

헌법소원심판청구서

청 구 인 김 0 0

청구인의 대리인 변호사 김동현, 변호사 서선영
서울 서대문구 합동 116 SK리첼블 701호
전화 02-364-1210, 팩스 02-364-1209
전자우편 hope@hopeandlaw.org

피청구인 서울중앙지방검찰청 검사

청 구 취 지

1. 피청구인 서울중앙지방검찰청 검사가 2011. 12. 26. 17:00부터 같은 날 2011. 12. 26. 17:10까지의 서울교육문화회관을 관할하는 휴대전화 기지국에 관하여 한 통신사실 확인자료 제공요청은 헌법에 위반한다.
 2. 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항은 헌법에 위반된다.
- 라는 결정을 구합니다.

침해된 권리

헌법 제18조 통신의 자유

헌법 제17조 사생활 비밀과 자유

헌법 제10조 및 제17조 개인정보자기결정권

침해의 원인

1. 피청구인 서울중앙지방검찰청 검사가 2011. 12. 26. 17:00부터 같은 날 2011. 12. 26. 17:10까지 서울교육문화회관을 관할하는 휴대전화 기지국에 대하여 신청한 통신사실 확인자료 제공요청
2. 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항

청 구 이 유

1. 사건의 개요

가. 청구인은 인터넷언론 '참세상'의 기자입니다. 청구인은 2011. 12. 26. 서울 양재동 서울교육문화회관에서 실시된 민주통합당 당대표 선출을 위한 예비경선을 취재할 목적으로 위 서울교육문화회관 행사장에 머무른 바 있습니다.

나. 서울중앙지방검찰청은 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항(이하 '이 사건 법률조항'이라 합니다)을 근거로 당시 민주통합당 예비경선 현장에서의 금품살포의혹을 수사하는 과정에서 이른바 '기지국 수사'로서 에스케이텔레콤(SKT), 엘지유플러스(LGU+), 케이티(KT) 등 전기통신사업자에 가입된 이동전화를 대상으로 위 전기통신사업자들에게 2012. 12. 26. 17:00~17:10 사이 서울교육문화회관을 관할하는 기지국을 이용하여 착□발신한 전화번호 및 착□발신 시간, 통화시간, 수□발신 번호 등의 통신사실 확인자료 제공을 요

청(이하 '이 사건 기지국 수사'라 하겠습니다)하였습니다(참고자료1 참조). 이로써 위 서울교육문화회관 행사장에 있던 민주당 보좌진과 중앙위원을 비롯해 현장을 취재하던 기자와 불특정 다수의 시민 등 행사장 주변의 기지국을 거친 통화자 전체를 대상으로 청구인을 포함한 659명의 통화기록 및 인적사항을 무더기로 조회하였습니다. 그러나 당시 사건 서울중앙지방검찰청의 수사 결과 금품살포의 혐의가 없음이 밝혀졌습니다.

다. 청구인은 2012. 3. 20. 서울중앙지방검찰청으로부터 통신사실확인자료 제공 요청 집행사실통지를 받아 이 사건 기지국 수사가 있었음을 알게 되었습니다. 이에 청구인은 죄를 범하였다는 의심이 없었음에도 불구하고 이 사건 기지국 수사를 통해 전화번호와 통화내역, 인적사항 등이 수사기관에 제공됨으로써 국민의 통신비밀의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 행복추구권 등을 침해당하게 되어 국민으로서 그 위헌성에 대한 확인을 구하기 위하여 이 사건 청구를 하기에 이르렀습니다.

2. 심판 청구의 대상

이 사건 헌법소원의 심판 청구의 대상은 이 사건 기지국 수사(청구취지 제1항) 및 이의 근거법령인 통신비밀보호법 제13조(청구취지 제2항)입니다.

가. 청구취지 제1항의 이 사건 기지국 수사의 경우 청구인의 기본권을 직접적으로 침해하는 공권력의 행사임에 의문의 여지가 없습니다.

나. 다음으로 청구취지 제2항의 경우 이 사건 기지국 수사의 근거법률은 통신비밀보호법 제13조 제1항, 제2항입니다.

통신비밀보호법

제13조 (범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차) ① 검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자(이하 "전기통신사업자"라 한다)에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출(이하 "통신사실 확인자료제공"이라 한다)을 요청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다. 다만, 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실 확인자료제공을 요청한 후 지체 없이 그 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다.

이 사건 기지국 수사가 기본권침해의 직접적인 대상임에도 그 근거법령을 함께 청구의 대상으로 삼은 것은 기지국 수사가 가지고 있는 본질적 문제점이 위와 같은 근거법령에 있기 때문입니다.

즉, 통신비밀보호법 제13조 제1항에 따르면 수사기관은 “수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우”에 요청할 수 있도록 규정하고 있고 같은 법 제2항에 따르면 제1항의 요청시 “요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위”를 서면으로 기재하도록 하고 있습니다. 그런데 이는 같은 법에 규정된 통신제한조치에 비해 요건 및 절차상 너무나 폭넓은 재량범위를 부여하고 있어서 이 사건 기지국 수사와 같은 수사관행을 허용하고 있습니다.

구체적으로 제1항의 “수사 또는 형의 집행”은 수사기관의 모든 활동을 의미합니다. 따라서 이를 목적으로 규정하였다 하더라도 이는 수사기관의 목적, 존재의 이유와 동일하다는 점다는 것에서 사실상 수사기관의 모든 활동에 있어서 기지국 수사를 악용할 수 있는 여지를 주고 있는 것입니다.

또한 제2항의 경우 서면의 기재사항에 수사의 구체적 내용의 기재를 요구하지 않고 막연히 “가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위”를 기재하도록 요구하고 있습니다. 이는 “필요한 통신제한조치의 종류 그 목적 대상 범

위 기간 집행장소 방법 및 당해 통신제한조치가 허가요건을 충족하는 사유등의 청구이유를 기재한 서면(이하 "청구서"라 한다)으로 하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부할 것을 요구하는 범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가절차와 비교하여 보면 너무나 간략합니다.

물론 감청과 같은 통신제한조치가 통신확인사실자료제공보다 대상자의 기본권침해가능성이 높은 것은 사실이나, 아래에서 살피는 바와 같이 통신확인사실자료제공 또한 기지국수사와 같은 광범위하고 포괄적인 수사방법을 통해 다수의 기본권침해 가능성을 내포하고 있습니다. 따라서 이 사건 기지국수사를 규범적으로 통제하지 못하고 있는 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 또한 심판의 대상으로 그 위헌성을 검토하여 보아야 할 것입니다.

3. 기지국 수사의 위헌성

가. 기지국 수사의 의의와 현황

1) 기지국 수사의 의의

기지국 수사란 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호를 압수□수색이나 통신사실 확인자료로 제공받는 수사방식으로서 통신비밀보호법 제13조 등을 근거로 하고 있습니다. 방송통신위원회는 기지국 수사에 대해서 "수사기관이 용의자를 특정할 수 없는 연쇄범죄가 발생하거나, 동일 사건 단서가 여러 지역에서 시차를 두고 발견될 경우, 사건발생지역 기지국에서 발신된 전화번호를 추적하여 수사를 전개하는 수사기법"이라고 하면서 기지국 수사는 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호를 대상으로 하므로 허가서 1개에 통상 1만 개 내외의 전화번호 수가 방송통신위원회 통계로 집계된다고 밝히고 있습니다(참고자료2 참조).

위와 같이 본래의 기지국 수사는 다수의 장소에서 동일한 전화번호가 발견될 경우 그 전화번호를 보유하고 있는 자에 대해서 용의자를 특정하기 위한 것으로 파악됩니다. 그런데 특히 기지국 수사는 특정 시간대 특정 기지국을 통해 발신한 모든 이동전화 등을 대상으로 함으로써 국민 다수의 통신비밀 등을 침해하게 되고 불필요하게 국민의 상당수를 수사의 대상이 되도록 하기 때문에 이를 남용하여서는 안 되고 수사 편의만을 추구해서는 안 되므로 이에 대해서는 수사기관을 엄격하게 통제하여야 할 필요성이 있을 뿐만 아니라 기지국 수사가 허용되는 범위 역시도 엄격하게 보아야 할 것입니다. 결국 기지국 수사는 통신사실 확인자료 요청을 통해서만 용의자를 특정할 수 있거나 수사의 단서를 찾거나 증거를 확보할 수 있는 예외적인 경우에 이용하는 수사 기법으로 파악할 수 있다고 할 것입니다.

그러나 문제는 현실적으로는 기지국 수사가 위와 같은 목적과 취지에 따라 이루어지지 않다는 것입니다. 이 사건 기지국 수사와 같이 실제로 범죄가 발생하지도 않았는데도 단지 범죄가 발생하였다고 의심이 되는 장소라는 이유로 해당 장소를 관할하는 기지국을 이용한 모든 사람들의 착□발신 시간, 통화 시간, 수□발신 번호, 즉 사실상 발신인과 수신인의 성명, 발신지, 수신과 발신의 연월일, 통신의 횟수와 시간과 형태 등 통신에 관한 정보들을 무차별적으로 수집하여 수사에 이용하는 것이 기지국 수사의 관행입니다. 즉 현실적으로 기지국 수사는 범죄와 관련되든 관련되지 않든 특정 장소에서 있었던 모든 통신기록을 추적하고 당해 장소에서 전기통신을 이용한 사람들과 그 상대방을 파악하는 방식의 수사 방법이라고 할 수 있습니다.

2) 기지국 수사의 현황

과거에는 기지국 수사의 현황이 공개되지 않았으나 2010. 4. 2. 방송통신위원회가 「'09년 하반기 감청협조, 통신자료 및 통신사실확인자료 제공 현황」을 발표하면서 기지국 수사가 처음 알려지게 되었습니다. 방송통신위원

회의 자료를 분석해 보면, 통신사실 확인자료제공 요청에 있어서 기지국 수사로 이루어지는 건수는 아래 표와 같습니다.

[표1] 통신사실 확인자료제공 중 기지국 수사 자료 제공 현황

구분	2009하반기	2010상반기	2010하반기	2011상반기	2011하반기
요청 문서건수	1,257	1,846	2,150	2,473	2,143
요청 전화번호 수	15,440,864	21,306,989	17,399,997	20,567,569	16,232,806
요청 문서 건당 평균 전화번호 수	12,284	11,542	8,093	8,317	7,575

*출처: 방송통신위원회 통계

방송통신위원회가 밝힌 바와 같이 기지국 수사는 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호를 대상으로 하므로, 허가서 1개에 통상 1만 개 내외의 전화번호 수를 수사기관에 제공하게 됩니다. 즉 수사 1건을 위하여 1만 명 안팎의 통신비밀의 내용이 수사기관에게 제공되는 것이고, 이는 또한 수사 1건에서 1만 명 정도를 수사의 대상이 되도록 하는 셈입니다.

무엇보다 총 전화번호 수를 보더라도 반 년 사이에 1,500만에서 2,130만 사이의 전화번호와 착□발신 일시, 장소, 통화 시간, 수신 번호, 위치정보 등이 수사기관에 수집되는 것은 기지국 수사가 얼마나 방대하게 이루어지고 있는지를 보여줍니다. 연간으로 보자면 2010.에는 3,870만 건 이상, 2011.에는 3,680만 건 이상의 전화번호와 이와 관련한 통신 일시, 장소, 상대방 전화번호 등이 수사기관에 의해 수집된 것입니다. 2011. 우리나라 이동전화 가입 수가 5,250만(통계청 자료)이라는 점을 고려하면 산술적으로 2011. 우리나라 이동전화의 70% 이상의 통신사실 확인자료가 수사기관에 의해 요청되는 것입니다.

이러한 사실은 통신사실 확인자료제공 요청 전체 중 기지국 수사의 비율을 살펴보더라도 확인됩니다.

**[표2] 통신사실 확인자료 요청에 따른 전체 제공 현황과
기지국 수사 자료 제공 현황 비교**

구분	전체 요청 문서건수	기지국 수사 문서건수	전체 요청 전화번호 수	기지국 수사 전화번호 수	기지국 수사 문서건 수 비율	기지국 수사 전화번호 수 비율
2009하반기	122,181	1,257	15,778,887	15,440,864	1.02%	97.85%
2010상반기	117,941	1,846	21,598,413	21,306,989	1.56%	98.65%
2010하반기	120,928	2,150	17,792,807	17,399,997	1.77%	97.79%
2011상반기	124,658	2,473	20,842,056	20,567,569	1.98%	98.68%
2011하반기	111,058	2,143	16,462,826	16,232,806	1.92%	98.60%

*출처: 방송통신위원회 통계 재구성

위 표에서도 볼 수 있듯이 통신사실 확인자료제공 전체 요청 문서건수 중 기지국 수사 문서건수는 1~2%내로 낮은 비율을 차지하고 있습니다. 그러나 전화번호 수를 보면 기지국 수사에 의한 전화번호 제공이 평균 98%로 압도적으로 높은 비율을 차지하고 있습니다. 이는 결국 통신사실 확인자료 요청을 통한 수사에 있어서 기지국 수사가 과도하게 많은 수의 전화번호, 착□발신 시각, 통신 시간, 통신한 위치 등을 요구하는 수사 방법이라는 것을 의미한다 할 것입니다.

한편, 통신사실 확인자료제공 요청을 한 기관별 통계를 살펴보면 2009.부터는 경찰이 요청한 비율이 90%가 넘어서고 2010. 이후에는 거의 대부분을 차지하는 것을 알 수 있습니다.

[표3] 기관별 통신사실 확인자료 제공 등 협조 현황 통계

	검찰	경찰	국정원	군수사기관	합계	전년대비	경찰비율
2000	28,378	138,474	12,351	35,691	214,894		64.4%
2001	45,118	304,131	33,353	40,233	422,835	196.8%	71.9%
2002	33,532	250,530	18,232	41,033	343,327	81.2%	73.0%
2003	68,258	360,363	40,283	39,773	508,677	148.2%	70.8%
2004	100,103	563,433	35,568	29,057	728,161	143.1%	77.4%
2005	127,070	623,162	35,467	31,086	816,785	112.2%	76.3%
2006	124,089	429,539	12,499	39,399	605,526	74.1%	70.9%
2007	91,708	660,830	10,480	28,216	791,234	130.7%	83.5%
2008	113,636	305,570	4,048	23,646	446,900	56.5%	68.4%
2009	110,400	14,597,080	5,973	1,369,504	16,082,957	3598.8%	90.8%
2010	133,802	39,229,941	6,373	21,104	39,391,220	2449.2%	99.5%
2011	166,452	36,736,650	4,789	396,991	37,304,882	94.7%	98.4%

* 방송통신위원회 통계 재구성

이는 이 사건 법률조항이 압수수색 영장 등과 달리 사법경찰관이 곧바로 통신사실 확인자료제공을 요청할 수 있도록 하고 있기 때문입니다. 그러나 이러한 현황은 경찰이 사실상 거의 아무런 통제 없이 국민의 상당수의 통신비밀과 위치정보를 수집하고 있다는 것을 드러내는 것으로서 경찰에 의한 통신사실 확인자료제공 요청에 대한 제한이 시급함을 보여줍니다.

3) 기지국 수사의 문제점 개관

위와 같이 이루어지고 있는 기지국 수사의 문제점을 개관하여 보면 다음과 같습니다.

가) 수사의 편의성만을 강조한 기본권의 과도한 침해

기지국 수사는 국민의 기본권을 과도하게 침해하면서까지 수사의 편

의를 강조하고 있습니다. 수사기관은 이 사건 법률조항에 따라 '수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우'라는 포괄적이고 불명확한 요건에 의해 통신사실 확인자료제공 요청을 할 수가 있는데, 이 때 수사기관은 범죄사실뿐만 아니라 범죄의 혐의가 있다는 것조차 제시하지 않아도 됩니다. 그러나 기지국 수사를 통해서 수사기관이 수집하는 정보는 1만 건에 달하는 통신의 전화번호, 시각, 시간, 상대방, 그리고 위치정보인바, 이는 수사의 편의를 위해 기본권을 지나치게 희생하는 것이라 할 것입니다. 범죄 혐의가 있다고 인정되는 특정인에 대한 정보를 제공하도록 할 수 있음에도, 국민 상당수의 보호의 필요성이 큰 정보를 광범위하게 무차별적으로 대량으로 수집할 수 있도록 하는 것은 지나친 수사편의주의를 법률이 보장하고 있는 것이나 마찬가지입니다.

나) 전 국민을 수사대상으로 삼는 '저인망식 수사'와 경찰국가화

기지국 수사는 수사기관이 불특정 다수의 통신비밀과 위치정보 등을 수집할 수 있도록 함으로써 사실상 전 국민을 수사의 대상으로 삼아 수사기관의 '저인망식 수사'를 관행화하고 정당화하여 경찰력과 수사기관의 권한을 국민의 기본권보다 앞에 두는 이른바 경찰국가를 형성하는 수단이 되고 있습니다. 이 사건 법률조항에는 통신사실 확인자료제공 요청을 하는 경우 기간의 제한, 범위의 제한 등 구체적인 요건이 규정되어 있지 않을뿐더러 통신사실의 주체 또는 범죄의 혐의가 있는 자를 특정할 것을 요구하고 있지 않습니다. 이에 따라 한 번에 1만 여 명의 정보를, 연간 수천만 명의 정보를 요청하여 수사에 이용할 수 있도록 하는 '저인망식 수사'가 이루어져 지나치게 수사를 포괄적으로 할 수 있는 권한을 수사기관, 특히 경찰에게 보장하게 됩니다. 뿐만 아니라 이 사건 법률조항은 긴급한 사유가 있는 때는 법원의 허가를 사후에 받도록 하고 있는데, 긴급한 사유가 무엇인지에 대해서는 법률에 규정을 두고 있지 않아 무리한 수사가 가능하도록 하고 있습니다.

이 사건 기지국 수사와 같이 민주통합당 예비경선 금품살포의 '의혹'만이 제기된 상태에서도 금품이 오간 곳으로 지목된 장소 근처의 폐쇄회로 티브이(CCTV) 등의 자료나 목격자 진술을 통해서 수사가 가능한데도, 굳이 상당수 국민의 통신비밀 등이 침해될 수 있는 통신사실 확인자료제공을 쉽게 요청하는 일들이 벌어지고 있습니다. 기지국 수사는 이같이 과도한 수사권의 남용을 통제하지 못하고 오히려 수사기관의 수사권 남용을 보장하면서 국민의 기본권을 과도하게 침해하고, 영장주의나 적법절차의 원칙을 무너뜨리고 있다는 문제점을 가지고 있습니다.

다) 통신비밀과 사생활의 비밀의 불가침 무력화

헌법 제17조와 헌법 제18조가 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유, 그리고 통신의 자유의 내용은 사생활의 비밀의 불가침, 그리고 통신비밀의 불가침을 그 핵심으로 한다 할 것입니다. 그런데 기지국 수사는 형사사건과 관련하여 특정 지역에서 특정한 시간대에 통화를 했다는 이유만으로 범죄의 혐의가 없는 사람에 대해서까지 수사기관에 대해 위치정보라는 개인의 사생활의 정보가 노출되고 전화번호와 통신의 시각, 시간, 횟수, 상대방의 전화번호 등 통신비밀이 제공되도록 하는 것입니다. 따라서 기지국 수사는 수사기관이 기본권 주체가 누려야 하는 통신비밀의 불가침과 사생활의 비밀의 불가침을 직접적으로, 중대하게 침해하는 행위입니다.

더욱 문제인 것은 이동전화 가입수가 5천만을 넘어 실질적으로 대부분의 국민들이 이동전화를 이용하고 있다고 해도 과언이 아닐 정도인데, 이들 중 연간 70% 이상이 매년 기지국 수사에 의해서 위치정보와 통신사실이 수사기관에 제공된다는 것입니다. 이는 실상 공권력이 매년 1회 이상 국내에 머무르고 있는 대부분의 사람의 사생활의 비밀과 통신비밀의 불가침을 침해한다는 것으로서, 기지국 수사를 통해 공권력이 헌법이 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유, 그리고 통신의 자유를 무의미하게 한다는 것을 보여줍니다

다. 특히 (1) 사생활의 비밀과 통신비밀의 보호에 있어 가장 중요한 것은 공권력에 의한 침해로부터의 보호라는 점, (2) 이동전화의 보편화되면서 이를 통한 개인 통신의 비밀 및 이동전화를 통해 파악되는 위치정보에 대한 보호의 필요성이 날로 커지고 있다는 점, (3) 국가는 전기통신을 통해 과거에 비해 개인에 대한 감시와 통제를 적은 비용으로 비밀리에 쉽고 광범위하게 할 수 있게 되는 반면, 각 개인은 전기통신을 통한 국가의 감시로부터 벗어나거나 이에 대해 규제할 수 있는 가능성과 능력을 상실해 가고 있다는 점 등을 고려하면, 기지국 수사가 헌법상의 기본권 보장의 취지를 무색하게 할 정도라는 점은 더욱 부각된다 할 것입니다.

나. 과잉금지원칙 위배

1) 제한되는 기본권

가) 통신의 자유

헌법 제18조에서는 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다”라고 규정하여 통신의 비밀보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있습니다. 특히 전기통신의 비밀은 전기통신시설을 이용하여 발신자와 수신자 사이의 정보의 무형적 전달을 공권력에 의한 인식으로부터 보호하는 것을 내용으로 한다고 할 것입니다. 이러한 보호는 통신의 내용뿐만 아니라 통신 과정과 상황에 대한 것까지 포함한다고 할 것인데, 이러한 통신 과정과 상황은 언제, 누구와, 얼마 동안, 얼마나 자주, 어떠한 통신시설을 이용하여 통신이 이루어지거나 시도되었는지를 의미한다 할 수 있습니다. 결국 헌법 제18조가 보장하는 통신의 자유에 의하여 보호되는 대상은 통신의 내용에 국한되지 않고, 수신인과 발신인의 성명, 수신과 발신의 연월일 및 시각, 통신의 시간□횟수□방법□형태 등 통신에 관한 정보 일체

라고 할 것입니다.

이 사건 법률조항과 이를 근거로 한 기지국 수사는 통신비밀보호법 제2조 제11호에 의해 해당 기지국을 이용한 전기통신의 일시, 개시□종료시간, 발□착신 통신번호, 사용도수 등을 수사기관에 제공하도록 하고 있습니다. 이러한 통신의 일시, 시각, 상대방, 횟수 등은 통신 과정과 상황으로서 통신에 관한 정보에 해당하므로 이 사건 법률조항과 이를 근거로 한 기지국 수사에 있어서 헌법 제18조가 보호하는 통신의 자유가 제한된다 할 것입니다.

나) 사생활의 비밀과 자유

이 사건 법률조항과 이를 근거로 한 기지국 수사는 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목에 따라 '정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지의 위치추적자료' 역시 수사기관에 제공하도록 하고 있습니다. 그런데 이러한 위치정보는 통신 과정과 상황이라는 통신에 관한 정보와 다르게 특별히 따로 검토할 필요가 있습니다. 그 이유는 크게 두 가지입니다.

첫 번째로, 개인의 위치정보는 특별한 보호가 필요한 정보입니다. 이 사건 법률조항과 이를 근거로 한 기지국 수사에 의해 수집되는 위치추적자료는 개인이 언제, 어디에 있었는지를 보여주는 것으로서 이는 사생활의 비밀과 자유가 핵심적으로 보호하는 내용이라 할 것입니다. 특히 기지국 수사의 경우 사실상 통신 사실을 확인하기 위한 것이라기보다는 용의자를 특정하기 위하여 해당 지역에 있었던 자가 누구인지를 확인하기 위한 것으로 사용되기 쉬운 만큼, 위치정보의 수집은 통신의 자유와 독립적으로 사생활의 비밀과 자유의 제한으로 보아야 할 것입니다.

특히 최근 전기통신의 발달로 인해 위치정보의 중요성이 더욱 커지고 있다는 점을 고려하면 위치정보에 대한 보호를 통신비밀에 대한 보호와 별도로 검토할 필요성은 더욱 큼니다. 위치정보와 관련하여 우리나라는 세계에

서 처음으로 개별 법률로서 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」을 2005. 1. 27. 제정하여 2005. 7. 28.부터 시행하고 있는데, 2004. 9. 정부가 제출한 이 「위치정보의 이용 및 보호 등에 관한 법률안」은 입법 취지로서 "이동통신기술의 급속한 발달로 물류, 보안, 상거래 등에 위치정보를 이용하는 다양한 서비스가 등장하면서 개인 위치정보가 유출, 남용되는 등 개인의 사생활이 침해될 우려가 커지고 있는바, (중략) 위치정보의 유출로 인한 사생활 침해의 방지를 도모"한다고 밝히고 있고, 제정된 위 법률 역시 제1조(목적)에서 "이 법은 위치정보의 유출·오용 및 남용으로부터 사생활의 비밀 등을 보호"한다고 밝히고 있고, 제2조(정의) 제1호에서는 "'위치정보'라 함은 이동성이 있는 물건 또는 개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 「전기통신사업법」 제2조제2호 및 제3호에 따른 전기통신설비 및 전기통신회선설비를 이용하여 수집된 것을 말한다"라고 규정하여 전기통신을 이용한 위치정보가 특별한 보호를 받는 내용이라는 것을 보여주고 있습니다.

물론 헌법재판소는 통신제한조치 연장 허가에 있어 연장 기간이나 횟수에 제한을 두지 아니한 통신비밀보호법 조항에 대한 위헌법률심판제청사건에서 "이 사건 법률조항은 사생활의 비밀의 특별한 영역으로 헌법이 개별적인 기본권으로 보호하는 통신의 비밀을 제한하고 있다는 점에서 별도로 사생활의 비밀을 침해하는지 여부를 검토할 필요는 없다"고 판단한 바 있습니다(헌법재판소 2010.12.28 선고 2009헌가30 결정 참조). 그러나 이 사건 법률조항과 이에 따른 기지국 수사에 있어서는 위 사건과 달리 특정 지역 내에 있었던 자들을 추적함으로써 상당수 국민의 위치정보를 수사기관이 수집할 수 있다는 점에서 위치정보에 비밀을 사생활의 비밀과 자유의 영역으로 독자적으로 검토할 필요성은 여전히 크다 할 것입니다.

두 번째로, 이 사건 법률조항과 이를 근거로 한 기지국 수사에 의해 제한되는 기본권에 있어서, 그 제한되는 기본권이 상이한 집단이 존재합니다. 즉, 기지국 수사를 통해서 제한되는 통신비밀은 기지국 관할에 있던 사

람뿐만 아니라 그 상대방의 비밀도 침해하는 데 비해, 위치정보는 기지국 관할에 있는 사람들만을 대상으로 하고 있다는 점에서도 분리해서 볼 필요가 있습니다. 결국 해당 기지국 관할 내에 있었던 자의 경우 그 상대방과 달리 언제, 어디에 있었는지에 대한 위치정보까지 파악되는 것이므로 위치정보에 대한 제한을 사생활의 비밀과 자유에 대한 제한으로서 독자적으로 판단할 필요가 있다 할 것입니다.

다) 개인정보 자기결정권

개인정보 자기결정권은 헌법 제10조 및 헌법 제17조로부터 독자적으로 보호되는 기본권입니다(헌법재판소 2005. 7. 21. 2003헌마282 등 참조). 여기에서 개인정보란 당해 개인을 식별할 수 있는 개인에 관한 일체의 정보로서 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다고 할 것입니다(「개인정보보호법」 제2조 제1호 등 참조).

그런데 이 사건 법률조항과 이에 근거한 기지국 수사는 통신사실 확인자료제공 요청의 대상으로서 착□발신 통신번호를 포함하고 있는데, 이러한 전화번호 자체만으로는 개인을 알아볼 수 있는 정보라고는 할 수 없을 것이나 수사기관에서 전화번호를 통한 인적 사항 조회를 통하거나 성명 등과 쉽게 연결하여 개인을 식별할 수 있는 정보라 할 것입니다. 따라서 이는 개인정보에 해당하여 이 사건 법률조항과 기지국 수사는 수사기관 등에 의해 자신에 관한 개인정보가 언제, 어떻게 타인에게 전달되고 이용될 수 있는지를 결정할 권리를 제한하고 있어 개인정보 자기결정권을 제한하고 있다 할 것입니다.

2) 과잉금지원칙 위반

가) 목적의 정당성

이 사건 법률조항과 이에 의한 기지국 수사는 범죄의 장소 등을 특정할 수 있는 경우 해당 장소와 가까운 기지국에서 발신된 통신에 관하여 통신 자료를 제공받음으로써 용의자의 인적 사항 등을 알아내어 수사의 용이성을 확보하기 위한 것으로서 일응 목적의 정당성은 인정됩니다.

나) 수단의 적절성

이 사건 법률조항과 기지국 수사를 통해 수사기관이 해당 기지국을 관할하는 지역에서 착□발신된 통신번호 등을 알아냄으로써 용의자를 찾아내는 등 수사의 효율성을 확보할 수 있으므로 수단의 적절성 역시 인정된다고 할 수 있습니다.

다) 피해의 최소성

그러나 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항과 이에 근거한 기지국 수사는 피해의 최소성 원칙에 위배됩니다.

(1) 범죄 혐의가 없는 자에 대해서까지 통신비밀□위치정보를 침해

이 사건 법률조항은 "수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우"라는 불명확하고 포괄적인 요건을 규정하고 있어 기지국 수사를 통해 불필요하게 범죄 혐의가 없는 자에 대해서까지 사생활의 내밀의 영역인 위치정보와 통신비밀을 침해하고 있습니다. 이로써 기지국 수사 1건당 1만 명 내외, 연간 3,600만 명 이상의 범죄의 혐의가 없는 사람들의 통신비밀과 위치정보를 수사기관이 보유하게 됩니다. 결국 기본권 침해를 최소화하기 위한 "범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우" 등의 요건을 규정하지 않음으로써 범

죄의 혐의가 없는 자 역시도 통신비밀과 위치정보를 침해당하게 되고 수사의 대상이 되도록 하고 있습니다.

(2) 다른 방식으로도 범죄 혐의자를 찾아낼 수 있음

범죄의 장소는 특정되었으나 용의자를 특정할 수 없는 경우에는 범죄 피해자, 목격자, 관련자 등의 진술과 폐쇄회로 티브이(CCTV), 사진자료, 채증자료 등 기본권을 보다 덜 침해는 방법으로 용의자를 찾는 것이 우선입니다. 그러나 이 사건 법률조항과 이에 근거한 기지국 수사는 지나친 수사편의주의를 추구하며 이러한 과정을 거치지 않더라도 곧바로 국민 상당수를 수사대상으로 삼아 엄격하게 보호되어야 하는 통신의 비밀과 위치정보 등을 침해하고 있습니다.

피해의 최소성 원칙에 따르면 기본권 침해 정도가 큰 방법으로 공권력을 행사할 때에는 이를 보충적으로 활용할 수 있도록 해야 합니다. 그러나 이 사건 법률조항은 "수사 또는 형의 집행을 위해 필요한 경우"라면 곧바로 '저인망식 수사 방법'을 통해 상당수 국민의 내밀한 통신비밀과 위치정보를 침해하도록 허용하고 있어 침해의 최소성 원칙에 반한다 할 것입니다.

(3) 지나치게 요건을 완화하고 있음

위와 같은 문제들은 이 사건 법률조항이 통신사실 확인자료제공 요청의 요건을 지나치게 완화하고 있다는 점에서 비롯됩니다. (가) 신청권자를 검사 또는 사법경찰관으로 규정하여 그 폭이 대단히 넓고, (나) 신청요건을 수사 또는 형의 집행을 위해 필요한 경우로 정하여 사실상 수사기관의 모든 활동을 포괄함으로써 지나치게 통신비밀과 위치정보 침해의 요건을 허술하게 하고 있으며, (다) 집행에 있어서도 영장이 아닌 위의 완화된 요건 하에서 허가를 받으면 될 뿐만 아니라 긴급한 사유가 있을 때에는 사후 허가를 가능하게 하여 사법적 통제를 사실상 무력화하고 있고, (라) 막상 통신비밀과 위치정보를 침해당한 당사자는 사전에 통신사실 확인자료가 제공된다는 사

실을 알지 못하고, 이러한 제공 절차에 대한 참여권도 전혀 없으며, 통신비밀보호법 제13조의3은 공소를 제기하는 처분 등을 한 때에 그 처분을 한 날로부터 30일 이내에 통신사실 확인자료제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하도록 하고 있으나 이에 대한 벌칙 규정이 없어 사실상 통지가 제대로 이루어지고 있지 못합니다.

위와 같은 사정은 독일 형사소송법과 비교해 본다면 더욱 명확합니다. 독일 형사소송법 제100g조 제1항은 통신사실 확인자료제공 요청은 "1. 개별적인 경우에도 중요한 의미를 가지는 범죄, 특히 제100a조 제2항에 기재된 범죄를 범하였거나, 미수가 처벌되는 경우 그 범죄의 실행에 착수했거나 다른 범죄를 통해 그 범죄의 예비를 행한 혐의가 있는 경우, 2. 전기통신을 수단으로 한 범죄를 범한 혐의가 있는 경우에는 사실관계의 조사와 피의자의 거주지의 수사에 필요한 경우에 한하여 당사자가 모르더라도 통신데이터[통신사실 확인자료]는 수집될 수 있다. 제1문 제2호의 경우에 그 조치는 사실관계의 조사나 피의자의 소재지의 수사가 다른 방법으로는 가망이 없고 데이터의 수집이 사실의 중요성과 적절한 관계에 있는 경우에만 허용된다."라고 규정하여 통신사실 확인자료제공 요청의 요건을 엄격하게 제한하고 있습니다.

한편 최근 독일 연방헌법재판소는 "통신사실 확인자료의 제공과 이의 직접 사용은 법익 보호의 대단히 중요한 직무에 기여하는 경우에만 비례성이 있다. 이것은 형사 소추의 영역에서 특정한 사실관계를 통하여 뒷받침되는 중대한 범죄 혐의를 요건으로 한다. 정보기관의 위협 예방과 직무 수행을 위해서는 개인의 생명, 신체 또는 자유에 대하여, 연방 또는 주의 존립이나 안전에 대하여 또는 공동의 위협에 대하여 구체적인 위협에 대한 사실상의 근거가 존재하는 경우에만 허용될 수 있다"면서 "질서위반행위의 소추를 위해 그러한 정보제공은 단지 법률상 명시적으로 언급된 특별히 중대한 사례들의 경우에만 허용될 수 있다"고 하여 전기통신사업자가 6개월 동안 통신사실확인자료를 저장하도록 한 것은 통신의 비밀을 규정한 독일 기본법에

합치하지 않는다는 결정을 내린 바도 있습니다 (BVerG 1 BvR 256/08 vom 2. 3. 2010, 참고자료3 참조).

통신비밀보호법상 통신제한조치와도 비교해 보면, 통신제한조치가 통신의 내용까지 미친다는 점을 고려하더라도 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다고 한다든지, 일정한 종류의 범죄에만 국한하여 통신제한조치를 허가하도록 한다든지 등(통신비밀보호법 제5조 등) 엄격하게 그 요건을 제한하고 있는데, 통신의 과정과 상황 역시 통신비밀의 본질적인 부분이라는 점에서 통신사실 확인자료 제공 요청의 요건은 지나치게 완화되어 통신의 자유와 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 제한하고 있다고 할 것입니다.

(4) 통신사실 확인자료제공의 범위가 지나치게 넓은

1건의 통신사실 확인자료제공 요청에 의해 수사기관에 수집되는 정보는 통신비밀과 위치정보의 내용이라는 점에서 수사의 필요성과 밀접하게 연관되는 경우에 엄격하게 제공되어야만 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다고 할 것입니다. 그런데 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 통신사실 확인자료제공의 범위는 수사의 필요성과 밀접한 관련성 등을 요구하지 않아 통신비밀보호법 제2조 제11호 각 목의 정보, 즉 가입자의 전기통신일시, 전기통신 개시□종료 시간, 착□발신 통신번호와 상대방의 번호, 사용도수, 발신기지국의 위치추적자료 등에 대해서 모두 제공 요청을 할 수 있도록 하고 있습니다. 그러나 어떤 기지국 수사에 있어서 용의자를 특정하기 위한 위치정보의 수집의 주요 목적인 경우에는 특정 시간대에 특정 기지국을 이용하여 그 장소에 있었던 사람들이 전화를 받거나 전화를 걸었을 때의 그 사람의 전화번호만을 수집하면 될 것인데도 별다른 제한이 없어 관행적으로 위항목 전부를 기지국 수사를 통해 요청하는 것이 현실입니다. 결국 통신비밀

의 불가침에 비추어 보았을 때 통신비밀에 있어서 중요한 정보의 항목들을 수사의 필요성과의 직접적인 관련성 없이 수사기관이 마구잡이 수사로 수집할 수 있다는 점에서 이 사건 법률조항과 이에 따른 기지국 수사는 침해의 최소성 원칙에 위배된다 할 것입니다.

(5) 과도한 수의 통신사실 확인자료제공 요청

3. 가. 2) 기지국 수사의 현황에서 살펴본 바와 같이 통신사실 확인자료제공 요청 1건 당 평균적으로 1만 명 안팎의 통신비밀의 내용과 위치정보가 수사기관에 의해 수집되고 있습니다. 연간으로 보면 2010.에는 3,870만 건 이상, 2011.에는 3,680만 건 이상의 전화번호와 이와 관련한 통신 일시, 장소, 상대방 전화번호 등이 수사기관에 의해 수집된 것입니다. 이러한 사정만을 보더라도 이 사건 법률조항과 이에 근거한 기지국 수사가 대다수 국민의 통신비밀과 위치정보를 침해하고 있어 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 할 것입니다.

(6) 법원의 허가서 발부로는 기본권 침해를 막을 수 없음

통신의 비밀 침해에 있어서 사법적 통제절차가 있다는 사정만으로는 그 남용으로 인하여 개인의 통신의 비밀이 과도하게 제한되는 것을 막을 수는 없다 할 것입니다(헌법재판소 2012. 12. 28. 선고 2009헌가30 결정 참조).

실제로 2009.의 경우 수사기관의 통신제한조치 허가 신청에 대한 법원의 기각률은 4.3%에 이르는 반면 통신사실 확인자료제공 요청 허가 신청에 대한 법원의 기각률은 1.1%에 불과해, 통신제한조치에 비해 통신사실 확인자료제공의 경우 기각률이 4분의 1에 불과한 것으로 나타나고 있습니다(박영선 의원실 자료 참조). 이는 실제로 통신사실 확인자료제공 요청에 대해서 법원은 수사기관이 요청하는 경우 이 사건 법률조항에 규정된 완화된 요건에 따라 대부분 허가를 해 줄 수밖에 없다는 것을 보여줍니다. 이러한 점

에 비추어 보았을 때 이 사건 법률조항이 법원의 허가를 요건으로 정하고 있다 하더라도 이로써는 수사기관에 의한 기본권의 과도한 침해를 제어할 수는 없다고 할 것입니다.

라) 법익의 균형성

이 사건 법률조항과 이에 근거한 기지국 수사로 얻을 수 있는 공익은 범죄를 저지른 자가 해당 범죄 장소에서 통신을 하지 않았다면 사실상 수사에 필요한 증거를 수집하지 못하게 되는 우연적이고 불명확하고 추상적인 이익, 그리고 평균 1만 건에 이르는 전화번호, 통신시각, 통신시간, 위치정보 중에서 극히 일부만을 수사에 활용할 수 있다는 수사의 용이성인데 반해, 이로 인하여 침해되는 개인의 통신의 자유와 사생활의 비밀과 자유는 국민 상당수의 통신의 과정과 상황에 관한 위와 같은 구체적이고 전반적인 정보와 개인의 내밀한 위치정보에 대한 것이라는 점에서 법익의 균형성 역시 상실하고 있다고 할 것입니다.

3) 소결

따라서 이 사건 법률조항과 이에 근거한 기지국 수사는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위배하여 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보 자기결정권을 침해한 것으로서 헌법에 위반된다 할 것입니다.

다. 명확성의 원칙 위배

1) 심사의 기준

기본권을 제한하는 데 있어 법률은 국민과 법집행당국에 대해서 무엇이

금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지 그 의미내용이 명확하여야 합니다. 법률의 의미내용이 불확실한 경우 법집행당국의 자의적 법해석과 집행을 가능하게 하는 것으로서 명확성의 원칙에 위배된다 할 것입니다.

명확성의 원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고, 급부적 법률에 비해서는 침해적 법률에서, 일반 법률에 비해서는 형사 관련 법률에서 명확성이 더욱 엄격하게 요구된다 할 것입니다(헌법재판소 2004. 2. 26. 선고 2003헌바4 결정 등 참조). 그런데 이 사건 법률조항의 경우 통신비밀과 위치정보 등 개인의 비밀의 불가침을 광범위하게 침해하고 있고 수사권과 형벌 집행을 위해 개인의 내밀한 정보들을 수집하는 것으로서 명확성은 엄격하게 요구된다 할 것입니다.

한편, 헌법재판소는 "국가권력에 의하여 개인정보자기결정권을 제한함에 있어서는 개인정보의 수집·보관·이용 등의 주체, 목적, 대상 및 범위 등을 법률에 구체적으로 규정함으로써 그 법률적 근거를 보다 명확히 하는 것이 바람직하다. 그러나 개인정보의 종류와 성격, 정보처리의 방식과 내용 등에 따라 수권법률의 명확성 요구의 정도는 달라진다고 할 것이고, 일반적으로 볼 때 개인의 인격에 밀접히 연관된 민감한 정보일수록 규범명확성의 요청은 더 강해진다고 할 수 있다"라고 판시한 바 있는데(헌법재판소 2007. 7. 21. 선고 2003헌바282 결정 참조), 이러한 법리는 통신비밀, 사생활 정보, 개인정보 등 개인의 사생활의 자유와 인격권에 밀접히 연관된 민감한 정보들을 수사기관이 수집하도록 하고 있는 이 사건 법률조항의 명확성 원칙 위배를 판단하는 데 있어서도 적용된다 할 것입니다.

따라서 이 사건 법률조항의 명확성 원칙 위배를 판단하기 위해서는 국민 상당수에 대한 기본권 침해의 중대함에 비추어 비례적인 엄격한 심사의 기준으로 수사기관이 통신사실 확인자료를 수집하는 데 있어 그 목적, 방법, 절차 등을 명확하게 하고 있는지, 기본권 보호의 관점에서 충분히 엄격하고 명확하게 규정하고 있는지를 판단해야 한다 할 것입니다.

2) 명확성 원칙 위반

위와 같은 심사기준에 따라 이 사건 법률조항을 살펴보면 다음과 같이 명확성의 원칙에 위반됩니다.

가) 기지국 수사가 허용되는지 여부의 불명확성

이 사건 법률조항은 통신비밀과 사생활의 비밀 등의 핵심적인 내용을 수사기관이 수집할 수 있도록 하면서도 통신사실 확인자료제공 요청에 관하여 지나치게 포괄적으로 규정하여 수사기관에게 과도한 권한을 제공함으로써 기지국 수사가 수사기관에게 허용된 행위로서 기본권 제한을 가할 수 있는지 여부가 불명확합니다.

일반적으로 영장을 통해서 압수□수색을 할 때에는 압수의 목적물 또는 수색의 장소 등이 구체적으로 명시되어야 하고, 특히 통신비밀과 사생활 정보를 수집할 때에는 누구를 대상으로 할 것인지 그 인물이 특정되어야 할 것입니다. 그런데 기지국 수사의 경우 인물을 특정한다기보다는 사실상 기지국을 특정함으로써 해당 기지국을 이용해 통신한 전원을 대상으로 통신비밀 등을 수집하는 방법으로 이루어지고 있습니다. 이렇게 기지국을 특정하여 보호의 필요성이 큰 정보를 대량으로 다수 수집하는 것은 극히 예외적으로 가능하도록 되어야 함에도 이 사건 법률조항은 이에 대해서 명확하게 규정하지 않음으로써 기지국 수사가 과연 허용되는 것인지를 보여주고 있지 못합니다.

실제로 <검찰사건사무규칙 별지 제234호의9 서식>을 보면 통신사실 확인자료제공을 요청할 때에는 그 대상자의 성명, 주민등록번호, 주거, 직업, 요청사유, 해당 가입자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 작성하여 전기통신사업자에게 요청하여야 하고, <통신사실 확인자료제공요청 허가서> 서식에 따르면 죄명과 성명, 주민등록번호, 주거, 직업, 유효사유, 해당 가입자와

의 연관성, 집행일지, 집행장소 등을 법원이 적도록 되어 있습니다. 이러한 서식을 보더라도 통신사실 확인자료제공 요청은 개인의 사생활 정보 등을 수집하는 것이므로 그 대상자를 특정하여야 하는 것인데, 사람이 아닌 기지국을 특정하는 방식의 수사가 일반적으로 국민 대다수를 상대로 이루어지고 있습니다.

2005. 11. 정보통신부가 작성한 <통신사실확인자료제공업무 처리지침> 역시 "동일한 범죄 수사 또는 동일인에 대한 형의 집행을 위하여 피의자 또는 피내사자가 아닌 다수의 가입자(성명 또는 전화번호 등이 명시된 경우에 한함)에 대하여 1건의 허가청구서로 통신사실확인자료제공을 요청할 수 있음"이라고 하여 기지국 수사는 원칙적으로 불가능한 것으로 규정한 바 있습니다.

따라서 이 사건 법률조항은 기지국 수사의 허용성에 관하여 아무런 규정을 하고 있지 않음으로써 수사기관의 자의적인 법집행이 가능하도록 하여 헌법상 명확성의 원칙을 위배하고 있다고 할 것입니다.

나) 통신사실 확인자료제공 요청 및 허가 사유의 불명확성

이 사건 법률조항은 통신사실 확인자료제공 요청 사유로서 "수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우"라고만 규정하고 있습니다. 또한 법원의 허가요건에 관하여는 아무런 규정도 두고 있지 않습니다. 이는 수사기관의 전반적인 활동을 포섭하는 것으로서 어떠한 경우에 통신사실 확인자료제공을 요청할 수 있는지 사실상 아무런 정보도 제공하지 않는 것이고 아무런 제한을 두지도 않는 것입니다. 이러한 불명확성으로 인해 수사기관은 방만하고 자의적으로 단순히 범죄의 의혹이 있거나 하면 곧바로 통신사실 확인자료제공 요청을 할 수 있게 되고, 기지국 수사와 같은 수만 명에 달할 수 있는 통신비밀과 사생활의 비밀, 개인정보를 수집할 수 있는 길을 열어주게 됩니다.

이와 같이 국민 상당수에 대한 중대한 기본권 침해가 발생하는 통신 사실 확인자료제공 요청, 특히 기지국 수사에 대해서 수사기관의 자의적인 법집행을 막을 수 없는 불명확하고 광범위하고 포괄적인 요청 사유를 규정하고 있는 것은 헌법상 요구되는 명확성의 원칙을 위반하는 것이라 할 것입니다.

3) 소결

따라서 이 사건 법률조항은 국민 상당수에 대한 중대한 기본권 침해와 관련된 것으로서 명확성의 요청이 엄격하게 요구됨에도 불구하고 기지국 수사가 허용되는지 여부, 통신사실 확인자료 제공요청 사유 등에 있어서 지나치게 불확실하고 포괄적으로 규정함으로써 헌법상 명확성의 원칙을 위반하는 것으로서 헌법에 위반된다 할 것입니다.

라. 영장주의 위배

헌법 제12조 제3항은 영장주의를 규정하여 강제처분에 대한 사법적 통제를 통한 국민의 자유와 권리 보호를 꾀하고 있습니다. 이러한 영장주의의 핵심적 내용 중 하나는 영장에는 체포□구속할 대상, 압수의 목적물, 수색의 장소 등이 구체적으로 명시되어야 한다는 것이고, 그러한 구체적 사항이 명시되지 않은 이른바 일반영장은 금지된다는 것입니다.

통신사실 확인자료제공 허가, 특히 기지국 수사에 대한 허가는 사실상 일반영장으로 기능하면서 영장주의를 위반하고 있습니다. 일반영장이 아니라고 하기 위해서는 먼저 그 대상자를 특정하고 그 대상자가 현장에 있었는지를 확인하는 자료로서 접속 기지국을 확인하는 방식이어야 합니다. 그런데 기지국 수사의 경우 기지국을 먼저 확인한 후 수 만 명까지 이를 수 있는 해당 장소에 있었던 모든 사람의 정보를 수집하는 것은 실질적으로 불특정 다수

를 대상으로 강제처분을 하였다고 볼 수 있을 것입니다. 특히 이러한 허가를 통해서 수집되는 정보들은 통신의 시기와 종기, 통신의 시각, 당사자와 상대방에 관한 정보, 통신의 장소, 통신의 횟수 등 사실상 통신 내용을 제외한 통신비밀의 모든 내용을 아우르고 있습니다. 이처럼 단일한 기회에 특정되었다고 보기 어려운 수의 사람들을 대상으로 통신비밀의 중요한 내용을 침해하도록 하는 허가는 실질적으로 일반영장으로 기능합니다.

이와 같이 국민의 통신의 자유와 사생활의 자유 등을 광범위하게 침해하는 것을 통제하거나 제어하지 못하고 있는 통신사실 확인자료제공 요청 허가는 수사기관의 강제수사를 사법적으로 통제함으로써 국민의 자유와 권리를 보장한다는 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 위배되는 것으로 헌법에 위반된다 할 것입니다.

마. 강제처분과 관련한 자의금지원칙 위반

수사기관의 피의자에 대한 강제처분에 관한 법률을 제정함에 있어서 입법자가 입법형성권을 남용하거나 그 범위를 현저하게 일탈하여 당사자들의 기본권을 침해하게 된 경우에는 관련 법률들이 '자의금지원칙'에 위배되어 헌법에 위반된다 할 것입니다(헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2002헌마593 결정).

이 사건 법률조항은 수사기관이 전기통신사업자에게 보관된 개인의 통신비밀과 위치정보, 개인정보 등을 법원의 허가장을 통해 제출받는 것으로서 강제처분에 관한 법률입니다. 그런데 이러한 법률을 제정함에 있어서 대다수 국민을 대상으로 통신의 자유 등 기본권 침해의 정도가 중대한 기지국 수사를 불확실하고 광범위한 요건을 통해 가능하도록 하고 있는 것은 입법형성권을 남용하거나 그 범위를 현저하게 일탈한 것이라 할 것입니다. 따라서 이는 강제처분과 관련한 자의금지원칙을 위반하는 것으로서 헌법 제12조 제3항에 위반된다 할 것입니다.

바. 이 사건 기지국 수사의 위헌성

이 사건 기지국 수사를 구체적으로 살펴보더라도 그 위헌성이 드러납니다. 먼저 이 사건 기지국 수사는 무혐의 처분으로 수사를 종결한 민주통합당 대표 선출을 위한 예비경선에서의 금품수수 의혹 사건에서 이루어졌습니다. 이때 이루어진 기지국 수사가 수사에 있어서 어떠한 필요성이 있는지는 서울지방검찰청의 통신사실 확인자료제공 요청 집행사실통지만으로는 확인하기가 어렵습니다. 다만 이 사건은 기지국 수사가 원래 예정하고 있었던 연쇄범죄 사건이 아님에도 단지 그 당시 예비경선이 실시된 서울교육문화회관에 있었던 자들이 누구인지를 추적하기 위한 것으로 보입니다. 이와 같이 기지국 수사는 그 취지와 달리, 그리고 법원의 허가를 얻는다 하더라도 사실상 수사기관의 의지에 따라 수사편의상으로 이루어지고 있는 것입니다.

당시 용의자를 특정하기 어려웠다 하더라도 금품을 수수하였다는 혐의를 받는 자를 찾기 위해서는 폐쇄회로티브이(CCTV) 기록을 압수□수색하여 찾는거나, 금품을 살포했다는 의혹을 받고 있는 후보 측 관계자의 진술을 확보한다거나, 목격자의 진술을 확보한다거나, 수사기관에 의혹을 제기한 자의 진술을 확보하는 등 당시 행사장에 있었던 사람들의 통신 기록을 무더기로 수집함으로써 통신비밀과 사생활의 비밀을 대량으로 무차별적으로 침해하는 것보다 덜 기본권을 침해하는 방법이 가능하였다 할 것입니다. 실제로 당시 언론보도에 따르면 검찰은 행사장의 폐쇄회로티브이(CCTV) 기록을 압수□수색하고 금품을 살포한 것으로 지목된 후보 측의 사무실을 압수□수색하기도 하였습니다. 그런데도 다수의 국회의원, 일반당원, 기자 등 언론인 등이 모여 있었던 행사장을 관할하는 기지국을 이용한 모든 사람의 통화 기록 및 당사자와 상대방의 전화번호 등 인적 사항들을 수사기관이 수집함으로써 수사의 필요성과 무관하게 중대한 기본권 침해가 이루어졌습니다.

한편 청구인은 언론사 기자로서 기지국 수사를 통해 언론인의 전기통신과

관련한 정보와 전화번호, 인적 사항 등이 언제든지 수사기관의 필요에 의하여 수집한 것으로서, 이는 결국 언론의 자유를 위축시키고 침해한 결과까지 낳는다고도 할 수 있습니다. 특히 현장을 찾아 취재하는 기자의 특성상 기지국 수사에서 정보가 유출될 가능성은 매우 높다고 할 것입니다. 이와 같이 언론인이 이동통신 등을 통해 언제든지 감시받을 수 있는 상태에서는 언론의 자유를 누릴 수 있다고 보기 어렵다 할 것입니다.

결국 통신사실 확인자료제공 요청 대상자의 성명과 전화번호 등 개인을 특정할 수 있는 사항 없이 범죄의 혐의가 인정되거나 있을 것으로 보이는 자가 아닌 사람들까지 기본권 제한과의 비례성을 무시하고 당시 전기통신을 하였는지에 대한 근거도 없이 저인망식 무더기 수사를 한 이 사건 기지국 수사는 청구인의 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보 자기결정권, 언론의 자유 등을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다 할 것입니다.

4. 청구의 적법성

가. 대상적격

이 사건 기지국 수사와 이 사건 심판대상법률 모두 헌법재판소법(이하 헌재법이라고만 합니다) 제68조 제1항이 말하는 공권력의 행사임에는 의문이 없습니다.

문제는 청구취지 제1항의 이 사건 기지국 수사가 법원의 허가에 의해 이루어졌다는 점에서 기지국 수사의 위헌성을 다투는 것이 간접적으로 법원의 제판을 다투는 것이 되어 실질적으로 헌법재판소법 제68조 제1항에 반하여 대상적격이 부정되는지입니다. 결론적으로, 그렇게 보는 것은 부당합니다.

1) 먼저 이 사건 기지국 수사와 통신사실확인자료 제공요청에 대한 법원

의 허가(이하 “이 사건 법원의 허가”라 하겠습니다)는 분명하게 구별되는 공권력의 행사입니다. 즉 이 사건 기지국 수사는 행정권의 행사로서, 비록 사법부의 심사를 거쳤다고 하더라도 그 본질이 바뀌지는 않습니다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘재판’이 아님은 명백합니다.

2) 그렇다면 이 사건 기지국 수사가 법원의 심사를 거쳤다는 점에서 이른바 ‘법원의 재판을 거친 행정처분’과 유사한지여부입니다.

행정소송의 대상이 되는 행정처분의 경우에는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하여 헌법소원을 제기하기에 앞서 행정소송절차를 거치도록 되어 있고 이러한 경우 행정소송절차에서 선고되어 확정된 판결과 헌법재판소가 헌법소원심판절차에서 선고하게 될 인용결정의 기속력과의 관계, 법원의 재판을 원칙적으로 심판의 대상에서 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지 등에 비추어 그에 대한 헌법소원심판청구가 원칙적으로 허용하지 않는다는 사실, 즉 원행정처분에 대하여 법원에 행정소송을 제기하여 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 경우에는 당사자는 그 판결의 기판력에 의한 기속력을 받게 되므로 그 법원의 재판이 96헌마172등 사건과 같은 예외적인 경우에 해당하여 그 역시 동시에 취소되는 것을 전제로 하지 아니하는 한, 원행정처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구는 허용되지 않는다는 사실을 알고 있습니다.

하지만 이 사건 기지국 수사는 이른바 원행정처분과는 다릅니다. 즉 원행정처분은 이미 완성된 공권력 행사에 대하여 법원의 확정된 심사를 거친 것이라면 이 사건 기지국 수사는 진행중인 공권력행사에 대하여 법원의 심사를 받아 집행을 통해 완성되는 것으로서 형식은 유사할지 모르나 실질적으로는 차이가 있습니다. 이러한 차이는 구체적으로 법원의 허가 후 실제의 집행과정에서 발생할 수 있는 기본권 침해과정에서 나타납니다. 원행정처분의 경우에는 행정권의 행사가 이미 종료되었기 때문에 이에 대한 사법권의 심사 대상 또한 확정된 공권력의 행사에 대하여 이루어지는데 비해 이 사건

기지국 수사와 같은 경우 법원의 허가는 전체적인 기지국 수사의 과정 중에 이루어지는 것이므로 허가 후의 집행과정을 사법심사의 대상으로 삼을 수가 없습니다.

또한 원행정처분의 경우 이루어지는 법원의 심사는 처분의 대상자가 직접 참여하여 처분의 위법함을 다룰 수 있는데 비해 기지국수사의 경우에 이루어지는 법원의 허가에서 수사의 대상자가 직접 참여할 수 없습니다. 그리고 뒤에서 검토하는 바와 같이 기지국수사에 대하여 항고소송을 제기하더라도 소의 이익이 없어 각하되므로 청구인과 같은 대상자가 법원의 심사에 참여할 수 있는 기회가 사실상 봉쇄되어 있습니다.

따라서 구조상 이른바 원행정처분과 동일하다고 하더라도 기지국수사는 그 실질이 다릅니다. 그리고 행정처분과 달리 기지국수사는 본질적으로 기본권을 침해하는 행위라는 점에서 국민의 기본권수호기관인 헌법재판소에서 더욱 그 판단이 필요할 것입니다. 따라서 이 사건 기지국수사는 그 대상적격이 인정된다 할 것입니다.

나. 기본권 침해의 자기관련성, 직접성, 현재성

1) 자기관련성

청구취지 제1항의 경우, 이 사건 기지국 수사로 인하여 청구인이 자신의 사적인 통신자료까지 수사기관에 수집된다는 점에서 자기관련성은 인정된다고 할 것입니다.

한편 청구취지 제2항의 경우 이 사건 기지국 수사의 근거법률이라는 점에서 자기관련성이 인정된다고 할 것입니다.

2) 직접성

가) 청구취지 제1항의 경우

이 사건 기지국 수사가 청구인의 기본권(통신, 사생활의 자유 등)을 직접 침해한다는 점은 의문의 여지가 없습니다.

나) 청구취지 제2항의 이 사건 심판대상법령조항의 경우

이 사건 기지국 수사와 같이 구체적 집행행위가 존재하는 경우라 하더라도 법률자체에 대한 헌법소원심판청구의 적법성이 부정되지 않습니다. 헌법재판소는 “집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우에는 당해 법률을 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다”고 판시하고 있습니다(헌법재판소 1997. 8. 21. 96헌마48결정, 판례집 9-2).

이 사건 법률조항의 경우 이 사건 기지국 수사에 대하여 통신비밀보호법상 구제절차가 없음은 앞서 본 바와 같습니다. 가사 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 자에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우에 해당한다고 할 것입니다. 따라서 직접성의 예외가 인정된다고 판단됩니다.

3) 현재성

이 사건 기지국 수사는 이미 종료하였으나 장래 불이익을 입게 될 것이라는 것을 현재의 시점에서 충분히 예측할 수 있고, 침해행위의 반복위험이 있으며, 수사기관의 관행상 언제라도 이와 같은 수사방법이 이용됨으로써 위 사항은 헌법적으로 해명할 필요성이 인정되는 경우에 해당하여 현재성의 예외 역시 인정된다고 할 것입니다.

다. 보충성

1) 청구취지 제1항 관련하여, 위에서 살핀 바와 같이 이 사건 기지국 수사에 대해서는 통신비밀보호법상 불복수단이 존재하지 않습니다. 나아가 기지국 수사에 대해 그 처분의 취소를 구하는 항고소송을 고려하여 볼 수 있으나, 항고소송을 제기할 경우 기지국 수사가 이미 이루어졌다는 점에서 소의 이익이 인정되지 않아 각하될 수밖에 없는바 보충성의 예외에 해당합니다. 헌법재판소도 행정소송에서 소의 이익이 인정되기 어려운 경우 보충성의 예외에 해당한다고 보아 적법요건을 인정하고 있습니다(헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2004헌마290 결정 참조).

2) 청구취지 제2항 관련, 법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없으므로 구제절차가 있는 경우에 해당하지 않아 바로 헌법소원을 청구할 수 있습니다.

라. 권리보호이익 인정 여부

1) 헌법재판소는 “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(헌재 2002. 7. 18. 선고 2000헌마707 결정 참조).

2) 청구취지 제1항의 이 사건 기지국 수사는 이미 종료된 행위로서 이와 같은 공권력행사에 대하여 위헌결정이 내려진다고 하더라도 청구인에게 권리구제에 이바지하지는 않습니다. 하지만 앞으로도 이러한 기지국 수사가 반복

하여 행해질 개연성이 있을 뿐만 아니라 앞에서 살핀 바와 같이 기지국 수사의 해악을 고려하여 본다면 이의 위헌성을 규명하는 것은 헌법질서의 수호 유지를 위해서 매우 중요한 의미를 가지는 사안이라 할 것입니다.

마. 청구기간

1) 청구취지 제1항 관련 청구인은 자신에 대한 이 사건 기지국 수사가 이루어졌다는 통신사실확인자료제공 요청 집행사실 통지서를 2012. 3. 20. 받았으므로(참고자료1 참조), 청구인이 위 시기에 이 사건 수사가 이루어졌다는 사실을 알게 되었다고 볼 것인바, 이 시점부터 90일의 청구기간을 기산해야 할 것인데 심판청구일인 2012. 6. 14.은 이로부터 역수상 90일이 도과하지 않았으므로 청구기간을 준수하였습니다.

또한 이 사건 기지국 수사가 구체적으로 언제 이루어졌는지에 대하여는 청구인으로서 알 수 없으나 수사의 대상이 2011. 12. 26.의 통신사실이고 이 사건 기지국 수사가 그 이후에 이루어졌다는 것은 사실은 경험칙상 분명하므로 이 사건 헌법소원심판청구가 그로부터 1년이 경과하지 않은 시점에서 이루어진 것은 명백하다 할 것입니다.

2) 청구취지 제2항 관련하여 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 하는데, 이때 '법령에 해당하는 사유가 발생한 날'이란 '법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 최초의 날'을 의미합니다(헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌마655 결정 참조).

이 사건 청구의 경우 청구인이 통신사실 확인자료제공 요청 집행사실 통지를 받은 것은 이 사건 기지국 수사가 처음이므로 청구인은 위 집행사실 통지를 받은 시점에 처음으로 '그 사유가 발생하였음'을 알게 된 것이므로

위 1)에서 밝힌 바와 동일하게 청구기간을 충족하였습니다.

5. 결어

이상과 같이 이 사건 법률조항과 기지국 수사는 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보 자기결정권을 침해하고 명확성의 원칙, 영장주의, 자의금지원칙을 위반하여 헌법에 위반되므로 이 사건 헌법소원심판청구에 이르렀습니다.

참 고 자 료

1. 통신사실 확인자료제공 요청 집행사실 통지서
2. 통신사실 확인자료제공 통계자료(방송통신위원회)
3. 박희영, 「통신사실확인자료 보관 규정의 통신비밀침해에 대한 위헌판결」

첨 부 서 류

1. 위 참고자료 각 1부
2. 소송위임장 1부

2012. 6. 14.

청구인 대리인 변호사 김 동 현 (인)

변호사 서 선 영 (인)

헌법재판소 귀중