

## 위치정보를 이용한 수사의 법적성격과 강제처분성

김형만

광주대학교 경찰법행정학부

# The legal character and legal disposition of investigation using location information

Hyung-Man Kim

College of police, Law and Administration, Gwangju University, Gwangju 617-43, Korea

### [요 약]

GPS추적수사는 다른 위치정보를 이용하는 수사방법과 달리 그 범위와 기간 등이 특정되지 않은 채 광범위하게 실시된다는 점에서 적법성 등 많은 문제가 제기되어 왔다. 따라서 미국은 물론 일본에서도 법원사이에 서로 다른 판결을 하는 등 명확한 판단기준을 제시하고 있지 않다. 본 논문은 GPS추적수사방법과 유사사례를 비교분석하여 그 문제점을 알아보았다. 이를 근거로 향후 위치정보를 이용한 수사의 활용은 물론 형사소송법상 새로운 과학기술을 이용한 수사의 적법성판단에 있어서 그 기준을 제시하고자 한다.

### [Abstract]

GPS-based trace investigation has raised many problems such as its legality because of its extensive investigation without any specification of duration or scope of investigation. Neither the United States nor Japan has a clear guideline in this matter, having contradictory precedents. This paper will compare and analyse similar cases of GPS-based trace investigation to identify its problems, and will propose criteria on using location information and other new technologies in terms of Criminal Procedure Law in judging the legality.

**색인어** : 추적수사, 프라이버시의 합리적 기대, 위치정보, 압수·수색, 강제처분

**Key word** : Trace investigation, Rational expectation of privacy, Location information, Confiscation · Investigation, Legal disposition

<http://dx.doi.org/10.9728/dcs.2019.20.11.2255>



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

**Received** 16 September 2019; **Revised** 25 October 2019

**Accepted** 05 November 2019

**\*Corresponding Author; Hyung-Man Kim**

**Tel:** +82-62-670-2233

**E-mail:** hmkim57@gwangju.ac.kr

## I. 서론

공공장소에서의 익명성은 행위의 자유나 개방된 사회를 촉진하지만, 과학기술의 발달로 감시카메라, 휴대전화, GPS(global positioning system) 장치 등의 테크놀러지를 이용한 감시화사회가 진행됨에 따라 공공장소조차도 익명성은 물론 프라이버시 침해가 동서양을 불문하고 끊임없이 제기되어 왔다. 이러한 문제는 단지 감시장치의 혁신에 의해 필연적으로 발생하는 것은 아니지만 국가권력이 이를 어떻게 사용하는지에 따라 그 위험성은 상존하고 있다고 할 수 있다.

더구나 과학기술을 이용한 수사방법은 형사소송법에 예상하지 못한 새로운 방법으로 종래 개별 수사에 대한 적법성은 물론 침해법익의 내용과 정도, 그리고 강제처분성의 판단구조 등 규제방법에 이르기까지 다양한 문제점이 논의되어 왔다. 특히 2012년 미국의 Jones사건에서 촉발된 GPS장치를 장착하여 이를 이용한 수사(이하 GPS추적수사)방법에 대해서 미국은 물론 일본에서도 그 적법성에 대한 서로 다른 판결이 선고되는 등, 양국 모두 이에 관한 명확한 판단기준을 제시하고 있다고 할 수 없다. 이것은 아마도 그 이면에 과학기술의 혁신과 프라이버시 이론의 발전과도 맞물려 있어 그 논의를 어렵게 하고 있는 것은 아닌지 생각된다.

본 논문은 미국과 일본의 GPS추적수사방법과 그 유사사례를 비교 분석하여 법적 성격을 알아보고 이에 관한 수사사례가 아직 없는 우리나라이지만, 이들 문제를 현재화(顯在化)하여 향후 위치정보를 이용한 수사의 활용은 물론 형사소송법상 새로운 과학기술을 이용한 수사의 적법성 판단에 있어서 그 기준을 제시하고자 한다.

## II. 위치정보의 취득과 법적성질

### 2-1 특성과 문제점

종래 수사상 범인을 추적감시하기 위한 기법으로 미행이나 잠복, 탐문 등으로 대상자나 대상물의 위치정보를 파악하여 왔다. 그러나 최근에는 GPS라는 전자시스템이 개발되어 GPS장치를 이용한 위치정보서비스가 이를 대신하는 등, 위치정보를 이용한 추적감시기술이 산업분야의 전반에 활용되고 있다. 여기서 위치정보란 특정한 물건이나 개인이 어떤 시점에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 이 정보를 인식한 장치에 의해서 만들어진 제작정보를 말한다. 이러한 위치정보는 시간과 함께 변화하는 동적 정보로서 이를 통해 미래의 위치정보까지도 예측이 가능하다. 따라서 이것이 유출되거나 오·남용되는 경우는 고유정보인 개인정보보다도 법익침해의 위험성이 매우 크기 때문에 강력한 보호가 필요하다[1].

반면에 수사상의 위치정보는 범인의 추적수단이지만, 특히 GPS추적수사는 기존의 어떤 수단보다도 피의자의 위치를 비교적 정확하고 용이하게 확인할 수 있는 매우 유용한 기법일 뿐

만 아니라, 피고인이 사건 발생당시에 현장부근에 있었다는 증거의 수집수단으로서도 그 가치가 매우 높다. 따라서 GPS추적수사방법은 다른 위치정보보다도 그 보호와 규제의 필요성이 동시에 제기되고 있는 이유가 여기에 있다.

### 2-2 수사방법과 법적성질

위치정보는 원칙적으로 대상자의 의사에 반하여 취득할 수 없음에도 불구하고 수사의 밀행성을 이유로 종래 다양한 방법으로 동의 없이 위치정보를 취득하여 왔다. 그 중에서도 특히 미국과 일본의 판례에서 적법성이 논란이 된 것은 GPS장치를 이용하여 위치정보를 취득하는 방법이다. 이 방법에는 GPS장치를 장착·이용하여 대상의 위치정보를 취득하는 것과 휴대전화기의 미약한 전파나 휴대전화의 GPS기능을 이용하여 취득하는 것으로 구분할 수 있다[2].

두 방법 모두 이용자의 의사에 반하여 위치정보를 수사에 사용한다는 점에서는 동일하지만, 전자는 수사기관이 소유하거나 소지하는 GPS장치를 대상자의 자동차 등에 장착하여 사용하기 때문에 주거 등의 사적영역을 침해할 가능성이 있지만, 후자는 수사대상자가 구입 또는 사용하고 있는 휴대전화기 등에 내장되어 있는 위치정보를 수사기관이 일정한 방법에 의하여 취득한다는 점에서 기술적 특성은 물론 침해법익과 그 정도가 다를 수 있다. 따라서 이러한 방법들을 포함한 위치정보의 취득 방법에 관한 법적성격을 명확히 하기 위해서는 과거 GPS장치 이외의 방법으로 위치정보를 취득하여 수사하는 방법과도 비교 검토할 필요가 있다고 생각된다.

과거 GPS추적수사 이외의 방법으로 위치정보를 취득하는 방법으로는 ① 컨트롤드·딜리버리(controlled delivery), ② 미행 중 촬영, ③ 무인단속, ④ 휴대전화의 위치정보 등이 사용되어 왔다. 이 방법들은 그 실시 목적이나 취득되는 정보의 대상 및 범위 그리고 취득된 정보를 이용하는 측면 등에서 GPS추적수사의 방법과 다음과 같은 차이가 있다.

우선 ①의 경우에 마약 등 금제품의 추적감시 중 그 대상을 놓친 경우에 위치를 확인하기 위한 보조수단으로 추적 감시장치인 비퍼(beeper)를 장착하여 사용하기 때문에 상시적인 감시가 아니며, 그 정보도 목적물이 운송된 최종목적지의 데이터만을 수사결과에 이용한다는 점에서 일본은 물론 미국에서도 임의처분으로서 영장을 필요로 하지 않는다고 해석하고 있다[3]. ②의 경우나 미행에 대해서는 지금까지도 공적 공간에서의 육안에 의한 감시활동으로 이용되고 있으며, 프라이버시에 대한 합리적 기대가 없을 뿐만 아니라 물리적 제압이나 권리침해도 발생하지 않는다고 하여 일반적으로 임의수사의 일환으로서 폭넓게 실시되고 있다. 일본의 판례도 범인식별을 목적으로 한 특정한 지점에서의 비디오촬영은 촬영된 정보의 양적인 측면에서도 수사의 목적을 달성하기 위한 필요한 범위에서의 상당한 방법이라고 하여 그 적법성을 인정하였다[4]. ③의 경우는 교통사고나 도로교통법의 위반을 방지할 목적으로 행하는 행정경찰활동으로 이것이 설치된 지점을 통과하는 모든 차량을

자동적으로 촬영하여 그 화상 및 차량의 번호를 일괄적으로 감시하는 시스템이다. 다만 이 시스템은 1개의 카메라에 의한 촬영기록시스템이 아니라 시스템 전체로도 추적감시가 가능하며, 그 대상도 위반차량의 여부를 묻지 않고 모든 차량에 대해 무차별적으로 정보를 취득·보유·이용하고 있다는 점에서 합헌성이 문제가 되었다. 그러나 일본의 법원은, 무인단속은 특정한 지점을 감시하는 방식 중 그 지점을 일괄 감시하는 방식일 뿐, 공도상에서는 누구라도 확인할 수 있는 차량데이터를 수집하고 이것을 경찰이 그 목적 범위 내에서 이용하는 한 적법하다고 판시하고 있다[5].

④의 경우 그 취득방법에는 두 종류가 있다. 우선 휴대전화는 통화를 하게 되면 반드시 최인접 기지국을 경유하게 되는데 이 때 기지국은 휴대전화에서 발신되는 미약한 전파를 감지하여 휴대전화의 위치정보를 특정하게 되고, 이것을 기지국정보라고 한다. 한편 통신사업자는 기지국이 얻은 각 휴대전화의 위치정보를 기록하고 수사기관은 이것을 조사하여 대상자의 위치정보와 이동경로를 특정할 수 있다. 또 하나는 수사기관이 피의자 등의 휴대전화에 내장되어 있는 GPS에 접속하여 그의 소재를 특정할 목적으로 통신사업자의 시스템단말을 조작하여 위치정보를 탐색하는 방법이다. 기술된 두 가지 방법은 이용하는 기술의 차이에 따라 전자는 수백 미터에서 수 킬로미터의 오차를 그리고 후자는 최대 수 미터의 오차가 발생하기 때문에 그 정확도에 있어서 커다란 차이가 있을 뿐만 아니라 후자는 수사기관이 이용자의 단말기를 능동적으로 이용하여 위치정보를 탐색한다는 점에 차이가 있다. 따라서 통신행정상 일본은 물론 미국도 종래 기지국 위치정보보다는 GPS위치정보에 대한 보호의 필요성을 더욱 강조하여 왔다[6]. 그러나 미국의 Carpenter 판결에서는 50미터 반경이내의 위치정보를 취득하는 기술이 개발되어 정확도에 있어서 GPS장치에 접근하고 있어 그 구별의 실익이 있다고 보기 어렵다[7].

위에서 살펴본 기존의 ①에서 ④까지의 방법과 GPS추적수사의 방법을 비교하면, 후자는 전자와는 달리 위치정보가 취득되는 대상자는 물론 그 내용·기간·정도·목적 등을 특정하지 않고 광범위하게 추적감시를 할 뿐만 아니라, 그 장치를 개인의 소지품에 몰래 장착하여 개인의 지배권을 침해하고 있다는 점이 특징이다. ④의 경우에 미국과 달리 일본은, 앞에서 살펴본 두 방법 모두 검증허가장에 따라 통상 10일의 유효기간 내에서만 실시가 가능하지만, GPS장치를 장착·이용하는 경우에는 영장은 물론 기간제한도 없이 수사기관의 재량에 따라 무제한으로 실시하여 왔다. 또한 영장에 의한 휴대전화의 위치정보취득은 영장에 기재된 특정번호만을 대상으로 하여 실시할 수 있지만, 영장 없는 GPS추적수사는 그 대상조차도 수사기관의 판단에 위임되어 있음은 물론 장치의 장착을 통하여 사적영역의 침해가 필연적으로 동반된다는 점에서 이 두 가지 방법을 구별할 필요성이 있다.

이와 같이 위치정보를 이용한 수사방법 중, 기존의 방법과 GPS추적수사의 방법 사이에는 그 처분의 범위와 대상 그리고 실시기간 등의 관점에서 보면 영장 없이 행하는 GPS추적수사

가 법익침해의 위험성과 정도에 있어서 기존의 수사방법과 현저한 차이가 있다고 인정하지 않을 수가 없다.

### III. 미국과 일본의 사례검토

#### 3-1 미국의 사례

연방대법원은 19세기부터 20세기 전반까지 수정헌법제4조에 관한 수색의 성립여부를 판단함에 있어서 유체물에 대한 물리적 침해행위를 전제로 하는 침입법리를 채용하여 왔다. 그 후 과학기술의 발전에 따라 수색의 대상에 무체물도 포함하게 되어, 회화의 감청이나 GPS추적수사 등도 이에 해당하여 영장이 필요한지 여부가 쟁점이 되었다. 이에 대한 법원의 판단은 일관되지 않았지만 2005년 연방형사소송규칙의 개정으로 GPS장치 등 추적 장치를 장착하기 위해서는 치안판사가 발부한 영장이 필요하다고 하여 이를 입법적으로 해결하였다[8]. 그러나 연방법원의 판결은 그 장치에 의해서 침해되는 법익에 대해서는 여전히 일치하고 있지 않다.

##### 1) Katz판결과 프라이버시에 대한 합리적 기대이론

보통법 하에서 개인의 재산은 신성한 권리로서 정부의 주된 목적도 이를 보장하는 것에 있었다. 이에 따라 미국은 재산권 보장을 위한 정책적 기초로서 수정헌법제4조를 채택하여, 비교적 최근까지도 수색의 해당 여부는 헌법이 보장한 영역에 대한 불법한 침입이 있었는지 여부, 즉 사유재산에 대한 물리적 침해의 여부에 집중되었다. 그러나 그 후 Katz판결에서 연방대법원은 제4조의 적용에 관하여, 불법침입의 존재 요건을 파기하고 [9], Harlan법관이 보충의견으로 주장한 프라이버시의 기준이 사용되었다. 그 기준은 첫째, 개인이 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 있었는지에 대한 주관적 요소와 둘째, 프라이버시가 사회에서 합리적으로 인정되는지에 대한 객관적 요소도 포함하여, 이 두 개의 요소를 충족하는 프라이버시를 침해하는 수사 방법은 제4조에 규정된 수색에 해당한다고 하였다[10].

##### 2) Knotts판결과 공사구분론

마약단속국이 법원의 허가에 따라 에테르가 들어 있는 용기에 비퍼를 설치하고 감시하는 중에 그 용기가 피고인의 주거 내부에 있다는 것을 신호 장치에 의하여 확인한 Karo사건에서 연방대법원은 사적영역인 주거에 대한 프라이버시 침해라고 판시하였다[11]. 이에 대하여 위법한 약물 제조의 의심이 있는 피의자 차량에 비퍼를 3일간 장착하여 그 신호를 추적한 후 이를 근거로 압수·수색 영장을 청구한 Knotts사건에서 연방법원은 공공도로를 달리고 있는 차량은 누구라도 어디를 향해 가고 있는지 명백히 알 수 있기 때문에 피의자에게 헌법에서 보장된 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 없다고 하여 영장이 필요 없다고 판단하였다[12]. 연방대법원은 이 두 사건에서 비퍼에 의해 프라

이버시에 대한 합리적인 기대가 침해될 수 있는 영역을 사적영역에 한정하고 있어, 이른바 공사구분론에 따라 프라이버시침해를 인정하고 있다는 것을 알 수 있다.

### 3) Jones판결과 침입법리

2004년 연방수사국과 경찰은 마약밀매의 혐의가 있는 피고인 Jones와 공범자에 대해 수사를 개시하였다. 2005년 경찰은 10일간 GPS장치를 장착할 수 있는 영장을 발부받아 피고인 처의 명의로 되어 있는 차량을 추적하였다. 10일 후 경찰은 영장에 허가된 구역의 공공주차장에 정차 중인 차량에 그 장치를 장착한 후, 28일간 추적감시를 하여 2000페이지 이상에 해당하는 위치정보의 기록을 취득하였다. 피고인 등은 마약배포에 관한 공모죄로 기소되었지만 영장 없이 GPS장치를 이용하여 얻은 증거의 배제를 주장하는 등 미국에서 GPS추적수사의 적법성이 논해지는 계기가 된 사건이다.

제1심은 공공도로에서의 추적감시에 관한 선례인 Knotts판결을 인용하여 피고인 소유의 주차장 내에 주차되어 있던 차량과 그에 관련된 위치정보는 증거로부터 배제하고 그 외의 증거에 대해서는 프라이버시에 대한 합리적 기대가 인정되지 않는다[13]고 하여, 공사구분론을 GPS추적수사에 대해서도 적용하였다.

항소심은 아마도 배우자 이외는 누구도 파악할 수 없다고 기대되는 개인의 상세한 생활상을 파악하기 위하여 1개월에 걸친 장기간 피고인의 행동에 대한 프라이버시의 기대는 사회에 있어서 합리적인 것으로 인정되고, 이와 같은 행동을 감시할 목적으로 GPS장치를 사용하는 것은 프라이버시의 합리적 기대를 침해한다고 하여, 본건의 GPS추적수사는 제4조의 수색에 해당한다고 판시하였다[14]. 즉 정보가 집약되어 개개 정보의 상관관계가 명확하게 되고, 상승작용이 일어나 결과적으로 생성된 정보의 모자이크가 개개의 정보전체 이상의 가치를 가지게 될 때, 프라이버시의 보호범위는 공적 공간에도 확장한다고 하는 모자이크 이론을 따르고 있다. 즉 항소심은 모자이크 이론에 의해 공적 영역에서도 프라이버시 보호의 가능성을 찾아 공사구분론의 한계를 보완하려고 하였다.

2012년 연방대법원은, 영장의 허가기간이 도과되었음에도 불구하고 차량에 GPS장치를 장착하고 이것을 이용하여 피고인의 행동을 추적 감시하는 행위는 수정헌법제4조의 수색에 해당한다고 전원일치의 판결을 하였지만[15], 그 이유제시의 부분에 있어서는 크게 두 가지 의견으로 나뉘었다. 다수의견은 Katz판결에서 제시된 프라이버시에 대한 합리적 기대이론이 침입법리를 대체하는 것이 아니라고 지적하면서, 정부가 정보를 수집할 목적으로 GPS장치를 장착하여 물리적으로 사유재산을 점유한 것은 제4조 제정 당시에 의도된 수색에 해당한다고 하여 침입법리에 입각하고 있다. 이에 대해 소수의견은, 다수의견은 관례법리의 흐름에 역행한다고 비판하면서 정보의 축적이라는 관점에서 모자이크 이론의 원용을 주장하였다. 즉 공공도로상에서 개인의 행동을 비교적 단시간 감시하는 것은 우리 사회가 합리적이라고 인식하지만, 대부분의 범죄수사에

서 행해지는 장기간 GPS추적수사는 합리적이라고 인정하는 범위를 초과하는 것으로 프라이버시를 침해한다고 주장하여 Katz판결에 의해서 확립된 프라이버시의 기대의 관점에서 분석하여 다수의견과 차이를 보이고 있다.

이처럼 Jones판결은 법관들 사이에 판결이유에 대한 견해의 대립은 있었지만, GPS장치를 장착하고 이것을 이용하여 추적 감시하는 행위가 수정헌법제4조의 수색에 해당한다는 점에 대해서는 명확히 하였다. 그러나 수색의 전제가 되는 침해법익에 대해서는 논란의 여지를 남겼다. 또한 물리적 침해를 동반하지 않은, 즉 GPS장치를 장착하지 않고 순수하게 전자적 수단에 의해 감시를 하거나, 장기간 감시에 대해서는 여전히 제4조의 수색에 해당하는지 여부가 해명되지 않았다.

### 3-2 일본의 사례

2012년부터 2013년에 걸쳐 피고인과 공범자 3명이 도난차량과 도난 번호를 사용하여 고속도로 나가사키현(長崎縣)과 구마모토현(熊本縣)을 이동하면서 절도를 반복하였다. 경찰은 GPS추적수사를 임의처분으로 규정한 이동추적장치운용요령에 따라 이들을 추적 감시하기 위하여 약 7개월에 걸쳐 피의자 등의 차량 총 19대에 GPS장치를 장착하여 위치정보를 취득하였다. 이에 대해 피고인들은 GPS추적수사는 강제처분에 해당하여 영장 없이 GPS장치를 장착하는 것은 위법하기 때문에 이에 따라 수집된 증거의 배제를 주장하였다.

일본에서 위치정보를 이용한 수사방법이 종종 문제가 되어 왔지만, 법원에서 위법하다고 판단한 것은 이 사건이 처음이었다. 법원은 이 사건에서 GPS추적 수사방법에 대한 서로 상이한 판결을 하였을 뿐만 아니라 학설도 강제처분설과 임의처분설이 대립[16]하고 있어, 여전히 그 판단기준이 명확히 정립되었다고 볼 수 없는 상황이다.

#### 1) 두 개의 1심 판단

오사카(大阪)지방법원은 판결에 앞서 피고인들의 분리공판에서 GPS추적수사 등을 통해 얻은 증거의 증거능력에 대하여 각각 결정을 하였다. 먼저 피고인에 대한 1월결정에서는 그 수사방식이 강제처분에 해당하지 않고 임의수사로서 상당하다고 판단하였다[17]. 그 후 공범자들에 대한 6월결정에서는 GPS추적수사는 대상차량 사용자의 프라이버시를 크게 침해하기 때문에 강제처분에 해당하여 무영장 검증의 비난을 면하기 어려운 위법이 있으며, 본건 GPS추적수사에 의해 직접 얻은 증거 및 이것과 밀접히 관련된 증거의 증거능력을 부정하였으나 나머지 증거에 의해서 유죄가 인정되었다[18].

이처럼 제1심 판단은 거의 동일한 사건임에도 불구하고 적법과 위법을 오간 배경에는 아래 표에서 볼 수 있듯이 GPS장치의 성능과 이를 통해 얻은 위치정보의 내용 및 정확성 등이 사실인정에 커다란 영향을 미쳤기 때문이다[19].

**표 1. GPS추적수사에 대한 사실인증의 근거**  
**Table 1. Ground on fact confirmation is GPS-based trace investigation**

Distinction	Decision of January	Decision of June
Performance of device	Low infringement of privacy as assistance for following	Intrinsic, inevitable infringement of privacy
Recordability	Not an all-time record of information	24-hour available for searching
Accuracy	Subject to error of hundreds of meters	Subject to error of only a few of meters
Accumulation	Only a temporary memory available, not accumulable	Memory available to be stored as date, and can be downloaded

**2) 향소심 판결**

제1심은 GPS추적수사를 포함한 수사에 중대한 위반이 있음에도 공소를 기각하지 않은 것은 명백한 소송절차의 법령위반이라고 판시하여, 향소심의 쟁점은 GPS추적수사의 법적성질과 그 수사를 통해 얻은 증거가 위법수집증거의 범위에 해당하는지 여부가 되었다.

향소심은 GPS추적수사의 특성상 다른 정보와 결합하여 수사기관이 그 목적 이외에 부당하게 이용할 위험성이 있으며, 또한 통신 감청처럼 계속성과 밀행성의 성질을 갖고 있어 영장을 사전에 제시할 수 없어 대상자가 위치정보의 취득사실 및 기록내용도 탐지할 수 없다. 그리고 위치정보가 일단 취득되면 이것을 취소하여도 원상회복의 기회가 주워 지지 않는다는 점을 들어 형사소송법상의 검증에 해당하지 않는다고 하였다. 따라서 GPS추적수사는 법정된 강제처분에 해당하지 않지만, 본래 적법하게 행하지 않으면 그 위법의 정도가 매우 크다고 판시하였다[20].

또한 제1심의 증거결정에서 판시한 것처럼 GPS추적수사 그 자체는 대상차량 사용자의 프라이버시를 크게 침해하여 강제처분에 해당하고, 무영장으로 이것을 행하였다는 점에서 위법이라고 해석할 여지가 없는 것은 아니지만, 적어도 본건 수사에 중대한 위법이 있다고는 해석되지 않는다고 판단하여 향소를 기각하였다.

**3) 상고심 판결**

위와 같이 GPS추적수사의 법적성질에 대한 하급심판결이 서로 상이한 가운데 최고재판소에 상고된 이 사건은 대법정에 회부되었다. 대법정판결은 전원일치로 GPS추적수사는 합리적인 것으로 추인된 개인의 의사에 반하여 그 사적영역을 침입하는 수사방법이라고 규정한 후, 개인의사를 억압하여 헌법이 보장하는 중요한 법적이익을 침해하는 것으로 형사소송법상, 특별한 규정이 없으면 허용되지 않는 강제처분에 해당한다고 판시하였다[21]. 그리고 강제처분성의 근거로서의 중요한 법적이익에 헌법제35조제1항이 보장하는 사적영역에 침해당하지 않을 권리를 포함시켰다. 이처럼 대법정판결은 헌법제35조가 보장하는 침입, 수색 및 압수를 당하지 않을 권리의 대상에 주거, 서류 및 소지품에 준하는 사적영역이라는 범주를 새롭게 창설하여

여기에 포함시켰다는 점에서 특별히 주목을 받았다[22]. 즉 주거와 같은 이른바 타인에게 보이지 않는 공간뿐만 아니라 공개된 공적 공간이라도 개인의 의사에 반하는 사적영역에 대해서도 프라이버시가 보장된다고 하였다.

**IV. 판례상의 강제처분성**

미국과 일본은 GPS추적수사에 관한 방법이나 그 내용은 물론 그 강제처분성이 문제가 된 수사방법에 관한 법규정에서도 상당한 차이가 있다. 이러한 점을 전제로 GPS추적수사에 관한 양국의 판례에 나타난 강제처분성의 판단구조를 살펴보는 것은 그 절차의 합법성 판단을 비롯한 새로운 형태의 과학적 수사방법에 대한 구별기준으로서도 매우 유용할 것으로 생각된다.

**4-1 미국 수정헌법제4조의 영장 및 상당한 이유**

미국 수정헌법제4조를 요약하면, 압수·수색은 강제처분으로서 영장에 의한 것이 원칙이고, 영장에 의하지 않은 압수·수색은 상당한 이유가 있는 경우, 즉 특별히 확립되고 명확히 정의된 예외[23]가 인정되는 경우에 한하여 허용된다고 해석하여, 합리성의 관점으로부터 영장주의와 조화를 가능하게 하는 균형법리를 명백히 하고 있다.

Jones사건은 GPS장치를 자동차에 장착하여 추적·감시하는 행위가 수정헌법제4조의 수색에 해당한다고 명백히 하였지만, 그 수색에 있어서 영장 및 상당한 이유가 있었는지 여부, 즉 영장주의의 실질적 요건에 대해서는 구체적으로 판단하지 않았다. 이에 대하여 Katzin사건의 연방향소심법원은 다음과 같이 판단을 하였다. 우선 법원은 상당한 이유보다 혐의정도가 낮은 이른바 합리적인 의심에 근거한 영장에 의하지 않은 GPS추적수사가 합리적이라고 할 수 있는지를 검토하였다. 법원은 일반적으로서 일정한 상황 하에서 영장 및 상당한 이유에 의하지 않는 수색을 허용한다고 판단하였다. 여기서 일반적 상황이란 첫째, 특별한 필요성이 인정되는 상황 둘째, 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 감소하는 상황 셋째, 정지와 소지품검사(stop and frisk)에 해당하는 경우를 적시하였다. 다만 Katzin사건은 GPS추적수사가 형사소추를 목적으로 하고 있으며, 일반시민인 Katzin에게는 완전한 프라이버시가 보장되었지만, 소지품검사가 인정되는 상황이 아니었기 때문에 상당한 이유(합리적인 의심 등)가 없어, 이를 근거로 한 영장에 의하지 않는 수색은 허용되는 상황이 아니었다고 판시하였다[24].

또한 법원은 상당한 이유가 인정되는 경우에 한하여 영장에 의하지 않는 GPS추적수사가 가능한지 여부도 검토하였다. 이 점에 대해 자동차에 대한 GPS추적수사는, GPS장치의 장착이 자동차 수색에 대한 예외(automobile exception)에 해당하기 때문에 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 영장에 의하지 않는 수색이 허용될 수 있다. 다만 자동차의 예외에 해당하기 위해서는 대상차량에 범죄의 증거가 적재되어 있다고 믿을 수 있는 상당

한 이유가 있어야 한다. 그러나 본건에서 GPS장치를 장착한 시점에서는 수사기관이 대상차량에 범죄의 증거가 적재되어 있다는 것을 인식할 수 없었기 때문에 자동차의 예외에 대한 사정 범위를 초과하여 영장에 의하지 않은 GPS추적수사는 제4조에서 말하는 불합리한 수색에 해당한다고 주장하였다.

이와 같이 영장에 의하지 않은 GPS추적수사는 본건과 같이 위와 같은 조건을 충족하지 않는 한, 합리적인 의심에 근거한 경우뿐만 아니라 상당한 이유에 의한 경우에서도 수정헌법제4조의 불합리한 수색에 해당한다. 따라서 GPS추적수사는 강제처분으로서 상당한 이유가 없는 한 영장이 필요하다.

#### 4-2 일본 헌법제35조의 강제처분성과 특별한 규정

일본의 형사소송법제197조제1항의 단서와 헌법제35조제1항에 의하면, 강제처분은 이 법률에 특별히 정한 경우가 아니면 할 수 없으며, 이 경우에도 원칙적으로 영장에 의할 것을 요구하고 있다. 그러나 수사상 처분은 그 성격상 어느 처분이든 정도의 차이가 있을 뿐 피처분자의 권리·이익을 제약하기 때문에 강제수사와 임의수사의 구별에 관한 어느 설[25]을 따르더라도 그 기준이 명확하지 않다. 따라서 이 규정의 실효성 확보는 물론 GPS추적수사와 같이 현행 소송법 제정 당시에 예측할 수 없었던 수사방법들에 대해서도 구별기준을 명확히 제시할 필요가 있다.

최고재판소는 임의처분과 강제처분에 관하여, 강제수단을 개인의 의사를 억압하고 신체, 주거, 재산 등에 제약을 가하여 강제적으로 수사목적을 실현하는 행위 등, 특별규정이 없으면 허용하지 않는 것이 상당한 수단이라고 정의하고 있다[26]. 그 후 판례는 전화감청을 통신의 비밀을 침해하고, 나아가 개인의 프라이버시를 침해하는 강제처분에 해당한다[27]고 하였으며, 또한 택배내용물을 X-선으로 검사한 사건에 있어서는 내용물에 대한 프라이버시 등을 크게 침해하는 ... 검증으로서의 성질을 갖는 강제처분이라고 판시하였다[28]. 결국 판례는 통신의 비밀, 나아가 개인의 프라이버시, 프라이버시 등에 대한 커다란 침해를 신체, 주거, 재산에 비견할 수 있는 강제처분으로 보고 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 허용하고 있다고 할 수 있다.

오사카지방법원의 1월결정은 본건 GPS추적수사에 대해 특별히 프라이버시침해의 정도가 크지 않은 것으로 강제처분에 해당하지 않는다고 하였으나, 6월결정은 대상차량 사용자의 프라이버시 등을 크게 침해하기 때문에 강제처분에 해당한다고 하였다. 또한 대법정판결도 개인의 의사를 억압하여 헌법이 보장하는 중요한 법적 이익을 침해하는 것으로 강제처분에 해당한다고 판시하고, 그 강제처분성의 근거로서 중요한 법적이익에 헌법제35조제1항이 보장하는 사적영역에 침입당하지 않을 권리도 포함시켰다. 즉 개인의 프라이버시가 강하게 보호되어야 하는 장소와 공간인 사적영역에 대해서 GPS장치를 장착·이용하여 위치정보의 취득하는 것은 신체, 주거, 재산에 비견할 정도의 중요한 법적이익의 침해로 보았다. 이처럼 하급심인 1

월결정과 6월결정은 물론 대법정판결에서도 위에서 기술한 프라이버시의 침해를 강제처분에 해당하는 판단요소로 하고 있다는 점에서 공통점이 있다.

따라서 본건의 GPS추적수사는 강제처분에 해당하기 때문에 이것을 허용하는 특별한 규정이 형사소송법에 규정되어 있지 않으면 안 된다. 다만 위에서 살펴본 GPS추적수사가 강제처분에 해당한다고 판단한 하급심은 이것을 모두 검증처분에 해당하는 유형으로 보아 특별한 규정이 존재한다고 판단하였다[29]. 그러나 대법정판결은 강제처분으로서 GPS추적수사의 성질에 관하여 휴대전화기의 화면에 표시된 위치정보를 오관의 작용에 의해서 인식·파악한다는 점에서 검증과 유사하지만, 수사기관이 범죄수사에 필요한 위치정보를 선별하거나, 선별된 위치정보를 취득하는 점에서는 각각 수색과 압수처분의 성질도 포함하는 등, 검증처분 이외의 성격도 포함하고 있어 형사소송법상 특별한 근거규정이 없으면 허용되지 않는 강제처분이라고 판시하였다.

## VI. 국내의 논의상황과 시사점

미국이나 일본과 달리 국내에서는 GPS장치를 이용한 수사 사례를 거의 찾아 볼 수 없기 때문에 당연히 이에 관한 판례도 존재하지 않는다. 다만 통신비밀보호법은 위치정보를 이용한 수사방법 중에 통신사업자가 얻은 수사 대상자의 기지국 위치정보와 이동경로를 법원의 허가를 얻어 수사에 이용할 수 있다. 그러나 기지국 위치정보는 기지국의 분포도수에 따라 수백 미터에서 수 킬로미터의 오차가 발생하기 때문에 미국과 일본의 수사기관들은 이것보다는 정확성이나 효율성 측면에서 GPS추적수사방법을 선호하여 왔다. 따라서 국내에서도 GPS장치를 이용하는 등 새로운 과학적 수사방법이 앞으로 증가할 것으로 기대된다.

그러나 앞에서 기술한 것처럼 GPS추적수사는 다른 위치정보를 이용하는 수사방법보다 그 범위가 광범위할 뿐만 아니라 범익침해의 위험성도 매우 크기 때문에 대부분의 국가에서 강제처분으로 취급하고 있다. 또한 국내에서도 수사방법에 관한 실질설에 따르더라도 사적영역에서의 GPS추적수사는 강제처분에 해당한다고 할 수 있다. 따라서 그 허용 여부를 검토하기 위해서는 우선 강제처분법정주의를 규정한 형사소송법제199조제1항 단서에 따라 형사소송법률에 그 강제처분의 종류와 절차가 정해진 경우에만 허용된다고 해석하여야 한다. 다만 우리나라와 같이 강제처분법정주의와 영장주의를 규정하고 있는 일본은 대법정판결에서 GPS추적수사는 검증과 유사하지만, 수색과 압수처분의 성질도 포함하고 있어 특별한 규정이 없으면 허용되지 않는 강제처분이라고 판시하였다. 반면에 미국에서는 GPS추적수사가 수색에 해당한다고 판시하였지만, 미국 수정헌법제4조가 선언한 영장주의와 균형법리를 채택하여 법원은 상당한 이유가 인정되는 경우에는 영장 없이도 GPS추적

수사와 같은 새로운 수사방법에 대해서도 합리적으로 판단할 수 있도록 하였다.

미국이 강제처분을 영장 없이도 허용하는 것은 국내와 입법 체계가 다를 뿐만 아니라 강제처분에 대한 판단구조 및 규제방식에도 차이가 있기 때문이라고 본다. 국내에서는 개인의 중요한 권리가 수사기관에 의해서 침해되는 경우에 강제처분법정주의에 따라 영장제도라는 사전적 규제방식에 의해 이것을 통제한다. 그러나 이러한 영장에 의한 통제방식은 체포나 압수·수색과 같은 물리적 침해수사에 대해서는 유효한 기능을 하지만, 일본의 GPS추적수사의 사례들이 시사하는 것처럼 GPS장치 등을 이용한 새로운 과학적 수사방법에 대해서는 그 대상이나 성질에 있어서 한계를 드러냈다고 하지 않을 수 없다. 즉 영장발부 당시에 존재하지 않은 장래의 위치정보가 압수·수색의 대상이 될 수 있는지 또한 수사기관이 모니터 화면에서 대상차량의 소재와 이동상황을 파악하는 것은 형사소송법상 검증으로서의 성질이 있지만, 이와 더불어 대상차량 및 사용자의 소재도 함께 검색하고 있다는 점에서 검증만으로는 파악할 수 없는 성질도 포함되어 있음을 부정할 수 없다.

일본의 GPS추적수사에 관한 대법정판결은 GPS추적수사는 물론 테크놀러지를 이용한 새로운 수사방법의 전반에 관한 포괄적 규제입법의 필요성은 물론 현행 영장제도를 통한 강제처분의 사법통제방식에 대해 문제점을 인식시켰다고 하는 점에서 매우 의미가 크다고 할 수 있다.

## VII. 결 론

GPS추적수사는 GPS장치가 갖는 효용성을 인정하더라도 기존의 수사방법들과 비교할 때 특성상 적법성의 판단에 직면하지 않을 수 없다. 이것은 수사기관이 GPS추적수사를 미행의 보조수단으로 사용하는 경우조차도 이를 남용하거나 피의자의 프라이버시 등을 과도하게 침해하는 경우에 어떻게 방지하고 억제할 것인지에 문제의 본질이 있기 때문이다. 이러한 문제가 미국과 일본의 판례상에서도 중대한 쟁점이 되었다. 여기서는 그 쟁점들의 차이점을 명확히 하는 것으로 결론에 갈음하고자 한다.

우선 GPS추적수사의 법적 성질에 대해서 미국의 판례는 그 행위가 수색에 해당한다고 판시하였다는 점에서 일치하였지만 일본은 이에 대해 명백히 판단하지 않았다. 이것은 GPS장치를 포함한 추적장치를 이용한 수사방법에 대해 종래 미국은 입의 처분으로 취급하여 왔으나, 2005년 연방형사소송규칙을 개정하여 영장을 필요로 하는 강제처분유추형으로 파악하여 그 법적 성격을 검토할 필요가 없었기 때문이라고 생각한다. 이에 대하여 일본의 판례는 GPS추적수사의 법적 성질에 대한 판단에 있어서 심급마다 차이가 있지만, 대법정판결은 개인의 행동을 계속적, 망라적으로 파악하는 것을 필연적으로 동반하기 때문에 공도상의 소재를 육안으로 파악하거나 카메라로 촬영하는

방법과 달리 공권력에 의한 사적영역을 침해한다고 하여 강제처분성을 명백히 하였다는 점에서 구별된다.

둘째, GPS추적수사의 방법과 내용은 물론 그에 관한 규정에 있어서도 미국과 일본은 상당한 차이가 있을 뿐만 아니라 이에 따라 제약되거나 침해된 법익도 상이하게 파악하고 있다. 그럼에도 불구하고 GPS장치를 장착하고 이것을 이용하여 수사하는 행위가 강제처분으로서 영장을 필요로 한다는 점에서 일치하고 있다. 즉 미국 수정헌법제4조는 영장주의를 선언하는 한편 균형법리를 채택하고 있어 GPS추적수사와 같은 새로운 수사방법에 대해서도 법원이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 영장 없이도 대립이익을 개별적·구체적으로 고려하여 합리적으로 판단할 수 있다. 반면 일본은 헌법제35조제1항에 미국 수정헌법제4조를 승계하여 영장주의의 원칙을 규정하고 있지만, 적정절차의 요청과 형사소송법제197조제1항의 단서에 강제처분법정주의를 규정하고 있어 특별한 규정이 없는 한 미국과 달리 합리적 판단이 허용되지 않는다. 따라서 대법정판결에 따르면 GPS추적수사는 검증처분 이외의 수색과 압수 처분의 성격도 포함하고 있어 입법에 의하지 않는 한 이를 허용할 수 없다는 점에서 미국의 경우와는 명확히 구별된다.

마지막으로 GPS추적수사로 인한 침해법익에 대해 미연방법원의 다수견해는 정보의 수집목적으로 GPS장치를 장착하는 행위에 대하여 물리적 점유를 통한 사유재산의 침해라고 하여 침해법리의 이론에 따르고 있다. 그러나 일본의 하급심은 물론 대정법정판결에서도 개인의 프라이버시를 침해한다고 하는 점에서 일치하고 있다. 그러나 GPS장치를 장착하여도 자동차의 기능이 변경되지 않는 한 재물에 대한 침해라고 할 수 없기 때문에 그 침해의 실질은 결국 자동차의 위치정보를 파악하는 프라이버시의 문제로 귀결될 것이다. 그렇다면 이 점에서는 미국과 일본의 판례가 접근하고 있다고 할 수 있다.

## 감사의 글

본 연구는 2019년도 광주대학교 대학연구비의 지원을 받아 연구되었음.

## 참고문헌

- [1] B. S. KIM, "A Criminal Study for the Protection of Personal Location Information," *Chonnam Law Review*, Vol.32, No.3, p.275. 2012.
- [2] M. IBUSUKI, *GPS-based investigation and protection of privacy*, Tokyo : Gendaijinbunsha, p.10. 2018.
- [3] K. K. YAMANAKA, "Study on scientific investigation privacy(1,2)," *Kansai University Law Review*

[hougakgenkyuronshu], Vol.33, No.6, p.17. 1984.

[4] Supreme Court Decision, April 15, 2008, *Supreme Court Report* [saikou saibansho keiji hanreishu], Vol.62, No.5, p.1398.

[5] Supreme Court Decision, September 22, 1980, *Supreme Court Report* [saikou saibansho keiji hanreishu], Vol.34, No.5, p.272.

[6] M. IBUSUKI, "GPS-based investigation and legal character," *Horitsujiho*, Vol.87, No.10, p.59. 2015.

[7] S. TAKAMURA, "The Examination about Legality of Monitoring Investigation by Obtaining Cell-Site Location Information," *Meiji University Law Review* [hougakgenkyuronshu], Vol.50, p.60. 2019.

[8] Fed. R. Crim. Proc. §41(b) (4).

[9] *Katz v. United States*, 389 U.S. 347. 1967.

[10] *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, at 361(Harlan, J., concurring). 1967.

[11] *United States v. Karo*, 468 U.S. 705. 1984.

[12] *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276. 1983.

[13] *United States v. Jones*, 451 F. Supp. 2d 71. 2006.

[14] *United States v. Maynard*, 615 F. 3d 544. 2010.

[15] *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945. 2012.

[16] G. T. R. KAMEI, "Legality of investigation using a GPS attached to a vehicle," *CLJ*, Vol.47, p.42. 2016.

[17] Osaka District Court Decision, January 27, 2015, *District Court Report* [hanrei jiho], No.2288, p.137.

[18] Osaka District Court Report, January 27, 2015, *District Court Report* [hanrei jiho], No.2288, p.138.

[19] M. K. KAMEISHI, "Acquisition and justification of acquisition of location information in investigation," *CLJ*, Vol.48, p.77. 2016.

[20] Osaka High Court Report, March 2, 2016, *High Courts Report* [koutou saibansho keiji hanreishu], Vol.71, No.3, p.171.

[21] Supreme Court Decision, March 15, 2017, *Supreme Court Report* [saikou saibansho keiji hanreishu], Vol.71, No.3, p.13.

[22] T. SAITOU, *supra note*[2], p.54.

[23] *Katz v. United States*, 389 U.S.347, 357. 1967.

[24] *United States v. Katzin*, 12-2548 (3rd Cir.2103).

[25] K. YASUTOMI, *Law Criminal Procedure*, Tokyuu : Keio University Press, p.47. 2007.

[26] Supreme Court Decision, March 16, 1976, *Supreme Court Report* [saikou saibansho keiji hanreishu], Vol.30, No.2, p.187.

[27] Supreme Court Decision, November 12, 1999, *Supreme Court Report* [saikou saibansho keiji hanreishu], Vol.53, No.9, p.1327.

[28] Supreme Court Decision, September 28, 2009, *Supreme Court Report* [saikou saibansho keiji hanreishu], Vol.63, No.7, p.868.

[29] There are Nagoya District Court Decision, December 24, 2015 and Mito District Court Decision, January 22, 2016 besides from the cases covered in this paper.



**김형만(Hyung-Man Kim)**

1999년 : 일본 명치대학 대학원 (법학 석사)

2005년 : 일본 명치대학 대학원 (법학 박사)

1996년~2008년: 대불대학교 경찰행정학과 부교수  
2008년~현 재: 광주대학교 경찰법행정학부 교수  
※관심분야 : 과학기술과 법, 오관, 사실인정