

포털의 수사기관으로의 통신자료 제공 시 자체적 심사의무에 대한 비판적 연구*

임 규 철**

목 차

I. 들어가면서	1. 임의수사
II. 통신자료의 개념과 제공절차	2. 수사기관으로의 통신자료의 제공 시 포털의 실제적 심사의무
III. 포털보유 통신자료의 수사기관으로의 제공에 대한 법원 및 헌법재판소의 판단	3. 영장주의의 적용
IV. 포털의 자체적인 심사의무 인정 시 문제 점과 개선방향	4. 공적 인물
	V. 나가면서

I. 들어가면서

통신자료와 같은 개인정보의 적절한 보호가 없이는 정보사회의 순항을 담보할 수는 없다. 안전과 신뢰가 선행되어야 하기 때문이다. 2000년대 들어서면서 정보이용에 대한 큰 흐름은 포털 중심으로 돌아가고 있으며 그런 상황은 당분간은 변하지 않을 것이다.¹⁾

* 이 논문은 동국대 - 서울 논문지원 장려금 지원으로 이뤄졌음.

** 동국대학교 법학과 부교수

- 1) 포털(Portal)은 전기통신사업법상 부가통신사업자인 전기통신사업자(제2조 제8호)에 해당되기에 설립, 폐지, 양도 및 양수 시 미래창조과학부 장관에게 신고를 하는 대상자(제21조)이다. 정보통신망법에 따른 정보통신서비스사업자이기도 하다(제2조 제3호). 즉, 포털은 전기통신사업법이나 정보통신망법의 적용대상이 되는 사업자이다. 국내와 유사하게 독일에 있어서도 민간사업자에게 정보제공의무를 부과하는 것은 가능하다고 보고 있다. 반면에 정보제공의무자는 대가성(Entgeltlichkeit)이 존재해야 한다고 보면서 명시적으로 대가를 받지 않고 서비스를 제공하는 개인 홈페이지는 제공의무자가 아니라고 보고 있다. 이는 비영리법인(Idealverein)까지 확대되고 있다(BT-Dr 16/3078, 19쪽).

개인정보 보호²⁾가 화두인 그 외중에 관행적으로 발생하고 있는 포털의 수사기관으로의 과다한 정보제공 등으로 인한 소송이나,³⁾ 제공된 정보를 통한 수사기관의 오남용의 개연성이 커지면서 포털에 대해 실체적인 심사 의무 인정을 통해 통신자료 제공에 대한 적절한 통제는 필요하다는 인식은 타당하다고 본다. 그 보호는 권한과 능력이 있는 사업자의 최소한의 보유정보 유지와 보유정보의 제3자로의 제공의 경우 열람권이 나 정정권 혹은 이의보장 등의 적절한 통제에서 시작된다고 볼 수가 있고, 그런 방향은 개인정보자기결정권의 실질적인 보장과 일치한다.⁴⁾

우리는 2012년 국정감사⁵⁾를 통해 밝혀진 통신정보 중의 하나인 통신자료에 대해 포털로부터의 수사기관으로의 제공은 적지가 않다는 것을

2) 포털이 합법적으로 보유한 통신자료에 대한 보호의 중요성은 여러 논문을 통해 이의없이 인정받고 있다. 이에 대해서는 박찬걸, “통신자료 제공행위의 문제점과 개선방안”, 한국법정책학회 제37회 정기학술대회(한국법정책학회, 2013), 61-103쪽; 강태수, “통신의 비밀보장에 관한 연구”, 경희법학 제45권 제4호(경희대학교 법학연구소, 2010), 287-318쪽; 이승선, “공적 인물의 통신비밀보호와 공적 관심사에 대한 언론보도의 자유: ‘안기부 X파일’ 사건에 대한 서울고법 2006노1725 판결을 중심으로”, 한국언론정보학회 제38권(한국언론정보학회, 2007), 211-246쪽.

3) 대표적으로 2013년 4월 16일 참여연대의 이동통신 3사에 대한 손해배상 청구소송.

4) 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징을 짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 내밀한 영역 또는 사사의 영역 외에도 공적 생활이나 공개된 개인정보까지 포함한다. 이런 개인정보를 대상으로 조사, 수집, 보관, 처리, 이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권의 제한에 해당한다”고 판단하고 있다(헌법재판소 2005. 5. 26. 선고, 99헌마513 결정). 그 제한의 합법성에 대해 비교형량을 위한 일정한 기준을 ‘로마켓 사건’을 통해 제시하고 있다(대법원 2011. 9. 2. 선고, 2008다42430 판결, 주석 32번). 정보처리에 있어 적절한 절차적 통제의 필요성의 개인정보자기결정권의 중요 법익이라는 주장은 이인호, “변호사의 직업적 개인정보에 대한 이용과 보호의 법리”, 언론과 법 제11권 제2호(한국언론인법학회, 2012), 139쪽.

5) 진선미, 행정부분 개인정보 보호의 현황과 과제, 2012 국정감사 정책자료집(국회 행정안전위원회, 2012), 33-34쪽.

알 수가 있다. 특히 그 자체만으로도 공개된 정보의 처리를 통해 많은 정보의 수집 등의 처리가 가능한 전화번호의 제공의 증가는 현저하다.⁶⁾⁷⁾ 수사기관이 전기통신사업자를 경유하지 않고 직접 통신자료 취득을 한 현상이 통계에 잡히지 않는 경우를 생각하면 공개된 통계보다 통신자료에 대한 수사기관의 통신자료에 대한 수집 건수는 더 많다고 예측할 수가 있다. 그런 결과에 있어 해당 정보 보유자인 포털의 수사기관의 요청에 따른 해당 기관으로의 통신자료의 제공은 기계적인 관행이기에 해당 포털은 법적 책임에서 자유롭다고 보는 것은 문제가 있다. 포털의 공공성을 무시한 적극적인 책임회피로 보일 수가 있기 때문이다.

통신자료의 무분별한 제공의 관행에 대해 제2심⁸⁾은 제1심⁹⁾과 달리 포털 측에 위자료 지급의무의 인정과 자체적인 심사의무 부과 등 포털에게 적극적으로 법적 책임을 묻고 있다. 그럼에도 불구하고 전체적인

6) 전화번호를 통한 정보처리가 가능한 범위 내의 정보에 대해서는 디지털 타임스, “전화번호만 알아도 개인신상 다 털린다”, <http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2013122602019954802006>, 검색일 : 2013.12.27.

7) 전화번호에 대해 개인정보성 인정논란이 있다. 인정하는 입장으로는 오길영, “빅데이터 환경과 개인정보의 보호방안 - 정보주체의 관점에서 바라본 비판적 검토를 중심으로 -”, 2013년도 제2차 건국대학교 법학연구소 국제학술대회, 2013.10.10, 157-159쪽; 대전지법 2013. 8. 9. 선고, 2013고단17 판결(“휴대전화 뒷자리 4개에 개인적인 의미나 단순한 패턴을 담는 경우가 많아지면서 사용자의 지인이 뒷자리 번호를 조금만 살펴보면 누구의 번호인지 쉽게 알 수 있어 개인정보보호법으로 보호할 가치가 충분히 있다”); 서울중앙지법 2011. 1. 13. 선고, 2010가합72880 판결에서도 통신자료의 개인정보성을 적극적으로 인정하고 있다: 활용의 걸림돌이 되기에 개인정보성 인정이 힘들다는 입장으로는 문재완/황성기 등, “개인정보보호법제 개선을 위한 정책연구보고서”, 프라이버시 정책연구포럼, 2013, 25-28쪽; 독일의 TMG(Telemediengesetz) 제5조 제1항 제2호에 따른 제공범위에 전화번호가 명시되어 있지는 않지만 입법이유서에는 명시되어 있어 전화번호나 팩스번호의 제공이 가능한 것인가에 대한 논란이 있다. 인정한 판례로는 OLG, Köln, NJW-RR 2004, 1570(MMR 2004, 412), 부인하는 판례로는 OLG Hamm, NJW-RR 2004, 1045(MMR 2004, 549).

8) 서울고법 2012. 10. 18. 선고, 2011나19012 판결.

9) 서울중앙지법 2011. 1. 13. 선고, 2010가합72873 판결.

통신자료 제공 자체는 줄어들고 있지 않다.¹⁰⁾ 포털은 영장이 없는 요청은 거부하고 있지만, 통신사들은 기존 관행 그대로 제공하고 있기 때문이다.¹¹⁾ 통신자료에 대한 포털의 일정 부분 책임을 묻고자 하는 법원의 입장에는 포털의 공공성 측면에서 적극적으로 찬성을 하지만, 전기통신사업법상의 해당 조항의 제한된 해석으로 뚜렷한 명문의 규정이 없고 능력이 부족한 포털에 대해 광범위한 책임을 묻는 것은 한계가 있다는 것 또한 직시할 필요가 있다.

이 논문은 포털의 수사기관으로의 통신자료의 제공 시 실체적 심사의무 인정의 문제점을 판례¹²⁾를 중심으로 알아보면서 이에 대한 개선책을 알아보고자 하는 글이다. 따라서 통신정보의 일종인 통신사실확인자료에 대해서는 다루지를 않았다.¹³⁾¹⁴⁾ 먼저 법령에 따른 통신자료의 개념과 그 제공절차를 살펴보고, 포털 측에 수사기관으로의 정보제공 시 자체적인 심사의무를 인정한 제2심 판례를 비판적으로 알아보면서 포털에 대한 규제의 균형책이 어떤 방향으로 나아가는 것이 입법론적으로 바람직한 것인지도 동시에 알아보고자 한다.

10) 동일한 분석으로는 박찬걸, 앞의 글, 66-68쪽.

11) 한겨레, “법원 제동에도 통신사들 ‘수사기관에 개인정보 제공’ 여전 미래부는 ‘요청양식 표준화하겠다’ 변죽만”, <http://www.hani.co.kr/arti/economy/it/619956.html?_fr=mt5r>, 검색일 : 2014.1.17.

12) 서울고법 2012. 10. 18. 선고, 2011나19012 판결.

13) 통신사실확인자료는 통신비밀보호법 제2조 제11호에 따라 전기통신사실에 관한 자료 중 ‘가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료다. 이는 ‘법원의 허가’를 통해 획득된다.

14) 이에 대해서는 임규철, “전기통신사업자 보유의 통신사실확인자료에 대한 정보주체의 열람권 및 등사권의 인정 유무 - 대법원 2012. 12. 27. 선고, 2010다79205 판결을 중심으로-”, 외법논집 제37권 제4호(한국외국어대학교 법학연구소, 2013), 85-100쪽.

II. 통신자료의 개념과 제공절차

가입자의 신상정보인 ‘통신자료’는 전기통신사업법 제83조 제3항에서 “이용자의 성명, 이용자의 주민등록번호, 이용자의 주소, 이용자의 전화번호, 이용자의 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자임을 알아보기 위한 이용자 식별부호), 이용자의 가입일 또는 해지일”로 한정해서 규정하고 있다.¹⁵⁾

통신자료의 제공은 전기통신사업법 제83조에 따라 “전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관의 장, 국세청장 및 지방국세청장 포함), 정보수사기관의 장이 재판, 수사(조세범처벌법 제10조 제1항·제3항·제4항의 범죄 중 전화, 인터넷 등을 이용한 범죄사건의 조사 포함), 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 해당 자료의 열람이나 제출의 요청이 있으면 그에 따를 수가 있다”(제3항). 의무규정이 아닌 재량규정으로 규정되어 있다. 법원의 허가를 요구하는 통신사실확인자료와는 다르다.

통신자료제공 요청은 ‘요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 서면’(자료제공요청서)으로 하여야 한다. 다만, 서면으로 요청할 수 없는 긴급한 사유가 있을 때에는 서면에 의하지 아니하는 방법으로 요청할 수 있으며, 그 사유가 해소되면 지체 없이 전기통신사업자에게 자료제공요청서를 제출하여야 한다(제4항). 그 입

15) 독일에서는 유사한 내용으로 통신사실확인자료에 대해서는 TKG(Telekommunikationsgesetz, 전기통신사업법) 제96조, 제3조 및 제111조는 통신자료(Bestandsdaten), 통신정보의 저장과 이용은 제113a와 제113조b(위헌결정), 제98조는 위치정보로 구분하여 규정하고 있다. 또한 범죄수사기관이나 국가안보기관, 국제기구 등 요청기관에 따른 제공조항을 따로 규정하여 제공하고 있다. 미국, 영국, 프랑스, 일본의 통신자료에 대해서는 이성기, “통신비밀 보호정책에 대한 외국의 입법례 검토”, 한국법정책학회 제37회 정기학술대회(한국법정책학회, 2013.11), 23-30쪽; 해당 조문의 내용에 대해서는 박희영/홍선기, “통신사실확인자료의 저장에 관한 가치분명령”, “독일 연방헌법재판소 판례연구 1”(한국학술정보(주), 2010), 73-74쪽 주석 1-4번.

증은 요청자가 구체적으로 상당한 범위까지 입증을 해야 하지만, 실상은 해당 사업자가 범죄혐의의 의심을 판단할 수 있는 구체적인 자료를 요청권자는 제공하지를 않고 있다. 전기통신사업자는 해당 절차에 따라 통신자료제공을 한 경우에는 해당 통신자료 제공사실 등 필요한 사항을 기재한 대통령령으로 정하는 대장과 자료제공요청서 등 관련 자료를 갖추어 두어야 한다(제5항). 1년 보관이다.

전기통신사업자는 이용자의 통신비밀에 관한 업무를 담당하는 전담 기구를 설치 및 운영하여야 하며, 그 전담기구의 기능 및 구성 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다(제8항). 시행령 제53조에 따라 전기통신사업자의 본사에 설치하고 임원급 직원을 책임자로 둔 전담기구는 1. 이용자의 통신비밀에 관한 업무총괄. 2. 전기통신사업자의 내부직원 또는 제3자가 이용자의 통신비밀을 위법·부당하게 침해하는 행위에 대한 단속. 3. 법 제83조 제6항에 따른 통신자료제공 현황보고. 4. 법 제83조 제7항에 따른 통신자료제공대장 기재내용의 통보. 5. 이용자를 부터 제기되는 통신비밀에 관한 불만이나 의견의 처리. 6. 통신비밀에 관한 업무를 담당하는 직원에 대한 교육. 7. 그 밖에 이용자의 통신비밀 보호에 필요한 사항의 업무를 수행한다. 고등법원은 제1호 및 제7호와 약관을 근거로 하여 포털의 수사기관으로의 통신자료 제공 시 실제적 심사 의무를 인정했다.

Ⅲ. 포털보유 통신자료의 수사기관으로의 제공에 대한 법원 및 헌법재판소의 판단

포털의 수사기관으로의 통신자료 제공에 대한 소송의 사실관계를 살펴보면, “인터넷 포털 웹에 개설된 naver의 카페 게시판에 이용자가

자신의 ID를 사용하여 익명으로 게시물을 게재하였다(‘김연아 회피 동영상’). 공인(문화체육부 장관)에 대한 명예훼손을 수사 중인 수사기관으로부터 게시물 작성자의 인적 사항 일체를 제공해 달라는 요청을 받은 포털은 이용자의 ‘ID, 이름, 주민등록번호, 이메일, 휴대폰 번호, 가입일자’를 제공했다. 원고는 포털이 개인정보 보호의무를 규정하고 있는 약관을 위배해 개인정보를 수사기관에 관행에 따라 기계적으로 제공했다는 이유로 위자료 청구”를 했다. 동 사건은 현재 상고 중이다.¹⁶⁾

이에 대해 법원의 제1심은 통신자료는 개인정보자기결정권의 보호 법익에 속한다고 제2심과 동일하게 보았지만, “포털의 개인정보 보호의무는 절대적인 것이 아니라 관계 법령에 따라 제한될 수 있다고 보면서, 전기통신사업법 제83조 제3항에 따른 적법한 제공이기에 보호의무를 일탈한 것이 아니다”라고 판단을 했다. 또한 “범죄성립 여부에 대한 판단, 해당 범죄와 정보제공 요청대상자와의 관련성 정도에 대한 판단 등 형사법 영역의 판단은 고도의 전문적인 지식과 경험이 요청되는 분야로 법령에 의해 권한과 의무가 부여된 기관을 제외한 제3자에게 이런 판단을 요구하고 거기에 대해 책임을 부담시키는 것은 매우 신중할 필요가 있다. 더욱이 인터넷은 대부분 본인의 성명과는 다른 아이디를 사용하여 이용됨에 따라 전기통신사업자의 협력이 없이는 개인신원을 파악하기가 곤란한 특징이 있는데, 전기통신사업법 제83조 제3항에 의해 제공되는 개인정보는 개인신원을 확인하기 위해 필요한 정보에 그치고 있으므로 사업자에게 실체적 심사 의무를 인정하기에는 부족하다”고 판단을 하기도 했다.¹⁷⁾ 즉, 1심은 “전기통신사업법은 수사기관의 통신자료 제공요청에 사업자가 반드시 따라야 할 의무를 부과하고 있지 않다. 반면 사업자에게는 수사기관의 요청사유와 관련성을 실체적으로 심사할 의무가 명문상 없기에 적법한 절차에 따라 통신자료 제공이

16) 대법원 2012다105482 사건.

17) 서울중앙지법 2011. 1. 13. 선고, 2010가합72873 판결.

발생했다면 면책될 수가 있다”고 판단했다.

법원의 제1심 판결 후 제2심 전에 헌법재판소는 해당 조항인 전기통신사업법 제83조 제3항에 대한 헌법소원에 대해 동 법령에 근거한 통신자료 제공은 강제력이 개입되지 않는 ‘임의수사’에 해당되기에 즉, 헌법재판소의 다수 의견은 소수 의견¹⁸⁾과 달리 수사기관의 제공요청은 강제처분이 아닌 명시적으로 임의수사로 보아 포털이 반드시 통신자료 제공을 할 필요는 없다고 판단을 하면서 헌법재판소법 제68조에 따른 헌법소원의 대상인 공권력의 행사가 아니라는 판단을 했다.¹⁹⁾

법원의 제2심은 명백하게 헌법재판소의 다수의 입장을 수용했다. “전기통신사업법 제83조 제3항(구 제54조 제3항)은 일반적인 수사협조 의무를 확인하고 있을 뿐이어서 전기통신사업자가 수사기관의 개인정보 제공요청에 따라야 할 어떠한 의무도 없고, 포털은 수사기관의 개인정보 제공요청에 대해 개별 사안에 따라 제공 여부 등을 적절히 심사하여 이용자의 개인정보를 실질적으로 보호할 수 있는 역량을 갖추어야 한다”고 판단하고 있다. 즉, 제2심은 제83조 제3항을 해석하기를 동 조항은 포털의 일반적인 수사협조 의무라는 단순한 확인조항이기에 사업자는 강제적으로 제공을 할 법적 의무가 없고(형사소송법 제199조의 임의수사의 일종), 수사기관은 포털이 요청에 협조하지 않을 경우 영장청구를 통해 통신자료를 취득하는 것이 헌법이나 형사소송법 제106조의 전자정보에 대한 영장주의의 모습이라고 판시를 했다. 동시에 “포털은 침해되는 법익 상호 간의 이익형량을 통한 위법성의 정도, 사안

18) 소수 의견은 포털의 제공을 본안판단의 대상이 된다고 보고 있다. 그 제공이 이용자의 기본권 제한이 된다고 보면서 약관에 의해 ‘법률에 의한 제공’이 명시되어 있어 사업자는 제공요청 시마다 개별적으로 판단을 하여 제공 유무를 결정하는 것이 아니라 무조건 이에 응하는 구조로 사실상 되어 있다고 보았다. 형식적 문구해석을 통해 사업자의 강제성이 없다는 판단은 잘못이라는 것이다. 즉, 통신자료 취득행위는 대물적으로 행하는 수사행위로 권력적 사실행위라고 보고 있다.

19) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고, 2010헌마439 결정.

의 중대성과 긴급성 등을 종합적으로 고려하여 개인정보를 제공할 것인지와 어느 범위까지 개인정보를 제공할 것인지에 관한 세부적 기준을 마련하는 등으로 이용자의 개인정보를 보호하기 위한 충분한 조치를 취할 의무가 있는데, 포털의 이용자의 주민등록번호와 전화번호 등 인적사항 일체를 수사기관에 제공한 행위는 개인정보를 충실히 보호하여야 할 의무를 위반하여 이용자의 개인정보자기결정권 등을 위법하게 침해함으로써 이용자로 하여금 그 법익침해와 관련한 손해를 입도록 한 것이기에 포털은 이용자의 정신적 손해에 대해 위자료를 지급할 의무가 있다”고 판단을 했다.²⁰⁾

Ⅳ. 포털의 자체적인 심사 의무 인정 시 문제점과 개선방향

1. 임의수사

헌법재판소의 다수 의견은 해당 사건에 있어 전기통신사업법 제83조 제3항에 ‘그 요청에 따를 수가 있다’라고 문언상 재량사항으로 규정하고 있는 것을 명시적으로 존중하면서 요청에 응하지 않을 수가 있고, 제재도 없으므로 임의수사에 해당한다고 판단을 했다.²¹⁾ 반면에 소수 의견은 사업자의 통신자료의 수사기관으로의 제공은 포털의 개별적 판단의 여지를 주지 않고, 응할 수밖에 없는 구조이기에 권력적 사실행위로 보아 요청권자의 통신자료의 ‘요청’을 대물적 강제수사로 판단을 했다.²²⁾

20) 서울고법 2012. 10. 18. 선고, 2011나19012 판결; 대법판결 서울중앙지법 2011. 1. 13. 선고, 2010가합72873 판결.

21) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고, 2010헌마439 결정(다수 의견).

22) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고, 2010헌마439 결정(소수 의견).

위법한 영업소의 폐쇄조치나 위법한 관세물품의 영치행위의 집행적 사실행위처럼 수사기관의 요청에 따른 거부 시 사업주에 대한 제재(처벌)규제가 없고, 문언의 해석상으론 권력적 사실행위²³⁾로 판단하기에는 설득력이 약하다. 즉, 포털은 수사기관의 통신자료에 대한 제공요청에 대해 협조규정으로 보아 반드시 제공할 의무는 없다고 보는 것이 더 설득력이 있다.²⁴⁾ 그러나 사실행위 또한 법령에 위반될 수는 없기에 통신자료에 해당하고 있지 않은 ‘이메일의 요청’은 위법행위이다.²⁵⁾

통신감청의 대상을 한정된 범죄로 제한하는 것²⁶⁾과는 달리 임의수사의 일종으로 보는 통신자료 요청대상의 범죄종류에 대해서는 규정이 없다. 따라서 수사기관은 범죄의 종류와 경중에 상관없이 요청을 한다. 형량없이 형사소추 이익이나 공공의 안전이익이 사적 보호이익과 동일하게 처리되는 것은 문제가 있다. 대부분의 형사소추의 이익은 공공의 이익과 직결되면서 사적 이익보다 우월하다고는 볼 수가 있지만 절대적이라고는 볼 수가 없다. 통신자료의 보호도 갈수록 중요성을 가질 수밖에 없는데 이의 절대시는 과도한 수사의 편의보장이라는 비판을 가져올 수밖에 없다. 따라서 수사기관의 요청을 강제수사로 보는 경우에는 범죄의 한정이 필요하다고 보이며, 임의수사의 경우라면 혐의의 구체성과 상관성을 수사기관이 입증하도록 하면서 비교형량을 할 필요가 있다. 독일연방헌법재판소는 이를 ‘압도적 공공의 이익’이라고 표현

23) 행정법상 사실행위는 ‘일정한 법률효과의 발생(권리나 의무의 발생, 변경, 소멸 등)을 목적으로 하는 것이 아니라, 직접적으로 사실상의 결과만을 가져오는 행정주체의 행위형식의 전체’를 말한다. 집행적 사실행위처럼 특정한 행위가 명령적이거나 강제적인 공권력의 행사로 행해지는 권력적 사실행위는 행정처분의 일종으로 지속성인 행위의 경우 재판 등을 통한 피해구제가 가능하다. 이에 대해서는 홍정선, 행정법원론(상)(박영사, 2011), 490쪽; 김성수, 일반행정법(홍문사, 2010), 408쪽; 정하중, 행정법개론(법문사, 2009), 336쪽; 헌법재판소 1994. 5. 6. 선고, 89헌마35 결정.

24) 동일한 의견으로는 박찬걸, 앞의 글, 76쪽 주석 31번.

25) 동일한 의견으로는 박찬걸, 위의 글, 81쪽.

26) 이의 문제점에 대해서는 오병두 앞의 글, 61쪽.

을 하고 있다.²⁷⁾ 개인정보의 제공 시 비교형량의 의무는 이미 대법원²⁸⁾에서 확인을 해 주고 있다. 이에 대해서 유럽연합에서는 저작권법과 특허법과 관련해서 논란이 된 적이 있다. 결과론적으로는 정보제공 확대 방향이 잡히기는 했지만 올바른 방향이라고 보기는 힘들다.²⁹⁾ 형사법적 규정을 지적재산권 등의 영역과 동일시할 필요는 없고 보충성 원칙에 따라 입법론적으로 보호이익을 분리해서 제공요청을 제한할 필요가 있다.³⁰⁾ 수사편의 보장과 정보보호는 균형을 잡아야 하기 때문이다.

2. 수사기관으로의 통신자료의 제공 시 포털의 실체적 심사 의무

언급한 법 제83조와 시행령 제53조의 해당 조항의 해석에 있어 판단이 갈리는 것은 포털이 수사기관의 통신자료의 정보요청에 대해 그 요청의 내용을 실질적으로 심사하여 범죄와의 관련성이 없거나 적을 경우에도 해당 정보의 제공을 거부할 의무의 인정유무이다. 따라서 논란의 영역은 제2심³¹⁾에서 “포털은 침해되는 법익 상호 간의 이익형량을 통한 위법성의 정도, 사안의 중대성과 긴급성 등을 종합적으로 고려하여 개인정보를 제공할 것인지와 어느 범위까지 개인정보를 제공할 것인지에 관한 세부적 기준을 마련하는 등으로 이용자의 개인정보를 보호하기 위한 충분한 조치를 취할 의무”라는 판단의 인정(수용) 유무

27) BVerfGE 65, 1(44).

28) 대법원 2011. 9. 2. 선고, 2008다42430 판결.

29) EU-Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4. 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABIEU Nr. L 157 v.30.4. 2004, S.45. 이에 대해서는 김기영, “특허권의 보호 및 강화를 위한 독일입법의 동향- 지적재산권 시행 지침과 독일의 국내법적 수용을 중심으로 -”, 지식재산권연구 제4권 제2호(한국지식재산연구원, 2009.6), 1쪽.

30) 연방상원(Bundesrat)의 정보제공에 대한 범죄종류의 제한의 필요성 주장에 대한 연방정부(Bundesregierung)의 반론으로는 BR-Dr16/3135, S.2.

31) 서울고법 2012. 10. 18. 선고, 2011나19012 판결.

가 핵심이다. 제2심의 이런 기준의 제시는 개인정보의 공개기준에 대한 대법원의 영향을 받은 듯하다.³²⁾ 이에 따르면 전기통신사업법 제83조 제8항과 동 법 시행령 제53조 제3항의 적용을 받아 포털은 공적 인물 여부를 포함해서 포괄적으로 이용자의 통신자료에 대한 개인정보의 보호의무를 적극적으로 수행할 법적 의무가 있다.

제2심 판결에 있어 ‘포털이 취급하는 통신정보의 사무처리는 상당한 정도의 공공성을 가진다거나’, ‘이용자는 사업자가 안전하게 정보를 처리할 것이라는 신뢰감을 유지할 의무가 있다거나’, ‘통신정보를 포함한 전자정보에 대한 수사는 원칙적으로 영장주의가 적용되어야 한다거나’,³³⁾ 포털의 약관에 규정된 개인정보취급방침에 있어 ‘법령의 규정에 의하거나 수사목적으로 법령에 따라 정해진 절차와 방법에 따라 수사기관의 요청 후 제공이라는 문구와는 반대로 사실상 요청대로의 제공의 관행은 문제가 있다’라는 지적은 옳다. 현대 정보사회에 있어 포털의 통신자료 정보 등의 정보처리에 대한 법적 책임은 가중되어야 한다는 흐름을 올바르게 반영하고 있다고 보기 때문이다. 특히 법령이 강하게 보호하고 있는 민감정보에 대해서는 더 그렇다.³⁴⁾ 통신자료에는 주민

32) 대법원 2011. 9. 2. 선고, 2008다42430 판결(law market 사건, “정보주체의 동의 없이 개인정보를 공개함으로써 침해되는 인격적 법익과 정보주체의 동의 없이 자유롭게 개인정보를 공개하는 표현행위로서 보호받을 수 있는 법적 이익이 하나의 법률관계를 둘러싸고 충돌하는 경우에는 개인이 공적인 존재인지 여부, 개인정보의 공공성 및 공익성, 개인정보 수집의 목적·절차·이용형태의 상당성, 개인정보 이용의 필요성, 개인정보 이용으로 인해 침해되는 이익의 성질 및 내용 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 개인정보에 관한 인격권 보호에 의하여 얻을 수 있는 이익(비공개 이익)과 표현행위에 의하여 얻을 수 있는 이익(공개 이익)을 구체적으로 비교衡量하여 어느 쪽 이익이 더욱 우월한 것으로 평가할 수 있는지에 따라 그 행위의 최종적인 위법성 유무를 판단하여야 한다”), 동 결정에 대한 불가피한 기준이라는 주장은 오영두, “변호사의 개인정보 제공에 대한 위법성 검토”, 판례연구 제24집(부산판례연구회, 2013), 325쪽.

33) ‘사업자가 요청에 따라야 할 의무가 없다는 것을 인정하면서 법관으로부터 영장을 발부받는 업무처리가 원칙적인 모습이어야 한다는 것은 모순’이라는 주장은 박찬걸, 앞의 글, 79쪽.

등록번호가 포함돼 있다.

제2심 법원이 통신자료 제공의 경우 포털은 ‘사법기관에 준하는 엄격한 심사까지는 요구할 수는 없다’라고 판단을 하면서, 그 기준으로 제시한 ‘법익의 이익형량을 통한 위법성의 정도, 사안의 중대성과 긴급성 등’은 구체적이 아닌 상당히 추상적인 표현이어서 고도의 전문성을 요하는 법원의 개인정보 보호의무에 관한 판단을 사실상 민간사업자인 포털에 위임한 것이라는 비판은 옳다. 법원의 주장대로 하자면, 위에 제시된 국정감사 통계에 나타난 것처럼 수십만 혹은 수백만 건의 통신자료의 수사기관으로의 제공에 대해 포털들은 원칙적으로 합법과 불법의 판단을 자체적으로 한 후 제공해야 하면서도 최종적으로는 불법적인 정보처리에 대한 사법적인 위험부담을 져야 하기 때문이다. 저작권법 제102조나 제103조처럼 서비스제공자의 자발적이거나 타의적 조치인 임시조치나 삭제 등의 행위에 대해 필요적 혹은 임의적 감면 규정도 없다. 헌법재판소의 다수 의견과 제2심의 판단인 요청거절 시 사업자가 불이익이나 제재를 받는 것이 아니라는 판단과 함께 통신자료의 정보제공이 임의수사의 영역이라고 본 것을 존중한다고 하더라도, 영향의 우월성 측면에서 관이 민보다 우월적으로 앞서고 있는 국내 상황에서 포털의 제공은 불가피하게 발생하는 현실에서 책임을 일방만이 지는 것은 문제가 있다는 것을 도외시하고 있다는 비판도 설득력이 있다. 또한 시행령 제53조 제3항의 제1호와 제2호인 ‘이용자의 통신비밀에 관한 업무의 총괄, 통신비밀 침해에 대한 단속’ 등을 포함한 종합적인 해석을 통해 사업자의 실질적인 판단의무를 이끌어 내면서 위자료 청구를 인정했지만, 제3자인 수사기관으로의 통신자료 제공에 관한 사업자 심사의무에 대한 직접적인 명문적인 규정이 없는 상황에서 무리한 해석이라는 비판도 옳다.³⁴⁾ 독일의 TKG 제113조 제5항처럼 명문적인 규정

34) 정보통신망법 제23조의2(주민등록번호)나 개인정보보호법 제23조와 동 법 시행령 제22조(고유식별번호).

이 있다면 제2심의 판단은 당연한 것으로 볼 수가 있다.³⁶⁾

전기통신법상의 통신자료는 통신비밀보호법상의 ‘법원의 허가’를 요구하는 통신사실확인자료와 달리 시행령 제53조에서 규정한 ‘요청권자의 요청’에 의해 해당 정보를 보유하고 있는 포털이 제공을 한다. 또한 제83조 제4항에서 통신자료 제공요청 시 요청기관은 ‘요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 서면(자료제공요청서)’을 통해 요청하도록 하고 있다. 핵심은 포털이 판단가능한 ‘범죄와의 연관성 및 필요성’의 정보제공이다.³⁷⁾ 제83조 제4항에 따른 적절한 심사를 위한 통신자료 제공요청권자의 추상적이고 광범위한 자료 제공요청서의 내용만으로 범죄혐의와의 관련성과 필요성의 입증을 실질적으로 수행할 수가 없다. 즉, 자료제공요청서는 수사기관의 입증에 의해 범죄혐의가 어느 정도의 연관성(관련성)과 필요성이 있어야 하지

35) 동일한 의견으로는 박찬걸, 앞의 글, 78쪽; 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고, 2010헌마439 결정.

36) 독일 TKG 제113조 제5항에서는 10만 명 이상의 이용자를 가진 포털은 자기부담으로 예방대책을 수립해야 하고, 비관련 정보의 제공거부를 인정하고 있다. 또한 해당 전문가에 의해 제공요건의 심사의무를 명시하고 있다; TKG § 113 Manuelles Auskunftsverfahren (5) Wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, hat die in seinem Verantwortungsbereich für die Auskunftserteilung erforderlichen Vorkehrungen auf seine Kosten zu treffen. Wer mehr als 100 000 Kunden hat, hat für die Entgegennahme der Auskunftsverlangen sowie für die Erteilung der zugehörigen Auskünfte eine gesicherte elektronische Schnittstelle nach Maßgabe der Technischen Richtlinie nach § 110 Absatz 3 bereitzuhalten, durch die auch die gegen die Kenntnisnahme der Daten durch Unbefugte gesicherte Übertragung gewährleistet ist. Dabei ist dafür Sorge zu tragen, dass jedes Auskunftsverlangen durch eine verantwortliche Fachkraft auf Einhaltung der in Absatz 2 genannten formalen Voraussetzungen geprüft und die weitere Bearbeitung des Verlangens erst nach einem positiven Prüfergebnis freigegeben wird.

37) 이에 대해서는 조석영, “디지털 정보의 수사방법과 규제원칙”, 형사정책연구 제22권 제10호(한국형사정책학회, 2010), 89-90쪽.

만, 실제 요청서에는 관행적으로 추상적으로 범죄를 나열하고 있지 내용적으로 포털측이 검토할 할 정도의 상황이 구체적으로 언급이 되어 있지를 않다.³⁸⁾ 동시에 포털측은 거부권이나 이의제기 등의 항변을 행사할 근거조항도 없다.³⁹⁾ 이런 상황에서 포털에게 통신자료 제공정보에 대한 자체적인 실체적 심사 의무의 부과는 설득력이 약하다.⁴⁰⁾ 심사 의무를 인정한다면 명문적인 근거규정과 실질적인 입증자료들이 포털에게 제시될 필요가 있다.⁴¹⁾ 인터넷상의 유해 또는 불법정보를 통제하는 유사한 자율규제를 행하는 기관인 한국인터넷자율정책기구(KISO)⁴²⁾는 정보통신망법에 명문의 근거조항을 가지고 있다는 것도 참조할 필요가 있다. 동 기구는 경찰 등 공공기관이 게시물 삭제를 요청할 때 네가지 기준을 제시하고 있다. 첫째, 삭제요청은 공문에 의할 것, 둘째, 게시물의 인터넷 주소(URL)를 명기할 것, 셋째, 게시물 내용이 허위라는 근거의 제시, 넷째, 게시자가 ‘공익을 해할 목적’으로 게시했음이 소명될 것 등이 그 기준이다.⁴³⁾

38) 요청서의 구체적인 내용에 대해서는 박찬걸, 앞의 글, 74쪽 참조.

39) 미국은 제한적으로 전기통신사업자의 제공 시 과다한 부담이 있을 경우 사업자의 제공거부권이 인정된다(연방민사소송규칙 45(a)(1) 및 (3)).

40) 동일한 의견으로서는 박찬걸, 앞의 글, 80쪽.

41) 유사한 의견으로서는 박찬걸, 위의 글, 95쪽.

42) KISO는 ‘NHN, 다음, 에스케이커뮤니케이션즈, 케이티 하이텔, 프리챌, 하나로 드림’의 6개 업체로 구성된 인터넷상의 민간부문의 자율정화기구이다(www.kiso.or.kr). 자체적으로 위법 및 유해성을 판단하기 어려운 게시물의 경우 정책위원회에 상정과 공동심의 과정을 통해 처리방침을 결정한다. 정책위원회가 결정하기 어려운 사안은 방송통신심의위원회 등에 유권해석을 의뢰할 수도 있다. 동 기구는 정보통신망법 제44조의4에 근거를 두고 있다.

43) KISO의 2009년 6월 정책결정; KISO 정책위원회 정책결정 제1호 및 2호; 대법원 2009. 4. 16. 선고, 2008다53812 판결.

3. 영장주의의 적용

통신실명제나 게임법이나 공직선거법에 따라 제한적 본인확인제⁴⁴⁾를 통해 신원확인을 해야 하는 수명자의 입장에서 포털은 통신자료를 합법적으로 보유하고 있다. 그 포털의 통신자료에 대한 정보는 관행적으로 수사 초기에 신속성과 효율성을 살리는 차원에서 수사기관에 의해 현실적으로 이용이 되곤 한다. 이에 대해 과다하게 균형을 일탈한 한쪽으로 기울어진 편의보장은 개인정보 보호의 측면에서 바람직하지는 않다. 그 때문에 위에서의 언급처럼 범죄혐의와의 ‘연관성’(관련성) 및 필요성을 강하게 요청권자에게 부과시킬 필요가 있다. 전자정보에 대한 영장발부 시 대법원의 흐름도 그렇다.⁴⁵⁾

미래부의 개선안인 수사기관의 ‘자료제공요청서’ 작성양식 표준화 및 작성기준 명확화, 사업자의 내부 심사기능 강화 등 가이드라인은 영장 없이 가입자에 대한 통신자료를 내주는 틀은 유지하되 문서양식만 표준화하겠다는 얘기로 사실상 관행을 추인하는 것이라 진전된 보호책

44) 정보통신망법상의 인터넷 실명제는 헌법재판소에 의해 위헌판결을 받았다(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고, 2010헌마47 결정); 임규철, “정보통신망법의 인터넷 실명제에 대한 비판적 고찰”, 법학연구 제47집(한국법학회, 2012.8), 71-94쪽.

45) 대법원 2012. 3. 29. 선고, 2011도10508 판결(“집행현장의 사정상 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 있더라도, 그 같은 경우에 그 저장매체 자체를 직접 또는 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있고 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다. 나아가 이처럼 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후 영장에 기재된 범죄 혐의의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수·수색영장 집행에 포함된다고 보아야 한다. 따라서 그러한 경우 문서출력 또는 파일복사의 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의의 원칙상 당연하다. 그러므로 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄혐의와 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서출력 또는 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이 된다”).

이라고 보기는 어렵다.

통신자료의 과다한 제공과 동시에 관련이 없는 이용자의 통신자료의 제공이 실질적으로 이뤄질 개연성도 크다. 이런 연관성 보장과 개연성의 회피가 옳다면, 형식적이라도 사실상 영장주의처럼 ‘법원의 허가’를 받아야 하는 통신사실확인자료와 비교해서 단순히 요청권자의 ‘요청’만으로 발생하는 통신자료 제공에 있어 수사기관의 과다한 우위를 보장해 줄 뚜렷한 이유를 찾기가 어렵다.⁴⁶⁾ 입법론적으로 통신자료 또한 통신사실확인자료의 경우처럼 법원의 허가를 통해 수사기관이 정보를 획득하도록 하는 것이 바람직하다. KICS를 통한다면 시간상의 문제는 해결이 가능하다.⁴⁷⁾ 이런 규제형식이 헌법 제12조의 절차의 적법성 외에도 절차의 적합성과 신체적, 정신적, 재산적 불이익 등의 배제를 지향하는 적법절차의 원리⁴⁸⁾에도 적합하다. 따라서 통신자료는 개인정보자기결정권의 보호법익인 개인정보성이 인정되기에 긴급성이 요구되는 등의 예외적인 상황이 아니라면 일반 수사에 있어서는 영장주의 원칙의 적용이 바람직하다.

통신자료의 제공에 대해 요청한 정보에 대한 제한조치는 범죄수사의 신속성 보장에 어느 정도 걸림돌이 될 수는 있겠지만, 편의성 목적 외의 활용으로 인한 오남용의 개연성 때문에 해당 요청절차를 영장이나 법원의 허가 또는 통지제도의 도입이나 인정을 통해 엄격하게 적용할 필요성이 있다는 주장은 의회 등을 중심으로 꾸준히 있어 왔다.⁴⁹⁾ 즉,

46) 동일한 의견으로는 심우민, “포털의 통신자료 제공 관련 주요 쟁점과 개선방향”, 이슈와 논점(국회입법조사처, 2012.10.29), 3쪽.

47) 이에 대해서는 박민영, “경찰 형사사법정보의 보존 및 공개범위에 관한 연구”(경찰청, 2013), 47-49쪽.

48) 헌법상의 적법절차의 원리는 압수수색 등의 형사절차나 ‘행정절차’ 외에도 모든 국가작용을 지배하는 헌법적 원리이며 위헌법률심판의 심사기준이 된다(헌법재판소 1998. 7. 16. 선고, 97헌바22 결정); 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고, 90헌바35 결정; 이 원리에 대해서는 권영성, 헌법학(법문사, 2010), 426쪽; 홍성방, 헌법학(현암사, 2008), 428쪽; 허영, 헌법이론과 헌법(박영사, 2006), 482쪽.

개선책 연구 시 통신자료의 주체인 이용자는 사실상 재판 시에 자신의 통신자료가 제공되었다는 것을 알 수가 있다는 현실은 소송당사자로서 실질적인 무기평등의 원칙 보장을 받을 수 없다는 것을 적극적으로 고려할 필요가 있다는 것이다. 또한 기본권 중의 하나인 개인정보자기 결정권의 보장 역시 실체법보다는 절차법의 보호가 더 적절할 수가 있기 때문이다.⁵⁰⁾ 범죄와 관련이 없거나 적은 이용자의 정보도 현실적으로 광범위하게 제공이 되고 있는 것도 이를 통해 효과적으로 막을 수가 있다.⁵¹⁾⁵²⁾

49) 통신자료의 영장주의에 준하는 요건규정 신설(강창일 13인, 전기통신사업법 일부 개정 법률안, 2010.9.7. 발의; 정보제공사실의 이용자에게 대한 통지규정 신설(서갑원 15인, 전기통신사업법 일부개정 법률안, 2009.11.10. 발의; 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료 제공으로 통합개정(이정현 12인 등, 전기통신사업법 일부개정 법률안, 2009.5.29. 발의); 2013년 5월 변재일 의원 등 15인; 현행 전기통신사업법상의 통신자료요청 시 원칙적으로 법원의 허가를 받도록 하는 한편, 검사 또는 수사관서의 장과 같은 ‘통신자료요청자’는 정보를 제공받은 후 원칙적으로 30일 이내에 그러한 사실 및 관련 내용을 정보제공의 대상인 해당 개인에게 통지하도록 했다. 이를 위반한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 했다. 이에 대한 논의 및 문제점으로는 박찬걸, 앞의 글, 82-103쪽.

50) 기본권의 실질적인 실현을 위해서 조직과 절차가 중요하다고 보는 입장은 Konrad Hesse(계희열 역), Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD(통일 독일헌법이론), 제20판(박영사, 2001), 230-231쪽.

51) 동일한 의견으로는 심우민, “포털의 통신자료 제공 관련 주요 쟁점과 개선방향”, 이슈와 논점, 국회입법조사처, 2012.10.29, 4쪽; 개인정보자기결정권의 제한과 한계에 대해서는 임규철, “정보화사회에서의 개인정보자기결정권에 대한 연구 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 헌법학연구 제8집 제3호(한국헌법학회, 2002.10), 231-260쪽; BVerGE 65, 1(49).

52) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고, 2009헌가30 결정(헌법재판소는 통신비밀보호법상 통신제한조치의 일종인 일반감청 시의 횡수제한이 없는 것은 감청을 당하고 있다는 사실을 모르는 기본권 제한의 특성상 침해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙에 어긋난다고 헌법불합치로 판단하고 있다).

4. 공적 인물

수사기관으로의 통신자료의 제공의 대상이 문화체육부 장관이라는 뚜렷한 공적 인물(공적 존재, 공인, public figure)이기에 논란이 이 부분에서는 적을 수가 있겠다. 실제로 제1심과 제2심에서도 이 부분은 크게 다루지를 않았다. 동시에 공적 인물론은 일반적으로 명예훼손의 맥락에서 문제가 되기에 포털의 수사기관으로의 통신자료의 제공에 대한 적절한 통제의 문제에 있어 다루는 것에 합리적인 의문점이 존재할 수도 있겠다. 그러나 다른 유사한 미래의 사건에서는 제2심 판단을 따르면 공적 인물에 대해서도 포털이 독자적인 판단을 해서 제공할지 유무를 판단해야 하기에 본 논문과 관련성이 적지 않다고 생각한다. 문제는 포털의 심사기준의 역량이 사실상 부족한 상황에서 공적 인물에 대한 통신자료의 제공에 대한 심사의무의 인정은 사실상 무분별한 사적 검열로 직결될 수가 있는 위험성이 상존한다는 점이다.⁵³⁾ 현대의 검열의 특징은 과거의 교회나 군주, 행정부나 사법부 외에도 특정 민간단체나 개인 등도 광범위하면서도 가능한 사적 검열의 양상을 보이고 있기 때문이다.⁵⁴⁾

학설 및 판례에서 지금까지 명확하게 ‘공인 또는 공적 인물’에 대해 정의 및 그 기준을 갖고 있지는 않다.⁵⁵⁾ 좁은 의미의 공인이란 미국의 ‘Rosenblatt v. Baer 사건’(1966)⁵⁶⁾에서 언급한 것처럼 ‘특정한 공무에

53) 헌법재판소는 ‘헌법이 금지한 사전검열로의 기준을 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단의 요건을 갖춘 경우’에만 인정하고 있다(헌법재판소 2008. 10. 30. 선고, 2004헌가18 결정). 영상물등급위원회의 ‘등급분류보류제도’가 이에 해당된다.

54) 이에 대해서는 Emmanuel Piere, 권지현 옮김, 검열에 관한 검은 책(알마, 2011) 참조.

55) 이부하, “공인의 인격권과 표현의 자유”, 서울법학 제20권 제1호(서울시립대 법학연구소, 2012.5), 43-77쪽; 이승선, 앞의 글, 231쪽.

56) 383 U.S. 75(1966).

대해 실질적인 지배력을 가지고 있는 공무원이나 제3자가 합리적인 판단과 함께 그리 알고 있는 공무원 경우'를 말한다. 대통령이나 장관, 국회의원, 시도지사 등 '선거직 공무원'이나 다수의 '고위직 공무원'(퇴직공무원 포함)이 여기에 해당된다. 반면에 넓은 의미의 공인이란 널리 '공적 사안(주제)에 대해 국가, 사회, 기타 일반 다수에게 영향력이 큰 경우' 외에도 '공적 사안에 대해 특정한 사회집단 내에서 미치는 영향력이 큰 경우'에도 그 집단 내에서의 문제에 관한 한 공인이다. '자발적으로 공적 사안에 대해 적극적으로 해결을 시도하려는 인물'도 공인이다. 그러나 그 기준 자체는 여전히 유동적이다. 국내 판례에서 인정된 공인으로는 전국민주노동조합총연맹,⁵⁷⁾ 도의회 의원,⁵⁸⁾ 재벌가 정용진,⁵⁹⁾ 핵물리학자 이휘소 박사,⁶⁰⁾ (구)대우그룹 회장 김우중⁶¹⁾ 등이 있다.⁶²⁾ 이처럼 국내 판례는 개별적으로 공인 유무의 판단을 하고 있지 공인에 대한 일반적인 기준제시를 하지 않고 있다.⁶³⁾ 입법론으로 판례를 정리해 개념을 잡아 줄 필요가 있다. 그런 기준의 설정이 없이 감면규정도 없는 상황에서 포털에게 일방적으로 판단을 하게 만드는 것은 설득력이 약하며 포털에 의한 사적 검열이 광범위하게 행해질 우려가 있기 때문이다.

57) 대법원 2002. 1. 22. 선고, 2000다37524·37531 판결.

58) 헌법재판소 1999. 6. 24. 선고, 97헌마265 결정.

59) 대법원 2013. 7. 27. 선고, 2012다31628 판결(2011년 인터넷언론사 디스패치 v. 정용진 상견례 사건).

60) 서울지법 1995. 6. 23. 선고, 94카합9230 판결.

61) 서울지법 1995. 9. 27. 선고, 95카합3438 판결.

62) 이에 대해서는 한위수, “공인에 대한 명예훼손의 비교법적 고찰”, 저스티스 제10호 (한국법학원, 2002), 141-147쪽.

63) 이에 대한 비판으로는 이승선, “공적 인물의 통신비밀보호와 공적 관심사에 대한 언론보도의 자유: ‘안기부 X파일’ 사건에 대한 서울고법 2006노1725 판결을 중심으로”, 한국언론정보학보 제38권(한국언론정보학회, 2007), 235쪽.

V. 나가면서

오남용 시 문제가 커질 개연성이 큰 통신자료 보호에 대한 적절한 통제와 필요성과 중요성에 있어서는 이견이 없을 것이다. 따라서 통신자료에 대해 수사기관으로의 적법한 절차에 따른 포털의 제공 시 시간차와 대처방법에 있어 제1심과 제2심의 판결이 다르게 나타나고 있다는 것에 대해, 통신정보에 대한 균형이 상실된 상황에서 균형정책으로 나아갈 단초가 된다면 제2심의 포털에 대한 수사기관으로의 정보제공 시 실질적인 심사의무를 부과한 판단은 그리 나쁘다고만은 보기가 어렵다. 그러나 그 판단근거에 대한 뚜렷한 규정이 없고, 사실상 수사기관의 요청서만으로는 실질적인 심사의무가 불가능한 상황에서 전문가적인 판단을 포털에 요구한 제2심의 판단은 설득력이 약하다. 더구나 감면규정도 없는 상황은 판단에 대한 위협을 포털에 일방적으로 부과한 것으로도 볼 수가 있다.

제2심은 제1심과 달리 포털의 사회적이고 법적인 책임강화(공공성 인정)라는 흐름과는 정확히 일치하고 있다는 긍정적인 평가가 일부 가능할 수가 있다. 그러나 그 제시된 기준이 너무 추상적이어서 범죄성립 여부에 대한 직접 관련이 있는 고도의 형사법적인 ‘연관성 및 필요성’(관련성) 판단을 사실상 포털에 미루고 있다는 생각을 접기가 어렵다. 전기통신사업법 시행령 제53조 제3항의 ‘전담기구’의 역할의 강화방향으로 즉 뚜렷하게 제3자 제공의 경우 심사기준에 따른 심사의무가 없는 상태에서 통신자료 제공 유무에 대한 세부적 기준을 마련하지 못한 책임을 포털에게 물어 위자료 인정을 한 것은 설득력이 약하다. 수사기관의 불충분한 자료제공요청서 상태에서 포털에게 심사의무를 부과한다는 것은 위에서 언급한 것처럼 더 설득력이 떨어진다. 따라서 독일의 TKG 제113조의 제5항처럼 명문의 규정을 뒤 실체적 심사의무를 인정할 필요성이 크다. 또한 통신사실확인자료와 통신자료의 보호의 차이점

은 경미하거나 적다고 보기에 정보제공 시 ‘법원의 허가’를 통해 해당 정보를 획득하도록 하는 것이 옳다.

통신자료 요청의 범죄종류에 대해서는 규정이 없다. 형사소추이익이나 공공의 안전이익이 사적 보호이익과 동일하게 처리되는 것은 문제가 있다. 형사법적 규정을 지적재산권 등의 영역과 동일시할 필요는 없고 보충성 원칙에 따라 입법론적으로 보호이익을 분리해서 제공요청을 제한할 필요가 있다. 따라서 범죄의 경중을 가려 요청하도록 할 필요가 있다.

이 논문의 인물은 문화체육부 장관이라는 인물이기에 ‘공인’에 대해 이견이 없었으나, 이의 유사한 미래사건에 있어서는 공인에 대해 뚜렷하게 학설과 판례가 그 기준을 제시할 수가 없기에 포털 사업자에 의한 무분별한 사적 검열을 막기 위해서라도 기존의 판례를 중심으로 ‘공인’의 개념을 법제화할 필요가 있다.

(투고일 2013년 12월 31일, 심사(의뢰)일 2014년 1월 16일, 게재확정일 2014년 2월 21일)

주제어 : 통신자료, 전기통신사업법, 전기통신사업자, 수사기관의 통신자료 열람요청, 개인정보보호법, 포털의 법적 지위

참고문헌

1. 단행본

- 계희열, 통일 독일헌법이론, 박영사, 2001.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
김백경, 헌법학, 한성대학교출판부, 2008.
김성수, 일반행정법, 홍문사, 2010.
Emmanuel Piere, 권지현 옮김, 검열에 관한 검은 책, 알마, 2011.

2. 논문

- 강태수, “통신의 비밀보장에 관한 연구”, 경희법학 제45권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2010, 287-318쪽.
김기영, “특허권의 보호 및 강화를 위한 독일입법의 동향 - 지적재산권시행지침과 독일의 국내법적 수용을 중심으로 -”, 지식재산권연구 제4권 제2호, 한국지식재산연구원, 2009.6, 1-27쪽.
문재완/황성기 등, “개인정보보호법제 개선을 위한 정책연구보고서”, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013, 25-28쪽.
박민영, “경찰 형사사법정보의 보존 및 공개범위에 관한 연구”, 경찰청, 2013, 47-49쪽.
박찬걸, “통신자료 제공행위의 문제점과 개선방안”, 한국법정책학회 제37회 정기학술대회, 2013.11, 61-103쪽.
박희영/홍선기, “통신사실확인자료의 저장에 관한 가처분명령”, 독일연방헌법재판소 판례연구 I, 한국학술정보, 2010, 73-76쪽.
오길영, “빅데이터 환경과 개인정보의 보호방안 - 정보주체의 관점에서 바라본 비판적 검토를 중심으로-”, 2013년도 제2차 건

- 국대학교 법학연구소 국제학술대회, 2013.10, 158-175쪽.
- 오영두, “변호사의 개인정보 제공에 대한 위법성 검토,” 판례연구 제24집, 부산판례연구회, 2013, 293-328쪽.
- 이부하, “공인의 인격권과 표현의 자유”, 서울법학 제20권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012.5, 43-77쪽.
- 이성기, “통신비밀 보호정책에 대한 외국의 입법례 검토”, 한국법정 책학회 제37회 정기학술대회, 2013.11, 23-30쪽.
- 이승선, “공적 인물의 통신비밀보호와 공적 관심사에 대한 언론보도의 자유: ‘안기부 X파일’ 사건에 대한 서울고법 2006노 1725판결을 중심으로”, 한국언론정보학보 제38권, 한국언론 정보학회, 2007, 211-246쪽.
- 이인호, “변호사의 직업적 개인정보에 대한 이용과 보호의 법리”, 언론과 법 제11권 제2호, 한국언론인법학회, 2012, 107-150쪽.
- 임규철, “전기통신사업자 보유의 통신사실확인자료에 대한 정보주체의 열람권 및 등사권의 인정 유무 - 대법원 2012.12.27. 선고 2010다79205 판결을 중심으로 -”, 외법논집 제37권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2013.9, 85-100쪽.
- _____, “정보통신망법의 인터넷 실명제에 관한 비판적 고찰”, 법학연구 제47집, 한국법학회, 2012.8, 71-94쪽.
- _____, “정보화사회에서의 개인정보 자기결정권에 대한 연구, 헌법학연구 제8권 제3호 한국헌법학회, 2002.10, 231-260쪽
- 조석영, “디지털 정보의 수사방법과 규제원칙”, 형사정책연구 제22권 제10호, 한국형사정책 학회, 2010, 75-98쪽.
- 한위수, “공인에 대한 명예훼손의 비교법적 고찰”, 저스티스 제35권 제5호, 한국법학원, 2002, 131-157쪽.

3. 기타

심우민, “포털의 통신자료 제공 관련 주요 쟁점과 개선방향”, 이슈와
논점, 국회입법조사처, 2012.10.29.

_____, “온라인상 주민등록번호 수집금지정책의 시행과 쟁점”, 이
슈와 논점, 국회입법조사처, 2013.3.4.

진선미, “행정부분 개인정보 보호의 현황과 과제”, 2012 국정감사
정책자료집, 국회 행정안전위원회, 2012.10.

[Zusammenfassung]

Einige Problematiken über Pratikalen Prüfungsstein der Telekommunikationsdienste bei Vergabe der Telekommunikationsinformationen

Gyeo-Cheol Lim*

Wer Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt und dabei Telekommunikationsinformationen(Name und Anschrift des Anschlussinhabers, Identifikationsnummer, Rufnummer, ID, Datum des Vertragsverhältniss) bereitstellt hat nach § 83 Abs. 3 im KTKG die Daten für Auskunftersuchen der Behörden zu vergeben, auch soweit diese Daten für betriebliche Zwecke nicht erforderlich sind. Für das Auskunftsverfahren ist die Form freizustellen. Die dort genannten Voraussetzungen sind auch zu erfüllen. Der Rechtsbegriff ‘Verkehrsdaten’ ist anders.

Die Auskunft darf nur erteilt werden, soweit eine genannte Stelle dies im Einzelfall zum Zweck der Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der genannten Stellen unter Angabe einer gesetzlichen Bestimmung verlangt. Über das Auskunftersuchen und die Auskunftserteilung haben die Verpflichteten gegenüber den Betroffenen sowie Dritten Stillschweigen zu wahren.

Wer Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, hat nach

* Professor, College of Law, Dongguk University

Verordnung § 53 Abs. 3 die in seinem Verantwortungsbereich für die Auskunftserteilung erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Also Telekommunikationsdienste sollen für die Entgegennahme der Auskunftsverlangen sowie für die Erteilung der zugehörigen Auskünfte eine gesicherte elektronische Schnittstelle Maßgabe bereithalten

Schlüsselwörter : telekommunikationsinformationen,
telekommunikationsdienste, KTKG, auskunftersuch,
KDSG, portal

