

통신비밀보호법상 집행통지규정의 내용적·구조적 문제점과 개선방안 : 통신제한조치 등 집행근거규정의 이원체계에 대한 논의와 함께

임 석 순*

국 | 문 | 요 | 약

전기통신의 이용빈도가 일반화·보편화된 만큼 전기통신에 대한 채증은 오늘날 형사절차에서 매우 중요한 비중을 차지하고 있다. 이와 더불어 전기통신에 대한 채증으로 인해 야기될 통신참여자의 정보기본권 침해 내지 제한에 대해, 당사자의 정보기본권 및 알권리 보장을 위한 이른바 집행통지제도가 최근 다시금 이목을 끌고 있다. 우리 통신비밀보호법도 집행통지에 관한 규정을 두고 있는데, 다만 내용적 측면과 구조적 측면에서 상당한 문제점을 내포하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

우선 내용적 측면에서 집행통지의 시점을 공소관련 처분이 있는 날로 규정하는 것은 당사자의 예측가능성을 현저히 위협한다는 점에서 부당하다. 따라서 통신제한조치 등의 집행을 종료한 날로부터 30일 이내에 통지하도록 관련 규정을 개정해야 할 것이다. 또한 통지해야 할 내용을 적어도 형사소송법상 구속영장 기재내용 수준으로 보다 구체적으로 상세하게 나열할 필요가 있으며, 통지대상자도 실질적으로 통신제한조치 등으로 인해 기본권 침해를 받는 “정보주체”로 변경해야 한다. 통지유예의 경우 “공공의 안녕질서”와 같이 지나치게 추상적인 문구는 삭제하고, 유예기간도 명확히 제한해야 할 것이다. 통지의무의 실효성을 담보하기 위해서는 모든 유형의 집행에 대한 통지의무 불이행에 대한 처벌규정을 신설할 필요가 있다. 아울러 정보수사기관의 장이 통신제한조치 및 통신사실 확인자료 제공요청에 대한 집행통지 유예를 하는 경우 사전에 소명자료를 제출하도록 통제장치를 마련해 두어야 할 것이다. 다만 장기적으로는 감청 등 시민의 기본권을 침해·제한하는 강제수사에 대한 권한은 검사만이 행사할 수 있도록 일원화해야 할 것이다.

보다 중요한 통신비밀보호법상 집행통지규정의 구조적 문제는 근본적으로 통신제한조치와 송·수신이 완료된 전기통신 압수·수색·검증을 서로 상이한 개념으로 이해하는 것으로부터 기인한다. 그러나 오늘날의 디지털 환경을 고려하면 감청과 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증은 서서히 그 경계가 희미해지고 있다고 볼 수 있다. 즉 감청과 압수·수색·검증을 경계짓는 “현재성”이라는 도그마로부터 벗어날 필요가 있으며, 이제는 현재성이 아닌 통신참여자의 무한정성 또는 다수성을 기준으로 전기통신에 대한 강제수사의 요건을 재구성해야 할 것이다.

- ❖ 주제어: 전기통신, 통신제한조치, 송·수신이 완료된 전기통신, 송·수신이 진행 중인 전기통신, 집행통지의 유예

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사.

I. 여는 글

정보통신기술의 혁신적 발전은 오래 전부터 전기통신을 의사소통을 위한 필수적 수단으로 자리매김하게끔 하였다. 이에 따라 전기통신이 형사절차상 매우 중요한 증거로 활용되는 빈도 또한 급격하게 늘어나게 되었다. 다만 전기통신에 대한 강제 수사 문제에 대해서는 2014년도에 붙어졌던 “카카오톡 검열과 사이버 망명 사건”¹⁾에서도 볼 수 있듯이, 수사상 합목적성을 추구하는 실무계의 입장을 대변하는 목소리와 실무상 어려움에도 불구하고 시민의 자유권을 최대한 보호하고 존중해야 한다는 목소리가 끊임없이 대립해 왔다. 전자는 강제수사 과정에서 범죄혐의와 무관한 내용, 또는 제3자의 대화를 지독하는 것은 기술적으로 불가피하며, 수사기관의 자정 능력을 신뢰하고 충분한 여지를 주어야 한다고 한다. 이와 반대로 후자는 디지털 전기통신의 강제수사에서는 범죄혐의와 관련된 내용 외에도 당사자의 은밀한 사생활에 관한 내용뿐만 아니라, 범죄사실과 무관한 제3자간의 대화내용도 함께 압수·수색될 수 있기 때문에 더욱더 신중을 기해야 하며, 따라서 수사기관은 보다 엄격한 요건 하에서 수사를 진행해야 한다고 주장한다. 검찰과 경찰은 대체로 실무상 어려움을 호소하며 앞의 견해를 취하고 있는 듯하다. 학계와 시민단체는 거의 예외 없이 뒤의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 국회의 입법발의도 대부분 뒤의 입장과 인식을 같이 하고 있다. 2015년 한 해에만 총 13건의 통신비밀보호법 개정안이 발의되었으며, 대부분 개인정보 보호장치 마련 및 이를 통한 정보주체의 정보기본권 보호수준 제고를 제안이유로 하고 있다. 2015년 6월에는 통신제한조치의 영장주의 명시를 포함하여 현행 통신비밀보호법을 전면적으로 손질하고자 한 전부개정안²⁾이

1) 2014년 경찰이 세월호 집회와 관련하여 「집회 및 시위에 관한 법률」 위반으로 구속·기소된 정진우 노동당 부대표의 카카오톡을 압수·수색하는 과정에서 집회·시위와는 관계 없는 대화내역과 그의 지인 3,000명의 신상정보를 입수한 이른바 “사이버 사찰” 파문이 기폭제가 되어, 감시에 대한 불안감을 느낀 기존의 카카오톡 사용자들이 대거 독일에 서버를 둔 텔레그램이라는 메신저로 이동한 일을 말한다. 한겨레, “수천명 친목도모 대화도 들여다봤다”... ‘카카오톡 사찰’ 우려가 현실로, 2014.10.01.(http://www.huffingtonpost.kr/2014/10/01/story_n_5911290.html, 2016.4.19. 검색); 경향신문, “검·경, 3000명 친구 등록된 노동당 부대표 카카오톡 검열”, 2014.10.1.(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?code=940202&artid=201410010600075, 2016.4.19. 검색) 참조.

2) 2015.6.12. 전해철 의원 대표발의 “통신비밀보호법 전부개정법률안”, 의안번호 제15579호.

발의되기도 하였다. 다만 통신주체의 정보인권 보호를 제고하고자 한 개정시도는 대체로 통신제한조치 등 집행의 통지에 관한 규정에 집중되었다.

통신제한조치 등에 대한 집행통지의 문제는 특히 최근 미국의 마이크로소프트(Microsoft) 사가 미국 법무부를 제소함으로써 세간의 이목을 끌고 있다. 마이크로소프트 사의 제소요지에 따르면 수사당국이 전자통신비밀보호법을 명분으로 비밀리에 자사 고객의 개인정보를 요구했으며, 이러한 사실을 회사가 고객에게 통보하지 못하도록 강요했는데, 이는 미국헌법이 보장하는 자유발언의 권리(수정헌법 제1조)와 부당한 수색을 받지 않을 권리(수정헌법 제4조)를 침해한다는 것이다.³⁾

우리나라 통신비밀보호법은 통신제한조치 등을 집행한 경우 그 집행사실 등을 당사자에게 통지하도록 하고 있다. 다만 통신제한조치 등을 집행한 사건에 관해 공소 관련 처분이 있는 후 30일 이내에 통지하도록 규정하고 있으며, 통지유예의 경우 별다른 유예기간의 제한을 두고 있지 않은 등 문제점이 발견되고 있다. 또한 구조적으로는 통신제한조치와 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증의 집행통지규정이 모두 통신비밀보호법에 있는데, 그 집행에 대한 근거규정은 각각 통신비밀보호법과 형사소송법에 있는 기이한 모습을 띄고 있다. 이러한 문제점에 착안해 본 글에서는 우선 현행 통신비밀보호법상 통신제한조치 등의 집행통지에 관한 규정의 내용상 문제점을 살펴보고, 더 나아가 통신제한조치와 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증에 관한 근거규정이 갖는 체계상 이원성 문제를 짚어보면서 각 문제점에 대한 개선방안을 제시해 보도록 하겠다.

3) 이투데이 뉴스, “실리콘밸리-미국 정부 정보전쟁 2R…이번엔 MS가 법무부 제소”, 2016.4.15., http://www.etoday.co.kr/news/news_print.php?idxno=1317365, 2016.4.19. 검색.

II. 통신제한조치 등 집행통지규정 개관

1. 집행통지의 대상행위

통신비밀보호법상 집행통지에 관한 규정은 제9조의2 통신제한조치의 집행에 관한 통지와 제9조의3 압수·수색·검증의 집행에 관한 통지 두 개가 있다. 제9조의3은 형사소송법 제215조 및 제106조, 제107조에 따라 송·수신이 완료된 전기통신을 압수·수색·검증한 경우 이를 당사자에게 통지하도록 한 것이며, 제9조의2는 통신비밀보호법 제6조 내지 제8조에 따른 통신제한조치를 하는 경우에 당사자에게 통지하도록 한 것이다. 통신제한조치는 크게 범죄수사를 위한 통신제한조치(제6조)와 국가안보를 위한 통신제한조치(제7조), 긴급통신제한조치(제8조)로 구분된다.

가. 범죄수사를 위한 통신제한조치

검사는 제5조 제1항 각호에 열거된 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한해 법원에 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치를 허가해 줄 것을 청구할 수 있다(제5조 제1항, 제6조 제1항). 사법경찰관도 동일한 요건이 구비된 경우 검사에 대해 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치 허가를 신청할 수 있으며, 검사는 법원에 그 허가를 청구할 수 있다(제6조 제2항). 통신제한조치를 청구할 때에는 필요한 통신제한조치의 종류와 목적, 대상, 범위, 기간, 집행장소, 방법 및 당해 통신제한조치가 제5조 제1항의 허가요건(① 제1항 각호에 열거된 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있을 것, ② 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려울 것)을 충족하는 사유 등 청구이유를 기재한 서면을 제출해야 하며, 청구이유에 대한 소명자료도 첨부해야 한다(같은 조 제4항 제1문). 동일한 범죄사실에 대해 통신제한조치를 재차 청구할 수도 있는데, 이때에는 다시 통신제한조치를 청구하는 취지와 이유를 기재해야 한다(같은 항 제1문). 통신제한조치의 기간은 2개월을 넘을 수 없으며, 그 기간 중이라도

통신제한조치의 목적을 달성한 경우에는 즉시 통신제한조치를 종료해야 한다(같은 조 제7항). 제5조 제1항의 허가요건이 존속하는 경우에는 위의 절차에 따라 소명자료를 첨부하여 2월의 범위 안에서 통신제한조치기간의 연장을 청구할 수 있었으나(제7항 단서), 이 규정은 2010년 헌법재판소의 헌법불합치 결정으로 2012년 1월 1일부터 효력을 상실하게 되었다. “여전히 통신제한조치를 해야 할 필요가 있으면 법원에 새로운 통신제한조치의 허가를 청구할 수 있으므로 이로써 수사목적은 달성하는데 충분하다”⁴⁾는 것이다.

나. 국가안보를 위한 통신제한조치

대통령령이 정하는 정보수사기관의 장⁵⁾은 국가안전보장에 상당한 위험이 예상되는 경우 또는 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」 제2조 제6호⁶⁾의 대테러활동에 필요한 경우에 한하여 그 위험을 방지하기 위하여 이에 관한 정보수집이 특히 필요한 때에는 통신제한조치를 할 수 있다(제7조 제1항). 이때 통신의 일방 또는 쌍방 당사자가 내국인인 때에는 — 작전수행을 위한 군용전기통신의 경우를 제외하고 — 고등법원 수석부장판사의 허가를 받아야 하며, 대한민국에 적대하는 국가, 반국가활동의 혐의가 있는 외국의 기관·단체와 외국인, 대한민국의 통치권이 사실상 미치지 아니하는 한반도 내의 집단이나 외국에 소재하는 그 산하단체의 구성원의 통신인 때 및 작전수행을 위한 군용전기통신의 경우에는 서면으로 대통령의 승인을 얻어야 한다. 국가안보를 위한 통신제한조치는 4개월을 넘을 수 없으며, 범죄수사를 위한 경우와 마찬가지로 그 기간중 통신제한조치의 목적을 달성한 경우 즉시 종료해야 한다(같은 조 제3항). 다만 제1항의 요건이 존속하는 경우 소명자료를 첨부하여 고등법원 수석부장판사의 허가 또는 대통령의 승인을 얻어 4개월의 범위 내에서

4) 현재 2010.12.28. 2009헌가30 결정.

5) 정보및보안업무기획·조정규정(대통령령 제25751호) 제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6. “정보수사기관”이라 함은 제1호 내지 제5호에 규정된 정보 및 보안업무와 정보사범등의 수사업무를 취급하는 각급 국가기관을 말한다.

6) 테러방지법 제2조 제6호 : “대테러활동”이란 제1호의 테러 관련 정보의 수집, 테러위험인물의 관리, 테러에 이용될 수 있는 위험물질 등 테러수단의 안전관리, 인원·시설·장비의 보호, 국제행사의 안전 확보, 테러위협에의 대응 및 무력진압 등 테러 예방과 대응에 관한 제반 활동을 말한다.

통신제한조치의 기간을 연장할 수 있으나(같은 항 제2문), 앞의 헌법재판소 결정의 취지에 비추어 볼 때 본 규정도 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다. 제7조 제3항이 제6조 제4항을 준용하고 있어, 여전히 통신제한조치를 해야 할 필요가 있으면 새로운 통신제한조치의 허가 또는 승인을 청구할 수 있기 때문이다. 한편 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 적과 교전상태에 있는 경우에는 작전수행을 위한 군용전기통신의 제한조치에 대해 정상적인 허가·승인절차를 진행하는 것이 사실상 불가능하므로 작전이 종료될 때까지 대통령의 승인을 얻지 않고 기간을 연장할 수 있도록 하고 있다(같은 항 제3문).

다. 긴급통신제한조치

검사나 사법경찰관, 정보수사기관의 장은 범죄수사 및 국가안보를 위한 통신제한조치의 요건이 구비되었으나 통상적인 절차를 거칠 수 없는 긴급한 사유가 있는 경우에는 법원의 허가 없이 통신제한조치를 할 수 있다(제8조 제1항). 다만 이를 위해서는 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄 등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황이 존재해야 한다. 또한 긴급통신제한조치를 행한 검사나 사법경찰관, 정보수사기관의 장은 집행착수 후 지체 없이 법원에 허가를 청구해야 하며, 조치시점 이후 36시간 내에 법원의 허가를 얻지 못하면 즉시 통신제한조치를 중지해야 한다(같은 조 제2항). 사안에 따라 통상적인 절차를 거치느라 시간을 소요하게 되면 통신제한조치의 목적을 근본적으로 달성할 수 없게 되는 긴박한 상황에 있는 경우 이른바 “선 조치후허가”의 여지를 남겨둔 것이다.

한편 대한민국에 적대하는 국가, 반국가활동의 혐의가 있는 외국의 기관·단체와 외국인, 대한민국의 통치권이 사실상 미치지 아니하는 한반도 내의 집단이나 외국에 소재하는 그 산하단체의 구성원의 통신인 때 및 작전수행을 위한 군용전기통신의 경우에는 법원의 허가가 아닌 대통령의 승인을 요하고 있다. 이에 해당하는 긴급통신제한조치의 요건은 제8조 제8항이 규정하고 있다. 즉 정보수사기관의 장은 위와 같은 긴박한 상황이 발생했는데, 대통령의 승인을 얻을 시간적 여유가 없거나 통신제한조치를 긴급히 실시하지 않으면 국가안전보장에 대한 위협을 초래할 수 있다

고 판단되는 때에는 소속 장관 또는 국가정보원장의 승인을 얻어 통신제한조치를 할 수 있다. 이러한 경우 지체 없이 대통령의 승인을 얻어야 하며, 36시간 내에 대통령의 승인을 얻지 못하면 즉시 긴급통신제한조치를 중지해야 한다(같은 조 제9항).

라. 통신사실 확인자료 제공

검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다(제13조 제1항). 이 경우 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받도록 하고 있기 때문에(제13조 제2항) 통신제한조치와 동일한 수준의 강제수사절차로 보아야 한다. 정보수사기관의 장에 의한 통신사실 확인자료 요청도 제7조에서 제9조의 규정을 준용하기 때문에(제13조의4 제2항 제1문) 마찬가지이다.

통신사실 확인자료제공을 받은 사건에 관해서도 통신제한조치 및 송·수신이 완료된 전기통신 압수·수색·검증과 마찬가지로 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 통신사실 확인자료제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다(제13조의3 제1항). 그 밖의 사항 외에는 제9조의2의 규정을 준용한다. 정보수사기관의 장도 국가안전보장에 대한 위협을 방지하기 위해 정보수집이 필요한 경우 마찬가지로 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 제공을 요청할 수 있다(제13조의4 제1항). 이러한 경우에도 집행통지에 관한 규정이 준용된다(같은 조 제2항). 다만 제9조의2 제5항은 준용하지 않으므로 정보수사기관의 장에게는 집행통지 유예시 별다른 소명의무를 부담하지 않는다.

2. 집행통지의 기준시점과 대상자

집행통지의 시점은 통신제한조치 또는 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증을 집행한 사건, 통신사실 확인자료 제공을 받은 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지 결정 제외)을 한 때에

는 그 처분을 한 날로부터 30일 이내에 해야 한다(제9조의2 제1항 내지 제3항, 제9조의3 제1항, 제13조의3 제1항). 통신제한조치 등은 통상적으로 당사자가 알지 못하는 사이에 당사자의 기본권을 제약하는 강제처분이므로,⁷⁾ 당사자의 사생활 비밀의 자유, 자기정보결정권의 회복, 방어권 보장 등을 위해 이와 같은 통지규정을 둔 것이다.⁸⁾ 우편물 검열의 경우에는 그 대상자에게, 감청의 경우에는 그 대상이 된 전기통신의 가입자에게, 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증의 경우에는 수사대상이 된 가입자에게 통신제한조치 또는 압수·수색·검증을 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지해야 한다. 통신사실 확인자료 제공의 경우에는 통지대상자에 대한 명확한 규정이 없으나, — 아래에서 살펴보는 바와 같이 — 마찬가지로 전기통신 가입자에게 통지해야 하는 것으로 해석할 수 있다.

3. 통신제한조치 집행통지의 유예

공소관련 처분이 있은 후 30일 이내에 관련 당사자에게 통신제한조치의 집행을 통지하도록 한 위의 규정에도 불구하고, 통신제한조치를 통지할 경우 국가의 안전 보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있거나 사람의 생명·신체에 중대한 위험을 초래할 염려가 현저한 경우에는 그 사유가 해소될 때까지 통지를 유예할 수 있다(제9조의2 제4항). 이때 검사 또는 사법경찰관은 통지유예에 대한 소명자료를 첨부하여 미리 관할지방검찰청 검사장의 승인을 얻어야 하며(같은 조 제5항 제1문), 통지유예의 사유가 해소된 때에는 그 사유가 해소된 날로부터 30일 이내에 앞의 통지규정에 따른 통지를 해야 한다(같은 조 제6항).

7) BverfGE 115, 166, 195; 120, 274, 325; 124, 43, 62; 박경신, “E-메일 압수수색의 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가”, 인하대 법학연구 제13집 제2호, 2010, 277면.

8) 조국, “개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점”, 형사정책연구 제15권 제4호, 2004, 115면.

Ⅲ. 집행통지규정의 내용상 문제와 개선방안

집행통지에 관한 통신비밀보호법상 쟁점으로는 기준시점과 물적·인적 대상, 통지 유예를 꼽아볼 수 있다. 이 가운데 통지유예는 집행통지의 기준시점과 밀접한 관련성이 있으므로 함께 살펴보도록 하겠다.

1. 통지의 기준시점과 통지유예

“통신제한조치가 내려진 피의자나 피내사자는 자신이 감청을 당하고 있다는 사실을 모르는 기본권제한의 특성상 방어권을 행사하기 어려운 상태에 있으며, 수사와 전혀 관계없는 개인의 내밀한 사생활의 비밀이 침해당할 우려가 심히 크고, 나아가 피의자나 피내사자뿐만 아니라 그들과 전자적 방식으로 접촉한 제3자의 수사와 관련 없는 내밀한 사생활의 비밀도 침해당할 우려도 심히 크다.”⁹⁾ 따라서 통신제한조치의 기간은 엄격히 제한할 필요가 있으며, 이러한 필요에 따라 원칙적으로 범죄수사를 위한 통신제한조치는 2개월을(제6조 제7항), 국가안보를 위한 통신제한조치는 4개월을(제7조 제2항) 초과하지 못하도록 하고 있다. 그런데 이와 같은 통신제한조치의 기한제한 규정에도 불구하고, 현행법 규정은 당사자의 사생활 비밀과 정보기본권에 대한 장기간의 부당한 침해를 야기할 수 있다. 현행법 규정은 “공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지 결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터”라고 규정하여 이른바 공소관련 처분이 있을 후 30일 이내에 통신제한조치 등의 집행에 대해 통지하도록 하고 있기 때문이다. 통신제한조치가 집행된 후 장기간 공소관련 처분을 내리지 않은 경우, 당사자는 자신의 사생활 비밀의 자유 및 정보기본권이 침해 또는 제약된 바 있음을 장기간 알지 못하여 자신의 기본권 침해사실에 대한 알권리를 침해당한 결과가 발생하게 되는 것이다.¹⁰⁾ 이는 범죄혐의의 포착시부터 공소관련 처분시까지 그 기간을 예측할 수 없음에

9) 현재 2010.12.28. 2009헌가30 결정.

10) 박경신, “E-메일 압수수색의 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가”, 인하대 법학연구 제13집 제2호, 2010, 281면.

도 통지의 기준시점을 공소관련 처분시로 규정한 현행법 제9조의2 제1항 및 제2항, 제9조의3 제1항 및 제2항에 기인한다.¹¹⁾ 당사자의 예측가능성을 고려한다면 오히려 정보수사기관 장의 통신제한조치의 경우 조치가 종료된 시점을 통지의 기준시점으로 삼은 제9조의2 제3항의 규정이 보다 타당하다. 따라서 검사 및 사법경찰관의 통신제한조치, 그리고 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증의 경우에도 이와 동일하게 각 조치가 종료된 시점을 통지의 기준시점으로 규정해야 할 것이다.¹²⁾ 통신사실확인자료 제공의 경우에도 통신사실확인자료를 제공한 날을 기준시점으로 삼아야 할 것이다.

이와 같이 통지의 기준시점을 개정한다 하더라도, 실무적 측면에서는 통신제한조치를 종료한 이후에도 그 사실을 당사자에게 알리지 말아야 할 수사목적상 필요가 존재할 수 있다. 당사자의 사생활 비밀의 자유, 정보기본권 등의 헌법적 기본권은 중요한 가치를 가지며, 가급적 최대한 보호되어야 하지만, 그것이 절대적 보호가치인 것은 아니며 어느 정도는 — 물론 비례성원칙에 따라 — 실체진실 발견을 위해 희생될 필요도 있다.¹³⁾ 이를 위해 통신비밀보호법은 통신제한조치 및 통신사실확인자료 제공에 대한 통지유예를 규정하고 있다. 다만 현행법의 통지기준시점에 따르면 — 정보수사기관의 장의 통신제한조치의 경우를 제외하고 — 통지유예규정은 별다른 의미를 갖지 못한다. 통신제한조치를 종료한 이후 수사상 필요로 인해 그 사실을 당사자에게 알리지 않아야 한다면, 공소관련 처분을 내리지 않으면 그만이기 때문이다. 그런데 통신제한조치의 사실 등에 대한 통지를 유예하는 것은 당사자의 정보기본권 침해에 더해 알권리까지 침해할 소지가 있다. 따라서 통지유예의 요건은 보다 엄격하게 설정할 필요가 있으며, 우리 통신비밀보호법은 이미 통지유예제도를 두고 있기 때문에 통지의 기준시점은 각 조치가 종료된 시점으로 하는 것이 바람직하다.

11) 이러한 예측불가능성은 국가보안법 제20조에 따른 공소보류의 경우에 더 커진다고 할 수 있다.

12) 김형준, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제24호, 2005, 228면; 박경신, “E-메일 압수수색의 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가”, 인하대 법학연구 제13집 제2호, 2010, 280면.

13) 박경신, “E-메일 압수수색의 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가”, 인하대 법학연구 제13집 제2호, 2010, 282면.

한편 통지유예의 요건이 지나치게 포괄적이어서 집행통지 유예제도의 실효성을 반감시킨다는 비판이 있다.¹⁴⁾ 통신제한조치 등 집행통지의 유예는 오로지 통지를 할 경우 ① 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있거나 ② 통신제한조치를 통지할 경우 사람의 생명·신체에 중대한 위험을 초래할 염려가 현저한 때에만 가능하다. 집행통지의 유예는 앞서 살펴본 바와 같이 기본권의 이중적 침해를 야기할 수 있기 때문에 이러한 경우로 제한한 것이라 할 수 있다. 그러나 이러한 요건 가운데 “공공의 안녕질서”는 해석론으로 아무리 보충을 한다 하더라도 지나치게 추상적인 요건이다. 또한 이미 종료한 강제수사조치의 사실을 통지하지 않는다고 해서 국가의 안전보장이나 공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려, 또는 사람의 생명·신체에 중대한 위험을 초래할 현저한 염려가 발생할 만한 일이 실제로 있을지도 의문스럽다. 아울러 단순히 그 사유가 해소될 때까지 유예할 수 있도록 규정하고 있을 뿐 별다른 유예기간의 제한을 두지 않은 점도 문제이다.¹⁵⁾ 통신제한조치의 집행도 2개월 내지 4개월이라는 시한을 두고 있고, 기간연장에 관한 헌법불합치 결정의 취지에 비추어 볼 때, 집행통지의 유예도 2개월 이내로 기한을 정해야 할 것으로 보인다. 유예기간을 연장할 필요가 있는 경우에는 유예기한이 도래하기 전에 제9조의2 제5항에 따라 소명자료를 첨부하여 미리 관할 지방검찰청 검사장의 승인을 얻어 다시 유예신청을 하면 될 것이다.

2. 통지의 물적 대상

통신비밀보호법은 통신제한조치 및 통신사실 확인자료 제공의 경우 통신제한조치를 집행한 사실뿐만 아니라 집행기관과 기간 “등”을 통지하도록 하고 있다(제9조의2, 제13조의3, 제13조의4). 이와 달리 제9조의3에 따르면 송·수신이 완료된 전기통신에 대해 압수·수색·검증을 집행한 경우에는 압수·수색·검증을 집행한 사실만을 통지하면 된다. 그런데 자신의 정보기본권을 침해 또는 제한받은 당사자는 그 침

14) 김형준, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제24호, 2005, 229면.

15) 김형준, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제24호, 2005, 229면; 박경신, “E-메일 압수수색의 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가”, 인하대 법학연구 제13집 제2호, 2010, 281면.

해나 제한의 정도가 어떠하며, 또한 그 침해나 제한의 근거 내지 이유가 무엇인지를 알아야 한다. 이는 당사자가 추후 방어권을 행사하기 위해서라도 반드시 필요한 사항이다. 이와 같은 취지로 형사소송법 제75조는 구속영장에 “피고인의 성명, 주거, 죄명, 공소사실의 요지, 인치 구금할 장소, 발부년월일, 그 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 할 취지”를 기재하도록 하고 있다. 다만 구속영장은 피구속당사자에게 직접 제시되고 집행되므로 영장의 제시가 곧 통지의 효과를 갖는다고 볼 수 있다. 이와 달리 통신제한조치 등은 정보주체에 대해 집행되는 경우뿐만 아니라, 정보관리자에 대해 집행되는 경우도 생각해야 한다. 오늘날의 정보기술체계를 고려한다면, 오히려 후자의 사례가 보다 빈번하다고 할 수 있다. 이러한 경우 정보주체는 통신제한조치 허가서 내지 전기통신 압수·수색·검증의 영장을 보지 못하여, 자신의 정보기본권이 어떠한 이유로, 어느 정도로 침해 또는 제한되었는지 뿐만 아니라, 자신의 정보기본권이 침해 내지 제한되었다는 사실 자체를 알지 못할 수 있다. 그렇기 때문에 통신비밀보호법은 집행통지에 관한 규정을 두고 있으며, 이는 정보주체의 기본권 및 방어권을 보장하기 위함이다. 이와 같은 집행통지 규정의 취지와 구조를 고려한다면, 구속영장의 경우보다 통지해야 할 사항을 보다 상세히 적시할 필요가 있다. 따라서 “등”과 같은 추상적 의존명사는 지양하고, 집행사실뿐만 아니라, 집행기관과 기간, 조치의 대상과 종류, 방법, 개시날짜와 종료날짜, 영장(또는 허가서) 발부일, 영장에 기재된 죄명과 적용법조를 함께 통지하도록 해야 할 것이다.¹⁶⁾ 그리고 이와 같은 통지대상은 송·수신이 완료된 전기통신에 대한 압수·수색·검증이 집행된 때에도 동일하게 적용해야 한다. 이처럼 통지의 물적 대상을 확대하는 것은 해당 정보주체의 알권리 및 정보적 자기결정권을 제고하는 데에 기여하게 될 것이며, 다른 한편으로 “등”과 같은 추상적 의존명사를 삭제하고 대상이 되는 통지의 범위를 구체적으로 나열함으로써 수사기관은 정보주체에 대한 통지의 준비를 보다 원활히 할 수 있을 것이다.

16) 같은 취지로 박찬걸·강동욱, “통신제한조치의 집행에 관한 법적정책적 고찰”, 법과 정책 제20집 제1호, 2014, 323면.

3. 통지의 인적 대상

전기통신은 두 사람 또는 여러 사람 사이에 통신매체를 이용해 이루어지는 의사소통과정이다. 따라서 한 사람에 대한 통신제한조치는 필연적으로 그 당사자와 교신한 다른 통신 상대방에 대한 제한조치를 동반하게 된다. 또한 송·수신이 완료된 전기통신을 압수·수색·검증하는 경우, 범죄혐의를 입증할 수 있을 것으로 추론되는 자료가 포함된 저장매체를 압수했다 할지라도 통상적으로 특수매체를 이용해 읽기 전에는 구체적 내용을 파악하지 못하므로 압수·수색·검증절차를 진행하는 중에 불가피하게 수사목적과 무관한 당사자의 민감한 사생활 영역에 접근하게 될 뿐만 아니라, 사건과 전혀 무관한 제3자의 개인정보까지도 지득하게 될 가능성이 높다. 통신사실 확인자료 제공의 경우에도 “발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호”를 포함하고 있기 때문에 마찬가지로 사건과 무관한 제3자의 개인정보를 지득할 가능성을 배제할 수 없다.

통신비밀보호법은 통신제한조치와 송·수신이 완료된 전기통신 압수·수색·검증의 집행통지의 경우에는 전기통신 가입자에게만 통지하도록 하고 있고, 통신사실 확인자료 제공의 경우에는 통지대상자를 명확히 언급하고 있지 않다. 다만 통신제한조치와 송·수신이 완료된 전기통신 압수·수색·검증의 집행통지에서 가입자에게 통지하도록 규정하고 있다는 점, 그리고 통신사실 확인자료가 “가입자”의 전기통신일시, 개시·종료시간, 사용도수 등을 의미한다는 점에 비추어 볼 때, 통신사실 확인자료 제출의 경우에도 단순히 가입자에게 집행사실 등을 통지하도록 한 것이라고 해석할 수 있을 따름이다. 원칙적으로 전기통신을 이용하기 위해서는 해당 전기통신사업자가 운영하는 전기통신서비스에 가입해야 하므로, “가입자”에는 범죄혐의가 있는 직접적 감청대상자뿐만 아니라, 그 대상자의 대화상대방도 포함된다고 넓게 해석해야 한다. 다만 전기통신 가입자와 실제 전기통신 이용자가 다른 경우가 상당수 존재한다.¹⁷⁾ 이러한 경우 단순히 가입자에게만 통신제한조치 등 집행사실을 통지하도록

17) 아시아투데이, “SK·KT 통신사 고객 명의도용 피해 심각...개정법 유명무실”, 2016.3.10., <http://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=20160309010005445>, 2016.5.10. 검색; 인천일보, “휴대전화 부정가입 방지시스템 신분증 위조·변도 여부 못가른다”, 2016.5.4., <http://www.incheonilbo.com/?mod=news&act=articleView&idxno=705735>, 2016.5.10. 검색. 사회적으로 큰 문제가 되어 온 이른

하는 것은 실제 사용자를 배제하는 결과를 초래한다. 즉 통지대상자를 전기통신 가입자로 한정된 현행법 규정은 지나치게 좁다. 당사자와 관련된 것일지라도 사건과 무관한 사생활은 마땅히 보호되어야 하고, 사건과 무관한 제3자인 통신 상대방의 알권리와 정보기본권은 더욱 강력히 보호해야 한다. 물론 실제 사용자를 엄밀히 파악하는 데에는 제도적·기술적 문턱이 상당히 높아 보인다. 다만 적어도 법규정상으로는 “전기통신 가입자”에 한정할 이유는 없다는 것이다. 따라서 형사소송법 제106조 제4항에서 “정보주체”에게 압수사실을 통지하도록 한 것과 같이 통신제한조치 등으로 인해 실제로 기본권침해를 받는 자에게 그 집행사실을 통지할 수 있도록 규정을 개정해야 할 것이다.¹⁸⁾ 그리고 더 나아가 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증시 통지에 관한 규정이 형사소송법 제106조 제4항과 통신비밀보호법 제9조의3으로 이원화되어 있는 것을 일원화하여 혼선을 방지할 필요도 있다.¹⁹⁾

4. 정보수사기관의 장에 대한 특례

통신비밀보호법은 검사나 사법경찰관뿐만 아니라 국가안보와 관련된 경우에는 정보수사기관의 장도 통신제한조치 및 통신사실 확인자료 제공요청을 할 수 있도록 규정하고 있다. 그에 대한 통지도 대부분 검사 및 사법경찰관에 대한 규정을 준용하고 있다. 그런데 통신제한조치 집행통지에 관한 제9조의2에서 유독 정보수사기관의 장에게는 별다른 소명을 하지 않고도 집행사실의 통지를 유예할 여지를 남겨두고 있다. 통신사실 확인자료 제공요청의 경우에도 제9조의2 제5항에 대한 준용이 누락되어 있다(제13조의4 제2항). 즉 검사와 사법경찰관은 통지유예시 소명자료를 첨부해 미리 관할 지방검찰청 검사장의 승인을 얻도록 하고 있는데 반해, 정보수사기관의 장은 아무런 통제장치 없이 통지를 유예할 수 있다. 물론 기관의 특성 및 지휘계

바 대포폰뿐만 아니라, 휴대전화 구매·가입절차에 어려움을 겪는 노년의 부모를 대신해 자식이 자신의 명의로 가입하고 부모로 하여금 사용하게 하는 경우와 같이 사회상규상 허용될 수 있는 명의대여 사례도 충분히 생각해 볼 수 있다.

18) 같은 취지로 박찬걸·강동욱, “통신제한조치의 집행에 관한 법정책적 고찰”, 법과 정책 제20집 제1호, 2014, 322-323면.

19) 전현욱 외, 사이버범죄의 수사 효율성 강화를 위한 법제 개선 방안 연구, 경제·인문사회연구회, 2015, 81면.

통상 정보수사기관의 장이 관할 지방검찰청 검사장에게 승인을 받아야 하는 구조는 적절치 않다. 그러나 아무런 소명 없이 통지를 유예할 수 있도록 하고, 그에 대한 통제장치를 마련해두지 않은 것은 더욱 부당하다. 앞서 언급한 바와 같이 통지유예만으로 국가안전이나 공공의 안녕질서를 현저히 위태롭게 할 만한 상황이 실제로 존재할 수 있을지 의심스러운 가운데, 유독 정보수사기관의 장에게만 통제 없는 통지유예의 가능성을 부여하는 것은 적법하고 타당한 근거가 있다고 보이지 않는다. 따라서 정보수사기관의 장에게도 통지유예에 대한 소명의무를 부과하는 규정을 도입할 필요가 있다.²⁰⁾ 더 나아가 남북분단으로 인한 특수성으로 인해 정보수사기관의 독자적 감청행위 및 정보수집행위를 불가피하게 허용할 수 있다 하더라도, 감청행위가 근본적으로 시민의 기본권을 침해 내지 제약하는 강제수사이므로 장기적으로는 감청권한을 일원화하여 검사 및 검사의 지휘를 받는 사법경찰관만이 감청행위를 할 수 있도록 관련규정을 개정해야 할 것이다.²¹⁾

5. 통지의무 불이행에 대한 제재

통신비밀보호법 제17조 제2항 제3호는 제9조의2를 위반하여 통신제한조치의 집행에 관한 통지를 하지 아니한 자를 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 그러나 통신제한조치 외의 조치, 즉 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증이나 통신사실 확인자료 제공요청의 경우 집행통지 불이행에 대해서는 별다른 벌칙규정이 마련되어 있지 않다.²²⁾ 집행통지의무를 이행하지 않아도 이를 규제할 적절한 수단이 없는 것이다. 제17조 제2항 제3호의 법문이 “... 통신제한조치의 집행에 관한 통지를 하지 아니한 자”라고 명시하고 있기 때문에, 이

20) 국가정보원법 제2조에 따르면 국가정보원은 대통령의 지시와 감독을 받는다. 그러나 국정원장이 통신제한조치의 통지유예에 대해 일일이 대통령에게 소명하도록 하는 것이 적절해 보이지는 않는다. 다만 통신비밀보호법 제10조의2 제2항에서 정보수사기관이 감청설비를 도입할 때 국회 정보위원회에 통보하도록 한 것에 비추어 보건대, — 비록 여전히 지휘체계에는 맞지 않으나 — 국회 정보위원회의 승인을 얻어 통지를 유예하는 방법도 고려해 볼 수 있을 것 같다.

21) 원혜옥, “감청행위의 실태 및 입법례의 비교고찰”, 형사법연구 제24권, 2005, 204면.

22) 형사소송법 제106조 제4항을 위반하여 정보주체에게 압수사실을 통지하지 않은 경우에도 별다른 제재규정이 없다.

규정을 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증이나 통신사실 확인자료 제공 요청의 경우에 적용하는 것은 명백히 유추적용 금지원칙에 반한다. 따라서 본 규정을 “제9조의2(제14조 제2항의 규정의 의하여 적용하는 경우를 포함한다), 제9조의3, 제13조의3 및 제13조의4의 규정에 위반하여 통신제한조치 등의 집행에 관해 통지를 하지 아니한 자”로 개정할 필요가 있다.

IV. 현행 집행통지규정의 구조적 문제와 개선방안

지금까지 살펴본 바와 같은 집행통지규정의 내용상 문제점 외에 보다 근본적으로 통신비밀보호법은 집행통지규정과 관련한 구조적 문제점을 안고 있다. 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증의 집행근거규정은 형사소송법에 있는데 반해, 그 집행을 통지에 관한 규정은 통신비밀보호법에 위치하고 있다는 점이 그것이다. 이 문제는 단순히 통지규정의 정비 차원을 넘어, 디지털 증거의 확보절차에 대한 근본적인 문제의식과 접점을 형성한다.

1. 통신제한조치 등 집행통지요건의 동일성과 집행근거규정의 이원성

통신제한조치의 집행에 관한 통지와 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증의 집행에 관한 통지, 그리고 통신사실 확인자료 제공요청에 관한 통지의 요건은 — 앞에서 살펴본 바와 같이 통지의 물적 대상만 제외하면 대체로 — 동일하다. 그런데 집행통지규정이 모두 통신비밀보호법에 규정되어 있는 것과는 달리, 통신제한조치와 통신사실 확인자료 제공요청의 근거규정은 통신비밀보호법에 있는데 반해, 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증은 형사소송법 규정을 근거로 한다.

전기통신의 압수·수색·검증의 집행 근거규정과 통지의무 규정이 상이한 법률에 위치한 이와 같은 이원체계가 입법단계에서 특별한 필요성이나 당위성에 근거한 것 인지는 알 수 없다. 통신제한조치에 대한 집행통지의 근거규정을 신설했던 2001년 12월 개정법률의 이유서에도 단순히 “통신제한조치의 대상이 된 자의 알권리를 위

하여 통신제한조치의 집행에 관한 통지제도를 신설한다”라고 설명하고 있을 뿐이며, 특히 송·수신이 완료된 전기통신 압수·수색·검증의 집행통지에 관한 규정을 신설한 2009년 5월 개정법률의 이유서에는 현행법 제9조의3 제1항의 내용을 기술한 것 외에 별다른 개정이유를 밝히지 않았다. 다만 규정 내용이 통신제한조치의 집행통지와 동일하기 때문에 당사자의 알권리를 위해 통지제도를 신설한다는 정도로 미루어 짐작할 수 있을 뿐이다. 따라서 이들을 서로 다른 법률에 규정해야 할 근본적 당위성이 있는지, 그리고 더 나아가 근본적으로 통신제한조치와 전기통신 압수·수색·검증이 접점이 없는 전혀 다른 성질의 것인지 살펴볼 필요가 있다.

2. 통신제한조치와 송·수신이 완료된 전기통신 압수·수색·검증의 구분

가. 개념적 차이

통신비밀보호법은 통신제한조치에 관한 명확한 정의규정을 두고 있지 않다. 다만 제3조 제2항에서 “우편물의 검열 또는 전기통신의 감청”을 통신제한조치라 한다고 규정하고 있을 뿐이다. 여기에서 검열은 “당사자의 동의 없이 우편물을 개봉하거나 기타의 방법으로 그 내용을 지득 또는 채록하거나 유치하는 것”을 말하며(제2조 제6호), 감청은 “당사자의 동의 없이 전기통신을 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것”을 의미한다(같은 조 제7호). 이러한 개념들은 1993년 통신비밀보호법 제정 이후로 변경 없이 사용되고 있다. 우편물 검열은 우편물의 개념 및 종류가 예나 지금이나 차이가 없으니 별다른 문제가 없다고 하겠으나, 전기통신 감청은 아래에서 보는 바와 같이 1996년에야 비로소 상용화되기 시작한 디지털 통신을 전혀 고려하지 않은, 오로지 아날로그 통신만을 전제한 개념이라 할 수 있다. 즉 통신이 종료되면 그 내용이 즉시 휘발되어 세상 어디에도 존재할 수 없어, 실시간으로 교신되는 통신을 지득하거나 채록하지 않으면 다시는 그 내용을 알 수 없게 되는 상황을 상정하고 있는 것이다.²³⁾ 다만 법문언의 해석상 제2조 제3호

23) 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 34면.

에서 전기통신을 “전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것”이라고 매우 광범위하게 정의하고 있어²⁴⁾ 디지털 전기통신도 — 기술적 한계 여부는 차치하고²⁵⁾ 어쨌거나 — 그것이 송·수신이 진행되고 있는 중이라면 통신제한조치의 대상이 될 수 있다.²⁶⁾

감청이 휘발성을 갖는 전기통신을 전제하고 있는 것과는 달리 “송·수신이 완료된 전기통신”은 비휘발성,²⁷⁾ 즉 저장성을 전제로 하고 있다. 휘발성을 갖는 기존의 아날로그 통신은 송·수신이 완료되는 즉시, 정확히 표현하자면 송·수신 과정에서 즉시 사라져버리는 것이므로 애초부터 송·수신이 완료된 전기통신이라는 개념과 친해 질 수 없다. 예외적으로 아날로그 방식으로 전달되는 유선통화 내용을 녹음 기능이 있는 전화기를 이용해 자기테이프에 녹음하는 경우에는 “수신이 완료된 전기통신”의 범주에 포섭된다고 볼 수 있다. 다만 오늘날 자기테이프 녹음기능이 탑재된 일반 유선전화기를 사용하는 사례를 찾아보기가 극히 어렵다는 점, 그리고 대부분의 녹화·녹음매체가 이제는 디지털화되어 있으며 통신매체 또한 디지털 통신매체가 일반화되어 있다는 점을 고려하면 “송·수신이 완료된 전기통신”은 통상적으로 디지털 통신에 포섭되는 하위개념인 것으로 이해해도 무방할 것으로 보인다.²⁸⁾

24) “등”, “기타”, “모든 종류의” 따위의 어휘를 사용하여 어떠한 대상의 정의규정으로는 매우 광범위하고 보기에 따라서는 상당히 난잡해 보일 수 있다. 그러나 어제 다르고 오늘 다른 통신기술환경을 고려한다면 불가피한 정의형식이라고 볼 수 있다. 같은 취지로 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 36면.

25) 아날로그 방식을 취했던 1세대 휴대전화는 음성의 파형을 그대로 전파로 전환하여 전송한 것이기 때문에, 쉽게 말해 송신단말기와 수신단말기 사이에 감청기기를 설치하여 원 통신의 파형을 그대로 복사하는 방식으로 비교적 용이하게 감청할 수 있었다. 이에 반해 디지털 방식을 취하는 오늘날의 휴대전화는 음성을 전자신호로 변환한 후 이를 다시 디지털화·암호화하고 동시에 여러 개의 코드로 분할하여 복수의 기지국을 통해 전송하는 체계를 취하기 때문에 기존의 방식으로는 감청이 사실상 불가능하다는 것이 통상적인 인식이었다. 그러나 2005년 CDMA 휴대폰도 감청할 수 있으며, 국가안전기획부가 1996년부터 2002년까지 CDMA 방식의 휴대폰을 감청해왔던 사실이 확인되어(아이뉴스24, “CDMA 휴대폰도 감청가능 ... 통신사 협조무무 논란”, 2005.8.5., <http://media.daum.net/digital/others/newsview?newsid=20050805161651538>, 2016.5.2. 검색), 이제는 디지털 통신도 도청·감청할 수 있는 것으로 이해되고 있다.

26) 박광민·이성대, “신종 통신매체에 대한 통신제한조치의 문제점과 개선방안”, 전남대 법학논총 제35집 제2호, 2015, 280, 291면.

27) 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 43면.

나. 송·수신이 진행 중인 전기통신과 완료된 전기통신의 구분

아날로그 통신은 송·수신이 완료되는 즉시 “날아가 버리는” 휘발성을 전제하고 있기 때문에, 앞에서 예를 든 바와 같이 극히 예외적인 상황이 아니고서는 일반적으로 송·수신이 진행 중인 전기통신에 해당한다. 법리상 송·수신이 진행 중인지 또는 완료되었는지가 중요한 것은 디지털 통신이다. 송·수신이 진행 중인 디지털 통신에 강제로 접근하여 그 내용을 지득하거나 채록하는 것은 통신비밀보호법상의 감청, 즉 통신제한조치가 될 것이며, 송·수신이 완료된 것에 대한 강제적 접근은 형사소송법상 압수·수색·검증이 될 것이기 때문이다. 그런데 디지털 통신의 송·수신이 완료되었는지 여부가 법리적으로 그에 대한 강제수사절차를 양분해야 할 정도로 본질적인 차이라 할 수 있는가? 전자는 법원의 허가를, 후자는 판사의 영장을 필요로 하는 것이므로 따져볼 필요가 있다.

우선 현행법 해석론의 측면에서 살펴보면, 통신비밀보호법상 “전기통신”은 “송신하거나 수신하는 것”, “감청”은 전기통신의 음향·문언·부호·영상을 “청취·공독”하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 “방해”하는 것을 말한다. 즉 “송신하거나 수신하는 것”이라는 문구는 송신이나 수신이 진행 중인 것이라고 이해할 수 있으며, 송신이나 수신이 완료된 것은 통신비밀보호법상 “전기통신”에 속하지 않는다. 따라서 이미 송·수신이 완료된 전기통신은 감청의 대상이 아닌, 형사소송법상 압수·수색·검증의 대상이라고 해석할 수 있다.²⁹⁾ 대법원도 송·수신

28) 한편 통신사실확인자료란 “가입자의 전기통신일시, 전기통신 개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료”를 말한다(법 제2조 제11호). 통신제한조치와 송·수신이 완료된 전기통신 압수·수색이 통신내용 자체를 목적으로 하는데 반해, 통신사실확인자료는 통신의 형식적 궤적에 대한 데이터를 의미한다고 볼 수 있다. 따라서 통신사실확인자료는 앞의 두 개념과 명확히 구분할 수 있기 때문에 개념구분 문제에서 논외로 하였다.

29) 김형준, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제24호, 2005, 217면; 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 44면; 조국, “개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점”, 형사정책연구 제15권 제4호, 2004, 107-108면; 차진아, “사이버범죄에 대한 실효적 대응과 헌법상 통신의 비밀 보장”, 공법학연구 제14권 제1호, 2013, 59, 61면.

이 완료된 전기통신은 감청의 대상이 되지 않는다고 판시하고 있다.³⁰⁾

대법원의 이러한 해석은 아래 대조표와 같이 통신비밀보호법상 통신제한조치의 실질적 요건이 형사소송법상 압수·수색·검증의 요건보다 엄격하다는 점에 비추어 볼 때 일면 타당한 것으로 볼 수도 있다. 같은 강제수사라 하더라도 그것이 공개되어 행해지는지 비공개적으로 행해지는지에 따라 정당화요건도 구분해야 할 필요가 있다.³¹⁾ 학설도 통신제한조치와 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증을 직접적으로 대조한 경우는 찾아보기 힘들다, 대체적으로 통신제한조치는 당사자가 알지 못하는 사이에 이루어지는 강제처분으로서 보다 엄격한 비례성원칙을 따라야 하고, 따라서 통상적인 압수·수색·검증보다 엄격한 적용요건을 전제하는 것은 타당하다고 보는 듯하다.³²⁾

〈통신제한조치와 전기통신 압수·수색·검증 비교〉

구 분	통신제한조치	전기통신의 압수·수색·검증
적용법조	통신비밀보호법 제5조~ 제8조	형사소송법 제215조
실질적 요건	① 제5조 제1항 각호의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유 ② 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려울 것	① 범죄수사에 필요할 것 ② 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황 ③ 해당 사건과의 관계
절차적 요건	법원의 허가	지방법원판사의 영장

그러나 이러한 해석은 이메일 등 송·수신이 완료된 전기통신의 성질을 단순히 기존의 아날로그 통신과 비교하며 오로지 “현재성”이라는 도그마에 간혀있는 것이라고 볼 수 있다. 현재 진행 중인 대화가 저장되어 있는 대화보다 어떠한 측면에서 보

30) 대법원 2012.10.25. 선고 2012도4644 판결.

31) BVerfGE 124, 43, 62. 그리고 공개성 또는 비공개성 여부는 전기통신사업자가 아닌, 정보주체를 기준으로 해야한다(Klein, NJW 2009, 2998).

32) 배종대 외, 형사소송법, 홍문사, 2015, 10/12; 손동권·신이철, 새로운 형사소송법 제2판, 세창출판사, 2014, 223면; 이은모, 형사소송법 제4판, 박영사, 2014, 361면.

호가치가 높은지에 대한 명확한 논거도 제시하고 있지 않다. 더욱이 현재성으로 인해 보호가치가 높다면, 아날로그 통신을 포함한 송·수신이 진행 중인 전기통신에 대해 판사의 영장이 아닌, 법원의 허가를 절차적 요건으로 하고 있는 현행 법체계는 논리적으로 모순된다.³³⁾ 감청이 국민의 통신기본권에 대한 강제처분으로서 영장을 요하는 압수·수색·검증보다 강력한 요건 하에서만 허용되어야 한다면, 감청 또한 판사의 영장에 의해야 하는 것이 타당하다.³⁴⁾ 물론 「통신제한조치 등 허가 규칙」³⁵⁾ 제3조에 따르면 통신제한조치 등의 허가업무는 지방법원 및 지원의 영장청구사건 담당판사가 담당한다고 하여, 통신비밀보호법상 법원의 허가과 형사소송법상 판사의 영장은 사실상 동일한 것으로 볼 수도 있다. 그러나 영장은 헌법과 법률에 따라 판사의 명령으로 당사자의 기본권을 제약하는 것으로 검사의 영장청구가 있는 경우 판사가 그 적부를 심사할 수 있음을 전제하는 것으로 해석해야 하는데 반해, 통상적으로 허가는 행정행위로서 검사의 청구가 있으면 법원은 절차적·형식적 심사만으로 허가서를 발부해야 하는 것으로 이해될 수 있다.³⁶⁾

다. 체계상 이원성 해소를 위한 개선방안

통신제한조치는 현재·미래지향적이며, 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색은 과거지향적이다.³⁷⁾ 전자는 통신비밀보호법에 따라 법원의 허가를 얻어 집행할 수 있으며, 후자는 형사소송법에 따라 판사의 영장을 발부받아 이를 제시함으로써 집행할 수 있다. 그런데 이처럼 절차적 요건에서 요구되는 엄격성의 차이와는 반대로, 실질적 요건은 통신제한조치가 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증보

33) 물론 감청요건의 엄격성을 주장하는 견해는 대체로 영장주의를 주장하거나, 적어도 법원의 허가과 판사의 영장을 동일한 것으로 간주하고 있기는 하다. 예컨대 유주성, “수사기관의 통신자료 제공요청과 영장주의 적용”, 『형사정책연구』 제25권 제3호, 2013, 86, 96면. 통신제한조치 등이 영장주의를 채택하고 있으나, 영장주의를 실질적으로 담보할 만한 부수적 제도는 미비하다는 견해로 황성기, “현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 17-18면.

34) 같은 취지로, 배종대 외, 형사소송법, 홍문사, 2015, 10/17 주 2); 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 42면.

35) 대법원규칙 제2113호, 2007.10.29. 시행.

36) 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 41면.

37) Singelstein, NSIZ 2012, 601; 전현욱 외, 사이버범죄의 수사 효율성 강화를 위한 법제 개선 방안 연구, 경제·인문사회연구회, 2015, 407면.

다 엄격하며, 일반적 인식도 감청의 대상인 현재 또는 미래의 전기통신은 사생활 비밀에 관한 기본권 보호의 측면에서 압수·수색·검증에 비해 강한 보호를 받아야 한다고 이해하고 있다. 그러나 단순히 현재 진행 중인지 여부만을 가지고 보호가치를 평가하는 것은 더 이상 타당하지 않아 보인다.³⁸⁾ 카카오톡이나 다자간 통화와 같이 다수 통신관련자의 사생활이 침해될 수 있다는 측면에서는 후자가 기존의 유선전화 통신보다 높은 보호를 필요로 할 수 있기 때문이다.³⁹⁾ 이처럼 사실상 무한정 다수와 교신할 수 있는 디지털 통신의 경우에는 전기통신 자체의 현재성 보다는 정보주체의 무한정성 또는 다수성에 무게를 두어 평가를 할 필요가 있다. 요컨대 오늘날 디지털 통신에서는 과거와 현재, 그리고 미래의 경계가 허물어지고 있으며, 그 무게 중심은 통신참여자의 무한정성 또는 다수성으로 옮겨가고 있다고 볼 수 있다.

따라서 전기통신에 대한 관점을 전환하여 현재성이라는 도그마에서 빠져나올 필요가 있다. 현재 송·수신 중인 전기통신에 대한 감청과 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증 사이의 경계를 허물고, 현재성이 아닌 통신참여자의 무한정성 또는 다수성을 기준으로 전기통신에 대한 강제수사의 요건을 재구성해야 할 것이다. 예컨대 오로지 두 명의 당사자만 존재하는 쌍방 전기통신의 경우에는 현행 형사소송법상 압수·수색·검증의 요건과 동일하게, 다수 당사자가 존재하는 전기통신의 경우에는 현행 통신비밀보호법상 통신제한조치의 요건과 같은 수준으로 실질적 요건을 구성하되, 양자 모두 판사가 발부한 영장의 제시를 절차법적 요건으로 두는 방법을 고려해 볼 수 있을 것이다.

입법론적으로는 우선 형사소송법을 “디지털 시대”에 맞게 대폭 개정하면서 디지털 증거에 대한 강제수사에 관한 하나의 장 또는 절에 이르는 상세한 규정을 도입하는 방법을 생각해 볼 수 있다.⁴⁰⁾ 또는 기존의 형사소송법은 그대로 두고, 전기통신에 대한 내용은 현행 형사소송법과 통신비밀보호법, 전기통신사업법 등 여러 법률에 산재하는 규정들을 통신비밀보호법에 일괄적으로 통합하여 규율하는 것도 고

38) 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 34면.

39) 전현욱 외, 사이버범죄의 수사 효율성 강화를 위한 법제 개선 방안 연구, 경제·인문사회연구회, 2015, 407-408면.

40) 전현욱 외, 사이버범죄의 수사 효율성 강화를 위한 법제 개선 방안 연구, 경제·인문사회연구회, 2015, 404면.

려해봄직 하다. 다만 이 두 방법론 가운데 하나를 택한다면 전자보다는 후자가 현실적으로 보다 적절해 보인다. 이미 우리나라에서는 통신비밀보호법이 통신제한조치나 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증뿐만 아니라 전기통신사업자에 대한 통신사실 확인자료 제공요청 등 이른바 디지털 증거의 수집과 취급에 대한 일반법으로 자리매김하고 있기 때문이다.

V. 맺는 글

전기통신의 이용빈도가 일반화·보편화된 만큼 전기통신에 대한 채증은 오늘날 형사절차에서 매우 중요한 비중을 차지하고 있다. 이와 더불어 전기통신에 대한 채증으로 인해 야기될 통신참여자의 정보기본권 침해 내지 제한에 대해, 당사자의 정보기본권 및 알권리 보장을 위한 이른바 집행통지제도가 최근 다시금 이목을 끌고 있다. 우리 통신비밀보호법도 집행통지에 관한 규정을 두고 있는데, 다만 지금까지 살펴본 바와 같이 내용적 측면과 구조적 측면에서 상당한 문제점을 내포하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

우선 현행 통신비밀보호법과 같이 집행통지의 시점을 공소관련 처분이 있는 날로 규정하는 것은 당사자의 예측가능성을 현저히 위협한다는 점에서 부당하다. 따라서 정보수사기관의 장이 통신제한조치를 행한 경우 그 조치를 종료한 날로부터 30일 이내에 통지하도록 한 것과 같이, 다른 경우에도 통신제한조치 등의 집행을 종료한 날로부터 30일 이내에 통지하도록 관련 규정을 개정해야 할 것이다. 또한 형사소송법상 구속영장에 준하여, 통신제한조치 등 집행통지의 경우에도 통지해야 할 내용을 보다 구체적으로 상세하게 나열할 필요가 있으며, 통지대상자도 형식적인 “전기통신 가입자”에 한정할 것이 아니라 실질적으로 통신제한조치 등으로 인해 기본권 침해를 받는 “정보주체”로 변경해야 할 것이다. 국가안전보장 등 불가피한 경우에 통지의 유예를 허용하는 경우에도 “공공의 안녕질서”와 같이 지나치게 추상적인 문구는 삭제하고, 유예기간도 2개월 이내로 제한해야 할 것이다. 통지의무의 실효성을 담보하기 위해서는 범죄수사를 위한 통신제한조치에 관한 집행통지 뿐만 아니라,

전기통신에 대한 다른 유형의 강제수사에 대한 집행통지에 대해서도 불이행에 대한 처벌규정을 신설할 필요가 있다.

아울러 정보수사기관의 장이 통신제한조치 및 통신사실 확인자료 제공요청에 대한 집행통지 유예를 하는 경우에도 검사와 사법경찰관의 경우와 마찬가지로 사전에 소명자료를 제출하도록 통제장치를 마련해 두어야 할 것이다. 다만 근본적·궁극적으로는 감청 등 시민의 기본권을 침해·제한하는 강제수사에 대한 권한은 검사만이 행사할 수 있도록 일원화해야 할 것이다.

보다 본질적 문제로서 통신비밀보호법상 집행통지규정의 체계상 이원성은 근본적으로 통신제한조치와 송·수신이 완료된 전기통신 압수·수색·검증을 서로 상이한 개념으로 이해하는 것으로부터 기인한다. 그러나 아날로그 통신기술이 디지털 통신기술로 대체되고 있으며, 저장기능이 현저히 확대된 오늘날의 디지털 환경을 고려하면 현재 송·수신이 진행되고 있는 전기통신의 “감청”과 송·수신이 완료된 전기통신의 압수·수색·검증은 서서히 그 경계가 희미해지고 있다고 볼 수 있다. 즉 감청과 압수·수색·검증을 경계짓는 “현재성”이라는 도그마로부터 벗어날 필요가 있으며, 이제는 현재성이 아닌 통신참여자의 무한정성 또는 다수성을 기준으로 전기통신에 대한 강제수사의 요건을 재구성해야 할 것이다.

참고문헌

- 김형준, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안 — 통신제한조치와 대화감청을 중심으로 —”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005.
- 박경신, “E-메일 압수수색의 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가”, 법학연구 제13집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2010.
- 박광민·이성대, “신종 통신매체에 대한 통신제한조치의 문제점과 개선방안”, 법학논총 제35집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.
- 박찬걸·강동욱, “통신제한조치의 집행에 관한 법정책적 고찰”, 법과 정책 제20집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2014.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2015.
- 손동권·신이철, 새로운 형사소송법 제2판, 세창출판사, 2014.
- 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 한국언론법학회, 2015.
- 원혜옥, “감청행위의 실태 및 입법례의 비교고찰”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005.
- 유주성, “수사기관의 통신자료 제공요청과 영장주의 적용”, 형사정책연구 제25권 제3호, 한국형사정책연구원, 2013.
- 이은모, 형사소송법 제4판, 박영사, 2014.
- 전현욱·탁희성·송재현·임석순·배상균, 사이버범죄의 수사 효율성 강화를 위한 법제 개선 방안 연구, 경제·인문사회연구회 미래사회 협동연구총서 15-17-01, 경제·인문사회연구회, 2015.
- 조 국, “개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점”, 형사정책연구 제15권 제4호, 한국형사정책연구원, 2004.
- 차진아, “사이버범죄에 대한 실효적 대응과 헌법상 통신의 비밀 보장 — 사이버범죄 협약 가입에 따른 통신비밀보호법의 개정방향을 중심으로 —”, 공법학연구 제14권 제1호, 한국비교공법학회, 2013.
- 황성기, “현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점”, 언론과 법 제14권 제1호, 한국

언론법학회, 2015.

Singelstein, Tobias, Möglichkeit und Grenzen neuerer strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen – Telekommunikation, Web 2.0, Datenbeschlagnahme, polizeiliche Datenverarbeitung & Co, NSTZ 2012, S. 593 ff.

Klein, Oliver, Offen und (deshalb) einfach – Zur Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails beim Provider, NJW 2009, S. 2996 ff.

Inhaltliche sowie strukturelle Probleme der Regelungen der
Durchsetzungsmitteilung im Gesetz zum Schutz des
Kommunikationsgeheimnisses und deren Verbesserung :
mit der Diskussion über das doppelte System der
Durchsetzungsgrundlage der
Kommunikationsbegrenzungsmaßnahmen etc.

Im Seok-soon*

Je mehr die Nutzung der Telekommunikation generalisiert, desto wichtiger ist derzeit die Beweiserhebung über die Telekommunikation. Daneben bezüglich der durch solche Beweiserhebung zu verursachenden Verletzung oder Begrenzung der informationellen Grundrechte der Kommunikationsteilnehmer wird nun das Durchsetzungsmitteilungssystem zum Schutz der informationellen Grundrechte und Recht-zum-Wissen der Betroffenen wieder auffallen. Auch im Gesetz zum Schutz des Kommunikationsgeheimnisses sind die Regelungen über die Durchsetzungsmitteilung, aber es kann bewertet werden, als dabei große Probleme auf der inhaltlichen sowie strukturellen Seite enthalten sind.

Auf der inhaltlichen Seite ist ungerecht die Zeitpunkt der anklagbezogenen Maßnahme als die Zeitpunkt der Durchsetzungsmitteilung zu regulieren, da dadurch die Vorhersehbarkeit der Betroffenen erheblich gedroht wird. So sollten die entsprechenden Bestimmungen dazu geändert werden, innerhalb 30 Tagen nach der Beendigungszeitpunkt der Durchsetzungsmaßnahme mitzuteilen. Auch die mitzuteilenden Inhalte müssen konkreter aufgezählt werden. Nicht dem an der Kommunikation Angemeldeten sondern dem wirklichen informationellen

* Research Fellow in Korean Institute of Criminology, Dr. jur.

Rechtsinhaber muss es mitzuteilen sein. Bei der Haltung der Mitteilung muss man die abstrakte Phrase wie „die öffentliche Ordnung“ ausstreichen und die Haltungsfrist deutlich begrenzen. Um die Wirksamkeit der Mitteilungspflicht zu gewährleisten, ist es notwendig neue Strafvorschriften gegen das Nichterfüllen der allerartigen Durchsetzungen einzuführen. Nebenbei muss auch der Präsident der Geheimdienstbehörde bei der Haltung der Mitteilung gerade wie der Staatsanwalt und Polizeibeamter kontrolliert werden. Langfristiger Aussicht nach muss die Befugnis der Zwangsermittlung sich an der Staatsanwalt vereinigen.

Das wichtigere Strukturproblem beruht aber darauf, die Kommunikationsbegrenzungsmaßnahme und das Beschlagnahme sowie die Untersuchung der Telekommunikation nach dem Verfahren zum Senden und Empfangen als begrifflich unterschiedlich voneinander zu verstehen. Die Grenze zwischen beiden wird aber hinsichtlich der digitalen Umwelt immer mehr verschwimmt. Somit muss man aus dem Dogma „Gegenwärtigkeit“, das die beiden Begriffe voneinander abzugrenzen, herauskommen und nun unter dem Standard der Unbegrenztheit bzw. Mehrheit der Kommunikationsteilnehmer die Voraussetzung der Zwangsermittlung über Telekommunikation neu bilden.

- ❖ Stichwort: Telekommunikation, Kommunikationsbegrenzungsmaßnahme, Telekommunikation nach dem Verfahren zum Senden und Empfangen, Telekommunikation unter dem Verfahren zum Senden und Empfangen, Haltung der Durchsetzungsmitteilung