

## 수사목적 GPS 위치추적의 적법성

최 대 호\*

### 〈국문초록〉

GPS 위치추적의 성질에 비추어 생각해 볼 때 GPS 수사는 국민의 기본권 침해 가능성을 증가시킬 수 있다는 점에서 이에 대한 엄격한 규제가 요구되고 있다. 수사기관이 GPS 위치추적을 통해 취득한 위치정보가 특정 개인 또는 단체를 감시할 목적으로 이용된 결과 국민의 기본권 특히 사생활 보호권에 대하여 감내할 수 없는 매우 심각한 수준의 침해를 야기할 수 있다. 따라서 GPS 수사에 대한 적절한 한계를 설정하는 것이 중요하다.

본 논문에서는 GPS 수사의 강제처분성과 그 적법성을 고찰하였다. 이를 위해 미국과 일본의 판례를 분석하고 이를 바탕으로 하여 형사소송법상 GPS 수사의 강제처분성을 구체적으로 고찰하였다. 그리고 GPS 수사를 강제처분으로 자리매김한 후 현행법상 이에 대한 규제가능성과 이에 대한 입법적 방향을 검토하였다. 그 주된 내용은 다음과 같다.

GPS 위치추적을 통해 취득된 위치정보는 그 위치정보가 사적 영역에 속하든 공적 영역에 속하든 지속적으로 취득될 경우 사생활 침해의 잠재적 위험성이 매우 크고, 뿐만 아니라 취득된 위치정보를 축적하여 당해 범죄가 아닌 장래 범죄에 대한 수사 또는 프로파일링을 목적으로 사용될 우려가 있다. 이러한 GPS 위치추적은 수사대상자의 실질적 의사에 반하고 또 헌법상 보장된 사생활 보호권에 대한 침해가능성이 매우 크기 때문에 GPS 위치추적의 적정성을 위해 특별한 법적 규제와 더불어 영장주의의 적용을 통한 법원의 엄격한 통제가 필요하다.

이러한 관점에서 GPS 수사의 활용도가 높은 미국과 일본에서는 GPS 수사의 강제처분성을 인정하고 이에 대한 입법적 및 사법적 통제를 강화시키고 있다. 이에 비해, 우리나라에서는 통신비밀보호법의 적용을 통해 GPS 위치정보는 아니지만 통신기지국위치정보에 대한 수사기관의 활용을 통제할 수 있는데 이는 미국 및 일본에 비해 진일보한 것이라고 할 수 있다. 다만, 통신비밀보호법 제2조 11호에 규정된 '통신사실확인자료'의 범위에 규정된 '발신기지국의 위치추적자료'의 해석과 관련하여 여기에 'GPS 위치정보'를 포함시킬 수 있는지 여부를 둘러싸고 해석론상 논란이 되고 있다. 이를 불식시키기 위해서는 통신비밀보호법 개정을 통해서 '발신기지국의 위치추적자료'와 더불어 'GPS 위치정보'를 삽입시키는 것이 바람직하다.

\* 대전대학교 공공인재법학과 조교수, 법학박사

주제어 : GPS 수사, GPS 위치추적, GPS 위치정보, 압수·수색, 사생활 보호권

• 투고일 : 2018.06.21. / 심사일 : 2018.07.16. / 게재확정일 : 2018.07.22.

## I. 들어가는 말

GPS 위치추적은 기존의 법이 전혀 예상하지 못한 새로운 종류의 위치정보 수집 기법으로서,<sup>1)</sup> 그 정밀도는 통신비밀보호법상 ‘통신사실확인자료’의 하나로 규정돼 있는 통신기지국위치정보에 비해 비교할 수 없을 정도로 높다. 이에 GPS 위치추적을 통해 범인을 추적·검거하거나 증거를 확보하는 방법(이른바, GPS 수사)이 수사기관의 주목을 받고 있다. 특히 스마트 폰이 우리의 일상생활에서 광범위하게 상용화되면서 수사기관은 GPS가 내장된 휴대폰을 추적하여 범인을 검거하는 데 사용하고자 하는 강력한 동기를 갖게 된다.<sup>2)</sup> 즉 수사기관에서는 GPS 단말기를 수사대상자의 차량·가방 등에 부착한 후 위치추적을 하거나, 휴대전화기 등 전자기기에 이미 내장되어 있는 GPS 단말기에서 발신되는 위치정보를 이용하여 피의자를 추적하는 등의 방법으로 범인검거하거나 증거물을 쉽게 확보할 수 있게 된다.

이러한 GPS 수사가 미행수사를 보완하는 것으로서 임의수사에 해당하는지, 아니면 강제처분을 수반하는 것으로서 강제수사에 해당하는 것인지 여부가 문제된다. 즉 수사기관은 GPS 위치추적을 통해 장기간에 걸쳐 지속적으로 수사대상물의 위치정보를 취득할 수 있게 되는데 이러한 위치정보의 취득이 대상자의 사생활을 침해하기 때문에 임의수사의 범주를 초월할 수 있다는 것이다.

이러한 문제와 관련하여 미국에서는 GPS 수사의 적법성을 둘러싼 활발한 논의와 더불어 이와 관련된 다수의 판례도 나오고 있다. 즉 2012년 Jones 판결

1) GPS(Global Positioning System)란 우주공간 상의 위치를 알고 있는 위성으로부터 지상과 바다, 하늘과 우주상에 존재하는 미지의 지점까지의 거리를 측정하는 시스템으로서 GPS 추적장치는 GPS시스템을 사용하여 얻은 위치정보 이른바 ‘GPS 위치정보’를 PC 등에 수시로 송신한다. 따라서 수사기관이 GPS 추적장치를 피의자의 소유물 예를 들어 피의자가 운전하는 차량에 장착한 후에는 눈으로 감시하지 않고도 피의자를 추적·감시할 수 있게 된다(B. Hofmann-Wellenhof 외 2인, 「GPS 이론과 응용」, 서용철 역, 시그마프레스, 2009, 15면).

2) 이윤제, “GPS 위치정보와 영장주의”, 법학논총 제20집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2013. 4, 440면.

은 ‘부착형 GPS’와 ‘내장형 GPS’로 구분한 후, 차량에 2개월간 GPS 단말기를 부착한 감시행위는 수정헌법 제4조가 금지하는 ‘불합리한 수색’에 해당한다고 판시하였다. 또한 ‘내장형 GPS’의 경우 지금까지 연방대법원의 판결은 없지만 몇 개의 하급심 판례가 존재한다. 한편, 일본에서는 ‘내장형 GPS 수사’의 경우 법관이 발부한 영장을 받을 것을 요구하고 있으며 수사실무에서 임의처분으로 자리매김하고 있었던 ‘부착형 GPS 수사’의 경우 그 적법성을 둘러싸고 논쟁이 된 판례가 계속해서 등장하고 있던 중 2017년 3월 15일 오사카(大阪) 고등재판소 판결에 대한 최고재판소판결이 나왔다.

이에 비해 우리나라에서는 통신비밀보호법에 근거하여 법원의 허가를 받아 통신사업자로부터 ‘기지국 위치정보’를 제공받는 형태의 수사를 행하고 있을 뿐,<sup>3)</sup> GPS 위치추적을 통한 수사는 거의 행해지고 있지 않다.<sup>4)</sup> 이는 GPS 위치추적을 통한 수사를 허용하고 있는 명시적 법률 규정<sup>5)</sup>이 없을 뿐만 아니라 관련 수사지침도 마련되어 있지 않기 때문이다. 이에 학계에서는 범죄수법이 날로 진화되고 있고 이에 정보통신기술 발달에 걸맞은 수사기법을 도입할 필요성이 있다는 인식 하에 2015년 후반부터 GPS 단말기를 이용한 수사기법의 활용과 그에 따른 규제방안이 논의되기 시작하였다. 또한 수사기관 역시 현행 수사기법으로는 도주 중인 범죄자를 추적하는 데 한계가 있다는 점을 고려하여 GPS 위치추적을 통한 수사의 필요성에 주목하고 있는 것으로 보인다.

그러나 GPS 위치추적의 성질을 감안해 볼 때 GPS 수사는 국민의 기본권 침해가능성을 증가시킬 수 있다는 점에서 이에 대한 엄격한 규제가 절실히 요구되고 있다. 특히 수사기관의 GPS 위치추적은 이를 통해 취득한 위치정보를 활용하여 특정 개인 또는 단체에 대한 감시목적으로 이용된다거나, 국민의 기본권 특히 사생활 보호권에 대한 감내할 수 없는 정도의 심각한 수준의 침해가 야기될 수 있다.<sup>6)</sup> 따라서 GPS 수사의 활용과 더불어 그 사용에 대한 적절

3) 그런데 통비법 제2조 11호의 ‘통신사실확인자료’에 ‘기지국 위치정보’를 포섭할 수 있는지 여부를 둘러싸고 지난 2017년 7월에 헌법재판소의 공개변론이 있었다.

4) 다만 일부 마약범죄 수사에 활용되거나 인질범이 돈을 요구하는 경우 돈가방 등에 위치추적기를 부착하여 수사를 행하고 있다(김종구, “위치추적장치(GPS단말기)를 이용한 수사와 영장주의: 미국과 일본의 판례를 중심으로”, 비교형사법연구 제17권 제4호, 한국비교형사법학회, 2015. 12, 100면).

5) 「위치정보의 이용 및 보호 등에 관한 법률」 제29조는 긴급구조를 위한 개인위치정보의 제공 요청을 규정하고 있을 뿐 수사 목적의 개인위치정보 취득은 규정되어 있지 않다. 이에 2015년 후반부터 GPS단말기를 이용한 수사기법의 활용 및 이를 위한 영장제도의 도입을 둘러싸고 논의되기 시작했고, 검찰 역시 현행법상으로는 도주 중인 범죄자를 추적하는 데 한계가 있다는 이유로 GPS 위치정보를 수사에 적극적으로 사용할 수 있는 방안을 모색하고 있다.

한 한계를 설정하는 것이 중요하다.

이에 본 논문에서는 형사소송법상 GPS 수사의 강제처분성과 그 규제방안을 고찰한다. 그런데 우리나라에서는 아직 GPS 수사를 다룬 판례가 없다. 이에 미국과 일본의 판례를 검토한 후 이를 바탕으로 하여 GPS 수사의 강제처분성을 구체적으로 분석한 후 이에 대한 현행법상 규제가능성 및 입법적 개선방향을 검토한다.

## II. GPS 수사에 관한 미국 및 일본의 판례

GPS 수사기법은 차량·가방 등에 GPS 단말기를 부착한 후에 단말의 위치정보를 탐지하는 방법(이하, ‘부착형 GPS’)과 물리적 침입을 수반하지 않고 휴대전화기 등 전자기기에 부착된 GPS 단말기를 이용하여 위치정보를 탐지하는 방법(이하, ‘내장형 GPS’)으로 구분된다.

### 1. 부착형 GPS 수사

수사기관은 GPS 단말기를 피의자의 차량, 가방 등 물건 등에 부착하여 위치정보를 취득하고 이를 토대로 하여 범인을 추적·검거, 증거확보, 위치정보 자체의 증거사용 등에 사용하게 된다.<sup>7)</sup>

#### (1) 미국의 2012년 Jones 판결

##### 1) 사건 개요

2004년 수사기관은 Jones 및 Maynard에 대하여 코카인 밀매 혐의로 수사를

6) 위치정보의 수집·분석 등을 통하여 위치정보 이상의 개인정보 예를 들어 개인의 사상 및 신념에 관한 정보 등이 밝혀질지도 모른다는 우려 때문에 개인의 행동을 위축시킬 가능성도 있다. 국가공권력이 개인의 도덕적 자율의 존재에 직접 관련성이 없는 외적 사항에 관한 개별적 정보(이를 ‘사생활의 외연정보’라고 함)를 정당한 목적과 방법으로 취득·수집·이용하더라도 이를 곧바로 사생활 보호권에 대한 침해라고 할 수는 없지만 이러한 외적 정보가 악용되거나 축적될 경우 개인의 도덕적 자율성에 심각한 영향을 미칠 수 있다. 즉 국가 공권력이 수집된 위치정보를 사용하여 개인의 성향을 파악할 수 있다고 한다면 사람들은 자유로운 대화 또는 행동을 주저하게 될 것이다.

7) 양중모, “GPS 위치정보 활용 수사에 관한 고찰”, 법학연구 제24권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2016. 1, 227면.

개시하였다. 수사기관은 Jones 부인 명의로 등록되어 있는 차량에 10일간 GPS 추적장치를 설치하는 취지의 영장을 발부 받아 동 차량을 추적하였다. 그런데 수사기관은 영장에서 허용된 기간이 지난 후 영장에서 허용된 구역 밖의 공용주차장에 정차하고 있었던 차량의 차체에 GPS 추적장치를 설치하고 그 후 28일간에 걸쳐 공공도로에서 주행하는 그 차량을 감시하여 2천 페이지 이상의 위치정보 기록을 취득하였다.

## 2) 판결요지

연방대법원의 다수의견은 차량에 GPS 추적장치를 설치 및 이용하여 피의자의 행동을 감시하는 행위는 수정헌법 제4조<sup>8)</sup>의 ‘수색’에 해당한다고 판시하였다. 즉 차량에 GPS 추적장치를 물리적으로 부착한 행위는 재산권의 영역을 침범한 것이며 이는 ‘수색’에 해당한다는 것이다.

한편, 보충의견에서는 침입법리를 채용한 다수의견에 대해 다음과 같이 비판하였다. 즉 GPS에 의한 감시는 개인의 가족관계, 정치적 관계, 전문가 측과의 관계, 종교상 관계 그리고 성적 관계 등을 상세히 나타내며 공적 공간에서의 행동을 정확하고 광범위하게 기록하기 때문에 표현의 자유 및 집회의 자유에 대한 위축효과를 발생시키며,<sup>9)</sup> 나아가 개인이 제3자에게 임의로 공개한 정보에 관하여는 사생활 보호권의 합리적 기대를 가지고 있지 않다는 선례는 자기 자신에 관한 대량의 정보를 제3자에게 공개하고 있는 디지털시대에는 적합하지 않다. 또한 20세기 감시기술인 GPS 추적장치를 사용하여 차량을 감시한 것이 수정헌법 제4조가 금지하는 불합리한 압수수색에 해당하는지 여부에 대한 판단이 필요한데 공교롭게도 다수의견은 18세기의 불법행위에 기초하여 본 건을 판단할 것을 선택하였다<sup>10)</sup>고 하여 침입법리에 대해 4가지 문제점을 지적하고 있다.

① 장기간의 추적을 목적으로 GPS 추적장치를 사용한 점을 무시하고 운전자에게는 영향을 미치지 않는 차량하부에 작은 장치를 부착한 점을 중시하고 있다. 이러한 사고방식을 따르게 된다면 예를 들어 연방정부가 자동차 제조사에

8) “사람은 그 신체, 주거, 서류 그리고 재산에 관하여 불합리한 압수수색을 받지 않을 권리를 가진다. 또한 이 경우 합리적인 이유에 기초하여 선서 또는 확인(affirmation)을 바탕으로 적발되거나 수색된 장소가 특정되고 수색의 대상인 사람과 물건이 특정된 영장이어야 한다”고 규정하고 있다.

9) 모자이크 이론이라는 단어 자체를 사용하고 있지 않지만 모자이크 이론에서 지적하고 있는 문제를 대법원에서 비로소 지적하고 있다.

10) United States v. Jones, 565 U.S., 132 S. Ct. 945(2012), at 957.

대해 모든 차량에 GPS 추적장치를 부착시킬 것을 요구 또는 요청한 경우 사생활에 대한 어떠한 보호도 할 수 없다.<sup>11)</sup> ② 일단 경찰이 GPS 추적장치를 부착하고 단기간 차량을 추적할 목적으로 그 장치를 사용한 경우에는 수정헌법 제4조에 위반되지만 잠복순찰차와 항공기를 이용하여 장기간 동 차량을 추적한 경우에는 수정헌법 제4조가 문제되지 않게 된다.<sup>12)</sup> ③ 다수의견에 따른 경우 주(州)에 따라 수정헌법 제4조의 보호범위가 달라지게 되는데 예를 들어 부부의 공유재산제도가 없는 주(州)에서는 부인명의로 등록된 차량은 피고인 차량이 아니므로 제4조의 적용을 받지 않는다.<sup>13)</sup> ④ 다수의견에 따른 경우 비물리적인 수단에 의해 감시가 행해진 경우 특히 귀찮은 문제에 부딪치게 된다.<sup>14)</sup>

다른 한편 ‘사생활 보호에 대한 합리적 기대’라고 하는 판단기준 역시 문제가 있다고 지적한다. 즉 현재 실무에서는 휴대전화기 및 기타 무선기기가 사용자의 위치를 추적하는 데 이용되고 있는데 이러한 새로운 전자기기의 성능 및 이용은 일반인의 일상생활에 대한 사생활 보호의 기대범위를 형성하게 할 것이다.<sup>15)</sup> 그래서 향후 입법에 의한 해결이 바람직 하지만 본 사건에서 우리가 취해야 할 가장 최선의 방법은 기존의 수정헌법 제4조의 이론을 적용하여 GPS 추적장치의 사용이 합리적 인간의 예견가능성을 초월하는 침해를 초래하는지 여부를 검토하는 것이다.<sup>16)</sup> 이러한 접근방법에 의하면 공공도로에서 개인의 행동을 비교적 단기간 감시하는 것은 사회가 합리적으로 인식하는 사생활 보호권의 기대와 합치될 수 있지만 모든 범죄수사에서 장기간 GPS 추적장치를 사용하는 것은 사생활 보호의 기대를 벗어나는 것이다.<sup>17)</sup> 따라서 본 사건에 있어 장기간의 감시는 제4조가 금지하는 불합리한 ‘수색’에 해당한다.

### 3) 검토

Jones 판결의 다수의견은 ‘사유재산을 물리적으로 점유한’ 및 ‘물리적 침입’이라는 문언에서 보면 ‘침입범리’를 판단기준으로 하고 있는 것으로 볼 수도 있다.<sup>18)</sup> 하지만 GPS ‘부착’을 ‘감시하기 위해’, ‘정보를 수집할 목적으로’라고

11) Id, at 961.

12) Ibid.

13) Id, at 961-962.

14) Id, at 962.

15) Id, at 963.

16) Id, at 964.

17) Ibid.

18) Arnold H. Loewy, United States v. Jones: Return to Trespass-Good News or Bad, 82 Miss. L. J. 879(2013).

한정하고 있으므로, GPS 추적장치가 부착된 이후의 감시·정보수집도 포괄하고 있는 것으로 볼 수 있다. 다른 한편 수정헌법 제4조를 제정할 당시 수색의 정의에 따라 GPS 단말기 부착행위를 차량 등 유체물에 대한 물리적 침입으로 보고 있을 뿐, 부착 이후의 사생활 침해는 고려하고 있지 않다. 즉 수사기관이 정보취득을 위해 재산을 물리적으로 침해한 것을 수색에 해당하는데, 이 경우 차량은 수정헌법 제4조의 보호대상이 되는 재산에 해당하며 따라서 수사기관이 정보취득을 목적으로 사인의 차량에 GPS 단말기를 부착시키는 행위는 사유재산에 대한 물리적 침해로서 수정헌법 제4조의 수색에 해당한다는 것이다. 다만 연방대법원의 판결에서는 GPS 단말기를 설치하기 위해 법원의 영장을 발부 받아야 하는지에 대해서는 명시하고 있지 않다.

Jones 판결 이후의 *Florida v. Jardines* 판결<sup>19)</sup>에서는 Jones 판결의 판단기준에 따라 약물탐지견을 사용하여 주거를 탐지한 경우 수정헌법 제4조의 ‘불합리한 수색’에 해당한다고 보았다. 이와 같이 GPS 위치추적 이외의 사안에서도 ‘물리적인 침입’이 있는 경우에는 ‘사생활 보호에 대한 합리적 기대’라고 하는 기준이 아니라 ‘물리적 침입’의 유무에 따라 ‘수색’에 해당하는지 여부를 판단하고 있다.<sup>20)</sup>

## (2) 일본의 2017년 3월 15일 최고재판소 판결

### 1) 사실관계

피고인들은 2012년 2월 14일부터 2013년 10월 6일까지 자동차 및 옷 등의 절도, 상점에 대한 건조물침입 및 상해 등 사실로 기소되었다. 수사단계에서 수사기관은 영장을 발부받지 않고 GPS 수사를 하였다. 본 사건의 GPS 수사 기간은 2013년 5월 23일 경부터 동년 12월 4일경까지 대상차량은 총 19대, 사용된 GPS 위치추적의 정밀도는 전파가 닿지 않는 장소에서 수백미터 또는 그 이상의 오차가 발생할 수 있는 것이 있는 한편, 전파상황이 양호한 장소에서는 수십미터 정도의 오차만 발생할 뿐, 수십 미터의 오차에 머무르는 것도 많다.<sup>21)</sup> 그리고 GPS 단말기를 사용한 위치정보의 취득횟수는 1,000회를 초과한

19) *Florida v. Jardines*, 133 S. Ct. 1409(2013).

20) *United States v. Alabi*, 943 F. Supp. 2d 1201(2013)

21) 대상차량이 터널 안을 주행하고 있는 경우는 위치정보를 취득할 없지만 주변이 두꺼운 콘크리트 벽으로 덮여 있는 주차장(외부와 통하는 창문이 있는) 안에 소재한 경우는 수백미터 정도의 오차, 고속도로를 주행하고 있는 경우는 100미터 이내의 오차, 주변에 벽 및 고층건물이 없는 최상의 조건에 있는 경우는 수십미터 정도의 오차에서 위치정보를 취득

것도 있었다. 변호인은 본 사건 GPS 수사는 사생활 보호권을 침해하는 강제 처분에 해당하는바, 현행법에서는 이것이 법정되어 있지 않기 때문에 강제처분 법정주의에 위반하고, 가령 검증에 해당한다고 하더라도 영장 없이 행하고 있었기 때문에 위법임과 동시에 본 사건 GPS 수사 등에 의해 얻은 증거 및 파생적 증거는 위법수집증거배제법칙의 적용에 의해 증거능력이 부정된다고 주장하였다.<sup>22)</sup>

## 2) 제1심 및 항소심 판결

이에 2016년 7월 10일 오사카(大阪) 지방재판소 판결(1심)<sup>23)</sup>은 GPS 수사의 강제처분성에 관하여 다음과 같이 판결하였다.

“본 사건 수사에 사용된 GPS는 ... 오차범위가 수십미터 정도인 위치 정보를 취득할 수 있는 것도 많고, 경찰관들이 피고인들이 타고 있는 차량의 미행을 놓친 후에도 GPS 위치정보를 취득함으로써 재차 동 차량을 발견하여 미행할 수 있는 정도로 그 위치정보는 정확한 것이었다. 본 사건의 GPS 수사는 ... 사생활 보호의 합리적 기대가 높은 공간에 대상이 소재하는 경우에도 그 위치정보를 취득할 수 있다. 본 사건에서도 ... 러브호텔 주차장에 소재한 대상에 대한 GPS 위치정보가 다수 취득되고 있는바, ... 시설의 성질상 이용객 이외의 자가 출입하는 것은 예정하고 있지 않고, 사생활 보호의 합리적 기대가 높은 공간에 관한 위치정보를 취득한 것이라고 할 수 있다. 미행 등에 본 사건 GPS를 사용한다는 것은 적어도 미행을 놓친 경우 대상차량의 위치정보를 취득하여 이를 탐색, 발견하여 미행 등을 계속하는 것일 뿐, 미행을 놓친 경우 위치정보를 검색하면 ...대상이 공공도로에 있지 않는 한, ... 사생활 보

할 수 있다(龜石倫子, “GPS 捜査は令狀主義を沒却する重大な違法があるとした事例(特集 GPS 捜査の問題点と刑事弁護の課題)”, 季刊刑事弁護 85号, 2016, 96頁 이하.

22) 변호인은 본 사건 GPS 수사의 적법성 이외에 다음의 2가지를 주장하였다. 첫째로 수사기관이 공소사실 중 일부사실에 의해 피고인을 체포하였음에도 불구하고 즉시 이를 행하지 않고 수사를 지속하고 그 결과 피고인들이 공소사실 중 기타 범죄행위에 미치는 제3자에게 중대한 범익침해를 발생시킨 것은 임의수사의 한도를 초과하고 있으므로 위법이라는 것이다. 둘째로 수사기관이 피고인들을 장기간 미행감시하고 비디오카메라 등으로 촬영·기록하는 수사를 한 것은 사생활을 침해하기 때문에 강제처분임에도 불구하고 영장 없이 실시하고 있고, 또한 임의수사의 한계를 초월하고 있으므로 위법이라는 것이다. 다만 본 논문에서는 GPS 수사의 강제처분성 해당성에 관한 문제만을 취급하고자 한다.

23) 大阪地判平成27年 7月10日判時2288号, 144頁; LEX/DB25540308.



호의 합리적 기대가 높은 공간에 소재하는 대상차량의 위치정보를 취득하는 것이 당연히 있을 수 있다. 게다가 ... 경찰관들은 부착 또는 제거를 위해서도 위치정보를 취득한 것이므로 이 경우에도 동일한 형태의 것이 당연히 있을 수 있다. 그렇다고 한다면 본건 GPS 수사는 그 구체적인 내용을 전제로 하더라도 눈으로만 보는 수사와 그 성질이 다르므로, 미행을 보조하는 수단으로서 임의수사라고 결론을 맺는 것이 아니라, 오히려 내재적 또 필연적으로 큰 사생활 침해할 수반한 수사였다. GPS 단말기를 부착·제거할 때 경찰관은 적어도 러브호텔 주차장에 들어간 바, 동 시설구조 및 성질을 고려한다면 관리권자의 포괄적 승인에 의미가 있는 장소에 들어가서 GPS 단말기를 부착·제거한 점도 본건 GPS 수사에는 관리자에 대한 권리침해가 있을 가능성을 부정하기 곤란하다. 따라서 본건 GPS 수사는 대상차량 사용자의 사생활 등을 크게 침해하는 것이므로, 강제처분에 해당한다고 인정할 수 있다. 그리고 본건 GPS 수사는 휴대전화기 등 화면에 표시된 GPS 위치정보를 수사기관이 오관의 작용에 의해 관찰하는 것이므로 검증으로서의 성질을 가진다.”<sup>24)</sup>

오사카(大阪) 지방재판소 제7형사부는 본건 GPS 수사의 강제처분성을 긍정하고 일부 증거의 증거능력을 부정하였지만 결론에서는 기타의 증거를 바탕으로 하여 피고인에 대하여 유죄를 선고하였다. 강제처분성을 판단하는 데 있어 “본건 GPS 수사는 대상차량사용자의 사생활 등을 크게 침해한 것이므로 강제처분성의 해당성이 인정된다고 판시하여 판결에서는 권리침해의 정도만을 고려하고 있다. 이에 변호인은 본건 GPS 수사는 강제처분법정주의를 위반한 처분으로서 그 위법의 중대성이 매우 크다고 주장하여 항소하였다. 이에 대하여 2016년 3월 2일 오사카(大阪) 고등재판소(2심)는 다음과 같이 판시하였다.

“GPS 기술을 사용한 차량의 위치탐색수사는 일반적으로 상대방의 승낙 없이 차량 및 이를 사용한 자의 소재위치를 어느 정도 정확하게 파악할 수 있고, GPS 발신기가 차량에 부착되어 있는 한 지속적 미행·

24) 오사카(大阪) 지방재판소 6월 결정에 대한 평석으로는 指宿信, “GPS利用捜査とその法的性質-承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐって”, 法律時報 87卷 10号, 2015, 58頁 이하; 龜井源太郎·尾崎愛美, “車両にGPSを装着して位置情報を取得する捜査の適法性-大阪地裁平成27年1月27日決定·大阪地裁平成27年6月5日決定を契機として-”, 刑事法ジャーナル 47号, 2016, 42頁 이하; 清水眞, “GPSと捜査(特集トピックからはじめる法學入門)”, 法學教室 427号, 2016, 41頁 이하 등이 있다.

추적이 곤란한 경우 대상 소재위치의 단서가 전혀 존재하지 않는 경우에도 어느 정도 즉시 그 위치정보를 얻을 수 있는 것이므로 실시방법 등 실시방법 여하에 따라서는 대상자의 사생활 침해로 이어질 수 있다. 본 건에서 실시된 GPS 수사는 일련의 절도사건의 범인들이 이동을 위해 사용하는 개연성이 있다고 인정된 차량을 대상으로 발신기를 부착하고, 경찰관들의 경우 여러 번 연속적으로 위치정보를 취득한 것이므로, 이에 의해 취득할 수 있는 정보는 미행·잠복 등과 달리 대상차량의 소재위치에 한정되고 여기에서의 차량사용자들의 행동상황 등이 밝혀지는 것은 아니고, 또한 경찰관들이 상당기간에 걸쳐 기계적으로 각 차량의 위치정보를 계속 취득하여 이를 추적하고, 이에 따라 과거의 위치정보를 망라적으로 파악한 사실도 인정되지 않는 등 사생활 침해의 정도가 반드시 크지 않다고 보아야 할 사정도 존재하고 있지만 이 방법에 의하면 경찰관이 대상과 떨어진 장소에 있다고 하더라도 매우 용이하게 그 위치정보를 취득할 수 있다.

본 사건에서는 차량에 따라서는 위치정보가 취득된 기간이 비교적 장기간에 미치고, 그 횟수도 상당히 많고, 그밖에 세콤 주식회사에서는 서비스이용자가 사전에 등록한 시간대에 있어 대상의 위치정보 및 서비스이용자를 검색하여 취득한 대상의 위치정보가 과거 1개월분 및 당월분에 한정하여 보존되어 있고, 경찰관들은 이러한 위치이력을 컴퓨터에 저장하여 대상자의 과거위치(이동)정보를 파악하는 것이 특별히 방해받지 않는 상황에 있었다고 인정되고, 이러한 점에 주목하여 대상차량사용자의 사생활을 크게 침해하는 것으로서 강제처분에 해당한다든지, 영장 없이 이를 행한 점에 위법으로 이해할 여지가 없는 것은 아니다.”<sup>25)</sup>

고등재판소는 위치정보취득의 장기성, 추적성 등에 주목하여 강제처분이 될 가능성도 지적하였지만 법원의 영장 없이 실시할 수 없는 것도 아니라고 판시하였다. 결국 수사기관에게 영장주의를 참탈할 의도가 없다는 이유로 위법의 중대성을 부정하였다.<sup>26)</sup>

### 3) 최고재판소 판결

25) 判例タイムズ(1429号), 148頁.

26) 동 판례에 대한 평석으로는 宇藤崇「判批」法學教室 431号(2016) 145頁; 中島宏, “判批”, 法學セミナー(741号), 2016, 116頁 등.

반면, 최고재판소는 GPS 수사의 강제처분성을 인정하고 강제처분법정주의의 관점에서 GPS 수사의 적법성을 다음과 같이 판시하였다.<sup>27)</sup>

### ① 사생활 침해

GPS 수사는 대상차량의 위치정보를 실시간으로 검색하여 파악하는 것이지만 그 성질상 공공도로에 있는 차량뿐만 아니라 개인의 사생활이 강하게 보호되어야 할 장소 및 공간에 관한 것도 포함하여 대상차량 및 그 사용자의 소재와 이동을 세부적으로 파악할 가능성이 있다. 이러한 수사방법은 필연적으로 개인의 행동을 지속적, 망라적으로 파악할 수밖에 없으므로, 개인의 사생활을 침해할 수 있으며 또한 이러한 침해를 가능하게 하는 단말기를 개인의 소지품에 비밀리에 부착하는 방법으로 행해진다는 점에서 공공도로 위의 소재를 육안으로 파악한다거나 카메라로 촬영하는 등의 방법과 달리, 국가공권력의 사적 영역에 대한 침해를 수반하게 된다.

### ② 강제처분 해당성

(일본)헌법 제35조는 “주거, 서류 및 소지품에 대하여 침입, 수색 및 압수를 받지 않을 권리”를 규정하고 있는바, 이 규정의 보장대상은 ‘주거, 서류 및 소지품’에 한정되지 않고, 이들에 준하는 사적 영역에 대한 침입을 받지 않을 권리를 포함한다고 이해하는 것이 상당하다. 그렇다고 한다면 위에서 기술한 것처럼 개인의 사생활 침해를 가능하게 하는 기기를 그 소지품에 비밀리에 부착함으로써 합리적으로 추인되는 개인의 의사를 억압에 반하여 그 사적 영역을 침입하는 수사방법인 GPS 수사는 개인의 의사를 억압하여 헌법이 보장하는 중요한 법적 이익을 침해하는 것으로서, 형사소송법상 특별한 근거규정이 없으면 허용되지 아니하는 강제처분에 해당한다. 이와 더불어 일반적으로는 현행법체포 등 영장을 요하지 않는 처분과 동일하게 보아야 할 사정이 있다고 인정하기도 곤란하므로, 영장이 없으면 행할 수 없는 처분”이라고 이해하여야 한다.

### ③ 영장주의

GPS 수사는 정보기기의 화면표시를 파악하여 대상차량의 소재와 이동상황을 파악하는 점에서는 형사소송법상 ‘검증’과 유사한 성질을 지니고 있지만 GPS 단말기를 대상차량에 ‘부착’함으로써 대상차량 및 그 사용자의 소재를 검

27) 이하, 最高裁大法院平成29年3月15日判決(LEX/DB25448527); 刑集71卷3号279頁. 본 사건과 관련된 연구논문으로는 伊藤雅人·石田壽一, “判解”, *ジュリスト* 1507号, 106頁; 宇藤崇, “捜査のためにGPSを使用することの適否について”, *法學教室* (440号), 152頁; 石田倫識, “GPS捜査の適法性”, *法學セミナー* (749号), 98頁; 堀口悟郎, “GPS捜査とプライバシー”, *法學セミナー* (750号), 104頁; 中島宏, “GPS捜査最高裁判決の意義と射程”, *法學セミナー* (752号), 10頁; 前田雅英, “いわゆるGPS 捜査の合憲性”, *捜査研究* (798号), 28頁 등이 있다.

색한다는 점에서 검증으로 볼 수 없는 성질을 지니고 있다는 점도 부정하기 곤란하다. 가령 검증허가장을 발부받거나 또는 이와 병행하여 수색허가장을 발부받는다 하더라도 GPS 수사는, GPS 단말기를 부착한 대상차량의 소재를 검색함으로써 대상차량의 사용자에게 대한 행동을 지속적, 망라적으로 파악할 수 밖에 없으므로 GPS 단말기를 부착해야 할 차량 및 죄명을 특정하는 것만으로는 범죄사실과 관계없는 사용자의 행동을 과잉되게 파악하는 것을 억제할 수 없고, 법관의 영장심사를 요구하고 있는 취지를 충족시킬 수 없다는 우려가 있다. 나아가 GPS 수사는 피의자에게 알리지 않고 비밀리에 행하지 않으면 의미가 없고 또 사전에 영장을 제시하는 것도 상정할 수 없다.

#### ④ 적정절차의 보장

형사소송법상 각종 강제처분은 절차의 공정성 담보라고 하는 취지에서 원칙적으로 사전의 영장제시를 요구하고 있고, 다른 수단으로 동 취지를 도모할 수 있다면 사전의 영장제시가 절대적 요청이 아니라고 하더라도 이를 대체하는 공정성을 담보하는 수단이 제도로서 확보되어 있지 않기 때문에 ‘적정절차’의 보장이라는 관점에서 문제가 있다. 이러한 문제를 해소하기 위한 수단으로서 일반적으로는 실시기간 한정, 제3자 입회, 사후통지 등 다양한 방법을 고려할 수 있다. 이에 수사의 실효성을 배려하면서 어떠한 수단을 선택할 것인가는 (일본)형사소송법 제197조 제1항 단서의 취지에 비추어, 제1차적으로는 입법부에 위임되어 있다. 가령 법해석을 통해 형사소송법상 강제처분성을 인정한다면 이러한 문제를 해소하기 위해 법관의 영장발부에 다양한 조건을 붙일 필요가 있지만 사안마다 청구영장에 대한 심사를 담당하는 법관의 판단을 통해 다양한 선택지들 가운데 정확한 조건을 선택하지 않는 한 허용될 수 없는 강제처분을 허용하는 것은 강제처분법정주의를 규정하고 있는 동한 단서의 취지에 반하는 것이다.

이상과 같이 GPS 수사의 경우 형사소송법 제197조 제1항 단서의 ‘이 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 해당한다고 하여, 동법이 규정하고 있는 영장을 발부받는 데 의미가 있다. GPS 수사가 향후 폭넓게 사용될 수 있는 유력한 수사방법이라고 한다면 그 특질에 주목하여 헌법, 형사소송법상 모든 원칙에 적합한 입법적 조치를 강구하는 것이 바람직하다.

#### 4) 검토

종래 일본에서는 GPS 수사의 강제처분성을 둘러싼 논쟁이 있었으나,<sup>28)</sup> 최고재판소에서는 GPS 수사를 형사소송법상 ‘검증’과 다르다고 하면서 이를 전

제로 하여 법관이 영장심사를 통해 허용조건을 붙이는 것은 강제처분법정주의 취지에 반하여 허용될 수 없으며 또한 긴급한 필요성이 있는 경우에 행해지는 것이 아니므로 영장 없이 행해질 여지도 없다고 판시하고 있다. 그래서 새로운 입법적 조치를 강구하지 않는 한 GPS 수사에 대한 적법성은 인정될 수 없다는 것이다.

개인의 권리침해가 큰 수사기법은 입법기관(강제처분법정주의)과 법원(영장주의)의 이중적 통제와 더불어 엄격한 요건 하에서만 허용됨에도 불구하고, 형사소송법에 규정되어 있지 않는 새로운 유형의 수사기법의 경우 수사의 필요성을 지나치게 강조한 나머지 현행법에 규정된 강제처분의 유형에 억지로 포섭시켜 해결하는 것은 지양되어야 한다. 이러한 관점에서 일본의 최고재판소 판결은 개인의 권리침해가 큰 강제처분의 경우 입법적 및 사법적으로 이중적 규제를 요구하고 있는 형사소송법 및 일본헌법 제35조의 취지와 정합성을 갖춘 판결이라고 할 수 있다.

## 2. 내장형 GPS 수사의 적법성

통신사업자는 GPS 단말기가 내장된 휴대전화기 등에서 발신되는 GPS 위치정보를 수집하든지, 휴대전화기지국 또는 Wi-Fi 접근지점을 이용하여 사용자의 위치정보를 수집하여 사용자에게 다양한 위치정보 서비스를 제공하고 있다. 이에 수사기관에서는 통신사업자로부터 피의자의 위치정보를 제공받아 수사에 활용할 수 있다.<sup>29)</sup>

이와 관련하여 미국의 Jones 판결(다수의견)에서는 “물리적 침입을 수반하지 않은 경우에도 ‘사생활 보호에 대한 합리적 기대기준’을 사용해야 한다.”고 판시하고 있으며, 또한 하급심 판결이기는 하지만 Skinner 판결<sup>30)</sup> 및 Davis 판결<sup>31)</sup>에서는 ‘사생활 보호의 합리적 기대기준’을 사용하여 ‘내장형 GPS 수사’의 적법성을 인정하였다.

### (1) Skinner 판결

28) 瀧澤誠, “GPSを用いた被疑者の所在場所の検索について”, 『立石二六先生古稀祝賀論文集』, 成文堂, 2010, 733頁; 清水眞, “自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察”, 法學新報117卷7・8号, 443頁; 大野正博, “GPSを用いた被疑者等の位置情報検索”, 『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(下巻)』, 成文堂, 2014, 485頁 등 참조.

29) 양종모, “GPS 위치정보 활용 수사에 관한 고찰”, 227면.

30) United States v. Skinner, 690 F.3d 775(6th Cir. 2012).

31) United States v. Davis, 754 F.3d 1205(11th cir. 2014).

## 1) 사건 개요

피고인(Skinner)은 마약운반 등에 종사하고 있다. 2006년 7월 13일 마약단속반은 피고인의 마약운반 경로를 찾기 위해 법원의 영장을 발부받아 통신사업자에게 피고인이 사용하고 있는 휴대전화의 기지국위치정보를 제공해 줄 것을 요청하였다. 그 결과 피고인이 동월 14일에 고속도로를 통하여 A장소에서 B장소로 향하고 있는 것으로 판명하였다. 동월 16일 피고인의 휴대전화 GPS 위치정보가 C장소에 머무르고 있어서 마약단속반 수사관이 현장에 출동하여 피고인의 차량을 발견하고 피고인에게 차량수색에 대한 동의를 요구하였다. 그러나 피고인은 그 요구를 거부하였다. 그래서 수사관은 경찰견을 이용하여 차량의 주변을 탐지하였고 이에 경찰견이 마약을 감지하자 차량에 대한 수색을 개시하여 약 61kg의 마리화나 등을 발견하고 피고인을 현장에서 체포하였다. 피고인은 1,000kg 이상의 마리화나 반포에 관한 공모죄 등으로 기소되었다.

피고인은 수사관의 휴대전화 GPS 위치정보를 이용한 것이 수정헌법 제4조에 반하는 무영장 수색에 해당한다는 이유로 증거배제를 신청하였으나 기각되었다. 배심원은 모든 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 하였다. 이에 피고인은 항소하였다.

## 2) 판결요지

항소심 법원의 다수의견은 공사구분론을 채용한 Knotts 판결을 인용하면서 “피고인은 공공도로를 이용하고 있었다”는 점을 지적하였고, 나아가 제3자 법리를 채용한 Smith 판결을 인용하면서 “공공도로를 이동 중에 있는 경우 피고인은 사생활 보호권에 대한 합리적 기대를 갖고 있지 않다”<sup>32)</sup>고 판시하였다. 또한 “Jones 판결의 사안은 28일간에 걸친 철저한 감시와 관련된 것인데 비해 본 사건은 피고인의 휴대전화기에 대한 추적이 단지 3일간 있었을 뿐이며<sup>33)</sup> 따라서 휴대전화의 기지국위치정보와 GPS 위치정보의 경우 사생활 보호권에 대한 합리적 기대를 갖고 있지 않기 때문에 이러한 위치정보를 영장 없이 취득한 경우에도 수정 헌법 제4조에 위반되지 않는다.”<sup>34)</sup>고 판시하였다. 즉 Skinner 판결에서는 피고인이 ‘3일간’, ‘공공도로’를 이동하고 있다는 사실을 근거로 하여 피고인의 기지국위치정보 및 GPS 위치정보에 대한 사생활 보호의 합리적 기대를 인정하지 않고 있다.

32) United States v. Skinner, 690 F.3d 775(6th Cir. 2012), at 778.

33) Id, at 780.

34) Id, at 784-785.

그런데 이러한 판단을 하는 데 있어 ‘3일간’ 즉 단기간 감시에 중점을 둔 것인지, ‘공공도로’라고 하는 공적 영역에 중점을 둔 것인지 또는 이 양자 모두를 중요한 판단요소로 한 것인지가 명확하지 않다.

## (2) Davis 판결

### 1) 사건 개요

2011년 2월 피고인(Davis)은 Hobbs법 위반 및 동법 위반을 공모한 혐의로 공범자들과 함께 기소되었다. 검찰 측은 피고인과 그 공범자들이 범죄를 행하고 있었던 시간대에 범행현장 바로 옆에서 휴대전화를 받고 있었다는 사실을 증명하기 위해 기지국위치정보 등을 통신사업자로부터 취득하여 법원에 제출하였다. 배심원은 모든 공소사실에 대해 유죄를 평결하였고 이에 피고인은 항소하였다.

### 2) 판결요지

다수의견은 기지국위치정보에 ‘사생활 보호에 대한 합리적 기대’가 인정되는 가라는 점에 관하여 Jones 판결을 인용하면서 다음과 같이 판시하였다.

“Jones 판결에서는 공공도로에 있어서 피의자 차량의 동향이 문제되었다. 사실 지방법원은 공적 영역 이외의 차량에 대한 위치정보의 증거 배제를 인정하였다. 고등법원과 대법원의 소수의견에서는 위치정보가 수집된 경우 사생활 보호에 대한 합리적 기대가 인정된다는 결론을 내렸다. 기지국위치정보의 경우 이러한 모자이크이론은 사생활 보호권에 대한 침해를 구성하는 데 필요하지 않다. 휴대전화는 차량과 달리 휴대 소유자에 부수하여 어떠한 장소도 이동할 수 있기 때문에 기지국위치정보는 사적 행위를 공적 행위로 전환시킬 수도 있다. 또한 사적 영역에 존재하고 있는 사람은 사생활 보호에 대한 합리적 기대를 갖는다. GPS 위치정보는 수집된 경우에만 보호될 수 있는데 비해, 기지국위치정보는 그 정보가 단편적인 정보라고 하더라도 사생활 보호에 대한 합리적 기대를 갖는다.”<sup>35)</sup>

“또한 다수의견은 기지국위치정보와 GPS 위치정보 간의 정확성에 대

35) United States v. Davis, 754 F.3d 1205(11th cir. 2014), at 1215-1216.

한 차이는 형법상 중요하지 않으며, 나아가 피고인이 서비스공급자에게 기지국위치정보를 제공하고 있었다고 하더라도 피고인은 전기통신사업자에게 기지국위치정보를 임의적 개시하는 것까지 허용한 것은 아니라는 이유로 휴대전화기 사용자는 기지국위치정보에 대한 사생활 보호의 합리적 기대를 갖는다.”<sup>36)</sup>

Davis 판결에서는 공·사구분론을 판단기준으로 하여 사적 영역에서는 사생활 보호에 대한 합리적 기대를 갖는다고 판시하고 있고, 또한 휴대전화기는 공적 영역과 사적 영역을 묻지 않고 항상 소유자와 함께 이동하기 때문에 휴대전화의 기지국위치정보는 사적 영역에서의 행동까지 명확히 파악될 수 있다는 이유로 사생활 보호의 합리적 기대를 인정하였다. 즉 Davis 판결에서는 공적 영역에서는 사람의 행동경향에 대한 위치정보가 수집될 수 있다는 이유로 사생활 보호의 대상을 인정함으로써, 이른바 ‘모자이크 이론<sup>37)</sup>’을 적용한 것과 같은 태도를 보이고 있는 반면, “피고인은 통신사업자가 임의적으로 기지국위치정보를 개시하는 것을 허용한 것은 아니다”라고 하여 기지국위치정보에 대한 이른바 ‘제3자 법리’의 적용을 부정한 것이다.

### III. GPS 수사의 강제처분성

GPS 위치추적은 대상자가 알지 못하는 사이에 쉽고 낮은 비용으로 상당히 정확한 위치정보를 장기간에 걸쳐 항시 취득할 수 있다는 본질적 속성을 갖고 있다. 따라서 위의 GPS 수사에 관한 외국의 사례에서 살펴 본 것처럼 GPS 수사는 개인의 기본권 특히 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유(이하, 사생활 보호권)<sup>38)</sup>에 대한 침해를 수반하게 된다. 따라서 수사기관의 GPS 위치추적에

36) Ibid. at 1217.

37) 양종모, “전체적 감시체제의 법률적 규율방안 고찰-인공지능과 모자이크이론의 적용-”, *홍익법학* 제17권 제2호, 2016, 294-295면 참조.

38) 동 규정에서는 ‘비밀’과 ‘자유’를 구분하여 규정하고 있는데 이는 미국 연방헌법상 판례를 통해 인정되는 프라이버시권(right to privacy)의 상이한 두 보호법익인 (1) 사적인 사항이 공개되는 것을 원치 않는 이익(interest in avoiding disclosure of personal matters) (2) 자신의 중요한 문제에 대해 자율적이고 독자적으로 결정을 내리고자하는 이익(interest in independence in making certain kinds of important decisions)을 구분하여 표현한 것이다(헌법재판소, “정보통신기술의 발전과 기본권에 관한 연구”, 헌법재판연구 제25권, 2014. 12, 71면).



대한 엄격한 규제가 요구되는바, 이를 위해서는 우선 GPS 수사의 강제처분 해당성 여부에 대한 검토가 필요하다.

GPS 수사의 강제처분성을 인정하는 주된 요소는 수사기관의 GPS 위치추적이 대상자의 '실질적 의사에 반'하여, 개인의 '기본권을 침해'하는 것이 될 것이다.<sup>39)</sup> 그렇다면 GPS 위치추적을 통한 위치정보의 취득이 피의자의 어떠한 권리를 침해할 수 있는지가 문제된다.

그런데 GPS 위치추적은 대상자가 알지 못하는 사이에 상당히 정확한 위치정보를 장기간에 걸쳐 지속적으로 수집하여 피의자의 동향을 24시간 지속적으로 감시하는 것이다. 따라서 수사기관의 GPS 위치추적이 기본권을 침해할 수 있는 경우에는 GPS 위치추적을 이용한 대상자의 행동감시, 이러한 감시를 위해 취득된 위치정보의 수집, 그리고 이렇게 수집된 위치정보의 차후이용 등으로 구분할 수 있다.

#### (1) GPS 위치추적을 통한 행동감시

범인검거 또는 증거수집 목적의 GPS 위치추적은 피의자의 위치정보를 취득하는 것이다. 수사기관이 특정 피의자의 위치정보를 취득하는 행위는 GPS 추적장치를 이용하여 특정 피의자를 감시하는 것이고 그 감시를 통해 피의자의 활동을 관찰·기록하는 것이다.<sup>40)</sup> 피의자의 소재 및 이동 상황에 대한 감시라고 할 수 있다. 그 결과 행동의 자유의사를 심리적으로 억압하여 개인의 사생활의 자유를 침해하게 된다. 또한 공공도로와 같이 사생활 보호의 필요성이 낮은 공적 영역에서부터 사생활 보호성의 필요성이 높은 사적 영역에 이르기까지 개인의 사생활 전반에 걸친 행동을 지속적으로 감시하게 된다. 그래서 미국과 일본의 판례에서는 헌법상 보장된 사생활 보호의 영역을 확장시키기 위해 감시형태의 수사를 엄격히 통제하는 것으로 보인다.

GPS 위치추적은 피의자를 지속적으로 감시할 수 있게 하고 그 결과 피의자는 사생활에 대한 부담감·불안감을 느끼게 되고 그 결과 자유로운 행동을 위축시킬 정도의 심리적 압박을 받게 되어 자유로운 선택을 억제하게 함으로써

39) 강제처분이란 개인의 실질적 의사에 반하여 기본권을 침해 또는 제한하는 것을 말한다(손동권·신이철, 「형사소송법(제3판)」, 세창출판사, 2017, 208면; 이재상·조균석, 「형사소송법(제11판)」, 박영사, 2017, 222면).

40) 일반적으로 GPS 수사는 두 가지 유형으로 분류된다. 하나는 미행 보조의 수단으로 GPS가 사용되는 경우이고, 다른 하나는 위치정보를 지속적으로 취득·기록·수집하여 대상자의 행동상황을 분명히 밝히는 것이다. 후자의 GPS 수사는 생활상황·성벽(性癖)·기호 등 사생활 정보가 밝혀지기 때문에 헌법상 보장된 자기결정권을 침해하게 된다.

자기결정권을 침해하게 된다. 또한 GPS 위치추적을 통한 지속적 감시는 타인을 의식하지 않고 생활할 수 있는 영역을 확보하지 못하게 함으로써 개인이 자유롭게 살아가는 데 필요한 ‘개별적 자아형성’, ‘인간의 다양한 사회조건의 형성’ 등을 파괴하게 된다.<sup>41)</sup>

이와 같이 GPS 위치추적을 통한 감시는 개인의 자기정보를 통제하는 데 전제가 되는 조건 및 환경을 파괴하게 된다. 이에 더하여 수사기관의 감시형태의 수사를 제한 없이 허용한다면 감시받는 사회를 초래하게 되어 개인의 자유영역을 소멸시키게 된다. 따라서 사적 영역에서의 GPS 위치정보를 통한 수사기관의 감시는 허용되지 않는다는 데 이견이 없을 것이다. 그런데 감시영역이 공적 영역인 경우에도 수사기관의 감시를 허용할 수 있는지 여부가 문제된다. 예를 들어, 수사기관이 공적 장소에 위치하고 있는 사람을 대상으로 사진촬영한 경우, 공적 장소에서는 자신의 용모가 타인에게 공개될 것을 예상하고 있다고 생각할 수 있으며 또 피촬영자에게 물리적 강제력이 행사되거나 법적 의무가 부과되지 않는다는 측면에서 보면 강제처분에 해당하지 않는다고 볼 수도 있다.<sup>42)</sup> 그러나 수사목적의 비밀촬영인 경우 공적 공간이라고 하더라도 피촬영자의 의사에 반하여 사생활의 비밀과 자유 및 초상권을 침해하기 때문에 강제수사로 이해하여야 한다.<sup>43)</sup>

이러한 맥락에서 판례는 누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 함부로 촬영당하지 않을 자유를 가지고 있다는 것을 전제로 하여 수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법 등을 요구하고 있다.<sup>44)</sup> 따라서 공적 영역에서의 활동에 대한 감시라고 하더라도 예를 들어 특정 단체에 가입, 집회참가 및 회의에서의 발언 등을 위축시킬 수 있고, 나아가 지속적인 감시는 개인의 자유 즉 자유로운 행동을 위축시켜 선택의 자유를 억제하여 자기결정권을 침해할 가능성이 있다.

한편, 헌법 제16조는 “모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하고 있는데 이는 증거수집과 관련하여 중요한 조

41) Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, at 111–112(2008).

42) 신동운, 「신형사소송법」, 박영사, 2008, 175면.

43) 같은 견해: 배종대 외 3인, 「형사소송법」, 홍문사, 2015, 224면; 이재상·조균석, 앞의 책, 219면; 손동권·신이철, 앞의 책, 226면.

44) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결.

문이다. 일본의 판례에서는 주거에 한정되지 않고 이에 준하는 사적 공간에 침해받지 않을 권리도 포함하고 있다. 따라서 법관이 발부한 영장 없이 주거뿐만 아니라 주거에 준하는 사적 공간에 침입 받지 않을 권리가 보장된다. 그렇다면 주거에 준하는 사적 공간은 무엇인지가 문제된다. GPS 위치추적은 사적 공간에 대한 공권력의 침입을 수반하게 되는데 여기에서 말하는 사적 공간은 개인의 사생활이 강하게 보호되어야 할 장소 및 공간으로서 이러한 장소에 관한 위치정보를 탐색함으로써 사생활을 침해하게 된다.

그런데 사건의 성질상 위치정보의 취득시점에는 사생활을 침해하는 정보인지 여부를 구별할 수 없기 때문에 사생활 침해의 우려가 있는 위치정보를 지속적으로 취득하여 개인의 행동을 지속적으로 감시하는 것까지 사생활 침해라고 보아야 한다. 또한 GPS 단말기를 대상자의 소지품에 몰래 부착함으로써 대상자가 그 소지품을 가지고 이동하는 경우 GPS 단말기가 작동하고 있는 한 수사기관은 언제든지 부착대상물의 위치정보를 마음대로 취득할 수 있는 상태에 있는 경우에는 사적 영역에 대한 사생활을 침해할 수 있는 처분에 착수한 것으로 평가할 수 있다.

## (2) 행동감시를 위한 수단의 강제처분성: GPS 단말기 부착행위와 GPS 위치정보 취득·수집·이용

### 1) GPS 단말기 부착행위

자동차 등에 GPS 단말기를 부착시키는 행위는 일반적으로 자동차의 차체를 손상시키지 않기 때문에 실질적으로 재산권에 대한 침해가능성은 적다. 이러한 관점에서 보면 GPS 수사를 강제처분이라고 이해할 여지는 없다.<sup>45)</sup> 다만 부착행위는 재산적 가치가 아니라 부착에 수반되는 사적 영역에 대한 침입에 중점을 둔다면 강제처분성을 지닌 것으로 평가할 수 있다. 예를 들어 사적 영역에 존재하고 있는 대상물에 GPS 단말기를 부착시킬 목적으로 그 사적 영역에 들어갈 경우 이는 사적 영역에 대한 사생활의 평온을 침해하게 된다.<sup>46)</sup>

45) 미국의 연방대법원은 GPS 장치의 부착행위를 수정헌법 제4조의 '수색'에 해당한다고 판단하고 있다(United States v. Jones, 565 U.S., 132 S.Ct. 945). 그렇다고 한다면 Jones 판결은 행동감시가 아니라 부착행위를 문제로 한 것이라고 할 수 있다. 다만 미국헌법의 구조상 수색에 해당한다고 하더라도 합리적이라면 허용되는 구조로 되어 있으므로 이러한 논의가 우리나라에 적합한 것은 아니다.

46) 호텔이나 상업시설 등 일반적으로 개방된 장소의 경우 주거와 동일한 수준에서 볼 수는 없다고 생각되지만 이를 가령 일반인의 주거 내라고 한다면 이를 가지고 강제처분으로

## 2) GPS 위치정보 취득·수집·사후이용

앞에서 살펴본 미국과 일본의 판례에서는 이 문제를 언급하고 있지 않지만 수사기관은 GPS 위치추적을 통해 위치정보를 취득하고 취득된 위치정보를 축적하여 활용할 수 있고, 나아가 수집된 위치정보를 사후에 범죄예측을 위해 활용할 수도 있다.

### ① 단편적 위치정보 취득단계

우선, 단편적인 위치정보를 취득하는 단계에서는 미행 중에 있는 피의자를 놓친 경우 GPS 위치정보를 활용하여 피의자의 현재위치를 탐색할 수 있다. 그런데 수사기관이 피의자를 미행하는 경우 그 미행은 피의자의 행동에 어떠한 영향을 미치지 않기 때문에 수사기관이 미행보조의 수단으로 GPS 위치정보를 활용할 경우에는 피의자의 사생활을 침해하지 않게 된다. 반면, 그 위치정보가 지속적으로 취득된다면 사생활 침해의 가능성이 높기 때문에 그 취득시점부터 사생활 보호의 대상이 된다. 예를 들어, 피의자의 소재를 파악하기 위하여 GPS 단말기가 부착된 휴대전화기의 위치정보를 취득한 경우 그 피의자가 어느 장소에 위치하고 있는지 여부는 보호의 필요성이 매우 높은 사생활이며, 뿐만 아니라 통신비밀의 보호와 밀접한 관련성이 있는 사항이므로 통신비밀에 준하는 정도의 강한 보호가 필요하다.

이러한 관점에서 보면 GPS 위치추적을 통한 단편적인 위치정보를 취득하는 시점에서는 미행 또는 잠복과 비교하여 사생활 침해의 정도가 크지 않다고 생각할 수도 있다. 그러나 미행 또는 잠복은 원칙적으로 사적 영역에 출입할 수 없는 반면, GPS 위치추적은 수사기관이 자유롭게 출입할 수 없는 피의자의 주거 등 사적 영역에서의 위치정보도 취득할 수 있고, 또한 부착된 GPS 단말기가 작동하고 있는 한 수사기관이 수사대상자로부터 멀리 떨어진 장소에 있다고 하더라도 24시간 언제든지 지속적으로 위치정보를 취득하여 피의자의 행동을 용이하게 파악할 수 있다. 특히 GPS 위치정보의 정밀도가 고도화되고 GPS 단말기가 소형화 될수록 이로 인한 사생활 침해의 정도는 더욱 높아지게 될 것이다.

### ② 위치정보의 축적단계: 데이터 생성

인터넷이 우리의 일상생활에 상용화됨에 따라 빅데이터(Big-data)의 분석을 통해 프로파일링을 자동으로 작성할 수 있게 되었고 이로 인한 사생활 침해의 위험성도 증가하고 있다. 특히 국가기관이 대량의 위치정보를 통합·관리하는

것은 그 사용목적과 관계없이 그 자체가 국민의 사생활을 침해할 가능성이 있다.<sup>47)</sup> 그러나 단편적 위치정보를 취득하는 단계에서는 개인의 사생활에 대한 침해내용을 파악하는 것이 곤란하고, 나아가 빅 데이터(Big-data)시대에서는 고도의 데이터마이닝 기술을 사용하여 개인의 사생활을 감시하는데 위치정보가 이용되고 있지만 일반인은 그 위치정보가 어떻게 처리되고 있는지를 명확히 알 수 없다. 그 결과 단편적인 위치정보를 취득하는 단계를 넘어 이를 추적·이용하는 단계에서도 개인의 어떠한 내용의 사생활이 침해될 수 있는지를 명확히 파악할 수 없다. 그런데 GPS 위치정보를 계속해서 취득한 경우나 데이터마이닝 기술을 이용하여 GPS 위치정보를 분석하는 경우에는 피의자의 주거지 및 근무지 등의 활동거점, 범행현장의 이동수단 및 경로라고 하는 지리적 활동범위를 밝힐 수 있다. 나아가 다음의 범행지역을 추정할 수도 있을 것이다.<sup>48)</sup>

따라서 공적 영역이든 사적 영역이든 구별하지 않고 나아가 장기간에 걸쳐 위치정보를 취득할 수 있는 GPS 수사는 잠복 및 미행보다 사생활 침해에 대한 우려가 더욱 크며, 특히 수사기관의 GPS 감시는 개인의 일상동향을 정밀하고 포괄적으로 기록할 수 있게 되어 사적·정치적·직업적·종교적·성적 등의 관련성을 명확히 밝힐 수 있게 한다.<sup>49)</sup> 예를 들어 병원, 정치단체 및 종교단체 등 사람의 속성·생활·활동과 관련된 특수한 의미를 지닌 장소를 고의로 감시한다든지, 다수의 비디오카메라로 사람의 생활영역을 지속적으로 자세하게 감시한다면 감시대상자의 행동형태, 취미·기호, 정신 및 육체의 병, 교우관계, 사상·신념 등을 파악할 수 있을 뿐만 아니라 감시대상자의 사생활을 침해할 우려가 있다.

단편적인 정보 그 자체로는 아무런 의미가 없지만, 이러한 단편적인 정보들을 퍼즐처럼 맞추다 보면 결정적인 의미 있는 정보를 파악할 수 있다는 이른바 ‘모자이크 이론’에 의하면, 단편적인 정보를 축적하여 일정한 의미 있는 정보를 형성하기 때문에 사생활을 침해하는 것으로 볼 수 있지만 정보의 축적을 통해 전체의 모습을 묘사할 수 있다는 점에서 사생활 침해로 볼 수 있다고 하더라도 개인의 단편적인 정보의 기록 그 자체가 그 개인의 정보통제권을 침해하게 된다. 예를 들어 에이즈 치료를 받고 있다는 단편적인 하나의 정보로부터

47) 데이터를 축적하는 것은 개인의 사생활을 지속적으로 관찰할 수 있게 하여 정보감시의 사회를 만들 수 있다(고수운, “빅데이터의 개인정보 이용으로 인한 법익침해의 적법성 해석”, 강원법학 제52권, 강원대학교 법학연구원, 2017. 10, 513면).

48) 이를 데이터마이닝을 이용한 ‘지리적 프로파일링’이라고 한다.

49) Jones, 132. S. Ct, at 955-956.

수사기관이 개인의 의사 유무에 관계없이 에이즈 환자로 기록하게 된다면 사생활의 침해라고 볼 수 있다. 다만 사생활 침해에 해당하는 지 여부는 그 개인이 위치정보를 어느 정도까지 공개하고 있는지 여부와 비례하게 된다.

### ③ GPS 위치정보를 수사 종료 후 범죄예측 목적으로 이용하는 경우

GPS 위치정보는 지속적·무제한으로 기록되어 축적되어 영구적으로 삭제되지 않을 수 있다. 그래서 이미 취득된 위치정보가 다른 기회에 취득된 위치정보와 결합된다면 수사대상자의 과거 및 현재의 위치·이동정도에 머무르지 않고 장래의 행동을 예측하는 데 이용될 수 있다. 그렇다면 수사종료 이후 수집된 GPS 위치정보(보유위치정보)가 범죄를 예측하는 데 이용될 수 있다. 예를 들어 개개의 범죄자 또는 범죄단체를 대상으로 하여 범죄의 발생이 예상되는 장소 및 시간대를 예측하는 것이다. 이 경우 범죄가 발생할 장소 또는 시간대를 예측하고 그 지역을 순찰하는 데 머무른다면 이는 행정경찰활동으로 볼 수 있다. 또한 범죄를 저지를 가능성이 있는 특정인 또는 단체에 대한 범죄를 예측하는 경우에는 특정 인물 또는 단체에 대한 차별적 취급을 조장할 수 있다.

다른 한편, 이미 수집된 위치정보가 범죄수사 이외의 용도로 사용될 수도 있다. 예를 들어 기업이 추적하고 있는 개인정보에 위치정보가 포함되어 있다고 한다면 그 위치정보에 GPS 위치정보를 결합시킴으로써 개인의 사상·신념 뿐만 아니라 취미나 기호까지 파악할 수 있게 된다. 또한 기업의 개인정보가 익명의 정보라고 하더라도 그 익명의 정보에 GPS 위치정보를 결합시키면 개인을 식별할 수도 있다. 따라서 GPS 위치정보를 개인의 승차기록, 구매기록, 검색이력 등과 결합시킴으로써 사생활 침해에 대한 잠재적 위험성이 있다는 점은 부정할 수 없다. 그러나 일정한 기간 동안 취득된 특정 개인의 위치정보 자체를 아무리 축적하더라도 그 개인의 사상·신념은 고사하고 입고 있는 옷의 특징조차 파악할 수 없다.<sup>50)</sup>

물론 다른 승차기록 및 구매기록과 결부시켜 데이터화한다면 사생활에 관한 많은 정보를 얻게 되어 데이터베이스화 될 위험성은 있을 것이다. 그러나 결부

50) 특정 개인의 일정기간 위치정보만으로 사상, 신념, 종교 등을 특정할 수 있다는 지적에는 보다 신중한 기술적 설명이 요구된다. 가령 지도 데이터와 대조하여 종교시설에 출입한 것이 데이터상 식별할 수 있었다고 하더라도 그 자체로 당해종교의 신자인지 여부까지 특정할 수는 없다. 또한 이 정도의 정보라고 한다면 시각정보를 수반하는 미행이라면 쉽게 파악할 수 있지만 위치정보와 지도데이터만을 가지고 분석하는 것은 현실적으로 곤란하다고 해야 한다. 이러한 점을 문제로 한다면 프로파일링이라는 관점에서 논의할 수밖에 없을 것이다. 다만 부작형 GPS 수사는 프로파일링의 관점에서도 미행 이상의 위험은 없다고 해야 할 것이다.

시키는 과정에 있어 모든 대상자의 승차기록 및 구매기록 등을 파악하고 있는 것이 전제이고, 적어도 당해 수사에 의한 새로운 정보의 취득으로 이어지지 않는다는.<sup>51)</sup>

여전히 GPS 수사의 잠재적 위험성에 대한 문제는 승차기록, 구매기록, 검색이력 등과 결부된 위치정보의 데이터베이스가 별도로 구축되어 있는 경우이다. 다만 이와 같은 경우이더라도 GPS를 통한 위치정보의 취득은 이른바 특정 개인을 검색하기 위한 정보에 불과하다. 이와 같이 생각한다면 사생활에 대한 침해는 GPS에 의한 위치정보의 취득 그 자체가 아니라 이러한 데이터베이스를 구축하는 것이다. 따라서 데이터베이스 구축을 전제로 하지 않는 GPS에 의한 위치정보의 취득은 미행에 불과할 뿐 그 이상을 침해하지는 않는다고 보아야 한다. 또한 가령 데이터만을 축적하고 있더라도 다른 사생활에 대한 정보와 결부시키지 않는 한 마찬가지라고 할 수 있다.

### (3) 검토

GPS 위치추적은 GPS 단말기를 통해 발신되는 위치정보를 이용하여 대상자의 행동을 감시한다는 성질을 갖고 있다. 이러한 감시는 개인의 활동을 위축시키고 그 결과 헌법상 보장된 사생활 보호권에 대한 심각한 침해를 수반하게 된다. 그런데 문제는 사생활 침해 여부를 판단하는 데 있어 침해의 '잠재적 위험성'을 고려할 것인지 특히 GPS 위치추적을 통해 축적된 위치정보를 데이터화 하는 것이 사생활 침해의 잠재적 위험성을 갖고 있는가에 대해서는 보다 신중한 고려가 요구된다.

GPS 위치추적을 통해 취득된 위치정보는 그 위치정보가 사적 영역에 속하든 공적 영역에 속하든 지속적으로 취득될 경우 사생활 침해의 잠재적 위험성이 매우 크고, 뿐만 아니라 취득된 위치정보를 축적하여 당해 범죄가 아닌 장래 범죄에 대한 수사 또는 프로파일링을 목적으로 사용될 우려가 있다는 점을 강조한다면, 이러한 GPS 위치추적은 수사대상자의 실질적 의사에 반하고 또 헌법상 보장된 사생활 보호권에 대한 침해가능성이 매우 크기 때문에 GPS 위치추적의 적정성을 위해 특별한 입법적 규제와 더불어 영장주의의 적용을 통한 법원의 엄격한 통제가 필요한 강제처분으로 이해하게 된다.

한편 GPS 위치추적이 대상자의 사생활에 대한 침해의 위험성이 크다는 점에는 이견이 없지만 그 침해가 대상자의 실질적 의사에 반하는지 여부를 판단

51) 부작형 GPS 수사를 통해 취득한 위치정보와 수사기관이 적법하게 보유하고 있는 정보를 묶어 데이터베이스를 구축하더라도 마찬가지라고 할 수 있을 것이다.

하는 데 있어 미국의 대법원에서는 ‘사생활 보호에 대한 합리적 기대’라고 하는 개념을 설정하고 있는데 그 개념은 사생활보호에 대한 주관적 기대와 객관적 기대로 구분된다. 따라서 사생활 보호에 대한 기대가 대상자의 주관적 기대에 머무르는 것인지, 아니면 사회통념상 객관적 기대·합리적 기대까지 요구하는 것인지 여부에 따라 대상자의 실질적 기본권을 침해하는 강제처분인지 여부가 문제된다.

이러한 구분에 따를 경우 수사기관으로부터 감시를 받지 않을 권리(사생활 보호권)에 대한 기대에는 개인의 주거 등 사적 영역에서의 평온한 상태, 전화 통신을 사용한 대화, 외부로부터 내부를 엿볼 수 없는 차폐공간인 경우 공공도로에서의 보유상태 등을 수사기관에 의해 감시·간섭을 받지 않을 기대를 가지고 있지만, 이러한 경우에도 수사기관의 감시가 합리적이고 정당하거나 ‘사생활 보호에 대한 합리성’을 사회구성원 다수가 인정해야 하는 경우(사생활 보호에 대한 객관적 기대) 등이 있는 한편, 공공도로 등 불특정 다수인이 자유롭게 출입할 수 있는 공간에서는 사회일반의 관점에서 보더라도 사생활 보호에 대한 기대를 인정할 수 있는 정당하고 합리적인 수준에 이르지 못하며 이는 어디까지나 대상자의 주관적 기대(사생활 보호에 대한 주관적 기대)에 머무르는 경우가 있다.

GPS 위치추적이 사생활 보호에 대한 ‘주관적’ 기대에 머무르는 경우에는 보호법익의 정도가 낮을 뿐만 아니라 미행·잠복에 의한 행동관찰의 연장선에 있는 수사기법으로 볼 수 있다. 나아가 자동차 주행은 면허제도·차량검사제도를 따르게 되고 또 자동차번호판을 부착할 의무를 지게 된다. 즉 자동차 운전자와 동승자는 위치정보·주행이력을 타인이 알 수 있는 위험성이 높은 상황에 자신을 맡겨두고 있다는 점에서 대상자는 사생활 보호에 대한 주관적 기대를 가질 뿐이다. 이 경우 GPS 위치추적의 강제처분성은 부정될 수 있으며, 다만 GPS 위치추적이 대상자 몰래 장기간 지속적으로 행해진 경우에는 보호의 필요성이 있는 사생활까지 침해될 위험성이 있으므로 강제처분성을 인정하여야 한다.

#### IV. GPS 수사의 규제 및 한계

수사기관의 강제처분은 ‘공정한 절차와 기본권 보장’을 위한 적절한 통제를 전제로 하여 허용되어야 한다.<sup>52)</sup> 이에 형사소송법에서는 강제처분의 종류와



절차를 명문으로 규정함과 동시에 그에 적합한 법원의 영장을 발부받도록 하고 있다.<sup>53)</sup> 따라서 강제처분으로서의 성질을 갖고 있는 수사기관의 GPS 위치추적 역시 절차의 공정성과 대상자의 기본권 보호를 담보할 것을 전제로 하여 허용되어야 할 것이다.<sup>54)</sup>

그런데 현행법에는 GPS 수사의 적절한 행사를 담보하기 위한 명문규정을 두고 있지 않다. 이에 형사소송법 또는 통신비밀보호법에 규정된 강제처분의 유형들 가운데 어느 한 유형을 적용하여 수사기관의 GPS 위치추적을 통제할 수 있는지 여부를 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여 학계에서는 형사소송법에 규정된 강제처분의 유형들 가운데 압수·수색 또는 검증에 포섭하여 통제하는 방법, 현행 통신비밀보호법의 적용대상에 포섭하여 통제하는 방법, 그리고 현행법상 통제가 불가능하다는 이유로 새로운 명문규정을 신설하는 방법 등이 주장되고 있다.<sup>55)</sup> 이하에서는 현행법상 GPS 수사의 통제가능성을 검토함과 더불어 그에 대한 입법론적 통제방안을 모색하고자 한다.

## 1. 형사소송법에 규정된 강제처분의 한 유형의 적용을 통한 규제가능성

수사기관은 범인을 검거한다거나 범죄사실과 관련된 증거물을 확보하기 위한 수단으로 GPS 위치추적을 활용한다거나, GPS 위치정보 자체를 범죄사실을 증명하기 위한 증거로 활용할 수도 있을 것이다.

### (1) GPS 위치추적을 통한 범인검거 및 증거물 확보

수사기관은 GPS 단말기를 통해 발신된 위치정보를 탐색함으로써 피의자 또는 증거물의 소재를 파악하게 된다. 이러한 경우 GPS 위치추적은 범인 또는 증거물이 소재하는 장소를 ‘수색’함으로써 피의자를 체포·구속 또는 증거물을 ‘압수’한다는 의미로 이해할 수 있는 한편, 전자기기에 표시된 ‘위치정보’를 눈으로 인식하여 범인 또는 증거물의 소재를 파악한다는 측면에 주목하여 검증의 의미로 이해할 수 있다.

52) 이재상·조균석, 앞의 책, 2017, 224면.

53) 양종모, “전체적 감시체제의 법률적 규율방안 고찰-인공지능과 모자이크이론의 적용-”, 293면.

54) 정지혜, “현대 감시형 수사와 법적규율의 필요성”, 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호), 2017·겨울, 257면.

55) 양종모, “전체적 감시체제의 법률적 규율방안 고찰-인공지능과 모자이크이론의 적용-”, 293면.

## 1) 압수·수색 규정의 적용가능성

우선, 수사기관의 GPS 위치추적을 ‘압수·수색’에 포섭시켜 영장주의를 통한 법원의 사전 통제를 받게 할 수 있는지 여부를 살펴보자. 이 경우 수사기관의 GPS 위치추적은 압수물이나 피의자를 발견하기 위해 부착대상물의 위치정보를 취득하는 행위로서 이는 미행 또는 잠복을 통한 수사기법과 유사하다. 그런데 현행법상 압수는 그 대상을 범죄사실과 관련성이 있는 증거물 또는 몰수물로 한정하고 있고 이에 증거물이 아닌 순수하게 범인검거를 위한 위치정보는 압수의 대상에 포섭될 수 없을 것이다.<sup>56)</sup>

한편, 수사기관은 실시간 GPS 위치추적을 통해 피의자 또는 증거물의 소재를 파악한다는 점에 주목하여 ‘수색’에 포섭시킬 수 있는지 여부가 문제된다. 그런데 형사소송법상 수색의 장소는 고정된 장소로 설정되어 있고 이에 수색영장을 발부받기 위해서는 수색의 장소가 특정되어야 한다. 그런데 GPS 단말기가 부착된 대상물의 위치정보는 대상자의 이동상황에 따라 실시간으로 변화하기 때문에 수색의 장소를 특정하기가 어렵고 그 결과 범죄사실과 관련성이 없는 장소에서의 피의자 행동까지 파악될 수 있다는 문제점이 있다.<sup>57)</sup>

비록 부착대상 및 죄명의 특정을 요구한다고 해도 그 성질상 범죄사실과 관련성이 없는 위치정보가 과잉되게 취득되는 것을 억제할 수 없다. 뿐만 아니라 법원의 영장을 사전에 대상자에게 제시할 수도 없다. 따라서 수사기관의 GPS 위치추적에 대하여 형사소송법상 압수수색 규정을 적용하는 것은 절차적 공정성을 담보할 수 없기 때문에 허용될 수 없다. 결국 피의자 또는 증거물의 소재를 파악하기 위한 수사기관의 GPS 위치추적은 형사소송법상 압수·수색 규정을 적용하여 통제하는 것은 불가능하다고 생각된다.

## 2) 검증 규정의 적용가능성

다음으로, 수사기관의 GPS 위치추적을 형사소송법상 ‘검증’ 규정을 적용하여 통제할 수 있는지 여부를 살펴보자. 첫째, GPS 위치추적은 정보기기의 화면표시를 인식한다는 측면에서는 형사소송법상 검증과 동일한 형태를 지니고 있지만, 다른 한편 GPS 단말기가 부착된 대상물 및 그 사용자의 소재를 검색한다는 측면에서는 검증으로 볼 수 없는 성질도 지니고 있다. 그런데 형사소송법상 검증이란 수사기관이 오관을 작용하여 사람의 신체, 물건 또는 장소를 강제적으로 그 형상·성질을 파악하는 것이라고 말할 수 있지만, GPS 수사는 대상

56) 같은 견해: 이윤제, 앞의 논문, 459-460면.

57) 부착대상물 및 죄명을 특정하여 수색영장을 발부받을 것을 요구하더라도 마찬가지이다.

물에 일단 GPS 단말기가 부착되면 대상물 및 그 사용자의 소재에 대한 검색은 자연상태에서 수사기관이 오관의 작용으로 파악하는 것이 아니라, 정보기기를 이용하여 정보기기의 주도에 따라 수사기관이 시각적으로 감지하도록 기록하는 것이다. 즉 GPS 위치추적은 수사기관이 자연상태에서 시각적으로 감지하는 검증과 동일시할 수 없다.

둘째, 검증은 그 대상을 특정할 것을 요구하고 있는데 이에 GPS 단말기와 접속된 ‘정보기기’ 자체를 그 대상으로 설정한다면 예를 들어 수사기관이 그 정보기기를 소유 또는 관리하고 있는 경우 강제처분성을 부정할 수밖에 없다. 따라서 검증의 대상은 ‘정보기기’ 자체가 아니라 그 화면에 표시된 ‘위보정보’ 즉 ‘대상자의 행동’으로 보아야 한다. 이는 통신비밀보호법상 ‘통신감청’의 경우 청각작용을 통해 통화의 내용을 인식한다는 측면에서 ‘검증’이라고 볼 수도 있지만 여기에서 검증의 대상은 전화회선 또는 감청기기가 아니라 ‘통화의 내용’으로 보고 있는 것과 마찬가지로 할 수 있다.<sup>58)</sup> 그렇다고 한다면 수사기관이 법원의 검증영장을 발부받기 위해서는 대상자의 행동을 특정하여야 하는데 그 행동을 특정하기가 어렵다.

셋째, 검증영장을 집행하기 위해서는 사전의 영장을 제시하여야 하는데 GPS 위치추적은 그 성질상 처분대상자에 대한 사전의 영장제시를 요구할 수는 없다. 그렇다고 하더라도 적정절차의 보장이라는 차원에서 적어도 GPS 수사의 종료 후 합리적 기간 안에 처분대상자에게 처분내용을 고지할 필요가 있으며, 뿐만 아니라 대상자의 GPS 위치정보가 위법한 수사를 통해 취득된 경우 침해된 기본권에 대한 원상회복을 위해서도 처분대상자에 대한 불복신청의 기회가 보장되어야 한다. 그런데 형사소송법상 검증은 처분대상자에 대한 사후통지 규정이 없음은 물론, 준항고의 대상도 되지 않는다.

이와 같은 이유로 형사소송법상 검증 규정을 적용하여 수사기관의 GPS 위치추적을 통제할 수는 없다.

## (2) 위치정보 자체의 증거사용

GPS 위치정보는 피의자가 범행당시 범죄 장소에 존재하였다는 사실을 증명하기 위한 증거로 사용될 가능성이 많다. 즉 피의자가 범행 장소에 존재한 사실 자체가 범죄사실을 입증하는데 결정적 역할을 할 경우 실시간 추적된 GPS

58) 일본에서는 GPS 수사 역시 비디오 촬영과 함께 행동감시 수사로 자리매김하고 있고, 수권절차도 미행 또는 잠복과 동일한 수준에서 규정되어 있다(丸橋昌太郎, “行動監視捜査の規制—イギリスにおける秘匿捜査法の分析を通じて”, 信州大學法學論集(22号), 2013, 10頁).

위치정보는 이를 증명하는 중요한 증거가 될 수 있다. 또한 실시간 GPS 위치 추적이 아니라, 피의자의 사물인터넷 디바이스나 위치정보서비스 제공자의 서버에 저장되어 있는 GPS 위치정보를 확보한 후 그것을 분석하여 범행 경로 등을 분석하고 그 분석결과를 증거로 이용한다거나 다른 증거물을 확보할 수 있다. 물론 범행 경로를 파악한다고 해서 반드시 다른 증거물을 확보한다고 보기는 어렵지만, 피의자의 동선·범행 경로 등을 파악함으로써 증거를 압수·수색할 수 있는 가능성이 훨씬 높아진다.<sup>59)</sup>

그런데 GPS 단말기를 통해 발신된 위치정보는 위치기반서비스사업자 등의 저장매체에 저장되고 그 위치정보는 위치기반서비스사업자 등이 즉시 파기하지 않는 한 저장매체에 남아 있게 된다.<sup>60)</sup> 이러한 위치정보는 통상의 저장매체에 저장되어 있는 디지털 증거와 다르지 않다. 이에 수사기관에서는 압수의 대상물에 ‘정보저장매체’를 포함시키고 있는 형사소송법 제106조 제3항에 입각하여 정보저장매체를 압수한 후 정보저장매체에서 증거로 사용될 위치정보파일 부분만 문서출력물로 출력하거나 복제하는 방식으로 확보하여야 하고 예외적으로 저장매체 자체를 직접 반출하거나 저장매체에 들어있는 전자 파일 전부를 하드카피 또는 이미징 형태로 반출하는 방식으로 확보하고 그 후 데이터는 분석절차를 거쳐 피의자의 위치정보를 확인하게 된다.<sup>61)</sup>

이러한 경우 압수의 대상자는 위치기반서비스사업자가 아니라 사물인터넷 디바이스 사용자로 보는 것이 타당하다. 만약 압수의 대상자를 위치기반서비스사업자로 본다면 수사기관은 동 사업자에게 임의제출을 요구한다거나 동의를 받아 법원의 영장 없이도 GPS 위치정보를 확보할 수 있게 되어 그 결과 수사기관의 수사권 남용을 억제할 수 없게 된다. 따라서 수사기관의 수사권 남용을 억제할 수 있게 하기 위해서는 사물인터넷 디바이스 사용자를 정보지배권자 및 압수의 대상자로 설정하고 그 대상자의 동의가 없는 한 법원의 영장에 의한 통제를 받게 하여야 한다.<sup>62)</sup>

59) 양종모, “GPS 위치정보 활용 수사에 관한 고찰”, 227-228면.

60) 이러한 경우 저장매체에 보관되어 있는 위치정보에 대한 지배권은 위치기반서비스 사용자에게 있다고 보는 것이 위치정보보호법에 부합된 해석일 것이다(박정훈, “우리나라 개인정보보호법제상의 추적가능 시스템에 관한 연구”, 토지공법연구 제52집, 한국토지공법학회, 2011. 2, 320면).

61) 김봉수, “범죄예방을 위한 개인정보 수집 및 활용에 대한 통제: 9. 11테러 이후 미국의 개인정보법제의 변화와 그 의미를 중심으로”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 한국비교형사법학회, 2012. 12, 95-96면; 이호용, “위치발신장치를 이용한 경찰 감시활동의 적법성”, 법학논총 제31권 제2호, 단국대 법학연구소, 2007. 12, 281면.

62) 양종모, “GPS 위치정보 활용 수사에 관한 고찰”, 238면.

한편, 위치정보를 확보하기 위해서는 저장매체에 대한 압수 이후 분석절차를 거치게 되는데 이 경우 분석절차를 압수에 관한 부수적 절차로 볼 것인지, 아니면 독자적 절차로 자리매김하여 별도의 영장을 요구할 것인지 여부와 관련하여, 학계에서는 디지털 증거가 저장되어 있는 저장매체 자체의 압수로 끝나고 그 이후의 절차는 임의수사에 불과하다는 견해,<sup>63)</sup> 이와 반대로 저장매체로부터 디지털 증거를 찾아내는 분석절차 자체의 독자성을 인정하고 저장매체 내에 있는 디지털 정보를 분석하기 위한 별도의 검증영장이 필요하다는 견해<sup>64)</sup> 등이 주장되고 있다.

한편, 대법원은 저장매체나 복제본을 탐색하여 혐의사실과 관련된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 일련의 과정을 전체적으로 하나의 영장에 기한 압수·수색에 포함시키고 있는데<sup>65)</sup> 이는 저장매체에 저장되어 있는 디지털 증거를 탐색하는 과정에 대한 독자성을 부정하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 그렇다고 한다면 사물인터넷 단말 등 저장매체에 저장되어 있는 GPS 위치정보 데이터를 분석하는 일련의 과정도 그 영장집행의 일환으로서 별도의 영장이 필요한 것은 아니다. 그러나 단순한 문서 형태의 디지털 증거는 그것의 발견과 동시에 탐색과정이 끝나기 때문에 별도의 영장이 필요 없지만, 디지털 증거를 대상으로 데이터 마이닝 등 별도의 분석절차를 행하여야 비로소 가치 있는 증거가 생성될 경우에는 디지털 증거의 데이터마이닝 등 분석절차에 대한 독자성을 인정하고 그 절차적 통제로서 압수수색영장에 포섭하는 것이 타당하다.<sup>66)</sup>

또한 실시간 GPS 위치추적을 통해 특정 정보기기에서 발생할 것으로 확실히 예상되는 위치정보 역시 형사소송법 제106조 제3항의 압수의 대상에 포함될 수 있는지가 문제된다. 그런데 수사기관의 압수는 과거에 발생한 범죄사실에 대한 증거물을 수집하는 것이므로, 범죄발생 이후의 실시간 위치추적을 통

63) 박혁수, “디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점”, 형사법의 신동향 통권 제44호, 대검찰청, 2014. 9, 77면 이하.

64) 조국, “컴퓨터 전자기록에 대한 대물적 강제처분의 해석론적 쟁점”, 형사정책 제33권 제1호, 한국형사정책학회, 2010. 7, 99면 이하.

65) 대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정.

66) 같은 견해: 양종모, “GPS 위치정보 활용 수사에 관한 고찰”, 237면(저장매체 분석은 그 저장매체 속의 많은 디지털정보 속에서 범죄와 관련성 있는 정보를 찾는다는 의미에서 수색이라 할 수 있거나, 특이한 유형의 디지털 정보 즉 GPS 위치정보 데이터와 같은 경우는 일반인이 오관으로 확인가능한 통상적인 문서 수색과는 달리 데이터 분석이 가능한 전문가가 전문적 지식을 기초로 행하여야하기 때문에 감정의 성격도 가지고 있지만 감정 처분과는 형태적으로 현격히 다른 디지털 증거의 분석은 압수·수색영장으로 포섭하고, 다만 그 과정에서 임의수사 성격인 감정의 요소가 가미될 뿐이라고 한다).

해 발생하는 위치정보를 가지고 과거에 발생한 범죄사실을 증명하는 것은 상정할 수 없다. 따라서 실시간 GPS 위치추적을 통해 취득된 위치정보를 압수의 대상물에 포함시킬 수는 없을 것이다.<sup>67)</sup>

## 2. 통신비밀보호법 제13조 제1항의 적용 가능성

통신비밀보호법에서는 ‘발신기지국의 위치정보<sup>68)</sup>’을 ‘통신사실확인자료<sup>69)</sup>’ 가운데 하나로 규정하고 있으며(제2조 제11호 바), 나아가 수사기관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업자에게 통신사실확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제13조 제1항). 이러한 규정을 바탕으로 하여, 해석론상 기지국위치정보와 유사한<sup>70)</sup> GPS 위치정보를 ‘통신사실확인자료’에 포함시킴으로써 통신비밀보호법을 적용하자는 견해가 있는데 그 주된 논거는 수사기관의 GPS 위치추적을 특정 범인을 검거하는 데 한정하고 또 법원의 허가를 받게 한다면 수사기관의 GPS 위치추적을 통한 부당한 기본권 침해를 통제할 수 있다는 것이다.<sup>71)</sup>

그러나 통신비밀보호법은 그 규제대상을 ‘통신’에 한정하고 있고 그 통신자료 역시 정보통신망의 접속을 전제하고 있다고 이해한다면 개인의 통신을 전제하지 않은 GPS 위치정보는 ‘통신사실확인자료’의 범위에 포함시키는 것은 통신을 기반으로 설정된 기지국 위치정보의 개념을 넘어서는 해석으로서, 이는 통신의 비밀과 자유의 보장이라고 하는 통신비밀보호법의 취지에도 맞지 않는다.<sup>72)</sup>

67) 김봉수, 앞의 논문, 290면.

68) 통신할 때의 기지국위치정보는 물론 대기모드(sleeping mode)상태의 기지국의 위치정보는 매 10분 또는 30분 간격으로 자동으로 발신된다.

69) 전기통신사실자료에는 ① 가입자의 전기통신일시, ② 전기통신개시·종료시간, ③ 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, ④ 사용도수, ⑤ 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, ⑥ 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료, ⑦ 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료 등이 있다.

70) 발신기지국 위치추적과 GPS 위치정보 추적은 접속 정보통신기기의 위치 확인이라고 하는 공통된 목적을 가지고 있으며, 실제로 수사기관이 통신사업자에게 실시간 위치추적을 요청할 경우 발신기지국 위치정보와 GPS위치정보를 구분하지 않으며 또 양자를 구분하여 보관할 수 있는 시스템도 아니다(백승민, “통신비밀보호법 개정 관련 의견”, 통신비밀보호법 공청회 토론 자료, 2007).

71) 구태언, “통신비밀보호법 개정법률안에 대한 의견”, 통신비밀보호법 일부개정법률안에 관한 공청회(자료집), 2009, 46-47면.

72) 김슬기, “현대 감시형 수사와 법적규율의 필요성”, 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112

또한 수사기관이 통신사실확인자료를 법원에 요청하는 경우에는 통신비밀보호법 제5조의 통신제한조치와 달리, 대상범죄 및 구체적 허가요건에 대한 명문 규정을 두고 있지 않다. 즉 통신비밀보호법을 적용하여 수사기관의 GPS 위치추적에 대한 법원의 통제를 받게 한다고 하더라도 수사기관은 수사의 필요성만 있으면 통신사실확인자료를 요청할 수 있기 때문에 현행 통신비밀보호법은 GPS 위치정보에 대한 대상자의 정보자기결정권<sup>73)</sup> 및 사생활 보호권을 보장하는 데 충분하지 않다.

### 3. 입법적 통제방안

#### (1) 이론적 배경

GPS 단말기가 부착된 물건 및 죄명을 특정할 것을 조건으로 하여 수사기관의 GPS 위치추적을 허용한다고 해도 수사기관이 피의사실과 관계가 없는 대상자의 행동을 과도하게 침해하는 것을 막을 수 없을 것이다. 뿐만 아니라 사안마다 영장청구에 대한 심사를 담당하는 법관이 다양한 허용요건들 중에서 정확한 요건을 선택함이 없이 GPS 위치추적을 허용한다면 이는 강제처분법정주의의 취지에 반하는 것이 될 것이다. 따라서 수사기관의 GPS 위치추적이 장래 광범위하게 이용될 수 있는 유력한 수사방법이라고 한다면 GPS 위치추적의 성질을 충분히 고려하여 헌법 및 형사소송법상 영장주의 및 적법절차의 원칙에 적합한 입법적·사법적 통제를 강구하는 것이 바람직하다.

그런데 GPS 수사는 피의자가 알지 못하도록 비밀리에 행해지지 않으면 의미가 없을 뿐만 아니라 사전의 영장제시를 상정할 수도 없다는 점에서 영장주의를 통한 절차의 공정성을 담보하기가 어렵다.<sup>74)</sup> 그렇다고 하더라도 적정절

호), 2017·겨울, 239-240면; 이원상, “형사사법에 있어 개인위치정보에 관한 고찰”, 형사정책연구 제23권 제2호, 2012·여름, 122면. 이에 대하여 ‘현행법상으로 GPS를 이용한 위치추적장치의 활용에는 법원의 영장주의가 채용되어 있다’라고 해석하는 견해도 있다(이호용, 앞의 논문, 2007).

73) 정보자기결정권이란 ‘언제 어떠한 한도에서 개인적인 생활상황을 명백히 할 것인가를 원칙적으로 자기가 결정한다’는 권리로서, 현대 고도정보사회에서 개인이 자기결정권을 행사하기 위한 전제조건으로 자리매김하고 있다(김슬기, 앞의 논문, 246-247면 참조).

74) 통신비밀보호법에서는 법원의 허가 없는 긴급통신제한 조치로서 통신감청 대상자에 대한 사전의 영장제시를 요구하고 있지 않지만 통신감청 후 30일 이내에 감청대상자에게 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지할 의무와 통신제한조치를 청구한 목적과 그 집행 또는 협조일시 및 대상을 기재한 대장을 일정기간 비치할 의무를 부과하고 있다(동법 제9조 및 제9조의 2).

차의 보장이라는 관점에서 수사의 실효성을 배려하면서 실시기간의 한정, 제3자의 입회, 사후 통지 등 절차의 공정성을 담보하기 위한 다양한 수단을 갖추게 된다면 허용될 수 있을 것이다. 또한 형사소송법상 강제처분은 증거로서 정보를 수집하는 시점에 중점을 두고 있으나, GPS수사와 같은 과학적 감시수사의 경우 취득된 정보를 차후에 ‘이용’함으로써 수사의 대상 및 내용이 지나치게 확대되기 때문에 정보의 취득시점은 물론 취득된 정보의 차후이용에 대한 입법적 통제가 필요하다.<sup>75)</sup>

## (2) 통신비밀보호법의 개정

통신비밀보호법 제2조 3호에서는 ‘전기통신’의 개념을 ‘전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것’이라고 정의하고 있다. 즉 전기통신에는 사람들 간의 의사교환은 물론 나아가 GPS 통신을 포함하는 정보통신까지 포섭될 수 있다. 따라서 수사기관의 GPS 위치추적은 ‘정보통신’과 관련된 수사기법으로서 통신비밀보호법에 규정된 수사방법인 통신사실확인자료 및 통신제한조치와 함께 통일적으로 규율하는 것이 바람직하다.<sup>76)</sup> 이를 위해 우선, 통신비밀보호법 제2조 11호에 규정된 ‘통신사실확인자료’의 범위에 규정된 ‘발신기지국의 위치추적자료’의 해석과 관련하여 여기에 ‘GPS 위치정보’를 포함시킬 수 있는지 여부를 둘러싸고 해석론상 논란이 되고 있는바, 이를 불식시키기 위해 ‘발신기지국의 위치추적자료’와 별도로 ‘GPS 위치정보’의 명문규정을 두는 것이 바람직하다.

다음으로, GPS 위치정보를 통신비밀보호법에 포섭시켜 수사기관의 GPS 위치추적을 통제한다고 하더라도 그 허용요건은 자기정보결정권이나 사생활 보호권을 충분히 보장할 수 있도록 해야 한다. 특히 실시간 GPS 위치추적을 통한 위치정보의 취득은 과거의 위치정보와 달리, 통신비밀보호법상 통신제한조치에 관한 규정에 따라 대상범죄, 허가절차, 집행 및 집행 후 사후절차 등 엄격한 통제를 받게 된다.<sup>77)</sup> 그렇다면 현행 통신비밀보호법상 수사기관의 GPS 위치추적을 충분히 통제할 수 있는지 여부를 구체적으로 살펴보자.

첫째, 피의자의 범죄장소에 대한 소재확인을 위한 위치정보는 수사기관이

75) 같은 견해: 김슬기, 앞의 논문, 255-256면.

76) 이윤제, 앞의 논문, 461면.

77) 김현숙, “수사절차와 위치추적-U.S. v. Jones 판결(2012)과 개정 위치정보보호법을 중심으로-”, 경찰법연구 제10권 제1호, 2012, 197면



범죄사실을 증명하기 위한 증거가 될 수 있다. 이 경우 전기통신사업자의 서버에 저장되어 있는 과거의 위치정보에 대해서는 형사소송법상 압수·수색 규정에 따라 대상범죄, 허가 및 집행절차를 통제할 수 있고 또한 사후통제로서 통신비밀보호법 제9조의3의 규정에 따라 수사기관은 압수·수색을 집행한 경우 그 사건에 관하여 공소를 제기하거나 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 경우 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 그 사실을 수사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다.

둘째, 수사기관이 피의자의 신병확보 또는 증거수집을 목적으로 과거의 GPS 위치정보를 취득할 수 있다. 이 경우 과거의 GPS 위치정보에 대해서는 통신비밀보호법 제13조 이하의 ‘통신사실확인자료’ 규정의 적용을 통한 통제를 받게 된다. 즉 수사기관은 수사에 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있고 이 경우 요청사유, 대상자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 법원의 허가를 받아야 하며, 법원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 경우에는 통신사실확인자료의 제공을 요청한 후 지체 없이 법원의 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다.

또한 긴급한 사유로 통신사실확인자료를 제공받았으나 지방법원 또는 지원의 허가를 받지 못한 경우에는 지체 없이 제공받은 통신사실확인자료를 폐기하여야 한다. 또한 수사기관은 통신사실 확인자료제공을 받은 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 통신사실 확인자료제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다.

셋째, 수사기관이 피의자의 신병확보 또는 증거수집을 목적으로 실시간 GPS 위치정보를 취득할 수 있다. 이러한 실시간 GPS 위치추적은 일정 기간 동안 대상자의 위치를 추적하는 것으로서 자기정보결정권 및 기본권을 심각하게 침해할 우려가 있고 따라서 실시간 GPS 위치추적을 통한 위치정보의 취득은 이러한 기본권침해가 최소화될 수 있도록 그 허용요건이 ‘통신사실확인자료’의 취득보다 엄격하여야 한다.

이러한 관점에서 통신비밀보호법 제6조 이하의 ‘통신제한조치’ 규정의 적용을 통한 통제를 받게 된다. 즉 수사기관은 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여, 법원

의 허가를 받아 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 GPS 위치추적을 할 수 있다. 이 경우 수사기관은 GPS 위치추적의 종류와 그 목적·대상·범위·기간·집행 장소·방법 및 당해 GPS 위치추적이 필요한 사유 등을 기재한 서면으로 법원에 청구하여야 한다. 또한 법원은 수사기관의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는 각 피의자별 또는 각 피내사자별로 GPS 위치추적의 종류·그 목적·대상·범위·기간 및 집행 장소와 방법을 특정하여 허가하게 된다.

## V. 나오는 말

새로운 과학수사기법은 그 남용의 위험성이라는 관점에 비판을 받고 있으나, 자백 등 진술에 의존하지 않은 수사를 지향한다면 객관적 증거의 수집을 도모하는 과학적 수사는 반드시 향상 및 발전되어야 한다.

수사목적의 GPS 위치추적은 대상자가 알아차리지 못하는 사이에 쉽고 낮은 비용으로 매우 정확한 위치정보를 장기간에 걸쳐 취득할 수 있다는 장점이 있는 한편, 그로 인한 사생활 침해의 정도가 큰 수사기법이라고 할 수 있다. 또한 GPS 위치추적을 통해 취득된 위치정보는 그 위치정보가 사적 영역에 속하든 공적 영역에 속하든 지속적으로 취득될 경우 수사대상이 된 범죄에 관한 정보 이외의 피의자 정보(사생활 정보 포함)도 취득할 수 있으며 나아가 취득된 위치정보를 축적하여 당해 범죄가 아닌 장래 범죄에 대한 수사 또는 프로파일링을 목적으로 사용될 수도 있다.

그런데 수사기관의 GPS 위치추적은 수사대상자의 실질적 의사에 반하여 헌법상 보장된 사생활 보호권에 대한 침해가능성이 매우 큰 강제처분에 해당한다는 점에서 입법적 규제와 더불어 영장주의의 적용을 통한 법원의 엄격한 통제가 필요하다. 이에 GPS 수사의 활용도가 높은 미국에서는 GPS 수사의 강제처분성을 인정하고, 이를 통제하기 위해 연방형사소송규칙에서는 수사기관의 위치추적 장치 사용에 대한 법적 요건과 절차, 특히 법원이 영장주의를 적용하기 위한 구체적인 집행 절차를 자세하게 규율하고 있다.

그 주된 내용을 살펴보면, “당해 관할에 있어 정당한 직권을 가진 치안판사는 ‘추적장치 부착을 위한 영장’을 발부할 권한을 가진다. 본 영장은 당해관할 내·외에서 또는 이동하고 있는 개인 또는 재물의 이동을 추적하기 위한 장치의 사용을 허가할 수 있다.”고 하여 영장주의를 규정하고 있다. 또한 영장의

기재사항으로서, “① 추적대상이 된 사람 및 차량의 특정, ② 추적실시를 종료한 후에 보고할 치안관사 성명, ③ 추적장치를 사용할 수 있는 기간(법률에서는 45일 이내. 다만 절절한 이유가 있는 경우 연장할 수 있음), ④ 추적장치의 부착시기(영방발부 시부터 최대 10일 이내), ⑤ 실시 후 신속한 보고의무 즉 추적실시 종료 후 10일 이내에 추적된 대상자에게 고지되어야 하며, 다만 치안관사는 수사기관의 청구에 의해 실시보고를 받은 후에 대상자에 대한 고지를 지연시킬 수 있다”고 규정하고 있다.<sup>78)</sup>

다만, 미국의 연방형사소송규칙은 GPS 단말기를 그 적용대상으로 하고 있는 것은 분명하지만 이를 차량 등 물건에 부착된 것으로 한정하고 있지 않다. 또한 휴대폰에 내장된 GPS 단말기를 활용한 위치추적도 동 규칙의 적용범위에 해당하는지 여부는 분명하지 않고 이에 관한 판례도 없다. 그러나 내장된 GPS 단말기를 활용한 위치추적과 GPS 단말기를 부착한 후의 위치추적을 구별할 이유가 없으므로 GPS 단말기가 내장된 휴대폰을 활용한 위치추적 역시 법원에 영장을 발부받아 실시할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>79)</sup>

또한 일본에서는 최근 최고재판소 판결을 통해 GPS 수사는 개인의 의사를 억압하여 헌법이 보장하는 중요한 법적 이익을 침해하는 것으로서, 형사소송법상 특별한 근거규정이 없으면 허용되지 아니하는 강제처분에 해당한다고 하면서 GPS 위치추적의 특징에 주목하여 헌법, 형사소송법상 모든 원칙에 적합한 입법적 조치를 강구할 것을 판시하고 있다.

이에 비해, 우리나라에서는 통신비밀보호법의 적용을 통해 GPS 위치정보는 아니지만 통신기지국위치정보에 대한 수사기관의 활용을 통제할 수 있는데 이는 미국 및 일본에 비해 진일보한 것이라고 할 수 있다. 따라서 우리나라에서는 수사기관의 GPS 위치추적을 ‘정보통신’과 관련된 수사기법으로서 통신비밀보호법에 규정된 수사방법인 통신사실확인자료 및 통신제한조치와 함께 통일적으로 규율하는 것이 바람직하다. 이를 위해서는 통신비밀보호법 제2조 11호에 규정된 ‘통신사실확인자료’의 범위에 ‘발신기지국의 위치추적자료’를 규정하고 있는 점에 비추어, 별도로 ‘GPS 위치정보’를 포함시키는 명문규정을 둔다면 수사기관의 GPS 위치추적을 통한 수사권 남용을 억제하고 이와 동시에 국민의 자기정보결정권 및 사생활 보호권에 대한 부당한 침해를 방지할 수 있을 것이다.

78) 미국연방형사소송규칙 제41조(이윤제, 앞의 논문, 448-449면 참조).

79) 이윤제, 앞의 논문, 449면 참조.

[참고문헌]

- 배종대 외 3인, 형사소송법, 홍문사, 2015.
- 손동권 · 신이철, 「형사소송법(제3판)」, 세창출판사, 2017.
- 신동운, 신형사소송법, 박영사, 2008.
- 이재상 · 조균석, 「형사소송법(제11판)」, 박영사, 2017.
- B. Hofmann-Wellenhof 외 2인, 「GPS 이론과 응용」, 서용철 역, 시그마프레스, 2009.
- 고수윤, “빅데이터의 개인정보 이용으로 인한 법익침해의 적법성 해석”, 강원법학 제52권(2017. 10).
- 구태언, “통신비밀보호법 개정법률안에 대한 의견”, 통신비밀보호법 일부개정법률안에 관한 공청회, 자료집, 2009.
- 김봉수, “범죄예방을 위한 개인정보 수집 및 활용에 대한 통제: 9. 11테러 전후 미국의 개인정보법제의 변화와 그 의미를 중심으로”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 한국비교형사법학회, 2012. 12.
- 김슬기, “현대 감시형 수사와 법적규율의 필요성”, 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호), 2017 · 겨울.박정훈, “우리나라 개인정보보호법제상의 추적가능 시스템에 관한 연구”, 토지공법연구 제52집, 한국토지공법학회, 2011. 2.
- 김종구, “위치추적장치(GPS단말기)를 이용한 수사와 영장주의: 미국과 일본의 판례를 중심으로”, 비교형사법연구 제17권 제4호, 한국비교형사법학회, 2015. 12.
- 김현숙, “수사절차와 위치추적-U.S. v. Jones 판결(2012)과 개정 위치정보보호법을 중심으로-”, 경찰법연구 제10권 제1호, 2012.
- 박혁수, “디지털 정보 압수 · 수색의 실무상 쟁점”, 형사법의 신동향 통권 제44호, 대검찰청, 2014. 9.
- 백승민, “통신비밀보호법 개정 관련 의견”, 통신비밀보호법 공청회 토론 자료, 2007).
- 양종모, “GPS 위치정보 활용 수사에 관한 고찰”, 법학연구 제24권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2016. 1, 227면.
- , “전체적 감시체제의 법률적 규율방안 고찰-인공지능과 모자이크이론의 적용-”, 홍익법학 제17권 제2호, 2016.
- 이원상, “형사사법에 있어 개인위치정보에 관한 고찰”, 형사정책연구 제23권 제2

- 호, 2012·여름.
- 이호용, “위치발신장치를 이용한 경찰 감시활동의 적법성”, 법학논총 제31권 제2호, 단국대 법학연구소, 2007. 12.
- 정지혜, “현대 감시형 수사와 법적규율의 필요성”, 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호), 2017·겨울.
- 조 국, “컴퓨터 전자기록에 대한 대물적 강제처분의 해석론적 쟁점”, 형사정책 제33권 제1호, 한국형사정책학회, 2010. 7.
- 헌법재판소, “정보통신기술의 발전과 기본권에 관한 연구”, 헌법재판연구 제25권, 2014. 12.
- 龜石倫子, “GPS 捜査は令狀主義を没却する重大な違法があるとした事例(特集 GPS 捜査の問題点と刑事弁護の課題)”, 季刊刑事弁護 85号, 2016.
- 龜井源太郎·尾崎愛美, “車兩にGPSを装着して位置情報を取得する捜査の適法性-大阪地裁平成27年1月27日決定·大阪地裁平成27年6月5日決定を契機として-”, 刑事法ジャーナル 47号, 2016.
- 堀口悟郎, “GPS捜査とプライバシー”, 法學セミナー 750号.
- 大野正博, “GPSを用いた被疑者等の位置情報検索”, 「曾根威彦先生·田口守一先生古稀祝賀論文集(下巻)」, 成文堂, 2014.
- 瀧澤誠, “GPSを用いた被疑者の所在場所の検索について”, 「立石二六先生古稀祝賀論文集」, 成文堂, 2010.
- 石田倫識, “GPS捜査の適法性”, 法學セミナー 749号.
- 宇藤崇, “判批” 法學教室 431号, 2016.
- 宇藤崇, “捜査のためにGPSを使用することの適否について”, 法學教室 440号.
- 伊藤雅人·石田壽一, “判解”, ジュリスト 1507号.
- 前田雅英, “いわゆるGPS 捜査の合憲性”, 捜査研究 798号.
- 中島宏, “判批”, 法學セミナー 741号, 2016.
- 中島宏, “GPS捜査最高裁判決の意義と射程”, 法學セミナー 752号.
- 指宿信, “GPS利用捜査とその法的性質-承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐって”, 法律時報 87卷 10号, 2015.
- 清水眞, “GPSと捜査(特集トピックからはじめる法學入門)”, 法學教室 427号, 2016.
- 清水眞, “自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察”, 法學新報117卷7·8号.
- 丸橋昌太郎, “行動監視捜査の規制-イギリスにおける秘匿捜査法の分析を通じて”, 信

州大學法學論集22号, 2013.

最高裁大法廷平成29年3月15日判決(LEX/DB25448527)

Arnold H. Loewy, *United States v. Jones*: Return to Trespass-Good News or Bad, 82 Miss. L. J. 879(2013).

Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, at 111–112(2008).

*United States v. Jones*, 565 U.S., 132 S. Ct. 945(2012).

*Florida v. Jardines*, 133 S. Ct. 1409(2013).

*United States v. Alabi*, 943 F. Supp. 2d 1201(2013).

*United States v. Skinner*, 690 F.3d 775(6th Cir. 2012).

*United States v. Davis*, 754 F.3d 1205(11th cir. 2014).

*United States v. Skinner*, 690 F.3d 775(6th Cir. 2012)

*United States v. Davis*, 754 F.3d 1205(11th cir. 2014)

[Abstract]

## The Legality of the Criminal Investigation by GPS Location Tracking

Choi, Dae-Ho\*

It is required to strictly regulate GPS Investigation in the considering the nature of GPS location tracking and the increasingly violation of the people's basic rights. as a result of using the location information acquired by the investigation agency through GPS location tracking for the purpose of monitoring a specific individual or group, it can cause the infringement of a very serious level that can not be tolerated against the people's fundamental rights, especially privacy rights. Therefore, it is important to establish appropriate limits for GPS investigation.

In this paper, it examined the compulsory disposition of GPS investigation and its legitimacy. for this purpose, it analyzed the cases of the US and Japan and examined the compulsory disposition of GPS investigation in the criminal procedure Act. After establishing the GPS investigation as a compulsory disposition, it examined the possibility of regulating on the current Act and the legislative direction of it. Its main contents are as follows.

If the location information is, even though the location information belongs to the public domain, accumulated, that may be used for investigation or profiling of future crimes. this GPS location tracking is contrary to the actual intention of the investigator and is likely to infringe on the right of privacy guaranteed by the Constitution. Therefore, it is necessary to, in addition to special legal restrictions, the court's strict control through the application of warrants in order to ensure the appropriateness of GPS location tracking.

In this respect, the United States and Japan, which are highly utilized for GPS investigation, have acknowledged the forced disposition of GPS

---

\* Ph. D., Prof of Daejin Univ

investigation and strengthened the legislative and judicial control over it. in contrast, the Korea is possible to control the use of the base station location information through application of 'the Communication Secret Protection Act'. which is more advanced than the US and Japan.

However, it is controversy over the interpretation of whether or not to include 'GPS location information' in the scope of 'communication fact confirmation data' stipulated in Article 2-11 of the Communication Secret Protection Act. In order to eliminate this, it is desirable to insert 'GPS location information' in addition to 'location base station location tracking data' through amendment of the Communication Privacy Protection Act.

Keywords : GPS Location Tracking for Criminal Investigation, GPS Location Tracking, GPS Location Data, Search and Seizer, Privacy Rights