

국회토론회

인권보장을 위한 경찰관직무집행법의 개선방향

- 일정_ 2010년 8월 19일 (목) 오전 10시
- 장소_ 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

■ 진보신당 국회의원 조승수

안녕하십니까. 진보신당 울산 북구 국회의원 조승수입니다.

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 보호해야 할 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 주 하지 않을 수 없습니다.

이번 개정안은 일부 개선된 면이 있으나 전체적으로 경찰권한에 대한 제는 약화된 반면 경찰의 권한을 회하는 내용이 상당수 포함되어 있습니다. 이로 인해 광범위한 인권침해가 발생할 수 있다는 우려의 소리가 시민사회각계각 에서 나오고 있습니다.

히 국민들의 일상생활 과 한 관련이 있는 불심검문 관련 규정은, 경찰관에게 광범위한 소지 검사, 차 적재 검사 을 할 수 있는 재 권을 부여하고 있어 사 상 장 없는 수수 의 을 게 용하고 있습니다. 또한 신원확인을 위한 지문 와 연고자 연 이라는 방법 은 개인정보보호 원칙과 개인정보자기결정권을 침해할 소지가 있습니다.

이러한 사 들에 대해 이 국가인권위원회에서도 국민의 신체의 자유 사생 의 비 과 자유를 침해할 소지가 있으 로 보 규정이 필요하다고 있습니다.

현 개정안은 국민의 기 적 인권에 대한 최대한의 보장원칙과 경찰관의 직무집행에 관한 경찰비례 경찰최소의 원칙에 비추어 전면적인 보 이 이루어져야 할 것입니다.

소관위원회인 행정안전위원회에서 이러한 내용들이 더 정 하게 다루어지지 한 을 안 게 생각합니다. 다행히 법사위 민주당 사이신 선 의원 , 민주노동당 이정희 의원 과 함 경직법의 개정방 에 대해 검할 수 있는 자리가 마련되었습니다.

시 에도 불구하고, 귀중한 시 내어 발제·토론을 맡아주신 들과 하신 들 감사의 을 니다. 오 토론회를 통해 인권보장을 위한 경찰관직무집행법의 개선 방 과 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 제된 경찰관직무집행법개정안에 대하여 위원회 대안을 제안하기로 의결하였다. 행정안전위원회가 제안하기로 의결한 경찰관직무집행법 개정안 대안은 기의 불심검문에 함하여 규정하고 있던 직무질문과 신원확인, 의동행을 리하여 규정하고 기의 위험한 건을 소지 검사 대상에 함하고 차 적재 검사, 신 제시요구와 지문확인에 의한 신원확인, 보호조치시 지문 와 사진 을 명문화하고 경찰장비의 사용시 경찰비례의 원칙, 경찰장비의 도입에 공청회 개최와 안전성검사 보고서제 을 신 하 다. 동 개정안은 현행 「경찰관직무집행법」 이하 경직법이 표현을 병행함 에 비하여 일부 정적인 면을 가지고 있기는 하지만 전체적으로 볼 때, 개인의 자유와 사생 역에 대한 광범한 침해를 가져 우려가 있는 위헌 소지가 있는 내용을 상당수 함하고 있어 우려하지 않을 수 없다. 개정안은 무 보다도 헌법상의 장주의와 무죄추정의 원칙, 비례의 원칙 과 금지원칙 을 위반 하는 내용을 함하고 있고 주로 경찰의 이해관계만을 반 하고 국민의 기 권보호의 지를 무시하고 있다. 이러한 비 에 따라 경찰청에서는 개정안에 대한 수정의 을 제시하 다. 이러한 수정의 은 일정부 위의 비 을 고려한 것이기는 하나 아직도 큰 적인 에서 문제 의 소지를 안고 있다. 이하에서는 경찰관직무집행법 개정안 행정위원회 대안 을 중심으로 그 문제 을 보고 수정의 에 대해서도 관련된 부 에서 고찰해 다. 그리고 가 하다면 그 대안에 대해서도 고민해보도록 한다.

II. 논의의 출발점

1. 경찰의 기능과 법치국가적 기초

국가권력의 일부로서 경찰은 헌법의 현에 기여한다. 헌법은 기 권 부 에서 인 의 업과 인권의 보호라는 국가 표규정을 함하고 있다. 헌법은 또한 국가권력이 국민으로부터 나오 법과 법률에 구 을 규정하고 있다. 따라서 국가권력의 일부로서 경찰은 헌법에 규정된 기 권을 보호해야할 의무가 있으 헌법상의 원칙을 수하여야 한다. 그리고 경찰의 직무 권한에 관한 입법을 하는 입법자 스스로도 헌법규정에 구 된다. 입법자는 기 권적으로 중요한 법적 지위의 보호 그 내용을 정치적인 자의에 따라 규정할 수 없다. 입법자는 규정된 법익의 정합성 을 위해 고민하여야 하 그의 보호를 현하여 야 한다.

행정에 의한 위협방지행위는 경찰의 주된 기 에 한다. 여기서 방 , 위 험발생을 회피하기 위한 일 의 리스 에 대한 사전대비 가 경찰의 업무에 해 당하는지 여부가 다 어진다. 여기서 문제는 보호를 위한 비 라기보다 는 제적으로 상 자 또는 행위 자가 될 수 있는 자에 대한 사전 대비적인 정보수집 조치가 헌법적으로 용되는지 하는 문제이다. 그러나 방조치가 경찰업무에 하느 하는 문제는 경찰의 구조문제라기 보다는 경찰 조치에 대한 기 권적인 한계 정의 문제이 그 한도 내에서만 경찰업무에 대한 한계 정의 문제이기도 하다. 그러 로 경찰은 내부 안전의 전권을 부여 은 보 인 이 아니라 일정한 역에서 정적인 법익보호의 권한을 부 여 은 집행권력이다.¹⁾

헌법에 의한 경찰의 기 한계에도 불구하고 경찰의 업무는 형식적, 질적으로 기 권질서 에 부합하는 법률에 의한 침을 필요로 한다. 따라서 법률유보의 원칙과 명확성의 원칙이 수되어야 한다. 이 에도 경찰 용은 법령에 정한 절차에 따라야 하 경찰 용이 히 헌법상 신체의 자유와 관련되는 경우 적법절차와 장주의 절차법적 구 을 는다. 른 법률에 그 근거가 있다하더라도 경찰권력은 사 상의 한계를 가지는 , 경찰은 그가 할 수 있는 것이 용되는 것이 아니 그에게 용되는 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 경찰 용은 법률유보의 원칙하에 행하여져야 한다. 경찰은 우선 조직법상으로 법률에 그 근거를 두어야 한다. 그러 로 경찰조직, 업무 역, 행위권한 이 법률에 의해 규정되어 있어야 한다. 하지만 경찰이 경찰업무에 하는 구체적인 경찰 용을 하는 경우, 이 국민의 권리를 제한하거나 국민에게 의무를 부과하는 행위를 하는 경우에는 그 질적인 내용에 대하여 법률에 명시적인 근거가 있어야 한다 질성이론 . 이 경우 권력 용의 경우뿐만 아니라 비권력적 사 행위의 경우 행정지도 에도 일정한 불이익을 주는 경우 용법상 법률의 근거를 요하는 것으로 다.³⁾

(2) 개괄적 수권조항의 문제

법률유보와 관련하여 개 적 수권조 또는 일반조 이 문제될 수 있다. 경찰법에서는 대개 직무규범과 권한규범을 구 하고 있다. 위협방지의 적이 경찰의 직무로 규정되어 있다고 해서 이러한 직무규범으로부터 위협방지를 위한 개 적인 행위인 당사자의 권리제한이나 불이익을 야기할 수 있는 경찰권의 발동권한이 당연히 인정되는 것은 아니다.⁴⁾ 구체적인 사건에 경찰권을 발동하기 위해서는 개 적인 수권조 을 필요로 한다. 이러한 개 규정 없이는 경우에는 어떻게 할 것인가 이러한 내용과 관련하여 경찰관직무집행법 제2조 호 공공의 안녕과 질서유지 를 개 적 수권조 또는 일반조 으로 인정할 수 있는지 여부가 논 이 되고 있다.⁵⁾

「경찰관직무집행법」 제2조는 경찰관의 일반적 직무집행의 범위를 규정한 직무규정에 불과하기 때문에 경찰이 이 규정에 직 근거하여 개인의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경찰 용을 행할 수 없다. 따라서 경직법 제2조 제 호와 은 직무규정에 근거하여서는 개인의 권리를 제한하지 않는 경찰 용, 대 범죄 방을 위한 찰이나 대국민 보 또는 위협에 대한 일반적인 경고 을 행할 수 있을 뿐이다. 만약 경찰이 권리 제한적 효과를 는 경찰 용을 행하려 한다면 법률유보원칙에 따라 반 시 도의 수권규정이 있어야 한다.⁶⁾

최근의 유력한 해는 경직법 제2조 호와 결합한 제 조 1 제 호를 개 적 수권조 으로 다.⁷⁾ 그러나 개 적 수권조 은 어 까지나 개 적인 권한규정이 없을 때 보 적으로 적용될 수 있을 뿐이고 과 금지의 원칙을 수하여야 한다.

이 질성이론에 의하면 법치국가원리와 민주주의원리는 입법자로 하여금 질적인 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 기지 않도록 의무지운다. 개 적 수권조 또는 일반조 유형의 규정은 이러한 요청을 제대로 다루고 있다고 할 수 없다. 하면 입법자가 질적인 것을 스스로 확정해야지 행정의 행위에 서는 안 되기 때문이다. 이러한 요구는 헌법 상 명확성의 원칙 에서도 도 된다. 명확성의 원칙은 행정을 구 하고 그 내용이나 적, 정도를 제한하기 위해서는 히 명확한 기 을 정하도록 요구한다. 이것은 기 권을 더 하게 침해할수록 더욱 더 요청된다. 그러 로 경찰상 일반조 과 이 그 게 광범한 일반조 을 기 권침해에 대한 한 근거로서 사용하는 것은 법률유보의 의 와 한다. 지 게만 용할 뿐인 기 권침해가 아 력하고 집중적인 기 권침해에 대해서는 입법자 스스로가 명시적으로 규율하여야 한다.⁸⁾

(3) 기본권에 의한 구속

국가권력은 국민의 기 권을 중하고 보호해야 할 의무가 있다. 이는 국가권력이 국민으로부터 나 다는 국민주권의 원리를 천명한 대한민국 헌법 제1조 제2 에 비추어 당연한 것이다. 헌법재 소가 국민주권의 원리를 한 추상적 선언으로 보지 않고 구체적인 기 권의 근거로서 그 의 를 리려는 의식적인 노력을 하고 있는⁹⁾ 것도 로 기 권의 국가권 력 구 성을 헌법해 에서 반 하는 것이라 할 수 있다. 따라서 기 권은 비례성의 원칙 과 금지의 원칙과 함 경찰 행정 용의 한계로서 수되어야 한다. 이는 또 당연히 경찰 용에 대한 입법권한의 한계가 되기도 하는 , 일정한 기 권에 있어서 법률유보는 입법자가 정치적 자의에 의한 제한을 용하는 것이 아니라 인의 법익을 보호하기 위해 필요한 규범 적인 한계를 정하도록 용할 뿐이기 때문이다.¹⁰⁾

최근의 경찰법은 직무수행을 게 하기 위하여 위험방지나 위험의 사전대비를 위하여 적절한 것으로 보이는 경우 구에게나 정보제공을 통한 력이나 통제에 대한 수인 의 경찰상 의무가 있는 것으로 만들려고 시도한다. 대 공동의 도로나 장소에서 직이는 사람들, , 자신의 통에 대한 권리를 행사하거나 통제되지 않는 자기결정권을 행사하는 사 람들에 대한 비 오 감시나 비 오 화가 그러한 시도라고 할 수 있는 이것은 이 위험의

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

9) 장영수, 헌법 제1조, 대한민국 헌법주석서 1, 2010, 68쪽 참조. 헌재 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 요소 이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다.”

10) Liskén/Denninger, C. Rdn. 60.

사전 계에서 위험을 이기 위하여 기 권을 희생하여 행하는 것이라고 할 수 있다.
위험한 행위 상 와 관련이 없는 제 자 , 사람 을 이
계 이용하는 것은 그러나 은 한계 안에서만 정당화될 수 있다. 반여각련각마화그근근갑

2. 경찰법상 위협의 개념

(1) 위협개념의 법치국가적 기능 및 기본권보호기능

경찰권을 발동하기 위해서는 공공의 안녕·질서에 대한 위협, 위협 또는 장애가 있어야 한다. 여기서 위협이라 함은 가까운 장래에 공공의 안녕과 질서에 해를 가져다 줄 개연성 구체적 위협이 있는 상태를 의하고, 장애는 위협이 현적으로 발생한 상태를 의한다. 위협의 재와 관련하여 해발생의 한 추정이나 약의 가능성이 성만으로도 하지 않고 해가 발생할 것이라는 한 개연성이 있어야 한다. 해발생의 개연성은 해발생의 확성과 한가성 사이의 역이지만 발생가 한 해가 중대하면 할수록 해발생의 개연성은 더지는 것으로 보기 때문에 개연성 요건은 화된다 이 .²¹⁾

경찰의 위협방지라는 과업은 공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 재와 결부된다. 여기서 위협이라는 요건의 적은 경찰에게 권한의 여지를 부여해 다. 하면 위협이 있을 때 비로소 경찰은 개입할 수 있고 더 이상 위협이 재하지 않으면 그 권한은 사라지기 때문이다. 침해 제한하는 위협개 의 기 은 경찰행정청에 대하여 한 의 를 는다. 경찰은 한 경우 매우 도 은 침해수 을 이용한 조치 를 해야 하기 때문이다. 그러나 자유와 재산, 법적 지위에 대한 침해 또는 개입, 는 히 확정된 법률을 근거로 해서만 용된다. 이로 위협개 은 법률유보와 연관성을 는 다. 형식적인 법치국가개 은 국민의 일정한 법익 보호를 표로 한다. 자유의 보호와 안전의 보장으로부터 국가에 의한 조치는 정당화가 필요하다는 ü 결론이 나 다. 침해유보형 의 법률유보는 법치국가원리 뿐만 아니라 기 권에서도 그 리를 내리고 있다. 기 권침해는 법률을 근거로 해서만 용된다. 국가기관이 안전 이라는 과제 를 수행할 때는 기 권의 한계와 함 법치국가개 의 형식적 규율적합성 이라는 한계에 부 다.²²⁾

경찰에 의한 기 권침해는 권한규범 을 통하여 관련자에 대하여 정하고 가 한 방법으로 행해져야 한다. 그러한 제한기 을 전 의 경찰 표 조치와 일반조 에서 히 구체적인 위협의 개 이 는다. 독일에서 일반조 은 그 불확정성에도 불구하고 공공의 안녕과 질서에 대한 위협이라는 구성요건표지가 레에 의해 서 히 구체화되어 있다는 이유만으로 헌법에 적합한 것으로 아들어지고 있다. 집행행 위의 한 가 성 을 구체적 위협개 이 보장할 수는 없다. 불가 한 상황에 대한 대 이 가 해야 하기 때문이다. 구체적 위협의 재에 대한 결정은 결국

21) 이상은 김남진/김연태, 행정법 II, 269쪽 참조.

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

개 사례에서 과 금지원칙의 적용 하에서의 형 ä 의 산 이기 때문에 불안은 피할 수 없다. 법치국가에서 위협방지는 개인의 권리수호 아 에서만 행해질 수 있다. 에 따 면 이러한 개인보호 라는 법치국가적, 기 권보호 기 을 할 의무가 위협개 에 있다. 따라서 위협의 개 은 법치국가적인 기 기 권보호기 을 받는다.²³⁾

(2) 구체적 위협과 추상적 위협의 구별

9.11 러 위협을 계기로 구체적 위협이 있을 때 개입한다는 고전적인 경찰권 발동의 요건이 해체되고 있다. 이는 필연적으로 경찰권력의 화를 한다.

이 방국가 ä 의 장으로 법치국가가 방국가로 변질되고 있다. 론 구체적 위협이 발생하기 전에 사전적으로 방하는 조치가 필요하기는 하나 국민의 권리를 제한하거나 국민에게 의무를 부과하는 불이익을 주는 개 조치에 대해서는 한 추상적 위협, 한 의심만으로는 부족하고 구체적인 위협이 있어야 한다. 여기서 구체적인 위협이라 함은 시 과 장소에 따라서 확정되거나 확정될 수 있는 상황으로부터 성 하는 위협 을 하고 경찰 을 하는 경우에 원칙적으로 요구되는 위협이다. 이에 대해 경찰명령을 발 하기 위해서는 추상적 위협을 전제조건으로 하는 , 추상적 위협은 경험칙에 따를 때, 정한 행위양식 또는 상 로부터 개 적인 경우에 해가 발생할 한 개연성이 있는 경우를 한다.²⁴⁾

위와 구 하여야 할 개 으로 위협의 의 가 있다. 위협의 의는 어 상황을 합리적으로 할 때, 경찰이 위협의 재를 인정하기 위한 근거가 재하지만 동시에 위협의 재에 대한 의문도 재하는 경우, 현재상황의 사후적 전개에 대한 불확 성이 재할 때 인정된다. 위협의 의가 재하는 경우 그것을 위협으로 아들이지는 해도 있을 수 있으나 이는 일반적인 경찰법상의 침해수 을 확대하는 결과를 가져 수 있기 때문에²⁵⁾ 용되어서는 안 될 것이다. 위협의 의가 재하는 경우 경찰은 나중에 발생할지도 는 위협을 조사하기 위하여 경찰상 개 적 수권조 에 근거한 일정한 위협조사조치를 할 수 있다고 한다. 과 금지의 원칙에 따라 위협의 의가 재하는 경우에 할 수 있는 경찰의 조치는 효과적인 법익보호에 유용하고, 위협의 의를 명히 하기위하여 필수불가결한 정적인 조치에 국한되어야 할 것이다.²⁶⁾

23) Kugelmann, 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 기 기 권보호기 을 하는 위험개 은 경찰이 차 새로운 무를 맡게 되고 그 무가 확대 에 따라 그 개 자체가 위험해지고 있다. 이에 따라 구체적인 위험이 재하지 않더라도 현행법을 근거로 일련의 경찰조치들이 해지게 된다. 이것은 히 정보 의 또는 정보 리를 통해 개인의 법적인 지위에 경찰이 개입하는 것과 관련되어 있다. 조직범죄를 통한 새 고 변화된 위험상황에 대비하기 위하여 경찰법에 범죄에 대한 방적 에 관한 규정들이 도입된다. 경찰에 의한 방은 정보의 수집과 범죄발 개연성을 으로 성될 수 있기 때문에 경찰업무의 상당부 이 정보업무가 된다. 기 발전의 결과 인 터 검 과 은 새로운 형 의 정보 이 어나고 경찰은 수많은 이터를 이용하고 관 리하게 된다. 개인관련 이터의 수집 리는 경우에 따라 정보의 자기결정권을 침해할 수 있 다. 경찰의 정보의 수집 은 그것이 기 권 침해에 해당하기 때문에 법률의 근거를 필요로 한다. 이에 따라 경찰법은 정보수집, 장, 리, 정보의 비 , 조사 에 관한 규정을 함하 게 된다. 그런 의 에서 경찰법은 이터 보호법 이기도 하다. 주 헌법 재 소는 199 년 정보수집에 관한 주 경찰법의 규정과 관련하여 정보침해는 구체적인 위 험에 구 되지 않는다고 결정 다.²⁸⁾

정보의 수집, 가와 관련하여 개 적인 권한이 확대된다. 그리 로 경찰과 정보기관은 더 많은 정보를 더 게 수집할 수 있다. 이로 인해 시민의 자유권과 인 권이 침해되기 때문에 정보침해에 관한 경찰의 권한은 법치국가적 한계를 필요로 한다. 그러나 경찰의 위험 개 은 그 제한하는 수 으로서 더 이상 동하지 않는다. 하면 이와 관련하여 위험개 이 법률에서 사용되지 않기 때문이다.²⁹⁾ 또한 경찰의 권한규범은 구체적인 의의 전 계 에서 조치를 하도록 수권하는 , 그 한도에서 경찰의 과제가 형사소추에 대한 사 전대비 에 그 질이 있기 때문에 그러하다. 경찰업무의 일부로서의 위 험에 대한 사전대비 형사소추에 대한 사전대비를 통하여 제적 행위 와 방적 행위의 한계가 호해진다.

그 보다 한 음 더 나아가는 것이 의나 사건발생과 독 하여 인적 통제를 하는 독일에서 그 헌법적합성에 대해 논 이 있는 이 이다. 의 사건발생과 독 한 인적통제의 가 성은 경찰의 행위여지를 확대한다. 위험의 필요성을 기하여 경찰은 어 동 기가 없이 신원확인 ä 을 할 수 있다. 론 구체적 위험의 재를 요건으로 하는 권한규범도 전히 확대되어 해 된다. 이것을 잘 보여주는 것이 이

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. 은 최근 러와의 전 과 관련하여 음에는 방 경찰 야에 서 적용되었다. 이 자는 사람 ä 을 발 하는 의 표인 이 표에 도 하는 것은 히 어 다. 이 의 적용을 위해서 독일의 주 경찰법들은 현재의 위험 ä 을 요구한다. 2001년 9.11 러 후 공공의 안전에 대한 위험이 있었는지 여부에 대해서는 독일에서도 의 불일치가 있었다. 전 의 위험개 으로 이해한다면 현재성 ä 을 확대해 하는 것과 합치할 수 없을 것이다. 현재의 위험은 한 해발생과 시 적으로 근 해 있는 것이 이다. 그러나 에서 현재위험의 재는 지 적 위험 의 의 로 아들이기도 한다. 따라서 법치국가적 보호기 을 위험개 에만 집중한다면 자 표를 상 할 수 있다. 어 위험의 개 이 해 을 통한 경찰권한의 확대를 제대로 방어하지 한다. 따라서 에 의하면 비록 권한규범이 구체적인 위험을 요건으로 한다고 할지라도 다 법 치국가적 보호 니 을 필요로 한다고 주장한다.³⁰⁾

4. 경찰권 발동의 한계로서 비례의 원칙과 경찰책임의 원칙 등

경찰권 발동에 대한 법률상 근거가 있다하더라도 용되는 행위를 해서는 안 된다. 반 시 적 성을 위한 적합한 수 을 필요최소한으로 입함으로 경찰 비례의 원칙을 지 야 한다. 경찰은 또한 경찰위해에 대해 행위 또는 상 이 있는 자에게 우선적으로 경찰권을 발동해야 한다는 에서 경찰 의 원칙을 수하여야 한다. 이 에 경찰공공의 원칙도 경찰권발동의 한계를 정해 주는 , 여기에는 사생 불가침의 원칙, 불가침의 원칙, 민사관계불 의 원칙 을 그 내용으로 한다.³¹⁾ 경찰권발동의 한계가 되는 위 원칙 들에 대한 내용은 무나도 잘 려져 있기 때문에 여기서는 이기로 한다.

III. 경찰관직무집행법 개정안(행정위원회 대안)의 문제점³²⁾

1. 개관

국회 행정안전위원회가 제안하기로 의결한 경찰관 직무집행법 개정안 대안은 기 의 불심

30) 그리하여 Kugelmann은 정확한 구성요건표지를 규정하되 그것이 갖는 한계를 비례성의 원칙을 적용함으로써 보완하고, 절차를 통한 기본권보호, 목적구속의 원칙 등을 통해 보완할 수 있다고 한다. vgl. Kugelmann, 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 고찰하 서 경찰청 수정의견의 문제점도 함 논하기로 한다.

검문에 함하여 규정하고 있던 직무질문과 신원확인, 의동행을 리하여 규정하 고 기 의 위험한 건을 소지 검사 대상에 함하고 차 적재 검사, 신 제시요구와 지 문확인에 의한 신원확인, 보호조치시 지문 와 사진 을 명문화하 고 경찰장비의 사용 시 경찰비례의 원칙, 경찰장비의 도입에 공청회 개최와 안전성검사 보고서제 을 신 하 다. 동 개정안은 다수의 불명확하거나 적인 표현을 함하고 있어 법률 명확성의 원칙 에 반할 소지가 있고 장주의 헌법상 적법절차의 원칙이나 비례의 원칙 과 금지원칙 을 위반하는 내용을 함하고 있어 개인의 자유와 사생 역에 대한 광범한 침해를 가져 우려가 있는 국민의 기 권을 침해할 가 성이 고 따라서 위헌 소지가 있다. 그 사이 에 나 경찰청 수정의 도 일부 비 을 수용하 하 으나 근 적인 에서는 경찰의 법치 국가적 기 라는 관 에서 볼 때 역시 문제가 많다.

2. 경찰관직무집행법의 연혁으로 살펴 본 개정안의 문제점

개정안은 1987년 이 민주화성과를 후 시 는 내용을 함하고 있다. 현행 경찰관직무집행법의 은 고문치사사건으로 발된 87년 월 과 그해 월 이한열 의 사망 민주화를 위한 국민들의 피 어 노력에 의하여 주로 이루어진 것이고 그 이후 1999년 정부때 추가적인 내용이 도입된 것이다. 그러나 이러한 성과는 정부 들어 상당히 후 하는 조 을 보이고 있다.

경찰권의 남용으로 인한 기 권침해의 소지가 있는 사 에 관하여 경찰권행사의 요건과 한계를 엄 하게 규정한 1988년 경찰관직무집행법의 개정내용과³³⁾ 최루탄의 사용요건을 규정 한 1989년 개정내용은³⁴⁾ 현행 경찰관 직무집행법의 주요한 을 이루는 내용으로서 상당히 진전된 내용을 가지고 있다. 그러나 년이 지난 1991년 개정에서는³⁵⁾ 경찰관의 의동

33) 1988 개정된 경찰관직무집행법의 주요 내용

경찰권의 남용으로 인한 기본권 해의 소지가 있는 사항에 관하여 경찰권행사의 요건과 한계를 엄격하게 함으로써 경찰권행사의 적정을 도 하려는 것 . 경찰관으로부터 경찰관서에의 동행요구를 은 자는 그 동행요구를 거절 할 수 있도록 함. 경찰관이 심 문을 하거나 동행을 요구할 경 당해인에게 자신의 신 을 표 하는 표를 제 하 서 소속과 성 을 히고 그 목적과 이유를 하여야 하 , 동행의 경 에는 동행장소를 후 동행을 거부할 자유와 동행후 제 지 경찰관서로부터 거할 자유가 있 을 고지하도록 함. 경찰관이 동행을 한 경 에는 당해인의 가 · 지등에게 동행한 경찰관의 신 , 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여 연 할 수 있는 기회를 부여하도록 하여야 하고, 호인의 조 을 을 권리가 있 을 고지하도록 함.

34) 경찰관직무집행법 1989.06.16 일부개정

각종 법집회 위진 을 위하여 이 사용되고 있는 바, 이를 남용할 경 국민의 ·신체와 재 공공 에 현 한 위해발 의 소지가 있으므로 의 사용요건 등을 규정하여 그 해를 에 하려는 것 . 의 사용요건과 법을 규정함. 을 사용할 경 그 일 등 사용내용을 기록하여 보관하도록 함.

35) 경찰관직무집행법 1991 개정내용

경찰관의 의동행 경찰장구사용의 요건을 일부 완화하여 경찰의 민 치안 동의 적 수행을 하려는 것 . 의동행 동행을 거부할 자유와 제 지 경찰관서로부터 거할 자유가 있 을 고지하도록 한 규정을 제함. 의동행을 한 경 3 을 과하여 경찰관서에 게 할 수 없도록 하 것을 6 으로 연장함. 장기 3 이상의 이나 고에 해당하는 를 범한 범인에게 경찰장구를 사용할 수 있게 하 것을 현행법이나

행 경찰장구사용의 요건을 일부 완화하여 경찰의 민생치안 등의 효율적 수행을 참하기 위하여 일부 내용이 후 하고 있다. 경찰관직무집행법은 1999년에도 개정되는 이때에는 경찰장비의 사용과 관련하여 그 기 을 명확히 하는 것을³⁶⁾ 그 내용으로 하고 있다. 그러나 2010년 4월에 행정안전위원회 대안으로 제시된 개정안은 아 에서 보 이 그 동안의 성과를 일부 후 시 면서 경찰의 권한을 화하는 내용을 담고 있어서 문제이다.

3. 불심검문

(1) 개관

개정안은 현행법상의 불심검문이 표현을 제하고 직무질문으로 으나 내용은 동일하다. 불심검문의 질적인 문제는 국민을 재적 범죄자로 보고 있다는 이다. 문명사회에서 국가는 국민을 재적 범죄자로 다루어서는 안 된다.³⁷⁾ 이는 무죄추정의 원칙에도 반할 뿐만 아니라 불심검문을 통해 거주이전의 자유, 표현의 자유, 사생 의 비 이 위 거나 침해 될 소지가 있다.

경찰의 방적 동이 시민의 권리를 침해하는 성을 지 경우에 구체적 위협을 요건으로 해야 한다는 은 과 금지원칙 내지 경찰비례의 원칙에 근거를 두고 있다.³⁸⁾ 그러한 의 에서 경직법상의 구성요건은 대부 구체적 위협으로 과 된다.³⁹⁾

불심검문은 수사 동과의 경계에 있는 경찰 동으로서의 성 이 하기 때문에 형사절차의 대원칙인 적법절차의 원칙과 피의자의 방어권보장의 이 을 해치거나 무력화시 지 않는 한 도 내에서만 방적 경찰 동으로서 불심검문의 정당성이 인정될 수 있다.⁴⁰⁾

개정안이 두 역으로 구 하여 규정하고 있는 경찰관의 불심검문에 대하여 국가인권위원회는 적절하게도 「경찰관직무집행법 일부 개정안 국회 행정안전위원회 대안」 중 소지 검

장기 3 이상의 이나 고에 해당하는 를 범한 범인에게 사용할 수 있도록 요건을 완화함.

36) 경 관직무집행법 1999 개정내용

경찰관 직무집행을 위하여 사용 인 경찰장구·무기등을 관한 장비정의규정을 신 하여 이들 개 을 보다 확히 하고, 경찰장비의 사용과 관 하여 안전성을 확보하기 위하여 인 는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비에 대하여는 장비의 종류, 사용기준, 안전교 , 안전 사의 기준을 대통 으로 정하도록 하 , 사기 는 무기의 사용기록 보관, 경찰장비의 의개조 지규정을 하려는 것 . 가. 인 는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비에 대하여는 요한 안전교 과 안전 사를 하고 그 대상이 되는 경찰장비의 종류, 사용기준, 안전 교 , 안전 사의 기준등은 대통 으로 정하도록 함(법 제10조제1항 제4항). 나. 경찰장비는 무기, 경찰장구, 제 그 발사장치, 기구, 해안 기구, 통신기기, 차량, 선박, 항공기등 경찰의 직무수행을 위하여 요한 장치와 기구로 팔적으로 그 개 을 정의하고, 경찰장구 무기의 개 을 보다 부적으로 규정함(법 제10조제2항, 제10조의2제2항 제10조의4제2항). 다. 경찰장비를 의로 개조하거나 의의 장비를 부 하여 통상의 용법과 리 사용할 수 없도록 함(법 제10조제3항). 라. 대 ·대 러 전등 국가안전에 관 되는 전을 수행할 에는 개인화기 에 공용화기를 사용할 수 있도록 함(법 제10조의4제3항).

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

38) 이호 , 경찰관직무집행법상 심 문제도의 개정논의에 관한 비판적 고찰, 117쪽.

39) 김성태, 예 적 경찰 용에서의 상적위 ·구체적 위 , 행정법연구 2003 하 기, 268쪽.

40) 이호 , 앞의 논문, 125쪽.

사에 관한 규정 제 2 조 제 2 , 차 적재 검사에 관한 규정 제 2 조 제 2 은 장주의를 위반하여 신체의 자유 사생 비 과 자유를 침해하고, 신원확인에 관한 규정 제 2 조의 2 은 과 금지원칙을 위반하여 진 거부권 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 소지가 로 위 규정들이 제절차가 아니라 의절차 을 명 히 하는 보 이 필요하다 는 의 을 표명 한 있다.⁴¹⁾

(2) 직무질문 (개정안 제3조)

1 법적성질

직무질문 은 구 력이 없는 경우 사 행위 이기 때문에 질문 그 자체만 으로 상대방에게 어 한 수인의무 가 발생하지 않는다. 따라서 질문자체가 권리침해는 아니다. 그러 로 질문을 은 자가 정지할 필요도 없고 대 할 필요도 없다. 기 해야 귀 다는 느 불 함 을 을 뿐이다. 그러나 제 자의 개인관련 이터를 질문에 의 해 조사하는 경우 이는 정보의 자기결정권의 침해이고 질문에 의해 은 개인관련 이터를 사용하는 경우 개인정보 리에 관한 규정에 따라야 한다.⁴²⁾

이에 반해 구 력있는 변요구는 행정행위 에 해당한다. 이것은 제기한 질문에 대 하여야 할 명령을 함한다. 질문에 대한 변의무는 관련자의 행위자유를 침해 하는 것이 헌법상 인 권을 침해하는 것이다. 이는 질문이 관련자 개인의 이터이 제 자의 이터에 관한 것이 상관없다.⁴³⁾ 이 경우 직무질문에 대해서 변의무가 있는 자에 대해서는 진 거부권이 있음이 고지되어야 한다.

41) 국가인권위원회 2010 5 13일 결정. 국가인권위는 그 이유에서 “ 무상 이 절차를 통하여 확보된 소지 과 적재 각종 진 이 형사절차의 거가 되고 있으므로 범 에 등을 위한 단 한 경찰 행정 용을 어서 사 상 수사절차의 일부로도 기 하고 있다. 따라서 현행법상의 심 문은 대상이 되지 는 통행인 등에 대하여 범 에 등의 이유로 기본권을 제한하는 것이고 경 에 따라서는 형사절차와 직결될 수 있으므로 엄격하게 대상자의 동의에 거하여 진행되어야 할 것이다. 론 에 적으로 제적인 문이 허용된다고 하 라도 그러한 문은 목 전의 구체적이고 대한 위 을 하기 위하여 요하나 영장을 발부 을 적 여유가 없거나 사전영장을 을 수 없는 경 에 행해지는 행정상 제에 해당하는 경 와 같이 히 에 적인 경 에 한정되어야 할 것이다. 이러한 예 적인 경 가 아 한 제성이 있는 심 문은 영장주의의 준수, 진 거부권 고지 등 적법절차의 범위 내에서 이 어 야 한다. 개정안이 현행법상의 심 문을 직무 문과 신원확인의 두 영 으로 구 하여 로이 규정하고 있 라도 심 문의 이러한 기본적 성격과 한계가 함없이 적용되는 것이 국민의 기본적 인권의 대한의 보장을 위한 헌법과 법치주의의 요청에 부 된다”고 보 다.

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

43) Rachor, a.a.O., Rdn. 258. 문 은 자의 의무(Auskunftspflicht)를 인정할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 그러나 그러한 의무가 일 조항에 거해서 발 하는 것은 아니다. 그러한 의무는 , 그러므로 행위를 하지 는 것(Untätigkeit)이 위 (Gefahr) 구성요건을 하는 것을 전제로 한다. 그러나 행위를 하지 는 것은 어 법률이 행위(tätigerwerden)를 규정할 만 위 는 장해가 될 수 있다. 경찰일 조항은 그러한 의무를 함하지 는다. 이에 대해서는 vgl. Rachor, a.a.O., Rdn. 261.

2 개정안의 문제

가 불명확한 표현

개정안 제 조는 직무질문의 사유를 수상한 행동이나 그 의 주위사정을 합리적으로 하여 다음 각호의 어느 하나 라고 하여 질문하는 경찰관이 의로 할 수 있게 되어 있고 질문의 내용도 정되어 있지 않다. 수상한 행동 이라는 불명확한 문구는 제해야 하고 질문의 내용도 이 과 성, 주소, 국적 으로 한정하되 그 이상의 질문에 대해서는 생명과 신체, 자유, 재산에 대한 구체적인 위협을 방지할 적으로만 용하는 것이 당하다. 그러나 개정안의 직무질문규정은 구체적 의가 없어도 한 의심만으로 직무질문을 할 수 있도록 하고 있다. 이는 여행의 자유 거주이전의 자유를 제한하고 집회시위의 자유 표현의 자유를 제한할 수 있으 사적인 역에 대한 침해의 소지가 있다. 이는 자유로운 민주사회에 대한 중대한 위 이 될 수 있다.

제 조 1 호 어 한 죄를 지었거나 지으려 하고 있다고 의심할만한 이유가 있는 사람 어 한 죄 라는 표현도 매우 적이고 불명확하다. 형법상의 범죄 또는 생명, 신체, 자유, 재산에 관한 범죄라 지 하는 표현으로 명확히 할 필요가 있다.

의심할만한 이유가 있는 사람 이라는 표현도 주체인 경찰의 오류 또는 남용가 성을 용한다. 최근과 이 경찰의 성과주의 무와 결합할 때 이 규정은 더욱 문제가 될 수 있다. 신 을 제시하지 않거나 불심검문의 적이나 이유에 대한 명도 없는 경찰의 불심검문 를 볼 때 이 규정은 더욱 문제될 수 있다.

나 소지 검사

개정안 제 조 제2 은 검사대상 소지 을 위험한 건까지 확대하고 있는 이는 남용의 소지가 하다. 를 들자면, 히 집회시위의 자유와 관련된 유인 이나 피켓 의 소지도 경우에 따라서는 위험한 건으로 주되어 광범위하게 제한될 수 있다. 더구나 의심할만한 상당한 이유라는 표현과 결합하여 남용우려는 질 수 에 없다. 그런 의 에서 경찰청 수정의 에 무기, 기, 발 로 그 대상을 제한한 것은 다행이다. 독일의 집회법 제27조 1 의 입법례에서와 이 무기 또는 사람을 다치게 하거나 건을 훼손 할 만한 건으로 규정하는 것도 한 방법일 수 있다.

개정안과 리 현행법 제 조 에서는 불심검문 시 질문을 하는 경찰관의 안전을 위해 필요한 한도 내에서 기소지 여부에 대해서만 조사할 수 있도록 규정하고 있다. 이 규정은 원 국 연방대법원이 시한 원칙에서 유 한 것인 개정안 제 조 제2 과 제 은 경찰관에게 장 없이 광범위한 소지 검사 차 적재 을 검사할 수 있는

권한을 부여하고 있다.

국가인권위원회가 적절하게 하 이 소지 검사에 관한 개정안의 규정 제 조 제2 은 의심할만한 상당한 이유가 있는 경우 에는 기 이 에 그 의 위험한 건 의 소지여 부도 조사할 수 있도록 용함으로써 소지 검사를 할 수 있는 요건을 확대하고 소지 검사 의 대상 을 기나 무기에 제한하지 않고 위험한 건을 함시 소지 검사의 대상 범위를 대 확대하고 있다. 경찰청 수정의 에서는 위험한 건이 표현을 제하고 발 로 대체함 이로 위 규정은 일 의 조치로서 기소지여부에 대해 피검사만 할 수 있도록 한 이 원칙의 범위를 훨씬 벗어난 검사를 용하여 무상 장 없는 사 상의 수수 을 광범하게 용할 가 성이 있다.⁴⁴⁾

다 차 적재 검사

개정안 제 조 제 은 현행법에는 없는 차 에 대한 직무질문 차 적재 검사에 대 한 근거를 마련하고 있다.

이 규정에 따 면 경찰이 차 을 정지시 질문을 하고 필요한 경우 장이 없이도 차 의 적재 을 검사하도록 용하게 되는 이는 장주의에 반할 수 있다. 이 에 대해서 는 국가인권위원회도 적절히 지적하고 있 이 경찰의 의적인 에 따라 자동차검문의 대 상이 확대될 우려가 있고 사 상 장없는 무제한의 자동차 검문이 이루어질 가 성이 있 다.⁴⁵⁾ 또 하나의 문제는 이 규정에 진 거부권이 없다는 이다. 직무질문 적재 검사의 의절차라는 성이 제절차로 변질되지 않으려면 거부권이 명시되어야 한다. 다행히 이 후 경찰청 수정의 에서는 대상자의 의사에 반하여 확인할 수 없도록 규정하고 있으나 진 거부권이 있음을 사전에 고지하도록 하는 규정을 이 두어야 그 효성이 확보될 수 있다. 차 에 대한 불심검문의 경우는 여행의 자유를 제한하는 기 권의 제한이 따를 뿐만 아니 라 집회시위 표현의 자유를 사전에 봉쇄하는 수 도 될 수 있다. 이 럼 기 권을 제한하 는 결과를 하는 경우에는 헌법위반이 된다. 히 정부의 정 을 반대하는 집회로서 정부 가 원하지 않는 불법집회의 경우에는 집회를 사전에 봉쇄하는 경찰력이 이용될 가 성도 없지 않기 때문에 기 권제한을 최소화하는 절차와 수 에 의하여 행해져야 한다.

44) 국가인권위원회 2010 5 13일 결정.

45) 국가인권위원회 2010 5 13일 결정 참조. “이 규정은 경찰관이 “범인의 거를 위하여 요하다고 인정되는 상 당한 이유가 있는 ”에는 “ 약 등 공공의 안전에 위해를 수 있는 건”의 적재여부에 대해 조사할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이 규정은 경찰관의 의적인 판단에 따라 자동차 문을 할 수 있는 대상을 “공공의 안전 에 위해를 수 있는 건”으로 지 확대하고 있다. 이러한 규정에 따 , 사 상 경찰관이 영장에 의하지 아니 하고 자동차의 내부 , 적재 등을 아무런 제한없이 할 가 성이 려있다.”

(3) 신원확인 (개정안 제3조의 2)

1 법적 성질 요건

경찰관직무집행법 개정안은 새로이 신원확인제도를 신 하고 직무질문의 요건에 해당하는 자에 대하여 신원을 확인하고 신 제시를 요구할 수 있음을 규정하고 있다. 신원확인 신 제시요구는 이 규정이 없던 때에도 경찰 무상 이 행해져 왔으나 이는 법률 유보의 원칙에 반하는 무관행으로서 논 이 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 인 권에 대한 비 적 사소한 침해라고 볼 수도 있겠지만 후 침해를 유발하기 때문에 관련된 자에게는 한 의 를 가진다. 대개 신원확인의 대상이 되는 자의 인적사 이 전자정보 리시스템에 입력 으로 수 자인지 여부가 확인될 수 있고 그러한 검사결과는 상황에 따라서는 수 , 체 와 은 후 조치의 근거가 될 수도 있다.

신원확인은 구체적인 위험을 전제로 한다. 따라서 경찰은 구체적인 위험방지를 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 수 일 수 있는지 의문이 제기될 수 있지만 어 신원확인이 형사상 조사절차를 경감할 적으로 행하여진다 지 한 위 수 으로서 행하여진다 지 하는 것들은 경찰법상의 직무범위에 포함되어 있지 않는 표들이다.⁴⁷⁾

위험한 장소에서 신원확인을 할 권한은 경찰의 일제 의 근거로 주되기도 한다. 개 적인 신원확인에 비해 일제 의 경우 구체적인 위험을 필요로 하지 않고 행해진다 는 에서 문제이다. 그러나 일제 이 명시적으로 규정되어 있지 않더라도 범죄를 비, 음 , 행한다는 의 전제가 정당화될 수 있어야 한다.⁴⁸⁾ 비례성의 원칙은 일제 에 있어서도 당연히 수되어야 한다. 위험 의의 전 계 에서 일제 이 행해지는 경우 방적 ä 행위와 제적 행위가 서로 구 되지 않을 수 있다. 일제 은 주로 형사소추로서의 성 을 가질 수 있다. 그러기 때문에 독일 프랑 푸 트 행정법 원 사인 는 지 구체적인 의가 없다는 이유만으로 경찰법으로 보는 것에 대해 체계적인 관 에서 비 하고 있다.⁴⁹⁾

46) 국가인권위원회 2010 5 13일 결정도 같은 지로 판단하고 있다.

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

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

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

2 개정안의 문제

가 불명확한 표현 : 이 의 가 성

앞에서 보았 이 직무질문의 요건인 수상한 행동 , 어 한 죄를 지었거나 지으려 하고 있다고 의심할만한 이유가 있는 사람 의 표현은 매우 불명확하고 적이다. 이러한 요건이 그대로 신원확인 요건으로 되어 있다. 따라서 이 경우 의 주체인 경찰이 언제 어 서나 구에게 대해서 지 신원확인 의 경찰상의 통제조치를 할 수 있는 위험이 있게 된다. 그 결과 구체적인 의나 사건과 독 하여 사람을 통제하거나 근거와 이유를 불문하고 사람을 통제할 가 성이 있다. 이와 관련하여 독일에서는 이 이라는 이 으로 행해지는 인적 통제수 이 논 이 되었다. 이것은 신원확인의 권한을 새로운 구성 요건으로까지 확대하는 것으로서 대개 국경을 나 는 범죄를 방할 적으로 공공 통시 이나 도로에서 경찰이 마주치는 사람의 신원을 확인함으로 통제하는 것이다. 위의 새로운 권한에 기 한 이러한 신원확인제도는 어 동기 나 한 위험상황에 구 되어 있지 않고 관련된 자에게 뭔가 을 지울 수 있는 근거도 필요로 하지 않는 경찰침해라고 할 수 있다.⁵⁰⁾ 일정한 근거나 이 없는 도 구 지 그런 식으로 통제하는 것 은 위험해진 법익을 보호하는 것이 아니라 통제 는 자가 무해하다는 것 을 확인함으로 일반적인 위험에 대해 사전대비 하고자 하는 것이다. 적 으로 표현하면, 이 경우 어 사람이 집을 나 도로에서 이동한다면 그의 재가 위험 으로 주된다. 그러한 전체적인 통제가 성의 경 은 통제 는 자를 재적인 범위 반자 재적인 원인야기자 ö 로 만 다.⁵¹⁾

사람에 대하여 사건과 독 하여 통제 ä 하는 권한을 근거로 한 전형적인 통제조치는 사소한 기 권 침해이기 때문에 헌법적으로 수인될 수 있다고 보는 해도 있지만 이에 대해서는 독일 프랑 푸 트 행정법원 사인 가 적절히 지적하고 있 이 그러한 해는 옳지 않다. 사건 의와 독 해서 이루어지는 그러한 통제의 적경과를 보면 그것은 결코 사소한 일이 아니다. 그러한 통제는 이동의 자유 제한 뿐만 아니라 무시할 수 없는 시 상의 을 동반한다. 그 때문에 중대한 업무약 을 지 지 하거나 비행기를 놓칠 수 있다, 게다가 그가 자신을 명하지 하고 그의 진 이 신뢰 을만하지 않을 경우 경찰은 그를 경찰서에 동행할 가 성도 있고 경우에 따라서는 지 문 감식을 행할 수도 있다. 이 과정에서 관련자의 인 권침해가 있게 된다. 결론적으로 의와 무관하거나 사건과 무관한 인적 통제는 법치국가원리 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 부 주헌법재소는 일반 도로에 무는 자에 대한 침해권한이 세화되지 않은 주어지는 경우 헌법상 용되는 한계를 게 된다고 결다.⁵²⁾ 경찰상 요구되는 귀 연관성 이 결여되어 있다고 하 다. 199 년 월 14일 주 헌법재 소도 경찰장 야기자 ö 와 비야기자 ö 에 대한 법적, 사 적인 동 의 금지는 법치국가원리에서 나 다고 시하 다.⁵³⁾

범죄라는 불이익이 일정한 수 에 있을 때 일반적인 경찰상 사 가 발생하고 그 때문 에 그러한 조치가 수인되어야 하 경우에 따라서는 요구되기까지 한다고 주장할 수 있지만 독일행정법원 사인 에 따 면 그러한 상황은 재하지 않는다고 한다. 사건 의 와 무관한 통제조치들로 는 이익이 아마도 법치국가성 의 상 과 적정한 관계에 있지 않다고 한다. 이것은 통계상으로도 그 다고 한다.⁵⁴⁾

경찰이 개 적인 사건에서 위험상황 의상황을 가할 때 가질 수 있는 어려 은 자유 로이 조직된 공동체를 위한 대가로서 이해하여야 한다. 그러한 공동체에서는 경찰이 시민을 정지시 고 통제한다면 경찰이 그것을 정당화해야 하는 것이지, 시민이 경찰에 대하여 그가 그 을 가는 도중이었는지를 해명해야 하는 것이 아니다. 최소한 사 에 유사한 것 으로서 되는 조건하에서가 아니라면 법치국가는 이러한 논 부담 으로부터 벗어나서는 안 된다. 이러한 논 부담만이 신뢰할만한 권력제한 용과 그에 따 자유 를 확보하는 용을 한다.⁵⁵⁾

나 신 제시

개정안에서는 신 제시를 요구할 수 있다고 규정되어 있을 뿐 그에 대한 거부권 에 대해서는 규정이 없다. 그러나 만약 신 제시가 제되는 경우에는 제수사 계에서 인정 되는 진 거부권이 범죄수사와 구 되는 의적 수 인 직무질문에서는 인정되지 않는 결과 가 된다. 결국 의절차가 제절차로 변질되기 때문에 신 제시를 거부할 수 있도록 하는 규정을 두어야 한다. 그 지 않을 경우 헌법에 반할 것이다. 이러한 비 을 의식하여서인지 경찰청의 수정의 에서는 인의 의사에 반하여 신 제시를 요당하지 아니한다는 규정 을 두었다.

또한 개정안은 신 제시의 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 공 적으로 만들어진 자 에 따 공공도로나 국제 교통 에서 통제를 는 자들 가운 약 3 에서만 범 자가 발견되거나 범 가 발견되 다고 한다.

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

는 위해에 대하여 안다고 인정되는 사람에게까지 용하고 있어 시민의 사생 이나 기 적인 자유를 해칠 소지가 많다.

히 집회 시위의 경우에는 헌법상 보장된 집회 시위를 원천봉쇄하는 수 이 될 수 도 있으 로 독일 연방경찰법 제2 조 제2 호와 이 신체를 침해하거나 건을 상시킬 수 있는 무기 또는 건을 소지하고 있는 경우로 한정하는 규정을 도로 두어야 한다.

직무질문은 신 제시 신원확인으로 이어질 가 성이 고 신 이 없을 경우 의 동행으로까지 이어질 수 있다. 반 시 신 을 지 하여야 하는 사회는 우리의 경우 과거 조선시대나 독일의 경우 프로이 시대에나 가 한 일이었다. 더구나 신원확인이 곤 한 경우 에는 지문 까지 가 하도록 규정하고 있다. 이는 야만시대로 회귀하는 것이다. 따라서 가 적 형사상 중대한 범죄의 구체적인 의가 있는 경우에 신원확인 과 그에 따 지문 이 행해지도록 제한하는 것이 필요하다.

다 지문확인

신원확인이 다 방법으로 불가 하거나 현 히 곤 한 경우에는 지문의 동일성을 확인할 수 있다. 먼 신원확인이 경찰법상의 근거에 의해 이 용되는 것이 지문확인의 요건이다. 관련된 자의 신원을 리 확인할 수 없는 적인 경우에만 지문의 동일성을 확인하는 조치 가 해질 수 있다. 그러나 신원이 다 방법으로 확인될 수 없는 사례에서 지문확인조 치가 용되는 것은 아니다. 신원확인의 동기가 매우 사소하고 관련된 자가 잘 된 정보를 제공 다는 어 근거도 재하지 않는 경우 경찰은 그 신원이 확 하지 않더라도 이를 감수 하여야 한다. 이 경우 그러한 불이익 조치에 의해 괴로 을 당하지 않을 개인의 이익이 경찰 업무수행에 대한 공적인 이익보다 우선한다.⁵⁶⁾

사 경찰관직무집행법 제 조의 2에서 립 신원확인을 적으로 지문의 동일성을 확인하 는 것은 의절차로서의 신원확인의 범위를 는 것으로서 의절차에 적합한 수 이 아니 다. 론 대상자의 동의가 있는 경우에는 용될 수 있으나 이 경우에도 남용의 소지가 있 고 굳이 그 계까지 신원확인을 할 필요성이 있는지는 의문이다. 따라서 지문확인 은 과 금지원칙에 반하고 개인의 자기정보결정권을 침해하는 위헌적인 성 을 가지 로 제되어 야 한다.

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

(4) 임의동행

가 의성 요건

시민의 입장에서 볼 때 경찰의 임의동행 요구는 그 자체만으로도 위 적일 수 있다. 따라서 임의동행 자체는 원칙적으로 용되어서는 안 될 것이다. 다만, 중대한 범죄의 구체적인 위험이 있을 경우에만 적으로 국민의 기 권에 대한 최소한의 제한에 그치는 것을 조건으로 하여 임의동행을 용할 수 있을 것이나 이 경우에도 임의동행은 어 까지나 의적인 것이어야 하고 제성이 있어서는 안 된다.⁵⁷⁾ 따라서 임의동행요구를 은 상대방은 동행요구를 거절할 수 있으 경찰관은 동행요구를 할 때 거절할 수 있음을 상대방에게 려야 한다. 개정안에 이러한 내용이 함된 것은 임의동행의 의성에 비추어 당연한 것이다.

제 조의 제1 2호 질문이나 신원확인하는 것이 통에 방해가 되는 경우 의 경우 지 통방해를 이유로 임의동행을 요구하는 것은 지나친 것이다. 제함이 마땅하다.

나 변호인의 여권보장

또한 동조 제4 의 동행에 따 질문과정에 변호인의 여가 없더라도 가 한 정당한 사유를 굳이 대통령령으로 따로 정할 필요가 있는지 의문이다. 개정안이 동행하여 조사를 할 때 현행법상 없는 변호인의 조력을 을 권리를 인정한 것은 헌법상 보장된 신체의 자유의 지 상 당연한 것을 명문으로 규정한 것이다. 그러나 변호인이 상당한 시 내에 여하지 않는 대통령령으로 정하는 정당한 사유가 있을 경우에는 를 인정하게 되면 대통령령으로 정하는 내용에 따라 자 변호인 여권이 제한될 가 성도 있다. 따라서 대통령령에 규정하기 보다는 법률에 명시적으로 그 사유를 엄 하게 한정하는 것이 당하고 사유에 해당하더라도 변호인이 여할 때까지 기다리되 변호인이 여하지 않는 경우 질문과정에 법정대리인 의 여라도 보장할 필요가 있다.

그리고 임의동행 예도 시 까지 붙들어 들 이유가 없다. 1999년에 개정된 이 조 은 그 이전으로 아가야 한다.

4. 보호조치 등의 경우 지문채취 등 신원확인 규정(개정안 제4조)

개정안은 현행법상 규정되어 있지 않은 보호조치대상자에 대한 신원확인 조 을 신 하고 소지 검사, 위험 건의 시보관, 지문 , 사진 을 용하고 있다.

57) 임의동행에 있어서 의성의 판단은 동행의 과 장소, 동행의 법과 동행거부의사의 유무, 동행 이후의 조사 법과 거의사의 유무 등 여러 사정을 종 하여 객관적인 상황을 기준으로 하여야 한다. 이에 대해서는 헌법재판소 2001. 9. 27. 2001헌 377 결정; 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다35155 판결 참조.

구호 보호조치 을 위한 신원확인 의 필요성이 인정된다고 할지라도 지문 나 사진 은 개인의 정보자기결정권과 상권을 침해할 수 있다. 히 개정안 제4조 제1 1호 에는 에 한 자가 구호대상자로서 포함되어 있는 이러한 주 자에 대하여 신원확인을 위하여 지문 나 사진 을 용하는 것이 과연 당할 것인지 심히 의문이다. 이는 주 로 인한 의식불명을 기화로 장 의식이 회 될 것이 확 한 자의 상권과 인 권을 침해하는 것이 이 규정의 구호 보호조치의 입법 지와도 전혀 부합하지 않는다. 지문 나 사진 이 구호 보호조치를 위해 불가피한 조치도 아니 로 이는 제한이 당하다.

제4조 1 2호에서는 자 을 시도하는 사람도 보호조치의 대상으로 규정하고 있다. 그러나 자 위험이 있는 경우라도 지 적인 경찰 유치는 있을 수 없다. 그리 로 권한있는 기관의 한 도 이 있을 때까지 또는 자 위험이 있는 자가 제한없이 자기 적인 결정을 할 수 있음을 확인할 때까지 시 한 생명의 위험에 대한 시방어가 문제될 뿐이다. 독일의 경우 위험에 빠진 법익의 소지자가 도 을 거부하고 그 스스로 그 법익을 할 권한이 있는 경우에도 이를 돕도록 경찰법으로 요해서는 안 된다고 한다. 자 위험이 있는 자를 유치하는 권한이 그 자의 인식이 한 정신적인 결정 력을 고려하지 않고 적용된다면 규범의 적이 곡된다. 그리하여 자 하려는 자를 유치장에 가두는 독일 주 경찰법 제22조 1 2 호 의 규정에 대해서는 헌법적으로 의문이 제기되고 있다.⁵⁸⁾

5. 위험발생의 방지(개정안 제5조)

이 조 은 경찰상 일반조 또는 개 적 수권조 으로 보기도 한다.⁵⁹⁾ 일반조 을 근거로 하는 경찰의 조치는 구체적인 위험의 재를 전체로 한다.⁶⁰⁾ 위험방지와 관련한 제 조도 역시 다음과 은 에서 문제가 있다.

먼 도의 혼잡 이 표현은 매우 불명확하다. 천재, 사변, 인공구조 파 이나 붕괴, 통사고, 위험 발, 위험한 동 현 에 도의 혼잡이 무 을 의 하는지 확 하지 않고 그 의 위험한 사 라는 표현도 불명확하다.

58) Liskan/Denninger, C. Rdn. 49. 그러나 인 엄의 심은 가 하는 자 (Autonomie)이다. 자 적인 결정으로 행위하는 것을 국가가 지하는 것은 비록 그것이 어 다 법 을 해하지 라도 기본법 제1조 1항 3항과 결 한 제2조 1항에 대한 위 이다. 이러한 보호의무관 이 연 행정법원의 판결의 기 가 되어있는 이에 의하 이 바 (Peep-show)는 를 하는 자의 인 엄을 보호하기위하여 지되어야 한다고 한다. 인 엄은 개인이 기할 수 없는 객관적이고 도 가한 가치라고 한다. 그러나 연 행정법원이 원용하는 연 헌법재판소는 어 에서 도 인 의 엄과 을 절대화하지 다. 경찰은 인 이 자신의 기본권을 기하는 것으로부터 보호해야 하는 것이 아니라 제3자에 의해 위 해 보호상 로부터 보호해야 한다. 그러한 보호를 원하지 는 자는 자신의 권 리를 기하는 것이 아니라 보호청구권(Schutzanspruch)을 기하는 것이다. 이에 대해서는 Liskan/Denninger, C. Rdn. 51 f.

59) 손재영, 앞의 논문 참조.

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

제 조 1 제2호의 류라는 표현도 적절하지 않다.⁶¹⁾ 매우 한 사 라 하더라도 위해를 입을 우려가 있는 사람을 보호 또는 피난시킬 수 있는 것이지 류하는 것은 당사자의 의사에도 불구하고 제로 체 , 감금할 수 있는 여지를 주는 표현이 로 제하 지 보호 의 표현으로 꾸어야 한다.

위험발생의 방지와 관련하여 개정안은 제 조 2 에서 대 첩 전 수행이나 소요사 의 진 을 위하여 필요한 경우 국가중요시 에 대한 근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있도록 규정하고 있다. 대 첩 전수행이나 소요사 라는 표현이 갑자기 나오는가? 대 첩 전의 수행은 전 경찰의 업무이기 때문에 그 다 치더라도 이 소요사 가 제1 의 위험한 사 라는 표현과 어떻게 다 가?

소요사 라는 용어는 매우 호하여 자의적인 해 에 의해 히 정부 여당의 정치적인 안전에 대한 국민의 정당한 의사표시로서 집회시위의 자유를 제한할 수 있게 하는 근거가 될 수 있다. 지난 2008년 국산 쇠고기 수입을 반대하는 촛불집회에서 광범위한 통행금지로 인 권침해 논 이 있었던 사례에서 보 이 소요사 라는 용어는 호하여 남용가 성이 다. 따라서 제하여야 할 것이다.

6. 유치장(개정안 제9조)

(1) 법체계의 문제

개정안은 현행법이 경찰서에 유치장을 둔다는 규정만을 두고 있는 것과 리 유치인에 대한 신체검사, 소지 검사, 위험한 건의 제 요구를 규정하고 있을 뿐만 아니라 수갑· 승 의 경찰장구를 사용하여 제력을 행사할 수 있게 하 다. 우리의 경찰서 유치장에는 기결수와 결수가 구 되지 않고 수용되고 있고 한 위험방지차원에서 보호되는 자도 이 수용될 가 성이 있어서 문제이다.

독일 경찰법은 생명, 신체에 대한 위협으로부터 사람을 보호할 적이나 범죄 질서위반 행위의 방지를 적으로 하는 자유제한 또는 자유 탈의 한 형 로서 감금 또는 유치, 을 규정하고 있을 뿐 우리의 경찰관직무집행법의 규정과 은 유치장에 관한 규정을 경찰법 안에 함하고 있지 않다.⁶²⁾ 독일 경찰법상 유치 또는 감금 에 대한 규정은 관할 법관의 결정을 요건으로 하 감금조치에 대한 이유 권리구제방법의 고지 을 내용으로 하고 있다. 히 독일연방경찰법 제41조 에 의하면 수감된 자가 기결수나 결수

61) 2. 긴급한 경 에는 위해를 입을 러가 있는 사람을 요한 한도에서 류하거나 는 것.

62) 일연 경찰법(BPolG vom 31. Juli, 2009) 제39조 이하; 라인- 주 경찰법(PolG NRW vom 25. Juli, 2003) 제35조 이하 등.

U 와 리되어 수용되어야 하 그의 동의없이 기결수 나 결수와 동일한 공 에 수용되어서는 안 된다고 규정하고 있다. 노 트라인 베스트팔 주 경찰법 W 은 남녀가 리되어 수용되어야 한다는 내용을 함하고 있고 수용자는 자유 탈의 적과 유치장에서의 질서가 요구하는 제한만 부담한다고 규정하고 있다.

위와 은 독일의 사례를 볼 때 『경찰관직무집행법』이 유치장에 관한 규정을 들뿐만 아니라 유치인에 대한 신체검사, 소지 검사, 위험한 건의 제 요구 을 규정하고 있는 것은 경찰법 체계상 문제가 있다. 따라서 수형자 결수용자에 대해서는 『형의 집행 수용자 우에 관한 법률』에 따라 우하는 것이 당하다. 동법에 의하면 결수용자는 형사피의자 또는 형사피고인으로서 체 되거나 구 장의 집행을 은 사람 동법 제2조 2호 을 하 로 위험방지나 범죄 질서위반방지를 적으로 하는 자유를 제한당하거나 탈당한 자에 대해서는 수형자 또는 결수용자와 리 우하는 것이 당하다. 따라서 개정안보다는 현행법의 내용대로 유치장을 둔다는 내용만 두고 신체검사 의 내용을 함한 신 내용을 기하 지 아니면 독일 경찰법과 이 수형자 또는 결수용자와 구 되는 우내용을 규정하는 것이 필요하다.

(2) 개별적인 문제점

가 소지 검사 위험한 건의 제 요구 동조

개정안에 새로이 규정된 소지 검사와 위험한 건의 제 요구는 자 하면 제적인 검사 제 요구로 변질 될 수 있으 로 위험한 건의 범위를 정하고 구체적인 위험이 있는 경우에만 필요최소한의 범위에서 용하여야 한다. 위험한 건과 관련해서는 히 안경이나 여성들의 레지어 이 문제된 있다.

대, 2008년 8월 1 일 국산 쇠고기 수입반대 촛불집회에서 연행되어 경찰서 유치장에 수용된 여성 유치인들에게 경찰이 자 위협성을 이유로 지어를 탈의하게 한 사건과 관련하여 국가인권위원회는 지어를 탈의하게 한 후 아무런 보 적 조치 없이 약 48시 을 유치장내에서 생 하게 하고 경찰조사를 도록 한 것은...인 권을 침해한 것 이라고 다. 국가인권위는 그러나 여성유치인이 지어를 탈의하게 함으로 는 피해는 탈의 자체로 인한 인체의 건 과 관련된 것이 아니라 탈의의 결과로 성적수치심과 멸감을 주게 하는 것이 문제의 이라고 보고 경찰청장에게 지어 탈의요구 시 그 지를 히 이 해할 수 있도록 명하고...탈의한 후 성적수치심을 느끼지 않도록 하는 보 조치를 구하고...관련규정을 개정할 것 을 권고한 있다.⁶³⁾

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

안경과 관련해서도 국가인권위원회는 안경은 유치인에게 눈과 은 기 을 하는 이기 에 한 소 을 피우지 않았을 경우 안경의 회수는 헌법상의 인 업의 가치, 행 추구권, 신체의 자유를 침해하는 행위라고 다.⁶⁴⁾

나 유치인의 신체검사 제

개정안은 유치장에서 유치인의 신체검사조 을 신 하고 있다. 그러나 이러한 법률상의 근거를 두는 것이 신체유형과 내용의 신체검사를 용하는 것은 아니다. 비록 신체검사에 관한 법률상 근거가 있다 하더라도 피의자들에게 육감과 수치심만을 안 주는 수 과 방법으로 시되는 과도한 신체수 은 헌법 제12조의 신체의 자유, 제10조의 인 으로서의 업 과 가치 행 추구권 의 기 권을 침해하는 것으로서 용될 수 없다.⁶⁵⁾ 헌법재 소는 신체검사에 대해 수용자의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고 유치장 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 기 위험 이나 반입금지 의 소지·은닉 여부를 조사하는 것으로서, 위 적에 비추어 일정한 범위 내에서 신체수 의 필요성과 당성은 인정된다 면서도 그 적 성을 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 또한 수용자의 명 나 수치심을 함한 기 권이 침해되는 일이 없도록 히 려한 상당한 방법으로 이루어져야 한다고 시 다. 정 신체검사에 대해 헌법재 소는 수용자가 신체의 은 한 부위에 기 위험 반입 금지 을 소지·은닉한 입소할 가 성이 있다고 되 다 방법 대 부로부터 의 관찰 또는 진에 의한 검사 으로는 위 을 도 히 찾아내기 어 다고 불만한 합리적인 이유가 있고 수용자에 대한 기 권 침해의 여지를 최소화하는 수 과 방법으로 시되는 경우에 한하여만 용된다고 하 다.

또한 유치인의 신체검사와 관련하여 개정안은 대통령령에 적으로 위 하고 있으나 신체검사의 방법은 유치인의 기 권과 관련되 로 법률유보의 원칙에 따라 가 한 한 법률로 규정하되 시행을 위한 세부사 만을 대통령령에 위 하여야 한다.

다 수갑· 승 제력 행사 제

그리고 개정안이 수사 중에 있는 자로서 결이 확정되지 않은 자에 대하여 까지 수갑· 승 을 사용하고 제력을 행사할 수 있게 한 것은 형사소송법상 무죄추정의 원칙에 반하는 것으로서 용되어서는 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. 2000헌 327 결정.

수갑을 쓴 것은 도주·자해 방지, 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 거의 제 상당한 이유가 있을 때에만 수갑 을 제한적으로 사용할 수 있도록 규정한 경찰관직무집행법 피의자유치 호송규칙 을 위반 으 헌법 제10조 제12조에 보장된...인 권 신체의 자유를 침해한 것 이라고 다.⁶⁶⁾ 헌법재 소도 도주나 행, 소요 또는 자해, 자 의 위험이 구체적으로 러난 상 에서 이를 제거하기 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서 계구사용을 용하고 있다.⁶⁷⁾

라 유치인의 권리 위 제7

또한 개정안은 유치인의 권리에 대하여 법률에 명확한 규정이 없이 대통령령에 적으로 위 하고 있어 제9조 7 유치인의 권리를 보장하기 보다는 권리를 제한하는 근거로 용될 가 성이 다. 무 보다도 경찰서 유치장에 유치된 결수용자는 기결수와는 그 우에 있 어서 구 되어야 한다. 따라서 결수용자 우에 관해서는 현행 『형의 집행 수용자 우에 관한 법률』에 의하여 결수용자의 기 권을 보장하도록 하여야 한다.

7. 경찰장비의 사용에 관하여(개정안 제10조)

(1) 최후수단(Ultima Ratio)으로서 무기의 사용

경찰에 의한 무기 사용의 절차나 질적인 전제조건은 다 제수 에 비하여 리 규정 되어야 한다. 경찰의 가장 력한 침해수 으로서 총기 무기의 사용은 최후의 수 이다. 따라서 경찰은 먼 다 조치가 가 한지 신중히 검토하여야 하고 다 조치가 가 할 때는 무기를 사용해서는 안 된다. 또한 경찰이 무기를 사용하기 전에는 먼 경고를 하여야 하 무기사용경고를 기히는 것은 엄 한 요건 하에서만 용된다. 히 군중 의 사람에 대해 무기를 사용할 때는 없이 경고하여야 한다. 그리고 경찰의 무기사용이 위협발생과 무관 한 비 가자 U 를 위 게 할 고도의 개연성이 있는 경우에는 원칙적으로 무기사 용이 용되지 않으 히 군중 에 있는 위협발생과 무관한 자에 대한 무기사용은 원칙적 으로 금지된다.⁶⁸⁾

(2) 개정안의 문제점

개정안이 제10조 1 서에서 인명이나 신체를 해칠 수 있는 경찰장비는 필요한 최소한도

66) 국가인권위원회 2003. 3. 3.자 02진인1033 결정.

67) 헌법재판소 2005.5.26. 2004헌 49.

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

에서 사용하도록 하고 있는 것은 비례원칙을 지 지 않고 장비를 사용하는 경우가 빈번 던 그 동안의 경찰 무를 볼 때 당연한 것을 규정한 것이다. 이것은 경찰의 법치국가적 정당성의 토대가 된다. 이러한 내용을 규정한 것은 정적으로 가할 수 있으나 앞으로 무에서 경찰이 이 원칙을 제대로 지 는 것이 더 중요하고 이 원칙을 지 지 않았을 경우 그에 따 을 문도록 하는 것이 당하다.

개정안은 경찰장비의 류를 제10조 2 에 규정하고, 장비의 사용기 에 대해서는 대통령령 경찰장비사용기 에 관한규정 에 규정하고 있으나 경찰장비의 사용은 국민의 신체를 침해하여 국민의 기 권을 직 적으로 제한하기 때문에 대통령령이 아니라 법률에 류 사용 기 을 명시하는 것이 당하다. 그 지 않을 경우 우리 헌법재 소도 아들이고 있는 질 성이론을 토대로 하는 법률유보의 원칙에 반하게 된다.

개정안 제10조 제 은 최루제 그 발사장치를 새로 도입하거나 변경하는 경우 공청회를 개최하고 국회에 안전성검사 보고서를 제 하도록 규정하고 있으나 그 대상을 최루제 이 의 장비에까지 확대할 필요가 있다.

8. 분사기 등의 사용(개정안 제10조의 3)

개정안은 일정한 경우 최루탄 사기 사용을 명시하고 있는 , 최루탄이 인체에 상당한 해를 끼치는 성 이라는 지적이 있는 만큼 그 사용을 필요최소한으로 제한하여야 할 것이다. 그러한 의 에서 개정안이 히 불법집회를 최루탄 을 사용할 수 있는 대상으로 하여 적으로 규정하고 있는 것은 문제이다. 신고집회의 경우도 불법집회로 합되기 때문에 력의 사용여부와 관계없이 최루탄의 사용을 용하는 근거가 될 수 있고 최루탄 사기 의 사용요건도 매우 추상적으로 규정되어 있다. 따라서 집회시위와 관련해서는 헌법상 보장 된 집회 시위의 자유를 제한하지 않는 범위 내에서 대상이 되는 집회시위를 구체적으로 제한하고 최루탄 사기 사용 시 지 위험발생의 방차원이 아니라 집회시위로 인한 구 체적 피해발생가 성을 사용요건으로 하는 으로 그 요건을 명확히 규정하여야 한다.

9. 벌칙에 관하여(개정안 제12조)

개정안은 경찰관직무집행법에 규정된 경찰관의 의무에 위반하거나 직권을 남용하여 다 사람에게 해를 끼친 자에 대하여 현행법과 리 1년 이하의 역이나 금고 에 00만원 이 하의 벌금형을 추가하고 있다. 이 경우 경찰관의 의무에 대해 구체적인 규정이 없음에도 불 구하고 그 의무위반을 다 는 것도 문제이고 의무위반에 대해 벌금형으로만 기소할 경우 동

법의 효성이 반감될 수 있으므로 개정안에 대한 민변의 의서에서 지적하 이 동 법안에 경찰관의 의무규정을 구체화하고 그에 따라 벌규정을 세 화할 필요가 있다.

경찰관의 직권남용의 경우에는 다 공무원의 직권남용보다 중대하게 다루어야 함에도 불구하고 형법상 직권남용죄의 형 보다 낮게 규정하고 있는 , 직권남용을 범한 경찰관에 대해 벌을 면제하는 방 으로 해 될 소지가 있는 다 사람에게 해를 끼칠 것을 구성요건으로 하는 것은 문제가 있다. 따라서 직권남용죄의 형 을 상 조정하고 형법상 직권남용죄의 구성요건과 동일하게 규정할 필요가 있다.

IV. 결론

현 정부 들어 자유의 과 민주주의에 역행하는 조치들로 인하여 우리 사회는 다양성과 창의성이 되고 다시 과거로 회귀하는 한 현상들이 나 나고 있다. 경찰법과 관련하여 볼 때 이는 세계적인 현상인 하다. 러와 조직범죄 위험이 대함에 따라 반러법 제정을 통해서 그러한 위험을 방지하려는 직 이 최근 세계 각국에서 일어났다. 사 이러한 위험 대와 그에 대 한 법제정시도는 신자유주의의 세계화로 인한 갈 이 에 한 시 과 무관하지 않다. 이는 자 주의 세계에서 그만큼 갈 이 첨 화되고 있다는 거이기도 하다.

최근의 경찰법제는 이러한 경 을 반 하여 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지나 위험의 사전대비를 위하여 적절한 것으로 보이는 경우 경찰의 직무수행을 게 하기 위해 구에게 나 정보제공을 통한 력이나 통제에 대한 수인 의 경찰상 의무가 있는 것으로 만들려고 시도한다. 이것은 이 위험의 사전 계 에서 위험을 이기 위하여 기 권 을 희생시 는 것이라고 할 수 있다. 이에 따라 법치국가적 기 기 권보호기 을 하는 위험개 자체가 위험해지고 있다. 이에 따라 구체적인 위험이 재하지 않더라도 현행법을 근거로 일련의 경찰조치들이 해지게 된다. 결국 위험한 행위 상 와 관련이 없는 제 자, 사람이 경찰 경찰 통제의 대상으로 전 하고 심지어 재적 범죄자로 되 최 적으로 남는 것은 경찰의 권한 화이다. 이러한 경 이 심화되면 될수록 문명사회에서 그 동안 발전해 경찰법의 대원칙들은 무 지게 된다.

경찰관직무집행법 개정안의 내용들은 공공의 안녕과 질서유지를 명 으로 하고 있으나 상은 국민의 행동과 사생 표현의 자유 기 권을 제한하고 적법절차의 원칙, 장 주의에 반하는 위헌적이라 하지 아니할 수 없다. 개정안은 신원확인, 유치장에서의 신체

검사, 위협 제 요구 의 근거를 신 하는 새로운 수 을 명시적으로 도입하고 있다. 그러나 새로운 침해수 이 도입되면 지금의 수 으로는 하지 않는지 경험적으로 납 할만한 근거가 있어야 할 것이다. 그리고 새로운 수 을 기할 수 없는지 적절한 이유가 제시되어야 할 것이다. 이러한 에서 볼 때, 현행법에 있는 기 의 수 들로도 경찰 업무를 수행하고 위협을 방지하는 부족하지 않는 도 불구하고 경찰관직무집행법 개정안 에 새로운 수 들을 신 하고 경찰의 권한 화를 시도하는 것은 납 할 수 없다. 따라서 개정안은 시 회되어야 하 굳이 개정을 하려면 국민의 인권보장을 화하는 방 으로 새로이 논의하여야 한다. 안전을 위해서 자유를 기하는 경우 안전마 도 보장할 수 없게 된다. 안전은 자유를 위해서 필요하 들은 선택사 이 아니다. 양자는 동 하게 병행하여야 하 이 두 가지 이익은 신중한 형 을 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 무를 규정하고 있는 「경찰관직무집행법」¹⁾에 대한 개정 논의가 국회에서 다시금 진행되고 있다. 경직법 개정에 대한 열한 논은 그 의 국회에서의 법안발의와 언론의 관심을 통해서도 확인할 수 있다. 2008년에만 정부안을 포함 8건의 경직법개정안이 발의되었으, 2009년에도 7건의 개정안이 발의된 있다. 2010년 4월 28일 국회 행정안전위원회에서는 기 발의된 1건의 개정안을 통합·조정한 위원회 대안을 마련, 현재 법제사법위원회에 계류 중이 비로소 경직법 개정 업이 적으로 추진되기에 이 났다.

경직법 개정에서 가장 큰 은 의심의 여지없이 불심검문이다. 경직법은 전이후 일 의 「경찰관직무집행법」을 방하여 제정되었고, 이 과정에서 일 법상의 직무질문이라는 용어를 불심검문으로 대체하면서 그 내용을 그대로 수용하 다. 현행 경직법상의 규정을 문리적으로 해 하는 경우 국민에게 한 부담이나 수인의무를 부과하지 않는 의적인 경찰상 사 행위로 해 함이 당하다. 이는 후 하는 와 이 대부 의 선진국가에서 경찰의 제적인 불심검문권을 인정하고 있는 것과 비 할 때, 사회의 안전과 질서유지 보다는 국민의 기 권 보장 면으로 무게중심을 쏠려있는, 어찌 보면 비 법적 면에서 상대적으로 인권친화적인 법제라고도 가할 수 있을 것이다. 그러나 법이 적용되고 있는 현 은 반 시 그러하지는 않다.

불심검문을 사 상 수행함에 있어 의 용이라는 그 연의 지가 되지 않는다면, 인권침해의 논 이 제기될 여지도 지 않다. 그러나 공공의 안전과 질서유지, 범죄의 방과

1) 이하 경직법이라 한다.

검거의 무를 수행하는 경찰의 입장에서는 의적 형식의 불심검문의 효성에 대한 의문과 공권력의 소 적 무력화 현상을 우려하여 불심검문의 화를 추진하고자 하 , 학계에서도 최근 제적 신원확인 절차의 도입에 대한 반논의가 제기되어 왔다.²⁾ 비록 현재 검토 중인 개정안이 기 의 의적 불심검문의 원칙에 변화를 가져오지는 않으나, 불심검문의 의성과 제성에 관한 논 은 이 법안을 통해서 전히 결되는 것은 아니다.

이에 고에서는 의적· 제적 불심검문에 관한 논의를 함하여 현 입법안에 대한 법적 가와 법제도의 현 적 수용력을 제고하기 위한 가지 대안을 제시하고자 한다. 불심검문에 관한 많은 선행연구가 있음에도 불구하고, 제로 국이나 국을 비롯한 주요 국가들의 불심검문에 관련한 최근의 법제나 레를 제대로 반 한 자료는 할 수 없었다. 이에 비 제도적 면에서 국의 사례도 소개하고 시사 을 찾아보고자 한다.

II. 그간의 논의와 개정안의 주요내용

불심검문 제도개선과 관련하여 입법적 논의의 중심은 그 제성에 있다. 2004년 8월 12일 경찰청에서는 불심검문에 불 하는 경우 20만 원 이하의 벌금·구류·과료로 벌하는 법개정을 검토하 으나 여론의 반대로 러 무산되었다.³⁾ 이후 2008년 4월에도 2008~2009 치안정 행계 을 수 , 불심검문 불 시 형사 벌 하는 방안을 다시금 고려하 으나 여론에 려 결국 이러한 입장을 회하고, 결국 제성을 제한 의적 불심검문을 구체화하는 법개정이 현재 진행되고 있다.

현재 법제사법위원회에 회부된 경직법 개정안 중 불심검문과 관련한 주요내용은 다음과 다. 우선 일 식 표현인 불심검문이 용어를 직무질문으로 변경하고 불심검문이 진행되는 절차에 따라 직무질문, 신원확인, 동행요구로 세 화하 다. 둘째, 불심검문의 대상자를 범 죄관련자 뿐만 아니라 위해에 관한 사 을 아는 자까지 함하 다. 셋째, 소지 검사와 관련하여서는 그 범위를 기 에 무기 위험한 건까지 확대하고, 자동차·선 에 대한 검문 근거규정을 신 하 다. 째, 불심검문시 신 제시의무와 관련하여, 제 착용자의 신 제시의무를 원칙적으로 면제하고 상대방의 요청이 있는 경우 표를 제시하도록 한다

2) 제적 신원확인에 성하는 입장으로는 김 수, “ 심 문의 성 확보와 인권보호의 조화 인”, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 160 이하; 성 재, “ 심 문 심자의 의무에 대한 법적 ”, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 191 이하. 대하는 입장으로는 이호 , “경찰관직무집행법상 심 문제도의 개정논의에 대한 비판적 고찰”, 형사 법연구 제21권 제3호, 2009, 105 이하; 김호기, “신원확인 제도와 행위 의 원칙”, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 218 이하.

3) 연 , 2004.8.12.

이상 제 3 조 제1 .⁴⁾ 다섯째, 범죄 의자 에 대한 신원확인을 위해 신 명서의 제시요구를 할 수 있는 근거를 마련하고, 신원확인이 불가 한 경우에는 연고자에게 연 하거나, 지문의 동일성을 확인하는 방법 으로 필요한 신원확인을 할 수 있도록 하는 내용을 담고 있다.⁵⁾ 여섯째, 의동행을 할 때에는 동행요구를 거절할 수 있다는 을 고지하도록 하고, 동행에 동의한 사람 또는 그 법정대리인, 우자 의 신청이 있는 경우 동행에 따 질문 과정에 변호인을 여할 수 있도록 근거를 마련하 다. 또한 의동행의 요건에 현장에서 대상자의 신원확인이 불가 하거나 현 히 곤 한 경우를 추가하 다.⁶⁾

- 4) 개정안 제3조(직무 문) 경찰관은 수상한 행동이나 그 의 주위 사정을 리적으로 판단하여 다 각 호의 어 하나에 해당하는 사람을 정지 문할 수 있다.
1. 어 한 를 지 거나 지으려 하고 있다고 의심할 만한 이유가 있는 사람
 2. 이미 리 거나 리지려는 범 나 위해에 관하여 그 사 을 안다고 인정되는 사람
- 경찰관은 제1항 제1호에 해당하는 사람에게 문을 할 에 의심할만한 상당한 이유가 있는 경 무기, 기, 그 의 위 한 건의 소지여부를 조사할 수 있다.
- 경찰관은 범인의 거를 위하여 요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 에는 차량·선박 등을 정지 운전 자 승자에게 문할 수 있으 , 무기, 기, 약 등 공공의 안전에 위해를 수 있는 건의 적재 여부 등 을 조사할 수 있다.
- 경찰관은 제1항부터 제3항 지의 규정에 따 문 는 조사를 할 에는 제 을 용하거나 신 을 표 하는 표를 제 하 서 소속과 성 을 히고, 그 목적과 이유를 하여야 한다. 이 경 상대 의 요청이 있는 에는 제 을 용한 경찰관도 신 을 표 하는 표를 제 하여야 한다.
- 제1항부터 제3항 지의 규정에 따라 문을 은 사람은 형사소 에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하 , 그 의사에 하여 을 요당하지 아니한다.
- 5) 개정안 제3조의2(신원확인) 경찰관은 제3조제1항 는 제3항에 따라 문을 하는 경 에 대상자의 신원 는 거 주사 을 확인하기 위하여 주민등록 , 운전 허 , 그 에 신 을 할 수 있는 서의 제 를 요구할 수 있다.
- 경찰관은 제1항에 따 신원확인이 다 법으로는 가 하거나 현 히 한 경 에는 연고자에게 연 을 하거나 대상자의 동의를 어 지문의 동일성을 확인하는 법 등으로 신원을 확인할 수 있다.
- 6) 제3조의3(동행요구) 경찰관은 제3조에 따 직무 문과 제3조의2에 따 신원확인을 할 에 다 각 호의 어 하나에 해당하는 경 에는 대상자에게 부 의 경찰서·지구대· 소 는 장소(이하 "경찰관서"라 하되, 지 해 경찰관서를 함한다)에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경 경찰관은 대상자에게 동행 요구를 거절할 수 있 을 려야 하 , 대상자는 동행요구를 거절할 수 있다.
1. 대상자가 현장에서 문 는 것을 원하지 는 경
 2. 문이나 신원확인하는 것이 교통에 해가 되는 경
 3. 현장에서 대상자의 신원확인이 가 하거나 현 히 한 경
- 제1항에 따라 동행을 요구 은 사람은 형사소 에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하고 의사에 하여 을 요당하지 아니한다.
- 경찰관은 제1항에 따라 동행을 한 사람의 가 는 지 등에게 동행한 경찰관의 신 , 동행 장소, 동행 목적과 이유를 리거나 본인으로 하여 연 할 수 있는 기회를 주어야 하 , 호인의 조 을 을 권리가 있 을 려야 한다.
- 경찰관은 제1항에 따라 동행을 한 사람 는 그 법정대리인, 자, 직계 , 형제자 등의 신청이 있는 경 호인을 동행에 따 문 과정에 참여하게 하여야 한다. 다만, 호인이 상당한 내에 참여하지 는 등 대통 으로 정하는 정당한 사유가 있는 경 에는 그러하지 아니하다.
- 경찰관은 제1항에 따라 동행한 사람을 6 을 과하여 경찰관서에 게 할 수 없다.

III. 불심검문의 성격에 대한 법적 검토

1. 의의

널리 알려진 바와 같이 불심검문의 법적 성격에 관해 행정경찰 용과 사법경찰 용, 이원, 병유 이나 어져 있다. 불심검문의 법적 성을 논의하는 것은 그 학적 의뿐만 아니라 불심검문의 입법적 개선을 위한 기적 자리매김의 성을 가지고 있다는 에서 그 의의가 다. 불심검문의 사법경찰 용으로의 성을 조하게 되면 불심검문에 있어서도 형사절차에서 적용되는 법적 규제가 요구되고, 따라서 엄한 장주의나 진 거부권, 방어권의 보장이 조될 뿐만 아니라 검사의 지휘로부터도 자유로울 수 없다. 반면 행정경찰 용으로 보게 되면, 불심검문의 요건을 다툼에 있어서 한 범죄 의가 필요적으로 요구 되지 않을 뿐만 아니라, 위험내지 위해라는 불확정 법개 을 적용하여 불심검문을 수행하는 경찰에게 보다 유연한 법집행의 가 성을 열어 수 있기 때문이다. 행정청의 방적 행정경찰 용에 있어서는 경찰권의 발동여부와 그 수 의 선택에 있어서 결정재, 선택재 과 은 의주의 O ä 가 적용되는 반면, 수사 용에 있어서는 합법주의 L ä 가 적용되어 경찰 동이 의무화되고 그 과정에서 재 이 인정될 여지가 없게 된다.⁷⁾ 공공의 안녕과 질서유지라는 행정경찰 용에 있어서는 위해의 개연성으로부터 가 한 효과적이고 유연하게 대 해야 하, 사건에 대한 객관적인 이 요구된다, 반면 사법경찰 용에 있어서는 행위자의 개인적 인성과 에 보다 관심을 기울이게 되, 경찰권 발동의 근거로서 개연성이 아 기 발생한 사안에 대한 명 성을 지 한다.⁸⁾

2. 학설의 검토

불심검문을 행정경찰 용으로 보는 해는, 다시금 행정상 시 제로 보는 입장⁹⁾과 행정 조사¹⁰⁾로 이해하는 해로 구 된다. 주된 논거로는, 경우에 따라 수사로 나아가게 되는 수사의 서일 뿐, 수사 그 자체는 아닐 뿐만 아니라 구체적인 범죄 의를 요구하지도 않고, 검사의 지휘가 아 경찰의 독자적인 에 의하여 행해진다는 을 조한다.

사법경찰 용 의 입장에서는, 비록 불심검문이 범죄수사와는 구 되지만, 행정경찰

7) 이성용, 범 에 을 위한 경찰 동의 점 석, 한국공안행정학회보, 제36호, 2009, 174 .

8) Denninger, "polizeiaufgaben", in Lisken Denninger, Handbuch des Polizeirecht, 2001, 264 .

9) 김남진·김연태, 행정법 II, 2008, 323 ; 박, 신행정법 의(하), 2004, 364 .

10) 정선, 행정법원론(하), 2009, 403 ; 김동, 행정법(II), 2005, 198 ; 정하, 행정법각론, 2005, 240 .

용보다는 수사와 보다 친숙한 경찰 용으로 보아 형사소송상의 원칙이 수될 것을 요구한다.¹¹⁾

불심검문이 행정경찰과 사법경찰의 성 을 함 가지고 있다는 이원¹²⁾의 입장에서는 일반적으로 장 의 범죄와 관련이 있는 불심검문은 행정경찰 용으로, 이 발생한 과거의 범죄와 관련이 있는 경우는 사법경찰 용으로 이해한다.¹³⁾ 입법 연혁적으로 볼 때 경찰의 수사 권이 독자적으로 인정되고 있는 국과 일 의 불심검문의 법제를 그대로 습하여¹⁴⁾ 우리의 불심검문제도는 행정경찰과 사법경찰의 성 을 히 구 하지 않고 유기적으로 연결되어 있다는 것이 그 주된 논거이다.

3. 소결

현행 법률의 해 론적 입장에서 고찰할 경우, 경직법상의 불심검문의 요건이 장 의 범죄 뿐만 아니라 이 발생한 범죄를 하고 있다는 을 고려한다면 범죄수사를 위한 사법경찰 용으로서의 성 이 한 것을 부인할 수 없다. 이 행해진 범죄를 대상으로 하는 경우에도 이것이 수하게 공소제기의 적만을 가지는 것이 아니라, 사후적 범죄발생을 방하고자 하는 방의 효과도 가지고 있으므로 그 기 적인 성 을 행정경찰 용으로 보아야 한다는 해도 있으나,¹⁵⁾ 사법경찰 용으로서의 범죄수사 동도 질적으로 일반 방과 방의 효과를 가지고 있음은 론이다. 또한 제 공공장소에서 빈번히 행해지는 불심검문은 수사 검거를 위한 사법경찰 용에 더 큰 비중을 가지고 있음에 틀림없고, 이를 통한 범죄 방의 효과는 도리어 부수적으로 볼 수 있다.¹⁶⁾

론 수사 검거를 위한 불심검문이 아니라 정한 지역에서 시되는 불심검문, 이를 면 대규모 국제행사나 집회·시위 현장에서 행해지는 불심검문, 또는 정상항, 이를 면 러나 다중 범죄와 관련한 범죄첩보를 사전에 입수하고 행해지는 불심검문에 있어서는 행정경찰 용으로서의 성 을 가지고 있음에 명하다. 따라서 현행 경직법상의 불심검문은 행정경찰과 사법경찰 용으로서의 성 을 함 가지고 있다는 이원 의 입장이 원칙적으로 당하 , 구체적인 상황에 있어서 행정경찰과 사법경찰 용의 구 은 이 중 이론

11) 동 , 심 문에 관한 연구, 한 대 박사학위논문, 1992, 35 ; 김 수, 앞의 166 .

12) 본고에서는 유 과 이원 을 별히 구 하지 고 함 하기로 한다.

13) 류지태·박종수, 행정법신론, 2009, 946 ; 박균성, 행정법론(), 2009, 518 ; 신동운, 신형사소 법, 2008, 124 이하; 이호 , 앞의 , 114 .

14) 법제사적 고찰에 관해서 자 히는 김 수, 앞의 , 163 이하 참조.

15) 성 재, 앞의 203 .

16) 행정경찰과 사법경찰을 엄격하게 구 하는 일의 경 에도, 재적인 범 자에 대한 위하 과로서 심자의 개인정보를 수집하는 것은 행정경찰의 영 이라기보다는 사법경찰의 영 에 속한다고 본다, Ringwald, Gerhard: INPOL und StA. Zum Abrufrecht der Staatsanwaltschaften aus polizeilichen Datenspeichern, 1984, 143 이하.

17)에 의해 되어야 한다. 불심검문 이 에도 인질이나 유괴사건과 은 상황에서 경찰은 범인의 검거라는 사법경찰 용과 인질의 구 , 환언하면 장해의 거라 는 행정경찰의 무를 동시에 수행하게 된다. 이 경우 경찰권의 발동이 어 경우에 해당하 는지를 함에 있어서는 전체적인 면에서 경찰조치의 중 이 어 에 놓여 있는지에 따라 결정되어야 한다.

입법론적 면에서 범죄와의 관련성만을 불심검문의 요건으로 규정하고 있어 행정경찰 용 으로서의 의 가 되고 있다는 주장¹⁸⁾은 한 력을 가진다. 우리 법학계에서 위험 의 방이나 경찰 과 은 경찰행정법의 기 개 이 자리 잡고 이에 기 한 경찰행정 용에 대한 연구가 적으로 진행된 것이 비 적 최근이 , 그 위험방지 성 의 행정경찰 용에 있어서도 형사사법적 이론과 이를 반 한 입법이 중심이 되어 것 또한 위 주장을 침한다.¹⁹⁾

범죄수사이 에도 공공건 , 대중 통기관, 다중운집시 기 다수인이 이용하는 시 ·장 소 에서 위험방지의 적을 성하기 위한 행정경찰적 불심검문의 당위성에 대해서는 굳이 재론을 요하지 않는다고 다. 다만 여기에서 위험의 방이라는 추상적 법개 의 남용가 성에 대한 우려²⁰⁾를 어떻게 제거할 수 있는 가의 문제가 남게 된다.

IV. 외국의 불심검문

1. 미국

널리 려진 와 이 국에서의 불심검문의 기 적인 원칙은 연방대법원의 T y . O , 92 U. .1 19 8 결을 통해서 확 된 이다. 동 결은 비록 상당한 이유가 없다 할지라도 합리적인 의심이 재하는 경우, 경찰관이 대 상자를 정지사 표검사를 시할 수 있으 , 이를 통해 수집된 거의 거 력을 인정하 는 것이다. 동 결을 통해 경찰의 불심검문에 있어서 주법에 의한 한 수권이 재하지 않더라도 국의 법역에서 합리적인 의심이 재한다는 요건 하에 대상자를 정지사킬

17) Kneme er, Polizei- und Ordnungsrecht, 9.. Aufl., 2002, 214 .

18) 성 재, 앞의 , 203 .

19) 예를 들어 가정폭 사건에서의 조치로서 가해자에 대한 지 을 규정하고 있는 「가정폭 범 의 등에 관한 레법」 제8조 제1항에서는, 조치 청구권자를 경찰관이 아 사로 정하고 있는바, 장 의 위 을 에 하기 위한 행정 용으로서의 지 의 청구조차 범 의 수사와 공소제기의 무를 당하는 사의 권 한으로 정하고 있는 것은 형사사법적 각에 경도되어 있는 그 된 입법의 사례로 수 있다.

20) 이호 , 앞의 , 117 이하.

수 있는 권한이 T y 있음이 인정되었다. T y 결에서 히 주 해야 할 것은 동 결이 경찰의 불심검문에 수반한 신체수 권한의 한계를 규정한 것뿐만 아니라, 위협방지의 적을 위해 위법수집 거 제법칙의 적용이 제한될 수 있음을 천명하고 있다는 것이다. 리 하자면, 위법수집 거 제법칙은 거수집 적의 부당한 신체수 을 금지하기 위한 것이지, 결코 불심검문시 범죄의 방이나 경찰공무원의 보호를 위한 표검사와 이를 통한 거수집을 제한하는 것은 아니다.²¹⁾ 행정경찰과 사법경찰이 엄 히 리되지 않은 국에서는 불심검문의 요건에 있어서 범죄관련성 만을 규정하고 있으나, 이에 수반한 표수 에 있어서 위협의 방이라는 행정경찰적 적을 그 요건으로 하고 있다는 에서 불심검문에 행정경찰 용으로서의 성 이 내 되어 있음을 확인할 수 있다.

국의 불심검문과 관련하여 국내문헌에서 아직 소개되지 않은 또 다 중요한 레는 2004년 연방대법원의 . C ²²⁾ 결이다. 동 결은 경찰의 불심검문에 있어서 합리적인 의심이 있는 경우 상대방을 정지시 신 확인을 요구하고 이에 불 하는 경우 체 할 수 있는 권한을 부여하는 네 다 주법²³⁾이 부당한 수 ·체 ·수를 금지하고 있는 수정헌법 제4조 에 위 되지 않음을 확인하 다. 또한 동 사건 원고의 신 을 히는 것이 형사절차에 있어서 불리한 거로 사용된다는 합리적인 믿음이 재하지 않기 때문에 자기부죄금지 권을 천명하고 있는 수정헌법 제 조 에도 위 되지 않는다고 한다. 다만 신 확인이 불심검문과 무관한 다 범죄의 유죄 결에 있어서 불리한 거로 연결되는 경우에는 신원확인을 거부할 권리가 있다는 가성은 열려 있다.

경찰의 불심검문에 있어서 정지와 신 확인의 권한을 인정하는 법제를 이 y 라 칭하 , 결을 통해 각 주와 지방정부에 입법권한이 있음이 확인되었다. 현재 국의 24개 주에서 이를 명문화하고 있다. 또한 y가 명문화되어 있지 않은 캘리 니아 주에서 조차, 시민 체인 국시민자유연합 북캘리 니아 지부 C L U C 가 시민들에게 비록 불법일지라도 경찰의 신 확인요구에 조할 것을 권고하고 있음은 경찰의 신 확인의 관행이 보 화되었음을 의 한다는 에서 시사하는 가 다고 하겠다.²⁴⁾

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

22) 사 관계를 요약하 다 과 같다. 2000 5 21일, 바다 주 운 보안관사무소에 도로 에서 한 남성이 여성을 폭행한다는 신고가 수되 다. 현장에 동한 경찰은 에서 를 고 있는 남성(Hiibel) 과 안에 아 있는 여성을 확인 다 (후일 부 관계로 확인). 경찰은 남성에게 폭행신고가 수 을 고지 하고 신 제 를 요구하 다. 그러나 남성은 신 을 제 할 이유가 없다고 거부하 서, 범 의가 있다 차 라리 수 을 고 구 하라고 항 다. 신 을 제 하지 으 체 을 고지 에도 계속 항하자, 결국 체 되 다.

23) NEVADA REVISED S A U ES 171.123

국의 불심검문과 관련한 또 다 중요한 법률은 법과 질서를 조하는 보수세력의 승리로 일컬어지는 1994년 「형사사법과 공공질서법」 C O 1994 30)이다. 동법은 코몬 로 형사절차의 핵심권리인 진 거부권의 행사에 대한 중대한 제약을 가져왔다는 사 이 에도,³¹⁾ 위협방지라는 행정경찰적 적수행을 위한 광범위한 경찰의 불심검문권을 보장하고 있다. 동법 0조에서는 중대한 력범죄의 방을 위해서 경정 이상 경찰공무원의 지시로 관할 지역에서 24시 동안 어 한 사람과 차 이라도 검문을 시할 수 있다C O 0 1]. 이러한 조치는 24시 까지 추가로 연장될 수 있을 뿐만 아니라C O 0 1], 정지요구에 불 하는 경우 1개월 이하의 구금이나 1,000파 운 이하의 벌금으로 벌된다C O 0 8].

C O 에서는 범죄와 관련한 합리적인 의심이 없는 사람이나 차 에 대해서도 위협의 방지 라는 행정경찰적 적을 위해 불심검문을 제할 수 있도록 하 다는 에 주 해야 한다.

3. 일본

앞에서 언 한 와 이 우리 불심검문 제도는 일 의 경찰관직무집행법을 그대로 수용 하 으 로, 일 의 불심검문은 우리의 그것과 유사하다. 일 「警察官職務執行法」 제2조 제1 은 경찰관은 이상한 거동 기 주위의 사정으로부터 합리적으로 하여 어 한 죄 를 범하 거나 범하려고 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이 범하여 진 범죄에 관하여 혹은 범죄가 행해지려 하고 있는 것에 관하여 고 있다고 인정되는 자를 정지시 질문할 수 있다고 규정하고 있으 , 일 의 통 은 정지는 의수 이고 력을 행사하여 정지시 는 것이 원칙적으로 불법이라고 다.³²⁾ 동조 제2 은 의동행을, 제 에서는 형소법의 규정에 의하지 않고는 신병을 구 당하거나 의사에 반하여 연행되지 않음 을 규정한다.

법문의 문리적 해 에 하자면, 일 의 불심검문은 의수 으로 보아야 할 것이나, 학 에 따라서는 직무질문에 수반한 경찰 정지권과 상대방의 수인의무를 인정하기도 한다.³³⁾ 레 또한 불심검문을 위한 정지에 있어서 제성을 제한적으로 인정하고 있는 , 를 들 어 정지시 기 위해 추적하는 행위³⁴⁾, 뛰어가고 있는 자의 면전에서 양팔을 벌려 가로막고 정지시 는 행위³⁵⁾, 상대방이 범인으로서의 의가 농후한 경우에 어깨, 에 을 엮

29) 위의 , 16-18 .

30) 이하에서는 CJPOA라 약 하기로 한다.

31) 조국, 영국 로 형사절차의 전 적 신과 그 합의, 형사정 제10호, 1998, 335 이하 참조.

32) , 1999, 42 .

33) , 미야 사부로 , 한 현 , 2003, 78 .

34) 30. 7. 19.

어 정지시 는 행위³⁶⁾, 앞가슴을 붙잡고 보도로 어 리는 행위³⁷⁾ 을 적법하다고 인정한다.

소지 검사에 있어서도 레는 의성의 원칙을 인정하면서도, 비례성의 원칙에 입각한 일정한 유형력의 행사를 인정하고 있는 ,³⁸⁾ 이는 경찰 무의 를 추인하고 있는 것으로 볼 수 있다.³⁹⁾

정리하면, 일 의 경우 앞서 국이나 국과는 리 불심검문에 있어서 그 의적 성 을 조하는 방식으로 규율되어 있음에도, 경찰 무에서 일정 정도의 유형력 행사가 관례화되고 있고, 레 또한 현 적 필요성을 인정하고 비례성의 원칙에 따 일정 정도의 유형력 행사를 인정하고 있다고 하겠다.

4. 프랑스

프랑스는 사법경찰과 행정경찰 용을 구 하는 전통을 가지고 있음에도, 사법경찰 용으로서의 불심검문과 행정경찰 용으로서의 그것을 형사소송법전에 함 규율하는 이한 입법 형식을 유지하고 있다. 프랑스 형사소송법 제78 2조 제1 에서는 우리의 불심검문에 해당하는 공공장소나 공로상에서의 신원조사 의 대상 을 i 범죄를 범하 거나 범행을 기도한 자, ii 중죄 또는 경죄를 범하려고 비하는 자, iii 중죄 또는 경죄의 수사에 유용한 정보를 제공하리라고 추정되는 자, iv 사법기관의 명령에 의해 수 된 자라는 하나 또는 수개의 의심 할 만한 사유가 재하는 경우로 정하고 있다. 동조 제 에서는 거동과 상관없이 공공질서의 유지, 히 사람과 재산의 안전에 대한 위해를 방지하기 위한 신원확인 의 수권규정을 마련하 으 , 제4 에서는 한 조건 없이 국경으로부터 20킬로 터 내에 정된 경계선 지역과 국가 왕 를 위한 만, 공 , 도, 도로 에서 사람에 대한 신원검사를 시할 수 있도록 하고 있다.⁴⁰⁾

신원조사에 불 하는 경우, 사법경찰관의 결정으로 신원확인을 위한 제적인 구금 é 이 시된다 형사소송법 제78 조 제1 . 유치시 은 신원확인 에 엄 히 요구되는 기 으로

35) 50. 4. 1.

36) 44. 10. 2.

37) 일 9. 26.

38) “직무 문 내지 소지 사의 목, 성격 그 용 등에 비 어, 소지인의 승 이 없는 한 소지 시는 일체 허용 되지 는다고 해석하는 것은 상당하지 고, 수사에 이 지 는 정도의 행위는 제에 이 지 는 한 소지 인의 승 이 없 라도 소지 사의 요성, 긴급성, 법 균형성 등을 고려하여 구체적 상황 하에서 상당하다고 인정되는 한도 내에서 허용되는 경 가 있다고 해석하여야 한다.” 53 6 20 32卷 4号 1672 .

39) 미야 사부로 , 앞의 , 80 .

40) 조현주, 경찰 용으로서의 신원확인 에 관한 연구 - 제도와의 비교를 심으로-, 경찰법연구 통권 제4호, 2006, 161 .

4시 을 을 수 없다 형사소송법 제78 조 제 . 대상자가 신원확인을 게 해서 거절하거나 의도적으로 부정확한 신원확인 요소를 제공하는 경우, 검사 또는 심 사의 통제를 아 지문 나 사진 이 가 하다 형사소송법 제78 조 제4 . 이러한 제적 신원확인 조치 에 불 하는 경우 개월의 구금 또는 ,7 0유로의 벌금형에 해질 수 있다 형사소송법 제 78 조 제 .⁴¹⁾

프랑스의 경우, 사법경찰 용으로서의 불심검문 제78 2조 제1 과 행정경찰 용으로서의 위협방지를 위한 불심검문 제78 2조 제 내지 제4 을 형사소송법에 병렬적으로 규율하고 있음이 적이다. 히 위협방지를 위한 불심검문을 규정한 제 의 개정연혁은 시사하는 가 다. 198 년 법개정 당시에는 사람이나 재산에 대한 현재의 위협이 재하는 정한 장소라는 요건을 삽입하여 장소적·상황적 요건을 제한하 으나, 198 년 법개정을 통해 정 한 장소라는 요건을 제하 으 , 199 년 개정에서는 대상자가 부에서 객관적으로 확인가 한 인지적 표지를 제공하지 않는 경우에도 불심검문이 가 하도록 거동과 상관없이 라는 문구를 삽입하여 그 요건을 화한 것이다.

5. 독일

행정경찰과 사법경찰을 엄 하게 구 하는 독일의 법제에서는, 범죄수사와 관련한 불심검 문은 형사소송법에,⁴²⁾ 위협방지를 위한 불심검문은 경찰 용법에 규정하고 있다. 독일의 경 찰 용법의 제정은 각 주의 권 으로서 1 개 주에서 각기 규율하고 있으나, 대부 연방과 각 주의 합의로 성안된 통일경찰법 범 안 을 따 고 있다. 안의 제9조는 신원을 확인하기 위한 요건으로서 i 위협방지를 위하여 필요한 때, ii 범죄의 음 , 비, 착수가 행해지고 있는 장소에 체류하고 있는 자, iii 다중이 이용하는 시 에서의 범죄발생의 위 험이 있거나 또는 직 적으로 위협에 한 경우, iv 경찰검문소에서 형사소송법 제100조의 에서 규정한 중범죄 또는 집회법에서 금지한 무기· 기·보호장구 의 휴대나 면착용 의 범죄를 제지하기 위한 경우를 명시하고 있다. 동조에 따라 경찰은 또한 신원확인이 다 방법으로 불가 하거나 현 히 곤 한 경우 대상자를 구금할 수 있다. 제10조는 신원확인을 위한 제조치로서 지문 , 사진 을 규정하고 있으 , 독일 기 법 제104조 제2 동 안 제1 조에 따라 법관의 결정 없는 경찰구금은 익일 자정까지 가 하다.

독일경찰법에서는 경찰권발동의 요건에 있어서 원칙적으로 구체적인 위협

41) 앞의 , 163 .

42) 일 형사소 법상 신원확인에 관해서는, 성, 심 문의 태와 개선 안, 한국형사정 연구원 보고서, 1999, 51 .

이 재해야 하나, 현재 독일 각 주의 법제는 불심검문에 있어서 구체적 위협의 재를 더 이상 필요적으로 요구하지 않는다. 이 위협이 상되는 다중시 에서는 그 장소적 성에 기인한 추상적 위협에 대한 경찰의 경험칙에 근거한 이 요구될 뿐, 구체적인 사건에 근거해야 하는 것은 아니다.⁴³⁾ 따라서 주기적인 검문 äβ 도 가 하다.⁴⁴⁾

그 뿐만 아니라 다국적 범죄 방을 적으로 하는 공 · 만 의 입국 지역이나 국경으로 연결되는 도로상에서의 불심검문에는 한 요건을 요하지 않는다. , 위협의 표지와 무관한 무 위 불심검문 이 가 하다. 또 국경과 한 주에서는 국경에서 0 킬로 터 이내의 지역에서 이러한 조치를 시할 수 있다.⁴⁵⁾

제적·침해적 행정경찰권 발동의 형식인 독일의 불심검문의 법제변화를 정리하면, 그 경찰권 발동의 요건을 구체적인 위협의 재에서부터, 추상적 위협으로, 다시금 위협과 무관한 불심검문으로까지 차 화해 가고 있다고 가할 수 있다.

V. 불심검문에 관한 입법적 논쟁: 강제적 불심검문의 인정여부

법사위에서 심의되고 있는 경직법 개정안은 불심검문에 있어서 신원확인이나 수 , 의동행 을 현 법률과 마 가지로 당사자의 동의를 전제로 한 의적인 수 으로만 정하고 있다. 그러나 불심검문의 제성에 관한 논 은 학계에서 지 적으로 제기되어 왔을 뿐만 아니라, 후 경직법의 입법정 적 방 을 자리매김함에 있어서 핵심이 되는 부 이라고 할 수 있다. 따라서 장에서는 제적 불심검문에 관한 법리적 을 피고 나 의 결론을 도 해 보고자 한다.

1. 비교법적 검토

앞서 와 이 일 을 제 한 서구의 대부 의 국가에서 불심검문의 제성을 인정하는 법률을 택하고 있다. 국에서는 합리적인 의심이 재한다는 전제하에 상대방에 대한 제적인 신원확인과 불 시 체 할 수 있도록 하고 있으 , 국에서는 정상황에서 더 이상 합리적인 의심을 요건으로 하지 않는 제적 불심검문권을 인정한다. 또한 전통적으로 행정경찰과 사법경찰을 구 하는 독일과 프랑스에서도 더 이상 구체적 위협이라는 전통적

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

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

45) 앞의 , 407 .

인 경찰권 발동의 요건이나 경찰 자에 대한 경찰권 발동의 원칙에 집착하지 않고 경찰관 청의 불심검문의 재 을 허가하고 있다. 일 의 경우 비례성의 원칙에 한 범위 내에서 일정정도의 제력 행사의 무적 관행을 사법부가 승인하고 있음을 확인할 수 있다.

론 어 한 국의 법제에서도 합리적인 재 을 어서는 경찰의 자의적이고 무차 적인 불심검문을 용인하는 것은 아니다. 불심검문이 형사사법절차로 직 연결될 수 있는 만큼, 대상자의 되는 형사사법절차에서의 피고인 내지 피의자로서의 권리가 제한되지 않는 범위 내에서 과 금지의 원칙을 어서지 않는 불심검문의 제성은 인정될 수 있으 , 이는 앞서 검토한 국가들이 법치주의의 헌법적 가치를 수호하는 비 적 한 국가들 을 고려한다면 더욱 그러하다.

독일이나 프랑스의 제적 구금이나 신원확인 제도가 법관에 의해 통제되기 때문에 우리의 논의상황과 다 다는 해⁴⁶⁾도 있으나 동의하기 어 다. 독일의 경우 법관의 장을 요하지 않는 제적 신원확인을 규정하고 있으 로, 질적으로 법관의 결정이 요구될 만큼 일정기 이상의 구금으로 연결되는 경우는 생각하기 어 다.⁴⁷⁾ 프랑스의 경우도 성년자인 신원확인 불 자에 대한 제구금은 사법경찰관의 독적인 결정사 이 , 불 자에 대한 형사 벌 이 가 함을 과해서는 안 될 것이다.

2. 과잉금지 원칙

제적 신원확인제도를 통한 적이고 현 적으로 가늠하기 어려운 위해 방이나 범죄 방호과와, 이로 인한 광범위한 다중에 대한 개인의 행동의 자유와 정보의 자기결정권의 침해 를 고려할 때 법익균형성의 원칙에 위 된다는 해가 있다.⁴⁸⁾

이러한 해가 일 력 있게 들리는 것은 사 이다. 다만, 이러한 입장은 경찰의 자의적이고 무차 적인 불심검문의 습에 대한 경험적 사 에 기 하고 있다.⁴⁹⁾ 경찰의 자의적인 권한남용에 대한 통제가 가 하고, 정한 요건이 족되는 경우에 한하여 제적인 불심검문이 행해진다면 그 제적 불심검문의 도입에 대하여 보다 은 공감대가 형성될 수 있으리라 생각되 제적 불심검문에 대한 비례성 검토 또한 이러한 전제하에 법익균형성에 대한 엄 한 법리적 논 으로 진행되어야 한다.

46) 이호 , 앞의 128 .

47) 법 안 제14조 제2항은 경찰구 에 있어서 법관의 결정이 경찰조치의 거가 소 된 이후에야 비로소 행해 것 이라는 것이 인정될 수 있는 경 , 법관의 결정을 요하지 는다고 규정하고 있는바, 신원확인을 위한 일 적인 자유박 조치가 전형적인 경 에 해당한다.

48) 이호 , 앞의 , 121 , 131 , 같은 입장에서 김호기, 앞의 , 232 .

49) 예를 들어, 제적 심 문을 통해 해되는 개개인의 자유의 이 무한대가 된다는 논 (김호기, 앞의 , 232)은 제한 없는 자의적인 심 문을 전제로 한다고 수 있다.

행정경찰 용의 역에서는 전통적으로 개 경찰관에게 위협이라는 유연한 불확정개 을 통해 경찰권 발동의 자율적 역을 열어주고 있다. 론 이러한 위협 은 객관적으로 전하게 검 될 수 있는 구성요건적 전제이 , 사법부에 의한 사후적인 통제가 가 하다는 것이 일관된 학 의 입장이다.⁵⁰⁾ 경찰의 위협성 과 관련하여, 해발생의 개연성에 대한 합리적이지 한 자의적인 으로부터, 직업적 전문지식과 경험, 경찰내부에서 사전에 은 정보, 일반인이 지 하는 경찰관으로서의 합리적 경험칙에 근거한 은 구 되어야 하고,⁵¹⁾ 후자적 에 근거한 경찰권 발동은 추상적 위협이라 하더라도 정당화될 수 있다. 위협의 개 은 질적으로 해발생에 대한 한 개연성을 의 하 , 그 법익이 중요하고 고차원적인 것일수록 해발생의 개연성에 대한 요구는 낮아진다.⁵²⁾ 를 들어 대규모 국제 행사나 다중이 입하는 지역에서의 러나 다중범죄 발생의 낮은 개연성만으로도 위해를 방지하기 위한 제적인 불심검문은 그 법익균형성이 인정될 수 있는 것이다.

제적 불심검문의 법익균형성 에 있어서 침해되는 개인의 법익은 침해유보부 기 권 ä 인 자유권적 기 권과 정보의 자기결정권에 대한 일시적이고 제한된 한도에서 발생한다.⁵³⁾ 또한 검문대상자의 입장에서는 신원확인을 통해 범 규 수성만이 조사될 뿐이라는 에서 범죄나 위협을 야기하지 않은 이 경찰비 자 ö 에 대한 불심검문을 통한 경찰개입은 비례성의 원칙에 위 되지 않는다. 제적 불심검문은 주민 록의무와 마 가지로 국민 일반에게 자기신 확인의 의무를 헌법합치적인 범위 내에서 부과하는 것일 뿐이다.⁵⁴⁾

관려하여 헌법재 소가 무 위 음주운전 에 대한 위헌확인심 에서 재 관 전원의 일치 된 의 으로 과 금지 원칙에 위 되지 않는 적법한 경찰 용 을 확인하면서, 검문을 당하 는 국민의 불이익을 약 의 시 적 , 주관적·정서적 불쾌감 정도에 불과하 이에 반해 재적·추상적 음주운전의 위해방지의 공익은 대 히 중대하다고 시⁵⁵⁾한 것은 불심검문에 있어서의 법익균형성 에 있어서도 시사하는 가 다고 하겠다.

3. 영장주의 위반과 진술거부권의 침해의 문제

불심검문 불 에 대해서 제적인 지문 나 신원확인 절차가 진행되는 것은 장주의에

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

51) 성 재, "경찰 신원확인조치 성 확보 안에 대한 연구", 경찰학연구, 제10권 제1호, 2010, 42 .

52) BVerwGE 49, 36, 43.

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

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

55) 헌재 2004.01.29, 2002헌 293, 판례집 제16권 1집 , 146.

위반될 뿐만 아니라, 신 제시가 성명이나 연령, 주소 에 대한 진 에 갈음하는 것으로 진 거부권의 적용대상이 된다는 해도 있다.⁵⁶⁾

헌법 제12조 제 은 체 · 구 · 수 또는 수 을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 장을 제시하도록 함으로 장주의를 헌법적 차원에서 보장하고 있다. 헌법재 소는 이 장주의를 법관이 발부한 장에 의하지 아니하고는 수사에 필요한 제 을 하지 한다는 원칙으로 해 한다.⁵⁷⁾ , 헌법상의 장주의는 형사절차에서의 제 이 장주의의 적용을 는 다는 것이지, 행정상의 제 에까지 적용되는 것은 아니다. 그 지 않을 경우, 법관의 장 없이 행정기관에 의한 제구금을 인정하고 있는 경직법상의 보호조치나 현행 「정신보건법」, 「전염병 방법」, 「마약류관리에 관한 법률」, 「입국관리법」상의 관련 규정이 두 위헌법률에 해당된다고 볼 수 에 없다.⁵⁸⁾

불심검문 불 자에 대한 신원확인을 제할 수 있는 방법은 첫째, 행정청의 선행하는 하명 신원확인 명령 과 비대체적 위의무 불이행에 대한 의무이행 확보수 으로서 직 제 형식의 제적 신원확인 조치를 생각할 수 있는 , 독일의 법제가 이에 해당한다. 국민의 신원이 전산화되어 있는 우리의 현 에서는 한 신 의 확인이나 지문의 동일성 확인만으로 신원확인이 게 가 하 로 이러한 제집행이 신체의 훼손 을 가져오지도 않는 , 결코 인 의 업이나 질적 기 권의 가치를 침해하는 것이 아닐뿐더러 행정상 의무이행 확보수 으로서 장주의의 적용대상이 되지 않으 다만 과 금지 원칙에 의한 제한을 게 된다. 둘째는 의무불이행에 대한 직 제 대신 형사적 제재수 을 마련하는 방식으로 프랑스의 법제가 이에 해당하겠다. 음주 정 불 자에 대하여 제 정 대신 음주 정불 죄로 별하는 경우가 이와 유사한 사례가 될 수 있다. 양자 중 어 방식을 택하더라도 장주의에 반한다거나 위헌성의 의심이 제기되지 않는다.

진 거부권의 침해와 관련하여 보면, 진 거부권은 현재 피의자나 피고인으로서 수사 또는 공 절차에 게 중인 자 뿐만 아니라 장차 피의자나 피고인이 될 자에게도 보장되 , 형사절차뿐 아니라 행정절차나 국회에서의 조사절차 에서도 보장되어야 한다.⁵⁹⁾ 그러나 한 신원확인이 로 형사절차에서의 범죄의 직 적 거로 용되는 경우는 생각하기 어 다. 또 헌법재 소는 진 거부권에서의 진 을 언어적 표 , 생각이나 지식, 경험사 을 정신 용의 일환인 언어를 통하여 표 하는 것을 의 한다고 해 하는 ,⁶⁰⁾ 당사자의 의

56) 이호 , 앞의 , 126-127 .

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

58) 이성용, 주 자 보호조치에 관한 법적 , 경찰법연구 제7권 제2호, 2009, 44 .

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

60) 앞의 판결.

식으로부터 독 되어 아무런 지 력도 행사할 수 없는 객관적인 신 의 동일성 확인절차가 진 요에 해당할 것인지 의문이다. 불심검문의 제성을 인정한다고 하더라도 검문대상자에게는 신원확인 이 에 어 한 추가적인 진 의 제도 인정되지 않음은 른이다.

심지어 진 거부권이 동한 국에서조차 신원확인 의무를 부과하고 있고, 이것이 수정헌 법 제 조의 자기부죄금지의 권에 반하지 않는다고 해 한 연방대법원의 례를 고려한다면, 진 거부권과 연결하여 신원확인 의무를 부정하고자 하는 논리가 진 거부권의 이 을 지나치게 확대해 하는 것이 아 가 여 진다.

VI. 개정안에 대한 검토

이하에서는 법사위 계류 중인 경직법 개정안과 관련하여 국가인권위원회나 민주사회를 위 한 변호사 이하 민변으로 약칭 에서 제기한 불심검문 관련 들 중 히 논의가 필 요하다고 되는 개 적 들에 대하여 검토해 보기로 한다.

1. 소지품 검사와 차량 등 적재물 조사대상의 확대

개정안이 소지 검사의 대상을 무기, 기, 그 의 위험한 건으로, 차 적재 검 사 대상을 무기, 기 마약 공공의 안전에 위해를 끼칠 수 있는 건으로 확대하여 사 상 장 없는 제적인 수수 이 남용될 우려가 있다는 지적이 제기된다.

이 문제를 검토하기 위해서는 우선 구체적인 상황에서의 불심검문의 법적 성 을 조명해야 한다.⁶¹⁾ 경찰의 불심검문이 범죄 의의 합리적인 의심이 있는 자에 대하여 수사의 전 계로 서의 사법경찰 용의 성 을 가지는 경우, 이에 수반한 소지 이나 차 적재 검사는 범죄 거 수집을 위한 장 없는 수수 에 해당될 수 있으 로, 현행범체 나 체 에 해당하는 경우 으로 엄 히 제한되는 것이 당하다.⁶²⁾ 그러나 탄 러나 지하 방화 중대한 법익침해⁶³⁾의 위험을 방하기 위한 행정경찰 용으로서의 소지 검사는 장주의 가 적용되는 대상이 아니라는 것은 법리적 고찰이나 비 법적 고찰을 통해서 앞서 논 한 있다. 더구나 개정안이 제검사가 아 의검사의 원칙을 고수하고 있음을 고려한다면

61) 이와 관 자는 앞서 사법경찰 용으로서의 심 문과 행정경찰 용으로서의 심 문을 구 함에 있어 점이 른이 적용되어야 지적하 다, 각주 17 참조.

62) 른 영국의 경 는 소지 사 대상을 장 과 제 지 확장하고 있다.

63) 보호하고자 하는 법 이 요하고 고차원적인 것일수록 손해발 의 개연성에 대한 요구는 아지고 경찰관 발동은 정당화될 수 있 은 과 지의 원칙과 관 하여 이미 급한 바 있다.

장주의 남용의 우려라는 지적은 당하지 않다.

다만, 위협방지를 위한 소지 검사는 범죄 거수집을 위한 소지 검사보다 그 대상이 제한되어야 한다. 장의 위협에 직접적으로 연결될 수 있는 도구, 무기, 기 위험로 한정함이 당하다. 이에서 볼 때, 차적재 검사에서 마약을 검사 대상으로 추가한 것은 위협방의 적이라기보다는 장 없는 범죄 거수집의 적을 가진다는에서 재검토가 필요하다. 또한 차의 검문에 있어서도 범인의 검거라는 적이에 위협의 방이라는 행정경찰적 적을 추가하는 것이 람직하다.

개정안이 그의 위협한 건이나 공공의 안녕에 위해를 끼칠 수 있는 건을 조사대상으로 추가해 그 대상이 불명확하고 지나치게 확대된다는 지적이 있으나, 입법기적 면에서 불확정개을 사용하는 것은 불가피할 뿐만 아니라, 그에 있어서 경찰의 재이 인정되지 않고 전한 사법적 심사의 대상이 된다는에서 입법적 논의 대상이 되지 않는다. 불확정개을 사용함에 있어, 비록 그개 이 사전적으로 명확히 정되지 않는다고 하더라도, 통상적인 해 방법을 통해서 구체화될 수 있는 한, 법률명확성의 원칙에 반하지 않으⁶⁴⁾ 위협한 건이라는 입법방식 또한 이 원칙을 벗어나지 않는다고 된다.

2. 제복착용 경찰관의 신분증 제시의무

민변에서 제시한 경직법 개정안 반대의 중 공권력의 남용 방지를 위해 제 착용 경찰관에게도 신분 제시의무를 전과이게 규정해야 한다는 주장이 있다. 반면 개정안의지는 현행 경직법에서는 신을 표시하는 표를 제시하라는 규정만 있을 뿐 정·사에 대한 구을 마련하지 않아서 제 경찰관에게도 사전 신분 제시의 의무가 적용된다는 불합리한 무적 필요성을 반한 것으로 생각된다.

제 경찰의 신분 제시의무 면제의 당성을 검토하기 위해서는 먼 불심검문을 시하는 경찰관에게 사전 신분 제시를 의무화하고 있는 현 입법에 대한 적론적 해이 필요하다. 신분 제시 의무부과의 적은 첫째, 익명성의 그에 숨어 경찰의 불심검문 권한이 남용되고, 이를 통해 되는 검문대상자의 기권 침해의 위협을 방하기 위함이고, 둘째, 경찰관의 불법행위가 발생한 경우, 행위자를 명확히 지함으로 검문대상자의 사후 구제절차를 보장하기 위함으로 정리할 수 있다. 그다면 제 경찰의 신분 제시의무 면제가 이러한 기의 입법지에 반하는 것인가? 이에 대해서는 다음과 은 반대논거들이 검토될 수 있다.

먼 제 경찰의 경우, 제에 부착된 명찰과 장을 통해서 경찰관의 신이 명확히 확인

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

될 수 있으므로, 동일성 확인에 아무런 위험이 발생하지 않는다. 또한 제 경찰의 신 제 시를 통해 경찰관이 아 자가 경찰제 을 착용하고 경찰권을 사칭하는 것을 제한할 수 있다는 논거도 력이 떨어진다. 경찰이 아 자가 경찰유사 장을 착용한 사례는 연 1.7건에 불과⁶⁵⁾하 , 일반시민들에게는 경찰제 이 경찰신 보다 직무 중인 경찰 을 인식함에 있어서 훨씬 더 효과적인 수 이다. 경찰제 과 리 경찰신 은 일반시민들이 진위여부를 확인하기 어려우 로 인권침해 방이나 사후구제의 효과성이 훨씬 낮다고 보아야 한다.⁶⁶⁾

결국 제 경찰관은 신 을 제시하지 않더라도 입법 지에 반하는 적행 이 발생하지 않으 로, 현행법제에서도 적론적 축소해 을 통해 신 제시의무가 없다고 해 하는 것이 당하다. 다만, 개정안은 해 상의 혼선을 재울 수 있다는 에서 일 정적으로 가할 수 있다. 경찰에 대한 민주적 통제에 한 국에서도 제 경찰관의 동일성 확인을 위해 어깨에 이 쇼울더 버 만을 부착하여 권력남용을 제하고 있는 것은 불필요한 명노 로 인한 경찰관 개인의 인권침해와 공권력에 대한 통제필요성의 조화 을 적절히 찾은 결과라고 가할 수 있다.

그 다면, 집회·시위 현장에서 진 을 착용하고 불심검문을 하는 경우는 어떻게 보아야 할 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 진 에 개인의 동일성을 객관적으로 확인할 수 있는 식 표시가 부착되지 않는 상 에서 신 제시 없이 불심검문을 하는 것은 앞서 검토한 입법 지에 반하는 경찰 용으로서 용되지 않는다. 다만, 진 에 개인 식 표시로서 명 을 부착하는 것은 경찰관의 인권을 고려할 때, 적합하고 상당한 수 으로 볼 수 없으 , 동일성 여부를 확인할 수 있는 주기번호를 부착하는 것이 람직하다. 이는 집회·시위에 대한 과 진 을 방하고, 사후구제에도 효과적인 수 이 될 것이다.

3. 평가

기 의 법률이 불심검문의 요건으로 범죄와의 관련성만을 언 하여 사법경찰적 용의 성만이 조된 반면, 개정안은 불심검문의 요건으로 위해 관련성을 추가함으로 러나 다중범죄로부터의 법익보호라는 행정경찰적 적을 보 한 것은 사법경찰과 행정경찰 용의 적절한 균형을 찾아 다는 에서 정적으로 가할 수 있다. 그러나 개정안의 취지에 관하여 그 사 을 안다고 인정되는 사람 개정안 제 조 제1 제2호 라는 요건만으로, 위험발생 방지를 위한 경찰비 자에 대한 불심검문을 근거할 수 있을지 불명확하다. 를 들어 공 이나 대규 행

65) 경찰청 내부자 .

66) 의 경 위조된 경찰신 을 소지하고 사 차 으로 국관 객을 대상으로 범 를 지 는 일이 발하여, 경찰신 을 경찰관서 인터 페이지에 공개하고 있다. 제 을 용하고 경찰을 사 하는 사례는 각하기 어렵다.

사장에서 발라나기 재난의 위험발생이 상되는 경우, 한 범죄의 인지적 표지를 제공하지 않는 자에 대해서도 불심검문의 필요성이 인정될 수 있으며, 따라서 동 제호를 삽입하여, 공공건물, 대중통기관, 다중운집시설기 다수인이 이용하는 시설·장소에 대한 위협의 방지를 위하여 필요한 때를 추가로 규율하는 것을 고려하여야 한다.

이 예도, 개정안이 불심검문의 의성의 기초를 그대로 유지하면서도, 그 집행절차를 직무질문, 신원확인, 동행요구로 구하고 각 계에서의 경찰 용의 수권과 범위를 명확히 규율하고 있다는 점은 상당한 개선이라고 보겠다. 또한 1991년 법개정을 통해 제된 의동행거절권 고지를 부하고, 의동행시 변호인 여를 확대한 것은 불심검문에 대한 인권보장을 화한 것으로 볼 수 있으며, 유치인의 권리고지, 성적소수자인 유치인에 대한 제9조 제2 제4, 최루제, 위해성 장비, 무전기 경찰장비에 대한 절차적 통제방안을 하여 제10조 내지 제11조의2 경찰권 남용을 방지하기 위해 노력하는 것도 주 할 만하다.

VII. 권력남용 방지를 위한 행태적 개선방안

앞서 필자는 제적 불심검문제도는 법리적으로 문제되지 않음을 논하였다. 그러나 이러한 법리적 논의의 결과가 제적 불심검문의 도입이라는 입법정도로 연결되어야 한다는 당위성을 주장하는 것은 결코 아니다. 입법은 그 사회의 역사적·문화적 경을 고려하여 일정부 현과의 을 통한 절 을 찾아가는 과정이다.

우리의 불심검문이 수사 의적인 불법한 수 으로 용되거나 정당한 집회·시위를 위축하기 위한 도구로서 전가의 보도 럼 사용되어 사 을 부인할 수 없으며 과해서도 안 된다. 이런 경에서 비록 이론적으로 벽한 법제라 하더라도 그 전성에 비례하는 국민들의 은 법제도 수용력을 기대하기는 곤 하다. 제적 법제도에 우선하는 국민들의 자발적인 경찰 동의 조와 지지를 기대하기 어려운 것은 과연 구의 인가?

경찰권 발동에 있어서의 합리적인 제 과 자의적인 권한남용을 마치 동일한 것으로 오인하는 경찰행 가 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 족되는 경우에 한하여 인정될 수 있다. 지금까지 불심검문의 화론자들은 불심검문의 필요성과 정당성에만 집착할 뿐, 불심검문의 요건을 면한 남발

되는 현 적 행 를 과하여, 반대론자들과의 입장차를 하지 다고 생각된다. 불심검문 은 법문에 명시된 와 이 범죄에 대한 합리적인 의심⁶⁷⁾이나 추상적 위험이 재하는 경우에 한하여 가 하 , 그 지 않은 경우 과 금지의 원칙에 위 되어 위법한 경찰 용이 된다.⁶⁸⁾

론 이 경우 불심검문의 요건이 재함을 하는 것은 현장 경찰관에 뭉이 될 것이나, 요건 족에 대한 국적 은 사법심사의 대상이 , 그 부에 대한 입 은 행정청에서 부담 하게 된다. 의적인 불심검문이라고 해서 이러한 요건 의 의무가 제되는 것은 아니다.

만일 경찰이 지 수 자 검거 적을 리기 위한 의도로 법률이 정한 불심자의 요건에 해당하지 않는 자에 대하여 공공장소에서 무차 적인 검문을 하는 것은 결코 정당화될 수 없으 경찰권의 남용에 해당한다. 또 불심검문의 요건으로서 필자가 주장하는 추상적 위험 은 일상의 사회적 위험이 아 , 국가중요시 이나 국제경기장 또는 공공 통시 에서의 보 다 가된 러나 다중범죄의 위험의 재가 인정되는 경우를 하 , 비례성의 원칙에 따 라 선 적·제한적으로 시되어야 한다. 또한 불심검문을 함에 있어서 직무질문이 무조건적 으로 신원확인 수 자 조회절차로 연결되는 관행도 지양해야 한다. 직무질문을 통해 합 리적인 의심이 발생하는 경우에만 이러한 추가적 조치가 정당화 될 수 있다.

현장에 치된 경찰관이 한 위험이나 범죄의 표 없이 일정시 에 수십 명에 대한 불 심검문을 시하 다면, 성 한 근무에 대한 보상이 아 불심검문권의 남용에 대한 제재를 고려하여야 한다.

2. 전의경의 단독적 불심검문 금지

전의경에 의한 경찰권행사는 제한된 범위 내에서만 가 하다. 경직법에 따라 경찰권발동의 요건을 하고 비례성의 원칙에 따 경찰권 행사의 권한이 인정되는 자는 직업경찰관뿐이 다. 전의경은 경찰권 행사에 있어서 행정보조자⁶⁹⁾로서 경찰관의 에 따 제한된 비독 적인 조력 동만이 가 할 뿐이다. 경찰관과 동행하거나, 최소한 직 적인 지시나 통제가 가

67) 론 리적인 의심(reasonable suspicion)은 체 ·구속에서 요구되는 상당한 이유(probable cause)보다 은 정도 의 개연성을 의미한다.

68) Rchor, 앞의 , 399 ; Liskén, “Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität”? NVwZ 1998, 26 ; 성 재, “경찰 신원확인 조치에 대한 국가론적 ”, 한· 사회과학 논 , 2009, 봄, 167 .

이와 관 심 문에 있어서 행위 의 원칙을 적용할 것을 조하는 견해(김호기, 앞의)도 재한다. 사법경 찰 용으로서의 심 문에 있어서 는 당할 것이나 위 지 용에 있어서는 경찰권발동이 당사자의 행위 에 국한되지 고, 상태 , 긴급상황에서의 경찰비 자에 대하여도 인정되고 있으 , 경찰권발동의 대상은 헌법적 원리에서 도 되지 고, 입법적 재량사항에 해당한다는 것이 일의 일 적 견해이 , 리의 경 도 이와 다 지 다고 각된다.

69) 행정보조자의 개 에 대해서는, 이성용, 고권적 권한수 을 통한 사인의 치안 동, 경찰학연구 제6권 제3호, 2006, 107 이하 참조.

한 장소적 범위에서 벗어난 지역에서 전의경의 독에 의한 불심검문은 금지되어야 한다. 불심검문의 요건은 경찰관의 전문적이고 합리적인 경험칙에 따라 결정되는 것이, 행정보조자로서의 전의경은 지 경찰관의 연장된 팔로서 기 할 뿐이다. 또 불심검문이 직무질문에서 신원확인, 의동행으로 이어질 수 있고, 여기에서 인권침해여부와 공익의 이익형 이 요구된다는 을 고려한다면 더욱 그러하다.

VIII. 나오며.

일찍이 홉스는 그의 서 리 이어던 L 을 통해 인 과 사회계약을 맺어 탄생하는 국가를 력한 괴 로 표현하 다. 이러한 괴 에 할 수 없다는 홉스의 입장은 이후 로 , 루소 을 통해 수정된다. 그럼에도 국민 개개인에 대한 제적 권력을 행사할 수 있는 유일한 주체가 국가라는 사 에는 변화가 없으 , 다만 정당하지 한 권력행사에 국민들이 할 수 있고, 그 통제에 주의를 기울리 해서는 안 된다는 의 로 이해해야 한다. 공공의 안전을 위한 국가적 제의 필요성이 부정될 수는 없지만, 국민들의 자발적 합의가 도 되지 않는다면 정당화될 수는 없다.

굳이 과거 권위적 정권에서의 남용사례를 일일이 거론하지 않더라도 불심검문은 경찰권 남용의 대표적인 형식으로서 자리 잡아 그 용어 자체에 대한 거부감이 되어 왔으 , 이러한 시민들의 부정적 인식은 경직법 개정안에서 불심검문이라는 권위적 용어의 사용을 기하게 된 주요한 원인 을 잊어서는 안 된다.

현재의 경직법 개정안에서는 의 의원입법안에서 나 났던 제적 신원확인 절차의 도입 력한 논 이 될 여지가 있는 불심검문의 화를 기하고 그 의적 수 의 근거규정을 명문화하여 합법과 불법의 회 지대에서 회하던 불심검문 제도를 정비하는 그 이 맞추어져 있다. 따라서 필자의 관 에서는 과거에 비하면 그 논 의 여지도 그리 지 않을 뿐만 아니라, 입법 계에서 좌 되어서도 안될 것이다.

입법자는 법과 현 사회의 을 조정하기 위해 상 현 을 주시해야 하 , 이 위험사회 에서의 국가적 무를 수행하는 경찰에게 그에 상 하는 권한의 범위와 정도를 지 적으로 숙고하여야 한다. 결국 사회적 안전과 인권의 균형 을 찾아가기 위한 불심검문에 대한 논의는 사회적 환경변화에 민감하게 반 하면서 앞으로도 지 될 수 에 없다.

3

경찰관직무집행법 개정안의 문제점

류 제 성

(민주사회를 위한 변호사모임 사무차장)



경찰관직무집행법 개정안의 문제점

■ 류제성(민주사회를 위한 변호사모임 사무차장)

1. 경직법 개정의 방향

- 용산 사, 쌍용자동차 파업, 촛불집회·시위 진 과정에서 경찰비례의 원칙, 경찰최소의 원칙은 헌법이 직 규정하고 있는 최소한의 적법절차 원칙조차 수되지 않고 있음
- 불심검문, 유치인에 대한 수갑·승의 사용, 신체검사, 소지 수 과 관련해서도 인권침해가 끊이지 않고 있고, 기야는 고문까지 자행되고 있는 상황
- 집회·시위에 대한 과도한 제한, 무리한 선거법 적용, 국가보안법의 부, 사이버상 표현의 자유에 대한 감시, 기자회견 에 대한 집시법 적용 경찰에 의한 공안통치와 인권침해가 심한 상황
- 수사권이라는 력한 공권력뿐만 아니라 방대한 정보력을 지니고, 중앙집중화되고 국민 위에 군림하면서도 민주적 통제, 정치적 중 과 독 성은 확보하지 한 구조
- 이런 상황과 구조 하에서 경직법을 개정한다면, 경찰력 행사에 있어 법치주의의 수, 인권침해 방지, 기 권 보장 이 그 내용이 되어야 하고 경찰권한의 확대나 화는 논의 대상이 될 수 없는 것 .
- 위해성 경찰장비 도입시 공청회를 통해 안전성을 검 하도록 하고, 사용기록을 보관하여야 하는 경찰장비의 범위를 확대한 개정안 제10조, 제11조 제11조의2의 규정과 경찰관의 적법한 공무집행으로 재산·생명·신체에 한 을 입은 경우 보상할 수 있는 규정을 신 한 개정안 제11조의 의 규정 은 람직한 개정방 으로 기할 수 있음.
- 그러나 위 규정들과 유치인의 권리보장을 확대한 것 럽 보이는 개정안 제9조, 불심검문이라는 용어를 직무질문으로 화하고 직무질문, 신원확인, 동행요구 으로 구체화

한 제 조부터 제 조의 으로 개정안이 마치 개선안 럼 보이는 착시현상을 일으 고 있는 것이 사 .

- 이하에서는 발제문과 중 되지 않는 범위에서 개정안의 문제 을 비 적으로 검토하고 히 사례를 중심으로 보고자 함.

2. 불심검문 관련

(1) 강제적 불심검문의 인정여부

- 이성용 수는 비 법적 고찰 을 통해 입법론으로 제한적 요건하에서, 그리고 권력남 용 방지를 위한 행 적 개선을 전제로 제적 불심검문제도를 도입할 수 있다고 주장하 고 있음.
- 그러나 불심검문은 그 법적 성 을 어떻게 보는지와 관계없이 경찰 용은 그 자체로 기 권에 대한 중대한 침해를 할 수 있는 성을 지니고 있고, 히 불심검문은 그러 한 성과 위험성이 하 로 법치주의에 의한 엄 한 제한이 필요함.
- 더군다나 범죄수사나 방을 위해 제적 불심검문이 인정되어야 할 현 적 필요성이 무 인지도 의문 .
- 히 이성용 수의 대규 국제행사나 다중이 입하는 지역에서의 러나 다중범죄 발생의 낮은 개연성만으로도 위해를 방하기 위한 제적인 불심검문은 그 법인균형성 이 인정될 수 있는 것이라는 주장은 매우 위험함.
- 위와 은 인식이 제로 「 20 정상회의 경호안전을 위한 법」에 반 되어 있는 , 동법은 경호안전통제 장의 요청에 따라 심지어 군대를 동원할 수 있는 가 성마 열 어놓고 있으 집회시위를 광범위하게 제한할 수 있음은 론 경찰관 관련 공무원들 이 경호안전구역에서 질서유지, 통관리, 검문·검 , 입통제, 위협 의 탐지 안전 조치 위해방지에 필요한 안전 동을 할 수 있도록 하고 있음.
- 지 대규 국제행사가 개최된다는 명 이나 러방지라는 이유만만으로 광범위한 기 권 침해와 헌법상 장주의, 적법절차 원칙 을 훼 할 수는 없음.
- 지금 필요한 것은 제적 불심검문의 도입이나 불심검문 권한의 화가 아니라 불심검 문의 남용을 어떻게 막을 것인가가 논의의 중심이 되어야 함.

(2) 불심검문 실태¹⁾

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

- ①화곡역 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 바쁘는데 아침부터 무슨 검문이나? 신분증을 요구하는 근거를 대라”며 거부했다. (한겨레 2010-07-14)
- ②회사원 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)
- ④사회복지사 허모(28)씨는 “경찰이 반말을 하며 신분증을 내놓으라고 해 정중한 법 집행을 요구하다 실랑이가 벌어졌다.”고 밝혔다. (국민일보 2009-09-16)
- ⑤2006년 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)
- ⑥2006년 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

- ①김 관장은 “휴대전화 고치러 가느라 바쁘는데 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)
- ②김모씨(22) 등 대학생 5명은 “승객에게 유인물을 나눠주거나 비깔로 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)
- ③이모(33)씨는 “**경찰이 신분을 밝히지 않길래 불심검문에 응할 수 없다고 했더니 강제로 넘어뜨리고 지갑을 빼앗아 신분증을 꺼냈다**”며 분개했다. (한국일보 2009-09-23)
- ④허씨는 “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... (국민일보사레 2009-09-16)
- ⑤...그러자 또다른 경찰이 다시 다가와 경찰봉으로 A씨의 자전거를 가로막았다. 경찰은 “근처에서 자전거를

1) 이하 내용은 인권운동사 이 정리한 경찰의 심문 태와 문제점을 발췌한 것 .
 2) 경찰관직무집행법 3조4항에서 경찰관의 신 제 의무를, 그리고 같은 법 행 5조에서 경찰관의 공무원 을 신 으로 규정하고 있는 이상, 정 경찰관이라고 하 라도 신 을 제 하여야 할 것이다. 「국가인권위원회 결정례집 제3집」, 57쪽 ; (전략)이와 관 해 경찰은 “주민등록법 제17조, 정 무 인 사법경찰관의 경 문 신 을 제 할 요가 없다”는 법률에 따라 직무를 수행한 만큼 문제가 없다고 주장해 왔다. 이에 대해 인권위는 “주민등록법 이 심 문 무를 괄적으로 규정하고 있는 경찰관직무집행법보다 선한다고 수 없는 만큼 정 경찰을 비롯 한 전·의경들도 심 문 신 제 의무가 있다”고 박 다. <동아일보>, 2004 9 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 현행법으로 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 목살을 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 야유회를 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 현행법으로 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 사촌동생을 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 사촌동생이 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. 0. 선고 2009노4018 결³⁾에서 불심검문의 용한계를 벗어난 위법한 불심검문에 하지 않고 상해를 가하는 으로 공무집행방해를 하고 옥적언사를 하더라도 부적법한 공무를 집행하는 과정이었으 로 공무집행방해죄에 해당하지 않고, 위법한 불심검문에 대 하기 위한 상해, 옥행위는 정당방위로 위법성이 조각된다고 하 음.

(3) 개정안의 문제점

- 문병효 수의 발제 내용에 대부 동의하 로 중 해서 언 하지 아니함.
- 소지 검사와 관련하여 탄 러나 지하 방화 중대한 법익침해의 위험을 방하기 위한 행정경찰 용으로서의 소지 검사는 장주의 적용대상이 아니라는 이성용 수의 발제에 대해서는 동의할 수 없음.
- 이성용 수의 주장이나 개정안대로 입법이 될 경우 장주의는 그야 로 형해화될 수

3) 공소사 의 요지는 다 과 같

가. 상해 공무집행 해

고인은 2009. 2. 15. 01:20경 인천 ○○구 ○○동633-2에 있는 예 원 앞 도로에서 을 신 후 자전거를 고 집으로 가 위 장소에서 문을 하고 있 인천 부평경찰서 전지구대 소속 경 ○○○으로부터 “인 경찰서에서 자전거를 이용한 날치기 범행이 있 으니 문에 협조해 라.”는 과 함 신 제 를 요구 다. 고인은 그 과정에서 평소 문을 하지 다가 ○○○이 고인을 상대로 문한 것에 화가 나 “이 씨 놈아, 나이도 어 린놈이 군 대위 신을 몰라보고 문이냐.”고 욕 을 하 ○○○의 멱살을 잡아 들어 바닥에 어뜨리는 등 폭행하여 경찰관의 범 의 예 진 수사에 관한 정당한 직무집행을 해함과 동 에 해자 ○○○(26)에게 약 3주 의 치 를 요하는 경 염좌 등의 상해를 가하 다.

나. 욕

고인은 위 일 , 장소에서 위와 같이 ○○○과 이를 하고 있을 같은 소속 경위 ◇◇◇,경사 □□□가 고인을 제지하 “경찰관에게 이러 안 됩니다. 경찰관이 문하는 거니 이해하고 협조해주 요.”라고 한 것에 화가 나 함 문을 하고 있는 경찰관 3 이 있는 자리에서 해자 ◇◇◇에게 “ 뭐야. 힘없는 놈들이. 니가 짱이냐. 내가 누군지 아? 씨 놈들이 짜 나 .”라고 욕 하고, 해자 □□□에게 “이 씨 놈아, 개 야.”라고 욕 을 하는 등 공연히 해자들을 각각 욕하 다.

- 에 없을 것 .
- 국의 T y . O , 9 U . 19 8 결이 시한 원칙의 조 을
어 에 둘 것인가에 대해 관 에 따라 다소 차이가 있는 것은 사 이나, 동 결은 어
까지나 기 구체적으로는 총기 에 한하여, 대상자가 기를 휴대하고 있다는 합리적
의심이 있는 경우에만 그 소지여부를 의 또는 휴대 의 부를 으로 만져서 확인하
는 방법으로만 조사할 수 있다는 것 .
 - 따라서 개정안 럼 소지 검사의 대상을 확대하고 그 요건을 의심할만한 상당한 이유
가 있는 때 로 규정하는 것은 원칙을 뛰어 어 장없는 수수 을 가
케할 우려가 있음.
 - 아무리 불심검문이 의적 수 이라 하더라도 현 적으로 일반 국민이 이에 대해 거부
권을 행사하는 것은 상당히 어려우 로 그 효성을 보장하기 위해서는 경찰관에게 불
심검문 개정안에 따 면 직무질문, 차 적재 조사, 신원확인 시 대상자에게 거부권
고지의무를 부과하고, 그 의무를 위반한 경우 벌칙을 둘 필요가 있음.

3. 경찰관의 신분증 제시의무 관련

- 현행법 제 조 제4 은 경찰관의 제 착용 여부와 관계없이 신 제시의무를 부여하고
있으나, 개정안은 제 착용 경찰관에 대해서는 상대방의 요구가 없는 한 신 제시의
무를 면제하고 있음.
- 이에 대해 이성용 수는 신 제시의무 규정의 입법 지에 대한 적론적 해 상
당하다고 주장하고 일 당성이 있으나, 제 착용 경찰관의 경우에도 적법한 직무를
수행한다는 표로서 신 제시의무를 부과하는 것이 불합리한 규제라고는 생각되지
않음.
- 보다 중요한 것은 불심검문에 한정할 것이 아니라 일반적인 직무집행과정에서 론
수한 경우 를 제한적으로 인정할 수는 있을 것 제 착용 신 제시의무를
부과하는 것이라고 생각 .

4. 유치장 관련

(1) 법체계의 문제

- 유치장 관련 규정은 결수용자 우와 관련된 사 . 따라서 그 우에 관한 일반적
인 사 을 두 합하지 않고 개정안과 이 하나의 규정으로 일부 만 다루는 것은

적절하지 않음.

- 현재 형의 집행 수용자의 우에 관한 법률 이하 형집행법 이라고만 함 제87조에서 유치장을 결수용 로 보고 위 법을 용하도록 하고 있음. 그러나 무죄 추정을 는 결수용자에 대하여 집행의 원칙이나 이 이 서로 다 기결수 우를 규정하고 있는 위 법률을 용하도록 하는 것은 부당함.
- 따라서 결수용자 우에 관한 법률을 도로 제정하거나, 형집행법에서 그 내용을 담더라도 결수용자의 법적 지위의 성을 고려하여 도 으로 규정해야할 것 .

(2) 기본권 침해의 문제

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

1 수갑과 승 제9조 제 관련

[1] 인권위결 통 의로 고소된 피의자가 경찰의 요구를 아 2007년 1월경 제1차 피 고소인 조사를 았다. 이후 경찰은 피의자가 요구에 하지 않는다는 이유로 체 장을 발부 아 2007년 월 19일 오후 4시경 피의자를 체 다. 경찰은 경기○○경찰서 수사과 경 제2팀 사무 에서 은 날 4시 20 부터 시 20 까지 2시간 동안 피의자의 양손에 수갑을 채우고 조사를 했으며 피의자가 화장실에 다녀온 이후에는 피의자의 오른손에 수갑을 채워 의 사에 연결한 상태로 조사를 계속하다 원래대로 양손에 수갑을 채운 상태로 조사를 종료했다. 또한 경찰은 검증영장을 발부받아 구강세포 채취를 하기 위해 유치장에 입감된 피의자를 출감 하여 경제2팀 사무실로 호송하면서 수갑과 포승을 사용했다. 피의자의 오빠는 경찰이 과도하 게 경찰장구를 사용하여 피의자의 신체의 자유를 침해 다 국가인권위원회에 진정 다.

경찰은 조사 과정에서 수갑을 았던 것은 사 이나 피의자가 수차례의 의 을 거부하 면서 체 장을 아오라고 해왔기 때문에 도주의 우려가 있다고 하여 조사를 하는 과정에서 수갑을 사용 다고 해명 다. 또한 은 날 오후 시 20 경 조사를 마치고 구 세 를 하려 으나 피의자가 수수 검 장을 가져오라고 하여 장 신청 발부 전 까지 피의자를 유치장에 입감한 사 이 있으 , 검 장 집행을 위해 피의자를 유치장에서 사무 로 호송하는 과정에서 수갑과 승을 사용 다고 했다.

국가인권위원회는 도주 우려가 았다는 경찰의 에 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 승을 사용한

시 이 장시 이 아 , 이러한 장구사용이 경찰서 내부의 조사 에서 이루어지고 있음에도 불구하고 이에 관하여 다 수사 유치업무 담당자들이 시정조치를 하지 아니한 을 한다면서 해당 경찰에게 주의 조치할 것과 재발방지차원에서 수사·유치업무 담당자에 대해 경찰장구 사용에 관한 직무 육을 시할 것을 경기○○경찰서장에게 권고 다.4)

[2] 인권위결 2002년 월 1 일 오전 10시 0 경 음주운전 의로 체 되어 ○○경찰서 유치장에 수용된 피의자가 오전 11시경 근무하던 학 의 학부형 인과 면회를 는 경찰이 피의자에게 수갑을 채운 채 면회를 하도록 했다. 해당 피의자는 결수에게까지 면회 시 수갑을 운 것은 유치인의 명 와 인 을 전혀 고려하지 않고 헌법이 보장한 인 의 업성 행 추구권 을 침해한 과 조치라 국가인권위원회에 진정 다.

이에 대해 경찰은 일반적인 유치인 면회의 경우 수갑을 우지 않으나 해당 피의자는 유치장에 입감할 때부터 심리적으로 불안한 세와 유치장 내· 부 창문 을 관찰하는 습을 보여, 학 사인 진정인이 자신의 신 과 명 , 이웃·친지·동료들의 눈총을 의식하여 도주, 자 자해를 하지 않을까 우려 다고 해명 다. 또한 경찰은 「피의자유치 호송 규칙」 제22조의 규정에 의거 이 사 을 상 자에게 보고하고 구두지시를 아 수갑을 뒀던 것으로 피의자의 신변안전을 위해 수갑사용이 불가피 다고 명 다.

국가인권위원회는 △피의자가 유치장 입감 후 면회를 위해 감할 때까지 약 0 정도의 시 이 있었으나 해당 유치장은 내가 어두울 뿐만 아니라 보호 의 입문에 이중으로 쇠창 이 쳐져 있어 피진정인들이 그 안을 관찰하기가 지 않아 자해 우려를 하기가 용이하지 않은 상황이었고 △피의자가 입 던 0호 은 유치장 맨 안쪽 끝에 위치해 있으 로 경찰이 피의자의 행동을 관찰하기 위해서는 일부러 0호 문 앞에서 들여다보아야 하나 경찰은 피의자가 입감 당시 유치장규정에 따 각 문서를 정리하느라 상 에 있었다고 진 하고 있으 로 경찰이 피의자의 상 를 제대로 관찰 다고 보기 어려우 △경찰은 음 에 피의자가 사 신 으로 인한 체면 때문에 더 수치스러워할 수 있고 그 서 자해 염려를 제하기 어려웠다 라고 진 다가 나중에는 음 면회시 사인 몰 다고 진 을 번 하는 진 에 신빙성이 없고 피의자가 사망을 두리번거리면서 주위를 뚫다는 에는 제로 자해 의 우려가 있었다고 할 만한 이유를 뚜렷이 제시하지 한 을 볼 때 경찰이 도주나 자해 을 할 우려가 있었다고 인정하기 어 다고 다.

또한 국가인권위원회는 경찰의 주장 럽 피의자의 자해가 우려되는 상황이었다고 하더라도 △○○경찰서 면회 이 유치장 안에 위치하고 있으 유치장은 수사과 사무 내에 치된

4) 국가인권위원회 2008. 2. 13.자 07진인932 결정

문으로만 입 입이 가 할 뿐 부와 차 되어 있는 △피의자가 입 해 있던 유치장 ○호 에서 면회 까지는 10 조금 는 정도의 거리에 불과한 △면회 내에는 경찰이 2~ 거리에서 면회상황을 지 보고 있었고 에는 유치인보호관이 근무하고 있었으 피의 자가 유치장에 들어 때 입감신체검사를 았던 을 볼 때, 피의자의 도주·자해 이 용이 하지 않을 뿐만 아니라 유치인보호관 의 계호만으로도 히 유치인에 대한 제 질서 유지가 가 한 상황이었다고 지적 다.

한 , 국가인권위원회가 비슷한 시기 2002년 월 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 표 으로 한 것이기는 하나 , 면회시마다 수갑이 사용되었다고 고인들이 하고 있으 이들의 범죄가 진정인과 유사하다는 에서 “중범죄자나 자해우려자가 아닌 유치인에 대해서도 관행 적으로 수갑이 사용되었을 개연성이 높은 것으로 판단”했다. 또한 “수갑을 사용한 것은 관련 법규의 규정, 면회당시의 상황, 진정인의 신분 등을 합리적으로 고려하지 아니한 과잉 조치”라고 지적했다.

국가인권위원회는 유죄가 확정되지 않은 결수인 유치인들이 면회시에 수갑을 습을 아 는 사람들에게 보일 때 수치심을 느끼지 않을 수 없고, 수갑사용으로 인하여 심리적으로 위축 되고 감을 느낄 수 있다는 에서 유치장 내 수갑사용은 필요한 최소한의 범위 내에 그 쳐야 함에도 불구하고 , 경찰이 관행적으로 면회시 유치인들에게 수갑을 운 것은 도주·자 해 방지, 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 거의 제 상당한 이유가 있을 때에 만 수갑 을 제한적으로 사용할 수 있도록 규정한 경찰관직무집행법 피의자유치 호송규 칙 을 위반 으 헌법 제10조 제12조에 보장된...인 권 신체의 자유를 침해한 것 이라고 다. 국가인권위원회는 ○○경찰서 직원들에게 면회시 유치인에게 과도하고 자 의적으로 수갑을 사용함으로써 유치인들의 기 적 인권을 침해하지 않도록 인권 육을 시할 것을 ○○지방경찰청장에게 권고 다.⁵⁾

2 신체검사 제9조 제 4

[1] 2000년 월 20일 선거운동원으로 록하지 않고, 가 금지된 인쇄 을 한 의로 공직선거 선거부정방지법위반의 현행범으로 체 된 피의자들이 성남 남부경찰서에서 조사를 은 후 옷을 친 상 에서 신체를 더듬는 방법으로 한 신체수 을 고

5) 국가인권위원회 2003. 3. 3.자 02진인1033 결정

유치장에 수용되었다. 이들은 ○○은 날 1:00경 경찰관이 지 보는 가운데 ○○에서 변호인과 집을 ○○으로 ○○을 마친 후, 1:0경 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 이 신체검사를 ○○했을 뿐만 아니라 변호인 ○○을 마치고 재수용되는 것이 ○○로 기 ○○위험 소지·은닉의 가 ○○성도 없다는 ○○의 이유를 들어 거부 ○○다. 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 욕감과 수치심을 안 주는 수 ○○과 방법으로 ○○시된 과도한 신체수 ○○으로 인하여 헌법 제12조의 신체의 자유, 제10조의 인 ○○으로서의 ○○엄과 가치 ○○행 ○○추구권 ○○의 기 ○○권을 침해당 ○○다고 주장하면서 2000년 ○○월 18일 헌법재 ○○소에 헌법소원심 ○○을 청구 ○○다.

2002년 7월 18일 헌법재 ○○소는 신체검사는 수용자의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고 유치장 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 기 ○○위험 이나 반입금지 ○○의 소지·은닉 여부를 조사하는 것으로서, 위 ○○적에 비추어 일정한 범위 내에서 신체수 ○○의 필요성과 ○○당 성은 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 지적 ○○다. 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 지적 ○○다. 헌법재 ○○소는 피의자들이 △공직선거 ○○선거부정방지법위반의 현행법으로 체 ○○된 여자들로서 체 ○○될 당시 기 ○○위험 을 소지 은닉하고 있었을 가 ○○성이 거의 없었고 △ 음 유치장에 수용될 당시 신체검사를 통하여 기 ○○위험 반입금지 ○○의 소지·은닉 여부를 조사하여 그러한 ○○이 없다는 사 ○○을 이 ○○확인하 ○○으 △청구인들이 변호인 ○○에서 변호인을 집 ○○으로 ○○할 당시 경찰관이 가시거리에서 변호인 ○○과정을 일일이 육안으로 감시하면서 일부 청 구인의 휴대폰 사용을 제지하기도 하 ○○던 ○○에 비추어 피의자들이 유치장에 재수용되는 과정에서 기 ○○위험 이나 반입금지 ○○을 소지·은닉할 가 ○○성도 ○○히 낮았다고 지적하

, 그 수 과 방법에 있어서 필요 최소한의 범위를 명 하게 벗어난 조치로서 이 사건 신체 수 으로 압아 청구인들에게 심한 욕감과 수치심만을 안 주었다고 인정하기에 하 다고 다.⁶⁾

피의자들은 국가 상청구 소송도 제기 는 서울고 법원은 이를 기각 다. 그러나 2001년 10월 2 일 대법원은 신체검사는 무제한적으로 용되는 것이 아니라 위와 은 적 성을 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서 또한 수용자의 명 나 수치심을 함한 기 권이 부당 하게 침해되는 일이 없도록 히 려한 상당한 방법으로 행하여져야만 할 것 이고 “특히 수 용자의 옷을 전부 벗긴 상태에서 앉았다 일어서기를 반복하게 하는 것과 같은 방법의 신체검사는 수용자의 명예나 수치심을 심하게 손상하므로 수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 반입 이나 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 한하 여 허용된다”고 다. 또한 대법원은 수용자들이 공직선거 선거부정방지법상 가 금 지된 인쇄 을 한 의로 현행범으로 체 된 여자들로서, 체 될 당시 신체의 은 한 부위 에 기 반입 또는 소지가 금지되어 있는 을 은닉하고 있었을 가 성은 히 낮았다고 할 것이고, 그 후 변호인 시 변호인이나 다 피의자들로부터 기 을 건네 을 수도 있었다고 의심할 만한 상황이 발생하 기는 하나, 변호인 절차 의 구조 에 비 추어, 가사 수용자들이 기 을 건네 았다고 하더라도 유치장에 다시 수감되기 전에 이를 신체의 은 한 부위에 은닉할 수 있었을 가 성은 히 낮다고 할 것이어서, 신체검사 당시 다 방법으로 은닉한 을 찾아내기 어 다고 볼 만한 합리적인 이유가 있었다고 할 수 없 으 로, 수용자들의 옷을 전부 벗 상 에서 앉았다 일어서기를 반 하게 한 신체검사는 그 한계를 일탈한 위법한 것 이라고 하 원심 결을 파기·환송 다.⁷⁾

[2] 인권위 2002년 4월 2일 17:40경 서울 소재 한국산업은행 앞 노상에서 개최된 집회 에 가 다가 은행 에서 집회현장을 무 하자 한 필 의 제 을 요구하 은행 로비에 들어갔다가 력행위 벌에관한법률위반 현행범으로 체 된 피의자들이 ○○경찰 서로 연행되었다. 이들은 조사를 은 후 24:00경 유치장 입감을 위해 신체검사를 게 되었 다. 피의자 7명은 경찰이 피의자들에게 각 겹옷을 입은 채로 브래지어를 풀라고 한 후 손으 로 몸을 만지면서 검사를 하였고, 가운을 입히지 않은 채, 바지와 팬티를 무릎아래까지 내리

6) 헌법재판소 2002. 7. 18. 2000헌 327 결정

7) 대법원 2001. 10. 26.자 2001다51466 판결

제한 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 시한 경찰은 경찰서 상황 장으로부터 이신체검사를 시하라는 입감지휘를 왔음에도 불구하고 피의자들이 자해의 위험이 있다고 하여 몸으로 정 신체검사를 시 고 이를 상부에 보고하지 않았던 것으로 혀졌다.

당시 신체검사를 시한 경찰은 피의자들이 관내에서 1년 정도 시위를 오 한 사람들이 었고 그 중 인은 이로 인하여 입건된 전력이 있으 이 사건이 일어난 날 진정인들에 대한 피의자신문 과정에서 진정인들이 한 시 동안 묵비권을 행사하 고 그 중 1인은 의경 을 치고 으로 뛰어 나가려 다는 사 을 들었으 피의자들이 적으로 감정이 앙 되어 자해에 이를 가 성을 제할 수 없다고 하고 정 검사를 시 으나 개정된 규칙 에 정하여진 방법으로 정 신체검사를 시한 경험이 없고 ○○경찰서에서 관련 내용에 대한 양을 지 하여 가운을 입히지 않고 몸신체검사를 시한 에 대하여 반성하고 있다 고 혀다.

○○경찰서장은 당시 신체검사를 시한 경찰을 계위원회에 회부 으나 ○○경찰서 계 위원회에서는 계신청을 기각하고 계고 을 건의 다. 또한 △유치장 업무담당자는 소 양감독 만으로 계고 △당일 상황 장은 신체검사 시요령 양 시, 관리감독 소 홀을 이유로 계고 △유치인보호주무자에게는 소 양을 소홀히 한 이유로 양조치를 았다.

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”한다 관계 경찰관들에게 국가인권위원회에서 시행하는 인권 육을 수 할 것을 권고 다.

또한 국가인권위원회는 정 신체검사 대상자를 구 장 발부자, 죄질이 중한 자, 반입금지 휴대의심자, 기 자해우려가 있다고 되는 자로 규정한 당시 피의자유치 호송 규칙 제8조⁸⁾ 중 죄질이 중한 자의 개 이 불명확하고 구 장 발부자의 경우 위해 가 성 과 상관없이 일률적으로 정 신체검사의 대상자로 지정되어 무 광범위하 로 정 신체검사의 대상을 보다 명확하고 엄 하게 규정하고 검사 시 과정에서 검사 시자의 자의적인 이 개입하지 하도록 하기 위해 정 신체검사의 대상자 요건을 화하도록 관련 규정

8) 이는 당 규정이다. 현행 규정과 비교하 구속영장 발부자는 제외 지만, 현행 규정에도 “살인, 도, 절도, 화, 약류, 조직폭 등 이 ”한 경 에는 정밀신체 사를 하도록 되어 있다.

을 개정하는 유사 인권침해 재발방지를 위한 제도개선안을 마련하여 시행할 것을 경찰청장에게 권고 다.⁹⁾

[] 인권위 2007년 9월 12일 07:00경 옥탕에서 동업소주인과 다툼을 하다 업무방해 현행범으로 체 된 피의자는 유치장에 수용되었다. 피의자는 경찰이 신체검사의도 입하지 않고 정 신체검사를 하자 국가인권위원회에 진정 다.

경찰은 피의자가 유치장 입감 당시 △정당한 이유없이 인적사 을 하지도 않고 △다 유치인 유치인보호관에게 언을 하고 △유치장 관 대를 발로 차는 소 을 피워 피의자의 위해 자해 행위를 방지하기 위해 정 검사를 시 다고 해명 다. 또한 △경찰이 신체수 로 들어 피의자에게 옷을 벗으라고 을 하자 피의자는 발 이라고 하 혁 대를 풀고 지를 내렸고 △이에 경찰은 피의자에게 신체검사의 가운 를 입으라고 거듭하여 을 하 으나 피의자는 신경질을 내 옷을 입지 않았고 △경찰의 요구에 따라 피의자가 뒤 아서서 팬티를 내리고 앉았다 일어서기를 2회 시한 후 유치장에 입감 으 △이 과정에서 경찰이 사전에 피의자에게 신체검사 절차 에 대한 명을 하지 다고 해명 다.

국가인권위원회는 정 신체검사 자체에 대해서는 「피의자유치 호송규칙」 제8조의 요건을 구비한 정당한 행위로 하면서도 “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 판단 다. 다만 피의자가 입은 피해가 그리 지 아니한 을 합해 해당 경찰을 주의조치할 것과 재발 방지를 위해 유치장 담당 직원들에게 직무 육을 시할 것을 권고 다.¹⁰⁾

[4] 2007년 7월 20일 파업 농성 중 북경찰서로 연행된 뉴코아노동조합 조합원의 언에 따 면, 이날 오후 7시 0 경 조사를 마치고 유치장에 들어가는 과정에서 경찰 김00 경장 로 부터 갑자기 문신확인을 해야겠다며 팬티만 남기고 옷을 모두 벗도록 하는 요구를 받았다. 이 에 피의자는 몸검신의 부당함을 주장하 담당 변호사에게 전화를 었고, 담당 변호사가 직 김00경장에게 의 으나 갑자기 전화를 끊어버렸다. 이에 담당 변호사가 다시 경찰 에 전화를 지만 경찰은 유치장으로 전화를 연결해주지 않았고, 이후 피의자가 결국 지를 벗었다 는 문자 연 을 해와 제 몸검신이 자행되었음을 확인하게 되었다.

인권 체연 회의 경찰 력대 팀은 21일 보도자료를 내고 조합원을 상대로 가운을 입지 않은 상 에서 지를 내리게 한 것은 유치인의 인 권과 신체의 자유를 침해하는 명 한 불

9) 국가인권위원회 2002. 10. 14.자 02진인664 결정

10) 국가인권위원회 2008, 3. 13.자 08진인333 결정

법행위인 인권유이라고 지적 다. 또한 은 날 북경찰서장에게 보낸 의서한을 통해 서장의 공식사과와 담당경찰관 계를 요구 다.

앞에서 「피의자 유치 호송 규칙」 제8조 제4 에 따 면, 옷만 입는 이검사 옷까지 벗는 정 검사 가운은 입도록 되어 있다는 에서 경찰이 시한 신체검사는 규정을 어 것이었다. 또한 문신 여부는 유치장 질서 유지와 무관하 로 문신을 확인한다는 핑계가 과도한 신체검사의 이유가 될 수는 없다.¹¹⁾

소지 수 제9조 제 제

[1] 인권위결 2002년 월 력행위 별에 관한 법률 이하 법 과 집회 시위에 관한 법률 이하 집시법 위반으로 체 되어 유치장에 입감된 수용자가 제 안경을 쓰고 있었는데, 유치인보호관은 규정상의 금속물이라는 이유로 안경을 회수하고 수용자의 안경 지급 요구를 거절했다. 수용자는 0.1의 시력을 가지고 있어 안경을 쓰지 않으면 사 을 구 할 수 없으 로 안경은 자신의 눈과 다면서 국가인권위원회에 진정 다. 국가인권위원회는 안경은 유치인에게 눈과 은 기 을 하는 이기에 한 소 을 피우지 않았을 경우 안경의 회수는 헌법상의 인 엄의 가치, 행 추구권, 신체의 자유를 침해하는 행위라고 다.¹²⁾

[2] 인권위결 2008년 8월 1 일 광우병 위험 국산 쇠고기 수입반대 촛불집회에서 연행되어 서울마 경찰서, 서울중부경찰서, 서울 남경찰서 유치장에 수용된 여성 유치인들에게 경찰이 자살 위험성을 이유로 브래지어를 탈의하게 한 사건이 벌어졌다. 또한 유치인들은 지어를 탈의한 로 남성경찰관에게 수사를 아야 다. 유치인보호관 은 국의 를 들 끈으로 이용되어 자해나 인에게 피해를 가할 수 있기에 회수하 다고 주장 다.

이에 대해 국가인권위원회는 지어를 탈의하게 한 후 아무런 보 적 조치 없이 약 48 시 을 유치장내에서 생 하게 하고 경찰조사를 도록 한 것은...인 권을 침해한 것 이라고 다. 하지만 여성유치인이 지어를 탈의하게 함으로 는 피해는 탈의 자체로 인한 인체의 건 과 관련된 것이 아니라 탈의의 결과로 성적수치심과 멸감을 주게 하는 것이 문제의 이라 경찰청장에게 지어 탈의요구 시 그 지를 히 이해할 수 있도록 명하고...탈의한 후 성적수치심을 느끼지 않도록 하는 보 조치를 구하고...관련규정을 개정할 것 을 권고 다.¹³⁾

11) [보도자] 이랜드- 아 조 원 수사과정에서 경찰, 몸 신과 구 등 인권유린 자행, 인권단체연석회의 경찰폭 대응팀, 2007.7.21, <http://sarangbang.or.kr/bbs/view.php?board=data_id=366>, 일: 2010.3.1.

12) 국가인권위원회 2003. 2. 10.자 02진인407 결정

이는 지어 탈의 자체는 정당화하면서 보 조치를 권고 다는 에서 경찰에게 면죄부를 줬다는 비 을 았다.¹⁴⁾ 경찰은 자 위험을 핑계로 했지만 남성 유치인의 런닝셔츠는 회수하지 않았다는 , 지어를 비롯해 사 상 의류가 자 의 위험성이 재한다고 보이는 히나 지어와 은 옷의 경우 확대와 넥 이와는 리 탈의가 지 않다는 에서 위험성이 낮은 이라는 , 옷을 회수하는 것 자체가 여성 유치인에게 성적수치심을 느끼게 할 수 있다는 에서 인권침해이다.

게다가 2008년 국정감사에서 법무부와 경찰청이 국회 주광덕 의원 한나라당 에게 제 한 자료¹⁵⁾에 따 면, 한국의 유치장에서 자해나 자 사건 자체가 적으 그 중에서도 지어를 사용한 경우는 없다. 200 년~2008년 월 경찰청 유치장에서 매어 자 한 사건은 총 7건 인 지어로 자 한 사건은 한 건도 없었다.

[표 1] 유치장내에서 목매어 자살한 사건의 이용도구별 자살 방법

연 도 \ 방 법	내의	와이셔스	점퍼밑단 조임끈	확대	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

은 자료에서 구치소· 도소의 경우를 봐도, 200 년~2008년 8월 발생한 법무부 정시 내 자 사고 7 건 중 72건이 을 매어 자 액사 사 한 사건인 , 여성 옷으로 자 한 경우는 한 건도 없었던 것으로 나 났다.

13) 국가인권위원회 2008. 10. 9.자 08진인3135·08진인3140·08진인3141 결정
 14) 인권운동사 등 16개 인권단체들은 2008 11 12일 공동성 을 통해 “여성 유치인의 속옷 의 자체가 가지는 인권 해의 심각성을 은폐”한 결정이라 “경찰에 의한 유치인 인권 해를 용인하는 것으로 아들이 수 있다는 점을 심각하게 려한다”고 비판 다. 인권단체들은 “여성 유치인들의 경 몸의 수 이나 속옷을 비롯한 건의 수보관 과정에서 가부장적 선 지 내해야 하 성적 수치심을 함한 인격의 을 경 할 수 있다” (경찰 의) 무 편람에는 여성의 브 지어만이 아니라 런닝셔츠나 등 끈으로 사용될 수 있는 다 의 들 위 으로 되어 있다. 그러나 경찰은 다 위 인 런닝셔츠의 의는 요구하지 다. 이는 여성유치인에 게 욕 을 주려는 의도적인 집행으로 의혹을 사기에 하다”고 지적 다. (<공동성 >인권위는 경찰의 유치인 인권 해를 조하려는가!, 2008.11.12, <http://sarangbang.or.kr/bbs/view.php?board=comment_id=125>, 일: 2010.3.1)
 15) [보도자] 여성 의자 속옷 의 인권 해, 관 규정 개정해야, 주 덕 의원, 2008.10.12, <http://www.kd21.or.kr/wizboard.asp?mode=view_bid=board07_gid=root_adminmode=true_uid=20>, 일: 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 여성 옷으로 자 한 건이 전 무함에도 여성피의자의 옷 탈의를 요하고 옷을 탈의한 여성 입감자를 남성경찰관이 조 사하도록 한 것은 인권침해에 해당하는 , 관련법령 개정 개선방안을 구 하라고 지적 다. 이에 대해 국정감사 후 서울지방경찰청은 여성유치인의 자 또는 자해를 방지하기 위해 여성유치인 자의로 지어를 탈의토록 한 후, 보관하는 것 이고 유치인에게 수치심 유발 인권침해 논 을 불식시 기 위해 탈의 전, 제 적에 대해 히 명하고 유치인의 동의 를 아 제 ·보관하고 있다 고 했다. 또한 옷 탈의 후 조사시 착용할 수 있는 여성유치 인용 조끼 240개 서 균 7.8개 를 전 경찰서 유치장에 비치 다고 보고 다. 후 추진계 으로는 옷 탈의는 유치인의 생명과 신체를 보호하기 위한 조치 을 반 시 사전 고지하 고, 유치인 동의 후 제 도록 업무절차 확행 하겠다고 했다.¹⁶⁾ 이는 지어 탈의에 유 치인의 사전 동의가 필요하 , 유치인이 동의하지 않을 경우 경찰이 제로 지어를 탈의 하도록 할 수 없다는 을 명히 한 것이다. 앞에서 권고에서 국가인권위원회가 지어 탈의 자체는 정당화하면서 보 조치 정도를 권고한 것에 비하면 훨씬 진전된 조치이다.

한 , 경찰청은 국 과학수사연구소에 의뢰해 지어가 자해 도구로 사용될 위험성을 파 고, 착용하는 것이 좋다고 하는 정을 은 후 유치장 내 지어의 착용을 사 상 용하고 있다고 했다.¹⁷⁾ 이로 유치장에서 지어를 제로 탈의하도록 한 경찰의 잘

16) 2008 도 국정 사결과 정 리 요구사항에 대한 리결과보고서(행정안전부 소관), 대한민국정부, 2009.2, 106 쪽~107쪽

17) 제282회 국회(회) 국회 행정안전위원회 제3차 전체회의 회의록, 2009.4.15, 42쪽. 다 은 경찰관직무집행법 개정 안 관 기정 의원(민주당)과 김 환(당 경찰청 경무기획국장)의 의와 이다.

○ 기정 위원 “그러니 , 안경을 위 한 건으로 지 급해서 쓸 수 없도록 만들고 있지요?”

○ 경찰청경무기획국장 김 환 “예, 그런 안경이라 지 브 지어가 대 화에 따라서 안경 쓰는 사람이 늘어나

된 관행은 전혀 금지되었다.

5. 벌칙

- 문병호 수의 발제내용에 동의함. 법사위 심사 계에서 벌칙을 세 화하고 형 을 화하는 것은 어 겠으나 벌금형을 추가하는 개정안은 개 이 로 현 계에서는 현행 규정을 그대로 유지하여야 함.
- 벌칙과 관련하여 창일 의원 대표발의안은 제12조 벌칙의 구성요건 중 다 사람에게 해를 끼친 자 를 제하여 경직법상 의무 위반 권한남용만으로도 경찰관에 대한 형 사 벌이 가 하도록 그 요건을 화하고 있음.
- 그런 이에 대해 전문위원 검토보고서에서 인이 법익이 침해되지 않은 경우에까지 형사 벌을 하는 것은 현행 법체계에 비추어 과도하게 형벌을 확대하는 것으로 신중한 논의가 필요하다고 보고 있음.
- 창일 의원안은 과도하게 형벌을 확대하는 것이 아니라 비정상적이고 비상식적인 현행 벌 칩규정을 다소나마 정상으로 리는 것이 위와 은 검토 내용은 전혀 당성이 없음.

6. 기타¹⁸⁾

(1) 인권보호준칙의 법정

- 현재 경찰청 훈령으로 「인권보호를 위한 경찰관직무규칙」이 있으나 이를 경직법으로 상 할 필요가 있음.
- 창일의원안이 은 내용을 담고 있으나, 전문위원 검토보고에서 이 름 개정할 경우 경찰관이 동 의무 위반시 형사 벌 대상이 될 수 있어 인권침해에 따 벌에 있어 다 공무원과의 형 에 어긋난다는 을 지적하고 있음.
- 그러나 인권침해 가 성이 은 경찰의 경우 다 공무원에 비해 더 무거운 의무를 부 과하는 것이 당연하고, 동 의무의 효성을 보장하기 위해서 벌칙이 필요한 것이지 이것 이 결코 형 에 어긋난다거나 가혹하다고 할 수 없음.

고 그 서 그것이 위 한 것인가에 대한 들을 지 하고 있고요. 브 지어 같은 경 도 지 에 국과 수 지 을 해서 사 상은 허용하고 있는 그런 상황입니다.”

○ 기정 위원 “허용하고 있습니 , 지 현재는?”

○ 위원장 조진형 “사 상은 허용하고 있다?”

○ 경찰청경무기획국장 김 환 “예, 지 에 한 문제가 제기 을 위 성 유무에 대한 을 국과수나 국의 예를 약해서 사용하도록, 용하는 것이 좋다고 하는 판정이 있어서 하고 있습니다, 그 뒤로. 개선이 습니다.”

18) 이 부 은 법사위 심사의 한계를 벗어나는 것이지만, 향후 경직법 개정에 드 영되어야 할 내용이라고 판단되 어 급함.

(2) 적용범위 확대

- 경직법은 국가경찰에 한하여 적용되고 자치경찰공무원은 「제주 자치도 치 국제 자유도시 조성을 위한 법」에서 용하도록 하고 있는 제11 조, 전 경찰 경은 「전 경찰대 치법」에서 경찰공무원법 기 관련법률의 필요한 조 을 용하도록 하고 있으나 제4조 경직법의 용여부는 명시하고 있지 않음
- 전 경찰 경은 치안업무의 보조자로서의 지위를 가지고 있고 제 집회·시위 진 에 전경이 대거 입되어 전경에 의한 인권침해가 빈발하고 있으 로 경직법 중 주요내용 을 전경에 대하여도 용할 필요가 있음.
- 따라서 제1조를 개정하여 경직법 중 직무질문 제 조, 신원확인 제 조의2, 동행요구 제 조의, 경찰장비의 사용 제10조, 경찰장구의 사용 제10조의2, 사기의 사용 제10조의, 무기의 사용 제10조의4 은 전경에게도 적용하도록 할 필요가 있음.¹⁹⁾

19) 전투경찰대 치법 제4조를 개정하는 법도 가 할 것

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. 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 병행적인 것이 아니라 이다. 국민의 기본권은 공공질서의 유지를 통하여 실현되지만, 때로는 공공질서의 유지를 위해 일정 부분 제한될 수 없다. 헌법상 보호되는 기본권은 절대적 기본권이 아니라 헌법 제 7조 ②에 규정된 바와 같이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공리리를 위하여 질적 내용이 침해되지 않는 한 일정 부분 제한이 될 수 있는 상대적 기본권이다. 경찰관의 직무는 위와 같이 개인과 국가 또는 사회의 이익이 충돌하는 부분에서 합리적으로 균형을 되어야 하며, 공공질서 유지를 위해 제한할 수 있는 국민의 기본권의 범위를 리 법률로 정하여 경찰력의 남용을 방지하여야 한다.

위와 같은 경찰관의 직무 표를 성하기 위해 제 행해지는 경찰력의 행사는 매우 광범위하다. 범죄의 수사, 범죄인의 체포, 구금, 거의 수집 사법 용으로서의 경찰력의 행사는 국민의 기본권 보장과 공공질서 유지를 위한 경찰관의 직무 중 일부에 지나지 않는다. 경찰은 검찰과 리 범죄의 사후수사만이 아니라 범죄 방을 위한 찰, 유해업소의 리, 범죄정보의 수집, 인범, 아동성 리범 리범죄자의 사후관리, 통질서의 유지를 위한 정보의 제공, 국민생 리 한 질서유지 업무를 수행하는 동시에 리 상황에서 국가 안전보장을 위한 대 리 정보 수집, 검거 리 보안업무도 담당하고 있으, 위와 같은 직무의 대부분 은 행정 용으로 이루어진다.

경찰관의 직무는 위와 이 사법 용과 행정 용으로 개 상 구 할 수 있으나, 국민의 기 권 보호와 공공질서의 유지를 위해 필연적으로 일부 국민의 기 권을 제한하는 침익적 행정 용으로 구현될 수 에 없고, 행정 용의 효를 기하거나 행정 용의 결과로 인하여 사법 용도 행정 용과 동시 또는 사후에 함 용할 수 에 없다. 경찰관의 직무는 위와 이 행정 용과 사법 용이 혼재되어 행해질 수 에 없는 성을 가지고 있다.

또 하나의 경찰관 직무의 성은 상시 국가가 사용할 수 있는 거의 유일한 리적 제 력이 이다. 리적 제력의 행사를 위하여는 많은 수의 경력과 각 장비 심지어 총기 의 무기를 구비할 수 에 없고, 제력의 행사는 필연적으로 대상 국민의 신체에 위해를 가할 우려가 있으 , 다수의 국민들에게 각 불 을 야기할 수 있다. 그러나 국민의 신체와 재산 보호 공공질서유지를 위해 각 범죄자에 대한 제력의 행사는 불가피하 , 국민도 기 권의 질적 부 이 침해되지 않는 한 이를 수인하여야 한다.

위와 은 경찰관의 직무 정상 경찰관의 직무는 국민의 기 권을 제한하는 방 으로 동 할 수 에 없고, 각 리적 제력을 행사할 수 에 없는 상황이 다수 재하는 , 이러 한 경찰력의 행사는 남용될 경우 국민의 기 권을 심각하게 침해할 수 있으 로 헌법상 요구 되는 요건에 적합하여야 한다. 경찰력 행사의 헌법상 근거와 요건은 첫째 국가안전보장, 질서 유지 또는 공공 리를 위함과 동시에 국민의 기 권을 보호하기 위한 적으로 행사되어야 하고, 둘째 국민의 기 권의 질적 부 을 침해하지 않는 한도내에서 행사되어야 한다. 경찰 력의 행사가 위 요건을 족할 경우 국민은 자신의 기 권이 일정 부 침해되더라도 이를 수인할 의무가 있다.

경직법의 개정은 경찰관의 직무범위와 방법 절차를 정함에 있어 위와 은 헌법상 요건 을 족하여야 하는 , 이는 결국 각 직무의 합 적성, 수 적합성 공공의 이익을 위 한 필요성과 이로 인하여 침해되는 국민의 기 권의 범위와 그 수인가 성의 비 형 으로 그 한계가 논의되어야 한다.

2. 불심검문

개정안은 불심검문을 직무질문, 신원확인, 의동행의 세 계로 나 어 규정하면서 요건을 세 화하고 의절차 을 명시적으로 규정한 에서 진일보한 것이라 보인다. 그럼에도 개정 안에 대하여 반대하는 해들이 있는 , 그 주요논거를 보면, ① 불확정 개 을 사용하여 경찰관의 자의적인 해 이 가 한 , ② 불심검문은 수사 동의 전 계로 필요 최소한도 로만 인정되어야 하는 , ③ 소지 검사 차 적재 검사의 대상이 불명확하고 광범위

하여 프라이버시를 침해하고 집회, 시위의 자유를 하는 수 으로 사용될 우려가 있는 ,
 ④ 신 제시 을 통한 신원확인 은 국민을 재적 범죄자로 하는 것으로 현대 문명사
 회에서 용인될 수 없고 은 이유로 지문의 동일성 확인은 인정되어서는 안되는 , ⑤ 경찰
 의 의동행요구 자체가 위 적으로 느껴지 로 원칙적으로 용되어선 안되고 중대범죄의
 구체적 위험성이 있는 경우에 한하여 용되어야 하는 이다.

불심검문의 역사적 유 를 따지기에 앞서 먼 검토되어야 할 것은 불심검문이 현재 경찰
 관의 직무로서 공공의 이익에 부합하는 것인지, 만약 부합한다면 어느 정도까지 기 권을 제
 한할 수 있는지 여부이다.

현재 경찰관에 의하여 이루어지는 불심검문은 대부 범죄 방과 지명수 된 범죄 의자
 또는 벌금 납 형 집행자를 비롯한 각 수 자들의 검거를 위하여 행하여 지고 있다.
 부녀자 아동납치사건 또는 총기탈 범과 무장탈 범 의 검거와 추가범행을 방하기 위
 하여 경찰력은 신 하게 동되어야 하고 이 과정에서 광범위한 규 의 신원확인 과 소지
 차 적재 검사가 이루어질 수 에 없다.

또한 과거 경찰력의 행사가 주로 사후적인 범인검거에 이 맞추어져 있었던 것에 반하
 여 현대 경찰관의 가장 중요한 직무중 하나는 범죄의 사전 방이 , 이를 위하여 절도, 도,
 성 행범죄 생 형 범죄 방을 위해 우범지역에 대한 찰의 화, 지역사회와 연계
 한 방범기 의 성화 이 되고 있으 , 이러한 범죄 방 동과정에서 거동수상자 에
 대한 불심검문은 불가피한 면이 있다. 이 범죄가 발생한 후에 경찰력이 동한다 하여도
 이는 사후약방문에 불과하 , 범죄피해자들은 정신적, 신체적, 경제적으로 입은 피해를 원상
 회 할 방법이 없고, 중대범죄의 경우 생 그 정신적, 육체적 고통에 시 릴 수 에 없으
 로 범죄 방은 무 보다도 중요하다 할 것이다.

또한 이 범죄피해를 당한 피해자의 경우 가해자의 신병을 신 히 확보하여 형사 벌과
 그 과정에서 범죄피해로 인한 심적고통을 위안 고 일부 피해회 을 기대할 수 에 없는 ,
 사인에 의한 형사소추를 엄 히 금지하고 형벌권의 행사를 국가가 행하는 현대사회에
 서, 범죄자의 형사 벌을 위한 신 한 검거 사법 용은 국가의 권 이기에 앞서 범죄피해
 자를 보호하기 위한 국가의 무이기도 하 , 그 은 전적으로 경찰이 부담하고 있다.

위와 이 불심검문은 경찰관이 수행하는 직무의 수 으로 중요한 역할을 담당하고 있고
 범죄 방과 범죄피해회 국가형벌권의 신 한 행사를 위해 불심검문으로 인한 다소의 불
 이 있더라도 이는 국민이 공공의 이익을 위해 수인해야할 한도내에 있는 것이다. 더욱이
 현재의 불심검문은 두 의절차로서 대상자의 동의를 어야 하고 대상자가 거절할 경우
 제할 방법도 없으 로 이는 필요 최소한의 기 권 제한이라 보여진다. 오히려 인,

도, 납치범 총기탈 범 력범죄자와 추가범행이 히 되는 력범죄자의 검거를 위한 히 적인 경우에는 제적인 불심검문을 인정하는 것이 공공의 이익에 부합되는 면도 있으 로, 지나치게 불심검문의 역사적 유 나 과거 남용된 사례를 근거로 불심검문을 도로 제한하는 것은 문민정부시절부터 이 4번에 처 민주적 정권 체를 이룸으로 권위주의적 독재시대를 마감한 우리사회에 어울리지 않는 논거라 보여진다.

개정안에 반대하는 해의 근 에는 불심검문이 집회, 시위의 자유를 하는 수 으로 사용될 수 있다는 우려가 깔려 있다. 그러나 불심검문에 대한 개정안의 어 규정을 보아도 화적, 합법적 집회, 시위를 하거나 제한할 수 있는 규정은 보이지 않는다. 불심검문이 집회, 시위에 을 칠 수 있는 경우는 불법집회, 시위, 그것도 쇠파이프, , 죽봉, 화염병, 새총, 사제총 각 위험한 건을 이용한 력집회, 시위가 거의 유일하다 할 것이다. 그러나 불법, 력집회, 시위는 헌법과 법률로 보호 을 수 있는 기 권이 아니 , 오히려 인의 기 권과 공공의 이익을 중대하게 침해하는 행위로 경찰이 적 적으로 제해야 할 대상일 뿐이다. 경찰관의 직무 중 집회, 시위대비업무는 수많은 경찰 용중 히 일부 일 뿐이 로 집회, 시위를 함에 있어 다소 불 이 있더라도 이것만을 이유로 불심검문을 형해화하는 것은 공공의 이익에 부합하지 않을 뿐 아니라, 각 범죄 방의 소홀로 더 큰 기 권의 침해가 이루어질 수 있음을 과하여서는 안된다.

위와 은 불심검문의 기 과 적, 그리고 개정안에서 규정한 의절차성을 감안할 때 개정안에 대한 반대논거는 대부 국민의 수인한도를 히 제한한 것으로 공공의 이익을 해쳐, 결과적으로 국민의 기 권이 더욱 침해되도록 할 뿐이다. 불심검문을 하면서 대상자의 신원을 확인하는 것은 지 히 당연한 것이다. 범죄 방과 범죄인 검거를 위해 불심검문을 하는 , 대상자의 신원확인도 하게 한다면 불심검문을 하는지 의문이 아닐 수 없다. 더욱이 지문의 동일성 확인도 두 대상자의 동의하에 가 하고 대상자가 거절할 경우 제할 방법도 없는 , 이로 인하여 질적 부 이 침해되는 기 권이 과연 재하는지도 의문이다.

은 관 에서 의동행은 위와 은 불심검문이 가진 기 이 제대로 동하기 위한 필요최소한의 조치일 뿐이다. 다만 경찰관의 요구가 사 상의 제력을 가지는 을 부인할 수 없기에 개정안은 동행거절권과 변호인의 조력을 을 권리를 명시적으로 규정하여 기 권 침해를 최소화하고 있는 것이 , 이는 공공의 이익과 기 권침해를 비 형 할 경우 적정한 입법이라 할 것이다.

다만 의동행시 변호인의 여권을 제한할 수 있는 사 을 대통령령으로 정하는 것은 헌법과 법률에 의하여 보장된 변호인의 조력권을 하위규범인 시행령으로 제한하는 것으로 당하지 않다. 동규정은 형사소송법 제24 조의 2변호인의 여] ① 검사 또는 사법경찰관

은 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 우자, 직계친족, 형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 함께 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 여하게 하여야 한다. 와 이 경찰관은 제1 에 따라 동행을 한 사람 또는 그 법정대리인, 우자, 직계친족, 형제자매 의 신청에 따라 변호인을 제1 에 따라 동행을 한 사람과 함께 하거나 정당한 사유가 없는 한 동인에 대한 신문에 여하게 하여야 한다. 로 변경하거나 형사소송법 제 24 조의 2를 용하되 이 법에서 피의자는 제1 에 따라 동행을 한 사람으로 다는 규정을 두는 방식으로 개정하는 것이 법체계적으로 당하다.

한 입법에 있어 불확정개 의 사용은 입법 기 상 불가피한 면이 있다. 반대론 럽 중대한 범죄를 야기하 을 것으로 의심되는 자와 이 규정하더라도 불확정개 은 그대로 재하게 되는 것이다. 또한 반대론은 불심검문이 가진 기 은 무시한 그 남용으로 인한 역기 만을 지나치게 조한 것이다. 반대론 럽 규정한다면 불심검문이 가진 범죄 방 이 기 은 사장되어 버리고, 이는 또다 범죄피해자를 양산하는 결과를 가져 뿐이다. 결국 불확정개 의 한계와 해 문제는 레의 축적을 기다려 해결할 수 에 없는 부 으 로 보인다.

3. 유치장

경찰관서 유치장은 대용감방으로 사용되지 않는 한 결수용자만을 유치할 수 있고, 경찰관서에 치된 유치장은 정시 의 결수용 로 보아 형의집행 수용자의 우에관한법률이 용된다 동법 제87조 . 또한 동법 제11장 안전과 질서 에서는 수용자의 소지가 금지된 제92조 , 신체검사 제9 조 , 전자장비를 이용한 계호 제94조 , 보호장비의 사용 제 97조 , 보호장비의 류 사용요건 제98조 , 보호장비 남용 금지 제99조 , 제력의 행사 제 100조 시 내 안전과 질서 유지를 위한 다양한 규정과 요건을 정하고 있고, 위 조 들은 유치장에도 그대로 적용된다.

개정안이 제9조 유치장 에 당 유치장 치 근거조 만 있던 것을 유치인에 대한 권리 고 지의무 세부적 규정을 추가한 이유는, 경찰서 유치장의 경우 정시 과는 개로 보는 일반인들의 관 을 고려하여 도의 세부규정을 두어 유치장 수감자들에 대한 신체검 , 금지 제 요구권 을 명시함으로 법적 명확성을 기하고자 한 지인 것으로 보인다.

그러나 법체계상 이 형집행법이 용되고 있고, 동법에서 규율하는 사 이 현재 개정안 에 규정된 사 보다 훨씬 세 하고 정기관의 오 경험이 감안된 것이 로 도로 중 적 인 세부사 을 들 이유나 근거는 없는 것으로 보인다. 형집행법이 용되고 있음을 명확

히 하기 위하여, 유치장에 형집행법을 용함에 있어 도관은 경찰관으로, 수용자는 유치인으로 다는 규정을 두는 것이 법체계적으로 합당할 것으로 보인다.

결국 유치장의 유치인에 대한 각 제한과 유치인의 권리는 형집행법상 수용자의 지위와 동일하 로 수용자에 대한 우와 형집행법의 해 에 따 면 될 것이고, 형집행법상의 규정 보다 화하여 적용할 근거나 논리적 필연성도 전혀 없다.

4. 경찰장비의 사용

토론문은 개정안의 법체계적 적합성과 헌법위반 여부에 대하여만 논의하는 것이 로 이 경직법상에 규정되어져 있는 사 에 대하여 한자를 한글로 꾸고 표현을 우리 로 게 고쳐쓸 적으로 개정된 부 에 대하여는 논의의 대상에서 제 하고자 한다.

경찰장비의 사용과 관련하여 개정안에 새 게 추가되거나 전히 수정된 내용은 위해성 경찰장비의 도입시 공청회를 통하여 안전성을 검 하고 그 보고서를 국회에 제 하 , 사용 기록을 보관하여야 하는 경찰장비의 범위를 확대한 것 뿐이다. 개정안 제10조, 제11조, 제11조의2

위 개정안은 경찰장비 중 고도의 위험성이 있는 장비에 대한 안전성을 검 하여 장비사용으로 인한 불 의 피해를 방지하기 위한 것으로 국민의 기 권을 오히려 보장하기 위한 것이 고, 사용기록 보관대상 경찰장비를 확대하여 장비사용과 관리의 명성을 기하고 소재를 명히 함으로 적으로 무 한 경찰장비 사용을 제하기 위한 것이 로 기 경직법 보다 진일보한 것으로 이를 반대할 아무런 이유가 없다.

5. 기타사항

가. 보호조치를 할 경우 보호조치 대상자에 대한 신원확인을 위하여 지문 , 사진 을 규정한 개정안 제4조가 개인의 정보자기결정권과 상권을 침해할 수 있다는 해가 있다.

그러나 지문 와 사진 은 보호조치 대상자의 신원을 파 하여 신 히 연고자에게 인도하기 위한 경찰관의 직무상 연고자를 수 없어 부 이 구호대상자를 공공보건의료기관, 공공구호기관에 인계하는 경우 추후 연고자가 구호대상자를 찾거나 연고자를 확인하기 위한 자료를 남기기 위한 조치로 불가피한 것이 , 전적으로 구호대상자의 이익을 위한 조치에 불과하다. 더욱이 그 사용 적을 신원확인파 연고자를 찾는

적으로 한정하고 연고자에게 구호대상자를 인계시 한 자료를 두 기하도록 하 으 로 구호대상자의 기 권을 침해할 소지도 거의 없다. 연고자를 기 하지 하거나 찾을 수 있는 력이 부족한 구호대상자에게는 신 히 연고자를 찾도록 하는 것이 가장 중요한 기 권 보호인 , 중요한 기 권 보호를 위하여 조금의 기 권 침해 가 있다고 해서 이를 금지하는 것은 지나친 것이 아 가 생각된다.

나. 경직법상 의무를 위반하거나 직권을 남용한 경찰관의 벌조 은 1년 이하의 역 또는 금고형만 있었으나, 개정안은 00만원 이하의 벌금형을 선택적으로 규정하 다. 이에 대하여 경찰관의 직권남용은 다 공무원의 직권남용보다 중대하게 다루어야 함에도 형 법상 직권남용죄 보다 낮은 형을 규율하는 것은 문제가 있으 로 형 을 상 조정하고 형법상 직권남용죄의 구성요건과 동일하게 규정할 필요가 있다는 해가 보인다.

그러나 개정안의 지는 신체형만 규정되어 있는 벌칙조 으로 인하여 의무위반 또 는 직권남용의 경중에 따 유연성 있는 벌이 불가 한 현 적인 고려를 담은 것 에 불과하고, 이와 은 입법례는 신체형만 규정하 던 통죄에 벌금형이 선택형으 로 개정된 것에 비추어 보아도 무리한 입법례가 아니다. 또한 경직법상의 벌칙조 은 형법상의 직권남용죄와 그 구성요건을 리하고, 경찰관의 하나의 행위가 경직법 제12조 형법 제12 조에 동시에 해당한다면 상상적 경합범으로 어차피 형 이 은 형법상 직권남용죄로 벌되 로 경직법상 벌금형을 선택형으로 규정한다 하여도 경찰관의 직권남용이 가볍게 벌되는 것도 아니다. 더욱이 더 중한 형으로 규정된 형법상 직권남용죄도 년 이하의 역, 10년 이하의 자 정지형 에 1,000만원 이하 의 벌금형을 선택형으로 규정하고 있는 에 비추어 보아도 위와 은 해는 당 하지 않다.

6. 결 론

이 번 개정안은 기 경직법의 자구를 우리 로 수정하고 제 불심검문 과정에서 관행적 으로 행하여졌지만 법적근거가 약 던 신원확인, 차 적재 검사 의 법적 근거를 명확 히 하기 위한 것으로, 각 력범죄로 불안해하는 국민이 없도록 범죄 방과 력범죄자의 검거, 추가 범행의 방지를 위한 경찰력의 행사를 윈 히 하기 위한 것이다. 동 개정안에 대하 여는 이 행안위 심의 과정에서 여야가 합의한 있으 , 이 과정에서 력범죄, 러범죄 의 방과 신 한 검거를 위한 제적인 조치들은 두 수정되어 의적인 절차로 하되 었는 , 과연 이 법을 통하여 국민들이 체감할 수 있는 치안 상 가 유지될 수 있을지 의문

이 아닐 수 없다.

개정안은 불심검문 경찰관의 직무를 의절차로 명확히 함으로 기 권 침해를 최소화하고, 개정안에 의할 경우 선 한 대다수의 국민은 다소의 불 이 발생할 소지가 있었도 이는 공공질서 유지와 더 중요한 기 권의 보호를 위해 수인해야 할 한도내라 보여지 , 기 경직법과 비 하여 히 국민의 기 권을 제한하는 조 도 재하지 않는다고 할 것이다.