수신자의 휴대폰에 저장되어 있는 문자메시지에 대하여 발신자가 가지는 프라이버시에 대한 합리적인 기대와 증거능력[1)]

1. 사건개요

상고인은 공범에게 무기불법거래에 관해 휴대폰으로 문자메시지를 보냈다. 경찰은 상고인과 공범의 집을 수색할 영장을 받아 상고인의 스마트폰을 압수하여 살펴본 결과 유죄를 입증할 문자메시지를 찾았다. 공범에 대해서는 체포된 후 두 시간 이후에 그의 휴대폰을 수색하여 상고인이 무기불법거래에 관해 공범에게 보낸 문자메시지를 발견하였다. 상고인은 기소되었고 검찰은 상고인의 휴대폰에서 발견한 문자메시지를 증거로 사용하고자 하였다. 하지만 상고인은 이러한 문자메시지가 캐나다 헌장 제8조[2)]에서 보장하고 있는 불합리한 수색과 압류를 받지 않을 권리를 침해하여 얻은 증거이기 때문에 증거로 사용할 수 없다고 주장하였다. 원심은 상고인의 주장을 받아들여 상고인의 집에 대한 수색영장이 무효였다고 판결내리며 이 영장에 따라 얻은 상고인의 휴대폰 문자메시지는 증거로 사용할 수 없다고 증거배제하였다. 하지만 공범의 휴대폰 문자메시지에 대해서는 상고인이 이를 다툴 당사자적격이 없다고 판시하며 이를 증거로 인정하였고 이 증거를 기반으로 상고인에 대해 여러 건의 무기관련 범죄에 대해 유죄판결을 내렸다.

항소심도 원심에 동의하여 상고인은 공범의 휴대폰에서 찾은 문자메시지에 대해서는 프라이버시를 기대할 수 없다고 판시하며 이에 대해서 상고인이 증거능력을 다툴 당사자적격이 없다고 판결하였다. 이에 상고인은 연방대법원에 상고하였다.

---

1) *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59 (2017년 12월 8일 결정).
2) 모든 사람은 불합리한 수색과 압류를 당하지 않을 권리가 있다.

2. 판결요지

가. 대법원장 McLachlin의 법정의견(5:2)[3]

(1) 헌장 제8조의 보호가 적용되는 경우는 언제인가?

이 사건에서 쟁점은 수신자의 휴대폰으로부터 추출한 문자메시지에 대해 이것이 발신자의 휴대폰에 있었던 것이 아니기 때문에 메시지 발신자의 프라이버시의 이해관계가 없다는 이유로 그 메시지에 대해서 메시지 발신자가 헌장 제8조 보호를 주장할 수 없다고 판시한 하위법원의 판결이 오류를 범했는지 여부이다. 이 사건에서는 문자메시지 발신자인 상고인이 그러한 문자메시지에 대해서 합리적으로 프라이버시의 기대를 할 수 있었는지를 검토하여야 한다.

헌장 제8조는 "어떤 개인이 국가행위의 대상이나 목적물 또는 국가행위가 접근한 정보에 대해 합리적으로 프라이버시의 이해관계가 있을 때에" 적용된다.[4] 헌장 제8조의 보호를 받기 위해선 수색의 목적물에 대해서 합리적인 프라이버시 보호, 다시 말해 목적물이 공개되지 않을 것이라고(remain private) 주관적으로 기대했어야 하며, 그 기대가 객관적으로 합리적이었음을 입증해야 한다.[5] 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 있었는지는 "상황의 전체성(totality of the circumstances)"으로 판단해야 한다.[6]

상황의 전체성을 고려할 때에는 네 가지의 요건이 있다.

1. 문제가 되는 수색의 목적물이 무엇인지?
2. 그 목적물에 직접적 이해관계가 있었는지?
3. 그 목적물의 프라이버시에 대한 주관적 기대가 있었는지?

---

3) 이 사건은 대법원장을 포함한 대법관 7명 중 5명(McLachlin, Abella, Karakatsanis, Gascon, Rowe)이 찬성하였고 법정의견은 대법원장인 McLachlin이 작성하였음.

4) *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 34; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 16; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para.

5) *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 361, per Harlan J., concurring.

6) *Edwards*, at paras. 31 and 45; *Spencer*, at paras. 16-18; *Cole*, at para. 39; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 26; Tessling, at para. 19.

4. 그렇다면 그 프라이버시에 대한 주관적 기대가 객관적으로 합리적이었는지?

마지막 네 번째 질문에 대한 답이 "그렇다"인 경우에만, 다시 말해 청구인이 주관적으로 프라이버시에 대해 가진 기대가 객관적으로 합리적인 경우에만 헌장 제8조에 따른 권리를 주장할 당사자적격이 있다.

(2) 상고인은 문자메시지에 대해서 합리적으로 프라이버시에 대한 기대를 하였는가?

1) 수색의 목적물

수색의 목적물은 물리적 행위, 물리적 공간 혹은 전달방식 면에서가 아닌 기능적으로 정의되어야 한다. *Spencer* 사건에서 Cromwell 판사는 법원은 "이 문제를 판단할 때에 경찰의 조사방법과 이와 관련된 프라이버시 사이의 연관성을 검토하면서 넓고도 기능적인 접근법을 취해야하며 찾고자 하는 그 정보의 성격뿐만 아니라 이것이 드러내는 정보의 성격도 보아야 한다."고 판시하였다.

일단 이 사건 수색의 목적물은 공범의 휴대폰이 아니었다. 경찰이 진정 찾고자 한 것은 휴대폰 그 자체도, 휴대폰의 대략적인 내용물도 아니었다. 따라서 목적물이 무엇인지 좀 더 정확하게 정의내려야 한다.

올바르게 특정한다면 이 사건에서 수색의 목적물은 상고인이 공범과 나눈 "전자대화"였다. 문자메시지를 전자대화의 일부로 표현하는 것은 수색의 목적물에 대해서 전체론적인 관점을 가지는 것이다. 또한 문자메시지의 기술적 현 상황을 반영하는 것이기도 하다.

헌장 제8조가 문자메시지나 혹은 다른 형태의 메신저 메시지를 보호할 수 있느냐를 결정함에 있어 수색의 목적물은 발신자와 수신자 사이의 전자대화 그 자체라고 결론짓는다. 이 전자대화에는 대화 그 자체, 대화 참여자들의 신원, 공유한 정보, 그 정보로부터 추리할 수 있는 연계상황과 활동을 포함한다.[7]

2) 목적물에 대한 직접적 이해관계

상고인은 전자대화의 참가자였으며 재판에서 검사측이 제출한 증거인 특정 문자메시지의 작성자였으므로 수색의 목적물이었던 전자대화에 담긴 내용에 직접적인 이해관계가 있다.

3) 목적물에 대한 프라이버시의 주관적 기대

상고인이 공범과의 전자대화 내용에 대해 프라이버시를 주관적으로 기대했다는 것은 논란의 여지가 없다. 상고인은 공범에게 공범의 휴대폰에 있는 문자메시지를 삭제해달라고 여러 번 요청했다고 증언하였다. 따라서 상고인은 공범과의 전자대화 내용이 사적이라는 것을 주관적으로 기대했다고 결론 내린다.

4) 객관적으로 합리적인 프라이버시에 대한 주관적 기대

a. 수색 장소

Common law에서 프라이버시는 종종 장소에 따라 지정되곤 하였다. 장소에 따라 구두로 나눈 대화가 사적이길 기대하는 것이 합리적인지 아닌지 나뉠 수 있다. 사람이 많은 식당에서 나눈 대화는 헌장 제8조의 보호를 받지 못할 수도 있지만 비공개로 나눈 대화는 보호될 수도 있다.

"장소"라는 요소는 대체로 물리적 영역에 대한 프라이버시 이해관계의 의미에서 발전되어 왔는데 디지털로 옮겨오면 법리상 정해놓은 제한에 잘 맞지 않게 된다. 휴대폰 문자메시지의 장소는 어디가 되는 것인가? 장소란 프라이버시를 주관적으로 기대한 것의 객관적인 합리성을 알려줄 수 있는 만큼만 중요한 것이다.

전자대화는 특정 물리적 공간을 차지하지 않는다는 것이 하나의 답이 될 수 있다. 전자대화의 전부 혹은 일부가 발신자의 혹은 수신자의 휴대폰에 있을 수도 있고, 통신사의 데이터베이스에 있을 수도 있고, 발신자와 수신자 모두 접근가능한 서버에 위치해있을 수도 있다. 이렇게 다닥다닥 연결된 기

7) *Spencer*, at paras. 26-31; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 38, per Deschamps J., at para. 81, per Abella J., and at para. 119, per McLachlin C.J. and Fish J.; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at paras. 174-75, per Deschamps J., and at para. 227, per Bastarache J.; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, at para. 67, per Binnie J.

기들과 서버는 디지털 커뮤니케이션이라는 전자세상을 만들어냈고 21세기에는 이 모든 것이 물리적 공간만큼이나 현실적인 공간이다. 이러한 디지털 공간에서 우리는 방이나 사무실의 비공개된 공간에서 이야기하듯 사적인 메시지를 보내기도 한다. 대화방("chat room")이라는 표현은 단순한 비유가 아니다. 문자메시지 역시 개인들 간의 사적인 대화방을 만들어낼 수 있다. 전자적으로이긴 하지만 이러한 방들도 수색장소이다. 문자메시지로 나누는 대화에도 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 할 수 있다는 것을 보여주고 있다.

이외에도 메시지가 저장되거나 접속된 기기가 수색장소가 될 수 있다. 장소에 접속하는 것을 통제하거나 규제하는 것은 프라이버시에 대한 합리적인 기대와 관련이 있다.[8] 나는 내가 완전히 통제하고 있는 내 휴대폰에 대해서는 높은 수준의 프라이버시를 기대할 수 있고, 내 친구가 통제하고 있는 친구의 휴대폰에 대해서는 그보다 낮은 수준의 프라이버시를 기대할 수 있을 것이고, 대중에게 보여질 것이라고 생각하는 문자메시지에 대해서는 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 전혀 없을 것이다. 프라이버시에 대한 합리적인 기대는 스펙트럼으로 혹은 장소적 서열("hierarchy")에 따라 있을 수 있다.

수색장소는 피고인이 헌장 제8조에 따라 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 있는지를 결정하는데 있어서 고려하는 여러가지 요소 중 하나에 불과하다. 이번 사건에서 수색장소를 어느 곳으로 보든 문자메시지로 나눈 대화의 장소로 인해 프라이버시에 대한 기대가 없어지지 않는다는 것은 명확하다. 따라서 어떠한 상황에서건 이 문제는 개인이 합리적으로 무엇을 기대했는지에 따라 달려있다.

b. 정보의 사적인 성격

헌장 제8조의 목적은 "개인이 자유롭고 민주적인 사회에서 국가의 간섭으로부터 자유롭게 간직하고 또한 통제하고자 하는 개인정보 중 핵심적인 신상정보를 보호"하기 위함이다.[9] 사적인 정보를 드러낼 가능성은 전자대화가

8) *Edwards*, at para. 45 참조.
9) *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293.

합리적으로 프라이버시에 대한 기대를 이끌어내는지, 그리고 헌장 제8조로 보호되는지를 결정하는데 있어서 고려하는 한 요소이다.

이 요소를 고려하는데 있어 중요한 것은 경찰이 압수한 메시지의 실제 내용이 아니라 그 전자대화가 개인 혹은 신상정보를 드러낼 가능성에 있다. 어떤 상황에서 전자대화 수색이 그 대화참가자가 대화내용의 프라이버시에 대해서 합리적으로 기대할 수 있는 개인의 라이프스타일과 개인적 선택에 대한 내밀한 상세정보를 드러낼 수 있는지가 중요한 것이다.

정보의 사적인 성격은 문자메시지를 보내는 것 자체의 사적인 성격과 연결되어 있다. 사람들은 전자대화가 사적이라고 이해하기 때문에 개인적인 일들을 전자대화의 형태로 나눌 수 있다. 정보의 수신은 문자메시지가 보내지는 사람에게만 한정되어 있고 통신사는 비밀을 준수할 계약서상 의무가 있다. 따라서 경찰의 도청 가능성을 제외하고는 문자메시지나 내용에 대해서 알 수 없다.

문자메시지보다 더 사생활보호가 가능한 대화나 커뮤니케이션 형태를 생각하기 힘들다. 대화참여자들은 같은 물리적 공간에 있을 필요도 없다. 연방대법원이 *TELUS* 사건에서 만장일치로 판시하였듯이 형법 제183조에서 정의된 "사적인 커뮤니케이션" 이란 "발신자로 하여금 발신자가 의도한 사람 이외에는 다른 사람에게 도청되지 않으리라 기대하는 것이 합리적인 상황에서 한 전자통신(telecommunication)이다."[10)]

전자대화는 개인정보의 많은 부분을 드러낼 수 있다. 국가의 침해로부터 개인정보가 보호될 수 있는 프라이버시구역을 지키는 것이 바로 헌장 제8조의 핵심 목적이다. 앞서 예시들에서 보여진 것처럼 프라이버시구역은 그냥 하나의 휴대폰을 넘어서서 다른 이들과 사적 정보를 공유하였던 전자대화를 포함한다. 따라서 특정 시간에 특정 휴대폰의 내용뿐만 아니라 이러한 사적인 교류들이 프라이버시로 남길 기대하는 것은 합리적이다.

c. 통제

10) *TELUS*, at para. 12, per Abella J., at para. 67, per Moldaver J., and at para. 135, per Cromwell J.

통제, 소유, 역사적으로 사용하였던 방식은 모두 프라이버시에 대한 주관적인 기대가 객관적으로 합리적이었는지를 결정하는데 관련이 있는 것으로 여겨졌다.[11] 다른 요소들과 같이 통제는 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 결정하는 절대적 요소는 아니다. 통제할 수 없다고 하여 프라이버시가 없는 것도 아니다.[12] 통제는 프라이버시에 대한 주관적인 기대가 객관적으로 합리적이었는지를 결정하는데 있어 상황의 전체성을 고려하는 한 요소이다.

이번 사건에서는 수색의 목적물인 전자대화의 통제에 대한 분석을 해야 한다. 개개인은 어떻게, 언제, 그리고 자신에 대한 정보를 어느 정도 다른 이들과 소통할지에 대한 선택을 함으로써 문자메시지로 보내는 정보에 대해 중요한 통제를 한다.[13]

헌장 제8조의 목적에서는 단순히 다른 사람이 정보를 소유하고 있거나 정보에 접속가능하다고 해서 그 정보에 대한 통제를 잃는 것은 아니다. "기술적 현실"로 인해서 개인이 자신의 개인정보에 대한 배타적 통제를 잃는다고 하여도 여전히 그 정보가 국가의 감시를 받지 않으리라고 합리적으로 기대할 수 있다. 이 사건에서 상고인은 공범과 정보를 공유하였다. 정보를 공유함에 따라 공범이 그 정보를 제3자에게 밝힐 수도 있다는 위험은 감수한 것이지만 위험을 감수하였다고 해서 이 정보에 대한 통제를 포기한 것이라거나 헌장 제8조 하에서 보호받을 권리를 포기한 것은 아니다.

이번 사건에서 통제를 공유하는 것은 *Cole* 사건과 비슷한 면이 있다. 그 사건에서 피고인은 업무 컴퓨터에 포르노물을 저장해놓았다. 이번 사건의 공범과 같이 피고인의 상사는 컴퓨터의 내용에 접속이 가능하였다. 피고인은 수색된 업무용 컴퓨터에 대해 배타적인 통제를 할 수 없었다. 그럼에도 연방대법원은 수색의 목적물, 즉 컴퓨터에 저장되어 있는 포르노물에 대한 프라이버시를 합리적으로 기대할 수 있다고 판단하였다.

이에 대해 항소법원에서는 *Cole* 사건에서는 피고인의 상사가 컴퓨터를 개

---

11) *Edwards*, at para. 45; *Cole*, at para. 51.
12) *Cole*, at paras. 54 and 58; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 22.
13) A. F. Westin, Privacy and Freedom (1970), at p. 7, *Spencer* 사건에서 인용, at para. 40, *Tessling* 인용, at para. 23; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 429, per La Forest J.; Duarte, at p. 46.

인용도로 사용해도 된다는 허가를 하였고, 이번 사건에서 상고인은 공범의 휴대폰에 대한 그런 특권이 없었기 때문에 두 사건은 구분이 된다고 판시하였다. 하지만 공범이 상고인에게 자신의 휴대폰 문자메시지를 삭제해도 된다는 허가를 한다고 하여 달라지는 것은 없다. 이 사건에서 쟁점은 전자대화에 접근한 기기를 누가 소유하느냐가 아니라 상고인이 그 대화에 담겨진 정보에 대한 통제를 하느냐 이기 때문이다. *Cole* 사건에서 그 정보는 포르노 사진이었고 이번 사건에서는 상고인과 공범 사이의 전자대화이다.

따라서 공범이 문자메시지를 공개할 위험이 있었다 하더라도 이것이 상고인이 가진 그 문자메시지 안에 담긴 정보에 대한 통제력을 무효화하는 것은 아니라는 결론을 내린다. 사적인 방법으로 특정인에게 문자메시지를 보내기로 선택함으로써 상고인은 전자대화에 대한 통제를 한 것이다. 수신인이 그 문자메시지를 공개할 수도 있었다는 위험은 상고인이 자신의 프라이버시에 국가가 침해하지 않으리라고 합리적으로 기대한 것을 무효화하지 않는다.

d. 정책적 고려

수색 장소, 목적물의 사적인 성질, 목적물에 대한 통제의 요소가 모두 이번 사건의 전자대화에 있어 프라이버시를 기대하는 것이 객관적으로 합리적이라는 결론을 뒷받침한다고 하여도 경찰업무에 영향을 줄 수 있기 때문에 이러한 결론을 내려서는 안된다는 주장이 있다. 헌장 제8조가 문자메시지에서 발신인의 프라이버시까지 보호한다면 경찰은 더 많은 상황에서 영장을 발부받아야 하거나 극도로 주의하여 더 많은 상황에서 영장을 받아야 한다고 미리 생각하게 될 것이고, 따라서 성범죄사건이나 아동납치사건에서 사법적 승인 없이 문자메시지를 검토할 수 있는 경찰의 능력에 영향을 줄 것이라고 주장한다. 하지만 *Hunter* 사건 이래 헌장 제8조 하에서 우리의 프라이버시권을 보호하기 위해서는 사전에 사법적 승인을 받도록 되어있다. 불합리한 프라이버시 침해를 정당화하기 위해서 불법적인 수색의 결과물이 사용될 수는 없다. 헌장 제8조 분석은 따라서 내용중립적이어야 한다.

하지만 검찰이 예시로 든 상황들에서 취득한 증거가 언제나 증거배제로

이어지는 것은 아니다. 아동성범죄 혹은 납치사건 피해자나 피해자의 부모는 기기에 협박 문자나 모욕적인 문자메시지가 있다는 것을 경찰에게 알릴 수 있다. 제3자가 자진해서 제출한 문자메시지를 경찰이 볼 때에 헌장 제8조가 문제가 될 수 있다고 예상하여 문자메시지를 보기 전에 영장을 발급받는다면 헌장상 보장되고 있는 권리의 침해를 피할 수 있고, 그렇게 수집한 증거는 재판에서 증거로 인정될 수 있다.[14]

또 다른 상황에서는 경찰이 어떤 이유에서건 사전에 사법적 승인을 받지 않고 협박문자나 모욕적인 문자메시지를 열람한 경우, 상황의 전체성에 따라 피고인은 그 문자메시지에 합리적으로 프라이버시를 기대했을 수 있고 그러한 경우에는 증거배제를 요청할 당사자적격이 될 수 있다. 하지만 당사자적격이란 사건의 판결을 구할 수 있는 자격에 불과하다. 그 주장이 반드시 받아들여진다거나, 문자메시지 수색이 헌장 제8조를 위반했다고 판결이 될 것이라는 것을 의미하는 것은 아니다. 영장 없는 수색은 헌장 제8조 하에서는 불합리하다고 추정되지만 검찰측은 수색이 법으로 허용되고, 법규가 합리적이었으며, 수색은 합리적인 방법으로 이루어졌다는 점을 개연성의 균형에 따라 입증할 수 있다.[15]

반대의견은 이러한 헌장 제8조 관련 권리주장이 재판에 더 많은 시간을 소요되게 하고 효율적인 경찰업무에 대한 국가의 이익과 개개인의 프라이버시에 사이에 "균형"을 맞추지 못한다고 보았다. 하지만 이러한 문제가 생긴다면 이 문제는 법원이 다룰 것이다. 문자메시지로 나눈 특정 대화들이 헌장 제8조에 의해 보호된다고 인정함에 있어 따르는 문제들을 사법체계가 다루지 못할 이유가 없다. 경찰은 개개인의 문자메시지에 아무런 제약 없이 접근할 수 없으며 전자대화의 프라이버시는 헌법적 보호를 받을 가치가 충분하다.

e. 결론

상고인이 자신과 공범이 나눈 전자대화가 공개되지 않을 것이라고 주관적

14) *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, at paras. 21-35.
15) *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278.

으로 기대한 것은 상황의 전체성으로 보았을 때 객관적으로 합리적이었다고 결론짓는다. 장소, 개인정보를 드러내는 문자메시지의 성격, 통제의 세가지 요건이 이러한 결론을 뒷받침한다. 수색의 장소가 상고인과 공범만이 접속가능한 사적인 전자공간이라고 생각한다면 상고인이 프라이버시에 대해 가지는 합리적인 기대는 더욱 명확하다. 수색의 장소를 공범의 휴대폰이라고만 생각하여도 이는 상고인이 가지는 프라이버시에 대한 기대를 단순히 줄일 뿐이지 이러한 기대가 부정되는 것은 아니다. 또한 경찰은 공범의 휴대폰 문자메시지만 조금 읽어보아도 이것이 상고인의 개인정보를 드러낸다는 것을 쉽게 알 수 있었다. 상고인은 전자대화의 내용과 이것이 공개되는 방법에 대하여 통제를 하고 있었다. 따라서 공범의 휴대폰 문자메시지를 통하여 경찰이 상고인과 공범의 전자대화를 알아내었지만 상고인은 이러한 수색과 증거능력에 대하여 다툴 당사자적격이 있고, 이러한 결론에 따른 정책적 우려는 크게 나타나지 않는다.

하지만 이번 사건에서 상고인이 당사자적격이 있다고 하여 전자기기를 이용한 모든 커뮤니케이션에 있어 합리적으로 프라이버시를 기대할 수 있고 따라서 헌장 제8조에 따른 당사자적격이 있다는 것은 아니다. SNS에 올린 메시지라든지 인터넷상의 단체 대화방에서 일어난 대화 같은 경우는 이러한 케이스에 포함되지 않는다. 다른 사실관계를 가진 사건의 경우에는 이번 사건과는 다른 결론에 도달할 수도 있다.

(3) 수색은 불합리적이었는가?

상고인에게 당사자적격이 있다면 문제가 되는 수색은 불합리했을 것이라는 점에 검찰은 수긍하였다. 증거채택을 다툴 시에 검찰은 유효한 수색이었다고 주장하였지만 원심은 이를 인정하지 않았고 검찰 역시 이 점에 대해서는 더 이상 다투지 않았다. 따라서 문자메시지 증거는 상고인과 공범 사이의 전자대화를 불합리하게 수색하여 얻은 결과물이기 때문에 헌장 제8조 하에서 보호되는 상고인의 권리를 위반하였고, 헌장 제24조 제2항[16]에 따라 증거

로 채택될 수 없다고 추정된다.

(4) 증거는 배제되어야 하는가?

증거능력을 다툴 당사자적격이 있는 경우 그 증거가 배제되어야 하는지 여부는 *Grant* 사건에서 세운 3가지 요소[17]에 따라 검토된다.

1) 헌장을 침해하는 행위의 심각성

연방대법원은 *R. v. Paterson* 사건에서 "헌장을 위반한 국가의 행위가 얼마나 심각했는지를 검토하는데 있어서 법원의 역할은 그 과실의 정도를 정하는 것인데 우연적 혹은 심각하지 않은 위반에서부터 의도적이고 무모한 헌장권리의 무시"가 있다고 판시하였다.[18] 이번 사건에서 경찰의 수색은 의도적이고 무모한 헌장권리 무시에 가깝다.

1심에서는 문제가 된 수색이 체포에 수반한 유효한 수색이 아니었기 때문에 헌장을 위반한다고 판결하였다. 공범의 체포는 합법적이었지만 경찰은 체포 후 두 시간이 흘러서야 공범의 휴대폰을 수색하였고, 이 과정에서 상고인과 공범의 전자대화를 찾았다. 검찰은 공범의 체포가 합법적이었으므로 수색으로 인해 침해된 헌장의 심각성 역시 줄어든다고 주장하였다. 하지만 원심에서 판시하였듯 공범이 체포될 바로 그 당시에 그의 휴대폰을 수색하지 않은 이유나 휴대폰을 수색하기 전에 두 시간이나 지체한 이유에 대한 증거가 없다. 공범의 휴대폰을 수사상 조사한 것이 헌장을 위반한 것은 그 수색의 범위 이외에도 수색한 타이밍 때문이다. 휴대폰을 수색하기 전에 두 시간이나 기다린 점에 있어서 경찰이 선의로 행동을 했다 하여도 이 실수는 합리적이라고 볼 수 없다.[19] 이 점에 있어서 법은 명확하며 지체한 이유가 있지 않은 이상 공범을 체포하고 두 시간 후에 영장 없이 그의 휴대폰을 수색한 것은 헌장권리를 충분히 고려하지 않고 무모하게 무시한 것이다.[20] 경찰의

---

16) 법원이 위 (1)항의 절차에서 헌장이 보장하는 권리나 자유를 침해하거나 거부하는 형식으로 증거가 수집되었다고 판단하는 경우, 모든 정황을 고려하여 증거인정을 하는 것이 법집행에 오명을 가져줄 것이라고 입증된다면 증거는 배제된다.

17) *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71.

18) 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202, para. 43, *Grant* 사건에서 인용, at para. 74.

19) *Paterson*, at para. 44, *Buhay* 사건에서 인용, at para. 59.

행위는 공범의 권리뿐만 아니라 둘 사이에 주고받은 문자메시지 대화의 내용을 수색함으로써 상고인의 권리 역시 직접적으로 침해한 것이다. 경찰이 공범의 휴대폰을 수색하면서 상고인과 공범 사이의 전자대화에 접근하여 이를 찾아본 것은 헌장을 심각하게 침해한 것이며, 따라서 증거배제에 힘이 실린다.

2) 헌장을 침해한 행위가 헌장으로 보호되는 상고인의 권리에 끼치는 영향

상고인은 공범의 휴대폰 자체에는 독자적인 이해관계가 없었지만 공범과 나눈 전자대화에 있어서는 헌장으로 보호되는 상당한 프라이버시 이해관계가 있었다. 공범의 휴대폰을 불법으로 수색함으로써 대화 내용이 드러났고 그 대화에는 상고인의 핵심개인정보에 해당하는 사적인 정보가 담겨있었다. 상고인은 자신과 공범이 나눈 전자대화와 그 내용이 비공개로 남아있으리라고 합리적으로 기대하였지만 경찰의 헌장을 위반하는 행위로 인해 그 기대가 없어졌다.

물론 접근통제를 공유하는 특정 상황에서는 목적물에 대해 프라이버시 기대가 덜 할 수도 있다. 따라서 상고인과 공범이 전자대화에 대한 접근통제를 공유하는 이번 사건에서 수색의 영향은 정황에 따라 가늠되어야 한다.[21] 전자대화에 대한 접근통제는 그 의미상 당연히 두 명 이상의 참가자가 공유한다. 하지만 이 사실만으로 대화에 대한 불법적 수색의 영향을 부정할 수 있다면 전자대화가 불법적으로 수색된 모든 사건에서 증거로 인정되는 방향으로 나아갈 것이다. 이는 헌장 제8조가 보호하는 프라이버시를 약화하는 것이다. 헌장을 침해한 수색의 영향이 헌장으로 보호되는 상고인의 프라이버시에 끼친 영향은 상당하다고 판단되며 따라서 증거배제에 무게가 실린다.

3) 사건의 본안판단에 대한 공익

이번 사건을 본안판단하는데 있어 공익은 상당히 크고, 문자메시지는 중

---

20) *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 24.

21) *Paterson*, at para. 49; *Grant*, at para. 78; *Buhay*, at para. 65; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 40.

죄를 기소하는데 있어서 크게 신뢰할 수 있고 증명력이 큰 증거이므로 이 요소를 보면 증거인정에 무게가 실린다.

4) 증거배제

연방대법원이 *Grant* 사건에서 판시하였듯이 "기소된 범죄가 심각한 사건일수록 본안판단을 할 공익이 크지만 또한 피고인에게 내려진 형벌이 클수록 훌륭한 사법체계를 가질 공익도 필수적이다."[22] 이 증거를 배제하면 검찰이 이번 사건을 패소할 가능성이 크지만 "문제되는 행위가 심각하였고, 상고인의 헌장상 권리에 상당한 영향을 끼쳤을 경우에는 특히, 다른 모든 고려사항을 제쳐두고 본안판단을 할 공익을 우선시 하지 않도록 해야한다."[23]

이상의 모든 요인들을 검토해본 결과 증거인정을 할 경우 법집행에 오명을 가져다주리라 판단되며 따라서 헌장 제24조 제2항에 따라 증거를 배제하여야 한다.

(5) 결론

원심과 항소심은 상고인이 공범의 휴대폰으로부터 추출한 문자메시지의 증거능력을 다툴 당사자적격이 없다고 판결함에 있어서 오류를 범하였다. 상고인은 공범과 나눈 전자대화가 공개되지 않으리라는 합리적인 기대가 있었고 그 기대는 헌장 제8조에 의해 보호된다.

검찰은 상고인이 당사자적격이 있을 경우 그 수색은 불합리하였고 따라서 상고인의 헌장 제8조 권리를 침해한다는 점에 수긍하였다. 증거는 배제된다.

상고를 허락하며, 원심을 파기하고 모든 혐의에 대하여 무죄를 선고한다.

나. 반대의견[24]

캐나다 헌장 제8조는 불합리한 수색과 압수를 당하지 않을 권리를 보장하

22) para. 84.
23) *Paterson*, at para. 56.
24) Moldaver, Côté 대법관.

고 있다. 이러한 헌법적 보호는 개개인의 프라이버시권과 법집행에 대한 공익 사이의 균형을 맞추고 있다. 이번 사건에서 연방대법원은 문자메시지 대화에 적용된 이러한 균형을 검토한다.

현대사회에서 문자메시지는 아주 흔한 형태의 전자적 커뮤니케이션이다. 은밀하고도 사적인 정보를 전하기 위해서 문자메시지는 자주 사용된다. 문자메시지를 주고받는 것은 명백히 사적인 행위이며, 따라서 이번 상고에서 쟁점은 문자메시지가 사적이냐의 문제가 아니다. 경찰은 사법적 승인을 얻지 않고서는 문자메시지를 수색·조사할 수 없으며 통신사가 가지고 있는 문자메시지 대화를 공개하기 위해서도 역시 영장이 필요하다.

이 상고는 당사자적격에 관한 것이며, 상고인이 다른 이의 휴대폰에 저장된 문자메시지 대화에 대한 수색과 압수에 대해서 다툴 당사자적격이 있는지가 쟁점이다. 헌장 제8조의 권리에 대해 다투기 위해서는 헌장 제8조에서 보장하고 있는 개인적인 프라이버시권이 위반되었음을 입증하여야 한다. 정확히는 수색의 목적물에 있어서 개인적 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 있었음을 입증하여야 하는 것이다.

이번 사건에서 수색의 목적물은 상고인과 공범 사이의 문자메시지 대화이다. 두 사람은 불법 무기거래에 관한 문자메시지를 여러 차례 나누었다. 두 사람이 체포될 당시에 경찰은 두 사람의 휴대폰을 압수하였고 두 사람이 나눈 문자메시지 내용은 나중에 압수된 휴대폰에서 추출하였다. 1심과 항소심 모두 상고인은 공범의 휴대폰 수색에 대해 다툴 당사자적격이 없다고 판단하였다. 우리는 법률적, 정책적 검토를 한 결과 이 두 판결에 동의한다.

법률적으로 보자면 한 개인이 가지는 프라이버시에 대한 기대가 합리적인지를 판단하기 위해서는 수색의 목적물과 그 개인 사이의 연관성의 성격과 그 연관성이 얼마나 견고한지를 검토해야 한다. 이 연관성은 사건 내 상황의 전체성을 보고 판단한다. 목적물에 대한 통제는 그 사람이 목적물에 대해 가지는 개인적 연관성을 판단하는데 있어서 결정적인 요소이다. 목적물에 대해 어떠한 통제력도 가지지 못했다면 이는 개인적인 프라이버시를 기대하는 것

이 불합리하며 따라서 당사자적격이 없다는 것을 증명할 설득력 있는 지표가 된다.

이번 사건에서 상고인은 공범의 휴대폰에 저장되어 있는 문자메시지 대화에 대해서 그 어떠한 통제도 할 수 없었다. 공범은 언제나, 누구에게든, 어떠한 목적을 위해서든 그 메시지를 공개할 수 있었다. 문자메시지에 대해서 그 어떠한 통제도 할 수 없음에도 불구하고 문자메시지에 대해 개인적인 프라이버시를 합리적으로 기대할 수 있다고 판결하는 것은 오랜 세월 헌장 제8조의 법리의 일부분으로 형성된 프라이버시와 통제에 관한 관계를 단절하는 것이다.

정책적인 관점에서 보아도 이번 사건의 상황에서 상고인에게 당사자적격이 있다고 판단하는 것은 헌장 제8조에 대해 다툴 수 있는 당사자들의 범위를 지나치게 넓히는 것이다. 법정의견이 채택한 방식은 그 적용범위를 알 수가 없으며 헌장 제8조 당사자적격을 광범위하게 넓힐 위험이 있다. 이는 형사재판 절차의 복잡성과 소요시간을 늘릴 것이고, 이미 과하게 부담이 지워진 형사사법체계에 더한 짐을 지우는 것이다. 그것보다 더한 문제점은 헌장 제8조의 당사자적격 범위를 늘림으로써 제8조가 얻고자 하는 프라이버시와 법집행의 공익 사이의 정교한 균형을 방해할 위험이 있고, 특히 어린이, 노인, 정신질환자 등과 같이 가장 취약한 사회 구성원을 대상으로 하는 범죄에서 문제가 될 것이다. 법정의견의 접근방식에 따른 논리는 아동에게 성적인 문자메시지를 보내는 성범죄자들이나 배우자에게 위협적인 문자메시지를 보내면서 학대하는 배우자들이 상대방의 휴대폰에 저장되어 있는 문자메시지에 대해서 합리적으로 프라이버시를 기대할 수 있다는 결론으로 밖에 이어지지 않는다. 그러한 결과는 받아들일 수 없다.

따라서 법정의견에 동의하지 않으며 상고를 기각한다.