 규약 규정에 따라 총 4회에 걸쳐 자유권

규약의 이행상황에 관한 국가보고서를 자유권위원회에 제출하였습니다. 4차 최종견해는 정부가 2013년 8월 제출한 4차 국가보고서에 대하여 자유권위원회가 지난 2015. 10. 22~23. 심의를 거친 결과로서, 3차 국가보고서에 대한 최종견해가 지난 2006년에 나온 이래 9년 만에 받은 국제사회의 평가입니다.

(2) 국제 인권기구 아티클19와 프라이버시 인터내셔널의 의견

2017년 4월 19일 국제 인권기구인 아티클19(Article19)와 프라이버시 인터내셔널(Pryvacy International)은 각각 통신자료 제공 헌법소원 사건(2016헌마388)에 대해 제3자 의견서를 제출했습니다. 두 국제 인권 단체는 한국의 통신자료 무단수집 제도의 근거 법률인 전기통신사업법 제83조 3항 등이 국제인권법을 위반한다고 주장했으며, 헌법재판소가 국제인권 기준을 고려하여 해당 법률 조항의 위헌 여부를 심판할 것을 제안했습니다(참고자료 2017. 4. 19.자 참여연대 보도자료 참조).

아티클19는 한국이 가입하고 있는 자유권 규약과 세계인권선언(19조), 유럽인권협약 등 세계 각 지역의 인권법에 의해 보호되고 있는 표현의 자유와 사생활의 자유 기준을 적용하면 전기통신사업법 제83조3항은 표현의 자유를 침해하며, 또한 제83조 4항에서 '긴급한 사유'가 있을 시에는 서면 요청 조차 무시할 수 있도록 하는데, 이때의 '긴급사유' 와 같이 지나치게 포괄적인 단어의 선택도 자유권 규약 제19조 3항에서 요구하는 필요성, 비례성의 요구를 준수하지 못한다고 지적했습니다. 뿐만 아니라 전기통신사업법 제83조 3항, 4항은 사생활의 권리도 침해한다고 보았습니다(참고자료 아티클19 제3자 의견서 참조).

프라이버시 인터내셔널은 특히 익명표현의 자유가 사생활의 자유와 표현의 자유에 미치는 중요성에 천착하여 전기통신사업법 제83조 3항, 4항

이 한국인의 익명 표현의 자유를 침해하고 있음을 강조하기 위해 의견서를 제출한다고 밝혔습니다. 전기통신사업자에게 가입자 정보를 정부기관의 서면 한 장에 넘길 수 있도록 전권을 위임하고 있고, 이로써 사업자들이 개인식별 정보를 다른 인적 자료와 함께 묶을 수 있어, 익명성과 익명 표현을 위태롭게 하여 사생활과 표현의 자유를 침해를 야기한다고 지적하며, 한국의 전기통신사업법 제83조 3항, 4항이 한국이 준수 의무가 있는 국제인권법과 세계적 추세에도 부합하지 않는다고 지적했습니다(참고자료 프라이버시인터내셔널 제3자 의견서 참조).

(3) 유엔 의사표현의 자유 특별보고관의 의견

2017년 6월 8일 유엔 의사표현의 자유 특별보고관 데이비드 케이(이하, '유엔 의사표현특별보고관')는 수사기관이 영장없이 통신자료를 무단 수집할 수 있도록 한 한국의 전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항이 익명 표현의 자유 및 통신의 자유를 침해한다는 의견서를 헌법재판소에 제출했습니다(참고자료 2017. 6. 8.자 참여연대 보도자료 참조).

유엔 의사표현특별보고관은, 대한민국은 1990년 비준한 자유권 규약의 당사국으로서 규약 제19조의 의사표현의 자유를 보장해야 할 의무가 있다고 지적하며, 국내법 규정을 근거로 이러한 규약위반을 정당화할 수는 없다는 점도 분명히 했습니다. 유엔 의사표현특별보고관에 따르면 한국의 전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항의 규정은 국제인권법과의 합치, 의사표현의 자유에 관한 침해의 차원에서 중대한 문제를 야기하고 있는데, 영장 없는 통신자료 수집이 대한민국의 인터넷 및 통신 이용자들의 표현의 자유에 대한 중대한 위협을 가져온다는 점을 지적했습니다. 영장 제시 없이 국가기관이 통신자료를 취득하는 행위 자체는 물론 그러한 가능성만으로도 자유권 규약 제19조에서 보호하고 있는 익명 표현 및 통신의 자유를 침해한다는 것입니다(참고자료 유엔 의사표현특별보고관 제3자 의견서 참조).

4. 상고이유 제2점: 피고의 권한 남용에 대한 심리미진

가. 원심판결의 요지

설령 통신자료 제공 제도를 합헌이라 추정한다 해도, 피고는 명백히 제공 요청 권한을 남용하여 원고들의 기본권을 침해하였으므로 그 책임을 져야 합니다. 그러나 원심은 권한남용을 인정하지 않은 심리미진으로 판결에 영향을 미치는 중대한 위법을 범하였습니다.

나. 피고의 권한 남용

대법원은 통신자료 제공에 대하여 “전기통신사업자가 수사기관의 통신자료 제공 요청에 따라 통신자료를 제공함에 있어서, 수사기관이 그 제공 요청권한을 남용하는 경우에는 이용자의 인적사항에 관한 정보가 수사기관에 제공됨으로 인하여 해당 이용자의 개인정보와 관련된 기본권 등이 부당하게 침해될 가능성이 있다”고 하면서, “수사기관의 권한 남용에 의해 통신자료가 제공되어 해당 이용자의 개인정보에 관한 기본권 등이 침해되었다면 그 책임은 이를 제공한 전기통신사업자가 아니라, 이를 요청하여 제공받은 국가나 해당 수사기관에 직접 추궁하는 것이 타당하다”고 판시했습니다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다105482 판결).

수사기관은 법원의 사전 또는 사후 통제를 전혀 받지 않는 통신자료 제공 제도를 선호할 수밖에 없기에, 그동안 통신자료제공 요청은 기하급수적으로 증가해왔습니다. 전화번호(ID)수 기준으로 2008년 상반기에는 2,530,280건(갑 제1호증 참조)이었던 통신자료 제공 건수가 2015년 상반기에는 5,901,664건(갑 제2호증 참조)으로 증가해, 7년 사이에 동기 대비 제공 건수가 무려 233%나 증가했습니다. 심지어 2012년 서울고등법원이 통

신자료를 제공한 네이버의 손해배상책임을 인정한(서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나19012 판결) 이후로 네이버 등 주요 인터넷사업자는 통신자료 제공 요청에 응하지 않았음에도 불구하고 제공 건수는 증가해왔습니다. 다만 2014년 카카오톡 사찰 논란으로 촉발된 정부의 감시 문제와 맞물려 시민단체들이 통신자료 제공과 관련된 공익소송을 제기하고 이통사들이 통신자료 제공 여부를 확인해주기 시작하면서(갑 제48호증, 제49호증, 제50호증 참조), 2016년부터는 제공 건수가 감소하는 경향을 보이고 있습니다(갑 제51호증, 제52호증 참조).

최근 통계에 의하더라도 수사기관이 영장주의와 적법절차의 원칙을 위반하여 통신자료 제공 제도를 남용하고 있는 것을 확인 할 수 있습니다. 2018년 사법연감을 보면 2017년 압수수색검증영장 총 청구수는 204,263건이고 발부수는 181,012건으로 88.6%의 발부율을 보입니다. 이에 대비해 2017년 통신자료제공 요청건수는 전화번호(ID)수가 아닌 문서수만 볼 때 989,751건입니다(갑 제52호증 참조). 압수수색검증영장 청구수 대비 통신자료제공 요청수가 약 5배에 달하며, 이러한 요청은 거의 100% 준수되고 있습니다. 다만 앞서 언급한 바와 같이 주요 포털을 포함한 일부 사업자들은 2012년 서울고등법원 판결(2011나19012) 이후 압수·수색영장에 의해서만 통신자료를 제공하고 있어, 수사기관이 해당 사업자의 이용자 정보를 필요로 할 경우에는 압수·수색영장을 발부받아 확보하고 있습니다.

국가인권위원회는 “수사기관 등이 통신자료제공 요청 사유를 기재할 때 「전기통신사업법」 제83조 제3항에 따른 법원·수사기관 등의 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집’이라는 획일화된 정형적 문구로 서술하는 사례가 다수 확인된다”고 하며, “범죄와 관련성 없는 사람들의 인적사항까지 요청하고 있는 실정”이어서, 현행 통신자료제공 제도는 “개인정보 수집 목적과 대상자 범위가 지나치

게 넓어 개인정보자기결정권을 침해할 소지가 있다”고 판단하고 있습니다. 그리고 2012년 국가인권위원회가 연구용역으로 실시한 「사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사」 결과를 보면, “통신자료제공 요청시 수사 기관 등이 수사 목적에 비해 광범위한 자료를 요구하거나 위 조항 각 호에 열거된 자료 이외의 항목까지 요구하는 경우가 있음”이 확인되었다고 합니다(갑 제25호증 참조).

이렇듯 피고가 통신자료제공 “요청 사유”를 정형적·획일적으로 기재하고 있거나, “관련성”이 없는데도 인적사항을 요청하거나, 수사 목적에 비해 광범위한 자료를 요구하고 있다는 위 내용은 이 사건 원고들의 주장, 즉 피고 수사기관들이 통신자료 제공 요청권한을 남용하여 원고들의 개인정보자기결정권을 침해했다는 주장을 증명하는 것입니다. 그럼에도 불구하고 원심은 이에 대한 아무런 판단 없이 만연히 피고의 권한 남용을 인정할 수 없다고 하여 심리미진으로 판결에 영향을 미친 위법이 존재합니다.

5. 상고이유 제3점: 피고행위의 ‘위법성’ 추정과 입증책임의 법리에 대한 오해

가. 원심판결의 요지

피고 행위의 위법성 추정되므로 피고가 권한 남용이 없었음에 대한 입증책임을 부담해야 함에도 불구하고 원심 법원은 이에 대한 아무런 판단 없이 원고의 청구를 기각하여 입증책임에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 중대한 위법을 범하였습니다.

나. 피고행위의 ‘위법성’ 추정

원고들이 헌법, 개인정보보호법 및 정보통신망법이라는 실정법에 규정되어 있는 개인정보자기결정권이라는 권리가 피고들의 통신자료 제공 요청이라는 행위에 의해 침해되었음을 입증한 이상 피고의 행위에 대한 위법성이 추정되므로, 피고는 자신들의 통신자료 제공 요청 행위가 구체적으로 법령에 근거한 적법하고 정당한 행위임을 입증해야 할 책임을 집니다. 다시 말하면, 원고들이 말하는 ‘입증책임의 전환’이란 피고가 위법성과 관련한 모든 것을 입증해야 한다는 의미가 아니라, 원고들이 권리침해를 입증했으므로 피고가 위법성 추정을 복멸할 책임을 부담한다는 의미입니다.

불법행위에 의한 손해배상책임에 대해 구민법에서는 ‘권리의 침해’를 불법행위의 구성요건으로 규정했습니다. 이후 현재의 불법행위에 관한 민법 규정은 구민법의 ‘권리침해’를 ‘위법성’으로 바꾸기는 하였으나, 그것은 법률에 의하여 보호될 만한 가치 있는 이익을 보다 넓게 인정하기 위한 것이므로 권리침해가 위법한 것의 가장 기본적인 것임은 의심할 여지가 없으며, 그런 의미에서 권리침해는 곧 위법성을 징표합니다.²⁾ 다시 말하면 불법행위의 요건인 ‘위법행위’ 또는 ‘위법성’은 권리침해가 존재하는 경우에는 당연히 불법행위가 성립한다는 것을 의미할 뿐만 아니라, 실정법상 권리침해까지는 인정되지 않는다 하더라도 일정한 법의 중 침해행위가 반사회성(위법성)을 띠는 경우에는 불법행위가 성립할 수 있다는 것을 의미합니다.³⁾

우리나라에서 권리는 법과 전혀 다르게 쓰이지만 우리가 계수한 독일에서는 권리(Recht)는 법(Recht)과 동일한 단어를 사용하며 이는 프랑스(droit)도 마찬가지인데, 우리나라가 가장 많은 법을 계수한 이들 나라에서는 모두 권리와 법을 동일하게 파악하며 따라서 권리침해 행위는 곧 위법한 행위라는 사고는 너무나 당연한 것입니다.

2) 김형배, “민사법의 위법성개념의 구조”, 고서계35(10), (1990. 9.), 15-16.

3) 김성용, “불법행위의 요건으로서의 위법성의 역할”, 민사법학(30), (2015. 12.), 42.

우리 구민법은 ‘위법성’이라는 용어 대신 ‘권리침해’를 불법행위의 성립요건으로 규정했는데, 이는 우리 민법학자들이 가장 영향을 많이 받고 있던 독일과 일본도 마찬가지였습니다. 독일과 일본은 민법상 일반불법행위 조항에 대해 모두 공히 ‘권리침해’라고만 규정하고 있을 뿐 ‘위법성’을 명시적으로 요건화하지 못했습니다. 이에 ‘권리침해’라는 명문의 규정만으로는 법제정 이후 발생한 상황에 적극적으로 대응하지 못했고 이에 따라 이미 존재하는 문언의 진정한 의미를 탐색하기에 이르렀고 그에 대한 결론이 권리침해는 위법성을 징표하는 가장 대표적인 경우를 말하는 것이고 비록 법에는 권리침해라고만 적시되어 있지만 그 본질은 위법한 경우를 총칭하는 것으로 해석해야한다는 것이었습니다.

이에 따라 이들 나라의 학자 및 실무자들은 ‘권리침해’는 ‘위법성’을 징표하는 가장 대표적인 경우로 언급되어 있는 것이라는 학설을 발전시켜왔으며, 이 학설들을 기반으로 우리나라는 민법을 개정하면서 구민법상 ‘권리침해’라는 요건을 ‘위법성’으로 그 표현을 바꾼 것입니다. 따라서 한국, 독일 및 일본의 어느 학설에 의하더라도 위법한 경우의 가장 대표적인 경우가 권리침해라는 점에 대해서는 이론이 없습니다.

정리하자면, 불법행위로 인한 손해배상책임 법리에서 원고가 권리침해가 있었음을 입증하면 피고의 행위에 대한 위법성이 추정되며, 피고는 위법성 추정을 복멸할 책임을 부담한다는 의미에서 입증책임이 전환됩니다. 하지만, 이 사건에서 원고들은 권리침해가 있었음을, 즉 통신자료 제공으로 인한 개인정보자기결정권에 대한 침해가 있었음을 입증했으므로, 위법성 추정을 복멸하기 위해서는 피고는 피고의 행위가 법령에 따라 이루어진 적법하고 정당한 행위임을 구체적으로 입증해야 함에도, 피고는 1심부터 항소심에 이르기까지 통신자료 제공 요청 행위의 정당성에 대한 어떠한 구체적인 주장 및 입증도

하지 않으면서 만연히 원고가 입증책임을 다하지 않았다는 주장만 했습니다. 따라서 원심은 원고들의 청구를 인용했어야 함에도 입증책임에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 중대한 위법을 범하였습니다.

6. 결론

그동안 수사기관은 영장주의의 원칙에 위배되어 위헌인 전기통신사업법상 통신자료 제공 제도를 남용하여, 전 국민의 개인정보를 영장 없이 무차별적으로 압수·수색해왔습니다. 이는 영장주의의 형해화이며 수사 과정에서 기본권 침해가 일어나지 않도록 헌법상 사전·사후 통제 권한을 부여받은 사법부에 대한 도전이라고 밖에 볼 수 없습니다. 원고들은 이러한 피고의 위법행위에 의해 헌법상 기본권을 침해당했음을 명백히 입증했는데도 불구하고 피고는 그러한 행위의 정당성을 조금도 밝히려는 노력을 하지 않았습니다. 그렇다면 당연히 원고의 청구를 인용해야 할 것임에도 원심 법원은 피고의 권한남용을 인정할 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각했습니다. 따라서 원심판결에는 앞서 본 바와 같이 법리오해와 심리미진 등으로 판결에 영향을 미친 중대한 위법이 있습니다.

원고들에게는 금전적 배상이 중요한 것이 아닙니다. 무엇보다 피고가 다시는 위헌적인 통신자료 제공 제도를 남용하지 못하도록 귀 재판부에서 피고 행위의 위법성을 확인해주시기를 간절히 바랄 뿐입니다. 부디 원심판결을 파기하고 이 사건을 원심법원으로 환송하여 주시기 바랍니다.

참 고 자 료

1. 2015. 11. 9.자 참여연대 보도자료
1. 2017. 4. 19.자 참여연대 보도자료
1. 아티클19 제3자 의견서
1. 프라이버시인터내셔널 제3자 의견서
1. 2017. 6. 8.자 참여연대 보도자료
1. 유엔 의사표현특별보고관 제3자 의견서

2019. 10. .

원고들의 소송대리인
변호사 김 가 연

대법원 민사2부 귀중



수 신 각 언론사 정치부·사회부
발 신 **참여연대 공익법센터** (담당 : 이지은 간사 02-723-0666 pil@pspd.org)
제 목 [보도자료] 유엔, 영장 없는 통신자료제공제도 폐지 및 진실적시 명예훼손 폐지 권고
날 짜 2015. 11. 9 . (별첨 포함 총 5 쪽)

보 도 자 료

유엔, 영장 없는 통신자료제공제도 폐지 및 진실적시 명예훼손 폐지 권고

정부, 2019년 자유권심사 때까지 관련 법개정 등 조치 이행해야

1. 유엔 시민적 정치적 권리규약 위원회(UN Human Rights Committee, 이하 유엔 자유권 위원회)가 지난 11월 5일(현지 시각) 대한민국의 시민적 정치적 권리 전반에 대한 심의 결과인 최종 권고문(concluding observation)을 발표했다. 참여연대 공익법센터(소장 박경신 교수, 고려대)는 이 중 특히 1) 수사기관의 통신자료 수집에 영장주의 도입 2) 이른바 ‘기지국 수사’에 대한 보호장치 마련 3) 진실적시 명예훼손죄((형법 307조 1항, 소위 “진실 명예훼손”)의 형사처벌 폐지 등 명예훼손죄의 비범죄화를 권고한 것에 주목한다. 참여연대는 대한민국 정부가 ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(자유권 규약)’에 가입한 당사국으로서 이번 유엔 자유권 위원회의 권고를 충실히 이행할 것을 촉구한다.
2. 우선, 유엔 자유권 위원회는 전기통신사업법 제83조제3항에 따라 전기통신사업자에 대한 가입자 정보 요청이 수사목적이라는 포괄적 이유로 법원이 발부한 영장 없이 이루어지는 것에 대해 우려를 표했다. 또한 집회 참가자들을 특정하기 위한 “기지국 수사”의 집행 및 이에 대한 불충분한 규제, 그리고 폭넓은 감청의 이용 특히 국정원에 의한 이용과 이에 대한 불충분한 규제에 대해서도 우려를 나타냈다.
유엔 자유권 위원회는 국가안보 목적의 감시를 포함한 모든 감시가 자유

권규약에 부합하도록 필요한 법개정을 권고했다. 특히 전기통신서비스의 가입자정보는 법원이 발부한 영장을 제시할 때만 수사기관에 제공되도록 하고 국정원의 통신수사를 감독할 수 있는 절차를 마련해야 하며 ‘기지국수사’가 자의적으로 이루어지지 않도록 보호 장치를 강화할 것을 권고했다.

3. 또한 유엔 자유권 위원회는 형사상 명예훼손이 정부 행정을 비판하고 기업이익에 반하는 사람들의 기소에 이용되는 빈도가 높아지고 있다는 사실에 우려를 표했다. 오로지 ‘공익을 위하여’란 사실이 입증되지 않으면 진실한 언사마저도 형사처벌될 수 있다는 점에 대해서도 우려했다.

유엔 자유권 위원회는 민법적 규제가 가능한 이상 명예훼손의 비형사화를 고려해야 하며, 형법의 적용은 가장 중한 사건들에 국한되어야 하고 자유형은 어떤 경우에도 적절한 형벌이 아님을 지적했다. 민주주의가 기능하기 위해 필요한 비판에 대해서 관용의 문화를 장려해야 함도 덧붙였다.

4. 참여연대는 지난 9월 22일 대한민국 정부에 대한 유엔의 자유권 심사를 앞두고 “정보·수사기관이 전기통신사업자로부터 가입자정보를 영장 없이 제공받는 문제”와 “명예훼손죄의 비범죄화 문제”에 대해 보고서를 제출한 바 있다. 유엔 자유권 위원회는 대한민국 정부에게 2019년 11월까지 다음 국가 보고서를 제출할 것을 요구하였다. 따라서 정부는 다음 심의 때까지 법개정 등 필요한 조치를 성실히 이행해야 할 것이다.

한편, 국회에는 현재 수사기관의 통신자료수집에 영장주의 도입과 수집 이후 정보주체에게 통지의무화를 주요 내용으로 하는 <전기통신사업법> 개정안, <통신비밀보호법> 개정안이 상임위에 제출되어 있다. 또한 진실적시 명예훼손 폐지를 담고 있는 <형법> 개정안도 제출되어 있다. 국회가 19대 임기를 마치기 전에 이를 통과시킬 것을 촉구한다. 끝 .

▣ 별첨 - 유엔 자유권 위원회의 관련 권고 내용 원문 및 한글 번역문



별첨) 유엔 자유권 위원회의 관련 권고 내용 원문 및 한글 번역문

Human Rights Committee

자유권 위원회

Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea

대한민국의 네 번째 정기 보고서에 관한 최종 견해

1. The Committee considered the fourth periodic report submitted by the Republic of Korea (CCPR/C/KOR/4) at its 3210th and 3211th meetings (CCPR/C/SR.3210 and CCPR/C/SR.3211), held on 22 and 23 October 2015. At its 3226th meeting (CCPR/C/SR.3226), held on 3 November 2015, it adopted the following concluding observations.

1. 위원회는 2015년 10월 22일과 23일에 열린 제3210차 및 3211차 회의(CCPR/C/SR.3210와 CCPR/C/SR.3211)에서 대한민국이 제출한 네 번째 보고서(CCPR/C/KOR/4)를 심의했다. 위원회는 2015년 11월 3일에 열린 제3226차 회의(CCPR/C/SR.3226)에서 다음과 같이 최종 견해를 채택했다.

(중략)

Monitoring, surveillance and interception of private communication

사적 통신에 대한 사찰, 감시, 및 감청

42. The Committee notes with concern that according to Article 83 (3) of the Telecommunications Business Act subscriber information may be requested without warrant from any telecommunications business operator for investigatory purposes. It is also concerned about the

operation and insufficient regulation in practice of so-called “base-station” investigations to identify participants at assemblies, and about the extensive use and insufficient regulation in practice of wiretapping, in particular by the National Intelligence Service (arts.17 and 21).

42. 위원회는 전기통신사업법 제83조제3항에 따라 전기통신사업자에 대한 가입자정보 요청이 수사목적으로 영장없이 이루어지는 것에 대해 우려한다. 집회참가자들을 특정하기 위한 “기지국 수사”의 집행 및 이에 대한 불충분한 규제, 그리고 폭넓은 감청의 이용 특히 국정원에 의한 이용과 이에 대한 불충분한 규제에 대해서도 우려한다.
43. The State party should take the necessary legal amendments to ensure that any surveillance including for purposes of state security are compatible with the Covenant. It should inter alia ensure that subscriber information may be issued with a warrant only, introduce a mechanism to monitor the National Intelligence Service’s communication investigations, and increase the safeguards to prevent the arbitrary operation of so-called base-station investigations.
43. 당사국(대한민국)은 국가안보를 위한 감시를 포함한 모든 감시가 자유권 규약에 부합하도록 보장하기 위해 필요한 법개정을 하여야 한다. 특히 가입자정보는 영장이 있을 때만 제공되도록 하고 국정원의 통신수사를 감독할 수 있는 장치를 마련해야 하며 기지국수사가 자의적으로 이루어지지 않도록 보호절차를 강화해야 한다.

Criminal defamation laws

형법 상의 명예훼손

46. The Committee is concerned about the increasing use of criminal defamation laws to prosecute persons who criticize government action and obstruct business interests, and of the harsh sentences, including lengthy prison sentences, attached to such legal provisions. It further



notes with concern that even a statement which is true may be criminally prosecuted, except if this statement was made for the purpose of public interest alone (art. 19).

- 46. 위원회는 형사상 명예훼손이 정부의 행위를 비판하거나 기업 이익을 방해하는 사람들의 기소에 이용되는 빈도가 높아지고 있음에 우려하며, 장기징역형을 포함하는 가혹한 형량에 대해서도 우려한다. 또 진실인 언사마저도 오로지 공익을 위하여 구사되지 않는 한 형사처벌될 수 있다는 점에 대해서도 우려한다.
- 47. The State party should consider decriminalizing defamation, given the existing prohibition in the Civil Act and should in any case restrict the application of criminal law to the most serious of cases, bearing in mind that imprisonment is never an appropriate penalty It should ensure that the defence of truth is not subjected to any further requirements. It should also promote a culture of tolerance regarding criticism, which is essential for a functioning democracy.
- 47. 당사국은 민법에 의한 규제가 가능한 이상 명예훼손의 비형사화를 고려해야 하며, 형법의 적용은 가장 중한 사건들에 국한되어야 하며 자유형은 어떤 경우에도 적절한 형벌이 아니다. 진실의 항변에는 또다른 조건이 추가되어서는 아니된다. 민주주의가 기능하기 위해 필요한 비판에 대한 관용의 문화를 장려해야 한다.

(후략)



수 신 각 언론사 사회부
 발 신 **민주사회를위한 변호사모임, 참여연대 공익법센터** (담당 : 이지은 선임간사
 02-723-0666 pil@pspd.org)
 제 목 [보도자료] 국제 인권 기구 아티클19(Article19)와 프라이버시 인터내셔널(Privacy
 International), 헌재에 통신자료무단수집 사건 의견서 제출
 날 짜 2017. 4. 19. (붙임 제외 총 4 쪽)

보 도 자 료

국제 인권 기구 아티클19와 프라이버시 인터내셔널 , 헌재에 통신자료무단수집 사건 의견서 제출 영장없는 통신자료 수집은 익명표현의 자유, 프라이버시 침해 유엔 시민, 정치적 권리19조 등 국제적 기준 위반 지적

1. 오늘(4월 19일) 국제적 인권 기구인 아티클19(Article19)와 프라이버시 인터내셔널(Pryvacy International)이 각각 한국의 헌법재판소에 통신자료무단수집 헌법소원 사건에 대한 제3자 의견서를 제출했다.
 이들 두 국제 인권단체는, 지난 2016년 5월 18일 자신의 통신자료가 국가기관에 무단 제공된 사실을 확인한 500여명의 시민이 헌재에 제기한 통신자료 무단수집 헌법소원 사건에서 수사기관의 통신자료 무단 수집 근거 법률인 <전기통신사업법> 제83조 3항, 4항이 익명 표현의 자유, 프라이버시권 등 국제적 인권기준에 부합하는지를 검토하고 이에 대해 의견을 제시한 것이다. 두 국제 인권 단체는 공히 한국의 통신자료무단수집제도의 근거 법률인 전기통신사업법 제83조 3항 등이 국제인권법을 위반한다고 주장했다. 이에 헌재가 국제인권 기준을 고려하여 해당 법률 조항의 위헌 여부를 심판할 것을 제안했다.
2. 영국 런던에 본부를 두고 아티클19는 표현의 자유와 정보의 자유에 대한 권리를 보호하고 증진하는 활동을 하는 비영리, 비정부 국제 인권 기구이다. 프라이버시 인터내셔널 또한 런던에 본부를 두고 전세계 사생활의 자

유를 수호하기 위한 활동을 하는 비영리 국제 인권기구이다. 표현의 자유는 민주주의 원리와 인권의 근본원칙 중 하나로 민주주의 사회의 가장 필수적인 기반 중 하나이다. 따라서 표현의 자유에 관한 제한은 유엔 자유권 규약 제19조 3항에 명시된 대로, 명문화된 법률에 따라, 타인의 권리나 명예, 또는 국가안보, 공공질서 등을 위해서만 제한될 수 있고, 이때도 필요성, 비례성의 원칙에 부합하여야 한다. 그러나 한국의 전기통신사업법 제83조 3항, 4항은 이와 같은 국제적 인권 기준을 충족하지 못해 표현의 자유와 사생활의 자유를 침해한다는 것이 이들 두 단체의 평가이다.

3. 먼저, 아티클19는 이번 헌법소원 사례가 개인의 표현의 자유와 사생활의 자유 행사를 제대로 보장하고 있는지에 근본적인 영향을 미치는 중대한 문제제기를 한다고 보았다. 아티클19에 따르면, 사생활의 자유와 표현의 자유는 밀접하게 연결되어 있고 상호의존적이라 둘 중 하나에 대한 침해는 나머지 다른 하나에 대한 침해의 원인이며 결과이다.

아티클19의 진단은, 한국이 가입하고 있는 시민, 정치적 권리에 관한 국제규약(자유권규약)과 세계인권선언(19조), 유럽인권협약 등 세계 각 지역의 인권법에 의해 보호되고 있는 표현의 자유와 사생활의 자유 기준을 적용하면 전기통신사업법 제83조3항은 표현의 자유를 침해한다. 구체적으로, ▶법률 문구가 지나치게 광범위하여 해당국가기관이 마음대로 광범위한 사용자 정보를 요청할 수 있는 권한을 주고 있다는 점, ▶ 이 조항의 ‘국가 안보에 대한 위해’ 라는 문구 등은 지나치게 넓고 명확하지 않는 점 등을 지적하며 자유권규약 19조3항이 요구하는 법률의 합목적성, 필요성 및 비례성을 준수하지 않는다고 보았다.

또한 제83조 4항에서 ‘긴급한 사유’ 가 있을 시에는 서면요청 조차 무시할 수 있도록 하는데, 이때의 ‘긴급사유’ 와 같이 지나치게 포괄적인 단어의 선택도 자유권 규약 제19조 3항에서 요구하는 필요성, 비례성의 요구를 준수하지 못한다고 지적했다.

뿐만 아니라 전기통신사업법 제83조 3항, 4항은 사생활의 권리도 침해한다고 보았다. 세계인권선언 12조, 유엔 자유권 규약 17조에 의해 전세계적으로 보장되는 사생활의 자유를 제한할 때도 자유권 규약 제19조에서

요구하는 합목적성, 비례성, 과잉금지원칙 등을 준수해야 한다. 전기통신사업법 제83조 3항, 4항은 ▶ 정보 수집 절차에서 영장이 필요하지 않고, ▶ 정보제공 여부에 대해 정보주체에 통지 규정이 없어, 이와 같이 국제법에서 요구하는 필요성과 비례성을 충족하지 못하고 있다는 것이다. 유엔 자유권 위원회도 한국의 전기통신사업법 제83조 3항, 4항을 개정할 것을 권고한 바 있다.

4. 프라이버시 인터내셔널은 특히 익명표현의 자유가 사생활의 자유와 표현의 자유에 미치는 중요성에 천착하여 전기통신사업법 제83조 3항, 4항이 한국인의 익명 표현의 자유를 침해하고 있음을 강조하기 위해 의견서를 제출한다고 밝혔다.

프라이버시 인터내셔널은, ▶ 전기통신사업자에게 가입자 정보를 정부기관의 서면 한 장에 넘길 수 있도록 전권을 위임하고 있고, ▶ 이로써 사업자들이 개인식별 정보를 다른 인적 자료와 함께 묶을 수 있어, 익명성과 익명표현을 위태롭게 하여 사생활과 표현의 자유를 침해할 야기한다고 지적했다. 프라이버시 인터내셔널에 따르면, 익명성은 개인이 사생활과 표현의 자유를 침해하는 불법적 행위를 경감하거나 피하는 중요한 도구 중 하나이다. 익명성은 국가기관의 통제로부터 자유롭게 정보를 주고받는 권리를 향유하게 하는 수단으로 표현의 자유를 행사하는데 중요한 안전망의 역할을 해왔기 때문이다. 한편 인터넷의 출현과 현대기술이 가져온 소통방법의 변화는 익명성과 익명 표현의 자유를 위협해 왔다. 인터넷은 사람들의 소통방법뿐 아니라, 소통빈도와 개인정보 커뮤니케이션의 양적 증가도 가져왔다. 디지털화된 세계에서는 이러한 커뮤니케이션 정보가 가입자 정보와 결합되어 한 개인이 어떤 사람인지 정확히 식별하는 것을 더욱 쉽게 만든다. 이에 국제법 전문가들을 비롯해 프랭크 라뤼 전 유엔 표현의 자유 특별보고관 및 데이빗 케이 현 특별보고관은 표현의 자유와 사생활의 자유 간의 상호연결성을 강조하며 익명성을 지지해 왔다. 그리고 익명성을 침해하는 요소 역시 적법성, 필요성, 과잉금지 원칙의 적용을 받아야 한다고 주장해 왔다. 이보다 앞서 이미 유엔 자유권 위원회와 프랭크 라뤼 전 유엔 표현의 자유 특별보고관이 한국정부에 ▶정부기관이 가

입자정보를 요청할 때는 법원이나 독립된 행정조직의 사전 검토를 받아야 하며, ▶정보주체에 통지 의무를 부과할 것을 요구한 바 있다. 프라이버시 인터내셔널은 한국의 전기통신사업법 제83조 3항, 4항이 한국이 준수 의무가 있는 이 같은 국제인권법과 세계적 추세에도 부합하지 않는다고 지적했다.

5. 요약하면, 아티클19은 ‘우리나라의 통신자료제공에 영장 등 아무런 제약이 없기 때문에 수많은 사람들에게 무차별적으로 이루어져서 비례성이 없다’는 점을, 프라이버시 인터내셔널은 ‘익명권도 다른 프라이버시권처럼 중요하기 때문에 (단 1명에 대해 이루어지더라도) 영장처럼 법원이나 다른 독립조직의 허락이 필요하다’는 점을 중요하게 지적하고 있다.

정보, 수사기관 등의 통신자료 무단 수집에 항의하는 피해자 500명이 청구인으로 참여한 헌법소원은 현재 헌법재판소에 계류중이다. 헌법소원 사건 대리인단은 오늘 이들 두 단체의 의견서를 헌법재판소에 제출하였다. 아티클19, 프라이버시 인터내셔널과 같은 대표적 국제인권기구들이 헌법재판소에 직접 의견서를 내면서 한국의 전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항이 국제적으로 합의된 인권기준을 침해한다는 점을 입모아 지적한 것은 큰 의미가 있다. 현재도 이러한 국제적 관심과 우려를 깊이 고려하여야 할 것이다. 끝.

■ 붙임자료

- 1.아티클19 의견서-국문
- 2.프라이버시 인터내셔널 의견서_국문
- 3.아티클19 의견서_영문
- 4.프라이버시 인터내셔널 의견서_영문

ARTICLE19

대한민국 헌법재판소 사건번호 2016헌마 388

ARTICLE19의 제3자 의견서 제출

2016. 12. 15.

I. 서문

이 의견서는 위(한국 헌법재판소 2016헌마388) 사건에서 표현의 자유와 사생활의 자유에 관 헌법재판소에서 고려할 사항을 조언하기 위해 Article 19: 표현의 자유를 위한 국제캠페인 (Article 19) 에서 작성한 것입니다.

Article 19는 이 사례가 한국의 제정입법이 개인의 표현의 자유와 사생활의 자유 행사를 제대로 보장하고 있는지에 대하여 근본적인 영향을 미치는 중대한 문제제기를 하고 있다고 보고 있습니다. 우리는 통신의 감시가 한국에서 심각한 수준으로 이루어지고 있다는 보고를 알고 있습니다. 2011년에만 전화번호, 이메일 주소 등의 자료가 37,300,000개 수집되었고, 가입자를 식별할 수 있는 정보는 5,840,000번 수집되었습니다. 현재의 법 구조는 영장 없이 정보를 수집하는 법집행을 가능하도록 하고 있습니다. 게다가, ‘익명’의 메타데이터를 개인사용자와 연결하여 파악하는 것은 전기통신사업법 하에서 쉽게 이루어질 수 있습니다.

유엔 인권 최고대표에 의하면 “통신자료가 수집될 아주 작은 가능성만 있어도 표현과 집회의 자유 등을 포함한 권리를 위축시키는 효과가 있어 사생활의 자유가 침해 되고, 따라서 불특정다수를 무차별로 감시(대중감시)하는 프로그램의 존재 자체가 사생활 침해를 낳는다”라고 합니다.

현재에 조언하는데 있어, 이 의견서는 아래와 같이 세 개의 핵심 카테고리를 다루고 있습니다.

- a) 감시와 국제인권법상 표현의 자유 및 사생활의 자유
- b) 표현의 자유에 관한 국제기준에 비추어 본 전기통신사업법 제83조 제3항과 제4항의 준수
- c) 사생활의 자유에 대하여 국제기준에 비추어 본 전기통신사업법 제83조 제3항과 제4항의 준수

II. ARTICLE19의 활동분야

Article 19는 표현의 자유와 정보의 자유에 관한 권리를 보호하고 증진하기 위해 국제적으로 활동하는 독립적인 인권 기구입니다. Article 19는 세계 각 지역 뿐만 아니라 국가 및 국제적 차원

에서 표현의 자유에 대한 위협이 있는지에 대해 감시하고, 이를 위한 장기적 전략을 개발하고 있으며 국가 및 전세계적으로 가장 높은 수준의 표현의 자유를 이루고자 합니다. Article 19는 영국의 구호단체로 등록되어(No.32741) 런던의 국제사무소를 비롯하여 방글라데시, 미얀마, 케냐, 세네갈, 튀니지, 멕시코, 미국, 브라질 등에 지역 사무소를 두고 있습니다.

III. 대중감시, 표현의 자유와 사생활의 자유

표현의 자유에 관한 권리

표현의 자유는 민주주의 원리와 인권의 근본원칙 중 하나이며, 일관되게 민주주의 사회의 가장 필수적인 기반 중 하나로 여겨지고 있습니다. 나아가 유엔 자유권규약위원회는 표현의 자유가 “인권의 증진과 보호에 필수적인 투명성과 책임의 원칙 실현하는데 있어서 필요조건”이라고 명명해왔습니다.

표현의 자유에 관한 권리는 한국이 1990년에 비준한 "시민, 정치적 권리에 관한 국제규약"(이하, '자유권 규약') 제19조에 의해 보장되고 있습니다. 이 권리는 세계인권선언(19조)에 의해서도 세계적으로 승인되었고 유럽인권협약(제10조), 미주인권협약(제13조), 아프리카인권헌장(제9조), 아세안인권헌장(제23조) 등 각 지역의 인권기구에 의해서도 보호되고 있습니다.

표현의 자유에 관한 권리는 엄격한 요건 하에서만 제한될 수 있습니다.

표현의 자유에 관한 권리는 자유권 규약 제19조 제3항이 정한 특정 요건들이 충족되는 경우에만 한하여 제한될 수 있습니다.

- 제한 요건은 법에 명문화 되어있어야 하고,
- 제19조 제3항의 (a)와 (b)의 하나에 해당하는 경우에만 제한됨: 타인의 권리나 명예 존중, 또는 국가안전, 공공질서, 공공복리와 풍속을 보호하고,
- 이러한 제한들은 필요성과 비례성에 대한 엄격한 원칙에 부합해야 한다. (과잉금지의 원칙)

표현의 자유에 관한 권리의 제한이 국제법상 기준에 부합하기 위해서는 위 세 가지 요건이 모두 충족되어야 합니다.

위 요건 중 ‘명문화 된 법’에 해당하려면, 이 기준에 따라 개인이 자신의 행동을 규제할 수 있을 만큼 충분히 명확해야 하고 공공의 접근이 가능해야 합니다. 또한 이를 집행하는 당사자가 어떤 표현이 제한대상인지 아닌지를 결정할 수 있도록 충분히 상세히 규정되어 있어야 합니다. 유엔 자유권규약위원회는 “법은 집행자에게 표현의 자유에 대한 권리를 제한하는데 있어 자유로운 결정권을 부여한 것이 아니다”라고 선언하였습니다. 이러한 제한을 위한 합법적이 적법하기 위해서는, 시민사회에 의해 발전되어 온 과잉금지 원칙의 요건을 준수하여야 합니다. 사생활과 기술분야 전문가들은 현존하는 인권법을 현대 기술 사회의 감시에 적용하는 방법이 아래와 같아야 한다고 지적합니다:

- 통신감시는 민주사회에 필수적으로 중요한 법익과 상충하는 경우에만, 명시된 국가권력

에 의해서만 법에 의해 허용되어야 한다. 어떠한 수단도 민족, 인종, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 다른 견해, 출신국가 및 지역, 재산, 출생 혹은 다른 요소를 이유로 한 차별을 위하여 사용될 수는 없다.

과잉금지의 원칙을 충족하기 위해서는, 표현의 자유에 대한 제한은 합법적인 목적에 필수적이어야 하고 다른 목적으로 확대될 수는 없습니다. 유엔 자유권규약위원회는 이에 대해 다음과 같이 명시하였습니다.

-제한조치는 비례의 원칙을 준수해야 한다. 그 조치는 정당한 목적을 가지고, 침해를 최소화 할 수 있는 수단을 선택하여, 과도하게 사익을 침해하지 않아야 한다. 비례성의 원칙은 법률규정뿐만 아니라 법의 집행기관과 법을 적용하는 사법기관에서도 준수되어야 한다.

과잉금지의 원칙은 통신감시에 있어서 다음과 같이 적용되어야 합니다.

-감시법과 규제, 감시 활동 등은 합법적인 목적을 달성하기 위하여만 가능하도록 제한되어야 한다. 통신감시는 그것이 목적을 달성하기 위한 유일한 수단일 경우, 혹은 다른 수단이 있더라도 인권을 가장 최소한으로 침해하는 수단일 경우에 사용되어야 한다. 이러한 정당성에 대한 입증책임은 항상 국가에게 있다..

사생활의 자유

사생활의 자유는 국제법에 의해 확립되었다. 사생활의 자유는 세계인권선언 제12조와 유엔 자유권규약 17조에 의해 전세계적으로 보장되고 있으며 유럽인권협약(제8조), 미주인권협약(제11조), 아세안인권헌장(제21조) 등에 의해 각 지역에서도 보장되고 있습니다.

사생활의 자유는 엄격한 요건 하에서만 제한될 수 있습니다.

자유권규약 제17조는 사생활의 자유에 대한 “임의적이고 불법적인” 침해를 금지하고 있습니다. 국제인권법에서는 자유권 규약 제19조와 같은 테스트를 거쳐야 사생활의 자유에 대한 제한이 허용된다고 보고 있습니다. 유엔 인권옹호특별보고관은 테러에 반대하면서 아래와 같이 이야기하였습니다.

-법에 규정되지 않은 제한은 제17조에 의해서 “불법”이며, 필수적이지 않거나 합당한 목적을 달성하지 못하는 제한은 제17조에 규정된 권리에 대한 “임의적인” 간섭에 해당한다. 결론적으로 사생활의 권리에 대한 제한이나 17조의 다른 영역에 대한 제한은 유엔 인권위원회 일반논평 제27조에 명시된 바와 같이 허용한도 테스트를 거쳐야 한다.

이는 유엔 자유권규약위원회와 유엔 인권위원회에 의해서도 확인된 바 있습니다. 감시는 중대한 사생활 침해를 야기하기 때문에, 과잉금지 원칙은 그 위반의 경우를 상세히 규정하고 있습니다.

-통신감시는 민주주의의 근간을 위협하는 인권침해요소로 여겨져야 하고, 통신감시에 관한 결정은 정보의 민감성과 인권침해의 심각성 및 다른 상충되는 이해관계를 고려하여야

한다. 이는 국가가 법집행, 국가안보, 또는 기밀정보 수집을 위하여 통신감시를 하기 앞서 최소한 다음사항을 관할사법기관으로 하여금 마련해둘 것을 요구하고 있다.

- 정당한 법익에 대한 중대한 범죄 또는 구체적인 위협이 일어났거나 일어날 가능성이 높아야 한다는 점, 그리고;
- 정보에 대한 접근을 통해 정당한 법익에 대한 중대한 범죄 또는 구체적 위협에 연관되고 결정적인 증거를 수집할 가능성이 높아야 한다는 점, 그리고;
- 덜 침해하는 다른 방안을 모두 소진하였거나 다른 방안이 소용이 없어서 이 적용 방안이 최소한의 침해라는 점, 그리고;
- 접근한 정보가 (국가가) 주장하는 중대한 범죄 혹은 법익에 구체적인 위협에 관련되고 결정적인 것으로 국한되어야 한다는 점, 그리고;
- 필요이상의 정보는 보관되지 않고 즉시 파기되거나 반환하여야 한다는 점, 그리고;
- 정보의 접근은 특정한 권한이 부여된 자에 의해서만 이루어지고, 수집된 정보는 그 권한이 부여된 목적과 기간 동안만 사용되어야 한다는 점, 그리고;
- (국가가) 요구하는 감시 활동과 제안한 방식은 사생활권리 또는 자유의 본질의 핵심을 침해하지 않아야 한다는 점.

표현의 자유에 관한 권리와 사생활의 자유는 밀접하게 관련되어 있습니다.

사생활의 자유가 충분히 보장되지 않는다면 표현의 자유는 침해될 수밖에 없습니다. 이에 대해 유엔 표현 자유 특별보고관은 다음과 같은 의견을 밝혔습니다.

-국가는 사생활의 자유에 대한 보호와 증진 없이는 개인이 자유롭게 정보를 찾고 스스로를 표현하도록 보장하고 있다고 할 수 없다. 사생활과 표현의 자유는 밀접하게 연결되어있고 상호 의존적이라, 하나에 대한 침해는 다른 하나에 대한 침해의 원인이며 결과이다. 사생활과 통신의 익명성 및 보안성을 보장하는 적합한 입법과 법적 기준이 없이는, 예를 들어, 언론인, 인권옹호자 및 내부고발자가 그들의 통신자료가 국가의 감시하에 있지 않다는 것을 확신할 수 없다. 국가가 국제인권법상 의무를 다하기 위해서는, 국가에 의한 통신 감시 체계에 있어서 표현의 자유에 관한 권리와 사생활의 권리가 핵심이라는 점을 명심해야 한다.

Article 19는 (한국의) 전기통신사업법 제83조 제3항과 제4항이 이러한 기준에 따라 검토되어야 한다고 봅니다. 다음 장에서 이에 관하여 살피도록 하겠습니다.

IV. 전기통신사업법 제83조 제3항과 제4항은 표현의 자유에 관한 권리를 침해한다.

위에서 언급한 바와 같이, 표현의 자유는 합법성과 필요성, 비례성이 충족되는 경우에만 제한될 수 있고, 제한이 정당한 목적을 위한 것이어야 합니다. 전기통신사업법 제83조 제3항 및 제4항은 다음과 같은 이런 국제적 기준을 충족시키지 못합니다.

합법성

자유권규약에서 “규제는 법률에 의해서 이루어져야 한다”라는 기준은 그 규정을 제정하기 위해서, 법률이 그에 따라 개개인이 자신의 행동을 결정 할 수 있도록 충분히 명확하게 규정되어야 한다는 것을 의미합니다. 해당 조항은 집행자에게 마음대로 표현의 자유를 제한하게 하는 권한을 부여한 것은 아닙니다.

전기통신사업법에 의하면, 법원, 검사 또는 수사관서의 장, 정보수사기관의 장은 재판, 수사(「조세범 처벌법」 제10조제1항·제3항·제4항의 범죄 중 전화, 인터넷 등을 이용한 범칙사건의 조사를 포함한다), 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위해 정보나 기밀을 수집하기 위하여 이용자들의 개인 자료를 제공하라고 전기통신사업자에게 요청할 수 있습니다.

ARTICLE19는 이런 문구가 지나치게 광범위하여, 해당국가기관이 마음대로 광범위하게 사용자의 데이터를 요청할 수 있는 권한을 주고 있다고 봅니다. 제83조 제3항에 따르면, 요청 관계기관은 오직 법률에 열거된 대상들의 정보를 수집할 “의도”만 가지고 있으면 되고, 수집된 데이터를 실제로 언급된 목적을 위해 사용할지 또는 이후 실제로 의도한 목적을 위해 데이터를 사용했는지 여부에 대해 밝힐 필요가 없습니다.

더구나, 해당 데이터는 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 “어떠한 위해”상황이라도 요청될 수 있습니다. “어떠한 위해”라는 단어는, 관계기관이 언제 법률에 따라 그들의 권력을 쓸 수 있는지에 대해서 자유재량을 부여함으로써 어떤 영역에 관계없이 무제한 적으로 개인정보를 요청할 수 있게 합니다. 위해가 믿을만한 것인지, 위해가 어떠한 자명한 위협을 야기할 수 있는지, 또는 그 위해가 실제 존재하는 지에 대해서 관계기관은 밝힐 필요가 없습니다.

지나치게 넓게 해석될 수 있는 단어로 인하여 개인정보의 요청에 관한 관계기관의 무제한적인 권한을 부여한 것을 볼 때, 우리(Article 19)는 제83조 제3항이 ICCPR 제19조 제3항의 “법률에 의한”이라는 기준에 부합되지 않는다고 감히 제시하는 바입니다.

법률의 합목적성(목적의 정당성)

전기통신사업법 제83조 제3항은 관계기관이 전기통신사업자로부터 “국가 안보에 대한 위해”라는 것을 근거로 이용자의 정보를 요청하는 것을 허용하고 있습니다. 물론, 국가안보는 자유권규약 제19조 제3항에 열거된 표현의 자유의 제한할 수 있는 요건 중 하나이나, 법률은 그 요건을 충분히 명확하게 규정하여야 합니다. 충분히 자세하게 정의해야 한다. 유엔인권위원회는 그와 관련하여 다음과 같이 언급하였습니다.

내란죄 및 국가 안보와 관련된 유사한 조항이 제 3 항의 엄격한 요구 사항을 준수할 수 있도록 제정되고 적용되는 것을 보장하기 위해 당사국은 극도의 주의를 기울여야 한다. 예를 들어 국가 안보에 해가 되지 않는 합법적인 공공의 이익에 관한 정보에 접근하지 못하도록 일반 대중을 억압하거나 정보를 차단하는 행위 및 그러한 정보를 퍼뜨린다는 이유로 언론인, 연구원, 환경 운동가, 인권 옹호자 또는 다른 사람들을 기소하는 법률을 들먹이는 것은 제 3 항에 부합하는 것이 아니다. 상업 부문, 은행 업무 및 과학적 진보와 관련된 정보를 같은 법률의 범주에 포함하는 것은 일반적으로 적절하지 않다.

의견 및 표현의 자유에 관한 유엔 특별 보고관은 통신감시기술의 사용은 국가안보상 예외적으로 정당화 될 수 있지만, 그러한 조치는 여전히 필요불가결하고, 합법적이고 비례적인 것이어야만 한다고 지적합니다.

의견과 표현의 자유에 관한 유엔 특별 보고관과 미주 인권위원회 표현의 자유에 관한 특별 보고관의 공동 선언문에서는 국가 안보의 개념을 명확히 정의해야 할 필요성에 관해 다음과 같이 말했습니다.:

국가 안보가 서신 및 개인 정보에 대한 감시의 이유로 사용될 때, 법은 그러한 감시가 합법적인 경우로 결정되기 위해 적용할 기준을 명확하게 명시해야 합니다. 국가 안보 목적의 개인 정보에 대한 감시는 보호받는 이익에 대한 명확한 위협이 있는 경우, 그리고 발생할 수 있는 사익의 침해가 개인 정보 보호 권리 및 아이디어 및 정보의 자유로운 유통에 대한 공익보다 클 때만 인정되어야 합니다.

관계기관이 구체적이며 세부적으로 한정하여 개인정보를 요청하는 것이 아니라, 국가안보에 관한 “어떠한 위해”라도 이를 근거로 개인정보를 요청할 수 있도록 하는 것은 국제인권법에 따라 관련된 기준을 충족하지 않는 것이 Article 19조의 입장임을 다시 한 번 밝힙니다.

필요성 및 비례성

전기통신사업법 제83조 제3항은 사용자 이름, 주민등록번호, 주소, 전화 번호, 암호 및 가입 정보와 같은 광범위한 개인 데이터의 요청을 허용합니다. 83조 4항은 요청의 동기를 서면으로 제출할 것과 "필요한 자료"의 범위에 대하여 설명할 것을 요구하지만, 같은 조항에서 "긴급한 사유"가 있을 경우, 이 요구 사항을 무시할 수 있도록 하고 있습니다. 어떤 것들이 "긴급한 이유"에 해당하는가를 정의하지 않음으로써(즉, 위에서 규정한 법적 요구 사항 역시 위반하는 지나치게 광범위한 표현), 이 법은 요청의 동기가 무엇인지, 서면으로 또는 구두로 요청해야 하는지, 애당초 제공할 필요가 있는지 상관없이 최대 범위의 데이터를 요청할 가능성을 열어두고 있습니다.

유엔 자유권규약위원회에 의해 언급된 바와 같이

당사국이 표현의 자유를 제한하는 합법적인 근거를 적용할 때는, 위협의 정확한 성격과 취해진 구체적인 행동의 필요성과 비례성에 대하여 구체적이고 개별화된 방식으로 입증해야 하고, 특히 표현과 위협 사이의 직접적인 관계가 있다는 것을 보여주어야 한다.

"긴급 사유"가 사라지면 서면 요청서를 제출하도록 하는 제83조 제4항의 요건은 아무런 도움이 되지 않습니다; 왜냐하면, 어떤 이유가 이러한 예외에 해당하는지에 대한 명확성이 완전히 결여되어 있고, 그러한 예외를 적용하는 동기가 무엇인지 밝힐 필요도 없으며, 이를 감시하는 메커니즘이 존재하지 않기 때문에, 당국은 그러한 이유가 무기한 존재한다고 쉽게 주장할 수 있고, 결국, 데이터 요청에 대한 서면 요청서도 제출할 필요가 없다고 주장할 수 있기 때문입니다. 또한, 일단 데이터가 수집되면 이미 데이터 주체의 권리는 침해당한 것이며 그 피해 역시 발생한 것입니다.

관계기관에 자신의 자료 요청이 비례성 및 필요성 원칙을 준수하였는지에 대한 입증을 요구하지 않는다는 점에서, ARTICLE19는 전기통신사업법 제83조 제3항 및 제4항이 자유권규약 제19조 제3항에서 요구하는 필요성 및 비례성을 위반하였다고 제시하는 바입니다. 추가적으로, 83조 제4항의 지나치게 광범위한 단어의 선택은 합법성의 요건을 위반한 것입니다.

감시는 표현의 자유를 위축시킨다.

제83조 제3항과 제4항이 표현을 국제 인권법에 따라 합법적으로 제한할 수 있는 기준을 충족시키지 못하는 것 이외에, 감시행위의 존재자체는 저절로 표현의 자유를 위축시키는 효과를 낳습니다. 의견과 표현의 자유에 관한 유엔 특별보고관의 말에 따르면:

심지어 특정한 대상을 상대로 한 투명하지 않고 문서화 되지 않은 행정적, 관리적 차원의 감시행위만으로도, 그 오용을 방지하기 위한 세심한 공개문서 및 검증된 견제와 균형이 없다면, 이러한 위축 효과를 가져올 수 있다. ... 사생활의 자유를 존중하고, 보호하고 증진하지 않는다면 국가는 개인들이 자유롭게 정보를 주고 받거나 스스로를 표현하는 것을 보장할 수 없다.

우리는 또한 미국의 언론인 및 법조인에 대한 감시의 영향에 관한 PEN International 과 Human Rights Watch의 2014 년 보고서에 헌법재판소가 주목해야 한다고 생각합니다. 이 보고서는 그 국가(미국)에서 일어나는 대중에 대한 감시의 발현이 개인, 언론인 및 법조인에게 중요한 영향을 미친다는 사실을 발견하였습니다.

초기 연구 결과에 따르면, 2013 년부터 지금까지 계속 드러나는 감시는 사적인 개인의 전자통신 관행 및 활동을 위축하는 효과를 가져온다. 이 보고서에 기록되어 있듯이, 감시는 언론과 법률행위에 심오한 영향을 줄 수 있다.

미국의 몇 배가 되는 한국의 감시상황은 필연적으로 자국민의 표현의 자유에 대한 권리 행사에 매우 부정적인 영향을 미칠 수 밖에 없다는 것이 ARTICLE19의 입장입니다. 이런 맥락에서 자유권규약에 따른 당사국의 의무를 다시 살펴볼 필요가 있습니다.

규약에서 정한 일반적인 의무 및 특히 제2조에서 정한 의무는 모든 당사국에 대하여 구속력을 가진다. 모든 정부 기관(행정부, 입법부 및 사법부) 및 기타 공공 또는 정부 당국은 국가, 지역 또는 지방 어느 수준에서든지 당사국의 책임을 질 수 있는 입장에 있다.

따라서 대한민국은 자국의 법이 자유권규약 제 19 조 및 제 17 조에 따른 표현의 자유에 대한 권리를 향유하도록 보장 할뿐만 아니라 현재 통신 이용자의 개인 데이터를 요청할 수 있는 권한을 가지고 있는 모든 공공 기관이 반드시 대한민국의 법에 따라 행동하도록 해야 할 의무가 있습니다.

V. 전기통신사업법 제83조 제3항 및 4항은 사생활의 권리를 침해한다.

위에서 언급 한 바와 같이, 사생활의 자유는 국제 인권법에 따라 적법성, 필요성 및 비례의 기준

을 충족하고 정당한 목적을 추구할 때에만 합법적으로 제한 될 수 있다. 따라서, 표현의 자유에 관한 상기 조항은 사생활의 자유에 유사하게 적용되며, 전기통신사업법 제83조 제3항 및 제4항은 자유권규약 제17조에 의해 보호되는 사생활의 자유에 대한 불법적이고 임의적인 간섭에 해당한다는 결론에 도달할 수 밖에 없습니다.

이 맥락에서 사생활의 자유와 관련된 두 가지 추가 사항에 주목할 필요가 있습니다.: 전기통신사업법 제83조 제3항 및 제4항에서는 사용자의 정보를 얻기 위한 절차에서 영장이 필요하지 않고, 정보 제공 여부에 대해 정보 주체에 통지를 하도록 규정하지 않고 있다는 점입니다.

이용자의 정보를 제공받기 위해서는 영장이 필요함

국제법에 따르면, 공무원에 의한 감시권한의 사용은 반드시 필요성과 비례성을 충족해야 할 뿐만 아니라 그 남용을 방지하기 위해 독립적으로 감독되어야 합니다. 필요성과 비례성 원칙은 "통신 감시와 관련된 결정은 반드시 공평하고 독립적인 관할 사법 당국에 의해 이루어져야 한다"고 규정하고 있습니다. 이는 적법절차 원칙과 관련이 있는데, 그 의미는, 감시 결정은 법에 따라야 할뿐만 아니라 데이터 주체의 기본권을 침해하지 않는 방식으로 이루어져야 한다는 것입니다.

적법절차의 원칙이란, 국가가 인권을 제한하는 합법적 절차를 행사하는 경우, 법에 제대로 명시하고, 일관성 있게 실행하며, 일반 대중에게 적용될 수 있음을 확실히 함으로써 개인의 인권을 존중하고 보장하는 것이다. 특히, 개개인의 인권에 관한 사항을 결정함에 있어서, 즉각적인 인명에 대한 위협이 있는 경우를 제외하고는 모든 사람은 법률에 의해 독립적이고 권한이 있으며 공평한 법정에서 적절한 시간 안에 공정하고 공개적인 재판을 받을 수 있어야 한다. 그러한 경우, 소급적 승인은 합리적으로 실행 가능한 기간 내에서만 집행되어야 한다. 단지 도주 또는 증거 인멸의 위협만으로는 소급적용을 정당화하기 위한 충분한 근거가 결코 될 수 없다.

유엔 자유권규약위원회는 당사국이 영장 없이 개인 정보를 입수 할 수 있도록 하는 전기통신사업법 제83조 제3항이 국제인권법의 이러한 기본 원칙에 위배된다는 점을 분명히 밝혔습니다.

이 위원회는 전기통신사업법 제83조 제3항에 따라 전기통신사업자가 영장 없이 가입자의 정보를 조사 목적으로 요청할 수 있다는 점을 우려하며 주목한다. 또한, 시위 참가자를 식별하기 위해 시위 현장 근처에서 수집된 이동전화 신호에 대한 기지국 조사내용을 사용하는 것과 이와 관련된 적절한 규제가 없다는 점, 특히, 국가정보원에 의한 광범위한 도청과 이와 관련된 적절한 규제가 없다는 점 대해 우려하고 있다.

당사국인 한국은 국가안보 목적을 포함한 모든 감시가 이 국제규약과 양립할 수 있도록 필요한 법률개정안을 마련해야 한다. 특히, 가입자 정보는 영장 없이는 제공할 수 없으며, 국가정보원의 통신 조사를 감독하는 제도를 도입하며, 기지국 조사의 임의적인 운영을 방지하기 위한 안전 장치를 강화하는 내용을 포함하여야 한다.

정보의 제공은 통보하여야 함.

사용자 통보의 원칙은 사생활의 자유와 관련이 있을 뿐만 아니라 공정한 재판을 받을 권리와 효과적인 구제를 받을 권리의 일부분이기도 합니다. 공정한 재판을 받을 권리는 자유권규약 제 14 조와 세계인권선언 제 10 조에 따라 보장되고 있으며, 인권에 관한 지역별 협약 즉, 유럽 협약 (제 6 조), 미국 인권 협약 (제 8 조), 인간과 민족에 관한 아프리카 헌장 (제 7 조), 그리고 아세안 선언 (제 20 조)에 의해서도 각 지역에서 보장되고 있습니다.

필요성 및 비례성 원칙에 따른 각 요건은 다음과 같이 요약할 수 있습니다.

통신정보가 감시되고 있는 사람들은 그 통신 감시에 대해 이의를 제기하거나 다른 구제 조치를 취할 수 있도록 통신 감시를 인가하는 결정에 대해서 충분한 여유를 두고 통보 받아야 하며 승인신청의 근거자료에 접근 할 수 있어야 한다. 통지 지연은 다음 상황에서만 정당화된다.

- 통보가 통신 감시 허가된 목적을 심각하게 위협하거나 생명에 대한 급박한 위험이 초래하는 경우
- 관할 사법 기관에 의하여 지연 통보가 허가된 경우
- 정보주체는 해당 사법 기관에 의해 위협이 해소되었음이 확인되는 즉시 통보를 받는다. 통지 의무는 국가에 달려 있지만 통신 서비스 제공자는 자발적으로 또는 요청에 따라 통신 감시를 받는 개인에게 자유로이 통지할 수 있어야 한다.

사용자 통지 원칙에 따르면, 당국은 데이터 주체가 감시 결정에 이의를 제기 할 수 있도록 제시 간에 통지하여야 합니다. 통보의 지연(부재 아님)은 관할 사법 당국에 의해 승인된 특수한 경우에만 허용될 수 있어야 합니다. 전기 통신 사업법은 현재 데이터 주체에 대한 일체의 통지요건이 없으며, 그 결과 공정한 재판 및 사생활의 자유에 대한 중대한 침해가 존재합니다. 또한, 통지요건의 결핍은 투명성의 일반 원칙에 위배되는데 그 이유는 통지의 절대부재로 인하여 한국의 감시행위가 국제 인권법상의 의무를 준수하며 수행되고 있는지를 평가할 기회마저 박탈하기 때문입니다.

VI.결론

앞에서 언급한 바와 같이, ARTICLE19는 전기통신사업법 제83조 제3항 및 제4항이 국제인권법상 한국의 의무, 특히 표현의 자유 및 사생활의 자유에 대한 한국의 의무와 맞지 않는다고 감히 주장하는 바입니다. ARTICLE19는 한국헌법재판소가 현재 제기된 위헌신청을 고려할 때 관련 기준들을 적용할 것을 제안하는 바입니다.

JUDr Barbora Bukovska

Senior Director for Law and Policy
ARTICLE 19

PRIVACY INTERNATIONAL

프라이버시 인터내셔널

대한민국 헌법재판소
사건번호 2016 헌마 388

프라이버시 인터내셔널의 제3자 의견서 제출

프라이버시 인터내셔널
62 브리튼 스트리트
런던 EC1M 5UY, 영국
Tel: +44 20 3422 4321
www.privacyinternational.org

2017. 4. 10.

I. 서문

1. 프라이버시 인터내셔널은 대한민국 헌법재판소 (이하 “한국”)에 정보통신사업법 제 83 와 84 조 관련 사생활과 표현의 자유에 관한 헌법소원청구소송에 제 3 자 의견서를 제출합니다. 프라이버시 인터내셔널은 특별히 이 두 권리를 행사하는데 있어서 익명성의 중요성과 정보통신사업법이 수백만 한국인의 익명 표현의 자유를 침해하고 있음을 강조하고자 합니다.

II. 프라이버시 인터내셔널의 활동분야

2. 프라이버시 인터내셔널은 영국 런던에 위치한 비영리, 비정부 단체로 전세계 사생활의 자유를 수호하기 위해 일하고 있습니다. 1990 년에 설립된 프라이버시 인터내셔널은 정부 및 기업의 감시와 감시를 위해 사용되는 기술에 관한 연구와 조사를 실시하고 있습니다. 우리기관은 미국, 영국, 유럽 등 전세계 법정에 사생활의 자유와 관련된 사건에 법정조언자 의견서를 제출하여 소송에 참여하고 있습니다. 전세계 사생활의 자유 존중을 위해서 프라이버시 인터내셔널은 이 권리를 보호하는 국내, 지역, 국제법 옹호 활동을 하고 있습니다. 또한 사생활의 자유 위협요소를 식별하고 보호하기 위해 개발국가의 관련 기관 역량 강화에 힘쓰고 있습니다.

III. 논의

A. 익명성과 익명 표현의 중요성

3. 익명성과 익명 표현의 자유는 인류 역사에 있어서 중요한 기반이 되어 왔습니다.¹ 익명성은 개인이 사생활과 표현의 자유를 침해하는 불법적 행위를 경감하거나 피하는 중요한 도구 중 하나이며, 국가기관의 통제로부터 자유롭게 정보를 주고받는 권리를 향유하게 하는 수단이 되어 왔습니다. 이와 같이 익명성은 전통적으로 사생활의 자유와 개인정보보호와 연결되어 왔으며², 표현의 자유를 행사하는데 중요한 안전망의 역할을 해왔습니다.³

¹ 법적 권리로서의 익명성: 어디에 적용되고 왜 중요한가, 16 N.C. J.L. & Tech. 311 호, 2015, 317-331. 참고 (표현의 자유와 관련하여 익명성의 역사적 중요성을 논함).

² Rotaru v. Romania 사건, 신청번호 28341/95, 2000.05.04, 42 문단, 유럽인권재판소는 유럽인권협약의 8 조가 보호하는 개인의 사생활은 익명성을 내재한다고 판시함.

³ 아티클 19 조, 온라인 익명권, 2015.06.18, p. 1.

https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38006/Anonymity_and_encryption_report_A5_final-web.pdf.

4. “간단히 말하자면, 익명성은 식별되지 않는다는 ‘사실’ 이고, 이것은 많은 사람들이 군중 속을 걷는다거나 낯선 사람들과 줄을 서는 등 일상에서 겪는 평범한 경험입니다.”⁴ 따라서 “어떤 활동은 공개적이지만 동시에 익명으로 가능한 것입니다.”⁵ 개인이 신분을 비밀로 유지하며 동시에 공개적으로 활동할 수 있다는 것이 바로 익명성의 유익을 말해줍니다. 이것은 개인이 자유롭게 정부나 권력기관에 관한 비판하고 부정을 폭로하는 일을 가능하게 합니다.⁶
5. 이러한 맥락에서 유럽인권재판소는 익명성의 중요성을 강조하고 익명성은 “보복이나 원치 않는 관심을 피할 수 있게 하며” 따라서 “자유로운 생각과 정보의 흐름의 증진을 가능하게 하며 특히 이것은 인터넷상에서 중요한 점입니다.” 이라고 적시했습니다.⁷ 미국 대법원 역시 익명 표현을 “이이 제기와 권리옹호 활동의 명예로운 전통” 이라고 표현하며 “다수의 횡포를 막는 방패” 인 익명 표현의 자유의 역사적 중요성을 역설하였습니다.

익명으로 작성된 팜플렛, 전단지, 브로셔와 책 등은 인류발전에 있어서 중요한 역할을 해왔습니다. 역사적으로 탄압받았던 단체나 집단은 억압적인 관행 또는 법률에 항거해 오직 익명으로만 비판을 제기할 수 있었습니다. 영국 식민지에는 정부에 비판적 논조 언론의 허가에 관한 법률이 시행되었었는데, 이 법률이 시행되면 출판사, 작가, 배급사들의 이름을 공개하면 비판적 문헌들의 발행이 줄어들 것이라는 이유 때문이었습니다. 이러한 예전 영국 불온문서에 대한 명예훼손 사건들은 통치자에게 비판적인 서적을 발간한 책임자를 찾아내기 위해 정부가 들인 노력을 보여줍니다.⁹

6. 역사전반에 걸쳐 익명성은 개인을 국가, 같은 국민 또는 세계 어디에나 있을 수 있는 잠재적 억압자로부터 보호막이 되어 왔습니다.¹⁰ 이 개인들은 정부기관이나

⁴ 상동, p. 10.

⁵ 상동.

⁶ 프라이버시 인터내셔널, 온라인에서의 안전 공간 확보, 2015.06. p.8.

https://www.privacyinternational.org/sites/default/files/Securing%20Safe%20Spaces%20Online_0.pdf.

⁷ Delfi AS v. Estonia, 신청번호 64569/09, 2015.06.16, 147 문단.

⁸ McIntyre v. Ohio Elections Comm'n, 514 U.S. 334 (1995), p. 357.

⁹ Talley v. California, 362 U.S. 60 (1960), pp. 64-65.

¹⁰ 프라이버시 인터내셔널, 유엔 표현의 자유 특별 조사 위원에 제출된 문서-디지털 커뮤니케이션에서의 익명성과 암호화, 2015.02, p.2 (<http://www.ohchr.org/Documents/>

사기업에 의해 자행된 권력남용을 폭로하려는 내부고발자들이었습니다. 이 사람들은 경제적 취약층과 정부간의 소통을 확대하려는 반체제 인사들이었으며, 공공기관과 민간기관의 투명성, 검증성 확보를 위해 필요한 정보를 제공하던 언론인들이었고, 익명성이 주는 보호막이 없이는 자신들이 겪는 난관과 시련을 논의하기 어려웠던 보통 사람들이었습니다.¹¹ 이 모든 사람들에게 익명성은 “불필요하고 부당한 검증 없이 생활을 영위할 수 있도록 개인의 자유를 보장해 주었습니다.”¹² 그리고 “익명성은 수많은 인터넷 사용자들이 중요시하는 가치이며, 이것이 견고한 온라인 논의의 장을 형성하는데 큰 기여를 했다는 점은 놀랍지 않습니다.”¹³

- 7. 인터넷의 출현과 현대기술이 혁신적으로 변화시킨 소통방법 때문에 익명성과 익명 표현의 자유는 현대사회에서 위협받고 있습니다.¹⁴ 전세계의 사람들, 특히 대한민국 국민들은 대부분의 시간을 온라인에서 보내고 있습니다.¹⁵ 이들은 아이디어를 전달하고, 연구를 하고, 사랑하는 사람과 소통하며 정치적, 개인적 견해를 표현하는데 인터넷을 사용합니다. 또한 기록을 남기고, 여행을 계획하고 금융거래를 하는 등의 일상생활에도 인터넷이 사용되고 있습니다. 이 활동 중 많은 부분은 개인, 직장생활에 자연스럽게 스며든 휴대 전자 기기로 이루어 집니다. 이 기기들은 줄로 고정된 전화기, 서류정리함, 사진첩과 주소록을 대체하였고 이들의 기능을 통합하였습니다.
- 8. 인터넷은 사람들이 소통하는 방법을 급격하게 변화시켰을 뿐만 아니라 소통의 빈도와, “커뮤니케이션 데이터” 또는 “메타데이터”로 알려진 개인 정보 커뮤니케이션의 양적 증가에도 기여했습니다. 커뮤니케이션 데이터는 송신자, 수신자, 정보가 보내진 장소와 날짜, 정보를 보낸 기기의 종류를 포함하는

Issues/Opinion/Communications/PrivacyInternational.pdf.) 참고. 전자 프로티어 재단, 익명성 ,(<https://www.eff.org/issues/anonymity>.) 참고.

¹¹ 가브리엘라 콜만, 온라인 익명성은 모두에게 유익하다, 뉴욕타임즈, 2014.08.20. ,(<http://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/08/19/the-war-against-online-trolls/anonymity-online-serves-us-all>.) , “신문의 기명 논평 페이지 역시 동일하게 주요하지만 익명 발언은 보다 더 보편적인 형태이다. 예컨대 민감한 주제를 논하고자 하는 환자나 환자의 양육자는 익명 포럼이 필요하며..(중략).. 혐오범죄의 피해자 역시 이야기를 털어 놓는데 있어 익명성을 사용한다. 익명성은 비슷한 경험을 공유하는 피해자들에게 위안을 제공하고 가해자에게 대항하여 말할 용기를 준다.”

¹² 아티클 19 조, 온라인 익명권, 노트 3, p. 10.

¹³ 프라이버시 인터네셔널, 온라인에서의 안전 공간 확보, 노트 6, p. 8.

¹⁴ 유엔 인권 이사회(2014), 디지털 시대 사생활 권리, 유엔인권최고대표사무소의 보고서, 2014.06.30, A/HRC/27/37, 1 문단 (현대 디지털 커뮤니케이션 기술의 편재성에 대해 논함).

¹⁵ 프론티어 월드, 한국 : 지구상 가장 인터넷에 연결이 많이 된 나라, PBS, 2009.04.14,(http://www.pbs.org/frontlineworld/stories/south_korea802/).

정보입니다. 디지털화된 세계에서는 커뮤니케이션 데이터가 개인의 의료기록이나 종교적 관점, 정치적 성향이 드러날 수 있는 인터넷 방문기록을 포함하는 등 더 많은 내용을 기록할 수 있습니다. 구입한 물건, 방문한 뉴스 사이트, 가입한 게시판, 읽은 책과 본 영화, 게임 등 각각의 커뮤니케이션 데이터는 한 개인에 대한 통찰을 가능하게 합니다.

9. 커뮤니케이션 데이터를 모으면 개인의 사적 관계, 관심사, 위치정보나 활동내역 등이 밝혀지는 침해적이고 포괄적인 관점을 가능하게 합니다. 무엇보다도 가입자 정보는 커뮤니케이션 데이터와 결합되어 한 개인이 어떤 사람인지 정확히 식별하는 것을 더욱 쉽게 만듭니다. 예를 들어 가입자정보를 획득하게 되면 개인을 특정 대화나 장소, 시간과 연결할 수 있어 정부기관은 이미 수집된 다른 커뮤니케이션 데이터와 개인의 이름, 전화번호의 연관성만 찾으면 됩니다. 따라서 익명의 “x” 라는 구체적인 묘사가 정부에게는 식별된 특정개인의 구체적인 묘사로 알려지게 되는 것입니다.
10. 익명성은 사생활과 자유로운 생각의 교환에 너무나 중요하기 때문에 법정과 인권전문가들은 적법성, 필요성, 과잉금지의 원칙 등 관련 인권 기준에 따라 익명성을 침해하는 요소에 관한 평가를 시작했고 침해적 요소가 있을 경우 사람들의 보호를 위해 더 엄격한 절차적 보호조치를 요구했습니다.¹⁶

B. 익명성을 사생활과 표현의 자유권의 권리로 인정하려는 국제적 법률 전문가들의 움직임

11. 국제법 전문가들은 익명성 침해요인들을 관련 인권 기준으로 분석해야 한다고 주장해 왔습니다.
12. 전·현직 의사·표현의 자유 증진과 보호를 위한 유엔 특별보고관은 꾸준히 표현의 자유의 일부분으로써의 익명성을 지지해 왔습니다. 프랭크 라튀 특별보고관은 2011년 이미 사생활의 자유와 온라인상 표현의 자유 사이 상호관계를 확인하고¹⁷

¹⁶ 아티클 19 조, 온라인 익명권, 노트 3, p.22-23.

¹⁷ 유엔 인권 이사회(2011), 유엔 특별 조사 위원에 언론 및 표현의 자유를 보호하고 촉진하는 것과 관련하여 제출된 보고서, 프랭크 라튀, 2011.03.16, A/HRC/17/27, 53 문단 (“사생활의 권리는 개인이 스스로의 의견을 자유롭게 표출하는데 매우 중요하다. 역사 속에서, 공적 영역에의 논쟁적 주제들에 대한 논의를 하고자 하는 의지는 항상 그것을 익명으로 할 수 있는 지와 연결되었다.”), http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf.

표현의 자유 침해요소와 마찬가지로 익명성을 침해하는 요소 역시 적법성, 필요성, 과잉금지의 원칙의 적용을 받아야 한다고 강조했습니다.¹⁸

13. 2013년에 라튀 특별보고관은 사생활의 자유와 표현의 자유가 서로 긴밀히 연결되어 있음을 다시 한번 강조하였고, “의사소통의 익명성, 보안성, 사생활 보호의 필요성을 지적하였습니다.”¹⁹

14. 라튀 특별보고관은 “인터넷의 출현으로 인해 가장 발전된 부분은 익명으로 정보에 접근, 정보를 교환할 수 있다는 것이지만 보안과 법집행의 명목으로 국가가 점차적으로 익명 커뮤니케이션의 기회를 없애고 있다” 고 이야기 했습니다.²⁰ 특별보고관은 특히 “ 뉴스 사이트, 블로그에 의견을 달거나 주요 웹사이트를 방문할 때, 혹은 휴대전화나 심카드를 구입할 때 등록이나 신분 증명을 요구하는 일이 증가하고 있다” 고 설명했습니다.²¹ 특별보고관은 익명성 제한이 생각과 정보의 자유로운 표현을 위축시킨다” 고 결론 내리며, 이것이 또한 “개인의 필수적인 사회적 관계로부터 단절을 초래하고, 표현과 정보의 자유를 위축시키며, 사회적 불평등을 심화시키는 결과” 를 초래할 수 있다고 말했습니다.²²

15. 현 유엔 특별보고관 데이빗 케이의 의견 역시 전임자의 권고와 다르지 않습니다. 케이 특별보고관도 표현의 자유와 사생활의 자유간의 상호연결성을 강조하였습니다.²³ 보고관은 익명성에 대한 간접은 인권의 관점에서 해석되어야 하며²⁴, “기업들은 암호화와 익명성을 제한하는 기업정책들을 살펴야 한다”²⁵고 말했습니다. 마지막으로, 케이 특별보고관은 그러한 정책에 영향을 받을 경우

¹⁸ 상동, 24 문단, 49 문단.

¹⁹ 유엔 인권 이사회(2011), 유엔 표현의 자유 특별보고관의 보고서, 프랭크 라튀, 2011.04.17, A/HRC/23/40, 79 문단,

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf, (강조 포함).

²⁰ 상동, 47 문단.

²¹ 상동.

²² 상동, 49 문단.

²³ 유엔 인권이사회 (2015), 유엔 표현의 자유 특별보고관의 보고서, 데이빗 케이, 2015.05. 22. A/HRC/29/32, 16 문단,

http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Documents/A.HRC.29.32_AEV.doc.

²⁴ 상동, 31 문단 (“표현의 자유를 가능하게 하는 암호화와 익명성에 대한 제한은 잘 알려진 3 가지 기준을 만족시켜야 합니다: 표현에 대한 제한 법률로 규정되어야 한다; 적법한 근거에 의해서만 제한할 수 있다 (규약 19 조 3 항에 근거); 필요성과 과잉금지의 원칙에 따라야 한다.”).

²⁵ 상동, 60 문단.

적절한 구제조치가 있어야 하고, 사생활 침해 발생 시 해당 개인이 통지받을 수 있어야 의미있는 구제라고 역설했습니다.²⁶

16. 다른 유엔 특별 보고관들과 마찬가지로 미주인권위원회 표현의 자유 카탈리나 보테로 마리나 특별보고관도 2013년 보고서를 통해 사생활과 표현의 자유를 위한 익명성의 중요성에 관한 동일한 견해를 표명했습니다. 특별 보고관은 “대중의 활동이나 신분이 지목되거나 기록되지 않는 온라인상 공간의 증진이 필요” 하며 “표현의 자유 권리를 행사하기 위한 안전한 환경을 만드는 것이 국가의 역할인데 그렇지 않을 경우 자유로운 의사소통이 위축되고 방해받을 수 있다” 라고 지적했습니다.²⁷ 보고관은 또한 어떠한 상황에서는 법률에 따라 사법부가 금지된 활동을 하는 정보송신자에게 적절한 조치를 취할 수도 있다” 고 설명했습니다.²⁸

17. 유럽회의의 장관급 위원회는 2003년 온라인 통신의 자유에 대한 선언을 채택했습니다.²⁹ 선언의 일곱 가지 주요원칙 중 하나가 익명성에 관한 것입니다.

온라인 감시로부터 보호받고 자유로운 생각과 정보의 표현을 증진하기 위해 회원국은 신분을 밝히지 않고자 하는 인터넷 사용자들의 의사를 존중해야 한다. 이것은 회원국이 국내법, 인권과 기본적 자유의 보호에 대한 협약, 그리고 사법권과 경찰분야에 관한 국제적 합의 아래 범죄행위를 저지른 사람들을 추적하기 위한 조치를 취하거나 협력하는 것은 포함하지 않는다.

18. 위원회는 이 원칙을 뒷받침하는 해설에서 “익명으로 남고자 하는 사용자들의 의사를 존중하기 위해 가장 중요한 원칙” 이라고 설명했습니다.³⁰ 위원회는 “사용자들은 신분을 밝히지 않고 인터넷에 발언을 게재할 타당한 이유가 있을 수 있고, 신분을 밝히라고 요구하는 것은 사용자의 표현의 자유를 지나치게 제한하는 것” 이라고 했습니다.³¹ 또한 사용자는 영장을 발부받지 않고 온라인 감시를 하는 공공기관이나 민간기관으로부터 보호받을 필요가 있음을 역설했습니다.³²

²⁶ 상동, 18 문단.

²⁷ 미주인권위원회(2013), 인터넷에서의 표현의 자유, Catalina Botero Marina, 2013.12.31, OEA/Ser.L/V/II, 23 문단, http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/2014_04_08_Internet_ENG%20WEB.pdf.

²⁸ 상동, 135 문단.

²⁹ 유럽회의, 온라인 통신의 자유에 대한 선언(2013.03.28 840 회 차관회의의 위원회에서 채택됨), [http://portal.unesco.org/ci/en/files/25147/11861368651Declaration-Inf\(2003\)007.pdf/Declaration-Inf\(2003\)007.pdf](http://portal.unesco.org/ci/en/files/25147/11861368651Declaration-Inf(2003)007.pdf/Declaration-Inf(2003)007.pdf).

³⁰ 상동, p. 12.

³¹ 상동.

³² 상동.

19. 이후 유럽에서는 익명성과 익명 표현 대한 법의 태도가 확장되었고 개선되어 왔습니다. 유럽인권재판소가 Delfi AS v. Estonia. 사건에서 익명성과 관련하여 장관위원회의 2003년 선언을 고려한 것은 당연합니다. 법원은 온라인 발언에서의 익명성의 중요함을 재차 확인하였고, 인터넷 사용자들이 이용하는 다양한 익명성의 종류를 설명하였습니다. 또한 법원은 “이러한 정보의 노출은 수사당국 혹은 사법당국의 명령을 요구하며, 극히 제한된 조건하에서만 가능하다” 라고 판시하며, 개인식별정보의 노출을 방지할 수 있는 절차적 안전보호장치를 강조하였습니다.³³
20. 사생활과 표현의 자유를 보장하는 익명성과 그 역할을 공인하는 국제사회의 흐름에 맞추어 프라이버시 인터내셔널은 헌법재판소에 전기통신사업법의 83조 3항 83조 4항과 같이 익명성을 제한하는 법률을 국제 인권법제의 기준으로 심판해 주시기를 요청합니다.

C. 익명성과 전기통신사업법의 83조 3항 83조 4항이 가지는 상호작용성

21. 83조 3항에 의하여 전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관의 장, 국세청장 및 지방국세청장을 포함), 정보수사기관의 장이 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위해 정보수집을 요청하면 그 요청에 따를 수 있습니다.

22. 전기 통신 사업법은 ‘통신 자료’ 를 다음과 같이 정의합니다.³⁴

1. 이용자의 성명
2. 이용자의 주민등록번호

³³ Delfi AS v. Estonia, 신청번호 64569/09, 2015.06.16, 148 문단.

³⁴ 전기통신 사업법에서 “통신자료” 가 의미하는 것은 일반적으로 ‘가입자 자료’ 혹은 ‘가입자 정보’ 이다. 예를 들어 부다페스트 협약의 18 조 3 항에서는 ‘가입자 정보’ 를 아래와 같이 정의한다.

이 조에서 의미하는 가입자 정보란 컴퓨터 데이터의 형태로 또는 그 밖의 다른 형태로 포함되어 있는 모든 정보로써, 통신데이터나 내용 관련 데이터 (이외의 것으로)를 제외한, 서비스제공자의 서비스 이용자에 관한 것으로써 서비스제공자에게 보관되어 있고,

- a) 이용 중인 통신서비스의 종류, 이 서비스에 관련되는 기술적 조치 및 서비스의 기간;
- b) 가입자의 신원, 주소, 전화와 그 밖의 접속 번호, 통신 서비스와 관련한 계약이나 협약에 근거해서 이용될 수 있는 요금의 청구 및 지급에 관한 정보;
- c) 통신 서비스와 관련한 계약 또는 협정에 근거하여 존재하는 전기통신시설이 있는 장소에 관한 그 밖의 정보를 통해서 확정될 수 있는 모든 정보를 의미한다.

- 3. 이용자의 주소
- 4. 이용자의 전화번호
- 5. 이용자의 아이디
- 6. 이용자의 가입일 또는 해지일

23.83 조의 4 항은” 통신자료” 제공 요청은 요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 서면으로 하여야 하고, 서면으로 요청할 수 없는 긴급한 사유가 있을 때에는 제외한다고 규정합니다.

24. 전기통신사업법의 83조 3항과 4항은 익명성과 익명표현을 위태롭게 하고 사생활과 표현의 자유를 침해하는 일반적인 수단입니다. 표면적으로 이는 전기통신사업자에게 가입자 정보를 다양한 정부 기관에서 제출하는 서면 한 장에 넘길 수 있도록 전권 위임을 제공합니다. 위에서 논의하였듯이 정부에 가입자 정보를 제공함으로써 회사는 개인 식별 정보를 다른 인적 자료와 함께 묶을 수 있고, 이는 사생활과 표현의 자유의 심각한 침해를 야기합니다.³⁵

25. 한국에서 이러한 침해는 방대하게 일어나고 있습니다. 미래창조과학부의 2016년 보고서에 따르면 정부기관은 2015년 10,577,079 개의 통신기기로부터 가입자 식별 정보와 5,484,945 건의 통신자료에서 메타데이터 기록을 수집했습니다.³⁶ 이러한 정보를 서로 연결함으로써, 한국정부는 쉽고 효율적으로 수백만 국민들의 상세한 프로파일을 작성할 수 있습니다.

D. 표현의 자유와 사생활의 권리를 침해하는 전기통신사업법의 83조 3항과 83조 4항

26. 형사 사건이나 국가 안보에 중대한 위협에 대응하기 위해 표현 및 사생활의 자유에의 일정한 제약이 필요하다는 것은 이미 잘 정립된 이론입니다. 그러나 감시는 이러한 권리를 침해하는 것이기에, 반드시 목적의 합법성, 필요성,

³⁵ 국제 데이터 보호 기준은 가입자 자료가 곧 개인 정보임을 인정한다. 예를 들어 EU 개인정보보호지침의 4 조는 개인정보를 “식별되거나 식별가능한 자연인에 관한 정보” 라고 이야기하고, ‘식별 가능한 자연인’ 을 ‘직접 또는 간접적으로 특히 식별 번호 또는 자신의 신체적, 생리적, 정신적, 경제적, 문화적 또는 사회적 신원에 특정적인 하나 이상의 요소를 참조하여 식별될 수 있는 자’ 라고 이야기한다. 동 지침 4(1). 수집과 공개를 포함한 가입자 자료의 처리는 안전보장조치의 대상이 될 수 있고, 되어야 한다.

³⁶ 해당보고서는 미래창조과학부 웹사이트에서 확인가능,
<http://www.msip.go.kr/web/msipContents/contentsView.do?cateId=mssw311&artId=1316113&snsMIId=NzM%3D&getServerPort=80&snsLinkUrl=%2Fweb%2FmsipContents%2FsnsView.do&getServerName=www.msip.go.kr>.

과잉금지의 원칙 등이 적용되어야 합니다. Article 19가 헌법재판소에 밝힌 이유와 같이 전기통신사업법의 83 조 3 항과 83 조 4 항은 이러한 요건을 충족시키지 못합니다.³⁷

27. 또한 전기통신사업법의 83 조 3 항과 83 조 4 항은 국제인권 기준에 부합하는 추가적인 안전보장장치를 결여하고 있습니다. Article 19의 서면은 두 가지 안전보장장치를 강조합니다. (1) 전기통신사업자에게 가입자 정보를 요청할 때, 국가가 영장을 발부 받도록 하는 것과 (2) 정부에게 제출된 가입자 정보의 당사자에게 통지를 하도록 한 것입니다.

28. 프라이버시 인터내셔널은 정부가 한국 가입자 정보에 접근하는 것을 통제 할 효과적인 안전보장장치의 필요성과 Article 19의 분석을 지지할 추가적인 기관의 필요를 주장합니다.

1. 독립된 사전 허가

29. 프라이버시 인터내셔널은 EU 사법재판소의 최근 두 가지 사건에 주목합니다. 이 판결은 정부가 전기통신사업자가 보유한 통신 자료에 접근하기 앞서 독립된 허가 절차를 거치는 것의 중요성을 이야기 하고 있습니다. 프라이버시 인터내셔널은 이 판례가 통신 자료가 아닌 가입자 정보에 대한 사건임을 인지하고 있습니다. 그러나 정부가 가입자 정보, 특히 통신 자료와 결합한 가입자 정보에 접근할 때 제기되는 익명성(사생활과 표현의 자유를 포함)의 중요성으로 인해 이와 유사한 안전보호장치는 필요합니다.

30. 디지털 라이츠 아일랜드 케이스에서 EU 사법재판소 대법원은 전기통신사업자가 심각한 범죄의 예방 및 탐지를 위해 이용자 통신 자료를 최대 2년간 묶음으로 보관하도록 규정한 2006년 EU의 데이터 보유지침이 사생활의 자유와 유럽연합 기본권 헌장에 규정된 7 조와 8 조의 권리를 침해한다고 판시하였습니다.³⁸ EU 사법재판소는 이 지침이 보유한 데이터를 이용하고 접근하는데 있어 충분히 절차적·실질적인 안전보호장치를 포함하지 않았음을 지적했습니다. 판결은

³⁷ 아티클 19 조 제삼자의견서, 2016 헌마 388, 대한민국 헌법재판소, 2016.12.15 판결, pp. 6-10.

³⁸ 법원 판결 (대법원), Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications et al (C-293/12 and C-594/12), CJEU, 2014.04.08, (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=40531>).

“관할 국가기관의 접근이 법원이나 독립된 행정기관의 사전 검토에 따라 이루어지지 않았음”³⁹을 강조했습니다.

31. 전기통신사업자가 심각한 범죄의 예방 및 탐지를 위해 이용자의 통신 자료를 묶음으로 보관하도록 의무화한 스웨덴과 영국의 법(스웨덴의 경우 6개월, 영국의 경우 1년)에 대해 논의한 텔레 2 스베리에 에이비, 톰 왓슨 외 사건에서, EU 사법재판소 대법원은 아래와 같이 판시하였습니다.

원칙적으로 관할 국가기관이 정보를 획득하고자 할 때는, 위급함이 유효하게 인정되는 경우를 제외하고 법원이나 독립된 행정조직의 사전 검토의 적용되며, 이러한 법원이나 독립된 행정 조직의 결정은 당국의 합리적 요청, 특히 범죄의 예방, 탐지 및 기소의 절차적 체계에 의거하여 만들어져야 한다.⁴⁰

32. 이러한 결정은 가입자 정보에 대한 접근을 허용하는 몇몇 국가들의 방식과도 상응합니다. 사이버범죄협약위원회 평의회의 2014년 연구에 따르면 절반이 넘는 회원국이 “가입자 정보의 획득은 사법적 결정에 의해 이루어 져야 한다”고 규정하고 있습니다.⁴¹

33. 2014년 캐나다 대법원은 알 v. 스펜서 판결에서 “사생활 자유의 범익은 무분별한 압수수색으로부터의 헌법의 보호와 이와 연결된 사생활 자유의 범익의 중요성”을 적시했습니다.⁴² 판결은 경찰의 정보 감별 요청이 “개인이 익명으로 수행한 온라인 활동, 법원이 중대한 사생활 보호의 이익을 가지는 것으로 인정한 활동과 용의자를 연결 하여 사생활 자유의 익명성과 관련된다”고 결정했습니다.⁴³ 법원은 가입자가 자신의 식별 정보에 대한 사생활로 보호될 것에 대한 합리적 기대를

³⁹ 상동, 62 문단.

⁴⁰ 법원 판결 (대법원), Tele2 Sverige AB and Tom Watson & Others (C-698/15), CJEU, 2016.12.21, 120 문단, (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186492&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=40531>).

⁴¹ 사이버범죄방지협약위원회, 유럽의회, 가입자 정보 취득에 관한 규칙, 2014.12.03, p.28, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802e7ad1>.

⁴² R. v. Spencer, 2014 SCC 43, 48 문단, (<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14233/index.do>).

⁴³ 상동, 50 문단.

가지고 있고,⁴⁴ 따라서 향후 경찰은 유사 상황에서 법원 명령을 확보하여야 한다고 아래와 같이 판시하였습니다.

이 사건을 전체적으로 보면 가입자 정보가 사생활로 지켜질 것에 대한 합리적 기대가 존재합니다. 이러한 정보의 노출은 온라인 상 민감하고 사적인 활동을 이용자의 신원이 통상적으로 익명으로 머물 것이라는 기대에 기반한 활동입니다. 경찰관의 ISP로 하여금 자발적으로 이러한 정보를 제공하도록 한 것은 수색에 해당합니다.⁴⁵

34. 또한 프라이버시 인터내셔널은 표현의 자유를 행사함에 있어 익명성의 중요성에 대해 역설하였던 유엔 특별보고관 케이의 2015년 보고서를 주목합니다. 이 보고서에서 특별보고관은 다음과 같은 사항을 특별히 권고하였습니다.

국가는 사상과 표현의 자유 및 사생활의 자유에 대한 권리를 보호하고 증진시키기 위한 법률과 규정을 개정하거나 설립하여야 한다. 암호화와 익명성과 관련하여 국가는 무규제의 원칙이나 포괄적인 보호 정책을 도입하여야 하고, 개별사건의 관한 규제와 수단의 적법성, 필요성, 법익의 균형성, 목적의 정당성에 입각하여 *별개의 법원 명령을 통해서만 이루어 져야 합니다*...⁴⁶

35. 따라서 유엔 자유권규약 위원회는 “전기통신사업법 83조 3항에 의하면 가입자 정보는 전기통신사업자에게 수사의 목적을 위해 영장 없이 요청 가능하다”는 점에 우려를 표명했습니다.⁴⁷ 위원회는 국가에 “가입자 정보는 오직 영장에 의해서만 제출” 되도록 정부에 권고했습니다.⁴⁸

2. 사용자 통지

36. 전기통신사업법은 정부가 가입자 정보에 접근할 시 이용자에게 그 사실을 통지할 의무를 규정 하고 있지 않습니다.

⁴⁴ 상동, 62 문단.

⁴⁵ 상동, 문단 66.

⁴⁶ 유엔인권이사회(2015), 특별 보고관 케이의 보고서, 노트 23, 57 문단.

⁴⁷ 자유권규약 인권위원회, 대한민국 4차 정례보고 최종견해, 유엔 문서 CCPR/C/KOR/CO/4, 2015.12.03, 42 문단.

⁴⁸ 상동, 43 문단.

37. 텔레 2 스페리에 에이비, 톰 왓슨 외 사건에서, EU 사법재판소는 다음과 같이 판시했습니다.

마찬가지로, 수집된 정보에 접근하는 관할 당국은 접근에 대한 통지가 진행 중인 수사에 위태롭지 않게 되는 즉시 당사자에게 국내법 절차에 따라 통지해야 합니다. 이러한 통지는 당사자가 침해된 권리에 대한 법적 구제를 포함한 개인의 권리를 행사하는데 필수적입니다.⁴⁹

38. 이러한 EU 사법재판소의 접근은 전 유엔 특별보고관 라튀의 2013년 보고서에 포함된 다음의 권고를 반영하고 있습니다.

개인이 국가의 통신 감시의 대상이 되었거나 통신의 기록이 열람된 경우 이에 대한 통지를 받을 법적 권리를 가집니다. 감시 전 혹은 감시 중 통지는 효과적인 감시를 위태롭게 할 수 있다는 점이 인정됩니다. 그럼에도 불구하고 감시가 종료되고 난 후 통지되어야 하며 당사자가 사후에 통신정보 사용에 관한 배상을 청구할 기회가 주어져야 합니다.⁵⁰

39. 유엔 특별 보고관 케이 역시 2015년 보고서에서 다음과 같이 이야기했습니다.

개인과 시민사회는 국가와 비국가 행위자에 의해 방해받고 공격당하고 있는데, 암호화와 익명성은 이에 대한 보호를 제공해 줄 수 있습니다. 시민·정치적 권리에 관한 국제규약의 17조 (2)에 의하면, 국가는 자의적이거나 불법적인 간섭 및 공격으로부터 사생활을 보호할 의무가 있습니다. 이 의무에 따라 국가는 정부 혹은 비정부 행위자의 자의적이고 불법적인 간섭 및 공격으로부터 사생활을 보호할 국내 법률을 마련해야 할 필요가 있습니다. 이러한 보호는 불법행위에 대한 배상을 포함해야 하고 보상받을 권리가 실효성을 가지기 위해 개인은 약화된 암호화나 강제 사용자 정보 공개 등 모든 사생활 침해에 관한 통지를 받아야 합니다.⁵¹

IV. 결론

⁴⁹ 텔레 2 스페리에 에이비, 톰 왓슨 판결문, 노트 40, 문단 121.

⁵⁰ 유엔 인권이사회(2013), 특별 보고관 케이의 보고서, 노트 19, 82 문단.

⁵¹ 유엔 인권이사회(2013), 특별 보고관 케이의 보고서, 노트 19, 82 문단(부분강조 포함).

40. 앞서 논의한 바와 같이 프라이버시 인터내셔널은 전기통신 사업법의 83 조 3 항과 83 조 4 항이 대한민국이 이행의무가 있는 국제 인권법과 부합하지 않는다고 주장합니다. 프라이버시 인터내셔널은 헌법재판소가 논의된 기준을 고려하여 해당 법률의 위헌여부를 심판할 것을 촉구합니다.

캐롤라인 윌슨 펠로
법률고문

토마소 펠체타
법무담당관

스칼렛 김
법무담당관

프라이버시 인터내셔널
62 브리튼 스트리트
런던 EC1M 5UY, 영국
Tel: +44 20 3422 4321
caroline@privacyinternational.org

참여연대

민주사회를 위한 변호사 모임

수 신 각 언론사 정치부·사회부
발 신 참여연대 공익법센터 이지은 선임간사 02-723-0666 / pil@pspd.org
제 목 [보도자료] 유엔 표현의 자유 특별보고관, 헌재에 통신자료무단수집 헌법소원 사건 의견서 제출
날 짜 2017. 6. 8. (총 3쪽)

보도자료

유엔 의사표현의 자유 특보, 헌재에 통신자료무단수집 헌법소원 사건 의견서 제출

다른 민주주의 국가 중 대한민국의 1인당 국가기관의 이용자 정보 요구 건수 가장 높아
국가기관의 무영장 통신자료 취득 행위 자체는 물론 그 가능성만으로 자유권 규약
제19조의 보호하고 있는 익명 표현 및 통신의 자유를 침해 주장

1. 오늘(6/8) 유엔 의사표현의 자유 특별보고관 데이비드 케이(이하, '유엔 의사표현특별보고관')는 헌법재판소에 수사기관이 영장없이 통신자료를 무단 수집할 수 있도록 한 한국의 전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항이 익명 표현의 자유 및 통신의 자유를 침해한다는 의견서를 헌법재판소에 제출했다. 이는 2016년 5월 18일 국정원, 경찰, 등 정보수사기관이 자신의 개인정보를 무단 수집한 사실을 확인한 시민 500명이 청구인으로 참여한 통신자료무단수집 헌법소원 사건에 대한 것으로서, 지난 4월 19일 국제인권단체인 아티클19, 프라이버시인터내셔널이 제출한 제3자 의견서에 이어 세 번째이다. 유엔 특별보고관은 한국의 통신자료 수집제도는 법원의 사전 승인 없이 이뤄져 의사 표현 및 통신의 자유를 침해한다고 지적했다. 따라서 헌법재판소에게 이 사건의 위헌여부를 심사하는데 이 점을 고려할 것을 촉구했다.
2. 유엔 의사표현특별보고관은, 대한민국은 1990년 비준한 '시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(이하, '자유권 규약')의 당사국으로서 규약 제19조의 의사표현의 자유를 보장해야 할 의무가 있다고 지적했다. 국내법 규정을 근거로 이러한 규약위반을 정당화할 수는 없다는 점도 분명히 했다. 유엔 의사표현특별보고관에 따르면 한국의 전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항의 규정은 국제인권법과의 합치, 의사표현의 자유에 관한 침해의 차원에서 중대한 문제를 야기하고 있다. 유엔 특별보고관은 전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항에 따른 통신자료 수집이 대한민국의 인터넷 및 통신 이용자의 표현의 자유에 대한 중대한 위협을 가져온다는

점을 지적했다. 영장 제시 없이 국가기관이 통신자료를 취득하는 행위 자체는 물론 그러한 가능성만으로도 자유권 규약 제19조에서 보호하고 있는 익명 표현 및 통신의 자유를 침해한다는 것이다.

3. 유엔 의사표현특별보고관이 의견서를 통해 밝힌 통신자료 수집 제도의 문제점은 아래와 같다

- ▶ 한국의 통신자료 수집제도는 자유권 규약 제19조 제①항의 의견의 자유를 침해함
 - 자유권 규약 제19조 제1항은“모든 사람은 어떠한 간섭 없이 스스로 의사(의견)를 가질 권리가 있”음을 규정하고 있음. 의견의 자유는, 법률 또는 다른 권한에 의해 제한할 수 있는 표현의 자유와 달리 절대적 보장을 명시한 것임. 따라서 디지털 시대 개인들이 의견을 형성하고 추론을 발전시키는 디지털 플랫폼에서 형성된 정보 등을 국가기관이 취득할 때, 개인의 의사형성 및 보유의 권리를 침해하는 방식으로 이루어져서는 안 됨.

- ▶ 자유권 규약 제19조 제②항에서 보장하는 익명표현의 자유를 침해함
 - 자유권 규약 제19조 제②항은, 모든 종류의 정보, 아이디어 등을 자신이 선택한 매체를 통하여 찾고 받고 전달할 수 있는 자유를 포함하는 것으로 규정함으로써 익명표현의 자유를 중요한 것으로 봄. 이 규정에 따라 온 오프라인의 구분없이 보호되는 익명표현의 권리는 표현의 자유를 행사하는 데 중요하며 이에 대한 침해는 결과적으로 표현의 자유를 직간접적으로 제한하게 됨. 유엔총회, 유엔 인권이사회, 유럽 평의회 등을 비롯한 많은 국제 및 지역기구들이 이에 대하여 확인함. 익명에 대한 제한은 자기검열을 강화시킬 수 있기 때문임.
 - 통신서비스 이용자들이 서비스 이용을 위해 사업자에게 공개한 개인정보라고 해서 국가기관 또는 제3자에 해당 정보에 대한 자유로운 접근을 허용하는 것은 아님. 왜냐하면 익명이란 비밀이 아니라 개인이 어떤 상황 하에서 누구에게 어떤 목적으로 자신의 정체성을 공개할지 여부를 결정할 권한에 대한 것이기 때문임. 이에 영장 없이 통신자료를 수집할 수 있도록 한 전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항은 자유권 규약 제19조 제②항이 보호하는 익명표현 및 통신의 자유를 침해함. 특히 국가기관이 이용자 정보에 접근할 수 있다는 가능성의 존재만으로도 소수의견, 공익을 위한 민감한 정보 공개를 하려는 이용자들을 위축시킬 수 있음.

- ▶ 자유권 규약 제19조 제③항의 표현의 자유를 제한할 수 있는 요건을 위반함
 - 자유권 규약 제19조③항은, ① 다른 이들의 권리 또는 명예를 존중하기 위하여 ②국가 안보 또는 공공질서, 공중 보건 및 윤리의 보호를 위하여 법률로써 명확하고 공개적으로, 필요 최소한의 수준으로 제한할 수 있다고 규정함. 국가가 표현의 자유를 제한할 때에도 구체적이고 개별적으로 위협의 정확한 성격과 그 위협과 취득 정보의 범위 및 그 취득방법 사이의 직접적이고 긴밀한 관계를 입증해야 함. 또한 가장 침해가 적은 방법임을 보장해야 함. 그러나 전기통신사업법제83조 제3항, 제4항은 이를 준수하지 않음.

- ▶ 영장 제시 없는 이용자 정보 취득은, 국가기관의 개인정보 취득은 사법 명령에 의해 승인되어야 한다는 국제적인 합의와도 일치하지 않음
 - 유엔 총회를 비롯해 다양한 유엔기구들은 이용자 정보 및 통신 메타데이터등 개인정보에 대한 국가기관의 요구가 합법적이고 독립적이며 공정한 사법절차에 의해 규제되어야 한다는 결론을 내림.
 - 사법적 사전 승인절차가 국가기관의 불법적이고 부적절한 개인정보 수집에 대한 중요한 보호장치가 되어준다는 사실은 캐나다 연방대법원의 R v. Spencer 사건 판결, 유럽사법재판소의 Digital Ireland and Seitlinger 판결 등에서 확인한 바 있음.
 - 입법 현황 조사에 따르면 12개 이상의 나라들이 이용자 정보 취득을 위해 영장 또는 다른 형식의 사법절차를 요구함. 미국, 덴마크, 체코, 루마니아 등등 다양한 국가들에서 여러 단계의 사법 사전 승인이 이루어지고 있고 스페인, 프랑스 및 일본도 통신의 비밀에 영향을 미치는 정보의 경우 법적 사전 승인절차가 필요함.
-
- ▶ 2012년 8월 한국 헌법재판소는 이미 인터넷상 익명표현의 자유를 강하게 보호해야 한다는 취지의 인터넷실명제 위헌결정을 함. 개인정보 취득에 영장주의를 인정하는 것은 이러한 결정에 부합하는 것임.
 - ▶ 전세계적으로 영장제시 없이 이용자 정보를 취득하는 국가들이 몇몇 있지만, 다른 민주주의 국가들의 수치와 비교할 때 대한민국의 1인당 국가기관의 이용자 정보 요구 건수가 가장 높은 것으로 조사됨.
4. 유엔 특별보고관은 유엔 인권이사회결의에 따라 의사표현의 자유를 보다 증진시키고 보호할 수 있는 방안을 각 회원국에 권고할 수 있는 권한을 위임받았다. 이러한 권한에 따라 유엔 특별보고관은 한국의 통신자료 수집의 근거가 되는 전기통신사업법 제83조 제3항, 제4항을 국제인권법의 분석을 기초로 의견서를 작성하였다. 한국의 통신자료무단수집 제도는 한국이 당사국으로 준수 의무가 있는 자유권 규약 제19조 의사표현의 자유를 침해한다고 지적하며 한국의 인터넷, 통신이용자들의 표현의 자유에 중대한 위협을 가져온다는 우려를 표했다. 특보는 이러한 우려를 헌법재판소가 신중히 검토하여 전기통신사업법의 위헌성을 판단할 것을 촉구했다. 끝.

▣ 붙임

1. [유엔 의사표현의 자유 특별보고관 의견서 - 한글번역본](#)
2. [유엔 의사표현의 자유 특별보고관 의견서 - 영문번역본](#)

대한민국 헌법재판소

2016 헌마 388

유엔 의사·표현의 자유특별보고관 데이비드 케이의 제 3자 의견서

열람용

데이비드 케이 (David Kaye)

유엔 의사·표현의 자유 특별보고관

미국 캘리포니아 대학교 어바인 로스쿨

국제사법클리닉,

법학교수 및 소장

전화번호: (949) 824-2427

주소: 401 East Peltason Dr. Ste. 3800-C

Irvine, CA 92697-8000

홈페이지: <https://freedex.org/>

2017. 5. 9.

목차

- I. 서론3
- II. 이 사건에 대한 유엔특별보고관의 이해관계3
- III. 대한민국은 국가기관의 이용자 정보 취득이 규약 제 19 조 제 1 항 상의 의견의 자유를 침해하지 않도록 보장해야 합니다4
- IV. 규약 제 19 조 제 2 항 및 제 3 항에 의하여, 대한민국은 국가기관이 이용자 정보를 취득하는 것이 익명 표현 및 통신의 자유를 과도하게 침해하지 않음을 보장하여야 합니다5
 - A. 익명 표현은 규약 제 19 조 제 2 항에 의해 보장되는 표현의 자유를 행사하는 방식입니다.....6
 - B. 익명으로 통신할 수 있는 권리는 규약 제 19 조 제 2 항 상의 표현의 자유를 실현하기 위해 필요한 사생활의 자유 영역을 창출합니다.....7
 - C. 전기통신사업법 제 83 조 제 3 항 및 제 4 항에 의한 전기통신사업자의 통신자료 제공 및 국가기관의 취득은 규약 제 19 조 제 2 항에서 보호하는 익명 표현 및 통신을 침해합니다.....9
 - D. 규약 제 19 조 제 3 항은 국가기관의 개인정보 취득은 법에 의하여, 합법적인 목표를 달성하기 위한 필요하고 적절한 수준에서 이루어질 것을 요구합니다..11
- V. 영장 제공 없이 이용자 정보를 요청하는 것은 익명 표현 및 통신의 자유를 침해하지 않아야 할 대한민국의 의무에 반하는 것입니다13
 - A. 영장주의에 의하지 않은 이용자 정보 요구는, 국가기관의 개인정보 취득이 사법 명령에 의하여 승인되어야 한다는 국제적인 합의와 일치하지 않습니다.....13
 - B. 영장주의는 대한민국 정부의 이용자 정보에 관한 불필요하고 부적절한 긴급 요구를 제한할 것입니다.....16
- VI. 결론19

I. 서론

1. 의사표현의 자유에 관한 유엔 특별보고관 데이비드 케이(David Kaye, 이하 “본인”이라고 합니다)는 대한민국 헌법재판소에 법정조언자(*amicus curiae*)로서 이 의견서를 제출합니다.¹ 귀 재판소에서 심리중인 2016 헌마 388 통신자료취득행위 위헌확인 등 사건은 전기통신사업법 제 83 조 제 3 항 및 제 4 항에 관한 것입니다.
2. 이 의견서를 비롯하여, 유엔 특별보고관의 의견서 제출은 자발적으로 이루어지는 것이고, 이러한 의견서 제출은 ‘1946 년 유엔 특권 및 면제에 관한 협약’ 상 유엔 및 그 직원, 임무수행 중인 전문가의 특권 및 면제에 대한 명시적 또는 묵시적 포기로 간주되지 않습니다. 유엔 특별보고관의 입장 및 견해는 그의 독립성에 의한 것으로서, 이것은 유엔, 유엔 인권 이사회, 유엔 인권최고대표사무소 및 그 관계자들의 견해가 아닙니다.

II. 이 사건에 대한 유엔 특별보고관의 이해관계

3. 대한민국이 1990. 4. 10. 비준한 ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약’(The International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 “규약”이라고 합니다)에서는, 의사의 자유(규약 제 19 조 제 1 항)와 표현의 자유(규약 제 19 조 제 2 항)를 보장해야 할 당사국의 의무를 규정하고 있습니다. 유엔의 핵심 인권 기구인 유엔 인권이사회에서는 의사표현의 자유가 “인권과 자유의 향유에 있어 본질적인 것이며, 민주주의 사회의 건설 및 강화를 위한 근간을 이룬다”라고 천명하였습니다.² 대한민국은 위 규약의 당사국으로서 “최선의 노력을 다하여” 이러한 의무를

¹ The Special Rapporteur would like to thank Mr. Calvin Bryne, Ms. Sarah Choi, and Mr. Adam Lhedmat, student advocates with the University of California Irvine School of Law International Justice Clinic, and Mr. Amos Toh, legal advisor to the mandate and Ford Foundation Fellow, for their assistance with the preparation of the brief.

² Human Rights Council Res. 23/L.5, at ¶2, U.N. Doc. A/HRC/23/L.5 (April 9, 2014).

준수해야 하며, “국내법 규정을 근거로 이러한 규약상 의무 위반을 정당화” 할 수는 없습니다.³

4. 유엔 인권이사회 결의안 7/36, 3(c)에서는, “모든 방식의 의사표현의 자유를 보다 증진시키고 보호할 수 있는 방안에 대하여 권고”할 수 있도록 본인에게 권한을 위임하였습니다.⁴ 위와 같은 위임에 의하여 이루어지는 이 의견서 상 권고는 국제인권법의 분석에 기초하고 있으며, 여기에는 관련 법제, 기준, 국제 실무뿐 아니라 관련 지역 및 국내법, 기준 및 실무 분석도 포함하고 있습니다. 이 사건에서 문제가 되고 있는 전기통신사업법 제 83 조 제 3 항 및 제 4 항의 규정은 국제 인권법과의 합치, 의사표현의 자유에 관한 궁극적인 권리의 침해수준과 관련하여 중대한 문제를 야기하고 있습니다.
5. 앞서 말한 권한에 근거하여, 본인은 온라인 상 표현의 자유에 대한 위협이 현저하게 증가하고 있음을 주시해왔습니다. 전임 유엔 특별보고관과 본인은 이러한 위협들 중에서도 온라인 상 암호화 해제, 익명성 훼손을 목적으로 무분별하고 공격적으로 이루어지는 통신감시 및 시도들이 확대되고 있음을 보고해왔습니다.⁵ 그런데 이 사건 역시 이와 비슷한 우려를 야기하고 있습니다.

III. 대한민국은 국가기관의 이용자 정보 취득이 규약 제 19 조 제 1 항 상의 의사(의견)의 자유를 침해하지 않도록 보장해야 합니다.

6. 규약 제 19 조 제 1 항은 “모든 사람은 어떠한 간섭 없이 스스로 의사(의견)를 가질 권리가 있다”라고 규정하고 있습니다. 표현의 자유에 대하여는 규약 제 19 조 제 3 항

³ Vienna Convention on the Law of Treaties arts. 26-27, May 23, 1969 1155 U.N.T.S. 331.

⁴ Human Rights Council Res. 7/36 at ¶3(c), U.N. Doc. A/HRC/7/36 (Mar. 28, 2008).

⁵ See e.g. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, U.N. Doc. A/HRC/23/40 (Apr. 17, 2013) (“2013 Report”); Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye, U.N. Doc. A/HRC/29/32, (May 22, 2015) (“2015 Report”); Human Rights Council Res. 34/7 (Mar. 22, 2017).

상의 구체적인 기준에 의거하여 “법률 또는 다른 권한에 의해 제한”될 수 있음을 규정하고 있는 반면, 의사의 자유에 대하여는 “절대적 보장”으로 규정하고 있습니다.⁶ 의사를 가질 권리는 인간의 존엄성과 민주적 자치를 위한 근본적인 요건이며, 위 규약에서 이에 대한 어떠한 간섭, 제한 또는 제재를 허용하지 않을 정도로 중대한 보장에 해당하는 것입니다.⁷

7. 유엔 인권이사회, 유엔 총회, 유럽 평의회를 비롯한 다수의 국제 및 지역 기구들은 온라인뿐만 아니라 오프라인 상에서도 의사표현의 자유를 동등하게 보장해야 한다고 결론을 내렸습니다.⁸ 의사의 자유를 침해하는 오프라인 상 간섭행위의 예로는 신체적 학대, 구금, 기타 경미한 처벌을 들 수 있습니다.⁹ 요즘 같은 디지털 시대에서 개인들은 온라인 상 “하드 드라이브, 클라우드(cloud), 전자메일 보관함 등에 자신의 견해, 검색결과, 열람내역을 저장”합니다.¹⁰ 이러한 디지털 플랫폼(digital platforms)은 각 개인들이 “의견을 형성하고 추론을 통해 발전”시킬 수 있게 해줍니다.¹¹ 따라서 전기통신사업법 제 83 조 제 3 항 및 제 4 항을 근거로 국가기관이 그러한 정보를 취득함에 있어서, 그것이 개인의 의사 형성 및 보유의 권리를 침해하는 방식으로 이루어져서는 안 됩니다.

IV. 규약 제 19 조 제 2 항 및 제 3 항에 의하여, 대한민국은 국가기관이 이용자 정보를 취득하는 것이 익명 표현 및 통신의 자유를 과도하게 침해하지 않도록 보장하여야 합니다.

⁶ Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, at 441 (Feb., 1993).

⁷ 2015 Report at ¶19 (May 22, 2015).

⁸ See, e.g. G.A. Res. 68/167 (Jan. 21, 2014); Human Rights Council Res. 26/13 (July 14, 2014); and Council of Europe CM/Rec(2014)6 (Apr. 16, 2014).

⁹ See *Yong-Joo Kang v. Republic of Korea*, Communication No. 878/1999, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/878/1999, at ¶¶ 2.5, 7.2, and 7.3 (July 15, 2003).

¹⁰ 2015 Report, at ¶20 (May 22, 2015).

¹¹ Nowak, *supra* at 441 (emphasis added).

A. 익명 표현은 규약 제 19 조 제 2 항에 의하여 보장되는 표현의 자유를 행사하는 방식입니다.

8. 규약 제 19 조 제 2 항은 다음과 같이 규정하고 있습니다.

“모든 사람은 표현의 자유를 가진다. 이러한 권리는 국경을 불문하고 모든 종류의 정보와 아이디어를 구두, 서면 또는 인쇄물, 예술의 형태 또는 자신이 선택한 매체를 통하여 찾고, 받고, 전달할 수 있는 자유를 포함한다.”

9. 위 규약은 익명성에 대하여 명시적으로 언급하고 있지는 않습니다. 그러나 규약 제 19 조에 대한 입안과정을 보면, 입안자들이 익명성을 표현의 자유에 있어서 중요한 것으로 보았음을 알 수 있습니다. 이러한 논의과정 중에서 당사국들은 규약 제 19 조 제 1 항에 “익명성은 허용되지 않는다”라는 문구를 추가하는 방안에 반대하였는데, 이는 “저자를 보호하기 위해 익명성이 필요할 수 있다”, “그러한 익명성 불허 문구는 필명 사용을 제한할 수 있다”라는 점을 고려한 것입니다.¹²

10. 당사국들의 위와 같은 고려는 익명성이 사회 및 정치 담론에의 국민 참여에 있어서 필수적일 수 있음을 보여줍니다. 필명(개인이 통신 또는 업무상 실명 대신 사용하는 가명)은 그들이 실제 정체를 드러낼 때 보다 더 많은 아이디어와 견해들을 탐구하고 전달할 수 있도록 보호하는 기능을 합니다.¹³ 특히, 개인들은 그들에게 가해질 수 있는 사회적 낙인, 학대, 신체 안전에 대한 위협 때문에 드러내지 못하는 비전형, 비주류 또는 소수의 의견에 대해 표현하고 토론하고자 할 수 있습니다.

11. 디지털 상의 “필명” 또한 규약 제 19 조 제 2 항에 의하여 동등하게 보장됩니다. 블로그, 소셜 미디어 플랫폼(social media platforms), 온라인 토론장, 사적인 연락 등에서 많은 인터넷 이용자들은 익명성을 위하여 온라인상 가명을 사용하고 있습니다. 그들은

¹² Marc J. Bossuyt, *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, at 379-80 (Feb. 17, 1987).

¹³ 2015 Report, at ¶9 (May 22, 2015).

자신들의 신상을 좀 더 효과적으로 숨기기 위하여 가상 사설망(VPNs), 프록시 서비스(proxy services), 익명 네트워크 및 소프트웨어, P2P 네트워크와 같은 암호 및 익명화 도구를 혼합하여 사용할 수도 있습니다.¹⁴

12. 규약 제 19 조 제 2 항은 이러한 기술발전에도 적용이 가능하도록, 넓은 범위에서 초안이 작성되었습니다. 위 규정 상 보호기준은 개인이 자신을 표현하기로 선택한 위치 또는 방법에 관계없이 모두 적용됩니다. 이를 위하여 당사국들은 그 당시 현존하는 매체를 열거하는 대신, “자신이 선택한 매체를 통하여”라는 일반적인 문구를 사용하기로 결정하였습니다.¹⁵ 이러한 결정은 권리가 온라인 및 오프라인 상에서 동등하게 보호되어야 한다는 국제적인 합의와 일맥상통합니다.¹⁶ 그러므로 익명표현은 온라인 또는 오프라인에 상관 없이 “어떠한 매체를 통해서라도” 보호되는 것입니다.

13. 익명 통신은 그것 자체로서 규약 제 19 조 제 2 항에 의하여 보호되는 표현 활동이 될 수 있습니다. 현대 문화에서 가이포크스(Guy Fawkes) 마스크 착용은 시위에 참여하는 자의 정체성을 숨기고 정치적인 진술을 하게 하는 두 가지 기능을 모두 수행합니다.¹⁷ 즉, 자신의 정체성을 숨기는 행위 자체가 의사표현의 한 형태일 수 있습니다.

B. 익명으로 통신할 수 있는 권리는 규약 제 19 조 제 2 항 상 표현의 자유를 실현하기 위해 필요한 사생활의 자유 영역을 창출합니다.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ 2015 Report, at ¶26 (May 22, 2015).

¹⁶ *Supra* note 8.

¹⁷ *See, e.g.*, Glenda Kwek, *V for vague: Occupy Sydney's faceless leaders*, The Sydney Morning Herald, (Oct. 14, 2011), available at: <http://www.smh.com.au/nsw/v-for-vague-occupy-sydneys-faceless-leaders-20111014-1loy6.html>.

14. 규약 제 17 조에 의하면, 모든 사람은 “자신의 사생활의 자유, 가족, 가정 또는 서신에 대한 임의적이고 불법적인 간섭”으로부터 “법에 의한 보호를 받을 권리”를 가집니다. 유엔 총회, 유엔 인권이사회, 유럽 평의회, 미주 인권위원회를 비롯한 많은 국제 및 지역기구들은 사생활의 자유 보호가 표현의 자유의 행사에 있어서 중요하다는 점을 확인하였습니다.¹⁸ 사생활의 자유에 대한 과도한 침해는 결과적으로 “아이디어의 자유로운 발전 및 전달을 직접 또는 간접적으로 제한”할 수 있습니다.¹⁹
15. 온라인상 익명성은 이러한 권리들 간의 밀접한 관련을 보여주며, “임의적이고 불법적인 간섭 또는 공격 없이 의견 개진 및 표현의 자유를 행사할 수 있는 사생활의 자유 영역”을 만듭니다.²⁰ 특히, 암호화 및 익명화 도구들은 전자메일, 문자메세지, 채팅 어플리케이션, 기타 온라인상 연락 등 온라인 통신 상의 사생활의 자유를 보호하며, 이로써 이러한 온라인 통신은 의견 형성 및 공유에 있어서 대중적인 매체가 되었습니다.²¹ 이와 반대로, 익명에 대한 제한은 자기 검열을 강화시킬 수 있습니다. 예를 들어, 전임 유엔 특별보고관은 의사소통 상의 익명성 배제는 “보복의 두려움 때문에 신고하기를 꺼려하는 폭력 및 학대의 피해자들에게 명백한 위축효과를 가져온다”는 사실을 발견하였습니다.²²
16. 이용자가 전기통신사업자에게 자신의 개인정보를 공개하는 경우라고 하더라도, 이것이 개인의 익명 표현 및 통신의 자유를 존중하고 보장해야 할 국가의 의무를

¹⁸ 2013 Report, at ¶24 (Apr. 17, 2013); *see also* G.A. Res. 68/167 (Jan. 21, 2014); Human Rights Council Res. 34/7 (Mar. 22, 2017); 2015 Report, at ¶16 (May 22, 2015); *The Right to Privacy in the Digital Age*, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, U.N. Doc. A/HRC/27/37, at ¶19 (Apr. 17, 2013); *Freedom of Expression and the Internet*, Inter-American Commission for H.R., Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, at ¶¶ 130, 150 (Dec. 31, 2013); *The Rule of Law on the Internet and in the Wider Digital World*, Council of Europe, Commissioner for Human Rights, at ¶88 (Dec. 8, 2014); *Declaration on freedom of Communication on the Internet*, Council of Europe, at principle 7 (May 28, 2003).

¹⁹ 2013 Report, at ¶24 (Apr. 17, 2013).

²⁰ 2015 Report, at ¶16 (May 22, 2015).

²¹ *Id.* at ¶17.

²² 2013 Report, at ¶24 (Apr. 17, 2013).

면제하는 것은 아닙니다. 익명은 비밀이 아닙니다. 익명은 개인이 어떤 상황 하에서 누구에게, 어떤 목적으로 자신의 정체를 공개할지 여부를 결정할 권한에 대한 것입니다. 이와 비슷한 취지로 유럽인권재판소에서는 “민주사회 하에서 정당화되지 않는 한 바람직하지 않고 불법”이라고 본 통신 비밀 침해행위(the interception of communications)와 전화통신사업자에 의한 미터링(“metering” 즉, 통신 메타데이터 수집)을 구분하여 판단하였습니다.²³ 이와 같이, 통신 이용자들은 인터넷 또는 통신 서비스를 이용하기 위하여 자신의 개인정보를 전기통신사업자에게 공개(또는 수집을 허락)할 수 있으나, 이것이 국가기관 또는 제 3 자에게 해당 정보에 대한 자유로운 접근을 허용하는 것은 아닙니다. 이용자들은 법적 절차적 보호를 통하여 법 집행기관 및 다른 국가기관으로부터 익명으로 남을 수 있습니다.

C. 전기통신사업법 제 83 조 제 3 항 및 제 4 항에 의한 전기통신사업자의 통신자료 제공 및 국가기관의 취득은, 규약 제 19 조 제 2 항에서 보호하는 익명 표현 및 통신의 자유를 침해합니다.

17. 법 제 83 조 제 3 항은 다음과 같이 규정합니다.

“전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장, 정보수사기관의 장이 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 다음 각 호의 자료의 열람이나 제출을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.”

1. 이용자의 성명
2. 이용자의 주민등록번호
3. 이용자의 주소
4. 이용자의 전화번호
5. 이용자의 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자임을 알아보기 위한 이용자 식별부호를 말한다)

²³ Malone v. United Kingdom, App. No. 8691/79, Judgment, 82 Eur. Ct. H.R. 10, ¶84.

6. 이용자의 가입일 또는 해지일

18. 법 제 83 조 제 4 항은 다음과 같이 규정합니다.

“제 3 항에 따른 통신자료제공 요청은 요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 서면으로 하여야 한다. 다만, 서면으로 요청할 수 없는 긴급한 사유가 있을 때에는 서면에 의하지 아니하는 방법으로 요청할 수 있으며, 그 사유가 해소되면 지체 없이 전기통신사업자에게 자료제공요청서를 제출하여야 한다.”

19. 법 제 83 조 제 3 항 및 제 4 항에 의한 국가기관의 통신자료 취득은 익명 표현과 통신의 자유를 잠재적으로 제한합니다. 법 제 83 조 제 3 항에 의해 요청 가능한 정보의 범위는 개인의 성명, 주소 및 근무지, 전화번호, 이메일 주소 및 이용자 아이디까지 포함하고 있으며, 이는 법 집행기관, 정보수사기관 및 다른 국가기관로 하여금 온라인 및 오프라인 상 정체를 광범위하게 볼 수 있는 권한을 부여하고 있습니다. 위와 같은 정보들은 다른 인터넷 및 인터넷 IP 주소, 셀사이트 위치정보, 전화번호, 통화 및 이메일의 날짜 및 시간과 같은 통신 메타데이터와 결합되거나 분석될 수 있으며, 이는 “사적 통신 내용에 의하여 전달되는 것 이상의 개인의 행동, 사회적 관계, 개인의 취향과 정체성”을 보다 구체적으로 그려낼 수 있게 합니다.²⁴

20. 국가기관의 잠재적인 정보 취득 범위를 감안하면, 일반적인 온라인 상 익명은 “피상적이고 쉽게 침해될” 수 있는 것입니다.²⁵ 예를 들어, 가명 또는 암호화 도구들(기본적으로 웹 트래픽을 암호화하는 HTTPS 웹사이트)로는 충분하지 않을 수 있습니다. 개인정보의 공개를 피하고자 하는 이용자들, 특히 소수의견을 표현하거나 공익을 위하여 민감한 정보를 공개하고자 하는 자들은 기술적으로 복잡하고 사용하기

²⁴ The Right to Privacy in the Digital Age, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, U.N. Doc. A/HRC/27/37, at ¶19 (Apr. 17, 2013).

²⁵ 2015 Report, at ¶9 (May 22, 2015)

어려운 익명화 소프트웨어 및 도구를 사용할 수 밖에 없을 것입니다. 이러한 어려움 또는 위험 때문에 많은 이들이 말하는 것 자체를 포기할 수도 있습니다.

- 21. 이용자 정보에 대한 국가기관의 접근가능성만으로도 개인이 자신을 자유롭게 표현하는 것을 방해할 수 있습니다. 즉, 국가기관이 개인정보에 대하여 접근할 수 있는 법적 체제의 존재만으로도 “표현과 결사의 자유를 포함하여 권리 전반에 대한 잠재적인 위축효과를 가져오며, 사생활의 자유의 침해를 발생”시킬 수 있습니다.²⁶ 이러한 위축효과는 변호인과 의뢰인의 관계, 언론인과 정보원, 내부고발자, 인권활동가, 소수 및 취약 집단에게 불리한 결과를 가져올 수 있습니다.

D. 규약 제 19 조 제 3 항은 국가기관의 개인정보 취득은 법에 의하여, 합법적인 목표를 달성하기 위해 필요한 최소한의 수준에서 이루어질 것을 요구합니다.

- 22. 규약 제 19 조 제 3 항은 다음과 같이 규정합니다.

“규약 제 19 조 제 2 항에서 규정하고 있는 권리의 행사는 특별한 의무와 책임이 따른다. 이러한 권리는 제한이 될 수 있으나, 그와 같은 제한은 법이 정하는 바에 따라 필요한 경우에만 가능하다.”

- (a) 다른 이들의 권리 또는 명예를 존중하기 위하여
- (b) 국가 안보 또는 공공질서, 공중 보건 및 윤리의 보호를 위하여²⁷

- 23. 위 규약의 이행을 감시하는 유엔 인권위원회에서는, 표현의 자유에 대한 규제가 “법이 정하는 바에 따라” 이루어지기 위해서는 그러한 규제가 명확하여야 하고, 공개적이고 투명해야 하며, 국가기관에게 그러한 규제를 적용할 수 있는 무제한의

²⁶ The Right to Privacy in the Digital Age, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, U.N. Doc. A/HRC/27/37, at ¶20 (Apr. 17, 2013).

²⁷ International Covenant on Civil and Political Rights art. 19(3), Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171 (emphasis added).

재량권을 부여하는 것을 피해야 한다고 하였습니다.²⁸ 따라서 국가기관의 이용자 정보 취득 조건에 관한 법률 및 규정에는 "개인이 사전 통보를 받고 그 결과를 예견할 수 있도록 명확한 기준"을 정해야 합니다.²⁹ 통신상 감시행위와 관련하여, 정부는 이용자 정보에 대한 접근이 표현의 자유를 제한하는 무분별한 재량권을 갖는 것은 아니라는 점도 입증하여야 합니다.

24. 이용자 정보를 취득하는 국가기관의 권한 범위는 규약 제 19 조 제 3 항에서 정한 법 집행, 국가 안보, 공공안전의 목적 달성을 위해 “필요한” 정도에 한하여 이루어져야 합니다. 여기에서 필요성은 그 제한이 단순히 합리적이고 유용하며 바람직한 것 이상이어야 함을 의미합니다.³⁰ 국가는 “구체적이고 개별적으로 위협의 정확한 성격”과 그 위협과 취득 정보의 범위 및 그 취득방법 사이의 “직접적이고 긴밀한 관계”를 입증해야 합니다.³¹ 국가 안보의 관점에서, 전임 유엔 특별보고관은 정보 취득 목적을 광범위하게 정의하는 것은 “인권운동가, 언론인 또는 활동가와 같은 취약 집단을 겨냥한 조치들을 정당화하는 수단으로서 국가정부에 의한 조작활동을 용이하게” 한다는 사실을 발견하였습니다.³²

25. 또한 ‘필요성’은 국가기관의 이용자 정보 취득 권한에 대한 비례성 판단을 보여주는 것입니다.³³ 유엔 인권위원회는 비례성 판단을 통하여 그러한 정보 취득행위가 “보호 기능을 달성할 수 있는 방법 중 가장 침해가 적은” 것임을 보장해야 한다고 했습니다.³⁴ 다시 말해, 이용자 정보 취득은 침해의 정도가 경미한 다른 감시 또는 조사방법이

²⁸ U.N Doc. CCPR/C/GC/34, at ¶39 (Sep. 12, 2011); 2015 Report, at ¶32 (May 22, 2015).

²⁹ 2013 Report, at ¶83 (Apr. 17, 2013).

³⁰ 2015 report, at ¶34 (May 22, 2015)

³¹ U.N Doc. CCPR/C/GC/34, at ¶35.

³² 2013 Report, at ¶60 (Apr. 17, 2013).

³³ U.N Doc. CCPR/C/GC/34, at ¶34 (Sep. 12, 2011); *See also* Lohe Issa Konate v. Burkina Faso, No. 004/2013, Afr. Ct. H.P.R., at ¶¶ 148, 149 (Dec 5, 2014); *The Sunday Times v. The United Kingdom*, No. 6538/74, Eur. Ct. H.R. at ¶¶ 59, 62 (Apr. 26, 1979).

³⁴ *Id.*

존재하지 않는 경우에만 이루어져야 합니다. 투명하고 철저한 공적 검토가 가능하게 하기 위해서는 그러한 정보취득에 대한 “구체적이고도 근거가 있는 공적 확인”이 중요합니다.³⁵

V. 영장 제공 없이 이용자 정보를 요청하는 것은, 익명 표현 및 통신의 자유를 침해하지 않아야 할 대한민국의 의무에 반하는 것입니다.

26. 국가기관이 사전 영장 제시 없이 이용자 정보를 요구하는 것은 앞서 말한 적법성, 필요성 및 비례성의 원칙에 반합니다. 그러한 요구는 오로지 충분한 법적 기준과 합법적이고 공정한 사법 기구의 명령에 의하여, 법적 목표 달성을 위한 필요성 및 비례성을 판단한 후에 부여되어야 합니다. 본인의 관련 국제 법제 및 실무에 대한 분석결과를 통하여, 이러한 견해가 관련 국제 및 지역기구 및 여러 국가들의 공통된 의견임을 알 수 있었습니다.

A. 영장주의에 의하지 않은 이용자 정보 요구는, 국가기관의 개인정보 취득이 사법 명령에 의하여 승인되어야 한다는 국제적인 합의와 일치하지 않습니다.

27. 유엔 기구들은 고객정보 및 통신 메타데이터 등 개인정보에 대한 국가기관의 요구가 합법적이고 독립적이며 공정한 사법절차에 의해 규제되어야 한다고 결론을 내렸습니다. 2014 년 유엔 총회에서 회원국들에게 “국가 통신 감시”와 “개인 데이터 수집”에 있어서 “투명성을 보장 할 수 있는 독립적이며 효율적인 기존의 국내 감독 체제를 적절하게 유지하고 책임지도록” 촉구했습니다.³⁶ 유엔 총회를 통해 통신 감시가 인권에 미치는 영향에 대해 의견을 제안하도록 위임 받은 유엔 인권 고등판무관은, “독립성, 공정성 및 투명성에 관한 국제 기준에 부합하는 사법적 관여는, 전반적인 법정 제도가 국제 인권법에서 요구하는 최소한의 기준에 도달할 수 있도록

³⁵ See G.A. Res. 69/397, ¶12 (Sep. 23, 2014).

³⁶ G.A. Res. 69/166 (Feb. 10, 2015) at ¶4(d) (emphasis added).

할 것이다”라고 강조하였습니다.³⁷ 2016 년 유엔 총회에서 이와 유사한 권고안을 채택하면서, 회원국들에게 “개인정보 수집과 관련하여 투명성과 책임을 보장할 수 있는, 독립적이고 효율적이며 능력 있는 공정한 사법, 행정, 및 입법 상 국내 감독 기구를 창설 또는 유지”할 것을 요구하였습니다.³⁸

28. 표현의 자유에 관한 국제 및 지역 전문가들도 사법 절차의 필요성에 대하여 재차 확인하였습니다. 2013 년 표현의 자유 및 인터넷에 관한 연구에서, 미주 인권위원회의 특별보고관실은 “통신 비밀 침해행위를 승인하는 법률에서는 정부가 그러한 행위를 하고자 하는 이유를 투명하고 구체적으로 규정해야 하며, 이는 오로지 판사에 의하여 승인되어야 한다”라고 결론 내렸습니다.³⁹ 마찬가지로, 전임 유엔 특별보고관은 인권법에 따라 “국가기관에 대한 통신자료 제공은 법원 또는 감독기관과 같은 독립적인 기구에 의하여 감시되어야 한다”고 밝혔습니다.⁴⁰ 두 특별보고관 모두 2013 년 ‘감시 체제가 표현의 자유에 미치는 영향에 관한 공동 선언’에서 이러한 권고를 되풀이하였으며, 국가들로 하여금 “개인정보의 수집은 독립적인 감독 기구에 의하여 감시되어야 하며, 충분한 적법 절차 보장 및 사법 감독에 의하여 관리”할 것을 국가들에게 촉구하였습니다.⁴¹

³⁷ The Right to Privacy in the Digital Age, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, U.N. Doc. A/HRC/27/37, at ¶38 (Apr. 17, 2013) (emphasis added).

³⁸ G.A. Res. 71/39, at ¶5(d) (Nov. 16, 2016) (emphasis added).

³⁹ *Freedom of Expression and the Internet*, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, Inter-American Commission for Human Rights, at 156 (Dec 31, 2013), available at: https://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/2014_04_08_internet_eng%20_web.pdf, (emphasis added).

⁴⁰ 2013 Report, at ¶86 (Apr. 17, 2013) (emphasis added).

⁴¹ *Joint Declaration on Surveillance Programs and Their Impact on Freedom of Expression*, United Nations Special Rapporteur on the Protection and Promotion of the Right to Freedom of Opinion and Expression; Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights, available at: <https://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=927&IID=1>.

29. 관련 지역 및 국내의 법제 조사결과 또한 사법적 사전 승인절차가 국가기관의 불법적이고 부적절한 개인정보 수집에 대한 중요한 보호장치가 되어준다는 사실을 보여줍니다. 전기통신사업법 제 83 조 제 3 항 및 제 4 항과 유사한 규정에 대해 다룬 *R v. Spencer* 사건에서, 캐나다연방대법원은 제 3 의 운영자에 의해 관리되는 가입자 정보를 아무런 영장제시 없이 요구하는 법 집행은 위헌이며, 설사 그러한 요구가 구속력이 없는데도 운영자가 자발적으로 해당 정보를 공개하였다고 하더라도 이와 같다는 취지로 판시하였습니다.⁴² 위 법원은 그 근거로서 “이러한 정보의 공개는 주로 온라인상에서 사적이고 민감한 활동을 하는 이용자의 신원확인으로 이루어지며, 이러한 해당 활동들이 익명 하에 이루어진 점을 전제로 하는 것입니다”라고 하였습니다.⁴³ 따라서 “경찰이 인터넷서비스 운영자에게 자발적으로 정보를 공개하라고 요구하는 것은 수사에 해당”하고, 이는 영장주의와 같은 적법절차의 승인에 의하여 이루어져야 합니다.⁴⁴

30. 유럽사법재판소는 2014 년 *Digital Rights Ireland and Seitlinger* 판결에서 EU 데이터 보존지침(EU Data Retention Directive)에 사법 사전승인 절차가 없음을 이유로 위 지침을 무효화하기에 이르렀습니다. 특히 위 재판소는 위 지침에 의거하여 통신사업자가 보유한 개인정보의 국가기관 취득과 관련하여, 그러한 정보취득은 “법원 또는 독립 행정 기구를 통한 사전 승인에 의하여 목표 달성에 필요한 범위”로 제한된 것이 아니라고 판시하였습니다.⁴⁵ 이와 마찬가지로, 멕시코 연방 대법원은 영장 없이 휴대전화 메타데이터에 대해 법을 집행한 것은 통신자의 사생활의 자유를 침해한다고 결정하였습니다.⁴⁶

⁴² See *R v. Spencer*, 2 S.C.R. 212 (June 13, 2014).

⁴³ *Id.* at ¶66.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Joined Cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications, Marine, and Natural Resources*, E.C.J. 238 at ¶62 (Apr. 8, 2014)

⁴⁶ See *Contradicción de Tesis*, 2012 Mex. S.C. 194, (Oct. 10, 2012).

31. 또한 관련 각국 입법 구조 조사 결과 12 개국 이상의 나라들이 이용자 정보 취득을 위해서는 영장 또는 다른 형식의 사법 절차를 요구한다는 것을 발견하였습니다.⁴⁷ 아제르바이잔, 체코, 덴마크, 모리셔스, 루마니아, 우크라이나 및 미국 등 다양한 국가에서는 여러 단계의 사법 사전승인이 이루어지고 있습니다.⁴⁸ 스페인, 프랑스 및 일본에서도 요청된 정보가 통신의 비밀에 영향을 미치는 경우 법적 사전 승인절차가 필요합니다.⁴⁹
32. 마지막으로, 귀 재판소는 온라인 상 익명표현에 대한 규제 제한이 중요하다고 보고 있습니다. 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010 헌마 47, 252(병합) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제 44 조의 5 제 1 항 제 2 호 등 위헌확인 사건에서 귀 재판소는 다음과 같이 판시하였습니다.

인터넷 공간에서 이루어지는 익명표현은 인터넷이 가지는 정보전달의 신속성 및 상호성과 결합하여 현실 공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 극복하여 계층·지위·나이·성 등으로부터 자유로운 여론을 형성함으로써 다양한 계층의 국민 의사를 평등하게 반영하여 민주주의가 더욱 발전되게 한다. 따라서 비록 인터넷 공간에서의 익명표현이 부작용을 초래할 우려가 있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호되어야 한다.⁵⁰

33. 개인정보 취득에 대한 영장주의를 인정하는 것은 이러한 우려들에 대한 심사숙고이며, 그러한 결정은 귀 재판소의 결정이 국제적인 합의와 일치되게 할 것입니다.

B. 영장주의는 대한민국 정부의 이용자 정보에 관한 불필요하고 부적절한 긴급요구를 제한할 것입니다.

⁴⁷ *Rules on obtaining subscriber information*, Cybercrime Convention Committee, T-CY(2014), at 17 (Dec. 3, 2014).

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Const. Ct., 2010 Hun-Ma 47, 252 (Aug. 28, 2012) (S. Kor.).

34. 사실 몇몇 국가들은 영장제시 없이 이용자 정보를 취득하면서 그들의 인권 의무사항을 잠재적으로 위반하고 있습니다.⁵¹ 예를 들어, 호주와 불가리아의 고위공무원은 “경찰의 형식적 요청서”에 의하여 이용자 개인정보를 취득할 수 있습니다.⁵² 그러나 본인의 견해로는, 대한민국에서는 이미 국가기관이 이용자 정보를 많이 요구하고 있으며 이로 인해 이용자의 표현의 자유에 대한 위험이 악화되고 있으므로, 위 국가들과 같은 구조가 반영되어서는 안 된다고 봅니다.
35. 이와 비슷한 전 세계적인 상황을 조사한 바에 따르면, 대한민국의 1인당 국가기관의 이용자 정보 요구 건수가 가장 높았습니다. 2011년에는 인구가 5천만명이 조금 못미치는데 개인정보 취득 건수는 584만건을 기록하였고, 이는 9명 당 1건의 요청이 있는 것으로서 굉장히 높은 비율이었습니다. 2015년의 요청 건수는 대략 10억 건으로 현저히 증가했습니다.⁵³
36. 이러한 수치는 다른 민주주의 국가의 수치에 비해서 상당히 높은 것입니다. 약 6,500만명의 인구를 가진 영국에서는, 2015년에 761,702개 통신자료 항목이 제공 승인되었고, 이 중 절반은 고객 개인정보였습니다. 이는 85명에 대한 1개 통신자료 항목 및 170명에 대한 1개 통신자료 항목의 평균비율입니다.⁵⁴ 프랑스에서는 2015년

⁵¹ *Rules on obtaining subscriber information*, Cybercrime Convention Committee, T-CY(2014), at 16 (Dec. 3, 2014).

⁵² *Id.*

⁵³ See *2016 First Semi-Annual Numbers of Communication Data Disclosures and Communication Metadata Acquisitions*, Ministry of Science, ICT and Future Planning (November 1, 2016), available at: <http://www.msip.go.kr/web/msipContents/contentsView.do?cateId=mssw311&artId=1316113&snsMId=NzM%3D&getServerPort=80&sn.sLinkUrl=%2Fweb%2FmsipContents%2FsnsView.do&getServerName=www.msip.go.kr>.

⁵⁴ Each item of data is “a request for data on a single identifier or other descriptor, for example, 30 days of incoming and outgoing call data in relation to a mobile telephone would be counted as one item of data.” Sir Stanley Burton, *Report of the Interception Communications Commissioner, Annual Report for 2015*, Interception of Communications Commissioner’s Office, at ¶¶ 7.23-7.24 (Sep. 8, 2016), available at: <http://iocco-uk.info/docs/56850%20HC%20255%20ICCO%20Web%20only.pdf>.

10 월과 2016 년 10 월 사이에 메타데이터에 대한 48,208 건의 제공 요청이 있었는데, 이는 광범위한 카테고리의 통신자료이며 고객정보는 단지 적은 부분이었습니다.⁵⁵ 대략 인구가 6,600 만명이므로, 이는 1,375 명당 1 개의 메타데이터 요청이 있었음을 의미합니다. 미국의 인구는 약 314 백만 정도인데, 2012 년 이용자 개인정보 요청은 500,000 건에서 600,000 건 사이인 것으로 추정되며, 이는 대략적으로 600 명당 평균 1 건의 요청비율입니다.⁵⁶

37. 사실상 한국의 1 인당 고객정보 요청 건수는, 그 다음으로 높은 수치를 보여주는 캐나다보다도 3.5 배가 많은 것입니다. 2011 년에 캐나다에서는 120 만건의 이용자 정보 제공요청(고객정보도 포함)이 있었습니다. 대략 3,400 만명의 인구가 있으므로, 위 수치는 캐나다인 28 명 당 1 건의 평균 요청이 있었음을 보여줍니다.⁵⁷ 더군다나 캐나다는 이용자 정보에 대하여 영장 없는 접근을 명시적으로 거절하고 있습니다.⁵⁸ 캐나다 형법에 따르면 정부의 이용자 정보 취득은 사법 명령에 의해 해당정보가 범죄의 증거를 제공할 수 있다고 “믿을 수 있는 합리적인 근거”를 확인하여야만

⁵⁵ *1er Rapport d'activité 2015/2016*, Commission Nationale de Contrôle des Techniques de Renseignement, at 65 (Nov., 2016) available at: <https://cdn2.nextinpact.com/medias/cnctr-premier-rapport-annuel-2015-2016.pdf>.

⁵⁶ Kyung Sin Park, *Communications Surveillance in Korea*, *Korea University Law Review*, Vol. 16-17, May 2015, at 61 - 62 (May, 2015), available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2748318. These estimates are based on VERIZON, *Verizon's Transparency Report*, <http://transparency.verizon.com/us-data>, and calculated with reference to numbers that major U.S. telecommunications providers provided to Senator Edward J. Markey in 2012 and 2013. Ed Markey, *For Second Year in a Row, Markey Investigation Reveals More Than One Million Requests By Law Enforcement for Americans Mobile Phone Data*, ED MARKEY (Dec. 9, 2013), <http://www.markey.senate.gov/news/press-releases/for-second-year-in-a-row-markey-investigation-reveals-more-than-one-million-requests-by-law-enforcement-for-americans-mobile-phone-data>; Ed Markey, *Markey: Law Enforcement Collecting Information on Millions of Americans from Mobile Phone Carriers*, ED MARKEY (July. 9, 2012), <http://www.markey.senate.gov/news/press-releases/markey-law-enforcement-collecting-information-on-millions-of-americans-from-mobile-phone-carriers>.

⁵⁷ *Response to Request for General Information from Canadian Wireless Telecommunications Association*, Office of the Privacy Commissioner of Canada, at 3 (Dec. 14, 2011), available at: https://www.priv.gc.ca/media/1103/let_gowling_e.pdf.

⁵⁸ *See R v. Spencer*, 2 S.C.R. 212 at 249 (June 13, 2014).

가능합니다.⁵⁹ 이러한 개인정보의 최소한의 요구는, 다른 덜 침해적인 신원확인수단이 있는 경우 통신사업자가 사회보장번호(캐나다의 주민등록번호와 동일함)를 수집하지 못하도록 하게 합니다.⁶⁰

38. 대한민국의 국가기관이 이용자 정보를 요구하는 비율을 검토할 때, 이러한 요구가 영장 제시 없이 이루어지는 것은 표현의 자유에 대한 불필요하고 부적절한 침해 위험을 증가시킵니다.

VI. 결론

39. 이와 같이, 본인은 전기통신사업법 제 83 조 제 3 항 및 제 4 항이 대한민국의 인터넷 및 통신 사용자들의 표현의 자유에 대한 중대한 위험을 가져온다는 의견서를 제출합니다. 위 제 83 조 제 3 항 및 제 4 항은 전기통신사업자로 하여금 이용자 정보를 아무런 영장 제시가 없는 상태에서 국가기관에게 제공할 수 있도록 허용하고 있습니다. 이러한 제공 가능성 및 실제의 제공행위 자체는 규약 제 19 조 제 2 항에서 보호하고 있는 익명 표현 및 통신의 자유를 침해합니다. 국제법 및 실무의 분석결과, 국가기관의 이용자 정보 요구에 대한 사법 사전승인절차의 부재는 규약 제 19 조 제 3 항의 불필요하고 부적절한 제한을 구성합니다. 1 인당 이용자 정보 요구 수치가 가장 높은 대한민국의 현실에 의하여, 표현의 자유에 대한 위험은 더욱 악화될 것입니다.

40. 본인은 귀 재판소가 이러한 우려를 신중하게 판단하여 전기통신사업법 제 83 조 제 3 항 및 제 4 항의 헌법적 효력을 검토할 것을 촉구합니다.

⁵⁹ Canada Criminal Code § 487.018, RSC 1985, c C-46

⁶⁰ See e.g. Personal Identification Protection and Electronic Documents Act, Case Summary #2001-22, available at: <https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/investigations/investigations-into-businesses/2001/pipeda-2001-022/>; Personal Identification Protection and Electronic Documents Act, Case Summary #2003-184, available at: <https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/investigations/investigations-into-businesses/2003/pipeda-2003-184/>; Personal Identification Protection and Electronic Documents Act, Case Summary #2003-204, available at: <https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/investigations/investigations-into-businesses/2003/pipeda-2003-204/>.

데이비드 케이

Respectfully Submitted,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Kaye', written in a cursive style.

DAVID KAYE

UN Special Rapporteur on the Right to Freedom of Opinion and Expression
Clinical Professor of Law and Director, International Justice Clinic, University of California
Irvine School of Law
401 East Peltason Dr. Ste. 3800-C
Irvine, CA 92697-8000
(949) 824-2427
dkaye@law.uci.edu

열린답응