형사정책연구 Korean Criminological Review
제25권 제4호(통권 제100호, 2014 · 겨울)

미국 연방대법원의 "휴대폰에 저장된 개인정보 보호"에 대한 판결의 의의*

- 피체포자의 휴대폰에 저장된 정보의 영장 없는 수색 제한에 관한 RILEY 판결**을 중심으로 -

김 영 규***

국 | 문 | 요 | 약

휴대폰은 현대 정보화 사회에서 생활의 필수품이 되었고, 이에 따라 범죄 수사에 있어서도 실체규명을 위하여 필요한 중요 기기이다. 그래서 휴대폰에 저장된 개인 정보에 대한 수사기관의 검색에 의하여 발생할 수 있는 사생활 비밀의 침해 우려가 크다. 그러므로 수사기관에 의한 휴대폰의 저장정보 검색행위에 대한 사법적 통제 등 법치국가적 안전장치가 제대로 작동될 수 있는 시사점을 미국 연방대법원의 RILEY 판결에서 찾고자 한다. 미국 연방대법원은 이 판결에서 '체포에 수반하는 영장 없는 수색' 으로 압수된 피체포자의 휴대폰이라 하더라도, 경찰은 사생활 보호가치가 있는 개인 정보가 다량 저장된 휴대폰의 데이터를 영장 없이 수색할 수 없고, 수색 전에 일반적으로 영장을 발부받기를 주문하였다. 이는 미국법에서는 '체포에 수반하는 수색' 의 예외에 해당하는 경우 우리와 달리 사후 압수 · 수색영장을 발부받지 아니하므로, 영장주의의 예외 대상이 너무 광범위하게 확장되지 않도록 제한하여 프라이버시의 합리적 기대가 높은 휴대폰의 디지털 정보 수색에 대하여는 수정헌법 제4조의 "영장주의 원칙" 을 적용해야 할 필요성이 크다. 그러나 여전히 수사기관이 '긴급상황의 예외' 를 고려할 수 있다고 판시하여 압수·수색 단계에서의 수사기관의 합리적 재량을 인정하고 있다.

이 글에서는 이러한 RILEY 판결이 우리에게 주는 의미가 무엇인지 살펴보고, 우리 형사법체계와 조화되면서도 휴대폰 정보영역에서의 프라이버시권(Right to privacy) 보호를 위하여 휴대폰 등 모바일기기의 디지털 수사 실무현실을 보다 합리적으로 개선할 수 있는 방안을 제시하였다. 특히 실무적으로 수사기관은 체포현장에서 영장 없이 압수한 휴대폰에 대한 모바일 분석을 먼저 마친 후 범죄사실과 관련이 없으면 휴대폰을 환부하고, 휴대폰에 저장된 정보 내용 중 범죄사실과 관련된 디지털 증거가 확인되면 체포시로부터 48시간 이내에 사후영장을 청구하고 있다. 그러나 미국 연방대법원의 대법관들이 고심 끝에 만장일치로 휴대폰에 저장된 개인정보 보호를

* 이 논문의 작성에 도움을 주신 한국형사정책연구원 전현욱 부연구위원, 이자영·유미루 인턴연구원, 김유범 위촉연구원 등 여러분에게 감사드린다.

** Riley v. California, 573 U.S. (2014)(No. 13-132)(2014. 6. 25. 결정, U.S. v. Wurie (No. 13-212) 병합).

*** 부장검사, 한국형사정책연구원 파견

위하여 휴대폰의 데이터에 대한 수색을 하기 전에 영장을 발부받으라고 주문한 RILEY 판결의 취지를 우리 실무현실에 반영하여 현행법 체계 아래에서 실무운용의 합리적 개선을 다음과 같이 제안하고자 한다.『수사기관은 체포현장에서 영장 없이 압수한 피체포자의 휴대폰 속 디지털 정보를 검색·분석하기 위하여 지체 없이 사후 압수·수색영장을 발부받아야 한다. 일반적으로 사후 영장을 발부받아 모바일 분석을 하되, 다만, 증거 인멸이 급박한 경우, 공범 도주 우려 등 긴급한 상황에서는 피체포자의 휴대폰에 저장된 정보를 검색·분석한 후 체포시로부터 48시간 이내에 사후 압수·수색영장을 청구한다.』 아울러 21세기 디지털 시대에 적합한 법제도 및 수사실무 매뉴얼의 정비 등을 지속적으로 추진하여 한다. 이러한 노력들은 기본권 보장과 수사의 실효성 확보라는 두 가지 목적을 조화시키는 방향이어야 한다.

❖ 주제어 : 휴대폰, 개인정보, 라일리 판결, 체포에 수반하는 수색, 영장주의

Ⅰ. 서론 - 정보화시대의 필수품

현대사회에서 휴대폰[1]없는 삶을 상상할 수 있을까? 이제는 하루라도 휴대폰 없이는 정상적인 생활을 할 수 없을 정도로 휴대폰은 우리 생활에 있어 없어서는 안 될 필수품이 되었다.

우리나라는 1984년 한국이동통신(현 SK텔레콤)이 휴대전화 서비스를 개시한 이래 2014년 10월 기준 이동전화 가입자는 56,810,310명, 스마트폰 가입자 수는 40,123,309명이다.[2] 특히 2009년부터 본격적으로 보급되기 시작한 스마트폰은 전화·문자메시지 등 초기 휴대전화의 기능을 넘어 인터넷·온라인 쇼핑·뱅킹·SNS·게임·이메일·지도서비스·일정관리·카메라·녹음 등 다양한 기능이 있어 그 보급률이 2012년의 약 49%에서 현재 78.2%에 이르고 있다.[3]

이와 같은 다양한 기능의 활용에 따라 휴대폰에는 사용자 개인의 삶의 각종 흔적들이 남아있기 마련인데 그러한 휴대폰을 분실하고, 그 분실한 휴대폰이 다른 누군가의 수중에 있다고 했을 때, 휴대폰의 주인은 잠을 제대로 이룰 수 있을까?

마찬가지로, 어떤 범죄혐의로 체포된 자는 체포현장에서 영장없이 압수된 휴대폰의 디지털 정보가 수사기관에 무방비로 노출될 위험에 처하여 진다. 우리 몸의 일부와도 같은 휴대폰에는 범죄와 관련된 정보가 저장되어 있을 수도 있지만 그밖에 범죄혐의와 관련 없는 다양한 개인정보가 무수히 저장[4]되어 있기 때문에 체포된 자의 휴대폰에 저장된 디지털 정보에 대한 수사기관의 검색에 의하여 발생할 수 있는 사생활 침해에 대한 불안감이 적지 않다.[5] 그 불안감은 “피체포자의 휴대폰 안을 마

---

1) cell phone은 휴대전화, 휴대폰, 핸드폰으로 번역되고 법령상으로도 위 세 가지 용어가 혼재되어 사용되나, 이 글에서는 cell phone이 단순한 전화기 기능을 넘어선 미니컴퓨터나 최소형 노트북과 같다는 점에서 오해의 소지를 다소나마 줄이고자 “휴대폰”이라는 용어를 사용하기로 한다.

2) 미래창조과학부, 무선 통신서비스 통계 현황(2014. 10. 기준).

3) 피처폰과 스마트폰을 아우르는 휴대폰의 전체 보급률(2014. 10. 기준)은 110.7%로 100%를 넘어섰다. 여기서 보급률은 이동통신 가입자수(56,810,310명)를 총인구수(51,302,044명)로 나누어 계산한 값을 의미한다.

4) 저장용량은 16기가바이트(GB)에서 최대 128기가바이트에 이른다. 1GB는 1,024MB이고, 300장 분량 소설책 한 권이 약 20MB에 해당하므로 16GB 용량의 스마트폰에 약 820권, 128GB 용량의 스마트폰에 약 6,553권 가량의 전자책이 저장 가능하다. (기본 OS, 필수 어플리케이션의 용량을 고려하지 않고 순수 저장용량 값으로 계산할 경우임)

음대로 들여다 볼 수 있는 무제한적인 권한이 수사기관에게 있는가?", "어떤 범죄혐의로 체포된 자의 휴대폰은 범죄를 증명하는 귀중한 정보를 제공할 수 있으므로 수사기관의 검색에 따른 휴대폰의 디지털 정보영역에서의 사생활 침해는 피체포자가 당연히 감수해야 할 대가로 볼 수 있는가?"라는 의문에서 비롯된다.[6)]

이런 상황에서 방대한 개인정보의 보고(寶庫)인 휴대폰에 대한 수사기관의 검색에 일정한 자제·통제원리가 작동하는 특별한 안전장치가 우리 형사법 시스템에서 구축되어 있는지 점검하고, 구축되어 있다면 그러한 법치국가적 안전장치를 어떻게 잘 작동할 수 있는지에 대한 시사점을 미국 RILEY 판결에서 찾고자 한다.

Ⅱ. '체포에 수반하는 수색'에 관한 연방대법원의 판례 변천

1. 개관

미국 연방 수정헌법 제4조[7)]에 의하여 합리적인 프라이버시의 기대를 갖는 장소나 물건에 대한 수색과 압수는 원칙적으로 영장에 기하여 해야 한다. 다만, 영장 없

---

5) 미국 등에서는 개인의 휴대폰 단말기에서조차 메시지를 남기지 않을 정도로 정보 노출을 싫어하는 소비자 심리를 파고들어 수신자가 메시지를 확인하면 바로 사라지는 '휘발성 메신저앱 스냅챗'이 지난해부터 인기라는 언론보도도 있다.(2014. 10. 10. 중앙일보) 또한 애플은 최근 스마트폰 안의 데이터를 암호화하는 소프트웨어를 개발해서 이를 탑재한 "iOS8"을 출시함으로써 애플조차 그 정보에 접근할 수 없고 오직 당해 기기의 주인만이 그 암호를 풀 열쇠를 가지도록 했다고 한다.(2014. 10. 20. 법률신문 15쪽)

6) 최근 '카톡 사이버 검열' 논란에 이어, '스마트폰 빅브라더' 우려가 제기되면서 수사기관이 스마트폰만 압수하면 문자메시지·카카오톡 등 대화정보, 내비게이션 검색 정보, 포털 검색 기록 등 방대한 개인정보를 수집할 수 있어 수사에 불필요한 개인정보까지 수사기관에 넘어갈 가능성이 커졌으므로 엄정한 수사를 위한 정보수집의 적정 범위에 대한 사회적 논의가 필요하다는 주장이 제기되고 있다.(2014. 10. 15. 동아일보)

7) 미국 수정헌법 제4조(수색 및 체포영장)
"신체, 주거, 문서, 물건에 대하여 불합리한 체포, 수색, 압수 등 강제처분을 당하지 않을 국민의 권리는 침해되어서는 안 된다. 체포, 수색, 압수의 영장은 상당한 이유에 의하고, 선서나 확약에 의하여 뒷받침되고, 특히 수색할 장소와 압수할 물건, 체포될 사람을 특정하지 아니하고는 영장을 발부할 수 없다."

이 압수나 수색을 할 수 있는 6가지 예외[8]가 있다. 아래에서는 6가지 예외 중 '합법적인 체포에 수반하는 수색'에 관한 연방대법원의 주요 판례[9]에 대하여 간략히 살펴보기로 한다.

2. Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969) 판결 : '양팔 간격' 규칙

이 사건의 경찰관들은 Chimel을 그의 집 안에서 체포하였고 나아가 그의 3룸 집 안을 다락방과 차고까지 모두 수색하였다. 특정 방에서는 경찰관들이 서랍 속 물건을 뒤지기도 하였다. 법원은 '체포에 수반하는 수색'의 합리성을 평가하는데 있어 아래와 같은 규칙을 만들어 냈다.

"체포가 이루어지면, 체포된 자가 반항하거나 도주에 사용될 수 있는 무기를 제거하기 위하여 경찰관이 피체포자를 수색하는 것은 합리적이다. 이러한 수색이 이루어 지지 않은 경우, 경찰관의 안전이 보장되지 않고, 체포행위 자체가 방해를 받을 수 있다. 또한, 증거 은폐 또는 인멸을 방지하기 위하여 경찰관이 피체포자의 몸을 수색하고 증거를 압수하는 행위는 전적으로 합리적이다" 따라서 피체포자의 "직접적 지배범위"에 대한 수색에는 충분한 정당성이 있다. 여기서 말하는 직접적 지배범위란 피체포자의 몸과 피체포자가 무기나 증거를 집기 위하여 도달할 수 있는 거리(wingspan : 양팔 간격)를 의미한다. 그런데 방대한 영역인 Chimel의 집에 대한 수색은 경찰관의 안전을 보호하거나 증거를 보존하기 위한 행위가 아니었으므로 이러한 예외에 속하지 않았다.

8) ① 합법적인 체포에 수반하는 수색의 예외, ② 당사자의 동의에 의한 예외, ③ 법집행과 관련이 없는 특별한 필요에 의한 예외, ④ 긴급한 상황에 의한 예외, ⑤ 불심검문과 소지품 검사에 의한 예외, ⑥ 자동차 수색에 대한 예외

9) 라일리 판결에서 인용된 판례들로 이 판결에서 언급된 내용을 바탕으로 판례 내용을 다시 정리하였다.

3. United States v. Robinson, 414 U.S. 218 (1973) 판결 : 합법적 체포에 따른 수색권한의 자동 발생

경찰관은 취소된 면허증을 가지고 운전하던 Robinson을 체포하여 몸을 수색하던 중 코트 안주머니에서 실체를 알 수 없는 물건을 발견하고, 즉시 물건을 주머니에서 꺼내어 확인해 보니 구겨진 담뱃갑이었다. 그러나 경찰관은 그 안에 담배가 아닌 다른 것이 있음을 감지하고 담뱃갑을 열어 헤로인 캡슐을 확인하였다. 영장없는 수색과 관련해 법원은 "경찰관은 '체포에 수반한 수색'에 근거해 체포된 자가 무기를 소지하였거나 증거를 인멸할 가능성이 있다는 합리적인 이유가 있든 없든, 합법적으로 체포된 자를 수색할 권한이 있다"고 판단하였다. 즉 침해가 합법적인 만큼, 적법한 체포에 따른 수색은 추가적인 정당화가 필요하지 않다는 것이다.

4. Arizona v. Gant, 556 U.S. 332 (2009) 판결 : 체포현장에서의 자동차 수색의 제한

Gant 판결에서 연방대법원은 체포에 수반하는 수색 당시 ① 피체포자가 차량에 접근할 수 있거나, ② 체포의 원인이 되는 범죄에 대한 증거가 피체포자의 차 안에서 발견될 수 있을 것이라고 믿을 만한 합리적인 이유가 있는 경우에만 체포현장에서 피체포자의 자동차 수색을 할 수 있다고 판시하여 체포에 수반한 수색의 범위를 종전의 Belton 판결[10]보다 더 제한하였다.[11] 그래서 Gant 판결은 피체포자가 차량

10) New York v. **Belton**, 453 U.S. 454 (1981) : 운전자·탑승자 체포시 자동차 전체 수색 허용
[사건 개요] 경찰이 속도위반 차량을 적발해 차를 세웠으나 운전자를 비롯해 탑승객 4명(그중 1명이 Belton) 중 차량의 실제 소유주를 아는 사람이 한명도 없었음. 경찰관은 차 안에서 마리화나 냄새가 나는 것을 감지하였고, 마리화나가 담겨 있는 것으로 추정되는 "슈퍼골드(Supergold)"라고 쓰여 있는 봉투가 바닥에 떨어져 있는 것을 발견 함. 이에 경찰관은 운전자와 탑승객을 차 밖으로 나오도록 요구하여 마리화나 소지 혐의로 체포하고, 도로에서 서로 떨어져 있을 것을 명령함. 경찰관은 피체포자들에게 미란다 원칙을 고지한 후 그들의 몸을 수색하였고, 이어 차 안을 수색하였는데 뒷좌석에 놓여 있던 Belton의 코트 주머니에서 코카인을 발견함.
[연방대법원 판결] 합법적인 체포에 수반한 수색에 관한 Chimel의 '양팔 간격' 규칙을 확대 적용하여, 용의자 Belton에 의한 증거인멸이나 경찰관에 대한 위해의 우려가 없더라도 "피고인 Belton의 직접적인 지배(immediate control)"하에 있다고 볼 수 있는 자동차 전체(자동차의 승객영역과 용기, 차안의 모든 물건 포함)에 대한 수색이 가능하다고 판시.

에 접근할 수 없다면 경찰관의 안전에 대한 위험 및 증거인멸에 대한 우려가 없기 때문에, 피체포자의 자동차에 대한 영장없는 수색은 '체포에 수반하는 수색'의 예외에 해당하지 않으므로 정당하지 않은 수색이라고 판시하였다.[12)]

Ⅲ. 피체포자의 휴대폰 데이터의 '영장없는 수색' 허부에 대한 미국의 하급심 판례

체포된 자로부터 압수한 휴대폰에 저장된 정보의 영장없는 수색의 허용 여부에 대하여 미국 하급심 법원은 상반된 태도를 보여 왔다.

1. 허용한 사례

가. People v. Diaz, 51 Cal. 4th 84(2011) 캘리포니아주 대법원 판결[13)] : 휴대폰 문자메시지 수색의 정당성 인정

1) 사건 개요

약물을 판매하려다 현장에서 체포된 피고인 Diaz은 경찰서로 이송되었고, 경찰관은 그가 갖고 있던 휴대폰을 압수하였다. 경찰관은 휴대폰의 문자 메시지함에서 "6 4 80"이라는 내용의 메시지를 발견하여 수년간의 수사 경험을 바탕으로 해당 문자가 "엑스터시 6알, 80 달러"라는 내용임을 알고 이를 피고인에게 보여주어 자백을

11) Gant 판결에 대한 자세한 내용은 최창호, 영장 없는 자동차 수색에 관한 연구 - 미국법상의 논의를 중심으로 -, 형사법의 신동향(2014. 9) 277~279쪽, 292쪽 참조.

12) Gant는 운전면허정지 중의 운전 혐의로 체포되었기 때문에 그의 자동차 안에서 체포의 원인이 된 범죄에 대한 증거를 발견할 수 있을 것이라는 합리적인 근거가 불충분하고, 체포된 Gant가 수갑이 채워진 상태로 경찰 순찰차 뒷자리에 경찰관의 감시하에 억류된 상태였으므로 경찰관에게 위해를 가하거나 자동차 안의 증거를 인멸할 우려가 없었다.

13) 그 밖에 영장없는 휴대폰 검색을 허용한 하급심 판례 : United States v. Finley , 477 F.3d 250 (5th Cir. 2007), United States v. Murphy , 552 F.3d 405 (4th Cir. 2009), United States v. Florez-Lopez , 670 F.3d 803 (7th Cir. 2012), Commonwealth v. Phifer , 979 NE2d 210 (Mass. 2012), Hawkins v. State , 723 SE2d 924 (Ga. 2012).

받아냈다. 피고인은 마약판매 혐의로 체포되었지만, 독수과실의 원칙을 들어 휴대폰 데이터에 대한 영장 없는 수색의 위법성을 주장하였다.

2) 캘리포니아주 대법원 판결

주대법원은 "용의자 체포 시 항상 무기 사용 및 증거 인멸의 위험이 있기에 경찰관은 자신과 다른 사람들의 안전을 보호하고 증거 인멸을 방지하기 위해 피체포자의 신체 및 직접적 지배범위에 대하여 영장 없이 수색할 수 있다. 이와 관련해 휴대폰의 문자 메시지함에 저장된 문자메시지를 영장 없이 수색하는 것은 체포에 수반한 수색으로 간주된다."고 판시하였다.

이 사건에서, 피고인은 "휴대폰은 과거 그 어떤 물건보다 셀 수 없이 방대한 양의 개인 정보를 포함하고 있으므로 '사생활 침해'를 주장하고, 수색 영장 발부와 관련해서도 휴대폰 그 자체와 그 안에 있는 내용을 구분해야 한다"고 주장하였으나, 법원은 이를 뒷받침할 근거가 없다고 판단하였다.

나. 검토

'합법적 체포에 수반한 영장없는 수색'에 관한 전통적 산업사회에서의 판례에 기초하여 '영장없는 휴대폰 정보의 검색'을 허용한 판례이다. 미국 수사실무도 경찰관·체포된 자 등의 안전을 위해서나, 범죄 증거를 확보하기 위해 체포된 자의 주머니에서 소지품을 꺼내 영장없이 압수할 수 있다는 1960년대 후반 및 1970년대 판례에 근거하여 피체포자의 휴대폰 속 통화내역 등 정보를 영장없이 검색하여 범죄혐의를 입증하는 증거로 사용했다.

그러나 이러한 판결 및 실무태도는 전통적 산업사회에서의 기존 판례를 21세기 디지털 시대에서도 '선례구속의 원칙'에 따라 기계적으로 적용하였다는 비판을 면하기 어렵다.

2. 허용하지 아니한 사례

가. State v. Smith 920 N.E.2d 949 (2009) 오하이오주 대법원 판결[14] : 휴대폰 저장정보 수색의 정당성 부정

1) 사건 개요

Wendy라는 여성이 마약 과다복용으로 병원으로 이송되었는데, 병원에서 해당 여성은 마약 거래를 빌미로 마약 판매상 Smith를 부르기로 경찰과 사전 조율하였고 Wendy와 Smith 사이의 전화 내용을 모두 녹음. 이후 Smith를 체포한 경찰은 Smith의 휴대폰을 자신의 주머니에 넣었다. 경찰이 언제 Smith의 휴대폰을 수색하기 시작했는지에 대한 정확한 기록은 없었다. 이에 피고인은 영장 없이 자신의 휴대폰을 수색당했다며 해당 증거의 배제를 신청하였다.

2) 오하이오주 대법원 판결

주대법원은 "'합법적 체포에 수반한 수색'에 따라 압수된 휴대폰 안의 정보에 대한 영장없는 수색은 경찰관의 안전 확보와 긴급상황의 예외에 따라 필요하다고 판단되는 경우를 제외하고 위헌으로 허용되지 않는다. 그 이유는 휴대폰은 수정헌법 제4조에 비추어 '폐쇄용기(closed container)'에 해당하지 않기 때문이다. 또한 휴대폰의 성격을 고려해 볼 때, 휴대폰은 양적 및 질적인 면에서 피체포자가 지닐 수 있는 여타의 물건들과 다르다. 휴대폰 이전 시대에 이루어진 사람에 대한 수색은 물리적 실체물에만 국한되었기 때문에 프라이버시에 대한 침해가 매우 제한적이었다. 그러나 휴대폰에 저장되어 있는 개인의 사생활과 관련된 막대한 양의 정보를 고려해 볼 때, 휴대폰에 대해서는 당연히 일정 수준의 사생활 보호를 기대하게 된다. 따라서 경찰이 휴대폰을 압수한 경우 휴대폰에 저장된 정보의 즉각적인 저장 및 증거 훼손 방지의 목적이 분명해야 하는데 이러한 긴급상황의 예외나 경찰관의 안전확보를 위하여 필요하다는 영장주의의 예외요건을 입증하지 못하는 한, 휴대폰

14) 그 밖에 영장없는 휴대폰 검색을 불허한 사례 : Smallwood v. State No. SC11-1130, 2013 WL 1830961 (2013) 플로리다주 대법원 판결(휴대폰의 저장 사진 수색의 정당성 부정).

을 수색하려면 반드시 사전에 수색 영장을 발부 받아야 한다. 그렇지 않을 경우 이는 수정헌법 제4조를 위반한 것으로 판단된다"고 판시하였다.

나. 검토

'체포에 수반하는 수색' 관련 기존 판례를 21세기 디지털 시대에 그대로 적용하는 것을 거부하고, 휴대폰의 저장정보에 대한 '프라이버시' 권리를 근거로 사전 수색영장을 요구한 진보적 판결이라고 평가할 수 있다.

Ⅳ. 21세기 정보화 사회에서의 RILEY 판결의 의의

1. 사건개요 및 쟁점

가. 사실관계 및 사건의 경과

1) Riley(라일리) 사건

경찰은 Riley가 운전면허 정지상태임을 확인하고 Riley의 차를 압수하였고, 압수된 차량내부를 수색한 결과 권총을 발견하여 Riley를 총기소지죄로 체포하였다. 합법적 체포에 수반하여 Riley를 영장없이 수색한 경찰관은 Riley의 바지 주머니에서 휴대폰을 압수하고 휴대폰[15]의 정보에 접근하여 조직폭력단 관련 단어를 발견하였다. 조직폭력 전문 형사가 경찰서에서 휴대폰에 있는 내용물을 조사하여 찾아낸 사진과 비디오들을 바탕으로, 검찰은 Riley를 몇 주 전 발생한 총격사건에 대한 『총기사용폭행죄와 살인미수』로 기소하였다. 피고인 Riley는 "자신의 휴대폰에 대한 수색이 영장없이 이루어졌고, 영장없는 수색이 허용되는 긴급상황의 예외에도 해당되지 않으므로 수정헌법 제4조에 위배된다"고 주장하며 경찰이 자신의 휴대폰에서 찾은 모든 증거에 대한 배제를 신청하였으나, 1심 법원은 그 신청을 기각하며 피고인

15) 그 휴대폰은 고급 전산 능력을 통해 다양한 기능을 제공하고 저장 공간이 크며 인터넷 연결이 되는 "스마트 폰" 이었다.

에게 유죄를 선고[16]하였다. 항소심 역시 1심 법원의 결정을 유지하였고, 연방대법원은 피고인의 상고허가신청을 인용하였다.

2) Wurie(우리) 사건

경찰은 Wurie의 마약 판매 현장을 목격하고 Wurie를 체포하였다. Wurie에게서 영장없이 압수한 휴대폰[17]으로 "내 집(my house)"이라고 표시된 곳에서 계속 전화가 걸려오는 것을 목격한 경찰은 휴대폰을 열어서 통화목록으로 들어가 "내 집"과 연결된 번호를 확인한 후 그 번호를 통해 Wurie의 거주지로 보이는 한 아파트 건물을 찾아냈다. 경찰이 수색영장을 발부받아 그 아파트를 수색한 결과 마약, 총기와 탄약을 발견하고 Wurie를 『마약 및 총기 소지 관련 죄』로 기소하였다. Wurie는 "아파트 수색을 통해 얻어낸 증거는 그의 휴대폰에 대한 위헌적 수색으로 인한 결과물이었다"는 주장을 통해 아파트 수색에서 발견된 증거에 대한 배제를 신청하였으나, 1심 법원은 그 신청을 기각하고 Wurie에게 유죄를 선고[18]하였다. 항소심은 1심 법원의 증거배제신청 기각결정을 파기하고 Wurie의 유죄판결을 무효화[19]하였고, 연방대법원은 정부의 상고허가신청을 인용하였다.

나. 쟁점

"경찰이 체포된 피의자의 휴대폰에서 디지털 정보를 영장없이 수색할 수 있는가?"

2. 연방대법원 판결의 내용과 의미

피체포자의 휴대폰에 대한 영장없는 수색이 수정헌법 제4조에 위배된다는 이 사

16) 징역 15년에서 무기징역까지 선고.

17) 스마트폰 보다 성능이 떨어지는 여닫이 식의 휴대폰인 "플립 폰"이었다.

18) 262개월의 형을 선고.

19) 항소심의 판시에 의하면, 휴대폰은 방대한 양의 개인 정보를 담아둘 수 있고 법집행에 있어 무시해도 될 정도의 경미한 위협을 가지고 있기에 체포에 수반하는 영장 없는 수색이 가능한 다른 물질적 소유물과는 다르다고 결정하였다.

건 판결은 대법관 9명의 만장일치(9 대 0)로 결정되었고, 대법원장 John Roberts(존 로버츠)가 개진한 법정의견에 대법관 Scalia, Kennedy, Thomas, Breyer, Ginsburg, Sotomayor, Kagan이 동의하였고, 대법관 Alito(앨리토)는 별개·보충의견을 개진하였다.

가. 판결의 내용

【판결요지】

▼ 경찰은 일반적으로 체포에 수반한 영장없는 수색으로 압수된 **피체포자의 휴대폰 속 디지털 정보를 영장없이 마음대로 수색할 수 없다.**[20]

▼ 우리는 Chimel 판결과 Robinson 판결을 휴대폰의 데이터 수색에까지 연장 적용하는 것을 거부하고, 대신 **'체포에 수반한 영장없는 수색'으로 압수한 휴대폰에 저장된 정보의 수색을 하기 전에 일반적으로 경찰이 사전에 영장을 발부받기를 주장한다.**

【판결이유】

1) 대법원장 Roberts의 법정의견(8인 의견)

가) '휴대폰의 디지털 개인정보'라는 새로운 프라이버시 보호영역에 대한 수정헌법 제4조의 "영장주의 원칙"의 적용 선언

『일반적으로 어떤 수색이 영장주의의 예외인지 여부는 개인의 프라이버시 침해 정도와 정당한 공익의 증진 필요성 정도를 비교·판단하여 결정한다. 그런 이익형량이 Robinson 판결에서는 체포에 수반한 수색의 합리성을 지지하였으나, 휴대폰에 있는 디지털정보에는 Chimel 판결에서 특정한 두 가지 위험성[21]과 유사한 위험성이 존재하지 않으며, 간단한 신체수색보다 훨씬 더 큰 개인 프라이버시가 관련되어 있다.

20) Held: The police generally may not, without a warrant, search digital information on a cell phone seized from an individual who has been arrested, pp. 5-28.

21) 경찰관에 대한 위해와 증거인멸의 위험성을 의미한다.

휴대폰에 저장된 디지털정보 자체는 경찰관을 해할 무기로 사용되거나 피체포자의 도피를 유발하는데 사용될 수 없다. 경찰관들은 휴대폰이 무기로 사용되지 않도록 하기 위해 휴대폰 기기 자체는 검사할 수 있지만, 그 안에 든 정보가 누군가를 해치지는 않는다. 휴대폰 수색이 곧 닥칠 위험을, 예를 들어 피체포자의 공범들이 현장으로 향하고 있다는 것을 경고하여 경찰관의 신변안전 보장에 기여할 수 있다는 이익은 긴급한 상황(exigent circumstances)과 같은 영장주의 예외에 의해 더 잘 다루어질 수 있다. 휴대폰이 물리적으로 확보되었다 하더라도 휴대폰 상의 정보는 원격삭제와 암호화에 취약하다는 우려가 있으나, 이러한 우려는 피체포자의 직접적 지배범위 내에 있는 증거를 인멸할 수 있다는 우려와는 구별된다. 또한 휴대폰상 정보의 원격 삭제나 암호화 문제가 실제로 만연해 있다고 볼만한 근거도 거의 없으며, 그렇다고 가정하더라도 휴대폰을 끄고 배터리를 분리하거나 또는 패러데이봉투(Faraday bag, 전파차단용 봉투) 등을 사용하여 전파수신을 차단하는 손쉬운 방법들을 통해 데이터 삭제를 방지할 수 있다. 더욱이 ‘체포에 수반한 수색’보다는 ‘긴급상황 예외’의 영장없는 수색을 행하는 것이 증거 인멸의 우려 문제를 해결하는 더욱 효과적일 것이다.

체포에 수반한 수색은 위에서 살펴본 체포라는 불안정한 상황에서 강화되는 수사기관의 이익뿐만 아니라 체포에 따라 감소되는 피체포자의 프라이버시 이익에도 그 근거를 두고 있다. 그러나 휴대폰에는 담뱃갑, 지갑 등의 물품(physical items) 수색에 따른 프라이버시 문제를 훨씬 넘어서는 프라이버시 문제가 걸려있다. 피체포자의 주머니에 들어있는 내용물 검사는 체포 자체 이상의 추가적인 프라이버시 침해가 아니라는 결론은 유체물에는 적용될 수 있지만, 더욱 중대한 프라이버시 이익이 걸려있는 디지털정보에의 적용은 신중할 필요가 있다.

휴대폰은 양적·질적인 면에서 피체포자가 지닐 수 있는 여타의 물건들과 다르다. 휴대폰이 없던 시절 사람에 대한 수색은 유체물(physical realities)에만 국한되었고, 따라서 그 프라이버시에 대한 침해는 일반적으로 제한적이었다. 그러나 오늘날의 휴대폰은 엄청난 저장용량을 가지고 있어서 수백만 페이지의 문서와 수천 장의 사진, 수백 장의 비디오를 저장할 수 있다. 이는 프라이버시에 상당한 영향을 미친다.[22] 휴대폰에서 볼 수 있는 정보가 전화기가 아닌 “클라우드 컴퓨팅“에 의해 원격

서버에 저장되어 있을 수도 있다는 점이 이 사건 프라이버시 이익의 범위를 한층 더 복잡하게 만든다. 따라서 휴대폰에 있는 정보 수색은 피체포자의 주변에 있는 서류나 물품을 훨씬 넘어선 것들에까지 미칠 수 있으나, 이러한 우려를 완전히 해소할 수 있는 해결책이 무엇인지는 확실치 않다.

정부 측이 주장하는 특정 상황에서 영장없는 휴대폰 수색을 허용하기 위한 대체 방안은 일반적으로 구속력있는 판례법적 규칙(categorical rule)을 통해 법 집행관들에게 명확한 지침을 제공하는 것을 선호하는 연방대법원의 입장에 반한다.

첫째로, 차량이 관련되어 있다는 이유에서 도출된 Gant의 기준을 적용하여, 휴대폰이 체포의 근거가 되는 범죄의 증거를 담고 있다고 보는 것이 타당할 때 영장없는 휴대폰의 수색을 허용하는 방안이다. 그러나 차량의 경우에는 Gant의 기준이 일반적으로 과거의 특정범죄에 대한 증거 수색으로부터 보호[23]해 줄 수 있는데 반하여, 휴대폰의 경우에는 범죄가 행해진 시점과는 상관없이 범죄를 저지른 것으로 볼만한 정보가 휴대폰에서 발견될 것으로 기대하는 것은 합리적이므로 Gant의 기준을 휴대폰에 적용하는 것은 적절하지 않을 수 있으며[24], 휴대폰에서 찾아질 수 있는 정보는 거의 한계가 없으므로 Gant 기준을 적용한다면 경찰은 한 사람의 사적인 물품을 마음대로 뒤질 수 있는 무제한적인 재량권을 갖게 되는 것이다.

두 번째로, 휴대폰의 수색 범위를 '범죄, 피체포자의 신원, 또는 경찰관의 안전과

22) 첫째, 휴대폰은 그 어떤 개별 기록보다 결합 시 훨씬 더 많은 것을 드러내는 여러 다른 종류의 정보를 한 곳에 수집한다. 둘째, 휴대폰의 용량은 한 종류의 정보에 대해서조차도 이전보다 훨씬 더 많은 정보를 전달하는 것을 가능케 한다. 날짜, 장소, 설명까지 있는 천 장의 사진은 지갑에 꽂혀있는 한두 장의 사진과는 달리 개인의 프라이버시에 대해 훨씬 더 많은 정보를 드러낼 수 있다. 셋째, 휴대폰은 기기 구입시기보다도 더 이전의 정보 등 상당히 오랜 기간의 정보가 담겨있을 수 있다. 마지막으로, 휴대폰은 물리적 기록과는 달리 매우 보편화되어 있다는 특징이 있다. 오늘날에는 휴대폰을 지니고 다니지 않는 사람이 드물고, 휴대폰을 소지하고 있는 90% 이상의 미국 성인들이 그들의 삶의 거의 모든 면에 관한 디지털기록을 몸에 소지하고 있다고 보아도 과언이 아니다. 이제 휴대폰은 과거에 집을 가장 철저하게 수색했을 때보다 훨씬 더 많은 것을 노출시키며, 그 정보들이 전례없이 매우 광범위한 집합체의 형태로 휴대폰에 저장되어 있다.

23) 차량에 있어서 Gant 기준은 교통법규위반과 같은 경범죄로 인한 광범위한 수색을 제한하고 있다.

24) 휴대폰에서 발견된 정보로 어떤 범죄든지 입증되는 범죄에 대한 근거를 여러 개 들 수 없는 경찰관은 경험이 없거나 상상력이 부족한 경찰관일 것이다. 속도위반과 같이 기본적인 사안으로 갓길에 세워진 사람도 그의 유죄 여부를 결정짓는 위치 정보를 휴대폰에 가지고 있을 것이다. 운전 부주의로 세워진 사람도 그가 운전 중에 휴대폰을 사용하였는지에 대한 여부가 휴대폰에 저장되어 있을 것이다.

관련된 정보'로 제한하는 방안이다. 그러나 휴대폰 수색을 통해 어떤 정보를 발견할지 사전에 항상 미리 알 수는 없기 때문에 이 역시 경찰관들에게 실질적인 제약을 가하지는 못할 것이다.

마지막으로, 휴대폰 수색으로 발견된 정보가 디지털 시대 이전의 대응물에서 발견될 수 있는 정보라면 휴대폰 수색이 허용된다는 대응물 테스트(analogue test)이다. 이는 사람들이 물리적 형태로는 도저히 소지하고 다니지 못할 만큼의 다양한 정보들을 경찰관들이 휴대폰 안에서는 수색할 수 있도록 허용하는 셈이다.[25] 또한 경찰관과 법원은 '어떤 디지털 파일이 물리적 기록에 견줄만한 것인지'[26]에 관한 어려운 판단을 내려야 하는데, 이에 대한 명확한 기준이 없어 추측만 하게 할 것이다.

이 사건 판결이 경찰 등 법집행기관들의 '범죄와 싸우는 능력'에 어느 정도 영향을 미칠 것은 사실이다. 그러나 이 판결은 휴대폰에 있는 정보가 수색으로부터 면제된다는 것이 아니라 수색 전 일반적으로 영장이 요구된다는 것이다. 영장주의 요건은 수정헌법 제4조 법리의 중요한 요소인데, 기술의 진보로 인해 영장 발부 절차는 더 효율적이 되고 있다.[27]

따라서 **"경찰은 일반적으로 피체포자로부터 압수한 휴대폰에 있는 정보를 영장없이 수색할 수 없다."**

나) 영장없이 수색할 수 있는 예외로 "긴급상황" 고려

『'체포에 수반한 수색'이 휴대폰에 적용되지 않더라도 여전히 어떤 특정한 상황에서는 '긴급상황의 예외' 등이 영장없는 휴대폰 수색을 정당화하는 근거가 될 수 있다. 이 예외는 증거의 인멸이 급박한 상황, 용의자 긴급추적, 긴급구조 등을 포함한다.[28]』

---

25) 예를 들면 Riley의 사건에서 그가 주머니 속에 비디오테이프, 사진 앨범, 그리고 주소록을 넣고 돌아다녔다는 것은 타당해 보이지 않는다. 하지만 각각의 물품이 디지털 이전 시대에 대응하는 아날로그 제품이 있기 때문에 캘리포니아 주정부의 제안은 위 모든 제품에 상응하는 휴대폰 데이터를 수색할 수 있을 것이고, 이것은 상당한 사생활 침해를 야기한다.

26) 예를 들면, 이메일이 편지와 동등한가? 음성 메일이 전화 메모와 동등한가?

27) 경찰관이 영장 요청을 판사의 아이패드로 이메일을 보냈고 판사는 그러한 영장에 사인을 하여 경찰관들에게 15분도 채 걸리지 않아 이메일로 영장을 발부하였다.

28) 예를 들어, 휴대폰이 당장 원격 데이터 삭제 시도의 대상이 될 것 같은 '지금 아니면 결코 할

2) 대법관 Alito의 별개·보충의견[29)]

가) '체포에 수반하는 수색'의 추가 근거 제시

『오랜 보통법상 법리인 '체포에 수반하는 수색'이 오로지(또는 주로) 경찰관의 신변 안전 보호와 증거 인멸 방지의 필요성에만 근거한다고 생각되지 않는다. 또한 '체포에 수반하는 수색'의 법리는 수정헌법 제4조보다 최소한 한 세기는 더 앞서 존재하였다. 연방대법원은 수정헌법 제4조가 이 법리에 영향을 주지 않는다고 판시한 바 있으며[30)], 이 판례 이전에는 '증명력있는 증거를 찾아 획득할 필요성'이 이 법리의 근거로 언급되었다.

나) 입법적 해결 촉구

『현대생활에서 휴대폰의 역할과 기능으로 인해 그 내용물을 뒤지는 것은 매우 민감한 프라이버시 이익이 걸려있기 때문에 이 사건 문제는 사법부보다는 선출집단인 입법부가 평가하고 대응하기에 더 나은 위치에 있다고 볼 수 있다. 연방의회나 주의회가 이 사건 문제에 관하여 정보의 종류나 다른 변수들을 고려한 법을 제정하면 그 때 이 사건 문제를 재심사해야 할 것이다.』

나. 평가 및 분석

1) 휴대폰 검색에 대한 영장주의 관철 주문

Riley 판결은 "체포현장에서 영장없이 압수한 휴대폰이라 하더라도, 휴대폰에 저장된 정보를 수색하기 위해서는 원칙적으로 영장이 필요하다"고 주문하였다. 이러한 Riley 판결은 오늘날 대다수 미국인들이 민감한 개인정보를 포함한 방대한 정보가 저장된 휴대폰을 소지하고 다니는 디지털시대에서 개인의 정보보호와 사생활 보

수 없는' 상황, '폭발물을 폭파시킬 준비를 하고 있는 공범에게 문자 메시지를 보내는 용의자 또는 납치된 아이의 위치 정보를 휴대폰에 가지고 있을 수 있는 유괴범'과 같은 급박한 상황에 입각하여 휴대폰을 당장 영장없이 수색할 수 있다.

29) Alito 대법관은 "법 집행 경찰관이 합법적 체포에 수반한 수색을 이행할 때 휴대폰을 통하여 접근 가능한 정보나 휴대폰에 저장된 데이터를 수색하기 전에 일반적으로 영장을 발부 받아야 한다"는 다수의견의 입장에 동의하나, 그 밖에 두 가지 문제를 더 다루기 위해 별개·보충 의견을 제시하였다.

30) Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 392 (1914).

호를 위하여 피체포자의 휴대폰을 영장없이 수색할 권한이 원칙적으로 경찰에게 없다고 선언한 획기적인 판결로 평가되고 있다.[31]

2) 법정의견(8인 의견)에 대한 검토

미국법은 체포에 수반한 수색의 예외인 경우 우리와 달리 사후 압수수색 영장을 발부받지 아니하므로, 영장주의의 예외 대상이 무분별하게 확대되지 않도록 제한할 필요성이 우리보다 크다. 그래서 휴대폰에 저장된 광범위하고 다양한 개인정보는 프라이버시의 합리적 기대가 높은 영역이므로, 휴대폰에 저장된 정보의 수색에 있어 원칙적으로 사전 영장주의를 관철하는 것이 권리장전이라고 알려진 수정헌법 제4조의 정신에 부합하는 것이다.

즉, 부당한 압수수색에 대한 헌법상의 보장이 공판전 증거기각 신청절차나 공판단계에서 위법수집증거배제법칙의 적용으로 사후적으로 뒤늦게 이루어지므로, 피체포자의 휴대폰의 정보검색에 대하여 ‘합법적 체포에 수반하는 영장없는 수색’을 인정하지 아니하고, 검색 전에 수색영장을 발부받도록 하여 사생활 보호가치가 높은 휴대폰 데이터의 수색에 대한 사전적 사법통제를 강화할 필요가 있는 것이다. 이런 관점에서 본다면 디지털 증거의 압수·수색에 있어 미국의 판례가 압수·수색의 구체적인 방법은 수사기관의 재량에 맡겨 법원의 사전적 통제를 자제하고 사후적 사법통제를 강화하는 추세[32]에 있는데, 이번 Riley 판결은 휴대폰의 특수성을 감안하여 법원의 사전적 통제의 필요성을 역설한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이 경우에도 수사기관이 긴급상황의 예외를 고려할 수 있다고 판시하여 여전히 압수·수색 현장에서의 수사기관의 합리적 재량을 인정하고 있다.

3) 대법관 Alito의 별개·보충 의견에 대한 검토

체포에 수반한 수색의 근거를 경찰관의 신변 안전 보호와 증거 인멸 방지라는 두

31) 미국 연방대법원은 건국의 아버지들이 제한없이 가택 수색이 가능한 “일반적 가택 수색영장”에 저항한 것처럼, 21세기 디지털 시대에는 그 이전 시대의 집안 보다 훨씬 많은 양의 사생활 보호가치가 있는 정보가 저장된 현대인의 휴대폰 데이터에 대한 영장없는 수색에 저항할 것을 촉구한 셈이다.

32) 노명선, “디지털 증거의 압수·수색에 관한 판례의 동향과 비교법적 고찰”, 「형사법의 신동향」, 통권 제43호, 대검찰청 미래기획단(2014. 6.), 165쪽, 177쪽, 187쪽.

가지 논거뿐만 아니라 해당 사건과 관련된 증거의 습득 필요성에 있다고 본 것은 탁견이라고 생각된다. 우리 형사소송법 제216조 제1항 제2호에 규정된 "체포현장에서의 압수·수색"에 대하여 영장주의의 예외를 인정하는 이유에 관하여 긴급행위설[33], 부수처분설[34]이 있으나, "긴급행위설은 우리 현행법이 긴급한 상황을 예정하고 있지 않은 점, 부수처분설은 대물처분이 반드시 대인처분보다 경하다고만 할 수 없다는 점에서 단점이 있어 '체포현장에는 증거가 존재할 개연성이 높아 합리적인 증거수집수단의 하나로 인정한 것이라는 합리성설'이 타당하다고 하는 견해"[35]가 있는데 Alito 대법관의 의견과 일맥상통한다.

3. RILEY 판결의 영향

Riley 사건에서 대법관 전원이 휴대폰의 디지털 정보를 수색하려면 사전에 영장을 발부받아야 한다고 주문한 것은 디지털 시대에 있어 휴대폰의 특수성을 인정한 것으로, 개인정보의 압수·수색과 관련한 개개 사건과 모바일 서비스 제공자의 이용자 '위치정보'[36] 수집 관련 사건을 판단함에 있어도 상당한 영향을 미칠 것으로 예상된다.[37] 또한 일부에서는 이번 판결이 테러 활동 저지를 위한 국가 안보활동에 제약이 될 수 있다고 보기도 한다.[38]

이번 사건이 항소심에 계류 중인 2011. 10.경, Riley 사건의 발생지인 캘리포니아

33) 체포하는 자의 안전을 위하여 무기를 빼앗고 피의자가 증거를 파기·은닉하는 것을 예방하기 위한 긴급행위로서 허용된다는 견해(이재상, 신형사소송법 제9판, 2012. 박영사 318쪽 등).

34) 체포에 의하여 가장 중요한 자유권이 적법하게 침해된 때에는 이에 수반하는 보다 경한 비밀이나 소유권의 침해도 영장없이 할 수 있다는 견해(배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법, 2011, 홍문사, 194쪽 등).

35) 노명선·이완규, 형사소송법(제3판), 성균관대학교 출판부, 2013, 344쪽.

36) 모든 휴대폰 사용자는 '위치정보' 수집으로 인하여 전자발찌를 차고 다니는 것과 같다.

37) USA Today, "Justices' cell phone privacy ruling may have broad impact", 2014년 7월 20일 보도 (http://www.usatoday.com/story/news/nation/2014/07/20/supreme-court-cellphone-privacy-nsa-terrorism/12779997/).

38) 그러나 일부 언론에서는 "이 판결이 지난해에 폭로된 미국 국가안보국(NSA)의 정보 수집 프로그램이나 경찰관이 수집한 디지털 정보를 사용하는 것 등에 대해서는 아무런 영향을 미치지 않는다고 하면서도, 이 분야의 전문 변호사들은 '이 과감한 선언은 바로 대법관들이 정부의 과다한 간섭에 대해 반응하고 있는 것'이라고 해석하고 있다"라고 보도하였다.(2014. 6. 25.자 워싱턴 포스트 지)

주에서 휴대폰의 수색 및 압수를 위해서는 사전영장이 필요하다는 취지의 법안이 주의회를 통과하였으나, 주지사인 제리 브라운(Gov. Jerry Brown)이 위 법안에 대해 거부권을 행사하여 법안이 발효되지 못하였다.[39] 2014. 6. 25. 연방대법원의 최종 판결 이후에도 이 판결과 관련한 구체적인 법 제정 움직임은 보이지 않고, 많은 시민단체들은 대체로 위 판결에 지지 입장을 보이며, 언론의 논평도 특별히 반대하는 기류는 없는 것으로 보인다.[40]

한편, 엘렌 카날레(Ellen Canale) 미국 법무부 대변인은 "법무부는 판결내용의 이행을 위해 경찰 등 법집행 기관들과 협력할 것이고, 형법 집행과 시민 보호의 임무를 수행하는 동시에 수정헌법 제4조가 보장하는 프라이버시 권리도 존중하기로 다짐한다"고 밝혔다. 다만, 위 대변인은 "우리는 영장청구 전 휴대폰 정보를 보존하기 위한 기술적 수단들의 이용을 위해 노력할 것이고, 사전영장 없이 수색할 수 있는 예외적 상황에 대한 수사관들의 판단을 도울 것"이라고 하여 판결에 대한 수용 의사를 표명하되 향후 수사기관 활동의 위축을 최소화할 방안을 강구할 뜻을 밝혔다.[41]

---

39) http://latimesblogs.latimes.com/technology/2011/10/warrant-cellphone-tablet.html

40) http://www.utsandiego.com/news/2014/jun/25/smartphone-ruling-a-victory-for-individual-privacy/, http://dcist.com/2014/06/supreme_court_unanimously_decides_c.php, http://kr.wsj.com/posts/2014/06/27/%ed%9c%b4%eb%8c%80%ed%8f%b0-%ec%97%b4%eb%9e%8c-%ec%98%81%ec%9e%a5-%eb%b0%9b%ec%95%84%ec%99%80-%eb%af%b8-%eb%8c%80%eb%b2%95%ec%9b%90-%ed%8c%90%ea%b2%b0/ 등

41) http://www.huffingtonpost.com/2014/06/25/supreme-court-cell-phone-privacy_n_5529368.html , http://www.washingtonpost.com/national/supreme-court-police-must-get-warrants-for-most-cellphone-searches/2014/06/25/e2ff1326-fc6b-11e3-8176-f2c941cf35f1_story.html

Ⅴ. RILEY 판결이 우리에게 갖는 의미

1. 우리나라 법에서의 피체포자의 영장없는 휴대폰 압수·수색의 근거

가. 형사소송법 제216조 제1항 제2호[42]의 의의

우리 형사소송법 제216조 제1항 제2호는 대륙법의 사후 영장주의 구조 하에서 체포현장에는 증거가 존재할 개연성이 높다는 점에서 합리적인 증거수집수단의 하나로 체포현장에서의 압수·수색을 인정하고 있다.[43] 다만, 사전영장 없이 긴급압수수색한 후 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이[44] 법관의 사후 영장을 받도록 하여 신속한 사법적 통제가 가능하다.

체포현장에서의 압수·수색에 대하여 영장주의의 예외를 인정하는 이유에 관하여 여러 견해[45]가 있으나, 긴급행위설에 의하면 체포자의 안전을 위하여 피체포자의 휴대폰에 숨겨진 면도날이 있는지 등을 확인하기 위한 물리적 수색만 가능할 뿐, 휴대폰 안에 저장된 정보를 검색할 수 없게 되는 난점이 있고, 부수처분설은 21세기 정보화 사회에서 휴대폰의 개인 비밀정보는 자유권에 못지않게 보호되어야 한다는 점에서 디지털 시대 이전의 낡은 사고방식이라는 비판을 면하기 어렵다.

결국 Alito 대법관의 별개의견에서 적절히 지적했듯이 '체포에 수반한 수색'은 경찰관의 신변 안전 보호와 증거 인멸 방지의 필요성에만 근거한다고 볼 수 없고, 증명력있는 증거를 찾아 획득할 필요성이 이 법리의 적극적 근거로 언급되어야 하므로 합리성설이 타당하다. 따라서 휴대폰에는 범죄와 관련된 정보가 저장되어 있을 것이라고 기대하는 것은 합리적이므로, 합리성설은 우리 수사기관이 초동수사단계에서 사전영장 없이 피체포자의 휴대폰을 압수한 후 신속하게 정보검색을 할 수 있는 이론적 근거가 될 수 있다.

---

42) 사전 영장에 의하지 않는 압수·수색으로서 체포현장에서의 압수·수색, 검증을 규정.

43) 노명선·이완규, 앞의 책 344쪽.

44) 사후 압수·수색영장 청구시한은 체포한 때로부터 48시간 이내로 하고 있다.(형사소송법 제217조 제2항 후문)

45) 앞에서 언급한 합리성설 이외에, 긴급행위설의 내용은 각주 33), 부수처분설의 내용은 각주 34) 참조.

나. 실무현실

실무적으로 체포시로부터 48시간 이내에 휴대폰에 대한 모바일 분석을 마치고 범죄사실과 관련이 없으면 휴대폰을 환부하고, 휴대폰에 저장된 정보 내용 중 범죄사실과 관련된 디지털 증거가 확인되면 사후영장을 청구한다. 사후 압수·수색 영장에 의하여 압수가 계속되고 있는 휴대폰은 형사소송법 제218조의2 제1항에 따라 이미징이라는 형태로 사본을 확보하여 압수를 계속할 필요가 없으므로 소유자 등의 청구가 있을 경우, 디지털증거의 무결성 확보 후 피압수자에게 휴대폰을 환부하고 있다.

2. 시사점

초동수사단계의 체포현장에서 48시간이라는 단기간 내 증거발견·수집수단의 하나로서 수사기관에 영장없는 압수수색 권한을 부여한 우리 형사법시스템 하에서 라일리 판결의 주문을 그대로 적용하기는 어렵다고 하더라도, 우리의 시스템과 조화를 이루면서 휴대폰의 디지털 정보에 대한 프라이버시권(Right to privacy)[46]을 더욱 보호하여야 한다는 점에서 아래와 같은 몇 가지 시사점을 우리에게 주고 있다.

가. 유체물 수색과 정보 검색의 개념 구분

라일리 판결[47]이 디지털 시대에 사는 우리에게 주는 중요한 시사점 중의 하나는 유체물에 대한 물리적 수색과는 양적·질적으로 전혀 다른 “디지털 정보에 대한 검색” 개념을 새롭게 정립할 필요가 있다는 것이다.

1) 압수·수색의 대상에 관한 논란

이와 관련하여 현행 형사소송법상 압수·수색의 대상물은 “물건”, 즉 “유체물”에

46) 이제 사생활의 비밀과 자유는 현대 정보화사회에 있어서 기본권 중 기본권으로 평가받고 있다.

47) 체포에 수반하는 수색의 예외는 피체포자의 휴대폰에 대한 물리적인 수색(표피 검사 등)에 제한되고, 양적·질적인 면에서 유체물에 대한 물리적 수색과 차이가 있는 ‘휴대폰에 저장된 디지털 정보’의 검색에는 적용되지 않는다고 판시하였다.

한정하고 있어 컴퓨터나 휴대폰에 저장된 정보도 압수·수색의 대상물인지가 문제되어 긍정설과 부정설[48]이 대립하고 있다.

살펴 보건데, 디지털 시대의 변화에 맞는 전면적인 법개정이 이루어지기 전에는 유체물을 중심으로 압수·수색의 대상을 규정하고 있는 현행법의 문언에 충실한 해석이 법을 집행하는 수사기관의 혼란을 줄여 법적 안정에 기여할 수 있다고 본다. 그런데 현행 형사소송법의 관련 조문을 살펴보면, 제217조 제2항, 제3항은 "-- 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 --", "-- 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다"라고 규정되어 문언상 압수·수색의 대상은 휴대폰 등 유체물임이 명백하다. 또한 2011년 7월에 신설된 형사소송법 제106조 제3항도 "법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우는 --이라고 규정되어 여전히 압수의 대상은 유체물이라고 하겠다.[49] 따라서 "정보 자체의 물건성을 인정할 수 없는 이상[50], 현행법의 규정에 의하여 정보 자체가 압수의 대상이 된다고 볼 수 없다"는 견해[51]가 타당하다.

2) 체포현장에서의 영장없는 휴대폰의 압수·수색의 종료시점

가) 견해의 대립

제1설은 압수·수색의 대상은 정보저장매체 등 유체물이라는 전제아래, 수사관이 수색을 통해 체포현장에서 휴대폰을 발견한 후 피체포자의 점유를 배제하고 수사기

48) "전자정보"는 저장장치에 전자기적 신호로 저장되고 네트워크를 통해 전기적 신호의 속성을 지니므로 배타적으로 '관리가능'하여 해석상 물건으로 볼 수 있다는 견해와 "정보"는 형법상 관리가능한 무체물에 포함되지 않으므로 형사소송법 제106조 제1항의 문언상 "물건"의 개념에 무체정보가 포함될 수 없다는 견해가 대립하고 있다. ; 이에 관하여는 전현욱·윤지영, "디지털 증거 확보를 위한 수사상 온라인 수색제도 도입 방안에 대한 연구", 2012년 대검찰청 연구용역과제, 21쪽 참조.

49) 형사소송법 제106조 제3항의 신설에도 불구하고 우리 형사소송법은 압수의 대상을 유체물에서 무체 정보로 본격적으로 확대하지 못하였으나, "정보"가 증거로서 요구되는 경우에 적용될 수 있는 무체물에 대한 압수절차의 법적 근거와 방법을 명확히 했다는데 의의를 둘 수 있겠다. ; 이에 관하여는 전현욱·윤지영, 앞의 대검찰청 연구용역과제, 14쪽 참조.

50) 대법원도 "컴퓨터에 저장되어 있는 정보 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다"고 판시한 바 있다.(대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745 판결)

51) 전승수, "디지털 정보에 대한 압수·수색영장의 집행(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정에 대한 판례평석)", 「법조」, 통권 670호(2012. 7.) 253쪽.

관의 점유하에 두었을 때 압수·수색이 종료되었다고 보는 견해이다.[52]

제2설은 압수·수색의 대상은 디지털 정보 자체라는 전제아래, 수사관이 체포현장에서 확보한 휴대폰을 수사기관의 사무실로 옮기는 반출행위는 '압수'가 아니라 현장의 여건상 제3의 장소에서 압수대상인 정보를 추출하기 위한 과정의 일환으로 휴대폰에서 범죄혐의사실과 관련된 데이터를 최종적으로 복사 또는 출력하여 증거수집을 마쳤을 때 압수·수색이 종료된다고 보는 견해이다.[53]

나) 검토

앞에서 살펴본 바와 같이 압수·수색제도가 여전히 유체물을 중심으로 규정된 현행 형사소송법체계 하에서는 압수 대상은 유체물이라는 전제하에 있는 제1설이 논리적으로 타당하다고 본다.

뿐만 아니라 제2설에 의하면 ① 체포현장에서 휴대폰을 찾아내 수사기관의 사무실로 반출하는 단계, ② 전체 이미징하는 단계, ③ 분석단계(검색, 복구 포함), ④ 관련 디지털 정보를 추출(복사 또는 출력)하여 확보하는 단계에서 가장 늦은 ④단계가 긴급 수색·압수의 종료 시점이라고 볼 수 있다. 그런데, 이렇게 볼 경우에 과연 "④단계에서의 관련 전자정보 추출행위가 현행법상 '체포현장에서의 압수·수색'으로 볼 수 있는가?"라는 의문이 생긴다. 통상 피체포자의 휴대폰 분석행위는 체포한 때로부터 사후영장 청구시한인 '48시간' 이내에 휴대폰 전부를 이미징하여 엑셀로 변환한 후 키워드 검색 등으로 이루어지며, 그 분석장소도 수사기관에 설치되어 있는 디지털 포렌식센터로 처음 체포된 장소와 시간적·장소적 근접성이 인정되지 아니하여 동일 관리권이 미치지 아니하므로 '체포현장에서의 압수·수색'으로 보기 어렵다. 또한 체포와 긴급 압수·수색은 동시 병행적이어야 한다는 점에 비추어 보아도 제2설은 타당하지 않다.

따라서 제1설에 의하면, 이미 체포현장에서 영장없이 압수한 피체포자의 휴대폰

52) 전승수, 앞의 논문 254쪽, 257쪽, 269~270쪽, 272~273쪽 ; 체포현장에서의 압수·수색에 대한 직접적인 언급은 없으나 이와 같은 취지의 입장으로 이해할 수 있다.

53) 이숙연, "전자정보에 대한 압수·수색과 기본권, 그리고 영장주의에 관하여", 「헌법학연구」, 제18권 (2012. 3.), 22쪽, 33쪽 ; 체포현장에서의 압수·수색에 대한 직접적인 언급은 없으나 이와 같은 취지의 입장으로 이해할 수 있다.

을 전부 이미징한 다음 검색·분석하여 해당사건 관련 정보가 확인되면 휴대폰을 계속 압수할 필요가 있으므로 지체 없이 사후 압수·수색 영장을 청구하여야 한다.[54]

3) 미국과 다른 우리법 체계에서 **RILEY 판결 주문의 합리적 적용 모색**

가) 우리 형사소송법과의 충돌

사후에도 영장을 요하지 않는 미국의 경우와는 달리 사후 압수·수색 영장을 받도록 하여 사법적 통제를 강화한 우리법 아래서는 사전 영장에 의하지 않는 예외적 압수·수색의 범위를 미국과 같이 좁게 해석할 것은 아니므로, RILEY 판결의 주문을 우리 수사실무에 기계적으로 적용하기는 어렵다고 할 것이다. 즉 RILEY 판결의 주문대로 체포현장에서 영장없이 압수한 피체포자의 휴대폰에 저장된 정보를 검색하기 위해서는 원칙적으로 경찰이 법원의 사전 수색영장을 발부받도록 할 경우에는 현행법상 사후 압수·수색영장 규정과 상충되는 문제[55]가 발생한다.

나) RILEY 판결의 취지를 반영한 실무현실의 변화 모색

앞에서 살펴본 것처럼 실무적으로 먼저 피체포자의 휴대폰에 대한 모바일 분석을 마친 다음, 휴대폰에 저장된 정보 내용 중 범죄사실과 관련된 디지털 증거가 확인되면 체포한 때로부터 48시간 이내에 사후 압수·수색영장을 청구한다.

그러나 미국 연방대법원의 대법관들이 고심 끝에 만장일치로 휴대폰에 저장된 개

---

54) 제1설에 따라, 체포현장에서 수사기관이 피체포자의 휴대폰에 대한 점유권을 취득하였을 때 압수·수색이 종료되었다고 봄이 타당하므로, 이 글에서는 휴대폰의 저장정보 분석단계도 압수·수색영장 집행의 과정으로 보아 제2설을 지지하는 입장에서 사용하는 "디지털 증거의 압수·수색"이라는 개념을 사용하는 대신 디지털 포렌식 용어인 "검색 및 분석"이라는 용어를 사용하기로 한다.

55) 특히 헌법 제12조 제3항 단서와 긴급처분의 성질과 관련하여, "전부 사후 영장 필요설 및 법관 권한설"(수사기관이 행하는 긴급처분은 법관의 권한을 '임시로 대리하여' 행사한 것이므로 반드시 모든 경우에 사후 영장이 청구되어야 한다는 견해)의 입장이건, "침해계속시 사후영장 필요설 및 수사기관 권한설"(예외적인 상황에서 수사기관에 독자적인 긴급강제처분권을 부여하고, 다만 그 법익침해가 계속되어야 할 경우에는 사후에 영장을 청구하라는 것으로 해석하는 견해)의 입장이건, 사후 압수·수색영장의 효력범위와 분석을 위한 사전 영장의 충돌 문제가 발생한다. ; 현행 형사소송법 제217조 제2항의 입법자는 침해 계속시 사후영장 필요설, 수사기관 권한설, 사후적 허가장설의 입장이라는 점에 관하여는 이완규, '긴급 압수수색에 대한 사후영장의 성질과 효력', 2012. 6. 22. 개최 한국형사소송법학회 등 연합학술대회 자료집, 제110~111쪽, 119~120쪽 참조.

인정보 보호를 위하여 휴대폰의 데이터에 대한 수색을 하기 전에 영장을 발부받으라고 주문한 RILEY 판결의 취지를 쉽게 무시할 수 없다. 따라서 RILEY 판결의 취지를 우리 실무현실에 반영하여 현행법 체계 아래에서 실무운용의 합리적 개선을 위한 제언을 다음과 같이 하고자 한다.

▼ 수사기관은 체포현장에서 **영장없이 압수한 피체포자의 휴대폰 속 디지털 정보를 검색·분석하기 위하여 지체없이 사후 압수·수색영장을 발부받아야** 한다.

▼ 다만, 원격 데이터 삭제 등 증거 인멸이 급박한 경우, 공범 도주 우려 등 긴급한 상황에서는 피체포자의 휴대폰에 저장된 정보를 검색·분석한 후, 체포시로부터 48시간 이내에 사후 압수·수색영장을 청구한다.

체포현장에서 영장없이 압수한 휴대폰의 데이터에 대한 검색·분석행위는 개인의 프라이버시를 중대하게 침해할 수 있으므로 수사기관이 휴대폰의 저장정보에 해당 사건 관련 정보가 존재한다고 인정할 상당한 사유를 소명하여 휴대폰에 대한 법관의 사후 압수·수색영장이 발부받아 모바일 분석을 실시하는 식으로 실무운영을 바꾼다면, 휴대폰 등 모바일기기의 디지털수사에 대한 과잉수사 우려를 불식할 수 있을 것이다. 그러나 증거인멸 등 긴급한 상황에서는 현재 실무대로 휴대폰에 대한 모바일 분석을 신속히 마친 후 휴대폰에 저장된 정보 내용 중 해당사건과 관련된 디지털 증거가 확인되면 체포시로부터 48시간 이내에 사후 압수·수색영장을 청구하도록 하면, 초동수사단계에서의 수사기관의 합리적 재량에 의한 긴급한 검색·분석이 가능하여 수사의 효율성도 도모할 수 있을 것이다.

나. 과잉금지의 원칙 준수 및 실무매뉴얼의 정비

1) 과잉금지의 원칙(비례성의 원칙)의 준수

오늘날 수사기관이 범죄수사의 목적으로 휴대폰에 저장된 정보를 검색함에 있어, 범죄수사를 통한 실체적 진실의 발견을 위하여 피의자의 개인정보 보호이익 및 프라이버시의 권리에 대한 제한이 불가피하나, 그 경우에도 사생활의 비밀과 자유의

본질적 내용을 침해할 수 없는 등 비례성의 원칙[56]을 준수하여야 한다.
따라서 해당범죄와 관련이 없는 정보가 함께 저장된 휴대폰의 데이터에 대한 검색·분석은 '비례성 원칙'에 따라 그 대상과 범위를 가급적 확정하여 필요최소한으로 하여야 할 것이다. 현재 검찰의『디지털 증거 수집 및 분석 규정(대검 예규, 2012. 11. 6.)』제12조(과잉금지원칙 준수)에도 "디지털 증거를 압수·수색·검증할 때에는 수사에 필요한 최소한의 범위에서 실시하여야 하고, 모든 과정에서 적법절차를 엄격히 준수하여야 한다."라고 되어 있는데, 그 취지와 내용을 실무 매뉴얼에 더욱 구체화할 필요가 있다.

2) 휴대폰 분석 매뉴얼의 정비

휴대폰 등 모바일기기의 분석 매뉴얼을 정비함에 있어서는 개인의 프라이버시 보호와 함께 모바일기기에 대한 디지털 포렌식의 기술적 한계도 고려되어야 한다. 즉 현재의 기술로는 모바일 기기에서 관련된 데이터만을 선별하여 이미징할 수 없고 저장매체의 전부를 이미징할 수 밖에 없으므로, 체포현장에서 영장없이 압수한 휴대폰의 검색 착수에는 더욱 신중을 기해야 한다. 이를 위하여 휴대폰의 검색·분석 시 고려해야 할 사항으로 첫째, 일반적 고려사항, 둘째, 개별적 고려사항을 들 수 있겠다.

가) 일반적 고려사항 : 해당사건과의 관련성

휴대폰의 저장정보에 해당사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 정보가 들어있을 것이라는 합리적 개연성이 있는 경우에만 휴대폰을 압수하여 검색하여야 한다.

그러나 현실적으로 휴대폰의 저장정보의 광범위성으로 인하여 어떤 행태로든 해당사건과의 관련 정보가 포함될 가능성이 높으므로 이러한 합리적 개연성 기준은 휴대폰 압수·검색 착수의 실질적인 제한요건이 되기 어려울 것이라는 견해[57]가 있

56) 비례성 원칙이란 국가의 권력작용은 그것이 추구하는 목적과 사용하는 수단 사이의 비례성을 유지해야 한다는 원칙으로 목적과 수단 사이의 비례성이란 다음 세가지 의미(① 적합성원칙, ② 필요성원칙(최소침해의 원칙), ③ 균형성원칙)를 갖고 있다고 한다. (이상돈, 형사절차와 정보보호, 한국형사정책연구원, 1996, 제97~98쪽)
우리 헌법재판소는 비례의 원칙을 넓게 해석하여 과잉금지원칙이라고 부르면서, 그 네가지 요소로 ① 목적의 정당성, ② 방법의 적절성, ③ 피해의 최소성, ④ 법익의 균형성을 들고 있다고 한다.
; 이에 대하여는 김철수, 헌법학개론(제18전정신판), 박영사, 2006. 351쪽 이하 참조.

을 수 있다.[58] 그러나, 형사소송법 제106조 제1항 및 제109조 제1항의 개정(2011. 7. 18)에 따라 압수·수색의 요건으로 피고사건과의 관련성이 규정되었으므로, 디지털 증거에 대한 압수·수색에서도 압수·수색시 압수할 대상물에 대한 범죄관련성 유무를 판단하는 작업은 필수적이다. 특히 피의자의 휴대폰에 저장된 디지털 정보의 검색에 있어서는 피의자뿐만 아니라 제3자의 정보도 다수 포함[59]되어 있으므로, 피의자의 휴대폰에 저장된 정보에 해당범죄 관련 증거가 있을 것이라는 합리적 추정이 충분한 경우에 한하여 검색을 실시하도록 함으로써 피의자 및 제3자의 프라이버시권 보호를 강화할 필요가 있다.[60]

나) 개별적 고려사항 : 필요성 및 비례성 원칙

먼저 해당사건 관련 증거들이 이미 충분히 확보된 경우에는 필요성의 원칙에 따라 사생활 보호의 필요성이 매우 높은 휴대폰 검색은 자제되어야 한다. 휴대폰 검색을 하지 않으면 수사의 목적을 충분히 달성할 없는 경우에 한하여 최후 수단으로 검색을 실시하여야 할 것이다.

---

57) 디지털 증거의 특성으로 인하여 수색이나 압수의 범위 제한과 관련하여 혐의사실과의 관련성은 별다른 사정이 없는 한 대부분 추정되어 혐의사실 관련성은 상당히 추상적이며 형식적 요건이 될 수 있다는 견해에 대하여는, 전현욱·윤지영, 앞의 대검찰청 연구용역과제 30~31쪽 참조.

58) RILEY 판결에서도 "핸드폰에 있어서 언제 범죄가 일어났는지와 상관없이 범죄를 증명하는 정보가 핸드폰에 저장되어있을 것이라고 기대하는 것은 합리적이다"라고 판시하면서, "휴대폰에서 발견된 정보로 어떤 범죄든지 입증되는 범죄에 대한 근거를 여러 개 들 수 없는 경찰관은 경험이 없거나 상상력이 부족한 경찰관일 것이다."라고까지 설시하였다.

59) 범죄와는 관련이 없고 단지 피의자와 연락을 주고받은 선의의 제3자의 사생활과 관련된 정보들이 포함될 수 있다.

60) Riley 판결에 병합된 Wurie 사건에서 2014. 3. 재판부에 제출된 미국 정부 측 의견서에서는 휴대폰이 다른 물건들과 달리 개인의 사생활 보호가 더 필요하다고 연방대법원이 결정한다고 할지라도, 수정헌법 제4조와 관련한 기존 연방대법원 판례를 통하여 형성된 '합리적 기준'에 맞추어 휴대폰 압수수색이 제한된 범위 하에서 가능하기 때문에 여전히 영장 없이 휴대폰 압수수색을 할 수 있다는 취지의 예비적 주장이 포함되었다.
구체적으로 정부는 합법적인 증거발견 목적, 범죄자 신원 식별 목적, 경찰관에 대한 위해방지 목적과 관련된 휴대폰 안의 정보만을 수색할 것이고, 막연히 다른 범죄를 발견할 것이라는 경찰관의 희망에 기초한 수색은 금지되므로 합리적으로 수색범위가 제한된다고 주장하였다. 따라서 위와 같은 목적과 연관된 정보가 발견될 것이라는 객관적으로 합리적인 개연성이 있다면(objectively reasonable basis to believe that information relevant to one of those objectives will be discovered) 영장없는 수색은 자유롭게 허용되어야 할 것이라고 주장하였다.

검색에 착수한 이후에도 디지털 증거의 비가독성·비가시성 때문에 검색·분석의 잠재적 대상이 휴대폰의 저장정보 전체가 될 수밖에 없더라도[61], 가급적 분석대상을 피압수자의 동의 등 특별한 사정이 없는 이상 검색어에 의한 관련 파일의 검색 등 적절한 작업을 통해 해당범죄 혐의와 관련있는 부분에 한정하고 나머지는 대상에서 제외여야 할 것이다.[62] 영장 없이 압수한 피체포자의 휴대폰에 대한 긴급분석은 사법적 통제를 받기 이전에 이루어지는 예외적 상황이므로 더욱 신중함이 요구된다고 하겠다.

그래서 검색 과정 및 종료시까지 범죄 경중 등에 비추어 실체진실 발견을 위한 공익(公益)과 사생활 보호라는 사익(私益)의 비교형량에 따른 검색의 허용범위에 대한 적절한 기준을 제시하여 비례성 원칙을 준수할 필요가 있다. 예를 들어 살인죄와 같은 중대범죄의 경우에는 휴대폰의 저장정보에 해당 범죄와 관련된 증거가 있을 것이라는 합리적 이유가 있다면 휴대폰 검색의 범위가 광범위할 수 있는 반면, 단순 폭행죄와 같은 경미범죄의 경우에는 검색의 범위가 매우 한정될 것이다.

미국 정부는 라일리 사건에서 휴대폰 검색의 범위를 경찰관이 판단하기에 범죄, 피체포자의 신분, 또는 경찰관의 안전과 관련된 정보가 위치해 있다고 사료되는 곳으로 제한하는 규칙을 제안하기도 하였다.[63] 이 규칙을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.[64] 미국 정부 측 의견서에 의하면, "경찰관은 먼저 ① 신속히 휴대폰을 수색하여 피체포자가 자신의 이름, 전화번호, 주소 등을 사실대로 말했는지 확인하고,

61) 디지털 포렌식 기술상으로도 스마트폰에 저장되어 있던 문자 메시지나 동영상이 삭제되었으나 이를 복구할 필요성 때문에 전부 검색·분석이 불가피한 면이 있다.

62) 노명선, "디지털 증거의 압수·수색에 관한 판례의 동향과 비교법적 고찰", 「형사법의 신동향」, 통권 제43호, 대검찰청 미래기획단(2014. 6.), 144~145쪽 ; 대법원 2011. 5. 26. 2009모1190 결정의 취지 참조

63) RILEY 판결에서는 "범죄, 피체포자의 신분, 또는 경찰관의 안전과 관련된 정보가 위치해 있다고 사료되는 곳으로 제한하는 규칙에 제시된 분류들만으로도 경찰관들은 상당한 양의 정보를 수집할 수 있고 경찰관들이 어디에 어떤 정보가 저장되어 있을지 항상 미리 식별할 수 없으므로 이러한 방법 역시 경찰관에게 큰 의미없는 제약을 부여할 뿐이다."라고 판시하였다. 그러나 이러한 제한 규칙이 충분히 큰 효과를 거두기 어렵더라도 정형화된 일응의 기준에 따라 약간의 의미있는 제한을 줄 수 있다면 일반적·탐색적 수색에 대한 우려를 줄일 수 있으므로, 이와 같은 규칙·준칙을 마련하여 우리 수사실무에서 시행할 필요성이 있다고 생각한다.

64) Wurie 사건에서 제출된 정부 측 제출 의견서(Brief for United States in No. 13-212, at 51-53.) 참고

② 용의자인 피체포자가 조직폭력 범죄와 연관되어 있다고 합리적 의심이 되는 경우에는 조폭범죄와의 연관성을 확인하기 위해 좀 더 광범위한 수색이 허용되며, ③ 공범자나 제3자가 범죄현장에 오고 있는지 여부를 확인하기 위해 피체포자의 휴대폰에서 최근 문자메시지 등을 간략히 확인하는 것은 허용된다"는 일응의 기준을 제시하고, 아울러, "마약 거래상의 경우처럼 휴대폰의 수·발신 기록, 연락처, 문자·이메일 등이 범죄혐의 소명에 결정적인 역할을 하는 경우 등 휴대폰 안에 해당 범죄사실의 직접 증거가 들어 있다고 믿을만한 이유가 있는 경우라면 광범위한 휴대폰 검색이 가능해야 한다"고 주장하였다.

다. 피체포자의 휴대폰에 저장된 정보의 영장없는 검색 후, 사후 영장이 청구되지 않고 환부된 경우 사법통제 부재에 대한 보완

현행범 등의 체포현장에서 영장없이 압수한 휴대폰을 긴급 검색한 후 해당범죄 관련성이 있어 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때로부터 48시간 내 사후 압수·수색영장을 청구하여야 한다. 한편 해당범죄와 관련있는 정보가 없는 경우에는 사후 영장이 청구되지 않고 피의자에게 환부하고 있는 것이 실무 현실이다.

그런데 압수된 휴대폰 안에는 범죄와는 무관한 피의자의 민감정보 및 범죄와 관련 없는 많은 사람의 프라이버시 관련 정보가 있으므로 수사편의적인 저인망식 일반적·탐색적 검색이 허용되지 아니함은 당연하다. 뿐만 아니라, 수사기관이 막연하게 휴대폰에 저장된 모든 정보를 뒤지는 방식은 시간적·경제적으로도 사실상 쉽지 않다.[65]

그러나 수사기관이 만의 하나라도 영장없이 압수한 휴대폰의 광범위한 저장정보에 대한 일반적·탐색적 정보검색[66]을 하여 개인정보 보호이익을 침해하였음에도 사후 영장을 청구[67]하지 아니함으로써 아무런 사법적 통제를 받지 않는 사각지대가 발생할 여지가 있을 수 있다

65) 전현욱·윤지영, 앞의 대검찰청 연구용역과제, 46쪽.

66) 체포한 때로부터 48시간 이내라는 시간적 제약을 초과하여 계속 검색하는 매우 이례적인 상황까지 상정해 볼 수 있겠다.

67) 경찰 수사단계에서는 신청

1) 손해배상청구

우선 이에 대한 통제수단으로서 수사기관의 불법 압수·수색으로 사생활의 비밀과 자유가 심각하게 침해된 경우에 손해배상청구 소송을 통하여 구제받는 방안[68]을 들 수 있다. 예외적인 상황에서 수사기관이 독자적인 긴급압수수색 권한을 행사함에 있어, 긴급강제처분 자체가 위법하고 악의적[69]으로 사생활의 비밀과 자유를 침해한 경우에는 손해배상책임이 인정될 가능성이 있다.

2) 그 밖에 통제수단

위법한 휴대폰 검색을 한 수사기관 공무원에 대한 파면 청원, 징계책임의 추궁도 간접적으로 영장없는 휴대폰 검색의 남용에 대한 적절한 통제수단이 될 수 있다.[70]

3) 수사기관의 의식 개혁 및 실천

수사기관 종사자에 대한 체계적인 교육을 통해 휴대폰에 저장된 개인 정보의 무분별한 검색이 중대한 사생활 침해를 야기할 수 있고, 이에 따른 손해배상책임·증거능력제한 등 법적 문제가 발생할 수 있다는 점에 대한 인식을 제고하고, 이를 반영한 '휴대폰 압수·수색 및 분석 준칙'과 매뉴얼을 수사실무에서 철저히 실천하도록 하여야 한다.[71]

무엇보다 수사기관이 휴대폰의 광범위한 저장정보에 대한 무분별한 검색을 한 후 해당범죄 관련 정보를 발견하지 못하고 정보 프라이버시권의 중대한 침해만 야기한 채 사후 압수·수색영장을 청구하지 않고 환부하는 사례가 발생하지 않도록 노력하여야 한다.[72]

---

68) '사생활의 비밀과 자유'의 침해에 대한 구제에 관하여는 김철수, 앞의 책, 630쪽 참조

69) 수사기관이 영장없는 핸드폰 검색의 요건을 갖추었다고 합리적으로 믿고 긴급 검색을 하였는데, 해당사건 관련 정보가 없어 사후 영장이 청구되지 않은 경우는 고의나 과실을 인정하기가 어려울 것이다.

70) 김철수, 앞의 책, 630쪽.

71) 이러한 준칙 및 매뉴얼 준수시 손해배상책임 등으로부터 면책되어야 한다.

72) 영장없는 자동차 수색과 관련하여 국민의 기본권 보장을 위하여 수색의 범위를 어떻게 합리적으로 제한할 것인가 하는 실질적인 문제에 천착할 필요가 있다는 견해[최창호, 영장 없는 자동차 수색에 관한 연구 - 미국법상의 논의를 중심으로 -, 형사법의 신동향(2014. 9) 290쪽]가 있는데, 휴대폰 저장공간은 자동차 공간보다 프라이버시에 대한 합리적 기대가 더 높으므로 영장없는 피체포자의

라. 디지털시대에 따른 법제도의 정비

"'사실'의 변화는 '규범'의 변화를 요구한다"고 한다[73]. 21세기 정보화 사회의 형사절차에서 새롭게 등장하고 있는 문제영역에 대한 형사소송법의 공백을 하루빨리 메꾸는 입법작업이 시급하다고 하겠다. 대물적 강제처분에 있어 전통적인 형사소송법은 유체물에 대한 물리적 형태의 압수·수색 방법을 전제하였으나, 2011. 7. 18. 형사소송법 제106조 제3항을 신설하여 정보저장매체의 압수집행 관련 규정을 최초로 마련하였음에도 불구하고, 앞으로 디지털 기술의 빠른 발전[74]에 따라가지 못하는 입법적 공백이 다수 발생할 것으로 예상된다. 특히 휴대폰 등 정보저장매체의 디지털 정보의 분석단계에 대한 입법적 공백을 최소화하여 해당 범죄혐의 관련 정보 추출·확보절차에 대한 구체적 규정을 마련할 필요가 있다.

1) 디지털 정보의 특성에 적합한 검색·분석 절차 마련 필요

가) 법제화의 기본방향

디지털 정보의 검색·분석행위의 법적 성격에 대하여 논란의 여지가 있지만, 현행법상 압수된 휴대폰의 저장정보에 대한 검색·분석행위는 이미 수사기관이 압수한 휴대폰의 보관에 따른 부수적인 행위로서 저장정보 중 해당사건과 관련성이 있고 증거가치가 있는 증거를 확인하여 실체적 진실을 밝혀나가는 임의수사[75]의 한 방법이고, 이러한 압수물의 분석행위는 '압수', '수색', '검증'의 대물적 강제처분의 어느 유형에도 해당되지 않는다.[76]

휴대폰 검색에 있어서도 위 견해는 타당하다고 본다. 따라서 피체포자의 휴대폰을 영장없이 긴급검색함에 있어 해당 범죄와 관련성이 없는 전자정보에 대한 방대한 탐색적 검색은 실무적으로 지양되어 정보 프라이버시권 침해에 대한 국민의 우려를 불식시켜야 할 것이다. 필자가 제안한 방안대로 영장없이 압수한 휴대폰에 대하여 사후 영장을 발부받아 검색·분석을 함에 있어서도 비례성 원칙이 준수되어야 한다.

73) 전현욱, '개인정보 보호에 관한 형법정책', 고려대학교 대학원 박사학위논문(2010. 12) 1쪽

74) 인터넷 기반의 컴퓨팅 기술을 의미하는 클라우드 컴퓨팅, 안전과 보안기술을 업데이트한 신형 스마트폰의 출시 등.

75) 압수가 종료된 이후에 이루어지는 디지털 증거분석의 법적 성격에 대하여 "압수·수색에 부수되는 미리 예정된 당연한 처분으로서 증거분석을 위한 임의수사"의 일종으로 보는 견해에 대하여는, 전승수, 앞의 논문, 257쪽, 270쪽, 273쪽 참조.

76) 조광훈, "정보저장매체의 분석행위의 입법론에 대한 타당성 검토", 형사법의 신동향(2014. 9.),

그러나 디지털 정보의 분석행위를 임의수사로 보더라도 휴대폰 등 정보저장매체의 저장정보 영역은 프라이버시의 합리적 기대가 보호되어야 할 중요한 영역으로 프라이버시권이 침해될 우려가 높으므로 기본권 제한의 일반원리인 비례성 원칙이 고려되어야 할 것이다. 그래서 해당 범죄혐의 관련 디지털 정보를 검색·확보하는 디지털 정보의 분석단계에 있어, 유체물 증거와는 본질적으로 다른 차원에서 분석행위를 절차적으로 통제하고 필요한 정보를 효과적으로 확보할 수 있는 절차규정을 마련할 필요가 있다.[77] 이러한 디지털 증거에 적합한 절차규정의 법제화는 수사의 실효성 확보와 기본권 보장이라는 두가지 목적을 조화시키는 방향이어야 한다.[78]

나) 독일의 입법례

① 관련 규정

이와 같은 법치국가적 요청에 맞는 입법례로 독일 형사소송법 제110조 제3항 등과 같은 새로운 유형의 규정을 들 수 있다.[79]

독일 형사소송법 제110조[80](문건 및 전자 저장매체의 검열)

①피수색자의 문건은 검사 또는 검사의 명령을 받은 수사요원(법원조직법 제152조)이 검열한다.

②제1항에 규정된 자들 이외의 공무원은 점유자가 검열을 승인한 경우에만 발견된 문건을 검열할 수 있다. 점유자가 검열에 동의하지 않은 경우 공무원은 검열할 필요가 있다고 여겨지는 문건을 봉투에 넣어 점유자의 입회하에 관인으로 봉하여 검사에게 인도하여야 한다.

③수색대상인 자의 전자 저장매체에 대한 검열은 검열대상인 데이터가 상실될 우려가 있다면 저장매체로부터 도달될 수 있는 한, 당해 저장매체와 공간적으로 분리되어 있는 저장매체들에까지 확대될 수 있다. 조사에 중요한 의미가 있을 수 있는 데이터는 이를 압수할 수 있다. 이에 대해서는 제98조 제2항을 준용한다.

48~49쪽, 64쪽.

77) 전현욱·윤지영, 앞의 대검찰청 연구용역과제, 34~35쪽.

78) 전현욱·윤지영, 앞의 대검찰청 연구용역과제, 36~37쪽.

79) 독일 형사소송법 제98조 a의 '개인신상에 관한 정보의 전산비교검색 및 전송', 동법 제98조 c의 '정보비교검색'과 같은 새로운 강제처분을 규정하는 입법적 조치가 필요하다"는 주장도 있다.(김일수/배종대/이상돈, '정보화사회에 대비한 형사법적 대응', 비교형사법연구 제3권 제2호, 2001, 51~52쪽).

80) StPO § 110 (1) Die Durchsicht der Papiere des von der Durchsuchung Betroffenen steht der

② 관련 판례

독일 형사소송법 제102조 이하에 규정된 수색을 하여 발견한 증거물은 형소법 제94조 이하 규정에 따라 압수할 수 있는데, 이러한 압수 대상(Gegenstand)에 휴대폰 등 정보저장매체도 해당된다. 연방헌법재판소 2005.4.12.자 결정[81]에 의하면 형소법 제94조 이하에 따라 압수된 대상에 저장된 파일 등 정보도 형사소송절차에서 사용될 증거물로서 압수될 수 있다고 보고 있다. 또한, 연방헌법재판소 2006.3.2.자 판결[82]은 형소법 제94조 이하에 따라 압수된 정보저장매체에 저장된 연락 정보를 검색하고 살펴볼 수 있다고 판시하고 있다.[83]

그리고 연방대법원 2003.8.5.자 결정[84]에 의하면 "형소법 제110조(문건 및 전자저장매체의 검열) 규정에 따라 문서나 전자정보 저장매체의 내용을 살펴볼 수 있는데, 검열 범위 및 방법, 검열 종료시점 등은 검사 또는 검사의 명령을 받은 수사요원의 자기책임적 재량"이라고 한다.[85] 또한 연방대법원은 "비례성 원칙(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)이 요구하는 바는, 가압류된 자료의 수량과 그 분석의 난이

Staatsanwaltschaft und auf deren Anordnung ihren Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu. (2) Im Übrigen sind Beamte zur Durchsicht der aufgefundenen Papiere nur dann befugt, wenn der Inhaber die Durchsicht genehmigt. Andernfalls haben sie die Papiere, deren Durchsicht sie für geboten erachten, in einem Umschlag, der in Gegenwart des Inhabers mit dem Amtssiegel zu verschließen ist, an die Staatsanwaltschaft abzuliefern. (3) Die Durchsicht eines elektronischen Speichermediums bei dem von der Durchsuchung Betroffenen darf auch auf hiervon räumlich getrennte Speichermedien, soweit auf sie von dem Speichermedium aus zugegriffen werden kann, erstreckt werden, wenn andernfalls der Verlust der gesuchten Daten zu besorgen ist. Daten, die für die Untersuchung von Bedeutung sein können, dürfen gesichert werden; § 98 Abs. 2 gilt entsprechend.

* 번역은 법무부, 독일 형사소송법, 2012, 87쪽에서 인용함

81) BVerfG Beschl. v. 12.04.2005 - 2 BvR 1027/02, 단락번호 98 이하.

82) BVerfG Urt. v. 02.03.2006 - 2 BvR 2099/04, 단락번호 96이하.

83) 이러한 경우, 정보저장매체의 압수수색 없이 진행되는 일반적인 정보 수색을 위한 형소법 제100조g(교신데이터의 조사)상의 요건인 중대범죄(특히 형소법 제100조a 제2항에 규정된 내란죄, 외환죄 등) 등의 요건은 충족될 필요가 없다.

84) BGH Beschl. v. 05.08.2003 - StB 7/03.

85) 독일형소법 제110조 제3항은 정보저장매체의 내용을 살펴보는 검열주체(검찰)에 대한 법적 근거로서 일단 적법하게 압수된 정보저장매체의 검열권한은 검사에게 있으며, 이러한 검열행위를 위해서는 법원의 어떠한 사전 처분이 필요 없다. 다만, 당사자가 적법성 심사를 청구하는 등 쟁송을 하는 경우에 법원의 사후 심사를 받는 구조라고 할 수 있다.

도에 비추어, 무엇을 잠재적 증거가치가 있는 것으로서 압수를 위해 법원에 제출할 것이며, 무엇을 피의자에게 반환해 주어야 하는가에 대한 판단을 적절한 시간 내에 할 수 있도록 신속히 검열이 이루어져야 한다는 것이다. 항고인은 형소법 제98조 제2항 제2문에 따라 해당 결정의 한계가 지켜졌는지에 대한 심사의 청구를 법원에 할 수 있다"라고 판시하였다.

2) 새로운 모바일기기의 출현 등 디지털 기술발전에 대한 대응

생체인식기술로 암호화된 최신 스마트폰에 대한 대처가 필요한 시점이다. 애플은 최근 지문을 암호로 사용하여 스마트폰 기기에 대한 무단 접근을 방지하고, 스마트폰 안의 이메일 등 데이터가 자동으로 암호화되는 소프트웨어를 개발해서 이를 탑재한 "iOS8"을 출시함으로써 애플 본사조차 그 정보에 접근할 수 없고 오직 당해 기기의 주인만이 그 암호를 풀 열쇠를 가지고 있으므로, 수사기관은 법원의 영장을 발부받더라도 피압수자의 협조 없이는 데이터의 획득이 현실적으로 불가능한 상황이 되었다.[86] 이러한 최신 스마트폰의 출현으로 말미암아 사실상 휴대폰의 저장정보에 대한 디지털 수사가 무력화된 셈이다.

따라서 해당 범죄혐의와 관련된 구체적 정보가 들어있을 것이라는 합리적 근거, 휴대폰 사용자의 동종 전력 등을 종합하여 휴대폰 검색에 대한 협조의무 규정이 신설될 필요가 있다. 이러한 협조의무 규정을 신설하더라도 자기부죄거부권의 일종인 진술거부권 침해 문제는 발생하지 않을 것으로 본다. 왜냐하면 휴대폰 검색은 분석행위의 일종으로 이를 두고 "진술"이라 할 수 없고, 따라서 피의자에게 휴대폰 검색에 협조할 것을 요구한다고 하여 형사상 불리한 "진술"을 강요하는 것에 해당한다고 할 수 없기 때문이다.[87][88]

---

86) 과거 애플 본사에서 수사기관이 적법하게 압수한 스마트폰 기기의 데이터를 추출하여 주던 서비스가 "iOS8"로 업데이트되면서 사실상 불가능해진 것이다.

87) 음주측정요구에 대해서 "진술" 강요에 해당되지 않다는 우리 헌법재판소의 결정(헌재결 1997.3.27. 선고 96헌가11)이 있다. 미국 연방헌법 수정 제5조에 의한 자기부죄거부권도 진술에 의한 자기부죄에 한하고 육체적인 자기부죄는 금지의 대상이 되지 않는다. 따라서 피의자의 지문, 족문, 혈액, 소변 등에 대한 합리적인 신체검사는 강제적으로 행할 수 있다.

88) 또한 최근 미국 버지니아 주의 한 법원은 "비밀번호는 피의자 본인만이 알고 있는 '지식'을 공표하라는 것이므로 연방헌법 수정 제5조에 따라 피의자는 비밀번호를 내놓지 않을 수 있지만, 지문을

그런데 수사기관이 지문으로 암호화된 스마트폰의 저장정보에 피의자의 협조거부로 인하여 접근할 수 없더라도, 네트워크로 연결된 원격지 소재 정보저장장치에 저장된 디지털 정보에 대한 접근 서비스는 법적 절차에 따라 애플 본사로부터 제공받을 수 있다.[89] 하지만 우리 현행 형사소송법상으로는 원격지 소재 정보저장장치가 위치한 장소를 특정하여 별개의 영장을 발부받아야 하므로 그 사이에 검색 대상 정보가 삭제될 우려가 있는 등 증거확보가 쉽지 않다. 따라서 우리도 유럽의회의 사이버범죄방지조약 제19조 제2항의 권유에 따라 개정된 독일 형사소송법 제110조 제3항의 규정과 같이 검색 대상인 전자정보 저장매체로부터 접속할 수 있는 한 공간적으로 분리되어 있는 저장매체들에까지 검색을 확대할 수 있는 규정을 신설하여야 할 것이다.[90]

Ⅵ. 결론

오늘날 디지털 수사는 기술적으로나 규범적으로 더욱 어려운 수사환경에 직면한 가운데 실체적 진실의 발견을 통한 범죄척결과 프라이버시권 보호라는 두 이념의 조화를 강하게 요구받고 있다. 왜냐하면 어느 한쪽으로 지나치게 경도될 때 사생활

경찰에게 제공하는 것은 법에 의하여 허용되는 DNA 또는 필적 샘플의 제공과 유사하므로 경찰이 피의자에게 휴대폰 지문의 제공을 요구할 수 있다"는 판결을 선고하였다. [Commonwealth of Virginia v. David Charles Baust Docket No.: CR 14-1439 (SECOND JUDICIAL CIRCUIT, October 28, 2014)]
(http://9to5mac.com/2014/10/31/touch-id-police/,
http://www.idownloadblog.com/2014/10/31/us-court-passcode-protected-law/)

89) 애플 iCloud의 이용약관에 의하면, 애플은 법적으로 요청받으면 사용자에게 책임을 지지 않고 계정정보 및 내용을 조회, 사용, 보관을 하고, 법집행기관 등에게 공개할 수 있다.(https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/en/terms.html) 또한 암호화된 스마트폰 자체에 저장되어 있는 정보에는 접근이 불가능하나, 애플의 연동 서비스인 iCloud나 iTunes에 저장되어 있는 데이터(이메일, 사진 등)는 그런 제약이 없으므로 여전히 법적 절차에 따라 경찰에 제공될 수 있다.
(http://www.theregister.co.uk/2014/09/23/icloud_hole_in_ios8_passcode_protection/
http://www.newsweek.com/apple-boasts-it-can-no-longer-give-your-data-police-271607?piano_t=1)

90) 전현욱·윤지영, 앞의 대검찰청 연구용역과제, 44쪽.

보호라는 중요한 기본권의 침해라는 심각한 결과가 야기되거나, 국가의 수사기능 저하라는 부작용이 발생할 수 있기 때문이다.

따라서 먼저 체포현장에서 영장없이 압수한 피체포자의 휴대폰에 저장된 정보 검색을 광범위하게 실시할 경우 정보 프라이버시권과 관련된 사생활 비밀을 부당히 침해할 우려가 있으므로 필요성 및 비례성원칙을 준수하여 다른 방법으로는 증거수집 어려울 때 한하여 효율적 선별 분석기법으로 최소 침해에 그쳐야 할 것이다. 이를 위하여 수사기관의 기본권 보장과 적정절차 준수에 대한 인식 제고와 함께 실무현실의 합리적 개선, 효율적 선별 분석기법의 개발, 실무매뉴얼의 보완, 관련 법제도의 정비 등을 지속적으로 추진하여야 한다.

또한 디지털 수사기법에 대한 범죄자의 방어기술[91]이 더욱 빠르게 진화하는 등 디지털 수사환경의 급속한 변화로 인하여 날로 디지털 수사기능이 떨어질 수밖에 없다. 그래서 앞으로 디지털 수사영역에서 새롭게 등장하는 다양한 장애물들을 극복하고 수사의 실효성을 확보할 수 있는 제도적·기술적 대응 노력도 시급하다고 하겠다.

91) 이는 모바일 서비스 제공사업자의 보안 강화를 통한 판매전략의 반사이익을 누리는 면도 있다.

참고문헌

김용진, 영미법해설, 박영사, 2009.

김철수, 헌법학개론, 제18전정신판, 박영사, 2006.

노명선·이완규, 형사소송법, 제3판, 성균관대학교출판부, 2013.

배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법, 제3판, 홍문사, 2011.

백형구·박일환·김희옥, 주석 형사소송법, 한국사법행정학회, 2009.

이상돈, 형사절차와 정보보호, 한국형사정책연구원, 1996.

이재상, 신형사소송법, 제9판, 박영사, 2012.

서철원, 미국 형사소송법, 법원사, 2005.

원범연·윤동호·조은석·한상훈, 위험사회의 휴대전화와 형법적 통제정책의 한계, 한국형사정책연구원, 2003.

김일수/배종대/이상돈, "정보화사회에 대비한 형사법적 대응", 비교형사법연구 제3권 제2호, 2001.

노명선, "디지털 증거의 압수·수색에 관한 판례의 동향과 비교법적 고찰",「형사법의 신동향」, 통권 제43호, 대검찰청 미래기획단, 2014. 6.

박혁수, "디지털 정보 압수·수색의 실무상 쟁점",「형사법의 신동향」통권 제44호, 2014. 9.

이완규, "긴급 압수수색에 대한 사후영장의 성질과 효력", 2012. 6. 22. 개최 한국형사소송법학회 등 연합학술대회 자료집.

이완규, "수사기관의 긴급처분과 영장주의", 형사법과 헌법이념 제2권(공법연구회), 박영사, 2007.

이숙연, "전자정보에 대한 압수·수색과 기본권, 그리고 영장주의에 관하여",「헌법학연구」, 제18권, 2012. 3.

전승수, "디지털 정보에 대한 압수·수색영장의 집행(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정에 대한 판례평석)",「법조」, 통권 670호, 2012. 7.

전현욱, "개인정보 보호에 관한 형법정책", 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2010. 12.

전현욱·윤지영, "디지털 증거 확보를 위한 수사상 온라인 수색제도 도입 방안에 대

한 연구", 2012년 대검찰청 연구용역과제
조광훈, "정보저장매체의 분석행위의 입법론에 대한 타당성 검토",「형사법의 신동향」 통권 제44호, 2014. 9.
최창호, "영장 없는 자동차 수색에 관한 연구 - 미국법상의 논의를 중심으로 -",「형사법의 신동향」 통권 제44호, 2014. 9.

Ronaldo V. Del. Carmen, 미국 형사소송법(김성돈 옮김), 길안사, 1999.
Diethelm Klesczewski(디텔름 클레스제브스키), Strafprozessrecht(독일 형사소송법, 김성돈 옮김), 성균관대학교 출판부, 2012.
법무부, 독일 형사소송법, 2012,

Implications of the US Supreme Court Decision on "Protection of Personal Information on a Cell Phone" - Riley v. California: Warrantless Search of an Arrestee's Cell Phone

Kim, Young-Gyu*

In modern information-oriented society, mobile phones become a necessity of our life and at the same time an important evidence in criminal justice to find the truth. Since importance of mobile phone has significantly increased as a device with enormous amount of personal information, the investigation agencies face more challenges to intrude into privacy of people while seizing and searching cell phones. Against this backdrop, Riley v. California, the recent decision by the Supreme Court of the US has implications on controling seize and search of cell phones by the investigation agencies. The Court ruled that police generally may not, without a warrant, search digital information on a cell phone seized from an individual incident to arrest. The Court rejected, "any expansion of search-incident to-arrest because it implicates far greater individual privacy interests than the brief physical search generally involved in a search incident to arrest. The amount of personal information a person stores on today's smartphones or even standard cell phones is far greater than they could ever carry on their person otherwise." Under the law in the US, the police does not required to get search and seizure warrant after reasonable search following search incident to arrest exception. For this reason, it is required to limit the scope of warrantless searches incident to a lawful arrest, and strictly apply the Fourth Amendment right to search of electronic devices with personal information. Meanwhile, the Court also allowed for law enforcement to search a phone without a warrant based on the "exigent circumstances" exception.

* Senior Prosecutor of the Suwon Provincial Prosecution Service.

This paper will examine implications of Riley v. California decision. It also will present ways to improve digital investigation into mobile electronics such as cell phone and others with personal information to protect ‘right to privacy’ in Korea. Practically, the investigation agencies are allowed warrantless search and seizure of cell phone. If they find evidence related to crime, the police requests issuance of warrant within 48 hours from the suspect is arrested. However, when there is no evidence related to crime, the police returns it to the arrestee. Considering implications of the Supreme Court’s unanimous ruling on the Riley case that the police shall get search and seizure warrant first to look into data on cell phones, the investigation agencies in Korea should improve practices of search and seizure of cell phones under the current legal frameworks. To this end, this paper suggests that the investigation agencies shall request issuance of search-and-seizure warrant right after warrantless seizure of cell phones incident to arrest. Under the exigent circumstances, for example, the prevention of escape, the destruction of evidence or in the interest of officer safety, the investigation agencies shall search and seizure the cell phone first then request issuance of the search warrant within 48 hours from the suspect is arrested. In addition, it is needed to improve and overhaul the current investigation manuals for the investigation agencies or legal system in line with advancements in technologies for the purpose of protecting fundamental rights of people and promoting effective investigation.

❖ Key words: cell phones, personal information, Riley v. California decision, search incident-to-arrest, warrant requirement

투고일 : 11월 28일 / 심사(수정)일 : 12월 17일 / 게재확정일 : 12월 17일