

# 경찰의 임의동행에 의한 수사의 적법성에 대한 고찰

## Consideration of Voluntary Company by Police to Legality of Criminal Investigation

손봉선

광주대학교 경찰법행정학부

Bong-Son Son(041004@gwangju.ac.kr)

### 요약

임의동행은 경찰행정작용 또는 임의수사의 한 방법이다. 피의자 등은 수사기관의 임의동행의 요구를 받았을 때에 임의로 동행을 승낙할 수도 있고, 거부할 수도 있다. 피동행자가 임의동행을 거부하였을 때에는 수사기관은 동행을 강요할 수 없고, 구속의 요건이 있을 때에 한하여 체포영장을 발부받아 체포하거나, 긴급구속의 요건에 해당될 때에는 영장 없이 긴급체포 형식으로 강제 동행한 후 구속영장을 청구할 수 있다. 이러한 처분은 형사소송법의 규정에 의하지 않는 한 피동행자의 신체를 구속하거나 그 의사에 반하여 답변을 강요할 수 없기 때문에 문제가 되는 것이다. 이러한 문제를 입법론, 판례 등을 참고하여 실제 우리나라의 임의동행에 의한 수사의 적법성에 부수하여 운영실태의 범위와 한계 등 책임성 문제를 고찰해 본다.

■ 중심어 : | 임의동행 | 피의자 | 불심검문 | 증거능력 | 증명력 |

### Abstract

Company without voluntary agreement(nature) of police, violation on the reason of company, violation on identification state, Violations on duties to notify the party's family members and to allow the party have a chance to be notified. Violation on duty to notify the party to have the right to call an investigation authority, Violation on the time of company, Violation on the place of company, and Violation on using force such as compulsory during the process of voluntary company in state of illegal voluntary company. It also has to decide whether the evidences are illegal and eliminated by these two requisites even in probative value and evidence admissibility on confession of the party under the illegal voluntary company.

■ keyword : | Voluntary Company | Suspect | Stop and Frisk | Probative Value | Evidence Admissibility |

## I. 서론

임의동행이라 함은 사법경찰관이나 기타 수사기관이 범죄의 용의자나 신분확인 대상자의 동의를 얻어 임의적인 방법으로 경찰관서 또는 기타 수사기관까지 데리

고 함께 가는 것을 의미한다. 임의동행의 법적 근거는 형사소송법에 의한 임의동행, 경찰관직무집행법상의 임의동행, 주민등록법상의 임의동행 등으로 나눌 수 있다. 형사소송법상의 임의동행은 피의자 조사를 위한 임의수사로서의 성격을 가진다. 그러나 경찰관직무집행

\*본 연구는 2007년도 광주대학교 대학연구비의 지원을 받아 연구되었습니다.

접수번호 : #070921-001

접수일자 : 2007년 09월 21일

심사완료일 : 2007년 10월 19일

교신저자 : 손봉선, e-mail : 041004@gwangju.ac.kr

법상의 임의동행은 행정경찰작용을 수행하기 위한 성격을 가진다. 그리고 주민등록법상의 임의동행 역시 행정경찰작용으로 신원을 확인하여 간첩 또는 범인인지의 여부를 확인하는데 그 목적을 두고 있다.

임의동행은 행정경찰작용 또는 임의수사의 한 방법이다. 피의자 등은 수사기관의 임의동행의 요구를 받았을 때에 임의로 동행을 승낙할 수도 있고, 거부할 수도 있다는 것은 완전히 임의적인 방법과 자의에 의한 것이어야 한다. 피의자가 임의동행을 거부하였을 때에는 수사기관은 동행을 강요할 수 없고, 구속의 요건이 있을 때에 한하여 구속영장을 발급받아 구속하거나, 긴급구속의 요건이 있을 때에는 영장 없이 긴급체포 형식으로 강제 동행한 후 구속영장을 청구할 수 있다. 법무부가 2004년 12월 23일 국회에 제출한 자료에 따르면 2003년 1월부터 2004년 6월까지 검·경의 임의동행에 의하여 긴급 체포된 용의자 12만8천4백여명 중 37.4%인 4만8천1백여명이 그대로 석방돼 '마구잡이'식 체포실태의 심각성을 보여줬다[1]. 이러한 문제점을 기초로 해서 본 연구에서는 먼저 임의동행의 목적과 성격을 명확히 하고, 비교차원에서 선진외국의 임의동행에 대한 법적 보장은 어떻게 되어 있는가를 고찰하고 우리나라 경찰의 위법한 임의동행에 의한 수사의 적법성에 대한 법적·이론적 접근을 하고자 한다. 그리고 이러한 이론을 중심으로 우리나라의 입법론, 판례 등을 참고하여 실제 우리나라의 임의동행에 의한 수사의 적법성에 부수하여 운영실태의 범위와 한계 등 책임성 여부를 고찰해 보고자 한다.

## II. 임의동행의 고찰

### 1. 법적 고찰

#### 1.1 헌법

우리나라 헌법은 국민의 신체의 자유와 자백의 증거능력에 대해서 확고한 규정을 두고 있다. 첫째, 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처

벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다. 둘째, 모든 국민은 고문을 받지 아니하며 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다. 셋째, 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 넷째, 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다섯째, 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체 없이 통지되어야 한다. 여섯째, 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다. 일곱째, 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자유로이 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다. 이러한 우리 헌법의 규정은 법에 의하지 않고는 어떠한 국가기관 또는 사람에 의해서도 신체의 자유가 침해되어서는 안 된다는 것을 천명하고 있는 것으로 임의동행 역시 불법적으로 이루어져서는 안 된다는 사실을 의미하고 있는 것이다.

#### 1.2 형사소송법

형사소송법은 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 필요한 최소한의 범위 안에서만 행하여야 하고 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다. 그리고 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있으며, 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다. 이러한 형사소송법의 규정에 따라 관행적으로 전화나 구두에 의한 출석을 요구하거나 수사관이 직접 방문하여 임의동행을 요구한다. 이러한 경우 물론 동행을 거부하거나 동행에 동의하였어도 언제든지 퇴거를 주장할 수 있다. 그러나 자연인의 신

분으로써 수사기관의 이러한 요구에 자기의 권리를 주장할 수 있는 경우는 얼마나 될 수 있을 것인가가 문제이다. 자기의 정당한 권리를 주장하더라도 공권력인 수사기관의 요구에 응하지 않을 경우 불이익을 받을 수 있다는 심리적 압박감 때문에 자유로운 의사결정을 쉽게 할 수 없는 것이 현실이다.

### 1.3 경찰관 직무집행법

경찰관리는 불심검문에 필요한 사항을 확인하기 위하여 부근의 경찰관서에 동행을 요구할 수 있다. 불심검문을 할 때에 그 장소에서 질문하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정되는 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰서·순찰지구대 또는 파출소·출장소 등에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다. 이 때 피검문자가 동행을 거부할 경우 여러 가지 이유를 들어 경찰관 직무집행의 목적을 달성하기 위한 설득이나 위협을 할 수 있는 것이다. 그리고 자연인으로써 경찰관리의 질문이나 동행을 거부할 경우 공권력에 도전한다고 생각할 수도 있기 때문에 법을 잘 모르는 사람이나 약자의 입장에 있는 국민은 감히 동행요구에 거절할 수 없을 뿐만 아니라 강압적일 경우 대처할 수 없는 것이다.

### 1.4 주민등록법

경찰관리는 범죄혐의가 있거나 간첩이라고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 인근 경찰관서까지 신원확인을 위하여 동행을 요구할 수 있다. 이 때 경찰은 피검문자인 대상자에게 경찰의 동행요구를 거절할 경우 경찰에서 어떠한 조치를 취할 수 있다는 사실을 알리고, 국민의 입장에서 거부하는 것이 정당한 권리로서 보장받을 수 있다는 것을 주지시켜야 할 것이다.

## 2. 선진외국의 임의동행

### 2.1 미국

미국에서는 임의동행에 대한 별도의 규정은 없고 대상자가 죄를 범했다고 인정할 만한 상당한 이유 또는 증거가 있으면 즉시 체포한다. 이처럼 미국의 구속제도

는 보통법(Common Law)에서 유래하는 체포제도를 이용하여 간단하게 처리한다. 체포제도의 절차나 방법은 중죄(felony) 또는 경죄(misdemeanor)에 따라 다소 다른 경우가 있으며, 주에 따라 차이가 있기도 하다. 미국에서는 경찰만이 범죄수사를 하고 검사는 기소와 공소유지를 하는 것이 원칙이므로 체포는 경찰이 한다[2]. 그리고 경찰의 영장 없는 체포가 실무상 일반적으로 행하여지고 있다[3]. 보통법에 의하면 중죄의 경우에는 영장 없이 체포하고 체포된 자가 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유만 있으면 합법적이라고 인정되고 있으며, 이것이 여러 주의 법제나 판례에 의해서 인정되고 있어 체포는 영장 없이 할 수 있는 것으로 통상화되어 있다[4]. 연방대법원은 1946년에 연방형사소송규칙(Federal Criminal Procedure Regulation)을 제정하여 연방법원에서의 형사소송절차에 이를 적용하고 있다. 주정부도 각기 상이하기는 하나 별도의 형사소송법을 제정하여 주법원에서의 형사소송절차에 적용하고 있으며, 그 내용은 상당부분이 연방 형사소송규칙의 영향을 받고 있다. 연방정부와 주정부의 형사소송법에서 규정하고 있는 형사소송절차가 미국 헌법에서 보장하고 있는 기본권을 침해하고 있는지의 여부는 법원이 최종적으로 판결한다. 형사 피의자의 기본권은 연방정부 뿐 아니라 주정부도 구속한다[5]. 그래서 범인으로 확정할 만한 상당한 이유를 뒷받침 할 수 있는 자료의 유무를 판단하여 충분하다고 생각되면 체포를 하는 것이고 그렇지 않으면 체포할 수 없다. 영장에 의한 체포는 어떠한 범죄가 행하여 졌고 그것이 피의자에 의하여 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있으면 충분하고, 체포 영장은 경찰이 직접 법원에 신청한다. 일단 체포된 피의자는 불필요한 지체 없이(without unnecessary delay) 치안판사에게 인치되고, 인치를 받은 치안판사는 계속 구금할 것인지의 여부를 결정하게 된다. 그리고 살인, 강도, 강간 등과 같은 매우 중대한 범죄를 범한 자를 제외하고는 상당한 보석금만 지불하게 되면 석방될 수 있는 것이 현실이다[6].

### 2.2 영국

사법경찰관이 행하는 가장 일반적이고 중요한 강제

처분권이 임의 동행하여 보호조치하는 제도이다. 사법경찰관은 수사상 필요하면 피의자를 보호조치 할 수 있다. 수사상 필요 유무가 유일한 요건이며 그 외는 아무런 제한이 없고 이 필요성 유무를 판단하는 것도 전적으로 사법경찰관에 일임되어 있다. 그러므로 이러한 보호조치는 사법경찰관이 절대적인 재량권에 가깝다고 할 수 있고 따라서 실제로 광범위하게 실무상 이용되고 있다. 보호조치기간은 24시간이나 범죄혐의를 인정할 만한 중대하고 상당한 증거가 있는 자에 대하여는 검사 또는 예심판사의 허가를 얻어 그 기간을 24시간 연장할 수 있다. 또 수사상 필요하면 특정의 범죄에 있어서는 24시간 또는 그 이상의 연장허가를 얻을 수 있다. 사법경찰관이 피의자를 보호 유지했을 때에는 법정기간 내에 검사에게 신병을 송치해야 한다. 그리고 보호조치는 피의자뿐만 아니라 참고인에게도 할 수 있고 현행범뿐만 아니라 비 현행범에 대하여도 할 수 있기 때문에 광범위하게 이용되고 있다. 현행범인의 경우 사법경찰관은 수사를 종료할 때까지 누구도 범행현장으로부터 이탈하지 못하게 할 수 있다. 이 때 범죄현장에 있던 모든 사람은 이 조치에 응하여야 하며 이에 불응하는 자는 10일 이상 3월 이하의 구금 및 일행의 벌금에 처한다 [7]. 사법경찰관은 범죄사실이나 증거물에 관한 정보를 제공할 수 있다고 인정되는 모든 자를 소환하여 진술을 들을 수 있다. 소환된 자는 출두 및 진술의 의무가 있고 소환에 불응하는 자에 대하여 검사에게 보고하여 검사가 공권력을 발동하여 출두를 강제할 수 있다. 그리고 현행범 중에서 중범인 경우에는 검사가 구속영장을 발부하여 인치할 수 있다. 그러나 현행범 중에서 경범인 경우에는 검사에게 직접 강제처분권이 없다. 검사는 사법경찰관으로부터 송치된 피의자를 불구속 기소하던가 구속 기소하여 당일 공판심리를 받도록 하며, 만일 기소당일 공판개정이 불가능하면 구속 등을 청구할 수 있다.

### 2.3 일본

일본에서도 임의동행이 사회적 문제로 제기되어 많은 논란이 있었다. 임의동행에 대한 실정법적 근거로는 형사소송법과 경찰관직무집행법 등이 있다. 경찰관직

무집행법에서는 첫째, 경찰관은 이상한 행동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떤 죄를 범하였거나 또는 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄 또는 행하여지려고 하는 범죄에 대해서 알고 있다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다. 둘째, 그 장소에서 질문하는 것이 본인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정하는 경우에는 질문하기 위해서 그 자를 부근의 경찰서, 파출소 또는 주재소 등에 동행할 것을 요구할 수 있다. 셋째, 형사소송에 관한 규정에 의하지 않고는 신병을 구속당하거나 의사에 반해서 경찰서, 파출소 또는 주재소 등에 연행되지 않으며 답변을 강요당하지 않는다. 넷째, 경찰관은 형사소송에 관한 법률에 의해 체포된 자에 대해서는 흉기를 소지하였는가를 조사할 수 있다. 경찰관이 대상자 등을 경찰서 등에 동행을 요구하는 것을 경찰관직무집행법상의 임의동행이라 하며, 경찰행정목적 달성을 위한 수단이다. 그리고 사법경찰관 등이 범죄의 수사를 행함에 있어서 필요가 있는 경우에 피의자의 출석을 요구하고 그를 조사할 수 있다. 그리고 경찰관 등이 수사상 필요한 조사를 하기 위해서 피의자의 출두를 요구하는 하나의 방법으로 직접 피의자를 찾아가서 본인으로부터 동의를 얻어 경찰서 등에 동행하는 것을 형사소송법상의 임의동행이라 하며, 이러한 행위를 사법목적 달성을 위한 수단이라 한다[8]. 검사와 사법경찰관은 법관에게 체포장을 청구할 수 있다. 그리고 사법경찰관은 체포장을 검사에게 신청하지 않고 직접 법관에게 신청할 수 있다. 청구의 요건으로는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있을 때이다. 그러나 경미한 사건인 경우에는 피의자가 일정한 주거가 없거나 수사기관의 출석요구에 응하지 않을 경우에 한하여 체포영장을 청구할 수 있다. 사법경찰관이 피의자를 체포하거나 현행범인을 일반인으로부터 인수하였을 때에는 사법경찰관에게 인도한다. 사법경찰관은 임의조사의 결과 유치의 필요가 없다고 판단되면 석방하고 유치의 필요가 있다고 판단되면 체포부터 48시간 이내에 서류와 증거물을 첨부하여 피의자를 검사에게 송치하여야 한다.

## 2.4 독일

독일의 임의동행은 형사소송법과 각 주의 경찰법·경찰관직무집행법을 들 수 있다. 피의자를 구속할 수 있는 사유가 있고 검사의 소환에 불응하는 경우 검사는 구인명령을 할 수 있다. 피의자는 즉시 판사에게 인치되어야 하고 구인된 때부터 24시간을 초과하여 구류할 수 없다. 경찰의 소환에 불응할 때에는 검사에게 보고하여 검사가 처리하고 경찰공무원은 단독으로 구인할 수는 없다. 그리고 법관의 사전영장 없이 체포할 수 있는 경우를 가체포라 하고 현행범 또는 준현행범으로서 도주의 염려가 있거나 신원이 즉시 확인될 수 없는 때에는 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다. 긴급한 경우에 있어서 구속영장이나 시설수용명령의 요건이 존재하는 때에도 검사 및 경찰공무원은 체포할 권한이 있다. 가체포된 자는 지체 없이 늦어도 그 익일까지는 관할법원 판사에게 인치되어야 하며, 판사는 범죄사실 등을 신문하여 체포가 정당하지 아니하거나 체포사유가 해소되었다고 인정하는 경우에는 석방을 명하고 그렇지 않으면 검사의 신청 또는 직권에 의하여 구속영장을 발부해야 한다. 신원확인을 위한 구금은 그 목적달성을 위해 불가피한 기간동안만 허용되며 총12시간을 초과할 수 없다. 경찰행정상의 임의동행은 직무수행에 필요한 때에 대상자의 신원을 확인하고 소환할 수 있으며, 소환의 목적을 상대방에게 알려야 한다. 그러나 소환에 응하지 않으면 강제적으로 인치할 수는 없고 강제벌에 의해 담보할 수 있을 뿐이다. 그리고 경찰은 상당한 이유가 있으면 대상자를 경찰관서로 임의동행 할 수 있다. 임의 동행한 경우에는 지체 없이 관할 법원의 판사에게 검속의 허락에 관한 결정을 요구하여야 하고 늦어도 그 개시의 익일까지는 동행의 목적을 마쳐야 한다. 집행경찰은 일정한 조건이 있으면 누구든지 검속할 수 있다.

## 2.5 시사점

지금까지 우리나라의 입법례와 선진외국의 입법례를 비교한 결과 결코 인권보장적 차원에서 우리나라의 법이 미숙하거나 보완하여야 할 사항은 없는 것으로 판단되며, 선진외국의 입법례보다 한 단계 우위에 있다고

판단된다. 그렇다면 경찰의 임의동행을 어떻게 합법·합리적으로 수행할 것인가에 대해서는 업무수행에 다소 시간적인 지체가 있다고 하더라도 법률이 허용하는 범위 내에서 임의동행이 이루어져야 한다. 수사기관에서 위법한 임의동행을 하는 것보다는 사전에 법원의 허가를 얻어서 수행하여야 하며, 긴급성이 있는 사건에 대해서는 긴급성이 해제된 이후 즉시 법원의 허가를 받도록 하는 것이 타당하다고 판단되기 때문이다. 경찰이 직무집행을 수행하는 과정에서 국민의 인권을 우선시하는 차원에서 합법·합리적 운영의 묘를 기하여 업무를 수행하여야 할 것이다.

## III. 임의동행과 법적책임

### 1. 형법의 규정

위법한 임의동행은 헌법상 보장된 신체의 자유에 대한 기본권의 침해로 해석할 수 있고 형법상의 체포에 해당하는 것으로 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다. 감금죄에 있어서의 감금행위는 사람으로 하여금 일정한 장소 밖으로 나가지 못하도록 하여 신체의 자유를 제한하는 행위를 의미하는 것으로서 그 방법은 반드시 물리적, 유형적 장애를 사용하는 경우뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하는 경우도 포함되는 것으로 설사 임의 동행된 피해자가 경찰서 안에서 자유스럽게 활동하였다 하여도 동 피해자를 경찰서 밖으로 나가지 못하도록 그 신체의 자유를 제한하는 유형 또는 무형의 행위가 있었다면 이는 바로 감금행위에 해당할 수 있다.

### 2. 경찰관직무집행법

위법한 임의동행에는 임의성이 없는 동행, 동행사유에 대한 고지위반, 신분증명의 미제시, 동행을 요구하는 이유·목적·장소 등의 미고지, 가족 등에게 고지하거나 본인에게 연락기회의 미제공, 변호인의 조력을 받을 권리의 미고지, 동행시간의 초과, 임의동행의 과잉실력행사 등이 문제로 된다. 이때에는 경찰관리가 의무에 위반하거나 직권을 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친

사유가 되어 1년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

### 3. 주민등록법

사법경찰관리가 범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 17세 이상인 주민의 신원 또는 거주관계를 확인할 필요가 있는 경우에는 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니한 자로서 신원을 증명하는 증표나 기타 방법에 의하여 그 신원이나 거주관계가 확인되지 아니한 자에 대하여는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한하여 인근의 관계관서에서 그 신원이나 거주관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다. 사법경찰관리가 그 직무를 수행하면서 직권을 남용하면 경찰관직무집행법 제12조에 따라 벌한다.

## IV. 임의동행과 수사

### 1. 적법한 임의동행

#### 1.1 법적 견해

당사자의 진실한 동의만 전제되면 형사소송법 제199조 1항을 근거로 임의동행이 임의수사의 방법으로 될 수 있다는 견해이다[9]. 그러나 그 과정에서 강제력이나 심리적 압박이 개입된 경우에는 강제동행에 해당되어 불법한 행위라고 판단하고, 피의자가 진정으로 동행요구를 거절할 수 있고 언제든지 퇴거의 자유가 보장되어야 한다고 주장한다. 그러나 경찰관직무집행법이나 주민등록법이 특정한 목적을 위하여 엄격한 요건 하에 임의동행을 인정하고 있는 취지에 비추어 볼 때 법률에 구체적인 요건과 절차에 대한 규정이 없음에도 수사기관의 편의주의적인 수사의 방법으로 임의동행을 인정하는 것은 타당하지 않다[10]. 실무상으로도 불심검문 현장에서 불심검문을 발견하지 못한 상황에서 임의동행을 요구하거나 주민등록법에 근거한 동행요구는 신분의 확인을 위하여 동행을 요구할 수 있을 뿐, 다른 방법으로 신분을 확인할 수 있을 경우에는 동행요구의 요건을 결여한 것이다. 임의동행이 수사기관의 편법으로 행사되는 것은 불법이라고 판단해야 할 것이다.

#### 1.2 판례의 견해

임의동행을 거부하는 사람에게 경찰관이 임의동행을 강요하는 것에 반항하면서 거부하는 방법으로 폭행을 자행한 것은 공무집행방해죄가 성립되지 않는다고 대법원이 판시함으로써 동의에 의한 임의동행은 적법하다는 입장으로 판단하고 있다[9]. 임의동행은 대상자의 임의성이 본질적 요소이기 때문에 경찰관이 임의동행을 요구할 때에는 반드시 당해인의 동의를 받아야 한다. 동의를 받지 않고 대상자가 임의동행을 거부하는 의사를 표시했을 때에는 임의동행의 시도는 끝난 것이다. 그러나 만일 경찰관이 임의동행을 거부하는 대상자에게 강제력을 행사하여 동행을 하였다면 불법체포에 해당된다고 대법원이 판시하였다[10]. 그리고 경찰이 불심검문에 수반하여 소지품 검사를 할 수 있으나 그 소지품검사는 흉기소지를 조사하는 것에 한정되어 있으므로 의복 또는 휴대품의 여부를 손으로 만져서 확인하는 검사로 흉기 소지 여부를 탐지하고 그 개연성이 있는 경우 가방 등을 열어 보여줄 것을 요구할 수 있을 뿐, 그 개연성이 없는 한 일반소지품 검사는 허용되지 않는다고 판시하여 임의동행에 대한 적부의 범위를 분명하게 판단하고 있다[11].

### 2. 수사권과 인권보장

#### 2.1 수사권

수사권이라 함은 공권력을 의미하는 것이며 치안의 주체인 경찰권이 우월한 주체로서 국민에 대하여 명령·강제하는 권한을 말하며, 경우에 따라서는 그 권력을 행사하는 국가 자체를 의미하기도 한다[12]. 경찰이 범죄의 혐의자나 피의자를 임의 동행하는 행위 등은 수사권의 행사이기 때문에 국민의 입장에서 임의동행을 거부할 경우 공권력에 도전하는 행위로 볼 것인가에 대해서는 이론의 여지가 있음은 두말할 필요가 없다. 국가가 국민에 대하여 공권력을 행사하는 관계는 본래의 공법 관계이며, 공법의 규율을 받는다. 공권력의 개념은 독일·프랑스·일본·한국 등 대륙법계의 행정국가에 있어서는 국가의 권력을 의미하는 것으로 대통령을 수반으로 하는 행정권에 속한다.

## 2.2 인권보장

경찰의 임의동행은 국민의 신체를 직접대상으로 하기 때문에 인권의 문제가 발생할 가능성이 매우 농후하다. 인권보장을 확립하기 위해서 경찰은 임의동행의 한계를 분명히 해야 한다. 임의동행에 의한 국민의 기본권이 침해되는 것은 결국 국민의 인권보장과 관계되는 것으로 기본권에 관한 신념이 확립되고 이것을 확보하기 위한 투쟁은 근세 유럽에서 비롯되었으며, 전형적인 인권선언은 1776년 미국에서 성립되었다[13]. 헌법이 규정하는 인권보장은 국가가 국민의 자유와 권리를 존중하고 침해하지 않는 것과, 국가가 개인의 인권을 존중하고 보호하기 위하여 입법 기타의 방법으로 노력하여야 한다는 규정으로 볼 수 있는 것이다. 그러므로 국가의 공권력에 의한 공무집행은 국민의 권리와 자유가 침해되지 않도록 순수한 의도에서 집행되어야 한다. 그렇다고 해서 국가의 공권력이 개인의 권리와 자유를 위해서 집행되면 안 된다는 의미가 아니고 인권보장을 확보하는 차원에서 이루어 져야 한다는 것이다.

## 3. 위법한 임의동행과 수사

### 3.1 위법한 임의동행에 의한 구속

경찰관직무집행법에서 의미하는 임의동행은 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자에 대하여 경찰관은 임의동행을 요구할 수 있다. 그러면 어떠한 죄라 함은 형식적 의미의 범죄행위로 형벌의 대상이 되는 행위를 말한다. 물론 여기에는 보안처분에 해당하는 행위와 행정형벌의 대상이 되는 행위도 포함한다. 불심검문을 한 후에 검문의 내용에 따라 동행을 요구하거나 당해인을 긴급 체포할 수 있다. 이 때 긴급체포를 한 경우에는 형사소송법의 절차에 따라 형사 사법적으로 현행범으로 처리되는 것이다. 현행범인은 범죄의 실행중이거나 실행의 즉후인자를 말한다. 따라서 이들에 대한 임의동행은 형사소송법상의 체포나 구속의 절차를 진행하고 있는 것이다. 결국 위법한 임의동행에 따라 피의자 구금의 위법여부는 임의동행 후의 긴급체포나 통상적인 체포에 따른 구속에 해당하는 것이다. 위법한 임의동행에 의한 구속을 판례는 인정하지 않고 있다. 임의동행에 계속된 실질적

체포단계에서 구속영장 청구까지의 시간제한 규정을 엄격히 준수하여야 한다는 것에는 이문이 있을 수 없다. 만일 시간적 제한을 무시하고 무영장 체포가 있었다면 중대한 위법이라고 판단하여 구속영장청구를 인정하지 않고 있다. 그리고 임의동행이 실질적 체포라고 평가되는 경우에는 영장 없는 체포가 이루어졌기 때문에 위 신체의 구속은 위법이며, 실질적 체포에 계속하여 행한 영장에 따른 체포도 위법이라는 평가를 면할 수 없다.

### 3.2 위법한 임의동행에 의한 증거와 자백

임의동행에 중대한 위법이 있는 경우에는 체포나 구속이 허용되지 않는다. 그러나 경미한 절차위반은 당해인의 실질적 이익과 사안에 따라서 체포나 구속이 결정된다. 임의동행에 의하여 임의로 제출된 증거나 자백이라도 적법한 절차를 따르지 않는 한 위법수집 증거배제법칙(exclusionary rule)에 따라 증거능력을 상실하게 된다. 임의동행과정이나 증거수집과정이 위법인 경우에는 위법수집증거배제법칙에 따를 수밖에 없다. 이는 위법수집증거의 증거능력을 부인한다는 원칙을 천명한 것이다. 헌법이 보장하는 적정절차와 인권보장의 정신을 살리기 위해서는 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 것이 타당하고 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지는 비 진술증거인 증거물에 대해서도 마찬가지로 유지되어야 하기 때문이다[14]. 그러나 경미한 절차상의 하자를 이유로 무조건 증거능력을 부정하는 것은 실제적 진실발견에 중대한 장애가 될 수 있으므로 실제적 진실발견과 적정절차라는 두 가지 이념을 조화시키는 범위 안에서 이 법칙의 적용범위를 실질적으로 결정할 필요가 있다[15].

### 3.3 위법한 임의동행에 의하여 수집된 증거능력

위법한 임의동행에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 인정할 것인가에 대해서는 증거능력을 인정해야 한다는 주장과 인정해서는 안 된다는 주장이 대립하고 있다. 일반적으로는 인정해서는 안 된다는 주장에 동의하고 있다. 그러나 선행하는 절차가 위법한 경우 그 후속 절차는 당연히 위법하게 된다고 판단할 수 있다. 선행

하는 절차의 위법이 후속절차에 어느 정도의 영향을 미치는가가 문제된다. 선행하는 절차의 위법의 비중에 따라 어느 정도 후속절차에 영향을 미치는가를 고려하여 판단하여야 할 것이다[16]. 그리고 진술거부권을 고지하지 않은 피의자신문조서의 증거능력과 변호인의 접견 교통권을 침해하여 획득한 피의자진술조서의 증거능력을 부인하였으며[17], 영장주의에 위반하여 압수한 증거물의 증거능력에 관해서는 압수물은 압수절차가 위법하더라도 물건자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 전혀 변함이 없다 할 것이므로 증거능력이 인정된다고 판시하였다[18].

### 3.4 위법한 임의동행에 의하여 수집된 증거와 증거동의

증거동의라 함은 증거능력 없는 증거에 대해 증거능력을 부여하기 위한 당사자의 소송행위를 의미하는 것으로 신속한 재판과 소송경제를 위한 것이다. 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없는 증거가 증거동의의 대상이 되는지 여부가 문제된다. 적극설은 피고인의 적극적인 동의가 있는 경우에는 증거동의를 인정해야 한다는 주장이고, 소극설은 증거동의를 부정하면 위법 수집된 증거의 실효성이 없어지므로 부정해야 한다는 주장이며, 절충설은 고문에 의한 자백강요·영장주의 위반 등과 같이 본질적인 위법에 해당하는 경우에는 증거능력을 부정하고, 진술거부권의 불고지 등과 같이 그 위법이 본질적인 위법에 해당하지 않는 경우에는 피고인의 증거동위에 의해 증거능력을 인정해야 한다는 주장이 대립하고 있다[19]. 2007. 6. 1. 우리 형사소송법도 적법한 절차에 의하지 않고 수집한 증거사용의 배제원칙을 도입하였다[20].

## V. 결론

국가기관으로부터 국민의 자유와 인권을 보장하기 위해서는 헌법 제12조 3항에서 신체의 자유를 보장하기 위하여 체포·구금·압수·수색에 대해서는 엄격히 제한하여 적법한 절차에 의해서만 행하여지도록 규정

하고 있다. 그러나 우리의 현실은 적법절차에 의해서만 사법경찰관리 또는 기타 수사기관의 직무가 수행되고 있다고 말할 수 없다. 임의동행을 할 때에는 대상자에게 동행의 이유, 목적, 동행의 장소, 변호인의 선임, 묵비권 등을 행사할 수 있는 권리가 있음을 반드시 고지하도록 규정하고 있다. 이것은 국민의 권리와 인권이 함부로 침해되지 않도록 하기 위하여 법으로 엄격하게 제한 한 것이다. 그러나 임의동행을 할 경우에 이러한 엄격한 법률의 절차 없이도 가능하기 때문에 남용될 우려가 있는 것이다. 이렇게 경찰이 임의동행을 강행하는 이유는 실적주의에 입각한 건수 위주의 수사관행, 경쟁의식, 수사기간의 촉박 등으로 합법을 가장하여 적법한 임의동행의 형식으로 남용하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 임의동행의 위법성을 벗어나기 위해서는 경찰이 임의동행을 실시할 때에는 임의동행의 의미가 무엇인가를 당사자가 이해하고 있어야 한다.

임의동행이 국민의 인권을 보호하는 차원에서 이루어져야 한다는 것은 재론의 여지가 없다. 결론적으로 확실한 증거도 없이 심증만 가지고 임의동행을 한 후 수사를 하여 증거를 수집하는 등 형사소송법에 의한 수사로 이어지는 것은 수사의 적법성을 일탈한 것이다. 그러므로 임의동행이나 긴급체포를 하였을 경우에는 조사 없이 즉시 구속영장을 청구하거나 사후 체포영장을 청구할 수 있는 경우에 한하여 임의동행이 이루어져야 마땅하다. 국민의 권리와 인권을 사전에 보장되어야 하며 사후에 구제한다는 것은 의미가 없는 것이다. 편의주의적 법대로 만을 주장해서는 안 되고 법률에 흠결이 있다면 이를 실무차원에서 보완하여 국민의 인권이 침해되는 일이 없는 방향으로 임의동행이 이루어져야 국민의 권리와 인권이 보장될 수 있을 것이다.

## 참고문헌

- [1] 매일경제, 2004.12.25.
- [2] W. E. Burger, "The Constitution of the United States," U.S. Government, p.22, 1989.
- [3] N. J. Donald, "Introduction to Criminal Justice,"

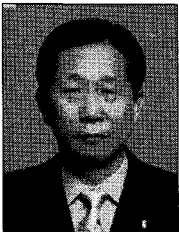


- Nelson Publishing co. p.106, 1975.
- [4] H. F. William, "Modern Criminal Procedure," West Publishing co. p.270, 1989.
- [5] 이상윤, *영미법*, 서울: 박영사 p.470, 2000.
- [6] D. V. Louisiana, *391 U. S.* p.145, 1968.
- [7] McGibbon and Steve, "Crime Scene," U. S. Government Printing Office, p.176, 1999.
- [8] 河上和雄, "형사소송의문제とその展開," 東京: 立花書房, p.47, 1983.
- [9] 대판 1995. 5. 26. 94다37226
- [10] 대판 1999. 4. 23. 99도636
- [11] 서울지법 1997. 11. 13. 91가소316755
- [12] 이재상, *형사소송법*, 서울: 박영사, p.493, 1996.
- [13] 진계호, *형사소송법*, 서울: 대왕사, p.563, 2000.
- [14] 이종수, *행정학 사전*, 서울: 대영출판사, p.39, 2000.
- [15] 김철수, *헌법학 개론*, 서울: 박영사, p.219, 1996.
- [16] 이준걸, *위법한 임의동행이 그 후의 절차에 미치는 영향* 비교형사법연구회, p.255, 2003.
- [17] 대판 1990. 9. 25. 90도1586
- [18] 대판 1987. 6. 23. 87도705
- [19] 정경섭, *임의동행과 긴급체포*, 서울: 고시연구사, p.413, 2003(4).
- [20] 법무부, *개정형사소송법*, 서울: 법무부, p.13, 2007.

### 저자 소개

손 봉 선(Bong-Sun Son)

정회원



- 1989년 2월 : 한국방송통신대학 법학사
- 1992년 2월 : 전북대학교 행정학 석사
- 1997년 8월 : 전북대학교 행정학 박사

▪ 2004년 3월 ~ 현재 : 광주대학교 경찰법행정학부 교수

<관심분야> : 범죄수사, 의사, 조직관리