

보도기사 작성용 초고입니다.

헌 법 재 판 소 결 정

사 건 2009헌가30 통신비밀보호법 제6조 제7항 단서 위헌제청

제 청 법 원 서울중앙지방법원

제청신청인 1. 이규재

2. 이경원

3. 최은아

신청인들 대리인

1. 변호사 설창일

2. 법무법인 동화

담당변호사 조영선, 서중희, 이정일

당 해 사 건 서울중앙지방법원 2009고합731 국가보안법위반(특수잠입·탈출) 등

주 문

통신비밀보호법(2001. 12. 29 법률 제6546호로 개정된 것) 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 ‘통신제한조치기간의 연장’에 관한 부분은 헌법에 합치하지 아니한다.

위 법률조항은 2011. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 당해사건의 피고인인 제청신청인 이규재, 이경원과 최은아는 각각 북한 노동당내 대남공작사업 담당기구인 ‘통일전선부’ 산하 조국평화통일위원회가 1990. 11. 20. 독일 베를린에서 남한 및 해외 친북세력을 결집시켜 출범시킨 단체인 통일범민족연합의 남측본부 의장, 사무처장, 정책위원장 등의 직책을 수행하면서 2009. 6. 24. 국가보안법상 잠입·탈출(제6조), 찬양·고무죄(제7조) 등으로 구속기소되어, 현재 서울중앙지방법원(2009고합731호)에 재판계속 중이다.

(2) 검사는 제청법원에 피고인들의 유죄를 입증하기 위한 증거로 수사기관이 통신제한조치의 허가 및 그 연장허가를 통하여 수집한 이메일, 녹취자료(전화녹음), 팩스자료 등을 신청하고 있는바, 이에 제청신청인은 위 증거자료들 대부분이 총 14회(총 30개월)에 걸쳐 연장된 통신제한조치를 통하여 수집된 것으로서 이와 같이 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 제한을 두

고 있지 않는 통신비밀보호법(2001. 12. 29 법률 제6546호로 개정된 것, 이하 ‘법’ 이라고 한다) 제6조 제7항 단서가 적법절차, 영장주의, 과잉금지 원칙을 위반하여 피고인들의 사생활의 비밀과 통신의 자유를 부당히 침해한다는 이유로 제청법원에 위헌법률심판제청신청(2009초기3876)을 하였다.

(3) 제청법원은 위 제청신청을 받아들여 법 제6조 제7항 단서가 피고인들의 사생활의 자유와 통신의 비밀을 침해하여 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다며 2009. 11. 27. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

제청법원은 법 제6조 제7항 단서 전체에 대하여 위헌법률심판제청을 하였다. 그런데 법 제6조 제7항 단서에서 통신제한조치는 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 의미하나 당해사건은 전기통신의 감청과 관련되는 것이므로 우편물의 검열에 관한 부분은 당해사건에 적용되는 것이라고 볼 수 없다. 그렇다면 이 사건에서 심판의 대상은 법 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 ‘통신제한조치기간의 연장’부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌여부라고 한정함이 상당하다.

이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같고, 관련 조항의 내용은 [별지]와 같다.

[심판대상 조항]

통신비밀보호법(2001. 12. 29 법률 제6546호로 개정된 것)

제6조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가절차) ⑦ 다만 제5조 제1항의 허가요건이 존속하는 경우에는 제1항 및 제2항의 절차에 따라 소명자료를 첨부하여 2월의 범위안에서 통신제한조치기간의 연장을 청구할 수 있다.

2. 제청법원의 위헌제청이유 및 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌제청 이유요지

(1) 이 사건 법률조항에 따라 연장허가된 통신제한조치를 근거로 수집된 증거 자료들은 이 사건 당시 피고인들의 활동, 행적, 성향, 북한공작원과의 접촉 내용 등을 뒷받침하는 중요한 증거가 되는바, 이 사건 법률의 위헌여부에 따라 연장허가된 통신제한조치의 근거가 상실될 수 있어 그에 따라 법원의 위 자료에 대한 증거채부결정이 달라질 수 있고, 그 결과 당해사건 피고인들에 대한 유·무죄의 결론 역시 달라질 수 있으므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 이 사건 재판의 전제가 된다.

(2) 통신제한조치를 수회에 걸쳐 연장하였음에도 불구하고 증거를 수집하는 등 수사목적은 달성할 수 없었다면 피의자의 통신비밀의 보호를 위해서 다시 청구를 하여야 함에도 불구하고 기간연장을 통해서 횡수의 제한 없이 통신제한조치를 가능하게 할 필요는 없다는 점, 이 사건 법률조항이 적용되는 통신비밀보호법 제5조 제1항 제1호 내지 제11호에 규정된 통신제한조치의 대상범죄는 그 적용범위가 광범위함에도 불구하고 대상범죄의 중요성 등을 고려하지 않고 상대적으로 경미한 범죄에 대해서도 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 제한규정을 두고 있지 않다는 점, 수사를 위하여 통신제한조치가 필요한 경우가 있다고 하더라도 통신제한조치기간의 연장은 검찰조사단계에서 해도 충분함에도 불구하고 경찰조사단계에서부터 통신제한조치의 연장절차를 개시할 수 있도록 하고 있다는 점, 동일한 범죄사실에 대한 통신제한조치기간의 연장은 재청구의 경우보다 요건 및 절차를 비교적 간단하게 규정하고 있어 수사기관이 재청구를 하여야 할

사안임에도 통신제한조치기간의 연장으로 회피하는 수단으로 사용된다는 점, 기간연장의 횡수제한이 없으면 사실상 무제한적인 감청을 가능하게 함으로써 제한 없이 개인의 내밀한 사적인 정보 등을 통째로 취득할 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 피고인들의 통신의 비밀 및 사생활의 자유를 과도하게 제한하며 그의 본질적 내용을 침해한다.

나. 검찰총장의 의견요지

(1) 이 사건 법률조항은 당해사건에서 기소된 공소사실에 직접 적용된 법률이라고 할 수 없고, 일부 증거자료 수집의 근거조항에 지나지 않을 뿐이라는 점, 당해 사건에 증거로 제출된 자료로는 연장 허가된 통신제한조치에 의해 취득한 자료 이외에도 주거지, 사무실, 서버의 압수수색으로 취득한 자료, 판결문 기타 타 사건 수사, 재판시 취득한 자료 등도 있는바, 통신제한조치기간의 연장 허가에 의해 취득한 자료 이외의 자료들만으로도 전체적인 공소유지는 가능하다는 점을 고려할 때 당해 사건에서 제출된 일부 증거자료 취득의 근거가 될 뿐인 이 사건 법률조항의 위헌여부에 대하여는 당해사건 재판의 전제성이 인정될 수 없다.

(2) 통신제한조치기간의 연장은 미래 자료의 획득이라는 통신제한조치의 특성상 필요한 기간산정이 어렵기 때문에 그 횡수의 제한 없이 인정되는 것으로 신체의 자유라는 가장 기본적인 기본권 자체를 박탈하는 구속제도에 연장횡수의 제한을 두는 것과 평면적으로 비교할 수는 없다는 점, 통신제한조치기간의 연장을 법원이 허가하도록 하여 기간연장에 대한 통제를 하고 있는 이상 대상 범죄별로 통신제한조치의 기간, 연장횡수를 달리할 필요는 없고 대상범죄별로 연장기

준을 달리 선정할 경우 오히려 새로운 차별의 문제가 발생한다는 점, 경찰 단계에서부터 통신제한조치기간의 연장을 가능하게 한다고 하여도 경찰은 검사에게 신청만 할 수 있을 뿐 법원에 기간연장을 청구하는 주체는 검사라는 점, 통신제한조치 기간, 통신제한조치기간의 연장이 재청구보다 요건이 비교적 간단하여 재청구를 회피하는 수단으로 사용된다고 하나 실무관행상 연장청구시 연장사유 등도 별도로 기재하고 있는 등 그 요건, 절차상에서 양자의 실질적인 차이는 전혀 없다는 점, 기간연장의 횟수제한이 없으면 사실상 무제한적 감청을 가능하게 하는 것이라고 하나 법원의 허가제 등 엄격한 절차규정을 두고 통제하고 있는 이상 제도 운영상의 문제는 별론으로 하더라도 이 사건 법률조항 자체가 기본권을 침해하는 것은 아니라는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 피고인의 통신의 비밀과 자유를 과도하게 제한한다거나 그 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 관한 판단

법률에 대한 위헌제청이 적법하기 위하여는 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되어야 한다. 여기서 ‘재판’이라고 함은 원칙적으로 그 형식 여하와 본안에 관한 재판이거나 소송절차에 관한 것이거나를 불문하며, 심급을 종국적으로 종결시키는 중국재판 뿐만 아니라 중간재판도 이에 포함된다. 형사소송법 제295조에 의하여 법원이 행하는 증거채부결정은 당해 소송사건을 종국적으로 종결시키는 재판은 아니라고 하더라도, 그 자체가 법원의 의사결정으로서 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항에 규정된 재판에 해당한다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 818 참조).

그리고 일정한 법률조항이 재판의 전제가 된다고 하려면, 그 법률조항의 위헌여부에 따라 재판의 결론이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우여야 한다(헌재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 판례집 14-2, 584, 590 등). 그런데 이 사건 법률조항은 당해사건에서 법원의 증거채부결정에 직접 적용되는 법률조항은 아니나 제청법원의 견해대로 증거채부결정의 대상이 된 증거자료들의 증거능력에 영향을 미침으로써, 그 위헌여부에 따라 법원이 그 증거자료들을 증거로 채택할 수 있느냐 없느냐의 증거채부결정의 결과를 좌우하고 있다 할 것이다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 818-819 참조).

따라서 이 사건 법률조항은 당해사건 재판의 전제성이 인정된다.

4. 본안에 관한 판단

가. 쟁점의 정리와 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 범죄수사를 위하여 통신제한조치를 받고 있는 자에게 법원의 허가를 통하여 그 통신제한조치기간을 2월의 범위 내에서 횟수 제한 없이 연장받을 수 있도록 하는 근거가 되어 헌법 제18조 통신의 자유 중에서도 가장 핵심내용인 ‘통신의 비밀’을 제한하고 있다. 제청법원은 그 밖에 이 사건 법률조항이 사생활의 비밀을 침해한다고도 주장하지만, 이 사건 법률조항은 사생활의 비밀의 특별한 영역으로 헌법이 개별적인 기본권으로 보호하는 통신의 비밀을 제한하고 있다는 점에서 별도로 사생활의 비밀을 침해하는지 여부를 검토할 필요는 없다(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 658 참조).

따라서 비록 법원의 허가를 전제로 하고 있지만 그 횟수의 제한 없이 통신제한조치의 연장을 가능하게 하는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 통신

의 비밀을 침해하는지 여부가 주된 판단대상이 된다.

나. 과잉금지원칙의 위반여부

(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

통신제한조치를 법원의 허가를 전제로 2월의 범위 내에서 연장할 수 있도록 한 것은 통신제한조치를 취하였음에도 불구하고 여전히 법 제5조 제1항 통신제한조치의 허가요건이 존속하는 경우에 효과적으로 범죄수사목적은 달성하여 국가안정보장과 질서유지를 도모하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 통신제한조치기간의 연장은 이와 같은 입법목적은 달성하기 위한 적합한 수단이라고 할 수 있다.

(2) 침해의 최소성

통신제한조치기간은 헌법상 무죄추정의 원칙과 통신의 비밀보호에 비추어 인정되는 불감청수사원칙의 예외로 설정된 기간이고, 이 기간을 연장하는 것은 예외에 대하여 다시금 특례를 설정하여 주는 것이 되므로 최소한에 그쳐야 한다. 그 최소한의 연장기간 동안 범죄혐의를 입증할 증거를 수집하지 못하였다면 범죄혐의가 없는 것으로 보거나 범죄혐의가 있어도 그 입증수단이 과도한 것으로 보아 통신제한조치를 중단하여야 한다. 만약 위와 같이 최소한의 연장기간 동안 범죄혐의를 입증하지 못하는 경우 통신제한조치를 중단하게 한다고 하여도, 여전히 통신제한조치를 해야 할 필요가 있으면 법원에 새로운 통신제한조치의 허가를 청구할 수 있으므로 이로써 수사목적은 달성하는데 충분하다. 이렇게 통신제한조치가 연장될 수 있는 총기간이나 연장횟수를 제한하는 방식으로 통신제한조치기간의 연장이 허가될 수 있는 기간을 한정하는 것은 통신제한조치의 연장이 남

용되는 것을 막고 개인의 통신의 비밀을 덜 제한하면서도 충분히 수사목적은 달성할 수 있는 수단이 된다.

물론 통신제한조치를 연장하기 위해서는 법원의 허가받아야 하는바, 이 사건 법률조항에 총연장기간이나 총연장횟수를 제한하는 규정을 두지 않고서도 법원이 그때그때 사안을 고려하여 통신제한조치 기간의 연장이 남용되는 것을 충분히 통제할 수 있다고 생각할 수 있다.

그러나 법원이 통신제한조치기간의 연장이 남용되는 것을 통제하는 것은 일정한 한계가 있다. 동일한 범죄사실에 하여 새롭게 통신제한조치를 청구하기 위해서는 “다시 통신제한조치를 청구하는 취지와 이유”까지 기재하여야 하는 등 기간연장허가의 청구절차에 비하여 더욱 엄격한 절차를 요구하고 있는바(법 제6조 제4항), 통신제한조치를 새롭게 청구하여야 할 사안임에도 완화된 절차로 통신제한조치를 계속하기 위하여 기간연장의 허가를 청구함으로써 기간연장제도를 남용할 경우 법원은 기간연장절차에 따른 심사를 하는 외에 다른 방도가 없다.

실제로 기간연장을 심사함에 있어서 일단 통신제한조치가 허가된 이후에는 계속되는 기간연장의 청구가 기각되는 일이 실무상 매우 드물다는 사실은 기간연장의 청구를 실질적으로 심사하여 통제하는 것이 사실상 어렵다는 것을 방증해 준다. 더구나 이 사건처럼 기간연장청구의 남용을 스스로 통제하여야 할 법원이 그 남용가능성을 통제하기 어렵다는 이유로 위헌제청을 하고 있다는 점을 고려하면 사법적으로 기간연장을 통제하는데 한계가 있다는 점을 수긍하지 않을 수 없다.

나아가 압수·수색영장은 범죄혐의가 있는 경우 범죄에 관련된 증거의 수집 등

을 위하여 행해지는 대물적 강제처분이라는 점 및 강제처분을 하는 과정에서 범죄와 상관없는 개인의 사생활의 비밀이 침해될 우려가 크다는 점 등에서 통신제한조치와 유사하고, 이러한 유사점에 비추어 양자에 대한 법원의 통제정도가 비교될 수 있을 것이다. 통신제한조치의 경우 감청 당시에 개인이 감청사실을 알 수 없기 때문에 방어권을 행사하기 어려운 상황이라는 점에서 영장을 통해 압수·수색의 사실을 고지 받고 시행되는 압수·수색의 경우보다 오히려 그 기본권의 제한의 정도가 더욱 큼에도 불구하고 통신제한조치의 허가청구의 기각률은 압수·수색영장청구의 기각률보다 현저하게 낮으며, 통신제한조치기간의 연장청구의 기각률은 통상 통신제한조치의 허가청구의 기각률의 반에도 채 미치지 못하는 실무를 고려해 보더라도 통신제한조치기간의 연장허가청구에 대한 법원의 통제가 제대로 이루어지지 않고 있음을 확인할 수 있다.

이처럼 실제 통신제한조치의 기간연장절차의 남용을 통제하는데 한계가 있는 이상 통신제한조치 기간연장에 사법적 통제절차가 있다는 사정만으로는 그 남용으로 인하여 개인의 통신의 비밀이 과도하게 제한되는 것을 막을 수 없기 때문에, 통신제한조치기간을 연장함에 있어 법운영자의 남용을 막을 수 있는 최소한의 한계를 설정할 필요가 있다.

그럼에도 통신제한조치의 총연장기간이나 총연장횟수를 제한하지 않고 계속해서 통신제한조치가 연장될 수 있도록 한 이 사건 법률조항은 최소침해성원칙을 위반한 것이다.

(3) 법익균형성

통신제한조치기간의 연장은 앞에서 본 바와 같이 불감청수사원칙의 예외에 대

하여 다시금 특례를 설정하여 주는 것인바, 이처럼 기본권제한에 관한 사항에 대하여 그 예외의 범위를 확장할 경우에는 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성 형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구된다.

통신제한조치가 내려진 피의자나 피내사자는 자신이 감청을 당하고 있다는 사실을 모르는 기본권제한의 특성상 방어권을 행사하기 어려운 상태에 있으므로 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 횡수나 기간제한을 두지 않는다면 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. 반면 통신제한조치기간의 연장을 통하여 추구하고자 하는 수사목적은 일정한 연장기간이 종료될 때까지 통신제한조치를 통해 범죄혐의를 입증하지 못한 경우 오히려 그러한 범죄혐의가 불필요했던 것은 아닌가라는 평가를 받을 수 있고, 여전히 범죄혐의가 있다면 새로운 청구를 통해서도 충분히 실현될 수 있는 정도에 지나지 않는다. 결국 이 사건 법률조항은 추구하고자 하는 범죄 수사목적에 비해 개인의 통신비밀의 보호법익이 과도하게 제한되므로 법익균형성을 갖추었다고 볼 수 없다.

(4) 소결

그러므로 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 통신의 비밀을 침해하였다고 할 것이다.

다. 주문에 관한 의견

(1) 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 헌법불합치 의견

법률이 헌법에 위반되는 경우, 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법률에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치 결정을 할 수 있다.

이 사건 법률조항은 앞에서 본 바와 같이 헌법 제18조 및 제37조 제2항에 위반되는 규정이다. 그러나 이는 통신제한조치기간의 연장을 허가하는 것 자체가 헌법에 위반된다는 것이 아니고, 기간연장을 제한 없이 허가할 수 있도록 하였다는 점이 헌법에 위반된다는 취지이다.

그런데 이 사건에서 헌법재판소가 단순위헌결정을 선고하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우 통신제한조치 연장허가의 법적 근거가 상실하게 되어 수사목적상 필요한 정당한 통신제한조치의 연장허가도 가능하지 않게 되는 법적 공백상태가 발생한다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니하나 잠정적으로 적용하는 것이 바람직하다고 할 것이며, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2011. 12. 31.까지는 새 입법을 마련하여야 할 것이다.

(2) 재판관 이강국, 재판관 송두환의 위헌의견

이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌을 선고할 경우 통신제한조치기간의 연장허가의 법적 근거가 상실된다고 하더라도 수사목적상 필요한 경우에는 동일한 범죄사실에 대하여 새롭게 통신제한조치의 허가를 청구함으로써 계속해서 통신

제한조치를 할 수 있는 가능성이 열려있기 때문에 법적 공백상태가 생길 염려가 없다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대해서는 단순위헌을 선고하여야 한다.

5. 결론

이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 의견은 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 헌법불합치의견과 재판관 이강국, 재판관 송두환의 위헌의견으로 나뉘어 있어 어느 의견도 독자적으로는 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르지 못하였으나 위헌의견도 헌법불합치의견의 범위 내에서는 헌법불합치의견과 견해를 같이하는 것이므로 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하기로 하며, 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 재판관 조대현의 아래 6.과 같은 보충의견과 재판관 이공현, 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 아래 7.과 같은 반대의견이 있다.

6. 재판관 조대현의 보충의견

이 사건 법률조항의 통신제한조치는 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 통신의 내용을 지득하거나 채록하는 것<통신감청>을 말한다. 이러한 통신감청은 전기통신의 내용을 수색하여 전기통신의 비밀과 사생활의 비밀을 근본적으로 침해하는 것이므로 적법한 절차에 따라 법관의 영장에 의하여 이루어져야 한다(헌법 제12조 제3항).

그런데 통신비밀보호법은 제5조에서 규정한 범죄의 수사를 위하여 필요한 경우에 통신감청을 허가할 수 있도록 규정하면서 통신감청을 허가할 수 있는 대상범

죄의 범위를 지극히 광범위하게 규정하였고, 통신감청이 종료되기 전에는 통신감청의 허가사실이나 감청사실을 당사자에게 알리지 아니하며, 통신감청의 대상자가 통신감청의 허가사실이나 감청사실에 대하여 불복하는 절차도 마련하지 않았고, 이 사건 법률조항이 통신감청기간의 연장을 허용하면서 연장할 수 있는 횟수나 총기간을 제한하지도 않았다. 그래서 감청대상자는 자신의 전기통신내용이 감청되는 줄도 모르는 채로 전기통신의 내용을 감청당하고, 통신감청이 끝나기 전에는 통신감청의 허가나 통신감청에 대하여 불복할 기회도 주어지지 아니한다. 따라서 통신비밀보호법에 의한 통신감청제도는 적법한 절차에 의한 수색을 요구하는 헌법 제12조 제3항에 위반된다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거하기 위해서는, 통신감청을 연장하는 횟수나 총기간을 제한할 뿐만 아니라, 통신감청제도가 전반적으로 헌법 제12조 제3항과 제37조 제2항의 취지에 부합되도록 개선하여야 할 것이다. 전기통신의 비밀과 사생활의 비밀을 근본적으로 침해하는 것을 감수해야 할 만큼 중요한 범죄의 수사를 위하여 불가피한 경우로 제한되어야 하고, 감청대상자에게 감청허가사실을 알리고 통신감청의 필요 여부나 범위에 대하여 불복할 수 있는 기회를 주어야 한다. 감청대상자에게 감청허가사실을 알리면 통신감청의 목적을 달성하기 어렵게 된다고 하더라도, 그러한 사유를 내세워 헌법 제12조 제3항의 규정을 근본적으로 무시하는 것은 허용되지 아니한다.

7. 재판관 이공현, 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 반대의견

우리는 다수의견과 달리 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하므로 다음과 같이 의견을 밝힌다.

가. 주요 범죄 내지 국가 안위를 위협하는 음모나 조직화된 집단범죄의 음모가 있는 경우에는 장기간에 걸친 지속적인 수사가 필요하고 미래에 발생될 자료를 포함하고 있는 통신자료의 특성상 그 증거수집을 위하여 지속적인 통신제한조치가 허용될 필요가 있다. 그런데 통신제한조치기간의 연장제도에 총연장기간이나 총연장횟수의 제한을 둔다면 위와 같은 수사목적의 달성하기가 어렵다.

다수의견은 위와 같은 경우에 법원에 동일한 범죄에 대한 새로운 통신제한조치의 허가를 청구할 수 있으므로 그로써 수사목적의 달성할 수 있다고 보고 있지만, 동일한 범죄사실에 대한 새로운 통신제한조치와 통신제한조치기간의 연장은 각각 입법취지가 다르다. 동일한 범죄사실에 대한 새로운 통신제한조치는 기존 감청에 의한 수사목적달성의 가능성이 사후에 소멸하거나 극히 희박해진 것을 이유로 감청이 종료되었다고 하더라도, 이후에 감청에 의한 수사목적달성의 가능성이 다시 인정될만한 사정변경이 존재하는 경우 이를 소명하여 감청허가를 다시 청구할 수 있도록 한 것이다. 반면에 통신제한조치기간의 연장은 감청에 의한 수사목적의 달성이 여전히 인정되지만 감청의 목적이 아직 달성되지 않은 상태에서 감청기간의 도과가 임박한 경우에 하는 것이다.

위와 같이 장기간 수사가 필요한 범죄에 있어서 감청에 의한 수사목적의 달성 가능성이 여전히 인정되는 경우는 통신제한조치기간의 연장을 청구하여야 할 것이지, 제도의 취지가 다른 동일범죄사실에 대한 새로운 통신제한조치의 허가를 청구함으로써 수사목적의 달성하는데 충분하다고 볼 수는 없다 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항에 의한 통신제한조치기간의 연장이 가능한 대상 범죄는 법 제5조 제1항 제1호 내지 제11호에서 정한 것으로 상당히 포괄적임에도 불구하고

하고 대상 범죄의 죄질·성격·중요도를 고려함 없이 통신제한조치의 기간연장을 함에 있어 횡수나 기간제한을 두지 않는 것이 과잉금지원칙에 위반되는 것인지에 대한 의문이 있을 수 있다. 그러나 통신제한조치가 허용되는 대상 범죄 전체에 대하여 기간연장을 허용한다고 하더라도 통신제한조치기간의 연장허가를 위해서는 반드시 법원의 허가를 받도록 하고 있어 사법적 통제가 이루어지고 있기 때문에 그때그때 범죄의 특수성을 고려하여 통신제한조치의 기간연장이 남용되는 것을 막을 수 있다(법 제6조 제7항 단서, 제8항). 또한 통신제한조치의 대상이 되는 범죄 중에서 감청기간의 연장이 필요한지 여부는 대상범죄의 유형에 따라 법률에 의해 일률적으로 결정되기 보다는 구체적인 사건에서 개별적으로 판단되어야 할 성질의 것이므로 법원이 그때그때 판단하는 것이 바람직하다.

다. 다수의견은 통신제한조치의 허가청구의 기각률이 압수·수색영장의 기각률보다 현저하게 낮으며 통신제한조치기간의 연장청구의 기각률은 통상 허가청구의 기각률의 반에도 채 미치지 못하는 실무를 고려할 때 기간연장허가청구에 대한 법원의 통제도 제대로 이루어지지 않고 있다고 본다. 그러나 압수·수색영장의 경우 구속영장이나 통신제한조치처럼 범죄의 혐의에 관한 소명에 있어서 “죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유”와 같은 요건을 형사소송법에서 요구하지 않고(형사소송법 제70조), 단지 형사소송규칙이 압수·수색영장청구서에 ‘범죄사실의 요지’를 기재하도록 하며(형사소송규칙 제107조, 제95조), 청구를 할 때에는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 자료를 제출하도록 하고 있을 뿐이다(형사소송규칙 제108조). 이는 범죄혐의를 수궁할 수 있는 고도의 개연성과 구체적 소명자료의 존재를 요구하는 것이 아니라 일응 피의자가 특정한 범죄를 범하였을 개

연성이 있다고 볼 소명자료가 필요하다는 것으로서 범죄혐의의 소명정도에 관한 기준이 구속영장이나 통신제한조치에 비해 상대적으로 약하다. 또한 압수·수색의 대상인 장소나 물건의 범위는 기본적으로 통신제한조치의 대상과는 달리 한정되어 있지 않아 특정의 어려움이 있을 수 있다. 또한 통신제한조치와는 달리 압수·수색은 전달중인 정보의 수집을 목적으로 하는 것이 아니고 통상 대상물이나 장소를 1회적으로 압수 및 수색하는 것으로 종료하기 때문에 압수·수색을 할 수 있는 기간인 유효기간 외에 별도로 기간연장이라는 제도가 없으므로 압수·수색영장청구의 기각률과 통신제한조치기간의 연장청구의 기각률을 비교하기가 곤란하다. 한편 통신제한조치의 허가청구의 기각률보다 통신제한조치기간의 연장허가청구의 기각률이 낮은 이유는 통신제한조치의 허가요건을 갖춘 대상범죄의 특성상 그 수사목적은 달성하기 위하여 지속적인 통신제한조치가 필요했기 때문이므로, 통신제한조치의 허가청구의 기각률이 압수·수색영장청구의 기각률보다 현저하게 낮고 통신제한조치기간의 연장청구의 기각률은 통상 허가청구의 기각률의 반에도 미치지 못한다는 이유로 통신제한조치기간의 연장청구에 대한 법원의 통제가 제대로 이루어지지 않고 있다고 보는 다수의견은 타당하다고 볼 수 없다.

라. 통신제한조치를 연장함에 있어 사법적 통제절차를 둔 이유는 이 사건 법률조항이 통신제한조치의 기간연장을 허가함에 있어 횡수나 기간제한을 두고 있지 않는 데서 발생할 수 있는 과도한 통신의 비밀 제한을 방지하려는 것이다. 법원은 검사의 기간연장 신청에 따라 무조건 통신제한조치의 기간을 연장하여야 하는 것이 아니라 그 연장신청의 적정 여부를 철저히 심사하여 통신제한조치의 기

간연장이 남용되는 것을 막아야 한다. 법원이 실무상 기간연장신청에 대하여 철저히 심사하지 않는다는 사정이 있다면 이는 그러한 실무를 개선함으로써 해결하여야 할 것이다. 그런데, 다수의견이 법원이 실무상 이러한 기간연장신청에 대해 철저히 심사하지 않는다는 사정이 있다는 것을 전제로 하여, 통신제한조치의 총연장기간이나 총연장횟수를 두지 않고 계속해서 통신제한조치가 연장될 수 있도록 한 이 사건 법률조항이 피해의 최소성원칙을 위반한 것이라고 보는 것은 본말이 전도된 것이라고 아니할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 피해의 최소성원칙에도 위반되지 않는다고 할 것이다.

마. 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 그 혐의가 있고 다른 방법으로 그 범죄의 실행을 저지하거나 증거의 수집이 어려운 경우에 인정되는 통신제한조치의 허가요건이 계속 존속하는지 여부를 법원이 개별적으로 심사하여 통신제한조치기간의 연장을 허가하는 한, 이 사건 법률조항을 통해서 추구되는 범죄 수사목적보다 그로 인해 제한될 수 있는 개인의 통신비밀의 보호법익이 명백히 우월하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 규정은 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없으므로 법익균형성 요건을 충족하였다고 할 것이다.

바. 그렇다면 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 통신의 비밀을 침해하였다고 볼 수 없다. 따라서 헌법에 위반되지 아니한다고 선언하여야 할 것이다.

2010. 12. 28.

재판장	재판관	이강국	_____
	재판관	이공현	_____
	재판관	조대현	_____
	재판관	김희옥	_____
	재판관	김종대	_____
	재판관	민형기	_____
	재판관	이동흡	_____
	재판관	목영준	_____
	재판관	송두환	_____

[별지]

관련 조항

통신비밀보호법(2005. 1. 27. 법률 제7371호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “통신”이라 함은 우편물 및 전기통신을 말한다.
2. “우편물”이라 함은 우편법에 의한 통상우편물과 소포우편물을 말한다.
3. “전기통신”이라 함은 전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다.
- 4.~6. 생략
7. “감청”이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음성·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다.
- 8.~12. 생략

통신비밀보호법(2007. 12. 21. 법률 제8733호로 개정된 것)

제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건)

① 통신제한조치는 다음 각호의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다.

1. 형법 제2편중 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄중 제92조 내지 제101조의

죄, 제4장 국교에 관한 죄중 제107조, 제108조, 제111조 내지 제113조의 죄, 제5장 공안을 해하는 죄중 제114조, 제115조의 죄, 제6장 폭발물에 관한 죄, 제7장 공무원의 직무에 관한 죄중 제127조, 제129조 내지 제133조의 죄, 제9장 도주와 범인은닉의 죄, 제13장 방화와 실화의 죄중 제164조 내지 제167조·제172조 내지 제173조·제174조 및 제175조의 죄, 제17장 아편에 관한 죄, 제18장 통화에 관한 죄, 제19장 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄중 제214조 내지 제217조, 제223조(제214조 내지 제217조의 미수범에 한한다) 및 제224조(제214조 및 제215조의 예비·음모에 한한다), 제24장 살인의 죄, 제29장 체포와 감금의 죄, 제30장 협박의 죄중 제283조제1항, 제284조, 제285조(제283조제1항, 제284조의 상습범에 한한다), 제286조[제283조제1항, 제284조, 제285조(제283조제1항, 제284조의 상습범에 한한다)의 미수범에 한한다]의 죄, 제31장 약취와 유인의 죄, 제32장 강간과 추행의 죄중 제297조 내지 제301조의2, 제305조의 죄, 제34장 신용, 업무와 경매에 관한 죄중 제315조의 죄, 제37장 권리행사를 방해하는 죄중 제324조의2 내지 제324조의4·제324조의5(제324조의2 내지 제324조의4의 미수범에 한한다)의 죄, 제38장 절도와 강도의 죄중 제329조 내지 제331조, 제332조(제329조 내지 제331조의 상습범에 한한다), 제333조 내지 제341조, 제342조[제329조 내지 제331조, 제332조(제329조 내지 제331조의 상습범에 한한다), 제333조 내지 제341조의 미수범에 한한다]의 죄, 제39장 사기와 공갈의 죄중 제350조의 죄

2. 군형법 제2편중 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄, 제3장 지휘권 남용의 죄, 제4장 지휘관의 강복과 도피의 죄, 제5장 수소이탈의 죄, 제7장 군무태만의 죄중 제42조의 죄, 제8장 항명의 죄, 제9장 폭행·협박·상해와 살인의 죄, 제11장

군용물에 관한 죄, 제12장 위령의 죄중 제78조·제80조·제81조의 죄

3. 국가보안법에 규정된 범죄

4. 군사기밀보호법에 규정된 범죄

5. 「군사기지 및 군사시설 보호법」에 규정된 범죄

6. 마약류관리에관한법률에 규정된 범죄중 제58조 내지 제62조의 죄

7. 폭력행위등처벌에관한법률에 규정된 범죄중 제4조 및 제5조의 죄

8. 총포·도검·화약류등단속법에 규정된 범죄중 제70조 및 제71조제1호 내지 제3호의 죄

9. 특정범죄가중처벌등에관한법률에 규정된 범죄중 제2조 내지 제8조, 제10조 내지 제12조의 죄

10. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률에 규정된 범죄중 제3조 내지 제9조의 죄

11. 제1호와 제2호의 죄에 대한 가중처벌을 규정하는 법률에 위반하는 범죄

② 생략

통신비밀보호법(2001. 12. 29. 법률 제6546호로 개정된 것)

제6조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가절차)

① 검사(검찰관을 포함한다. 이하 같다)는 제5조 제1항의 요건이 구비된 경우에는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있다.

② 사법경찰관(군사법경찰관을 포함한다. 이하 같다)은 제5조 제1항의 요건이 구비된 경우에는 검사에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조

치에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구할 수 있다.

③ 생략

④ 제1항 및 제2항의 통신제한조치청구는 필요한 통신제한조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법 및 당해 통신제한조치가 제5조 제1항의 허가요건을 충족하는 사유 등의 청구이유를 기재한 서면(이하 “청구서”라 한다)으로 하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다. 이 경우 동일한 범죄사실에 대하여 그 피의자 또는 피내사자에 대하여 통신제한조치의 허가를 청구하였거나 허가받은 사실이 있는 때에는 다시 통신제한조치를 청구하는 취지 및 이유를 기재하여야 한다.

⑤ 법원은 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 통신제한조치를 허가하고, 이를 증명하는 서류(이하 “허가서”라 한다)를 청구인에게 발부한다.

⑥ 생략

⑦ 통신제한조치의 기간은 2월을 초과하지 못하고, 그 기간중 통신제한조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 한다.

⑧ 법원은 청구가 이유없다고 인정하는 경우에는 청구를 기각하고 이를 청구인에게 통지한다.