

# 헌 법 소 원 심 판 청 구 서

- 청 구 인
- 1.
  - 2.
  - 3.
  - 4.

위 청구인들의 대리인 변호사 김 가 연

서울 서초구 서초대로 50길 62-9, 402호 (사)오픈넷

전화 : 02) 525 - 2082, 팩스 : 02) 581 - 1642

## 청 구 취 지

“전기통신사업법(2020. 6. 9. 법률 제17352호로 개정된 것) 제22조의5 제2항, 제92조의2 제1호의3, 전기통신사업법 시행령(2020. 12. 8. 대통령령 제31223호로 개정된 것) 제30조의6은 헌법에 위반된다.” 라는 결정을 구합니다.

## 침해된 권리

헌법 제18조 통신의 자유, 제21조 표현의 자유와 알 권리

## 침해의 원인

전기통신사업법(2020. 6. 9. 법률 제17352호로 개정된 것) 제22조의5 제2항, 제92조의2 제1호의3, 전기통신사업법 시행령(2020. 12. 8. 대통령령 제31223호로 개정된 것) 제30조의6

## 청 구 이 유

### I. 청구인들의 지위

청구인들은 다양한 부가통신서비스의 이용자들로서 이 사건 심판대상조항에 의하여 기본권을 침해받고 있는 사람들입니다.

### II. 이 사건 심판대상

전기통신사업법 제22조의5는 “부가통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지” 라는 제호 하에 특정한 부가통신사업자에게 불법촬영물 등의 유통방지를 위한 조치의무를 지우고 있습니다. 이러한 조치의무는 제22조의5 제1항상 “불법촬영물등“이

유통되는 사정을 신고, 삭제요청 또는 대통령령으로 정하는 기관·단체의 요청 등을 통하여 인식한 경우에는 지체 없이 해당 정보의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치를 취하여야 할 의무(이하 “사후조치의무”라 합니다)와 제22조의5 제2항상 불법촬영물등의 유통을 방지하기 위하여 대통령령으로 정하는 기술적·관리적 조치를 할 의무(이하 “사전조치의무”라 합니다)로 나눕니다. 청구인들은 심판청구대상을 사전조치의무와 관련된 조항으로 한정하고자 합니다.

따라서 이 사건 심판대상은 ① 전기통신사업법(2020. 6. 9. 법률 제17352호로 개정된 것) 제22조의5 제2항, 전기통신사업법 시행령(2020. 12. 8. 대통령령 제31223호로 개정된 것) 제30조의6(이하 이들을 합하여 “사전조치의무 조항”이라 합니다), ② 전기통신사업법(2020. 6. 9. 법률 제17352호로 개정된 것) 제95조의2 제1호의3(이하 “벌칙 조항”이라 합니다)이 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부입니다(이하 이들 조항을 모두 합하여 “이 사건 심판대상조항”이라 합니다).

#### [심판대상조항]

##### **전기통신사업법(2020. 6. 9. 법률 제17352호로 일부개정된 것)**

제22조의5(부가통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지) ② 전기통신역무의 종류, 사업규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 조치의무사업자는 불법촬영물등의 유통을 방지하기 위하여 대통령령으로 정하는 기술적·관리적 조치를 하여야 한다.

제95조의2(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다.

1의3. 제22조의5제2항에 따른 기술적·관리적 조치를 하지 아니한 자. 다만, 제22조의5제2항에 따른 기술적·관리적 조치를 하기 위하여 상당한 주의를 기울이지 아니하였거나 제22조의5제2항에 따른 기술적·관리적 조치가 기술적으로 현저히 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다.

**전기통신사업법 시행령(2020. 12. 8. 대통령령 제31223호로 일부개정된 것)**

제30조의6(불법촬영물등의 유통 방지를 위한 기술적·관리적 조치 등) ① 법 제22조의5제2항에서 “대통령령으로 정하는 조치의무사업자”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치의무사업자(이하 “사전조치의무사업자”라 한다)를 말한다.

1. 특수유형부가통신사업자 중 법 제2조제14호가목에 해당하는 자
2. 법 제22조제1항에 따라 부가통신사업을 신고한 자(같은 조 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 포함한다)로서 다음 각 목의 어느 하나의 요건에 해당하는 자
  - 가. 부가통신서비스 부문 전년도(법인인 경우에는 전 사업연도를 말한다) 매출액이 10억원 이상이고 별표 3의2에 따른 부가통신서비스를 제공하는 자
  - 나. 전년도 말 기준 직전 3개월간의 하루 평균 이용자 수가 10만명 이상이고 별표 3의2에 따른 부가통신서비스를 제공하는 자

② 법 제22조의5제2항에서 “대통령령으로 정하는 기술적·관리적 조치”란 다음 각 호의 조치를 말한다.

1. 불법촬영물등으로 의심되는 정보를 발견한 자가 사전조치의무사업자에게 정보통신망을 통하여 상시적으로 신고·삭제요청을 할 수 있는 기능을 마련하는 조치
2. 이용자가 검색하려는 정보가 이전에 법 제22조의5제1항에 따라 신고·삭제요청을 받은 불법촬영물등에 해당하는지를 이용자가 입력한 검색어와 그 불법촬영물등의 제목·명칭 등을 비교하는 방식으로 식별하여 검색결과를 삭제하는 등 검

색결과 송출을 제한하는 조치

3. 이용자가 게재하려는 정보의 특징을 분석하여 방송통신심의위원회에서 불법 촬영물등으로 심의·의결한 정보에 해당하는지를 비교·식별 후 그 정보의 게재를 제한하는 조치. 이 경우 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기술을 사용하여 비교·식별해야 한다.

가. 국가기관이 개발하여 제공하는 기술

나. 방송통신위원회가 정하여 고시하는 기관·단체가 최근 2년 이내에 시행한 성능평가를 통과한 기술

4. 불법촬영물등을 유통할 경우 법 제22조의5제1항에 따른 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치가 취해지며, 관련 법률에 따라 처벌을 받을 수 있다는 내용을 정보통신망을 통하여 이용자에게 미리 알리는 조치

③ 제2항에 따른 기술적·관리적 조치에 관한 세부사항은 방송통신위원회가 정하여 고시한다.

④ 방송통신위원회는 사전조치의무사업자에게 법 제22조의5제2항에 따른 기술적·관리적 조치에 필요한 행정적 지원을 할 수 있다.

⑤ 방송통신위원회는 제4항에 따른 행정적 지원을 위하여 사전조치의무사업자 및 관계 기관·단체와 협력체계를 구축할 수 있다.

⑥ 법 제22조의5제4항에서 “대통령령으로 정하는 기간”이란 3년을 말한다.

## [별표 3의2]

사전조치의무사업자의 제공 부가통신서비스

(제30조의6제1항제2호가목 및 나목 관련)

“사전조치의무사업자가 제공하는 부가통신서비스”란 이용자가 정보통신망을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보(이하 이 표에서 “정보”라 한다)를 계

제·공유 또는 검색할 수 있도록 제공하는 부가통신서비스로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 서비스를 말한다.

1. 사회관계망서비스, 온라인 커뮤니티, 대화방 등 불특정 다수의 이용자가 부호·문자·음성·음향·화상·영상 등의 정보를 게재하여 이를 서로 공유하는 것을 목적으로 하는 기술적 수단을 제공하는 서비스

2. 진행자가 출연하여 제작한 부호·문자·음성·음향·화상·영상 및 이들의 조합으로 이루어진 콘텐츠를 게재하여 불특정 다수의 이용자에게 실시간으로 공유할 수 있도록 하는 것을 목적으로 하는 기술적 수단을 제공하는 서비스

3. 불특정 다수의 이용자가 정보를 검색했을 때 그 정보 및 부호·문자·음성·음향·화상·영상 등의 검색 결과 정보를 송출[링크(link) 등 정보통신망 상에 있는 해당 정보의 위치를 송출하는 것을 포함한다]하는 것을 목적으로 하는 기술적 수단을 제공하는 서비스

비고: 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 부가통신서비스는 사전조치의무사업자가 제공하는 부가통신서비스에서 제외한다.

1. 재화의 판매 또는 금융, 의료, 교육, 신문·잡지 등 정기간행물, 뉴스통신, 음악, 방송프로그램, 게임, 만화 등 서비스의 제공(판매를 포함한다)을 주된 목적으로 하는 부가통신서비스

2. 국가, 지방자치단체 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관이 제공하는 정보통신서비스

3. 다음 각 목의 법률을 제외한 법률에 따라 설립된 법인이 제공하는 정보통신서비스

가. 「민법」

나. 「상법」

### III. 이 사건 심판청구의 적법성

#### 1. 기본권 침해의 자기관련성 · 현재성 · 직접성

청구인들은 이 사건 심판대상조항의 적용을 받아 현재 직접적으로 기본권을 침해받고 있으므로 자기관련성, 현재성, 직접성이 인정됩니다.

##### 가. 자기관련성

“법률에 의한 기본권침해가 문제되는 경우에 청구인의 자기관련성을 인정할 수 있는지 여부는 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도, 규범의 직접적인 수규자에 의한 헌법소원의 제기가가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야” 합니다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 헌재 2003. 5. 15. 2001헌마565 등 참조). 따라서 청구인들이 직접적인 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 공권력 작용이 그 제3자의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있는 경우에는 예외적으로 자기관련성이 인정될 수 있습니다. 이런 취지에서 불온통신 규제제도 사건에서 전기통신이용자, 인터넷게시판 본인확인제 사건에서 게시판 이용자에게 자기관련성이 인정되었습니다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47, 252(병합) 참조).

이 사건 심판대상조항은 사전조치의무를 사전조치의무사업자에게 부과하고 있지만, 기술적 · 관리적 조치로 인해 사전조치의무사업자의 서비스를 이용하는 청구인들의 기본권도 침해됩니다. 이 사건 심판대상조항의 목적은 부가통신서비스를 통하여 유통되는 불법촬영물등의 유포, 확산을 방지하기 위함이며, 이러한 목적을 위해 동 규제의 법적 구조는 법 규정 - 사전조치의무사업자 - 부가통신서비스 이

용자의 삼각 구도로 짜여 있습니다. 사전조치의무의 이행과 불이행시 처벌의 대상자는 사전조치의무사업자이지만, 그로 인하여 실질적으로 통신의 비밀, 표현의 자유 등 기본권을 침해받는 자는 부가통신서비스 이용자가 되는 것입니다.

#### 나. 현재성

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 법령이 시행된 뒤에 비로소 기본권을 침해 받은 경우에는 기본권을 침해받은 때로부터 기산해야 하는데, 다만 헌법재판소에서는 구체적인 기본권의 침해가 있기 전이라도 현재 그 침해가 예측된다면 기본권 구제의 실효성을 위하여 현재성이 인정된다고 판단해왔습니다(헌재 1995. 2. 23. 91헌마204; 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108; 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마333 등).

부가통신서비스 이용자인 청구인들이 기본권을 침해받은 때는 사전조치의무 조항에 따라 기술적·관리적 조치가 취해진 서비스를 이용할 때라고 할 것입니다. 다만 방송통신위원회에서는 사전 유통방지를 위한 기술적·관리적 조치의 시행 시기를 2021년 12월로 정했습니다(증 제1호 2020. 12. 10.자 방송통신위원회 보도 자료). 따라서 현 시점에서는 구체적인 기본권의 침해가 있기 전이지만, 청구인들은 매일 인터넷에 접속하여 네이버, 카카오톡, 구글, 페이스북 등 다양한 부가통신서비스를 이용하고 있으며 앞으로도 계속 이용할 것이기 때문에 현재 그 침해가 명백히 예측되므로 현재성이 인정된다고 할 것입니다.

#### 다. 직접성

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 않고 법률 자체에 의하여 자유의 제



한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우여야 합니다. 그러나 구체적 집행행위가 존재하는 경우라고 하여 언제나 반드시 법률자체에 대한 헌법소원 심판청구의 적법성이 부정되는 것은 아니며, 예외적으로 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고, 다만 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회 절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우 등으로서 당해 법률에 대한 전제관련성이 확실하다고 인정되는 때에는 당해 법률을 헌법소원의 직접 대상으로 삼을 수 있습니다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 헌재 1997. 8. 21. 96헌마48 등 참조).

이 사건 심판대상조항은 부가통신사업자에게 기술적·관리적 조치를 할 의무를 직접 부과하고 있으며 어떠한 별도의 집행행위도 존재하지 않습니다. 또한 청구인들은 규제의 상대방이 아닌 제3자로서 권리구제의 면에서 어려움을 겪게 되며, 직접적 수규자인 사전조치의무사업자가 청구인들의 기본권 침해 문제를 다루기 위해 헌법소원을 제기할 것이라 기대할 수도 없으므로 직접성이 인정됩니다.

## 2. 보충성

헌법재판소법 제68조 제1항 후단은 “다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 거친 후가 아니면 청구할 수 없다” 라고 규정하고 있는데, 법률조항의 위헌여부를 다루는 이 사건 심판청구에 있어서 일반법원에 소를 제기하여 구제받을 수 있는 절차가 존재하지 않습니다.

## 3. 청구기간

헌법재판소법 제69조 제1항은 “제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판

은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.” 하여 청구기간에 대하여 규정하고 있는데, 법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법령의 시행과 동시에 기본권을 침해당한 자는 그 법령이 시행된 시점을 기준으로, 법령이 시행된 후 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생한 시점을 기준으로 하여야 할 것입니다(헌재 2002. 1. 31. 2000헌마274).

청구인들의 경우 아직 법령에 해당하는 사유가 발생하지 않았으나, 위에서 본 바와 같이 현재성이 인정됩니다. 그리고 이와 같이 장래 확실히 기본권침해가 예측되어 현재성을 인정하는 이상 청구기간 도과의 문제가 발생할 여지는 없습니다. 청구기간을 준수하였는지 여부는 이미 기본권침해가 발생한 경우에 비로소 문제될 수 있는 것인데, 이 사건의 경우 아직 기본권침해는 없으나 장래 확실히 기본권침해가 예측되므로 미리 앞당겨 현재의 법적 관련성을 인정하는 것이기 때문입니다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363; 2006. 4. 27. 2005헌마997).

결론적으로 청구인들은 자신의 기본권이 침해되고 있다는 사실을 안 날로부터 90일, 그 사유가 있는 날부터 1년이 경과하지 않았으므로 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였습니다.

#### 4. 결 론

위와 같이 청구인들의 이 사건 심판청구는 자기관련성, 직접성, 현재성, 보충성, 청구기간 등의 요건을 모두 갖추어 적법합니다.

## IV. 이 사건 심판대상의 위헌성

### 1. 이 사건 심판대상조항의 내용

#### 가. 사전조치의무사업자의 범위

전기통신사업법 제22조의5 제2항상 사전조치의무의 수범자는 전기통신역무의 종류, 사업규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 조치의무사업자입니다. 그리고 전기통신사업법 시행령 제30조의6 제1항에 의하면 사전조치의무를 지는 사업자, 즉 “사전조치의무사업자”는 ① 특수유형부가통신사업자 중 법 제2조제14호가목에 해당하는 자(이하 “웹하드사업자”라고 합니다), 부가통신사업을 신고한 자로서 ② 부가통신서비스 부문 전년도 매출액이 10억원 이상이고 별표 3의2에 따른 부가통신서비스를 제공하는 자(매출액 기준) 또는 ③ 전년도 말 기준 직전 3개월간의 하루 평균 이용자 수가 10만명 이상이고 별표 3의2에 따른 부가통신서비스를 제공하는 자(이용자 수 기준)입니다.

시행령 별표 3의2에 의하면 “사전조치의무사업자가 제공하는 부가통신서비스”란 이용자가 정보통신망을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보를 게재·공유 또는 검색할 수 있도록 제공하는 부가통신서비스입니다. 이러한 서비스는 크게 아래 세 가지로 분류됩니다.

1. 사회관계망서비스, 온라인 커뮤니티, 대화방 등 불특정 다수의 이용자가 부호·문자·음성·음향·화상·영상 등의 정보를 게재하여 이를 서로 공유하는 것을 목적으로 하는 기술적 수단을 제공하는 서비스(이하 “SNS·커뮤니티·대화방서비스”라 합니다.)

2. 진행자가 출연하여 제작한 부호·문자·음성·음향·화상·영상 및 이들의 조합으로 이루어진 콘텐츠를 게재하여 불특정 다수의 이용자에게 실시간으로 공유할 수 있도록 하는 것을 목적으로 하는 기술적 수단을 제공하는 서비스(이하 “인터넷개인방송서비스” 라 합니다.)

3. 불특정 다수의 이용자가 정보를 검색했을 때 그 정보 및 부호·문자·음성·음향·화상·영상 등의 검색 결과 정보를 송출[링크(link) 등 정보통신망 상에 있는 해당 정보의 위치를 송출하는 것을 포함한다]하는 것을 목적으로 하는 기술적 수단을 제공하는 서비스(이하 “검색서비스” 라 합니다.)

결론적으로 사전조치의무사업자는 웹하드사업자와 SNS·커뮤니티·대화방서비스, 인터넷개인방송서비스, 검색서비스 제공 사업자라고 할 수 있습니다. 이들과 같이 인터넷상 정보나 콘텐츠를 직접 제작·제공하는 자가 아닌 정보의 공유·유통을 매개하는 자를 강학상 ‘정보매개자(Internet intermediary)’ 또는 ‘정보매개서비스제공자’ 라고 합니다. 정보매개자 책임 법리에 대해서는 아래에서 자세하게 실시하도록 하겠습니다.

#### 나. 사전조치의무의 내용

전기통신사업법 제22조의5 제2항에 의하면 사전조치의무사업자는 불법촬영물 등의 유통을 방지하기 위하여 대통령령으로 정하는 기술적·관리적 조치를 해야 합니다. 이러한 조치를 하지 않을 경우 방송통신위원회의 사업의 전부 또는 일부의 폐업·정지명령(전기통신사업법 제27조 제1항 제3호의5)과 시정명령(제92조 제1항 제1호)의 대상이 되며, 3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금(제95조의2 제1호의3)에 처해지고 5천만 원 이하의 과태료가 부과됩니다(제104조 제1항 제3호).

전기통신사업법 제22조의5 제1항에 의하면 “불법촬영물등”이란 ① 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 “성폭력처벌법”이라 합니다) 제14조에 따른 촬영물 또는 복제물, ② 성폭력처벌법 제14조의2에 따른 편집물·합성물·가공물 또는 복제물, ③ 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 “청소년성보호법”이라 합니다) 제2조제5호에 따른 아동·청소년성착취물을 말합니다.

그리고 전기통신사업법 시행령 제30조의6 제2항에 따르면 사전조치의무의 내용으로서 기술적·관리적 조치는 다음 네 가지 조치를 말합니다.

1. 불법촬영물등으로 의심되는 정보를 발견한 자가 사전조치의무사업자에게 정보통신망을 통하여 상시적으로 신고·삭제요청을 할 수 있는 기능을 마련하는 조치(이하 “신고접수조치”라 합니다.)

2. 이용자가 검색하려는 정보가 이전에 법 제22조의5제1항에 따라 신고·삭제요청을 받은 불법촬영물등에 해당하는지를 이용자가 입력한 검색어와 그 불법촬영물등의 제목·명칭 등을 비교하는 방식으로 식별하여 검색결과를 삭제하는 등 검색결과 송출을 제한하는 조치(이하 “검색제한조치”라 합니다.)

3. 이용자가 게재하려는 정보의 특징을 분석하여 방송통신심의위원회에서 불법촬영물등으로 심의·의결한 정보에 해당하는지를 비교·식별 후 그 정보의 게재를 제한하는 조치(이하 “필터링조치”라 합니다)

4. 불법촬영물등을 유통할 경우 법 제22조의5제1항에 따른 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치가 취해지며, 관련 법률에 따라 처벌을 받을 수 있다는 내용을 정보통신망을 통하여 이용자에게 미리 알리는 조치(이하 “경고조치”라 합니다.)

사전조치의무사업자는 신고접수조치, 검색제한조치, 필터링조치, 경고조치의 네 가지 기술적·관리적 조치를 모두 해야 합니다.

## 2. 정보매개자 책임 범위

### 가. 정보매개자의 의의

이 사건 심판대상조항에 의하면 사전조치의무사업자는 부가통신사업자 중 웹하드사업자와 SNS·커뮤니티·대화방서비스, 인터넷개인방송서비스, 검색서비스 제공사업자입니다. 이들과 같이 인터넷상 정보나 콘텐츠를 직접 제공·유통하는 자가 아닌 정보의 유통을 매개하는 자를 강학상 ‘정보매개자(Internet intermediary)’라고 합니다.

현행법상 ‘정보매개자’라는 개념은 사용되고 있지 않지만, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률(이하 “정보통신망법”이라 합니다)상 정보통신서비스 제공자 중 “정보의 제공을 매개하는 자”(정보통신망법 제2조 제1항 제3호 참조), 저작권법상 온라인서비스제공자(Online Service Provider, 이하 “OSP”라 합니다) 중 “이용자들이 정보통신망에 접속하거나 정보통신망을 통하여 저작물등을 복제·전송할 수 있도록 서비스를 제공하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 자”(저작권법 제2조 제30호 참조)가 정보매개자에 해당합니다. 정리하자면 정보매개자란 “매개되는 정보 내용을 변경하지 아니하고 정보통신망을 통하여 정보를 전달하는 서비스를 제공하되, 직접 정보를 생성하거나 제공하지 아니하는 자”라고 정의할 수 있습니다.<sup>1)</sup> 물론 광의의 정보매개자에는 인터넷접속서비스를 제공

1) 진호운·이송희·김현경, “정보매개자 책임 규제에 대한 비판적 소고”, 과학기술법연구 제23집 제3호, 2020, 163면.

하는 인터넷접속서비스제공자(Internet Service Provider, 이하 “ISP” 라 합니다)도 포함되나, 현행법에서는 이들을 기간통신사업자로 구분하고 있습니다.

현재 인터넷상의 각종 포털(네이버, 다음 등), 검색엔진(구글 등), 대화방서비스(카카오톡, 텔레그램 등), SNS서비스(유튜브, 페이스북, 인스타그램 등), 인터넷개인방송(아프리카TV 등) 모두 정보매개자라고 할 수 있으며, 이들은 부가통신사업자로서 규모에 따라 사전조치의무사업자에 해당하게 됩니다.

#### 나. 인터넷의 문명사적 의의와 정보매개자 책임 법리

인터넷의 문명사적 의의는 극단적으로 분산되고 개인화된 소통방식을 통해 모든 개인을 공적 소통에 참여시킨다는 데 있습니다. 여기서 공적 소통이란 일반대중에게 한꺼번에 소통하는 것을 말하는데, 인터넷은 모든 사람이 타인의 허락 없이 원하는 글을 볼 수 있는 공적 소통의 장이며, 또 모든 사람이 이 공적 소통의 장에 타인의 허락 없이 글을 올릴 수 있습니다. 다른 공적 소통의 방법인 방송과 신문에서는 기자와 데스크의 선택을 받지 못한 개인들은 공적 소통에서 배제될 수밖에 없지만, 인터넷은 다릅니다. 물론 인터넷에는 이메일, 채팅, 클라우드 등의 다른 기능도 있지만, 세계 각국이 인터넷을 특별히 보호하기 위해 노력하는 이유는 인터넷이 엄청나게 다양한 개인들을 공적 소통에 포용하여 그 특유한 방식으로 정치, 사회, 경제를 발전시키기 때문입니다.<sup>2)</sup>

헌법재판소도 인터넷의 이런 특성을 인정하고 있습니다. 불온통신 규제제도 사

---

2) 박경신, “인터넷의 문명사적 의의와 정보매개자책임제도”, <<https://opennet.or.kr/9389>> (2021. 3. 8. 최종 방문)

건에서는 인터넷은 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”로서 “진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성”을 지니며, “오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다”고 보았습니다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480). 인터넷 선거운동 사건에서는 “인터넷은 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등을 기본으로 하는 사상의 자유시장에 가장 근접한 매체이다. 즉, 인터넷은 저렴한 비용으로 누구나 손쉽게 접근이 가능하고 가장 참여적인 매체로서, 표현의 쌍방향성이 보장되고, 정보의 제공을 통한 의사표현 뿐 아니라 정보의 수령, 취득에 있어서도 좀 더 능동적이고 의도적인 행동이 필요하다는 특성을 지니므로, 일반유권자도 인터넷 상에서 정치적 의사표현이나 선거운동을 하고자 할 개연성이 높고, 경제력 차이에 따른 선거의 공정성 훼손이라는 폐해가 나타날 가능성이 현저히 낮으며, 매체 자체에서 잘못된 정보에 대한 반론과 토론, 교정이 이루어질 수 있고, 국가의 개입이 없이 커뮤니케이션과 정보의 다양성이 확보될 수 있다는 점에서 확연히 대비된다. 그리고 이러한 특성으로 인하여, 인터넷은 국민주권의 실현 및 민주주의의 강화에 유용한 수단인 동시에 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’라는 선거운동 규제의 목적 달성에도 기여할 수 있는 매체로 평가받고 있다고 할 수 있다”고 한 바 있습니다(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001). 인터넷게시판 본인확인제 사건에서는 “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.”고 판시하였습니다(헌재



2012. 8. 23. 2010헌마47-252(병합))

오늘날 인터넷 상의 모든 소통과 정보 공유는 정보매개자를 통해 이루어진다고 해도 과언이 아닙니다. 당장 인터넷 접속을 못하게 되는 상황이나, 네이버나 카카오톡이 없는 상황을 상상해보면 알 수 있습니다. 그런데 인터넷 상에서는 불특정 다수의 이용자들이 무궁무진한 양과 내용의 정보를 자유롭게 유통시킬 수 있기 때문에, 합법정보뿐만 아니라 불법정보도 유통될 수밖에 없습니다. 여기서 불법정보를 직접 제공·유통한 이용자나 사업자는 행위자로서 직접책임을 지지만, 불법정보가 유통되는 장을 마련한 정보매개자에게 법적 책임을 인정할 수 있는지, 인정한다면 어느 범위까지 인정할 수 있는지 문제에 대한 답이 정보매개자 책임 범위입니다.

정보매개자 책임 문제는 인터넷의 형성 및 보급 초창기부터 논란의 대상이 되어 왔습니다. 앞서 보았듯이 가장 참여적이고 표현촉진적인 매체라는 인터넷의 특성과 그 문명사적 의의를 고려할 때, 인터넷이 지향하는 정보의 자유로운 공유와 유통, 그리고 표현의 자유를 최대한 보장할 필요가 있지만, 이러한 특성이 초래한 광범위한 권리침해 등의 역기능을 해소할 필요도 있기 때문입니다. 이 문제는 인터넷이 당면하고 있는 ‘이익의 충돌’ 현상을 반영하는 대표적인 문제일 뿐만 아니라, 동시에 그 법적 책임의 ‘적정범위’에 관한 문제로서, 인터넷 발전의 ‘성패’를 결정하는 문제입니다.<sup>3)</sup>

---

3) 황성기, “정보매개서비스제공자의 법적 책임의 적정 범위에 관한 연구: 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 2005가합64571, 손해배상(기)등의 평석을 중심으로”, 사이버커뮤니케이션학보 통권 제24호, 2007. 12. 152-153면.

불법정보의 유통에 대하여 정보가 유통되는 장을 마련했다는 이유만으로 정보매개자에게 광범위하고 과도한 법적 책임을 지운다면 정보매개자는 책임을 지지 않기 위해 서비스를 중단하거나 모든 게시글의 내용을 실시간으로 검토하고 불법성을 판단하여 신속히 차단·삭제해야 할 것입니다. 하지만 이는 현실적·기술적으로 불가능하며, 설사 가능하다고 하더라도 정보매개자가 과도한 사적 검열을 행하여 합법적인 정보의 유통도 차단하거나 정보매개자의 사전 검열을 거친 정보만 공유할 수 있는 일종의 사전허가제로 운영할 수도 있습니다. 이렇게 된다면 청구인과 같은 인터넷 이용자들의 표현의 자유 침해와 위축효과를 불러올 뿐만 아니라 통신의 자유, 프라이버시, 정보접근권 등 다른 기본권도 침해하는 결과를 낳게 됩니다. 또한 인터넷이 가능케 한 혁신과 기술 발전에도 제동이 걸리게 되어, 결국 인터넷의 생명을 말살하고 인터넷의 문명사적 의의를 몰각시키게 될 것입니다.

#### **다. 정보매개자 책임 법리의 내용**

오늘날 국제적으로 확립된 정보매개자 책임 법리의 내용은 크게 두 가지로 나눌 수 있습니다. 첫째, 일반적 감시의무(general monitoring) 금지 원칙입니다. 즉, 정보매개자에게 불법정보의 유통을 막기 위해서 이용자가 공유하는 모든 정보를 일반적·상시적으로 모니터링하고 불법성을 판단하여 삭제·차단할 적극적 의무를 지워서 안 된다는 것입니다. 이러한 일반적 감시의무는 현실적·기술적으로 불가능할 뿐만 아니라 정보매개자에게 과도한 사적 검열 권한을 부여하여 이용자의 표현의 자유와 프라이버시를 침해하기 때문입니다. 이 사건 심판대상조항에서 규정하고 있는 사전조치의무 중 검색제한조치와 필터링조치는 이러한 일반적 감시의무 금지 원칙에 정면으로 반합니다. 이에 대해서는 아래에서 더 자세하게 실시하겠습니다.

둘째, 정보매개자 책임제한(intermediary liability safe harbor) 제도입니다. 정보매개자는 원칙적으로 행위주체가 아니므로, 불법정보를 차단할 주의의무가 발생하는 예외적인 경우, 즉 ‘인지가능성’ 과 ‘기술적·경제적 기대가능성’ 이 ‘동시’ 에 충족된 경우에만 그 법적 책임을 인정해야 하며, 그 경우에도 불법정보를 신고 등에 의하여 인지하고 삭제·차단했다면 면책해주어야 합니다. 이렇게 제한된 경우에만 정보매개자의 법적 책임을 인정하는 법리는 미국, 유럽연합, 독일, 일본 등 전 세계적으로 보편적인 추세이자 입법례입니다.<sup>4)</sup> 우리나라 대법원도 기본적으로 이와 유사한 입장에 기초하고 있습니다.<sup>5)</sup> 또한 현행법상 정보통신망법 제44조의2 임시조치 제도, 저작권법 제102조 OSP 책임 제한, 제103조 복제·전송의 중단 제도가 불완전하지만 정보매개자 책임제한(safe harbor)을 법제화하고 있습니다. 이 사건 심판대상은 아니지만, 전기통신사업법 제22조의5 제1항 또한 이러한 원칙에 입각해서 사후조치의무를 규정하고 있다고 할 수 있습니다.

4) 미국, 독일, 일본에서의 정보매개서비스제공자의 책임 범위나 요건에 관한 설명으로는 황성기, “정보매개서비스제공자의 법적 책임의 적정 범위에 관한 연구: 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 2005가합64571, 손해배상(기)등의 평석을 중심으로”, 사이버커뮤니케이션학회 통권 제24호, 2007. 12, 161-173면 참조

5) 대법원 2009. 4. 16. 2008다53812, 손해배상(기)등. 이 판결은 포털 이용자가 타인을 명예훼손하는 경우 그 명예훼손에 대한 포털의 책임이 인정되는지 여부 및 기준에 관한 대법원 전원합의체 판결입니다. 이 판결에서 대법원은 “인터넷 종합 정보제공 사업자에게 자신이 제공하는 인터넷 게시공간을 적절히 관리하여야 할 주의의무가 있다고 하더라도 위 사업자가 위 게시공간의 위협으로 인하여 초래될 수 있는 명예훼손 등 법익 침해와 그에 따른 손해배상을 우려한 나머지 그 곳에 게재되는 표현물들에 대한 지나친 간섭에 나서게 된다면 인터넷 이용자들이 가지는 표현의 자유는 위축될 수밖에 없으므로, 위 사업자의 관리책임은 불법성이 명백한 게시물로 인한 타인의 법익 침해 가능성을 충분히 인지할 수 있고 그의 관리가 미칠 수 있는 일정한 범위 내에서 제한적으로 인정되어야 한다.” 고 전제하면서도, 인터넷 게시공간에 게시된 명예훼손적 게시물들의 불법성이 명백하고, 그 게시물에 대한 관리·통제가 기술적·경제적으로 가능한 경우, 인터넷종합정보제공사업자는 다음과 같은 경우에 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있고, 그 게시물 삭제 등의 처리를 위하여 필요한 상당한 기간이 지나도록 그 처리를 하지 아니함으로써 타인에게 손해가 발생된 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임이 성립된다고 판시하였습니다. 즉 ① 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단요구를 받은 경우, ② 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있던 경우, ③ 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러난 경우입니다.

## 라. 일반적 감시의무 금지 원칙

### (1) 일반적 감시의무 금지 원칙의 의의

정보매개자가 불법정보를 상시적·일반적으로 모니터링하여 삭제하거나 접속을 차단하여 불법정보의 유통을 방지하는 데 적극적인 역할을 담당한다면 불법정보 유통 차단의 효율성은 크게 높아질 수 있을 것이고, 정보매개서비스가 오늘날 사회 전반에 걸쳐 이용자들의 생활에서 차지하는 비중의 심대함을 고려하면 이러한 방안이 정보매개자의 사회적 위치에 부합하는 것으로 여겨질 수도 있을 것입니다. 하지만 정보매개자가 수행하는 기능의 속성을 고려할 때 이러한 접근에 대해서는 신중한 검토가 필요합니다. 정보매개자는 정보의 유통을 매개할 뿐 정보를 직접 생산하거나 제공하는 위치에 있지 않기 때문에 법적 책임에 있어 정보제공자와 같을 수 없기 때문입니다.<sup>6)</sup> 또한 이러한 일반적 감시의무 부과는 정보매개자가 법적 책임을 회피하기 위해 사적 검열을 강화함으로써 자유로운 정보유통과 공유라는 인터넷의 기본철학에 반하는 결과를 초래하며,<sup>7)</sup> 인터넷 이용자들의 표현의 자유와 프라이버시 등의 기본권을 침해하기 때문입니다. 따라서 정보매개자에게 일반적이고 상시적인 모니터링 의무를 부과하는 외국의 입법례를 찾아볼 수 없는 것입니다.<sup>8)</sup>

### (2) 국제인권기준

#### (가) 정보매개자 책임에 관한 마닐라 원칙

6) 허진성, “온라인서비스제공자의 불법정보 삭제·차단의무에 대한 연구 - 전기통신사업법과 정보통신망법의 개정 내용을 중심으로 -”, 언론과법 제19권 제2호, 2020, 52면.

7) 사적 검열의 헌법적 정당화가능성 및 조건에 관하여는 황성기, “사적 검열에 관한 헌법학적 연구”, 세계헌법연구 제17권 3호, 2011, 163면-192면.

8) 황성기, “가짜뉴스에 대한 법적 규제의 문제”, 관훈저널 2018년 봄호, 2018. 3., 89면.

2015년 3월 25일 세계 각국의 정보인권단체들은 정보매개자책임에 관한 마닐라 원칙(Manila Principles on Intermediary Liability, 이하 “마닐라원칙” 이라 합니다)을 발표했습니다.<sup>9)</sup> 마닐라원칙은 정보매개자들이 이용자 권리의 침해자가 아닌 수호자로서 기능하는 온라인 환경을 만들기 위해 전 세계의 인권활동가 및 시민 단체들이 UN인권기구들의 권고문, EU전자상거래지침, UNESCO보고서 등 다양한 국제문헌들을 연구하고 검토하여 국가와 정보매개자들이 준수해야 할 정보매개자 책임에 대한 국제법적 원칙을 고안해 낸 결과물입니다.

마닐라원칙은 인터넷상 정보 규제 시 지켜야 할 원칙을 정립함으로써 이용자의 표현의 자유, 결사의 자유, 프라이버시권 등을 보호하고자 하며, 크게 다음 6 가지의 대원칙 및 33개의 세부원칙으로 이루어져 있습니다.

1. 정보매개자들은 제3자의 정보에 대한 책임으로부터 법적으로 보호되어야 한다.
2. 정보 차단은 사법기관의 명령 없이 의무화되어서는 안 된다.
3. 정보 차단 요청은 명백하고, 분명하고, 적법절차를 따라야 한다.
4. 정보 차단 요청 및 실무 및 관련법은 필요성과 비례성의 원칙을 준수해야 한다.
5. 정보 차단 법, 정책 및 실무는 적법절차의 원칙을 지켜야 한다.
6. 정보 차단 법, 정책 및 실무는 투명성과 책임성을 포함해야 한다.

대원칙 1 세부원칙 d는 “불법적인 제3자의 정보를 호스팅한 것에 대해 정보매개자에게 절대 엄격책임을 지워서는 안 되며, 또한 정보매개자 책임 제도의 일환으로 정보를 적극적으로 모니터링할 의무를 부과해서도 안 된다” 라고 하여 일반적 감시의무 금지를 규정하고 있습니다.

---

9) <https://www.manilaprinciples.org/> (2021. 3. 8. 최종방문)

(나) 국제기구 표현의 자유 특별보고관 공동성명

2018년 유엔 표현의 자유 특별보고관, 유럽안보협력기구(OSCE) 언론자유담당관, 미주기구(OAS) 표현의 자유 특별보고관, 아프리카인권민권위원회(ACHPR) 표현의 자유 및 정보접근권 특별보고관은 “표현의 자유와 분쟁상황 대응에 대한 공동성명(Joint Declaration on Freedom of Expression and responses to conflict situations)” 를 발표했습니다.<sup>10)</sup> 이들은 공동성명에서 검열은 극단주의(extremism)의 효과적 대응책이 되지 못한다고 하면서 “인터넷 상의 콘텐츠 필터링, 통신 ‘킬 스위치(kill switches)’ (i.e. 통신 시스템의 전체 종료) 사용, 방송국의 물리적 장악 등은 인권법에 따라 절대 정당화될 수 없는 조치” 라고 밝혔습니다.

(다) 유엔 표현의 자유 특별보고관의 콘텐츠 규제 보고서

유엔 표현의 자유 특별보고관은 2018년 4월 6일 발표한 “콘텐츠 규제 보고서(Report on content regulation)”<sup>11)</sup>에서 “국가 및 정부간 국제기구(intergovernmental organizations)는 ‘사전적(proactive)’ 모니터링 또는 콘텐츠 필터링을 의무화하는 법이나 조치를 수립하지 않아야 한다. 이는 사생활 보호권에 상충되며 사전 검열(pre-publication censorship)이 될 가능성이 높다” 고 하여 모니터링과 필터링을 의무화하지 않을 것을 권고했습니다. 또한 “국가는 사법 당국이 아닌 정부 기관이 합법적 표현의 중재자가 되는 규제 모델을 채택하지 않아야 한다. 국가는 내용에 대한 심판자(adjudicator)로서의 책임을 기업에 위임하지 않아야 한다. 이는 인권적 가치보다 기업의 판단을 중요시함으로써 이용자에게 해를

10) <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15921&LangID=E> (2021. 3. 8. 최종방문)

11) Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/38/35, <https://www.undocs.org/A/HRC/38/35> (2021. 3. 8. 최종방문)

끼친다” 라고 하여 사적 검열을 강화하는 규제 모델을 피할 것을 권고했습니다.

### (3) 유럽연합

유럽연합 전자상거래지침(Directive 2000/31/EC) 제15조<sup>12)</sup>는 정보통신서비스 제공자에게 ‘일반적 감시의무’ 를 부과해서는 안 된다고 하고 있습니다. 이러한 내용은 국내법적 효력을 갖는 한-EU FTA에도 도입되어 협정문 제10.66조에서 정보통신서비스 제공자의 일반적 감시의무의 면제 조항을 두고 있습니다.<sup>13)</sup> 그리고 해당 조항은 저작권법에 규정되어 제102조 제3항은 “제1항에 따른 책임 제한과 관련하여 온라인서비스제공자는 자신의 서비스 안에서 침해행위가 일어나는지를 모니터링하거나 그 침해행위에 관하여 적극적으로 조사할 의무를 지지 아니한다” 라고 하여 일반적 감시의무 금지를 규정하게 되었습니다.

### (4) 미국

미국의 경우 전통적인 보통법(common law) 하에서 명예훼손과 같이 정보유통이

---

12) 유럽연합 전자상거래지침 제15조 감시에 관한 일반의무규정의 부존재

1. 전송하거나 저장하는 정보의 모니터(감시)를 위하여, 제12, 13, 14조로서 보호 받는 서비스를 제공할 때, 회원국은 제공자에게 일반적인 책임을 부과하지 않으며, 불법행위를 지시하는 환경이나 사실을 조사하는 것에 대해서도 일반적으로 적극적인 책임을 부과하지 않는다.

2. 회원국은, 정보사회 서비스 제공자를 위해 주장한 처리된 불법 활동에 대한 관할 공공 기관에 정보를 신속하게 알리도록 책임 소재를 정하고, 혹은 서비스 수령자가 제공한 정보를 알리고, 혹은 관할 관청에 전달하도록 책임 소재를 정한다. 그들의 요청으로 보관 계약을 한 그들과 함께 그들의 서비스 수령자의 신원 확인을 가능하게 하는 정보에 대해 행해진 불법적인 행동이라고 주장하는 것을, 책임 관할 공공 기관이나 관할 관청에 신속하게 그 정보를 제공 할 의무를 정보사회 서비스 제공자를 위해 설립한다.

13) 한-EU FTA 제10.66조 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 찾으려는 일반적 의무를 제공자에게 부과해서는 아니 된다.

2. 양 당사자는 정보사회서비스 제공자가 자신의 서비스 수신자에 의해 행해진 불법행위의 활동이나 자신의 서비스 수신자에 의하여 제공된 정보를 권한 있는 당국에 신속하게 알려줄 의무, 또는 정보사회서비스 제공자가 저장계약을 맺고 있는 자신의 서비스 수신자의 신원확인을 가능하게 하는 정보를 권한 있는 당국의 요청이 있는 경우 그 권한 있는 당국에 전달할 의무를 수립할 수 있다.

나 의사표현과 관련된 불법행위책임의 범위 내지 기준은 일반적으로 편집통제권을 가지고 있느냐의 여부 혹은 편집통제권 행사 정도에 따라 결정되고, 이에 따라 출판자모델(publisher model)<sup>14)</sup>, 배포자모델(distributor model)<sup>15)</sup>, 공중통신사업자모델(common carrier model)<sup>16)</sup> 세 가지로 구분하여 접근합니다. 그리고 이러한 범리는 몇몇 주요 판결들을 통해 인터넷에서도 적용되어 왔습니다.<sup>17)</sup>

첫 번째로 미국의 *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.* 사건<sup>18)</sup>에서 법원은 정보매개자인 CompuServe는 출판자이 아니라 서점소유자나 도서배포자에 가까우며, CompuServe가 명예훼손적 게시물을 사전에 인지하지 못했으므로 책임을 인정할 수 없다고 판시하여 배포자의 지위를 인정했습니다. 이러한 논거가 가지는 의미는 모든 책의 내용을 사전에 인지하고 있지 못한 서점소유자에 대해 책임을 부과하는 것은 서점소유자로 하여금 모든 책들을 사전에 검토하는 부담을 지우는 것이고, 이러한 부담은 서점사업을 포기하게 만들 가능성이 있을 뿐만 아니라 책의 배포를 위축시키므로, 결국 표현의 자유와 심각한 충돌을 일으킬 수 있기 때문입니다.<sup>19)</sup> 두 번째로 *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.* 사건<sup>20)</sup>에서는 법

---

14) 신문사나 방송사와 같은 전통적인 언론이 출판인모델이 적용되는 경우이고, 자신이 제공하는 정보에 대해서 법적 책임을 전적으로 부담합니다.

15) 도서관이나 서점(bookstore), 신문보급소나 신문가판대(newsstand) 등이 배포자모델이 적용되는 경우입니다. 배포자는 명예를 훼손하는 표현이 있다는 것을 알고 있었거나 알아야 할 합리적인 이유가 있었을 때에 한하여 책임을 집니다. 이규정, 김현경, “인터넷서비스제공자 모니터링의무의 법적 쟁점과 과제”, 과학기술법연구, 제15집 제1호, 2009, 345면.

16) 전화나 전신, 우편 등의 통신사업자가 공중통신사업자모델에 해당되고, 정보유통에 대한 법적 책임을 지지 않습니다.

17) 황성기, “정보매개서비스제공자의 법적 책임의 적정 범위에 관한 연구: 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 2005가합64571, 손해배상(기)등의 평석을 중심으로”, 사이버커뮤니케이션학보 통권 제24호, 2007. 12, 164-168면.

18) *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.* 776 F.Supp 135 (S.D.N.Y. 1991).

19) 황성기, “뉴스매개자로서의 포털 뉴스서비스의 언론성 및 법적 책임범위에 관한 연구”, 사이버커뮤니케이션학보 통권 제21호, 2007. 3, 214-215면.

20) *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.* 23 Media L. Rep. 1794; 1995 WL 323710; 1995 N.Y. Misc. LEXIS 229.



원은 Prodigy가 편집통제권을 행사하고 있음을 근거로 출판자로 보아 명예훼손 게시글에 대한 책임을 인정하였습니다. 그런데 이러한 취지에 따르면 정보매개자가 적극적으로 정보 유통의 장애 개입하여 관리와 통제 노력을 기울일수록 오히려 책임을 지게 되는 역설이 발생하게 됩니다.<sup>21)</sup>

이러한 문제점을 해결하기 위하여 1996년 미국 통신품위법(Communications Decency Act, CDA) 제230조<sup>22)</sup>는 ‘쌍방향컴퓨터서비스(interactive computer service)’의 제공자는 다른 정보제공자가 제공한 정보에 대해 출판자 또는 발화자(publisher or speaker)로 취급되지 않으며, 선의의 자발적 조치로 음란정보 등을 차단한 경우 법적 책임을 면제받음을 규정함으로써 정보매개자가 최소한 출판자에 해당하지는 않음을 분명히 하였습니다. 이후 Zeran v. America Online, Inc. 사건<sup>23)</sup>에서 배포자에게도 이 면책효과가 미침을 인정하였습니다. Zeran 사건에서 연방 제1심법원과 항소법원 모두 AOL은 제3자가 게시한 정보로 인한 명예훼손의 법적 책임을 지지 않는다고 판시하였는데 가장 주된 이유는 인터넷을 통해 유통되는 수많은 정보에 대한 불법행위책임을 정보매개자에게 지울 경우 위축효과가 분명하게 발생할 것이라는 점이었습니다. 즉 당해 서비스를 통해 유통되는 수많은 게시물을 정보매개자가 일일이 스크린하는 것은 불가능하므로, 잠재적인 책임부과의 위험에 직면하게 된 정보매개자는 유통되는 정보를 엄격하게 제한하는 정책을 채택할 수밖에 없게 된다는 것입니다.

---

21) 허진성, “온라인서비스제공자의 불법정보 삭제·차단의무에 대한 연구 - 전기통신사업법과 정보통신망법의 개정 내용을 중심으로 -”, 언론과법 제19권 제2호, 2020, 54면.

22) 47 U.S. Code § 230 (c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material  
(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

23) Zeran v. America Online, Inc. 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997).

요약하자면, 미국의 CDA와 관련 연방판례에 의하면 제3자의 불법정보 유통행위에 대해서 정보매개자는 아무런 책임을 지지 않습니다. 따라서 불법정보를 적극적으로 감시하거나 삭제해야 할 의무도 부담하지 않는 것으로 해석됩니다.<sup>24)</sup>

그리고 음란물과 아동성착취물에 대하여 미국 형법은 제1부 제71장(Chapter 71 “Obscenity”)에 음란물 일반에 관한 조항(제1460조~1470조), 제110장(Chapter 110 “Sexual exploitation and other abuse of children”)에 아동성착취물(아동의 성적 착취·학대 포함)에 관한 조항(제2251조~제2260A조)을 두고 있습니다. 미국 형법은 음란물에 대해서는 이를 제작한 자 뿐만 아니라, 유포한 자도 처벌한다는 점에서 우리 법과 다르지 않습니다. 아동성착취물에 대해서는 단순 소지 행위와 광고 행위까지 포함하여 강력하게 처벌합니다. 하지만 정보매개자에 대해서는 음란물은 물론 아동성착취물에 대해서도 이를 필터링하거나 차단할 의무를 부과하지 않습니다. 다만, 정보매개자에게 신고 의무를 부과하는데, 전기통신서비스 또는 원격 컴퓨팅 서비스를 공중에게 제공하는 자는 아동성착취물을 아동범죄신고센터(CyberTipline of NCMEC)<sup>25)</sup>에 신고해야 하며, 이러한 신고 의무를 고의로(knowingly and willfully) 위반한 경우에는 벌금이 부과됩니다(제2258A조(e)). 이 경우에도 정보매개자는 서비스 이용자나 이용자의 통신 내용을 감시하거나, 범 위반 사실이나 정황을 적극적으로 조사해서는 안된다고 하여 감시의무가 없음을 명확히 규정하고 있습니다(제2258A조(f)).<sup>26)</sup>

24) 정상조, “명예훼손에 대한 포털의 책임 - 대법원 2009.4.16. 선고 2008다53812판결에 대한 비판적 검토”, 서울대학교 법학 제51권 제2호, 2010, 247면.

25) CyberTipLine은 인터넷 자율규제 기구 중 하나로 미국 의회로부터 권한을 위임받아 ‘국가실종·학대아동보호센터(the National Center for Missing and Exploited Children)에 1998년에 설치된 기구로, 연방수사국(FBI)와 협력 관계를 이루면서 아동포르노, 아동매춘, 아동섹스관광, 아동음란물 등 아동 관련 내용의 신고를 접수·처리하고 사법당국에 보고합니다.

#### 마. 이 사건에서 정보매개자 책임 범리가 갖는 의미

사전조치의무 조항이 규정하는 네 가지 기술적·관리적 조치 중 신고접수조치와 경고조치는 일반적 감시의무에 해당하지 않지만, 검색제한조치와 필터링조치는 일반적 감시의무에 해당하는 조치로서 앞서 살펴본 정보매개자 책임에 관한 국제인권기준에 정면으로 위배되며 이용자들의 기본권을 침해합니다.

기술적으로 검색제한조치는 금칙어에 기반한 키워드 필터링이고, 필터링조치는 해시값/DNA값 필터링이라고 할 수 있습니다. 키워드 필터링은 정보의 제목이나 파일명 등이 특정 키워드를 포함하는지를 비교하여 필터링하는 기술이고, 해시값/DNA값 필터링은 동영상 등의 해시값이나 DNA값 등 특징을 분석하여 만들어진 데이터베이스(DB)에 기반한 필터링 기술입니다. 키워드 필터링의 문제점은 불법촬영물등에만 사용되는 금칙어를 한정하기 쉽지 않고, 한정하더라도 설정되는 금칙어와 차단되는 정보의 내용 간의 상관성을 전혀 확보할 수 없다는 점입니다. 예컨대 “로리타”, “아동” 등과 같은 금칙어를 포함하는 정보의 내용이 아동성착취물이라는 논리적 상관성이 없습니다. “자지”, “정액”, “강간” 등과 같은 청소년유해 금칙어와 같은 경우도 “자지마”와 같이 전혀 문제가 없는 단어, 학술적인 내용, 뉴스 등 수많은 합법적인 정보까지 필터링하게 될 것이며, 이는 표현의 자유와 알 권리에 대한 심각한 침해가 됩니다. 게다가 특수문자나 초성을 사용하는 등으로 우회하기도 쉽기 때문에 효과적이지도 못합니다. 해시값/DNA값 필터

---

26) § 2258A. Reporting requirements of providers (f) Protection of Privacy.-Nothing in this section shall be construed to require a provider to-

- (1) monitor any user, subscriber, or customer of that provider;
- (2) monitor the content of any communication of any person described in paragraph (1); or
- (3) affirmatively search, screen, or scan for facts or circumstances described in sections (a) and (b).

링은 기존에 불법촬영물등으로 판단된 존재하는 DB에 기반한 필터링이기 때문에 새로운 불법촬영물등은 필터링이 불가능하다는 문제가 있으며 역시 DB 작성자, 작성방식 등에 따라 합법적인 정보도 차단될 위험이 있습니다.

그리고 어떤 방식의 필터링을 적용하든지 간에 사업자가 특정 정보가 불법촬영물등에 해당하는지 확정하기 위해서는 이용자가 공유하거나(검색제한조치의 경우) 공유하려는(필터링조치의 경우) 정보를 다 들여다봐야 합니다. 즉 모든 정보를 일반적·상시적으로 모니터링해야 하는 것입니다. 이러한 감시의무가 비공개 대화방 서비스에 적용된다면 이는 헌법 제18조가 보호하는 통신비밀에 대한 침해이자 공개되지 않은 타인간의 대화의 녹음 또는 청취를 금지하는 통신비밀보호법 위반에 해당합니다. 그리고 감시의무를 비공개 대화방이 아닌 일반에 공개된 게시판에 적용하는 것은 정보매개자의 사적 검열을 강화해 이용자의 표현의 자유와 알 권리를 침해하게 됩니다.

### 3. 이 사건 심판대상조항의 포괄위임금지원칙과 명확성원칙 위반

#### 가. 포괄위임금지원칙 위반

##### (1) 쟁점

이 사건 심판대상조항인 전기통신사업법 제22조의5 제2항에 위반하여 기술적·관리적 조치를 하지 아니한 자는 전기통신사업법 제95조의2 제1호의3에 의하여 처벌되므로, 전기통신사업법 제22조의5 제2항은 형벌에 있어 그 구성요건을 정하고 있는 조항에 해당합니다. 그런데 동 조항은 조치의무사업자가 되는 부가통신사업자의 범위와 불법촬영물등 유통 방지를 위한 기술적·관리적 조치의 구체적인

내용을 모두 대통령령에 위임하고 있습니다. 이렇게 형벌법규의 수범자의 범위와 구성요건의 핵심적 내용을 모두 대통령령에 위임하고 있는 것은 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙 및 포괄위임금지원칙에 동시에 위반됩니다.

## (2) 죄형법정주의와 포괄위임금지원칙의 관계

“법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.” 라는 말로 표현되는 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 정하도록하여 개인의 법적 안정성을 보호하고 성문의 형벌법규에 의한 실정법질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가 형법의 기본원칙으로, 헌법 제12조 제1항 후단과 제13조 제1항 전단에서 규정하고 있습니다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4). 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확히 정하여야 함을 의미합니다. 여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도로 규정되어야 한다는 것입니다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 헌재 2010. 5. 27. 2009헌바183 등 참조).

그런데 현대국가의 사회기능증대와 사회현상의 복잡화에 비추어 볼 때 형벌법규를 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 정할 수는 없다고 할 것이어서, 이를 행정부에 위임하는 것도 허용된다고 할 것인데, 범죄와 형벌에 관한 사항에 있어서도 위임입법의 근거와 한계에 관하여 정하고 있는 헌법 제75조가 적용됩니다. 즉

위임을 하는 경우에도 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 합니다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4 참조).

범죄와 형벌에 관한 사항에 대한 위임입법의 한계와 관련된 요구는 죄형법정주의의 명확성원칙의 요구와 경합된다고 할 것이고, 죄형에 관하여 법률조항이 그 내용을 해당 시행령에 포괄적으로 위임하고 있다면 이는 죄형법정주의의 명확성원칙의 위반 여부의 문제인 동시에 헌법 제75조의 포괄위임입법금지 여부의 문제가 됩니다(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 헌재 2008. 7. 31. 2005헌마667 등 참조).

### (3) 처벌법규에 있어서 위임의 한계

법률에 의한 처벌법규의 위임은 헌법이 특히 인권을 최대한 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고 법률에 의한 처벌을 강조하고 있는 기본권 보장 우위사상에 비추어 바람직하지 못한 일이므로 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 합니다. 따라서 형벌법규 내지 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다는 것이 확립된 헌법재판소의 입장입니다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 헌재 2008. 7. 31. 2002헌가26 등 참조).

이러한 입장에 따라 헌법재판소는 “각령의 규정에 위반한 행위로서 각령에서 본 조의 벌칙을 적용할 것을 정한 조항에 해당하는 자” 를 처벌하는 복표발행, 현상기 타사해행위단속법 조항(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4), “보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항 “을 준수하지 않은 약사를 처벌하는 약사법 조항(헌재 2000. 7. 20. 99헌가15), 대통령령이 정하는 경우가 아닌 한 ” 누구든지 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 타인의 통신용에 제공한 자” 를 처벌하는 구 전기통신사업법 조항(헌재 2002. 5. 30. 2001헌바5), 대통령령으로 정하는 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신” 을 금지하고 사업자를 처벌하는 전기통신사업법 조항(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480), ‘대통령령으로 정하는 언론인’ 의 선거운동을 금지하고 처벌하는 공직선거법 조항(헌재 2016. 6. 30. 2013헌가1), “식품접객영업자 등 대통령령으로 정하는 영업자와 그 종업원” 이 “영업의 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진을 위하여 총리령으로 정하는 사항” 을 준수하지 않을 경우 처벌하는 구 식품위생법 조항(헌재 2016. 11. 24. 2014헌가6 등) 등을 위헌이라고 판단한 바 있습니다.<sup>27)</sup>

#### (4) 구체적 검토

처벌법규의 위임입법 한계에 대한 헌법재판소의 일관된 입장에 따르면 이 사건 심판대상조항은 포괄위임금지원칙 위반으로 위헌입니다.

27) 그밖에 헌법재판소가 처벌법규로서 포괄위임금지 원칙을 위반한 것으로 판시한 예로는, 헌재 1995. 9. 28. 93헌바50, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조 위헌소원; 헌재 1997. 5. 29. 94헌바22, 건축법 제78조 제1항 등 위헌소원; 헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 건축법 제79조 제4호 중 ‘제26조의 규정에 위반한 자’ 부분 위헌제청; 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 노동조합법 제46조의3 위헌제청; 헌재 2001. 1. 18. 99헌바112, 새마을금고법 제66조 제1항 제2호 등 위헌소원; 헌재 2003. 3. 27. 2001헌바39, 새마을금고법 제66조 제2항 제1호 위헌소원; 헌재 2004. 9. 23. 2002헌가26, 구 증권거래법 제209조 제7호 위헌제청; 헌재 2007. 7. 26. 2006헌가4, 의료법 제46조제4항 등 위헌제청; 헌재 2010. 2. 24. 2008헌가6, 산업안전보건법 제69조제1호 위헌제청; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바2, 수산자원보호령 제37조제5호 등 위헌소원 등이 있습니다.

첫째, 이 사건 심판대상조항의 규범내용을 대통령령으로 위임할 특히 긴급한 필요가 있거나, 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있었다고 보기 어렵습니다. 이 사건 심판대상조항은 소위 “n번방 방지법”이라고 불리는 일련의 개정안들 중에 포함되어 제대로 된 논의 과정 없이 개정안 발의 한두 달 만에 졸속입법되었는데, 그 과정에서 사단법인 오픈넷은 여러 차례 법안들의 문제점을 지적한 바 있습니다<sup>28)</sup>. 하지만 이런 반대의견은 전혀 고려되지 않았습니다. 성착취물 제작과 유통을 처벌하는 성폭력처벌법, 청소년성보호법 등이 이미 있고, 성착취물 유통이 n번방에서만 이루어졌던 것도 아니며, 소급입법 금지 원칙에 따라 개정이 되더라도 어차피 n번방 사건에는 적용할 수 없었기 때문에 긴급한 필요가 있었다고 보기 어렵습니다. 또한 시행령에서 규정하고 있는 네 가지 조치의 내용을 보더라도, 미리 법률로써 자세히 정하기 어려울 정도로 복잡하거나 전문적이고 기술적인 사항이라고 보기 어려워 부득이한 사정을 인정할 수 없습니다.

둘째, 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정해야 하는데 이를 전혀 예측할 수 없을 뿐만 아니라, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단해 보더라도 수범자가 그 내용을 예측할 수 있을 정도로 내용이 명확하지 않습니다. 그리고 이 사건 심판대상조항은 “조치의무사업자”와 “기술적·관리적 조치”, 즉 수범자와 준수사항인 구성요건을 모두 하위법령에 위임하고 있는데, 수범자와 이들이 지켜야 할 준수사항은 서로 불가분적으로 연결되어 있으므로 수범자가 구체화되어 있는

---

28) (사)오픈넷, “디지털 성범죄의 강력한 처벌을 위해서는 음란물과 디지털 성범죄물의 명확한 구분과 함께 디지털 성범죄물 양형기준 신설 필요”, 2020. 4. 6. <<https://opennet.or.kr/17894>> (2021. 3. 8. 최종방문); “국민의 기본권 침해 우려 있는 전기통신사업법 개정안 입법을 중단하라” 2020. 5. 13. <<https://opennet.or.kr/18125>> (2021. 3. 8. 최종방문); “스타트업·소비자시민단체, 국회·정부에 방송통신3법 관련 공동의견서 제출”, 2020. 5. 17. <<https://opennet.or.kr/18144>> (2021. 3. 8. 최종방문)



경우에는 준수사항 부분이 다소 추상적이고 광범위하더라도 수범자를 통해서 준수사항을 예측하는 것이 어느 정도 가능하고, 반대로 수범자 부분이 다소 추상적이고 광범위하더라도 준수사항 부분이 구체화되어 있다면 준수사항의 내용을 통해 수범자 부분을 예측하는 것이 가능할 수 있습니다(헌재 2016. 11. 24. 2014헌가 6 참조).

그런데 이 사건 심판대상조항은 수범자 부분에서 “대통령령으로 정하는 조치 의무사업자” 라고만 규정하고 있을 뿐이어서 그 범위를 전혀 예측할 수 없습니다. “전기통신역무의 종류, 사업규모 등”의 수식어가 있기는 하지만 이 정도로 모든 전기통신사업자가 해당하는 것인지, 전기통신사업법 제22조 제1항처럼 부가통신사업자만 해당하는 것인지 전혀 알 수 없고 사업규모도 상한이나 하한을 정하지 않아 아무런 판단기준을 제공하지 않고 있습니다. 그렇다면 수범자 부분만을 가지고는 그 구체적인 내용을 예측하는 것이 불가능하므로 준수사항을 통해서라도 수범자의 범위가 확정될 수 있어야 할 것입니다.

준수사항 부분은 “대통령령으로 정하는 기술적·관리적 조치”라고 규정하고 있는데, 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 있다고 보기 어렵습니다. “불법촬영물등의 유통을 방지하기 위한” 조치라고 하나 ‘유통 방지’란 그 자체로 매우 추상적이고 포괄적인 개념이자 입법 목적의 나열에 불과하며 조치의무사업자들이 이를 위하여 준수하여야 할 사항이 구체적으로 어떠한 것인지 그 행위태양이나 내용을 예측하기가 쉽지 않습니다. ‘기술적’ 또는 ‘관리적’이라는 수식어도 일반적이고 추상적이기는 마찬가지여서, 불법촬영물등을 찾아내기 위해 모든 정보를 기술적으로 모니터링해야 하는

것인지, 신고가 들어오거나 방송통신심의위원회 또는 법원이 불법촬영물등이라고 판단한 정보만 삭제하면 되는 것인지 등 그 내용을 전혀 알 수 없는 것입니다. 이러한 개념의 나열만으로는 조치의무사업자에게 무엇을 해야 하고, 하지 말아야 할지에 관한 어떠한 기준도 제공하지 못합니다.

결국 수범자 부분과 준수사항 부분을 모두 하위법령에 위임하면서도 그 어느 한 부분에서조차 하위법령에 위임될 내용에 대해 구체화하고 있지 않아 그 내용들을 전혀 예측할 수 없게 하고 있습니다.

## (5) 소결

위임입법의 긴급할 필요나 부득이한 사정이 없으며, 처벌법규의 수범자와 구성요건을 모두 하위법령에 위임하면서도 그 내용을 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하지 않고 있는 이 사건 심판대상조항은 명백한 죄형법정주의 위반이자 포괄위임금지원칙 위반으로 위헌입니다.

### 나. 명확성원칙 위반

#### (1) 쟁점 및 명확성원칙의 내용

이 사건 심판대상조항인 전기통신사업법 제22조의5 제2항에 위반하여 불법촬영물등의 유통을 방지하기 위한 기술적·관리적 조치를 하지 아니한 조치의무사업자는 전기통신사업법 제95조의2 제1호의3에 의하여 처벌됩니다. 그런데 전기통신사업법 제22조의5 제2항의 “불법촬영물등” 부분과 전기통신사업법 시행령 별표 3의2 “일반에게 공개되어 유통되는 정보” 부분은 명확성원칙에 위반됩니다.

죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미합니다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10). 또한 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 이러한 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닙니다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의의 이념의 실현에 불가결한 존재인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증의 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 합니다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것입니다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구됩니다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 헌재 2002. 6. 27. 99헌마 480 등 참조).

법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로

파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있습니다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83).

## (2) “불법촬영물등” 부분

전기통신사업법 제22조의5 제2항 “불법촬영물등”은 구성요건 부분에 해당하는데, 전기통신사업법 제22조의5 제1항에 의하면 “불법촬영물등”은 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 1. 성폭력특별법 제14조에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다) (이하 “불법촬영물”이라 합니다), 2. 성폭력특별법 제14조의2에 따른 편집물·합성물·가공물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다) (이하 “허위영상물”이라 합니다), 3. 청소년성보호법 제2조제5호에 따른 아동·청소년성착취물(이하 “아동성착취물”이라 합니다)을 말합니다. 이 중 성폭력특별법 제14조에 따른 불법촬영물은 “카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영”한 것 또는 “촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니한 경우(자신의 신체를 직접 촬영한 경우를 포함한다)에도 사후에” 대상자에 의사에 반하여 반포등이 된 것을 말하고, 성폭력특별법 제14조의2에 따른 허위영상물은 “사람의 얼굴·신체 또는 음성을 대상으로 한 촬영물·영상물 또는 음성물(이하 이 조에서 “영상물등”이라 한다)을 영상물등의 대상자의 의사에 반하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집·합성 또는 가공”한 것 또는 “편집등을 할 당시에는 영상물등의 대상자의 의사에 반하지 아니한 경우에도 사후에” 대상자의 의사에 반하여 반포등이 된 것이라고 하겠습니다.

그런데 불법촬영물이나 허위영상물의 “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체” 라는 구성요건은 매우 불명확하여, 예측가능성 및 자의적 범집행 배제가 확보된다고 보기 어렵습니다. 물론 성기라든지 나체라든지 명확한 경우도 있지만, 손이나 발, 옷을 입고 있는 상반신이나 하반신과 같이 불명확한 경우도 많으며, 이에 대해서는 심지어 법원도 일관된 판단을 내리고 있지 못합니다. 최근 대법원은 레깅스를 입은 여성의 뒷모습을 몰래 촬영한 남성에게 무죄를 선고한 항소심 판결을 파기하고 유죄 취지로 환송한 바 있습니다(대법원 2020. 12. 24. 선고 2019도16258 판결). 항소심은 “이 사건 동영상 촬영 당시 피해자는 엉덩이 바로 위까지 내려오는 다소 헐렁한 운동복 상의를 입고 있었고, 발목까지 내려오는 검정색 레깅스 하의에 운동화를 신고 있어 외부로 직접 노출되는 피해자의 신체 부위는 목 윗부분과 손, 그리고 레깅스 끝단과 운동화 사이의 발목 부분이 전부” 였고 “사람의 시야에 통상적으로 비취지는 부분을 그대로 촬영” 했으며 “레깅스를 입은 젊은 여성이라는 이유로 성적 욕망의 대상” 이라 할 수 없다고 판단하여 1심 판결을 파기하고 무죄를 선고했습니다(의정부지방법원 2019. 10. 24. 선고 2018노3606 판결). 같은 사실관계를 두고 제1심은 유죄, 제2심은 무죄, 대법원은 유죄로 판단이 계속 바뀌었는데, “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체” 라는 기준이 얼마나 불명확한지를 여실히 보여주는 사례라고 할 것입니다. 더욱이 불법촬영물등에는 피해자가 직접 촬영하거나 촬영에 동의했다라도 피해자의 의사에 반하여 배포된 촬영물이나 영상물을 포함하는데, 피해자가 특정되지 않거나 찾을 수 없는 경우에는 촬영 당시 또는 배포 당시에 피해자의 의사에 반했는지를 확인할 길이 없습니다.

게다가 법 문언상으로는 불법촬영물등이 방송통신심의위원회나 법원 등 사법기

관의 판단을 받은 것임을 요하지 않으므로, 사업자가 알아서 불법촬영물등인지 여부를 판단해서 기술적·관리적 조치를 취해야 하는 것으로 해석될 수도 있습니다. 이 경우 사업자는 처벌받지 않기 위해 사람의 신체가 등장하는 모든 사진과 영상들을 삭제·차단하려고 할 수 있으며 이는 이용자들의 표현의 자유에 대한 심각한 위협을 초래할 것입니다. 이렇듯 이 사건 심판대상조항은 표현의 자유를 규제하는 법률에 요구되는 고도의 명확성 기준도 충족시키지 못합니다.

### (3) “일반에게 공개되어 유통되는 정보” 부분

전기통신사업법 시행령 별표 3의2는 “사전조치의무사업자가 제공하는 부가통신서비스”를 “이용자가 정보통신망을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보를 게재·공유 또는 검색할 수 있도록 제공하는 부가통신서비스”라고 규정하고 제1호 SNS·커뮤니티·대화방서비스, 제2호 인터넷개인방송서비스, 제3호 검색서비스로 유형을 나누고 있습니다. 그런데 “일반에게 공개되어 유통되는 정보”를 게재·공유 또는 검색할 수 있지만 한다면 비공개 대화방이나 회원제 커뮤니티도 포함되는 것인지, 아니면 일반에게 공개된 대화방과 커뮤니티만 포함되는 것인지, 도무지 알 수가 없습니다.

### (4) 소결

따라서 이 사건 심판대상조항은 구성요건이 명확하지 않아 법집행기관과 법관의 자의적인 해석에 따라 형사처벌이 결정될 위험이 있으므로 명확성원칙에도 위반됩니다.

## 4. 이 사건 심판대상조항의 기본권 침해

### 가. 이 사건 심판대상조항에 의하여 제한되는 기본권

이 사건 심판대상조항은 사전조치의무사업자에게 사전조치의무를 부과함으로써 서비스 이용자들이 자유롭게 정보를 검색하거나 게재하는 행위를 통제하고, SNS, 커뮤니티, 대화방 내에서 서비스 이용자가 불법촬영물등을 유통하는지 확인하기 위하여 사업자가 이용자의 통신 내용을 파악해야 할 필요가 있으므로 청구인들의 통신의 자유, 표현의 자유, 알 권리를 제한합니다.

#### (1) 통신의 자유

헌법 제18조는 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다” 라고 하여, 통신의 비밀보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있습니다. 통신의 자유를 기본권으로서 보장하는 것은 사적 영역에 속하는 개인 간의 의사소통을 사생활의 일부로서 보장함으로써 사생활과 프라이버시 보호의 수단적 의미를 가지고, 나아가 사회구성원 상호간에 의사와 정보 교환이 원활히 이루어질 수 있도록 촉진하기 위한 것이므로 현대사회에 있어서는 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 중요한 의미를 갖습니다(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25).

헌법 제18조에서 그 비밀을 보호하는 ‘통신’의 일반적인 속성으로는 ‘당사자 간의 동의’, ‘비공개성’, ‘당사자의 특정성’ 등을 들 수 있는바, 이를 염두에 둘 때 위 헌법조항이 규정하고 있는 ‘통신’의 의미는 ‘비공개를 전제로 하는 쌍방향적인 의사소통’이라고 할 수 있습니다(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25). 그리고 통신의 비밀보호의 대상은 통신의 내용뿐만 아니라 통신의 당사자에 관한

사항(당사자의 이름, 주소, 전화번호, ID 등), 수신지와 발신지, 통신일시, 통신횟수, 통신방법 등 통신과 관련된 일체를 포괄합니다.<sup>29)</sup>

사전조치의무사업자가 제공하는 SNS·커뮤니티·대화방서비스를 통한 이용자들의 의사소통이 통신에 해당함은 물론이고, 일 대 다수, 다수 대 다수의 통신도 가능하므로 ‘다음 카페’, ‘카카오톡 그룹채팅’, ‘네이버 밴드’와 같은 서비스를 통한 이용자들의 의사소통이나 정보공유 역시 위와 같은 요건을 충족하는 한 통신에 해당한다고 하겠습니다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 SNS·커뮤니티·대화방서비스를 제공하는 사전조치의무사업자에게 이용자의 통신의 내용 확인이 필요한 검색제한조치와 필터링조치 등을 강제하고 있으므로 청구인들의 통신의 자유를 제한합니다.

## (2) 표현의 자유와 알 권리

헌법 제21조에서 보장하고 있는 언론·출판의 자유를 포함한 표현의 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유를 의미하고, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하며 행복을 추구하고 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 국민주권을 실현하기 위한 필수불가결한 기본권입니다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27). 그리고 정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 “알 권리”는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며, 표현의 자유에 당연히 포함되는 기본권입니다(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133).

---

29) 황성기, “현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점”, 『언론과 법』 제14권 제1호, 한국언론법학회, 2015. 4, 11면.



불법촬영물등은 헌법이 보장하는 표현의 자유의 한계를 벗어난 것으로 그 보호 가치가 없음은 분명합니다. 그러나 이 사건 심판대상조항은 사전조치의무사업자에게 불법촬영물등의 유통을 방지하기 위해서 자신의 서비스에서 유통되는 모든 정보에 대해 검색제한조치, 필터링조치 등 기술적 조치를 적용하도록 하고 있어 SNS·커뮤니티·대화방서비스, 인터넷개인방송서비스, 검색서비스 이용자인 청구인들이 검색결과에의 접근과 정보의 게재를 제한받기 때문에 청구인들의 표현의 자유와 알 권리가 제한됩니다.

## 나. 과잉금지원칙 위반

### (1) 목적의 정당성

개별 법률 또는 공권력 행사의 목적이 국민의 자유와 권리를 제한할 ‘사회질서’ 나 ‘공공복리’에 해당하지 않거나, 그 사회적 타당성 내지 합리성을 상실하고 있다면 이는 헌법 제37조 제2항이 규정하는 과잉금지원칙을 위반하는 것입니다(헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6). 한편 개별 법률의 입법목적은 지나치게 넓게 설정되어서는 안 됩니다. 입법목적이 지나치게 넓게 설정되는 경우 목적의 정당성 심사가 형해화될 뿐만 아니라 다른 원칙의 위배 여부 심사도 왜곡될 수 있기 때문입니다. “불법촬영물 등의 유포, 확산을 방지” 하기 위하여 부가통신사업자 등에게 기술적·관리적 조치 의무를 부과하는 이 사건 심판대상조항의 입법목적은 정당하다고 하겠습니다.

### (2) 수단의 적합성과 침해의 최소화

기본권을 제한하는 공권력 행사가 준수해야 할 수단의 적합성 원칙이란 수단이

목적의 달성을 위하여 효과적이고 적절하여야 한다는 원칙을 의미합니다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13). 그리고 그 수단이 현저하게 불합리하고 불공정하지 않을 것도 요구됩니다(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47). 그리고 침해의 최소성 원칙이란 공권력 행사가 기본권을 최소한으로 제한하는 수단을 선택할 것을 요청하는 원리를 의미합니다. 즉 기본권을 제한하는 공권력행사가 덜 제한적인 방법을 선택하여 그 입법목적 실현할 수 있다면 해당 법률은 침해의 최소성 원칙에 반하는 법률로서 과잉금지원칙을 위반하는 것입니다(헌재 2006. 6. 29. 2002헌바80). 그런데 이 사건 심판대상조항이 목적을 달성하기 위한 수단으로서 정하고 있는 신고접수조치, 검색제한조치, 필터링조치, 경고조치와 사전조치의무 미준수시 형사처벌은 효과적이고 적절한 수단이 아닐 뿐만 아니라 청구인들의 기본권을 덜 제한하는 다른 수단들이 있기 때문에 수단의 적합성과 침해의 최소성 요건을 준수하지 못하고 있습니다.

먼저 검색제한조치와 필터링조치는 앞서 본 바와 같이 사업자에게 이용자가 유통하는 정보에 대한 ‘일반적·상시적인 적극적 감시의무’를 부과하여 ‘사적 감시와 검열’을 강제하는 것으로서 헌법적으로 중대한 문제점을 야기합니다. 먼저 n번방의 온상이 되었던 텔레그램과 같은 비공개 대화방서비스도 포함된다면 이는 사인에 의한 통신 감시를 허용함에 다름이 아닙니다. 사전조치의무사업자가 제공하는 서비스에 “대화방”이 포함되어 있고, 구 청소년성보호법 제17조의 ‘기술적 조치’ 의무 조항이 비공개 카카오톡에 적용되어 이석우 전 카카오톡 대표가 기소된 사례가 있음에 비추어본다면(증 제2호 2018. 12. 7.자 연합뉴스 기사 참조), 이러한 위험성을 배제할 수 없습니다. 게다가 종단간 암호화 등 암호화 기술이 적용된 서비스를 제공하는 사업자에게 위와 같은 기술적 조치를 취하라고 한다면,

사업자는 이용자의 통신 내용 감시를 위해 암호화 기술을 무력화시켜야 할 수도 있습니다.

한편, 일반에 공개된 서비스라도 사업자는 법적 책임을 회피하기 위하여 사적 검열을 강화함으로써, 자유로운 정보유통을 제한하게 될 수밖에 없습니다. 따라서 국제인권기준은 일반적 감시의무 부과를 금지하고 있는 것입니다. 비교법적으로도 정보의 불법성에 대한 일반적·상시적인 적극적 모니터링의무를 정보매개서비스제공자에게 부과하는 외국의 예는 찾아 볼 수 없습니다. 물론 이러한 조치는 입법정책적인 관점에서 볼 때 불법촬영물등 유통을 규제하기 위한 목적을 달성하는 데 있어서 일응 ‘효율적’ 일 수 있습니다. 하지만 본질적으로 정보매개자는 자신의 법적 책임과 관련하여 애매모호한 정보는 모두 삭제를 하려고 하거나 할 수밖에 없는 방향으로 자신의 정책을 유지할 것입니다. 이는 결과적으로 위축효과를 유발하여, 사전조치의무사업자를 매개로 하여 유통되는 정보의 ‘총량’ 이 줄어들 수밖에 없고, 궁극적으로 우리 사회에서 유통되는 정보나 표현물의 ‘총량’ 에 영향을 주게 될 것입니다. 이러한 것이 바로 표현의 자유가 가장 경계하는 위축효과가 아닐 수 없는 것입니다.

그리고 불법촬영물등의 유통은 성폭력처벌법상 카메라등이용촬영죄나 청소년성보호법상 아동성착취물유포죄뿐만 아니라 형법상 음화반포죄, 정보통신망법상 음란물유포죄로도 처벌할 수 있습니다. 사업자의 경우 가담 정도에 따라 해당 범죄의 정범이나 방조범으로 처벌하면 될 것입니다. 그런데 사업자가 단지 불법촬영물등의 유통을 막을 수 있는 조치를 취하지 않았다는 이유만으로, 즉 사업자의 부작위를 이유로 어떤 경우는 직접 유통한 자보다<sup>30)</sup> 중하게 처벌하는 것은 책임과 형

벌 사이의 비례성을 상실한 수단으로서 적절한 수단이 아닙니다.

형사벌을 부과하는 것은 침해의 최소성 원칙에도 위반됩니다. 이러한 의무위반 행위가 형사벌로 규율해야 할 정도로 반사회성 및 비난가능성이 크다고 볼 수 없으며, 행정형벌제도는 원칙적으로 행정명령에 대한 의무확보수단으로서 최후적이고 보충적인 것이어야 하므로, 행정명령의 불이행에 대하여 형벌을 과하는 것은 불가피한 경우에 한하여 예외적으로 인정되어야 할 뿐만 아니라, 행정상의 의무이행확보는 결국 행정목적의 실현을 위한 것이므로, 그 제재수단도 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서벌 등의 수단을 통해 이루어져야 하기 때문입니다.<sup>31)</sup> 따라서 행정상의 의무이행확보라면 행정목적실현을 위한 것이므로 그 제재수단도 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서벌 등의 수단이어야 할 것입니다. 따라서 의무 위반에 대해 형사벌을 직접적으로 부과할 것이 아니라 행정기관에 의한 시정명령을 우선 부과하고, 이러한 시정명령에 위반하는 경우에 비로소 과태료나 형사벌을 부과한다면 덜 침해적일 것입니다.

게다가 앞서 본 바와 같이 이 사건 심판대상조항은 그 의미가 지나치게 광범위하고 불분명하여 명확성원칙에 위반되는바, 불명확한 규범에 의하여 형사처벌을 가하게 되면 헌법상 보호받아야 할 행위까지 금지대상에 망라하게 되어 필요 이상의 처벌을 가하게 될 수 있어 과잉금지원칙과도 조화될 수 없습니다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등 참조). 즉 “불법촬영물등” 및 “일반에 공개되어 유통되는

30) 형법상 음화반포죄는 법정형이 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금이고(제243조), 정보통신망법상 음란물유포죄는 법정형이 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금(제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항)입니다. 또한 벌금형의 경우는 이 사건 벌칙조항(1억 원 이하)이 성폭력처벌법 제14조 제1항이나 제2항(5천만 원 이하)보다 중합니다.

31) 헌재 1995. 3. 23. 92헌가14, 노동조합법 제46조 위헌제청; 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바354, 수산업법 제61조 제1항 제2호 등 위헌소원 참조.

정보”의 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있고, 그 광범성으로 인해 보호받아야 할 표현행위까지 처벌하거나 그 표현을 위축시킬 우려가 있으므로, 표현의 자유에 대한 과도한 제한과 과잉형벌을 초래할 여지가 있습니다(헌재 2015. 6. 25. 2013헌가17·24, 2013헌바85(병합) 참조).

### (3) 법익의 균형성

기본권 제한에 준수되어야 할 법익의 균형성 원칙이란 기본권을 제한하는 공권력행사로서 보호되는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다는 원칙을 의미합니다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가85). 특히 표현의 자유는 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치이므로 표현의 자유의 사전 제한을 정당화하기 위해서는 그 제한으로 인하여 달성하려는 공익의 효과가 명백해야 합니다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47, 252(병합)). 즉 법률이 달성하는 공익과 법률이 제한하는 사익을 비교형량할 때 더욱 공익에 엄중한 요구를 해야 한다고 한 것입니다. 그런데 이 사건 심판대상조항에 의해 달성되는 불법촬영물등 유통 방지는 공익이 침해되는 청구인들의 통신의 자유, 표현의 자유, 알 권리 등과 이익형량했을 때 비례성이 있다고 보기 어렵습니다.

이 사건 심판대상조항은 앞서 본 수단의 적합성이나 침해의 최소성 요건 판단에서 지적한 문제점 외에도 외국의 입법례에서 찾아보기 힘든 사전조치의무를 사업자에게 부과함으로써 국내외 사업자 간 역차별 문제를 발생시킵니다. 외국에 서버를 두고 국내에 서비스를 제공하는 사업자의 경우 실제로 과징금 부과 또는 형사처벌을 받게 될 가능성이 거의 없습니다. n번방 방지법이라는 미명 하에 만들어졌지만, n번방 사건이 일어난 텔레그램은 n번방 방지법으로 규제할 수 없다는

아이러니한 상황이 발생하게 된 것입니다. 또한 해외에서 제공되는 서비스에서 운영자가 직접 동영상을 배포한 경우 이미 유포된 동영상에 대한 재유포만을 막을 수 있을 뿐 근본적인 문제를 막을 수 없습니다. 결과적으로 국내 사업자들에게만 과도한 부담을 지우게 되는데 이는 재원과 인력이 충분하지 아니한 영세한 사업자에게 준수할 수 없는 의무를 지워 시장에서 퇴출당하는 결과를 초래할 수 있으며 인터넷 사업에 새롭게 뛰어드는 스타트업에는 진입장벽으로 작용할 우려가 있습니다.<sup>32)</sup>

그리고 계속 언급한 검색제한조치와 필터링조치 등 기술적 조치 자체의 한계와 실효성 문제가 있습니다. 2020년 서울남부지방법원은 음란물유포방조죄로 기소된 웹하드 사이트 사업자에 대해 무죄를 선고하면서 “온라인서비스에서 음란물 유통의 완전한 차단은 현재의 기술적 수준에 비추어 가능성이 거의 없고, 그러한 차단에 소요되는 경제적 비용과 부담들을 고려할 때 극히 비효율적이므로, 인터넷상에 존재하는 모든 정보에 대하여 인터넷서비스제공자 스스로 이를 검색하고 음란물 여부를 판단한 후에 이에 대한 이용자들의 접근을 완벽히 차단하라고 요구하는 것은 현실상 기대할 수 없다는 기술적 또는 현실적 한계 등으로 말미암아 온라인서비스제공자에 대하여 인터넷에서 이루어지는 음란물의 유포를 무조건· 전면적으로 차단하도록 할 작위의무를 부과하기 어렵” 다고 판시한 바 있습니다(서울남부지방법원 2020. 2. 4. 선고 2018고단3643 판결).

일반적 감시의무 부과로 인한 기본권 제한 정도, 형벌의 비례성 상실, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 역차별 내지 자의적 법집행의 문제, 국내 사업자에 대

---

32) 정경오, “n번방 방지법-② 관련 쟁점 분석 및 보완점”, KISO저널 40호., 2020. 10. 14면.

한 과도한 부담, 실효성 없는 수단 등에 의해 당초의 입법 목적과 같은 공익을 실질적으로 달성할 수 있다고 보기는 어려운 반면, 이에 의한 청구인들의 기본권 제한은 중대하므로 법익 균형성을 충족하지 못합니다.

#### (4) 소결

이 사건 심판대상조항의 수단의 적합성과 침해의 최소성이 인정되지 않을 뿐만 아니라, 그것이 달성하고자 하는 불법촬영물 유통 방지라는 공익과 청구인들의 통신의 자유, 표현의 자유, 알 권리에 대한 제한 정도를 비교형량하여 보았을 때 법익의 균형성도 인정되지 않으므로, 이 사건 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해합니다.

### V. 결론

이상과 같이 이 사건 심판대상조항은 포괄위임금지원칙과 명확성원칙에 위반되며 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 통신의 자유, 표현의 자유, 알 권리를 침해하므로 위헌 결정을 내려주시기 바랍니다.

## 입 증 자 료

- 1. 증 제1호 2020. 12. 10.자 방송통신위원회 보도자료
- 1. 증 제2호 2018. 12. 7.자 연합뉴스 기사

2021. 3.

위 청구인들의 대리인

변호사 김 가 연

## 헌법재판소 귀중





▶ 불법촬영물등의 삭제 요청 주체 확대

(전기통신사업법 제22조의5제1항, 같은 법 시행령 제30조의5제1항)

일반 이용자뿐만 아니라 한국여성인권진흥원, 성폭력피해상담소, 그 밖에 방통위가 정하여 고시하는 기관·단체는 불법촬영물등의 삭제 및 접속차단을 인터넷 사업자에게 요청할 수 있다.

▶ 서식 신설 및 불법촬영물등 판단 곤란 시 방심위 심의 요청

(전기통신사업법 시행령 제30조의5제2항~제5항 및 별지서식)

원활한 신고·삭제요청을 위해 법정서식을 신설하고, 신고·삭제요청을 받은 정보가 불법촬영물등에 해당하는지 판단이 어려운 경우 사업자는 방송통신심의위원회에 심의를 요청할 수 있다.

▶ 삭제·접속차단 조치 의도적인 미이행 시 과징금 부과

(전기통신사업법 제22조의6, 같은 법 시행령 제30조의7 및 별표3의3, 「불법촬영물등 유통방지 법규 위반에 대한 과징금 부과기준」 고시)

불법촬영물등에 대한 삭제·접속차단 조치를 의도적으로 이행하지 않는 경우 위반행위의 중대성 등을 판단하여 매출액 3% 이내에서 차등적으로 과징금을 부과할 수 있다.

▶ 불법촬영물등 유통방지 책임자 지정, 투명성보고서 제출 등

(정보통신망법 제44조의9·제64조의5, 같은 법 시행령 제35조의2·제69조의2)

일평균이용자 10만명 이상 또는 연평균 매출액 10억원 이상 사업자 중 SNS·커뮤니티·대화방, 인터넷개인방송, 검색서비스를 제공하는 자 및 웹하드사업자의 경우 임원 또는 담당 부서의 장을 불법촬영물등 유통방지 책임자로 지정하여야 하며, 매년 투명성보고서를 방통위에 제출하여야 한다.

이 경우 의무대상사업자의 불법촬영물등 유통방지 책임자는 매년 2시간 이상의 교육을 이수하여야 한다.

▶ 사전 유통방지를 위한 기술적·관리적 조치('21.12월 시행)  
(전기통신사업법 제22조의5제2항, 같은 법 시행령 제30조의6 및 별표3의2)

일평균이용자 10만명 이상 또는 연평균 매출액 10억원 이상 사업자 중 SNS·커뮤니티·대화방, 인터넷개인방송, 검색서비스를 제공하는 자 및 웹하드사업자의 경우, 불법촬영물등의 유통을 사전적으로 방지하기 위한 검색결과 송출제한, 필터링 등의 기술적·관리적 조치를 '21년 말부터 이행해야 한다.

방통위는 개정법령의 조기 안착을 위해 불법촬영물등 신고·삭제요청 기관·단체에 안내 공문 배포, 의무대상 사업자의 불법촬영물등 유통방지 책임자 지정여부 확인, 투명성보고서 제출 관련 안내서 배포 등을 진행 중이다.

아울러, 방통위는 '21년도 말('21.12.10.)부터 시행되는 기술적·관리적 조치의 세부사항을 규율하기 위한 고시안을 마련할 예정이다. 불법촬영물등으로 심의·의결된 정보를 공공 데이터베이스(DB)로 마련하고 필터링 성능평가 기관을 지정하는 등 기술적·관리적 조치 의무 시행을 위한 준비에도 만전을 기할 예정이다.

한상혁 위원장은 “개정 법령 시행에 따른 후속조치를 원활히 추진해 불법촬영물등으로 고통 받는 피해자가 신속히 구제될 수 있도록 노력하겠다.”라고 하면서, “기술적·관리적 조치 등 '21년말부터 시행되는 사항들도 차질 없이 준비하겠다.”라고 밝혔다. 끝.

# 검찰, 이석우 전 카카오 대표에 벌금 1천만원 구형

송고시간 | 2018-12-07 12:22



이우성 기자

[기자 페이지](#)

아동음란물 유포 관련 온라인서비스 대표 처벌 첫 사례될지 주목  
이석우 한때 검찰 감청영장 집행에 불응해 '미운털 박혔다' 논란도



### 결심공판 출석한 이석우 전 카카오 대표

(성남=연합뉴스) 홍기원 기자 = 온라인서비스 대표로서 자사 서비스에서 아동·청소년 음란물을 적절히 차단하지 않은 혐의로 불구속기소 된 이석우 전 카카오 대표가 7일 오전 경기도 성남시 수원지방법원 성남지원에서 열린 결심공판에 출석하고 있다.  
xanadu@yna.co.kr

---

(성남=연합뉴스) 이우성 기자 = 온라인서비스 대표로서 자사 서비스에서 아동·청소년 음란물을 적절히 차단하지 않은 혐의로 불구속기소 된 이석우(52) 전 카카오 대표에게 검찰이 7일 벌금 1천만원을 구형했다.

검찰은 이날 수원지법 성남지원 형사6단독 오택원 판사 심리로 열린 결심공판에서 음란물이 유포된 데 온라인서비스 제공자인 기업 대표의 책임이 인정된다며 이같이 밝혔다.

변호인은 최후 변론에서 "검찰은 카카오그룹이 유해 게시물을 걸러내기 위한 해시값 설정이나 금칙어 차단을 설정하지 않았다고 주장하지만, 당시 법률 시행령에는 사업자가 어떤 식으로 하라는 명확한 규정이 없었다"며 무죄를 주장했다.

또 "아동음란물 확산 방지를 위해 온라인서비스 제공자가 노력해야 한다는 수사 이유에는 공감하지만, 시행령 규정이 불명확하다면 행정지도 정도가 적당하지 서비스 제공자에 대한 처벌은 무리"라고 덧붙였다.

아동·청소년 성보호에 관한 법 시행령 제3조는 이용자가 상시 신고할 수 있는 조치, 기술적으로 음란물로 인식되는 자료를 찾아내는 조치, 판단이 어려운 자료에 대해 방송통신심의위원회 심의 요청 등을 온라인서비스 제공자에게 부과하고 있다.

이 전 대표는 최후진술에서 "특별히 할 말이 없다"고 말했다.

'청소년 음란물 차단無' 이석우 전 카카오대표에 벌금형 구형 / 연합뉴스 (Yonhap...



검찰, 이석우 전 카카오 대표에 벌금 1천만원 구형 / 연합뉴스 (Yonhapnews) [유튜브로 보기](#)

이 전 대표는 2014년 6월 14일~8월 12일 카카오의 모바일커뮤니티인 '카카오그룹'에서 유포된 아동·청소년 이용 음란물 745건을 적절히 차단하지 않아 7천여명에게 배포되도록 한 혐의로 2015년 11월 이례적으로 불구속기소 됐다.

이 사건은 온라인서비스 대표가 자사 서비스에서 음란물을 방치했다는 이유로 재판에 넘겨진 첫 사례로, 수사단계부터 위법성 여부를 두고 법리적인 논란이 벌어져 주목을 받았다.

특히 일각에서는 검찰이 수사를 무리하게 강행했다는 지적이 제기되기도 했다.

2014년 카카오톡 감청에 의한 사이버 검열이 이슈로 떠오르자 이 전 대표가 감청영장 집행에 응하지 않겠다고 직접 밝혔고, 검찰에 미운털이 박혔기 때문이라는 얘기가 나왔다.



검찰, 이석우 전 카카오 대표에 벌금 1천만원 구형



(성남=연합뉴스) 홍기원 기자 = 온라인서비스 대표로서 자사 서비스에서 아동·청소년 음란물을 적절히 차단하지 않은 혐의로 불구속기소된 이석우 전 카카오 대표가 7일 오전 경기도 성남시 수원지방법원 성남지원에서 열린 결심공판을 마친 후 나오고 있다. xanadu@yna.co.kr

---

검찰은 2016년 5월 이 전 대표에게 벌금 1천만원을 구형했으나, 선고를 앞둔 당시 재판부가 이 전 대표의 처벌근거로 삼은 법률 조항이 통신의 비밀을 침해하고, 표현의 자유와 영업의 자유 등 기본권을 제한할 수 있다며 그해 8월 위헌심판 제청을 신청했고 이후 재판이 중단됐다.

문제가 된 법률 조항은 아동·청소년의 성 보호에 관한 법률 17조 1항이다.

온라인서비스 제공자가 자사 서비스에서 아동·청소년 음란물을 발견하기 위한 조치를 하지 않았거나 음란물을 즉시 삭제하고, 전송을 방지·중단하지 않으면 처벌하게 돼 있다.

헌법재판소는 올해 6월 현행 아동법 조항이 합헌이라고 재판관 전원일치 의견으로 결정했다.

헌재는 "아동음란물의 특성상 자료가 이미 퍼져 버린 후에는 관련된 아동·청소년의 인권 침해를 막기 어려우며, 온라인서비스 제공자에게 적극적 발견 의무를 부과함으로써 선제 대응하지 않으면 아동음란물의 광범위한 확산에 효과적으로 대응할 수 없다"고 판단했다.

서비스 이용자가 온라인서비스 제공자의 감시 아래 놓여 통신의 비밀이나 표현의 자유가 침해될 수 있다는 주장에 대해서도 "아동·청소년의 인권 침해 가능성을 사전적으로 차단하는 공익이 더 크다"고 판단했다.

성남지원은 헌재의 결정이 나온 후 이 전 대표에 대한 심리를 재개했고, 이날 변론을 종결했다.

선고는 내년 1월 18일 열린다.

gaonnuri@yna.co.kr

<저작권자(c) 연합뉴스, 무단 전재-재배포 금지> 2018/12/07 12:22 송고

---



본 기사는 연합뉴스와의 계약없이 전문 또는 일부의 전재를 금합니다

Copyright (C) Yonhapnews. All rights reserved.