

경찰 임의동행의 적법성 한계에 관한 고찰*

-경찰 불법수사 논쟁중점-

A Study on the limited Legality of Police Voluntary Accompany

이 만 종(Lee, Man Jong)**

ABSTRACT

Requisite of the voluntary in all laws require both of the voluntary nature and necessity. The voluntary company in Resident registration law requires the Reasons also or even. When the stop and question procedure would disturb traffic or be disadvantageous to the person being stopped, the policeman has the authority to ask the party for voluntary company with him to the nearest police station.

The policeman must present his identification, state his position and name, state the reason he is asking the person for voluntary company with him. After the procedure the policeman must notify the party's family members or acquaintance and provide information about the police officer's position and name, the address of the police station and the reasons why the party was asked to come to the station.

Voluntary company to the accused is applied to the criminal procedure, voluntary company to the accused is permitted with a limitation in cases of not being able to request for presence or being difficult. It is a false imprisonment in case of the protection management without returning the party home and probative value of the acquired evidence during this period is lost due to illegality. The victim will right to claim to the government for the damages.

Key words : 임의동행(Voluntary Accompany), 경찰관직무집행법(Police office Execution Law), 수사(investigation), 형사절차(criminal procedure)

I. 서 론

최근 한미 쇠고기 협상 반대를 위한 촛불 시위(2008)에 대한 진압과정과 관련하여 시위참가자에 대한 경찰의 임의동행이 불법연행이라 하는 일부 시민 단체들의 비난여론과 항의가 논란의 쟁점이 되기도 하였다. 그러나 형사절차상 수사의 궁극적인 목표는 범인을 찾아내어 공소를 제기하여 유죄처분을 받게 하기 위함이다. 그러기 위해서는 피

* 본 논문은 2008년도 호원대학교 교내 학술연구조성비에 의해 연구되었음.

** 호원대학교 법·경찰학부 교수

의사간에 대한 실체적 진실발견이 무엇보다 중요하다 할 수 있으며, 이를 위해서는 피의자의 신병확보가 전제가 되어야 하기 때문에 피의자의 신병을 확보하기 위하여 수사실무현장에 있어서는 우선 피의자를 경찰서 등에 임의형식으로 동행하여 사정을 청취한 후에 체포하거나 보호유치를 통하여 수사의 목적을 달성하려는 관행이 아직까지도 개선되지 않은 채 계속되고 있는 실정이다. 특히 우리형사소송법에는 신병확보수단으로 긴급체포 및 사전구속영장청구에 의한 강제처분방법을 명시하고 있으나 그 절차와 요건 등이 매우 엄격하게 제한되어 있어 신속성과 기밀성이 요구되는 수사실무의 특성을 감안하여 수사 편의상 임의동행과 보호유치의 방법을 통하여 편법으로 피의자 신병을 확보하려고 있는 게 실제적인 수사현실이다.

더구나 임의동행은 피의자의 동의라는 형식임도 불구하고 수사기관의 동행요청이 있으면 피의자 입장에서는 심리적으로 위축되기 때문에 사실상 동행요구를 거절하기가 현실적으로 곤란한 경우가 대부분이다. 그러나 수사기관에서는 관행적으로 임의동행을 여전히 활용하고 있는 등 실질적 강제연행의 수단으로 남용되어 불법체포·감금이라는 인권침해를 초래하고 있을 뿐만 아니라 더 나아가서는 불법수사와 가혹행위로도 연결되는 사례가 적지 않는 등 임의동행제도로 인한 인신구속 남용의 위험성은 이미 예전부터 논의되어온 주제로서 많은 논란이 되고 있다. 더구나 우리헌법 제12조 1항에는 '모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구속, 압류, 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 않는다'라고 규정되어 있어 신체의 자유에 대한 침해를 방지하도록 명시되어 있다.

그럼에도 불구하고 아직까지도 수사기관에 의한 임의동행과 보호유치가 인권문제와 관련하여 논쟁이 끊이지 않을 뿐만 아니라 불법수사의 대표적 사례로 인식되게 된 것은 우리 형사소송절차가 실체적 진실발견을 위한 신병확보에 주력하는 수사기관과 헌법에 명시된 국민의 기본권인 신체의 자유와의 두 가지 목표 간 조화와 균형의 문제에 있어, 실체적 진실발견 측면보다는 오히려 국민의 기본권인 신체의 자유라는 측면에 더 큰 비중을 두고 있기 때문이 아닌가 생각된다. 아울러 정작 수사실무현장에 있어서의 신병확보의 문제는 엄격한 절차에 의하도록 제한되어 수사의 실효성 측면에서 많은 어려움이 초래되고 있다.

그러므로 국민의 신체적 자유를 국가권력인 수사기관의 침해로 부터 방지하고 보장하기 위해서는 단지 수사권의 억제라는 측면에서만 접근할 것이 아니라 수사권의 행사에 새로운 형태와 방법을 강구하는 방안도 검토하여야 할 것이다.¹⁾

따라서 본 논문은 현행법상 임의동행이 이루어지는 법률적 근거를 살펴보고 각각의 법적 성질을 검토한 후 임의 동행·임의조사의 적법성과 관련하여 문제가 되는 법률적 문제점과 임의동행의 적법성의 판단기준과 한계 및 임의 동행의 남용을 막기 위한 절

1) 김기홍, "임의동행과 보호유치", 군사법 논문집, 제12집, 1993, 58면.

차적 방법이 무엇인지 검토하고 기존의 논의도 정리 하고자 한다.

II. 임의동행에 관한 이론적 고찰

1. 임의동행의 개념 및 적용범위

임의동행이란 수사기관이 범죄 용의자나 피의자의 동의를 근거로 하여 이들과 함께 수사관서까지 동행하는 것을 말한다. 이는 피의자 신문의 목적으로 행하여지는 경우가 많지만, 불구속 피의자에 대한 조사 이외에 보호실유치와 결합하여 구속영장 발부의 대기 및 영장집행을 위한 신병확보의 목적으로 행해지는 경우도 적지 않다. 또한 현실적으로 수사기관이 피의자에 대해 임의동행을 요구하는 경우 피의자는 거부했을 때의 불이익을 우려해 동의라는 형식임에도 불구하고 거의 반강제적이거나 마지못해 동행요구에 응해 왔으며, 더구나 보호실유치도 쉽게 이루어졌다는 점에서 강제수사로서의 측면이 강하여 과연 적법한 임의동행이었는지 여부에 대하여 판단하기가 모호한 경우가 많았다.²⁾

따라서 임의동행에 있어서의 동의는 자유로운 상황아래서의 자발적인 의사를 의미하는 적극적 개념으로 보아야할 것이고 임의성에 대한 객관적 보증이 있어야 할 것이다. 현행법상 임의동행의 근거는 형사소송법에 근거한 임의수사로써 행하는 수사처분의 일종인 임의동행(형사소송법 제200조 1항)과 경찰관직무집행법에 의한 직무질문을 위한 임의동행(경찰관직무집행법 제3조), 주민등록법상의 임의동행(주민등록법 제26조 1항) 등 세 가지 법률에서 인정하고 있다.³⁾

1) 형사소송법상 임의동행

우리형사소송법은 수사 활동에 대하여 자칫하면 기본적 인권의 침해를 야기할 우려가 있으므로, 수사는 원칙적으로 임의수사에 의하고 강제수사는 법률에 명문의 규정이 있는 경우에만 허용하도록 하고 있다. 또한 임의수사라 할지라도 수사상 필요한 한도에서만 허용된다는 점에서 수사 비례의 원칙도 그 내용으로 담고 있다.⁴⁾

임의수사의 대표적인 예는 피의자신문으로 이는 형사소송법 제200조 1항에 “수사기관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다”고 규정하

2) 신동운, 형사소송법, 법문사, 2005, 112면.

3) 임의동행에 대한 구체적인 절차는 경찰관직무집행법상의 절차를 따르고 있다. 그것은 형사소송법은 임의동행을 인정할 수 있다라는 규정만이 있고, 절차에 관한 규정은 없으며, 주민등록법은 경찰관직무집행법에 규정된 임의동행의 절차에 상당하는 일부분만을 규정하고 있기 때문이다.

4) 신동운, 앞의책 106.

고 있으나 피의자의 출석을 요구하는 방법은 구체적으로 제한하고 있지 않다. 따라서 수사의 편의나 효율성이라는 측면에서 피의자의 신병을 확보하기 위한 방편으로 피의자의 동의를 얻어 임의동행을 활용하고 있다. 그러나 임의동행이라 할지라도 그 과정에서 강제력이나 심리적 압박이 개입되었을 경우에는 강제수사라 할 수 있어 이는 불법 수사로서 논란의 대상이 될 수 있기 때문에 적법한 임의동행이 될 수 있도록 임의성에 대한 객관적 보증확보가 무엇보다 중요하다 할 수 있다.⁵⁾

2) 경찰관직무집행법상의 임의동행

경찰관직무집행법 제3조 1항(불심검문)에 “경찰관은 수상한 거동이나 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 있다고 인정되는 자를 정지시켜 질문 할 수 있다”라고 규정하고 제3조 2항에는 ‘경찰관은 그 장소에서 불심검문을 행함에 있어 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정되는 경우 질문을 하기 위하여 부근 경찰관서에 동행할 것을 요구 할 수 있으며, 이 경우 경찰관의 요구를 받은 사람은 이를 거절할 수 있다’고 명시하고 있다.⁶⁾

그러나 이것은 수사상 임의동행이 아닌 경찰행정상의 임의동행인 것이다. 따라서 임의 동행이라는 말 그대로 강제적인 조항이 아닌 임의적인 조항으로서 즉시 거절할 수 있으며, 동행요구에 응한 경우에도 임의 퇴거할 수 있다.⁷⁾

3) 임의동행의 성격에 관한 견해

(1) 형사소송법상 임의동행과의 구별

경찰관직무집행법상 임의동행으로 인하여 구속으로 발전하거나 수사가 계속된 경우 그 임의동행의 성격에 관하여는 ①불심검문에 의한 임의동행은 수사의 단서에 불과하고, 이를 통하여 범죄의 혐의가 인정되는 때에 비로소 수사가 개시되는 것이므로, 불심검문은 범죄수사를 목적으로 사법경찰관의 자격에서 행하는 것이 아니라 행정경찰권 행사의 주체가 범죄의 예방, 진압이라는 행정경찰작용에 의해서 행하는 것이므로 형사소송법에 의한 임의동행과는 그 본질을 달리한다는 견해⁸⁾와 또한 ②이러한 경우 형사

5) 임의수라로서의 임의동행의 경우, 임의동행의 성질상 수사기관의 동행요구에 대하여 피의자는 동행을 거부할 수 있고 동행한 후에도 언제든지 퇴거할 수 있다.

6) 동행에 승낙한 사람에 대해서도 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다.

7) 이만종, “경찰불심검문의 적법성 한계에 관한 고찰”, 한국공안행정학회보, 제28호, 2007, 182면.

소송법상 강제수사를 경찰관직무집행법상 처분으로 대신하여 신병확보의 편의성을 도모하려하는 경향이 있기 때문에 이를 방지하기 위하여 임의동행 근거를 하나로 적용하여 형사소송법에 따르게 하자는 견해가 있다.⁹⁾

그러나 강제수사 규정의 회피를 방지해야 한다는 점, 행정경찰작용에 의한 불심검문과 사법경찰작용의 성질을 가진다는 점 등을 고려하여 볼 때, 임의 동행을 하나로 관할하여 형사소송법 규정에 따르게 하는 ②의 견해가 타당하다고 본다¹⁰⁾

(2) 동행요구사유에 대한 견해

임의동행요구의 사유로서 제3조 2항에서는 ‘경찰관은 그 장소에서 불심검문을 행함에 있어 당해인에게 불리하거나 교통에 방해되는 경우’로 규정하고 있는 바, 이를 예시적 규정으로 보아 그 이외의 사유로도 임의동행이 가능하다는 견해와 근거 규정에 명시된 두 가지 사항에 한정된다는 견해가 대립된다.

그러나 형사소송법 제 200조 1항에 임의수사의 일환으로 임의동행이 허용되고 있으므로 경찰관직무집행법에 의한 임의동행은 법률의 명문규정에 한하고, 그 이외의 사유에 의한 임의동행은 형사소송법의 규율을 받는다고 해석함이 타당하다.¹¹⁾

4) 주민등록법상 임의동행

형사소송법이나 경찰관직무집행법상에 근거한 임의동행 이외에 주민등록법상에도 임의동행에 관한 근거가 명시되어 있다. 주민등록법 제26조 1항에는 ‘사법경찰관리가 범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 17세 이상인 주민의 신원 또는 거주 관계를 확인할 필요가 있는 경우에는 주민등록증의 제시를 요구할 수 있으며, 이 경우 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니한 자로서 신원을 증명하는 증표나 기타 방법에 의하여 그 신원이나 거주 관계가 확인되지 아니한 자에 대하여는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한하여 인근 관계관서에서 그 신원이나 거주 관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다’고 규정하고 있다.

그러나 위 규정은 경찰관직무집행법상의 불심검문과의 관계에서 비추어 볼 때 일종의 불심검문으로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 따라서 경찰관직무집행법과 형사소송법에 규정된 동행요구의 요건과 절차, 그리고 시간제한의 규정들은 주민등록법상의 임의동행에도 그대로 준용된다고 보아야 할 것이다.¹²⁾

8) 김기홍, 앞의 논문, 60면

9) 藤谷弘, 任意同行・逮捕 限界, 捜査法大系, 本評論社

10) 이만종, 앞의 논문 182면.

11) 이만종, 앞의 논문, 183면.

12) 신동운, 앞의 책, 117면.

2. 보호유치의 적용범위

임의동행 한 피의자를 조사를 마친 뒤 귀가시키지 않고 영장발부시 까지 경찰서 보호실에 대기시키고 수사를 계속하는 경우가 많은데 이것을 보호유치라 한다.

그러나 임의동행은 동행에 대한 승낙뿐만 아니라 퇴거의 자유가 보장되어야 하기 때문에 이는 불법강제유치에 해당할 수 있으며, 영장주의에 위반한 처분이라 할 수 있다.¹³⁾

아울러 경찰관직무집행법 제4조에는 '수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다'고 규정되어 있으나 이는 정신착란자, 미아, 병자, 부상자, 술 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자를 보호하는 조치를 취하는 보호조치라 할 수 있어 경찰행정상작용으로 수사를 위한 수단이 아니기 때문에 보호조치가 아닌 임의동행 이후 이루어지는 보호유치는 경찰관직무집행법에 의하여 정당화 될 수 없다고 보아야 할 것이다.¹⁴⁾

III. 임의동행·보호유치의 문제점

1. 수사와 인권측면

형사절차에 있어서 수사의 기본이념은 진상파악을 위한 실체적 진실발견과 기본적 인권보장이라 할 수 있으며 이 두 가지 이념은 마치 수레의 양 바퀴처럼 불가분의 관계라 할 수 있다. 그 중에서도 피의자에 대한 신병확보절차는 신체의 자유를 일정한 시간동안 제한 할 수밖에 없기 때문에 당사자의 자발적 협조를 얻어 진행되는 임의수사의 성격임에도 불구하고 개인의 인권보장과 실체적 진실발견이라는 형사소송법의 이념 사이에서 대립될 수 밖에 없어, 이에 대한 조화로운 적용은 매우 중요한 사항이라 할 수 있다.

특히 오랫동안 우리 수사기관에서는 신속하게 범죄에 대처하여야 한다는 이유로 임의동행이라는 형식의 신병확보수단을 관행적으로 운영하였으나 이에 반해 피의자의

13) 승낙유치 허용여부도 논란이 되고 있다. 승낙유치는 이론상으로는 임의수사에 해당된다고 할 수 있으나 경찰서 보호실에 구금되어 신체의 자유를 박탈당하는 것에 대한 동의나 승낙이란 기대하기 힘든 사항이기 때문에 임의수사의 방법으로 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다.

14) 김기홍, 앞의 논문, 60면.

인권보장은 경시한 측면이 많았던 게 사실이었다.

즉 수사현장에서는 현실적으로 구속수사가 오히려 원칙인양 행해지고 요건에 미비한 긴급체포,¹⁵⁾ 영장 없는 체포·감금이 벌어지기도 한다. 이처럼 현실의 수사과정에서 벌어지는 불법체포·감금의 전형적인 예가 바로 임의동행·보호유치의 이름으로 행해지는 사실상의 강제연행·불법감금이라 할 수 있다.¹⁶⁾

그러나 효율적인 형사사법의 기능을 구실로 신체의 자유를 일정기간동안 제한하는 것을 용인하던 것은 이제는 인권보장이 최우선이 되어야 한다는 시대적인 분위기에 따라 점차 명분을 찾기가 힘들게 되었다.

더구나 최근(2008) 형사소송법의 개정에 있어서도 인권보장을 위한 제도 개선이 가장 핵심적 쟁점으로 추진된 바 있었다.

<표 1>긴급체포 관련 현황¹⁷⁾

연도별	긴급 체포 건수 (A)	영장 신청 건수 (B)	긴급 체포후 석방 건수 (A-B)	영장발부 여부		전체 석방 건수 (A-C)	발부율 (%) (C/B)	미발부율 (%) (B-C)/B	최종 석방율 (%) (A-C)/A
				발부 (C)	미발부 (B-C)				
2004년	61,736	40,553	21,210	33,197	7,356	28,566	81.8	18.1	62.4
2005년	36,749	27,209	9,540	23,307	3,902	13,442	85.6	14.4	36.6
2006년	24,935	19,223	5712	16,512	2,711	8,423	85.9	14.1	33.8
2007년 (1~6월)	13,350	10,433	2,917	8,925	1,508	4,425	85.5	14.5	33.1
계	136,797	97,418	39,379	81,941	15,477	54,856	84.1	15.9	40.1

자료: 국정감사자료, 경찰청, 2007.

또한 우리 헌법과 형사소송법의 가장 중요한 역할은 국민을 위한 보호장치로서 국민이 불법감금이나 체포 등 기본권을 침해당하는 경우 이를 구제하거나 혹은 미연에 방지하는 것이다 할 수 있다.

따라서 수사의 합목적성을 강조한 나머지 <표1>에 나타난바와 같이 긴급체포 제도

15) 긴급체포의 요건은 (형사소송법 제200조의 3 제1항) 피의자가 사형·무기 또는 장기3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 경우(범죄의 중대성), 지방법원 판사의 체포영장을 받을 수 없는 경우(긴급성) 등이다.

16) 김형태, “임의동행·보호조치의 문제점과 개선방안” 현안분석, 제77호, 1999, 3면

17) 지난 4년간(2004년, 2005년, 2006년, 2007년 1~6월) 전국에서 이루어진 긴급체포는 전체 136,797명으로 이중에는 영장신청도 하지 못해 불구속입건이나 무혐의로 석방된 건수가 39,379건이나 되어 전체의 28.8%를 차지하고 있고, 영장이 기각되어 석방된 건수를 모두 합하면 54,856건이나 되어 긴급체포 후 전체 석방된 건수가 차지하는 비율은 40.1%나 됨, 전체 석방률 40.1%는 2명 중 1명의 비율로 석방되어있다고 하는 것인데 이는 그동안 긴급체포를 낭용해 웃음을 잘 설명해주고 있음. 긴급체포 건수는 지속적으로 줄어들고 있어 매우 바람직하지만 영장 미발부율과 최종석방률은 크게 변화가 없어 피의자 인권보장측면에서 개선해 나가야 할 사항임.

를 남용 한다던가 임의동행이 갖는 임의 수사성의 한계를 초월하여 실력이 행사되는 경우나 구속사유에 해당되지 않는데도 보호실에 유치하여 대기시키는 불법적인 수사관행은 형사소송법상 적법절차의 원칙 및 개인의 인권보장적 측면에서 신중하게 고려되고 검토되어야 하겠다.¹⁸⁾

2. 법률적 측면

오늘날 형사소송구조는 지속적으로 당사자 주의적인 요소를 도입함으로써 수사절차를 당사자 간 상호대립구조로 전환하고자 시도하고 있다. 일례로 2008년 1월 1일부터 시행이 되고 있는 개정형사소송법은 인신구속제도의 개선과 공판중심주의적 법정심리 절차를 확립하는 등 수사서류 보다는 공판정에서 직접 공격과 방어의 기회가 보장되도록 공판중심주의와 당사자주의, 그리고 직접주의 중심으로 개정이 되었다.

이와 같은 것은 피의자 및 피고인의 절차상의 권리와 이익을 보장하는 법의 적법절차의 보장이라 할 수 있으며 이는 곧 시대의 흐름이며 요청이라 할 수 있기 때문이다.

그러나 지금까지의 우리의 형사사법관행은 적법절차의 이념보다는 오히려 실체적 진실주의의 이념이 과도하게 전면에 부상하여 국민의 발전하는 법 감정을 도와시한 채 시행되어 온 경향이 있다.

특히 손쉽게 피의자의 신병을 확보할 수 있어 관행적으로 수사상 임의동행을 활용했던 경찰수사관들은 임의동행을 엄격하게 적용하게 되면 수사 효율상 많은 애로가 발생한다고 호소하기까지 하고 있어, 임의동행의 불법성 비판을 차단하기 위해 현재 경찰에서 활용하고 있는 임의동행동의서¹⁹⁾는 어떻게 보면 인권개선을 위해서라기 보다는 강제수사에 대한 법적

규제를 회피하거나 수사기관이 탈법적으로 이용하기 위하여 상대방의 동의를 매체로 하는 것이 아니냐는 불신과 비판에 직면해 있는 실정이다.

일반적으로 임의동행·임의조사의 적법성이 문제가 되는 경우로는 3가지 관점에서 논란이 되고 있다. 첫째로는 경찰 등 수사관계자가 범죄피의자에게 동의를 받아 수사기관에 데려가 조사하는 이른바 '임의(任意)동행'을 요구하면서 이를 거부할 수 있는 사실을 알려주지 않았다면 불법체포에 해당하는가라는 논의가 있으며, 둘째는 임의동행의 강제적 집행과정에서 임의동행을 거절하고 경찰관에게 폭행을 가한 것이 공무집행방해죄를 적용받게 되는가, 셋째는 임의동행에 계속되는 임의조사 중에 또는 그 후에 신병구속 중에 얻어진 자백 등의 증거에 증거능력이 인정되는가 여부의 3가지의 문제이다. 첫 번째 문제와 관련해서는 경찰이 범죄용의자를 경찰서로 데려가는 과정에서 물리력을 사

18) 이만춘, "수사상 임의동행에 관한 연구", 전주대학교 대학원 박사학위 논문, 2006, 4면.

19) 경찰은 06.7.27 「수사상 임의동행 적법성 확보」 관련 특별지시를 내려 임의동행 대상자에게 '동행거부권리'와 '동행에 동의한 경우라도 언제든지 퇴거할 수 있는 권리'를 고지한 후 이를 문서화 한 「임의동행동의서」를 받아 수사서류에 편철하는 등 객관적인 임의성 확보를 하도록 하였다.

용하지 않았더라도 “동행요구에 응하지 않아도 된다”는 점을 사전에 알려주지 않았다면 불법체포에 해당한다는 대법원 판결이 있다. (대법원 2005도 6810) 이는 경찰의 임의동행을 요구받고 경찰서로 가 조사를 받던 중 현금 480만원을 훔친 혐의로 긴급체포되자 달아났다가 잡혀 도주죄로 기소된 박모씨에게 무죄를 선고한 사례이다.²⁰⁾

두 번째 문제는 경찰이 주취자 가 있다는 연락을 받고 주점에 출동하여 주취자 를 경범죄처벌법상 무전취식 혐의로 조사하기 위하여 임의동행 하는 과정에서 경찰관에게 폭행을 한 사건에 대하여 피고인에 대한 동행은 적법한 공무집행이라 할 수 없고, 피고인의 행위는 적법하지 아니한 경찰관의 동행요구를 거절하는 소극적인 저항행위에 불과하여 정당행위 또는 정당방위에 해당한다며 무죄를 선고한 바 있다(사건 2007고단563 상행, 공무집행방해). 세 번째 사항은 증거의 증거능력이 문제가 되는 것으로서 위법수집증거배제법칙에 의하여 절차적 정당성이 확보되지 않은 상태에서 확보된 증거를 인정하는 것은 자칫 수사기관에게는 수사의 효율성만을 우선시하게 되어 인권보장이 담보되기 어려울 수 있으며, 아울러 국민에게는 법적 안정성을 제공할 수 없다는 판례가 있다.²¹⁾(2002.6.11, 200도 5701, 공 2002. 1720)

따라서 국가형별권의 확립과 실체적 진실을 발견하기 위한 수사기관의 의욕은 자칫 적법절차의 원칙을 외면하게도 할 수 있기 때문에 양자의 비교교량은 구체적 범공동체의 역사적 경험과 현실적 여건을 함께 고려하여 수행되어질 문제라고 할 수 있지만²²⁾ 인간의 기본적인 기본권을 침해하면서까지 행해지는 임의동행은 결국은 인간의 신체적 자유에 심각한 위험과 더불어 수사상 인권문제와도 깊이 관련되기 때문에 임의동행의 적법성 확보 와 함께 수사관들의 높은 인권의식 노력도 강구되어야 하겠다.

IV. 경찰 임의동행의 적법성 한계

1. 임의동행의 허용성

경찰 임의동행이 과연 적법한 것인가 하는 문제에 대해서는 임의동행을 임의수사의 일종으로 적법하다고 보는 견해(임의수사설)와 임의동행을 강제수사의 일종으로 보고 법적근거가 없는 임의동행은 처음부터 위법하다고 보는 견해(강제수사설)로 나뉘고 있다.

이 중 임의수사설은 수사기관의 강제수사권 남용으로부터 피의자의 기본권 보장을

20) 재판부는 판결문에서 ‘임의동행은 피의자의 자발적 의사에 의하여 동행이 이뤄졌음이 객관적으로 입증되어야 적법성이 인정된다’며 ‘그러나 이 사건에서 임의동행은 피의자가 동행요구를 거부할 수 있고 조사도중 본인의 뜻에 따라 언제든지 돌아갈 수 있다는 사실을 알려주지 않는 채 이워져 불법체포에 해당 한다’고 밝혔다.

21) 신동운, 앞의책, 137면.

22) 신동운, 앞의책, 138면.

위해서는 영장주의 원칙 등 적법절차를 준수하여야 하지만 수사의 신속성을 확보하기 위해서는 일일이 검사를 경유하여 법관의 사전영장을 받는다는 것은 많은 시간이 소요되며 복잡하기 때문에 현실적으로 매우 곤란하고 우리 형사소송법에서는 피의자에 대한 출석 요구의 방식을 제한하고 있지 않다는 점을 주요 논거로 하고 있다.

반면에 강제수사설은 임의동행의 탈법적 인신구속은 헌법과 형사소송법에 명시한 체포영장제도의 본래의 취지를 유명무실화시키고 있으며 피의자의 신병학보수단으로 외형상 동행의 형식을 취하고 있다고는 하지만 수사의 편의에 의해 현실적으로 피의자의 신체의 자유를 침해하고 인권을 침해하는 사례가 발생하기 쉽다는 점을 논거로 하고 있다.²³⁾

그러나 '모든 국민은 신체의 자유를 가진다'로 시작되는 헌법 제12조는 모든 기본권 보장의 전제조건이 되기 때문에 아무리 수사실무상 필요성·긴급성의 요청이 있다하더라도 피의자의 신병부터 확보한 뒤 수사를 진행하려는 것은 '적법절차 원칙'을 위반한 것이며 피의자의 승낙과 동의에 의한 동행이라 하여도 동행요청을 받는 피의자의 입장에서는 심리적으로 위축되어 승낙할 수 있으며 또한 임의동행 과정에서 피의자에게 수사기관에 의한 물리력행사 여부도 확인하기 힘들어 진정한 임의수사라 규정하기 어렵다 할 수 있다고 주장하고 있다.

따라서 실체적 자유권을 침해할 소지가 많은 임의동행에 대해서는 엄격한 제한을 가하여 그 남용으로 인한 폐해가 발생되지 않도록 하여야 할 필요성이 있다. 이것은 최근 판례의 입장이기도 하다. 그러나 경찰관직무집행법 제3조는 동행요구를 불심검문의 한 형태로 하고 있으며, 주민등록법 제26조 역시 신원 및 거주확인을 위한 동행요구를 인정하고 있어 필요한 최소범위에서 임의동행의 필요성은 인정되며 허용된다고 보아야 할 것이다.

2. 임의동행의 적법성 한계

1) 임의 동행의 임의성 판단기준

임의성이란 순수하게 자기의 의사와 생각에 의해 행동하는 것으로 자기의 의사와 상관없이 진실 되지 않게 강압에 의해 행동하는 강제에 대한 반대개념이라 할 수 있다.

따라서 임의동행이 형사소송법에 근거한 임의수사로서의 성질을 가지기 위해서는 임의성이 충분히 인정되어야 한다.

따라서 임의동행에 대한 임의성 여부의 판단은 평균인을 기준으로 하여 본인의 의사로서 동행에 응하였는지 여부를 판단해야 할 것이다. 즉 사회통념에 비추어 임의성이 인정되어야 한다.²⁴⁾

23) 신동운, 앞의책, 114면,

또한 임의성 여부의 판단기준으로는 경찰관직 무집행법과 주민등록법상에 동행요구의 요건에 관하여 상세한 규정을 두고 있으며 이에 위반한 동행은 적법성이 보장된다고 할 수 없어 위법수사가 된다고 해석하고 있다. 이외에도 ①동행을 요구한 시간, 장소 ②동행의 방법과 태양 ③동행의 필요성 ④조사의 시간, 장소, 방법과 그간의 감시상황 ⑤수사관의 주관적 의도 ⑥피의자의 대응상황 ⑦체포장 유무 등의 제반상황을 보고, 객관적으로 판단하여 임의성을 결정하기도 한다.

2) 임의동행의 적법성 한계

앞에서도 설명한 바와 같이 임의동행은 적법성이 확보되지 않으면 위법한 임의동행이 되기 때문에 그 기간 중에 수집된 증거는 증거능력을 상실하게 된다.

예를 들어 임의성이 없는 동행, 동행사유에 대한 위반, 신분증명에 대한 위반, 동행을 요구하는 이유·목적·장소의 고지의무위반, 가족 등에게 고지하거나 본인에게 연락기회의 부여의무위반, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지할 의무위반, 동행기간에 대한 위반, 동행장소에 대한 위반, 임의동행과정에서 강제를 넘는 행사를 한 경우 등이 여기에 속한다.²⁵⁾

이 중에서 임의성 없는 동행은 적법성 판단의 가장 주목되는 사항으로서 허용한도를 넘는 유형력의 행사에 따라 당해인이 물리적 또는 정신적으로 동행을 거부, 또는 퇴거 불가능한 상태에 이른 경우에는 위법이라 할 수 있으며, 이에 대항하기 위하여 행사한 폭행·협박은 공무집행방해를 구성하지 않는다고 할 수 있다.²⁶⁾

아울러 임의동행 이후 영장발부의 대기 등을 이유로 피연행자에 대하여 보호실에 유치하는 사례가 문제가 되고 있는 바, 경찰서 보호유치 역시 신체의 자유를 박탈하는 것 이기 때문에 설령 승낙에 의한 유치일 경우라도 영장주의에 위반한 위법한 구금이라고 할 수 있어²⁷⁾ 경찰관직 무집행법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 않는 범위 내에서 경찰서 유치장에 보호조치 할 수 있는 것으로만 운영이 제한되어야 한다고 할 수 있다.

V. 경찰불법수사 예방을 위한 제언

1. 경찰의 임의동행 적법성 확보

경찰은 2006.7.27 「수사상 임의동행 적법성 확보」와 관련하여 각 경찰서에 특별 지

24) 이만종, 앞의논문, 47면.

25) 이만준, 앞의논문, 95면.

26) 대판 1991.5.10, 91도 453.

27) 대판 1994.3.11, 93도 958.

시를 하달하여 수사상 임의동행시 임의동행 대상자에게 “동행거부권리”와 “동행에 동의한 경우라도 언제든지 퇴거할 수 있는 권리”를 고지한 후 이를 문서화 한 「임의동행 동의서」에 서명을 받아 수사서류에 편철하는 등 객관적인 임의성을 확보하도록 ‘임의동행 동의서’제도와 임의동행 대상자에 대한 “권리고지의무”이행을 철저히 하도록 강조한 바 있다.²⁸⁾

이는 피의자의 자발적 의사에 의해 동행이 이루어졌음이 객관적으로 명백히 입증되는 경우에 한해 임의동행의 적법성이 인정되기 때문에 임의성의 요건과 한계에 대해 보다 더 명확히 하여 논란을 제거하자는 취지에서 지시된 것이다. 그러나 국정조사결과 정작 전국지방청별로 보관하도록 되어있는 「임의동행 동의서」를 보관하고 있는 경찰청이 한곳도 없다는 사실이 발견되는 등²⁹⁾ 그동안 오랜 수사 관행으로 수사상 임의동행을 활용했던 수사관들에게는 수사의 효율성을 인권개선요구에 의해 포기할 수 없다고 생각하고 있다고 볼 수 있다. 즉 수사기관의 수사는 국민의 신체적 자유를 보장하고 국민의 재산과 신체를 보호하여야 함에도 불구하고 강제수사에 대한 법적 규제를 회피한 수사방법으로 임의동행을 이용한 경향이 있었다고 할 수 있다. 이는 인권과 가장 밀접한 관계가 있기 때문에 자칫 불법수사로 훌려가기 쉽기 때문에 논란이 될 수 있는 사항이다. 따라서 임의동행은 형식에만 치우치지 말고 철저하게 임의동행서를 받고 수사관이 고지의무를 충실히 이행하는 등 임의동행의 임의성을 확보에 최선을 다하는 것이 임의 동행으로 인한 불법수사 논란을 피해갈 수 있는 것이다.

2. 제도적 보완을 통한 개선

1) 영장발부의 신속화

우리 헌법은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다(헌법 제12조 3항)고 규정함으로써 개인의 인권보호를 국가의 형벌권보다 중요하게 취급하고 있다. 그러나 영장제도는 엄격한 절차로 인해 수사의 신속성과 신병확보 차원에서 어려움이 많기 때문에 수사기관은 영장주의를 이용하는 것보다는 편리한 임의동행의 형식에 의한 강제연행과 이에 따르는 보호유치를 이용하여 수사목적을 달성하려고 한다. 따라서 임의동행 방법에 의한 신병확보 남용을 방지하기 위해서는 영장발부 절차를 간소화하고 영장전담 판사가 신속하게 영장처리를 할 수 있도록 영장전담판사 인원도 증원할 필요가 있다.

28) 인권보호를 위한 경찰관직무규칙 제51조(경찰청 훈령 제461호 05.10.4)에는 임의동행 할 때 유의사항으로 ①경찰관은 임의동행을 요구하는 경우에는 상대방에게 동행을 거부할 수 있는 권리가 있으며, 동행에 동의한 경우라 하더라도 원할 경우에는 언제든지 퇴거할 수 있음을 고지하여야 한다. ②임의동행을 한 경우에도 필요한 확인이 끝나는 즉시 귀가 시켜야 한다고 명시하고 있다.

29) 최인기의원 국정감사 자료집(2007), “경찰청 2007년 국정감사 자료집”참조.

2) 경찰행정작용으로서 '보호조치'와 구분

경찰수사과정에서 인권침해 가능성이 가장 '농후한 지역'이 바로 유치장이라 할 수 있다. 그러나 경찰서에 설치되어 있는 보호실은 영장대기자나 즉결대기자 등의 도주방지와 경찰업무의 편의 등을 위한 수용시설로서 사실상 설치·운영되어 왔으나 현행법상 그 설치근거나 운영 및 규제에 관한 법령의 규정은 없다.³⁰⁾

그럼에도 불구하고 수사실무상 신병확보를 위한 임의동행은 통상 이후 피의자를 귀가시키지 않은 채 보호실 등에 유치시키고 수사를 계속하는 경우가 있다.³¹⁾

따라서 피의자에 대한 경찰서 보호유치는 자칫 불법구금으로 논란이 될 수 있기 때문에 경찰행정작용으로서 행해지는 '보호조치'와는 엄격히 구별하여 적용할 필요가 있다.

3. 법제 개정을 통한 개선

1) 임의동행의 명시적 규정

수사기관이 피의자의 동의를 얻어 피의자와 수사관서까지 동행하는 임의동행은 형사소송법 제 200조 1항과 경찰관직무집행법 제3조, 주민등록법 제26조 1항에 각각 근거하고 있지만 수사의 편의성에 치우쳐 절차적 규정을 제대로 준수하지 않고 임의성에 대한 객관적 보증도 확보하지 못함으로써 임의동행은 대표적인 불법수사의 사례로 지적되고 있다. 특히 형사소송법에 명시된 임의동행은 피의자의 출석요구를 할 수 있도록 하고 있으나 그 절차나 방법이 명문으로서 명확하게 규정되어 있지 않아 수사상 인권 문제와 관련하여 많은 논란의 원인이 되고 있다.

더구나 긴급강제처분으로 현행법체포와 긴급체포제도가 영장주의의 예외로서 규정되어 있지만 요건이 엄격하여 실제수사실무에서는 피의자 신병확보가 복잡하다는 이유로 임의동행의 형식을 빌려 신병을 확보하고 이에 따르는 보호유치를 이용하여 수사목적을 달성하려고 하는 경우가 많다.

따라서 임의동행이 수사실무상 부득이하게 이용될 수 있다는 현실을 감안하여 형사소송법에 임의동행의 절차나 방법을 명시적으로 규정하는 방안을 검토할 필요가 있다. 물론 그 내용은 피의자의 인권이 침해되지 않는 범위에서 고려되어야 하기 때문에 제한적으로 허용하여야 한다.

30) 신동운, 앞의 책, 117면.

31) 이는 경찰행정작용의 일환으로 경찰관직무집행법에 의거 정신착란자, 주취자, 자살기도자 또는 부상자로 긴급구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위내에서 보호조치를 할 수 있는(형사소송법 제4조 1,7항)것과는 그 성격이 다르다 할 수 있다.

2) 피의자 조사를 위한 신병확보방안 강구

현행 형사소송법은 현행범인과 긴급체포의 경우에만 영장주의 원칙의 예외에 해당한다고 보았다. 이중 긴급체포 제도는 영장주의 원칙을 고수함으로써 중대한 범죄를 저지른 범인을 놓치는 결과를 방지하여 체포의 긴급한 필요성이라는 공익적 이익을 실현하기 위한 제도이다.

반면에 임의동행의 경우 체포의 긴급성과 범죄혐의의 상당성 측면에는 아직 도달할 수 없으며 긴급체포 경우보다 범죄혐의가 약할 수밖에 없기 때문에 임의성이 없는 동행을 금지하는 것은 위법성 시비를 불식시키는 것으로 타당하다 할 수 있다.

그러나 수사초기 단계에서 피의자의 신병확보는 수사현실에서는 필요하다고 볼 수 있기 때문에 실무상 운용에 부합하도록 피의자 신병확보방안을 강구할 필요가 있다. 아울러 그로 인하여 우려되는 임의동행의 남용문제를 통제하는 방안 역시 강화함으로써 실체적 진실발견이라는 공공이익과 피의자의 인권이라는 사적이익을 조화시키는 방향으로 해결할 수 있을 것이다.

VI. 결 론

우리헌법과 형사소송법은 형사절차상 피의자에 대한 신체의 자유 등 기본권보장 규정을 명확히 명시하고 있으며, 부득이 이를 제한하여야 할 경우에는 영장주의를 원칙으로 하게 하는 등 적법하고 엄격한 절차에 따라 신중하게 행하도록 규정하고 있다.

이는 헌법상 피의자에 대한 무죄추정의 원칙에 입각한 것이기도 하지만 수사의 속성상 필연적으로 발생될 수 있는 피의자에 대한 인권침해 사례를 방지하기 위한 법적장치라 할 수 있다.

더구나 2005년 대법원에서는 '수사관이 수사과정에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은 상대방의 신체적 자유가 현실적으로 제한되어 실질적으로 체포와 유사한 상태에 놓이게 되는데도 영장을 요하지 않고 그밖에 강제성을 띤 동행을 억제할 방법도 없어서 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성이 보장되지 않는다'(2005도6810)고 하여 임의동행 형식으로 경찰서에 출석했다가 긴급체포된 사건에 대해 무죄를 선고한 바 있다. 이는 피의자의 신병을 확보하기 위해 수사기관이 피의자의 주거지 등에서 임의 동행이라는 명분하에 별다른 제한 없이 피의자를 수사관서까지 데려오던 지금까지의 수사관행에 제동을 걸고 임의동행 요건을 명확히 제시하는 계기가 되었다고 할 수 있다.

그러나 실제 수사현장에서는 이론과는 달리 많은 어려움이 있는 실정이다. 즉 일선에서 수사를 행하는 수사관들의 입장에서는 국가형벌권의 실현을 위하여 수사상 필요

한 경우 피의자의 신속한 신병확보, 또는 다중의 위험으로부터 일정장소로의 격리 등 수사권 행사를 위해 경우에 따라서는 개인이 가지고 있는 기본권을 부득히 제한하여야 할 필요가 요구되고 있는 게 현실이다.

그러므로 경찰 등 수사기관에서는 수사의 편의상 제약이 많이 따르는 형사소송법상 강제처분으로 되어 있는 신병확보 수단을 사용하기보다는 보다 손쉬운 임의동행과 보호유치 방법을 통하여 피의자의 신병을 확보하려고 하는 경향이 있으며 그런 이유로 인해 신병확보 절차에서 개인의 인권보장과 실체적 진실발견 측면이라는 양자 간에 첨예한 대립이 발생할 수 있다. 더구나 임의동행과 보호유치 문제는 임의성에 대한 객관적 보증을 확보하지 못함으로써 불법수사논란으로 이어질 가능성이 크기 때문에 이에 대한 적법성확보와 함께 수사관들의 높은 인권의식과 체계적 관리도 잘 이루어져야 하겠다. 즉 아무리 불의를 척결해야 한다는 사명감이나 진실에 대한 열정이 강하다하더라도 수사권의 행사는 절제되고 정제된 것이어야 한다.

따라서 피의자에게는 국민의 기본권인 신체의 자유를 보호하는 반면 수사기관에 대하여는 수사의 속성인 기동성과 밀행성원칙에 부합할 수 있는 새로운 피의자 신병확보방안을 강구할 필요가 있다. 이는 결국 국가권력으로서의 수사기관과 국민이 대립하는 관계가 아니라 상호조화와 균형속에 동화되어 국민전체의 이익을 가져오는 동질성의 관계로 인식되어야 하기 때문이다.³²⁾ 즉 피의자에 대한 임의동행과 보호유치방법이 아무리 수사의 편의성을 도모할 수 있는 방안이라 하더라도 수사편의주의와 성급한 수사실적주의는 법과 원칙을 훼손할 수 있기 때문에 엄격하게 제한되고 새로운 방안 마련도 검토되어야 하겠다.

<참고 문헌>

- 김기홍, (1993), "임의동행과 보호유치", 『군사법 논문집』 제12집 58.
- 김형태, (1999), "임의동행·보호유치의 문제점과 개선방안", 『현안분석』 제77호, 3.
- 류지영, (2003), "긴급체포제도의 문제점과 개선방안", 『형사법연구』 제20호, 8.
- 배종대, (2001), 『형사소송법』 4판, 홍문사.
- 신동문, (2008), 『형사소송법』 4판, 법문사.
- 심희기, (2000), "임의동행의 임의성의 판단기준", 『형사소송법판례70선』 홍문사, 57.
- 이만종, (2007), "경찰불심검문의 적법성한계에 관한 고찰", 『한국공안행정학회보』 제28호, 171-191.
- 이만춘, (2006), "수사상 임의동행에 관한 연구", 『전주대학교 박사학위 논문』 4-100.
- 이재상, (2002), 『형사소송법』 6판, 박영사.
- 이재석, (2003), "수사와 인권", 『비교형사법 연구』 제5권 2호, 15.

32) 김형태, "임의동행 보호유치의 문제점과 개선방안", 국회입법자료, 제77호, 1994, 25면이하.

- 유인창, (2004), “경찰관직 무집행법상의 임의동행에 관한 소고”, 『법학연구』 제4집, 8.
- 진계호, (2004), 『형사소송법』 2판, 형설출판사.
- 진계호/이준경, (2003), “현행법상 임의동행에 관한 연구”, 『법학연구』 제11집, 25.
- 조준현, (2003), “임의동행과 변호인 접견”, 『고시연구』 30권 4호, 53.
- 熊谷弘, (2001), “任意同行・逮捕限界”, 捜査法大系, 『本評論社』.
- 進村政孝, (2005), “任意同行・逮捕限界”, 『刑事訴訟法判例百選』 第8版,
- Claus Roxin, (1995), Strafrechtsfahrendrecht, 25. Aufl, C.H. Beck.
- T. kleinknecht/k. Meyer, (1990), Strafprozeßordnung, 39. Aufl, C.H. Beck.