

# 헌 법 소 원 심 판 청 구

청 구 인 송경동, 정진우

헌 법 재 판 소

귀 중

# 헌 법 소 원 심 판 청 구

청 구 인 1. 송 경 동

## 2. 정 진 우

청구인들의 소송대리인 법무법인(유) 원  
담당 변호사 이유정

### 청 구 취 지

“통신비밀보호법(2009. 11. 2. 법률 제9819호) 제2조 제11호 바목, 제13조 제1항, 제2항, 제13조의 3은 헌법에 위반된다.”라는 결정을 구합니다.

### 침해된 권리

헌법 제17조 사생활의 비밀, 개인정보 자기결정권, 제18조 통신의 비밀, 제12조 신체의 자유, 제10조 행복추구권, 일반적 행동의 자유, 인격권, 제11조 평등권

### 침해의 원인

통신비밀보호법(2009. 11. 2. 법률 제9819호) 제2조 11호 바목, 제13조 제1항, 제2항, 제13조의 3

### 청 구 이 유

#### 1. 사건의 개요

## 1. 청구인들의 지위

청구인들은 한진중공업 파업문제 해결을 위해 시민들이 자발적으로 조직한 이른 바 ‘희망버스’ 사건을 기획.주도하였다는 혐의로 집회및시위에관한법률 위반으로 기소되었으며, 위 사건으로 수사기관으로부터 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목, 제13조에 근거하여 ‘실시간 위치추적’ 방식의 수사를 받았습  
니다.

## 2. 관련 법령의 규정

### <통신비밀보호법>

#### 제3조(정의)

11. ‘통신사실확인자료’라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 전기통신 사실에 관한 자료를 말한다.

가. 가입자의 전기통신일시

나. 전기통신개시.종료시간

다. 발.착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호

라. 사용도수

마. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료

바. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지역의 위치추적자료

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

#### 제13조(범죄수사를 위한 통신사실확인자료 제공의 절차)

검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자(이하 ‘전기통신사업자’로 한다)에게 통신

사실확인자료의 열람이나 제출(이하 ‘통신사실확인자료 제공’이라 한다)을 요청할 수 있다.

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

### 제13조의 3(범죄수사를 위한 통신사실확인자료제공의 통지)

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

제1항에 규정된 사항 외에 통신사실확인자료제공을 받은 사실 등에 관하여는 제9조의 2(동조 제3항을 제외한다)의 규정을 준용한다.

### <통신제한조치 등 허가규칙 제10조의 3>

#### 제10조의 3(통신사실확인자료제공요청 허가청구의 방식)

법 제13조 제2항의 ‘필요한 자료의 범위’에는 법 제2조 제11호에 규정된 통신사실확인자료 중 필요로 하는 자료의 종류, 필요로 하는 기간 등을 기재하여야 한다.

### <통신사실확인자료제공업무 처리지침>(정보통신부 2005. 11.)

#### 제1장 목적 및 범위

##### 2.통신사실확인자료의 범위

0 통신비밀보호법령의 규정에 의하여 전기통신사업자(이하 ‘통신사업자’라 함)가 사법경찰관, 검사, 법원, 정보수사기관의 장에게 수사 또는 형의 집행, 재판상 필요, 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위해 제공할 수 있는 자료는 다음과 같음.

0 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시.종료시간, 발.착신 통신번호 등 상대방의 가입자 번호, 사용도수

-장래 발신(착신) 전화번호 추적 포함

0 컴퓨터 통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터 통신 또는 인터넷의 로그기록자료

\*로그기록자료는 사용자가 가입시와 서비스 이용을 위해 로그인한 접속기록을 지칭

0 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국 위치추적자료

0 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지 추적자료

\*특정시간, 특정유동 IP를 통신사업자에게 제시하고 가입자 정보만을 요구하는 경우는 통신자료에 해당

### 3. 이 사건 청구의 경위

통신비밀보호법 제13조 제1항은 통신사실확인자료 제공을 요청하는 경우에 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 법원의 허가를 받도록 하고 있는데, 위 규정에서는 무엇이 필요한 자료인지 그 범위를 명확하게 하지 않고 있습니다. 또한 통신제한조치 등 허가규칙 제10조의 3에서도 ‘**필요한 자료의 범위**(통신비밀보호법 제13조 제2항)’에 대하여 ‘통신사실확인자료 중 필요로 하는 자료의 종류, 필요로 하는 기간 등’으로만 규정할 뿐 그 기간의 제한 여부에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않습니다. 이에 수사기관은 그 기간을 장래 시점으로 정하여 통신사실확인자료 제공요청의 접수 시점 이전의 정보(이하 ‘**과거의 위치정보**’)뿐만 아니라

이후의 정보(이하 ‘장래의 위치정보’)까지 포함한다고 해석하여 통신사실확인자료 제공을 요청하고, 법원은 이를 그대로 허가하고 있습니다.

정보통신부의 <통신사실확인자료제공업무 처리지침>(2005. 11.)에서는 사법경찰관, 검사, 법원, 정보수사기관의 장의 요구가 있으면 통신사업자는 ‘가입자의 전기통신일시, 전기통신개시.종료시간, 발.착신 통신번호 등 상대방의 가입자 번호, 사용도수(-장래 발신(착신) 전화번호 추적 포함)’를 제공하도록 하고 있습니다.

이와 같이 수사기관 등이 과거의 위치정보뿐만 아니라 장래의 위치정보까지 포함하여 통신사실확인자료 제공을 하는 경우, 법원의 허가만 얻으면까지국의 위치정보를 교신될 때 뿐 아니라 대기모드(sleeping mode)인 경우에도 매 10분 또는 30분 간격으로 자동으로 휴대폰 SMS를 통하여 단말기 위치를 확인하는 방식으로 ‘실시간 위치추적’을 할 수 있어, 수사기관에 의한 ‘미행과 감시수단’으로 이용되고 있습니다.

청구인들은 자신들의 통신자료가 수사기관에 제공되고 있다는 사실을 전혀 몰랐기 때문에 수사기관의 미행과 감시를 당하고 있다는 사실도 알 수 없었습니다. 경찰에 체포된 이후 비로소 자신들의 휴대전화의 통화내역 및 위치가 실시간으로 추적되고 있었다는 사실을 알게 되었습니다. 이러한 실시간 위치추적은 청구인들의 사생활의 자유와 비밀, 개인정보자기결정권, 통신의 비밀, 신체의 자유, 일반적 행동의 자유, 인격권, 행복추구권 등 기본권을 제한하는 것입니다.

또한 (1)통신비밀보호법상 ‘통신사실확인자료’에 위치추적정보가 포함되어 있음에도 그 시간적 범위에 대해서는 아무런 정함이 없어서 실시간 위치추적이 사실상 허용되어 있고, (2)실시간 위치추적이 실질적으로 ‘수색’과 같은 기능을 함에도 불구하고 ‘영장’이 아니라 ‘법원의 허가’만으로 그 자료를 확보할 수 있고, (3)법원의 허가요건이 명확하지 않으며, (4)신청요건의 내용도

불명확하고 대상범죄도 통신제한조치와 달리 아무런 제한이 없고, (5)사후 추적사실을 청구인들에게 통지할 때에 그 추적 이유를 설명할 의무가 없는 점에서 헌법상 법률유보의 원칙, 과잉금지의 원칙, 영장주의, 평등원칙 등에 위배됩니다.

이에 청구인들은 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 제13조 제1항, 제2항, 제13조의 3(이하 ‘이 사건 조항들’이라 합니다)에 대하여 위헌확인을 구하는 바입니다.

## 2. 위 규정의 위헌성

### 1. 법률유보 원칙의 위반

#### (1) 인격 관련성과 명확성 원칙

현대사회는 개인의 인적 사항이나 생활상의 각종 정보가 정보주체의 의사와는 전혀 무관하게 타인의 수중에서 무한대로 집적되고 이용 또는 공개될 수 있는 새로운 정보환경에 처하게 되었고, 개인정보의 수집·처리에 있어서의 국가적 역량의 강화로 국가의 개인에 대한 감시능력이 현격히 증대되어 국가가 개인의 일상사를 낱낱이 파악할 수 있게 되었습니다. 정보화 사회로의 이러한 급속한 진전에 직면하여 개인정보 보호의 필요성은 날로 증대하고 있다고 볼 때, 국가권력에 의하여 개인정보자기결정권을 제한함에 있어서는 개인정보의 수집·보관·이용 등의 주체, 목적, 대상 및 범위 등을 법률에 구체적으로 규정함으로써 그 법률적 근거를 보다 명확히 하는 것이 바람직합니다(헌법재판소 2005.07.21, 2003헌마282).

특히 개인정보의 종류와 성격, 정보처리의 방식과 내용 등에 따라 수권법률의 명확성 요구의 정도는 달라진다 할 것이고, 일반적으로 볼 때 개인의

인격에 밀접히 연관된 민감한 정보일수록 규범명확성의 요청은 더 강해진다  
고 할 수 있습니다(헌법재판소 2005.07.21, 2003헌마282 참조).

## (2) 이 사건 조항들의 문제점

### (가) 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목의 문제점

통신비밀보호법 제2조 제11호에서는 ‘통신사실확인자료’를 정의하고 있는 바, 동조 동호 바목에 따르면 ‘정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료’는 통신사실확인자료에 포함되도록 규정하고 있습니다.

위치정보는 합리적인 관점에서 개인의 사생활의 기대범위에 당연히 포함되며, 사생활 비밀의 보호가 인격의 유지와 행복의 추구에 필수적인 전제인 점을 고려한다면(헌법재판소 1990.09.10, 89헌마82 참조), 위치정보는 개인의 인격권과 밀접한 관련성이 존재합니다.

그러나 통신비밀보호법상 통신사실확인자료에 대하여는, 통신제한조치(제5조)에 관하여 대상범죄를 제한하고 법원의 허가요건까지 구체적으로 명시해놓은 것과는 달리, 대상범죄 또는 법원의 허가요건, 장래의 위치정보의 포함 여부 등에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않고 있습니다.

이러한 점을 고려할 때, 최소한 그 정의규정인 통신비밀보호법 제2조제11호 바목에서 위치추적자료의 ‘범위’와 ‘한계’, 특히 인격권 침해 가능성이 높은 실시간 위치추적을 위한 ‘장래의 위치추적자료의 포함 여부’에 대하여 명확하게 규정하였어야 함에도 불구하고, ‘정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료’라고만 규정하였는바, 이는 위치정보와 개인의 인격권의 밀접한 관련성을 고려하지 않

고 포괄적이고 불명확하게 규정하여 범집행기관의 자의적 집행의 가능성을 열어놓음으로써 헌법상 법률유보의 원칙 및 명확성 원칙을 위배한 규정입니다.

(나) 통신비밀보호법 제13조 제1항, 제2항의 문제점

1) 장래의 위치정보 포함 여부 등에 대한 불명확성

앞서 (가)항에서 살펴본 바와 같이 통신비밀보호법 제13조 제1항, 제2항에서는 통신사실확인자료 제공 요청의 대상범죄 또는 범원의 허가요건, 제공되는 위치추적자료의 ‘범위’와 ‘한계’, 특히 인격권 침해 가능성이 높은 실시간 위치추적을 위한 ‘장래의 위치추적자료의 포함 여부’가 불명확합니다.

특히 ‘장래의 위치정보’의 포함 여부와 관련하여, 통신사실확인자료에 대한 규정이 신설된 2001. 12. 29. 당시 ‘정보통신부 통신업무처리지침’을 살펴보면 통신사실확인자료를 “자료제공요청서 접수시점 이전의 자료에 한정한다”고 명시하고 있었으며, 당시 국회 소관 상임위원회 검토과정에서도 이러한 점이 인용된 바 있었습니다(통신비밀보호법 중 개정법률안에 대한 의견제시의 건 검토보고서, 과학기술정보통신위원회 수석전문위원 김용환, 2001. 2., 제6면).

그런데 2005년 정보통신부 통신비밀 보호업무 처리지침을 살펴보면 장래 착발신 전화번호 추적이 “장래자료 : 허가서에 명시된 기간”이라는 단서 하에 통신사실확인자료에 포함되기 시작하였음을 알 수 있습니다(정보통신부, 통신비밀 보호업무 처리지침(안), 2005. 11., 제33면)

결국 입법의 불명확성으로 인하여 정보통신부의 처리지침에 따라 장래의 위치정보의 포함 여부가 결정되고 있는바, 이는 명확성의 원칙에 반하는 것입니다.

## 2) 통신사실확인자료 제공요청사유의 불명확성

통신비밀보호법 제13조 제1항에서는 통신사실확인자료 제공요청사유를 ‘수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우’로만 규정하였습니다. 만약 수사기관의 해석과 같이 ‘장래의 위치추적자료’가 통신사실확인자료에 포함된다고 볼 경우, 이는 실시간 위치추적을 허용함으로써 실질적으로 ‘압수, 수색’과 같은 기능을 한다고 볼 수 있습니다.

형사소송법(2011.7.18, 법률 제10864호)에 따르면 ‘압수, 수색’을 위해서는 원칙적으로 사전 영장이 필요하고, 검사의 영장청구의 요건은 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황”이 있고 “해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여”로 규정되어 있습니다(형사소송법 제215조). 개정 전 형사소송법은 압수, 수색영장의 청구요건에 관하여 ‘범죄수사에 필요한 때’로만 규정하고 있었으나 2012. 1. 1.부터 시행된 현행 형사소송법에서는 수사기관의 책임감을 높이고, 피의자, 피고인의 인권침해를 최소화하고자(형사소송법 일부개정법률안 제1, 2면) 위와 같이 요건을 구체적이고 명확하게 규정한 것입니다.

이와 같은 압수, 수색영장의 청구요건에 대한 형사소송법의 규정 및 개정 취지를 고려한다면, 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료 제공요청의 사유 역시 이에 준하는 정도로 명확하게 규정되어야 합니다. 위치추적이 사실상 수색과 동일한 기능을 한다는 점을 고려한다면, 통신비밀보호법 제13조 제1항 중 “수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우” 부분은 지나치게 광범위하게 해석될 여지가 있어 명확성의 원칙에 반합니다.

### (다) 통신비밀보호법 제13조의 3의 문제점

통신사실확인자료 제공에 따른 사후 통지의 내용을 ‘통신사실확인자료 제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등’으로 규정하고 있습니다. 그러나 ‘제공요청의 사유’와 같이 피수사자로서 기본권을 보호받기 위하여 당연히 통지되어야 할 사항이 명시되어 있지 않았습니니다. 수사기관은 이러한 규정을 근거로 ‘제공요청의 사유’를 통지하지 않고 있습니다. 그 결과 수사 대상자는 통신자료위치추적이 이미 진행된 후에 통보를 받으면서도 그 이유조차 알 수 없습니다. 이는 인격권에 대한 중대한 침해일 뿐만 아니라 헌법 제17조의 개인정보자기결정권과 사생활의 비밀 등에 대한 침해 가능성이 높은 규정입니다. 따라서 사후 통지의 내용을 불명확하게 규정하고 있는 통신비밀보호법 제13조의 3은 명확성의 원칙에 위배됩니다.

### (3) 소결

#### (가) 법률유보의 원칙 및 명확성 원칙 위반

위에서 본 바와 같이, 통신비밀보호법 제2조 제11호 바목, 제13조 제1, 2항, 제13조의 3은 그 통신사실확인자료에 대한 제공의 범위, 장래 위치 정보 포함 여부, 기간, 요청사유, 법원의 허가요건, 사후 통지의 내용 등의 범위와 한계가 불명확하여, 일반 국민으로 하여금 국가기관의 행위의 범위를 예측하기 어렵게 하고, 법집행기관의 자의적 해석·집행의 가능성을 열어놓음으로써 통신사실확인자료의 오남용의 위험성이 존재하므로, 헌법상 법률유보의 원칙 및 명확성의 원칙에 위배됩니다.

#### (나) 참고 - 위치정보에 대한 독일의 입법태도<sup>1</sup>

1 박희영, 독일 형사소송법상 통신데이터 수집권과 한국 통신비밀보호법상 통신사실확인자료 제공 요청권의 비교 및 시사점, 경찰학연구 제9권 제3호, 제51면 (2009)

독일의 경우, 수사목적을 위하여 필요한 위치정보를 통신사실확인자료에 포함시키지 않고 엄격한 요건 하에 별도의 규정을 두고 있습니다. 즉 위치 정보는 전기통신법 제113a조에서 보관용으로 저장되는 통신데이터의 범주에 포함되지 않고, 형사소송법 제100g조 1항에서 범죄수사를 위한 경우에만 중요한 의미를 가지는 범죄, 특히 제100a조 2항에 기재된 범죄의 혐의가 있는 경우에만 실시간으로 위치정보를 수집할 수 있도록 규정하고 있습니다. 위치정보를 통신사실확인자료에 포함시킬 경우 통신비밀의 보호 내지 개인정보자기결정권을 침해할 소지가 크기 때문입니다.

## 2. 과잉금지원칙의 위반

### (1) 심사기준

이 사건 법률조항들로 인하여 청구인들은 헌법 제17조 사생활의 비밀, 개인정보자기결정권, 제18조 통신의 비밀, 제12조 신체의 자유, 제10조 행복추구권, 일반적 행동의 자유, 인격권 등이 제한되고 있습니다.

헌법재판소는 통신비밀보호법의 통신제한조치기간 조항에 대한 헌법불합치 결정 사건에서 “기본권제한에 관한 사항에 대하여 그 예외의 범위를 확장할 경우에는 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성 형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구된다”고 판시한 바 있습니다(헌법재판소 2010.12.28, 2009헌가30).

이 사건의 경우 청구인들은 불명확한 입법태도로 인하여 ‘장래의 통신사실확인자료’ 제공에 따른 실시간 위치추적을 당한 자들인바, 이 사건 법률규정들이 사생활의 비밀 등의 기본권을 과잉침해하는 것인지 여부를 판단함에 있어서 비례의 원칙 심사가 엄격하게 이루어져야 할 것입니다.

### (2) 과잉금지원칙의 위반 여부

### (가) 입법목적의 정당성

통신비밀보호법 제1조에서는 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 함을 밝히고 있습니다. 이 사건 통신사실확인자료 제공 역시 범죄수사를 목적으로 하는 경우에만 법원의 허가 등 일정한 절차에 따라 허용되는바 그 입법목적 자체는 정당하다고 할 것입니다.

### (나) 수단의 적절성(Geeignetheit)

그러나 이 사건 법률조항은 ‘통신비밀 보호 및 통신의 자유’라는 통신비밀 보호법상의 입법목적은 달성하는 데 적절한 수단이라고 볼 수 없습니다.

이 사건 법률조항에 따른 통신사실확인자료의 제공은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우(통신비밀보호법 제13조 제1항)에 한하여 법원의 허가를 통하여 이루어지고 이후 사후 통지를 하게 되므로, 입법목적인 통신의 비밀과 자유를 보장하기 위한 수단으로서 기능을 하는 것으로 보입니다.

그러나 제공요청 사유의 불명확, 법원 허가요건의 불명확, 제공되는 정보의 범위 및 한계의 불명확으로 인해 수사기관이 이를 남용하여 ‘실시간 위치추적’을 하고 있습니다. 이는 통신비밀 보호 및 통신의 자유를 보호하려는 입법목적에 반하여 사실상 개인의 사생활의 비밀, 개인정보자기결정권, 통신의 비밀, 신체의 자유, 행복추구권, 일반적 행동의 자유, 인격권 등을 제한하는 것입니다.

그러므로 이 사건 법률조항은 입법목적을 이루기 위한 적절한 수단이라고 할 수 없습니다.

#### (다) 침해최소성(Erforderlichkeit)

입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 필요하다고 하더라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 합니다(헌법재판소 1990.09.03, 89헌가95). 그러나 통신비밀보호법 제13조 제1항, 제2항, 제13조의 3은 다음에서 보는 바와 같이 침해최소성의 원칙에 반합니다.

##### 1) 통신비밀보호법 제13조의 제1, 2항의 문제점

##### 가) 자료제공의 요청 및 허가신청의 주체의 문제점

통신비밀보호법에서는 검사가 아닌 사법경찰관도 통신사실확인자료 제공 요청을 직접 법원에 청구할 수 있도록 하고 있습니다. 통신기술의 발달에 따라 통신사실확인자료를 통하여 실시간 위치추적 정보, 나아가 통신내용까지 파악할 수 있는 가능성이 높아지는 점, 위치추적 정보의 이용이 사실상 수색과 같은 기능을 하고 있는 점에 비추어 볼 때 통신사실확인자료 제공요청은 수사의 주체이자 피의자의 권리보호 의무를 부담하는 검사의 청구가 필요합니다.

수사의 긴급함 때문에 예외적으로 사법경찰관에게 통신사실확인자료를 요청할 수 있는 권리를 인정하더라도, 법원의 허가 요건 등에 대하여 보다 명확한 규정이 필요합니다.

참고로 독일의 경우 통신사실확인자료를 수집하기 위하여는 검사가 법원에 직접 영장을 청구할 수 있도록 하고 있습니다(독일 형사소송법 제100g조<sup>2</sup> 2항).

## 나) 대상 범죄의 무제한성

통신사실 확인자료를 요청할 수 있는 대상범죄에 대하여 통신비밀보호법은 아무런 규정을 두지 않고 있기 때문에, 모든 범죄가 그 대상이 됩니다.

중대한 범죄가 아니거나 통신을 수단으로 하지 않는 범죄의 경우까지도 수사기관이 통신사실확인자료를 요청할 가능성을 열어 놓아 통신사실확인자료 제공의 남용을 초래할 가능성이 매우 높습니다. 이는 최소침해성의 원칙에 위반된다고 할 것입니다.

참고로 독일의 경우 통신사실확인자료를 요청할 수 있는 범죄의 종류를 ‘**중요한 의미를 가지는 범죄**’와 ‘**통신을 수단으로 행해지는 범죄**’로 제한하고 있습니다(독일 형사소송법 제100g조 제1항, 제2항).

### 2 독일 형사소송법 제100g조 (통신데이터의 수집)

① 어떤 자가 정범 또는 공범으로써 **1. 개별적인 경우에도 중요한 의미를 가지는 범죄**, 특히 제100a조 2항에 기재된 범죄를 범했거나, 미수가 처벌되는 경우 그 범죄의 실행에 착수했거나 다른 범죄를 통해 그 범죄의 예비를 행한 혐의가 있는 경우, **2. 전기통신을 수단으로 한 범죄를 범한 혐의가 있는 경우에는 사실관계의 조사와 피의자의 거주지의 수사에 필요한 경우에 한하여 당사자가 모르더라도 통신데이터(전기통신법 제96조 제1항 및 제113조a)는 수집될 수 있다. 제1문 2호의 경우에 그 조치는 사실관계의 조사나 피의자의 소재지의 수사가 다른 방법으로는 가망이 없고 데이터의 수집이 사실의 중요성과 적절한 관계에 있는 경우에만 허용된다. 위치정보의 실시간 수집은 제1문 1호의 경우에만 허용된다.**

② 제100a조 제3항과 제100b조 제1항 내지 제4항 1문은 이를 준용한다. 제100b조 제2항 2문 2호와는 달리, 사실관계의 조사나 피의자의 소재지의 수사가 다른 방법으로는 가망이 없거나 본질적으로 어려울 수 있는 경우에 한하여 중요한 의미의 범죄의 경우에는 공간적, 시간적으로 충분히 특정된 전기통신의 표시로 충분하다.

③ 통신데이터가 전기통신서비스 제공자에게서 수집되지 않는 경우에는 통신 종료 후에 일반적인 규정에 따라 특정된다.

④ 제1항의 조치에 대해서는 제100b조 제5항과 상응하게 매년 보고서를 작성하여야 하고, 거기에는 다음의 사항이 기재되어야 한다. **1. 제1항에 의한 조치가 시행된 절차의 수 2. 최초 명령과 연장명령을 구분하여 제1항에 의한 조치 명령의 수, 3. 제1항 1문 1호와 2호를 구분하여 각각 기본이 되는 범죄, 4. 명령의 시점까지 계산된 제1항의 통신데이터가 요청된 달의 수 5. 요청한 데이터가 전부 또는 일부 사용할 수 없어서 성과 없이 끝난 조치의 수**

## 다) 소결

통신비밀보호법 제13조 제1, 2항은 사법경찰관을 통신사실확인자료 요청의 주체로 삼았으며, 통신사실확인 대상 범죄와 그 요청사유를 명확하게 규정하지 않고 있으므로 최소침해의 원칙에 반한다고 할 것입니다.

### 2) 통신비밀보호법 제13조의 3의 문제점

#### 가) 통지 요건의 불합리

통신비밀보호법 제13조의 3에 따르면, 통신사실확인자료를 제공받은 사실의 통지는 ‘공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분을 한 때’에만 이뤄지도록 규정하고 있습니다. 즉 특정 사건에 대하여 수사가 진행되는 동안에는 수사대상자에게 아무런 통보를 하지 않아도 되는데, 이러한 상태가 장기화될 경우 수사대상자는 자신도 모르는 상태에서 장기간 실시간 위치추적 및 감시를 당하는 결과를 초래할 수 있습니다. 수사기간이 길어질수록 사생활 침해의 정도는 더욱 심각해 집니다. 수사를 위해 부득이하게 통신사실확인자료를 제공받을 필요가 있다고 하더라도, 그 기간은 최소한이 되어야 하며 수사가 종료되기 전이라도 필요한 자료를 제공받은 후에는 수사대상자에게 그 사실을 통지하여야 합니다. 수사기관의 필요성 때문에 기간의 제한 없이 수사대상자도 모르게 장기간 통신사실확인자료를 제공받을 수 있도록 하는 위 규정은 최소침해성 원칙에 반합니다.

#### 나) 통지 내용의 불명확성

통신제한조치에 따른 통지의 내용을 ‘통신사실확인자료제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등’으로 규정하고 있을 뿐 ‘제공요청의 사

유'에 대해서는 아무런 규정이 없습니다. 위 규정의 문제점에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같습니다.

### 3) 소결

이처럼 이 사건 규정은 검사가 아닌 사법경찰관도 통신사실확인자료 제공 요청을 직접 법원에 청구할 수 있도록 하고 있다는 점, 대상 범죄의 제한이 없다는 점, 법원의 허가 요건이 명확하지 않다는 점, 사후 통지요건도 명확하지 않다는 점, 기간의 제한이 없어 장기간 실시간 위치추적을 통한 감시를 가능하게 한다는 점에서 최소침해성 원칙에 위반된다고 할 것입니다.

#### (라) 법익균형성(Angemessenheit)

##### 1) 엄격한 심사기준

통신사실확인자료의 제공은 범죄수사를 위하여 예외를 설정하여 주는 것인바, 이처럼 기본권제한에 관한 사항에 대하여 그 예외의 범위를 정할 경우에는 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성 형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구됩니다(헌법재판소 2010.12.28 선고 2009헌가30 결정 참조).

##### 2) 추구하는 공익과 침해되는 기본권의 이익형량

우선 '공익'에 대하여 살펴보면, 물론 범죄수사 방식 중 휴대폰을 통한 위치추적을 제한하여 범죄를 양성화하는 것보다는 범죄수사를 원활하게 하여 사회정의를 구현하는 것이 타당할 것입니다. 그러나 통신비밀보호법의 본래의 입법취지는 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적(통신비밀보호법 제1조)으로 하는 것이므로, 법원의 영장 없이 '실

시간 위치추적'을 허용하는 것은 통신비밀보호법이 추구하는 공익에 부합하지 않습니다.

반면 제한된 기본권 중 대표적으로 '사생활의 비밀' 및 '개인정보자기결정권'의 측면을 살펴보면, 영장 없이 불명확한 기준으로 법원의 허가가 남용되어 '실시간 위치추적'이 허용된다면, 설사 사후 통지를 받는다 하더라도 이미 회복하기 어려운 중대한 침해가 발생합니다. 또한 통신비밀보호법 제13조의 3에서는 통지 시기를 '공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분을 한 때'라고 수사주체의 재량에 일임하고 있는데, '실시간 위치추적'에 대한 기본권 침해에 대한 사후 보완 조치로서도 적합하지 않습니다.

### 3) 소결

나아가 통신사실확인을 통한 실시간 위치파악은 자유의지에 반하여 일정한 행위가 강요된다는 점과 피의자가 본인의 판단에 따라 수용여부가 결정되지 않는다는 점에서 헌법에 규정되어 있는 압수·수색과 실질적으로 동일하다고 할 수 있습니다. 따라서 법원의 영장 내지 영장발부 요건에 준하는 정도로 엄격한 요건을 갖춘 법원의 허가가 존재하지 않는 이상, 이 사건 법률조항들로 인하여 얻게 되는 범죄수사의 효율성이라는 공익은 이로 인하여 침해되는 가치들보다 크다고 할 수 없습니다.

### (마) 소결론

이 사건 법률규정은 제공요청 사유의 불명확, 법원 허가요건의 불명확, 제공되는 정보의 범위 및 한계의 불명확으로 인해 수사기관이 이를 남용하여 '실시간 위치추적'을 하는 결과를 가져오므로, 이는 통신비밀 보호 및 통신의 자유를 보호하려는 입법목적에 반하여 사실상 개인의 사생활의 비밀, 개인정보자기결정권, 통신의 비밀, 신체의 자유, 행복추구권, 일

반적 행동의 자유, 인격권 등을 제한하는 것으로서 적절한 수단이라고 할 수 없습니다.

또한 적용요건이나 범위 및 한계를 지나치게 포괄적으로 규정하여 청구인들의 기본권 제한을 최소화하기 위한 수단을 따르지 아니하였으며, 통신비밀보호법 제13조 제1, 2항은 사법경찰관을 통신사실확인자료 요청의 주체로 삼았으며, 통신사실확인의 대상 범죄와 그 요청사유를 명확하게 규정하지 않아 장기간 실시간위치추적을 통한 감시를 가능하게 한다는 점에서 최소침해의 원칙에 반합니다.

나아가 이 사건 법률규정으로 얻고자 하는 공익과 이로 인하여 침해되는 법익을 비교형량 할 경우 양자 간에 적정한 비례관계가 성립한다고 할 수 없습니다.

결국 이 사건 법률규정은 청구인들의 사생활의 비밀 내지 개인정보 자기결정권 등 기본권을 과도하게 제한하는 규정으로서 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 과잉금지원칙에 위반된다고 할 것입니다.

### 3. 영장주의 위반

#### (1) 압수, 수색의 영장주의

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 함으로써 영장주의를 헌법적 차원에서 보장하고 있고, 이 영장주의는 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지 못한다는 원칙입니다(헌법재판소 1997. 3. 27. 96헌가11 결정).

#### (2) 법원의 허가 취지의 형해화 및 수사기관의 남용

##### (가) 통신사실확인자료 청구 및 기각률

〈통신사실확인자료 청구 및 기각률 통계표〉<sup>3</sup>

	청구	기각	기각률
2006년	60,357	557	0.9%
2007년	66,651	585	0.9%
2008년 8월	47,280	579	1.2%

[자료출처 : 이춘석의원실]

(나) 수사기관 요청 통신사실확인자료 건수

단위 : 건수

	상반기	하반기	합계
2006년	72,022	78,721	150,743
2007년	92,735	90,924	183,659
2008년	102,484	110,261	212,745
2009년	126,371	122,181	248,552
2010년	117,941	120,928	238,869
2011년	124,658		

방송통신위원회 통신자료 제공 현황 (2006 - 2011.상반기)

(다) 수사기관 요청 통신사실확인자료의 문서, 전화번호 건수

구분	2009년		2010년		2011년
	상반기	하반기	상반기	하반기	상반기
문서건수	126,371	122,181	117,941 (-6.7)	120,928 (-1.0)	124,658 (5.7)
전화번호수	304,070	15,778,887	21,598,413 <b>(7003.1)</b>	17,792,807 <b>(12.8)</b>	20,842,056 (-3.5)
문서 1건당 전화번호수	2.41	129.14	183.13	147.14	167.19

방송통신위원회 통신자료 제공 현황 (2009 - 2011.상반기)

(라) 소결

3 박경신, 미국의 통신비밀보호법(ECPA) 및 범죄수사 통신지원법(CALEA)과 우리나라의 통신비밀보호법 및 18대 국회 개정안의 비교검토, 안암법학 제29호, 제143면 재인용

통신비밀보호법의 핵심은 영장주의이며, 통신제한조치의 허가 요건(“범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여”)은 엄격하게 규정되어 있습니다. 반면 통신사실확인자료의 허가요건은 통신비밀보호법 제13조상 아무런 제한을 두고 있지 않습니다.

결국 (가)항의 표에서 살펴본 바와 같이 청구기각율이 낮은 것은 ① 허가요건이 영장보다 완화되어 있고, ② 허가요건의 내용 역시 불명확하며, ③ 나아가 그 허가의 부당성을 다툴 수 있는 절차가 없기 때문입니다.

앞서 제시한 관련 통계를 살펴보면, 통신사실확인자료 제공의 건수는 (나)항의 표와 같이 2006년부터 2011. 상반기까지 전반적인 증가추세를 보이고 있으며, 전화번호 수는 (다)항의 표에서와 같이 2009년에서 2010년 사이에 급격하게 증가한 후 큰 증감 없이 유지되고 있는 상태임을 알 수 있습니다. 결국 이러한 통신사실확인자료 제공의 급격한 증가의 원인은 수사기관으로 하여금 영장 없이도 실시간 위치추적을 허용하는 여지를 둔 통신비밀보호법의 불명확한 입법태도 때문입니다.

### (3) 실시간 위치추적과 압수·수색의 실질적 동일성

헌법재판소는 지문채취의 경우 궁극적으로 당사자의 자발적 협조가 필수적임을 전제로 하는 경우라고 판단하여 강제수사로 보지 않았으나, 통신사실확인을 통한 실시간 위치추적은 당사자의 의사와는 관계없이 법원의 허가만으로 전기통신사업자로부터 제공받는 방식인 점에서 지문채취와는 본질적으로 다릅니다(헌법재판소 2004.09.23, 2002헌가17 결정 참조).

통신사실확인을 통한 실시간 위치파악은 ① 자유의지에 반하여 일정한 행위가 강요된다는 점과 ② 피의자가 본인의 판단에 따라 수용여부가 결정되지 않는다는 점에서 헌법에 규정되어 있는 압수·수색과 실질적으로 동일하다고 할 수 있습니다.

그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 법원의 영장없이 허가만으로 통신사실확인을 허가하고 있는바, 이는 헌법 제12조 제1항, 제3항의 영장주의 원칙에 위반됩니다.

#### (4) 미국의 연방대법원의 태도

##### (가) U.S. v. Karo (468 U.S. 705)

미국 연방대법원은 U.S. 대 Karo<sup>4</sup> (이하 ‘Karo판결’이라 합니다)에서 사람이나 사람의 휴대품에 위치추적기를 달 경우 옥안으로 볼 수 없는 옥내에서의 위치까지 공개가 되기 때문에 영장이 필요하다고 판시하였습니다.

Karo판결을 따르자면 휴대폰은 개인소지품으로서 옥내로 들어갈 수 있어 옥내에서의 위치추적에 이용될 수 있으므로 완화된 요건(proof of specific and articulable facts showing relevance)이 아니라 **일반적인 영장요건(probable cause)이 적용되어야 합니다**<sup>5</sup>. Karo판결 이후 후속 판례<sup>6</sup>들은 휴대폰과 복수의 기지국 사이의 sleep mode(대기모드) 통신기록은 이와 같은 위치추적정보

4 468 U.S. 705 (1984)

5 박경신, 전제논문, 제132면

6 In re Application of U.S. for Order, D.Puerto Rico 2007, 497 F.Supp.2d 301.; In re Application for Pen Register and Trap/Trace Device with Cell Site Location Authority, S.D.Tex.2005, 396 F.Supp.2d 747; In re Authorizing the Use of a Pen Register, E.D.N.Y.2005, 384 F.Supp.2d 562, on reconsideration 396 F.Supp.2d 294.; In re Application of the U.S. for an Order (1) Authorizing the Use of a Pen Register and a Trap and Trace Device, E.D.N.Y.2005, 396 F.Supp.2d 294.; In re Application of U.S. for an Order Authorizing Installation and Use of a Pen Register and a Caller Identification System on Telephone Numbers (Sealed), D.Md.2005, 402 F.Supp.2d 597.

라고 일관되게 판시하면서, 일반적인 통신사실확인자료에 적용되는 일반적  
인 영장요건이 적용되어야 한다고 판시하고 있습니다.<sup>7</sup>

#### (나) U.S. v. Jones (decided January 23, 2012)

미국 연방대법원은 2012. 1. 23. 피의자의 배우자 차량에 GPS위치추적장치를 부착하고 발부된 영장의 범위가 벗어난 시기, 지역에서 차량 이동을 실시간으로 감시하여 피의자를 검거한 사건에서, 이와 같은 실시간 위치추적을 “수색(search)”이라고 판단하였고, 해당 시점과 지역에 대한 수색을 허용하는 일반영장(probable-cause warrant)이 없는 이상 이 같은 위치추적 수사는 위법하다는 취지의 판결을 선고한 바 있습니다.

#### 4. 평등의 원칙 위반

통신사실확인인 ① 자유의지에 반하여 일정한 행위가 강요된다는 점과 ② 피의자가 본인의 판단에 따라 수용여부가 결정되지 않는다는 점에서 헌법에 규정되어 있는 압수·수색과 실질적으로 동일한 기능을 합니다.

그럼에도 불구하고 통신사실확인인 요건을 체포 등과 달리 법원의 영장이 아니라 허가로 규정한 이 사건 법률조항은 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 취급하라는 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위반됩니다.

#### 5. 소결

이상 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항들은 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 영장주의, 평등의 원칙에 반하는 위헌적 규정입니다.

---

<sup>7</sup> 박경신, 전제논문, 제134면

### 3. 청구기간의 준수 여부 등

이 사건 법률조항은 그 자체로 청구인들의 기본권을 직접적으로 침해하고 있는 것으로, 헌법소원의 요건인 현재성, 직접성, 자기관련성이 인정됩니다.

헌법재판소법에 따르면 법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 원칙적으로 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이므로 그것이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 시행된 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하지만, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 합니다.

여기서 "**사유가 발생한 날**"이란 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말합니다(헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 91헌마216 결정, 1995. 4. 20. 선고, 92헌마157 결정 등 참조).

청구인 정진우는 2011. 12. 15.경 수사기록을 열람하면서, 청구인 송경동은 2011. 12. 22. 부산영도경찰서로부터 통신사실확인자료제공요청 집행사실 통지를 받고서 비로소 자신들의 위치정보를 추적 당한 사실을 알게 되었고, 그로부터 90일 이내에 이 사건 헌법소원심판을 청구하게 되었습니다.

### 4. 결론

그렇다면 “통신비밀보호법(2009. 11. 2. 법률 제9819호) 제2조 11호 바목, 제13조 제1항, 제2항, 제13조의 3은 헌법에 위반되어 위헌이므로 청구취지와 같은 결정을 하여 주시기 바랍니다.

## 입 증 방 법

1. 통신사실확인자료 제공업무 처리지침(2005. 11., 정보통신부)
2. 수사보고(송경동에 대한 통신사실확인자료 제공요청 집행결과 보고)
3. 수사보고(피의자 송경동이 사용하는 휴대전화 추가 발견)
4. 통신사실확인자료 제공요청 허가서
5. 수사보고(피의자 송경동이 사용하는 000 명의의 휴대전화에 대한 통신 집행결과 보고)
6. 수사보고(피의자 정진우에 대한 구속영장 반환 관련)
7. 국정감사 질의자료(국회의원 변재일 의원실)
8. 보도자료(국회의원 서갑원 의원실)
9. 통신비밀보호법 중 개정법률안에 대한 의견제시의 건 검토보고서(2001. 2.)
10. 관련 언론기사
11. 통신사실확인자료제공요청 집행사실통지서(2011. 12. 22.)

## 첨 부 서 류

- |    |                  |      |
|----|------------------|------|
| 1. | 각 입증서류           | 각 1부 |
| 2. | 소송위임장 및 담당변호사지정서 | 각 1부 |

2012. 2. 29.

청구인들의 소송대리인

법무법인(유) 원

담당변호사 이 유 정

헌법재판소

귀중