형사정책연구 Korean Criminological Review
제24권 제4호(통권 제96호, 2013 · 겨울호)

위험방지영역의 불심검문과 실효성 확보방안*

박 병 욱*

국 I 문 I 요 I 약

오늘날 다수학설 및 판례상 경찰관 직무집행법상 불심검문은 그 법적 성질이 행정경찰영역인지 사법경찰영역인지를 구분하지 않고 구체적 범죄혐의가 발견되지 않는 한 어디까지나 임의적 기반에 의한 정지, 질문, 신원확인을 허용하고 있다. 추후에 범죄혐의가 발견되거나 준현행범 요건에 해당되어 형사소송절차에 따라 강제하는 것과는 별개로 현행 경직법이 규정하는 불심검문 조치에 불응하는 경우 강제수단은 사실상 없고 단순히 길을 막아서거나 팔을 가볍게 붙잡는 정도의 경미한 강제가 허용될 뿐이다. 국민의 신체·생명의 보호, 안전의 보장 및 법질서 유지와 관련된 경찰활동은 국가형성의 기본이 되는 사항이지만 항상 시민의 자유권과 충돌될 여지가 있다. 따라서, 국가는 입법적, 행정적 수단을 통하여 국민을 보호하여야 할 최소한의 의무(기본권적 보호의무)를 지닌다는 점을 충분히 고려하되 경찰조치의 대상이 되는 국민들이 쉽게 수긍하고 이해할 수 있는 기준점을 찾고 그 실효성 확보방안도 강구할 필요가 있다. 본고에서는 사법경찰영역의 불심검문의 경우 이미 피해가 현실화되고 난 이후에 해당되어 피해자의 직접적 보호보다는 실체적 진실의 발견을 통한 사후적 피해회복에 중점이 있으므로 형사법적 기본원리가 적용되어야겠지만 행정경찰 즉, 예방경찰영역은 피해가 예상되는 사람에 대한 법익손실의 방지에 기여한다는 특수성을 감안하여 경찰관이 개인의 행위, 주변의 신고 및 정황을 경찰직무상의 경험칙, 일반인으로서의 상식적 판단에 따라 구체적 위험의 정도로까지 추론할 수 있는 경우라면 강제적인 지문확인, 사진촬영 등을 통한 실효성을 확보할 수 있는 방안을 도입을 할 것을 제안하고 있다. 또한, 사실상 사람의 내심을 강제할 효과적 방법은 없다는 점을 고려하여 위험방지상황에서의 답변의무 강제규정의 신설 및 미답변시 과태료, 벌금규정의 도입은 불심검문의 실효성을 확보할 수 있는 방안이 되지 못한다고 판단하고 있다.

❖ 주제어 : 불심검문(정지, 질문, 신원확인), 위험방지, 구체적 위험, 기본권적 보호의무, 행위책임

---

* 이 논문은 2013. 05. 24. (금) 남영동 경찰청 인권센터에서 개최된 「경찰법이론실무포럼」의 제1회 학술세미나에서 저자가 발제자로 발표한 내용을 수정·보완한 것임을 밝혀둔다.
** 홈볼트대학교 법학박사(행정법), 중앙경찰학교 교수요원(경찰관직무집행법)

Ⅰ. 들어가며

작년 9월 온라인 지면상에서 “2010년 국가인권위원회의 권고로 폐지되었던 불심검문이 부활되고 경찰청에서 불심검문을 강화한다” 는 취지의 기사[1])가 일반의 주목을 불러일으켰다. 사실 불심검문 자체는 경찰관 직무집행법 제3조에 규정된 사항으로 과도하거나 불법한 불심검문이 문제가 될뿐이지 (요건을 갖추었는지 안갖추었는지 불문하고) 모든 불심검문이 위법이라는 전제 하에 “불심검문부활” 이라고 한 것은 명백히 잘못된 표현이다. 국가인권위원회도 기사에서 언급한 2010년 권고문을 비롯한 여러 진정 권고문에서 ‘추상적 범죄혐의’ 가 인지된 경우에 보안경찰작용 활동의 일환으로서의 정지, 질문 (경직법 제 3조 제1항) 및 이에 수반된 임의동행 (경직법 제 3조 제2항)은 경찰관 직무집행법이 정한 범위 내에서 정당한 불심검문으로서 인정된다는 점도 동시에 밝히고 있다.[2])

물론, 구체적 사건에 대한 현장에서의 검토를 거치지 않고 센세이션을 일으키는 ‘묻지마 범죄’, ‘아동 · 여성 상대 성범죄’등 특정 사건 등을 계기로 경찰 상급관청에서 검문검색을 강화하라는 일방적 지시를 현장 경찰관에게 내리고 불심검문 실적취합을 강요한다면 현장 경찰관들은 결국 “무작위” 불심검문으로 내몰릴 수 밖에 없게 될 것이다. 위 기사에서의 불심검문 “부활” 이라는 명제의 법률상 진위를 떠나 경찰상급기관의 현장경찰에 대한 “불심검문강화”라는 일방적 지시로 인하여 현장의 경찰관이 법정된 불심검문보다 요건을 느슨하게 해석하게 되어 일반시민이 잠재적 범죄자로 취급받게 될 가능성이 높아지고 시민의 자유권이 위축된다면 결코 바람직한 현상은 아니다. “불심검문강화” 라는 경찰관청의 표현에서 대한민국의 국민이 스스로의 자유권이 위축될 것을 강하게 예상하고 있다면 과거 대한민국의 시국시위현장 등에서 집행경찰이 느슨한 요건하에 혹은 요건을 따지지도 않고 과

1) “불심검문부활, 모두 잠재적 범죄자로 만든다”, 2012. 9. 3 자 오마이뉴스 인터넷 기사 http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001774651&CMPT_CD=P0001(2013. 4. 27 마지막 검색)

2) 국가인권위원회 10 진정 0279100 (2010. 7. 23 의결), 경찰불심검문시 신분증 미제시로 인한 인권침해, 3면; 국가인권위원회 10 진정 0101000 (2010. 7. 23), 과도한 불심검문에 의한 인권침해, 5면; 국가인권위원회 07 진인 4605(2008.9.22) 부당한 임의동행 등에 의한 인권침해, 5면.

도하게 불심검문을 하였던 기억을 떠올렸을지도 모른다.[3)]

국민의 신체, 생명의 보호, 안전의 보장 및 법질서 유지와 관련된 활동은 국가형성의 기본이 되는 사항이지만 시민의 자유권과 항상 충돌될 수 밖에 없으므로 양가치의 충돌이 명확하게 드러나는 불심검문의 문제에 있어서도 끊임없이 국민이 쉽게 이해하고 수긍할 수 있는 균형있는 기준점을 찾아 마련할 필요가 있을 것이다.

그러나, 행정경찰상 활동으로서의 불심검문의 성격을 도외시하여 지나치게 형사법적인 시각에서 바라보거나 모든 불심검문 자체를 불법이라는 전제하에 바라보는 시각 또한 국가의 본질적 임무인 국민에 대한 국가의 보호의무를 소홀히 하게 할 수 있다는 점에서 유의하여야 한다. 즉, 국가는 형사소추를 통하여 사후적으로 국민의 안전을 보호할 수도 있지만, 실제로는 개인의 법익에 대한 피해가 발생하기 전의 (사전적) 법익예방 관점도 함께 고려하게 된다.[4)]

따라서, 행정경찰 영역에서의 불심검문은 시민의 자유권을 최대한 위축시키지 않는 가운데 구체적인 법익예방의 관점에서만 인정된다고 할 수 있을 것이므로 그 법적인 허용범위와 실효성 확보방안에 대해 세밀하게 고찰해볼 필요가 있다.

---

3) 불심검문이 공안경찰기능 및 지나친 예방활동의 수단으로 오용되고 있다는 비판에 대해서는 강동욱, 불심검문의 의미와 법적 성격에 관한 고찰, 1993, 관동대 논문집 21권, 505면. 같은 논문의 509 면에서 강동욱 교수는 1988.12.31. 공포 법률4048호 경찰관직무집행법개정안(특히 같은 법 제3조)이 70, 80년대 시국사건 등과 관련하여 당시 지나칠 정도로 오·남용되던 불심검문을 절차적으로 통제하고 경찰관의 잘못된 불심검문으로 인한 인권침해를 방지하기 위한 의도에서 비롯된 것임을 분명히 하고 있다; 같은 취지의 비판으로 “불심검문, 2년만의 부활 경찰 권한 강화하려는 시도: 이호중 교수, ‘범죄 예방효과 없다’ ‘전시성 대책’” 이라는 제하의 미디어 뉴스 2013. 9. 3 자 기사 http://www.mediaus.co.kr/news/articleView.html?idxno=27458(2013. 6. 1 마지막 검색)

4) 이성용, 불심검문 개정논의에 관한 소고, 경찰학연구 제10권 제3호(통권 제24호), 2010, 5면; 박병욱/황문규, 위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적수단상의 차이점, 형사정책연구 제23권 제3호(통권 제91호), 2012, 199면 이하; Gusy, Der Schutz von Vertrauensverhältnissen im Polizeirecht unter besonderer Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte in: Wolter/Schenke (Hg.), Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002, S. 135f.; Denninger, E. Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2007, S. 367 (Rdnr. 170).

Ⅱ. 현행법상 불심검문의 법적 성격

경찰관 직무집행법 제 3조 제1항은 “경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다” 라고 규정하고 있다. 동 조항에서 제시된 불심검문의 성격과 관련하여 준사법경찰작용설, 행정경찰작용설, 이원설, 병유설 등 의견이 나뉘어져 있는 바,[5] 이 장에서는 먼저 구체적인 사례를 통하여 불심검문과 관련된 각각의 학설의 주장하는 바와 그 근거를 살펴본 뒤 위험방지 영역의 불심검문을 사법작용으로서의 불심검문과 구분하여 논의할 필요에 있는지에 대하여 이어서 논의해 나가도록 하겠다.

사례 1: 다량의 혈흔이 자켓 안 숨겨진 셔츠에서 보이는 경우,

사례 2: 마약으로 의심되는 흰색분말이 담긴 비닐봉지를 경찰관에게 들키자 거동수상자가 옆에 세워진 자신의 승용차를 타고 막 도망하려 하는 경우,

사례 3: 누군가가 망치를 들고 골목을 돌아 약 20 미터의 앞의 다른 사람을 쫓아가는 경우,

사례 4 (2010 **년 11월 초순경 서울지방경찰청 ○○ 지구대 실제사례**): 귀가하는 여성의 뒤를 따라가던 불상인을 관찰하던 다세대 주택 옥상에서 담배를 태우던 이웃주민이 수상함을 느끼고 112 신고를 하였다. 출동나간 파출소 경관은 주변을 서성이는 불상자를 발견하고 신분증 요구를 하였다. 그러나, 불상인은 “동네주민인 내가 무슨 잘못을 했느냐, 내가 무엇 때문에 신분증

5) 이성용, 불심검문 개정 논의에 관한 소고, 경찰학연구 제 10권 제3호(통권 제24호), 2010, 5면; 이호중, 경찰관 직무집행법상의 불심검문제도의 개정논의에 대한 비판적 고찰, 형사법 연구 제21권 3호, 2009, 111면 이하.

을 보여주느냐"고 큰소리를 쳐서 출동한 경찰관은 결국 신분확인을 하지 못하고 철수했다. 다음날 아침 이 불상인이 뒤쫓던 여성이 얼굴을 무참히 두들겨 맞고 성폭행을 당한 채 가족들에 의해 발견되었다. 위 사건은 현장에서 채취한 DNA로 인해 한 달여 뒤 다른 범행으로 구속되었던 불상인(범인)의 신원이 밝혀지게 되어 사건이 해결되었다.

사례5 (뉴스조선 인터넷판 2012년 9월 30 일 기사): 서울 지하철 2호선 구로 디지털단지 역에서 여성 A씨에게 먼저 접근한 남성은 A씨가 사는 집까지 쫓아왔다. 당시 A씨는 엘리베이터를 타고 집이 있는 층에 내렸고, 그때까지 남성이 자기를 쫓아온다고 생각하지 못했다고 한다. 하지만, 현관 비밀번호를 누르고 집에 들어가려는 순간, 다른 집 초인종을 누르려던 남성은 A씨를 향해 달려왔다. 이에 A씨는 소리를 지르며 문을 닫았고, 남성은 곧바로 계단을 통해 도망쳤다.

가. 행정경찰 작용설

행정경찰작용설은 불심검문을 범죄예방과 이를 통한 질서유지라는 행적목적을 달성하기 위한 수단으로 보고 있다. 이런 관점은 기본적으로 현행 불심검문 규정을 담고 있는 경찰관 직무집행법이 연혁상 - 일본의 근대적 경찰법인 1875년 "행정경찰규칙"의 강한 영향을 받은 - 1894년 갑오개혁 당시의 "행정경찰장정" 을 실질적으로 계수한 법이라는 점, 현행 경직법상의 불심검문은 형사소송법 제 196조 제 1항의 수사와는 달리 검사의 지휘로부터 자유롭다는 점 등을 행정경찰작용설을 뒷받침하는 연혁적, 현실적인 논거로 들고 있다.[6)]

6) 임웅 외, 불심검문 실태와 개선에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 1997, 17면; 김태진, 불심검문의 법적근거, 공법학 연구 제4권 제1호, 2002, 96면; 구형근, 경찰관직무집행법상 불심검문, 토지공법연구 제39 집, 2008, 217면; 그러나 아쉽게도 행정경찰작용설은 서두에 제시된 사례 1이나 사례 2와 같이 불심검문의 범죄의 단서를 찾기 위한 성격, 즉 수사의 개시의 일환으로서 사법경찰적 성격을 가질 수도 있다는 점을 간과하고 있다.

나. 준사법경찰작용설

이 입장은 불심검문 그 자체로는 수사로 볼 수는 없지만 그 결과에 따라 수사가 개시될 뿐만이 아니라 그대로 체포로 이행되는 경우도 있으므로 체포와의 사이에 간극이 없는 개념으로 설명하면서 불심검문은 형사소송법학의 연구 대상이 되어야 하고, 또한 법적 규제의 측면에서 볼 때 개인의 자유와 권리보호를 위하여 사법경찰작용인 수사활동에 적용되는 형사소송법상의 원칙이 그대로 적용되는 것이 바람직하다고 주장하면서 불심검문의 형사사법적 측면을 강조한다.[7] 그러나, 많은 행정법 문헌에서는 경직법상의 위 조항이 사법경찰작용 이외에 아직 발생하지 않은 범죄를 방지하기 위한 예방(행정)경찰작용의 성격도 동시에 갖고 있다는 점을 인정하고 있다.[8]

다. 이원설

이원설은 불심검문 조문 중 "어떠한 죄를 범하려 하고 있다고 의심되는 자" 에 대한 검문은 범죄의 예방을 목적으로 하는 행정경찰작용과 관련된 것인 반면 "어떠한 죄를 범하였다고 의심되는 자" 에 대한 불심검문은 사법경찰작용과 관련된 것으로 본다. 즉, 이원설은 불심검문이 보여주는 외형적 조치는 일견 같을지라도 그 동기, 목적이나 추후 따라오게 되는 법절차가 형사절차, 행정절차로 구분될 수 있다는 것을 전제로 한다. 행정절차의 중요성을 강조하는 다수의 행정법 문헌은 대체로 이 이원설의 입장을 따르는 것으로 보인다. 불심검문을 준사법작용으로 이해한다거나[9], 대부분의 불심검문의 경우 경찰의 수사활동과도 밀접한 관계를 가지

---

7) 강동욱, 불심검문의 의미와 법적 성격에 관한 고찰, 1993, 관동대 논문집 21권, 506, 516 면; 강동욱, 불심검문: 이론과 실무, 1994, 35 면; 강동욱, 불심검문의 의의와 한계, 수사연구, 2004년 10월호, 21면.

8) 박균성, 행정법론(하), 2009, 518 면; 홍정선, 행정법원론(하), 2009, 403면 이하; 류지태/박종수, 행정법신론, 2009, 946; 한견우, 현대 행정법강의, 2008, 757면; 김동희, 행정법 II, 2008, 198면 이하; 이성용, 불심검문 개정에 관한 소고, 경찰학연구 제10권 제3호(통권 제24호), 2010, 5면; 탁희성, 불심검문의 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원 1999, 61면; 신동운, 경찰관의 불심검문과 교통검문, 고시연구, 1993, 28면; 이원설의 입장을 취하는 형사법 문헌으로는 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법, 2011, 83면.

9) 준사법작용설에 대해서는 강동욱, 불심검문의 의미와 법적 성격에 관한 고찰, 1993, 관동대 논문집

므로 엄밀히 말하여 사법경찰작용과 행정경찰작용을 구별하는 것이 불가능하다거나 타당성이 의심스럽다는 형사법 견지의 주장[10]은 경찰법 중심의 해석이 형사절차가 규정하는 무죄추정의 원칙, 영장주의와 같은 시민의 자유와 권리를 보호하는 고도의 법적 장치를 회피하는 수단이 될 수 있다는 점에 대해 큰 우려를 표명한다. 실제로 경찰법은 손해발생으로부터 피해자에 대한 직접적인 보호, 야기된 장해의 제거 그 자체에 일차적인 관심을 가지기 때문에 형사법이 말하는 범죄자와 관련된 형벌능력, 행위능력, 행위-행위자 책임, 무죄추정의 원칙과 같은 요소로 진정한 개인으로서 대상자를 바라보는 것이 아니라, 경찰상 장해자로서 법익 손상에 대한 개연성을 제공하는 위험의 근원(Gefahrenquelle) 으로서 먼저 파악을 하는 것이 사실이다.[11] 그러나 이 경우에도 명확성의 원칙, 법률유보의 원칙, 비례의 원칙과 같은 헌・행정법이 확립한 법치국가적 원칙을 준수하여야 할 뿐만이 아니라[12], 손해의 발생과 관련하여 위험의 야기, 손해의 발생에 직접적으로 기여한다고 판단되는 개인의 행위나 상태만이 원칙적으로 경찰상 작용의 대상이 될 수 있다는 점도 유의하여야 한다.[13] 특히, 후자의 인과관계부분에서 김호기 교수가 주장하는 바와 같이 불심검문과 관련된 -향후 입법적 차원에서의- 강제적 신원확인의 경우에 심정형법에 대비되는 의미에서의 행위책임이 엄격하게 요구된다면[14], 형사법 중심의 주장이 이원설에 대해 비판하는 부분을 충분히 상쇄시킬 수 있으리라 생각된다.[15]

제21권, 506 면; 강동욱, 불심검문: 이론과 실무, 1994, 35 면; 강동욱, 수사연구, 2004년 10월호 21면.

10) 대표적으로 이와 같이 주장하는 형사법학자인 이호중, 경찰관직무집행법상의 불심검문제도의 개정논의에 대한 비판적 고찰, 형사법연구 제21권 제3호, 2009, 113면 참조.

11) Gärditz, Strafprozess und Prävention, 2003, 39 면 이하.

12) 서정범/박병욱, 경찰권발동의 규율원리로서의 헌법, 공법학연구 제11권 제4호, 2010, 219 면 이하; 홍정선, 행정법원론(하), 2009, 306 면 이하.

13) 인과관계의 고리에서 위험의 야기에 실질적, 효과적으로 기여를 한 행위만이 경찰상 책임의 대상이 된다는 이른바 직접원인설에 대해서는 Ipsen, Nidersächsisches Gefahrenabwehrrecht, Rdnr. 176; Schenke, Polizei- und Ordungsrecht, Rdnr. 242; Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmid-Aßmann(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Rdnr. 76; Götz, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rdnr. 11; Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, Rdnr. 491; Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2012, S. 227 f.;김남진/김연태, 행정법II, 272 면; 경찰법상 책임귀속문제에 관련해서 자세히는 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 2009, 188 및 Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2012, S. 227 f. 참조.

14) 김호기, 신원확인제도와 행위책임의 원칙, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 223 면.

15) 불심검문의 인과관계 행위책임과 관련된 자세한 사안은 불심검문의 구성요소인 질문, 정지, 신원확

결론적으로 말해 현행 불심검문은 행정경찰작용으로서의 불심검문과 사법경찰작용으로서의 불심검문을 모두 아울러 규정하고 있다고 보여지는바, 구체적인 경우 경찰의 행위가 어디에 중점을 두느냐에 따라 그 법적 성격이 (이원적으로) 달리 판단될 수 있을 것이다.[16)]

라. 사례에의 적용

사례 1, 2의 경우와 같이 경찰관이 셔츠 안에 묻은 다량의 혈흔을 보았거나 혹은 흰색 분말가루를 보고 수상하게 여겼으나 불심자가 도망하는 경우 이를 근거로 행해진 불심검문은 이미 행하여진 범죄행위에 대하여 실체적 진실을 밝혀내기 위한 범죄소추 내지 그 직접적 전단계의 활동으로서 사법경찰영역의 작용으로 판단할 수 있다. 이 경우 더 나아가 누구임을 물음에 대하여 도망가는 경우라면 형사소송법 제211조 제 2항에 의한 준현행범인으로 간주될 수 있다. 사례 4, 5의 경우는 그 자체로는 아직은 형사상 구성요건에 해당하지 않으므로,[17)] 범죄행위를 처벌, 소추하기 위한 목적보다는 도래하지 않는 피해자의 신체·생명의 법익의 손상방지 관점에서 접근되는 사안으로 이 때의 경찰관의 불심검문은 성격상 행정경찰영역의 작용으로 판단될 수 있을 것이다.

인시 그 전제조건으로 요구되는 위험의 정도와 관련된 논의 부분에서 더욱 자세히 살펴보도록 하겠다.

16) 소위 중점이론(Schwerpunkttheorie)에 대해서는 BVerwGE 45, 51, 58; 47, 255, 264; VGH Mannheim, VBlBW 1993, 300면/2005, 63면; Gernhardt, Anscheinsgefahr, Gefahrenverdacht und Putativgefahr im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1987, 523면; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 2007, 83면 이하; Schoch, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, 668면 이하; Ipsen, Nds. POR, 2004, Rdnr. 133; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2008, 184면 이하; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 2009, 423; vgl. Nolte, Doppelfunktionale Massnahme in der polizeilichen Praxis, Kriminalistik 2007, 343면 이하; 이성용, 불심검문 개정 논의에 관한 소고, 경찰학연구 제 10권 제3호(통권 제24호), 2010, 7면; 박병욱/황문규, 위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적수단상의 차이점, 형사정책연구 제23권 제3호(통권 제91호), 2012, 218면 이하 참조.

17) 독일의 경우라면 독일 형법 제 238 조 1항 1호에 의해 “누군가가 권한없이 타인을 (공간적으로 가깝게) 추적하면서”, “타인의 삶의 영역을 심하게 침해하는 경우” 에 해당되어 최고 3년형의 벌금형에 처해질 수 있을 것이다. 해당 규범의 자세한 법적 요구 조건에 대해서는 Schewe, Das Sicherheitsgefuehl und die Polizei, 2009, S. 258 f.

마. 이원설의 입장에서 제기되는 의문

이상의 논의를 살펴볼 때 “수상한 거동 기타 주위의 상황을 합리적으로 판단하여” 행정경찰작용 혹은 사법경찰작용이라고 판단이 되는 경우 현행법상 직무질문, 정지, 동행요구 등의 불심검문의 수단이 법적용상 실제적으로 어떤 차이가 있을 수 있는가 하는 점과 1988년 경직법 개정이후 엄격한 임의적 수단으로 자리매김하고 있는 불심검문 조치들에 있어서 - 예컨대 제 3조 2항 동행요구 거절, 제 7항 형사소송에 의하지 아니할 경우 신체구속의 금지 및 답변강요 금지 - 위험방지와 관련된 급박하고 구체적인 경우에는 일정부분 강제적 요소가 입법적으로 도입될 수 있지 않을까 하는 의문이 생기게 된다.

제기된 의문점을 장을 바꾸어 논하기에 앞서 국가는 안전 보장임무를 어느 정도 수준에서 수행하여야 하는지 그리고 안전이 기본권의 하나로서 다른 자유권과 비교형량의 대상이 될 수 있는 것인지를 먼저 간단히 조망해 보는 것은 자유 안전의 긴장관계를 대표적으로 내포하고 있는 불심검문과 관련된 문제를 설명해 나가는데 기본적인 전제를 제공할 수 있으리라 생각된다. 또한 최근 행정법 영역에서 더 이상 - 피동적인 행정객체로서의 국민을 전제로 하는 - 전통적인 행정법상의 개인적 공권이론에 한정하여 행정법 문제를 해석하지 않고 헌법상 기본권적 관점도 행정법 해석의 유용한 틀로 이용된다는 점을 고려한다면[18] 불심검문과 관련된 논의에 있어 기본권적 관점의 고찰은 필요하다고 하겠다.

Ⅲ. 기본권으로서의 안전권 논의와 기본권적 보호의무

자연상태의 불안전, 위협상황 - “만인의 만인에 대한 투쟁”상태 - 을 해소하고 개인이 자신과 공동체의 안전을 확보하고자 국가를 형성하게 되었다는 홉스의 사

18) 이계수, 행정법해석과 기본권론, 고시계 44, 1999, 22면 이하. 앞의 글 23면에서 이계수 교수는 오늘날에는 특정한 개인의 이익보호가 절실히 요청됨에도 불구하고 기본권을 구체화하는 법률이 제정되지 않았을 때에는 예외적으로 직접 헌법상의 규정에 근거하여 구체적 공권이 성립할 수 있다는 류지태(행정법신론, 제2판, 신영사, 1996, 95, 98 면) 교수의 견해를 인용하고 있다.

회계약설[19]은 개인의 안전의 확보가 국가의 형성에 일차적인 동인을 제공하는 중요한 사안이라는 점을 웅변해 주고 있다. 그러나, 안전이라는 개념의 주관적 성격 그 자체를 고려해보면 도대체 어느 시점에 어떠한 수준에서 충분한 안전이 도달되었는지 확인하는 것은 사실상 매우 대답하기 어렵고, 국가의 형성의 동인으로서 안전의 가치를 높게 인정한다고 하더라도 안전 자체를 기본권으로 승격시키게 되는 것은 다른 자유권적 기본권을 사실상 무력하게 만들 위험이 있다. 즉, 소위 "안전기본권"[20]이 공법상의 기본권으로 인정될 경우 - 예컨대, 경찰측 판단에 의하면 폭력적인 시위로 이어질 수 있는 집회에서 집회참여자의 집회시위의 자유권과 그 인근장소를 지나는 행인이나 거주자의 "안전기본권"과의 비교형량을 생각해보라 - 상대방(장해자 혹은 피의자)의 자유권적 기본권의 보호영역이 사실상 무의미해지게 되게 되고, 자유권을 제한하는 측, 즉 국가가 아니라 오히려 자유권을 지니고 있는 당사자(개인, 장해자) 측에서 자신의 자유권을 입증해야 하는 모순적인 결과가 도출될 수도 있다는 점을 유의하여야 한다.[21] 안전은 법익이 아니라 다른 기본권적 법익, 예컨대 자유권이 보호되고 그 자유권에 대한 위험이 없는 상태를 말하는 것으로[22] 단지 국가목표 규정으로 인정될 수 있을 뿐이다. 경찰법상의 보호이익으로서의 '공공의 안녕' 도 결국 손상에 대하여 구체적 법익, 예컨대 생명, 신체의 자유, 재산권적 자유의 불가침이 보호되어야 한다는 것을 암시해주는 기능을 가지는 개념으로 그 자체로서는 홀로 법익이 되지는 못한다. 즉, 생명, 신체의 자유, 재산권적 자유가 안전하다든지 불안전하다는 명제는 가능할 수 있으나 '안전(권)' 이

19) *Riescher,* Demokratische Freiheit und die Sicherheit des Leviathan, in: *Riescher*(Hrsg.) Sicherheit und Freiheit statt Terror und Angst, 2010, S. 14.

20) *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; 성홍재, 경찰신원확인조치에 대한 국가론적 접근, 한독사회과학논총 제19권 제1호, 2009, 161면 이하.

21) *Brugger*, Freiheit und Sicherheit. Eine staatstheoretische Skizze, 2004, S. 54 f.; *Brugger*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnis, VVDStRL 63, 2004, S. 132.

22) *Gusy*, Vom Polizeirecht zum Sicherheitsrecht, Staatswissenschaft und Staatspraxis 1994, S. 207 f.;*Gusy*, Polizeirecht, 2006, S. 38; *Gusy*, Geheimdienstliche Aufklärung und Grundrechtsschutz, APuZ B - 44, 2004, S. 15; *Gusy*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63, 2004, S. 186; *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2011, S. 78.

라는 것은 다른 기본권과의 관계를 떠나 그 자체로서는 명확하게 개념구성될 수 없는 것으로서 '법익' 내지 '기본권'으로 평가될 수는 없다.[23] '기본권적 법익에 대한 위험의 부재' 상태를 의미하는 '안전'을 확보하기 위해 입법적 차원에서 실현하고 프로그램하는 것은 입법자의 의무이다.

입법자(국가)는 구체적인 보호법익의 안전과 관련하여 기본권적 보호의무를 지게 된다. 기본권적 보호의무 개념은 추상적인 "안전"개념을 구체화할 뿐만이 아니라 입법이나 행정권에 의한 보호와 관련된 시민의 요구를 적당한 한계 내로 제한하게 하고,[24] 또한 국가에게는 법치국가에서 허용되는 합리적인 수단으로 시민의 최소한의 법익을 보호할 수 있도록 위임하는 기능을 한다.[25] 국가의 기본권적 보호의무 이론[26]에 따르면 국가는 객관법적인 보호위임사항과 관련하여 국가가 수행가능한 것으로서 최소한의 임무를 행하여야 하는데, 구체적인 위험이 예견되는 상황에도 불구하고 국가가 입법적, 행정적 노력을 완전히 게을리 하는 경우나 이제까지 행해진 조치가 명백하게 불충분하다고 판단된다면 과소금지의 원칙[27]에 위반되는 것으로 평가받게 된다.[28] 이 때 당해 국민은 국가의 작위적 작용을 통하여 - 특히 법률규정을 통해 - 자신의 주관적 법익을 보호해줄 것을 요구할 청구권을 주장할 여지도 있을 것이다.[29]

---

23) *Gusy*, Polizeirecht, 2006, S. 38.

24) *Badura*, Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 2012, S. 122.

25) Vgl. *Gusy*, Polizeirecht, 2006, S. 37, der auch den "Schutzauftrag" mit den Mitteln des Grundrechtseingriffs und des Zwangs versteht; Vgl. *Isensee*, § 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR Bd. V, 2000, Rdnr. 90.

26) 국가의 기본권보호의무와 관련된 국내의 논의로는 김종보, 헌법의 객관성과 국가의 기본권보호의무, 공법학연구 제11권 제4호, 2010, 27면 이하; 표명환, 입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제, 헌법학연구 제11권 제2호, 2005, 211면 이하; 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 제252호, 1997, 87면 이하; 송기춘, 국가의 기본권보장의무에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1992; 이부하, 헌법영역에서의 기본권보호의무, 공법학연구 제8권 제3호, 2007, 123면 이하.

27) 이부하, 비례성 원칙과 과소보호원칙, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007, 275면 이하; 이부하, 헌법영역에서의 기본권보호의무, 공법학연구 제8권 제3호, 2007, 124면 이하; 김종보, 헌법의 객관성과 국가의 기본권보호의무, 공법학연구 제11권 제4호, 2010, 33면.

28) BVerfGE 79, 174, 201f.; Kloepfer, Umweltschutzrecht, 2008, S. 38.

29) *Badura*, Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 2012, S. 122; 기본권 보호의무에 기한 보호청구권을 인정하는 국내 학자의 견해로는 김종보, 헌법의 객관성과 국가의 기본권

불심검문과 관련하여 생각해본다면 중대한 법익의 침해가 구체적으로 예상되는 되는 상황에서도 경찰측에서 최소한의 경찰상 조치 - 예컨대 불심검문을 통한 사실관계확인, 사례 4와 같은 구체적 상황에서의 거동수상자에 대한 신원확인 -를 취하지 않는 것이 국가의 기본권적 보호의무의 해태를 야기하는 경우도 충분히 상정해 볼 수 있다.[30)]

우리 대법원에서는 무장공비 김신조 침투사건과 관련해서 수차례 계속된 민원인의 간첩신고에도 불구하고 경찰이 출동하지 않아 민원인이 결국 간첩이 쏜 권총탄에 의해 사망한 것에 대해 행정청의 부작위에 기한 손해배상책임을 인정한 바가 있는데[31)], 헌법적인 차원에서 본다면 사인의 침해에 대하여 행정청이 최소한의 보호조치도 하지 않은 점에 대하여 과소금지원칙, 기본권적 보호의무위반의 위반을 인정한 것으로 평가할 수 있다. 행정청의 부작위에 의한 경우 뿐만이 아니라 입법부에 의한 최소한의 입법불비로 인해 피해가 발생한 경우도 과소금지의 원칙에 기한 헌법소원도 고려의 대상이 될 수 있을 것이다.[32)]

보호의무, 공법학연구 제11권 제4호, 2010, 33면 이하 등 참조; 헌재 1998. 4. 17. 88 헌마3 "범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무가 이루어지지 아니할 때 (…) 이것을 배제하여야 할 국가의 의무가 이행되지 아니한다면 이 경우 국민은 국가를 상대로 헌법 제10조, 제11조 제1항 및 제30조 (…) 에 규정된 보호의무 위반 또는 법 앞에서의 평등권 위반이라는 기본권 침해를 주장할 수 있을 것이다(…)".

30) 물론, 경찰 등 안전기관에 의한 불심검문 미이행이 구체적 상황을 고려하지 않고 기본권적 보호의무에 위반한다는 것은 아니다; 성홍재, 경찰신원확인조치에 대한 국가론적 접근, 한독사회과학논총 제19권 제1호, 2009, 160면 이하와 비교.

31) 대판 1971. 4. 6, 71다124. 동 판례는 행정법 문헌에서 행정개입청구권의 인정여부와 관련하여 빈번하게 등장한다.

32) 우리나라 현행 헌법상 헌법소원은 보충성의 원칙에 따라 위헌법률심사가 먼저 행해져야 가능하다. 현행 위헌법률심사의 경우도 재판의 전제성을 바탕으로 한 구체적 규범통제만을 인정하므로 당사자가 구체적 재판과정에서 그 재판에 적용되는 법률조항의 위헌여부에 대하여 위헌법률심판제청(헌법 제 107조 1항)을 법원에 신청하였음에도 불구하고 법원이 이를 각하하거나 기각한 경우, 즉 법원이 당사자의 의사와는 다르게 헌법재판소에 제청하지 않는 경우, 당사자는 헌법재판소법 제 68조 2항에 따라 소위 위헌심사형 헌법소원을 제기할 수 있을 것이다. 헌재 2005. 5. 25, 2005 헌마 729; 성홍재, 경찰신원확인조치에 대한 국가론적 접근, 한독사회과학논총 제19권 제1호, 2009, 169 면 참조; 아쉽게도 현재까지 판례는 구체적 상황에 대한 고려없이, 즉, 어느 정도의 위험상황인지, 어느 정도 인상착의가 특정되는지에 대한 고려없이 불심검문에 있어 상대방은 신분증을 제시할 법적 근거가 없다고 보고 있으며(대판 2005. 10. 14, 2004도 4029 등), 학계의 입장(구형근, 경찰관 직무집행법상 불심검문, 토지공법연구 제 39 집, 2008, 223 면, 박균성, 행정법강의 2007, 1415 면; 홍정선, 행정법원론(하), 2008, 399 면) 도 이와 크게 다르지 않다. 이와

경찰관직무집행법 제5조의 위험발생 방지의무조치와 관련된 해석에 있어서도 대법원은 경찰관은 인명, 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 그 각호의 조치를 취할 수 있다고 규정하여 형식상 경찰관에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있으나 경찰관에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것으로 위법하다고 판시하고 있다.[33] 동조의 위험발생을 위한 방지조항은 시민의 인명, 신체의 위해나 재산에 대한 중대한 손해와 관련된 천재, 사변, 공작물의 손괴, 위험물의 폭발, 광견·분마류의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태를 상정해 관계인에 대한 경고, 긴급한 경우 위해를 받을 우려가 있는 자에 대한 억류 및 피난, 기타 위험방지상 필요한 조치를 규정하고 있으므로 엄격하게 해석하면 범죄와 관련된 위험방지영역의 불심검문과는 직접적으로 관계가 없는 판례라고 판단할 수도 있다. 그러나, 인명, 신체에 대한 위험방지를 위한 최소한의 경찰상 조치를 이행하지 않을 경우 위법하게 판단될 수 있다는 위 대법원 판례의 취지를 적극적으로 고려해 본다면 사례 4, 5에서 보여지는 바와 같이 선의의 피해자가 계속 발생하리라 예상되는 경우 엄격한 법적 조건하에 강제적 요소를 부과한 신원확인 규정의 입법적 도입은 최소한의 기본권적 보호의무의 이행 차원에서 생각해 볼 여지를 크게 남겨준다. 또한, 피해가 우려되는 장소, 피해자의 동선이나 주거지를 상대로 한 신변보호나 가해자로 구체적으로 의심될 만한 불심자의 동선을 중심으로 한 경찰의 위력순찰, 육안감시는 경찰력상 물리적으로 한계가 있을 뿐만이 아니라 - 더구나 피해자가 현장에서 사라졌다면 피해자 보호를 위한 피해자의 동선이나 주거지를 확인하기는 매우 어렵다 - 엄격한 법적 조건하에 강제성이 허용되는 불심자에 대한 신원확인보다 효율적이지도 효과적이지도 못하다.

19 세기 군주의 대권을 강조하던 국가 우위의 프로이센적 낡은 행정법적 사고에서 국가가 국민(프로이센 당시에는 신민이라 하였다)을 행정의 대상으로만 바라보

같은 판례의 태도를 보면 당사자가 구체적 재판과 관련하여 위헌법률심판을 법원에 제청하더라도 법원을 이를 각하하거나 기각할 확률이 높아보인다.

33) 대판 1998.8.25. 98 다 16890

는 “행정 對 처분을 받은 시민”의 양면적 이론체계로는 더 이상 국가의 행정영역을 제대로 설명할 수 없는 바[34], 이 지점에서 기본권 차원의 삼각관계가 행정영역에서도 고려되어야 함을 확인할 수 있다. 물론, 국가가 피해자의 기본권적 보호를 위한 행정을 하는 경우에도 가해자 내지 가해자로 의심되는 시민의 침해되는 기본권이 국가와의 관계에서 제 일차적으로 법적 비교 형량되어야 함은 말할 것도 없다.

Ⅳ. 위험방지 영역의 불심검문과 형사소추 영역의 불심검문의 법적용상 이동(異洞)

형사작용은 형법적으로 금지된 구성요건에 해당되며 위법성 조각사유가 없는 행위를 사후적으로 처벌하는데 중점을 두고 실체적 진실을 명백하게 밝히려고 하는데 반하여, 경찰행정작용은 보호되어야 할 법익에 대한 직접적 손상의 현실화를 방지하고자 한다는 점에서 기본적으로 구별이 되고 있다. 우리나라에서 형사작용과 행정작용이 구별되는지는 법이론을 설명하는 법학과목으로 형사법이외에 행정법이 중요한 구성부분을 이루고 있다는 점, 광주, 대전, 부산, 대구고등법원(2심)의 경우 형사부, 민사부 외에 별도로 행정부를 두고 있다는 점, 특히 서울고등법원(2심) 관할의 1심으로 서울 행정법원이 있다는 점은 일단 외관상, 법원편제상 형사작용과 행정작용이 구분되고 있다는 것을 보여주고 있다.

불심검문과 관련하여 살펴본다면 현행법상 경직법 제3조 제2항의 동행요구거절, 제3조 7항의 형사소송에 관한 법률에 의하지 않는 경우의 신체구속금지, 답변강요금지조항은 위험방지를 위한 경찰행정작용이건 사후적 진압, 실체적 진실의 발견과 관련된 사법경찰작용이건 구분없이 공히 임의적인 작용으로 엄격히 한정하고 있고 두 영역간 작용, 절차상 어떠한 차이가 있을 수 있는지 자구상 전혀 명확하게 규정하지 않고 있다. 대부분의 형사법학자들은 경찰관 직무집행법 제3조 제1항상의 질문은 어디까지나 임의적인 수단에 한정된다고 보고 있고, 정지의 경우도 질문을 위한 수단에 불과한 것으로서 임의적인 조치에 머물러야 하는바, 원칙적으로 실

34) 이계수, 행정법해석과 기본권론, 고시계 44, 1999, 21면.

력행사는 인정되지 않으며 - 임의성은 상대방의 자발적 동의를 전제로 하는 것이므로 - 그것이 강제수사의 정도까지 이어지면 헌법(제12조 3항)과 형사소송법(제215조)상 원칙적으로 영장과 같은 법정절차를 밟아야 하는 것으로 이해하고 있다.[35] 1988. 12. 31 개정공포된 법률 제 4048 호 경찰관직무집행법에 추가된 제3조 제7항에서는 "당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 않고서는 신체를 구속당하지 아니한다..."고 하여 이 점을 분명히 하고 있다. 다만, 사태의 긴급성, 혐의의 정도, 질문의 필요성과 수단의 상당성 등을 고려하여 상대방의 의사를 제압하지 않는 정도의 물리력의 행사 - 예컨대 정지를 위하여 길을 막거나[36] 자전거의 핸들을 잡거나 추적하거나 어깨나 가슴 등 신체에 가볍게 접촉하는 정도 - 는 허용된다고 보는 입장이 다수의 학설[37] 및 판례에서 인정되고 있다. 그러나, 이와 같은 불심검문(정지)에 있어서의 최소한의 실력행사의 허용이 수사절차를 위한 것인지 혹은 위험방지를 위한 목적인지에 따라서 별도로 그 강제성 여부 및 법적 절차에 차등을 두고 있는 것 같지는 않아 보인다.

마찬가지로 경직법 제 3조 제2항 상의 질문을 위한 경찰관서에로의 동행요구 규정도 당해인이 동행요구를 거절할 수 있음을 명시하여 완전한 비강제적, 임의적 수단임을 천명하고 있고 판례도 당해인이 동행요구를 거절하였음에도 불구하고 경찰관이 강제로 연행하려고 하면서 팔을 비틀거나 양팔을 잡아끄는 등 실제적인 강제력을 행사하는 경우 이와 같은 강제연행은 위법한 공무집행이고[38], 따라서 상대방

35) 강구진, 형사소송법원론, 1982, 174면; 신동운, 형사소송법, 1993, 56면; 차용석/최용성, 형사소송법, 2013, 169 면; 이재상, 형사소송법, 2004, 183 면.

36) 검문 중이던 경찰관들이 자전거를 이용한 날치기 사건 범인과 흡사한 인상착의의 피고인이 자전거를 타고 다가오는 것을 발견하고 정지를 요구하였으나 멈추지 않아 단순히 앞을 가로막고 검문에 협조해 달라고 하였음에도 불응하고 그대로 전진하자 따라가서 재차 앞을 막고 검문에 응하라고 요구하였는데 이에 피고인이 경찰관들의 멱살을 잡아 밀치는 등 항의하여 공무집행방해 등으로 기소된 사안에서 경찰관들의 행위는 적법한 불심검문에 해당한다고 본 대법원 2012. 9.13. 선고 2010도6203 판례 참조

37) 강구진, 형사소송법원론, 1982, 174면; 신동운, 형사소송법, 1993, 56면; 차용석/최용성, 형사소송법, 2013, 169 면; 이재상, 형사소송법, 2004, 183 면; 이재상 교수는 정지에 있어서도 원칙적으로 실력행사는 허용되지 않으나 다만 ⅰ) 살인·강도 등의 중범죄의 경우에 한해 ⅱ) 긴급체포도 가능하지만 신중을 기하기 위한 경우에만 예외적으로 인정하는 것이 타당하다고 보고 있다. 이재상, 형사소송법, 2004, 183면.

38) 대판 1972. 10. 31, 72 도 2005; 대판 1992. 5. 26. 91 다 38334 "경찰관이 임의동행요구에

이 경찰관에게 폭력을 행사하는 등의 방법으로 저항하여도 공무집행방해죄를 성립하지 않는다[39]는 입장을 취하고 있다.

경직법 제3조 3항상의 흉기소지 확인을 위한 소지품 검사의 경우 약간의 강제적 요소가 가미된 행정상 즉시강제의 일환으로도 이해되고 있는바,[40] 이 점은 현행법상 불심검문 조항이 증거의 보전 등과 관련된 형사소송적 측면 이외에 흉기와 관련된 일반인을 상대로 한 추후의 위험의 방지, 경찰관의 신체보호[41]라는 행정경찰적 관점에서도 접근할 수 있다는 중요한 단초를 제공해준다.

행정상 즉시강제와 관련하여 영장의 필요성과 관련된 논란에서도 현재 우리나라 학계의 압도적 다수설[42]이나 헌법재판소[43], 대법원[44]이 절충적인 입장에서 영장불요설을 받아들이는 것은 위험방지와 관련된 영역에서의 목전의 급박한 위험, 즉 법익보호의 긴급성으로 인하여 형사절차에 전제되는 헌법상, 형사소송법의 엄격한 영장주의의 요구가 행정목적 달성을 위한 불가피한 한도 내에서 예외적으로 적용되지 않을 수 있다는 점을 인정하는 것인바, 이는 우리법제에서도 사법경찰작용과 다른 행정경찰작용의 특수성이 고려될 수 있다는 점을 예시적으로 보여주는 것이

응하지 않는다 하여 강제연행하려고 대상자의 양팔을 잡아 끈 행위는 적법한 공무집행이라 할 수 없으므로 그 대상자가 이러한 불법연행으로부터 벗어나기 위하여 저항한 행위는 정당한 행위라고 할 것이고 이러한 행위에 무슨 과실이 있다고 할 수 없다.”

39) 대판 1992. 5. 22 92도 506; 대판 2002. 5. 10 2001 더 300.

40) 불심검문을 행정상 즉시강제로 볼 것인지, 위험방지를 위한 경찰임무를 수행에 필요한 자료나 정보를 얻기 위한 권력적 조사활동, 즉 경찰상의 행정조사로 볼 것인지에 대해서는 견해의 대립이 있다. 행정상 즉시강제로 보는 견해: 홍정선, 행정법원론(하), 2009, 405 면 이하; 유지태/박종수, 행정법신론, 2009, 948 면; 이홍구, 신고 행정법원론, 대명출판사 1991, 664 면; 행정조사로 보는 견해: 이상규, 행정법원론(하), 법문사, 1989, 309 면.

41) 경찰관 자신을 위한 신체보호도 위험방지 활동의 범주로 볼 수 있다. 미국의 판례(Minnesota v. Dickerson, 113. S.Ct. 2130 (1993)) 에서도 흉기의 발견 등 경찰관의 신체보호를 위한 제한된 범주의 소지품검사는 적법한 것으로 보고 있다; 김태진, 경찰재량의 본질과 사법통제, 공법학연구 제7권 제2호, 2006, 447 면.

42) 김남진/김연태, 행정법 II, 2010, 495 면; 유지태/박종수, 행정법신론, 2009, 947면 등.

43) “영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지는 않는다고 할 것이다” 라고 판시한 헌재결 2002. 10. 31 2000 헌가 12 참조; 헌재 2006. 7. 27 2005 헌마 277.

44) 대판 2008. 11. 13, 2007 도 9794.

된다.[45] 요컨대, 현행법, 판례상 행정상 즉시강제 인정에 있어서의 급박한 위험방지라는 행정목적 수행을 위한 형사작용과의 차별성을 고려한 취지를 십분 고려해 본다면 다양한 불심검문 중의 일부에서도 - 즉시강제에서 요구하는 급박한 위험은 비록 제거되었다고 할지라도 - 중대하고 구체적인 위험의 방지의 목적을 위한 경우에는 형사절차와는 다른 법원리의 지배를 받는 행정경찰영역이 입법기술상, 정책상 인정될 수 있다고 충분히 판단할 수 있다.[46] 대부분의 불심검문 상황의 경우 즉시강제가 요구되는 상황처럼 급박한 위험과 관련되지 않은 상황이 주를 이루기는 하겠으나, 사례 4, 5의 경우처럼 아직은 현실화되지 않은 장래의 신체, 생명과 같은 법익에 대한 위해가 거동수상자의 구체적 행위를 통해 추정되고, 이 거동수상자의 인상착의가 신고자의 신고 등을 통하여 비교적 구체적으로 확인되는 경우 - 예컨대, 빨간색 상의, 구렛나루 수염, 검은 뿔테 안경 착의, 검은 모자 등 인상착의가 상당부분 특정되는 경우 - 위험방지영역의 불심검문으로서 형사법과는 일정부분 다른 행정경찰영역의 특수성이 고려될 여지는 크다고 보여진다. 즉, 행정상 즉시강제에서 요구하는 목전의 급박한 위험이 존재하지 않거나 일응 제거된 상황이라 할지라도 위에서 제시한 조건들이 갖추어 진다면 행정상 즉시강제를 인정하는 현행법, 판례의 취지와 비교하여 위험상황의 확인 및 위험방지를 위한 행정경찰작용으로서의 정지, 강제적 신원확인의 절차적 도입이 우리나라의 법제상으로도 충분히 가능할 수 있다고 생각된다. 문제는 경직법 제3조 제2항 단서에서 명시적으로 경찰관의 동행요구에 대한 대상자의 거절권을 규정하고 있다는 점인데, 어떤 요건 하에서 그와 같은 규정에 반하여 예외적으로 강제성을 띤 신원확인 등이 도입될 수 있을지 살펴볼 필요가 있겠다.

---

45) 물론, 행정경찰작용에 고유한 행정법상의 기본원리, 행정법원에 의한 사후적·절차적 통제도 당연히 따라오게 된다; 독일, 프랑스, 미국, 영국 등 해외입법사례는 김형훈/ 이영돈, 경찰관직무집행법, 2013, 94 면 이하 참조.

46) 물론, 우리나라의 행정상 즉시강제는 목전에 급박한 위험의 경우로 한정하고 있기 때문에 위험의 급박성을 고려하지 않고 일반적인 불심검문에 있어서도 단순한 위험방지를 이유로 지나치게 넓게 즉시 강제적 요소를 가미하는 것은 문제가 있는 것은 틀림없다.

Ⅴ. 위험방지 영역의 불심검문의 실효성 확보방안

가. 강제적 신원확인 도입의 법적조건

현행법이나 이제까지의 판례의 직무질문을 위한 동행과 관련된 철저한 임의적 규정방식의 인정은 기초적인 신원확인만으로도 범죄를 예방할 수 있다고 판단되는 사례 4나 5와 같은 경우 피해자를 국가의 보호로부터의 사각지대에 내버려 둘 위험을 내포하고 있다. 또한, 위험방지 영역의 국가의 기본권적 보호의무와 관련하여 최소한의 입법적 활동을 하지 않았다는 비판으로부터 자유로울 수 없을 것으로 판단된다. 사례 4의 경우 장해자의 자유의 제한과 관련하여 강제적 신원확인이 순찰활동이나 지속적인 관찰에 비하여 더욱 침해적인 방법인 것은 확실하나 신원확인처럼 피해자의 중대한 법익에 대한 손해의 방지를 위한 효과성이 보장되면서도 덜 침해적인 정도의 수단은 상상할 수 없다는 점에서(필요성의 원칙), 또한 최소한의 강제적 신원확인조치로 인하여 얻게 되는 공익이 구체적 위험과 같은 엄격한 요건이 세워진다면 최소한의 강제적 신원확인조치로 발생하는 장해자의 자유의 제한보다 크다는 점에서 (상당성의 원칙) 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 오히려 사례 4, 5 의 경우 단순히 순찰활동이나 지속적인 관찰 활동만 하였다고 가정할 경우 피해자에게 남게 되는 법익에 대한 위험 내지 침해상태가 장해자의 권리보호의 측면과 비교하여 보았을 때 더 중대하다고 판단된다. 그러므로, 구체적인 사실관계를 통하여 신체, 생명과 같은 고도의 법익에 대한 위험이 구체적 위험의 수준으로 증명되고, 상대방의 인상착의 등이 경찰관에게 자세하게 알려진 경우 강제적인 신원확인은 국가가 국민의 기본권보호를 위하여 취할 수 있는 최소한의 필요한 조치라고 생각된다. 사례 4, 5 와 같은 구체적인 경우에, 신고자의 신고나 CCTV 확인을 통하여 장해자의 인상착의, 법익에 대한 위해가 상당부분 확인된 경우에도 국가가 신원확인을 통해 범죄예방활동을 하지 않는다면 최소한의 의무를 저버리게 되는 것이라 평가받을 수 밖에 없다. 따라서, 구체적 정황, 거수자의 행동, 건전한 일반인의 지식 및 경험수준 및 현장 경찰관의 직업적 전문지식, 경험을 통한 합리적 추론[47]에 의하여 생명, 신체와 같은 고도의 법익에 대한 위해가 신빙성

있게 구체적 위험의 수준에서 추론될 수 있는 경우에 한하여[48], 강제성을 띤 신원확인의 도입이 신중하게 고려될 필요가 있다고 본다. 이 경우에 있어서의 강제적 신원확인을 위해서 그 실질적 목적을 달성할 수 있는 기본이 되는 사진촬영 및 지문채취 등에 한정하여 강제성을 인정하고 그 허용가능성 및 계속성에 대하여 법관의 통제를 받게 한다면 불필요한 경찰관서로의 동행, 장기간 구인을 통한 자유제한이라는 비판을 피해갈 수 있으리라 생각된다.[49]

정리해보면 구체적 위험이 경찰관에 의해 확인되기 전단계에서는 1988년 경찰관직무집행법 개정자의 입법의도를 최대한 존중하여 어디까지나 임의적인 수단으로서의 직무질문 및 정지에 머물러야 할 것은 물론이나 이런 임의적 수단인 질문, 정지를 통하여 구체적 위험의 단계로까지 법익의 손상이 확인이 된다면 강제적 신원확인도 위와 같은 제한 요건 내에서 충분히 고려될 여지가 있다고 보여진다.

이런 주장에 대해 형사상의 영역에서의 불심검문은 현재로서도 구체적 혐의가 확인되더라도 임의적 기반에 의해 이루어지고 인신구속도 엄격한 영장주의의 적용을 받는데 비해 위험방지라는 행정상의 영역에서는 -구체적 혐의에 비해 - 비교적 느슨한 구체적 위험이라는 조건으로 강제성을 띤 신원확인을 위한 지문감식조치 등을 허용할 경우 영장주의의 원칙에 정면으로 위배되는 것이 아닌가 하는 반론이 충분히 있을 수 있으나, 위험방지 영역의 경우 인신의 자유의 일시적 제한은 어디까지나 신원확인 목적에 한정되고, 피해가 현실화되고 난 이후의 진실발견을 위한 수사와 도래하지 않은 피해를 방지하기 위한 경찰행정은 목적상 수단상 차이가 있을 수 있으며, 영장주의와의 관계에 대해서는 경찰상 강제도 그 고유한 위험의 법리, 그에 따른 비례의 원칙 등의 법률적 통제에 따라 충분히 제한이 가능하다는 점

47) 구형근, 경찰관 직무집행법상 불심검문, 토지공법연구 제39집 2008, 219면; 이성용, 앞의 논문, 16면; 성홍재, 경찰 신원확인조치의 실효성 확보방안에 대한 연구, 경찰학연구 제10권 제1호, 2010, 42 면.

48) Lisken/Denninger, Die Polizei in Verfassungsgefuege, in: Lisken/Denninger (Hrsg.) Handbuch des Polizeirechts, 2007, Rdnr. 43.

49) 비교입법적으로는 독일: 통일경찰법모범초안 제9조(신분확인과 신분증명서의 심사), 제10조(감식조치), 제14조 제1항(법관의 의한 통제), 제16조(자유박탈의 기간) 조항 프랑스: 개정형사소송법 제78조의1-78조의 5 가 규정하고 있는 공공질서에 대한 침해, 특히 개인의 생명과 재산의 침해를 예방하기 위한 행정경찰상의 '신원검사 집행권' 참조; 김형훈/이영돈, 위의 책, 94면 이하.

을 고려할 필요가 있다. 또한, 현장에서 엄격한 조건에 의하여 불심검문 대상자의 신원확인을 먼저 행하더라도 지체없이 법관의 판단을 받도록 한다면 현행법상 영장주의에 대한 회피라는 비판은 상당부분 희석될 수 있다고 본다. 요컨대, 현행 경찰관직무집행법에서는 막연히 '수상한 거동', '기타 주의의 사정' 등을 현행 (임의적) 불심검문의 요건으로 정하고 있는바[50], 행정경찰작용에 고유한 위험의 법리와 결부시켜 그 요건을 구체화하고 지체없는 사후적인 법관의 영장통제를 받도록 한다면 거동수상자의 신원확인에 있어 강제적 요소의 도입도 입법상 불가능한 것은 아니다.

나. 추상적 위험의 경우 강제적 불심검문의 배제

강제적 신원확인의 도입이 야기하게 될 개인의 행동의 자유와 정보의 자기결정권의 침해의 크기를 고려해볼 때 막연히 추상적 위험을 근거로 불심검문에 강제성을 부여해서는 안된다는 주장은 설득력이 충분하다.[51] 음주측정의 정당성을 인정한 헌법재판소 판례[52]와 비교하면서 추상적 위험을 전제로 한 강제적 신원확인이 위해의 예방을 위하여 인정될 수 있다고 주장하는 견해[53]는 기본적으로 병렬적으로 비교할 수 없는 사안을 비교하고 있을 뿐만 아니라 강제적 신원확인으로 인해 침해되는 법익의 정도에 비해 경찰조치의 대상자를 지나치게 넓게 잡고 있다는 비판에 직면할 수 밖에 없다. 즉, 음주운전의 경우 도로의 교통과 관련하여 타인이나 자신의 생명에 미칠 위해를 고려하여 대상자가 주요 음주 목검문장소에서 검문을 당하더라도 그 입법목적, 음주측정의 불가피성 등이 충분히 일반국민의 상식 수준에서 상상가능하고 수긍할 수 있는 반면[54] 단순히 추상적 위험이라는 유형적, 통계

50) 구형근, 앞의 논문, 218 면 이하 참조.

51) 김호기, 신원확인제도와 행위책임의 원칙, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 232 면 이하.

52) 헌재 2004. 1. 29, 2002 헌마 293 판례집 제16권 제1집, 163면.

53) 추상적 위험의 조건으로도 강제적 신원확인의 도입이 입법적으로 고려될 수 있다는 주장으로는 성홍재, 앞의 논문, 41, 47 면; 이성용, 앞의 논문, 16면 이하.

54) 음주운전은 국민의 기본권을 침해하는 측면이외에 음주운전을 하고 있거나, 지금은 하지 않았지만 나중에라도 음주운전을 하게 될지도 모를 그 사람을 보호하는 측면도 지니고 있다. 또한 위 헌재 판례에서는 이런 점에서 음주운전과 관련된 국민의 불이익은 '약간의 시간적 손실, 주관적·정서적

적 위험을 근거로 강제적 신원확인을 가능케하여 광범위하게 신체, 이동의 자유를 제한한다면 국민들은 언제 자신의 행동이 정지, 검문의 대상이 될지 쉽게 상상하거나 예측하기 어렵다. 예컨대, 역사주변에서 흰색분말이 든 봉지를 들고 다니는 행인을 상대로 내용물이 무엇인지, 행선지가 어디인지, - 추상적 위험을 근거로 한 임의적 수단에 의한 직무질문은 허용된다 - 혹은 이 행인이 무엇인가를 숨기는 듯한 태도를 보이는지, 누군가를 물음에 대하여 도망을 가는지(준현행범) 등에 대한 세부적인 고려없이 바로 강제적 정지, 신원확인으로 이어지게 되는 것은 신체의 자유와 관련된 중대한 침해에 있어 비례의 원칙을 충족하지 못하게 된다. 마찬가지로 사례 3과 같은 경우에도 주변의 정황, 망치를 들고 가는 사람의 의도에 대한 질문, 대상자의 답변 등을 고려하지 않고, 단지 망치를 들고 다닌다는 이유만으로 강제적 신원확인조치로 이어져서는 안될 것이다. 추상적 위험을 근거로 한 강제적 신원확인의 도입이 입법적으로 가능하다고 주장하는 견해는 비교법적인 예로 소위 독일의 무작위적 불심검문의 경우를 드는 경우도 있으나[55], 무작위적 불심검문은 무기, 마약 밀수, 외국인관련 법제 위반(무비자 체류 등)을 위한 장소적으로 한정된, 즉 국경지역 등에서의 특별한 불심검문으로서 우리가 여기서 일반적으로 논의하고 있는 불심검문과 병렬적으로 비교할 수는 없는 것이다.

다. 강제적 불심검문의 도입시 행위책임 원칙의 확립

추상적 위험을 근거로 강제적인 불심검문은 위에서 살펴본 음주측정, 무작위적 불심검문에서 살펴본 바와 같이 개인의 행동의 자유를 제한할 여지가 큰 바, 심정형법에 대비되는 의미에서의 행위책임의 원칙이 위험방지 영역의 (강제적) 불심검문에서도 강조될 필요가 있다.[56] 왜냐하면 위험의 문턱을 넘어선 손해발생에 기여

불쾌감 정도'에 불과하나 잠재적·추상적 음주 운전의 위해방지에 대한 공익은 대단히 중대하다고 판시하고 있다.

55) 성홍재, 앞의 논문, 48 면. 성홍재 교수는 독일에서의 신원확인의 전제로서 추상적 위험이면 족하다는 근거로 Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2004, § 14, Rdnr. 42를 들고 있는데, 이 독일저자들은 일반적인 신원확인이 아니라 국경지역 30 km 이내의 국도 등에 있어서의 소위 무작위적 신원확인(Schleierfahndung) 의 근거로 추상적 위험이면 족하다는 취지로 설명하고 있다.

56) 김호기, 신원확인제도와 행위책임의 원칙, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 223면.

한 행위나 상태만이 직접적 인과관계 내에 있는 것으로서 경찰법적으로 유의미한 것이라고 볼 때 - 물론, 위험방지 영역에서 비책임자에 대한 신원확인도 고려될 수 있지만 이는 어디까지나 예외적인 경우이다 - 특정한 지표, 사실관계 등을 통하여 구체적 위험이 확인될 경우에만 법리적으로 강제적 신원확인이 인정되려면 그 조치와 당사자의 행위와의 상관관계가 밀접하게 인정되어야 하기 때문이다. 행위책임적 요소의 강조는 위에서 언급한 독일의 무작위적 신원확인의 합법성, 합헌성 시비와 관련된 논란에서도 드러나는데, 이 조치는 비록 국경내 30 km 이내의 열차나 차량 등으로 장소적으로 한정이 되기는 하였지만, 경찰 실무상에서 경찰관이 자신의 선입견에 의해 특정한 그룹의 사람들에게만 - 예컨대, 동구권 출신이나 유색인종 외국인, 혹은 사회적으로 생활수준이 낮아 보이는 청소년 등 - 검색을 하게 된다는 점에서 차별금지의 원칙을 위반하게 되는 우를 범하게 된다는 비판[57]으로부터 자유롭지 못하다. 따라서, 이와 같은 경찰의 차별적 선입견에 기한 위험판단에 대한 대안으로 눈에 띄는 행동, 비정상적인 시간대나 장소에의 이동, 뭔가를 숨기는 듯한 태도 등의 행위적 지표가 무작위적 신원확인에도 강조되어야 한다는 견해가 설득력을 얻고 있다.[58] 이런 점을 고려할 때 향후 경찰관 직무집행법 등에 구체적 위험상황의 경우 경찰관의 합리적 의심에 기한 질문에도 그 상황을 합리적으로 설명하지 못하는 자에 대한 강제적 신원확인조치 등의 도입이 고려된다 할지라도 엄격한 행위책임의 바탕 위에서만 허용될 수 있다고 보아야 한다.

57) *Lisken*, Verdachts- und ereignisunabhaengige Kontrolle zur Bekaempfung der organiseirten Kriminalitaet? NVwZ 1998, S. 23 f.; *Stephan*, Zur Verfassungsmaessigkeit anlassunabhaengiger Personenkontrolle, DVBl. 1998, S. 82 ff.

58) Pewerstorf/Soellner/Toelle, Praxishandbuch Polizei- und Ordnungsrecht, 2013, S. 152. 인용한 저서의 저자인 틸레 총경(독일 변호사 자격증 소지자)은 베를린 경찰청 법무담당관으로 재직 중인 비교적 보수적인 경찰 실무가인데도 - 본인은 2009년 3월 한달간 그의 사무실에서 실습한 이래 현재까지도 한국-독일 경찰관 관서방문이나 독일 경찰자료 수집, 인터뷰를 하며 그와 지속적인 학문적, 실무적 관계를 유지하고 있다 - 소위 국경지역에서의 의심무관계, 사건무관계 신원확인(무작위적 신원확인)을 위한 검문의 경우 필요한 최소한의 행위지표가 요구된다는 비판을 받아들이는 것은 주목할 만하다.

라. 신원확인을 위한 지문감식, 사진촬영, 답변의무의 문제

위에서 제시한 구체적 위험의 요건에 해당되는 경우의 강제적인 신원확인의 일환으로 신원확인을 위한 명시적 의무조항의 도입, 거부시 지문감식, 사진촬영 등이 위험방지를 위한 경찰상 작용으로 법관에 의한 사전, 사후 통제의 제한아래 신중하게 고려될 수 있을 것이다.[59] 사례 4, 5 의 경우와 같은 구체적 상황에서 범죄를 범하려고 하는 자의 사진, 지문을 통한 신원확인은 향후 다른 범죄의 소추의 측면은 고려하지 않더라도 당사자에 대한 매우 큰 위하의 요소를 가지므로 그 대상자의 향후의 범죄행동을 억제할 수 있고 피해자의 불필요한 법익침해를 방지할 수 있기 때문이다. 그러나, 위험방지 영역에서의 이런 조치들을 통하여 거동수상자의 신원이 확인된다면 바로 관련 지문정보, 사진정보는 폐기되어야 할 것이다.

불심검문의 실효성 확보방안으로 답변의무를 강제하는 방안도 고려되고 있으나 형사상 자기부죄의 원칙을 굳이 감안하지 않더라도 위험방지의 영역에서 비대체적 행위인 진술에 대해 이를 강요하기 위한 방법으로서 이행강제금, 질서벌, 과태료 등은 사실상 큰 실익이 없어 보인다. 대상자가 진술자체를 하지 않는 경우는 진술자체를 심리적으로 강요하기 위하여 일응 질서벌 등으로 규율하는 방법이 효과적인 수단이 된다고 볼 수도 있으나, 거짓말을 할 경우는 실지로 밝혀낼 방법이 없다. 또한 거짓으로라도 진술을 하게 되면 과태료가 면제되고, 진술을 하지 않는다면 과태료가 부과된다는 경우가 발생할 수 있다는 점에서 - 거짓을 말하는 경우가 도덕적, 법적으로 더 나쁜 평가를 받아야 하는 행위임에도 오히려 처벌을 면제받는 것은 누가 보아도 부당하다 - 효과적인 의무의 이행 확보수단이 될 수가 없어 보인다. 추후에 거짓말이 밝혀진 경우 과태료를 추가 부가한다는 규정도 추가적으로 둘 수 있겠으나 처음부터 거짓말하기로 작정한 거수자의 의도를 통제하기에는 거의 실효성이 없는 조치로 판단된다. 설혹 범죄를 행한 대상자에게 진술의무를 법적으로 규정한들 자신에게 불리하게 작용할 진술을 하리라고 기대할 수 없기 때문에[60] 형사

59) 독일, 프랑스, 미국, 영국의 그와 같은 조치에 대한 비교법적 고찰은 김형훈/이영돈, 경찰관직무집행법, 경찰대학 2013, 94면 이하 참조.

60) Lisken/Denninger, C. Rechtliche Grundlagen der Polizeiarbeit, in: Lisken/ Denninger(Hrsg.) HdBPolR, 2007, S. Rdnr. 45.

소송 영역에서처럼 묵비할 수 있는 권리를 인정하는 편이 오히려 무고한 국민들의 입장에서의 자유권 (묵비권) 보호를 위해서도 바람직하다. 물론, 이렇게 묵비하는 경우 대상자의 측면에서는 범죄와 관련된 합리적 의심의 측면에서 자신에게 불리한 요소로 작용할 수 있다는 점에서 경찰은 개인의 행위와 관련된 지표의 하나로서 참고할 수 있을 것이다. 생각건데 범행의 정황과 관련된 내용을 진술의무로 부과하거나, 이 의무를 위반할 경우 이행강제금, 과태료를 부과하는 것은 별 실익이 없을 뿐만이 아니라, 일반 국민의 자유권 보호를 위해서도 바람직하지 않으므로 새로 입법하지 않고 현행대로 유지하는 편이 나아보인다. 이런 점을 고려하면 강제적인 신원확인은 위험을 암시하는 지표가 경찰관의 육안관찰, 주변의 정황, 신고자 등의 진술, 임의적인 수단으로서의 대상자에 대한 경찰상 질문을 통하여, 또한 질문하였음에도 불구하고 합리적인 의혹을 해소하지 못하고 거칠게 저항하는 등 대상자의 숨기는 듯한 태도를 통하여 객관적인 관점에서 장래의 법익침해가 구체적 위험의 수준으로 확인되는 상황에서만 제한적으로 허용[61]하도록 하는 것이 “추상적 위험” 개념을 매개로 한 강제적 불심검문으로의 지나친 확장을 제한하면서도 위험의 방지라는 행정경찰임무를 효과적으로 수행가능하게 하는 조화로운 방편이 될 수 있다고 생각된다.

Ⅵ. 나가며

현행법상 우리 법제에서는 행정경찰영역에서 구체적 위험을 조건으로 하는 경우에도 위험방지를 위한 출입이나 보호유치 이외에 강제적 조치는 매우 제한적으로 인정되고 있다. 특히, 임의적·동의 기반에 근거한 현행법상 불심검문 조항은 구체적 상황에 관계없이 형사법 위반의 단계에 이르지 않는한 어떠한 경우에도 강제적 신원확인을 사실상 인정하지 않고 있는데, 위험방지 영역은 범죄예방, 피해자 보호

61) 경직법 제3조 제2항상의 경찰관서로의 동행의 임의성 여부와 관련하여 현행범이나 긴급체포의 요건을 갖추지 못한 경우에도 범죄의 조기발견이나 경찰행정목적 달성을 위하여 필요한 때에는 제한적으로 유형력을 행사할 수 있다고 보는 신동운, 형사소송법 I, 1997, 84 면과 비교

를 위한 효율성의 측면이 고려될 수 있다는 점은 전적으로 외면하고 있는 입법으로 보인다.[62] 이와 같은 입법의 근본적인 원인을 일제강점기, 해방직후, 70, 80 년대 공안정국에서 경찰당국이 법적 근거를 고려하지 않고 공안확보, 정권의 안정을 위하여 지나치게 경찰력을 남용한데서 찾는 것은 오늘날 민주사회에서 전체적으로 수긍할 수 있는 인식이고 이 점은 일반국민이나 경찰내부나 크게 다르지 않아 보인다.

그러나, 오늘날과 같이 국가인권위원회 등이 국가권력을 남용을 견제하고 있고, 행정경찰 영역에서도 그 조치의 적법, 부적법, 재량남용 등이 완전한 사법심사의 대상으로 되어 있다는 점을 전제로 놓고 본다면 장해자/피의자의 법적 권리도 최대한 고려되어야겠지만 피해자의 법익, 권리도 적정하게 구제되어야 할 필요가 있다는 점을 인정할 필요가 있다. 또한, 일각에서는 국가가 언제든지 국민의 권리를 침해할 수 있는 괴수가 될 수 있다는 점을 논거로 경찰행정작용으로서의 불심검문에 국민이 협조할 의무는 없다고 하지만, 일정한 법적 요건을 갖춘 불심검문에 대하여 협력의무 내지 강제성을 부과하는 것은 어디까지나 입법정책의 문제이고, 중요한 것은 불심검문의 대상이 되는 국민이 왜 자신이 국가기관(경찰)에 의해 의심의 대상이 되는지를 국가가 합리적으로 설명해줄 수 있어야 한다는 것이다. 이런 점을 고려한다면 추상적 위험과 구체적 위험의 단계에 따라 직무질문, 신원확인요구, 강제적 신원확인의 단계로 강제성에 차등을 둔 입법이 충분히 고려될 수 있다. 즉, 단순한 추상적 위험의 경우는 그 사람의 용무, 행선지 등에 대한 직무질문만 가능하게 하고 - 따라서, 이 경우 강제적 신분증 제시 및 신원확인은 불허용, 상대방의 동의 기반에 근거한 신분증 제시요구는 인정 -, 이러한 직무질문의 과정을 통하여 혹은 경찰관이 현장에 임장한 처음부터 구체적 위험의 요건이 충족되고 인상착의가 비교적 정확하게 밝혀진 경우 등의 요건을 갖춘 경우에는 형사상 불법에까지 이르지 않았다 할지라도 위험방지 영역의 특수성을 고려하여 제한적으로 불심검문에도 강제적인 신원확인의 일환으로서 신분증제시요구, 거부시 신원확인을 위한 사진촬영, 지문검색 등이 지체없는 판사의 영장통제라는 담보하에 입법상 고려될 수 있다고 생각된다. 반면, 이런 경우에도 답변의무는 비대체적 작위의무로 그 내면의 의식, 진술을 강제할 방법이 사실상 없다는 점에서 답변거부시 과태료 등의

62) 김태진, 경찰재량의 본질과 사법통제, 공법학연구 제7권 제2호, 2006, 441면.

규정도입은 실효성이 없다고 판단이 된다.

아직 도래하지 않은 위험에 대한 진단을 위한 최적의 시기는 피해가 실질적으로 현실화되기 이전의 마지막 순간이라 할 것인데, 이 때가 바로 위험진단의 정확성과 위험방지의 효과성이 최적점을 이루는 순간이다.[63] 즉, 피해상황의 현실화 시점에 근접하면 할수록 위험진단의 정확성은 높아지지만 위험방지를 위한 효과성은 감소될 수 밖에 없다. 또한 위험이 현실화되고 나면, 즉 피해가 구체화되고 나면 법익침해 방지의 효과성을 논할 실익은 없어지게 된다. 그런 점에서 안전기관은 가능한한 많은 시간을 기다려 위험실현과 관련된 추가정보를 토대로 정확하게 위험상황을 판단해야겠지만, 그 위험이 현실화되기 이전에 이를 방지할 임무도 있는 것이다. 그러나, 실제로 언제가 위험의 진단을 위한 최적의 마지막 순간인지 판별하기는 어렵고, 위험의 진단이 어떤 경우에 임의적 기반에 혹은 어떤 경우에는 강제적 기반에 의해 이루어져야 하는 것인지는 일의적으로 말하기 어려운바, 생명·신체와 같은 고도의 법익에 대한 손상이 구체적 위험의 수준으로 판단되고, 더 이상의 위험진단을 위한 추가정보를 기다려서는 효과적인 직무수행이 매우 어렵다고 판단되는 경우에는 강제적 요소를 가미한 신원확인제도의 도입은 입법상 충분히 가능하다고 보아야 한다.

63) Albers, Die Determination polizeilicher Taetigkeit, 2001, S. 35 ff.; Darnstaedt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 89.

참고문헌

1. 국내문헌

강구진, 형사소송법원론, 1982.

강동욱, 불심검문: 이론과 실무, 1994.

김남진·김연태, 행정법 II, 2010.

김형훈·이영돈, 경찰관직무집행법, 경찰대학 2013.

박균성·행정법강의, 2007.

배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법, 2011.

신동운, 형사소송법, 1993.

신동운, 형사소송법 I, 1997.

류지태·박종수, 행정법신론, 2009.

서정범·김연태·이기춘, 경찰법연구, 2009.

이상규, 행정법원론(하), 1989.

이재상, 형사소송법, 2004.

이홍구, 신고 행정법원론, 1991.

차용석·최용성, 형사소송법, 2013.

한견우, 현대 행정법강의, 2008.

홍정선, 행정법원론(하), 2008.

강동욱, 불심검문의 의미와 법적 성격에 관한 고찰, 1993, 관동대 논문집 21집 제1호, 505면 이하.

강동욱, 불심검문의 의의와 한계, 수사연구, 2004년 10월호, 21면 이하.

구형근, 경찰관 직무집행법상 불심검문, 토지공법연구 제39 집, 2008, 223 면 이하.

김종보, 헌법의 객관성과 국가의 기본권 보호의무, 공법학연구 제11권 제4호, 2010, 27면 이하

김호기, 신원확인제도와 행위책임의 원칙, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 218면 이하.

김태진, 불심검문의 법적 근거, 공법학연구 제4권 1호, 2002, 93면 이하.

김태진, 경찰재량의 본질과 사법통제 - 미국의 경찰재량 통제방식에 대한 판례검토를 중심으로, 공법학연구 제7권 제2호, 2006, 433면 이하.

박병욱·황문규, 위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적수단상의 차이점, 형사정책연구 제23권 제3호(통권 제91호), 2012, 199면 이하

서정범·박병욱, 경찰권발동의 규율원리로서의 헌법, 공법학연구 제11권 제4호, 2010, 219 면 이하

성홍재, 경찰 신원확인조치 실효성 확보방안에 대한 연구, 경찰학연구 제10권 제1호 (통권 22호), 2010, 31 면 이하.

성홍재, 경찰 신원확인조치에 대한 국가론적 접근 - 출입국관리법과 경찰관 직무집행법의 비교를 통하여, 한독사회과학논총 제19권 제1호, 2009, 151 면 이하.

송기춘, 국가의 기본권보장의무에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1992.

신동운, 경찰관의 불심검문과 교통검문, 고시연구, 1993, 10 면 이하.

이계수, 행정법해석과 기본권론, 고시계 44, 1999, 20 면 이하.

이성용, 불심검문 개정논의에 관한 소고, 경찰학연구 제10권 제3호(통권 제24호), 2010, 3면 이하

이부하, 헌법영역에서의 기본권 보호의무, 공법학연구 제8권 제3호, 2007, 123면 이하.

이부하, 비례성 원칙과 과소보호원칙, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007, 275면 이하.

이호중, 경찰관 직무집행법상의 불심검문제도의 개정논의에 대한 비판적 고찰, 형사법연구 제21권 3호, 2009, 105면 이하.

임 웅, 불심검문 실태와 개선에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 1997.

정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 제252호, 1997, 87면 이하.

탁희성, 불심검문의 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원 1999.

표명환, 입법자의 기본권 보호의무와 헌법적 통제, 헌법학연구 제11권 제2호, 2005, 211 면 이하.

2. 외국문헌

Badura, Peter, Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 2012, S. 122.

Brugger, Winfried, Freiheit und Sicherheit. Eine staatstheoretische Skizze, 2004, S. 54 f.

Brugger, Winfried, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnis, VVDStRL 63, 2004, S. 132.

Denninger, Erhard, E. Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2007.

Friauf, Karl. Heinrich, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmid-Aßmann(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1999.

Gärditz, Klaus. F., Strafprozess und Prävention, 2003.

Gerhardt, Hans-Juergen, Anscheinsgefahr, Gefahrenverdacht und Putativgefahr im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1987, 523 ff.

Götz, Volkmar, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2008.

Gusy, Christoph, Der Schutz von Vertrauensverhältnissen im Polizeirecht unter besonderer Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte in: Wolter/Schenke (Hg.), Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002, S. 135 f.

Gusy, Christoph, Vom Polizeirecht zum Sicherheitsrecht, Staatswissenschaft und Staatspraxis 1994, S. 207 f.

Gusy, Christoph, Geheimdienstliche Aufklärung und Grundrechtsschutz, APuZ B - 44, 2004, S. 15

Gusy, Christoph, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63, 2004, S. 186.

Ipsen, Joern, Nidersächsisches Gefahrenabwehrrecht, 2001.

Isensee, Josef, § 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR Bd. V, 2000, Rdnr. 90.

Kloepfer, Miachael, Umweltschutzrecht, 2008, S. 38.

Knemeyer, Franz - Ludwig, Polizei- und Ordnungsrecht, 2007.

Kugelmann, Dieter, Polizei- und Ordnungsrecht, 2012.

Lisken, Hans · Denninger, Erhard, Die Polizei in Verfassungsgefuege, in: Lisken · Denninger (Hrsg.) Handbuch des Polizeirechts, 2007, Rdnr. 43.

Nolte, Martin, Doppelfunktionale Massnahme in der polizeilichen Praxis, Kriminalistik 2007, 343 ff.

Riescher, Gisela, Demokratische Freiheit und die Sicherheit des Leviathan, in: Riescher(Hrsg.) Sicherheit und Freiheit statt Terror und Angst, 2010, S. 14.

Schenke, Wolf-Ruediger, Polizei- und Ordungsrecht, 2009.

Schewe, Christoph, Das Sicherheitsgefuehl und die Polizei, 2009.

Schoch, Friedrich, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, 668 ff.

Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 2009.

Befragung und Identitaetsfeststellung zur Gefahrenabwehr

Park, Byungwoog*

Im koreanischen Polizeiaufgabenvollugsgesetz wird Bulsim-Gummun-woertlich uebersetzt "verdachtsunabhaengige Kontrolle"-als ein Sammelbegriff, der Anhalten, Befragung, und Identitaetsfeststellung einschliesst, benutzt. Wie der Sinn des Wortes hinweisst, wird dieser Begriff beim koreanischen Buerger eher negativ besetzt, weil koreanische Polizei diese Massnahme feur Ueberwachung und politische Unterdrueckung der liberalen Demonstanten oder des politischen Gegners der regierenden Partei willkuerlich benutzt und missbraucht hatte und hat. Das koreanische Polizeigabengesetz rezipiert im Grunde genommen das japanische Polizeiverwaltungsgesetz, das wiederum aus dem Preussisschen Polizeiverwaltungsgesetz stammt. Allerdings wird fuer die Regelung fuer die Anhalten, Befragung und Identitaetsfeststellung im koreanischen Polizeigesetz gefahrenabwehrender Charakter sehr restriktiv anerkannt. Es liegt an dem genannten historischen und politischen Hintergrund. Wenn also gefahrenabwehrendes Bulsim-Gummun breiter anerkannt worden waere, dann haette koreanische Polizei unter sehr schwachen rechtlichen Kontrolle oder sogar ohne rechtliche Kontrolle diese Massnahme wiedermal willkuerlich genutzt. Allerdings hat sich der Umstand um die Polizei geaendert. Die demokratische Kontrolle gegenuber der Polizeimassnahme durch Gericht und koreanische Menschenrechtskommision wird erheblich verstaerkt und Polizei selbst soll auf die gesetzliche Regelung achten, es sei denn Polizeibeamter der Sanktion und dem Strafe ausgesetzt wird. Gefahrenabwehr und Stafverfolgung nimmt im Grunde genommen unterschiedliche Aufgaben wahr und verweist auf unterschiedliche juristische Dogmatik beim Verantwortlichkeit,

* lecturer of Central Police Academy, doctor of law

Zurechenbarkeit u.s.w. Zumindest soll der gefahrenabwehrende Charakter fuer Bulsim-Gummun anerkennt werden, wenn wichtiger Rechtsgut, wie Leben, Leib mit dem Grad der konkreten Gefahr angenommen wird. Koreanische Justizsystem kennt Verwaltungsgericht, obwohl die Verwaltungsgerichtbarkeit nicht gesondert bis zum hoechsten Instanz anerkannt ist. Und Lehrbuch des Verwaltungsrechts wird auch viel geschrieben und unterrichtet. Also das koreanische Gesetzsystem kennt bereits die Unterscheidung zwischen das Verwaltungsrecht und Strafrecht. Der verwaltungsakt unterliegen somit der vollen Kontrolle des Verwaltungsgerichts nach den verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien, wie Gesetezesvorbehalt, Bestimmtsheitsgebot und Verhaeltnissmaessigkeit. Die Sorge des koreanischen Strafrechtlers, dass gefahrenabwehrende Anhalten, Befragung und Identitaetsfeststellung das Recht der Betroffenen voellig vernachlaessigen wird, geht zu weit. Der Gesetzgeber muss gefahrenabwehrende Massnahme wie Identitaetsfeststellung wider Zustimmung der Befroffenene zumindest im Falle der konkreten Gefaehrdung vom Leben und Leib regeln. Nur dann kann er die grundrechliche Schutzpflicht erfuellen.

❖ Key words : Bulsim-Gummun(Anhalten, Befragung, zwangsweise Identitaetsfeststellung), Gefahrenabwehr, konkrete Gefahr, grundrechtliche Schutzpflicht, Verhaltensverantworlichkeit

투고일 : 11월 28일 / 심사(수정)일 : 12월 20일 / 게재확정일 : 12월 20일