

도청과 프라이버시에 관한 헌법적 문제

김 승 환*

I. 문제상황

인간은 누구나 나만의 세계, 나만의 공간을 갖고 싶어 한다. 그 나만의 세계는 그것이 주거공간이 되었건, 통신공간이 되었건, 프라이버시 공간이 되었건 가리지 않는다. 그 공간을 확보할 수 있다는 것은 바로 인간의 인간성을 확인할 수 있는 증거이다. 주거공간의 역사는 굳이 본질적인 또는 커다란 변화의 궤적을 밝아 왔다고 할 수 없을 것이다. 그러나 통신공간과 프라이버시 공간의 변화¹⁾는 주거공간의 변화와는

* 전북대 법과대학 교수

- 1) “혼자 있을 수 있는 권리”(the right to be let alone)라는 의미의 프라이버시가 코먼·로에 있었을 수는 있다. 그러나 미국연방헌법의 기초자들은 이것을 기본적인 권리라고 생각하지는 않았고, 그 결과 연방헌법에 이에 관한 언급이 없었다. 그 당시까지만 해도 미국 시민의 기본적 권리로서의 개인적 프라이버시의 개념은 고려되지 않았다. 그러나 지금은 대부분의 법학자들과 정치학자들이 개인적 프라이버시권의 개념을 말할 때에 Samuel Warren과 Louis Brandeis의 논문을 인용한다. Michael Scott & Graham James, *Data Transmission and Privacy*(United States), ed. by Dennis Campbell, 1994, p. 487. Warren과 Brandeis는 프라이버시의 개념을 “보통 각 개인에게 그의 생각, 감정, 정서가 어느 정도까지 다른 사람에게 전달되어야 하는지를 결정하는 권리”라고 정의하고 있다. 두 사람이 이 논문을 쓰게 된 동기는 즉석사진과 신문기업, 그리고 벽장 속에서 속삭인 말이

질적으로나 양적으로 달랐으며, 그곳에서의 변화는 혁명적인 변화라고 해도 지나친 말이 아니다.

통신공간의 확대는 통신수단의 다양한 개발을 통해서 이루어졌다. 통신수단은 크게는 유선통신에서 무선통신의 시대로 변화되었다. 전화와 팩스라는 통신수단은 고전적인 수단이 되어 버렸고, 그에 더하여 셀룰러 폰, 인터넷의 등장은 통신공간의 무한대의 확대를 가져왔다. 이제 인간의 통신공간은 지리적인 한계, 국경의 한계를 뛰어넘고 있다. 통신수단의 다양화는 인간의 삶의 질을 향상시키고 있다. 인간은 상호간 커뮤니케이션을 원활하게 할 수 있고, 정보를 정확하고 신속하게 주고 받을 수 있으며, 이를 통하여 인격의 발전을 더욱 심화시켜 나갈 수 있게 되었다. 그것은 곧 시간과 노력의 절약으로 이어지고, 시간과 노력이 절약되는 만큼 여가가 확대되는 결과를 가져왔다.

그러나 통신수단의 확대가 인간의 삶에 긍정적인 영향을 끼치고 있는 것만은 아니다. 그것은 동시에 인간의 안전하고 가치있는 삶을 위협하고 있기도 하다. 통신수단의 확대는 누구에게든지 다른 사람의 개인정보에 쉽게 접근할 수 있는 가능성을 열어 놓았다.²⁾ 인간 사이의 통신공간에 침입하여 그들이 주고받는 통신을 가로채어 이를 악용하는 가능성과 사례가 급증하고 있다. 이러한 부정적 현상은 통신수단이 다양화되면 될수록, 인간의 프라이버시 침해가능성은 더욱 높아진다는 것을 가르쳐 주고 있다. 또한 통신수단의 다양화는 범죄수단의 다양화로 이어지고 있다. 인간의 삶의 질의 향상을 위한 통신수단의 다양한 개발은 역설적으로 범죄의 모의와 실행이 더욱 용이해지도록 하고 있다. 법적으로 보호받아야 할 여러 이익들이 침해될 가능성도 더욱 높아지고

지붕 꼭대기에서 공표되도록 할 수 있는 수많은 기계장치의 급속한 성장이었다. Warren & Brandeis, "The Right to Privacy," 4 Harvard Law Review 193, 198, 195.

2) 미국의 FBI는 전기통신업체들에게 동시에 6만개의 도청을 할 수 있는 기술개발을 요구하고 있다. 그러나 원래의 요구는 동시에 수백만개의 도청을 할 수 있는 기술개발이었다. Rex Nutting, FBI Reduces For Digital Wiretaps. 참조.

있다는 것이다. 통신수단의 개발은 그것을 엿듣는 수단의 개발을 수반하였고, 그것은 곧 근원적인 자유권으로서 보호받아야 할 프라이버시권의 침해로 이어지고 있다.

이 글에서 특히 다루고자 하는 것은 바로 도청(wiretaps)이 헌법적으로, 특히 프라이버시와 관련하여, 어떠한 문제점을 제기하고 있는가를 살펴보는 것이다. 이 문제는 바로 우리의 「통신비밀보호법」상의 감청과 긴급감청을 다루는 문제이기 때문에, 우리의 문제이기도 하다. 이를 위하여 먼저 미국과 일본에서의 문제상황을 살펴보고, 다음으로 현행 「통신비밀보호법」의 내용을 검토해 보기로 한다.

II. 미국에서의 도청 문제

1. 문제상황

미국에서의 도청 문제는 통신기술에서의 세계적인 혁명이 프라이버시·통신안전·법률집행(그리고 국가안보)에 어떠한 문제점을 제기하는가에 관한 각도에서 논의되고 있다.³⁾ 미국에서 도청과 프라이버시에

3) 이하의 글은 The Electronic Surveillance Task Force of the Digital Privacy and Security Working Group이 연방정부에 제출한 중간보고서 「Communications Privacy in the Digital Society」의 내용을 기초로 한 것이다. Digital Privacy and Working Group은 이 보고서를 작성하기 위하여 50회 이상에 걸쳐서 컴퓨터 단체, 통신단체, 공익단체들과 다양한 포럼을 가졌다. 그 결과 확대일로에 있고 급속하게 변화하는 세계적 정보 인프라에 관한 개인 프라이버시와 네트워크 안전을 보호하는 실행정책을 개발하게 되었다. 이 보고서는 새로운 통신·컴퓨터 기술에 의하여 제기되는 프라이버시와 안전의 문제를 다루고 있다. 이 보고서에 “중간”(interim)이라는 표기가 붙은 것은 기술 자체가 계속적으로 급속하게 변화하고 있고, 행정정책이 계속 개발되고 있으며, 많은 쟁점 해결책들이 계속 연구되고 상세화하고 있기 때문이다. http://www.cdt.org/digi_tele/9706rpt.html.

관한 중요한 입법으로는 두 가지가 있다. 하나는 1986년의 「전자통신 프라이버시법」(the Electronic Communications Privacy Act, ECPA)⁴⁾이고, 다른 하나는 1994년의 「법집행을 위한 통신지원법」(the Communications Assistance for Law Enforcement Act, CALEA)이다. 「전자통신 프라이버시법」은 전자통신 서비스가 제공되는 시설에의 고의적이고 권한 없는 액세스, 액세스 권한의 유월, 아직 시스템에 전자적으로 저장되어 있는 유선통신 또는 전자통신을 취득·변경하거나 권한있는 액세스를 금지하는 행위에 대한 형벌을 규정하고 있다. 형벌은 벌금 또는 징역형이며, 양자를 병과할 수도 있다. 또한 이 법에 위반하는 행위로 손해를 입은 사람을 위한 私法上的 구제책이 규정되어 있다. 이러한 구제책에는 예비적 구제와 선언적 구제, 손해배상, 합리적인 변호사 비용과 기타 소송비용이 포함된다.⁵⁾ 그러나 “디지털 시대에서의 도청”이라는 주제의 포럼에서 발표된 한 논문⁶⁾은 「법집행을 위한 통신지원법」의 문제점을 깊게 제기하고 있다. 여기에서는 세 가지 문제점이 제기되었다. 첫째, 「법집행을 위한 통신지원법」과 같은 법률들이 우리의 헌법 국가에 적절한 것인가, 또는 경제적 손실과 프라이버시에 미치는 위험

4) 「전자통신 프라이버시법」은 1960년대 후반 워터게이트 스캔들과 관련하여 도청문제를 해결하기 위한 목적을 가지고 입법이 논의되었다. “反도청” 법 (“anti-wiretapping” act)으로 출발한 이 법은 1986년에 시행되었다. 원래 이 연방법은 통화 당사자의 동의없이 정부가 전화를 도청하는 것을 금지하기 위한 것이었다. 이 법은 정부기관에 대하여 통화를 가로채기 전에 법원의 영장을 요구하였다. 1986년 후반에 의회는 전자통신에까지 반도청법의 범위를 확대하였다. 이 법은 새로운 분야를 다루기 위하여 다음과 같은 개정을 하였다. (i) 이 법은 전화상의 음성통신에 덧붙여, 原文과 디지털화한 이미지를 포함하여 모든 형식의 디지털 통신을 다룬다. (ii) 이 법은 정부뿐만 아니라 모든 개인과 기업에 의한 권한없는 도청을 금지한다. (iii) 이 법은 컴퓨터 시스템에 저장된 메시지에의 권한없는 액세스를 금지하며, 또한 전송중인 메시지의 가로채기를 금지한다. <http://wsrv.clas.virginia.edu/~klb6q/infopaper/ECPA.html>.

5) Michael Scott & Graham James, *ibid.*, p. 498.

6) The Report on the CATO Institute Policy Forum “Wiretapping in the Digital Age”, <http://www.aclu.org/congress/cato.calea.html>.

이 너무 큰 것은 아닌가? 둘째, 의회는 FBI에게 「법집행을 위한 통신 지원법」을 시행하기 위하여 그렇게도 많은 권한을 위임했어야 했는가? 셋째, 이 법 아래서 FBI의 요구들은 합리적이었던가?라는 것이다. 이 포럼에서 「미국 시민적 자유 동맹」의 부소장 Barry Steinhardt는 디지털 도청법은 이제 다시 교정되어야 하는 심각한 입법적 실수였다고 말하고 있다. 그는 이 법 아래서의 정부권한의 불균형성에 주목한다. 그는 말하기를 정부는 특정 산업(통신산업)이 오로지 그 산업의 고객들에 대하여 정부가 스파이 행위를 하도록 하는 목적을 위해서만 그 장비와 설비를 바꿀 것을 요구하고 있다고 한다. Barry Steinhardt에 의하면 이것은 정부가 모든 주택건설자들에게 가정과 아파트의 벽에 마이크로 폰을 집어 넣을 것을 요구하는 것과 같을 것이라고 한다. 그는 국가안보장위원회가 셀룰러 폰의 암호화를 하지 못하도록 전화사업자들에게 압력을 가했던 실수를 디지털 도청법이 되풀이할 것이라고 경고하였다. 왜냐하면 암호화는 개인의 프라이버시를 보호해 줄 것이기 때문이다. 국가안보위원회는 전화사업자들에게 너무 강력한 암호화는 피해줄 것을 요구했다는 것이다. 그래야만 어려움없이 자신들의 도청행위를 할 수 있다고 보았기 때문이다. 그러면서 그는 「법집행을 위한 통신지원법」 아래서 FBI는 전반적인 통신체계의 프라이버시를 훼손할 것이라고 경고하였다.

2. 전자통신 프라이버시와 새로운 통신 미디어

보고서는 통신 프라이버시는 헌법의 근본원칙이고, 전자통신은 수정헌법 제4조의 요건들을 집행하는 강력한 프라이버시 입법을 통하여 보호되어야 한다고 보고 있다.⁷⁾ 기술이 진보함에 따라서, 프라이버시 보호법의 효율성을 정기적으로 심사할 필요가 있다는 것이다. 그러한

7) Report, p. 4.

심사는 정부의 기술적·법적 능력과 프라이버시·통신안전보호의 기술적·법적 상태 사이의 전반적 균형을 고려해야 한다.

디지털 통신기술은 무선체계와 유선체계를 결합시키고 있다. 이러한 통신은 소리, 데이터, 이미지로 나타난다. 그것은 유연하고 분산적이다. 즉, 네트워크로 이루어져 있고, 세계적이며, 개방적이고, 상호작용적이다. 그것은 선택과 통제를 사용자의 손에 맡겨 두고 있으며, 가정에 보관되어 있는 것과 제3자에게 보관되어 있는 것 사이의 차이를 없애고 있다. 디지털 통신이 추구하는 경제학은 경쟁과 혁신이다. 전자적으로 전달되고 저장되는 정보의 양의 폭발과 기업에게건 개인에게건 온라인 형식의 출현은 통신의 성격에서의 질적 변화, 따라서 침입·가로채기·납용에 노출되는 정보의 양과 성격에서의 질적 변화를 가져왔다.

새로운 기술은 통신을 가로채고 분석하며, 개인을 추적하는 법집행능력을 고양시키고 있다. 미국의 현행법은 법을 집행하는 데 이러한 기술들을 이용하는 것을 허용하고 있고, 전자통신회사들에게 기술적 지원을 제공함으로써 정부에 협력할 것을 요구하고 있다. 기술이 감시능력을 고양시킴에 따라, 이러한 새로운 기술을 정부가 이용하는 것에 대한 법적 기준들은 프라이버시를 적절하게 보호해야 한다는 문제를 제기하고 있다.

3. 전자감시와 프라이버시 보호

전자감시는 신체에 대한 압수·수색보다 더 큰 위협을, 수정헌법 제4조가 보호하는 프라이버시에 가하고 있다. 따라서 전자분야에서의 강력한 프라이버시 보호의 유지에 주의가 기울여져야 한다.⁸⁾ 전자감시는 본래 거의 무차별적이고, 수정 헌법 제4조가 규정하는 요건을 준수하고 있는지에 대한 우려와 일반수색(*general searches*)의 위협에 대한

8) Report, p. 6.

우려를 낳고 있다. 전통적인 수색영장에서는, 그 프라이버시가 침해되는 사람이 수색의 범위 또는 행위에서 어떠한 위반이 일어나는지를 관찰할 수 있고, 특히 그러한 위반을 중지하거나 구제를 하라는 법원의 명령을 구할 수 있도록, (수색의) 권한과 목적의 고지가 요구된다 ("knock and notice"). 또한 전자감시는, 일련의 계속적인 감시가 아니라 하나의 수색만을 허용하는 전통적인 수색영장과는 달리, 보호받는 영역에의 계속적인(on-going) 침입을 포함하고 있다. 전통적인 수색영장에 따르면, 영장을 집행하는 자는 신속하게 집행해야 하며, 부당하게 연장된 기간 동안 수색영장을 집행해서는 안된다. 가정이나 사무실에서 자신들이 찾고자 하는 것을 찾지 못하는 경우, 즉시 그곳에서 떠나야 하며, 다시 수색하고자 하는 경우에는 별개의 영장을 발부받아야 한다. 이와는 반대로 전자감시는 여러 날 또는 여러 달 동안 24시간 내내 진행될 수 있다.

이와 관련된 사건이 1967년의 Berger 사건⁹⁾과 Katz 사건¹⁰⁾이다. 이 두 사건에서 연방대법원은 전자감시는 수정헌법 제4조의 프라이버시 보호에 의하여 포괄되는 압수·수색이라고 판시하였다.¹¹⁾ Berger

9) *Berger v. New York*, 388 U. S. 41(1967). 이 사건은 미국이 정부의 재산을 파괴할 것을 음모한 혐의로 세 명을 기소하고, 그 중 한 명은 CIA 사무실을 나이 너마이트로 폭파한 혐의로 기소한 사건이다. 예심이 진행되는 동안, 피고인들은, 정부가 자신들을 기소한 사건이 불법적으로 얻어진 증거에 의하여 얼룩진 것인지를 결정하기 위해서, 전자감시에 의하여 얻어진 자신들에게 불리한 증거를 제출할 것을 정부에 명령하도록 법관에게 요구하였다. Nixon 행정부는 「일반범죄 통제 및 도로안전법」 Title III이 요구하는 영장을 얻지 않고 도청을 하였음을 인정하였지만, 그러한 위협이 외국에서가 아니라 국내에서 발생하는 것이라 할지라도, 대통령의 국가안보를 위한 권한은 그러한 행위를 하기에 충분한 권한이라고 주장하였다. 지방법원판사는 영장없는 도청은 수정헌법 제4조를 위반하는 것이라고 선언하였다. 제6순회항소법원은 지방법원판사의 견해에 동의하였고, 정부는 사건이송명령(certiorari)을 신청하여 이 신청이 받아들여져서, 연방대법원의 심리를 받게 된 사건이다.

10) *Katz v. United States*, 389 U. S. 347(1967).

11) Report, p. 7.

사건에서 대법원은 장기간의 계속적이거나 무차별적인 전자감시를 문 제삼았다. 그러나 Katz 사건에서 대법원은 몇 개의 대화의 가로채기에 좁게 초점이 맞춰진 단기간의 감시는, 그것이 법관에 의하여 미리 허가 된 것이라면, 헌법적으로 받아들여질 수 있는 것이라고 판시하였다. 그리 하여 미국에서 도청은 조직범죄(organized crime)에 대처하는 중요한 무기가 되었다. 의회가 법집행기관에게 도청을 허용한 것은 1968년이다. 그리하여 도청조항은 1968년의 「일반범죄통제 및 도로안전법」(the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act) Title III에 규정되어 있다.

의회가 의결한 입법은 다음과 같은 내용을 담고 있다. 유선통신의 내용은 상당한 이유(probable cause)를 발견하여 발부된 법원의 명령(영장)에 따라 범죄사건에서 정부에 의해서 압수될 수 있다. 그렇지 않은 경우 도청은 효력이 없다. 도청은 특정한 범죄의 경우에만 허용된다. 도청은, 다른 수사기술이 작동하지 않을 경우, 최후의 수단(a last resort)으로만 허가된다. 감시는 관계없는 대화의 가로채기를 최소화하는 방법으로 행해진다. 수사가 종결된 후에는 당사자에의 고지가 행해진다. 어느 소송에서건 증거제출에 앞서 상당한 이유의 적절성과 도청 행위에 대한 반대당사자의 이의의 기회가 존재한다.¹²⁾

미국에서 도청이 논의될 때에는 항상, 법집행공무원들이 행하는 전자감시는 엄격한 프라이버시 보호에 따라야 한다는 점이 강조된다. 도청은 가장 중대한 범죄의 경우에만 이용될 수 있다. 도청을 하는 권한의 부여는 다른 수사수단들이 실패했을 경우에만 구해져야 한다. 도청허가의 신청은 엄격한 사법적 심사를 받아야 한다. 도청은 관계없는 대화의 가로채기를 최소화하는 방법으로 행해진다. 대화의 가로채임은

12) 1978년에 의회는 「대외정보감시법」(the Foreign Intelligence Surveillance Act)을 통하여 국가안보사건에서의 도청을 허용하였다. 이 법은 대외정보와 대항정보(counter-intelligence)사건에만 사용될 의도로 만들어졌다. 각 주는 적어도 연방법과 같은 엄격한 제한 하에서만 도청을 허용할 수 있다.

당한 당사자는 도청의 허가와 도청의 행위에 대한 사후의 사법적 심사를 받을 자격이 부여된다.

그러나 「일반범죄통제 및 도로안전법」 Title III이 규정하는 보호가 의도된 바대로 작용하지 못하고 있고, 프라이버시의 내용들을 흐리게 하고 있다는 비판이 오랫동안 제기되어 왔다.¹³⁾ 현재의 프라이버시 보호의 적정성을 의심하는 사람들은 다음과 같은 문제점을 지적하고 있다.

1) 도청은 더 이상 폭력범죄와 중대범죄에 한정되어 있지 않다. 도청이 허용되는 범죄의 리스트는 계속 확대되어 왔다. 1968년에는 26건의 범죄이던 것이 1996년에는 95건의 범죄로 확대되었다. 원래의 리스트는 주로 간첩죄, 반역죄, 폭력범죄, 전형적인 조직범죄에 한정되어 있었다. 지금은 여권신청이나 대출신청에 관한 허위진술범죄, 그리고 미합중국의 재산에 대한 “약탈”(any depredation)범죄도 포함하고 있다. 그러나 실제로는 살인죄, 유괴 또는 테러리즘 사건에서 드물게 사용되고 있다. 1994년에 전국적인 도청의 76%가 마약사건이었다.

2) 법원의 허가는 전자감시의 이용에 관한 효과적인 규제장치로서 기여하지 못했다는 것이다. 1989년부터 1995년까지 7년 연속 정부의 도청요구에 대하여 단 한 건이라도 거부한 법관은 - 연방이 되었건 주가 되었건 - 한 명도 없었다. 이 기간에 법관들은 형사범죄에서 6,598건의 도청을 허가하였다. 특히 법은 연방법무차관이 서명한 도청허가 신청에 대하여 법관은 허가해야 한다고 규정하고 있다.

3) 법원은, 법집행기관이 합리적으로 이용할 수 있는 다른 수사기술들을 다 사용하지 않았을 경우에도, 전자감시를 허가하고 있다.

4) 최소화의 요구는 엄격하게 시행되지 않고 있다. 법원은 특히 마약사건에서 관계없는 대화의 모니터링을 면책하고 있다.

5) 전자감시의 허가 또는 전자감시의 행위에 대한 피고인의 사후

13) Report, p. 8.

이의제기는 드물게 지지된다(sustain).

6) 도청의 평균적 길이와 가로채임을 당하는 통화의 평균숫자는 꾸준히 증대해 오고 있고, 다시 일반수색의 유형(specter)을 불러일으키고 있다.

7) 「대의정보감시법」(FISA) 17년의 역사상 법원은 정부의 전자감시요청을 결코 기각해본 적이 없다. 1996년에 법원은 기록적인 839건의 도청허가를 내 주었다. 이는 전년과 비교하여 20% 상승한 것이다.

보고서는 이상의 문제점들을 의회가 심사해야 할 중요한 이슈들이라고 보고 있다.

4. 도청법의 개정 문제

과거 4반세기 동안 전자감시에 관한 법은 프라이버시 이익과 법집행의 이익의 형량을 추구해 왔다.¹⁴⁾ 1968년에 「일반범죄통제 및 도로안전법」 Title III에 관한 상원 보고서는 명시적으로, 입법은 (1) 유선 통신과 구두 대화의 프라이버시를 보호하고, 유선 통과 구두 대화의 가로채기가 허용될 수 있는 상황과 조건의 윤곽을 그린다는 이중적 목적을 가진다고 말하였다. 전기통신의 기술이 계속 변화함에 따라서, 의회는 「전자통신 프라이버시 보호법」을 시행함으로써, 프라이버시 이익과 법집행의 이익을 보존하기 위하여 입법적으로 대응할 것이 요구되었다. 「법집행을 위한 통신지원법」은 다시 새로운 전기통신 서비스와 기술을 지원한다는 제3의 요소를 그 동안의 이익의 형량에 덧붙였다. 그러나 법집행, 프라이버시, 기술혁신 사이의 이익의 형량은 제104차 의회에서 반대에 부딪혔다. 법무부는 「법집행을 위한 통신지원법」에 채택되어 있는 프라이버시 보호들 중의 하나의 폐기를 시도하였다. 덧붙여서 「대의정보감시법」의 주의깊게 마련된 절차들이 일정한 추방

14) Report, p. 27.

절차(deportation procedures)에는 적용될 수 없게 되었다. 나아가 연방 대통령은 그의 테러리즘 입법에 도청법상의 일련의 다른 변화들을 시도하였다. 그것은 (a) 정부의 불법도청에 대한 제재를 약화시키고, (b) 소위 “순회도청”(roving taps)의 기준을 약화시키며, 긴급상황(emergency situations)에서의 영장없는 도청의 이용가능성을 확대하는 것이었다. 이러한 변화들은 결국 의회에서 거부되었다.

1996년 7월 법무부는 연방전자감시관련 법률들에 대한 8개의 개정을 권고하는 보고서를 의회에 제출하였다. 여기에는 제정법상의 예외규정에서의 중대한 변화와, 순회도청의 기준을 완화시키는 것, 법원의 허가없는 긴급도청의 부가적 허가가 포함되어 있다.

도청법의 개정안들이 심의된다면, 프라이버시 관점에서 나오는 쟁점들에 대한 심사가 있어야 하며, 여기에는 최소화요청의 적절성과 법집행기관이 도청허가를 구하기에 앞서 다른 수사기술들을 다 사용하라는 요건을 명확히 할 필요가 포함되어 있다.

도청법 위반에 대한 면책. 행정부는 「일반범죄통제 및 도로안전법」 Title III을 개정하여, 도청법 위반의 경우에 얻어지는 증거를 법원이 받아들이는 것을 허용할 것을 제안하였다. 행정부의 제안은 사람들에게 정부측의 “악의”(bad faith)를 증명할 것을 요구하고 있다. 그러나 이것은 보통 불가능한 일이다. 이 제안은 법집행공무원들이 기술적으로 결점이 있는 영장에 의존하는 상황에 제한되어 있지 않다. 이 제안은, 영장이 발부된 이후 정부의 행위를 지배하는 조항들을 포함하여, 도청법의 모든 조항들에 적용된다. 이리하여 최소화원칙과 증거보존의 원칙과 같은 중심적인 보호들을 위반하는 단지 현실적인 동기(incentive)를 제거할 것이다. 비밀스럽고, 계속적이며, 잠재적으로 일반적인 성격의 감시영장은 이러한 것들을 헌법적으로 문제가 있도록 한다. 그러나 「일반범죄통제 및 도로안전법」 Title III에 의하여 부과된 특별한 요건들이 수정헌법 제4조가 제기하는 어떠한 의문이건 그것을

해결하고 있다고 생각되어 왔다.

의회가 「일반범죄통제 및 도로안전법」 Title III을 채택했을 때, 의회는 행정부가 개정할 것을 제안한 조항은 프라이버시를 보호하기 위한 제한체계의 불가결한 부분이라는 결론을 내렸다. 행정부의 제안은 불합리한 압수와 수색을 받지 않을 권리를 훼손할 것이라는 것이다.

순회도청(roving wiretaps). 법무부는 소위 순회도청 또는 多地點도청(multi-point wiretaps)의 기준을 완화할 것을 제안하였다. 순회도청 - 감시명령의 대상 이외의 전화선에서 도청을 하는 것 - 은 특히 민감한 것으로 여겨지고 있다. 왜냐하면 그러한 도청은 흔히 수사의 대상인물이 아니고, 범죄행위에 개입했다는 혐의를 받지 않는 사람의 대화를 도청하는 것이기 때문이다. 의회가 순회도청의 기준을 바꾼다면, 그것은 관계없는 제3자의 통화를 가로채는 것을 명시적으로 금지하는 법에 덧붙여져야 하므로, 그러한 통화는 영장의 범위 밖에 있다는 것이다.

긴급도청(emergency wiretaps). 「일반범죄통제 및 도로안전법」 Title III은 긴급한 상황의 경우에는 법원의 허가없는 도청을 허용하고 있다. 여기에는 (i) 사망 또는 중대한 신체상해의 즉각적인 위협, (ii) 국가안보에 대한 위협, (iii) 조직범죄가 포함되어 있다. 그러한 사건들의 경우에는 법원의 영장에 대한 신청은 48시간 이내에 제출되어야 한다(18 U. S. C. 2518(7)). 행정부는 이러한 긴급시의 권한을 확대하여, 중대한 신체상해의 즉각적인 위협이나 국가안보에 대한 위협을 포함하고 있지 않은 테러리즘도 포함시킬 것을 권고하였다. 그러나 보고서는 행정부의 제안보다 더 적절한 것은 긴급도청 조항의 주의깊은 재검토라고 보았다. 긴급도청은 1968년에 시행되었다. 보고서는 팩스, 무선전화, e-mail의 보급을 생각해 보면, 왜 전자감시의 사전허가를 얻는 것이 불가능하거나 훨씬 어려운지를 이해하기 어렵다고 말하고 있다. 1977년에 「연방형사소송규칙」(the Federal Rules of Criminal Procedure)

이 긴급상황에서의 수색영장신청서와 선서서의 전화에 의한 제출을 허용하고 있다는 것을 주목해야 한다고 말하고 있다. 이 규칙에는 상당한 이유가 있는 경우 구술증언을 동시에 녹음하는 절차가 포함되어 있다 (F. R. Crim. P. 41(c)(2)).

그러나 미국 상·하 양원은 1998년 8월 FBI가 오랫동안 바라던 제안을 의결해 주었다. 이는 도청권한을 대폭적으로 확대하는 내용이다. 이는 의회가 3년 전에 공개적으로 거부한 안이다. 이 조항은, 법집행기관으로 하여금 특정한 전화에 대한 도청의 허가를 받지 않고도 대상인물이 사용하는 전화에 대한 도청을 더 쉽게 하도록 하는 것을 허용하고 있다. 이 조항은 순회도청 권한(roving wiretap authority)으로 알려져 있다. 인권단체들은 도청권한의 확대와 비밀스럽게 이 조항을 삽입한 입법과정에 대하여 격렬한 저항을 하고 있다.¹⁵⁾

Ⅲ. 일본에서의 도청 문제

1. 도청 허용 여부의 전제문제로서의 사법경찰·행정경찰 이원론

일본에서는 전통적으로 사법경찰과 행정경찰을 분리해서 이해하는 이원론이 지배해 왔다. 이러한 이원론에 따르면 양자는 각각 다음과 같은 의미를 갖는다.¹⁶⁾ 행정경찰이란 공공의 안전과 질서에 대한 장해를 사전에 방지하는 작용을 말하고, 사법경찰이란 범죄가 행해진 경우에 그 범인에 대한 형벌권(형사사법작용)을 확보하는 작용을 말한다. 행정경찰은 행정법규의 적용을 받아, 경찰권행사를 규율하는 법리에 따르

15) <http://www.pathfinder.com/money/latest/rbus/RB/1998Oct08/1242.html>.

16) 白取祐司, 司法警察과 行政警察 [盜聽問題の總合的檢討] ①, 法律時報 69권 9호 (1997. 8), 39쪽 이하.

고, 사법경찰은 형사소송법의 적용을 받는다. 다만, 경찰이라는 동일한 조직과 주체가 두 가지 작용을 담당하기 때문에, 교통경찰활동처럼 양자가 交錯하는 경우가 있고, 직무질문에서 시작하여 현행범체포에 이르는 경우와 같이 양자가 연속하는 경우도 있어, 그 관계와 구별이 미묘한 경우가 있다.

2차대전 이전의 구 일본헌법에서는 사법경찰을 위한 행정경찰의 남용, 즉 범죄수사를 위하여 행정집행법상의 행정검속이 남용되고 있었다. 행정집행법 제1조에 규정되어 있는 '공안을 해할 우려가 있는 자'의 개념이 부당하게 확대해석되고, 수사의 대상자를 간단하게 공안을 해하는 자라고 해석하는 일이 관행화되었다. 戰後의 사법개혁을 통하여 행정(보안)경찰작용은 대폭적으로 제한되었고, 사법경찰의 경우 오히려 구법과는 달리 적극적으로 경찰에 권한을 부여하여 영장주의의 엄격한 규제하에 두게 되었다. 법제상으로는 정비가 되었음에도 불구하고, 양자를 혼동하는 경우도 있었다. 가령 치안목적으로 체포하고자 하는 것은 허용되지 않는다고 말하는가 하면, 행정경찰작용으로서 법이 인정하는 수단을 수사에 사용해서는 안된다고 말하기도 한다. 목적도 수단도 다른 사법경찰과 행정경찰을 융합시키는 것은 치안유지라는 대의명분에 절차법상의 제약을 양보시키는 결과가 된다.

사법경찰·행정경찰의 구별을 인정하는 견해에 따르면 장래의 범죄에 대한 수사와의 관계에서 사법경찰·행정경찰의 구별은 중요하다. 사법경찰은 과거 또는 현재의 범죄의 혐의를 전제로 하는 수사활동이고, 행정경찰은 범죄를 예방·진압하는 활동이다. 장래 일어날 수 있는 범죄를 위하여 증거를 수집하는 것은 말하자면 그 중간적 처분이고, 종래에 적어도 형사법학자들은 생각하지 않았던 부분이다.

2. 도청의 허용성 여부

일본에서는 「組織的犯罪對策立法」을 둘러싸고, 도청의 헌법적 문제가 논의되고 있다. 이미 공표된 「事務局參考試案과 要綱骨子(案)」이 정하고 있는 ‘범죄가 다시 계속하여 행해질 우려가 있다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 경우’ 또는 ‘범죄가 행해질 것이라고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 경우’ 도청이 행해질 수 있는가의 문제이다. 이 중 뒤의 것은 장래 행해질 범죄를 위한 도청이라는 점에서 ‘사전도청’ 내지는 ‘예방적 도청’에 해당한다.

사전도청 내지는 예방적 도청을 종래의 捜査 개념이 포섭할 수 있는가에 대한 논란이 있다. 이를 부정하는 이론의 논거는 이렇다. 아직 발생하지 않은 범죄에 대한 도청은, 수사활동의 영역을 넘어선, 범죄의 예방·진압·정보수집을 목적으로 행하는 행정경찰활동이므로, 도청을 허용하는 경우 이는 종래의 수사개념의 현저한 확대를 초래한다는 것이다.¹⁷⁾

이와는 반대로 이를 긍정하는 견해도 있다. 이에 따르면 전통적 수사개념과 사법경찰·행정경찰 이원론은 그 실질적인 근거가 없는 것이고, 장래에 대한 범죄의 수사도 수사라고 본다.¹⁸⁾ 긍정론은 수사수단으로서의 도청은 통신의 청취를 대상으로 하여, 행하여지려고 하는 범죄도 도청의 대상으로 할 수 있다고 한다. 도청의 효용성을 고려한다면, 범죄를 범하려고 하는 자들을 체포하기 위하여 도청의 시점에 착수하고 있는 범죄의 실행이나 관여자 사이의 연락수단으로 하고 있는 경우를 생각하여 그 적발의 근거로 한다는 이점이 있다는 것이다. 그리고 영미법계국가에서는 ‘행하여지려고 하는 범죄’에 대하여서도 수사수단으로서의 도청이 허용되고 있다는 것을 든다. 또한 이 견해는 장래의

17) 小田中聰樹, 盜聽立法の違憲性, 法律時報 69권 3호(1997. 8), 47쪽.

18) 井上正仁, 捜査手段としての通信·會話の 傍受(5), ジュリスト 1111호(1997. 5. 1), 214쪽 이하.

범죄에 대하여 수사를 할 수 있는가라는 문제와 그에 덧붙여 강제처분이 허용되는가의 문제를 구별하여 각각에 대하여 검토를 하고 있다. 장래의 범죄에 대한 수사가 가능하지 않다는 견해가 그 하나의 논거로 삼고 있는 경찰작용의 이원론에 대하여 비판을 한다(경찰작용의 이원론에 따르면 장래의 범죄에 관련되는 정보의 수집은 그 방지를 목적으로 하는 행정경찰 내지 보안경찰에 속하는 작용이고, 범죄의 수사라고 할 수 없다고 본다). 경찰작용을 행정경찰과 사법경찰로 이원화하는 것은 대륙법계의 전통이고, 이는 프랑스의 법제에 소급한다는 것이다. 그러나 이러한 구별이 어떠한 실질적인 이유를 갖는지에 관하여 문제를 제기한다. 프랑스에서도 행정경찰과 사법경찰을 구별하는 실질적인 의미는 경찰관의 위법행위에 대한 구제를 행정법원과 일반법원 중 어느 곳에 구할 것인가라는 재판관할상의 기준이 되는 것에 한정되어 왔고, 행정법원을 폐지한 일본에서는 이를 구별할 필요성이 없다는 것이다. 또한 프랑스의 경우에는 형사절차에서의 공판전의 사건조사는 예심판사가 주재한다는 전제가 유지되고 있고, 경찰은 그 예심판사의 공조의 촉탁을 받아 필요한 처분을 행하든가, 예심이 아직 개시되어 있지 않을 때에는 사법작용으로서 검사의 지휘하에 수사를 행하게 되어, 경찰 독자적으로 행할 수 있는 행정경찰이란 권한의 근거라든가 검사 등의 컨트롤을 받고 있는가 아닌가라는 점에서 차이가 있기 때문에, 행정경찰과 사법경찰을 구별하는 의미가 아직은 있다. 그러나 일본의 현행법에서는 경찰이 제1차수사기관으로 되어 있어서 구별의 의미가 희박하다는 것이다. 나아가 대륙법계국가에서는 일반적으로 실체법적 사고가 우위를 점하여 왔다고 한다면, 범죄의 수사는 공판의 준비에 즈음하여 그 공소는 국가의 형벌권을 실현하기 위하여 행해지는 것인 이상, 범죄가 성립하고 형벌권이 발생하지 않으면 공소권도 발생하지 않고, 공소권이 발생하지 않으면 수사권도 존재하지 않는다는 사고가 행정경찰과 사법경찰의 구별의 기초를 이루고 있다. 그러나 소송법적으로 보면 범죄의 성

립 여부는 재판의 결과 비로소 명확해지는 것이기 때문에, 그 재판을 구하는 소송행위인 공소권의 발생이 범죄의 성립을 전제로 하고 있다고 생각하는 것은 논리의 모순이라는 것이다. 또한 어떤 경찰활동을 행정경찰이 아니라 사법경찰로 보는 것이 남용의 위험이 커지는 것처럼 말할 수는 없는 것이라고 본다. 가령 프랑스에서는 행정경찰·사법경찰이 일체적·연속적으로 행해지는 경우가 많음에도 불구하고, 재판상 양자를 준별함으로써 - 특히 행정경찰작용이라고 인정되면 일반적으로 느슨한 기준이 적용되기 때문에 - 그 활동에 의하여 피해를 받은 자의 권리보호를 약하게 하는 결과를 초래하고 있다고 지적되어 왔고, 그러한 의미에서 양자의 구별 자체의 존재의의가 의문시되어 왔다고 한다. 다음으로 장래의 범죄를 위하여 강제처분까지 허용되는가의 문제에 대하여, 헌법 제35조(“누구든지 그 주거, 서류 및 소지품에 관하여 침입, 수색 및 압수를 당하지 않을 권리는 제33조의 경우를 제외하고는 정당한 이유로 인하여 발부되고 수색하는 장소와 압수하는 물건을 명시하는 영장없이 침해되지 아니한다.”)의 ‘정당한 이유’는 과거의 범죄와의 관계에서 규정된 요건이라는 주장에 대하여 다음과 같이 논박한다. ‘정당한 이유’가 왜 과거의 범죄이어야 하는가가 명확하지 않다는 것이다. 또한 과거의 범죄와의 관계에 대해서 보더라도 영장발부의 단계에서의 범죄사실존부의 판단은 그것이 행해졌을 개연성이 있다는 것뿐이고, 나중에 실제로는 행해지지 않았다고 판단할 수도 있기 때문에, 그 판단은 절대적으로 확실한 판단은 아니라는 것이다.

도청이 위헌이라고 보는 견해에 따르면, 통신이나 대화를 도청하는 행위는 곧 프라이버시를 침해하는 행위이다. 도청이라는 일정한 강제처분에 대한 현실적 필요성이 인정된다 할지라도, 그 정당성(합헌성과 적법성)이 곧바로 긍정되는 것은 아니다. 도청이라는 권리침해의 내실이 인간의 존엄에 반하는, 헌법상 전혀 허용되지 않는 강제처분이기도 하기 때문이라는 것이다.¹⁹⁾ 도청은 그 비밀처분성과 권리침해성에

서 압수·수색과 본질적으로 다른 점이 있다. 도청의 비밀처분성이란 통신 등의 당사자에게 도청의 사실이 알려지면 도청이 성립될 수 없다는 점에서 도청의 본질적 속성이다. 이것은 적어도 처분의 집행단계에서는 수사의 密行性이 해제되지 않을 수 없는 압수·수색과 본질적으로 다른 점이다. 도청의 권리침해성은 도청의 대상이 되는 통신 등의 특성에서 나온다. 첫째로, 통신은 문서의 경우와 같이 당사자에 의한 사전의 내용정서나 사후의 점검과정을 경유함이 없이 프라이버시가 생기는 형태로 표명된다. 둘째로, 통신 등은 내용이 고정화되어 있는 문서의 경우와는 달리 그 당사자 사이에서 내용이 양적으로나 질적으로나 부단히 발전한다. 셋째로, 도청의 대상을 사전에 특정의 당사자 사이나 특정의 사항에 대한 통신 등에 한정하는 것은 불가능하다. 이와 같은 특성이 중첩적으로 작용하기 때문에 통신 등의 도청은 그 당사자의 내심에 침입하는 정도가 높다(질적 침해의 강도성). 침해되는 프라이버시의 범위도 무차별·무한정으로 되지 않을 수 없다(양적 침해의 강도성).

도청은 영장주의, 특히 영장주의의 세 가지 요청(특정, 개별, 제시)에 반하기 때문에 위헌이라는 지적이 있다. 일본 헌법 제35조가 규정하는 영장주의는 영장이 없으면 압수나 수색을 허용하지 않는다는 의미를 갖고 있다고 보기 때문이다.

헌법 제35조는 단지 권리침해의 허용조건을 정하는 규정에 그치는 것이 아니라, 무엇보다도 형사절차에서의 인권규정으로서 존재한다고 보는 견해²⁰⁾가 있다. 형사절차에서의 인권규정이라는 의미는 한편으로는 국가권력을 절차적으로 구속하고 다른 한편으로는 시민에게 절차적 보장청구권을 부여한다는 것을 뜻한다. 헌법 제35조는 다시 제1항에서 영장에서 의 압수목적물이나 수색장소의 특정(명시)을 요구하고, 제2항

19) 川崎英明, 盜聽의 問題性格と理論性格, 法律時報 69권 10호(1997. 9), 45쪽.

20) 川崎英明, 盜聽立法의 憲法的問題點, 法律時報 69권 4호(1997. 4), 48쪽.

에서는 개별영장을 요구하고 있다. 특정의 요청과 개별영장의 요청은 국가권력에 대한 절차적 기속을 기도하는 헌법 제35조의 支柱라는 것이다. 헌법 제35조가 압수·수색을 받는 시민의 절차적 보장청구권을 부여하는 규정이라고 한다면, 처분을 받는 시민에게는 절차적 보장이 지켜지고 있는가를 감시하고 통제하는 수단이 있어야 하는데, 그것은 압수·수색영장의 제시라는 것이다. 영장의 기재사항을 확인하고, 영장 기재의 범위에 압수나 수색을 한정시킴으로써 처분을 받는 시민은 국가권력에 의한 프라이버시 침해의 남용을 막을 수 있다는 것이다. 시민은 자신의 권리로서 주체적으로 국가권력에 대한 절차적 구속을 확보할 수 있다. 헌법 제35조가 압수목적물과 수색장소를 특정한, 개별영장을 요구하는 의미도 이러한 관점에서 바라볼 필요가 있다는 것이다.

그러나 도청이 안고 있는 본질적 문제점은 대상이 되는 통신이 현존하지 않고 있고, 통신이 행해질지의 여부는 통신당사자에게 달려 있으며, 통신은 1인에 한정되어 있는 것이 아니라 多數人の 통신이 등장하는 것을 예측하지 않을 수 없다는 것이다. 게다가 범죄와 관계없는 내용의 통신이나 관계없는 사람의 통신도 모두 도청되지 않을 수 없다. 도청을 허용하는 것은 범죄와 관계없는 통신을 모두 도청하는 것을 인정하지 않을 수 없기 때문에, 헌법 제35조의 특정의 요청을 충족시킬 수 없다는 문제점이 있다.

뿐만 아니라 통신·정보전달기술이 고도로 발전하여 그것없이 일상생활이 성립할 수 없게 된 현대사회에서, 도청은 통신 등에 化體되어 있는 프라이버시를 적나라하게 포착할 수 있다. 특히 그 비밀처분성 때문에 사상·양심의 자유, 표현의 자유에 강한 위축효과를 초래한다. 도청의 대상이 되는 통신 등은 장래 행해지는 것이기 때문에, 필연적으로 관계없는 통신 등을 포착할 수밖에 없다. 즉, 예비적 도청은 도청의 본질적 속성상 피할 수 없다는 것이다.²¹⁾ 또한 통신설비는 공간적으로

21) 이에 대하여 井上正仁 교수는 압수·수색의 경우에도 영장발수시점에서 보면

해방되어 있고, 어떠한 통신이 접속되어 있는가는 언제나 통신당사자에 달려 있다는 것이다. 이러한 의미에서 도청시에 통신설비의 특징에는 수색장소의 특징에 의한 공간적 한정에 필적할 만한 한정기능은 없다는 것이다. 따라서 도청의 범위의 한정은 시간적 한정에 의존하지 않을 수 없고, 시간적 한정이 공간적 한정의 대체적 기능을 가져올 수 없다는 것은 명백하다는 것이다.²²⁾ 이에 대하여는 다음과 같은 반론이 제기된다. 도청의 경우에도 도청의 대상이 되는 통신설비는 특정되어 있고, 당해 통신설비에 접속되는 통신 이외에는 도청할 수 없다는 의미에서 도청의 대상은 한정되어 있다는 것이다.²³⁾

압수나 수색은 그에 앞서 반드시 영장을 제시하여야 한다. 그러나 도청영장의 경우 영장의 제시는 아예 생각할 수 없는 일이다. 영장의 제시와 동시에 도청의 비밀처분성이 깨지기 때문이다. 영장의 제시는 영장주의의 본질에 해당한다. 영장의 제시가 있을 수 없는 도청은 인정

압수목적물의 존재는 재판관의 개연성판단에 지나지 않고, 영장에서의 압수목적물의 기재도 수사기관의 판단이 개재하는 개괄적 기재가 될 수밖에 없다는 점에서 도청의 경우와 본질적 차이는 없다고 한다. 또한 압수수색영장의 경우에는 실시 당시에 존재하는 것이라는 의미에서 범위의 한정이 있는 것은 분명하지만, 도청의 경우도 관계없는 통신 등이 혼입할 우려가 거의 없는 경우도 있고, 거기까지는 이르지 않는다 하더라도 도청의 범위를 상당한 정도로 한정할 수 있는 경우도 있기 때문에, 통신 등이 행해질 개연성과 혼입할 가능성이 있는 관계없는 통신 등의 광범성 사이에 적절한 균형이 담보될 수 있는지가 중요하다고 본다. 井上正仁, 搜查手段としての通信・會話の傍受(2), *ジュリスト* 1105호(1997. 2. 1.), 111, 112쪽 이하. 이것은 곧 이익형량을 가리킨다. 이에 대한 반론도 만만치 않다. 이에 따르면 이익형량이 성립하기 위해서는 형량되는 이익은 대동·동질의 것이어야 한다. 이 점에서 보면 비밀처분성과 강도의 권리침해성이라는 도청의 본질적 속성을 직시하는 경우, 이를 허용하는 방향으로 수사의 이익(도청의 필요성)을 고려하는 이익형량론의 방법을 사용하는 것 자체에 형사소송법의 방법론으로서 근본적인 의문이 있다고 한다. 川崎英明, 盜聽の問題性格と理論性格, 46쪽.

22) 川崎英明, 盜聽の問題性格と理論性格, 49쪽.

23) 井上正仁, 搜查手段としての通信・會話の傍受(2), 111쪽.

되지 않는다는 것이 헌법 제35조의 요청이라는 것이다. 그리고 이것은 헌법 제35조가 적극적 인권규정으로서 시민의 절차청구권을 보장하는 규정이라는 관점에서든 근거지울 수 있다고 한다. 즉, 헌법 제35조가 시민의 절차청구권의 보장규정이기도 하다는 것은 영장에서의 목적물의 특정에 의하여 국가권력을 절차적으로 구속하는 것과 함께 그 절차적 구속을, 처분을 받는 시민이 절차상 주체적으로 통제할 수 있다는 것도 요청한다는 것이다. 그것은 본질상 영장집행의 단계에서의 통제와 영장집행후의 단계에서의 통제가 되지 않을 수 없다는 것이다.²⁴⁾ 이에 대하여는 영장의 제시는 헌법 제35조의 요청이 아니기 때문에 우월하는 이익이 있을 때에는 영장의 제시는 없어도 되며, 헌법 제31조의 요청으로서 사후에 고지와 청문의 기회를 줄 필요가 있다는 반론이 있다.²⁵⁾

IV. 우리나라의 「통신비밀보호법」

우리나라에서 도청이 프라이버시, 영장주의 등 어떠한 헌법적 문제를 제기하는가에 관한 논의는 거의 없는 실정이다. 다만 통신비밀보호법이 도청에 관한 규정을 두고 있고, 이에 근거하여 매년 수많은 도청이 행해지고 있는 실정이다.²⁶⁾

현행 통신비밀보호법은 일정한 요건을 갖춘 경우의 도청을 허용하고 있다. 다만, 그 용어를 도청이라 하지 않고, 감청이라고 부르고 있

24) 川崎英明, 盜聽の問題性格と理論性格, 54쪽.

25) 井上正仁, 搜查手段としての通信・會話の傍受(3), ジュリスト 1107호(1997. 3. 1), 91쪽 이하.

26) 이 문제는 1998년도 정기국회 국정감사에서도 제기되어 여·야의원들은 법원의 감청영장발부율이 99%에 이르고 있다고 비판하고 있다. 동아일보, 1998. 11. 16(금).

다. 현행법상의 감청에는 법관의 사전영장이 필요한 일반영장과 그것이 필요하지 않은 긴급감청이 있다.

법 제5조는 형법상의 내란죄와 외환죄를 비롯하여 약 150개의 범죄를 대상으로 일반감청을 허용하고 있다. 이러한 범죄를 “계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다.” 라고 규정하고 있다. 이러한 요건을 갖춘 경우 검사는 법원에 대하여 감청의 허가를 청구할 수 있다(법 제6조 제1항). 검사가 감청을 청구하는 경우에는 허가요건을 충족하는 사유 등의 청구이유를 기재한 서면으로 하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다. 법원은 청구가 이유있다고 인정하는 경우에는 감청을 허가하는데, 이 허가서에는 통신제한조치의 종류·그 목적·대상·범위 및 기간을 특정하여 기재하여야 한다. 감청의 기간은 원칙적으로 3월을 초과하지 못한다(법 제6조 제4항~제6항).

일반감청과 함께 통신비밀보호법은 긴급감청을 규정하고 있다. 즉, 일반감청이 요구하는 절차를 거칠 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 법원의 허가없이 감청을 할 수 있다. 이 경우 감청을 집행한 때부터 48시간 이내에 법원의 허가를 받아야 하며, 법원의 허가를 받지 못한 때에는 즉시 감청을 중지하여야 한다(법 제8조 제1항).

그러나 현행 통신비밀보호법은 몇 가지 분명한 특색 또는 문제점을 지니고 있다.

첫째, 미국이나 일본에서 일반적으로 사용되는 ‘도청’이라는 용어와는 달리 ‘감청’이라는 용어를 사용하고 있다는 것이다. 현행법이 규정하는 감청은 통화의 당사자가 자신의 통화를 누군가가 가로채고 있다는 사실을 인식하지 못하고 있다는 점에서 볼 때, 도청이다. 다만 그것이 법이 인정하는 도청이냐 아니면 법이 인정하지 않는 도청이냐라는 차이점이 있을 뿐이다. 그런 점에서 보면 정확하게 도청이라는 용어를

선택하는 것이 타당하다.

둘째, 현행법은 장래의 범죄에 대한 수사수단으로서의 도청을 규정하고 있다. 일본에서의 논의와 마찬가지로 우리나라에서도 형사소송법상의 수사개념에 장래의 범죄에 대한 수사가 포섭될 수 있는가가 문제된다. 만약 이것이 허용되는 것으로 본다면, 형사소송법상의 수사개념을 완전히 재정리할 필요가 있다. 현행 형사소송법 제195조는 “검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.” 라고 규정하고 있어서, 장래의 범죄를 대상으로 하는 수사를 예상하고 있지 않기 때문이다.

셋째, 현행법상의 도청은 헌법이 규정하는 영장주의에 반하지 않는다는 것이다. 도청은 그 비밀처분성, (특정성이 아닌) 일반성, 영장제시의 결여로 특징지워지는데, 이 가운데 어느 것도 영장주의에 포섭되지 않기 때문이다. 도청을 허가하는 영장은 영장주의가 요구하는 공개성, 특정성, 영장제시의 요구 모두를 깨뜨린다. 만약 도청영장을 허용한다면, 그것은 헌법상의 영장주의의 확대인지 아니면 전통적인 영장주의와는 별개의 영장주의를 법률 차원에서 인정하는 것인지가 해명되어야 한다.

넷째, 미국법상의 도청의 허용이나 일본에서의 도청의 허용성 여부에 대한 논의에는 공통점이 있다. 그것은 특히 조직범죄, 국가안보를 대상으로 하는 범죄 등에 대한 증거의 확보를 위하여 최후의 수단으로서 도청이 허용될 수 있는지에 대한 논의이고, 그러한 논의는 아직도 종결되지 않은 채 계속되고 있다.²⁷⁾ 그러나 우리 현행법상의 도청대상

27) 이것은 독일에서도 마찬가지이다. 독일에서 “주거내의 非公然會話의 도청”(Großer Lauschangriff)이 문제되는 것도 주로 조직범죄(organisierte Kriminalität)에 대한 효과적인 수사수단에 관한 것이다. Betram Raum u. Franz Palm, Zur verfassungsrechtlichen Problematik des “Großen Lauschangriffs”, JZ, 1994. 9, SS. 447, 449. 이러한 도청을 부정적으로 보는 학자들은 주거내에서의 대화의 도청은 기본법 제13조가 보장하는 주거의 불가침성(Unverletzlichkeit der

범죄는 약 150종으로 지나치게 광범위하다. 더구나 국가보안법, 특정범죄가중처벌등에관한법률, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 등의 경우에는 그 법률이 규정하는 모든 범죄를 도청대상범죄로 규정하고 있다. 이러한 기본권제한의 광범성은, 도청의 허용성 여부에 대한 논란은 별개로 하더라도, 헌법상의 기본권제한의 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)을 명백히 침해하고 있다.

다섯째, 설사 통신비밀보호법에 따라 적법하게 행해진 도청이라 하더라도, 그 목적을 달성한 후에는 반드시 도청을 당한 당사자에게 그 내용이 고지되어야 한다. 그러나 현행법에는 이에 관한 조항이 전혀 없다. 다만 법 제11조가 “① 누구든지 제6조 내지 제10조, 제14조에 규정된 통신제한조치 등으로 취득한 내용은 이 법의 규정에 의하여 사용하는 경우 외에는 이를 다른 기관 또는 외부에 공개하거나 누설할 수 없다. ② 통신제한조치의 허가과정이나 허가여부·허가내용 등은 외부에 공개하거나 누설할 수 없으며, 그 비밀유지에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.” 라고 규정하고 있는 데 불과하다.

결과적으로 현행 통신비밀보호법의 명백히 위헌적인 조항들 또는 위헌이 될 가능성이 많은 조항들은 국민의 프라이버시를 침해하고 있다. 국민의 나만의 세계, 나만의 공간, 나만의 통신이 과도하게 노출되어 있다.

Wohnung)을 침해하는 것이면서, 또한 기본법 제1조 제1항과 함께 제2조 제1항에서 나오는 자기정보결정권(Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung)을 침해하는 것으로 본다. aaO., 450ff. 이와 반대로 이러한 도청을 긍정적으로 평가하는 학자들은 아예 “주거내의 비공인회화의 도청”이라는 용어보다는 전자감시(elektronische Überwachung)라는 용어가 더 적절하다고 말한다. aaO., S. 447, 각주 3, 참조.