

연구보고서 2006

테러 및 범죄예방을 위한 도·감청제도와 사생활의 보호에 관한 비교법적 고찰

《研究陣》

연구위원 : 방 승 주 (동아대 법과대학 교수)

연구위원 : 성 선 제 (영산대 법과대학 교수)



목 차

요 약 문	1
제1장 서 론	7
I. 연구의 목적	7
II. 연구의 범위	8
III. 연구의 방법	9
제2장 독일의 도·감청제도와 사생활보호에 관한 법적 고찰	11
I. 개 관	11
II. 독일의 도·감청제도와 사생활보호에 대한 헌법적 근거	11
III. 전기통신감청에 관한 법률규정	19
IV. 주거감청에 관한 법률규정	53
V. 주거감청에 관한 2004. 3. 3. 독일 연방헌법재판소의 헌법불합치판결 (BVerfGE 109, 279: Gro ßer Lauschangriff)	70
VI. 니더작센주 경찰법에 관한 2005. 7. 27. 독일 연방헌법재판소의 위헌무효판결 (1 BvR 668/04)	90
VII. 소 결: 독일 제도의 시사점	106

제3장 미국의 도·감청제도와 프라이버시에 관한 법적 고찰	108
I. 서론	108
II. 도·감청 규제 판례의 발전	111
III. 도·감청 규제 법률	124
IV. 9·11 이후 - 애국법	134
V. 소결 : 미국제도의 시사점	143
제4장 한국의 도·감청제도와 사생활보호에 관한 법적 고찰	149
I. 서론	149
II. 도·감청과 관련되는 기본권과 그 제한체계	150
III. 도·감청과 사생활보호에 대한 법률적 근거와 내용	159
IV. 도·감청에 관한 대법원과 헌법재판소의 판례	191
V. 소결	196
제5장 결 론	200

요 약 문

I. 최근 이른바 ‘안기부 X파일 사건’에서 밝혀졌듯이 국가기관의 도청과 감청은 그 목적을 불문하고 매우 광범위하게 이루어지고 있으며, 그로 인하여 국민의 사생활보호의 문제가 매우 심각하게 대두되고 있다. 테러와 범죄예방을 위한 감청조치를 위한 법제도의 개선경향은 9·11테러 이후 각 국가별로 급증하고 있음을 볼 수 있다. 본 연구는 독일과 미국 그리고 한국의 도·감청제도와 사생활의 보호에 관하여 비교법적 고찰을 함으로써 우리의 감청제도와 사생활보호를 위한 법제도의 문제점과 그 개선방안을 살펴보는 데 그 목적이 있다.

II. 독일은 일찍이 1968년도에 소위 비상사태입법을 통하여 헌법을 개정하면서, 그간 보장되어 오던 통신의 자유의 기본권조항(기본법 제10조)에 오늘날과 같은 제한규정을 도입하고, 그와 동시에 소위 G 10 법률이라고 불리는 서신·우편·통신비밀제한법과 관련 형사소송법 규정이 도입되어 오늘에 이르고 있다. 다른 한편 1998년에는 소위 주거감청(Lauschangriff)을 가능하게 하는 헌법개정이 이루어졌으며, 동시에 관련 형사소송법 규정이 도입되었고, 이러한 형사소송법 규정에 대하여 2004. 3. 3. 독일 연방헌법재판소가 헌법불합치결정을 하자, 독일 연방의회가 헌법재판소의 위헌의견을 반영하여 개정된 형사소송법이 통과되어 2005. 7. 1.자로 발효한 상태에 있다.

독일에서 통신의 비밀과 그 제한에 관한 헌법적 근거조항은 기본법 제10조 제1항과 제2항이다. 통신의 자유를 제한하는 법률로서는 소위 G 10이라고 일컬어지는 서신·우편·통신비밀 제한법이 그간 여러 차례 개정되어 적용되고 있다.

한편 주거의 불가침을 규정하고 있는 독일 기본법 제13조는 소위 대 주거감청의 도입 과정에서 대폭적으로 개정되었다. 기본법 제13조 제3항은 형사소추의 목적으로 주거의 감청을 위한 기술적 수단의 장착에 대하여 법관이 영장을 발부할 수 있는 상세한 실질적 및 형식적 전제조건들을, 그리고 제4항은 제3항과는 달리 예방적 목적을 위한 주거

의 감시를 규정하고 있다.

위와 같은 헌법적 근거들을 배경으로 형사소추를 목적으로 하는 전기통신감청에 대해서는 연방법인 형사소송법 제100a조, 제100b조, 제100g조, 제100h조와 제100i조가 감청의 범위, 권한 그리고 목적 및 각각의 조치를 하기 위하여 필요한 전제조건들에 대하여 각각 규정하고 있으며, 또한 전기통신에 대한 감청에 관하여는 전술한 서신·우편·통신비밀제한법(소위 G 10 법률)이 자세한 규정을 담고 있다.

주거감청에 대해서는 형사소송법 제100c조 내지 제100f에서 감청의 전제조건, 법관의 영장, 증거사용, 보고의무, 감청정보의 사용 등에 대하여 규정하고 있다. 주거감청에 관한 형사소송법 규정들은 2004. 3. 3. 연방헌법재판소의 헌법불합치판결(BVerfGE 109, 279)을 실행하기 위하여 개정되었고 2005년 7월 1일자로 발효되었다. 이 개정 형사소송법에 의하여 개정된 조항은 제100c조부터 제100f조였으며 그 내용은 주로 독일 연방헌법재판소가 헌법불합치 판결에서 지적한 내용들을 개정하는 것이었다.

이 2004. 3. 3. 독일 연방헌법재판소의 헌법불합치결정의 주된 내용은 “절대적으로 보호되는 사생활의 핵심영역을 인정하는 것은 기본법 제1조 제1항의 인간존엄의 불가침성에 속한다. 이러한 영역에서는 형사소추의 목적을 위한 주거감청이 이루어져서는 안 된다. 그러한 한에서 주거의 불가침(기본법 제1조 제1항과 결부하여 기본법 제13조 제1항)과 형사소추이익 간의 비례의 원칙에 입각한 형량은 이루어지지 않는다”는 것이다.

한편 2005. 7. 27. 독일 연방헌법재판소는 사전 단계에서와 그리고 범죄수사목적을 위한 사후적 전기통신감청을 허용하고 있는 니더작센주 경찰법 규정에 대하여 연방의 입법권한을 침해하였을 뿐만 아니라, 비례의 원칙과 명확성의 원칙 등에 위반된다는 이유로 위헌 무효선언을 한 바 있다.

III. 미국 헌법은 프라이버시권을 명문으로 보장하는 규정을 갖고 있지 않다. 그러나 프라이버시권을 헌법상의 지위로 끌어올린 Griswold 판결에서 미국 연방대법원은 프라이버시권이 "사생활을 다른 사람에게 알리지 아니할 권리"임을 인정하면서, 프라이버시권은 미국 수정헌법 제1조, 제3조, 제4조, 제5조, 및 제9조로부터의 방사에 의한 반영으로서 헌법상 명시된 권리와 동등한 보호를 받는다고 판시한 바 있다.

미국에서의 도청 및 감청 문제는 정보기술의 혁명이 프라이버시, 통신의 안전, 그리고 법집행 특히 국가안보에 어떠한 문제를 제기하는가에 관한 다양한 각도에서 논의되어 왔다. 미국에서 도청 및 감청과 프라이버시에 관한 문제를 고찰하는데 몇 개의 중요한 기폭제를 중심으로 시기를 구분할 수 있다.

1928년 *Olmstead* 판결에서 연방대법원은 수색은 실질적인 침입이 있는 경우이어야 하고, 압수는 유형물을 대상으로 하는 것이기 때문에 통화자 모르게 전화를 도청하는 것은 수색 및 압수가 아니며, 따라서 이것은 수정헌법 제4조가 말하는 부당한 수색과 압수에 해당하지 않는다고 하였다. 그러나 *Olmstead* 판결에서 영장 없는 전화의 도청이 불법이 아니라는 연방대법원의 판결이 있자, 이것을 방지하려는 여러 가지 방안이 제기되어 드디어 1934년에 연방통신법(Federal Communications Act)이 제정되었다. 이 법은 “송화자의 허가 없이는 누구든지 통신을 방해하거나, 도중에 청취한 통신의 유무, 내용, 사실을 폭로하거나 공개할 수 없다고 규정하였다.

1934년 연방통신법의 영향으로 1937년 *Nardon v. U.S.* 사건에서 연방대법원도 연방정부의 공무원에 의한 영장 없는 전화 도청의 내용은 부당한 수색과 압수이므로 그 증거능력을 부정하였다. 더구나 1939년 제2차 *Nardon* 판결에서는 전화 도청의 결과 발견된 증거도 불법의 과실로서 그 증거능력을 부정하였다.

Rathbun v. U.S. 판결은 통화자 일방의 허가가 있는 전화 도청에 대하여 증거능력을 인정하였다. 이어서 *Lopez* 판결에서는 비밀녹음기를 휴대하여 대화를 녹음하는 것은 부당한 수색과 압수가 아니라고 판시하였다. 하지만 이 판결의 다수의견에 대하여 일방 당사자만의 동의로 전자통신의 감청이 허용된다면 모든 사적인, 자유로운, 그리고 제약받지 않는 통신을 위축할 위험이 발생하게 될 것이라는 반대의견은 주목할 만하다.

Katz 판결에 이르러 공중전화기 밖에서 전화수신기록장치로 도청을 한 것은 공중전화기를 사용하는 동안 정당하게 보호되어야 할 개인의 프라이버시를 침해한 것이므로 도청된 전화내용을 증거로 삼을 수 없다고 획기적으로 판시하였다. 뒤이어 *Michigan* 판결은 대통령의 국가안전보장을 위한 도청도 사전에 법원의 허가를 얻어야 한다고 판시하였다. 그리고 *Scott* 판결은 감청을 하는 경우에도 최소 침해의 원칙을 지켜야한다고 하

면서, 감청된 전화통화 중에 범죄관련성이 없는 통화수가 몇 퍼센트를 차지하고 있는가만을 기준으로 최소화 요건 침해 여부를 판단해서는 안 되고, 통화의 내용과 비중, 대상 범죄의 성격, 감청의 시기 등을 고려하여야 한다고 판시하였다.

이상의 판례의 발전을 바탕으로 의회가 법집행기관에게 적법한 절차에 의한 감청을 허용한 것은 1968년 일반범죄통제 및 거리안전법 Title III가 가장 대표적이다. 그 동안 판례를 통하여 형성된 많은 부분과 새로운 문제가 비로소 입법으로 상당부분 해결되었으며, 우리에게 시사하는 바가 적지 않다.

1978년 대외정보감시법은 특히 국가안전보장 사건에 대하여 감청을 허용하고 있다. 이 법은 대외정보와 역정보 사건에만 사용될 의도로 제정되었다.

법무부장관이 선서 하에 서면으로 (A) 전자 감시가 오로지(solely) (1) 외세에 의하여 또는 외세 사이에 행해진 통신의 내용을 획득하기 위한 것이거나 또는, (2) 외세의 공개적이고 독점적인 지배에 놓여 있는 장소로부터 개인의 구술 정보가 아닌 기술적 정보를 획득하기 위한 경우, (B) 미국 시민이 일방 당사자가 되는 통신의 내용을 감시할 개연성이 실질적으로 없는 경우, 그리고 (C) 전자감시가 법에 정한 최소 침해 조치를 취한 경우에, 대통령은 대외정보를 획득하기 위하여 법원의 명령 없이 최장 1년 동안 법무부장관을 통하여 전자감시를 허가할 수 있다. 이 경우 무분별한 감청을 통제하기 위하여 법무부장관은 전자감시를 실행하기 최소 30일 전에 상하원의 관련 정보위원회에 최소 침해 조치 및 변동사항을 보고하여야 한다.

대외정보에 대하여도 원칙적으로 대통령이 법무부장관에게 관할권이 있는 법원에 전자감시의 신청을 서면으로 허용하는 권한을 부여한 경우 법원의 허가를 위한 신청이 인정되고, 신청을 받은 판사는 위에서 언급한 경우를 제외하고 대외정보를 획득하기 위하여 외세에 대한 전자감시를 승인하는 명령을 허가할 수 있다. 이 경우 역시 대외정보의 특성상 개별적 통제가 상당히 미약하므로 통제를 강화하기 위하여 법무부장관은 이 절차가 최소 침해 조치를 준수하였는지 여부 및 이에 대한 평가를 상하원의 관련 정보위원회에 보고하도록 되어 있다. 영장주의의 원칙에 대한 예외를 엄격하게 인정하고, 사안의 성격상 개별적 통제가 곤란하므로 권력분립의 원칙에 의하여 의회에 의한 사후적 통제를 제도화한 것으로 매우 실효성 있는 제도라고 평가할 수 있다.

미국에서 프라이버시와 도청 또는 감청의 문제를 바라보는 시각은 9·11을 전후로 판이하게 다르게 나타나고 있다. 구체적으로 국가안전보장을 위하여 테러에 대하여 강력한 대응이 필요하였고 이를 위하여 전자감시를 획기적으로 확대하는 일명 애국법을 제정하여 국가안보를 위해서 감청을 폭넓게 인정하고 있다. 애국법은 전자통신 프라이버시법을 개정하여 이전에는 여러 주를 넘나든 컴퓨터 로그를 통하여 해커를 추적하는 경우에 각각의 주로부터 영장 발부가 필수적이었으나 개정된 애국법에 의하여 관련 있는 한 주의 법원으로부터 영장을 발부받으면 충분한 것으로 하였다. 따라서 컴퓨터를 통한 테러 정보의 추적이나 수사가 신속하게 이루어질 수 있도록 하였다. 그밖에 테러와 관련된 유선, 구두 및 전자통신의 감청 권한을 추가, 범죄수사정보 공유권한의 확대, 전자통신 기록에 따른 소환 영장 범위의 확대, 전화이용 기록장치의 감시 및 추적 권한의 확대, 컴퓨터 불법 침입자 통신의 감청을 허용하고 있다.

IV. 우리 헌법은 널리 사생활과 관련된 기본권으로서 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 자유를 보장하고 있다. 감청조치가 사생활의 핵심영역과 관련되는 경우는 인간의 존엄권도 관련될 수 있다. 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 자유도 국가안전보장이나 질서유지, 공공복리를 위해서 필요한 경우에는 법률로써 제한될 수 있음은 물론이다. 다만 그 본질내용은 침해될 수 없다.

현행 통신비밀보호법의 내용과 특징을 들면: 첫째, 통비법은 불법감청금지의 명문화와, 감청의 정의규정을 두고 있다. 둘째, 통신의 자유와 사생활기본권의 대사인적 효력 및 기본권보호의무를 구체화하고 있다. 셋째, 과잉금지의 원칙과 보충성의 원칙을 명문화하고 있다. 넷째, 불법감청정보의 증거사용금지규정을 두고 있다. 다섯째, 감청정보의 사용목적에 제한하고 있다. 여섯째, 감청조치에 관한 정보 또는 감청조치로 지득한 정보의 공개금지규정을 두고 있다. 일곱째, 감청조치의 종류에는 범죄수사를 위한 감청조치, 국가안보를 위한 감청조치, 긴급감청조치가 있다. 여덟째, 집행의 통지 및 통지유예제도를 두고 있다. 아홉째, 국회의 통제제도로서 국회의 상임위원회 등이 필요한 경우에 감청조치의 집행기관의 장이나 정보통신부장관에게 보고를 요구할 수 있다.

이러한 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안을 요약하면: 첫째, 법치국가원리에 위반되는 조항은 개정되어야 한다. 둘째, 용어상의 문제로서 법률적으로 “감청조치”라고 하

는 개념을 직접 쓸 필요가 있다. 셋째, 감청허가요건에 해당하는 범죄군이 지나치게 광범위하게 규정되어 있고, 명확성의 원칙에 위반될 가능성이 있다. 넷째, 국가안보를 위한 감청조치 역시 마찬가지이다. 다섯째, 긴급감청조치와 관련하여 그 허가요건이 매우 광범위하고 애매모호하여 명확성의 원칙에 반할 소지가 있고, 긴급감청조치의 장기화 가능성도 배제할 수 없는 등 남용가능성이 크다. 여섯째, 감청조치의 집행과 관련해서도 법관의 자격이 있는 공무원의 감독하에 이루어지도록 제도화할 필요가 있다. 일곱째, 통지대상이 부정확하여 감청대상이 된 당사자들로 통지대상을 확대할 필요가 있다. 여덟째, 감청조치의 통제제도와 관련하여 법관의 영장제도가 도입될 필요가 있으며, 감청실시에 대하여 정부가 국회에 보고할 의무를 제도화할 필요가 있다. 또한 도·감청조치의 통제를 위한 상설위원회제도(가령 독일의 G 10 위원회)를 도입할 필요가 있다. 아홉째, 타인의 대화비밀침해금지과 관련 “타인간의 대화”라고 하는 의미는 헌법합치적으로 해석되어야 할 필요가 있다. 열째, 비밀준수의무와 관련하여 감청조치와 관련되지 않은 제 3자에 의한 도·감청정보의 공개금지 및 전달금지규정을 분명히 할 필요가 있다. 열한 번째, 그 밖에 감청조치에 대한 통지 시 권리구제절차에 대한 고지제도, 필요없는 감청정보와 불법감청정보에 대한 폐기의무제도, 감청정보(녹음테이프 등)의 표식의무제도 등을 도입할 필요가 있다.

제1장 서론

1. 연구의 목적

최근 이른바 ‘안기부 X파일 사건’¹⁾에서 밝혀졌듯이 국가기관의 도청과 감청²⁾은 그 목적을 불문하고 매우 광범위하게 이루어지고 있으며, 그로 인하여 국민의 사생활보호의 문제가 매우 심각하게 대두되고 있다. 더욱이 다른 수사방법으로 범죄수사나 범죄예방이 어려운 경우에 도청과 감청은 범죄의 수사과 예방을 위해서 매우 유용한 수단으로 인식되어 왔으며, 오늘날 각종 테러와 조직적 범죄가 증가함에 따라 각국은 도청이나 감청을 통하여 테러와 범죄예방을 할 수 있는 제도적 장치를 도입하되, 그로 인하여 발생할 수 있는 사생활침해나 개인정보의 유출 등 기본권침해를 방지하기 위하여 필요한 법적 보장을 강구하고 있는 실정이며, 이러한 테러와 범죄예방을 위한 감청조치를 위한 법제도의 개선경향은 9·11테러 이후 테러에 대한 공포가 전세계적으로 확산됨에 따라 각 국가별로 급증하고 있음을 볼 수 있다.

- 1) 김영삼 정부시절 국가정보원의 전신인 국가안전기획부의 비밀도청 조직 미림팀이 만든 도청테이프는 274개에 달하였으며, 그 가운데 일부 내용이 MBC에 유출되어 보도된 사건임. 이 테이프의 내용을 파악한 검찰에 따르면 정계, 관계, 재계, 언론계 150여명이 상시도청되었다고 하며(동아일보 2005. 12. 7. 1면, 4면), 김대중 정부 시절에도 국가정보원이 대통령 친인척과 여당 정치인, 언론인 등 주요 인사 1800여명의 휴대전화 번호를 감청장비(소위 R2)에 입력해 상시 도청을 한 사실이 검찰 수사에서 밝혀졌다고 한다(동아일보 2005. 11. 16. 1면, 동아일보 2005. 11. 17. 1면).
- 2) 현재 우리 학계에서는 일반적으로 타인간의 대화나 통신을 엿듣거나 녹음하는 행위가 합법적일 경우 “감청”으로, 불법적일 경우 “도청”으로 개념을 구분하는 경향이 있으나, 이러한 개념구분은 현행 통신비밀보호법의 “감청”개념을 전제로 한 것으로서(계경문, 통신비밀보호법의 개정방향, 정보와법연구 제5호, 111-145(114)면; 성낙인, 통신에서의 기본권보호, 공법연구 제30집 제2호(2001. 12), 38면), 본 연구와 같은 비교법적인 연구에 있어서는 이와 같은 개념구분은 적합하지 않다(동지, 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원 1994, 18면). 이하에서는 당사자의 동의 없이(미국의 경우 당사자 일방의 동의만 있으면 도청의 규제 대상에서 제외되는 반면, 독일은 당사자 일방의 동의가 있더라도 도청개념에 포함됨) 다른 사람의 대화나 통신을 몰래 엿듣는다고 하는 넓은 개념으로서, “도청”과 “감청”의 개념을 굳이 구분하지 않고서 사용하되, 다만 적법절차에 의한 것으로서 헌법상 정당화될 수 있는 도·감청은 합법적 도·감청으로 그 외의 것으로서 정당화될 수 없는 도·감청은 불법적 도·감청으로 구분하여 도·감청 개념을 사용하기로 한다.

우리나라의 경우도 범죄예방이나 국가안보를 위하여 국가정보기관이나 수사기관에 의하여 도청이나 감청이 광범위하게 행하여져 왔으며, 또한 그 필요성이 부정될 수 없음에도 불구하고 국가기관에 의한 도·감청은 그에 대한 분명한 법적 근거와 통제시스템이 정비되지 않은 채, 사실상으로만 이루어져 오다가, 이른바 초원복집 사건을 계기로 하여 통신비밀보호법이 제정되어³⁾ 이 법을 근거로 전기통신에 대한 감청이 광범위하게 이루어져 오고 있다. 뿐만 아니라 최근 안기부 X파일 사건에 의하여 알려진 바와 같이 불법적인 도·감청 역시 광범위하게 실행되어 온 것도 사실이다.

국민은 통신과 대화의 자유, 그리고 사생활의 비밀과 자유를 가지고 있다. 그러나 이러한 자유가 경우에 따라서 범죄의 수단으로 악용될 경우에는 이러한 자유가 무제한적으로 보장되어서는 안 된다. 그러한 한 통신의 자유와 사생활의 보호 역시 일정한 범위 내에서 법률로써 제한될 수 있으며, 테러나 범죄예방을 위한 전기통신 또는 대화에 대한 감청, 녹음은 이러한 헌법상의 기본권에 대한 제한이라고 할 수 있을 것이다.

그러므로 본 연구에서는 독일과 미국의 도·감청제도와 사생활의 보호에 관한 비교법적 고찰을 한 후, 우리나라에서 범죄예방을 위한 감청제도와 사생활보호를 위한 법제도가 어떠한 문제점을 가지고 있는지 그리고 관련 법률은 기본권제한을 위한 헌법상의 요건을 모두 충족하고 있는지 등의 문제에 관하여 살펴보고 통신비밀보호법의 개선방안을 제시하도록 한다.

II. 연구의 범위

본 연구는 도청과 감청 및 사생활보호에 관한 독일, 미국, 한국의 법제도의 고찰을 중심으로 논하기로 한다. 우선 범죄예방을 위한 도청이나 감청은 헌법상 사생활의 기본권

3) 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원 1994, 28면; 조국, 개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점: 도청의 합법화인가 도청의 통제인가?, 형사정책연구 제15권 제4호(통권 제60호, 2004 겨울호), 103-136면.

뿐만 아니라 통신의 자유와 주거의 자유 등에 대한 제한이라고 할 수 있다. 그러므로 각 국가별로 도청 감청을 가능하게 하는 헌법적 근거를 살펴본 후, 이를 근거로 한 법률적 제도의 내용을 살펴보고, 나아가 도·감청제도를 둘러싼 헌법재판소(미국의 경우는 연방 대법원)의 판결내용들을 고찰하고 그러한 헌법재판소 판결에 따라 개정된 최근의 법개정 내용에 대해서도 접근 가능한 범위 내에서 고찰해 보기로 한다.

III. 연구의 방법

본 연구는 도청과 감청 및 그로 인하여 침해될 수 있는 사생활보호 등의 기본권을 둘러싼 헌법 및 법률적 제도에 관한 법해석학적 관점에서의 고찰이다. 동시에 특히 독일과 미국, 한국의 법제도를 상호 비교함으로써 우리나라 법제도의 문제점을 밝혀 보는 비교법적 연구⁴⁾이기도 하다.

이러한 법해석학적 관점에서의 연구 말고도 도·감청의 실태에 관한 법사회학적 연구도 가능하다. 가령 일정 기간동안 이루어진 감청영장청구의 횟수, 법관의 인용빈도, 감청실행사건의 경우 기소율과, 감청목적의 성공률 등, 한마디로 감청에 관한 법현실과 그 효율성⁵⁾에 관하여, 현실적 측면에서 조사하고 분석하여 기존의 감청제도에 관하여 입법

4) 그 밖에 다른 나라들의 도·감청제도와 사생활보호에 관한 연구도 수행될 필요가 있다. 미국의 도청문제를 다룬 문헌으로는 윤정석, 도청 및 전자적 감시방법의 사용에 관한 법리상 문제점(상)(중)(하), 법조 제42권 5호(1993년 5월호), 63-93면; 제42권 6호(1993년 6월호), 94-131면; 제42권 7호(1993년 7월호), 82-115면; 미국과 일본의 도청문제를 다룬 문헌으로는 김승환, 도청과 프라이버시에 관한 헌법적 문제, 영남법학 제5권 제1·2호(1992. 2), 61-84면. 미국과 독일을 비교한 문헌으로는 심희기, 도청에 대한 법적 규제방안, 형사법학의 과제와 전망, 계산성시탁교수화갑기념논문집, 1993, 901-919면; 미국과 한국을 비교한 문헌으로는 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 미국법과 한국법의 비교, 한국형사정책연구원, 1994; 영국, 프랑스, 독일의 법제에 대해서는 李在庠, 현행법상 도청의 법리와 그 개선방향, 형사정책연구 제7권 제2호(1996 여름호), 177-216(190-205)면; 그 밖에 박영도, 주요국가의 도청방지법제, 한국법제연구원, 1993.

5) 이러한 연구의 사례로 가령 독일 연방법무부의 연구용역으로 독일의 막스플랑크 외국 및 국제형법연구소(Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht)가 수행한 다음 2개의 연구보고서를 들 수 있다. Hans-Jörg Albrecht/ Claudia Dorsch/Christane Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer

적으로 평가하고 개선해 나갈 수 있는 기초를 연구할 수도 있다. 이러한 연구는 일종의 감청과 관련한 법률에 대한 입법평가에 해당된다고도 볼 수 있다.

법현실에 관한 이러한 연구는 본 연구의 범위를 벗어나므로 이러한 연구는 다음 기회로 미루고, 이하에서는 비교법적 및 법해석학적 연구를 중심으로 진행하기로 한다.

verdeckter Ermittlungsmaßnahmen(Abschlussbericht), 2003; Hannes Meyer-Wieck, Rechtswirklichkeit und Effizienz der akustischen Wohnraumüberwachung(großer Lauschangriff) nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, 2004; 우리나라에서의 감청행위의 실태에 관한 고찰로서는 원혜옥, 감청행위의 실태 및 입법례의 비교고찰, 형사법연구 제24호(2005년 겨울), 187-212면.

제2장 독일의 도·감청제도와 사생활보호에 관한 법적 고찰

I. 개 관

독일은 일찍이 1968년도에 소위 비상사태입법을 통하여 헌법을 개정하면서, 그간 보장되어 오던 통신의 자유의 기본권조항(기본법 제10조)에 오늘날과 같은 제한규정을 도입하고, 그와 동시에 소위 G 10 법률이라고 불리는 서신·우편·통신비밀제한법과 관련 형사소송법 규정이 도입되어 오늘에 이르고 있다. 다른 한편 1998년에는 소위 주거감청(Lauschangriff)을 가능하게 하는 헌법개정이 이루어졌으며, 동시에 관련 형사소송법 규정이 도입되었고, 이러한 형사소송법 규정에 대하여 2004. 3. 3. 독일 연방헌법재판소가 헌법불합치결정을 하자, 독일 연방의회가 헌법재판소의 위헌의견을 반영하여 개정된 형사소송법이 통과되어 2005. 7. 1.자로 발효한 상태에 있다.

그러므로 독일의 감청제도는 크게 전기통신감청과 주거감청으로 나누어서 고찰해 볼 수 있으며, 최근의 독일 연방헌법재판소의 주거감청에 관한 위헌판결은 나머지 전기통신 관련법에 관해서도 그대로 적용될 수 있는 기본적 판례라고 할 수 있다.

이하에서는 이러한 독일의 헌법 및 법률규정의 내용과 헌법재판소의 판례에 대하여 자세히 알아보기로 한다.

II. 독일의 도·감청제도와 사생활보호에 대한 헌법적 근거

1. 기본법 제10조의 통신의 비밀

기본법 제10조 제1항은 “서신의 비밀과 우편의 비밀 그리고 통신의 비밀은 불가침이

다”라고 규정함으로써, 통신의 자유를 보장하고 있다.

통신의 비밀의 보호영역은 모든 기술적인 통신수단(전보, 전화, 팩스, 무선통신 이메일⁶⁾, 인터넷, 문자서비스 등)을 통하여 전달되는 개인적이며, 사적인 통신내용의 비밀유지이다. 뿐만 아니라 이 기본권은 모든 통신과정 내지 통신관계에 관련된 상세한 상황에 대한 비밀유지, 특히 어떠한 당사자들 간에 어떠한 번호로 통화를 하였거나 하려하였는지 여부와 그 시기 등에 대한 비밀유지를 보장한다. 알려진 통화내용의 전달이나 그 밖에 상세한 통화내역의 전달 뿐만 아니라, 전기통신사업자가 전화연결을 매개하고 실행하기 위해서 필요한 것 이상의 범위에서 통화의 내용을 인지하는 것과 또한 제3자가 통화 내용을 인지하는 것도 금지된다.⁷⁾

독일 연방헌법재판소는 전신의 비밀의 보호영역을 다음과 같이 기술하고 있다.

“전(통)신의 비밀은 우선 의사소통내용을 포함한다. 공권력은 원칙적으로 전신장비에 의해서 처리되는 구두의 또는 서면의 정보교환과 사상의 교환내용을 인지할 가능성을 가져서는 안 된다. 사적인 것이든 아니면 그 밖에 가령 업무적이거나 정치적 내용의 의사소통이든, 기본법 제10조는 구별하지 않는다(vgl. BVerfGE 67, 157, 172). 기본권 보호는 오히려 전신기술에 의하여 교환된 모든 의사소통과 관련된다. 하지만 이 기본권 보호는 국가적 인지에 대한 의사소통내용의 차단에 머물지 않는다. 그것은 의사소통의 상황도 포함한다. 여기에는 특히 어떠한 사람들 간에 또는 전신교환들 간에 전신통화가 이루어졌거나 시도되었는지 여부와 시기 및 횟수도 포함된다(vgl. BVerfGE 67, 157, 172; 85, 386, 396). 또한 그러한 한 국가는 원칙적으로 인지를 요구할 수 없다. 의사

6) 메일박스에 저장된 이메일 내용의 감시도 독일 연방법원에 따르면 독일 형사소송법 제100a조와 제100b조, 즉 전기통신감청의 사례에 해당된다. BGH(Ermittlungsrichter), NJW 1997, S. 1934; Albrecht/ Dorsch/ Krüpe, aaO, S. 9에서 재인용.

7) Alfred Katz, Staatsrecht, 15. Aufl., Heidelberg 2002, S. 381; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 18. Aufl., Heidelberg 2002, S. 773; Michael Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, Berlin/Heidelberg/New York, 2000, S. 393(방송주 역, 헌법재판소 간, 헌법 II - 기본권론, 2002, 497면); Ralf P. Schenke, Verfassungsrechtliche Probleme einer präventiven überwachung der Telekommunikation, AöR 2000, S. 1 ff.(19); Wolf-Rüdiger Schenke, Grundrechtliche Probleme der Telekommunikation, 공법연구 제30집 제2호(2001. 12), 1-20 면(박종수 역, 통신의 기본권적 문제, 같은 책, 21-31(23)면.

소통매체의 이용은 모든 경우에 비밀유지가 가능해야 한다. 이 기본권이 개별적인 전신 과정을 원칙적으로 국가의 포착으로부터 배제함으로써, 동시에 그것은 자유로운 의사소통 일반의 조건들을 유지하려하는 것이다”⁸⁾

이러한 통신의 비밀에 대하여는 기본법 제10조 제2항이 곧바로 제한가능성을 규정하고 있다. 즉 “그 제한은 오로지 법률에 근거하여서만 행해질 수 있다. 그 제한이 자유민주적 기본질서나 연방 또는 지방의 존립 또는 안전의 보호에 도움이 될 때에는, 그 제한을 관계자에게 통지하지 않는다는 것과 국민대표에 의하여 임명된 기관과 보조기관에 의한 사후심사가 권리구제절차를 대신한다는 점을 규정할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 기본법 제10조 제2항 2문은 비상사태입법의 차원에서 기본법 제10조 제2항을 개정할 당시에 보충된 것으로서, 커다란 헌법충돌가능성을 열어두고 있다.⁹⁾

이러한 기본법 개정은 인간존엄의 보장과 법치국가원리와 관련해서 위헌여부의 문제가 제기되었고, 급기야 헌법소원이 제기되어 많은 비판을 받아 온 독일 연방헌법재판소의 소위 도청판결(BVerfGE 30, 1: 제1차 G10 판결)¹⁰⁾이 탄생하게 되었던 것이다. 이 판결에서 독일 연방헌법재판소는 기본법 제79조 제3항에도 불구하고 이러한 기본법 개정이 위헌이 아니라고 하였는데, 다만 기본법 제10조 제2항 제2문에 대하여 헌법합치적으로 축소해석하는 방법을 통해서만 헌법개정을 인정한 것이다.¹¹⁾

G 10법률에 대한 제2차 판결(BVerfGE 100, 313)에서 독일 연방헌법재판소는 매우 상세하게 동법 제3조에 의하여 가능하게 된 외국인의 전신통화에 대한 개입권한이 좁은 의미에서의 비례성이 있는가 여부에 대하여 다루었다. G 10법률 제3조 제1항 제5호를

8) BVerfGE 100, 313, 358 - 헌법재판소, 독일헌법판례해설(Richter/Schuppert/Bumke저, 방승주 역, Casebook Verfassungsrecht, München 2001) 2003, 287면.

9) Michael Sachs저(방승주 역), 헌법 II - 기본권론, 2002, 500면; 콘라드 헷세 저(계희열 역), 통일 독일헌법 원론, 박영사, 238면 이하

10) 이 판례의 개요와 비판에 대해서는 Richter/Schuppert/Bumke저(방승주 역), 독일헌법판례해설 2003, 293면; 비판적이지만 결론에 있어서 다수의견에 찬동하는 견해로는 Wolf-Rüdiger Schenke, 앞의 논문, 13-14면(박중수, 번역문, 28면).

11) BVerfGE 30, 1 (19 ff.).

예외로 하고 동 재판소는 이를 긍정하였다.¹²⁾

아무튼 기본법 제10조 제2항 제2문을 근거로 통신의 자유를 제한하는 법률로서는 소위 G 10이라고 일컬어지는 서신·우편·통신비밀 제한법이 그간 여러 차례 개정되어 적용되고 있으며, 그 내용은 항을 달리 하여 살펴보기로 한다.

2. 독일 기본법 제13조의 대 주거감청(Großer Lauschangriff)제도의 도입

주거의 불가침을 규정하고 있는 독일 기본법 제13조는 소위 대 주거감청의 도입과정에서 대폭적으로 개정되었다. 즉 1998. 5. 4.의 조직적 범죄 예방의 개선을 위한 법률(BGBI. I, 845)에 의하여 기본법 제13조는 제3항부터 제6항이 삽입되었으며, 구 제3항은 신 제7항이 되었다. 동시에 새로이 형사소송법 제100c조 제1항 제3호로써 도청기와 같은 첨단장비로써 “주거”에서 이루어지는 공간적 대화에 대하여 경찰에 의한 사후적·진압적(repressiv) 도청을 위한 법적 근거가 마련되었다. 이에 반하여 “소 주거감청(Kleiner Lauschangriff)”이란 주거에 잠입한 수사관에 의하여 이루어지는 청각적 및 시각적 녹음(Aufzeichnen)을 의미한다(기본법 제13조 제5항에 의한 감청)¹³⁾. 대 주거감청이란 잠입수사관의 현존 여부와 상관없이 기술적 장비를 통한 주거에서의 청각적 및 시각적 도청과 녹음을 일컫는다.

(1) 1998. 3. 26. 헌법개정의 내용

(가) 헌법개정의 필요성

기본법 제13조 제1항의 사적 공간영역의 보호는 주거공간에 대한 물리적, 신체적 침입에 의해서 뿐만 아니라, 첨단장비에 의한 비신체적 침입에 의해서도 침해될 수 있는 바, 이 경우 이러한 장비를 주거의 외부공간에 부착하는 방법에 의하는지, 아니면 그러한 장비를 주거의 내부공간에 부착하는 방법에 의하는지는 아무런 차이가 없다. 기본법

12) 이에 대한 내용은 Richter/Schuppert/Bunke저(방승주 역), 독일헌법판례해설, 297면 이하 참조.

13) Vgl. Matthias Kötter, DÖV 2005, S. 229.

제13조는 특히 청각적 그리고 시각적 주거감시, 즉 정치적 논의과정에서 소위 주거감청(Lauschangriff)이라고 일컬어진 조치에 대한 보호를 보장한다.¹⁴⁾

범죄 특히 소위 조직적 범죄의 수가 증가하고 또한 그 형태가 나날이 새로워짐에 따라 형사소추의 목적으로 주거감시를 해야 할 필요성이 대두된 후, 그러한 조치가 단순히 법률, 특히 형사소송법의 개정만으로 가능한지 아니면 이를 위하여 기본법 제13조의 주거의 자유의 한계조항의 개정이 필요한지에 관한 문제가 제기되었다. 결론적으로 구 기본법 제13조 제2항과 제3항의 한계체계에 따라서는, 그러한 사후적 조치들이 기본법의 개정 없이 도입될 수 없다는 점에 대하여 전반적으로 의견이 일치하였다. 주거감시는 기본법 제13조 제2항의 의미에서 특별한 유형의 수색의 일종으로서 도입될 수는 없었다. 왜냐하면 수색의 본질적 표지는 개방성인데 반하여, 청각적 및 시각적 주거감시는 비밀리에 이루어져야 하기 때문이었다. 그리고 목적지향적인 수색을 위해서는 신체적 침입이 필요한데 반하여, 청각적 및 시각적 주거감시의 경우 반드시 그러한 신체적 침입이 필요하지는 않다는 것이다. 그리고 구 기본법 제13조 제3항의 의미에서의 제한과 한계로서 주거감시는 정당화될 수 없었다. 왜냐하면 이 조항을 통해서만 단지 위험방지를 위한 조치만이 허용되었기 때문이다. 특히 이미 범해진 범죄의 해명과 수사를 위해서 사후적으로 그러한 조치들이 이루어질 필요가 있었기 때문에, 그러한 주거감시가 이러한 조항에 의해서 이루어질 수는 없었던 것이다.¹⁵⁾

(나) 1998년 헌법개정의 내용

구 기본법 제13조에 따를 때, 주거에서 이루어진 말을 도청하고 녹음하기 위한 기술적 수단의 동원은 단지 위험방지를 위해서만 가능했지, 형사소추의 목적을 위해서는 가능하지 않았다. 1998. 3. 26. 헌법개정에 의하여 새로이 도입되고 1998. 4. 1. 발효한 제3항에, 형사소추의 목적을 위하여 주거감청을 할 수 있는 기술적 수단을 동원하기 위하여 필요한 헌법적 근거가 마련되었다. 제4항에는 당시까지 구 기본법 제3항을 기초로

14) Papier, Art. 13, Rdnr. 47, in: Maunz-Dürig, GG-Kommentar, Oktober 1999 Lfg. 36.

15) Papier, aaO, Rdnr. 47.

하여 이루어진 위험방지의 목적을 위한 주거감시를 위한 별도의 한계규정이 제정되었다. 그리고 제5항에서는 이러한 기술적 수단을 설치하기 위하여 해당 주거에서 활동하는 사람을 보호하기 위한 수단동원이 규정되어 있다. 그리고 제6항에서는 연방정부와 지방정부가 제3항, 제4항 및 제5항에 따른 기술적 수단의 동원에 관하여 의회에 보고할 의무를 규정하고 있다. 그리고 구 제3항은 내용적으로 변경되지 않은 채 제7항으로 옮겨졌다. 이러한 헌법개정 of 실행을 위한 시행법률은 1998. 5. 9에 발효하였다.

제3항: “특정한 사실이 누군가가 법률에 의하여 개별적으로 규정된 특별히 중대한 범죄를 범하였다고 하는 혐의의 근거를 제공하는 경우, 사실관계에 대한 수사가 다른 방법으로서는 비례에 맞지 않게 어렵거나 또는 전망이 없다면, 그 범죄의 소추를 위하여 법관의 영장을 근거로 피의자가 체류하고 있다고 추정되는 주거의 감청을 위한 기술적 수단을 장착할 수 있다. 이 조치에는 기간을 정하여야 한다. 영장은 3인의 법관으로 구성되는 합의부에 의하여 발부된다. 지체의 위험이 있는 경우 영장은 한 사람의 개별 법관에 의해서도 발부될 수 있다.

제4항: 공공의 안전에 대한 급박한 위험 특히 공동의 위험이나 생명에 대한 위험을 방지하기 위하여 주거의 감시를 위한 기술적 수단이 법관의 영장을 근거로 해서만 장착될 수 있다. 지체의 위험이 있는 경우 영장은 법률이 정하는 다른 기관에 의해서도 발부될 수 있다. 법관의 결정은 지체 없이 추완되어야 한다.

제5항: 주거에서 감청작업을 하고 있는 사람을 위해서만 기술적 수단이 규정되어 있는 경우, 이 조치는 법률로 정하는 기관에 의해서 명령될 수 있다. 이와 함께 획득한 결과의 다른 사용은 형사소추를 위해서만 또는 위험방지를 위해서만 그리고 사전에 그 조치의 합법성이 법관에 의하여 확인된 경우에만 허용된다. 지체의 위험이 있는 경우 법관의 결정은 지체 없이 추완되어야 한다.

제6항: 연방정부는 제3항에 따른, 그리고 제4항에 따른 연방의 권한영역 내의, 그리고 법관의 심사가 필요한 한에서 제5항에 따른 기술적 수단의 동원에 대하여 해마다 연방의회에 보고한다. 연방의회에 의하여 선출된 기구는 이러한 보고를 근거로 의회의 통

제를 행사한다. 지방은 마찬가지로 의회통제를 보장한다.

제7항: 그 밖의 제한은 공동의 위험이나 개인의 생명의 위험을 방지하기 위해서만 그리고 또한 법률에 근거하여 공공의 안전과 질서에 대한 급박한 위험을 방지하기 위해서, 특히 주택난을 덜기 위해서, 또는 위험에 처한 소년을 보호하기 위해서도 행해질 수 있다.

(2) 개정헌법의 구체적 내용

(가) 형사소추를 목적으로 하는 사후적·진압적(repressiv) 주거감청(기본법 제13조 제3항)

① 기본법 제13조 제3항은 형사소추의 목적으로 주거의 감청을 위한 기술적 수단의 장착에 대하여 법원이 영장을 발부할 수 있는 상세한 실질적 및 형식적 전제조건들을 포함하고 있다. 여기에서 형사소송법으로부터 알려진 구성요건표지들이 상당한 정도로 사용되고 있으며, 이 점에서 헌법개정입법자는 이러한 표지를 당시에 일반적으로 사용되고 있는 의미대로 수용하였다고 전제할 수 있다. 물론 제3항은 상세한 정도가 상당히 높음에도 불구하고 주거감청을 위하여 기술적 수단을 장착할 수 있는 헌법직접적인 법적 근거가 될 수는 없다. 오히려 이를 위해서는 그 해명을 위해서 주거감청을 명할 수 있는 특별히 중대한 범죄를 확정하여야 하는 일반 법률에 의한 실행을 필요로 한다. 헌법 규정이 매우 상세하게 규정되어 있는 연고로 입법자는 상당한 범위 내에서 제3항의 규정들을 문자 그대로 받아들일 수밖에 없고, 따라서 법률에 대한 위반은 일반적으로 동시에 헌법에 대한 위반을 의미하게 된다.¹⁶⁾

우선 일정한 사실이 누군가가 법률에 의하여 개별적으로 규정된 특별히 중대한 범죄를 범하였다고 하는 혐의의 근거를 제공하여야 한다.

제3항은 주거의 감청을 위한 기술적 수단의 장착을 허용하고 있다. 제4항과는 달리 주거감시에 대하여 사후적 목적설정의 경우에도 시각적인 비디오카메라장치와 같은 다른 기술적 수단은 장착될 수 없다. 제3항의 유보는 도청과 불가피하게 관련되는 주거의

16) Papier, aaO, Rdnr. 73.

자유에 대한 제한, 특히 기술적 수단의 장착을 통한 비밀리의 주거침입을 포괄한다.¹⁷⁾

이 제3항의 헌법적 내용에 대하여는 이하의 연방헌법재판소의 판례의 내용을 기술하면서 보다 자세히 설명하기로 한다.

(나) 사전적·예방적(präventiv) 주거감시(기본법 제13조 제4항)

제4항은 제3항과는 달리 예방적 목적을 위한 주거의 감시를 규정하고 있다. 제4항의 감시기술은 제3항과는 달리 청각적 장비에만 국한되지 않는다. 오히려 시각적 감시도 허용된다. 이러한 유형의 조치들은 통설에 따르면 새로운 제3항에 따른 기본법 제13조의 개정 전에 이미 허용되었는데, 연방과 지방의 헌법보호법, 그리고 각 주의 경찰법이 이를 실행하였으나 연방국경수호법은 실행하지 않았다.

이와 관련하여 개별 법률들 간의 주거감시에 대한 전제조건들이 매우 상이하다. 연방헌법보호법 제9조 제2항¹⁸⁾은 현존하는, 달리 제거될 수 없는 공동의 위험이나 생명의 위험을 요건으로 하고 있는 데 반하여, 많은 지방 경찰법들은 사람의 생명이나 자유에 대한 현존하는 위험의 방지를 위하여 주거공간으로부터의 정보수집을 허용하고 있다. 몇 개의

17) Papier, aaO, Rdnr. 79.

18) 연방헌법보호법 제9조 제2항: “주거에서 비공개적으로 이루어진 말은, 구체적 사건에서 현존하는 공동의 위험이나 현존하는 개인의 생명에 대한 위험을 방지하기 위하여 불가결한 경우 그리고 위협되고 있는 법익에 대한 경찰의 적절한 구조가 적시에 이루어질 수 없는 경우에 기술적 수단을 통하여 비밀리에 도청되고 녹음될 수 있다. 제1문은 사진촬영과 녹화를 위하여 기술적 수단을 비밀리에 장착하는 경우에도 적용된다. 제1문과 제2문에 따른 조치들은 법관의 결정이 적시에 이루어질 수 없는 경우에는 연방헌법보호청장과 그 대리인에 의해서 명령될 수 있다. 영장에 대해서는 연방헌법보호청이 소재하는 구법원이 관할한다. 절차에 대해서는 비송사건절차법(Das Gesetz über die Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit)의 규정이 준용된다. 수집된 정보는 서신·우편·통신비밀제한법(G 10 법률) 제4조 제4항의 조치에 따라서만 사용될 수 있다. 제1문과 제2문의 의미에서의 기술적 수단은 영장집행을 위하여 주거에서 활동하고 있는 인원의 생명, 건강이나 자유에 대한 위험의 방지를 위하여 불가결한 한에서, 그 인원의 보호를 위하여 사용될 수 있다. 제8문에 따른 조치는 연방헌법보호청장이나 그 대리인에 의해서 명령될 수 있다. 제8문에 따른 목적 외에는 연방헌법보호청은 수집된 정보를 이 법 제3조 제1항 제2호 내지 제4호에 따른 임무수행의 범위내에서 그리고 서신·우편·통신비밀제한법(G 10 법률) 제4조 제4항 제1호와 제2호의 내용에 따른 전달을 위해서만 사용될 수 있다. 정보의 사용은 사전에 동 조치의 합법성이 법관에 의해서 확인된 경우에만 허용된다. 지체의 위험이 있는 경우에 법관의 결정은 지체없이 추완되어야 한다. 이러한 범위 내에서 주거의 불가침의 기본권(기본법 제13조)이 제한된다.”

지방법적 제한규정들은 명시적으로 이를 넘어서 일정한 범죄의 예방을 위해서도 주거감시를 허용하고 있는데, 이 경우 그 규정은 다시금 상당히 상이하게 이루어지고 있다.¹⁹⁾

구 기본법 제13조 제3항에 비하여 제4항에서는 전제조건이 보다 엄격하게 되었다고 할 수 있다. 기술적 수단은 예전과 같이 위험의 예방을 위해서가 아니라, 단지 급박한 위험의 방지를 위해서만 동원될 수 있다. 공공의 안전에 대한 위험이 존재하여야 하며 더 이상 공공질서에 대한 위험으로 충분하지 않다.²⁰⁾

III. 전기통신감청에 관한 법률규정

1. 형사소송법 규정

형사소추를 목적으로 하는 전기통신감청에 대해서는 연방법인 형사소송법 제100a조, 제100b조, 제100g조, 제100h조와 제100i조가 감청의 범위, 권한 그리고 목적 및 각각의 조치를 하기 위하여 필요한 전제조건들에 대하여 규정하고 있다.

이 형사소송법 제100a조와 제100b조는 1968년 독일의 비상사태입법의 차원에서 서신·우편·통신비밀제한법(G 10 법률)과 함께 도입되었으며, 70년대의 테러와 관련한 형법과 형사소송법의 개정에 의하여 의미를 얻게 되었고, 80년대에 들어와 상대적으로 조용한 시기를 거쳐서, 90년대에 들어와서는 강제수단 특히 비밀리의 감청조치가 증가하였고, 전기통신의 감청도 기술의 발전에 따라 영향을 받으면서 여러 차례 개정되어 오는데 이르고 있다.²¹⁾

그 내용의 구성을 보면 다음과 같다.

19) Papier, aaO, Rdnr. 89 ; 2004. 3. 3. 독일 연방헌법재판소의 Gro ßer Lauschangriff 판결(BVerfGE 109, 279)에 따른 각 지방 경찰법의 사전 예방적 주거감청규정의 개정필요성에 대해서는 Matthias Kötter, DÖV 2005, S. 225 ff. 참조할 것.

20) Papier, aaO, Rdnr. 90.

21) Albrecht/Dorsch/Krüpe, Abschlußbericht, aaO, S. 7 f.

(1) 전제조건: 범죄의 혐의

형사소송법 제100a조²²⁾에 따르면, 감청조치가 명령될 수 있으려면 특정한 사실을 근거로 범죄목표에 열거된 범죄(소위 ‘목록범죄’)의 혐의가 있어야 한다. 이 범죄 혐의가

22) 특정한 사실이 누군가가 정범으로서 또는 공범으로서 다음의 범죄를 범하였거나, 미수도 처벌가능한 경우에는 범하려 한 경우나 어떠한 범죄를 통하여 예비하였다는 혐의의 근거를 제공하는 경우, 그리고 사실관계의 수사나 피의자의 소재지의 확인이 다른 방법으로는 전망이 없거나 본질적으로 어려울 경우에는 전기통신의 감청과 녹음이 명령될 수 있다.

1. a) 평화에 대한 죄, 내란죄, 민주적 법치국가 위태죄나 외환죄 그리고 외적안전위협죄(형법 제80조 내지 제82조, 제84조 내지 제86조, 제87조 내지 제89조, 제94조 내지 제100a조, 단체법(Vereinsgesetz) 제20조 제1항 제1호 내지 제4호)
- b) 국방에 관한 범죄(형법 제109d조 내지 109h조)
- c) 공공질서에 관한 범죄(형법 제129조 내지 제130조, 체류법 제95조 제1항 제8호)
- d) 군인이 아닌 자로서 탈영선동 또는 방조죄나 명령불복종선동죄(군형법 제1조 제3항과 결부하여 제16조, 제19조)
- e) 독일연방공화국에 주둔하고 있는 북대서양조약기구의 비독일 조약당사국 군대나 베를린에 주둔하고 있는 점령3개국 군대의 안전에 관한 범죄(형법 제89조, 제94조 내지 제97조, 제98조 내지 제100조, 제109d조 내지 제109g조, 제4차 형법개정법률 제7조와 결부하여 군형법 제16조, 제19조)
2. 금전 또는 유가증권위조죄(형법 제146조, 제151조, 제152조), 형법 제176a조 제1항 내지 제3항 또는 제5항에 따른 아동에 대한 중대한 간음 또는 추행 등의 경우나 형법 제176b조에 따른 아동에 대한 중과실 간음치사죄, 형법 제181조 제1항 제2문과 제3문에 따른 중인신매매죄, 형법 제184b조 제3항에 따른 포르노그라피잡지 반포죄, 모살죄, 고살죄(형법 제211조, 제212조)나 또는 민족학살죄(국제형법 제6조), 개인의 자유에 대한 죄(각각 경죄에 해당하는 한에서 형법 제232조 제3항, 제4항 또는 제5항, 제233조 제3항, 제234조, 제234a조, 제239a조, 제239b조), 범죄단체구성절도죄(형법 제244조 제1항 제2호), 또는 중범죄단체구성절도죄(형법 제244a조), 강도죄, 강박죄(중강도), 강도치사 및 강도에 준하는 공갈죄(형법 제249조 내지 제251조, 제255조), 공갈죄(형법 제253조), 영업적 장물취득죄, 범죄단체구성 장물취득죄(형법 제260조)나 영업적 범죄단체구성 장물취득 등(제260a조), 자금세탁죄, 형법 제261조 제1항 제2항 또는 제4항에 따른 불법적으로 영득한 재산적 가치의 은닉죄, 형법 제306조 내지 제306c조 또는 제307조 제1항 내지 제3항, 제398조 제1항 내지 제3항, 제309조 제1항 내지 제4항, 제310조 제1항, 제313조, 제314조 또는 제315조 제3항, 제315b조 제3항 또는 제316a조 또는 제316c조의 경우의 공공위험의 죄
3. 무기법 제51조, 제52조 제1항 제1호, 제2호 c와 d, 제5항, 제6항, 무역법 제34조 제1항 내지 제6항 또는 제19조 제1항 내지 제3항, 제20조 제1항 또는 제2항에 따른 범죄 - 각각 전쟁무기통제법 제21조, 또는 제22a조 제1항 내지 제3항과 결부하여서도
4. 마약관리법 제29조 제3항 제2문 제1호에 언급된 규정에 따른 그리고 그곳에서 열거된 전제조건에 따른 범죄나 마약관리법 제29a조, 제30조 제1항 제1호, 제2호, 제4호, 제30a조나 제30b조 또는
5. 체류법 제96조 제2항 또는 제97조에 따른 또는 망명절차법 제84조 제3항 또는 제84a조에 따른 범죄. 영장은 피의자나 또는 특정한 사실을 근거로 피의자가 수신인으로 지정되어 있거나 또는 송신인으로 되어 있는 소식을 수령하거나 또는 전달하고 있다는 것을 인정할 수 있는 사람 또는 피의자가 그의 전화를 사용하고 있다고 인정할 수 있는 그러한 사람들만을 대상으로 할 수 있다.

있는지 여부에 대해서는 법관의 판단여지가 인정되는데, 단순한 추측으로는 충분하지 않으며, 형사상의 경험을 근거로 하여야 한다.²³⁾

이 목록범죄는 국가안보와 관련된 범죄(제1호), 중범죄군(제2호), 무기범죄(제3호), 국민건강에 대한 범죄(제4호), 외국인법과 망명법상의 범죄(제5호)로 나누어진다. 범죄의 성격에 따라 분류하면 이 목록은 중죄와 경죄, 그리고 과실범, 부수적 형벌규정, 위험범과 조직범을 모두 포괄하고 있다.²⁴⁾

(2) 보충성의 원칙

감청요건을 일정한 목록범죄에 한정하고 사실을 근거로 그 혐의가 있을 것을 요건으로 하는 것만으로도 이미 기본법 제10조의 통신의 자유의 제한에 있어서 비례의 원칙에 기여하는 것이기는 하지만, 더 나아가 형사소송법 제100a조 제1문의 보충성의 원칙은 이러한 비례의 원칙의 산물이라고 할 수 있다.²⁵⁾ 다시 말하면, 사실관계의 수사나 피의자의 소재지의 확인이 다른 방법으로는 전망이 없거나 본질적으로 어려울 경우에는 전기통신의 감청과 녹음이 명령될 수 있는 것이다. 이 규정에 따라서 범죄수사가 전기통신 감청의 감청이 없이는 왜 전망이 없거나 본질적으로 어려운지를 설명하여야 한다.

독일 연방법원에 따르면, 범죄혐의가 있는지를 판단함에 있어서와 마찬가지로 이와 같은 보충성심사에 있어서도 법관에게 판단여지가 인정된다.²⁶⁾

(3) 법관의 영장제도²⁷⁾

제100b조²⁸⁾에 따라 전기통신의 감청과 녹음은 법관의 영장에 의해서만 명령될 수

23) BGHSt 41, 33; Albrecht/Dorsch/Krüpe, aaO, S. 11에서 인용.

24) Vgl. Albrecht/Dorsch/Krüpe, aaO, S. 13.

25) Albrecht/Dorsch/Krüpe, aaO, S. 20.

26) BGHSt 41, 33; Albrecht/Dorsch/Krüpe, aaO, S. 21.

27) 독일에서 법관의 감청영장발부가 사실상 검사의 영장청구에 종속되어 있다는 점 등, 영장발부실제의 문제점에 대하여는 Christoph Gusy, *überwachung der Telekommunikation unter Richtervorbehalt*, ZRP 2003, S. 275 ff; 마찬가지로 관점에서의 문제제기로서 vgl. Albrecht/Dorsch/Krüpe, aaO, S. 23.

있다. 다만 지체의 위험이 있는 경우 명령은 검사에 의해서도 내려질 수 있다. 검사의 명령은 3일 내에 법관이 이를 승인하지 않으면 효력을 상실한다. 영장은 명령의 대상이 되는 관계인의 성명과 주소 그리고 전화번호나 전기통신연결에 대한 다른 표시를 포함하여야 한다. 영장에는 조치의 유형, 범위와 기간이 특정되어야 한다. 영장은 최대 3개월까지 기간이 정해질 수 있으며, 전제조건이 존재하는 한 3개월을 넘지 않는 범위 내에서 연장될 수 있다(제2항).

제100a조의 전제조건이 더 이상 존재하지 않는 경우, 영장으로부터 나오는 조치들은 지체 없이 종료된다. 종료여부는 법관에게 그리고 제3항에 따른 의무를 진 자에게 통지되어야 한다(제4항).

제100h조²⁹⁾에 따라 영장은 발부대상이 되는 관계인의 성명과 주소, 전화번호나 전기

- 28) ① 전기통신의 감청과 녹음(제100a조)은 법관에 의해서만 명령될 수 있다. 지체의 위험이 있는 경우 명령은 검사에 의해서도 내려질 수 있다. 검사의 명령은 3일 내에 법관이 이를 승인하지 않으면 효력을 상실한다.
- ② 영장은 서면으로 발부된다. 영장은 명령의 대상이 되는 관계인의 성명과 주소 그리고 전화번호나 전화연결에 대한 다른 표시를 포함하여야 한다. 영장에는 조치의 유형, 범위와 기간이 특정되어야 한다. 영장은 최대 3개월까지 기간이 정해질 수 있다. 제100a조의 전제조건이 존재하는 한 3개월을 넘지 않는 범위 내에서 기간연장은 허용된다.
- ③ 영장을 근거로 영업적으로 전기통신역무를 제공하거나 이에 협력하는 모든 사람은 법관, 검사 그리고 그 수사관(법원조직법 제152조)에 전기통신감청과 녹음을 가능하게 하여야 한다. 이를 위하여 조치를 취할 것인지 여부와 그 범위는 전기통신법 제110조와 그에 근거하여 제정된 감청의 기술적 조직적 실행을 위한 법규명령에 의거한다. 제95조 제2항이 준용된다.
- ④ 제100a조의 전제조건이 더 이상 존재하지 않는 경우, 영장으로부터 나오는 조치들은 지체 없이 종료된다. 종료여부는 법관에게 그리고 제3항에 따른 의무를 진 자에게 통지되어야 한다.
- ⑤ 위 조치에 의하여 획득한 개인관련 정보들은 이에 대하여 분석할 경우에 제100a조에서 열거된 범죄들의 해명을 위하여 필요한 지식들을 얻을 수 있는 한에서만 다른 형사소송에서 증거목적으로 사용될 수 있다.
- ⑥ 위 조치에 의하여 얻은 범죄소추를 위한 서류들이 더 이상 필요하지 않은 경우 이는 검사의 감독 하에 지체 없이 폐기되어야 한다. 폐기에 대하여는 기록을 남겨야 한다.
- 29) ① 영장은 발부대상이 되는 관계인의 성명과 주소, 전화번호나 전기통신연결에 대한 다른 표시를 포함하여야 한다. 상당한 의미가 있는 범죄의 경우에 다른 방법으로는 사실관계의 수사가 전망이 없거나 본질적으로 어려울 경우에 정보제공이 되어야 하는 전기통신의, 공간적으로와 시간적으로 충분히 확정된 표기로서 충분하다. 제100b조 제1항, 제2항 제1문과 제3문, 제6항과 제95조 제2항은 준용된다. 장래의 전기통신연결에 관한 정보제공명령의 경우에는 제100b조 제2항 제4문과 제5문, 제4항도 준용된다.
- ② 제53조 제1항 제1문 제1호, 제2호와 제4호의 경우에 증언거부권이 충분한 한에서, 증언거부권자에 의하여 또는 그에 대하여 이루어진 전기통신연결정보의 요구는 허용되지 않는다. 그럼에도 불구하고 획득한 정보는 사용되어서는 아니 된다. 증언거부권자가 공범이거나 방조, 증거인멸 또는 범인은너의 혐의가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

통신연결에 대한 다른 표시를 포함하여야 한다(제1항). 상당한 의미가 있는 범죄의 경우 다른 방법으로는 사실관계의 수사가 전망이 없거나 본질적으로 어려울 경우에, 정보제공이 되어야 하는 전기통신은 공간적으로와 시간적으로 충분히 확정적으로 표기하기만 하면 된다.

(4) 전기통신사업자의 협력 및 정보제공의무

감청영장을 근거로 영업적으로 전기통신역무를 제공하거나 이에 협력하는 모든 사람은 법관, 검사 그리고 그 수사관(법원조직법 제152조)에 전기통신감청과 녹음을 가능하게 하여야 한다(제100b조 제3항). 이를 위하여 조치를 취할 것인지 여부와 그 범위는 전기통신법 제110조와 그에 근거하여 제정된 감청의 기술적·조직적 실행을 위한 법규 명령에 의거한다. 거부할 경우에는 강제조치가 수행될 수 있다(제95조 제2항의 준용).

한편 제100g조³⁰⁾에 따라서 전기통신사업자는 필요한 경우에 전기통신사용내역을 제공하여야 한다.

③ 정보제공에 의하여 획득한 개인관련 정보는 이를 분석하는 경우에 제100g조 제1항 제1문에 명시된 범죄의 해명을 위하여 필요한 인식들이 얻어질 수 있거나 피의자가 동의하는 한에서만 사용될 수 있다.

30) ① 일정한 사실이 누군가가 정범으로서 또는 공범으로서 상당한 의미가 있는 범죄, 특히 제100a조 제1항에 열거된 범죄 중의 하나를, 또는 종료설비에 의한 죄(전기통신법 제3조 제3호)를 범하였거나, 미수가 처벌 가능한 경우에는 범하려 하였거나, 범죄를 예비하였다는 혐의의 근거를 제공하는 경우, 영업적으로 전기통신역무를 제공하거나 또는 이에 협력하는 자는 그것이 수사를 위하여 필요한 한에서 지체 없이 제3항에 명시된 전기통신연결데이터들에 대한 정보를 교부하여야 한다. 이러한 연결정보가 피의자나 그 밖에 제100a조 제2문에 명시된 사람들과 관련되는 한에서만 이것이 적용된다. 정보제공은 장래의 전화연결에 대해서도 명령될 수 있다.

② 전화선에 의하여 제1항 제2문에서 명시된 사람들에 대한 전화연결이 이루어졌는지 여부에 대한 정보의 제공은 사실관계의 수사나 피의자의 체류지의 확인이 다른 방법으로는 전망이 없거나 본질적으로 어려운 경우에만 명령될 수 있다.

③ 전화연결데이터는 다음을 말한다.

1. 직통(Verbindung)의 경우 사용권자의 표시, 카드번호, 위치표시와 전화번호나 송신전화와 수신전화나 종료설비의 표시
2. 전화연결의 시작과 종료 일시
3. 고객에 의해서 요청된 전기통신서비스
4. 전화통화 연결의 종착지, 그 시작과 종료 일시.

증언거부권자(제53조 제1항 제1문 제1호, 제2호와 제4호)에 의하여 또는 그에 대하여 이루어진 전기통신연결정보의 요구는 허용되지 않는다. 그럼에도 불구하고 획득한 정보는 사용되어서는 아니 된다. 증언거부권자가 공범이거나 방조, 증거인멸 또는 범인은닉의 혐의가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(제100h조 제2항).

(5) 감청정보의 사용

(가) 다른 형사소송에서의 증거로서의 사용

감청조치에 의하여 획득한 개인관련 정보들은 이에 대하여 분석할 경우에 제100a조에서 열거된 범죄들의 해명을 위하여 필요한 지식들을 얻을 수 있는 한에서만 다른 형사소송에서 증거목적으로 사용될 수 있다(제100b조 제5항).

(나) 기타사용가능성

정보제공에 의하여 획득한 개인관련 정보는 이를 분석하는 경우에 제100g조 제1항 제1문에 명시된 범죄의 해명을 위하여 필요한 인식들이 얻어질 수 있거나 피의자가 동의하는 한에서만 사용될 수 있다(제100h조 제3항).

(6) 필요 없는 감청정보의 폐기의무

감청조치에 의하여 얻은 범죄소추를 위한 서류들이 더 이상 필요하지 않은 경우 이는 검사의 감독 하에 지체 없이 폐기되어야 한다. 폐기에 대하여는 기록을 남겨야 한다(제100b조 제6항).

(7) 위치정보의 확인

제100i조³¹⁾에 따라서 무선통신의 경우 그 위치정보를 확인할 수 있다. 위치정보확인

을 위한 영장은 최대 6개월의 기간이 정해질 수 있다. 6개월을 넘지 않는 범위 내에서의 기간연장은 제1항과 제2항에서 명시된 전제조건이 존재하는 한에서 허용된다. 제1항 제2호에 따른 영장을 근거로 영업적으로 전기통신역무를 제공하거나 이에 참여하는 모든 자는 법관, 검찰과 수사관(법원조직법 제152조)에게 무선통신기의 위치확인을 위하여 필요한 기계번호와 카드번호를 통지하여야 한다.

2. 서신·우편·통신비밀제한법(Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses: G 10)³²⁾

31) ① 기술적 수단에 의하여

1. 제100a조에 따른 조치의 준비를 위하여 기계번호와 카드번호 그리고
2. 제127조에 따른 약식체포를 위하여 또는 체포영장이나 구류영장을 근거로 하는 범인의 체포를 위하여 적극적으로 설치된 무선통신설비의 위치가 확인될 수 있다.

② 제1항 제1호에 따른 조치는 제100a조의 전제조건이 존재하고 감청조치의 실행이 기계번호나 카드번호의 확인이 없이는 불가능하거나 본질적으로 어려울 경우에만 허용된다. 제1항 제2호에 따른 조치는 상당한 의미가 있는 범죄의 경우에만 그리고 범인의 체류지의 확인이 다른 방법으로는 거의 성공가능성이 없거나 어려울 경우에만 허용된다. 제100f조 제3항 제2문은 준용된다. 제1항 제2호에 따른 조치는 상당한 의미가 있는 범죄의 경우에 범인의 체류지의 확인이 약식체포나 체포를 위하여 투입된 수사관의 자체적 안전을 위하여 필요한 경우에도 허용된다.

③ 그러한 조치를 계기로 하는 제3자의 개인관련 정보의 수집은 이것이 기술적인 이유에서 제1항의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우에만 허용된다. 추구하던 기계번호와 카드번호의 확인을 위한 정보의 정도를 넘어서는 것들은 사용되어서는 아니 되며, 이것들은 조치의 종료 후에 지체 없이 폐기되어야 한다.

④ 제100b조 제1항은 준용된다. 제100a조에 따른 조치의 예비를 위한 영장의 경우 제100b조 제2항 제1문이 준용된다. 영장은 최대 6개월의 기간이 정해질 수 있다. 6개월을 넘지 않는 범위 내에서의 기간연장은 제1항과 제2항에서 명시된 전제조건이 존재하는 한에서 허용된다. 제1항 제2호에 따른 영장을 근거로 영업적으로 전기통신역무를 제공하거나 이에 참여하는 모든 자는 법관, 검찰과 수사관(법원조직법 제152조)에게 무선통신기의 위치확인을 위하여 필요한 기계번호와 카드번호를 통지하여야 한다.

32) 2001. 6. 26. 법률(BGBl 2001, 1254, 2298)로서 2005. 2. 11. 개정법률 제3조 제1항에 의하여 개정된 것(BGBl. 2005 I 239).

전기통신에 대한 감청에 관하여는 기본법 제10조의 통신의 자유에 대한 제한법률이라고 할 수 있는 서신·우편·통신비밀제한법(소위 G 10 법률)이 자세한 규정을 담고 있다. 그 내용을 보면 다음과 같다.

(1) 일반 규정

(가) 적용 대상(제1조)

① 첫째, 연방과 지방의 헌법보호청, 군방첩부와 연방정보부는 자유민주적 기본질서나, 연방 또는 지방의 존립 또는 안전과 그리고 독일 연방공화국에 주둔하고 있는 북대서양 조약의 비독일 조약당사국 군대의 안전에 대한 급박한 위협을 방지하기 위하여, 둘째, 연방정보부는 연방정보부법 제1조 제2항에 따른 자신의 임무의 범위 내에서 서신·우편·통신비밀제한법 제5조 제1항 제3문 제2호 내지 제6호와 제8조 제1항 제1문에 규정된 목적을 위해서도, 전기통신을 감청하고 녹음할 수 있으며, 제1호의 경우에는 서신의 비밀과 우편의 비밀의 보호를 받는 우편물(Sendungen)도 개봉하여 열람할 수 있다.

② 위 조치가 연방 관청에 의하여 실행되는 경우에 연방 관청은 의회의 통제기구와 특별위원회(G 10 위원회)의 통제를 받는다.

(나) 우편 및 전기통신사업자의 의무(제2조)

① 업무상 우편역무를 제공하거나 우편역무제공에 참여하는 자는 권한 있는 기관에게 영장에 의거하여 우편거래의 자세한 상황에 대한 정보를 제공하여야 하며, 수집·전달이나 배달의 책임을 지고 있는 우편물들을 교부하여야 한다. 이러한 의무를 지고 있는 자는, 권한 있는 기관이 요구할 경우 영장청구 준비를 위해서 필요한, 사서함에 대한 정보를 제공하여야 하며, 이를 위해서는 별도의 영장이 필요하지 않다. 업무상 전기통신역무를 제공하거나 그러한 역무제공에 참여하는 자는, 권한 있는 기관에게 영장에 의거하여 영장의 발효 후에 실행된 전기통신의 자세한 상황에 대한 정보를 제공하여야 하며, 전기통신의 방법으로 전달 책임을 지고 있는 우편물들을 교부하고, 전기통신의 감청과

녹음을 가능하게 하여야 한다. 이러한 의무를 지는 자가 감청조치의 기술적 및 조직적 실행을 위한 방안을 세워야 하는지 여부와 그 범위는 전기통신법 제110조와 이를 위하여 제정된 법규명령에 따른다.

② 제1항 제2문이나 제3문에 따라 의무를 지는 자는 의도하고 있는 제한조치를 실행하기 전에, 조치의 실행을 담당해야 할 사람으로 하여금 i) 간단한 보안검사를 받게 하고, ii) 제17조에 따른 비밀유지의무와 제18조에 따라 의무위반시 처벌됨에 대하여 고지하여야 하며, 이러한 고지는 서면으로 하여야 한다. 제한조치의 실행은 제1문의 내용에 따라서 검사를 받고 고지를 받은 사람에게만 맡길 수 있다. 제1항 제1문이나 제3문에 따라 의무를 지는 자는 1994년 4월 29일의 기밀사항의 실질적 및 조직적 보호를 위한 일반 행정규칙(GMBI S. 674) 부록 7의 1.1장부터 1.4장, 1.6장, 2.1장과 2.3장 내지 2.5장에 따른 비밀보호조치가 이루어질 수 있도록 보장하여야 한다.

③ 제2항 제1문 제1호에 따른 보안검사는 보안검사법에 따라서 실행되어야 한다. 지방관청의 제한조치에 대해서는 지방의 법규정이 마찬가지로 규정을 하고 있는 한, 그러하지 아니하다. 이 경우 지방의 법규정은 마찬가지로 적용되어야 한다. 연방관청에 의한 제한조치의 경우 연방내무부가 관할권을 갖는다. 제한조치의 실행이 최근 5년 내에 이미 동일하거나 보다 강도 높은 안전검사가 실시된 바 있는 사람에게 맡겨진 경우에, 안전검사의 재실시는 생략한다.

(2) 개별적 제한조치

(가) 전제조건(제3조)

① 제1조 제1항 제1호에 따른 제한은 그곳에서 열거하고 있는 전제조건 하에서, 누군가가 목록범죄에 규정된 범죄³³⁾를 계획하거나 실행하거나 실행하였다는 혐의에 대한

33) 1. 평화에 대한 죄나 내란죄(형법 제80조 내지 제83조),
2. 민주적 법치국가 위해죄(형법 제84조 내지 제86조, 제87조 내지 제89조)
3. 외환죄와 외적 안전위해죄(형법 제94조 내지 제96조, 제97a조 내지 100a조)
4. 국방에 대한 범죄(형법 제109e조 내지 제109g조)

사실적 근거가 존재하는 경우에 명령될 수 있다. 누군가가 그 목적이나 활동이 자유민주적 기본질서, 연방이나 지방의 존립이나 안전에 대한 범죄를 범하기 위하여 조직된 단체의 일원이라는 혐의에 대한 사실적 근거가 존재하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

② 전항의 명령은 사실관계에 대한 수사가 다른 방법으로는 전망이 없거나 본질적으로 어려울 경우에만 허용된다. 이 영장은 혐의자나 다음과 같은 사람에 대해서만 발부될 수 있다. 즉 일정한 사실에 근거할 때 혐의자를 수신인으로 하거나 또는 혐의자가 송신인으로 되어 있는 통지를 수령하거나 전달하고 있다고 인정되는 사람, 혹은 혐의자가 사용하고 있는 전화의 소유주라고 인정되는 사람이다. 우편물(Sendungen)과 관련되는 조치는 사실에 근거할 때 영장발부 대상자가 송신인이거나 수신인이라는 것을 인정할 만한 그러한 우편물에 대해서만 허용된다. 독일 연방의회와 지방의회 의원의 의원우편은 제3자를 대상으로 하여 이루어지는 조치에 포함되어서는 안 된다.

(나) 심사의무, 표시의무와 폐기의무, 전달, 목적구속(제4조)

① 정보수집기관은 지체 없이 그리고 최대 6개월의 간격으로 수집된 개인관련 정보들이 독자적으로나 또는 이미 존재하는 정보들과 함께, 그 임무의 범위 내에서 제1조 제1항 제1호에 규정된 목적을 위하여 필요한지 여부를 심사한다. 정보들이 이러한 목적을 위해서 더 이상 필요하지 않으며 다른 기관에의 전달을 위해서도 필요하지 않은 한에서, 이 정보들은 지체 없이 법관의 자격이 있는 공무원(Bedienstete)의 감독 하에 폐기되어야 한다. 폐기에 대해서는 기록을 남겨야 한다. 정보가 제12조 제1항에 따른 통지를 위해서나 제한조치의 합법성에 관한 사법적 심사를 위하여 의미가 있을 수 있는 한에서, 폐기는 금지된다. 이 경우에 정보에 대한 접근은 차단된다. 즉 이 정보들은 전

5. 독일 연방공화국에 주둔하고 있는 북대서양조약의 비독일 조약당사국 군대에 대한 범죄(1968. 6. 25.자로 개정된(BGBI. I S. 741) 1957. 6. 11. 제4차 형법개정법률(BGBI. I S. 597) 제7조와 결부하여 형법 제87조, 제89조, 제94조 내지 제96조, 제98조 내지 제100조, 제109e조 내지 제109g조)
6. a) 형법 제129a조 내지 제130조의 죄, b) 자유민주적 기본질서, 연방이나 지방의 존립이나 안전에 대한 경우 형법 제211조, 212조, 239a조, 239b조, 제306조 내지 제306c조, 제308조 제1항 내지 제3항, 제315조 제3항, 제316조 제1항과 제3항의 죄나
7. 체류법 제95조 제1항 제8호의 범죄

술한 목적을 위해서만 사용될 수 있다.

② 나머지 정보들은 표식을 붙여야 한다. 이 표식은 정보의 전달 후에도 그 수령자에 의해서 유지되어야 한다. 정보들은 제1조 제1항 제1호와 제4항에서 열거된 목적을 위해서만 사용될 수 있다.

③ 행정청의 장이나 그 대리인은 정보전달을 함에 있어서 제한조치의 비밀성에 위해를 끼치지 않기 위해서 불가피한 경우에, 그리고 G 10 위원회나 혹은 지방관청에 의한 전달이 문제가 되는 한에서는 지방법에 따라 권한 있는 기관이 동의하는 경우에는, 표식을 포기하도록 명령할 수 있다. 위 동의가 거부되는 경우 표식은 정보전달 수령자에 의하여 지체없이 추완되어야 한다. 즉 전달하는 관청은 수령자에게 표식에 대하여 고지하여야 한다.

④ 정보들은 다음과 같은 목적을 위해서만 전달될 수 있다.

i) a) 제3조 제1항에 열거된 범죄를 예비하거나 실행하고 있다는 혐의에 대한 사실적 근거가 존재할 경우, b) 일정한 사실이 누군가가 제7조 제4항 제1문에 열거된 범죄를 예비하거나 실행하고 있다는 혐의의 근거를 제공하는 경우, 범죄의 예방이나 해명을 위하여,

ii) 일정한 사실이 누군가가 제1호에 명시되어 있는 범죄를 실행하거나 실행하였다는 혐의의 근거를 제공하는 경우 범죄의 소추를 위하여, 또는

iii) 기본법 제21조 제2항 제2문에 따른 절차(정당해산절차)나 단체법 제3조 제1항 제1문에 따른 조치(단체해산)의 준비와 실행을 위하여, 이러한 정보들이 수령자의 임무수행을 위하여 필요한 한에서 그러하다.

⑤ 전달되어도 되는 개인관련 정보들과 함께 관계자나 제3자의 그 밖의 정보들이 서류에 연결되어 있어서 분리가 불가능하거나 과도한 비용을 들여서만 분리될 수 있는 경우에는, 이러한 정보들의 전달도 허용된다. 하지만 이러한 정보들의 사용은 허용되지 않는다. 전달 여부에 대해서는 법관의 자격이 있는 전달기관의 공무원이 결정한다. 전달에 대해서는 기록을 남겨야 한다.

⑥ 수령자는 전달된 정보들을 전달된 목적을 위해서만 사용할 수 있다. 수령자는 지체 없이 그리고 최대 6개월의 간격으로 전달된 정보가 이러한 목적을 위하여 필요한지 여부를 심사한다. 제1항 제2문과 제3문이 준용된다. 수령자는 전달기관에 파기의 실행에 대하여 지체 없이 고지한다.

(3) 전략적 제한조치

(가) 전제조건(제5조)

① 국제적인 전기통신관계에 대하여는 포괄적으로 전송이 이루어지는 한에서, 제1조에 따른 제한조치가 연방정보부의 신청에 의하여 명령될 수 있다. 각 전기통신관계는 제10조 제1항에 따라 권한 있는 연방장관에 의하여 의회 통제기관의 동의를 얻어 결정된다. 제1문에 따른 제한은 i) 독일 연방공화국에 대한 무력 공격의 위험, ii) 독일 연방공화국에 직접적인 관계가 있는 국제 테러공격의 감행의 위험, iii) 전쟁무기통제법의 의미에서 전쟁무기의 국제적 확산의 위험과 중대한 의미가 있는 물건, 정보처리프로그램과 기술의 불법적 무역의 위험, iv) 적지 아니한 양의 마약을 독일 연방공화국으로 불법 수입할 위험, v) 외국에서 행한 통화위조에 의한 유로통화의 통화가치안정성에 대한 침해의 위험, vi) 중대한 의미가 있는 국제적·조직적 자금세탁의 위험을 적시에 포착하고 그러한 위험에 대처하기 위하여, 파악이 필요한 사실관계에 대한 정보를 수집하기 위해서만 허용된다. 제3문 제1호의 경우에는 우편거래관계에 대한 제한조치도 명령될 수 있다. 이 경우 제2문이 준용된다.

② 전기통신관계에 대한 제한의 경우 연방정보부는 영장에 명시된 위험영역에 대한 사실관계의 해명을 위하여 특정되어 있으며, 적합한 탐색개념(Suchbegriffe)만을 사용할 수 있다. 탐색개념은 의도적으로 일정한 전기통신연결을 파악할 수 있는 식별표지를 포함해서는 아니 된다. 이것은 소지자나 정기적인 이용자가 독일 국적인 경우의 당해 전화가 의도적으로 포착될 가능성이 없는 한에서는, 외국의 전화연결에 대해서는 적용되지

아니한다. 실행에 대해서는 기록을 남겨야 한다. 기록정보는 오로지 정보통제를 위한 목적을 위해서만 사용될 수 있다. 이 정보들은 기록이 이루어진 해당 년도의 익년 말에 폐기되어야 한다.

(나) 심사의무, 표시의무와 폐기의무, 목적구속(제6조)

① 연방정보부는 지체 없이, 그리고 최대 6개월의 간격으로, 수집된 개인관련 정보들이 독자적으로나 또는 이미 존재하는 정보들과 함께, 그 임무의 범위 내에서 제5조 제1항 제3문에 규정된 목적을 위하여 필요한지 여부를 심사한다. 정보들이 이러한 목적을 위해서 더 이상 필요하지 않으며, 다른 기관에의 전달을 위해서도 필요하지 않은 한에서, 이 정보들은 지체 없이 법관의 자격이 있는 공무원(Bedienstete)의 감독 하에 폐기되어야 한다. 폐기에 대해서는 기록을 남겨야 한다. 제1문에 따른 첫 번째 심사의 경우 외에는, 정보가 제12조 제2항에 따른 통지를 위해서나 제한조치의 합법성에 관한 사법적 심사를 위하여 의미가 있을 수 있는 한에서 폐기는 금지된다. 이 경우에 정보에 대한 접근은 차단된다. 즉 이 정보들은 전술한 목적을 위해서만 사용될 수 있다.

② 나머지 정보들은 표시를 붙여야 한다. 이 표시는 정보 전달 후에도 그 수령자에 의해서 유지되어야 한다. 정보들은 제5조 제1항 제3문에서 열거된 목적과 제7조 제1항 내지 제4항에 따른 전달을 위해서만 사용될 수 있다.

(다) 연방정보부에 의한 전달(제7조)

① 제5조에 따른 제한조치에 의하여 수집된 개인관련 정보는 연방정보부법 제12조³⁴⁾에 따라서 제5조 제1항 제3문에 열거된 위험에 대한 통지를 위하여 전달될 수 있다.

② 제5조에 따른 제한조치에 의하여 수집된 개인관련 정보는 연방과 지방의 헌법보호

34) “연방정보부는 연방수상청의 장에게 자신의 활동에 대하여 보고한다. 나아가 자신의 활동으로부터 얻은 정보에 대해서 연방정보부는 연방장관의 권한의 범위 내에서 연방장관에게 직접 보고한다. 이 경우 개인관련정보의 전달도 허용된다.”

청과 군방첩부에 다음과 같은 경우에 전달될 수 있다.

i) 폭력의 사용이나 폭력지향적인 예비행위에 의하여 연방헌법보호법 제3조 제1항 제1호와 제3호에 열거되어 있는 보호법익을 목표로 하는, 독일 연방공화국 내에서의 기도(企圖: Bestrebungen)에 관한 정보의 수집과 평가를 위해서나,

ii) 일정한 사실이 안보위해적이거나 타국을 위한 첩보활동의 혐의의 근거를 제공하는 경우이다.

③ 제5조 제1항 제3문 제3호와 결부하여 동조 동항 제1문에 따른 제한조치에 의하여 수집된 개인관련 정보는,

i) 대외무역제한의 유지를 위하여 중요한 상황에 대하여 대외무역의 참가자들에게 설명하기 위하여, 또는

ii) 수출입법상의 허가의 교부를 위한 절차의 일환으로 또는 재화수출에 대하여 허가 의무가 있는 한에서 대외무역에의 참가자들에게 고지하기 위하여,

이러한 정보들에 대한 인식이 필요하다고 할 수 있는 사실적 근거가 존재하는 경우에, 연방산업수출통제청(Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle)에 전달될 수 있다.

④ 제5조에 따른 제한조치에 의하여 수집된 개인관련 정보는 범죄의 예방을 위하여, 다음과 같은 경우에 경찰청에 전달될 수 있다. 즉,

i) 누군가가 a) 형법 제129a조의 범죄와 - 또한 제129b조 제1항과 결부해서도 -, 형법 제146조, 151조 내지 152a조나 제261조의 범죄나, b) 대외무역법 제34조 제1항 내지 제6항과 제8항, 제35조의 범죄, 전쟁무기통제법 제19조 내지 제21조 또는 제22a조 제1항 제4호, 제5호와 제7호의 범죄나, c) 마약관리법 제29a조 제1항 제2호, 제30조 제1항 제1호, 제4호나 제30a조의 범죄를 계획 또는 실행하고 있다는 혐의에 대한 사실적 근거가 존재하는 경우,

ii) 일정한 사실이 누군가가

a) 이 법 제3조 제1항 제1문 제1호 내지 제5호와 제7호, 제2문 또는 형법 제129a조(테러단체 구성) 제1항에 열거되어 있는 범죄나, b) 형법 제130조(민족모욕죄), 제232조(성적 착취를 위한 인신매매) 제3항, 제4항 또는 제5항 후단의 범죄, 제249조(강도죄) 내지 제251조(강도치사죄), 제255조(강도에 준하는 공갈), 제305a조(중요한 노동장비 파괴), 제306조(방화) 내지 제306c조(방화치사), 제307조(핵에너지에 의한 폭발초래) 제1항 내지 제3항, 제308조(폭약폭발초래) 제1항 내지 제4항, 제309조(이온화된 광선 남용) 제1항 내지 제5항, 제313조(홍수초래), 제314조(공공물건 오염), 제315조(철도, 해운, 항공에 대한 방해) 제1항, 제3항 또는 제4항, 제315b조(교통방해) 제3항, 제316a조(운전기사에 대한 강도 등) 제1항 또는 제3항 또는 제316c조(비행기와 선박공격) 제1항 내지 제3항의 범죄를 계획 또는 실행하고 있다는 혐의의 근거를 제공하는 경우.

⑤ 정보의 전달은 수령자의 임무수행을 위해서 정보가 필요한 한에서만 허용된다. 전달되어도 되는 개인관련 정보들과 함께, 관계자나 제3자의 그 밖의 정보들이 서류에 연결되어 있어서 분리가 불가능하거나 과도한 비용을 들여서만 분리될 수 있는 경우에는, 이러한 정보들의 전달도 허용된다. 하지만 이러한 정보들의 사용은 허용되지 않는다. 전달 여부에 대해서는 법관의 자격이 있는 전달기관의 공무원이 결정한다. 전달에 대해서는 기록을 남겨야 한다.

⑥ 수령자는 전달된 정보들을 전달된 목적을 위해서만 사용할 수 있다. 수령자는 지체 없이 그리고 최대 6개월의 간격으로, 전달된 정보가 이러한 목적을 위하여 필요한지 여부를 심사한다. 제6조 제1항 제2문과 제3문이 준용된다.

(라) 외국에서의 사람의 신체나 생명에 대한 위협(제8조)

① 연방정보부의 신청에 의하여 구체적 사건으로 존재하는 외국에서의 사람의 신체나 생명에 대한 위협을 인지하거나 또는 그에 대처하기 위하여 필요한 경우에 그리고 이를 통하여 독일 연방공화국의 이익이 직접적으로 특별히 관련되는 경우에, 제5조 제1항 제1문의 의미에서의 국제적 전기통신관계에 대하여 제1조에 따른 제한조치가 명해질 수 있다. 제5조 제1항 제2문은 준용된다.

② 의회의 통제기구의 동의는 구성원의 2/3의 다수를 요한다. 이 결정은 늦어도 2개월 후에는 실효한다. 재결정은 그 전제조건이 계속 존재하는 한에서 허용된다.

③ 이 영장은 사실관계에 대한 조사가 다른 방법으로는 전망이 없거나 본질적으로 어려울 경우에만 허용된다. 연방정보부는 영장에 명시된 위협에 대한 정보의 획득을 위하여 특정되어 있으며 적합한 탐색개념만을 사용할 수 있다. 제5조 제2항 제2문 내지 제6문이 준용된다.

④ 연방정보부는 지체 없이 그리고 최대 6개월의 간격으로 수집된 개인관련 정보들이 독자적으로나 또는 이미 존재하는 정보들과 함께, 그 임무의 범위 내에서 제1항에 규정된 목적을 위하여 필요한지 여부를 심사한다. 정보들이 이러한 목적을 위해서 더 이상 필요하지 않는 한에서, 이 정보들은 지체 없이 법관의 자격이 있는 공무원(Bedienstete)의 감독 하에 폐기되어야 한다. 폐기에 대해서는 기록을 남겨야 한다. 제6조 제1항 제4문과 제5문, 제2항 제1문과 제2문은 준용된다. 이 정보들은 제1항, 제5항과 제6항에 열거된 목적을 위해서만 사용될 수 있다.

⑤ 수집된 개인관련 정보는 범죄의 예방을 위하여, 누군가가 제1항에 명시된 위협의 발생이나 유지에 기여하기에 적합한 범죄를 계획 또는 실행하고 있다는 혐의에 대한 사실적 근거가 존재하는 경우에, 권한 있는 관청에 전달될 수 있다. 이 정보는 범죄의 소추를 위해서 일정한 사실이 누군가가 제1문에 명시된 범죄를 실행하거나 실행하였다는 혐의의 근거를 제공하는 경우에 권한 있는 관청에 전달될 수 있다. 제7조 제5항과 제6항은 준용된다.

(4) 절 차

(가) 청 구 (제9조)

① 이 법에 따른 제한조치는 청구에 의해서만 명령될 수 있다.

② 다음 각호의 기관은 업무영역의 범위 내에서 그 기관장이나 대리인을 통해서 영장

청구를 할 수 있다.

- i) 연방헌법보호청
- ii) 지방헌법보호청
- iii) 군방첩부
- iv) 연방정보부

③ 청구는 서면으로 이루어져야 하며 이유를 제시하여야 한다. 청구는 영장발부를 위하여 필요한 모든 내용들을 포함하여야 한다. 제3조와 제8조의 경우에 청구인은 사실관계에 대한 조사가 다른 방법으로는 전망이 없거나 본질적으로 어렵다고 하는 점을 설명하여야 한다.

(나) 영 장 (제10조)

① 제한조치의 영장에 대해서는 지방헌법보호청의 청구의 경우에는 관할 최고 지방관청이, 그 밖의 경우에는 연방수상이 위임한 연방장관이 권한을 갖는다.

② 영장은 서면으로 발하여 진다. 영장에는 영장의 근거와 감청권한을 갖는 기관을 명시하고 제한조치의 종류, 범위와 기간을 정하여야 한다.

③ 제3조의 경우에 영장은 제한조치의 대상이 된 사람을 지칭하여야 한다. 전기통신에 대한 감청의 경우에 전화번호나 전기통신연결의 다른 식별표지를 기입하여야 한다.

④ 제5조와 제8조의 경우에 탐색개념이 영장에 열거되어야 한다. 나아가 정보가 수집되어야 하는 분야와 감청되어야 하는 전송방식도 명기하여야 한다. 그 밖에 이러한 전송 방식에 따라서 허용되는 전송용량 가운데 어떠한 부분이 감청될 수 있는지도 확정되어야 한다. 제5조의 경우에 이러한 부분은 최대 20%를 넘지 못한다.

⑤ 제3조와 제5조의 경우에 영장은 최대 3개월의 기간을 부여할 수 있다. 3개월을 넘지 않는 범위 내에서 이 기간은 영장의 전제조건이 계속 존재하는 한 청구에 의하여 연장될 수 있다.

⑥ 영장은 제2조 제1항 제1문이나 제3문에 따라 의무를 지는 자에게, 그로 하여금 자신의 의무이행을 가능하게 하기 위하여 필요한 한에서 영장발부사실을 통지할 수 있다. 영장이 그의 참여 없이도 집행될 수 있는 경우에는 통지되지 않는다.

⑦ 연방헌법보호청은 각 지방헌법보호청에게 관할 영역의 제한조치에 대하여 통지한다. 지방헌법보호청은 연방헌법보호청에게 자신의 영역에서 이루어진 제한조치에 대하여 통지한다.

(다) 집 행 (제11조)

① 영장으로부터 나오는 제한조치는 영장을 청구한 관청의 책임 하에 그리고 법관의 자격이 있는 공무원의 감독 하에 집행되어야 한다.

② 조치는 그것이 더 이상 필요하지 않거나 영장의 전제조건이 더 이상 존재하지 않는 경우에 지체 없이 종료되어야 한다. 종료는 영장을 발부한 기관에게 그리고 제2조 제1항 제1문이나 제3문에 따라 의무를 지며, 영장발부에 대한 통지가 이루어지는 자에게 통지되어야 한다. 영장이 의무자의 참여 없이 집행된 경우에는 그 의무자에 대한 종료의 통지도 생략한다.

③ 개봉과 열람을 위해서 교부된 우편물은 우체국에 지체없이 다시 송부되어야 한다. 전보(Telegramme)는 우편거래로부터 격리되어서는 안된다. 열람권한이 있는 기관은 전보의 필사본(Abschrift)을 교부받을 수 있다.

(라) 당사자에 대한 통지(제12조)

제3조에 따른 제한조치는 당사자에게 조치의 중단 후에, 제한조치의 목적에 대한 위험이 제거될 수 있는 경우에는 통지되어야 한다. 이러한 시점에 이러한 전제조건이 존재하는지 여부에 대하여 아직 판단이 서지 않는 경우에는 통지가 이루어져야 한다. G 10 위원회가,

- i) 조치의 종료 후 5년 후에도 이러한 전제조건이 나타나지 않는다는 점,
- ii) 이러한 전제조건이 확실한 개연성을 가지고서 미래에도 나타나지 않을 것이라는 점,
- iii) 파기를 위한 전제조건들이 수집기관에 있어서 뿐만 아니라 수령자에 대해서도 존재한다는 점을 만장일치로 확인한 경우에는 통지할 필요가 없다.

② 제1항은 개인관련 정보가 지체 없이 파기되지 않는 한에서 제5조와 제8조에 따른 제한조치에 대해서 준용된다. 5년의 기간은 개인관련 정보의 수집으로 기산된다.

③ 영장을 신청한 관청은 통지의무를 진다. 개인관련정보가 전달된 경우, 그 수령자의 인지 하에 통지가 이루어져야 한다.

(마) 권리구제절차(제13조)

제3조와 제5조 제1항 제3문 제1호에 따른 제한조치의 영장과 그 집행에 대하여는 당사자에 대한 통지가 이루어지기 전에는 권리구제절차가 허용되지 않는다.

(5) 통 제

(가) 의회의 통제기구(제14조)

① 제10조 제1항에 따라서 제한조치의 영장발부 권한이 있는 연방부처는 최대 6개월의 간격을 두고 의회 통제기구에 이 법률의 집행에 대하여 보고한다. 이 기구는 독일 연방의회에 해마다 제3조, 제5조 및 제8조에 따른 조치의 집행과 종류 및 범위에 대하여 보고한다. 이 때에 통제기구법(Kontrollgremiumgesetz) 제5조 제1항의 원칙들이 준수되어야 한다.

② 지체의 위험이 있는 경우 제5조와 제8조에 따른 결정에 대한 동의는 의회 통제기구의 의장과 그 대리인에 의하여 잠정적으로 교부될 수 있다. 의회 통제기구의 동의는 지체 없이 추완되어야 한다. 잠정적 동의는 늦어도 2주 후에 실효한다.

(나) G 10 위원회(제15조)

① G 10 위원회는 법관의 자격을 가져야 하는 의장과 3인의 배석위원 그리고 발언권과 질문권을 가지고서 회의에 참여할 수 있는 4인의 대리위원으로 구성된다. 가부동수인 경우에 의장이 결정한다. G 10 위원회의 구성원은 그 직무수행에 있어서 독립적이며, 어떠한 지시에도 구속되지 않는다. 이들은 공적인 명예직이며, 독일 연방의회의 회기동안 연방정부의 청문 후에 의회 통제기구에 의하여 다음과 같은 조건으로 임명된다. 즉 그 임기는 위원회 구성원이 새로이 임명될 때에 비로소, 하지만 늦어도 회기의 경과 후 3개월 후에 종료한다.

② G 10 위원회의 회의는 비밀에 부친다. 위원회 구성원은 위원회의 직무수행과정에서 알게 된 사항에 대하여 비밀유지의무를 진다. 이러한 비밀유지의무는 퇴직 후에도 적용된다.

③ G 10 위원회에는 그 임무수행을 위하여 필요한 인적 및 물적 조건이 제공된다. 즉 이러한 조건은 독일 연방의회의 개별 예산에 계상된다. 위원회에는 기술적 전문성을 갖춘 직원이 제공된다.

④ G 10 위원회는 최소한 매월 1회 회합한다. 동 위원회는 의회 통제기구의 동의를 필요로 하는 직무규칙을 제정한다. 의회의 통제기구는 동의를 표하기 전에 연방정부의 의견을 청취하여야 한다.

⑤ G 10 위원회는 직권 또는 민원에 의하여 제한조치의 적법성과 필요성에 대하여 판단한다. 동 위원회의 통제권한은 연방정보부가 이 법에 따라서 획득한 개인관련 정보의 수집, 처리 및 이용뿐만 아니라, 관계자에 대한 통지 여부에 대한 결정에까지 미친다. 이 경우 특히 위원회와 그 직원에게는

- i) 위원회의 질문에 대한 답변이 주어져야 하며,
- ii) 제한조치와 관계가 있는 모든 서류, 특히 저장된 정보와 정보처리프로그램의 열람이 보장되어야 하고,
- iii) 모든 업무공간에의 진입이 언제든지 보장되어야 한다.

동 위원회는 정보보호에 관한 연방수탁자(Bundesbeauftragter für den Datenschutz)에게 정보보호의 문제에 대한 입장표명의 기회를 제공할 수 있다.

⑥ 관할 연방부처는 매월 G 10 위원회에 자신이 명령한 제한조치에 대하여 그 집행 전에 보고한다. 지체의 위험이 있는 경우에는 제한조치의 집행을 동 위원회에 보고하기 전에도 명령할 수 있다. 위원회가 부적법하거나 불필요한 것으로 선언한 영장은 관할 연방부처가 지체 없이 취소해야 한다. 제8조의 경우 영장은 3일 내에 위원회에 의해서 승인되지 않는 경우에는 효력을 상실한다. 이 기간 내에 위원회의 결정이 내려질 수 없는 경우, 승인은 의장이나 그 대리인에 의해서 잠정적으로 발부될 수 있다. 위원회의 승인은 지체 없이 추완되어야 한다.

⑦ 관할 연방부처는 매월 G 10 위원회에 제12조 제1항과 제2항에 따른 연방관청의 통지 또는 통지를 하지 않은 이유에 대하여 보고한다. 위원회가 통지가 필요하다고 보는 경우 통지는 지체 없이 이루어져야 한다. 제12조 제3항 제2문은 지방관청의 인지가 필요한 한에서 불변한다.

(다) 지방에서의 의회통제(제16조)

제10조 제1항에 따라 제한조치의 명령권한이 있는 최고 지방관청에 대한 의회통제와 그에 의해서 명령된 제한조치의 심사에 관해서는 지방입법자가 규율한다. 개인관련 정보는 그 처리와 이용의 통제가 지방입법자에 의해서 규정된 경우에만 지방관청에 전달 될 수 있다.

(6) 처벌규정

(가) 비밀준수의무(Mitteilungsverbote: 제17조)

① 이 법에 따라서나 또는 형사소송법 제100a조, 제100b조에 따라서 전기통신이 감청된 경우에, 직무상 전기통신역무를 제공하거나, 그러한 역무의 제공에 참여하는 자들은 이 사실에 대하여 다른 사람에게 통지하여서는 아니 된다.

② 제2조 제1항 제1문이나 제3문에 따른 우편물의 교부가 명령된 경우에는 교부의무를 진 자 또는 우편물전달을 위임받은 자나 그에 참여하는 자는 다른 사람에게 이 사실을 통지하여서는 아니 된다.

③ 제2조 제1항에 따른 정보요구나 정보제공이 이루어진 경우, 그에 대한 답변의 의무가 있거나 답변을 위임받거나 그에 참여하는 자는 다른 사람에게 이러한 사실에 대하여 통지하여서는 아니 된다.

(나) 형 벌

제17조에 반하여 통지를 하는 자는 최고 2년 이하의 자유형이나 벌금형에 처한다.

(다) 행정벌

① 다음과 같은 자는 질서위반을 범하는 것이다. 즉,

- i) 제2조 제1항 제1문이나 제3문에 따른 집행가능한 영장에 반하여 행위하는 자,
- ii) 제2조 제2항 제2문에 반하여 어떠한 사람에게 위임하는 자 또는
- iii) 제2조 제2항 제3문에 반하여 비밀보호조치가 이루어지도록 보장하지 않는 자.

② 질서위반은 최고 15,000 Euro 이하의 질서위반금에 처해질 수 있다.

③ 질서위반법 제36조 제1항 제1호의 의미에서의 질서위반금 부과관청은 제10조 제1항에 따른 권한이 있는 기관이다.

(7) 종결규정

(가) 보상(제20조)

제1조 제1항에 따라 권한 있는 기관은 제2조 제1항에 따른 행위에 대하여

a) 우편에 대한 열람조치의 경우에는 소송비용보상법(Justizvergütungs- und entschädigungsgesetz) 제23조에 따라

b) 전기통신에 대한 감청조치의 경우에는 동법 제110조 제9항에 따른 법규명령에 따라서 그 범위가 정해지는 보상을 보장하여야 한다.

(나) 기본권제한(제21조)

서신·우편·통신비밀의 기본권(기본법 제10조)이 이 법에 의하여 제한된다.

3. 대외무역법(Außenwirtschaftsgesetz) 또는 조세포탈방지법(Gesetz das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter)상의 전기통신감청 등

(1) 헌법불합치 판결을 받은 대외무역법의 내용

1992. 2. 28. 대외무역법, 형법 및 기타 법률의 개정법률(BGBl I S. 372)은 당시의 관세국(Zollkriminalinstitut)에 서신·우편·통신비밀에 의하여 보호되고 있는 우편물과 통신에 대한 열람 및 감청권한을 부여하였다. 먼저 2004. 3. 3. 독일 연방헌법재판소에 의하여 헌법불합치 판결(1 BvF 3/92: BVerfGE 110, 33)³⁵⁾을 받게 된 대외무역법의 해당 규정은 다음과 같다.

(가) 서신·우편·통신비밀의 제한(제39조)

① 대외무역법이나 전쟁무기통제법에 따른 범죄의 예방을 위하여 관세국은 서신·우

35) BVerfG, 1 BvF 3/92 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. (1 - 180),
http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20040303_1bvf000392.html

편 또는 통신비밀에 의하여 보호되고 있는 우편물을 개방하여 열람할 수 있고, 또한 통신을 감청하고 녹음할 수 있다. 그러한 한 서신·우편·통신비밀의 기본권(기본법 제10조)이 제한된다.

② 제1항에 따른 제한은 다음 각 호의 사람을 대상으로만 명령될 수 있다.

i) 어떠한 사실에 의하여 대외무역법 제34조 제1항 내지 제6항 - 동법 제35조와 결부해서도 - 또는 전쟁무기통제법 제19조 제1항 내지 제3항, 제20조 제1항과 제2항 - 각각 동법 제21조나 제22a조 제1항 제4, 5호 및 제7호와 결부해서도 -의 의미에서의 상당한 의미가 있는 범죄를 계획하고 있다고 인정되는 사람,

ii) 제1호에 명시된 사람들 중의 하나가 그것을 위하여 활동하고 있으며 제1호에 따른 조치가 충분하지 않은 경우에는 그러한 자연인이나 법인 또는 인적단체,

iii) 일정한 사실을 근거로 제1호에 명시된 사람을 수신인으로 하거나 송신인으로 하는 통지를 수령하거나 전달하고 있다고 인정되거나 또는 그러한 사람이 그의 전화를 이용하고 있다고 인정되는 다른 사람,

제2호에 따른 조치는 사실적 근거에 의할 때, 그 사람이 자연인 또는 법인 또는 인적단체의 우편거래에 참여하고 있거나 그 전화를 이용하고 있다고 인정되는 한에서만 명령될 수 있다.

③ 명령은 사실관계의 조사가 다른 방법으로는 전망이 없거나 본질적으로 어려울 경우에 그리고 그 조치가 해명되어야 할 사실관계의 중요성에 대하여 비례관계를 벗어나지 않을 경우에만 허용된다. 동 조치는 제3자가 불가피하게 관련될 경우에도 실행될 수 있다.

④ 영장 청구 전에 검사는 청구에 대하여 고지를 받는다. 마찬가지로 검사는 법관의 결정, 지체의 위험이 있는 경우에는 연방재정부장관의 결정과 청구된 조치의 결과에 대하여 고지를 받는다.

⑤ 조치의 실행에 있어서 독일 연방우편과 기타 공적 거래를 위하여 설립된 통신수단의 사업자의 의무와 관련하여, 기본법 제10조에 대한 법률 Artikel 1 제1조 제2항이 준용된다.

(나) 법관의 영장(제40조)

① 제39조 제1항에 따른 제한은 행정청의 장이나 그 대리인이 조치의 유형, 범위와 기간을 기입하여 연방재정부장관의 동의를 얻은 후에 서면으로 청구하고 이유를 제시하여야 한다. 청구서에는 제39조 제3항 제1문에 명시된 전제조건이 존재함을 설명하여야 한다.

② 영장은 지방(주)법원이, 지체의 위험이 있는 경우에는 연방 재정부장관이 발부한다. 연방재정부장관의 영장은 3일 이내에 지방법원이 승인하지 않는 경우에는 그 효력을 상실한다.

③ 영장발부에 대해서는 관세국이 소재하는 지방법원이 관할한다. 절차에 대해서는 비송사건절차법(Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)의 규정들이 준용된다.

④ 영장은 서면으로 발하여진다. 영장은 조치의 대상이 되는 당사자의 성명과 주소를 포함하여야 한다. 영장에는 조치의 유형, 범위와 기간이 확정되어야 한다. 영장은 최고 3개월의 기간이 설정될 수 있다. 제39조에 명시된 전제조건이 존재하는 한, 3개월을 넘지 않는 범위 내에서 기간의 연장은 허용된다.

(다) 집행규정(제41조)

① 영장으로부터 나오는 제39조 제1항에 따른 조치들은 관세국의 책임하에 그리고 법관의 자격이 있는 공무원의 감독하에 집행된다. 기본법 제10조에 대한 법률 Artikel 1 제7조 제2항 제8조는 준용된다.

② 조치에 의해서 획득한 개인관련 정보는 연방의 공공기관에 의하여, 제39조 제1항에서 열거된 범죄의 방지와 해명을 위한 외에는 형법 제138조에서 명시된 범죄의 방지나 해명을 위해서만 처리되고 이용될 수 있으며, 이에 대하여 분석할 경우에 그러한 범죄가 범해질 것이거나 범해지고 있거나 범해졌다고 인정할 만한 사실이 도출되는 한에서 그러하다.

③ 이 조치를 통하여 우편과 통신에 참여한 자들에 관하여 얻어진 서류들이 더 이상 필요 없을 경우, 제1항에 열거된 공무원의 감독 하에 지체없이 폐기되어야 한다. 폐기에 대하여는 기록을 남겨야 한다. 적법한 폐기를 보장하기 위하여 정기적으로 심사가 이루어져야 한다.

④ 이루어진 조치에 대하여 당사자는 관세국에 의하여 통지를 받되, 이것이 동 조치의 목적에 위해가 없이 이루어질 수 있는 즉시 그러하다. 동일한 사실관계를 근거로 당사자에 대하여 형사상의 수사절차가 진행된 경우, 검사가 통지의 시점에 대하여 결정한다.

⑤ 연방재정부장관은 최고 6개월의 간격을 두고서 연방의회에 의하여 결정된 5명의 연방의회의원으로 구성되는 기구(Gremium)에 이 법 제39조 내지 제43조의 실행에 대하여 보고한다.

(2) 조세포탈방지법으로의 개정

1992. 7. 7. 세무행정법과 기타 법률의 개정에 관한 법률(BGBl I S. 1222)에 의하여 관세국(Zollkriminalinstitut)은 세무행정법(Finanzverwaltungsgesetz) 제1조 제2호의 개정 하에 연방최고행정청의 지위를 가지게 되었으며 동시에 관세청(Zollkriminalamt)으로 개명되었다. 전술한 규정들은 그 내용에 있어서는 커다란 변화 없이 여러 차례 개정된 바 있다. 대외무역법 제51조에 따라서 동법 제39조 내지 제43조는 2004. 12. 31부로 효력을 상실하였으며, 2002. 8. 16. 연방참사원의 동의로 통과된 조세포탈방지개정법(BGBl I S. 3202)은 Art. 1에 관세청과 조세포탈방지관청에 대한 법률(Zollfahndungsdienstgesetz)을 포함하고 있다. 동법 Art. 2는 세무행정법의 개정을 통하여 관세청의 법적 지위를 새로이 규정하고 있으며 동법 제1조 제3호에 따라서 관세청은 현재 중간급 관청에 해당된다.³⁶⁾

독일 연방헌법재판소는 2004. 3. 3. 결정(BVerfGE 110, 33)으로 대외무역법

36) 이상 BVerfG, 1 BvF 3/92 vom 3.3.2004, Urteilsdruck Absatz 2-43 참조.

(Außenwirtschaftsgesetz) 제39조 내지 제41조에 규정되어 있는 관세국에 의한 예방적 전기통신감청과 우편검열의 구체적 내용이 기본법 제10조에 합치하지 않는다고 결정하였다. 이에 따르면 범죄예방의 범위 내에서 기본법 제10조의 기본권에 대한 제한권한은 위험방지와 형사소추조치를 위한 수권의 경우보다 적지 않게 법규정의 명확성의 원칙에 구속된다는 것이다. 연방헌법재판소는 입법자에게 형성의 자유의 범위 내에서 위헌적인 상태를 2004년 12월 31일까지 제거하라고 요구하였다. 이에 따라서 2004. 12. 21. 관세청에 의한 예방적 전기통신감청과 우편검열의 개정 등에 관한 법률에 의하여 독일 연방의회는 독일 연방헌법재판소의 이러한 요구를 기한에 맞게 이행하였다. 이에 따라서 관세청에 인정된 예방적 전기통신감청 및 우편검열 권한은 대외무역법으로부터 떼어 내어 조세포탈방지법(Zollfahndungsdienstgesetz)에 편입되었다.³⁷⁾ 그 가운데 중요한 조항내용을 보면 다음과 같다.

(3) 조세포탈방지법의 내용

(가) 비밀카메라와 녹화기의 장착을 통한 정보수집(제19조)

① 관세청은 주거 밖에서 사진촬영과 영상녹화를 위한 기술적 장비를 비밀리에 설치함으로써 다음과 같은 사람에 대한 개인관련 정보를 수집할 수 있다.

i) 사실에 의거할 때 세무행정의 관할영역에 있어서 상당한 의미가 있는 범죄를 기업적, 상습적, 또는 조직적으로 범할 것이라는 것을 인정할 수 있는 사람 또는

ii) 사실에 의거할 때 특히 접촉인 또는 동반인으로서 제1호에 열거된 사람 중 한명과 같은 방법으로 연계되어 있거나 연계될 것이어서 이 조치가 제1호의 범죄의 예방에 기여할 것으로 기대될 수 있는 경우, 그리고 범죄의 예방이 다른 방법으로는 전망이 없거나 또는 본질적으로 어려울 경우 그러한 사람.

37) Vgl. Bertold Huber, Effektiver Grundrechtsschutz mit Verfassungsdatum – Die präventive Überwachung der Telekommunikation und Post nach dem novellierten Zollfahndungsdienstgesetz, NJW 2005, S. 2260 ff.

② 제1항에 따른 조치는 대외무역감독의 차원에서 제23a조에 따른 조치의 실행의 준비를 위해서도 허용된다. 이 조치는 동시에 그러한 조치와 병행하여 명령될 수 있다.

③ 제1항에 따른 조치는 행정청의 장이나 그에 의하여 위임된 상위 직급 공무원에 의해서만 명령될 수 있다. 영장은 조치의 사유를 기재하여서 서면으로 이루어져야 하며 최고 1개월까지 기간이 정해질 수 있다. 동 조치의 연장은 영장의 재발부를 필요로 한다.

④ 제1항에 따른 조치에 의하여 획득된 서류는 정보수집의 목적을 위해서나 범죄의 소추를 위한 형사소송법규정에 따라서 필요하지 않거나 더 이상 필요하지 않은 한에서, 지체없이 폐기되어야 한다.

(나) 제20조 비공개적으로 이루어진 말의 도청과 녹음을 위한 기술적 수단의 비밀 장착을 통한 정보수집

① 관세청은 주거 밖에서 다음과 같은 사람에 대한 개인관련 정보를 비공개적으로 이루어진 말의 도청과 녹음을 위한 기술적 수단의 비밀 장착을 통하여 수집할 수 있다.

i) 사실에 의거할 때 세무행정의 관할영역에 있어서 상당한 의미가 있는 범죄를 기업적, 상속적, 또는 조직적으로 범할 것이라는 것을 인정할 수 있는 사람 또는

ii) 사실에 의거할 때 특히 접촉인 또는 동반인으로서 제1호에 열거된 사람 중 한명과 같은 방법으로 연계되어 있거나 연계될 것이어서 이 조치가 제1호의 범죄의 예방에 기여할 것으로 기대될 수 있는 경우, 그리고 범죄의 예방이 다른 방법으로는 전망이 없거나 또는 본질적으로 어려울 경우 그러한 사람.

② 제1항에 따른 조치는 대외무역감독의 차원에서 제23a조에 따른 조치의 실행의 준비를 위해서도 허용된다. 이 조치는 동시에 그러한 조치와 병행하여 명령될 수 있다.

③ 제1항에 따른 조치는 행정청의 장이나 그에 의하여 위임된 상위 직급 공무원에 의해서만 명령될 수 있다. 영장은 조치의 사유를 기재하여서 서면으로 이루어져야 하며 최고 1개월까지 기간이 정해질 수 있다. 동 조치의 연장은 영장의 재발부를 필요로 한다.

동 조치의 연방에 대한 결정은 법관에 의해서만 내려질 수 있다. 이에 대하여는 관세청이 소재하는 구역의 구법원이 관할한다. 절차에 대해서는 임의소송사무법의 규정들이 준용된다.

④ 제1항에 따른 조치에 의하여 획득된 서류는 정보수집의 목적을 위해서나 범죄의 소추를 위한 형사소송법규정에 따라서 필요하지 않거나 더 이상 필요하지 않은 한에서, 지체없이 폐기되어야 한다.

⑤ 제1항에 따른 조치의 대상이 된 사람은 조치의 종료 후 이에 대하여 관세청이 동 조치의 목적에 대한 위해가 없이 통지가 이루어질 수 있는 즉시 통지하여야 한다. 같은 사실관계를 이유로 당사자에 대한 범죄수사절차가 이루어지고 있는 한에서 그리고 통지를 통하여 수사목적이 위험에 처하게 될 수 있는 경우에 통지는 생략된다. 그에 관한 결정은 검사가 내린다.

(다) 관세청과의 협력이 제3자에게 알려지지 아니한 사인의 투입을 통한 정보수집(제21조)

① 관세청은 관세청과의 협력이 제3자에게 알려지지 아니한 사인의 투입을 통하여 다음과 같은 사람에 대한 개인관련 정보를 수집할 수 있다.

i) 사실에 의거할 때 세무행정의 관할영역에 있어서 상당한 의미가 있는 범죄를 기업적, 상습적, 또는 조직적으로 범할 것이라는 것을 인정할 수 있는 사람 또는

ii) 사실에 의거할 때 특히 접촉인 또는 동반인으로서 제1호에 열거된 사람 중 한명과 같은 방법으로 연계되어 있거나 연계될 것이어서 이 조치가 제1호의 범죄의 예방에 기여할 것으로 기대될 수 있는 경우, 그리고 범죄의 예방이 다른 방법으로는 전망이 없거나 또는 본질적으로 어려울 경우 그러한 사람.

② 제1항에 따른 조치는 대외무역감독의 차원에서 제23a조에 따른 조치의 실행의 준비를 위해서도 허용된다. 이 조치는 동시에 그러한 조치와 병행하여 명령될 수 있다.

③ 관세청과의 협력이 제3자에게 알려지지 아니한 사인의 투입은 행정청의 장이나 그

에 의하여 위임된 상위 직급 공무원에 의해서만 명령될 수 있다. 영장은 조치의 사유를 기재하여서 서면으로 이루어져야 하며 최고 1개월까지 기간이 정해질 수 있다. 동 조치의 연장은 영장의 재발부를 필요로 한다.

④ 제1항에 따른 조치에 의하여 획득된 서류는 정보수집의 목적을 위해서나 범죄의 소추를 위한 형사소송법규정에 따라서 필요하지 않거나 더 이상 필요하지 않은 한에서, 지체없이 폐기되어야 한다.

⑤ 제1항에 따른 조치의 대상이 된 사람은 조치의 종료 후 이에 대하여 관세청이 동 조치의 목적에 대한 위해가 없이 통지가 이루어질 수 있는 즉시 통지하여야 한다. 관세청과의 협력이 제3자에게 알려지지 아니한 사인의 투입에 대하여는 이 사람의 계속적 투입이나 또는 그것을 통하여 사람의 신체나 생명에 위험이 초래될 수 있는 경우에는 통지가 생략될 수 있다. 같은 사실관계를 이유로 당사자에 대한 형사수사절차가 이루어지고 있는 한에서 그리고 통지를 통하여 수사목적이 위험에 처하게 될 수 있는 경우에 통지는 생략된다. 그에 관한 결정은 검사가 내린다.

4. 支邦 경찰법 규정: 니더작센주 공공의 안녕과 질서에 관한 법률 (이하 니더작센주 경찰법)의 사례를 중심으로

그 밖에 지방의 경찰법들도 위험방지의 차원에서 전기통신에 대한 감청가능성을 광범위하게 규정하고 있으며, 최근 2005. 7. 27. 독일 연방헌법재판소는 이러한 지방 경찰법 중의 하나인 니더작센주 경찰법 제33a조 제1항 제2호와 제3호에 대해서 위헌·무효를 선언하였다. 그러므로 지방 경찰법상의 감청가능성에 대해서는 이 니더작센주 경찰법을 중심으로 살펴보고, 이에 대하여 위헌·무효 결정을 내린 독일 연방헌법재판소의 판결 내용도 항목을 달리하여 자세하게 살펴보기로 한다.

(1) 전기통신감청의 전제조건(니더작센주 경찰법 제33a조)

니더작센주 경찰법 제33a조는 전화감청을 통한 정보수집에 관하여 규정하고 있는데

그 내용은 다음과 같다.

① 경찰은 다음과 같은 경우에 전화의 감청과 녹음을 통해서 개인관련 정보들을 수집할 수 있다.

i) 사람의 신체, 생명이나 자유에 대한 현존하는 위협의 방지를 위하여 사실관계의 해명이 다른 방법으로는 가능하지 않은 것으로 보이는 경우에는 제6조와 제7에서 열거된 사람들에 대하여, 사실관계의 해명을 위하여 이것이 불가결할 경우에는 제8조의 조건 하에 그곳에서 열거된 사람들에 대하여,

ii) 상당한 의미가 있는 범죄(Straftaten von erheblicher Bedeutung)를 범할 것이라고 하는 것을 인정할 만한 사실이 존재하는 그러한 사람에 대해서, 이러한 범죄의 소추나 예방을 위한 조치가 다른 방법으로는 가능하지 않은 것으로 보일 경우,

iii) 제2항에서 열거된 사람들과 접촉하고 동행하는 사람들에 대하여, 제2호에 따른 범죄의 소추나 예방을 위한 조치를 위해서 불가결한 경우,

② 제1항에 따르는 정보수집은 다음과 관련될 수 있다.

i) 전화통신망 내에서 정보기록기에 기입된 내용들을 포함하여 통화내용

ii) 전화연결정보

iii) 적극적으로 설치된 무선통신장비의 위치정보(die Standortkennung einer aktiv geschalteten Mobilfunkeneinrichtungen)

정보수집은 제1항에서 열거된 사람들의 전화연결에 대해서만 이루어질 수 있다. 제3자가 불가피하게 관련된 경우에도 이 조치는 실행될 수 있다.

③ 제1항에 따른 정보수집은 경찰서가 소재하는 區法院(Amtsgericht)이 발부하는 영장을 필요로 한다. 이 영장은 최고 3개월간 기간이 정해질 수 있다. 제1항에 제시된 조건이 존재하는 한에서, 3개월을 넘지 않는 범위 내에서 기간연장이 허용된다. 영장에는 정보수집 대상이 되는 사람과 수집되어야 할 정보의 종류, 범위 및 관련 전기통신연결번호(Telekommunikationsanschlüsse)를 표시하여야 한다. 이 조치에 대해서는 제19조

제4항이 준용된다.

④ 지체의 위험이 있는 경우 경찰이 영장을 발할 수 있다. 경찰의 영장의 허용여부는 서면으로 이유를 제시하여야 한다. 그 결정은 경찰청장이 내린다. 경찰청장은 영장발부 권한을 지서장과 상급지서의 복무자에게 위임할 수 있다. 그러한 영장에 대해서는 지체 없이 법관의 승인을 청구하여야 한다.

⑤ 영장을 근거로 영업상 전기통신역무를 제공하거나 이에 참여하는 모든 사람은 경찰에게 전기통신의 감청과 녹음을 가능하게 하여야 한다.

(2) 정보수집의 원칙(제30조)

①-③ 생략

④ 특별한 수단이나 방법을 통한 개인 관련 정보의 수집에 관해서는 관계자에게 통지하여야 한다. 관계자는 이러한 통지를 통해서 정보처리의 법적 근거와 니더작센주 정보보호법 제16조에 따른 문의권에 대해서 고지를 받는다. 통지는 조치에 대한 위험이 사라지는 즉시 이루어진다.

⑤ 제4항에 따른 통지는 다음과 같은 경우에 생략한다.

i) 범죄나 질서위반의 소추목적에 반하는 경우,

ii) 통지의 실행을 위해서 비례성을 벗어날 정도로 관계인에 대한 그 밖의 정보들이 수집되어야 하는 경우, 또는

iii) 정보수집의 통지를 통하여 사람의 신체, 생명, 자유나 이와 유사하게 보호할 만한 이익(Belange)이나 또는 비밀요원(Vertrauensperson: 제36조 제1항)의 계속적 활용이나 또는 잠입 수사관의 계속적 투입에 위해가 초래될 수 있는 경우,

제1항 제3호에 따라 어떠한 통지가 5년의 경과 후에도 이루어지지 않은 경우, 이는 支邦정보보호수탁자(Landesbeauftragter)에게 통지된다.

⑥ 제33a조 내지 제36a조에 따른 정보수집은 형사소송에서 직업상 증언거부권자들

(형사소송법 제53조와 제53a조, 연방정보보호법 제12조 제3항과 제23조 제4항)에게는 그들의 증언거부권과 관련되는 사실관계가 관련되는 한에서, 그러한 정보수집이 사람의 신체, 생명이나 자유에 대한 현존하는 위협의 방지를 위해서 필요한 경우가 아닌 한, 행해질 수 없다. 경찰이 자체적으로 그러한 사람들에 대하여 비밀요원이 되어 줄 것을 요구해서는 아니 된다.

(3) 정보수집(제31조)

① 경찰은 위협의 방지를 위하여 또는 제1조 제4항이나 제5항에 따른 과제의 수행을 위하여 이것이 필요한 한에서, 모든 사람에 대하여 정보를 수집할 수 있다. 행정관청이 위협의 방지를 위하여 활동하는 경우에는 제1문이 준용된다.

②와③ 생략

(4) 개인관련 정보의 저장, 변경과 이용, 목적구속(제38조)

① 행정관청과 경찰은 이 법에 따른 과제의 수행 차원에서 자신들이 합법적으로 수집한 개인관련 정보들을 수집목적에 위하여 필요한 경우에 저장, 변경 그리고 이용할 수 있다. 제1문에서 열거된 기관들이 개인관련정보를 수집하지는 않고서 합법적으로 그에 대하여 알게 된 경우, 위협방지를 위한 목적으로 이를 저장, 변경 또는 이용할 수 있다. 저장할 경우에 목적이 특정되어야 한다. 목적달성을 위하여 필요하지 않은 정보들은, 폐기될 수 없거나 폐기하기 위해서는 비례를 초월하는 비용이 드는 경우, 이러한 정보들은 제1항과 제2항에 따른 정보들과 함께 저장할 수는 있으나, 제39조 제5항의 내용에 따른 변경이나 이용은 할 수 없다.

② 특별한 수단이나 방법으로 수집한 개인관련정보들은 표식을 하여야 한다.

③과 ④ 생략

(5) 다른 목적을 위한 개인관련정보의 저장, 변경 및 이용(제39조)

① 제38조 제1항에서 열거된 목적 외의 다른 목적을 위한 개인관련정보의 저장, 변경 또는 이용은 다음과 같은 경우에만 허용된다.

i) 정보가 위험방지의 다른 목적의 수행을 위하여 필요한 경우, 그리고 정보수집에 사용된 수단이나 방법을 통하여 이 정보가 이러한 목적을 위해서도 수집될 수 있었던 경우,

ii)–iv) 생략

②–④ 생략

⑤ 불가피하게 관련된 제3자에 대한 정보와 그리고 정보수집 대상이 된 사람과 접촉한 사람(제37조 제2항)에 대한 정보의 저장, 변경 또는 이용은 상당한 의미가 있는 범죄의 소추나 예방을 위한 조치를 위하여 필요한 경우에만 허용된다. 제1문은 제38조 제1항 제4문에 따라 저장된 정보의 변경과 이용에 준용한다.

⑥ 생략

(6) 정의규정(제2조)

니더작센주 경찰법 제33a조 제1항 제2호와 제3호의 개별적 구성요건들에 대하여 동법 제2조는 다음과 같이 정의하고 있다.

x) 상당한 의미가 있는 범죄:

a) 형법 제154조와 제155조에 따른 범죄를 제외한 중죄(Verbrechen)³⁸⁾

b) 형법 제85조, 제86조, 제86a조, 제87조 내지 제89조, 제98조, 제99조, 제129조,

38) 독일 형법 제12조에서는 위법행위를 중죄와 경죄(Vergehen)로 구별한다. 법정형의 하한이 1년 이상의 자유형으로 규정되어 있는 경우가 중죄이고, 경죄는 법정형의 하한이 중죄보다 경한 자유형 또는 벌금형으로 규정되어 있는 경우를 말한다.

제130조, 제174조, 제174a조, 제174b조와 제176조에 따른 경죄(Vergehen), 형법 제138조 제1항에서 열거된 경죄와 기타 보호법의 및 형벌에 따를 때 이와 유사한 경죄,

c) 조직적으로 또는 영업적으로 범한 경죄

d) 그러한 범행의 공범

xi) 접촉인 또는 동반인

어떠한 사실에 의하여 상당한 의미가 있는 범죄를 저지를 것이라고 인정되는 다른 사람과 이러한 범죄에 대한 암시를 얻을 수 있을 것으로 기대되는 방법으로 연관되어 있는 사람.

IV. 주거감청에 관한 법률규정

1. 1998. 3. 4. 조직적 범죄의 예방 개선을 위한 법률³⁹⁾에 따른 형사소송법의 규정내용

개정된 기본법 제13조 제3항을 근거로 1998. 3. 4. 조직적 범죄의 예방 개선을 위한 법률이 제정되었다. 이 법률 제2조에 의하여 도입된 법률규정의 핵심은 형사소송법 제100c조 제1항 제3호이다. 이에 따르면 주거에서 비공개적으로 이루어진 피의자의 말은 일정한 사실이 이 규정에 열거된 범죄, 소위 목록범죄 중의 하나를 범하였다는 혐의의 근거를 제공하는 경우 기술적 수단을 통하여 도청되고 녹음될 수 있다.

39) Das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4. Mai 1998(BGBl I S. 845). 이하의 규정들은 독일 연방헌법재판소의 2004. 3. 3.의 헌법불합치결정의 실행을 위한 형사소송법개정법률로 개정되기 전의 내용으로 위 판결의 심판대상이 되었던 것이며 판례의 내용을 이해하기 위한 차원으로 그 내용을 소개한다.

(1) 감청의 전제조건(형사소송법 제100c조 제1항 제3호, 제2항과 제3항)

① 관계자가 모르게

iii) 주거에서 비공개적으로 이루어진 피의자의 말은 일정한 사실이 다음과 같은 혐의의 근거를 제공하는 경우에 기술적 수단을 통하여 도청되고 녹음될 수 있다. 즉 누군가가

a) 통화위조, 유가증권위조(형법 제146조, 제151조, 제152조)나 지불카드와 유로수표용지(Vordrucke für Euroscheks)의 위조(형법 제152b조), 형법 제181조 제1항 제2호, 제3호에 따른 중대한 인신매매, 모살, 고살이나 민족학살(형법 제211조 제212조, 제220e조), 인신의 자유에 대한 범죄(형법 제234조, 제234a조, 제239a조, 제239b조), 범죄단체구성절도(Bandendiestahl)(형법 제244조 제1항 제2호)나 증범죄단체구성절도(제244a조), 중강도(형법 제250조 제1항이나 제2항), 강도치사(제251조)나 강도에 준하는 공갈(räuberische Erpressung)(제255조), 형법 제253조 제4항 제2문에 열거된 전제하에서의 공갈(제253조), 영업적 장물취득 등, 범죄단체구성 장물취득 등(형법 제260조)이나 영업적 범죄단체구성 장물취득 등(제260a조), 자금세탁, 형법 제261조 제1항 내지 제4항에 따른 불법 재산가치의 은닉⁴⁰⁾, 증뢰죄(제332조)나 수뢰죄(제334조)

b) 무기법 제52a조 제1항 내지 제3항, 제53조 제1항 제1문 제1호, 제2호, 제2문, 무역법 제34조 제1항 내지 제6항이나 전쟁무기의 통제에 관한 법률 제21조나 제22a조 제1항 내지 제3항과 결부하여 제19조 제1항 내지 제3항, 제20조 제1항 또는 제2항

c) 마약관리법 제29조 제3항 제2문 제1호에서 제시하고 있는 전제하에 그곳에서 관련시키고 있는 규정에 따른 범죄 또는 동법 제29a조 제30조 제1항 제1호, 제2호, 제4호, 제30a조 또는 제30b조에 따른 범죄

d) 평화에 대한 죄(Friedensverrat), 내란죄와 민주적 법치국가의 위해죄 또는 외환

40) 동조는 1992년 7월 15일자 「불법마약거래 및 기타 조직범죄 방지를 위한 법률」에 의하여 신설된 후, 1994년 10월 28일자 「형법형사소송법 및 기타 법률의 개정을 위한 법률(Gesetz zur Änderung des Strafgesetzs und Strafprozessordnung und anderer Gesetz : Verbrechensbekämpfungsgesetz)」에 의하여 죄명이 자금세탁, 불법 재산가치의 은닉으로 개정되었다.

죄와 외적안전위험죄(형법 제80조 내지 82조, 제85조, 제87조, 제88조, 제94조 내지 제96조, 또한 형법 제97b조, 제97a조, 제98내지 제100a조와 결부해서도)

e) 형법 제1조, 제129a조와 결부하여 제129조 제4항에 따른 범죄

f) 외국인법 제92a조 제2항 또는 제92b조에 따른 범죄나 망명절차법 제84조 제3항 또는 제84a조에 따른 범죄를 범하였고,

사실관계의 수사나 범인의 체류지의 확인이 다른 방법으로는 비례성에 맞지 않게 어렵거나 전망이 없을 경우에 그러하다.

② 제1항에 따른 조치는 피의자만을 대상으로 하여야 한다. 다른 사람에 대한 제1항 제1호 a에 따른 조치들은 만일 사실관계의 수사나 범인의 체류지의 확인이 다른 방법으로는 현저하게 성공가능성이 없거나 본질적으로 어려운 경우에 허용된다. 다른 사람에 대한 제1항 제1호 b, 제2호에 따른 조치들은 일정한 사실을 근거로 그들이 범인과 관련이 있거나 그러한 관련이 형성되고 있다는 것, 이 조치가 사실관계의 수사나 범인의 체류지의 확인을 가능하게 하며, 이것이 다른 방법으로는 전망이 없거나 본질적으로 어렵다고 하는 사실을 인정할 수 있는 경우에 허용된다.

제1항 제3호에 따른 조치들은 단지 피의자의 주거에서만 실행될 수 있다. 다른 사람의 주거에서의 제1항 제3호에 따른 조치들은 일정한 사실에 근거할 때, 피의자가 이 주거에 체류하고 있으며 피의자의 주거에서의 조치만으로는 사실관계의 수사나 범인의 체류지의 확인가능성이 없고 이것이 다른 방법으로는 비례에 맞지 않게 어렵거나 전망이 없다고 하는 것이 인정되는 경우에만 허용된다.

③ 이 조치들은 제3자가 불가피하게 관련된 경우에도 실행될 수 있다.⁴¹⁾

형사소송법 제100c조 제1항 제3호는 그 사이에 여러 번 개정되었지만 주거감청조치에 대한 수권내용은 원칙적으로 변하지 않았다.⁴²⁾

41) 이상 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3. 3. 2004, Absatz-Nr. (1-373),

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html, (이하 BVerfG 1 BvR 2378/98), Absatz 10-32.

(2) 법관의 영장, 증거사용 등(형사소송법 제100d조)

형사소송법 제100d조⁴³⁾ 제2항에 따라 감청은 支邦법원의 국가수호부 (Staatsschutzkammer)에 의해서만, 그리고 지체의 위험이 있는 경우, 그 부장에 의해

42) 이에 대한 자세한 내용은 위 판결문, BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 33 참조.

43) ① 생략

- ② 제100c조 제1항 제3호에 따른 조치는 법원조직법 제74a조에 열거된, 그 구역(Bezirk)에 검찰이 소재하고 있는 支邦법원의 형사합의부에 의해서만 명령될 수 있다. 지체의 위험이 있는 경우 이 명령은 합의부장에 의해서도 내려질 수 있다. 그 영장은 3일 이내에 형사합의부에 의해서 승인되지 아니하면 효력을 상실한다. 제100b조 제2항 제1문 내지 제3문은 적절히 준용된다.
- ③ 제53조 제1항의 사례들에 있어서 제100c조 제1항 제3호에 따른 조치는 허용되지 아니한다. 조치를 통해 획득될 전체적 정보가 사용금지대상(Verwertungsverbot)에 해당된다고 기대되는 경우 마찬가지로 적용된다. 제52조와 제53a조의 사례들에 있어서 제100c조 제1항 제3호에 따른 조치로부터 획득된 정보는, 이것이 그 밀바탕을 이루고 있는 신뢰관계의 의미를 고려할 때, 사실관계의 수사나 범인의 체류지의 확인에 대한 이익과 비례관계를 일탈하지 않는 경우에만 사용될 수 있다. 증거거부권자가 공범이나 방조, 증거인멸 또는 범인은닉의 혐의가 있는 경우, 제1문은 적용되지 아니한다. 그 밖에 비례의 원칙 심사에 있어서 이러한 정상을 참작하여야 한다. 예비소송에서의 사용가능성에 대해서는 제2항 제1문에 명시된 법원이 결정한다.
- ④ 제100c조 제1항 제3호에 따른 명령은 최대 4주의 기간이 정해질 수 있다. 이 기간의 연장은 4주를 넘지 않는 범위 내에서, 조치를 위한 전제조건이 계속 존재하는 한에서 허용된다. 제100b조 제4항과 제6항은 적절히 준용된다.
- ⑤ 제100c조 제1항 제2호에 따른 기술적 수단의 사용에 의하여 얻어진 개인관련 정보는, 그 정보를 분석하는 경우에 제100e조에 명시된 범죄의 해명을 위하여 필요한 인식을 얻을 수 있는 한에서만, 다른 형사소송에서 증거목적으로 사용될 수 있다. 제100c조 제1항 제3호에 따른 조치에 의하여 획득된 개인관련 정보는, 그 정보를 분석하는 경우에 제100c조 제1항 제3호에 명시된 범죄의 해명을 위하여 필요한 인식을 얻을 수 있는 한에서만, 다른 형사소송에서 증거목적으로 사용될 수 있다.
- ⑥ 제100c조 제1항 제3호에 따른 조치가 종료된 이후에도 피의자와 그리고 제100c조 제2항 제5문의 경우에는 이 주거의 소지자도 영장과 집행의 유형과 방법의 합법성에 대한 심사를 신청할 수 있다. 공소가 제기되기 전에 제2항 제1문에 열거된 본안담당 법원은 이에 대하여 결정한다. 이 법원은 소송을 종결하는 결정에서 그 합법성 여부에 대해서 판단할 수 있다.

서도 명령될 수 있다. 감청은 형사소송법 제100d조 제4항 제1문에 따를 때, 최대 4주까지의 기간이 정해질 수 있다. 이 기간은 일정한 조건하에 제한적으로 연장될 수 있다. 획득된 데이터의 파기에 대해서 형사소송법 제100d조 제4항 제3문은 형사소송법 제100b조의 전화감청에 관한 규정을 준용하고 있다. 피의자와 증언거부권자(Zeugnisverweigerungsberechtigte)간의 대화에 대한 도청 및 녹음과 관련하여 형사소송법 제100d조 제3항은 한편으로 형사소송법 제53조에서 열거된 직업상 비밀취급자(Berufsgeheimnisträger)와, 다른 한편 동법 제52조 및 53a조에 따라 증언거부권이 있는 직원 및 보조자를 구분하고 있다. 직업상 비밀취급자와의 대화에 대해서는 증거수집금지(Beweiserhebungsverbot)가 적용된다. 이에 반하여 직원 및 보조자에 대해서 동 규정은 증거사용금지(Beweisverwertungsverbot)만을 규정하고 있는데, 이는 절대적으로가 아니라 명시적으로 비례원칙의 유보 하에 적용되는 것이다. 형사소송법 제100d조 제5항 제2문은 우연한 지득의 사용에 대하여 규정하고 있다. 동법 제100d조 제6항에 따르면 조치의 종료 후에도 권리구제절차가 허용된다.⁴⁴⁾

(3) 보고의무(형사소송법 제100e조)

형사소송법 제100e조⁴⁵⁾ 제1항은 동법 제100c조 제1항 제3호에 따른 조치에 대하여 관할 최고 사법관청에 보고하여야 할 검찰의 의무에 대하여 규정하고 있다. 보고의 범위는 특히 조치의 성공여부와 그리고 관련자에 대한 통지나 또는 그 불이행의 사유에 대하여 언급하여야 한다. 나아가 동법 제100e조 제2항은 기본법 제13조 제6항에 의하여 설정된 연방정부의 연방의회에 대한 보고의무를 구체화하고 있다.

44) 위 BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 34.

45) ① 검찰은 각 관할 최고 사법관청에 늦어도 제100c조 제1항 제3호에 따른 조치의 종료 후 3개월 내에 동 조치의 계기, 범위, 기간, 결과 및 비용과 그리고 관계자에 대한 통지여부와 또는 그때 까지 통지를 하지 않은 사유와 앞으로 통지를 할 수 있는 시점에 대하여 보고한다. 그러한 절차가 종료된 후에는 상응하여 보고서를 보충한다. 조치의 종료 후 4년 내에 통지가 이루어지지 않은 경우, 검찰은 해마다 상응하는 보고서를 새로이 제출할 의무를 진다.

② 연방정부는 제100c조 제1항 제3호에 따라 이루어진 조치에 대한 지방별 통지를 근거로 해마다 연방의회에 보고한다.

(4) 감청정보의 사용 등(형사소송법 제100f조)

형사소송법 제100f조⁴⁶⁾는 획득한 정보의 사용에 대하여 규정하고 있다. 형사소송법 제100c조 제1항 제3호에 따른 감청의 경우에 확인된 개인관련정보는 원칙적으로 형사소송의 목적을 위해서만 사용될 수 있다. 이것은 감청조치를 명한 소송이거나 또는 형사소송법 제100c조 제1항 제3호에 열거된 범죄(소위 목록범죄)와 관련된 형사소송일 수 있다(형사소송법 제100d조 제5항 제2문). 그 밖에 제1항은 예방적·경찰적 목적을 위해서도 제한된 범위 내에서 정보의 사용을 허용하고 있다.

(5) 통지의무(형사소송법 제101조⁴⁷⁾)

끝으로 조직적 범죄의 예방 개선을 위한 법률에 의하여 관계자에 대한 통지규정이 새로 규정되었다. 형사소송법 제100c조 제1항 제3호에 따른 조치에 대한 통지규정은 전기통신감청과 주거 외에서의 도청에 적용되는 규정에 상응한다. 하지만 형사소송법 제100c조 제1항 제3호의 사례에서 조치의 종료 후 6개월 이상 통지를 유예하는 것은 법관의 동의를 요하는데, 공소를 제기하기 까지 영장발부 권한이 있는, 따라서 형사본안을

46) ① 형사소송법 제100c조 제1항 제3호에 따른 감청의 경우에 확인된 개인관련정보는 원칙적으로 형사소송의 목적을 위해서만(제100d조 제5항 제2문) 사용될 수 있으며, 개별사건에서 존재하는 사람의 생명, 신체나 자유 또는 상당한 물질 또는 재산적 가치에 대한 위협의 방지를 위해서 사용될 수 있다.

② 개인관련 정보가 제100c조 제1항 제3호에 따른 조치에 상응하는 경찰법적 조치에 의하여 획득된 경우, 이것은 그 정보를 분석하는 경우에 제100c조 제1항 제3호에 명시된 범죄의 해명을 위하여 필요한 인식을 얻을 수 있는 한에서만 사용될 수 있다.

47) ① 이루어진 조치들(제81e조, 제99조, 제100e조, 제100b조, 제100c조 제1항 제1호 b, 제2호와 제3호, 제100d조, 제100g조와 제100h조)에 대해서는 이것이 감청목적, 공공의 안전, 사람의 신체나 생명에, 그리고 비공개적으로 감청에 투입된 공무원의 계속적 사용가능성에 위해가 됨이 없이 시행될 수 있는 즉시 관계자에게 통지되어야 한다. 제100c조 제1항 제3호의 사례들에 있어서 통지가 조치의 종료 후 6개월 내에 이루어지지 않은 경우 통지의 계속적 유예는 법관의 동의를 필요로 한다. 공소제기 전에 제100d조 제2항에 열거된, 따라서 본안을 담당하는 법원이 이에 대하여 결정한다.

②-③ 생략

④ 제100c조 제1항 제1호 b, 제2호와 제3호에 따른 조치에 관한 결정과 그 밖의 서류들은 검찰이 보관한다. 제1항의 전제조건이 충족될 때 비로소 소송기록에 받아들인다.

담당하는 법원이 그러한 동의의 권한을 갖는다. 그 조치에 대한 서류는 우선 소송기록에 첨부되지 않고 별도의 서류형식으로 검찰이 보관한다. 본안서류에 이를 첨부하는 것은 통지와 연계하여 한다.

2. 연방헌법재판소판결(BVerfGE 109, 279)에 따라 개정된 형사소송법의 규정내용

1987년 4월 7일 공포되었으며, 2005년 3월 22일 법률 제6조에 의해서 개정된 형사소송법은 2004. 3. 3. 연방헌법재판소의 헌법불합치판결(1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99: BVerfGE 109, 279)을 실행하기 위하여 다음과 같이 개정되었고 2005년 7월 1일자로 발효되었다. 이 개정 형사소송법⁴⁸⁾에 의하여 개정된 조항은 제100c조부터 제100f조였으며 그 내용은 다음과 같다.

(1) 제100c조 ① 관계자가 모르게 주거에서 비공개적으로 이루어진 말은 다음과 같은 경우에 기술적 수단을 통하여 도청되고 녹음될 수 있다.

i) 일정한 사실이 누군가가 제2항에 열거된 특별히 중대한 범죄를 범하였거나, 미수도 처벌가능한 사례들에 있어서는 그러한 범행을 하려 하였다고 하는 혐의의 근거가 되는 경우

ii) 범행이 개별 사건에 있어서도 특별히 중대한 경우

iii) 사실적인 단서를 근거로, 감청을 통하여 사실관계의 수사나 공동피의자의 체류지의 확인을 위하여 중요한 의미가 있는 피의자의 표현들이 파악됨을 인정할 수 있는 경우

48) Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumsüberwachung) vom 24. Juni 2005 (BGBl I S. 1841). 이하 개정 형사소송법조항의 해석상 발생하는 실무적 문제들에 대해서는 Vgl. Markus Löffelmann, NJW 2005, S. 2033 ff.

iv) 사실관계의 수사나 공동피의자의 체류지의 확인이 다른 방법으로는 비례에 맞지 않게 어렵거나 전망이 없을 경우에 그러하다.

② 제1항 제1호의 의미에서의 특별히 중대한 범죄라 함은 다음과 같은 경우를 일컫는다.

i) 형법전으로부터

a) 제80조, 제81조, 제82조에 따른, 그리고 제94조, 제95조 제3항, 그리고 제96조 제1항 - 각각 제97b와 결부하여 -, 그리고 제97a조, 제98조 제1항 제2문, 제99조 제2항과 제100조, 제100a조 제4항에 따른 평화에 대한 죄(Friedensverrat), 내란죄와 민주적 법치국가의 위해죄 또는 외환죄와 외적안전위험죄

b) 제129조 제4항 후단과 결부하여 동조 제1항에 따른 범죄단체의 조직, 제129a조 제1항, 제2항, 제4항, 제5항 제1문 전단에 따른 - 각각 제129b조 제1항과 결부하여 테러단체의 조직

c) 형법 제146조, 제151조의 사례에 있어서 통화위조, 유가증권위조 - 각각 제152조와 결부해서도 -, 제152a조 제3항에 따른 지불카드와 수표와 어음의 영업적 또는 조직적 위조와 제152b조 제1항 내지 제4항에 따른 보장기능이 있는 지불카드와 유로수표 용지(Vordrucken für Euroscheks)의 위조

d) 제176a조 제2항 제2호나 제3항, 제177조 제2항 제2호나 제179조 제5항 제2호의 사례들에 있어서 성적 자기결정권에 반하는 범죄

e) 제184b조 제3항의 사례에 있어서 아동포르노그래피 잡지의 유포, 획득, 소지죄

f) 제211조 제212조에 따른 모살죄와 고살죄

g) 제234조 제234a조 제1항, 제2항, 제239a조, 제239b조의 사례들에 있어서 인신의 자유에 대한 범죄와 제232조 제3항, 제4항 또는 제5항, 제233조 제3항에 따른 - 각각 범죄의 성격을 갖는 한 - 노동력 착취와 성적 착취를 목적으로 하는 인신매매

h) 제244조 제1항 제2호에 따른 범죄단체구성절도와 제244a조에 따른 중범죄단체구성절도

i) 제250조 제1항 또는 제2항, 제251조에 따른 중강도죄와 강도치사죄

j) 제255조에 따른 강도에 준하는 공갈죄(räuberische Erpressung)와 제253조 제4항 제2문에 열거된 전제조건하에서의 제253조에 따른 특별히 중대한 공갈

k) 제260조, 제260a조에 따른 영업적 장물취득죄, 범죄단체구성 장물취득죄, 영업적 범죄단체구성 장물취득죄

l) 제261조 제4항 제2문에 열거된 전제조건하에서 제261조에 따른 자금세탁의 특별히 중대한 경우, 불법 재산가치의 은닉

m) 제335조 제2항 제1호 내지 제3호에 열거된 전제조건하에서의 제335조 제1항에 따른 중수죄나 중뇌물공여죄

ii) 망명절차법으로부터

a) 제84조 제3항에 따른 망명신청남용 교사

b) 제84a조 제1항에 따른 망명신청남용의 기업적 및 조직적 교사

iii) 체류법으로부터

a) 제96조 제2항에 따른 외국인의 밀입국(Einschleusen)

b) 제97조에 따른 밀입국치사 또는 영업적 및 조직적 밀입국

iv) 마약관리법으로부터

a) 제29조 제3항 제2문 제1호에 열거된 전제조건하에서 제29조 제1항 제1문 제1호, 제5호, 제6호, 제11호 또는 제13호, 동조 제3항에 따른 범죄의 특별히 중대한 경우

b) 제29a조, 제30조 제1항 제1호, 제2호, 제4호, 제30a조에 따른 범죄

v) 전쟁무기통제에 관한 법률로부터

a) 각각 제21조와도 결부하여 제19조 제2항 또는 제20조 제1항에 따른 범죄

b) 제22a조 제2항과 결부하여 동조 제1항에 따른 범죄의 특별히 중대한 경우

vi) 국제형법으로부터

a) 제6조의 민족학살죄

b) 제7조에 따른 인륜에 반하는 범죄

c) 제8조 내지 제12조에 따른 전쟁범죄

vii) 무기법으로부터

a) 제51조 제2항과 결부하여 동조 제1항에 따른 범죄의 특별히 중대한 경우

b) 제52조 제5항과 결부하여 동조 제1항 제1호에 따른 범죄의 특별히 중대한 경우

③ 이 조치는 피의자만을 대상으로 할 수 있으며, 피의자의 주거에서만 실행될 수 있다. 다른 사람의 주거에서의 조치는 특정한 사실에 근거하여 다음 사항이 인정되는 경우에만 허용된다.

i) 제100d조 제2항에 따른 영장에 명시된 피의자가 머물고 있다는 사실과

ii) 피의자의 주거에서의 조치만으로는 사실관계의 수사나 공동피의자의 체류지의 확

인을 할 수 없다는 사실

이 조치는 다른 사람들이 불가피하게 관련되는 경우에도 실행될 수 있다.

④ 사실적 단서들을 근거로, 특히 감청되어야 할 공간과 감청되어야 할 인물의 상호관계의 특성상, 감청을 통해서 사생활의 핵심영역에 해당하는 표현들이 포착되지 않는다는 점이 인정되는 한에서만 감청조치가 명령될 수 있다. 영업이나 업무공간에서의 대화는 일반적으로 사생활의 핵심영역에 해당되지 않는다. 범행에 대한 대화와 범행수단이 되는 표현도 마찬가지이다.

⑤ 감청도중에 사생활의 핵심영역에 해당하는 표현들이 포착되고 있다는 단서가 나오는 경우에도 청과 녹음은 중단되어야 한다. 그러한 표현들에 대한 녹음은 지체 없이 파기되어야 한다. 그러한 표현들에 대한 정보는 사용되어서는 아니 된다. 정보의 파악과 그 파기에 관한 사실은 기록되어야 한다. 제1문에 따른 조치가 중단된 경우에, 이 조치는 제4항에 열거된 전제조건 하에서 계속 수행될 수 있다. 의심스러운 경우에 조치의 중단 또는 속행 여부에 대해서 지체 없이 법원의 결정을 구해야 한다. 제100d조 제4항이 준용된다.

⑥ 제53조⁴⁹⁾의 사례들에 있어서 제1항에 따른 조치는 허용되지 않는다. 조치의 실행도중 또는 실행 후에, 제53조의 사례가 존재한다는 결론이 나오는 경우, 제5항 제2문 내지 제4문이 준용된다. 제52조⁵⁰⁾와 제53a조⁵¹⁾의 사례들의 경우, 제1문에 따른 조치로부터 획득한 정보들은, 기초가 되고 있는 신뢰관계의 의미를 고려할 때에, 사실관계의 수사나 또는 피의자의 체류지의 확인의 이익과 비례관계를 일탈하지 않는 한에서만 사용될 수 있다. 증언거부권자가 공범, 방조, 증거인멸, 범인은닉의 혐의가 있는 경우, 제1

49) 신앙적 지도자, 변호사, 상담자 등의 증언거부권자.

50) 배우자, 약혼자, 일정범위의 친·인척 등의 증언거부권자.

51) 제53조의 증언거부권자의 직무상 보조자로서의 증언거부권자.

문과 제2문은 적용되지 아니한다.

⑦ 제5항에 따른 증거사용금지가 고려되는 한에서, 검찰은 획득한 정보의 사용여부에 대하여 지체 없이 영장을 발부한 법원의 결정을 구하여야 한다. 법원이 사용가능성을 부인하는 경우, 이것은 그 이후의 절차에서도 구속력이 있다.

(2) 제100d조

① 제100c조에 따른 조치는 검찰의 신청에 의하여 법원조직법 제74a조 제4항에서 열거된, 그 구역에 검찰이 소재하는 주법원의 합의부에 의해서만 명령될 수 있다. 지체의 위험이 있는 경우 이 명령은 부장에 의해서도 내려질 수 있다. 그 영장은 3일 이내에 형사합의부에 의해서 승인되지 아니하면 효력을 상실한다. 영장은 최고 1개월간 기간이 정해질 수 있다. 이 기간의 연장은 1개월을 넘지 않는 범위 내에서, 획득한 조사결과를 고려할 때 전제조건이 지속되는 한에서 허용된다. 영장의 기간이 전체적으로 6개월간 연장된 경우, 계속적 연장 여부에 대해서는 주고등법원이 결정한다.

② 명령은 서면으로 행한다. 영장에는 다음 사항을 기입한다.

- i) 알려진 경우에 조치의 대상이 되는 인물의 성명과 주소
- ii) 영장발부의 근거가 되는 범죄혐의
- iii) 감청대상이 되는 주거나 주거공간
- iv) 조치의 유형, 범위, 기간
- v) 조치에 의해서 획득될 정보의 유형과 소송에 있어서 그 의의

③ 영장이나 영장연장의 이유에는 그 전제조건들이나 본질적인 형량의 관점들이 기술

되어야 한다. 특히 개별 사례와 관련해서 다음 사항을 기입하여야 한다.

- i) 범죄혐의의 근거가 되는 특정한 사실
- ii) 조치의 필요성과 비례성에 관한 본질적인 형량
- iii) 제100c조 제4항 제1문의 의미에서의 사실적인 단서들

④ 영장발부 법원은 조치의 경과와 결과에 대하여 보고받는다. 영장의 전제조건이 더 이상 존재하지 않는 경우, 검찰이 조치를 중단하지 않은 한에서 법원은 조치의 중단을 명령하여야 한다. 조치의 중단명령은 부장에 의해서도 이루어질 수 있다.

⑤ 조치에 의해서 획득된 정보가 형사소추를 위해서와 제10항에 따른 법원의 가능한 심사를 위해서 더 이상 필요하지 않은 경우, 이것은 지체없이 폐기되어야 한다. 폐기사실은 기록되어야 한다. 폐기가 단지 제10항에 따른 가능한 심사를 위해서 유예된 경우에, 정보에 대한 접근은 차단되어야 한다. 이 정보는 단지 전술한 목적을 위해서만 사용될 수 있다.

⑥ 주거감청으로부터 나온 개인관련 정보는 다음과 같은 기준에 따라 다른 목적을 위하여 사용될 수 있다.

i) 제100c조에 따른 조치에 의하여 획득한 사용가능한 개인관련 정보들은 다른 형사소송에서 감청된 사람의 동의 없이 제100c조에 따른 조치의 근거가 된 범죄의 해명을 위하여 또는 그러한 범죄피의자의 체류지의 확인을 위해서만 사용될 수 있다.

ii) 위험방지의 목적을 위한, 제100c조에 따른 조치에 의하여 획득한 개인관련 정보의 사용과 제100c조 제6항 제1문 후단에 따른 조치에 의하여 획득한 개인관련 정보의 사용은 개별사례에서 존재하는 생명의 위험이나 또는 신체나 인신의 자유에 대한 위험의 방지나 또는 국민의 부양에 기여하며, 문화적으로 탁월한 가치가 있거나, 또는 형법 제305조에 열거된 중요한 가치가 있는 대상에 대한 급박한 위험의 방지를 위해서만 허용된다.

제100c조에 따른 조치에 의하여 획득한 사용가능한 개인관련 정보들은 그 밖의 중요한 재산적 가치에 대한 구체적 사건에서 존재하는 급박한 위험을 방지하기 위하여 사용될 수 있다. 위험의 방지를 위한 또는 위험방지를 위해서 내려진 조치들의 준수법적 또는 사법적 심사를 위한 정보들이 더 이상 필요하지 않은 경우, 이러한 정보들에 관한 녹음은 위험방지를 관할하는 기관에 의하여 지체 없이 폐기되어야 한다. 폐기사실은 기록되어야 한다. 폐기가 단지 준수법적 또는 사법적 심사를 위해서만 유예된 경우에는 정보에의 접근은 차단되어야 하며, 이 정보는 단지 전술한 목적을 위해서만 사용되어야 한다.

iii) 사용가능한 개인관련 정보들이 경찰법상의 상응하는 조치에 의하여 획득된 경우, 이러한 정보들은 형사소송에서 감시대상 인물의 동의가 없이는, 제100c조에 따른 조치에 대한 영장발부의 근거가 될 수 있는 범죄의 해명을 위해서만, 또는 그러한 범죄피의자의 체류지의 확인을 위해서만 사용될 수 있다.

⑦ 조치에 의하여 수집된 정보는 그 자체로서 표식이 되어야 한다. 전달 후에도 이 표식은 수령자에 의하여 계속 유지되어야 한다.

⑧ 제100c조에 따라 실행된 조치에 대하여 관계자는 검찰로부터 통지를 받아야 한다. 이 경우 제10항에 따른 사후적 권리구제의 가능성과 또한 이를 위하여 규정된 기간이 적시되어야 한다. 제1문의 의미에서의 관계자는 다음과 같은 자들이다.

- i) 조치의 대상이 된 피의자들
- ii) 기타 피감청자들
- iii) 감청대상이 된 주거의 소지자와 거주자

제3문 제2호와 제3호의 의미에서의 관계자들에게는 통지가 비례성에 맞지 않는 확인을 통해서만 가능하거나, 다른 관계자의 우월적으로 보호할 만한 이해관계가 대립되는 경우에 통지는 중단된다. 그 밖에 통지는 조사목적이나, 사람의 생명, 신체 또는 자유

또는 중요한 재산적 가치에 대한 위해가 없이 이루어질 수 있는 즉시 행해진다.

⑨ 제8항 제5문에 따른 통지가 조치의 종료 후 6개월 이내에 이루어지지 않는 경우, 통지의 계속적 유예는 법관의 동의를 요한다. 6개월이 계속 경과할 때마다 마찬가지로 적용된다. 동의 여부에 대해서는 조치에 대한 영장발부의 권한이 있던 법원이 결정한다. 통지가 전체적으로 18개월간 유예된 경우, 계속적인 유예에 관한 법관의 동의에 대해서는 支邦(州)고등법원이 결정한다. 제101조 제4항이 적절히 준용된다.

⑩ 제100c조에 열거된 조치가 종료된 이후에도, 관계자들은 그 통지 후 2주 이내에 영장과 집행의 유형과 방법의 합법성에 대한 심사를 신청할 수 있다. 이 신청에 대하여는 조치에 대한 영장발부 권한이 있었던 법원이 결정한다. 결정에 대해서는 즉시 항고가 허용된다. 공소가 제기되고 피고인에게 통지가 이루어진 경우, 이 신청에 대하여는 본안을 담당하는 법원이 소송을 종결하는 재판에서 결정한다.

(3) 제100e조

① 검찰은 자신의 최고 법무관청에 매년 제100c조에 따라 명령된 조치에 대하여 보고한다. 각 支邦들은 보고서를 종합하여, 종합보고서를 매년 조사가 이루어진 년도의 익년 6월 30일까지 연방정부에 전달하며, 연방정부는 독일 연방의회에 해마다 직전년도에 신청된 감청조치들에 대하여 보고한다.

② 제1항에 따른 보고서에는 다음 사항을 기입한다.

- i) 제100c조 제1항에 따른 조치가 이루어진 소송의 수
- ii) 그때 그때 기초가 되고 있는 제100c조 제2항의 항목에 따른 범죄
- iii) 소송이 조직적 범죄의 소추와 관련이 있는지 여부

- iv) 사택과 그 밖의 주거 그리고 피의자의 주거와 제3자의 주거 별로 각 소송의 감청 목적물의 수
- v) 피의자와 비피의자별로 각 소송의 감청대상인의 수
- vi) 영장의 기간, 기간연장과 도청의 기간에 따른 개별 감청기간
- vii) 제100c조 제5항, 제100d조 제4항에 따른 조치가 얼마나 자주 중단되거나 폐기되었는지
- viii) 관계자에 대한 통지(제100d조 제8항)가 이루어졌는지 또는 그러한 통지가 생략된 이유
- ix) 감청의 결과 소송에 중대하거나 중대할 것으로 예상되는 결론을 얻었는지 여부
- x) 감청의 결과 다른 소송에 중대하거나 중대할 것으로 예상되는 결론을 얻었는지 여부
- xi) 감청의 결과 하등의 중대한 결론을 얻지 못한 경우, 기술적 사유나 그 밖의 기타 사유별로 그에 대한 사유
- xii) 통역업무나 그 밖의 비용별로 세분화하여 조치에 대한 비용

(4) 제100f조

① 관계자가 모르게 주거 외에서

- i) 사진촬영을 할 수 있으며,
- ii) 조사의 대상이 중대한 의미가 있는 범죄인 경우, 그리고 사실관계의 수사나 피의자의 체류지의 확인이 다른 방법으로는 거의 성공가능성이 희박하거나 어려울 경우, 사실관계의 수사나 피의자의 체류지의 확인을 위해서 특별히 관찰목적을 위하여 특정된 그 밖의 기술적 수단이 사용될 수 있다.

② 관계자가 모르게 주거 외에서 비공개적으로 이루어진 말은 일정한 사실이 누군가가 제100a조에 명시된 범죄를 범하였다고 의심할 만한 근거를 제공하는 경우, 그리고 사실관계의 수사나 피의자의 체류지의 확인이 다른 방법으로는 전망이 없거나 본질적으로 어려울 경우 기술적 수단을 통하여 도청되고 녹음될 수 있다. 이러한 조치는 법원에 의해서만, 그리고 지체의 위험이 있는 경우 검찰과 그 수사관(법원조직법 제152조)에 의해서도 명령될 수 있다. 제98조 제1항 제2문과 제100b조 제1항 제3문, 제2항, 제4항, 제6항은 적절히 준용된다.

③ 이 조치는 피의자만을 대상으로 할 수 있다. 다른 사람에 대한 제1항 제1호에 따른 조치들은 만일 사실관계의 수사나 범인의 체류지의 확인이 다른 방법으로 현저하게 성공가능성이 없거나 본질적으로 어려운 경우에 허용된다. 다른 사람에 대한 제1항 제2호와 제2항에 따른 조치들은 일정한 사실을 근거로 그들이 범인과 관련이 있거나 그러한 관련이 형성되고 있다는 것, 이 조치가 사실관계의 수사나 범인의 체류지의 확인을 가능하게 하며, 이것이 다른 방법으로는 전망이 없거나 본질적으로 어렵다고 하는 사실을 인정할 수 있는 경우에만 명령될 수 있다.

④ 이 조치들은 다른 사람들이 불가피하게 관련된 경우에도 실행될 수 있다.

⑤ 제2항 제1문에 따른 기술적 수단의 사용에 의하여 얻어진 개인관련 정보는, 그 정보를 분석하는 경우에 제100a조에 명시된 범죄의 해명을 위하여 필요한 인식을 얻을 수 있는 한에서만, 다른 형사소송에서 사용될 수 있다.

3. 연방헌법보호법, 연방정보부법, 군방첩부법

그 밖에도 비밀 주거감청은 헌법보호의 임무수행을 위하여 연방헌법보호법(제9조)이

나 연방정보부법(Gesetz über den Bundesnachrichtendienst: BNDG 제3조)⁵²⁾, 군방첩부법(Gesetz über den Militärabschirmdienst: MADG 제5조)⁵³⁾ 등에 의해서 규정되고 있다.

4. 예방적 주거감청에 관한 支邦경찰법 규정

각 지방의 경찰법들은 전기통신의 감청 뿐만 아니라, 위협방지를 위한 예방적 목적에 의한 주거감청에 관한 수권규정들을 두고 있다.⁵⁴⁾ 그러므로 이러한 규정들을 근거로 형사소추를 위한 목적이 아니라, 위협방지를 위한 예방적 목적의 주거감청을 실행할 수 있다고 할 수 있으나, 최근 독일 연방헌법재판소의 대 주거감청에 관한 판결(BVerfGE 109, 279)이 사생활의 핵심영역에 속하는 주거감청은 금지하고 그럼에도 불구하고 이를 위반하여 수집한 정보들에 대하여 사용금지의무와 폐기의무를 부과함에 따라서 각 지방들은 주거감청과 관련한 지방경찰법규정들을 모두 개정해야 할 과제를 안게 되었다.⁵⁵⁾

V. 주거감청에 관한 2004. 3. 3. 독일 연방헌법재판소의 헌법불합치판결(BVerfGE 109, 279: Großer Lauschangriff)⁵⁶⁾

1. 판결 요지

52) “연방정보부는 개인관련정보를 포함한 정보를 비밀리에 수집하기 위하여 연방헌법보호법 제8조 제2항에 따른 수단을 사용할 수 있되, 사실을 근거로 이것이 자신의 업무수행을 위하여 필요하다고 인정될 경우에 그러하다. 연방헌법보호법 제9조가 준용된다.”

53) “군방첩부가 정보 특히 개인관련정보를 연방헌법보호법 제9조에 따라 수집할 수 있되, 1. 제1조 제1항과 제2조 제1항에 따른 자신의 임무를 수행하기 위하여 그리고, 이를 위하여 필요한 정보원을 조사하기 위하여, 2. 군기무업무의 요원, 시설, 대상, 원천을 안전위해적이거나 첩보적인 활동으로부터 보호하기 위하여, 또한 제2조 제2항에 따라 필요한 한에서 그러하다. 연방헌법보호법 제9조 제2항 내지 제4항이 준용된다.”

54) Vgl. Matthias Kötter, DÖV 2005, S. 225 ff.(226 Anm. 5).

55) 이에 관한 자세한 언급은 Matthias Kötter, DÖV 2005, S. 225 ff.

56) BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3. 3. 2004, Absatz-Nr. (1-373)

(1) 1998년 3월 26일의 기본법 개정법률에 따른 기본법 제13조 제3항은 기본법 제79조 제3항과 합치한다.

(2) 절대적으로 보호되는 사생활의 핵심영역(Kernbereich privater Lebensgestaltung)을 인정하는 것은 기본법 제1조 제1항의 인간존엄의 불가침성에 속한다. 이러한 영역에서는 형사소추(Strafverfolgung)의 목적을 위한 주거감청이 이루어져서는 안 된다. 그러한 한에서 주거의 불가침(기본법 제1조 제1항과 결부하여 기본법 제13조 제1항)과 형사소추이익간의 비례의 원칙에 입각한 형량은 이루어지지 않는다.

(3) 주거에 대한 모든 감청이 기본법 제13조 제1항의 인간의 존엄의 내용을 침해하는 것은 아니다.

(4) 주거감청에 관한 법률적 수권은 인간존엄의 불가침성에 대한 보장을 포함해야 하고, 기본법 제13조 제3항의 구성요건과 그 밖의 헌법적 기준에 합치해야 한다.

(5) 그럼에도 불구하고 그러한 수권에 근거한 주거감청에 의하여 절대적으로 보호되는 사생활의 핵심영역으로부터 나오는 정보가 수집된 경우, 그러한 감청은 중단되어야 하고, 녹음된 것은 폐기되어야 한다. 그러한 정보의 모든 사용은 금지된다.

(6) 형사소추의 목적을 위한 주거감청의 실행을 위한 형사소송법 규정들은 인간존엄의 보호(기본법 제1조 제1항), 법치국가원리에 포함되는 비례의 원칙, 효과적인 권리보호의 보장(기본법 제19조 제4항)과 법정진술권(기본법 제103조 제1항)과 관련한 헌법적 요청들을 완전히 충족시키고 있지 못하다.

2. 판결주문

(1) 청구인 1a의 헌법소원은 그의 사망으로 종료되었다.

(2) 1998. 3. 4. 조직적 범죄의 예방 개선을 위한 법률과 추후의 개정법률에 따른 형사소송법 규정들 가운데 제100c조 제1항 제3호, 제100d조 제3항, 제100d조 제5항 제2문과 제100f조 제1항은 기본법 제13조 제1항, 기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항과,

나아가 형사소송법 제101조 제1항 제1문과 제2문은 기본법 제19조 제4항과,
 그리고 형사소송법 제101조 제1항 제3문은 기본법 제103조 제1항과,
 그리고 형사소송법 제100b조 제6문과 결부하여 제100d조 제4항 제3문은 기본법 제19조 제4항과 각각 이유에 설시된 바에 따라서 합치하지 아니한다.

(3) 그 밖에 청구인 1b와 청구인 2의 헌법소원은 기각한다.

(4) 독일연방공화국은 청구인들에게 필요한 소송비용의 2/3를 보상하여야 한다.

3. 사건의 개요

이 사건에서의 헌법소원은 직접 기본법 제13조 제3항과 제4항과 형사소추의 목적으로 행해진 주거감청의 법적 근거가 되는 형사소송법 규정에 대한 것이다.

사건 1의 청구인들은 1998년 3월 26일의 기본법 제13조 제3항과 제4항 및 형사소송법 제100c조 제1항 제3호와 제2항의 주거감청에 관한 법률과 형사소송법 제101조 제1항과 제4항의 개정된 통지규정(geänderte Benachrichtigungsvorschriften)에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인들은 위 열거한 조항들에 의해서 기본법 제1조 제1항과 제3항, 제2조 제1항, 제13조 제1항과 더불어 기본법 제19조 제2항, 제79조 제3항과 제19조 제4항에서 나오는 자신들의 기본권을 현재, 직접 침해당하였음을 주장하였다.⁵⁷⁾

사건 2의 청구인들은 직접적으로는 조직적 범죄 예방 개선을 위한 법률에 대하여, 간접적으로는 기본법 제13조의 개정을 위한 법률에 대하여 헌법소원을 제기하였다. 청구인들은 기본법 제1조 제1항과 제3항, 제2조 제1항, 제19조 제2항과 결부하여 제13조 제1항, 기본법 제79조 제3항, 제19조 제4항, 제103조 제1항으로부터 나오는 기본권의 침해를 주장하였다. 그들은 형사소송법 제100c조 1항 제3호, 제2항 제4문, 제5문, 제100d조 제2항 내지 제5항, 제100e조, 제100f조와 제101조 제1항과 제4항이 헌법에

57) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 50.

위반된다고 주장하였다.

4. 판결이유

이하에서는 헌법소원의 적법요건에 관한 연방헌법재판소의 판단은 생략하고 본안판단의 내용에 대하여 자세하게 알아보기로 한다.⁵⁸⁾

(1) 기본법 제13조 제3항의 위헌여부

청구인들은 헌법개정에 의하여 삽입된 기본법 제13조 제3항이 위헌이라고 주장하였으나, 연방헌법재판소는 이 규정이 합헌이라고 선언하였다.⁵⁹⁾

우선 기본법 제13조 제3항은 형식적으로 합헌적으로 성립되었으며⁶⁰⁾, 또한 기본법 제79조 제3항이 요구하고 있는 헌법개정의 실질적 한계도 준수하였다⁶¹⁾는 것이다.

기본법 제79조 제3항은 기본법 제1조와 제20조에 규정된 원칙들을 침해하는 헌법개정을 금지하고 있다.

우선 기본법 제13조 제3항은 기본법 제1조 제1항의 인간존엄보장과 합치한다는 것이다. 연방헌법재판소의 설명을 그대로 인용하면 다음과 같다.

“인간존엄의 기준은 충돌상황에 이를 수 있는 특수한 사정을 고려하여 보다 자세하게 구체화되어야 한다. 형사소추목적에 위한 주거감청은 일반적으로 기본법 제13조 제1항과 기본법 제1조 제1항과 결부한 제2조 제1항의 인간존엄내용을 일반적으로 침해하지 않는다. 물론 주거감청의 실행의 유형과 방법은 인간존엄을 침해하는 상황을 초래할 수 있다. 그러한 침해에 대하여 기본법 제13조 제3항은 명시적인 법적 보장으로 대응하고

58) 이하 독일 연방헌법재판소 판례의 소제목과 굵은 글씨로 강조한 부분은 필자에 의한 것임.

59) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 103.

60) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 106.

61) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 108.

있다. 그리고 헌법해석을 통해서 확인되는 기준들(Vorgabe)이 추가된다. 따라서 기본법 제13조 제3항에서의 주거감청의 도입을 위한 헌법적 수권은 기본법 제79조 제3항에 위반되지 않는다. 왜냐하면 필요한 법률적 규정은 개별 사례에서 인간존엄이 침해되지 않도록 보장할 수 있고, 하여야 하기 때문이다. 기본법 제13조 제3항의 수권은 단지 이를 보장하는 규정의 제정만을 포함할 뿐이다.”⁶²⁾

한편 기본법 제13조 제3항은 법치국가의 원칙들도 침해하지 않는다는 것이다.⁶³⁾

(2) 형사소송법 규정의 위헌여부

연방헌법재판소는 “형사소송법 제100c조 제1항 제3호, 제2항과 제3항의 주거감청의 실행을 위한 법률적 수권과 형사소송법 제100d조 제3항의 증거수집금지과 증거사용금지규정은 기본법 제13조 제1항과 제3항 및 기본법 제1조 제1항과 결부하여 제2조 제1항에 따라, 사생활의 불가침 영역의 보호, 범죄목록의 구체적 형성과 그 밖에 비례의 원칙의 준수와 관련하여 제기되는 요청들을 충분히 감안하지 못하고 있다. 이 규정들은 기본법과 단지 부분적으로만 합치한다”고 하였다.⁶⁴⁾

(가) 관련되는 기본권

형사소송법에 포함된 주거감청에 대한 수권의 합헌성심사의 기준은 특히 기본법 제13조 제1항과 제3항 및 이와 더불어 기본법 제1조 제1항과 결부하여 기본법 제2조 제1항이다. 이 수권규정에 의하여 가능한 조치들은 또한 기본법 제4조 제1항과 제2항 및 제6조 제1항과 제2항과 같은 다른 기본권과 관련될 수 있다.⁶⁵⁾

기본법 제13조 제1항의 기본권주체는 어떠한 법적 관계에 의거하여 주거를 이용하고

62) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 114.

63) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 153.

64) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 157.

65) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 158.

있는지와 상관없이 주거의 모든 소지자나 거주자이다. 하나의 주택에 다수의 거주자가 사는 경우, 기본권은 모든 개인에게 귀속되며 가족의 경우 모든 가족 구성원이 기본권주체이다. 주거감청조치는 주거소지자 뿐만 아니라 우연히 그 주거에 있는 자도 포함될 수 있다. 후자의 경우 기본법 제13조 제1항의 기본권이 아니라 일반적 인격권이 관련된다.⁶⁶⁾

사생활영역과 일반적 인격권의 보호는 개별적으로는 그 밖의 기본권보장에 의해서 보충될 수 있다. 가령 자신들의 주거에서 부부간의 대화는 기본법 제13조 제1항에 의해서 뿐만 아니라, 추가적으로 기본법 제6조 제1항에 의해서도 보호된다. 또한 직업상 비밀취급자와의 대화와 관련해서도 사생활영역에 대한 기본권보호 외에도 대화자의 특별한 보호필요성을 감안하는 기본권들이 고려될 수 있다.⁶⁷⁾

주거에서의 대화의 도청과 녹음에 대한 법률적 수권은 기본법 제13조 제1항으로부터 나오는 주거의 불가침권과 그리고 기본법 제1조 제1항과 결부하여 제2조 제1항으로부터 나오는 일반적 인격권에 대한 제한이다.⁶⁸⁾

(나) 주거감청의 실행을 위한 법률적 수권의 위헌여부

형사소추를 목적으로 하는 주거감청의 실행을 위한 법률적 수권은 단지 부분적으로만 합헌이다.⁶⁹⁾

① 형사소송법 제100d조 제3항(위법한 정보수집의 경우 그 처리에 관한 규정)의 위헌성

법률적 규정들에는 절대적으로 보호되는 사생활의 핵심영역에 대한 제한이 금지되고, 이로써 인간존엄이 보장되도록 하기 위하여 충분한 조치가 포함되어야 한다. 이러한 금지가 위반되거나 어떠한 조치가 예상과 달리 절대적으로 보호되는 사생활의 핵심영역을 침해하는 경우 이것은 중지되어야 하며, 폐기의무와 사용금지의무에 의해서 그 결과가

66) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 162.

67) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 163.

68) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 164 f.

69) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 168.

제거될 수 있도록 보장하여야 한다. 형사소송법 제100d조 제3항은 이러한 요청들을 충분히 감안하지 못하고 있다.⁷⁰⁾

입법자는 사생활의 핵심영역과 관련하여 요청되는 감청금지(überwachungsverbot)와 증거수집금지(Erhebungsverbot)를 법률적으로 충분히 구체화하고 있지 못하다.⁷¹⁾

기본법 제13조 제3항은 주거감청이 사생활의 핵심영역을 침해하지 않도록 보장하는 법률적 규정의 제정만을 수권하고 있다. 따라서 법률적 규정들은 절대적으로 보호되는 대화가 포함되어 있다는 단서가 존재하는 경우에, 주거에서 비공개적으로 이루어진 말을 도청하고 녹음하는 것을 금지해야 한다.⁷²⁾

공간의 보호필요성은 그 구체적인 유용성에 달려 있다. 주거감청의 합법성에 대한 요건들은 그 감청으로 인하여 고도의 개인적 내용의 대화가 포착될 개연성이 크면 클수록, 더욱 엄격하여 진다. 그러한 개연성은 가장 밀접한 가족구성원들과, 그리고 그 밖의 가장 가까운 신뢰관계에 있는 자와, 또한 개별적인 직업상 비밀취급자와의 대화를 도청하는 경우에, 전형적으로 존재한다. 이러한 인적 범위에 있어서는, 피의자와 이러한 사람들 간의 대화내용이 아무런 절대적 보호를 요구하지 않는 경우에만, 특히 대화를 주도하는 사람이 범행에 참여하는 경우에 감시조치가 취해질 수 있다. 그러한 대화내용에 대한 구체적인 혐의는 영장발부의 시점에 이미 존재해야 한다. 그러한 혐의가 주거감청에 의해서 비로소 얻어져서는 아니 된다.⁷³⁾

이에 따라 헌법적으로 요청되는 수권의 법률적 한계가 형사소송법 제100d조 제3항에 서는 단지 부분적으로만 포함되어 있다. 이 규정은 사실관계가 사생활의 불가침 영역에 해당하는 경우에 주거감청이 중단된다는 일반적인 고려를 기초로 하고 있기는 하지만, 이러한 헌법적 한계를 충분하게 구체화하고 있지 못하다.⁷⁴⁾

입법자는 형사소송법 제100d조 제3항에서 예상치 못하게 사생활의 불가침적 핵심영

70) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 169.

71) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 170.

72) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 171.

73) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 172.

74) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 173.

역에 해당하는 상황이 출현하는 경우에 감청이 중단되도록 할 수 있는 충분한 보장책도 마련하지 못하였다. 그러한 경우 감청을 계속하는 것은 위법하다.⁷⁵⁾

마찬가지로 사생활의 핵심영역의 침해 하에 정보가 획득되는 경우에 그 사용이 금지된다는 것과, 그리고 이러한 경우에 이미 얻은 정보는 폐기되어야 한다는 것에 대하여도 충분한 규정들이 결여되어 있다.⁷⁶⁾

기본법은 두 가지 관점에서 입법자에 대하여 요청을 하고 있다.⁷⁷⁾

첫째, 헌법은 사생활의 핵심영역으로부터 유래하는 정보들이 사용되어서는 안된다는 데 대한 규정을 요구하고 있다.⁷⁸⁾

주거감청과 관련한 사생활의 핵심영역의 침해 위험은 헌법적으로 다음과 같은 보장책이 존재하는 경우에만 감수될 수 있다. 즉 예외적으로 이루어진 침해로부터 후속적인 결과가 발생하지 않을 것이다. 침해를 통해 얻은 정보는 결코 후속적인 수사절차에서나 다른 관계에서도 사용되어서는 안된다는 것이 보장되어야 한다.⁷⁹⁾

우선 형사소추를 담당하는 기관이 가령 주거감청으로 인하여 절대적으로 보호되는 대화들이 포착될 수 있는 개연성이 존재함에도 불구하고, 수권범위를 넘어서서 주거감청을 실행하는 경우에 포괄적인 사용금지(Verwertungsverbot)가 필요하다. 증거수집금지가 적용되는 시간 내에 획득한 정보들은 전체적으로 그리고 그 내용을 불문하고 형사소송에서 사용되어서는 아니 된다. 이것은 본안소송에서의 증거로서의 사용과 관련해서 뿐만 아니라, 그 밖의 관계에서 수사를 위한 단서로서 고려되는 한에서도 마찬가지이다.⁸⁰⁾

75) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 179.

76) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 180.

77) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 181.

78) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 182.

79) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 183.

80) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 184.

상황에 따라서 수집금지를 전제로 할 수 없었으나, 주거감청의 실행 중에, 극도의 사적인 대화의 도청을 초래하는 상황이 발생하는 경우에는 사용금지가 적용된다. 실무에 있어서는 주거 내에서 절대적으로 보호되는 대화가 기대될 수 있는지 여부에 대하여 설명을 해 줄 수 있는 충분히 객관적인 징표가 존재하지 않는 사례들이 항상 계속해서 출현할 수 있다. 주거 내에 체류하고 있는 가장 밀접한 가족구성원들의 공범혐의도 항상 의심의 여지없이 판단될 수 있는 것은 아니다. 가령 사전의 관찰을 통한 상응하는 노력에도 불구하고 피의자의 사회적 정황에 따른 분명한 구분이 가능하지 않은 경우에는, 형사소추기관에 의한 보다 확실한 예측이 이루어질 수 없다. 따라서 증거수집금지에 보충적으로 포괄적인 핵심영역보호를 위한 사용금지가 불가결하다. 사생활의 불가침 영역과 관련된 행위들로부터 나오는 정보들은 헌법적으로 절대적인 사용금지 하에 놓이며, 본안소송에선 지속적인 수사의 단서로서도 활용되어서는 안된다(vgl. BVerfGE 44, 353 <383 f.>).⁸¹⁾

둘째, 사생활의 핵심영역으로부터 유래하는 정보들이 수집된 한에서 이것들은 지체없이 폐기되어야 한다. 기본법 제19조 제4항에 따른 효과적인 권리보호의 원칙도 이를 막지는 못한다. 그러한 한에서 수집되어서는 안 되었던 극도의 사적인 정보들을 계속 보관하는 모든 행위는 인격권침해를 심화시킬 수 있는 위험을 초래한다는 사실이 중요하다. 그러한 한 사후적인 권리구제를 위해서도 폐기된 정보의 도청과 녹음이 위법하게 이루어졌다는 사실과 정보폐기의 의무가 존재한다는 사실에 대한 확인만이 이루어질 수 있을 것이다. 녹음이 위법하게 이루어졌다고 하는 관청의 확인이 폐기의 기초가 되고 있다면, 정보가 즉시 폐기되었다 하더라도 헌법적으로 충분히 권리구제가 이루어질 수 있다. 물론 관계자가 형사소추기관에 의해서 어떠한 대화내용이 감청되었는지에 대하여 완전히 알고자 하는 가능한 이익이 충족되지는 못할 것이다. 하지만 이러한 사항은 계속적 보관으로 초래될 수 있는 지속적인 기본권침해의 위험성을 정당화할 수는 없다.⁸²⁾

81) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 185.

82) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 186.

원본뿐만 아니라 경우에 따라서 그 사이에 작성한 복사본도 모두 폐기되어야 한다. 형사소추기관은 기본법 제19조 제4항과 관련해서 절대적으로 보호되는 대화내용에 관한 녹음이 이루어진 사실과 따라서 이와 관련한 녹음이 완전히 폐기되었다는 사실을 서면으로 확인하여야 의무를 진다.⁸³⁾

그런데 입법자는 이러한 헌법적 기준을 만족시키는 법률적 규정들을 단지 부분적으로만 제정하였다는 것이다.⁸⁴⁾

형사소송법 제100d조 제3항 제1문은 동법 제53조에 따른 직업상비밀취급자와의 대화가 법률적인 금지의 위반 하에 도청되고 녹음되는 경우에 증거사용금지가 적용된다고 해석될 수 있다. 이에 반하여 다른 사실관계에 대해서는 절대적 사용금지가 결여되어 있다. 오히려 입법자는 형사소송법 제52조와 제53a조에 따른 증언거부권자와의 대화의 사용에 있어서 비례원칙의 의의를 강조하는 데 국한하였다.⁸⁵⁾

그 밖에 헌법상 존재하는 증거사용금지의 준수는 보충적인 절차법적 보장을 필요로 한다. 그러나 이러한 규정이 결여되어 있다.⁸⁶⁾

사생활의 핵심영역의 보호는 관계자 자신에 의한 권리구제가능성이 일반적으로 결여되어 있다는 사실을 고려할 때 - 만일 즉시 폐기가 되지 않는다면 - 형사소추기관에 의해서 획득된 정보를 본안소송에서나 또는 다른 소송에서 수사의 단서로서 사용할 가능성을 판단하는 것이 형사소추기관의 의무일 뿐만 아니라, 이에 대하여 관계자의 이익

83) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 187.

84) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 188.

85) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 189.

86) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 190.

을 지켜줄 수 있는 독립된 기관이 결정하는 경우에만 충분히 보장될 수 있다.⁸⁷⁾

형사소송법 제100d조 제3항 제5문은 그러한 절차법적 보장을 충분히 규정하고 있지 못하다. 이 규정에 따르면 예비소송에서 영장 발부 법원이 획득된 정보의 사용가능성에 대하여 결정하기는 한다. 하지만 이 규정은 연방의회의 법사위원회의 제정이유와 동 규정의 체계적 위치에 따르면 피의자와 증언거부권자와의 대화에 관한 도청조치들과 관련될 뿐이다. 따라서 이 규정은 제한된 적용범위를 가지고 있는 것이다.⁸⁸⁾

특히 누가 이러한 결정을 신청하였는지, 그리고 법원을 개입시킬 의무가 존재하는지에 대한 분명한 규정이 결여되어 있다. 주거감청과 관련된 자들은 이러한 소송단계에서 일반적으로 동 조치에 대하여 전혀 알고 있지 못하며, 따라서 스스로 적극적으로 활동할 수 없다. 형사소송법 제100d조 제3항 제5문에 따라 법원의 결정을 얻어야 할 것인지는 형사소추기관의 손에 달려 있다. 형사소송법 제100d조 제3항 제5문은 영장발부 법원에 대해서도 또한 형사소추기관에 대해서도 그 문언에 따를 때 예비소송에서의 정보의 사용가능성에 대한 결정을 직권으로 내려야 할 의무를 규정하고 있지 않다.⁸⁹⁾

이러한 규정을 기초로 할 때 사용금지의 준수도 보장될 수 없다. 합헌적 상태를 회복시키기 위해서는, 주거감청에 의해서 획득된 정보의 사용은 가령 형사소송법 제100d조 제3항 제5호에 명시된 법원과 같은 독립된 기관에 의해서 사전에 그 사용가능성이 심사된 경우에 한에서만 허용하는 규정이 필요하다.⁹⁰⁾

사생활의 핵심영역으로부터 유래하는 수집된 정보의 폐기원칙은 형사소송법 제100b

87) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 191.

88) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 192.

89) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 193.

90) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 194.

조 제6항과 결부하여 제100d조 제1항 제2문에 규정되어 있지 않다. 이 규정은 단지 합법적으로 획득한 정보가 더 이상 형사소추를 위해서 필요하지 않을 경우에, 그 폐기에 대해서만 규정하고 있을 뿐이다. 구두변론의 결론에 따를 때, 핵심영역과 관련한 정보의 즉시적 폐기의 원칙이 결여됨으로 인하여 정보에 대한 처리에 있어서 상당한 불확실성을 초래하게 된다. 특히 결과적으로 원본녹음은 흔히 장기간에 걸쳐 보관을 하게 된다. 이 규정이 결여된 것은 기본권보호를 위태롭게 한다.⁹¹⁾

② 형사소송법 제100c조 제1항 제3호(정보수집의 수권규정)의 위헌성:

주거감청이 절대적으로 보호되는 사생활의 핵심영역과 관련되지 않는 한에서, 그 합헌성은 기본법 제13조 제3항에서 부분적으로 자세하게 특수화되어 있는 비례원칙의 준수를 전제로 한다. 다투어지고 있는 규정들은 이러한 요청들을 완전히 충족하고 있지 못하다. 이 규정들은 정당한 목적을 추구하고는 있으며, 그 목적 달성을 위해서 적합하기도 하고 필요하기도 하다. 주거감청의 실시는 기본법 제13조 제3항에 의한 특별히 중대한 범죄에 국한된다고 하는 것이 형사소송법 제100c조 제1항 제3호에서 단지 부분적으로만 준수되고 있다. 그 밖에 법률적 수권에는 제한적 해석을 하는 경우 헌법적 문제가 없다.⁹²⁾

연방헌법재판소가 위에서 제기하고 있는 형사소송법 제100c조 제1항 제3호의 헌법적 문제점을 보다 자세히 살펴보면 다음과 같다.

주거감청이 절대적으로 보호되는 사생활의 핵심영역과 관련되지 않는 한에서, 헌법개정입법자는 기본법 제13조 제3항에서 비례의 원칙을 구체화하면서 그 합법성에 관한 특별한 요건들을 제시하였다. 형사소송법 제100c조 제1항 제3호에 열거된 범죄목록은 기본법 제13조 제3항의 의미에서 특별히 중대한 범죄에 국한하지 않고 있는 한에서, 이러한 헌법적 요건들을 충족하고 있지 못하다.⁹³⁾

91) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 195.

92) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 197.

93) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 225.

헌법개정입법자는 범죄혐의가 법률에 의하여 개별적으로 규정된 특별히 중대한 범죄와 관련되어야 한다는 의미로 기본법 제13조 제3항에서의 수권을 제한하였다. 따라서 형사소송법 제100c조 제1항 제3호의 수권은 여기에서 열거된 소위 목록범죄에 국한되어 있다. 기본법 제13조 제1항의 주거의 자유의 기본권에 대한 강력한 침해는 특별히 중대한 범죄의 경우에만 정당화된다고 하는 요청을 입법자는 명시적으로 입법자료에서 인정한 바 있지만, 문자 그대로 실행하지는 않았다. 형사소송법 제100c조 제1항 제3호의 범죄목록에 입각해서는 거기에서 열거된 다양한 중죄(Verbrechen)와 경죄(Vergehen)가 어떠한 기준에 따라서 선택된 것인지를 알 수 없다. 언급되고 있는 규정들은 각각 상이한 법익의 보호에 기여하며, 그 범죄들은 각각 상이한 불법내용을 제시하고 있다. 범죄의 특별한 중대성이 각각의 형벌범위에 의해서 항상 암시되고 있지도 아니다. 벌금형이나 최소형량으로서 3개월 자유형이 규정된 범죄와 최고 3년의 자유형 및 종신형에 이르는 범죄까지 열거되어 있다. 이러한 범죄목록은 특별히 중대한 범죄의 형사소추에 주거감청을 제한하여야 한다고 하는 헌법적 요청을 부분적으로만 만족시키고 있을 뿐이다.⁹⁴⁾

구성요건적 불법의 중대성에 대해서는 침해된 법익의 중요성과 그리고 구성요건에 기술되어 있는, 경우에 따라서는 가중요건에도 포함되어 있는 다른 범행의 표지들과 범행 결과가 기준이 된다. 이러한 것들만으로 이미 평균을 분명히 넘어서는 각각의 범죄구성요건의 특별한 중대성을 설명할 수 있어야 한다.⁹⁵⁾

하지만 입법자는 형법 제12조의 의미에서의 중죄(Verbrechen)로 구분될 수 있는 구성요건들의 선택에 국한시키지 않았다. 헌법개정입법자가 범죄를 중죄와 경죄로 구분하고자 하였다면, 기본법 제13조 제3항을 그에 상응하게 표현하는 것이 타당했을 것이다. 경죄구성요건들을 심판대상 규정의 범죄목록에 수용하는 것도 이 구성요건들이 특별히 중대한 범죄의 표지를 충족하는 경우에는 기본법 제13조 제3항에 따라 허용된다.⁹⁶⁾

기본법 제13조 제3항에 의하여 입법자는 고려되고 있는 범죄를 선택함에 있어서 전형

94) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 226.

95) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 227.

96) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 230.

적으로 조직적 범죄의 현상이라고 할 수 있거나, 구체적인 사건에서 이러한 정황가운데서 범해지는 범죄들로만 국한해야 하는 것은 아니다. 조직적 범죄의 예방이 기본법 제13조의 개정의 배경과 계기였고 계기인 것만은 사실이다. 하지만 그렇다고 하여 제3항에서 오로지 조직적 범죄에 해당하는 범죄에 범죄목록을 국한하여야 하는 것은 아니다.⁹⁷⁾

다른 한편 범죄는 그것이 조직적 범죄에 전형적인 것이라고 해서 특별히 중대한 것으로 간주될 수 있는 것은 아니다. 이러한 상황에서 중대한 범죄는 물론 경한 범죄도 역시 범해질 수 있다. 어떠한 범죄가 조직적 범죄의 형태로 행해지는데, 이러한 범죄의 형태가 구성요건에 반영되어 있지 않거나 동시에 범행의 특별히 중대한 불법의 근거가 없는 경우 기본법 제13조 제3항을 만족할 수 없다.⁹⁸⁾

기본법 제13조 제3항 제1문은 열거된 목록범죄들이 개별사례에 있어서 뿐만 아니라 그 자체로서 이미 특별히 중대한 것을 요구하고 있다. 이미 어떠한 범죄가 개별사례에서 중대한 불법성을 띠 가능성이 있기만 하면 범죄목록에 받아들여지게 충분한 것으로서 간주될 경우, 기본법 제13조 제3항에 있는 특별히 중대한 범죄라고 하는 표지는 감청조치를 제한하는 기능을 더 이상 수행하지 못하게 될 것이다. 왜냐하면 결국 형법전의 거의 모든 범죄는 개별 사례에서는 특별히 중대한 수 있으며, 따라서 범죄 목록에 받아들여질 수 있을 것이기 때문이다. 기본법 제13조 제3항을 이와 같이 해석하는 경우 범죄목록의 구체화는 임의적이 될 것이며, 특히 자의적으로 확대될 수 있는 가능성도 있다.⁹⁹⁾

형사소송법 제100c조 제1항 제3호를 제한적으로 해석하는 경우 주거감청에 의한 제한은 추상적으로 중대한 목록범죄의 혐의가 구체적인 사례에 있어서도 특별히 중대한 비중을 가질 것을 전제로 하고 있다. 왜냐하면 주거의 자유의 기본권에 대한 제한은 개별 사례에 있어서도 범죄로 인하여 초래되는 법익침해를 고려하여 정당화되어야 하기 때문이다.¹⁰⁰⁾

중대성에 대한 준거점은 관련 법익에 대한 범죄의 결과이다. 모살죄나 고살죄의 경우

97) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 231.

98) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 232.

99) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 233.

100) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 234.

와 같이 일정한 범죄에 있어서는 개별사례에 있어서의 충분한 중대성이 이미 침해된 법익에 암시되어 있으나, 다른 경우에는 상세한 확인을 필요로 한다.¹⁰¹⁾

입법자는 목록범죄의 규정을 추상적으로 고찰할 때, 기본법 제13조 제3항의 의미에서 특별히 중대한 범죄들에만 국한시키지 아니하였다.¹⁰²⁾ 그와 같이 하지 않은 한에서, 형사소송법 제100c조 제1항 제3호는 기본법 제13조 제3항을 충족하지 못한다. 연방헌법 재판소는 연방헌법재판소법 제78조 제2항 및 제82조 제1항에 따라서 헌법소원 이후에 개정된 형사소송법 조항들의 위헌여부에 대해서도 확대하여 심사하였다.¹⁰³⁾

입법자는 범죄의 불법내용을 규정함에 있어서 그리고 어떠한 범죄가 주거감청을 위한 체계가 되어야 하는지를 결정함에 있어서 판단여지를 갖는다. 기본법 제13조 제3항과 관련하여 추상적으로는 특별히 중대한 범죄가 문제로 되어야 한다. 이를 위해서 법정형은 기준이 되는 준거를 제공한다. 기본법 제13조 제3항의 의미에서의 범죄의 특별한 중대성은 입법자가 여하간 최고법정형을 5년의 자유형 이상으로 평가한 경우에만 인정할 수 있다. 법률적 체계에 따라서는 5년 이상의 법정형을 갖는 구성요건에서도 최고 10년의 자유형이나 그 이상이 규정되기도 한다. 특별한 중대성은 특별히 중대한 불법적 범죄를 제시하고 있으며, 따라서 중간적 범죄영역을 명시적으로 벗어나는 그러한 범죄들에 유보되어 있다.¹⁰⁴⁾

이러한 기준을 적용하게 되면 그 법정형을 고려할 때, 명백히 중간적 범죄영역에 해당된다고 할 수 있는 그러한 범죄구성요건들을 형사소송법 제100c조 제1항 제3호에 받아들인 것은 위헌이다.

심판 당시 적용되던 형사소송법 제100c조 제1항 제3호 a에서 여기에 해당하는 것을 들면 다음과 같다. 보장기능이 있는 지불카드와 유로수표용지 위조의 예비(형법 제149조 제1항과 결부하여 제152b조 제5항), 유괴의 예비(형법 제234a조 제3항), 자금세탁, 불법 재산가치의 은닉(형법 제261조 제1항, 제2항), 중수뢰(형법 제332조 제1항, 제3

101) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 235.

102) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 236.

103) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 236.

104) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 238.

항과 결부해서도), 중뇌물공여(형법 제334조)이다.

형사소송법 제100c조 제1항 제3호 b에서는 다음과 같은 것들을 들 수 있다. 즉 제51조(제2항에 따른 가중을 예외로)와 제52조 제1항 제1호와 제2호 c와 d, 제6항, 무기법 제34조 제1항 내지 3항, 무역법 제19조 제1항과 제3항 제1호 제22a조 제1항 제3항, 전쟁무기통제법이 그것이다.

형사소송법 제100c조 제1항 제3호 c에서는 다음과 같은 것들을 들 수 있다. 즉 형법 제129조와 결부하여 마약관리법 제30b조.

형사소송법 제100c조 제1항 제3호 d에서는 침략전쟁선동죄(형법 제80a조), 국가기밀수집죄(형법 제96조 제2항), 간첩목적의 정보수집활동(형법 제98조 제1항 제1문), 타국정보기관을 위한 간첩활동(형법 제99조 제1항), 간첩목적의 위조죄(형법 제100a조 제1항과 제2항).

끝으로 형사소송법 제100c조 제1항 제3호 e에서는 다음과 같은 것들을 들 수 있다. 즉 범죄단체조직의 특별히 중대한 사례(형법 제129조 제1항과 결부하여 제4항), 테러단체의 지원(형법 제129a조 제3항 제5항 제1문 후단과 제2문, 각각 제129b조 제1항과 결부해서도)이다.¹⁰⁵⁾

최고 5년 이상의 자유형이 규정되어 있는 범죄를 목록에 받아들인 것은 헌법적 기준을 충족한다. 가령 형법 제261조 제4항이나 무기법 제51조 제2항과 같이 특별한, 하나의 가중요건 내에서 최소한 전형적 사례를 들어서 보다 상세히 서술하고 있는 구성요건적 전제조건 하에서 최고 5년 이상을 규정하고 있는 그러한 가중요건을 적시하는 것은 헌법적 문제가 없다. 기본구성요건이 이 요청들을 충족하는 경우에 입법자에 의해서 구성요건적으로 자세하게 확정되지는 않은, 덜 중대한 사례의 경우에, 자유형 5년 이하의 최고형이 규정되어 있는 한에서 그러한 구성요건은 목록으로부터 제외되지 않는다.¹⁰⁶⁾

그 밖에 법률적 수권은 제한적으로 해석하는 경우에 기본법 제13조 제3항과 좁은 의미에서의 비례의 원칙의 요청들을 충분히 감안하였다.¹⁰⁷⁾

105) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 239.

106) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 241.

③ 제100d조 제5항 제2문과 제100f조 제1항: 정보의 전달에 관한 규정의 위헌성

개인관련 정보의 다른 소송에서의 사용에 관한 형사소송법 제100d조 제5항 제2문과 제100f조 제1항의 규정들은 계속 전달되는 정보들에 대한 표시의무가 설정되지 않고 있는 한에서, 기본법 제13조 제1항, 제2조 제1항, 제1조 제1항과 합치하지 아니한다.¹⁰⁸⁾

형사소추를 목적으로 하는 주거감청에 의하여 획득한 정보들의 전달에 관한 규정들(형사소송법 제100d조 제5항과 제100f조 제1항)에 대하여 청구인들은 적법한 기간 내에 청구하지 않았지만 연방헌법재판소는 규정의 체계상 직권으로 그 위헌여부에 대하여 심사하였다.¹⁰⁹⁾

형사소송법 제100d조 제5항 제2문과 제100f조 제1항은 그 자체로 보건대 헌법적으로 문제되지 않는다. 특히 이 규정들이 허용하고 있는 주거감청을 통하여 획득한 개인관련 정보들의 목적변경에는 아무런 헌법적 문제점이 없다.¹¹⁰⁾

주거감청을 통하여 획득한 개인관련 정보와 데이터의 저장은 원칙적으로 정보수집의 목적과 조사절차에도 구속된다. 획득한 정보들이 원래 추구하던 것과 다른 목적으로 사용되어야 하는 경우, 이것은 원칙적으로 별도의 기본권제한이라고 할 수 있다. 왜냐하면 기본법 제13조 제1항의 보호는 주거 내와 외에서의 정보수집의 단계에서만 아니라 계속적 전달까지도 포함하기 때문이다.¹¹¹⁾

목적구속의 원칙은 목적변경을 일반적으로 배제하는 것은 아니다. 하지만 그 자체로는 형식적 및 실질적으로 합헌인 법률적 근거를 필요로 한다. 목적변경이 기본권적으로 보호되는 이익보다 우월한 공익에 의하여 정당화된다고 하는 것도 여기에 포함된다. 끝으로 정보수집이 이루어진 사용목적과 변경된 사용목적이 서로 불합치 하여서는 안 된다.¹¹²⁾

107) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 242.

108) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 328.

109) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 329.

110) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 329.

111) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 333.

문제가 되고 있는 규정들은 이러한 요건들을 그 자체로서 보면 충족하고 있다.¹¹³⁾

형사소송법 제100d조 제5항 제2문에 따르면, 제100c조 제1항 제3호에 따른 조치에 의하여 획득된 개인관련 정보는, 그 정보를 분석하는 경우에 제100c조 제1항 제3호에 명시된 범죄의 해명을 위하여 필요한 인식을 얻을 수 있는 한에서만, 다른 형사소송에서 증거목적으로 사용될 수 있다. 나아가 형사소송법 제100f조 제1항에 따른 정보들은 사람의 생명, 신체나 자유 또는 상당한 물적 또는 재산적 가치에 대한 구체적 사건에서 존 재하는 위협의 방지를 위하여 사용될 수 있다. 이러한 규정으로 입법자는 특별법적인 사용제한(Verwendungseinschränkungen)을 규정하였다. 이러한 사용제한은 형사소송법 제477조 제2항의 일반적 규정에 의하여 영향을 받지 않는다.¹¹⁴⁾

형사소송법 제100f조 제1항 후단에 따라서 위협방지를 위하여 형사소송과정에서 획득한 정보들을 경찰청에 전달함에 있어서도 목적변경을 위한 전제조건들은 마찬가지로의 원칙들을 지향하여야 한다. 이 데이터들이 중대한 기본권제한을 통하여 획득되었기 때문에, 위협방지의 차원에서 주거의 불가침의 기본권에 대한 상응하는 제한에 적용되는 그러한 조건 이하로 전달가능성을 하향시키는 것은 정당화되지 않을 것이다. 따라서 형사소송법 제100c조 제1항 제3호에 따라 획득된 데이터를 예방적·경찰적 목적을 위하여 관청에 전달하는 데 대한 법률적 규정은 기본법 제13조 제4항에서 주된 제한과 관련하여 내려진 헌법적 평가들을 고려하여야만 한다.¹¹⁵⁾

이러한 기준에 따를 때, 형사소송법 제100f조 제1항 후단은 헌법적으로 문제될 것이 없다. 이 규정은 위협정도와 보호법익의 중요성과 관련해서는 기본법 제13조 제4항이 규정하고 있는 예방적·경찰적 주거감시를 위한 전제조건과 비교되는 요건들을 만족시키고 있다.¹¹⁶⁾

형사소송법 제100f조 제1항은 “방지(Abwehr)”와 “구체적 사건에서(im Einzelfall)”라고

112) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 334.

113) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 335.

114) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 336.

115) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 342.

116) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 343.

하는 구성요건적 표지들로써 정보의 전달이 경찰법적 의미에서 구체적 위험이 존재하는 경우에만 고려된다는 것을 분명히 하고 있다. 기본법 제13조 제4항과 달리 형사소송법 제100f조 제1항은 정보의 전달을 위해서 명시적으로 급박한 위험을 요건으로 하고 있지는 않다. 하지만 위험이 급박하여야 한다는 것은 형사소송법 제100f조 제1항을 헌법합치적으로 해석할 경우에 기본법 제13조 제4항으로부터 도출된다.¹¹⁷⁾

하지만 획득된 데이터의 계속적 사용에 관한 규정들은 입법자가 주거감청으로부터 유래하는 데이터의 표시의무를 규정하지 않은 한에서 기본법 제13조 제1항과 또한 기본법 제1조 제1항과 결부하여 기본법 제2조 제1항에 합치하지 아니한다.¹¹⁸⁾

목적구속은 정보수집 이후에도 주거감청조치를 통해서 획득된 데이터라는 점을 알 수 있을 경우에만 보장된다. 따라서 데이터의 그와 같은 표시는 헌법적으로 요청된다. 입법자는 목적구속을 보장하기 위하여 데이터를 수집하는 관청에는 물론 데이터를 전달받는 관청에 대해서도 표시의무를 부과하여야 한다. 그렇지 않은 경우 주거감청으로부터 유래하는 데이터들은 그 유래를 더 이상 알 수 없는 방법으로 저장되고, 다른 데이터와 섞이게 될 수 있을 것이다.¹¹⁹⁾

④ 정보의 폐기에 관한 규정들의 위헌성

정보전달에 관한 규정들과 마찬가지로 정보수집에 관한 규정들과 헌법적으로 상당한 관련이 있는 형사소송법 제100d조 제4항 제3문, 제100b조 제6항의 정보폐기에 관한 규정들은 기본법 제19조 제4항에 위반된다.¹²⁰⁾

정보처리의 계속적 단계에까지도 미치는 기본법 제13조 제1항의 보호는 합법적으로 획득한 데이터들도 그것이 확정된 목적을 위하여 더 이상 필요하지 않는 즉시 폐기될 것을 요구하고 있다. 하지만 데이터폐기에 관한 규정들은 동시에 효과적인 권리보호의

117) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 344.

118) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 346.

119) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 347.

120) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 348.

원칙을 충족해야 한다. 그러한 한에서 한편으로 더 이상 필요하지 않은 데이터를 폐기하는 것은 정보보호에 상응한다는 점과, 다른 한편 폐기를 통해서 효과적인 권리보호가 불가능해지지 않는다는 하더라도 어렵게 될 수 있다는 점을 통해서 특수한 갈등상황이 출현할 수 있다. 왜냐하면 서류의 폐기 후에는 사건의 경과에 대한 사후심사가 제한적으로만 가능하기 때문이다. 이러한 배경 하에서 관계자가 국가의 정보 및 데이터처리조치에 대한 사법적 통제를 추구하는 사건에 있어서 권리보호가 유명무실하거나 불가능하게 되지 않도록, 폐기의무는 권리보호의 보장과 조화를 이루어야 한다.¹²¹⁾

이것은 관계자가 원칙적으로 추정적인, 진지한 권리보호나 또는 정보보호권의 주장에 대한 이익을 관할 기관에 대하여 가질 수 있는 사건에서는 데이터들을 폐기하지 말되, 이의 사용을 차단하여 관계자의 정보를 위한 목적과 사법적 통제를 위한 목적 외의 다른 목적을 위해서는 사용될 수 없도록 하는 방법으로만 이루어질 수 있다. 이 정보는 조치의 합법성에 대한 사법심사를 위해서도 더 이상 필요하지 않다고 하는 것이 보장될 경우에 비로소 폐기를 고려할 수 있다.¹²²⁾

형사소송법 제100d조 제4항과 제100b조 제6항은 그러한 보장책을 마련하고 있지 못하다. 형사소송법 제100d조 제4항 제3문은 전기통신감청 수행후의 데이터폐기에 관하여 규정하고 있는 형사소송법 제100b조 제6항을 준용하고 있다. 이에 따르면 조치에 의하여 획득한 서류들은 형사소추를 위해서 더 이상 필요하지 않은 경우에는, 검찰의 감독 하에 지체 없이 폐기되어야 한다. 형사소송법 제100d조 제4항 제3문과 제100b조 제6항은 권리보호가능성을 보장하는 해석을 허용하지 않는다. 오히려 이 규정들은 이러한 서류들이 형사소추를 위해서 더 이상 필요하지 않는 즉시 제한 없이 동 서류의 폐기를 명하고 있다.¹²³⁾

121) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 349.

122) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 350.

123) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 351.

VI. 니더작센주 경찰법에 관한 2005. 7. 27. 독일 연방헌법재판소의 위헌무효판결(1 BvR 668/04)

1. 판결요지

(1) 법률의 개정으로 인하여 새로운 기본권제한을 초래하는 경우, 관련 기본권은 개정된 법률이 이미 기본법 제19조 제1항 제2문의 의미에서 인용규정(Zitervorschrift)을 포함하고 있는 경우에도 개정법률에 관련된 기본권이 적시되어야 한다.

(2) 연방입법자는 종국적으로 전기통신감청조치를 통한 범죄소추를 규율하는 기본법 제74조 제1항 제1문으로부터 나오는 입법권한을 행사하였다. 따라서 支邦들은 경찰에 대하여 범죄의 소추를 위한 조치의 목적으로 전기통신감청을 수권할 권한이 없다.

(3) 전기통신감청을 통한 범죄의 예방과 그 소추조치를 위한 법률적 수권의 명확성과 비례성에 관한 요건들에 대하여

2. 판결주문

2003. 12. 11. 니더작센주 위험방지법 개정법률 제1조에 의하여 개정되고 2005. 1. 19. 공포된 니더작센주 공공의 안녕과 질서에 관한 법률(이하 '니더작센주 경찰법'이라 함) 제33a조 제1항 제2호와 제3호는 기본법 제10조와 합치하지 아니하고 무효이다.

니더작센주는 청구인에게 필요한 비용을 보상하여야 한다.

3. 사건의 개요

(1) 심판대상

헌법소원은 니더작센주 경찰법 제33a조 제1항 제2호와 제3호(이하 ‘이 사건 규정’이라 함)를 직접 다투고 있으며, 또한 상당한 의미가 있는 범죄의 소추와 예방을 위한 조치로서 전기통신의 감청과 녹음을 통하여 개인관련 정보를 수집하는 경찰의 권한에 대하여 다투고 있다.

(2) 니더작센주 경찰법의 연혁

1994년 1월 니더작센주 경찰은 당시까지의 위험방지업무에 보충하여, 장래의 위험을 방지할 수 있는 준비를 하고, 위험방지의 일환으로 범죄의 소추를 위해서도 조치를 취하며 범죄를 예방할 수 있는 권한을 부여 받았다(1994. 2. 18. 니더작센주 공공의 안녕과 질서에 대한 법률개정법률로 개정된 니더작센주 위험방지법 제1조 제1항 제2문과 제3문). 업무의 증가는 이 가운데 전화정보의 녹음과 특히 주거 내에서도 가능한 기술적 장비의 비밀설치권한의 창설에 기인하였다.

1997년 말 1997. 11. 28. 정보보호법, 위험방지법 및 행정절차법규정의 개정법률에 의하여 개정된 니더작센주 위험방지법이 새로이 전면 개정되었다. 그 이후로 주거에서의 비밀도청은 누군가가 상당한 의미가 있는 범죄를 범할 수 있는 위험의 방지를 위해서도 허용되었다. 2001. 9. 11. 사건 이후에 니더작센주 위험방지법은 새로이 개정되었으며 경찰의 권한이 확대되었다.

2003. 12. 11.의 니더작센주 위험방지법 개정법률 제1조에 의하여 개정되고 2005. 1. 19. 법률로 새로이 공포된 법률은 다시 과거의 “니더작센주 공공의 안녕과 질서에 관한 법률”이라고 하는 명칭을 가지게 되었고, 이 개정법률에 의하여 청구인이 위헌이라고 주장하고 있는 제1항 제2호와 제3호가 창설되었으며, 그 내용과 관련규정은 이미 위(제2장, II, 4)에서 소개하였으므로 여기에서는 생략하기로 한다.

(3) 청구인의 주장요지

청구인은 기본법 제10조 제1항과 제5조 제1항 및 제2조 제1항으로부터 나오는 기본권을 침해받았다고 주장하였다.

청구인은 이 사건 규정에 의하여 기본법 제10조 제1항으로부터 나오는 통신의 비밀을 침해받았다고 주장하고 있다. 니더작센주 경찰법 제33a조 제1항 제2호는 자신에 대한 범죄혐의가 존재하지 않거나, 자신에 대하여 경찰법적 의미에서의 위협을 발견할 수 없음에도 불구하고, 자신의 전화통화가 비밀리에 도청되고 녹음될 수 있는 결과를 초래하고 있다는 것이다. 그리고 이 규정에 따른 감청을 위한 제한된 전제조건은 기본권보호를 충족하고 있지 못하다는 것이다. 장래 중대한 범죄를 저지를 것이라고 인정할 수 있는 사실의 개념은 너무나 일반적이고 불확정적이어서, 이 규정의 적용을 실효성 있게 제한할 수 없다는 것이다. “이러한 범죄의 소추나 예방을 위한 조치가 다른 방법으로는 가능하지 않은 것으로” 보이는 경우라고 하는 제한도 경찰로 하여금 극도로 광범위한 판단여지를 부여하고 있다는 것이다. 다른 조치들의 경우 관련자들이 알아차릴 수 있는 위협이 있기 때문에, 비밀 전화감청은 보통 범죄소추를 위해서 유일하게 가능한 수단인 것으로 보인다는 것이다. 끝으로 우려되는 장래의 범죄를 “상당한 의미가 있는” 범죄에 국한하는 것으로 기본권제한이 정당화될 수는 없다는 것이다. 어떠한 범죄가 이러한 개념에 속하는지를 니더작센주 경찰법 제2조 제10호가 규정하고 있지만, 이 규정은 b호에서 보호법익과 형벌에 따를 때, 이와 유사한 경위도 상당한 의미가 있는 범죄라고 서술하고 있기 때문에, 허용될 수 없는 일반규정을 포함하고 있다는 것이다. 그 밖에 특별히 중대한 범죄도 법적 정의에 포함되지 않는다는 것이다.¹²⁴⁾

또한 니더작센주 경찰법 제33a조 제1항 제3호는 기본법 제10조 제1항으로부터 나오는 자신의 기본권침해를 야기한다는 것이다. 제2호에 따른 범죄의 소추나 예방을 위한 조치로서 접촉인이나 동반인의 감청이 불가피하여야 한다고 하는 전제는 기본권의 의미

124) BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27. 7. 2005, Absatz-Nr.(1-166), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050727_1bvr066804.html(이하 BVerfG, 1 BvR 668/04), Absatz 52.

를 보장적으로 고려하고 있지 못하다는 것이다. 이러한 전제조건은 경찰이 만일 장래의 범죄자의 주변에 대한 감청 외에 다른 가능성이 없다고 생각하는 경우에는 이미 충족된다는 것이다. 이러한 사례는 매우 흔히 출현할 수 있다는 것이다. 왜냐하면 그러한 조치는 어떠한 구체적 혐의가 없이도 가능하기 때문이다.¹²⁵⁾

나아가 이 사건 규정들은 의사표현의 자유를 침해하고 있으며, 자신의 인격의 자유로운 발현권도 침해하고 있다는 것이다. 청구인은 이러한 규정을 통하여 자신의 전화통화가 행정부에 의하여 비밀리에 감청되고 있을 위험에 항상 처하게 된다. 이러한 인식은 사적인 전화대화에서 기탄없는 의사표현을 저해하며 따라서 사생활의 핵심과도 관련된다는 것이다.¹²⁶⁾

보충적으로 청구인은 이 법률이 기본법 제19조 제4항에도 위반된다고 주장하였다. 왜냐하면 이 감청은 자신에게 통지되지 않았고 따라서 감청과정이나 감청 후에 법원의 통제를 구할 수 없었기 때문이라는 것이다. 법관의 영장이 있다고 하여 이러한 법치국가적 결손을 보상해 주는 것은 아니라는 것이다.¹²⁷⁾

4. 판결이유

독일 연방헌법재판소는 “이 사건 규정들은 기본법에 합치하지 아니하며 무효이다”라는 결론을 내렸다. 그 이유를 보면 다음과 같다.

(1) 관련되는 기본권

헌법적 심사의 기준은 주장하고 있는 자유제한의 관점에서 볼 때, 기본법 제10조이며 이 통신의 비밀이 인격의 자유로운 발현권이나 의사표현의 자유보다 특별한 기본권에 해당하기 때문에 연방헌법재판소는 이러한 기본법 제10조만을 심사 기준으로 삼고 있다.¹²⁸⁾

125) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 53

126) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 54

127) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 55

(2) 형식적 및 실질적 위헌성

이 사건 규정은 기본법 제10조 제1항의 기본권에 대한 제한권한을 부여하고 있다. 이 사건 규정에 의하여 통신의 비밀을 제한하는 것은 헌법적 요건을 충족하지 못한다. 왜냐하면 이것은 형식적 관점에서 위헌이며 실질적 헌법에도 위반되기 때문이다.¹²⁹⁾

(가) 형식적 위헌성

이 사건 규정들은 형식적으로 위헌이다. 니더작센주 입법자는 기본법 제19조 제1항 제2문의 인용원칙을 위반하였다. 나아가 이 사건 규정은 범죄의 소추를 위한 조치로서 전기통신감청을 규정하고 있는 한에서 입법권한을 유월하였다.¹³⁰⁾ 기본법 제70조 제1항에 따르면 支邦은 입법권한이 연방에 지정되어 있지 않는 한에서 입법권한을 갖는다. 예방적 전화감청은 기본법 제73조 제7항에 따를 때, 연방의 전속적 입법권한에 속하는 것은 아니며, 범죄의 예방은 위험방지라고 하는 지방법의 과제라고 할 수 있다. 하지만 이 사건 규정은 전기통신감청이 범죄의 소추를 위한 조치로서도 가능한 한에서 입법권한에 관한 기본법규정과 합치하지 않는다. 이러한 영역은 기본법 제72조, 제74조 제1항 제1호에 따라 경합적 입법에 속한다. 그리고 여하튼 연방입법자는 전기통신감청영역에 대하여 이미 그 입법권한을 행사한 바 있다.¹³¹⁾

물론 전기통신감청은 범죄의 사전예방에만 국한되는 것은 아니며, 이 사건 규정은 제 33a조 제1항 제2호와 제3호에서 “범죄의 소추를 위한 조치”를 고유한 구성요건표지로서 규정하고 있다. 아직 범해지지 않은, 불확실한 장래에 임박한 범죄의 소추를 위한 조치는 사법절차에 속한다. 기본법 제74조 제1항에서 규정된 형사소추를 위한 경합적 입법은 연방입법자가 전기통신감청의 영역에서 종국적으로 그 권한을 행사하였으며, 따라서 지방은 기본법 제72조 제1항에 따라서 이러한 입법이 금지된다.¹³²⁾

128) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 79

129) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 80.

130) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 84.

131) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 92.

연방입법자는 형사소송법에서의 전기통신감청규정으로 중국적인 입법권한을 행사하였다. 현행 규정은 특히 범죄의 확대된 사전단계에서 취하는 추가적 조치에 대하여 반대하는 결정을 내렸다. 이 사건 규정은 이러한 결정에 반한다.¹³³⁾ 형사소송법에 규정된 전화감청조치에 관한 입법자료들은 전기통신감청영역에 대한 중국적 규정문제에 대한 명시적 확인을 포함하고 있지는 않다. 하지만 현행 형사소송법 규정을 고찰해 보면 이러한 중국적 성격이 도출된다.¹³⁴⁾

연방입법자는 형사소추를 목적으로 하는 전기통신감청을 형사소송법 제100a조, 제100b조, 제100g조, 제100h조 및 제100i조에서 범위, 권한 및 목적에 따라, 그리고 각각의 조치에 필요한 전제조건에 대하여 포괄적으로 규정하였다. 이 점에서 전술한 규정들이 구체적으로 범해지거나 구체적으로 예비단계에 있는 범죄와 관련되며, 따라서 범죄의 실행 사전단계에 존재하는 정보수집과는 관련되지 않는다는 사정으로부터 연방입법자가 지방법률을 통한 제한규정의 여지를 남겨두고자 했다는 결론을 도출할 수는 없다. 연방입법자가 다른 영역에서 현행규정이 보여주고 있듯이(가령 형사소송법 제81b조, 제81g조), 형사소송의 영역에서 사전예방적 규정들도 규정할 수 있는 권한법적 가능성을 완전히 알고 있었다.¹³⁵⁾

연방입법자가 범죄의 사전단계에서의 전기통신감청을 계속적으로 확대하기를 포기한 것은 의식적인 결정이다. 그러한 한에서 연방입법자가 지방에 의한 경합규정과 이로 인한 중복을 감수하고자 하였다는 단서는 찾아볼 수 없다. 형사소추를 위해서 취해진 조치와 그 구성요건적 전제조건들에 대한 연방입법자의 결정은 지방들이 존중하여야 한다.¹³⁶⁾

입법자는 전기통신감청의 구성요건적 전제조건을 법치국가적 명확성과 비례성을 위해서, 그리고 헌법재판소의 판례의 기준을 고려하여서 가능한 한, 정확하게 규정하기 위해서 노력하였으며, 범죄나 그 예비의 혐의와 연관시켰다. 형사소송법 제100a조와 제100b조에 따른 전기통신의 실시간 감청은 물론, 제100g조와 제100h조에 따른 전화연결정보

132) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 97.

133) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 105.

134) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 106.

135) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 107.

136) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 108.

의 파악도 초기협의에 대한 보다 엄격하게 작성된 기준의 존재 여부에 좌우된다. 전기통신내용의 감청은 법률에 명시적으로 규정된 특별히 중대한 범죄의 해명을 위해서만 허용된다(형사소송법 제100a조 제1항). 연방입법자는 전기통신감청의 조기실시의 필요성을 예비단계에서 이미 일정한 전제조건하에서의 조치를 허용함으로써 감안하였다(제100a조 제1문, 제100g조 제1항 제1문). 만일 각 지방들이 추후의 형사소추의 보장이라고 하는 목적으로, 가령 보다 완화된 다른 전제조건 하에서 전기통신감청을 위한 유사한 조치들을 규정할 수 있다면, 이러한 의도적 제한들은 유명무실하게 될 수 있을 것이다. 이와 함께 상이한 규정들 간의 모순과 중첩의 위험성이 발생할 수 있을 것이다.¹³⁷⁾

가령 형사소송법 제100a조와 니더작센주 경찰법 제33a조 제1항을 비교해 보면 이를 알 수 있다. 범죄의 미수나 예비의 사례들에 있어서 - 이것은 형사소송법 제100a조에 의하여 규정되고 있는데 - 보통의 경우 동시에 보다 넓게 규정된 니더작센주경찰법 제33a조 제1항 제2문의 구성요건적 전제조건들이 충족된다. 공공의 안녕과 질서에 관한 니더작센주 법률은 제한적 해석의 근거를 제시하고 있지 않으며, 중첩을 방지할 수 있는 보장규정을 담고 있지 않다. 형사소송법 제100a조에 포함된 범죄목록은 니더작센주경찰법 제33a조 제1항이 받아들이고 있는 목록과 다르게 작성되었을 뿐만 아니라, 본질적으로 그 범위가 훨씬 좁게 작성되어 있다. 니더작센주경찰법 제33a조 제1항 제2호와 제3호에 따르면 사전단계의 조치들도 가능한데, 이는 형사소송법에 따르면 금지된다. 나아가 니더작센주경찰법 제33a조 제1항 제2호와 제3호는 형사소송법 제100a조와 달리 범죄, 그 미수나 예비의 혐의를 요구하고 있지 않으며, 어떠한 사람이 장차 범죄를 범할 것이라는 것을 인정할 수 있는 사실이 있으면 족하다.¹³⁸⁾

양 규정체계가 동시에 적용가능하다고 하면, 구성요건적 전제조건 내에 존재하는 차이로 인하여 불명확성이 초래될 수 있다. 왜냐하면 경찰청은 한편으로는 위험방지관청으로서, 다른 한편으로는 형사소추기관으로서 양 수권규정을 원용할 수 있을 것이기 때문이다. 형식적으로도 차이는 존재한다. 형사소송법 제100b조 제1항 제2문에 따르면 지체의 위험이 있는 경우 검사의 영장발부결정을 규정하고 있는데 반하여, 니더작센주경찰법 제33a조 제4항의 경우는 경찰법에 부합하게 경찰 자체의 결정을 규정하고 있다.¹³⁹⁾

137) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 109.

138) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 110.

경찰법적 규정을 형사소추조치의 관점에서 형사소송법과 병행하여 적용할 수 있다면, 전기통신감청은 범인이 이미 구체적으로 범의침해를 한 경우보다 더 완화된 범치국가적 요건 하에서 예비, 미수나 실행의 사전단계에서 전기통신감청이 가능하게 될 것이다. 그러한 관념은 그 자체 모순적이 될 것이다. 연방입법자가 그러한 모순을 감내하고자 하였을 것이라고 보이지는 않는다.¹⁴⁰⁾

형사소송법 제484조 제4항도 연방입법자가 전화감청에 대하여 중국적으로 규율하였다고 하는 점에 대한 반대논거가 될 수 없다. 이 규정에 따르면 장래의 형사소송의 목적을 위하여 경찰의 정보에 저장된 또는 저장되고 있는 개인관련 정보의 사용은 - 형사소송의 목적을 위한 사용을 예외로 - 경찰법에 따른다. 연방입법자가 이로써 경찰청에 의한 추후의 형사소추의 목적을 위해서는 예방적 정보수집을 전제로 하고 있으며, 이러한 영역을 규정할 수 있는 자신의 권한을 중국적으로 행사하고자 하지 않았다고 볼 만한 근거는 형사소송법 제484조 제4항에 대한 입법이유나 이 규정의 체계를 고려할 때 나오지 않는다.¹⁴¹⁾

(나) 실질적 위헌성

이 사건 규정들은 실질적 관점에서든 헌법과 합치하지 않는다. 이 규정들은 충분히 명확하지 않으며(a), 또한 기본법 제10조 제1항 제2문의 의미에서 기본권제한법률의 적정성에 대한 비례의 원칙을 충족하고 있지 못하다(b). 나아가 이 법률에는 사생활의 핵심영역의 보호를 위한 보장책이 결여되어 있다(c).¹⁴²⁾

① 명확성의 원칙 위반

니더작센주경찰법 제33a조 제1항 제2호와 제3호는 법규정의 확정성과 명확성이라고

139) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 111.

140) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 112.

141) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 113.

142) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 114.

하는 법치국가적 원칙을 만족하지 못하고 있다.¹⁴³⁾

이 규정들은 전개되어 가고 있는 구체적 과정이나 그 계획을 요구하고 있지도 않고, 또한 구체적인 예비행위들을 요구하고 있지도 않다. 자세하게 구체화되어 있지도 않은 상태에서, 사실에 의거하여 누군가가, 언젠가 장래에 상당한 의미가 있는 범죄를 저지를 가능성이 있으면 족하다.¹⁴⁴⁾

그러한 넓은 수권규정은 명확성의 원칙을 충족하지 못한다. 이것은 상당한 의미가 있는 범행을 저지를 것이라고 인정할 수 있는 사실과의 연관성과 관련될 뿐만 아니라, 접촉인과 동반인의 개념과도 관련된다. 조치를 위해서 법관의 영장을 요하게 한 것도 이러한 불명확성을 제거하지는 못한다.¹⁴⁵⁾

불가결할 경우에 접촉인과 동반인에 대하여 전기통신감청을 할 수 있도록 한 니더작센주경찰법 제33a조 제1항 제3호의 규정은 충분히 확정적이지 못하다.¹⁴⁶⁾

니더작센주경찰법 제33a조 제1항 제3호에서 제2호에 열거된 사람들을 연관시킴으로 인하여 그곳에서 존재하고 있는 확정성의 결핍은 접촉인이나 동반인에 대한 감청조치의 구성요건까지도 제한하기 어렵게 하고 있다. 게다가 접촉인과 동반인의 개념 자체가 가지고 있는 불명확성이 존재한다. 니더작센주경찰법 제2조 제11호의 법적 정의는 가령 잠재적인 공범자를 의미하는 것이 아니고, “어떠한 사실에 의하여 상당한 의미가 있는 범죄를 저지를 것이라고 인정되는 다른 사람과 이러한 범죄에 대한 암시를 얻을 수 있을 것으로 기대되는 방법으로 연관되어 있는” 모든 사람을 의미한다. 누가 잠재적인 범인으로서 고려되는지의 불확정성에 더하여, 누가 범인이 범할 것으로 인정되는 범죄에 대하여 암시를 얻을 수 있다고 할 정도로 그 범인과 장래의 범죄의 사전단계에서부터 연관되어 있는지의 불명확성이 존재한다.¹⁴⁷⁾

143) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 115.

144) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 124.

145) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 125.

146) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 130.

147) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 131.

② 비례의 원칙 위반

범죄의 소추와 예방을 위한 조치의 목적으로 전기통신감청을 가능하게 한 수권규정은 좁은 의미의 비례의 원칙을 충족하고 있지 못하다.¹⁴⁸⁾

기본권에 의하여 보호되고 있는 자유의 제한은 기본권제한의 목적과 부적정한 관계에 있어서는 아니 된다. 개인의 공동체관련성과 공동체구속성은 보다 우월적인 공익이 이를 정당화할 경우에는 개인이 자신의 기본권제한을 감수하여야 하는 결과를 초래하기도 한다. 하지만 입법자는 공익과 사익 간에 적절한 조정을 형성하여야 한다. 이 경우에 기본권적 측면에서는 어떠한 전제조건 하에서, 어떠한 그리고 얼마나 많은 기본권주체가, 어느 정도로 강한 침해로 받게 되는가가 하나의 역할을 수행한다. 특히 조치착수요건(Einschreitschwelle)의 형성, 관계인의 수와 침해의 정도가 기준이 된다. 전기통신감청의 영역에서는 관계인이 익명의 개인으로서 머무는지, 그리고 어떠한 정보들이 파악될 수 있으며, 감청조치를 근거로 기본권주체에게 어떠한 불이익이 초래될 수 있거나, 그러한 불이익이 이유 없이 우려되고 있지는 않은지 등이 중요하다. 그리고 제한을 통하여 추구하는 목적의 측면에서는 전기통신감청의 목적과 이익의 중요성이 기준이 된다. 특히 그것은 감청조치를 통해서 보호되어야 하는 법익이 어느 정도로 중요한지, 그리고 법익 침해의 출현이 어느 정도로 개연성이 있는지 등에 달려 있다.¹⁴⁹⁾

이 사건 규정을 근거로 한 전기통신감청은 통신비밀에 대한 중대한 제한을 가능하게 한다.¹⁵⁰⁾

니더작센주경찰법 제33a조 제2항 제1호 내지 제3호에 따르면 통화내용, 전화연결정보와 위치정보도 정보수집의 대상이 될 수 있다. 전체적인 조치의 목적은 구체적 인물과 관련된 정보의 수집이다. 이것은 특히 통화행위, 사회적 정황 그리고 개인적 사정과 습관에 대해서도 알게 해 준다. 게다가 감청을 두려워하여 기탄없는 전화통화를 피하려 할 수 있기 때문에 시민의 자유도 간접적으로 침해된다.¹⁵¹⁾

148) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 135.

149) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 136.

150) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 137.

151) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 138.

통화내용에 대한 접근은 대화까지 포착할 수 있게 한다. 전달된 정보들과 표현된 생각, 그리고 전화기 앞에서의 상호적 반응의 유형까지 파악된다. 가령 인터넷을 통한 이메일과 같은 새로운 통신형태를 근거로 교환된 사진과 표시 그리고 내용들에 대한 접근도 가능하다. 전기통신연결정보의 수집과 위치정보는 우선 단지 전화통신과정의 기술적인 처리와 관계될 뿐이다. 하지만 전기통신연결정보가 통화행위에 대한 상당한 추론을 가능하게 하기 때문에 중대한 제한이 된다. 무선통신장비를 통한 위치확인도 관계인의 습관이나 그 습관으로부터의 탈피를 추론할 수 있는 이동경로를 추적할 수 있게 해준다.¹⁵²⁾

나아가 제한의 범위도 기본권적으로 중요하다. 대화내용의 도청과 녹음 그리고 연결정보의 수집은 수많은 사람들과 관련될 수 있다. 잠재적 범인만이 아니라, 이 자가 관련된 시점에서 전화통화를 한 모든 상대방들이 포함될 수 있다. 여기에는 가령 접촉인과 동반인(니더작센주경찰법 제33a조 제1항 제3호) 또는 완전히 무관한 제3자(동법 제33a조 제2항 제3문)와 같이, 예방되어야 하는 범죄나 추후에 소추되어야 하는 범죄와 아무런 관련이 없는 사람들도 속할 수 있다.¹⁵³⁾

그 밖에 관계인이 신뢰할 수 있는 상황이라고 추정하는 가운데서 감청조치를 당하고 있다는 점은 침해의 강도를 더하게 해 준다. 특히 그들 스스로 장래에 범죄를 범할 것이라고 인정할 수 없는 접촉인과 동반인이나 기타 제3자의 경우에는 전혀 모르는 상태(Ahnungslosigkeit)로 존재한다.¹⁵⁴⁾

나아가 이러한 유형의 제한은 관계인의 권리에 대한 고도의 위험성을 내포하게 된다. 왜냐하면 이들은 이 조치들이 이미 집행되었을 뿐만 아니라, 그에 대하여 통지를 받거나 또는 다른 방법으로 알게 되었을 경우에만 법적인 구제조치를 취할 수 있기 때문이다. 사전조사에서의 조치들의 경우 범행이 이루어질 것인지 여부와 언제 이루어질 것인지 여부가 불확실하기 때문에 보통 통지가 이루어지기까지는 그 밖의 감청조치의 경우보다 훨씬 긴 기간이 걸린다고 할 수 있다. 그리고 이는 니더작센주경찰법 제30조 제4항 제3문

152) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 139.

153) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 140.

154) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 141.

과 제5항의 통지의 유예에 관한 규정에 의하여 더욱 분명해 진다. 나중에서야 통지가 이루어지는 것은 기본법 제19조 제4항에 규정된 효과적인 권리보호보장도 관련된다. 어떠한 제한에 대하여 적정한 기간 내에 권리보호가 이루어질 수 없고, 이를 통하여 그 결과가 적절히 제거될 수 없다면 이것은 추가적으로 기본권침해의 중대성을 더하게 된다.¹⁵⁵⁾

또한 기본권침해의 중대성은 관청이 수집된 정보를 니더작센주경찰법 제38조 제1항 제2문에 규정된 바와 같이 위험방지의 일반적 목적을 위하여 그리고 니더작센주경찰법 제39조에 따라서 그 밖의 목적을 위해서 저장, 변경 또는 이용할 수 있기 때문에 더욱 심화된다.¹⁵⁶⁾

범행의 사전단계에서의 정보수집은 구체적으로 실행과정에 있거나 이미 행해진 범위에 국한된 것이 아니기 때문에, 다양하게 이용가능한 정보들이 수집될 수 있다. 정보수집을 허용하는 법률이 확정한 목적에 대한 구속은, 획득한 정보를 달리 사용하는 경우에는 실제적으로 실현될 수 없다. 획득한 정보를 불확정한 목적이나 또는 확정할 수 없는 목적을 위해서 사용할 가능성은 수집단계에서 이미 침해의 중대성을 높이는 것이다.¹⁵⁷⁾

기본법 제10조 제1항으로부터 나오는 기본권에 대한 이 사건 규정의 제한은 좁은 의미에 있어서 비례의 원칙을 지키지 못하고 있다. 경찰이 보호해야 할 공익은 그러한 중대한 제한을 정당화할 수 있는 중요한 이익에 국한되어 있지 아니하다.¹⁵⁸⁾

정보수집은 정당한 공익목적, 즉 상당한 의미가 있는 범죄의 예방과 소추를 위한 목적에 기여한다. 이러한 이익의 중요성은 특히 법규정에 의해서 보호되는 법익과 그 법익에 대한 위협성의 정도에 달려 있다. 이 경우 법적 평화에 기여하는 형사소추의 보장은 범죄의 예방과 더불어서 고유한 중요성을 갖는다.¹⁵⁹⁾

155) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 142.

156) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 143.

157) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 144.

158) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 145.

159) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 146.

전기통신감청을 위한 수권은 이미 범해진 범죄의 소추에 기여하는 한에서 그것은 충분한 사실적 기초, 특히 구체적인 범죄혐의, 그리고 제3자가 관련된 경우에는 범죄혐의자에 대한 제3자의 관계에 대하여 충분히 확실한 사실적 단서들에 근거하여야 한다. 그러한 단서들을 알아낼 수 있는 실제적 가능성은 장래에 단지 기대될 뿐인 범죄와 관련해서는 원칙적으로 보다 희박하다. 게다가 감청조치에 대한 수권이 이 사건 규정에 있어서와 같이 사실적 기초의 요건과 관련하여 충분한 법적 확정성과 명확성을 결여한 경우에, 이는 좁은 의미의 비례성에 대하여 영향을 미치게 된다. 그러한 경우들에 있어서 제한을 정당화하는 보호법익과 그 위협의 유형은 법률로부터 제한의 중대성과 설득력 있게 형량할 수 있는 방법으로 도출되지 않는다.¹⁶⁰⁾

감청조치를 위한 수권의 목적과 그 조치의 사실적 전제조건이 부정확하게 기술되어 있으면 있을수록, 개별 사례에서 부적정한 조치들이 취해질 위험성이 그만큼 더욱 커진다. 형량에 있어서는 보호법익의 중요성과 그것을 위협하는 위험정도의 평가가 중요하기 때문에, 위협되고 있는 법익의 정확한 확정을 위한 충분한 증거와, 그리고 이러한 보호법익을 위협하는 행위를 인정할 수 있기 위한 충분히 사실적인 기초가 필요하다. 구체적으로 위협되고 있는 법익과 이러한 법익에 위해를 가하고 있는 행위에 대한 불명확성은 형량원칙의 법치국가적 제한기능이 잘못될 수 있는 위험성을 그 자체에 내포하게 된다.¹⁶¹⁾

형사소추와 위험방지에 대해서 연방헌법재판소 판례는 범행의 사전단계에서도 의미가 있는 형량원칙들을 개발하였다. 위협되고 있는 법익이 중요하면 할수록, 그리고 각각의 행위에 의하여 침해될 수 있거나 침해된 법익이 광범위하면 할수록, 그러한 법익침해가 위협되고 있거나 또는 이루어졌다는 결론을 낼 수 있는 개연성의 정도에 대하여 더욱 완화된 요건이 필요하며, 또한 법익에 대한 위협이나 그에 대한 침해의 결론의 근거가 되고 있는 사실들은 경우에 따라서 그만큼 덜한 증명력을 가질 수 있다. 물론 그러한 인정과 결론도출을 하기 위해서는 구체적으로 묘사되는 출발점이 사실적인 것에 존재해야 한다는 점이 항상 보장되어야 한다. 위협되고 있는 법익의 중요성이 적은 경우에는, 위협의

160) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 147.

161) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 148.

등급이나 위협의 강도의 측면에서 예측의 정확성에 대한 요건은 그만큼 상승한다.¹⁶²⁾

사전단계수사의 차원에서는 알려진 사실의 구체적 범죄에 대한 근접성이 결여되어 있기 때문에 법익침해의 개연성의 정도가 위험방지를 위한 또는 구체적 범죄의 소추를 위한 조치의 경우에 있어서 보다 적다. 법률이 범행의 모의행위나 그 밖의 예비행위와 한번도 관련시키지 않고서, 그리고 장래의 범행을 인정할 만한, 보다 상세하게 한정되지도 않은 사실이라고 하는 요건으로 만족하고 있는 경우에 보호법익의 중요성과 기대되는 침해행위의 위험성에 대한 요건은 훨씬 더 상승한다. 통신의 비밀에 대한 중대한 제한은 장래의 범죄의 소추와 예방을 위한 조치라고 하는, 그렇게 광범위하고 개방된 전제조건인 경우에는 보호되어야 할 공익이 일반적으로나 구체적 사례에서 압도적으로 중요한 경우에만 적정한 것으로서 평가될 수 있다.¹⁶³⁾

입법자는 보호되는 법익의 중요성과 그리고 사실적 단서들에 대한 이와 같은 요건들을 충족하지 못하였다.¹⁶⁴⁾

입법자가 선택한 “상당한 의미가 있는 범죄”라고 하는 구성요건표지는 추구해야 할 법익의 특별한 중요성에 대한 요청을 감안하고 있지 못하다. 니더작센주경찰법 제2조 제10호에서 들고 있는 범죄로부터는 범행 사전단계에서의 전기통신감청의 특수성과 결부되어 있는, 특별히 중대한 법익의 보호에 관련되고 그것에 국한하고자 하는 입법자의 생각을 추출해 낼 수가 없다. 니더작센주경찰법 제2조 제10호가, 보호법익과 형벌에 따를 때 한정적으로 열거되어 있는 경죄(Vergehen)와 유사하기는 하지만, 더 이상 상세히 설명되고 있지 않은 경죄를 b의 항목에 포함시키고 있는 한에서 이러한 문제점은 계속 존재한다.¹⁶⁵⁾

그리고 이 사건 규정은 예측과 형량(Abwägung)에 유용한 사실들을 보다 상세히 기술하여야 한다고 하는 요청들을 충족하고 있지 못하다. 전술한 명확성원칙 위반여부에

162) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 149.

163) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 150.

164) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 151.

165) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 152.

대한 심사에서 알 수 있듯이, 이 사건 규정의 감청에 관한 수권규정으로부터는 장래의 범행, 위협의 정도, 범행을 암시하는 사건경과의 개연성의 정도 등에 대한 증거들과 관련하여 어떠한 제한도 이끌어 낼 수 없다. 위협되고 있는 법익의 중요성의 관점에서 사실적 단서들이 충분한가에 관한 개별사례에 있어서의 형량을 위한 기준도 주어져 있지 않다.¹⁶⁶⁾

좁은 의미에 있어서 비례원칙준수의 기여는 법률의 다른 규정들에 의해서 제거되고 있지도 않다.¹⁶⁷⁾

③ 사생활의 핵심영역에 대한 보장책 결여

나아가 이 사건 규정이 관련시키고 있는 범죄의 예방과 소추를 위한 조치의 목적으로 전기통신감청을 할 수 있는 수권규정에는 절대적으로 보호되는 사생활의 핵심영역에 대한 제한을 금지할 수 있는 충분한 보장책이 결여되어 있다.

통화내용을 파악함에 있어서는 고도의 개인적 생활의 핵심영역과 관련되는 개인관련 정보들이 포함되는 것을 배제할 수 없다. 사생활과 관련된 대화가 이러한 핵심영역에 귀속될 것인지 여부는 그 대화가 그 자체적으로 볼 때 어떠한 성격에서 그리고 어떠한 정도로 타인의 영역이나 공동체의 이익과 관련되어 있는가에 달려 있다. 가령 임박한 범행 계획이나 이미 범한 범죄의 보고에 대한 내용과 같이, 구체적인 범행과 직접적인 관련이 있는 대화내용은 이러한 핵심영역에 속하지 않는다.¹⁶⁸⁾

기본법 제10조 제1항은 공개되지 않은 사적인 대화의 교류를 통한 인격의 자유로운 발현을 보장하고, 이로써 동시에 인간의 존엄성을 보호한다. 물론 그 보호는 기본법 제13조에 따른 주거의 불가침이라고 하는 기본권과는 달리 형성되어 있다. 기본법 제13조는 인간존엄과 특별히 밀접하게 관련되어 있기 때문에 사생활의 핵심영역에서의 개인적 발전이라고 할 수 있는 한에서 주거 내 행위의 절대적 보호를 보장하고 있다. 인간존엄

166) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 155.

167) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 157.

168) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 161.

을 위해서 모든 사람은 자신을 위해서 존재하고 스스로 정립한 기준에 따라서 자유로이 발전할 수 있으며, 따라서 “최후의 피난처(letztes Refugium)”가 필요한 경우에 주거를 자신의 인간존엄의 보장을 위해서 이용할 수 있는 그러한 공간적 토대를 필요로 한다.¹⁶⁹⁾

국민들은 고도로 개인적인 대화를 위해서 주거와 같은 정도로 전화에 의존하지는 않는다. 마찬가지로 기본법 제10조 제1항은 제13조와는 달리 기본권제한을 위한 특별한 전제조건을 규정하고 있지 않고, 단지 암묵적으로 일반적인 법치국가적 요건만을 지시하고 있다. 기본법 제1조 제1항에 따라서 항상 보장되는 인간존엄의 불가침성은 기본법 제10조 제1항의 보장영역에서도 사생활의 핵심영역에서의 개인적 발전을 보호할 수 있는 보장책을 요구하고 있다. 구체적인 경우에 전기통신감청이 이러한 영역에 해당하는 내용을 포착하고 있다고 인정할 만한 사실적 단서가 존재할 경우에, 그 전기통신감청은 정당화될 수 없으며 중단되어야 한다.¹⁷⁰⁾

전기통신감청의 명령이나 그 실행의 경우 대화에 어떠한 내용이 포함되어 있는지 확실히 예측할 수 없기 때문에, 도청조치가 사생활의 핵심영역으로부터 나오는 대화를 포착할 위험성을 배제할 수 없다. 이러한 위험성은 위협되고 있는 법익이 특별히 중대한 경우, 그리고 장래의 범행에 대한 직접적인 관련성을 뒷받침하는, 구체적 단서에 의하여 특기할 만한 사정이 있는 경우에는 헌법적으로 감수될 수 있다. 하지만 고도로 개인적인 영역의 대화내용은 저장되거나 사용되어서는 안되고 예외적으로 그것을 수집한 경우에도 지체 없이 폐기되도록 보장하는 보장책을 마련하여야 한다.¹⁷¹⁾

결론적으로 이 사건 규정은 기본법 제10조에 합치하지 않으며 무효이다. 위헌을 피할 수 있는 제한적 해석의 충분한 가능성도 존재하지 않는다. 이 사건 규정을 단지 부분적으로만 계속 적용할 정당성도 보이지 않는다.¹⁷²⁾

169) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 162.

170) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 163.

171) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 164.

172) BVerfG, 1 BvR 668/04, Absatz 165.

Ⅶ. 소 결 : 독일 제도의 시사점

이상으로 독일의 도·감청제도와 사생활보호에 관한 법적 고찰을 하였다. 위에서 고찰하였듯이 독일은 기본법에 통신의 비밀의 기본권을 보장하고 있었지만, 국가안보를 위하여 전기통신의 감청필요성이 대두됨에 따라 1968년도부터 소위 G 10 법률이라 일컬어지는 통신비밀제한법을 제정하기 위하여 헌법 제10조를 개정할 것을 필두로, 각종 테러와 조직범죄가 안방에서 모의되고 계획되는 것을 방지할 수 없는 상황이 되자 급기야 1998년도에는 주거감청을 가능하게 하는 헌법개정과 아울러 형사소송법을 개정하기에 이르렀다. 이와 같이 독일에서는 감청의 유형이 크게 대상에 따라서 전기통신감청과 주거감청, 또한 감청의 목적에 따라서 형사소추의 목적을 위한 사후적 감청과, 위험방지를 위한 경찰적·사전적 감청으로 나뉘어지며, 연방과 지방의 입법권한에 따라서 형사소송법, 통신비밀제한법(G 10 법률), 헌법보호법, 연방정보부법, 지방경찰법 등에서 이러한 감청에 관하여 자세히 규정하고 있다.

특히 2004. 3. 3. 독일 연방헌법재판소는 소위 대 주거감청에 관한 판결에서 주거감청을 위한 수권규정과 감청정보의 사용 및 전달 등에 관한 형사소송법 규정이 기본법 제13조에서 보장하고 있는 주거의 불가침 및 사생활의 핵심영역을 침해하고 있다고 보고 헌법불합치 선언을 하였고, 2005. 6. 30.까지 입법자가 개정하도록 촉구한 바 있었고¹⁷³⁾, 그에 따라 독일 연방입법자는 형사소송법을 개정하였으며, 동법은 2005. 7. 1.자로 발효하였다. 이 판례는 사생활의 핵심영역에서 이루어지는 대화는 절대적으로 보호되기 때문에, 이러한 대화에 대해서는 증거수집금지원칙이 적용되며, 혹 이에 위반하여 대화를 감청, 녹음을 하였다 하더라도 이러한 녹음은 즉시 폐기하여야 할 뿐만 아니라, 더 이상 증거로서 사용할 수 없다고 하는 증거사용금지원칙을 분명히 하였다. 뿐만 아니라, 주거감청을 통해서 수집한 감청정보는 별도의 표식을 하도록 표식의무를 부과하고 있으며, 원칙적으로 처음에 의도하였던 형사소추목적 외에는 그 자료를 사용하지 못하도록 목적구속원칙을 부과하고 있다. 그리고 감청자료를 폐기한 경우에는 사후의 권리구제 절차를 위해서 그에 대하여 기록을 남기도록 의무를 지우고 있다. 이러한 모든 내용들을

173) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 352.

연방입법자는 거의 그대로 반영하여 형사소송법을 개정하였다.

나아가 2005. 7. 27.에 독일 연방헌법재판소는 형사소추를 목적으로 하는 전기통신감청을 가능하게 하고 있는 니더작센주 경찰법에 대해서 형식적 관점에서 연방의 입법권을 침해할 뿐만 아니라, 실질적 관점에서, 명확성의 원칙, 비례의 원칙, 사생활의 핵심영역 등을 침해하고 있다는 이유로 위헌·무효선언을 하였다. 이 판결도 2004. 3. 3.의 대주거감청에 관한 연방헌법재판소의 판례의 취지가 그대로 이어지고 있다고 할 수 있다. 이러한 판례에 이르기까지 독일 연방헌법재판소는 도청 또는 감청과 사생활보호에 관한 여러 가지 판례들을 전개하여 왔다.¹⁷⁴⁾

특기할 것은 전기통신감청이든 주거감청이든 감청의 목적은 국가안보나 범죄예방 등의 목적을 위해서 하는 것인데, 과연 그러한 감청조치들이 실제로 법현실에서 범죄예방의 효과를 보여 주었다고 할 수 있을 것인지에 관하여 독일 연방법무부에서 연구용역을 부과하여 그에 대한 보고서가 전기통신감청과 주거감청의 유형별로 각각 제출된 바 있으며, 독일 법치국가는 기능하고 있다는 결론¹⁷⁵⁾을 내고 있다. 우리나라 역시 감청을 가능하게 하는 법률들을 사생활 보호 등 국민 기본권보호의 관점에서 보다 명확하고, 엄격하게 규정하여야 할 뿐만 아니라, 후술하는 바와 같이 국회에 대한 정례적 보고의무를 명시하여, 감청실행사실에 대한 보고서를 근거로 통신비밀보호법 등 감청허용법들이 입법목적의 제대로 달성하고 있는지 등에 관하여 입법평가를 할 수 있도록 할 필요가 있다고 본다.

아무튼 독일의 감청관련 법조항들과 그에 대한 해석론 그리고 독일 연방헌법재판소 판례의 내용과 감청실태 등에 관한 법사회학적 연구는 우리에게 주는 시사점이 매우 크다고 할 수 있다.

174) 가령 BVerfGE 30, 1(도청판결); BVerfGE 34, 238(대화의 녹음); BVerfGE 67, 157(G 10): 이에 대한 번역으로는 김하열, “통신비밀제한법” 결정(제1재판부 1984. 6. 20 (BVerfGE 67, 157), 헌법재판자료집 제11집 2005, 393면 이하; BVerfGE 100, 313 (전기통신감청 I); BVerfGE 110, 33(BVerfG, 1NvF 3/92 vom 3. 3. 2004).

175) Hannes Meyer-Wieck, Der große Lauschangriff – Anmerkungen aus empirischer Sicht, NJW 2005, S. 2037 ff.(2039).

제3장 미국의 도·감청제도와 프라이버시에 관한 법적 고찰

I. 서론

1. 프라이버시권¹⁷⁶⁾에 대한 헌법적 근거

미국 헌법은 프라이버시권을 명문으로 보장하는 규정을 갖고 있지 않다. 그러나 프라이버시권을 헌법상의 지위로 끌어올린 Griswold 판결¹⁷⁷⁾에서 미국 연방대법원은 프라이버시권이 "사생활을 다른 사람에게 알리지 아니할 권리"임을 인정하면서, 프라이버시권은 미국 수정헌법 제1조, 제3조, 제4조, 제5조, 및 제9조로부터의 방사에 의한 반영(penumbra)으로서 헌법상 명시된 권리와 동등한 보호를 받는다고 판시한 바 있다.

수정헌법 제1조

연방의회는 ... 언론·출판의 자유나 국민이 평화롭게 집회할 수 있는 권리 및 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

수정헌법 제3조

평화시에 군대는 어떠한 주택에도 그 소유자의 승낙을 받지 아니하고는 숙영할 수 없다.

176) Warren과 Brandeis가 "right to privacy"라는 논문을 발표한 이후 사생활의 비밀과 자유를 지칭하는 용어로 미국은 전통적으로 '프라이버시'라는 용어를 사용하고 있다. 초기에는 프라이버시를 향한 권리라는 의미에서 "right to privacy"라는 용어가 주로 이루어졌으나 어느 정도 권리로서 정착된 이후에는 "right of privacy"라는 용어가 주로 사용되고 있다. 프라이버시를 우리말로 번역하면 "사생활의 비밀과 자유"라고 할 수 있으나 우리의 사생활의 비밀과 자유와 미국의 프라이버시는 그 의미하는 바가 다소 다르므로 여기에서는 미국의 제도를 정확히 이해하기 위해서 '프라이버시'라는 용어를 사용하기로 한다.

177) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

수정헌법 제4조

부당한 수색·체포·압수로부터 신체·가택·서류 및 동산의 안전을 보장받을 개인의 권리는 이를 침해할 수 없다. 체포·수색·압수의 영장은 발급의 상당한 이유가 있고, 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되며, 수색될 장소, 체포될 사람, 또는 압수될 물품을 기재하지 아니하고는 이를 발급할 수 없다.

수정헌법 제5조

... 어떠한 형사사건에 있어서도 자기에 불리한 증언을 강요당하지 아니하며, 누구든지 적법한 절차에 의하지 아니하고는 생명·자유·재산을 박탈당하지 아니하고, 정당한 보상 없이 사유재산을 공용수용당하지 아니한다.

수정헌법 제9조

이 헌법에 특정한 권리들을 열거한 사실이 국민이 보유하는 여타의 권리들을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 아니 된다.

미국의 프라이버시권은 대부분의 다른 권리들과 마찬가지로 자연법 사상에 근거한 천부인권 개념으로 파악되고 있다. 따라서 수정헌법 제9조는 프라이버시권이 아직도 생성 중인 권리로서 그 실체가 명문화되어 있지 않다 하더라도 국민의 기본권으로서 지켜지고 보호되어야 할 가치임을 헌법이 선언한 것이라 할 수 있다. 이외에 어떠한 주도 미국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없으며, 어떠한 주도 정당한 법적 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명·자유·재산(life, liberty, property)을 박탈할 수 없다는 미국 수정헌법 제14조도 프라이버시권을 보장하는 헌법적 근거로 인용되고 있다. 최근의 연방대법원 판례는 프라이버시의 영역으로서

사사(私事)의 공개 회피에 따른 개인적 이익과 중요결정에서의 독립성 유지에 따른 이익 등을 인정하고 있다.¹⁷⁸⁾

2. 도·감청의 등장과 프라이버시 보호

미국에서의 도청 및 감청¹⁷⁹⁾ 문제는 정보기술(Information Technology: IT)의 혁명이 프라이버시, 통신의 안전, 그리고 법집행 특히 국가안보에 어떠한 문제를 제기하는가에 관한 다양한 각도에서 논의되어 왔다. 미국에서 도청 및 감청과 프라이버시에 관한 문제를 고찰하는데 몇 개의 중요한 기폭제를 중심으로 시기를 구분할 수 있다.

첫째, 전화의 발명에서 1968년의 일반범죄통제 및 거리안전법 제정 이전까지의 시기이다. 이 시기는 전화의 등장으로 비로소 원격지 통화가 가능해졌고, 또한 물리적 접근 없이 타인의 대화를 엿듣는 것이 가능해졌다. 초기의 도청은 광범위하게 인정되었으나 점차 판례를 통하여 꾸준히 규제되어 프라이버시가 확대되는 시기라고 평가할 수 있다. 초기의 Olmstead 판결은 도청은 수색이 아니므로 영장이 필요하지 않다고 하였으나 이후의 Katz 판결에서는 도청도 수색이므로 법원의 허가가 필요하다고 하였다. 이 시기는 성문법에 의한 도청 및 감청의 규제보다는 다양한 판례에 의한 규제가 행하여진 시기이다.

둘째, 1968년의 일반범죄통제 및 거리안전법 제정으로부터 2001년 9·11 테러 이전까지이다. 이 시기에는 그 동안 판례를 통하여 형성된 많은 부분이 성문화되어 일반범죄통제 및 거리안전법, 대외정보감시법, 그리고 전자통신 프라이버시법 등이 성문화되었다. 그 동안 논란의 대상이었던 부분이 대부분 입법적으로 해결되어 그다지 두드러진 판례를 찾아보기 어렵다. 또한 이 시기는 정보기술이 비약적으로 발전한 시기로 국가에 의한

178) Whalen v. Roe, 429 U.S. 589 (1977).

179) 일반적으로 타인의 대화나 전화 등을 몰래 엿듣는 행위를 널리 일컫는 말인 일상생활상의 용어를 ‘도청’이라고 하며 ‘도청’은 그 자체로서 불법이라는 의미를 갖고 있지만, ‘감청’의 경우는 그러하지 않고 적법절차에 따라 타인의 대화나 전화 등을 몰래 엿듣는 행위를 말한다. 미국에서도 일반적으로 ‘도청(wiretapping or eavesdrop)’과 ‘감청(interception)’을 구분하여 사용하고 있다. 그러나 ‘interception’이 문맥에 따라서는 도청을 의미하기도 하고 감청을 의미하기도 한다. 따라서 이하에서는 정확한 이해를 위하여 문맥에 따라 도청과 감청을 구분하여 사용한다.

적극적인 입법으로 문제를 해결하였다.

셋째, 9·11 테러 이후의 시기이다. 이 시기에는 국가안전보장을 위하여 강력한 애국법의 시행으로 프라이버시가 상당 부분 후퇴하고 도청 또는 감청이 상당히 광범위하게 허용되는 시기이다. 애국법은 도청 또는 감청을 폭넓게 허용하기 위하여 자세한 규정과 이에 대한 절차를 설정하였다. 9·11 테러는 전대미문의 사건으로 그 이전과 그 이후가 판이하게 다르게 나타나고 있다. 이에 대해서는 상당한 비판이 제기되고 있으나, 국가안전보장을 위하여 도청 또는 감청의 허용은 오히려 강화되고 있는 형편이다.

따라서 이하에서는 이러한 시기별로 개인의 프라이버시 즉 사생활의 비밀과 자유와 범죄증거 확보 내지는 국가안전보장 사이의 긴장관계가 어떻게 발전되어 왔는지를 관련 판례와 법률을 중심으로 살펴본다.

II. 도·감청 규제 판례의 발전

부당한 수색과 압수(unreasonable search and seizure)의 금지는 개인의 사생활의 비밀과 자유 즉, 프라이버시를 보장하기 위한 것이다. 그런데 이것은 원래 유형물의 수색과 압수만을 의미하는 것으로 해석되었다. 예를 들면 창 밑에서 엿듣거나, 열쇠구멍으로 들여다보는 것은 부당한 수색과 압수가 아니라고 하였다. 이러한 논리로 피고인 소유의 공개된 장소에서 양주병의 발견도 수색과 압수에 해당하지 않는다고 하였다. 그리하여 수색은 실질적인 침입이 있는 경우이어야 하고, 압수는 유형물을 대상으로 하는 것이기 때문에 통화자 모르게 전화를 도청하는 것은 수색 및 압수가 아니며, 따라서 이것은 수정헌법 제4조가 말하는 부당한 수색과 압수에 해당하지 않는다고 하였다.

신체에 대한 수색과 압수가 전형적인 프라이버시 침해의 한 유형이라면 도청 및 감청을 비롯한 전자감시는 새롭게 등장한 프라이버시 침해의 유형으로서 신체에 대한 수색과 압수보다 더 큰 위협을 가할 수도 있다. 전통적인 수색영장은 프라이버시가 침해되는 자의 수색의 범위 또는 행위에서 어떠한 위반이 일어나는지를 관찰할 수 있고, 특히 그

러한 위반을 중지하거나 구제를 하라는 법원의 명령을 구할 수 있도록 수색의 권한과 목적이 고지된다. 하지만 전자감시는 원래 거의 무차별적이고, 미국 수정헌법 제4조가 규정하는 요건을 준수하고 있는지에 대한 우려와 일반수색의 위험에 대한 우려가 있다. 더욱이 감시의 상대방이 감시당한다는 사실을 알지 못한다는 커다란 위험을 내포하고 있다. 따라서 전자감시 분야에서 강력한 프라이버시의 보호가 요청되고 있다. 그러므로 도청 및 감청을 비롯한 전자감시가 프라이버시 보호에 의하여 포괄되는 수색과 압수인지의 여부에 대하여 판례를 살펴보는 것은 커다란 의의가 있다.

1. Olmstead 판결 - 도청의 인정

1928년 밀주업자 Olmstead가 전화를 이용하여 밀주 거래를 계속하자 이를 눈치 챈 수사기관이 전화를 도청하여 증거를 수집해서 기소한 사건이다. 이에 대해 Olmstead는 적법절차(due process of law)에 위배되는 증거의 수집이므로 증거능력을 상실한 불법 증거임을 주장하였다. 즉, 판사의 영장을 발부받아 정당한 절차에 따라 수집한 증거가 아니므로, 이것은 프라이버시 즉 사생활의 자유를 침해한 것이라고 주장하였다.

이 사건에서 연방대법원은 수색은 실질적인 침입이 있는 경우이어야 하고, 압수는 유형물을 대상으로 하는 것이기 때문에 통화자 모르게 전화를 도청하는 것은 수색 및 압수가 아니며, 따라서 이것은 수정헌법 제4조가 말하는 부당한 수색과 압수에 해당하지 않는다고 하였다.¹⁸⁰⁾

이 Olmstead 판결의 원칙은 1942년 Goldman v. U.S. 사건¹⁸¹⁾에 적용되었다. 이 사건에서도 옆 방의 대화를 비밀도청기로 엿듣는 것은 부당한 수색이나 압수가 아니라고 판시하였다. 이 원칙은 1952년 On Lee v. U.S. 사건¹⁸²⁾에서 재확인되었다. 이 사건의 내용은 다음과 같다. 상고인 세탁소의 전직원이 세탁소에 와서 비밀마약운반에 있어서 자신의 역할을 설명하고 있었다. 상고인은 그를 신뢰하였기 때문에 마약에 관해서

180) Olmstead v. U.S., 277 U.S. 438 (1928).

181) 316 U.S. 129 (1942).

182) 343 U.S. 747 (1952).

여러 가지 이야기를 해 주었다. 그러나 전 직원은 마약단속반의 비밀정보원이었으며, 그는 비밀송화기를 휴대하고 있었으며 밖에 주차하고 있는 마약단속반이 모든 대화를 청취하였다. 이 사건에서 연방대법원은 비밀정보원은 침입자가 아니며, 따라서 거기에는 아무런 부당한 수색과 압수가 없다고 판시하였다. 이와 같은 원칙은 1963년 Lopez 판결에도 그대로 적용되었다.¹⁸³⁾

그러나 Olmstead 판결에서 영장 없는 전화의 도청이 불법이 아니라는 연방대법원의 판결이 있자, 이것을 방지하려는 여러 가지 방안이 제기되어 드디어 1934년에 연방통신법(Federal Communications Act)¹⁸⁴⁾이 제정되었다. 이 법은 “송화자의 허가 없이는 누구든지 통신을 방해하거나, 도중에 청취한 통신의 유무, 내용, 사실을 폭로하거나 공개할 수 없다(no person not being authorized by the sender shall intercept any communication and divulge or publish the existence, contents, substance...of such intercepted communication to any person)”라고 규정하였다.

1934년 연방통신법의 영향으로 1937년 Nardon v. U.S. 사건¹⁸⁵⁾에서 연방대법원도 연방정부의 공무원에 의한 영장 없는 전화 도청의 내용은 부당한 수색과 압수이므로 그 증거능력을 부정하였다. 더구나 1939년 제2차 Nardon 판결¹⁸⁶⁾에서는 전화 도청의 결과 발견된 증거도 불법의 과실로서 그 증거능력을 부정하였다.

2. Rathbun 판결 - 대화자 일방의 허가

Rathbun v. U.S. 판결¹⁸⁷⁾은 통화자 일방의 허가가 있는 전화 도청에 대하여 증거능력을 인정하였다. 이 사건에서 상고인은 타인의 증권을 빼앗으려고 생명에 대하여 협박을 가하였다. 상대방은 자신의 집에서 동시에 청취할 수 있는 전화연결선을 옆방에 설치하여 평소에 사용하고 있었는데, 그는 다시 협박전화를 걸게 하고 이를 경찰로 하여금

183) Lopez v. U.S., 373 U.S. 427 (1963).

184) 48 Stat, 1103, 47 U.S.C. §605.

185) 302 U.S. 379 (1937).

186) 308 U.S. 338 (1939).

187) 355 U.S. 107 (1957).

청취하도록 하였다. 경찰은 이것을 증거로 사용하였고 상고인은 유죄판결을 받았다. 이에 대하여 상고인은 그 청취가 연방통신법에 위반되는 행위이며, 따라서 그것은 불법한 증거이며, 이에 기초한 유죄판결은 무효라고 주장하였다.

연방대법원은 유죄를 확인하며 Warren 대법원장은 다음과 같이 판시하였다.

이 사건의 핵심은 연결선으로 통화자 일방의 승인을 얻어 청취하는 행위가 연방통신법에 위반되는지 여부이다. 이 법은 송화자의 허가 없이는 누구든지 통신을 방해하거나, 도중에 청취한 통신의 유무, 내용, 사실을 폭로하거나 공개할 수 없다고 규정하고 있다. 그러므로 일방의 허가를 얻어 엿들은 경찰의 행위가 이 법이 말하는 “허가 없는 엿들음” 인지가 문제의 핵심이다.

이 법이 의미하는 바가 일방의 허가만 얻으면 허가 있는 엿들음이 된다는 주장과 쌍방의 허가가 있어야 허가 있는 엿들음이 된다는 주장이 있는데, 이 법의 입법취지에서 그 의미를 결정하여야 한다. 통신 자체는 아무런 특권이 아니며, 일방의 송화자가 상대방에 대하여 통신내용을 비밀로 하고 이를 공개하지 못하도록 하는 권리가 있는 것은 아니다. 일방은 자신이 들은 것을 유리하게 이용할 권리가 있다. 이 법의 취지는 쌍방이 모르게 제3자의 청취를 금지하려는 것이 유일한 목적이다. 일방이 자신의 이익을 위하여 평상시 사용하고 있는 연결선을 자신이 지정한 자에게 듣도록 하는 것은 무방하다. 연결선은 현재 다수가 사용하고 있는 것이며, 송화자가 연결선에 의하여 제3자에게 이야기할지도 모른다는 것과 꼭 같이 자기책임 하에 고려하여야 할 문제이다.

3. Silverman 판결

Silverman et al. v. U.S. 판결¹⁸⁸⁾에서는 피고인의 집 벽에 설치된 도청장치에 의한 도청의 증거능력을 부정하였다. 상고인은 도박에 관한 죄로 유죄판결을 받았다. 경찰은 상고인의 주거가 도박의 중심지라는 정보를 얻어 이를 수색할 목적으로 옆방을 이용하여 상고인이 살고 있는 방의 벽에 도청장치를 설치하였다. 옆방은 소유자가 다르나 마침

188) 365 U.S. 505 (1961).

비어 있는 관계로 소유자의 허가를 얻어 들어갔다. 그 도청장치는 상고인의 방과 옆방과의 중간 벽 속에 있는 난방용 철관 속에 연결되었다. 이 도청장치를 통하여 상고인이 대상피고인과 전화하는 것을 녹음한 것이 증거로 제출되었고, 이것으로 상고인은 유죄판결을 받았다. 물론 상고인은 그것이 부당한 수색으로 인한 불법증거라고 주장하였다.

이 사건에서 연방대법원은 피고인의 집 벽에 설치된 도청장치에 의한 도청의 증거능력을 부정하며 다음과 같은 이유를 제시하였다.

오늘날 도청하고 이를 녹음하는 기술은 장족의 발전을 거듭하여 원거리에서도 대화를 충분히 도청할 수 있는 기계가 있다고 하지만, 그것은 피의자의 권리에 아무런 침해를 주지 않고 증거를 채택하는 것이므로 아무런 문제가 없다. 그러나 상고인이 점유하고 있는 영역에 부당하게 기계를 삽입하는 것은 실질적인 침입(trespass)이며 위법이다. 상고인의 주택 안을 통하는 난방용철관 안에다 더군다나 상고인이 살고 있는 방의 벽 속에 삽입한 것은 불법이다.

4. Lopez 판결

Lopez v. U.S. 판결¹⁸⁹⁾에서는 비밀녹음기를 휴대하여 대화를 녹음하는 것은 부당한 수색과 압수가 아니라고 판시하였다. 이 사건에서 상고인은 세무공무원에게 뇌물을 제공하고 또 장래에 제공할 의사를 표시한 죄로 유죄판결을 받았다. 카바레의 탈세를 조사하고 있는 세무공무원이 신문광고를 보고 상고인의 주점에 가서 춤을 추고 있는 장면을 목격하고 상관에게 보고하였다. 그 후 다시 그 곳에 간 세무공무원은 춤을 추는 장면을 지적하고 상고인에게 카바레로서 세금을 납부할 것을 말했다. 세무공무원의 증언에 의하면 상고인은 공무원에게 이 건을 잘 봐 달라고 하면서 420달러를 주었으며, 또 장차 올 때마다 뇌물을 주겠다고 말하였다고 한다. 상고인은 과거 2년간 카바레로서의 세금을 눈감아줄 것을 간청하면서 이제부터는 정식으로 세금보고서를 제출하겠다고 말하고 수

189) 373 U.S. 427 (1963).

일 후 다시 와 달라고 하였다. 탈세액은 3천달러 정도로 추산되었다. 세무공무원은 상관에게 보고하고 420달러는 조사관에게 보관시켰다. 수 일 후 약속대로 다시 상고인을 찾아갔을 때 세무공무원은 주머니 속에 녹음기를 휴대하고 가서 상고인과의 대화를 녹음하였다. 세무공무원은 영업보고서의 서식을 제시하며 이를 설명하기 시작하였다. 그런데 상고인은 세무공무원에게 자기편 사람이 되어달라고 부탁하며 현금을 제공하고, 또 다음에도 제공할 것을 약속하였다.

제1심 재판에서 세무공무원은 상고인과의 대화에 관해서 증언하였는데, 그 증언은 세 번째 방문에서 행해진 녹음을 증거로 제시함으로써 더욱 확실하게 되었다. 상고인의 변호인은 그 증거는 함정에 의한 것이라는 항변을 하지 않았으며, 또 배심원에게 하는 설사에서 아무런 이익을 제기하지 않았다. 다만, 그는 그 증거가 상고인의 주택에 불법으로 침입하여 얻은 것이므로 그 증거는 불법이며 따라서 증거능력이 없다고 주장하였다. 범죄의 증거를 얻기 위하여 녹음기를 휴대하고 온 것은 주인인 상고인의 의사에 반하는 주거침입이라고 주장하였다. 그러나 상고인의 불법증거 주장은 받아들여지지 않고 제1심에서 유죄판결을 받았으며, 연방항소법원도 제1심 판결을 지지하였다.

이에 대하여 연방대법원은 원심판결을 지지하면서 다음과 같이 이유를 판단하였다.

(a) 녹음기를 휴대한 방문이 증거를 잡기 위한 함정인지 여부의 문제이다. 세무공무원의 세 번째 방문은 상고인의 요청에 의한 것이고 세무공무원이 자진해서 방문한 것이 아니다. 원래 함정은 법집행기관이 범죄를 만드는 것(manufacturing of crime of law)이다. 즉, 법집행기관이 유도하여 범죄행위를 행하게 하는 것이다. 그런데 이 사건에서는 세무공무원이 뇌물공여행위를 유발한 것도 아니고, 녹음도 계속적으로 상고인이 행하는 매수행위의 일부를 녹음한데 불과하다.

(b) 본 법원은 전화도청 녹음에 있어서 통화자 중 일방의 동의에 의한 녹음은 연방통신법 위반이 아니며, 따라서 증거능력이 있다고 한 선례가 있다. 이 사건은 세무공무원이 대화의 내용을 확실히 하고, 사실을 사실대로 보존하기 위하여 비밀리에 녹음해 둔 것에 지나지 않는다.

(c) 세무공무원이 세 번째 방문을 한 것은 상고인의 요청에 의한 것이기 때문에 가택 불법침입이 성립할 수 없다. 상고인은 뇌물을 제공할 생각이고, 세무공무원은 이를 거부할 의사를 가지고 있었으므로 서로 내면적 의사는 일치하지 않았으나, 그것만으로 불법 침입이 성립하는 것은 아니다. 상고인은 세 번째 방문을 환영하였으며, 또 도중에 퇴거를 요청한 적도 없다.

위의 다수의견 대하여 경청할만한 반대의견이 제시되었다. 그 주요 논거는 다음과 같다.

기계 등에 의하여 개인의 사생활이 침해되어 가고 있고 또 교묘한 기계는 나날이 발달하므로 인간생활이 점점 불안해지고 있다. 그리고 이 사건에서 녹음기의 녹음은 그것이 비록 기계일지라도 제3자이다. 기계가 아니고 제3자인 사람이 녹음을 하였다면 상고인이 이것을 목인하였을 리가 없다. 대화자의 일방이 허락한 것이라 말하겠지만, 그와 같이 비밀녹음이 될 줄 알았다면 상대방은 그런 말을 하지 않았을 것이다. ... 만약 일방 당사자만의 동의로 전자통신의 감청이 허용된다면 모든 사적인, 자유로운, 그리고 제약받지 않는 통신을 위축할 위험이 발생하게 될 것이다.¹⁹⁰⁾

5. Berger 판결

Berger v. New York 판결¹⁹¹⁾에서는 뉴욕주 도청법은 허가영장에 도청하고자 하는 대화가 특정되지 않고, 도청 기한이 길고, 결과처리에 대한 규제가 막연하여 위헌이라고 판시하였다. 이 사건은 뉴욕주의 도청에 관한 법률(N.Y. Code Crim. Proc. §813-a)의 합헌성이 문제되었다. 이 법에 의하면 (a) 도청영장은 주 최고법원 판사가 발부하고, (b) 영장의 신청은 주 법무장관, 검찰총장, 경찰국의 고위 간부가 행하고, (c) 도청에 의하여 확실히 범죄증거가 얻어진다는 믿을만한 사유가 있다는 구술 선서가 있어야 하

190) *Id.* at 452 (JJ. Brennan, Douglas, and Goldberg, dissenting).

191) Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967).

고, (d) 도청의 허가에는 대화자의 성명, 전화번호가 특정되어야 하고, (e) 허가기간은 최장 2개월을 초과할 수 없으나 연장할 수도 있다고 규정되어 있다.

이 사건은 주류판매 허가서를 얻기 위하여 관계당국을 매수하려고 하는 자들의 범죄 증거를 얻기 위하여 정보원의 녹음 정보 제공을 근거로 하여 도청 허가 영장이 발부되었고 2개월 후에 다시 한번 도청이 시행되었다.

연방대법원은 다음과 같은 이유로 이 법을 위헌이라고 선언하였다.

(a) 적법절차 조항은 대화(conversation)도 보호하며, 이를 파악하는 도청장치도 수색(search)에 해당된다. 그러므로 이를 파악하는 영장에는 대화가 특정되어야 하며 모든 대화를 다 도청하도록 허용하는 것은 너무나 광범위하다.

(b) 하나의 범죄증거를 얻기 위하여 2개월의 도청을 허용하는 것은 너무나 장기간이며, 더구나 그것이 필요에 따라 갱신될 수 있다는 것은 지나치다. 갱신에는 믿을 만한 사유를 제시하는 조건이 붙어 있지 않다.

(c) 도청된 기록의 유효기간에 대한 제한이 없이 수사기관에 일임하는 것은 부당하다. 더구나 범죄와 관련이 없는 것은 더욱 그러하다. 따라서 위 도청은 부당한 수색에 해당한다.

6. Katz 판결

Katz v. U.S. 판결¹⁹²⁾에서는 공중전화기 밖에서 전화수신기록장치로 도청을 한 것은 공중전화기를 사용하는 동안 정당하게 보호되어야 할 개인의 프라이버시를 침해한 것이므로 도청된 전화내용을 증거로 삼을 수 없다고 획기적으로 판시하였다. 상고인은 연방 법령(18 U.S.C. §1084)을 위반하여 전화를 이용하여 도박 정보를 전달하였다는 이유로 유죄판결을 받았다. 그러나 이 사건에서 문제가 된 것은 검찰이 제시한 증거인 전화

192) Katz v. U.S., 389 U.S. 347 (1967).

내용의 수집방법이었다. 피고인은 전화내용이 공중전화기 밖에 전화수신기록장치를 설치하여 획득한 증거는 전화사용인의 프라이버시 권리를 침해하여 획득한 것이며, 이것은 수정헌법 제4조에서 금지하는 수단이라고 주장하였다.

이에 대하여 연방대법원은 다음과 같이 판단하였다.

수정헌법 제4조는 유형적 자료를 압수하는 것 뿐만 아니라 구두진술에 관한 기록에까지도 확대 적용되며, 이 조항은 장소보다는 사람을 보호하는데 더 큰 목적이 있기 때문에 신체적 침입 여부를 판단하는데 있어서 Olmstead 판결의 영역침해의 원칙(rule of trespass premise)은 더 이상 유효하지 않다. 따라서 전화수신기록장치에 의한 도청은 공중전화기를 사용하는 동안 정당하게 보호되어야 할 피고인의 프라이버시를 침해한 것이다. 또한 전자적 기구를 통하여 감시를 한 것은 헌법적 필수조건인 영장절차에 따라 행해진 것이 아니므로 연방헌법을 위반한 것이다.

7. White 판결

U.S. v. White 판결¹⁹³⁾에서는 증거를 얻기 위하여 정보원이 대화를 하면서 휴대한 무선수신장치를 이용한 것은 수정헌법 제4조에 위반한다고 할 수 없다고 판시하였다. 이 사건에서 1966년 피고인은 마약에 관한 불법행위로 유죄판결을 받았다. 그러나 그를 유죄판결로 이끈 검찰의 증거 수집에 문제가 있었다. 즉 피고인과 검찰의 비밀정보원 사이에 마약에 관하여 네 번의 대화가 있었는데 비밀정보원의 몸속에 장치된 기구를 통하여 무선수신장치로 녹음하여 그것을 증거로 사용하였다. 그리고 비밀정보원은 증인으로 출석하지 않았다. 이러한 이유로 이 사건이 연방항소법원에 항소되었을 때 그 당시 On Lee 판결을 반복한 Katz 판결을 근거로 수정헌법 제4조에 의해 증거수집 방법이 위헌이라고 판결하였다. 이리하여 동 사건이 연방대법원에까지 올라온 것이다.

연방대법원은 이에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

193) 401 U.S. 745 (1971).

피고인과의 대화내용을 폭로시키기 위하여 정보원을 사용한 것은 직접적으로 수정헌법 제4조를 위반한 것이라 할 수 없으며, 또한 비밀정보원인 밀고자를 증인으로 세우지 못했다는 사실이 수정헌법 제4조와 관련하여 어떤 문제를 야기시키는 것은 아니다. 그리고 Katz 판결은 소급적인 것이 아니기 때문에 전자 장치에 의한 도청을 수정헌법 제4조에 위반한 것이라고 할 것이 아니라 On Lee 판결에서 확정된 판례에 의하여 이 사건을 해결하는 것이 타당하다고 판시하였다. 그리고 이 사건은 Katz 판결과는 다르다. Katz 판결은 대화자 모르게 제3자에 의한 도청이고, 이 사건은 대화자의 한 사람이 녹음 장치를 가지고 있던 것이다. 이것을 제3자에게 전달하여 증거로 이용하도록 한 것 뿐이다.

연방대법원은 특히 다음과 같이 판시하고 있다.

위법행위를 계획하고 있는 자는 자신의 동료가 경찰에 신고할 수 있다는 점을 알고, 또 이러한 위험을 감수하여야 한다. 만약 그가 동료의 신뢰성을 충분히 의심한다면 범죄 공모는 대개 종료하거나 또는 현실화되지 않을 것이다. 그러나 그가 의심을 하지 않거나 의심을 누그러뜨리거나, 또는 의심을 감수하는 때에는 위험은 그의 몫이다. ... 그가 자신의 동료가 수신기를 가진 정보원인가 수신기를 갖지 않은 정보원인가를 구별할 것이라고는 보지 않는다.¹⁹⁴⁾

그러나 반대의견에서 만약 일방 당사자만의 동의로 전자통신의 감청이 허용된다면 “모든 사람들은 자신이 말하는 모든 단어가 송신이나 녹음되고, 나중에는 온 세상을 향하여 반복될 수 있다는 점을 두려워하며 살아야”¹⁹⁵⁾ 한다고 우려한 바 있다.

194) *Id.* at 752.

195) *Id.* at 764 (Douglas, Harlan, Marshall, dissenting).

8. Michigan 판결 - 국가안전보장

U.S. v. U.S. District Court for the Eastern District of Michigan et al., 판결¹⁹⁶⁾에서는 대통령의 국가안전보장을 위한 도청도 사전에 법원의 허가를 얻어야 한다고 판시하였다. 이 사건은 국민과 국가에 관한 중요한 문제이다. 이것은 대통령의 권한에 관한 미묘한 문제를 내포하고 있다. 대통령은 법원의 사전 허가 없이 국가안전을 위하여 법무부장관으로 하여금 도청을 지시하고 있다. 이것은 그 동안 정도의 차이는 있으나 25년 이상 역대 대통령이 의회의 관여 없이 법원의 허가를 받은 일도 없이 행사해 온 권한이다. 이 권한이 법원에서 문제가 된 최초의 사건이다. 불법한 파괴활동으로부터 자신의 권리를 보호하려는 국가의 권한과 국가의 불법한 침해로부터 자신의 권리를 보호하려는 국민의 권리와의 관계에 대한 중대한 판결이다.

이 사건은 미시건주 동부지역 형사항소법원의 형사소추에서 발생하였는데, 정부의 재산을 파괴할 목적으로 음모한 혐의로 세 명을 기소하고 그 중의 한명을 CIA 사무실을 다이내마이트로 폭파한 혐의로 기소한 사건이다. 재판전 절차에서 피고인들은 정부가 자신들을 기소한 사건이 불법적으로 얻어진 증거에 의하여 얼룩진 것인지를 결정하기 위하여, 도청에 의하여 얻어진 자신들에게 불리한 증거를 제출할 것을 정부에 명령하도록 법원에 요구하였다.

이에 대하여 정부는 국가안전보장에 필요한 정보를 수집하기 위하여 도청하고 녹음하였음을 시인하고 녹음테이프를 밀봉한 상태로 법원에 제출하였다. 정부는 녹음이 법원의 승인이 없어도 국가안전보장을 위한 대통령 권한의 정당한 행사라고 주장하였다. 지방법원은 도청은 수정헌법 제4조 위반이므로 피고인에게 공개하라고 명령하였다. 정부는 연방항소법원에 상소하였으나 역시 지방법원과 같은 판결을 하였다. 여기에 연방대법원은 정부의 이송신청을 허용하였다.

이에 대하여 연방대법원의 판단은 다음과 같다.

196) 407 U.S. 297 (1972).

(a) 일반범죄 및 거리안전법 Title III은 도청을 합법화하고 있지만 이것은 어떠한 종류의 범죄에 대하여도 법원의 사전 허가를 받도록 하고 있다. 그러나 이 법 §2511(3)에 외세(foreign power)로부터 국가안전을 보장하기 위하여는 대통령의 권한을 제한하는 것은 아무것도 없다고 규정되어 있어서 정부는 이 규정에 의하여 도청을 할 수 있다고 주장한다. 그러나 이것은 이 법이 대통령의 국가안전보장을 위한 헌법상의 권한에 아무런 제약을 하지 않고 있다는 것을 말하는 것이다. 즉 이 조는 외세의 침입으로부터 국가안전보장을 위한 대통령의 권한은 절대적이지만, 국내에서 안전보장을 위하여 도청까지 마음대로 할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다.

(b) 대통령의 국가안전보장의 의무는 강화되고 따라서 권한도 수반되어야 함은 물론이다. 또 한편으로 국민의 사생활의 자유도 보장되어야 한다. 따라서 국가의 이익과 국민의 이익이 서로 대립하는 경우가 있을 수 있다. 이것을 어떻게 조화시키느냐 하는 문제는 지극히 중대한 문제이다. 이러한 관점에서 볼 때 도청이 국가안전을 위하여 필요하다면 이것을 인정하되, 그 때에는 사전에 법원의 허가를 받아 시행한다고 하여 과연 어떠한 국가의 이익이 침해되는가?

(c) 영장은 특정한 범죄를 위한 증거의 수집에 반드시 필요하다. 이 사건과 같이 국가안전을 위하여 평상시에 정보를 수집하는 것과는 다르다. 또 정보의 공개가 국가안전에 위협을 가져올 수도 있으며, 다른 한편으로는 정보제공자의 생명을 위협할 수도 있다. 그러나 그것에 의하여 위협을 받는 개인의 자유도 범죄의 증거나 도청이나 일반정보 수집이나 동일하다. 그리고 국가안전이라고 하지만 그것은 대단히 광범위하고 막연하다. 따라서 그 범위가 법 집행기관의 자의적 판단에 맡겨져 있다. 그러므로 대통령의 이 권한도 수정헌법 제4조와 조화되는 범위에서만 행사되어야 한다. 그것이 바로 법원의 사전 허가이다. 정보제공자의 생명위협이라고 하지만 그것은 일반범죄에 있어서와 마찬가지로 지이다.

(d) 외세로부터의 국가안전에 관한 대통령의 권한에 관해서는 여기서 문제시하지 않았다. 그리고 법원의 사전 허가에 있어서 일반범죄와 국가안전의 경우에는 기준에 차이를 두는 것은 가능하다.

9. Scott 판결 - 최소 침해의 원칙

Scott v. U.S. 판결¹⁹⁷⁾은 감청된 전화통화 중에 범죄관련성이 없는 통화수가 몇 퍼센트를 차지하고 있는가 만을 기준으로 최소화(minimization) 요건 침해 여부를 판단해서는 안 되고, 통화의 내용과 비중, 대상범죄의 성격, 감청의 시기 등을 고려하여야 한다고 판시하였다.¹⁹⁸⁾ 이 사건에서 수사기관은 9명의 마약거래 혐의자의 전화통신 내용의 거의 전부를 감청하였는데, 총 통신내용 중 40%만이 범죄와 관련이 있는 것으로 밝혀졌고, 이러한 감청이 최소화를 규정하고 있는 연방법을 위반하였는지 여부가 다투어졌다. 동 법원은 연방법은 범죄관련성이 없는 통신의 감청을 완전히 금지하고 있지는 않으며, 수사기관이 통신감청을 최소화하는 방식으로 감청하라고 요구하는 것이라고 파악하였으며, 수사기관은 감청되어서는 안 될 범죄관련성이 없는 통신을 구분해내기 위하여 수사 초기단계에 통신내용 전체를 감청할 수 있다고 판시하고 있다.¹⁹⁹⁾ 따라서 최소침해의 판단은 단지 침해의 양에만 의존하여 일률적으로 내려질 수는 없다.

10. Smith 판결 - pen register

Smith v. Maryland 판결²⁰⁰⁾에서는 중앙전화국의 전화이용기록장치(pen register)는 수색이 아니라고 판시하였다. 이 판결에 의하면 경찰의 요청에 의하여 중앙전화국에 전화이용기록장치를 설치하는 것은 수정헌법 제4조가 말하는 수색이 아니므로 영장이 필요 없다. 전화이용기록장치는 누가 전화를 걸었느냐를 알 수 있을 뿐이고, 전화내용을 기록하는 것이 아니기 때문에 프라이버시 침해가 아니다. 그러나 소수의견은 이것을 프라이버시 침해로 보고 있다.

197) 436 U.S. 128 (1978).

198) *Id.* at 179-80.

199) *Id.* at 141.

200) 442 U.S. 735 (1979).

III. 도·감청 규제 법률

1. 일반범죄통제 및 거리안전법

(1) 주요 내용

의회가 법집행기관에게 적법한 절차에 의한 감청을 허용한 것은 1968년의 일반범죄 통제 및 거리안전법(Omnibus Crime Control and Safe Street Act) Title III가 가장 대표적이다. 그 동안 판례를 통하여 형성된 많은 부분과 새로운 문제가 비로소 입법으로 상당부분 해결되었다. 이 법의 주요 내용은 다음과 같다.

(가) 도청 및 공개 금지

고의로 유선, 구두, 또는 전자적 통신을 엿듣거나(intercept) 엿들으려고 시도하거나 이를 시도하기 위하여 타인을 고용하는 자는 벌금에 처하거나 5년 이하의 징역에 처한다. 이를 병과할 수도 있다.²⁰¹⁾

그러나 대화의 일방 또는 다수 당사자의 일방의 사전 승낙이 있는 경우에는 … 유선, 구두, 또는 전자통신을 감청하는 것이 위법하지 않다고 명시적으로 규정하고 있다.²⁰²⁾ 이 점은 연방대법원에 의하여도 계속 확인된 것을 입법화한 것이다.

이와 관련하여 펜실베이니아 형법은 통신의 일방 당사자만의 동의로도 감청이 가능한 경우로, 대화 상대방이 인질을 잡고 있거나 체포를 피하기 위하여 방책을 치고 숨어 있는 경우, 또는 무기를 사용하며 저항하려 하거나, 자살하겠다고 위협하거나 타인을 해치겠다고 위협하는 경우를 명시하고 있다.²⁰³⁾

201) 18 U.S.C. § 2511 (1), (4).

202) 18 U.S.C. § 2511 (2)(d).

203) 18 Pa. Cons. Stat. Ann. §5704(12); 조국, 개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점, 형사정책연구 제15권 제4호, 통권 제60호, 2004, 127면에서 재인용.

(나) 증거 사용의 금지

유선 또는 구두 통신이 가로채인 경우, 법원, 대배심(grand jury), 정부기관, 입법기관, 또는 기타 기관은 만약 그러한 내용의 공개가 이 법을 위반하게 된다면, 그로부터 파생하는 통신의 내용이나 증거를 재판이나 청문, 기타의 절차에서 증거로 제출할 수 없다.²⁰⁴⁾ 즉 개인의 프라이버시를 침해하는 도청 및 공개를 금지하는 것뿐만 아니라 이러한 불법의 결과물을 이하 여타의 입법, 행정, 사법절차에서 증거로 사용할 수 없도록 하고 있다. 이른바 독수독과의 원칙을 천명하고 있다.

(다) 감청의 허용

하지만 특별한 경우에 연방 법무부장관 또는 그에 의하여 특별히 임명된 자는 특정한 범죄에 대하여 관할권 있는 연방 판사에게 감청의 승인을 요청할 수 있다.²⁰⁵⁾

(라) 감청 대상범죄

감청을 허용하는 대상범죄는 지금까지 우리에게 알려진 것과는 다르게 상당히 광범위한 편이다.²⁰⁶⁾ 감청 대상범죄의 범위를 평가하는데 비교법적으로 중요한 의미가 있으므로 이에 대하여 구체적으로 소개한다.

(a) 1954년의 원자력 에너지법의 집행(42 U.S.C. §2122, §2274-§2277), 원자력 시설의 사보타지(42 U.S.C. §2284), 간첩(42 U.S.C. ch. 37), 납치(42 U.S.C. ch. 55), 영업 비밀의 보호(42 U.S.C. ch. 90), 사보타지(42 U.S.C. ch. 105), 반역(42 U.S.C. ch. 115), 폭동(42 U.S.C. ch. 102), 고의의 위해(malicious mischief)(42

204) 18 U.S.C. § 2515.

205) 18 U.S.C. § 2516 (1).

206) 18 U.S.C. § 2516 (1) (a) - (r).

U.S.C. ch. 65), 선박의 파괴(42 U.S.C. ch. 111), 해적(42 U.S.C. ch. 81)과 관련된 범죄로서 사형 또는 징역 1년 이상에 처할 범죄이다.

(b) 노동조합에 대출 또는 자금의 공여 제한(29 U.S.C. § 186 또는 § 501(c)) 또는 이 법에 의하여 처벌되는 살인, 납치, 강도, 강탈을 포함하는 범죄이다.

(c) 공무원과 증인에 대한 뇌물(42 U.S.C. § 201), 은행원에 대한 뇌물(42 U.S.C. § 215), 폭발물의 불법 사용(42 U.S.C. § 844), 재산의 은닉(42 U.S.C. § 1032), 도박 정보의 전송(42 U.S.C. § 1084), 도피(42 U.S.C. § 751), 대출과 신용 신청에서 갱신 또는 거절(42 U.S.C. § 1014), 공무원 또는 배심원 또는 증인에게 영향을 미치거나 위해를 가하는 것(42 U.S.C. § 1503, § 1512, § 1513), 수사의 방해(42 U.S.C. § 1510), 사법 방해(42 U.S.C. § 1511), 폭력, 사기, 또는 강요에 의하여 아동의 성매매(42 U.S.C. § 1591), 대통령 및 대통령 보좌진에 대한 암살, 납치, 또는 폭행(42 U.S.C. § 1751), 협박이나 폭력을 사용하여 거래에 간섭하는 것(42 U.S.C. § 1951), 기업을 갈취하기 위하여 주간 및 해외 여행 또는 수송(42 U.S.C. § 1952), 청부살인을 위한 주간 통상 시설의 사용(42 U.S.C. § 1958), 공갈행위를 방조하기 위한 폭력 사용(42 U.S.C. § 1959), 종업원 연금 플랜의 운용에 영향을 미치기 위하여 청약, 승낙 또는 청약의 유인(42 U.S.C. § 1954), 도박 사업의 금지(42 U.S.C. § 1955), 자금 세탁(42 U.S.C. § 1956), 특정한 불법행위로부터 파생하는 재산의 금전적 거래에 관여(42 U.S.C. § 1957), 주간 선박의 절도(42 U.S.C. § 659), 연금 및 사회복지 기금의 횡령(42 U.S.C. § 664), 유선, 무선, 텔레비전 사기(42 U.S.C. § 1343), 은행 사기,(42 U.S.C. § 1344) 아동의 성적 이용(42 U.S.C. § 2251, § 2252), 아동 매매(42 U.S.C. § 2251A), 아동 포르노 포함 자료(42 U.S.C. § 2252A), 아동 음란(42 U.S.C. § 1466A), 아동이 성적으로 명백히 묘사된 제품의 미국으로의 수입(42 U.S.C. § 1466A), 불법 성 행위 및 관련 범죄를 위한 수송(42 U.S.C. § 2421, § 2422, § 2423, § 2425), 장물의 주간 운반(42 U.S.C. § 2312, § 2313, § 2314, § 2315), 차량의 이동(42 U.S.C. § 2321), 인질 구금(42 U.S.C. § 1203), 사기 및 사기와 연관

된 접근장치(access devices)와 관련된 행위(42 U.S.C. § 1029), 불출석에 대한 벌칙(42 U.S.C. § 3146), 증인 은닉 및 지원(42 U.S.C. § 3521(b)(3)), 항공기 파괴(42 U.S.C. § 32), 항공기 부품 사기(42 U.S.C. § 38), 부패 조직과 갈취(42 U.S.C. § 1963), 연방 공무원에 대한 협박과 보복(42 U.S.C. § 115), 우편 사기(42 U.S.C. § 1341), 컴퓨터 사기 및 남용(42 U.S.C. § 1030), 의회, 각료, 연방대법원 구성원에 대한 암살, 납치, 폭행(42 U.S.C. § 351), 핵물질을 포함한 금지 품목의 거래(42 U.S.C. § 831), 차량의 파괴(42 U.S.C. § 33), 생화학 무기(42 U.S.C. § 175), 천연두(42 U.S.C. § 175(c)), 열차 파괴(42 U.S.C. § 1992), 위조 신분증 제작(42 U.S.C. § 1028), 불법으로 시민권 조달(42 U.S.C. § 1425), 시민권증의 재제작(42 U.S.C. § 1426), 시민권증의 매매(42 U.S.C. § 1427), 권한 없는 여권 발급(42 U.S.C. § 1541), 여권 신청시 허위사실 기재(42 U.S.C. § 1542), 여권의 위조 및 허위 사용(42 U.S.C. § 1543), 여권의 오용(42 U.S.C. § 1544), 비자 등의 사기 및 오용(42 U.S.C. § 1546)과 관련한 58가지 범죄를 열거하고 있다.

- (d) 42 U.S.C. § 471, § 472, 또는 § 473에 의한 위조를 포함하는 범죄이다.
- (e) Title 11과 관련되는 사기 또는 마약 관련 범죄를 들 수 있다.
- (f) 공갈적인 신용 거래 범죄(42 U.S.C. § 892, § 893, § 894)이다.
- (g) 통화 거래 보고에 관한 범죄(31 U.S.C. § 5322)이다.
- (h) 통신의 도청 및 공개와 관련한 중범죄(42 U.S.C. § 2511, § 2512)이다.
- (i) 음란에 관한 중범죄(42 U.S.C. § 71)이다.
- (j) 천연가스 파이프라인의 파괴 또는 항공기 납치 범죄(49 U.S.C. § 60123(b), § 46502)이다.
- (k) 무기수출 통제법 위반 범죄(22 U.S.C. § 2778)이다.
- (l) 이 조를 위반한 도망자의 소재와 관련된 범죄이다.

- (m) 외국인의 밀수와 관련한 범죄(8 U.S.C. § 1324, § 1327, § 1328)이다.
- (n) 화약과 관련된 범죄(18 U.S.C. § 922, § 924)이다.
- (o) 화약과 관련하여 국세청 규정 § 922 위반 범죄이다.
- (p) 위조 신분증(42 U.S.C. § 1028), 여권 위조(42 U.S.C. § 1542), 비자 위조(42 U.S.C. § 1546) 등과 관련된 범죄이다.
- (q) 화학무기(42 U.S.C. § 229) 및 테러와 관련된 범죄(42 U.S.C. § 2332, § 2332a, § 2332b, § 2332d, § 2332f, § 2332g, § 2332h, § 2339A, § 2339, or § 2339C) 등을 감청의 대상범죄로 열거하고 있다.
- (r) 이상의 범죄를 실행하기 위한 음모를 열거하고 있다.

(마) 감청 절차

감청 승인을 요청하는 신청은 정당한 권한(competent jurisdiction) 있는 법원의 판사에게 선서(oath) 또는 확약(affirmation)을 하고 서면으로 행하여야 한다. 이 신청서에는 법집행기관의 신분을 표시하고, 특정한 범죄가 행해졌거나 곧 일어날 것이라는 내용을 포함하여 영장이 발부되어야 한다는 믿음을 정당화하는 사실 또는 상황을 자세히 기술하여야 하며, 감청이 행하여질 장소와 시설의 성질을 표시하며, 감청하고자 하는 통신의 유형을 표시하고, 만약 알 수 있다면 감청이 되는 자의 신원을 표시하여야 한다. 그리고 다른 수사 방법을 다 동원하였으나 실패하였거나 다른 수사방법이 너무 위험하여 성공하지 못할 것 같은 상황을 자세히 기술하여야 한다. 또한 감청이 행해지는 기간을 기술하여야 한다.²⁰⁷⁾ 이것은 일종의 보충성의 원칙을 명시하는 것이라 할 수 있다.

감청 신청이 접수되면 판사는 특정한 범죄가 행해졌거나 곧 일어날 것이라고 믿을만한 상당한 이유(probable cause)가 있고, 정상적인 수사 방법을 다 동원하였으나 실패하였거나 다른 수사방법이 너무 위험하여 성공하지 못할 것 같은 사실을 기초로 재량에

207) 18 U.S.C. § 2518 (1).

의하여 신청대로 또는 수정하여 감청 명령을 허가할 수 있다.²⁰⁸⁾

감청영장에는 감청을 실행하는 법집행기관의 신분을 표시하고, 감청이 행하여지는 장소와 시설의 성질을 표시하며, 감청하고자 하는 통신의 유형을 표시하고, 만약 알 수 있다면 감청이 되는 자의 신원을 표시하여야 한다. 또한 감청이 행해지는 기간을 특정하여야 한다.²⁰⁹⁾ 감청 기간은 감청의 목적을 달성하는 데 필요한 기간을 초과해서는 아니되며 최장 30일을 초과해서는 아니 된다.²¹⁰⁾ 통신의 도청을 최소화하는 방법으로 행해져야 함을 명시하고 있는 이러한 조항은 과잉금지원칙의 천명이라고 할 수 있을 것이다.

(바) 긴급 감청

긴급한 상황의 경우에는 법원의 허가 없이 도청을 허용하고 있다. 여기에 해당하는 것은 (i) 사망 또는 중대한 신체 상해의 즉각적인 위험(immediate danger), (ii) 국가안보를 위협하는 음모행위(conspiratorial activities), (iii) 조직범죄가 포함되어 있는 음모행위 등이다. 이러한 경우에도 감청이 이루어진지 48시간 이내에 법원에 사후영장을 신청하여야 한다.²¹¹⁾ 이 경우 소기의 목적을 달성하거나 법원의 영장을 받지 못한 경우에는 즉각 감청을 중단하여야 한다. 그리고 만약 영장이 거부된 이후에 획득된 내용은 이 법의 위반으로 간주되고 더 이상 증거로 사용할 수 없다.

(사) 통 지

감청 영장이 거부되거나 감청이 종료한 후 90일 이전의 합리적인 기간 내에 감청영장을 발부하거나 거부한 판사(judge)는 피감청자에게 (i) 감청영장의 발부 또는 감청신청이 있었다는 사실, (ii) 감청영장이 발부된 일시 및 감청 기간 또는 감청 신청이 거부된 일시, (iii) 감청 기간 동안 감청이 있었는지 여부에 대하여 통지를 하도록 조치하여

208) 18 U.S.C. § 2518 (3).

209) 18 U.S.C. § 2518 (4).

210) 18 U.S.C. § 2518 (5).

211) 18 U.S.C. § 2518 (7).

야(cause) 한다.²¹²⁾

이상의 내용을 바탕으로 볼 때, 미국에서 감청을 논의할 때에는 법집행기관이 행하는 전자감시는 항상 엄격한 프라이버시 보호에 따라야 한다는 것이 강조되고 있다. 감청은 중대한 범죄의 경우에만 이용될 수 있으며, 감청을 하는 권한의 부여는 다른 수사방법이 실패했을 경우에만 가능하다. 또한 감청 허가의 신청은 엄격한 사법적 심사를 받는다. 그리고 감청의 방법은 관계없는 대화의 엿듣기를 최소화하는 방법으로 행하여진다. 또한 감청을 당한 당사자는 감청의 허가와 감청 행위에 대한 사후의 사법적 심사를 받을 자격이 부여되고 있다.

(2) 비 판

하지만 이 법이 의도한 대로 작용하지 못하고 프라이버시의 내용을 침해하고 있다는 비판이 꾸준히 제기되고 있다.²¹³⁾

(가) 감청은 더 이상 폭력범죄와 중대범죄에 한정되어 있지 않다는 점이다. 감청을 허용하는 범죄의 리스트는 계속 확대되어 왔다. 1968년에는 26건이던 것이 1996년에는 95건의 범죄로 확대되었다. 원래의 리스트는 주로 간첩죄, 반역죄, 폭력범죄, 전형적인 조직범죄에 한정되어 있었다. 그러나 현재는 여권신청이나 대출신청에 관한 허위진술범죄, 그리고 미국의 재산에 대한 약탈범죄도 이에 포함되고 있다. 실제의 사용현황을 살펴보면 살인죄, 유괴 또는 테러리즘 사건에서는 드물게 사용되고 대부분의 사건은 마약사건이다. 9·11 이후에는 테러방지를 위해서 광범위하게 사용되고 있다.²¹⁴⁾

212) 18 U.S.C. 2518 (8)(d).

213) the Report on the CATO Institute policy Forum, "Big Brother in the Wire: Wiretapping in the Digital Age(3/1/1998)," <http://www.aclu.org/privacy/spying/15440pub19980301.html>.

(나) 법원의 허가는 전자감시의 이용에 대하여 효과적인 규제장치로서 기여하지 못하고 있다는 지적이다. 1989년부터 1995년까지 7년 연속 정부의 감청 요구에 대하여 단 한건도 - 연방의 경우이든 주의 경우이든 - 거부한 법관은 한명도 없었다.²¹⁵⁾

(다) 법원은 법집행기관이 합리적으로 이용할 수 있는 다른 수사방법들을 다 사용하지 않았을 경우에도, 전자감시를 허용하고 있다.

(라) 최소화의 요구는 엄격하게 시행되지 않고 있다. 법원은 특히 마약 사건에서 관계없는 대화의 모니터링에 대해서도 면책하고 있다.

(마) 전자감시의 허가 또는 전자감시의 행위에 대한 피고인의 사후 이의제기가 받아들여진 경우가 드물다.

(바) 감청의 평균적 기간과 감청을 당하는 통화의 평균 숫자가 꾸준히 증가하고 있다. 따라서 다시 일반수색의 유령을 불러일으키고 있다.²¹⁶⁾

2. 대외정보감시법

의회가 법집행기관에게 적법한 절차에 의한 감청을 일반적으로 허용한 것은 1968년의 일반범죄통제 및 거리안전법이었다. 더 나아가 1978년의 대외정보감시법(Foreign Intelligence Surveillance Act)은 특히 국가안전보장 사건에 대하여 감청을 허용하고 있다. 이 법은 대외정보(foreign intelligence information)와 역정보(counter-intelligence) 사건에만 사용될 의도로 제정되었다.

214) NSA Spying on Americans Is Illegal (12/29/2005), <http://www.aclu.org/privacy/spying/23279res20051229.html>.

215) the Report, 8면, 김승환, 앞의 논문 69-70면에서 재인용.

216) 김승환, 도청과 프라이버시에 관한 헌법적 문제, 영남법학 제5권 제1·2호, 1999.2, 69-70면에서 재인용.

법무부장관이 선서 하에 서면으로 (A) 전자 감시가 오로지(solely) (1) 외세(foreign power)에 의하여 또는 외세 사이에 행해진 통신의 내용을 획득하기 위한 것이거나 또는, (2) 외세의 공개적이고 독점적인 지배에 놓여 있는 장소로부터 개인의 구술 정보(spoken communications)가 아닌 기술적 정보(technical communications)를 획득하기 위한 경우, (B) 미국 시민이 일방 당사자가 되는 통신의 내용을 감시할 개연성이 실질적으로 없는 경우, 그리고 (C) 전자감시가 법에 정한 최소 침해 조치를 취한 경우에, 대통령은 대외정보를 획득하기 위하여 법원의 명령 없이 최장 1년 동안 법무부장관을 통하여 전자감시를 허가할 수 있다.²¹⁷⁾ 이 경우 무분별한 감청을 통제하기 위하여 법무부장관은 전자감시를 실행하기 최소 30일 전에 상하원의 관련 정보위원회에 최소 침해 조치 및 변동사항을 보고하여야 한다.

대외정보에 대하여도 원칙적으로 대통령이 법무부장관에게 관할권이 있는 법원에 전자감시의 신청을 서면으로 허용하는 권한을 부여한 경우 법원의 허가를 위한 신청이 인정되고, 신청을 받은 판사는 위에서 언급한 경우를 제외하고 대외정보를 획득하기 위하여 외세에 대한 전자감시를 승인하는 명령을 허가할 수 있다.²¹⁸⁾ 이 경우 역시 대외정보의 특성상 개별적 통제가 상당히 미약하므로 통제를 강화하기 위하여 법무부장관은 이 절차가 최소 침해 조치를 준수하였는지 여부 및 이에 대한 평가를 상하원의 관련 정보위원회에 보고하도록 되어 있다. 또한 각 주는 적어도 연방법과 같은 엄격한 제한하에 서만 감청을 허용할 수 있다. 그러나 대외정보감시법 제정 이후 지금까지 법원은 정부의 전자감시 요청을 결코 기각한 예가 거의 없다.²¹⁹⁾

3. 전자통신 프라이버시법

전자통신 프라이버시법(Electronic Communications Privacy Act, ECPA)은 1970

217) 50 U.S.C. § 1802 (a)(1).

218) 50 U.S.C. § 1802 (a)(2).

219) In *First-Ever Ruling, Secret Appeals Court Allows Expanded Government Spying on U.S. Citizens* (11/18/2002), <http://www.aclu.org/privacy/spying/15189prs20021118.html>.

년대 초반의 워터게이트 사건과 관련하여 도청 문제를 해결하기 위하여 입법이 논의되기 시작했으며 정보기술의 비약적인 발전으로 입법이 촉발되었고 수정되었다. 일명 “반도청법(anti-wiretapping act)”으로 출발한 이 법은 1986년에 시행되었다.

이 법의 주요 내용은 통화 당사자의 동의 없이 정부가 전화를 도청하는 것을 금지하기 위하여, 정부기관이 통화를 감청하기 전에 법원의 영장을 받도록 요구하였다. 그리고 전자통신 서비스가 제공되는 시설에 고의적으로 권한 없는 접근, 접근 권한의 유월, 아직 시스템에 전자적으로 저장되어 있는 유선통신 또는 전자통신을 취득, 변경하거나 권한 있는 접근을 금지하는 행위에 대하여 처벌을 규정하고 있다. 형벌은 벌금 또는 징역형이며, 양자를 병과할 수도 있다. 또한 이 법에 위반하는 행위로 손해를 입은 자를 위한 사법상의 구제책이 규정되어 있으며, 이러한 구제책에는 예비적 구제와 선언적 구제, 손해배상, 합리적인 변호사 비용과 기타 소송비용이 포함된다.

보다 구체적으로 살펴보면 첫째, 인터넷 서비스 제공자는 통신의 내용을 (1)우연히 획득하고, 범죄의 실행을 담고 있는 것처럼 보이는 경우 법집행기관에, (2)사망이나 심각한 신체 상해를 포함한 비상사태라고 선의로 믿는 경우 정부기관에 통신의 내용을 유출(divulge)할 수 있다. 그리고 정부기관은 정당한 관할권 있는 법원의 영장에 의하여 전자적으로 저장된 통신의 내용의 공개를 인터넷 서비스 제공자에게 요구할 수 있으며, 역시 법원의 명령에 의하여 영장을 가지고 현재 진행되고 있는 통신의 내용의 공개를 요구할 수 있다.²²⁰⁾

둘째, 수사기관이 전화이용기록장치나 발착신번호 추적기(trap and trace device)를 사용하고자 할 때에도 사전에 법원의 허가를 얻도록 하였다. 그러나 그 허가요건을 감청의 경우보다 완화하여 이 기구를 사용하여 확인될 수 있는 정보가 범죄수사에 관련성이 있다(relevant to an ongoing criminal investigation)는 점 정도만 확인되면 기구사용을 허가하고 있다.²²¹⁾ 이 경우 통신의 감청보다 완화된 통제를 받는 전화이용기록장치와 발착신번호 추적기에 대한 통제를 강화하기 위하여 법무부장관은 매년 감청의 기간, 신청이 특정한 범죄, 수사의 횟수, 영향을 받는 장치의 수량과 특성, 그리고 명령을 신

220) 18 U.S.C. §2702 (b), § 2703 (a) and (b).

221) 18 U.S.C. §3123.

청한 법집행기관의 신원을 포함하여 전화이용기록장치와 발착신번호 추적기가 설치 및 사용된 양을 의회에 보고하도록 하고 있다.²²²⁾

IV. 9·11 이후 - 애국법

미국에서 프라이버시와 도청 또는 감청의 문제를 바라보는 시각은 9·11을 전후로 판이하게 다르게 나타나고 있다. 혹자는 프라이버시를 말할 때 9·11 이전과 9·11 이후만 있을 뿐이라고까지 극단적으로 말한다. 그 만큼 9·11은 미국인의 사고와 시스템을 상상할 수 없을 정도로 변화시킨 전대미문의 사건이었다. 9·11 이전에 미국 본토에 대한 공격이 수백 년 동안 없었던 그들에게 미국 본토에 대한 공격은 더 이상 미국 본토가 안전지대가 아니라는 것을 하루아침에 일깨워준 사건이다.

그 결과로 개인의 자유와 프라이버시를 최고의 가치로 여기던 다분히 미국적인 사고와 문화가 대폭적으로 수정되고 있는 실정이다. 공동체의 안전을 위하여 개인의 자유가 제약될 수 있다는 논리와 상황에 대하여 이해를 하기 시작하였으며 이를 위하여 물리적 세계 및 사이버 세계에서 보안에 전례 없이 강화하고 있다. 자유가 최우선이 아니라 국가안보가 최우선 가치가 되어 버린 듯하다.

9·11 이후 미국인들은 테러에 대한 공포로부터 헤어나지 못하고 있다. 여기에서 말하는 테러는 물리적 테러뿐만 아니라 사이버를 이용한 물리적 테러의 유발 즉, 통신 등을 이용하여 사이버를 조작하여 결과적으로 주요 시설의 오작동을 유발하고 이것이 엄청난 재앙을 가져오게 하는 것도 포함한다.

현재 9·11 이전에는 인정되기 어려웠던 초강력의 국가안전보장 관련 입법이 이루어지고 있다. 주로 사이버공간을 대상으로 하는 입법으로 이른바 애국법(Patriot Act)을 비롯하여 국토안보부 사이버보안 증강법(Department of Homeland Security Cybersecurity

222) 18 U.S.C. § 3126.

Enhancement Act of 2005), 이른바 SPY 법(Securely Protect Yourself Against Cyber Trespass Act), 그리고 이른바 I-SPY 법(Internet Spyware Prevention Act) 등의 입법이 이루어졌거나 의회에 제출중이다.

구체적으로 국가안전보장을 위하여 테러에 대하여 강력한 대응이 필요하였고 이를 위하여 전자감시를 획기적으로 확대하는 일명 애국법을 제정하여 국가안보를 위해서 감청을 폭넓게 인정하고 있다. 애국법(USA Patriot Act, P.L. 107-56, § 506(a))은 FBI로 하여금 방첩 또는 국가 안보에 관련된 사건에 대하여 조사를 할 일차적 권한을 행사할 수 있도록 개정하였다. 이와 함께 전자통신 프라이버시법을 개정하여 이전에는 여러 주를 넘나든 컴퓨터 로그를 통하여 해커를 추적하는 경우에 각각의 주로부터 영장 발부가 필수적이었으나 개정된 애국법에 의하여 관련 있는 한 주의 법원으로부터 영장을 발부받으면 족한 것으로 하였다. 따라서 컴퓨터를 통한 테러 정보의 추적이나 수사가 신속하게 이루어질 수 있도록 하였다.

이하에서는 프라이버시 및 감청과 밀접한 관련이 있는 애국법의 주요 내용을 살펴본다.

1. 테러와 관련된 유선, 구두 및 전자통신의 감청 권한 추가²²³⁾

1996년 테러방지 및 실효사형법(공법 104-132, 110 Stat. 1274) 제434(2)조를 개정하여 위조 신분증의 제작, 여권 또는 비자의 위조 또는 사기 등과 관련된 범죄를 포함하고, 1996년 불법이민개혁 및 이민자책임법(공법 104-208의 제C조, 110 Stat. 300, 565) 제201(3)조를 개정하여 화학무기 및 테러와 관련된 범죄 등을 감청의 대상 범죄로 새로이 포함하였다. 지금까지 일반적으로 중대범죄에 한해서 감청의 대상범죄를 정하였으나, 테러와 관련될 수 있는 분야를 포함하는 것으로 대폭 확대하였다. 그리고 테러에 대한 정보가 주로 컴퓨터를 통하여 전달된다는 것을 인식하고 컴퓨터 사기 및 악용 관련 중대한 위반 범죄도 역시 감청의 대상범죄로 설정하였다.²²⁴⁾

223) 애국법 제201조, 18 U.S.C. § 2516 (1) (p),(q).

224) 애국법 제202조, 18 U.S.C. § 2516 (1) (c).

2. 범죄수사정보 공유권한 확대²²⁵⁾

(1) 대배심

연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure) 6(e) (3) (c)을 개정하여 대배심에서의 정보공유권한을 대폭 확대하였다. 연방형사소송 규칙은 일반적으로 증거 자료의 공개 또는 공유를 금지하고 있다. 그러나 이러한 증거도 대배심에게는 공개되고 공유되어야 한다. 구체적으로는 대외정보나 역정보 (1947년 국가보안법(50 U.S.C. § 401a) 제3조에 규정) 또는 대외 정보기관 정보와 관련된 사안의 경우, 해당 공무원이 정보를 받아 업무를 수행할 수 있도록 연방법의 집행이나 정보, 보안, 이민, 국방, 국가 안보 담당 공무원에게 공개하여야 한다. 법원이 대배심 앞에 정보의 공개를 명령할 경우, 그것은 법원이 지정하는 방법, 시기 및 조건에 따라 이루어져야 한다.

이 경우 정보공개 혜택을 받는 연방 공무원은 정보의 미승인 공개 제한 규정에 따라 공무 수행에 필요한 경우에만 해당 정보를 활용해야 한다. 또한 정보 공개 후, 검사는 적절한 기간 내에 정보공개 사실 및 정보를 공개한 관계부처, 기관 또는 조직에 관한 사항이 기재된 통보서를 밀봉하여 법원에 제출해야 한다.

여기에서 대외 정보기관 정보란 상당히 광범위하다. 첫째, 미국인의 관련 여부와 상관 없이, 외국 기관 또는 외국 기관 첩보원의 실질적인 또는 잠재적인 공격이나 심각한 적대 행위, 외국 기관 또는 외국 기관 첩보원의 방해공작 또는 국제 테러, 또는 외국 기관 정보 기관 서비스나 네트워크 또는 외국 기관 첩보원의 비밀 정보활동에 관련되는 미국의 보호 능력에 관한 정보를 말한다. 둘째, 미국인의 관련 여부와 상관없이 미국의 국방이나 보안, 또는 미국의 외교 활동 수행에 관련되는 외국 기관이나 외국 영토에 관한 정보를 말한다.

(2) 법 집행

법 집행에 있어서 전자, 무선 및 구두 감청 정보의 공유 권한을 대폭 확대하였다. 따

²²⁵⁾ 애국법 제203조 (a).

라서 권한을 지니고 수사 또는 법 집행에 관여하는 공무원이나 검사는 구두 또는 전자 통신 등을 이용해 도출한 증거를 수집한 뒤, 공무수행에 이용할 수 있도록 기타 연방법 집행이나 정보, 보안, 이민, 국방, 국가보안 관련 정보, 역정보, 대외 정보기관 정보를 해당 공무원에게 공개해야 한다. 이 규정에 따라 정보 공개 혜택을 받는 연방 공무원은 정보의 미승인 공개 제한 규정에 따라 공무 수행에 필요한 경우에만 해당 정보를 활용해야 한다.²²⁶⁾

3. 국가 정보기관의 명시적 제외

기존의 법은 유선 및 구두 통신 감청 및 공개의 제한에 국가 정보기관을 명시하지 않았다. 그러나 이 법은 유선, 구두 및 전자통신으로 범위를 확대하고 감청 및 공개에 대한 제한에 있어 국가 정보기관을 명시적으로 제외하였다.²²⁷⁾

4. 영장에 필요한 음성 메일 메시지 압수

감청 영장의 신청에 필요한 음성 메일 메시지를 압수할 수 있도록 하였다. 따라서 전자통신의 내용뿐만 아니라 유선 및 전자통신의 내용을 압수할 수 있도록 개정하였다.²²⁸⁾

5. 전자통신 기록에 따른 소환 영장 범위의 확대

전자통신기록에 따른 소환 영장의 범위를 확대하였다. 따라서 기존의 이름, 주소, 지역 및 장거리 전화요금 청구기록, 전화번호 또는 다른 가입자 번호나 신원 및 가입자 서비스 시간을 삭제하고 이름, 주소, 지역 및 장거리 전화 연결 기록 또는 통화 시간과 지

226) 애국법 제203조 (b).

227) 애국법 제204조.

228) 애국법 제209조.

속시간 기록, 서비스 시간(시작 날짜 포함) 및 활용 서비스 유형, 임시 할당 네트워크 주소를 포함해 전화나 장치 번호 또는 기타 가입자 번호나 신원, 가입자가 사용한 서비스 지불 방법과 재원(신용카드 또는 은행 계좌번호 포함)으로 변경하였다.²²⁹⁾ 신용카드 또는 은행 계좌번호를 포함시킨 것은 상당히 획기적이며 심각한 프라이버시 침해의 우려를 야기한다.

6. 인명 및 신체 보호를 위한 전자통신 비상 공개

일반에 원격 컴퓨팅 서비스나 전자통신 서비스 제공업체는 그러한 서비스 가입자나 고객과 관련된 기록이나 정보를 의도적으로 정부 조직에 공개하여서는 안 된다. 그러나 비상적인 경우 생명 및 신체의 보호를 위하여 전자통신의 내용을 공개할 수 있다. 구체적으로 전자통신 서비스 제공업체는 어느 개인이 사망이나 중상 등의 위급한 상황이 발생했을 때, 비상사태라는 판단 하에 지체 없이 정보를 공개해야 한다고 믿을만한 타당한 이유가 있을 경우, 정부 기관에 예외적으로 고객 통신이나 기록을 의무적으로 공개하여야 한다. 어느 개인이 사망이나 중상 등의 위급한 상황이 발생한 경우, 정부 기관은 전자통신 서비스나 원격 컴퓨팅 서비스 제공업체에게 고객 통신이나 기록을 요구할 수 있다.²³⁰⁾

7. 전화이용 기록장치의 감시 및 추적 권한 확대

전화를 이용하여 감시 및 추적하는 경우 그 권한을 확대하고 절차를 명시하였다. 따라서 (i) 수사의 대상이 되는 개인의 신원, (ii) 전화이용 기록장치나 감시 및 추적 장치가 부착되거나 적용되는 전화선이나 기타 시설을 임대하거나 그 이름이 등록된 개인의 신원, (iii) 명령이 적용되는 통신의 속성, 예를 들어 번호나 식별자, 또는 전화이용 기록장치나 감시 및 추적 장치가 부착되거나 적용되는 전화회선이나 기타 시설의 위치 및

229) 애국법 제210조

230) 애국법 제212조

감시와 추적 장치의 경우 감시 및 추적 명령의 지리적 제한을 명시하여 법원에 신청하여야 한다.²³¹⁾

8. 전화이용기록장치와 발착신번호 추적기 사용에 관한 권한 수정²³²⁾

검사가 법원에 전화이용기록장치와 발착신번호 추적기의 설치 및 사용 정보가 현재 진행 중인 범죄 수사와 관련 있음을 증명할 경우, 법원은 미국 내 모든 장소에서 그러한 장치의 설치와 사용이 가능하도록 하는 승인 명령을 검토해야 한다. 이러한 명령의 대상은 명령 집행이 원활하게 이루어지도록 지원하는 미국 내 유선 및 전자통신 서비스를 제공하는 개인이나 조직이다. 또한 명령 적용 대상에 명시되지 않은 개인이나 조직이 이를 사용할 경우, 이들의 요청에 따라 명령을 집행하는 검사나 법 집행기관 또는 수사 공무원은 그러한 개인이나 조직에 적용되는 명령 내용을 서면 또는 전자 문서로 작성한 증명서를 제출해야 한다.

이와 마찬가지로 주 법 집행기관이나 수사 공무원이 법원에 전화이용기록장치와 발착신번호 추적기의 설치와 사용 정보가 현재 진행 중인 범죄 수사와 관련이 있다고 증명할 경우, 법원은 관할권 내에서 그러한 장치의 설치 및 사용 승인 명령을 검토해야 한다.

위의 사용 승인 명령을 실행하는 법 집행 기관이 공공에 대한 전자통신 제공업체의 패킷-교환 데이터 네트워크 자체 전화이용기록장치나 발착신번호 추적기를 설치하고 사용하고자 할 경우, (i) 장치를 설치하는 공무원 혹은 네트워크로부터 정보를 얻기 위해 장치에 접근하는 공무원, (ii) 장치가 설치된 날짜와 시간, 철수된 날짜와 시간, 정보를 얻기 위해 접근한 날짜, 시간 및 지속시간, (iii) 설치 시점의 장치 구성 및 후속 수정 사항, 그리고 (iv) 전화이용기록장치나 발착신번호 추적기가 수집한 정보를 명확히 하고 관련 기록을 보존해야 한다.

전자 방식에 따라 전화이용기록장치나 발착신번호 추적기가 자동적으로 정보를 기록

231) 애국법 제214조.

232) 애국법 제216조.

하도록 설정할 경우, 그러한 장비를 설치하고 사용하는 동안 관련 기록은 보존되어야 한다. 이 경우 보존되는 기록은, 명령 종료 후 30일 이내에 (연장할 경우 그 기간 포함) 장치의 설치와 사용 승인 명령을 내린 법원에 봉인된 상태로 그 기록을 제공해야 한다.

명령이 적용되는 통신의 속성은 예를 들어 번호나 식별자, 또는 전화이용기록장치나 발착신번호 추적기가 부착되거나 적용되는 전화 회선, 기타 시설의 위치 및 이에 따른 감시와 추적 장치의 설치와 사용을 허가하는 명령의 경우, 그 명령의 지리적 제한 등이다.

9. 컴퓨터 불법 침입자 통신의 감청

컴퓨터 불법침입자는 인가 없이 보호 상태의 컴퓨터에 접근하고, 그 컴퓨터를 통해 정보를 전송하거나, 컴퓨터를 통해 전송되는 통신의 기밀성 유지를 기대할 수 없는 자이다. 보호 상태 컴퓨터의 전부 또는 일부에 접근하기 위해 그 컴퓨터의 소유주나 운영자와 기존 계약 관계에 있는 컴퓨터 소유자나 운영자는 컴퓨터 불법침입자의 범주에서 제외된다.

구체적으로 다음과 같은 경우에는 컴퓨터 불법침입자가 아니다. 즉, (i) 보호 상태 컴퓨터의 소유주 또는 운영자에게 자신의 컴퓨터 불법 침입자 통신을 감청할 수 있도록 허가할 경우, (ii) 법률에 따라 행동하는 개인이 합법적으로 수사에 관여할 경우, (iii) 법률에 따라 행동하는 개인은 컴퓨터 불법 침입자의 통신 내용이 수사와 관련이 있다고 믿는 타당한 근거를 보유할 경우, 그리고 (iv) 그러한 감청으로 그러한 목적 이외의 통신을 포착하지 않는 경우(컴퓨터 불법 침입자가 송수신하는 통신 이외의 통신은 포착하지 않는다), 보호된 컴퓨터로, 그를 통해, 또는 그러한 컴퓨터에서 컴퓨터 불법 침입자의 유선 또는 전자통신을 감청하기 위해 법이 허용하는 범위 안에서 수행되는 행위는 불법적인 것으로 간주되지 않는다.²³³⁾

233) 애국법 제219조.

10. 전자 증거를 위한 전국적인 수색영장 서비스

연방형사소송규칙 41(a)를 개정하여 지역 내 또는 지역을 벗어난 개인에 대한 재산의 수색을 위해, 테러에 관련된 행위가 발생 가능한 지역의 연방 치안판사는 국내 테러 또는 국제 테러의 수사에 있어 단일 관할권 수색영장을 발부할 수 있다.

또한 연방형사소송규칙에 따라 전자 증거의 수집이 필요한 상황이 발생할 때마다 수색영장을 청구하는 것을 삭제하고 수사 중인 범죄에 대한 관할권을 갖는 법원에 의해 연방형사소송규칙에 따라 일회의 전국적인 수색영장 청구가 가능하도록 하였다.²³⁴⁾ 여기에서 말하는 관할 법원의 의미는 지리적 제한 없이 그러한 정의 안의 모든 연방 법원이 포함된다.

11. 무단 공개에 대한 책임

정부 기관이 이 규정을 위반했다는 법원이나 해당 부처 또는 기관의 판단이 있는 경우, 정부 공무원이 위반과 관련하여 계획적으로 또는 의도적으로 행동했는지의 여부에 관해 위반 사항이 심각한 의문을 제기한다고 파악되는 경우, 그러한 부처나 기관은 법원 또는 해당 부처나 기관으로부터 결정 및 판단의 복사본을 받는 즉시 해당 공무원에 대한 징계 조치가 필요한지를 판단한다. 관련 부처나 기관의 장이 징계 조치가 필요하지 않다고 판단할 경우, 이를 해당부처나 기관을 관할하는 감찰관에게 통보하며, 여기에는 그러한 판단의 이유를 제시하여야 한다.²³⁵⁾

이렇듯 부적절한 공개는 법률 위반 행위다. 수사나 법 집행 공무원 또는 정부 기관이 허용된 범위를 벗어나 정보를 계획적으로 공개하거나 사용하는 행위는 이 규정을 위반하는 것이다. 여기에서 말하는 부적절한 공개란 미국 연방법전 Title 5, 제552a(a)조에 정의된 용어로서, 이 Title의 제2703조에 따라 수사나 법 집행 공무원 또는 정부 기관

234) 애국법 제220조

235) 애국법 제223조

이 획득한, 또는 이 Title의 제3123조나 제3125조에 따라 설치된 장치에서 획득한 기록으로서, 공개를 하는 공무원이나 정부 기관의 적절한 공무 수행에 있어 공개가 이루어지지 않은 기록의 계획적인 공개를 말한다. 이 규정은 연방, 주 또는 지방 정부나 이 규정에 따라 발생하는 민사소송의 원고가 일반에 합법적으로 공개한(이 장에 따른 민사 또는 행정소송 개시 전) 정보에는 적용되지 않는다.

이 규정이나 1978년의 대외정보감시법 제106(a), 제305(a)조 또는 제405(a)조의 계획적인 위반에 의해 침해를 받는 개인은, 손해 배상을 위해 연방정부를 상대로 연방 지방법원에 소송을 제기할 수 있다. 그러한 소송에 있어 침해를 당한 개인이 이 규정이나 Title 50의 특정 규정 위반 사항을 명확히 입증할 경우, 법원은 손해를 산정함에 있어서 실제 손해액이나 1만 달러 미만 금액 중 큰 금액과 합리적으로 발생한 소송 비용을 산정할 수 있다.

연방정부를 상대로 한 소송절차는 연방불법행위청구법(Federal Tort Claims Act)에 따라 해당 부처나 기관에 피해배상 청구가 제시된 후에만 시작할 수 있다. 이 규정에 따라 연방정부에 대한 소송은 피해배상 청구가 발생한 후 2년 이내에 서면으로 해당 연방 기관에 소송을 제기하지 않거나, 청구 대상인 기관에 의한 피해배상 청구 최종 기각을 증명 또는 등기우편으로 발송한 후 6개월 이내에 소송이 개시되지 않는 한 항구적으로 금지된다. 피해배상 청구는 청구자가 위반을 확인한 날짜에 개시된다. 그리고 이 규정에 따른 소송은 배심원 없이 법원에서 재판이 이루어져야 한다. 이 규정에 따라 연방정부에 대한 보상과 동일한 금액은 관련 부처나 기관의 운영 경비로 사용 가능한 충당금, 기금 또는 기타 계좌(연방 법률의 집행에 사용할 수 있는 충당금, 기금 또는 계좌의 부분은 제외)에서 미국 연방법전 Title 31 제1304조에 설명한 기금과 관련된 부처나 기관이 배상해야 한다.

12. 도 · 감청에 따른 면책

1978년의 대외정보감시법 제105조를 개정하여 이 법에 의한 법원 명령 또는 비상 지원 요청에 따라 정보, 시설 또는 기술 지원을 제공하는 유선 및 전자통신 서비스 제공

업체, 지주, 관리인 또는 기타 개인(임원, 종업원, 대리인 또는 기타 지정 개인 포함)에 대해서는 어떠한 법원에서도 소송을 제기할 수 없도록 면책을 하고 있다.²³⁶⁾

V. 소 결 : 미국제도의 시사점

미국 헌법은 프라이버시권을 명문으로 보장하는 규정을 갖고 있지 않다. 그러나 프라이버시권을 헌법상의 지위로 끌어올린 Griswold 판결에서 미국 연방대법원은 프라이버시권이 "사생활을 다른 사람에게 알리지 아니할 권리"임을 인정하면서, 프라이버시권은 미국 수정헌법 제1조, 제3조, 제4조, 제5조, 및 제9조로부터의 방사에 의한 반영으로서 헌법상 명시된 권리와 동등한 보호를 받는다고 판시한 바 있다.

미국에서의 도청 및 감청 문제는 정보기술의 혁명이 프라이버시, 통신의 안전, 그리고 법집행 특히 국가안보에 어떠한 문제를 제기하는가에 관한 다양한 각도에서 논의되어 왔다. 미국에서 도청 및 감청과 프라이버시에 관한 문제를 고찰하는데 몇 개의 중요한 기폭제를 중심으로 시기를 구분할 수 있다. 첫째, 전화의 발명에서 1968년 일반범죄통제 및 거리안전법 제정 이전까지의 시기이다. 이 시기 초기의 도청은 광범위하게 인정되었으나 점차 판례를 통하여 꾸준히 규제되어 프라이버시가 확대되는 시기라고 평가할 수 있다. 초기의 Olmstead 판결은 도청은 수색이 아니므로 영장이 필요하지 않다고 하였으나 이후의 Katz 판결에서는 도청도 수색이므로 법원의 허가가 필요하다고 하였다. 둘째, 1968년 일반범죄통제 및 거리안전법 제정으로부터 2001년 9·11 테러 이전까지이다. 이 시기는 그 동안 판례를 통하여 형성된 많은 부분이 성문화되어 일반범죄통제 및 거리안전법, 대외정보감시법, 그리고 전자통신 프라이버시법 등이 성문화되었다. 셋째, 9·11 테러 이후의 시기이다. 이 시기는 국가안전보장을 위하여 강력한 애국법의 시행으로 프라이버시가 상당 부분 후퇴하고 도청 또는 감청이 상당히 광범위하게 허용되는 시기이다. 애국법은 도청 또는 감청을 폭넓게 허용하기 위하여 자세한 규정과 이에 대한

236) 애국법 제225조.

절차를 설정하였다.

1928년 Olmstead 판결에서 연방대법원은 수색은 실질적인 침입이 있는 경우이어야 하고, 압수는 유형물을 대상으로 하는 것이기 때문에 통화자 모르게 전화를 도청하는 것은 수색 및 압수가 아니며, 따라서 이것은 수정헌법 제4조가 말하는 부당한 수색과 압수에 해당하지 않는다고 하였다. 그러나 Olmstead 판결에서 영장 없는 전화의 도청이 불법이 아니라는 연방대법원의 판결이 있자, 이것을 방지하려는 여러 가지 방안이 제기되어 드디어 1934년에 연방통신법(Federal Communications Act)이 제정되었다. 이 법은 “송화자의 허가 없이는 누구든지 통신을 방해하거나, 도중에 청취한 통신의 유무, 내용, 사실을 폭로하거나 공개할 수 없다고 규정하였다.

1934년 연방통신법의 영향으로 1937년 Nardon v. U.S. 사건에서 연방대법원도 연방정부의 공무원에 의한 영장 없는 전화 도청의 내용은 부당한 수색과 압수이므로 그 증거능력을 부정하였다. 더구나 1939년 제2차 Nardon 판결에서는 전화 도청의 결과 발견된 증거도 불법의 과실로서 그 증거능력을 부정하였다.

Rathbun v. U.S. 판결은 통화자 일방의 허가가 있는 전화 도청에 대하여 증거증력을 인정하였다. 이어서 Lopez 판결에서는 비밀녹음기를 휴대하여 대화를 녹음하는 것은 부당한 수색과 압수가 아니라고 판시하였다. 하지만 이 판결의 다수의견에 대하여 일방 당사자만의 동의로 전자통신의 감청이 허용된다면 모든 사적인, 자유로운, 그리고 제약받지 않는 통신을 위축할 위험이 발생하게 될 것이라는 반대의견은 주목할만하다.

Katz 판결에 이르러 공중전화기 밖에서 전화수신기록장치로 도청을 한 것은 공중전화기를 사용하는 동안 정당하게 보호되어야 할 개인의 프라이버시를 침해한 것이므로 도청된 전화내용을 증거로 삼을 수 없다고 획기적으로 판시하였다. 뒤이어 Michigan 판결은 대통령의 국가안전보장을 위한 도청도 사전에 법원의 허가를 얻어야 한다고 판시하였다. 그리고 Scott 판결은 감청을 하는 경우에도 최소 침해의 원칙을 지켜야한다고 하면서, 감청된 전화통화 중에 범죄관련성이 없는 통화수가 몇 퍼센트를 차지하고 있는가만을 기준으로 최소화 요건 침해 여부를 판단해서는 안 되고, 통화의 내용과 비중, 대상 범죄의 성격, 감청의 시기 등을 고려하여야 한다고 판시하였다.

이상의 판례의 발전을 바탕으로 의회가 법집행기관에게 적법한 절차에 의한 감청을 허용한 것은 1968년 일반범죄통제 및 거리안전법 Title III가 가장 대표적이다. 그 동안 판례를 통하여 형성된 많은 부분과 새로운 문제가 비로소 입법으로 상당부분 해결되었으며, 우리에게 시사하는 바가 적지 않다.

우선, 이법은 고의로 유선, 구두, 또는 전자적 통신을 엿듣거나 엿들으려고 시도하거나 이를 시도하는 것을 금하며 이를 위반할 경우 처벌하고 있다. 그리고 그 논리적 연장으로 이러한 불법의 결과물을 이하 여타의 입법, 행정, 사법절차에서 증거로 사용할 수 없도록 하고 있다. 하지만 특별한 경우에 연방 법무부장관 또는 그에 의하여 특별히 임명된 자는 특정한 범죄에 대하여 관할권 있는 연방 판사에게 감청의 승인을 요청할 수 있다.

감청을 허용하는 대상범죄는 지금까지 우리에게 일반적으로 알려진 것과는 다르게 상당히 광범위하여 150여 종류를 상회한다. 지금까지 미국의 감청 대상 범죄를 인용하면서 감청 대상 범죄를 엄격히 제한하고 있다는 설명은 사실과 다르다. 물론 미국에서도 감청 대상 범죄가 너무 광범위하다는 비판이 있다. 그렇다면 프라이버시의 보호를 위하여 감청 대상 범죄를 축소하는 것도 좋은 방법이겠으나, 형식적으로 감청 대상 범죄를 축소하고 사실적으로 광범위한 도청이 이루어지는 경우보다 범죄 예방 또는 국가안보를 위하여 감청의 불가피성을 인정한다면 감청 대상 범죄의 범위보다 절차를 엄격히 설정하고 이를 준수하도록 하는 것을 차선책으로 고려해볼직하다.

감청 신청의 구체적 절차로서 감청 승인을 요청하는 신청은 정당한 권한 있는 법원의 판사에게 선서 또는 확약을 하고 서면으로 실시하여야 한다. 이 신청서에는 법집행기관의 신분을 표시하고, 특정한 범죄가 행해졌거나 곧 일어날 것이라는 내용을 포함하여 영장이 발부되어야 한다는 믿음을 정당화하는 사실 또는 상황을 자세히 기술하여야 하며, 감청이 행하여질 장소와 시설의 성질을 표시하며, 감청하고자 하는 통신의 유형을 표시하고, 만약 알 수 있다면 감청이 되는 자의 신원을 표시하여야 한다. 그리고 다른 수사방법을 다 동원하였으나 실패하였거나 다른 수사방법이 너무 위험하여 성공하지 못할 것 같은 상황을 자세히 기술하여야 한다. 또한 감청이 행해지는 기간도 구체적으로 기술하여야 한다. 일단 감청 신청이 접수되면 판사는 특정한 범죄가 행해졌거나 곧 일어날

것이라고 믿을만한 상당한 이유가 있고, 정상적인 수사 방법을 다 동원하였으나 실패하였거나 다른 수사방법이 너무 위험하여 성공하지 못할 것 같은 사실을 기초로 재량에 의하여 신청대로 또는 수정하여 감청 명령을 허가할 수 있다.

감청의 신청과 감청의 허가에 있어서 다른 수사 방법을 다 동원하였으나 실패하였거나 다른 수사방법이 너무 위험하여 성공하지 못할 것 같은 상황을 자세히 기술하도록 하고 이를 기초로 결정하도록 하는 것은 일종의 보충성의 원칙을 요구하는 것이다. 이것은 감청이 필요한 경우라도 다른 방법에 의하여 범죄 예방이나 국가안전보장이 가능한 경우에는 감청을 허용하지 않는 것으로서 국민의 기본권을 제한하는 한계로서 작용하는 것이며, 높이 평가할만하다.

그리고 감청영장에는 감청을 실행하는 법집행기관의 신분을 표시하고, 감청이 행하여지는 장소와 시설의 성질을 표시하며, 감청하고자 하는 통신의 유형을 표시하고, 만약 알 수 있다면 감청이 되는 자의 신원을 표시하여야 한다. 또한 감청이 행해지는 기간을 특정하여야 한다. 감청 기간은 감청의 목적을 달성하는 데 필요한 기간을 초과해서는 아니 되며 최장 30일을 초과해서는 아니 된다. 감청 기간에 대하여 감청의 목적을 달성하는 데 필요한 기간을 초과해서는 아니 되며 최장 30일을 초과하지 않도록 엄격히 제한하는 것은 과잉금지의 원칙을 천명하는 것이라 할 수 있다. 또한 국민의 기본권을 침해하는 경우에도 최소침해의 원칙을 지켜야 한다는 정신의 표현으로 반드시 도입할 필요가 있다.

긴급한 상황의 경우에는 법원의 허가 없이 도청을 허용하고 있다. 여기에 해당하는 것은 (i) 사망 또는 중대한 신체 상해의 즉각적인 위협, (ii) 국가안보를 위협하는 음모행위, (iii) 조직범죄가 포함되어 있는 음모행위 등이다. 이러한 경우에도 감청이 이루어진지 48시간 이내에 법원에 사후영장을 신청하여야 한다. 이 경우 소기의 목적을 달성하거나 법원의 영장을 받지 못한 경우에는 즉각 감청을 중단하여야 한다. 그리고 만약 영장이 거부된 이후에 획득된 내용은 이 법의 위반으로 간주되고 더 이상 증거로 사용할 수 없다.

감청 영장이 거부되거나 감청이 종료한 후 90일 이전의 합리적인 기간 내에 감청영장을 발부하거나 거부한 판사는 피감청자에게 (i) 감청영장의 발부 또는 감청신청이 있

었다는 사실, (ii) 감청영장이 발부된 일시 및 감청 기간 또는 감청 신청이 거부된 일시, (iii) 감청 기간 동안 감청이 있었는지 여부에 대하여 통지를 하도록 조치하여야 한다. 감청의 불가피성을 인정하는 경우에도 사후에 수사기관이 아니라 판사가 감청 통지의 실시에 대하여 직접 조치하고 지휘하도록 명문화한 것은 감청의 통지가 수사기관에 일임되어 있는 경우 그 집행이 유명무실하게 되는 것을 방지하기 위한 것으로 상당한 의미가 있으며, 도입을 고려할 필요가 있다.

1978년 대외정보감시법은 특히 국가안전보장 사건에 대하여 감청을 허용하고 있다. 이 법은 대외정보와 역정보 사건에만 사용될 의도로 제정되었다.

법무부장관이 선서 하에 서면으로 (A) 전자 감시가 오로지(solely) (1) 외세에 의하여 또는 외세 사이에 행해진 통신의 내용을 획득하기 위한 것이거나 또는, (2) 외세의 공개적이고 독점적인 지배에 놓여 있는 장소로부터 개인의 구술 정보가 아닌 기술적 정보를 획득하기 위한 경우, (B) 미국 시민이 일방 당사자가 되는 통신의 내용을 감시할 개연성이 실질적으로 없는 경우, 그리고 (C) 전자감시가 법에 정한 최소 침해 조치를 취한 경우에, 대통령은 대외정보를 획득하기 위하여 법원의 명령 없이 최장 1년 동안 법무부장관을 통하여 전자감시를 허가할 수 있다. 이 경우 무분별한 감청을 통제하기 위하여 법무부장관은 전자감시를 실행하기 최소 30일 전에 상하원의 관련 정보위원회에 최소 침해 조치 및 변동사항을 보고하여야 한다.

대외정보에 대하여도 원칙적으로 대통령이 법무부장관에게 관할권이 있는 법원에 전자감시의 신청을 서면으로 허용하는 권한을 부여한 경우 법원의 허가를 위한 신청이 인정되고, 신청을 받은 판사는 위에서 언급한 경우를 제외하고 대외정보를 획득하기 위하여 외세에 대한 전자감시를 승인하는 명령을 허가할 수 있다. 이 경우 역시 대외정보의 특성상 개별적 통제가 상당히 미약하므로 통제를 강화하기 위하여 법무부장관은 이 절차가 최소 침해 조치를 준수하였는지 여부 및 이에 대한 평가를 상하원의 관련 정보위원회에 보고하도록 되어 있다. 영장주의의 원칙에 대한 예외를 엄격하게 인정하고, 사안의 성격상 개별적 통제가 곤란하므로 권력분립의 원칙에 의하여 의회에 의한 사후적 통제를 제도화한 것으로 매우 실효성 있는 제도라고 평가할 수 있다.

미국에서 프라이버시와 도청 또는 감청의 문제를 바라보는 시각은 9·11을 전후로 판

이하게 다르게 나타나고 있다. 구체적으로 국가안전보장을 위하여 테러에 대하여 강력한 대응이 필요하였고 이를 위하여 전자감시를 획기적으로 확대하는 일명 애국법을 제정하여 국가안보를 위해서 감청을 폭넓게 인정하고 있다. 애국법은 전자통신 프라이버시법을 개정하여 이전에는 여러 주를 넘나든 컴퓨터 로그를 통하여 해커를 추적하는 경우에 각각의 주로부터 영장 발부가 필수적이었으나 개정된 애국법에 의하여 관련 있는 한 주의 법원으로부터 영장을 발부받으면 충분한 것으로 하였다. 따라서 컴퓨터를 통한 테러 정보의 추적이나 수사가 신속하게 이루어질 수 있도록 하였다. 그밖에 테러와 관련된 유선, 구두 및 전자통신의 감청 권한을 추가, 범죄수사정보 공유권한의 확대, 전자통신 기록에 따른 소환 영장 범위의 확대, 전화이용 기록장치의 감시 및 추적 권한의 확대, 컴퓨터 불법 침입자 통신의 감청을 허용하고 있다.

미국의 감청제도를 고찰한 결과, 도입을 검토해볼만한 제도는 다음과 같다. 첫째, 감청 대상 범죄가 상당히 광범위하며 대상 범죄의 통제보다 절차의 통제에 주력하고 있다는 점이다. 둘째, 감청의 신청과 허가에서 보충성의 원칙을 철저히 요구하고 있다는 점이다. 셋째, 감청기간을 엄격히 제한함으로써 과잉금지가 되지 않도록 하고 있다는 점이다. 넷째, 감청의 통지에 대하여 판사가 개입하도록 함으로써 그 집행이 확보되도록 구체적 조치를 취하고 있다는 점이다. 다섯째, 국가안전보장을 위한 경우에도 원칙적으로 영장주의를 관철하지만, 부득이한 경우 예외를 극히 엄격하게 인정하고, 이 경우 사안의 성격상 개별적 통제가 곤란하므로 권력분립의 원칙에 의하여 의회에 의한 사후적 통제를 제도화한 것으로 매우 실효성 있는 제도라고 평가할 수 있다.

제4장 한국의 도·감청제도와 사생활보호에 관한 법적 고찰

1. 서 론

범죄예방이나 형사소추를 위한 도·감청은 국민의 주거의 자유나 통신의 자유 그리고 사생활의 비밀에 대한 중대한 제한이 된다고 할 수 있다. 그러나 주거의 자유나 통신의 자유 그리고 사생활의 비밀 역시 국가안전보장이나 질서유지를 위해서 경우에 따라서 제한될 수 있는 것이다. 즉 때로는 범죄의 수사나 국가의 안보를 위해서 국민들 간의 자유로운 대화도 감청되어야 할 필요가 있는 경우가 있다. 문제는 헌법적 차원에서 볼 때, 어떠한 경우에 어떠한 조건하에서 이와 같은 기본권의 제한이 가능한 것인가이다. 즉 한편으로는 통신의 자유나 사생활의 보호의 문제와, 다른 한편으로는 범죄의 수사나 국가 안전보장이라고 하는 두 가지 법익의 충돌을 어떻게 잘 조화 있게 형량하고 조정할 것인가의 문제가 먼저 헌법적으로 정리되지 않으면 안 된다. 그러므로 도·감청과 관련되는 기본권과 그리고 그 제한체계를 헌법적 차원에서 먼저 살펴 본 후(II), 통신의 자유를 제한하는 대표적인 법률이라고 할 수 있는 통신비밀보호법의 구체적인 내용과 문제점을 고찰하고(III), 또한 이러한 감청과 관련되는 대법원과 헌법재판소의 판례를 살펴 보도록 한다²³⁷⁾ (IV).

237) 이와 더불어 불법도청으로 획득한 정보가 언론기관 등 제3자에게 유출된 경우, 그 언론기관이나 제3자가 그러한 정보를 공개할 수 있을 것인지의 문제가 제기된다. 개인의 불법적인 도청은 개인의 사생활과 통신의 자유 등을 무제한적으로 침해할 수 있는 것이기 때문에, 언론기관 등 제3자가 그 내용이 중대한 범죄와 관련되었다고 하여서 공개를 허용하게 된다면, 국가기관은 얼마든지 계속적으로 국민의 사생활을 도청하고 녹음할 수 있게 될 것이고 그로 인하여 국민의 사생활보호는 무방비 상태에 빠지게 될 것이다. 국민의 사생활영역과 그에 대한 정보의 보호는 인간의 존엄과도 직결되는 것이기 때문에 국가기관은 물론 제3자라 하더라도, 불법도청정보를 공개하여서는 아니 된다고 할 것이다(이에 반하여 이정원, 도청정보의 공개에 대한 법적 고찰, 형사법연구 제24호(2005년 겨울), 237-256(.247면)}, 이에 관한 자세한 고찰은 다음 기회로 미루기로 하고 본 연구에서는 자세한 언급은 생략하기로 한다.

II. 도·감청과 관련되는 기본권과 그 제한체계

1. 관련되는 기본권

국가에 의하여 이루어지는 도청과 감청이 구체적으로 어떠한 기본권과 관련되는지가 먼저 문제된다.

우리 헌법은 제10조에서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장하고 있을 뿐만 아니라, 이하의 여러 기본권이 이러한 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 구체화시키고 있다. 인간은 우선 자신의 주거와 공간을 침해 받지 않을 권리를 가질 뿐만 아니라(주거의 자유: 제16조), 자신만의 개인적 삶을 추구할 수 있는 사생활의 비밀과 자유를 가지고 있으며(제17조), 또한 인간은 사회적 동물이기 때문에 다른 사람과의 자유로운 대화와 교류가 없이는 살 수 없다. 이러한 자유로운 대화와 교류를 보장하고 있는 기본권으로는 통신의 자유(제18조)와 언론·출판의 자유(제21조), 그 밖에 종교의 자유(제20조), 학문과 예술의 자유(제22조) 등을 들 수 있다. 또한 존엄하고도 평등한 가족생활을 누릴 수 있는 권리가 헌법 제36조 제1항을 통해서 보장되고 있기도 하다.²³⁸⁾

따라서 범죄예방이나 국가안전보장을 위한 목적으로 국민의 자유로운 대화를 도청하거나 감청하는 국가적 행위는 위에서 든 여러 기본권에 대한 제한을 초래하게 된다. 우선 주거공간에 일정한 수사요원이 투입되어서 자연적인 대화의 소리를 비밀리에 청취하거나 장비를 설치하여 주거공간에서 이루어지는 대화를 도청하는 경우에는 주거의 자유에 대한 제한이 이루어진다. 그리고 전화나 팩스, 또는 이메일 등과 같은 사이버 공간에서의 전자통신을 하는 과정에서 전기통신사업자(인터넷서비스제공자)를 통하거나 아니면 일정한 도청장비를 통하여 그러한 대화나 교신내용을 지득하거나 녹음 또는 녹취하는 경우는 통신의 자유를 제한하는 것이다.²³⁹⁾ 그런데 이러한 통신의 구체적 내용이 중

238) 헌법재판소는 부모의 자녀에 대한 양육권의 헌법적 근거를 헌법 제36조 제1항으로부터 찾은 바 있다. 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429(병합), 판례집 12-1, 427.

239) 통신의 비밀과 주거의 불가침은 사생활의 핵심영역의 보호라고 하는 관점에서 다르게 평가할 이유가 없다고 보는 입장으로서 Matthias Klötter, DVV 2005, S. 225 ff.(234); BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27. 7. 2005, Absatz-Nr.(1-166), Absatz 163.

교와 관련된 경우에는 종교의 자유, 학문·예술과 관련된 경우에는 학문·예술의 자유, 그리고 직업상의 업무와 관련된 경우에는 직업선택의 자유(헌법 제15조)와 경합적으로 관련될 수 있으며, 이러한 특별한 영역이 아닌 나머지 의사표현과 관련한 대화나 통신의 경우는 언론·출판의 자유와도 경합적으로 관련될 수 있다.²⁴⁰⁾

다만 기본권경합이론에 따른 경우, 특별한 기본권은 일반적 기본권에 우선하여 적용되고, 일반적 기본권은 배제된다고 할 수 있다. 가령 일정한 통신의 내용이 종교나 학문·예술 또는 영업과 관련된 사항이라고 할 경우에, 종교의 자유나 학문·예술의 자유 또는 직업의 자유가 일반적인 언론·출판의 자유보다 우선적으로 관련된다고 할 수 있기 때문에, 결국 이러한 특별한 기본권이 통신의 자유와 경합적으로 관련되어 제한되고 있다고 할 수 있을 것이다.

그러므로 범죄예방이나 범죄수사를 위한 도·감청과 관련될 수 있는 각 기본권의 보호영역을 먼저 살펴보고, 그 기본권에 대한 제한은 어떠한 체계로 이해될 수 있는지, 그리고 그 기본권에 대한 제한이라고 할 수 있는 감청은 어느 범위까지 허용되는지 여부를 헌법적 차원에서 먼저 살펴보아야 할 것이다.

2. 주거의 자유

(1) 보호영역

모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다(헌법 제16조). 주거의 자유는 국민의 사생활의 공간적 기초를 보호하기 위한 기본권이라고 할 수 있다. 이 기본권은 거주자의 허가 없이 국가공권력이 주거공간에 침입할 경우에 침해될 수 있다. 물리적인 침입이 아니라 하더라도 도청장비나 비밀카메라를 설치함으로써 주거공간에 대하여 청각적으로나

240) 동지, 성낙인, 앞의 논문, 34면; Wolf-Rüdiger Schenke, Grundrechtliche Probleme der Telekommunikation, 공법연구 제30집 제2호(2001. 12), 1-20 면(박종수 역, 통신의 기본권적 문제, 같은 책, 21-31(22)면,

시각적으로 감시하고, 녹음 또는 녹화하는 것은 역시 주거의 자유에 대한 침해라고 할 수 있을 것이다.

주거의 자유의 보호영역에 포함될 수 있는 공간적 영역은 우선 주거라고 할 수 있는 모든 형태의 공간이 될 것이다. 가령 그 주거공간이 자신의 소유이든 임대이든 무상대차이든, 항상적이든 임시적이든, 고정식이든 이동식(가령 컨테이너, 요트, 캠핑카, 이동식 주택)이든 상관 없을 것이다.

영업이 이루어지는 사무실의 경우 주거에 포함될 것인지의 문제가 제기될 수 있으나, 영업이 이루어지는 공간에서도 국민의 여러 가지 형태의 사생활이 영위될 수 있으며, 오늘날 오피스텔과 같이 주거공간과 사무실의 결합형태의 공간도 다양한 형태로 발전되어 가고 있으므로, 이러한 생활영역을 보호하기 위해서는 이 역시 넓게 주거의 자유의 보호 영역에 포함시켜야 할 것이다. 다만 이러한 공간의 경우 사회적 관련성이 보다 크기 때문에 순수한 주거공간의 경우 보다는 더 크게 제한될 수 있는 가능성이 있다고 할 수 있을 것이다.

(2) 제 한

이러한 주거공간에 대한 모든 침입과 청각적 및 시각적 감시장비의 설치를 통한 주거 생활에 대한 감시는 주거의 자유에 대한 제한이 된다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 오늘날 이동통신수단인 휴대폰의 위치추적도 기술적으로 가능하기 때문에, 주거 내에서 이동통신의 이용 도중 통화자의 위치가 추적되는 경우에는 간접적으로 주거의 자유에 대한 제한이 가해지고 있다고 할 수 있을 것이다.²⁴¹⁾

헌법 제16조 제2항 제2문에 따라서 주거에 대한 압수나 수색의 경우 검사의 신청에 의하여 법관이 발부하는 영장을 제시할 경우 가능하나, 도청이나 감청장비 또는 비밀카메라의 설치에 이러한 압수나 수색에 해당되지 않는다.

따라서 범죄예방 또는 범죄수사를 위하여 주거공간에 감청장비나 비밀카메라를 설치

241) Vgl. Ralf P. Schenke, ADR 2000, S. 1 ff.(21).

하여 녹음 또는 녹화하는 것은 일반적 법률유보인 헌법 제37조 제2항에 따른 제한이 될 것이다.

(3) 제한의 한계: 허용 가능한 감청의 범위

헌법 제37조 제2항에 따라서 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 이러한 주거의 자유는 법률로써 제한될 수 있으나, 반드시 필요한 경우에 한하여야 하며, 제한하는 경우에도 이러한 주거의 자유의 본질적인 내용은 침해할 수 없다. 이러한 문제는 다음과 같이 네 가지 관점에서 살펴 볼 수 있다.

(가) 목적상의 한계

우선 주거의 자유를 제한하는 감청조치는 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 가능하다. 특별히 범죄수사를 위한 통신제한조치(통신비밀보호법 제5조)와 국가안보를 위한 통신제한조치(동법 제7조) 및 긴급통신제한조치(제8조)는 국가안전보장·질서유지라고 하는 헌법적 법익에 의하여 일단 정당화될 수 있을 것이다.

(나) 형식상의 한계: 법률유보원칙

주거의 자유를 제한하는 감청조치는 법률적 근거가 있어야 한다. 이러한 법률적 근거로 통신비밀보호법을 들 수 있을 것이다. 그런데 주거의 자유에 대한 제한조치에 관하여 어느 범위까지 형식적 의미의 법률로 규정할 것인가가 문제된다. 감청조치는 국민의 사생활 영역에 대한 심각한 침해를 야기할 수 있으며, 사생활영역에 대한 침해는 인간존엄의 침해로 이어질 수 있다. 그러므로 감청조치를 통한 주거의 자유의 제한에 관한 본질적인 내용들은 모두 형식적 의미의 법률로 규정되어 있어야 하고, 시행령에 위임해서는 안될 것이며, 한편 감청조치를 허가할 수 있는 권한을 가진 법관이나 법관의 허가에 따라서 감청조치를 실행할 수 있는 권한을 가진 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관(통비

법 제8조)에게 지나친 재량이 주어진다면 그것은 법률유보의 원칙에 위반될 소지가 있다고 할 것이다.

(다) 방법상의 한계: 과잉금지의 원칙

범죄수사를 위한 또는 국가안보를 위한 감청조치의 경우도 필요한 최소한에 그쳐야 할 것이다. 가령, 주거에 설치한 감청장비를 통하여 범죄나 국가안보와 관련 없는 개인의 사생활의 비밀과 자유에 해당하는 내용의 대화가 이루어지는 경우에는 이에 대한 녹음을 중단하여야 할 것이며, 또한 녹음된 경우에는 이를 폐기하는 등의 조치가 법적으로 의무화되어야 할 것이다. 그렇지 않고 범죄와 상관 없는 내용의 대화가 녹음되어 이것이 외부로 공개되는 경우에는 사생활의 비밀과 자유는 물론 개인의 명예나 인격권이 심히 침해될 우려가 있기 때문이다. 그러므로 감청장치설비를 통하여 주거에서 이루어지는 대화의 내용을 녹음할 경우에는 감청을 실행하는 수사기관이 대화의 내용을 동시에 들으면서, 범죄와 관련되는 내용의 대화만을 녹음하는 방법을 선택하여야 할 것이고²⁴²⁾, 혹 범죄와 상관없는 내용의 대화가 녹음된 경우에는 그러한 부분에 대하여 즉시 삭제하거나 폐기하는 조치가 뒤 따라야 할 것이다.²⁴³⁾

(라) 내용상의 한계: 본질내용 침해금지

헌법 제37조 제2항 제2문에 따를 때, 감청장비를 주거에 설치하여 주거의 자유를 제한하는 경우에도 주거의 자유의 본질적인 내용은 침해할 수 없다. 주거의 자유의 본질적인 내용이 과연 무엇일까 하는 것은 주거 전체가 공간적 범위를 뜻하기 때문에, 그 가운데 가장 핵심적인 영역이 따로 존재할 수는 없다고 본다. 감청장비의 설치를 통한 주거의 자유의 제한은 주거의 불가침성에 대한 청각적 제한을 뜻하기 때문에, 그 본질적인 내용의 침해인지 여부는 대화의 내용과 밀접한 관련을 갖지 않을 수 없다. 그러므로 범죄와 상관없는 대화에 대한 감청과 녹음은 감청장비의 설치를 통한 주거의 자유의 본질

242) Matthias Köster, DV 2005, 225, S. 228.

243) Vgl. BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 169.

적 내용에 대한 침해가 될 수 있을 것이라고 본다. 그러므로 이 경우 주거의 자유에 대한 본질내용의 침해 문제는 결국 과잉금지의 원칙 내지는 비례원칙의 심사와 별로 달라질 것이 없다고 본다.

3. 사생활의 비밀과 자유(제17조)

(1) 보호영역

모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다. 사생활의 비밀과 자유의 보호영역은 개인의 사적인 생활과 관련되는 모든 내용에 미친다. 즉 개인적인 생각, 말, 독백, 대화, 취미생활, 여가생활, 가족생활, 문화생활 등 개인이 공개를 꺼리는 모든 내밀한 영역의 비밀과 자유가 이 기본권에 의하여 보호된다고 할 수 있다.

우리 헌법재판소는 “사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다. 구체적으로 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 개인의 내밀한 내용의 비밀을 유지할 권리, 개인이 자신의 사생활의 불가침을 보장 받을 수 있는 권리, 개인의 양심영역이나 성적 영역과 같은 내밀한 영역에 대한 보호, 인격적인 감정세계의 존중의 권리와 정신적인 내면생활이 침해받지 아니할 권리 등이다”고 판시하고 있다.²⁴⁴⁾

주거의 자유와 구분되는 것은 이러한 사생활은 단순히 주거 내에서 머물지 않기 때문에²⁴⁵⁾ 주거 밖의 공간에서 이루어지는 개인적인 생활도 그것이 공개를 전제로 하지 않는 한 사생활 영역에 포함될 수 있다는 것이다.

244) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2(하), 185, 206.

245) Matthias Klutner, DV 2005, S. 225 ff.(234).

(2) 제 한

헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 역시 개별적 법률유보가 없으나, 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에 따라서 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한될 수 있다.

그러므로 도·감청 장비나 또는 비밀카메라 등을 통하여 국민의 사생활을 엿듣거나 엿보는 행위, 그리고 녹음, 녹화하는 행위와 나아가 이동통신장비의 위치추적을 통하여 개인의 이동경로를 추적하는 행위²⁴⁶⁾는 사생활의 비밀과 자유권에 대한 제한이 된다.

(3) 제한의 한계

사생활의 비밀과 자유에 대한 제한의 한계도 주거의 자유의 제한의 한계에 있어서와 마찬가지로 목적상, 형식상, 방법상, 내용상의 한계를 갖는다. 개인의 사생활 영역은 위에서도 언급하였듯이 주거에 머무르지 않기 때문에 주거 밖에서 이루어지는 통신내용에 대한 감청행위는 헌법 제37조 제2항으로부터 나오는 기본권제한의 한계를 지켜야 할 것이다.

특히 본질내용침해금지과 관련하여 사생활의 비밀과 자유권의 본질내용이 무엇인가의 문제가 제기된다. 개인적 사생활은 고도로 개인적 관련성이 있는 생활로부터 사회적 관련성이 있는 생활에 이르기까지 그 태양이 다양하다고 할 수 있다. 그런데 사생활의 핵심내용으로서 침해되어서는 안 되는 영역이라고 할 수 있는 것은 순수히 개인적 관련성이 있는 생활로서 그것이 공개될 경우에 개인의 인격권이나 존엄성이 침해된다고 할 수 있는 그러한 생활영역이라고 할 수 있을 것이다. 따라서 개인의 생활이 개인적 관련성이 크면 클수록, 그것은 사생활의 본질내용에 가까우며, 사회적 관련성이 크면 클수록 그에 대한 제한가능성도 보다 커질 수 있다고 할 수 있을 것이다.

246) 독일에서 이러한 행위를 정보에 관한 자기결정권(Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung)의 제한으로 보는 견해도 있다. 가령 Ralf P. Schenke, ADR 2000, S. 1 ff.(23).

이러한 관점에서 본다면, 주거 내에서 이루어지든 아니면 주거 밖의 공간에서 이루어지든 극히 개인적인 영역과 관련된 대화의 내용으로서 범죄와 상관없는 내용의 대화는 사생활의 핵심영역 또는 본질내용에 해당하는 것으로서 국가에 의해서이든 사인에 의해서이든 감청되거나 녹음되어서는 안 될 것이다.

4. 통신의 자유(제18조)²⁴⁷⁾

(1) 보호영역

모든 국민은 통신²⁴⁸⁾의 비밀을 침해받지 아니한다. 통신의 개념에는 전기와 전자장비에 의한 모든 통신, 그리고 서신과 우편에 의한 통신까지 모두 포함된다고 볼 수 있다.²⁴⁹⁾ 특히 감청과 관련되는 것은 전화, 팩스, 메신저와 같은 온라인상의 의사소통기능 등을 통한 대화, 이메일 등의 모든 대화수단이다.²⁵⁰⁾ 통신비밀보호법에 따르면 통신이라 함은 우편물 및 전기통신을 말하며(통신비밀보호법 제2조 제1호), 전기통신이라 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(동법 제2조 제3호). 통신의 자유의 보호영역에는 통신내용의 비밀뿐만 아니라, 통화와 관련된 모든 통신사실에 관한 내용의 비밀이 포함된다.²⁵¹⁾

이러한 통신의 자유를 통하여 국민은 다른 사람과의 정치적, 경제적, 사회적, 문화적

247) 통신의 자유에 대한 문헌으로는 성낙인, 앞의 논문, 33-67면; 황성기, 앞의 논문.

248) 통신의 속성으로서 당사자간의 동의, 비공개성, 당사자수의 비제한성, 당사자의 특정성을 들고 있는 견해로는 황성기, 앞의 논문, 110면.

249) “통신의 주요한 수단인 서신의 당사자나 내용은 본인의 의사에 반하여 공개될 수 없으므로 서신의 검열은 원칙적으로 금지된다고 할 것이다” 헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 427; 황성기, 115면.

250) 동지, 김일환, 앞의 논문, 323면.

251) 동지, 황성기, 앞의 논문, 117면; 김일환, 앞의 논문, 321면; 백윤철, 통신의 자유와 전자적 침해, 헌법학연구 제10권 제1호(2004. 3). 339-377(345)면.

인 모든 의사소통이 가능하여지게 되므로 이러한 통신의 자유는 민주주의에 있어서 없어서는 안 될 가장 기본적인 기본권이라고 할 수 있다.

사생활의 비밀과 자유와의 차이점은 통신의 내용이 단순히 개인적 사생활에 국한되지 않고, 정치, 경제, 사회, 문화 등公私의 모든 분야와 관련될 수 있다는 점이다. 따라서 통신의 비밀이 반드시 사생활의 비밀과 자유의 특별한 기본권이라고 단정할 수는 없을 것이다.²⁵²⁾

(2) 제 한

국가가 국민의 이러한 통신을 감청장비 등을 통하여 엿듣고 녹음하는 행위는 통신의 자유에 대한 제한이다. 통신비밀보호법에 따르면 감청이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다(통신비밀보호법 제2조 제7호).²⁵³⁾ 통신의 자유는 전형적으로 이러한 감청행위에 의하여 제한된다.

통신의 자유는 헌법 제18조가 개별적 법률유보를 규정하고 있지 않기 때문에, 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보에 따라서 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한될 수 있다.

(3) 제한의 한계

통신의 자유에 대한 제한 역시 목적상, 형식상, 방법상, 내용상의 한계를 지켜야 하며,

252) 이에 반하여 우리 헌법재판소는 통신의 자유를 사생활의 비밀과 자유의 특별한 규정으로 파악하고 헌법이 통신의 자유를 따로 규정하고 있는 것은 그만큼 국가에 의한 침해가능성이 많기 때문이라고 보고 있다. 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652; 역시 사생활의 비밀과 자유와 통신의 자유와의 관계를 일반특별관계로 파악하고 있는 입장으로는 김일환, 앞의 논문, 319-320면.

253) 이러한 감청의 정의가 명확성의 원칙에 위반되지 않는다는 판례로 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바85, 판례집 16-2, 345.

그 구체적인 내용은 이미 주거의 자유 하에서 언급한 내용과 거의 같다.

다만 방법상의 한계와 관련하여 과잉금지의 원칙에 따라서 필요한 최소한의 제한만을 하여야 하므로, 통신의 제한의 여러 가지 형태를 단계화하여 될 수 있으면 가장 낮은 단계부터 사용하고, 그러한 단계만으로는 범죄예방이나 수사 또는 위험방지를 할 수 없을 경우에 다음 단계를 사용하는 방법을 취하여야 할 것이다. 다시 말해서 통신의 자유를 제한하는 형태는 i) 감청장치를 사용하여, 감청을 실행하는 사람이 엿듣기만 하는 단계, ii) 내용을 녹음하는 단계로 나누어질 수 있다. 만일 녹음을 하지 않고서 청취만으로도 충분한 경우에는 녹음을 하여서는 안될 것이다. 그리고 범죄와 관련 없는 통화가 이루어지는 경우에는 역시 녹음을 하여서는 안될 것이다.

또한 통신의 자유의 본질적인 내용이 무엇인가와 관련해서는 통신의 자유도 역시 대화와 의사소통을 보장하기 위한 수단이므로, 대화의 내용과 관련하여 본질적인 내용과 그렇지 않은 내용으로 나누어질 수 있을 것인가가 문제된다. 통신의 자유는 통신의 내용을 불문하고 통신의 당사자들이 비밀리에 자유로이 대화할 수 있는 가능성을 보장하는 기본권이다. 즉 통신의 자유는 그것이 개인적 사생활과 관련되어 있든, 아니면 학문적, 예술적, 직업적인 대화이든 그 내용을 불문하고 통신 자체를 보장하는 기본권이라고 보아야 할 것이다. 그러므로 통신의 자유의 제한과 관련하여 본질내용침해금지의 문제는 통신의 자유의 제한을 정당화하는 그 밖의 다른 공익이나 그 위험성을 통신의 자유와 개별적으로 비교·형량하는 과잉금지의 원칙이나 비례의 원칙에 따라서 판단하지 않으면 안 될 것이다.

III. 도·감청과 사생활보호에 대한 법률적 근거와 내용

이상 헌법적 차원에서 살펴 본 바와 마찬가지로 국민의 주거의 자유, 사생활의 비밀과 통신의 자유를 제한하는 법률은 법치국가원리에서 도출되는 여러 가지 헌법적 요건들을 갖출 경우에 비로소 합헌적이라고 할 수 있을 것이다. 그러므로 이하에서는 통신비

밀보호법상의 감청제도에 관하여 살펴 본 후 그 문제점과 개선방안을 짚어 보도록 한다.

1. 통신비밀보호법상의 감청제도²⁵⁴⁾

(1) 통신비밀보호법의 입법목적과 감청의 개념

통신비밀보호법은 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고, 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 한다고 입법 목적을 밝히고 있다(제1조).

통신비밀보호법상 “통신”이라 함은 우편물 및 전기통신을 말한다. “우편물”이라 함은 우편법에 의한 통상우편물과 소포우편물을 말하며, “검열”이라 함은 우편물에 대하여 당사자의 동의 없이 이를 개봉하거나 기타의 방법으로 그 내용을 지득 또는 채록하거나 유치하는 것을 말하는데, 이러한 검열은 본 논문의 주제인 도·감청의 개념에 포함되지

254) 도·감청 및 통신비밀보호법에 대하여 다룬 문헌으로는 구병석, 도청에 의한 사생활 침해, 법률신문, 제 1562호(1984. 10), 9면; 변재욱, 도청과 프라이버시의 권리, 헌법연구 제4집 1979; 권영설, 헌법상 도청의 법리, 현대공법학의 제문제(우당 윤세창박사정년기념논문집) 박영사, 1983, 538-554면; 임래현, 미국에 있어서 도청에 관한 법적 규제, 검찰공보 제41호 1986. 5. 1; 조병인, 도청과 검열의 규제에 관한 제언, 형사정책연구소식, 제13호(1992. 10), 21-28면; 박영도, 주요국가의 도청방지법제, 한국법제연구원, 1993; 윤정석, 앞의 논문; 심희기, 도청에 대한 법적 규제방안, 앞의 논문; 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 미국법과 한국법의 비교, 한국형사정책연구원, 1994; 李在庠, 현행법상 도청의 법리와 그 개선방향, 형사정책연구 제7권 제2호(1996 여름호), 177-216면; 권영세, 현행 통비법상 ‘도청행위’의 의의 및 범위, 저스티스 제30권 제4호, 1997. 12, 116-136면; 김승환, 앞의 논문; 유의선, 도청·감청에 대한 법적 소고, 이화여대사회과학연구소, 사회과학연구논총, 1999, 12, 261-288; 성낙인, 통신비밀보호법상 감청제도의 문제점, 시민과 변호사, 1999. 7, 95-98면; 황성기, 통신제한조치의 헌법적 한계와 구체적 통제방안, 정보법학, 제3호, 107-143면; 심희기, 수사·정보기관의 도청·감청의 실태와 통신비밀보호법의 개정방향, 앞의 논문; 원혜옥, 앞의 논문; 원혜옥, 도청·감청 및 비밀녹음(녹화)의 제한과 증거사용, 한국형사정책연구원, 2000; 계경문, 통신비밀보호법의 개정방향, 국민대학교, 정보와법연구, 제5호; 원혜옥, 불법감청에 의한 대화녹음테이프의 증거능력, 형사판례연구[10], 2002, 371-393; 박수희, 불법도청에 의한 녹음테이프의 증거능력, 법조 2002, 11, 202-234면(같은 이, 같은 제목, 지송이재상교수화갑기념논문집, 형사판례의 연구 II, 2002, 326-350면); 김일환, 첨단과학기술사회에서 통신비밀의 헌법상 보호범위와 제한에 관한 고찰, 헌법학연구, 제10권 제1호(2004.3), 311-338면; 조국, 앞의 논문; 장용근, 불법도청에 따른 X파일에 대한 헌법적 쟁점의 검토, 고시계 2005. 9(제50권 제9호); 4-18면; 김형준, 현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안, 형사법연구 제24호(2005 겨울), 213-236; 이정원, 앞의 논문.

않는다. “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. 감청은 이러한 전기통신에 관한 것인데, “감청”이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음성·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다.

감청의 개념²⁵⁵⁾과 관련하여 첫째, 송수신이 완료된 상태에서 이미 이루어진 통신내용을 지득하는 행위가 과연 감청행위에 해당할 것인지의 문제가 제기되나, 감청은 통신이 이루어지고 있는 동안 당사자간의 통화내용을 엿듣고 이를 녹음 또는 녹취하는 것을 전제로 하는 것이므로, 송수신이 완료된 상태에서의 통신내용의 지득행위는 감청개념에 해당되지 않는다고 보아야 할 것이다.²⁵⁶⁾

둘째, 일방당사자만이 동의한 비밀전화녹음이 감청에 해당하는지 여부의 문제도 현행 통신비밀보호법의 해석상 제기되고 있다. 이 경우는 전화통화의 일방 당사자가 상대방과의 전화통화 과정에서 일방적으로 녹음을 하는 경우와, 또한 제3자가 전화통화 중인 당사자 중 일방으로부터의 동의를 얻고서 녹음을 하는 경우로 나누어서 생각해 볼 수 있다.

우선 전자의 경우에 대하여는 인정설과 제한적 인정설, 부인설로 나뉘고 있다.²⁵⁷⁾ 인정설에 따르면, “휘발성을 가진 타인의 발언을 언제라도 재생가능한 형태로 녹음하는 행위는 발언의 자연스러움을 해하는 것으로서 송화자 발언이 수화자의 입을 통하여 간접적으로 공개되는 것과 녹음되어 직접적으로 공개되는 것에는 커다란 차이가 있고, 상대방에게 발언하는 내용이 녹음될 경우 발언 자체를 하지 아니할 것으로 여겨지는 경우도 많을 것이기 때문”에 “일방당사자에 의한 전화녹음은 감청에 해당한다”고 보는 입장이다.²⁵⁸⁾ 제한적 인정설에 따르면 “법률에 직접적으로 위반되지 않는 사인에 의한 비밀녹

255) 감청의 여러 가지 양태에 대하여는 심희기, 수사·정보기관의 도청·감청의 실태와 통신비밀보호법의 개정 방향, 형사정책연구 제10권 제3호(통권 제39호, 1999 가을호), 5-42면; 같은 이, 과학적 수사방법과 그 한계, 1994, 21면 이하.

256) 동지, 조국, 앞의 논문, 107-108면; 김형준, 앞의 논문, 217면.

257) 이에 대하여는 김형준, 앞의 논문, 218면 이하 참조

258) 이러한 입장으로 권영세, 앞의 논문, 127면; 동지, 하태훈, 통화자일방의 동의를 받은 제3자의 전화녹음과

음(혹은 감청)의 경우에 사인 간에 기본권규정이 직접 적용되지는 아니하지만, 기본권의 반사효과에 의하여 그 녹음결과를 증거로 사용함으로써 헌법상 사생활의 기본권을 침해하게 되는 경우에 공익과의 이익형량에 의하여 그 증거사용이 금지되는 경우가 있다고 볼 것”이라는 입장이다.²⁵⁹⁾ 부인설에 따르면 “전기통신에 해당하는 전화통화 당사자의 일방이 상대방 모르게 통화내용을 녹음(채록)하는 것은 제2조 제7호에서 규정하고 있는 감청에 해당하지 아니하므로, 전화통화당사자의 일방이 상대방 몰래 통화내용을 녹음하더라도 대화 당사자 일방이 상대방 모르게 그 대화내용을 녹음한 경우와 마찬가지로 제3조 제1항 위반이 되지 아니한다고 해석하는 것이 타당하다”²⁶⁰⁾는 입장이다. 비교법적으로 미국의 경우 일방 당사자의 동의가 있는 경우 명시적으로 감청 영장의 대상에서 제외하고 있다.²⁶¹⁾ 생각건대 형법학적 시각에서 부인설과 같이 감청개념을 제한적으로 해석하는 것은, 공권력의 감청가능성의 확대로 연결되어 국민의 통신의 자유와 사생활보호에 반할 가능성이 있다는 점을 주의하여야 할 것이다. 통신의 비밀과 통신의 자유의 기본권은 통신의 일방당사자가 그 자유를 포기하였다고 해서 다른 상대방까지 그 기본권을 자동적으로 포기하는 것은 아니라는 점을 고려하여야 할 것이다.²⁶²⁾ 그러므로 일방당사자가 동의하였다 하더라도 다른 상대방의 동의가 없는 이상 비밀리에 전화녹음을 하는 것은 감청에 해당하는 것으로서 적법한 절차에 의하지 않는 경우 위법할 뿐만 아니라, 헌법상 통신의 자유와 사생활의 비밀을 침해하는 것으로 보는 것이 통비법상 감청

통신비밀보호법위반, 안암법학 제17호(2003), 75-95(87)면; 박미숙, 사인에 의한 비밀녹음테이프의 증거능력, 형사판례연구, 제11권, 2003, 377면; 조국, 개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점, 형사정책연구 제15권 제4호(통권 제60호, 2004 겨울), 122면 이하. 이상 김형준, 앞의 논문, 218면 참조.

259) 김대휘, 사진과 비디오테이프의 증거능력, 형사판례연구 제6권, 1998, 447-448면.

260) 천진호, 위법수집증거배제법칙의 사인효, 비교형사법연구 제4권 제2호, 2002, 379면. 동지, 김형준, 앞의 논문, 219면; 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 역시 이 경우 그러한 녹음테이프를 위법하게 수집된 증거라고 볼 수 없다는 입장이다.

261) 18 U.S.C. § 2511 (2)(d), (d); 통신내용의 청취 등에 대하여 최소한 당사자의 일방의 동의가 있으면 도청이 아니라고 보는 것이 미국식 사고방식인데 반하여(윤정석, 도청 및 전자적 감시방법의 사용에 관한 법리상 문제점(중), 법조 1993년 7월호, 106-107면; 심희기, 도청에 대한 법적 규제방안, 형사법학의 과제와 전망, 계산성시탁교수화갑기념논문집, 1993, 905면), 독일의 경우는 당사자 쌍방이 동의하지 않는 한 어느 일방만의 동의로는 도청의 위법성이 조각되지 않는다는 것이다(G. Pfeiffer, Karlsruhe Kommentar zur Strafprozeßordnung § 100a, 주석 12를 인용하며, 심희기, 앞의 논문, 905면; Wolf-Rüdiger Schenke, 앞의 논문, 6면(박종수, 번역문, 24면)).

262) Wolf-Rüdiger Schenke, 앞의 논문, 6면(박종수, 번역문, 24면); 김일환, 앞의 논문, 325면.

개념을 헌법(기본권)합치적으로 해석하는 방향이 될 것이라고 본다.

다음으로 후자, 즉 제3자가 전화통화의 일방당사자의 동의를 얻어 녹음을 하는 경우이다. 이에 대해서도 인정설과, 부인설이 나뉜다.²⁶³⁾ 인정설에 따르면, “적어도 통화상 상대방은 당사자비밀감청이든 제3자 일방동의감청이든 자신의 대화가 녹음되거나 누군가가 엿듣고 있다는 것을 알지 못하고 있다는 점, 자신의 발언이 재생 가능한 형태로 남아 언제든지 누구에게라도 공개될 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 당사자비밀감청이든 제3자 일방동의감청이든 통화상대방의 자기 말에 대한 권리와 자기가 행한 발언의 수신자의 범위를 결정할 수 있는 권리 등이 침해된다고 보아야 한다”고 한다.²⁶⁴⁾ 부인설에 따르면 “통비법이 규율대상을 대화 중 ‘타인간의 대화’로 한정된 것은 당사자의 일방이 상대방 모르게 비밀리에 녹음을 하더라도 그 상대방은 당사자간에 알려질 것을 전제로 대화하기 때문에 상대방의 법익이 침해된 것이 아니어서 처벌되는 행위가 아니라고 본 것이라면 제3자가 녹음하더라도 당사자 일방의 동의가 있는 이상 대화의 비밀성은 침해되는 것은 아니다. 따라서 대화의 녹음의 경우에 대화의 일방당사자에 의한 녹음인가, 아니면 제3자가 일방당사자의 동의를 받은 녹음인가를 구별할 성질상 차이가 없다”²⁶⁵⁾고 한다. 생각건대 제3자가 통화자의 일방 당사자의 동의를 얻고 녹음을 하는 경우 역시 감청에 해당되는 것으로서 통신의 자유에 대한 침해로 보는 것이 감청개념에 대한 헌법합치적 해석이라고 본다. 왜냐하면 이 경우에 있어서 감청 부인설은 형법학적 시각에서 통비법위반을 제한적으로 해석하려 하는 입장으로 이해되나, 그로 인하여 국가공권력의 감청가능성을 확대시킬 수 있게 될 것이며, 이는 헌법상 통신의 자유와 사생활보호에 대한 침해를 확대시키게 될 것이기 때문이다.

셋째, 통비법 제2조 제7호에 따른 청취·공독 없는 채록이 감청에 해당하는지 여부도 문제된다. 이에 대하여 역시 처벌가능성이 있는 감청개념을 제한적으로 해석하려 하는 입장에서 “청취·공독 없는 채록도 감청에 포함되는 것으로 해석하면 문언의 해석 가능한 범위를 넘어서는 것으로 죄형법정주의에 반할 위험이 있다”고 하면서, 감청성립을 부

263) 김형준, 앞의 논문, 6면 이하 참조.

264) 박미숙, 앞의 논문, 377면. 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123판결도 같은 입장.

265) 하태훈, 앞의 논문, 87-88면; 동지, 김형준, 앞의 논문, 220-221면.

인하는 부인설²⁶⁶)의 입장과, 제7호의 “전자장치·기계장치”는 “청취·공독”, “내용지득”, “채록” 중 어느 하나 이상의 과정에 사용되는 것으로 족하다고 하면서, “기본권관련 규정의 해석원칙상 통신당사자의 통신비밀의 불가침영역을 가능한 한 넓게 해석하여야 할 필요”가 있다고 하는 인정설²⁶⁷)의 입장이 대립되고 있으나, 통신의 자유와 사생활보호의 관점에서 인정설의 입장이 타당하다고 생각된다.

(2) 통신 및 대화비밀의 보호를 위한 규정

통신비밀보호법은 국민의 통신의 비밀을 보장하기 위하여 여러 가지 필요한 규정을 두고 있다. 우선 그 내용을 살펴 보면 다음과 같다.

(가) 불법감청 또는 도청 금지조항

첫째, 통신비밀보호법은 “누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다”고 규정하고 있다(제3조). 다만 환부우편물의 처리(우편법), 수출입우편물에 대한 검사(관세법), 구속 또는 복역중인 사람에 대한 통신(형사소송법, 군사법원법, 행형법), 파산선고를 받은 자에 대한 통신(채무자 회생 및 파산에 관한 법률), 혼신제거등을 위한 전파감시(전파법)의 경우는 각 법률이 정하는 바에 의하여 감청이 가능하다.

따라서 통신비밀보호법과 형사소송법 또는 군사법원법 및 위 각 법률규정에 따른 감청은 합법적 감청이며, 그렇지 아니한 감청은 불법감청이라고 할 수 있을 것이다.²⁶⁸⁾

266) 김형준, 앞의 논문, 221면.

267) 권영세, 앞의 논문 127면.

268) 현재 우리 학계에서는 통비법상의 적법한 감청은 “감청”으로 불법적 감청은 “도청”으로 개념을 구분하고 있으나, 감청이나 도청 모두 당사자의 동의나 허락 없이 대화의 내용을 몰래 엿듣는 행위라는 점에서 감청은 합법적, 도청은 불법적이라는 개념적 구분은 지나치게 인위적이라고 본다. 오히려 감청이든 도청이든 적법절차에 의한 것으로 헌법적으로 정당화될 수 있는 것인지, 아니면 불법적인 것으로 헌법적으로 정당화될

둘째, 통비법 제14조는 “누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없다”고 규정함으로써, 대화의 비밀을 보장하고 있다.

(나) 통신의 자유의 대사인적 효력의 구체화규정

통신비밀보호법 제3조와 제14조는 이 법의 수범자를 “누구든지”로 하고 있다. 그러므로 국가는 물론이거니와 사인 역시 전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하도록 하고 있다. 이것은 헌법 제18조의 통신의 자유와 제17조 사생활기본권의 대사인적 효력을 법률적으로 확인하고 있는 규정이라고 할 수 있을 것이다. 그러므로 다른 사람의 통신 내지 대화의 자유와 비밀을 불법적으로 침해하는 사람에 대해서는 통신비밀보호법이 처벌을 규정하고 있으며, 그와 같은 방법으로 통신의 자유와 사생활의 비밀에 대한 국가의 기본권보호 의무²⁶⁹⁾를 이행하고 있다고 할 수 있을 것이다.

(다) 과잉금지와 보충성의 원칙 명문화

통신비밀보호법 제3조 제2항은 “우편물의 검열 또는 전기통신의 감청(이하 “통신제한조치”라 한다)은 범죄수사 또는 국가안전보장을 위하여 보충적인 수단으로 이용되어야 하며, 국민의 통신비밀에 대한 침해가 최소한에 그치도록 노력하여야 한다”고 규정함으로써, 보충성의 원칙과 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙을 법률적으로 명시·확인하고 있다. 따라서 국가기관은 범죄수사 또는 국가안전보장을 위하여 가능한 한 다른 수단을 이용하여야 할 것이고, 다른 수단으로 안 될 경우에, 최후의 수단(ultima ratio)으로서 감청조치를 행하여야 할 뿐만 아니라²⁷⁰⁾, 감청을 하는 경우에도 필요한 최소한의

수 없는 것인지에 따라 “합법적 도·감청”과 “불법적 도·감청”으로 구분하는 것이 통신의 자유와 사생활의 비밀을 보장하는 헌법적 정신 뿐만 아니라 “엿들음”을 뜻하는 “도청”이나 “감청”의 일반적 어의에 보다 충실할 것이라고 하는 점은 이미 지적한 바와 같다.

269) 독일 기본법 제10조와 관련해서 같은 취지로는 Wolf-Rüdiger Schenke, 앞의 논문, 4면; 박중수, 번역문, 23면.

범위에 그쳐야 할 것이다. 따라서 이러한 보충성의 원칙과 과잉금지의 원칙을 위반하는 감청조치의 경우, 이 역시 불법감청으로 바뀔 수 있다는 점을 유의해야 할 것이다. 형식적으로 법률적 요건만을 갖추었다고 해서 합법적 감청이 되는 것이 아니라, 모든 국가기관이 감청조치를 실행하는 과정에서 기본적 인권, 특히 사생활기본권과 통신의 자유에 구속되기 때문에, 그러한 구속으로부터 일탈할 경우에는 곧바로 불법적 감청이 될 뿐만 아니라, 그것은 차후에 헌법재판소에 의한 통제대상이 된다는 점을 잊어서는 안 될 것이다.

(라) 불법감청정보의 증거사용금지 규정

통비법은 불법감청에 의하여 얻은 전기통신내용을 증거로 사용하지 못하도록 하고 있는 증거사용금지규정을 두고 있다(통비법 제4조). 즉 “통비법 제3조의 규정에 위반하여 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다”는 것이다. 만일 불법감청에 의하여 얻은 정보를 증거로 사용할 수 있게 된다면, 국가기관은 하시라도 불법감청을 통하여 증거를 확보하고자 할 것이기 때문에, 이러한 규정은 불법감청 내지는 감청의 남용을 방지하는 데 어느 정도 도움이 될 수 있는 규정이라고 생각된다.

(마) 감청정보의 사용목적 제한

통비법은 감청조치의 집행을 통하여 얻은 전기통신의 내용은 감청조치의 목적이 된 범죄나 이와 관련되는 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위하여 사용하는 경우, 그리고 이러한 범죄로 인한 징계절차에 사용하는 경우, 통신의 당사자가 제기하는 손해배상소송에서 사용하는 경우 및 기타 다른 법률의 규정에 의하여 사용하는 경우를 제외하고는 사용할 수 없다고 하는 감청정보의 사용목적 제한하는 규정을 두고 있다(통비법 제12조)

270) 동지, 성낙인, 앞의 논문, 41면.

(바) 감청조치에 관한 정보 또는 감청조치로 지득한 정보의 공개금지

통비법 제11조는 감청조치의 허가·집행·통보 및 각종 서류작성 등에 관여한 공무원 또는 그 직에 있었던 자는 직무상 알게 된 통신제한조치에 관한 사항을 외부에 공개하거나 누설하여서는 안 된다고 함으로써 관계 공무원의 감청조치에 관한 정보공개를 금지하고 있다(제1항).

뿐만 아니라 감청조치에 관여한 통신기관의 직원 또는 직원이었던 자에게도 이러한 정보공개를 금지하고 있다(제2항).

그리고 그 밖에도 감청조치에 관여한 공무원이나 통신기관 외에도 누구든지 통비법의 규정에 의한 감청조치로 지득한 내용을 이 법의 규정에 의하여 사용하는 경우 외에는 이를 외부에 공개하거나 누설하지 못하도록 금지하고 있다(제3항)

(3) 감청조치의 종류

통비법은 전기통신의 감청의 종류를 범죄수사를 위한 감청과 국가안전보장을 위한 감청, 그리고 긴급감청의 세 가지 종류로 나누어서 규정하고 있다. 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

(가) 범죄수사를 위한 감청조치

① 허가요건

통비법 제5조 제1항은 그 조항에서 열거하고 있는 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고, 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다(제5조 제1항)고 규정하고 있다.

여기에서 규정하고 있는 범죄목록을 보면, 1. 내란죄, 외환죄, 국교에 관한 죄, 공안을

해하는 죄, 폭발물에 관한 죄, 공무원의 직무에 관한 죄, 도주와 범인은닉죄, 방화와 실화의 죄, 아편에 관한 죄, 통화에 관한 죄, 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄, 살인죄, 체포와 감금죄, 협박죄, 약취와 유인죄, 강간과 추행죄, 신용, 업무와 경매에 관한 죄, 권리행사방해죄, 절도죄와 강도죄, 사기와 공갈죄, 2. 균형법상 반란죄, 이적죄, 지휘권남용죄, 지휘관의 항복과 도피의 죄, 수소이탈의 죄, 군무태만죄, 항명죄, 폭행·협박·상해와 살인죄, 군용물에 관한 죄, 위령의 죄, 3. 국가보안법에 규정된 범죄, 4. 군사기밀보호법에 규정된 범죄, 5. 군사시설보호법에 규정된 범죄, 6. 마약류관리에관한법률에 규정된 범죄, 7. 폭력행위등처벌에관한법률에 규정된 범죄, 8. 총포·도검·화약류 등 단속법에 규정된 범죄, 9. 특정범죄가중처벌등에관한법률에 규정된 범죄, 10. 특정경제범죄가중처벌등에관한 법률에 규정된 범죄들 가운데 각각 통비법이 특정하고 있는 죄들을 들 수 있다. 이상의 범죄의 전체 수는 약 240여개(條를 기준으로)에 달할 정도로 대단히 광범위하다.

② 허가절차

검사는 통비법 제5조 제1항의 감청허가요건이 구비된 경우에는 법원(군사법원을 포함)에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 감청조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있다(제6조 제1항).

사법경찰관은 검사에 대하여 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 감청조치에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구할 수 있다(제6조 제2항).

이러한 감청조치 청구사건의 관할법원은 그 조치를 받을 통신당사자의 쌍방 또는 일방의 주소지·소재지, 범죄지 또는 통신당사자와 공범관계에 있는 자의 주소지·소재지를 관할하는 지방법원 또는 지원으로 한다(제6조 제3항).

이러한 감청조치의 청구는 필요한 감청조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법 및 당해 감청조치가 통비법 제5조 제1항의 허가요건을 충족하는 사유 등의 청구이유를 기재한 서면(청구서)으로 하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다. 이 경우 동일한 범죄사실에 대하여 그 피의자 또는 피내사자에 대하여 감청조치의 허가를 청구하였거나 허가받은 사실이 있는 때에는 다시 감청조치를 청구하는

취지 및 이유를 기재하여야 한다(제6조 제4항).

법원은 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 감청조치를 허가하고, 이를 증명하는 서류(허가서)를 청구인에게 발부한다(제6조 제5항). 이 허가서에는 감청조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간 및 집행장소와 방법을 특정하여 기재하여야 한다(제6조 제6항). 이러한 감청조치의 기간은 2월을 초과하지 못하고, 그 기간 중 감청조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 한다. 다만, 제5조 제1항의 허가요건이 존속하는 경우에는 제1항 및 제2항의 절차에 따라 소명자료를 첨부하여 2월의 범위 안에서 감청조치기간의 연장을 청구할 수 있다(제6조 제7항). 법원은 청구가 이유 없다고 인정하는 경우에는 청구를 기각하고 이를 청구인에게 통지한다(제6조 제8항).

(나) 국가안보를 위한 감청조치

① 허가요건

통비법 제7조 제1항은 대통령령이 정하는 정보수사기관의 장은 국가안전보장에 대한 상당한 위험이 예상되는 경우에 한하여 그 위험을 방지하기 위하여 이에 관한 정보수집이 특히 필요한 때에는 (i) 통신의 일방 또는 쌍방당사자가 내국인인 때에는 고등법원 수석부장판사의 허가를 받아, (ii) 대한민국에 적대하는 국가, 반국가활동의 혐의가 있는 외국의 기관·단체와 외국인, 대한민국의 통치권이 사실상 미치지 아니하는 한반도내의 집단이나 외국에 소재하는 그 산하단체의 구성원의 통신인 때와 군용전기통신법 제2조의 규정에 의한 군용전기통신에 대해서는 서면으로 대통령의 승인을 얻어, 감청조치를 할 수 있다고 규정하고 있다.

이러한 국가안보를 위한 감청조치의 기간은 4월을 초과하지 못하고, 그 기간 중 감청조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 하되, 제1항의 요건이 존속하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 고등법원 수석부장판사의 허가 또는 대통령의 승인을 얻어 4월의 범위 이내에서 감청조치의 기간을 연장할 수 있다. 다만 이러한 감청조치는 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 적과 교전상태에 있는 때에는 작전이

종료될 때까지 대통령의 승인을 얻지 아니하고 기간을 연장할 수 있다(제7조 제2항).

② 허가절차

제7조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 통신의 일방 또는 쌍방당사자가 내국인인 때에 받아야 하는 고등법원 수석부장판사의 허가의 절차에 관해서는 별도의 규정이나 위임규정이 마련되어 있지 않으나, 이에 대하여 통신비밀보호법시행령 제7조에서 정보수사기관의 장은 법 제7조 제1항 제1호의 규정에 의한 감청조치를 하고자 할 때에는 관할 고등법원에 대응하는 고등검찰청의 검사에게 허가의 청구를 서면으로 신청하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 이러한 신청을 받은 고등검찰청 검사가 감청조치의 허가를 청구하는 경우에는 동 시행령 제4조의 규정을 준용하도록 하고 있기 때문에 결과적으로 범죄수사를 위한 감청조치의 허가절차와 같은 방식으로 청구서를 작성하여 청구하여야 한다.

다만 제7조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 대통령의 승인에 관한 절차에 대해서는 법에서 대통령령에 위임하고 있다. 이에 따라 동 시행령 제8조는 정보수사기관의 장이 동조항 제2호의 규정에 의한 감청조치를 하고자 할 때에는 그에 관한 계획서를 국정원장에게 제출하도록 하고 있다(제8조 제1항). 이에 대한 심사는 국정원장이 하며 국정원장이 심사 결과 타당성이 없다고 판단되는 경우에는 계획의 철회를 해당 정보수사기관의 장에게 요구할 수 있다(제8조 제2항). 국정원장은 정보수사기관의 장이 제출한 계획서를 종합하여 대통령에게 승인을 신청하며, 그 결과를 해당 정보수사기관의 장에게 서면으로 통보하도록 되어 있다(제8조 제4항).

(다) 긴급감청조치

① 법관의 허가를 거칠 수 없는 긴급감청조치

검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄 등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 있고, 통비법 제5조 제1항 또는 제7조 제1항 제1호의

규정에 의한 요건을 구비한 자에 대하여 허가절차를 거칠 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 법원의 허가 없이 감청조치를 할 수 있다(제8조 제1항).

검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 이러한 긴급감청조치의 집행 착수 후 지체 없이 법원에 허가청구를 하여야 하며, 그 감청조치를 한 때부터 36시간 이내에 법원의 허가를 받지 못한 때에는 즉시 이를 중지하여야 한다(제2항). 사법경찰관이 감청조치를 할 경우에는 미리 검사의 지휘를 받아야 한다. 다만 특히 급속을 요하여 미리 지휘를 받을 수 없는 사유가 있는 경우에는 긴급감청조치의 집행착수 후 지체없이 검사의 승인을 얻어야 한다(제3항). 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 긴급감청조치를 하고자 하는 경우에는 반드시 긴급감청서에 의하여야 하며 소속기관에 긴급감청조치대장을 비치하여야 한다. 긴급감청조치가 단시간 내에 종료되어 법원의 허가를 받을 필요가 없는 경우에는 그 종료후 7일 이내에 관할 지방검찰청검사장은 이에 대응하는 법원장에게 긴급감청조치를 한 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 작성한 긴급감청조치통보서를 송부하여야 한다(제5항). 이 통보서에는 긴급감청조치의 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법 및 감청조치허가청구를 하지 못한 사유 등을 기재하여야 한다(제6항). 이러한 긴급감청조치통보서를 송부받은 법원 또는 보통군사법원 군판사는 긴급감청조치통보대장을 비치하여야 한다(제7항).

② 대통령의 승인을 거칠 수 없는 긴급감청조치

한편 정보수사기관의 장은 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위협을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄 등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 있고 통비법 제7조 제1항 제2호에 해당하는 자에 대하여 대통령의 승인을 얻을 시간적 여유가 없거나 감청조치를 긴급히 실시하지 아니하면 국가안전보장에 대한 위협을 초래할 수 있다고 판단되는 때에는 소속 장관(국가정보원장을 포함)의 승인을 얻어 감청조치를 할 수 있다(제8항). 이러한 긴급감청조치를 한 때에는 지체없이 통비법 제7조의 규정에 의하여 대통령의 승인을 얻어야 하며, 36시간 이내에 대통령의 승인을 얻지 못한 때에는 즉시 그 긴급감청조치를 중지하여야 한다(제9항).

(4) 감청조치의 집행

(가) 집행의 주체와 위탁

범죄수사를 위한 감청조치와 국가안보를 위한 감청조치 그리고 긴급감청조치는 이를 청구 또는 신청한 검사·사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 집행한다. 이 경우 체신관서 기타 관련기관 등에 그 집행을 위탁하거나 집행에 관한 협조를 요청할 수 있다(제9조 제1항).

감청조치의 집행을 위탁하거나 집행에 관한 협조를 요청하는 자는 통신기관 등에 감청조치허가서(또는 승인서) 또는 긴급감청서 등의 표지의 사본을 교부하여야 하며, 이를 위탁받거나 이에 관한 협조요청을 받은 자는 감청조치허가서 또는 긴급감청서 등의 표지 사본을 대통령령이 정하는 기간 동안 보존하여야 한다(제9조 제2항). 표지사본의 보존기간은 현재 3년으로 되어 있다(시행령 제15조의2 제2항).

통신기관은 감청조치허가서 또는 긴급감청서 등에 기재된 감청조치 대상자의 전화번호 등이 사실과 일치하지 않을 경우에는 그 집행을 거부할 수 있으며, 어떠한 경우에도 전기통신에 사용되는 비밀번호를 누설할 수 없다(제9조 제4항).

전기통신사업자는 검사·사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 통비법에 따라 집행하는 감청조치 및 통신사실 확인자료제공의 요청에 협조하여야 한다(법 제15조의2 제1항).²⁷¹⁾

(나) 집행내역의 기재 및 비치의무

감청조치를 집행하는 자와 이를 위탁받거나 이에 관한 협조요청을 받은 자는 당해 감청조치를 청구한 목적과 그 집행 또는 협조일시 및 대상을 기재한 대장을 대통령령이 정하는 기간 동안 비치하여야 한다(제9조 제3항). 대장의 비치기간은 현재 3년으로 되어 있다(시행령 제15조의2 제2항)

271) 전기통신사업자의 이러한 협조의무는 전기통신사업자의 관점에서는 그의 직업선택의 자유와 재산권에 대한 제한이 될 수 있다. 이에 대하여는 Ralf P. Schenke, ADR 2000, S. 1 ff.(38).

(다) 집행에 관한 통지

① 통지제도의 내용

검사는 감청조치를 집행한 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 감청대상이 된 전기통신의 가입자에게 감청조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다(제9조의2 제1항). 사법경찰관은 감청조치를 집행한 사건에 관하여 검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분의 통보를 받거나 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에 감청대상이 된 전기통신의 가입자에게 감청조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다(제9조의2 제2항). 정보수사기관의 장은 국가안보를 위한 감청과 긴급감청의 감청조치를 종료한 날부터 30일 이내에 감청대상이 된 전기통신의 가입자에게 감청조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다.

② 통지의 유예

문제는 집행에 관한 통지의 유예제도이다. 즉 i) 감청조치를 통지할 경우 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있는 때, ii) 감청조치를 통지할 경우 사람의 생명·신체에 중대한 위험을 초래할 염려가 현저한 때에는 이러한 사유가 해소될 때까지 통지를 유예할 수 있다(제9조의2 제4항).

검사 또는 사법경찰관은 통지를 유예하고자 하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 미리 관할 지방검찰청검사장의 승인을 얻어야 한다. 다만 경찰관 및 군사법경찰관이 통지를 유예하고자 하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 미리 관할 보통검찰부장의 승인을 얻어야 한다(제9조의2 제5항).

하지만 통지유예의 사유가 해소된 경우에는 그 사유가 해소된 날부터 30일 이내에 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 감청집행에 관한 통지를 하여야 한다(제9조의2 제6항).

(5) 감청조치에 대한 국회의 통제제도

국회의 상임위원회와 국정감사 및 조사를 위한 위원회는 필요한 경우 특정한 감청 등에 대하여는 법원행정처장, 감청조치를 청구하거나 신청한 기관의 장 또는 이를 집행한 기관의 장에 대하여, 감청설비에 대한 인가 또는 신고내역에 관하여는 정보통신부장관에 대하여 보고를 요구할 수 있다(제15조 제1항).

국회의 상임위원회와 국정감사 및 조사를 위한 위원회는 그 의결로 수사관서의 감청 장비보유현황, 감청집행기관 또는 감청협조기관의 교환실 등 필요한 장소에 대하여 현장 검증이나 조사를 실시할 수 있다. 이 경우 현장검증이나 조사에 참여한 자는 그로 인하여 알게 된 비밀을 정당한 사유 없이 누설하여서는 아니 된다(제15조 제2항). 이러한 현장검증이나 조사는 개인의 사생활을 침해하거나 계속중인 재판 또는 수사중인 사건의 소추에 관여할 목적으로 행사되어서는 아니 된다(제15조 제3항). 통신제한조치를 집행하거나 위탁받은 기관 또는 이에 협조한 기관의 중앙행정기관의 장은 국회의 상임위원회와 국정감사 및 조사를 위한 위원회의 요구가 있는 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 감청조치보고서를 국회에 제출하여야 한다. 다만 정보수사기관의 장은 국회 정보위원회에 제출하여야 한다(제15조 제4항).

(6) 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안

(가) 법치국가원리에서 검토되는 문제점

법치국가원리에서 요청되는 기본권제한의 한계의 관점에서 제기되는 헌법적 문제점들은 위에서 지적하였기 때문에 이에 대하여는 생략하기로 한다. 개선방안은 위헌적 소지가 있는 내용을 헌법에 합치되게 개정하는 것이다.

(나) 용어상의 문제점

통신비밀보호법의 용어상의 문제이다. 통신비밀보호법은 제2조에서 통신 개념에 우편

물 및 전기통신을 포함시킨 후 검열과 감청을 모두 포함하여 “통신제한조치”라고 하는 개념을 사용하고 있다. 그러나 오늘날 광범위하게 이루어지고 있는 통신제한조치와 또한 그로 인한 기본권침해의 중대성은 도청 또는 감청조치와 관련된 것이라고 할 수 있다. “통신제한조치”라고 하는 개념을 통하여 사실상 전기통신에 대한 감청을 수행하면서도 통신제한조치라고 하는 명칭을 사용하게 되면, 감청조치가 가지는 실질적인 기본권제한의 효과를 은폐할 수 있는 소지가 있기 때문에, “통신제한조치” 보다는 사실에 부합하게, 우편물에 대하여는 “검열조치” 그리고 전기통신에 대하여는 “감청조치”라고 하는 분명한 명칭을 사용하여야 할 것이다. 도·감청제도와 사생활보호에 관하여 다루는 본 연구에서는 이러한 점을 염두에 두고, ‘통신제한조치’라는 용어 대신 ‘감청조치’라는 명칭을 쓰기로 한다.

(다) 범죄수사를 위한 감청조치에 대하여

① 허가요건과 관련하여

통비법 제5조 제1항은 범죄수사를 위한 감청조치의 요건으로서, “다음 각호의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고, 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고 동 조항이 열거하고 있는 범죄는 현재 조문을 기준으로 할 때 240여개에 달한다.

감청의 허용요건이 되는 범죄목록을 각국별로 비교해 본다면, 우선 독일의 경우 전기통신의 감청요건에 관하여 형사소송법 제100a조가 상당히 광범위하게 범죄목록을 규정하고 있으며, 통신비밀제한법 제3조 제1항은 내란과 외환죄 국가안보에 관한 죄 등을 중심으로 하고 있고, 또한 대외무역법이나 조세포탈방지법의 경우 대외무역이나 조세포탈과 관련되는 범죄를 중심으로 하고 있으며, 주거감청을 규정하고 있는 형사소송법 제100c조 제2항은 특별히 중대한 범죄를 중심으로 규정하고 있다.

미국의 경우도 앞에서 본 바와 같이 일반범죄통제 및 거리안전법이 규정하고 있는 감청의 허용요건이 되는 범죄 목록이 상당히 광범위하게 규정되어 있고, 9·11테러 이후에

에국법을 통해서 테러방지를 위해서 광범위하게 감청이 허용되고 있다.

우리의 경우 역시 범죄의 목록이 지나치게 광범위하다는 지적을 할 수 있다.²⁷²⁾ 주거 감청에 관한 독일 기본법 제13조 제3항이나 형사소송법 제100c조와 같이 “특별히 중대한 범죄”에 대해서만 감청을 허용할 필요가 있다. 여기에서 특별히 중대한 범죄가 무엇을 의미하는가 하는 것은 여러 가지 측면에서의 논의가 가능하겠지만, 가령 최고법정형이 5년 이상인 경우를 들고 있는 독일 연방헌법재판소의 판례²⁷³⁾를 참고해 볼 필요가 있다. 그리고 동 재판소가 지적하고 있듯이 범행의 구체적 개별적 사례에 있어서도 범행이 특별히 중대한 경우에 국한하여 감청이 이루어져야 할 것²⁷⁴⁾이며, 또한 “범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유”는 구체적인 사실을 통해서 그러한 혐의가 인정될 수 있을 경우에 감청을 허용하여야 할 것이다.

한편 우리 통비법상 감청허용 요건이 되는 범죄목록을 보면 가령 국가보안법과 같이 범죄구성요건이 명확하지 않아서 형벌법규의 명확성의 원칙의 관점에서 위헌의 소지가 있는 법률들이 포함되어 있는데, 그러할 경우 이러한 범죄구성요건의 불명확성은 감청허가요건의 불명확성으로 곧바로 이어질 수밖에 없는 문제점이 있다.

② 허가절차와 관련하여

허가절차에 대하여 통비법은 검사가 법원에 감청조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(제6조 제1항). 감청조치가 가지는 기본권제한의 중대성에 비추어 볼 때, 주거의 자유의 침해를 야기하는 압수·수색의 경우에 영장이 요구되는 것과 마찬가지로 통신의 자유를 침해하는 감청조치를 위해서도 법원에 의한 영장이 필요한 것으로 허가요건을 강화할 필요가 있다.

영장(허가) 청구서나 영장(허가서)에 기재하여야 할 내용에 대해서는 우리 통비법 제6조 제4항 내지 제6항의 내용이나, 독일 형사소송법 제100b조 제2항, 독일 형사소송법 제100d조 제2항, 미국의 규정²⁷⁵⁾의 내용이 대동소이하게 규정하고 있음을 볼 수 있다.

272) 동지, 김형준, 앞의 논문, 222면; 황성기, 앞의 논문, 122면.

273) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 238.

274) BVerfG, 1 BvR 2378/98, Absatz 234.

③ 감청허가기간과 관련하여

통비법 제6조 제7항은 감청허가기간을 2월로 하고 있으며, 필요한 경우에 2월의 범위 내에서 연장할 수 있도록 규정하고 있다.

그러나 이러한 기간은 지나치게 장기간이라고 할 수 있다. 그리고 연장회수의 제한도 없으며, 최대연장기간도 정해진 바 없는 것은 문제이다.²⁷⁶⁾

독일의 경우 전기통신감청의 경우 3개월(형사소송법 제100b조 제2항), 주거감청의 경우 1개월(제100d조 제1항)(개정 전은 4주)이며, 또한 영장기간이 6월까지 연장된 경우에 계속적 연장 여부에 대해서는 지방(주)고등법원이 결정하도록 하고 있다. 미국의 경우도 감청허가기간을 최대 30일로 규정하고 있다. 그리고 일본의 경우 10일 이내의 기간을 정하여 감청영장을 발부하도록 규정하고 있다.²⁷⁷⁾

선진 각국의 감청허가기간을 고려할 때 우리의 경우도 감청허가기간을 1월 정도로 축소하고, 또한 연장의 회수와 총 연장기간도 제한하여 공권력에 의한 감청이 남용되지 않도록 할 필요가 있다.²⁷⁸⁾

(라) 국가안보를 위한 감청조치에 대하여

① 허가요건과 관련하여

통비법 제7조 제1항은 국가안보를 위한 감청조치와 관련해서는 “국가안전보장에 대한 상당한 위협이 예상되는 경우에 한하여 그 위협을 방지하기 위하여 이에 관한 정보수집이 특히 필요한 때에는”이라고 하는 요건을 부여하고 있다. 즉 국가안전보장과 관련해서는 구체적인 범죄의 계획이나 실행사실에 대한 충분한 이유가 있을 것을 요건으로 하는

275) 18 U.S.C. § 2518 (4).

276) 동지, 김형준, 앞의 논문, 224면.

277) 김형준, 앞의 논문, 224면, 각주 38 참조.

278) 이와 관련하여 1999년 8월 15일에 공포된 일본의 “범죄수사를 위한 통신방수에 관한 법률”을 참조할 필요가 있다(동법 제5조 제1항에 따르면 감청기간 10일 이내와 연장의 경우 총 30일을 초과할 수 없음). 황성기, 앞의 논문 129면에서 인용.

것이 아니라, 단순히 “상당한 위험이 예상되는 경우”라고 하는 막연하고도 추상적인 요건을 제시하고 있는데 이는 법치국가원리에서 요청되는 명확성의 원칙에 위반될 수 있다.²⁷⁹⁾ 그러므로 국가안보를 해하는 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다는 혐의가 인정될 수 있을 만한 충분한 사실적 근거가 있을 경우에 한하여 감청조치를 신청할 수 있는 것으로 요건을 보다 강화하여야 감청조치의 남용을 방지하여야 할 것이다.

또한 제7조 제1항 제2호가 규정하고 있는 “대한민국에 적대하는 국가, 반국가활동의 혐의가 있는 외국의 기관·단체와 외국인, 대한민국의 통치권이 사실상 미치지 아니하는 한반도내의 집단이나 외국에 소재하는 그 산하단체의 구성원의 통신인 때”의 의미 역시 불명확하고 지나치게 포괄적이다. 즉 대한민국에 적대하는 국가가 어떠한 국가인지, 그리고 반국가활동의 혐의가 있는 경우²⁸⁰⁾가 어떠한 경우인지가 불확실하다. 뿐만 아니라 대한민국의 통치권이 사실상 미치지 아니하는 한반도 내의 집단은 북한을 일컫는다고 보이는데, 남북교류협력에 관한 법률에 따라서 통일부의 승인을 얻어서 북한과 교류하고 접촉하기 위하여 하는 통신의 경우나 또는 기타 북한 주민과의 스포츠나 문화교류 등과 관련한 통신 등도 모두 이러한 감청조치의 대상이 되는 것인지 불분명하고, 된다면 지나치게 포괄적인 것은 아닌지 그로 인하여 남용의 가능성이 발생하는 것은 아닌지의 문제가 제기된다.

나아가 이러한 통비법 제7조 제1항 제2호에 따른 긴급감청의 경우 대통령의 승인을 얻어서 할 수 있도록 할 뿐만 아니라, 그러한 승인절차를 대통령령에 위임한 후, 이를 국정원장이 총괄하도록 하고 있는데, 결국 이는 헌법 제75조의 포괄위임금지의 원칙에 위반되는 것은 아닌지의 문제도 제기된다.

그리고 통비법 제7조 제1항 제2호의 경우 감청조치의 승인권자가 대통령이다. 이는 미국의 경우²⁸¹⁾와 마찬가지로이며, 독일의 경우(통신비밀제한법 제5조)도 권한 있는 연방 장관에 의해서 명령될 수 있다.

279) 동지, 계경문, 앞의 논문, 128면.

280) 이러한 개념이 반국제평화적 용어라고 하는 지적으로는 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 1994, 52면.

281) 50 U.S.C. § 1802 (a)(1).

끝으로 감청조치의 기간을 4월로 하고 있는데, 이것도 지나치게 긴 것이 아닌가 생각해 볼 여지가 있다. 범죄수사를 위한 감청조치의 경우 그 기간을 2월로 하고 있으며, 이러한 감청조치를 허용할 수 있는 범죄목록에는 이미 국가안보를 해하는 범죄까지 모두 포함되어 있음을 고려할 필요가 있다. 미국의 경우는 다소 길다고 볼 수 있는 1년으로 하고 있으며²⁸²⁾, 독일의 경우²⁸³⁾ 3개월로 하고 있다.

한편 범죄수사를 위한 감청조치의 허가요건과 국가안보를 위한 감청조치의 허가요건이 중첩되는 부분이 있어, 수사기관이 일반 범죄수사를 위한 감청조치에 대하여 법원의 허가를 받지 못한 경우, 법원의 허가가 필요 없는 국가안보를 위한 감청조치의 허가신청의 방법으로 소기의 목적을 달성하려 할 우려가 있다.²⁸⁴⁾

② 허가절차와 관련하여

허가절차와 관련해서도 통신의 일방 또는 쌍방 당사자가 내국인인 때에는 고등법원 수석 부장판사의 허가를 받도록 되어 있지만, 적국이나 반국가단체 등의 구성원과의 통신인 때에는 대통령의 승인을 얻어서 감청조치를 할 수 있도록 되어 있다. 국가안보를 위한 감청조치의 요건 자체도 막연하고 추상적인 데다가, 법관의 영장도 아닌 허가서에 의해서 또는 대통령의 승인에 의하여 감청조치를 할 수 있도록 한 것은 감청조치의 남용가능성을 처음부터 열어 준 것이 아닌가 하는 의구심을 떨쳐 버릴 수 없게 한다.

더구나 전술한 바와 같이 통비법 제7조 제1항 제2호의 감청조치의 경우는 국정원장이 총괄하여 대통령에 승인신청을 하도록 하고 있기 때문에(시행령 제8조 제4항), 이와 관련한 감청은 국정원장이 총괄하여 지휘하도록 사실상 허용하고 있는 것이 아닌가 생각되며, 이로 인하여 최근에 밝혀진 것과 같이 안기부와 국정원 등 정보수사기관의 불법 도청사건이 빈발할 수 있는 가능성이 상존하는 것이 아닌가 생각된다.

282) 50 U.S.C. § 1802 (a)(1).

283) 통신비밀제한법 제10조 제5항.

284) 동지, 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계 1994, 53면; 황성기, 앞의 논문, 126면.

(마) 긴급감청조치에 대하여

통비법은 제8조 제1항과 제8항에서 법원의 허가나 대통령의 승인을 요청할 수 없는 긴급한 사유가 있을 경우에는 법원의 허가나 대통령의 승인이 없이 36시간 이내에 긴급감청조치를 할 수 있도록 하고 있다. 독일의 경우 지체의 위험이 있는 경우 검사가 감청명령을 하되 3일 내에 법관의 승인을 받지 아니하면 영장의 효력은 상실한다.²⁸⁵⁾ 미국의 경우 48시간 내에 법원에 사후영장을 신청하여야 하고, 법원의 영장을 받지 못하는 경우 감청을 즉시 중단하여야 한다.²⁸⁶⁾

우리 통비법의 경우도 물론 36시간 이내에 필요한 허가나 승인을 얻지 못하면 감청조치를 중단하여야 하지만, 이러한 긴급감청조치를 계속하여 반복한다면, 사실상 법관의 허가나 대통령의 승인이 없이도 얼마든지 감청조치를 계속할 수 있는 가능성을 열어 놓은 셈이라고 할 수 있을 것이기 때문에 문제가 심각하다.²⁸⁷⁾ 따라서 어떠한 범죄사실을 근거로 일정한 대상에 대하여 긴급감청을 한 후 36시간 내에 중단한 경우에는 동일한 범죄사실과 대상에 대하여 긴급감청을 반복할 수 없다고 하는 규정을 신설하여 남용을 방지할 필요가 있다고 하겠다.²⁸⁸⁾

이 긴급감청조치의 요건을 살펴 보면, 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄 등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 있고, 감청허가절차를 거칠 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 법원의 허가 없이 감청조치를 할 수 있다는 것이다.

우선 “국가안보를 위협하는 음모행위”, “직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄 등” “중대한 범죄의 계획이나 실행 등”의 범죄구성요건이 아주 애매모호하고 광범위하다고 하는 것을 알 수 있다.²⁸⁹⁾ 특히 “등”이라고 하는 표현이 들어감으로써 그와 유사한 범행들이 포괄적으로 다 포함될 수 있음을 암시하

285) 형사소송법 제100b조 제2항.

286) 18 U.S.C. § 2518 (7).

287) 동지, 조국, 앞의 논문, 113-114면.

288) 동지, 김형준, 앞의 논문 226면.

289) 동지, 김형준, 앞의 논문, 225면.

고 있는데, 이러한 규정방식은 법치국가원리에서 도출되는 명확성의 원칙에 위반될 수 있다.

그리고 “긴박한 상황”과 “긴급한 사유”가 어떠한 경우인지 역시 불명확하다고 할 수 있으며, 그로 인하여 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장의 자의적 판단이 개입될 여지가 크다고 볼 수 있다.²⁹⁰⁾ 이 긴급감청조치제도는 남용가능성이 매우 크기 때문에 폐지하는 것이 바람직하다고 하는 견해²⁹¹⁾가 있으나, 독일, 미국 등 선진국의 경험을 고려해 볼 때, 극히 예외적인 경우에 한해서 그 필요성을 부인할 수는 없을 것이나, 다만 그 남용을 방지하기 위하여 그에 대한 엄격한 통제절차가 마련되어 있지 않으면 안 될 것이다.²⁹²⁾

또한 긴급감청조치로 취득한 감청자료의 경우, 법원의 허가가 없이는 증거로 사용할 수 없도록 하는 증거사용금지규정 뿐만 아니라, 법원의 허가를 받지 못한 긴급감청조치에 의하여 얻은 감청자료는 폐기할 것을 의무화하는 규정이 필요하다고 생각한다.²⁹³⁾

(바) 감청조치의 집행과 관련하여

통비법 제9조 3항은 감청조치를 집행하는 자와 이를 위탁받거나 협조요청을 받은 자는 당해 감청조치를 청구한 목적과 그 집행 또는 협조일시 및 대상을 기재한 대장을 대통령령이 정하는 기간 동안 비치하도록 하고 있는데 현재 3년으로 규정되어 있으나, 이러한 기간은 불법 도·감청으로 인한 기본권침해의 경우에 권리구제절차를 위해서 더욱 충분한 기간동안 비치되어야 할 것이라고 본다.

감청조치의 집행은 영장을 청구한 관청의 책임 하에 그리고 법관의 자격이 있는 공무원의 감독 하에 이루어지도록 하고 있는 독일 통신비밀제한법 제11조의 태도도 참고할 만하다.

290) 동지, 김형준, 앞의 논문, 226면.

291) 동지, 조국, 앞의 논문, 114면; 긴급감청의 문제점을 지적한 초기 문헌으로는 권영설, 앞의 논문, 547면.

292) 동지, 황성기, 앞의 논문, 131면.

293) 동지, 김형준, 앞의 논문, 227면.

(사) 감청조치의 집행에 관한 통지제도에 대하여

① 통지대상의 부정확성

통비법 제9조의2에 따르면, 감청조치의 통지대상은 피의자나 피내사자 또는 통화의 당사자가 아니라, 전기통신의 가입자로 되어 있다. 전화통화의 당사자는 전기통신의 가입자와 다를 수 있으며, 통신의 자유를 침해받은 직접 당사자는 감청대상이 된 통화자라고 할 수 있을 것이다. 그러므로 감청대상이 된 모든 사람들이 감청조치에 대한 통지대상이 되어야 할 것이다.²⁹⁴⁾

개정된 독일 형사소송법 제100d조에서 규정하고 있는 통지제도를 보면 독일의 경우 역시 검사가 감청조치에 대하여 관계자에게 통지할 의무를 부과하고 있다. 관계자의 범위에는 감청조치의 대상이 된 피의자, 그 밖의 피감청자, 감청대상이 된 주거의 소지자와 거주자가 포함된다(독일 형사소송법 제100d조 제8항). 이러한 감청조치의 통지서에는 사후적인 권리구제절차와 제소기간 등을 적시하도록 하고 있는데, 이러한 독일 형사소송법이나 통신비밀제한법 제12조, 그리고 피감청자에게 통지하도록 의무화하고 있는 미국의 경우를 참고하여 법개정을 할 필요가 있다.

② 통지시기의 즉시성 결여

통비법 제9조의2 제1항에 따르면 검사가 감청조치를 집행한 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 감청사실을 서면으로 통지하도록 하고 있다. 그러나 기소나 불기소처분을 한 날을 기점으로 할 것이 아니라, 감청조치가 완료된 날을 기점으로 하여야 할 것이다.²⁹⁵⁾

독일의 경우 통지의 즉시성을 규정하고 있다. 즉 감청조치(독일 형사소송법 제81e조, 제99조, 제100e조, 제100b조, 제100c조 제1항 제1호 b, 제2호와 제3호, 제100d조, 제100g조와 제100h조)에 대해서는 이것이 감청목적, 공공의 안전, 사람의 신체나 생명

294) 동지, 김형준, 앞의 논문, 228면.

295) 동지, 김형준, 앞의 논문, 228-229면.

에, 그리고 비공개적으로 감청에 투입된 공무원의 계속적 사용가능성에 위해가 됨이 없이 시행될 수 있는 즉시 관계자에게 통지되어야 한다. 주거감청(독일 형사소송법 제 100c조 제1항 제3호)의 경우 조치의 종료 후 6개월 내에 통지가 이루어지지 않은 경우에, 통지의 계속적 유예는 법관의 동의를 필요로 한다. 이에 대하여는 공소제기 전에 본안을 담당하는 법원이 결정한다(독일 형사소송법 제101조 제1항).

이에 대하여 미국의 경우는 감청 영장이 거부되거나 감청이 종료한 후 90일 이전의 합리적인 기간 내라고 규정²⁹⁶⁾하고 있어 다소 통지시기와 관련하여 다소 느슨한 규정을 두고 있다.

③ 통지유예제도와 관련하여

통비법 제9조의2 제4항은 통지유예제도를 두고 있다. 즉 그 사유로서 (i) 감청조치를 통지할 경우 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있는 때, (ii) 감청조치를 통지할 경우 사람의 생명·신체에 중대한 위협을 초래할 염려가 현저한 때를 들고 있는데 전자의 경우 어떠한 경우가 국가의 안전보장·공공의 안녕질서를 위태롭게 할 현저한 우려가 있는 때인지가 불명확하여 이 규정은 명확성의 원칙에 위반될 소지가 높다고 보인다.²⁹⁷⁾ 그리고 동조 제5항에 따르면 검사 또는 사법경찰관은 감청조치에 대한 통지를 유예하고자 하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 미리 관할 지방검찰청검사장의 승인을 얻어야 한다고 하고 있는데, 통지유예 사유도 불명확한 데다가 통지유예 여부의 결정을 모두 검사장이 관할하게 함으로써 통지유예제도를 자의적으로 남용할 수 있는 가능성이 처음부터 열려져 있다고 할 수 있다. 따라서 이러한 통지유예제도에 대해서 그 사유와 요건을 더욱 엄격하게 규정하여야 할 뿐만 아니라, 통지유예 여부의 결정도 법관이 결정할 수 있도록 할 필요가 있다고 보인다.

독일의 경우에는 통지를 위한 확인이 지나치게 어렵거나 다른 관계자의 우월적으로 보호할 만한 이해관계가 대립되는 경우에 통지의 유예를 가능하게 하고 있으며, 그리고

296) 18 U.S.C. 2518 (8)(d).

297) 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서와 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니된다고 하는 구 전기통신사업법 제53조 제1항에 대하여 헌법재판소는 명확성의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌선언한 바 있음을 참고할 필요가 있다. 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616.

수사목적이나, 사람의 생명, 신체 또는 자유 또는 중요한 재산적 가치에 대한 위해가 없이 통지가 이루어질 수 있는 즉시 통지를 행하여야 하는 것으로 규정하고 있다(독일 형사소송법 제100d조 제8항). 뿐만 아니라 감청조치의 종료 후 6개월간 통지가 유예되는 경우 그 이상의 통지의 유예여부는 법관의 동의를 요하도록 하고 있으며, 매 6개월마다 법관의 동의를 얻도록 하고 있다. 통지유예가 총 18개월에 달한 경우 그 이상의 유예여부는 지방(주)고등법원이 결정하도록 하고 있다²⁹⁸⁾.

감청관련자들에 대한 통지가 적법하게 이루어지지 않는 경우 이는 감청조치를 당하였음에도 불구하고 당사자가 알 수 없기 때문에 효과적으로 권리구제를 받을 수 없게 되는 것이며, 따라서 이로 인하여 당사자의 재판받을 권리가 침해될 소지가 있음을 잊어서는 아니 될 것이다.²⁹⁹⁾

(아) 감청조치에 대한 통제제도와 관련하여

① 법관의 영장제도의 도입필요성

현행 통비법상 범죄수사를 위한 감청조치와 국가안보를 위한 감청조치의 경우 감청을 위해서는 법관의 허가를 받도록 되어 있으나, 독일 또는 미국과 같이 법관의 영장을 요건으로 하여야 사법적 통제가 보다 강화될 수 있을 것이라고 본다.³⁰⁰⁾

물론 법관이 전기통신감청에 대한 청구를 받은 경우, 요건이 충족되어 있는지에 관하여 형식적인 심사에 그치고 마는 경우에는 영장제도 자체가 전기통신감청의 남용을 사법적으로 통제하는 데 한계가 있다고 할 것이다. 그러므로 법관의 영장제도를 도입할 뿐만 아니라, 영장청구가 이유 있는지 여부에 대하여 법관이 실질적인 심사를 할 수 있게 하여야 할 것이다. 영장의 실질심사를 위해서는 감청영장담당판사가 보다 많은 권한과 책임의식을 가지고서 보다 독립적, 전문적이 되어야 할 뿐만 아니라, 다른 업무의 부담으로 인하여 영장에 대한 실질적 심사를 하지 못하는 일이 없도록 제도적으로 보완장치

298) 독일 형사소송법 제100d조 제9항.

299) Vgl. BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27. 7. 2005, Absatz-Nr.(1-166), Absatz 142.

300) 동지, 권영설, 앞의 논문, 553면; 성낙인, 앞의 논문, 37면; 황성기, 앞의 논문, 123면.

가 마련되어야 할 것이다.³⁰¹⁾ 그리고 검사나 수사기관이 영장을 청구하는 경우에는 물론, 영장발부 여부에 대하여 법관이 판단함에 있어서도 검사나 수사기관 그리고 법관이 영장발부의 필요성에 관한 상세한 설명의무와 이유제시의무를 지도록 하여야 할 것이다. 뿐만 아니라, 법관이 영장청구가 이유 있다고 판단하여 영장발부를 하는 경우에는 이를 기각할 때보다 그 입증책임 내지는 이유제시의 부담을 훨씬 크게 져야 할 것이다. 그리고 후술하는 감청에 관한 의회에의 정례보고제도와 별도로, 각 법원의 전기통신감청영장의 청구인용율, 그리고 발부된 영장을 근거로 한여 감청실시의 빈도, 감청실시 사례들 중 기소율 등에 관하여 자세한 통계를 내어 이를 정례적으로 국회에 보고하고(정부를 통해서도 가능), 이를 공개할 의무를 부과할 필요가 있다고 본다.³⁰²⁾ 이렇게 함으로써, 각 법원 역시 전기통신감청에 대한 영장발부시 단순히 검찰이나 수사기관의 신청에 기하여 형식적으로 심사한 후 감청영장을 남발하지 않고서, 국민의 사생활보호를 위하여 감청의 필요성을 한번 더 여과하고, 실질적으로 통제할 수 있도록 부담을 줄 수 있게 될 것이다.

② 국회에 대한 보고의무제도의 도입필요성

첫째, 국회에 대한 보고의무이다. 통비법 제15조 제1항은 국회의 상임위원회와 국정감사 및 조사를 위한 위원회가 필요한 경우에 감청조치에 대하여 보고를 요구할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 국민의 통신의 자유를 제한하는 감청조치의 실행에 대해서 정부는 국회에 해마다 또는 6개월에 한번씩 그 내용을 정기적으로 보고하도록 의무화할 필요가 있다.

둘째, 검찰이나 정보수사기관의 장 등 감청조치의 실행 주체는 실행된 감청조치에 관하여 정부에 보고하도록 의무화할 필요가 있다. 이에 대하여는 전술한 독일의 개정 형사소송법 제100e조와 미국의 일반범죄통제 및 거리안전법의 내용의 내용을 참조할 필요가 있다.

301) 동지, Albrecht/Dorsch/Krüpe, aaO, S. 23 f.

302) 이러한 필요성에 대하여는 Christoph Gusy, ZRP 2003, S. 275 ff.(277 f.).

③ 도·감청조치의 통제를 위한 상설위원회제도의 도입필요성

독일의 경우 소위 G 10 위원회를 독일 연방의회 산하에 상설하여 도·감청에 관하여 지속적으로 통제하고 있는데 국가 정보기관의 도청 남용사례를 심각하게 경험한 우리의 경우도 이러한 위원회제도를 도입할 필요성이 절실하다고 생각된다.

독일 G 10 위원회는 직권 또는 민원에 의하여 감청조치의 적법성과 필요성에 대하여 판단한다. 동 위원회의 통제권한은 연방정보부가 통신비밀제한법에 따라서 획득한 개인 관련 정보의 수집, 처리 및 이용뿐만 아니라, 관계자에 대한 통지 여부에 대한 결정에까지 미친다.³⁰³⁾

(자) 타인의 대화비밀침해금지 규정에 대하여

통비법 제14조 제1항은 “누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없다”고 규정하고, 이어 제2항에서 감청조치에 관하여 규정된 여러 조항들의 준용에 대하여 규정하고 있다. 이러한 소위 육성대화의 녹음 또는 감청금지와 관련된 문제점들을 짚어 보면 다음과 같다.

첫째, 대화의 당사자 중 일방이 대화를 녹음하는 경우 이것이 불법녹음 또는 감청에 해당할 것인가의 문제가 제기된다.

통설³⁰⁴⁾과 판례³⁰⁵⁾에 따르면, 통비법 제14조 제1항은 전기통신의 경우와는 달리 ‘타인간의 대화’의 녹음과 감청을 금지하고 있는 것이기 때문에 대화의 당사자는 ‘타인’의 범위에 속하지 않으므로 그가 행하는 녹음행위는 불법녹음에 속하지 않는다고 한다. 이에 반하여 통비법의 입법목적에 비추어 볼 때, 당사자 일방에 의한 비밀녹음도 타인간의 대화의 녹음금지에 해당한다고 보는 견해³⁰⁶⁾도 있다.

303) 통신비밀제한법 제15조.

304) 하태훈, 앞의 논문, 88면; 김형준, 앞의 논문, 231면.

305) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3106.

306) 변종필, 사인에 의한 위법수집증거와 그 증거능력, 고시계 제45권 제5호(2000), 96면.

만일 대화가 사인 상호간에 이루어지는 경우라면, 통설과 같이 해석하는 것이 통비법 위반에 따른 형사처벌의 범위를 줄이는 일이 되기는 할 것이다. 그러나 다른 한편 이러한 해석에 의하면 국가기관이 대화의 당사자로서 대화 상대방의 동의가 없이 녹음하는 경우까지 불법감청의 범위에서 제외될 수 있기 때문에, 헌법상 보호되는 국민의 대화의 비밀이 크게 해쳐질 수 있게 될 위험이 있다. 그렇기 때문에 후자와 같은 경우 타인간의 대화에 포함되지 않는다는 이유로 대화의 당사자이기만 하면 상대방의 동의가 없는 경우에도 대화를 얼마든지 녹음해도 된다는 쪽으로 해석하여서는 안될 것이다. 그와 같이 해석하게 되면 특히 헌법상 사생활의 비밀과 자유나 행복추구권에 의해서 보호된다고 할 수 있는 소위 “자신의 말에 대한 권리”³⁰⁷⁾가 침해될 수 있게 될 것이다.³⁰⁸⁾

둘째, 제3자가 대화 당사자의 일방의 동의만으로 대화를 녹음하는 경우이다. 이에 대하여 나머지 당사자의 동의를 얻지 않은 것이므로 대화의 녹음은 통비법 위반이라고 보는 입장³⁰⁹⁾과 통비법의 규율대상이 아니라는 입장³¹⁰⁾으로 갈리고 있다.

생각건대 제3자가 대화 당사자의 일방의 동의에 의한 대화의 녹음의 경우에도 다른 상대방은 대화의 비밀이나 자신의 말에 대한 권리를 침해 받고 있다고 할 수 있기 때문에, 양 당사자의 동의가 없는 한 제3자가 대화 당사자의 일방의 동의를 얻어 대화를 녹음하는 것도 헌법상 금지된다. 따라서 통비법의 관련조항 역시 이러한 헌법정신에 맞추어서 해석하는 것이 헌법합치적 해석으로서 올바른 결론이며, 그것이 대법원 판결의 입장³¹¹⁾이라고 생각된다.

국민들 간의 대화나 통신의 비밀과 자유가 제대로 보장되기 위해서는 상대방이나 상대방의 허락은 받은 제3자가 자신과의 대화를 녹음하는 일이 허용되어서는 안 될 것이다. 이것은 위에서 언급한 바와 같이 사생활의 비밀과 자유 또는 행복추구권으로부터 나

307) Vgl. BVerfGE 34, 238 (247).

308) 이를 보호하기 위해서는 ‘타인간의 대화’가 아니라 ‘타인의 발언’이라고 개정하여 입법론적으로 해결하여야 한다고 보는 입장으로는 하태훈, 앞의 논문, 89면.

309) 임동규, 형사소송법, 법문사 2003, 239면(김형준, 앞의 논문, 231면에서 재인용); 대법원, 2002. 10. 8. 선고, 2002도123.

310) 하태훈, 앞의 논문, 89면; 김형준, 앞의 논문, 232면.

311) 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결.

오는 자신의 말에 대한 권리의 침해를 야기할 것이기 때문이다. 따라서 현행 통비법도 가급적 이와 같은 헌법적 정신에 입각하여 기본권 합치적으로 해석하여야 할 필요가 있다고 생각하며, 궁극적으로는 ‘타인간의 대화’에 대한 녹음을 규제하는 것이 아니라 ‘타인의 말’에 대한 녹음을 규제하는 방향으로 해당 법문을 개정하여야 할 것이라고 본다.³¹²⁾

다음으로 통비법 제14조 제2항은 제4조 내지 제8조, 제9조 제1항 전단 및 제3항, 제9조의2, 제11조 제1항·제3항·제4항 및 제12조의 규정의 준용을 명령하고 있는데, 이러한 준용규정으로 인하여 발생할 수 있는 몇 가지 문제점을 들면 다음과 같다. 즉 제9조의2의 준용과 관련하여, 감청조치의 집행사실과 집행기관 및 그 기간 등을 통지하도록 하고 있다. 문제는 전기통신에 대한 감청의 경우는 전기통신가입자에게 통지하도록 하고 있지만, 육성대화의 녹음의 경우는 누구에게 이러한 감청사실을 통지하여야 하는가이다. 통신의 자유의 기본권의 정신에 부합하기 위해서는 대화당사자 모두에게 감청사실에 대한 통지의무가 있는 것으로 해석하여야 하리라고 본다.

(차) 비밀준수의 의무와 관련하여

통비법 제11조는 감청조치에 관한 정보 또는 감청조치로 지득한 정보의 공개금지를 규정하고 있다. 독일의 경우 통신비밀제한법 제17조에 유사한 규정을 두고 있다.

최근 이른바 ‘안기부 X-파일’을 MBC에서 입수하여 그 내용을 방영한 사실과 관련하여, 과연 언론기관과 같이 감청조치에 관여하지 아니한 제3자가 어떠한 경로를 통해서 이든 입수한 불법도청정보를 공개할 수 있을 것인지의 문제가 대두되었다. 헌법상 통신의 자유와 사생활의 비밀 그리고 주거의 자유에서 도출되는 원칙은 이미 독일 연방헌법 재판소가 잘 판시하였듯이 사생활의 핵심영역에 대한 도·감청금지 및 정보수집금지라고 할 수 있으며, 혹시 그와 같은 내용이 수집된 경우 그러한 감청정보의 폐기의무 및 증거사용금지 그리고 공개금지라고 요약할 수 있을 것이다. 이러한 원칙의 수범자가 누

312) 동지, 하태훈, 앞의 논문, 92면 이하.

구인가의 문제인데, 헌법상 이러한 원칙에 구속되는 자들은 감청에 관여한 사람은 물론 이거니와, 그 어떠한 경로를 통해서라도 감청정보를 입수한 모든 사람도, 기본권의 제3자적 효력에 의하여 그러한 원칙에 구속된다고 해야 할 것이다. 감청에 관여하지 아니한 제3자가 얻은 도·감청정보를 과연 공개할 수 있을 것인지의 문제는, 통신의 자유와 사생활의 비밀의 본질적인 내용은 인간의 존엄과 직결되기 때문에 그 어떠한 경우에도 침해될 수 없다고 하는 헌법상의 원칙으로부터 풀어나가야 하리라고 보며, 통신비밀보호법은 이러한 헌법적 원칙을 충분히 구체화할 수 있도록 입법적으로 개선되어야 할 것이라고 본다.³¹³⁾

(카) 기 타

기타 우리 통비법이 규정하고 있지는 않지만 앞서서 언급한 독일과 미국의 제규정 중 우리에게도 도입되어야 할 필요가 있다고 생각되는 조항들은 적극적으로 검토하여 도입하여야 할 것이다. 세 가지만 예를 들면 다음과 같다.

① 권리구제절차

감청이 실시된 경우에는 당사자에게 통지를 하여야 할 뿐만 아니라, 독일과 같이 감청초치 자체에 대하여 일정한 기간 내에 법적인 소송으로 다룰 수 있는 권리구제절차에 대하여 당사자에게 알려주는 고지의무를 제도화할 필요가 있다.

혹 통지유예가 된 경우에도 이에 대하여 기록을 남겨야 할 뿐만 아니라, 추후 통지유예사유가 소멸되어 당사자에게 통지를 할 때에, 반드시 권리구제절차에 대하여 고지하도록 할 필요가 있다.

이 권리구제절차에는 행정소송뿐만 아니라 헌법소원이 가능함을 알려주어야 할 것이다.

313) 이러한 헌법적 정신을 구체화시키지 못하는 법률규정은 위헌적 소지가 있다고 볼 것이다. 이와 관련하여 보도의 자유 등과의 충돌의 문제 등에 관한 보다 상세한 연구는 이미 언급한 바와 같이 다음 기회로 미루기로 한다. 이에 관한 언급으로서 장용근, 앞의 글, 17-18면. 그 밖에 특별법과 특검법을 통한 도청내용의 공개 역시 위헌이라고 하는 의견으로 박용상, 이석연, 인터넷 법률신문(<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/NewsContents.aspx?kind=&serial=16712>)2005. 8. 12. 기사 참조.

② 필요없는 감청정보와 불법감청정보의 폐기의무

뿐만 아니라 합법적으로 감청한 정보라 하더라도 더 이상 필요가 없게 된 경우에는 반드시 폐기하도록 할 뿐만 아니라, 불법으로 감청한 정보의 경우 역시 반드시 폐기하고, 이와 같이 폐기한 사실에 대하여 기록을 남기도록 의무화할 필요가 있다.³¹⁴⁾ 이에 관해서는 전술한 독일의 관련조항³¹⁵⁾들과 연방헌법재판소의 판례를 참고할 필요가 있다.

③ 표시의무

감청을 통하여 얻은 정보는 그것이 형사절차에서 증거자료로 쓰이기 위해서나 기타 범죄예방을 위하여 다른 국가기관에 전달될 경우에 원래의 상태가 다른 내용과 섞이지 않고 제대로 관리될 수 있도록 하기 위하여 감청을 통하여 녹음된 자료에 피감청자의 성명과 주소, 감청일시와 장소, 전화번호 등의 자세한 기록을 담고 고유번호를 표시하는 등의 표시를 하도록 의무화할 필요가 있다. 이에 관하여는 전술한 독일 연방헌법재판소의 판례와 관련 규정내용³¹⁶⁾을 참고할 필요가 있다.

2. 기타 다른 법규정에 따른 전기통신감청관련 조항

전기통신사업법 제54조에서 전기통신사업자가 취급중에 있는 통신의 비밀을 침해하거나 누설하여서는 아니 된다고 하면서 통신비밀의 보호에 관한 규정을 두고 있다.

기타 형사소송법 제107조와 군사법원법 제147조는 피고인을 발송인 또는 수신인으로 하는 우체물 또는 전신에 관한 것과 그 밖의 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 우체물 또는 전신에 관한 것의 제출을 명하거나 압수할 수 있다고 규정하고 있으며, 이러한 처분을 한 경우에는 발신인이나 수신인에게 그 취지를 통지하여야 한다고 규정하

314) 동지, 李在庠, 앞의 논문, 214면; 천상범, 도청제도에 관한 법적 고찰, 연세대학교 행정학석사학위논문 (1997. 8), 99면을 인용하며 황성기, 앞의 논문, 118면.

315) 독일 형사소송법 제100b조 제6항.

316) 독일 통신비밀제한법 제6조; 형사소송법 제100d조 제7항.

고 있다. 다만 이러한 통지는 심리에 방해될 염려가 있는 경우에는 예외로 한다. 이러한 형사소송법과 군사법원법 규정은 통신사실에 관한 제출 또는 압수와 관련된 것이기 때문에, 전기통신에 대한 감청과는 직접적인 관련이 없는 것으로 보인다.

IV. 도·감청에 관한 대법원과 헌법재판소의 판례

1. 대법원 판례

(1) 2002. 10. 8. 선고 2002도123판결

이 판결에서 대법원은 제3자가 전화통화자 중 일방만의 동의를 얻어 통화내용을 녹음한 경우, 통신비밀보호법 제3조 제1항 소정의 전기통신감청에 해당하는지 여부에 대하여 밝혔다. 대법원은 “구 통신비밀보호법(2001. 12. 29. 법률 제6546호로 개정되기 전의 것)에서는 그 규율의 대상을 통신과 대화로 분류하고 그중 통신을 다시 우편물과 전기통신으로 나눈 다음, 동법 제2조 제3호로 ‘전기통신’이라 함은 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다고 규정하고 있는 바, 전화통화가 위 법에서 규정하고 있는 전기통신에 해당함은 전화통화의 성질 및 위 규정 내용에 비추어 명백하므로 이를 동법 제3조 제1항 소정의 ‘타인간의 대화’에 포함시킬 수는 없고, 나아가, 동법 제2조 제7호가 규정한 ‘전기통신의 감청’은 그 전호의 ‘우편물의 검열’규정과 아울러 고찰할 때 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 같은 호 소정의 각 행위를 하는 것만을 말한다고 풀이함이 상당하다고 할 것이므로, 전기통신에 해당하는 전화통화 당사자의 일방이 상대방 모르게 통화내용을 녹음하는 것은 여기의 감청에 해당하지 아니하지만, 제3자의 경우는 설령 전화통화 당사자 일방의 동의를 받고 그 통화내용을 녹음하였다 하더라도 그 상대방의 동의가 없었던 이상, 사생활 및 통신의 불가침을 국민의 기본권의 하나로 선언하고 있는 헌법규정과 통신비밀의 보호와 통신의 자유신장을 목적

으로 제정된 통신비밀보호법의 취지에 비추어 이는 동법 제3조 제1항 위반이 된다고 해석하여야 할 것이다”라고 판시하였다.³¹⁷⁾

(2) 2002. 10. 22. 선고 2000도5461판결

구 통신비밀보호법(1993. 12. 27. 법률 제4650호로 제정되어 2001. 12. 29. 법률 제6546호로 개정되기 전의 것) 제12조는 통신제한조치의 집행으로 인하여 취득된 우편물 또는 그 내용과 전기통신의 내용은 통신제한조치의 목적이 된 같은 법 제5조 제1항에 규정된 범죄나 이와 관련된 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위하여 사용하는 경우 등 이외에는 사용할 수 없도록 규정하고 있다(현행 통신비밀보호법 제12조 제1호). 대법원은 이러한 규정을 근거로 갑의 국가보안법위반죄에 대한 증거의 수집을 위하여 발부된 통신제한조치허가서에 의하여 피고인과 을 사이 또는 피고인과 병 사이의 통화내용을 감청하여 작성한 녹취서는 위 통신제한조치의 목적이 된 갑의 국가보안법위반죄나 그와 관련된 범죄를 위하여 사용되어야 한다고 판시한 바 있다.³¹⁸⁾

(3) 1999. 9. 3. 선고 99도2317판결

또한 대법원은 통신비밀보호법에 의한 통신제한조치 등은 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한을 가져오는 것으로 엄격히 해석되어야 한다고 전제하고, 통신제한조치에 대한 기간연장결정은 원 허가의 내용에 대하여 단지 기간을 연장하는 것일 뿐 원 허가의 대상과 범위를 초과할 수 없다고 하면서 연장결정서에 당초 허가 내용에 없던 대화녹음이 기재되어 있다 하더라도 이는 대화녹음의 적법한 근거가 되지 못한다고 판단하고, 위 대화녹음 부분에 관한 각 녹음테이프 및 녹취서의 증거능력을 배척한 다음 피고인들에

317) 이에 대한 평석으로는 하태훈, 앞의 논문.

318) 이에 관례에 대한 해설로는 노만호, 검사 작성의 피의자신문조서의 일부를 발췌한 초본의 증거능력과 통신제한조치허가서의 통신제한조치대상자가 아닌 자들 사이의 전기통신에 대한 감청에 의하여 수집된 증거의 사용범위(2002. 10. 22. 선고 2000도5461 판결 : 공2002하, 2916), 대법원 관례해설 43호(2002년 하반기), 649-664면.

대한 반국가단체 찬양·고무·동조의 점에 대한 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심을 인정하는 판결을 내린 바 있다. 대법원은 이 판결에서 다음과 같이 판시하였다.

“통신비밀보호법은 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나, 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하고(통신비밀보호법 제3조, 제14조 제1항), 다른 법률에 특별한 규정이 있거나 위 법에서 규정하고 있는 절차에 의하지 아니하고 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용, 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용 및 불법 대화녹음·청취의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다고 규정하고 있다(같은 법 제4조, 제14조 제2항).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 대화녹음의 근거가 된 것은 부산지방법원이 1996. 4. 30. 발부한 통신제한조치허가 제48호 및 그 연장결정과 같은 법원이 1996. 11. 6. 발부한 통신제한조치허가 제129호라 할 것인데, 위 통신제한조치허가 제48호는 통신제한조치대상자를 '공소외 1'로, 통신제한조치의 종류를 '전기통신 감청 및 우편물 검열'로 하여 허가된 후 수차 기간이 연장되어 오다가 1997. 2. 3. 기간이 연장되면서 당초 허가내용에는 없던 '대화녹음'이 추가되어 그 대상자로 '공소외 2', 범위로 '공소외 2등 관련자에 대한 국가보안법위반관련 토론회 대화내용 녹음'이 추가되었고 그 후 수회 더 연장결정이 이루어진 사실, 한편 통신제한조치허가 제129호에는 통신제한조치대상자로 '공소외 3', 통신제한조치의 종류로 '전기통신 감청', 기간은 '1996. 11. 9.부터 1997. 2. 8.까지'로 기재되어 있으나, 통신제한조치의 대상과 범위란에는 전화감청 외에 우편물 검열 및 위 공소외 1에 대한 1997. 2. 3.자 연장결정서상의 대화녹음과 같은 내용의 대화녹음이 기재되어 있는 사실을 인정한 후 통신비밀보호법에 의한 통신제한조치 등은 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한을 가져오는 것으로 엄격히 해석되어야 한다고 전제하고, 제한조치의 대상자로 공소외 3, 제한되는 통신의 종류로 전기통신 감청만이 기재된 이상 위 통신제한조치허가 제129호에 의하여 공소외 2가 공소외 3아닌 피고인 1, 3, 4, 9등과 대화하는 것까지 녹음하도록 허가된 것은 아니라 할 것이고, 통신제한조치에 대한 기간연장결정은 원 허가의 내용에 대하여 단지 기간을 연장하는 것일 뿐 원 허가의 대상과 범위를 초과할 수 없다 할 것인데, 통신제한조치허가서 제48호

에 의하여 허가된 통신제한조치는 '전기통신 감청 및 우편물 검열'뿐이어서 그 후 연장 결정서에 당초 허가 내용에 없던 대화녹음이 기재되어 있다 하더라도 이는 대화녹음의 적법한 근거가 되지 못한다고 판단하고, 위 대화녹음 부분에 관한 각 녹음테이프 및 녹취서(이하 '녹음테이프 등'이라고 한다)의 증거능력을 배척한 다음 피고인 1, 3, 4, 9에 대한 반국가단체 찬양·고무·동조의 점에 대한 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

기록에 의하여 살펴보면 원심의 이러한 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 인정되고 (특히 반국가단체 찬양·고무·동조의 예비적 공소사실에 관한 녹음은 모두 위 제129호의 허가기간 이후에 이루어진 것이다. 검사는 위 통신제한조치허가 제48호의 연장결정시 위 제129호의 연장결정도 함께 이루어진 것이라고 하나 기록에 의하면 위 연장결정은 위 제48호에 대하여 이루어진 것임이 명백하다.), 거기에 녹음테이프 등의 증거능력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

그 밖에 이 사건 '영남위원회'가 반국가단체임을 전제로 하여 그 구성원간의 회합, 통신의 점에 대한 주위적 공소사실의 증거로 제출된 전화감청에 관한 녹음테이프 및 녹취서의 증거능력에 대하여 따로 적법성 여부를 판단하지 아니한 원심의 조치는 앞서 본 바와 같이 '영남위원회'의 반국가단체성을 인정하지 않는 이상 판결의 결과에 아무런 영향이 없다고 할 것이다.”³¹⁹⁾

2. 헌법재판소 판례

(1) 2004. 11. 25. 2002헌바85 결정

헌법재판소는 구 통신비밀보호법 제3조 본문, 제16조 제1호의 '전기통신의 감청'에 관한 부분 중 “전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향을 청취하여 그 내용을 지득”하는 부분이 명확성원칙에 반하는지 여부에 대

319) 이 판례에 대한 평석으로는 박수희, 불법감청에 의한 녹음테이프의 증거능력, 앞의 논문, 326-350; 원혜옥, 불법감청에 의한 대화녹음테이프의 증거능력, 형사판례연구 [10], 2002, 371-393면.

하여 「구 통신비밀보호법은 감청의 정의규정을 통해 감청의 대상, 속성, 수단, 내용 등을 명시함으로써 감청개념의 명확화와 구체화를 도모하고 있으며, 감청의 정의에 사용된 표현도 일반인이 일상적으로 사용하거나 다른 법령들에서도 자주 사용되는 일반적인 용어들이며, 또한 "전기통신"이나 "감청설비"에 관한 정의조항을 두어 전기통신의 감청개념을 더욱 명료하게 하고 있으므로, 감청금지 및 처벌 조항이 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다」고 판시하였다.

(2) 2001. 3. 21. 2000헌바25 판결

또한 감청설비 제조·수입 등의 경우 정보통신부장관의 인가를 받도록 하되, 국가기관은 예외로 규정한 통신비밀보호법 제10조 제1항이 평등원칙에 위배되는지 여부에 대하여 「이 사건 법률조항에서 사인이 감청설비를 제조·수입·판매 등을 하기 위해서는 정보통신부장관의 인가를 받도록 규정한 것은 사인에 의한 통신비밀 침해행위를 사전에 예방하기 위한 것이다. 국가기관의 경우에는 감청설비의 보유 및 사용이 당해기관 내·외부 기관에 의하여 관리·감동되고, 사인에 대한 통신비밀침해행위를 통제하기 위한 여러 가지 법률적 장치들이 법에 마련되어 있다. 따라서, 국가기관에 대해서는 정보통신부장관의 인가를 요구하는 방식으로 규제할 필요성이 사인에 비하여 현저히 적으며 이러한 규제수단이 적절하다고 하기도 어렵다. 그러므로 이사건 법률조항이 사인만 인가를 받도록 규정하고 있다고 하여 이를 두고 자의적인 차별이라 할 수는 없다」고 판시하였다.

한편 이 사건에서 헌법재판소는 「이와 같이 국가기관의 감청설비 보유·사용에 대한 관리와 통제를 위한 법적, 제도적 장치가 마련되어 있으므로, 국가기관이 인가 없이 감청설비를 보유, 사용할 수 있다는 사실만 가지고 바로 국가기관에 의한 통신비밀침해행위를 용이하게 하는 결과를 초래함으로써 통신의 자유를 침해한다고 볼 수는 없다」고도 판시하였다.

V. 소 결

이상으로 도·감청과 관련된 우리 기본권체계와 통신비밀보호법의 내용 및 그 문제점을 살펴보았다. 그 내용을 간략하게 정리하면 다음과 같다.

우리 헌법은 널리 사생활과 관련된 기본권으로서 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 자유를 보장하고 있다. 감청조치가 사생활의 핵심영역과 관련되는 경우는 인간의 존엄권도 관련될 수 있다. 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 자유도 국가안전보장이나 질서유지, 공공복리를 위해서 필요한 경우에는 법률로써 제한될 수 있음은 물론이다. 다만 그 본질내용은 침해될 수 없다. 따라서 테러나 범죄수사 또는 그 예방이나 국가안보를 위해서 국민의 통신의 자유를 법률로서 제한할 할 필요가 있을 수 있으며, 제한하는 경우에도 법치국가원리에서 나오는 여러 원칙들, 가령 과잉금지의 원칙, 명확성의 원칙, 법률유보원칙 등을 준수하여야 한다.

이와 같이 국민의 통신생활과 관련하여 충돌하는 두 가지 헌법적 법익, 즉 범죄수사나 국가안보와 통신의 비밀과 자유를 적절히 조화시키기 위한 목적으로 통신비밀보호법이 제정되어 시행되고 있는데, 그 내용과 특징을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 통비법은 불법감청의 금지를 명문화하고 있으며, 감청의 정의규정을 두고 있다. 이와 관련하여 당사자 일방의 동의가 있는 통화녹음이나 청취를 감청으로 볼 것인지 여부의 문제가 제기되나, 통신의 비밀과 통신의 자유의 기본권은 통신의 일방당사자가 자신의 자유를 포기하였다고 해서 다른 상대방까지 그 기본권을 포기하는 것은 아니라는 점을 고려할 때, “당사자”의 의미는 모든 당사자로 해석하는 것이 통신의 자유에 합치되는 해석이라고 본다.

둘째, 통신비밀보호법은 이 법의 수범자를 “누구든지”라고 함으로써, 통신의 자유와 사생활기본권의 대사인적 효력 및 기본권보호의무를 구체화하고 있다.

셋째, 감청조치에 있어서 과잉금지의 원칙과 보충성의 원칙을 명문화하고 있다.

넷째, 불법감청정보의 증거사용금지규정을 두고 있다.

다섯째, 감청정보의 사용목적에 제한하고 있다.

여섯째, 감청조치에 관한 정보 또는 감청조치로 취득한 정보의 공개금지규정을 두고 있다.

일곱째, 감청조치의 종류에는 범죄수사를 위한 감청조치, 국가안보를 위한 감청조치, 긴급감청조치가 있으며, 각각 허가요건과 절차를 달리 규정하고 있다.

여덟째, 집행의 통지 및 통지유예제도를 두고 있다.

아홉째, 국회의 통제제도로서 국회의 상임위원회 등이 필요한 경우에 감청조치의 집행기관의 장이나 정보통신부장관에게 보고를 요구할 수 있다.

이러한 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 법치국가원리에서 나오는 명확성의 원칙, 법률유보원칙 등에 위반되는 조항은 개정되어야 한다. 감청조치의 허가요건과 관련하여 법률규정이 명확하지 않거나 법관이나 수사기관에 지나친 재량의 여지가 인정되는 경우 법률유보원칙에 반할 수 있으며, 또한 범죄수사나 예방 그리고 국가안보와 상관없는 사생활의 핵심영역과 관련된 내용의 대화가 녹음되었을 경우 감청조치를 중단하거나 녹음을 폐기할 의무를 두고 있지 않다면, 이 역시 입법불비로서 과잉금지원칙에 위반될 소지가 있다.

둘째, 용어상의 문제로서 통비법은 “감청조치”대신 “통신제한조치”라는 개념을 주로 쓰고 있으나, 이 개념은 통신의 자유 제한의 심각성을 은폐할 우려가 있어, 이를 방지하기 위해서는 법률적으로 “감청조치”라고 하는 개념을 직접 쓸 필요가 있다.

셋째, 범죄수사를 위한 감청조치와 관련 그 허가요건에 해당하는 범죄군이 지나치게 광범위하게 규정되어 있고, 모법상의 범죄구성요건이 애매모호하여 명확성의 원칙에 위반될 가능성이 있다. 또한 허가절차와 관련하여 영장주의를 명문화할 필요가 있다. 허가기간 2개월은 지나치게 길다. 그러므로 감청조치의 남용을 방지하기 위하여, 허가기간을 1개월로 축소하고 기간연장의 회수 역시 몇 차례로 제한할 필요가 있다.

넷째, 국가안보를 위한 감청조치와 관련 허가요건이 지나치게 광범위하고 애매모호하

여 명확성의 원칙에 위반될 소지가 많다. 또한 범죄수사를 위한 감청조치의 요건과 중첩되는 경우가 많으므로 그 부분은 정리할 필요가 있다. 그리고 허가기간이 4개월로 되어 있는데, 이 기간의 적정성 여부에 대하여 심도있는 검토가 필요하다. 허가절차와 관련하여 대통령의 승인사항으로 하고 있는 부분은 감청조치의 남용가능성을 안고 있어, 이를 예방할 수 있는 방안을 마련하여야 할 것이다.

다섯째, 긴급감청조치와 관련하여 그 허가요건이 매우 광범위하고 애매모호하여 명확성의 원칙에 반할 소지가 있고, 36시간이 경과하기 전에 감청조치를 종료한 후, 다시 이를 반복하는 방법을 통한다면 긴급감청조치의 장기화가능성도 배제할 수 없는 등 남용가능성이 크다. 하지만 이제도는 독일, 미국 등의 예를 고려해 볼 때, 극히 예외적인 경우에 한해서 그 필요성을 부인할 수는 없을 것이나, 다만 그 남용을 방지하기 위하여 그에 대한 엄격한 통제절차가 마련되어 있지 않으면 안될 것이다.

여섯째, 감청조치의 집행과 관련해서도 법관의 자격이 있는 공무원의 감독하에 이루어지도록 제도화할 필요가 있다.

일곱째, 통지제도와 관련하여 통지대상이 부정확하여 감청대상이 된 당사자들로 통지대상을 확대할 필요가 있다. 그리고 통지시기의 즉시성이 결여되어 있어 보완이 요망된다. 통지유예제도와 관련해서도 통지유예의 남용가능성을 차단하기 위해서 법관의 개입이 요청된다.

여덟째, 감청조치의 통제제도와 관련하여 법관의 영장제도가 도입될 필요가 있으며, 감청실시에 대하여 정부가 국회에 보고할 의무를 제도화할 필요가 있다. 또한 도·감청조치의 통제를 위한 상설위원회제도(가령 독일의 G 10 위원회)를 도입할 필요가 있다.

아홉째, 타인의 대화비밀침해금지과 관련 “타인간의 대화”라고 하는 의미는 헌법합치적으로 해석되어야 할 필요가 있으며, “자신의 말에 대한 권리”를 보호하기 위해서는 이 규정을 “타인의 말”이라고 개정하여 대화의 비밀보호를 강화할 필요성이 있다고 보인다.

열째, 비밀준수의무와 관련하여 감청조치와 관련되지 않은 제3자에 의한 도·감청정보의 공개금지 및 전달금지규정을 분명히 할 필요가 있다.

열한 번째, 그 밖에 감청조치에 대한 통지시 권리구제절차에 대한 고지제도, 필요없는

감청정보와 불법감청정보에 대한 폐기의무제도, 감청정보(녹음테이프 등)의 표식의무제도 등을 도입할 필요가 있다.

제5장 결 론

이상으로 도·감청제도와 사생활의 보호에 관하여 독일, 미국, 한국을 중심으로 비교법적 고찰을 하였다.

도청문제에 관하여 가장 먼저 문제가 제기되고 관련 판례가 가장 많이 이루어져 왔으며, 또한 전기통신 등의 발달이 가장 앞섬으로 인하여 통신법이나 도청규제법등이 가장 먼저 발달한 나라는 단연 미국이라고 할 수 있다. 여기에다 최근 9·11테러로 인하여 테러방지를 위한 광범위한 감청권한을 수권하는 애국법 등이 제정되어 최근 그 효력의 갱신여부를 둘러싸고 미국 의회에서 논란이 되고 있는 시점에 있기도 하다.

독일 역시 미국에는 뒤지지만 1968년부터 도청허용법이라고 할 수 있는 소위 통신비밀제한법(G 10 법률)의 제정과 함께 기본법 제10조의 통신의 자유의 한계조항의 개정이 이루어졌으며, 이로 인하여 헌법개정 자체가 위헌인지의 여부에 대하여 다른 독일 연방헌법재판소의 도청판결(BVerfGE 30, 1)이 나오게 되었고, 여기에서 독일 연방헌법재판소는 헌법합치적 해석을 통하여 헌법개정을 승인한 바 있었으나, 그에 대하여는 학계의 많은 비판을 받은 바 있다. 그 후 1998년에는 대주거감청의 도입을 위한 헌법개정을 통해서 기본법 제13조에, 형사소추를 목적으로 하는 주거감청제도가 새로이 도입되었으며, 이와 함께 형사소추를 목적으로 하는 사후적 주거감청을 위한 권한을 도입하는 형사소송법의 개정이 이루어졌다. 하지만 전술한 바와 같이 독일 연방헌법재판소는 이에 대하여 사생활의 핵심영역에 대한 침해 가능성을 이유로 헌법불합치 결정을 하였고, 입법자에게 2005. 6. 30까지 개정할 것을 촉구하여 연방입법자는 이를 이행하였으며, 2005. 7. 1.자로 개정 형사소송법이 발효한 상태이다. 독일의 경우 형사소송법, 통신비밀제한법, 조세포탈방지법, 국가정보부법, 연방헌법보호법, 지방경찰법 등 여러 법률 규정에서 도·감청의 가능성을 두고 있다. 특히 전기통신에 대한 감청에 관하여는 통신비밀제한법이 자세하게 규정하고 있으며, 소위 도·감청조치에 대하여 통제할 수 있는 의

회내 상설기구로 소위 G 10 위원회가 가동되고 있다.

우리나라의 경우 도·감청에 관한 수권규정, 다시 말해서 도·감청을 허용하는 규정인 통신비밀제한법이 제정된 것은 그리 오래되지 않았다. 그러나 최근에 안기부 X 파일 사건에서 밝혀진 것과 같이 우리나라의 정보기관에서의 전방위적 도청사례는 어제 오늘의 일이 아닌, 매우 오래전부터 이루어져 왔던 것이 이미 다 알려진 사실이 되었다. 문제는 국가의 수사기관이나 정보기관이 테러나 범죄의 예방을 위하여, 그리고 국가의 안보를 위하여 국민의 통신이나 대화를 감청해야 할 필요성이 엄연히 있을 수 있다는 점에 있다. 그러한 필요성을 솔직하게 인정하고 이에 대한 허용요건과 절차, 그리고 통제에 관하여 규정하는 통신비밀보호법이 1994년 6월부터 시행·운동되어 오고 있는 것은, 전혀 법적 근거가 없이 도·감청이 행해지던 과거에 비하여 다행스러운 일이나, 이 통신비밀보호법으로 인하여 오히려 국민의 통신의 자유와 사생활의 기본권이 침해되고 있다면 문제가 심각한 것이다.

그러므로 한편으로는 범죄수사나 국가의 안보를 위한 통신의 자유의 제한 필요성과 다른 한편으로 국민의 통신의 자유와 사생활의 보호 등의 또 다른 헌법적 법익을 잘 조화있게 모두 충족시킬 수 있도록, 현행 통신비밀보호법이 가지고 있는 전술한 문제점들을 잘 보완하고 개선하여 운용하지 않으면 안될 것이다.

이와 함께 지적할 것으로는 테러나 범죄예방을 위한 필요에 의하여 도·감청제도를 도입한 이상 과연 이 법이 실제로 의도하고 있는 입법목적을 달성하고 있는지에 대한 실증적·법사회학적 연구가 뒤따라야 할 것이다. 다시 말해서 이 법에 따라 실제로 이루어진 감청조치에 대하여 그 감청조치의 유형과 영장발부의 빈도수, 감청조치를 통한 감청목적의 달성율, 즉 범인의 검거율이나 기소율 등에 이르기까지 감청실태와 감청의 효율성 등에 관한 연구가 종합적으로 이루어져야 한다는 것이다. 이것은 전술한 바와 같이 통신비밀보호법의 존치 여부 및 개선필요성을 보다 실증적으로 알 수 있게 하는 일종의 사후적인 입법평가라고 할 수 있을 것인데, 이러한 연구가 효과적으로 수행되기 위해서는 물론 감청조치에 관한 정부의 정례적인 보고가 전제되어야 할 것이다.

아무튼 통신비밀보호법의 해석, 운용 및 개정에 관한 지속적인 연구와 노력을 통하여 국민이 보다 안전하고 인간다우며, 자유롭게 생활할 수 있는 사회와 국가가 될 수 있도록 우리 모두가 노력하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

I. 한 국

1. 문 헌

계경문, 통신비밀보호법의 개선방향, 국민대학교, 정보와법연구, 제5호

구병삭, 도청에 의한 사생활 침해, 법률신문, 제1562호(1984. 10), 9면

권영설, 헌법상 도청의 법리, 현대공법학의 제문제(우당 윤세창박사정년기념논문집) 박영사, 1983, 538-554면.

권영세, 현행 통비법상 '도청행위'의 의의 및 범위, 저스티스 제30권 제4호(1997. 12), 116-136면

김대휘, 사진과 비디오테이프의 증거능력, 형사판례연구 제6권, 1998, 447-448면.

김승환, 도청과 프라이버시에 관한 헌법적 문제, 영남법학 제5권 제1·2호(1999. 2), 61-84면.

김일환, 첨단과학기술사회에서 통신비밀의 헌법상 보호범위와 제한에 관한 고찰, 헌법학연구, 제10권 제1호(2004. 3), 311-338면.

김형준, 현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안, 형사법연구 제24호(2005 겨울), 213-236면.

박미숙, 사인에 의한 비밀녹음테이프의 증거능력, 형사판례연구, 제11권(2003)

박수희, 불법도청에 의한 녹음테이프의 증거능력, 지송이재상교수회갑기념논문집, 형사판례의 연구 II(2002), 326-350면

박영도, 주요국가의 도청방지법제, 한국법제연구원, 1993.

백윤철, 통신의 자유와 전자적 침해, 헌법학연구 제10권 제1호(2004. 3), 339-377면

- 변재욱, 도청과 프라이버시의 권리, 헌법연구 제4집(1979)
- 변종필, 사인에 의한 위법수집증거와 그 증거능력, 고시계 제45권 제5호(2000), 96면.
- 성낙인, 통신비밀보호법상 감청제도의 문제점, 시민과 변호사(1999. 7), 95-98면.
- 성낙인, 통신에서의 기본권보호, 공법연구 제30집 제2호, 33-68면
- 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 미국법과 한국법의 비교, 한국형사정책연구원, 1994
- 심희기, 도청에 대한 법적 규제방안, 형사법학의 과제와 전망, 계산성시탁교수화갑기념논문집, 1993, 901-919면.
- 심희기, 수사·정보기관의 도청·감청의 실태와 통신비밀보호법의 개정방향, 형사정책연구 제10권 제3호(통권 제39호, 1999 가을호), 5-42면.
- 원혜욱, 감청행위의 실태 및 입법례의 비교고찰, 형사법연구 제24호(2005년 겨울), 187-212면.
- 원혜욱, 도청·감청 및 비밀녹음(녹화)의 제한과 증거사용, 한국형사정책연구원, 2000
- 원혜욱, 불법감청에 의한 대화녹음테이프의 증거능력, 형사판례연구[10], 2002, 371-393면.
- 유의선, 도청·감청에 대한 법적 소고, 이화여대사회과학연구소, 사회과학연구논총, 1999. 12, 261-288면.
- 윤정석, 도청 및 전자적 감시방법의 사용에 관한 법리상 문제점(상)(중)(하), 법조 제42권 5호(1993년 5월호), 63-93면; 제42권 6호(1993년 6월호), 94-131면; 제42권 7호(1993년 7월호), 82-115면.
- 이재상, 현행법상 도청의 법리와 그 개선방향, 형사정책연구 제7권 제2호, 1997. 7, 177-216면.
- 이정원, 도청정보의 공개에 대한 법적 고찰, 형사법연구 제24호(2005년 겨울), 237-256면
- 임래현, 미국에 있어서 도청에 관한 법적 규제, 검찰공보 제41호, 1986. 5

장용근, 불법도청에 따른 X과일에 대한 헌법적 쟁점의 검토, 고시계 제50권 제9호 (2005. 9), 4-18면.

조 국, 개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점: 도청의 합법화인가 도청의 통제인가?, 형사정책연구 제15권 제4호(통권 제60호, 2004 겨울호), 103-136면.

조병인, 도청과 검열의 규제에 관한 제언, 형사정책연구소식, 제13호(1992. 10), 21-28면.

천진호, 위법수집증거배제법칙의 사인효, 비교형사법연구 제4권 제2호, 2002

하태훈, 통화자일방의 동의를 받은 제3자의 전화녹음과 통신비밀보호법위반, 안암법학 제17호, (2003), 75-98면.

황성기, 통신제한조치의 헌법적 한계와 구체적 통제방안, 정보법학, 제3호, 107-143면.

2. 판례

(1) 대법원

1999. 9. 3. 선고 99도2317판결

2002. 10. 8. 선고 2002도123판결

2002. 10. 22. 선고 2000도5461판결

(2) 헌법재판소

2001. 3. 21. 2000헌바25 판결, 판례집 13-1, 652

2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2(하), 185, 206

2004. 11. 25. 2002헌바85 결정, 판례집 16-2(하), 345

II. 특 일

1. 문 헌

Albrecht, Hans-Jörg, /Dorsch, Claudia, /Krüpe, Christane, Rechtswirklichkeit und Effizienz der überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen(Abschlussbericht), 2003

Gusy, Christoph, überwachung der Telekommunikation unter Richtervorbehalt, ZRP 2003, S. 275 ff.

Huber, Bertold, Effektiver Grundrechtsschutz mit Verfassungsdatum – Die präventive überwachung der Telekommunikation und Post nach dem novellierten Zollfahndungsdienstgesetz, NJW 2005, S. 2260 ff.

Katz, Alfred, Staatsrecht, 15. Aufl., Heidelberg 2002.

Kötter, Matthias DÖV 2005, S. 225 ff.

Löffelmann, Markus NJW 2005, S. 2033 ff.

Meyer-Wieck, Hannes Der große Lauschangriff – Anmerkungen aus empirischer Sicht, NJW 2005, S. 2037 ff.

Meyer-Wieck, Hannes, Rechtswirklichkeit und Effizienz der akustischen Wohnraumüberwachung(großer Lauschangriff) nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, 2004

Papier, Art. 13, Rdnr. 47, in: Maunz-Dürig, GG-Kommentar, Oktober 1999. Lfg. 36

Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 18. Aufl., Heidelberg 2002.

Schenke, Ralf P., Verfassungsrechtliche Probleme einer präventiven überwachung der Telekommunikation, AöR 2000. S. 1 ff.

2. 번역서

Hesse, Konrad 저(계희열 역), 통일독일헌법원론, 박영사, 2001.

Richter/Schuppert/Bunke저, Casebook Verfassungsrecht, München 2001) 방승주 역, 헌법재판소 간, 독일헌법판례해설, 2003.

Sachs, Michael, Verfassungsrecht II, Grundrechte, Berlin/Heidelberg/New York, 2000, S. 393: 방승주 역, 헌법재판소 간, 헌법 II - 기본권론, 2002.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Grundrechtliche Probleme der Telekommunikation, 공법연구 제30집 제2호(2001. 12), 1-20 면(박중수 역, 통신의 기본권적 문제, 같은 책, 21-31면.

3. 판례

BVerfGE 30, 1

BVerfGE 34, 238

BVerfGE 67, 157

BVerfGE 100, 313

BVerfG, 1 BvF 3/92 vom 3. 3. 2004

BVerfGE 109, 279(BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3. 3. 2004)

BVerfGE 110, 33(BVerfG, 1BvF 3/92 vom 3. 3. 2004).

BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27. 7. 2005

BGHSt 41, 33

III. 미 국

1. 문 헌

In First-Ever Ruling, Secret Appeals Court Allows Expanded Government Spying on U.S. Citizens (11/18/2002), <http://www.aclu.org/privacy/spying/15189prs20021118.html>.

NSA Spying on Americans Is Illegal (12/29/2005), <http://www.aclu.org/privacy/spying/23279res20051229.html>.

The Report on the CATO Institute policy Forum, "Big Brother in the Wire: Wiretapping in the Digital Age(3/1/1998).

2. 판 례

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Whalen v. Roe, 429 U.S. 589 (1977).

Olmstead v. U.S., 277 U.S. 438 (1928).

Goldman v. U.S., 316 U.S. 129 (1942).

On Lee v. U.S., 343 U.S. 747 (1952).

Nardon v. U.S., 302 U.S. 379 (1937).

U.S. v. U.S., 308 U.S. 338 (1939).

Rathbun v. U.S., 355 U.S. 107 (1957).

Silverman et al. v. U.S., 365 U.S. 505 (1961).

Lopez v. U.S., 373 U.S. 427 (1963).

Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967).

Katz v. U.S., 389 U.S. 347 (1967).

U.S. v. White, 401 U.S. 745 (1971).

U.S. v. U.S. District Court for the Eastern District of Michigan et al.,
407 U.S. 297 (1972).

Scott v. U.S., 436 U.S. 128 (1978).

Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979).

연구보고서 2006-10

테러 및 범죄예방을 위한 도·감청제도와 사생활의 보호에 관한 비교법적 고찰

2006년 11월 발행

2006년 11월 인쇄

발행인 : 이 병 진
발행처 : 치안정책연구소
경기도 용인시 기흥구 연남동 88번지
인쇄처 : (주) 대한 피앤디
(TEL : (02)2268-0458)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식 견해가 아님을 밝혀둡니다.