

치안논단 53

不審檢問과 任意同行

- 一齊檢問의 問題點을 包含하여 -

이 동 권*

1. 序 論

자유권적 기본권을 비롯한 모든 인권은 신체의 자유를 전제로 한다. 그러나 이 시민의 자유권이 수사 내지 행정활동을 위하여 부득이한 경우 헌법 제37조에 근거하여 제한 되는 경우가 있다. 그 중 대표적인 것이 경찰관 직무집행법 상의 불심검문이다. 즉 불심검문은 일반시민의 입장에서는 일상사에서 경찰의 존재를 가장 생생하게 피부로 느낄 수 있는 계기가 되고, 경찰의 입장에서는 치안목적 달성을 위하여 불특정 다수시민을 대상으로 하는 경찰력 행사의 첫걸음이다.

그러므로 불심검문은 범죄의 예방과 진압을 통한 치안유지와 적법절차를 통한 인권보장이라고 하는 두 가지 목적을 동시에 지니고 있으며, 이 양자는 이론적으로는 상호 보완적인 관계이지만 현실에 있어서는 점점에서 서로 충돌하는 긴장관계에 놓여 있다고 할 수 있다.¹⁾

불심검문제도가 지니고 있는 이 두 가지 목적을 조화롭게 이루어내기 위해서는 공권력을 행사하는 과정에서 법을 집행하는 경찰의 준법의지와 실천적 노력이 요구된다. 그러나 실제 실무에서는 불심검문 중에 경찰 목적을 우선적으로 강조하는 행태를 보여

* 서울경찰청 정보관리부 경감(서울시장실파견)

1) 탁희성, 「불심검문의 실태와 개선방안」, 한국형사정책연구원(연구보고서 99-1), 1999, 18면 ; 이와 관련하여 중앙일보, 「불심검문, 우리시대의 불감증 현장」(1999.4. 13자), 인권운동사랑방, 「불법 불심검문에 대한 불복중운동을 전개하며」(98. 4. 14자), 한겨레신문, 「불심검문 이제그만」(1999. 5. 21자), 서울대학생회, 「불심검문, 이제는 불복종을 선언한다」(<http://plazal.snu.ac.kr/03.1.6> 검색), 동아일보, 「시민 26.3%, 경찰불심검문에 적법절차 안지킨다」(1999. 10. 17자), 한겨레21, 「당신의 인권을 주장하라」(<http://hani.co.kr/01.1.6> 검색), 문화일보, 「경찰불심검문 법절차 무시」(02. 2. 24자), 「불심검문 당할 것인가, 저항할 것인가」(<http://www.dhmynews.com/03.9.27> 검색) 등의 각종 보도를 통해 끊임없이 긴장관계가 이어지고 있다.

2) 인권은 교도소나 양심수, 시국사건 등에만 국한된 사안이 아니며, 고문수사, 불법한 인신구속만이 인권침해가 아니다. 대학생이라는 이유로, 젊은 남자라는 이유로, 시위장소를 지나가고 있다는 이유만으로 신분증을 제시해야 하고, 소지품을 검사당하고, 경찰서까지 동행을 강요하는 것도 명백한 인권침해에 속하는 것이다. 최근 인권단체 등을 중심으로 경찰의 불법한 불심검문에 대해 불복중운동을 전개하였고 경찰의 불심검문으로 인한 피해가 자주 발생하자 법원은 위법한 불심검문에 대해 손해배상을 인정하는 등 구체적인 사법적인 규제기준을 제공하기에 이르렀다. 따라서 경찰행정의 효율성 측면에서 불심검문의 역할이 중요하다고 하더라도 법을 무시하고 개인의 기본권을 침해하면서까지 공권력을 행사하는 것은 결코 용인되어질 수 없을 것이다.

왔고 최근 일반시민들의 고양된 인권 의식은 불심검문의 방법 및 그 한계와 범위에 대하여 적법성과 적정성을 요구하고 있는 실정이다.²⁾

따라서 이러한 불심검문의 공권력과 인권의 충돌을 미연에 방지할 제도적인 개선책이 지속적으로 연구될 필요가 있다고 본다.

본고에서는 불심검문이 경찰업무 중 매우 중요한 업무이며 범죄예방과 범인검거를 위한 필요한 활동임을 감안, 불심검문의 일반적인 개념을 경찰관직무집행법 제3조를 중심으로 살펴보고, 적법한 불심검문이 이루어지고 있다고 보는 경찰선진국의 입법례와 판례를 검토하며, 임의동행과 자동차검문(일제단속)에 대해서 중점적으로 논하고 결론에서 우리나라 불심검문제도의 개선방향을 제시하고자 한다.

II. 不審檢問制度的沿革과 法的概念

1. 불심검문의 의의

「불심검문」³⁾ 이라 함은 협의로는 경찰관이 거동이 수상한 자를 발견한 때에 이를 정지시켜 조사하는 행위를 의미하고, 광의로는 정지 및 질문이외에 일정한 요건하 에서의 동행요구와 소지품검사를 포함한다.⁴⁾

우리나라에서의 불심검문은 경찰관직무집행법 제3조에 직접적인 근거를 두고 행하고 있는데, 여기에 규정된 불심검문의 방법은 정지, 질문, 흥기조사, 동행요구 등 네가지이다.⁵⁾ 동법 제3조의 불심검문규정의 취지는 범죄와 관련되었다고 판단되는 상황에서 경찰관의 특정한 자에 대한 질문이나 동행에 관한 요건을 정함으로써, 시민의 자유를 보장함과 아울러 공공의 안전과 질서유지라는 경찰의 임무를 달성하려는 것이다.⁶⁾ 불심검문은 원칙적으로 범죄의 예방·진압과 관계된 활동으로서 그 본질은 행정경찰작용, 특히 보안경찰 (Sicherheitspolizei)의 분야에 속하고 범죄의 수사 및 피의자의 체포를 목적으로 하는 사법경찰의 작용과 다르다.

그러나 불심검문은 흔히 행정경찰 작용과 사법경찰의 중간에 위치하기 때문에 이를 계기로 하여 범죄수사의 단서, 범인검거의 단서가 되고 나아가서 수사절차에 이행하는

3) 용어상으로는 검문이 신체구속, 의사에 반하는 연행과 답변의 강요를 포함하는 인상을 줄 우려가 있으므로 입법론적으로는 임의성을 강조한다는 측면에서 '직무질문'이라고 고치는 것이 바람직하다는 견해(이재상, 형사소송법, 1996, 181면 ; 배종대, 형사소송법, 1998, 183면, 정동욱, "불심검문", 고시계, 1989, 3, 강동욱, "불심검문", 고시원, 1994, 19면 참조)와 목적을 기준으로 하여 범죄예방을 목적으로 하는 행정경찰작용으로서의 질문은 '직무질문'이라고 하고 범죄수사를 목적으로 하는 사법경찰작용으로서의 질문은 '불심검문'이라고 하지는 견해(홍순창, "경찰관직무집행법 제3조에 관한 연구", 한양대 석사논문, 1992, 19면)가 있다. 그러나 '직무질문'이라는 용어는 일본학자들이 사용하는 용어이며(이기호, "직무질문", 치안연구소, 1984), 입법론이 아니라면 우리나라 경직법에 명시적으로 규정되어 있는 불심검문으로 통일되어야 할 것으로 본다.

4) 임웅, "불심검문실태와 개선에 관한 연구", 치안연구소(연구보고서97-04), 1997, 12면.

5) 표성수, "경찰관직무집행법의 불심검문과 강제처분에 관한 고찰", 서울대석사논문, 1985, 8면 ; 강동욱, 전계서, 1999 ; 김정석, "불심검문의 실태와 개선방안", 제3기 경찰고위정책과정, 경찰대학, 2001, 1065면.

6) 장영민·박기석, "경찰관직무집행법에 관한 연구", 형사정책연구원, 1995, 66면.

점에서 형사소송법상 중요한 기능을 수행한다.⁷⁾

이렇게 본다면 불심검문은 즉시강제에 해당하는 제도로 행정법학의 문제이면서 동시에 형사법학과도 경계를 접하고 있고 때로는 형사법학의 수사목적의 영역안으로 넘나드는 성격을 가지고 있다고 할 것이다.⁸⁾

2. 연혁

일제시대의 불심검문은 사회의 안녕 질서를 유지하기 위한 경찰강제로서 행정 집행령⁹⁾에 의거하여 보호단속이나, 예방검속 등의 강제처분이 행하여 졌었고, 해방이 되고 1948년 미군정법령 제176호로써 일제의 행정집행령이 폐지된 이후에도 법적 근거 없이 단지 행정관습과 사회통념에 따라서 강제 처분이 계속 행하여졌다.¹⁰⁾

그러나 이로 인하여 경찰권이 남용된다는 점과 법치주의의 관철이라는 점에서 이러한 관행이 더 이상 용납될 수 없어, 1953년 12월 1일에 경찰관직무집행법(1953. 12. 14 공포, 법률 제298호)이 제정되었다. 이 법에서는

종래 행정집행령 상의 예방검속제도를 없애고, 제2조에 불심검문에 관한 규정을 두고 있으며 그 내용은 현행법의 내용과 유사하다.¹¹⁾

그 후 몇 차례에 걸쳐 경찰관직무집행법상의 불심검문규정 내용이 개정¹²⁾ 되었으나 본질적인 내용이라기보다 절차적인 문제에 관한 것이었다. 예컨대 "답변을 강요당하지 아니한다"라는 문구를 삭제할 것인가 말 것인가, 또는 "임의동행의 경우 거절의 자유고지 및 동행후 통지의 의무화, 변호인의 조력을 받을 권리 유무", "경찰관서에 머물 수 있는 시간의 제한"등과 관련된 내용이다.

이러한 개정과정을 검토해 보면 실질이 있어서는 아무런 변화가 없음에도 불구하고 단지 너무도 당연한 내용들을 시대상황에 따라 구체화하기도 하고 삭제하기도 한 것이었으며, 이러한 개정과정에서 보여주는 불심검문 제도에 대한 인식이 동 제도가 현재까지 제대로 자리매김하지 못한 이유가 무엇인지를 추정케 해준다.

7) 강구철, "즉시강제로서의 불심검문에 관한 고찰(상)", 사법행정, 1982, 5, 9면 ; 강동욱, 전계서, 28면 ; 이재상, "불심검문과 임의동행", 고시연구, 1987, 8, 168면.

8) 강구진, "불심검문 및 임의동행에 관한 고찰(상)", 경찰고시, 1983, 6, 51면 ; 표성수, 전계논문, 8면.

9) 1914년 7월 11일 제령 제23호로 제정된 행정집행령(모두 7개조문으로 구성)도 일본의 행정집행법(1900년, 법률제84호)를 거의 그대로 의용하였다. 이운주 "한국 경찰작용법의 형성과정과 그 의미에 관한 연구", 경찰법 연구(창간호), 2003, 6, 63면 이하 참조.

10) 김정석, 전계논문, 1065면 ; 강동욱, 전계논문, 20~25면 참조.

11) 임웅, 전계논문, 19면 ; 김효전, "구한말경찰의 이론과 실제", 동아대대학원 논문집 (vo1.26 No1), 2001, 107면 이하 참조 ; 이운주, 전계논문, 60~61면 ; 임준태, "경찰작용의 본질과 서비스 한계", 한국경찰연구제1권1호, 2002, 6, 한국경찰발전연구회, 13면 이하 참조.

12) 1981. 4. 13 공포(법률 3427호)된 개정안은 경찰관의 직무집행의 합리성과 합법성을 보장하려는 것이었고, 1988. 12. 31공포(법률 4048호)된 개정안은 경찰관의 직권남용으로부터 국민의 인권침해방지에 중점을 두었고, 1991. 3. 8 공포(법률 4336호)된 현행법의 개정안은 경직법 운용과정에서 나타난 경찰업무집행법상의 애로와 문제점을 시정·보완하고, 법과 질서의 확립으로 민주화의 기반을 확고히 하는 이른바 민생치안을 확립하고자 한 것이었다.

3. 법적 성격

경찰관직무집행법 제3조의 불심검문이 행정경찰작용으로서의 경찰권발동인가, 사법경찰작용으로서의 경찰권 활동인가에 대한 견해의 대립이 있는데, 그 성격여하에 따라 불심검문을 해석하는 법리가 달라지게 되고, 또 구체적인 내용에도 차이를 가져 온다.¹³⁾

1) 행정작용설

불심검문은 행정경찰작용의 수단으로서 행정목적달성을 위한 것이라는 설이다. 즉 경찰관직무집행법(이하 '경직법')상의 불심검문은 범인의 검거, 증거의 수집을 목적으로 하는 사법경찰작용(수사절차)이전의 범죄의 예방·공안의 유지 등을 목적으로 하는 행정경찰작용이라고 한다.¹⁴⁾ 그 논거로써 ①경직법은 연혁상 과거 행정경찰규칙, 행정집행법 등의 수단을 정했던 법규를 계수한 법률이므로 경찰작용법의 일종이다. ②경직법 제3조가 그 주체를 경찰관으로 하고 있고, 형사소송법과 달리 사법경찰관이라고 하는 개념을 사용하고 있지 않으며, 피의자의 요건을 충분히 갖추고 있는 자라고 하더라도 항상 피의자로서 사법

경찰관리에 의해 신문당하거나 체포되어야만 하는 것은 아니라고 한다.¹⁵⁾

2) 병유설

불심검문은 행정목적달성뿐만 아니라 사법목적달성을 위한 것도 있다는 견해이다.¹⁶⁾ 그 논거로 ①본래 경찰관의 직무는 행정작용과 사법작용의 양측면이 있고, ②불심검문의 목적이 현실적 공공안녕과 질서유지외에 증거의 확보나 범인검거에도 있으며, ③실무상으로도 경찰관이 범죄수사를 목적으로 해서 범죄혐의자에 대하여 불심검문을 하는 경우에도 일반적으로 경직법 제3조를 근거로 하여 실시하고 있는 실정에 비추어 임의수사로서의 성격도 함께 가지고 있다고 보아야 한다는 것이다.¹⁷⁾

3) 이원설

불심검문을 이원적으로 파악하려는 견해로, 여러 가지 학설이 제기되고 있으나, '경찰관이 어떠한 죄를 범하려하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자'와 '행하여지려고 하는 범죄에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자'에 대하여 행하는 불심검문은 일반적인 행정경찰작용으로 보고,

13) 피검문자가 불심검문에 응할 의무가 발생하는가, 경찰관은 진술거부권 등 피검문자의 권리에 대한 고지의무가 있는가, 경찰관의 위법한 불심검문의 법적효과 등의 문제이다.
14) 강동욱, "불심검문에 관한 연구", 한양대 박사학위 논문, 1992, 16~17면; 차용석, 형사소송법 연구, 박영사, 1997, 238면; 백형구, 현대수사법의 기본문제, 육법사, 1985, 107면 참조; 김태진, "한국경찰 법제의 개선방안에 관한 연구", 동아대 대학원 박사학위논문, 2001, 83면; 김형훈, 방법기본법, 경찰대학, 2002, 25~26면.
15) 강동욱, 전거서, 31면.
16) 강구진, "경찰관직무집행법 제3조", 현대공법이론, 학연사, 1982, 379면.
17) 강구진, "불심검문 및 임의동행에 관한 고찰(상)", 경찰고시, 1983. 6, 53면; 임웅, 전거논문, 15~16면; 윤귀하, "임의수사의 한계", 사법행정, 1990. 2, 93면.

'죄를 범하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자'와 '이미 행하여진 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자'에 대한 질문은 사법경찰작용으로 보는 견해가 대표적이라 할 수 있다.¹⁸⁾

4) 소 결

불심검문이 범죄의 예방과 진압에 관련된 활동으로써 행정경찰상의 목적을 달성하기 위하여 행하여지는 경찰행정작용임에 틀림 없다. 그 논거는 ①경직법상의 불심검문의 대상은 특정한 범죄를 전제로 하는 것이 아니라 특정되지 않은 범죄도 대상으로 하고 있다는 점, ②수사는 검사의 지휘를 받아 사법경찰관이 행하는 것이나 경직법상의 불심검문은 경찰관이 독자적으로 행하는 것으로 보아야 하며, ③경직법상의 불심검문의 1차적 목적은 범죄자의 발견이라기보다는 범죄의 예방과 이를 통한 질서유지에 있다고 보는 것이 이 법의 성격에 부합하는 것이기 때문이다.¹⁹⁾ ④경직법상의 불심검문을 수사에 준하는 형태로 파악하게 되면 형사소송법의 적용을 받게 되고, 검사의 지휘를 받도록 한다면 그만큼 신속성과 효율성이 저하될 것이다.²⁰⁾

따라서 경찰관의 불심검문에서 비롯된

일련의 연속적 행위가 수사처분에까지 이른다 해도 이는 각 단계별로 그 성격을 파악하여 불심검문의 단계에서는 경직법상의 불심검문 규정이, 수사처분과 관련해서는 형사소송법상의 제반규정이 각각 적용되어야 한다고 본다.²¹⁾

III. 不審檢問制度에 대한 比較法的 考察

어느 사회이건 간에 경찰에 의한 불심검문활동은 범죄예방·치안유지를 위한 필요불가결한 경찰직무행위로 인정되고 있다. 다만 영미법계는 사법적 역제가 강한 반면, 대륙법계에서는 국가적·행정적 요청이 우선하는 차이점이 존재한다.²²⁾

이하에서는 먼저 우리의 불심검문과 매우 유사한 규정을 두고 있는 일본의 직무질문, 불심검문과 관련한 대표적인 판례들과 검문의 기준을 합리적으로 정립하고 있는 미국의 정지와 신체수검(stop and Frisk), 그리고 독일의 신원확인(Identitätsfeststellung)등에 관해 간략히 살펴본다.

18) 신동운, 형사소송법 I, 법문사, 1997, 84면; 범죄혐의 정도에 따라 구분하는 견해는 범죄혐의가 드러나지 않은 상태에서 행하는 경우에는 행정작용으로, 범죄혐의가 드러나서 수사에 착수하게 된 이후에는 사법작용으로 보는 견해 (배중대/이상돈, 형사소송법, 1999, 191면)도 이원설로 본다.
19) 임웅, 전거논문, 17면; 장영민·박기석, 전거논문, 69면.
20) 탁희성, 전거논문, 63면.
21) 이재상, 전거서, 183면; 김남현 외(편저), 경찰행정법, 경찰대학, 2001, 335면.
22) 강동욱, 전거서, 37면 참조; 탁희성, 전거논문, 36면; 즉 전자에서는 국민의 자유로운 의사를 중시하고 합리적 혐의를 요건으로 하고 있는 반면, 후자에 있어서는 체포와 질문을 위한 유치를 구별하여 질문을 위한 유치의 경우에는 합리적 혐의나 고발없이 혐의자를 강제유치하는 것이 일반적으로 인정되고 있다.(프랑스의 신원확인(신원확인)과 감치절차, 독일의 신원확인(신원확인)과 소환·검속제도 등)

1. 일본의 직무질문

1) 연 혁²³⁾

일본의 직무질문의 유래는 구헌법시대의 불심검문제도로 소급되는데, 1875년도의 행정경찰규칙 제3장 제24에 “수상한 자를 인식한 때에는 조사를 해서 그 태도에 따라 특구내 출장소에 연행하여.....” 라고 규정한 것이 그 근거이다. 이외에 치안경찰법, 내무부령 ‘숙박 그외의 건’ 등에 의하여 소위 거동 불심자에 대한 단속이 강력히 행하여 졌다.

명치 33년의 행정집행법 제1조1항은 소위 예방검속을 인정하고 있었으며, 동시에 행정목적에 위해 24시간 한도의 신체구속을 인정하였다. 또 위경측결례에 근거한 (경찰서장에 의한) 구류가 남용되고 범죄 수사에 활용되기도 하였다. 이는 조사하여 연행하는 것을 경찰의 권위로 삼아 시민을 복종시키는 강제적인 색채가 강한 경찰국가를 대표하는 악명높은 제도였다.

이러한 경찰의 강력한 행정 경찰상의 권한행사는 범죄수사에 남용됨으로써 격심한 인권침해를 야기시켰다. 그리하여 전후의 개혁을 통해 행정경찰상의 권한을 엄격히 한정된 경찰법이 1948년에 제정되었으며, 그

직무권한의 범위에 대하여는 1948년 7월 12일 ‘경찰관직무 집행법’²⁴⁾이 제정되기에 이르렀다. 현행 경찰관직무집행법은 행정집행법의 예방검속, 물건의 가영치 등을 삭제하는 한편, 보호검속, 출입 등의 요건을 좁히고 절차를 신중히 하고 종래의 불심검문에 대신하는 ‘직무질문’에 관한 규정을 두었다.

2) 우리의 불심검문제도와 차이점

일본의 경찰관직무집행법 제2조에 규정된 “질문”이 우리의 불심검문제도와 거의 유사하나 흥기소지여부조사, 동행요구거절, 동행요구방법, 동행사실의 가족 등에 대한 고지, 경찰관서에 머물 수 있는 시간제한 등과 관련한 규정은 없다. 특히 소지품 검사에 관해서는 우리나라의 불심검문규정에는 경찰관이 질문을 할 때에 흥기의 소지여부를 조사할 수 있는 규정이 있는데 반면, 일본의 직무질문 규정에는 체포되어 있는 자에 대하여는 흥기를 소지하고 있는지 그 여부를 조사할 수 있다고 되어 있다. 따라서 불심검문시 흥기의 소지여부를 조사할 수 있는지의 여부에 대하여는 판례와 학설에 의해 일정한 요건 하에서만 흥기 등 소지품 검사를 할 수 있다고 인정될 뿐이다.²⁵⁾

23) 田宮 裕, 형사소송법(신판), 1997, 57면.

24) 일본의 경찰관직무집행법 제2조(질문) ①경찰관은 이상한 거동 내지 다른 주변의 사정에 의해 합리적으로 판단하여 어떠한 범죄를 범하였거나 또는 범하려 하고 있다고 의심함에 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄에 관하여 혹은 범죄가 행하여지려고 하고 있는 것에 대하여 알고 있다고 인정되는 자를 정지시켜 질문을 할 수 있다. ②그 장소에서 질문을 하는 것이 본인에 대해서 불리하거나 또는 교통의 방해가 된다고 인정되어지는 경우에 있어서는 질문을 하기 위해 그 자에게 부근의 경찰서, 파출소 또는 주재소에 동행할 것을 요구할 수 있다. ③전2항에 규정하는 자는 형사소송에 관한 법률의 규정에 의하지 않는한 신병이 구속되거나 또는 그의 의사에 반하여 경찰서, 파출소 혹은 주재소에 연행되거나 또는 답변을 강요당하지 아니한다. ④경찰관은 형사소송에 관한 법률에 의해 체포되어 있는 자에 대하여는 그의 신체에 대하여 흥기를 소지하고 있는가의 여부를 조사할 수 있다. ; ‘우리나라와 일본의 경찰관직무집행법’의 차이에 대해서는 김태진, 전계박사논문, 115~133면 참조.

25) 탁희성, 전계논문, 36면 참조 ; 경찰청, 경찰관직무집행법해설, 2001, 26~27면 참조.

또한 일본의 현행 직무질문의 대상자는 형사소송법에 의한 법률의 규정에 의하지 않는 한, 신병이 구속되거나 또는 그 의사에 반해서 경찰서, 파출소 또는 주재소에 연행되거나 답변을 강요당하지 아니함을 명백히 하여(동법 제2조③), 직무질문이 임의처분이며 동행은 임의동행이라는 것을 강조하고 있다.²⁶⁾

2. 미 국

1) ‘Stop and Frisk’의 의미

영미에서는 오래 전부터 경찰관이 거리에서나 공공장소에서 질문하거나, 다른 수사를 위하여, 또는 정지에 부수하여 위험한 물건을 찾을 목적으로 의심스러운 사람을 정지시키는 관행이 있었다. 수사활동이 개시되기 이전의 이러한 경찰관의 활동은 Stop and Frisk의 문제로서 논하여지고 있다.²⁷⁾ 일반적으로 Stop은 ‘정지’에 상응하는 개념으로서, 영장 등에 의한 정식체포에 이르지 않는 일시적인 행동의 자유에 대한 제약의 의미이며, Frisk는 신체검색의 의미로서 소지품

검사의 태양 중 하나로 통상은 무기를 탐색하기 위하여 입은 옷의 외측을 가볍게 두드리는 처분으로서 수색에 이르지 않는 정도의 사전적인 일시적 소지품 수검을 의미 한다.

그밖에 정지·신체검색시에 질문도 행하여지므로 이 모두를 합하여 “Stop, Frisk and question”이라고도 하며, 불심검문의 총체를 ‘field interrogation’이라고도 한다.²⁸⁾

2) Stop and Frisk에 관한 주요 입법례

가. 1942년 통일체포법 (Uniform Arrest Act)

미국에 있어서 불심검문은 경찰실무 상의 필요에 의하여 피검문자의 동의에 의존한 경찰관행으로서 인식되었으며, 입법으로 그 권한을 인정하고자 시도가 있어 왔는데, 1930년대의 수사관행을 정리하여 입법모델로 제시한 것이 바로 통일체포법으로 질문을 위한 정지권(제2조)²⁹⁾과 무기검색(제3조)³⁰⁾을 인정하였다.

26) 그러나 임의처분 규정이 있음에도 불구하고, 경직법상의 권한이 사실상 비대화되고 있으며, 범죄수사에 까지 활용되고 있으며 종종 실력행사는 물론, 명문의 규정이 없는 소지품 검사나 자동차검문조차 행하여지고 있다고 한다. 강동욱, 전계서, 144면 참조.

27) 표성수, 전계논문, 10면 ; 이상원, “미국의 경찰제도와 수사구조”, 치안연구소(99-05), 1999, 73면.

28) 강동욱, 전계논문, 37면.

29) 통일체포법 제2조(불심검문과 피의자의 신체구속) ①경찰관은 집 밖에서 현재 범죄를 범하고 있거나 범하였거나 또는 범하려 하고 있다고 의심함에 충분한 합리적인 이유가 있을 때에는 그 자를 정지시켜 성명, 주소, 밖에 있는 이유 및 행선지를 물을 수 있다. ②이 질문을 받은 자가 신원을 명백히 하지 않거나 또는 자기의 행위에 대해 경찰관이 납득하는 해명을 하지 못하면 때에는 신체를 구속하고, 나아가 질문·조사할 수 있다. ③본 조에서 규정하는 신체구속은 전부 합쳐서 2시간을 초과해서는 안된다. 구속기간의 종료 후 피구속자는 체포된 범죄로 소추를 받지 않는 한 석방되어야만 한다.

30) 제3조(무기의 수검) 경찰관은 제2조의 규정에 의하여 정지시키거나 또는 구속하고 있는 자가 위험한 무기를 가지고 위해를 가할 우려가 있다고 믿음에 충분한 합리적인 이유가 있는 때에는 이러한 무기를 수색할 수 있다. 무기를 발견한 경우에는 질문의 종료시까지 이것을 영치·보관할 수 있다. 그 후 체포하지 않는 한 이것을 반환하여야 한다. 또 이 경우에 무기의 불법소지를 이유로 체포할 수 있다.

나. New York주의 입법

뉴욕주에서는 1964년 소위 '정지·수검법'(Stop and Frisk Act)이 시행되었다. 미국의 대다수 주에서 명문화되지 않는 정지·수검의 권한을 뉴욕주에서 규정한 것은 거대도시에서의 폭력범죄의 증압에 대처하기 위한 현실적 정책이라고 볼 수 있다. 다만 통일체포법 보다 경찰권 남용을 방지하기 위한 규정을 두었다. 동법은 정지에 수반하는 예방적인 '수색'을 상대방이 흉기를 소지하고 있다고 생각되는 범위까지 허용하며, 나아가 흉기수색과정에서 발견된 증거물의 압수를 허용하는 등 경찰재량권을 많이 부여하였으나 경찰관이 질문시 신분을 밝혀야 한다든지, 정지를 위하여는 합리적 실력이외에는 허용되지 않는다는 등의 제한규정을 두었다.³¹⁾

다. 미국법률협회의 모범법전

미국법률가협회(A.L.I)는 모범법전 에서 정지, 질문 및 수검에 관한 입법안을 제시 하였다. 동 협회는 1963년부터 모범법전의 작성에 착수해 1966년 예비초안 제1호를 공포하였고, 1972년 공식초안 제1호, 1975년에 확정안인 최종초안³²⁾을 공표하였다.

대부분의 학자들은 「기소인부전절차 모범법전」이라 번역한다. 현재 미국 대부분의 주가 이 모범법전을 기초로 하여 입법화하고 있으며 제한적이지만 통일체포법의 취지가 계승된 것으로 정지·수검을 최종에 의하여 판정(제110조2항)하고, 시민에 대한 권리고지의무(제110조1항)를 규정하였으며, 정지시간 및 수검의 태양을 옷 위를 가볍게 두드리는 것에 한정하는 등 정지·수검의 범위를 명확히 하였다. 다만 정지와 강제적인 신체구속임을 인정하면서도 그 침해정도는 구속과 다르므로 그 요건은 범죄를 범했다고 의심함에 충분한 합리적 혐의로서 충분하다고 하였다. 그리고 경찰관에게 정지를 위한 실력행사(강제정지권)³³⁾을 허용하고 있는데 이는 효과적인 범죄의 예방과 진압을 위하여 시민의 자유가 다소 양보할 수 있다는 것을 보여준다.

3) 연방법원의 Stop and Frisk에 관한 주요 판례

경찰의 불심검문은 보통 혐의자를 체포

31) 동법은 정지에 수반하는 예방적인 '수색'을 상대방이 흉기를 소지하고 있다고 생각되는 범위까지 허용하며, 나아가 흉기수색과정에서 발견된 증거물의 압수를 허용하는 등 경찰재량권을 많이 부여하였으나 경찰관이 질문시 신분을 밝혀야 한다든지, 정지를 위하여는 합리적 실력이외에는 허용되지 않는다는 등의 제한규정을 두었다. 田富 裕, 전계서, 86면.
32) 정식명칭은 「The American Law Institute, A Model Code of Pre-Arriagment Procedure, Proposed Official Draft(1975)」이다. 대부분의 학자들은 「기소인부전절차 모범법전」이라 번역한다.
33) 제110조2항3호 실력행사(use of force) : 법 집행관은 본항 제1호·제2호에서 규정하는 권한을 행사할 목적으로서 사람 또는 차량을 정지시키거나, 집행관의 면전에 머물도록 하기 위하여 합리적으로 필요한 실력을 행사할 수 있다. 단, 상대방을 죽음에 이르게 하는 실력은 제외한다 ; 미국은 헌법 수정 제2조에서 시민의 무기소지권을 보장하고 있고 현실적으로도 무기소지와 총기사용범죄가 입법화되어 있으므로 불심검문에 대한 강제력 행사의 필요성이 우리와 다르다고 본다.

하거나 체포에 부수하여 수색할 권한이 없을 때 행해지기 때문에, 불심검문의 관행이 미국헌법 수정 제4조에 위배되지 않는가 하는 관점에서 연방대법원의 논의대상이 되어 왔는데, Stop and Frisk의 법리가 확립된 사건이 바로 Terry사건이다.

가. 테리사건(Terry v. Ohio, 392 U.S.I(1968)

〈사건개요〉

McFadden형사는 클리브랜드 시내를 사복으로 순찰중 낮선 2명의 남자가 마을 어귀에 서 있는 것을 보고 약 3~400피트 떨어진 곳에서 이들을 주시했다. 그러자 두 사람 중 한 사람이 어떤 가게 안을 들여다 보기를 수차례 하다가 다른 사람이 기다리고 있는 곳으로 돌아와 몇 마디 말을 나누고 다시 가게 안을 들여다보고 제자리로 돌아왔다. 이때 제3의 남자가 나타나자 그들과 이야기를 나누다 돌아갔고 처음 두 사람도 10여 차례 가게를 들여다본 후 제3의 남자가 간 방향으로 걸어갔다. McFadden형사는 그들이 강도가 아닌가 의심하면서 이들을 추적하였다. 그는 두 명의 남자가 제3의 남자와 합류하는 것을 보고 가까이 가서 그들을 정지시키고 신분증을 제시한 뒤 그들의 성명을 물었지만 대답을 우물거리자 세 사람의 옷을 두드려 보았다. 그때 한 사람에게 총을 발견하고 그 총을 압수

했다. 그들은 불법무기소지죄로 체포되었다. 이에 대하여 피고인은 경찰이 상당한 이유없이 정지와 신체수검을 행했으므로 위 압수절차가 위법하다고 주장하고 증거배제를 주장하였다.³⁴⁾

〈판시이유〉

경찰관이 평범하지 않은 행동을 목격하고 자신의 경험에 비추어 볼 때 범죄행위가 진행중이고 그가 대하고 있는 그 사람이 무장되어 있어서 현재 위험하다는 결론에 이르게 되어 이러한 행동을 수사하는 과정에서 먼저 자신이 경찰임을 증명한 후에 합리적인 질문을 행하고 첫 번째 대면단계에서 자신과 다른 사람의 안전에 대한 합리적인 우려를 제거시킬만한 어떠한 짓도 발견하지 못한 경우에 경찰관은 그 지역 안에서 자신과 다른 사람의 보호를 위해 자신을 공격하는데 사용될 수 있는 무기를 찾기 위한 시도로써 그러한 사람의 겉옷에 제한된 수색을 조심스럽게 행할 권한이 있다고 판결하였다. 그러한 수색은 수정헌법 제4조하의 합리적인 수색이며 그 사람으로부터 압수된 무기는 그 사람에 대한 증거로서 제출될 수 있다.³⁵⁾

34) Robert M. Bloom/Mark S. Brodin, Constitutional Criminal Procedure, 1992, 60면 ; 탁희성, 전계논문, 47면 참조.
35) Rolando V. del Carmen, Criminal Procedure—Law and Practice—, 1995, 110면 ; 김성돈(역), 미국형사소송법, 길안사, 1999, 11, 147면 참조.

〈Terry원칙의 확립〉

Terry v. Ohio 판례는 Stop and Frisk가 정당한 것인가의 여부를 결정함에 있어서 다음과 같은 기준을 확립했다.³⁶⁾

①상황 : 경찰관이 자신의 경험에 비추어 다음과 같은 결론에 합리적으로 이르게 되는 비정상적인 행동을 알아야 한다.

- a. 범죄행위가 진행중이고,
- b. 당해인이 흉기를 소지하고 위협이 현존하다.

②경찰관이 최초로 해야 할 것 : 수사의 과정에서 경찰관은 다음과 같은 행동을 해야 한다.

- a. 자신을 경찰관이라고 밝혀야 하고
- b. 합리적인 질문을 해야 한다.

③경찰관의 권한 범위 앞의 두 가지 필요조건이 충족된 경우에 경찰관은 그 지역 안에서 자신과 다른 사람의 보호를 위해, 자신을 공격하는데 사용될 수 있는 무기를 찾기 위한 시도로써 그 사람의 겉옷을 가볍게 두드리는데 제한되며 무기처럼 느껴지는 물체만이 정당하게 압수될 수 있다.

나. Terry 판결이후 법원의 태도

연방하급법원에서는 Terry원칙이 유지되는 한편, 이미 발생했거나 현재 진행중인 범죄수사를 목적으로 정지·질문하는 것도 인정하고 있다.

즉, ①순찰근무중 범죄에 대한 예방과 범인검거를 목적으로 한 정지는 적법하다.³⁷⁾ ②순찰중의 경찰관이 특정범죄의 발생연락을 받고 현장부근으로 급히 가서 사람과 차량을 중심으로 정지·질문을 하는 경우 긴급성과 주위의 사정을 고려하여 합리적 판단이 이루어졌다면 적법하다.³⁸⁾ ③경찰에 제공한 정보에는 적어도 정지·질문을 행할 근거로서 합리적이라고 평가할 수 있는 정도의 신용성은 인정된다.³⁹⁾ ④정지를 요구할 때 합리적 혐의가 인정되면 경찰관이 총을 겨누고 있는 것만으로 불법체포는 아니며, 그 외에 총을 겨누고 손을 머리위로 돌려 잡도록 한 것, 2대의 순찰차로 협공하여 정지시키는 것⁴⁰⁾ 등도 적법하다.

한편, 연방대법원에서도 대체로 Terry 원칙에 입각한 판결을 내리면서도 범죄의 증가, 직무집행중인 경찰관의 사상인구의 증가

36) Rolando V. del Carmen, 전게서, 110면 : 동 원칙의 확립은 합리적 혐의에 근거한 불심검문과 소지품 검사를 합헌이라고 선언한 획기적인 판결이다. 그 후 경찰교범의 지시(훈령)에도 i) 인지 ii) 접근해서 신분을 밝힘 iii) 질문의 순서를 거처도록 하였고, 만약 답변이 경찰관의 안전에 관한 염려를 해소하지 못한 때는 i) 의복의 외부를 위로부터 아래로 툭툭 쳐(pat-down)내린다 ii) 흉기가 만져질 경우, 이를 압수할 수 있고 체포할 수 있다. iii) 체포한 후에는 신체에 대한 수색을 할 수 있다. 김성돈(역), 전게서, 148면 참조 ; 한편, 渡邊 修, "직무질문의 연구", 성문당, 1985, 157~160면에서는 i) 정지의 개념에는 시민과 경찰의 접촉이 어느 범위까지 포함되는지 기준이 불명확하며 ii) 합리적 혐의에 의해 정지가 허용된다고 하였지만 그 합리성을 명확히 설명하지 못한다 등 Terry원칙의 문제점을 지적하고 있다.

37) Carpenter v. Sigler, 419 F. 2d 169, 1969.

38) Orricer v. Ereckson, 471 F. 2d 1204, 1973.

39) Williams v. Adams, 436F. 2d 30, 1970.

40) United States v. Gonzalez, 319F. Supp. 563, 1970. : 그러나 2000. 2 뉴욕 브롱스 지방법원에서 '에이프렐포프'라는 사람이 경찰의 불심검문을 받는 과정에서 가짜 운전면허증을 소지한 혐의로 체포되자 헌법상의 권리를 침해당했다며 제기한 위헌심사 소송에서 "경찰의 불심검문은 부당한 검문과 압류로부터 보호받을 권리를 보장한 수정헌법 제4조에 위반된다"고 판결하여 경찰에서 강력 반발하는 등 논란이 제기되고 있다.(경찰청, 외국경찰최신동향, 2000. 2 내부자료)

등으로 인해 처분의 태양이 넓어지는 경향에 있으나 수정헌법상의 기본권 침해행위에 대해서는 엄격한 제한을 가하고 있다.

즉 ①경찰관이 순찰 중 거수자를 정지·질문시 답변의 거부에 대해 질서위반죄 등 경범죄로 처벌하는 규정은 위헌⁴¹⁾이다. ②그 지역에서 전에 보지 못한 얼굴이었다는 이유로 그를 불심검문한 것은 객관적 현실에 기초한 합리적인 혐의에 미치지 못하므로 위헌이다.⁴²⁾ ③전문정보에 근거한 불심검문의 경우가 문제되는데 i) 과거에 정보를 제공했던 적이 있는 정보자에 의해 주어진 혐의자가 총과 마약을 소지하고 있다는 정보에 근거한 정지에 대해 충분한 신뢰성이 있다고 하였다.⁴³⁾ ii) 익명의 정보제공이라도 경찰이 별도로 다른 조치로서 이를 보강한다면 불심검문을 위한 합리적 혐의를 인정하기에 충분하다.⁴⁴⁾ ④경찰의 유리한 증거수집을 위한 조사(증거 낚기)는 허용되지 않는다.

3.독 일

독일의 경우 우리나라의 불심검문에 일치하는 조문이 경찰법에 독립적으로 존재하는 것이 아니라 질문과 신문, 소환과 유치, 신원 확인, 감식조치, 수색 등이 경찰법과 형사소송법에 각각 규정되어 있다. 이는 신원확인 등 경찰관의 직무활동들이 그 목적에 따라 법적 근거를 달리하고 있기 때문이다. 즉 예방 경찰활동을 목적으로 하는 신원확인 등의 직무활동은 경찰법에 의하며, 형사소추의 목적을 위하여 행하는 신원확인 등의 직무활동은 오로지 형사소송법에 따르고 있다.⁴⁶⁾

1) 연방통일경찰법

각 주마다 고유의 경찰법을 가지고 있었지만 근래에 들어가는 경찰관의 업무를 보다 명확히 통일적으로 규율하기 위하여 연방통일경찰법을 제정하고자 하여 1977년 11월 25일 각주의 내무부장관의 의결에 의해 '연방과 각주의 통일체포법 모범초안 (MEPolG)'⁴⁷⁾이 만들어졌다.

41) Lawson v. Kolender, 658F. 2d 1362, 1981.

42) Brown v. Texas, 443 U. S. 47, 1979.

43) Adams v. Williams, 407 U. S. 143, 1972 : Terry사건에서는 수색하기 전에 가볍게 두드리 보아야 하고, 위험한 무기가 있다는 것을 감지했을 때 보호적 수색이 가능하다고 하였다. 본(윌리엄)사건에서는 정보자가 무기의 정확한 존재를 명백히 알려주었기 때문에 혐의자의 주머니 속으로 곧바로 손을 넣는 경찰관의 행동을 긍정하여 인정범위를 확대하였다. 이례적인 판결을 한 바 있다. 동아일보, 2000. 3. 29자 참조.

44) Alameda v. White, 496 U. S. 325, 1990 : 그러나 2000. 3. 28 연방대법원은 "경찰이 익명의 전화제보에 의거, J. L로 알려진 청소년을 무기소지혐의로 불심검문, 체포한 것은 불법이라고 판결하였는데 이 청년을 몸수색한 것은 경찰의 불합리한 수색압수행위를 금지한 수정헌법 제4조에 위반되며 최소한의 제보가 불심검문을 정당화할 정도로 범죄행위에 대한 합리적인 의혹을 준다고 보기 어렵다"는 이례적인 판결을 한 바 있다. 동아일보, 2000. 3. 29자 참조.

45) Minnesota v. Dickerson 53 CvL 2186, 1993.

46) Christoph Gusy, "Polizeirecht", 1993, S. 111 ; Franz-Ludwig Knemeyer, "Polizei und Ordnungsrecht", 2000, S. 164ff.

47) 원문은 "Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und Lander"이다. 동 초안규정은 오늘날 특별한 경우를 제외하면 각 란트의 경찰법률과 일치한다.

가. 신원확인(제9조)

경찰관은 위험을 방지하기 위한 경우, 어떤 장소에 있는 사람이 범행을 결의하거나 준비하거나 또는 실행한다고 하는 것 또는 요구되는 서류가 없이 만난다는 것을 사실성의 근거에 의해 경험적상 인정할 수 있는 경우이거나 매춘을 위해 그 장소에 있는 경우, 교통시설, 생활시설 또는 설비·공공교통수단·공공건물 또는 그 외의 특히 위험한 시설 안이나 그것에 근접한 곳에 머물고 있고 이러한 종류의 시설 안이나 근접해서 그 시설안이나 근접한 곳에 있는 사람에 의해 범행이 범하여 진다고 하는 것 또는 그 시설 자체가 직접적으로 위태롭게 된다는 것을 사실관계를 통해 정당화할 수 있을 때, 형소법 제100조 a 또는 집회법 제27조에서 규정하고 있는 범행을 막기 위한 경우(제9조1항) 경찰에 의해 마련된 통제장소 등에서 사람의 신원을 확인 할 수 있다. 이에 경찰관은 신원확인을 위하여 당해인을 정지시켜 그의 인적사항을 질문하고 당해인이 휴대한 물건을 수색할 수 있다 (제9조2항).

신분증명서의 심사에 대하여 단지 경찰의 권한만을 규정하고 있으며 (제9조3항), 그때 그때의 수권규정은 특별법률로부터 나와야 한다.⁴⁸⁾

48) Schenke(서정범 역), 독일경찰법, 1998, 69면; 탁희성, 전게서, 54면 참조.
 49) 동규정의 소환은 예견되는 진술이 개인의 신체, 생명, 자유에 대한 위험의 방지를 위하여 필요하거나, 감식조치의 수행에 기여하는 경우에만 강제적으로 행해질 수 있다는 의미일 뿐 수사(Ausforschung)를 위한 소환을 허용하는 것은 아니다. Schenke, 전게서, 74면 참조.
 50) 그외 프랑스의 경우에도 1981. 2. 2 "Law and Order 입법"을 제정하였다. 이는 종래 법률에 의하지 않고 널리 행하여지고 있던 정지와 유치를 질서유지, 특히 조직폭력 범죄 예방과 적발을 위한 용의자, 참고인을 묻지 아니하고 허용하는 것이었다. 그리고 필요한 경우에는 경찰서로 연행하여 사람의 신원을 명백히 함에 필요한 조치의 행사를 허용하였다. 즉 신원확인인 경우에는 강제력이 허용(최대 4시간까지 유치가능)된다. 이와 관련한 개략적인 소개는 박창호, "프랑스의 불심검문", 경찰학연구 제4호, 경찰대학, 2003. 293~301면 참조.
 51) <표1> 각국 불심검문제도의 비교 참조, 동 비교는 불심검문에 대한 연구서를 펴낸 강동욱 교수 등 선행연구를 토대로 요약한 것이며 각국의 법규범체계상의 차이에도 불구하고 우리의 법 운용에 있어 많은 참고가 될 것이다.

나. 소환과 유치

당해인이 부과된 경찰업무를 수행하기 위해 요구되는 유용한 진술을 할 수 있다는 것이 사실에 의해 정당화되는 경우이거나 감식조치의 실행을 위해 경찰은 문서 또는 구두로 사람을 조회 할 수 있다(제11조①)⁴⁹⁾ 이때 경찰관은 그 이유를 밝혀야 하며(동2항) 당해인이 정당한 이유없이 조회에 응하지 않으면 경찰관은 진술이 사람의 생명, 신체 또는 자유에 대한 위험을 방지하기 위하여 요구되는 경우이거나 감식조치의 실행을 위해 강제적으로 집행할 수 있다.(동3항) 경찰은 직접적으로 민간에게 행하여지는 범행이나 범행이 계속 또는 현저한 위험을 수반하는 질서위반을 막기 위하여 유치할 수 있다(13조 제1항 2호).

2) 형사소송법상의 검문과 신원확인

형소법상 신원확인을 위한 검문, 수색 등의 조치와 구속을 인정하고 있다. 즉 형소법 제111조 1항(형사소송절차상의 검문소), 제163조b 1항, 2항(신원확인) 에서 검문과 신원확인을 위한 필요한 조치를 규정하고 있다. 그러나 동 규정은 피의자에 대한 것이기 때문에 우리의 불심검문과 단순비교하기 곤란하다.

4. 소 결

이제까지 일본·미국·독일 등의 경찰 불심검문에 대하여 살펴보았다.⁵⁰⁾

우리나라의 불심검문은 인권보장을 증시하여 적법절차의 원리에 입각한 미국의 불심검문과의 운용상황과 큰 차이를 보이고 있다. 즉 우리나라의 현행 불심검문의 운용은 범죄의 예방·조사를 담당하는 일선 경찰관의 현실적 요청에 따라, 또는 수사의 단서를 넘어서 수사절차에서 인신구속을 위한 편리한 도구로 사용되어 왔다는 사실은 부인할 수 없다. 그리고 권한의 유무나 범위가 애매모호 하여 아직 확립된 기준의 제시가 부족한 편이다. 미국의 경우 주로 판례에 의해서 사건을 기준으로 하여 판시된 내용을 법적용에 인용하고 있는 점에서 우리와 차이가 있지만 그에 관한 제이론 및 실천상황은 우리나라에서의 운용에 있어 큰 참고가 되리라고 본다.⁵¹⁾

<표1> 각국 불심검문제도의 비교

국가/구분	한 국	일 본	미 국	독 일
근 거	1953년 경찰관직무집행법제3조(불심검문) 7개 조항 ※주민등록법제17조의10(주민등록증제시요구)	1948년 경찰관직무집행법제2조(질문) 4개 조항으로 구성	①1942년 통일체포법 제2조(불심검문과피의자의 신체구속), 제3조(무기검색) ②1964년 N.Y주의 정지·수검법 ③1975년 법률협회의 모범법전 ④stop and frisk의 법리(판례)	①1977년 통일체포법 모범초안 제9조(신원확인)·제11조(소항)등 ②형소법 제163조(신원확인)
정지와 질 문	· 대상 : 거동불심자 · 판단요소 : 수상한 거동, 주위의 사정, 범죄의 혐의, 상당한 이유 · 절차적 보장 : 경찰관 신분의 증명, 질문의 목적과 이유의 고지 단, 진술거부권고지는 불필요(다수설)	· 대상과 판단요소는 한국과 동일 · 한국·일본 공히 정지시간제한 규정 없음 · 질문성·동행요구시 신분증표제시의무 없음 ※ 단, 신분증명은 경찰직원복무규정(24조)에 내부규칙으로 인정	· 거주자에 대한 정지·민원확인 질문권은 최소한의 책무로 규정(강제정지권) ※주에 따라서는 경찰의 정지·질문에 대한 답변거부시 처벌가능 규정을 둠 · 절차적 보장의 경우 타원칙에 입각하여, 범죄의 증가 등으로 처분의 대상이 확대되는 경향이나 기본권 침해시 엄격한 사법적 통제를 가함 · 정지시간 : 20분초과금지 · 그외 목격자에 대한 정지인정, 위험한 무기의 수검 등을 인정	· 대상 : ①위험방지②범행결의·준비 · 실행③위험한 시설과 관련되는 범행 등 · 거주자에 대한 인적사항 질문·신분증명서 조사·제출요구권 ※요구불응시 주민등록법제5조에 의한 질서위반행위로 간주 · 신분확인곤란시 유치 · 수색·감식조치권 등 인정 ※감식조치 : 지문과 장문지 채취, 사진촬영, 신체적 특성확인, 신장이나 체중 측정

치 / 안 / 논 / 단 3				
국가/구분	한 국	일 본	미 국	독 일
입 의 동 행	<ul style="list-style-type: none"> · 임의성 : 동행거절권 · 동행사유 : 당해인에게 불리하거나, 교통방해시 · 절차 : 동행목적과 이유와 동행장소 고지, 연락기회부여 및 변호인 조력권리 고시 등 · 시간제한 : 6시간 ※ 주민등록법상의 동행 요구권 인정 	<ul style="list-style-type: none"> · 임의성 규정 없음(동행거절권 없음) · 동행사유는 동일 · 동행요구 방법, 동행사실의 가족 등에 대한 고지, 동행장소 고지 의무, 변호인 조력권리 고지 등 규정 없음 · 시간제한 규정 없음 · 임의동행시 법률에 근거 없는 신체구속, 의사에 반한 답변강요금지 규정은 동일 	<ul style="list-style-type: none"> · 임의적인 협력요청권 · 각종 권리고지의무도 우리와 유사 - 정지·수검을 최종에 의해 한정 - 변호인 조력 등 권리 인정 - 수검시 옷위로 가볍게 두드리는 것에 한정하는 등 권한 범위를 명확히 규정 · 시간제한 : 2시간 초과금지 	<ul style="list-style-type: none"> · 임의성 규정없음 · 유치근거 및 소한시 이유 고지, 친척 등 연락권 인정 · 형소법상 신원확인을 위한 검문, 수색, 구속권 인정(피의자규정으로 우리와 단순비교 곤란) · 형소법상 신원확인시 시간제한 : 12시간 ※ 독일의 경우 경찰의 예방적 활동과 형소법의 규정에 근거한 진압적 활동과의 한계가 불명확하며 경찰작용이 실효성에 중점을 둠
소지품 검 사	<ul style="list-style-type: none"> · 직접 규정 없음 - 질문시 흉기의 소지 여부 조사는 가능(③항) ※ 임의처분, 영장은 불필요(다수설) · 한계 : 외품검사는 의사에 반해 허용, 개피행위는 위법(다수설) · 흉기이외의 소지품(마약, 위폐, 음란물, 금제품 등)도 포함(다수설) → 입법필요 	<ul style="list-style-type: none"> · 직접규정 없음 - 형사소송에 관한 법률에 의해 체포된 자에 대하여는 그 신체에 대하여 흉기의 소지여부를 조사할 수 있다"로 규정(④항) - 임의처분으로 허용되며 우리와 거의 유사하게 규제원리와 한계에 대한 논의가 전개되고 있음 	<ul style="list-style-type: none"> · 예방적인 흉기수색은 물론 발견된 증거물의 압수까지 허용함(통일체포법제140·50조) · 한편 판례는 "소지품검사는 불심검문에 수반하여 당연히 행해지는 경찰의 직무활동이 아니라 필요성, 상당성, 긴급성에 따라 고지는 엄격한 요건하에서 행해질 수 있는 예외적인 것이다"고 한다 ※ Frisk는 신체수검의 의미로 통상은 숨겨진 무기를 탐색하기 위해 입은 옷의 외측을 가볍게 두드리는 처분으로 수색에 이르지 않을 정도의 사전적인 일시적 소지품 수검을 의미 	<ul style="list-style-type: none"> · 소지품검사에 대한 직접규정은 수색과 관련한 세부규정을 둠 · 경찰관은 범죄혐의자 및 비형의자가 휴대한 물건을 수색할 수 있다(제9조) · 경찰도 사정상 경찰공무원 혹은 제3자의 신체나 생명에 대한 위험을 보호하기 위하여 필요한 경우에는 신원확인을 받아야 할 사람이 무기 기타 혹은 폭발물을 소지하고 있는지 여부를 수색할 수 있다(제17조②) ※ 일제단속이나 물건의 보호를 위한 경우 혹은 검문소에서의 수색은 당연히 허용됨

不審檢問과 任意同行				
국가/구분	한 국	일 본	미 국	독 일
자동차 검 문	<ul style="list-style-type: none"> · 근거 : ①교통검문(도교법 제43조 - 정비불량, 무면허·주취·과로 등의 운행) ②경계검문(경직법 제3조 - 제한적 허용 : 학설 대립) ③긴급수배검문(경직법제3조 : 학설대립) ④기타 : 전경대설치법 제2조의 2(전투경찰) · 일제검문 - 직접 명문규정 없어 논란이 되나 대체로 일제검문의 필요성을 인정(적극설), 그러나 긴급 수배검문 등 특별한 경우를 제외하고는 무차별적인 일제검문은 불심검문의 일종으로서 원용하는 것은 곤란하고 수상한 차량에 한하여 임의처분의 형태로만 가능하다는 제한적 인정설이 타당 → 엄격한 허용기준 마련 등 근거입법 필요 · 정도 : 검문의 목적과 구체적 정황에 따라 합리적으로 결정해야 함 	<ul style="list-style-type: none"> · 우리와 유사 단, 교통검문은 도교법 제67조①(제규정위반),②(위험 방지의 조치)규정에 의하여 차량정지가능 · 일제검문관련 일본판례 : 주로 불심검문의 연장선상에서 확장해석에 의해서 설명할 수 있으면 그것에 의하고 불가능하면 법적근거를 흠결한 것이라고 판시하는 경향이이며 특히 일제교통검문의 경우 사회통념 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 당연히 허용되고 수인될 수 있다고 한다 	<ul style="list-style-type: none"> · 모범법전(제110조②)과 판례 · 자동차검문유형 ①범죄현장으로부터 도주하는 범인의 발견·검거시(경찰의 당연한 의무) ※ 영장은 불요하나 합리적 혐의가 존재하는 경우에만 허용 ②교통위반단속시(운전면허증·자동차등록증 제시 요구, 음주운전자 발견 등은 합헌) → 이 경우 검문소 설치 등 도로폐쇄방식인 일제검문과 이동순찰방식으로 검문실시를 정당화(판례) ③국경경비담당관에 의한 검문(상당한 이유·합리적 혐의가 필요) ④일반범죄를 발견하기 위한 검문→수정헌법 제4조 위반으로 불 	<ul style="list-style-type: none"> · 자동차검문에 대한 일반법은 없으나, 검문소 설치로 신원확인 규정(형소법 제111조②)을 둠 · 요건 : 주요범죄(테러조직에 관한 죄나 중강도등)가 발생해야 하고 검문소설치가 사건해결에 도움을 줄 수 있다는 가능성이 예견되어야 함 ※ 검문소는 경찰의 고유권한으로 설치하는 경우(모범초안 제9조4)와 판사 등의 면에 의해 설치하는 경우가 있다 · 내용 : 검문소가 설치되면 모든 사람은 신원확인 절차에 따르고 소지품의 수색을 받아야 하는 의무를 짐 · 일제단속(각주의 경찰법 규정과 형소법 제163조의 6의 c 규정) → 예방·진압영역 모두 인정 ※ 우리의 무차별 단속과 달리 공공의 안녕질서유지 혹은 범죄수사와 관련하여 일정지역을 차단하여 그곳에 있는 사람들의 신원을 확인하는 조치임

※ 그 외 프랑스의 1981년의 "Low and order입법(신분절차에 관한 규정은 본격적 수사와 신원확인검문이라는 제목의 5개 조문으로 구성)과 형소법 제78조의 2(불심검문사유, 신원확인절차 등), 영국의 1984년의 경찰·형사증거법상의 불심검문제도를 참고할 수 있다.

IV. 不審檢問制度의 內容

1. 불심검문의 요건과 대상

경찰관직무집행법상 불심검문은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 죄를 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자, 이미 행하여진 범죄나 이미 행해진 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자에 대해 할 수 있다(경직법 제3조 제1항).

불심검문의 대상에 관하여 ‘거동이 수상한 자’와 ‘그 외의 자’로 나누어서 기술 하는 견해⁵²⁾가 있으나 이는 타당하지 않다. 거동이 수상한가의 여부는 불심검문을 할 수 있는 판단요구로 작용할 뿐 불심검문의 대상은 아니다. 거동이 수상하다는 이유만으로 불심검문을 허용한다면 시민의 자유를 부당히 제한할 염려가 있다. 따라서 단순히 거동이 수상하다고 하여 불심검문할 수는 없고 위에서 말한 판단요건을 구비한 ‘어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자’ 및 ‘이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자’에 대해서만 불심 검문이 가능하다고 하겠다.

52) 강동욱, 전계논문, 199면 이하 참조.

53) 박외병, “불심검문상 정지의 의의와 한계”, 경찰대논문집 제15집, 1995, 673면 : 예컨대, 경찰을 보면 급히 숨거나 옆길로 빠지거나 또는 되돌아가는 자, 경계하면서 현관 또는 저택에서 나오는 자, 웃이 찢어졌거나 현저하게 흐트러져 있는 자 등이다.

54) 강동욱, 전계논문, 100면.

1) 판단 요소

불심검문을 할 수 있는 경우인가의 판단은 “수상한 거동 기타 주위의 사정”을 기초로 판단한다.

가. 수상한 거동

‘수상한 거동’이란 비정상적으로 자연스럽지 못한 당사자의 언어, 동작, 태도, 착의, 물품휴대 등을 말한다. 이는 시간적, 장소적 상황과의 관련 하에서 판단할 수 있는 문제이다.⁵³⁾

그러나 오늘날 이러한 ‘수상한 거동’이라는 요소에 입각한 불심검문이 범죄방이나 적발에 효율적인가에 관해서는 의문의 여지가 있다. 즉 불심검문을 피하기 위해 치밀하게 사전준비를 하고 있는 경우가 많기 때문이다. 복장이나 휴대품, 자가용 차량 등을 이용하여 신분을 위장하고 흉기나 장물 등을 숨기거나 운반하며 발각되면 흉악화하는 조직적 범죄자에 대해서는 효과적인 대책이 되지 못한다는 것이다.⁵⁴⁾

나. 주위의 사정

‘주위의 사정’이라 함은 불심검문 상대방의 직접적 거동외의 사정, 즉 인적·물적·

다. 합리적으로 판단(판단기준)

수상한 거동이라는 주위의 사정을 요소로 하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자 및 이미 행하여진 범죄나 행하여 지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자인가를 판단하기 위한 기준은 합리적 판단이어야 한다. 합리적 판단이란 당해 직무를 행하는 경찰관이 주관적이고 독자적인 판단이 아닌 객관적인 합리성이 담보 되는 판단을 말한다. 치안이나 수사를 담당 하는 경찰관 중 평균적인 기준임을 설정하고, 그의 입장에서 볼 때 당해 상황에서 당해인에 대한 불심검문이 필요한가의 여부를 기준으로 삼을 수 있을 것이다. 또한 경찰내부의 정보 경찰관의 전문적 지식 또는 일반인은 인식하지 못하는 경찰관으로서의 합리적인 경험칙 등은 그 판단기준의 내용에 포함시켜야 할 것이다.⁵⁶⁾

2) 불심검문의 대상자

가. 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는자 ‘어떠한 죄’에는 합리적 의미의 범죄행위가 모두 포함된다.⁵⁷⁾ 다만 준현행범 또는 긴급

시간적·정신적 상황을 말한다. 주위의 사람들이 다수인가 소수인가의 여부(인적 상황), 위험한 물건이 있는가의 여부(물적 상황), 주간인가 야간인가의 여부(시적 상황), 변화한 거리인가 으스스한 골목인가의 여부(장소적 상황) 등은 주위의 사정의 대표적인 예들이 될 수 있을 것이다.

주위의 사정이라는 판단요소와 관련하여 제기될 수 있는 문제 중의 하나는 ‘주위의 사정’만으로 부근에 있는 자를 불심검문의 대상으로 삼을 수 있는가이다. 즉 수상한 거동이 없음에도 불구하고 주위의 사정만으로 죄를 범하였거나 범할 우려가 있는 자 및 그 사실을 안다고 인정되는 자로 판단하여 불심 검문을 행할 수 있겠는가 문제이다. 검문상 으로는 수상한 거동이 없더라도 다른 주위의 사정을 종합하여 불심검문을 행할 수 있는 것으로 해석할 수도 있다. 그러나 수상한 거동을 독자적인 판단요소로 내세우고 있고 수상한 점이 전혀 없는 사람을 주위의 상황만으로 그의 자유를 제한할 수 없다는 점에서 수상한 거동은 불심검문의 필수적인 요구라고 보아야 할 것이다. 이러한 점에서 주위의 사정은 수상한 거동이 보충적 판단요소라고 볼 것이다.⁵⁵⁾

55) 渡邊 修, 전계논문, 342면 ; 탁희성, 전계논문, 72면 ; <http://www.humanrights.or.kr/HRLibrary7-kcho1.htm>. 조국, “유엔원칙과 미국법상의 기준에 비추어 본 한국경찰관의 직무집행”, 2면 참조.

56) 일본 실무법령연구회편, 경찰권한실무집, 경찰시보사, 1992, 48면 ; 장영민·박기석, 전계논문, 72면 ; 미국은 혐의자를 정지(stop)시킬 수 있기 위한 요건으로 ‘합리적인 혐의’(reasonable suspicion)가 필요하다고 하는데, 그 확실성의 정도는 경찰이 그의 경험에 비추어 ‘막연한 혐의’(vague suspicion)만으로는 부족하지만(Brown v. Texas, 443 U. S. 47, 1979), 체포의 요건이 되는 범죄혐의의 ‘상당한 이유’(probable cause)보다는 낮다(Alabama v. White, 58 L. W. 4747, 1990).

57) 따라서 형법 제41조의 형벌의 대상이 되는 행위가 이에 포함된다. 이기호, “직무질문”, 경찰대논문집(제1집), 1984, 7면.

체포에 이르지 않거나 범죄가 특정되지 않는 경우를 말한다.58)

‘보안처분’이 부과되는 행위는 이에 포함되는가가 문제될 수 있다. 보안처분의 부과대상행위도 형법상의 법익침해 행위이고, 보안처분의 부과여부는 법원의 선고단계에서 이루어지는 것이므로 형벌의 부과와 보안처분의 부과를 불심검문단계에서는 구분할 수 없으므로 보안처분이 부과될 가능성이 있는 행위의 행위자도 불심검문의 대상이 된다고 할 것이다.

경범죄가 대상에 포함되는가에 관해서 견해가 대립되나, 경범죄처벌법도 실질적 형법에 속하고⁵⁹⁾, 또한 실무상으로도 불심검문을 통해 경범죄처벌법 위반자를 발견하면 통고처분하거나 즉결심판에 회부하는 경우가 있으므로 경범죄를 대상에서 제외할 필요가 없다고 본다.⁶⁰⁾

그리고 어떠한 죄라고 규정하고 있으므로 혐의사실이나 죄명이 특정될 것을 필요로 하지 않으며, 경찰관도 그 범죄가 어떠한 범죄인가를 알고 있을 필요도 없다.

범죄성립의 정도에 관해서는 위법한 행위일 뿐만 아니라 유책할 것까지 요구하는 점에 대해 견해가 나누어지나 유책성 여부도 법원의 선고단계에서 확정될 문제이고

불심검문 당시에는 판별하기 어려울 것이므로, 유책할 것을 요하지 않는다고 본다.⁶¹⁾

또한 거동수상자 중에 피의자를 포함할 수 있을 것인가에 대해 견해가 대립되나 피의자일지라도 동시에 거동수상성이 있을 수 있고, 불심검문은 기본적으로 임의처분이라는 점을 둔다면 굳이 피의자를 대상에서 제외할 필요는 없다고 본다.⁶²⁾

나. 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자

이는 범죄의 피해자, 범죄현장의 목격자나 교통사고시의 승객 등을 말하는 것으로서 수상한 거동의 유무는 문제되지 않는다. 이들에 대한 불심검문은 범죄예방이나 수사단서를 얻기 위한 목적으로 행해지는 경우가 많다.

이들은 경찰위반상태에 대하여 직접적으로 책임이 있는 자가 아니라 제3자의 입장에 있는 자들이다. 따라서 이들에 대한 불심검문은 경찰책임의 원칙에 대한 예외라고 할 수 있다. 따라서 이들에 대한 불심검문이 적법하기 위해서는 범죄에 대해 알고 있다는 것이 구체적 사실을 통해 명확하게 인정되고 불심검문의 필요성이 극히 높은 경우이어야 한다.⁶³⁾

58) 이재상, 전거서, 182면.
59) 정덕장, "경범죄 처벌법", 법원사, 1994, 3면 ; 김일수, "경범죄처벌법의 제문제", 대한변호사지, 1987. 9, 26면.
60) 예컨대, 정당한 이유 없이 흉기 등을 숨기고 다니다가 경찰관에게 적발되면 경범죄처벌법 제1조2호(흉기의 은닉휴대)에 해당되어 즉결심판에 회부할 수 있다.
61) 탁희성, 전거서, 72면 참조.
62) 반대설에 관해서는 강동욱, 전거서, 160면 참조.
63) 이기호, 전거논문, 64면 ; 박외병, 전거논문, 676면.
64) 강동욱, 전거서, 162면

입법론으로서 제3자에 대한 불심검문은 인정하지 않는 것이 타당하다고 보는 견해⁶⁴⁾도 있으나 불심검문의 기본성격이 행정경찰 작용이며 임의처분이며 또한 경찰관은 범죄 예방을 위한 첩보를 수집할 필요성이 있으므로 공공안전을 위하여 필요한 경우에 인정하는 것이 타당하다.⁶⁵⁾

독일의 경우 원칙적으로 위협의 방지를 위하여 불특정 일반인에 대한 불심검문을 널리 허용하고 있고(독일 경찰법 모범초안 제9조), 미국의 경우에도 합리적인 혐의가 있는 자에 대해서만 정지와 질문을 인정하고 있다.⁶⁶⁾

2. 불심검문의 방법

불심검문의 방법은 정지와 질문, 질문을 위한 동행요구(임의동행), 흉기소지 검사 등이 있다.

1) 정 지

가. 정지의 법적 성질

경직법 제3조1항은 「...정지시켜 질문할 수 있다」고 규정하고 있는데, 여기서 ‘정지

시켜’의 의미에 대해서 학설이 대립되고 있다. 경찰관이 거동수상자를 불심검문하기 위해 정지를 요구하였으나 불응하는 경우 강제력을 행사할 수 있는가, 가능하다면 어느 정도의 범위내에서 가능한지 문제가 되고 있다.

① 임의처분설

불심검문은 법문의 문언상 명백히 임의 처분이고 강제처분이 아니므로 피검문자는 정지의무가 없고, 정지를 강제하여서도 안된다고 한다.⁶⁷⁾

그 논거로는, i) 질문이 수사의 단서이고 행정경찰상의 행위이지 사법경찰상의 행위가 아니다. ii) 경직법 제3조가 정지·동행에 있어서 신체의 구속 및 의사에 반하는 연행을 금지하고 있기 때문이라는 것 등을 들고 있다.⁶⁸⁾

② 즉시강제설

불심검문에서의 정지는 행정강제의 하나인 즉시강제에 해당하므로 질문에 수반하는 정지명령은 경찰하명권의 행사로서 상대방에게는 수인의무가 있다고 하는 견해이다.

그 논거로서는 i) 불심검문의 성질상 정지를 시킬 수 없다면 불심검문 본래 목적인 질문이 불가능하며 ii) 법문상 “정지시켜”라고

65) 다만 경찰행정상의 편의상 행하는 책임 없는 자에 대한 경찰작용은 위협이 급박하거나 다른 방법으로는 불가능하고, 필요최소한도에 그쳐야 하며, 제3자에게 피해가 발생하지 않아야 한다는 기본적 원칙을 지켜야 할 것이다. 김남진, "행정법의 기본문제", 1994, 703면 참조.
66) 임웅, 치안연구소 연구보고서, 32면.
67) 平野龍一, 형사소송법, 유비각, 1984, 87면.
68) 이은모, "직무질문에 있어서 유형력 행사의 법적 한계", 한양대 법학논총 제15집, 1998. 10, 314면 ; 이용훈, "불심검문의 남용", 사법행정, 1967. , 42면.

하는 용어가 이 같은 강제처분을 예정한 것이라고 하는 점을 들고 있다.⁶⁹⁾

③ 실력설(중간적 처분설)

임의와 강제 의 중간단계에 해당하는 「설득」의 단계가 존재하고 설득에 의한 정지는 허용된다고 보는 견해이다. 설득이 어느 정도의 실력행사를 포함하느냐는 임의적으로 말할 수 없고 구체적 사정에 따라 다르지만 경찰관의 법적인 직무·권한의 허용과 상대방의 태도에 따라 합리적으로 판단된다고 한다.

일반적으로 정지시킴에 있어서 상대방의 팔을 잡는다는 어깨를 잡아 멈추게 하는 정도는 설득의 범위 내라고 한다.

④ 규범적 임의설

원칙적으로 임의적 수단으로 정지 시켜야 하나 어느 정도의 실력행사는 허용된다는 견해로서, 구체적 상황 하에서 상대방에게 재고를 촉구하거나, 협력을 구하기 위해 사회통념상 타당하다고 생각되는 정도의 강제에 이르지 않는 실력을 행사해서 끈덕지게 설득하는 것은 경직법상의 임의적인 정지, 동행의 범위를 일탈한 것은 아니라는 것이다.⁷¹⁾

⑤ 소결

생각컨대 원칙적으로 국가작용은 수사에 있어서든 행정작용에 있어서든 임의수단이

기본적 수단이 되어야 하며 부득이한 경우에만 강제수단이 동원될 수 있다. 따라서 불심검문은 범죄의 혐의가 분명한 수사단계도 아닐뿐더러 일반 시민을 상대로 행해지는 국가작용이라는 점에서 강제적 수단에 의할 수 없음은 명백하다고 할 것이다.⁷²⁾

불심검문에 있어서 질문을 위한 정지의 법적 성격에 관한 다수설은 규범적 임의설이라고 할 수 있는데, 이 설에 의하면 피검문자의 의사에 반해 강제로 정지시킬 수 없지만, 정지하지 않는 피검문자에 대하여 강제가 되지 않는 범위내에서 설득 및 번의의 촉구는 가능하다는 것이다.

따라서 경찰의 범죄예방과 치안유지의 달성과 국민의 인권보장을 조화시킬 수 있다는 점에서 규범적 임의설이 타당하다고 보며, 결국 불심검문에 있어서의 정지행위는 원칙적으로 임의처분으로 파악하여야 하지만 사태의 긴급성, 혐의의 경중, 혐의를 밝힐 필요성, 수단의 상당성 등을 고려하여 객관적으로 타당하다고 판단되고, 강제에 이르지 않는 정도의 유형력 행사는 허용된다고 보는 것이 된다.⁷³⁾

69) 강동욱, 전게서, 164면; 한인달, "직무질문을 둘러싼 제문제", 해외파견검사논문집 제8집, 1991, 434면.
70) 정동욱, "불심검문", 고시계, 1989. 3, 143면; 이은모, 전계논문, 314면.
71) 제갈해량, "검문검색의 이론과 실제", 국제과학문화연구소, 1994, 67면; 광병선, "불심검문", 원광대법학연구 제14집, 1997. 3, 291면; 강동욱, 전게서, 169면.
72) 장영민·박기석, 전계논문, 77면.
73) 이재상, 전계서, 182면; 신동운, 전계서, 84면; 탁희성, 전계논문, 78면; 한편, 田宮 裕, 捜査のはじまり -행정경찰과 사법경찰간-, 법학교실 76, 1987. 1, 57면에서는 "이를 제설은 임의처분설을 제외하고는 실제상은 차이는 거의 없고, 설명을 위한 논리적 조작의 차이에 지나지 않으며, 단지 경찰활동에 약간의 심리적 영향에 차이를 일으킬 뿐이다."라고 한다.

나. 정지의 허용한계

구체적인 불심검문 상황 하에서 경찰의 정지행위는 어느 범위까지 적법한 것으로 허용하느냐에 대해서는 법원의 판단이 그 기준이 될 수 있다. 그러나 아직까지 우리나라의 경우는 이와 관련되는 판례가 거의 없기 때문에, 여기서는 일본판례를 참고로 하여 정지의 허용한계를 간략히 살펴본다.

먼저 정지행위로서 적법한 것으로 인정받는 대표적인 예는 ①정지시키기 위해 추적하는 행위는 적법한 한계를 일탈하지 않는 것이라고 한다. 경찰로부터 거동이 수상한 자로서 불심검문을 받고, 파출소까지 임의 동행을 요구받은 자가 갑자기 도주한 경우, 경찰이 급히 불심검문을 하기위해 추적하는 것은 사람의 자유를 구속하는 것이 아니고 경찰의 직무행위로서 인정될 수 있는 것이라고 한다.⁷⁴⁾ ② 뛰어가고 있는 면전에서 양팔을 벌려 가로막고 정지시키는 행위에 대해서도 적법한 것으로 인정한다.⁷⁵⁾ ③ 음주운전의 피의자가 음주측정을 거부하고 가버리려 하므로 번의를 촉구하기 위하여 동인의 손을 붙잡고 눌러 정지시키려고 하는 행위 또한 적법한 것이고 이에 반항하여 경찰관을 폭행한 것은 공무집행방해죄가 해당된다.⁷⁶⁾

④ 직무질문을 하려고 하자 도망치는 상대방을 추적해서 어깨부근을 잡아 정지시키고 또 도망을 방지하기 위해 허리부근을 뒤에서 잡는 등의 유형력 행사도 적법하다.⁷⁷⁾

한편 위법하다고 본 판례를 보면 ①위협적으로 불러 세우거나 본인에게 정지를 하지 않을 수 없게 하는 듯한 유형적 동작 등의 강제로 정지시키는 것이다. 즉 정지는 질문을 위해 본인을 정지상태에 두는 수단으로서 구두로 부르거나 설득의 방법에 의해 멈출 것을 요구, 또는 구두요구와 더불어 본인에게 주의를 촉구하는 정도의 유형적 동작에 그쳐야 할 것이다.⁷⁸⁾ ②경찰관으로부터 동행요구를 받고 명시적인 거부는 하지 않았지만 처음부터 이를 승낙한 것이 아님은 물론 이 승낙은 언제라도 철회할 수 있으므로 그 자가 도주하려는데 대해 "서지 않으면 체포 한다", "도망가면 쏜다" 등으로 위협하면서 약 150m나 뒤따라가 일종의 강제력을 행사하여 정지시키려고 하고 또한 뒤쫓아가 잡은 피고인의 어깨에 손을 댄 경찰관의 행위는 위법한 직무행위 이다.⁷⁹⁾ ③거부의사를 명백히 밝혔음에도 불구하고 수차례에 걸쳐 추적을 거듭하면서 앞을 가로막고 질문을 계속한 행위는 상대방을 일종의 구속상태에 둔 것이라고 하여

74) 日 最高法院소 소화30. 7. 9.
75) 日 廣島高裁判決, 50. 4. 1.
76) 日 名古屋高裁判決, 1972. 12. 19.
77) 日 札幌高判, 1992. 6. 18.
78) 日 東京高裁判決, 소화 49. 9. 30.
79) 日 大判地判, 1968. 9. 20.

위법이라고 하였다.⁸⁰⁾

이상 몇 가지 일본 판례를 살펴보았으나, 구체적 사례에 접하여 제반사정을 종합적으로 감안해서 판단하기 때문에 이와 같이 추상적으로 말하는 것은 상당히 위험하다. 따라서 정지의 실행력의 한계는 유형력의 행사를 형식적으로만 보아서는 부족하고 거동 수상자의 수·외관·언동, 정지의 시간⁸¹⁾·장소, 소지품의 상황, 경찰관의 수·언동·사전의 지식, 사건발생이 있었던 경우에는 인지된 당해사건과의 시간적·장소적 관계 등이 구체적 사례에 관하여 종합적으로 검토되어 결정되어야 할 것이다.⁸²⁾

2) 질 문

가. 의의와 법적 성질

질문은 피검문자에 대해 경찰관이 의심을 품은 사항을 해소하기 위하여 경찰목적상 필요한 사항을 지득하기 위하여 행하는 것

으로서, 이에 의해 범죄발생을 예방하거나 범죄수사의 단서를 얻게 된다.

질문의 법적성격에 관하여 종래의 행정법학에서는 일반적으로 경찰상의 즉시강제로 파악하였으나 최근에는 현대행정의 특징이 행정업무의 대량·다양화로 나타나기 때문에 정보와 자료의 수집·정리·분석 등이 중요한 의미를 갖게 된다는 점에서 경찰상의 조사로 파악하는 것이 유력하다.⁸⁴⁾

그러나 불심검문은 상술했듯이 임의 처분이며, 질문은 성질상 상대방이 자유의사에 기해 답할 때 소정의 목적을 달성할 수 있으므로 임의수단으로 봄이 타당하다. 따라서 피검문자가 일단 질문을 거부하더라도 임의수단의 한도내에서 그 번의를 구하는 최소한도의 설득은 가능하다.⁸⁵⁾

판례도 “상대방이 질문에 대답하지 않거나 정지에 응하지 않는다고 하더라도 곧 바로 질문을 중지해야 하는 것은 아니고, 그 구체적인 경우에 따라서 경찰관으로서의 양식과 예지를 기울여 적절한 방법에 의해,

80) 日 大判高判, 1982. 12. 4.

81) 불심검문 시의 정지가 체포에 이르러서는 되지 않는다는 것은 당연한데, 정지와 체포의 구별에 있어서 특히 문제될 수 있는 것이 정지시간이다. 일본판례 및 학설은 단기간의 정지는 10분이라고 하거나, 상대방이 비협조적일 경우에는 30분을 초과해서는 안된다고 하는 견해 등이 있으며, 미국 판례의 경우 정지는 일시적이어야 하며 목적을 달성하기 위한 시간보다 길어져서는 안된다고 한다. 예컨대 비행기 여객에 대한 90분간의 정지는 허용한계를 초과한 것(United States v. Place, 462 U. S. 696, 1983)으로 보는 한편, 20분 동안 트럭운전자를 정지시킨 것은 합리적인 범위내 것(United States v. Sharpe, 470 U. S. 675, 1985)이라고 보았다. 미국의 A. L. I의 모범법전은 제한시간을 20분으로 규정하고 있다. 그러나 정지와 체포는 그 수단의 강제성 여부에 의해 구분되고 그 요건도 다르므로 수단의 임의성과 요건상의 차이에 의하여 구별되는 것이 타당하며 시간의 과다는 이를 임의성 여부를 판단하기 위한 보조자료에 불과하다고 본다. 요컨대 미국판례의 경우 정지는 일시적이어야 하며 필요한 목적을 달성하기 위해 정지되는 시간보다 장기화되어서는 안됨을 분명히 하였고, 이 요건을 충족시키지 못하면 경찰관의 정지는 위헌이라고 본다. 조국, 전계논문, 3면 참조 ; Rolando V. del Carmen, “미국형사소송법(김성돈 역)”, 길인사, 1999. 11, 154면에서도 같은 취지임.

82) 강구철, “즉시강제로서의 불심검문에 관한 고찰(하)”, 사법행정, 1982. 6, 17면.

83) 강동욱, 전계서, 184면 ; 장영민·박기석, 전계논문, 79면.

84) 광병선, 전계논문, 294면 ; 한건우, 행정법(II), 인터백, 275면.

85) ·藤重光, “직무질문의 적법성의 한계”, 판례시보3, 2면.

또는 주의를 주거나 번의를 시켜 본래의 직책을 충실히 수행하기 위한 노력을 다하는 것이 경찰관의 직무”라고 하였다.⁸⁶⁾

나. 질문의 내용

질문은 경찰관의 의심을 해소하거나 경찰 목적상 필요한 것을 알아내기 위한 것이므로 그 목적에 부합하여야 한다. 따라서 그 범죄 혐의가 해소되었음에도 불구하고 그것과 관련 없는 질문을 계속하는 것은 위법이다.⁸⁷⁾

질문사항은 통상 ①주민등록증에 의한 신원확인(이름, 주소, 직업, 출생지 등 확인), ②선행지, ③출발지, ④용건, ⑤소지품의 유무 또는 내용, ⑥의심나는 점 등이 된다.⁸⁸⁾

질문시 행하는 신분증 제시요구는 경직법상의 불심검문에는 신원확인과 관련한 규정이 없으므로 그 근거를 주민등록법에 의하여 행해진다. 동법 제17조의 10에 의하면, 경찰관은 직무수행상 신원확인의 필요가 있는 경우에 주민등록증의 제시를 요구할 수 있으며(동 제1항), 주민등록증을 제시하지 아니한 자로서 기타 방법으로 신원이 확인되지 아니하고 범죄혐의가 있으면 신원확인을 위하여 관계관서에의 동행을 요구할 수 있도록 규정하였다(동 제2항)

경직법상의 동행요구에는 당해인이 거절

할 수 있음을 명시하고 있으나 주민등록법상의 동행요구에는 이같은 규정이 없는 점에 비추어 후자는 강제처분으로 해석된다.⁸⁹⁾

다. 절차적 보장

① 경직법 제3조 4항은 “질문시에 경찰관이 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝힐 것을 요구하고 있다.”⁹⁰⁾ 이러한 절차를 밟지 않고 질문하는 경우에 상대방은 이에 협조할 의무를 지지 않으며, 경찰관에게 답변을 거부하고 폭행·협박을 가한 경우에도 폭행협박은 별론으로 하고 공무집행방해죄는 성립하지 않는다. ② 또 질문함에 있어서 경찰관으로 하여금 당해인에게 그 목적과 이유를 증명하여야 한다고 규정(제3조 4항)하고 있다. 질문의 목적과 이유를 고지하는 것은 무제한적이고 불필요한 경찰권 행사를 방지하기 위해 요구되는 최소한의 담보규정으로서 적법절차보장의 당연한 요청이라고 할 것이다. ③ 질문을 받은 상대방이 이에 답변할 의무(수인의무)가 문제되나 경직법 제3조 7항(... 당해인은 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다)에서 답변강요를 금지하고 있음을 볼 때 수인의무는 없다고 본다. 그것이

86) 日 名古屋高判 소화 28. 9. 2.

87) 日 京都地判 소화 49. 7. 12.

88) 경찰청, “검문검색 이렇게 합시다”, 2001. 6, 101면 이하 참조.

89) 임웅, 전계논문, 38면 : 그러나 어디까지나 선연적, 확인적, 의무적 훈시규정에 불과하지 경찰이 실행행사를 할 수 있는 근거규정으로 보기 어렵다는 견해도 있다.

90) 미국 판례의 경우 경찰관 신분을 증명하여야 한다는 것은 확립된 원칙이며(Terry 사건 참고), 일본의 경우 경찰청 경찰직원 복무규정(제24조)에 내부규칙으로서 인정하고 있다.

불심검문의 임의처분성과도 조화될 것이다.

그런데 질문에 형소법 제200조 2항에서 규정하고 있는 진술거부권의 고지를 필요로 하는가에 대해 학설이 대립되나 불심검문의 법적 성질이 행정작용이라는 점, 범죄내용이 특정되지 않는 경우에도 불심검문이 가능하다는 점, 범죄의 예방과 제지에 1차적 목적이 있다는 점 등을 고려해 볼 때 진술거부권의 고지는 필요치 않다고 본다.⁹¹⁾

3. 소지품 검사

1) 소지품 검사의 의의

소지품검사란 불심검문을 하는 과정에서 흉기 기타 물건의 소지 여부나 범죄의 단서를 발견하기 위하여 거동 불심자의 착의나 휴대품을 조사하는 것을 말한다.⁹²⁾

현행법상 소지품 검사에 관한 일반에 관한 규정은 없다. 다만 경직법 제3조 제3항⁹³⁾에서 불심검문 중에 제한적인 소지품 검사만 인정하고 있다. 이 검사는 경찰관의 불심검문에 수반하는 부수적 처분으로서 수사 자체는 아니고 수사의 전단계적 처분이다.⁹⁴⁾

2) 소지품검사의 법적 성격

소지품검사는 행정경찰작용이므로, 범죄수사의 목적으로 수사기관이 행하는 강제 처분으로서의 사법경찰작용 특히 수색과는 구별하여야 한다. 흉기의 소지여부를 조사하는 경우에는 어느 정도의 실력행사가 불가피한데, 이는 경찰행정상의 강제처분으로 파악된다.⁹⁵⁾

그리고 경직법 제3조 제4항 규정에 의해 경찰관이 흉기의 소지여부를 조사하는 경우에는 법관의 영장을 필요로 하지 아니한다. 이 조항이 영장주의의 원칙을 선언한 헌법규정(제12조③)에 위배되는가 하는 문제가 있다. 흉기조사는 불심검문을 행하는 경찰관이 타인의 생명·신체의 안전을 위하여 “긴급성”이 인정되는 경우에 허용되는 만큼, 영장주의의 예외에 해당하는 영역이라고 본다.⁹⁶⁾

3) 소지품검사의 허용 한계

소지품검사는 임의처분인 질문에 부수해서 허용되는 것이므로 원칙적으로 상대방의 동의를 얻은 후에 행하여야 한다.⁹⁷⁾ 그러나 동의를 없는 경우 어느 범위까지 허용될 것인가에 관해서 견해가 대립되고 있다.

91) 장영민·박기석, 전계논문, 83면 ; 임웅, 전계논문, 41면 ; 이기호, 전계서, 69면.
92) 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000, 89면 ; 배종대·이상돈, 형사소송법, 홍문사, 1998, 185면.
93) 경직법 제3조 제3항 경찰관은 질문을 할 때에 흉기의 소지여부를 조사할 수 있다.
94) 이재상, 전계서, 184면.
95) 백형구, “현대수사법의 기본문제”, 육법사, 1985, 113면 ; 古谷 洋一, 주석 경찰관직무집행법, 2001, 입회사방, 112면이하 참조.
96) 강동욱, 전계서, 229면.
97) 소지품검사는 불심검문에 수반하여 당연히 행해지는 경찰의 직무활동이 아니라 필요성, 상당성, 긴급성이라고 하는 엄격한 요건하에서 행해질 수 있는 예외적인 불심검문방법이 전제되어야 한다. 탁희성, 전계논문, 84면 참조 ; 미국판례(United States v. Cortez, 449 U. S. 411, 1981)도 “소지품검사의 합법성을 심사할 때는 상황을 전체적으로 고려하고, 경찰관은 불심검문하는 자의 범죄행위를 의심할 만한 특정한 객관적인 근거를 갖고 있어야 한다”고 판시하여 불심검문에 당연히 소지품검사가 뒤따르는 것은 아니라고 본다.

가. 소지품의 제시요구와 검사

소지품의 외부관찰이나 내용 질문, 소지품의 제시요구는 이어지는 검사행위와 직결되는 것으로서 소지품검사의 일형태이지만 질문의 범위에 포함되는 행위로서 인정되고 있다.⁹⁸⁾

그러나 소지품의 제시요구는 흉기소지의 여부를 확인하거나 질문의 내용과 관련이 있는 경우에 한정된다.

또 상대방이 제시요구에 응하여 임의로 개시한 물건에 대하여 필요한 한도내에서 검사하는 것은 상황에 따라 임의처분으로서 허용된다. 검사를 위해 일정기간의 경과가 필요한 경우에는 그 시간동안 보관하는 것도 허용된다고 본다. 다만 그 시간중 당사자의 반환요구가 있을 때에는 반환하여야 한다.⁹⁹⁾

나. 외표검사(Stop and Frisk)

외표검사란 신체의 외표, 의복 또는 휴대품의 외부를 가볍게 두드리거나 더듬는 행위를 말한다.¹⁰⁰⁾

미국 판례상의 Frisk가 이 정도에 해당될 것이다.¹⁰¹⁾ 외표검사가 상대방의 승낙이 없는 경우에도 불심검문의 한 내용으로서 허용될 수

있을 것인가에 관해서는 견해가 대립되나, 흉기소지의 고도의 개연성이 있고 경찰관 또는 제3자의 생명·신체의 안전과 범죄의 예방 및 제지를 위하여 긴급한 필요가 있는 경우에 상대방의 의사에 반한 외표검사도 허용되어야 한다고 본다(다수설).¹⁰²⁾

다만 상대방이 흉기를 소지하였다고 할 수 있는 고도의 개연성 내지 특수한 혐의가 있는 예외적인 경우에 한해서 행하여져야 한다. 외표검사가 논의되는 것은 미국 판례(특히 상술한 Terry 사건)의 영향을 받은 때문이다. 다만 미국에서는 무기의 소지가 시민의 권리로 되어 있기 때문에 경찰관의 생명·신체에 해를 미치는 무기의 발견을 목적으로 이 원칙이 인정되어 왔던 것이나, 우리나라의 경우 사회상황이 미국과는 다르므로 Stop and Frisk의 법리를 그대로 적용하는 것은 무리가 따른다.¹⁰³⁾

다. 개피행위

외표검사를 넘어서 소지자의 승낙없이 휴대품을 빼앗거나, 옷의 주머니에 손을 넣거나 가방류를 개피해서 소지품을 끄집어내는 등의 개피행위는 자유의 침해정도가 강한 것으로서

98) 강동욱, 전계서, 235면 참조 ; 이은모, 전계논문, 320면.
99) 임웅, 전계논문, 44면.
100) 이재상, 전계서, 185면.
101) 미국 판례의 경우 Frisk를 정당하게 행할 수 있는 요건으로서 정당한 자의 범죄행위를 의심하는데 있어서 상세하고도 객관적인 근거를 가지고 있어야 하며(U. S. v. Cortez, 449 U. S. 411, 1981), Frisk의 목적이 경찰과 제3자의 안전에 있는 만큼 무기류 등 신체살상 물건만이 압수될 수 있다고 한다. 임웅, 전계논문, 44면 재인용.
102) 그러나 신양균(전계논문, 90면), 신동운(전계서, 89면)에서는 명문규정이 없으며, 사생활보호에 대한 권리침해 등을 논거로 이를 부정한다 ; 이상돈, 형사소송법연습, 법문사, 1999, 41면도 동일취지.
103) 이은모, 전계논문, 321면 참조 ; 심의기, “형사소송법의 쟁점”, 삼영사, 2001, 126면.

영장없는 수색에 해당하므로 위법이라고 보는 견해가 다수설이다.¹⁰⁴⁾

다만 흉기·폭탄·화약을 소지하였을 고도의 개연성과 함께 그러한 방법에 의한 소지품 검사의 필요성, 긴급성, 상당성이라는 요건이 갖추어지고, 특히 경찰비례의 원칙을 검토함에 있어서는 개인의 프라이버시 보호라고 하는 이익을 고려하여 신중하고도 예외적인 처분으로서 개피행위가 행해져야 할 것이다.¹⁰⁵⁾

라. 흉기 이외의 소지품 검사의 허용성

경직법 제8조 제3항에 의한 소지품 검사의 대상은 “흉기”에 국한시키고 있지만, 마약류, 위조지폐, 음란물, 장물과 같은 금제품 기타 흉기 이외의 물건도 해석상 소지품 검사의 대상에 포함시킬 수 있는가의 문제가 있다.

이에 대한 긍정설은, 소지품검사는 불심검문에 수반된 행위로서 불심검문의 안전과 질문의 실효성을 유지하기 위하여 인정하여야 하며 다만 그 한계를 지키도록 노력하는 것이 보다 합리적이라고 주장한다.¹⁰⁶⁾

반면 부정설은 불심검문상 소지품 검사를 허용하는 취지가 흉기 등에 의해 경찰관이나

타인의 생명·신체의 위해방지에 있는 만큼 흉기이외의 물건은 그 대상이 될 수 없으며 또한 경찰비례의 원칙을 고려한다면 흉기 이외의 물건에 대한 소지품 검사는 해석상 허용할 수 없다고 한다.¹⁰⁷⁾ 약물 등의 물건에 대한 소지품 검사의 필요성을 현실적으로 인정할 실익이 있으므로 긍정설을 취하되 조속한 입법이 필요하다고 본다.

104) 田宮 裕, 전게서, 114면 ; 日 福岡地決 소화 45. 8. 25 ; 강구진, 전게서, 174면 ; 차용석, 전게서, 137면 ; 신동운, 전게서, 89면 ; 신양균, 전게서, 90면 ; 탁희성, 전게서, 86면에서는 “불심검문시에 불법서적, 시위관련 문서 등을 색출하기 위하여 대학생들의 가방이나 소지품을 무차별적으로 개피하는 행위는 어떠한 경우에도 허용될 수 없는 위법한 행위라고 하고 있다. 이와 관련, 1997. 11. 27일 서울지법 민사 1단독심에서는 검문당시 전경들이 소속과 신분 등을 밝히지 않은채 원고의 가방을 동의 없이 강제로 수색한 처사는 경직법을 위반한 불법행위이므로 국가를 상대로 낸 1천만원의 손해배상청구소송에서 정신적 피해에 따른 위자료 3백만원을 지급하라는 원고 일부승소 판결을 내렸다. 문화일보, 1997. 12. 27자 참조.

105) 이은모, 전계논문, 321면 ; 임웅, 전계논문, 96면 ; 탁희성, 전계논문, 86면 ; 강동욱, 전게서, 246면.

106) 강구진, 전게서, 174면 ; 백형구, 전게서, 112면.

107) 배종대·이상돈, 전게서, 186면은 긍정설을 취할 경우 법관으로부터 수색영장을 발부받아 수색하는 수사관은 없을 것이라고 한다. ; 조국, 전계논문, 4면은 총기이외의 소지품검사는 불심검문의 한계를 넘어선 것이며 불법으로 본다 ; 이은모, 전계논문, 323면.

V. 任意同行

1. 의 의

경직법 제3조 제2항에 의하면 “그 장소에서 질문을 하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 인정되는 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰서등에 동행을 요구할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 경직법상의 임의동행이며 형소법상 임의수사 가운데 하나인 임의동행과는 명백히 구분되는 개념이다. 임의동행은 질문을 위한 보조수단 으로서의 성격을 가지나, 그 본래의 취지는 경찰관의 편의도모를 위한 것이 아니라 피검문자의 보호를 목적으로 마련한 제도이고 따라서 상대방은 동행을 거절할 수 있다.

2. 법적 성격

1) 임의수단

제3조 2항 단서에 “... 이 경우 당해 인은 경찰관의 동행요구를 거절 할 수 있다”고 규정하고 있는 것으로 보아 당연히 피질문자의 임의에 의한 동행이어야 하므로 상대방의 동의나 승낙을 얻어야 한다.¹⁰⁸⁾ 그러므로

상대방의 동의가 있었다고 하더라도 강제력이나 심리적 압박이 현저한 객관적 상황이 있는 때에는 강제연행으로서 임의동행의 한계를 일탈했다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁹⁾

그러나 본인에게 경찰관에게 기피 심리가 있었다고 강제 또는 자유의 구속이 있었다고 볼 수 없고 또 내심으로는 거부감이 있어 억지로 동행한 경우에도 사회통념으로 보아 신체구속이나 강한 심리적 압박에 의한 자유의 구속이 있었다고 할 수 있는 제반의 객관적 정황이 없는한 임의성을 갖는다고 보아야 할 것이다.¹¹⁰⁾

2) 수사상의 임의동행과의 관계

임의동행에 관하여 이 법에서 말하는 질문을 위한 임의동행과 수사의 필요에 따른 임의동행(형소법 제199조1항, 제200조)으로 구별하여 양자를 상이한 제도로 보는 견해¹¹¹⁾와 구별할 필요가 없다고 보는 견해¹¹²⁾의 대립이 있다.

구별설에 의하면 수사상의 임의 동행은 사법경찰관리로서의 활동으로 수사임에 대하여, 경직법상의 임의동행은 행정경찰 작용의 경찰활동으로 수사의 단서에 지나지 않는다고 하는 설이다.¹¹³⁾

이에 대하여 구별의 필요성을 부인하는

108) 동행에 의한 임의성 판단은 평균인을 기준으로 하여 본인의 의사로서 동행에 응하는가 아닌가를 판단해야 한다. 山下重信, 任意同行と任意出頭(中), 경찰학논집, 1974. 3, 47면.

109) 임웅, 전계논문, 56면.

110) 강동욱, 전게서, 202면. 따라서 임의 성은 반드시 본인이 자발적인 경우에만 한정되는 것은 아니다. 일반적으로 임의수단이라 함은 i)상대방의 적극적인 출두, 신청, 요구 등에 의해 행하는 것 ii)상대방의 명시적인 승낙 iii)상대방의 묵시적인 승낙 iv)상대방의 폐로 되지만 설득에 의하여 명시 또는 묵시의 승낙을 얻어 행하는 것을 포함한다.

111) 이기호, “임의동행”, 치안논총 제2집, 1985, 152면 ; 강동욱, 전게서, 200면 ; 탁희성, 전계논문, 95면.

112) 이재상, 전게서, 223면 ; 이은모, 전계논문, 317면.

견해에 따르면 ①양자의 동행의 주체에 차이가 없고 ②불심검문과 수사의 한계가 명백하지 않으며 ③수사에 대한 법적규제를 경직법에 의하여 피할 수 있는 길을 열어주는 것을 허용할 수 없기 때문이라고 한다.¹¹⁴⁾

생각컨대, 양자는 이론상 구별되는 것은 분명하다.¹¹⁵⁾ 불심검문은 행정경찰 작용으로서 불심검문에 이은 임의동행은 요건이나 동행의 목적에 분명한 차이가 있는 만큼, 수사를 위한 임의동행과는 다른 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 임의동행이 수사의 목적인지 행정목적인지 명백히 구별하기가 곤란할 것이며 보통 양자가 경합하고 있다는 점을 고려하여야 할 것이다.¹¹⁶⁾

3) 동행사유

경직법 제3조 2항은 동행사유에 관하여 “당해인에게 불리하거나 또는 교통의 방해”가 되는 경우로 규정하고 있다.¹¹⁷⁾ 피검문자의 본인에게 불리한 경우라 함은 사람들이 많이 있는

장소에서 본인의 명예를 해하거나 수치심을 불러일으키는 경우, 검문장소가 너무 덥거나 추워서 피검문자를 자리에 있게 하는 것 자체가 고역인 경우 등을 들 수 있다. 그리고 교통의 방해가 된다고 인정되는 경우로는 그 곳에서 질문하고 있는 것 자체가 타인의 교통에 방해가 되는 경우와 질문을 하고 있는 도중에 사람들이 모여들어 그것이 교통에 방해가 되는 경우 등이다.¹¹⁸⁾

동행사유의 유무에 대한 판단은 구체적 사정을 고려한 객관적·합리적 판단이어야 하고, 단순히 경찰관의 주관적 판단만에 의해서는 안된다.¹¹⁹⁾

3. 절차적 보장¹²⁰⁾

1) 각종 고지의무

경직법 제3조 4항 전단은 “... 제2항의 규정에 의하여.... 동행을 요구할 경우 경찰

113) 백형구, “임의동행과 보호유치”, 사법행정, 1986. 3, 41면에서는 경직법상의 임의동행은 i)그 성질이 수사처분이 아니고 경찰행정작용이라는 점 ii)그 법적 근거가 형소법이 아니고 경직법이라는 점 iii)그 권한이 사법경찰 관리뿐만 아니라, 행정경찰관에게도 인정되는 점 iv)그 목적이 피의자신문이 아니고 불심검문이라는 점에서 차이가 있다고 설명한다.

114) 이재상, “구인과 임의동행”, 대한변호사 지, 1987. 8, 29면.

115) 서대용, “임의동행에 관한 연구”, 치안논총 제6집, 1989, 184~188면 ; 김순태, “임의동행·보호유치의 문제점과 개선방안”, 국회입법자료 분석실(편), 1994, 20~22면에서 임의동행의 유형을 참조.

116) 小田健司, “任意同行と逮捕の時期”, 증보영장기본문제(상),一粒社, 1996, 131면.

117) 임의동행의 요구는 본인이나 일반통행인등을 위해서 허용되는 것이나 실제 경찰관의 직무집행 편의를 위해서 운영되는 경우가 많다.

118) 임웅, 전계논문, 58면 ; 장영민·박기석, 전계논문, 96면 ; 한인달, 전계논문, 458면.

119) 日 京都地裁判決 소화 43. 7. 22.

120) 그동안 일선 경찰관들이 임의동행을 사실상 수사편의를 위한 수단으로 남용하고 인권침해 상황을 초래함으로써 그 시정이 강하게 요구하여 1988년 경직법 개정시 임의동행의 절차적 요건을 엄격히 규정하였으나, 1991년 개정시에는 오히려 경찰업무 집행의 애로와 문제점을 해소하고자하는 현실적 요청에 의거하여 i)임의동행시 동행을 거부할 자유와 언제든지 경찰관서로부터 퇴거할 자유가 있음을 고지하도록 한 규정을 삭제하고 ii)임의동행을 한 경우에 3시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없도록 규정한 것을 6시간으로 연장하는 등 오히려 절차적 보장이 후퇴했다는 비판이 제기되고 있다.

관은 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 한다”고 규정하고 있다. 이것은 임의동행에 있어서 임의성을 담보하는 최소한의 요소로서 상대방의 동의를 요하므로 당연히 경찰관에게 고지의무가 있음을 확인한 것이다.

또 제5항에서는 “동행후에 가족 등에게 고지할 의무와 본인에게 연락기회의 부여의무 및 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지할 의무를 부과하고 있다. 이는 동행의 임의성을 담보하고 경찰관서 내라고 하는 장소적 상황으로 인하여 외부와 차단됨으로써 느끼는 강박감을 배제하며, 수사를 위한 편법으로 이용하지 못하게 하고, 나아가 동행 후의 질문에 의하여 범죄혐의가 명백해진 경우에는 그 답변이 후에 불리한 증거로 사용될 우려가 있으므로 이를 미리 방지하려는 것으로 판단된다.¹²¹⁾

2) 동행시간의 제한과 동행장소

경직법 제3조 6장은 “동행을 한 경우 경찰관은 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다”고 규정하고 있다.¹²²⁾ 이는 동행시간을 최소화함으로써 신체자유 불필요한 제한을 피하려는 것이다. 따라서 질문을 통하여 피검문자의 혐의가 밝혀지면 동행이 허용된 시간 내라 할지라도 곧바로 동행을 종료해야 하며, 질문이 종료하였음에도 계속 유치하게 되면 요건을 흠결한 임의동행이 될 것이므로 그 권한의 남용 또는 형법상의 불법체포·감금죄의 성립을 논할 수 있을 것이다.¹²³⁾

한편 동행 장소는 “부근의 경찰서·지서·파출소 또는 출장소”이다. 그러나 상대방의 동의를 있는 경우에는 이들 이외의 장소, 예컨대 순찰차, 초소, 출입합신고서는 물론이고 부근의 가옥이나 처마 밑 등으로 동행하는 것도 가능하다.

3) 동행의 보고

경찰관이 임의동행을 한 때에는 소속 경찰관서의 장에게 이를 보고하여야 한다(경직법시행령 제7조).

121) 임웅, 전계논문, 60면 ; 강동욱, 전계논문, 211면 참조 ; 그러나 피의자에게도 변호권 보장이 이루어지지 않는 현실을 고려하면 이 규정이 어느 정도의 실효성이 있는지 의문이라는 비판도 있다. 차용석, ‘형사보호권의 보장단계와 그 질(유효성)에 관한 연구 - 미국법을 중심으로 -’, 현대의 형사법학, 1990, 763면이하 참조.

122) 동행시간과 관련하여 오늘날 수사기술의 발달과 장비의 과학화로 인해서 시간을 현재보다 단축하는 것이 바람직하다는 견해가 있고 구체적으로는 미국의 1942년 「Uniform Arrest Act」의 2시간 규정을 참고해야 한다고 한다. 강동욱, 전계서, 212면과 임웅, 전계논문, 61면 참조 ; 조국, 전계논문, 3~4면에서 “노태우 정부 아래에서 90년 10월 13일 이른바 ‘범죄와의 전쟁’ 이 선포된 이후 91년 3월 8일 경직법이 개정되면서 임의동행시 시간적 제한을 3시간에서 6시간으로 연장되었다. 범죄와의 전쟁의 원리적·실효적 측면에서의 문제는 별론으로 하더라도, 이후 사회전체의 발전방향을 고려할 때 이 개정의 취지는 분명 퇴행적이다”라는 비판을 가하고 있다.

123) 이기호, 전계논문, 152면. 형사소송법상의 임의동행에 관하여 불법구금을 인정한 것으로서 大決 1985. 7. 29, 85모16(대법원 판결집 33. 2. 609)이 있다.

이는 경찰내부에서 상급기관에 의하여 일선경찰관의 불법적인 임의동행이나 임의 동행의 남용을 방지하고, 잘못된 동행을 자체적으로 시정할 수 있는 장치로 마련된 규정이라고 할 수 있다.¹²⁴⁾

4. 임의동행과 유형력의 행사의 금지

경직법상 임의동행은 그 요건을 엄격히 제한하고 있고, 동행은 정지와 달리 장소적 이동을 수반하는 것으로 질문을 위해 불가결한 것도 아니다. 더구나 거부 of 자유가 있으므로 본인이 거절하는 경우에는 동행할 수도 없다.

그러므로 임의적 설득의 범위를 초월한 실력행사는 허용되지 않는다.¹²⁵⁾ 따라서 동행에 있어서는 특별한 사유가 없는 한 피동행자가 자연스럽게 걸어가도록 하거나 명백한 동의하에 차량을 이용할 수 있다고 본다.

임의동행에 있어서 경찰관이 법에 위반한 경우 경직법 제12조의 벌칙규정에 의하여 1년 이하의 징역이나 금고형이 부과될 수 있고, 그밖에 형법상의 불법체포감금죄 등이 성립할 수도 있다.

다음으로 임의동행의 허용한계의 문제로 체포와의 관계가 문제된다. 임의동행이 전적으로 상대방의 자유의사에 기한 경우라면 별 문제가 없을 것이나 실제에 있어서 임의동행이라는 명목하에 실질적으로 체포에 해당하는 강제가 있을 수 있다. 체포는 실력을 행사하여 피의자의 신체의 자유를 구속하는 것을 그 내용으로 하는데, 설령 표면상으로는 임의 동행의 형식을 취하고 실질적으로 체포와 동일시할 수 있는 정도의 강제가 상대방에게 가하여진 경우에는 임의동행이 아니고 체포라고 평가하여야 한다. 구체적으로는 동행시의 제반상황, 즉 경찰관으로부터 동행을 요구받은 시간, 장소, 동행의 방법, 동행을 구할 필요성, 동행후의 상황 특히 질문시간, 감시상태 등을 종합적으로 판단하여 실질적으로 체포에 해당하는지를 보아야 할 것이다.¹²⁶⁾

또 임의동행은 형식적으로 수사 절차는 아니지만 수사의 단서로써 실질적으로 수사와 밀접한 관련이 있으므로, 임의동행시의 위법을 근거로 수집된 증거의 증거능력은 배제되어야 할 것이다.¹²⁷⁾

124) 배성수, "불심검문", 수사연구, 1989. 9. 54면에서는 동행한 경찰관이 임의동행을 한 후 지체없이 동행사실과 동행이유 및 목적 등을 구두로 보고하도록 하는 등 경찰내부의 억제·감시장치를 두는 절차적 체계를 확립해야 한다고 한다.
125) 이기호, 전계논문, 167면; 탁희성, 전계논문, 101면.
126) 이은모, 전계논문, 319면; 임의동행의 한계에 대한 판례로는 광병선, 전계논문, 299~303면; 이기호, 전계논문, 157~164면 참조.
127) Dunaway v. New York, 442 U. S 200, 1979 "상당한 이유없이 경찰서 유치가 이루어졌다면 그후의 절차가 적법하게 행해졌다 하더라도 유치된 상태에서의 자백은 증거능력이 없다"고 보았으며 "두나웨이를 유치한 것은 그를 발견한 장소에서 간단하게 질문함이 없이 경찰서로 연행하였고, 만일 그가 동행을 거절하였거나 구금을 회피하려 했다면 물리적으로 제지당했을 것이므로 전통적인 체포와 다를 바 없다"고 하였다(Hayes v. Florida, 470 U. S 811, 1985 사건도 동일한 취지임)

VI. 一齊檢問의 問題點

1. 논의상황

범죄예방을 위해 또는 경직법 제3조 1항의 혐의사유의 유무를 확실히 하기 위해 외관상은 혐의사유나 법규위반의 유무를 인정할 수 없음에도 불구하고 주행중인 자동차의 정지를 요구하는 경우가 있다. 이때에는 대상 차량이 반드시 특정되어 있는 것은 아니고, 소위 일반적·무차별적으로 주행중인 자동차를 모두 정지시키는 일제검문의 형태를 취한다. 자동차 검문에서 문제되고 있는 것은 대부분은 이에 해당한다.¹²⁸⁾

일반적으로 자동차 검문이란 주행중인 자동차의 정지를 요구하거나 또는 자동차를 정지시켜 그 자동차의 상황 및 탑승자에 대한 질문 및 신원조회와 단속을 행함으로써 자동차 주행에 위반하는 위험의 방지 및 교통위반을 포함한 범죄의 예방·적발을 꾀하는 행위이다.¹²⁹⁾ 일제검문이란 특정한 목적을 달성하기 위하여 일정기간 동안 특정지역에 경찰력을 집중 동원하여 중점적으로 실시하는 검문 검색을 말한다.¹³⁰⁾

자동차의 보급이 일반화하면서 교통법규 위반과 자동차를 이용한 범죄활동도 급격히 증가하자 자동차검문의 형태가 자주 이용되면서 필연적으로 국민의 기본적 자유권과 충돌이 불가피하다. 즉 자동차검문이 자동차 이용자의 프라이버시를 침해하는 조치임에도 불구하고 실정법상 근거조차 없어 이를 둘러싸고 다툼이 전개되고 있다.

이 자동차검문은 범죄수사와 범죄 예방이라는 2개의 요소가 혼합되어 불심 검문과 상당히 유사하지만 그 대상의 특수성 때문에 불심검문과는 다른 것을 내포한다. 즉 보행자와는 달리 고속으로 주행하는 경우 자동차의 외관으로 이상을 발견할 수 없고 일단 자동차를 정지시켜야만 자동차에 승차하고 있는 자를 관찰 할 수 있고, 그것에 의해 비로소 불심단계의 단계로 진입할 수 있다. 따라서 자동차검문은 제1차적으로 불심검문의 전단계 조치로서의 성질을 갖고 있다. 자동차 검문에 의해 혐의가 밝혀지면 불심검문으로 이행되고, 운전자 등에 대하여 죄를 범하였다고 의심함에 충분하게 상당한 이유가 있으면 체포등의 강제수사로 발전하게 된다.¹³¹⁾

128) 강동욱, 전계서, 292면; 김성일, "자동차 검문의 법적 근거와 개선방안에 관한 연구", 제1기 경찰대학 경찰고위정책과정 논문집, 2000. 6. 491면; 古谷 洋一, 전계서, 102면이하 참조.
129) 田中節夫, "自動車檢問に關する最高裁判所判例と實務上の問題(下)", 경찰학논집 33. 12. 1980, 84면.
130) 경찰청의 검문검색의 업무지침에 의하면 일제검문검색은 형사, 방범, 교통, 경비보안 등으로 나누어진다. i) 형사분야로는 중요범인검거, 기소중지자 검거, 선거사범단속 등 ii) 방범분야는 연말연시, 설날, 추석전후의 방범 등 iii) 교통분야는 고속도로 행사, 차량일제검문, 음주단속 등 iv) 경비분야는 경비, 작전비상경계, 대간첩작전, 경호 등 v) 보안분야는 보안사범단속, 불순분자단속 등이 이에 해당한다. 경찰대학, 경찰실무전서, 1998, 105면 참조.
131) 광병선, 전계논문, 313면.

2. 구 분

자동차검문의 종류로는 도로교통의 규제를 목적으로 하는 교통검문과 불특정범죄 일반의 예방이나 검거를 목적으로 하는 경계검문¹³²⁾, 특정범죄가 발생한 경우에 범인의 검거·적발과 당해 범죄수사를 위한 정보 수집을 주된 목적으로 하는 긴급수배검문이 있다.¹³³⁾

그러나 논의의 편의상 검문의 태양에 따라 개개경찰관 권한 조정의 사유가 존재하는 경우로서의 특정차 검문과 명확한 법적 근거없이 불특정하게 이루어지는 일제검문(무차별검문)으로 구분한다.

3. 법적 근거

자동차 검문이 현행 제도에 인정될 수 있을 것인가, 이에 대하여서는 종래 허용설, 불허용설이 대립되고, 허용되는 경우에도 그 이론적 근거에 따라서 견해가 나뉘어왔으며

최근 우리 학계도 이 문제를 활발히 논의되고 있다.

부정설은, 자동차검문은 불심검문의 요건을 흠결한 불심검문이라고 비판하고, 현재 행하여지고 있는 자동차 검문은 법적 근거를 흠결했기 때문에 위법이라고 하면서, 이것의 인정은 필요가 수단을 정당화하는 것이므로 납득키 어렵다는 견해이다.¹³⁴⁾

다수설은 적극설로 현행규정상 자동차 검문이 허용될 수 있으며 경직법 제3조가 법적 근거가 된다고 한다.¹³⁵⁾

검문의 태양에 따라 세부적으로 아래에서 검토해본다.

1) 교통검문

도로교통법은 정비불량차에 해당한다고 인정되거나(제37조), 무면허운전·주취 운전·과로 등을 하고 있다고 인정되는 때(제40~42)에는 그 차를 일시정지 시킬 수 있음을 규정하고(제43조)있다. 이는 단지 정지 명령권이 불심검문을 위한 자동차 정지에 원용할 수 있는지가 문제된다.

132) 경계검문이 자동차검문 가운데 수사단서를 찾는 활동이다.

133) 배종대·이상돈, 전게서, 186면.

134) 이용훈, "불심검문의 남용", 사법행정, 1967. 5, 43면 ; 강구진, 전계논문, 50~51면에서는 궁극적으로는 입법적 해결이어야 한다"고 주장한다.

135) 백형구, 전게서, 121면 ; 자동차검문을 인정하면서 그 근거규정을 경계검문의 경우 경직법제3조1항의 '질문을 위한 정지'에 포괄적으로 포함되어 있다고 하는 견해(이재상, 전게서, 202면)와 일반보안경찰의 한 작용으로 인정된다는 견해(신동운, 58면), 긴급수배검문의 경우 경직법 제3조에서 포괄적으로 보는 견해(신동운, 58면)와 경직법제3조 형사소송법의 임의수사에 관한 규정을 동시에 근거규정으로 보는 견해(이재상, 202면)가 있다. 영국의 경우 1984년 "경찰 및 형사증거법"에 따라 자동차검문을 포함하는 '도로검문(road check)'은 "체포될만한 중한 범죄(serious arrestable offence)에 한하여 허용되는데, 이때 도로검문의 목적·기간·지역과 도로검문을 허가한 경찰관의 성명 등이 특정되어 있어야 한다. 또한 자신의 자동차가 정지되었을 경우 차량탑승자는 12개월이내에 도로검문의 사유를 요청하고 그에 대한 답을 서면으로 통지할 수 있게 하여 사후 제한조치를 강구하고 있다. 한편 미국 판례상으로도 ①경찰관이 객관적 기준(objective standard)에 기초한 의심이 드는 경우에 한하여 자동차를 정지시킬 수 있다. ②경찰관이 무작위로 선택하여 정지시키는 것은 개개의 경찰관에게 너무 많은 재량을 주는 것이므로 위법이다. ③다만 임시검문소(check-point)를 세우고 모든 차량을 정지시키거나 또는 중립적이고 명확한 기준, 예를 들어 다섯대마다 한 대씩 정지하는 식으로 차량을 정지시키는 것은 허용된다. 조국, 전계논문, 4면.

이와 관련해 일본에서 일반책무규정설¹³⁶⁾, 경직법제3조 1항설¹³⁷⁾, 헌법설¹³⁸⁾ 등 제한설이 주장되고 있으나, 도로교통 법상의 자동차 정지에 관한 규정에서 법적근거를 구하는 것은¹³⁹⁾ 교통검문은 혐의사유를 전제로 하지 않는 점에서 경직법상의 불심검문의 일종으로서 허용된다고 할 수 없으며 또 현재 우리나라에서 헌법규정을 통해 개개 경찰관의 권한을 인정하는 것에는 무리가 있고 나아가 일반책무규정이 경찰활동의 근거로 되는 수권규정은 아니므로 자동차검문의 법적 근거로는 될 수 없다.

따라서 일반적이고 추상적인 책무규정 가능으로는 충분하지 않고 구체적이고 개별적인 명문의 절차규정을 설정하고, 그것에 따라서 행하는 것이 올바른 방법일 것이다.¹⁴⁰⁾

2) 긴급배치검문(긴급수배검문)

긴급배치검문은 당해 범죄가 죄질·피해내용 등에 비추어 중대범죄로 인정 되고,

범죄발생으로부터 얼마 되지 않았으며, 범인내지 중요참고인이라고 인정되는 자가 그 지역을 통행하고 있다고 객관적으로 인정되는 구체적인 상황 아래에서 행해지는 일제 검문은 필요성·긴급성이 인정되는 경우로서 불심검문의 요건을 충족했다고 할 수 있는 것이다.

따라서 경직법 제3조1항의 불심검문에 목적적으로 관련하는 경찰활동이라고 견해이다.¹⁴¹⁾ 이에 다시 임의수사로 보는 견해¹⁴²⁾, 긴급배치검문은 전형적인 사법경찰작용에 속하나 형소법의 규율대상이 될 것이지만 현행 형소법이 특별히 이를 위한 규정을 두고 있지 않기 때문에 경직법 제3조 1항에서 그 법적 근거를 구하지 않을 수 없다고 하는 견해¹⁴³⁾ 등이 있다.

그러나 긴급배치 검문시에는 이미 범죄가 특정되어 있을 뿐만 아니라 그 대상도 어느 정도 명백한 상태에 있으므로, 경직 법상의 불심검문으로서보다는 임의수사의 한 형태로 보는 것이 타당하다.

136) 정설 日最決(소화 55. 9. 22), 日東京 地判(소화 40. 6. 26)에서 "자동차운전 자는公道에 있어서 자동차의 이용을 허용하고 있는 것에 수반하는 당연한 부담으로써 합리적으로 필요한 한도에서 행하여지는 교통단속에 협력해야 한다는 것 및 현재의 교통위반·교통사고의 상황 등을 고려하면, 경찰관이 교통단속의 일환으로써 교통위반이 다발하는 지역 등의 적당한 장소에서 교통위반의 예방·검거를 위한 자동차 검문을 실시할 수 있다"고 하면서 일반책무규정(일 경찰법 제2조①, 경직법제2조)에 의하면 교통의 안전 및 교통질서의 유지 등에 필요한 경찰의 제활동은 임의수단에 의하는 한 일반적으로 허용된다. 자동차 일제교통검문도 이같은 관점에서 허용될 수 있다는 것이다.

137) 일정한 일시·장소에서 주취운전 내지 무면허운전의 의심이 정형적으로 예상되는 자동차에 대해서 경직법 제3조 1항을 근거로 일제검문을 행할 수 있다는 견해이다. 田中節夫, 전계논문, 89면 ; 강동욱, 전게서, 304면, 재인용.

138) 이익교량의 관점에서 자동차정지로 인하여 헌법상의 적정절차의 보장 및 인권보장의 이념의 손상되지 않으면 허용된다는 견해이다. 鳥 伸一, "警察官による自動車の停止", 경찰연구51. 7, 62~3면 ; 강동욱, 전게서, 304면 재인용.

139) 신동운, 전게서, 58면 ; 이재상, 전게서, 201면 ; 배종대·이상돈, 전게서, 187면.

140) 미연방 대법원은 "운전면허증과 차량등록증을 확인하기 위해 검문소를 설치하는 것은 정당하다. 이 과정에서 경찰관이 다른 범죄의 증거를 분다면, 합리적인 수사단계를 취할 권리가 있는 것이지, 눈을 검사야 하는 것이 아니다"(United States v. Prichard, 645 F.2d,845[1981])라고 판결한 예가 있다.

141) 이재상, 전게서, 202면.

142) 屋美東洋, "自動車檢問の法律構成について", 判例タイムズ, 423, 19면 ; 강동욱, 전게서, 295면 재인용.

3) 경계검문

경계검문에 관해서도 일반책무 규정설, 경직법 제3조 1항설, 헌법설 등이 교통검문과 동일하게 제 학설이 제기되고 있다.

현재 우리나라에는 경계검문을 허용하는 명문규정이 없다. 그럼에도 불구하고 이를 허용해서 주행중인 자동차에 혐의사유가 없음에도 불구하고 다가오는 자동차 모두를 일제히 정지시켜 질문할 수 있다고 하면, 거리에서 사람을 정지시켜 질문하는 것을 정당화하기 위해 실질적인 혐의사유의 존재를 요건으로 하는 법칙을 폐지하는 것이 되어 버린다. 더구나 경계검문의 경우에는 개인의 프라이버시와 안전에 간섭적 효과가 큰 반면, 실제적으로 효율성에 대해서는 의문을 제기하고 있다. 따라서 경계검문은 원칙적으로 허용되지 않는다.¹⁴⁴⁾

다만, 경계검문의 형태를 취하더라도 차량의 외관이나 주행상태로부터 수상하다고 인정되는 차량만을 대상으로 하는 경우에는 당연히 경직법 제3조 1항에 근거하여 그것은 허용된다.¹⁴⁵⁾ 따라서 자동차검문을 위한

자동차정지도 불심검문의 일정한 요건이 갖추어진 경우에 한하여 허용되는 것으로 보아야 하며 그 방법도 통상의 불심검문과 마찬가지로 임의수단에 의하여야 한다.¹⁴⁶⁾

4. 자동차검문의 방법과 한계

1) 자동차검문의 방법

자동차검문의 방법과 관련하여 가장 문제가 되는 것은 일제검문의 방법이다. 일제검문은 상대방의 임의의 협력을 얻는다고 하는 형태로서 행하여진다고 하더라도 사실상 상대방이 이에 응하지 않을 수 없는 심리적 부담을 수반하는 것으로서 운전자의 자유를 제약하고 프라이버시를 침해할 우려가 크므로 현행 경직법상 일제검문은 허용되지 않고, 불심검문의 요건이 갖추어진 수상한 자동차를 선별하여 임의처분의 형태로서 검문만 허용된다고 본다.¹⁴⁷⁾

그러나 현실적으로 실무에서는 자동차에 대한 예방적 차원에서 일제검문이 행하여지고 있으며, 특히 음주운전단속을 위하여 그 필요

143) 신동운, 전게서, 58면.
144) 김성일, 전계논문, 493면 ; 강동욱, 전게서, 300~301면.
145) 石川才顯, "自動車檢問に關する最高裁判所判例と實務上の問題", 경찰학논집 34. 1. 1981, 1 ; 강동욱, 전게서, 301면 재인용.
146) 정동욱, 전계논문, 150면.
147) 강동욱, 전게서, 314면 ; 탁희성, 전계논문, 94면.
148) 2002. 5. 1, 극일운동 시민연합 황모 씨는 "도로를 전면 차단하고 모든 운전자를 대상으로 실시하는 경찰의 음주운전단속은 인권침해 등 헌법에 위배 된다는 헌법소원을 제기하면서 도로교통법을 현실에 맞게 개정, 합법적인 음주운전 단속을 벌여줄 것을 촉구했다", 국민일보, 2002. 5. 1자 참고. ; 1990년 미연방 대법원은 검문소의 일종으로 경찰이 음주운전을 단속하기 위하여 모든 차량을 검문하는 음주검문소(sobriety check point)가 불합리한 수색등 강제처분에 대한 수정 제4조의 보호를 위반하는 것이 아니라 합헌이라고 하였다(Michigan Department of State Police v. Sitz, 496 U.S. 444[1990]). 이 판례는 그간 하급 법원들이 음주검문소의 합헌성에 관하여 충돌하는 판단을 내려왔던 것을 정리하여 이제 경찰이 음주운전자를 체포하기 위하여 도로상에 검문소를 설치할 수 있다고 선언 하였다.

성이 높다고 보고 있다.¹⁴⁸⁾ 이와 관련하여 다음 견해도 주장된다.¹⁴⁹⁾ 즉 자동차가 주행중인 한 그 안에 탑승자가 거동수상자인가를 판명할 수 없으므로 불심검문을 하기 위하여 우선 자동차를 정지시키는 조치가 불가피하다는 점을 고려하여야 한다. 또한 운행중인 자동차의 외관상 범죄혐의가 없다고 하여 정지를 요구할 수 없다고 한다면, 자동차 이용자를 보행자에 비하여 과보호하는 것이 되어 부당하고, 도로교통법을 포함한 교통관계법규는 보행자에 비하여 광범위하게 규제하고 있으므로 자동차에 대한 일제검문이 가능하다고 생각할 수 있다. 이는 일제검문실무를 잘 반영한 견해라고 할 수 있으나 결국 자동차 검문은 국민의 권리의무와 밀접한 관련이 있는 처분이며 보행자에 대한 불심 검문보다 자동차 검문이 더 큰 법익침해를 수반한다는 점과 원활한 교통소통이 필요하다는 점 등을 고려하여 그 근거, 요건 및 한계를 입법적으로 명확히 해야 한다.¹⁵⁰⁾

자동차검문에 있어서 자동차를 정지시키는 경우에도 자동차 이용자의 자유를 부당하게 제약하지 않는 방법으로 행하여야 할 것이므로 다음과 같은 사항을 고려하여야 한다.¹⁵¹⁾

①경찰복장은 제복착용을 원칙으로 하고 다수의 경찰관이 행하는 경우에는 1명은 반드시 전반적인 감시를 하는 등 안전조치를 강구하여야 한다. ②상설검문소보다는 필요한 장소에 그때그때 임시검문소를 설치하는 것이 바람직하다. ③자동차 이용자가 갑작스런 곤경을 당하는 형태의 검문은 금지된다. ④항상 통행하는 전차량에 대해 일제검문을 하는 것보다 검문의 목적에 따라서 차종 등에 의해 선별해야 한다. ⑤검문의 목적을 달성할 수 있는 정도로 감속시키거나 또는 정차를 요구함에 그쳐야 한다. 그리고 정차시간은 검문목적이 필요한 범위에서 단시간에 그쳐야 한다.

2) 자동차 검문의 한계

자동차검문은 차량탑승자의 자유를 상당히 제한하는 처분임에도 불구하고 명문의 규정이 없기 때문에 그 한계를 설정하는데 어려움이 있다. 그러나 일반적으로 자동차 검문은 대인불심검문보다 훨씬 낮은 정도의 혐의를 가지고 행해지므로 오직 상대방의 임의적인 협력에 의한 경우에 한해서만 허용된다.¹⁵²⁾

149) 임용, 전계논문, 52면에서 재인용.
150) 임용, 전계논문, 52면 ; 강구진, 전게서, 175면 ; 차용석, 전게서, 139면 ; 김성일, 전계논문, 501면 ; 조병인, "경찰기본법 정비에 관한 연구", 치안연구소, 2001. 12, 76면이하 참조. ; 조국, 전계논문, 4면에서 "자동차검문에 대해 우리 설정에 맞는 상세한 입법이 만들어져야 하는데, 이를 위한 기본지침으로는 ①경계검문과 긴급수배검문은 자동차를 이용한 중대범죄에 국한되어야 한다. ②그것도 범죄예방·검거에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다(경찰비례의 원칙). ③그리고 임의수단의 성격을 넘어가는 자동차에 대한 압수·수색은 법관의 영장을 받도록 해야 한다(영장주의의 준수) 등을 들수 있다. 또한 그 이전이라도 자동차검문은 중대범죄에 한하여 경직법상의 불심검문의 요건이 부합하는 경우에만 인정되어야 할 것이며, '일제검문'의 관행은 최대한 억제되어야 한다"고 주장한다. 향후 입법과정에서 이러한 내용도 충분히 검토되어야 할 것이다.
151) 강동욱, 전게서, 314~316면 ; 임용, 전계논문, 53면 ; 장영민·박기석, 전계논문, 91면.
152) 강구진, 전게서, 175면 ; 백형규, 전게서, 122면 ; 정동욱, 전계논문, 150면.

따라서 불심검문과 마찬가지로 정차 후 운전자 또는 동승자에 대한 질문, 차체 등의 외관조사, 운전면허증 요구 등은 인정되지만, 트렁크내부 등 눈에 보이지 않는 곳에 대한 검사는 상대방의 동의에 한하여 인정된다고 해야 한다.¹⁵³⁾

또 상대방이 정차요구에 불응하고 도주하는 경우 특별한 사정이 없는 한, 바로 수상한 차량으로서 인정하기보다는 조회후 도난차 등의 의심이 있으면 순찰차로 추적하는 등의 조치를 취하면 충분하다.¹⁵⁴⁾

다만, 긴급수배검문의 경우에는 수배의 긴급성의 요청과 범인적발의 개연성이 높은 경우일 것이므로 강제력에 이르지 않는 정도의 유형력 행사나 추적행위가 인정된다.¹⁵⁵⁾

5. 실무상 일제검문의 문제점

일제검문제도는 평상시의 검문 검색과는 다음 몇 가지 점에서 차이가 있다. 첫째는 특정 목적을 구체적으로 설정한다는 점에서 평상시

방법순찰 활동이나 외근경찰 활동시 검문 검색을 실시하는 것과는 다르다. 둘째는 일정한 시간내에 경찰력을 집중하여 계획적으로 추진한다는 점에서 다르다. 셋째로 평상시의 검문검색이 파출소나 경찰서를 중심으로 이루어진다면 일제검문은 경찰서, 지방경찰청, 경찰청 등 광역단위에서 실시된다.¹⁵⁶⁾

그러나 최근 경찰청의 일제검문검색 실시에 의한 실적 발표¹⁵⁷⁾에도 불구하고 ①범법자를 검거한다는 명목으로 '마구 잡이식' 일제검문검색을 벌여 시민에 대한 인권침해 시비가 끊이지 않았고 ②내부적으로 실적위주의 과잉경쟁을 유발하여 시간과 장소를 가리지 않는 검문이 예사였고, 일부 경찰관들은 검거실적을 높이기 위해 가공의 숫자를 보고하는 등 악습도 서슴치 않았다는 비판이 있어 왔다.¹⁵⁸⁾

따라서, 긴급수배검문 등 특별한 경우를 제외하고는 일제검문제도를 폐지하는 안을 검토하는 것도 한 방법이나 실무적으로 하지 않을 수 없다면 검문검색 횟수의 적정화, 검문

153) 탁희성, 전계논문, 94면 ; 일본판례도 경직법상의 불심차량에 대하여는 강제수단에 해당하지 않는 유형력의 행사를 허용하고 있다. 예컨대 i)불심차량에 대하여 적색등을 돌려 정지시킨 행위 ii)정지한 자동차 창으로 손을 넣어 핸들을 잡고 정지를 요구한 행위 iii)정지에 응하지 않는 자동차를 정지시키기 위해 그 전후를 협공해서 정지시킨 경우 등의 적법성을 인정하였다. 강동욱, 전게서, 318면 재인용. 한편 미국의 경우 자동차에 대한 수색에는 영장이 필요 없다(수정헌법제4조의 영장주의의 예외). 다만 수색이 적법하기 위해서는 상당한 이유가 필요하다(New York v. Belton 453 U. S 454, 1981).

154) 김성일, 전계논문, 503면.

155) 차용석, 전게서, 139면.

156) 임웅, 전계논문, 127면.

157) 일제검문 검색제도는 정확히 언제부터 시작했는지 불명확하나, 그간 국민 불편을 초래하고 있다는 지적에 따라 시·도 경찰청별로 자율적으로 실시키로 하는 등 개선책(1999. 6. 14 경찰청, 무차별 일제단속 폐지 등 개선책 참조)이 수시로 나왔으나, 대형사건이 발생할 때마다 다시 광역단위로 전환되어 실시되고 있다. 최근 2002. 3. 12에도 경찰청에서 "생활치안확립을 위한 전국 일제검문검색을 실시하였는데 총 인원 42,039명이 동원되어 형사범 등 2,079명 검거, 도난차량 검거회수 28대, 음주·무면허단속 848명의 실적을 올렸다고 발표(연합통신, 2002. 3. 13자 참조)한 바 있다.

158) 문화일보, 1999. 6. 15자 사설 참조.

효율화를 위한 기법개발, 검문방법 개선, 전략적 인력배치, 지역치안 특성에 맞는 적합한 모델적용 등은 물론 불법적 검문 검색을 하지 않도록 경찰관에 대한 지속적인 교양교육 강화 등이 필요할 것이다.

VII. 結 論

불심검문은 일반국민들이 경찰과의 관계에서 가장 빈번하게 겪게 되는 경찰활동이면서 형사소송법상 수사의 단서가 되며 단계적으로 형사소송법상 범죄수사의 절차로 이행되는 중요한 경찰작용이다. 따라서 국민의 기본적 자유권이 침해될 소지가 많은 것이 사실이다.

그러나 현행 경직법에서는 불심 검문에 관하여 추상적이고 매우 포괄적인 하나의 조문만을 규정하고 있어 불심검문을 행하는 경찰관의 입장에서 얼마든지 남용할 수 있는 여지를 지나치게 남겨 놓고 있는 실정이다.¹⁵⁹⁾

본 결론에서는 경찰관의 불법·부당한 불심검문의 억제방안과 범규정상의 문제점을 중심으로 기술하고자 한다.

1. 경찰관의 불법·부당한 불심검문의 억제방안

1) 불법한 불심검문에 대한 시민·사회 단체의 적극적인 감시와 통제

그동안 경찰은 불심검문을 관행적으로 실시하면서 치안유지의 필요성이라고 하는 경찰의 직무목적에만 지나치게 치중한 나머지 경찰 편의위주로 모든 것을 처리하여 왔던 것이 사실이다. 이러한 불법검문이 일상적으로 행하여지고 있고, 그로 인한 불법연행이 이루어져도 그것이 별로 사회적인 문제로 부각 되지 않았던 것은 아무래도 이에 대해 저항하거나 이의를 제기하는 사람들이 적었기 때문일 것이다.¹⁶⁰⁾

그러나 아무리 작은 권리라고 하더라도 시민들 스스로 포기하지 않고 자신의 권리를 지켜내고자 할 때 경찰의 불법행위도 그만큼 감소할 것이다.

2) 해당경찰관에 대한 형사처벌 및 민사상 손해배상액의 확대

경직법 제12조 벌칙조항에 보면 "이 법에 규정된 경찰관의 의무에 위반하거나 직권을 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 자는 1년 이하의 징역이나 금고에 처한다"고 규정되어 있으나 이 조항이 적용된 사례는 거의 없었다.

159) 광병선, 전계논문, 318면.

160) 탁희성, 전계논문, 197면 ; 1998. 3부터 시작된 인권운동사랑방 등 시민단체·학생들의 "불법 불심검문 불복종 운동"을 전개하였는데, 그 대체적인 내용은 경찰의 모든 불심검문을 거부한다는 것이 아니라, 경찰이 불심검문을 하면서 경직법상의 불심검문규정을 지켜야 한다는 것이며, 이러한 법적 요건을 충족하지 못하는 불심검문에 응할 필요가 없을 뿐만 아니라 이에 저항하여야 한다는 것이었다. 인권운동사랑방, 불법불심검문에 대한 불복종운동 워크샵 자료, 1998. 3, 이러한 본격적인 불복종운동을 전개하자 경찰청은 각 경찰관에게 친절 불심검문의 지시를 내렸으며 경찰의 태도변화는 바로 시민들의 작은 권리주장에서 비롯된 것이라 할 수 있다.

그러나 경찰의 불법행위에 대하여 국가에 손해 배상을 청구하는 사례는 점차 늘고 있다.¹⁶¹⁾

3) 판례를 통한 불심검문의 구체적인 기준 확립과 사법 통제

오늘날 위법한 불심검문에 대한 억제방안으로서 가장 유효하다고 여겨지는 것이 바로 법원에 의한 규제방법이다. 즉 판례를 통해 불심검문의 적법성의 기준을 구체화시켜 나가는 방법이다. 법원은 불심검문 관련 사례에 대한 판결을 함에 있어서 구체적으로 일정한 경찰의 행위가 불심검문시 허용될 수 있는지, 허용되는 행위라면 그 한계가 어디까지 인지에 관해서 명확하고도 구체적인 기준을 제시해 줄 필요가 있다. 이러한 판례들이 축적됨으로써 불심검문에 관한 허용기준이 확립될 수 있기 때문이다.¹⁶²⁾

2. 법 규정상의 문제점(입법론을 중심)¹⁶³⁾

1) 경직법상 “정지·질문”이 너무 막연하게 규정되어 있으며 그 기본적 성격을 임의 처분으로 파악한다고 하더라도 불심검문의 첫 단계가 되는 정지를 강제할 수 없다면 불심검문제도 본래의 목적인 질문이 아예 불가능하게 된다. 또 신원확인을 위한 강제처분권이 인정되어야 한다.¹⁶⁴⁾ 따라서 입법적으로 경찰관이 정지시켰을 경우 이에 응할 의무가 있다고 해야 할 것이며, 불응시 경찰관은 각 상황에 적합한 최소한의 범위내에서 실행행사를 할 수 있다고 해야 할 것이다.

<입법안>

① 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정 등 구체적 사실을 근거로 하여 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려고 하고 있다고 의심함에 충분한 합리적

161) '96년 이후 대학가 불심검문 관련하여 국가배상신청현황(경찰청 내부자료, 2000)을 보면, ①배상신청 1건(98. 10. 9 최진호외 4명, 불심검문에 관한 절차위반 및 임의동행 시간초과로 정신적 피해를 입었다며 배상신청, 1인당 500만원씩 신청), ②손해배상 청구4건(96. 12. 23 김남연 외 5명; 불법감금으로 각 1천만원 청구했으나 98. 4. 24 상고기각; 97. 7. 18 장흥석, 강제소지품 검사로 1천만원 청구했으나 99. 1. 26 서울지법에서 300만원 배상판결; 98. 7. 1 김종신, 불법감금으로 1천만원 청구, 100만원 배상판결; 98. 2. 13 최두한, 명예훼손 등으로 1천만원 청구, 98. 4. 15 300만원 배상판결)이 있었으며, 위의 사례에 공통적으로 나타난 불심검문행위는 i)경직법 제3조 1항을 위반하여 검문대상자 선정 ii)임의동행의 범위를 초과 iii)휴거 소지검사 한계 일탈 iv)신문시 증표제시 및 검문목적과 이유를 밝히지 않은 경우 v)동행 후 6시간 초과 등으로 분석되었고 사실상 불심검문시 동법에 규정된 절차만 제대로 준수되어도 인권침해 시비는 상당부분 해소될 것으로 전망되었다.

162) 탁희성, 전개논문, 200면 참조. ; http://www.humanrights.or.kr/HRLibrary7-kcho1.htm. 조국, “유엔원칙과 미국법상의 기준에 비추어 본 한국경찰관의 직무집행”, 이라는 논문에서 불심검문의 문제상황을 지적하고 1979년 유엔총회에서 유엔이 정한 법집행공무원의 행위규정에 따른 한국경찰관의 직무집행의 행동준칙을 간명하게 제시하고 있다.

163) 동 내용은 불심검문에 대한 기존 학자들의 선행 연구결과와 경찰대학, 종합학교 등 분임토의과정에서 제기된 문제점, 경찰청 홈페이지에 수시로 경직법의 모순점을 제기한 내용 등을 토대로 기술하였다.

164) 요컨대 불심검문의 목적이 범죄를 예방·진압 및 수사하는데 있다면 피검문자의 신원확인은 불가피한 것이고, 정확한 신원확인을 위해서는 신분증 확인이 반드시 필요하다. 그런데도 현행법은 불심검문시 피검문자에게 신분증 제시를 요구할 수 있는 규정을 두지 않아 일선 실무자들은 주민등록법 (제17조의 10 제2항)의 규정을 변칙 적용하여 불심검문의 목적을 달성하고 있는 문제점이 상존하고 있다.

이유가 있는 때에는 그 당해인을 정지시켜 성명, 주소, 그 장소에 있는 이유 및 행선지 등에 대하여 질문할 수 있고¹⁶⁵⁾ 신분증 제시를 요구할 수 있다.

② 이 질문을 받은 자는 이에 응할 의무가 있고 자기의 신원을 명백히 하지 않거나 또는 자기의 행위에 대해 경찰관이 납득하는 설명을 하지 못한 때에는 경찰관은 동행을 요구할 수 있고 질문·조사를 할 수 있다.¹⁶⁶⁾

2) 임의동행의 경우 법개정 이전에 있었던 동행을 거부할 자유와 동행된 장소로부터 퇴거할 자유가 있음을 동행자에게 미리 고지하도록 하는 규정의 재입법화를 검토할 필요가 있으며, 그 판단기준의 명확화, 절차적 보장에 관하여 보다 자세한 규정을 함으로써 그 남용을 억제할 수 있을 것이다.

3) 경직법 제3조 제3항에서는 소지품검사 대상물 “휴거”에 국한하고 있어 마약류, 위조지폐, 음란물, 장물 등과 같은 금제품 기타 휴거이외의 물건에 대한 소지품 검사의 법적 근거를 마련할 필요가 있으며 외포검사에 대한 요건규정도 입법화가 요망된다.

165) 강동욱, 전개서, 194면.

166) 미국의 통일체포법 제2조(불심검문과 피의자의 신체구속)와 모범법전 제110조 규정을 참고하였다. 한편 프랑스의 경우 신분확인에 불응하면 벌금형 형소법 제78조의 2으로, 이를 방해한 자는 금고형과 벌금형(1981년 Low and order 입법 제61조①②)으로 처벌하고 있는 규정과 미국의 각 주법이나 조례에서 경찰관에 대한 정지후의 질문에 대한 답변거부를 질서위반죄 등의 경범죄로 처벌하는 규정도 입법시 고려할 수 있을 것이다.

167) 강동욱, 전개서, 260~261면 참조, 188면.

168) 조병인, 전개논문, 82면; 김형훈, 전개논문, 81면.

<입법안>

① 경찰관은 제1항에 규정된 자가 휴거 또는 이외에 타인의 생명 또는 신체에 위해를 가할 수 있다고 의심함에 충분한 합리적 이유가 있는 때에는 소지하고 있는 물건의 제시를 요구할 수 있고 의복의 외부를 수검할 수 있다. 또 용의사실이 발견되어 고도의 긴급성과 필요성이 합리적으로 인정되는 때에는 상대방의 의사에 반하여 그것을 개피해서 내용물을 확인할 수 있다.¹⁶⁷⁾

② 마약류, 위조지폐, 음란물, 장물 기타 범죄관련 물건을 소지하고 있다고 의심함에 충분한 합리적 이유가 있는 때에는 이를 조사할 수 있다.¹⁶⁸⁾

4) 차량 탑승자에 대한 불심검문이 가능 토록 근거규정을 두어야 한다. 또, 일제검문 검색에 대한 법적 근거 마련으로 경찰권 남용시비를 차단할 필요가 있는데, 일제검문이 허용될 관련범죄는 ①소요사태의 진압 또는 예방을 위하여 집회 및 시위에 관한 법률위반 범죄, ②테러범죄, 특수강도죄, 인질범죄 등 중범죄에 국한해야 할 것이다.

<입법안>

① 경찰관은 주행중인 자동차에 범죄를 범하였거나 범하려고 하고 있는 자가 차량을 이용하고 있다고 의심할 만한 합리적 이유가 있는 때에는 그 차량을 정지 시킬 것 명하고 그 운전자 또는 탑승자에게 검문할 수 있다. 이러한 목적을 달성함에 필요한 범위내에서 차량을 수색할 수 있다.¹⁶⁹⁾

단, 이러한 처분은 당해 사정하에서 가능한 한 신속히 처리되어야 한다.¹⁷⁰⁾

② 경찰관서장은 형법상 성폭력범죄의 처벌및 피해자보호등에관한 법류 위반자 (제5조내지 제11조), 집회및 시위에관한법률 위반자(제5조, 제11조) 등에 해당하는 범죄사건의 용의자, 기소증지자, 음주 운전자, 보안사범, 불법집회 시위선전·선동자 등을 검거하기 위하여 의심할 만한 상당한 이유가 있고 객관적 사정과 그 필요성을 합리적으로 판단하여 범행 현장이나 소요발생지역 또는 소요예상지역 부근을 통행하는 보행자나 주행중인 차량을 대상으로 일제검문을 실시하게 할 수 있다.¹⁷¹⁾

5) 경직법 제3조의 불심검문규정상의 동행 요구시에는 당해인의 동행거부권이 규정되어 있는데 반해, 불심검문시 원용되는 주민등록법(제17조의 10②)에는 동행거부권이 존재하지 않는다. 따라서 후자의

동행요구는 강제처분으로 해석되므로 형사절차상의 규정에 따라서 동행시간제한, 통시기회 부여의무, 변호인 조력고지, 진술거부권의 고지 등과 같은 인권보장적 절차가 명시적으로 규정될 필요가 있다. 그렇지 않게 되면 주민등록법상 규정에 의해 불심검문시 피검문자의 동행거부권이 무효화될 우려가 있다고 할 수 있다.

6) 불심검문시 증표제시의무를 규정함에 있어서, 주민등록법과 같이 정북경찰관의 경우를 예외로 하도록 하여야 한다. 즉 정복을 착용한 경찰관의 경우는 별도의 절차없이 공무를 수행하는 경찰관임을 누구나 알 수 있고 인권침해의 여지가 거의 없다.¹⁷²⁾

7) 불심검문에 대한 경찰내부의 억제 장치가 보완되어야 한다. 예컨대 거동수상자를 임의동행하였을 경우에 당해 경찰관은 즉시 그 사유를 소속관서의 장에게 보고하도록 하고, 동행 종료후 피동행인의 인적사항, 동행이유 및 결과를 기록하여 소속관서의 장에게 보고하도록 한다.

169) 미국의 모범법전 제110조 참조 ; 탁희성, 한국형사정책연구원, 전계논문, 191면 참조.
170) 신속히 처리해야 할 시간과 관련하여 자동차를 정지시킨 시간으로부터 5분 이내, 10분 이내, 20분 이내 등 여러 논란이 있을 수 있으나 현장 사정을 고려하되 가장 최단시간내에 처리하여야 할 것이다.
171) 조병인, 전계논문, 83면 ; 독일의 경우 일제 검문시 검문소에서 용의자, 비용의자를 불문하고 신원확인 절차(형소법제163조의 6 및(규정)에 따라 신원을 확인받고 소지 품의 수색을 받아야 할 의무로 한다 (형소법 제17조①)
172) 이러한 개정으로 정복을 착용하는 전투경찰순경에 대한 시비도 불식될 수 있을 것이다. 김형훈, "경찰관직무 집행법개정방향", 경찰학연구(창간호), 경찰대학, 2001, 81면이하 참조.

참고문헌

1. 국내문헌

- 강구진, "불심검문 및 임의동행에 관한 고찰(상)", 경찰고시, 1983.
- 강구진, "경찰관직무집행법 제3조", 현대공법이론, 학연사, 1982.
- 강구철, "즉시강제로서의 불심검문에 관한 고찰(상·하)", 사법행정, 1982. 5. 6.
- 김남현 외(편저), 경찰행정법, 경찰대학, 2001.
- 김태진, "한국경찰법제의 개선방안에 관한 연구", 동아대대학원 박사학위논문, 2001.
- 김형훈, 방법기본법, 경찰대학, 2000. 2.
- 백형구, "현대수사법의 기본문제", 육법사, 1985.
- 백형구, "임의동행과 보호유치", 사법행정, 1986. 3.
- 신동운, 형사소송법 I, 법문사, 1997.
- 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000.
- 이용훈, "불심검문의 남용", 사법행정, 1967.
- 정덕장, "경범죄처벌법", 법원사, 1994.
- 강동욱, "불심검문", 고시원, 1994.
- 강동욱, "불심검문에 관한 연구", 한양대대학원 박사학위논문, 1992.
- 김성일, "자동차검문의 법적근거와 개선방안에 관한 연구", 제1기 경찰대학 고위정책과정 논문집, 2000. 6.
- 김정석, "불심검문의 실태와 개선방안", 제3기 경찰고위정책과정, 경찰대학, 2001.
- 김형훈, "경찰관직무집행법개정방향", 경찰학연구(창간호), 경찰대학, 2001.
- 김효전, "구한말경찰의 이론과 실제", 동아대대학원 논문집(vo1.26 No1), 2001.
- 광병선, "불심검문", 원광대법학연구 제14집, 1997. 3.
- 박외병, "불심검문상 정지의 의의와 한계", 경찰대논문집 제15집, 1995.
- 박창호, "프랑스의 불심검문", 경찰학연구 제4호, 경찰대학, 2003.
- 배성수, "불심검문", 수사연구, 1989.
- 정동욱, "불심검문", 고시계, 1989. 3.
- 이기호, "직무질문", 경찰대논문집(제1집), 1984.
- 이기호, "임의동행", 치안논총 제2집, 1985.
- 이은모, "직무질문에 있어서 유형력 행사의 법적 한계", 한양대 법학논총 제15집, 1998.
- 이상원, "미국의 경찰제도와 수사구조", 치안연구소(99-05), 1999.
- 이운주 "한국 경찰작용법의 형성과정과 그 의미에 관한 연구", 경찰법 연구(창간호), 2003. 6.
- 이재상, "구인과 임의동행", 대한변호사 지, 1987. 8.
- 임 응, "불심검문실태와 개선에 관한 연구", 치안연구소(연구보고서97-04), 1997.
- 임준태, "경찰작용의 본질과 서비스 한계", 한국경찰연구제1권1호, 2002. 6.
- 장영민·박기석, "경찰관직무집행법에 관한 연구", 형사정책연구원, 1995.
- 제갈해량, "검문검색의 이론과 실제", 국제과학문화연구소, 1994.
- 조 국, "유엔원칙과 미국법상의 기준에 비추어 본 한국경찰관의 직무집행", <http://www.humanrights.or.kr/HRLibrary7-kcho1.htm>.
- 조병인, "경찰기본법 정비에 관한 연구", 치안연구소, 2001. 12.
- 탁희성, "불심검문의 실태와 개선방안", 한국형사정책연구원(연구보고서 99-1), 1999.
- 표성수, "경찰관직무집행법의 불심검문과 강제처분에 관한 고찰", 서울대석사논문, 1985.

2. 국외문헌

- Robert M. Bloom/Mark S. Brodin, Constitutional Criminal Procedure, 1992.
- Rolando V. del Carmen. Criminal Procedure-Law and Practice-, 1995.
- Christoph Gusy, "Polizeirecht", 1993, S. 111.
- Franz-Ludwig Knemeyer, "Polizei und Ordnungsrecht", 2000.
- Schenke(서정범 역), 독일경찰법, 세창출판사, 1998.
- 渡邊 修, "직무질문의 연구", 성문당, 1985.
- 일본 실무법령연구회편, 경찰권한실무집, 경찰시보사, 1992.
- 藤重光, "직무질문의 적법성의 한계", 판례시보3.
- 山下重信, "任意同行と任意出頭(中)", 경찰학논집, 1974. 3.
- 小田健司, "任意同行と逮捕の時期", 증보영장기본문제(상),一粒社, 1996.
- 屋美東洋, "自動車檢問の法律構成について", 判例タイムス, 423.
- 田宮 裕, 형사소송법(신판), 1997.
- 平野龍一, 형사소송법, 유비각, 1984.
- 田中節夫, "自動車檢問に網する最高裁判所判例と實務上の問題(下)", 경찰학논집 33. 12. 1980.
- 石川才顯, "自動車檢問に網する最高裁判所判例と實務上の問題", 경찰학논집 34. 1. 1981.
- 島 伸一, "警察官による自動車の停止", 경찰연구51.

3. 기 타

- Dunaway v. New York, 442 U. S 200, 1979.
- Carpenter v. Sigler, 419 F. 2d 169. 1969.
- Orricer v. Ereckson, 471 F. 2d 1204, 1973.
- Lawson v. Kolender, 658F. 2d 1362, 1981.
- Brown v. Texas, 443 U. S. 47, 1979.
- Adams v. Williams, 407 U. S, 143, 1972.
- Alamaba v. White, 496 U. S, 325, 1990.
- Minnesota v. Dickerson 53 CvL 2186, 1993.
- Williams v. Adams, 436F. 2d 30, 1970.
- United States v. Gonzalez, 319F. Supp. 563, 1970.
- 日 최고재판소 소화30. 7. 9.
- 日 廣島高裁判決, 50. 4. 1.
- 日 名古屋高裁判決, 1972. 12. 19.
- 日 名古屋高裁, 소화 28. 9. 2.
- 日 札幌高判, 1992. 6. 18.
- 日 東京高裁判決, 소화 49. 9. 30.
- 日 大判地判, 1968. 9. 20.
- 日 大判高判, 1982. 12. 4.
- 日 京都地判 소화 49. 7. 12.
- 日 京都地裁判決 소화 43. 7. 22.
- 경찰청, "검문검색 이렇게 합시다", 2001. 6.
- 경찰청 내부자료(96년이후 불심검문 관련 국가배상신청 현황).
- 인권운동사랑방, "불법불심검문에 대한 불복종을 전개하며", 98. 4. 14자 자료집.
- 한겨레신문, "불심검문 이제 그만", 1999. 5. 21자.
- 문화일보, 1999. 6 15자 사설.
- 동아일보, 1999. 10. 17자.
- 연합뉴스, 2002. 3. 13자. 등