

# 任 意 同 行

李 基 鎬

(助 教 授 · 刑 事 法)

目 次

次

一. 序 說	Ⅲ. 任意同行의 要件이 있다고 본 事例
二. 任意同行의 適法性	Ⅳ. 任意同行時 有形力行使의 適法性을 認定한 事例
I. 任意同行의 意義	Ⅴ. 任意同行의 要件을 缺한다고 본 事例
Ⅱ. 警察官職務執行法上의 任意同行	Ⅵ. 任意同行時의 有形力行使에 대한 適法性을 否認한 事例
Ⅲ. 刑事訴訟法上의 任意同行	五. 要約 및 結論
三. 任意同行과 強制連行	
四. 任意同行에 관한 判例의 檢討	
I. 緒 言	
Ⅱ. 裁定申請棄却決定에 대한 再抗告事件	

## 一. 序 說

身體의 自由는 憲法이 保障하고 있는 가장 根本的인 權利의 하나이고 憲法과 法律이 정한 適正節次에 의하지 아니하고는 이를 制限하거나 剝奪할 수 없다. 이는 憲法 第 11 條의 趣旨에서 明白하고 刑事訴訟法도 第 73 條, 第 201 條에서 被告人 및 被疑者의 拘束에는 반드시 法官이 발부한 令狀에 의하여야 할 것과, 搜查機關이 拘束令狀없이 被疑者를 緊急拘束(現行犯人的 逮捕)한 경우에도 48時間 또는 72時間이내에 拘束令狀의 發付를 받아야 한다고 規定하고 있다(同法 第 206 條, 第 207 條, 第 212 條의 2) .

그러므로 搜查機關이 被疑者를 搜查하는 과정에서 이러한 適正節次에 따르지 않

고 拘束令狀없이 被疑者를 함부로 拘禁하여, 그 身體의 自由를 剝奪하는 것은 違法한 搜查活動으로서 不法監禁이 된다.

그것은 搜查에 관한 限, 任意搜查를 基本原則으로 하고 強制搜查法定主義 및 令狀主義를 採擇하여 強制搜查를 規制하고 있는, 刑訴法の 理念에 따른 당연한 歸結인 것이다.

그러나 強制搜查는 強制搜查法定主義와 令狀主義(warrant clause)에 의하여 엄격한 法的規制를 받고 있지만, 任意搜查는 強制搜查에 비하여 非類型的이고 그 方法도 다양할 수 있으므로 具體적으로 細部事項까지 法的規制를 가하는 것이 극히 곤란하다. 그 때문에 刑訴法도 任意搜查에 대하여 「搜查에 관하여는 그 目的을 達成하기 위하여 必要한 調査를 할 수 있다...」(第199條 1項 本文)고 規定하고 있다. 그러나 任意搜查의 原則은 결코 任意搜查自由의 原則을 의미하는 것이 아니다.<sup>1)</sup>

任意搜查도 刑事節次의 일부인 이상 刑事訴訟法 全構造를 支配하는 適正節次의 法理에 의한 法律的 規制가 要請되는 것이다.<sup>2)</sup>

그러므로 任意搜查에 있어서도 搜查의 指導理念인 必要最少限度의 法理가 作用한다. 즉 搜查의 條件으로서 正當성이 인정되어야 하며 거기에는 必要성과 相當성의 原則(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)이라는 內在的 限界가 包含된다.<sup>3)</sup>

任意搜查는 우선 그 必要성이 있는 경우에 한하여 許容된다. 따라서 被疑者에 대한 充分한 訊問을 행한 후에 被疑者訊問을 빙자하여 出席要求를 한다거나 被疑事件과 하등 關係가 없는 第3者에 대한 調査는 許容되지 않는다.

또한 任意搜查는 相當한 方法으로 행하여져야 하고 相當성의 여부는 適正節次의 法理 및 搜查比例의 原則에 의하여 判斷하여야 할 것이다.<sup>4)</sup>

任意搜查가 適法하기 위한 重要한 要件에는 相對方의 同意·承諾이 있어야 한다. 同意·承諾은 自由로운 意思가 前提된다. 특히 相對方의 同意·承諾이 있으면

1) 李在祥, 「任意同行과 保護留置」, 判例月報, 1985年 9月號, 15面.

2) 金箕斗, 「任意搜查와 人權保障」, 考試研究, 1983年 4月號, 25面.

3) 搜查의 條件에 관하여는 拙著, 搜查의 法理, 星日出版社, 1985, 51面 以下 參照.

4) 白亨球, 「任意搜查의 本質과 限界」, 考試界, 1982年 11月號, 122面.

모든 搜查處分이 適法하느냐의 문제가 提起될 수 있다. 뿐만 아니라 自由로운 意思에 基한 承諾을 搜查에 도입하는 데는 危險이 다르기 마련이다. 그것은 強力한 國家機關에 대한 市民의 承諾은 形式的일 뿐, 실제로는 強制力 내지 心理的 壓迫에 의하여 強制搜查에 대한 엄격한 法的規制를 회피하거나 脫法的으로 이용하기 위하여 相對方의 承諾을 편의적으로 사용할 위험에 직면하게 되는 때문이다.<sup>5)</sup>

이러한 類의 문제점이 任意同行에 의한 事實上的 強制連行에 관한 것이다.

學生들의 街頭行動을 規制하기 위한 職務質問의 附隨處分으로서 所持品檢査와 함께 함부로 행하여지는 경우도 있기 때문에, 여기에 관하여는 활발한 法理論的인 論議가 展開될 새로운 問題領域이 될 것이다.<sup>6)</sup>

本稿에서는 이와같은 問題意識에서 任意同行에 관하여, 警察官職務執行法과 刑事訴訟法의 兩側面에서 그 許容性을 考察하고, 任意同行과 拘束과의 관계 任意同行에 수반된 實力行使의 문제등을 外國의 判例와 더불어 약간의 문제점을 檢討하고자 한다.

## 二. 任意同行의 適法性

### I. 任意同行의 意義

任意同行은 警察官(또는 搜查機關)이 被疑者의 同意를 前提로 警察官署(또는 搜查官署)까지 被疑者를 同行하는 것을 말한다.

任意同行은 두가지 根據에서 행할 수 있다. 즉 刑事訴訟法 第199條 第1項에 의하여 任意搜查로서 행하는 搜查處分의 一種인 任意同行과 警察官職務執行法 第3條 第2項에 의한 職務質問을 위한 任意同行으로 나누어 볼 수 있다.

### II. 警察官職務執行法上的 任意同行

警察官職務執行法(1981年 4月 13日, 法律 第3427號)第3條는 警察官은 수상한 舉動 기타 주위의 事情을 合理的으로 判斷하며 어떠한 罪를 犯하였거나 犯하려

5) 李在祥, 前揭論文, 16面.

6) 車鏞碩, 「警察官吏의 所持品 檢査에 관한 小考」, 考試界, 1983年 12月號, 161面.

모든 搜查處分이 適法하느냐의 문제가 提起될 수 있다. 뿐만 아니라 自由로운 意思에 基한 承諾을 搜查에 도입하는 데는 危險이 다르기 마련이다. 그것은 強力한 國家機關에 대한 市民의 承諾은 形式的일 뿐, 실제로는 強制力 내지 心理的 壓迫에 의하여 強制搜查에 대한 엄격한 法的規制를 회피하거나 脫法的으로 이용하기 위하여 相對方의 承諾을 편의적으로 사용할 위험에 직면하게 되는 때문이다.<sup>5)</sup>

이러한 類의 문제점이 任意同行에 의한 事實上的 強制連行에 관한 것이다.

學生들의 街頭行動을 規制하기 위한 職務質問의 附隨處分으로서 所持品檢査와 함께 함부로 행하여지는 경우도 있기 때문에, 여기에 관하여는 활발한 法理論的인 論議가 展開될 새로운 問題領域이 될 것이다.<sup>6)</sup>

本稿에서는 이와같은 問題意識에서 任意同行에 관하여, 警察官職務執行法과 刑事訴訟法의 兩側面에서 그 許容性을 考察하고, 任意同行과 拘束과의 관계 任意同行에 수반된 實力行使의 문제등을 外國의 判例와 더불어 약간의 문제점을 檢討하고자 한다.

## 二. 任意同行의 適法性

### I. 任意同行의 意義

任意同行은 警察官(또는 搜查機關)이 被疑者의 同意를 前提로 警察官署(또는 搜查官署)까지 被疑者를 同行하는 것을 말한다.

任意同行은 두가지 根據에서 행할 수 있다. 즉 刑事訴訟法 第199條 第1項에 의하여 任意搜查로서 행하는 搜查處分의 一種인 任意同行과 警察官職務執行法 第3條 第2項에 의한 職務質問을 위한 任意同行으로 나누어 볼 수 있다.

### II. 警察官職務執行法上的 任意同行

警察官職務執行法(1981年 4月 13日, 法律 第3427號)第3條는 警察官은 수상한 舉動 기타 주위의 事情을 合理的으로 判斷하며 어떠한 罪를 犯하였거나 犯하려

5) 李在祥, 前掲論文, 16面.

6) 車鏞碩, 「警察官吏의 所持品 檢査에 관한 小考」, 考試界, 1983年 12月號, 161面.

하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 者 또는 이미 행하여진 犯罪나 행하여 지려고 하는 犯罪行爲에 관하여 그 事實을 안다고 인정되는 者를 停止시켜 質問할 수 있다(第1項).

그 場所에서 第1項의 質問을 하는 것이 當該人에게 不利하거나 交通의 방해가 된다고 인정되는 때에는 質問하기 위하여 부근의 警察署·支署·派出所 또는 出張所(이하“警察官署”라 한다)에 同行할 것을 요구할 수 있다.(第2項).

第1項 및 第2項의 경우에 當該人은 刑事訴訟에 관한 法律에 의하지 아니하고는 身體를 拘束당하지 아니하며, 그 意思에 반하여 警察官署에의 同行이나 答辯을 強要당하지 아니한다.(第3項).

警察官은 第1項에 規定된 者에 대하여 質問을 할 때에 兇器의 소지여부를 調査할 수 있다.(第4項).

고 規定하고 있으나 一般的으로는 同條 第2項에 의하여 警察官이 同條 第1項에 規定한 者에 대하여 質問하기 위하여 同行을 要求하고, 相對方이 이에 응하여 任意로 警察官署에 同行하는 것을 任意同行이라고 부른다. 따라서 同條 第3項이 規定하는 것과 같이, 任意同行은 身體를 拘束당하는 것이 아니며, 그 意思에 反하지 않고 警察官署에 同行하는 것, 즉 任意同行은 警察官職務執行法 第3條 第2項에 의한 경우를 의미하는 것이다.”

警察官職務執行法은 第1條에서 同法の 性格이 警察作用에 관한 總體的 基本法으로서<sup>7)</sup> 國民의 自由와 權利의 保護 및 社會公共의 安寧과 秩序維持를 表明하고 있으며 同 第2項의 1號에서 犯罪의 豫防·鎮壓 및 搜查를 警察官의 職務範圍로 하고 있다. 이는 舊警察公務員法(1969.1.7. 法律 第2077號, 1982.12.31. 法律 第3606號에 의하여 全面改正) 第2條의 規定을 削除하고 警察官職務執行法에 이를 規定한 것이다. 따라서 警察官職務執行法 특히 第3條의 職務質問(同法の 標題는 ‘不審檢問’이라고 하고 있다)은 行政目的을 實現하기 위한 警察上의 手段을 정

7) 姜求真, 刑事訴訟法原論, 學研社, 1982, 186面.

車鏞碩, 刑事訴訟法研究, 博英社, 1982, 107面.

李在祥, 前掲論文, 17面.

熊谷弘外, 「逮捕手續と勾留の關係(上)」, 警察學論集 19, 10, 106.

河上和雄, 刑事訴訟の課題とその展開, 立花書房, 1983, 54面.

8) 李秀一, 新警察官職務執行法, 政文出版社, 1983, 21~23面.

한 法律이며, 이른바 行政警察權에 대해서 規定하는 警察作用法의 一種이라고 할 것이다.<sup>9)</sup> 同法 第3條에서 그 主體를 刑事訴訟法과는 달리(檢事 또는) 司法警察官吏라고 하지 않고 「警察官」이라고 하고 있음을 생각할 때, 同 第2項의 任意同行은 社會公共의 秩序維持라는 警察目的을 達成하기 위한 行政의 團束의 手段으로서 把握된다.<sup>10)</sup> 즉 警察官이 職務質問을 행함에 있어서 그 停止, 質問, 同行要求, 兇器所持의 檢査 등은 犯罪搜查를 직접목적으로 행하는 司法警察官吏로서가 아니라 犯罪의 豫防·鎮壓이라는 行政的 目的의 行政警察權行使의 主體로서 행하는 것이다. 다만 그 對象이, 警察官이 어떠한 犯罪을 犯하였거나 犯하려 하고 있다고 의심할 만한 相當한 理由가 있는 者 또는 이미 행하여진 犯罪나, 행하여 지려고 하는 犯罪行爲에 관하여 그 事實을 안다고 인정되는 者를 함께 規定하고 있으므로, 質問에 의한 犯罪嫌疑의 解消有無에 따라 行政警察作用에서 司法警察作用으로 移行될 소지가 다분히 있다.<sup>11)</sup>

따라서 職務質問<sup>12)</sup>의 結果, 犯罪의 嫌疑가 濃厚해진 경우, 그 質問權의 行使나 任意同行行爲를 行政警察作用으로 볼 것인지, 司法警察作用으로 볼 것인지 不明確하게 된다.

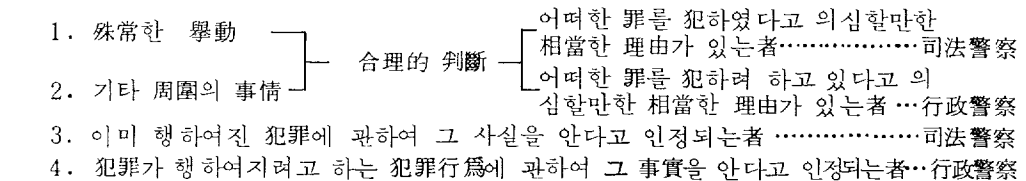
任意同行에 의하여 拘束으로 發展하거나 搜查節次로 이행된 경우에도 그 任意同行의 性質에 대하여는 見解가 對立되고 있다. 그것은 특히 同法 第6條에서 犯罪의 豫防과 制止의 權限을 認定하고 있고 이는 豫防이라는 面에서 司法警察作用과는 어느 정도 그 差異를 認定할 수 있으나 第3條의 質問, 任意同行은 그 對象

9) 金道昶, 一般行政法論(下), 靑雲社, 252面.

田上穰治, 警察法(法律學全集), 有斐閣, 1958, 127面.

10) 宍戶基男·注解警察官職務執行法, 立花書房, 1963, 13面.

11) 職務質問의 對象과의 關係를 圖式化해 보면 다음과 같다.



12) 職務質問에 관한 具體的 要件들은 拙稿, 「職務質問」, 治安論叢(第1輯), 1984, 226面 以下 參照.

의 範圍에 被疑者 또는 參考人이라는 刑事訴訟法上的 對象과 類似한 者를 豫想하고 있으며 態樣도 質問과 調査(訊問) 또는 任意同行과 連行·拘束과 같은 類概念이 使用되고, 外形上으로는 同一한 形態가 취해지므로 그 區別에 混雜을 초래하게 된다.

생각컨대 刑事訴訟法上的 被疑者의 要件을 갖춘 者라도 行政警察權에 基因한 質問이나 同行의 要求가 可能하다고 생각된다. 그것은 質問을 통하여 犯罪의 嫌疑가 明白해 저서 現實的으로 現行犯의 要件을 갖추거나 緊急拘束의 要件을 具備하여 逮捕내지 拘束이라는 司法警察活動이 행하여지기까지는 通常 質問을 통하여 當該人의 注意를 喚起시키거나 被疑者임을 確認하는 등 行政警察活動이 前提될 수 있기 때문이다.

그러므로 刑訴法上的 任意同行과 警職法上的 任意同行은 理論的으로 明白히 區別되어야 한다. 즉 職務質問에 위한 任意同行은 職務質問에 부수하는 行政警察作用으로서 搜查前處分の 性格을 가지는 搜查의 端緒가 될 수 있음에 불과하고, 그 후 質問을 통하여 犯罪의 嫌疑가 認定될 때에 비로소 搜查가 開始되는 것이다.<sup>13)</sup>

다만 任意同行에 의하여 搜查節次에 이행되어 拘束된 경우에는 質問을 위한 任意同行의 要求이었는지, 拘束을 위한 連行이었는지는 警察官의 主觀에 의존하는 바가 크고, 刑訴法의 強制搜查를 警職法의 任意同行에 의하여 도피하기 위한 手段으로 이용할 危險이 增大하므로 이 때에는 이를 全體的으로 관찰하여 刑訴法上的 任意同行에 準據하여 判斷하여야 한다.<sup>14)</sup> 따라서 任意同行후 質問이 종료하였음에도 계속 留置하는 경우에는 이미 任意同行의 要件을 缺하므로 그 權限의 濫用(警職法 第 12條) 또는 刑法上的 逮捕監禁罪의 成立을 論할 수 있을 것이다.

警察官職務執行法은 同行의 要求에 대하여 그 場所에서 質問을 하는 것이 本人에게 不利하거나 交通에 妨害가 된다고 인정되는 경우에는 質問을 위하여 當該人에게 「同行」을 要求할 수 있다고 규정한 바, 「當該人에게 不利한 때」란 예컨대 비나 눈을 맞는다든가, 사람의 통행이 많아서 本人의 名譽나 感情을 해치게 되는 경우로 볼 수 있다. 또한 「交通의 妨害가 되는 경우」는 道路의 狹小 및 交通量이 많아서 一般의 交通에 妨害가 되는 때를 생각할 수 있는 데, 이와같이 同行의

13) 車鏞碩, 前掲研究, 107面; 白亨球, 刑事訴訟法, 韓國司法行政學會, 1985, 345面.

14) 李在祥, 前掲論文, 17面.

要求는 本人이나 一般人을 위한 것이라고 할 것이며 警察官의 職務執行에 便宜를 위해서 認定된 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 이러한 同行要求는 法文上 표현된 理由보다는 當該人에게는 사실상 불리하지만 警察目的의 원활한 遂行을 위하여 하는 경우가 많은 것이 實際이며, 길가에서 질문하는 것으로는 충분히 目的을 達成할 수 없다는가 質問하는 警察官이 危害를 당할지 모르는 경우에 행하여지는 경우 등을 否認할 수 없다.<sup>15)</sup>

생각컨대 警職法上的 質問이나 停止·任意同行은 結果의으로는 犯罪의 端緒의 發見·犯人의 確保·犯罪事實에 대한 陳述의 採取등과 같은 司法目的達成에 有益한 점이 있으므로 그 便宜만을 위해서 司法目的의 手段으로 理解할 수는 없다. 警察官職務執行法은 결코 司法目的實現을 위한 手段을 정한 法律이 아니고 行政目的의 實現을 위한 手段을 規定한 法律이며 그 手段이 司法目的에 利用할 경우가 있음에 불과한 것일 뿐 司法目的의 手段은 刑事訴訟法에 의한 適正節次가 그 法源으로 인정되어야 한다.

### Ⅲ. 刑事訴訟法上的 任意同行

刑事訴訟法 第 199條 第 1項은 任意搜查에 대하여 「搜查에 관하여는 그 目的을 達成하기 위하여 必要한 調査를 할 수 있다」고 하고 被疑者訊問에 대하여 「檢事 또는 司法警察官은 搜查에 必要한 때에는 被疑者의 出席을 要求하며 陳述을 들을 수 있다」고 規定하고 있다. 被疑者訊問은 任意搜查의 典型的인 方法이라고 할 수 있는데,<sup>16)</sup> 被疑者訊問은 出席을 前提로 행하여 진다. 그러나 刑訴法에서는 被疑者의 出席을 要求하는 方法에 制限을 두고 있지는 않다.<sup>17)</sup> 그러므로 警察官이 搜查上의 調査를 위하여 被疑者를 呼出하려고 그의 住居나 事務室등에 가서 警察車를 使用하는 등 同行을 要求하는 경우가 많다. 이 경우, 外形의으로는 前述한 警職法上의 任意同行과 유사하나 兩者는 明白히 區別된다.

15) 李秀一, 前掲書, 38面.

姜求哲, 「即時強制로서의 不審檢問에 관한 考察(上)」, 司法行政 1982年 5月號, 19面.

16) 田宮裕는 權利侵害의 有無를 基準으로 任意搜查와 強制搜查를 區別해야 할 것이라고 하고 被疑者訊問을 強制搜查라고 한다(同, 刑事訴訟法 I, 有斐閣, 1975, 323面).

17) 다만 司法警察官吏執務規則(1975.10.28. 法務部令 196號) 第 16條에서 出席要求書의 發付를 規定하고 있으나 이 방식에 限定되는 것은 아니다.

이 때의 警察官은 司法警察官吏로서 刑事訴訟法 所定の 被疑者出席을 要求하는 하나의 方法을 使用하는 것이며 任意搜查의 一態樣에 불과한 것이다.

따라서 이러한 任意同行은 警職法上的 要件을 必要로 하지 않으며 다만 任意搜查의 要件이 문제될 수 있다.

任意同行에 있어서는 搜查機關이 被疑者에 대한 拘束令狀을 發付받았느냐에 관계없이 任意同行이 이루어질 수 있다. 任意同行에 응할 被疑者에 대하여 拘束令狀을 執行할 必要가 없을 뿐 아니라, 被疑者의 人權保障은 물론 任意搜查의 結果, 충분한 調査가 이루어지고 證據湮滅 및 逃亡의 念慮가 없는 때에는 구태여 拘束할 必要가 없다. 搜查機關으로서도 搜查의 便宜을 위하여 任意同行을 活用하는 것이 效果의 일 수 있다.

그러나 拘束令狀을 發付받지 않고 被疑者에게 任意同行을 要求한 경우 事實上的 拘束이나 아니냐의 문제가 提起된다. 이 때에도 두가지 경우를 생각할 수 있는데 警職法에 의한 職務質問의 結果, 警察官이 被質問者의 犯罪事實을 認知하고, 調査를 目的으로 同行을 要求하는 경우와 처음부터 司法警察官吏로서 調査 기타의 搜查目的으로 同行을 要求하는 경우이다. 어느 경우이든, 警察官이 相對方을 搜查의 對象으로 認識하고 있다는 점은 共通의이므로 결국 搜查의 一手段인 刑事訴訟法上的 任意同行으로 볼 수 있다.

이와같은 刑訴法上的 任意同行은 그 行爲에 대한 實力强制의 程度, 被疑者에 대한 心理的 壓迫의 程度 등에 따라 實質的인 拘束인지의 여부가 客觀的으로 判斷되고 當該司法警察官吏의 意思와는 無關하게 된다. 또한 同行時, 現行犯逮捕 또는 緊急拘束의 要件을 갖추었는지의 여부는 그 拘束의 違法과 關聯된 문제에 불과하다.

또한 警察官이 警職法에 의한 質問을 하기 위하여 被質問者에게 任意同行을 要求하여 이를 實行한 경우에도 客觀的·主觀的으로 相對方의 犯罪行爲가 明白한 경우와 客觀的으로는 여하튼 主觀的으로는 그것이 明白하지 않은 경우를 생각할 수 있지만, 적어도 當該 警察官이 同法에 의한 行政警察活動을 遂行할 目的에 그 친다면 그 同行行爲가 同法의 要件에 違反하거나 相對方의 意思에 反하는 連行에 該當되더라도, 警職法上的 違法한 職務執行일 뿐 刑事訴訟法上的 拘束이라고는 볼 수 없을 것이다.<sup>18)</sup> 그것은 拘束의 主體인 司法警察官吏로서 行한 行爲가 아닌 때

18) 河上和雄, 前掲書, 61面.

문이다. 다만 當該 警察官이 相對方을 搜查의 對象으로 하면서, 警察官職務執行法上의 任意同行으로 假裝하고 있을 때에는 당연히 刑事訴訟法的으로 評價하여야 할 것이다.

이러한 問題는 行政警察(Police administrative, Verwaltungspolizei)과 司法警察(Police judiciaire, Justizpolizei)의 두 作用이 同一한 主體에 의하여 行使되는 경우 어느 權限을 行使하고 있는지에 따라 法的效果에 있어서는 큰 差異가 나타날 수 있는데 任意同行에 있어서는 正反對의 結論에 도달할 수 있다. 예컨대 警察官職務執行法 第3條에 의한 任意同行(行政警察作用)의 要件을 缺하고 實際적으로 拘束이 行하여 졌을 때, 이 違法行爲를 刑事訴訟法上의 拘束으로 把握하면, 그 후의 司法節次로 移行되는 것을 無視하고, 緊急拘束의 要件도 缺하므로 拘束令狀의 棄却 및 任意同行時에 遡及하여 拘束期間이 起算될 것이지만, 警察法上의 任意同行과 刑訴法上의 그것을 確然히 區別하여 行政警察作用으로서 把握하면 그와 反對의 結果가 된다.

따라서 任意同行을 解釋함에 있어서는 어느 警察作用의 權限을 行使하는가를 適切히 判斷하여야 할 것이며 다만 警察官이 任意同行을 한 被疑者가 그 後 刑事節次로 移行되면 自動적으로 遡及하여 任意同行의 時點에서 이미 刑訴法의 適用을 擬制하는 것은 行政作用과 司法節次를 混同하는 것으로 理論的 妥當性を 缺한다고 할 것이다.

### 三. 任意同行과 強制連行

任意搜查의 方法으로 許容되는 任意同行에 대하여 刑訴法은 그 方法을 制限하고 있지 않으므로 社會通念上 束縛이나 心理的 強壓에 의한 自由意思의 拘束이 있었다고 볼 수 없는 客觀的 狀況이 있는 이상 이를 認定할 수 있다.

그러나 같은 任意同行이라도 警職法上의 任意同行과 訴訟法上의 任意同行을 비교하면 다소 그 手段에 차이가 있다. 前者의 경우에는 法文에서 第4項(兇器所持의 搜查)과 같이 어느 程度의 實力行使를 예정하고 있고, 또 任意同行 自體에도 엄격한 요건이 정하여져 있으므로 가까운 警察官署까지 同行하는 때에는 강한 手段의 使用이 認定되는 경우가 있음에 비하여, 後者는 전혀 그와 같은 種類의 實

문이다. 다만 當該 警察官이 相對方을 搜查의 對象으로 하면서, 警察官職務執行法上의 任意同行으로 假裝하고 있을 때에는 당연히 刑事訴訟法的으로 評價하여야 할 것이다.

이러한 問題는 行政警察(Police administrative, Verwaltungspolizei)과 司法警察(Police judiciaire, Justizpolizei)의 두 作用이 同一한 主體에 의하여 行使되는 경우 어느 權限을 行使하고 있는지에 따라 法的效果에 있어서는 큰 差異가 나타날 수 있는데 任意同行에 있어서는 正反對의 結論에 도달할 수 있다. 예컨대 警察官職務執行法 第3條에 의한 任意同行(行政警察作用)의 要件을 缺하고 實際적으로 拘束이 行하여 졌을 때, 이 違法行爲를 刑事訴訟法上의 拘束으로 把握하면, 그 후의 司法節次로 移行되는 것을 無視하고, 緊急拘束의 要件도 缺하므로 拘束令狀의 棄却 및 任意同行時에 遡及하여 拘束期間이 起算될 것이지만, 警職法上의 任意同行과 刑訴法上의 그것을 確然히 區別하여 行政警察作用으로서 把握하면 그와 反對의 結果가 된다.

따라서 任意同行을 解釋함에 있어서는 어느 警察作用의 權限을 行使하는가를 適切히 判斷하여야 할 것이며 다만 警察官이 任意同行을 한 被疑者가 그 後 刑事節次로 移行되면 自動적으로 遡及하여 任意同行의 時點에서 이미 刑訴法의 適用을 擬制하는 것은 行政作用과 司法節次를 混同하는 것으로 理論的 妥當性を 缺한다고 할 것이다.

### 三. 任意同行과 強制連行

任意搜查의 方法으로 許容되는 任意同行에 대하여 刑訴法은 그 方法을 制限하고 있지 않으므로 社會通念上 束縛이나 心理的 強壓에 의한 自由意思의 拘束이 있었다고 볼 수 없는 客觀的 狀況이 있는 이상 이를 認定할 수 있다.

그러나 같은 任意同行이라도 警職法上의 任意同行과 訴訟法上의 任意同行을 비교하면 다소 그 手段에 차이가 있다. 前者의 경우에는 法文에서 第4項(兇器所持의 搜查)과 같이 어느 程度의 實力行使를 예정하고 있고, 또 任意同行 自體에도 엄격한 요건이 정하여져 있으므로 가까운 警察官署까지 同行하는 때에는 강한 手段의 使用이 認定되는 경우가 있음에 비하여, 後者는 전혀 그와 같은 種類의 實

力行使는 豫定되어 있지 않고 相對方의 任意的인 退去를 妨害할 수 없다.

그러나 共通的인 觀念으로는 任意同行에 있어서 強制力이나 心理的 壓迫이 顯著한 客觀的 狀況이 있을 때에는 強制連行으로서 任意同行의 限界를 逸脫했다고 볼 것이다. 따라서 任意同行인가 強制連行인가의 區別은 同行時의 諸般狀況을 綜合的으로 觀察하여 實質的인 拘束에 該當하는지에 따라 判斷해야 할 것이다(警職法上的의 任意同行은 質問하는 場所를 바꿀 目的으로 행하는 것으로 被質問者를 調査하거나 拘束할 目的으로 행하는 것은 아니다. 다만 犯罪의 嫌疑가 明白해지면 司法節次로써 訊問이나 拘束으로 移行하는 경우도 있지만 이것은 結果的인 문제일 뿐이다. 그 要件은 目的上 質問을 하는 것이 그 場所에서는 當該人에게 不利하거나 交通에 妨害가 된다는 것이어야 한다고 규정하고 있으나<sup>19)</sup> 質問에 의하여 犯罪의 嫌疑가 깊어지거나 그 場所에서는 그 確認이 不可能할 때 및 警察官의 生命·身體에 危害가 招來될 具體的인 罣려가 있을 때 등과 같은 合理的인 理由가 있는 경우에는 任意同行을 要求할 수 있다고 解釋해야 할 것이다. 그러한 경우에도 任意性의 要件 즉 어디까지나 任意手段으로서의 同行이므로 상대방의 意思를 無視하고 팔을 잡고서 連行하는 등은 許容될 수 없다). 考慮되어야 할 諸般事情에는 ① 同行時의 用件·先行地등의 告知여부, ② 時間的 關係나 被疑者의 準備狀況, ③ 同行의 具體的인 方法 특히 自動車 利用의 狀態나 警察官의 數·監視方法, ④ 場所的 關係, 특히 路上인가 住居인가의 여부, ⑤ 調査의 情況, ⑥ 拘束令狀의 유무, 동시에 押收·搜索이 행하여졌는가의 여부, ⑦ 食事·休息·用便時의 監視의 有無, 退去希望 내지 同行拒否의 유무등이 包含될 수 있다.<sup>20)</sup>

이러한 事情을 考慮하여 客觀的으로 判斷하여야 하는 重要한 理由는 어떠한 任意同行에 있어서나 被同行者가 完全한 意味에서의 任意動行은 있기가 힘들다는 점에도 基因한다. 이것은 眞實된 犯罪者가 아니더라도(물론 疑心이 깊어질 것을 염

19) 이 規定과 같은 內容인 日本의 警察官職務執行法 第2條 第2項은 法律制定時, 法律案에는 「交通의 妨害나 善良한 風俗을 破壞, 기타 公共의 秩序를 害할 우려가 있다고 인정되는 경우」로 되어 있었지만 衆議院의 審議時, 이는 從前의 行政執行法 第1條의 豫防檢束과 같은 結果를 招來할 罣려가 있다고 하여 削除하였다고 한다.

(警察實務研究會編, 職務質問, 日世社, 1970, 20面).

20) 姜求真, 「警察官職務執行法 제3조」, 現代公法의 理論, 學研社, 1982, 389面.

李在祥, 前揭論文, 18面.

後述하는 第四章(V)-2 判例 參照.

려해서 同行하는 경우도 있을 것이다) 다소간의 心理的 壓迫은 存在하는 것이므로 任意同行의 任意性 判斷에서는 이 점도 考慮되어야 한다. 立法論으로는 被疑者에 대한 任意同行의 要求前에 出席要求書 또는 電話·傳言등을 前提로 한 任意同行의 要求 및 夜間任意同行의 制限 등이 必要할 것이다.

## 四. 任意同行에 의한 判例의 檢討

### I. 緒 言

任意同行에 관하여는 前述한 바와 같이 警察官職務執行法에 의한 任意同行과 刑訴法에 의한 任意同行이 있다. 그러나 이에 대한 우리나라의 判例는 찾아볼 수 없다. 事案의 重要性에 비추어 앞으로 具體的인 事件을 통하여 判例의 集積이 요망되는 問題領域이라고 하겠다. 다만 最近 大法院에서 刑事訴訟法上의 任意同行後의 保護室留置를 不法監禁으로 判示한 事例가 關聯問題로서 주목된다. 이하에서는 이를 살펴보고 其他의 問題點은 많은 判例가 山積되어 있는 日本의 判例中에서 類型別로 살펴보고자 한다.

### II. 裁定申請棄却決定에 대한 再抗告事件

#### 1. 事實關係

진주경찰서 정보 3계장으로 근무하던 김태진 및 같은 정보계 경장으로 근무하던 최기덕 같은 김차현 등은 1982년 1월 15일 김성삼을 국가보안법 위반사범으로 수사를 함에 있어서 당일 김성삼을 임의동행 형식으로 진주경찰서로 연행한 후 구속영장에 의하지 아니하고 그달 20일까지 6일간 위 경찰서 정보계 조사실 또는 보호실 등에서 계속 구금하다가 1982년 1월 20일에야 비로소 법관의 구속영장을 발부받은 사실에 대하여 재항고인은 김태진, 최기덕, 김차현등에 대한 직권남용·불법구금의 피의사실에 대하여 재정신청을 하였으나 기각되었으므로 재항고로써 불복한 사례이다.

#### 2. 大法院의 判例

大法院은 搜查機關이 令狀없이 被疑者를 그 意思에 反해서 警察署 保護室에 抑留하는 것은 不法拘禁이라고 宣言하였다. 즉 「搜查機關이 搜查의 必要上 被

려해서 同行하는 경우도 있을 것이다) 다소간의 心理的 壓迫은 存在하는 것이므로 任意同行의 任意性 判斷에서는 이 점도 考慮되어야 한다. 立法論으로는 被疑者에 대한 任意同行의 要求前에 出席要求書 또는 電話·傳言등을 前提로 한 任意同行의 要求 및 夜間任意同行의 制限 등이 必要할 것이다.

## 四. 任意同行에 의한 判例의 檢討

### I. 緒 言

任意同行에 관하여는 前述한 바와 같이 警察官職務執行法에 의한 任意同行과 刑訴法에 의한 任意同行이 있다. 그러나 이에 대한 우리나라의 判例는 찾아볼 수 없다. 事案의 重要性에 비추어 앞으로 具體的인 事件을 통하여 判例의 集積이 요망되는 問題領域이라고 하겠다. 다만 最近 大法院에서 刑事訴訟法上의 任意同行後의 保護室留置를 不法監禁으로 判示한 事例가 關聯問題로서 주목된다. 이하에서는 이를 살펴보고 其他의 問題點은 많은 判例가 山積되어 있는 日本의 判例中에서 類型別로 살펴보고자 한다.

### II. 裁定申請棄却決定에 대한 再抗告事件

#### 1. 事實關係

진주경찰서 정보 3계장으로 근무하던 김태진 및 같은 정보계 경장으로 근무하던 최기덕 같은 김차현 등은 1982년 1월 15일 김성삼을 국가보안법 위반사범으로 수사를 함에 있어서 당일 김성삼을 임의동행 형식으로 진주경찰서로 연행한 후 구속영장에 의하지 아니하고 그달 20일까지 6일간 위 경찰서 정보계 조사실 또는 보호실 등에서 계속 구금하다가 1982년 1월 20일에야 비로소 법관의 구속영장을 발부받은 사실에 대하여 재항고인은 김태진, 최기덕, 김차현등에 대한 직권남용·불법구금의 피의사실에 대하여 재정신청을 하였으나 기각되었으므로 재항고로써 불복한 사례이다.

#### 2. 大法院의 判例

大法院은 搜查機關이 令狀없이 被疑者를 그 意思에 反해서 警察署 保護室에 抑留하는 것은 不法拘禁이라고 宣言하였다. 즉 「搜查機關이 搜查의 必要上 被

疑者を 任意同行한 경우에도 조사후 귀가시키지 아니하고 그의 의사에 반하여 경찰서조사실 또는 保護室등에 계속 留置함으로써 身體의 自由를 束縛하였다면 이는 拘禁에 該當한다」고 하고 「刑事訴訟法 第73條, 第201條 및 第206條는 被告人 및 被疑者를 구속함에는 法官이 發付한 拘束令狀에 의하여야 하고 搜查機關이 拘束令狀없이 被疑者를 緊急拘束한 경우에도 48時間 또는 72時間 이내에 拘束令狀의 發付를 받아야 하도록 要求하고 있다. 그러므로 搜查機關이 被疑者를 搜查하는 과정에서 위와 같은 適法節次의 要求를 외면하고 구속영장없이 被疑者를 함부로 구금하여 被疑者의 身體의 自由를 剝奪하였다면 職權을 남용한 불법감금의 죄책을 면할 수 없을 것」이라고 하여 원심결정을 파기하였다.<sup>21)</sup>

3. 위 判例에서 大法院은 搜查機關이 令狀없이 被疑者를 그 意思에 反해서 警察署 保護室에 留置하는 것은 不法拘禁이라고 하였다. 따라서 緊急拘束事由가 없음에도 불구하고 法定節次를 밟지 않고 경찰서 보호실에 拘禁한 경우는 물론이고<sup>22)</sup> 緊急拘束事由가 있는 때에도 第207條가 정하는 期間內에 拘束令狀의 發付를 받았을 때에는 適法한 拘束이 되지만 그 期間안에 拘束令狀을 받지 않고 留置한 때에는 不法監禁罪가 成立한다.

또한 緊急拘束事由가 없는 경우, 任意同行의 形式으로 連行되어 拘束令狀의 發付時까지 令狀待期者로서 保護室에 待期시켜 두었다가 拘束令狀이 發付된 후 正式으로 拘束을 執行하는 오랜동안의 搜查實務上 慣行에 대한 否定宣稱은 劃期的인 判例라 할 수 있다. 다만 判示에서는 搜查上 任意同行의 適法性에 관한 要件<sup>23)</sup>이나 任意同行後의 事實上의 拘禁에 대한 評價를 찾아 볼 수는 없으나 逮捕狀制度가 認定되지 않은 우리 法制下에서는 任意同行을 脫法的인 手段으로 使用함은 물론, 緊急拘束의 要件을 갖추지 못하였음에도 불구하고 이를 事後에 審査하는 까닭으로 搜查機關이 마치 緊急拘束의 期間(48~72時間; 刑訴法 第207條)은 自由로이 被疑者를 抑留할 수 있는 期間으로 생각하기 쉽다. 따라서 任意同行後 緊

21) 대법원 제1부 결정 1985년 7월 29일 85모 16.

22) 大判 1971.3.9.70도 2406 (判例總覽 19-1, 274面).

23) 釜山地法에서는 「現行犯이 아니고 任意同行을 거부한 이상 警察官에 대한 暴行은 公務執行妨害罪가 成立되지 않는다」고 하여 拘束令狀을 棄却한 事例가 있다(釜山日報, 1984年 7月 26日, 11面).

急拘束의 要件을 缺할 때에는 強制留置는 물론 事實上 移動의 自由(Forbewegungs-freiheit)를 制限하는 承諾留置도 不法監禁이 된다고 할 것이다. 그것은 自由를 制限하는 方法에는 制限이 없기 때문이다.<sup>24)</sup>

이렇게 볼 때 本 判例는 適正節次의 法理와 人身拘束에 관한 令狀主義의 大原則과 더불어 刑訴法上의 任意同行의 解釋上 進一步한 判例로서 Mirranda判決에 準한다는 높은 評價를 받을 수 있다.<sup>25)</sup>

### Ⅲ. 任意同行의 要件이 있다고 본 事例<sup>26)</sup>

- 조금 떨어져 있는 場所로 同行을 要求한 行爲 -

暴行의 急報를 받고 H巡査가 출동한 것은 被質問者들이 暴力을 휘두른 時刻보다 30分餘 經過한 午前〇〇時경이며, 더구나 H巡査가 被質問者들에게 同行을 要求한 行先地인 〇〇料理店 앞의 道路는 最初로 職務質問을 한 곳과는 하나의 製菓店을 사이에 두고, 조금 떨어진 곳이었다는 점, 기타 被質問者들의 舉動등 당시의 狀況으로 보아 H巡査가 前記와 같이 職務質問을 한 후, 이어서 任意同行을 要求한 것은 당연히 職務執行의 範圍內에 속하여 이를 逸脫한 것은 아니다.<sup>27)</sup>

### Ⅳ. 任意同行時 有形力行使의 適法性を 認定한 事例<sup>28)</sup>

(日最決昭 29.7.15 刑集 8卷 7號 1137面)

#### 1. 決定要旨

밤중에 道路上에서 巡察中인 警察官으로부터 職務質問을 받고 과출소로 任意問

24) Gerd Pfeiffer, Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung, S.392 (1982).

25) 白亨球, 判例評釋, 法律新聞 1605號(1985.9.16), 12面.

26) ① 日廣島高判 昭31.5.31 ② 東京高判 昭31.9.29, 高刑集 9.9.1062, 判例タイムズ63.63

③ 東京高判 昭39.9.29 ④ 東京高判 昭47.10.19 ⑤ 東京高判 昭53.9.21

⑥ 熊本地決 昭46.5.27. 刑裁月報 3.5.736 ⑦ 東京地決 昭47.12.18 刑裁月報 4.

12.2035 ⑧ 靜岡地浜松支判 昭53.4.26 등 判例 參照.

27) 日東京高判 昭31.9.29 高刑集 9.9.1062, 判例タイムズ63,63.

28) ① 日東京高判 昭52.6.30. 判例時報 866.180

② 長崎地決 昭44.10.2 判例時報 580.100.

③ 鳥取地判 昭51.3.29 判例時報 828.99

④ 東京地判 昭51.5.7 刑裁月報 8.4=5.317, 判例時報 825.111 등 判例參照.

行되어 所持品등에 대하여 質問을 받던 중 틈을보아 도주한 被告人을 다시 質問하기 위하여 追跡하여 배후에서 팔을 잡고 停止시킨 행위는 正當한 職務執行의 範圍를 넘어선 것은 아니다.

2. 생각컨대 憲法과 刑訴法에서 拘束에는 必要性을 要件으로 하고, 그 必要性은 證據湮滅이나 逃亡의 念慮라고 하고있다. 또 刑訴法 第200條 1項에서는 被疑者에 대한 搜查機關의 出席要求에 대하여 그 義務를 규정하고 있지 않고, 出席後의 受認義務도 없다고 解釋된다. 그 理由는 만약 訊問을 위하여 出席한 被疑者의 滞在義務가 肯定된다면 訊問目的의 一時的 拘束이 인정되므로 許容할 수 없다.

그런데 警職法 第3條 1項의 停止는 質問을 目的으로 一時的인 自由를 拘束하는 것과 같은 문제가 提起될 수 있는 것이다.

따라서 從前의 判例는 質問을 위한 停止는 任意處分이며 強制가 아니라는 立場을 취하여 前記의 문제를 回避하고 있었다. 그러나 本事實과 같이 職務質問을 續行하기 위해서는 不審事由가 있는 被質問者가 逃走하여 質問을 할 수 없는 狀況을 放置할 수 없으므로, 이를 制止 또는 追跡할 必要가 있을 수 있다. 憲法 및 刑訴法이 訊問目的의 拘束은 禁止하고 있으나, 犯罪의 嫌疑가 濃厚한 경우에는 刑訴法과 警職法에 의한 職務遂行이 重複되고 있다고 볼 수 있다. 判例는 質問을 위한 停止를 任意的인 것으로 解釋하면서 自發的인 協力이 아니더라도 刑訴法上의 身體拘束에 까지 이르지 않는 身體의 拘束은 任意로운 質問을 實効化하는 範圍內에서 強制處分이 아니라는 立場에 서고 있다. 즉 刑訴法上의 拘束은 強制處分이지만, 拘束에 이르지 않는 自由의 束縛은 適法한 職務質問의 目的下에서 이루어지면 適法한 任意處分이라고 본 것이다.

따라서 職務質問의 要件을 缺한 自由의 束縛이 바로 刑訴法이나 憲法에 違反하는 것은 아니라고 하게 된다.<sup>29)</sup>

29) 出射義夫, 警察研究 27卷 16號, 68面 參照.

V. 任意同行의 要件을 缺한다고 본 事例<sup>30)</sup>

1. 同行의 要件을 充足하지 않은 경우의 同行行爲 (日靜岡地沼津支判昭 35.12.26 下刑集 2卷 11號 1562面 判例時報 251·8176)

派出所에 同行을 要求할 수 있는 경우에 該當하지 않는데도 同行을 要求하여, 이를 拒絕하자 相對方의 屜살을 잡은 채 놓지 않았던 行爲는 違法한 職務執行行爲이다.

警職法 第3條 第2項에 의하면 派出所로 同行을 要求할 수 있는 것은 「그 자리에서 質問하는 것이 本人에게 不利하거나 交通의 妨害가 된다고 認定되는 경우」에 限定하고 있다. 被告人이 밝은 곳은 남이 보기 때문에 싫다고 拒絕한 일, 그 부근의 新聞普及所에 몇명의 配達人이 出入하고 있었던 점은 인정되나 새벽 4시 경이며 通行人이 거의 없었으므로 前記와 같은 場所에서 質問하는 것이 被告人에 대해서 不利하거나 交通에 妨害가 된다고는 도저히 認定할 수 없다. 따라서 被告人을 派出所로 同行을 要求한 것은 違法하다.

또 同法은 刑事訴訟法의 規定에 의하지 않는 限 連行되는 일은 없다고 規定하고 있다. 그런데 派出所로 同行을 要求할 뿐 아니라, 그 屜살을 잡고 놓치 않았으므로, 그 行爲는 重要한 法律上의 要件을 缺한 違法이며 公務執行妨害罪로서 保護할 價値가 없다.<sup>31)</sup> 따라서 被告人의 行爲는 違法한 反抗行爲라고 볼 수 없다.

2. 同行時 및 그 以後의 狀況에서 要件을 缺한다고 본 事例 (日秋田地決昭 44.5.14)

①司法警察官吏S는 1969.5.10 午前3時40分경 發生한 連續放火事件에 대하여 그 附近에 있던 青年의 人相着衣에 대하여 目擊者로부터 탐문을 했으며 午前 4時40分경 路上에서 탐문내용과 비슷한 被疑者를 發見하고 巡察車를 세워 同人에게 質問을 하였으나 對答이 애매하므로, 잠간 와 달라고만 하고서 순찰차에 태우고 ②警察署에 連行하여 被疑者에게 몇가지 質問을 하고 그 사이에 目擊者를 對面시켜 ③午前 6時경부터 調査를 시작하여 午後2時半에 自白을 받아 4시반경까

30) ① 日東京高判 昭54.8.14 刑裁月報 11.7 = 8.787, 判例時報 973.130, 判例タイムズ 402.147.

② 京都地判 昭43.7.22 判例タイムズ 225.245.

③ 靜岡地沼津支判 昭35.12.26, 下刑集 2.11.12.1562 등 判例參照.

31) 前述의 注(23) 參照.

지 陳述調書を 作成하면서 그사이에 책상에 기대어 잠을 재웠으나 便所에는 警察官을 同行시키고, (4)午後 8 時경 通常의 逮捕節次를 취하여 午後 10 時 20 分에 執行하기까지 警察官 一名이 監視하고 있었다는 事實을 認定한 다음 「前記認定事實에 의하면 司法警察官吏 S가 被疑者에게 巡察車의 同乘을 要求한 때에는 警職法 第3條 2項 所定の 同行을 要求해야 할 要件이 缺하였음을 의심하지 않을 수 없으며, 同行의 要求에는 미리 어떠한 事實과 用件때문에 同行을 要求한 것인지 그 事實을 우선 告知해야 함이 法理上 當然하다고 思料됨에도 불구하고 前記認定事實에 의하면 上記 告知가 전혀 없었고 더구나 警察官 3 名の 監視下에 巡察車에 同乘시킨 것이므로 本件同行이 과연 任意同行이라고 할 수 있는지 매우 의심스럽다. 게다가 前記 認定事實 ②③④記載의 調査場所·時間과 그 態樣, 訊問中 및 그 以後의 監視狀態 등을 綜合하여 생각하면 적어도 被疑者가 ○○署의 調査室에서 그 調査를 拒絶할 수 없는 듯한 勢力圈內에 두어져 있어서 그 自由를 심히 拘束하기에 이른 것이라고 斷定하기에 充分하다」고 하였다.<sup>32)</sup>

#### Ⅵ. 任意同行時의 有形力行使에 대한 適法性を 否認한 事例<sup>33)</sup>

1. 同行에 응하지 않는 者를 100 m 정도의 地點까지 손을 당기거나 비틀어서 連行한 行爲(日京都地判昭 29年 9月 30日)

##### (1) 事實의 概要

被告人은 슬로트·머신場에 出入하고 遊技客에게서 景品을 사모으는 業을 하는 者인데, 1953年 11月 7日 午後 10時頃, ○○區 M오락실앞의 路上에서 돈뭉치를 손에 들고

32) 熊谷弘外, 「逮捕手續의 違法と 勾留의 關係(上)」, 警察學論集 19卷 10號 106面 以下 參照.

33) ① 仙台高秋田支判 昭 55.12.16 高刑集 33.4.351. 判例時報 1001.134. 判例タイムズ 436.173.

② 京都地判 昭 29.9.30 判例時報 35.882.

③ 大阪地判 昭 33.1.14 一審刑集 1.1.7.

④ 山口地判 昭 36.9.19 下刑集 3.2, 10.885.

⑤ 福島地會津若松地判 昭 38.10.26. 下刑集 5.9, 10.1073.

⑥ 東京地判 昭 42.1.30 判例タイムズ 204.183.

⑦ 新瀉地高田支判 昭 42.9.26 下刑集 9.9.1202.

⑧ 岡山地判 昭 43.6.25 下刑集 10.6.662, 判例時報 547.97.

出入客에게서 景品을 사모우던 중, 마침 부근을 巡察하던 甲, 乙 兩巡警이 被告人의 行動에 의심을 품고 職務質問을 한 다음 다시 被告人에게 警察署까지 同行할 것을 要求한 바, 被告人은 이에 응하지 않고 兩巡警이 무리하게 同行을 要求하기 위하여 약 100 m 가량 被告人의 손을 끌고 連行하므로, 被告人은 핑계를 대면서 땅에 앉아서 頑強하게 버렸다. 이에 甲巡警이 被告人의 손을 뒤로 비틀어 올리고 그 巡警이 오른손으로 멱살을 잡고 끌어 계속 連行하려고 하므로 被告人은 목이 졸리는 괴로움을 느끼고 巡警의 強制力을 排除하기 위하여 그 巡察의 오른손을 물었으므로 그 손등의 두군데에 數日의 治療를 요하는 咬傷을 입혔다.

(2) 判決要旨

本事實은 傷害罪로 起訴되었으나 京都地方裁判所는 다음과 같이 判示하고 被告人의 正當防衛를 認定, 無罪를 宣言하였다.

「事實의 경우, 甲, 乙兩巡警이 被告人에게 의심을 갖고 住所·姓名·職業 등에 대하여 質問한 것, 또 무엇인가 犯罪을 犯하고 있는 것이 아닌가하는 의심이 풀리지 않아 本署에 同行을 요구한 것은 警察官職務執行法 3條에 의하여 合法的인 行爲이지만, 同行을 요구하여 被告人이 拒絶하였을 때에는 경우에 따라 多少의 實力行使는 許容되지만 되도록이면 온건하게 說得하여 납득을 시킨 후, 同行의 承諾을 받아야 할 것인데 被告人이 검(gum)상자를 치우고 간다는데도 그 機會마저 주지 않고 성급하게 同行을 要求하고 實力을 行使한 것은 明白히 위 法條에서 定하는 範圍를 逸脫한 것이라고 아니할 수 없다.

(3) 생각컨대 本件의 判例는 質問과 同行의 要求가 合法이라고 認定하면서도 相對方의 意思를 無視하면서 實力行使를 한 것은 不當하다고 任意同行의 基本態度를 提示하고 있다는 점에서 以前의 判例와<sup>34)</sup>同様の 趣旨임을 알 수 있다.

⑨ 大分支判 昭10.24 刑裁月報 1.10.1023, 判例月報 582.108.

⑩ 岡山地創數支判 昭46.4.2, 判例タイムズ 265.292.

⑪ 札幌地決 昭46.11.27, 刑裁月報 3.11.1589.

⑫ 東京地民判 昭48.357, 判例時報 710.72.

⑬ 大阪地判 昭50.6.6 判例時報 810.109.

⑭ 廣島地判 昭50.12.9, 判例タイムズ 349.284 등 判例 參照.

34) 日東京地裁判 昭27.11.15.

다만 留意해야 할 것은, 本 判例에서 「同行을 要求했을 때, 被告人의 拒絶이 있을 때에는, 경우에 따라 多少의 實力行使가 許容될 수 있지만」에 대한 것이다. 多少의 實力行使가 어떠한 範圍內에서 그 手段方法의 許容性이 認定된다고 볼 것인가. 本判決에서는 「경우에 따라」 즉 「어떤 경우에는」이라는 의미의 假定的 表現이므로 任意同行에 대하여 「多少의 實力」을 明示해 주지 못한다. 다른 判例에서(名古屋高裁 1953年12月7日) 背後로부터 그 팔을 잡아 停止시킨 行爲에 대하여, 正當性을 認定한 것은 一應 停止方法에 대한 一種의 限界를 示唆한 것으로 보이지만, 本判例는 그 限界를 明示하고 있지 않다. 다만 暴行에 이르는 手段은 許容되지 않고, 具體的인 경우에 照應하여 警察權行使의 必要最少限에 따른 實力이라고 볼 수 밖에 없다. 任意同行의 要求에 수반되어 許容되는 實力行使의 適法性여부와 그 限界에 관해서는 결국 累積되는 判決例에 期待하는 바가 크다.

2. 同行을 拒絶한 者의 팔을 잡은 行爲(福島地 會津若松支判 昭38.10.26 下刑集 5.9.10.1073)

相對方이 同行을 拒絶하는 意思를 表明하고 있음에도 不拘하고, 이를 納得시킬 수단을 강구하지 않고, 불필요하게 말다툼을 되풀이하고 결국 오른팔을 잡는 舉動으로 나온 行爲는 違法한 職務執行이다. 警察官職務執行法 第2條 2項의 「同行할 것을 要求할 수 있다」고 한 것은 文字 그대로 同行을 要求할 수 있다는 意味이며, 同條 第3項에 비추어서 생각할 때에도 強制力에 의한 同行은 認定할 수 없다는 趣旨은 明白하다.

以上에서 任意同行에 관한 많은 判例가 集積되어 있는 日本의 關聯判例를 類型別로 살펴본 바, 前述한 一般的理解와 結付하여 立體的으로 考察함으로써 長차 우리 法解釋의 실마리로 삼을 수 있을 것이다. 이하에서는 이를 整理해 보고자 한다.

## 五. 要約 및 結論

適正節次의 法理는 搜查節次의 持導原理이며 人身拘束에 관한 令狀主義는 憲法上의 基本原則이다. 搜查機關이 그 職務를 行함에 있어 令狀主義의 大原則을 違反한다는 것은 어떠한 理由로도 合法化될 수 없다. 그것은 令狀主義가 民主的 司法

다만 留意해야 할 것은, 本 判例에서 「同行을 要求했을 때, 被告人의 拒絶이 있을 때에는, 경우에 따라 多少의 實力行使가 許容될 수 있지만」에 대한 것이다. 多少의 實力行使가 어떠한 範圍內에서 그 手段方法의 許容性이 認定된다고 볼 것인가. 本判決에서는 「경우에 따라」 즉 「어떤 경우에는」이라는 의미의 假定的 表現이므로 任意同行에 대하여 「多少의 實力」을 明示해 주지 못한다. 다른 判例에서(名古屋高裁 1953年12月7日) 背後로부터 그 팔을 잡아 停止시킨 行爲에 대하여, 正當性을 認定한 것은 一應 停止方法에 대한 一種의 限界를 示唆한 것으로 보이지만, 本判例는 그 限界를 明示하고 있지 않다. 다만 暴行에 이르는 手段은 許容되지 않고, 具體的인 경우에 照應하여 警察權行使의 必要最少限에 따른 實力이라고 볼 수 밖에 없다. 任意同行의 要求에 수반되어 許容되는 實力行使의 適法性여부와 그 限界에 관해서는 결국 累積되는 判決例에 期待하는 바가 크다.

2. 同行을 拒絶한 者의 팔을 잡은 行爲(福島地 會津若松支判 昭38.10.26 下刑集 5.9.10.1073)

相對方이 同行을 拒絶하는 意思를 表明하고 있음에도 不拘하고, 이를 納得시킬 수단을 강구하지 않고, 불필요하게 말다툼을 되풀이하고 결국 오른팔을 잡는 舉動으로 나온 行爲는 違法한 職務執行이다. 警察官職務執行法 第2條 2項의 「同行할 것을 要求할 수 있다」고 한 것은 文字 그대로 同行을 要求할 수 있다는 意味이며, 同條 第3項에 비추어서 생각할 때에도 強制力에 의한 同行은 認定할 수 없다는 趣旨은 明白하다.

以上에서 任意同行에 관한 많은 判例가 集積되어 있는 日本의 關聯判例를 類型別로 살펴본 바, 前述한 一般的理解와 結付하여 立體的으로 考察함으로써 장차 우리 法解釋의 실마리로 삼을 수 있을 것이다. 이하에서는 이를 整理해 보고자 한다.

## 五. 要約 및 結論

適正節次의 法理는 搜查節次의 持導原理이며 人身拘束에 관한 令狀主義는 憲法上의 基本原則이다. 搜查機關이 그 職務를 행함에 있어 令狀主義의 大原則을 違反한다는 것은 어떠한 理由로도 合法化될 수 없다. 그것은 令狀主義가 民主的 司法

制度의 支柱이기 때문이다. 이러한 意味에서 最近 일련의 大法院判例들은 이를 높게 評價하지 않을 수 없다.

美國에서는 Dunaway 事件<sup>35)</sup>에서 警察官이 停止시켜 身體를 拘束한 후 警察署에 連行하여 調査를 한것에 대하여 이를 許容하지 않고 있지만 從來에는 「合理的인 嫌疑」(reasonable suspicion)이 있으면 強制的인 停止, 危險한 武器(dangerous weapon)에 대한 身體搜檢, 連行이 認定되는 傾向에 있고, 또 重罪를 犯한 嫌疑가 濃厚하게 된 경우 罪를 犯하였다고 믿을만한 合理的인 理由가 있으면 一般的으로 理場에서 逮捕할 수 있다고 하여 警職法上的 職務質問과 같은 관점에서 Stop and Frisk를 認定하고 있다.<sup>36)</sup>

刑事訴訟法에서는 任意搜查의 原則을 表明하고 있으나 그 方法에는 制限을 두고 있지 않으므로 被疑者訊問의 경우, 任意同行이 搜查의 手段으로 많이 活用된다. 警察官職務執行法 第3條2項에서는 行政警察作用의 一種으로 任意同行의 根據를 마련하고 있는 바, 同條의 解釋에 있어서 職務質問에 따른 任意同行의 法的性格이 問題된다.

이에 관하여는 峻別說·違法性斷絶說<sup>37)</sup>과 峻別說·違法性繼承說<sup>38)</sup>이 서로 對立된다. 그러나 當該 警察官이 主觀的으로 任意搜查上 任意同行과 警職法上的 任意同行을 截然하게 區別하여 活動하는 경우는 드물기 때문에 客觀的인 情況을 第三者의 立場에서 觀察하여 區別하는 것은 困難하다. 反面에 處分の 法的性質에 대하여 「自由의 拘束이 個人의 立場에서보면 差異가 없다」<sup>39)</sup>고 보아 두개의 任意同行을 같이 취급해야 한다는 見解도 있다.

그러나 警察官이 犯罪發生이라는 違法狀態를 豫防하는 行政目的과 犯人의 發見 및 證據의 蒐集이라는 搜查目的은 嚴格히 區別될 수 있다. 따라서 그러한 경우에

35) Dunaway v. New York, 442 U.S. 200 (1979).

36) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975).

河上和雄, 「最近のアメリカ連邦最高裁の刑事裁判例の動向」, 警察研究 39卷 11號, 102面.

37) 河上和雄, 「任意同行の限界」, 研修 356號, 1978, 51面.

38) 田宮裕, 搜查の構造, 有斐閣, 1971, 116~117面.

39) 熊谷弘, 「任意同行と逮捕の限界」, 捜査法大系 I, 日本評論社, 1972, 51~52面.

는 別途로 취급해야 함이 당연할 것이지만, 하나의 事實關係에 行政上의 規定과 犯罪搜查에 관한 規定이 競合적으로 適用되어야 할 경우에는, 犯罪을 犯하였다는 의심이 濃厚한 相當한 理由가 있는 자에 대한 任意同行은 특별한 事情이 없는 限, 警職法上의 任意同行과 刑訴法上의 任意同行이 競合되어 존재한다<sup>40)</sup>는 併有說의 妥當性을 認定하여야 할 것으로 본다.

다음으로 문제되는 것은 任意同行을 要求할 수 있는 要件을 警職法에 정한 ‘本人에게 不利한 경우’와 ‘交通의 妨害가 되는 경우’에 限定할 것인가의 문제와 同行의 要求時에 一定한 實力의 行使를 認定할 것인가에 대한 것이다. 이에 관한 우리나라의 判例는 볼 수 없으나 日本의 判例와 學說은 要件을 法定한 경우에만 限定한다는 ①限定列舉說과 ②例示列舉說로 나눌 수 있다. 또 그 各各을 ㉠本人의 同意가 있어야 한다는 見解와 ㉡實力行使가 可能하다는 見解로 나누어진다.

判例上 많이 볼 수 있는 것은 實力行使를 認定하지 않는 限定列舉說(①-㉠)<sup>41)</sup>과 實力의 行使를 어느 程度 認定하는 限定列舉說<sup>42)</sup>이다. 實力行使를 認定하는 限定列舉說(①-㉡)을 主張하는 者는 實際로는 없다. 그것은 事案의 性質上 本人에게 不利益한 경우에도 警察官의 一方的 判斷으로 相對方의 同意없이 強制的으로 連行하는 것은 任意同行의 性質上 不可能하기 때문이다. 따라서 限定列舉說의 立場에 서면 「交通妨害」의 경우, 實力을 行使하여 警察官署에 連行하는 경우가 문제된다. 그러나 實際로 交通의 妨害가 있고, 交通事故發生의 危險이 높은 경우에는 警職法 第5條(緊急發生의 防止)에 의한 避難과 第6條(犯罪의 豫防과 制止)의 制止處分 등으로 對處함으로서 족하고 구태여 警察官署에 連行할 必要性은 없는 것이다. 그 結果 限定列舉說은 同行을 위한 實力行使를 原則적으로 否定하는(①-㉠) 主張으로 남게 된다.

40) 渡邊達哉, 「警察官職務執行法(三)」, 保安と外勤, 6卷10號, 1980, 36面.

41) 日廣島地裁判決 昭30.9.13. 判時 68號 30面; 山口地裁判決 昭36.9.19. 下刑集 3卷 9=10號 885面; 福島地裁會津支部 判決 昭38.10.26. 下刑集 5卷 9=10號 1073面; 新瀉地裁判決 昭42.9.26. 下刑集 9卷 9號 1202面; 東京高裁判決 昭49.9.30. 刑裁月報 6卷8號 960面.

42) 名古屋地裁決定 昭44.12.27 判時 594號 103面; 東京地裁判決 昭50.1.23 判時 772號 34面; 鳥取地裁判決 昭51.3.29 判時 838號 99面; 東京高裁判決 昭52.6.30 判時 886號 180面.

이에 대하여 例示列學說은 嫌疑가 濃厚化함에 따른, 職務質問의 必要性, 警察職務의 便宜를 考慮하여 合理的이라고 생각되는 경우에는 任意同行을 認定하고 있다. 즉 「…文답을 약간 擴張하여 容疑가 濃厚한 경우에는 路上에서 質問하는 것으로는 不充分하므로 同行을 許容하여야 한다…」<sup>43)</sup> 또는 「質問의 現場에서 嫌疑를 確認할 수 없고, 警察官의 生命, 身體의 危險이 따르는 등, 合理的인 必要性이 있는 때에는 適法하다…」<sup>44)</sup>고 하고 있다.

같은 例示列學說에 立脚하면서 本人의 同意가 있어야 한다는 見解가(㉒-㉑)<sup>45)</sup> 있다. 이에 대하여 「…公安의 維持라는 警察目的을 遂行하기 위하여 행하는 職務質問의 遂行上 必要最少限度에서 어깨를 잡는다거나 팔을 당기는 程度의 實力을 行使하여 連行하는 것은 適法한 職務執行」이라고 보는 見解(㉒-㉓)<sup>46)</sup>가 있다.

생각컨대 職務質問에 부수한 任意同行에 대하여, 併有說의 立場에서 刑訴法 第199條 第1項, 第200條 第1項에 의한 任意搜查權의 一態樣으로서 把握할 때, 事案의 實質上 搜查의 必要가 있을 때에는 同行을 要求하는 것을 許容하고 있다. 그것은 警察官職務執行法 第3條 第2項의 擴張解釋으로서가 아니라 刑訴法 第199條 第1項, 第200條 1項의 競合適用의 結果인 것이다. 그러므로 警察官職務執行法 第3條 第2項 자체의 解釋으로는 限定列學說이 妥當하다고 보는 것이 實質的意義에 부합할 것이다.

그리고 實力行使를 許容할 것인가에 관하여는 任意搜查의 原則과 警職法 第3條 3項의 身體拘束의 禁止에 비추어 볼 때, 職務質問을 위한 停止와 마찬가지로 任意說得의 範圍를 逸脫하여서는 아니된다.

또한 犯罪의 嫌疑가 濃厚하거나 特定된 경우에 任意同行後의 質問을 함에 있어서는 被疑者訊問과 併有하게 되므로 默秘權을 告知하여야 함이 妥當할 것이다.<sup>47)</sup>

43) 田宮裕, 「職務質問と所持品検査」, 現代警察 18號, 1979, 98面.

44) 田宮裕, 刑事訴訟法入門(三訂版), 有信堂高文社, 1982.63面.

45) 穴戶基男編, 前掲書, 46~47面; 渡邊達哉, 前掲論文, 36面.

46) 竹島久和士; 判例中心警察官權限法 解説, 啓正社, 1979.93面.

47) People v. Morales, 22 N.Y.2d 55, 238 N.E.2d 307 (1968).

渡邊修, 職務質問の研究, 成文堂, 1985, 356面.

## 參 考 文 獻

- 姜求真, 刑事訴訟法原論, 學研社, 1982.
- 白亨球, 現代搜查法의 基本問題, 育法社, 1985.
- \_\_\_\_\_, 刑事訴訟法, 韓國司法行政學會, 1985.
- 李基鎬, 搜查의 法理, 星日出版社, 1985.
- 鄭京植, 搜查構造論, 法典出版社, 1980.
- 編纂委員會, 現代公法의 理論, 學研社, 1982.
- 治安論叢 第1輯, 警察大學 治安研究所, 1984.
- 考試界 1982年 11月號, 1983年 12月號.
- 考試研究, 1983年 4月號.
- 司法行政, 1982年 5-6月號.
  
- 石原一彦外編, 現代刑罰法大系 5, 日本評論社, 1983.
- 渥美東洋編, 刑事訴訟法 基本判例 解説, 三嶺書房, 1983.
- 松美浩也, 刑事訴訟の原理, 東大出版會, 1974.
- 河上和雄, 刑事訴訟の課題とその展開, 立花書房, 1983.
- 熊谷弘外編, 搜查法大系 1, 日本評論社, 1981.
- 宍戸基男・宮脇磊介, 注解警察官職務執行法, 立花書房, 1978.
- 臼井滋夫外, 刑事訴訟法判例研究, 東京法令出版(株), 1983.
- 鈴木義男編, アメリカ刑事判例研究 第一卷, 成文堂, 1982.
- 渡邊修, 職務質問の研究, 成文堂, 1985.
- 田宮裕, 搜查の構造, 有斐閣, 1983.
- 新關雅夫, 令狀基本問題 75問, 一粒社, 1982.
- 高田卓爾, 刑事訴訟法(現代法律學全集 28), 青林書院新社, 1984.
- 金子仁洋, 警察官の職務執行, 令文社, 1978.
- 最高裁判所事務總局, 警察官の職務行爲の適否に關する刑事裁判例集, 法曹會, 1978.
- 竹島久和士, 判例中心警察官權限法解説, 啓正社, 1979.
- 搜查實務研究會, 警察官 職務執行法詳解, 東京法令出版, 1980.
- 片岡聡, 最高裁判例にめられた警察權行使の限界, 東京法令出版, 1982.
- 警察實務研究會編, 職務質問, 日世社, 1982.

- 警察法令研究會編，判例で學ぶ職務質問，立花書房，1984。
- 警察研究，19卷 10・11號，20卷 3號。
- 警察時報，8卷 11號，21卷 12號，22卷 1號，27卷 12號。
- 捜査研究 10卷 12號，13卷 10號，16卷 3・5・6・8號，17卷 2號，22卷 6號，27卷 9號，30卷 12號。
- 警察公論，33卷 10號，37卷 9・10・12號。
- 判例時報，3號，913號。
- 警察學論集，12卷 5號，13卷 4號，28卷 3號，29卷 3號，30卷 10號。
- 判例タイムズ，248號，374號，423號。
- ジュリスト，462號。別冊ジュリスト 51號，74號。
- 法務研究 70卷 3號。
- 研修 349號。
- 保安と外勤 4卷 5號。
  
- Jerold H. Israel & Wayne R. LaFave, Criminal Procedure, 3rd Ed. (1980).
- Yale Kamisar, Wayne R. LaFave and Jerold H. Israel, Supplement to Modern Criminal Procedure; Cases, Comments and Questions (1981).
- Gerd Pfeiffer, Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung (1982).
- Karl Schäfer, Strafprozeßrecht (1976).
- K. Peters, Strafprozeß ; Einlehrbuch, 2 Aufl (1966).
- Theodor Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 33 Aufl (1977).

