

헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 전원재판부 결정

[통신제한조치 허가 위헌확인 등]

2019100011 경영학과 이상대

의견 정리에 앞서 사건에 대한 간단한 설명을 하자면, 이 사건은 국가보안법위반 범죄수사를 위하여 인터넷회선 ‘패킷감청’을 받은 청구인이, 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 헌법소원심판을 청구한 사건이다.

재판부는 3가지의 심판대상 중 법률조항에 대하여, 청구인이 법률조항의 위헌 여부를 구한 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 것이라고 판단하였다. 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 한정하였다.

【심판대상】

- ① 전기통신의 감청을 허가한 수원지방법원 안산지원의 통신제한조치 허가를 포함하여 이 사건 인터넷회선에 대한 총 6회의 법원의 통신제한조치 허가 (이하 ‘이 사건 법원의 허가’)
- ② 이 사건 법원의 허가를 얻어, 피청구인 국가정보원장이 총 6차례에 걸쳐, 이 사건 인터넷회선을 통하여 송·수신하는 전기통신을 감청한 행위 (이하 ‘이 사건 감청집행’)
- ③ 그 법적 근거가 되는 통신비밀보호법 조항으로 인한 기본권 침해 여부

【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.

재판부는 이 사건 법원의 허가과 감청집행에 대한 심판청구의 적법 여부에 대해 먼저 판단하고, 이 사건 법률 조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 기본권을 침해했는지의 여부에 대해 판단하였다. 재판부는 이 사건 법원의 허가과 감청집행에 대한 심판청구는 모두 부적법하고, 이 사건 법률 조항에 대해서는 과잉금지원칙의 위반을 인정하여 헌법불합치 결정을 하였다.

【다수 의견】

인터넷 회선 감청은, 인터넷 회선을 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.

(1) 목적의 정당성과 수단의 적합성

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.**

(2) 침해의 최소성

사생활의 비밀과 자유를 위해 수사기관의 권한 남용을 방지하고 관련 **기본권 제한이 최소화될 수 있도록 입법적 조치가 제대로 마련되어 있어야 한다.**

법은 다른 증거 수집이 어려울 때 통신제한조치를 보충적 수사 방법으로서 허가하고 있고, 대상자의 요건을 한정하여 이 대상자가 사용하는 **특정 인터넷회선에 한하여 필요한 범위 내에서만 감청이 이루어지도록 제한**이 되어 있다(법 제5조, 제6조).

그러나 '패킷감청'의 방식으로 이루어지는 인터넷회선 감청은 수사기관이 **실제 감청 집행을 하는 단계**에서는 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 **불특정 다수인**의 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.

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 장치**가 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 규정**을 두고 있지 않아 더욱 **객관적이고 사후적인 통제**가 어렵고, 수사기관에 의해 **남용될 가능성**도 배제하기 어렵다.

수사기관이 감청 집행으로 취득한 자료에 대한 처리 등을 객관적으로 통제할 수 있는 절차를 마련하고 있는 해의 **입법례**가 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.**

(3) 법익의 균형성

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.

(4) 헌법불합치 결정

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.

【반대 의견 1】

(1) 침해의 최소성

범죄수사를 위한 통신제한조치는 통신 내용에 대한 직접적인 제한이므로, 법은 이를 엄격한 조건하에 이루어지도록 규정하고 수사기관이 사용하는 감청설비 등에 대해서도 엄격한 규율 아래 두고 있다. 또한, 통신제한조치는 대상범죄가 중대한 범죄로 한정되어 있고, 다른 방법으로는 이들 범죄의 실행 저지나 범인 체포 또는 증거 수집이 어려운 경우에 한하여 허가될 수 있으며, 통신제한조치의 기간도 제한되어 있다. 더욱이 감청 내용을 외부에 공개하는 것은 일체 금지되고, 자료의 사용제한 규정과 파기 규정도 존재한다. 따라서 침해의 최소성을 충족하지 못한다고 볼 수 없다.

(2) 법익의 균형성

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 법률조항은 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.

【반대 의견 2】

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. 또한 이 사건 법률조항은 통신제한조치의 허가 요건 중 단지 '허가 대상'이 무엇인지에 관하여 규정하고 있을 뿐이므로, 청구인이 주장하는 기본권 침해는 법원의 통신제한조치 허가와의 관련에 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 감청 집행에 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.

【반대 의견 1의 보충 의견】

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 등으로서는 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.

【나의 의견】

1. 반대 의견 1의 법익의 균형성 판단에 대한 의문

반대 의견 1은 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 없다고 판단하였다. 그런데 이 논리에 따라 반대로 생각해보면 제한되는 사익이 공익에 비해 작다고 단정할 수도 없다. 법익의 균형성을 지켰는지 판단하기 위해서는 제한되는 불특정 다수의 사익이 달성되는 공익에 비해 작은 이유를 특별히 제공했어야 더욱 합리적인 판단이 되었을 것이다.

2. 반대 의견 2의 법률 조항 및 감청집행행위에 대한 청구의 적법성 판단

반대 의견 2는 기본권 침해 여부의 본질적 내용에 있어서 판단하기 보다는, 법률 조항과 감청집행행위에 대한 청구의 적법성을 판단하였다고 볼 수 있다. 반대 의견 2는 법률 조항이 아닌 감청집행행위가 청구인의 기본권과 직접적으로 문제되는 쟁점이기 때문에 전자는 각하하였고, 후자는 본안판단의 대상으로 여긴 후 반대의견 1과 같은 논리로 기각하였다.

패킷 감청이 불특정 다수에 대한 사생활 정보의 수집으로 이어지는 것은 법률 조항 뿐만 아니라 실제 감청 집행행위 때문이기도 하다. 법률 조항이 구체적인 관리 감독 장치를 마련하지 않은 문제도 있지만, 인터넷 통신제한조치를 패킷 감청으로 취하라고 지시하지는 않았다. 실제 집행주체가 통신제한조치 방법으로 패킷 감청을 택한 것에서 문제가 발생한 것이다. 따라서 나는 법률 조항과 감청집행행위가 청구인의 기본권 침해에 있어 모두 직접적으로 관련되는 것이라고 생각하였기 때문에 둘 다 청구의 적법성이 존재한다고 생각하였다.

3. 현행 제도에 대한 생각

현재 통신비밀보호법은 위 현재의 결정에 따라 제12조의2(범죄수사를 위하여 인터넷 회선에 대한 통신제한조치로 취득한 자료의 관리)를 신설하였다. 이는 수사기관이 인터넷 회선을 통하여 송신·수신하는 전기통신에 대한 통신제한조치로 취득한 자료에 대해서는, 집행 종료 후 범죄수사나 소추 등에 사용하거나 사용을 위하여 보관하고자 하는 때에는 보관 등이 필요한 전기통신을 선별하여 법원으로부터 보관 등의 승인을 받도록 하고, 승인 청구를 하지 아니한 전기통신 등의 폐기 절차를 마련하도록 한 조항이다. 재판부의 판단 중 9조의 개정을 지적하였는데, 9조는 집행의 형식적 절차에 대해서만 규정한 조항이므로 집행 중 취득한 자료의 관리를 규정하는 조항을 신설한 것은 현재가 지적한 문제점을 잘 보완하여 개정하였다고 생각한다.