

헌법소원심판청구서

청 구 인 김 〇 〇
 서울 성북구

청구인의 대리인
 별지와 같음

피청구인 1. 서울중앙지방법원 판사
 2. 국가정보원

청 구 취 지

1. 피청구인 서울중앙지방법원 판사가 청구인의 명의로 가입 · 사용중인 서울 종로구 낙원동 〇〇〇 사무실에서 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷 전용회선에 관하여 감청을 내용으로 하는 통신제한조치 허가를 한 것은 헌법의 영장주의 원칙, 적법절차의 원칙 및 청구인의 통신과 사생활의 비밀과 자유 그리고 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하므로 위법함을 확인한다.
2. 피청구인 국가정보원이 청구인의 명의로 가입 · 사용중인 서울 종로구 낙원동 〇〇〇 사무실에서 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷 전용회선에 관하여 감청을 내용으로 하는 통신제한조치를 집행한 것은 청구인의 통신과 사생활의 비밀과 자유 그리고 인간으로서의 존엄과 가치 및

행복추구권을 침해하므로 위법함을 확인한다.

3. 통신비밀보호법(2009. 11. 2. 일부개정된 법률 제9819호의 것) 제2조 제7호, 제5조 제2항, 제6조는 헌법에 위반된다.

라는 결정을 구합니다.

침해된 권리

헌법 제18조 통신의 비밀과 자유

헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유

헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권

침해의 원인

1. 피청구인 서울중앙지방법원 판사의, 청구인의 명의로 가입 · 사용중인 서울 종로구 낙원동 000 사무실에서 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷 전용회선에 관한 감청을 내용으로 하는 통신제한조치 허가
2. 피청구인 국가정보원의, 청구인의 명의로 가입 · 사용중인 서울 종로구 낙원동 000 사무실에서 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷 전용회선에 관한 감청을 내용으로 하는 통신제한조치 집행
3. 통신비밀보호법(2009.11.02 일부개정된 법률 제9819호의 것) 제2조 제7호, 제5조 제2항, 제6조

청구 이유

1. 사건의 개요

가. 청구인에 관하여 계속중인 형사공판 내용

1) 청구인은 1999. 11.경부터 전북 임실군 관촌면 소재 임실관촌중학교 도덕교사로 재직하다가 2006. 3. 군산동고등학교로 전근되어 도덕교사로 재직하고 있었습니다. 한편 청구인은 2006. 1.부터 전국교직원노동조합(이하 '전교조'라고 합니다) 전북지부 통일위원장을 역임하였고, 2006. 10.부터는 전북통일교사모임 사무국장으로 일하던 중 2008. 1. 28. 국가보안법위반(찬양 · 고무등) 혐의로 체포되었습니다. 그리고 2008. 2. 22. 같은 혐의로 청구인은 구속기소되었습니다.

2) 1심(전주지방법원 2008고단214호)과 항소심(전주지방법원 2010노224호)은 청구인의 공소사실 전체에 대하여 무죄를 선고하였고, 이 사건은 현재 검사의 상고에 의하여 대법원에 계속중에 있습니다(대법원 2010도12836).

나. 이 가운데 벌어진 피청구인 국가정보원의 청구인에 대한 통신제한조치 등

1) 2011. 2. 15.과 같은 달 17. 두 차례에 걸쳐 피청구인 국가정보원은 청구인을 불러 2007년 고교 교사 재직 당시 도덕과목 기말시험 출제 경위 등을 조사하였습니다. 피청구인 국가정보원이 추궁한 시험문제는 2007. 10. 4. 당시 노무현 대통령과 김정일 조선민주주의인민공화국(이하 북한이라고만 합니다) 국방위원장의 남북정상회담 합의문의 내용 등을 묻는 문항이었습니다.

2) 또한 2011. 2. 17.자로 피청구인이 청구인에게 통지한바에 따르면, 피청구인

국가정보원이 ①2009. 4. 1.부터 2010. 11. 28.까지의 청구인의 이메일 접속 기록 및 유·무선 전화 통화내역과 2010. 11. 28.부터 2011. 1. 15.까지의 이메일 접속지 추적 및 휴대전화 실시간 위치추적에 관한 통신사실 확인 자료의 제공을 주식회사 프리첼 등의 통신회사에 요청하였고(갑 제1호증 통신사실확인 자료 제공 요청 집행사실 통지 사본), ②2010. 11. 18.부터 같은 달 25.까지 서울중앙지방법원으로부터 압수·수색·검증영장(영장번호 2010-25194)을 발부받아 주식회사 다음커뮤니케이션 등에 개설한 청구인 명의의 이메일 계정에 나타난 이메일의 수·발신 내역 및 이메일 계정에 저장된 주소록 목록을 압수·수색·검증하였고(갑 제2호증의 1 통신사실확인 자료 제공 요청 집행사실 통지 사본), ③2011. 1. 26.부터 같은 해 2. 2.까지는 서울중앙지방법원으로부터 압수·수색·검증영장(영장번호 2011-1628)을 발부받아 주식회사 다음커뮤니케이션에 개설한 청구인 명의의 이메일 계정(ohestar@hanmail.net)으로 가입한 카페(‘통일파랑새’) 및 블로그(‘작은 것 하나’)에 게재한 문건·댓글·기타 업로드한 자료를 압수·수색·검증하였으며(갑 제2호증의 2 통신사실확인 자료 제공 요청 집행사실 통지 사본), ④ 2010. 12. 28.부터 2011. 2. 27.까지는 서울중앙지방법원으로부터 허가서(허가서 번호 2010-28049)을 받아 청구인의 명의로 가입·사용중인 서울 종로구 낙원동 000 사무실에서 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷 전용회선에 관하여 감청 및 출력·인도, 착·발신지(아이피 로그기록) 추적, 그리고 인터넷전화(070-7626-9059)에 관하여 국내외 착·발신 통화내역(역추적 포함) 감청을 내용으로 하는 통신제한 조치를 집행하고, 우편물 검열과 대화녹음 및 청취(갑 제3호증 통신제한조치 집행 사실 통지 사본) 등의 수사를 하였다고 밝히고 있습니다¹⁾.

3) 청구인이 본 건 헌법소원청구를 통하여 위헌을 확인하고자 하는 대목은 바로 이러한 추가 수사의 내용 중 이른바 패킷감청에 관한 것입니다. 항을 바꾸어

1) 이러한 사실은 2011. 3. 1.자 한겨레신문에 보도되기도 하였습니다(갑 제4호증 2011. 3. 1.자 인터넷 한겨레 기사 출력물).

본 건 헌법소원청구의 대상과 적법요건 그리고 그 위헌성에 관하여 차례로 기술하겠습니다.

2. 본 건 헌법소원심판청구의 대상

가. 청구인이 본 건 헌법소원심판청구에서 위헌 여부의 확인을 구하고자 하는 것은 앞서 본 피청구인 국가정보원의 추가수사의 내용 가운데 갑 제3호증 통신제한조치 집행 사실 통지 사본에 나와 있는 것 중 서울 종로구 낙원동 000 사무실에서 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷 전용회선에 관하여 감청을 내용으로 하는 통신제한조치에 관한 것입니다. 즉 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷 전용회선에 대한 실시간 감청, 즉 이른바 패킷감청이라고 하는 것에 대하여 그 위헌성을 판단받고자 본 헌법소원심판청구에 이른 것입니다.

나. 패킷 감청이란, 뒤에서 상세히 언급할 터이지만, 인터넷 회선에서 오가는 전자신호(패킷)를 중간에서 빼내 수사 대상자의 컴퓨터와 똑같은 화면을 실시간으로 시청(내지 지득)하는 것을 말합니다. 기존의 ‘인터넷 감청’은 이미 주고 받은 전자우편을 나중에 열어 보는 것인데, 패킷 감청은 인터넷 검색이나 메신저 대화 내용, 파일 내려받기 등 사용자가 구동하는 모든 인터넷 사용 내용을 실시간으로 감시할 수 있습니다. 그런데 피청구인 국가정보원이 청구인에 대하여 이러한 패킷감청을 했다고 갑 제3호증 통신제한조치 집행 사실 통지를 통하여 밝힌 것입니다²⁾. 다른 형사사건(서울중앙지방법원 2009고합731호 국가보안법 위반)에서 검찰은 이러한 패킷감청이 가능하다는 점, 그리고 실제로 수사과정에

2) 갑 제3호증 통신제한조치 집행 사실 통지에 적시된바, “서울 종로구 낙원동 000 사무실에서 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷 전용회선에 대한 전기통신의 감청”이라고 기술한 부분이 바로 패킷감청을 하였음을 나타내는 것입니다.

서 패킷감청을 하였다는 점을 시인한바 있습니다(갑 제5호증 서울중앙지방법원 2009고합 731호사건에서 검찰이 제출한 의견서 사본). 또한 이미 언론에서도 이러한 패킷감청의 기술적 가능성과 그 문제점이 다루어진바 있습니다(갑 제6호증의 1 2009. 8. 31.자 인터넷 한겨레 기사 출력물, 갑 제6호증의 2 한겨레21 776호 기사 출력물, 갑 제6호증의 3 아이티뉴스 24 2009. 8. 31. 자 출력물).

다. 뒤에서 상세히 논급할 것이지만 이러한 패킷감청의 가장 큰 문제점은 인터넷 실시간 감청을 통하여 수사기관에 의하여 피의자로 지목된 사람의 통신의 자유 및 사생활의 비밀과 불가침이 침해되고, 나아가 그 피의자와 공유기를 통하여 인터넷 회선을 공동으로 사용하는 사람과 이러한 피의자 및 공유기 공동사용자와 통신하는 다른 사람의 통신의 자유 및 사생활의 비밀과 불가침 또한 심대하게 위협받는다는 점입니다. 혹자는 패킷감청에 있어서도 법원의 허가를 통하여 피의자와 대상, 기간을 특정하면 남용을 통제할 수 있지 않느냐고 할 수 있으나, 현재의 기술조건으로는 이러한 특정은 기술적으로 불가능한 것입니다. 그렇다보니 패킷감청에 있어서 법원의 허가라는 것은 사실상의 무제한적인 사생활 침해를 정당화해주는 장식에 불과한 지경입니다.

라. 패킷감청과 관련하여 본 건 헌법소원심판청구의 대상을 좀 더 세분화하면 다음과 같습니다.

- 1) 첫째는 패킷감청에 관한 법원의 허가입니다(청구취지 제1항, 이하 이 사건 허가라고만 합니다). 본 건 패킷감청은 통신비밀보호법(2009.11. 2. 일부개정된 법률 제9819호의 것) 제5조 등의 규정에 의하여 법원의 허가를 득하도록 되어 있습니다. 그러나 앞서 간략하게 지적하였고, 뒤에서 상세히 언급할바와 같이 패킷감청에 있어서 법원의 허가는 국가의 개인의 자유의 침해를 통제한다는 관점에서 아무런 역할을 하지 못합니다. 패킷감청이 이루어지는 기술적 수준과 그 과정에 대한 이해가 뒷받침되지 않은 가운데 이루어지는 법원의 허가는 단지 수사의 필요성만

을 심사하는 수준에 머무르면서 결과적으로 국가의 개인에 대한 무제한적이고 부정형적이며, 수사기관이 마음만 먹으면 언제든지 가능한 사생활침해를 정당화하는 역할만을 하고 있습니다. 그리하여 패킷감청에 관한 법원의 허가가 과연 헌법질서에 부합하는 것인지에 대한 확인을 구하고자 하는 것이고, 그래서 법원의 패킷감청에 관한 허가를 본 건 헌법소원심판청구의 첫 번째 대상으로 삼고자 합니다³⁾.

2) 둘째는 피청구인 국가정보원의 패킷감청 집행행위입니다(청구취지 제2항, 이하 이 사건 감청행위라고만 합니다). 패킷감청이 가지고 있는 위헌성은 법령의 미비와 그럼에도 불구하고 법원의 허가에도 있지만, 그 위헌성의 본격적인 발현은 인터넷 회선망에 대한 수사기관의 실제 감청행위에서 이루어집니다. 기존 대화·전화 감청은 자신의 생각을 말로 직접 표현하는 때에만 정보기관의 귀에 포착되지만, 인터넷 감청의 경우는 어떤 사이트를 방문하는지, 어떤 음악을 듣는지, 어떤 글을 읽는지 등 제3자에게 직접 표현하지 않은 그 사람의 의식 흐름까지 광범위한 사찰이 가능합니다. 그리고 이런 사찰의 자료는 수사기관에 집적됩니다. 이렇게 해서 집적되는 정보의 양은 애초 법원이 허가해 준 수사의 필요성을 질적으로 뛰어넘습니다. 이러한 결과를 애초 감청을 허가해준 법원이 의도하지는 않았을 것입니다. 바로 이 점에서 패킷감청에 관한 법원의 허가 와 별도로 그 집행행위인 패킷감청 행위에 위헌성이 내재한 것이고, 그리하여 이 부분 피청구인 국가정보원의 패킷감청 집행행위 또한 본 건 헌법소원심판청구의 대상으로 삼고자 합니다.

3) 셋째는, 이러한 패킷감청이 가능하도록 하는 근거규정으로 활용되고 있는 통신비밀보호법(2009.11. 2. 일부개정된 법률 제9819호의 것) **제2조 제7호, 제5조 제2항, 제6**

3) 헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있습니다. 여기의 법원의 허가 역시 이러한 재판에 해당되는 것이 아니냐 하는 논란이 있을 수 있습니다. 이에 관하여는 후술하도록 하겠습니다.

조(청구취지 제3항, 이하 이 사건 심판대상법령조항이라고 합니다)입니다. 이 사건 심판대상법령조항은 패킷감청의 기술적 특성에 대한 어떤 고려도 하지 않고 입법된 결과 국가수사기관의 무제한적이고, 무정형적이며 항상적인 사생활 및 통신의 비밀과 불가침을 무력화, 침해화시키는 악결과를 초래하고 있습니다. 그리하여 이 사건 심판대상법령조항 또한 본 건 헌법소원심판청구의 대상으로 삼고자 합니다.

3. 본 헌법소원심판청구서의 기술 순서

가. 먼저 패킷감청이 무엇인지, 기술적으로 어떤 과정으로 감청이 이루어지는지를 살피겠습니다. 이 부분 언급을 통하여 패킷감청이 어떻게 구체적으로 개인의 사생활 및 통신의 자유를 침해하게 침해하는지, 법원의 허가라는 것이 왜 아무런 그 통제 기능을 발휘할 수 없는 것인지 명백해 질 것입니다.

나. 다음으로 이런 과정으로 이루어지는 패킷감청이 헌법적으로 어떠한 문제가 있는지 개별 헌법원리와 개별 헌법상의 기본권을 중심으로 검토하도록 하겠습니다.

다. 마지막으로 본 건 헌법소원심판청구의 적법요건에 관하여 검토하도록 하겠습니다. 청구의 대상은 되는지, 기본권 침해의 직접성, 자기관련성, 현재성의 요건은 충족하는지, 보충성의 요건은 어떠한지 등등의 문제에 대하여 논급하도록 하겠습니다.

4. 패킷감청의 기술적 현황과 감청이 이루어지는 구체적 과정

가. 패킷감청의 개념과 실태

1) 인터넷을 통한 정보전달은 다음과 같은 과정으로 통해서 이루어집니다. 먼저 각각의 파일을 패킷(packet)이라는 단위로 잘게 쪼개어 인터넷회선을 통해 전기신호 형태로 송신합니다. 다음으로 이를 받아보는 컴퓨터가 해당 패킷을 재구성해 화면에 다시 구현합니다. 패킷감청은 이러한 패킷을 제3자가 중간 길목에서 가로챌으로써 같은 내용을 실시간으로 들여다보는 것을 말합니다. 즉 인터넷 회선 자체에 대한 감청이 바로 패킷감청인 것입니다.

2) 패킷감청의 허용여부와 법적 규제를 둘러싸고 논란이 있습니다. 그 계기는 서울중앙지방법원 2008고합1165호 사건(이른바 실천연대 사건)의 재판과정에서 국가정보원이 패킷감청을 실시한 사실이 드러나고서부터였습니다. 첨부한 갑 제6호증 각호의 언론기사 출력물은 바로 이러한 실천연대 사건의 패킷감청 행위를 다룬 것들입니다. 또한 서울중앙지방법원 2009고합731호 사건(이른바 범민련 사건)에서도 국가정보원이 패킷감청을 한 사실이 재판과정에서 밝혀지기도 하였는데(갑 제5호증 서울중앙지방법원 2009고합731호사건에서 검찰이 제출한 의견서 사본), 이 사건의 경우 검찰의 공소가 제기되기 6년 전인 2003. 7. 30.부터 2009. 5. 7. 구속시까지 단 하루도 빠지 않고 국가정보원이 피고인들의 모든 통신내용을 감청하였는바, 검찰이 제출한 증거에 의하여도 국정원은 적어도 2004. 7. 30. 이후부터 범민련 남측본부 사무실 및 피고인 이경원의 자택에서 이용한 인터넷 통신내용을 패킷감청한 것으로 드러났습니다.

나. 패킷감청이 이루어지는 기술적인 과정⁴⁾

4) 이하의 내용은 오길영, “인터넷 감청과 DPI(Deep Packet Inspection)” 민주법학 41호(2009. 11.) 의 주요부분을 발췌한 것입니다(갑 제7호증 오길영의 위 글 출력물).

1) 패킷의 구조

가) 패킷은 크게 **헤더(Header)부**와 **데이터 영역(Data Field)**으로 구분됩니다. 헤더 부분은 기본적인 프로토콜 정보인 **출발지 주소(Source Address)**와 **목적지 주소(Destination Address)** 등을 담고 있는데, 이를 조사하면 IP주소(IP address)나 저수준의 네트워킹 정보(Low-Level Connection States) 등을 파악할 수 있습니다. 한편 데이터 영역에는 소스 어플리케이션에 대한 정보(Identity of the Source Application)⁵⁾와 메시지 자체의 내용⁶⁾이 담겨져 있습니다. 즉 패킷이라는 작은 트럭이 운반하고자 하는 중요한 화물들이 담긴 것입니다. 수사기관이 패킷감청을 통하여 들여다 보는 부분도 바로 여기 데이터 영역에 관한 것입니다.

나) 이렇듯 크게 2부분으로 나누어져 있는 패킷의 구조는, 우편으로 송달되는 편지에 비유할 수 있습니다. 헤더부는 편지봉투에 해당하여 그 겉봉에 도착지가 기재되어 있으며, 데이터 영역은 봉투 속에 들어 있는 편지지로서 바로 우편을 통해 전달되어야 할 내용물인 것입니다.

2) SPI와 DPI

가) 패킷 감청을 가능하게 하는 기술은 크게 두 가지로 구분됩니다. ‘Shallow Packet Inspection(이하 SPI)’과 ‘Deep Packet Inspection(이하 DPI)’이 그것입니다.

나) 앞서 패킷의 구조를 우편으로 송달되는 편지에 비유한바 있는데, SPI는 마

5) 예를 들어 웹 브라우저, P2P 프로그램, 이메일 등 당해 패킷과 관련된 프로그램에 대한 정보가 그것입니다.

6) 패킷화로 인해 조각이 나 있는 웹페이지의 일부, 파일의 일부 또는 이메일의 일부이며 내용 그 자체입니다. 따라서 이는 재조합되면 완전한 웹페이지나 파일 또는 이메일의 일부를 구성하게 됩니다.

치 편지의 겹봉투를 살피는 것과 비견됩니다. 즉 SPI는 어떠한 이유에 의해 헤더부의 내용을 검사하는 행위를 가리킵니다⁷⁾. 집배원이 우송의 목적으로 겹봉의 내용을 살피는 것이 문제되지 않는 것처럼 SPI는 불법의 이유가 없습니다.

다) 이에 반하여 DPI는 데이터 영역까지 살펴보는 검사를 말합니다. 즉 집배원이 그 겹봉을 뜯어 내용물을 살피는 행위에 해당하는 것입니다. 이러한 행위는 감청에 해당합니다⁸⁾. 초창기 DPI의 경우 실시간 감청이 불가능하여 주로 해커들 사이에서나 거론되는 정도이었으므로 이슈화되지 않았으나, 기술의 발전으로 실시간 감청이 가능해지자 근래에는 상업적 목적으로 활용됨은 물론 국정원의 감청수단으로까지 변모하여 사회적인 문제로까지 이슈화된 것입니다.

3) 패킷감청이 이루어지는 기술적인 과정

가) DPI 감청 과정은 피의자가 사용하는 인터넷 회선에다 감청용 회선을 브릿지(Bridge)하고, 거기에 노트북을 연결한 후 DPI 프로그램을 가동시키는 것으로 시작됩니다. 만약 피의자가 이메일을 작성하여 송신한다면 패킷으로 조각난 데이터가 피의자의 컴퓨터를 떠나 회선으로 진입하자마자 DPI 프로그램이 작동하여 비유하자면 ‘우편집배원을 강제연행’한 후 그 데이터를 ‘포괄적으로 압수’합니다.

나) 이때 패킷감청에는 두 가지 방식이 있습니다.

7) SPI 기술은 주로 네트워크 방화벽(Firewall) 시스템을 위해 개발되어 왔고 현재 널리 사용되고 있습니다. 즉 기업이나 조직의 차원에서, 기업·조직의 내부를 구성하고 있는 컴퓨터의 정보 보안을 위해 외부에서 내부, 내부에서 외부의 네트워크에 침입하는 것을 차단하는 기술로 사용됩니다.

8) 원래 DPI 기술은 네트워크 접속문제의 해결, 바이러스(Virus)나 웜(Worm)의 차단, 그리고 최근 DDoS(Distributed Denial-of-Service Attack, 분산 서비스 거부) 사태로 유명해진 ‘서비스 거부(Denial-of-Service Attack, DoS)’를 해결하기 위해 개발되어 사용되었다고 합니다.

하나는 패킷 자체를 포괄적으로 압수한 후 감청기관의 컴퓨터상에서 DPI하고 (포괄적 수색), ‘필요한 경우 구체적 압수’ 후 DPI가 끝나면 패킷을 가던 길로 보내는 방법입니다. DPI과정은 DPI프로그램이 당해 패킷을 읽어 들이면서 노트북의 메모리나 임시폴더에 저장하는 방식을 사용합니다. DPI가 끝나면 원본은 가던 길로 돌려보내고 메모리나 임시폴더에 남아있는 복사본은 삭제됩니다. 이때 100개의 패킷이 DPI되었다면 메모리나 임시폴더에 100번의 저장이 필요합니다.

다른 하나의 방법은 원본과 동일한 복사본을 즉시 만드는 것입니다(비유컨대, 우편집배원 체포 후 그의 우편행낭 포괄적 압수 후 포괄적 복사). 원본은 가던 길로 보내고 복사본을 국가정보원의 노트북 메모리나 하드디스크로 옮긴 (포괄적 복사 압수) 후 천천히 DPI하는(포괄적 수색 후 필요한 경우 구체적 압수) 방법이 있습니다.

다) 수사기관이 패킷을 확보한 당시에는 조각들에 불과하더라도, 수사기간이 그 이메일 내용을 열람하기 위해서는 반드시 재조합이 필요합니다. 따라서 패킷 감청을 이용하면 대상자가 인터넷을 통해 접속한 사이트 주소와 접속시간, 대상자가 입력하는 검색어, 전송하거나 수신한 게시물이나 파일의 내용을 모두 볼 수 있습니다. 이메일과 메시지의 발송 및 수신내역과 그 내용 등과 같은 통신내용도 모두 볼 수 있습니다. 패킷감청은 피의자의 컴퓨터를 오가는 길목을 지키고 있는 것이므로 피의자가 접속하는 모든 웹페이지 주소의 목록과 이동경로 및 로그인 정보, 해당 웹페이지에의 접속한 시간과 기간, 컴퓨터를 켜고 끈 시간 등 가장 정확한 통신사실 확인자료를 손쉽게 덤으로 얻을 수 있습니다. 즉 통신사실 확인자료의 요청을 위한 별도의 허가서는 필요 없게 되는 것입니다. 피의자가 만약 요즘 유행하고 있는 인터넷 전화를 사용하고 있다면

허가서에 없는 전화통화까지 들어볼 수 있고, 나아가 피의자가 패킷화된 데이터를 사용한 IPTV 서비스를 이용하고 있다면, 수사기관은 피의자가 보고 있는 TV프로그램을 동시에 볼 수 있게 되는 것입니다⁹⁾.

라) 따라서 수사기관은 피의자가 사용한 컴퓨터와 관련된 모든 정보와 내용은 기본이고, 피의자가 좋아하는 음악과 드라마, 최근 구입한 인터넷 쇼핑의 품목과 가격, 거실에서 받은 친구와의 전화통화 내용은 물론, 심지어 문을 열고 혼자 몰래 감상한 야한 동영상까지 피의자가 모든 통신 정보를 단 한 장의 허가서에 의해 몽땅 취합하게 됩니다. 수사기관은 허가서에 특정된 정보만을 볼 수 없습니다. 기술적으로 이는 불가능한 것입니다. 따라서 패킷감청에 대한 법원의 허가는 사실상 ‘포괄적 백지 허가서’를 발부하게 되는 것입니다. 피의자 뿐만 아니라 그와 통신을 한 사람들의 통신의 자유 및 사생활의 비밀 자유까지 패킷감청은 유명무실하게 만들어 버리는 것입니다.

마) 지금 이 시간에도 수사기관은 법원의 허가를 받아 어느 피의자의 인터넷 회선을 실시간으로 들여다보면서 웃고(피의자가 인터넷 티브이로 개그콘서트를 보고 있는 경우), 슬퍼하고(피의자가 일본 지진사태의 피해자 소식을 인터넷으로 보고 있는 경우), 흥분하고(피의자가 야동을 다운받아 보고 있는 경우), 조롱하고(반미와 통일을 외치는 피의자가 인터넷 구매를 통하여 미국제 제품을 구입하는 경우, 제3자와 메신저 대화를 통하여 미국을 예찬하는 경우)있는지 모를 일입니다. 이런 예를 들자면 한도 끝도 없습니다. 바로 이 무제한성, 무정형성이 패킷감청의 기술적 특성인 것입니다. 과연 이런 기법의 수사방식을 우리 헌법질서 하에서 용인하여야 하는가? 심각하게 묻고 답하여야 할 일입니다.

9) 이상의 기술은 2010. 2. 1. 국회에서 있는 <패킷감청의 문제점과 개선방안에 대한 토론회>에서 발표된 오동석교수의 “패킷감청의 헌법적 문제점”에서 주요부분을 발췌한 것입니다(갑 제8호증 토론회 자료집 16면 이하).

4) 패킷감청에서 감청대상자, 대상물을 사건과의 관련성으로 특정할 수 있는가의 문제

가) 결론적으로 이는 불가능합니다.

나) 패킷감청의 개념적 징표는 피의자가 사용하고 있는 인터넷 화면을 실시간으로 수사기관이 동시에 시청할 수 있다는 것입니다. 예를 들어 국가보안법 위반의 혐의를 받고 있는 피의자가 인터넷을 이용하여 이메일로 이적표현물을 제작 혹은 반포할지, 아니면 지인과 메신저를 통하여 통신을 할 것인지, 인터넷 बैं킹을 통하여 누군가에게 돈을 송금할지, 어떤 불법 사이트에 접속하여 야동을 다운로드받아 이를 시청할지, 혹은 (있다고 가정한다면) 불륜에 빠져 상대방과 화상통화를 할지는 수사기관이 전혀 알 수 없습니다. 그것은 오로지 피의자의 선택의 몫입니다. 그렇다면 아무리 법원이 범죄와의 관련성으로 대상자와 대상물을 특정한다고 하여도 수사기관은 그 통제를 전혀 받지 못합니다. 여기서 중요한 것은 이는 수사기관의 의지와도 무관하다는 것입니다. 수사기관 스스로 수사목적만으로 패킷감청을 활용하고 싶어도 이러한 패킷감청의 특성상 이는 불가능하다는 것입니다.

다) 이는 패킷감청에서 법원의 허가라고 하는 사법적 통제수단이 무력하다는 것을 단적으로 보여줍니다. 법원은 현재 수준에서 피의자와 그 범죄사실, 그리고 그 범죄사실과 패킷감청의 관련성만을 심사할 수 있을뿐, 피의자가 구동하는 인터넷 화면을 특정하여 그것만을 감청하게 할 수 없습니다. 나아가 피의자를 특정하여도 오늘날 유·무선 공유기가 발달하여 한 회선으로 여러 대의 컴퓨터를 통하여 인터넷을 접속하는 현실에서 피의자와 동일한 회선을 이용하는 다른 사용자의 기본권 침해를 방지할 수 없습니다. 또한 피의자(내지 그 동일

회선 이용자)와 인터넷으로 통신하는 상대방 또한 법원은 특정할 수 없습니다. 이렇게 되면 패킷감청으로 침해되는 기본권주체는 그야말로 헤아릴수 조차 없게 됩니다¹⁰⁾.

라) 이는 패킷감청이 개인의 사생활 및 통신의 비밀과 자유를 얼마나 심대하게 훼손하는지를 잘 보여줍니다. 바로 여기에 패킷감청의 반헌법성이 존재하는 것입니다. 헌법적인 차원에서 패킷감청은 허용되어서는 안된다는 점을 헌재가 명료하게 선언해야 할 필요가 있는 가장 핵심적인 이유입니다.

5. 패킷감청¹¹⁾의 위헌성 1 - 패킷감청의 헌법상의 영장주의 원칙, 적법절차 원칙의 위배 여부 검토

가. 헌법 제12조 제3항의 규정과 본건의 허가

1) 헌법 제12조 제3항의 규정은 다음과 같습니다.

10) 헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30 통비법 제6조 7항 단서 위헌법률심판 사건의 다음 판시에서도 패킷감청이 위헌성을 추론해 볼 수 있다고 하였습니다.

통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한을 두고 그 최소한의 연장기간동안 범죄혐의를 입증하지 못하는 경우 통신제한조치를 중단하게 한다고 하여도, 여전히 통신제한조치를 해야 할 필요가 있으면 법원에 새로운 통신제한조치의 허가를 청구할 수 있으므로 이로써 수사목적 달성에 충분하다. 또한 법원이 실제 통신제한조치의 기간연장절차의 남용을 통제하는데 한계가 있는 이상 통신제한조치 기간연장에 사법적 통제절차가 있다는 사정만으로는 그 남용으로 인하여 개인의 통신의 비밀이 과도하게 제한되는 것을 막을 수 없다. 그럼에도 통신제한조치기간을 연장함에 있어 법원용자의 남용을 막을 수 있는 최소한의 한계를 설정하지 않은 이 사건 법률조항은 침해의 최소성원칙에 위반한다. 나아가 통신제한조치가 내려진 피의자나 피내사자는 자신이 감청을 당하고 있다는 사실을 모르는 기본권제한의 특성상 방어권을 행사하기 어려운 상태에 있으므로 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한이 없을 경우 수사와 전혀 관계없는 개인의 내밀한 사생활의 비밀이 침해당할 우려도 심히 크기 때문에 기본권 제한의 법익균형성 요건도 갖추지 못하였다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다 할 것이다.

11) 이하에서 별도의 설명없이 “패킷감청”이라고만 하는 경우 이 사건 헌법소원심판의 대상이 되는 법원의 패킷감청행위, 피청구인 국가정보원의 패킷감청행위, 패킷감청의 법적 근거가 되는 이 사건 심판대상법률조항 이 세 가지를 모두 포괄하는 의미로 사용되어지는 것입니다. 별도의 지정이 필요한 경우 별도의 표현을 쓰도록 하겠습니다.

체포 · 구속 · 압수 또는 수색을 할 때에는 **적법한 절차**에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 **영장**을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

2) 그런데 본 건의 경우 법원의 ‘영장’을 발부받은 것이 아니라, 법원의 ‘허가’를 받은 것이어서 영장주의와 적법절차의 적용대상이 되는 것이냐의 의문이 있을 수 있습니다.

3) 그러나 본 건의 통신제한조치의 허가 역시 영장주의의 적용을 받는 강제처분의 하나라고 하여야 합니다. 영장주의의 적용을 받는 대표적인 강제처분인 구속의 경우 구속영장의 법적 성질에 관하여 형사소송법학계의 다수의 견해는 이를 양분하여 허가장(피의자의 경우) 또는 명령장(피고인의 경우)으로 보고 있습니다. 이러한 구속은 개인의 신체의 자유에 대한 제한입니다. 그러한 제한을 법원이 허가(내지 명령)하는 것이 바로 헌법 제12조 제3항의 영장입니다. 통신제한조치의 허가 역시 법원이 허가할 때에는 개인의 통신의 자유 및 사생활의 자유 및 불가침이 제한됩니다. 법원의 통신제한조치의 허가 역시 그러한 제한을 법원이 허가하는 것입니다. 이러한 법원의 허가 역시 개인의 자유를 제한하는 것인바, 이를 헌법적으로 통제하여야 하는 것은 당연한 것이고, 그 속성은 영장주의의 적용을 받는 강제처분입니다¹²⁾.

4) 요컨대, 법원의 통신제한조치의 허가 역시 헌법 제12조 제3항의 영장주의와

12) 헌법재판소(이하 헌재라고만 합니다) 2006. 7. 27. 2005헌마277결정도 “헌법 제12조 제3항의 영장주의는 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지 못한다는 원칙으로 소변을 받아 제출하도록 한 것은 교도소의 안전과 질서유지를 위한 것으로 수사에 필요한 처분이 아닐 뿐만 아니라 검사대상자들의 협력이 필수적이어서 강제처분이라고 할 수도 없어 영장주의의 원칙이 적용되지 않는다.”고 판시한바, 이 사안의 패킷감청은 수사에 필요한 강제처분이고, 대상자의 협력이 필수적인 것이 아니라 아예 대상자가 모르도록 하는 것이 필수적이라는 점에서 영장주의가 적용되는 강제처분이라 할 것입니다.

적법절차 원리의 적용을 받는다고 할 것입니다.

나. 본 건 패킷감청의 영장주의의 위배 여부

1) 영장주의의 핵심적 지도원리

영장주의의 존재이유가 국민의 자유와 권리의 부당한 침해를 막자는데 있음은 두말할 나위가 없습니다. 즉 영장주의는 통제의 원리인 것입니다. 이러한 취지를 관철시키자면 두 가지 요구가 충족되어야 합니다. 먼저 통제의 주체입니다. 침해의 주체가 통제의 주체가 된다는 것은 논리모순입니다. 따라서 영장주의에 있어서 신분이 보장된 법관으로 하여금 그러한 강제처분의 필요성을 심사하게 하는 것은 영장주의의 당연한 요청이 됩니다¹³⁾. 다음으로 통제의 내용입니다. 영장에 의하여 허가(내지 명령)되는 대상과 시기가 구체적으로 특정되어야 하고, 나아가 비례적으로 합치되는지 엄격히 심사되어야 합니다. 즉 영장에 의하여 허가(내지 명령)되는 대상과 시기가 수사의 필요성과 비례적 관점에서 용인되어야만 그 강제처분은 비로소 헌법적으로 정당화되게 됩니다. 이런 점에서 영장의 발부에 있어 불특정 다수를 대상으로 영장을 발부하거나, 그 대상과 시기를 특정하지 않는 포괄영장을 발부하는 것은 당연히 영장주의에 위배되는 처사입니다.

2) 패킷감청의 경우

가) 패킷감청은 이러한 의미에서 영장주의를 위배하는 반헌법적인 수사기법입니다

13) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28

형사절차에 있어서의 영장주의란 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다.

다. 우선 패킷감청에 있어 포괄금지원칙은 사실상 아무런 의미가 없습니다. 또한 일반금지 원칙도 형해화됩니다. 이 속에서 수사의 필요성과의 비례성의 원칙은 어떤 경우에도 지켜질 수 없게 됩니다. 피의자(감청대상자)를 특정하여도 동일회선 이용자와 그 상대방을 특정하지 못하는 결과 기본권의 침해를 받는 사람은 무한대로까지 늘어날 수 있게 됩니다. 이는 패킷감청의 본래적 성격에서 비롯되는 것으로, 앞에서 상세히 언급한바와 같습니다.

나) 앞서서도 살펴보았지만, 수사기관이 패킷 감청을 이용하면 피의자(대상자)가 인터넷을 통해 접속한 사이트 주소와 접속시간, 대상자가 입력하는 검색어, 전송하거나 수신한 게시물이나 파일의 내용을 모두 볼 수 있습니다. 이메일과 메신저의 발송 및 수신내역과 그 내용 등과 같은 통신내용도 모두 볼 수 있습니다. 피의자가 접속하는 모든 웹페이지 주소의 목록과 이동경로 및 로그인 정보, 해당 웹페이지에의 접속한 시간과 기간, 컴퓨터를 켜고 끈 시간 등 가장 정확한 통신사실 확인자료를 손쉽게 덤으로 얻을 수 있습니다. 따라서 수사기관은 피의자가 사용한 컴퓨터와 관련된 모든 정보와 내용은 기본이고, 피의자가 좋아하는 음악과 드라마, 최근 구입한 인터넷 쇼핑의 품목과 가격, 거실에서 받은 친구와의 전화통화 내용은 물론, 심지어 문을 열고 혼자 몰래 감상한 야한 동영상까지 피의자가 모든 통신 정보를 단 한 장의 허가서에 의해 몽땅 취합하게 됩니다. 즉 수사기관은 허가서에 특정된 정보만을 볼 수 없습니다. 기술적으로 이는 불가능한 것입니다. 이런 상황에서 법원이 허가서를 발부할 적에 시간적으로 혹은 대상에 따라 어떤 제한을 가한다고 하더라도 패킷감청에 대한 법원의 허가는 사실상 '포괄적 백지 허가서'로서의 기능하게 될 뿐입니다. 이는 피의자 뿐만이 아닙니다. 피의자와 동일회선을 사용하는 사람들과, 피의자와 통신을 한 사람들¹⁴⁾의 통신의 자유 및 사생활의 비밀 자유까지 패킷

14) 피의자 외의 다른 제3자 또한 범죄혐의가 있어서 압수·수색 등의 증거수집활동을 하여야 할 경우 수사기관은 그 제3자를 대상으로 하여 수사의 필요성과 증거수집의 대상 등을 구체적으로 기재하여 영장을 별도로 발부받아야 함은 물론입니다. 그런데 여기 패킷감청은 영장 내지 법원의 허가도 없이 통신의 비밀 및 사생활의 자유를 침해당하고 있습니다. 이것이 위험적임은 두말할 나위가 없습니다.

감청은 그야말로 유명무실하게 만들어 버립니다.

3) 여론(餘論) - 이 사건 심판대상조항의 자의금지원칙 위배 여부

가) 현재 2003. 12. 18. 2002헌마593 결정은 “수사기관의 피의자에 대한 강제 처분에 관한 법률을 제정함에 있어서 입법자는 헌법적 특별규정인 헌법 제12조 제3항을 준수하는 범위 내에서 우리 사회의 법현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식수준 등을 종합적으로 검토한 다음 구체적 사정에 따라서 다양한 정책적인 선택을 할 수 있고, 다만 이러한 입법형성권을 남용하거나 그 범위를 현저하게 일탈하여 당사자들의 기본권을 침해하게 된 경우에는 관련 법률들이 ‘자의금지원칙(恣意禁止原則)’에 위배되어 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다.”라고 판시한바 있습니다.

나) 앞서도 누누이 지적한바, 패킷감청은 무차별적, 무제한적, 무정형적으로 개인의 통신의 자유, 사생활의 자유를 침해합니다. 여기서 그러면 생각해 볼 것은 이러한 무차별적, 무제한적, 무정형적 기본권 침해가 과연 입법자에게 부여된 선택의 범위 내에 있다고 할 것인가입니다. 결론코 이는 입법자에게 부여된 입법형성권의 문제가 아닙니다. 오히려 기본권 최대보장과 최소침해의 원칙이라는 견지에서 보자면, 이러한 패킷감청은 헌법적으로 허용되어서는 안된다는 점을 입법자는 분명히 천명했어야 합니다. 그렇지 아니하고 현재의 전기통신의 감청과 같은 해석의 여지를 남기는 입법을 통하여 패킷감청이 허용될 여지를 남겨 결과적으로 패킷감청을 가능하게 했던 것은 분명한 오류라고 생각됩니다.

4) 소결론

패킷감청에 대한 법원의 허가는 피의자에 대하여는 포괄영장을, 피의자와 동일회선을 사용하는 사람들, 피의자와 통신한 제3자에게 대하여는 일반영장의 성격을 갖게 됩니다. 패킷감청에 대한 법원의 허가가 포괄영장과 일반영장의 성격을 갖는다는 것은 그것이 헌법 제13조의 영장주의에 위배된다는 것을 의미합니다. 즉 패킷감청을 허가해 주는 것, 그리고 그 허가에 의하여 패킷감청을 하는 것, 패킷감청이 가능하도록 규정된 이 사건 심판대상법령조항 그 어느 것이든지 영장주의에 위배하여 위헌적인 것입니다.

다. 본 건 패킷감청의 적법절차 원리의 위배 여부

1) 적법절차 원리의 적용대상과 내용

가) 현재 1992. 12. 24. 92헌가8 결정은 “우리 현행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하는 것이 우리의 통설적 견해이다. 다만 현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 형식적인 절차 뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있으며, 우리 헌법재판소의 판례에서도 이 적법절차의 원칙은 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용 특히 입법작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 있음을 보여주고 있다(당 헌법재판소 1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정; 1990.11.19. 선고, 90헌가48 결정 등 참조)고 판시한바 있습니다.

나) 이러한 현재의 설시에 의하면 헌법상 적법절차의 원리는 모든 국가작용에 적용되며, 그 내용은 국가작용이 형식적인 절차 뿐만 아니라 실체적 (법률)내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 것으로 해석됩니다.

2) 구체적 검토 1 - 이 사건 심판대상법률조항과 법원의 허가

가) 우선 적용대상에 있어 입법작용과 법원의 허가가 적법절차 원리의 적용대상이 된다는데 의문이 없습니다.

나) 다음으로 이 사건 심판대상법률조항과 법원의 허가가 적법절차원리의 내용으로서 절차와 내용에 있어서 합리성과 정당성을 가지고 있는지 따져 봅니다. 앞서 본바와 같이 시간적으로 혹은 대상에 따라 어떤 제한을 가한다고 하더라도 패킷감청에 대한 법원의 허가는 사실상 ‘포괄적 백지 허가서’로서의 기능하게 될 뿐이고, 기술적으로 패킷감청에 의한 사생활 및 통신의 자유에 대한 제한을 수사의 필요성과 비례적인 관계에서 머물게 할 방도는 없다고 할 것입니다. 그런데도 불구하고 이 사건 심판대상법률조항은 패킷감청을 허용하도록 입법하고 있습니다. 또한 이러한 허가에 대하여 아무런 불복수단을 두지 않으므로써¹⁵⁾ 피의자는 사실상 통신의 자유 및 사생활의 불가침을 누릴 자유를 전면적으로 침해당한 끝에 다만 통비법 제9조의 2 제2항에 따라 사후적으로 그러한 패킷감청이 있었다는 사실만을 통보받을 뿐입니다. 애초 수사기관의 강

15) 이 점 유사한 성격의 압수·수색영장의 경우와 확연히 구별되는 차이점입니다. 압수·수색영장의 경우는 당사자의 참여도 보장이 되어 있을 뿐만 아니라(형사소송법 제121조) 준항고(형사소송법 제417조)로라도 불복이 가능한데, 패킷감청은 당사자의 참여는 고사하고 감청을 당하는지도 모를 뿐만 아니라, 사후적으로 불복의 여지를 전혀 주지 않고 있는 것입니다. 이러한 패킷감청의 집행에 대하여는 나중에 기소가 된 경우 패킷감청을 통한 증거가 제출된 경우 증거의견을 통해서만 의견을 밝힐 수 있을 뿐인데, 다른 방법을 통하여 증거수집이 가능하여 굳이 패킷감청을 통하여 수집된 증거를 수사기관이 법원에 제출할 필요가 없습니다. 현재 수사기관은 물론 검찰도 수사실무에서 그렇게 하지도 않고 있습니다(뒤에서 상술합니다). 결국 여기 허가에 대하여 당사자는 그 부당성을 끝내 다투어보지 못하게 되는 것입니다.

제처분에 영장을 발부받도록 한 취지는 수사기관의 강제처분을 사법적으로 통제하여 궁극적으로 국민의 자유와 권리의 영역을 사법부로 하여금 지키라는 것입니다. 바로 여기에 통신제한조치 허가(및 영장 일반)제도의 합리성과 정당성이 존재합니다. 그런데 이 사건 심판대상법률조항과 그에 근거한 패킷감청 허가는 국민의 사생활 및 통신의 자유와 그 불가침을 국가기관의 불필요한 수사로부터 수호해내기는 커녕, 이를 합리화해 주는 도구로 전락해 있는 것입니다. 이는 입법자와 구체적인 법원의 허가권자인 판사가 패킷감청의 기술적 특성에 대하여 무지하였기 때문에 벌어진 일이며, 앞서도 언급한바, 그리하여 지금 이 시간에도 수사기관은 어느 피의자의 인터넷 회선을 실시간으로 들여다보면서 웃고(피의자가 인터넷 티브이로 개그콘서트를 보고 있는 경우), 슬퍼하고(피의자가 일본 지진사태의 피해자 소식을 인터넷으로 보고 있는 경우), 흥분하고(피의자가 야동을 다운받아 보고 있는 경우), 조롱하고(반미와 통일을 외치는 피의자가 인터넷 구매를 통하여 미국제 제품을 구입하는 경우, 제3자와 메신저 대화를 통하여 미국을 예찬하는 경우)있는지 모를 일입니다.

이러한 사태가 우리 헌법이 예정하고 있는 적법절차원리의 구체적인 구현은 아닐 것임은 명백합니다. 사생활의 자유와 불가침(헌법 제17조)과 통신의 비밀의 불가침(헌법 제18조)이 엄연히 헌법의 기본권으로 규정되어 있는데, 그러한 기본권이 수사상의 필요라는 충분히 검증되지도 않은 이유로 인하여 아무런 제어장치없이 전면적으로 무제한적, 무정형적으로 침해받는 것은 어떤 이유로도 정당화될 수는 없다고 할 것입니다.

3) 구체적 검토 2 - 수사기관의 구체적인 패킷감청행위

가) 바로 앞서 언급한 것은 여기 수사기관의 구체적인 패킷감청행위가 정당성과 합리성을 결여한 것이라는 논거이기도 합니다.

나) 하나만 덧붙이자면, 특히 국가보안법 수사의 경우 현행 수사실무적으로 패킷감청을 통하여 수집한 것을 법원에 증거로 제출하는 경우는 거의 전무한 실정입니다. 그 이유는 패킷감청의 특성에서 비롯되는, 어찌보면 아주 당연한 일입니다. 국가보안법 피의자가 이적목적을 가지고 있다고 하더라도 어떤 사이트를 접속하여 본다는 것만으로는 그것이 이적행위의 증거가 된다고 보기는 어렵습니다. 그 사이트에 접속하여 어떤 이적표현물을 남긴다든지(국가보안법 제7조 제1항의 이적동조 및 동조 제5항의 이적표현 반포), 어떤 표현물에 이적성격의 댓글을 남긴다든지(국가보안법 제7조 제1항의 이적동조 및 동조 제5항의 이적표현 반포), 혹은 이적문건을 이메일을 통하여 타인에게 발송한다든지(국가보안법 제7조 제1항의 이적동조 및 동조 제5항의 이적표현 반포, 타인이 반국가단체의 성원인 경우 제8조의 회합·통신), 이적단체 내지 반국가단체의 성원과 이메일을 주고받으면서 이적행위를 공모한다든지(국가보안법 제7조 제1항의 이적동조 및 동조 제5항의 이적표현 반포, 제8조의 회합·통신), 인터넷 뱅킹을 통하여 반국가단체 성원에게 돈을 보낸다든지(국가보안법 제5조 제2항의 금품수수) 하여야만 그것이 이적행위가 되는 것입니다. 그런데 이러한 행위들은 패킷감청을 통하지 않고서도 충분히 증거가 확보될 수 있습니다. 즉 송수신이 완료된 이메일의 경우 통신회사의 협조를 얻어 이메일을 입수하고 있고, 이것이 여의치 않으면 압수·수색영장을 통하여 증거물을 수집합니다. 반국가단체의 성원에게 돈을 보내는 것 역시 금융자료 조회를 통하여 얼마든지 가능합니다. 수사실무상 현재 국가정보원이 검찰에 송치하는 서류가운데 패킷감청을 통하여 수집한 증거물을 첨부하는 경우는 거의 없는데, 그 까닭도 바로 이렇게 다른 방식으로 증거수집이 얼마든지 가능하기 때문입니다. 갑 제5호증(서울중앙지방법원 2009고합731호사건에서 검찰이 제출한 의견서 사본) 4면에서 검사가 “인터넷 회선 감청을 통한 자료가 증거자료나 수사자료가 제출된바가 전혀 없”다고 밝힌 이유도 바로 여기에 있습니다.

다) 그렇다면 과연 패킷감청을 정당하고도 합리적이라고 할 것인가는 더더욱 의

문입니다. 패킷감청에 수사의 필요성은 별론으로 하고, 다른 방식으로든 얼마든지 증거의 수집이 가능하고, 현실적으로 충분한데 여기에 더하여 실시간으로 인터넷 회선을 감청하여 개인의 사생활의 비밀 불가침과 통신의 비밀의 불가침을 전면적으로 위협하는 패킷감청을 우리 헌법질서가 용납해야 할 것인가? 헌법재판소 재판관님들의 헌법적 결단이 절실히 필요한 이유입니다.

6. 패킷감청의 위헌성 2 - 패킷감청의 사생활 및 통신의 비밀과 자유 등 기본권 침해 여부 검토

가. 패킷감청으로 제한되는 기본권

패킷감청으로 제한되는 기본권이 사생활 및 통신의 비밀과 자유인 점은 의문이 없습니다. 이 두 가지의 기본권을 주되게 검토하도록 하겠습니다.

나. 사생활 및 통신의 비밀과 자유의 내용

- 1) 헌법 교과서에 의하면 사생활의 자유와 비밀의 내용으로 ①사생활의 비밀의 불가침(개인에 관한 난처한 사적 사항의 불가침, 명예나 신용의 불가침, 인격적 징표의 불가침), ②사생활의 자유의 불가침(자유로운 사생활의 형성과 유지의 불가침, 사생활평온의 불가침), ③자기정보의 관리통제 등을 들고 있습니다(권영성, 헌법학원론 2003년판, 426면).
- 2) 한편 통신의 자유의 내용으로는 ①봉서, 전화, 인터넷 등 모든 형태의 통신의 비밀, ②비밀의 불가침(개인의 통신에 관한 검열·청취·녹음·누설·공개 등 일체의 금지)을 들고 있습니다(권영성, 위 책, 443면).

다. 패킷감청의 사생활 및 통신의 비밀과 자유 침해 여부 검토

1) 서

가) 헌법 제37조 제2항에 따라 패킷감청이 어떻게 사생활 및 통신의 비밀과 자유를 반헌법적으로 침해하고 있는지 살펴보도록 하겠습니다. 기본권제한입법의 한계조항으로 평가받는 헌법 제37조 제2항은 기본권제한입법의 위헌성 심사와 관련하여 우선 목적상의 한계(국가안전보장·질서유지 또는 공공복리), 형식상 한계(법률), 방법상 한계(필요에 따라, 과잉금지원칙), 내용상 한계(제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다)를 규정하고 있습니다.

나) 패킷감청의 위헌성이 문제되는 이 사안의 경우 방법상 한계와 내용상 한계의 일탈 여부, 그리고 본질내용침해 여부가 문제된다고 할 것입니다(특히 피청구인 국가정보원의 패킷감청행위).

2) 패킷감청의 과잉금지원칙 위배 여부

가) 목적의 정당성

이 사건 헌법소원심판의 대상이 되는 법원의 패킷감청행위, 피청구인 국가정보원의 패킷감청행위, 패킷감청의 법적 근거가 되는 이 사건 심판대상법률조항 이 세 가지 모두 목적의 정당성이 의심됩니다. 패킷감청의 목적은 인터넷을 이용한 첨단범죄에 있어서 범죄 증거의 수집일 터인데, 앞서서도 언급한바와 같이 현행 수사실무상 패킷감청을 통해서 수집한 증거를 실제 수사자료나

증거자료로 제출하는 경우는 거의 없습니다. 또한 패킷감청을 통하여 수집이 가능한 자료는 다른 방법으로 얼마든지 수집이 가능합니다. 패킷감청의 목적을 범죄의 예방이라고 주장할 수 있습니다. 그러나 패킷감청을 한다고 하여 범죄가 예방될 수 있다는 것은 어불성설입니다. 무엇보다도 피의자는 자신이 패킷감청을 당하고 있다는 것을 알지 못합니다. 그것을 아는 순간 피의자는 자신의 인터넷 회선을 사용하지 않을 것이므로 패킷감청에 있어서 수사밀행성은 철저하게 관철되어야 합니다. 그렇다면 패킷감청이 범죄의 예방효과를 거둘 수 있다는 것은 전혀 납득하기 어려운 이야기입니다.

나) 수단의 적절성

가사 목적의 정당성이 인정된다고 하여도 그 목적(범죄증거의 수집) 달성을 위하여 과연 패킷감청이 효과적이고도 적절한 수단인가? 수궁할 수 없습니다. 패킷감청의 대상자는 국가보안법 위반의 의심자가 많을 터인데, 이들이 인터넷만 접속하면 이적활동을 하는 것이 아닙니다. 인터넷 접속시간의 일부만을 할애할 것입니다. 그런데 수사기관은 대상자의 인터넷 접속 시간 내내 동시간대에 인터넷 접속현황을 지켜보고 있습니다. 이것은 적절하고도 효율적인 수사방식이라고 하는 것도 어불성설입니다.

다) 침해의 최소성

침해의 최소성 또한 문제입니다. 침해의 최소성은 동일한 목적의 달성을 위하여 법익침해를 최소화할 수 있는 다른 수단을 선택할 수 있느냐의 문제입니다¹⁶⁾. 그런데 앞서도 누누이 지적한바와 같이 현재의 국가보안법 수사실무는

16) 관련하여 현재 1991.7.22. 89헌가106 결정은 “국민의 기본권 보장의 사상적 배경을 자연권이라고 이해할 때(헌법 제10조) 모든 국민의 기본권은 존중되면 될수록, 그리고 제한은 억제되면 될수록 헌법의 기본권 보장정신에 합치되는 것이라고 할 수 있기 때문에 최대보장의 원칙, 최소제한의 원칙은 기본권보장의 2대 원칙으로 존중되어야 하는 것이다. 헌법이 기본권 제한의 방법으로 규정하고 있는 일반적

송·수신이 완료된 전기통신을 압수·수색하는 방식으로 범죄증거의 수집이라는 목적을 거의 완벽하게 달성하고 있는 형편입니다. 침해의 최소성 관점에서 패킷감청은 반헌법적인 수사기법입니다.

라) 법익의 균형성

법익의 균형성 관점에서 패킷감청은 치명적인 문제가 있습니다. 패킷감청으로 거둘 수 있는 이익은 부존재하거나 가사 존재하더라도 불분명합니다. 의의조차 불분명한 목적(증거수집, 범죄예방)은 실현이 가능한지도 의문이거니와, 증거수집은 압수·수색이라는 다른 방안이 마련되어 있고, 실제로 그 방식으로 대부분 증거를 수집하고 있습니다. 이렇듯 이익은 불분명한데 반하여 그 해악은 현실적이고, 구체적이며, 심대합니다. 더구나 패킷감청은 피의자 뿐만 아니라 피의자와 동일 회선을 사용하는 사람들과 피의자와 통신하는 상대방의 통신의 자유와 사생활의 자유 또한 전면적이고 무제한적, 무정형적으로 침해합니다. 해악은 피의자 본인과 제3자의 것까지 합하고 보면 법익간의 저울추는 아예 형량할 염두조차 나지 않습니다.

3) 본질내용 침해금지의 원칙 위배 여부

가) 기본권의 본질적인 내용은 당해 기본권의 핵이 되는 실체를 말하고, 본질적인 내용의 침해라 함은 그 침해로 말미암아 당해 자유나 권리가 유명무실한 것이 되어버리는 정도의 침해를 말합니다. 같은 견지에서 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95 결정은 “재산권의 본질적인 내용이라는 것은 재산권의 핵이 되는 실

법률유보에 의한 제한방법(헌법 제37조 제2항)이나 헌법 직접규정에 의한 제한방법(헌법 제33조 제2항)의 해석에 있어서도 기본권의 최대보장의 원칙이 존중되어야 함은 물론이며, 따라서 기본권의 전면적인 규제, 즉 본질적인 내용을 규제함에 있어서는 헌법상 명문조항의 근거가 반드시 필요하다고 할 것이며, 그 규정은 절대로 확대해석되어서는 안될 것이다.”라고 판시한바, 이 판시는 패킷감청의 위헌성이 문제되는 이 사안에 그대로 원용될만한 판시라 사료됩니다.

질적 요소 내지 근본적 요소를 뜻하며, 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 인하여 사유재산권이 유명무실해지거나 형해화(形骸化) 되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다.”라고 판시한바 있습니다.

나) 패킷감청이 사생활의 자유와 통신의 자유의 본질내용을 한다는 점은 앞서 본 패킷감청의 무지막지한 폐해에서 바로 확인됩니다. 패킷감청을 허용하고서는 우리 헌법이 규정한 통신의 자유 내지 사생활의 자유는 그야말로 문서에 적혀 잠자고 있는 활자체에 불과할 뿐입니다.

다) 먼저 사생활의 자유와 비밀이 패킷감청으로 인하여 어떻게 형해화되는지 살펴봅니다. 앞서 본 대로 그 내용은 ①사생활의 비밀의 불가침(개인에 관한 난처한 사적 사항의 불가침, 명예나 신용의 불가침, 인격적 징표의 불가침), ②사생활의 자유의 불가침(자유로운 사생활의 형성과 유지의 불가침, 사생활평온의 불가침), ③자기정보의 관리통제 등입니다. 오늘날 디지털 시대에 어느 누구도 인터넷을 사용하지 않고서는 사회적 삶을 영위하기 어려운 것이 현실입니다. 그런데 패킷감청은 이러한 인터넷을 회선감청을 하여 피의자가 사용하고 있는 그대로의 인터넷 화면을 실시간으로 감청합니다. 그 속에서 수사기관은 피의자의 취미, 특기활동, 감추고 싶은 비밀, 성적 기호, 부채관계, 자산현황 등 내면의 것들(가령, 미니홈피의 일기장, 금융, 증권, 성인사이트, 동호회 사이트 등 특정한 게시판)은 물론이고 피의자가 타인과 맺는 내밀한 인간관계(이메일, 블로그, 카페)마저도 전방위적이고, 무제한, 무정형적으로 사찰할 수 있게 됩니다. 여기서 ①사생활의 비밀의 불가침(개인에 관한 난처한 사적 사항의 불가침, 명예나 신용의 불가침, 인격적 징표의 불가침)이 지켜질 수 있는가? 쉬이 수궁되지 않습니다. ②사생활의 자유의 불가침(자유로운 사생활의 형성과 유지의 불가침, 사생활평온의 불가침)은 지켜질 수 있는가? 역시 의문

입니다. ③자기정보의 관리통제는 가능한가? 지켜지기는 커녕 패킷감청은 이러한 것들을 내용으로 하는 사생활의 자유와 비밀의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본적 요소를 유명무실하게 하거나 형해화(形骸化)하고 있습니다.

라) 다음으로 통신의 자유가 패킷감청으로 인하여 어떻게 형해화되는지 살펴보겠습니다. 앞서 본 대로 그 내용은 ①봉서, 전화, 인터넷 등 모든 형태의 통신의 비밀, ②비밀의 불가침(개인의 통신에 관한 검열·청취·녹음·누설·공개 등 일체의 금지)을 들었습니다. 그런데 패킷감청은 인터넷을 통한 통신의 자유를 단숨에 휴지로 만들어 버립니다. 이메일은 실시간으로 열람이 됩니다. 인터넷 전화도 얼마든지 감청이 가능합니다. 화상전화 역시 마찬가지입니다.

4) 소결론

이상의 논의는 패킷감청이 얼마나 반헌법적인가를 여실히 나타내고 있습니다. 패킷감청은 위헌이다. 그것이 이상의 논의의 결론입니다. 헌법재판관님들의 진지하신 혜량을 바라는바입니다.

7. 패킷감청의 위헌성 3 - 헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 침해 여부

가. 헌법 제10조의 헌법적 지위와 가치

인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 내용으로 하는 헌법 제10조에 관하여 현재는 1990. 9. 10. 89헌마82 결정에서 “헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지

는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다'라고 규정하여 모든 기본권을 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다."고 설시한바 있습니다. 또한 1992. 4. 14. 90헌마82 결정에서는 "헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치"라고도 표현한바도 있습니다. 국가와 헌법의 존재이유가 바로 사람에게 있다는 점에서 헌법 제10조는 우리 헌법 최고의 구성원리이자, 기본권 규정의 핵심이라고 할 것입니다. 헌법 제10조에 반하는 그 어떤 법령도, 그 어떤 처분이나 집행도 위헌입니다.

나. 패킷감청의 경우

1) 그것이 패킷감청의 허가이든, 실제 패킷감청을 하는 것이든, 패킷감청을 가능하게 하는 이 사건 심판대상법률조항이든, 패킷감청은 인간의 존엄성을 근본적으로 위협하는 반인간적, 반헌법적인 것입니다. 피의자(감청대상자)와 감청의 객체가 전혀 특정되지 않은 가운데 막상 피의자나 그 상대방은 그러한 인터넷 회선 감청의 사실을 전혀 모른채 사적이고, 내밀한 내용을 서로 통신합니다. 피의자는 자신의 가장 은밀하고, 사적인 생활을 인터넷을 통하여 영위합니다. 그런데 국가는 바로 이러한 부분을 실시간으로 아무 제한없이 들여다 봅니다.

2) 현재 결정례 가운데 2001. 7. 19. 2000헌마546 결정은 "보통의 평범한 성인인 청구인들로서는 내밀한 신체부위가 노출될 수 있고 역겨운 냄새, 소리 등이 흘러나오는 가운데 용변을 보지 않을 수 없는 상황에 있었으므로 그때마다 수치심과 당혹감, 굴욕감을 느꼈을 것이고 나아가 생리적 욕구까지도 억제해야만 했을 것임을 어렵지 않게 알 수 있다. 이 사건 청구인들로 하여금 유치기간동안 위와 같은 구조의 화장실을 사용하도록 강제한 피청구인의 행위는

인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으로서, 수인하기 어려운 정도라고 보여지므로 전체적으로 볼 때 비인도적·굴욕적일 뿐만 아니라 동시에 비록 건강을 침해할 정도는 아니라고 할지라도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.”고 판시한바 있습니다.

3) 인터넷 미니 홈페이지 일기장란을 통하여 일기를 써 온 사람, 사랑하는 연인과 연서를 이메일로 주고받은 사람, 인터넷 동호회를 통하여 동성애 등 특별한 성적 기호를 표현한 사람, 도박빚을 갚느라 인터넷 뱅킹을 통하여 돈을 송금한 사람... 예를 들자면 한도 끝도 없습니다. 이런 사람들이 막상 국가가 자신의 그 장면을 보았다고 생각한다면 그 당혹감과 수치심이 “내밀한 신체부위가 노출될 수 있고 역겨운 냄새, 소리 등이 흘러나오는 가운데 용변을 보지 않을 수 없는” 것과 비교할 수 있을까요?

4) 피의자 특정은 물론, 피의자와 동일 회선을 사용하는 사람들, 피의자와 통신하는 사람들을 특정하기가 곤란하다는 점은 패킷감청으로 개인적으로는 수치스러운 상황에 직면할 수 있는 사람들이 다대(多大)하다는 것을 말해 줍니다. 피의자의 경우야 그나마 범죄와의 관련성이거나 소명된 사람이지만, 그 외 피의자와 동일 회선을 사용하는 사람들, 피의자와 통신하는 사람들은 아무 이유 없이 이러한 수치스러운 상황에 봉착하게 되는 것입니다.

다. 소결론

요컨대, 패킷감청은 그것이 패킷감청의 허가이든, 실제 패킷감청을 하는 것이든, 패킷감청을 가능하게 하는 이 사건 심판대상법률조항이든 모두 헌법 제10조의 인간의 존엄과 행복추구권을 침해하는 위헌이라는 것입니다.

8. 이 사건 헌법소원심판청구의 적법요건 검토

가. 대상적격 검토

1) 서

패킷감청의 허가이든, 실제 패킷감청을 하는 것이든, 패킷감청을 가능하게 하는 이 사건 심판대상법률조항이든 모두 헌법재판소법(이하 헌재법이라고만 합니다) 제68조 제1항이 말하는 공권력의 행사임에는 의문이 없습니다.

2) 문제점 - 법원의 재판

가) 관련하여 살펴볼 것은 헌재법 제68조 제1항의 “법원의 재판을 제외하고” 부분입니다. 우선 청구취지 제3항의 이 사건 심판대상법률조항의 경우, 법원의 재판이 아님은 명백합니다.

나) 문제는 청구취지 제1항의 이 사건 허가와 청구취지 제2항의 이 사건 감청 행위가 법원의 재판에 해당하느냐입니다.

3) 청구취지 제1항의 이 사건 허가의 경우

가) 결론적으로 그렇게 보는 것은 부당합니다.

나) 헌재가 이미 여러번의 결정에서 헌재법 제68조 제1항의 “재판”의 범위를

‘사건을 종국적으로 해결하기 위한 종국판결 이외에 본안 전 소송판결, 중간판결이 모두 포함되고, 기타 소송절차의 파생적, 부수적 사항에 대한 공권적 판단도 모두 포함되는 것’으로 폭넓게 해석하면서 판사의 구속영장 발부에 대한 헌법소원 심판청구에 대하여 법원의 재판임이 분명하다는 이유로 각하판결 한 것을 모르지 않습니다(2003. 10. 21. 2003헌마662, 2003. 10. 14. 2003헌마661 결정 등).

다) 그러나 이러한 현재의 판례는 “재판”이라는 개념이 가지고 있는 본질적 징표에 비추어 부당하고, “재판”의 범위에 다소 제한이 가해져야 할 것으로 판단됩니다. 애초 법원의 재판이 헌법소원심판청구의 대상에서 제외할 때의 가장 큰 논거는 헌법소원심판이 제4심이 되어 법률적 분쟁이 장기화되고 복잡해진다는 것과, 법원의 재판은 당사자의 의견개진과 불복을 통하여 얼마든지 시정이 가능하다는 것, 이 두 가지였다는 점을 상기할 필요가 있습니다.

라) 재판이라 할 때 그 개념적 징표는 크게 세 가지입니다. 하나는 구체적인 법률적 분쟁입니다. 둘은 그에 대한 법원의 공권적 판단입니다. 셋은 그 판단에 대한 당사자의 의견개진 내지 불복의 기회 제공입니다. 재판의 문언적 의미를 아무리 넓게 잡아도 이 세 가지가 동시에 충족되지 않은 경우 이를 재판이라 할 수는 없습니다. 위 판시 가운데 “종국판결 이외에 본안 전 소송판결, 중간판결”이 이 세 가지 개념적 징표를 모두 충족하고 있는 것은 물론입니다. 나아가 “소송절차의 파생적, 부수적 사항에 대한 공권적 판단”도 대개는 마찬가지일 것입니다. 위 헌재 2003헌마662 결정의 소송물이었던 판사의 구속영장 발부 또한 이 세 가지를 동시에 충족하고 있습니다. 특정인의 신체의 자유를 제한하는 구속영장을 발부할 것인가라는 구체적인 법률적 분쟁이 있고, 그 발부라는 법원의 공권적 판단이 있으며, 나아가 영장실질심사를 통한 피의자의 의견개진과 그 후 구속적부심이라는 (법률상은 아니지만) 사실상의 불복의 기

회도 주고 있습니다.

마) 그러나 이 사건 허가의 경우는 어떠한가? 구체적인 법률적 분쟁과 그에 대한 법원의 공권적 판단은 있다고 할 수 있습니다. 그러나 앞서도 언급한바와 같이 이러한 허가의 과정에서 감청의 대상자는 어떤 의견도 개진할 수 없습니다. 불복절차도 전혀 마련되어 있지 아니합니다. 유사한 성격의 압수·수색영장의 경우는 당사자의 참여도 보장이 되어 있을 뿐만 아니라(형사소송법 제121조) 준항고(형사소송법 제417조)로라도 불복이 가능한데, 패킷감청은 당사자도 감청을 당하는지도 모를 뿐만 아니라, 통비법상 불복의 여지를 전혀 주지 않고 있습니다. 겨우 통비법 제9조의 2 제2항의 규정에 따라 당사자에게 사후적으로 통지해 줄 뿐입니다. 이러한 패킷감청의 집행에 대하여는 나중에 기소가 된 경우 패킷감청을 통한 증거가 제출된 경우 증거의견을 통해서만 의견을 밝힐 수 있을 뿐입니다. 그런데 앞서 본대로 굳이 패킷감청을 통하여 수집된 증거를 수사기관이 법원에 제출할 필요가 없습니다. 그리고 수사실무는 그렇게 하지도 않고 있습니다. 여기 허가에 대하여 당사자는 그 부당성을 끝내 다 투어보지 못하게 되는 것입니다. 과연 이런 경우의 법원의 판단까지도 헌법소원심판청구의 대상에 제외되는 “법원의 재판”으로 볼 것인가? 재고됨이 마땅하다고 생각합니다.

바) 따라서 이 사건 심판대상법령조항의 통신제한조치의 허가 부분은 헌재법 제68조 제1항의 “재판”에서 제외하여 헌재를 통하여서라도 이러한 허가에 대하여 의견을 개진하고 불복할 수 있게 하는 것이 헌법적으로나, 그리고 헌재법 제68조 제1항에서 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외한 취지에도 부합한다고 판단됩니다.

4) 청구취지 제2항의 이 사건 감청행위의 경우

가) 그렇다면 그 연장선상에서 청구취지 제2항의 이 사건 감청행위 또한 “법원의 재판”의 적용을 받지 않는다고 봄이 타당하다고 할 것입니다.

나) 가사 청구취지 제1항의 이 사건 허가가 법원의 재판에 해당한다고 하여도 청구취지 제2항의 이 사건 감청행위는 적어도 헌법소원심판청구의 대상적격이라는 점에서는 “법원의 재판”과 무관한 것이라고 하여야 합니다. 다음과 같은 세 가지 이유 때문입니다. 첫째는 현재법 제68조 제1항의 “법원의 재판”이라는 문언입니다. 법 문언은 “법원의 재판”이라고 하였지, “법원의 재판 또는 그 집행행위”라고 하지는 않았습니니다. 둘째, 양자는 엄밀히 구분된다는 것입니다. 감청 허가와 그에 따른 실제적인 집행행위인 감청은 개념적으로나 현실적으로 엄밀히 구별됩니다. 다만, 감청행위 이전에 법원의 허가가 있을 뿐입니다. 셋째, 헌법적 통제의 필요성입니다. 패킷감청의 경우 그 반헌법성과 해악은 법원의 허가에 있지 아니합니다. 법원이 설마 그토록 무제한적이고, 무정형적이며 전방위적인 감청을 하도록 허가하지는 않았을 것입니다. 패킷감청이 무엇인지 허가하는 담당 판사도 정확히 알지 못하였을 것입니다. 판사의 귀책사유는 무지에 있는 것이지, 반헌법적인 조치를 의도한데 있지 아니합니다. 그러나 실제 패킷감청의 집행과정에서는 앞서본대로 무제한적이고, 무정형적이며 전방위적인 기본권의 침해가 예정되어 있습니다. 바로 이 집행행위 자체를 “법원의 재판”을 이유로 하여 통제하지 못한다면 이런 반헌법적인 작태는 청산되지 못할 것입니다.

다) 현재 2009. 5. 29. 2009헌마228 결정도 “청구인들의 이 사건 심판청구를 위 각 압수수색검증영장을 다투는 헌법소원심판청구로 보는 경우 이는 법원의 재판에 대한 것으로 부적법하다. 또한 청구인들의 이 사건 심판청구를 피청구인의 위와 같은 전자우편 내용 취득 행위를 다투는 헌법소원심판청구로 보는

경우 이러한 행위는 위 각 압수·수색·검증영장에 의한 압수처분으로서 이에 대하여는 준항고가 가능하므로(형사소송법 제417조), 이 사건 심판청구는 법률이 정한 구제절차를 모두 거친 후에 제기된 것이 아니어서 부적법하다.”고 판시한바, 이 판시는 압수·수색·검증영장에 의한 압수처분의 경우 “법원의 재판”은 아니라고 보고, 다만 보충성의 원칙을 위배하여 각하결정을 한 것으로 이해됩니다. 따라서 청구취지 제2항의 이 사건 감청행위 또한 보충성은 별론, “법원의 재판”에는 해당되지 않는다고 해야 합니다.

라) 이러한 이유에서 청구취지 제2항의 이 사건 감청행위는 이 사건 헌법소원심판청구의 대상이 되어야 마땅하다고 할 것입니다.

나. 기본권 침해의 자기관련성, 직접성, 현재성

1) 자기관련성

가) 패킷감청으로 인해 청구인은 자신의 사적인 통신자료까지 사찰된다는 점에서 자기관련성은 인정된다고 할 것입니다.

나) 한편 청구취지 제3항의 이 사건 심판대상법률조항의 경우 이 조항들에 의하여 청구인에 대한 감청집행이 된바, 자기관련성이 인정된다고 할 것입니다.

2) 직접성

가) 청구취지 제1항의 이 사건 허가와 청구취지 제2항의 이 사건 감청행위의 경우

청구취지 제1항의 이 사건 허가와 청구취지 제2항의 이 사건 감청행위가 청구인의 기본권(통신, 사생활의 자유 등)을 직접 침해한다는 점은 의문의 여지가 없습니다.

나) 청구취지 제3항의 이 사건 심판대상법령조항의 경우

헌재 1999. 11. 25. 98헌마55 결정 등 다수의 판시는 법령소원의 경우 “설사 집행행위가 존재한다 하더라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 자에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우에 해당하는 경우 법률조항을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다.”고 판시하고 있습니다. 이 사건심판대상법령조항의 경우 통신제한조치 허가의 경우 통비법 그 자체에서 직접 그러한 제한이 발생하는 경우가 아니고, 수사기관의 제한조치라는 별도의 집행행위가 필요하나, 그 집행행위를 대상으로 한 구제절차가 없음은 앞서 본바와 같습니다. 가사 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 자에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우에 해당한다고 할 것입니다. 즉 패킷 감청의 경우 수사대상자나 비수사대상자가 이를 다룰 수 있는 방법이 불확실하거나 전혀 없으므로 이를 기대할 수 없고, 가사 준항고 절차를 인정한다고 하더라도 불필요한 우회절차를 강요하는 것에 불과하여 직접성의 예외가 인정된다고 판단됩니다.

3) 현재성

패킷 감청은 이미 종료하였으나 장래 불이익을 입게 될 것이라는 것을 현재의 시점에서 충분히 예측할 수 있고, 침해행위의 반복위험이 있으며, 수사기

관의 관행상 언제라도 이와 같은 수사방법이 이용됨으로써 위 사항은 헌법적으로 해명할 필요성이 인정되는 경우에 해당하여 현재성의 예외 역시 인정된다고 할 것입니다.

4) 보충성

가) 위에서 살핀 바와 같이 통신제한허가조치를 규정한 이 사건 심판대상법령조항의 경우 다른 권리구제절차가 없으므로 보충성의 예외 역시 인정된다고 할 것입니다.

나) 또한 청구취지 제1항의 이 사건 허가와 청구취지 제2항의 이 사건 감청행위의 경우도 다른 불복수단이 없어 보충성의 예외가 인정될 수 있다고 할 것입니다.

5) 권리보호이익 인정 여부

가) 현재 2002. 7. 18. 2000헌마707 결정은 “헌법소원제도는 주관적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로, 설사 주관적인 권리보호의 이익이 없는 경우라고 하더라도 동종의 기본권침해가 반복될 위험이 있거나 헌법질서의 유지·수호를 위하여 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있을 때에는 예외적으로 심판청구의 이익이 인정된다.”고 판시한바 있습니다.

나) 청구취지 제1항의 이 사건 허가와 청구취지 제2항의 이 사건 감청행위는 이미 종료된 행위입니다. 그러나 수사기관에 의한 침해의 반복위험이 있습니다. 또한 앞서 본 패킷감청의 심대한 해악을 복기해 본다면, 이러한 패킷감청

이 가지고 있는 헌법적 문제점을 규명하는 것은 헌법질서의 수호 유지를 위해서 매우 중요한 의미를 가지는 사안이라 할 것입니다.

6) 청구기간

위 사건에서 통신제한허가조치는 2010. 6. 12. 발령되었으나, 청구인이 청구취지 제1항의 이 사건 허가와 청구취지 제2항의 이 사건 감청행위를 안 것은 지난 20011. 2. 17.이었고(갑 제3호증 통신제한조치 집행 사실 통지 사본), 이 사건 심판대상 법률조항의 경우 청구인이 위 법률조항으로 인해 자신이 패킷감청을 당하고 있다는 것을 안 날로부터 90일의 청구기간을 기산해야 할 것인데, 이 또한 20011. 2. 17.이었으므로 청구기간 또한 문제가 되지 않는다고 할 것입니다.

9. 결어

이상과 같은 이유에서 이 사건 헌법소원심판청구에 이르게 되었습니다. 청구취지와 같은 결정을 내려 주시기를 바랍니다.

입 증 방 법

- | | |
|-----------------|-------------------------------|
| 1. 갑 제1호증 | 통신사실확인 자료 제공 요청 집행사실 통지 사본 |
| 1. 갑 제2호증의 1, 2 | 각 통신사실확인 자료 제공 요청 집행사실 통지 사본 |
| 1. 갑 제3호증 | 통신제한조치 집행 사실 통지 사본 |
| 1. 갑 제4호증 | 2011. 3. 1.자 인터넷 한겨레 기사 출력 |
| 1. 갑 제5호증 | 서울중앙지방법원 2009고합731호사건에서 검찰이 제 |

출한 의견서 사본

- 1. 갑 제6호증의 1 2009. 8. 31.자 인터넷 한겨레 기사 출력물
- 1. 갑 제6호증의 2 한겨레21 776호 기사 출력물
- 1. 갑 제6호증의 3 아이티뉴스 24 2009. 8. 31. 자 출력물
- 1. 갑 제7호증 민주법학 41호(2009. 11.)에 실린 글 {오길영, 인터넷 감청과 DPI(Deep Packet Inspection)}.
- 1. 갑 제8호증 패킷감청의 문제점과 개선방안에 대한 토론회 자료집

첨 부 서 류

- 1. 위 입증방법 각 1통
- 2. 소송위임장 1통
- 3. 담당변호사 지정서 2통

2011. 3. 29.

청구인들의 대리인을 대표하여
변호사 이 광 철

헌법재판소 귀중

별지

청구인의 대리인 목록

1. 변호사 이 광 철

서울 종로구 적선동 156 광화문플래티넘빌딩 1214호

전화 02) 734-4972, 팩스 02) 736-4972