



국회토론회

인권보장을 위한 경찰관직무집행법의 개선방향

- 일 정_ 2010년 8월 19일 (목) 오전 10시
- 장 소_ 국회 도서관 소회의실



민 주 당 국회의원 박 영 선



민주노동당 국회의원 이 정 희



진보신당 국회의원 조 승 수

목 차

□ 진행순서 _1

□ 인사말 _3

이정희 민주노동당 대표

조승수 진보신당 국회의원

□ 발제문

- ▶▶ 경찰관직무집행법 개정안의 문제점과 대안 - 경찰력의 인권통제방안
문병호 교수 (강원대 법학전문대학원 교수) ----- 7

- ▶▶ 경찰관직무집행법 개정논의에 관한 소고 :
불심검문을 중심으로
이성용 교수 (계명대 경찰행정학과) ----- 37

□ 토론문

- ▶▶ 경찰관직무집행법 개정안의 문제점
류제성 변호사 (민주사회를 위한 변호사 모임) ----- 61

- ▶▶ 경찰관직무집행법 개정안에 대한 토론문 :
불심검문, 유치장, 경찰장비사용을 중심으로
고태관 변호사 (법무법인 민) ----- 81

인권보장을 위한 경찰관직무집행법의 개선방안



국회토론회 진행순서

1부

1. 국민의례
2. 축사
3. 인사말
4. 사회자 소개

2부

1. 사회자 인사 - 오동석 교수님
(아주대 법학전문대학원 교수)
2. 발제자 및 토론자 소개
3. 발표 및 토론
4. 폐회

헌법 정신을 담은 새 시대의 경찰관직무집행법을 기대합니다.

인사말

■ 민주노동당 대표 이정희

반갑습니다. 일하는 사람들의 희망 민주노동당 이정희 대표입니다.

경찰청장 내정자에 대한 인사청문회를 앞두고 국민들의 관심이 뜨겁습니다. 경찰청장 인사를 잘 하는 것만큼이나 시스템을 통해 경찰행정이 국민의 인권을 보호하면서 이루어질 수 있도록 감독하는 국회의 역할 또한 매우 중요합니다. 경찰업무에 대한 법적 근거를 마련하는 일이 그것입니다.

이러한 때에 경찰의 역할을 다시 한번 생각해보고, 경찰 직무의 법치행정 정합성을 일깨울 수 있는 훌륭한 토론회를 공동주최하게 되어 기쁘게 생각합니다.

국민에 대해 법을 집행하는 것이 질서를 맡은 국가의 역할이지만 국민을 상대로 경찰권을 아무런 제약 없이 무한대로 발동할 수 있는 것은 아닙니다. 공무원은 국민에 대한 봉사자이고, 국민에 대해 공권력을 발동할 때 불가침의 인권을 보호하고 보장할 의무가 있기 때문입니다.

경찰관직무집행법은 이러한 헌법 정신을 담아 개정되어야 합니다. 제정된 이후 거의 변화가 없었던 규정들은 이제, 21세기에 맞는 새 시대를 위한 개정이 이루어져야 합니다. 촛불집회에서 우리 국민들은 이제 구시대로 다시는 회귀하지 않을 변화가 우리 사회에 일어났음을 보여주셨습니다.

우선 경찰관직무집행법이 법치행정을 이룰 수 있도록 좀더 구체적이고 명확해져야 합니다.

범죄피해자에 대한 보호뿐 아니라 피의자와 유치장 구금자에 대한 인권 보장도 명문으로 규정되어야 하고, 불심검문과 경찰장구의 사용 규정도 법치행정에 적합하도록 더욱 자세히 요건과 한계가 법으로 규정되어야 합니다. 이를 위해 조문 하나하나 열어놓고 경찰 행정의 효율성과 인권 침해 위험성을 우리 사회는 어떻게 조율해야 하는가를 비례의 원칙에 비추어 진지하게 토론해 볼 필요가 있습니다.

이번 정부들어 광우병 촛불집회와 쌍용자동차 옥쇄파업을 거치면서 경찰의 역할과 한계에 대한 논의가 더욱 많아졌습니다. 이번 토론회는 매우 뜻깊고 유익한 자리가 될 것으로 기대합니다. 감사합니다.

2010년 8월 19일

민주노동당 대표 이 정 희

인사말

■ 진보신당 국회의원 조승수

안녕하십니까. 진보신당 울산 북구 국회의원 조승수 입니다.

최근 경찰 관련된 소식이 연일 언론에 터져 나오고 있습니다. 서울 양천경찰서의 형사 피의자에 대한 고문 사건부터 경찰청장 후보자의 전직 대통령과 친안함 유가족들에 대한 망언까지. 그 어느 때보다 경찰을 보는 국민들의 시선이 따가운 상황입니다.

엄정하게 법을 집행하고, 국민의 인권을 최전방에서 보호해야할 경찰이 오히려 직권남용을 통해 국민들의 인권을 침해하고, 부적절한 언행으로 경찰의 권위를 스스로 깎아내리고 있어 개탄스러울 뿐입니다.

이런 상황에 지난 4월 27일 행정안전위원회에서 의결되어 현재 법제사법위원회에 계류 중인 「경찰관직무집행법 일부개정법률안」(대안)을 주목하지 않을 수 없습니다.

이번 개정안은 일부 개선된 측면이 있으나 전체적으로 경찰권한에 대한 견제는 약화된 반면 경찰의 권한을 강화하는 내용이 상당수 포함되어 있습니다. 이로 인해 광범위한 인권침해가 발생할 수 있다는 우려의 목소리가 시민사회각계각층에서 나오고 있습니다.

특히 국민들의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 불심검문 관련 규정은, 경찰관에게 광범위한 소지품 검사, 차량 적재물 검사 등을 할 수 있는 재량권을 부여하고 있어 사실상 영장 없는 압수수색의 길을 폭 넓게 허용하고 있습니다. 또한 신원확인을 위한 지문채취와 연고자 연락이라는 방법 등은 개인정보보호 원칙과 개인정보자기결정권을 침해할 소지가 있습니다.

이러한 사항들에 대해 이미 국가인권위원회에서도 ‘국민의 신체의 자유 및 사생활의 비밀과 자유를 침해할 소지가 있으므로 보완규정이 필요하다’고 밝힌바 있습니다.

현 개정안은 국민의 기본적 인권에 대한 최대한의 보장원칙과 경찰관의 직무집행에 관한 경찰비례 및 경찰최소의 원칙에 비추어 전면적인 보완이 이루어져야 할 것입니다.

소관위원회인 행정안전위원회에서 이러한 내용들이 더 정교하게 다루어지지 못한 점을 안타깝게 생각합니다. 다행히 법사위 민주당 간사이신 박영선 의원님, 민주노동당 이정희 의원님과 함께 경직법의 올바른 개정방향에 대해 점검할 수 있는 자리가 마련되었습니다.

바쁜 시간에도 불구하고, 귀중한 시간 내어 발제·토론을 맡아주신 분들과 참석하신 모든 분들께 감사의 말씀을 드립니다. 오늘 토론회를 통해 인권보장을 위한 경찰관직무집행법의 올바른 개선 방향과 개정 대안들이 마련될 수 있기를 기대합니다. 고맙습니다.

2010년 8월 19일

진보신당 국회의원 조 승 수

1

경찰관직무집행법 개정안의 문제점과 대안-경찰력의 인권통제방안

문 병 효

(강원대학교 법학전문대학원 교수)



경찰관직무집행법 개정안의 문제점과 대안-경찰력의 인권통제방안

■ 문병효 (강원대학교 법학전문대학원 교수)

I. 서론

지난 2010년 4월 27일 국회 행정안전위원회는 그 동안 여야 국회의원들에 의해 수차례 제출된 경찰관직무집행법개정안에 대하여 위원회 대안을 제안하기로 의결하였다. 행정안전위원회가 제안하기로 의결한 경찰관직무집행법 개정안 대안은 기존의 불심검문에 포함하여 규정하고 있던 직무질문과 신원확인, 임의동행을 분리하여 규정하였고 흉기외의 위험한 물건을 소지품검사 대상에 포함하고 차량 등 적재물 검사, 신분증제시요구와 지문확인에 의한 신원확인, 보호조치시 지문채취와 사진촬영을 명문화하였고 경찰장비의 사용시 경찰비례의 원칙, 경찰장비의 도입에 공청회 개최와 안전성검사 보고서제출 등을 신설하였다. 동 개정안은 현행 「경찰관직무집행법」(이하 ‘경직법’이란 표현을 병행함)에 비하여 일부 긍정적인 면을 가지고 있기는 하지만 전체적으로 볼 때, 개인의 자유와 사생활영역에 대한 광범한 침해를 가져올 우려가 있는 등 위헌 소지가 있는 내용을 상당수 포함하고 있어 우려하지 않을 수 없다. 개정안은 무엇보다도 헌법상의 영장주의와 무죄추정의 원칙, 비례의 원칙(과잉금지원칙) 등을 위반하는 내용을 포함하고 있고 주로 경찰의 이해관계만을 반영하고 국민의 기본권보호의 취지를 무시하고 있다. 이러한 비판에 따라 경찰청에서는 개정안에 대한 수정의견을 제시하였다. 이러한 수정의견은 일정부분 위의 비판을 고려한 것이기는 하나 아직도 근본적인 점에서 문제의 소지를 안고 있다. 이하에서는 경찰관직무집행법 개정안(행정위원회 대안)을 중심으로 그 문제점을 살펴보고 수정의견에 대해서도 관련된 부분에서 고찰해 본다. 그리고 가능하다면 그 대안에 대해서도 고민해보도록 한다.

II. 논의의 출발점

1. 경찰의 기능과 법치국가적 기초

국가권력의 일부로서 경찰은 헌법의 실현에 기여한다. 헌법은 기본권 부분에서 인간의 존엄과 인권의 보호라는 국가목표규정을 포함하고 있다. 헌법은 또한 모든 국가권력이 국민으로부터 나오며 법과 법률에 구속됨을 규정하고 있다. 따라서 국가권력의 일부로서 경찰은 헌법에 규정된 기본권을 보호해야할 의무가 있으며 헌법상의 원칙을 준수하여야 한다. 그리고 경찰의 직무 및 권한에 관한 입법을 하는 입법자 스스로도 헌법규정에 구속된다. 입법자는 기본적으로 중요한 법적 지위의 보호 및 그 내용을 정치적인 자의에 따라 규정할 수 없다. 입법자는 규정된 법의 정합성(Konkordanz)을 위해 고민하여야 하며 그의 보호를 실현하여야 한다.

행정에 의한 위험방지행위는 경찰의 주된 기능에 속한다. 여기서 예방(Vorbeugung), 즉 위험발생을 회피하기 위한 일종의 리스크에 대한 사전대비(Risikovorsorge)가 경찰의 업무에 해당하는지 여부가 다투어진다. 여기서 문제는 보호를 위한 준비(Schutzvorbereitung)라기보다는 잠재적으로 상태책임자 또는 행위책임자가 될 수 있는 자에 대한 사전 대비적인 정보수집조치가 헌법적으로 허용되는지 하는 문제이다. 그러나 예방조치가 경찰업무에 속하느냐 하는 문제는 경찰의 구조문제라기 보다는 경찰 조치에 대한 기본적인 한계설정의 문제이며 그 한도 내에서만 경찰업무에 대한 한계설정의 문제이기도 하다. 그러므로 경찰은 내부 안전의 전권을 부여받은 보증인(Garant)이 아니라 일정한 영역에서 잠정적인 법익보호의 권한을 부여받은 집행권력이다.¹⁾

헌법에 의한 경찰의 기능한계에도 불구하고 경찰의 업무는 형식적, 실질적으로 기본권질서에 부합하는 법률에 의한 뒷받침을 필요로 한다. 따라서 법률유보의 원칙과 명확성의 원칙이 준수되어야 한다. 이 밖에도 경찰작용은 법령에 정한 절차에 따라야 하며 경찰작용이 특히 헌법상 신체의 자유와 관련되는 경우 적법절차와 영장주의 등 절차법적 구속을 받는다. 물론 법률에 그 근거가 있다하더라도 경찰권력은 사실상의 한계를 가지는 바, 경찰은 그가 할 수 있는 모든 것이 허용되는 것이 아니며 그에게 허용되는 모든 것을 언제나 할 수 있는 것도 아니다.²⁾

1) Lisken/Denninger, Die Polizei im Verfassungsgefüge, in: Lisken/Denninger(Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, C. Rdn. 7.

2) Lisken/Denninger, a.a.O., Rdn. 8 ff.

(1) 법률유보의 문제

전형적인 침해유보로서 경찰작용은 법률유보의 원칙하에 행하여져야 한다. 경찰은 우선 조직법상으로 법률에 그 근거를 두어야 한다. 그러므로 경찰조직, 업무영역, 행위권한 등이 법률에 의해 규정되어 있어야 한다. 하지만 경찰이 경찰업무에 속하는 구체적인 경찰작용을 하는 경우, 특히 국민의 권리를 제한하거나 국민에게 의무를 부과하는 행위를 하는 경우에는 그 본질적인 내용에 대하여 법률에 명시적인 근거가 있어야 한다(본질성이론). 이 경우 권력작용의 경우뿐만 아니라 비권력적 사실행위의 경우(행정지도 등)에도 일정한 불이익을 주는 경우 작용법상 법률의 근거를 요하는 것으로 본다.³⁾

(2) 개괄적 수권조항의 문제

법률유보와 관련하여 개괄적 수권조항(또는 일반조항)이 문제될 수 있다. 경찰법에서는 대개 직무규범과 권한규범을 구별하고 있다. 위험방지의 목적이 경찰의 직무로 규정되어 있다고 해서 이러한 직무규범으로부터 위험방지를 위한 개별적인 행위인 당사자의 권리제한이나 불이익을 야기할 수 있는 경찰권의 발동권한이 당연히 인정되는 것은 아니다.⁴⁾ 구체적인 사건에 경찰권을 발동하기 위해서는 개별적인 수권조항을 필요로 한다. 이러한 개별 규정이 없는 경우에는 어떻게 할 것인가? 이러한 내용과 관련하여 경찰관직무집행법 제2조 5호 “공공의 안녕과 질서유지”를 개괄적 수권조항(또는 일반조항)으로 인정할 수 있는지 여부가 논란이 되고 있다.⁵⁾

「경찰관직무집행법」 제2조는 경찰관의 일반적 직무집행의 범위를 규정한 직무규정에 불과하기 때문에 경찰이 이 규정에 직접 근거하여 개인의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경찰작용을 행할 수 없다. 따라서 경직법 제2조 제5호와 같은 직무규정에 근거하여서는 개인의 권리를 제한하지 않는 경찰작용, 예컨대 범죄예방을 위한 순찰이나 대국민 홍보 또는 위험에 대한 일반적인 경고 등을 행할 수 있을 뿐이다. 만약 경찰이 권리 제한적 효과를 갖는 경찰작용을 행하려 한다면 법률유보원칙에 따라 반드시 별도의 수권규정이 있어야 한다.⁶⁾

최근의 유력한 견해는 경직법 제2조 5호와 결합한 제5조 1항 제3호를 개괄적 수권조항으로 본다.⁷⁾ 그러나 개괄적 수권조항은 어디까지나 개별적인 권한규정이 없을 때 보충적으로 적용될 수 있을 뿐이고 과잉금지의 원칙을 준수하여야 한다.

이른바 본질성이론에 의하면 법치국가원리와 민주주의원리는 입법자로 하여금 본질적인 결

3) 류지태/박종수, 행정법신론, 제14판 박영사, 330쪽.

4) 류지태/박종수, 행정법신론, 제14판, 948쪽 참조.

5) 김남진/김연태, 행정법 II, 법문사, 2005, 266 이하 참조.

6) 손재영, 경찰법상의 개괄적 수권조항, 경북대학교 법학연구원 『법학논고』 제31집, 2009.10, 533쪽.

7) 손재영, 앞의 논문, 535쪽.

정은 스스로 하고 행정에게 떠넘기지 않도록 의무지운다. 개괄적 수권조항 또는 일반조항 유형의 규정은 이러한 요청을 제대로 다루고 있다고 할 수 없다. 왜냐하면 입법자가 본질적인 것을 스스로 확정해야지 행정의 행위에 떠 넘겨서는 안 되기 때문이다. 이러한 요구는 헌법상 명확성의 원칙(Bestimmtheitsgebot)에서도 도출된다. 명확성의 원칙은 행정을 구속하고 그 내용이나 목적, 정도를 제한하기 위해서는 충분히 명확한 기준을 설정하도록 요구한다. 이것은 기본권을 더 강하게 침해할수록 더욱 더 요청된다. 그러므로 경찰상 일반조항과 같이 그렇게 광범한 일반조항을 기본권침해에 대한 충분한 근거로서 사용하는 것은 법률유보의 의미와 충돌한다. 단지 짧게만 작용할 뿐인 기본권침해가 아닌 강력하고 집중적인(intensive) 기본권침해에 대해서는 입법자 스스로가 명시적으로 규율하여야 한다.⁸⁾

(3) 기본권에 의한 구속

모든 국가권력은 국민의 기본권을 존중하고 보호해야 할 의무가 있다. 이는 국가권력이 국민으로부터 나온다는 국민주권의 원리를 천명한 대한민국 헌법 제1조 제2항에 비추어 당연한 것이다. 헌법재판소가 국민주권의 원리를 단순한 추상적 선언으로 보지 않고 구체적인 기본권의 근거로서 그 의미를 살리려는 의식적인 노력을 하고 있는⁹⁾ 것도 바로 기본권의 국가권력 구속성을 헌법해석에서 반영하는 것이라 할 수 있다. 따라서 기본권은 비례성의 원칙 및 과잉금지의 원칙과 함께 경찰 행정작용의 한계로서 준수되어야 한다. 이는 또 당연히 경찰작용에 대한 입법권한의 한계가 되기도 하는 바, 일정한 기본권에 있어서 법률유보는 입법자가 정치적 자의에 의한 제한을 허용하는 것이 아니라 타인의 법익을 보호하기 위해 필요한 규범적인 한계를 설정하도록 허용할 뿐이기 때문이다.¹⁰⁾

최근의 경찰법은 직무수행을 쉽게 하기 위하여 위험방지나 위험의 사전대비를 위하여 적절한 것으로 보이는 경우 누구에게나 정보제공을 통한 협력이나 통제에 대한 수인(Duldung) 등의 경찰상 의무가 있는 것으로 만들려고 시도한다. 예컨대 공동의 도로나 장소에서 움직이는 사람들, 즉, 자신의 교통에 대한 권리를 행사하거나 통제되지 않는 자기결정권을 행사하는 사람들에게 대한 비디오 감시나 비디오녹화가 그러한 시도라고 할 수 있는데 이것은 이미 위협의

8) Vgl. Rachor, in: Liskén/Denninger(Hrsg.), F. Polizeiliche Einzelmaßnahmen, Rdn. 789.

9) 장영수, 헌법 제1조, 대한민국 헌법주석서 1, 2010, 68쪽 참조. 현재 1994.7.29. 93헌가4등 결정: “민주정치는 주권자인 국민이 되도록 정치과정에 참여하는 기회가 폭 넓게 보장될 것을 요구한다. 이는 국민주권의 원리로부터 나오는 당연한 요청이다. ……헌법 제116조 제1항은 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다”라는 별도의 규정을 두고 있다. 그러나 이 규정의 의미를 선거운동의 허용범위를 아무런 제약 없이 입법자의 재량에 맡기는 것으로 해석하여서는 아니된다. 오히려 위에서 본 바와 같이 선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다.”

10) Liskén/Denninger, C. Rdn. 60.

사전단계(Vorfeld)에서 위험을 줄이기 위하여 기본권을 희생하여 행하는 것이라고 할 수 있다.

위험한 행위 및 상태와 관련이 없는 제3자(Nichtbeteiligter), 즉 모든 사람(Jedermann)을 이렇게 이용하는 것은 그러나 좁은 한계 안에서만 정당화될 수 있다. 물론 누구나 공동체에 구속된다는 사고로도 정당화될 수 있다.¹¹⁾ 그러나 위험과 무관한 제3자를 이용하기 위해서는 공간적, 시간적으로도 경찰상황과 특별히 근접해 있어야 한다. 즉, 위험에 처한 장소에 있다든지, 범행장소를 통과한다든지 하는 등. 이러한 예방적 또는 억제적 경찰업무에서는 과잉금지 원칙이 특히 엄격히 준수되어야 한다.¹²⁾

앞에서 언급한, 사람은 누구나 공동체에 구속되기 때문에 공동체의 안전을 위하여 협력하여야 한다는 연대의무(Solidarpflicht)라는 허용기준은 구체적인 위험상황 없이도 경찰의 편의에 따라 모든 사람이 통제되는 경우에는 그 한계를 넘게 된다. 그런 식으로 모든 사람을 통제하는 권한은 독일 경찰법에서도 발견되는데, 1999년 10월 21일 독일의 메클렌부르크-포퐁머른주에서는 주헌법재판소가 이를 위헌으로 선언한 바 있고¹³⁾ 헤센주에서도 이를 따랐다.¹⁴⁾

일정한 근거나 책임이 없는데도 누구든지 그런 식으로 통제하는 것(이른바 'Schleierfahndung')은 위험해진 법익을 보호하는 것이 아니라 통제받는 자가 무해하다는 것을 확인함으로써 일반적인 위험에 대해 사전대비(Risikovorsorge)하고자 하는 것이다. 이 경우 어떤 사람이 집을 떠나 도로에서 이동한다면 그의 존재가 곧 위험(Risiko)으로 간주된다. 그러한 전체적인 통제가능성의 경향은 통제받는 자를 '잠재적인 범위반자(Rechtsbrecher)' 및 '잠재적인 원인야기자(Störer)'로 만든다.¹⁵⁾ 자유롭고 통제되지 않는 여행가능성을 예로 들어보면, 그러한 기본권행사가, 규범적으로 확정적이면서 입증가능한 위험구성요건에 구속되어 있지 않는, 행정유보(Exekutivvorbehalt) 하에 있다면 헌법의 자유보장은 폐기되는 것이다. 이유없이 근거와 독립하여 누구든지 통제할 권한은 자유의 남용가능성을 처음부터 저지하기 위하여 자유를 폐기하는 것이다. 이것은 자유의 남용으로부터 안전을 확보하기 위해 헌법적으로 매우 값비싼 대가를 치르는 것이다. 헌법의 자유질서 안에서 증가하는 생활상의 위험을 줄이기를 원한다면 더 나은 원인예방책을 제시하든지 경우에 따라서는 더 많은 경찰을 배치하여야 할 것이다. 그 대신에 "경찰의 업무를 경감하기 위하여" 모든 사람을 경찰의 투입수단으로 만드는 것은 실체법상 책임이 없거나 어떤 위험상황과 특별히 근접되어있지 않는 한 국가로부터 간섭받지 않

11) 공동체에 구속되어 있는 사람이라는 사고(Gedanke der Gemeinschaftsgebundenheit der Person)에 관해서는 Lisken/Denninger, a.a.O., Rdn. 31.

12) Vgl. Lisken/Denninger, a.a.O., Rdn. 31.

13) LVerfG M-V, NJ 1999, 645; LKV 2000, 149.

14) Nov. v. 22.5.2000, GVBl. I S. 278, zu § 18 HSOG.

15) 예컨대 비행기 승객들에 대한 전체적인 통제를 도입하는 것은 긴급사태와 유사한 상황으로만 정당화될 수 있다고 한다. Benda, in: Benda/Maihofer/Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, § 6 Rdn. 37.

고 편안하게 있고자 하는 자유보장(Freiheitsgarantie)에 위반한다.¹⁶⁾

감식행위(erkennungsdienstliche Behandlung)와 관련하여 독일 연방행정법원(BVerwG)은 “기본법의 인간상에 의하면 경찰이 모든 사람을 잠재적 범죄자로 간주해서는 안된다”고 판결했고¹⁷⁾ 작센주 헌법재판소(SächsVerfGH)도 이러한 전통을 따라 위험상황과 무관한 자에 대해 일반적으로 감시하고 위협의 원인야기자(Störer)와 원인과 무관한 자(Nichtstörer)를 동등하게 취급하는 것은 작센주 헌법에 합치하지 않는다고 선언했다.¹⁸⁾ 브란덴부르크 주 헌법재판소도 1999년 6월 30일 판결에서 주경찰법 제33조 1항 3호의 혐의가 없는 “접촉자 및 동행자(Kontakt- und Begleitperson)”에 대한 데이터 수집에 관하여 원인야기의 혐의에 대한 형법상의 관련성을 가진 자만을 그러한 자로 파악하도록 제한된 적용을 요구하였다. 그리하여 모든 정보획득은 구성요건에서 구체적인 위협의 존재와 결부되어 있어야 한다고 하였다.¹⁹⁾

마찬가지로 메클렌부르크-포포머른 주헌법재판소도 주경찰법 제29조 1항 5호에 따라 누구든지 통제하는 것(Jedermannkontrolle)을 허용하는 문제에 관하여 1999년 10월 21일의 판결에서 국경밖의 도로에서 누구든지 신원확인을 할 수 있는 경찰의 권한과 그 신원을 공개할 개인의 의무에 대해 개인의 행위와 보호되어야 할 법익의 위태로움 사이에 헌법상 필수적인 책임귀속연관성(Zurechnungszusammenhang)이 없는 것으로 결정했다. 독일 기본법 제2조 1항에 의해 보호되는 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht)은 국경밖의 도로에서 머무는 모든 사람에 대한 침해권한이 차별없이 주어지는 경우 그 한계를 넘어서는다고 한다. 독일기본법 제1조 1항과 결합한 제2조 1항은 기본법 제2조 1항에 주어진 한계를 넘어서 사람의 자유를 침해하는 국가적 조치를 금지한다고 한다.

독일의 주헌법재판소들은 잠재적 또는 구체적 장애에 대한 책임자와 그에 참여하지 않은 비원인야기자를 확고하게 구별하고 있다. 주헌법재판소들은 전체적인 위험에 대해 가능한 한 사전에 대비하기(Risikovorsorge) 위하여 고전적인 장애야기자와 비야기자의 구별을 극복하려는 모든 법정책적, 법률적 시도들에 대해 헌법에 의해 설정된 한계를 제시한다.

1999년 7월 14일의 독일 연방헌법재판소의 판례도 유사하다.²⁰⁾ 연방헌법재판소는 입증될 만한 법익위험이 없는 기본권침해는 공공의 안전에 대한 위협의 사전단계(Vorfeld)에서 허용되지 않는다고 하였다.

16) Lisken/Denninger, C. Rdn. 35.

17) BVerwGE 26, 169(170 f.).

18) SächsVBl. 1996, 160(174); NVwZ 1996, 765.

19) VfGBbG 3/98; NJW 1999, 3703.

20) BVerfGE 100, 313; NJW 2000, 55.

2. 경찰법상 위험의 개념

(1) 위험개념의 법치국가적 기능 및 기본권보호기능

경찰권을 발동하기 위해서는 공공의 안녕·질서에 대한 위협, 즉 위험(Gefahr) 또는 장애(Störung)가 있어야 한다. 여기서 ‘위험’이라 함은 가까운 장래에 공공의 안녕과 질서에 손해를 가져올 개연성(구체적 위험)이 있는 상태를 의미하고, ‘장애’는 위험이 현실적으로 발생한 상태를 의미한다. 위험의 존재와 관련하여 손해발생의 단순한 추정이나 약간의 가능성만으로 충분하지 않고 손해가 발생할 것이라는 충분한 개연성이 있어야 한다. 손해발생의 개연성은 손해발생의 확실성과 단순한 가능성 사이의 영역이지만 발생가능한 손해가 중대하면 할수록 손해발생의 개연성은 더 커지는 것으로 보기 때문에 개연성 요건은 완화된다(이른바 Je-desto-Regel).²¹⁾

경찰의 위험방지(Gefahrenabwehr)라는 과업은 공공의 안녕과 질서에 대한 위험의 존재와 결부된다. 여기서 위험(Gefahr)이라는 요건의 목적은 경찰에게 권한의 여지를 부여해 준다. 왜냐하면 위험이 있을 때 비로소 경찰은 개입할 수 있고 더 이상 위험이 존재하지 않으면 그 권한은 사라지기 때문이다. 침해(ingriffs)를 제한하는(eingriffsbegrenzende) 위험개념의 기능은 경찰행정청에 대하여 특별한 의미를 갖는다. 경찰은 긴급한 경우 매우 강도 높은 침해수단을 이용한 조치를 취해야 하기 때문이다. 그러나 자유와 재산, 법적 지위에 대한 침해(또는 개입, Eingriff)는 충분히 확정된 법률을 근거로 해서만 허용된다. 이로써 위험개념은 법률유보와 연관성을 갖는다. 형식적인 법치국가개념은 국민의 일정한 법익 보호를 목표로 한다. 자유의 보호와 안전의 보장으로부터 국가에 의한 조치는 정당화가 필요하다는(Rechtfertigungsbedürftigkeit) 결론이 나온다. 침해유보형태의 법률유보는 법치국가원리 뿐만 아니라 기본권에서도 그 뿌리를 내리고 있다. 기본권침해는 법률을 근거로 해서만 허용된다. 국가기관이 안전(Sicherheit)이라는 과제를 수행할 때는 기본권의 한계와 함께 법치국가개념의 형식적 규율적합성(Regelhaftigkeit)이라는 한계에 부딪힌다.²²⁾

경찰에 의한 기본권침해는 권한규범(Befugnis)을 통하여 관련자에 대하여 특정하고 예견가능한 방법으로 행해져야 한다. 그러한 제한기능(Funktion der Eingrenzung)을 전래의 경찰표준조치와 일반조항에서 특히 구체적인 위험의 개념이 넘겨받는다. 독일에서 일반조항은 그 불확정성에도 불구하고 공공의 안녕과 질서에 대한 위험이라는 구성요건표지가 판례에 의해서 충분히 구체화되어 있다는 이유만으로 헌법에 적합한 것으로 받아들여지고 있다. 집행행위의 충분한 예견가능성(Vorhersehbarkeit)을 구체적 위험개념이 보장할 수는 없다. 예견불가능한 상황에 대한 대응이 가능해야 하기 때문이다. 구체적 위험의 존재에 대한 결정은 결국

21) 이상은 김남진/김연태, 행정법 II, 269쪽 참조.

22) Kugelmann, Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, DÖV 2003, S. 782 f.

개별사례에서 과잉금지원칙의 적용 하에서의 형량(Abwägung)의 산물이기 때문에 불안은 피할 수 없다. 법치국가에서 위협방지는 개인의 권리수호 아래에서만 행해질 수 있다. Kugelman에 따르면 이러한 개인보호(Individualschutz)라는 법치국가적, 기본권보호 기능을 할 의무가 위협개념에 있다. 따라서 위협의 개념은 법치국가적인 기능 및 기본권보호기능을 떠맡는다.²³⁾

(2) 구체적 위협과 추상적 위협의 구별

9.11 테러 등 위협을 계기로 구체적 위협이 있을 때 개입한다는 고전적인 경찰권 발동의 요건이 해체되고 있다. 이는 필연적으로 경찰권력의 강화를 초래한다.

이른바 ‘예방국가(Präventionsstaat)’의 등장으로 법치국가가 예방국가로 변질되고 있다. 물론 구체적 위협이 발생하기 전에 사전적으로 예방하는 조치가 필요하기는 하나 국민의 권리를 제한하거나 국민에게 의무를 부과하는 등 불이익을 주는 개별 조치에 대해서는 단순한 추상적 위협, 단순한 의심만으로는 부족하고 구체적인 위협이 있어야 한다. 여기서 구체적인 위협이라 함은 시간과 장소에 따라서 확정되거나 확정될 수 있는 상황으로부터 성립하는 위협을 말하고 경찰처분을 하는 경우에 원칙적으로 요구되는 위협이다. 이에 대해 경찰명령을 발하기 위해서는 추상적 위협을 전제조건으로 하는데, 추상적 위협은 경험칙에 따를 때, 특정한 행위양식 또는 상태로부터 개별적인 경우에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 경우를 말한다.²⁴⁾

위와 구별하여야 할 개념으로 위협의 혐의(Gefahrenverdacht)가 있다. 위협의 혐의는 어떤 상황을 합리적으로 판단할 때, 경찰이 위협의 존재를 인정하기 위한 근거가 존재하지만 동시에 위협의 존재에 대한 의문도 존재하는 경우, 즉 현재상황의 사후적 전개에 대한 불확실성이 존재할 때 인정된다. 위협의 혐의가 존재하는 경우 그것을 위협으로 받아들이지는 견해도 있을 수 있으나 이는 일반적인 경찰법상의 침해수단을 확대하는 결과를 가져올 수 있기 때문에²⁵⁾ 허용되어서는 안 될 것이다. 위협의 혐의가 존재하는 경우 경찰은 나중에 발생할지도 모르는 위협을 조사하기 위하여 경찰상 개괄적 수권조항에 근거한 일정한 위협조사조치를 취할 수 있다고 한다. 과잉금지의 원칙에 따라 위협의 혐의가 존재하는 경우에 취할 수 있는 경찰의 조치는 효과적인 법익보호에 유용하고, 위협의 혐의를 분명히 하기위하여 필수불가결한 잠정적인 조치에 국한되어야 할 것이다.²⁶⁾

23) Kugelman, a.a.O., S. 783.

24) 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1992, 65쪽.

25) Götz의 견해. 이에 대해서는 서정범, 앞의 논문 62쪽 참조.

26) 서정범, 앞의 논문, 63쪽.

(3) 위험개념의 의미축소경향²⁷⁾

법치국가적 기능 및 기본권보호기능을 하는 위험개념은 경찰이 점차 새로운 임무를 떠맡게 되고 그 임무가 확대됨에 따라 그 개념 자체가 위험해지고 있다. 이에 따라 구체적인 위험이 존재하지 않더라도 현행법을 근거로 일련의 경찰조치들이 취해지게 된다. 이것은 특히 정보의 획득 또는 정보 처리를 통해 개인의 법적인 지위에 경찰이 개입하는 것과 관련되어 있다. 조직범죄를 통한 새롭고 변화된 위험상황에 대비하기 위하여 경찰법에 범죄에 대한 예방적 투쟁에 관한 규정들이 도입된다. 경찰에 의한 예방은 정보의 수집과 범죄발견 개연성을 높임으로써 달성될 수 있기 때문에 경찰업무의 상당부분이 정보업무가 된다. 기술발전의 결과 인터넷 검색과 같은 새로운 형태의 정보획득이 늘어나고 경찰은 수많은 데이터를 이용하고 관리하게 된다. 개인관련 데이터의 수집처리는 경우에 따라 정보의 자기결정권을 침해할 수 있다. 경찰의 정보의 수집 등은 그것이 기본권 침해에 해당하기 때문에 법률의 근거를 필요로 한다. 이에 따라 경찰법은 정보수집, 저장, 처리, 정보의 비교, 조사 등에 관한 규정을 포함하게 된다. 그런 의미에서 경찰법은 데이터 보호법(Datenschutzrecht)이기도 하다. 작센주 헌법재판소는 1996년 정보수집에 관한 작센주 경찰법의 규정과 관련하여 정보침해는 구체적인 위험에 구속되지 않는다고 결정했다.²⁸⁾

정보의 수집, 평가와 관련하여 개별적인 권한이 확대된다. 그러므로 경찰과 정보기관은 점점 더 많은 정보를 더 쉽게 수집할 수 있다. 이로 인해 시민의 자유권과 인격권이 침해되기 때문에 정보침해에 관한 경찰의 권한은 법치국가적 한계를 필요로 한다. 그러나 경찰의 위험개념은 그 제한하는 수단으로서 더 이상 작동하지 않는다. 왜냐하면 이와 관련하여 위험개념이 법률에서 사용되지 않기 때문이다.²⁹⁾ 또한 경찰의 권한규범은 구체적인 혐의의 전 단계(Vorfeld)에서 조치를 취하도록 수권하는데, 그 한도에서 경찰의 과제가 형사소추에 대한 사전대비(Verfolgungsvorsorge)에 그 본질이 있기 때문에 그러하다. 경찰업무의 일부로서의 위험에 대한 사전대비(Gefahrenvorsorge) 및 형사소추에 대한 사전대비를 통하여 억제적 행위와 예방적 행위의 한계가 모호해진다.

그 보다 한걸음 더 나아가는 것이 혐의나 사건발생과 독립하여 인적 통제를 하는 독일에서 그 헌법적합성에 대해 논란이 있는 이른바 'Schleirfahndung'이다. 혐의 및 사건발생과 독립한 인적통제의 가능성은 경찰의 행위여지를 확대한다. 위험의 필요성을 포기하여 경찰은 어떤 동기가 없이 신원확인(Identitätsfeststellung)을 할 수 있다. 물론 구체적 위험의 존재를 요건으로 하는 권한규범도 완전히 확대되어 해석된다. 이것을 잘 보여주는 것이 이른바 'Rasterfahndung'

27) Kugelman, a.a.O., S. 783 ff.

28) SächsVerfG, Urt. v. 14. 5. 1996, JZ 1996, S. 957 ff.; DVBl. 1996, S. 1423.

29) Kugelman, a.a.O., S. 784 f.

의 사례이다. ‘Rasterfahndung’은 최근 테러와의 전쟁과 관련하여 처음에는 예방-경찰 분야에
서 적용되었다. 이른바 ‘잠자는 사람(Schläfer)’을 발견하는 ‘Rasterfahndung’의 목표인데 이
목표에 도달하는 것은 극히 어렵다. 이른바 ‘Rasterfahndung’의 적용을 위해서 독일의 주 경
찰법들은 현재의 위험(eine gegenwärtige Gefahr)을 요구한다. 2001년 9.11테러 후 공공의
안전에 대한 위험이 있었는지 여부에 대해서는 독일에서도 의견불일치가 있었다. 전래의 위
험개념으로 이해한다면 현재성(Gegenwärtigkeit)을 확대해석하는 것과 합치할 수 없을 것이
다. 현재의 위험은 급박한 손해발생과 시간적으로 근접해 있는 것이 특징이다. 그러나
‘Rasterfahndung’에서 현재위험의 존재는 지속적 위험(Dauergefahr)의 의미로 받아들이기도
한다. 따라서 법치국가적 보호기능을 위험개념에만 집중한다면 자칫 목표를 상실할 수 있다.
어쨌든 위험의 개념이 해석을 통한 경찰권한의 확대를 제대로 방어하지 못한다. 따라서
Kugelman에 의하면 비록 권한규범이 구체적인 위험을 요건으로 한다고 할지라도 다른 법
치국가적 보호메커니즘을 필요로 한다고 주장한다.³⁰⁾

4. 경찰권 발동의 한계로서 비례의 원칙과 경찰책임의 원칙 등

경찰권 발동에 대한 법률상 근거가 있다하더라도 허용되는 모든 행위를 해서는 안 된다.
반드시 목적달성을 위한 적합한 수단을 필요최소한으로 투입함으로써 경찰 비례의 원칙을 지
켜야 한다. 경찰은 또한 경찰위해에 대해 행위책임 또는 상태책임이 있는 자에게 우선적으로
경찰권을 발동해야 한다는 점에서 경찰책임의 원칙을 준수하여야 한다. 이 밖에 경찰공공의
원칙도 경찰권발동의 한계를 설정해 주는데, 여기에는 사생활불가침의 원칙, 私住所불가침의
원칙, 민사관계불간섭의 원칙 등을 그 내용으로 한다.³¹⁾ 경찰권발동의 한계가 되는 위 원칙
들에 대한 내용은 너무나도 잘 알려져 있기 때문에 여기서는 줄이기로 한다.

III. 경찰관직무집행법 개정안(행정위원회 대안)의 문제점³²⁾

1. 개관

국회 행정안전위원회가 제안하기로 의결한 경찰관 직무집행법 개정안 대안은 기존의 불심

30) 그리하여 Kugelman은 정확한 구성요건표지를 규정하되 그것이 갖는 한계를 비례성의 원칙을 적용함으로써 보완하
고, 절차를 통한 기본권보호, 목적구속의 원칙 등을 통해 보완할 수 있다고 한다. vgl. Kugelman, a.a.O., S. 786 f.

31) 이상의 내용에 대해서는 김남진/김연태, 행정법 II, 271쪽 이하를 참조.

32) 국회 행정안전위원회의 개정안(대안)이 나온 후 인권단체들의 비판이 계속되자 경찰청의 수정의견이 나왔다. 따라서
여기서 개정안의 문제점을 고찰하면서 경찰청 수정의견의 문제점도 함께 논하기로 한다.

검문에 포함하여 규정하고 있던 직무질문과 신원확인, 임의동행을 분리하여 규정하였고 흉기 외의 위험한 물건을 소지품검사 대상에 포함하고 차량 등 적재물 검사, 신분증제시요구와 지문확인에 의한 신원확인, 보호조치시 지문채취와 사진촬영을 명문화하였고 경찰장비의 사용시 경찰비례의 원칙, 경찰장비의 도입에 공청회 개최와 안전성검사 보고서제출 등을 신설하였다. 동 개정안은 다수의 불명확하거나 포괄적인 표현을 포함하고 있어 법률 명확성의 원칙에 반할 소지가 있고 영장주의 등 헌법상 적법절차의 원칙이나 비례의 원칙(과잉금지원칙) 등을 위반하는 내용을 포함하고 있어 개인의 자유와 사생활영역에 대한 광범한 침해할 우려가 있는 등 국민의 기본권을 침해할 가능성이 크고 따라서 위헌 소지가 있다. 그 사이에 나온 경찰청 수정의견도 일부 비판을 수용하긴 하였으나 근본적인 점에서는 경찰의 법치국가적 기초라는 관점에서 볼 때 역시 문제가 많다.

2. 경찰관직무집행법의 연혁으로 살펴 본 개정안의 문제점

개정안은 1987년 이래 민주화성과를 후퇴시키는 내용을 포함하고 있다. 현행 경찰관직무집행법의 골격은 박종철씨 고문치사사건으로 촉발된 87년 6월 항쟁과 그해 6월 이한열씨의 사망 등 민주화를 위한 국민들의 피땀어린 노력에 의하여 주로 이루어진 것이고 그 이후 1999년 DJ 정부때 추가적인 내용이 도입된 것이다. 그러나 이러한 성과는 MB정부 들어 상당히 후퇴하는 조짐을 보이고 있다.

경찰관의 남용으로 인한 기본권침해의 소지가 있는 사항에 관하여 경찰권행사의 요건과 한계를 엄격하게 규정한 1988년 경찰관직무집행법의 개정내용과³³⁾ 최루탄의 사용요건을 규정한 1989년 개정내용은³⁴⁾ 현행 경찰관 직무집행법의 주요한 골격을 이루는 내용으로서 상당히 진전된 내용을 가지고 있다. 그러나 몇 년이 지난 1991년 개정에서는³⁵⁾ 경찰관의 임의동

33) 1988년 개정된 경찰관직무집행법의 주요 내용

경찰관의 남용으로 인한 기본권침해의 소지가 있는 사항에 관하여 경찰권행사의 요건과 한계를 엄격하게 함으로써 경찰권행사의 적정을 도모하려는 것임. ①경찰관으로부터 경찰관서에의 동행요구를 받은 자는 그 동행요구를 거절할 수 있도록 함. ②경찰관이 불심검문을 하거나 동행을 요구할 경우 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행장소를 밝힌 후 동행을 거부할 자유와 동행후 언제든지 경찰관서로부터 퇴거할 자유가 있음을 고지하도록 함. ③경찰관이 동행을 한 경우에는 당해인의 가족·친지등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하도록 하여야 하고, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하도록 함.

34) 경찰관직무집행법 1989.06.16 일부개정

각종 불법집회 및 시위진압을 위하여 최루탄이 사용되고 있는 바, 이를 남용할 경우 국민의 생명·신체와 재산 및 공공시설에 현저한 위해발생의 소지가 있으므로 최루탄의 사용요건 등을 규정하여 그 피해를 예방하려는 것임. ① 최루탄의 사용요건과 방법을 규정함. ②최루탄을 사용할 경우 그 일시등 사용내용을 기록하여 보관하도록 함.

35) 경찰관직무집행법 1991년 개정내용

경찰관의 임의동행 및 경찰장구사용의 요건을 일부 완화하여 경찰의 민생치안활동의 효율적 수행을 뒷받침하려는 것임. ①임의동행시 동행을 거부할 자유와 언제든지 경찰관서로부터 퇴거할 자유가 있음을 고지하도록 한 규정을 삭제함. ②임의동행을 한 경우 3시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없도록 하던 것을 6시간으로 연장함. ③ 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인에게 경찰장구를 사용할 수 있게 하던 것을 현행법이나

행 및 경찰장구사용의 요건을 일부 완화하여 경찰의 민생치안활동의 효율적 수행을 뒷받침하기 위하여 일부 내용이 후퇴하고 있다. 경찰관직무집행법은 1999년에도 개정되는데 이때에는 경찰장비의 사용과 관련하여 그 기준을 명확히 하는 것을³⁶⁾ 그 내용으로 하고 있다. 그러나 2010년 4월에 행정안전위원회 대안으로 제시된 개정안은 아래에서 보듯이 그 동안의 성과를 일부 후퇴시키면서 경찰의 권한을 강화하는 내용을 담고 있어서 문제이다.

3. 불심검문

(1) 개관

개정안은 현행법상의 불심검문이란 표현을 삭제하고 직무질문으로 바꿨으나 내용은 동일하다. 불심검문의 본질적인 문제는 국민을 잠재적 범죄자로 보고 있다는 점이다. 문명사회에서 국가는 국민을 잠재적 범죄자로 다루어서는 안 된다.³⁷⁾ 이는 무죄추정의 원칙에도 반할 뿐만 아니라 불심검문을 통해 거주이전의 자유, 표현의 자유, 사생활의 비밀 등이 위협받거나 침해될 소지가 있다.

경찰의 예방적 활동이 시민의 권리를 침해하는 속성을 지닌 경우에 구체적 위험을 요건으로 해야 한다는 점은 과잉금지원칙 내지 경찰비례의 원칙에 근거를 두고 있다.³⁸⁾ 그러한 의미에서 경직법상의 구성요건은 대부분 구체적 위험으로 파악된다.³⁹⁾

불심검문은 수사활동과의 경계에 있는 경찰활동으로서의 성격이 강하기 때문에 형사절차의 대원칙인 적법절차의 원칙과 피의자의 방어권보장의 이념을 해치거나 무력화시키지 않는 한도 내에서만 예방적 경찰활동으로서 불심검문의 정당성이 인정될 수 있다.⁴⁰⁾

개정안이 두 영역으로 구분하여 규정하고 있는 경찰관의 불심검문에 대하여 국가인권위원회는 적절하게도 “「경찰관직무집행법 일부 개정안(국회 행정안전위원회 대안)」 중 소지품 검

장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인에게 사용할 수 있도록 요건을 완화함.

36) 경찰관직무집행법 1999년 개정내용

경찰관 직무집행을 위하여 사용중인 경찰장구·무기등을 포함한 장비정의규정을 신설하여 이들 개념을 보다 명확히 하고, 경찰장비의 사용과 관련하여 안전성을 확보하기 위하여 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비에 대하여는 장비의 종류, 사용기준, 안전교육, 안전검사의 기준을 대통령령으로 정하도록하며, 분사기 또는 최루탄 및 무기의 사용기록 보관, 경찰장비의 임의개조금지규정을 마련하려는 것임. 가. 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비에 대하여는 필요한 안전교육과 안전검사를 실시하고 그 대상이 되는 경찰장비의 종류, 사용기준, 안전교육, 안전검사의 기준등은 대통령령으로 정하도록 함(법 제10조제1항 및 제4항). 나. 경찰장비는 무기, 경찰장구, 최루제 및 그 발사장치, 감식기구, 해안감시기구, 통신기기, 차량, 선박, 항공기등 경찰의 직무수행을 위하여 필요한 장치와 기구로 포괄적으로 그 개념을 정의하고, 경찰장구 및 무기의 개념을 보다 세부적으로 규정함(법 제10조제2항, 제10조의2제2항 및 제10조의4제2항). 다. 경찰장비를 임의로 개조하거나 임의의 장비를 부착하여 통상의 용법과 달리 사용할 수 없도록 함(법 제10조제3항). 라. 대간첩·대테러작전등 국가안전에 관련되는 작전을 수행할 때에는 개인화기 외에 공용화기를 사용할 수 있도록 함(법 제10조의4제3항).

37) Benda, in Benda/Maihofer/Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, § 6 Rdn. 37.

38) 이호중, 경찰관직무집행법상 불심검문제도의 개정논의에 관한 비판적 고찰, 117쪽.

39) 김성태, 예방적 경찰작용에서의 추상적위험·구체적 위험, 행정법연구 2003년 하반기, 268쪽.

40) 이호중, 앞의 논문, 125쪽.

사에 관한 규정(제3조 제2항), 차량 등 적재물 검사에 관한 규정(제3조 제3항)은 영장주의를 위반하여 신체의 자유 및 사생활 비밀과 자유를 침해하고, 신원확인에 관한 규정(제3조의2)은 과잉금지원칙을 위반하여 진술거부권 및 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 소지가 크므로 위 규정들이 강제절차가 아니라 임의절차임을 명백히 하는 보완이 필요하다”는 의견을 표명한 바 있다.⁴¹⁾

(2) 직무질문 (개정안 제3조)

1) 법적성질

직무질문(Befragung)은 구속력이 없는 경우 사실행위(Realakt)이기 때문에 질문 그 자체만으로 상대방에게 어떠한 수인의무(Duldungspflicht)가 발생하지 않는다. 따라서 질문자체가 권리침해는 아니다. 그러므로 질문을 받은 자가 정지할 필요도 없고 대답할 필요도 없다. 기껏해야 귀찮다는 느낌(불편함)을 받을 뿐이다. 그러나 제3자의 개인관련 데이터를 질문에 의해 조사하는 경우 이는 정보의 자기결정권의 침해이고 질문에 의해 얻은 개인관련 데이터를 사용하는 경우 개인정보처리에 관한 특별규정에 따라야 한다.⁴²⁾

이에 반해 구속력있는 답변요구는 행정행위(Verwaltungsakt)에 해당한다. 이것은 제기한 질문에 대답하여야 할 명령을 포함한다. 질문에 대한 답변의무는 관련자의 행위자유를 침해하는 것이며 헌법상 인격권을 침해하는 것이다. 이는 질문이 관련자 개인의 데이터이든 제3자의 데이터에 관한 것이든 상관없다.⁴³⁾ 이 경우 직무질문에 대해서 답변의무가 있는 자에 대해서는 진술거부권이 있음이 고지되어야 한다.

41) 국가인권위원회 2010년 5월 13일 결정. 국가인권위는 그 이유에서 “실무상 이 절차를 통하여 확보된 소지품과 적재물 및 각종 진술이 형사절차의 증거가 되고 있으므로 범죄예방 등을 위한 단순한 경찰 행정작용을 넘어서 사실상 수사절차의 일부로도 기능하고 있다. 따라서 현행법상의 불심검문은 처벌대상이 되지 않는 통행인 등에 대하여 범죄예방 등의 이유로 기본권을 제한하는 것이고 경우에 따라서는 형사절차와 직결될 수 있으므로 엄격하게 대상자의 동의에 근거하여 진행되어야 할 것이다. 물론 예외적으로 강제적인 검문이 허용된다고 하더라도 그러한 검문은 목전의 구체적이고 중대한 위험을 피하기 위하여 필요하나 영장을 발부받을 시간적 여유가 없거나 사전영장을 받을 수 없는 경우에 행해지는 ‘행정상 즉시강제’에 해당하는 경우와 같이 극히 예외적인 경우에 한정되어야 할 것이다. 이러한 예외적인 경우가 아닌 한 강제성이 있는 불심검문은 영장주의의 준수, 진술거부권 고지 등 적법절차의 범위 내에서 이루어져야 한다. 개정안이 현행법상의 불심검문을 직무질문과 신원확인의 두 영역으로 구분하여 새로이 규정하고 있다 하더라도 불심검문의 이러한 기본적 성격과 한계가 변함없이 적용되는 것이 국민의 기본적 인권의 최대한의 보장을 위한 헌법과 법치주의의 요청에 부합된다”고 보았다.

42) Rachor, in: Lisker/Denninger(Hrsg.), F. Polizeiliche Einzelmaßnahmen, Rdn. 257.

43) Rachor, a.a.O., Rdn. 258. 질문받은 자의 답변의무(Auskunftspflicht)를 인정할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 그러나 그러한 의무가 일반조항에 근거해서 발생하는 것은 아니다. 그러한 답변의무는 침묵, 그러므로 행위를 하지 않는 것(Untätigsein)이 위험(Gefahr) 구성요건을 충족하는 것을 전제로 한다. 그러나 행위를 하지 않는 것은 어떤 법률이 행위(Tätigwerden)를 규정할 때만 위험 또는 장애가 될 수 있다. 경찰일반조항은 그러한 의무를 포함하지 않는다. 이에 대해서는 vgl. Rachor, a.a.O., Rdn. 261.

2) 개정안의 문제점

가) 불명확한 표현

개정안 제3조는 직무질문의 사유를 “수상한 행동이나 그 밖의 주위사정을 합리적으로 판단하여 다음 각호의 어느 하나”라고 하여 질문하는 경찰관이 임의로 판단할 수 있게 되어 있고 질문의 내용도 특정되어 있지 않다. “수상한 행동”이라는 불명확한 문구는 삭제해야 하고 질문의 내용도 이름과 성, 주소, 국적 등으로 한정하되 그 이상의 질문에 대해서는 생명과 신체, 자유, 재산에 대한 구체적인 위협을 방지할 목적으로만 허용하는 것이 타당하다. 그러나 개정안의 직무질문규정은 구체적 혐의가 없어도 단순한 의심만으로 직무질문을 할 수 있도록 하고 있다. 이는 여행의 자유 등 거주이전의 자유를 제한하고 집회시위의 자유 등 표현의 자유를 제한할 수 있으며 사적인 영역에 대한 침해의 소지가 있다. 이는 자유로운 민주사회에 대한 중대한 위협이 될 수 있다.

제3조 1항 1호 “어떠한 죄를 지었거나 지으려 하고 있다고 의심할만한 이유가 있는 사람”

“어떠한 죄”라는 표현도 매우 포괄적이고 불명확하다. 형법상의 범죄 또는 생명, 신체, 자유, 재산에 관한 범죄라든지 하는 표현으로 명확히 할 필요가 있다.

“의심할만한 이유가 있는 사람”이라는 표현도 판단주체인 경찰의 오류 또는 남용가능성을 허용한다. 최근과 같이 경찰의 성과주의 실무와 결합할 때 이 규정은 더욱 문제가 될 수 있다. 신분증을 제시하지 않거나 불심검문의 목적이나 이유에 대한 설명도 없는 경찰의 불심검문 실태를 볼 때 이 규정은 더욱 문제될 수 있다.

나) 소지품검사

개정안 제3조 제2항은 검사대상 소지품을 위험한 물건까지 확대하고 있는데 이는 남용의 소지가 충분하다. 예를 들자면, 특히 집회시위의 자유와 관련된 유인물이나 피켓 등의 물품 소지도 경우에 따라서는 위험한 물건으로 간주되어 광범위하게 제한될 수 있다. 더구나 의심할만한 상당한 이유라는 표현과 결합하여 남용우려는 커질 수밖에 없다. 그런 의미에서 경찰청 수정의견에 무기, 흉기, 폭발물로 그 대상을 제한한 것은 다행이다. 독일의 집회법(VersammlungsgG) 제27조 1항의 입법례에서와 같이 ‘무기 또는 사람을 다치게 하거나 물건을 훼손할 만한 물건’으로 규정하는 것도 한 방법일 수 있다.

개정안과 달리 현행법 제3조 3항에서는 불심검문 시 질문을 하는 경찰관의 안전을 위해 필요한 한도 내에서 흉기소지 여부에 대해서만 조사할 수 있도록 규정하고 있다. 이 규정은 원래 미국 연방대법원이 판시한 “Stop and Frisk” 원칙에서 유래한 것인데 개정안 제3조 제2항과 제3항은 경찰관에게 영장 없이 광범위한 소지품 검사 및 차량 적재물을 검사할 수 있는

권한을 부여하고 있다.

국가인권위원회가 적절하게 판단하였듯이 소지품검사에 관한 개정안의 규정(제3조 제2항)은 “의심할만한 상당한 이유가 있는 경우”에는 흉기 이외에 “그 밖의 위험한 물건”의 소지여부도 조사할 수 있도록 허용함으로써 소지품 검사를 할 수 있는 요건을 확대하고 소지품검사의 대상물을 ‘흉기’나 ‘무기’에 제한하지 않고 ‘위험한 물건’을 포함시켜 소지품검사의 대상물 범위를 대폭 확대하고 있다. (경찰청 수정의견에서는 위험한 물건이란 표현을 삭제하고 폭발물로 대체함) 이로써 위 규정은 일종의 긴급조치로서 ‘흉기’소지여부에 대해 외피검사만 할 수 있도록 한 이른바 “Stop and Frisk” 원칙의 범위를 훨씬 벗어난 검사를 허용하여 실무상 영장 없는 사실상의 압수수색을 광범하게 허용할 가능성이 있다.⁴⁴⁾

다) 차량 적재물검사

개정안 제3조 제3항은 현행법에는 없는 차량 등에 대한 직무질문 및 차량적재물 검사에 대한 근거를 마련하고 있다.

이 규정에 따르면 경찰이 차량 등을 정지시켜 질문을 하고 필요한 경우 영장이 없이도 차량의 적재물을 검사하도록 허용하게 되는데 이는 영장주의에 반할 수 있다. 이 점에 대해서는 국가인권위원회도 적절히 지적하고 있듯이 경찰의 임의적인 판단에 따라 자동차검문의 대상이 확대될 우려가 있고 사실상 영장없는 무제한의 자동차 검문이 이루어질 가능성이 있다.⁴⁵⁾ 또 하나의 문제는 이 규정에 진술거부권이 없다는 점이다. 직무질문 및 적재물 검사의 임의절차라는 특성이 강제절차로 변질되지 않으려면 거부권이 명시되어야 한다. 다행히 이후 경찰청 수정의견에서는 대상자의 의사에 반하여 확인할 수 없도록 규정하고 있으나 진술거부권이 있음을 사전에 고지하도록 하는 규정을 같이 두어야 그 실효성이 확보될 수 있다. 차량에 대한 불심검문의 경우는 여행의 자유를 제한하는 등 기본권의 제한이 따를 뿐만 아니라 집회시위 등 표현의 자유를 사전에 봉쇄하는 수단도 될 수 있다. 이처럼 기본권을 제한하는 결과를 초래하는 경우에는 헌법위반이 된다. 특히 정부의 정책을 반대하는 집회로서 정부가 원하지 않는 불법집회의 경우에는 집회를 사전에 봉쇄하는데 경찰력이 이용될 가능성도 없지 않기 때문에 기본권제한을 최소화하는 절차와 수단에 의하여 행해져야 한다.

44) 국가인권위원회 2010년 5월 13일 결정.

45) 국가인권위원회 2010년 5월 13일 결정 참조. “이 규정은 경찰관이 “범인의 검거를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때”에는 “마약 등 공공의 안전에 위해를 끼칠 수 있는 물건”의 적재여부에 대해 조사할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이 규정은 경찰관의 임의적인 판단에 따라 자동차 검문을 할 수 있는 대상을 “공공의 안전에 위해를 끼칠 수 있는 물건”으로까지 확대하고 있다. 이러한 규정에 따르면, 사실상 경찰관이 영장에 의하지 아니하고 자동차의 내부 및 트렁크, 적재물 등을 아무런 제한없이 검색할 가능성이 열려있다.”

(3) 신원확인 (개정안 제3조의 2)

1) 법적 성질 및 요건

경찰관직무집행법 개정안은 새로이 신원확인제도를 신설하고 직무질문의 요건에 해당하는 자에 대하여 신원을 확인하고 신분증 제시를 요구할 수 있음을 규정하고 있다. 신원확인 및 신분증제시요구는 이 규정이 없던 때에도 경찰실무상 이미 행해져 왔으나 이는 법률유보의 원칙에 반하는 실무관행으로서 논란이 있어왔다. 이번 개정안은 신원확인에 대한 법적 근거를 명확히 하고 대상자에게 신원확인에 대한 의무를 지우기 위한 의도가 있는 것으로 보인다.⁴⁶⁾

신원확인 자체는 일반적 행위자유 내지는 인격권에 대한 비교적 사소한 침해라고 볼 수도 있겠지만 후속침해(Folgeeingriffen)를 유발하기 때문에 관련된 자에게는 특별한 의미를 가진다. 대개 신원확인의 대상이 되는 자의 인적사항이 전자정보처리시스템에 입력됨으로써 수배자인지 여부가 확인될 수 있고 그러한 검사결과는 상황에 따라서는 수색, 체포와 같은 후속조치의 근거가 될 수도 있다.

신원확인은 구체적인 위험을 전제로 한다. 따라서 경찰은 구체적인 위험방지(Gefahrenabwehr)를 위해서 사람의 신원을 확인할 수 있다. 경찰관직무집행법에 신원확인에 관한 규정이 있다고 해서 경찰이 자의적으로 그 절차를 진행해서는 안 된다. 신원확인이 구체적인 위험을 방지하기 위하여 어느 정도 유용한 수단일 수 있는지 의문이 제기될 수 있지만 어쨌든 신원확인이 형사상 조사절차를 경감할 목적으로 행하여진다면 단순한 위험수단으로서 행하여진다면 하는 것들은 경찰법상의 직무범위에 포함되어 있지 않는 목표들이다.⁴⁷⁾

위험한 장소에서 신원확인을 할 권한은 경찰의 일제단속(Razzia)의 근거로 간주되기도 한다. 개별적인 신원확인에 비해 일제단속의 경우 구체적인 위험을 필요로 하지 않고 행해진다는 점에서 문제이다. 그러나 일제단속이 명시적으로 규정되어 있지 않더라도 범죄를 예비, 음모, 실행한다는 등의 전제가 정당화될 수 있어야 한다.⁴⁸⁾ 비례성의 원칙은 일제단속에 있어서도 당연히 준수되어야 한다. 위험 및 혐의의 전단계(Vorfeld)에서 일제단속이 행해지는 경우 예방적(präventives) 행위와 억제적(repressives) 행위가 서로 구별되지 않을 수 있다. 일제단속은 주로 형사소추로서의 성격을 가질 수 있다. 그러기 때문에 독일 프랑크푸르트 행정법원 판사인 Rachor는 단지 구체적인 혐의가 없다는 이유만으로 경찰법으로 보는 것에 대해 체계적인 관점에서 비판하고 있다.⁴⁹⁾

46) 국가인권위원회 2010년 5월 13일 결정도 같은 취지로 판단하고 있다.

47) Rachor, a.a.O., Rdn. 378 f.

48) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 1998, Rdn. 124.

49) Rachor, a.a.O., Rdn. 392 ff.

2) 개정안의 문제점

가) 불명확한 표현 : 이른바 ‘Schleierfahndung’의 가능성

앞에서 보았듯이 직무질문의 요건인 “수상한 행동”, “어떠한 죄를 지었거나 지으려 하고 있다고 의심할만한 이유가 있는 사람” 등의 표현은 매우 불명확하고 포괄적이다. 이러한 요건이 그대로 신원확인 요건으로 되어 있다. 따라서 이 경우 판단의 주체인 경찰이 언제 어디서나 누구에게 대해서든지 신원확인 등의 경찰상의 통제조치를 취할 수 있는 위험이 있게 된다. 그 결과 구체적인 혐의나 사건과 독립하여 사람을 통제하거나 근거와 이유를 불문하고 사람을 통제할 가능성이 있다. 이와 관련하여 독일에서는 이른바 ‘Schleierfahndung’이라는 이름으로 행해지는 인적 통제수단이 논란이 되었다. 이것은 신원확인의 권한을 새로운 구성요건으로까지 확대하는 것으로서 대개 국경을 넘나드는 범죄를 예방할 목적으로 공공 교통시설이나 도로에서 경찰이 마주치는 사람의 신원을 확인함으로써 통제하는 것이다. 위의 새로운 권한에 기초한 이러한 신원확인제도는 어떤 동기(Anlass)나 특별한 위험상황에 구속되어 있지 않고 관련된 자에게 뭔가 책임을 지울 수 있는 근거도 필요로 하지 않는 경찰침해라고 할 수 있다.⁵⁰⁾ 일정한 근거나 책임이 없는데도 누구든지 그런 식으로 통제하는 것(‘Schleierfahndung’)은 위험해진 법익을 보호하는 것이 아니라 통제받는 자가 무해하다는 것을 확인함으로써 일반적인 위험에 대해 사전대비(Risikovorsorge)하고자 하는 것이다. 극단적으로 표현하면, 이 경우 어떤 사람이 집을 떠나 도로에서 이동한다면 그의 존재가 곧 위험(Risiko)으로 간주된다. 그러한 전체적인 통제가능성의 경향은 통제받는 자를 ‘잠재적인 범의 반자(Rechtsbrecher)’ 및 ‘잠재적인 원인야기자(Störer)’로 만든다.⁵¹⁾

사람에 대하여 사건과 독립하여 통제(die ereignisunabhängige Personenkontrolle)하는 권한을 근거로 한 전형적인 통제조치는 사소한 기본권 침해이기 때문에 헌법적으로 수인될 수 있다고 보는 견해도 있지만 이에 대해서는 독일 프랑크푸르트 행정법원판사인 Rachor가 적절히 지적하고 있듯이 그러한 견해는 옳지 않다. 사건 및 혐의와 독립해서 이루어지는 그러한 통제의 외적경과를 보면 그것은 결코 사소한 일이 아니다. 그러한 통제는 이동의 자유 제한뿐만 아니라 무시할 수 없는 시간상의 손실을 동반한다. (그 때문에 중대한 업무약속을 지키지 못하거나 비행기를 놓칠 수 있다, 등등) 게다가 그가 자신을 증명하지 못하고 그의 진술이 신뢰받을만하지 않을 경우 경찰은 그를 경찰서에 동행할 가능성도 있고 경우에 따라서는 지문 등 감식을 행할 수도 있다. 이 과정에서 관련자의 인격권침해가 있게 된다. 결론적으로 혐의와 무관하거나 사건과 무관한 인적 통제는 법치국가원리 및 비례성원칙에 위반되기 때문에

50) Rachor, a.a.O., Rdn. 411 f.

51) 예컨대 비행기 승객들에 대한 전체적인 통제를 도입하는 것은 긴급사태와 유사한 상황으로만 정당화될 수 있다고 한다. Benda, in: Benda/Maihofer/Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, § 6 Rdn. 37.

위헌이다. 독일 메클렌부르크-포포머른 주헌법재판소는 일반 도로에 머무르는 모든 자에 대한 침해권한이 세분화되지 않은 채 주어지는 경우 헌법상 허용되는 한계를 넘게 된다고 판결했다.⁵²⁾ 즉 경찰상 요구되는 책임귀속 연관성(Zurechnungszusammenhang)이 결여되어 있다고 하였다. 1996년 5월 14일 작센주 헌법재판소도 경찰장애야기자(Störer)와 비야기자(Nichtstörer)에 대한 법적, 사실적인 동등취급의 금지는 법치국가원리에서 나온다고 판시하였다⁵³⁾.

범죄라는 불이익이 일정한 수준에 있을 때 일반적인 경찰상 긴급사태가 발생하고 그 때문에 그러한 조치가 수인되어야 하며 경우에 따라서는 요구되기까지 한다고 주장할 수 있지만 독일행정법원 판사인 Rachor에 따르면 그러한 상황은 존재하지 않는다고 한다. 사건 및 혐의와 무관한 통제조치들로 얻는 이익이 아마도 법치국가성(Rechtsstaatlichkeit)의 상실과 적정한 관계에 있지 않다고 한다. 이것은 통계상으로도 그렇다고 한다.⁵⁴⁾

경찰이 개별적인 사건에서 위험상황 및 혐의상황을 평가할 때 가질 수 있는 어려움은 자유로이 조직된 공동체를 위한 대가로서 이해하여야 한다. 그러한 공동체에서는 경찰이 시민을 정지시키고 통제한다면 경찰이 그것을 정당화해야 하는 것이지, 시민이 경찰에 대하여 그 왜 그 길을 가는 도중이었는지를 해명해야 하는 것이 아니다. 최소한 긴급사태에 유사한 것으로 서술되는 조건하에서가 아니라면 법치국가는 이러한 논증부담(Argumentationslast)으로부터 벗어나서는 안 된다. 이러한 논증부담만이 신뢰할만한 권력제한작용과 그에 따른 자유를 확보하는 작용을 한다.⁵⁵⁾

나) 신분증 제시

개정안에서는 신분증 제시를 요구할 수 있다고 규정되어 있을 뿐 그에 대한 거부권 등에 대해서는 규정이 없다. 그러나 만약 신분증제시가 강제되는 경우에는 강제수사단계에서 인정되는 진술거부권이 범죄수사와 구별되는 임의적 수단인 직무질문에서는 인정되지 않는 결과가 된다. 결국 임의절차가 강제절차로 변질되기 때문에 신분증제시를 거부할 수 있도록 하는 규정을 두어야 한다. 그렇지 않을 경우 헌법에 반할 것이다. 이러한 비판을 의식하여서인지 경찰청의 수정의견에서는 본인의 의사에 반하여 신분증 제시를 강요당하지 아니한다는 규정을 두었다.

또한 개정안은 신분증제시의 범위도 범죄 또는 범죄의심이 있는 경우뿐만 아니라 범죄 또

52) LVerfG M-V, DÖV 2000, S. 71.

53) SächsVerfGH LVerfGE 4, 303, 349 f.

54) Rachor, a.a.O., Rdn. 435. 내무부에서 공식적으로 만들어진 자료에 따르면 공공도로나 국제 교통시설에서 통제를 받는 자들 가운데 약 3%에서만 범죄자가 발견되거나 범죄가 발견되었다고 한다.

55) Rachor, a.a.O., Rdn. 438.

는 위해에 대하여 안다고 인정되는 사람에게까지 허용하고 있어 시민의 사생활이나 기본적인 자유를 해칠 소지가 많다.

특히 집회 및 시위의 경우에는 헌법상 보장된 집회 및 시위를 원천봉쇄하는 수단이 될 수도 있으므로 독일 연방경찰법(BPolG) 제23조 제2항 3호와 같이 신체를 침해하거나 물건을 손상시킬 수 있는 무기 또는 물건을 소지하고 있는 경우로 한정하는 규정을 별도로 두어야 한다.

직무질문은 신분증 제시 등 신원확인으로 이어질 가능성이 크고 신분증이 없을 경우 임의 동행으로까지 이어질 수 있다. 반드시 신분증을 지참하여야 하는 사회는 우리의 경우 과거 조선시대나 독일의 경우 프로이센시대에도 가능한 일이었다. 더구나 신원확인이 곤란한 경우에는 지문채취까지 가능하도록 규정하고 있다. 이는 야만시대로 회귀하는 것이다. 따라서 가 급적 형사상 중대한 범죄의 구체적인 혐의가 있는 경우에 신원확인 그와 따른 지문채취 등이 행해지도록 제한하는 것이 필요하다.

다) 지문확인

신원확인이 다른 방법으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 지문의 동일성을 확인할 수 있다. 먼저 신원확인이 경찰법상의 근거에 의해 이미 허용되는 것이 지문확인의 요건이다. 관련된 자의 신원을 달리 확인할 수 없는 극단적인 경우에만 지문의 동일성을 확인하는 조치가 취해질 수 있다. 그러나 신원이 다른 방법으로 확인될 수 없는 모든 사례에서 지문확인조치가 허용되는 것은 아니다. 신원확인의 동기가 매우 사소하고 관련된 자가 잘못된 정보를 제공했다는 어떤 근거도 존재하지 않는 경우 경찰은 그 신원이 확실하지 않더라도 이를 감수하여야 한다. 이 경우 그러한 불이익 조치에 의해 괴로움을 당하지 않을 개인의 이익이 경찰 업무수행에 대한 공적인 이익보다 우선한다.⁵⁶⁾

사실 경찰관직무집행법 제3조의 2에서처럼 신원확인을 목적으로 지문의 동일성을 확인하는 것은 임의절차로서의 신원확인의 범위를 넘는 것으로서 임의절차에 적합한 수단이 아니다. 물론 대상자의 동의가 있는 경우에는 허용될 수 있으나 이 경우에도 남용의 소지가 있고 굳이 그렇게까지 신원확인을 할 필요성이 있는지는 의문이다. 따라서 지문확인은 과잉 금지원칙에 반하고 개인의 자기정보결정권을 침해하는 위헌적인 성격을 가지므로 삭제되어야 한다.

56) Rachor, a.a.O., Rdn. 453.

(4) 임의동행

가) 임의성 요건

시민의 입장에서 볼 때 경찰의 임의동행 요구는 그 자체만으로도 위협적일 수 있다. 따라서 임의동행 자체는 원칙적으로 허용되어서는 안 될 것이다. 다만, 중대한 범죄의 구체적인 위험이 있을 경우에만 예외적으로 국민의 기본권에 대한 최소한의 제한에 그치는 것을 조건으로 하여 임의동행을 허용할 수 있을 것이나 이 경우에도 임의동행은 어디까지나 임의적인 것이어야 하고 강제성이 있어서는 안 된다.⁵⁷⁾ 따라서 임의동행요구를 받은 상대방은 동행요구를 거절할 수 있으며 경찰관은 동행요구를 할 때 거절할 수 있음을 상대방에게 알려야 한다. 개정안에 이러한 내용이 포함된 것은 임의동행의 임의성에 비추어 당연한 것이다.

제3조의 3 제1항 2호(질문이나 신원확인하는 것이 교통에 방해가 되는 경우)의 경우 단지 교통방해를 이유로 임의동행을 요구하는 것은 지나친 것이다. 삭제함이 마땅하다.

나) 변호인의 참여권보장

또한 동조 제4항의 동행에 따른 질문과정에 변호인의 참여가 없더라도 가능한 정당한 사유를 굳이 대통령령으로 따로 정할 필요가 있는지 의문이다. 개정안이 동행하여 조사를 할 때 현행법상 없는 변호인의 조력을 받을 권리를 인정한 것은 헌법상 보장된 신체의 자유의 취지상 당연한 것을 명문으로 규정한 것이다. 그러나 변호인이 상당한 시간 내에 참여하지 않는 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유가 있을 경우에는 예외를 인정하게 되면 대통령령으로 정하는 내용에 따라 자칫 변호인 참여권이 제한될 가능성도 있다. 따라서 대통령령에 규정하기 보다는 법률에 명시적으로 그 예외사유를 엄격하게 한정하는 것이 타당하고 예외사유에 해당하더라도 변호인이 참여할 때까지 기다리되 변호인이 참여하지 않는 경우 질문과정에 법정대리인 등의 참여라도 보장할 필요가 있다.

그리고 임의동행임에도 6시간까지 붙들어 둘 이유가 없다. 1999년에 개정된 이 조항은 그 이전으로 돌아가야 한다.

4. 보호조치 등의 경우 지문채취 등 신원확인 규정(개정안 제4조)

개정안은 현행법상 규정되어 있지 않은 보호조치대상자에 대한 신원확인 조항을 신설하고 소지품검사, 위험물건의 임시보관, 지문채취, 사진촬영 등을 허용하고 있다.

57) 임의동행에 있어서 임의성의 판단은 동행의 시간과 장소, 동행의 방법과 동행거부의사의 유무, 동행 이후의 조사방법과 퇴거의사의 유무 등 여러 사정을 종합하여 객관적인 상황을 기준으로 하여야 한다. 이에 대해서는 헌법재판소 2001. 9. 27. 2001헌마377 결정; 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다35155 판결 참조.

긴급구호 및 보호조치 등을 위한 신원확인 필요성이 인정된다고 할지라도 지문채취나 사진촬영은 개인의 정보자기결정권과 초상권을 침해할 수 있다. 특히 개정안 제4조 제1항 1호에는 술에 취한 자가 구호대상자로서 포함되어 있는데 이러한 주취자에 대하여 신원확인을 위하여 지문채취나 사진촬영을 허용하는 것이 과연 타당할 것인지 심히 의문이다. 이는 주취로 인한 의식불명을 기화로 장래 의식이 회복될 것이 확실한 자의 초상권과 인격권을 침해하는 것이며 이 규정의 구호 및 보호조치의 입법취지와도 전혀 부합하지 않는다. 지문채취나 사진촬영이 구호 및 보호조치를 위해 불가피한 조치도 아니므로 이는 삭제함이 타당하다.

제4조 1항 2호에서는 자살을 시도하는 사람도 보호조치의 대상으로 규정하고 있다. 그러나 자살위험이 있는 경우라도 지속적인 경찰 유치는 있을 수 없다. 그러므로 권한있는 기관의 특별한 도움이 있을 때까지 또는 자살위험이 있는 자가 제한없이 자기책임적인 결정을 할 수 있음을 확인할 때까지 시급한 생명의 위험에 대한 임시방어가 문제될 뿐이다. 독일의 경우 위험에 빠진 법익의 소지자가 도움을 거부하고 그 스스로 그 법익을 처분할 권한이 있는 경우에도 이를 돕도록 경찰법으로 강요해서는 안 된다고 한다. 자살위험이 있는 자를 유치하는 권한이 그 자의 인식가능한 정신적인 결정능력을 고려하지 않고 적용된다면 규범의 목적이 왜곡된다. 그리하여 자살하려는 자를 유치장에 가두는 독일 작센주 경찰법 제22조 1항 2b호의 규정에 대해서는 헌법적으로 의문이 제기되고 있다.⁵⁸⁾

5. 위험발생의 방지(개정안 제5조)

이 조항은 경찰상 일반조항 또는 개괄적 수권조항으로 보기도 한다.⁵⁹⁾ 일반조항을 근거로 하는 경찰의 조치는 구체적인 위험의 존재를 전제로 한다.⁶⁰⁾ 위험방지와 관련한 제5조도 역시 다음과 같은 점에서 문제가 있다.

먼저 “극도의 혼잡”이란 표현은 매우 불명확하다. 천재, 사변, 인공구조물 파손이나 붕괴, 교통사고, 위험물폭발, 위험한 동물 출현 외에 극도의 혼잡이 무엇을 의미하는지 확실하지 않고 “그 밖의 위험한 사태”라는 표현도 불명확하다.

58) Liskén/Denninger, C. Rdn. 49. 그러나 인간존엄의 핵심은 칸트가 말하는 자율(Autonomie)이다. 자율적인 결정으로 행위하는 것을 국가가 저지하는 것은 비록 그것이 어떤 다른 법익을 침해하지 않더라도 기본법 제1조 1항 및 3항과 결합한 제2조 1항에 대한 위반이다. 이러한 보호의무관념이 연방행정법원의 판결의 기초가 되어있는데 이에 의하면 이른바 피쇼(Peep-show)는 쇼를 하는 자의 인간존엄을 보호하기 위하여 금지되어야 한다고 한다. 인간존엄은 개인이 포기할 수 없는 객관적이고 양도불가능한 가치라고 한다. 그러나 연방행정법원이 원용하는 연방헌법재판소는 어디에서도 인간의 존엄과 생명을 절대화하지 않았다. 경찰은 인간이 자신의 기본권을 포기하는 것으로부터 보호해야 하는 것이 아니라 제3자에 의해 위협해질 때 보호상실로부터 보호해야 한다. 그러한 보호를 원하지 않는 자는 자신의 권리를 포기하는 것이 아니라 보호청구권(Schutzanspruch)을 포기하는 것이다. 이에 대해서는 Liskén/Denninger, C. Rdn. 51 f.

59) 손재영, 앞의 논문 참조.

60) Rachor, a.a.O., F. Rdn. 779.

제5조 1항 제2호의 ‘억류’라는 표현도 적절하지 않다.⁶¹⁾ 매우 긴급한 사태라 하더라도 위협을 입을 우려가 있는 사람을 보호 또는 피난시킬 수 있는 것이지 억류하는 것은 당사자의 의사에도 불구하고 강제로 체포, 감금할 수 있는 여지를 주는 표현이므로 삭제하든지 보호 등의 표현으로 바꾸어야 한다.

위험발생의 방지와 관련하여 개정안은 제5조 2항에서 대간첩작전 수행이나 소요사태의 진압을 위하여 필요한 경우 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있도록 규정하고 있다. 대간첩작전수행이나 소요사태라는 표현이 갑자기 왜 나오는가? 대간첩작전의 수행은 전투경찰의 업무이기 때문에 그렇다 치더라도 이른바 ‘소요사태’가 제1항의 위험한 사태라는 표현과 어떻게 다른가?

소요사태라는 용어는 매우 모호하여 자의적인 해석에 의해 특히 정부 및 여당의 정치적인 안전에 대한 국민의 정당한 의사표시로서 집회시위의 자유를 제한할 수 있게 하는 근거가 될 수 있다. 지난 2008년 미국산 쇠고기 수입을 반대하는 촛불집회에서 광범위한 통행금지로 인권침해 논란이 있었던 사례에서 보듯이 소요사태라는 용어는 모호하여 남용가능성이 크다. 따라서 삭제하여야 할 것이다.

6. 유치장(개정안 제9조)

(1) 법체계의 문제

개정안은 현행법이 경찰서에 유치장을 둔다는 규정만을 두고 있는 것과 달리 유치인에 대한 신체검사, 소지품검사, 위험한 물건의 제출요구를 규정하고 있을 뿐만 아니라 수갑·포승 등의 경찰장구를 사용하여 강제력을 행사할 수 있게 하였다. 우리의 경찰서 유치장에는 기결수와 미결수가 구별되지 않고 수용되고 있고 단순한 위험방지차원에서 보호되는 자도 같이 수용될 가능성이 있어서 문제이다.

독일 경찰법은 생명, 신체에 대한 위협으로부터 사람을 보호할 목적이나 범죄 및 질서위반 행위의 방지를 목적으로 하는 자유제한 또는 자유박탈의 한 형태로서 감금(또는 유치, *Gewahrsam*)을 규정하고 있을 뿐 우리의 경찰관직무집행법의 규정과 같은 유치장에 관한 규정을 경찰법 안에 포함하고 있지 않다.⁶²⁾ 독일 경찰법상 유치(또는 감금)에 대한 규정은 관할 법관의 결정을 요건으로 하며 감금조치에 대한 이유 및 권리구제방법의 고지 등을 내용으로 하고 있다. 특히 독일연방경찰법(BPolG) 제41조 3항에 의하면 수감된 자가 기결수나 미결수

61) 2. 매우 긴급한 경우에는 위협을 입을 우려가 있는 사람을 필요한 한도에서 억류하거나 피난시키는 것.

62) 독일연방경찰법(BPolG vom 31. Juli, 2009) 제39조 이하; 노르트라인-베스트팔렌주 경찰법(PolG NRW vom 25. Juli, 2003) 제35조 이하 등.

(Straf- oder Untersuchungsgefangenen)와 분리되어 수용되어야 하며 그의 동의없이 기결수나 미결수와 동일한 공간에 수용되어서는 안 된다고 규정하고 있다. 노르트라인-베스트팔렌주 경찰법(PolG NRW)은 남녀가 분리되어 수용되어야 한다는 내용을 포함하고 있고 수용자는 자유박탈의 목적과 유치장에서의 질서가 요구하는 제한만 부담한다고 규정하고 있다.

위와 같은 독일의 사례를 볼 때 『경찰관직무집행법』이 유치장에 관한 규정을 들뿐만 아니라 유치인에 대한 신체검사, 소지품검사, 위험한 물건의 제출요구 등을 규정하고 있는 것은 경찰법 체계상 문제가 있다. 따라서 수형자 및 미결수용자에 대해서는 『형의 집행 및 수용자 처우에 관한 법률』에 따라 처우하는 것이 타당하다. 동법에 의하면 미결수용자는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받은 사람”(동법 제2조 2호)을 말하므로 위험방지나 범죄 및 질서위반방지를 목적으로 하는 자유를 제한당하거나 박탈당한 자에 대해서는 수형자 또는 미결수용자와 달리 처우하는 것이 타당하다. 따라서 개정안보다는 현행법의 내용대로 유치장을 둔다는 내용만 두고 신체검사 등의 내용을 포함한 신설내용을 폐기하든지 아니면 독일 경찰법과 같이 수형자 또는 미결수용자와 구별되는 처우내용을 규정하는 것이 필요하다.

(2) 개별적인 문제점

가) 소지품검사 및 위험한 물건의 제출요구(동조 3항 및 5항)

개정안에 새로이 규정된 소지품검사와 위험한 물건의 제출요구는 자칫하면 강제적인 검사 및 제출요구로 변질 될 수 있으므로 위험한 물건의 범위를 특정하고 구체적인 위험이 있는 경우에만 필요최소한의 범위에서 허용하여야 한다. 위험한 물건과 관련해서는 특히 안경이나 여성들의 브래지어 등이 문제된 바 있다.

예컨대, 2008년 8월 15일 미국산 쇠고기 수입반대 촛불집회에서 연행되어 경찰서 유치장에 수용된 여성 유치인들에게 경찰이 자살 위험성을 이유로 브래지어를 탈의하게 한 사건과 관련하여 국가인권위원회는 “브래지어를 탈의하게 한 후 아무런 보완적 조치 없이 약 48시간을 유치장내에서 생활하게 하고 경찰조사를 받도록 한 것은…인격권을 침해한 것”이라고 판단했다. 국가인권위는 그러나 “여성유치인이 브래지어를 탈의하게 함으로써 받는 피해는 탈의 자체로 인한 인체의 건강과 관련된 것이 아니라 탈의의 결과로 성적수치심과 모멸감을 주게 하는 것이 문제의 쟁점”이라고 보고 경찰청장에게 “브래지어 탈의요구 시 그 취지를 충분히 이해할 수 있도록 설명하고…탈의한 후 성적수치심을 느끼지 않도록 하는 보완조치를 강구하고…관련규정을 개정할 것”을 권고한 바 있다.⁶³⁾

63) 국가인권위원회 2008. 10. 9.자 08진인3135·08진인3140·08진인3141 병합 결정.

안경과 관련해서도 국가인권위원회는 안경은 유치인에게 눈과 같은 기능을 하는 물품이기에 특별한 소란을 피우지 않았을 경우 안경의 회수는 헌법상의 인간존엄의 가치, 행복추구권, 신체의 자유를 침해하는 행위라고 판단했다.⁶⁴⁾

나) 유치인의 신체검사 (제3항)

개정안은 유치장에서 유치인의 신체검사조항을 신설하고 있다. 그러나 이러한 법률상의 근거를 두는 것이 모든 신체유형과 내용의 신체검사를 허용하는 것은 아니다. 비록 신체검사에 관한 법률상 근거가 있다 하더라도 피의자들에게 모욕감과 수치심만을 안겨주는 수단과 방법으로 실시되는 과도한 신체수색은 헌법 제12조의 신체의 자유, 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권 등의 기본권을 침해하는 것으로서 허용될 수 없다.⁶⁵⁾ 헌법재판소는 신체검사에 대해 “수용자의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고 유치장 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 흉기 등 위험물이나 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하는 것으로서, 위 목적에 비추어 일정한 범위 내에서 신체수색의 필요성과 타당성은 인정된다”면서도 “그 목적 달성을 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 이루어져야 한다”고 판시했다. 정밀신체검사에 대해 헌법재판소는 수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 위험물 및 반입금지물품을 소지·은닉한 채 입소할 가능성이 있다고 판단되며 다른 방법 예컨대 외부로부터의 관찰 또는 촉진에 의한 검사 등으로는 위 물품을 도저히 찾아내기 어렵다고 볼만한 합리적인 이유가 있고 수용자에 대한 기본권 침해의 여지를 최소화하는 수단과 방법으로 실시되는 경우에 한하여만 허용된다고 하였다.

또한 유치인의 신체검사와 관련하여 개정안은 대통령령에 포괄적으로 위임하고 있으나 신체검사의 방법은 유치인의 기본권과 관련되므로 법률유보의 원칙에 따라 가능한 한 법률로 규정하되 시행을 위한 세부사항만을 대통령령에 위임하여야 한다.

다) 수갑·포승 등 강제력 행사(제6항)

그리고 개정안이 수사 중에 있는 자로서 판결이 확정되지 않은 자에 대하여 까지 수갑·포승 등을 사용하고 강제력을 행사할 수 있게 한 것은 형사소송법상 무죄추정의 원칙에 반하는 것으로서 허용되어서는 안 된다. 이와 관련하여 국가인권위원회는 “유치장 내 수갑사용은 필요한 최소한의 범위 내에 그쳐야 함에도 불구하고”, 경찰이 관행적으로 면회시 유치인들에게

64) 국가인권위원회 2003. 2. 10.자 02진인407 결정.

65) 헌법재판소 2002. 7. 18. 2000헌마327 결정.

수갑을 채운 것은 “도주·자해 방지, 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제 등 상당한 이유가 있을 때에만 수갑 등을 제한적으로 사용할 수 있도록 규정한 경찰관직무집행법 및 피의자유치및호송규칙 등을 위반”했으며 “헌법 제10조 및 제12조에 보장된…인격권 및 신체의 자유를 침해한 것”이라고 판단했다.⁶⁶⁾ 헌법재판소도 도주나 폭행, 소요 또는 자해, 자살 등의 위험이 구체적으로 드러난 상태에서 이를 제거하기 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서 계구사용을 허용하고 있다.⁶⁷⁾

라) 유치인의 권리 등 위임(제7항)

또한 개정안은 유치인의 권리에 대하여 법률에 명확한 규정이 없이 대통령령에 포괄적으로 위임하고 있어(제9조 7항) 유치인의 권리를 보장하기 보다는 권리를 제한하는 근거로 악용될 가능성이 크다. 무엇보다도 경찰서 유치장에 유치된 미결수용자는 기결수와는 그 처우에 있어서 구별되어야 한다. 따라서 미결수용자 처우에 관해서는 현행 『형의 집행 및 수용자처우에 관한 법률』에 의하여 미결수용자의 기본권을 보장하도록 하여야 한다.

7. 경찰장비의 사용에 관하여(개정안 제10조)

(1) 최후수단(Ultima Ratio)으로서 무기의 사용

경찰에 의한 무기 사용의 절차나 실질적인 전제조건은 다른 강제수단에 비하여 달리 규정되어야 한다. 경찰의 가장 강력한 침해수단으로서 총기 등 무기의 사용은 최후의 수단이다. 따라서 경찰은 먼저 다른 조치가 가능한지 신중히 검토하여야 하고 다른 조치가 가능할 때는 무기를 사용해서는 안 된다. 또한 경찰이 무기를 사용하기 전에는 먼저 경고를 하여야 하며 무기사용경고를 포기하는 것은 엄격한 요건 하에서만 허용된다. 특히 군중 속의 사람에 대해 무기를 사용할 때는 예외없이 경고하여야 한다. 그리고 경찰의 무기사용이 위험발생과 무관한 비참가자(Unbeteiligter)를 위태롭게 할 고도의 개연성이 있는 경우에는 원칙적으로 무기사용이 허용되지 않으며 특히 군중 속에 있는 위험발생과 무관한 자에 대한 무기사용은 원칙적으로 금지된다.⁶⁸⁾

(2) 개정안의 문제점

개정안이 제10조 1항 단서에서 인명이나 신체를 해칠 수 있는 경찰장비는 필요한 최소한도

66) 국가인권위원회 2003. 3. 3.자 02진인1033 결정.

67) 헌법재판소 2005.5.26. 2004헌마49.

68) 이하 자세한 내용에 대해서는 vgl. Rachor, a.a.O., Rdn. 955 ff.

에서 사용하도록 하고 있는 것은 비례원칙을 지키지 않고 장비를 사용하는 경우가 빈번했던 그 동안의 경찰실무를 볼 때 당연한 것을 규정한 것이다. 이것은 경찰의 법치국가적 정당성의 토대가 된다. 이러한 내용을 규정한 것은 긍정적으로 평가할 수 있으나 앞으로 실무에서 경찰이 이 원칙을 제대로 지키는 것이 더 중요하고 이 원칙을 지키지 않았을 경우 그에 따른 책임을 묻도록 하는 것이 타당하다.

개정안은 경찰장비의 종류를 제10조 2항에 규정하고, 장비의 사용기준에 대해서는 대통령령(경찰장비사용기준등에관한규정)에 규정하고 있으나 경찰장비의 사용은 국민의 신체를 침해하여 국민의 기본권을 직접적으로 제한하기 때문에 대통령령이 아니라 법률에 종류별 사용기준을 명시하는 것이 타당하다. 그렇지 않을 경우 우리 헌법재판소도 받아들이고 있는 본질성이론을 토대로 하는 법률유보의 원칙에 반하게 된다.

개정안 제10조 제5항은 최루제 및 그 발사장치를 새로 도입하거나 변경하는 경우 공청회를 개최하고 국회에 안전성검사 보고서를 제출하도록 규정하고 있으나 그 대상을 최루제 이외의 장비에까지 확대할 필요가 있다.

8. 분사기 등의 사용(개정안 제10조의 3)

개정안은 일정한 경우 최루탄 등 분사기 사용을 명시하고 있는 바, 최루탄이 인체에 상당한 해를 끼치는 성분이라는 지적이 있는 만큼 그 사용을 필요최소한으로 제한하여야 할 것이다. 그러한 의미에서 개정안이 특히 불법집회를 최루탄 등을 사용할 수 있는 대상으로 하여 포괄적으로 규정하고 있는 것은 문제이다. 미신고집회의 경우도 불법집회로 포함되기 때문에 폭력의 사용여부와 관계없이 최루탄의 사용을 허용하는 근거가 될 수 있고 최루탄 등 분사기의 사용요건도 매우 추상적으로 규정되어 있다. 따라서 집회시위와 관련해서는 헌법상 보장된 집회 및 시위의 자유를 제한하지 않는 범위 내에서 대상이 되는 집회시위를 구체적으로 제한하고 최루탄 등 분사기 사용 시 단지 위험발생의 예방차원이 아니라 집회시위로 인한 구체적 피해발생가능성을 사용요건으로 하는 등으로 그 요건을 명확히 규정하여야 한다.

9. 벌칙에 관하여(개정안 제12조)

개정안은 경찰관직무집행법에 규정된 경찰관의 의무에 위반하거나 직권을 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 자에 대하여 현행법과 달리 1년 이하의 징역이나 금고 외에 500만원 이하의 벌금형을 추가하고 있다. 이 경우 경찰관의 의무에 대해 구체적인 규정이 없음에도 불구하고 그 의무위반을 다투는 것도 문제이고 의무위반에 대해 벌금형으로만 기소할 경우 동

법의 실효성이 반감될 수 있으므로 개정안에 대한 민변의 의견서에서 지적하듯이 동 법안에 경찰관의 의무규정을 구체화하고 그에 따라 처벌규정을 세분화할 필요가 있다.

경찰관의 직권남용의 경우에는 다른 공무원의 직권남용보다 중대하게 다루어야 함에도 불구하고 형법상 직권남용죄의 형량보다 낮게 규정하고 있는 점, 직권남용을 범한 경찰관에 대해 처벌을 면제하는 방향으로 해석될 소지가 있는 '다른 사람에게 해를 끼칠 것'을 구성요건으로 하는 것은 문제가 있다. 따라서 직권남용죄의 형량을 상향조정하고 형법상 직권남용죄의 구성요건과 동일하게 규정할 필요가 있다.

IV. 결론

현 정부 들어 자유의 억압과 민주주의에 역행하는 조치들로 인하여 우리 사회는 다양성과 창의성이 억압되고 다시 과거로 회귀하는 듯한 현상들이 나타나고 있다. 경찰법과 관련하여 볼 때 이는 세계적인 현상인 듯하다. 테러와 조직범죄 등 위험이 증대함에 따라 반테러법 제정을 통해서 그러한 위험을 방지하려는 움직임이 최근 세계 각국에서 일어났다. 사실 이러한 위험증대와 그에 대응한 법제정시도는 신자유주의의 세계화로 인한 갈등이 극에 달한 시점과 무관하지 않다. 이는 자본주의 세계에서 그만큼 갈등이 첨예화되고 있다는 증거이기도 하다.

최근의 경찰법제는 이러한 경향을 반영하여 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지나 위험의 사전대비를 위하여 적절한 것으로 보이는 경우 경찰의 직무수행을 쉽게 하기 위해 누구에게나 정보제공을 통한 협력이나 통제에 대한 수인(Duldung) 등의 경찰상 의무가 있는 것으로 만들려고 시도한다. 이것은 이미 위험의 사전단계(Vorfeld)에서 위험을 줄이기 위하여 기본권을 희생시키는 것이라고 할 수 있다. 이에 따라 법치국가적 기능 및 기본권보호기능을 하는 위험개념 자체가 위험해지고 있다. 이에 따라 구체적인 위험이 존재하지 않더라도 현행법을 근거로 일련의 경찰조치들이 취해지게 된다. 결국 위험한 행위 및 상태와 관련이 없는 제3자, 즉 모든 사람이 경찰책임 및 경찰 통제의 대상으로 전락하고 심지어 잠재적 범죄자로 되며 최종적으로 남는 것은 경찰의 권한강화이다. 이러한 경향이 심화되면 될수록 문명사회에서 그 동안 발전해 온 경찰법의 대원칙들은 무너지게 된다.

경찰관직무집행법 개정안의 내용들은 공공의 안녕과 질서유지를 명분으로 하고 있으나 실상은 국민의 행동과 사생활 및 표현의 자유 등 기본권을 제한하고 적법절차의 원칙, 영장주의에 반하는 등 위헌적이라 하지 아니할 수 없다. 개정안은 신원확인, 유치장에서의 신체

검사, 위험물제출 요구 등의 근거를 신설하는 등 새로운 수단을 명시적으로 도입하고 있다. 그러나 새로운 침해수단이 도입되면 왜 지금의 수단으로는 충분하지 않는지 경험적으로 납득할만한 근거가 있어야 할 것이다. 그리고 왜 새로운 수단을 포기할 수 없는지 적절한 이유가 제시되어야 할 것이다. 이러한 점에서 볼 때, 현행법에 있는 기존의 수단들로도 경찰 업무를 수행하고 위험을 방지하는데 부족하지 않는데도 불구하고 경찰관직무집행법 개정안에 새로운 수단들을 신설하고 경찰의 권한강화를 시도하는 것은 납득할 수 없다. 따라서 개정안은 즉시 철회되어야 하며 굳이 개정을 하려면 국민의 인권보장을 강화하는 방향으로 새로이 논의하여야 한다. 안전을 위해서 자유를 포기하는 경우 안전마저도 보장할 수 없게 된다. 안전은 자유를 위해서 필요하며 둘은 선택사항이 아니다. 양자는 동등하게 병행하여야 하며 이 두 가지 이익은 신중한 형량을 통해 균형을 이루어야 한다.⁶⁹⁾ 국회는 진정으로 국민의 자유와 안전을 위하여 국민을 위한 봉사자로서의 경찰관 직무집행을 위한 법률안을 마련하여야 한다.

69) Wolfgang Hoffmann-Riem, Interview mit SZ vom 12.4.2008.

2

경찰관직무집행법 개정논의에 관한 소고: 불심검문을 중심으로

이 성 용

(계명대학교 경찰행정학과)



경찰관직무집행법 개정논의에 관한 소고 : 불심검문을 중심으로

■ 이성용(계명대학교 경찰행정학과)

I. 들어가며

경찰의 직무수행을 위한 권한과 임무를 규정하고 있는 「경찰관직무집행법」¹⁾에 대한 개정 논의가 국회에서 다시금 진행되고 있다. 경직법 개정에 대한 격렬한 논쟁은 그간의 국회에서의 법안발의와 언론의 관심을 통해서도 확인할 수 있다. 2008년에만 정부안을 포함 8건의 경직법개정안이 발의되었으며, 2009년에도 7건의 개정안이 발의된 바 있다. 2010년 4월 28일 국회 행정안전위원회에서는 기 발의된 15건의 개정안을 통합·조정한 위원회 대안을 마련, 현재 법제사법위원회에 계류 중이며 비로소 경직법 개정작업이 본격적으로 추진되기에 이르렀다.

경직법 개정에서 가장 큰 쟁점은 의심의 여지없이 불심검문이다. 경직법은 종전 이후 일본의 「경찰관직무집행법」을 모방하여 제정되었고, 이 과정에서 일본법상의 ‘직무질문’이라는 용어를 ‘불심검문’으로 대체하면서 그 내용을 그대로 수용하였다. 현행 경직법상의 규정을 문리적으로 해석하는 경우 국민에게 특별한 부담이나 수인의무를 부과하지 않는 임의적인 경찰상 사실행위로 해석함이 타당하다. 이는 (후술하는 바와 같이) 대부분의 선진국가에서 경찰의 강제적인 불심검문권을 인정하고 있는 것과 비교할 때, 사회의 안전과 질서유지 보다는 국민의 기본권 보장측면으로 무게중심을 쏠려있는, 어찌 보면 비교법적 측면에서 상대적으로 인권친화적인 법제라고도 평가할 수 있을 것이다. 그러나 법이 적용되고 있는 현실은 반드시 그러하지는 않다.

불심검문을 사실상 수행함에 있어 임의작용이라는 그 본연의 취지가 퇴색되지 않는다면, 인권침해의 논란이 제기될 여지도 크지 않다. 그러나 공공의 안전과 질서유지, 범죄의 예방과

1) 이하 경직법이라 한다.

검거의 임무를 수행하는 경찰의 입장에서는 임의적 형식의 불심검문의 실효성에 대한 의문과 공권력의 소극적 무력화 현상을 우려하여 불심검문의 강화를 추진하고자 하며, 학계에서도 최근 강제적 신원확인 절차의 도입에 대한 찬반논의가 제기되어 왔다.²⁾ 비록 현재 검토 중인 개정안이 기존의 임의적 불심검문의 원칙에 변화를 가져오지는 않으나, 불심검문의 임의성과 강제성에 관한 논쟁은 이 법안을 통해서 완전히 종결되는 것은 아니다.

이에 본고에서는 임의적·강제적 불심검문에 관한 논의를 포함하여 현 입법안에 대한 법적 평가와 법제도의 현실적 수용력을 제고하기 위한 몇 가지 대안을 제시하고자 한다. 불심검문에 관한 많은 선행연구가 있음에도 불구하고, 실제로 미국이나 영국을 비롯한 주요 국가들의 불심검문에 관련한 최근의 법제나 판례를 제대로 반영한 자료는 접할 수 없었다. 이에 비교제도적 측면에서 외국의 사례도 소개하고 시사점을 찾아보고자 한다.

II. 그간의 논의와 개정안의 주요내용

불심검문 제도개선과 관련하여 입법적 논의의 중심은 그 강제성에 있다. 2004년 8월 12일 경찰청에서는 불심검문에 불응하는 경우 20만 원 이하의 벌금·구류·과료로 처벌하는 법개정을 검토하였으나 여론의 반대로 밀려 무산되었다.³⁾ 이후 2008년 4월에도 ‘2008~2009 치안정책 실행계획’을 수립, 불심검문 불응시 형사처벌 하는 방안을 다시금 고려하였으나 여론에 밀려 결국 이러한 입장을 철회하고, 결국 강제성을 배제한 임의적 불심검문을 구체화하는 법개정이 현재 진행되고 있다.

현재 법제사법위원회에 회부된 경직법 개정안 중 불심검문과 관련한 주요내용은 다음과 같다.

우선 일본식 표현인 ‘불심검문’이란 용어를 ‘직무질문’으로 변경하고 불심검문이 진행되는 절차에 따라 ‘직무질문, 신원확인, 동행요구’로 세분화하였다. 둘째, 불심검문의 대상자를 범 죄관련자 뿐만 아니라 위해에 관한 사실을 아는 자까지 포함하였다. 셋째, 소지품검사와 관련하여서는 그 범위를 흉기 외에 ‘무기 등 위험한 물건’까지 확대하고, 자동차·선박 등에 대한 검문 근거규정을 신설하였다. 넷째, 불심검문시 신분증 제시의무와 관련하여, 제복착용자의 신분증 제시의무를 원칙적으로 면제하고 상대방의 요청이 있는 경우 증표를 제시하도록 한다

2) 강제적 신원확인에 찬성하는 입장으로는 김택수, “불심검문의 실효성 확보와 인권보호의 조화방안”, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 160면 이하; 성홍재, “불심검문시 불심자의 답변의무에 대한 법적 검토”, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 191면 이하. 반대하는 입장으로는 이호중, “경찰관직무집행법상 불심검문제도의 개정논의에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제21권 제3호, 2009, 105면 이하; 김호기, “신원확인 제도와 행위책임의 원칙”, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 218면 이하.

3) 연합뉴스, 2004.8.12.

(이상 제3조 제1항).⁴⁾ 다섯째, 범죄혐의자 등에 대한 신원확인을 위해 신분증명서의 제시요구를 할 수 있는 근거를 마련하고, 신원확인이 불가능한 경우에는 연고자에게 연락하거나, 질문의 동일성을 확인하는 방법 등으로 필요한 신원확인을 할 수 있도록 하는 내용을 담고 있다.⁵⁾ 여섯째, 임의동행을 할 때에는 동행요구를 거절할 수 있다는 점을 고지하도록 하고, 동행에 동의한 사람 또는 그 법정대리인, 배우자 등의 신청이 있는 경우 동행에 따른 질문 과정에 변호인을 참여할 수 있도록 근거를 마련하였다. 또한 임의동행의 요건에 ‘현장에서 대상자의 신원확인이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 추가하였다.’⁶⁾

- 4) 개정안 제3조(직무질문) ① 경찰관은 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다.
1. 어떠한 죄를 지었거나 지으려 하고 있다고 의심할 만한 이유가 있는 사람
 2. 이미 저질러졌거나 저질러지려는 범죄나 위해에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 사람
- ② 경찰관은 제1항 제1호에 해당하는 사람에게 질문을 할 때에 의심할만한 상당한 이유가 있는 경우 무기, 흉기, 그 밖의 위험한 물건의 소지여부를 조사할 수 있다.
- ③ 경찰관은 범인의 검거를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 차량·선박 등을 정지시켜 운전자 및 탑승자에게 질문할 수 있으며, 무기, 흉기, 마약 등 공공의 안전에 위해를 끼칠 수 있는 물건의 적재 여부 등을 조사할 수 있다.
- ④ 경찰관은 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 질문 또는 조사를 할 때에는 제복을 착용하거나 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고, 그 목적과 이유를 설명하여야 한다. 이 경우 상대방의 요청이 있는 때에는 제복을 착용한 경찰관도 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 한다.
- ⑤ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 질문을 받은 사람은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.
- 5) 개정안 제3조의2(신원확인) ① 경찰관은 제3조제1항 또는 제3항에 따라 질문을 하는 경우에 대상자의 신원 또는 거주사실을 확인하기 위하여 주민등록증, 운전면허증, 그 밖에 신분을 증명할 수 있는 증서의 제시를 요구할 수 있다.
- ② 경찰관은 제1항에 따른 신원확인이 다른 방법으로는 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 연고자에게 연락을 하거나 대상자의 동의를 얻어 질문의 동일성을 확인하는 방법 등으로 신원을 확인할 수 있다.
- 6) 제3조의3(동행요구) ① 경찰관은 제3조에 따른 직무질문과 제3조의2에 따른 신원확인을 할 때에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대상자에게 부근의 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소(이하 “경찰관서”라 하되, 지방해양경찰관서를 포함한다)에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 경찰관은 대상자에게 동행 요구를 거절할 수 있음을 알려야 하며, 대상자는 동행요구를 거절할 수 있다.
1. 대상자가 현장에서 질문 받는 것을 원하지 않는 경우
 2. 질문이나 신원확인하는 것이 교통에 방해가 되는 경우
 3. 현장에서 대상자의 신원확인이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우
- ② 제1항에 따라 동행을 요구받은 사람은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하고 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.
- ③ 경찰관은 제1항에 따라 동행을 한 사람의 가족 또는 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행 장소, 동행 목적과 이유를 알려거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 주어야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 알려야 한다.
- ④ 경찰관은 제1항에 따라 동행을 한 사람 또는 그 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매 등의 신청이 있는 경우 변호인을 동행에 따른 질문 과정에 참여하게 하여야 한다. 다만, 변호인이 상당한 시간 내에 참여하지 않는 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ⑤ 경찰관은 제1항에 따라 동행한 사람을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다.

III. 불심검문의 성격에 대한 법적 검토

1. 의의

널리 알려진 바와 같이 불심검문의 법적 성격에 관해 행정경찰작용설과 준사법경찰작용설, 이원설, 병유설 등이 나누어져 있다. 불심검문의 법적 성격을 논의하는 것은 그 학술적 의미 뿐만 아니라 불심검문의 입법적 개선을 위한 기본적 자리매김의 성격을 가지고 있다는 점에서 그 의의가 크다. 불심검문의 사법경찰작용으로의 성격을 강조하게 되면 불심검문에 있어서도 형사절차에서 적용되는 법적 규제가 요구되고, 따라서 엄격한 영장주의나 진술거부권, 방어권의 보장이 강조될 뿐만 아니라 검사의 지휘로부터도 자유로울 수 없다. 반면 행정경찰작용으로 보게 되면, 불심검문의 요건을 다툼에 있어서 특별한 범죄혐의가 필요적으로 요구되지 않을 뿐만 아니라, ‘위험’내지 ‘위해’라는 불확정 법개념(unbestimmter Rechtsbegriff)을 적용하여 불심검문을 수행하는 경찰에게 보다 유연한 법집행의 가능성을 열어줄 수 있기 때문이다. 행정청의 예방적 행정경찰 작용에 있어서는 경찰권의 발동여부와 그 수단의 선택에 있어서 결정재량, 선택재량과 같은 편의주의(Opportunitätsprinzip)가 적용되는 반면, 수사작용에 있어서는 합법주의(Legalitätsprinzip)가 적용되어 경찰활동이 의무화되고 그 과정에서 재량이 인정될 여지가 없게 된다.⁷⁾ 공공의 안녕과 질서유지라는 행정경찰 작용에 있어서는 위해의 개연성으로부터 가능한 효과적이고 유연하게 대응해야 하며, 사건에 대한 객관적인 판단이 요구된다, 반면 사법경찰작용에 있어서는 행위자의 개인적 인성과 책임에 보다 관심을 기울이게 되며, 경찰권 발동의 근거로서 개연성이 아닌 기 발생한 사안에 대한 명백성을 지향한다.⁸⁾

2. 학설의 검토

불심검문을 행정경찰작용으로 보는 견해는, 다시금 행정상 즉시강제로 보는 입장⁹⁾과 행정조사¹⁰⁾로 이해하는 견해로 구분된다. 주된 논거로는, 경우에 따라 수사로 나아가게 되는 수사의 단서일 뿐, 수사 그 자체는 아닐 뿐만 아니라 구체적인 범죄혐의를 요구하지도 않고, 검사의 지휘가 아닌 경찰의 독자적인 판단에 의하여 행해진다는 점을 강조한다.

준사법경찰작용설의 입장에서는, 비록 불심검문이 범죄수사와는 구분되지만, 행정경찰

7) 이성용, 강력범죄예방을 위한 경찰활동의 쟁점분석, 한국공안행정학회보, 제36호, 2009, 174면.

8) Denninger, "polizeiaufgaben", in Liskén & Denninger, Handbuch des Polizeirecht, 2001, 264면.

9) 김남진·김연태, 행정법 II, 2008, 323면; 박윤훈, 최신행정법강의(하), 2004, 364면.

10) 홍정선, 행정법원론(하), 2009, 403면; 김동희, 행정법(II), 2005, 198면; 정하중, 행정법각론, 2005, 240면.

작용보다는 수사와 보다 친숙한 경찰작용으로 보아 형사소송상의 원칙이 준수될 것을 요구한다.¹¹⁾

불심검문이 행정경찰과 사법경찰의 성격을 함께 가지고 있다는 이원설¹²⁾의 입장에서는 일반적으로 장래의 범죄와 관련이 있는 불심검문은 행정경찰작용으로, 이미 발생한 과거의 범죄와 관련이 있는 경우는 사법경찰작용으로 이해한다.¹³⁾ 입법 연혁적으로 볼 때 경찰의 수사권이 독자적으로 인정되고 있는 미국과 일본의 불심검문의 법제를 그대로 답습하여¹⁴⁾ 우리의 불심검문제도는 행정경찰과 사법경찰의 성격을 특별히 구분하지 않고 유기적으로 연결되어 있다는 것이 그 주된 논거이다.

3. 소결

현행 법률의 해석론적 입장에서 고찰할 경우, 경직법상의 불심검문의 요건이 장래의 범죄뿐만 아니라 이미 발생한 범죄를 포괄하고 있다는 점을 고려한다면 범죄수사를 위한 사법경찰작용으로서의 성격이 강한 것을 부인할 수 없다. 이미 행해진 범죄를 대상으로 하는 경우에도 이것이 순수하게 공소제기의 목적만을 가지는 것이 아니라, 사후적 범죄발생을 예방하고자 하는 예방의 효과도 가지고 있으므로 그 기본적인 성격을 행정경찰작용으로 보아야 한다는 견해도 있으나,¹⁵⁾ 사법경찰작용으로서의 범죄수사활동도 본질적으로 일반예방과 특별예방의 효과를 가지고 있음은 물론이다. 또한 실제 공공장소에서 빈번히 행해지는 불심검문은 수배자 검거를 위한 사법경찰작용에 더 큰 비중을 가지고 있음에 틀림없고, 이를 통한 범죄예방의 효과는 도리어 부수적으로 볼 수 있다.¹⁶⁾

물론 수배자 검거를 위한 불심검문이 아니라 특정한 지역에서 실시되는 불심검문, 이를 테면 대규모 국제행사나 집회·시위 현장에서 행해지는 불심검문, 또는 특정상황, 이를 테면 테러나 다중 범죄와 관련한 범죄정보를 사전에 입수하고 행해지는 불심검문에 있어서는 행정경찰작용으로서의 성격을 가지고 있음에 분명하다. 따라서 현행 경직법상의 불심검문은 행정경찰과 사법경찰 작용으로서의 성격을 함께 가지고 있다는 이원설의 입장이 원칙적으로 타당하며, 구체적인 상황에 있어서 행정경찰과 사법경찰 작용의 구분은 이른바 중점이론

11) 강동욱, 불심검문에 관한 연구, 한양대 박사학위논문, 1992, 35면; 김택수, 앞의 글 166면.

12) 본고에서는 병유설과 이원설을 특별히 구분하지 않고 함께 설명하기로 한다.

13) 류지태·박종수, 행정법신론, 2009, 946면; 박균성, 행정법론(下), 2009, 518면; 신동운, 신형사소송법, 2008, 124면 이하; 이호중, 앞의 글, 114면.

14) 법제사적 고찰에 관해서 더 자세히는 김택수, 앞의 글, 163면 이하 참조.

15) 성홍재, 앞의 글 203면.

16) 행정경찰과 사법경찰을 엄격하게 구분하는 독일의 경우에도, 잠재적인 범죄자에 대한 위하효과로서 불심자의 개인정보를 수집하는 것은 행정경찰의 영역이라기보다는 사법경찰의 영역에 속한다고 본다, Ringwald, Gerhard: INPOL und StA. Zum Abrufrecht der Staatsanwaltschaften aus polizeilichen Datenspeichern, 1984, 143면 이하.

(Schwergewichttheorie)¹⁷⁾에 의해 판단되어야 한다. 불심검문 이외에도 인질이나 유괴사건과 같은 상황에서 경찰은 범인의 검거라는 사범경찰작용과 인질의 구출, 환언하면 장해의 거라는 행정경찰의 임무를 동시에 수행하게 된다. 이 경우 경찰권의 발동이 어떤 경우에 해당하는지를 판단함에 있어서는 전체적인 측면에서 경찰조치의 중점이 어디에 놓여 있는지에 따라 결정되어야 한다.

입법론적 측면에서 범죄와의 관련성만을 불심검문의 요건으로 규정하고 있어 행정경찰작용으로서의 의미가 퇴색되고 있다는 주장¹⁸⁾은 충분한 설득력을 가진다. 우리 법학계에서 ‘위험의 예방’이나 ‘경찰책임’과 같은 경찰행정법의 기본개념이 자리 잡고 이에 기초한 경찰행정작용에 대한 연구가 본격적으로 진행된 것이 비교적 최근이며, 그간 위험방지 성격의 행정경찰작용에 있어서도 형사사법적 이론과 이를 반영한 입법이 중심이 되어온 것 또한 위 주장을 뒷받침한다.¹⁹⁾

범죄수사이외에도 공공건물, 대중교통기관, 다중운집시설 기타 다수인이 이용하는 시설·장소 등에서 위험방지의 목적을 달성하기 위한 행정경찰적 불심검문의 당위성에 대해서는 굳이 재론을 요하지 않는다고 본다. 다만 여기에서 위험의 예방이라는 추상적 법개념의 남용가능성에 대한 우려²⁰⁾를 어떻게 제거할 수 있는가의 문제가 남게 된다.

IV. 외국의 불심검문

1. 미국

널리 알려진 바와 같이 미국에서의 불심검문의 기본적인 원칙은 연방대법원의 Terry v. Ohio, 392 U.S.1 (1968) 판결을 통해서 확립된 ‘Stop and Frisk’이다. 동 판결은 비록 상당한 이유가 없다 할지라도(without probable cause) 합리적인 의심이 존재하는 경우, 경찰관이 대상자를 정지시켜 외표검사를 실시할 수 있으며, 이를 통해 수집된 증거의 증거능력을 인정하는 것이다. 동 판결을 통해 경찰의 불심검문에 있어서 주법에 의한 특별한 수권이 존재하지 않더라도 미국의 모든 법역에서 합리적인 의심이 존재한다는 요건 하에 대상자를 정지시킬

17) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 9.. Aufl., 2002, 214면.

18) 성홍재, 앞의 글, 203면.

19) 예를 들어 가정폭력사건에서의 임시조치로서 가해자에 대한 접근금지명령을 규정하고 있는 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제8조 제1항에서는, 임시조치 청구권자를 경찰관이 아닌 검사로 정하고 있는바, 장래의 위험을 예방하기 위한 행정작용으로서의 접근금지 명령의 청구조차 ‘범죄의 수사’와 ‘공소제기’의 업무를 담당하는 검사의 권한으로 정하고 있는 것은 형사사법적 시각에 경도되어 있는 그릇된 입법의 사례로 볼 수 있다.

20) 이호중, 앞의 글, 117면 이하.

수 있는 권한이(Terry Stop) 있음이 인정되었다. Terry판결에서 특히 주목해야 할 것은 동 판결이 경찰의 불심검문에 수반한 신체수색 권한의 한계를 규정한 것뿐만 아니라, 위험방지의 목적을 위해 위법수집증거 배제법칙의 적용이 제한될 수 있음을 천명하고 있다는 것이다. 달리 말하자면, 위법수집증거 배제법칙은 증거수집 목적의 부당한 신체수색을 금지하기 위한 것이지, 결코 불심검문시 범죄의 예방이나 경찰공무원의 보호를 위한 외표검사와 이를 통한 증거수집을 제한하는 것은 아니다.²¹⁾ 행정경찰과 사법경찰이 엄격히 분리되지 않은 미국에서는 불심검문의 요건에 있어서 범죄관련성 만을 규정하고 있으나, 이에 수반한 외표수색에 있어서는 위험의 예방이라는 행정경찰적 목적을 그 요건으로 하고 있다는 점에서 불심검문에 행정경찰작용으로서의 성격이 내포되어 있음을 확인할 수 있다.

미국의 불심검문과 관련하여 국내문헌에서 아직 소개되지 않은 또 다른 중요한 판례는 2004년 연방대법원의 *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada*²²⁾ 판결이다. 동 판결은 경찰의 불심검문에 있어서 합리적인 의심이 있는 경우 상대방을 정지시켜 신분확인을 요구하고 이에 불응하는 경우 체포할 수 있는 권한을 부여하는 네바다 주법²³⁾이 부당한 수색·체포·압수를 금지하고 있는 수정헌법 제4조(Fourth Amendment)에 위배되지 않음을 확인하였다. 또한 동 사건 원고의 신분을 밝히는 것이 형사절차에 있어서 불리한 증거로 사용된다는 합리적인 믿음이 존재하지 않기 때문에 자기부죄금지의 특권을 천명하고 있는 수정헌법 제5조(Fifth Amendment)에도 위배되지 않는다고 한다. 다만 신분확인이 불심검문과 무관한 다른 범죄의 유죄판결에 있어서 불리한 증거로 연결되는 경우에는 신원확인을 거부할 권리가 있다는 가능성은 열려 있다.

경찰의 불심검문에 있어서 정지와 신분확인의 권한을 인정하는 법제를 이른바 “Stop and identify statutes”라 칭하며, *Hiibel* 판결을 통해 각 주와 지방정부에 입법권한이 있음이 확인되었다. 현재 미국의 24개 주에서 이를 명문화하고 있다. 또한 ‘Stop and identify’가 명문화되어 있지 않은 캘리포니아 주에서조차, 시민단체인 미국시민자유연합 북캘리포니아 지부(American Civil Liberties Union of Northern California)가 시민들에게 비록 불법일지라도 경찰의 신분확인요구에 협조할 것을 권고하고 있음은 경찰의 신분확인의 관행이 보편화되었음을 의미한다는 점에서 시사하는 바가 크다고 하겠다.²⁴⁾

21) *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 14-15.

22) 사실관계를 요약하면 다음과 같다. ‘2000년 5월 21일, 네바다 주 홀볼트 카운티 보안관사무소에 도로변 트럭에서 한 남성이 여성을 폭행한다는 신고가 접수되었다. 현장에 출동한 경찰은 트럭 옆에서 담배를 피우고 있는 남성(*Hiibel*)과 트럭 안에 앉아 있는 여성을 확인했다 (후일 부녀관계로 확인됨). 경찰은 남성에게 폭행신고가 접수됐음을 고지하고 신분증 제시를 요구하였다. 그러나 남성은 신분증을 제시할 이유가 없다고 거부하면서, 범죄혐의가 있다면 차라리 수갑을 채우고 구금하라고 저항했다. 신분증 제시하지 않으면 체포됨을 고지했음에도 계속 저항하자, 결국 체포되었다.

23) NEVADA REVISED STATUTES 171.123

2. 영국

불심검문에 관한 기본절차를 규율하는 영국의 법률은 1984년 제정된 「경찰과 형사증거법」(the Police and Criminal Evidence Act 1984)²⁴⁾과 그 부속규정인 「실무규칙(Code of Practice)」이다. 불심검문의 세부적인 사항은 이 실무규칙을 통해서 규율하고 있는데, 형식적 법률이 아닌 내무성장관에 의해 제정되나 의회양원의 승인을 받도록 하여 그 민주적 정당성을 담보하고 있다.

경찰의 정지·수색권(stop and search)을 규정한 PACE(Part I)는 경찰관에게 장물(stolen article)이나 금제품(prohibited articles)을 발견할 수 있다는 합리적인 근거(reasonable ground)가 있는 경우 이의 발견을 위하여 모든 사람 또는 차량에 대한 수색권을 부여한다. 범죄혐의에 대한 합리적인 근거가 존재하는 경우는 영장 없는 약식체포(Summary Arrest)²⁶⁾가 가능하므로 굳이 stop and search가 적용되지 않는다. 수색전 경찰관이 제복을 착용하지 않았다면 경찰 신분증(warrant card)을 사전에 제시하여야 하며, 합리적인 의심의 근거와 수색기록을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다.²⁷⁾

상대방이 수색에 동의하는 경우에도 합리적인 의심이라는 법적 요건이 충족되지 않는 경우에는 수색이 허용되지 않으며, 예외적으로 경기장이나 공연장과 같은 다중시설의 입장객에 대한 동의에 의한 수색을 인정한다. 수색의 범위는 공공장소에서는 겉옷이나 주머니, 칼라, 양말, 구두의 내부 등으로 제한되며, 외투이외의 탈의를 필요로 하는 세밀한 수색은 경찰서나 차량에서 실시된다.²⁸⁾

영국의 불심검문에서 특기할 사항은 수색기록의 작성을 의무화 할 뿐만 아니라 그 기록의 사본을 수색대상자에게 교부하도록 한다는 점이다(Code A 4. 1.). 현장에서 사본을 주지 못하는 경우에도 대상자는 12개월 이내에 기록의 사본을 요구할 수 있다[PACE 3 (7)]. 수색기록에는 i) 수색 대상자의 이름 또는 설명, ii) 개인이 스스로 정의한 민족적 배경에 대한 기록, iii) 차량 수색시 차량 등록 번호, iv) 사람 또는 차량이 처음 억류된 날짜, 시간, 장소, v) 수색 당시 날짜, 시간, 장소, vi) 수색의 목적과 이유, vii) 수색의 결과, viii) 수색에 기인한 상해 또는 재산상 손해에 대한 메모, ix) 수색 경찰관의 신분 등이 기재된다.²⁹⁾

24) http://www.aclunc.org/docs/criminal_justice/police_practices/your_rights_and_the_police.pdf.

25) 이하 PACE이라 약칭하기로 한다.

26) 종전에는 5년 이상의 징역형에 해당하는 범죄가 약식체포의 요건이었지만, 중대조직범죄 및 경찰법(SOCPA: Serious Organised Crime and Police Act 2005)에 의하여 PACE 및 실무규칙(Code of Practice)이 개정되면서 2006년 1월 1일부터는, 범죄행위의 관련성 및 체포의 필요성에 대한 합리적인 근거가 있는 경우에는 어떠한 범죄라도 (징역형과 관계없이) 약식체포가 가능하도록 규정이 대폭 완화되었다.

27) 경찰관의 신분을 사전에 고지하지 않은 위법성을 인정한 판례로는 Osman v. Southwark Crown Court (1999).

28) 이영돈, 영국 PACE 상 경찰의 정지·수색(stop and search)에 대한 연구, 2010.7.10, 한국경찰법학회 학술회의 발표 자료, 10-16면.

영국의 불심검문과 관련한 또 다른 중요한 법률은 ‘법과 질서’를 강조하는 보수세력의 승리로 일컬어지는 1994년 「형사사법과 공공질서법」(Criminal Justice and Public Order Act of 1994)³⁰⁾이다. 동법은 코몬 로 형사절차의 핵심권리인 진술거부권의 행사에 대한 중대한 제약을 가져왔다는 사실 이외에도,³¹⁾ 위협방지라는 행정경찰적 목적수행을 위한 광범위한 경찰의 불심검문권을 보장하고 있다. 동법 60조에서는 중대한 강력범죄의 예방을 위해서 경정급(superintendent) 이상 경찰공무원의 지시로 관할 지역에서 24시간 동안 어떠한 사람과 차량이라도 검문을 실시할 수 있다[CJPOA 60 (1)]. 이러한 조치는 24시간까지 추가로 연장될 수 있을 뿐만 아니라[CJPOA 60 (3)], 정지요구에 불응하는 경우 1개월 이하의 구금이나 1,000파운드 이하의 벌금으로 처벌된다[CJPOA 60 (8)].

CJPOA에서는 범죄와 관련한 합리적인 의심이 없는 사람이나 차량에 대해서도 위협의 방지라는 행정경찰적 목적을 위해 불심검문을 강제할 수 있도록 하였다. 이는 점에 주목해야 한다.

3. 일본

앞에서 언급한 바와 같이 우리 불심검문 제도는 일본의 경찰관직무집행법을 그대로 수용하였으므로, 일본의 불심검문은 우리의 그것과 유사하다. 일본 「警察官職務執行法」 제2조 제1항은 ‘경찰관은 이상한 거동 기타 주위의 사정으로부터 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려고 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 범하여진 범죄에 관하여 혹은 범죄가 행해지려 하고 있는 것에 관하여 알고 있다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다’고 규정하고 있으며, 일본의 통설은 정지는 임의수단이고 실력을 행사하여 정지시키는 것이 원칙적으로 불법이라고 본다.³²⁾ 동조 제2항은 임의동행을, 제3항에서는 형소법의 규정에 의하지 않고는 신병을 구속당하거나 의사에 반하여 연행되지 않음을 규정한다.

법문의 문리적 해석에 충실하자면, 일본의 불심검문은 임의수단으로 보아야 할 것이나, 학설에 따라서는 직무질문에 수반한 경찰 정지권과 상대방의 수인의무를 인정하기도 한다.³³⁾ 판례 또한 불심검문을 위한 정지에 있어서 강제성을 제한적으로 인정하고 있는데, 예를 들어 ‘정지시키기 위해 추적하는 행위’³⁴⁾, ‘뛰어가고 있는 자의 면전에서 양팔을 벌려 가로막고 정지시키는 행위’³⁵⁾, ‘상대방이 범인으로서의 혐의가 농후한 경우에 어깨, 손목 등에 손을 얹

29) 위의 글, 16-18면.

30) 이하에서는 CJPOA라 약칭하기로 한다.

31) 조국, 영국 코몬 로 형사절차의 전면적 혁신과 그 함의, 형사정책 제10호, 1998, 335면 이하 참조.

32) 松尾浩也, 刑事訴訟法 上 新版, 1999, 42頁.

33) 日本警察法, 미야타 사부로우 저, 한귀현 역, 2003, 78면.

34) 日 最高裁判所 昭和 30. 7. 19.

어 정지시키는 행위³⁶⁾, 앞가슴을 붙잡고 보도로 밀어 올리는 행위³⁷⁾ 등을 적법하다고 인정한다.

소지품검사에 있어서도 판례는 임의성의 원칙을 인정하면서도, 비례성의 원칙에 입각한 일정한 유형력의 행사를 인정하고 있는데,³⁸⁾ 이는 경찰실무의 실태를 추인하고 있는 것으로 볼 수 있다.³⁹⁾

정리하면, 일본의 경우 앞서 살펴본 미국이나 영국과는 달리 불심검문에 있어서 그 임의적 성격을 강조하는 방식으로 규율되어 있음에도, 경찰실무에서 일정정도의 유형력 행사가 관례화되고 있고, 판례 또한 현실적 필요성을 인정하고 비례성의 원칙에 따른 일정 정도의 유형력 행사를 인정하고 있다고 하겠다.

4. 프랑스

프랑스는 사법경찰과 행정경찰 작용을 구분하는 전통을 가지고 있음에도, 사법경찰 작용으로서의 불심검문과 행정경찰작용으로서의 그것을 형사소송법전에 함께 규율하는 특이한 입법 형식을 유지하고 있다. 프랑스 형사소송법 제78-2조 제1항에서는 우리의 불심검문에 해당하는 공공장소나 공로상에서의 ‘신원조사’의 대상을 ‘i) 범죄를 범하였거나 범행을 기도한 자, ii) 중죄 또는 경죄를 범하려고 준비하는 자, iii) 중죄 또는 경죄의 수사에 유용한 정보를 제공하리라고 추정되는 자, iv) 사법기관의 명령에 의해 수배된 자라는 하나 또는 수개의 의심할 만한 사유가 존재하는 경우’로 정하고 있다. 동조 제3항에서는 ‘거동과 상관없이 공공질서의 유지, 특히 사람과 재산의 안전에 대한 위해를 방지하기 위한’ 신원확인 of 수권규정을 마련하였으며, 제4항에서는 특별한 조건 없이 국경으로부터 20킬로미터 내에 설정된 경계선 지역과 국가간 왕래를 위한항만, 공항, 철도, 도로 등에서 모든 사람에 대한 신원검사를 실시할 수 있도록 하고 있다.⁴⁰⁾

신원조사에 불응하는 경우, 사법경찰관의 결정으로 신원확인을 위한 강제적인 구금(détention)이 실시된다(형사소송법 제78-3조 제1항). 유치시간은 신원확인 to 엄격히 요구되는 기간으로

35) 日 最高裁判所 昭和 50. 4. 1.

36) 日 長崎地裁判決 昭和 44. 10. 2.

37) 日 最高裁判所 平成元年 9. 26.

38) “직무집문 내지 소지품검사의 목, 성격 및 그 작용 등에 비추어, 소지인의 승낙이 없는 한 소지품검사는 일체 허용되지 않는다고 해석하는 것은 상당하지 않고, 수사에 이르지 않는 정도의 행위는 강제에 이르지 않는 한 설령 소지인의 승낙이 없더라도 소지품검사의 필요성, 긴급성, 법익균형성 등을 고려하여 구체적 상황 하에서 상당하다고 인정되는 한도 내에서 허용되는 경우가 있다고 해석하여야 한다.” 最判 昭和 53年6月20日 刑集32卷 4号 1672頁.

39) 미야타 사부로우, 앞의 책, 80면.

40) 조현주, 경찰작용으로서의 신원확인 to 관한 연구 -프랑스 제도와 의 비교를 중심으로-, 경찰법연구 통권 제4호, 2006, 161면.

4시간을 넘을 수 없다(형사소송법 제78-3조 제3항). 대상자가 신원확인을 계속해서 거절하거나 의도적으로 부정확한 신원확인 요소를 제공하는 경우, 검사 또는 예심판사의 통제를 받아 지문채취나 사진촬영이 가능하다(형사소송법 제78-3조 제4항). 이러한 강제적 신원확인 조치에 불응하는 경우 3개월의 구금 또는 3,750유로의 벌금형에 처해질 수 있다(형사소송법 제78-3조 제5항).⁴¹⁾

프랑스의 경우, 사법경찰 작용으로서의 불심검문(제78-2조 제1항)과 행정경찰작용으로서의 위험방지를 위한 불심검문(제78-2조 제3항 내지 제4항)을 형사소송법에 병렬적으로 규율하고 있음이 특징적이다. 특히 위험방지를 위한 불심검문을 규정한 제3항의 개정연혁은 시사하는 바가 크다. 1983년 법개정 당시에는 ‘사람이나 재산에 대한 현재의 위험이 존재하는 특정한 장소’라는 요건을 삽입하여 장소적·상황적 요건을 제한하였으나, 1986년 법개정을 통해 ‘특정한 장소’라는 요건을 삭제하였으며, 1993년 개정에서는 대상자가 외부에서 객관적으로 확인 가능한 인지적 표지를 제공하지 않는 경우에도 불심검문이 가능하도록 ‘거동과 상관없이’라는 문구를 삽입하여 그 요건을 완화한 것이다.

5. 독일

행정경찰과 사법경찰을 엄격하게 구분하는 독일의 법제에서는, 범죄수사와 관련한 불심검문은 형사소송법에,⁴²⁾ 위험방지를 위한 불심검문은 경찰작용법에 규정하고 있다. 독일의 경찰작용법의 제정은 각 주의 권능으로서 16개 주에서 각기 규율하고 있으나, 대부분 연방과 각 주의 합의로 성안된 통일경찰법모범초안(MEPolG)을 따르고 있다. 초안의 제9조는 신원을 확인하기 위한 요건으로서 ‘i) 위험방지를 위하여 필요한 때, ii) 범죄의 음모, 예비, 착수가 행해지고 있는 장소에 체류하고 있는 자, iii) 다중이 이용하는 시설 등에서의 범죄발생의 위험이 있거나 또는 직접적으로 위험에 처한 경우, iv) 경찰검문소에서 형사소송법 제100조의 a에서 규정한 중범죄 또는 집회법에서 금지한 무기·흉기·보호장구 등의 휴대나 복면착용 등의 범죄를 제지하기 위한 경우’를 명시하고 있다. 동조에 따라 경찰은 또한 신원확인이 다른 방법으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 대상자를 구금할 수 있다. 제10조는 신원확인을 위한 강제조치로서 지문채취, 사진촬영 등을 규정하고 있으며, 독일 기본법 제104조 제2항 및 동 초안 제16조에 따라 법관의 결정 없는 경찰구금은 익일 자정까지 가능하다.

독일경찰법에서는 경찰권발동의 요건에 있어서 원칙적으로 구체적인 위험(konkrete Gefahr)

41) 앞의 글, 163면.

42) 독일 형사소송법상 신원확인에 관해서는, 탁희성, 불심검문의 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원 보고서, 1999, 51면.

이 존재해야 하나, 현재 독일 각 주의 법제는 불심검문에 있어서 구체적 위협의 존재를 더 이상 필요적으로 요구하지 않는다. 이른바 ‘위험이 예상되는 다중시설’에서는 그 장소적 특성에 기인한 추상적 위험에 대한 경찰의 경험칙에 근거한 판단이 요구될 뿐, 구체적인 사건에 근거해야 하는 것은 아니다.⁴³⁾ 따라서 주기적인 검문(routinemäßige Kontrollen)도 가능하다.⁴⁴⁾

그 뿐만 아니라 다국적 범죄예방을 목적으로 하는 공항·항만 등의 출입국 지역이나 국경으로 연결되는 도로상에서의 불심검문에는 특별한 요건을 요하지 않는다. 즉, 위협의 표지와 무관한 무작위 불심검문(Schleierfahndung)이 가능하다. 또 국경과 접한 주에서는 국경에서 30 킬로미터 이내의 지역에서 이러한 조치를 실시할 수 있다.⁴⁵⁾

강제적·침해적 행정경찰권 발동의 형식인 독일의 불심검문의 법제변화를 정리하면, 그 경찰권 발동의 요건을 구체적인 위협의 존재에서부터, 추상적 위협으로, 다시금 위협과 무관한 불심검문으로까지 점차 완화해 가고 있다고 평가할 수 있다.

V. 불심검문에 관한 입법적 논쟁: 강제적 불심검문의 인정여부

법사위에서 심의되고 있는 경직법 개정안은 불심검문에 있어서 신원확인이나 수색, 임의동행 등을 현 법률과 마찬가지로 당사자의 동의를 전제로 한 임의적인 수단으로만 예정하고 있다. 그러나 불심검문의 강제성에 관한 논쟁은 학계에서 지속적으로 제기되어 왔을 뿐만 아니라, 향후 경직법의 입법정책적 방향을 자리매김함에 있어서 핵심이 되는 부분이라고 할 수 있다. 따라서 본 장에서는 강제적 불심검문에 관한 법리적 쟁점을 살피고 나름의 결론을 도출해 보고자 한다.

1. 비교법적 검토

앞서 살펴본 바와 같이 일본을 제외한 서구의 대부분의 국가에서 불심검문의 강제성을 인정하는 법률을 채택하고 있다. 미국에서는 합리적인 의심이 존재한다는 전제하에 상대방에 대한 강제적인 신원확인 및 불응시 체포할 수 있도록 하고 있으며, 영국에서는 특정상황에서 더 이상 합리적인 의심을 요건으로 하지 않는 강제적 불심검문권을 인정한다. 또한 전통적으로 행정경찰과 사법경찰을 구분하는 독일과 프랑스에서도 더 이상 구체적 위협이라는 전통적

43) OVG Berlin, NJW 1986, 3223; Schwan, Identitätsfeststellung, Sistierung und Razzia, AöR 1977, 260면; Möllers, Polizeikontrollen ohne Gefahrverdacht - Ratio und rechtliche Grenzen der neuen Vorsorgebefugnisse, NVwZ 2000, 383면.

44) Rachor, "Polizeiliche Einzelmaßnahmen"; in Liskin & Denninger, Handbuch des Polizeirecht, 2001, 401면.

45) 앞의 글, 407면.

인 경찰권 발동의 요건이나 경찰책임자에 대한 경찰권 발동의 원칙에 집착하지 않고 경찰관청의 불심검문의 재량을 넓혀가고 있다. 일본의 경우 비례성의 원칙에 충실한 범위 내에서 일정정도의 강제력 행사의 실무적 관행을 사법부가 승인하고 있음을 확인할 수 있다.

물론 어떠한 외국의 법제에서도 합리적인 재량을 넘어서는 경찰의 자의적이고 무차별적인 불심검문을 용인하는 것은 아니다. 불심검문이 형사사법절차로 직접 연결될 수 있는 만큼, 대상자의 예견되는 형사사법절차에서의 피고인 내지 피의자로서의 권리가 제한되지 않는 범위 내에서 과잉금지의 원칙을 넘어서지 않는 불심검문의 강제성은 인정될 수 있으며, 이는 앞서 검토한 국가들이 법치주의의 헌법적 가치를 수호하는데 비교적 충실한 국가들임을 고려한다면 더욱 그러하다.

독일이나 프랑스의 강제적 구금이나 신원확인 제도가 법관에 의해 통제되기 때문에 우리의 논의상황과 다르다는 견해⁴⁶⁾도 있으나 동의하기 어렵다. 독일의 경우 법관의 영장을 요하지 않는 강제적 신원확인을 규정하고 있으므로, 실질적으로 법관의 결정이 요구될 만큼 일정기간 이상의 구금으로 연결되는 경우는 생각하기 어렵다.⁴⁷⁾ 프랑스의 경우도 성년자인 신원확인 불응자에 대한 강제구금은 사법경찰관의 단독적인 결정사항이며, 불응자에 대한 형사처벌이 가능함을 간과해서는 안 될 것이다.

2. 과잉금지 원칙

강제적 신원확인제도를 통한 예측적이고 현실적으로 가늠하기 어려운 위해예방이나 범죄예방효과와, 이로 인한 광범위한 다중에 대한 개인의 행동의 자유와 정보의 자기결정권의 침해 등을 고려할 때 법익균형성의 원칙에 위배된다는 견해가 있다.⁴⁸⁾

이러한 견해가 일견 설득력 있게 들리는 것은 사실이다. 다만, 이러한 입장은 경찰의 자의적이고 무차별적인 불심검문의 악습에 대한 경험적 사실에 기초하고 있다.⁴⁹⁾ 경찰의 자의적인 권한남용에 대한 통제가 가능하고, 특정한 요건이 충족되는 경우에 한하여 강제적인 불심검문이 행해진다면 그 강제적 불심검문의 도입에 대하여 보다 넓은 공감대가 형성될 수 있으리라 생각되며 강제적 불심검문에 대한 비례성 검토 또한 이러한 전제하에 법익균형성에 대한 엄격한 법리적 논증으로 진행되어야 한다.

46) 이호중, 앞의 글 128면.

47) 모범초안 제14조 제2항은 경찰구금에 있어서 법관의 결정이 경찰조치의 근거가 소멸된 이후에야 비로소 행해질 것이라는 것이 인정될 수 있는 경우, 법관의 결정을 요하지 않는다고 규정하고 있는바, 신원확인을 위한 일시적인 자유박탈조치가 전형적인 경우에 해당한다.

48) 이호중, 앞의 글, 121면, 131면, 같은 입장에서 김호기, 앞의 글, 232면.

49) 예를 들어, 강제적 불심검문을 통해 침해되는 개개인의 자유의 총합이 무한대가 된다는 논증(김호기, 앞의 글, 232면)은 제한 없는 자의적인 불심검문을 전제로 한다고 볼 수 있다.

행정경찰작용의 영역에서는 전통적으로 개별 경찰관에게 ‘위험’이라는 유연한 불확정개념을 통해 경찰권 발동의 자율적 판단영역을 열어주고 있다. 물론 이러한 위험판단은 객관적으로 완전하게 검증될 수 있는 구성요건적 전제이며, 사법부에 의한 사후적인 통제가 가능하다는 것이 일관된 학설의 입장이다.⁵⁰⁾ 경찰의 위험성 판단과 관련하여, 손해발생의 개연성에 대한 합리적이지 못한 자의적인 판단으로부터, 직업적 전문지식과 경험, 경찰내부에서 사전에 얻은 정보, 일반인이 갖지 못하는 경찰관으로서의 합리적 경험칙에 근거한 판단은 구분되어야 하고,⁵¹⁾ 후자적 판단에 근거한 경찰권 발동은 -추상적 위험이라 하더라도- 정당화될 수 있다. 위험의 개념은 본질적으로 손해발생에 대한 충분한 ‘개연성’을 의미하며, 그 법익이 중요하고 고차원적인 것일수록 손해발생의 개연성에 대한 요구는 낮아진다.⁵²⁾ 예를 들어 대규모 국제 행사나 다중이 출입하는 지역에서의 테러나 다중범죄 발생의 낮은 개연성만으로도 위해를 예방하기 위한 강제적인 불심검문은 그 법익균형성이 인정될 수 있는 것이다.

강제적 불심검문의 법익균형성 판단에 있어서 침해되는 개인의 법익은 침해유보부 기본권 (unter Vorbehalt gewährten Grundrechte)인 자유권적 기본권과 정보의 자기결정권에 대한 일시적이고 제한된 한도에서 발생한다.⁵³⁾ 또한 검문대상자의 입장에서는 신원확인을 통해 법규준수성만이 조사될 뿐이라는 점에서 범죄나 위험을 야기하지 않은 이른바 경찰비책임자 (Nichtstöre)에 대한 불심검문을 통한 경찰개입은 비례성의 원칙에 위배되지 않는다. 강제적 불심검문은 주민등록의무와 마찬가지로 국민 일반에게 자기신분확인 의무를 헌법합치적인 범위 내에서 부과하는 것일 뿐이다.⁵⁴⁾

관련하여 헌법재판소가 무작위 음주운전단속에 대한 위헌확인심판에서 재판관 전원의 일치된 의견으로 과잉금지 원칙에 위배되지 않는 적법한 경찰작용임을 확인하면서, 검문을 당하는 국민의 불이익을 ‘약간의 시간적 손실, 주관적·정서적 불쾌감 정도에 불과’하며 이에 반해 잠재적·추상적 음주운전의 위해방지의 공익은 대단히 중대하다고 판시⁵⁵⁾한 것은 불심검문에 있어서의 법익균형성 판단에 있어서도 시사하는 바가 크다고 하겠다.

3. 영장주의 위반과 진술거부권의 침해의 문제

불심검문 불응에 대해서 강제적인 지문채취나 신원확인 절차가 진행되는 것은 영장주의에

50) Friauf, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. (1999), Rdnrn. 2, 32; Schenke, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl. (1999), Rdnr. II/28.

51) 성홍재, “경찰 신원확인조치 실효성 확보 방안에 대한 연구”, 경찰학연구, 제10권 제1호, 2010, 42면.

52) BVerwGE 49, 36, 43.

53) Scherzberg, Grundrechtsschutz und ‘Eingriffsintensität’, 1989, S. 41ff., 86ff.

54) Möllers, 앞의 글, 386면; Soria, Verdachtsunabhängige Kontrollen durch den Bundesgrenzschutz, NVwZ 1999, 272면.

55) 헌재 2004.01.29, 2002헌마293, 판례집 제16권 1집, 146.

위반될 뿐만 아니라, 신분증 제시가 성명이나 연령, 주소 등에 대한 진술에 갈음하는 것으로 진술거부권의 적용대상이 된다는 견해도 있다.⁵⁶⁾

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 함으로써 영장주의를 헌법적 차원에서 보장하고 있다. 헌법재판소는 이 영장주의를 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지 못한다는 원칙으로 해석한다.⁵⁷⁾ 즉, 헌법상의 영장주의는 형사절차에서의 강제처분이 영장주의의 적용을 받는다는 것이지, 행정상의 강제처분에까지 적용되는 것은 아니다. 그렇지 않을 경우, 법관의 영장 없이 행정기관에 의한 강제구금을 인정하고 있는 경직법상의 보호조치나 현행 「정신보건법」, 「전염병예방법」, 「마약류관리에 관한 법률」, 「출입국관리법」상의 관련 규정이 모두 위헌법률에 해당된다고 볼 수밖에 없다.⁵⁸⁾

불심검문 불응자에 대한 신원확인을 강제할 수 있는 방법은 첫째, 행정청의 선행하는 하명(신원확인 명령)과 비대체적 작위의무 불이행에 대한 의무이행 확보수단으로서 직접강제 형식의 강제적 신원확인 조치를 생각할 수 있는데, 독일의 법제가 이에 해당한다. 모든 국민의 신원이 전산화되어 있는 우리의 현실에서는 단순한 신분증의 확인이나 지문의 동일성 확인만으로 신원확인이 쉽게 가능하므로 이러한 강제집행이 신체의 훼손을 가져오지도 않는 바, 결코 인간의 존엄이나 본질적 기본권의 가치를 침해하는 것이 아닐뿐더러 행정상 의무이행 확보수단으로서 영장주의의 적용대상이 되지 않으며 다만 과잉금지 원칙에 의한 제한을 받게 된다.

둘째는 의무불이행에 대한 직접강제 대신 형사적 제재수단을 마련하는 방식으로 프랑스의 법제가 이에 해당하겠다. 음주측정 불응자에 대하여 강제측정 대신 음주측정불응죄로 처벌하는 경우가 이와 유사한 사례가 될 수 있다. 양자 중 어떤 방식을 채택하더라도 영장주의에 반한다거나 위헌성의 의심이 제기되지 않는다.

진술거부권의 침해와 관련하여 살펴보면, 진술거부권은 현재 피의자나 피고인으로서 수사 또는 공판절차에 계속 중인 자 뿐만 아니라 장차 피의자나 피고인이 될 자에게도 보장되며, 형사절차뿐 아니라 행정절차나 국회에서의 조사절차 등에서도 보장되어야 한다.⁵⁹⁾ 그러나 단순한 신원확인이 곧바로 형사절차에서의 범죄의 직접적 증거로 활용되는 경우는 생각하기 어렵다. 또 헌법재판소는 진술거부권에서의 ‘진술’을 ‘언어적 표출 즉, 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미’한다고 해석하는 바,⁶⁰⁾ 당사자의 의

56) 이호중, 앞의 글, 126-127면.

57) 헌재 1997.03.27, 96헌가11, 판례집 제9권 1집, 245.

58) 이성용, 주취자 보호조치에 관한 법적 검토, 경찰법연구 제7권 제2호, 2009, 44면.

59) 헌재 1997.03.27, 96헌가11, 판례집 제9권 1집, 245.

60) 앞의 판결.

식으로부터 독립되어 아무런 지배력도 행사할 수 없는 객관적인 신분의 동일성 확인절차가 진술강요에 해당할 것인지 의문이다. 불심검문의 강제성을 인정한다고 하더라도 검문대상자에게는 신원확인 이외에 어떠한 추가적인 진술의 강제도 인정되지 않음은 물론이다.

심지어 진술거부권이 태동한 미국에서조차 신원확인 의무를 부과하고 있고, 이것이 수정헌법 제5조의 자기부죄금지의 특권에 반하지 않는다고 해석한 연방대법원의 판례를 고려한다면, 진술거부권과 연결하여 신원확인 의무를 부정하고자 하는 논리가 진술거부권의 이념을 지나치게 확대해석하는 것이 아닌가 여겨진다.

VI. 개정안에 대한 검토

이하에서는 법사위 계류 중인 경직법 개정안과 관련하여 국가인권위원회나 민주사회를 위한 변호사 모임(이하 민변으로 약칭) 등에서 제기한 불심검문 관련 쟁점들 중 특히 논의가 필요하다고 판단되는 개별적 쟁점들에 대하여 검토해 보기로 한다.

1. 소지품 검사와 차량 등 적재물 조사대상의 확대

개정안이 소지품 검사의 대상을 ‘무기, 흉기, 그 밖의 위험한 물건’으로, 차량 등 적재물 검사 대상을 ‘무기, 흉기 마약 등 공공의 안전에 위해를 끼칠 수 있는 물건’으로 확대하여 사실상 영장 없는 강제적인 압수수색이 남용될 우려가 있다는 지적이 제기된다.

이 문제를 검토하기 위해서는 우선 구체적인 상황에서의 불심검문의 법적 성격을 조명해야 한다.⁶¹⁾ 경찰의 불심검문이 범죄혐의의 합리적인 의심이 있는 자에 대하여 수사의 전단계로서의 사법경찰 작용의 성격을 가지는 경우, 이에 수반한 소지품이나 차량 등 적재물 검사는 범죄증거 수집을 위한 영장 없는 압수수색에 해당될 수 있으므로, 현행범체포나 긴급체포에 해당하는 경우 등으로 엄격히 제한되는 것이 타당하다.⁶²⁾ 그러나 폭탄테러나 지하철 방화 등 중대한 법익침해⁶³⁾의 위험을 예방하기 위한 행정경찰작용으로서의 소지품 검사는 영장주의가 적용되는 대상이 아니라는 것은 법리적 고찰이나 비교법적 고찰을 통해서 앞서 논증한 바 있다. 더구나 개정안이 강제검사가 아닌 임의검사의 원칙을 고수하고 있음을 고려한다면 영

61) 이와 관련 필자는 앞서 사법경찰 작용으로서의 불심검문과 행정경찰작용으로서의 불심검문을 구분함에 있어 ‘중점이론’이 적용되어야 지적하였다, 각주 17번 참조.

62) 물론 영국의 경우는 소지품검사 대상을 장물과 금제품까지 확장하고 있다.

63) 보호하고자 하는 법익이 중요하고 고차원적인 것일수록 손해발생의 개연성에 대한 요구는 낮아지고 경찰관 발동은 정당화될 수 있음은 과잉금지 원칙과 관련하여 이미 언급한 바 있다.

장주의 남용의 우려라는 지적은 타당하지 않다.

다만, 위험방지를 위한 소지품 검사는 범죄증거 수집을 위한 소지품 검사보다 그 대상이 제한되어야 한다. 장래의 위험에 직접적으로 연결될 수 있는 도구, 즉 무기, 흉기 등 위험물로 한정함이 타당하다. 이 점에서 볼 때, 차량 등 적재물 검사에서 마약을 검사 대상으로 추가한 것은 위험예방의 목적이거나보다는 영장 없는 범죄증거 수집의 목적을 가진다는 점에서 재검토가 필요하다. 또한 차량 등의 검문에 있어서도 ‘범인의 검거’라는 목적 이외에 ‘위해의 방지’라는 행정경찰적 목적을 추가하는 것이 바람직하다.

개정안이 ‘그 밖의 위험한 물건’이나 ‘공공의 안녕에 위해를 끼칠 수 있는 물건’ 등을 조사대상으로 추가해 그 대상이 불명확하고 지나치게 확대된다는 지적이 있으나, 입법기술적 측면에서 불확정개념을 사용하는 것은 불가피할 뿐만 아니라, 그 판단에 있어서 경찰의 재량이 인정되지 않고 완전한 사법적 심사의 대상이 된다는 점에서 입법적 논쟁의 대상이 되지 않는다. 불확정개념을 사용함에 있어, 비록 그 개념이 사전적으로 명확히 특정되지 않는다고 하더라도, 통상적인 해석방법을 통해서 구체화될 수 있는 한, 법률명확성의 원칙(Bestimmtheitsgrundsatz)에 반하지 않으며,⁶⁴⁾ ‘위험한 물건’이라는 입법방식 또한 이 원칙을 벗어나지 않는다고 판단된다.

2. 제복착용 경찰관의 신분증 제시의무

민변측에서 제시한 경직법 개정안 반대의견 중 공권력의 남용 방지를 위해 제복착용 경찰관에게도 신분증 제시의무를 종전과 같이 계속 규정해야 한다는 주장이 있다. 반면 개정안의 취지는 현행 경직법에서는 신분을 표시하는 증표를 제시하라는 규정만 있을 뿐 정·사복에 대한 구분을 마련하지 않아서 제복경찰관에게도 사전 신분증제시의 의무가 적용된다는 불합리한 실무적 필요성을 반영한 것으로 생각된다.

제복경찰의 신분증 제시의무 면제의 타당성을 검토하기 위해서는 먼저 불심검문을 실시하는 경찰관에게 사전 신분증 제시를 의무화하고 있는 현 입법에 대한 목적론적 해석이 필요하다. 신분증 제시 의무부과의 목적은 첫째, 익명성의 그늘에 숨어 경찰의 불심검문 권한이 남용되고, 이를 통해 예견되는 검문대상자의 기본권 침해의 위험을 예방하기 위함이고, 둘째, 경찰관의 불법행위가 발생한 경우, 행위책임자를 명확히 지목함으로써 검문대상자의 사후 구제절차를 보장하기 위함으로 정리할 수 있다. 그렇다면 제복경찰의 신분증 제시의무 면제가 이러한 기존의 입법취지에 반하는 것인가? 이에 대해서는 다음과 같은 반대논거들이 검토될 수 있다.

먼저 제복경찰의 경우, 제복에 부착된 명찰과 흉장을 통해서 경찰관의 신분이 명확히 확인

64) Möllers, Polizeikontrollen ohne Gefahrverdacht - Ratio und rechtliche Grenzen der neuen Vorsorgebefugnisse, NVwZ 2000, 384면.

될 수 있으므로, 동일성 확인에 아무런 위험이 발생하지 않는다. 또한 제복경찰의 신분증 제시를 통해 경찰관이 아닌 자가 경찰제복을 착용하고 경찰권을 사칭하는 것을 제한할 수 있다는 논거도 설득력이 떨어진다. 경찰이 아닌 자가 경찰유사복장을 착용한 사례는 연 1.7건에 불과⁶⁵⁾하며, 일반시민들에게는 경찰제복이 경찰신분증 보다 직무 중인 경찰임을 인식함에 있어서 훨씬 더 효과적인 수단이다. 경찰제복과 달리 경찰신분증은 일반시민들이 진위여부를 확인하기 어려우므로 인권침해 예방이나 사후구제의 효과성이 훨씬 낮다고 보아야 한다.⁶⁶⁾

결국 제복경찰관은 신분증을 제시하지 않더라도 입법취지에 반하는 목적훼손이 발생하지 않으므로, 현행법제에서도 목적론적 축소해석을 통해 신분증 제시의무가 없다고 해석하는 것이 타당하다. 다만, 개정안은 해석상의 혼선을 잠재울 수 있다는 점에서 일응 긍정적으로 평가할 수 있다. 경찰에 대한 민주적 통제에 충실한 영국에서도 제복경찰관의 동일성 확인을 위해 어깨에 이른바 ‘쇼울더 넘버(Shoulder number)’만을 부착하여 권력남용을 견제하고 있는 것은 불필요한 실명노출로 인한 경찰관 개인의 인권침해와 공권력에 대한 통제필요성의 조화점을 적절히 찾은 결과라고 평가할 수 있다.

그렇다면, 집회·시위 현장에서 진압복을 착용하고 불심검문을 하는 경우는 어떻게 보아야 할 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 진압복에 개인의 동일성을 객관적으로 확인할 수 있는 식별표시가 부착되지 않는 상태에서 신분증 제시 없이 불심검문을 하는 것은 앞서 검토한 입법취지에 반하는 경찰작용으로서 허용되지 않는다. 다만, 진압복에 개인 식별표시로서 실명을 부착하는 것은 경찰관의 인권을 고려할 때, 적합하고 상당한 수단으로 볼 수 없으며, 동일성 여부를 확인할 수 있는 주기번호를 부착하는 것이 바람직하다. 이는 집회·시위에 대한 과잉진압을 예방하고, 사후구제에도 효과적인 수단이 될 것이다.

3. 평가

기존의 법률이 불심검문의 요건으로 범죄와의 관련성만을 언급하여 사법경찰적 작용의 성격만이 강조된 반면, 개정안은 불심검문의 요건으로 ‘위해’관련성을 추가함으로써 테러나 다중범죄로부터의 법익보호라는 행정경찰적 목적을 보완한 것은 사법경찰과 행정경찰 작용의 적절한 균형을 찾아간다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 그러나 개정안의 ‘위해에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 사람(개정안 제3조 제1항 제2호)’라는 요건만으로, 위험발생 방지를 위한 경찰비책임자에 대한 불심검문을 근거할 수 있을지 불명확하다. 예를 들어 공항이나 대규모 행

65) 경찰청 내부자료.

66) 프랑스의 경우 위조된 경찰신분증을 소지하고 사복차림으로 외국관광객을 대상으로 범죄를 저지르는 일이 빈발하여, 경찰신분증 양식을 경찰관서 인터넷 홈페이지에 공개하고 있다. 반면 제복을 착용하고 경찰을 사칭하는 사례는 생각하기 어렵다.

사장 등에서 폭발물 테러나 기타 재난의 위험발생이 예상되는 경우, 특별한 범죄의 인지적 표지를 제공하지 않는 자에 대해서도 불심검문의 필요성이 인정될 수 있으며, 따라서 동항에 제3호를 삽입하여, ‘공공건물, 대중교통기관, 다중운집시설 기타 다수인이 이용하는 시설·장소 등에 대한 위험의 방지를 위하여 필요한 때’를 추가로 규율하는 것을 고려하여야 한다.

이외에도, 개정안이 불심검문의 임의성의 기초를 그대로 유지하면서도, 그 집행절차를 직무 질문, 신원확인, 동행요구로 구분하고 각 단계에서의 경찰작용의 수권과 범위를 명확히 규율하고 있다는 점은 상당한 개선이라고 보겠다. 또한 1991년 법개정을 통해 삭제된 ‘임의동행 거절권 고지’를 부활하고, 임의동행시 변호인 참여를 확대한 것은 불심검문에 대한 인권보장을 강화한 것으로 볼 수 있으며, 유치인의 권리고지, 성적소수자인 유치인에 대한 배려(제9조 제2항 및 제4항), 최루제, 위해성 장비, 무전기 등 경찰장비에 대한 절차적 통제방안을 모색하여(제10조 내지 제11조의2) 경찰권 남용을 방지하기 위해 노력했다는 점도 주목할 만하다.

VII. 권력남용 방지를 위한 행태적 개선방안

앞서 필자는 강제적 불심검문제도는 법리적으로 문제되지 않음을 논증하였다. 그러나 이러한 법리적 논증의 결과가 강제적 불심검문의 도입이라는 입법정책으로 바로 연결되어야 한다는 당위성을 주장하는 것은 결코 아니다. 입법은 그 사회의 역사적·문화적 배경을 고려하여 일정부분 현실과의 타협을 통한 절충점을 찾아가는 과정이다.

우리의 불심검문이 수사편의적인 불법한 수단으로 악용되거나 정당한 집회·시위를 위축하기 위한 도구로서 전가의 보도처럼 사용되어 온 사실을 부인할 수 없으며 간과해서도 안 된다. 이런 배경에서 비록 이론적으로 완벽한 법제라 하더라도 그 완전성에 비례하는 국민들의 높은 법제도 수용력을 기대하기는 곤란하다. 강제적 법제도에 우선하는 국민들의 자발적인 경찰활동의 협조와 지지를 기대하기 어려운 것은 과연 누구의 책임인가?

경찰권 발동에 있어서의 합리적인 재량판단과 자의적인 권한남용을 마치 동일한 것으로 오인하는 경찰행태가 개선되지 않는 한, 경찰에게 더 이상의 법적 권한을 부여하는 것은 위험할 수도 있다는 우려에서 두 가지 개선안을 제시한다.

1. 무작위적인 불심검문의 지양

경찰 불심검문은 그 요건이 충족되는 경우에 한하여 인정될 수 있다. 지금까지 불심검문의 강화론자들은 불심검문의 필요성과 정당성에만 집착할 뿐, 불심검문의 요건을 외면한 채 남발

되는 현실적 행태를 간과하여, 반대론자들과의 입장차를 좁히지 못했다고 생각된다. 불심검문은 법문에 명시된 바와 같이 범죄에 대한 합리적인 의심⁶⁷⁾이나 추상적 위험이 존재하는 경우에만 가능하며, 그렇지 않은 경우 과잉금지의 원칙에 위배되어 위법한 경찰작용이 된다.⁶⁸⁾ 물론 이 경우 불심검문의 요건이 존재함을 판단하는 것은 현장 경찰관에 뉘이 될 것이나, 요건 충족에 대한 종국적 판단은 사법심사의 대상이며, 그 존부에 대한 입증책임은 행정청에서 부담하게 된다. 임의적인 불심검문이라고 해서 이러한 요건판단의 의무가 배제되는 것은 아니다.

만일 경찰이 단지 수배자 검거실적을 올리기 위한 의도로 법률이 정한 불심자의 요건에 해당하지 않는 자에 대하여 공공장소에서 무차별적인 검문을 하는 것은 결코 정당화될 수 없으며 경찰권의 남용에 해당한다. 또 불심검문의 요건으로서 필자가 주장하는 추상적 위험은 일상의 사회적 위험이 아닌, 국가중요시설이나 국제경기장 또는 공공교통시설에서의 보다 증가된 테러나 다중범죄의 위험의 존재가 인정되는 경우를 말하며, 비례성의 원칙에 따라 선별적·제한적으로 실시되어야 한다. 또한 불심검문을 함에 있어서 직무질문이 무조건적으로 신원확인 및 수배자 조회절차로 연결되는 관행도 지양해야 한다. 직무질문을 통해 합리적인 의심이 발생하는 경우에만 이러한 추가적 조치가 정당화 될 수 있다.

현장에 배치된 경찰관이 특별한 위험이나 범죄의 징표 없이 일정시간에 수십 명에 대한 불심검문을 실시하였다면, 성실한 근무에 대한 보상이 아닌 불심검문권의 남용에 대한 제재를 고려하여야 한다.

2. 전의경의 단독적 불심검문 금지

전의경에 의한 경찰권행사는 제한된 범위 내에서만 가능하다. 경직법에 따라 경찰권발동의 요건을 판단하고 비례성의 원칙에 따른 경찰권 행사의 권한이 인정되는 자는 직업경찰관뿐이다. 전의경은 경찰권 행사에 있어서 행정보조자⁶⁹⁾로서 경찰관의 판단에 따른 제한된 비독립적인 조력활동만이 가능할 뿐이다. 경찰관과 동행하거나, 최소한 직접적인 지시나 통제가 가

67) 물론 합리적인 의심(reasonable suspicion)은 체포·구속에서 요구되는 상당한 이유(probable cause)보다 낮은 정도의 개연성을 의미한다.

68) Rachor, 앞의 책, 399면; Liskén, “Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität”? NVwZ 1998, 26면; 성홍재, “경찰 신원확인 조치에 대한 국가론적 접근”, 한·독 사회과학 논총, 2009, 봄, 167면.

이와 관련 불심검문에 있어서 행위책임의 원칙을 적용할 것을 강조하는 견해(김호기, 앞의 글)도 존재한다. 사법경찰작용으로서의 불심검문에 있어서는 타당할 것이나 위험방지 작용에 있어서는 경찰권발동이 당사자의 행위책임에 국한되지 않고, 상태책임, 긴급상황에서의 경찰비책임자에 대하여도 인정되고 있으며, 경찰권발동의 대상은 헌법적 원리에서 도출되지 않고, 입법적 재량사항에 해당한다는 것이 독일의 일반적 견해이며, 우리의 경우도 이와 다르지 않다고 생각된다.

69) 행정보조자의 개념에 대해서는, 이성용, 고권적 권한수탁을 통한 사인의 치안활동, 경찰학연구 제6권 제3호, 2006, 107면 이하 참조.

능한 장소적 범위에서 벗어난 지역에서 전의경의 단독판단에 의한 불심검문은 금지되어야 한다. 불심검문의 요건은 경찰관의 전문적이고 합리적인 경험칙에 따른 판단으로 결정되는 것이며, 행정보조자로서의 전의경은 단지 경찰관의 ‘연장된 팔’로서 기능할 뿐이다. 또 불심검문이 직무질문에서 신원확인, 임의동행으로 이어질 수 있고, 여기에서 인권침해여부와 공익간의 이익형량이 요구된다는 점을 고려한다면 더욱 그러하다.

VIII. 나오며.

일찍이 홉스는 그의 저서 ‘리바이어던(Leviathan)’을 통해 인간과 사회계약을 맺어 탄생하는 국가를 강력한 ‘괴물’로 표현하였다. 이러한 괴물에 저항할 수 없다는 홉스의 입장은 이후 로크, 루소 등을 통해 수정된다. 그럼에도 국민 개개인에 대한 강제적 권력을 행사할 수 있는 유일한 주체가 국가라는 사실에는 변화가 없으며, 다만 정당하지 못한 권력행사에 국민들이 저항할 수 있고, 그 통제에 주의를 게을리 해서는 안 된다는 의미로 이해해야 한다. 공공의 안전을 위한 국가적 강제의 필요성이 부정될 수는 없지만, 국민들의 자발적 합의가 도출되지 않는다면 정당화될 수는 없다.

굳이 과거 권위적 정권에서의 남용사례를 일일이 거론하지 않더라도 불심검문은 경찰권 남용의 대표적인 형식으로서 자리 잡아 그 용어 자체에 대한 거부감이 증폭되어 왔으며, 이러한 시민들의 부정적 인식은 경직법 개정안에서 ‘불심검문’이라는 권위적 용어의 사용을 포기하게 된 주요한 원인임을 잊어서는 안 된다.

현재의 경직법 개정안에서는 몇몇의 의원입법안에서 나타났던 강제적 신원확인 절차의 도입 등 격렬한 논쟁이 될 여지가 있는 불심검문의 강화를 포기하고 그 임의적 수단의 근거규정을 명문화하여 합법과 불법의 회색지대에서 배회하던 불심검문 제도를 정비하는데 그 초점이 맞추어져 있다. 따라서 필자의 관점에서는 과거에 비하면 그 논쟁의 여지도 그리 크지 않을 뿐만 아니라, 입법단계에서 좌초되어서도 안될 것이다.

입법자는 법과 현실사회의 간극을 조정하기 위해 항상 현실을 주시해야 하며, 이른바 위험사회(Risikogesellschaft)에서의 국가적 임무를 수행하는 경찰에게 그에 상응하는 권한의 범위와 정도를 지속적으로 숙고하여야 한다. 결국 사회적 안전과 인권의 균형점을 찾아가기 위한 불심검문에 대한 논의는 사회적 환경변화에 민감하게 반응하면서 앞으로도 지속될 수밖에 없다.

3

경찰관직무집행법 개정안의 문제점

류 제 성

(민주사회를 위한 변호사모임 사무차장)



경찰관직무집행법 개정안의 문제점

■ 류제성(민주사회를 위한 변호사모임 사무차장)

1. 경직법 개정의 방향

- 용산참사, 쌍용자동차 파업, 촛불집회·시위 진압 과정 등에서 경찰비례의 원칙, 경찰최소의 원칙은 물론 헌법이 직접 규정하고 있는 최소한의 적법절차 원칙조차 준수되지 않고 있음
- 불심검문, 유치인에 대한 수갑·포승의 사용, 신체검사, 소지품 압수 등과 관련해서도 인권침해가 끊이지 않고 있고, 급기야는 고문까지 자행되고 있는 상황
- 집회·시위에 대한 과도한 제한, 무리한 선거법 적용, 국가보안법의 부활, 사이버상 표현의 자유에 대한 감시, 기자회견에 대한 집시법 적용 등 경찰에 의한 공안통치와 인권침해가 극심한 상황
- 수사권이라는 강력한 공권력뿐만 아니라 방대한 정보력을 지니고, 중앙집중화되고 국민 위에 군림하면서도 민주적 통제, 정치적 중립과 독립성은 확보하지 못한 구조
- 이런 상황과 구조 하에서 경직법을 개정한다면, 경찰력 행사에 있어 법치주의의 준수, 인권침해 방지, 기본권 보장 등이 그 내용이 되어야 하고 경찰권한의 확대나 강화는 논의 대상이 될 수 없는 것임.
- 위해성 경찰장비 도입시 공청회를 통해 안전성을 검증하도록 하고, 사용기록을 보관하여야 하는 경찰장비의 범위를 확대한 개정안 제10조, 제11조 및 제11조의2의 규정과 경찰관의 적법한 공무집행으로 재산·생명·신체에 특별한 손실을 입은 경우 보상할 수 있는 규정을 신설한 개정안 제11조의3의 규정 등은 바람직한 개정방향으로 평가할 수 있음.
- 그러나 위 규정들과 유치인의 권리보장을 확대한 것처럼 보이는 개정안 제9조, 불심검문이라는 용어를 직무질문으로 순화하고 직무질문, 신원확인, 동행요구 등으로 구체화

한 제3조부터 제3조의3 등으로 개정안이 마치 개선안처럼 보이는 착시현상을 일으키고 있는 것이 사실임.

- 이하에서는 발제문과 중복되지 않는 범위에서 개정안의 문제점을 비판적으로 검토하고 특히 사례를 중심으로 살펴보고자 함.

2. 불심검문 관련

(1) 강제적 불심검문의 인정여부

- 이성용 교수는 비교법적 고찰 등을 통해 입법론으로 제한적 요건하에서, 그리고 권력남용 방지를 위한 행태적 개선을 전제로 강제적 불심검문제도를 도입할 수 있다고 주장하고 있음.
- 그러나 불심검문은 그 법적 성격을 어떻게 보는지와 관계없이 경찰작용은 그 자체로 기본권에 대한 중대한 침해로 초래할 수 있는 속성을 지니고 있고, 특히 불심검문은 그러한 속성과 위험성이 강하므로 법치주의에 의한 엄격한 제한이 필요함.
- 더군다나 범죄수사나 예방을 위해 강제적 불심검문이 인정되어야 할 현실적 필요성이 무엇인지도 의문임.
- 특히 이성용 교수의 대규모 국제행사나 다중이 출입하는 지역에서의 테러나 다중범죄 발생의 낮은 개연성만으로도 위해를 예방하기 위한 강제적인 불심검문은 그 법익균형성이 인정될 수 있는 것이라는 주장은 매우 위험함.
- 위와 같은 인식이 실제로 「G20 정상회의 경호안전을 위한 특별법」에 반영되어 있는 바, 동법은 경호안전통제단장의 요청에 따라 심지어 군대를 동원할 수 있는 가능성마저 열어놓고 있으며 집회시위를 광범위하게 제한할 수 있음은 물론 경찰관 등 관련 공무원들이 경호안전구역에서 질서유지, 교통관리, 검문·검색, 출입통제, 위험물의 탐지 및 안전조치 등 위해방지에 필요한 안전 활동을 할 수 있도록 하고 있음.
- 단지 대규모 국제행사가 개최된다는 명분이나 테러방지라는 이유만만으로 광범위한 기본권 침해와 헌법상 영장주의, 적법절차 원칙 등을 훼손할 수는 없음.
- 지금 필요한 것은 강제적 불심검문의 도입이나 불심검문 권한의 강화가 아니라 불심검문의 남용을 어떻게 막을 것인가가 논의의 중심이 되어야 함.

(2) 불심검문 실태¹⁾

불심검문시 소속, 성명 등 신분을 밝히지 않거나 목적, 이유를 고지하지 않는 경우

- ① 화곡역 개찰구 앞에서 한 경찰관이 이 지역에서 권투체육관을 운영하는 김아무개(51) 관장을 불러 세웠다. 김 관장을 막아선 유아무개 경사는 대뜸 “검문을 하겠다”며 신분증을 요구했다. 김 관장은 “휴대전화 고치러 가느라 바쁜데 아침부터 무슨 검문이나? 신분증을 요구하는 근거를 대라”며 거부했다. (한겨레 2010-07-14)
- ② 회사원 이모(48)씨는 요즘 회사 근처 지하철역을 지날 때마다 가슴이 조마조마하다. 최근 몇 달 동안 같은 장소에서 경찰의 느닷없는 불심검문을 세 차례나 받은 탓이다. 그는 양복 정장을 입고 대로변을 걸어가는 자신을 붙잡은 이유를 경찰관에게 물었지만 별다른 이유를 듣지 못한 채 신분증을 제시해야만 했다. (한국일보 2009-09-23)
- ③ 카메라를 갖고 미국대사관 주변을 지나다가 불심검문을 당한 모 언론사 사진기자 김모씨 등 4명이 “경찰이 소속과 성명을 밝히지 않고 검문했다”며... (동아일보 2004-09-30)
- ④ 사회복지사 허모(28)씨는 “경찰이 반말을 하며 신분증을 내놓으라고 해 정중한 법 집행을 요구하다 실랑이가 벌어졌다.”고 밝혔다. (국민일보 2009-09-16)
- ⑤ 2006년 11월 8일 10시 30분경 PC방에서 이름, 소속도 밝히지 않는 피진정인으로부터 신분증을 요구당해, “지금 신분증이 없고 불심검문 이유가 뭐냐”고 묻자 “그냥 하는 거”라고 하면서 “주민등록번호를 대라고”하여 “본인 집이 이 근처니 집에 같이 가서 확인하고 돌아가라”고 했으나, 집을 확인한 후에도 계속 신분증 제시를 요구하여 결국 제시함. (국가인권위 결정례집 제3집 06진인2717)
- ⑥ 2006년 9월 14일 대구시 소재 ○○공원 벤치에서 쉬고 있었는데, 피진정인들이 다가와 난데없이 신분증을 보자고하여, 이에 진정인이 “검문을 하려면 당신들 신분부터 밝히라”고 요구하자 피진정인들이 “제복이 곧 신분증이다”²⁾라며 신분증을 제시하지 않았다. (국가인권위 결정례집 제3집 06진인2076)

불심검문 불응시 제지하거나 물리력을 행사한 경우

- ① 김 관장은 “휴대전화 고치러 가느라 바쁜데 아침부터 무슨 검문이나? 신분증을 요구하는 근거를 대라”며 거부했다. 목소리가 커지고 주위에 사람들이 모여들면서 분위기는 더 험악해졌다. 김 관장은 14일 “당시 곁에 있던 박아무개 경사가 ‘너 약(마약) 했지? 이 동네에서 뺑 뜯고 있냐’라는 막말을 퍼부었다”며 “박 경사가 내 다리를 걸어서 넘어뜨리려 했고, 이후 순찰차에 태워 지구대로 데리고 갔다”고 주장했다. (한겨레 2010-07-14)
- ② 김모씨(22) 등 대학생 5명은 “승객에게 유인물을 나눠주거나 비깔으로 뿌리지 않았다”며 신분 확인을 거부했다. 경찰은 버스에서 20여분을 지체하다 “학생들은 유인물을 배포하지 않았다”는 승객들의 증언과 차량 정지에 대한 항의를 받고 대학생 1명만 신원 확인을 하고 돌아갔다. (경향신문 2010-06-16)
- ③ 이모(33)씨는 “경찰이 신분을 밝히지 않길래 불심검문에 응할 수 없다고 했더니 강제로 넘어뜨리고 지갑을 빼앗아 신분증을 꺼냈다”며 분개했다. (한국일보 2009-09-23)
- ④ 허씨는 “경찰이 반말을 하며 신분증을 내놓으라고 해 정중한 법 집행을 요구하다 실랑이가 벌어졌다. 양 경사의 발에 맞아 결막 출혈이 있었고 눈꺼풀 주위의 타박상으로 시력이 교정되지 않는 상황”이라며... (국민일보 사설 2009-09-16)
- ⑤ ...그러자 또다른 경찰이 다시 다가와 경찰봉으로 A씨의 자전거를 가로막았다. 경찰은 “근처에서 자전거를

1) 이하 내용은 인권운동사랑방이 정리한 ‘경찰의 불심검문 실태와 문제점’을 발췌한 것임.
 2) 경찰관직무집행법 3조4항에서 경찰관의 신분증제시의무를, 그리고 같은 법 시행령 5조에서 경찰관의 공무원증을 신분증으로 규정하고 있는 이상, 정복경찰관이라고 하더라도 신분증을 제시하여야 할 것이다. 「국가인권위원회 결정례집 제3집」, 57쪽 ; (전략) 이와 관련해 경찰은 “주민등록법 제17조, 정복근무 중인 사법경찰관의 경우 검문시 신분증을 제시할 필요가 없다”는 법률에 따라 직무를 수행한 만큼 문제가 없다고 주장해 왔다. 이에 대해 인권위는 “주민등록법이 불심검문 업무를 포괄적으로 규정하고 있는 경찰관직무집행법보다 우선한다고 볼 수 없는 만큼 정복경찰을 비롯한 전·의경들도 불심검문시 신분증 제시 의무가 있다”고 반박했다. <동아일보>, 2004년 9월 30일자, 신수정기자

이용한 날치기 사건이 있었으니 검문에 협조해달라"고 재차 요구했으나 그는 "내가 늘 다니던 길이고 한 번도 검문을 받은 적이 없다"며 불응하였다. 경찰들은 또다시 A씨의 앞을 가로막았다. 더 이상 갈 수 없게 된 그는 범인 취급을 당한다고 느껴 거칠게 항의했다. 그 과정에서 경찰 1명과 실랑이가 벌어졌고 급기야 몸싸움까지 벌어졌다. 경찰은 공무집행방해죄 등의 현행범으로 A씨를 체포하기에 이르렀다. (오마이뉴스 10-06-04)

⑥박씨는 지난해 2월15일 새벽 인천 부평동에서 술을 마신채 귀가하던 중 불심검문하던 경찰관이 신분증 제시를 요구하자, 불심검문에 항의해 응하지 않다가 앞을 가로막는 경찰관을 폭행해 상처를 입힌 혐의 등(상해, 공무집행방해, 모욕)으로 기소됐으며, 1심에서 벌금 300만원을 선고받자 항소했다. (법률신문 2010-05-10)

적법한 절차 없는 무분별한 임의동행

①경찰은 김씨 등을 연행, 조사한 뒤 별다른 혐의점을 찾지 못하자 30여분 만에 훈방했다. 중부경찰서 관계자는 "유인물 배포가 허위사실 유포가 아닌지 판단하기 위해 임의동행으로 조사한 것일 뿐"이라고 밝혔다. 그러나 한대련 관계자는 "연행된 학생들은 임의동행 여부를 고지받지 못했고, 경찰은 학생들을 추가 연행하려다 주변 시민들이 항의하자 신분만 일부 확인하고 물러났다"고 밝혔다. (경향신문 2010-06-14)

②김씨는 지난해 7월8일 오전 7시25분쯤 청주시 흥덕구 병명동의 한 아파트 인근에서 친구 이모씨가 음주운전 후 도주했다는 신고를 받고 출동한 김모 순경과 이모 경사가 이씨를 경찰서로 연행하려 하자 이들의 가슴을 밀치고 먹살을 잡는 등 폭력을 행사, 각각 전치 2주와 3주의 상처를 입힌 혐의로 기소됐다. (문화일보 2008-05-28)

③...경찰관이 외근을 하던 중 오토바이 1대를 끌고 가는 피의자를 불심검문해 절도 혐의가 의심되자 지구대로 임의동행하고 그 후 피의자를 긴급체포한 사실이 인정된다"고 밝혔다. 이어 법원은 "피의자에 대한 임의동행이 적법 요건을 갖췄는지를 인정할 만한 자료가 없다"고 지적했다. 법원은 나아가 "적법성이 모호한 임의동행 이후에 이뤄진 피의자에 대한 긴급체포는 위법하고, 이를 토대로 한 구속영장 청구 역시 위법하다"고 적시. (부산일보 2009-04-11)

④경찰은 2004년 9월 현금·수표 절도사건을 수사하던 중 훔친 수표를 사용한 박씨 누나로부터 '동생이 수표를 줬다'는 진술을 받아낸 뒤 경찰관 4명을 보내 10시간 잠복 끝에 새벽에 귀가하던 박씨를 연행했다. 재판부에 따르면 경찰은 당시 수표 절도 관련혐의를 부인하던 박씨에게 "경찰서에 가서 확인해보고 혐의가 없는 것으로 드러나면 그냥 돌아가도 좋다"고만 얘기했을 뿐 "동행요구에 응하지 않아도 된다"는 점은 알리지 않았다. 재판부는 또 박씨가 경찰서에서 화장실에 갈 때도 경찰관 1명이 따라와 감시했다고 진술한 점 등에 비춰 임의동행된 이후 임의로 퇴거할 수 있는 상황은 아니었던 것으로 보인다고 밝혔다. (경향신문 2006-07-06)

집회시위 현장에서 통제를 목적으로 자행되는 경우

①지난달 5월 18일 경찰은 서울 종로구 경복궁 역 부근에서 청운동사무소 방향으로 가는 택시와 승용차 등 차량들을 불심검문을 통해 막아 세웠다. 차량에는 대구경북지역 골재원노조 조합원들이 타고 있었다. 이날 경찰은 불심검문을 하면서 골재원노조 투쟁조끼를 입은 사람들이 탄 차량만 세워 강제로 하차시켰다. 만약 투쟁조끼를 입지 않았다면 설사 골재원노조 조합원들이라 해도 불심검문을 통과해 그냥 지나쳐 갈 수 있었을 것이다. 이날 3보1배 행진을 막는 경찰의 행태에 분노한 골재원노조 조합원들은 청와대에 항의하기 위해 청운동사무소 앞으로 가려고 했을 뿐이었다. (민중의 소리 2010-06-18)

②직장 아유회를 끝내고 돌아오던 길이었는데 남대문 시장 정류소에서 시청역 지하철로 향하던 중에 불심검문을 당했다. 한 번도 아니고 무려 9번. 남대문에서 시청역까지의 그 짧은 거리에서 대략 1분 30초에 한 번꼴로 전경에 의해 통행이 제지당했다. 그 때 시위가 있었는데 행색이 시위 참가자와 비슷하다는 이유로. (프레시안 2010-05-27)

③이씨는 경찰이 집회가 예정돼 있는 장소 앞에서 불심검문을 실시하며 신분증 제시를 요구하자 당사자가 거부하는 불심검문 강행은 불법 행위라며 이를 거부했다. 그러나 경찰은 검문에 응하지 않으면 현행범으로 연행

하겠다며 계속해서 신분증 제시를 요구했다. 이씨가 이를 끝까지 거부하자 현장 지휘관이던 이모 경위가 의경들에게 연행을 지시했고 이씨가 이에 저항하는 과정에서 황모 의경이 안경을 끼고 있던 이씨의 얼굴을 주먹으로 가격했다. (노컷뉴스 2004-11-02)

④장씨는 97년 6월 10일 7시경에 미국에서 생활하다가 방학을 이용하여 잠시 귀국한 사춘동생을 지하철 2호선 시청역 앞에서 만나 함께 저녁을 먹기 위하여 2호선 1번 출구로 들어갔다. 당시 시청역에는 전경들이 지하도 입구에 줄지어 서 있었고, 젊은 사람과 학생으로 보이는 사람들을 세워 신분증을 검사하고 있었다. 당일 그 시각을 즈음하여 시위가 예정되어 있었거나, 시위가 있었던 것도 아니었으며 지하도 주변 어디에서도 시위나 기타 폭력적인 돌발사태가 있으리라는 조짐이 전혀 없었다. 그와 사춘동생이 지하도로 내려가자 전경들이 두 사람을 정지시키고 그 중 하나가 장씨에게 신분증을 제출할 것을 요구했다. 장씨 등은 신분증을 전경들에게 보여준 후 이를 되돌려 받으면 바로 가려고 하였으나 전경들은 신분증을 돌려주지 않은 채 돌려보는 등 시간을 끌었습니다. 또한 장씨의 가방을 열 것을 요구했습니다. 장씨가 당시 들고 있던 가방 안에는 취업 문제지 한 권과 노트, 영자신문만이 들어있었는데, 겉에서 보아도 그 크기나 규모가 시위용품이나 범죄에 사용될 만한 흥기 등의 범죄용품을 담을 수 없는 가방임이 확실했습니다. (인권운동사랑방자료집 「불심검문과 인권」)

- 인천지방법원은 2010. 4. 30. 선고 2009노4018판결³⁾에서 불심검문의 허용한계를 벗어난 위법한 불심검문에 응하지 않고 상해를 가하는 등으로 공무집행방해를 하고 모욕적 언사를 하더라도 부적법한 공무를 집행하는 과정이었으므로 공무집행방해죄에 해당하지 않고, 위법한 불심검문에 대항하기 위한 상해, 모욕행위는 정당방위로써 위법성이 조각된다고 하였음.

(3) 개정안의 문제점

- 문병호 교수의 발제 내용에 대부분 동의하므로 중복해서 언급하지 않음.
- 소지품 검사와 관련하여 폭탄테러나 지하철 방화 등 중대한 법익침해의 위험을 예방하기 위한 행정경찰작용으로서의 소지품 검사는 영장주의 적용대상이 아니라는 이성용 교수의 발제에 대해서는 동의할 수 없음.
- 이성용 교수의 주장이나 개정안대로 입법이 될 경우 영장주의는 그야말로 형해화될 수

3) 공소사실의 요지는 다음과 같음

가. 상해 및 공무집행방해

피고인은 2009. 2. 15. 01:20경 인천 ○○구 ○○동633-2에 있는 예림원 앞 도로에서 술을 마신 후 자전거를 타고 집으로 가던 중 위 장소에서 검문을 하고 있던 인천 부평경찰서 역전지구대 소속 순경 ○○○으로부터 “인근 경찰서에서 자전거를 이용한 날치기 범행이 있었으니 검문에 협조해 달라.”는 말과 함께 신분증 제시를 요구받았다. 피고인은 그 과정에서 평소 검문을 하지 않다가 ○○○이 피고인을 상대로 검문한 것에 화가 나 “이 씨팔놈아, 나이도 어린놈이 육군 대위 출신을 몰라보고 검문이나.”고 욕설을 하며 ○○○의 목살을 잡아 흔들어 바닥에 넘어뜨리는 등 폭행하여 경찰관의 범죄의 예방 진압 및 수사에 관한 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 ○○○(26세)에게 약 3주간의 치료를 요하는 경추염좌 등의 상해를 가하였다.

나. 모욕

피고인은 위 일시, 장소에서 위와 같이 ○○○과 실랑이를 하고 있을 때 같은 소속 경위 ◇◇◇,경사 □□□가 피고인을 제지하며 “경찰관에게 이러시면 안 됩니다. 경찰관이 검문하는 거니까 이해하고 협조해주세요.”라고 말한 것에 화가 나 함께 검문을 하고 있는 경찰관 3명이 있는 자리에서 피해자 ◇◇◇에게 “넌 또 뭐야. 힘없는 놈들이. 니가 짱이나. 내가 누군지 알아? 씨팔놈들이 짜증나네.”라고 욕설하고, 피해자 □□□에게 “이 씨팔놈아, 개새끼야.”라고 욕설을 하는 등 공연히 피해자들을 각각 모욕하였다.

밖에 없을 것임.

- 미국의 Terry v. Ohio, 393 U.S.1(1968) 판결이 실시한 Stop and Frisk 원칙의 강조점을 어디에 둘 것인가에 대해 관점에 따라 다소 차이가 있는 것은 사실이나, 동 판결은 어디까지나 “흥기”(구체적으로는 총기)에 한하여, 대상자가 흥기를 휴대하고 있다는 합리적 의심이 있는 경우에만 그 소지여부를 의복 또는 휴대품의 외부를 손으로 만져서 확인하는 방법으로만 조사할 수 있다는 것임.
- 따라서 개정안처럼 소지품 검사의 대상을 확대하고 그 요건을 “의심할만한 상당한 이유가 있는 때”로 규정하는 것은 Stop and Frisk 원칙을 뛰어 넘어 영장없는 압수수색을 가능케할 우려가 있음.
- 아무리 불심검문이 임의적 수단이라 하더라도 현실적으로 일반 국민이 이에 대해 거부권을 행사하는 것은 상당히 어려우므로 그 실효성을 보장하기 위해서는 경찰관에게 불심검문(개정안에 따르면 직무질문, 차량등 적재물 조사, 신원확인)시 대상자에게 거부권 고지의무를 부과하고, 그 의무를 위반한 경우 벌칙을 둘 필요가 있음.

3. 경찰관의 신분증 제시의무 관련

- 현행법 제3조 제4항은 경찰관의 제복착용 여부와 관계없이 신분증 제시의무를 부여하고 있으나, 개정안은 제복착용 경찰관에 대해서는 상대방의 요구가 없는 한 신분증 제시의무를 면제하고 있음.
- 이에 대해 이성용 교수는 신분증 제시의무 규정의 입법취지에 대한 목적론적 해석상 타당하다고 주장하고 일응 타당성이 있으나, 제복착용 경찰관의 경우에도 적법한 직무를 수행한다는 증표로서 신분증 제시의무를 부과하는 것이 불합리한 규제라고는 생각되지 않음.
- 보다 중요한 것은 불심검문에 한정할 것이 아니라 일반적인 직무집행과정에서(물론 특수한 경우 예외를 제한적으로 인정할 수는 있을 것임) 제복착용 및 신분증제시의무를 부과하는 것이라고 생각됨.

4. 유치장 관련

(1) 법체계의 문제

- 유치장 관련 규정은 미결수용자 처우와 관련된 사항임. 따라서 그 처우에 관한 일반적인 사항을 모두 포함하지 않고 개정안과 같이 하나의 규정으로 일부분만 다루는 것은

적절하지 않음.

- 현재 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(이하 ‘형집행법’이라고만 함)’ 제87조에서 유치장을 미결수용실로 보고 위 법을 준용하도록 하고 있음. 그러나 무죄 추정을 받는 미결수용자에 대하여 집행의 원칙이나 이념이 서로 다른 기결수 처우를 규정하고 있는 위 법률을 준용하도록 하는 것은 부당함.
- 따라서 미결수용자 처우에 관한 법률을 별도로 제정하거나, 형집행법에서 그 내용을 담더라도 미결수용자의 법적 지위의 특성을 고려하여 별도 항목으로 규정해야할 것임.

(2) 기본권 침해의 문제

- 다음 사례들이 개정안과 관련하여 구체적인 지침이 될 수 있을 것임.

1) 수갑과 포승(제9조 제6항) 관련

[1](인권위결) 간통혐의로 고소된 피의자가 경찰의 출석 요구를 받아 2007년 1월경 제1차 피고소인 조사를 받았다. 이후 경찰은 피의자가 출석요구에 응하지 않는다는 이유로 체포영장을 발부받아 2007년 3월 19일 오후 4시경 피의자를 체포했다. 경찰은 경기○○경찰서 수사과 경제2팀 사무실에서 같은 날 4시 20분부터 6시 20분까지 2시간 동안 피의자의 양손에 수갑을 채우고 조사를 했으며 피의자가 화장실에 다녀온 이후에는 피의자의 오른손에 수갑을 채워 의자에 연결한 상태로 조사를 계속하다 원래대로 양손에 수갑을 채운 상태로 조사를 종료했다. 또한 경찰은 검증영장을 발부받아 구강세포 채취를 하기 위해 유치장에 입감된 피의자를 출감하여 경제2팀 사무실로 호송하면서 수갑과 포승을 사용했다. 피의자의 오빠는 경찰이 과도하게 경찰장구를 사용하여 피의자의 신체의 자유를 침해했다며 국가인권위원회에 진정했다.

경찰은 조사 과정에서 수갑을 채웠던 것은 사실이나 피의자가 수차례의 임의출석을 거부하면서 체포영장을 받아오라고 말해왔기 때문에 도주의 우려가 있다고 판단하여 조사를 하는 과정에서 수갑을 사용했다고 해명했다. 또한 같은 날 오후 6시 20분경 조사를 마치고 구강세포 채취를 하려 했으나 피의자가 압수수색검증영장을 가져오라고 하여 영장 신청 및 발부 전까지 피의자를 유치장에 입감한 사실이 있으며, 검증영장 집행을 위해 피의자를 유치장에서 사무실로 호송하는 과정에서 수갑과 포승을 사용했다고 밝혔다.

국가인권위원회는 도주 우려가 높았다는 경찰의 판단에 대해 “피의범죄는 장기 3년 이상의 범죄에 속하지도 아니할 뿐만 아니라 도주우려를 뒷받침할 수 있는 사정이 발견되지 아니하” 다며 과도하게 경찰장구를 사용한 것으로 인정하여 「헌법」 제12조에서 보장하고 있는 신체의 자유를 침해한 것으로 판단했다. 하지만 국가인권위원회는 “피해자가 수갑과 포승을 사용한

시간이 장시간이 아닌 점, 이러한 장구사용이 경찰서 내부의 조사실 등에서 이루어지고 있음에도 불구하고 이에 관하여 다른 수사 및 유치업무 담당자들이 시정조치를 취하지 아니한 점 등을 참작”한다면서 해당 경찰에게 주의 조치할 것과 재발방지차원에서 수사·유치업무 담당자에 대해 경찰장구 사용에 관한 직무교육을 실시할 것을 경기○○경찰서장에게 권고했다.⁴⁾

[2](인권위결) 2002년 6월 15일 오전 10시 30분경 음주운전 혐의로 체포되어 ○○경찰서 유치장에 수용된 피의자가 오전 11시경 근무하던 학교의 학부형 3인과 면회를 했는데 경찰이 피의자에게 수갑을 채운 채 면회를 하도록 했다. 해당 피의자는 미결수에게까지 면회 시 수갑을 채운 것은 유치인의 명예와 인격을 전혀 고려하지 않고 헌법이 보장한 인간의 존엄성 및 행복추구권 등을 침해한 과잉조치라며 국가인권위원회에 진정했다.

이에 대해 경찰은 일반적인 유치인 면회의 경우 수갑을 채우지 않으나 해당 피의자는 유치장에 입감할 때부터 심리적으로 불안한 증세와 유치장 내·외부 및 창문 등을 관찰하는 모습을 보여, 초등학교 교사인 진정인이 자신의 신분과 명예, 이웃·친지·동료들의 눈총을 의식하여 도주, 자살 및 자해를 하지 않을까 우려했다고 해명했다. 또한 경찰은 「피의자유치및호송규칙」 제22조의 규정에 의거 이 사실을 상급자에게 보고하고 구두지시를 받아 수갑을 채웠던 것으로 피의자의 신변안전을 위해 수갑사용이 불가피했다고 설명했다.

국가인권위원회는 △피의자가 유치장 입감 후 면회를 위해 출감할 때까지 약 30분 정도의 시간이 있었으나 해당 유치장은 실내가 어두울 뿐만 아니라 보호실의 출입문에 이중으로 쇠창살이 쳐져 있어 피진정인들이 그 안을 관찰하기가 쉽지 않아 자해 우려를 판단하기가 용이하지 않은 상황이었고 △피의자가 입실했던 ○호실은 유치장 맨 안쪽 끝에 위치해 있으므로 경찰이 피의자의 행동을 관찰하기 위해서는 일부러 ○호실 문 앞에서 들여다보아야 하나 경찰은 피의자가 입감 당시 “유치장규정에 따른 각종 문서를 정리하느라 바쁜 상태에 있었다”고 진술하고 있으므로 경찰이 피의자의 상태를 제대로 관찰했다고 보기 어려우며 △경찰은 처음에 피의자가 “교사 신분으로 인한 체면 때문에 더 수치스러워할 수 있고 그래서 자해 염려를 배제하기 어려웠다”라고 진술했다가 나중에는 “처음 면회시 교사인줄 몰랐다”고 진술을 번복하는 등 진술에 신빙성이 없고 피의자가 사방을 두리번거리면서 주위를 살폈다는 점 외에는 실제로 자해 등의 우려가 있었다고 판단할 만한 이유를 뚜렷이 제시하지 못한 점을 볼 때 경찰이 도주나 자해 등을 할 우려가 있었다고 인정하기 어렵다고 판단했다.

또한 국가인권위원회는 경찰의 주장처럼 피의자의 자해가 우려되는 상황이었다고 하더라도 △○○경찰서 면회실이 유치장 안에 위치하고 있으며 유치장은 수사과 사무실 내에 설치된

4) 국가인권위원회 2008. 2. 13.자 07진인932 결정

문으로만 입출입이 가능할 뿐 외부와 차단되어 있는 점 △피의자가 입실해 있던 유치장 ○호실에서 면회실까지는 10m 조금 넘는 정도의 거리에 불과한 점 △면회실 내에는 경찰이 2~3m거리에서 면회상황을 지켜보고 있었고 밖에는 유치인보호관이 근무하고 있었으며 피의자가 유치장에 들어올 때 입감신체검사를 받았던 점을 볼 때, 피의자의 도주·자해 등이 용이하지 않을 뿐만 아니라 유치인보호관 등의 계호만으로도 충분히 유치인에 대한 제압 및 질서유지가 가능한 상황이었다고 지적했다.

한편, 국가인권위원회가 비슷한 시기(2002년 6월 11일부터 17일경) 유치장에 수용되었던 유치인 중 14인을 참고인으로 무작위 추출해 면회시 수갑을 찻는지 여부를 전화로 조사한 결과, 전화가 연결된 8인 중 입감 중에 면회를 하지 않았던 1인을 제외한 7인이 모두 수갑을 차고 면회를 했다고 대답했다. 국가인권위원회는 “비록 이 조사가 소수의 유치인을 표본으로 한 것이기는 하나”, “면회시마다 수갑이 사용되었다”고 참고인들이 응답하고 있으며 이들의 범위가 진정한과 유사하다는 점에서 “중범죄자나 자해우려자가 아닌 유치인에 대해서도 관행적으로 수갑이 사용되었을 개연성이 높은 것으로 판단”했다. 또한 “수갑을 사용한 것은 관련 법규의 규정, 면회당시의 상황, 진정한의 신분 등을 합리적으로 고려하지 아니한 과잉 조치”라고 지적했다.

국가인권위원회는 “유죄가 확정되지 않은 미결수인 유치인들이 면회시에 수갑을 찬 모습을 아는 사람들에게 보일 때 수치심을 느끼지 않을 수 없고, 수갑사용으로 인하여 심리적으로 위축되고 압박감을 느낄 수 있다는 점에서 유치장 내 수갑사용은 필요한 최소한의 범위 내에 그쳐야 함에도 불구하고”, 경찰이 관행적으로 면회시 유치인들에게 수갑을 채운 것은 “도주·자해 방지, 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제 등 상당한 이유가 있을 때에만 수갑 등을 제한적으로 사용할 수 있도록 규정한 경찰관직무집행법 및 피의자유치및호송규칙 등을 위반”했으며 “헌법 제10조 및 제12조에 보장된…인격권 및 신체의 자유를 침해한 것”이라고 판단했다. 국가인권위원회는 ○○경찰서 직원들에게 면회시 유치인에게 과도하고 자의적으로 수갑을 사용함으로써 유치인들의 기본적 인권을 침해하지 않도록 인권교육을 실시할 것을 ○○지방경찰청장에게 권고했다.⁵⁾

2) 신체검사(제9조 제3항 및 제4항)

[1] 2000년 3월 20일 선거운동원으로 등록하지 않고, 배포가 금지된 인쇄물을 배포한 혐의로 공직선거및선거부정방지법위반의 현행범으로 체포된 피의자들이 성남 남부경찰서에서 조사를 받은 후 속옷을 걸친 상태에서 신체를 더듬는 방법으로 간단한 신체수색을 받고

5) 국가인권위원회 2003. 3. 3.자 02진인1033 결정

유치장에 수용되었다. 이들은 같은 날 13:00경 경찰관이 지켜보는 가운데 접견실에서 변호인과 집단으로 접견을 마친 후, 13:30경 유치장에 재수용되는 과정에서 담당 여자경찰관으로부터 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부 등의 확인을 위하여 상의를 모두 벗고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내려 정밀하게 신체검사를 받도록 요구받았다. 이에 피의자들은 이미 신체검사를 받았을 뿐만 아니라 변호인 접견을 마치고 재수용되는 것이므로 흉기 등 위험물 소지·은닉의 가능성도 없다는 등의 이유를 들어 거부했다. 그러나 위 경찰관이 신체검사의 이유 및 근거 등을 제시하면서 신체검사에 협조할 것을 강력히 요구함에 따라 피의자들은 경찰관에게 등을 보인 채 뒤로 돌아서서 상의를 속옷과 함께 겨드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서는 방법으로 정밀신체수색을 받았다. 당시 일부 피의자는 생리 중이었다. 피의자들은 법률상의 근거 없이 피의자들에게 모욕감과 수치심만을 안겨주는 수단과 방법으로 실시된 과도한 신체수색으로 인하여 헌법 제12조의 신체의 자유, 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권 등의 기본권을 침해당했다고 주장하면서 2000년 5월 18일 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구했다.

2002년 7월 18일 헌법재판소는 “신체검사는 수용자의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고 유치장 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 흉기 등 위험물이나 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하는 것으로서, 위 목적에 비추어 일정한 범위 내에서 신체수색의 필요성과 타당성은 인정된다”면서도 “그 목적 달성을 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 이루어져야 한다”고 지적했다. 정밀신체검사에 대해 헌법재판소는 △수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 위험물 및 반입금지물품을 소지·은닉한 채 입소할 가능성이 있다고 판단되며 △다른 방법 예컨대 외부로부터의 관찰 또는 촉진에 의한 검사 등으로는 위 물품을 도저히 찾아내기 어렵다고 볼만한 합리적인 이유가 있고 △수용자에 대한 기본권 침해의 여지를 최소화하는 수단과 방법으로 실시되는 경우에 한하여만 허용된다고 지적했다. 헌법재판소는 피의자들이 △공직선거법선거부정방지법위반의 현행범으로 체포된 여자들로서 체포될 당시 흉기 등 위험물을 소지 은닉하고 있었을 가능성이 거의 없었고 △처음 유치장에 수용될 당시 신체검사를 통하여 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하여 그러한 물품이 없다는 사실을 이미 확인하였으며 △청구인들이 변호인 접견실에서 변호인을 집단으로 접견할 당시 경찰관이 가시거리에서 변호인 접견과정을 일일이 육안으로 감시하면서 일부 청구인의 휴대폰 사용을 제지하기도 하였던 점 등에 비추어 피의자들이 유치장에 재수용되는 과정에서 흉기 등 위험물이나 반입금지물품을 소지·은닉할 가능성도 극히 낮았다고 지적하

며, “그 수단과 방법에 있어서 필요 최소한의 범위를 명백하게 벗어난 조치로서 이 사건 신체 수색으로 말미암아 청구인들에게 심한 모욕감과 수치심만을 안겨주었다고 인정하기에 충분하다”고 판단했다.⁶⁾

피의자들은 국가배상청구 소송도 제기했는데 서울고등법원은 이를 기각했다. 그러나 2001년 10월 26일 대법원은 “신체검사는 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 위와 같은 목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 부당하게 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 행하여져야만 할 것”이고 “특히 수용자의 옷을 전부 벗긴 상태에서 앉았다 일어서기를 반복하게 하는 것과 같은 방법의 신체검사는 수용자의 명예나 수치심을 심하게 손상하므로 수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 반입이나 소지가 금지된 물품을 은닉하고 있어서 다른 방법(외부로부터의 관찰, 촉진에 의한 검사, 겹옷을 벗고 가운 등을 걸치게 한 상태에서 속옷을 벗어서 제출하게 하는 등의 방법을 생각할 수 있다)으로는 은닉한 물품을 찾아내기 어렵다고 볼 만한 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여 허용된다”고 판단했다. 또한 대법원은 “수용자들이 공직선거및선거부정방지법상 배포가 금지된 인쇄물을 배포한 혐의로 현행범으로 체포된 여자들로서, 체포될 당시 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 반입 또는 소지가 금지되어 있는 물품을 은닉하고 있었을 가능성은 극히 낮았다고 할 것이고, 그 후 변호인 접견시 변호인이나 다른 피의자들로부터 흉기 등을 건네 받을 수도 있었다고 의심할 만한 상황이 발생하였기는 하나, 변호인 접견절차 및 접견실의 구조 등에 비추어, 가사 수용자들이 흉기 등을 건네 받았다고 하더라도 유치장에 다시 수감되기 전에 이를 신체의 은밀한 부위에 은닉할 수 있었을 가능성은 극히 낮다고 할 것이어서, 신체검사 당시 다른 방법으로는 은닉한 물품을 찾아내기 어렵다고 볼 만한 합리적인 이유가 있었다고 할 수 없으므로, 수용자들의 옷을 전부 벗긴 상태에서 앉았다 일어서기를 반복하게 한 신체검사는 그 한계를 일탈한 위법한 것”이라고 판단하며 원심 판결을 파기·환송했다.⁷⁾

[2](인권위) 2002년 4월 2일 17:40경 서울 소재 한국산업은행본점 앞 노상에서 개최된 집회에 참가했다가 은행 측에서 집회현장을 무단 촬영하자 촬영한 필름의 제출을 요구하며 은행 로비에 들어갔다가 폭력행위등처벌에관한법률위반 현행범으로 체포된 피의자들이 ○○경찰서로 연행되었다. 이들은 조사를 받은 후 24:00경 유치장 입감을 위해 신체검사를 받게 되었다. 피의자 7명은 경찰이 피의자들에게 각 겹옷을 입은 채로 브래지어를 풀라고 한 후 손으로 몸을 만지면서 검사를 하였고, 가운을 입히지 않은 채, 바지와 팬티를 무릎아래까지 내리

6) 헌법재판소 2002. 7. 18. 2000헌마327 결정

7) 대법원 2001. 10. 26.자 2001다51466 판결

게 한 상태에서 앉았다 일어서기를 1, 2회 가량 시켰으며 특히 당시 생리중인 피의자에게도 위와 같은 방법으로 알몸신체검사를 실시하여 수치심과 모욕감을 자극하고 정신적 고통을 가했다며 국가인권위원회에 진정했다.

국가인권위원회 조사 결과, 신체검사를 실시한 경찰은 경찰서 상황실장으로부터 ‘간이신체검사’를 실시하라는 입감지휘를 받았음에도 불구하고 피의자들이 자해의 위험이 있다고 판단하여 알몸으로 ‘정밀신체검사’를 실시했고 이를 상부에 보고하지 않았던 것으로 밝혀졌다.

당시 신체검사를 실시한 경찰은 “(피의자들이) 관내에서 1년 정도 시위를 오래한 사람들이었고 그 중 3인은 이로 인하여 입건된 전력이 있으며 이 사건이 일어난 날 진정인들에 대한 피의자신문 과정에서 모든 진정인들이 한 시간 동안 묵비권을 행사하였고 그 중 1인은 의경을 밀치고 밖으로 뛰어 나가려 했다는 사실을 들었”으며 피의자들이 “순간적으로 감정이 격앙되어 자해에 이를 가능성을 배제할 수 없다고 판단하고 정밀검사를 실시”했으나 “개정된 규칙에 정하여진 방법으로 정밀신체검사를 실시한 경험이 없고 ○○경찰서에서 관련 내용에 대한 교양을 받지 못하여 가운을 입히지 않고 알몸신체검사를 실시한 점에 대하여 반성하고 있”다고 밝혔다.

○○경찰서장은 당시 신체검사를 실시한 경찰을 징계위원회에 회부했으나 ○○경찰서 징계위원회에서는 징계신청을 기각하고 계고처분을 건의했다. 또한 △유치장 업무담당자는 평소 교양감독 태만으로 계고 △당일 상황실장은 신체검사 실시요령 및 교양 미실시, 관리감독 소홀을 이유로 계고 △유치인보호주무자에게는 평소 교양을 소홀히 한 이유로 특별교양조치를 받았다.

국가인권위원회는 “입감신체검사는 유치인의 생명 및 신체에 대한 위해를 방지하고, 유치장 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 위험물의 은닉소지여부를 검사하되 유치인의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 방법으로 이루어져야”한다며 관계 경찰관들에게 국가인권위원회에서 시행하는 특별인권교육을 수강할 것을 권고했다.

또한 국가인권위원회는 정밀신체검사 대상자를 “구속영장 발부자, 죄질이 중한 자, 반입금지물품 휴대의심자, 기타 자해우려가 있다고 판단되는 자”로 규정한 당시 피의자유치및호송 규칙 제8조⁸⁾ 중 ‘죄질이 중한 자’의 개념이 불명확하고 ‘구속영장 발부자’의 경우 위해 가능성과 상관없이 일률적으로 정밀신체검사의 대상자로 지정되어 너무 광범위하므로 “정밀신체검사의 대상을 보다 명확하고 엄격하게 규정하고 검사실시 과정에서 검사 실시자의 자의적인 판단이 개입하지 못하도록” 하기 위해 정밀신체검사의 대상자 요건을 강화하도록 관련 규정

8) 이는 당시 규정이다. 현행 규정과 비교하면 ‘구속영장 발부자’는 삭제되었지만, 현행 규정에도 “살인, 강도, 절도, 강간, 방화, 마약류, 조직폭력 등 죄질이 중한 경우에는 정밀신체검사를 실시하도록 되어 있다.

을 개정하는 등 유사 인권침해 재발방지를 위한 제도개선안을 마련하여 시행할 것을 경찰청장에게 권고했다.⁹⁾

[3](인권위) 2007년 9월 12일 07:00경 목욕탕에서 동업소주인과 말다툼을 하다 업무방해 현행범으로 체포된 피의자는 유치장에 수용되었다. 피의자는 경찰이 신체검사의도 입하지 않고 정밀신체검사를 하자 국가인권위원회에 진정했다.

경찰은 피의자가 유치장 입감 당시 △정당한 이유없이 인적사항을 밝히지도 않고 △다른 유치인 및 유치인보호관에게 폭언을 하고 △유치장 관물대를 발로 차는 등 소란을 피워 피의자의 위해 및 자해 행위를 방지하기 위해 정밀검사를 실시했다고 해명했다. 또한 △경찰이 신체수색실로 들어온 피의자에게 옷을 벗으라고 말을 하자 피의자는 “씨발”이라고 말하며 혁대를 풀고 바지를 내렸고 △이에 경찰은 피의자에게 신체검사의(가운)를 입으라고 거듭하여 말을 하였으나 피의자는 신경질을 내며 옷을 입지 않았고 △경찰의 요구에 따라 피의자가 뒤돌아서서 팬티를 내리고 앉았다 일어서기를 2회 실시한 후 유치장에 입감했으며 △이 과정에서 경찰이 사전에 피의자에게 신체검사 절차 등에 대한 설명을 하지 못했다고 해명했다.

국가인권위원회는 정밀신체검사 자체에 대해서는 “「피의자유치 및 호송규칙」 제8조의 요건을 구비한 정당한 행위”로 판단하면서도 “신체검사를 실시하기 전에 검사 목적과 절차를 설명하고 신체검사의를 착용하도록 하여야 함에도 이러한 절차를 제대로 지키지 않은 것”은 피의자의 신체의 자유를 침해하고 피의자의 수치심을 유발함으로써인격권을 침해한 것으로 판단했다. 다만 피의자가 입은 피해가 그리 크지 아니한 점 등을 종합해 해당 경찰을 주의조치할 것과 재발 방지를 위해 유치장 담당 직원들에게 직무교육을 실시할 것을 권고했다.¹⁰⁾

[4] 2007년 7월 20일 파업 농성 중 강북경찰서로 연행된 뉴코아노동조합 조합원의 증언에 따르면, 이날 오후 7시 30분경 조사를 마치고 유치장에 들어가는 과정에서 경찰(김00 경장)로부터 갑자기 문신확인을 해야겠다며 팬티만 남기고 옷을 모두 벗도록 하는 요구를 받았다. 이에 피의자는 알몸검신의 부당함을 주장하며 담당 변호사에게 전화를 걸었고, 담당 변호사가 직접 김00경장에게 항의했으나 갑자기 전화를 끊어버렸다. 이에 담당 변호사가 다시 경찰 측에 전화를 했지만 경찰은 유치장으로 전화를 연결해주지 않았고, 이후 피의자가 결국 “바지를 벗었다”는 문자 연락을 취해와 강제 알몸검신이 자행되었음을 확인하게 되었다.

인권단체연석회의 경찰폭력대응팀은 21일 보도자료를 내고 “조합원을 상대로 가운을 입지 않은 상태에서 바지를 내리게 한 것은 유치인의 인격권과 신체의 자유를 침해하는 명백한 불

9) 국가인권위원회 2002. 10. 14.자 02진인664 결정

10) 국가인권위원회 2008. 3. 13.자 08진인333 결정

법행위이며 인권유린”이라고 지적했다. 또한 같은 날 강북경찰서장에게 보낸 항의서한을 통해 서장의 공식사과와 담당경찰관 징계를 요구했다.

앞에서 본 「피의자 유치 및 호송 규칙」 제8조 제4항에 따르면, 속옷만 입는 간이검사든 속옷까지 벗는 정밀검사든 가운은 입도록 되어 있다는 점에서 경찰이 실시한 신체검사는 규정을 어긴 것이었다. 또한 문신 여부는 유치장 질서 유지와 무관하므로 문신을 확인한다는 핑계가 과도한 신체검사의 이유가 될 수는 없다.¹¹⁾

3) 소지품 압수(제9조 제3항 및 제5항)

[1](인권위결) 2002년 3월 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(이하 폭처법)과 집회 및 시위에 관한 법률(이하 집시법) 위반으로 체포되어 유치장에 입감된 수용자가 철제 안경을 쓰고 있었는데, 유치인보호관은 규정상의 금속물이라는 이유로 안경을 회수하고 수용자의 안경 지급 요구를 거절했다. 수용자는 0.1의 시력을 가지고 있어 안경을 쓰지 않으면 사물을 구별할 수 없으므로 안경은 자신의 눈과 같다면서 국가인권위원회에 진정했다. 국가인권위원회는 안경은 유치인에게 눈과 같은 기능을 하는 물품이기에 특별한 소란을 피우지 않았을 경우 안경의 회수는 헌법상의 인간존엄의 가치, 행복추구권, 신체의 자유를 침해하는 행위라고 판단했다.¹²⁾

[2](인권위결) 2008년 8월 15일 광우병 위험 미국산 쇠고기 수입반대 촛불집회에서 연행되어 서울마포경찰서, 서울중부경찰서, 서울강남경찰서 유치장에 수용된 여성 유치인들에게 경찰이 자살 위험성을 이유로 브래지어를 탈의하게 한 사건이 벌어졌다. 또한 유치인들은 브래지어를 탈의한 채로 남성경찰관에게 수사를 받아야 했다. 유치인보호관 측은 영국의 예를 들며 끈으로 이용되어 자해나 타인에게 피해를 가할 수 있기에 회수하였다고 주장했다.

이에 대해 국가인권위원회는 “브래지어를 탈의하게 한 후 아무런 보완적 조치 없이 약 48시간을 유치장내에서 생활하게 하고 경찰조사를 받도록 한 것은…인격권을 침해한 것”이라고 판단했다. 하지만 “여성유치인이 브래지어를 탈의하게 함으로써 받는 피해는 탈의 자체로 인한 인체의 건강과 관련된 것이 아니라 탈의의 결과로 성적수치심과 모멸감을 주게 하는 것이 문제의 쟁점”이라며 경찰청장에게 “브래지어 탈의요구 시 그 취지를 충분히 이해할 수 있도록 설명하고…탈의한 후 성적수치심을 느끼지 않도록 하는 보완조치를 강구하고…관련규정을 개정할 것”을 권고했다.¹³⁾

11) [보도자료] 이랜드-뉴코아 조합원 수사과정에서 경찰, 알몸검신과 구타 등 인권유린 자행, 인권단체연석회의 경찰폭력대응팀, 2007.7.21, <<http://sarangbang.or.kr/bbs/view.php?board=data&id=366>>, 검색일: 2010.3.1.

12) 국가인권위원회 2003. 2. 10.자 02진인407 결정

이는 브래지어 탈의 자체는 정당화하면서 보완조치를 권고했다는 점에서 경찰에게 면죄부를 줬다는 비판을 받았다.¹⁴⁾ 경찰은 자살 위험을 핑계로 했지만 남성 유치인의 런닝셔츠는 회수하지 않았다는 점, 브래지어를 비롯해 사실상 모든 의류가 자살의 위험성이 존재한다고 보이는데 특히나 브래지어와 같은 속옷의 경우 혁대와 넥타이와는 달리 탈의가 쉽지 않다는 점에서 위험성이 낮은 편이라는 점, 속옷을 회수하는 것 자체가 여성 유치인에게 성적수치심을 느끼게 할 수 있다는 점에서 인권침해이다.

게다가 2008년 국정감사에서 법무부와 경찰청이 국회 주광덕 의원(한나라당)에게 제출한 자료¹⁵⁾에 따르면, 한국의 유치장에서 자해나 자살 사건 자체가 적으며 그 중에서도 브래지어를 사용한 경우는 없다. 2003년~2008년 6월 경찰청 유치장에서 목매어 자살한 사건은 총 7건인데 브래지어로 자살한 사건은 단 한 건도 없었다.

[표 1] 유치장내에서 목매어 자살한 사건의 이용도구별 자살 방법

연 도 \ 방 법	내의	와이셔스	점퍼밀단 조임끈	혁명대	츄리닝	압박 붕대	계
'03년	.	.	.	1	.	.	1
'04년	1	1	2
'05년	1	.	1	.	1	.	3
'06년
'07년	1	1
'08. 6월
계	2	1	1	1	1	1	7

같은 자료에서 구치소·교도소의 경우를 봐도, 2003년~2008년 8월 발생한 법무부 교정시설 내 자살사고 73건 중 72건이 목을 매어 자살(액사 및 교사)한 사건인데, 여성 속옷으로 자살한 경우는 한 건도 없었던 것으로 나타났다.

13) 국가인권위원회 2008. 10. 9.자 08진인3135·08진인3140·08진인3141 병합 결정

14) 인권운동사랑방 등 16개 인권단체들은 2008년 11월 12일 공동성명을 통해 “여성 유치인의 속옷 탈의 자체가 가지는 인권침해의 심각성을 은폐”한 결정이라며 “경찰에 의한 유치인 인권침해를 용인하는 것으로 받아들여질 수 있다는 점을 심각하게 우려한다”고 비판했다. 인권단체들은 “여성 유치인들의 경우 몸의 수색이나 속옷을 비롯한 물건의 압수보관 과정에서 가부장적 시선까지 감내해야 하며 성적 수치심을 포함한 인격의 모독을 경험할 수 있다”며 “(경찰의) 업무 편람에는 여성의 브래지어만이 아니라 러닝셔츠나 양말 등 끈으로 사용될 수 있는 다른 의복들 역시 위험 물품으로 명시되어 있다. 그러나 경찰은 다른 위험 물품인 러닝셔츠의 탈의는 요구하지 않았다. 이는 여성유치인에게 모욕감을 주려는 의도적인 집행으로 의혹을 사기에 충분하다”고 지적했다. (<공동성명> 인권위는 경찰의 유치인 인권침해를 방조하려는가!, 2008.11.12, <<http://sarangbang.or.kr/bbs/view.php?board=comment&id=125>>, 검색일: 2010.3.1)

15) [보도자료] 여성피의자 속옷탈의 인권침해, 관련 규정 개정해야, 주광덕 의원, 2008.10.12, <<http://www.jkd21.or.kr/wizboard.asp?mode=view&bid=board07&gid=root&adminmode=true&uid=20>>, 검색일: 2010.3.1.

[표 2] 교정시설내에서 목매어 자살한 사고 유형별 현황

구분 인원	총 계	넥타이	벨트 (현대)	빨래줄	브래지어	기 타
총 계	72	-	-	1	-	71
'08.1.1~ 6.30	7	-	-	1	-	6
2007년	15	-	-	-	-	15
2006년	17	-	-	-	-	17
2005년	16	-	-	-	-	16
2004년	12	-	-	-	-	12
2003년	5	-	-	-	-	5

※ 기타는 속옷·겉옷·이불 등을 뜯어 만든 끈, TV 코드선임

2008년 국정감사에서 국회 행정안전위원회는 “유치장 내에서 여성속옷으로 자살한 건이 전 무함에도 여성피의자의 속옷 탈의를 강요하고 속옷을 탈의한 여성 입감자를 남성경찰관이 조 사하도록 한 것은 인권침해에 해당하는 바, 관련법령 개정 등 개선방안을 강구”하라고 지적했 다. 이에 대해 국정감사 후 서울지방경찰청은 “여성유치인의 자살 또는 자해를 방지하기 위해 여성유치인 자의로 브래지어를 탈의토록 한 후, 보관하는 것”이고 “유치인에게 수치심 유발 등 인권침해 논란을 불식시키기 위해 탈의 전, 제출 목적에 대해 충분히 설명하고 유치인의 동의 를 받아 제출·보관하고 있”다고 밝혔다. 또한 속옷 탈의 후 조사시 착용할 수 있는 여성유치 인용 조끼 240개(서별 평균 7.8개)를 전 경찰서 유치장에 비치했다고 보고했다. 향후 추진계 획으로는 “속옷 탈의는 유치인의 생명과 신체를 보호하기 위한 조치임을 반드시 사전 고지하 고, 유치인 동의 후 제출받도록 업무절차 확행”하겠다고 밝혔다.¹⁶⁾ 이는 브래지어 탈의에 유 치인의 사전 동의가 필요하며, 유치인이 동의하지 않을 경우 경찰이 강제로 브래지어를 탈의 하도록 할 수 없다는 점을 분명히 한 것이다. 앞에서 본 권고에서 국가인권위원회가 브래지어 탈의 자체는 정당화하면서 보완조치 정도를 권고한 것에 비하면 훨씬 진전된 조치이다.

한편, 경찰청은 국립과학수사연구소에 의뢰해 브래지어가 자해 도구로 사용될 위험성을 파 악했고, 착용하는 것이 좋다고 하는 판정을 받은 후 유치장 내 브래지어의 착용을 사실상 허 용하고 있다고 밝혔다.¹⁷⁾ 이로써 유치장에서 브래지어를 강제로 탈의하도록 한 경찰의 잘못

16) 2008년도 국정감사결과 시정 및 처리 요구사항에 대한 처리결과보고서(행정안전부 소관), 대한민국정부, 2009.2, 106 쪽~107쪽

17) 제282회 국회(임시회) 국회 행정안전위원회 제3차 전체회의 회의록, 2009.4.15, 42쪽. 다음은 경찰관직무집행법 개정 안 관련 강기정 의원(민주당)과 김윤환(당시 경찰청 경무기획국장)의 질의와 답변이다.

○ 강기정 의원 “그러니까, 안경을 위험한 물건으로 지금 취급해서 쓸 수 없도록 만들고 있지요?”

○ 경찰청경무기획국장 김윤환 “예, 그런데 안경이라든지 브래지어가 시대 변화에 따라서 안경 쓰는 사람이 늘어나

된 관행은 완전히 금지되었다.

5. 벌칙

- 문병호 교수의 발제내용에 동의함. 법사위 심사단계에서 벌칙을 세분화하고 형량을 강화하는 것은 어렵겠으나 벌금형을 추가하는 개정안은 개악이므로 현 단계에서는 현행 규정을 그대로 유지하여야 함.
- 벌칙과 관련하여 강창일 의원 대표발의안은 제12조 벌칙의 구성요건 중 “다른 사람에게 해를 끼친 자”를 삭제하여 경직법상 의무 위반 및 권한남용만으로도 경찰관에 대한 형사처벌이 가능하도록 그 요건을 완화하고 있음.
- 그런데 이에 대해 전문위원 검토보고서에서 타인이 법익이 침해되지 않은 경우예까지 형사처벌을 하는 것은 현행 법체계에 비추어 과도하게 형벌을 확대하는 것으로 신중한 논의가 필요하다고 보고 있음.
- 강창일 의원안은 과도하게 형벌을 확대하는 것이 아니라 비정상적이고 비상식적인 현행 벌칙규정을 다소나마 정상으로 돌리는 것이므로 위와 같은 검토 내용은 전혀 타당성이 없음.

6. 기타¹⁸⁾

(1) 인권보호준칙의 법정

- 현재 경찰청 훈령으로 「인권보호를 위한 경찰관직무규칙」이 있으나 이를 경직법으로 상향할 필요가 있음.
- 강창일의원안이 같은 내용을 담고 있으나, 전문위원 검토보고에서 이처럼 개정할 경우 경찰관이 동 의무 위반시 형사처벌 대상이 될 수 있어 인권침해에 따른 처벌에 있어 다른 공무원과의 형평에 어긋난다는 점을 지적하고 있음.
- 그러나 인권침해 가능성이 높은 경찰의 경우 다른 공무원에 비해 더 무거운 의무를 부과하는 것이 당연하고, 동 의무의 실효성을 보장하기 위해서 벌칙이 필요한 것이지 이것이 결코 형평에 어긋난다거나 가혹하다고 할 수 없음.

고 그래서 그것이 위험한 것인가에 대한 검증 작업들을 지금 하고 있고요. 브래지어 같은 경우도 지난번에 국과 수까지 검증을 해서 사실상은 허용하고 있는 그런 상황입니다.”

○ 강기정 위원 “허용하고 있습니까, 지금 현재는?”

○ 위원장 조진형 “사실상은 허용하고 있다?”

○ 경찰청경무기획국장 김윤환 “예, 지난번에 한번 문제가 제기됐을 때 위험성 유무에 대한 검증을 국과수나 외국의 예를 파악해서 사용하도록, 착용하는 것이 좋다고 하는 판정이 있어서 하고 있습니다, 그 뒤로. 개선이 됐습니다.”

18) 이 부분은 법사위 심사의 한계를 벗어나는 것이지만, 향후 경직법 개정에 반드시 반영되어야 할 내용이라고 판단되어 언급함.

(2) 적용범위 확대

- 경직법은 국가경찰에 한하여 적용되고 자치경찰공무원은 「제주특별자치도 설치 및 국제 자유도시 조성을 위한 특별법」에서 준용하도록 하고 있으며(제115조), 전투경찰순경은 「전투경찰대설치법」에서 경찰공무원법 기타 관련법률의 필요한 조항을 준용하도록 하고 있으나(제4조) 경직법의 준용여부는 명시하고 있지 않음
- 전투경찰순경은 치안업무의 보조자로서의 지위를 가지고 있고 실제 집회·시위 진압에 전경이 대거 투입되어 전경에 의한 인권침해가 빈발하고 있으므로 경직법 중 주요내용을 전경에 대하여도 준용할 필요가 있음.
- 따라서 제1조를 개정하여 경직법 중 직무질문(제3조), 신원확인(제3조의2), 동행요구(제3조의3), 경찰장비의 사용(제10조), 경찰장구의 사용(제10조의2), 분사기의 사용(제10조의3), 무기의 사용(제10조의4) 등은 전경에게도 적용하도록 할 필요가 있음.¹⁹⁾

19) 전투경찰대설치법 제4조를 개정하는 방법도 가능할 것임

4

경찰관직무집행법 개정안에 대한 토론문: 불심검문, 유치장, 경찰장비사용을 중심으로

고 태 관
(법무법인 민 변호사)



경찰관직무집행법 개정안에 대한 토론문 : 불심검문, 유치장, 경찰장비사용을 중심으로

■ 고태관(법무법인 민 변호사)

1. 들어가는 글

경직법 제1조에서 보는 바와 같이 경찰관의 직무는 국민의 자유와 권리를 보호하고 사회 공공의 질서를 유지하기 위한 것이다. 즉 헌법상 보장된 국민의 기본권을 보호하고, 더불어 공공의 안녕과 질서를 유지함으로써 국체의 보전과 민주주의를 유지, 발전시키는 것이 경찰관의 직무인 것이다. 문제는 국민의 기본권 보호와 공공질서의 유지라는 두 직무가 늘 병존적인 것이 아니라는 점이다. 국민의 기본권은 공공질서의 유지를 통하여 실현되지만, 때로는 공공질서의 유지를 위해 일정 부분 제한될 수 밖에 없다. 헌법상 보호되는 기본권은 절대적 기본권이 아니라 헌법 제37조 ②항에 규정된 바와 같이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 본질적 내용이 침해되지 않는 한 일정부분 제한이 될 수 있는 상대적 기본권이다. 경찰관의 직무는 위와 같이 개인과 국가 또는 사회의 이익이 충돌하는 부분에서 합리적으로 운영되어야 하며, 공공질서 유지를 위해 제한할 수 있는 국민의 기본권의 범위를 미리 법률로 정하여 경찰력의 남용을 방지하여야 한다.

위와 같은 경찰관의 직무목표를 달성하기 위해 실제 행해지는 경찰력의 행사는 매우 광범위하다. 범죄의 수사, 범죄인의 체포, 구금, 증거의 수집 등 사법작용으로서의 경찰력의 행사는 국민의 기본권 보장과 공공질서 유지를 위한 경찰관의 직무 중 일부분에 지나지 않는다. 경찰은 검찰과 달리 범죄의 사후수사만이 아니라 범죄예방을 위한 순찰, 유해업소의 단속, 범죄정보의 수집, 살인범, 아동성폭력범 등 강력범죄자의 사후관리, 교통질서의 유지를 위한 정보의 제공, 단속 등 국민생활과 밀접한 질서유지 업무를 수행하는 동시에 분단상황에서 국가 안전보장을 위한 대간첩 정보 수집, 검거 등 보안업무도 담당하고 있으며, 위와 같은 직무의 대부분은 행정작용으로 이루어진다.

경찰관의 직무는 위와 같이 사법작용과 행정작용으로 개념상 구별할 수 있으나, 국민의 기본권 보호와 공공질서의 유지를 위해 필연적으로 일부 국민의 기본권을 제한하는 침익적 행정작용으로 구현될 수 밖에 없고, 행정작용의 실효를 기하거나 행정작용의 결과로 인하여 사법작용도 행정작용과 동시 또는 사후에 함께 작용할 수 밖에 없다. 경찰관의 직무는 위와 같이 행정작용과 사법작용이 혼재되어 행해질 수 밖에 없는 특성을 가지고 있다.

또 하나의 경찰관 직무의 특성은 평상시 국가가 사용할 수 있는 거의 유일한 물리적 강제력이란 점이다. 물리적 강제력의 행사를 위하여는 많은 수의 경력과 각종 장비 심지어 총기 등의 무기를 구비할 수 밖에 없고, 강제력의 행사는 필연적으로 대상 국민의 신체에 위해를 가할 우려가 있으며, 다수의 국민들에게 각종 불편을 야기할 수 있다. 그러나 국민의 신체와 재산 보호 및 공공질서유지를 위해 각종 범죄자에 대한 강제력의 행사는 불가피하며, 국민도 기본권의 본질적 부분이 침해되지 않는 한 이를 수인하여야 한다.

위와 같은 경찰관의 직무특성상 경찰관의 직무는 국민의 기본권을 제한하는 방향으로 작동할 수 밖에 없고, 각종 물리적 강제력을 행사할 수 밖에 없는 상황이 다수 존재하는 바, 이러한 경찰력의 행사는 남용될 경우 국민의 기본권을 심각하게 침해할 수 있으므로 헌법상 요구되는 요건에 적합하여야 한다. 경찰력 행사의 헌법상 근거와 요건은 첫째 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위함과 동시에 국민의 기본권을 보호하기 위한 목적으로 행사되어야 하고, 둘째 국민의 기본권의 본질적 부분을 침해하지 않는 한도내에서 행사되어야 한다. 경찰력의 행사가 위 요건을 충족할 경우 국민은 자신의 기본권이 일정 부분 침해되더라도 이를 수인할 의무가 있다.

경찰법의 개정은 경찰관의 직무범위와 방법 및 절차를 정함에 있어 위와 같은 헌법상 요건을 충족하여야 하는 바, 이는 결국 각종 직무의 합목적성, 수단 적합성 등 공공의 이익을 위한 필요성과 이로 인하여 침해되는 국민의 기본권의 범위와 그 수인가능성의 비교형량으로 그 한계가 논의되어야 한다.

2. 불심검문

개정안은 불심검문을 직무질문, 신원확인, 임의동행의 세단계로 나누어 규정하면서 요건을 세분화하고 임의절차임을 명시적으로 규정한 점에서 진일보한 것이라 보인다. 그럼에도 개정안에 대하여 반대하는 견해들이 있는 바, 그 주요논거를 살펴보면, ① 불확정 개념을 사용하여 경찰관의 자의적인 해석이 가능한 점, ② 불심검문은 수사활동의 전단계로 필요 최소한도로만 인정되어야 하는 점, ③ 소지품 검사 및 차량 적재물 검사의 대상이 불명확하고 광범위

하여 프라이버시를 침해하고 집회, 시위의 자유를 억압하는 수단으로 사용될 우려가 있는 점, ④ 신분증 제시 등을 통한 신원확인 은 국민을 잠재적 범죄자로 취급하는 것으로 현대 문명사회에서 용인될 수 없고 같은 이유로 지문의 동일성 확인은 인정되어서는 안되는 점, ⑤ 경찰의 임의동행요구 자체가 위협적으로 느껴지므로 원칙적으로 허용되어선 안되고 중대범죄의 구체적 위험성이 있는 경우에 한하여 허용되어야 하는 점 등이다.

불심검문의 역사적 유래를 따지기에 앞서 먼저 검토되어야 할 것은 불심검문이 현재 경찰관의 직무로서 공공의 이익에 부합하는 것인지, 만약 부합한다면 어느 정도까지 기본권을 제한할 수 있는지 여부이다.

현재 경찰관에 의하여 이루어지는 불심검문은 대부분 범죄예방과 지명수배된 범죄혐의자 또는 벌금미납 등 형미집행자를 비롯한 각종 수배자들의 검거를 위하여 행하여지고 있다. 부녀자 및 아동납치사건 또는 총기탈취범과 무장탈영범 등의 검거와 추가범행을 예방하기 위하여 경찰력은 신속하게 작동되어야 하고 이 과정에서 광범위한 규모의 신원확인 과 소지품 및 차량 적재물 검사가 이루어질 수 밖에 없다.

또한 과거 경찰력의 행사가 주로 사후적인 범인검거에 초점이 맞추어져 있었던 것에 반하여 현대 경찰관의 가장 중요한 직무중 하나는 범죄의 사전 예방이며, 이를 위하여 절도, 강도, 성폭행범죄 등 생활밀접형 범죄예방을 위해 우범지역에 대한 순찰의 강화, 지역사회와 연계한 방법기능의 활성화 등이 모색되고 있으며, 이러한 범죄예방활동과정에서 거동수상자 등에 대한 불심검문은 불가피한 측면이 있다. 이미 범죄가 발생한 후에 경찰력이 작동한다 하여도 이는 사후약방문에 불과하며, 범죄피해자들은 정신적, 신체적, 경제적으로 입은 피해를 원상회복할 방법이 없고, 중대범죄의 경우 평생 그 정신적, 육체적 고통에 시달릴 수 밖에 없으므로 범죄예방은 무엇보다도 중요하다 할 것이다.

또한 이미 범죄피해를 당한 피해자의 경우 가해자의 신병을 신속히 확보하여 형사처벌과 그 과정에서 범죄피해로 인한 심적고통을 위안받고 일부 피해회복을 기대할 수 밖에 없는바, 사인에 의한 형사소추를 엄격히 금지하고 모든 형벌권의 행사를 국가가 행하는 현대사회에서, 범죄자의 형사처벌을 위한 신속한 검거 등 사법작용은 국가의 권능이기에 앞서 범죄피해자를 보호하기 위한 국가의 책무이기도 하며, 그 책임은 전적으로 경찰이 부담하고 있다.

위와 같이 불심검문은 경찰관이 수행하는 직무의 수단으로 중요한 역할을 담당하고 있고 범죄예방과 범죄피해회복 및 국가형벌권의 신속한 행사를 위해 불심검문으로 인한 다소의 불편이 있더라도 이는 국민이 공공의 이익을 위해 수인해야 할 한도내에 있는 것이다. 더욱이 현재의 불심검문은 모두 임의절차로서 대상자의 동의를 얻어야 하고 대상자가 거절할 경우 강제할 방법도 없으므로 이는 필요 최소한의 기본권 제한이라 보여진다. 오히려 살인, 강

도, 납치범 및 총기탈취범 등 강력범죄자와 추가범행이 충분히 예견되는 강력범죄자의 검거를 위한 극히 예외적인 경우에는 강제적인 불심검문을 인정하는 것이 공공의 이익에 부합되는 측면도 있으므로, 지나치게 불심검문의 역사적 유래나 과거 남용된 사례를 근거로 불심검문을 극도로 제한하는 것은 문민정부시절부터 이미 4번에 걸쳐 민주적 정권교체를 이룸으로써 권위주의적 독재시대를 마감한 우리사회에 어울리지 않는 논거라 보여진다.

개정안에 반대하는 견해의 근거에는 불심검문이 집회, 시위의 자유를 억압하는 수단으로 사용될 수 있다는 우려가 깔려 있다. 그러나 불심검문에 대한 개정안의 어떤 규정을 살펴봐도 평화적, 합법적 집회, 시위를 억압하거나 제한할 수 있는 규정은 보이지 않는다. 불심검문이 집회, 시위에 영향을 미칠 수 있는 경우는 불법집회, 시위, 그것도 쇠파이프, 돌, 죽봉, 화염병, 새총, 사제총 등 각종 위험한 물건을 이용한 폭력집회, 시위가 거의 유일하다 할 것이다. 그러나 불법, 폭력집회, 시위는 헌법과 법률로 보호받을 수 있는 기본권이 아니며, 오히려 타인의 기본권과 공공의 이익을 중대하게 침해하는 행위로서 경찰이 적극적으로 억제해야 할 대상일 뿐이다. 경찰관의 직무 중 집회, 시위대비업무는 수많은 경찰작용중 극히 일부분일 뿐이므로 집회, 시위를 함에 있어 다소 불편이 있더라도 이것만을 이유로 불심검문을 형해화하는 것은 공공의 이익에 부합하지 않을 뿐 아니라, 각종 범죄예방의 소홀로 더 큰 기본권의 침해가 이루어질 수 있음을 간과하여서는 안된다.

위와 같은 불심검문의 기능과 목적, 그리고 개정안에서 규정한 임의절차성을 감안할 때 개정안에 대한 반대논거는 대부분 국민의 수인한도를 극히 제한한 것으로 공공의 이익을 해쳐, 결과적으로 국민의 기본권이 더욱 침해되도록 할 뿐이다. 불심검문을 하면서 대상자의 신원을 확인하는 것은 지극히 당연한 것이다. 범죄예방과 범죄인 검거를 위해 불심검문을 하는데, 대상자의 신원확인도 못하게 한다면 불심검문을 왜 하는지 의문이 아닐 수 없다. 더욱이 지문의 동일성 확인도 모두 대상자의 동의하에 가능하고 대상자가 거절할 경우 강제할 방법도 없는데, 이로 인하여 본질적 부분이 침해되는 기본권이 과연 존재하는지도 의문이다.

같은 관점에서 임의동행은 위와 같은 불심검문이 가진 순기능이 제대로 작동하기 위한 필요최소한의 조치일 뿐이다. 다만 경찰관의 요구가 사실상의 강제력을 가지는 점을 부인할 수 없기에 개정안은 동행거절권과 변호인의 조력을 받을 권리를 명시적으로 규정하여 기본권 침해를 최소화하고 있는 것이며, 이는 공공의 이익과 기본권침해를 비교형량할 경우 적절한 입법이라 할 것이다.

다만 임의동행시 변호인의 참여권을 제한할 수 있는 사항을 대통령령으로 정하는 것은 헌법과 법률에 의하여 보장된 변호인의 조력권을 하위규범인 시행령으로 제한하는 것으로 타당하지 않다. 동규정은 형사소송법 제243조의 2(변호인의 참여 등) ①항(검사 또는 사법경찰관

은 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.)와 같이 “경찰관은 제1항에 따라 동행을 한 사람 또는 그 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매 등의 신청에 따라 변호인을 제1항에 따라 동행을 한 사람과 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 동인에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.”로 변경하거나 형사소송법 제243조의 2를 준용하되 “이 법에서 피의자는 제1항에 따라 동행을 한 사람으로 본다”는 규정을 두는 방식으로 개정하는 것이 법체계적으로 타당하다.

한편 입법에 있어 불확정개념의 사용은 입법 기술상 불가피한 측면이 있다. 반대론처럼 중대한 범죄를 야기하였을 것으로 의심되는 자와 같이 규정하더라도 불확정개념은 그대로 존재하게 되는 것이다. 또한 반대론은 불심검문이 가진 순기능은 무시한채 그 남용으로 인한 역기능만을 지나치게 강조한 것이다. 반대론처럼 규정한다면 불심검문이 가진 범죄예방이란 순기능은 사장되어 버리고, 이는 또다른 범죄피해자를 양산하는 결과를 가져올 뿐이다. 결국 불확정개념의 한계와 해석 문제는 판례의 축적을 기다려 해결할 수 밖에 없는 부분으로 보인다.

3. 유치장

경찰관서 유치장은 대용감방으로 사용되지 않는 한 미결수용자만을 유치할 수 있고, 경찰관서에 설치된 유치장은 교정시설의 미결수용실로 보아 형의집행및수용자의처우에관한법률이 준용된다(동법 제87조). 또한 동법 제11장 안전과 질서 항목에서는 수용자의 소지가 금지된 물품(제92조), 신체검사 등(제93조), 전자장비를 이용한 계호(제94조), 보호장비의 사용(제97조), 보호장비의 종류 및 사용요건(제98조), 보호장비 남용 금지(제99조), 강제력의 행사(제100조) 등 시설내 안전과 질서 유지를 위한 다양한 규정과 요건을 정하고 있고, 위 조항들은 유치장에도 그대로 적용된다.

개정안이 제9조(유치장)에 당초 유치장 설치 근거조항만 있던 것을 유치인에 대한 권리 고지의무 등 세부적 규정을 추가한 이유는, 경찰서 유치장의 경우 교정시설과는 별개로 보는 일반인들의 관념을 고려하여 별도의 세부규정을 두어 유치장 수감자들에 대한 신체검색, 금지물품 제출요구권 등을 명시함으로써 법적 명확성을 기하고자 한 취지인 것으로 보인다.

그러나 법체계상 이미 형집행법이 준용되고 있고, 동법에서 규율하는 사항이 현재 개정안에 규정된 사항보다 훨씬 세밀하고 교정기관의 오랜 경험이 감안된 것이므로 별도로 중복적인 세부사항을 둘 이유나 근거는 없는 것으로 보인다. 단 형집행법이 준용되고 있음을 명확

히 하기 위하여, “유치장에 형집행법을 준용함에 있어 교도관은 경찰관으로, 수용자는 유치인으로 본다”는 규정을 두는 것이 법체계적으로 합당할 것으로 보인다.

결국 유치장의 유치인에 대한 각종 제한과 유치인의 권리는 형집행법상 수용자의 지위와 동일하므로 수용자에 대한 처우와 형집행법의 해석에 따르면 될 것이고, 형집행법상의 규정보다 완화하여 적용할 근거나 논리적 필연성도 전혀 없다.

4. 경찰장비의 사용

본토론문은 개정안의 법체계적 적합성과 헌법위반 여부에 대하여만 논의하는 것이므로 이미 경직법상에 규정되어져 있는 사항에 대하여 한자를 한글로 바꾸고 표현을 우리말로 쉽게 고쳐쓸 목적으로 개정된 부분에 대하여는 논의의 대상에서 제외하고자 한다.

경찰장비의 사용과 관련하여 개정안에 새롭게 추가되거나 완전히 수정된 내용은 위해성 경찰장비의 도입시 공청회를 통하여 안전성을 검증하고 그 보고서를 국회에 제출하며, 사용기록을 보관하여야 하는 경찰장비의 범위를 확대한 것 뿐이다.(개정안 제10조, 제11조, 제11조의2)

위 개정안은 경찰장비 중 고도의 위험성이 있는 장비에 대한 안전성을 검증하여 장비사용으로 인한 불측의 피해를 방지하기 위한 것으로 국민의 기본권을 오히려 보장하기 위한 것이고, 사용기록 보관대상 경찰장비를 확대하여 장비사용과 관리의 투명성을 기하고 책임소재를 분명히 함으로써 간접적으로 무분별한 경찰장비 사용을 억제하기 위한 것이므로 기존 경직법보다 진일보한 것으로 이를 반대할 아무런 이유가 없다.

5. 기타사항

가. 보호조치를 취할 경우 보호조치 대상자에 대한 신원확인을 위하여 지문채취, 사진촬영 등을 규정한 개정안 제4조가 개인의 정보자기결정권과 초상권을 침해할 수 있다는 견해가 있다.

그러나 지문채취와 사진촬영은 보호조치 대상자의 신원을 파악하여 신속히 연고자에게 인도하기 위한 경찰관의 직무상 연고자를 알 수 없어 부득이 구호대상자를 공공보건의료기관, 공공구호기관에 인계하는 경우 추후 연고자가 구호대상자를 찾거나 연고자를 확인하기 위한 자료를 남기기 위한 조치로 불가피한 것이며, 전적으로 구호대상자의 이익을 위한 조치에 불과하다. 더욱이 그 사용목적은 신원확인 및 연고자를 찾는

목적으로 한정하고 연고자에게 구호대상자를 인계시 채취한 자료를 모두 폐기하도록 하였으므로 구호대상자의 기본권을 침해할 소지도 거의 없다. 연고자를 기억하지 못하거나 찾을 수 있는 능력이 부족한 구호대상자에게는 신속히 연고자를 찾도록 하는 것이 가장 중요한 기본권 보호인데, 중요한 기본권 보호를 위하여 조금의 기본권 침해가 있다고 해서 이를 금지하는 것은 지나친 것이 아닌가 생각된다.

나. 경직법상 의무를 위반하거나 직권을 남용한 경찰관의 처벌조항은 1년 이하의 징역 또는 금고형만 있었으나, 개정안은 500만원 이하의 벌금형을 선택적으로 규정하였다. 이에 대하여 경찰관의 직권남용은 다른 공무원의 직권남용보다 중대하게 다루어야 함에도 형법상 직권남용죄 보다 낮은 형을 규율하는 것은 문제가 있으므로 형량을 상향조정하고 형법상 직권남용죄의 구성요건과 동일하게 규정할 필요가 있다는 견해가 보인다.

그러나 개정안의 취지는 신체형만 규정되어 있는 벌칙조항으로 인하여 의무위반 또는 직권남용의 경중에 따른 유연성 있는 처벌이 불가능한 현실적인 고려를 담은 것에 불과하고, 이와 같은 입법례는 신체형만 규정하였던 간통죄에 벌금형이 선택형으로 개정된 것에 비추어 보아도 무리한 입법례가 아니다. 또한 경직법상의 벌칙조항은 형법상의 직권남용죄와 그 구성요건을 달리하고, 경찰관의 하나의 행위가 경직법 제12조 및 형법 제123조에 동시에 해당한다면 상상적 경합범으로 어차피 형량이 높은 형법상 직권남용죄로 처벌되므로 경직법상 벌금형을 선택형으로 규정한다 하여도 경찰관의 직권남용이 가볍게 처벌되는 것도 아니다. 더욱이 더 중한 형으로 규정된 형법상 직권남용죄도 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지형외에 1,000만원 이하의 벌금형을 선택형으로 규정하고 있는 점에 비추어 보아도 위와 같은 견해는 타당하지 않다.

6. 결 론

이 번 개정안은 기존 경직법의 자구를 우리말로 수정하고 실제 불심검문 과정에서 관행적으로 행하여졌지만 법적근거가 미약했던 신원확인, 차량 적재물 검사 등의 법적 근거를 명확히 하기 위한 것으로, 각종 강력범죄로 불안해하는 국민이 없도록 범죄예방과 강력범죄자의 검거, 추가 범행의 방지를 위한 경찰력의 행사를 원활히 하기 위한 것이다. 동 개정안에 대하여는 이미 행안위 심의 과정에서 여야가 합의한 바 있으며, 이 과정에서 강력범죄, 테러범죄 등의 예방과 신속한 검거를 위한 강제적인 조치들은 모두 수정되어 임의적인 절차로 격하되었는 바, 과연 이 법을 통하여 국민들이 체감할 수 있는 치안 상태가 유지될 수 있을지 의문

이 아닐 수 없다.

개정안은 불심검문 등 경찰관의 직무를 임의절차로 명확히 함으로써 기본권 침해를 최소화하였고, 개정안에 의할 경우 선량한 대다수의 국민은 다소의 불편이 발생할 소지가 있었도 이는 공공질서 유지와 더 중요한 기본권의 보호를 위해 수인해야 할 한도내라 보여지며, 기존 경직법과 비교하여 특별히 국민의 기본권을 제한하는 조항도 존재하지 않는다고 할 것이다.