**<2012 헌마 191 판결>**

자유전공학부 경영학과 김서현

**I. 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 한정했다.

\*통신비밀보호법 제2조 제11호 바목, 사목(이하 위 두 조문을 합하여 ‘이 사건 요청조항’이라 하고, 위 두 조문에서 규정한 통신사실 확인자료를 ‘위치정보 추적자료’라 한다)

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

**II. 다수의견 및 반대의견**

1. 다수의견

\*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

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.

(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.

**🡪 결론: 헌법불합치**

**2. 반대의견**

다음과 같은 이유로 이 사건 요청조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 침해한다고 볼 수 없다고 주장했다.

(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

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

(나) 침해의 최소성

침해의 최소성은 입법목적을 달성하기 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.

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 통신기기와 통신기지국 사이의 교신사실을 확인하는 것에 불과하고, 또한 현실적으로 기지국만으로는 구체적인 위치가 특정되지 않고 최소 수백 미터 내지 최대 수천 미터의 반경이 확인되는 정도에 불과하여 그 정확한 위치를 파악하기 어려우므로 그 기본권 제한의 정도가 통신제한조치에 비하여 상대적으로 약하다.

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.

따라서 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 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.

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

**III. 본인의견**

검찰이 수사의 필요성만 존재하고, 보충성은 존재하지 않는 경우에도 통신사실 확인자료의 제공의 요청을 남발하는 경향이 있다는 것은 사실이다. 그러나 수사의 보충성과 관련해서 명확한 범위를 정하지 않은 현 상황에서 무조건적으로 수사의 보충성이 존재하는 경우를 판단한 후에 위와 같은 자료의 제공을 요청하도록 규정한다면 검찰이 수사에 난항을 겪을 수 밖에 없을 것이다. 특히 통상적으로 검찰이 피의자의 신속한 검거를 위해서 위치추적 자료를 요구한다는 점에서 봤을 때, 이와 같은 입법개선은 타당하다고 볼 수 없을 것이다. 이러한 입법개선보다는 통신사실 확인자료 제공요청 허가신청에 대한 법원의 심리과정을 더욱 엄격하게 정하여, 이에 대한 법원의 통제가 적절히 이루어지도록 하는 것이 더 현실에 부합하는 개선방안일 것이다. 이외에도 “비내용적 정보”에 대한 개인의 기본권 침해와 관련해서 실무상의 논의가 꾸준히 지속될 필요가 있다고 본다.