

통신비밀보호법 개선을 위한 토론회

총체적 헌법불합치 통신비밀보호법, 어떻게 개선할 것인가

일 시 | 2018년 11월 19일(월) 오전 10:00

장 소 | 국회의원회관 제7간담회실

주 최 | 국회 박주민 의원 (더불어민주당/서울 은평구갑),
공익인권변호사모임 희망을만드는법,
민주사회를위한변호사모임 디지털정보위원회,
정보인권연구소, 진보네트워크센터, 참여연대,
천주교인권위원회

순서

10:00 ~ 10:05 개회

10:05 ~ 10:15 인사말 **박주민** | 더불어민주당 국회의원 (서울 은평갑)

사회 **조지훈** | 민주사회를위한변호사모임 디지털정보위원회 위원장

10:15 ~ 10:45 발제 **이호중** | 서강대학교 법학전문대학원 교수
정보인권연구소 이사장

10:45 ~ 11:45 토론 **양홍석** | 참여연대 공익법센터 소장, 변호사

오지현 | 법무법인 원 변호사

한가람 | 공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사

오병일 | 진보네트워크센터 정책활동가

11:45 ~ 12:00 전체토론



박주민 | 더불어민주당 서울 은평갑 국회의원

안녕하십니까. 더불어민주당 서울 은평갑 국회의원 박주민입니다. 바쁘신 와중에 통신비밀보호법 개선을 위한 토론회에 참석해주신 모든 분께 감사드립니다.

오늘 이 자리는 공익인권변호사모임 희망을 만드는 법, 민주사회를 위한 변호사 모임 디지털정보위원회, 정보인권연구소, 진보네트워킹센터, 참여연대, 천주교인권위원회의 노력의 결실로 마련됐습니다. 토론회 주최를 위해 애써주신 관계자분들께 감사드립니다.

그동안 국가정보원·검찰·경찰·기무사 등 정보수사기관에서는 통신 이용자의 통화내용을 영장 없이 엿들어 정보인권침해라는 비판을 받아왔습니다. 2015년 불거진 국정원의 RCS 해킹 의혹부터 최근 알려진 국군기무사령부의 단파감청, 경찰 시민단체의 감청 등이 대표적인 불법 감청 사례입니다. 또 무분별하게 통화내역을 조회하고 통신사에 과도하게 개인정보 등을 요청해 정보인권을 침해하는 것도 문제로 지적돼 왔습니다.

하지만, 현행법의 한계로 인해 정보수사기관의 불법행위를 제대로 통제하지 못하고 있습니다. 결과적으로 촛촛하지 못한 현행법으로 인해 정보수사기관의 불법 감청과 광범위한 통신사실확인자료 수집이 만연할 수밖에 없는 환경을 초래한 꼴입니다.

통신수사에 대한 헌법재판소의 연이은 결정은 현행 통신비밀보호법이 시급히 개선되어야 함을 방증합니다. 2010년 12월 감청 기간 무제한 연장에 대한 헌법 불합치 결정이 선고되었습니다. 지난 6월에는 실시간 위치추적과 기지국수사에 대한 헌법불합치가 결정됐고, 8월에는 패킷감청에 대한 헌법불합치 결정이 선고되었습니다.

이에 현행 통신비밀보호법의 문제점을 살펴보고 정보수사기관의 무분별한 통신사실확인자료 수집과 불법 감청을 통제할 수 있는 방안을 마련하고자 토론회를 열게 되었습니다. 현행법의 한계로 인해 발생하는 문제를 공론화하고 올바른 통신비밀보호법 개선을 모색하기 위해 많은 분이 논의에 참여하셨습니다.

발제를 맡아주신 이호중 교수님, 토론자로 참석하신 양홍석·오지현·한가람 변호사님과 오병일 활동가님, 사회를 봐주실 조지훈 변호사님께 감사 인사를 전합니다. 오랫동안 통신비밀보호법 개선을 위해 노력하신 분들을 한자리에 모인 만큼 의미 있는 결론이 도출될 수 있기를 기대하겠습니다.

다시 한 번 오늘 토론회에 참석해주신 모든 분께 감사드립니다.

총체적 헌법불합치, 통신비밀보호법의 전면적인 개정을 위하여

이호중

| 서강대학교 법학전문대학원 교수 / 정보인권연구소 이사장

1. 서론

통신비밀보호법(이하 ‘통비법’이라 함)은 통신의 자유를 제한하는 조치로 ‘통신제한조치’, 특히 ‘전기통신의 감청’과 ‘통신사실확인자료의 제공’에 관해서 그 요건과 절차 등을 규정하고 있는데, 그 동안 통신사실확인자료 제공과 관련해서는 기지국수사 및 실시간 위치추적자료의 제공 문제가 심각한 인권침해의 쟁점으로 논란되어 왔으며, 전기통신의 감청과 관련해서는 인터넷회선감청(소위 ‘패킷감청’)의 문제가 제기된 바 있다. 이 쟁점에 관한 인권시민사회 진영의 문제제기는 관련 사건에 대한 헌법소원 청구로 이어졌다.

지난 수년간 이 쟁점들에 대한 판단을 미루고 있던 헌법재판소가 최근에 일련의 헌법불합치 결정을 내놓은 것은 무척 고무적이다. 지난 6월 28일 헌법재판소는 기지국수사와 실시간 위치정보 추적자료의 제공에 관하여 과잉금지원칙 위반을 이유로 헌법불합치 결정을 선고하였고, 8월30일에는 인터넷회선감청에 관하여 역시 과잉금지원칙 위반을 근거로 헌법불합치를 선고하였다. 헌법재판소의 논증 그리고 헌법재판소가 제시하는 개선입법의 방향은 후술하는 바와 같이 상당히 미흡하다는 한계를 안고 있기는 하지만, 헌법재판소가 3개의 헌법불합치 결정에서 개선입법의 시한을 2020.3.31.로 한정했으므로 이제 통비법의 전면적

인 개정을 위한 본격적인 논의는 피할 수 없는 상황에 이르렀다.

한편, 전기통신의 감청과 관련하여 최근 기무사의 세월호 유족 사찰과 감청이라든가¹⁾ 경찰 보안사이버수사대의 시민단체 불법감청²⁾ 등 정보수사기관이 불법적인 감청을 자행해 온 사실이 속속 드러나고 있다. 2015년에는 국정원의 RCS 사용 의혹³⁾이 제기된 바 있다. 정보수사기관들의 불법감청이 이처럼 반복되는 것은 국가기관의 불법감청을 적발하기가 매우 어렵다는 현실에도 그 원인이 있지만, 통비법상 감청의 요건이나 절차에서 그만큼 사법적·인권법적 통제가 치밀하지 못하기 때문이기도 하다.

이 글은 헌법재판소의 일련의 헌법불합치 결정의 의미와 한계를 간략하게 짚어 보면서, 전기통신의 감청 및 통신사실확인자료 제공을 중심으로 통비법 개정의 방향을 논의하고자 한다. 이 글의 목적은 최근 일련의 헌법불합치 결정을 계기로 조성된 통비법 개정의 공론장에서 인권법적 관점에서 개정의 큰 방향과 줄기를 제안하는데 있다.

Ⅱ. 헌법재판소의 헌법불합치 결정들

1. 기지국수사에 관한 헌법불합치 결정

(1) 기지국수사의 개념과 문제상황

소위 ‘기지국수사’는 법적으로 명확하게 정의된 개념은 아닌데, 지난 6월 28일 헌법재판소는 기지국수사에 관한 헌법불합치 결정에서 이를 통신비밀보호법

1) "기무사, 통치권 보필 위해 세월호 민간인 불법 감청·사찰"(뉴스1 2018.11.6. 기사)
<http://news1.kr/articles/?3469699>

2) "경찰 6년간 불법 감청... "국가 안보 위한 위법이었다" (KBS 2018.10.15. 기사)
<http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4051485&ref=D>

3) 2015년 7월 5일 인터넷상에 공개된 이탈리아 Hacking Teams의 자료에 의하면, 국정원은 RCS의 구입 고객이었다. 의혹이 불거지자 국정원은 이탈리아 해킹팀으로부터 RCS를 구입했다는 사실은 마지 못해 시인하면서도 대북·대테러용으로만 사용했다고 해명했다. 그렇지만, 유출된 400기가 분량의 Hacking Team 자료에 대한 분석 결과, 국정원이 RCS를 국내에서 사용했음을 추정케 하는 사실들이 드러난 바 있다.

제13조에 근거하여 “특정 시간대 특정 기지국경찰 6년간 불법 감청...“국가 안보 위한 위법이었다”에서 발신된 모든 전화번호 등을 통신사실확인자료로 제공받는 수사방식”이라고 말한 바 있다.⁴⁾ 독일 형사소송법 제100g조 제3항은 기지국수사(Funkzellenabfrage)의 개념을 “어느 기지국에서 생성된 모든 통신데이터(Verkehrsdaten)⁵⁾를 수집하는 것”이라고 정의하면서 기지국수사 방식의 통신데이터 수집에 대해서는 보다 엄격한 요건으로 규율하고 있다.

흔히 기지국수사는 살인·성폭력 등의 강력범죄에서 용의자를 특정할 수 없는 연쇄범죄가 발생하였거나 동일 사건의 단서가 여러 지역에서 시차를 두고 발견된 경우에, 사건발생 지역의 기지국에서 착·발신된 전화번호 및 통신내역 정보를 추적·비교분석함으로써 용의자의 범위를 좁혀나가는 수사기법으로 활용된다고 한다.⁶⁾ 그런데 이는 기지국수사의 기법이 유용하게 활용되는 전형적인 사례일 뿐이며, 기지국수사는 통신사실확인자료의 수집에 관한 일반 규정인 통비법 제13조 제1항을 근거로 하기 때문에 법적으로 기지국수사의 대상범죄라든가 요건에 특별한 제약이 있는 것은 아니다.

이처럼 기지국수사의 활용가능성이 광범위할 뿐만 아니라, 기지국수사로 수사기관에 제공되는 통신사실확인자료의 범위도 엄청난 수준이다. 2015년에 기지국수사의 허가서 건수는 1,394건으로 통신사실확인자료 제공요청 허가서 전체 건수 300,942건의 0.48%에 불과하였지만, 기지국수사로 제공된 전화번호수는 4,970,326건으로 통신사실확인자료로 제공된 전체 전화번호수(5,484,945건)의 90.62%를 차지하였다.⁷⁾

4) 현재 2018.6.28. 2012헌마538.

5) 독일의 Verkehrsdaten은 우리나라의 통신사실확인자료에 상응하는 개념이다. 그렇지만, 양 개념이 포괄하는 범주가 완전히 동일한 것은 아니기 때문에 양 개념을 구별해서 사용할 필요가 있으므로, 이 글에서는 이를 ‘통신데이터’라는 개념으로 번역하여 사용한다.

6) 방송통신위원회, ‘10년 상반기 감청 및 통신사실확인자료 제공 현황 (보도자료, 2010.9.17.)’, 2면.

7) 기지국수사에 의하여 제공된 전화번호수는 2010년에는 약 3,870만 건, 2011년에는 약 3,680만 건에 달했다가, 이후 지속적으로 감소하는 추세를 보여주고 있다. 2016년부터는 기지국수사의 통계가 별도로 집계되지 않아 현재는 기지국수사에 관한 정확한 통계수치를 파악하기는 어렵다(여기에서 언급된 기지국수사 통계는 2016년 9월 이재정 의원실이 국정감사 요구자료로 정부로부터 제출받은 것임).

(2) 헌법불합치 결정

헌법소원에 이른 사건은 아래와 같다. 2011.12.26. 서울 서초구 ○○동에 있는 ○○회관에서 ○○당 당대표 선출을 위한 예비경선 과정에서 성명불상자가 선거인들에게 금품을 살포했다는 의혹이 일자, 서울중앙지검 검사는 사건 현장의 CCTV 자료를 확인하여 용의자가 이동전화로 통화하는 시각을 알아내고, 2012.1.25. 18:10경 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자들에게 2011.12.26. 17:00부터 17:10 사이 ○○회관을 관할하는 기지국을 이용하여 착·발신한 전화 번호, 착·발신 시간, 통화시간, 수·발신 번호 등의 통신사실확인자료 제공을 요청하였고, 전기통신사업자들로부터 총 659명의 통신사실 확인자료를 제공받았다. 이 사건 헌법소원의 청구인은 인터넷언론의 기자로, 위 시각에 ○○회관에서 개최된 예비경선을 취재하고 있었는데, 2012.3.20. 검사로부터 통신사실확인자료 제공요청 집행사실을 통지받아 자신의 정보가 수사기관에 제공된 것을 알게 되었다.

헌법소원 청구는 이 사건의 기지국수사에 의한 통신사실확인자료 제공요청 및 수집행위와 그 근거 법률인 통비법 제13조 제1항 및 제2항에 대하여 이루어졌는데, 헌법재판소는 이 사건의 기지국수사 행위에 대해서는 심판청구의 이익이 없다는 이유로 각하하였고, 통비법 제13조 제1항 및 제2항의 위헌 여부를 심판하였다.

위헌의 주요 쟁점은 과잉금지원칙 및 영장주의의 위반 여부였다. 헌법재판소는 과잉금지원칙, 특히 침해최소성 원칙 및 법익균형성 원칙을 위반하여 위헌이라고 판시하였다 : 「이동전화의 이용과 관련하여 필연적으로 발생하는 통신사실 확인자료는 비록 비내용적 정보이지만 여러 정보의 결합과 분석을 통해 정보주체에 관한 정보를 유추해낼 수 있는 민감한 정보인 점, 수사기관의 통신사실 확인자료 제공요청에 대해 법원의 허가를 거치도록 규정하고 있으나 수사의 필요성만을 그 요건으로 하고 있어 제대로 된 통제가 이루어지기 어려운 점, 기지국수사의 허용과 관련하여서는 유괴·납치·성폭력범죄 등 강력범죄나 국가안보를 위협하는 각종 범죄와 같이 피의자나 피해자의 통신사실 확인자료가 반드시 필요한 범죄로 그 대상을 한정하는 방안 또는 다른 방법으로는 범죄수사가 어려운 경우(보충성)를 요건으로 추가하는 방안 등을 검토함으로써 수사에 지장을 초래하지 않으면서도 불특정 다수의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재하는 점을 고려할 때, 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 개인정보자기결

정권과 통신의 자유를 침해한다.」⁸⁾

한편, 헌법재판소는 “영장주의의 본질이 강제처분을 함에 있어서는 인적·물적 독립을 보장받는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야만 한다는 데에 있음을 고려할 때, 통신비밀보호법이 정하는 방식에 따라 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 하고 있는 이 사건 허가조항은 실질적으로 영장주의를 충족하고 있다”고 하면서 영장주의 위반은 인정하지 않았다.

2. 위치정보 추적자료의 제공 및 당사자 등지제도에 관한 헌법불합치 결정

(1) 위치정보 추적자료의 제공에 관한 헌법불합치 결정

통신사실확인자료 제공의 일환으로 행해지는 이동전화 위치정보 추적자료의 제공과 관련해서도, 헌법재판소는 과잉금지원칙 위반을 인정하였다 : 「수사기관은 위치정보 추적자료를 통해 특정 시간대 정보주체의 위치 및 이동상황에 대한 정보를 취득할 수 있으므로 위치정보 추적자료는 충분한 보호가 필요한 민감한 정보에 해당되는 점, 그럼에도 이 사건 요청조항은 수사기관의 광범위한 위치정보 추적자료 제공요청을 허용하여 정보주체의 기본권을 과도하게 제한하는 점, 위치정보 추적자료의 제공요청과 관련하여서는 실시간 위치추적 또는 불특정 다수에 대한 위치추적의 경우 보충성 요건을 추가하거나 대상범죄의 경중에 따라 보충성 요건을 차등적으로 적용함으로써 수사에 지장을 초래하지 않으면서도 정보주체의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재하는 점, 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청에 대해 법원의 허가를 거치도록 규정하고 있으나 수사의 필요성만을 그 요건으로 하고 있어 절차적 통제마저도 제대로 이루어지기 어려운 현실인 점 등을 고려할 때, 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해한다.」⁹⁾

위치정보 추적자료의 제공에서도 영장주의 위반 여부가 쟁점이었지만, 헌법재판소는 기지국수사에 관한 결정과 동일한 논거로 통비법 제13조 제2항이 영장주의에 위배되는 것은 아니라고 하였다.

8) 헌재 2018.6.28. 2012헌마538.

9) 헌재 2018.6.28. 2012헌마191, 550, 2014헌마357 병합.

(2) 통지조항(통비법 제13조의3)에 관한 헌법불합치 결정

같은 결정에서 헌법재판소는 통신사실확인자료의 제공에 관한 통지 규정인 통비법 제13조의3에 대해서 적법절차 원칙에 위배된다는 점을 들어 위헌이라고 판시하였다 : 「수사의 밀행성 확보는 필요하지만, 적법절차원칙을 통하여 수사기관의 권한남용을 방지하고 정보주체의 기본권을 보호하기 위해서는, 위치정보 추적자료 제공과 관련하여 정보주체에게 적절한 고지와 실질적인 의견진술의 기회를 부여해야 한다. 그런데 이 사건 통지조항은 수사가 장기간 진행되거나 기소중지결정이 있는 경우에는 정보주체에게 위치정보 추적자료 제공사실을 통지할 의무를 규정하지 아니하고, 그 밖의 경우에 제공사실을 통지받더라도 그 제공사유가 통지되지 아니하며, 수사목적은 달성한 이후 해당 자료가 파기되었는지 여부도 확인할 수 없게 되어 있어, 정보주체로서는 위치정보 추적자료와 관련된 수사기관의 권한남용에 대해 적절한 대응을 할 수 없게 되었다. 이에 대해서는, 수사가 장기간 계속되거나 기소중지된 경우라도 일정 기간이 경과하면 원칙적으로 정보주체에게 그 제공사실을 통지하도록 하되 수사에 지장을 초래하는 경우에는 중립적 기관의 허가를 얻어 통지를 유예하는 방법, 일정한 조건 하에서 정보주체가 그 제공요청 사유의 통지를 신청할 수 있도록 하는 방법, 통지의무를 위반한 수사기관을 제재하는 방법 등의 개선방안이 있다. 이러한 점들을 종합할 때, 이 사건 통지조항은 적법절차원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보 자기결정권을 침해한다.」¹⁰⁾

통지 규정에 대한 헌법불합치 결정은 통신사실확인자료 중 위치정보 추적자료(통비법 제2조 제11호 바목과 사목)의 제공에 관한 통지에 한정된 것이지만, 그 위헌의 논증과 취지는 통비법 제13조의3 전반에 대한 것이라고 보아도 무방하다.

3. 인터넷회선감청에 관한 헌법불합치 결정

(1) 인터넷회선감청의 특성

10) 헌재 2018.6.28. 2012헌마191, 550, 2014헌마357 병합.

‘인터넷회선감청’이란, “인터넷회선을 통하여 흐르는 전기신호 형태의 ‘패킷(Packet)’을 중간에 확보하여 재조합 기술을 거쳐 그 내용을 파악하는”¹¹⁾ 방식의 전기통신 감청을 말한다. 종래 주로 ‘패킷감청’이라 불려왔다. 대법원은 패킷감청이 통비법상 전기통신 감청의 하나로 허용된다고 판시한 바 있다 : 「인터넷 통신망을 통한 송·수신은 통신비밀보호법 제2조 제3호에서 정한 ‘전기통신’에 해당하므로 인터넷 통신망을 통하여 흐르는 전기신호 형태의 패킷(packet)을 중간에 확보하여 그 내용을 지득하는 이른바 ‘패킷 감청’도 같은 법 제5조 제1항에서 정한 요건을 갖추는 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 허용된다고 할 것이고, 이는 패킷 감청의 특성상 수사목적과 무관한 통신내용이나 제3자의 통신내용도 감청될 우려가 있다는 것만으로 달리 볼 것이 아니다.»¹²⁾

인터넷회선감청은 특정 인터넷회선을 통해 오가는 모든 데이터가 패킷 형태로 수집되어 수사기관에 그대로 전송·저장되기 때문에, 수사기관이 취득하는 정보의 양과 범위가 다른 감청 수단과는 비교할 수 없을 정도로 방대하다는 특성을 지닌다. 법원은 피의자나 피내사자가 사용하는 것으로 인정되는 인터넷회선을 특정하여 통신제한조치를 허가하겠지만, 오늘날 인터넷으로 모든 것을 하는 시대에 인터넷회선감청은 그 회선을 이용하는 개인의 사생활의 비밀에 속하는 무수히 많은 정보가 수사기관에 실시간으로 고스란히 노출되는 결과를 피할 수 없다. 이메일이나 SNS 메신저, 인터넷전화 등을 통한 의사소통은 물론이고, 피의자가 접속한 모든 웹페이지 주소와 이동경로 및 로그인 정보, 해당 웹페이지에 접속한 시간과 기간, 컴퓨터를 켜고 끈 시간 등이 실시간으로 노출된다. 이용자가 인터넷쇼핑이나 인터넷뱅킹을 이용한 경우라면 그 거래정보도 수사기관에 그대로 노출되었을 것이며, 더 나아가서 이용자가 어떤 영상물을 보았는지, 어떤 음악을 들었는지, 무엇을 검색했는지 등 지극히 개인의 사적 취향에 관한 자료도 수사기관이 확보할 수 있다.

게다가 인터넷회선감청의 특성상 해당 인터넷회선을 이용하는 ‘모든 사람’의 데이터가 감청의 대상이 된다. 오늘날 하나의 인터넷회선을 오직 한 사람만이 이용하는 경우는 거의 없으며, 여러 사람이 같은 회선을 공동으로 이용하는 것이 훨씬 일반적일 뿐만 아니라, 공유기나 분배기의 사용도 보편화되고 있다. 그런데 수사기관이 회선감청을 집행할 때 현재 인터넷을 이용하는 사람이 피의자

11) 헌재 2018.8.30. 2016헌마263.

12) 대법원 2012.10.11. 선고 2012도7455 판결.

인지 다른 사람인지를 판별하기란 현실적으로 거의 불가능하다. 그리고 인터넷 회선감청은 대부분 패킷을 복제하여 수사기관에 전송하여 저장한 후에 수사기관이 저장된 패킷정보들에 대해 재조합기술을 통해 그 내용을 파악하게 되는데, 그렇다면 수사기관이 재조합기술을 거쳐 저장된 정보를 직접 열람하기 전까지는 감청대상자의 선별은 물론이고, 범죄 관련 정보의 선별은 기술적으로 불가능하다.

(2) 헌법불합치 결정의 요지

헌법재판소도 패킷감청의 특성인 수집정보의 방대함과 포괄성을 침해최소성 원칙 위반의 핵심 문제로 파악하면서 다음과 같이 말한다 : 「인터넷회선 감청은 법원이 이를 허가하는 단계에서는, 특정 피의자 내지 피내사자를 대상으로 하여 이들이 특정 인터넷회선을 이용하여 송·수신하는 전기통신 중 범죄 관련 정보로 감청 범위가 제한되어 허가가 이루어진다 하더라도, 실제 집행 단계에서는 감청 허가서에 기재된 피의자 내지 피내사자의 통신자료뿐만 아니라 단순히 동일한 인터넷회선을 이용할 뿐인 불특정 다수인의 통신자료까지 수사기관에 모두 수집·저장되므로 수사기관이 인터넷회선 감청을 통해 취득하는 개인의 통신자료의 양은 상상하기 어려울 정도로 방대할 수 있다.」¹³⁾

이어서 헌법재판소는 인터넷회선감청에 의하여 수집되는 정보의 방대함과 감청 대상의 포괄성 때문에 감청 집행 단계에서 권한남용을 통제할 법적 장치가 강하게 요구된다는 논증으로 나아간다 : 「인터넷회선 감청은 그 특성상 집행 단계에서 법원이 허가한 인적, 물적 범위를 넘어 감청으로 수사기관이 취득하는 자료의 범위가 무한히 확대될 가능성이 농후하기 때문에, 수사기관의 권한 남용을 방지하고 이로 인한 관련 기본권 침해를 최소화하기 위하여, 집행 과정에서나 집행이 종료된 이후에라도 제3자의 정보나 범죄수사 목적과 무관한 정보까지 수사기관에 의해 수집·보관되고 있지는 않는지, 감청 집행을 통해 수사기관에 광범위하게 취득된 자료를 수사기관이 원래 허가받은 목적, 범위 내에서 제대로 이용·처리하는지 등을 감독 내지 통제할 법적 장치가 강하게 요구된다.」¹⁴⁾

13) 헌재 2018.8.30. 2016헌마263.

14) 헌재 2018.8.30. 2016헌마263.

그런데 통비법은 공무원의 비밀준수의무(제11조)와 통신제한조치로 취득한 자료의 사용제한(제12조)을 규정하고 있을 뿐이며, 인터넷회선감청으로 취득하는 방대한 자료의 처리 절차에 대해 그 권한남용을 감독·통제할 아무런 규정도 없다는 점, 감청의 집행 통지제도는 집행사유를 통제 대상에서 제외하고 있을 뿐만 아니라 수사가 장기화되거나 기소중지된 경우에는 통지가 아예 이루어지지 않아 정보주체의 기본권 침해에 대한 사후적 통제장치로서 제대로 기능하지 못한다는 점, 통비법 제12조는 통신제한조치로 취득한 자료를 해당 범죄의 소추뿐만 아니라 범죄의 예방을 위하여 사용할 수 있도록 규정하고 있으므로 수사기관이 인터넷회선감청으로 취득한 자료를 특정인의 동향 파악이나 정보수집을 위한 목적으로 남용할 가능성이 있다는 점 등을 거론하면서, 헌법재판소는 사후통제 장치의 부재를 근거로 하여 인터넷회선감청이 침해최소성 원칙에 위반된다고 판시하였다 : 「사정이 이러하다면, 이 사건 법률조항은 인터넷회선 감청의 특성을 고려하여 그 집행 단계나 집행 이후에 수사기관의 권한 남용을 통제하고 관련 기본권의 침해를 최소화하기 위한 제도적 조치가 제대로 마련되어 있지 않은 상태에서, 범죄수사 목적을 이유로 인터넷회선 감청을 통신제한조치 허가 대상 중 하나로 정하고 있으므로 침해의 최소성 요건을 충족한다고 할 수 없다.」¹⁵⁾

(3) 의미와 한계

인터넷회선감청에 관하여 헌법재판소는 감청의 집행 단계에서 수사기관의 권한 남용을 통제하고 기본권 침해를 최소화하기 위한 제도적 장치가 제대로 마련되어 있지 않다는 점을 주요 논거로 하여 과잉금지원칙 위반을 인정하였다. 헌재의 이러한 태도는 인터넷회선감청이 통신제한조치의 하나로 허용될 수 있다는 입장을 전제로 집행단계에서 그 권한남용을 통제하는 제도적 장치를 마련해야 한다는 취지로 보인다.

그러나 헌법재판소가 인터넷회선감청의 경우에 그 기술적 특성 때문에 감청대상자의 선별 및 범죄 관련 정보의 선별이 불가능하다는 점을 정확하게 포착하였음에도 불구하고, 감청 대상자를 특정하고 범죄 관련 정보만을 수집한다는 조건 하에 법원에 의하여 ‘허가’될 수 있다는 식으로 인터넷회선감청을 용인하는 태

15) 헌재 2018.8.30. 2016헌마263.

도를 취하는 것은 분명 문제가 있어 보인다. 대상자 선별의 불가능성과 범죄 관련 정보 선별의 불가능성이 인터넷회선감청의 본질적인 특성인데, 그렇다면 그러한 감청의 허가는 일반영장을 발부하는 것이 되어 헌법상 용인될 수 없다는 결론으로 나아갔어야 한다.

Ⅲ. 전기통신의 감청과 압수·수색의 이분법을 넘어서

현행 법체계에서 전기통신사업자가 제공하는 전기통신서비스를 이용함으로써 생성되거나 보관되는 전기통신에 관한 정보 내지 자료를 수사기관이 수사목적으로 수집하는 경로는 크게 감청, 통신사실확인자료의 제공요청 그리고 형사소송법상의 압수·수색으로 구별된다.

1. 전기통신의 내용에 관한 감청과 압수·수색의 모호한 경계

현행 법체계 상 수사기관이 전기통신의 내용을 수집하는 방법으로는 통신비밀보호법상의 감청과 형사소송법에 의한 압수·수색의 두가지 방법이 존재한다.

통신비밀보호법상 감청이란 “전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치등을 사용하여 통신의 음성·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것”을 말한다(제2조 제7호). 대법원은 감청의 개념 및 그 대상에 관하여 다음과 같이 판시한 바 있다 : 「통신비밀보호법에 규정된 ‘통신제한조치’는 ‘우편물의 검열 또는 전기통신의 감청’을 말하는 것으로(제3조 제2항), 여기서 ‘전기통신’이라 함은 전화·전자우편·모사전송 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말하고(제2조 제3호), ‘감청’이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치등을 사용하여 통신의 음성·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다(제2조 제7호). 따라서 ‘전기통신의 감청’은 위 ‘감청’의 개념 규정에 비추어 현재 이루어지고 있는 전기통신의 내용을 지득·채록하는 경우와 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 경우를 의미하는 것이지 전자우편이 송신되어 수신인이 이를 확인하는 등으로 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 등의 행위는 포함하지 않는다 할 것이다.」¹⁶⁾

판례에 의하면, 이메일이나 메신저 등의 통신내용은 발신자의 발신 후 수신자가 “읽을 수 있는 상태”에 도달하면 송·수신이 완료된 것으로 보게 된다. 수신자가 통신내용을 실제 읽어야 송·수신이 완료되는 것이 아니다. 수신자의 개봉 여부와는 무관하게 통신내용을 수신자가 인식할 수 있는 상태가 되면 송·수신이 완료된 것으로 보기 때문에, 이처럼 송·수신이 완료된 전기통신은 통비법상 감청의 대상에 해당하지 않는다. 결국 수사기관은 ‘송·수신이 완료된 전기통신’에 대해서는 형소법상의 압수·수색영장을 발부받아 그 통신내용을 취득할 수 있다.

통신비밀보호법상 감청은 일반 압수·수색에 비하여 적용대상 범위가 제한되어 있고 요건도 상당히 까다롭다. 그 이유는 감청은 통신내용을 실시간으로 지득하는 것이어서 통신비밀의 자유에 대한 직접적인 침해를 수반하기 때문이다. 그런데 감청과 압수·수색의 구별에 관한 대법원 판례에 의하면, 감청은 “송·수신이 진행 중인 동안”에만 가능하다는 결과가 된다. 전통적인 전화감청이나 인터넷 패킷감청은 그 전형적인 예가 된다.

문제는 인터넷을 기반으로 한 SNS 서비스의 특성을 고려할 때, 전기통신의 내용에 관한 감청과 압수·수색의 경계가 상당히 모호해진다는 점에 있다. 메신저 서비스는 서비스 제공의 기술적 방식에 따라 감청의 기술적 가능성이 달라질 수 있다.¹⁷⁾ 예를 들어, 카카오톡의 경우 발신자가 보낸 메시지는 사업자의 서버에 저장되었다가 수신자의 단말기와 서버가 연결되면 수신자에게 전달되는 방식으로 통신이 이루어지는 것이 기본적인 방식이다. 이는 카카오톡 뿐만 아니라 네이버톡이나 다음의 마이피플 등도 유사하다. 설사 메시지의 전송이 암호화되어 이루어진다고 하더라도, 발신 메시지가 메시지 통신사업자의 서버를 경유하는 과정에서 메시지의 복호화는 기술적으로 얼마든지 가능하기 때문에, 메시지가 “서버에 저장되는 순간과 동시에” 특정 계정의 메시지를 실시간으로 추출하는 것은 기술적으로 가능하다. 만약 수사기관이 이러한 방식으로 메신저 서비스상의 대화내용을 수집하였다면, 이는 감청에 해당한다고 말할 수 있다.¹⁸⁾

16) 대법원 2012.11.29. 선고 2010도9007 판결.

17) 오늘날에는 1:1 비밀대화 등 전기통신사업자의 서버를 경유하지 않고 통신이 이루어지는 경우가 많으며, 이에 대한 감청은 거의 불가능한 것으로 알려져 있다.

18) 물론 서버를 경유하지 않는 비밀대화나 1:1채팅의 경우에는 메신저서비스 업체의 서버에 기록이 남지 않기 때문에 업체의 협조를 얻어 감청하거나 압수·수색하는 것은 불가

결국 메시지가 전기통신사업자의 서버에 저장되는 ‘바로 그 순간 혹은 직전에’ 그 내용을 수집하는 행위는 감청에 해당하고, 서버에 저장된 ‘직후에’ 수집하는 것이라면 압수·수색의 대상이 된다는 식으로 감청과 압수수색의 대상이 구별된다고 할 때, 통신비밀의 보호라는 관점에서 보면 그 기술적 차이는 무시해도 무방할 정도이다. 반면에, 감청이나 압수·수색이나의 형식적 구별에 따른 수사기관의 정보수집의 용이성, 즉 감청허가서와 압수·수색영장의 발부요건은 커다란 차이가 있다. 그리고 메신저서비스의 경우에 기술적으로 감청이 개입할 수 있는 시간적인 범위는 점점 협소해지고 있기 때문에, 상대적으로 압수·수색영장의 완화된 요건이 적용되는 범위는 넓어지게 되어 결국 수사기관의 정보취득이 보다 수월해지는 결과가 된다.

그러므로, 통신비밀 보호의 관점에서 볼 때, 전기통신의 내용에 대한 감청과 압수·수색의 법적 허용 요건의 간극이 크다는 점은 분명 심각한 문제로 보인다.¹⁹⁾ 실시간이라는 ‘현재성과 동시성’을 기준으로 한 “감청과 압수·수색의 이분법” 틀을 넘어서서 전기통신의 기술적 특성과 연관된 기본권침해의 위험을 평가하여 세밀한 규정체계를 통해 규율하는 방식으로 법제도의 개선이 필요하다.

2. 통신사실확인자료 제공요청과 압수·수색 및 감청의 모호한 경계

(1) 통신사실확인자료 제공요청과 압수·수색의 관계

1) 통신사실확인자료의 제공요청제도는 처음에는 전기통신사업법상 통신자료와 함께 법원이 발부한 영장이나 허가서 없이 수사기관의 제공요청에 의하여 이를 전기통신사업자로부터 제공받는 방식으로 도입되었다가, 2001년 통신비밀보호법의 개정으로 동법에서 규율되기 시작하였다. 2001년 통신비밀보호법 개정 당시에는 수사기관이 검사장의 승인을 받아 전기통신사업자에게 통신사실확인자료의 제공을 요청할 수 있었으나, 적법절차의 보장에 미흡하다는 비판을 받으면서

능하다.

19) 비슷한 취지의 문제제기는, 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 34면 ; 임석순, “통신비밀보호법상 집행통지규정의 내용적·구조적 문제점과 개선방안 : 통신제한조치 등 집행근거규정의 이원체계에 대한 논의와 함께”, 형사정책연구 제27권 제2호, 2016, 223면 이하 참조.

2005년 통신비밀보호법의 개정으로 현재와 같이 법원의 허가를 받는 방식으로 변화하였다.

2001년 통신비밀보호법의 개정 당시부터 현재까지 통신사실확인자료 제공요청은 “수사를 위하여 필요한 경우”를 요건으로 규정하고 있다. 이는 2011년 형사소송법 개정 이전의 압수·수색영장의 발부요건과 사실상 동일하다.

따라서 수사기관이 전기통신사업자에게 통신사실확인자료의 제공을 요청하는 제도는 이를 형사소송법상의 압수·수색에 의하는 것보다 간편한 절차로 확보할 수 있도록 한 것이다. 2011년 형사소송법의 개정 이전에 압수·수색과 통신사실확인자료 제공요청의 요건이 동일하였다는 점을 전제로 해서 보면, 통신사실확인자료 제공요청제도는 법원의 허가를 받는 방식으로 함으로써 형사소송법상의 압수·수색에 대하여 적용되는 당사자의 절차적 참여의 권리가 적용되지 않는다는 점에서 커다란 차이가 있음을 주목할 필요가 있다. 요건의 면에서도 2011년 형사소송법상 압수·수색의 요건이 약간 강화됨에 따라 현재는 통신사실확인자료의 제공요청제도가 형사소송법상의 압수·수색보다 완화된 요건에 의하여 허용되는 결과가 되었다.

2) 그런데, 통신사실확인자료는 당사자의 통신의 일시와 장소, 통신의 상대방, 통신횟수 등의 정보를 포괄하고 있기 때문에, 특정인에 대한 통신사실확인자료를 수집하여 분석하면 통신의 내용에 대해서도 간접적으로나마 추론할 수 있는 가능성이 있다.²⁰⁾ 따라서 통신사실확인자료가 통신내용에 대한 압수·수색과 비교하여 더 완화된 요건 혹은 동일한 요건에 의하더라도 괜찮다는 식의 형식적인 비교는 타당하지 않다.

뿐만 아니라, 통신사실확인자료 제공요청제도는 그 수집의 대상기간에 제한이 없기 때문에, 수사기관이 법원의 허가만 받는다면 비교적 장기간의 범위에서 특정인의 통신사실확인자료를 수집할 수 있으며, 이를 통해 개인의 사회적 관계라든가 취향 등 인격권의 내밀한 영역에 속하는 사항을 추론할 수 있는 위험이 매우 크다. 그럼에도 불구하고, 통신사실확인자료의 제공요청에 당사자의 참여권을 배제하고 또 요건의 면에서도 형사소송법상의 압수·수색보다 더 완화된 요건으로 허용하고 있는 현행 법체계는 기본권 침해의 정도에 따른 엄격한 통제의

20) 박희영, “독일 형사소송법상 통신데이터 수집권과 한국 통신비밀보호법상 통신사실확인자료제공 요청권의 비교 및 시사점”, 경찰학연구 제9권 제3호, 2009, 44면.

필요성에 비추어 심각한 문제를 안고 있다고 보아야 한다.

(2) 통신사실확인자료의 제공요청과 전기통신에 대한 감청 사이의 간극

현행 법체계에서 수사기관이 전기통신의 내용이 아닌 전기통신 관련 정보를 수집하는 것은 통신비밀보호법 제13조에 의한 통신사실확인자료의 제공요청에 의하여 규율된다. 감청의 개념을 전기통신의 내용을 “송·수신 중에” 지득하는 행위로 엄격하게 해석하는 대법원 판례에 의할 때, 수사기관이 전기통신의 내용을 수집하는 행위에 관한 형사소송법의 규율은 송·수신의 완료 여부에 따라 감청과 압수·수색으로 나뉘는 반면에, 통신사실확인자료의 경우에는 그 수집대상이 과거의 통신사실에 한정되는지, 실시간·장래의 통신사실도 포함되는지가 명확하지 않다.

구 정보통신부의 「통신비밀 보호업무 처리지침(안)」(2005년)은 장래의 통신사실도 통신사실확인자료의 제공범위에 속한다는 입장에서 아래와 같이 설명하고 있다 :

- | |
|---|
| <p>○ 통신사실확인자료 제공범위</p> <ul style="list-style-type: none">- 통신이 완료된 자료(과거자료) : 허가서에 명시된 기간- 통신이 진행중이거나 예상되는 자료(장래자료) : 허가서에 명시된 기간 <p>※ 감청대상의 전화번호에 대한 발착신 전화번호추적자료는 감청기간의 범위 내에서 제공 가능</p> |
|---|

통신사실확인자료의 제공에 통신내용은 포함되지 않는다는 점에서 형식적으로는 통신내용의 감청과 통신사실확인자료 제공요청은 대상이 다르다. 그래서 통신내용의 감청이 통신사실확인자료의 제공보다 기본권에 대한 침해의 강도가 훨씬 크다는 인식이 일반적이다.

그러나 위치정보를 포함하여 모든 통신사실확인자료의 제공요청이 ‘장래의 것’에 대해서도 가능하다고 보면, 그 기본권 침해의 정도는 사실상 감청과 유사해지는 면이 있다.²¹⁾ 통신사실확인자료의 광범위함으로 인해 이를 수집함으로써 통신내용 및 사생활의 비밀에 속하는 사항까지도 은밀하게 탐색할 수 있기 때문

21) 독일에서 현재 통신데이터의 수집에 관한 규정인 형사소송법 제100g조는 연혁적으로 감청에 관한 형사소송법 제100a조와 유사하게 제도화되어 왔다.

이다.

이처럼 통신사실확인자료 제공요청제도가 높은 수준의 기본권 침해를 수반할 가능성이 있음을 고려해 볼 때, 현행 통신비밀보호법의 체계에서 감청의 대상범죄와 요건을 비교적 엄격하게 제한하고 있는 것과 대상범죄의 제한이 없고 요건도 지극히 완화되어 있는 통신사실확인자료 제공제도 사이의 간극은 헌법적 관점에서 기본권 보호에 심각한 결함이 있음을 시사해 준다.

IV. 총체적 헌법불합치, 통비법 개정의 방향과 제안

통비법상의 강제처분인 통신사실확인자료의 수집과 인터넷회선감청에 관하여 2018년에 헌법재판소에서 잇달아 헌법불합치 결정이 선고된 것은 매우 고무적이다. 기지국수사와 실시간 위치추적, 인터넷회선감청은 통신사실확인자료 수집과 전기통신 감청의 여러 유형 중에서 수집정보의 방대함이나 민감성의 측면에서 기본권 침해의 강도가 다른 유형과는 비교할 수 없을 정도로 크다는 특수성이 과잉금지 원칙, 그 중에서도 침해최소성 원칙 위반의 중요한 근거가 되었다. 그런데 이 점은 동시에 위 결정들의 단편성과 한계를 보여주는 것이기도 하다. 헌법재판소의 논증에서는 전기통신 관련 데이터에 대한 수사기관의 강제처분을 어떻게 규율해야 하는지에 관한 총체적 관점이 결여되어 있기 때문이다.

헌법재판소의 위 결정들을 ‘위헌을 피하는 최소한도에서’ 입법으로 반영하는 방안을 고민해 볼 수 있겠지만, 그렇게 하기엔 - 앞서 언급한 바와 같이 - 현행법의 [전기통신의 감청 - 전기통신의 압수·수색 - 통신사실확인자료의 수집]의 전반적인 규율체계 자체가 이미 기본권 보호에 심각한 결함을 안고 있다. 따라서 통비법 개정의 문제의식은 총체적이고 보다 근본적이어야 한다.

한편, 전기통신사업법 제83조 제3항에 따른 ‘통신자료의 제공’ 제도에 대해서 그 동안 영장주의 및 적법절차의 측면에서 많은 비판이 제기된 바 있다. 그 개선방안에 관해서는 여러 가지 다양한 입법방안이 제안되고 있는데, 통신자료의 제공에 대해서 영장주의를 적용하면서 이를 통비법에서 규율하자는 견해가 유력하다. 국가인권위원회도 2014년 권고에서 통신자료의 무분별한 제공 및 수집으로 인한 기본권 침해를 방지하기 위해서는 사법적 통제가 필요하며, 따라서 통비법에서 통신사실확인자료와 통신자료를 통합하여 영장주의를 적용하는 방향으로 개선할 것을 권고한 바 있다.²²⁾ 통신자료의 제공에 관해서 이를 통신사실확인자료의 제공과 통합하여 동일한 요건과 절차를 적용하라는 국가인권위원회의

입장에는 동의하기 어렵지만, 전기통신사업자가 보관하는 이용자의 가입자정보가 영장없이 무분별하게 수사기관에 제공되는 문제를 극복하기 위해서는 이를 통비법에서 사법부의 통제를 받도록 규율하는 것이 바람직해 보인다.

이렇게 보면, 2019년에 도래할 치열한 통비법 개정 논의는 ① 전기통신의 감청, ② 전기통신의 압수·수색, ③ 통신사실확인자료의 수집, ④ 통신자료의 수집의 4가지 유형을 모두 포괄해야 한다. 각각에 대하여 그 기본권침해의 정도와 수사상의 필요성을 정밀하게 분석하면서 요건과 절차적 통제방안을 세밀하게 정립하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 여기에 더하여 ⑤ 통지제도의 개선과제도 검토해야 한다.

1. 통신자료의 제공과 수집에 관한 규율방안

(1) 현황

전기통신사업법 제83조 제3항에 의하여 전기통신사업자는 사법부의 통제 없이 수사기관의 요청에 따라 아래의 6가지 정보를 수사기관에 제공할 수 있다 : 「1. 이용자의 성명, 2. 이용자의 주민등록번호, 3. 이용자의 주소, 4. 이용자의 전화번호, 5. 이용자의 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자임을 알아보기 위한 이용자 식별부호를 말한다), 6. 이용자의 가입일 또는 해지일」.

2010년 이후 2018년 상반기까지 통신자료 제공의 건수는 아래 <표 1>과 같다. 전화번호수를 기준으로 보면, 2014년과 2015년에 무려 1천만건 이상을 이르렀다가 2016년 이후에는 상당히 큰 폭으로 감소하는 추세를 보이고 있다.

<표 1> 연도별 통신자료 제공 건수(출처 : 과학기술정보통신부 통계)

연도	문서 건수	전화번호수	문서 1건당 전화번호수
2010	591,049	7,144,792	12.09
2011	651,185	5,848,991	8.98
2012	820,800	7,879,588	9.60
2013	944,927	9,574,659	10.13

22) 국가인권위원회, 「전기통신사업법」 통신자료제공제도와 「통신비밀보호법」 통신사실확인자료제공제도 개선권고, (2014.4.9)

2014	1,001,013	12,967,456	12.95
2015	1,124,874	10,577,079	9.40
2016	1,109,614	8,272,504	7.45
2017	989,751	6,304,985	6.37
2018 상반기	495,908	3,184,277	6.42

(2) 현행 규율의 문제점

1) 불명확한 요건과 전기통신사업자의 기계적인 정보 제공

통신자료제공의 근거규정인 전기통신사업법 제83조 제3항은 통신자료제공의 요건에 관하여 “재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여”라고 규정하고 있다. 수사기관의 통신자료 수집이 대개 수사 초기단계에서 수사대상자의 인적 사항을 확인하기 위한 목적에서 이루어지는 것임을 감안하더라도 위와 같은 요건은 지나치게 광범위하고 또 불명확한 것이다.

수사기관의 통신사실확인자료 수집에 대하여 통신비밀보호법은 “수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우”(동법 제13조의2)라고 규정하고 있는 것과 비교하면, 통신자료 제공의 경우에는 ‘필요성’ 요건조차 규정되어 있지 않다.

게다가 대법원은 “검사 또는 수사관서의 장이 수사를 위하여 전기통신사업법 제54조(필자 주 : 현 제83조) 제3항, 제4항에 의하여 전기통신사업자에게 통신자료의 제공을 요청하고, 이에 전기통신사업자가 위 규정에서 정한 형식적·절차적 요건을 심사하여 검사 또는 수사관서의 장에게 이용자의 통신자료를 제공하였다면, 검사 또는 수사관서의 장이 통신자료의 제공 요청 권한을 남용하여 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해하는 것임이 객관적으로 명백한 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한, 이로 인하여 해당 이용자의 개인정보자기결정권이나 익명표현의 자유 등이 위법하게 침해된 것이라고 볼 수 없다.”고 하면서 전기통신사업자의 실질적 심사의무를 부정하는 취지로 판시하였다.²³⁾ 전기통

23) 대법원 2016.3.10. 선고 2012다105482 판결. 이 사건의 원심판결(서울고법 2012.10.18. 선고 2011나19012 판결)은 “전기통신사업자인 피고에게는 전기통신사업법에 의한 수사기관의 개인정보 제공 요청에 대해 개별 사안에 따라 그 제공 여부 등을 적절히 심사하여 이용자의 개인정보를 실질적으로 보호할 수 있는 역량을 갖추어야 하고, 구체적으로는

신사업법 제83조 제3항과 제4항은 수사기관의 요청이 있는 경우에 전기통신사업자는 이에 응할 수 있다고만 규정할 뿐이며 전기통신사업자가 개별사안의 구체적 내용을 살펴 그 제공 여부 등을 실질적으로 심사하도록 규정하고 있지 않다는 점, 현실적으로 사법기관도 아닌 전기통신사업자에게 통신자료 제공으로 인한 기본권 침해와 수사 사안의 중대성과 긴급성 등 공익 목적의 달성 효과를 비교형량하는 실질적 심사를 요구하거나 기대하기 어렵다는 점, 전기통신사업법 제83조의 규정 취지가 “수사상 신속과 다른 범죄의 예방 등을 위하여 해당 개인정보의 내용과 성격 등에 따라 통신자료에 대하여는 법원의 허가나 법관의 영장 없이도 일정한 사항을 기재한 수사기관의 자료제공요청서라는 서면요청에 의해 통신자료를 제공하여 수사에 협조할 수 있도록 한” 것이라는 점 등을 근거로 한다. 또한 통신자료는 이용자의 인적 사항에 관한 정보로서 “주로 수사의 초기 단계에서 범죄의 피의자와 피해자를 특정하기 위하여 가장 기초적이고 신속하게 확인하여야 할 정보에 해당하는데, 위 규정에 의한 전기통신사업자의 통신자료 제공으로 범죄에 대한 신속한 대처 등 중요한 공익을 달성할 수 있음에 비하여, 통신자료가 제공됨으로써 제한되는 사익은 해당 이용자의 인적 사항에 한정된다”고 보아 수사기관의 통신자료 요청은 그 자체로 비례성원칙을 위반하지 않는 것이고 말한다.

이 판결의 쟁점은 전기통신사업법 제83조 제3항에 의하여 전기통신사업자에게 통신자료 제공 여부에 관한 실질적 심사 의무가 인정되는가의 문제였다. 이를 부정하는 대법원 판결의 취지에 비추어 보면, 전기통신사업자는 수사기관의 통신자료 제공 요청이 있으면 특별한 사정이 없는 한 사실상 해당 정보를 제공하는 수밖에 없다. 전기통신사업자가 수사기관의 제공요청을 거부하기란 결코 쉽지 않다.

그렇지만, 전기통신사업법 제83조 제3항이 전기통신사업자에게 수사기관의 요청에 응하여 정보를 제공해야 할 법적 의무를 지운다고 보기는 어렵다. 그 규정은 개인정보에 해당하는 통신자료를 수사기관에 제공함으로써 인해 발생할 수 있

침해되는 법익 상호 간의 이익 형량을 통한 위법성의 정도, 사안의 중대성과 긴급성 등을 종합적으로 고려하여 개인정보를 제공할 것인지 여부 및 어느 범위까지의 개인정보를 제공할 것인지에 관한 세부적 기준을 마련하는 등으로 이용자의 개인정보를 보호하기 위한 충분한 조치를 취할 의무가 있다”라고 하였지만, 대법원은 그러한 실질심사의 의무를 인정할 수 없다고 한 것이다.

는 개인정보자기결정권의 침해문제라든가 가입자와의 계약상의 의무 위반의 문제로부터 전기통신사업자의 책임을 면제해 주는 것에 불과하다. 그렇다면 대법원 판결의 취지에 비추어 보면 수사기관이 형식적·절차적 요건을 갖추어 통신자료의 제공을 요청하였다면 전기통신사업자는 사실상 제공의무가 있다는 뜻으로 읽힌다.

2) 사법부 통제의 불비

전기통신에 관한 압수·수색에는 형사소송법상의 영장주의가 적용되며, 통신사실확인자료의 제공에 대해서는 통신비밀보호법상 법원의 허가를 받도록 규정하고 있다. 이에 비하여 통신자료 제공은 법원이 발부한 영장이나 허가서 등 사법부의 통제를 요건으로 하지 않는다는 점에서 커다란 차이가 있다. 통신자료 제공의 요건이 광범위한데다가 이처럼 사법부의 통제마저도 결여되어 있기 때문에 수사기관이나 국정원이 사실상 아무런 제약 없이 시민 개개인의 통신자료를 무차별적으로 수집해도 이를 제어할 방도가 전혀 없는 상황이 된다. 매년 수백만건 이상의 전화번호를 수사기관이 수집하는 비정상적인 행태는 바로 법제도적인 통제장치가 전무하다는 점이 배경이 되고 있다.

수사기관이 수집하는 정보에 개인정보가 포함되어 있는 경우에는 개인정보자기결정권에 대한 침해의 문제를 야기한다. 어떤 민간기관이나 공공기관이 수사기관의 정보제공 요청에 응하여 설사 자발적으로 정보를 제공한 경우에도 이로 인해 정보주체인 개인의 자기정보통제권이 침해되는 사태가 발생한다. 그러한 개인정보 제공은 애초에 개인정보를 수집한 목적을 벗어나 수사기관에 제공한 것이기 때문에 이는 ‘새로운’ 개인정보자기결정권에 대한 침해행위에 해당하며,²⁴⁾ 이를 정보를 제공받은 수사기관의 입장에서 바라보면, 개인정보의 ‘수집’에 해당하기 때문이다.

이처럼 공공·민간기관의 개인정보 제공 및 이에 따른 수사기관의 개인정보 수집은 개인정보자기결정권을 제한하는 행위이기 때문에, 이는 성질상 강제수사로 규율되어야 마땅하다. 전기통신사업자가 제공하는 통신자료 또한 마찬가지이

24) 김일환, “목적구속원칙과 목적외 개인정보 제3자 제공에 관한 비판적 검토”, 성균관법학 제27권 제2호, 2015, 4면 : “목적과는 다른 정보이용 및 처리는 매우 제한된 범위 내에서만 인정되는 법률상 근거를 필요로 하는 ‘새로운’ 기본권제한에 해당한다.”

다. 전기통신회사가 외관상 ‘협조’라는 미명 하에 개인정보를 수사기관에 자발적으로 제공한 경우에도 정보주체인 개인의 개인정보자기결정권을 제한한다는 점에는 아무런 차이가 없다.

헌법재판소는 (구) 전기통신사업법 제54조 제3항(현행 전기통신사업법 제83조 제3항)에 관한 위헌확인 사건²⁵⁾에서 수사기관의 통신자료 취득행위가 공권력 행사에 해당하는지에 관하여, 수사기관의 통신자료 제공 요청이 있다 하더라도 전기통신사업자가 재량적 판단에 따라 제공할 권한이 있을 뿐이며 제공에 관한 어떠한 의무도 부담하지 않는다는 점을 근거로 하여, 수사기관의 “통신자료 취득행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하는 것이어서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다고 할 것이므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다.”고 판시한 바 있다. 이 각하결정은 수사기관의 통신자료 제공 요청행위와 국민의 개인정보자기결정권 등 기본권 제한 사이에, 전기통신사업자의 임의적인 제공행위가 개입됨으로써 제공요청 행위만으로는 ‘국민의 권리와 의무에 대한 직접적인 법률효과’를 발생시킨 것으로 볼 수 없다는 점에 근거한 것으로 보인다.

그러나 수사기관이 수사목적으로 개인정보를 수집하는 행위는 정보주체의 기본권에 대한 제한을 가져오는 수사방법이므로, 그 자체로 강제수사로 규율되어야 마땅하다.

3) 정보주체에 대한 통지 미비

통신자료 제공에 관하여 사전에 정보주체들에게 고지가 이루어지지 않음은 물론이고, 사후에도 전혀 통지가 이루어지지 않는다는 점도 적법절차 위반의 중요한 지점이다. 전기통신의 압수·수색이라든가 전기통신의 감청, 통신사실확인자료의 제공에 대하여는 비록 상당히 미흡한 규정일지언정 사후통제제도가 마련되어 있는 점과 비교할 때, 통신자료 제공에 관해서는 아무런 통지 제도가 없기 때문에 정보주체인 시민들은 전기통신사업자가 수사기관의 요청에 따라 통신자료를 제공하였더라도 이를 알기 어렵고 수사기관의 권한남용에 대응하여 적절한 권리구제를 적시에 강구하기도 사실상 불가능한 상황이 된다.

25) 헌법재판소 2012.8.23. 2010헌마439 결정(각하).

(3) 개정방향

총래의 입법적 개선제안을 보면, 우선 전기통신사업법 제83조 제3항의 통신자료제공 규정을 아예 삭제하자는 주장이 있다. 19대 국회에서 정청래 의원이 대표발의한 전기통신사업법 개정안²⁶⁾은 전기통신사업법 제83조 제3항 이하의 규정을 삭제하고 수사기관의 통신자료 수집을 형사소송법상 압수·수색영장에 의하여 규율하는 내용을 담고 있었다. 한편, 김광진 의원이 대표발의한 전기통신사업법 개정안²⁷⁾은 전기통신사업법 제83조 제3항에 대하여 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료 제공에 관한 규정인 통비법 제13조 내지 제13조의4를 준용하도록 규정하는 개정안을 제출한 바 있다.

한편, 현행 전기통신사업법 제83조의 틀 안에서 문제점을 개선하려는 입법적 시도도 여러 차례 있어 왔다. 그 요체는 전기통신사업법 제83조에 법원의 허가를 요건으로 규정하는 것과 통신자료의 제공대상이 된 개인에게 통신자료의 제공 사실을 통지하는 제도를 신설하는 것이다.

19대 국회에서는 이만우 의원 대표발의 전기통신사업법 개정안,²⁸⁾ 변재일 의원 대표발의 전기통신사업법 개정안,²⁹⁾ 임수경 의원 대표발의 전기통신사업법 개정안³⁰⁾ 등이 있었고, 20대 국회에서는 이재정 의원이 대표발의한 전기통신사업법 개정안이 그러하다.

이재정 의원이 대표발의한 「전기통신사업법 일부개정법률안」³¹⁾은 통신자료에 대해서도 통신사실확인자료와 마찬가지로 법원의 허가를 받도록 하고 이용자에 대한 통지의무를 부과하는 내용을 담고 있다(법안 제83조, 제83조의2부터 제83조의6까지). 이 개정안은 통신비밀보호법의 개정이 여의치 않은 상황에서 우선적으로 통신자료 제공에 대한 법원의 통제를 도입하자는 문제의식에서 인권단체들과 이재정 의원실이 함께 법안을 마련한 것이다.

26) 의안번호 19-13009호, 발의일 2014.12.9.

27) 의안번호 19-14076호, 발의일 2015.2.27.

28) 의안번호 19-3328호, 발의일 2013.1.15.

29) 의안번호 19-4976호, 발의일 2013.5.15.

30) 의안번호 19-12876호, 발의일 2014.12.8.

31) 의안번호 20-2618호, 발의일 2016.10.11.

이재정 의원 대표발의 전기통신사업법 일부개정법률안
 제83조의2(범죄수사 등을 위한 통신자료제공의 절차) ① 검사(군검사를 포함한다. 이하 같다) 또는 사법경찰관(군사법경찰관을 포함한다. 이하 같다)은 수사(「조세범처벌법」 제10조제1항·제3항·제4항의 범죄 중 전화, 인터넷 등을 이용한 범칙사건의 조사를 포함한다) 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업자에게 요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 서면(이하 “통신자료제공요청서”라 한다)으로 다음 각 호의 자료의 열람이나 제출(이하 “통신자료제공”이라 한다)을 요청할 수 있다.

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

② 제1항에 따른 통신자료제공을 요청하는 경우에는 검사는 해당 통신자료제공이 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요하고 해당 사건과 관련성이 있다는 소명자료 및 필요한 자료의 범위를 기재한 서면(이하 “통신자료제공허가청구서”라 한다)으로 법원의 허가를 받아야 한다. 다만, 법원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신자료제공을 요청한 후 지체 없이 그 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다.

③ 사법경찰관(군사법경찰관을 포함한다. 이하 같다)은 검사에 대하여 통신자료제공허가를 신청하고, 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구할 수 있다.

④~⑦ (생략)

마지막으로, 통비법상 통신사실확인자료와 통합하여 사법부의 통제를 받도록 규율하는 방안이 제안되고 있다. 국가인권위원회는 현행 통신자료 제공제도가 오남용이 심각하며 영장주의 등 사법부의 통제장치가 없다는 점, 그리고 이용자에 대한 사후통지제도가 없다는 점을 문제로 지적하면서 입법적 개선방안으로 통신비밀보호법에서 통신자료와 통신사실확인자료를 통합적으로 규율하는 방향으로 개선할 것을 권고한 바 있다.³²⁾ 전기통신사업법 제83조 제3항과 제4항을 삭제하는 대신에, 통신비밀보호법 상 가입자정보에 관한 정의규정을 신설하고

32) 국가인권위원회, 「‘전기통신사업법’ 통신자료제공제도와 ‘통신비밀보호법’ 통신사실확인자료제공제도 개선권고」 2014.4.9.

이를 통신사실확인자료와 함께 규율하되, 그 요건을 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것”에 한정하도록 요건을 강화하는 방안이다.

19대 국회에서 이러한 취지를 담은 개정안으로는 서영교 의원이 대표발의한 통신비밀보호법 개정안과 전해철 의원이 대표발의한 통신비밀보호법 개정안이 있었으며, 20대 국회에서 전해철 의원은 동일한 내용의 통비법 전부개정법률안³³⁾을 다시금 발의하였는데, 이 법안에서는 현행 전기통신사업법상의 통신자료를 “가입자정보”라 하고, “통신사실확인자료”와 “가입자정보”를 통칭하여 “통신자료”라는 개념을 사용하면서(법안 제3조 제11호, 제13호, 제14호), 통신자료의 수사기관 제공에 대하여 법원의 통신자료제공영장에 의하도록 규정하고 있다(법안 제19조).

전해철 의원 대표발의 통신비밀보호법 전부개정법률안

제19조(범죄수사를 위한 통신자료의 제공) ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있는 경우 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 「전기통신사업법」에 따른 전기통신사업자(이하 “전기통신사업자”라 한다)에게 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 통신자료의 열람이나 제출(이하 “제공”이라 한다)을 요청할 수 있다.

② 제1항에 따라 통신자료제공을 요청하는 경우에는 검사는 해당 피의자의 범죄혐의에 대한 소명자료, 해당 통신자료제공이 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요하고 해당사건과 관련성이 있다는 소명자료 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원 또는 지원에 통신자료제공영장을 청구하여 발부받아야 한다. 사법경찰관은 검사에 대하여 통신자료제공영장을 청구할 것을 신청할 수 있다.

③~⑩ (생략)

통신자료는 전기통신 가입자의 신원을 식별하는 정보이기 때문에 그 자체로는 통신의 비밀에 관한 권리의 보호영역에 속하지 않는다고 말할 수도 있다. 그렇지만, 통신자료는 단지 전기통신 가입자의 개인식별정보라는 차원을 넘어서 통신의 비밀과 사생활의 비밀의 자유에 일정 정도 연관성을 지니고 있음을 간과해서는 안 될 것이다.³⁴⁾ 따라서 통신자료에 대해서는 통비법에서 사법부의 통제를

33) 의안번호 20-1357호, 발의일 2016.8.2.

34) 단적인 예로, IP주소와 가입자정보의 연결은 통신 비밀과 사생활의 비밀에 속하는 내밀한 영역을 드러내 준다. 이에 관해서 캐나다 연방대법원은 IP주소의 가입자정보의 영장 없는 제공이 정보프라이버시에 관한 이익을 침해한다는 점에서 위헌적 수색에 해당한다

적용해야 함은 물론이고, 이를 통신 비밀의 보호라는 큰 틀 속에서 통법에서 규율하는 것이 가장 바람직하다.

2. 통신사실확인자료의 제공과 수집

(1) 현황

2008년 이후 현재까지 통신사실확인자료의 제공 건수는 아래 <표 2>와 같다. 2016년 이후에 통신사실확인자료 제공의 건수가 급감한 것은 아마도 기지국수사에 대한 시민사회의 문제제기로 수사기관이 기지국수사의 활용을 상당히 자제한 때문이 아닌가 추측된다.

<표 2> 연도별 통신사실확인자료 제공 건수(출처 : 과학기술정보통신부 통계)

연도	문서건수	전화번호/ 아이디 수	문서1건당 전화번호/아이디 수
2008	212,745	446,900	2.10
2009	248,552	16,082,957	64.71
2010	238,869	39,391,220	164.91
2011	235,716	37,304,882	158.26
2012	239,308	25,402,617	106.15
2013	265,859	16,114,668	60.61
2014	259,184	10,288,492	39.70
2015	300,942	5,484,945	18.22
2016	303,321	1,585,654	5.22
2017	301,257	1,052,897	3.49
2018 상반기	153,477	314,520	2.04

(2) 현행 통법상 통신사실확인자료 제공에 관한 규율의 문제점

1) “민감한 정보”로서 통신사실확인자료

고 하였다. R. v. Spencer, 2014 SCC 43(2014.6.13.)

헌법재판소는 기지국수사와 위치정보 추적자료 제공에 관한 헌법불합치 결정에서 통신사실확인자료 제공에 관한 통비법 제13조 제1항과 제2항의 기본적인 문제점에 대해서는 아무런 언급도 하지 않았다. 그렇지만, 헌법재판소가 통신사실확인자료의 성격과 기본권적 보호 필요성을 언급한 대목은 매우 중요한 의미를 지닌다. 헌법재판소에 의하면, “이동전화를 이용한 통신과 관련하여 필연적으로 발생하는 통신사실확인자료는 비내용적 정보이기는 하나, 여러 정보의 결합과 분석을 통하여 정보주체에 관한 다양한 정보를 유추해내는 것이 가능하므로 통신내용과 거의 같은 역할을 할 수 있”으며, 따라서 통신사실확인자료는 “비내용적 정보이긴 하지만 강력한 보호가 필요한 민감한 정보로서 통신의 내용과 더불어 통신의 자유를 구성하는 본질적인 요소에 해당”한다.³⁵⁾

독일 연방헌법재판소도 2010년 통신데이터를 의무적으로 보관하도록 한 전기통신법(TKG) 규정에 대한 위헌결정³⁶⁾에서, 전기통신사업자의 보관의무가 적용되는 통신데이터를 활용하면 개인의 인격에 대한 추정력(Aussagekraft)이 매우 커진다는 점을 주목하였다. 전기통신서비스를 이용할 때 사업자 측에 자동으로 생성·저장된 통신데이터를 수집하면 그로부터 이용자의 사회적 생활반경과 지극히 개인적인 내면적 활동을 깊숙이 들여다 볼 수 있는 위험이 발생한다고 한다.³⁷⁾ 일정 기간 동안 전기통신을 이용한 시각, 이용기간, 상대방 전화번호 등의 계정정보와 휴대전화 위치정보 등의 통신데이터가 확보된다면, 그것만으로도 - 통신내용에 관한 정보가 없더라도 - 충분히 그 이용자의 내밀한 영역에 속하는 사항들을 추론할 수 있기 때문이다. 또한 휴대전화 통화를 누구와 언제, 어디서 했는지에 관한 정보를 일정 기간 동안 관찰하다 보면, 그 정보들을 종합함으로써 휴대전화 이용자의 사회적·정치적 소속이나 개인적인 취향·성향·약점 등을 상세하게 파악할 수도 있다. 이렇게 되면 한 개인에 대한 “인격과 행동의 프로파일링”³⁸⁾이 가능해진다. 독일 연방헌법재판소는 이를 “중대한 침해”의 위험

35) 헌재 2018.6.28. 2012헌마538.

36) 독일에서는 종래 전기통신사업자의 통신데이터 생성·보관에 관해서 전기통신법(Telekommunikationsgesetz = TKG) 제96조, 제113a조 및 제113b조에서 규율하고 있었는데, 2010년 3월 2일 독일 연방헌법재판소는 전기통신법(TKG) 제113a조와 제113b조에서 전기통신사업자가 제공하는 공공의 전기통신서비스의 이용에 의하여 생성되는 모든 통신데이터를 6개월 이상 의무적으로 보관하도록 규정한 것은 독일 기본법(Grundgesetz)의 통신비밀의 보호(제10조 제1항)에 위반하여 위헌이라고 하였다. BVerfGE 125, 260.

37) BVerfGE 125, 260, 319.

이라고 하였다. 이처럼 기본권 침해의 중대성에 비추어, 독일 연방헌법재판소는 2010년 위헌결정에서, 모든 통신데이터를 일률적으로 보관하도록 함으로써 확보된 통신데이터를 형사소추의 목적으로 이용하는 것은 전기통신사업자가 전기통신법(TKG) 제96조에 따라 영업 내지 계약상의 목적에 의하여 생성·보관하는 통신데이터를 이용하는 경우보다 특별히 엄격한 요건이 필요하다고 판시하였다.

통신사실확인자료가 통신 내용에 버금가는 민감한 정보로서 강력한 보호가 필요하다는 점에 비추어 볼 때, 현행 통비법 제13조에서 ‘수사를 위하여 필요한 경우’라는 포괄적인 요건만을 규정하고 있을 뿐, 대상범죄와 대상자의 제한없이 통신사실확인자료의 제공을 폭넓게 허용하는 것은 분명 심각한 문제가 있다.³⁹⁾

2) 독일 형소법 제100g조와의 비교

잠시 우리나라의 통신사실확인자료 제공에 상응한 독일 형사소송법 제100g조의 규정을 비교해 보자. 독일 연방헌법재판소의 위헌결정에 따라 2015년 12월 18일 독일의 전기통신법(TKG) 제113b조 등과 형사소송법 제100g조가 동시에 개정되었는데, 형소법 제100g조는 수사기관의 통신데이터 수집에 관하여, ‘전기통신법(TKG) 제96조에 따라 전기통신사업자가 영업 내지 계약상의 목적에 의하여 생성·보관하는 통신데이터’(아래 ①)와 ‘전기통신법 제113b조에 의하여 의무적으로 보관되어 있는 통신데이터’(아래 ②)를 구분하여 후자의 통신데이터에 대해서는 보다 엄격한 요건을 규정하고 있다. 이를 <표 3>으로 제시하면 아래와 같다.

<표 3> 수사기관의 통신사실확인자료의 수집에 관한 우리나라와 독일 규정 비교

우리나라	독일 형소법 제100g조(통신데이터의 수집)
대상 제한 없음 범 죄	(제100g조 제1항) 누군가가 정범 또는 공범으로서, ① 1. 개별사건으로서도 중대한 의미가 있는 범죄(eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung), ⁴⁰⁾ 특히 형사소송법 제

38) BVerfGE 125, 260, 319.

39) 같은 취지로, 박희영, 앞의 글, 50면.

		<p>100a조 제2항에 열거된 범죄⁴¹⁾를 행하였거나, 해당 범죄의 미수범의 처벌규정이 있는 경우에 그 미수행위를 하였거나 또는 범죄행위를 통해 이를 예비하였거나, 또는</p> <p>2. 전기통신을 이용한 범죄를 행하였다는 혐의가 일정한 사실로 뒷받침되는 경우</p>
		<p>(제100g조 제2항)</p> <p>제2항 제1문에서 열거한 ‘특히 중한 범죄(besonders schwere Straftaten)’⁴²⁾를 행하였거나, 해당 범죄의 미수범의 처벌규정이 있는</p> <p>② 경우에 그 미수행위를 하였다는 혐의가 일정한 사실로 뒷받침되는 경우로서,</p> <p>개별사건으로 볼 때에도 특히 중한 경우(auch im Einzelfall besonders schwer)</p>
요 건	“수사를 ① 위하여 필요한 때”	<p>(제100g조 제1항)</p> <p>“사실관계의 조사에 필요하고 통신데이터의 수집이 사건의 죄질에 비추어 적절한 관련성이 있는 때에 한하여”(필요성 + 비례성) 그리고 제2호의 경우에는 “사실관계의 조사가 다른 방법으로는 불가능하다고 인정되는 경우에 한하여”(보충성)</p>
	(필요성) ②	<p>(제100g조 제2항)</p> <p>“사실관계의 조사 또는 피의자의 소재지 조사가 다른 방법으로는 현저히 곤란하거나 불가능하다고 인정되는 경우에 한하여”(보충성) 그리고 “그러한 통신데이터의 수집이 사건의 죄질에 비추어 적절한 관련성이 있는 때에 한하여”(비례성)</p>

이 표에서 보듯이, 독일 형소법 제100g조는 통신데이터의 수집이 허용되는 대상범죄를 상당히 제한적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라, 독일에서는 통신데이터의 수집 대상자도 한정적으로 규정하고 있다. 통신데이터의 수집 대상자는 “피의자, 또는 구체적인 사실에 근거하여 피의자를 위하거나 피의자로부터 특정

40) “개별사건으로서도 중대한 의미가 있는 범죄(eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung)”의 개념은 - 다소간 불명확하지만 - 통상 경죄 중에서 죄질이 중한 범죄와 중죄를 포함하는 개념으로 사용되며, 구체적인 범죄행위가 이에 해당하는가 여부는 개별적으로 판단된다.

41) 이는 독일 형사소송법상 감청의 대상 범죄를 열거한 것을 말한다.

42) 이는 독일 형사소송법상 감청의 대상범죄보다도 더욱 엄격하게 범죄의 종류를 한정하는 개념이다. 일반적으로 장기 5년을 초과하는 징역형이 규정된 범죄가 이에 해당한다.

한 통지를 받거나 전달한다고 추정되는 자 또는 구체적인 사실에 근거하여 피의자가 그의 전기통신 계정을 사용한 것으로 추정되는 자”로 한정된다(독일 형사소송법 제101a조 제1항, 제100a조 제3항).⁴³⁾ 따라서 증인이나 참고인, 피해자 등은 아무리 중대 범죄와 관련이 있다고 하더라도 통신데이터의 수집 대상이 아니다.⁴⁴⁾ 반면에, 우리나라에서는 통신사실확인자료 수집의 대상범위에 제한이 없을 뿐만 아니라, 대상자에도 제한이 없어, 수사의 필요성만 인정되면 피의자는 물론이고 제3자도 누구든지 통신사실확인자료 제공의 대상이 될 수 있다.

더 나아가서, 통신비밀보호법 제13조에 의하여 수사기관이 전기통신사업자로부터 장래·실시간의 통신사실확인자료를 제공받는 것도 가능하다. 장래·실시간의 통신사실확인자료의 수집은 수사실무에서 피의자의 소재를 파악하기 위하여 대개 실시간의 위치정보를 수집하는 경우가 대부분이기는 하지만, 법상으로는 위치정보뿐만 아니라 장래의 모든 통신사실확인자료의 수집이 가능하다. 통신사실확인자료는 통신내용에 관한 데이터를 포함하지 않지만, 일정 기간 동안의 통신사실확인자료를 수집하면 그 자료들을 다른 정보들과 결합함으로써 통신의 내용을 어느 정도 추정할 수 있을 뿐만 아니라,⁴⁵⁾ 그 대상자의 이동경로, 취향 등 사생활의 내밀한 영역까지 탐색할 수 있는 위험이 있음은 자명하다. 결국 장래의 통신사실확인자료를 일정 기간 동안 수집하면 그로 인한 기본권 침해는 전기통신의 감청에 버금가거나 오히려 감청보다 더욱 심각하고 중대한 기본권 침해를 야기하게 된다.

또한 통신사실확인자료 수집의 요건을 독일의 경우와 비교해 보면, 현행 통비법 제13조 제1항이 “수사를 위하여 필요한 경우”라고 포괄적인 요건을 규정한 것에 비하여 독일에서는 수집대상이 되는 통신데이터의 유형에 따라 보충성 및 비례성 요건을 세밀하게 규정하고 있음을 알 수 있다.

현행 형사소송법상 압수·수색의 요건은 2011.7.8. 형사소송법 개정 전에는 “범죄수사에 필요한 때”였으므로, 입법연혁으로 볼 때 통신사실확인자료 제공제

43) 감청의 대상자를 한정된 규정(제100a조 제3항)을 통신데이터 수집의 경우에 준용한 것이다.

44) Schmitt, in : Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59.Aufl.(2016), §101a Rn.3 ; Wolter/Greco, in : SK-StPO, 5.Aufl.(2016), §100a Rn.50f.

45) 황성기, “현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 11-12면.

도를 통비법에 신설하면서 형소법상의 압수·수색의 요건에 맞추어 동일한 요건을 규정하였던 것으로 보인다. 그렇지만, 2011년 형소법 개정으로 압수·수색의 요건이 “범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여”라고 규정되었으므로, 현재는 통신사실확인자료 제공의 요건이 일반적인 압수·수색의 요건보다도 더 완화된 꼴이 되어 버렸다는 점도 주목할 필요가 있다.

3) 통신사실확인자료 제공 전반에 관한 법개정 필요성

통신사실확인자료 제공제도에 관한 인권운동 진영의 종래의 논의를 반추해 보면, 그 동안 기지국수사와 실시간 위치추적의 남발로 인한 인권침해 문제가 워낙 심각하였기 때문에 인권단체들은 최소한 그 두 가지에 대해서만큼은 대상범죄를 감청 대상범죄 수준으로 제한하고 아울러 보충성 요건 등을 부가하는 방향으로 엄격한 통제가 필요하다고 주장해 왔던 반면에, 통신사실확인자료의 제공제도 자체에 대해 대상범죄의 제한 등 보다 엄격한 통제가 필요하다는 비판적 문제제기는 상대적으로 미약한 편이었다.

국가인권위원회는 통신사실확인자료 제공의 “허가요건인 ‘수사 또는 형의 집행을 위한 필요성’이 지나치게 모호하여 수사기관의 남용을 방지하기 어렵고, 사생활 보호에 미흡하다”⁴⁶⁾고 지적하면서도, 통신사실확인자료(실시간위치정보는 제외)의 제공 요건을 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정”⁴⁷⁾하도록 요건을 강화해야 한다는 권고 의견을 내놓는데 그쳤다. 그 요건은 현행 형소법상의 일반적인 압수·수색 요건과 동일한 것이다.

현재 국회에 계류 중인 통신비밀보호법 개정안 중에서 전해철 의원이 대표발의한 「통신비밀보호법 전부개정법률안」⁴⁸⁾도 기지국수사라든가 실시간 위치정보 추적자료의 제공에 대해서는 보다 엄격한 요건을 설정하고 있지만, 통신사실

46) 국가인권위원회, 「전기통신사업법」 통신자료제공제도와 「통신비밀보호법」 통신사실확인자료제공제도 개선권고(2014.4.9.), 7면.

47) 국가인권위원회, 「전기통신사업법」 통신자료제공제도와 「통신비밀보호법」 통신사실확인자료제공제도 개선권고(2014.4.9.), 1, 16면.

48) 의안번호 20-1357호(발의일 2016.8.2.).

확인자료 제공의 일반적인 요건에 관해서는 국가인권위원회의 권고와 동일한 내용을 규정하고 있다(법안 제19조).⁴⁹⁾⁵⁰⁾

헌법재판소는 기지국수사에 관한 헌법불합치 결정에서, 통신사실확인자료가 통신내용에 관한 정보는 아니지만 “통신 내용과 거의 같은 역할”을 하며, “통신의 자유를 구성하는 본질적인 요소”로서 “강력한 보호가 필요한 민감한 정보”라는 논거를 제시하면서 이로부터 기지국수사를 위한 통신사실확인자료 제공요청은 엄격한 요건 하에 예외적으로 허용해야 한다는 결론을 이끌어냈다. 위치정보 추적자료의 제공에 관한 헌법불합치 결정에서도 헌법재판소는 “실시간 위치정보 추적자료는 정보주체의 현재 위치와 이동상황을 제공한다는 점에서, 비록 내용적 정보가 아니지만 충분한 보호가 필요한 민감한 정보에 해당할 수 있다”고 분명하게 적시하면서도 역시 위치정보 추적자료의 제공에 한정하여 보다 엄격한 요건을 규율해야 한다고 판시하고 있다.

하지만, 통신사실확인자료가 “통신 내용과 거의 같은 역할”을 하는, “강력한 보호가 필요한 민감한 정보”라는 지극히 타당한 논거를 출발점으로 삼는다면, 단지 기지국수사나 위치정보 추적자료의 제공에 한정하여 엄격한 요건을 설정하는 것만으로는 통신사실확인자료 제공을 둘러싼 현재의 위헌적 상황을 결코 해소할 수 없다.

통신사실확인자료의 제공으로 인한 기본권 침해의 강도가 매우 큰 수준임을 고려할 때, 그것은 다른 수사방법으로는 수사의 목적을 달성하기가 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 예외적이고 보충적인 수사방법으로 활용하도록 제한하는 것이 헌법이 기본권 보호의 이념에 충실한 개선방향이 될 것이다.

따라서 첫째, 통신사실확인자료 제공의 대상범죄를 엄격하게 중대 범죄로 한정해야 한다. 대상범죄의 범위에 관해 일률적인 기준을 적용하기는 어렵겠지만,

49) 전해철 의원 대표발의 「통신비밀보호법 전부개정법률안」

제19조(범죄수사를 위한 통신자료의 제공) ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 정황이 있는 경우 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 「전기통신사업법」에 따른 전기통신사업자(이하 “전기통신사업자”라 한다)에게 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 통신자료의 열람이나 제출(이하 “제공”이라 한다)을 요청할 수 있다.

50) 전해철 의원의 통비법 개정안은 전기통신사업법상의 통신자료를 ‘가입자정보’라 하고, 이를 종래의 통신사실확인자료(위치정보추적자료는 제외)와 합하여 ‘통신자료’라고 하면서 영장주의를 적용하고 있다(법안 제3조 제11호부터 제15호).

일응 전기통신 감청의 대상범죄로 한정하는 방안을 고려할 수 있을 것이다. 둘째, 통신사실확인자료 제공의 대상자도 독일 형소법에서처럼 피의자나 매개전달자, 전기통신 계정소유자 정도로 한정해야 할 것이다. 셋째, 절차적 요건에서도 대상범죄의 구체적인 범죄혐의가 인정되어야 함은 물론이고 이에 더하여 비례성 요건 및 보충성 요건 하에서 통신사실확인자료의 제공을 예외적·보충적 수사방법으로 허용하는 방향이 타당하다.⁵¹⁾

(3) 기지국수사에 관한 규율방안

1) 기지국수사의 허용에 관하여 기본권을 덜 침해하는 입법대안으로 헌법재판소는 아래와 같은 방안을 제안하고 있다 : 「① 유괴, 납치, 성폭력범죄 등 강력범죄나 국가안보를 위협하는 각종 범죄와 같이 피해자나 피의자의 통신사실 확인자료가 반드시 필요한 범죄로 그 대상을 한정하는 방안, ② 위 중요 범죄와 더불어 통신을 수단으로 하는 범죄 일반을 포함시키는 방안, ③ 위 요건에 더하여 다른 방법으로는 범죄수사가 어려운 경우(보충성)를 요건으로 추가하거나, 또는 위 중요 범죄 이외의 경우에만 보충성을 요건으로 추가하는 방안, ④ 1건의 허가서로 불특정 다수인에 대한 통신사실 확인자료 제공요청을 못하도록 하는 방안 등을 독립적 또는 중첩적으로 검토함으로써, 수사에 지장을 초래하지 않으면서도 불특정 다수의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재한다.」⁵²⁾

헌법재판소는 통신사실확인자료가 비록 비내용적 정보이긴 해도 여러 정보를 결합·분석함으로써 정보주체의 취향 등 사생활에 관한 다양한 정보를 추론해 낼 수 있다는 점에서 “강력한 보호가 필요한 민감한 정보”라고 분명하게 적시한 것에 비하여, 정작 개선입법에 관한 언급에서는 “강력한 보호”에 걸맞는 헌법적 기준을 제시했다고 평가하기 어렵다.

2) 기지국수사는 특정 시점에 특정 기지국의 전기통신서비스를 이용한 모든 사람들의 통신사실확인자료를 일괄해서 제공받는 것이기 때문에, 그로 인하여 통신의 비밀 및 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해받는 당사자의 범위가 일반 통신사실확인자료의 수집과 비교할 수 없을 만큼 커진다는 점이 기본권 침해의

51) 같은 견해로는, 박희영, 앞의 글, 55면.

52) 헌재 2018.6.28. 2012헌마538.

핵심적인 지점이다.

따라서 헌법적 관점에서 볼 때, 기지국수사를 허용하고자 한다면, 그 기본권 침해의 강도에 상응하여 대상범죄를 엄격하게 중대범죄로 제한하고, 수사목적상 기지국수사를 불가피하게 허용할 수밖에 없는 실질적인 요건을 엄격하게 구체화해야만 헌법이 요구하는 규범명확성의 원칙 및 과잉금지의 원칙에 합치하게 될 것이다.

대표적인 법개정안으로, 현재 국회에 계류 중인 전해철 의원 대표발의 「통신비밀보호법 전부개정법률안」⁵³⁾은 기지국수사에 관한 특별규정을 아래와 같이 신설하여, 대상범죄를 통신제한조치의 대상범죄로 한정하면서 연쇄범죄 발생 등의 특수한 상황요건을 규정하며, 보충성요건도 규정하고 있다.

전해철 의원 대표발의 「통신비밀보호법 전부개정법률안」

제22조 ① 검사는 제6조제1항 각 호에 열거된 범죄 중 피의자를 특정할 수 없는 연쇄 범죄가 발생하였거나 피의자를 특정할 수 없는 동일 사건의 단서가 여러 지역에서 시차를 두고 발견된 경우에 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 전기통신사업자등에게 특정 기지국의 통신사실확인자료의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우에 검사는 특정 기지국의 통신사실확인자료의 일시와 범위를 특정하여야 한다.

(4) 위치정보 추적자료의 제공

1) ‘실시간 위치추적’은 수사기관이 특정인의 소재를 파악하기 위하여 통신사실확인자료 제공요청제도를 이용하여 통화이용시의 위치정보뿐만 아니라 비통화상태의 위치정보를 장래를 향하여 실시간으로 제공받는 것을 말한다.

위치정보는 시간적 경과와 더불어 계속적으로 변화하는 ‘동적 정보’⁵⁴⁾인데, 이를 수집하여 분석하면 특정인의 이동경로와 행동반경을 추적할 수 있다는 점에서 개인정보자기결정권에 대한 침해가 매우 큰 편에 속한다. [2012헌마191] 사건에서는 피고인이 사용하고 있는 것으로 추정되는 최OO 명의의 휴대전화에 대하여 2011.8.25. - 2011.10.21.에 걸쳐 실시간 위치추적이 이루어졌는데, 이처럼 2달에 가까운 기간 동안 어떤 휴대전화 사용자의 위치를 실시간으로 추적하여 정보를 수집하고 이를 분석한다면 그의 “하루 일과를 실재처럼 재현할 수 있게”⁵⁵⁾ 된다.

53) 의안번호 20-1357호. 발의일 2016.8.2.

54) 김봉수, “위치정보의 보호를 위한 형법적 고찰 - 범죄수사를 위한 위치정보의 수집 및 활용에 대한 통제방안을 중심으로 -”, 법학논총 제32집 제3호, 2012, 274면.

더 나아가서 이러한 위치추적자료를 같은 기간 동안의 통신사실에 관한 다른 정보들과 함께 결합하면 한 개인의 사회적 관계나 타인과의 친분관계, 취향, 성향 등 개인의 사생활의 비밀에 속하는 내밀한 영역을 탐색하는 것이 가능해진다. 현재 실무상 통신사실확인자료의 제공요청에 대한 법원의 통제가 그리 엄격하지 않다는 점을 전제로 보면, 수사기관이 실시간 위치추적과 동시에 같은 기간의 실시간의 통신사실확인자료를 한꺼번에 제공받을 수도 있으며, 실시간 위치추적을 먼저 한 후에 같은 기간 동안의 ‘과거의’ 통신사실확인자료를 제공받을 수도 있다. 이를 통해 수사기관은 당사자의 이동경로나 행동방식에 관한 상세한 프로파일을 만들 수 있을 것이다.

이러한 기본권 침해의 위험 때문에 - 헌법재판소도 적시하였듯이 - 위치정보는 “민감한 정보”로 취급되어야 한다. 통신사실확인자료로부터 인격상을 추론할 수 있는 위험은 현행 통신사실확인자료의 제공요청제도 전반에 대하여 제기되는 위험이기는 하지만, 이러한 위험은 실시간의 위치추적과 다른 통신사실확인자료의 결합에 의하여 더욱 커지기 때문에 실시간 위치추적은 “총체적인 감시”의 가능성을 열어주는 매우 위험한 것이라고 보아야 한다.

2) 위치정보 추적자료의 제공의 개선입법에 관하여 헌법재판소는 침해 최소성 원칙과 관련하여 “정보주체의 기본권을 덜 침해하는 방법”으로 아래의 두가지를 예시적으로 언급하고 있다 : 「① 수사기관이 전기통신사업자로부터 실시간 위치정보 추적자료를 제공받는 경우 또는 불특정 다수에 대한 위치정보 추적자료를 제공받는 경우에는 수사의 필요성뿐만 아니라 보충성이 있을 때, 즉 다른 방법으로는 범죄 실행을 저지하거나 범인의 발견·확보 또는 증거의 수집·보전이 어려운 경우에 한하여, 수사기관이 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있게 하는 방법, ② 통신비밀보호법 제5조 제1항에 규정된 통신제한조치가 가능한 범죄 이외의 범죄와 관련해서는 수사의 필요성뿐만 아니라 보충성이 있는 경우에 한하여 수사기관이 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 방법 등이 개선입법으로 고려될 수 있다.」⁵⁵⁾

그러나 위와 같은 문제의식에 비추어 보면, 헌법재판소가 제시한 개선입법방안은 다소 미흡하다는 느낌이다. 전해철 의원이 대표발의하여 국회에 계류 중인

55) 박희영, 앞의 글, 46면.

56) 현재 2018.6.28. 2012헌마191, 550, 2014헌마357 병합.

「통신비밀보호법 전부개정법률안」⁵⁷⁾은 실시간 위치추적의 남용을 막고 수사목적상 필요한 최소한도에 경우로 요건을 엄격하게 한정하기 위하여 그 대상범죄를 감청의 대상범죄와 동일하게 한정하고, 보충성 요건을 명시하는 것은 물론, 비통화상태의 위치정보의 수집은 그것이 범인의 체포나 증거 수집의 유일한 수단인 경우로 엄격하게 한정하는 내용을 담고 있음을 참고할 만하다.

전해철 의원 대표발의 「통신비밀보호법 전부개정법률안」
 제21조(범죄수사를 위한 위치정보추적자료의 제공) ① 검사는 피의자가 제6조제1항에 열거된 범죄를 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 현저히 어려운 사실을 소명한 경우에 한하여 관할지방법원 또는 지원의 영장을 받아 전기통신사업자 또는 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」에 따른 위치정보사업자 및 위치기반서비스사업자(이하 “전기통신사업자등”이라 한다)에게 위치정보추적자료의 제공을 요청할 수 있다. 다만, 이용대기상태에서의 위치정보추적자료의 제공은 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집을 위한 유일한 수단이라는 점이 소명된 경우에 한한다.

3. 전기통신의 압수·수색

(1) 일반 압수·수색영장에 의한 규율로 충분한가

1) 앞서 언급한 바와 같이, 전기통신의 영역에서 과거의 데이터(송·수신이 완료된 데이터)에 대한 압수·수색과 실시간으로 이루어지는(즉, 송·수신 중인) 전기통신에 대한 감청 사이의 전통적인 구분에 부여되었던 자명함이 오늘날에는 점점 더 모호해질 수밖에 없다. 단적인 예로, 카카오톡 대화방에 대한 압수·수색을 생각해 보면, 통신의 현재성의 경계가 점점 더 모호해지고 있음을 쉽게 알 수 있다. 인권의 관점에서 볼 때, 이 경우에도 주목해야 할 문제의 핵심은 광범위한 데이터의 수집에 의한 수사기관의 감시, 그리고 개인의 인격에 대한 프로파일링의 위험이다.

따라서 실시간이라는 ‘현재성과 동시성’을 기준으로 한 “감청과 압수수색의 이분법”의 틀을 넘어서는 발상의 전환과 이에 기초한 과감한 법제도 개혁을 도모해야 한다.

57) 의안번호 20-1357호. 발의일 2016.8.2.

2) 인터넷통신망을 기반으로 해서 유통되는 다양한 형태의 전기통신 내용에 대한 압수·수색을 형사소송법상의 압수·수색 규정 하나로 규율하는 것은 상당히 심각한 문제를 낳는다. 여기에서는 컴퓨터 하드디스크의 압수·수색, 이메일의 압수·수색 그리고 SNS메신저 대화내용의 압수·수색이 지니고 있는 특성과 기본권침해 효과가 질적으로 서로 상이하다는 것을 주목해야 한다.

우선 디지털정보의 압수수색은 - 컴퓨터 하드디스크, 일정 기간 동안의 이메일이나 메신저 대화내용 등의 경우 모두에서 - 방대한 자료를 저장하고 있으며 범죄혐의와는 무관한 정보가 혼재되어 있기 때문에, 정보저장매체의 압수라든가 일정 기간 동안의 이메일이나 메신저 대화내용의 포괄적인 압수 방식을 취할 수밖에 없다. 정보주체의 프라이버시권 및 통신비밀에 대한 침해의 강도가 일반적인 압수수색에 비하여 훨씬 크다. 저장정보의 대량성을 고려하면 포괄압수를 손쉽게 허용하는 것은 헌법과 형사소송법상 요구되는 특정성의 원칙, 강제처분의 비례성원칙을 무력하게 만들어 버릴 위험이 매우 높다. 이와 같은 '포괄영장(general warrant)'을 금지해야 한다는 문제의식은 디지털정보의 압수수색 전반에 걸쳐 가장 근본적인 문제의식이 되어야 한다.

그러나 다른 한편으로, 인터넷 통신망을 통해 송수신되는 전기통신(이메일이나 메신저 대화 등)의 경우에는 컴퓨터 하드디스크 등 정보저장매체의 압수와는 또 성격이 다르다. 첫째, 그것은 단순히 컴퓨터 하드디스크에 정보를 저장하는 것과는 달리, 통신비밀의 보호대상이 된다는 점에서 다르다. 둘째, 발신자와 수신자 사이에 오고가는 메시지의 경우 사실상 감청과 압수수색의 대상을 '송수신의 완료 여부'로 구별하는 현행 법시스템이 타당한가 하는 점이다. 메시지가 상대방에게 전달되었으나 아직 상대방이 이를 읽지 않은 채로 서비스회사의 서버에 저장되어 있는 경우에도 여전히 통신비밀로서 보호되어야 할 필요성이 크다고 보아야 한다. 그렇다면 송수신의 완료 여부에 따라 감청과 압수수색의 대상을 구별하면서 감청영장의 요건보다 훨씬 완화된 요건으로 전기통신의 압수수색이 가능하도록 하는 현재의 규율방식은 재고되어야 한다.

마지막으로 이메일과 메신저의 차이도 중요하다. 양자는 프라이버시 및 통신비밀이 침해되는 상대방이 여럿 존재할 수 있다는 점에서는 공통적이나, 메신저의 경우 이메일을 압수수색하는 경우보다 프라이버시나 통신비밀에 대한 침해당사자의 수가 비교할 수 없을 정도로 크다는 점에서는 커다란 차이가 있다.

이처럼 디지털 정보라도 그 대상이 하드디스크 등 저장매체인가, 이메일인가, 메신저 대화내용인가 따라 관련 당사자의 범위 및 기본권 침해의 강도가 서로

다르다는 점을 고려하면, 이 모든 경우를 일반적인 압수수색과 동일한 요건에 의하여 압수수색이 가능하도록 한 현행 규율방식은 비례성원칙의 헌법적 요구에 반하는 결과를 초래하고 있다고 보아야 한다.

그러므로 이메일과 메신저 대화내용 등 전기통신에 관한 압수수색은 사실상 통신감청에 준하는 엄격한 요건을 규정하여 통제할 필요가 있다. 송수신이 완료된 경우라도 아직 그 메시지를 읽지 않은 수신자가 있다면 통신비밀의 보호필요성은 더욱 크다고 보아야 하기 때문이다.

그 요건으로는 ‘범죄의 상당한 이유(체포구속의 요건)’ + ‘보충성 요건(현재 감청의 요건)’으로 하여 일반 압수수색보다 강화된 요건을 규정하는 것이 바람직할 것이다.

(2) 포괄압수에 따른 남용 위험에 대한 통제

수사실무상 디지털정보의 압수수색은 대개 아래와 같이 진행된다 : 「① 하드디스크 이미징(또는 저장매체의 압수) → ② 수사기관 사무실에서 파일 내용에 대한 수색 혹은 탐색 → ③ 피의사실에 관련된 파일만을 골라 수사기관의 점유취득(CD에 저장하여 압수)」.

이메일이나 메신저 대화내용의 압수수색도 절차상으로 이와 다를 것이 없다. 일반론으로 말하면, <<영장에 적시된 해당기간 동안 송수신된 이메일을 통째로 복사 → 사무실에서 이메일 내용에 대한 수색 혹은 탐색 → 피의사실 관련 파일만을 골라 수사기관의 점유취득(저장매체인 CD의 압수)>>의 절차로 진행된다. 소위 ‘하드디스크 이미징’의 경우에도 우선 하드디스크에 저장된 파일을 통째로 복사한 다음에 그 파일 내용을 수색한다는 점에서 압수수색의 절차는 위와 기본적으로 동일하다.

그러므로 포괄압수에 대한 적법절차적 통제를 의도한 전교조 사건의 대법원 결정은 컴퓨터 하드디스크 등 정보자정매체에 대한 압수수색에 대해서 뿐만 아니라, 인터넷서비스회사의 서버에 저장된 일정 기간 동안의 이메일이나 메신저 대화내용을 압수수색하는 경우에도 동일하게 적용되어야 마땅하다. 이 때 포괄적인 압수수색으로 인한 남용가능성을 규제하는 원칙적인 방식은 피의자 등 당사자의 참여권을 확고하게 보장하는 방향이어야 한다.

4. 전기통신의 감청

(1) 인터넷회선감청을 허용할 것인가

헌법재판소는 인터넷회선감청의 집행 및 그 이후의 단계에서 수사기관의 권한 남용을 통제하기 위한 제도적 장치를 마련한다면 인터넷회선감청도 전기통신 감청의 한 방법으로 헌법적으로 허용될 수 있다는 입장에서 서 있다.

그러나 인터넷회선감청의 특성상 감청 집행 단계에서 감청대상자의 선별 및 범죄 관련 정보의 선별이 불가능하다는 점을 주목해 볼 때, 이는 하나의 인터넷 회선을 이용하는 불특정 다수 사람들의 인터넷 이용에 관한 모든 정보를 수사기관이 한순간에 쓸어가도록 허용하는 결과가 되기 때문에, 이는 일반영장 내지 포괄영장을 허용하는 꼴이 되어 헌법상 용인하기 어렵다고 보아야 한다.

(2) 수사기관이나 정보기관의 감청 권한 남용을 어떻게 통제할 것인가

- 감청은 엄격하게 범죄혐의를 전제로 하여 수사 목적에서만 가능하도록 제한하고, 이에 따라 단순한 “범행계획”을 근거로 해서는 감청이 행해질 수 없도록 해야 하며, 감청 대상자에서 “피내사자”를 제외하도록 해야 한다.

- 감청의 요건에서도 범인체포나 증거수집이 “어려운 경우”라는 현행 요건을 보다 강화하여 범인의 체포나 증거 수집이 “불가능하거나 현저히 어려운 경우”로 엄격히 규정해야 한다.

- 아울러, 영장주의 통제를 강화하기 위하여 영장 청구시에 수사기관이 통신제한조치의 구체적인 종류와 집행방법, 대상, 범위, 기간 등을 특정하도록 명시하고, 감청의 요건을 충족하는 사유를 구체적으로 소명하도록 규정할 필요가 있다.

- 한편, 현행 통비법에는 통신제한조치로 취득한 자료의 보존과 폐기에 관한 규정이 없어, 수사기관이 통신제한조치 자료를 어떻게 남용하는지 전혀 통제할 수 없는 상황이다. 따라서 감청으로 취득한 자료 중 범죄와 관련없는 프라이버시에 속하는 정보는 즉시 폐기하고, 그 인지 및 폐기 사실을 반드시 수사기록으로 남기도록 함으로써 남용의 여지를 없애야 한다. 또한 통신제한조치로 취득한 자료는 엄격하게 해당 범죄의 수사 목적으로만 사용하도록 하고, 현행 통비법 제 12조에 규정된 ‘범죄예방 목적의 사용’은 삭제해야 한다.

5. 통지제도의 개선방안

(1) 현행 통비법상의 통지제도의 문제점

현행 통비법은 통신제한조치의 집행에 관한 통지(제9조의2), 전기통신에 대한 압수·수색·검증의 집행에 관한 통지(제9조의3), 통신사실확인자료 제공의 통지(제13조의3)의 3가지 통지제도를 규정하고 있다. 이 통지 규정들은 검사의 경우 해당 사건에 관하여 “공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에”, 사법경찰관의 경우에는 해당 사건에 관하여 “검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분(기소중지 결정을 제외한다)의 통보를 받거나 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에” 통지하도록 되어 있는 점은 공통적이다. 통지의 상대방은, 통신제한조치 의 집행에 관한 통지에서는 ‘그 대상이 된 전기통신의 가입자’이며(통비법 제9조의2), 전기통신에 대한 압수·수색·검증의 집행에 관한 통지에서는 ‘수사대상이 된 가입자’(통비법 제9조의3)이고, 통신사실확인자료 제공의 경우에는 통지의 상대방에 대한 명확한 규정이 없다(통비법 제13조의3). 통지제도의 취지 그리고 통비법 제13조의3 제2항에서 제9조의2(동조 제3항은 제외)를 준용하도록 규정한 점에 비추어 볼 때, 통신사실확인자료 제공에 관한 통지의 상대방은 그 대상이 된 전기통신의 가입자라고 해야 할 것이다.

이러한 통지 제도는 국가기관의 강제처분에 관하여 당사자에게 적절한 고지를 행함으로써 당사자에게 의견 및 자료제출의 기회를 부여하고 아울러 적기에 실효적인 권리구제를 받을 수 있는 기회를 보장하기 위함이다. 즉, 사후통지제도는 정보주체로서 통신의 비밀과 개인정보자기결정권의 침해를 당한 당사자에게 사후적으로라도 그 집행사실을 통지하도록 함으로써 수사기관의 불법적인 정보수집에 대한 이익제거나 소송 등에 의한 구제를 가능하게 하기 위한 것이다.⁵⁸⁾ 그런데 이러한 적법절차 보장의 취지에 비추어 볼 때, 현행 통비법의 통지제도는 아래와 같은 심각한 문제를 안고 있다.

58) Schmitt, in : Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59.Aufl., 2016, §101 Rn.6

첫째, 통지의 시점이 도무지 특정되지 않으며 마냥 길어질 수 있다는 문제가 있다. 특히 수사기관이 감청이나 전기통신에 대한 압수·수색·검증을 집행하였거나 통신사실확인자료를 제공받은 사건에 관하여 기소중지결정이 있거나 여전히 수사 중이라는 이유로 그 사실을 통지하지 않는 경우에, 당사자는 그 기간이 아무리 길어진다고 하더라도 해당 강제처분이 집행되었다는 사실 또는 통신사실확인자료가 수사기관에게 제공되었다는 사실을 전혀 알 수 없다.

둘째, 3가지 통지 규정 모두 통지의 내용에 관하여 감청이나 전기통신에 대한 압수·수색·검증의 집행 또는 통신사실확인자료 제공의 사실과 그 집행기관 및 집행이 이루어진 기간 등을 통지하도록 규정하고 있으나, 감청이나 전기통신에 대한 압수·수색·검증의 집행 또는 통신사실확인자료 제공의 ‘사유’는 통지의 내용으로 규정되어 있지 않다. 결국 정보주체는 수사기관의 강제처분의 집행에 관하여 사후적으로 통지를 받는 경우에도 그것이 어떠한 사유로 집행된 것인지를 확인할 방법이 없으며, 정보주체의 입장에서 권리구제를 위한 적절한 대응책을 강구하기 어렵게 된다.

셋째, 감청의 집행에 관한 통지와 통신사실확인자료 제공에 관한 통지에는 통지유예 규정이 적용되는데(통비법 제9조의2 제4, 5, 6항, 제13조의3 제2항), 이에 의하면 “통지할 경우 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있는 때, 또는 사람의 생명·신체에 중대한 위험을 초래할 염려가 현저한 때”에는 그 사유가 해소될 때까지 관할 지방검찰청검사장의 승인을 얻어 통지를 유예할 수 있다. 그리고 통지유예의 사유가 해소된 때에는 그 사유가 해소된 날부터 30일 이내에 통지해야 한다. 이 규정에 대해서는, 통지유예의 사유가 추상적이고 모호하다는 점, 그리고 통지유예의 기간 제한이 없으며, 통지유예의 결정을 법관이 아니라 검찰청 검사장의 승인에 의하도록 규정한 것이 적법절차에 위반된다는 점을 문제로 지적할 수 있다.⁵⁹⁾

넷째, 통신제한조치 집행에 관한 통지에서는 수사기관이 그 통지의무를 위반한 경우에 이를 처벌하는 규정(통비법 제17조 제2항 제3호)이 있는 반면에, 전기통신에 대한 압수·수색·검증의 집행에 관한 통지와 통신사실확인자료 제공의 통지에 대해서는 통지의무 위반에 대한 벌칙규정이 없다. 이로 인해 수사기

59) 이를 영장주의 위반이라고 논증하는 견해는, 박경신, “한국과 미국의 통신감시 상황의 양적 비교 및 최근의 변천 - 기지국수사, 다량감시, 통신자료제공, 피감시자통지를 중심으로 -”, 아주법학 제9권 제1호, 2015, 58면.

관이 통지의무를 위반하여 정보주체에게 통지를 하지 않더라도 이를 통제할 방법이 없으므로, 실제로 통지가 행해지지 않는 경우가 많을 것으로 추정된다.⁶⁰⁾ 특히 기지국수사의 경우 통지가 생략될 가능성이 높을 것이다.

다섯째, 구속 피고인의 경우 통상 공소제기 후 2주 내외, 불구속 피고인의 경우에는 공소제기 후 3-4주 후에 제1회 공판기일이 지정되는 것이 현재의 재판 실무임을 고려하면, 통지의 기한을 기소 후 30일 이내로 규정한 것은 정보주체가 피고인인 경우에는 피고인의 방어권 행사에도 상당한 장애를 초래할 우려가 있다.⁶¹⁾

(2) 개정방안

통비법 제13조의3에 대한 헌법불합치결정에서 헌법재판소는 정보주체의 기본권을 덜 침해하는 방법으로 아래와 같은 개선방안을 언급하고 있다 : 「① 통신사실 확인자료를 제공받은 사건에 관하여 기소중지결정이 있거나 수사·내사가 장기간 계속되는 경우에는, 통신사실 확인자료제공 이후 일정한 기간이 경과하면 원칙적으로 수사·내사의 대상인 정보주체에 대해 이를 통지하도록 하되, 통지가 수사에 지장을 초래하는 경우 등에는 사법부 등 객관적·중립적 기관의 허가를 얻어 그 통지를 유예하는 방법, ② 일정한 예외를 전제로 정보주체가 위치정보 추적자료 제공요청 사유의 통지를 신청할 수 있도록 하는 방법, ③ 위치정보 추적자료 제공사실에 대한 통지의무를 위반할 경우 이를 효과적으로 제재할 수 있도록 하는 방법 등이 개선입법으로 고려될 수 있다.」⁶²⁾

전해철 의원이 발의한 통비법 개정안에서는 통신제한조치의 집행이 종료한 날 또는 통신사실확인자료를 제공한 날로부터 30일 이내에 통지하도록 규정하면서

60) 2014년 정청래 의원이 제출받은 경찰청 자료에 의하면, 2011년부터 지난 8월까지 경찰이 통신제한조치(감청), 통신사실확인자료, 전기통신에 대한 압수수색영장을 집행한 후 이를 당사자에게 통지한 비율은 평균 38.5%(문서건수 기준)였다고 한다. SBS뉴스, 정청래 “경찰, 통신자료 확인 후 당사자 통지 38.5%에 불과” (2014.10.19.)
http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1002641365&plink=ORI&cooper=NAVER
(검색 2017.6.30.)

61) 전기통신에 관한 압수수색 사실의 통지에 대하여 이와 같은 문제를 지적한 문헌으로는, 이숙연, “디지털증거의 압수수색”, 형사법 실무연구 제123집, 법원도서관, 2011, 713면.

62) 현재 2018.6.28. 2012헌마191, 550, 2014헌마357 병합.

일정한 사유가 있는 경우에 법원의 허가를 얻어 통지를 유예할 수 있도록 하는 방안을 규정하고 있다. 기본적으로 타당한 개정방향이라고 생각된다.

전해철 의원 대표발의 「통신비밀보호법 전부개정법률안」

제11조(통신제한조치의 집행에 관한 통지) ① 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 제7조제1항, 제8조제1항 또는 제9조제1항에 따라 통신제한조치를 집행한 때에는 통신제한조치를 종료한 날부터 30일 이내에 당해 통신제한조치의 당사자에게 다음 각 호의 사항을 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 제5호의 경우에는 피의자에게만 통지한다.

1. 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간
2. 통신제한조치의 대상·종류·방법
3. 통신제한조치를 개시한 날짜와 종료한 날짜
4. 영장을 발부받은 날짜
5. 영장에 기재된 죄명과 적용법조

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때에는 60일 이내의 기간을 정하여 통지를 유예할 수 있다.

1. 통신제한조치를 통지할 경우 국가의 안전보장·수사에 방해가 될 우려가 현저한 때
2. 통신제한조치를 통지할 경우 사람의 생명·신체에 중대한 위험을 초래할 염려가 현저한 때

③ 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 제2항에 따라 통지를 유예하고자 하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 미리 관할법원의 허가를 받아야 한다. 다만, 검찰관 및 군사법경찰관이 제2항에 따라 통지를 유예하고자 하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 미리 관할 보통군사법원의 허가를 받아야 한다.

④ 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 통지를 유예한 기간이 종료한 날에 또는 제2항 각호의 사유가 해소된 경우에는 그 날부터 3일 이내에 제1항에 따른 통지를 하여야 한다.

통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 등 위헌확인 등

[2018. 6. 28. 2012헌마191, 550, 2014헌마357(병합)]

【판시사항】

가. 통신비밀보호법(2005. 1. 27. 법률 제7371호로 개정된 것) 제2조 제11호 바목, 사목(이하 ‘이 사건 정의조항’이라 하고, 위 두 조문에서 규정한 통신사실 확인자료를 ‘위치정보 추적자료’라 한다)에 대한 심판청구가 기본권 침해의 직접성이 인정되는지 여부(소극)

나. 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분(이하 ‘이 사건 요청조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)

다. 이 사건 요청조항이 과잉금지원칙에 위반되어 청구인들의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해하는지 여부(적극)

라. 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제2항 본문 중 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료에 관한 부분(이하 ‘이 사건 허가조항’이라 한다)이 헌법상 영장주의에 위반되어 청구인들의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해하는지 여부(소극)

마. 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조의3 제1항 중 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료에 관한 부분(이하 ‘이 사건 통지조항’이라 한다)이 적법절차원칙에 위반되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

가. 이 사건 정의조항은 위치정보 추적자료가 통신사실 확인자료에 해당한다고 정의한 규정에 불과하여, 그 자체로는 청구인들의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 발생하지 아니하므로, 이 사건 정의조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 인정되지 아니한다.

나. 이 사건 요청조항의 ‘수사를 위하여 필요한 경우’란 위치정보 추적자료가 범인의 발견이나 범죄사실의 입증에 기여할 개연성이 충분히 소명된다는 전제 하에, 범인을 발견·확보하며 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동을 위하여 그 목적을

달성할 수 있는 범위 안에서 관련 있는 자에 대한 위치정보 추적자료 제공요청이 필요한 경우를 의미한다고 해석되므로, 이 사건 요청조항은 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

다. 수사기관은 위치정보 추적자료를 통해 특정 시간대 정보주체의 위치 및 이동 상황에 대한 정보를 취득할 수 있으므로 위치정보 추적자료는 충분한 보호가 필요한 민감한 정보에 해당되는 점, 그럼에도 이 사건 요청조항은 수사기관의 광범위한 위치정보 추적자료 제공요청을 허용하여 정보주체의 기본권을 과도하게 제한하는 점, 위치정보 추적자료의 제공요청과 관련하여서는 실시간 위치추적 또는 불특정 다수에 대한 위치추적의 경우 보충성 요건을 추가하거나 대상범죄의 경중에 따라 보충성 요건을 차등적으로 적용함으로써 수사에 지장을 초래하지 않으면서도 정보주체의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재하는 점, 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청에 대해 법원의 허가를 거치도록 규정하고 있으나 수사의 필요성만을 그 요건으로 하고 있어 절차적 통제마저도 제대로 이루어지기 어려운 현실인 점 등을 고려할 때, 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해한다.

라. 위치정보 추적자료 제공요청은 통신비밀보호법이 정한 강제처분에 해당되므로 헌법상 영장주의가 적용된다. 영장주의의 본질은 강제처분을 함에 있어 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야 한다는 점에 있는바, 이 사건 허가조항은 수사기관이 전 기통신사업자에게 위치정보 추적자료 제공을 요청함에 있어 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 규정하고 있으므로 헌법상 영장주의에 위배되지 아니한다.

마. 수사의 밀행성 확보는 필요하지만, 적법절차원칙을 통하여 수사기관의 권한남용을 방지하고 정보주체의 기본권을 보호하기 위해서는, 위치정보 추적자료 제공과 관련하여 정보주체에게 적절한 고지와 실질적인 의견진술의 기회를 부여해야 한다. 그런데 이 사건 통지조항은 수사가 장기간 진행되거나 기소중지결정이 있는 경우에는 정보주체에게 위치정보 추적자료 제공사실을 통지할 의무를 규정하지 아니하고, 그 밖의 경우에 제공사실을 통지받더라도 그 제공사유가 통지되지 아니하며, 수사목적 달성이 이후 해당 자료가 파기되었는지 여부도 확인할 수 없게 되어 있어, 정보주체로서는 위치정보 추적자료와 관련된 수사기관의 권한남용에 대해 적절한 대응을 할 수 없게 되었다. 이에 대해서는, 수사가 장기간 계속되거나 기소중지된 경우라도 일정 기간이 경과하면 원칙적으로 정보주체에게 그 제공사실을 통지하도록 하되 수사에 지장을 초래하는 경우에는 중립적 기관의 허가를 얻어 통지를 유예하는 방법, 일정한 조건 하에서 정보주체가 그 제공요청 사유의 통지를 신청할 수 있도록 하는 방법, 통지의무를 위반한 수사기관을 제재하는 방법 등의 개선방안이 있다. 이러한 점들을 종합할 때, 이 사건 통지조항은 적법절차원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다.

재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 이 사건 요청조항에 대한 반대 의견

초동수사 단계에서 활용되는 통신사실 확인자료의 특성상 위치정보는 피의자 등의 행적을 추적하거나 그 신병을 확보하기 위해 사용되는 점, 범죄예방과 사건의 조기 해결을 위하여 수사기관으로 하여금 모든 범죄에서 피의자 등의 통신사실 확인자료를 제공요청할 수 있게 할 필요성이 인정되는 점, 위치정보 등 통신사실 확인자료는 비내용적 정보로서 기본권 제한의 정도가 심각하지 않은 점, 보충성 요건이 반드시 필요한 범죄와 그렇지 않은 범죄를 나누는 기준도 모호하고 보충성 요건을 추가할 경우 피의자의 소재나 이동경로를 파악하기 어려워 수사지연과 추가범죄로 연결될 가능성이 있는 점, 관련규정에 의하면 수사기관이 통신사실 확인자료의 제공을 요청하는 경우 그 요청사유, 가입자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기록한 서면을 통해 법원의 허가를 얻어 실시하도록 하고 있어 필요 최소한의 범위에서 이를 허용

하고 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해하지 아니한다.

재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 이 사건 통지조항에 대한 반대 의견

수사기관으로 하여금 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 것은 수사활동 보장에 목적이 있으므로 성질상 기밀성을 요한다. 그런데 통신사실 확인자료 제공사실을 수사 진행 중에 정보주체에게 알려준다면, 피의자 및 그와 관계있는 자들이 이동전화·인터넷의 이용을 중단하거나 도주·증거인멸할 가능성을 배제할 수 없고, 그로 인하여 범죄수사에 지장을 초래하거나 추가 범행에 대처하기 어려워지게 된다. 반면 제공사실을 공소제기 또는 불기소처분 이후에 통지받는다 하더라도, 통신사실 확인자료의 비내용적 성격을 고려할 때, 그로 인해 제한되는 정보주체의 이익은 크다고 보기 어렵다. 한편, 정보주체가 피의자인 경우에는 공소장부본을 송달 받거나 불기소처분결과를 통지받음으로써 통신사실 확인자료 제공요청 사유를 알 수 있고, 정보주체가 피의자 아닌 경우에는 피의자의 명예와 사생활 보호 필요성이 있기 때문에 그 제공요청 사유를 통지하지 않는 것이 바람직할 수 있다. 그 밖에 이 사건 요청조항 및 허가조항을 위반하여 취득한 통신사실 확인자료에 대해서는 형사 절차에서 위법수집증거 배제법칙을 통해 증거능력을 부정하거나, 해당 수사관 및 국가에 대해 손해배상을 청구하는 등 사후적인 권리구제수단도 마련되어 있다. 사정이 이러하다면, 이 사건 통지조항이 통신사실 확인자료 제공사실을 수사 종료 후에 통지하도록 하고, 그 사유를 통지사항으로 정하지 아니하였다고 하여, 적법절차원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

【심판대상조문】

통신비밀보호법(2005. 1. 27. 법률 제7371호로 개정된 것) 제2조 제11호 바목, 사목

통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분, 제13조 제2항 본문 중 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료에 관한 부분, 제13조의3 제1항 중 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료에 관한 부분

【참조조문】

헌법 제10조 제1문, 제12조, 제13조 제1항, 제16조 내지 제18조, 제37조 제2항
통신비밀보호법(2016. 1. 6. 법률 제13722호로 개정된 것) 제5조 제1항

【참조판례】

- 가. 헌재 2009. 2. 26. 2007헌마716, 공보 149, 487, 492
- 나. 헌재 2017. 4. 27. 2014헌바405, 판례집 29-1, 71, 80
- 다. 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 658
헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 90-91
헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 545, 557
헌재 2012. 12. 27. 2010헌마153, 판례집 24-2하, 537, 547
- 라. 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마672, 판례집 24-1하, 652, 655-656
- 마. 헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 17-18
헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302, 판례집 27-2상, 514, 521

【당 사 자】

청 구 인 [별지1] 청구인 명단 기재와 같음
청구인들의 대리인 법무법인(유) 원
담당변호사 오지현 외 1인
청구인 정○선, 김○진의 대리인 변호사 설창일

【주 문】

1. 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분, 제13조의3 제1항 중 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항들은 2020. 3. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다.

2. 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제2항 본문 중 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료에 관한 부분에 대한 심판청구를 기각한다.

3. 나머지 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 2012헌마191, 550 사건

(1) 이 사건 청구인들은 ○○중공업이 영도조선소 근로자를 정리해고한 것에 항의하여 크레인 점거 농성 중이던 김○숙 등을 응원하고자 2011. 6. 11.부터 2011. 10. 9. 사이에 희망버스 집회를 개최하였다는 취지의 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 위반 등 혐의로 기소된 사람들이다.

(2) 해당 수사기관은 위 사건의 수사 또는 체포영장의 집행을 위하여 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 청구인들에 대한 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목에 해당하는 통신사실 확인자료의 제출을 요청하여 이를 제공받았고, 위 청구인들은 2011. 12. 22.경부터 2012. 4. 4.경 사이에 해당 수사기관으로부터 위와 같은 통신사실 확인자료 제공사실을 통지받았다.

(3) 이에 청구인 송○동, 정○우는 2012. 2. 29., 청구인 정○선, 김○진은 2012. 6. 19. 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목, 제13조 제1항, 제2항, 제13조의3이 청구인들의 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2014헌마357 사건

(1) 이 사건 청구인들은 국토교통부에서 발표한 ‘철도산업 발전방안’이 한국철도공사를 민영화하는 방안이라고 주장하면서 이를 막겠다는 명목으로 2013. 12. 9.부터 2013. 12. 30.까지 파업을 벌여 한국철도공사의 여객·화물 수송업무를 방해하였다는 취지의 업무방해혐의로 기소되거나, 동일한 이유로 고소되었으나 기소에는 이르지 않은 사람 등이다.

(2) 해당 수사기관은 위 사건의 수사 또는 체포영장의 집행을 위하여 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 위 청구인들에 대한 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 및 사목에 해당하는 통신사실 확인자료의 제출을 요청하여 이를 제공받았고, 위 청구인들은 2014. 2. 10.경부터 해당 수사기관으로부터 위와 같은 통신사실 확인자

료 제공사실을 통지받았다.

(3) 이에 위 청구인들은 2014. 5. 2. 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목, 사목, 제13조 제1항, 제2항, 제13조의3이 청구인들의 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

청구인들은 통신비밀보호법 제13조 제1항, 제2항, 제13조의3 전부를 심판대상으로 삼고 있으나, 이 사건은 수사기관이 수사 목적으로 전기통신사업자에게 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 및 사목의 통신사실 확인자료의 제공을 요청하여 이를 제공받고, 그 사건에 관하여 기소 또는 불기소 처분을 한 후에 청구인들에게 통신사실 확인자료 제공요청 집행사실을 통지한 사안이므로, 이 사건 심판대상을 이에 관한 부분으로 한정함이 상당하다.

따라서 이 사건 심판대상은 ① 통신비밀보호법(2005. 1. 27. 법률 제7371호로 개정된 것) 제2조 제11호 바목, 사목(이하 위 두 조문을 합하여 ‘이 사건 정의조항’이라 하고, 위 두 조문에서 규정한 통신사실 확인자료를 ‘위치정보 추적자료’라 한다), ② 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분(이하 ‘이 사건 요청조항’이라 한다), ③ 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제2항 본문 중 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료에 관한 부분(이하 ‘이 사건 허가조항’이라 한다), ④ 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조의3 제1항 중 제2조 제11호 바목, 사목의 통신사실 확인자료에 관한 부분(이하 ‘이 사건 통지조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같고, 관련조항은 [별지2]와 같다.

[심판대상조항]

통신비밀보호법(2005. 1. 27. 법률 제7371호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

11. “통신사실확인자료”라 함은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다.

바. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료

사. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료

통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것)

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.

제13조의3(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 통지) ① 제13조의 규정에 의하여 통신사실 확인자료제공을 받은 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 통신사실 확인자료제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다.

3. 청구인들의 주장

가. 이 사건 정의조항은 위치정보 추적자료의 범위와 한계, 위 자료에 실시간 위치추적을 가능하게 하는 장래의 위치정보 추적자료가 포함되는지 여부에 관하여 불명확하게 규정함으로써 헌법상 명확성원칙에 위반된다. 또한 이 사건 정의조항은 광범위한 내용을 담고 있어 수사기관으로 하여금 통신사실에 관한 모든 자료를 제공받을 수 있도록 하므로 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해한다.

나. 이 사건 요청조항 중 수사를 위하여 필요한 경우의 의미, 위치정보 추적자료에 장래의 위치정보가 포함되는지 여부, 통신사실 확인자료 제공요청의 인적범위가 불명확하므로 헌법상 명확성원칙에 위배된다. 또한 이 사건 요청조항은 수사기관이 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있는 대상범죄, 시적 범위, 대상자 등에 관하여 아무런 제한을 두지 아니한 결과, 중대한 범죄 또는 통신을 수단으로 하는 범죄뿐만 아니라 모든 범죄와 관련하여, 과거뿐만 아니라 장래의, 피의자 및 피내사자 이외에 가족이나 지인의 위치정보 추적자료까지도 그 제공을 요청할 수 있게 되어 청구인들의 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해한다.

다. 위치정보 추적자료 제공요청을 통한 해당 정보주체의 실시간 위치파악은 그 실질이 압수수색과 동일함에도 불구하고, 이 사건 허가조항은 법원의 영장이 아닌 법원의 허가만 얻도록 하고 있으므로 헌법상 영장주의에 위배되며, 양자를 합리적 이유 없이 다르게 취급함으로써 청구인들의 평등권을 침해한다.

라. 이 사건 통지조항은 ‘위치정보 추적자료 제공요청 사유’를 통지사항으로 명시하고 있지 아니하는 등 통지내용의 범위 및 한계가 불명확하여 헌법상 명확성원칙에 위배된다. 또한 수사가 진행되는 동안에는 정보주체에게 통지할 의무를 부과하고 있지 아니하여 수사기관이 장기간에 걸쳐 위치정보 추적자료의 제공을 통지하지 아니할 수 있게 되고, 피의자나 그 가족들은 사후에 통보를 받더라도 제공요청 사유를 알 수 없다는 점에서 이 사건 통지조항은 적법절차원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다.

4. 적법요건에 관한 판단

기본권 침해의 직접성은 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 의미한다. 정의규정·선언규정과 같이 그 법령조항 자체에 의하여는 기본권 침해가 발생할 수 없는 경우 또는 법령이 구체적인 집행행위를 예정하고 있는 경우에는 직접성 요건이 결여된다(헌재 2009. 2. 26. 2007헌마716 참조).

이 사건 정의조항은 위치정보 추적자료가 통신사실 확인자료에 해당한다고 정의한 규정에 불과하여, 그 자체로는 청구인들의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 발생하지 아니한다. 따라서 이 사건 정의조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

5. 본안에 관한 판단

가. 입법연혁 등

2001. 12. 29. 법률 제6546호로 개정된 통신비밀보호법은 제13조에 통신사실 확인자료 제공요청의 법적 근거와 절차를 마련하여, 범죄수사를 위한 통신사실 확인 자료는 검사 또는 사법경찰관이 관할 지방검찰청 검사장의 사전승인을 얻어 전기통신사업자에게 요청할 수 있는 것으로 규정하였다.

이와 같이 통신비밀보호법이 개정된 다음에 범죄수사를 위한 수사기관의 통신사실 확인자료 제공요청이 급증하자 이와 관련된 수사기관의 권한남용의 우려가 커지게 되었다. 이에 2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 통신비밀보호법은 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 경우 관할 지방 법원 또는 지원의 허가를 받도록 하는 한편(이 사건 요청조항 및 이 사건 허가조항), 통신사실 확인자료를 제공받은 사건에 관하여 공소제기 등의 처분을 한 경우 정보주체인 전기통신가입자에게 이를 통지하도록 규정하였다(이 사건 통지조항).

이 사건에서 문제되는 통신사실 확인자료는 시간의 경과와 함께 계속적으로 변화하는 동적 정보이자 전자적(디지털 형태)으로 저장된 위치정보 추적자료이다. 이는 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신지국국의 위치추적 자료와 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료이다(이 사건 정의조항).

검사 또는 사법경찰관은 법원의 허가를 받으면, 정보주체의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도, 통신비밀보호법(제15조의2)에 따라 협조의무가 있는 공공기관이 아닌 전기통신사업자에게 정보주체에 관한 통신사실 확인자료의 제공을 요청하여 이를 제공받음으로써 정보주체의 기본권을 제한할 수 있으므로, 이러한 통신사실 확인자료 제공요청은 통신비밀보호법이 정한 강제처분에 해당한다.

나. 이 사건 요청조항

(1) 쟁점의 정리

(가) 청구인들은 이 사건 요청조항 중 ‘수사를 위하여 필요한 경우’의 의미가 불분명하여 명확성원칙에 위배된다고 주장하므로 이에 대하여 판단한다.

한편, 청구인들은 위치정보 추적자료의 인적·시적 범위가 불분명하므로 이 사건 요청조항이 명확성원칙에 위배된다는 주장도 한다. 그러나 이 사건 요청조항이 위치정보 추적자료의 인적·시적 범위를 제한하고 있지 아니함은 법 문언상 명백하고, 위 주장은 이 사건 요청조항의 내용이 광범위하여 정보주체의 기본권을 과도하게 제한한다는 취지로 선택될 수 있으므로, 이를 과잉금지원칙 위반 여부에 포함하여 판단한다.

(나) 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다. 이와 같은 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인 정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징 짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있다. 이러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282; 헌재 2012. 12. 27. 2010헌마153 참조).

이 사건 요청조항은 수사기관이 수사를 위하여 필요한 경우 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 정보주체의 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있도록 하고 있다. 이 사건에서 문제되고 있는 위치정보 추적자료는 청구인들의 인적정보와 결합하여 특정인의 위치를 파악할 수 있는 개인정보이고, 수사기관은 정보주체의 동의 없이 제공받은 위치정보 추적자료를 통해 그의 활동반경·이동경로·현재위치 등을 확인할 수 있으므로, 이 사건 요청조항은 개인정보자기결정권을 제한하고 있다.

따라서 이 사건 요청조항이 정보주체인 전기통신가입자의 개인정보자기결정권을

침해하는지 여부에 대하여 판단한다.

(다) 헌법 제18조는 ‘모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.’라고 규정하여 통신의 비밀보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있다. 사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 별개의 조항을 통해 기본권으로 보장하는 이유는 우편이나 전기통신의 운영이 전통적으로 국가독점에서 출발하였기 때문에 개인 간의 의사소통을 전제로 하는 통신은 국가에 의한 침해가능성이 여타의 사적 영역보다 크기 때문이다(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25 참조). 자유로운 의사소통은 통신내용의 비밀을 보장하는 것만으로는 충분하지 아니하고 구체적인 통신으로 발생하는 외형적인 사실관계, 특히 통신관계자의 인적 동일성·통신시간·통신장소·통신횟수 등 통신의 외형을 구성하는 통신이용의 전반적 상황의 비밀까지도 보장해야 한다.

따라서 이 사건 요청조항은 수사기관이 전기통신사업자에게 위치정보 추적자료의 제공을 요청하여 이를 제공받도록 함으로써 정보주체인 전기통신가입자의 통신의 자유를 제한하므로 이에 대하여 판단한다.

(라) 청구인들은 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청은 통신의 자유를 제한함과 동시에 사생활의 비밀과 자유도 제한한다는 취지로 주장한다. 사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 제18조에서 별도의 기본권으로 보장하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 이 사건 요청조항이 청구인들의 통신의 자유를 침해하는지를 판단하는 이상 사생활의 비밀과 자유 침해 여부에 관하여는 별도로 판단하지 아니한다(헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30 참조).

(2) 명확성원칙 위반 여부

(가) 법치국가원리의 한 표현인 명확성원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 요구된다. 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부와 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 판단할 수 있다. 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 있다(헌재 2017. 4. 27. 2014헌바405 참조).

(나) 청구인들은 이 사건 요청조항 중 ‘수사를 위하여 필요한 경우’의 의미가 불분명하여 명확성원칙에 위배된다고 주장한다.

우선 ‘수사’라 함은 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위해 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동을 말한다(형사소송법 제195조, 대법원 1999. 12. 7. 선고 98도3329 판결 등 참조). 이는 형사소송법을 비롯한 여러 법률에서 널리 사용되고 있을 뿐만 아니라 일상생활에서도 흔히 사용되는 용어이므로 그 의미가 불명확하다고 볼 수 없다.

다음으로 ‘필요한 경우’의 의미가 명확한지에 관하여 본다.

통신비밀보호법은 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한 시 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 그 목적으로 하고(제1조), 수사기관이 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 때 ‘요청사유, 해당 가입자와의 연관성, 필요한 자료의 범위’를 기재한 요청허가서를 작성하고 있다(제13조 제2항). 그리고 형사소송법은 수사기관이 근거 법률의 규정이 있고 필요한 최소한도의 범위 안에서만 강제처분을 하도록 규정하고 있다(제199조 제1항 단서). 이러한 점들에 비추어 보면, 수사기관이 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 때에는 통신사실 확인자료가 범인의 발견이나 범죄사실의 입증에 기여할 개

연성이 충분히 소명되어야 그 필요성이 인정될 수 있다(헌재 2018. 4. 26. 2015헌바370등 참조).

따라서 이 사건 요청조항의 ‘수사를 위하여 필요한 경우’란 ‘위치정보 추적자료가 범인의 발견이나 범죄사실의 입증에 기여할 개연성이 충분히 소명된다는 전제 하에, 범인을 발견·확보하며 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동을 위하여 그 목적을 달성할 수 있는 범위 안에서 관련 있는 자에 대한 위치정보 추적자료 제공요청이 필요한 경우’를 의미한다고 해석할 수 있다.

(다) 그렇다면 이 사건 요청조항은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 그 취지를 예측할 수 있을 정도의 내용으로 확정되어 있어 불명확하다고 할 수 없으므로, 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

(3) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

현대사회에서는 정보통신기술의 비약적인 발달로 인하여 개인의 인적사항이나 위치정보 등 각종 개인정보가 정보주체의 의사나 인식 여부와 관계없이 제3자에 의하여 광범위하게 수집·보관·처리·이용될 수 있게 되었다. 이러한 정보는 수사기관이 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는데 중요한 자료가 될 수 있다. 특히, 이동전화나 인터넷의 사용이 일상화되면서, 수사기관은 그 사용에 관한 정보를 이용하여 특정인의 활동반경·이동경로·현재위치 등을 확인하는 등, 위치정보 추적자료를 범죄 수사에 있어 중요한 자료로 활용하고 있다.

이 사건 요청조항은 수사기관이 수사의 필요성 있는 경우에 전기통신사업자에게 정보주체인 전기통신가입자의 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있도록 함으로써, 수사의 신속성과 효율성을 도모하고 이를 통하여 실체적 진실발견과 국가형벌권의 적정한 행사에 기여하고자 하는 것이므로 입법목적이 정당하다. 수사기관이 전기통신사업자에게 전기통신가입자의 위치정보 추적자료의 제공을 요청하는 것은 위와 같은 입법목적을 달성하는데 효과적인 방법이 될 수 있으므로 수단의 적절성도 인정된다.

(나) 침해의 최소성

1) 수사기관은 실체적 진실발견과 국가형벌권의 적정한 행사를 위해 제3자인 전기통신사업자에게 정보주체인 전기통신가입자에 대한 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있다.

위치정보 추적자료는 시간의 경과와 함께 계속적으로 변화하는 동적 정보이자 전자적으로 저장되는 정보라는 특성을 가지고 있으므로, 피의자·피내사자 등 범죄관련자의 행적을 용이하게 추적할 수 있게 한다. 수사기관은 위치정보 추적자료를 활용하여 신속하고 효과적으로 범인을 발견·확보하고, 증거를 수집·보전하며, 범죄관련자 진술의 진위 여부를 확인함으로써, 실체적 진실발견과 국가형벌권의 적정한 행사를 도모할 수 있다.

그런데, 비록 수사기관이 전기통신사업자에게 전기통신가입자에 관한 위치정보 추적자료의 제공을 요청하는 것이 그 가입자에 대한 직접적이고 물리적인 강제력을 행사하는 것은 아니라고 하더라도, 이러한 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청은 통신비밀보호법이 정하는 강제처분에 해당하는 것이므로 필요한 최소한의 범위 내에서만 하여야 한다(형사소송법 제199조 제1항 단서 참조).

2) 위치정보 추적자료는 정보주체인 전기통신가입자가 이동전화 등을 사용하는 때에 필연적으로 생성되는 것으로, 정보주체가 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보를 제공한다. 이러한 정보는 개인의 사적 생활의 비밀과 자유에 관한 것이 될 수 있으므로, 수사기관에 제공될 경우 정보주체에 대한 통신의 자유 및 개인정보자기결정권의 침해로 연결될 수 있다.

수사기관은 위치정보 추적자료의 분석을 통하여 특정 시간대 정보주체의 위치 및 이동상황에 대한 정보를 취득할 수 있고 정보주체의 예상경로 및 이동목적지 등을 유추하는 것도 가능하다. 특히, 실시간 위치정보 추적자료는 정보주체의 현재 위치와 이동상황을 제공한다는 점에서, 비록 내용적 정보가 아니지만 충분한 보호가 필요한 민감한 정보에 해당할 수 있다.

그럼에도 불구하고, 이 사건 요청조항은 ‘수사를 위하여 필요한 경우’만을 요건으로 하면서 전기통신사업자에게 특정한 피의자·피내사자뿐만 아니라 관련자들에 대한 위치정보 추적자료의 제공요청도 가능하도록 규정하고 있다. 즉, 이 사건 요청조항은 수사기관이 범인의 발견이나 범죄사실의 입증에 기여할 개연성만 있다면, 모든 범죄에 대하여, 수사의 필요성만 있고 보충성이 없는 경우에도, 피의자·피내사자뿐만 아니라 관련자들에 대한 위치정보 추적자료 제공요청도 가능하도록 하고 있다.

따라서, 이 사건 요청조항은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위를 벗어나 광범위하게 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청을 허용함으로써, 정보주체의 기본권을 과도하게 제한하고 있다.

3) 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청과 관련해서는, 이 사건 요청조항의 입법목적 달성에 지장을 초래하지 아니하면서도 정보주체의 기본권을 덜 침해하는 방법이 가능하다.

예를 들면, ① 수사기관이 전기통신사업자로부터 실시간 위치정보 추적자료를 제공받는 경우 또는 불특정 다수에 대한 위치정보 추적자료를 제공받는 경우에는 수사의 필요성뿐만 아니라 보충성이 있을 때, 즉 다른 방법으로는 범죄 실행을 저지하거나 범인의 발견·확보 또는 증거의 수집·보전이 어려운 경우에 한하여, 수사기관이 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있게 하는 방법, ② 통신비밀보호법 제5조 제1항에 규정된 통신제한조치가 가능한 범죄 이외의 범죄와 관련해서는 수사의 필요성뿐만 아니라 보충성이 있는 경우에 한하여 수사기관이 위치정보 추적자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 방법 등이 개선입법으로 고려될 수 있다. 이러한 방법 등을 통하여 수사의 신속성 및 효율성을 확보하고 실제적 진실발견 및 국가형벌권의 적정한 행사라는 이 사건 요청조항의 입법목적 달성을 하면서도, 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청의 남용을 방지하고 정보주체의 기본권 보장을 도모할 수 있다.

그럼에도 불구하고, 이 사건 요청조항은 정보주체의 기본권 제한을 최소화하려는 노력을 도외시한 채 수사기관의 수사편의 및 효율성만을 도모한 것으로, 입법목적 달성에 필요한 범위를 벗어나 정보주체의 기본권을 과도하게 제한하고 있다.

4) 수사기관이 전기통신사업자에게 위치정보 추적자료 제공을 요청할 경우 법원의 허가를 받아야 한다는 점에서, 이 사건 요청조항이 수사의 필요성만을 규정하고 보충성 등의 요건이나 대상범죄를 제한하고 있지 않더라도, 위치정보 추적자료 제공요청 관련 수사기관의 권한남용은 일정부분 통제된다고 볼 여지도 있다.

그러나 수사절차에서 요건이 엄격한 통신제한조치의 활용은 점차 줄어드는 대신 상대적으로 요건이 완화된 통신사실 확인자료의 활용이 빈번해지고 있는 실정이고, 통신제한조치 허가신청에 대한 법원의 기각률은 약 4%인데 반해 통신사실 확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원의 기각률은 약 1%에 불과한데, 이는 이 사건 요청조항이 보충성 등을 요구하지 않은 채 수사의 필요성만을 요건으로 규정하고 있음에도 그 원인이 있다. 따라서 현재와 같이 통신사실 확인자료 제공요청에 대한 요건이 완화되어 있는 상태에서는 법원이 허가를 담당한다는 사정만으로 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청 남용에 대한 통제가 충분히 이루어지고 있다고 할 수 없다.

한편, 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목에 해당하는 발신기지국의 위치추적자료의 경우에는 기지국의 통신범위가 최소 수백 미터에서 최대 수천 미터에 이르는 등

그 폭이 상당히 넓기 때문에 보다 정확한 위치를 파악하기 어려워 정보주체에 대한 기본권 제한의 정도가 심하지 않다고 볼 여지도 있다.

그러나 오늘날 정보통신기술의 발달과 함께 위치정보를 정확하게 측량하여 이용할 수 있는 기술들도 급속히 발전하고 있고, 오차범위와 기지국 주변의 건물 상황 등 여러 조건을 종합하여 수사대상자 등의 위치정보를 상당히 정확한 수준으로 파악하는 것이 가능하게 되어, 정보주체의 기본권에 중대한 침해가 될 수 있다.

5) 사정이 이러하다면, 이 사건 요청조항은 침해의 최소성 요건을 충족한다고 할 수 없다.

(다) 법익의 균형성

이 사건 요청조항이 달성하고자 하는 실체적 진실발견과 국가형벌권의 적정한 행사라는 공익은 중요하고, 이러한 공익목적 달성을 위하여 수사기관이 전기통신사업자로부터 위치정보 추적자료를 제공받는 것은 불가피한 측면이 있다. 그러나 이 사건 요청조항은 공익목적의 달성에 필요한 범위를 벗어나 정보주체의 통신의 자유와 개인정보자기결정권을 과도하게 제한하고 있으므로, 이 사건 요청조항으로 달성하려는 공익이 그로 인해 제한되는 정보주체의 기본권보다 중요하다고 단정할 수 없다.

따라서 이 사건 요청조항은 법익의 균형성 요건을 충족한다고 할 수 없다.

(라) 소결

이 사건 요청조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해한다.

다. 이 사건 허가조항

(1) 쟁점의 정리

청구인들은 이 사건 허가조항이 영장주의에 위배된다고 주장하므로 이에 대하여 판단한다.

한편, 청구인들은 위치정보 추적자료 제공요청이 실질적으로 압수·수색과 동일함에도 이 사건 허가조항은 위치정보 추적자료 제공요청의 경우에는 압수·수색과 달리 법원의 허가만으로 가능하도록 함으로써 양자를 합리적 이유 없이 차별하여 청구인들의 평등권을 침해한다고 주장한다. 그러나 위 주장은 이 사건 허가조항이 영장주의에 위배됨을 다투는 것과 실질적으로 동일하므로, 영장주의 위배 여부를 살펴보는 이상 별도로 판단하지 아니한다.

(2) 헌법상 영장주의 위배 여부

(가) 헌법 제12조 제3항은 ‘체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.’라고 규정하고, 헌법 제16조는 ‘주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.’라고 규정함으로써 영장주의를 헌법적 차원에서 보장하고 있다. 우리 헌법이 채택하여 온 영장주의는 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다는 원칙이다. 따라서 헌법상 영장주의의 본질은 체포·구속·압수·수색 등 기본권을 제한하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관의 구체적 판단을 거쳐야 한다는 데에 있다.

한편, 입법자는 수사기관의 강제처분에 관한 법률을 제정함에 있어, 헌법 제12조 제3항을 준수하는 범위 내에서 해당 강제처분의 특수성, 그 강제처분과 관련된 우리 사회의 법 현실, 국민의 법 감정 등을 종합적으로 고려해 정책적인 선택을 할 수 있다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌마672 참조).

(나) 앞서 본 바와 같이, 통신사실 확인자료 제공요청은 수사 또는 내사의 대상이 된 가입자 등의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도 공공기관이 아닌 전기통신사업자를 상대로 이루어지는 것으로 통신비밀보호법이 정한 수사기관의 강제처분이다. 이러한

통신사실 확인자료 제공요청과 관련된 수사기관의 권한남용 및 그로 인한 정보주체의 기본권 침해를 방지하기 위해서는 법원의 통제를 받을 필요가 있으므로, 통신사실 확인자료 제공요청에는 헌법상 영장주의가 적용된다.

위치정보 추적자료는 시간의 경과와 함께 계속적으로 변화하는 동적 정보이면서 전자적으로 저장되는 정보라는 특성을 가지고 있다. 이러한 위치정보 추적자료를 활용하면 피의자·피내사자 등 범죄관련자들의 행적을 용이하게 추적할 수 있기 때문에 수사기관은 신속하고 효율적인 수사를 위하여 그 자료를 적극적으로 활용하고 있다. 그러나 위치정보 추적자료가 수사기관에 의해 무분별하게 수집되어 오용·남용될 경우, 이로 인한 정보주체의 사적 생활의 비밀과 자유는 심각하게 침해될 수 있다. 이에 이 사건 허가조항은 위치정보 추적자료 제공요청과 관련하여, 수사기관의 권한남용을 방지하고 정보주체의 기본권을 충실하게 보장하며 절차의 공정성을 확보하기 위하여 법원의 허가를 받도록 하고 있다. 즉 이 사건 허가조항은 강제처분인 위치정보 추적자료 제공요청의 특수성, 이와 관련된 입법연혁과 수사현실, 국민의 법 감정 등을 고려하여, 형사소송법상 압수·수색영장의 특수한 형태로서 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청시 법원의 허가를 받도록 한 것이다.

또한 영장주의의 본질이 수사기관의 강제처분은 인적·물적 독립을 보장받는 중립적인 법관의 구체적 판단을 거쳐야만 한다는 점에 비추어 보더라도, 수사기관이 위치정보 추적자료의 제공을 요청한 경우 법원의 허가를 받도록 하고 있는 이 사건 허가조항은 영장주의에 위배된다고 할 수 없다.

라. 이 사건 통지조항

(1) 쟁점의 정리

이 사건 통지조항은 수사기관이 전기통신사업자로부터 위치정보 추적자료를 제공받은 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는, 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 위치정보 추적자료를 제공받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하도록 하고 있다. 이와 관련하여, 청구인들은 이 사건 통지조항이 기소중지결정이나 수사 중에는 수사기관에게 위치정보 추적자료를 제공받은 사실 등에 관하여 통지할 의무를 부과하지 아니하고, 수사기관이 그 사실을 통지할 때에도 위치정보 추적자료 제공요청 사유를 통지사항으로 규정하지 아니한 것이 적법절차원칙에 위배되어 개인정보자기결정권을 침해한다고 주장하므로, 이에 대하여 판단한다.

한편, 청구인들은 이 사건 통지조항이 위치정보 추적자료 제공요청 사유를 명시하고 있지 아니하는 등 통지내용의 범위 및 한계가 불명확하여 명확성원칙에 반한다고 주장하나, 이는 결국 이 사건 통지조항이 적법절차원칙에 반하여 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부를 다투는 것에 지나지 아니하므로 별도로 판단하지 아니한다.

(2) 적법절차원칙 위반 여부

(가) 헌법 제12조에 규정된 적법절차원칙은 형사절차뿐만 아니라 모든 국가작용 전반에 적용된다. 적법절차원칙에서 도출되는 중요한 절차적 요청으로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것 등을 들 수 있다. 그러나 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 권리와 이익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소를 비교하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25; 헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302 등 참조).

(나) 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청은 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자를 상대로 이루어지므로, 정보주체로서는 그 사실을 통보받기 전까지는 자신의 위치정보 추적자료가 어떤 절차와 내용으로 제공되었는지를 알 수 없는 구조이다.

수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청과 관련하여, 수사기관이 정보주체에게

사전에 통지한다든지 또는 검사의 기소중지결정이나 수사가 진행되는 동안 통지하는 것은 범인의 발견·확보 및 증거의 수집·보전을 불가능하게 하거나 대단히 어려워지게 하여 실체적 진실발견과 국가형벌권의 적절한 행사에 역행할 수 있다.

그러나 이와 같이 수사의 밀행성 확보가 필요하다 하더라도, 수사기관의 권한남용을 방지하고 정보주체의 기본권을 보호하기 위해서는, 정보주체에게 위치정보 추적자료 제공과 관련하여 적절한 고지와 실질적인 의견진술의 기회가 부여되어야 한다.

위치정보 추적자료 제공요청과 관련하여, 사전에 정보주체인 피의자 등에게 이를 통지하는 것은 수사의 밀행성 확보를 위하여 허용될 수 없다 하더라도, 수사기관이 전기통신사업자로부터 위치정보 추적자료를 제공받은 다음에는 수사에 지장이 되지 아니하는 한 그 제공사실 등을 정보주체인 피의자 등에게 통지해야 한다. 이와 같이 수사기관이 피의자 등에게 위치정보 추적자료 제공사실을 통지함으로써, 피의자 등은 위치정보 추적자료의 제공이 적법한 절차에 따라 이루어졌는지, 위치정보 추적자료가 제공 목적에 부합하게 사용되었는지 또는 제공된 위치정보 추적자료가 개인정보 보호법 등에 규정된 적법한 절차에 따라 폐기되었는지 등을 확인할 수 있게 된다. 정보주체인 피의자 등은 이를 통하여 수사기관의 불법 또는 부당한 행위가 확인되는 경우에 수사기관이나 법원에 그 시정을 요구하는 등으로 실효성 있게 권리구제를 받을 수 있게 된다.

(다) 그럼에도 이 사건 통지조항은 수사기관이 전기통신사업자로부터 위치정보 추적자료를 제공받은 사실에 대해, 그 제공과 관련된 사건에 대하여 수사가 계속 진행되거나 기소중지결정이 있는 경우에는 정보주체에게 통지할 의무를 규정하지 않고 있다.

이에 따라, 통신사실 확인자료를 제공받은 사건에 관하여 기소중지결정이 있거나 수사·내사가 장기간 계속되는 경우에는, 정보주체는 그 기간이 아무리 길다 하여도 자신의 위치정보가 범죄수사에 활용되었거나 활용되고 있다는 사실을 알 수 있는 방법이 없다. 또한 이 사건 통지조항은 수사기관이 정보주체에게 위치정보 추적자료의 제공을 통지하는 경우에도 그 사유에 대해서는 통지하지 아니할 수 있도록 함으로써 정보주체는 수사기관으로부터 통신사실 확인자료 제공사실 등에 대해 사후통지를 받더라도 자신의 위치정보 추적자료가 어떠한 사유로 수사기관에게 제공되었는지 전혀 짐작할 수도 없다. 그 결과, 정보주체는 위치정보 추적자료와 관련된 수사기관의 권한남용에 대해 적절한 대응을 할 수 없게 된다.

따라서, 이 사건 통지조항은 정보주체의 절차적 권리와 개인정보자기결정권을 충분히 보장하기에 미흡하다고 할 수 있다.

(라) 수사기관의 위치정보 추적자료 제공사실의 통지와 관련해서는, 실체적 진실발견과 국가형벌권의 적절한 행사에 지장을 초래하지 아니하면서도 피의자 등 정보주체의 기본권을 덜 침해하는 방법이 가능하다.

예를 들면, ① 통신사실 확인자료를 제공받은 사건에 관하여 기소중지결정이 있거나 수사·내사가 장기간 계속되는 경우에는, 통신사실 확인자료제공 이후 일정한 기간이 경과하면 원칙적으로 수사·내사의 대상인 정보주체에 대해 이를 통지하도록 하되, 통지가 수사에 지장을 초래하는 경우 등에는 사법부 등 객관적·중립적 기관의 허가를 얻어 그 통지를 유예하는 방법, ② 일정한 예외를 전제로 정보주체가 위치정보 추적자료 제공요청 사유의 통지를 신청할 수 있도록 하는 방법, ③ 위치정보 추적자료 제공사실에 대한 통지의무를 위반할 경우 이를 효과적으로 제재할 수 있도록 하는 방법 등이 개선입법으로 고려될 수 있다. 이를 통해 수사기관의 위치정보 추적자료 제공요청의 남용을 방지하고 정보주체를 위한 적법절차와 개인정보자기결정권을 보장할 수 있다.

(마) 위에서 언급한 바와 같이, 위치정보 추적자료 제공과 관련된 수사기관의 통지 의무의 실효성을 확보하기 위해서는 그 의무위반에 대한 제재조항이 있어야 한다.

그런데 검사 또는 사법경찰관이 통신제한조치의 집행에 관한 통지를 하지 아니하면 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하는 것(통신비밀보호법 제17조 제2항 제3호)과는 달리, 통신사실 확인자료 제공과 관련된 수사기관의 통지의무 위반에 대하여는 아무런 제재규정도 마련되어 있지 아니하다. 그 결과, 수사기관이 정보주체에게 위치정보 추적자료 제공과 관련된 통지를 하지 아니하더라도 이를 통제할 방법이 전혀 없고, 실제로 수사기관이 이러한 통지의무를 이행하지 아니한 사례도 상당수 발견된다.

(바) 이러한 점들을 종합할 때, 이 사건 통지조항이 규정하는 사후통지는 헌법 제12조에 의한 적법절차원칙에서 요청되는 적절한 고지라고 볼 수 없으므로, 이 사건 통지조항은 헌법상 적법절차원칙에 위배된다.

(3) 소결

이 사건 통지조항은 적법절차원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하므로, 헌법에 위반된다.

마. 헌법불합치결정 및 잠정적용명령

이 사건 요청조항 및 이 사건 통지조항은 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되지만, 위 조항들에 대하여 단순위헌결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면 수사기관이 수사·내사의 대상이 된 정보주체에 대한 위치정보 추적자료의 제공을 요청하거나 위 자료의 제공사실을 정보주체에게 통지할 법률적 근거가 사라져 법적 공백 사태가 발생하게 된다.

한편, 이 사건 요청조항 및 이 사건 통지조항이 가지는 위헌성은, 범죄수사의 필요성과 밀행성 확보를 위해 위치정보 추적자료의 제공과 그에 대한 통지의 제한이 반드시 필요한 범위를 넘어 남용될 수 있게 규정됨으로써, 정보주체의 기본권이 과도하게 침해된다는 점에 있다. 즉 이 사건 요청조항과 이 사건 통지조항에는 합헌적인 부분과 위헌적인 부분이 공존하고 있는 것인바, 수사의 필요성 및 밀행성이란 공익과 정보주체의 기본권 보장이란 사익을 조화시키는 관점에서 구체적인 개선안을 어떻게 마련할 것인지는 원칙적으로 입법자의 재량에 속한다.

이러한 이유로 위 조항들에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 선고하되, 2020. 3. 31.을 시한으로 입법자가 이들 조항의 위헌성을 제거하고 합리적인 내용으로 법률을 개정할 때까지 이들 조항이 계속 적용되도록 할 필요가 있다.

6. 결 론

이 사건 정의조항에 대한 심판청구는 부적법하여 각하하고, 이 사건 허가조항에 대한 심판청구는 이유 없어 기각하며, 이 사건 요청조항 및 이 사건 통지조항은 헌법에 합치되지 아니하나 2020. 3. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 아래 7.과 같은 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 반대 의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

7. 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 반대의견

가. 이 사건 요청조항에 대한 반대의견

우리는 다수의견과 반대로 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해한다고 생각하지 아니하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

이 사건 요청조항의 입법목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다는 점은 다수의견과 같다.

(2) 침해의 최소성

(가) 침해의 최소성은 입법목적 달성을 위해 사용될 수 있는 여러 가지의 수단들 중에서 가장 덜 침해적인 수단을 사용해야 한다는 요청이다. 범죄의 수사는 합목적적 판단에 따라 행하는 것으로 신속성 및 효율성의 확보는 물론 밀행성의 원칙이 요구된다. 범죄의 수사를 위해 피의자 등을 특정하거나 그 소재를 파악함에 있어서는, 이 사건 요청조항에서 정하는 통신사실 확인자료를 제공받아 활용하는 대신에, 폐쇄회로 텔레비전(CCTV)의 활용이나 수사기관에 의한 탐문수사 등을 통하여 피의자 등의 활동을 감시하거나 그 소재를 추적할 수도 있다. 그러나 이들 방법은 시간과 비용에 비해 효율성이 떨어지고, 특히 체포·구속영장 발부 이후 도주하는 경우에는 피의자 등 또는 그 친인척이나 지인의 주거지 등에 대한 탐문수사나 감시만으로는 그 소재를 파악하는 것이 어려울 뿐만 아니라, 그러한 방법으로 인한 피의자 등의 인권 침해의 정도가 통신사실 확인자료의 제공보다 덜하다고 보기도 어렵다.

범죄에 대한 초기 대응 및 피의자 등에 대한 신속한 신병 확보 등의 중요성과 필요성은 꾸준히 지적되어 왔다. 위치정보는 시간의 경과와 함께 계속 변화하는 동적 정보로서 개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보를 모두 포함하고 있다(위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률 제2조 제1호 참조). 따라서 통신사실 확인자료는 주로 범죄의 수사를 시작하는 초동 수사단계에서 활용되어 비교적 용이하게 피의자 등의 행적을 추적하거나 그 신병을 확보할 수 있는 매우 효과적인 수단인 점 등에 비추어 보면, 범죄예방과 사건의 조기해결을 위하여 수사기관으로 하여금 피의자 등에 대한 통신사실 확인자료를 제공요청할 수 있도록 할 필요성이 크고, 이는 입법형성권의 범위 내에서 규정된 것이다.

통신사실 확인자료는 기계적으로 전송되는 장소에 관한 정보를 기록한 '비내용적 정보'라는 점에서 구체적인 통신내용을 대상으로 하는 '통신제한조치'(통신비밀보호법 제5조 이하)와 달리 기본권 제한의 정도가 그리 심각하지 아니하다. 즉, 통화의 직접적인 내용이나 사생활의 본질적인 내용이 수사기관에 알려지는 통신제한조치인 감청의 경우와 달리, 통신사실 확인자료 중 발신기지국 위치추적자료(통신비밀보호법 제2조 제11호 바목)는 통신기와 통신기지국 사이의 교신사실을 확인하는 것에 불과하고, 또한 현실적으로 기지국만으로는 구체적인 위치가 특정되지 않고 최소 수백미터 내지 최대 수천 미터의 반경이 확인되는 정도에 불과하여 그 정확한 위치를 파악하기 어려우므로 그 기본권 제한의 정도가 통신제한조치에 비하여 상대적으로 약하다.

(나) 다수의견은, 실시간 위치정보 추적자료를 제공받거나 불특정 다수에 대한 위치정보 추적자료를 제공받는 경우 또는 통신비밀보호법 제5조 제1항에 규정된 통신제한조치가 가능한 범죄 이외의 범죄에 대해서만 보충성 요건을 추가하는 방법을 입법대안으로 제시하고 있다.

그러나 위치추적은 기본적으로 장래 또는 실시간 위치추적을 포함하는 것이고, 통신사실 확인자료 요청의 실무상 불특정 다수에 대한 위치추적은 이른바 기지국수사의 경우 외에는 일반적으로 가능하지도 않다.

한편, 통신사실 확인자료 제공요청에서 보충성 요건이 반드시 필요한 범죄와 그렇지 아니한 범죄를 나누는 기준도 모호할 뿐만 아니라, 통신제한조치는 통신의 비밀에 대한 직접적이고 강력한 제한이기 때문에 보충성이 요구되고 통신비밀보호법 제5조 제1항에서도 보충성을 규정하고 있음에 반하여, 통신사실 확인자료 제공요청은 간접적이고 완화된 제한이어서 통신비밀보호법에서 보충성을 규정하고 있지 않은 것이다. 통신제한조치의 경우와 통신사실 확인자료 제공요청의 경우는 범죄수사를 위한 허용 대상범죄, 그 정보의 성질과 내용 및 그 사용되는 용도 등에 있어 차이가 있으므로 이를 동일 선상에서 논의할 것은 아니다. 수사실무상 통신사실 확인자료

제공의 요청은 거주지 등에 대한 탐문수사나 감시활동 등으로 소재 파악이 어려울 때 비로소 이용되고 있는 점에서 이미 보충성을 고려하고 있다. 다수의견과 같이 보충성 요건을 추가로 요구하는 경우, 전기통신사업자의 통신사실 확인자료 보관기간이 발신기지국의 위치추적자료의 경우에는 12개월, 접속지의 추적자료의 경우에는 3개월로 단기라는 점에서(통신비밀보호법 시행령 제41조 제2항 참조), 통신사실 확인자료를 수사에 활용하기 어렵게 될 수 있다.

통신사실 확인자료를 이용하면 사건의 조기해결이 가능한 사안임이 명백한 경우에도 예외 없이 포괄적으로 보충성을 요구한다면 수사에 난항이 예상되고, 과거의 통신사실 확인자료만을 제공요청하도록 하는 경우에는 피의자의 소재나 이동경로 등을 파악하기 어려워 수사지연으로 이어지게 되며 이는 또 다른 추가범죄로 연결되고, 결국 국민의 재산이나 생명·신체의 안전에 상당한 위험을 초래할 수 있다. 특히 유괴범이나 테러범 등과 같이 시각을 다투는 급박한 사건들의 경우에 보충성을 요구하는 것은 보충성 원리의 본질에도 부합하지 않는다.

(다) 강제처분에 해당하는 통신사실 확인자료 제공요청은 필요한 최소한도의 범위에서 하여야 한다(형사소송법 제199조 제1항 단서). 그리하여 ①통신비밀보호법 제13조 제1, 2항은 통신사실 확인자료 제공요청을 위한 절차로, 수사기관이 범죄수사를 위하여 필요한 경우 통신사실 확인자료 제공을 요청할 때에는 ‘요청사유, 해당 가입자와의 연관성, 필요한 자료의 범위’를 기재한 서면(허가요청서)을 작성하여 청구하도록 규정하고 있고, ②법원실무는 영장청구사건을 담당하는 판사가 통신사실 확인자료 제공요청 허가업무를 담당하도록 하면서[통신제한조치 등 허가규칙(대법원규칙 제2113호) 제3조], 그 허가요청서에는 통신비밀보호법 제13조 제2항의 기재 사항 외에 해당 가입자의 인적 사항, 통신사실 확인자료 제공을 요청할 전기통신사업자를 기재하도록 하고, 통신비밀보호법 제13조 제2항의 ‘필요한 자료의 범위’에는 같은 법 제2조 제11호에 규정된 통신사실 확인자료 중 필요로 하는 자료의 종류, 필요로 하는 기간 등을 기재하도록 하고 있다(통신제한조치 등 허가규칙 제10조의3 제1항, 제2항 참조). ③나아가 통신비밀보호법 제13조 제9항에 따라 준용되는 같은 법 제6조 제6항은 법원이 통신사실 확인자료 제공요청 허가서에 통신사실 확인자료의 ‘종류, 그 목적, 대상, 범위, 기간 및 집행장소와 방법’을 특정하여 기재하도록 요구하고 있다. 한편, 통신사실 확인자료의 사용제한에 관하여 통신비밀보호법 제12조 제1호를 준용하도록 한 같은 법 제13조의5에 의하면, 통신사실 확인자료 제공요청에 의하여 취득한 통신사실 확인자료를 범죄의 수사를 위하여 사용하는 경우 그 대상범죄는 통신사실 확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄에 한정된다(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014도2121 판결 참조).

이와 같이 통신사실 확인자료 제공요청과 관련된 규정 및 법원실무에서는 범죄 혐의사실의 구체성 및 중대성, 필요로 하는 자료의 종류 및 기간, 당해 위치정보 추적으로 인한 피의자나 전기통신사업자의 법익침해 가능성, 다른 증거수집방법의 존부 등을 종합적으로 고려하여, 통신사실 확인자료 제공요청의 허가범위를 조절하거나 불허하는 방법으로 수사기관의 남용 가능성을 최소화하고 있다. 특히 요청서 및 허가서에 단순히 필요한 자료에 대한 추상적·포괄적 요청 또는 허가가 아니라 필요한 자료의 종류와 ‘필요로 하는 기간’을 특정하도록 요구하고 있는바, 이는 과도한 기간으로 인한 피해를 통제하기 위한 것이라는 점에서 기본권 제한과 관련하여 매우 중요한 의미를 갖는다. 다수의견이 들고 있는 통신제한조치 허가신청에 대한 법원의 기각률과 통신사실 확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원의 기각률의 차이는 통신비밀보호법상의 실체적 요건 자체의 본질적인 차이에서 비롯되는 것이거나 각각의 허가신청에 대한 소명의 정도, 법원의 허가기준 등의 차이에 따른 것으로 이를 단순 비교할 것이 아니고, 오히려 압수·수색·검증영장에 대한 법원의 기각률에 비해서는 통신사실 확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원의 기각률이 높다는 점에 비추어 보면 통신사실 확인자료 제공요청에 대한 법원 통제의 적정성을 의심할 것도 아

니다.

(라) 그 밖에 통신비밀보호법은 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공에 대한 사후통지 의무(제13조의3), 통신사실 확인자료 제공에 관여한 통신기관의 직원 등의 통신사실 확인자료 제공 사항에 대한 비밀준수의무(제13조의5, 제11조), 통신사실 확인자료 제공요청서 등 관련 자료의 비차보존의무(제13조 제5항 내지 제7항), 비밀준수의무 위반 및 관련 자료의 비치의무 위반 시 형사처벌(제16조, 제17조), 제공 받은 위치추적자료의 사용목적에 대한 엄격한 제한(제13조의5, 제12조) 등과 같이 통신사실 확인자료 제공요청의 남용을 방지할 수 있는 여러 방안을 마련하고 있어 정보주체의 기본권 제한을 최소화하고 있다.

(마) 사정이 이러하다면 이 사건 요청조항이 침해의 최소성에 반한다고 보기 어렵다.

(3) 법익의 균형성

이 사건 요청조항으로 달성하려는 공익은 범죄에 대한 신속한 수사를 통해 범인을 검거하고 추가적인 피해 발생을 방지함으로써 실체적 진실을 발견하고 국가형벌권의 적정한 행사에 기여하기 위한 것인 반면, 이 사건 요청조항에 의해 제한되는 사익은 비내용적 정보에 해당하는 피의자 등 정보주체의 통신사실 확인자료가 수사기관에 제공된다는 것이다. 통신비밀보호법이 통신제한조치의 경우에는 대상범죄를 한정하면서도(제5조 참조) 통신사실 확인자료 제공의 경우에는 대상범죄를 제한하고 있지 않는 것(제13조 참조)은, 감청 등의 통신제한조치에 비해 통신사실 확인자료의 제공이 기본권 침해가 덜하다는 점이 고려된 것이고, 범죄수사 내지 피의자 등의 소재파악을 통해 달성하려는 공익이 통신사실 확인자료의 제공에 의해 침해되는 사익보다 크다고 인정되기 때문이다. 앞에서 본 바와 같은 수사실무 및 법원의 통신사실 확인자료 제공요청시의 허가기준 등을 고려할 때, 이 사건 요청조항의 오·남용에 의한 기본권 침해의 위험은 매우 제한적인 것으로 보인다. 따라서 이 사건 요청조항으로 인해 제한되는 사익이 달성하려는 공익보다 더 크다고 할 수 없다.

이 사건 요청조항은 법익의 균형성도 충족하고 있다.

(4) 소결

법률규정이 과도하게 추상적·포괄적이고 이와 결부되어 법원의 실무가 수사기관에 의한 과도한 기본권 침해를 제대로 통제할 수 없는 경우에는 헌법재판소가 이를 위헌으로 판단하여야 한다. 통신사실 확인자료의 제공에 관한 규정들의 보완 필요성과 방향에 대하여 다양한 의견이 있을 수 있고, 입법적으로 일부 개선의 여지가 있다는 점은 우리도 동의한다. 그러나 현재의 법적 상태가 보다 이상적인 것으로 개선되어야 할 여지가 있다는 것이 곧 위헌을 의미하지는 않는다. 다수의견이 제시하는 방안은 입법자에게 입법개선을 권고하는 것으로 충분하다(헌재 2018. 4. 26. 2014헌마1178 참조).

따라서 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해하지 아니한다.

나. 이 사건 통지조항에 대한 반대의견

우리는 다수의견과 반대로 이 사건 통지조항 역시 적법절차원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 생각하지 아니하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것들을 수 있으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회, 우리 사회의

법현실 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25; 헌재 2007. 10. 4. 2006헌바91 참조).

이 사건 요청조항 및 허가조항이 수사기관으로 하여금 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 해당 가입자의 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 것은 범죄수사를 위한 수사활동 보장에 그 목적이 있으므로 성질상 기밀성·밀행성을 요한다. 그런데 통신사실 확인자료 제공요청 집행사실을 정보주체에게 미리 알려주거나 수사 진행 중에 알려주도록 한다면, 피의자 및 그와 관계있는 자들이 이동전화나 인터넷의 이용을 중단함은 물론 이들이 도주하거나 증거를 인멸할 가능성을 배제할 수 없고, 그로 인하여 피의자의 신상이나 소재를 파악하기 어렵게 되어 범죄수사에 지장을 초래하거나 추가 범행을 억제하기 곤란해질 것이므로, 실제적 진실발견은 물론 국가형벌권의 행사가 현저히 방해받게 되고, 통신사실 확인자료 제공요청 제도의 실효성 또한 약화될 수밖에 없다. 반면, 그 집행사실을 미리 통지하지 아니함으로써 정보주체가 입게 되는 불이익은 통신사실 확인자료를 제공받은 사건에 관하여 공소제기 또는 불기소처분 이후에야 그 집행사실을 통지받게 된다는 것이고, 통신사실 확인자료가 기계적으로 전송되는 장소에 관한 정보를 기록한 비내용적 정보에 불과하다는 점을 고려할 때, 이 사건 통지조항으로 제한되는 정보주체의 사익이 크다고 보기 어렵다.

또한 형사소송법상 압수수색의 경우에는 물건을 대상으로 한다는 점에서 그에 대한 통지가 수사의 기밀성에 미치는 영향은 상대적으로 적은 반면, 통신사실 확인자료 제공요청은 시간의 경과와 함께 계속 변화하는 동적 정보를 그 대상으로 한다는 점에서 그에 대한 통지가 수사의 기밀성에 미치는 영향은 매우 클 수밖에 없다. 이 사건 통지조항은 이러한 점을 고려하여, 형사소송법상 압수수색과 달리, 사후통지의무를 규정하고 있다.

다수의견은 사후통지의 내용에 '제공요청의 사유'를 명시하지 않고 있음을 탓하고 있다. 그러나 사후통지의 의의 내지 기능은 통신사실 확인자료 제공요청의 근거가 되는 국가작용을 설명하고 그 정당성을 납득시키려고 하는 것이 아니다. 사후통지는 최소한의 내용을 간단하게 통지하고, 필요시 당사자가 보다 구체적인 상황을 수사기관에 확인할 수 있는 기회를 제공하는 것으로 충분하다. 이 사건 통지조항은 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분을 한 이후에 정보주체에게 그 집행사실을 통지하도록 하고 있다.

한편, 집행사실 통지의 대상자인 정보주체는 주로 피의자나 그와 혈연적 또는 사회적으로 관계있는 사람이 되기 쉽다. 만약 정보주체가 피의자인 경우에는 처분결과를 통지받거나 공소장 부본을 송달받음으로써 범죄혐의 사실을 알 수 있거나(형사소송법 제258조, 제266조) 불기소결정 이유 등에 대한 열람·등사를 통하여 사후에 통신사실 확인자료 '제공요청의 사유'에 대하여도 충분히 알 수 있게 된다. 정보주체가 피의자가 아닌 경우에는 피의자의 명예와 사생활 보호 등의 요청이 크기 때문에 피의자의 범죄혐의 사실과 밀접한 관련 있는 통신사실 확인자료 제공요청 사유를 통지사항으로 하지 않는 것이 바람직할 수 있다. 피의자가 불기소처분을 받은 경우는 물론이거니와 공소가 제기된 경우라도 헌법상 무죄추정의 원칙에 따라 유죄의 판결이 확정될 때까지는 피의자는 무죄로 추정되기 때문이다.

그 밖에 이 사건 요청조항 및 허가조항을 위반하여 취득한 통신사실 확인자료에 대하여는 형사재판절차에서 위법수집증거 배제법칙을 주장하여 해당 자료의 증거능력을 부정할 수 있고, 해당 수사관 및 국가에 대하여 민사상 불법행위 책임을 물어 손해배상을 청구할 수도 있는 등 정보주체의 사후적인 권리구제수단도 마련되어 있다.

우리 헌법은 통신사실 확인자료 제공과 관련하여 통지절차 등을 따로 규정하고 있지 않으므로 통신사실 확인자료 제공의 사후통지와 관련하여 다수의견이 제시하는

의문과 해결방안은 국민의 기본권을 보장하고 헌법상 적법절차원칙의 실현을 위한 구체적 방법의 하나일 뿐 헌법상 명문으로 규정된 권리는 아니다. 그러므로 통신사실 확인자료 제공에 관한 통지의 내용과 절차의 형성은 입법자가 통신비밀보호법 규범체계 전체와의 조화와 통신사실 확인자료 제공에 의하여 침해되는 기본권의 중요성 및 그러한 절차에 의하여 수사의 목적이 제한되는 정도, 수사관행, 우리 사회의 법현실 등 제반사정을 고려하여 정할 수 있는 입법재량이 있는 것이므로(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26 참조), 그러한 절차적 권리에 관한 법률이 합리성과 정당성을 상실하여 적법절차원칙 등 헌법상 포기할 수 없는 원리를 무시하거나, 헌법 제 37조 제2항이 정하는 과잉금지원칙에 위배되는 내용의 절차를 형성하는 것이 아닌 한 헌법에 위반되는 것이라고 할 수 없다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바225 참조). 위에서 본 바와 같이 통신비밀보호법은 이 사건 통지조항 등을 통하여 해당 정보주체의 절차적 참여를 기본적으로 보장해 주고 있는 것으로 평가된다. 따라서 이 사건 통지조항이 통신사실 확인자료 제공요청 사유를 통지사항으로 정하지 아니하였다거나 통신사실 확인자료에 대한 파기절차 및 통지의무 위반에 대한 제재조항 등을 마련하지 아니하였다고 하여 헌법상 적법절차원칙에 위배된다고 보기 어렵다. 더욱이 이 통신사실 확인자료의 파기나 통지의무 위반에 대한 제재 등은 이 사건 통지조항의 위헌 여부와는 무관한 그 후속절차에 관한 문제에 불과하다. 다수의견이 제시하고 있는 수사상 기밀 유지와 정보주체의 기본권보장을 조화시킬 수 있는 방안은 입법자에게 입법개선을 권고하는 것으로 충분하다.

따라서 이 사건 통지조항은 청구인들의 기본권을 침해하지 아니한다.

재판관 이진성 김이수 김창중 안창호 강일원(해외출장으로 행정전자서명 불능) 서기석 조용호 이선애 유남석

통신비밀보호법 제13조 제1항 위헌확인 등

[2018. 6. 28. 2012헌마538]

【판시사항】

가. 피청구인이 2012. 1. 25. 18:10경 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자들에게 2011. 12. 26. 17:00부터 17:10 사이 서울교육문화회관을 관할하는 기지국을 이용하여 착·발신한 전화번호, 착·발신 시간, 통화시간, 수·발신 번호 등의 통신사실 확인자료 제공을 요청하고, 위 전기통신사업자들로부터 청구인을 포함한 총 659명의 통신사실 확인자료를 제공받은 행위(이하 ‘이 사건 기지국수사’라 한다)에 대한 심판청구이익 인정 여부(소극)

나. 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 가목 내지 라목의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분(이하 ‘이 사건 요청조항’이라 한다)이 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해하는지 여부(적극)

다. 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제2항 본문 중 제2조 제11호 가목 내지 라목의 통신사실 확인자료에 관한 부분(이하 ‘이 사건 허가조항’이라 한다)이 헌법상 영장주의에 위반되어 청구인의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 피청구인의 이 사건 기지국수사는 2012. 1. 25.경 종료되었으므로, 이 사건 심판청구 당시에 주관적 권리보호이익은 소멸하였다. 한편, 기지국수사로 인한 기본권 제한의 반복가능성은 이를 허용하는 이 사건 요청조항 및 허가조항이 현존하기 때문인바, 청구인은 위 조항들에 대해서도 심판청구하고 있고 헌법재판소도 위 조항들에 대해 본안 판단에 나아가는 이상, 이 사건 기지국수사에 대한 심판청구이익은 인정하지 아니한다.

나. 이동전화의 이용과 관련하여 필연적으로 발생하는 통신사실 확인자료는 비록 비내용적 정보이지만 여러 정보의 결합과 분석을 통해 정보주체에 관한 정보를 유추해낼 수 있는 민감한 정보인 점, 수사기관의 통신사실 확인자료 제공요청에 대해 법원의 허가를 거치도록 규정하고 있으나 수사의 필요성만을 그 요건으로 하고 있어 제대로 된 통제가 이루어지기 어려운 점, 기지국수사의 허용과 관련하여서는 유괴·납치·성폭력범죄 등 강력범죄나 국가안보를 위협하는 각종 범죄와 같이 피의자나 피해자의 통신사실 확인자료가 반드시 필요한 범죄로 그 대상을 한정하는 방안 또는

다른 방법으로는 범죄수사가 어려운 경우(보충성)를 요건으로 추가하는 방안 등을 검토함으로써 수사에 지장을 초래하지 않으면서도 불특정 다수의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재하는 점을 고려할 때, 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 침해한다.

다. 기지국수사는 통신비밀보호법이 정한 강제처분에 해당되므로 헌법상 영장주의가 적용된다. 헌법상 영장주의의 본질은 강제처분을 함에 있어 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야 한다는 점에 있는바, 이 사건 허가조항은 수사기관이 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료 제공을 요청함에 있어 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 규정하고 있으므로 헌법상 영장주의에 위배되지 아니한다.

재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 이 사건 요청조항에 대한 반대의견

초동수사 단계에서 활용되는 통신사실 확인자료의 특성상 기지국수사는 주로 용의자의 범위를 한정하기 위해 사용되는 점, 범죄 예방과 사건의 조기해결을 위하여 수사기관으로 하여금 특정 시간대 특정 기지국에 있었던 불특정 다수인의 통신사실 확인자료를 제공요청할 수 있도록 허용해야 할 필요성이 인정되는 점, 기지국수사를 통한 통신사실 확인자료는 비내용적 정보로서 기본권 제한의 정도가 심각하지 않은 점, 다수의견과 같이 대상범죄를 제한하거나 보충성 요건을 추가할 경우 수사의 난항이 예상되고 추가범죄로 연결됨으로써 국민의 안전에 위협을 초래할 수 있는 점, 관련규정에 의하면 수사기관이 통신사실 확인자료 제공을 요청하는 경우 그 요청사유, 가입자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기록한 서면을 통해 법원의 허가를 얻어 실시하도록 하고 있어 필요 최소한의 범위에서 기지국수사를 허용하고 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해하지 아니한다.

【심판대상조문】

통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 가목 내지 라목의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분, 제13조 제2항 본문 중 제2조 제11호 가목 내지 라목의 통신사실 확인자료에 관한 부분

【참조조문】

헌법 제10조 제1문, 제12조 제3항, 제16조, 제17조, 제18조, 제37조 제2항
통신비밀보호법(2016. 1. 6. 법률 제13722호로 개정된 것) 제5조 제1항

【참조판례】

- 나. 헌재 2001. 3.21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 658
- 헌재 2005. 7.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 90-91
- 헌재 2010. 12.28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 545, 557
- 헌재 2012. 12.27. 2010헌마153, 판례집 24-2하, 537, 547
- 다. 헌재 2012. 5.31. 2010헌마672, 판례집 24-1하, 652, 655-656

【당 사 자】

청 구 인 김○욱
대리인 변호사 김동현, 서선영, 한가람

【주 문】

1. 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 가목 내지 라목의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2020. 3. 31. 을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다.

2. 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제2항 본문 중 제2조 제11호 가목 내지 라목의 통신사실 확인자료에 관한 부분에 대한 심판청구를 기각한다.

3. 나머지 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요

2011. 12. 26. 서울 서초구 ○○동에 있는 ○○회관에서 ○○당 당대표 선출을 위한 예비경선 과정 중 성명불상자의 선거인들에 대한 금품살포 의혹이 언론보도 등을 통해 제기되었다. 수사에 착수한 피청구인은 사건 현장에 설치되어 있던 폐쇄회로 텔레비전(CCTV) 자료를 확인하여 위 성명불상자가 이동전화로 통화하는 시각에 기초하여, 2012. 1. 25. 18:10경 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자들에게 2011. 12. 26. 17:00부터 17:10 사이 ○○회관을 관할하는 기지국을 이용하여 착·발신한 전화번호, 착·발신 시간, 통화시간, 수·발신 번호 등의 통신사실 확인자료 제공을 요청하였고, 전기통신사업자들로부터 청구인을 포함한 총 659명의 통신사실 확인자료를 제공받았다.

청구인은 인터넷 언론의 기자로서 위 시각에 ○○회관에서 ○○당 당대표 선출을 위한 예비경선을 취재하였는데, 2012. 3. 20. 피청구인으로부터 위와 같은 통신사실 확인자료 제공요청 집행사실을 통지받아 위 수사에 관하여 알게 되었다.

이에 청구인은 위 수사 및 그 근거조항인 통신비밀보호법 제13조 제1항, 제2항이 청구인의 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2012. 6. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

청구인은 통신비밀보호법 제13조 제1항, 제2항 전부를 심판대상으로 삼고 있으나, 통신비밀보호법 제2조 제11호 마목 내지 사목의 통신사실 확인자료는 이 사건과 관련 없으므로, 이 부분은 심판대상에서 제외하기로 한다.

따라서 이 사건 심판대상은 ① 피청구인이 2012. 1. 25. 18:10경 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자들에게 2011. 12. 26. 17:00부터 17:10 사이 ○○회관을 관할하는 기지국을 이용하여 착·발신한 전화번호, 착·발신 시간, 통화시간, 수·발신 번호 등의 통신사실 확인자료 제공을 요청하고, 위 전기통신사업자들로부터 청구인을 포함한 총 659명의 통신사실 확인자료를 제공받은 행위(이하 ‘이 사건 기지국 수사’라 한다), ② 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제1항 중 ‘검사 또는 사법경찰관은 수사를 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 제2조 제11호 가목 내지 라목의 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다’ 부분(이하 ‘이 사건 요청조항’이라 한다), ③ 통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것) 제13조 제2항 본문 중 제2조

제11호 가목 내지 라목의 통신사실 확인자료에 관한 부분(이하 ‘이 사건 허가조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

통신비밀보호법(2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 것)

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 관할지방법원(보통군사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다. 다만, 관할지방법원 또는 지원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실 확인자료제공을 요청한 후 지체 없이 그 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다.

[관련조항]

통신비밀보호법(2005. 1. 27. 법률 제7371호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

11. “통신사실확인자료”라 함은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다.

- 가. 가입자의 전기통신일시
- 나. 전기통신개시·종료시간
- 다. 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호
- 라. 사용도수

3. 청구인의 주장 요지

가. 기지국 수사에 대한 법률상 근거가 없음에도 불구하고, 이 사건 기지국 수사는 불특정 다수에 대해 통신사실 확인자료를 수집하였으므로 법률유보원칙에 위반된다. 가사 이 사건 기지국 수사가 심판대상조항에 근거한 법원의 허가서 범위 내에서 이루어진 것이라도 그 범위가 지나치게 광범위하여, 사안의 중대성, 드러난 범죄혐의의 정도 등에 비추어 볼 때 피내사자를 특정하기 위해 반드시 필요하다고 볼 수 없는 정보까지 과도하게 수집하였고, 사후통지도 뒤늦게 이루어졌으므로, 결국 이 사건 기지국 수사는 청구인의 사생활의 자유, 통신의 자유, 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해하였다.

나. 기지국 수사를 허용하고 있는 이 사건 요청조항은 수사를 위하여 필요한 경우로 그 요건을 지나치게 완화하고 있어 수사기관의 자의적인 법집행이 가능하도록 하므로 명확성원칙에 반한다. 또한 기지국 수사를 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우와 같이 엄격한 요건 하에 허용하는 방안이나 관련자 등의 진술, 폐쇄회로 텔레비전, 사진자료 등을 통한 수사로 입법목적 달성할 수 없는 경우에 허용함으로써 기본권을 덜 침해하는 방법이 존재하므로, 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 사생활의 자유, 통신의 자유, 개인정보자기결정권 등을 침해한다. 나아가 이 사건 허가조항은 법원의 영장이 아닌 법원의 허가만 얻도록 하고 있으므로 헌법상 영장주의에 위배된다.

4. 통신사실 확인자료 제공요청 및 집행사실 통지 제도 개관

가. 2001. 12. 29. 법률 제6546호로 개정된 통신비밀보호법은 제13조에 통신사실 확인자료 제공요청의 법적 근거와 절차를 마련하여, 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료의 제공은 관할 지방검찰청 검사장의 사전승인을 얻어 검사 또는 사법경찰관이 전기통신사업자에게 요청할 수 있는 것으로 규정하였다.

이후 범죄수사를 위한 수사기관의 통신사실 확인자료 제공요청이 급증하여 그 남용의 우려가 커짐에 따라, 2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정된 통신비밀보호법은 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료의 제공에 관할 지방법원의 허가를 받도록 하는 한편(이 사건 요청조항 및 허가조항), 통신사실 확인자료를 제공받은 사건에 관하여 공소제기 등의 처분을 한 경우 전기통신 가입자에게 이를 통지하도록 규정하였다(통신비밀보호법 제13조의3 제1항).

통신사실 확인자료 제공요청은 법원의 허가를 받으면, 해당 가입자의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도, 제3자인 전기통신사업자에게 해당 가입자에 관한 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 수사방법이므로, 통신비밀보호법이 정하는 강제처분에 해당한다.

나. 기지국 수사란 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호 등을 통신사실 확인자료로 제공받는 수사방식이며, 주로 수사기관이 용의자를 특정할 수 없는 연쇄범죄가 발생하거나 동일 사건 단서가 여러 지역에서 시차를 두고 발견된 경우, 사건발생지역 기지국에서 발신된 전화번호들을 추적하여 용의자를 좁혀나가는 수사 기법으로 활용된다. 이러한 기지국 수사는 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공요청을 규정하고 있는 통신비밀보호법 제13조에 그 법적 근거가 있다.

실무상 기지국 수사는 살인, 유괴·납치, 아동 및 여성에 대한 성폭력범죄 등 강력범죄 등에서 피의자를 특정할 수 없는 연쇄범죄가 발생하였거나 피의자를 특정할 수 없는 동일 사건의 단서가 여러 지역에서 시차를 두고 발견된 경우에 사용하고 있다. 이처럼 특정 시간대 특정 기지국에서 착·발신된 모든 전화번호를 대상으로 착·발신 시간, 통화시간, 착·발신 번호, 통화 횟수 등 통신비밀보호법 제2조 제11호 가목 내지 라목에 해당하는 통신사실 확인자료를 수집하는 특성상 1개의 허가서당 수천여 개의 전화번호 수가 집계되며, 기지국 단위로 제공받은 전화번호 중 수사에 의미 있는 1-2개 전화번호만을 추출하여 활용하고 있다. 기지국 수사 목적의 허가서는 2015년 기준 총 1,394건으로 2015년도 전체 통신사실 확인자료 제공요청 허가서 300,942건의 0.46%에 불과하지만, 기지국 수사로 제공된 전화번호 수는 약 497만 건으로 통신사실 확인자료로 제공된 전체 전화번호 수 548만 건의 90.62%를 차지하였다.

5. 판 단

가. 이 사건 기지국 수사

피청구인은 2012. 1. 25. 18:10경 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자들에게 통신사실 확인자료 제공을 요청하여 청구인을 포함한 659명의 통신사실 확인자료를 제공받고 청구인에 대한 사후통지까지 완료함으로써 그 무렵 이 사건 기지국 수사를 종료하였으므로, 이 사건 심판청구 당시에 이미 이 사건 기지국 수사에 관한 주관적 권리보호이익은 소멸하였다. 그러므로 이 사건 기지국 수사에 대해 예외적으로 심판청구이익을 인정할지 문제된다.

기록에 의하면 이 사건 기지국 수사는 피청구인이 이 사건 요청조항 및 허가조항에 따라 법원의 허가를 얻은 범위 내에서 이루어졌음이 확인되므로 이 사건 기지국 수사에 법적 근거가 없다는 청구인의 주장은 이유 없음이 명백하고, 청구인이 중국적으로 다투고자 하는 것은 수사의 필요성만으로 광범위한 통신사실 확인자료를 제

공받을 수 있도록 한 이 사건 요청조항 및 허가조항의 위헌성이라 할 것이다. 그런데 이 사건 기지국 수사와 유사한 기본권 제한의 반복 가능성은 결국 기지국 수사를 허용하는 이 사건 요청조항 및 허가조항이 현존하기 때문이며, 이에 청구인은 이 사건 요청조항 및 허가조항에 대하여도 헌법소원심판을 청구하고 있다. 이와 같은 청구인의 주장취지 및 권리구제의 실효성 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 요청조항 및 허가조항의 적법요건을 인정하여 그 위헌 여부에 관한 본안 판단에 나아가는 이상, 이 사건 기지국 수사에 대하여는 심판청구이익을 인정하지 아니한다. 따라서 이 사건 기지국 수사에 대한 심판청구는 부적법하다.

나. 이 사건 요청조항

(1) 제한되는 기본권 및 쟁점

(가) 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다. 이와 같은 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있다. 그러므로 이러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282; 헌재 2012. 12. 27. 2010헌마153 참조). 이 사건 요청조항은 수사를 위하여 필요한 경우 수사기관으로 하여금 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호의 제공을 요청할 수 있도록 하고 있다. 이 사건에서 문제되는 발·착신 통신번호, 전기통신개시·종료시간 등의 통신사실 확인자료는 청구인의 인적정보와 쉽게 결합하여 그 정보주체를 타인으로부터 식별가능하게 하는 개인정보에 해당한다. 수사기관이 불특정 다수의 통신사실 확인자료를 당사자의 동의나 승낙 없이 수사목적으로 제공받는다든가 이 사건 요청조항은 청구인의 개인정보자기결정권을 제한한다.

헌법 제18조는 ‘모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.’라고 규정하여 통신의 비밀보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있다. 사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 별개의 조항을 통해 기본권으로 보장하는 이유는 우편이나 전기통신의 운영이 전통적으로 국가독점에서 출발하였기 때문에 개인 간의 의사소통을 전제로 하는 통신은 국가에 의한 침해가능성이 여타의 사적 영역보다 크기 때문이다(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25 참조). 자유로운 의사소통은 통신내용의 비밀을 보장하는 것만으로는 충분하지 아니하고 구체적인 통신관계의 발생으로 야기된 모든 사실관계, 특히 통신관계자의 인적 동일성·통신장소·통신횟수·통신시간 등 통신의 외형을 구성하는 통신이용의 전반적 상황의 비밀까지도 보장한다. 따라서 이 사건 요청조항은 통신의 자유를 제한한다.

청구인은 수사기관의 통신사실 확인자료 제공요청은 통신의 자유를 제한함과 동시에 사생활의 비밀과 자유도 제한한다는 취지로 주장한다. 다만, 사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법 제18조에서 별도의 기본권으로 보장하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 이 사건 요청조항이 청구인의 통신의 자유를 침해하는지를 판단하는 이상 사생활의 비밀과 자유 침해 여부에 관하여는 별도로 판단하지 아니한다(헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30 참조).

(나) 이 사건 요청조항이 과잉금지원칙에 위배됨으로써 청구인의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해하는지 문제된다.

한편, 청구인은 이 사건 요청조항이 통신사실 확인자료 제공요청 사유를 불확실하고 포괄적으로 규정하고 있고, 기지국 수사를 허용하는지 여부가 불분명하므로 명확

성원칙에 위배된다는 취지로 주장한다. 그런데 기지국 수사방식이 심판대상조항에 근거하여 허용되고 있음은 앞서 본 바와 같고, 위 주장은 이 사건 요청조항의 내용이 광범위하여 정보주체의 기본권을 과도하게 제한한다는 취지의 주장으로 해석되므로, 이를 과잉금지원칙 위반 여부에 포함하여 판단하도록 한다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

정보통신기술의 비약적인 발달로 인해 오늘날 개인의 인적사항이나 위치정보 등 생활상의 각종 정보가 정보주체의 의사나 인식 여부와 무관하게 제3자의 수중에서 무한대로 집적·이용 또는 공개될 수 있는 상황에 처하게 되었고, 이와 같이 제3자가 보관하는 정보를 수사기관 등 국가기관이 필요로 하는 경우도 많아지게 되었다. 특히, 이동전화나 인터넷의 사용이 일상화되면서 그 사용에 관한 정보를 활용하여 범죄의 증거를 수집하거나 범인의 신상 또는 소재를 파악하는 방법이 중요한 수사기법으로 자리를 잡게 되었다. 이처럼 실체적 진실발견과 국가형벌권의 적정한 행사를 위하여 수사기관으로 하여금 제3자가 보유한 개인정보를 활용할 수 있는 방안을 마련해 주어야 할 필요성과, 현대 정보통신기술의 발달에 내재된 기본권 침해의 위험성으로부터 개인정보를 보호함으로써 국민의 기본권을 보장해 주어야 할 시대적 요청은 함께 커졌다.

이 사건 요청조항은 수사활동을 보장하기 위한 목적으로 범죄수사를 위하여 필요한 경우 수사기관이 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 해당 가입자의 전기통신일시, 상대방의 전화번호 등 통신사실 확인자료를 제공요청 할 수 있도록 하고 있으므로, 그 입법목적이 정당하고 수단도 적정하다.

(나) 침해의 최소성

1) 실체적 진실발견과 국가형벌권의 적정한 행사를 위하여 수사기관으로 하여금 법원의 허가를 얻어 소위 기지국 수사를 허용할 필요가 있음은 이론의 여지가 없으나, 수사는 국민의 자유와 권리의 침해를 전제로 하는 국가기관의 강력한 공권력 행사이므로 국가가 수사권 발동이라는 미명 아래 제3자가 보관하고 있는 불특정 다수의 통신사실 확인자료를 함부로 요청하여서는 아니 된다. 즉, 범죄와 아무런 관련도 없는 사람들의 정보를 대량으로 제공받는 것은 예외적으로 허용되어야 하며, 강제처분에 관한 법률에 수사기관의 남용을 방지할 수 있는 여러 조치들을 마련하여 정보주체의 기본권 보장과 조화를 꾀하여야 한다.

2) 이동전화를 이용한 통신과 관련하여 필연적으로 발생하는 통신사실 확인자료는 비내용적 정보이기는 하나, 여러 정보의 결합과 분석을 통하여 정보주체에 관한 다양한 정보를 유추해내는 것이 가능하므로 통신내용과 거의 같은 역할을 할 수 있다. 이와 같이 통신사실 확인자료는 비내용적 정보이긴 하지만 강력한 보호가 필요한 민감한 정보로서 통신의 내용과 더불어 통신의 자유를 구성하는 본질적인 요소에 해당하므로, 기지국 수사를 위하여 통신사실 확인자료 제공요청을 하는 경우에는 엄격한 요건 하에 예외적으로 허용하여야 한다.

물론 통신사실 확인자료 제공요청은 법원의 허가를 받아야 한다는 점에서, 이 사건 요청조항이 기지국 수사에 관한 엄격한 요건을 규정하고 있지 아니하더라도 법원이 구체적인 사안을 고려하여 기지국 수사로 인한 남용을 충분히 통제할 수 있다고 생각할 여지가 있다. 그러나 통신사실 확인자료 제공건수의 거의 대부분은 기지국 수사 방식에 의한 것이며 1개의 허가서 당 수천여 개의 전화번호가 집계되고 있는 실정인 점, 통신제한조치 허가신청에 대한 법원의 기각률은 약 4%인데 반해 통신사실 확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원의 기각률은 약 1%에 불과한바, 이는 이 사건 요청조항이 보충성 등을 요구하지 않은 채 수사의 필요성만을 요건으로 규정하고 있음에 기인하는 점을 고려할 때, 현재와 같이 통신사실 확인자료 제공요청에 대한 요건이 완화되어 있는 상태에서는 법원이 허가를 담당하고 있다는 사정만

으로 수사기관의 제공 요청 남용에 대한 통제가 충분히 이루어지고 있다고 단정하기 어렵다.

3) 기지국 수사의 허용과 관련하여서는, ① 유괴, 납치, 성폭력범죄 등 강력범죄나 국가안보를 위협하는 각종 범죄와 같이 피해자나 피의자의 통신사실 확인자료가 반드시 필요한 범죄로 그 대상을 한정하는 방안, ② 위 중요 범죄와 더불어 통신을 수단으로 하는 범죄 일반을 포함시키는 방안, ③ 위 요건에 더하여 다른 방법으로는 범죄수사가 어려운 경우(보충성)를 요건으로 추가하거나, 또는 위 중요 범죄 이외의 경우에만 보충성을 요건으로 추가하는 방안, ④ 1건의 허가서로 불특정 다수인에 대한 통신사실 확인자료 제공요청을 못하도록 하는 방안 등을 독립적 또는 중첩적으로 검토함으로써, 수사에 지장을 초래하지 않으면서도 불특정 다수의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재한다.

그럼에도 이 사건 요청조항은 수사의 필요성만을 요건으로 규정함으로써 수사기관의 통신사실 확인자료 제공요청을 모든 범죄에 대하여 광범위하게 허용하고 있을 뿐만 아니라 범죄의 의혹만으로도 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 불특정 다수의 통신사실 확인자료를 제공받는 수사방식을 허용하여 정보주체의 기본권을 과도하게 제한하고 있다.

4) 결국 이 사건 요청조항은 정보주체의 기본권 제한을 최소화하려는 노력은 전혀 하지 아니한 채 수사기관의 수사편의 및 효율성만을 도모하고 있다 할 것이므로, 침해의 최소성이 인정되지 아니한다.

(다) 법익의 균형성

이 사건 요청조항이 기지국 수사를 허용함으로써 달성하려는 공익은 수사의 효율성 및 신속성이라 할 것이나, 그것이 앞서 침해의 최소성 부분에서 살펴본 바와 같이 광범위한 통신사실 확인자료가 정보주체의 의사와 무관하게 수사기관에 제공됨으로써 정보주체가 입게 되는 개인정보자기결정권 및 통신의 자유에 대한 중대한 불이익에 비하여 결코 중하다고 보기 어렵다. 그러므로 이 사건 요청조항으로 인하여 달성하려는 공익과 제한되는 사익 사이의 법익 균형성도 인정되지 아니한다.

(라) 소결

따라서 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해한다.

다. 이 사건 허가조항

(1) 제한되는 기본권 및 쟁점

이 사건 허가조항이 영장주의에 위배되어 청구인의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해하는지 문제된다.

(2) 헌법상 영장주의 위배 여부

(가) 헌법 제12조 제3항은 ‘체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.’라고 규정하고, 헌법 제16조는 ‘주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.’라고 규정함으로써 영장주의를 헌법적 차원에서 보장하고 있다. 우리 헌법이 채택하여 온 영장주의는 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다는 원칙이다. 따라서 헌법상 영장주의의 본질은 체포·구속·압수·수색 등 기본권을 제한하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야 한다는 데에 있다. 한편, 수사기관의 피의자에 대한 강제처분에 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 있다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌마672 참조).

(나) 기지국 수사를 허용하는 통신사실 확인자료 제공요청은 법원의 허가를 받으면, 해당 가입자의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도 제3자인 전기통신사업자에게 해당 가입자에 관한 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 수 있도록 하는 수사방법으로, 통신비밀보호법이 규정하는 강제처분에 해당하므로 헌법상 영장주의가 적용된다.

통신사실 확인자료는 주로 범죄의 수사를 시작하는 초동 수사단계에서 활용되고, 특히 특정 시간 및 장소에서 범죄가 발생하였지만 수사기관이 아무런 단서도 찾지 못하고 있는 경우에 그 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호를 수사의 단서로 삼으면 용의자를 좁혀 검거나 관련 증거를 수집하는 데 유용하게 활용될 수 있다는 점에서, 수사실무상 범죄예방과 사건의 조기해결을 위하여 기지국 수사를 허용할 현실적인 필요성이 있음을 부정하기 어렵다.

이에 이 사건 허가조항은 기지국 수사의 필요성, 실체진실의 발견 및 신속한 범죄 수사의 요청, 통신사실 확인자료의 특성, 수사현실 등을 종합적으로 고려하여, 수사기관으로 하여금 법원의 허가를 받아 특정 시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 전화번호 등 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 수 있도록 하고 있다. 영장주의의 본질이 강제처분을 함에 있어서는 인적·물적 독립을 보장받는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐야만 한다는 데에 있음을 고려할 때, 통신비밀보호법이 정하는 방식에 따라 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 하고 있는 이 사건 허가조항은 실질적으로 영장주의를 충족하고 있다 할 것이다.

(다) 따라서 이 사건 허가조항은 헌법상 영장주의에 위배되지 아니한다.

라. 헌법불합치결정 및 잠정적용명령

이 사건 요청조항은 청구인의 기본권을 침해하여 위헌이지만, 이 사건 요청조항이 위헌으로 선언되어 즉시 효력을 상실하면 수사기관이 반드시 필요한 피의자·피해자 등의 통신사실 확인자료를 제공요청할 방법이 없어지게 됨으로써, 피해자의 보호·구조가 시급하거나 국가 안보를 위협하는 각종 범죄의 수사에 있어 법적 공백이 발생할 우려가 있다. 또한 이 사건 요청조항이 위헌이라도 그 위헌 상태를 수사의 필요성이란 공익을 고려하여 헌법에 부합하게 조정하기 위한 구체적 개선안을 어떤 기준과 요건에 따라 마련할 것인지는 원칙적으로 입법자의 재량에 속한다. 따라서 입법자가 이 사건 요청조항을 개선할 때까지 일정 기간 이를 잠정적으로 적용할 필요가 있다. 그러므로 이 사건 요청조항에 대해 헌법불합치결정을 선고하되, 2020. 3. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용하기로 한다.

6. 결 론

이 사건 기지국 수사에 대한 심판청구는 부적법하여 각하하고, 이 사건 허가조항에 대한 심판청구는 이유 없어 기각하며, 이 사건 요청조항은 헌법에 합치되지 아니하나 2020. 3. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 아래 7.과 같은 이 사건 요청조항에 대한 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

7. 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 이 사건 요청조항에 대한 반대의견

우리는 다수의견과 달리 이 사건 요청조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해한다고 생각하지 아니하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

가. 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

이 사건 요청조항은 범죄수사를 위하여 필요한 경우 수사기관이 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자에게 해당 가입자의 전기통신일시, 통화시간, 상대방의 가입자번호, 사용도수 등 통신사실 확인자료를 제공요청 할 수 있도록 하고 있으므로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다.

나. 침해의 최소성

(1) 기지국 수사는 혐의자를 특정하기 위한 경우와 피의자가 특정된 상태에서 그 위치정보를 확인하기 위한 경우가 있다. 기지국 수사는 주로 범죄의 수사를 시작하는 초동수사 단계에서 특정시간대 특정 기지국에서 발신된 모든 통신번호 등을 제공받는 수사방식으로 활용되는 통신사실 확인자료이고, 특히 혐의자를 특정할 수 없는 연쇄범죄가 발생하거나 동일 사건 단서가 여러 지역에서 시차를 두고 발견된 경우에 사건발생지역 기지국에서 발신된 전화번호들을 추적하여 혐의자를 좁혀나가는 수사기법으로 활용되고 있으며, 실체적 진실발견과 국가형벌권의 적정한 행사를 위하여 수사기관으로 하여금 법원의 허가를 얻어 기지국 수사를 허용할 필요가 있고, 종래 범죄에 대한 초기 대응의 중요성과 필요성이 꾸준히 지적되어 온 점 등에 비추어 보면, 범죄예방과 사건의 조기해결을 위하여 수사기관으로 하여금 특정 시간대 특정 기지국에 있었던 불특정 다수인의 통신사실 확인자료까지도 그 제공을 요청할 수 있도록 허용할 필요성이 크고, 이는 입법형성권의 범위 내에서 규정된 것이다.

한편, 통신사실 확인자료는 통신을 하기 위하여 필연적으로 발생하는 통신이용의 전반적 상황에 관한 정보로서 전자적으로 저장되는 '비내용적 정보'라는 점에서 구체적인 통신내용을 대상으로 하는 '범죄수사를 위한 통신제한조치'(통신비밀보호법 제5조 이하)와 달리 기본권 제한의 정도가 그리 심각하지 아니하다.

(2) 다수의견은 침해최소성과 관련하여 그 대안으로, ①대상범죄를 한정하는 방안, ②보충성을 요건으로 추가하는 방안, ③1건의 허가서로 불특정 다수인에 대한 기지국 수사를 못하도록 하는 방안을 제시하고 있다.

다수의견의 ①방안에 대하여 본다.

기지국 수사를 허용할 범죄와 그렇지 아니한 범죄를 나누는 기준도 모호하거니와, 급속한 정보통신기술(IT)의 변화·발전에 따른 새로운 유형의 범죄방식과 새로운 기술적 접근 가능성에 대하여 법률에서 일괄적으로 규정하기 어려운 현실적인 문제를 고려하지 않고 있다. 익명에 의한 사이버명예훼손의 경우와 같이 범죄 발생 자체는 분명하지만 혐의자 자체를 특정하기 어려운 경우, 범죄 자체는 통신제한조치(감청) 대상범죄에 해당하지 않지만 피해자가 다수이고 광범위한 지역에 걸쳐 발생하는 경우, 혐의자가 이른바 대포폰을 이용하고 있는 경우 등, 인터넷 규약(IP)주소 추적이나 기지국 수사를 통해 혐의자 내지 피의자를 신속하게 특정 내지 검거함으로써 피해자를 보호하고 피해의 확산을 막을 필요성이 인정되고, 위 수사방법 이외에 덜 침익적이면서도 동일한 목적을 달성할 수 있는 다른 수단을 찾아보기 어렵다. 기지국 수사를 이용하면 사건의 조기해결이 가능한 사안임이 명백한 경우에도 중요범죄가 아니라는 이유로 이를 전혀 활용할 수 없게 되면 수사에 난항이 예상되고, 이는 또 다른 추가범죄로 연결되어 결국 국민의 재산이나 생명·신체의 안전에 상당한 위험을 초래할 수 있다.

다수의견의 ②방안에 대하여 본다.

통신제한조치는 통신의 비밀에 대한 직접적이고 강력한 제한이기 때문에 보충성이 요구되고 통신비밀보호법 제5조 제1항에서도 보충성을 규정하고 있음에 반하여, 기지국 수사를 포함한 통신사실 확인자료 제공요청은 간접적이고 완화된 제한이어서 통신비밀보호법에서 보충성을 규정하고 있지 아니하며, 이러한 입법자의 결단이 특별히 불합리하다고 보이지도 아니한다. 통신제한조치의 경우와 기지국 수사의 경우는 범죄수사를 위한 허용 대상범죄, 그 정보의 성질과 내용 및 그 사용되는 용도 등

에 있어 차이가 있으므로 이를 동일 선상에서 논의할 것은 아니다. 수사실무상 통신사실 확인자료 제공의 요청은 거주지 등에 대한 탐문수사나 감시활동 등으로 소재 파악이 어려울 때 비로소 이용되고 있는 점에서 이미 보충성을 고려하고 있다. 기지국 수사에 보충성 요건을 추가로 요구하는 경우, 전기통신사업자의 통신사실 확인자료 보관기간이 발신기지국의 위치추적자료의 경우에는 12개월, 접속지의 추적자료의 경우에는 3개월로 단기라는 점에서(통신비밀보호법 시행령 제41조 제2항 참조), 통신사실 확인자료를 수사에 활용하기 어렵게 될 수 있다.

다수의견 ③방안에 대하여 본다.

수사실무상 기지국 수사의 허가서가 발부되면 허가서에 기재된 사용기간 동안 통화가 발생하지 않더라도 매 10분 또는 30분 간격으로 자동으로 단말기의 위치를 확인하고, 기지국의 위치정보를 담당 수사관의 휴대폰 단문 메시지(SMS)로 발송하며, 전기통신사업자는 위치추적정보 데이터는 저장하지 않고 즉시 삭제하고 있다고 하므로, 발신기지국의 실시간 위치추적으로 인하여 그 목적과 무관하거나 추가적인 기본권 침해는 발생하지 아니한다. 기지국 단위로 제공받은 통신번호들 중 수사에 의미 있게 활용될 수 있는 1-2개의 통신번호만을 추출하여 활용할 뿐 당해 수사와 관련 없는 제3자의 정보통신기기의 위치정보를 가공하거나 제3자에 관한 개인정보를 추적하지도 아니하고 이를 별도로 보관·저장하지 않고 삭제하고 있는 점에 비추어 보면, 인적 정보와 결합되지 아니한 대다수의 통신번호는 그 정보주체를 특정할 수조차 없다는 점에서 기본권 침해가 문제될 소지는 거의 없다.

따라서 1개의 허가서 당 수천 여개의 통신번호가 집계된다거나 범죄와 아무런 관련이 없는 사람들의 정보를 대량으로 제공받는다는 등의 다수의견의 우려와 과장은 기지국 수사의 본질에 맞지 않거나 공연한 기우에 불과하다. 다수의견과 같은 견해를 취한다면 일부 혐의자를 확인하기 위하여 군중집회의 사진을 찍고 그 중에서 혐의자를 확인하는 작업이나, 폐쇄회로 텔레비전(CCTV)을 통해 수많은 행인 등의 정보를 검색하는 과정, 혐의자의 인상착의 등을 기초로 사진대조작업을 하는 등의 수사활동도 모두 과도한 기본권의 제한으로서 금지되어야 한다는 결론에 이른다.

(3) 강제처분에 해당하는 통신사실 확인자료 제공요청은 필요한 최소한도의 범위에서 하여야 하는 점(형사소송법 제199조 제1항 단서), 통신비밀보호법 제13조 제2항은 제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료 제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 하도록 하고 있어 그 범위가 매우 제한적인 점, 통신사실 확인자료의 사용제한에 관하여 통신비밀보호법 제12조 제1호를 준용하도록 한 같은 법 제13조의5에 의하면, 통신사실 확인자료 제공요청에 의하여 취득한 통신사실 확인자료를 범죄의 수사를 위하여 사용하는 경우 그 대상범죄는 통신사실 확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄에 한정되는 점(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014도2121 판결 참조), 수사기관은 기지국 수사를 통하여 특정 일시·장소에서의 전기통신개시·종료시간, 통화 상대방의 전화번호 등 제한적인 정보만을 취득할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 요청조항은 수사의 목적을 달성할 수 있는 필요한 최소한도의 범위 안에서 기지국 수사를 허용하고 있어 그 요건이 지나치게 완화되어 있다고 보기 어렵다.

수사실무상으로도 다른 방법으로는 용의자를 특정할 수 없는 경우와 같이 예외적인 경우에만 기지국 수사를 위하여 통신사실 확인자료 제공요청 허가신청을 하고 있고, 법원실무 또한 영장청구사건을 담당하는 판사가 통신사실 확인자료 제공요청 허가를 담당하도록 하고 있어[통신제한조치 등 허가규칙(대법원규칙 제2113호) 제3조], 범죄 혐의사실의 구체성 및 중대성, 필요로 하는 자료의 종류 및 기간, 당해 위치정보 추적으로 인한 피의자나 전기통신사업자의 법익침해 가능성, 다른 증거수집 방법의 존부 등을 종합적으로 고려하여, 통신사실 확인자료 제공요청의 허가범위를 조절하거나 불허하는 방법으로 수사기관의 남용 가능성을 최소화하고 있다. 특히 요

청서 및 허가서에 단순히 필요한 자료에 대한 추상적·포괄적 요청 또는 허가가 아니라 필요한 자료의 종류와 ‘필요로 하는 기간’을 특정하도록 요구하고 있고, 더욱이 이 사건에서는 17:00부터 17:10까지 10분 동안으로 한정하여 허가하고 있는바, 이는 과도한 기간으로 인한 폐해를 통제하기 위한 것이라는 점에서 기본권 제한과 관련하여 매우 중요한 의미를 갖는다. 다수의견이 들고 있는 범죄수사를 위한 통신제한조치 허가신청에 대한 법원의 기각률과 통신사실 확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원 기각률의 차이는 통신비밀보호법상의 실체적 요건 자체의 본질적인 차이에서 비롯되는 것이거나 각각의 허가신청에 대한 소명의 정도, 법원의 허가기준 등의 차이에 따른 것으로 이를 단순 비교할 것이 아니고, 오히려 압수·수색·검증영장에 대한 법원의 기각률에 비해서는 통신사실 확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원의 기각률이 높다는 점에 비추어 보면 통신사실 확인자료 제공요청에 대한 법원 통제의 적정성을 의심할 것도 아니다.

(4) 그 밖에 통신비밀보호법은 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공요청에 대한 사후통지의무(제13조의3), 통신사실 확인자료 제공에 관여한 통신기관의 직원 등의 통신사실 확인자료 제공 사항에 대한 비밀준수의무(제13조의5, 제11조), 통신사실 확인자료 제공요청서 등 관련 자료의 비치·보존의무(제13조 제5항 내지 제7항), 비밀준수의무 위반 및 관련 자료의 비치의무 위반 시 형사처벌(제16조, 제17조) 등과 같이 위치정보 추적자료를 포함한 통신사실 확인자료 제공요청의 남용을 방지할 수 있는 여러 조치를 마련하고 있어 정보주체의 기본권 제한을 최소화하고 있다.

(5) 사정이 이러하다면 이 사건 요청조항이 침해의 최소성에 반한다고 보기 어렵다.

다. 법익의 균형성

이 사건 요청조항으로 달성하려는 공익은 범죄에 대한 신속한 수사를 통해 범인을 검거하고 추가적인 피해 발생을 방지함으로써 실체적 진실을 발견하고 국가형벌권을 적절하게 행사함과 동시에 궁극적으로는 피해자의 인권을 보호하기 위한 것인 반면, 이 사건 요청조항에 의해 제한되는 사익은 특정 장소, 특정 시간대에 있었던 정보주체의 비내용적 정보에 해당하는 통신사실 확인자료가 수사기관에 제공되는 것으로서, 그로 인해 제한되는 사익이 달성하려고 하는 공익보다 더 크다고 할 수 없다.

통신비밀보호법이 통신제한조치의 경우에는 대상범죄를 한정하면서도(제5조 참조) 통신사실 확인자료 제공의 경우에는 그 대상범죄를 제한하고 있지 않는 것(제13조 참조)은, 감청 등의 통신제한조치에 비해 통신사실 확인자료의 제공이 기본권 침해가 덜하다는 점이 고려된 것이고, 범죄수사 내지 피의자 등의 소재파악을 통해 달성하려는 공익이 통신사실 확인자료의 제공에 의해 침해되는 사익보다 크다고 인정되기 때문이다. 특히 기지국 수사의 경우, 앞에서 본 바와 같이, 수사기관은 수집한 정보를 가공하지 않고, 이를 토대로 해당 정보통신기기의 가입자가 누구인지 등을 추가로 확인하지도 않는다. 또한 수집된 해당 정보통신기기의 위치정보는 전기통신사업자에 의해 저장되지 않고 즉시 삭제되거나, 수사기관에 의해 별도로 보관·저장되지 않고 수사의 필요성이 종료됨과 동시에 삭제되고 있다. 따라서 기지국 수사를 통해 달성하려는 공익인 수사의 필요성에 비해 제3자의 개인정보자기결정권의 침해 정도는 매우 미약한 것으로 보인다. 이와 같은 수사실무 및 법원의 통신사실 확인자료 제공요청시의 허가기준 등을 고려할 때, 이 사건 요청조항의 오·남용에 의한 기본권 침해의 위험은 매우 제한적인 것으로 보인다.

그러므로 이 사건 요청조항은 법익의 균형성도 인정된다.

라. 소결

법률규정이 과도하게 추상적·포괄적이고 이와 결부되어 법원의 실무가 수사기관에 의한 과도한 기본권 침해를 제대로 통제할 수 없는 경우에는 헌법재판소가 이를

위헌으로 판단하여야 한다. 기지국 수사를 포함한 통신사실 확인자료의 제공에 관한 규정들의 보완 필요성과 방향에 대하여 다양한 의견이 있을 수 있고, 입법적으로 일부 개선의 여지가 있다는 점은 우리도 동의한다. 그러나 현재의 법적 상태가 보다 이상적인 것으로 개선되어야 할 여지가 있다는 것이 곧 위헌을 의미하지는 않는다. 다수의견이 제시하는 방안은 입법자에게 입법개선을 권고하는 것으로 충분하다(헌재 2018. 4. 26. 2014헌마1178 참조).

따라서 이 사건 요청조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해하지 아니한다.

재판관 이진성 김이수 김창종 안창호 강일원(해외출장으로 행정전자서명 불능) 서기석 조용호 이선애 유남석

통신제한조치 허가 위헌확인 등

[2018. 8. 30. 2016헌마263]

【판시사항】

가. 인터넷회선을 통하여 송·수신하는 전기통신의 감청(이하 ‘인터넷회선 감청’이라 한다)을 대상으로 하는 법원의 통신제한조치 허가에 대한 헌법소원 심판청구의 적법 여부(소극)

나. 국가정보원장의 인터넷회선 감청 집행행위(이하 ‘이 사건 감청집행’이라 한다)에 대한 헌법소원 심판청구의 적법 여부(소극)

다. 통신비밀보호법(1993. 12. 27. 법률 제4650호로 제정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제5조 제2항 중 ‘인터넷회선을 통하여 송·수신하는 전기통신’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 기본권을 침해하는지 여부(적극)

라. 헌법불합치 결정을 하면서 잠정적용을 명한 사례

【결정요지】

가. 통신제한조치에 대한 법원의 허가는 통신비밀보호법에 근거한 소송절차 이외의 파생적 사항에 관한 법원의 공권적 법률판단으로 헌법재판소법 제68조 제1항에서 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 법원의 재판에 해당하므로, 이에 대한 심판청구는 부적법하다.

나. 이 사건 감청집행은 이미 종료하였으므로 주관적 권리보호이익은 소멸하였고, 이 사건 법률조항에 대해 본안판단을 하는 이상 감청집행 행위에 대해 별도로 심판청구의 이익을 인정할 실익도 없으므로, 이 사건 감청집행에 대한 심판청구도 부적법하다.

다. 인터넷회선 감청은, 인터넷회선을 통하여 흐르는 전기신호 형태의 ‘패킷’을 중간에 확보한 다음 재조합 기술을 거쳐 그 내용을 파악하는 이른바 ‘패킷감청’의 방식으로 이루어진다. 따라서 이를 통해 개인의 통신뿐만 아니라 사생활의 비밀과 자유가 제한된다.

오늘날 인터넷 사용이 일상화됨에 따라 국가 및 공공의 안전, 국민의 재산이나 생명·신체의 안전을 위협하는 범행의 저지나 이미 저질러진 범죄수사에 필요한 경우 인터넷 통신망을 이용하는 전기통신에 대한 감청을 허용할 필요가 있으므로 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

인터넷회선 감청으로 수사기관은 타인 간 통신 및 개인의 내밀한 사생활의 영역에 해당하는 통신자료까지 취득할 수 있게 된다. 따라서 통신제한조치에 대한 법원의 허

가 단계에서는 물론이고, 집행이나 집행 이후 단계에서도 수사기관의 권한 남용을 방지하고 관련 기본권 제한이 최소화될 수 있도록 입법적 조치가 제대로 마련되어 있어야 한다.

법은 “범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있는 경우” 보충적 수사 방법으로 통신제한조치가 활용하도록 요건을 정하고 있고, 법원의 허가 단계에서 특정 피의자 내지 피내사자의 범죄수사를 위해 그 대상자가 사용하는 특정 인터넷회선에 한하여 필요한 범위 내에서만 감청이 이루어지도록 제한이 되어 있다(법 제5조, 제6조).

그러나 ‘패킷감청’의 방식으로 이루어지는 인터넷회선 감청은 수사기관이 실제 감청 집행을 하는 단계에서는 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 불특정 다수인의 모든 정보가 패킷 형태로 수집되어 일단 수사기관에 그대로 전송되므로, 다른 통신제한조치에 비하여 감청 집행을 통해 수사기관이 취득하는 자료가 비교할 수 없을 정도로 매우 방대하다는 점에 주목할 필요가 있다.

불특정 다수가 하나의 인터넷회선을 공유하여 사용하는 경우가 대부분이므로, 실제 집행 단계에서는 법원이 허가한 범위를 넘어 피의자 내지 피내사자의 통신자료뿐만 아니라 동일한 인터넷회선을 이용하는 불특정 다수인의 통신자료까지 수사기관에 모두 수집·저장된다. 따라서 인터넷회선 감청을 통해 수사기관이 취득하는 개인의 통신자료의 양을 전화감청 등 다른 통신제한조치와 비교할 바는 아니다.

따라서 인터넷회선 감청은 집행 및 그 이후에 제3자의 정보나 범죄수사와 무관한 정보까지 수사기관에 의해 수집·보관되고 있지는 않는지, 수사기관이 원래 허가받은 목적, 범위 내에서 자료를 이용·처리하고 있는지 등을 감독 내지 통제할 법적 장치가 강하게 요구된다.

그런데 현행법은 관련 공무원 등에게 비밀준수의무를 부과하고(법 제11조), 통신제한조치로 취득한 자료의 사용제한(법 제12조)을 규정하고 있는 것 외에 수사기관이 감청 집행으로 취득하는 막대한 양의 자료의 처리 절차에 대해서 아무런 규정을 두고 있지 않다.

현행법상 전기통신 가입자에게 집행 통지는 하게 되어 있으나 집행 사유는 알려주지 않아야 되고, 수사가 장기화되거나 기소중지 처리되는 경우에는 감청이 집행된 사실조차 알 수 있는 길이 없도록 되어 있어(법 제9조의2), 더욱 객관적이고 사후적인 통제가 어렵다. 또한 현행법상 감청 집행으로 인하여 취득된 전기통신의 내용은 법원으로부터 허가를 받은 범죄와 관련되는 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위하여도 사용이 가능하므로(법 제12조 제1호) 특정인의 동향 파악이나 정보수집을 위한 목적으로 수사기관에 의해 남용될 가능성도 배제하기 어렵다.

인터넷회선 감청과 동일하거나 유사한 감청을 수사상 필요에 의해 허용하면서도, 관련 기본권 침해 최소화하기 위하여 집행 이후에도 주기적으로 경과보고서를 법원에 제출하도록 하거나, 감청을 허가한 판사에게 감청 자료를 봉인하여 제출하도록 하거나, 감청자료의 보관 내지 파기 여부를 판사가 결정하도록 하는 등 수사기관이 감청 집행으로 취득한 자료에 대한 처리 등을 객관적으로 통제할 수 있는 절차를 마련하고 있는 입법례가 상당수 있다.

이상을 종합하면, 이 사건 법률조항은 인터넷회선 감청의 특성을 고려하여 그 집행 단계나 집행 이후에 수사기관의 권한 남용을 통제하고 관련 기본권의 침해를 최소화하기 위한 제도적 조치가 제대로 마련되어 있지 않은 상태에서, 범죄수사 목적을 이유로 인터넷회선 감청을 통신제한조치 허가 대상 중 하나로 정하고 있으므로 침해의 최소성 요건을 충족한다고 할 수 없다.

이러한 여건 하에서 인터넷회선의 감청을 허용하는 것은 개인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유에 심각한 위협을 초래하게 되므로 이 사건 법률조항으로 인하여 달성하려는 공익과 제한되는 사익 사이의 법익 균형성도 인정되지 아니한다.

그러므로 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하는 것으로 청구인의 기본권을 침해한다.

라. 이 사건 법률조항은 청구인의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되지만, 단순위헌결정을 하면 수사기관이 인터넷회선 감청을 통한 수사를 행할 수 있는 법률적 근거가 사라져 범행의 실행 저지가 긴급히 요구되거나 국민의 생명·신체·재산의 안전을 위협하는 중대 범죄의 수사에 있어 법적 공백이 발생할 우려가 있다.

한편, 이 사건 법률조항이 가지는 위헌성은 인터넷회선 감청의 특성에도 불구하고 수사기관이 인터넷회선 감청으로 취득하는 자료에 대해 사후적으로 감독 또는 통제할 수 있는 규정이 제대로 마련되어 있지 않다는 점에 있으므로 구체적 개선안을 어떤 기준과 요건에 따라 마련할 것인지는 입법자의 재량에 속한다.

이러한 이유로 이 사건 법률조항에 대해 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자가 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거하고 합리적인 내용으로 개정할 때까지 일정 기간 이를 잠정적으로 적용할 필요가 있다.

재판관 안창호, 재판관 조용호의 이 사건 법률조항에 대한 반대의견

범죄수사를 위한 통신제한조치는 통신 내용에 대한 직접적인 제한이므로, 법은 통신사실 확인자료와 달리, 엄격한 조건하에 이루어지도록 규정하고 수사기관이 사용하는 감청설비 등에 대해서도 엄격한 규율아래 두고 있다.

또한, 통신제한조치는 내란죄, 외환죄 등 국민의 재산이나 생명·신체의 안전 보호가 중대한 범죄로 대상범죄가 한정되어 있고, 다른 방법으로는 이들 범죄의 실행 저지나 범인 체포 또는 증거 수집이 어려운 경우에 한하여 허가될 수 있다(법 제5조 제1항). 그리고 법원이 이러한 실체적 요건의 충족 여부를 심사하여 통신제한조치의 허가 여부를 결정하도록 함으로써 통신제한조치를 사법적 통제 하에 두고 있다(법 제5조 제2항). 더욱이 현재 2009헌가30 결정으로 통신제한조치의 기간이 2월로 제한되어, 검사가 새로운 사유를 들어 통신제한조치를 청구하지 않는 한 기간연장은 불가능하다.

인터넷회선 감청의 집행 단계에서 수사기관의 권한 남용이나 관련 기본권의 과도한 침해를 객관적으로 통제할 수 있다는 수단이 마련되어 있지 않다고 할 수도 없다.

인터넷회선 감청의 기술적 특성 등으로 인해 취득한 자료가 다른 통신감청에 비해 상대적으로 광범위하더라도, 법상 감청집행기관의 공무원이 인터넷회선 감청을 통해 알게 된 내용을 외부에 공개·누설하는 것은 일체 금지되고, 이를 위반하는 공무원은 10년 이하의 징역에 처해지게 되며, 범죄수사와 관련되지 아니하는 것은 그 성질상 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하는 등을 위하여 사용할 수 없게 되어 있다. 나아가 감청집행기관인 수사기관은 다른 법률에 특별한 규정이 있거나 정보주체의 동의가 없는 한 이를 보존하거나 제3자에게 제공해서는 아니 되고 지체없이 파기해야 한다(개인정보 보호법 제3조, 제15조, 제17조, 제18조, 제21조).

인터넷회선 감청은 다른 송·수신 중인 통신에 대한 감청과 기술적 태양과 대상에 따른 상대적 차이가 있을 뿐 본질적인 차이가 있다고 할 수 없다.

따라서 인터넷회선 감청의 집행 단계에서 절차적으로 법원의 개입이 보장되어 있지 아니하다는 이유로 이 사건 법률조항이 침해의 최소성을 충족하지 못한다고 판단할 일은 아니다.

인터넷회선 감청의 기술적 특성상 다른 통신감청에 비하여 상대적으로 광범위하게 정보가 수집되는 면이 있고, 수사기관이 법에서 마련한 조치를 제대로 준수하지 않을 수 있다는 우려만을 가지고 이 사건 법률조항으로 인해 제한되는 사익의 정도가 그로 인해 달성되는 공익에 비해 크다고 단정할 수는 없다. 따라서 이 사건 법률조

항은 법익의 균형성을 충족한다.

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다.

다만 인터넷회선 감청의 기술적 태양과 대상의 특수성과 이로 인한 감청의 집행 과정에서 있을 수 있는 통신 및 사생활의 비밀에 대한 침해가 상대적으로 광범위하게 이루어질 수 있다는 우려를 고려하여, 인터넷회선 감청의 집행 단계에서 법원의 통제를 강화하는 방법 등이 검토될 수 있으며, 이에 따라 이 사건 법률조항이 아니라 법 제9조가 개정될 수 있음을 지적해 둔다.

재판관 김창중의 이 사건 감청집행 및 이 사건 법률조항에 대한 반대의견

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하고, 여기서 말하는 ‘기본권 침해의 직접성’이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 당해 법률 또는 법률조항에 의한 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다(헌재 1992. 11. 12. 선고 91헌마192; 헌재 1998. 7. 16. 96헌마268; 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마19; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마671 등 참조). 이는 법률 또는 법률조항에 대한 헌법소원에서 직접성 요건과 관련하여 헌법재판소가 취하고 있는 확고한 입장이다.

이 사건 법률조항은 통신제한조치의 허가 요건 중 단지 ‘허가 대상’이 무엇인지에 관하여 규정하고 있을 뿐이므로, 청구인이 주장하는 기본권 침해는 법원의 통신제한 조치허가와 그에 따른 통신제한조치라는 구체적 집행행위를 통해 비로소 발생할 수 있게 된다. 따라서 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하므로 각하하여야 한다. 다만 이 사건 법률조항에 근거하여 이루어진 구체적 집행행위, 즉 이 사건 감청집행에 대한 심판청구는 심판의 이익이 인정되는 등 적법요건을 갖추었으므로 이를 각하할 것이 아니라 그에 대한 본안판단을 하여야 한다.

이 사건 감청집행은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않아 헌법에 위반되지 않는다. 그 이유는 재판관 안창호, 재판관 조용호의 이 사건 법률조항에 대한 합헌의견의 판단 내용과 그 견해를 같이 하므로 이를 그대로 원용한다.

재판관 안창호의 이 사건 법률조항에 대한 반대의견에 대한 보충의견

통신제한조치 허가 대상을 정한 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 기본권을 침해하지 아니하지만, ‘통신제한조치의 집행에 관한 통지’에 대하여 정하고 있는 법 제9조의2(이하 ‘감청집행통지조항’이라 한다)는 적법절차원칙에 위반하여 청구인의 기본권을 침해한다.

수사의 밀행성 확보는 필요하지만, 적법절차원칙을 통하여 수사기관의 권한남용을 방지하고 정보주체의 기본권을 보호하기 위해서는, 인터넷회선 감청과 관련하여 피의자 등에게 적절한 고지와 실질적인 의견진술의 기회를 부여해야 한다. 그런데 감청집행통지조항은 수사가 장기간 진행되거나 기소중지결정이 있는 경우에는 피의자 등에게 집행 사실을 통지할 의무를 규정하지 아니하고, 통지를 받더라도 그 사유가 통지되지 아니하며, 수사목적 달성을 이후 해당 자료가 파기되었는지 여부도 확인할 수 없게 되어 있어, 감청대상이 된 피의자 등으로서 이와 관련된 수기관의 권한남용에 대해 적절한 대응을 할 수 없게 되어 있다.

이러한 점들을 종합할 때, 감청집행통지조항은 적법절차원칙에 위배되어 청구인의

통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.

【심판대상조문】

통신비밀보호법(1993. 12. 27. 법률 제4650호로 제정된 것) 제5조 제2항

【참조조문】

헌법 제17조, 제18조, 제37조 제2항

헌법재판소법 제68조 제1항

통신비밀보호법(2001. 12. 29. 법률 제6546호로 개정된 것) 제2조, 제3조, 제5조, 제6조, 제9조의2, 제11조, 제12조

【참조판례】

가. 헌재 1992. 12. 24. 90헌마158, 판례집 4, 922, 928

나. 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010, 판례집 20-2상, 236, 247-248

헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527, 판례집 23-2하, 840, 845-846

다. 헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 545, 557-559

대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결

【당 사 자】

청 구 인 문○골

대리인 법무법인 이공

담당변호사 허진민 외 5인

법무법인 다산

담당변호사 조지훈

변호사 김하나

변호사 서채완

변호사 김선희

피청구인 1. 서울중앙지방법원 판사

2. 국가정보원장

대리인 변호사 구태언

【주 문】

1. 통신비밀보호법(1993. 12. 27. 법률 제4650호로 제정된 것) 제5조 제2항 중 ‘인터넷회선을 통하여 송·수신하는 전기통신’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2020. 3. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용한다.

2. 나머지 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요

피청구인 국가정보원장은 청구인 김○윤의 국가보안법위반 범죄수사를 위하여 위 김○윤이 사용하는 휴대폰, 인터넷회선 등 전기통신의 감청 등을 목적으로, 2008년 경부터 2015년경까지 법원으로부터 총 35차례의 통신제한조치를 허가받아 집행하였다. 위 통신제한조치 중에는 ‘○○연구소’에서 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷회선(서비스번호: ○○○○, ID : ○○○)에 대한 2013.

10. 9.부터 2015. 4. 28.까지 사이에 6차례에 걸쳐 행해진 통신제한조치가 포함되어 있었다. 이는 인터넷 통신망에서 정보 전송을 위해 쪼개어진 단위인 전기신호 형태의 ‘패킷’(packet)을 수사기관이 중간에 확보하여 그 내용을 지득하는 이른바 ‘패킷감청’이었다.

이에 청구인은 청구인 명의로 가입된 위 인터넷회선의 감청을 목적으로 하는 6차례의 통신제한조치에 대한 법원의 허가, 이에 따른 피청구인 국가정보원장의 감청행위, 통신비밀보호법 제2조 제7호, 제5조 제2항, 제6조가 청구인의 통신의 비밀과 자유, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권을 침해하고, 헌법상 영장주의, 적법절차원칙 등에 위반된다고 주장하면서, 2016. 3. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

가. 이 사건 심판대상은 ① ‘○○연구소’에서 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷회선(ID : ○○○, 이하 ‘이 사건 인터넷회선’이라 한다)을 통하여 송·수신하는 전기통신의 감청을 허가한 2013. 10. 8.자 수원지방법원 안산지원의 통신제한조치 허가(허가번호 2013-8526)를 포함하여 별지 기재와 같은 이 사건 인터넷회선에 대한 총 6회의 법원의 통신제한조치 허가(이하 ‘이 사건 법원의 허가’라 한다), ② 이 사건 법원의 허가를 얻어, 피청구인 국가정보원장이 2013. 10. 9.부터 2015. 4. 28.까지 사이에 별지 기재와 같이 총 6차례에 걸쳐, 이 사건 인터넷회선을 통하여 송·수신하는 전기통신을 감청한 행위(이하 ‘이 사건 감청집행’이라 한다) 및 ③ 그 법적 근거가 되는 통신비밀보호법 조항으로 인한 기본권 침해 여부이다.

나. 청구인은 법률조항으로 통신비밀보호법 제2조 제7호, 제5조 제2항, 제6조의 위헌 여부를 구하고 있는데, 그 주된 취지는 이른바 ‘패킷감청’ 방식으로 이루어지는 인터넷회선의 감청은 그 기술적 특성으로 인해 감청 범위가 무제한적으로 확대될 위험이 있음에도 다른 종류의 전기통신 감청과 마찬가지로 통신제한조치 허가 대상에 포함하고 있으므로 헌법에 위반된다는 것이다. 따라서 ‘감청’에 대한 정의 조항에 불과한 같은 법 제2조 제7호, 통신제한조치에 대한 일반적인 허가 절차를 정한 제6조는 심판대상에서 제외하고, 통신제한조치의 허가 대상을 정하고 있는 통신비밀보호법 제5조 제2항 중 ‘인터넷회선 감청’에 관한 부분으로 심판대상을 한정한다.

다. 그렇다면 이 사건 심판대상은 ① 이 사건 법원의 허가, ② 이 사건 감청집행 및 ③ 통신비밀보호법(1993. 12. 27. 법률 제4650호로 제정된 것) 제5조 제2항 중 ‘인터넷회선을 통하여 송·수신하는 전기통신’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

통신비밀보호법(1993. 12. 27. 법률 제4650호로 제정된 것)

제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건) ② 통신제한조치는 제1항의 요건에 해당하는 자가 발송·수취하거나 송·수신하는 특정한 우편물이나 전기통신 또는 그 해당자가 일정한 기간에 걸쳐 발송·수취하거나 송·수신하는 우편물이나 전기통신을 대상으로 허가될 수 있다.

[관련조항]

통신비밀보호법(2001. 12. 29. 법률 제6546호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “통신”이라 함은 우편물 및 전기통신을 말한다.

3. “전기통신”이라 함은 전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·

문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다.

7. “감청”이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다.

제3조(통신 및 대화비밀의 보호) ② 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청(이하 “통신제한조치”라 한다)은 범죄수사 또는 국가안전보장을 위하여 보충적인 수단으로 이용되어야 하며, 국민의 통신비밀에 대한 침해가 최소한에 그치도록 노력하여야 한다.

제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건) ① 통신제한조치는 다음 각호의 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 있다.

제6조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가절차) ① 검사(군검사를 포함한다. 이하 같다)는 제5조 제1항의 요건이 구비된 경우에는 법원(軍事法院을 포함한다. 이하 같다)에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있다.

② 사법경찰관(軍司法警察官을 포함한다. 이하 같다)은 제5조 제1항의 요건이 구비된 경우에는 검사에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구할 수 있다.

3. 청구인의 주장

가. 디지털 생활이 일반화된 시대에 범죄수사를 위하여 인터넷회선에 대한 감청이 요청될 수 있다. 그러나 ‘패킷감청’의 방식으로 이루어지는 인터넷회선 감청은 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 모든 정보가 감청 대상이 되므로, 쌍방간의 의사소통을 전제로 하는 ‘통신’으로 그 범위가 제한되지 않을 뿐만 아니라, 감청대상자의 정보뿐만 아니라 해당 인터넷회선의 이용을 공유하는 제3자의 정보까지 수사기관에 수집·보관될 가능성이 크다. 더욱이 오늘날 통신뿐만 아니라 생활의 대부분이 인터넷에 기반하여 이루어지는 점을 고려할 때 인터넷회선 감청으로 수집되는 정보의 양은 다른 종류의 통신제한조치의 경우와는 비교할 수 없을 정도로 많다. 이와 같이 인터넷회선 감청은 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해할 가능성이 높으므로, 관련 기본권 제한으로 인한 피해를 최소화하기 위해서는 집행과정이나 집행이 종료된 이후에도 제3자의 정보나 수사목적과 무관한 정보까지 수사기관에 의해 수집, 보관되고 있지는 않는지 등 관련 기본권의 침해 및 수사기관에 의한 권한 남용을 적절히 감독·통제할 법적 장치가 필요하다. 그런데 통신비밀보호법은 인터넷회선 감청의 이러한 특수성에 대한 별도의 고려 없이 이를 통신제한조치 허가 대상에 포함하고 있으므로 헌법에 위반되고, 그에 따라 이루어진 이 사건 법원의 허가 및 이 사건 감청 집행은 모두 청구인의 기본권을 침해한 것으로서 헌법에 위반된다.

나. 법원이 통신비밀보호법 제5조 제1항이 정한 요건이 구비된 경우 같은 법 제6조에서 정한 절차에 따라, 목적·대상·범위 등을 특정하여 인터넷회선 감청을 통신제한조치로서 허가한다 하더라도, 패킷감청의 특성으로 인하여 그 집행 단계에서 개별성 및 특정성이 유지될 수 없으므로, 인터넷회선 감청에 대한 법원의 허가는 포괄 영장을 허용하는 것과 다르지 않다. 따라서 인터넷회선 감청을 통신제한조치 허가 대상으로 정하고 있는 법률조항 및 이 사건 법원의 허가는 헌법상 영장주의에도 위반된다.

4. 적법요건에 관한 판단

가. 이 사건 법원의 허가에 대한 판단

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 법원의 재판을 헌법소원심판 청구의 대상에서 제외하고 있다. 여기에서 “법원의 재판”은 법원이 행하는 공권적 법률판단 또는 의사의 표현을 지칭하는 것으로, 사건을 종국적으로 해결하기 위한 종국판결 외에 본안전 소송판결 및 중간판결, 기타 소송절차의 파생적·부수적인 사항에 대한 공권적 판단도 포함된다(헌재 1992. 12. 24. 90헌마158 등 참조).

이 사건 법원의 허가는 통신비밀보호법(이하 ‘법’이라 한다)에 근거한 소송절차 이외의 파생적 사항에 관한 법원의 공권적 법률판단으로서, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 법원의 재판에 해당한다.

청구인은 ‘2013. 10. 9.부터 2014. 6. 16.까지 251일 중 8일을 제외한 243일 동안의 통신제한조치에 대한 별지 기재 순번 1번에서 4번까지의 법원의 허가’에 대하여, 헌법재판소가 법 제6조 제7항 단서 중 ‘통신제한조치기간의 연장’에 관한 부분에 대해 2011. 12. 31.을 시한으로 잠정적용 헌법불합치로 결정한 취지(헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30)를 정면으로 위반하는 것이라고 주장한다. 그러나 기록에 의하면, 위 각 법원의 허가는 동일한 청구사유에 대해 법원이 단순히 통신제한조치의 기간만을 연장해준 것이 아니라 검사가 매 청구시마다 통신제한조치가 필요한 사유를 보강하고 ‘다시 통신제한조치를 청구하는 취지 및 이유’를 기재하여 새로이 통신제한조치를 청구하고 이에 대하여 법원이 허가한 것임을 알 수 있다. 따라서 위와 같은 법원의 허가는 법 제6조 제4항에 따른 새로운 통신제한조치 청구에 대한 법원의 허가에 해당하므로 청구인의 주장은 이유 없다.

그러므로 이 사건 법원의 허가에 대한 심판청구는 부적법하다.

나. 이 사건 감청집행에 대한 판단

피청구인 국가정보원장은 이 사건 법원의 허가를 얻어 2013. 10. 9.부터 2015. 4. 28.까지 사이에 별지 기재와 같이 총 6회에 걸쳐 이 사건 감청집행을 완료하였으므로, 이 사건 심판청구 당시에 이 사건 감청집행에 관한 주관적 권리보호이익은 소멸하였다.

다만 헌법소원은 주관적 권리구제뿐만 아니라 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판청구의 이익을 인정하여야 하므로(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등; 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527 참조), 이 사건 감청집행에 대해 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할지 문제된다.

기록에 의하면, 이 사건 감청집행은 피청구인이 법 제5조, 제6조에 따라 법원의 허가를 얻어 이루어졌음이 확인되므로 이 사건 감청집행이 법적 근거가 없이 행해졌다는 청구인의 주장은 이유 없음이 명백하다. 그리고 청구인이 종국적으로 다두고자 하는 것은 인터넷회선 감청은 그 특성상 다른 통신제한조치와 비교할 수 없을 정도로 광범위한 정보 수집이 가능하여 필요 이상으로 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하게 되고 수사기관에 의한 남용의 우려가 높음에도, 이에 대한 별도의 고려 없이 통신제한조치 허가 대상으로 정함으로써 관련 기본권을 침해하고 영장주의에도 위반된다는 것이다. 그런데 이 사건 감청집행과 유사한 기본권 침해의 반복 가능성은 결국 인터넷회선 감청 또한 통신제한조치 허가 대상으로 정하고 있는 이 사건 법률조항이 현존하기 때문이며, 이에 청구인도 법 제5조 제2항에 대하여 헌법소원 심판을 청구하고 있다. 이와 같은 청구인의 주장 취지 및 권리구제의 실효성 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 법률조항의 적법요건을 인정하여 본안 판단에 나아가는 이상, 이 사건 감청집행에 대하여는 별도로 심판청구의 이익을 인정하지 아니한다.

따라서 이 사건 감청집행에 대한 심판청구는 부적법하다.

다. 이 사건 법률조항에 대한 한정위헌 주장에 대한 판단

청구인은 ‘패킷감청’은 기술적 특성상 감청이 실시간으로 이루어지지 아니하므로 법에 규정된 ‘감청’에 해당하지 않음에도 법원 판례와 실무상 패킷감청을 법 제5조 제2항의 허가 대상인 통신제한조치에 해당하는 것으로 보고 있는바, 위 조항의 허가 대상인 통신제한조치에 인터넷회선 감청이 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌 취지의 주장도 한다.

그러나 인터넷상 신속한 정보전달을 위한 최소 단위인 ‘패킷’의 수집·저장과 수집·저장된 패킷들의 내용 확인 시점에 차이가 발생한다고 하여 인터넷회선 감청이 법에 규정된 ‘감청’에 해당하지 아니한다고 단정할 수 없다. 법원도 “인터넷통신망을 통한 송·수신은 법 제2조 제3호에서 정한 ‘전기통신’에 해당하므로 인터넷통신망을 통하여 흐르는 전기신호 형태의 패킷을 중간에 확보하여 그 내용을 지득하는 이른바 ‘패킷감청’도 법 제5조 제1항에서 정한 요건을 갖추는 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 허용된다.”고 한다(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결). 이에 실무에서도 인터넷회선 감청이 통신제한조치의 하나로 허가되어 왔다.

결국, 청구인의 법 제5조 제2항에 대한 한정위헌 취지의 주장은, ‘법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정의 위헌성 문제가 있는 것으로 볼만큼 일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우’로서, 헌법재판소가 법률조항 자체에 대한 심판청구로 적법하다고 인정하는 경우에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 위 법률조항에 대하여 본안 판단에 나아가는 이상, 이와 관련된 한정위헌 취지의 주장에 대해서는 더 나아가 살피지 아니한다(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23 등 참조).

5. 이 사건 법률조항에 대한 판단

가. 범죄수사를 위한 통신제한조치 중 인터넷회선 감청 제도

(1) 법에 규정된 통신제한조치는 ‘우편물의 검열’ 또는 ‘전기통신의 감청’을 의미한다(법 제3조 제2항).

여기서 ‘전기통신’은 ‘전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것’을 말한다(법 제2조 제3호). ‘감청’은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독(共讀)하여 그 내용을 지득 또는 채록(採錄)하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 의미한다(법 제2조 제7호). 이와 같이 통신제한조치는 그 대상이 통신의 ‘내용’이라는 점에서, 가입자의 전기통신일시 등과 같이 비내용적 통신 정보를 대상으로 하는 ‘통신사실확인자료’와 차이가 있고(법 제2조 제11호), 이에 법도 ‘통신제한조치’와 ‘통신사실확인자료’에 대한 규율을 달리 하고 있다.

(2) 인터넷회선을 통하여 송·수신되는 전기통신에 대한 감청은, 인터넷회선을 통하여 흐르는 전기신호 형태의 ‘패킷’을 중간에 확보하여 재조합 기술을 거쳐 그 내용을 파악하는 이른바 ‘패킷감청’의 방식으로 이루어진다. 여기서 ‘패킷’은 인터넷상 신속하고 효율적인 다량의 정보 전송을 위하여 일정한 단위로 쪼개어져 포장된 최적·최소화된 데이터 단위를 말한다. 법원은 인터넷통신망을 통한 송·수신은 법 제2조 제3호에서 정한 ‘전기통신’에 해당하므로 이른바 ‘패킷감청’도 통신제한조치로 허용된다고 보고 있고(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결 참조), 이에 패킷감청도 실무상 통신제한조치의 하나로 행해져 왔음은 앞서 본 바와 같다.

인터넷회선 감청은 검사가 법원의 허가를 받으면, 피의자 및 피내사자에 해당하는 감청대상자나 해당 인터넷회선의 가입자의 동의나 승낙을 얻지 아니하고도, 전기통신사업자의 협조를 통해 해당 인터넷회선을 통해 송·수신되는 전기통신에 대해 감청을 집행함으로써 정보주체의 기본권을 제한할 수 있으므로, 법이 정한 강제처분에 해당한다. 또한 인터넷회선 감청은 서버에 저장된 정보가 아니라, 인터넷상에서 발

신되어 수신되기까지의 과정 중에 수집되는 정보, 즉 전송 중인 정보의 수집을 위한 수사이므로, 압수·수색과 구별된다.

(3) 법상 통신제한조치는 ① 범죄수사목적에 위한 통신제한 조치(법 제5조, 제6조), ② 국가안보목적에 위한 통신제한조치(법 제7조), ③ 긴급통신제한조치(법 제8조)로 나뉘어 각각 허가요건과 허가절차가 달리 규율되고 있다. 이 사건에서 문제되는 것은 범죄수사를 위한 통신제한조치 중 ‘인터넷회선 감청’에 관한 부분이다(법 제5조). 범죄수사를 위한 인터넷회선 감청의 집행은 검사가 법 제5조 제1항의 요건을 구비하여 법원으로부터 특정 인터넷회선에 대한 통신제한조치허가를 받으면, 수사기관이 허가서에 기재된 해당 인터넷회선을 운영·관리하는 전기통신사업자에게 감청 협조를 구하여 이루어진다(법 제9조, 제15조의2).

인터넷회선 감청의 구체적 집행 방식은 이 사건 감청집행을 행한 피청구인 국가정보원의 답변에 의하면 다음과 같다. ① 법원으로부터 특정 피의자 내지 피내사자가 사용하는 인터넷회선에 대해 감청 허가를 얻으면, 수사기관은 전기통신사업자인 인터넷통신업체에 감청 집행을 위한 협조를 구한다. ② 협조 요청을 받은 인터넷통신업체는 허가 대상인 인터넷회선에 고정 인터넷프로토콜(Internet Protocol, 이하 ‘IP’라 한다)을 부여하고, 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 ‘패킷’을 중간에 확보하기 위해 패킷의 수집·복제를 위한 장비 내지 국가정보원이 자체 개발한 인터넷회선감청장비를 연결·설치하는 데 협조한다. ③ 이들 장비를 통해 해당 인터넷회선을 통과하는 모든 패킷이 중간에 수집·복제되어 국가정보원 서버로 즉시 전송·저장된다. ④ 이와 같이 수집·저장된 패킷들은 국가정보원이 자체 개발한 처리서버프로그램을 통해 재조합 과정을 거쳐, 열람 가능한 형태로 전환된다. ⑤ 이 과정에서 패킷의 정보의 내용이 담긴 데이터 영역까지 보는 기술(Deep Packet Inspection, ‘DPI’라고 한다)이 활용되고, 국가정보원의 수사관이 서버에 접속하여 저장된 파일을 열어 그 내용을 열람·확인하면서 범죄관련성 및 보존 필요성 여부를 판단한다.

나. 제한되는 기본권 및 쟁점

(1) 헌법 제18조는 ‘모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.’라고 규정하여 통신의 비밀 보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있다. 이 사건 법률조항은 현대 사회에 가장 널리 이용되는 의사소통 수단인 인터넷 통신망을 통해 송·수신하는 전기통신에 대한 감청을 범죄수사를 위한 통신제한조치의 하나로 정하고 있으므로, 일차적으로 헌법 제18조가 보장하는 통신의 비밀과 자유를 제한한다.

헌법 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀이란 사생활에 관한 사항으로 일반인에게 아직 알려지지 아니하고 일반인의 감수성을 기준으로 할 때 공개를 원하지 않을 사항을 말한다. 감시, 도청, 비밀복음, 비밀촬영 등에 의해 다른 사람의 사생활의 비밀을 탐지하거나 사생활의 평온을 침입하는 행위, 사적 사항의 무단 공개 등은 타인의 사생활의 비밀과 자유의 불가침을 해하는 것이다. 인터넷회선 감청은 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 모든 정보가 감청 대상이 되므로, 이를 통해 드러나게 되는 개인의 사생활 영역은 전화나 우편물 등을 통하여 교환되는 통신의 범위를 넘는다. 더욱이 오늘날 이메일, 메신저, 전화 등 통신뿐 아니라, 각종 구매, 게시물 등록, 금융서비스 이용 등 생활의 전 영역이 인터넷을 기반으로 이루어지기 때문에, 인터넷회선 감청은 타인과의 관계를 전제로 하는 개인의 사적 영역을 보호하려는 헌법 제18조의 통신의 비밀과 자유 외에 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유도 제한하게 된다.

따라서 인터넷회선 감청도 범죄수사를 위한 통신제한조치 허가 대상으로 정한 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하여 피의자 또는 피내사자와 같은 대상자뿐만 아니라 이용자들의 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부에 대하여 본다.

(2) 범죄수사를 위한 인터넷회선 감청은 수사기관이 범죄수사 목적으로 전송 중인 정보의 수집을 위해 당사자 동의 없이 집행하는 강제처분으로 법은 수사기관이 일정한 요건을 갖추어 법원의 허가를 얻어 집행하도록 정하고 있다(제5조, 제6조).

이와 관련하여, 청구인은 인터넷회선 감청을 위해 법원의 허가를 얻도록 정하고 있으나, 패킷감청의 기술적 특성으로 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 모든 정보가 감청 대상이 되므로 개별성, 특정성을 전제로 하는 영장주의가 유명무실하게 되고 나아가 집행 단계나 그 종료 후에 법원이나 기타 객관성을 담보할 수 있는 기관에 의한 감독과 통제 수단이 전혀 마련되어 있지 않으므로, 이 사건 법률조항은 헌법상 영장주의 내지 적법절차원칙에 위반된다고 한다. 그러나 헌법 제12조 제3항이 정한 영장주의가 수사기관이 강제처분을 함에 있어 중립적 기관인 법원의 허가를 얻어야 함을 의미하는 것 외에 법원에 의한 사후 통제까지 마련되어야 함을 의미한다고 보기 어렵고, 청구인의 주장은 결국 인터넷회선 감청의 특성상 집행 단계에서 수사기관의 권한 남용을 방지할 만한 별도의 통제 장치를 마련하지 않는 한 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 침해하게 된다는 주장과 같은 맥락이므로, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 기본권을 침해하는지 여부에 대하여 판단하는 이상, 영장주의 위반 여부에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.

(3) 청구인은 법상 인터넷회선 감청의 대상자나 인터넷회선 가입자가 집행 결과를 열람할 수 있는 방법이 마련되어 있지 않고 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 전면적으로 침해받은 다음에야 사후적으로 집행되었다는 사실만을 통보받을 뿐이므로 헌법상 적법절차원칙에도 위반된다고 주장한다. 청구인은 통신제한조치의 집행에 관한 통지조항에 대해서는 심판청구를 한 바 없으므로 법 제9조의2가 적법절차원칙에 위배되는지 여부는 이 사건 심판대상이 아니다. 통지 조항과 관련된 위헌성을 주장하는 것이라면 인터넷회선 감청의 집행 단계나 그 이후에 수사기관의 권한 남용을 방지할 만한 별도의 통제 장치를 마련하지 않는 한 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 침해하게 된다는 주장과 같은 취지로 볼 수 있으므로, 이 사건 법률조항의 과잉금지원칙 위반 여부에 대하여 판단하는 이상, 위 통지조항의 적법절차원칙 위반 여부에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.

다. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

오늘날 인터넷 사용이 일상화됨에 따라 인터넷 통신망을 이용하여 의사 또는 정보를 송·수신하는 방법은 보편적으로 이용되는 통신수단이 되었고, 인터넷을 활용하는 범행 계획과 실행 또한 증가하고 있다. 이와 같이 인터넷을 기반으로 하는 정보통신환경에서, 범죄수사에 필요한 경우에 통신기술의 발전에 상응할 수 있도록 수사기관으로 하여금 일정한 요건을 갖추는 경우 인터넷 통신망을 이용하는 전기통신에 대한 감청을 허용할 필요가 있다.

이 사건 법률조항은 국가 및 공공의 안전, 국민의 재산이나 생명·신체의 안전을 위협하는 범행의 저지나 이미 저질러진 범죄수사에 필요한 경우 인터넷회선을 통하여 송·수신되는 전기통신도 수사기관이 법원의 허가를 얻어 감청할 수 있도록 규정하고 있는바, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

(2) 침해의 최소성

(가) 통신제한조치는 피의자 및 피내사자뿐만 아니라 해당 전기통신의 가입자의 동의나 승낙 없이 밀행적으로 이루어지는 강제수사 방법으로, 이를 통해 수사기관은 타인 간 통신 및 개인의 내밀한 사생활의 영역에 해당하는 통신자료까지 취득할 수 있게 된다. 따라서 통신제한조치에 대한 법원의 허가 단계에서는 물론이고, 실제 통신제한조치의 집행이나 집행 이후 단계에서도 수사기관의 권한 남용을 방지하고 관련 기본권 제한이 최소화될 수 있도록 입법적 조치가 제대로 마련되어 있어야 한다.

(나) 범죄수사를 위한 통신제한조치 허가와 관련하여, 법은 “범죄를 계획 또는 실

행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여” 허가할 수 있다고 규정하여 이를 보충적 수단으로 활용하도록 정하고 있고, 대상 범죄도 제한적으로 열거하고 있다(법 제5조 제1항). 또한 검사가 법원에 통신제한조치 허가청구를 하고 법원이 이를 허가할 때 통신제한조치 대상자인 피의자 내지 피내사자와 해당 범죄수사에 필요한 통신제한조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법이 특정되어야 하므로(법 제6조 제1항, 제4항, 제6항), 법원이 인터넷회선 감청을 통신제한조치로 허가하는 단계에서는 특정 피의자 내지 피내사자의 범죄수사를 위해 그 대상자가 사용하는 특정 인터넷회선에 한하여 필요한 범위 내에서만 감청이 이루어지도록 제한이 되어 있다고 볼 수 있다.

(다) 그러나 ‘패킷감청’의 방식으로 이루어지는 인터넷회선 감청은 수사기관이 실제 감청 집행을 하는 단계에서는 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 불특정 다수인의 모든 정보가 패킷 형태로 수집되어 일단 수사기관에 그대로 전송되므로, 다른 통신제한조치에 비하여 감청 집행을 통해 수사기관이 취득하는 자료가 비교할 수 없을 정도로 매우 방대하다는 점에 주목할 필요가 있다.

1) 인터넷회선 감청은 법원으로부터 감청 허가를 받은 특정 인터넷회선을 통하여 송·수신되는 패킷들이 전기통신사업자의 협조를 통해 송·수신 도중에 수집·복제되어 수사기관에 전송·저장되고, 수사기관이 이들 패킷에 대해 재조합 기술을 거쳐 그 내용을 지득하는 방식으로 이루어진다.

법원으로부터 인터넷회선 감청 허가를 받은 수사기관의 협조 요청에 따라 전기통신사업자가 해당 인터넷회선에 고정 IP를 부여한 다음 수사기관이 감청 집행을 한다 하더라도, 한 사람이 하나의 인터넷회선을 이용하는 경우는 거의 없고 여러 사람이 하나의 인터넷회선을 공유하여 사용하는 경우가 대부분이다. 이는 공유기 또는 분배기 같은 기기를 통해서 특정 인터넷회선의 이용자는 더욱 확대될 수 있다. 또한 하나의 기관 내에서 사설망(LAN)을 운용하기도 하는데 이 경우 인터넷 접속 시마다 사설 IP를 공인 IP로 변환시켜 주는 시스템(Network Address Translation, NAT)을 작동시켜 하나의 IP만을 이용하기도 하므로, 감청대상자인 피의자 내지 피내사자가 미리 특정되어 있다 하더라도 동일한 사설망을 사용하는 사람의 통신 정보가 수사기관에 모두 수집·보관될 수밖에 없다. 이렇게 수사기관에 수집·보관된 막대한 정보를 수사기관이 재조합 기술을 거쳐 직접 열람하기 전까지는 감청대상자의 범죄 관련 정보만을 구별해내는 것이 기술적으로 가능하지도 않다.

결국 인터넷회선 감청은 법원이 이를 허가하는 단계에서는, 특정 피의자 내지 피내사자를 대상으로 하여 이들이 특정 인터넷회선을 이용하여 송·수신하는 전기통신 중 범죄 관련 정보로 감청 범위가 제한되어 허가가 이루어진다 하더라도, 실제 집행 단계에서는 감청 허가서에 기재된 피의자 내지 피내사자의 통신자료뿐만 아니라 단순히 동일한 인터넷회선을 이용할 뿐인 불특정 다수인의 통신자료까지 수사기관에 모두 수집·저장되므로 수사기관이 인터넷회선 감청을 통해 취득하는 개인의 통신자료의 양은 상상하기 어려울 정도로 방대할 수 있다.

2) 전화감청 등 다른 종류의 전기통신 감청도 범죄수사 관련 내용을 얻기 위해 집행 단계에서 일정 부분 포괄적으로 이루어질 수밖에 없으나, 수사기관이 인터넷회선 감청에 의해 취득하는 자료의 양과 비교할 바는 아니다.

인터넷회선 감청을 제외하고 집행 단계에서 가장 포괄적으로 감청이 이루어질 수 있는 전화 감청의 경우만 보더라도, 감청대상자인 피의자 내지 피내사자와 제3자가 주고받는 통신 내용으로 감청 범위가 제한되고 감청 도중 범죄수사와 전혀 무관한 내용이 있으면 감청을 중단할 수 있지만, 인터넷회선 감청은 감청대상자인 피의자 내지 피내사자와 통신을 주고받는 제3자 외에 해당 인터넷회선을 단순히 이용하는 불특정 다수인의 통신자료까지 수사기관에 취득되고, 오늘날 메신저, 이메일, 전화

등을 통한 의사소통뿐만 아니라 물품구매, 금융거래, 영상물 시청, 게시글 등록, 블로그 활동 등 생활의 대부분이 인터넷을 통해 이루어진다는 점을 고려할 때, 인터넷 회선 감청이 감청 범위의 포괄성 면에서 다른 전기통신 감청과 본질적인 차이가 없다고 쉽게 말할 수 없다.

(라) 이와 같이 인터넷회선 감청은 그 특성상 집행 단계에서 법원이 허가한 인적, 물적 범위를 넘어 감청으로 수사기관이 취득하는 자료의 범위가 무한히 확대될 가능성이 농후하기 때문에, 수사기관의 권한 남용을 방지하고 이로 인한 관련 기본권 침해를 최소화하기 위하여, 집행 과정에서나 집행이 종료된 이후에라도 제3자의 정보나 범죄수사 목적과 무관한 정보까지 수사기관에 의해 수집·보관되고 있는 않는지, 감청 집행을 통해 수사기관에 광범위하게 취득된 자료를 수사기관이 원래 허가 받은 목적, 범위 내에서 제대로 이용·처리하는지 등을 감독 내지 통제할 법적 장치가 강하게 요구된다.

1) 이와 관련하여 법은 통신제한조치의 허가·집행 등에 관여한 공무원 등에게 비밀준수의무를 부과하고(법 제11조), 통신제한조치로 취득한 자료의 사용제한(법 제12조)을 규정하고 있을 뿐, 그 외에 수사기관이 인터넷회선 감청 집행으로 취득하게 되는 막대한 양의 자료의 처리 절차에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

2) 범죄수사를 위해 불가피하게 인터넷회선 감청이나 그와 유사한 형태의 전기통신감청을 허용하면서도, 이러한 종류의 감청을 통해 수사기관이 취득하게 되는 자료의 양이 무한정 확대될 수 있는 점을 고려하여, 관련 기본권을 덜 침해하고 수사기관의 위법 내지 권한 남용을 방지 내지 통제할 수 있는 제도적 장치를 마련하고 있는 입법례가 상당수 발견된다.

예를 들어, 미국은 전기통신비밀보호법(Electronic Communications Privacy Act, 약칭 'ECPA'라 한다)에서 중대 범죄수사를 위한 전기통신 감청을 규율하고 있는데, 법원의 허가를 얻어야만 감청할 수 있음은 물론이고, 수사기관으로 하여금 법원이 요구하는 경우 주기적으로 감청집행에 관한 경과보고서를 법원에 제출하도록 하고, 감청 종료 직후 감청자료를 감청을 허가한 판사에게 봉인하여 제출하도록 하며, 감청자료의 보관 내지 파기 여부는 판사가 결정하도록 하고 있다. 또한 감청 종료 후에 판사가 당사자에게 감청집행 사실을 통지하며, 감청집행과정에서 수사기관의 위법이나 감청자료의 공개 등으로 피해를 입은 당사자는 민사소송을 제기할 수 있다.

독일의 경우에도 형사소송법에 근거를 두고 전기통신감청이 규율되고 있는데, 법원의 허가를 얻어 감청을 집행할 수 있음은 물론이고, 수사기관으로 하여금 법원에서 허가한 요건이 더 이상 존재하지 않을 경우 감청을 지체 없이 종료하고 법원에 보고하도록 하고, 법원은 요건이 더 이상 존재하지 아니한 경우 처분의 중단을 명할 수도 있다. 감청 종료 후에도 수사기관은 감청결과를 법원에 보고하여야 하고, 감청 집행결과 사적인 생활형성의 핵심적 영역으로부터 인지한 사실임이 확인되면 그 사용이 금지되고, 해당 기록을 즉시 삭제하여야 한다. 또한 감청집행사실을 통지받은 당사자는 통지받은 때로부터 2주 내에 법원에 감청의 적법성 심사를 청구할 수 있도록 하고 있다.

일본 역시 '범죄수사를 위한 통신방수에 관한 법률'에서 법원이 발부한 영장에 의하여 전기통신감청을 실시할 수 있음은 물론이고, 감청을 중단하거나 종료한 때에 입회인이 봉인한 기록매체를 영장을 발부한 법원에 제출하도록 하고, 허가 요건에 해당하지 않는 경우 법원이 해당 통신감청처분을 취소하고, 범죄와 무관하거나 감청에 위법이 있는 경우 기록을 삭제하도록 사후통제절차를 마련하고 있다. 또한 당사자는 자신이 어떠한 내용의 감청을 당했는지 확인하기 위하여 법원에 감청 기록 및 원기록 중 통신의 청취·열람·복사를 청구할 수 있고, 해당 통신감청에 관한 법원의 재판이나 수사기관의 처분에 대해 불복할 수 있다.

3) 이에 비해, 우리 법은 법원의 허가 단계에서는 법이 정한 통신제한조치의 요건

을 구비하여(법 제5조 제1항) 피의자, 피내사자별로 통신제한조치의 종류, 목적, 대상, 범위, 집행 장소, 기간 등을 특정하여 허가하도록 정하고 있지만(법 제6조), 집행 단계부터는 앞서 본 공무원 등의 비밀준수의무 및 일정 목적 외 취득한 자료의 사용 제한을 정한 것 외에 객관적 통제 장치를 전혀 마련하고 있지 않다.

일례로서 현행법상 감청의 집행 통지는 해당 사건에 관하여 검사가 공소를 제기하거나 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지 결정을 제외한다)을 한 때를 기준으로 하여, 집행 사유를 제외하고 집행 사실과 집행기관 및 그 시간만을 통지하게 되어 있어(법 제9조의2), 집행 통지를 받더라도 무슨 사유로 감청을 당했는지 알 수가 없고, 수사가 장기화되거나 기소중지 처리되는 경우에는 감청이 집행된 사실조차 알 수 있는 길이 없는바, 이러한 통지 제도는 객관적이고 사후적인 통제 수단의 부재와 결합하여 인터넷회선 감청으로 인한 개인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유의 침해 정도를 가늠하기조차 어렵게 한다.

4) 이 사건 법률조항에 대한 심판청구에 대하여 기각의견은 법상 공무원 등의 비밀준수의무, 정해진 목적 외 사용 금지 규정 외에, 정보보호에 관한 일반법인 ‘개인정보 보호법’에 따르면 수사기관이 감청 집행으로 취득한 자료를 목적 외의 용도로 활용하거나 제3자에게 제공하는 것이 금지되고, 해당 정보가 불필요하게 되었을 때에는 이를 지체 없이 파기하여야 할 의무가 있으므로, 수사기관의 권한 남용을 방지하는 제도적 장치가 어느 정도 마련되어 있다고 한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 수사기관의 권한 남용 및 관련 기본권 침해를 방지할 수 있는 구체적인 법적 조치가 가능함에도, 이러한 의무조항과 제재조항을 두고 있는 것만으로 위법한 공권력 행사나 관련 기본권 침해를 충분히 방지할 수 있다는 논리는 쉽게 받아들이기 어렵다.

(마) 더욱이 법상 통신제한조치의 집행으로 인하여 취득된 전기통신의 내용은 통신제한조치의 목적이 된 법 제5조 제1항에 규정된 범죄 외에 이와 관련되는 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위하여도 사용이 가능하므로(법 제12조 제1호), 인터넷회선 감청이 특정 범죄수사를 위한 최후의 보충적 수단이 아니라, 애당초 법원으로부터 허가받은 범위를 넘어 특정인의 동향 파악이나 정보수집을 위한 목적으로 수사기관에 의해 남용될 가능성도 배제하기 어렵다.

(바) 사정이 이러하다면, 이 사건 법률조항은 인터넷회선 감청의 특성을 고려하여 그 집행 단계나 집행 이후에 수사기관의 권한 남용을 통제하고 관련 기본권의 침해를 최소화하기 위한 제도적 조치가 제대로 마련되어 있지 않은 상태에서, 범죄수사 목적을 이유로 인터넷회선 감청을 통신제한조치 허가 대상 중 하나로 정하고 있으므로 침해의 최소성 요건을 충족한다고 할 수 없다.

(3) 법익의 균형성

오늘날 통신수단의 비중을 감안할 때 인터넷을 수단으로 범죄를 음모하고 실행하는지를 살펴보는 것은 중대한 범죄수사의 경우 불가결한 부분이라고 할 수 있다. 중대한 범죄가 급박하게 이루어질 것에 관한 충분한 소명이 있으며, 혐의자도 구체적으로 확정되어 있으며 다른 수단으로는 범죄를 방지하거나 수사할 수 없음이 명백함에도 불구하고, 인터넷회선에 대한 감청수단을 배제하는 것은 오늘날 정보통신사회의 현실에서 효과적인 수사를 보장하기 어렵다.

그러나 ‘패킷감청’ 방식으로 이루어지는 인터넷회선 감청은 그 특성상, 실제 집행 단계에서 원래 허가받은 통신제한조치의 인적·물적 범위를 넘어 피의자 또는 피내사자의 범죄 수사와 무관한 정보뿐만 아니라 피의자 또는 피내사자와 무관하게 해당 인터넷회선을 이용하는 불특정 다수인의 정보까지 광범위하게 수사기관에 수집·보관되므로, 다른 종류의 통신제한조치에 비하여, 개인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유가 침해될 가능성이 높다. 그런데 현행법은 인터넷통신 감청을 통신제한조치의 하나로 인정하면서 앞서 본 바와 같이 집행 단계나 그 이후에 인터넷회선 감청을 통해 수사기관이 취득한 자료에 대한 권한 남용을 방지하거나 개인의 통신 및 사생활

의 비밀과 자유의 침해를 최소화하기 위한 조치를 제대로 마련하고 있지 않다.

이러한 여건 하에서 인터넷회선의 감청을 허용하는 것은 개인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유에 심각한 위협을 초래하게 된다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인하여 달성하려는 공익과 제한되는 사익 사이의 법익 균형성도 인정되지 아니한다.

(4) 소결

그렇다면 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.

라. 헌법불합치결정 및 잠정적용명령

이 사건 법률조항은 청구인의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되지만, 위 조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 그 효력을 상실시킨다면 수사기관이 인터넷회선 감청을 통한 수사를 행할 수 있는 법률적 근거가 사라져 범행의 실행 저지가 긴급히 요구되거나 국민의 생명·신체·재산의 안전을 위협하는 중대 범죄의 수사에 있어 법적 공백이 발생할 우려가 있다. 한편, 이 사건 법률조항이 가지는 위헌성은, 다른 통신 제한조치에 비해 감청의 집행 범위가 매우 광범위하게 이루어질 수밖에 없는 인터넷 회선 감청의 특성에도 불구하고, 수사기관이 인터넷회선 감청으로 취득하는 자료에 대해 사후적으로 감독 또는 통제할 수 있는 규정이 제대로 마련되어 있지 않아 감청대상자의 통신 및 사생활의 비밀과 자유가 침해될 소지가 높다는 점에 있다. 따라서 이러한 위헌 상태를 헌법에 부합하게 조정하기 위한 구체적 개선안을 어떤 기준과 요건에 따라 마련할 것인지는 원칙적으로 입법자의 재량에 속한다.

이러한 이유로 이 사건 법률조항에 대해 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 선고하되, 2020. 3. 31.을 시한으로 입법자가 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거하고 합리적인 내용으로 개정할 때까지 일정 기간 이를 잠정적으로 적용할 필요가 있다.

6. 결 론

그렇다면 이 사건 법원의 허가 및 이 사건 감청행위에 대한 심판청구는 부적법하여 각하하고, 이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니하나 2020. 3. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 안창호, 재판관 조용호의 아래 7.과 같은 이 사건 법률조항에 대한 반대의견, 재판관 김창종의 아래 8.과 같은 이 사건 법률조항에 대한 각하의견 및 이 사건 감청집행에 대한 기각의견, 재판관 안창호의 아래 9.와 같은 이 사건 법률조항에 대한 반대의견에 대한 보충의견이 있는 외에는 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

7. 재판관 안창호, 재판관 조용호의 이 사건 법률조항에 대한 반대의견

우리는 다수의견과 달리 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다고 생각하므로 다음과 같이 견해를 밝힌다.

가. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다는 점은 다수의견과 같다.

(2) 침해의 최소성

(가) 통신제한조치는 통신의 비밀에 대한 직접적이고 강력한 제한을 초래하는 수사방법이다. 통신제한조치 중 인터넷회선의 감청은 수사기관이 피의자 및 피내사자

의 통신 내용이 '패킷' 형태로 쪼개어져 전송되는 데이터 단위를 수집한 다음 이를 재조합하여 열람이 가능한 형태로 전환하여 그 내용을 파악하는 방법으로 행하여진다. 그 결과 피의자 내지 피내사자 이외에 해당 인터넷회선을 공유하는 다수의 사람들의 통신정보나 피의자 내지 피내사자의 통신정보 중 범죄와 무관한 것까지 수사기관에 의하여 광범위하게 수집될 가능성이 있고, 이러한 점에서 다른 종류의 통신제한조치보다 개인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유가 상대적으로 폭넓게 제한될 수 있다. 그러나 인터넷 사용이 보편화·일상화된 현실에 비추어 볼 때, 중대한 범죄의 실행을 효과적으로 차단하거나 이미 실행된 범죄수사를 위해서 피의자 및 피내사자가 인터넷회선을 통하여 송·수신하는 통신정보에 대한 감청이 부득이 필요하다는 점 또한 부인할 수 없다.

따라서 범죄수사 목적을 위해 인터넷회선 감청이라는 통신제한조치의 필요성을 불가피하게 인정하더라도, 그로 인하여 기본권 침해가 광범위하게 이루어질 수 있는 점을 고려하여, 엄격한 요건 하에 인터넷회선 감청이 이루어지고 그 수집된 자료가 범죄수사의 목적으로만 활용될 수 있도록 하는 등 기본권 제한을 최소화할 수 있는 장치가 관련 법규에 미리 마련되어 있어야 한다.

(나) 법은 범죄수사를 위한 통신제한조치가 엄격한 조건하에 이루어지도록 규정하고 수사기관이 사용하는 감청설비 등에 대해서도 엄격한 규율아래 두고 있다.

1) 법은 특정인의 '통신의 내용'을 파악할 수 있는 통신제한조치에 대하여 규정하면서, 통신이용과 관련하여 발생하는 전자적 정보 중 통신일시, 시간, 가입자번호 등 '비내용적 정보'에 관한 통신사실확인자료의 제공과는 그 요건 및 절차를 달리 규율하고 있다.

범죄수사를 위한 통신제한조치는 통신사실확인자료의 제공과 관련된 규정과는 달리, 내란죄, 외환죄 등 국민의 재산이나 생명·신체의 안전 보호가 중대한 범죄로 대상범죄가 한정되어 있고, 이들 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행했다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가될 수 있다(법 제5조 제1항).

그리고 법원이 이러한 실체적 요건의 충족 여부를 심사하여 통신제한조치의 허가 여부를 결정하도록 함으로써 통신제한조치를 사법적 통제 하에 두고 있다(법 제5조 제2항). 통신제한조치의 대상자인 피의자 및 피내사자는 통신제한조치의 허가 청구 시부터 특정되어 있어야 하고, 검사는 다른 방법으로는 범죄 실행 저지 등 동일한 목적을 달성할 수 없다는 점 등 법 제5조 제1항이 정한 요건을 충족하는 이유를 기재한 서면과 함께 소명자료를 첨부하여 법원에 허가를 청구하여야 한다(법 제6조 제1항 및 제4항). 법원은 범죄수사를 위한 통신제한조치 허가를 위한 검사의 청구가 법 제5조 제1항의 요건을 충족하는지를 심사하여 통신제한조치의 종류, 목적, 대상, 범위, 기간, 집행 장소 및 방법 등을 특정하여 피의자 내지 피내사자별로 허가서를 발부해야 한다(법 제6조 제5항 및 제6항).

이러한 통신제한조치의 허가 여부를 결정하는 법원의 심사 과정에서 대상 범죄의 중요성 및 해당 통신제한조치의 필요성뿐만 아니라 해당 방법이 범죄 실행 저지 등을 위해 불가피하게 요구되는 최후의 보충적 수단에 해당하는지가 판단된다. 그 외에도 특정 전기통신수단과 피의자 및 피내사자의 사용 간의 관련성, 해당 통신제한조치가 야기할 수 있는 통신 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해 가능성 등이 종합적으로 고려된다. 그리고 법원은 통신제한조치의 대상, 목적, 방법 등을 특정하여 허가할 수 있으므로 피의자 또는 피내사자의 통신사실에 대한 자료가 구체적으로 확보되어 있다면, 특정 헤더부와 관련된 패킷의 송·수신의 경우에만 패킷의 재조합 또는 지득을 할 수 있도록 대상 내지 방법을 제한하거나, 감청 대상을 대상자의 이메일로 특정하는 등으로 인터넷회선 감청 대상과 범위를 가능한 좁게 특정함으로써

관련 기본권 제한을 최소화할 수 있다.

2) 법은 집행기관이 사용하는 감청설비 등에 대해서도 규율하고 있다. 수사기관 등이 감청설비를 도입하면 정기적으로 과학기술정보통신부장관에게 신고하거나 국회 정보위원회에 통보함으로써 그 성능 등에 대해 통제를 받게 된다(법 제10조의2). 그리고 국회의 상임위원회와 국정감사 및 조사를 위한 위원회는 필요한 경우 특정한 통신제한조치에 대하여 법원행정처장·해당 기관의 장에게 보고를 요구하거나, 감청 장비보유현황 등에 대해 현장검증이나 조사를 실시할 수 있으므로(법 제15조), 통신 제한조치와 관련되어 국회에 의한 통제도 이루어지고 있다.

더욱이 헌법재판소가 2010. 12. 28. 2009헌가30 결정에서 통신비밀보호법(2001. 12. 29. 법률 제6546호로 개정된 것) 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 ‘통신제한조치기간의 연장에 관한 부분에 대하여 2011. 12. 31.까지를 잠정 적용기한으로 하여 헌법불합치 결정을 하였다. 그 결과, 법이 규정한 통신제한조치의 기간은 2월로 제한되게 되었고, 만약 수사기관이 동일한 피의자 및 피내사자에 대한 통신제한조치를 계속하려면 새로운 사유를 들어 법원에 통신제한조치 청구를 다시 하여야 하므로(법 제6조 제4항 참조), 통신제한조치가 법원이 허가한 범위 내에서 집행되고 있는지 여부는 사실상 2월의 기간마다 법원의 허가 절차에 의해 통제되고 있다고 할 수 있다. 그리고 법원에 의하여 허가받은 통신제한조치의 기간 중이라고 하더라도 통신제한조치의 목적이 달성된 경우에는 즉시 그 집행을 종료하여야 한다(법 제6조 제7항 전문).

(다) 법에서 범죄수사를 위한 통신제한조치가 특정 범죄에 대해 일정한 요건 하에 보충적으로만 활용되도록 하고 그 허가 여부를 사법적 통제 하에 두고 있다 하더라도, 통신제한조치의 특성상 집행 과정에서 피의자 및 피내사자의 사생활 중 범죄와 관련 없는 부분까지 수사기관에 노출되고 이들과 접촉한 제3자의 사생활의 비밀도 광범위하게 침해될 우려가 있으므로, 감청 집행의 과정이나 그 이후에도 수사기관에 의한 권한 남용을 방지하고 기본권 제한을 최소화할 수 있는 장치가 요구된다.

1) 법은 통신제한조치가 범죄수사 또는 국가안전보장을 위해 보충적인 수단으로 이용되어야 하고, 국민의 통신비밀에 대한 침해가 최소한에 그치도록 노력해야 하며, 불법감청에 의해 지득 또는 채록(採錄)된 전기통신의 내용 등은 재판 또는 징계 절차에서 증거로 사용할 수 없다고 규정하고 있다(법 제3조, 제4조).

그리고 법은 통신제한조치의 허가·집행·통보 등에 관여한 공무원 등으로 하여금 이 조치로 알게 된 내용을 외부에 공개하거나 누설하는 것을 금지하고, 이를 위반하는 경우 공무원은 10년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다(법 제11조, 제16조). 또한 법은 통신제한조치로 취득한 자료의 사용을 ① 통신제한조치의 목적이 된 범죄나 이와 관련되는 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위해 사용하는 경우, ② 해당 범죄로 인한 징계절차에 사용하는 경우, ③ 통신의 당사자가 제기하는 손해배상소송에서 사용하는 경우, ④ 기타 다른 법률이 정한 경우로 제한함으로써(법 제12조) 통신제한조치로 취득한 자료의 남용을 방지하고 있다.

2) 인터넷회선 감청에 의해 취득한 자료는 법이 규율하지 않는 부분에 대해서는 ‘개인정보’의 보호에 관한 일반법인 ‘개인정보 보호법’이 적용될 수 있다(개인정보 보호법 제6조).

개인정보 보호법에 따르면, 감청집행기관인 수사기관은 개인정보처리자로서(제2조 제5호 및 제6호) 목적에 필요한 최소한의 정보만 수집하고, 개인정보의 처리 방법 및 종류 등에 따라 정보주체의 권리가 침해받을 가능성과 그 위험 정도를 고려하여 개인정보를 안전하게 관리하여야 하며, 정보주체의 사생활 침해를 최소화하는 방법으로 개인정보를 처리해야 한다(제3조, 제16조).

그리고 개인정보 보호법에 따르면, 감청집행기관인 수사기관은 범죄수사를 목적으로 통신제한조치를 통하여 수집한 자료를 그 목적의 범위에서만 이용할 수 있고, 다

른 법률에 특별한 규정이 있거나 정보주체의 동의가 없는 한 그 목적 외의 용도로 활용하여서는 아니 되며 제3자에게 제공할 수 없다(제3조, 제15조, 제17조, 제18조). 또한 감청집행기관인 수사기관은 보유기간의 경과, 개인정보의 처리 목적 달성 등 그 개인정보가 불필요하게 되었을 때에는 지체 없이 이를 파기해야 하며(제21조), 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 안전조치를 취할 의무를 부담한다(제29조, 제59조). 이를 위반한 수사기관의 종사자 등은 형사처벌되거나 과태료가 부과되고, 정보주체는 손해배상을 청구할 수 있다(제39조, 제70조 내지 제75조).

(라) 다수의견은 법원의 허가를 통하여 통신제한조치의 집행이 필요한 범위 내로 제한될 수 있다는 점을 인정하면서도, 인터넷회선 감청의 집행 단계에서 수사기관의 권한 남용이나 관련 기본권의 과도한 침해를 객관적으로 통제할 수 있는 수단이 마련되어 있지 아니하고, 당사자에게도 통신제한조치를 집행한 사건에 관해 검사가 공소를 제기하거나 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분을 한 때를 기준으로 하여, 집행한 사실과 집행 기관·시간만을 통지하므로(법 제9조의2), 객관적 통제수단의 부재와 결합하여 인터넷회선 감청으로 인한 피의자 등의 통신 및 사생활의 비밀과 자유가 심각하게 침해된다고 한다.

그런데 전화 등 다른 송·수신 중인 통신에 대한 감청도 그 특성상 범죄와 무관한 부분까지 광범위하게 이루어질 수 있다는 점에서, 인터넷회선 감청은 다른 송·수신 중인 통신에 대한 감청과 기술적 태양과 대상에 따른 상대적 차이가 있을 뿐 본질적인 차이가 있다고 할 수 없다. 인터넷회선 감청의 기술적 특성 등으로 인해 취득한 자료가 다른 송·수신 중인 통신에 대한 감청에 비해 상대적으로 광범위하여 범죄수사와 관련되지 아니한 내용을 다량으로 포함하고 있다 하더라도, 앞서 살펴본 바와 같이 범죄수사와 관련되지 아니하는 것은 그 성질상 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하는 등을 위하여 사용할 수 있는 것이라고 할 수 없으므로, 감청집행기관인 수사기관은 다른 법률에 특별한 규정이 있거나 정보주체의 동의가 없는 한 이를 보존하거나 제3자에게 제공해서는 아니 되고 지체 없이 파기해야 한다. 또한 감청집행기관의 공무원이 위와 같이 인터넷회선 감청을 통해 알게 된 내용을 외부에 공개·누설하는 것은 일체 금지되고, 이를 위반하는 공무원은 10년 이하의 징역에 처해지게 되며, 이를 정보주체의 동의 없이 제3자에게 제공·유출하거나 지체 없이 파기하지 아니하는 경우에는 형사처벌을 받게 되거나 과태료가 부과될 뿐만 아니라, 정보주체인 피의자 등은 손해배상을 청구할 수 있다.

그 결과, 인터넷회선 감청과 관련해서 정보주체인 피의자 등에게 적절한 고지와 실질적인 의견진술의 기회가 주어진다면, 정보주체인 피의자 등은 그 감청이 적법한 절차에 따라 이루어졌는지, 감청에 의하여 취득한 자료가 범죄수사의 목적에 부합하게 사용되었는지, 그 자료가 개인정보 보호법 등을 위반하여 보관·제공·유출된 사실이 없는지 또는 개인정보 보호법 등에 규정된 절차에 따라 파기되었는지 등을 확인할 수 있고, 이를 통해 수사기관의 감청과 관련된 불법 또는 부당한 행위가 확인되는 경우 수사기관이나 법원에 그 시정을 요구하거나 손해배상을 청구하는 등으로 실효성 있게 권리구제를 받을 수 있다.

따라서 인터넷회선 감청의 집행 단계에서 수사기관의 권한 남용이나 관련 기본권의 과도한 침해를 객관적으로 통제할 수 있다는 수단이 마련되어 있지 아니하다고 할 수 없으며, 인터넷회선 감청의 집행 단계에서 절차적으로 법원의 개입이 보장되어 있지 아니한 것을 이유로 통신제한조치의 허가 대상을 정한 이 사건 법률조항이 침해의 최소성을 충족하지 못한다고 판단할 일은 아니다. 다만 ‘통신제한조치의 집행’에 관한 법 제9조의2가 정하고 있는 집행 통지의 시점이나 통지 내용 및 방법 등이 정보주체인 피의자 등에게 적절한 고지와 실질적인 의견진술의 기회가 보장되었는지 여부가 문제일 수 있으나, 이는 동 조항의 위헌성 여부의 문제일 뿐이고 이 사건 법률조항의 위헌성 문제가 아니다.

(마) 이러한 점들을 종합해보면, 인터넷회선 감청이 ‘패킷’의 수집으로 이루어지는 기술적 특성상 전화감청 등 다른 통신제한조치에 비해 수사기관에 불특정 다수인의 통신정보가 상대적으로 광범위하게 수집되는 면이 있다 하더라도, 이 사건 법률조항이 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 단정할 일은 아니다.

(3) 법익의 균형성

이 사건 법률조항에 의해 제한되는 사익은 인터넷회선 감청에 의해 수집된 자료가 피의자 및 피내사자의 범죄정보와 관련된 경우와 그 범죄정보와 관련되지 아니한 경우로 나누어 살펴볼 필요가 있다.

전자의 경우 이 사건 법률조항을 통해 달성될 수 있는 공익인 중대범죄로부터 국민의 재산, 생명·신체의 보호 및 실체적 진실발견을 통한 국가형벌권의 적절한 행사의 엄중함을 고려할 때, 통신제한조치로 인해 제한되는 피의자 및 피내사자 등의 사익의 정도가 공익보다 크다고 할 수 없다.

그리고 후자의 경우와 관련하여 살펴보면, 앞서 본 바와 같이 법원은 법이 규정한 중대한 범죄에 한해 그 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범행의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에만 보충적 수단으로 인터넷회선 감청을 허가하면서 그 대상과 범위를 특정하여 허가하는데, 그 집행과정에서 범죄수사와 관련되지 아니한 다량의 자료가 수집되는 것은 불가피한 측면이 있다. 또한 이와 같이 감청을 통하여 알게 된 일체의 감청 내용은 공개·누설 등이 금지되고, 인터넷회선 감청에 의해 취득한 자료는 수집 목적 이외의 사용이 금지되며, 범죄수사의 목적과 관련이 없거나 그 목적이 달성된 경우에는 이를 지체 없이 파기 하는 등으로 기본권 제한을 최소화하는 방안을 마련하고 있다.

사정이 이러하다면, 인터넷회선 감청의 기술적 특성상 다른 송·수신 중인 통신에 대한 감청에 비하여 정보가 상대적으로 광범위하게 수집되는 면이 있고, 수사기관이 법 등에서 마련된 기본권 제한을 최소화하기 위한 조치를 제대로 준수하지 않을 수도 있다는 우려만을 가지고, 이 사건 법률조항으로 인해 제한되는 사익의 정도가 그로 인해 달성되는 공익에 비해 크다고 단정할 수는 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 법익의 균형성을 충족한다.

(4) 소결론

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다. 다만 인터넷회선 감청의 기술적 태양과 대상의 특수성과 이로 인한 감청의 집행 과정에서 있을 수 있는 통신 및 사생활의 비밀에 대한 침해가 상대적으로 광범위하게 이루어질 수 있다는 우려를 고려하여, 수사기관이 감청을 종료 후에 인터넷회선 감청집행에 의해 취득한 자료를 법원에 봉인하여 제출하도록 하거나, 감청집행의 결과를 법원에 보고하도록 하고 그 결과가 사적인 생활형성의 핵심 영역으로부터 인지한 사실이 확인되면 그 사용을 금지하도록 하는 등으로 인터넷회선 감청의 집행 단계에서 법원의 통제를 강화하는 방법 등이 검토될 수 있으며, 이에 따라 이 사건 법률조항이 아니라 법 제9조가 개정될 수 있음을 지적해 둔다.

8. 재판관 김창종의 이 사건 법률조항에 대한 각하의견 및 이 사건 감청집행에 대한 기각의견

나는 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하므로 이를 각하하여야 하고, 적법요건을 갖춘 이 사건 감청집행에 대한 심판청구는 각하할 것이 아니라 본안판단을 하는 것이 옳다고 생각한다. 그리고 이 사건 감청집행은 헌법에 위반되지 않는다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 이 사건 법률조항에 대한 심판청구의 적법 여부

(1) 법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하고, 여기서 말하는 ‘기본권 침해의 직접성’이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 당해 법률 또는 법률조항에 의한 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192; 헌재 1998. 7. 16. 96헌마268; 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마19; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마 671 등 참조). 이는 법률 또는 법률조항에 대한 헌법소원에서 직접성 요건과 관련하여 헌법재판소가 취하고 있는 확고한 입장이다.

(2) 이 사건 법률조항은 “통신제한조치는 제1항의 요건에 해당하는 자가 발송·수취하거나 송·수신하는 특정한 우편물이나 전기통신 또는 그 해당자가 일정한 기간에 걸쳐 발송·수취하거나 송·수신하는 특정한 우편물이나 전기통신을 대상으로 허가될 수 있다.”라고 규정하고 있으므로, 이는 통신제한조치의 허가 요건 중 단지 ‘허가 대상’이 무엇인지에 관하여 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 비록 그 허가 대상에 ‘인터넷회선 감청’이 포함된다고 하더라도, 청구인이 주장하는 기본권 침해는 이 사건 법률조항 자체에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라 법원의 통신제한조치허가와 그에 따른 통신제한조치라는 구체적 집행행위를 통해 비로소 발생할 수 있게 되므로, 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 보아야 한다. 다만 이 사건 법률조항에 근거하여 이루어진 구체적 집행행위, 즉 이 사건 감청집행에 대한 심판청구는 뒤에서 보는 것처럼 적법요건을 갖추었으므로 이를 각하할 것이 아니라 그에 대한 본안판단을 하여야 한다.

나. 이 사건 감청집행에 대한 판단

(1) 주관적 권리보호이익의 소멸과 심판의 이익 유무

헌법소원은 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 헌법소원심판청구가 적법하려면 심판청구 당시는 물론 결정 선고 당시에도 권리보호이익이 있어야 하는데(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등 참조), 이 사건 감청집행은 이미 종료하였으므로 이에 대한 심판청구는 주관적 권리보호이익이 인정되지 않는다. 그러나 앞으로도 범 죄수사를 위한 패킷감청행위가 반복될 위험이 있고, 패킷감청행위가 위헌인지 여부는 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당하므로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마610; 헌재 2016. 5. 26. 2013헌마879 등 참조).

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

이 사건 감청집행은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않아 헌법에 위반되지 않는다. 그 주된 이유는 재판관 안창호, 재판관 조용호의 이 사건 법률조항에 대한 합헌의견의 판단 내용과 그 견해를 같이 하므로 이를 그대로 원용하기로 한다.

다. 결론

이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 이를 각하하여야 하고, 이 사건 감청집행은 헌법에 위반되지 아니한다.

9. 재판관 안창호의 이 사건 법률조항에 대한 반대의견에 대한 보충의견

나는 앞서 반대의견에서 밝힌 바와 같이 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 기본권을 침해하지 아니한다고 생각하지만, ‘통신제한조치의 집행에 관한 통지’에 대하여 정하고 있는 법 제9조의2(이하 ‘감청집행통지조항’이라 한다)는 적법절차원칙에 위반하여 청구인의 기본권을 침해한다고 생각하므로 다음과 같이 보충의견을 밝힌다.

가. 감청집행통지조항의 내용

검사 또는 사법경찰관이 범죄수사를 위하여 법원의 허가를 받아 통신제한조치를 집행한 경우에 원칙적으로, 검사는 해당 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지 결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에, 사법경찰관은 검사로부터 위와 같은 처분의 통보를 받거나 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에, 감청의 경우 그 대상이 된 전기통신의 가입자에게 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다(법 제9조의2 제1항 및 제2항). 만약 이를 위반하여 통신제한조치의 집행에 관한 통지를 하지 아니하면 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해진다(법 제17조 제2항 제3호).

나. 적법절차원칙 위반 여부

(1) 헌법 제12조에 규정된 적법절차원칙은 형사절차뿐만 아니라 모든 국가작용 전반에 적용된다. 적법절차원칙에서 도출되는 중요한 절차적 요청으로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것 등을 들 수 있다. 그러나 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 권리와 이익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소를 비교하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25; 헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302; 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191등 참조).

(2) 법상 범죄수사를 위한 수사기관의 인터넷회선 감청은 법원의 허가를 얻어 전기통신사업자의 협조를 통해 이루어지므로, 감청대상자인 피의자 및 피내사자, 그 밖에 해당 인터넷회선 가입자 등은 그 사실을 통보받기 전까지는 자신의 통신 정보가 어떠한 절차에 따라 어느 정도 범위까지 수사기관에 의해 감청되었는지 알 수 없다.

수사기관이 피의자 등에게 사전에 통지한다든지 또는 검사의 기소중지결정이나 수사가 진행되는 동안 통지하는 것은 범죄의 실행 저지 또는 범인의 체포나 증거의 수집을 불가능하게 하거나 대단히 어려워지게 하여 실체적 진실발견과 국가형벌권의 적절한 행사에 역행할 수 있다. 그러나 수사의 밀행성 확보가 필요하다 하더라도, 수사기관의 권한 남용을 보다 확실히 방지하고 피의자 등의 기본권을 보호하기 위해서는, 감청집행의 대상이 된 정보주체인 피의자 등에게 해당 인터넷회선 감청 집행과 관련하여 적절한 고지와 실질적인 의견진술의 기회가 주어지는 것이 전제되어야 한다. 이를 통해 피의자 등은 해당 감청이 적법한 절차에 따라 이루어졌는지, 감청에 의하여 취득한 자료가 범죄수사의 목적에 부합되게 사용되었는지, 그 자료가 개인정보 보호법 등을 위반하여 보관·제공·유출된 사실이 없는지 또는 개인정보 보호법 등에 규정된 절차에 따라 파기되었는지 등을 확인할 수 있고, 만약 수사기관의 감청과 관련된 불법 또는 부당한 행위가 확인되는 경우 수사기관이나 법원에 그 시정을 요구하거나 손해배상을 청구하는 등으로 실효성 있게 권리구제를 받을 수 있기 때문이다.

(3) 그런데 감청집행통지조항은 수사기관이 인터넷회선 감청을 집행한 사실에 대해, 해당 사건에 대하여 수사가 계속 진행되거나 기소중지결정이 있는 경우에는 피의자 등에게 통지할 의무를 규정하지 않고 있다.

이에, 해당 사건에 관하여 기소중지결정이 있거나 수사·내사가 장기간 계속되는 경우에는, 피의자 등은 그 기간이 아무리 길다 하여도 자신의 통신 내용이 범죄수사에 활용되었거나 활용되고 있다는 사실을 알 수 있는 방법이 없다. 또한 감청집행통지조항은 수사기관이 피의자 등에게 인터넷회선 감청 집행을 통지하는 경우에도 그 사유에 대해서는 통지하지 아니할 수 있도록 함으로써 피의자 등은 수사기관으로부터 집행에 관해 사후통지를 받더라도 자신의 통신 정보가 어떠한 사유로 수사기관에

게 감청되었는지 짐작할 수 없다. 그 결과, 피의자 등은 인터넷회선 감청과 관련된 수사기관의 권한남용에 대해 적절한 대응을 할 수 없게 된다. 따라서 적어도 수사기관이 법원으로부터 허가를 받아 인터넷회선 감청을 집행한 다음에는 수사에 지장이 되지 아니하는 한 그 사실 등을 피의자 등에게 통지해야 한다.

(4) 수사가 장기간 계속되거나 기소중지된 경우라도 수사기관이 법원으로부터 허가를 받아 인터넷회선 감청을 집행한 다음에는 원칙적으로 피의자 등에게 그 제공사실을 통지하도록 하되 수사에 지장을 초래하는 경우에는 중립적 기관의 허가를 얻어 통지를 유예하는 방법이나, 일정한 조건 하에서 피의자 등이 감청 집행 사유의 통지를 신청할 수 있도록 하는 방법 등 실제적 진실발견과 국가형벌권의 적정한 행사에 지장을 초래하지 아니하면서도 피의자 등의 기본권을 덜 침해하는 방법이 가능하다.

그런데 법상 수사기관의 감청집행 통지의무 위반에 대해서는 제재조항이 있으나(법 제17조 제2항 제3호), 해당 사건에 관하여 기소중지결정이 있거나 수사·내사가 장기간 계속되는 경우에 감청집행 통지 시점이 무한정 장기화될 수 있고, 통지를 하더라도 집행 사유에 대해서는 고지하지 않아도 되도록 규정되어 있으므로, 현재의 감청집행통지조항만으로는 수사기관의 인터넷회선 감청 집행의 남용을 방지하고 피의자 등을 위한 적법절차와 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 보장하기에는 여전히 미흡하다.

(5) 따라서 감청집행통지조항이 규정하는 사후통지는 헌법 제12조에 의한 적법절차원칙에서 요청되는 적절한 고지라고 볼 수 없으므로, 이 조항은 헌법상 적법절차원칙에 위배된다.

다. 결론

그렇다면 통신제한조치의 대상을 정하고 있는 이 사건 법률조항 자체는 헌법에 위반되지 아니하나, 감청집행통지조항은 적법절차원칙에 위배되어 청구인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

재판관이진성 김이수 김창중 안창호 강일원 서기석 조용호 이선애 유남석

