기지국 기록을 통한 휴대폰 위치정보의 수사와 프라이버시의 보호[1)]

1. 사건개요

이 사건은 정부가 휴대폰 사용자의 포괄적인 이동 기록을 담은 수개월 간의 휴대폰 위치정보 기록을 확인하는 경우 이것이 영장이 필요한 수정헌법 제4조[2)]의 수색이 되는지에 관한 문제를 다루었다. 이에 대하여 연방대법원은 경찰이 휴대폰 위치추적 정보를 확인한 것은 수정헌법 제4조에 규정된 수색이며 영장을 필요로 한다고 판결하였다.

2011년, 경찰은 디트로이트에서 발생한 강도사건의 피의자들을 체포하였고 그들 중 한 명이 15명의 공범들에 대해 자백하였다. 검찰은 상고인 티모시 카펜터(Timothy Carpenter)와 다른 용의자들의 휴대폰 기록을 입수하기 위하여 '저장된 통신법'(Stored Communications Act)에 따라 법원명령을 신청하였다. 동법 §2703(d)[3)]에 따르면 요청된 기록이 진행 중인 범죄수사에 관련성과 중요성을 갖는다고 볼만한 합리적인 근거(reasonable grounds)를 보여주는 구체적이고 적시 가능한 사실을 정부가 제공하는 경우, 정부는 특정한 통신 기록의 공개를 강제할 수 있다. 연방치안판사는 카펜터의 무선통신사인 메트로PCS(MetroPCS) 사(社)와 스프린트(Sprint) 사(社)에 일련의 강도사건이 일어났던 4개월간의 휴대폰 위치정보를 공개하도록 하는 법원명령을 내렸다. 메트로PCS 사(社)는 법원명령이 요청한 152일간의 기록 중 127일간

---

1) Carpenter v. United States, 585 U. S. ___ (2018)(No. 16-402)(2018. 6. 22. 결정).

2) 미국 수정헌법 제4조
불합리한 수색, 체포, 압수로부터 자신의 신체, 가택, 서류 및 동산의 안전을 보장받는 국민의 권리는 침해될 수 없다. 영장은 상당한 이유에 근거하고, 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되고, 수색될 장소, 체포될 사람 또는 압수될 물품을 구체적으로 기재하지 않고는 발급될 수 없다(The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized).

3) 18 U.S.C. §2703. 요청된 고객의 통신 또는 기록의 공개
(d) 법원명령의 요건 – (b) 또는 (c)항의 법원의 공개 명령은 적법한 관할권을 가진 법원에서 발부되어야 하고, 유선 또는 전자통신의 내용, 또는 기록이나 다른 정보가 진행 중인 범죄수사에 관련성과 중요성을 갖는다고 볼만한 합리적인 근거(reasonable grounds)를 보여주는 구체적이고 적시 가능한 사실을 정부 기관이 제공하는 경우에만 발부할 수 있다...(후략)

의 기록을 제출하였고, 스프린트(Sprint) 사(社)는 법원명령이 요청한 7일간의 기록 중 2일간의 기록을 제출하였다.

카펜터는 무선통신사가 제공한 기지국 데이터가 상당한 이유(probable cause)에 근거한 영장 없이 입수한 것이므로 수정헌법 제4조를 위반하였다고 주장하며 위법수집증거 배제신청을 하였으나 제1심 법원은 이를 인정하지 않았고, 이 정보와 공범들의 증언을 근거로 유죄를 선고하였다. 제2심인 제6항소법원 역시 제1심 판결을 확정하며, 카펜터는 무선통신사와 위치정보를 공유하였기 때문에 그 정보에 대하여 '프라이버시에 대한 합리적인 기대'(reasonable expectation of privacy)가 결여되어 있다고 보았다. 또한 휴대폰 이용자가 자발적으로 기지국 정보를 무선통신사에 건넨다는 점을 고려하건대 이렇게 만들어진 비즈니스 기록은 수정헌법 제4조의 보호를 받지 못한다고 판결하였다.

그러나 연방대법원은 상고심에서 카펜터의 휴대폰 위치정보 기록의 확인은 수정헌법 제4조의 수색에 해당하며 이를 위해서는 영장이 필요하다고 판결함으로써 원심을 파기 환송하였다.

2. 판결요지

대법원장 Roberts의 법정의견(5인 의견)[4]

(1) 서론

미국에는 3억 9600만 개의 휴대폰 서비스 계정이 있다(미국의 인구는 3억 2600만 명). 휴대폰은 '기지국(cell sites)'으로 불리는 무선 안테나에 연결되어 폭넓고 다양한 기능을 수행한다. 휴대폰은 가장 좋은 신호 — 보통 가장 가까운 기지국에서 오는 신호 — 를 찾아 끊임없이 주변을 스캔하며, 휴대폰이

4) 대법원장 Roberts와 대법관 Ginsburg, Breyer, Sotomayor, Kagan의 의견.

기지국에 연결될 때마다 기지국 위치정보(cell-site location information, CSLI)를 만들어낸다. 이 정보의 정확성은 기지국이 담당하는 지역의 크기에 좌우되는데, 기지국이 밀집되어 있을수록 담당지역이 좁아져 정확성이 높아진다. 무선통신사들은 기지국 위치정보(CSLI)를 사업적 목적으로 수집하고 저장하고 있다.

이 사건 상고인 티모시 카펜터는 미국연방수사국(FBI)이 자신의 휴대폰의 착·발신 기지국 정보를 통해 자신의 위치정보를 입수한 것이 수정헌법 제4조의 위반이라고 주장하였으나 제1심과 제2심 판결은 이를 인정하지 않았다.

(2) 관련 선례의 검토

1) 수정헌법 제4조에 관한 주요 선례의 흐름

수정헌법 제4조는 "불합리한 수색, 체포, 압수로부터 자신의 신체, 가택, 서류 및 동산의 안전을 보장받는 국민의 권리"를 보호한다. 선례는 이 조항의 기본 목적이 개인의 프라이버시와 안전을 공무원에 의한 자의적인 침범으로부터 보호하는 것이라고 하였다.[5] 오랫동안 수정헌법 제4조의 수색 이론은 보통법(common law)상의 무단침입(trespass)에 묶여 있었고, 정부가 정보를 획득함에 있어 헌법적으로 보호되는 영역을 물리적으로 침해하였는지에 초점을 두었다.[6] 이후 우리 연방대법원은 재산권이 수정헌법 제4조 위반의 유일한 척도는 아니라고 인정하였다.[7] 우리 연방대법원은 Katz v. United States (1967) 판결[8]에서 수정헌법 제4조가 장소가 아닌 사람을 보호하는 것임을 확립하였고 동 조항의 개념을 프라이버시의 기대도 보호하는 것에까지 확장하였다. Smith v. Maryland (1979) 판결[9]에서는 개인이 어떤 것을 사적인 것으로 보존하고자 하고 그의 프라이버시에 대한 기대에 대해 사회가 합

5) Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco, 387 U. S. 523, 528 (1967).
6) United States v. Jones, 565 U. S. 400, 405, 406, n. 3 (2012).
7) Soldal v. Cook County, 506 U. S. 56, 64 (1992).
8) Katz v. United States, 389 U. S. 347, 351 (1967).
9) Smith v. Maryland, 442 U. S. 735 (1979).

리적이라고 인정할 준비가 된 경우, 사적 영역에 대한 공적인 침범은 일반적으로 수색이 되며 상당한 이유(probable cause)에 근거한 영장이 요구된다고 판시하였다.[10] 우리 선례들은 첫째, 수정헌법 제4조가 자의적인 권력으로부터 프라이버시를 지키고자 하며,[11] 둘째, 헌법제정자들의 주된 목적은 과도하게 퍼져있는 경찰의 감시를 저지하는 것[12]이라는 점을 인정하였다.

우리는 수정헌법 제4조를 혁신적인 감시수단에 적용할 때에도 이러한 점을 유념하였다. Kyllo v. United States (2001) 판결에서는 수정헌법 제4조가 채택되었을 당시에 존재하였던 프라이버시의 수준을 보존하고자 피고인의 집에서 나오는 열을 감지하는 열화상기(thermal imager)를 이용한 것이 수색이라고 판단하였다. Riley v. California (2014) 판결에서는 현대 휴대폰의 방대한 저장능력을 인정하며 경찰은 휴대폰의 내용을 수색하기 전에 영장을 발급받아야 한다고 판시하였다.[13]

2) 두 가지 판례 계통의 교차지점에 놓인 이 사건

이 사건에서 정부는 카펜터의 휴대폰 위치를 드러내는 무선통신사의 기지국 기록을 입수하였다. 이러한 종류의 디지털 데이터 — 제3자가 관리하는 개인위치정보 — 는 기존의 선례와는 깔끔하게 맞아떨어지지 않는다. 대신 기지국 기록의 요청은 두 가지 판례 계통의 교차지점에 놓여있는데 둘 다 프라이버시 이익에 대한 우리의 해석을 알려주고 있다.

첫 번째 판례들은 자신의 물리적 위치와 이동에 있어서의 프라이버시에 대한 기대를 다루고 있다. United States v. Knotts (1983) 사건[14]에서 경찰은 Knotts의 공모자들이 클로로포름을 구입하기 전에 클로로포름 컨테이너에 신호발신장치를 심어두었고 이를 따라 컨테이너를 실은 차량을 따라갔다. 우리 연방대법원은 공공 고속도로 위에서 차를 타고 이동하는 사람은 그의 이동

10) Id., at 740.
11) Boyd v. United States, 116 U. S. 616, 630 (1886).
12) United States v. Di Re, 332 U. S. 581, 595 (1948).
13) Riley v. California, 573 U. S. ___, ___ (2014) (slip op., at 17).
14) United States v. Knotts, 460 U. S. 276 (1983).

에 있어 '프라이버시에 대한 합리적인 기대'가 없기 때문에 이 사건의 시각적 감시는 수색이 아니라고 결론 내렸다.[15] 교통수단의 이동과 그 최종 목적지는 이를 보고자 하는 누구에게라도 자발적으로 전해지기 때문에[16] Knotts는 그 정보에 있어서 프라이버시 이익을 주장할 수 없었다.

그러나 30년 뒤 United States v. Jones (2012) 사건[17]에서 FBI 요원은 Jones의 차량에 GPS 추적장치를 설치하여 28일 동안 그 차량의 이동을 원격으로 추적관찰(monitor)하였는데, 우리 연방대법원은 이를 차량에 대한 정부의 물리적 무단침입이라는 전제 하에 결정을 내렸다.[18] 별개의견은 GPS 추적관찰은 차량 내에서 사람이 만드는 모든 이동을 추적하기 때문에 그 이동이 공공에 공개되었는지에 상관없이 프라이버시에 대한 기대에 지장을 준다고 하였다.

두 번째 판례들에서 우리 연방대법원은 혼자 간직하는 것과 다른 사람들과 공유하는 것을 구분하였다. 앞서 Smith 판결은 자발적으로 제3자에게 넘겨준 정보에 대해서는 '프라이버시에 대한 정당한 기대'(legitimate expectation of privacy)가 없다고 판시하였다.[19] 이 제3자 원칙(third-party doctrine)은 대체로 United States v. Miller (1976) 판결[20]에 그 뿌리를 둔다. Miller 사건에서 정부는 Miller를 탈세 혐의로 조사하면서 은행을 소환하여 그의 금융정보를 입수하였는데, 이에 대하여 우리 연방대법원은 수정헌법 제4조의 적용을 인정하지 않았다. 우선 Miller의 금융자료들은 은행의 비즈니스 기록이므로 그 자료들에 대해 소유권을 주장할 수 없고, 다음으로 그러한 기록들의 성질상 프라이버시에 대한 기대가 제한적이라는 것이었다. 수표는 기밀 의사소통이 아니라 상업적 거래에서 사용되는 유통증권이고, 입출금내역서는 보통의 사업절차에서 은행 직원에게 노출되는 정보를 담고 있기 때문이다. 연방대법원은 그러한 정보가 정부에게 전달될 위험은 Miller가 감수한

15) Id., at 281, 282.
16) Id., at 281.
17) United States v. Jones, 565 U. S. 400 (2012).
18) Id., at 404-405.
19) Smith, 442 U. S., at 743-744.
20) United States v. Miller, 425 U. S. 435 (1976).

것이라고 결론 내렸다.

3년 후 Smith 판결은 같은 원칙을 적용하여 유선전화의 발신번호를 기록하는 전화이용상황 기록장치(pen register)를 정부가 이용한 것은 수색이 아니라고 판시하였다. 연방대법원은 전화이용상황 기록장치의 제한적인 능력을 언급하며, 다이얼을 누르는 전화번호에 있어 그들이 프라이버시에 대한 실질적 기대를 누린다고 보기 어렵고, 일반적으로 사람들은 전화번호가 전화회사에 의해 다양한 사업 목적을 위해 이용될 것을 알고 있다고 보았다.[21] 그리고 그러한 기대는 사회가 합리적이라고 인정할 준비가 되어있는 것이 아니라고 설명하였다.[22] Smith는 자발적으로 전화회사에 전화번호들을 넘긴 것이고 회사의 기록이 경찰에 알려질 수도 있다는 위험을 추정한 것으로 판결하였다.

(3) Smith와 Miller 판결의 제3자 원칙은 이 사건에 적용할 수 없음

현재 우리가 직면한 문제는 새로운 현상 — 휴대폰 신호 기록을 통해 개인의 과거 이동을 순서대로 기록하는 능력 — 에 수정헌법 제4조를 어떻게 적용하는가이다. 이러한 추적기능은 Jones 사건에서 다루었던 GPS 추적관찰과 비슷하다. 동시에, 개인이 무선통신사에 끊임없이 자신의 위치를 드러낸다는 점에서 Smith 판결과 Miller 판결의 제3자 원칙이 관련되어 보이기도 한다. 그러나 전화번호와 은행기록에 적용되었던 제3자 원칙의 논리가 기지국 기록이라는 질적으로 다른 영역에까지 미칠 것인가는 불분명하다. Smith 판결이 나온 1979년에는 휴대폰이, 다이얼을 누른 숫자뿐만 아니라 개인의 이동에 관한 구체적이고 포괄적인 기록을 무선통신사에게 전달하면서, 그 소유자가 가는 어느 곳이든 따라가는 사회를 상상하기 어려웠다.

우리는 Smith 판결과 Miller 판결이 이러한 새로운 상황을 다루는 데까지 확장되는 것을 거부한다. 휴대폰 위치 기록의 독특한 성질을 고려하건대, 제

21) Smith, 442 U. S., at 742-743.
22) Ibid.

3자가 정보를 가지고 있다는 사실이 바로 휴대폰 사용자의 수정헌법 제4조의 권리주장을 막지는 못한다. 정부가 Jones 사건처럼 자신의 감시기술을 사용하든, 무선통신사의 기술을 활용하든, 우리는 기지국 위치정보(CSLI)를 통해 포착되는 물리적인 이동의 기록에 대하여 개인이 프라이버시에 대한 정당한 기대를 유지한다고 판결하는 바이다. 카펜터의 무선통신사로부터 얻어진 위치정보는 수색의 산물이다.[23]

1) 디지털 시대의 위치정보에는 프라이버시에 대한 기대가 인정됨

공적 영역에 발을 들여놓았다고 해서 개인이 수정헌법 제4조의 모든 보호를 포기하는 것은 아니다. 반대로 대중이 접근 가능한 영역에서라도 사적인 것으로 유지하고자 하는 것은 헌법적으로 보호받을 수 있다.[24]

디지털 시대 이전에는 오랜 기간 동안 용의자를 추적하는 것이 어렵고 비용이 많이 들었으므로 거의 이루어지지 않았고, 경찰이 아주 오랫동안 개인의 모든 움직임을 몰래 추적관찰하지는 못할 것이라는 것이 사회의 기대였다.

정부가 기지국 기록에 접근하도록 허용하는 것은 이러한 기대에 위배되는 것이다. 그러한 기록이 상업적 목적으로 만들어지더라도 자신의 물리적 위치에 대한 카펜터의 프라이버시 기대가 무효화되지는 않는다. GPS 정보가 그러하듯, 시간이 찍힌 데이터는 개인의 삶에 사적인 창을 제공하여 그의 특정한 이동뿐만 아니라 이를 통해 그의 가족, 정치, 직업, 종교, 성적 모임을 드러낸다.[25] 또한 GPS 추적관찰과 마찬가지로 휴대폰 추적 또한 매우 쉽고, 저렴하며 효율적이다.

사실 기지국 기록은 Jones 사건에서 다루었던 차량의 GPS 추적관찰보다 더 큰 우려를 내포한다. 사람들은 자주 차에서 떠나있지만 휴대폰은 항상 지니고 있다. 따라서 정부가 휴대폰의 위치를 추적하면 거의 완벽한 감시를 하

23) 법정의견은 각주로 기지국 위치정보(CSLI)의 입수가 수색이 되는 것은 제한기간을 넘었을 때뿐이며, 그 기간에 대하여는 7일 간의 기지국 위치정보(CSLI)에 접근하는 경우 수정헌법 제4조상의 수색이 된다고 하였다.
24) Katz, 389 U. S., at 351-352.
25) Jones, 565 U. S., at 415 (opinion ofSOTOMAYOR, J.).

게 된다. 게다가 데이터의 소급적용되는 특징으로 인해 경찰은 알 수 없었던 정보에도 접근이 가능하다. Jones 사건의 GPS와 달리 경찰은 특정 개인을 추적하기 원하는지, 또는 언제 추적할지 미리 알 필요조차 없다.

그러나 정부와 Kennedy 대법관은 기지국 위치정보(CSLI)가 GPS보다 덜 정확하므로 기지국 위치정보(CSLI)의 수집이 허용되어야 한다고 주장한다. 위치정보는 카펜터를 1/8 내지 4 제곱마일에 이르는 쐐기모양 영역에 위치시키며 이러한 위치정보는 단독으로는 그를 범죄현장에 놓기에 충분하지 않으므로 걱정할 것이 없다는 것이다. 그러나 정부는 기지국 위치정보(CSLI)를 다른 정보와 조합함으로써 언제 강도현장에 있었는지를 포함한 카펜터의 구체적인 이동일지를 추론할 수 있었다.

어쨌든 연방대법원이 채택하는 규칙은 이미 사용 중이거나 개발 중인 보다 정교한 시스템을 고려해야 한다.[26] 기지국 위치정보(CSLI)의 정확성은 빠르게 GPS 수준의 정확도에 다가서고 있다.

따라서 정부가 무선통신사로부터 얻은 기지국 위치정보(CSLI)에 접근했을 때, 자신의 이동 전체에 관한 카펜터의 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 침해한 것이다.

2) 제3자 원칙의 적용을 주장하는 정부의 입장에 대한 비판

반대로 정부의 주된 주장은 제3자 원칙이 이 사건에도 적용된다는 것이다. 정부의 입장에서 기지국 기록은 무선통신사에 의해 생성되고 관리되는 비즈니스 기록이며, 이 사건이 새로운 기술을 특징으로 하지만, 그럼에도 불구하고 중심이 되는 법적 문제는 제3자인 목격자에게 정보를 요청하는 흔한 내용일 뿐이라는 것이다.

그러나 정부의 입장은 디지털 기술에 있어서의 엄청난 변화를 제대로 다루지 못한다. Smith 사건과 Miller 사건에서 다루었던 제한적인 개인정보의 유형과 오늘날 무선통신사들에 의해 수집되는 위치정보의 완전한 추적기록

26) Kyllo, 533 U. S., at 36.

사이에는 현저한 차이가 있다. 따라서 정부도 제3자 원칙의 직접 적용을 요청하지는 않는다. 대신 분명히 다른 정보 유형에까지 제3자 원칙을 대폭 확장하기를 요청하고 있다.

제3자 원칙은 개인이 정보를 다른 사람과 공유하고 이를 아는 경우에 프라이버시에 대한 기대가 축소된다는 점에 일부 기인한다. 그러나 프라이버시 이익이 감소되었다는 사실이 수정헌법 제4조가 완전히 배제됨을 의미하는 것은 아니다.[27] Smith 사건과 Miller 사건 역시 공유의 행위만을 본 것이 아니라 특정한 자료의 성질을 고려하였다. Smith 사건의 전화이용상황 기록장치나 Miller 사건의 은행자료들은 성질상 제한성을 갖고 있었다. 그러나 정부는 기지국 위치정보(CSLI)에는 비교할만한 제한이 없다는 점을 제대로 인식하지 못하고 제3자 원칙을 이 사건에도 기계적으로 적용하였다.

이 사건 반대의견에서 Gorsuch 대법관은 왜 휴대폰을 사용할 때 누군가의 위치가 민감한 사항인지 의문을 제기하였고, Kennedy 대법관은 사람의 이동은 특별히 사적인 것이 아니라고 상정하였다. 그러나 이 사건은 휴대폰의 사용이나 특정시간에 이루어지는 이동에 관한 것이 아니다. 이것은 수년간 매일 매시간 모아지는 한 사람의 물리적 위치에 대한 구체적인 추적기록에 관한 것이다. 이러한 기록은 Smith나 Miller 사건을 훨씬 넘어서는 프라이버시에 대한 우려를 시사한다.

또한 제3자 원칙의 기저를 이루는 두 번째 근거인 '자발적 노출'도 기지국 위치정보(CSLI)에 관한 한 일단 멈추어 다시 생각해보아야 한다. 휴대폰 위치정보는 진정으로 '공유'한 것이 아니다. 우선 휴대폰은 현대 사회에서 없어서는 안 될 삶의 일부이다.[28] 그리고 휴대폰은 전원을 켜는 것 이상의 사용자의 승인행위 없이도 그 작동에 의해 기지국 정보를 기록한다. 사실상 휴대폰의 모든 행위가 기지국 위치정보(CSLI)를 만들어낸다. 결과적으로 사용자가 자발적으로 자신의 물리적 이동에 관한 포괄적인 자료 일체를 넘기는 위험을 감수했다고 보기는 어렵다.

---

27) Riley, 573 U. S., at ___ (slip op., at 16).
28) Id., at ___ (slip op., at 9).

그러므로 우리 법정의견은 Smith 판결과 Miller 판결을 기지국 위치정보(CSLI)의 수집에까지 확장하여 적용하는 것을 사양한다. 휴대폰 위치정보 특유의 특성을 고려하건대, 정부가 제3자에게서 정보를 입수했다는 사실이 카펜터의 수정헌법 제4조상의 보호 주장을 막을 수는 없다. 정부가 기지국 기록을 입수한 것은 수정헌법 제4조의 수색에 해당한다.

이번 판결은 폭이 좁은 것으로 이 사건에서 문제가 되지 않은 실시간 기지국 위치정보나 타워덤프(tower dumps, 특정 간격 동안 특정 기지국에 연결되었던 모든 기기의 정보를 다운로드 하는 것) 같은 사안은 다루지 않았다. 이 판결은 Smith 판결과 Miller 판결의 적용을 방해하거나 전통적인 감시기술과 도구들에 의문을 제기하고자 함이 아니다. 또한 다른 비즈니스 기록이나 기타 수집기술에 대하여 다루지도 아니하였다.

(4) 영장에 관하여

우리는 카펜터의 기지국 위치정보(CSLI)을 입수한 것이 수색이라고 판결하면서, 또한 정부는 그러한 기록을 얻기 전에 상당한 이유(probable cause)에 근거한 영장을 발부받아야 한다고 판결하는 바이다.

정부는 '저장된 통신법'에 따른 법원명령에 따라 기지국 기록을 입수하였다. 동법은 정부가, 진행 중인 범죄수사에 관련성이 있고 중요하다고 믿을 만한 '합리적인 근거'(reasonable grounds)가 있다는 점을 입증하도록 요구한다. 그러나 이러한 입증은 영장이 요구하는 '상당한 이유'(probable cause)에는 한참 미치지 못한다.

Alito 대법관은 반대의견에서 정부가 증인강제소환권(compulsory process)을 이용하여 기록을 입수하는 경우에는 필수적 영장요건이 적용되지 않는다고 주장하였다. 그는 실제 수색과는 달리 서류 소환장(subpoena)은 직접적인 증거의 취득을 내포하지는 않는다고 하였다. 그러나 우리 연방대법원은 용의자가 '프라이버시에 대한 합리적인 기대'를 갖는 기록에 대하여 정부가 제3

자에게 이를 소환할 수 있다고 판결한 적이 없다.

또한 Alito 대법관은 중대한 문제를 간과하였다. 반대의견은 기지국 위치정보(CSLI)가 기업의 세금이나 급여대장 장부보다 훨씬 더 수정헌법 제4조의 우려를 직접적으로 내포하는 완전히 다른 종류의 비즈니스 기록이라는 것을 알아야 한다. 디지털 기술에 의해 초래된 새로운 우려에 직면하였을 때, 우리 연방대법원은 기존의 선례를 무비판적으로 확대하여 적용하지 않도록 주의해왔다.

만일 소환장에 의한 절차의 경우에는 수정헌법 제4조의 보호를 제한한다면, 어떠한 유형의 기록도 영장 요건에 의해 보호를 받을 수 없을 것이다. 서류의 형태로 된 어떤 개인정보도 단순한 공무상의 호기심만으로 소환장에 의해 수집될 수 있게 되는 것이다. 우리는 수년간에 걸친 구체적인 개인의 이동기록 역시 수정헌법 제4조의 보호를 받아야 한다고 생각한다.

그렇다고 모든 경우에 상당한 이유(probable cause)를 요한다는 것은 아니다. 정부는 거의 대부분의 수사에서 기록을 입수하기 위해 소환장을 이용할 수 있을 것이다. 우리는 제3자가 보유하고 있는 기록에 대하여 용의자가 정당한 프라이버시 이익을 갖는 드문 경우에만 영장이 요구된다고 판결한다. 더 나아가, 도망치는 용의자를 추격하거나, 임박한 위험에 협박당하고 있는 개인을 보호하거나, 임박한 증거인멸을 막기 위해 필요한 경우 등의 긴급상황의 경우, 영장 없이도 개인의 기지국 기록을 수색하는 것이 허용될 것이다.

(5) 결론

우리는 정부가 무선통신사의 물리적 위치정보 데이터베이스에 무제한적으로 접근하는 것을 허용하지 않는다. 기지국 위치정보(CSLI)의 큰 폭로성, 그 깊이, 너비, 포괄적인 범위와 그 수집에 있어서의 불가피하고 자동적인 속성에 비추어 볼 때, 그러한 정보가 제3자에 의해 모아진다는 사실은 수정헌법

제4조의 보호를 덜 받아야 할 이유가 될 수 없다. 이 사건에서 정부가 기지국 기록을 입수한 것은 수정헌법 상의 수색에 해당된다.

따라서 항소법원의 판결을 파기 환송한다.

대법관 Kennedy의 반대의견(3인 의견)[29]

법정의견은 합리적이고 용인되고 적법하며 의회의 승인을 받은 형사수사를 위태롭게 만든다. 우리 선례는 Miller 판결과 Smith 판결에서 제3자가 소지, 소유, 관리하는 비즈니스 기록에 대해서는 개인이 수정헌법 제4조의 이익을 갖지 않는다고 판시하였다. 이는 기록이 개인적이고 민감한 정보를 포함한다고 해도 마찬가지이다. 따라서 정부가 소환장을 이용하여 기업이 만들고 보관하고 있는 기록을 입수하였다면, 기업의 고객들을 수색한 것이 아니다.

이 사건에서 상고인은 정부가 오늘날 일반적인 종류의 비즈니스 기록인 무선통신사의 기지국 기록을 얻기 위해 증인강제소환권을 이용할 권리에 대해 이의를 제기하였다. 정부는 의회가 제정한 수사절차를 통해 기록을 입수하였다. 중립적인 치안판사의 승인하에, 합리적 필요성을 입증할 정부의 의무를 기반으로, 고객이 아닌 무선통신사의 통제와 소유 아래 있는 기록과 정보의 공개가 승인되었다.

기지국 기록은 정부가 증인강제소환권으로 입수할 수 있는 적법한 권리를 가진 여타의 많은 비즈니스 기록들과 다르지 않다. 상고인과 같은 고객은 그러한 기록을 소유하지도, 소지하지도, 통제하지도, 사용하지도 않으며, 그러므로 적법한 증인강제소환권에 따른 기록 공개가 불가능하다고 합리적으로 기대할 권리가 없다.

그러나 법정의견은 이에 반대하며, 정부가 기업체의 기록을 입수하기 위해 증인강제소환권을 이용함으로써 고객을 수색한 것이라고 판결하였다. 그

29) 대법관 Kennedy, Thomas, Alito의 의견.

리고 더 나아가 이 사건의 수색은 비합리적이고 정부가 6일을 넘는 기지국 기록을 입수하기 위해서는 영장을 발급받아야 한다고 판결하였다.

법정의견은 정부가 수색을 한 것이라고 결론내림으로써 수정헌법 제4조의 원칙을 재산 기반(property-based)의 개념 — 오랫동안 그 분석의 틀의 기초를 이루어왔던 개념 — 에서 분리시켰다. 그렇게 함으로써 기지국 정보와 은행 및 전화 정보 사이에 원칙 없고 실행불가능한 선을 그어놓았다. 법정의견에 따르면 정부는 개인이 수개월, 수년간 이용한 매일의 신용카드 사용내역과 전화 기록은 프라이버시에 대한 정당한 기대를 어지럽히지 않고도 입수할 수 있지만, 어떤 사람이 범죄현장이 있는 수백 블록 내에 있었는지를 결정하기 위해 6일을 초과하는 기지국 기록에 대해 법원으로부터 소환장 발급을 승인받은 경우에는 합헌적 경계선을 넘어선 것이 된다. 이러한 구분은 비논리적이며, 수정헌법 제4조의 원칙적인 적용을 망쳐놓을 것이다.

(1) 기지국 기록의 성질과 이용

각 기지국은 넓은 지리적 영역을 관할하기 때문에 기지국 기록에 의해 밝혀지는 위치정보는 부정확하며, 인구밀집도가 떨어지는 곳으로 갈수록 더 부정확해진다. 반면 GPS는 훨씬 더 정확하게 개인의 위치를 잡아낸다. 기지국 기록은 상업적 가치를 갖기 때문에 무선통신사들은 고객들과 기지국 기록을 수집 및 보관하는 계약을 맺는다. 또한 기지국 기록은 이 사건에서 그러했듯이 수사에 있어 중요한 기능을 한다. 이 기록을 통해 용의자가 범행에 동참했다는 강력한 정황증거를 얻게 된다. 이 사건에서 정부는 '저장된 통신법' §2703(d)에 따라 법원명령을 받았고, 강도사건이 있었던 당시였던 2010년 12월에서 2011년 4월 사이의 기록을 입수하여, 카펜터가 범행 현장 부근에 있었음을 확정하였다.

(2) 기지국 기록에 대한 소유권 관련

수정헌법 제4조에 따르면 우선 정부의 행위가 '수색'에 해당하는지 살펴보아야 하고, 그 다음 그러한 수색이 '합리적'인지 살펴보아야 한다. 이 사건에서 결정해야 할 유일한 문제는 정부가 카펜터 소유의 물건을 수색했는가이다. Miller 판결과 Smith 판결에 따르면 답은 '그렇지 않다'이다.

1) Miller 판결과 Smith 판결의 타당성

Miller 판결과 Smith 판결은 프라이버시에 대한 합리적 기대라는 너무 좁은 관점에 기반하고 있다고 비판받아왔다. 그러나 이러한 비판은 부당한 것이다. Miller 판결과 Smith 판결에서 확립된 원칙은 두 가지 이유에서 타당하다. 첫째, 타인이 소유한 재산에 있어서는 피고인의 법익이 약화된다. 재산권 개념은 수정헌법 제4조의 프라이버시를 판단하는데 있어 근본적인 개념이다. 물권법상 개인은 타인이 아닌 자신에게 속한 물건과 장소에 훨씬 더 큰 프라이버시에 대한 기대를 가지며, 수정헌법 제4조상의 보호는 그 법문 — 자신의 신체, 가택, 서류 및 동산 — 에 묶여 있어야 한다는 점에서 그러하다. Katz 판결 또한 재산권에 기반한 개념을 포기하지 않았다. 둘째, 증인강제소환권의 사용에는 그 고유의 내재된 보호장치들이 있다. 영장이 출입·압수·조사할 수 있도록 하는 것과 달리 소환장은 단순히 공개를 지시받은 사람에게 요청하는 것일 뿐이다. 게다가 소환장이 경우 이의를 제기할 기회가 주어진다는 점에서 침해성이 더욱 경감된다. 소환장은 개인정보가 담긴 기록이라해도 사업체가 보유한 다양한 기록을 입수하는데 이용될 수 있고, 경찰뿐만 아니라 주와 연방의 대배심, 행정기관, 입법기관이 수사 목적으로 이용할 수 있다.

2) 기지국 기록이 자신의 사적 서류라는 카펜터의 주장에 대한 반박

카펜터는 이러한 전통적인 수사관행에 이의를 제기하지는 않았다. 다만 무선통신사로부터 기지국 기록을 입수하기 위해 증인강제소환권을 사용해서

는 안 된다고 주장하였을 뿐이다. 카펜터는 고객 정보의 프라이버시에 관한 법조항인 47 U. S. C. §222에 의해 기지국 기록이 본질적으로 자신의 사적인 서류이기 때문에 수정헌법 제4조상의 이익이 있다고 주장하였다. 동 조항에 따르면 통신사가 '고객 소유의 네트워크 정보'(customer proprietary network information) — 기지국 정보를 포괄하는 개념 — 를 이용하는 방법에 일정한 제한이 가해지고, 통신사가 개인 특정이 가능한 기지국 기록을 사인인 제3자에게 공개할 수 없으며, 고객은 통신사에게 기지국 기록을 요청할 수 있다. 그러나 이러한 보호는 무선통신사나 정부 측의 이익에 뒤집힐 수 있다. 동 조항은 무선통신사가 자신의 권리와 재산을 지키기 위해, 또는 통신서비스를 제공하고 요금을 청구하기 위해, 또는 이 사건과 같이 법의 요청에 따라 기록을 공개할 수 있다고 하였다. 또한 동 조항은 휴대폰 사용자에게 어떠한 실질적인 통제권도 부여하지 않았다. 모든 면에서 동 조항의 네트워크 정보는 무선통신사의 소유이지 카펜터 소유가 아니다. 카펜터에게는 기지국 기록에 대한 필수적인 연결이 결여되어 있기 때문에 이에 대한 프라이버시의 합리적인 기대를 주장할 수 없다.

(3) Miller 판결과 Smith 판결을 잘못 해석한 법정의견에 대한 비판

법정의견은 Miller 판결과 Smith 판결의 직접적인 적용을 거부하였다. 대신 이 판결들의 원칙들을 확장하여 적용하며 6일을 초과하는 기지국 기록의 입수가 수색이 된다고 판결하였다. 나는 법정의견이 연방대법원의 선례를 잘못 해석하고 있으며, Miller 판결과 Smith 판결을 원칙 없고 실행불가능한 원칙으로 변형시키고 있다고 생각한다. 법정의견의 새로운 헌법적 기준은 혼란을 초래한 것이고, 전통적이고 중요한 경찰 관행을 약화시킬 것이며, 휴대폰을 위험인물들이 심각한 범죄를 저지르는데 사용하는 보호된 수단이 되도록 허용할 것이다.

1) Miller 판결과 Smith 판결이 적용되어야 함

법정의견은 Miller 판결과 Smith 판결을 피해가려고 함으로써 시작부터 오류를 범했다. 이 사건은 중립적인 법관에 의한 법원명령에 따라 기록을 입수한 것으로서 이러한 사법적 견제는 법정의견의 우려를 감경시키며, 클로로포름 컨테이너에 신호발신장치를 심어둔 것이 수색이 아니라고 판결하였던 Knotts 사건보다도 더 남용의 여지가 없다. 이 사건과 같이 제3자가 소유하고 통제하는 기록을 입수하기 위해 법원이 승인한 증인강제소환권을 사용한 경우에는 Miller 판결과 Smith 판결이 적용되어야 할 것이다.

2) 법정의견의 잘못된 해석

법정의견은 Miller 판결과 Smith 판결을 잘못 해석하였고, 결함이 있는 기준에 따라 잘못된 결론에 다다랐다.

법정의견은 각각의 질적으로 다른 유형의 정보에 대해 '프라이버시 이익'과 '정보가 제3자에게 공개되었다는 사실'이 비교 검토되어야 한다고 하였다. 그러나 Miller 판결과 Smith 판결을 이렇게 해석하는 것은 옹호될 수 없다. Miller 판결과 Smith 판결은 그러한 유형별 형량을 확립하지 않았다.

설사 이 법정의견이 맞다 하더라도, 법정의견은 기지국 기록이 금융기록이나 전화기록보다 더 큰 프라이버시 이익을 갖는다고 결론내림으로써 여전히 오류를 범하고 있다. 오늘날 누군가의 위치에 대한 프라이버시의 기대는 30년 전의 Knotts 판결 때보다도 그 합리성이 떨어졌다. 수백만의 미국인들이 휴대폰과 소셜미디어를 통해 매일 자신의 위치를 다른 사람들과 공유하고 있다. 그리고 기지국 정보는 개인의 위치의 일반적인 영역 — 이 사건의 경우 도시의 십 수 내지 수백 블록의 영역 — 만을 드러낼 뿐이다. 기지국이 관할하는 영역 안에는 웨딩샵과 레저업체, 동성애자들이 이용하는 술집과 이성애자들이 이용하는 술집, 감리교회와 회교사원이 공존할 수 있다. 따라서 이를 통해 그의 '가족, 정치, 직업, 종교, 성적 모임'은커녕 집과 직장의 위치도 밝혀낼 수 없다. 반면 금융기록이나 전화기록은 개인사와 견해와 습관 등

을 드러낸다.

법정의견은 기지국 기록이 매우 포괄적인 것이므로 독특한 성질을 가지며, 소급적인 수집을 허용하고, 쉽고 저렴하고 효율적이며, 자발적인 방식으로 노출된 것이 아니라고 주장하였다. 하지만 많은 다른 종류의 비즈니스 기록들도 그렇게 표현할 수 있다. 예를 들면 은행과 신용카드 회사의 기록들이 그러하다.

휴대폰 기술이 빠르게 발전함에 따라 범죄와 경찰에 미치는 영향도 복잡해졌다. 휴대폰은 정부가 새로운 수사 수단을 가지고 프라이버시에 대한 전통적인 기대를 뒤엎을 가능성을 제공하는 반면, 범죄를 더욱 쉽게 꾸미고 숨길 수 있도록 만들기도 한다. 이러한 대립되는 영향을 어떻게 비교하여 볼 것인가? 이러한 상황에서는 '저장된 통신법' §2703(d)와 같이 입법부가 판단하도록 하는 것이 현명하다.

3) 법정의견이 가져올 악영향

법정의견은 이번 판결이 이 사건에서 문제가 되지 않은 사안은 다루지 않은 '폭이 좁은 것'이라고 말하였지만, Miller 판결과 Smith 판결에 대한 잘못된 해석은 경찰, 법원, 사회 전체에 극적인 결과를 가져올 것이다.

당장, 6일을 초과하는 기지국 기록에는 영장이 필요하다는 법정의견은 심각한 범죄 해결을 위한 중요한 수사 수단의 효율성을 제한할 것이다. 법정의견이 자의적으로 결정한 6일의 기한은 가장 심각한 범죄 수사에 있어서 기지국 기록을 입수하기 위해 의회가 만들어 놓은 합리적인 틀을 무효화하는 비뚤어진 결과를 가져올 것이다.

또한 법정의견이 다른 종류의 정보에도 영향을 미칠 것임에 반해, 경찰과 법원에 분명한 지침을 주지 못하고 있다. 첫째, 법정의견은 기지국 기록이 다른 비즈니스 기록들과는 구별되는 유형의 정보임을 전제로 하였지만 무엇이 그러한 구분을 만드는지 설명하지 않았다. 둘째, 법정의견은 특정한 유형의 정보가 금융기록 쪽에 해당하는지 기지국 기록 쪽에 해당하는지를 어떻

게 결정할지에 대해 경찰과 법원에 아무런 지시도 주지 않는다. 셋째, 법정의견은 7일 미만의 위치정보는 영장이 요구되지 않는다고 제시했지만 왜 그런지는 설명하지 않았고, IP 주소나 웹사이트 브라우징 내역과 같은 정보에는 어느 정도의 기간이 적용되는지도 언급하지 않았다. 넷째, 법정의견은 법원이 승인한 증인강제소환권을 무효화함으로써 연방과 주의 대배심, 입법부, 기타 수사기관의 소환장 관행을 문제삼으면서도, 정당한 사법행정에 미칠 심각한 영향은 언급조차 하지 않았다.

(4) 결론

이 사건은 재산권 원칙들을 프라이버시에 대한 합리적 기대의 기준선으로 해석함으로써 해결되어야 한다. 이 사건에서 정부는 카펜터가 소유권이나 통제권을 주장할 수 있는 것에 대해 수색을 한 것이 아니다. 대신 정부는 제3자가 단독으로 소유하고 통제하고 있는 정보를 공개해달라는 법원 승인의 소환장을 그 제3자에게 발급하였을 뿐이다.

대부분의 항소법원들은 Miller 판결과 Smith 판결에 구속된다고 믿으므로 이 문제를 해결하려고 노력하지는 않아왔다. 법정의견이 영장을 요구함으로써 중요하고 어려운 문제들 — 정부가 전통적인 영장 절차에서 벗어난 절차를 사용하여 새로운 형태의 정보를 수집하는 것을 승인할 의회 권한의 범위, 수정헌법 제4조상의 합리성 요건은 정부가 실제적, 물리적 수색에 참여하는 대신 증인강제소환권을 사용하는 경우 어떻게 적용되어야 하는지 등 — 을 불명료하게 만들었다.

이러한 이유들로 법정의견에 정중히 반대한다.

대법관 Thomas의 반대의견(1인 의견)

이 사건은 수색이 발생하였는지 여부가 중심이 되어서는 안 된다. 대신

누구의 재산이 수색되었는지가 중심이 되어야 한다. 수정헌법 제4조는 불합리한 수색, 체포, 압수로부터 *자신의* 신체, 가택, 서류 및 동산의 안전을 보장받는 권리를 보장한다. 정부는 카펜터의 무선통신사인 메트로PCS 사(社)와 스프린트 사(社)의 기지국 기록을 입수한 것이지 카펜터의 재산을 수색한 것이 아니다. 카펜터는 그 기록을 만들지도 않았고, 유지하지도 않았고, 통제할 수도 없으며, 파기할 수도 없다. 그의 계약 문구나 어떤 법조항도 그 기록을 카펜터의 것으로 만들지는 않는다. 기록은 메트로PCS 사(社)와 스프린트 사(社)의 소유이다.

법정의견은 비록 기록이 카펜터의 소유는 아니더라도 카펜터가 위치정보에 대하여 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 갖기 때문에 정부는 영장을 발급받아야 한다고 판결하였다. 나는 이것이 우리 선례에 대한 최선의 해석이 아니라는 반대의견과 모든 항소법원의 입장에 동의한다.

그러나 법정의견의 보다 근본적인 문제는 Katz 사건의 Harlan 대법관의 별개의견에서 처음 설명된 '프라이버시에 대한 합리적인 기대' 심사를 사용했다는 것이다. Katz 심사는 수정헌법 제4조의 법문과 역사에 아무런 기반을 두고 있지 않으며, 법원으로 하여금 법이 아닌 정책에 대한 판단을 하도록 만든다. Katz 심사는 수정헌법 제4조의 법리를 계속하여 왜곡할 것이다. 그러므로 나는 정중히 법정의견에 반대한다.

(1) Katz 판결의 내용

Katz 사건에서 연방공무원은 공중전화 부스 바깥쪽에 전자장치를 부착하여 피고인의 대화를 도청하였다. 우리 연방대법원은 공중전화 부스를 이용하는 동안 정당하게 신뢰하였던 프라이버시를 공무원이 침해하였기 때문에 이것이 '수색'이라고 판결하였다.[30] 비록 전자장치가 물리적으로 부스를 뚫고 들어간 것은 아니지만 수정헌법 제4조의 범위가 물리적 침범의 존부(存否)를

30) Katz, 389 U. S., at 353.

중점으로 하는 것이 아니고,[31] 수정헌법 제4조는 장소가 아닌 사람을 보호하는 것이며, 사적인 것으로 보유하고자 하는 것은 헌법적으로 보호될 수 있다[32]고 판시하였다. 그러나 Katz 판결의 법정의견에는 구체적인 기준이 제시되지 않았다. 다만 Harlan 대법관이 별개의견에서 수정헌법 제4조가 적용되기 위한 두 가지 요소로 된 요건을 제시하였는데 첫째, 프라이버시에 대한 실제의 (주관적인) 기대(actual (subjective) expectation of privacy)를 드러냈고, 둘째, 그러한 기대가 사회가 '합리적'이라고 인정할 준비가 된 것이어야 한다는 것이다. 이 '프라이버시의 기대' 심사는 근거가 없었으나 수정헌법 제4조 관련 법리를 완전히 바꾸어 놓았으며, 현재는 주관적 부분은 최소화되고 객관적 부분인 '프라이버시에 대한 합리적 기대' 심사 부분이 남아 여전히 적용되고 있다.

(2) Katz 판결에 대한 비판 ① - 수정헌법 제4조의 법문에 어긋남

그러나 Katz 심사는 수정헌법 제4조의 법문과 역사에 아무런 근거를 두고 있지 않다. Katz 심사는 '수색'을 '프라이버시에 대한 합리적 기대의 침해'라고 정의함으로써 사실상 이 법문들 모두를 잘못 해석하였다. Katz 심사에 따른 수색의 정의는 일반적인 수색의 정의가 아니며, 프라이버시라는 단어는 헌법 어디에도 등장하지 않는다. 또한 수정헌법 제4조의 초점을 재산에서 프라이버시로 옮김으로써 법문의 '신체, 가택, 서류 및 동산'을 법문에 어긋나게 해석하였다. 그리고 수정헌법 제4조가 '자신의' 것에 대한 수색으로부터의 보호를 규정한 것에 반해, '다른 사람의' 재산에 대하여 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 가질 수 있다고 하였다. 게다가 '합리적(reasonable)'이라는 용어도 왜곡하였다. 수정헌법 제4조는 불합리한(unreasonable) 수색을 금지하였다. 즉, 합리성은 수색의 적법성을 결정하는 것이지 수색이 발생하였는지를 여부를 결정하는 것이 아니다. 또한 이 사건의 제3자 소환은 수색이라고

31) Ibid.
32) Id., at 351.

볼 수 없으며, 보통법(common law)은 제3자를 소환할 정부의 권한을 제한하지 않는다. 헌법제정자들은 법정의견이 보통법상의 재산권 보호를 영장요건과 프라이버시에 대한 합리적 기대로 바꾼 것을 본다면 혼란을 느낄 것이다.

(3) Katz 판결에 대한 비판 ② - 실무에서 실행불가능함

Katz 심사가 법문에서 너무나 벗어났다는 사실만으로도 이를 거부할 이유로 충분하지만 그에 더해 이 심사는 실무에 있어 실행불가능하다는 것이 밝혀졌다. 법원으로 하여금 법이 아닌 정책에 관한 판결을 내리도록 하고 있는 것이다. Katz 판결을 해독하는 과제를 맡은 법학자들은 이 판결에 대해 예측하기 어렵고 모순적이며 불안정하고 잘못된 것이라고 표현하였다. 50년이 지났지만 Katz 심사가 묻고 있는 것이 무엇인지조차 여전히 불분명하다. '사회가 합리적이라고 인정할 준비가 된 프라이버시에 대한 기대인가' 하는 공식은 몇 가지 문제점이 있다. 우선 정부가 사람들에게 아무 것도 기대하지 않게 함으로써 — 예를 들어, 정부가 갑자기 TV 전국 방송으로 앞으로는 영장 없이 주거에 들어갈 수 있다고 알리는 경우에 — 프라이버시를 부정할 수 있게 된다. 그리고 우리 연방대법원이 결정을 내림에 있어 프라이버시에 대한 사회의 기대에 그 기반을 두어야 하지만, 결국 프라이버시에 대한 사회의 기대는 연방대법원의 결정에 의해 그 형태가 만들어지는 순환적 문제가 생긴다. 또한 이 질문이 무엇을 의미하는지 연방대법원은 답을 한 적이 없다. 예를 들어 '사회'에는 누가 포함되며, 그들이 '인정'한 것이 무엇인지 등에 대해 선례는 답을 하지 않았다. 오히려 법정의견은 아이러니하게도 의회의 선출된 대표라는 형태로 사회가 형성한 '저장된 통신법'에 따른 제도조차 무효화하였다.

(4) 결론

최근 수년간 우리 연방대법원은 Katz 심사가 수정헌법 제4조의 원래의 범위를 좁히도록 위협하기 때문에 이를 적용하지 않아왔다. 그러나 오늘의 법정의견은 Katz 심사가 수정헌법 제4조가 그 원래의 범위를 넘어 확장되는데 원용될 수 있다고 설시하고 있다. Katz 심사는 실패한 실험이기 때문에 우리 연방대법원은 이를 재고할 의무가 있다. 따라서 나는 정중히 법정의견에 반대한다.

대법관 Alito의 반대의견(2인 의견)[33]

나는 새로운 기술이 개인의 프라이버시에 미치는 영향에 대해 법정의견이 갖는 우려에 공감한다. 그러나 법정의견은 이로움보다는 해로움이 훨씬 더 클 것이라고 우려하는 바이다. 법정의견의 논증은 수정헌법 제4조의 두 가지 근본적인 기둥을 파열시키고 있으며, 그렇게 함으로써 경찰이 정당하게 신뢰해왔던 수많은 적법하고 가치 있는 수사 관행들을 위협하면서 매우 많은 소송이 제기될 우려를 자아내고 있다.

첫째, 법정의견은 실제의 수색(actual search) — 사적인 부지에 들어가 사적인 서류와 재산을 파헤치도록 경찰을 파견하는 것 — 과 단순히 자신의 기록을 훑어보고 특정한 서류를 제출하도록 당사자에게 요구하는 명령 사이의 기본적인 구분을 무시하고 있다. 전자는 개인의 프라이버시를 훨씬 깊게 침범하는 것으로서 상당한 이유(probable cause)가 요구되지만, 후자는 그렇지 않다. 법정의견처럼 서류제출명령을 실제의 수색과 같이 취급하는 것은 혁명적이다. 법정의견은 이 사건의 법원명령이 수정헌법 제4조상의 실제의 수색이라는 전제를 기반으로 나온 것이지만 이는 수정헌법 제4조의 원래의 해석과 한 세기가 넘는 우리 연방대법원의 선례를 둘 다 위반한 것이다. 이 사건과 같은 특정한 상황으로 어떻게든 제한되지 않는다면 법정의견은 격변을 일으킬 것이다. 대배심 문서지참증언소환영장(subpoena *duces tecum*, 지정

33) 대법관 Alito, Thomas의 의견.

한 문서를 가지고 법정에 나와 증언하라는 법원의 명령)은 모두 상당한 이유에 근거해야만 하는가? 만일 그렇다면 테러리즘, 정치비리, 화이트칼라 범죄 등 많은 범죄의 수사들이 방해를 받게 될 것이다.

둘째, 법정의견은 피고인이 제3자의 재산에 대한 수색을 반대하는 것을 허용하고 있다. 이 또한 혁명적이다. 수정헌법 제4조는 *타인의* 것이 아닌 *자신의* 신체, 가택, 서류 및 동산의 안전을 보장받는 권리를 보호하는 것이다. 오늘까지 우리는 수정헌법 제4조 법문의 이러한 근본적인 특성을 경청하려고 주의를 기울여 왔다. 그러나 법정의견은 수정헌법 제4조의 분명한 법문을 무시하였고, 재산권 기반의 해석에 의해서도 또는 Katz 판결에서 채택된 프라이버시에 대한 합리적 기대 심사를 적용한 다른 판결들에 의해서도 옹호되지 않는다.

이러한 근본적인 원칙들로부터 급격하게 벗어남으로써 법정의견은 오랫동안 자리잡아온 수정헌법 제4조의 원칙을 위태롭게 만들었다. 우리는 앞으로 오랫동안 이를 수선하거나 정상으로 돌아가도록 애쓰고 있을 것이다.

법정의견의 원칙은 광범위한 적용을 하든, 사건마다 자격과 상황에 따라 달라지든 어려움을 겪을 것이다. 전자의 경우, 법정의견에 따라 앞으로 모든 문서지참증언소환영장과 서류 제출을 강제하는 기타 명령들에도 상당한 이유의 입증을 요구될 것이고, 개인은 제3자가 수집하고 소유하는 자신에 관한 어떤 민감한 개인정보에 대하여도 수정헌법 제4조를 주장할 수 있을 것이다. 후자의 경우, 연방대법원은 사건마다 달라지는 원칙에 대해 계속해서 설명해야 하는 곤란한 상황에 처할 것이고, 불가피하게 수정헌법 제4조를 조각조각 이어붙인 조각보 이불처럼 만들게 될 것이다.

이 모든 것은 불필요한 일이다. '저장된 통신법'에서 의회는 이 사건에서 쟁점이 된 구체적인 문제를 다루었다. 동법은 수정헌법 제4조로는 제한하지 못하는 무선통신사에 의한 기지국 기록의 남용을 제한하고 있다. 또한 경찰이 강화된 기준을 충족하고 법원명령을 얻어야만 기지국 기록을 요구할 수 있도록 하고 있다. 국민들이 이것으로 부족하다고 생각한다면 그들이 선출한

대표에 의해 보다 보호적인 법조항을 채택하도록 하면 된다. 복잡성과 빠른 기술 변화에 대한 대응의 필요성, 수정헌법 제4조의 좁은 범위 등 여러 이유를 고려하건대 입법을 통한 해결이 더 나은 선택이다. 수정헌법 제4조는 연방 정부와 주의 행위를 제한하지만 사인의 행위에는 적용되지 않는다. 그러나 오늘날 개인의 프라이버시에 대한 가장 큰 위협은 종종 강력한 사기업에게서 온다. 만일 '저장된 통신법' 조항을 위헌이라고 판결한다면 의회가 이 영역에서 추가적인 입법을 하는 것을 만류하는 것이 될 것이고, 프라이버시의 보호라는 목표는 크게 해를 입을 것이다.

대법관 Gorsuch의 반대의견(1인 의견)

1960년대에 우리 연방대법원은 Katz 판결을 통해, 수정헌법 제4조를 촉발시키는 수색은 정부가 '사회가 합리적이라고 인정할 준비가 된' '프라이버시에 대한 기대'를 위반하였을 때 일어나는 것이라고 처음으로 밝혔다. 그리고 Smith 판결과 Miller 판결을 통해 '프라이버시에 대한 합리적 기대'는 '제3자'와 공유된 정보에는 부여되지 않는다고 결정하였다. 이러한 단계로 우리 연방대법원은 은행, 회계사, 심지어 의사에게 맡긴 정보를 수사관이 수색하더라도 수정헌법 제4조는 이를 제한하지 않는다고 결론 내리게 되었다.

오늘날 우리는 거의 모든 일을 하는데 인터넷을 이용한다. 다른 시대에는 책상 서랍에 안전하게 잠가두거나 파기하였을 개인적인 서류 대부분이 이제는 제3자의 서버에 있다. Smith 판결과 Miller 판결에 의하면 경찰은 이러한 모든 자료를 검토할 수 있다. 이러한 상황에서 무엇을 해야 할까?

적어도 세 가지 방식으로 답할 수 있을 것이다. 첫 번째 선택은 문제점을 무시하고 Smith 판결과 Miller 판결을 유지하는 것이다. 두 번째 선택은 Smith 판결과 Miller 판결을 파기하고 이들 판결을 낳은 Katz 판결의 '프라이버시에 대한 합리적 기대' 법리를 다시 사용해보는 것이다. 세 번째 선택은 다른 곳에서 답을 찾아보는 것이다.

(1) 첫 번째 방식 - Smith 판결과 Miller 판결의 '제3자 원칙'의 유지

첫 번째 선택을 살펴보자면, Smith 판결과 Miller 판결은 잘못되었다. 이 판결들은 일단 제3자에게 정보를 공개하였다면 프라이버시에 대한 합리적 기대를 모두 잃는다는 원칙을 밝혔다. 이에 대하여는 수많은 학자들이 비판하였다. 정부가 구글이나 마이크로소프트 사(社)로부터 당신의 모든 이메일 사본을 요구할 수 있는가 하는 질문에 Smith 판결과 Miller 판결은 그렇다고 답한다. 사람들은 종종 제3자에게 맡긴 정보가 비공개로 지켜질 것이라고 합리적으로 기대한다. 우리 연방대법원은 제3자 원칙에 대한 설득력 있는 이유를 제시한 적이 없다. Smith 판결은 정보를 제3자에게 건넴으로써 그 정보가 경찰에게도 드러날 수 있다는 위험을 추정하였기 때문에 프라이버시에 대한 합리적 기대가 결여된다고 하였는데, 이러한 위험추정의 원칙은 불법행위법(tort law)에서 발전한 것으로 이 맥락에는 맞지 않는다. 내가 친구에게 편지를 맡겼고 그 편지가 목표한 수신자에게 배달될 때까지 그 친구가 비밀을 지킬 것을 약속하였다고 가정해보자. 어떤 면에서 내가, 그 친구가 약속을 깨고 다른 사람에게 편지의 내용을 공개할 위험을 감수하겠다고 동의하였단 말인가? 그러한 가능성이 있음을 아는 것이 그에 대한 책임을 뜻하는 것은 아니다. 그리고 사적인 서류에 대한 제3자의 접근을 동의했다고 하여 그것이 정부에 의한 수색에 동의한 것과 같은 것도 아니다.

(2) 두 번째 방식 - Katz 판결의 '프라이버시에 대한 합리적 기대' 적용

그렇다면 두 번째 선택으로 제3자가 가진 데이터에 '프라이버시에 대한 합리적 기대'가 있는가 하는 Katz 판결의 질문으로 후퇴하는 것은 어떨까? Thomas 대법관의 반대의견이 설명한 것처럼, Katz 판결의 문제점은 수정헌법 제4조의 법문과 원래의 해석에서 벗어난다는 데서 시작된다. 역사적으로

보아도 Katz 판결은 문제가 있다. 헌법제정자들은 사법적 직관에 기댄 방식으로 프라이버시를 보호하는 것이 아니라 특정한 장소와 사물 — 신체, 가택, 서류 및 동산 — 에 대하여 특정한 위협 — 불합리한 수색, 체포 압수 — 으로부터 프라이버시를 보호하기로 선택하였다. 또한 Katz 판결은 그 자체의 용어로도 충분히 정당화되지 못하였다. 우리는 여전히 '프라이버시에 대한 합리적 기대'가 무엇인지 알지조차 못한다. 그것은 사람들이 실제로 갖는 프라이버시의 기대가 무엇인가 하는 경험적 질문인가, 아니면 그들이 어떤 기대를 가져야만 하는가 하는 규범적인 질문인가? 어느 쪽이든 문제를 가져온다. 만일 경험적인 것이라면 왜 입법자가 아니라 법관이 이를 수행해야 하는지 불분명하다. 만일 규범적인 것이라면, 어떤 프라이버시 이익이 인정되어야 하는지 결정하는 순전히 정책적인 선택을 입법자가 아닌 법관이 하게 되는 문제가 생긴다. 기존 선례와 새로운 사실양식의 사이가 가깝고 직접적인 경우에는 간혹 Katz 기준을 적용하는 것이 가능할 수도 있다. 그러나 지금까지 우리 연방대법원은 Katz를 어떤 중요한 제한에 묶어두지 않았다. 결과적으로 Katz 판결은 예측할 수 없고 때로는 믿을 수 없는 법리 — 그 일부 예로 Smith 판결과 Miller 판결 — 를 내놓았다. 연방대법원의 판결들은 하급법원에 제대로 된 지침을 주지 못하였다. 법정의견은 7일간의 정보접근이 수정헌법 제4조를 촉발시킨다고 하였다. 왜 정부가 실제로 보았던 이틀 대신 정부가 요청하였던 7일인가? 왜 열흘, 사흘, 하루가 아니고 7일인가? 어떻게 정부가 제출되지 않은 5일간의 위치정보를 수색한 것이 되는 것인가? 알 수 없는 일이다. 법정의견은 이 판결이 전통적인 감시기술과 도구들에 의문을 제기하고자 함이 아니라고 하였지만, 하급법원으로서는 어떤 기술들이 '전통적'인 것에 해당하고 왜 이러한 기술은 괜찮은 것인지 선별하기 위한 더 많은 의문을 불러일으킬 뿐이다. 게다가 이것이 끝이 아니다. 법정의견에 따르면 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 판단한 후에도 여전히 할 일이 남아있다. Smith 판결과 Miller 판결이 계쟁 사건에도 연장되는지 결정해야만 하는 것이다. 그러나 Smith 판결과 Miller 판결은 더 이상 예전

처럼 분명한 범위를 갖지 못한다. 법정의견은 법원들이 제2의 Katz와 같은 형량 심리를 수행해야 한다고 하였지만, 하급법원으로서는 완전히 다른 법익을 형량하거나 다른 범주의 정보에 가치를 매기는 것은 어려운 일이다. 우리가 아는 것은 7일간의 기지국 정보는 Smith 판결과 Miller 판결의 통제에서 벗어나지만, 평생 동안의 은행이나 전화기록은 그렇지 않다는 것뿐이다. 결국 하급법원이 처한 이 상황은 연방대법원이 Katz 판결을 잘못 이해해서가 아니라, 오히려 그 반대로 Katz 판결이 불가피하게 이 상황으로 끌고 왔기 때문이다.

(3) 세 번째 방식 - Smith, Miller, Katz 판결이 아닌 다른 답 찾기

그러나 우리에게는 다른 길이 있다. 세 번째 선택으로, Smith와 Miller 판결이나 Katz 판결이 아닌 다른 곳에서 답을 찾는 것이다. 수정헌법 제4조는 그 제정 시부터 1960년대까지, 기대나 프라이버시의 합리성에 대한 법관의 개인적 감수성에 호소하는 능력에 의존한 것이 아니라, 법에 의지하였다. 법문에 따라 전통적인 접근법은 가택, 서류, 동산이 법률상 *당신의 것인지*를 물었을 뿐 더 이상의 것은 필요 없었다. Katz 판결은 재산권에 기반한 수정헌법 제4조의 전통적인 해석을 대신하는 것이 아니라 보충할 뿐이다. 전통적인 접근법은 법관들이, 자신의 성향과 정치적 선호도가 아니라, 민주적 정당성이 있는 법원(sources of law)에 기초하여 결정할 수 있다는 장점이 있다. 또한 이 전통적인 접근법 하에서는 서류와 동산을 제3자와 공유하였다는 이유로 자동적으로 그 보호가 사라지지 않는다. 그렇다면 무언가를 당신의 것으로 만들려면 어떤 종류의 법 이익이 있어야 충분할 것인가? 어떤 법원(source of law)이 이를 결정할 것인가? 이 영역을 활성화시키고 이러한 질문에 답하기 위해서는 많은 작업이 필요하다. 나는 오늘 모든 답을 요구하지는 않을 것이지만 적어도 질문이 무엇인지는 알고 있고, 몇 가지에 대해서는 이야기할 수 있을 것이다.

① 당신의 서류와 동산에 제3자가 접근권이나 소유권을 가지고 있다는 사실만으로 반드시 그에 대한 당신의 이익까지 제거해야 하는 것은 아니다. 물건을 타인에게 맡기는 것은 임치(bailment)이다. 수치인은 보통 계약 등에 따라 물건을 안전하게 보관할 법적 의무를 진다. Ex parte Jackson (1878) 판결[34]은 배달 중인 봉인된 편지의 경우 그 외관이나 무게를 제외하고는 검사와 사찰로부터 완전히 보호된다고 판결하였다. 이는 현대적 데이터를 다루는 데도 도움이 될 수 있다. 이메일은 전통적인 우편물을 대체하였고, 이메일을 전통적인 우편물처럼, 소유자가 법적 이익을 유지하는 임치와 같이 취급하는 것에 의심을 품는 사람은 거의 없다.

② 나는 물건에 대한 완전한 소유권이나 배타적인 통제권이 항상 수정헌법 제4조의 권리를 주장하기 위한 필수적 조건이라고 생각하지 않는다. 예를 들어 집의 경우, 개인은 부동산 소유권이 없어도 수정헌법 제4조의 보호를 받을 수 있다. 집에 대한 소유권이 은행에 있거나, 임대한 집이거나, 심지어 집세 없이 단순 거주 중인 경우에도 사람들은 집을 '자신의' 집이라고 부른다. 세입자와 거주 중인 그 가족들에게 소유권이 없더라도 그들이 살고 있는 집에 대한 수색에 이의제기를 할 자격이 있다.[35] 또한 연방대법원은 현대 사회에서 제3자에게 데이터를 저장하는 것은 일종의 비자발적 임치와 같다고 보기도 하였다.[36]

③ 실정법은 사법적 직관력에 기대지 않고도 진화하는 기술에 대한 구체적인 지침을 제공하도록 도울 것이다. 주와 연방 정부는 제3자 데이터 저장과 이용자의 권리에 관하여 활발한 입법을 하고 있다.

④ 실정법이 개인의 수정헌법 제4조상의 이익을 확립하도록 돕는 반면, 이를 물리치는 데는 사용될 수 없는 경우가 있을 수 있다. 연방대법원은 어떤 법률도 집배원이 편지의 비밀을 침해할 수 있도록 승인할 수는 없다고 하였다.[37] 수정헌법 제4조의 권리가 더 이상 내려갈 수 없는 헌법적 하한선

34) Ex parte Jackson, 96 U. S. 727 (1878).
35) Chapman v. United States, 365 U. S. 610, 616-617 (1961), Bumper v. North Carolina, 391 U. S. 543, 548, n. 11 (1968).
36) Riley v. California, 573 U. S. ___, ___ (2014) (slip op., at 9).

의 존재를 제시한 것이다.

⑤ 이 헌법적 하한선은, 배달 중인 편지와 같은 경우에 있어서는, 소환장의 사용을 통해 수정헌법 제4조의 보호를 피하려는 활동을 막을 것이다. 어떤 다른 종류의 기록들이 배달 중인 편지와 비슷하게 여겨질 수 있을까? 원래 기록 제출 소환장은 수정헌법 제4조의 '정부에 의한 수색과 압수'가 아니라 수정헌법 제5조[38]의 '자신에게 불리한 진술의 강요'로 여겨졌다. 압수와 수색에 관한 보통법상, 배달 중인 편지와 대등한 정도의 사적인 서류가 임치인에게 위탁되어 있고 이것이 제출 소환된 경우는 아직 없었기 때문에 이 부분은 불확실하다. 이러한 불확실성을 고려하건대 현재로서는 배달 중인 편지에 관한 Jackson 판결을 적용하는 것에 동의한다.

(4) 결론

나는 항소법원의 판결도, 이를 뒤집은 법정의견도 흠잡지 않는다. 사실 Smith 판결과 Miller 판결의 법리가 잘못된 것임을 암시한 법정의견에 동의하는 바이다. 항소법원은 그렇게 할 힘이 없지만 연방대법원은 그렇게 할 수 있고 또 해야 한다. 하지만 동시에 나는 Smith 판결과 Miller 판결에 생명유지장치를 부착하고 새롭고 다층적인 질문으로 보충해놓은 법정의견에 동의하지 않는다. 대신에 나는 보다 전통적인 수정헌법 제4조의 접근법을 고려해 볼 것이다. Katz 판결은 여전히 수정헌법 제4조의 법익을 증명하는 한 가지 길이 될 수 있지만 유일한 길이었던 적은 없다. 보다 전통적인 접근법을 무

---

37) Ex parte Jackson, 96 U. S. 727, 733 (1878).

38) 미국 수정헌법 제5조

대배심에 의한 고발이나 기소가 없는 한 그 누구도 사형에 해당하는 범죄나 파렴치 범죄에 관하여 심리를 받지 아니한다. 다만, 육군이나 해군에서 또는 전시나 사변 중일 때 복무 중에 민병대에서 발생한 사건은 예외로 한다. 누구든 동일한 범죄 행위에 대해서 생명이나 신체에 대한 위협을 재차 받지 않으며, 정당한 법 절차 없이는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또 정당한 보상 없이 사유 재산을 공용으로 수용당하지 아니한다(No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation).

시하는 것은 수정헌법 제4조에 대한 완전한 보호를 옹호하는데 실패하는 것이다.

내가 보기에 개인의 기지국 데이터는 기존의 법률 아래 *그 자신의* 서류나 동산으로서의 자격을 가질 수 있다. 고객 정보의 프라이버시에 관한 법조항인 47 U. S. C. §222는 고객의 위치정보를 '고객 소유의 네트워크 정보'라고 지정하고 고객이 거의 재산권 수준의 상당한 법익을 갖도록 하였다.

그러나 카펜터는 Katz 판결에서 말하는 '프라이버시에 대한 합리적인 기대'가 존재한다고만 주장하였을 뿐 여타 실정법에 대해서는 제대로 된 주장을 하지 않았다. 그러한 상황에서 나는 마지못해 카펜터의 패소를 결정할 수밖에 없다.