

수사기관의 통신자료 제공요청과 영장주의 적용

유 주 성*

국 | 문 | 요 | 약

우리 헌법은 개인 사생활의 비밀과 자유의 보장(제17조)을 규정하여 개인정보보호에 대한 근거를 마련해놓고 있다. 하지만 사생활의 비밀과 자유에 관한 권리는 제한이 불가능한 ‘절대적 권리’는 아니어서 헌법 제37조 제2항에 따라, 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로서 제한될 수 있다. 이에 따라, 전기통신사업법 제83조 제3항(구 전기통신사업법 제54조 제3항)에서는 수사기관이 수사목적의 정보수집을 위해, 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, ID, 이용자의 가입일 또는 해지일 등 통신자료 제공을 요청할 때, 전기통신사업자가 이를 적극 지원할 수 있도록 규정하고 있다. 하지만 최근에 수사기관이 통신자료요청을 지나치게 남발하고, 전기통신사업자들은 기계적으로 자료를 제공하고 있다는 비판이 제기되면서, 통신자료 제공절차에 영장주의를 적용하려는 움직임이 커져가고 있다. 국회에서는 수사기관의 통신자료 요청 남용에 따른 국민의 기본권 침해를 우려하여 영장제도 도입을 골자로 한 전기통신사업법이 개정발의 되었는가 하는 한편, 전기통신사업자의 수사기관에 대한 통신자료제공에 대한 법원의 손해배상판결 이 후, 전기통신사업자들은 통신자료제공을 중단하고, 수사기관에 영장을 요구하고 있는 상황이다. 헌법에서 규정하고 있는 영장주의는 수사절차상 국민의 기본권 침해적 강제처분에 대한 사법적 통제로 중요한 인권보장 장치임에 틀림없다. 하지만 인신구속 등 법익이 중대한 강제처분에 비해, 상대적으로 법익침해가 극히 경미하다고 할 수 있는 통신자료 제공절차에 까지 동일한 수준의 통제절차를 두는 것이 과연 국민의 인권보호를 위해 합리적이고 필요한 것인가라는 의문이 든다. 본 논문에서는 수사절차에 대한 통제방식에 있어 영장주의 적용에 대한 지나친 의존을 경계하면서, 헌법상 보장된 기본권의 실효성과 수사의 효율성을 함께 조화시켜 나갈 수 있는 대체적 통제 방안에 관해 검토해 보았다.

❖ 주제어 : 수사, 통신자료, 영장주의, 전기통신사업법, 개인정보보호, 개인정보의 자기결정권

* 법학박사(프랑스 파리10대학교), 경찰교육원 교수, 원광대학교 법학전문대학원 강사

I. 들어가며

현대 정보화 사회에서는 금융기관, 통신사, 인터넷사업자 등 다양한 형태의 제3자가 개인의 정보를 보유하고 있다. 국가기관은 ‘공익적 목적’을 위해 제3자가 보유한 개인정보를 필요로 하는 경우가 많다. 그리고 국가기관의 자료제출 요구방식은 국가기관의 성격, 그 요구목적, 그 집행방법, 불응 시 그에 수반하는 국가기관의 대응수단에 따라 다양한 모습으로 나뉠 수 있다.¹⁾ 국가기관 중 경찰, 검찰 등 수사기관은 증거수집 등 ‘실체적 진실발견’이라는 형사 사법적 목적을 이루기 위해 제3자 보유 개인정보를 필요로 하고, 특히, 통신수사의 목적으로 전기통신사업자 등 제3자가 보유한 개인정보제출을 요구하게 되는 경우가 빈번하다. 수사기관이 통신수사 목적으로 전기통신사업자가 보유한 개인정보를 요구하는 방식은 크게 두 가지 정도로 나뉘는데, 첫째, 검사의 신청(청구)에 의해 법원의 ‘영장’이나 ‘허가장’ 등을 받아, 이를 제시하고 필요한 정보제출을 강제하는 방식이 있다. 통신비밀보호법(이하 통비법)에 따라 수사기관의 통신사 등에 대한 ‘통신사실확인자료’ 요청절차가 바로 이에 해당한다.²⁾ 수사기관이 통신사, 인터넷업자 등에게 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신번호 등 통신사실확인자료를 요청할 때 헌법상 원칙인 영장주의를 적용하여 영장제도³⁾와 유사한 허가장제도를 운영하고 있는 것이다.

반면 이와 대척점에는, 수사기관이 임의적인 방식으로 요구하면 별다른 형식을 취하지 않고 통신사 등에 가입한 개인의 정보를 수사기관에 넘겨주는 경우가 있는데, 임의적인 방식인 만큼 당사자가 거부할 경우 이를 강제할 수단은 없다.⁴⁾ 전기

1) 설민수, 인터넷서비스제공자를 통해서 본 제3자 보유정보에 대한 영장주의의 실효성, 법조 (Vol.635), 2009, 145-146면

2) 통신비밀보호에 관한 법률 제13조는 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신번호 등 외 대통령령으로 정하는 전기통신사실에 관한 자료에 대해 경찰 등 수사기관은 검사의 청구에 따라 법원의 허가장을 받아서 통신사업체에 요청하는 것으로 규정하고 있다.

3) 영장주의는 영장제도와 구별해야 할 것이다. 영장주의는 강제처분의 절차적 통제에 관한 당위론이나 원칙·신념 따위를 의미하는데 비해서, 영장제도는 영장주의가 실정법상의 제도로서 구현된 것이다. 그러므로 영장주의가 영장제도를 설계·운용하는 기준이 되는 것이다. 이와 관련, 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 제2호(통권 제82호, 2010, 여름호) 참조.

4) 가장 대표적인 예로, 형사소송법 제199조에 제2항에 규정된 사실조회를 생각해볼 수 있다. 사실조회

통신사업법(이하 전통법) 제83조 3항(舊 전통법 제54조 3항)에 따라, 검사 또는 경찰 등 수사기관의 장이 수사목적으로 정보수집을 위해 이용자의 이름, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디, 접속주소(IP)이 포함된 통신자료 제출을 전기통신사업자에게 요구하면 제공하는 형태가 바로 이에 해당된다.⁵⁾ 하지만 그간 임의적인 방식으로 운영되던 수사기관의 통신자료 요청절차에 대해, 개인의 사생활 침해 보호를 위해 영장주의를 적용하여야 한다는 주장이 참여연대 등 일부 시민단체를 중심으로 지속적으로 제기되어 오다,⁶⁾ 급기야 최근 국회에서는 통신자료에 대한 영장주의 적용을 위한 전기통신사업법 개정 움직임까지 보이고 있다.⁷⁾ 그리고 지난 2012년 10월 서울고법에서는 통신사가 통신자료를 수사기관의 요청에 따라 제공하는 것에 대해 ‘개인정보의 자기결정권 침해’, ‘개인정보보호의무 위반’ 등을 이유로 50만원의 손해배상결정을 하였다.⁸⁾ 위 판결 이후, 네이버, 다음, 네이트 및 카카오톡 외 한국 게임 산업협회 소속 90여개 회원 업체들은 손해배상 위험을 감안, 임의적 통신자료제공을 중단하고 ‘일반압수수색영장’을 요구하여, 경찰 등 수사기관은 수사에 차질을 빚고 있다.

헌법이 규정하고 있는 영장주의는 수사절차상 국민의 기본권 침해적 강제처분에

란 수사기관이 수사에 관하여 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구하는 것을 말하는 데 공무소 등에 대한 사실조회로 전과조회, 신원조회가 있다. 사실조회에 성격에 대해, 학자들 사이에 수사기관의 요청이 있으면 보고를 요구당한 공무소 등은 일종의 보고의무가 있으므로, 이것도 일종의 강제처분이라고 보는 견해도 있으나(김기두, 형사소송법, 박영사, 1985, 212면) 법률상 보고의무 이행에 대한 강제수단이 없고, 수사기관의 사실조회 등의 요구는 영장발부에 의하지 않고서도 조회요청을 하고 있기 때문에 임의수사라는 견해가 다수이다(신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 176면; 이재상, 형사소송법, 박영사, 2012, 229면; 임동규, 형사소송법, 법문사, 2008, 175면; 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2012, 243면)

5) 수사목적의 ‘사실조회’, ‘통신자료제공요청’에서는 국가기관의 자료제출요구권과 상대방에 대한 협력의무를 규정하면서도, 협력의무 위반에 대하여 어떤 제재를 가하지는 않는 반면, 수사목적 자료제출요구에 불응하거나 허위의 자료를 제출할 때에는 제재로서, 형사처벌, 특히 신체의 구금을 수반하는 징역·금고형을 부과하는 경우도 있는데, 대표적으로 선거관리위원회는 선거관련 범죄에 대한 조사를 위하여 제3자 등에 대하여 자료제출요구권을 행사할 수 있는데 이에 응하지 아니하거나 허위의 자료를 제출할 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 해당하는 처벌을 할 수 있다.(공직선거법 제256조 제4항 제12호, 제272조의 2, 제3항)

6) <http://www.peoplepower21.org/PublicLaw/600968> (참여연대 홈페이지)

7) 강창일 의원 등 13인, 「전기통신사업법 일부개정 법률안」, 2010.9.7.발의

8) 서울고법 2012.10.28. 선고2011나19012

대한 사법적 통제로서, 중요한 인권보장 장치임에 틀림없다. 하지만 인신구속 등 법익이 중대한 강제처분에 비해, 상대적으로 법익침해가 ‘극히’ 경미하다고 할 수 있는 통신자료 제공절차에 까지 동일한 수준의 사법통제 절차를 도입하는 것이 과연 국민의 인권보호와 안전보장을 위해 최선의 합리적인 선택인지는 의문이 든다. 영장주의 도입에 따른 수사의 효율성 저하 및 사법통제의 실효성 미비 등 여러 문제점들이 예상됨에도 불구하고, 우리 사회에서 일반화되어 있는 영장주의에 대한 ‘미신적 당위성’, 다시 말해, 영장주의 적용은 어떠한 상황에서도 인권적 · 헌법적 요청에 부합한다는 관념으로 인해, 반론을 제기하기란 어려운 측면이 없지 않다. 하지만 본 논문에서는 수사절차에 대한 통제방식에 있어 영장주의 적용에 대한 지나친 의존을 경계하면서, 헌법상 보장된 개인의 권리에 대한 실효적 보호와 수사 효율성 보장을 함께 조화시킬 수 있는 제도적 방안을 고민해 보고자 한다. 이를 위해 경찰 등 수사기관의 통신자료제공 요청절차와 관련하여 헌법재판소, 법원의 판례를 중심으로 법리적 검토를 하고, 영장주의 적용확대에 따라 수사 · 사법실무상 예상되는 문제점들을 고려하여, 법리적 · 실무적 관점에서 합리적이고 적절한 수준의 ‘대체적 통제 방안’을 제언해 보고자 한다.

II. 舊 전기통신사업법 제54조 제3항의 위헌성 검토

‘천안함’ 관련 MBC 등 방송사에 게시된 게시물에 대해 허위사실 유포를 수사하던 경기지방청 사이버 수사대에서는 2010년 5월 경 해당 방송사로부터 작성자의 신원정보(통신자료)를 인터넷사업자에게 요청하여 이를 제공받아 피의자를 특정한 사례가 있었다. 위 사건과 관련, 피의자는 경기지방경찰청장이 MBC 등 방송사에 청구인의 통신자료 제공을 요청하여 취득한 행위와 舊 전기통신사업법(2010.1.1. 법률 제9919호로 개정된 것) 제54조 3항은 사생활의 자유, 영장주의 등을 명시한 헌법에 위반된다고 주장하며 헌법소원을 제기하였다.

1. 헌법재판소 결정 검토⁹⁾

헌법재판소법 제68조 1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자”가 헌법소원을 제기할 수 있다고 규정하고 있는 바, 헌법재판소는 해당 헌법소원청구의 적법성 여부를 결정하기 위해, 수사기관의 임의적 방식의 통신자료제공 요청행위가 과연 공권력¹⁰⁾ 행사에 해당하는지 여부와 해당 법률 또는 법률조항이 직접 청구인의 기본권을 침해한 것인지 여부 등을 살펴보았다.

헌법재판소 심판과정에서 우선 수사기관의 통신자료 취득행위가 임의적인 행위인지, 아님 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 권력적 강제행위로서 공권력의 행사에 해당하는지 여부가 쟁점이었다. 소 청구인은 비록 舊 전기통신사업법 제54조 제3항이 임의규정 형식으로 규정되어 있다하더라도, 사실상 사업자들이 제공요청을 거부할 수 없는 구조로 되어 있고, 가입자에게도 통신사 이용을 위해서는 가입시 강제적으로 통신자료제공절차에 동의할 수밖에 없는 구조로 되어 있다는 점 등을 근거로¹¹⁾, 경기지방경찰청 사이버 수사대의 통신자료 취득행위는 “임의적 행위다라기보다는 사실상의 권력적 (강제)행위에 해당 된다”고 주장하였다. 반면, 헌법재

9) 현재 2012.8.23. 2010헌마439

10) 현재2012.2.23. 2008헌마5000 : 공권력이란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용을 말하고, 그 행사 또는 불행사로 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시키는 것이어야 한다.

11) 헌법소원심판청구서에 나타난 청구인의 주장에 따르면, “통신사의 입장에서는 수사기관의 협조요구에 거절할 경우 사실상 불이익을 입을 것을 우려할 수 있고, 또 거절하더라도 수사기관이 압수수색영장을 발부받아 정식으로 통신자료를 제공해 달라고 요청할 경우에는 사업자의 사업 수행에도 지장을 받게 된다. 그리고 전기통신 이용자의 입장에서도 전기통신을 이용하기 위해서는 거의 대부분 회원가입이 필요하고, 회원가입시 신원정보의 입력을 요구받으며 전기통신사업자는 이용자에 대하여 아무런 통지나 동의절차 없이 통신자료제공을 이행하게 되므로 위와 같은 통신자료제공의 위험은 이용자가 선택하는 것이 아니라 강제되는 것으로 볼 수 있다. 결국 전기통신사업법 제54조 제3항이 임의규정형식으로 규정되어 있다고 하더라도 당해 행정주체와 상대방인 사업자, 이용자와의 관계는 결코 평등하다고 볼 수 없다. 그리고 사업자를 통하여 이용자의 개인정보가 공개되도록 사실상 강제하는 것이나 다름없다. 이것은 2008년 2009년 통신자료제공현황에서 그 자료제공요청에 대해 거부횟수가 단 1회도 없는 것을 보면 알 수 있다. 그러므로 위 경기지방경찰청 사이버수사대의 통신자료 제공요청 및 수령 행위는 권력적 사실행위에 해당, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.”

판소는 “통신자료 취득행위의 근거가 된 이 사건 법률조항은 전기통신사업자에게 이용자에 관한 통신자료를 수사기관의 장의 요청에 응하여 합법적으로 제공할 수 있는 권한을 부여하고 있을 뿐이지 어떠한 의무도 부과하고 있지 않으므로, 전기통신사업자는 수사관서의 장의 요청이 있더라도 이에 응하지 아니할 수 있고, 이 경우 아무런 제재도 받지 아니한다. 그러므로 이 사건 통신자료 취득행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하는 것이어서 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법 소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다고 할 것이므로 이에 대한 심판청구는 부적합하다”고 판시하였다.

다음으로, 헌법소원의 대상 적격성을 다루기 위해 舊 전통법 제54조 제3항이 직접적으로 개인의 기본권을 침해하는지 여부도 다루어 졌다. 청구인은 舊 전통법 제54조 제3항으로 인해, 자신의 신상정보가 수사기관에 제공되어, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀 등을 침해 받았다고 하여 해당 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 된다고 주장하였다. 하지만 헌법재판소는 해당 법률조항이 직접적으로 개인의 기본권침해를 가져오는 것은 아니라고 하며 다음과 같이 판시한다 : “기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로(...) 이 사건 법률조항은 수사관서의 장이 이용자에 관한 통신자료의 제공을 요청하면 전기통신사업자는 이에 응할 수 있다는 내용으로, 수사관서의 장이 이용자에 관한 통신자료제공을 요청하더라도 이에 응할 것인지 여부는 전기통신사업자의 재량에 맡겨져 있다. 따라서 수사관서의 장의 통신자료제공 요청과 이에 따른 전기통신사업자의 통신자료 제공행위가 있어야 비로소 통신자료와 관련된 이용자의 기본권제한 문제가 발생할 수 있는 것이지, 이 사건 법률조항만으로 이용자의 기본권이 직접 침해된다고 할 수 없다”¹²⁾고 판시하며 해당 심판청구를 각하 하였다.

위 헌법재판소의 결정을 요약해보면, 舊 전통법 제54조 3항은 수사기관이 통신자료요청에 대해 전기통신사업자가 임의적으로 판단하는 권한을 부여한 것으로서, 언제든지 전기통신사업자가 통신자료제출요구를 ‘거절’ 할 수 있기 때문에, 권력적 강제행위라고 볼 수는 없고, 또한, 만에 하나 거절한 경우, 개인에 대한 직접적인

12) 헌재1994.5.6. 89헌마35

기본권 침해는 발생될 염려가 없다는 이유로 위 법률조항에 대한 헌법소원 청구 적격성을 부정하는 판결을 하였다. 하지만 위 판결을 비판적 시각에서 바라보면, 헌법소원의 대상이 되는 권력적 강제행위의 정의에 대해 “일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실 행위에 해당하는 지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도 그 사실의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적인 사항을 종합적으로 판단하여야 한다”¹³⁾고 판시한 대법원의 입장보다도 한걸음 더 뒤로 물러서, 법조문에만 국한하여 형식적으로만 판단한 것은 아닌가 하는 생각이 든다. 이와 같은 관점에서 헌법재판소 재판관 김종대, 송두환, 이정미는 (소수)반대 의견은 경청할 만하다: “통신자료 취득행위는 통신자료의 주체인 청구인에 대한 기본권 제한이 그 본질인바, 청구인(피의자)을 기준으로 공권력 행사성 여부를 결정하여야 한다(...) 피청구인(수사기관)은 공권력인 수사권의 행사주체이고 이 사건 통신자료 취득행위는 청구인의 의사에 상관없이 진행되며 청구인의 통신자료를 보관하고 있는 전기통신사업자가 그 피청구인의 요청을 거절할 가능성은 사실상 희박하고 청구인이 통신자료의 제공을 저지하기 위해 그 과정에 개입할 수도 없는바, 이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인이 우월적 지위에서 일방적으로 청구인의 통신자료에 대하여 대물적으로 행하는 수사행위로서 권력적 사실행위에 해당한다.”

2. 보충적 검토

위 헌법재판소의 결정은 헌법소원 대상 적격성 여부에 관한 형식적 판단에 그침으로써, 舊 전통법 제54조 제3항의 내용과 관련하여 다음과 같은 몇 가지 질문을 남긴다. 첫째, 전기통신사업자가 보유한 가입자 개인의 통신자료에 대한 처분결정권이 있는 정보주체는 누구인가? (통신자료에 관한 개인의 자기결정권 여부) 둘째, 만약 통신사 등이 정보제공을 거절하여 수사기관이 법원의 영장을 받아 통신자료 제출을 요구한다면, 이에 대한 헌법상, 법률상의 근거는 무엇인가? (통신자료제공 강제를 위한 영장주의 적용 근거).

13) 대법 2011.9.2. 2008다42430

가. 통신자료에 관한 개인의 자기결정권 여부

헌법상 개인정보의 보호근거는 통상 사생활의 비밀과 자유의 보장(제17조)에 있는 것으로 여겨진다. 전통적인 의미의 프라이버시(privacy)는 타인의 간섭을 받지 않고 혼자 있을 권리라고 여겨지는데 이러한 개인의 사생활에 대한 권리는 오늘날에는 좀 더 적극적으로 해석되어 개인정보의 자기결정권의 원천이 된다. 헌법은 국민의 자유와 권리가 헌법에 열거되어 있지 아니한 이유로 경시되지 아니한다고 규정함으로써 헌법상의 명문규정에 의해 보호되지 않는 기본권 영역도 보호하고 있고(제37조1항), 헌법재판소는 그러한 기본권의 하나로서 개인정보의 자기결정권을 든다.¹⁴⁾ 개인정보의 자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고, 또 이용될 수 있도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉, 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 가진다는 것을 의미한다. 이 권리의 보호 대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 한다.¹⁵⁾ 전기통신사업자가 보유한 개인정보에 대한 개인의 자기결정권 여부를 자세히 살펴보는 것은 법리적으로 중요한 문제이다. 만약 전기통신사업자 등 제3자가 보유한 통신자료에 대한 개인의 자기결정권이 인정되지 않는다고 했을 때, 개인을 헌법상 권리의 주체로는 보기는 힘들 것이고 또한, 개인의 자기결정권이 인정되지 않는 개인정보에 대해 이를 보유한 제3자에게 자의적(임의적)으로 관련 정보를 처분할 수 있는 결정 권한이 인정될 것이기 때문이다. 하지만 제3자가 보유한 개인정보에 대해 자기결정권이 인정되는지, 그래서 이것이 헌법상 기본권 보장의 대상이 되는가를 일괄적으로 정하기는 쉽지 않다. 정보의 생산이나 관리 주체, 정보의 성격 및 중요성 등에 따라 달라질 수밖에 없기 때문이다.

그렇다면 舊 전통법 제54조 제3항에서 규정한 통신자료에 대한 결정권자는 누구인가? 법조문은 수사기관의 요청이 있으면 통신자료 제공여부에 대해서 전기통신사업자가 임의적으로 판단하여 결정을 할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이 조문

14) 현재 2005.5.26. 선고 99헌마513

15) 위의 판결

만 놓고 보면, 수사목적에 해당되는 경우에 한해, 해당 정보에 대한 결정권이 가입자 개인이 아닌 통신사에 있는 것으로 판단된다. 더욱이 이용자들이 전기통신서비스에 가입하는 경우 약관으로 개인의 신상정보(통신자료) 수집·제공에 동의하는 절차를 갖추고 있어, 관련 정보의 처분에 대한 결정권이 전기통신사업자에게 이미 양도된 것으로 볼 여지는 더욱 크다. 하지만 헌법재판소는 통신자료에 대해서 개인의 자기결정권이 전기통신사업자에 양도되는 것인지에 대해서는 따로 논의를 하지 않고 있다. 만약 수사목적의 통신자료제공에 있어서도 개인의 자기결정권이 절차적으로 보호되어야 한다면, 개인이 정보주체로서 처분과정에 참여하거나 제공에 따른 이용자 고지권 등 권리를 보장받을 수 있는 장치가 마련되는 것이 당연하다. 하지만 舊 전통법 제54조 제3항에서는 통신자료처분에 대해 전기통신사업자에게 전적으로 결정 권리를 부여한 반면, 개인이 관련 처분에 참여하거나 권리를 보장받을 수 있는 장치가 전혀 마련되어 있지 않다. 현재의 상황에서 전기통신사업자가 수사기관의 자료제공요청을 거절할 수 있는 가능성은 사실상 희박하고, 개인이 통신자료의 제공을 저지하기 위해 그 과정에 개입할 수도 없는 바, 개인의 자기정보 결정권이 보호 받지 못하게 하는 직접적인 원인을 사실상 해당법률이 제공하고 있다고 할 수 있다.

해당 법률의 위헌성을 제거하기 위해서 두 가지 상반된 방법을 생각해 볼 수 있는데, 첫째, 수사목적에 위한 통신자료제공절차에 있어 개인의 정보자기결정권을 보장될 수 있도록 개인이 참여하거나 제공에 따른 이용자 고지권 등 권리를 보장받을 수 있는 제도적 장치를 해당 법률에 마련하는 것이다. 둘째방법으로는 舊 전통법 제54조 제3항의 규정한 수사목적에 위한 통신자료제공절차에 있어, 개인의 정보 자기결정권을 부정하고 관련 자료에 대한 통신사의 결정권을 인정하는 것이다. 이는 첫째, 개인정보의 자기결정권을 포함한 사생활 비밀의 자유는 헌법상 보호되는 권리이나 제한이 불가능한 ‘절대적 권리’¹⁶⁾는 아니므로 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안정보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로서 제한될 수 있다는 점, 둘째, 舊 전통법 제54조 제3항이 전기통신사업자에게 수사목적의 통

16) 유추성, 인권의 실효성과 경찰수사의 효율성 간 조화, 경찰학 연구 제12권 제3호(통권 제31호), 2012, 57-58면 : 생명권, 고문금지 등의 조항은 ‘신성불가침적 권리’로서 어떠한 상황에서도 양도되거나 침해되어서는 안 되며 이러한 맥락에서 ‘인권의 핵심(Noyau dur)’이라고 불리기도 한다.

신자료제공에 대한 결정권한을 인정하고 있다는 점, 셋째, 수사기관에 대한 통신자료제공 등에 관해 개인은 가입 시 사전 동의 등을 통해 처분권한 양도절차를 거치게 되는 점¹⁷⁾ 등을 통해 법리적으로 뒷받침된다.

나아가 전기통신사업자가 보관하고 있는 통신자료에 대해서 ‘사생활에 대한 기대(Expectation of privacy)’¹⁸⁾를 어디까지 인정할 것인가라는 부분도 함께 검토되어야 한다. 이에 대해서는 통신자료에 대한 결정권 양도문제와 전기통신사업자의 사생활(개인정보)보호의무를 시차적으로 분리하여 접근할 수 있다고 생각한다. 일반적으로 개인의 동일성을 판별할 수 있는 자료에 대해 개인의 자기결정권이 인정된다고 할 수 있고, 이에 따라 전기통신사업자는 전기통신사업법, 개인정보보호법 및 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 등 법률적 근거에 의거해, 기본적으로 개인의 사생활과 통신비밀을 보호할 의무가 있다. 舊 전통법 제54조 제3항 따라, 전기통신사업자가 ‘수사목적’에 해당한다고 판단했을 경우에 한해, 통신자료에 대한 처분결정권권이 개인으로 부터 통신사에게 양도되므로, 개인은 ‘사생

17) 예를 들어 인터넷 포털회사인 NHN의 경우를 살펴보면 가입 시 약관을 통해 아래와 같은 사항에 동의절차를 거친다.

3. 개인정보의 공유 및 제공
 피고는 이용자들의 개인정보를 ‘2. 개인정보의 수집 및 이용목적’에서 고지한 범위 내에서 사용하며, 이용자의 사전 동의 없이는 동 범위를 초과하여 이용하거나 원칙적으로 이용자의 개인정보를 외부에 공개하지 않습니다. 단, 아래의 경우에는 예외로 인정합니다.
 이용자들이 사전에 공개에 동의한 경우
 법률에 규정에 의거하거나 수사 목적으로 법령에 정해진 절차와 방법에 따라 수사기관의 요구가 있는 경우

18) 비교법적으로 미국의 경우, 연방수정헌법 제4조에서 압수·수색과 관련된 영장주의의 원칙과 관련하여 다음과 규정하고 있다. 수정헌법 제4조 : 개인의 신체, 주거, 문서, 물건 등은 불합리한 압수·수색을 받지 아니하며, 영장은 선서나 확약에 기초하여 범죄의 합리적 의심이 있는 경우 구체적으로 압수·수색할 장소와 물건을 지정하여 발부되어야 한다. 연방대법원은 이 조항의 해석에 있어 전통적으로 물리적 침범이나 재산권 보호에 치중하여 왔으나, 1967년 12월에 선고된 *Kartz v. United States* 판결 이후, 이러한 고전적 영장주의 해석에서 탈피해 ‘사생활의 기대(Expectation of privacy)’를 수정헌법 제4조의 새로운 적용기준으로 내세웠다. 예를 들어, 미연방대법원은 1976년 *Miller v. United States* 판결에서 금융거래정보는 계좌명의인이 제3자에게 자발적으로 제공하였기 때문에 제3자 소유의 문서에 해당하고, 따라서 계좌명의인에게 사생활 보호에 대한 합리적인 기대(Reasonable expectation of Privacy)를 인정할 수 없으므로 헌법상의 권리 침해를 다룰 자격(Standing)이 없다고 판시하였다이에 대한 상세한 논의는 이창수, 미국에서의 계좌추적, 형사법의 신동향 통권 15호, 2008 ; 설민수, 앞의 논문, 157-160면 참조.

활에 대한 기대'를 할 수 없다. 다만, 이는 수사목적에 한정됨으로, 전기통신사업자는 해당요청 자료가 '수사의 목적'에 부합하는 것인지를 적절히 심사하여 제공여부를 판단하여야 하는 의무를 가진다.

나. 통신자료 강제 시 영장주의 적용 근거조항

전기통신사업자가 '수사목적에 관한 심사'를 통해 수사기관의 요청에도 불구하고 통신자료제공 요청 거절할 경우가 있을 수 있다. 이 때 수사기관은 증거수집 등 '실체적 진실발견'이라는 형사사법적 목적을 이루기 위해 법원의 '영장을 받아' 제3자가 보유한 개인정보 제출을 강제할 수 있다. 그렇다면 통신자료 강제 시 영장주의를 적용할 수 있는 법적 근거는 무엇인가? 우리 헌법은 개인 사생활의 비밀과 자유의 보장(제17조)과 통신의 자유(18조) 규정에서 통신자료 등 개인정보를 보호하고 있지만, 영장주의에 적용에 관한 규정은 따로 두고 있지 않다.¹⁹⁾ 반면, 개인 신체의 자유권 등을 보장한 헌법 제12조 및 제16조에서는 수사기관의 체포·구속, 압수·수색 등 대인·대물적 강제처분에 대한 통제장치로서 영장제도를 규정하고 있고, 그 의미를 헌법재판소는 사법권독립에 의하여 신분이 보장되는 법관의 사전적·사법적 역할을 통해 수사기관의 강제처분남용을 방지하고 국민의 기본권을 보장하는 것을 의미한다고 판시하고 있다.²⁰⁾ 또한 이는 헌법상 원칙으로써 영장주의의 근거조항이 된다. 신체의 자유나 주거의 자유의 보호를 위한 영장주의의 적용에 대해선 헌법상 명문으로 규정되어 있어 이견이 있을 수 없지만, 과연 이외에 개인의 사생활 보호(제17조)나 통신 비밀의 보호(제18조)와 같은 헌법상 여타 기본권 보호에 있어서도 영장주의를 적용하기 위한 근거 조항이 될 수 있는 것인지에 대한 검토가 필요하다.

개인의 사생활 및 통신비밀 보호를 위한 영장주의 적용에 대한 헌법적 근거에 관해서 학계의 검토는 그동안 거의 이루어지지 않았던 반면, 컴퓨터 등으로 창출한 전산정보와 같은 무체물도 형사소송법의 일반원칙에 따라 압수·수색의 대상이라

19) 헌재2001.3.21. 2000헌바25 ; 통비법 제1조는 통신의 비밀 보호 및 통신의 자유 신장을 입법목적으로 밝히고 있다.

20) 헌재 1997.3.27. 자96헌바28등

는데 별다른 이의나 논란 없이 실무상 압수 · 수색의 대상으로 정착되어 왔고,²¹⁾ 마침내 2011년 7월 형사소송법 개정에 의해, 제3자 보유 전산 정보 등에 대해서도 제3자가 자발적으로 제출하지 않는 한 모두 영장주의의 대상으로 명시되었다.²²⁾ 그 취득 방법에 있어 원칙적으로 개별 법률에서 다르게 규정하지 않는 한, 형사소송법 상 압수 · 수색 영장을 통하지 않고 취득한 정보는 일단 위법한 것으로 취급되고 있는 것이다. 그리고 사생활의 비밀, 통신의 자유 등을 보호하기 위해 제정된 통비법에서는 통신의 비밀을 침해하거나 제한하기 위해서는 적법한 절차를 거쳐 법원의 허가를 얻어야 하는 것으로 규정하여 영장주의를 적용하고 있다.²³⁾ 또한 헌법재판소는 통비법상 규정된 통신감청에 대해 전기통신의 내용을 수색하여 전기통신의 비밀과 사생활의 비밀을 근본적으로 침해하는 것이므로 적법한 절차에 따라 법관의 영장에 의하여 이루어져야 한다고 판시하며, 영장주의 적용의 근거조항이 헌법 제12조 제3항에 있음을 밝힌바 있다.²⁴⁾ 그리고 헌법재판소는 우리 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하

21) 법원행정처, 법원실무제요 형사[1], 2008, 350면

22) 형사소송법 제106조 제3항 ; 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다, 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다

23) ‘형사절차 특별법’으로서 통비법은 ‘통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한을 대상으로 하고 엄격한 법적절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장’함을 목적으로 1993년 법률 제4650호로 제정되었다. 이후 2001년 12월 19일자 개정된 통비법은 기존의 전기통신사업법에 의해 규율되던 통신사실 확인자료의 제공을 통비법 또는 형사소송법에만 의하도록 금지하면서 일원화를 도모했는데 통신사실 확인자료의 취득에는 법원의 허가나 명령 없이 서면 등에 의하여 관할지방경찰청 검사장의 승인만을 요구하도록 규정되었다. 수사기관이 제3자가 보유한 개인정보를 취득하는 방법에 있어 검사장의 승인만을 요구함으로써, 영장주의를 적용하는 대신 절차를 간소화한 특별절차를 두었던 것이다. 하지만 통신사실 확인자료 요청에 관한 법원의 통제를 배제한 이러한 범규정은 통신비밀의 보호, 개인정보보호를 침해하는 위헌 규정이라는 주장이 지속적으로 제기되었다. 결국, 2005년 5월 26일 법률 제7503호 개정을 통해, ‘범죄의 수사나 국가의 안보를 위하여 수사기관이 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제공을 요청하는 경우 엄격한 절차를 마련함으로써 국민의 기본권을 충실히 보장하기 위해’ 검사의 청구에 따라 법원이 발부하는 ‘허가장’을 받는 절차를 거치도록 함으로써, 영장주의가 절차적으로 적용되기 시작하였다.

24) 헌재 2010. 12. 28. 자2009헌가30

고 있는 것이 아니라, 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하고 있다는 것이 통설적 견해이다.²⁵⁾ 따라서 제12조 3항에 근거한 영장주의 원칙은 신체적 자유를 제한하는 것에 국한하여 적용되는 것이 아니라, 적법절차에 의하지 않고는 신체적·정신적 또는 재산적 불이익이 되는 어떠한 제재도 받지 아니한다는 의미에서 국민의 모든 기본권에 확대 적용될 수 있는 것으로 해석된다 할 것이다.²⁶⁾ 다시 말해, 개인의 사생활의 보호든 통신비밀의 보호든 헌법상 기본권 보호를 위한 영장주의 적용의 근거는 각 개별 기본권 조항 자체가 아니라, 헌법 제12조 제3항 및 제16조 등에서 규정된 영장주의가 확대 적용되고 있는 것으로 보인다. 전기통신사업법에서는 통비법과는 달리, 허가장제도 등 영장주의를 적용하기 위한 별도의 장치를 마련해 놓고 있지는 않지만, 수사기관이 법원의 일반압수수색영장을 받아 통신사 등에게 가입자의 통신자료를 강제적 방식으로 취득하는 것은 헌법상 영장주의 조항 및 형사소송법상 일반원칙 등을 고려하면, 문제가 없는 것으로 보인다.

III. 통신자료제공에 관한 법원의 손해배상판결과 문제점

소위, ‘회피연아 사건’²⁷⁾을 수사하던 서울중로경찰서는 관련 피고소인 3명의 ‘네이버 ID, 이름, 주민번호, 이메일, 휴대폰 번호, 네이버 가입일자’를 NHN으로부터 임의적 방식으로 제공받았다. 이에 대해 피고소인 중 1명이 ‘수사기관으로부터 개인정보 제공요청이 있더라도 전기통신사업법의 규정취지와 원고의 개인정보를 보호하기 위해 노력하여야 할 의무를 조화롭게 판단하여 수사기관에 대해 원고의 개인정보를 제공하지 않거나 제한적인 범위 내에서만 제공하였어야 함에도 NHN이 개인정보에 대한 보호 의무를 망각하고 기계적으로 개인정보를 제공하여, 계약상

25) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8

26) 정희철, 기본권의 헌법, 여산, 2008, 374면

27) 피의자는 2010.3.4 인터넷 검색하다 벤쿠버 동계올림픽 선수단 귀국 당시 유인촌 장관이 금메달리스트인 김연아 선수를 환영하면서 두 손으로 어깨를 두드리자 김연아 선수가 이를 피하는 듯한 장면을 편집한 사진(소위, 회피연아)이 게시되어 있는 것을 발견하고 이를 이 사건 카페의 유머게시판에 ‘피움’이라고 표시하여 올렸다. 그 후 유인촌 장관은 2010.3.5. 이 사건 게시물을 인터넷에 올린 사람들에게 대해 명예훼손을 이유로 고소를 제기한 사건임

채무불이행 및 신의칙상 부담하는 개인정보보호 의무를 위반한 것이고 그로 인해 피고소인이 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다'고 주장하며 NHN을 상대로 손해배상소송을 제기하였다.

1. 판결 내용분석

舊 전통법 제54조 등에 의거, 전기통신사업자는 이용자와의 관계에서 개인정보보호 의무를 가지고 있고, 동시에 '수사목적'을 해당할 경우 수사기관에 통신자료를 제공할 수 있는 재량권을 행사할 수 있다. 이에 따라 전기통신사업자는 수사기관의 통신자료 제공요청이 있을 경우, 관련 요청이 수사목적에 합당한지 등에 심사하여야 할 의무가 있다. '회피연아' 사건과 관련 민사소송에서 쟁점이 된 사항은, 통신자료제공 시 전기통신사업자가 어느 정도의 심사 의무를 지게 되는가 하는 부분이었다. 특히 사업자가 수사기관의 요청내용을 실질적으로 심사하여 범죄사실 및 요청 대상자의 관련성이 희박하다고 판단될 경우 반드시 정보제공을 거부할 의무가 있고 문제가 있을 경우 어느 정도의 손해배상책임을 지게 되는지가 주요 쟁점이었다.

우선, 하급심 판결(서울중앙지법 2011.0113 2010가합72873)에서는, "범죄성립 여부에 대한 판단, 해당 범죄와 정보제공 요청 대상자와의 관련성 정도에 대한 판단 등 형사피고의 법 영역의 판단은 고도의 전문적인 지식과 경험이 요청되는 분야로서 법령에 의해 권한 및 의무가 부여된 기관을 제외한 제3자에게 이러한 판단을 요구하고 이에 대해 책임을 부담시키는 것은 매우 신중하여야 할 필요가 있고, 더욱이 인터넷은 대부분 본인의 성명과는 다른 아이디를 사용하여 이용됨에 따라 전기통신사업자의 협력 없이는 개인 신원을 파악하기가 곤란한 특징이 있는데, 舊 전통법 제54조 제3항에 의하여 제공되는 개인정보는 개인 신원을 확인하기 위해 필요한 정보에 그치고 있으므로, 사업자에게 실제적 심사의무가 있다고 인정하기는 부족하다"고 판시하였다. 위 판결의 입장에 따른 경우, 전기통신사업자는 수사기관이 전기통신사업법에 따른 방법과 절차를 준수하여 요청하였고, 이에 따라 개인정보를 제공한 것일 경우 면책될 수 있다고 본 것이다. 간단히 말해, 전기통신사업자가 수사기관의 통신자료제공요청에 대해 '형식적 요건'만 적절히 심사하면 문제되

거나 책임질 것이 없다는 입장이다.

반면, 서울고법의 항소심 판결(서울고등법원 2012.1018. 2011나19012)에서는 舊 전통법 제54조 제3항은 일반적인 수사협조 의무를 확인하고 있을 뿐이어서 전기통신사업자가 수사기관의 개인정보 제공 요청에 따라야 할 어떠한 의무도 없고, 회사는 수사기관의 개인정보 제공요청에 대해 개별사안에 따라 제공 여부 등을 적절히 심사하여 이용자 개인정보를 실질적으로 보호할 수 있는 역량을 갖추는 것을 요구된 하였다. 수사기관의 개인정보 제공 요청에 대해 전기통신사업자는 사법기관에 준하는 엄격한 심사를 하여야 하는 것은 아니라 할지라도, 적어도 일반 사인과는 달리 적절한 자기통제 장치를 마련하고 있어야 할 것인 점 등에 비추어 보면, 이용자의 개인정보를 실질적으로 보호할 수 있는 역량을 갖추고, 침해되는 법익 상호간의 이익 형량을 통한 위법성의 정도, 사안의 중대성과 긴급성 등을 종합적으로 고려하여 개인정보를 제공할 것인지 여부 및 어느 범위까지의 개인정보를 제공할 것인지에 관해 충분히 심사를 하여야 할 의무가 있다고 하였다. 다시 말해, 수사기관의 통신자료제공요청에 대해 ‘형식적 요건’ 외 ‘실질적 내용’까지 심사하도록 하여, 개인정보보호 관련 책임성을 높게 평가하고 있다. 서울중로경찰서장이 통신자료 제공요청서를 통해 요청한 사안에 대해, 전기통신사업자는 형식적 요건에 대한 심사는 하였으나, 개별사안에 있어 구체적으로 침해되는 법익 상호 간의 이익 형량을 통한 위법성의 정도, 사안의 중대성과 긴급성 등을 종합적으로 고려하여 개인정보를 제공할 것인지 여부 및 어느 범위까지의 개인정보를 보호할 것인지에 관한 세부적 기준을 마련하는 것에까지는 이르지 못하여 개인정보보호의무를 위반한 것으로 보고, 피고(전기통신사업자)는 원고(개인)에 대해 50만의 손해배상을 하도록 결정하였다.

서울고법의 판결을 비판적 관점에서 고찰해 보면, 개인은 통신사업자가 가입 시 제시한 약관에 동의 절차를 구하는 과정에서, ‘법률의 규정에 의거하거나 수사목적으로 법령에 정해진 절차와 방법에 따라 수사기관의 요구가 있는 경우’, 통신자료를 제공할 수 있음에 동의한 후 가입하여 해당 서비스를 사용하고 있는 것이므로, 적어도 약관에 명시된 바와 같이, 수사기관이 수사의 목적에 따라 전기통신사업법에 정해진 절차와 방법에 따라 요구하였고, 전기통신사업자가 통신자료를 제공한 경우, 전기통신사업자는 면책되는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 그리고 사기업

에게 일정부분 개인정보보호와 같은 공적 업무를 수행하도록 요구하더라도, 수사기관의 통신자료제공 요청을 내용적 · 실질적으로 심사하여 ‘기각’하는 ‘준사법적’ 판단까지 요구하고, 판단 오류에 대해 책임을 묻는 것은 무리라고 판단된다.²⁸⁾ 다만, 수사기관의 요청 남용과 전기통신사업자의 ‘기계적’ 제공에 따른 개인의 권리 침해 등 서울고법의 판결취지²⁹⁾를 고려하여, 국민, 전기통신사업자, 수사기관과 법원 등이 함께 공감할 ‘통신자료제공 관련 가이드 라인’ 등을 마련하여 통신사업자와 수사기관이 통신자료 제공 협조 시 반드시 준수해야 할 절차, 자료 제공시 기준 · 범위 등을 정할 필요가 있을 것이다.³⁰⁾

28) 심우민, 포털의 통신자료 제공 관련 주요쟁점과 개선방향, 이슈와 논점 제548호(국회입법조사처), 2012

29) 서울고법 판결이유 요약

1. 피고는 원칙적으로 이용자의 사전 동의 없이 개인정보를 외부에 공개하지 않을 의무가 있고, 개인정보 보호와 관련한 사무 처리에 있어서 상당한 정도의 공공성을 가짐
2. 피고는 개인정보의 보호·관리와 이에 대한 신뢰의 유지와 강화를 위해 노력해야 하고, 역량에 걸맞는 개인정보보호관리 책무를 부담
3. 전기통신사업법에 따라 수사기관의 개인정보 제공 요청에 따라야 할 어떠한 의무도 없고, 이에 응하지 않을 경우 수사기관은 영장에 따라 해당 자료를 취득할 수 있음
4. 피고가 보유하고 있는 개인정보와 같은 전자정보에 있어서도 영장주의 원칙이 배제될 수 없음
5. 피고는 개인정보 제공 요청에 대해 개별 사안에 따라 그 제공 여부 등을 적절히 심사하여 이용자의 개인정보를 호호할 수 있는 실질적인 역량을 갖추어야 하고, 구체적으로 위법성 정도, 사안의 중대성과 긴급성 등을 종합적으로 고려하여 개인정보 제공여부 및 어느범위까지 제공할 것인지에 관한 충분한 심사를 할 의무 위반으로 개인정보자기결정권 내지 익명표현의 자유를 위법하게 침해.

30) 미래창조과학부(통신정책과), 통신비밀 보호업무 관련 쟁점 및 조치방안, 내부자료, 2013, 4면 참조

1. 수사기관이 전기통신사업자에게 요청할 수 있는 통신자료의 요청범위, 요청사유 작성방법, 결제권자, 문서수발 방법, 긴급 요청자료에 대한 사후 조치 등
2. 통신사업자가 수사기관이 통신자료 요청 시 문서접수, 심사절차, 송신방법, 미제공시반려사유, 문서보관 등의 방법
3. 전기통신사업법 제83조 제8항 전담기구 구성·운영 관한 세부기준

2. 영장주의 적용에 따른 실무상 문제점

위 고등법원의 판결이 후, 수사기관이 통신자료를 요청함에 있어 형식적 절차를 준수하기만 하면 통신자료를 제공하였던 전기통신사업자들의 업무관행에 제동이 걸리게 되었다. 문제는, 포털 3사(NHN · 다음 · 네이트)를 비롯한 주요 전기통신사업자들이 통신자료제공에 관한 내부 심사 절차를 강화하기 보다는, 수사기관에 임의적인 방식의 통신자료 제공을 전면 중단하고, 압수·수색영장을 요구하는 형태로 업무방향을 전환하고 있다는 점이다. 사기업으로서 그간 통신자료를 제공한 모든 가입자들이 손해배상 청구를 하게 된다면 천문학적인 배상을 할 수 밖에 없고, 또한 소비자의 신뢰를 바탕으로 이윤을 추구해야하는 입장을 이해한다면 이는 당연한 결과로 보인다.

전통법에 따르면, 전기통신사업자는 수사기관의 개인정보 제공 요청에 따라야 할 어떠한 의무도 없다. 전기통신사업자가 이에 응하지 않을 경우 수사기관은 영장에 따라 해당 자료를 취득할 수 있고, 이는 헌법상 영장주의 조항 및 형사소송법상 일반원칙 등을 근거로 법리적인 문제는 발생할 여지가 없다. 하지만 경찰 등 수사기관의 입장에서는 그간 임의적인 방식으로 해왔던 통신자료 제공요청을 압수·수색영장을 통해야 함으로 인해서 실무상으로는 여러 가지 문제점들이 드러나고 있다. 특히 이는 수사의 신속성, 효율성 확보 문제와 관련 있다. 전통법 제83조 제3항(舊 전통법 제54조 제3항)이 규정하는 수사기관의 통신자료 요청은 수사를 위한 정보 수집을 위하여 전기통신이용자 중 어떤 인물을 특정 하는데 그 목적이 있다고 할 수 있다. 이미 특정된 인물이 어떠한 통신을 하였는지 사실 확인을 하는 과정에 앞서, 그 인물이 누구인지 특정하여 수사의 단서로 삼을지를 결정하는 과정이다. 따라서 통신자료취득행위는 대부분 수사 초기 단계에서 이루어지고, 최근에는 전기통신을 이용한 범죄뿐만 아니라 일반 범죄에까지 전화번호 등 단서를 이용 용의자를 특정하고, 수사범위를 좁혀나가기 위해서도 활발하게 이용되고 있다. 2012년 기준 검찰, 경찰, 국정원 등 수사기관이 연간 약 팔십만 건(문서건수 기준) 가까이 활용한 통신자료제공 요청에 대해,³¹⁾ 법원의 사전 영장 신청절차를 반드시 거쳐야

31) 미래창조과학부, '12년 하반기 통신제한 및 통신사실확인자료 제공 현황', 보도자료 2012.5.10., 8면

한다면, 수사의 차질은 자명하다. 대부분의 일반사건을 처리하고 있는 경찰을 기준으로 보면, 법원의 영장을 신청하고 검사의 청구에 따라 법원이 발부한 영장을 받아 전기통신업자에게 통신자료 제공을 요청하여 이를 다시 받는 과정에만 최소 2-3일이 소요되어, 수사의 지연과 이에 따른 일선의 부담감은 상상을 초과한다. 그러나 현재에도 과도한 사건 처리수와 수사 인력 부족 문제 등으로 수사기한 내 신속한 사건 처리에 어려움을 토로하고 있는 일선 수사관들의 어려움은 더욱 가중될 수밖에 없을 것이다. 또한 대부분 강력사건의 경우에는 수사의 성공요인이 신속한 초기대응에 있다는 점을 감안하면, 이와 같은 수사 지연은 국민의 안전에 큰 위협이 될 수 있다. 예를 들어, 인터넷 포털사이트에서 살해 혹은 테러 협박을 한 용의자에 대한 신속한 신원특정이 불가하여, 효과적인 진압이나 예방활동을 하지 못하게 된다면, 치명적인 결과를 가져올 수밖에 없을 것이다. 더욱이 현재 법원은 압수 수색 영장 발부 시 그 요건을 범죄의 혐의를 어느 정도 명백히 할 것을 요구하고 있는데, 피의자 특정도 제대로 하지 못한 상태에서 해당 피의자의 혐의를 구체화하는 일은 일선 수사관들에게 지나치게 큰 부담을 지우는 것이라 생각된다.

또 다른 측면으로, 그간 전기통신사업자의 형식적 판단에 따라 수사기관에 제공되어 오던 통신자료에 대해, 영장주의를 전면 도입하는 것은 이제부터 법원이 수사기관의 요청에 대해 구체적이고 내용적인 측면까지 판단하여야 한다는 것을 의미한다. 현재 기준으로 검찰, 경찰 국정원 등이 연간 팔십만 건 이상 되는 통신자료 요청하는 것에 대해, 법원이 과연 실효성 있는 통제를 할 수 있을지 의문이 들 수밖에 없는 대목이다. 이미 수사기관이 ‘통신사실 확인자료’ 등 제3자 보유한 통신정보 제공요청에 대해 허가장(영장) 제도를 실무적으로 운용함에 있어, 사법적 통제의 실효성이 결여되는 문제점이 있다는 것은 그간 이미 판사 등 사법실무자들을 중심으로 수차례 제기된 바 있다. 특히 이와 관련하여 설민수 판사의 지적은 귀 기울일 만하다 : “제3자 보유 정보에 대한 자료제출요구에 대한 영장주의의 확대 문제는 법의 규율이 발전함에 따라 어떻게 보면 피할 수 없는 일인지 모를 일이다. 그런데 현재와 같은 영장주의 하에서는 형식적 영장주의가 확대된다고 하여도 이를 억제하는데 별 실효성일 없을 수 있다. 광범위한 영장주의가 적용되는 ISP에 대한 자료제출요구와 그에 따라 발부되는 영장의 실태는 이렇게 형식적인 외형으로 확대

된 영장주의가 가진 실효성의 한계를 잘 보여주는 것인지도 모른다.”³²⁾ 영장주의의 확대에 단순히 그 외면적인 형식적 절차만이 아니고 그 실효성을 확보할 수 있는 제도적 개선이 따르지 않는다면, 광범위한 형식적 영장주의의 적용에도 불구하고 실질적인 사법적 통제가 제대로 작용하지 않는 문제가 발생할 수밖에 없다. 우선 한정된 법원의 인력을 고려해 볼 때, 연간 팔십만 건에 육박하는 통신자료 요청에 대해, 일일이 실체적 심사가 불가능하리라 생각된다. 또한, 이는 전국법원의 연간 영장발부건수(2011년 기준 28만 1944건)의 3배에 가까운 수치인 것을 감안하면, 통신자료 요청에 관한 실효적 통제를 위해선 당장 영장전담판사 인력을 대폭 증원하면 되겠으나 과연 이와 같은 대응방식이 합리적이고 효과적인 대책이 될 수 있을지 의문이다.

V. 맺음말 (대체적 통제 방안 도입 제언)

헌법에서 보장된 기본권인 사생활의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안정 보장 · 질서유지 · 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로서 제한될 수 있다. 이를 근거로 전기통신사업법은 전기통신사업자에게 수사기관이 수사목적으로 정보수집을 위해 요청하면, 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, ID, 이용자의 가입일 또는 해지일 등 6개항 정도의 통신자료를 적극 지원할 수 있도록 규정하고 있다. 민주주의 사회에서 수사기관의 역할은 범죄를 진압하는 역할을 통해 공공의 안전을 보장함으로써 국민들 각자가 자유와 권리를 향유할 수 있는 기초적인 토대를 제공하는 것이므로, 수사기관이 수사 목적을 신속히, 효율적으로 달성할 수 있는 제도적 장치를 마련해 주는 것은 의미가 있다. 하지만 수사기관의 활동은 기본권 침해 위험성이 항상 잠재되어 있으므로 남용되어서는 안 되고, 수사목적이나 필요성에 따라 한정되어야 한다. 그러나 최근 3년간 수사기관에 제공한 통신자료 현황을 제공 전화번호(또는ID) 건수기준으로 분석해보면, 2010년도에 7,144,792건, 2011년 5,848,991건, 2012년 7,879,588건으로 나타나 전반적으로 증가 추세에 있

32) 설민수, 위의 글, 199면

음을 알 수 있다. 이에 대해 시민단체나 언론은 수사기관이 통신자료 요청을 지나치게 남발하고, 전기통신사업자들은 기계적으로 제공하고 있다고 지적하면서, 통신자료 제공절차에 있어 영장주의 적용을 수사기관의 통신자료제공 요청 남용에 대한 예방대책으로 거론하기도 한다. 대표적인 시민단체인 참여연대 공익법익센터에 따르면, “(통신자료제공이) 물론 수사에 필요하다고 항변할 수는 있다. 그런데 감청 같은 경우도 엄격히 법의 통제를 받지 않나. 기본권을 침해할 우려가 큰 수사행위는 법에 의해 통제되어야 하는데 현재의 법체계는 구멍이 있다. 수사기관이 마음대로 정보를 활용하는 것이다”라고 지적하고, 통신자료제공에 대한 실질적인 통제를 위해 영장주의를 전면 도입할 것을 요구하고 있다.³³⁾ 그리고 국회에서도 수사기관의 통신자료 요청 남용에 따른 국민의 기본권 침해를 우려하여 영장주의 적용과 이용자에게 고지의무를 신설하는 것을 골자로 한 전기통신사업법이 개정발의 되었다. 또한, 2012년 10월에는 NHN의 수사기관에 대한 통신자료 제공에 대해 서울고법에서 손해배상 판결을 함으로써, 포털 3사(NHN · 다음 · 네이트) 등 주요 전기통신사업자들이 판결 선고일로부터 수사기관의 통신자료 제공중단 결정을 함으로 일반압수수색영장을 받아서만 통신자료 취득이 가능하도록 수사실무 환경이 변화되고 있다.

통신자료제공절차를 강제수사화 하여 영장주의를 일괄적으로 적용하려 하는 이러한 움직임에 대해, 본문에서 살펴보았던 바와 같이, 법리적 문제를 떠나 실무적으로 일선 수사의 효율성과 사법통제의 실효성 측면에서 많은 문제점들이 예상된다. 더욱이 통신자료 제공절차를 강제수사화 하는 부분은 임의수사의 한 형태로 ‘사실조회’ 절차를 두고 있는 우리 형사소송법 체계와도 맞지 않는다. 통신자료 제공절차에 있어 영장제도를 전면적으로 도입하기보다는, 새로운 개념의 통제수단이 ‘개발’되어야 하는 이유이다. 수사의 신속성 · 효율성을 해치지 않으면서도 실효성 있게 통신자료제공 요청남용을 제한할 수 있는 대체적 통제방안으로 우선, 앞서 언급한 고등법원 판결에서처럼, 전기통신사업자에게 강력한 개인정보보호 의무 부담을 지우고 수사기관의 통신자료제공 요청 시 절차적, 내용적 심사를 철저히 하도록 하는 방법이 있다. 하지만 이 경우, 대부분의 전기통신사업자는 민사상 책임에 대한 부담 때문에, 심사권을 포기하게 되고, 이로 인해 전통법상의 자료제공 규정

33) <http://www.peoplepower21.org/PublicLaw/600968> (참여연대 홈페이지)

이 사실상 무력화될 수밖에 없게 되므로 바람직하지 않다. 더욱이 사기업에게 엄청난 민사상 책임부담을 떠안은 채 사법기관에 준하는 판단까지 하도록 책임을 지우는 것은 무리라고 생각된다. 전기통신사업자들에게 형식적 · 절차적 심사 정도만 제대로 하면 되는 수준으로 책임성을 한정하고, 필요하다면 통신사업자와 수사기관이 통신자료 협조 시 준수해야 할 절차, 기준 · 범위, 등을 정한 ‘통신자료 제공 관련 가이드라인’을 마련하여 전기통신사업자에게 이에 대해서만 심사를 제대로 하도록 하는 방식도 검토해 볼 수 있다.

둘째, 현재에는 이용자가 수사기관 등에 제공한 자신의 개인정보 열람 또는 제공을 요구하고 있으나, 전기통신 사업자가 수사상의 이유로 열람을 거부함에 따라 법률분쟁이 발생하고 있는 점 등을 감안하여, 수사상 지장을 초래 하지 않는 범위에서 통신자료 제공 현황의 열람 및 제공범위에 관한 검토도 필요하리라 생각된다. 그리고 통신사실제공에 대해 수사 결과 혐의가 없을 시 당사자에게 통보조차 이뤄지지 않는 현행 실무관행은 문제가 있는 것으로 보이므로, 정보통신사업자의 개인 정보보호의무의 일종으로 ‘사후통보의무’를 신설할 필요가 있다. 이를 통해 사전에 법원 허가를 받고 중간 또는 사후에 당사자에게 처리 결과를 통보해야 하는, 압수 수색이나 ‘금융거래내역’, ‘통신사실 확인자료’ 조회 등에 건취 형평성에 맞는 최소한의 보완장치가 될 수 있을 것이다. 그리고 수사기관에게도 수사 종료 후 일정기간 내 당사자에게 통신자료가 제공되었다는 사실에 대해 고지 의무를 부과하는 것도 함께 검토되어야 할 것이다.

셋째, 수사기관의 통신자료제공 요청에 대한 사법기관의 통제가 필요하다면, 사전적 통제(영장통제)보다는 사후적 통제방안 신설을 생각해 볼 필요가 있다. 통신제공은 수사초기 단계에서 피의자 특정 등을 위해 신속하게 이루어져 하는 점을 감안하여, 일단 수사기관에게 요청에 대한 1차적 판단을 맡기고, 사후적으로 ‘통신자료제공 요청목록’ 등을 법원에 제출하도록 하여 남용된 부분이 없는지를 일괄적으로 검토하도록 하는 방안이다. 이를 통해 수사기간의 효율성을 해치지 않으면서도, 법원의 사후 통제를 고려하여, 수사 목적성, 필요성 등 판단에 더욱 신중을 기하게 함으로써, 무분별한 통신자료제공은 방지될 수 있으리라 기대된다.

참고문헌

- 김기두, 형사소송법, 박영사, 1985
- 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2012.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.
- 이재상, 형사소송법, 박영사, 2012.
- 임동규, 형사소송법, 법문사, 2008.
- 정희철, 기본강의 헌법, 여산, 2008.
- 법원행정처, 법원실무제요 형사[1], 2008.
- 설민수, 인터넷서비스제공자를 통해서 본 제3자 보유정보에 대한 영장주의의 실효성, 법조 (Vol.635), 2009.
- 심우민, 포털의 통신자료 제공 관련 주요쟁점과 개선방향, 이슈와 논점 제548호(국회입법 조사처), 2012
- 유주성, 인권의 실효성과 경찰수사의 효율성 간 조화, 경찰학 연구 제12권 제3호(통권 제31호), 2012.
- 이창수, 미국에서의 계좌추적, 형사법의 신동향(통권 15호), 2008.
- 황정인, 영장주의의 본질과 영장제도, 형사정책연구 제21권 제2호(통권 제82호), 2010.
- 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8
- 헌재 1994.5.6. 89헌마35
- 헌재 1997.3.27. 자96헌바28
- 헌재 2001.3.21. 2000헌바25
- 헌재 2005.5.26. 선고 99헌마513
- 헌재 2010. 12. 28. 자2009헌가30
- 헌재 2012.2.23. 2008헌마5000
- 헌재 2012.8.23. 2010헌마439

대법 2011.9.2. 2008다42430

서울고법 2012.10.28. 선고2011나19012

서울중앙지법 2011.0113 2010가합72873

강창일 의원 등 13인, 「전기통신사업법 일부개정 법률안」, 2010.9.7.발의

미래창조과학부(통신정책과), 통신비밀 보호업무 관련 쟁점 및 조치방안, 내부자료,
2013.7.

미래창조과학부, ‘12년 하반기 통신제한 및 통신사실확인자료 제공 현황’, 보도자료,
2012.5.10.

<http://www.peoplepower21.org/PublicLaw/600968> (참여연대 홈페이지)

The enlargement of the protection of prior warrant on the requisition of personal informations by the criminal investigation agency

YOO Jusung*

The right of privacy is protected in Article 17 of Constitution. This fundamental right may be restricted by law, if necessary, according to the national security, the public welfare and the maintenance of law and order(The paragraph 2 of Article 37 of Constitution). The paragraph 3 of Article 83 of Telecommunications Business Act stipulates that The Telecommunications providers can offer the user's name, social security number, address, phone number, ID to the criminal investigation agency who requests the personal informations for the purpose of criminal investigation. In recent years, it's however criticized that the criminal investigation agency requests the personal informations too awful and telecommunications providers are offering 'mechanically' the personal informations to the agency. To reduce this abuse, National assembly has introduce a bill to apply the warrant system for the procedure of requisition of personal informations. In 2012, the Seoul high court sentenced that NHN (telecommunication company) compensated for an users who brought an action for the invasion of his privacy. Since this sentence, telecommunication providers have stopped offering the personal date to criminal investigation agency without the warrant.

It is certain that the warrant mandated by the Constitution, is important as judicial control to protect the personal rights from the misuse of power by law enforcement. But it's not reasonable to believe that the warrant will resolves all of the problems concerned with the protection of the fundamental rights. Even if the current protection

* Ph.D. of Law, Professor in Police training institute

of prior warrant is enlarged to control the process of requisition of the personal data, the effect won't be desirable in order to harmonize effectiveness of personal fundamental rights and efficiency of the criminal investigation. That's the reason why it is necessary to find an alternative way for the best harmonization. This paper, being cautious with the excessive dependence of warrant, tries to introduce some alternative controls against the abuse of investigational power and the invasions of the right of privacy.

❖ Key words : Criminal investigation, personal information, warrant, telecommunication business act, right of privacy