

---

# 불심검문시 경찰관의 유형력행사의 한계

유인창\*

## A Study on limit of Policeman's Exertion in Police Questioning

Yoo In Chang\*

**요 약** 불심검문이란 경찰법상 경찰목적은 이루기 위하여 피검문자 개인의 의지여부와는 상관없이 그로부터 정보 획득 또는 신원확인을 위한 경찰조치이다. 하지만 창과 방패처럼 불심검문은 공권력과 인권의 접점에서 양면성을 가지고 태어난 태생적 한계로 인하여, 오래 동안 우리사회에서 뜨거운 감자가 되어 왔다.

불심검문의 논점의 핵심은 불심검문을 하기 위한 제1조치인 경찰관의 정지요구에 피검문자가 불응할 경우에 경찰관이 유형력을 행사하여 피검문자를 강제로 정지시킬 수 있는가에 있다. 경찰관의 유형력행사의 한계에 관한 문제이다. 불심검문이 범죄예방과 범인검거면에서 어느 정도 효과가 있다는 평가도 있지만, 과거 경찰의 마구잡이식 불심검문의 기억으로 인하여 국민들은 지금도 이에 대한 불쾌감과 거부감을 가지고 있다. 이러한 의미에서 경찰은 불심검문에 관한 대국민신뢰를 회복할 필요가 있다.

이를 위해서는 불심검문시 범죄예방 및 범인검거보다 국민의 인권을 우선시 하여야 한다. 이것은 시대적 당위이다. 불심검문시 경찰관의 정지요구에 불응하는 피검문자에게 경찰관의 유형력행사는 엄격한 요건 하에 행해져야 한다.

**주제어** : 불심검문, 경찰관, 피검문자, 정지, 인권

**Abstract** Police questioning is police measure for acquiring information or inquiring an identification without questionee's will in order to accomplish the goal under the Police Act. However, like spear and shield, it has its own inherent limits between both sides of public power and human right and has stirred an hot issue in our society for longtime. The core problem is whether policeman can force a questionee stop when the questionee refuses policeman's stop requirement, the first step for police questioning. Some opinions argue that police questioning has somewhat effects on crime prevention and suspect arrest but people still have inconvenience and refusal from experiences of reckless police questioning in the past. Because of this, the police needs to recover people's trust on police questioning. In order to do so, in case of police questioning, human right should be superior to crime prevention or suspect arrest. This is the time's call. So when there is a police questioning, policeman's exertion of it on the questionee who refuse it should be conducted under strict conditions.

**Key Words** : Police Questioning, Policeman, Questionee, Stop, Human Right

---

### 1. 서론

불심검문이란 경찰법상 경찰목적은 이루기 위하여 피검문자 개인의 의지여부와는 상관없이 그로부터 정보 획득 또는 신원확인을 위한 경찰조치이다.[1]

이러한 불심검문은 범죄인에게 심리적 제약으로 작용하여 범죄활동을 저지하거나 둔화시킴으로써 범죄예방의 실효를 거둘 수 있고, 검문활동을 통하여 시민들로 하

여금 범죄로부터 불안을 해소시켜 사회의 치안유지와 안정에 큰 기여를 함으로써 공권력에 대한 신뢰감을 향상 시키는데 큰 기여를 하고 있는 것으로 평가받고 있다.[2]

하지만 창과 방패처럼 불심검문은 공권력과 인권의 접점에서 양면성을 가지고 태어난 태생적 한계로 인하여, 경찰관은 불심검문의 실효성을 위하여 현실적으로 유형력을 행사할 수밖에 없었고, 피검문자는 자신의 인권보호를 위하여 경찰관의 그러한 유형력행사에 대하여 불쾌

---

\*충부대학교 경찰행정학과 부교수

논문접수: 2012년 10월 30일, 1차 수정을 거쳐, 심사완료: 2012년 11월 20일

감과 거부감을 가질 수밖에 없었다. 불심검문은 경찰작용의 실효성에 중점을 두는 행정경찰작용과, 적정절차의 원리에 의한 피검문자의 인권보장에 관심을 두는 형사소송법적 관점이 대립되어 있는 것이다. 이러한 검문자와 피검문자의 상반성으로 불심검문은 오래 동안 우리사회에서 뜨거운 감자가 되어 왔다.

불심검문의 논점의 핵심은 불심검문을 하기 위한 제1조치인 경찰관의 정지요구에 피검문자가 불응할 경우에 경찰관이 유형력을 행사하여 피검문자를 강제로 정지시킬 수 있는가에 있다. 경찰관의 유형력행사의 한계에 관한 문제이다. 본고는 불심검문의 많은 논점 가운데 이에 관해서만 검토한다.

## 2. 불심검문의 법적 성격 및 정지의 판단기준

경찰관은 불심검문을 하기 위하여 정지요구에 불응한 피검문자를 유형력을 행사하여 정지시킬 수 있는가에 대해서는 불심검문의 법적 성격을 선행적으로 검토하여야 한다. 불심검문의 법적 성격에 따라 유형력행사의 유무와 한계가 달라지기 때문이다.

### 2.1 불심검문의 법적 성격

불심검문의 법적 성격은 이를 행정경찰작용으로 보는 견해와 사법경찰작용으로 보는 견해가 있다. 행정경찰작용으로 보는 견해는 불심검문에서의 정지는 행정상의 하나인 즉시강제에 해당하므로 필요한 한도 내에서 경찰의 강제적 실행행사가 허용되며 피검문자에게는 수인의무가 있다고 한다(즉시강제설).[3] 불심검문의 실효성을 강조하는 견해이다. 사법경찰작용으로 보는 견해는 불심검문은 임의처분이므로 피검문자가 명시적·묵시적으로 정지거부의 의사표시를 하면 어떠한 경우에도 유형력을 행사할 수 없다는 견해이다(순수한 임의설).[4] 불심검문의 실효성보다 피검문자의 인권보호를 강조하는 견해이다.

이 양자를 절충하는 견해로서 실력설, 규범적 임의설, 임의설득설 등이 있다. 실력설은 임의와 강제의 중간단계에 해당하는 설득의 단계가 존재하고, 사회통념상 강제에 이르지 않는 설득수단을 사용하여 정지시키는 것은 허용된다고 보는 견해[5]이다. 설득이 어느 정도의 실행행사를 포함하는가는 일률적으로 말할 수 없고 구체적

사정에 따라 다르지만 경찰관의 법적인 직무권한의 내용과 상대방의 태도여하에 따라 합리적으로 판단하여야 된다고 한다.

규범적 임의설은 정지거부의 의사표시를 명백히 하거나 또는 망설이는 피검문자에게 재고를 촉구하거나 협력을 구하기 위해 사회통념상 허용되는 범위내에서 강제에 이르지 않는 유형력을 행사해서 3-4회 정도 끈덕지게 설득하는 것은 가능하다는 견해[6]이다. 설득의 정도는 경찰비례의 원칙에 의하여 강제에 이르지 않는 구체적 상황하에서 사회통념상 타당하다고 생각되는 정도를 말한다. 임의설득설은 정지거부의사표시를 명백히 한 피검문자에 대하여는 유형력을 행사할 수 없지만, 정지거부를 명백히 결정하지 못하고 있는 자에 한하여 설득을 행하는 것은 허용될 수 있다고 하는 견해[7]이다. 이 경우 설득은 임의성을 손상시키지 않는 범위내에서 언어에 의한 요구나 설득에 그쳐야 하며, 그 설득이 집요하게 행하여져서는 안된다고 한다.

국가작용은 수사에 있어서든 행정작용에 있어서든 임의수단이 기본이 되어야 하며 부득이한 경우에만 강제수단을 행사하는 것이 원칙이다. 이러한 원칙에 의하면 불심검문은 범죄의 혐의가 분명한 수사단계도 아닐뿐더러 일반시민을 상대로 행해지는 국가작용에 불과하므로 강제적 수단에 의할 수 없음이 명백하다. 더욱이 현행 우리 경직법 제3조 제7항은 “당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다”라고 답변강요금지를 규정하여 이를 명문화하고 있다. 이러한 의미에서 즉시강제설은 불심검문의 실효성만을 강조한 나머지 인권침해의 개연성이 매우 높으며, 경직법 제3조 제7항의 답변강요금지의 규정과 상충되므로 법정신상 타당하다고 할 수 없다.

순수한 임의설, 실력설, 규범적 임의설, 임의설득설 등은 불심검문을 임의수단으로 이해하고, 피검문자의 인권보호차원에서 원칙적으로 강제력을 행사할 수 없다는 점과, 피검문자의 수인의무가 없다는 점에서는 동일한 견해를 표하나, 불심검문의 실효성확보차원에서 강제에 이르지 않는 유형력을 행사하는 한계는 조금씩 차이를 보인다.

순수한 임의설은 임의처분의 원칙에 가장 충실하고 피검문자의 인권보호차원에서 가장 좋은 견해이나, 어떠한 경우에도 피검문자가 정지거부의사표시를 하면 유형

력을 할 수 없다는 견해로써, 사실상 현실적으로 존재하는 불심검문제도를 유명무실하게 만들 우려가 있으므로 타당하지 않다. 실력설은 경찰관의 유형력행사의 기준을 사회통념에 의한다고 하나, 피검문자의 태도여하에 따라 유형력행사의 범위가 결정되고, 이러한 결정은 불심검문 현장에서 당해 경찰관의 주관적 판단에 의존할 수밖에 없으므로 사실상 강제처분설에 가까운 견해로써 역시 타당하지 않다. 규범적 임의설과 임의설득설은 왜 피검문자가 당해 유형력을 감수해야만 하는가에 대하여는 명백한 근거를 대지 못하지만, 불심검문의 실효성과 인권보장과의 조화를 피하려 하는 점에서는 다른 견해에 비하여 타당하다고 할 수 있다. 다만 유형력행사의 한계에 대하여 임의설득설은 규범적 임의설에 비하여 한층 완화된 것으로 보인다. 예컨대 후자는 팔이나 어깨를 가볍게 잡은 상태에서 언어로 설득하는 것을 허용하지만, 전자는 신체적 접촉을 불허하고 언어에 의한 방법만 허용하는 것으로 이해된다.

원칙적으로 불심검문의 정지행위는 임의처분이므로 명백하게 정지를 거부하는 자에 대해서는 어떠한 실력 내지 유형력의 행사를 할 수 없다고 보아야 한다. 그러나 불심검문의 실효성을 담보하기 위하여 정지거부의사표시를 명백히 하거나 또는 망설이는 피검문자에게 설득 내지 번의를 촉구할 수 있는 유형력행사는 허용하는 것으로 해석해야 한다. 따라서 불심검문의 취지와 경찰비례의 원칙에 비추어 불심검문의 정지행위를 규범적 관점으로 파악하는 규범적 임의설이 타당하다고 할 수 있다.

## 2.2 정지의 판단기준

불심검문시 불응하는 피검문자에게 유형력을 행사하여 정지시킬 수 있다면 어떠한 요건을 필요로 하는가? 경직법 제3조 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. 정지의 대상인 수상한 거동자를 판단함에 있어서 동 규정에 의한 요건은 경찰관의 「범죄혐의에 대한 합리적 판단」과 「의심할 만한 상당한 이유」이다.

### 2.2.1 범죄혐의 합리성

이에 대해서는 미연방대법원판례를 참고할 필요가 있다. 미연방대법원은 약물거래가 빈번하게 발생하는 지역에서 한번도 본적 없는 사람이 약물범죄혐의가 있어 보인다는 이유로 정지시켜 검문한 사건에 대하여 “이러한 상황은 막연한 혐의에 해당하므로 객관적 사실에 근거한 합리적인 혐의의 심사를 충족시키지 못한다. 따라서 그 정지는 불법에 해당한다”라고 판시(Brown v. Texas, 443 U.S. 47(1979))하고, “합리적인 혐의의 성립요건은 상당한 이유의 성립요건보다 내용적으로 완화된 것이며, 정보의 정확성도 상당한 이유에 요구되는 정확성보다 신뢰도가 낮다”라고 판시(Alabama v. White, 58 L.W. 4747(1990))하고 있다.

위의 판례를 근거로 「합리적 범죄혐의」를 개설하면 다음과 같다. 첫째 합리적 범죄혐의는 정지를 정당화시키는 요건이므로 특정한 객관적인 사실과 경찰관의 경험에 토대를 둔 논리적인 판단이어야 한다. 정지의 목적은 범죄예방에 두어야 하고 그 밖의 다른 목적을 위한 정지는 불법이다.

둘째 합리적 범죄혐의란 객관적 사실에 근거한 구체적 혐의를 의미한다. 따라서 막연한 혐의에 의한 정지는 용인되지 않는다. 예컨대 남의 집 대문을 기웃거리는 경우처럼 수상한 거동 등 범죄용의점이 있는 자라 할지라도 객관적 사실에 근거한 구체적 혐의가 아니므로 원칙적으로 정지시켜 질문할 수 없다.

셋째 합리적인 혐의의 확실성의 정도(약 20% 정도의 확실성)는 경찰의 경험에 비추어 막연한 혐의보다는 높지만, 체포의 요건이 되는 범죄혐의의 상당한 이유(50% 이상의 확실성)보다는 낮다.[8]

### 2.2.2 의심할 만한 이유의 상당성

정지의 요건을 판단함에 있어서 실질적으로 중요한 기준은 상당성이다. 경찰관의 주관적 판단인 범죄혐의에 대한 합리적 판단요건이 충족되어야 하고 다시 객관적 판단인 상당성의 요건이 충족되어야 하기 때문이다. 즉 경직법 제3조 제1항의 구성요건상 1차적으로 경찰관의 판단 하에 범죄혐의에 대한 합리적 판단요건이 충족되었다 하더라도, 2차적으로 상당성을 충족시키지 못한다면 피검문자를 정지시킬 수 없다.

상당성이란 형법적으로 우리의 사회생활과 결부되어 전적으로 정상적이라고 인정될 수 있는 객관적 경험, 인류

의 전경험적 지식 또는 일반적 가능성(개연성)의 의미로 해석된다. 따라서 범죄혐의에 대한 의심을 판단하는 척도는 당해 경찰관의 판단만으로는 불충분하고 객관적으로 보아서 사회통념상 그 판단이 합리적인 것을 요한다.

상당성의 판단기준에 대해서는 ① 경찰관의 주관적 판단이 아닌 일반인이 그 경우에 임하면 당연히 그렇게 했을 것이라고 생각되는 정도의 객관성이 필요하다는 견해[9] ② 어디까지나 합리적·객관적인 것으로 양식 있는 사회일반인에 의해 납득되는 정도의 판단이어야 한다는 견해[10] ③ 일반인이 그 경우에 임하여 당해 경찰관과 같은 인식위에 서면 그 사람도 당연히 그렇게 했을 것이라고 생각되는 정도의 객관성이라고 하는 견해[11] 등이 있다.

①설에 의하면 경찰의 독자적인 정보와 당해 경찰관의 경험이 제외되고 ②설은 양식 있는 사회일반인이라는 개념이 너무 추상적이어서 타당하지 않다. 경찰관의 경험과 일반인의 인식을 고려하여 상당성을 결정하는 ③설이 타당하다고 할 수 있다.

③설에 의하여 피검문자를 정지시킨 경찰관의 행위가 정당성을 인정받으려면, 일반인의 입장에서 경찰관의 정지요구가 무리없는 행위라고 평가 받을 수 있어야 한다. 즉 저러한 상황이라면 내가 아닌 누구라도 당해 경찰관처럼 검문하기 위하여 피검문자를 정지시켰을 것이라는 공감대적 인식이 있어야 상당성을 인정받는다. 예컨대 경찰관이 내사 및 수사 중에 직접 지득한 정보에 근거한 정지, 정보원으로부터 전해들은 신빙성 있는 간접정보에 근거한 정지(Adams v. Williams, 407 U.S. 143(1972)), 지명수배를 받고 있다는 합리적인 혐의에 근거한 정지(U.S. v. Hensly, 53 L.w. 4053(1985)), 범죄가 발생한 현장이나 그 인근에서 용의자의 인상이나 옷차림 및 차량의 유사성을 근거로 한 정지, 신체 및 옷에 핏자국이 있거나 또는 타박상 찰과상이 있는 점에 근거한 정지 등은 상당성을 인정받는 유형이라고 할 수 있다.

반면에 경찰관의 모습을 보고 갑자기 숨으려고 하거나 되돌아가거나 옆길로 빠지는 자, 타인의 대문이나 집안을 엿보고 있는 자, 처마 밑이나 전봇대 또는 그늘에 숨어서 주위를 엿보고 있는 자, 도망치듯 걷는 자, 사람들을 피해 걸어가는 자, 불러 세워도 못들은 척 하는 자, 질문을 받고 일부러 급한 용무를 호소하거나 돌아가고 싶어 하는 자, 경찰관을 보고 휴대품을 감추려고 하거나 재빨리 그 장소에 버리는 자 등의 유형은 합리적 혐의는

인정할 수 있겠지만, 상당성을 충족시킬 수는 없다할 것이다.

### 3. 경찰관의 유형력행사의 한계

#### 3.1 외국의 사례

##### 3.1.1 미국

미연방대법원은 “경찰관의 직업적 경험 등에 비추어 범죄발생이 임박하고, 경찰관 자신 및 공공의 안전확보를 위하여 피검문자가 총기 등 위험한 흉기를 소지하고 있음이 합리적으로 의심되는 때에는 피검문자를 정지시켜 질문과 함께 외표검사로 제한된 형태의 흉기조사를 할 수 있다”라고 판시(Terry v. Ohio, 392 U.S. 1(1968))하여 유형력행사의 적법성을 인정하였다. 그러나 동 판례는 단지 합리적인 혐의에 기초하여 구금과 압수수색에 이르지 않는 제한된 범위내에서 피검문자를 정지시키고 외표검사 등의 유형력을 행사할 수 있다고만 할 뿐 그 한계를 구체적으로 설정하지는 않고 있다.

유형력행사의 한계를 비교적 명확하게 설정한 판례는 United States v. Mendenhall 446 U.S. 544(1980) 판결이다. 마약소지혐의로 의심받는 사람을 공항광장에서 불심검문을 하기 위하여 정지시킨 사건에 대하여 법원은 “경찰관의 정지요구와 관련하여 ① 다수의 경찰관이 위협적인 행동을 취한 경우 ② 휴대한 무기를 보여주는 경우 ③ 피검문자의 신체에 물리적 접촉을 한 경우 ④ 강요적 언어나 목소리의 톤에 의하여 경찰관의 요청에 순응할 수 밖에 없는 경우 등과 같은 유형력행사로 인하여 합리적인 일반인을 기준으로, 주위의 모든 사정을 고려할 때 자신이 자유롭게 검문현장을 빠져나갈 수 없는 것으로 느끼는 경우라면 수정헌법 제4조가 의미하는 체포된 것이다”라고 판시하여 유형력행사의 한계에 대한 구체적 척도를 확립하였다.

미연방대법원판례를 검토하면 유형력행사의 조건은 구체적 혐의가 있어야 하며, 유형력행사의 한계는 그 사건을 둘러싼 모든 정황을 고려하여 볼 때 합리적인 일반인을 기준으로 경찰관의 유형력행사로 인하여 피검문자가 검문장소를 자유롭게 벗어날 수 없다는 인식이 드는 순간에 합법적 유형력행사의 한계는 일탈된 것으로 보고 있다.

### 3.1.2 일본

일본 최고재판소는 눈이 쌓여 미끄러운 도로상에서 각성제사용이 의심되는 사람의 차량을 정지시켜 검문하려고 하자 검문장소를 이탈하려는 차량에 대하여, 경찰관이 차량 창문을 통하여 엔진키를 제거한 사건에서 “직무질문을 개시한 당시 피고인에게 각성제사용의 혐의가 있을 뿐만 아니라 환각의 존재나 주변상황을 정확하게 인식하는 능력의 감퇴 등 각성제 중독을 의심할 수 있는 언동이 관찰되었고, 도로가 적설에 의하여 미끄러지기 쉬운상태에서 피고인이 자동차를 발진시킬 우려가 있었기 때문에 피고인의 운전차량의 엔진키를 제거한 행위는 경찰관직무집행법 제2조 제1항에 근거한 직무질문을 위한 정지시키는 방법으로서 상당한 행위일 뿐만 아니라 도로교통법 제67조 제3항에 근거한 교통의 위험을 방지하기 위한 응급조치에 해당한다”라고 판시(最判平成 6. 9. 16)하여 유형력행사의 적법성을 인정하고, 유형력행사의 전제조건을 ① 구체적 혐의 ② 불응행위를 제지하지 않음으로써 발생할 수 있는 위험의 중대성 ③ 사안의 긴급성 및 불가피성 ④경찰관의 위법행위가 아닐 것 등을 설정하였다.[12]

그 후 仙台高裁平成 10. 13 판결에서 “경찰관직무집행법의 입법취지에 비추어 보면 무릇 정지시킨다고 하는 것은 단지 언어만으로 하는 것만 해당되고 물리적 방법으로 하는 것은 모두 허용되지 않는다고 해석할 것이 아니라, 언어에 의한 경우라도 어조나 태도 여하에 따라서는 허용되지 않는 경우가 있는 동시에 물리적 방법이라도 적어도 주의를 촉구하거나 또는 변의를 요구하기 위하여 단지 신체에 손을 대는 정도의 일은 그것이 강제에 이르지 아니하는 한 허용되는 것으로 해석하는 것이 상당하다”고 판시하여 유형력행사의 한계를 막연하나마 강제에 이르지 않는 범위내로 한정하였다.

일본판례를 검토하면 유형력 행사의 요건은 ① 구체적 혐의가 있어야 하고 ② 지금 유형력을 행사하여 불응행위를 제지하지 않으면 차후 위험발생이 증가할 개연성이 있으며 ③ 사안이 긴급하며 ④ 경찰관의 유형력 행사가 위법행위가 아닐 것 등이 충족되어야 하고, 그 한계는 강제수사에서 허용되는 강제에 이르지 않는 범위내에서 행해져야 하는 것으로 보인다.

### 3.2 우리나라 판례의 태도

한 10여년간 우리나라에서는 불심검문을 하지 않아서

인지 피검문자를 정지시키기 위한 유형력행사의 한계에 대한 판례는 잘 보이지 않는다. 최근 아주 드물게 이에 대한 판례가 나왔는데 항소심과 대법원판례를 중심으로 검토한다.

#### 3.2.1 사건개요

자전거를 이용한 날치기 사건이 발생하자 검문을 하고 있던 경찰관이 용의자와 유사한 인상착의를 하고 자전거를 타고 집으로 가던 피고인에게 “인근 경찰서에서 자전거를 이용한 날치기 범행이 있었으니 검문에 협조해 달라”는 말과 함께 신분증 제시를 요구하며 검문에 협조해 줄 것을 요청하였으나, 피고인은 경찰관의 정지요청에 불응하였다. 이에 경찰관이 그 앞을 가로막는 등의 행위를 하며 재차 검문에 응할 것을 요구하자, 피고인은 욕설을 하며 경찰관을 폭행하였다.

#### 3.2.2 판례의 태도

제1심(인천지법 2009. 11. 19. 선고 2009고정2880 판결)은 피고인에게 상해죄 모욕죄, 공무집행방해죄 등의 유죄로 벌금 300만 원을 선고하였으나, 항소심(인천지법 제3형사부 2010. 4. 30. 선고 2009노4018 판결)은 “불심검문 제도의 취지상, 정지여부를 명백히 결정하지 못한 자에 대하여, 경찰관이 일정한 거리를 따라 가면서 말로써 직무질문에 협조하여 줄 것을 설득하는 것은 그 신체이동의 자유에 제약을 가하지 않는 한 허용된다고 보아야 되지만, 정지의 목적인 질문에 대답하지 않는 것이 상대방의 임의에 맡겨져 있는 이상 경찰관이 질문을 거부할 의사를 밝힌 상대방에 대하여 수갑을 채우거나, 신체를 잡거나, 자동차·오토바이·자전거 등이 진행할 수 없도록 강제력을 사용하거나 막거나, 소지품을 돌려주지 않는 등의 방법으로 상대방이 그 장소를 떠나지 못하도록 하는 것은 사실상 답변을 강요하는 것이 되므로 허용되지 않는다. 사안에서 피검문자인 피고인이 불심검문에 응하지 않으려는 의사를 분명히 하였음에도 앞을 가로막는 등의 행위를 하여 피고인을 가지 못하게 하면서 계속 검문에 응할 것을 요구한 행위는 언어적 설득을 넘어선 유형력의 행사로 답변을 강요하는 것이 되어, 경찰관직무집행법상 불심검문의 방법적 한계를 이탈한 것”이라는 이유로 무죄를 선고하였다.

그러나 대법원은 “이 사건 범행 장소 인근에서 자전거를 이용한 날치기 사건이 발생한 직후 검문을 실시 중이

던 경찰관들이 위 날치기 사건의 범인과 흡사한 인상착의의 피고인을 발견하고 앞을 가로막으며 진행을 제지한 행위는 그 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 법 제3조 제1항에 규정된 자에 대하여 의심되는 사항에 관한 질문을 하기 위하여 정지시킨 것으로 보아야 한다” 고 판시(대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결)하여 원심을 파기환송 하였다.

### 3.2.3 판례의 검토

이 사건에 대한 항소심은 순수한 임의설을 취하고 있는 것으로 보이나, 대법원은 일본이나 미연방대법원처럼 규범적 임의설을 취하고 있는 것으로 보인다. 획기적인 점은 항소심에서 미연방대법원처럼 피검문자가 경찰관의 유형력행사로 인하여 검문장소를 자유로이 떠날 수 없을 경우에 경찰관의 그러한 유형력행사는 한계를 일탈한 것으로 규정한 점이다.

그러나 대법원은 정지를 위한 유형력의 행사는 구체적 혐의에 의한 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법에 의한다고 하여, 유형력행사의 요건만 설정해 놓고 있을 뿐 유형력행사의 구체적인 한계에 대해서는 설정하지 않았다.

### 3.3 유형력행사의 한계

경찰관의 정지요구에 불응하는 피검문자에게 불심검문의 실효성을 담보하기 위한 경찰관의 유형력행사가 적법성을 인정받는 한계는 어디까지인가에 대해서는 법원의 판단이 그 구체적 기준이 될 수 있다. 그러나 우리나라의 경우 불심검문으로 인한 임의동행과 연관된 강제연행에 대한 판례는 많이 있으나, 진술하였듯이 정지와 유형력행사에 관련한 판례가 거의 존재하지 않기 때문에 이에 대한 명확한 기준을 설정하기는 매우 어렵다. 이에 대한 일본의 몇몇 기준적 판례를 검토한다.

정지신호에 응하지 않은 차량의 도어를 양손으로 잡아 정지시킨 행위(東京高裁判決 昭和 34.6.29), 정지요구에 불응하는 피검문자 앞에서 진로를 방해한 행위(東京地裁判決 昭和 47.12.8), 정지에 불응하는 자의 면전에서 양팔을 벌려 가로막고 정지시키는 행위(廣島高裁判決,

昭和 50.4.1), 직무질문을 하려고 할 때 도망치는 상대방을 추적해서 어깨부근을 잡아 정지시키고 도망을 방지하기 위해 허리부근을 잡는 행위(札幌高裁, 平成4.6.18) 등의 유형력행사에 대해서는 적법성을 인정하였다.

반면에 도주하는 자에 대해 ‘서지 않으면 체포한다’ 라든가 ‘도망가면 쏜다’ 등 언어로 위협하면서 정지시킨 행위(東京高裁判決, 昭和 49. 9. 30)에 대해서는 강제성을 인정하여 위법한 직무라고 하고 있다.

이상 미국과 일본 그리고 우리나라의 판례를 종합적으로 검토하면, 피검문자가 경찰관의 유형력행사로 인하여 검문장소를 자유로이 벗어날 수 없었다고 판단될 경우에는 그러한 경찰관의 유형력행사는 한계를 일탈한 위법행위로 간주하고 있다. 판례의 취지는 경찰관의 불심검문의 실효성보다, 인권보장을 우선적으로 고려해 줄 것을 경찰에게 요구하고 있는 것으로 보인다.

사람으로 하여금 자유롭게 활동하지 못하도록 일정한 장소에 머무르게 하거나 그곳을 떠나지 못하게 하는 것은, 신체이동의 자유를 침해하는 것으로서 형법상 체포·감금죄에 해당한다. 경찰관이 적법한 권원에 의하여 특정인을 체포할 경우에 현행범이 아닌 이상 영장을 청구하여야 한다. 그러나 불심검문의 특수한 성격상 특정되지 않은 사람에게 미리 영장정구를 한다는 것은 법리상 불가능한 일이다. 그렇다고 하여 아무런 유형력을 행사하지 못한다고 하면 불심검문제도의 실효성이 없어지므로, 체포에 이르지 않으면서 불심검문의 효율성을 담보할 수 있는 유형력행사는 필요하다고 하겠다.

결론적으로 경찰관의 수·언어·태도 등과 피검문자의 주관적 상황(예컨대 성별, 연령, 질병여부... 등)을 고려해서, 사회통념상 피검문자가 자유로운 의사에 의하여 검문장소를 벗어날 수 있었느냐의 여부를 경찰관 유형력행사 한계점의 기준척도로 삼아야 한다. 기준척도는 확일적으로 할 것이 아니라 사회통념에 의하여야 한다. 사회통념에 의하는 이유는 같은 유형력이라도 남녀노소에 따라 유형력이 미치는 강도가 다르기 때문이다. 예컨대 정지에 불응하는 피검문자를 양팔로 가로막아 정지시키는 행위나, 어깨를 잡아 정지시키는 행위 등의 물리력도 일률적으로 용인할 것이 아니라 남녀노소를 구별하여 사실상 장소이동을 곤란하게 하거나, 불가능하게 할 경우에는 유형력행사의 한계를 일탈한 것으로 보아야 한다. 구체적으로 어깨에 손을 대는 경우에도 통증을 느낄 정도의 힘을 가해 장소이동을 곤란하게 하거나, 양팔을 벌

릴 경우에도 길을 완전히 가로막아 장소이동을 불가능하게 하는 경우가 이에 해당할 것이다. 또한 언어로 위협하거나 짐요한 설득, 묵언에 의한 위압적인 태도 등으로 피검문자의 장소이동을 곤란하거나 불가능하게 할 경우에도 유형력행사의 한계를 일탈한 것으로 보아야 한다.

#### 4. 결론

불심검문은 범죄예방과 범인검거면에서 어느 정도 효과가 있다는 평가도 있지만, 과거 경찰의 마구잡이식 불심검문의 기억으로 인하여 국민들은 지금도 이에 대한 불쾌감과 거부감을 가지고 있다. [13]

불심검문시 범죄예방 및 범인검거보다 국민의 인권이 우선되는 것은 당연한 법리이며 시대적 소명이므로, 불심검문시 경찰관의 정지요구에 불응하는 피검문자에게 경찰관의 유형력행사는 다음과 같이 엄격한 요건 하에 제한적으로 행해져야 한다. 본론을 재정리 하면 다음과 같다.

첫째 정지당시의 전제요건으로서 ① 정지의 목적은 범죄예방에 두어야 하고 ② 불응행위를 제지하지 않으므로써 발생할 수 있는 위험의 중대성이 있어야 하고 ③ 사안의 긴급성 및 불가피성이 있어야 한다.

둘째 정지당시의 상황으로서 ① 막연한 혐의가 아닌, 객관적 사실에 근거한 구체적 혐의가 있는 경우에 한하여 정지요구를 하여야 하며(합리적 의심) ② 일반인이라도 당해 경찰관처럼 검문하기 위하여 피검문자를 정지시켰을 것이라는 공감대적 인식이 있어야 한다(상당한 이유).

셋째 첫째와 둘째의 요건이 충족된 전제하에 정지당시의 경찰관의 수·언어·태도 등과 피검문자의 주관적 상황을 고려해서, 피검문자가 사실상 자유로운 의사로 검문장소를 벗어날 수 있었느냐의 여부로 경찰관의 유형력행사의 한계에 대한 위법성을 판단하여야 한다.

#### 참 고 문 헌

[1] 권배근 (2011), 경찰상불심검문을 위한 입법형식에 관한 연구, 법과 정책연구 제11집 제3호, 한국법정책학회, , 3면.  
 [2] 탁희성 (1999), 불심검문의 실태와 개선방안, 현사정책연구, 한국형사정책연구원, 33면.

[3] 한인달 (1991), 직무질문을 둘러싼 제문제, 법무부 해외과건검사논문집 제8집, 434면 ; 황창근 (1999. 6), 불심검문에 관한 고찰, 연세법학연구 제6집 제권, 161면 ; 金子芳雄(2003), 警察下命・警察許可 第6券, 晃洋書房, 29頁.  
 [4] 平野龍一 (1975), 刑事訴訟法, 有斐閣, 101頁.  
 [5] 한건우 (2004. 8), 경찰공권력확립을 위한 합리적 불심검문과 총기사용방안, -인권보호와 법집행의 효율성 제고방안- 세미나자료, 경찰혁신위원회, 74면 ; 山射義夫 (1959), 警察官職務執行法の基本概念, 警察學論集 12. 5, 24-25頁.  
 [6] 이동권 (2003. 12), 불심검문과 임의동행, 치안정책연구 제17호, 70면 ; 광병선 (1996), 불심검문, 한국공안행정학회보 제5호, 379면 ; 中武靖夫/高橋太郎 (1978), 搜查法入門, 靑林書院新社, 43頁.  
 [7] 강동욱 (2005). 불심검문의 한계에 관한 비판적 고찰, 법조 통권 537호, 법조협회, 149면.  
 [8] 탁희성 (1996. 7/8), 미국형사실무에 있어서의 불심검문(Stop and Frisk), 형사정책연구소식 제36호, 한국형사정책연구원, 52-58면.  
 [9] 安富 潔 (1991. 7), 職務質問のための有形力行使, 警察學論集 44. 7, 125頁.  
 [10] 度邊 修 (1985), 職務質問の研究, 成文堂, 352-353頁.  
 [11] 강동욱 (1994), 불심검문:이론과 실무, 고시원, 158면 ; 김형준(2004), 불심검문의 허용범위, 중앙법학 제6집 제4호, 중앙대학교, 146면.  
 [12] 권창국 (2011. 12), 불심검문에 불응한 피검문자에 대한 경찰관의 유형력행사의 한계, 형사정책 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 24면.  
 [13] 이만중 (2007), 경찰불심검문 적법성 한계에 관한 고찰, 한국공안행정학회보 제28호, 171면.

#### 유 인 창



- 1998년 2월 : 청주대학교 법학과(법학사)
- 1991년 2월 : 청주대학교 법학과(법학석사)
- 1998년 2월 : 청주대학교 법학과(법학박사)
- 1999년 3월 ~ 현재 : 중부대학교 경찰행정학과 교수

- 관심분야 : 형법과 사회질서
- E-Mail : cosmos@joongbu.ac.kr