

職 務 質 問

李 基 鎬*

目	次
I. 序 說	
II. 職務質問	
1. 職務質問의 意義	
2. 職務質問의 對象	
3. 職務質問을 위한 停止	
4. 職務質問의 適法性	
III. 職務質問을 위한 自動車의 停止	
1. 緒 言	
2. 自動車停止權의 法的根據	
3. 自動車停止權行使에 관한 判例	
IV. 職務質問에 따른 所持品檢査	
1. 緒 言	
2. 職務質問과 stop and question, frisk,	
3. 學說, 判例의 展開	
V. 職務質問의 實施에 따른 2問題	
1. 警察官임의 證明	
2. 職務質問과 航空機搭乘	
VI. 結 論	
參 考 文 獻	

* 警察大學 助教授.

I. 序 說

警察官職務執行法(이하 警職法이라고만 한다) 第3條는 “① 警察官은 수상한 舉動 기타 주위의 事情을 合理的으로 判斷하여 어떠한 罪를 犯하였거나 犯하려 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. ② 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. ③ 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. ④ 警察官은 第1項의 規定된 者에 대하여 質問을 할 때에 兇器의 소지여부를 調査할 수 있다”고 하여 이른바 不審檢問을 규정하고 있다.

警職法の 本質을 어떻게 把握할 것인가에 관하여는 學者의 見解가 相異하지만¹⁾ 不審檢問은 犯罪의 豫防·鎮壓에 관계된 活動으로서 그 本質은 行政警察作用에 속한다.

警職法 第3條는 그 標題로서 ‘不審檢問이라고 하고 있으므로 廣義로는 ①항의 質問權과 停止權 ②항의 同行要求權 및 ④항의 兇器調査權을 포함하는 것으로 볼 수 있으나 狹義의 不審檢問은 ①항의 ‘停止’시켜 ‘質問’하는 것만을 意味한다고 본다.²⁾ (本稿에서는 이러한 廣狹의 區別概念을 使用한다.)

1) 대체로 秩序行政上的의 即時強制에 관한 一般法(警察強制 *Polizeizwang* 보다 좁은 概念으로서의 秩序強制의 手段)으로서 把握하는 見解(金道稔, 一般行政法論(下), 252面)와 警察上的의 調査의 手段에 대한 個別的 準據法으로 把握하는 見解(李尙圭, 新行政法論(下) 273面)로 나누어진다.

2) 姜求真, 「警察官職務執行法 第3條」, 現代公法の 理論, 牧村金道稔博士華甲記念, 學研社, 1982. 377面.

그러나 不審檢問은 소위 「不審訊問の時代」라고 불리어지는 日本의 明治8年 (太政官達 第29條) 行政警察規則을 根據³⁾로 하여 舉動不審者에 대한 단속을 強力하게 行하여 온 것으로 民主的 職務執行 (國民의 自由와 權利의 보호 및 社會公共의 秩序維持: 警職法 第1條)을 위한 警職法의 性質上은 물론 그러한 目的을 위하여 不審檢問의 對象을 舉動殊常者뿐만 아니라 被害者 내지 第三者까지 包含하고 있는 同法 第3條의 標題는 巡察質問⁴⁾ 또는 職務質問이라고 함이 妥當할 것으로 생각된다.

그리하여 本稿에서는 職務質問과 密接하게 關聯되는 自動車檢問과 所持品檢査에 관한 一般 理論을 整理하고, 從來의 論述과 약간 視野를 달리하여 警察官이 行하는 手段 내지 權限別로 純粹한 任意手段으로서의 職務質問과 實力的手段으로서의 職務質問으로 나누어 立體的인 考察을 試圖하고자 한다. 從來에는 同一한 問題에 대해 많은 論說이 있었으나⁵⁾ 대체로 職務質問·自動車檢問·所持品檢査를 從的으로만 分割하여 各事項別로 그 要件·根據規定·適法性의 限界등으로 說明하는 것이 보통이었다.

그러나 警察官의 職務執行은 法の 原則과 現實의 樣相과의 (law in books v. law in action) 緊張된 관계에 관한 複雜한 法的事象이 顯出되므로 平面的·擇一的方法보다는 全體的·立體的方法의 考究가 必要하다고 본다. 이것은 또한 治安論叢이라는 本論說集의 性格에도 附合될 것이므로 職務質問의 實施에 있어서 提起될 수 있는 問題點에도 言及하여 實務에 供하고자 한다.

다만 職務質問에 관한 實能分析을 통하여 그 實踐的 研究가 期待되지만 任意同行의 問題와 함께 다음 機會로 미룬다.

3) 同規則에 따르면 「怪シキ者ヲ見認ルトキハ, 取糺シテ様子ニ依リ持區内出張所ニ連行或ハ 警部ニ密報シ差圖ヲ愛ケハシ」고 하고 있다.

4) 巡察搜查라고 表現하는 學者도 있다. 申鉉柱, 刑事訴訟法, 博英社, 61面

5) 各 論說과 判例는 대부분 日本의 學說과 判例이다.

Ⅱ. 職 務 質 問

1. 職務質問의 意義

職務質問이란 警察官職務執行法 第3條 1項에 基하여 警察官이 犯罪의 豫方· 鎮壓과 搜查의 端緒를 얻거나, 犯人檢舉의 目的으로 소위 舉動殊常者 즉 犯罪를 犯하였거나 또는 犯罪를 犯하려 하고 있다고 의심할 만한 相當한 理由가 있는 者 등을 停止시켜 質問을 하는 것을 말한다.⁶⁾ 그것은 警察官이 通行人 등의 行動을 時間的 場所的 또는 携帶品, 人相, 風采, 言語, 動作 등 주위의 狀況 등으로 보아 瞬間的이고도 客觀的으로 判斷하여 그 者가 不審者 등임을 發見하고 그를 停止시켜 面接·說得·質問 등을 통하여 犯人을 檢舉하거나 犯罪에 관계있는 參考人을 確保 하기 위한 業務라고 할 수 있다.

이와같이 職務質問은 처음부터 被質問者를 被疑者로서 調查하는 것은 아니지만 質問의 結果 및 所持品 등을 檢査한 結果 嫌疑가 明確해지면 刑事節次로서의 調查에 移行하고 경우에 따라서는 逮捕 등의 措置를 취하게도 된다.

職務質問은 警察과 市民과의 가장 通常的 接觸形態의 하나인데 相對方이 協力的인 態度로 應答해 줄 때는 成功的이지만 경우에 따라서는 警察官에 대하여 虛張聲勢를 보인다든지 暴言, 怒聲, 또는 自己 同僚나 群衆에 휩싸여 숨어버리거나 逃走하는 등 各樣의 形態로 質問을 避하려는 일이 많을 것이다. 그러나 職務質問의 性質上 強制는 許容되지 않는다고 볼 것이므로 그 實施에 있어서 惹起되는 問題點의 解決을 위한 法理論上의 檢討가 切實하다.

從來 刑訴法의 分野에서는 職務質問을 搜查의 端緒로 把握하는 것이 一般的 經

6) 이 點, 本章의 職務質問의 概念은 狹義의 것이다.

향인데 7) 職務質問은 犯罪의 豫防, 鎮壓에 관련된 活動이므로 그 本質은 行政警察 (Verwaltungs polizei) 로서의 保安警察 (Sicherheits polizei) 의 分野에 속 하지만, 職務質問의 結果 特定한 犯罪에 관하여 嫌疑가 있음이 認定되면 搜查가 開始된다는 意味에서 職務質問은 搜查의 端緒가 된다고 말할 수 있다. 그러므로 職務質問은 退去의 犯罪解明을 目的으로하는 司法警察 (Justiz polizei) 作用과 將來의 犯罪豫防을 目的으로하는 行政警察作用의 中間領域을 차지하고 또 搜查의 端緒가 됨으로서 곧 搜查節次에도 移行한다는 점에서 刑事訴訟法上 重要な 機能을 隨行하게 된다.

이하에서는 警職法上 認定되는 職務質問의 要件과 刑訴法上的 搜查와 關連한 適法性的 限界 및 그 實施에 따른 問題點을 살펴본다.

2. 職務質問의 對象

警察官이 行하는 職務質問의 法的根據는 當然히 警職法 第3條 1項으로서 「質問權」 즉 職務執行을 할 수 있는 對象과 行爲를 規定하고 있다.

또 同條 3項은 强制의 禁止로서 質問을 行함에 있어서 身體의 拘束과 答辯을 強要해서는 안된다는 趣旨를 注意적으로 規定하고 있다.

警察官이 質問權을 行使할 수 있는 對象은 다음 네가지로 나누어 진다.

① 殊常한 舉動 기타 주위의 事情에서 合理的으로 判斷해서 어떠한 犯罪를 犯하였다고 의심할만한 相當한 理由가 있는 者

7) 金箕斗, 新版刑事訴訟法, 博英社, 1982.215 面

姜求眞, 刑事訴訟法原論, 學研社, 1982.173 面

申鉉柱, 前掲書, 61 面

鈴木茂嗣, 刑事訴訟法 (現代法律學講座 28), 青林書院新社, 1980.64 面

高田卓爾, 刑事訴訟法 (二訂版, 現代法律學全集 28), 青林書院新社, 1984.323 面

團藤重光, 刑事訴訟法綱要, 七訂版, 創文社, 1984.329 面.

② 殊常한 舉動 기타 주위의 事情을 合理的으로 判斷해서 어떠한 犯罪을 犯하려하고 있다고 의심할 만한 相當한 理由가 있는 者.

③ 이미 行하여진 犯罪에 관하여 알고 있다고 認定되는 者.

④ 犯罪가 行하여지려고 하는데 관하여 알고 있다고 認定되는 者.

위 對象중 특히 ①과③은 犯人의 檢舉또는 犯罪의 搜查라는 司法警察의 目的을 갖는 것이며 ②와 ④는 犯罪의 豫防이라는 行政警察의 目的을 주로 하는 것으로 볼 수 있다.

(1) 殊常한 舉動 기타 주위의 事情

「殊常한 舉動」이란 사람의 言語, 態度, 動作, 服裝, 所持品등의 舉動이 異常한 것 즉 不自然스러우며 보통이 아닌 것으로(正常을 缺한) 무엇인가 별스런 事件이 있지 않은가 의심되는 狀態를 말한다.(예컨대 警察官을 보고 돌연 逃走한다든가 빈집을 몰래 들여다 보는 者, 血痕있는 옷을 입은 者, 등⁸⁾)

「기타 주위의 사정」은 단지 사람의 「殊常한 舉動」뿐만 아니라 周圍의 事情과 더불어 不自然스러운 狀態의 여부를 살펴보아야 함을 의미하며, 이는 時間的場所的으로 그 時期 또는 그 時刻에 그 場所에 있는 것이 釋然치 않아 不審感을 느끼게 하는 狀態를 말한다.

(2) 合理的으로 判斷해서

「合理的으로 判斷해서」란 職務執行을 하는 警察官이 主觀에 치우치거나 獨斷的 想像的判斷을 排除하고, 殊常한 舉動또는 周圍의 事情이라는 客觀的 異常狀態에서 社會通念上 普通의 社會人이라면 그렇게 判斷되는 程度의 客觀性이 必要함을 말한다. 즉 良識있는 通常人(一般市民)에 의해 納得될 수 있는 判斷이어야 한다.

8) 1. 舉動(態度, 動作) 2. 依服(風采) 3. 携帶品(所持品) 4. 言語(答辯內容) 등에서 職務質問의 對象者를 發見할 수 있다. 자세한 것은 金相流, 不審檢問의 實際問題, 치안(치안본부, 1979년 2號), 44面.

警察實務研究會編, 職務質問-適法性の 限界と方法, 日世社, 1982. 144-158面 參照.

(3) 어떠한 罪를 犯하였다고 의심할 만한 相當한 理由가 있는 者.

「어떠한 罪를 犯」하였다는 것은 實質的 刑法에 違反한 犯罪가 犯하여졌음을 意味하며, 具體的 內容을 알 必要는 없고 또 그 行爲에 適用될 法令이 무엇인가에 대해서도 明確하지 않아도 된다.

刑訴法上的 拘束이나 緊急拘束, 現行犯逮捕등의 경우는 被疑事實이 確定되어야 하지만 職務質問時에는 어떠한 犯罪의 嫌疑만으로 족하므로 被疑事實의 內容은 不明確한 狀態라도 無關하다.

「의심할만한 相當한 理由」는 前述의 「合理的으로 判斷하여」와 同旨의 概念이지만 嫌疑에 대하여 警察官의 단순한 主觀으로 「저 者는 殊常하다」는 程度를 벗어나서 一般人的 立場에서 「과연 殊常한 者이다」고 首肯할 수 있는 程度를 要하는 被質問者의 嫌疑에 대한 確信을 높이고자 하는 趣旨의 要件으로 볼수 있다.

相當한 理由는 刑事訴訟法 第201條와 第206條의 相當한 理由와 같이 볼 수도 있으나⁹⁾ 一應 犯罪의 嫌疑가 首肯될 수 있는 程度의 理由를 말하는 것이며 文理上으로는 差異가 없으나 刑訴法上的의 그것은 被疑者에 대한 原初的인 身體的 拘束 處分으로서 短期留置의 效果를 隨伴하는 것인 바¹⁰⁾ 通常의 合理的判斷에 의한 充分한 理由를 要하는 刑訴法의 相當한 理由에 비하여 全的인 司法警察作用으로 볼수 없는 職務質問은 그 程度가 낮아도 좋다고 본다. 그러므로 職務質問의 對象이 될 것인지 또는 (準)現行犯逮捕 또는 拘束의 要件을 갖추었는지에 따라서 判斷해야 할 것이다. 대개 職務質問의 結果 逮捕또는 拘束으로 移行되는 경우가 많을 것이다.

(4) 어떠한 犯罪를 犯하려하고 있다고 의심할 만한 相當한 理由가 있는 者,

「犯하려하고 있는」경우이므로 이 要件에 該當되는 者를 對象으로 하는 質問은

9) 警察研究會, 前掲書, 14面

姜求真, 前掲書, 174面

10) 姜求真, 上掲書, 190面.

犯罪豫防을 위한 것이며 警察官이 이러한 者를 停止시켜 質問함으로써 犯罪의 實行을 斷念케 하거나 犯罪의 發生을 事前에 探知할 수 있다.

(5) 이미 행하여진 犯罪나 행하여지려고 하는 犯罪行爲에 관하여 그 事實을 안다고 認定되는 者.

從來의 不審檢問은 殊常한 者를 對象으로 하고 犯罪人 또는 虞犯者에 대하여 主로 행하여졌으나 同條項은 被害者 또는 第3者도 職務質問의 對象에 포함시키고 있다. 이는 警察責任의 原則에 대한 例外的規定이며 犯罪의 豫防 또는 搜查의 端緒를 얻기 위한 必要性的 要求에서 認定되고 있다.

그러므로 前述의 「殊常한 舉動 기타 주위의 事情을 合理的으로 判斷해서」라는 要件은 「이미 행하여진 犯罪나 행하여지려고 하는 犯罪行爲에 관하여 그 事實을 안다고 認定되는 者」에는 構文上, 實質上 關聯되지 않는다고 본다. 「안다고 인정되는 者」란 參考人, 被害者 등 第3者의 立場에 있는 者이므로 殊常한 舉動 등의 判斷基準을 條件으로 할 理由가 없기 때문이다.

3. 職務質問을 위한 停止

가. 停止와 그 限界 警職法 第3條 1項은 「……停止시켜 質問할 수 있다」고 규정한다. 「停止시켜」란 本來 불려서 멈추게 한다는 意味인데 質問을 容易하게 하는 것이다.

그러나 이의 法的性質에 관해서는 學說이 크게 任意說(停止의 手段은 任意的方法에 限定된다는 見解), 實力說(強制에 이르지 않는 實力의 行使가 可能하다는 見解), 強制說(急迫한 경우에는 그에 相應하는 強制手段을 취할 수 있음을 認定하는 見解)로 나누어진다.

警察官이 舉殊者들을 發見하고 相對方에 대하여 불려서 멈추게 하였으나 相對方이 應하지 않는 경우, 어느 程度의 程止手段의 行使가 可能할 것인가?

생각컨대 停止는 警察官으로 하여금 의심스러운 狀況에서 發見된 사람에게 간단한 路上質問을 할 機會를 갖기 위한 것이다. 그러므로 身體의 拘束이 그 要件을 갖추지 않는 限 警察官은 그 目的을 達成하기 위하여 相對方의 自意的協力에 의하지 않으면 事實上 그 質問權을 行使할 수 없게 된다. 그 結果 警察官은 自意的協助를 追求하든지 拘束을 하든지 兩者擇一의 난처한 立場에 처하게 되고 결국 嫌疑

者が 그대로 사라지는 것을 보고만 있을 수 없으므로 停止權의 지나친 任意處分
 化(任意說)는 相當性を 缺한 逮捕를 조장하고, 나아가서 無辜한 者에 대한 逮捕
 可能性을 超來할 것이다.¹¹⁾ 또한 警職法이 “停止要求”가 아닌 “停止시켜”라
 는 表現을 사용하는 것은 停止에 대하여 講制手段이나 身體拘束에 이르지 않는
 程度의 實力行使를 認定하는 根據로 볼 수 있다.¹²⁾

나. 質問과 그 內容

여기에서 말하는 質問이 任意手段인 점은 다툼이 없다.¹³⁾ 「質問」은 어느
 特定人에게 問語를 發하여 警察官이 갖고 있는 疑心을 解消하거나 警察目的上 必
 要로 하는 것을 了知하는 것을 말한다.

不審者에 대한 職務質問은 行政行爲이지 搜查行爲가 아니므로 被疑者에 대한
 調査 내지 訊問과는 엄격히 區別되어야 하며¹⁴⁾ 그 差異는 目的에 있다. 즉 職
 務質問은 舉殊者등에 대하여 警察目的을 達成하기 위한 一般的質問을 하는 것이
 며 調査(訊問)은 被疑者에 대하여 一定犯罪에 관한 刑事責任을 追及하기 위하
 여 證據資料를 蒐集하는 것을 直接的인 目的으로하여 그 陳述을 듣고자 하는 것
 이다. 따라서 職務質問의 경우에는 刑訴法第200條2項의 陳述拒否權을 告知할 必
 要는 없다.

또한 警察目的上 必要한 質問이므로 대체로 그 內容은 行先地, 出發地, 經由地,
 用件, 出生地, 本籍地, 住所, 職業, 姓名, 年齡, 所持品の 有無와 그 內容, 의심스
 러운점등, 良識있는 通常人이면 當然히 대답할 수 있는 것에 限定된다.¹⁵⁾ 물론
 被質問者는 그 意思에 反하여 答辯을 强要당하지는 않지만(同條3項) 警察官은
 犯罪의 嫌疑가 짙은 者에 대해서는 任意處分の 限界를 벗어나지 않는 範圍內에서
 徹底한 質問과 追窮을 해야 할 것이며 疑心이 解消되면 조속히 質問을 終了하여

11) 申鉉柱, 前掲書, 同面

12) 同旨, 姜求真, 前掲書, 38面

13) 姜求哲, 即時強制로서의 不審檢問에 관한 考察(下), 司法行政, 1982.6.18面

14) 河上和雄, 「職務質問의 實施을 めぐる 若干의 問題」 刑事訴訟의 課題とその 展開, 立花
 書房, 1983, 76面

15) 특히 住民登錄證提示要求는 住民登錄法 第17條의 10參照.

야 한다.¹⁶⁾

4. 職務質問의 適法性

職務質問은 相對方이 明示的이든 默示的이든 그 質問을 拒絶하지 않는다는 土臺위에서 成立된다.

따라서 警察官이 職務質問을 實施함에 있어서는 그 任意性を 充分히 確保하고 있느냐에 따라서 適正한 職務執行과 違法한 人權侵害의 分枝點에 서게된다. 이것이 곧 適法性的 限界이다.

職務質問을 위하여 停止하는 경우의 實力行使의 限界등은 具體的인 경우에 따라서 微妙한 事實關係의 差異가 있기때문에 一般的으로 類型化하는 것은 곤란하고 또 위험하기도 하다. 다만 既存의 判例는 權威있는 法的解釋으로서(주로 日本의 것이지만) 先例임과 동시에 이러한 判例를 통하여 職務質問全體에 대한 適法性的 限界를 엿볼 수 있을 것이다.¹⁷⁾

判例에서는 強制에 이르지 않는 實力行使는 許容됨에 반하여 強制手段의 停止는 許容되지 않는다고 한다.¹⁸⁾ 또한 「夜間에 道路上에서 巡察中인 警察官으로부터 職務質問을 받고 派出所에 任意同行되어 所持品등에 대한 質問을 받던중 틈을보아 逃走한 者를 다시 質問하기 위하여 追跡하여 배후에서 팔을 잡고 停止시킨 行위는 正當한 職務執行의 範圍를 超過한 것이 아니라고 判示하고 있는 바¹⁹⁾ 이는

16) 職務質問은 一種의 技術이므로 實際上 留意해야 할 점이 많다.

그 중 중요한 것은 1. 適法性的 限界에 대한 研究의 徹底 2. 人權尊重의 持續的 考慮 3. 技術의 練磨와 向上 4. 沈着하고도 冷靜한 態度 5. 儼然한 態度 6. 言動에 留意하는 態度 7. 徹底한 質問 8. 銳利한 觀察 9. 不時的 事態에 對備하는 姿勢등이다.

17) 具體的 事案은, 警察法令研究會編, 判例で學ぶ職務質問, 立花書房, 1984, 12面 以下 參照

18) 日札幌高亟地判, 1952.12.15; 名古屋高判 1953.12.7; 東京高判, 1954.5.18

19) 日最高裁, 1954.7.15 第一小法廷 決定, 刑集8卷7號 1137面.

質問을 위한 停止를 任意인 것으로 解釋하면서 自發的協力이 아니더라도 刑訴法上의 逮捕에 이르지 않는 身柄拘束은 任意의 質問을 實効化하는 限度에서는 強制處分은 아니라는 立場이다. 즉 刑訴法上의 逮捕는 強制處分이지만 逮捕에 이르지 않는 自由의 拘束은 適法한 職務質問의 目的下에서 이루어지는 限 適法하다는 것이다.²⁰⁾

團藤教授도 職務質問의 適法性의 限界에 관하여 다음과 같이 밝힌다.

「職務質問을 위해 相對方을 停止시킨다는 것은, 強制力을 加하여 停止시키는 것을 認定하는 趣旨가 아니다. 그러나 停止시킨다는 것을, 단순히 言語에 의해 서만 하여야 한다면 지나치게 좁은 解釋일 것이다. 言語에 의한 경우라도 語調나 態度에 따라서는 許容되지 않는 일도 있을 수 있으며 物理的 方法이더라도 모두 許容되지 않는다는 解釋도 妥當치 못하다. 적어도 注意를 促求하고 또 翻意를 구하기 위하여 단순히 身體에 손을 대는 程度의 일은 強制에 이르지 않는 限 許容된다고 생각된다.²¹⁾

또한 質問을 위하여 相對方을 어느 程度 停止시켜 들수 있는지에 대해서도 個個의 具體的 경우에 따라 決定될 것이지만 停止는 瞬間的인 것은 아니고 質問의 目的을 達成하기 위하여 合理的으로 判斷해서 必要하다고 認定되는 時間동안이라고 할 것이다.

Ⅲ. 職務質問을 위한 自動車의 停止

1. 緒 言

職務質問의 附隨的變型으로서 이루어지는 自動車檢問이란 一般的으로 「犯罪의 豫方 또는 檢舉를 위하여 警察官이 走行中の 車輛을 停止시켜 自動車의 積載物 또는 運轉者 및 同乘者에 대하여 必要한 質問을 하는 것」을 말한다.²²⁾ 最近自

20) 渥美東洋, 刑事訴訟法基本判例靜說, 三嶺書房, 1983. 53面

21) 警察實務研究所, 前掲書, 18面.

動車의 놀랄만한 普及은 一面 犯罪者가 自動車를 利用함으로써 自動車와 關聯된 犯罪가 增加하는 傾向이 있으므로, 이에 따른 豫防·檢擧가 매우 重要하게 된다.

더구나 이러한 犯罪는 進行中의 自動車를 停止시키지 않으면 그 目的을 達成할 수 없다. 그러므로 警察官에 의한 自動車의 停止 즉 自動車檢問은 警察의 職務에 있어서 重要한 機能의 하나이기도 하다. 그러나 無差別的으로 停止시켜 행하는 점에서 보통의 職務質問과 檢問의 目的에 따라서는 그 法的根據를 缺하여 不適法하다거나 直接的 根據規定의 不在로 궁극적으로는 立法的 解決을 보아야 한다는 등의 見解가 提起되고 있다.²³⁾

2. 自動車停止權의 法的根據

走行중인 自動車를 停止시켜서 運轉者나 同乘者에게 質問을 하거나 內部 狀況을 觀察하는 自動車檢問은 그 目的에 따라서 다음 세가지로 들 수 있다. 즉,

- ① 交通法規 違反의 豫防 檢擧를 主目的으로 하는 交通檢問
- ② 不特定の 一般犯罪의 豫防檢擧를 主目的으로 하는 警戒檢問
- ③ 特定の 犯罪가 發生하였을 때 犯人의 檢擧 및 搜查情報의 蒐集을 目的으로 하는 緊急配置活動上의 檢問 등이다.²⁴⁾

警察實務에 있어서도 대체로 交通團束을 主된 目的으로 하는 交通檢問(道路交通法 第41條 및 交通團束處理指針)과 重要犯罪의 豫防檢擧와 重大한 交通違反의 檢擧를 目的으로 하는 自動車檢問 및 緊急配置(犯罪搜查規程 第93條: 1976.12.27 內務部訓令 第490號)의 3種으로 警察活動이 이루어진다고 볼 수 있지만 이들을 綜合하여 對象車輛과의 관계도 考慮하여 크게 (1)當該自動車에 具體的 異常이 確認되는 경우(이를 다시 a. 事전에 犯罪와 關係있음을 알고 있는 緊急配置중의 特定車輛

22) 韓寬珉, 自動車檢問에 대한 研究, 치안(내무부 치안본부 1979.1號) 93面

23) 田宮裕, 搜查의 構造, 1971, 144面

鄭京植, 搜查構造論, 1980, 119面

姜求真, 前掲原論, 175面

24) 越智俊典, “自動車檢問についての 若干の考察” 警察學論集 25.2.53面

藤井一雄, 自動車檢問, 搜查法大系 I 日本評論社, 24面.

檢問 b. 그 자리에서 비로소 異常을 確認하는 경우로 나눌 수 있다)와 (2)當該自動車에 대하여 具體的 異常이 確認되지 않는 경우(a. 無差別停止<交通檢問> b. 一般犯罪에 관련하여 車種이나 運轉者 및 同乘者를 限定할 경우<警戒檢問> c. 特定한 犯罪에 關象있다고 認定되는 車에 限定하는 경우<一般的 緊急配置>) 등으로 分類하여 考察함이 좋겠다. 25)

이러한 分類는 自動車檢問의 態樣에 따라서 法的根據가 다를 수 있다는 點에 그 意義가 있다.

우선 檢問의 類型이 交通檢問인 경우에는 부분적으로는 道路交通法 第41條 所定의 一時停止權의 行使로 볼 수 있지만 警戒檢問 또는 一般的 緊急配置에 있어서는 直接的 根據規定이 存在하지 않으므로 (1) 警察公務員法 第2條1項說 (2)不適法說 (3) 警職法 第3條1項說이 對立된다. 26)

생각컨대 警察公務員法 第2條 1項은 組織法으로서 ‘警察官의 職務’에 관한 一般條項에서 찾는 見解인데 警察公務員法의 全面的改正(1982.12.31. 法條 3606號)으로 그 意義를 喪失하게 되었으며 이에 該當하는 警職法 第2條가 ‘職務의 範圍’에 대하여 規定하고 있는바 이 規定을 直接받아서 同第3條의 職務質問이 限定的으로 이루어지고 있으므로 論議의 實益은 없다.(다만 日本의 警察法 第2條 1項은 여전히 “警察은 個人的 生命, 身體 및 財産의 保護에 任하고, 犯罪의 豫防, 搜查, 被疑者의 逮捕, 交通의 取締 기타 公共의 秩序維持에 當하는 것을 그 任務로” 하고 있으므로 論難의 여지는 있다) 문제는 職務質問의 前段階로서 相對方 或은 第3者에 대하여 어느 程度의 實力的 規制가 가능한가에 있다. 이것은 보통의 停止權行使에도 該當하는 문제인데, 警察官이 自動車의 一時停止를 要求하며

25) 河上和雄, 「自動車檢問と強制採尿」, 刑事訴訟法の課題とその展開, 立花書房, 1983, 127面, 그 外의 分類方法에 대하여는

渥美東洋, 「自動車檢問의 法律構成 について」判例タイムズ 423號 20面

高木俊夫, 「自動車檢問의 問題點」判例 타임즈 284號 114面

山中俊夫, 「職務質問: 自動車檢問·任意同行」Law School, 17卷 14號 參照

26) 各學說의 詳細는 姜求真, 前掲論文, 383-384面 參照.

必要事項을 質問하는 것이 任意搜查로서의 調査라면 當然히 相對方에게 陳述拒否權을 告知하여야 하는 것이지만 그것이 走行의 外觀上 殊常한 點의 有無에 대한 質問이라면 이는 警職法 第3條에 基한 職務質問이라고 할 것이다. 그러므로 이 職務質問을 위하여 無差別로 自動車의 停止를 할 수 있음은, 職務質問을 한다는 目的下에서 一定한 條件(① 自動車의 停止를 要求하는 行爲는 任意的 手段에 限할 것 ② 犯罪를 犯하거나 犯하려고 하는 者가 自動車를 이용하고 있다는 蓋然性이 있을 때 ③ 自動車의 停止를 要求하는 것이 公共의 秩序維持를 위하여 自動車 利用者에 대한 自由를 不得已 制限하지 않고는 다른 手段이 없을 것등) 아래 自動車運轉者는 물론 同乘者도 停止시킬 수 있다고 볼 것이다. 물론 이 停止는 強制에 이르지 않는지만 적어도 走行의 自由를 制約하고 있는 것은 事實이다.

그러므로 職務質問의 前段階로서 無差別로 走行中の 自動車를 停止시킬 수 있는 根據는 實在로는 存在하지 않는다. 그러나 存在하지 않는다는 것이 바로 不適法說의 意味는 아니다. 오히려 現行法上 直接的인 規定은 없지만 단순히 任意手段으로서 許容되는 警察活動이라고 생각된다. 그렇지만 自動車檢問의 경우에만 아무런 根據도 없이 走行中の 自動車를 停止시킬 수 있다는 것은 다소 說得力이 不足하지 않을까 하는 우려도 있다. 그러므로 警察法 第2條의 規定에 정한 職務의 範圍에 該當하는 責務를 實施하기 위한 方法·手段등의 根據 역시 警職法에서 찾아야 할 것이므로 職務質問의 前提로서 停止權을 행사하는 경우, 정도의 차이는 있더라도 自動車의 경우에도 그 法的構成은 같다고 볼 수 있으므로 同第3條 1項에 根據한다고 생각된다. 步行者의 職務質問에 대하여는 그 要件을 法定化하고 있으나 그보다 더 큰 法益侵害를 隨伴할 수 있는 自動車의 停止權 行使에 대하여 궁극적으로는 立法上 解決을 보아야 할 것이다.

美國에 있어서는 自動車檢問이 逮捕와 관련하여 論해지는데, 停止權의 問題는 「不合理한 拘束」(Unreasonable seizure)을 禁하는 修正憲法 第4條 와의 關係에서 論議된다. 즉 拘束을 위한 合理性 즉 相當한 嫌疑(Probable cause: reasonable ground to suspect)가 있을 것이 要求된다.

이와 관련한 두개의 事件 즉 Rios 事件과 Bonanno 事件에서²⁷⁾ 法院은 Bonanno 事件에서는 被疑者の 停止는 逮捕라 할 수 없으므로 相當한 理由가 必要치 않다는 檢察例의 主張을 채택하여 修正憲法 第4條에 違反하지 않는다고 判示하였으나 Rios 事件에서는 이 문제에 正面으로 부딪치는 것을 回避하고 있다.²⁸⁾

이에 대하여 自動車의 停止는 歩行者의 경우와 비교하여 特殊性(身體의 自由制限의 確實性, 停止方法의 硬化可能性)이 있으므로 檢問을 嚴格하게 縮少시키는 方法을 생각하는 경우도 있다. 즉 Donigan과 Fisher는 犯人을 發見할 機會를 만들기 위한 無差別停車를 亂問的 方法이라고 警告하고 그 要件을 限定하고 있다. 첫째, 現場에서 도주한 犯人의 發見을 위한 것 둘째, 交通法規違反 車輛을 追跡하기 위한 것 셋째, 運轉免許證, 車輛積荷狀況을 檢査하기 위한 것 등이다.²⁹⁾ 그러나 自動車檢問을 위하여 走行을 沮止當한 不利益은 實際로는 歩行者의 경우보다 그다지 크지않은 것이 보통일 것이므로 具體적으로는 事案에 따른 綜合的 判斷이 重要하겠지만 一應 身體의 自由制限의 程度는 拘束 또는 逮捕에 이르지 않는 낮은 強度일 것과 犯罪의 重大性 및 檢問의 必要性(檢問에 대한 市民의 支持·要求等)의 要件을 갖춘 合理的疑心(reasonable suspicion), 緊急性·公共性 등이 要求된다.³⁰⁾

27) Rios v. United State, 364 U.S. 253 (1960)

United States V. Bonanno, 180 F Supp. 71 (S.D.N.Y. 1960)

28) Remington, The Law Relating to "On the street Detention, Questioning and Frisking of Suspected Presons and Police Arrest Privileges in General, 51J. Crim L., C. & P.S. 388,390(1960): 田宮裕, 搜查の構造, 131面에서 再引用

29) Donigan & Fisher, Know the Law 238-246(1958), in Inbau & Sowle, Cases and Comments on Criminal Justice 514(1960), 田宮裕, 前掲書, 147面에서 再引用

30) Delaware V. Prouse, 440 U.S. 648 (1979)

詳細는 渥美東洋, 「自動車檢問に憲法上の 限定を付した合衆國最高裁のプロウズ事件の判斷について」判例タイムズ 383, 1979. 參照.

3. 自動車停止權行使에 관한 判例

가. 判例概觀

從來 日本의 判例上 問題가 된 것은 警戒檢問에 관한 大阪地判 昭和 36 年 2 月 28 日³¹⁾ 및 그 控訴審인 大阪高判 昭和 38 年 9 月 6 日³²⁾의 判例 外는 주로 具體的인 交通違反을 犯한 것을 認知하여 停止를 要求한 것과³³⁾ (前述한 (1)-b의 類型) 盜難車를 發見한 巡察車가 停車시킨 경우(類型 (1)-2)의 判例가 있다.³⁴⁾ 警戒檢問에 관한 停止外에는 當然히 警職法 第 3 條 1 項을 根據로, 職務質問을 위한 停止 내지 職務質問의 前提로서의 停止로서 그 適法性을 認定 하고 있다.

學說도 警職法 第 3 條 1 項의 停止 그 自體라고 보는 見解와³⁵⁾ 職務質問의 前提行爲로서의 停止라고 보는 見解의³⁶⁾ 相異가 있을 뿐이다.

그리고 위 (2)-b의 類型에 該當하는 警戒檢問의 判例도 택시 강도가 頻發하기 때문에 警察官이 職務質問을 하려고 택시의 停車를 要求한 行爲에 대하여「그 實質에 있어서 職務質問의 要件을 갖추지 못한 職務質問」으로서 違法이라고 한 第一審에 對하여 第二審은 ① 任意手段인 것 ② 犯罪을 犯한 혹은 犯하려는 者가 自動車利用의 蓋然性이 있는 것 ③ 公共의 安全과 秩序를 위해 不得已한

31) 下刑集 4 卷 1 = 2 號 170 面

32) 高刑集 16 卷 75 號 26 面

33) 赤信號無視의 경우 最決昭 53.9.22 判例時報 903·104 ; 交差點의 徐行義務 위반 東京高判昭 48.4.23 判例 타임즈 297·464 ; 飲酒運轉의 開始, 仙台高秋田支判 昭 46.8.24. 刑裁月報 3·8·1076 ; 交差點의 徐行義務違反, 東京高判 昭 45.11.12 判例 타임즈 261·352 ; 一時 停止義務違反東京高判 昭 34.6.29 高刑集 12·6·653

34) 名古屋高金澤支判 昭 52·6·30 判例時報 878-118

35) 河上和雄, 實務刑事手續法 104 面

渥美東洋, 判例評釋, 判例時報 896, 162

36) 莊子邦雄, 「自動車檢問と公務執行妨害罪の成否」 法律時報 34.6.50

林修三, 時の法令 1030, 55.

것이라는 要件下에 「職務質問의 前提로서 自動車の 停止를 要求하는 것이 許容되고 適法」이라고 判示하고 警職法 第3條1項을 그 根據로 하고 있다.

이처럼 從來의 學說과 判例는 대체로 그 根據規定을 一元的으로 說明하고 있으나 無差別의 自動車停止와 不審自動車の 停止를 法的으로 同一하게 볼 必要性은 없으므로 그 類型別로 달리 把握하는 것이 可能하다. 다음의 最高裁判例는 처음으로 類型 (2)-2 에 該當하는 無差別의 自動車停止에 대한 것으로 그 法的 根據도 從來의 判例와 달리하고 있어 주목된다.

나. 無差別停止에 관한 最高裁判例

-最高裁 第3小法廷 昭和55年9月22日 決定 刑集34卷5號272面.

判例 타임즈 422號 75面 -

(昭和 53年(あ)第1717號 道路交通法違反被告事件)

(事 案)

本件 交通豫防檢問을 實施한 K와 H 두 巡警이 所屬된 宮崎警察署에서는 月2回の 月例會에서 全署員에 대해 交通檢問의 方法에 대하여 (1) 步車道の 區分이 있는 道路에서는 步道上에 서서, 區分없는 道路에서는 道路가에 서서 晝間에는 手信號, 夜間에는 赤色灯을 돌려 停止信號를 할 것 (2) 通行車輛 앞에 뛰어 나가거나 路上에 バリケ이트를 設置하는 등 交通方害를 避할 것 (3) 對象者에 대한 言語는 恭孫하게 不必要한 말은 삼가할 것 (4) 停止時間은 最小限으로 하여 妨害가 되지 않도록 할 것 (5) 停止에 不應하는 車輛이라도 즉시 追跡하지 말고 車輛의 同一性을 確認하고 本部 無線指令室에 보고할 것 (6) (5)의 경우 檢問者의 報告에 의하여 調査하고 盜難車 등의 嫌疑가 있을 때는 巡察車로 事後 追跡하도록 指導하였다.

兩巡警은 이 指導에 따라 飲食店이 많은 宮崎市 北部에서 南部로 향하는 車輛이 많은 南署管內의 橋橋 남쪽에서, 時期的으로 飲酒運轉이 많은 1977. 7. 8 오전 2시 30분경 순찰의 일환으로서 飲酒運轉 등 交通關係違反의 團束을 주목적으로 하는 交通檢問에 從事하였다. 兩巡警은 同一方向으로 5分當 1臺정도로 走行하는 全車輛을 橋橋南쪽의 도로변에 서서 赤色灯을 돌리면서 檢問하고 檢問終了時刻인 同日 午前 5時 15分까지 사이에 25.6대의 車輛에게 停止를 要求하여 本

件 被告人을 包含한 5名을 酒氣運轉으로 檢舉하였다. 被告車輛은 走行의 外觀上은 不審事由를 隨伴하지 않았으나 停止信號에 따라 車를 道路左側端의 K巡警앞에 停車하므로 同巡察은 被告車輛의 運轉席 옆으로 다가서서 窓間을 열게 하고 免許證의 提示를 要求한 바, 酒臭가 나므로 酒氣運轉의 嫌疑로 下車를 要求하였다. 協力的으로 下車한 被告人의 酒臭를 H巡警에게도 確認받아 派出所까지 同行을 要求하여 呼氣檢査를 實施한 바, 呼氣 1ℓ중 0.25mg 이상의 알콜이 檢出되어 이를 被告人에게도 確認시킨후 鑑識카드를 作成하여 被告人의 署名捺印을 받아 起訴되었다.

이에 대하여 被告人 및 그 辯護人은 本件 無差別한 自動車檢問은 法的根據가 없는 違法한 것이며 檢問이 端緒가 되어 蒐集된 證據도 證據能力이 없다고 主張하였다.

이에 대하여 本件 第一審인 宮崎地裁는³⁷⁾ 不審事由가 走行의 外觀上 存在하는 車輛의 停止 質問은 道路交通法의 規定과 警職法에서 許容됨이 明白하지만 走行의 外觀上 明白하지 않은 交通豫防檢問은 직접 明文으로 認定하는 規定이 없음을 是認하면서도 交通安全과 交通秩序의 維持를 위해 豫防交通檢問의 必要性을 否定할 수 없다고 한다. 따라서 日本의 警察法 第2條1項이 交通團束도 警察의 責務이며 交通安全과 交通秩序維持를 그 職責으로 하고 있으므로 同條項이 交通豫防檢問의 法的根據가 된다고 解釋하여 道路交通法上의 酒氣運轉으로 有罪를 認定하였다.

여기에 不服한 被告人 및 辯護人은 本件을 福岡高裁宮崎支部에 抗訴하였으나 同年 9月 12日 一審에서와 거의같은 理由로 棄却하였다.³⁸⁾ 즉 本 警察法 第2條1項에 根據하여 同條項은 交通團束의 一環으로서 當然히 本件과 같은 交通檢問의 實施를 警察官에게 許容하고 있으므로 위 檢問은 任意로 行하여지는 限 檢問을 할 수 있다고 認定하였다.

이에 不服하여 被告人은 上告하였다.

37) 宮崎地判 昭和 53年 3月 17日 判例時報 903號 107面

38) 福岡高宮崎支判 昭和 53.9.12 判例タイムズ 422·78.

〈決定의 要旨〉

本件의 檢問方法은 道路가에 서서 赤色灯을 돌리며 バリケイト는 없이 停止 않는 車는 即刻 追跡하지도 않고 番號를 市警本部에 連絡하여 盜難車인 경우 등은 巡察車로 事後追跡을 하는 任意의 方法에 의하고 있었다.

이에 대하여 日本 最高裁는 다음과 같이 判示하고 그 適法性을 認定하고 있다.

「警察法 2條1項(우리의 改正前 警察公務員法 第2條2項:筆者註)이 『交通의 取締』를 警察의 責務로서 規定하고 있음에 비추어 交通의 安全 및 交通秩序의 維持등에 必要한 警察의 諸活動은 強制力을 隨伴하지 않는 任意手段에 의 한 限, 一般的으로 許容되어야 할 것이지만 그것이 國民의 權利, 自由의 干涉에 이를 虞慮가 있는 事項에 관계되는 경우에는 任意手段에 의하더라도 無制限許容 될 수 없음은 同條 2項 및 警察官職務執行法 1條등의 趣旨에 비추어 분명하다. 그러나 自動車의 運轉者는 公道에서 自動車를 利用하는 것이 許容되는데 따른 當然한 負擔으로서, 合理的으로 必要한 限度에서 行하여지는 交通團束에 協力해야 한다는 점과 기타 現時의 交通違反, 交通事故의 狀況등까지 考慮하면 警察官이 交通團束의 一環으로 交通違反의 豫防·檢擧를 위한 自動車檢問을 實施하고 同所를 通過하는 自動車에 對해서 走行의 外觀上, 不審한 點의 有無에 상관없이 短時間의 停止를 要求하고 運轉者 등에게 必要한 事項을 質問하는 것은 그것이 相對方의 任意의 協力을 求하는 形式으로 行하여지고 自動車利用者의 自由를 不當하게 制約하지 않는 方法과 態樣으로 이루어진다면 適法하다고 解釋할 것이다. 原判決이 是認하는 第一審 判決의 認定事實에 의하면 本件 自動車檢問은 앞서 말한 範圍를 超越하지 않는 方法과 態樣으로 實施되고 있으므로 이것을 適法이라고 한 原判斷은 正當하다.」

〈判例의 檢討〉

本件 決定은 交通豫防檢問을 警察法 第2條를 根據로 一定한 條件下에 肯定하고 있는 最初의 日本最高裁判所의 判斷이다.³⁹⁾

39) 鈴木義男, 「自動車檢問의 適法性」研修, 390, 42面.

渥美東洋, 「自動車檢問의 法律的構成について」判例タイムズ, 423, 15面.

그러나 더욱 正確하게 말한다면 自動車檢問에 대하여 任意手段인 限, 根據規定이 不要함을 나타낸 것으로 볼 수 있다.⁴⁰⁾ 그것은 權限規定으로서 警察法을 揭記한 것이 아니라 目的이 正當함을 表現하기 위한 것으로 보여지므로 警職法을 根據로 하는 自動車檢問과 差異가 없다. 문제는 自動車運轉者의 意思를 어느 程度로 制約하고 停車시키면 任意處分으로서 權限規定을 不必要로 하는 것인지에 대한 것이다.⁴¹⁾

이에 대하여 本件 判例는 任意處分인 限 權限規定을 要하지 않는다는 見解를 밝히고 있는데 그 任意手段으로서의 要件을 세가지로 들고 있다. 즉 (1) 警察法에 의한 警察責務의 範圍內인 自動車檢問일 것 (2) 交通團束을 함에 適當한 場所에서 하는 등, 團束의 必要性 (3) 自動車利用者의 自由를 不當하게 制約않는 任意의 方法·態樣일 것 등인데, 目的의 正當性 및 警察比例의 原則에서 認定되는 團束의 必要性은 當然한 것으로 볼 수 있고, 요는 세번째의 要件이 適法과 違法의 關鍵이 된다. 예컨대 本件·事案과 달리, 物理적으로 走行을 不可能하게 하는 手段에 의하거나 檢問으로 인하여 長時間의 徐行 또는 停車를 하지 않을 수 없는 方法 등이 實施된다면(緊急配置等の 경우는 別途로 생각된다.)⁴²⁾ 交通檢問의 違法性이 論議될 수 있다. 이것은 物理的强制를 使用하지 않더라도 프라이버시의 侵害를 隨伴하면 强制處分이라고 解釋하는 立場과 接近하는 見解이기

40) 日本의 警察法 第2條1項은 警察의 責務를 揭示한 것이며 警察法에 基한 各類型의 自動車檢問도 同法의 目的을 위하여 警職法을 權限規定으로 하여 行해지고 있다고 解釋되고 있다.

41) 이 점은 從來의 學說上 爭點이 되어온 것이다.

河上和雄, 實務刑事訴訟法 107面 參照

42) 미국에서도 證據가 車內에 있다고 믿을만한 相當한 理由(probable cause)가 있는 경우에는 令狀없이 走行中의 自動車를 停止시켜 그 內部를 搜索하는 것을 判例가 認定하고 있다.

Carroll v. United States, 267 U.S. 132(1925); Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 433(1971); Arkansas v. Sanders, 442 U.S. 953(1979).

도 하다.⁴³⁾

그런데 특히 이점을 強調하면 오히려 停止信號를 無視하고 走行한 運轉者가 停車를 한 運轉者보다 得을 보는 結果가 된다. 뿐만 아니라, 走行의 外觀上 不審事由가 없으면 停止를 要求하기 어려운 立場에 있어서는 自動車利用者가 歩行者보다 두터운 프라이버시를 保護하게 되어 均衡을 잃게 된다.

그러므로 그러한 一般的交通檢問의 方法을 취하는 것보다 警職法 第3條 1項을 根據로 어느 程度의 強制를 隨伴하는 自動車檢問을 實施하는 것이 公平할 뿐만 아니라 實効性도 있을 것이다.⁴⁴⁾

本件 決定이 任意手段으로서의 交通檢問을 適法으로 한 實質的 理由가 「公道에서 自動車を 利用하는 것이 許容되는데 따른 當然한 負擔」과 「現時의 交通違反·交通事故의 狀況」의 2가지인데, 특히 前者가 主된 根據가 된다. 이것은 결국 權利있는 곳에 義務있고, 自由있는 곳에 責任있다는 法理의 表現이기도 하다.

IV. 職務質問에 따른 所持品檢査

1. 緒 言

所持品檢査란 職務質問에 따라 (1) 所持品을 外部에서 觀察하고 (2) 所持品の 内部에 대하여 質問하며 (3) 衣服 또는 携帶品の 外部를 가볍게 만져보며 質問

43) 美連邦法院은 自由制限의 程度에 따라서, 刑訴訟法上的 強制處分이 아닌 行政警察上的 措置중 自動車 檢問을 不合理한 逮捕·搜索을 禁止하고 個人的 Privacy를 保護하는 修正憲法 第4條의 觀點에서 보고 있다.

Almeida - Sanchez v. United States, 413 U.S. 266 (1973); United States v. Brignoni - Ponce, 422 U.S. 873 (1975); United States v. Martinez-Fuerte, 428 U.S. 543 (1976)

44) 自動車を 對象으로 하는 職務質問에 있어 1. 不審自動車 發見 2. 停止場所의 選定 3. 停車方法 4. 質問의 要領 5. 逃走防止등 實際問題의 詳細는 警察實務研究會編, 前掲書, 173~186面 參照.

하고 (4) 所持品の 内容에 대하여 檢査한다는 등의 段階的 行爲를 總稱하는 것이다.⁴⁵⁾

警察官이 殊常한 舉動者·被害者·關係있는 第3者를 「停止」시켜 「質問」할 경우, 被質問者의 所持品은 判斷의 有力한 端緒가 되므로 그기에 質問의 焦點이 向하게 된다. 그런데 警職法 第4條4項에서는 職務質問을 할 때에 兇器의 소지 여부를 調査할 수 있다고 規定하므로⁴⁶⁾ 事實上 明文의 規定은 없으나 警察實務에서는 職務質問에 附隨하여 所持品檢査가 行하여지고 있으며 學說·判例도 이를 肯定하고 있다.⁴⁷⁾

職務質問에 따른 所持品檢査의 主된 論點은 (1) 所持品檢査의 許容限界 (2) 所持品檢査의 法的根據⁴⁸⁾ (3) 行政警察과 司法警察과의 關係 (4) 違法한 所持品檢査에 의한 證據物의 證據能力등이 있는데 그 중 가장 問題되고 見解가 나누어지는 것은 被質問者가 警察官의 所持品開示의 要求에 應하지 않을 경우 어느 程度까지 實力을 行使하여 所持品을 檢査할 수 있느냐 하는 點이다.

2. 職務質問과 stop and question, frisk

警察活動에 대한 法的根據 내지 規制로서는 刑事訴訟法과 警察官職務執行法이 基本法的 役割을 하고 있음은 周知하는 바이다. 美國에서는 傳統的이며 不文法으로 生成된 警察權能(Police power)의 觀念이 警察活動의 限界를 劃定하고 있다. 그러므로 警察權能이나 個人의 自由냐라는 形態의 問題로 兩者의 調和에 대한 論究가 이루어지고 있다.⁴⁹⁾

45) 船田三雄, 前掲 捜査法大系, 36面

46) 이 경우에도 犯罪捜査를 위한 證據保全으로서의 身體檢査를 規定한 것이 아니라 警察官 및 被質問者의 生命 身體의 安全의 確保라는 保安警察의 行政目的을 위한 것이므로 그 手段은 目的達成에 必要한 限度에 따라서 다소 융통성 있게 해석할 必要가 있다.

47) 大國仁, 所持品檢査, 刑事訴訟法の爭點 シ リスト增刊, 1979, 57面、

48) 所持品檢査의 法的根據도 自動車檢問과 같이 1. 警察公務員法 第2條(改正前)說 2. 警職法 第3條說 3. 不適法說(兇器所持 여부만의 調査에 制限된다는 見解)등이 對立된다.

49) Sowle(ed.), Police Power and Individual Freedom - The Quest for Balance (1962).

日本에 있어서는 낡은 「行政執行法」과 「行政警察規則」 대신에 1948年7月 12日 法律 第136號로 「警察官職務執行法」을 制定한 바, 그 內容은 많은 點에서 警察權의 行使를 嚴格히 規制하려고 한 것이었으며 그 立案의 過程은 대체로 「行政代執行法」을 中心으로 하는 舊法制를 土臺로 하여 이에 全面的인 修正을 課함과 同時에 外國法 특히 美國法을 參照하여 成立된 것으로 생각된다.⁵⁰⁾

우리 警職法은 그 課程을 상세히 밝히지는 못하지만 이들 日本의 警職法(그후 1954年의 警察法改正의 影響으로 提出된 1958年의 警職法改正案을 包含하여)과 統一逮捕法 및 뉴욕州의 「停止 및 所持品檢査의 規定」등을 參考로 하여 成立되었다고 본다.

英美의 彈劾主義的 搜查構造에의 變化의 要求가 美國에서 1920年代 비롯되어 특히 50年代에 이르러 明確해져, 그 結果 搜查機關의 近代化가 顯著히 擡頭되었다. 1922年 Roscoe Pound의 「Creaveland」를 中心으로 한 犯罪와 都市化에 관한 調查研究〔Criminal Justice in Creaveland〕가 新犯罪對策의 必要性을 示唆함과 더불어 당시 특히 문제되던 「禁酒法」과 관련, 刑事法全般에 관하여 George W. Wickersham을 포함한 11人의 委員에 의해 全國的規模의 調查研究가 이루어져⁵¹⁾ 그 報告書에서 警察權行使의 「無法함」(lawlessness)을 暴露하였다. 이 報告書의 衝擊을 막고 事態의 改善에 努力한 連邦大法院對 警察의 緊張된 關係는 상당기간 계속되었다.⁵²⁾ 이와같이 1930年代의 美國刑事司法에 있어서는 Wickersham 報告書가 巨大한 影響을 준 時期였지만 그 指摘한 「警察의 無法」(lawless police)에 대한 冷靜한 研究도 이루어 졌다. 대체로 그러한 研究들에서 發見되는 것이 Common Law의 形態로 發展해 온 法制와 專問化하여 近代

50) 특히 1942年의 統一逮捕法(Uniform Arrest Act)이 立案資料로서 다루어졌음이 國會에서의 法案審議時에 밝혀졌다. 「第2國會制定法 審議要錄」 431面

51) National Commission on Law Observance and Enforcement, Report No.11 on "Lawlessness in Law Enforcement"(1931)

52) 예컨대 Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278(1936)

그 후 30년이 지난 Miranda v. Arizona, 384 U.S.436(1966) 判例에 이르러 最高潮에 달한 바 그것은 Wicker sham 報告書의 長期的 影響으로 볼 수 있다.

화된 警察實務의 要求에서 나타나는 間隙이었다.⁵³⁾ 이를 위한 努力으로 登場한 것이 S. Warner의 民間草案인 統一逮捕法(Uniform Arrest Act)이다.⁵⁴⁾

同法の 規定중 職務質問과 所持品檢査에 관련된 것의 대강을 살펴보면, 統一逮捕法 第2條는 「警察官은 무엇인가 犯罪을 犯하였거나 犯하고 있으며 또는 犯하려 하고 있다고 疑心하기에 충분한 合理的理由가 있는 者를 停止시켜 그 姓名, 住所, 屋外에서의 用件 및 行先地의 說明을 要求할 수 있다.」고 規定하는데 이는 警職法の 規定과 類似하다. 다만 警職法은 對象者의 範圍가 被害者 目擊者등 第3者에게도 미칠뿐만 아니라 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 强要당하지 않는다는 第3項을 두고 있다. 이것은 職務質問의 任意處分性을 規定한 것으로 統一逮捕法과는 그 趣旨를 달리한다. 즉 統一逮捕法은 1930年代에 있어서 警察의 搜查慣行에 대하여 合理的인 範圍의 成文化를 試圖한 것이다. 그러므로 「停止시켜 質問하는」(Stop and question) 權限을 創設함으로써 Common Law상의 制約을 緩和하고 警察官의 職務權限을 擴大하게 되었다.⁵⁵⁾ 물론 Common Law에서도 이 權限은 인정되었지만 그것은 夜間에 限定되었으며 統一逮捕法에서는 이 限界를 벗어나서 對象者를 最高 2時間까지 抑留(detain)하는 것을 認定하였다.⁵⁶⁾

또 同法 第3條는 停止 또는 抑留한 者에 대한 「危險한 武器」(dangerous weapon)의 搜索을 認定하고 있다. 搜索(search)이라고는 하지만 立案者는 이것은 소위 frisk로서 衣服위로 손을 接觸하여 武器携帶 有無를 確認하는 行爲라고 한다. 또 그 目的은 警察官의 身體의 安全을 保障하기 위한 것이며 그 手

53) Jerome Hall, The Law of Arrest in Relation to Contemporary Social Problems, U. Chicago Law Review Vol.3 (1936) p.345

54) S. Warner, The Uniform Arrest Act, Virginia Law Review, Vol 28, (1942) p.315

55) 이와 類似한 權限은 Common Law에서도 볼 수 있으나 夜間에 限定되어 있다.

56) 이 抑留는 一種의 身柄拘束인 強制處分이지만 立案者는 「抑留」는 「逮捕」가 아니라고 하고 있다.

段이 輕微하므로 違憲의 염려는 없다고 한다. 그리고 그 結果 武器를 發見한 경우는 質問이 終了할 때까지 이를 빼앗아 保管할 수가 있다.

이러한 統一逮捕法의 規定에 비하여 警職法은 強制處分으로 되어있지 않다는 點에서 警察官에게 附與한 權限은 그보다 縮小되어 있다.

그 후 民間草案인 「統一逮捕法」을 原型으로 하여 뉴욕州의 Stop and frisk 規定이 登場하였다.⁵⁷⁾ 이 規定은 連邦憲法上의 人權條項을 根據로 하여 警察權能을 縮小시키려는 소위 司法部에 의한 警察의 規制(Policing the police)에 관한 連邦大法院의 判例-예컨대 個人的 自由保障을 위한 證據排除의 「救濟方法」에 관한 Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643(1961)과 Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478(1964) 등-에 대하여 警察의 손을 結縛하지 말라(Don't hand cuff police)는 反揆的 衝動에서 나온 것이었다.⁵⁸⁾ 그런데 이 Stop and frisk 規定은 우리 警職法 第3條와 部分的으로 共通한다. 즉

(1) 警察官은 屋外의 公共의 場所에서 合理的으로 判斷하여 重罪에 該當하는 罪 또는 刑事訴訟法 第552條에⁵⁹⁾ 揭記한 罪 중의 하나를 犯한 者 또는 犯하고 있거나, 犯하려 하고 있다고 의심되는 者를 停止시켜 그 姓名·住所 및 舉動에 관한 說明을 要求할 수 있다.

(2) 警察官이 前項의 規定에 의해서 質問을 위해 사람을 停止시킨 경우에는 合理的으로 判斷해서 自己의 生命·身體에 危險이 있다고 의심될 때는 그 者에 대하여 兇器의 搜索을 할 수 있다. 警察官이 兇器 또는 刑法에 의하여 所持를 禁하고 있는 物件을 發見한 때는 이것을 奪取하여 質問이 終了될 때까지 保管할

57) 1. New York Code of Criminal Procedure 180-a(1964)

2. Stop and frisk에 관한 文獻은 田宮裕, 前掲(搜查の構造) 77面, 松屋浩也, 刑事訴訟の原理, 東京大學出版會, 1979, 150面 參照

58) 犯罪率의 一般的上昇外에 Kennedy大統領 暗殺(1963) Detroit地區暴動(1967) King牧師暗殺(1968) Kennedy上院議員暗殺(1968) 등 많은 治安動搖가 以後에도 繼續衝擊을 주고 있다.

59) 保釋의 制限에 관한 規定으로 重罪一般과 拳銃不法所持, 侵入用具所持, 逃走 등의 犯罪가 列擧되어 있다.

수 있다. 質問을 終了한 때에는 適法하게 所持可能한 物件이면 이를 返還하여야 한다. 단 그 者を 逮捕하는 경우는 그렇지 아니하다고 規定하였으며, 그 후 1970년에 全面改正된 후 1971年9月1日以後 施行되고 있는 뉴욕 新刑事訴訟法은 stop and frisk에 관한 舊180 a를 新140.50條로 옮겼으나 實質的인 內容에는 큰 差異가 없다. 즉 第1項의 「屋外の 公共場所」에 「그 警察官의 職務區域內的」라는 制限이 加해지고 또 「重罪…」가 「刑法이 定하는 重罪 또는 A級輕罪」로⁶⁰⁾ 改定되었다. 또한 第1項의 冒頭에 「令狀에 의하지 않는 逮捕에 대하여 本條가 定하는 權限외에」라는 字句가 追加되었으며 第2項에는 舊規定에서 「生命身體의 危險」(danger of life or limb)라고 하던 것이 「身體傷害의 危險」(physical injury)로 바뀌고 특히 「兇器」(dangerous weapon)라던 것이 「致死力이 있는 兇器, 또는 重大한 身體傷害를 容易하게 惹起할 수 있는 道具, 器物 혹은 物質로서 一般市民이 보통 公共의 場所에 携帶하지 않는 種類의 것」(a deadly weapon or any instrument, article or substance readily capable of causing serious physical injury and of a sort not ordinarily carried in public places by law-abiding persons)으로 改正되었다. 警察權發動의 限界가 자주 論議되는 터에 마지막 부분은 그 對象範圍를 相當히 擴大한 것이며 違憲問題를 提起할 可能性도 있을 것이다.

이러한 뉴욕州의 改正法도 突然히 나타난 것이 아니라, 그 原型은 Uniform Arrest Act에 基因한다.

統一逮捕法이 提起한 問題 중 憲法과의 關係에서 가장 심각한 論議는 「合理的 疑感」(reasonable ground to suspect, reasonable suspicion)에 의하여 사람을 停止시켜 事實糾明을 위하여 二時間을 限度로 拘束하는 것과 兇器所持의 嫌疑가 있을 때, 그 搜索을 行하는 것(search for a dangerous weapon)을 許容하려고 한 點이었다. 修正憲法 第4條는 「不合理한 押收(人身拘束을 包含)·搜索」(unreasonable search and seizure)을 禁止함과 동시에 令狀發付의 前提로서 「相當한 理由」(probable cause)를 要求하고 있다. 「合理的 疑感」이란

60) 이것은 1967年の 刑法典改正에 隨伴된 것이다.

表現은 이 憲法規定보다 緩和된 要件에 의하여 強制處分을 認定하게 되는 것이므로 違憲의 問題가 隨伴된다. 그러므로 違憲의 問題가 隨伴된다. 그러므로 統一逮捕法以後 그 修正의 시도는 주로 이러한 憲法問題의 解決을 위한 努力이었다. 그 중 가장 組織的인 活動은 ALI(American Law Institute)이다. 1966年 역시 民間草案인 「ALI 模範搜查手續法典試案1」은 職務質問에 의한 停止時間의 最大限을 20分에 限定하고 被停止者에 대한 兇器搜索을 適法으로 認定하는 등 制限된 형태로나마 統一逮捕法の 趣旨가 繼承되고 있다.⁶¹⁾

ALI는 起訴前節次의 全般을 對象으로 하는 模範法案의 選定에 주력하여 그 후 1969年(第2試案:逮捕~保釋), 1971年(第3試案 押收·搜索) 1972年(第4試案;豫備審問, 起訴, 有罪答辯)등 계속하여 試案을 公布하고 1972年부터 確定案(Official Draft)을 나타내고 있다.⁶²⁾ 確定案에서는 犯罪의 種類를 生命·身體 또는 財産을 害하는 罪에 限定하고 停止時間의 制限(20分以內)과 被停止者에 대한 質問前의 默秘權 및 20分의 時間制限 辯護人의 助力을 받을 權利에 관한 告知에 대한 詳細한 規定을 두어 強制處分的 性格을 되도록 削減하고 人身의 自由와의 調和를 피하고 있다.

단순한 統一逮捕法の 承繼는 아니지만 法과 現實과의 一致, 人權과 秩序와의 調和를 達成하려고 努力하고 있으며 특히 確定案은 連邦大法院의 判例의 發展과⁶³⁾ 그 후 各州의 立法狀況을 根據로 立案되고 있으므로 그 影響力은 統一逮捕法을 凌駕할 것으로 생각된다.

61) 搜查關係者の 期待下에 草案이 公表된지 1個月도 채 못되어 連邦大法院은 *Miranda* 判決(*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966)을 宣告하고 同草案의 基本的 思考에 대해 一擊을 加하였다.

62) A.L.I., *A Model Code of Pre-Arrest Procedure* (Official Draft No.1, 1972)

63) 예컨대 *Terry v. Ohio*, 392 U.S.1(1968); *Sibron v. New York*, 392 U.S.40(1968) *Adams v. Williams*, 407 U.S.147(1972) 등 參照.

3. 學說·判例의 展開

日本에서는 1958年 10月의 警職法改正案에서⁶⁴⁾ 소위 舉動이 殊常한 者가 兇器 其他의 危險物을 所持하고 있다고 의심될 경우에는 所持品檢査를 할 수 있다는 뜻을 明文化하려고 하였으나 결국 廢案이 되어 그 明文化가 容易하지 않았다.⁶⁵⁾ 그 후 1968年以來 學生을 중심으로 한 過激한 集團暴力事犯과 暴發物使用犯에 對處하기 위하여 職務質問과 그에 따른 所持品檢査가 活用되었다. 특히 博多驛事件을 契機로 하여 職務質問에 따른 所持品檢査의 正當性의 問題가 더욱 腐刻되었다.

가. 所持品の 提示(開示)를 要求하는 경우

職務質問에 따른 所持品の 提示 또는 開示를 要求하여 相對方이 承諾한 경우 그 所持品을 檢査하는 것에 대한 博多驛事件의 付審判請求에 대하여 「明文의 根據가 없는 限 設使 相對方의 承認을 前提로 한 것이라도 所持品の 提示를 要求하는 것은 職務質問의 範圍에 包含되지 않는다.」고 判示⁶⁶⁾ 하였으나 그 抗告審에서는 「相對方의 承諾을 期待하며 所持品の 提示를 要求하는 行爲는 職務質問의 範圍에 包含되는 것이며, 相對方이 그 要求에 應하여 任意提示한 所持品을 檢査하는 것은 通常 職務質問에 隨伴되는 行爲로 許容될 수 있다.」는 趣旨

64) 그 이전에는 舊犯罪搜查規範(和和32年 9月 1日 施行의 國家公安委員會 規則 2號에 의한 新犯罪搜查規範의 制定으로 廢止)에 의하여 所持品檢査가 이루어졌다. 이 時期의 關聯判例는 最高裁決 昭 29.7.15(刑集 8卷 7號 1137面), 同昭 29.12.27(刑集 8卷 13號 2435面), 最高裁判 昭 30.7.19(刑集 9卷 9號 1908面) 등이 있다.

65) 現行 日本의 警職法 第 2條 ④項은 「警察官은 刑事訴訟에 관한 法律에 의해 逮捕되어 있는 者에 대해서는 그 身體에 대하여 兇器의 所持 여부를 調査할 수 있다.」고 規定할 뿐이다.

66) 1968年 1月 美 Enterprise 號 寄港의 저지鬭爭에 따른 事件: 日 福岡地決 昭 45.8.25. 刑裁月報 2卷 8號 881面(判例時報 605號 26面).

의 見解를 보여준다.⁶⁷⁾ 이 判例는 前記 最高裁判決 決定과⁶⁸⁾ 同旨로서 任意의 提示 또는 開示를 위하여 停止를 續行하여 提示(開示)를 再次 要求하는 등 어느 程度의 心理的影響力의 行使와 間接的인 有形力行使가 許容되는 경우가 있음을 示唆하고 있는 것을 볼 수 있다. 그 後에도 같은 趣旨의 判例는 繼續되고 있으며⁶⁹⁾ 특히 洋服上衣 윗주머니의 手帖을 뽑아 內부를 點檢한 警察官의 行爲에 대하여 相對方의 默示的 承認이 있음을 理由로 이를 認定하고⁷⁰⁾ 또 「相對方의 任意에 基한 所持品의 提示와 相對方의 明示 또는 默示의 承認에 의한 所持品 檢査는 許容된다.」고⁷¹⁾하여 相對方이 消極的으로 應하여 眼藥과 休紙를 꺼내어 警察官에게 提示한 것을 是認하고 그 上告審에서도 이를 받아들이고 있다.⁷²⁾

이와같이 判例는 相對方의 承諾에 基礎한 所持品檢査를 認定하고 있으나 具體的 事案에 따라서는 默示的 承認의 認定이 微妙하게 作用할 수 있을 것이다.

學說의 見解도 「所持品에 대한 質問은 警職法所定의 質問의 一事項으로 許容되지만 內容物提示의 要求는 그러한 質問에 當然히 包含되는 것은 아니다.」는 立場도 있으나⁷³⁾ 대체적으로는 判例의 立場을 肯定하고 있다.⁷⁴⁾

67) 日福岡高決 昭 45.11.25, 高刑集 23 卷 4 號 806 面(判例時報 615 號 3 面), 同判例에서도 強制的인 所持品檢査는 相對方에게 義務없는 일을 受忍케 하는 것임으로 警察官에게 職權濫用罪의 成立을 認定하고 있다.

68) 註 64) 參照

69) 日福岡高判, 昭 50.6.25, 刑裁月報 7 卷 6 號 660 面(判例時報 802 號 119 面)
東京高判, 昭 47.11.30, 高刑集 25 卷 6 號 882 面(判例時報 690 號 32 面)

70) 日大阪地判 昭 47.12.26, 判例タイムズ 306 號, 300 面, 覺せい劑所持事件

71) 日大阪高判, 昭 51.4.27, 判例時報 823 號 106 面, (判例タイムズ 340 號 318 面), 本事案에서는 所持品 檢査를 許容할 特別한 事情은 否認되고 있다.

72) 日最高裁 昭和 53.9.7 第 1 小法廷判決, 刑集 32 卷 6 號 1672 面(判例 타임즈 369 號 125 面)

73) 平場安治, 刑事訴訟法の基本問題, 1970, 188 面

74) 田宮裕, 刑事訴訟法(I), 1975, 110 面

松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 1979, 41 面.

나. 相對方의 承諾없는 外部接觸의 경우

職務質問을 隨行함에 있어서 被質問者의 承諾을 得하지 않고 衣服이나 가방 등의 外部에 接觸하는 行爲에 대하여 「兇器所持의 의심이 濃厚한 경우에는 異常한 部位에 대한 外部的接觸의 程度는 職務質問의 한 形態로서 許容된다.」고 하고 있으며⁷⁵⁾ 특히 厚木事件에 대하여 警職法에 의한 職務質問에 附隨되는 行爲로서 許容된다고 判示하였다.⁷⁶⁾ 그 외에도 兇器 또는 暴發物에 관하여는 물론 覺醒劑所持의 의심이 있는 경우에도 一般的으로 그 接觸行爲를 認定하고 있다.⁷⁷⁾

이러한 類型에 따른 所持品檢査의 許容限界性은 다소 privacy 侵害의 問題가 發生할 수 있으므로 그 客體의 性質과 外觀上 異常의 有無에 따라 그 判斷을 慎重히 할 것이 要求된다.

學說에 따라서는 「質問에 當然히 隨伴되는 行爲라고는 도저히 말할 수 없다.」(小田中聰樹)는 見解도 있지만 「社會通念上 質問에 隨伴하는 行爲」, 「衣服이나 携帶品의 外表에 가볍게 接觸하여 異常의 有無를 確認하는 것까지는 職務質問에 附隨하는 行爲로서 適法하다.」고 하여 所持를 의심하는 物件의 性質에 관계없이 廣範圍하게 認定하는 見解와 더불어 「衣服의 外部에서 接觸하는 行爲가 一定 許容된다는 說을 그대로 받아들이는 것은 너무 애매하여 躊躇하게 되지만 一定한 狀況下에서 兇器를 搜檢하는 것은 合理的이며 必要한 경우가 있다.」고도 한다.⁷⁸⁾

이와같이, 대체로 任意手段임을 前提로(어느 程度의 實力行使를 包含한다.) 警職法의 要件下에 그 接觸行爲를 許容하고 있다.

75) 日高松高判, 昭40.7.19 下刑集7卷7號, 1348面, 前記註66)와 67)도 同旨, 그러나 註67)은 그 對象을 兇器에 限定하지 않는 것으로 볼 수 있다.

76) 美軍厚木基地爆破計劃事件: 日橫濱地判, 昭46.4.30, 刑裁月報3卷4號, 594面(判例時報636號97面); 日東京高判, 昭47.11.30, 高刑集25卷6號, 882面(判例時報690號32面)

77) ① 前記註70), 71), 72) 및 64) 參照

② 日東京高判 昭56.9.29 判例タイムズ455號155面(清水市内における覺せい劑取締法違反事件)

78) 田宮裕, 前掲構造, 114面.

다. 相對方의 承諾없는 內容物 開示行爲

職務質問時에 相對方의 承諾없이 가방등을 開披하는 行爲에 대해서는 前述한 厚木事件에서 第一審은 「開披行爲는 強制搜查에 該當하며 職務質問의 範圍를 超過하였으므로 附隨行爲로서도 許容될 수 없다.」는 趣旨의 判斷을 하고 있으나 그 抗訴審에서는 「容疑事實의 重大性和 危險性 實力行使의 態도와 程度, 이로써 侵害될 法益과 保護하여야 할 利益과의 權衡등으로 보아, 法秩序 全體의 精神에 反하지 않는, 社會的으로도 妥當성이 肯定되는 行爲로서 許容된다.」고 하였다. 물론 質問者 및 그 周邊의 安全을 위하여, 兇器所持의 蓋然성이 높은 경우에는 兇器에 限하여 被質問者의 身體를 搜檢하는 것은 停止·質問을 實効性있게 하기 위하여 警職法의 職務質問에 隨伴되는 것으로 許容하는 것은 說得力이 있지만⁷⁹⁾ 判示는 너무나 抽象的·一般的인 根據를 提示하고 있다.

사람의 生命·身體를 侵害할 犯罪가 行하여질 高度의 蓋然성이 認定되는 경우 犯罪가 開始될 때까지 傍觀하고 있어야 하는 것은 不合理하고 本件과 같은 具體의事情下에서는 가방의 開示 및 檢査行爲가 正當化되는 것은 當然하지만 그 濫用의 念慮를 最少化하기 위한 基準의 設定은 未洽하다.⁸⁰⁾

그 후, 米子事件에서는 「所持品檢査는 口頭에 의한 質問과 密接하게 關聯되며 그 效果를 높이는데 必要性, 有効성이 認定되는 行爲이므로 同條項에 의한 職務質問에 附隨해서 이를 行할 수 있는 경우가 있다.」고 하고 「所持品檢査는 任意手段인 職務質問의 附隨行爲로서 許容되므로 所持人의 承諾을 얻어 그 限度에서 이를 行함이 原則이다.」 그러나 「職務質問 내지 所持品檢査는 犯罪의 豫防 鎮壓을 目的으로 하는 行政警察上의 作用이며 流動하는 諸般警察事務에 대응하여 迅速·適正하게 이를 處理해야 할 行政警察의 責務에 비추어 볼 때, 所持人의 承諾이 없는 限, 一切 所持品檢査를 許容하지 않는다는 것은 相當하지 않으며 搜索에 이르지 않을 程度의 行爲는 強制가 아닌 限, 所持品檢査에도 認定되어야 할 것이다.」고 하며 그것은 「所指品檢査의 必要性, 緊急性, 이로 因하여 被害보는

79) 田宮裕, 前掲構造, 114面

80) 椎橋隆幸, 職務質問に伴う所持品檢査(1), (渥美東洋編, 前掲書所收), 63面.

個人的 法益과 保護받아야 할 公共의 利益과의 權衡등을 考慮하여 具體的 狀況 下에서 相當하다고 認定되는 限度에서만 許容되는 것으로 解釋할 수 있다.」고 하여 職務質問에 따른 所持品檢査에 대한 最高裁의 一般的 判斷을 처음으로 表明 하고 있다.⁸¹⁾

생각컨데 所持品檢査가 문제되는 경우의 대부분은 實地로 任意的인 경우가 아 니다. 그러므로 任意를 前提로 한 所持品檢査를 認定하는 見解의 大部分은 어느 程度의 實力行使를 認定하고 있다. 그러나 자칫하면 實力의 行使를 認定하면서 任意라고 하는 理論構成은, 本來 許容되지 않는 處分마저도 承諾이 있으므로 任 意로서 許容된다고 할 念慮가 있으므로 그 妥當性を 缺한다. 따라서 不審事由가 있고 停止·質問이 許容되며, 犯罪와 所持品の 關係가 濃厚하다고 判明될 경우, 그것을 放置하면 犯人의 摘發·逮捕가 不可能 또는 顯著히 곤란해 질 경우에는 相對方의 承諾이 없어도 質問의 實効化에 必要하고도 有効한 所持品檢査는 率直 하게 認定하되 一定한 明確한 基準을 設定하여 그 限度內에서 許容되어야 할 것 이다.⁸²⁾ 本 判例는 그 基準으로서 (1) 搜查에 이르지 않는 程度의 行爲 (2) 強 制에 의하지 않는 限 (3) 檢査의 必要性 緊急性 (4) 個人的 法益과 公共의 利益 과의 權衡 (5) 具體的狀況에서의 相當한 程度 등을 提示하고 있다.

그러나 所持品檢査의 限界는 具體的事案에 따라 定해질 수 있는 것이지 一義 的으로 定해지기 어려움에 그 解釋의 困難이 있다. 從來의 判例중에 本判例가 最高裁로서 상당히 具體的이고도 明確한 基準을 보여주고 있다는 점에서 주목되 는 判例이다.⁸³⁾

81) 日最高裁 昭和 53.6.20, 第3小法廷 判決, 刑集 32 卷4號 670面(判例タイムズ 366 號 152 面)

82) 渥美東洋, 前掲 判例タイムズ 374 號 19 面

83) 本 判例에 관한 論評은 다음 參照

- ① 判旨에 贊同하는 見解(河上和雄, 「職務質問と 所持品檢査の限界」研修 325 號61 面; 本江威意, 「職務質問における所持品檢査の限界」研修, 348 號 73 面; 木藤繁 夫, 「職務質問に伴う所持品檢査の限界」法律のひろば 31 卷 9 號
- ② 批判的見解(三井誠, 「所持品檢査の限界と違法收集證據の排除」ジュリスト 679 號 45 面; 岡部泰昌, 「所持品檢査の適法性」ジュリスト 679 號 37 面; 山中俊夫 「職務質問と所持品檢査の限界」判例評論 241 號(判例時報 913 號) 37 面.

V. 職務質問의 實施에 따른 2 問題

1. 警察官임의 證明

警察官이 職務質問을 함에 있어 警察官임을 被質問者에게 分明히 할 必要가 있는가, 또한 그것을 밝힐 경우에 職名, 階級, 姓名까지 밝히고 나아가서 警察官임을 證明하기 위하여 公務員證을 提示하여야 하는가가 實務上 問題될 수 있다.

一應 職務質問을 實施함에 있어서는 當然히 相對方에게 警察官임을 밝혀야 할 것이다. 즉 警職法 第3條에서 警察官에게 職務質問의 權能을 認定하고 있으므로 警察官임을 分明히 하지 않은 者에 대해서는 被質問者가 하등 그 相對方이 될 必要가 없을 것이며 法律上 및 事實上의 義務를 負擔하지 않는다고 할 것이다. 그러므로 警察官이 警職法에 의한 職務質問으로서의 法的效果를 認定받기 위해서는 적어도 警察官임을 밝히고 경우에 따라서는 警察官手帖이나 公務員證을 提示함으로써 警察官임을 분명히 할 必要가 있을 것이다. 그리고 이 경우 警察官이 職名·階級·姓名까지 분명히 할 必要가 있을 것인가? 이에 대해서는 警察公務員服務規程 등에서 內部規則으로서 規定할 수 있는 性質의 것이지만 그러한 規定의 有無에 不拘하고 解釋上의 문제가 提起될 수 있을 것이다. 이하에서 이와 관련된 日本의 判例를 살펴봄으로서 所論에 接近하고자 한다.

〈事實의 概要〉

外勤警察官 2名이 深夜 巡察중 盜難車로 의심되는 不審한 自轉車를 發見하고 그중 一人은 自轉車防犯登錄番號에 의해 所有名義人の 確認을 위하여 派出所로 돌아오고 一人이 그것을 감시하던 중, 근처에서 나타난 者가 自轉車를 가지고 가려하므로 그 者에 대하여 「이 自轉車가 당신 것입니까?」하고 職務質問을 繼續중 被質問者로부터 暴行을 당한 事案으로서 公務執行妨害罪에 의하여 保護받을 수 있으나 여부가 문제된 것이다.

이에 대하여 辯護人は「警察官은 (日本) 警視廳警察職員服務規定上 相對方에게서 身分의 表示를 要求받으면 官職·姓名등을 開示하여야 함에도 同警察官은 이를 밝히지 않았으므로 同警察官의 職務質問은 公務執行妨害罪에 의하여 保護될 公務에 該當하지 않는 違法·不當한 行爲」라고 主張하였다.

〈東京高裁의 判示要旨〉

「同 警察官은 被告人에게도 정말 警察官인지 이름을 밝히라고 要求받고 着用한 防寒코우트의 단추를 풀러 制服을 보인 다음 다시 警察手帖을 꺼내보이고 身分을 分明히 한 것을 인정할 수 있다. 所論이 말하는 ○○規程에는 “職員은” (省略)라고 規定하고 있지만 이는 内部的 規律維持를 위한 것이며 그 違反은 警察官의 職務執行行爲의 効力에 影響을 미치는 것이 아님이 明白하며 警察官이 職務質問을 함에 있어서는 自身이 警察官임을 明確히 함으로써 족하고 그 以上으로 職名·姓名까지 밝힐 必要는 없다고 解釋할 것이다.」고 判示하여⁸⁴⁾ 辯護人의 主張을 排斥하였다.

위 判例에서 밝힌바와 같이 警察官임을 相對方에게 明確히 할 必要는 있지만 制服을 着用하는 限 특히 公務員證까지 提示할 必要는 없을 것이다.⁸⁵⁾ 그러나 私服勤務인 경우는 不得已 身分證明書의 提示가 必要할 것이다. 물론 身分을 밝히기 前 被質問者가 逃走하는 경우나⁸⁶⁾ 혹은 加害를 해 올 경우등과 같이 不得已한 때에는 결국 周圍의 事情을 合理的으로 判斷해서 決定할 것이지만 私服인 경우에는 最少限 口頭로 警察官임을 分明히 할 必要가 있을 것이다.⁸⁷⁾

2. 職務質問과 航空機搭乘

最近 民間航空의 急速한 發達과 함께 航空機는 大衆交通手段으로서 機能을 隨行해 나

84) 日東京高判 昭 55.9.4 判例時報 1007 號 126 面

85) 이에 관한 判例로서 日廣島判 昭 51.4.1 高刑集 29 卷 2 號 240 面

86) 日神戶簡判, 昭 50.3.27 警察法令研究會編, 判例職務質問 21

87) 警職法上的 職務質問과 刑訴法上的 調査를 制服活動과 私服活動으로 把握하는 見解도 있다. 金子仁洋, 「第一線警察活動としての任意同行」警察學論集 25 卷, 1, 2 號.

가고 있다. 그와 더불어 人間の 活動範圍가 넓어지고, 國內는 물론 國際的 交流의 增大를 이룩하고 있지만 航空機와 關聯한 犯罪로 인한 安全의 威脅도 高潮되어 가고 있다.

航空機運航의 安全을 威脅하는 犯罪는 대체로 (1) 逃亡하는 政治避難民 (2) 輸送의 目的 (3) 精神異常者 (4) 政治集團 (5) 逃亡者 (6) 脅迫喝取의 目的 등 動機에서 비롯되어 (1977 年末 現在의 航空機犯罪 總發生件數 216 件 중 目的別로 살펴보면 亡命 : 90 件 <41.7 % >, 犯罪 : 35 件 <16.2 % >, 報復 : 58 件 <26.9 % > 突發 : 25 件 <11.6 % >, 不明 : 8 件 <3.7 % > 등이다.) 주로 搭乘時 兇器를 携帶하여 離陸 後 乘務員과 乘客을 威脅하여 空中拉致의 方法을 취하여 目的을 貫徹시키고자 하는 것이다.⁸⁸⁾

航空機犯罪는 大量虐殺의 危險은 물론 막대한 財産의 被害를 招來하므로 이의 防止를 위한 國際的 努力이 이루어지고 있다.⁸⁹⁾ 그에 따라 國內法에서도 特別法을 制定하여 民航의 安全을 위한 努力을 기울이고 있으나⁹⁰⁾ 무엇보다도 事前豫防對策이 특히 重要하게 考慮되어야 할 分野가 航空機犯罪對策이라고 볼 수 있다.

그러므로 一般社會生活에 있어서의 實行에 의하여 볼 때 飛行機에 搭乘하는 者에 대하여 開披點檢에 의한 手荷物의 檢査, 비록 衣服위로 하지만 接觸, 金屬探知機에 의한 徹底한 所持品檢査가 이루어진다. 이 경우 普通 搭乘하는 者의 同

88) KK World Photo Press, 世界の特殊部隊, Wild Mook 9, 150 面

그 攻撃方法別 分類는 다음과 같다. 즉 총발생건수 216 件 중 1. 空中爆破 : 9 件 (4.2 %) 2. 同未遂 : 6 件 (2.8 %) 3. 搭乘奪取 : 163 件 (75.5 %) 4. 同未遂 : 23 件 (10.6 %) 5. 地上襲擊 : 5 件 (2.3 %) 6. 奪取후 爆破 : 7 件 (3.2 %) 7. 격추, 連行, 砲擊 등 各 1 件 (各 0.5 %) 등이다.

89) Convention on offences and Certain other acts Committed on Board Aircraft, (東京 1963.9)

Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (헤이그, 1970.12)

Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation (몬트리얼, 1970)

90) 航空機運航安全法 (1974. 12. 26 法律 第 2742 號).

意에 의하여 保安官의 職務質問과 所持品檢査가 이루어지지만 實地로는 搭乗에 대한 選擇만 주어질 뿐, 所持品檢査에 대하여는 關係官의 檢査, 開示要求에 따를 수 밖에 없다. 물론 犯罪者(특히 國家保安法違反者)에 의한 심각한 威害로부터의 搭乗者의 보호라는 점에서 承認되고 또 스스로 要求할 수도 있으므로 檢査行爲自體는 說得力이 있겠지만, 한편 警職法에 의한 職務質問의 對象의 限定이나 所持品檢査의 對象 및 手斷·方法을 考慮할 때 現行法上 直接的 根據가 없는 職務質問이라고 할 수 밖에 없다. 그리하여 關係官의 檢査, 開示의 要求에 應하지 않는 者에 대하여 飛行機搭乗의 拒否⁹¹⁾ 物品의 輸入禁止(入國時 關稅公務員에 의한 質問과 檢査)가 취해지는 경우도 있겠지만, 문제는 결국 任意處分인 職務質問의 性質上(不審者 아닌 多數의 乘容) 被質問者가 警察官의 所持品開披의 要求에 應하지 않는 경우의 實力行使의 限界의 問題에 歸結될 것이다.

생각컨대, 快適한 市民生活의 確保 내지 善良한 市民의 自由 및 프라이버시등과 航空機運航의 安全性 擔保라는 社會生活의 秩序維持와 調和되는 側面에서,⁹²⁾ 航空機運航安全法 또는 航空法에 嚴格한 要件下의 搭乗豫定者에 대한 職務質問條項의 立法化로써 해결되어질 것을 期待한다.

VI. 結 論

이상에서 警職法上 職務質問과 그에 附隨한 停止, 自動車檢問, 所持品檢査 등을 살펴본 바, 狹義의 職務質問에 대해서만 明白한 規定이 있을 뿐, 自動車檢問이나 所持品檢査등에 대해서는 明確한 規定이 없고 判例도 具體的 事例에 따라 區區하게 갈라지고 學說도 定說이라고 할 수 없는 狀況이다.

그러나 市民의 日常生活에서 茶飯事로 履行되고 있는 職務質問의 解釋論上 根本問題는, 당연히 任意處分の 範圍內에서 어느 程度의 質問 내지 所持品檢査를 하

91) 運送約款이나 搭乗規定등에 의하여 拒否될 수 있을 것이다.

92) 藤本英雄, 空の安全(東京大學出版會編, 「空」所版) 1973.103面.

고 특히 不審者가 非協助的일 때 有効性 있는 職務質問을 위한 手段의 行使가 어느 程度까지 許容된다고 볼 것인가 하는 點이다.

흔히는 警職法の 任意處分性을 強調하여 實力手段은 결코 許容되지 않고 具體的事案에 있어서도 그 必要性, 緊急性, 神充性(代替手段의 有無), 法益의 權衡 등을 嚴格한 要件으로 하여 判斷할 것이라 하고, 무릇 警察은 그 本質에 있어서 個人的 市民보다도 훨씬 強大하며 犯罪鎮壓이란 口號에 이끌려 必要以上の 權能 이 行使되면 濫用의 憂慮가 있다는 점에서⁹³⁾ 「法執行에 있어서의 無法함」(Lawlessness in Law Enforcement)을 排除하기 위한 努力이 이루어져야 할 것이라고 하나, 한편 增加하는 犯罪率⁹⁴⁾ 특히 그 手段의 兇惡性 및 方法의 殘忍性 등에 대한 市民의 恐怖와 極刑에의 要求가 漸高되는 現今에 있어서는 法令의 解釋·適用이 다소간 時代的 雰圍氣에 無觀할 수 없음을 考慮할 때 社會安寧秩序 維持의 前哨로서 犯罪豫防의 目的으로 행하는 職務質問은 어느 程度의 強制力을 容納한다고 할 것이다.

이러한 觀點에 설 때, 行政團束權과 搜查權이 同一한 主體에 의하여 行使되는 경우 그 權限의 行使에 따른 法的效果가 큰 差異가 나게 되므로 문제를 더욱 복잡하게 만든다. 결국 警察官의 職務執行은 法の 原則과 現實과의 사이에 緊張된 關係를 形成할 可能性이 높다고 할 것이다. 그 現實을 改善하고 理念으로서 接近하려고 할 때는 두 가지 接近方法이 있을 것이다. 즉 法の 原則을 강조함에 力點을 두는 方法과 現實의 分析에 力點을 두어 거기에서 具體的인 對策을 찾으려는 方法이다. 前者를 觀念的方法, 後者를 現實的方法이라고 할 수 있겠는데 職務質問의 立論에 있어서는 現實的方法이 더욱 實効的이라 하겠다.

그러므로 搜查의 段階에 이르지 않은 職務質問은 (그러나 搜查에로 移行될 蓋然性이 높은) 「任意와 強制의 中間」에 있으며⁹⁵⁾ 任意를 原則으로 하면서 不可避하게 強制의 要素가 混入되는 「輕微한 程度의 強制」라고 함이 어떨까 한다.

93) 松尾浩也, 前掲(刑事訴訟の原理), 158面

94) 總 刑法犯 檢學端緒別 對比 職務質問에 의한 檢學는 3.2%에 달한다.
(大檢察廳, 犯罪分析, 1/4, 1984, 192面)

95) 出射義夫, 「任意·實力·強制」ジュリスト 65號 (1954).

그리고 職務質問의 具體的事案에 관한 明確한 規定이 없는 경우에는 그 判斷의 基準은 抽象的이기는 하지만 法秩序 全體의 精神, 健全한 常識 및 社會生活上의 慣行등이 適用되고 특히 市民의 社會生活과 密接하게 관련되는 領域에 있어서 慣行의 重要性이 認定되어야 할 것이다.

參 考 文 獻

- 姜求真, 刑事訴訟法原論, 學研社, 1982.
車鏞碩, 刑事訴訟法研究, 博英社, 1982.
鄭京植, 搜查構造論, 法典出版社, 1980.
編纂委員會, 現代公法の 理論(牧村金道昶博士 華甲紀念), 學研社, 1982.
高光羽, 미국형사사법 운영대강, 法學(23호), 1971.
姜求哲, 即時強制로서의 不審檢問에 관한 考察(上)(下), 司法行政, 1982年 5~6月號
내무부치안본부, 치안 18권 1號, 2號(1979.1~2)
宍戶基男外, 新版警察官權限法注解(上,下), 立花書房, 1982.
搜查實務研究會, 警察官職務執行法詳解, 東京法令出版, 1980.
田宮 裕, 搜查의 構造, 有斐閣, 1971.
松尾浩也, 刑事訴訟의 原理, 東大出版會, 1974.
平龍龍一, 刑事訴訟法(法律學全集 43), 有斐閣, 1970.
高田卓爾, 刑事訴訟法(現代法律學全集 28), 青林書院所社, 1984.
渥美東洋, 搜查의 原理, 有斐閣, 1979.
河上和雄外, 刑事訴訟法判例研究, 東京法令, 1983.
石原一彥外編, 現代刑罰法大系 5(刑事手續 I), 日本評論社, 1983.
河上和雄, 刑事訴訟의 課題とその展開, 立花書房, 1983.
小田中聰樹, 刑事訴訟と人權의 理論, 成文堂, 1983.
新關雅夫外, 令狀基本問題 75問, 一粒社, 1983.

- 警察實務研究会編，職務質問，日世社，1970.
- 渥美東洋編，刑事訴訟法基本判例解説，三嶺書房，1983.
- 態谷弘外編，捜査法大系 I，日本評論社，1981.
- 警察時報，8 卷 11 號，21 卷 12 號，22 卷 1 號
- 捜査研究 13 券 10 號，22 卷 6 號，27 卷 9 號，30 卷 12 號
- 判例時報，3 號，913 號
- 警察學論集，28 卷 3 號，29 卷 3 號，30 卷 10 號
- 判例タイムズ，284 號，374 號，423 號（別冊 判例タイムズ 7 號，1980）
- ジュリスト，ジュリスト 臨時増刊，別冊ジュリスト
- Warner, The Uniform Arrest Act(1942)
- Remington, The Law Relating to “on the street Detention, Questing and Fishing of Suspected persons and police arrest privileges in general, (1960).