영장 없는 GPS 수사의 위헌성
(2017년 3월 15일 일본 최고재판소 대법정 판결)[1)]

1. 사건개요

피고인은 2012년부터 체포되기까지 공범자들과 공모하여 범행에 사용할 자동차 절도(2건), 자동차 번호판 절도(2건), 점포털이 절도(5건) 등 피해액 약 416만 엔에 이르는 자동차 절도와 침입 절도를 반복하였다. 또한 피고인 단독으로는 피해자를 폭행하여 약 2개월의 상해를 입히는 범죄도 저질렀다. 피고인은 1993년 이후 절도죄로 3건, 상해죄로 2건의 전과가 있었다.

한편, 경찰은 피고인이 다수의 공범자와 함께 범했다고 의심되는 연속절도사건을 수사하기 위해 2013년 4월 중순부터 수개월에 걸쳐 피고인과 공범자들의 아지트로 보이는 차고와 맨션 등 여러 곳에서 잠복과 미행을 하였다. 동년 5월 23일부터는 조직성의 유무·정도와 조직 내에서의 피고인의 역할을 포함한 범행의 전모를 규명하기 위한 수사의 일환으로 이들의 행동과 소재를 확인하기 위해 피고인과 공범자, 피고인의 지인 여성이 사용하는 것으로 보이는 총 19대의 자동차와 오토바이(그 중 7대는 도난차량)에 GPS 단말기를 차례로 부착하였다(이하, '본건 GPS 수사'). 이것은 피고인의 승낙 없이, 법원으로부터 영장도 발부받지 않은 채 이루어진 것이었다. 이후 12월 4일까지 GPS 단말기가 나타내는 소재지의 지도상 지점과 주소, 측위 오차 등을 휴대전화기의 화면에 표시해주는 민간경비회사와 계약하여 수차례에 걸쳐 연속적으로 대상차량 등의 위치정보를 취득하였다. 수사에는 16개의 GPS 단말기가 사용되었고 많은 것은 1000회 이상, 각 480회 내지 680회의 위치정보가 취득되었다. 또한, 차량이 주차되어 있던 공도(公道) 외에도 관리자의 승낙을 얻지 않고 슈퍼마켓의 주차장과 코인주차장, 러브호텔의 주차장에서 GPS 단말기 부착이 이루어졌다.

---

1) 平成29年(2017年)3月15日、最高裁第大法廷、平成28年(あ)第422号. 窃盗、建造物侵入、障害被告事件.

2. 제1심과 원심의 요지

(1) 제1심[2)]

제1심 재판소는 본건 GPS 수사는 검증의 성질을 가지는 강제처분(형사소송법 제197조 제1항 단서[3)])에 해당하고, 검증허가영장을 취득하지 않고 이루어진 본건 GPS 수사에는 중대한 위법이 있다고 판단하였다. 그리고 본건 GPS 수사에 의해 직접적으로 취득된 증거와 이에 밀접한 관련에 있는 증거의 증거능력도 부정하였다. 하지만 나머지 다른 증거에 근거하여 피고인의 유죄를 인정, 징역 5년 6개월을 선고하였다.

(2) 원심[4)]

피고인 측 변호인은 경찰관이 수사 중 피고인들을 기존의 혐의만으로도 체포할 수 있었음에도 체포하지 않고 상당기간 그 행동을 확인하고, 관계 장소에서 계속적으로 감시하고 촬영하는 등 위법한 함정수사를 하였고, GPS 수사 역시 검증으로서의 성질을 가지는 것임에도 검증허가영장 없이 이루어진 점에서 위법한 것이라고 다투었다. 따라서 이러한 전제에서 이루어진 본건 공소제기는 공소권을 남용하여 적법절차를 현저하게 침해하는 것이었음에도 제1심 재판소는 공소를 기각하지 않고 실체적인 판결을 한 점에서 소송절차에 법령위반이 있는 것이고, 나아가 제1심의 증거결정에서 위법수집증거로서 증거능력이 없는 증거뿐 아니라 그러한 위법수사에서 직접 취득된 증거와 관련있는 것은 모두 증거능력이 부정되어야 한다고 주장하였다.

원심 재판부는 본건 GPS 수사로 취득된 정보가 대상차량의 소재지에 한정되는 것으로 프라이버시 침해의 정도가 꼭 큰 것은 아니라는 점, 수사에 미행과 잠복에 더불어 GPS 수사가 필요한 상황이었던 점, 가령 본건 GPS 수사가 강제처분에 해당함에도 영장 없이 이루어졌다면 위법하다고 해석할 여지가 없는 것은 아니지만 영장발부의 실체적 요건을 충족하고 있었으므로

---

2) 平成27年(2015年)7月10日、大阪地方裁判所、平成25年(わ)第5962号.
3) **형사소송법 제197조** ① 수사에 대해서는 그 목적을 달성하기 위해 필요한 취조를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우가 아니면 할 수 없다.
4) 平成28年(2016年)3月2日、大阪高等裁判所、平成27年(う)第966号.

중대한 위법이 있다고까지 볼 수는 없는 점, 당시 GPS 수사를 강제처분으로 해석하는 사법판단이 정착되어 있었던 것은 아니고 경찰관들에게 영장주의 규정을 빠져나가려는 의도가 있었다고까지는 인정하기 어려운 점, 또 GPS 수사를 강제처분법정주의에 위반하는 것으로서 영장유무와 관계없이 적법하게 실시할 수 없는 것으로 해석할 수도 없는 점 등을 이유로 본건 GPS 수사에 중대한 위법이 있었다고는 할 수 없다고 하여, 피고인의 항소를 기각하였다. 이에 변호인은 헌법 제35조[5] 위반 등을 이유로 상고하였다.

3. 본 판결

(1) 재판결과

전원일치 상고기각, 3인의 보충의견

[주문] 본건 상고를 기각한다.

(2) 판결이유

1) GPS 수사에 관한 판단

① GPS 수사는 대상차량의 위치정보를 시시각각 검색하고 파악하기 위해 이루어지는 것인데 그 성질상 공도뿐 아니라 개인의 프라이버시가 강하게 보호되어야 할 장소와 공간에서도 대상차량과 그 사용자의 소재 및 이동상황을 하나하나 자세하게 파악할 수 있게 한다. 이러한 수사방법은 필연적으로 개인행동을 계속해서 망라하여 파악하는 것이므로 개인의 프라이버시를 침해할 수 있는 것이다. 또한, 그러한 침해가능성이 있는 기기를 개인 소지품에 몰래 장착하여 실시된다는 점에서, 공도에 있는 것을 육안으로 파악하거나 카메라로 촬영하는 방법과는 달리 공권력에 의한 사적 영역 침입을 동반하는 것이라 할 수 있다.

---

5) **헌법 제35조** ① 제33조의 경우를 제외하고는, 누구든지 정당한 이유에 근거하여 발부되고 수색 장소 및 압수물건을 명시한 영장에 의하지 아니하고는 주거, 서류 및 소지품에 대하여 침입, 수색 및 압수당하지 않을 권리를 침해받지 아니한다. ② 수색 또는 압수는 권한을 가진 사법관헌이 발부하는 별도의 영장에 의하여 집행된다.

② 헌법 제35조가 보호하는 대상은 '주거, 서류 및 소지품'에 한정되지 않고 이에 준하는 사적 영역을 '침입'받지 않을 권리가 포함되는 것으로 해석함이 상당하다. 그렇다면 합리적으로 추인되는 개인의 의사에 반하여 그 사적 영역에 침입하는 수사방법인 GPS 수사는 개인의 의사에 반하여 헌법이 보장하는 중요한 법적 이익을 침해하는 것으로서 형사소송법상, 특별한 근거 규정이 없으면 허용될 수 없는 강제처분에 해당(最高裁昭和年(あ)第146号同51年3月16日第三小法廷決定·刑集30巻2号187頁參照)할 뿐만 아니라, 일반적으로는 현행범체포 등 영장이 필요 없는 처분과 동일시해야 할 사정이 있다고도 하기 어려우므로 영장 없이는 할 수 없는 처분이라 해석하여야 한다.

③ GPS 수사는 정보기기의 화면표시로 대상차량의 소재와 이동상황을 파악하는 점에서는 형사소송법상 '검증'과 같은 성질을 가지나, 대상차량에 GPS 단말기를 부착하여 대상차량 및 그 사용자의 소재를 검색한다는 점에서 '검증'과 완전히 같은 성질을 가지는 것은 아니다. 가령, 검증허가영장을 발부받거나 혹은 그것과 함께 수색허가영장 발부를 받는다고 해도, GPS 수사는 필연적으로 GPS 단말기를 부착한 대상차량의 소재를 검색하여 대상차량 사용자의 행동을 계속해서 망라하여 파악하는 것이다. 따라서 대상차량 및 죄명을 특정하는 것만으로는 피의사실과 관계없는 사용자 행동을 과잉 파악하는 것을 막을 수 없고, 법관에 의한 영장청구 심사가 요구된다는 취지를 만족시키지 못할 우려가 있다.

뿐만 아니라 GPS 수사는 피의자들에게 알리지 않고 비밀리에 이루어지지 않으면 의미가 없어 사전영장 제시는 상정할 수 없다. 형사소송법상의 각종 강제처분에 대해서는 공정한 절차 담보의 취지에서 원칙적으로 사전영장제시가 요구되고 있고(동법 제222조 제1항[6], 제110조[7]) 다른 수단으로 같은 취

6) **형사소송법 제222조** ① 제99조 제1항, 제100조, 제102조에서 제105조까지, 제110조에서 제112조까지, 제114조, 제115조 및 제118조에서 제124조까지의 규정은 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원이 제218조부터 제224조 및 전조의 규정에 따라 하는 압수 또는 수색에 대해서 제110조 제111조의2, 제112조, 제114조, 제118조, 제129조, 제131조 및 제137조에서 제140조까지의 규정은 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원이 제218조 또는 제220조의 규정에 따라 하는 검증에 대해서 이것을 준용한다. 다만, 사법순사는 제122조에서

지가 도모될 수 있다면 사전영장제시가 절대적인 요청이라고는 해석되지 않겠지만 이것을 대신할 공정한 절차의 담보수단이 제도로서 확보되어 있지 않다면 적정수단의 보장이라는 관점에서 문제가 남는다.

이러한 문제를 해소하기 위한 수단으로서 일반적으로는 GPS 수사 실시기간의 제한, 제3자 입회, 사후 통지 등 다양한 방법을 생각할 수 있는데, 수사의 실효성이라는 측면도 고려하여 어떤 수단을 선택할 것인지는 형사소송법 제197조 제1항 단서의 취지에 비추어 일차적으로는 입법부에 위임되어 있다고 해석된다. 가령 법해석으로 형사소송법상의 강제처분으로서 허용하는 것이라면, 이상과 같은 문제를 해소하기 위해서는 법관이 발부하는 영장에 다양한 조건을 붙일 필요가 발생한다. 그러나 사안마다 영장청구 심사를 담당하는 법관의 판단에 따라 다양한 선택지 중에서 적절하고 정확한 조건 선택이 이루어져야만 하는 강제처분을 인정하는 것은, '강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우가 아니면 할 수 없다.'고 하는 동항 단서의 취지에 부합하는 것이라고 할 수 없다.

이상과 같이 GPS 수사에 대해서 형사소송법 제197조 제1항 단서의 '이 법률에 특별한 규정이 있는 경우'에 해당하는 것으로 보아 동법 규정의 영장을 발부하는 것에는 의문이 있다. GPS 수사가 앞으로도 널리 사용될 수 있는 유력한 수사방법이라고 한다면 그 특질에 주의하여 헌법, 형사소송법의 다양한 원칙에 적합한 입법 조치가 이루어지는 것이 바람직하다.

2) 결론

원심판결의 GPS 수사에 관한 판단은 헌법 및 형사소송법을 잘못 해석하여 적용한 것으로, 이것은 받아들일 수 없다. 그러나 본건 GPS 수사에 의해 직접 얻어진 증거 및 이와 밀접한 관계에 있는 증거의 증거능력을 부정하더라

제124조까지 규정하는 처분을 할 수 없다.

7) **형사소송법 제110조** 차압증, 기록명령부(付)차압영장 또는 수색영장은, 처분을 받는 자에게 제시되지 않으면 안된다.

도, 그 나머지 증거까지 동 수사와 밀접한 관계에 있다고 인정할 수는 없고, 이에 근거하여 피고인을 유죄로 인정한 제1심판결은 정당하며 제1심판결을 유지한 원심판결의 결론에는 잘못이 없다. 그렇다면 원심판결의 잘못된 법령 해석과 적용이 판결에 영향을 미치지 않았음은 분명하다. 따라서 형사소송법 제410조 제1항 단서[8], 제414조[9], 제396조[10]에 따라 재판관 전원일치의 의견으로 주문대로 판결한다.

3) 보충의견 (재판관 岡部喜代子, 동 大谷强彦, 동 池上正幸)

우리들은 GPS 수사의 특질에 주목한 입법 조치가 이루어지는 것이 바람직하다는 법정의견에 동의한다. 다만, 금후 입법이 구체적으로 검토된다고 해도 법제화되기까지는 일정한 시간이 필요할 것이라고 예상되는데, 그 입법이 이루어지는 동안 법관의 심사를 거친 GPS 수사 실시가 완전히 부정되어야 하는 것은 아니라고 생각한다.

이것을 인정한다고 해도 본래적으로 요구되는 것과는 다른 영장에 의한 것인 이상, 형사소송법 제1조[11]의 정신이 바탕에 있는 고도의 사법판단으로 인정할 수 있는 경우로 한정될 것이다. 따라서 매우 한정되고, 극히 중요한 범죄수사를 위해 대상차량 사용자의 행동을 불가피하게 계속적이고 망라적으로 파악해야 하는 경우에는, 고도의 필요성이 요구된다. 또, 이 경우라도 영장청구와 발부는 법정의견에 판시된 각 사항에 대해 충분히 배려한 후에 이루어져야 함은 당연하다. 그러나 이렇게 상기와 같은 영장발부가 인정될 여지가 있다고 하더라도, 이러한 영장의 발부는 극히 한정된 특별한 사정 하에서의 매우 신중한 판단이 요구된다고 할 수 있다.

---

8) **형사소송법 제410조** ① 상고재판소는 제405조 각호에서 규정하는 사유가 있을 때는 판결로 원판결을 파기하지 않으면 안된다. 다만, 판결에 영향을 미치지 않음이 분명한 경우에는 그렇지 아니하다. ② 제405조 제2호 또는 제3호에서 규정하는 사유만 있는 경우, 상고재판소가 그 판례를 변경하여 원판결을 유지하는 것이 상당할 때는 전항 규정은 적용하지 않는다.

9) **형사소송법 제414조** 전장의 규정*은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 상고 심판에서 준용한다. *제2장 항소 관련규정.

10) **형사소송법 제396조** 제377조 내지 제382조 및 제383조*에서 규정하는 사유가 없을 때는 판결로 항소를 기각하여야 한다. *절대적 항소사유, 소송절차의 법령위반, 잘못된 법령적용, 양형부당, 사실오인, 재심사유 등.

11) **형사소송법 제1조** 이 법률은 형사사건에 대해 공공의 복지의 유지와 개인의 기본적 인권의 보장을 성실하게 하면서 사안의 진상을 분명히 하고, 형벌법령을 적정하고 신속하게 적용실현하는 것을 목적으로 한다.