

수사 비례의 원칙

- 수사 재량에 대한 사법적 통제-

-부산지방법원 부장판사 김도균

논문요약

비례성 원칙은 헌법 제37조 제2항, 적법절차 원리 등에 근거하는 헌법 원리로서 모든 국가작용을 기속하므로 수사기관의 수사권도 비례성 원칙의 한계 내에서만 행사될 수 있다. 형사소송법 제199조 제1항은 이를 재확인하고 있고, 압수·수색·검증·체포·구속 등에 관한 각 개별 규정에서도 이를 구체화하고 있으나, 이러한 명시적 규정의 유무와 무관하게 비례성 원칙에 반하는 수사는 그 자체로 위법하다.

우선, 수사가 수사관 등의 부당한 동기·목적 등에 오염된 경우 그 수사행위는 비례성 원칙의 제1하위 원칙인 목적의 정당성을 충족시킬 수 없으므로 적법한 수사의 외형을 가탁한 위법한 공권력 행사에 불과하다. 수단의 상당성, 피해최소성, 법익 균형성의 제2, 3, 4하위 원칙에 저촉되는 수사도 위법한 것으로서 허용될 수 없다.

수사비례의 원칙은 실체적 적법절차를 실현함으로써 시민의 기본권을 보장하기 위한 헌법 원리의 구체화이므로, 영장주의에 따라 수사절차를 통제할 책무를 부담하는 법원은 단순히 형식적 요건의 구비만을 심사함으로써 스스로의 헌법적 기능을 소홀히 하여서는 안 될 것이고, 수사의 실질적 정당성까지 충실히 심사하여 국민의 기본권을 보장하는 역할을 온전히 수행하여야 한다.

목 차

1. 문제의 제기

2. 비례성 원칙의 헌법적 고찰

가. 연혁

나. 이론적 근거

- 1) 헌법 제37조 제2항
- 2) 적법절차 원칙(법치주의)

다. 비례성 원칙의 내용

라. 효력

- 1) 효력 범위
- 2) 권력작용별 심사의 강도

3. 비례성 원칙의 형사법적 고찰

가. 비례성 원칙의 형사법상 적용

- 1) 적용의 필연성
- 2) 비례성 원칙의 외적 작용면
- 3) 비례성 원칙의 내적 작용면

나. 수사비례의 원칙

- 1) 개념
- 2) 관련 조문
- 3) 판례
- 4) 심사의 방법

다. 관련된 법리

- 1) 검토회의 필요성
- 2) 공소권 남용론
- 3) 별건 수사론
- 4) 직권남용죄에서의 직무권한의 남용
- 5) 행정법상 논의

4. 목적의 정당성 심사

가. 개념 및 문제의 제기

나. 심사 대상인 목적의 범위

다. 심사의 실제

- 1) 목적(의도, 동기)
- 2) 수사기관의 목적
- 3) 부당한 목적(의도, 동기)
- 4) 수사의 오염
- 5) 부당한 목적·의도·동기에 오염된 ‘수사’

5. 수단(방법)의 상당성(적합성) 심사

- 가. 개념
- 나. 판단기준(관련성)
- 다. 심사의 실제(관련성의 구체적 내용)

6. 피해의 최소성(필요성) 심사

- 가. 개념
- 나. 판단기준
- 다. 심사의 실제

7. 법익의 균형성(비례성) 심사

- 가. 개념
- 나. 판단기준(수인가능성)
- 다. 심사의 실제
 - 1) 사생활보호
 - 2) 직업적 비밀, 변호인 조력권
 - 3) 건강권
 - 4) 양심·사상의 자유, 언론·출판의 자유
 - 5) 심사 모델의 제안

8. 비례성 원칙 위반의 효과

- 가. 비례성 원칙에 반하는 수사의 효력
 - 1) 소송상의 효과
 - 2) 실체법상의 효과
- 나. 수사 단계별 검토
 - 1) 입건
 - 2) 압수·수색
 - 3) 체포·구속
 - 4) 피의자 및 참고인 조사
 - 5) 기소

9. 결론

1. 문제의 제기

형사소송법은 실제로 일어난 모든 범죄를 빠짐없이 수사하여 처벌하는 것을 전제로 하는가? 헌법과 법률은 무흠결의 완벽한 인간이 아닌 평균인을 수범자로 한다. 보편적인 인간은 누구나 알게 모르게 법률이 규정한 바를 어기기도 하고 위법행위에 연루되기도 하는데, 그러한 모든 법령위반 행위를 남김없이 찾아내어 제재를 가하는 것은 현실적으로 가능하지도 않을 뿐만 아니라 득보다는 사회적 비용이나 해악이 더 클 것이다. 달리 말한다면, 설령 사회 구성원의 행위가 법령에 저촉되는 경우라고 하더라도 그 중 일부분은 수사나 처벌의 범위 밖에 놓이는 것을 상정할 수밖에 없다. 그렇다면 실제로 수사나 처벌의 대상이 되는 법령위반 행위와 그렇지 않은 일탈 행위를 무엇으로 경계 지을 것인가? 단순히 수사기관의 재량과 은혜에 전적으로 맡길 것인가? 만일 그렇게 한다면, 수사기관에게 거의 무소불위의 권력을 허용하게 될 것이고 시민의 인권은 제대로 보장되기 어려울 것이며 법치주의는 중대한 위협에 직면할 것이다.

나아가, 예컨대, 검사나 수사관이 개인적 악감정을 가지고 특정인에 대하여 범죄를 모색하듯 집요하게 수사권을 행사하는 경우, 형식적·절차적 하자가 존재하지 않는다면 적법한 수사로 허용될 수 있을 것인가? 또한 수사기관이 조직적으로 어떤 개인이나 단체를 상대로 다방면으로 ‘먼지떨이’ 식 수사를 진행하고 이를 통해 어떠한 수사 외적 목적을 달성하려고 시도한다면, 외형상 위법이 없는 이상, 그 수사는 허용될 수 있는 것인가? 또한 악감을 가진 개인이 타인을 괴롭히거나 다른 의도를 달성하기 위한 수단으로 삼기 위해 끊임없이 고소, 고발을 반복하는 경우, 개개의 고소, 고발이 형식적으로 하자가 없는 이상, 수사기관은 그 개인의 고소, 고발권 행사를 무한히 용인하여야 하는가? 상대방은 이를 계속 수인하여야만 하는가?

사회가 고도로 정보화, 전자화됨에 따라, 개인이 하는 대부분의 활동이 전자정보로 저장되고, 이를 분석하여 증거를 수집하는 과학적 수사기법이 나날이 발전하고 있다. 한편 사회와 국가의 모든 영역이 점점 전문화·복잡화하고 이를 통제·관리하기 위한 법령이나 처벌법규도 늘고 있으므로, 경우에 따라서는 법률전문가조차도 구체적인 사건을 접하기 전에는 알기 어려운 구성요건이 크게 증가하고 있다. 이러한 상황에서는, 수도사적 엄격함과 해박한 법률지식을 모두 갖춘 극히 소수의 경우를 제외하고는, 어쩌면 수사기관의 표적이 될 처지에 놓인 개인이 수사나 처벌의

위험을 완전히 모면할 가능성은 사실상 거의 없다고 해도 과언이 아닐 것이다.

이에 본고는 수사재량으로부터 시민의 기본권을 보장하기 위하여 그 한계설정 원칙인 비례성 원칙의 의미와 이에 대한 구체적인 판단기준 등에 관하여 검토해 보고자 한다.

2. 비례성 원칙의 헌법적 고찰

가. 연혁

비례성 원칙은 19세기 독일 경찰행정법 영역에서 출발하여 지금은 입법을 비롯한 모든 권력작용 및 법 영역으로 그 적용범위가 확장하고 있다. 자유와 재산권에 대한 공적 제한이 문제되는 경우뿐만 아니라 국가가 제공하는 급부영역이나 나아가 민법과 같은 시민 상호간의 이해관계가 대립하는 영역에까지 적용됨으로써 헌법원칙을 넘어 법치국가의 일반 법원칙으로 자리잡아가고 있다¹⁾.

나. 이론적 근거²⁾

1) 헌법 제37조 제2항

신체의 자유를 포함한 모든 기본권은 최대한 보장되어야 할 것이나, 이와 충돌하는 다른 헌법 가치를 보호하기 위해서는 언제나 무제한적으로 보장될 수는 없다. 헌법(제37조 제2항)도 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다’ 라고 규정하고 있다.

헌법 제37조 제2항에서 기본권 제한의 한계로 선언한 ‘기본권의 본질적 내용’ 개념과 관련하여, 기본권 침해의 원인이 된 사실적 동기가 요청하는 것보다 더 강하게 기본권의 본질적 효력과 내용을 침해한다고 판단될 경우에 기본권의 본질적 내용이 훼손되므로 구체적 경우에 서로 충돌하는 이익이나 가치에 대한 이익형량을 통해서 불가침의 본질적 내용을 찾아야 한다는 견해(상대설)에 의하면 기본권의 본

1) 김종천, “과잉금지의 원칙에 관한 연구”, 법정논총(40권, 2005.2), 중앙대학교, 77쪽. 이용식, 비례성 원칙을 통해서 본 형법과 헌법의 관계, 형사법연구 25호, 2006, 29쪽. 배종대, 보안처분과 비례성 원칙, 세창출판사, 1998, 5쪽.

2) 우리 헌법상 비례의 원칙은 헌법 제37조 제2항에 근거한 것으로 보는 견해가 많은 것으로 보이나 헌법 제10조, 평등 원칙 또는 적법절차 원리(법치주의)에서 근거를 찾는 견해도 유력해 보인다. 김형성, “과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점”, 헌법실무연구(3권, 2002), 헌법실무연구회, 7쪽. 배종대, 보안처분과 비례성 원칙, 세창출판사, 1998, 7쪽.

질보장은 비례성 원칙과 차이가 없게 된다.

즉, 기본권을 제한하는 경우에도, 법률에 근거하여야 할 뿐만 아니라, 정당한 목적을 위하여, 상당한 방법으로, 필요 최소한 정도에 그쳐야 하고, 침해되는 사익과 보호하려는 공익 사이의 균형이 유지되어야 한다. 이를 과잉금지의 원칙이라고도 하는데, 과잉금지 원칙은 소극적인 측면을, 비례의 원칙은 적극적인 측면을 강조한 것으로서 통상 동일한 의미로 사용된다.

헌법재판소도 1990. 9. 3. 89헌가95 사건에서 ‘과잉금지의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본 원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법(조세의 소급우선)이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한(담보물권의 기능상실과 그것에서 비롯되는 사유재산권 침해)의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다’ 라고 판시한 이래, 국가권력에 의한 기본권 제한의 위헌성 여부를 판단하는 확고한 기준으로 확립해 왔다.

2) 적법절차 원칙(법치주의)³⁾

가) ‘기본권의 본질적 내용’을 기본권의 성격, 실체, 절대적 최소한 또는 실질적 최소한으로 파악하는 견해(절대설)는 기본권 제한에는 절대적 한계가 설정되어 있어서 그 한계를 넘는 본질적 내용은 침해의 대상이 될 수 없고 기본권의 본질적 내용이 침해되었는가는 오로지 그 제한 후에 남아 있는 내용에 따라서 결정된다는 입장이므로, 헌법 제37조 제2항이 아닌 적법절차 원칙(법치주의)에서 비례성 원칙을 도출한다⁴⁾.

나) 적법절차(due process of law) 원리는 1215년 영국의 대헌장에서 유래되

3) 변종필, 형사소송법 제308조의2의 ‘적법한 절차’와 제312조의 ‘적법한 절차와 방식’ 사이의 관계, 형사재판의 제문제(형사실무연구회) 제7권, 2014 참조

4) 배종대, 보안처분과 비례성 원칙, 세창출판사, 1998, 6쪽 참조.

어 코크의 권리청원을 통해 인권의 절차적 보장에 관한 내용으로 발전하였으며, 이후 미국연방헌법은 1791년 수정헌법 제5조에서, 그리고 1868년 수정헌법 제14조 제1항에서 이를 수용하였다. 우리 헌법은 이러한 미국의 영향을 받아 제9차 개정헌법에서 적법절차 원리를 채택하여 제12조 제1항과 제3항에서 이를 규정하고 있다. 그런데 헌법상의 명문규정은 적법절차 원리의 내용을 분명히 밝히고 있지 않으며, 미국의 적법절차 원리를 어느 정도까지 수용하였다고 볼 수 있는지에 관한 준거 기준이 뚜렷하지 않다. 이러한 상황에서 우리 헌법상 적법절차의 의미와 내용에 관하여 두 가지 관점이 대립하고 있다. 하나는 절차적(procedural) 적법절차뿐만 아니라 실체적(substantive) 적법절차까지 포함한다고 보는 견해이고, 다른 하나는 절차적 적법절차만을 뜻하는 것으로 보아야 한다는 견해이다.

이에 관하여 헌법재판소는 ‘헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차 원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성 뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것이므로 헌법 제12조 제3항에 규정된 영장주의는 구속의 개시시점에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권 독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법관의 판단에 의하여 결정되어야 한다는 것을 의미하고, 따라서 형사소송법 제331조 단서 규정과 같이 구속영장의 실효 여부를 검사의 의견에 좌우되도록 하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배된다’ (헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 전원재판부 결정)고 전자의 견지에서 판시하였다.

대법원도 같은 취지에서 ‘헌법 제12조 제1항 후문이 규정하고 있는 적법절차란 법률이 정한 절차 및 그 실체적 내용이 모두 적정하여야 함을 말하는 것으로서 적정하다고 함은 공정하고 합리적이며 상당성이 있어 정의관념에 합치되는 것을 뜻한다’ (대법원 1988. 11. 16. 선고 88초60 판결)고 판시하였다.

법률에 의한 기본권 제한을 형식적 의미로만 한정하는 경우 오히려 법의 지배가 ‘불법적인 법률’에 의한 인권 유린을 합리화하거나 시민의 기본권 보호보다는 역으로 국가가 시민에게 준법을 요구하는 방편이 됨을 이미 역사적으로 경험해 왔으므로, 법의 지배는 법률에 근거하기만 하면 무엇이든 허용된다는 형식적 법률주의가 아니라 정당한 목적과 동기를 추구하는 정의로운 법에 근거한 실질적 법치주의

로 이해하여야 할 것이다.

다) 적법절차 원리를 구성하는 원칙

적법절차 원리의 하위 원칙으로 ‘공정한 재판의 원칙’⁵⁾, ‘피고인 보호 원칙’⁶⁾, ‘비례성 원칙’ 등이 거론된다. 앞의 두 원칙은 대체로 절차적 적법절차의 요청을 반영한 것이다.

비례성 원칙은 헌법상 적법절차 조항에서 비롯된 일반 원칙으로서, 강제처분 등 수사 전반과 관련하여 수사의 수단이 수사의 목적 달성에 적합하고 필요하며 균형을 이루어야 한다는 요청이다. 비례성 원칙은 실체적 적법절차의 요청을 반영한 것이다.

같은 취지에서 헌법재판소도 ‘헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다. 따라서 적법절차의 원칙은 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련되든 관련되지 않든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 할 것이고, 나아가 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해하여야 하는 것이다. 더구나 형사소송절차에 있어서 신체의 자유를 제한하는 법률과 관련시켜 적용함에 있어서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정될 수 있음을 특히 강조하고 있는 것으로 해석하여야 할 것이다’ (헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 전원재판부 결정)라고 판시하였다.

다. 비례성 원칙의 내용

-
- 5) 공정한 재판의 원칙이란 형사절차는 독립적인 법관에 의해 인간의 존엄과 기본권을 존중한 상태에서 공정하게 실현되어야 한다는 요청을 말한다. 이 요청은 다시 공평한 법원의 구성, 피고인의 방어권보장, 무기평등원칙으로 구체화된다.
 - 6) 피고인 보호 원칙은 헌법상의 사회적 법치국가 이념에 따라 피고인의 방어능력 유지가 법원의 보호의 무의 형태로 구체화될 것을 요구한다. 가령 진술거부권의 고지, 구금과 범죄사실의 고지, 증거조사 결과에 대한 의견과 증거조사 신청에 대한 고지, 상소에 대한 고지 등 각종 고지의무는 그 예이다.

비례성 원칙은 구체적으로 ① 목적의 정당성, ② 수단의 상당성(적합성), ③ 피해의 최소성(필요성), ④ 법익의 균형성(협치의 비례성)을 하위 원칙으로 하는데, 위 하위 원칙들의 구체적인 의미는 4항 이하에서 개별적으로 상술하기로 한다.

라. 효력

1) 효력 범위⁷⁾

가) 대국가적 효력

역사적으로 기본권은 시민이 국가의 권력작용에 대항할 수 있는 권리(방어권)로서 형성되어 왔으므로, 국민 개개인은 헌법상 보장된 기본권을 근거로 국가에 작위나 부작위를 청구할 수 있다. 우리 헌법(제10조)도 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’ 라고 규정하고 있다.

이에 대하여 위 조항은 단순한 선언 내지는 정책적 방향을 제시하는 프로그램적 규정이므로 국가에 대한 직접적 효력규정으로 볼 수 없다는 견해(입법방침규정설)도 존재하나, 입법권, 행정권, 사법권, 헌법개정권력까지도 모두 구속하는 직접적 효력 규정이라고 봄이 상당하고(직접적 효력규정설, 통설)⁸⁾, 특히 신체의 자유 등 자유권은 개념적으로도, 역사적으로도 가장 본질적 기본권으로서 모든 국가기관을 구속한다고 할 것이다⁹⁾.

그렇다면 헌법상에 규정된 기본권이나 이를 보장하기 위한 헌법적 장치들은 국가의 작용, 특히 권력작용에는 예외 없이 적용된다고 할 것이고, 이러한 헌법 원리에 반하는 국가기관의 행위는 위헌, 위법한 것으로 평가될 수밖에 없다. 수사기관의 수사 행위는 필연적으로 시민의 기본권을 직·간접적으로 침해·제한하는 결과를 초래하므로, 수사권 역시 위와 같은 헌법적 한계 안에서 행사되어야 한다.

나) 대사인적 효력(제3자적 효력)¹⁰⁾

기본권은 전통적으로 국가권력에 대항하여 시민의 자유와 권리를 방어하기 위한 대국가적 방어권, 즉 개인의 주관적 공권에서 출발하였으나, 오늘날에는 사회적 세

7) 성낙인, 헌법학, 법문사(2014), 계희열, 헌법학(중), 박영사 각 참조

8) 성낙인, 헌법학, 법문사(2014), 909쪽 이하

9) 계희열, 헌법학(중), 박영사 82쪽

10) 이준일, “기본권의 대사인적 효력의 적용”, 헌법실무연구(10권, 2009. 12), 김주환, “기본권의 규범 구조와 제3자적 효력”, 사법행정(42권 11호, 2001), 각 참조

력, 단체 또는 개인에 의한 기본권 침해의 문제가 점점 현실화하고 있고, 이에 따라 기본권의 효력이 사인(私人)에 대하여도 미치는지에 관하여 활발한 논의가 있다.

사법(私法)의 일반원칙(신의성실, 권리남용금지, 공서양속 등)을 구체화하는 과정에 ‘간접적으로’ 효력을 미친다는 견해(간접효력설)나, 사법(私法)과 함께 기본권을 직접 적용할 수 있다는 견해(직접효력설)의 어느 의견에 의하더라도, 헌법상 기본권 체계는 국가의 기본질서를 이루는 것이므로, 법원은 개인간의 사적 분쟁에 있어서도 개인이 타인의 기본권을 침해하는 행위를 하였을 경우 그 위법성을 확인하여야 한다¹¹⁾.

2) 권력작용별 심사의 강도¹²⁾

입법 영역, 급부 작용 등과 같이 국가기관에 상당한 정도의 형성의 자유가 부여된 국가작용에 대하여는 과잉금지의 원칙이 상대적으로 완화되어 적용될 여지가 있다. 과잉금지 원칙을 엄격하게 요구할 경우 입법형성권 등 재량을 과도하게 침해할 여지가 있기 때문이다.

그러나 집행기관에 의한 권력작용, 특히 개인의 핵심적인 자유영역인 생명권, 신체의 자유 등을 제한하는 경우에는, 국가기관에 부여된 재량 영역이 작고, 기본권을 침해당하는 개인의 법익이 직접적으로 중대하게 침해될 수밖에 없으므로, 그 기본권 침해행위의 위헌성 여부를 보다 엄격하게 심사하지 않을 수 없다.

3. 비례성 원칙의 형사법적 고찰

가. 비례성 원칙의 형사법상 적용¹³⁾

1) 앞서 본바와 같이, 헌법원칙은 국가기관을 당연히 기속하므로, 수사권과 형벌권은 비례성 원칙 등 헌법원리의 범위 내에서만 행사될 수 있다.

또한, 형사법은 수사권과 형벌권을 통해 가장 본질적 기본권인 자유권, 특히 신체의 자유를 제한하게 되므로 ‘형법은 적용된 헌법이다’ 라고 말한다. 즉, 헌법은 형사법에 의한 수사권, 형벌권 행사의 정당성 근거로 기능하는 한편 수사권이나 형벌

11) 따라서 특정한 개인이 단순히 사법(私法)상 권리가 아니라, 고소, 고발권 등 공법상 권리를 남용하여 타인의 기본권을 과잉하게 침해하는 수준에까지 이르렀다면, 그와 같은 무분별한 고소, 고발권 행사는 허용되지 않는다고 할 것이다.

12) 유남석, “기본권 제한 입법과 과잉금지 원칙”, 헌법판례해설(2010), 83쪽 이하 참조.

13) 이용식, 비례성 원칙을 통해서 본 형법과 헌법의 관계, 형사법연구 25호, 2006, 참조.

권 행사의 한계를 부여한다. 비례성 원칙은 후자의 측면에서 기능한다.

2) 비례성 원칙의 외적 작용면

우선 비례성 원칙은 형사법의 외부에서 형사법에 대한 헌법적 통제의 수단 혹은 제한의 기준으로 기능한다.

헌법은 명시적 규정¹⁴⁾을 두어 형사법을 통제하기도 하고, 일반 법원리에 의해 간접적으로 통제하기도 하는데, 비례성 원칙은 후자에 해당한다.

3) 비례성 원칙의 내적 작용면

한편 비례성 원칙은 형사법 내부에서 목적과 목적, 목적과 수단, 법익과 법익의 균형을 교량하는 과정에서 그 판단 기준으로 작용한다.

가) 형법상 비례성 원칙의 작용

우선 구성요건 영역과 관련하여, 형법은 입법기술상 불가피하게 가치판단이 필요한 열린 개념을 사용하지 않을 수 없는데, 이러한 경우 비례성 원칙은 유추해석금지 원칙과 함께 해당 구성요건 요소를 헌법합치적으로 해석하도록 기속한다.

또한 위법성·책임 영역에서도 일반조항 형태로 규정된 위법성·책임조각사유를 해석·적용함에 있어 비례성 심사를 통해 구체적 타당성을 도모하고 기본권 보장의 헌법 가치를 실현한다.

양형 단계에서도 구체적으로 발생한 불법과 그에 상응한 형벌의 균형을 맞추기 위한 비례성 심사가 요구된다.

나) 형사소송법상 비례성 원칙의 작용

헌법상 비례성 원칙은 형사소송법 영역에서도 직접적 기속력을 발휘하므로, 수사기관의 수사권도 비례성 원칙의 한도 내에서 행사되어야 한다. 이를 수사비례의 원칙이라 한다. 이에 관하여는 아래에서 구체적으로 논한다.

나. 수사비례의 원칙

1) 개념

14) 죄형법정주의(헌법 제12조 제1항), 진술거부권(헌법 제12조 제2항), 적법절차 원칙과 영장주의(헌법 제12조 제3항), 변호인 조력권(헌법 제12조 제4항), 체포·구속 적부심제도(헌법 제12조 제6항), 자백의 증거능력과 증명력 제한(헌법 제12조 제7항), 재판받을 권리(헌법 제27조) 등이 그 예이다.

형사소송법(제199조 제1항)은 ‘수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다’ 라고 규정하고 있는데, 위 조항의 ‘필요한’이란 문구는 비례성 원칙(과잉금지 원칙)을 압축적으로 표현한 것으로 이해된다¹⁵⁾.

즉, ① 효과적인 형사소추, 범죄에 대한 처벌과 형사소송에 있어 가능한 한 완전한 진실의 발견이라는 공익을 위해 개인의 기본권을 침해하는 수사행위가 허용되지만, 그와 같은 정당한 목적에 기초하여, ② 그 목적 달성을 위해 적합하고, ③ 필요할 뿐만 아니라, ④ 좁은 의미에서의 비례성(균형성)도 만족하여야 한다. 균형성은 기본권과 공익상 목적을 비교하여 적절한 비례관계가 유지되는 것을 요구하므로 침해되는 법익의 정도, 증거의 중요성, 범죄의 경중, 침해의 정도가 적은 다른 방법의 존재 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다¹⁶⁾.

2) 관련 조문

형사소송법은 제199조 제1항에서 수사절차를 관통하는 일반 원리로서 비례성 원칙을 재확인하면서, 이와 별도로 비례성 원칙을 구체화한 개별 조항을 두고 있다.

예컨대, 피고인의 구속은 ‘죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고’, ‘주거부정, 증거인멸, 도주’의 사유가 있는 경우에만(목적의 정당성, 수단의 상당성) 가능하고, 그 경우에도 ‘범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려’ 하여야 하며, ‘다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건’은 주거부정의 경우에만 구속할 수 있다(피해 최소성, 균형성)(형사소송법 제70조).

압수·수색과 관련하여서도, ‘법원은 “필요한 때”에는 피고사건과 “관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정”하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있고’ (형사소송법 제106조 제1항), ‘법원은 “필요한 때”에는 “피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정”하여 피고인의 신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소를 수색할 수 있다’ (형사소송법 제109조 제1항). 검증에 관하여도 형사소송법 제139조에서 같은 취지로 규정하고 있다.

15) 배종대, 이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사, 212쪽

16) 이완규, “디지털 증거의 압수수색 개념 및 증거능력 요건”, 형사재판의 제문제(형사실무연구회) 제7권, 2014, 27면 참조.

수사절차에 대하여는 준용규정(형사소송법 제200조의6, 제209조, 제213조의2, 제219조) 및 보다 강화된 개별 규정(형사소송법 제200조의2, 제200조의3, 제201조, 제215조, 제216조 등)을 통해 더욱 엄격한 통제가 가해진다.

3) 판례

가) 사례1

형사소송법 제215조에 의하면 검사나 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 영장에 의하여 압수를 할 수 있으나, 여기서 '범죄수사에 필요한 때'라 함은 단지 수사를 위해 필요할 뿐만 아니라 강제처분으로서 압수를 행하지 않으면 수사의 목적을 달성할 수 없는 경우를 말하고, 그 필요성이 인정되는 경우에도 무제한적으로 허용되는 것은 아니며, 압수물이 증거물 내지 몰수하여야 할 물건으로 보이는 것이라 하더라도, 범죄의 형태나 경중, 압수물의 증거가치 및 중요성, 증거인멸의 우려유무, 압수로 인하여 피압수자가 받을 불이익의 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다.

원심결정 이유에 의하면 원심은, 검사가 이 사건 준항고인들의 폐수무단방류 혐의가 인정된다는 이유로 준항고인들의 공장부지, 건물, 기계류 일체 및 폐수운반차량 7대에 대하여 한 압수처분은 수사상의 필요에서 행하는 압수의 본래의 취지를 넘는 것으로 상당성이 없을 뿐만 아니라, 수사상의 필요와 그로 인한 개인의 재산권 침해의 정도를 비교형량해 보면 비례성의 원칙에 위배되어 위법하다고 판단하였는바, 기록과 위의 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 주장과 같은 압수의 요건에 관한 법리오해의 위법이 없다(대법원 2004. 3. 23.자 2003모126 결정).

나) 사례2

구 형법(2020. 12. 8. 법률 제17571호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제48조 제1항 제1호의 '범죄행위에 제공한 물건'은 범죄의 실행행위 자체에 사용한 물건만 의미하는 것이 아니라 실행행위 착수 전 또는 실행행위 종료 후 행위에 사용한 물건 중 범죄행위의 수행에 실질적으로 기여하였다고 인정되는 물건까지도 포함한다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2006도4075 판결 등 참조). 한편, 위 조항에 따른 몰수는 임의적인 것이어서 그 요건에 해당되더라도 실제로 이를 몰수할 것인지 여

부는 법원의 재량에 맡겨져 있지만 형벌 일반에 적용되는 비례의 원칙에 따른 제한을 받는데, 몰수가 비례의 원칙에 위반되는 여부를 판단하기 위해서는, 몰수 대상 물건이 범죄 실행에 사용된 정도와 범위 및 범행에서의 중요성, 물건의 소유자가 범죄 실행에서 차지하는 역할과 책임의 정도, 범죄 실행으로 인한 법익 침해의 정도, 범죄 실행의 동기, 범죄로 얻은 수익, 물건 중 범죄 실행과 관련된 부분의 별도 분리 가능성, 물건의 실질적 가치와 범죄와의 상관성 및 균형성, 물건이 행위자에게 필요불가결한 것인지 여부, 몰수되지 아니할 경우 행위자가 그 물건을 이용하여 다시 동종 범죄를 실행할 위험성 유무 및 그 정도 등 제반 사정이 고려되어야 한다(대법원 2008. 4. 24. 선고 2005도8174 판결, 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012도11586 판결 참조). 또한, 전자기록은 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식에 의하여 저장된 기록으로서 저장매체를 매개로 존재하는 물건이므로 위 조항에 정한 사유가 있는 때에는 이를 몰수할 수 있는바, 가령 휴대전화의 동영상 촬영기능을 이용하여 피해자를 촬영한 행위 자체가 범죄에 해당하는 경우, 휴대전화는 ‘범죄행위에 제공된 물건’, 촬영되어 저장된 동영상은 휴대전화에 저장된 전자기록으로서 ‘범죄행위로 인하여 생긴 물건’에 각각 해당하고 이러한 경우 법원이 휴대전화를 몰수하지 않고 동영상만을 몰수하는 것도 가능하다(대법원 2017. 10. 23. 선고 2017도5905 판결).

위와 같은 법리에 원심이 적법하게 채택한 증거와 기록에 따라 알 수 있는 사정, 즉 ① 제1심과 원심이 몰수를 명한 이 사건 휴대전화(증 제3호)는 피고인이 2019. 2. 경 자신의 할머니 명의로 개통한 것으로, 피고인은 그 경위에 관하여, 종전 형사처벌 전력에 따른 형 집행 과정에서 신용불량자가 되어 2018. 9.경 형기만료 후 자기 명의로는 휴대전화를 개통할 수 없는 불가피한 상황이었어서 할머니 명의로 개통·사용하였다고 수사 및 공판 과정에서 일관되게 진술하였고, 그와 달리 볼 만한 사정도 존재하지 않는 점, ② 이 사건 범죄사실과 관련하여 이 사건 휴대전화가 사용된 것으로 보이는 정황은, 피고인이 대마 수수·흡연 범행과 관련하여 2020. 3. 23.경 정의영과 문자메시지를 몇 차례 주고받은 것과 필로폰 수수·투약 범행과 관련하여 2020. 6. 12.경 정의영과 1회 통화한 것이 전부이므로, 마약 등의 수수 및 흡연(투약)을 본질로 하는 이 사건 범죄의 실행행위 자체 또는 범행의 직접적 도구로 사용된 것은 아닌 점, ③ 이와 같은 타인 명의 휴대전화의 개통 경위·목적·사용기간·사용내역 등에 비추어, 피고인은 2020. 8. 5. 이 사건 범행으로 체포되기까지 약 1

년 6개월 동안 이 사건 휴대전화를 일상적인 생활도로 사용하던 중 이 사건 범죄 사실과 관련하여 상대방과의 연락 수단으로 일시적으로 이용한 것일 뿐 이 사건 범행의 직접적이고 실질적인 목적·수단·도구로 사용하기 위하여 또는 그 과정에서 범행·신분 등을 은폐하기 위한 부정한 목적으로 타인 명의로 개통하여 사용한 것으로 보이지는 않는 등 이 사건 범죄와의 상관성은 매우 낮은 편이어서 이를 몰수되지 않으면 다시 이를 직접적이고 실질적인 범행의 목적·수단·도구로 이용하여 동종 범행을 저지를 가능성이나 위험성이 높다고 보기 어려운 점, ④ 이 사건 휴대전화의 압수 조치는, 이 사건 범죄사실의 각 범행일시 특정을 위해 문자메시지와 통화내역 등에 관한 확인이 필요하여 이루어진 것으로 보이나, 피고인이 이 사건 범죄사실을 모두 자백하고 있어 압수를 계속할 필요성이 보이지 않고 제1심 역시 같은 이유로 가환부 결정을 하는 등 이 사건 휴대전화의 증거가치 혹은 관련·동종의 범행 예방 차원에서 피고인의 점유 내지 소유권을 박탈할 필요성이 높아 보이지 않는 점, ⑤ 피고인은 3세에 부모 이혼 후 조부모 아래에서 성장하였고, 현재 아내와 딸은 중국에 거주하지만 그들을 비롯한 친인척과는 교류가 거의 없이 단지 이 사건 휴대전화로 중국 메신저(위챗)를 통해 연락을 취하는 것으로 보여, 이 사건 휴대전화는 단순히 금전적·경제적 가치를 넘어 피고인이 해외에 거주하는 가족과 연락할 수 있는 수단이자 지인의 연락처·금융거래 및 각종 계정 등 다수의 개인정보와 전자정보가 저장된 장치로서 피고인에게는 일상생활과 경제활동 등에 필수불가결한 물건으로 보이는 점 등을 종합하면, 이 사건 휴대전화는 비록 최초 압수 당시에는 몰수 요건에 형식적으로 해당한다고 볼 수 있었다 하더라도 그 후 수사 및 재판의 진행 경과와 이를 통해 밝혀진 사실관계에 비추어 이 사건 범죄 수행에 실질적으로 기여한 것이라고 단정하기 어려운 사정이 밝혀진 것으로 봄이 타당하다. 뿐만 아니라, 이 사건 범죄 실행에 사용된 정도·범위·횟수·중요성 등 범죄와의 상관성·관련성에 비추어, 범죄와 무관한 개인의 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권 등 인격적 법익에 관한 모든 것이 저장되어 있는 사적 정보저장매체로서의 이 사건 휴대전화가 갖는 인격적 가치·기능이 이를 현저히 초과한다고 볼 수 있어, 몰수로 인하여 피고인에게 미치는 불이익의 정도가 지나치게 큰 편이라는 점에서도 비례의 원칙상 몰수가 제한되는 경우에 해당한다고 볼 여지가 많다.

그럼에도 원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 휴대전화가 구 형법 제48조 제1항 제1호의 ‘범죄행위에 제공한 물건’에 해당된다고 보아 몰수를 명한 제1심 판결을

유지하였는바, 이러한 원심의 판단에는 비례의 원칙을 비롯한 물수의 실질적 요건 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2021도5723 판결).

4) 심사의 방법

수사기관의 수사행위에 대한 비례성 원칙에 따른 심사는 그 하위 원칙들의 충족 여부를 그 순서에 따라 검증하는 방식으로 진행한다. 선순위 원칙이 충족되는 경우에는 다음 원칙의 심사에 돌입하지만, 만일 선순위 원칙이 충족되지 않는다면, 차순위 원칙에 따른 심사는 불필요하다. 즉, 수사의 목적·동기에 대한 심사 결과 그 정당성에 대한 의문이 해소되면 제2하위 원칙인 수단의 상당성을 심사하고, 그 적합성이 수긍되는 경우 다시 침해의 최소성 여부를 심사하며, 최소성 심사까지도 통과하였다면, 마지막으로 균형성을 심사하게 되는 것이다¹⁷⁾.

이와 같은 비례성 원칙의 하위 원칙들에 따른 심사는 개별적인 수사행위에 실재하는 목적과 수단 사이의 대립하는 법익들에 대한 구체적 이익형량의 과정이므로, 현존하고 상치되는 가치와 이익들을 최대한 구체적으로 현출한 후 이를 비교·검토하여야 한다¹⁸⁾.

다. 관련된 법리

1) 검토의 필요성

헌법상 비례성 원칙은 일반 법원칙으로서 형사절차를 관통하고 있다고 할 것이지만, 절차법 또는 실체법상의 개별 문제에 응하여 구체화되기도 한다. 위와 같이 개별적으로 구체화한 비례성 원칙의 내용들은 일반 법원리로서의 비례성 원칙의 의미를 밝히고 이를 활용하는 데에도 도움이 된다고 할 것이므로, 우선 비례성 원칙이 개별화한 논의들에 관하여 개관해 보기로 한다¹⁹⁾.

2) 공소권 남용론²⁰⁾

17) 이재흥, “과잉금지원칙의 논증구조(침해의 최소성 원칙을 중심으로)”, 헌법실무연구(18권, 2017), 헌법실무연구회 98쪽 참조.

18) 김형성, “과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점”, 헌법실무연구(3권, 2002), 헌법실무연구회 9쪽 참조.

19) 수사비례의 원칙에 대한 구체적 논의가 아직은 부족해 보이므로, 관련 논의의 결과를 검토하여 참조할 필요성이 크다.

20) 김인희, “검찰의 수사권 및 공소권 남용 연구”, 법과 사회(39호, 2010), 박영사 참조

가) 개념

수사란 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기 및 유지 여부를 결정하고, 공소를 유지하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동이고,²¹⁾ 공소란 검사가 법원에 대하여 특정한 형사사건의 심판을 구하는 법률 행위적 소송행위를 말한다²²⁾.

공소권 남용이란 검사의 공소가 형식적으로는 적법하지만, 실질적으로는 재량을 넘어서서 부당한 경우를 말하고, 이러한 공소에 대하여는 실체에 관하여 심리함이 없이 형식재판(공소기각, 면소 등)으로 소송을 종결시켜야 한다는 이론이 공소권 남용론인데, 이는 비례성 원칙이 공소권 영역에서 구체화한 것이다²³⁾.

나) 공소권남용의 법리

공소권 남용이 문제되는 전형적인 사례로는 ① 무혐의 사건의 기소, ② 기소유예할 사건의 기소, ③ 선별기소, ④ 누락기소(분리기소) 등이 있는데, 대법원은 누락기소 사건에 관하여 ‘형사소송법 제246조와 제247조에 의하여 검사는 범죄의 구성요건에 해당하여 형사적 제재를 함이 상당하다고 판단되는 경우에는 공소를 제기할 수 있고 또 형법 제51조의 사함을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있는 재량권이 부여되어 있으나, 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다’ (대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도3026 판결)라고 판시한바 있다²⁴⁾.

3) 별건 수사론²⁵⁾

가) 개념

21) 김재환, 형사소송법, 법문사, 31쪽

22) 같은 책 261쪽

23) 공소권은 수사기관이 가진 권한의 일부에 불과하고 공소 재량과 수사 재량을 본질적으로 달리 취급할 이유는 없는 것이므로, 남용된 수사권에 대하여도 동일한 법적 평가를 내리지 않을 수 없을 것이다.

24) 따라서, 적어도 부당한 목적이 확인된 경우 공소 재량이 남용된 경우에 해당하여 비례성 원칙에 반한다고 판단할 수 있는 것이다.

25) 강동욱, “별건구속과 여죄조사의 적법성 여부에 관하여”, 고시연구(제32권 제6호, 375호, 2005. 6.), 고시연구사 참조

‘별건구속’은 광의로는 특정 사건(본건)을 수사하면서 다른 사건(별건)으로 피의자를 구속하는 경우를 말하며, 협의로는 가벼운 별건에 대하여 구속의 이유 내지 필요성이 없음에도 불구하고 중대한 본건에 대하여 조사할 목적으로 구속하는 경우만을 일컫는다. 일반적으로 별건구속은 증거가 미비한 중죄(본건)를 수사하기 위하여 우선 증거가 확실하고 구속요건이 갖추어진 경죄(별건)로 구속하는 경우를 말한다. 특히 수사 목적의 정당성, 수단의 상당성이나 영장주의와 관련하여 위법성 여부가 문제된다²⁶⁾.

나) 별건구속의 적법 여부

구속은 별건에 관한 것이고 그 별건에 대해 구속이유가 구비되어 있으면 설령 수사기관의 조사목적이 본건에 있었다더라도 그 구속이 위법으로 되는 것은 아니라는 견해(별건기준설, 형식설)와 수사기관의 진정한 의도가 본건에 향하여진 것인 이상 별건구속을 별건에 관한 것이라고 하는 것은 타당하지 않고 구속은 본건에 관한 것이라고 보아야 하고 따라서 본건조사를 목적으로 하는 별건구속은 위법이라고 하는 견해(본건기준설, 실질설)가 대립하고 있으나, 본건기준설이 지배적인 학설이다.

법관은 구속영장청구서에 기재된 특정 피의사실(별건)에 한정하여 구속사유 유무를 심사한 후 그 별건 피의사실에 대해 구속영장을 발부하는 것인데, 이를 실질적으로 다른 피의사실(본건)의 수사에 이용하는 것은 본건에 대한 법관의 구속사유 판단을 회피하여 영장주의를 잠탈하는 결과가 되므로, 허용될 수 없다고 할 것이다²⁷⁾.

다) 별건 압수·수색의 문제²⁸⁾

(1) 개념

검사가 특정한 피의사실에 대해 발부받은 압수·수색 영장을 집행하는 과정에 또 다른 피의사실(별건)과 관련되는 증거를 발견한 경우 그 증거를 별건 피의사실을 증명하는 증거로 바로 사용할 수 있는가, 또는 별건 피의사실의 증거로 사용하기 위

26) 이에 반해 ‘여죄’는 동일 피의자의 범죄사실 중 수사기관에 의하여 수사의 대상이 된 피의사건 이외의 사건으로 동시수사의 가능성이 있는 것을 말한다. 종래 여죄수사는 허용된다고 보는 견해가 다수였고, 실무상으로도 큰 제한 없이 용인되어 왔다.

27) 이러한 법리는 다른 수사절차에서도 목적의 정당성이나 수단의 상당성을 심사하는 기준으로 활용될 수 있을 것이다.

28) 이재원, 김태균, “전자정보에 대한 압수·수색 과정 중 이루어진 이른바 별건 압수·수색에 대한 문제”, 을촌판례연구(2017), 김성룡, “전자정보에 대한 이른바 별건 압수·수색”, 형사법의 신동향(통권 제49호, 2015. 12.), 대검찰청 각 참조

해서 어떠한 조치가 필요한가?

역시 수사 목적의 정당성, 수단의 상당성이나 일반영장 금지의 원칙과 관련된 논의이다.

(2) 압수·수색의 허용범위(‘관련성’의 범위)

검사가 법관으로부터 발부받은 압수·수색 영장을 토대로 증거를 압수·수색하는 경우에 압수·수색할 수 있는 증거와 영장에 기재된 피의사실 사이에는 어느 정도의 관련성이 요구되는가에 관하여, ① 관련성을 엄격하게 적용해야 하고, 부득이 범죄와 관련이 없는 증거나 정보를 압수한 경우에는 환부, 가환부 절차를 통한 반환이나 수사기관이 보유한 정보의 삭제, 폐기조치를 취함으로써 스스로 압수·수색 절차의 적법성을 회복하여야 한다는 견해(엄격설)와 ② 관련성 요건을 완화해 적용해야 하고, 관련성이 없는 전자정보를 무조건 배척할 것이 아니라 범죄와 무관한 데이터 내지 제3자의 권리나 이익의 보호라는 측면과 형사소추 유지의 이익이라는 측면을 적절하게 교량하여 판단해야 한다는 견해(비엄격설)가 대립한다. 위 ‘관련성’ 개념은 ‘비례성’ 개념[특히 수단(방법)의 상당성(적절성)]이 개별화·구체화된 것이라고 할 것이다.

대법원은 수사기관이 피의자 갑의 공직선거법 위반 범행을 영장 범죄사실로 하여 발부받은 압수·수색영장의 집행 과정에서 을, 병 사이의 대화가 녹음된 녹음파일을 압수하여 을, 병의 공직선거법 위반 혐의사실을 발견한 사안에서, ‘수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 아니한 채 압수한 녹음파일은 형사소송법 제219조에 의하여 수사기관의 압수에 준용되는 형사소송법 제106조 제1항이 규정하는 “피고사건” 내지 같은 법 제215조 제1항이 규정하는 “해당 사건”과 “관계가 있다고 인정할 수 있는 것”에 해당하지 않으며, 이와 같은 압수에는 헌법 제12조 제1항 후문, 제3항 본문이 규정하는 영장주의를 위반한 절차적 위법이 있으므로’라고 판시하여 전자정보의 압수에 있어 범죄사실과의 관련성이 엄격하게 요구된다는 취지로 판시하였다(대법원 2014. 1. 6. 선고 2013도7101 판결 참조).

(3) 별건 압수·수색의 경우 수사기관의 조치

영장에 따라 증거를 압수·수색(분석)하는 과정에 영장의 피의사실과 관련성이 없는 별건의 증거가 발견된 경우에 검사가 취하여야 할 합법적인 조치는 무엇인가?

이에 대하여, ① 우연히 발견된 별건에 대한 증거에 대하여는 별도의 압수·수색 영장을 발부받아야 한다는 견해와 ② 개별적·구체적 사건에 따라 범죄의 경중, 범

죄혐의의 강도 등을 헤아려 별도의 영장 없이 압수하여 증거로 사용하도록 해야 한다거나 이를 입법화하여야 한다는 견해가 대립하고 있다.

대법원은 ‘전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다’고 판시(대법원 2014. 1. 6. 선고 2013도7101 판결)함으로써, 별도의 영장이 필요하다는 입장이다.

4) 직권남용죄에서의 직무권한의 남용²⁹⁾

가) 직권남용죄의 개념

직권남용죄(형법 제123조)는 ‘공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때’ 성립하는 범죄인데, 직권남용죄는 공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우에 성립하고, 그 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것이면 된다(대법원 2015. 3. 26. 선고 2013도2444 판결).

나) 남용의 의미와 판단기준

앞서 본바와 같이, 직권의 ‘남용’이란 ‘공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권 행사의 외형과 형식에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 한 경우’이다³⁰⁾.

직권남용에 해당하는가의 판단 기준은 구체적인 공무원의 직무행위가 그 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등 제반 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2012. 1. 27. 선고 2010도11884 판결 참조). 즉, 비례성 원칙에 따른 목적의 정당성, 수단

29) 박대준, “직권남용죄의 성립요건”, 대법원판례해설(통권 제53호, 2005), 법원도서관 참조

30) ‘남용’ 행위는 다시 직권행사의 상대방과의 관계에서 심리적 구속형, 수인강제형, 밀행형으로 분류되거나, 직무가탁형과 직권수행형으로 구분되기도 한다.

의 상당성, 필요성 및 균형성 요건을 결여한 경우라면 직권을 남용한 경우로 인정되게 될 것이다³¹⁾.

5) 행정법상 논의³²⁾

가) 수사기관으로서 검찰이나 경찰이 행하는 사법작용은 행정작용과는 개념상 구별되나³³⁾, 수사기관도 행정부를 구성하는 국가기관이고 국민의 권익에 직접 영향을 미치는 침해적 공권력 작용의 영역에 있어서는 기본권을 제한하는 권력 작용으로서 본질적으로 유사한 측면이 있다. 나아가, 헌법상 비례성 원칙에 의한 통제와 심사의 대상이 된다는 측면에서는 양 작용 사이에 근본적 차이가 있다고 보기 어렵다.

나) 재량행위와 재량 남용

행정행위가 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위 내지 기속재량행위와 재량행위 내지 자유재량행위로 구분된다고 할 때, (중략) 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 판단 대상으로 한다(대법원 2018. 10. 4. 선고 2014두37702 판결).

즉, 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 외적 한계를 넘은 경우(일탈)는 물론이고, 내적 한계를 넘은 경우(남용)에도 위법한 행정행위가 되고, 법원은 이를 취소할 수 있다(행정소송법 제27조).

다) 재량 남용의 판단기준

행정기관이 개인적 감정, 편견, 정치적 고려 등에 기초하여 어떠한 행정행위를 한 경우 그 처분은 위법하고, 행정작용에 있어서 목적 실현을 위한 수단과 당해 목적

31) 이러한 직권남용죄의 법리에 비추어 보면, 부정한 목적이나 동기에 기인한 수사는 정당한 수사로 인정되기 어렵고, 오히려 직권남용죄를 구성할 것이다.

32) 선재성, “예외적 허가의 재량행위성과 그 재량권 일탈·남용 여부에 관한 법원의 심사방법”, 대법원판례해설(통권 제36호, 2001), 법원도서관 참조.

33) 실질적 의미를 기준으로, 행정작용은 장래지향적으로 공익을 구체적·계속적으로 실현하는 작용으로, 사법작용은 구체적 법률상 분쟁이 있는 경우 당사자가 제기한 쟁송에 의하여 법이 무엇인가를 판단·선언하는 작용으로 구별되곤 한다. 김동희, 형정법1(제6판), 박영사, 7쪽 이하 참조.

사이에는 합리적인 비례관계가 인정되어야 하며(비례 원칙), 행정청은 기본적으로 동일한 사안에 있어서 특정인에게 대하여만 불리하거나 유리하게 처분하여서는 안 된다(평등 원칙). 예컨대, 동일한 내용의 행정상 위반행위를 한 사람이 다수인 경우 차별을 정당화할 만한 특별한 사유가 없음에도 특정인에 대하여만 불리한 처분을 한다면, 그 처분은 위법하다.

또한 행정청이 재량권을 행사함에 있어서는 관련된 이해와 가치를 균형 있게 고려하여야 하므로, 당연히 고려하여야 할 사항을 충분히 고려하지 않거나, 반대로 본래 고려하지 않아야 할 사항을 고려하거나, 특정 사항을 과대하게 평가한 경우에는 당해 처분은 위법하다³⁴⁾.

4. 목적의 정당성 심사

가. 개념 및 문제의 제기

1) 목적의 정당성³⁵⁾

기본권은 ‘국가안전보장, 질서유지, 공공복리’의 공적인 목적을 위해서만 침해, 제한될 수 있다는 원칙이다.

2) 헌법 제37조 제2항이 기본권 제한의 목적으로 들고 있는 ‘국가안전보장, 질서유지, 공공복리’의 개념들은 추상적이나, 적어도 순수한 공적인 목적, 즉 ‘공익’을 의미하는 것임에는 의문이 없으므로, 기본권은 정당성이 인정되는 목적을 위해서만 제한할 수 있다. 즉, 비례성 원칙은 법치국가의 핵심인 실질적 정의를 실현하기 위한 원칙이고, 불법적 목적을 달성하기 위해 사용된 수단에 관하여는 정당

34) 행정은 기본적으로 불특정 또는 다수를 대상으로 하는 장래지향의 공익실현 작용이므로, 법적 안정성 내지 대중의 신뢰보호 필요성이 크고, 이에 따라 행정행위에 대하여는 이른바 공정력이 인정된다. 그러함에도, 재량이 남용된 행정행위는 위법한 것으로 평가되고 취소된다. 공정력의 문제나 법적 안정성이라는 추가적인 고려가 필요하지 않을 뿐만 아니라 행정작용에 비해 개인의 기본권을 더욱 직접적으로 침해하는 공권력 작용인 수사작용은 그 적법성에 대한 통제가 보다 강하게 요구된다고 할 것이므로, 수사재량에 대한 비례성 심사기준은 위와 같은 행정재량의 심사기준보다 더욱 엄격하여야 할 것이다.

35) 헌법재판소는 비례성 원칙의 첫번째 하위 원칙으로 목적의 정당성을 심사해 왔다. 이에 대해 목적의 정당성은 수단의 상당성 요건의 일부로 판단하면 족하다는 반대론(예컨대, 이용식, “비례성 원칙을 통해서 본 형법과 헌법의 관계”, 형사법연구 25호, 2006, 50면)도 있으나, 비례성 심사는 궁극적으로 목적과 수단 사이에 존재하는 상충하는 이익의 비례 관계를 심사하는 것이므로 개념적으로도 목적의 정당성 유무나 정도에 대한 심사는 이익형량상 매우 큰 의미를 가질 뿐만 아니라 실제로도 부당한 목적에 남용된 재량에 대한 통제의 필요성은 크다고 할 것이어서 헌법재판소의 위와 같은 견해는 타당하다.

한 비례 관계가 성립할 수도 없으며, 정의로운 관계의 비교 인자로 불의한 목적이 등장할 수도 없는 것이다. 따라서 기본권 제한이 불법적인 목적을 달성하기 위한 것이라면 비례성 원칙을 충족할 여지는 전혀 없는 것이다.

나아가 목적의 정당성에 대한 검토는 목적에 대한 수단의 비례 관계를 판단하는 데에도 영향을 미칠 수 있다. 예를 들어서 정당성에 의문이 있는 목적과 그렇지 않은 목적에 대한 수단의 비례성을 동일한 기준으로 심사할 수 없는 것이므로, 정당성에 의문이 있는 목적의 경우에는 더욱 엄격한 수단의 비례성을 요구함으로써 법치국가적 가치에 대한 위협을 상쇄할 필요가 있고, 그 결과 허용 가능한 수단의 범위가 그만큼 제한될 수밖에 없다.³⁶⁾

3) 그런데 국가나 국가기관이 개인의 기본권을 제한하는 행위를 함에 있어서는 어떠한 경우에도 형식상으로는 헌법이나 법령상 근거를 갖추기 마련인데, 해당 기본권 침해행위의 목적을 평가함에 있어서 국가기관이 형식적으로 표방한 목적만을 심사할 것인가, 아니면 그 이면에 숨은 실질적인 목적이나 의도, 동기를 함께 평가하여야 할 것인가? 만일 이면에 숨은 실질적 목적을 가려내어 비례성 원칙의 충족 여부를 심사하여야 한다면 이를 어떻게 실현할 수 있을 것인가?

나. 심사 대상인 목적의 범위

1) 국가기관이 행한 기본권 침해 작용의 형식적·절차적 근거인 법령은 그 입법목적상의 공익적 합리성을 추구하므로, 국가기관이 기본권 침해의 근거로 내세운 법령상 목적만으로 그 침해작용의 목적을 평가한다면, 국가기관의 공권력 작용은 언제나 정당한 목적을 위한 것으로 평가될 수밖에 없다.

그러나, 앞에서 본바와 같이, 헌법상 적법절차 원리(법치주의)는 형식적 법률주의를 의미하는 것이 아니라 실질적으로 정의로운 목적에 부합할 것을 요구(실체적 적법절차 원리)하고 있을 뿐만 아니라 국가기관의 기본권 침해행위를 그 공권력 발동의 근거가 되는 법령상에 규정된 형식적 목적으로만 심사할 경우 목적의 정당성 평가가 형해화할 수밖에 없으므로, 적법절차 원리에 따른 실체적 정의를 실현하고 개인의 기본권을 온전히 보장하기 위해 해당 공권력 작용의 이면에 숨은 실질적인 목적·의도·동기를 함께 평가하지 않을 수 없다.

36) 배종대, 보안처분과 비례성 원칙, 세창출판사, 1998, 11쪽 참조.

2) 또한, 문제되는 국가작용에 대한 비례성 심사는 개념적·추상적 평가가 아니라 개별 기본권에 대한 구체적·현실적 위협에 대한 평가와 통제이다. 즉, 비례성 원칙에 근거한 검증 과정은 추상적·일반적 입법작용이나 행정작용이 특정 사건으로 개별화한 후 사법기관이 이를 사후적으로 심사함으로써 구체적 타당성의 유무를 확인하는 것이므로, 각 사안별로 목적과 수단 사이의 현실적으로 대립하는 이익을 최대한 정량화하여 교량해야 하고 이를 위해서는 실재하는 목적 가치나 그 수단에 의해 침해되는 기본권적 이익을 구체적으로 발굴하여야 한다. 따라서 해당 국가작용이 추구하는 목적도 법령상의 개념적 목적만이 아니라 실제로 해당 사안에 대해 발현된 구체적인 목적, 의도 및 동기가 검토되어야 한다.

3) 나아가, 비례성 원칙은 국가기관이 행사하는 재량 남용을 통제하기 위한 원리인데, 적법의 외형을 가탁하여 실질적으로 부정한 목적을 실현하려고 하는 것은 전형적인 재량 남용의 예에 해당하므로, 비례성 원칙에 의한 통제의 필요성과 실익이 가장 큰 경우이다.

4) 이에 따라, 앞서 본바와 같이, 행정재량에 관한 비례성 원칙에서도 타사고려 금지를 하위 원칙으로 두고 있고, 직권남용죄에 있어서도 형식적으로 직무권한 내의 권한 행사라도 실질적으로 불법적인 목적을 실현하는 도구로 권한을 행사한 경우를 직권 남용으로 처벌하는 것이며, 대법원도 공소권 남용에 관하여 ‘자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다’ (대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도3026 판결)고 판시하는 등 비례성 원칙의 개별화 영역에서도 실질적 목적·의도·동기가 심사 대상이 되는 것이다.

5) 따라서 수사 목적의 정당성을 심사함에 있어 그 이면에 숨은 실질적 목적이나 의도, 동기까지도 함께 검토되어야 할 것이다.

그런데, 범죄의 예방과 처벌 등 형사소송법이 예정한 목적의 추구가 목적의 정당성 원칙을 위배할 여지는 거의 없으므로, 이하에서는 수사절차가 수사관 등의 부당하거나 부정한 목적이나 의도, 동기에 의해 개시·진행되었을 경우 어떠한 기준과

방법으로 목적의 정당성을 심사하고 통제할 것인가에 관하여 보다 구체적으로 검토해 본다.

다. 심사의 실제

1) 목적(의도, 동기)

가) 개념

형사법 영역에서 목적, 의도, 동기를 법리적으로 따져야 하는 경우는 목적범의 목적이나 양형요소로서 범행의 ‘동기’를 고려하는 정도를 상정할 수 있을 것이다.

반면, 민법에서는 ‘동기의 착오’, ‘동기의 불법’ 등의 영역에서 ‘동기’를 논해 왔는데, 통상적으로 ‘동기’란 ‘내심적 효과의사를 형성하게 된 연유’로 표현되곤 한다³⁷⁾.

이와 같은 민법상 ‘동기’ 개념을 차용한다면, 수사과정에 있어서 수사기관의 목적, 동기란 ‘수사의 개시, 진행, 종결 등에 관한 의사를 형성하게 되는 연유나 사정’으로 정의할 수 있을 것이다.

나) 참조 가능한 개념 : 목적범의 ‘목적’³⁸⁾

(1) 목적범의 목적

목적범이란 그 주관적 구성요건으로 ‘고의’ 외에 ‘목적’을 추가로 요구하는 범죄인데, 객관적 구성요건요소에 대한 행위자의 인식으로서의 ‘고의’ 외에 ‘목적’이라는 주관적 심리상태가 더 요구됨으로써 비로소 그 행위의 법익침해위험성 내지는 불법이 인정되거나, 기존의 위험성이 증대되거나 또는 특수한 위험성이 발현되는 범죄유형으로서, 행위의 주관적 면이 객관적 면을 초과하는 경우이다. 이런 점에서 ‘목적’을 ‘초과’ 주관적 구성요건요소라고 부른다.

(2) 참조 가능성

이러한 목적범의 ‘목적’은 그 구성요건의 성립 범위를 제한하기 위해 추가적으로 요구하는 주관적 구성요건이고, 죄형법정주의에 따른 엄격한 해석이 요구된다.

반면, 목적의 정당성 원칙에 의한 심사 대상인 ‘수사의 목적’은 수사 대상자의

37) 김학동, “동기의 착오에 관한 판례의 검토”, 민사법학(38호, 2007. 9.) 참조. 판례는 법률행위의 연유 또는 동기는 효과의사의 내용을 이루는 것이 아니라 단지 효과의사를 결정하게 된 사정에 불과하다고 본다(대법원 1960. 4. 21. 선고 4292민상416 판결, 대법원 1985. 4. 23. 선고 84다카890 판결 등 참조).

38) 정영일, “목적범에 관한 판례연구”, 형사판례연구(9호, 2001) 참조

기본권 보호를 위해 검증하는 것이므로, 수사절차를 왜곡하거나 오염시켰을 위험성의 유무를 보다 적극적으로 검증할 필요가 있고, 이러한 측면에서 목적범의 목적과는 개념상·절차상 의미가 다르다.

그러나, 목적범의 ‘목적’과 수사의 ‘목적·의도·동기’는 인간의 내면에 존재하는 방향성이라는 측면에서는 유사한 의미를 가지고, 그 유무나 내용을 판단하는 방법이나 과정보다 비슷하다고 할 것이므로, 목적범의 목적에 대한 판단기준은 수사의 목적·의도·동기를 판단함에 있어서도 참조할 만하다.

(3) 판단기준

대법원은 목적범의 ‘목적’이 존재하는지에 관하여 구체적으로 아래와 같은 판단기준을 제시하고 있다.

(가) 간접사실의 종합적 고려

행위자에게 ‘이적행위 목적’이 있음을 증명할 직접증거가 없는 때에는 앞에서 본 표현물의 이적성의 징표가 되는 여러 사정들에 더하여 피고인의 경력과 지위, 피고인이 이적표현물과 관련하여 제5항 소정의 행위를 하게 된 경위 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다(대법원 2020. 1. 9. 선고 2016도2195 판결).

(나) 사회통념에 기초한 합리적 판단

‘업무 외의 목적’이 있는지는 위 규정의 입법 목적이 마약 등의 취급·관리를 적정하게 함으로써 그 오용 또는 남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하여 국민보건 향상에 이바지하기 위한 것임을 염두에 두고 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2016. 6. 23. 선고 2014도8514 판결).

(다) 관련자의 관계, 행위자의 태도나 언행, 상황, 행위의 시간과 장소, 행위의 내용, 예견가능성, 행위 전후의 정황 등의 종합적 판단

피고인에게 ‘보복의 목적’이 있었는지 여부는 피해자와의 인적 관계, 수사단서의 제공 등 보복의 대상이 된 피해자의 행위(이하 ‘수사단서의 제공 등’이라 한다)에 대한 피고인의 반응과 이후 수사 또는 재판과정에서의 태도 변화, 수사단서의 제공 등으로 피고인이 입게 된 불이익의 내용과 그 정도, 피고인과 피해자가 범행 시점에 만나게 된 경위, 범행 시각과 장소 등 주변환경, 흉기 등 범행도구의 사용 여부를 비롯한 범행의 수단·방법, 범행의 내용과 태양, 수사단서의 제공 등 이후 범행에 이르기까지의 피고인과 피해자의 언행, 피고인의 성행과 평소 행동특성, 범행의 예견가능성, 범행 전후의 정황 등과 같은 여러 객관적인 사정을 종합적으로

고려하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2014. 9. 26. 선고 2014도9030 판결).

(라) 행위자의 신분, 행위의 경위, 소속 단체와의 관련성 등의 종합적 고려

행위자에게 ‘이적행위 목적’이 있음을 증명할 직접증거가 없는 때에는 표현물의 이적성의 징표가 되는 사정들에 더하여 피고인의 경력과 지위, 피고인이 이적표현물과 관련하여 제5항 소정의 행위를 하게 된 경위, 피고인의 이적단체 가입 여부 및 이적표현물과 피고인이 소속한 이적단체의 실질적인 목표 및 활동과의 연관성 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있는 것이다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2012도3529 판결).

(마) 적극적 의욕이나 희망의 요부

허위사실공표죄에서의 ‘당선되지 못하게 할 목적’은 허위사실을 공표함으로써 후보자가 당선되지 못하게 한다는 인식만 있으면 충분하며, 그 결과발생을 적극적으로 의욕하거나 희망하는 것일 필요는 없다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3824 판결).

(바) 행위자의 사회적 지위, 관련 당사자의 관계, 행위의 경위·수단·방법, 행위의 내용, 상황의 종합적 고려

‘당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적’이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적관계, 행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96도2910 판결).

2) 수사기관의 목적

가) 수사기관

수사의 최종적인 책임자나 수사지휘자의 목적·의도·동기가 수사의 목적이나 동기로 고려되어야 함은 당연하다. 그들은 수사의 착수, 수사의 진행, 기소 여부의 결정 등에 관한 사항을 최종적으로 결정하는 지위에 있기 때문이다.

한편, 수사지휘자가 아니더라도 수사에 관여한 나머지 수사관의 목적이나 동기도 수사의 목적으로 고려될 수 있을 것인가? 수사는 시민의 기본권을 중대하게 침해할 수 있는 매우 강력한 공권력작용에 속하고, 수사에 어떠한 형태의 절차상 하자가

존재하는 경우라도, 그 수사 전체를 모두 위법하게 평가하는 것이 헌법상 적법절차 원리의 이념에 부합한다고 할 것이므로³⁹⁾, 다소라도 수사에 영향을 주거나 관여할 수 있는 지위에 있는 수사관의 목적이나 동기도 함께 고려함이 마땅하다.

나) 수사의 단서를 제공한 사인(私人)

(1) 문제점

수사 개시의 원인인 수사 단서에는 제3자의 의사와 무관한 변사자검시, 자수, 불심검문 등도 있지만, 사실상 수사의 대부분은 고소, 고발에 의해 개시되는 것이 현실이고, 고소인, 고발인의 목적이나 동기는 어떤 형태로든 수사에 영향을 미칠 수밖에 없다.

그런데 고소, 고발이 순수하게 범죄의 발견 및 처벌이라는 정당한 목적만을 가지고 이루어지는 경우도 있지만, 보복이나 위협 또는 부정한 거래 등 부당한 목적에 남용되는 경우도 적지 않다. 이러한 고소, 고발권의 남용행위까지도 정상적인 권리 행사로서 보호되어야 하는가? 그 한계는 어디까지이고, 한계를 일탈한 고소, 고발인의 부당한 목적은 어떻게 평가하여야 하는가?

(2) 관련 법리(권리남용론)⁴⁰⁾

(가) 고소, 고발권의 남용에 관하여 아직 충분한 이론상, 실무상 논의가 존재하지 않는 것으로 보이므로, 민사상 유사한 논의인 권리남용론에 관해 개관해 본다⁴¹⁾.

이에 관하여, 판례는 ‘권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, (중략) 다만 이러한 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다’고 판시하고 있다(대법원 1998. 6. 26. 선고 97다42823

39) 대법원도 같은 취지의 판례 법리를 정립해 오고 있다. 예컨대, 진술거부권 고지 절차에 흠결이 있는 경우(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결), 변호인 접견교통권이 방해받은 경우(대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결 등), 압수·수색 과정에서의 참여권이 보장되지 않은 경우(대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정) 등이다.

40) 한삼인, “권리남용금지의 원칙에 관한 판례분석”, 고시연구(29권 11호, 2002) 참조

41) 이에 관하여 본고와 유사한 논의를 하고 있는 논문을 발견할 수 있었다. 김혜경, “고소권 제한원리로서 권리남용금지원칙의 도입에 관한 연구”, 피해자학연구(제25권 1호, 2017. 4.) 참조. 다만, 위 논문은 고소권 남용 문제의 해결을 기본권(고소권) 제한의 측면에서 검토하고 있는데, 고소권 남용의 문제와 그 남용된 고소에 터 잡은 수사의 적법성 평가는 별개의 문제라고 보아야 할 것이다.

판결 등 참조).

(나) 사례 검토

판례가 권리남용으로 인정한 사례는 다음과 같다.

- ① 권리행사가 사회생활상 인용할 수 없거나 사회적 한계(이른바 수인한도)를 초과하는 경우⁴²⁾
- ② 권리의 행사가 사회질서와 신의에 반하는 결과를 가져오는 경우⁴³⁾
- ③ 권리의 행사가 권리자의 정당한 이익이 없는 경우⁴⁴⁾
- ④ 권리행사가 단지 부당한 이득을 얻기 위한 방편에 지나지 않는 경우⁴⁵⁾
- ⑤ 상당한 기간이 경과한 후에 권리를 행사하는 경우⁴⁶⁾
- ⑥ 인륜에 반하는 행위⁴⁷⁾
- ⑦ 실제적 권리관계에 배치되는 확정판결 집행의 경우⁴⁸⁾
- ⑧ 법률상 받아들여질 수 없음이 명백함에도 같은 내용의 재심청구를 거듭하는 경우⁴⁹⁾

42) 예컨대, 취득 당시 그 토지 위에 초등학교가 서있고 현재 학교 교사로 사용하고 있다는 사실을 알면서 토지를 취득한 후에 그 학교교사의 철거를 청구하는 것은, 공공복리를 위한 사회적 기능을 무시한 권리의 행사로서 권리남용으로 해당한다(대법원 1978. 2. 14 선고 77다2324 판결 참조).

43) 형식적으로는 권리행사라 하여도 그 권리행사로써 사회적 관념과 권리의 감정으로서 도저히 허용할 수 없는 정도의 막대한 손해를 상대방에게 입히게 한다거나 그 권리행사로 사회질서와 신의에 어긋나는 결과를 사회에 초래케 한다거나 또는 권리자에게 아무 이익이 없음에도 불구하고 오로지 상대방에게 손해와 고통을 줄 목적만으로써 권리를 행사하는 것은 권리남용으로 해당한다(대법원 1998. 6. 16. 선고 97다42823 판결, 대법원 1983. 10. 11. 선고 83다카335 판결, 대법원 1980. 5. 27. 선고 80다484 판결 참조).

44) 토지소유자가 자신의 토지 위에 설치된 수로를 폐쇄하는 방법으로 소유권을 행사하는 것은 자신에게는 큰 이익이 없는 반면에, 상대방인 농지개량조합에게는 새로운 수로개설을 위한 막대한 시간과 비용이 필요하여 그 피해가 클 뿐만 아니라, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하게 행사해야 한다는 기본원칙에도 어긋나는 것으로 권리남용이 된다(대법원 1991. 10. 25. 선고 91다27273 판결 참조).

45) 건물이 서 있는 토지를 매수하여 그 시가의 7배가 넘는 건물의 철거를 청구하는 한편, 그 인접토지의 가격보다 2배 이상 되는 가격에 그 토지를 매수하도록 요구하는 행위는 권리남용으로 해당한다(대법원 1964. 11. 10. 선고 64다720 판결 참조).

46) 중혼 성립 후 10여 년 동안 혼인취소청구권을 행사하지 않았다 하여 그 권리가 소멸된 것은 아니나, 더 이상 취소권을 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에 원고가 새삼스럽게 그 혼인취소청구권을 행사하는 것은 권리남용이 된다(대법원 1993. 8. 24.자 92므907 결정 참조).

47) 외국에 이민을 가 있어 주택에 입주하지 않으면 안 될 급박한 사정이 없는 딸이, 고령과 지병으로 고통을 겪고 있는 상태에서 달리 마땅한 거처도 없는 아버지와 그를 부양하면서 동거하고 있는 남동생을 상대로, 자기 소유 주택의 명도 및 퇴거를 청구하는 행위는 인륜에 반하는 행위로서 권리남용으로 해당한다(대법원 1998. 6. 12. 선고 96다52670 판결 참조).

48) 확정판결의 내용이 실제적 권리관계에 배치되는 경우, 그 판결에 의하여 집행할 수 있는 것으로 확정된 권리의 성질과 그 내용·판결의 성립 경위 및 판결 성립 후 집행에 이르기까지의 사정·그 집행이 당사자에게 미치는 영향 등 제반사정을 종합하여 볼 때, 그 확정판결에 기한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 그 집행을 수반하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우에는 그 집행은 권리남용으로서 허용되지 않는다(대법원 2001. 11. 13. 선고 99다32899 판결, 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다4862 판결, 대법원 1984. 7. 24. 선고 84다카572 판결 참조).

49) 재판청구권의 행사도 상대방의 보호 및 사법기능의 확보를 위하여 신의칙에 의하여 규제된다고 볼

(3) 고소, 고발권 남용의 판단기준

그렇다면, 고소, 고발권의 남용 여부에 관하여는 어떠한 기준으로 판단할 것인가? 권리남용에 관한 위 판례 법리를 참조하되, 다만, 공법상 권리인 고소, 고발권에 대하여는 사권의 남용에 비해 더욱 엄격한 통제가 요구된다고 할 것이므로, 남용의 인정요건을 보다 완화해서 다음과 같은 기준을 제시해 볼 수 있을 것이다.

주관적으로는, 고소, 고발의 목적이 주로 피의자에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐이고, 고소, 고발인에게 별다른 보호가치 있는 이익이 없는 경우이면 요건을 충족한다고 할 것이다.

객관적으로는, 그 고소, 고발이 사회질서에 반한다고 볼 수 있을 정도에 이른 경우는 물론이거니와, 그 고소, 고발에 의해 보호되는 공익보다 그 고소, 고발로 인해 침해되는 피의자의 사익이 현저히 크다면, 고소, 고발권의 남용으로 평가할 수 있을 것이다. 예컨대, 이웃의 사소한 위법행위에 관하여 끊임없이 반복하여 고소, 고발을 남발하는 경우가 이에 해당할 수 있을 것이다.

구체적인 사례에 있어서, 위의 각 요건을 충족하는지를 판단함에 있어서는 앞서 본 권리남용의 사례에서 제시된 개념들이 종합적으로 고려될 수 있을 것이다.

(4) 남용된 고소, 고발에 터잡은 수사의 위법성 유무

(가) 사법상 권리조차도 남용되는 경우 그 효력이 부인된다면, 공법상 권리인 고소, 고발권 남용의 경우 그 효력을 부인하여야 하고, 남용된 고소, 고발에 터 잡아 이루어진 수사 절차에는 하자가 존재한다고 보아야 할 것이다.

다만, 고소, 고발은 수사의 단서에 불과하고, 수사가 언제나 고소, 고발인의 의사에 좌우되는 것은 아니므로, 해당 수사의 하자는 남용된 고소, 고발이 그 수사에 미친 영향의 유무나 정도에 따라 달리 평가하여야 할 것이다.

(나) 우선, 수사기관이 고소, 고발에 터 잡아 소극적으로 수사를 진행하였을 뿐이고, 적극적으로 수사를 진행할만한 다른 공익적 요구가 없었던 경우에는 그 수사는 남용된 고소, 고발이 전적으로 영향을 미쳤다고 볼 수 있으므로, 수사 자체에 중대한 하자(위법)가 있다고 평가할 수 있을 것이다. 극단적으로는 수사기관이나

것이므로, 법원에서 수회에 걸쳐 같은 이유 등으로 재심청구가 패소 당하여 확정되었음에도 불구하고, 이미 배척되어 법률상 받아들여질 수 없음이 명백한 이유를 들어, 같은 내용의 재심청구를 거듭하는 것은 상대방을 괴롭히는 결과가 되고, 나아가 사법인력을 불필요하게 소모시키는 결과로도 되기에, 그러한 제소는 특별한 사정이 없는 한, 신의칙에 위배하여 소권을 남용하는 것으로서 허용될 수 없다(대법원 1999. 5. 28. 선고 98재다275 판결, 대판 1997. 12. 23. 선고 95재다226 판결 참조).

수사관이 사적 이익을 추구하기 위해 고소, 고발인과 통모하여 고소, 고발사건을 진행하는 경우도 상정할 수 있겠는데, 이러한 경우에는 실질적으로 수사를 정당화할 만한 공익이 현실적으로 존재하지 않았던 경우이므로, 그 하자는 더욱 크다고 평가할 수 있을 것이다.

반면, 고소, 고발에 터 잡아 수사를 개시하였으나, 수사기관이 그 후 스스로 공익적 목적 하에 수사를 계속할 적극적인 의사를 가지게 된 경우에는 고소, 고발권의 남용이라는 하자가 수사기관의 적극적 수사 의지에 의해 치유되었다고 평가할 수 있을 것이다.

3) 부당한 목적(의도·동기)

가) 위헌, 위법

수사에 착수하거나 수사를 진행하거나 공소 여부를 결정함에 있어서 삼권분립을 위태롭게 하거나 민주주의적 가치를 저해하는 등 헌법가치를 침해하려는 의도가 영향을 미쳤다면, 그와 같은 위헌적 의도가 ‘부정’한 것으로 평가되어야 함에 의문이 없다. 다만, 헌법적 가치는 대부분 매우 추상적인 개념이므로, 아래에서 보는 ‘위법’ 또는 ‘부당’한 목적 유무를 판단하는 과정에 흡수되어 평가될 여지가 많다.

수사기관이 해당 수사가 법률에 위반됨을 인식하면서도 정상적인 수사절차인 듯한 외형을 갖춘 경우 그 수사는 ‘부당’한 목적(의도·동기)에 기초하였다고 볼 수 있을 것이다. 그러나, 이와 같이 ‘위법’한 수사의 경우 그 수사의 목적(의도·동기)을 따질 필요도 없이 그 수사행위 자체로 형사처벌 등의 책임을 추궁당하게 될 것이므로, 대부분 그 수사 목적(의도·동기)의 부당함을 평가하는 것이 큰 실익이 없을 것이다.

나) 부당

(1) 개념

행정재량의 통제 원리로 ‘부당’ 개념이 정립되어 왔는데, 앞서 본바와 같이, 원래 비례성 원칙은 독일의 경찰행정법상의 이론에서 출발한 것일 뿐만 아니라 국가기관의 재량권에 대한 통제원리로서의 헌법상 비례성 원칙이 행정재량에 관해 구체화한 것이므로, 이러한 행정상 비례 원칙의 ‘부당’ 개념⁵⁰⁾ 중 행정기관의 목적·

의도·동기를 심사하는 부분은 수사비례 원칙상 수사기관의 목적·의도·동기를 검증함에 있어서도 유효하다고 할 것이다.

행정행위는 법령에 합치하고 더불어 공익에 부합하여야만, 즉 적법성과 공익적합성을 충족시켜야만 온전한 것으로 평가된다. 적법성에 흠결이 있는 경우 위법의 흠이 있고, 공익적합성에 반하는 경우 부당한 행정행위가 되는 것이다. 또한 후자의 경우에 있어서도, 그 부당성이 목적 위반(부정한 동기), 타사고려 금지 원칙, 비례 원칙, 평등 원칙 등의 준칙에 저촉될 정도에 이른 경우 단순한 부당을 넘어 위법한 행정행위가 된다⁵¹⁾.

구체적으로, 행정행위는 일반적인 공익목적이나 관련 법규상의 구체적인 공익목적 추구를 위한 것이므로, 행정기관이 개인적 감정, 편견, 정치적 고려 등에 기초하여 어떠한 행정행위를 한 경우 그 처분은 위법하다.

또한 행정청이 준거법규가 추구하는 목적과 실체적 관련이 없는 상대방의 급부를 조건으로 처분한 경우 등에도 위법한 재량행위로 평가된다.

(2) 수사에 있어서도 해당 수사기관이 추구하는 목적이 공익에 부합하지 않은 경우 그 수사는 부당한 수사로서 하자가 존재한다고 평가할 수 있고, 사적 감정, 편견, 정치적·경제적 이해관계에 영향을 받은 경우이거나, 해당 수사와 무관한 다른 어떠한 고려에 영향을 받은 경우에는, 단순한 부당을 넘어 위법한 수사가 된다고 할 것이다.

(3) 고려요소

구체적으로는, 해당 수사의 부당성 유무나 정도를 평가함에 있어, 범죄수사가 추구하는 일반적인 공익, 해당 구성요건이 추구하는 특수한 공익의 내용과 비중, 해당 사건과 무관한 수사 목적의 존재 가능성, 직·간접적으로 표명되거나 정황에 의해 추단할 수 있는 수사의 동기, 그와 같은 동기의 내용, 해당 수사의 과정 및 경과, 그 수사로 인해 침해되는 사익의 내용, 사익 침해의 강도와 지속성의 정도, 해당 수사에 대한 일반인의 인식이나 평가 등이 함께 형량되어야 할 것이다.

예컨대, 수사기관이나 수사관이 여죄를 추궁하기 위한 도구로 활용하거나(plea bargaining), 다른 사람의 범죄에 대한 정보를 취득할 목적으로 수사를 진행할 경우

50) 천병태, “행정행위의 하자 : 행정행위 무효 기준의 재고”, 법치국가와 행정법이론(상권 149-173, 2009), 동방문화사 참조

51) 다만, 행정법상 부당 개념 중 행정청의 주관적 목적이나 의도에 착안하는 부분(즉, 목적의 정당성을 심사하는 부분)을 제외한 부분(즉 수단의 상당성, 필요성, 균형성을 심사하는 부분)은 순환론의 오류를 초래하게 되므로 이를 목적의 정당성 심사단계에서 원용하는 것은 적절하지 않다.

그 수사는 정당한가? 우리 형사법이 플리바겐 제도를 채용하지 않고 있고 별건 구속이나 별건 압수·수색이 허용되지 않는 법리에 비추어 보면, 이와 같은 수사 목적은 적법하거나 정당하다고 인정하기 어렵다.

나아가, 특정 수사기관이나 수사관이 수사를 방편으로 특수한 정치적, 경제적 이익 등 사익을 도모한다면, 그러한 수사는 더욱 정당한 것으로 평가하기 어려울 것이다.

4) 수사의 ‘오염’

가) 개념

특정한 목적·의도·동기가 수사의 진행이나 결론에 현실적으로 영향을 미쳤다면, 그러한 경우에는 수사가 그 목적·의도·동기에 의해 ‘오염’되었다고 평가할 수 있음에 의문이 없다.

나아가, 그 의도·목적·동기가 수사의 진행이나 결론에 영향을 미쳤을 위험이 있는 경우에도 수사가 특정한 의도·목적·동기에 의해 ‘오염’되었다고 볼 수 있을 것인가? 다음과 같은 요소들을 기초로 오염 여부를 판단할 수 있을 것이다.

나) 오염 여부에 관한 판단의 기준

(1) 의도·목적·동기가 표현된 경우

수사지휘자나 수사관이 해당 사건에 관하여 수사의 실질적 목적(동기)을 직접적으로 또는 간접적으로라도 표현한 경우에는 그 의도·목적·동기가 수사에 어떠한 형태로든 영향을 주었다고 평가하여야 할 것이다. 즉, 그 수사는 그 의도·목적·동기에 오염되었다고 할 것이다.

예컨대, 수사지휘자가 피의자에게 직접 또는 제3자를 통해 간접적으로 ‘피의자가 공직 후보자 지위를 사퇴하면, 수사를 호의적으로 마무리해 줄 수 있다’는 취지의 발언을 한 경우라면, 그 수사는 피의자의 공직 후보자 결정에 영향을 줄 의도·목적·동기에 오염된 것으로 평가할 수 있을 것이다.

의도·목적·동기가 다소 추상적으로, 은유적으로 또는 비유적으로 표현된 경우라고 하더라도, 그 수사의 내용, 배경이나 과정, 주변 인물의 관계, 그 수사를 둘러싸고 대립하는 실질적 이해관계의 내용, 평균적 일반인의 인식 가능성 등 제반사정에 비추어, 통상인을 기준으로 그 표현의 의미를 추단할 수 있는 경우라면, 그 추단

되는 의도·목적·동기가 표현되었다고 평가할 수 있을 것이다.

(2) 의도·목적·동기가 표현되지 않은 경우

의도·목적·동기가 간접적으로라도 표현된바가 없는 경우라면, 여러 가지 정황을 토대로 의도·목적·동기나 오염 여부를 유추할 수 있을 것이다. 아래에서는 이에 관해 고려될 수 있는 여러 가지 인자를 유형화해 본다. 다만, 각 인자들은 다른 인자들과 함께 평균인의 인식 능력을 기준으로 종합적으로 심사되어야 할 것이고, 여러 인자들을 통해 공통적인 의도·목적·동기가 반복적으로 유추된다면, 그 의도·목적·동기가 수사에 영향을 미친 것으로 평가할 수 있을 것이다.

(가) 수사의 단서

우선 수사가 어떠한 단서에 근거하여 착수하였는지는 수사의 의도·목적·동기나 그 오염 여부를 추정하는 근거가 될 수 있을 것이다. 수사기관이 내부적으로 수집한 첩보나 정보를 토대로 수사에 착수한 경우라면 고소나 고발을 토대로 수사에 착수한 경우에 비추어 어떠한 의도를 가진 것으로 의심받을 수 있을 것이다.

특히, 첩보나 정보가 수집된 경위나 경로가 불분명한 경우 어떠한 목적성(동기)을 가진다고 의심받을 여지가 많을 것이다. 나아가, 수사기관이 미리 고소, 고발인과 통모함으로써 고소, 고발의 외형을 작출한 경우에는 그 자체로 부정한 의도·목적·동기를 추단할 수 있을 것이다.

(나) 수사의 배경

수사가 자연스런 흐름에 따라 진행되는 경우에 비해, 급작스럽게 착수되었다거나 특정한 외부적 상황 하에서 개시되었다면, 그 외부적 상황과의 관련성을 의심받을 수 있다.

(다) 이례성

수사의 기간, 횟수, 투입된 수사역량의 질이나 양, 수사의 속도, 수사 결과물의 관리 태양 등이 동종 또는 유사한 사안과 비교하여 매우 이례적인 경우 그 수사에는 어떠한 의도·목적·동기가 개입되었다고 평가할 여지가 많을 것이다. 그 이례성의 정도가 크다면, 다른 의도·목적·동기의 개입 가능성은 더욱 커진다고 볼 수 있다.

(라) 수사기관, 수사관과 제3의 단체 또는 세력과의 교감

수사의 결과물이 시시각각 외부의 단체나 세력과 공유되거나 수사기관(수사관)이 제3자, 제3의 단체나 세력과 보조를 맞추는 행태가 반복된다면, 그 수사는 수사 외적인 동기나 목적에 오염되었을 가능성이 크다고 평가할 수 있을 것이다.

(마) 수사기관, 수사관과 피의자 등의 관계

피의자나 그 가족 등 피의자와 관련되는 인물이 수사기관이나 특정 수사관과 어떠한 특수한 인적관계를 가지는 경우, 그 특수한 관계의 원인이나 내용이 수사에 영향을 미쳤을 가능성을 따져보아야 할 것이다.

위와 같은 특별한 인적 관계에, 이례성, 편파성, 불균형성 등의 다른 인자까지 결합하였다면, 해당 수사가 어떠한 부정한 의도·목적·동기에 오염되었다고 추정할 수 있을 것이다.

(바) 외형상의 수사목적과 침해된 사익의 균형성

수사기관은 수사를 진행함에 있어 일반적인 범죄수사의 목적이나 해당 범죄에 의해 침해되는 보호법익을 교과서적으로 수사의 근거라고 제시할 것이다. 그러나 그 수사로 인해 피의자나 그 관계인의 사익이 양적으로나 질적으로 균형을 상실할 정도로 심대하게 침해될 위험이 있는 경우 수사기관은 그 수사권 행사를 스스로 자제할 의무가 있고, 그러함에도 수사를 계속함으로써 스스로 법익의 균형을 무너뜨리는 지경에 이르렀다면, 그 수사는 모종의 의도·목적·동기에서 비롯되었다고 의심받을 수 있다.

(사) 편파성

수사관이나 수사기관이 특정 피의자와 특별한 인적관계가 없는 경우라도, 수사가 특정인에게 지나치게 불리하거나 유리하게 진행되는 경우, 그러한 편파성을 합리화할 수 있는 다른 특별한 사정이 존재하지 않는 이상, 그러한 사정은 수사가 부정한 의도·목적·동기에 오염되었다고 평가할 수 있는 정황이 될 것이다.

예컨대, 공범 관계에 있는 수인의 피의자들 중, 또는 동종 범행을 범한 것으로 의심되는 수인의 피내사자들 중 일부에 대하여만 특별히 유리하거나 불리하게 수사를 진행하는 경우, 그 수사에는 검사나 수사관의 어떠한 의도가 영향을 미쳤다고 볼 수 있을 것이다.

(아) 기타 정황

수사의 내용이나 방식, 수사지휘의 주체나 방식, 구체적인 수사지휘의 내용, 종결된 수사의 결론, 결론에 이른 이유, 수사 종결 이후의 수사기관의 행태 등도 그 수사의 의도·목적·동기나 오염 여부를 판단할 수 있는 지표가 될 수 있을 것이다.

5) 부당한 목적·의도·동기에 오염된 ‘수사’

가) 수사의 분류

수사는 수사방법을 기준으로 임의수사와 강제수사로, 수사시기를 기준으로 기소 전 수사와 기소후 수사로, 수사대상을 기준으로 대인적 수사와 대물적 수사로, 수사주체에 따라 경찰수사와 검찰수사로 구분되기도 한다.

또한 수사를 개시(입건)하기 전의 단계를 내사⁵²⁾로 구분하고, 수사를 종결하는 처분은 기소, 불기소, 타관송치로 분류한다.

나) 판단 대상이 되는 수사

내사는 수사기관이 피내사자의 범죄혐의 유무를 확인하기 위하여 행하는 입건 전의 조사활동이지만, 이로 인한 기본권 침해의 위험성이 크다고 할 것이므로, 범죄인지보고서 작성 전이라도 수사기관이 범죄 혐의가 있다고 보아 수사에 착수한 때에는 이미 범죄를 인지(입건)한 것으로 보아야 할 것이다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2008도12127 판결 등 참조)(실질설).

나아가 수사가 부정한 의도·목적·동기에 오염되었는지를 평가함에 있어서는 그 수사가 어떠한 종류이든 어떠한 단계에서 이루어졌던 모두 수사의 진행이나 최종적인 결론에 영향을 미칠 위험성이 있으므로 판단의 대상이 될 수 있다. 따라서 설령 내사 단계에서 부정한 의도·목적·동기가 개입되었더라도, 그 수사는 이미 부정한 의도·목적·동기에 오염되었다고 볼 수 있을 것이다.

5. 수단(방법)의 상당성(적합성) 심사

가. 개념

방법 또는 수단은 목적을 달성하기에 효과적이고 적절하여야 한다. 즉, 기본권 제한의 수단(방법)이 그 목적을 실현함에 있어 어느 정도 정당한 연관성이 인정되어야 한다⁵³⁾.

나. 판단기준(관련성)

1) 수단의 상당성 원칙에 있어 그 심사기준은 그 수단이 적극적으로 또는 완전

52) 내사에 관하여는 ‘조광훈, 수사기관 내사의 문제점과 법적통제에 관한 연구, 법학논집(이화여자대학교) 제16권 제3호, 2012’를 참조하였다.

53) 유남석, “기본권 제한 입법과 과잉금지 원칙”, 헌법판례해설(2010), 81쪽

하게 목적을 실현할 것을 요구하는 것은 아니고 단지 소극적으로 목적 실현에 명백하게 부적합하다거나 근본적으로 목적을 실현할 수 없는지를 판단하는 정도에 그친다. 수사기관이 동원하는 각종의 임의·강제수사 방법들은 외형상 범죄의 발견, 범죄자의 처벌을 목적으로 고안된 것들이므로 수단의 상당성 원칙에 저촉되는 경우를 상정하기는 쉽지 않을 것이다.

2) 그러나, 앞서 본바와 같이, 비례성 원칙에 따른 심사는 일반적·추상적 가치평가가 아니라 개별 사건에 관하여 충돌하는 구체적인 가치와 이익의 교량을 요구하는 것이므로, 수사기관이 추구하는 해당 증거방법과 피의사실 사이에 구체적 관련성이 존재하여야 제2하위 원칙인 수단의 상당성을 만족할 수 있을 것이다⁵⁴⁾.

3) ‘관련성’이란 범죄혐의 사실을 입증할 만한 최소한도의 증명력을 갖고 있는지 여부에 관한 자연적 또는 사실적 관련성을 의미한다. 예컨대, 압수수색을 하는 경우 범죄에 대한 증거와 관련성이 있는 장소 등을 압수수색하여야 한다. 이러한 원리는 비례성 원칙 중 방법의 적합성 원칙상으로도 자명한 것이고, 아무 관련성이 없는 것을 압수수색하는 것은 영장주의에도 위반된다. 형사소송법 제106조 제1항은 ‘피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다’라고, 제109조 제1항은 ‘피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 피고인의 신체, 물건 또는 주거, 그 밖의 장소를 수색할 수 있다’라고 규정하고 있다.

다. 심사의 실제(관련성의 구체적 내용)⁵⁵⁾

1) 해당 수사방법은 먼저 피의사실과의 객관적 관련성이 존재하여야 하고, 다음으로 당해 피의자와의 주관적 관련성이 인정되어야 하며, 압수·수색 등 특정한 장소를 대상으로 한 강제수사의 경우 장소적 관련성도 존재하여야 한다.

구체적으로 보면, 수색에 있어서의 사건과의 관련성은 수색하고자 하는 장소 등

54) 유남석, “기본권 제한 입법과 과잉금지 원칙”, 헌법판례해설(2010) 81쪽 참조.

55) 오기두, “관련성 없는 전자증거의 수집과 영장주의”, 사법논집(65집, 2017), 법원도서관, 이완규, “디지털 증거의 압수수색 개념 및 증거능력 요건”, 형사재판의 제문제(형사실무연구회) 제7권, 2014, 각 참조.

에 찾고자 하는 증거가 있을 것으로 추정되는 것을 말한다. 따라서 이러한 관련성이 없이 무작정 탐색을 하기 위해 수색하는 것은 허용되지 않는다.

또한 압수는 수색을 통하여 범죄와 관련이 있는 것으로 분류된 것의 점유를 취득하는 것이므로 압수에 있어 사건과의 관련성은 해당 피의사실의 증거로서 의미가 있는 것을 말한다. 디지털 증거의 경우 저장된 정보의 대량성으로 인하여 압수수색 과정에서 영장에 기재된 범죄사실과 다른 증거자료를 찾게 되는 경우가 많다. 이와 관련하여 대법원(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정)은 ‘전자정보에 대한 압수·수색에 있어 그 저장매체 자체를 외부로 반출하거나 하드카피·이미징 등의 형태로 복제본을 만들어 외부에서 그 저장매체나 복제본에 대하여 압수·수색이 허용되는 예외적인 경우에도 혐의사실과 관련된 전자정보 이외에 이와 무관한 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 그러나 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관으로서는 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다고 할 것이다. 나아가 이러한 경우에도 별도의 압수·수색 절차는 최초의 압수·수색 절차와 구별되는 별개의 절차이고, 별도 범죄혐의와 관련된 전자정보는 최초의 압수·수색영장에 의한 압수·수색의 대상이 아니어서 저장매체의 원래 소재지에서 별도의 압수·수색영장에 기재 압수·수색을 진행하는 경우와 마찬가지로 피압수자는 최초의 압수·수색 이전부터 해당 전자정보를 관리하고 있던 자라 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 그 피압수자에게 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 할 것이다’ 라고 판시하였다.

2) 증거능력이 없는 증거

나아가 당초부터 증거능력이 없는 증거물에 대한 압수는 피의자·피고인의 재산상 권리를 무의미하게 침해함은 물론 수사기관의 에너지를 낭비한 것으로서 적합성 원칙을 충족할 수 없으므로, 허용되지 않는다⁵⁶⁾.

56) 홍영기, “압수의 허용과 제한”, 고려법학 제72호, 2014. 3., 19쪽 참조.

6. 피해의 최소성(필요성) 심사⁵⁷⁾

가. 개념

국가는 목적 실현에 필요한 여러 가지 방법 중에서 기본권을 가장 존중할 수 있고 기본권을 최소한으로만 제한하는 방법을 선택하여야 한다(최소 침해성의 원칙).

즉, 국가가 특정한 공익적 목적을 달성하기 위하여 기본권을 제한하지 않거나 덜 제한하더라도 그 공익을 실현할 수 있는 다른 방법이 있다면, 그 방법을 선택하여야 한다.

나. 판단기준

1) 제3하위 원칙인 침해의 최소성 원칙은 해당 국가작용이 달성하려는 공익적 목적을 달성하기 위하여 동일하게 효율적인 여러 수단 중에서 가장 기본권을 덜 제약하는 수단을 선택할 것을 요구한다.

2) 침해의 최소성은 아래의 두 가지 세부원칙을 모두 만족하는 대안이 존재하지 않는 경우에는 충족된다.

가) 제1세부원칙 : 대안이 판단대상이 되는 국가작용과 동일하게 효율적으로 공익적 목적을 달성할 것.

나) 제2세부원칙 : 대안이 판단대상이 되는 국가작용보다 기본적 제한 정도가 적을 것.

다. 심사의 실제

1) 제1세부원칙은 판단대상이 되는 침해작용과 동일한 정도로 효율적인 대안의 존재를 요구하므로, 같은 정도의 공익을 실현할 수 있는 경우라도 추가적인 비용을 요구하거나 새로운 기본권 침해의 위험이 존재하는 경우 제1세부원칙을 만족시킬

57) 이재홍, “과잉금지원칙의 논증구조(침해의 최소성 원칙을 중심으로)”, 헌법실무연구(18권, 2017), 헌법실무연구회 참조.

수 없다. 따라서 다양한 대안인 존재한다고 하더라도, 그 대안의 실행을 위해 별도의 비용이나 기본권 침해가 수반된다면, 그러한 대안의 존재만으로 침해의 최소성이 부정되지 않으므로, 침해의 최소성 원칙에 반하는 국가작용의 인정 범위는 매우 제한적이다.

2) 그러나 같은 정도의 증거가치를 가지는 다양한 증거방법이 존재하고 각 증거방법의 획득비용에 별다른 차이가 존재하지 않음에도 기본권 침해 가능성이 훨씬 큰 수사방법을 채택하였음이 분명한 경우라면 그 수사절차는 침해 최소성 원칙에 저촉되어 위법한 수사로 평가될 수밖에 없을 것이다. 예컨대, 증거물의 소지자나 피의자가 수사에 성실하게 응하면서 증거물을 임의제출할 의사를 분명히 밝히고 있음에도 강제수사를 통해 증거를 수집하는 경우 그 수사는 필요성이 인정되지 않는 위법한 수사가 됨을 면하기 어려울 것이다.

7. 법익의 균형성(협익의 비례성) 심사⁵⁸⁾

가. 개념

국가가 기본권 제한을 통해 보호하려는 공익과 제한되는 기본권적 이익을 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다. 한편 사익간의 충돌인 경우 관련 당사자들의 이익을 조정하여 균형된 비례관계가 인정되어야 할 것이다.

이익형량에 있어서, 침해되는 기본권적 이익에 대하여는 헌법이 기본권을 보장하는 목적과 그 이익 사이에 존재하는 관계의 긴밀성 정도, 헌법이 해당 기본권을 보호하는 구체성의 정도, 해당 이익이 제한되는 정도와 양상 등을 고려하여야 하고, 국가기관이 추구하는 공익에 관하여는 그 공익과 헌법 스스로가 설정하고 있는 목적 사이에 어느 정도의 긴밀성이 있는지, 그 공익이 헌법 체계에서 어느 정도 비중이 있는지, 그 목적 실현의 긴급성 등을 고려하여야 할 것이다.⁵⁹⁾

나. 판단기준(수인가능성)

58) 박경신, “이익형량에 대한 환원주의적인 접근의 사례 : 미국의 단계심사와 한국의 과잉금지원칙”, 법철학연구(11권 1호, 2008), 세창출판사, 이재홍, “과잉금지원칙의 논증구조(침해의 최소성 원칙을 중심으로)”, 헌법실무연구(18권, 2017), 헌법실무연구회 등 참조.

59) 유남석, “기본권 제한 입법과 과잉금지 원칙”, 헌법판례해설(2010), 83쪽

1) 법익 균형성의 충족 여부는 해당 국가작용으로 인해 발생하는 상대방 개인의 사익 침해 정도와 상대방 개인의 사익을 보호하기 위해 해당 국가작용을 중단하였을 때 발생하는 공익 제한의 정도를 비교하는 방법으로 심사한다. 즉, 공익과 사익 중 어느 한 쪽을 우선에 두었을 때 각각의 경우에 있어서 공익과 사익의 ‘수인가능성’을 비교하여야 하는데, 이를 수치화하거나 강, 중, 약으로 등급화함으로써 교량할 수 있다.

각각의 수인가능성이 어느 정도인지를 알아내기 위해서는 기본권 제한 상황과 관련된 구체적 사정과 상황을 최대한 많이 파악하여야 하고, 기본권 제한을 완화함에 따른 대가를 평가함에 있어서는 손실뿐만 아니라 이득까지 고려한 순수한 득실을 따져야 한다.

2) 통상적으로 기본권 제한 정도를 완화할수록 공익적 가치의 실현 정도는 떨어지는데, 완화에도 불구하고 공익적 가치 달성의 감소가 용인할 수 있는 정도라면, 보다 완화된 조치를 취하지 않은 해당 국가작용(수사)은 균형성을 충족하지 못한 것으로 평가된다.

다. 심사의 실제⁶⁰⁾

1) 사생활보호

피의자·피고인 및 제3자의 중요한 프라이버시를 담은 내용물을 무분별하게 압수하는 것은 허용될 수 없다(헌법 제17조). 예컨대 개인의 일기장, 다이어리 등 메모, 병력기록, 휴대폰은 일반 물건에 비하여 훨씬 강화된 요건을 전제로만 압수될 수 있으므로, 이미 다른 증거방법이 존재함에도 이들을 압수하거나 범죄와의 관련성이 충분히 소명되지 않은 상태에서 편의적, 모색적으로 압수하거나 경미한 범죄에 대한 증거수집을 위해 무차별하게 압수하는 것은 정당화되기 어렵다⁶¹⁾. 또한 주거공간에 대한 수색은 엄격한 요건 하에서만 허용되어야 할 것이고 의복, 가구, 침구, 식기 등 생계유지에 기본적으로 필요한 물건, 자녀들의 교육에 필수적인 물건 등을 압수하는 것도 원칙적으로 금지된다고 보아야 할 것이다(형사소송법 제91조 단서 참조).

60) 홍영기, “압수의 허용과 제한”, 고려법학 제72호, 2014. 3. 참조.

61) 일기장에 대한 압수금지 사례로 BVerfGE 6, 32 41; 54, 143, 146.

이와 관련하여, 대법원은 ‘국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하고 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하지만, 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없으므로 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다. 이때 법원이 그 비교형량을 함에 있어서는 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 사생활 내지 인격적 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 정도, 증거수집 과정에서 사생활 기타 인격적 이익을 침해하게 된 경위와 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 하고, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다’ 고 판시한바 있다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결).

2) 직업적 비밀 보호, 변호인 조력권

특정한 직업인들에 대한 압수를 제한하는 형사소송법 규정(제112조)은 일차적으로 비밀을 취급하는 직업의 안정성을 보호하려는 취지를 갖고 있지만, 보다 본질적으로는 그 직업인들을 신뢰하고 정보를 맡긴 개인의 권리를 보호하기 위한 것이라고 할 것이다. 따라서 이러한 직업인들이 보관한 물건 중 비밀에 관한 것은 압수할 수 없고 같은 조 단서의 ‘중대한 공익상 필요’에 의한 예외가 오히려 원칙인 것처럼 폭넓게 해석되어서는 안 될 것이다.

특히 변호사가 의뢰인을 위해 보관하고 있는 물건이나 정보에 대한 압수·수색은 변호인 조력권에 대한 중대한 침해를 초래하게 되므로, 원칙적으로 허용되어서는 안 될 것이다.

3) 건강권

대상물을 압수함으로써 피수사자 신체의 건강을 해할 우려가 있는 처분은 범죄수사를 위해 필요하다는 이유만으로 비례성 원칙을 충족한다고 보기 어려우므로 허용되지 않는다(헌법 제10조, 제12조 제1항). 예를 들어 동의 없이 강제로 채혈을 하거나 삼킨 내용물을 억지로 토해내게 하는 방법은 허용될 수 없다.

4) 양심, 사상의 자유, 언론·출판의 자유

드러내고 싶지 않은 개인의 사상이나 양심의 표현물을 강제로 압수하거나, 일정한 신념을 배경으로 하는 정당 등의 조직의 생각을 알아내기 위해 수색·압수하는 것(헌법 제8조, 제19조), 학문이나 예술 작품을 압수하는 것(헌법 제22조), 교육기관에 대한 수색이나 압수(헌법 제31조 제4항), 방송기관, 신문사, 출판기관에 등을 수사의 필요에 따라 수색·압수하는 것(헌법 제21조 제1, 2항) 등은 헌법상 기본권을 중대하게 침해하게 되므로 엄격한 균형성 심사가 필요하다.

특히 언론·출판의 자유는 건강한 민주주의 질서를 유지·발전시키기 위해서도 불가결한 기본권이므로 이러한 기본권을 침해하는 강제수사에 대하여는 더욱 강화된 심사가 이루어져야 할 것이다.

5) 심사모델의 제안⁶²⁾

가) 수사를 통해 도모하려는 공익적 가치의 총량을 ‘G’로, 침해되는 사익의 총량을 ‘P’로 기호화한 후 각 값을 계량화한 결과 ‘ $G < P$ ’인 것이 분명하다면 해당 수사는 균형성 원칙을 충족하지 못해 위법한 것으로 평가할 수밖에 없다.

나) ‘G’ 값은 다시 보호법익의 추상적 가치를 등급화·계량화한 ‘g1’ 값과 해당 사건에 있어서의 구체적인 증거가치 등을 의미하는 ‘g2’ 값으로 구분할 수 있고, ‘ $g1 + g2$ ’ 값의 최대치는 100%로 상정한다. ‘g1’과 ‘g2’ 값의 최대치를 대등하게 분배하여 각 50%로 놓고, ‘g1’ 값은 해당 구성요건이 보호하려는 법익의 비중과 의미를 고려하여 0~50% 사이의 값을 부여한다.

‘g2’ 값은 다시 해당 증거방법의 객관적 관련성(a^1), 주관적 관련성(a^2), 시간적·장소적 관련성(a^3), 대체 불가능성(a^4) 등으로 세분하여 배분하면, ‘ $a^1 + a^2 + a^3 + a^4 + \dots + a^n$ ’의 값은 0~50%가 된다.

한편 이러한 공익적 가치에 대하여 그 수사 목적의 정당성이 의심스러운 정황 등의 제반 감가인자(x)를 고려하여야 할 것이므로⁶³⁾, 결국 공익적 가치의 총량은 ‘G

62) 아래에서 제안하는 심사모델에 관하여 그 정밀성 등에 관하여 비판이 있을 수 있겠으나, 균형성 심사를 객관화·정량화할 수 있는 수치 모델을 제시하는 측면에서 그 자체로 충분히 시도할 가치가 있다고 할 것이다.

63) 앞에서 언급한바와 같이, 수사기관이 부당한 의도·목적·동기를 가지고 수사에 착수한 사실이 직·간접적으로 확인된 경우에는 제1하위 원칙인 목적의 정당성 심사단계에서 수사의 위법성이 확인되었으므로

= $[g1 + (a^1 + a^2 + a^3 + a^4 + \dots + a^n)] \times (1 - x)$ ’의 산식으로 계산된다.

다) ‘P’ 값도 기본권의 추상적 가치를 등급화·계량화한 ‘p1’ 값과 해당 사안에 있어서의 구체적인 기본권적 가치를 의미하는 ‘p2’ 값으로 구분할 수 있고, ‘p1 + p2’ 값의 최대치는 100%로 상정한다. ‘p1’과 ‘p2’ 값의 최대치도 대등하게 분배하여 각 50%로 놓고, ‘p1’ 값은 해당 기본권의 보호가치, 침해에 대한 수인가능성을 고려하여 0~50% 사이의 값을 부여한다.

‘p2’ 값은 다시 해당 기본권적 이익의 객관적 가치(b^1), 주관적 가치(b^2), 시간적·장소적 기본권 침해성(b^3), 대체·회복 불가능성(b^4) 등으로 세분하여 배분하면, ‘ $b^1 + b^2 + b^3 + b^4 + \dots + b^n$ ’의 값은 0~50%가 된다.

한편 이러한 기본권적 가치에 대하여도 해당 피의·피고 사건의 도덕적 비난가능성 등 제반 감가인자(y)를 고려하여야 할 것이므로, 결국 기본권적 가치의 총량은 ‘ $P = [p1 + (b^1 + b^2 + b^3 + b^4 + \dots + b^n)] \times (1 - y)$ ’의 산식으로 계산된다.

라) 예컨대, 1,000만원의 업무상횡령 혐의로 수사 중인 회사 경리책임자였던 피의자의 주거지 내 일기장을 압수·수색한다고 할 경우, 먼저 G값을 산정하면, g1값은 개인의 경제적 법익을 보호하기 위한 구성요건에 대하여 25%를 인정하고, g2 중 객관적 관련성(a^1)의 최대값 10% 중 5%, 주관적 관련성(a^2)의 최대값 10% 중 10%, 시간적·장소적 관련성(a^3)의 최대값 10% 중 5%, 대체 불가능성(a^4)의 최대값 20% 중 5%를 각 부여하되, 무단 사직에 대한 보복 목적의 고소에 관해 x값을 50%로 인정하면, ‘ $[g1 \ 25\% + (a^1 \ 5\% + a^2 \ 5\% + a^3 \ 5\% + a^4 \ 5\%)] \times (1 - x \ 50\%)$ ’는 23%로 계산된다.

반면 P값을 산정하면, p1값은 프라이버시권에 관하여 30%를 인정하고, p2 중 일기장의 객관적 가치(b^1)의 최대값 10% 중 10%, 주관적 가치(b^2)의 최대값 10% 중 10%, 시간적·장소적 기본권 침해성(b^3)의 최대값 10% 중 10%, 대체·회복 불가능성(b^4)의 최대값 20% 중 20%를 각 부여하되, 신뢰관계 침해로 인한 비난가능성에 관해 y값을 50%로 인정하면, ‘ $[p1 \ 30\% + (b^1 \ 10\% + b^2 \ 10\% + b^3 \ 10\% + b^4$

로, 나머지 단계의 심사는 불필요하다. 그러나 그와 같은 부당한 목적 등이 확인되지 않아 제1하위 원칙을 통과하였더라도, 목적의 정당성에 대한 의심에 일부 합리적 근거가 존재하는 경우라면 균형성 심사단계에서 이를 참작하여야 할 것이다.

20%]] × (1 - y 50%)’ 는 40%로 계산된다.

결국 해당 수사의 공익적 가치(23%)가 해당 수사로 침해되는 기본권적 가치(40%)보다 적은 경우임이 분명하여, 균형성 심사를 충족하지 못하므로, 그 압수·수색은 허용되지 않는다.

8. 비례성 원칙 위반의 효과

가. 비례성 원칙에 위반한 수사의 효력

1) 소송상의 효과

가) 증명책임

법치국가 원리에 따른 무죄추정 원칙이 적용되는 형사소송에 있어서는, 검사가 공소사실의 존재에 대해서는 물론이고⁶⁴⁾, 소송조건의 존재에 관해서도 적극적으로 증명하여야 하고, 공소사실을 증명하기 위해 제출한 증거의 증거능력의 전제가 되는 사실에 대해서도 증명책임을 부담한다⁶⁵⁾.

대법원도 같은 취지에서 검사가 공판기일에 신문할 증인을 미리 수사기관에 소환하여 면담한 후 증인이 법정에서 피고인에게 불리한 내용의 진술을 한 경우 ‘검사가 증인에 대한 회유나 압박 등이 없었다는 사정은 증명하여야 한다’ (대법원 2021. 6. 10. 선고 2020도15891 판결 참조)고 판시한바 있다.

그렇다면, 수사가 비례성 원칙을 충족하였는지 여부는 소송조건의 유무 또는 증거의 증거능력의 전제사실에 관한 문제로 볼 수 있으므로, 피고인이 해당 수사가 부정한 의도·목적·동기에 오염되었는지, 상당성, 최소성, 균형성을 흠결하였는지 여부에 관하여 의문을 제기하는 경우 검사는 해당 수사 및 공소제기가 비례성 원칙의 하위 원칙들을 충족하였다는 사실을 적극적으로 증명할 책임을 부담한다.

나아가 소송조건은 공소제기의 유효요건으로서 법원의 직권조사사항이므로⁶⁶⁾, 법원은 해당 수사가 부정한 의도·목적·동기에 오염되었는지 또는 상당성, 최소성, 균형성을 상실하였는지에 관하여 의문이 있는 경우 이를 적극적으로 조사·확인할 의무가 있다. 특히 수사기관이 어떠한 부정한 목적 등을 가지고 이례적인 수사를 진행하였다면, 피고인은 통상적으로 가혹한 수사에 심리적으로 억눌려 있을 가능성

64) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결 외 다수

65) 김재환, 형사소송법, 법문사, 612~614쪽

66) 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019도14000판결 등 참조

이 많으므로, 법원의 위와 같은 직권조사 노력이 더욱 절실하다고 할 것이다.

나) 비례성 원칙 위반이 증명된 경우의 효과

수사가 부정한 의도·목적·동기에 오염되었다든지, 상당성, 최소성, 균형성을 상실하였음이 증명된 경우(정확히 표현하자면, 피고인이 비례성 원칙 위반을 주장함에 대하여 검사가 비례성 원칙 충족을 증명하지 못한 경우), 그 사실은 해당 사건에 어떠한 영향을 미치는가? 즉, 법원은 해당 사건을 어떻게 처리하여야 할 것인가?

이에 관하여, ① 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반한 경우에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소기각 판결을 하여야 한다는 견해와, ② 그와 같이 위법한 수사절차를 통해 수집한 증거들의 증거능력을 부인하고 실체 재판(무죄판결)을 하여야 한다는 견해가 대립할 수 있을 것이다.

비례성 원칙에 위반한 수사의 하자는 공소제기에도 영향을 미쳤다고 보아야 할 것이므로, 전자의 견해가 보다 논리적이고 일관성이 있다고 하겠다. 다만, 실제 재판 과정에서 수집된 증거들의 증거능력 유무에 관한 쟁점으로 다루어질 가능성이 많을 것이다.

2) 실체법상의 효과

수사기관이 어떠한 부당한 의도·목적·동기를 가지고 수사를 진행하는 등 비례성 원칙에 위반하여 수사권을 행사한 경우 우선 그 행위는 정당한 공무집행으로 인정될 수 없을 것이다. 따라서 상대방인 개인이 그 수사과정에 협조하지 않거나 저항하였더라도 정당방위를 주장할 수 있을 것이다.

나아가 특히 해당 수사기관의 행위가 고의에 기반한 경우에는 직권남용죄의 구성요건을 충족할 경우가 많을 것이므로, 오히려 처벌의 대상이 된다고 할 것이다.

나. 수사 단계별 검토

1) 입건

가) 현실적으로 발생한 범규위반 행위 중 실제로 수사와 처벌을 받는 행위의 수가 극히 적은 것을 감안하면⁶⁷⁾, 수사 개시 단계에서의 비례성 충족은 수사비례의

67) 일부 범죄학자의 연구에 따르면, 중범죄 중 처벌된 범죄의 비율은 약 11%에 불과하였고, 경범죄의 경우 그 비율이 더욱 낮아져 0.6%에 불과하였다. 손동권, “암수범죄에 관한 연구”, 형사정책연구(9권 2호, 1998), 한국형사정책연구원 참조

원칙상 매우 큰 의미를 가진다고 할 것이다. 따라서 수사기관은 어떠한 부당한 의도나 목적을 가지고 수사를 개시하여서는 안 될 뿐만 아니라, 정당한 목적 하에 수사를 개시하더라도 최소성, 균형성 등 다른 하위 원칙에 위반되지 않도록 수사권을 행사하여야 한다.

나) 예컨대, 수사기관은 기본적으로 동일한 종류의 범규위반 행위에 있어서 위반행위를 한 사람이 다수인 경우 특정인에 대하여만 특별히 불리하거나 유리하게 수사권을 행사하여서는 안 된다. 만일 다수의 범규위반행위자가 발견되었는데도 유독 특정인에 대하여만 입건하여 수사권을 행사한다면, 그와 같은 수사는 비례성을 충족시키지 못해 위법하다고 평가할 여지가 많을 것이다.

2) 압수·수색

가) 목적의 정당성은 압수·수색 단계에서도 요구되므로 부당한 목적 등에 기초한 압수·수색은 허용되지 않을 뿐만 아니라, 앞서 본바와 같이, 별건 압수·수색도 엄격히 제한된다. 또한 상당성, 최소성, 균형성의 하위 원칙을 충족하여야 할 것이므로, 관련성이 희박한 압수·수색은 물론이거니와 프라이버시권, 변호인 조력권, 언론의 자유 등 기본권 침해와 관련한 최소성이나 균형성을 상실한 압수·수색은 허용될 수 없다.

나) 이와 관련하여 법원은 단순히 피의사실이 소명된다는 이유로 무분별하게 영장을 발부함으로써 실체적 적법절차나 비례성 원칙에 위반한 압수·수색이 이루어지도록 허용하여서는 안 될 것이다⁶⁸⁾.

3) 체포·구속

가) 목적의 정당성, 수단의 상당성과 관련하여, 별건구속이 허용되지 않음은 앞서 보았다. 또한 인신에 대한 체포·구속은 기본권에 대한 가장 강한 형태의 제한에 해당하므로 이를 정당화할 수 있을 정도의 공익적 필요성이 인정되어야 할 것

68) 예컨대, 일반적인 사건의 예에 비추어 매우 이례적일 정도로 다수의 압수·수색 영장을 남발하거나 사생활 등 기본권침해 위험이 매우 큰 압수·수색영장 청구를 쉽게 허용하는 것은 비례성 원칙에 반하는 것으로서 비판의 여지가 크다. 이와 관련하여 압수·수색영장에 관하여도 심문절차를 도입하려는 최근의 논의는 매우 의미가 있다고 할 것이다.

이고, 체포·구속 외에는 수사상 목적 실현을 달성할 수 있는 다른 수단이 존재하지 않는 경우에만 최소한으로 허용되어야 할 것이다.

나) 이에 관하여는 형사소송법이 체포·구속의 요건과 절차에 관하여 명시적 규정을 둬으로써 비례성 원칙을 구체화하고 있다.

4) 피의자 및 참고인 조사

피의자나 참고인을 소환하여 조사함에 있어서도 범죄 수사의 공익적 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서 기본권에 대한 침해가 허용될 뿐이다.

그러므로 피의자에 대한 망신주기식의 반복적인 소환, 피의사실에 대한 과도한 정보 제공, 언론 노출 등은 허용되지 않는다.

5) 기소

수사기관의 기소권도 비례성 원칙에 반하지 않는 범위 내에서 상당하게 행사되어야 할 것이다.

다만, 이에 관하여는 ‘공소권 남용론’의 형태로 이미 이론화되어 있고, 이는 앞서 본바와 같으므로, 재론하지 않기로 한다.

9. 결론

우리나라의 민주주의가 아직 성숙하지 못했던 과거에 권력자가 자신의 사적인 욕심이나 감정을 만족시키기 위해 수사기관이나 정보기관을 이용하여 개인의 인권을 침해하는 일이 적지 않았는데, 법원은 그 수사절차의 외형에 경도되어 그와 같은 왜곡된 수사를 통제하려는 노력을 크게 기울이지 못했던 것이 역사적 진실이라고 할 것이다. 또한 ‘범죄의 발견과 처벌’이라는 목적에 지나치게 치우쳐 기본권 침해의 한계 설정에 대한 노력을 소홀히 해 온 것도 부인하기 어려울 듯하다.

헌법이 인간의 기본권적 가치의 존엄함을 엄연히 명시하고 비례성 원칙과 적법절차를 거듭 강조하고 있으며 영장주의 등을 통해 사법부에 이를 심사할 권한과 의무를 부여하였음에도, 법원이 이러한 권한을 성실하게 행사하지 않은 채 수사권·공소권에 대한 형식적 법률주의에 입각한 심사에만 안주한다면, 이는 헌법이 부여한

임무를 태만히 하는 것일 뿐만 아니라, ‘영장 자판기’를 자처한다는 비난을 피할 수 없을 것이다.

이와 같은 적법을 가장한 불법은 비단 과거의 문제만이 아니라 현재에도 자행될 수 있고, 미래에도 얼마든지 반복될 수 있는 것이다. 오히려 민주주의의 성숙기에 접어든 우리에게는 적법을 가장한 수사재량의 남용이 더 큰 기본권 침해의 위협이 되고 있다고 할 것이다. 따라서 이를 가려내고 제지할 수 있는 기준과 사례를 만들어 가는 적극적 노력이 매우 시급하다고 하겠다. 본고가 그와 같은 노력의 작은 디딤돌이 될 수 있기를 감히 희망해 본다.

[참고문헌]

- 성낙인, 헌법학(2014), 법문사
- 계희열, 헌법학(중), 박영사
- 배종대, 이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사
- 김재환, 형사소송법, 법문사
- 김동희, 행정법1, 2(제6판), 박영사
- 김학동, "동기의 착오에 관한 판례의 검토", 민사법학(38호, 2007. 9.)
- 정영일, "목적범에 관한 판례연구", 형사판례연구(9호, 2001)
- 한삼인, "권리남용금지의 원칙에 관한 판례분석", 고시연구(29권 11호, 2002), 고시연구사
- 천병태, "행정행위의 하자 : 행정행위 무효 기준의 재고", 법치국가와 행정법이론(상권 149-173, 2009), 동방문화사
- 김혜경, "고소권 제한원리로서 권리남용금지원칙의 도입에 관한 연구", 피해자학연구(제25권 1호, 2017. 4.)
- 이준일, "기본권의 대사인적 효력의 적용", 헌법실무연구(10권, 2009. 12), 헌법실무연구회
- 김주환, "기본권의 규범구조와 제3자적 효력", 사법행정(42권 11호, 2001), 한국사법행정학회
- 유남석, "기본권 제한 입법과 과잉금지 원칙", 헌법판례해설(2010)
- 김종천, "과잉금지의 원칙에 관한 연구", 법정논총(40권, 2005.2), 중앙대학교
- 김형성, "과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점", 헌법실무연구(3권, 2002), 헌법실무연구회
- 황치연, "과잉금지원칙의 제문제", 헌법논총(20집, 2009), 헌법재판소
- 이재홍, "과잉금지원칙의 논증구조(침해의 최소성 원칙을 중심으로)", 헌법실무연구(18권, 2017), 헌법실무연구회
- 박경신, "이익형량에 대한 환원주의적인 접근의 사례 : 미국의 단계심사와 한국의 과잉금지 원칙", 법철학연구(11권 1호, 2008), 세창출판사
- 김인희, "검찰의 수사권 및 공소권 남용 연구", 법과 사회(39호, 2010), 박영사
- 강동욱, "별건구속과 여죄조사의 적법성 여부에 관하여", 고시연구(제32권 제6호, 375호, 2005. 6.), 고시연구사
- 오경식, "별건구속의 형사소송법적 의의", 고시연구(33권 2호, 383호, 2006. 2.), 고시연구사
- 이재원, 김태균, "전자정보에 대한 압수·수색 과정 중 이루어진 이른바 별건 압수·수색에 대한 문제", 율촌판례연구(2017)
- 김성룡, "전자정보에 대한 이른바 별건 압수·수색", 형사법의 신동향(통권 제49호, 2015. 12.), 대검찰청
- 박대준, "직권남용죄의 성립요건", 대법원판례해설(통권 제53호, 2005), 법원도서관
- 선재성, "예외적 허가의 재량행위성과 그 재량권 일탈·남용 여부에 관한 법원의 심사방법",

대법원판례해설(통권 제36호, 2001), 법원도서관

허일태, "한국에서 수사권에 대한 규제와 통제", 형사소송 이론과 실무(한국형사소송법학회) 제7권 제2호, 2015

홍영기, "압수의 허용과 제한", 고려법학 제72호, 2014. 3.

배종대, "보안처분과 비례성 원칙", 세창출판사, 1998

이완규, "디지털 증거의 압수수색 개념 및 증거능력 요건", 형사재판의 제문제(형사실무연구회) 제7권, 2014

오기두, "관련성 없는 전자증거의 수집과 영장주의", 사법논집(65집, 2017), 법원도서관

변종필, "형사소송법 제308조의2의 '적법한 절차'와 제312조의 '적법한 절차와 방식' 사이의 관계", 형사재판의 제문제(형사실무연구회) 제7권, 2014

이용식, "형법에 대한 헌법적 통제 - 비례성 원칙을 중심으로", 한국형사법학회 2005년 동계 학술회의, 2006

이용식, "비례성 원칙을 통해서 본 형법과 헌법의 관계", 형사법연구 25호, 2006

조광훈, "수사기관 내사의 문제점과 법적통제에 관한 연구", 법학논집(이화여자대학교) 제16권 제3호, 2012

손동권, "암수범죄에 관한 연구", 형사정책연구(9권 2호, 1998), 한국형사정책연구원

김도균, "부정한 동기에 오염된 수사는 적법한가", 창원지방법원 진주지원 판례연구회(2022), 형사법연구회(코트넷, 일반자료실, 2022. 1. 7.)