

면지

면지

경찰권 행사관련 판례 연구

《研究陣》

연구위원 : 박 은 정 (이화여대 법대 교수)
 : 김 수 진 (이화여대 법학연구소)
연구실장 : 김 준 명 (경찰대학교 치안연구소)
연구관 : 이 영 돈 (경찰대학교 치안연구소)
연구관 : 장 영 길 (경찰대학교 치안연구소)

목 차

제1장 서론	1
제2장 경찰의 임무와 경찰권 행사	4
제1절 경찰의 임무	5
1. 머리말	5
2. 한국경찰의 임무	8
제2절 경찰권행사와 입법·사법부의 역할	17
1. 경찰권의 행사	17
2. 경찰권의 행사와 입법부의 역할	20
3. 경찰권행사와 사법부의 역할	21
4. 소 결	23
제3장 경찰권 행사 관련 판례	25
제1절 도로교통 관련 판례	25
1. 교통정리를 할 수 있는 자	26
2. 일반 교통경찰권이 미치는 영역	28
3. 도로교통단속	33
4. 면허정지 또는 취소사유서 발부의 형식요건	50
5. 경찰공무원의 주취운전자에 대한 적절한 보호조치의무	51
6. 교통사고처리	52
7. 독일의 교통관련판례	55
8. 소 결	58

제2절	집회 및 시위진압 관련 판례	60
	1. 기본권으로서의 집회 및 시위의 자유 및 그 제한	60
	2. 시위진압인력	64
	3. 집회및시위에관한법률의 합헌성여부	65
	4. 집회 및 시위를 둘러싼 절차상의 문제	68
	5. 불법집회 및 시위와 그 해산방법과 국가책임	71
	6. 경찰의 집회 이후 위험발생 방지의무	76
	7. 독일의 집회 및 시위진압과 관련된 문제	76
	8. 소 결	80
제3절	일반수사과정 관련 판례	81
	1. 임의동행과 보호실유치	82
	2. 경찰관서내의 시설기준 및 피의자수색	85
	3. 경찰의 피의자관리	87
	4. 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서와 사법경찰관의 요구에 의해 작성된 피의자진술서의 증거능력	91
	5. 수사사실의 공표	98
	6. 수사과정에 있어서 경찰의 검찰에의 보고의무	100
	7. 긴급구호권	102
	8. 소 결	104
제4절	무기사용 관련 판례	105
	1. 경찰관 무기사용의 법적 근거	105
	2. 경찰관의 무기사용	106
	3. 무기와 관련된 경찰지휘자의 책임	113
	4. 독일경찰법상의 무기사용의 요건	116
	5. 소 결	119

제5절	경찰관의 경찰권 행사와 공무집행방해	120
	1. 공무원	121
	2. 직무의 집행	122
	3. 폭행과 협박	129
	4. 소 결	130
제6절	경찰관에게 요구되는 의무와 공무상재해	131
	1. 경찰관의 청렴의무 등	131
	2. 경찰관의 공무상재해	133
	3. 소 결	138
제4장	결 론	139
	1. 각 절의 요약	139
	2. 개선되어야 할 점	145
참 고 문 헌	148

제1장 서론

경찰본연의 임무는 각종 생활과 관련된 질서를 유지하고 위협의 발생을 제거하여 국민들이 안심하고 생활할 수 있도록 하는 것이다. 길을 잃은 아이들에게 집을 찾아주고, 방황하는 청소년들을 선도하기 위해 단속에 나서고, 늦은 밤에도 음주단속을 위해 애쓰는 경찰들의 모습에서 국민들은 경찰에 대한 신뢰를 쌓아간다.

하지만, 우리 경찰창립 57년사를 돌이켜보면 경찰이 본연의 임무를 충실히 수행했는가에 대해 자신있게 대답하기 어려운 부분도 있다. 사회질서 유지를 위해 경찰은 민주화를 부르짖는 시위대에 최루탄을 쏘았고, 시위가답자에 대한 경찰서 내의 조사는 인권존중이 무시되어온 경우도 있어, 경찰에 대한 비판의 목소리도 높았다. 뿐만 아니라 풍속영업의 단속이나 교통단속 등 경찰업무와 관련한 경찰에 대한 부정적 이미지도 쉽게 일소되지 않고 있다.

이러한 경찰에 대한 부정적인 이미지를 벗기 위해 경찰은 경찰청 출범과 함께 1999년 12월 1일 ‘제2의 創警’이라는 목표 하에 국민의 사랑을 받는 경찰로 다시 태어나기 위한 변화를 꾀해 왔다. 경찰은 정치적 중립을 선언하였고, 사이버경찰청, ‘포돌이’의 교통정리 등 국민과 친화적인 경찰로 변화하고 있다.¹⁾ 집회 및 시위의 진압과 관련해서 1999년 무최루탄 원년을 선언하여 시위대와의 직접적인 충돌을 자제하고, 여경 기동대, 폴리스라인 등을 설치하여 경찰본연의 임무에만 전념하겠다는 의지를 보여 왔다.

다른 한편으로는 경찰에 대한 일반 국민들의 태도에도 많은 변화가 나타나고 있다. 과거에는 국민들이 경찰권행사에 대해 대체로는 무조건 수용하는 입장이었다면, 현재는 자신의 권익보호를 위해 목소리를 높이고, 경찰권행사의 적법성에 대한 의문을 활발히 제기하고 있다. 여기서 더 나아가 일부 시민들 중에는 자신의 권리는 무조건 보호되어야 한다는 잘못된 인식 하에, 경찰이 적법한 조치를 취했음에도 불구하고 이에 대해 반발하는 경우도 발생하고 있다. 예를 들어, 음주운전으로 인해 받은 범칙금 부과에 불만을 품고, 운전자가 자신의 승용차를 몰고 경찰서로 돌진하는 등의 사건이 있었다.²⁾

1) 경찰청, 21세기 한국경찰의 비전, 2001. 6.

이 연구는 진정한 경찰권의 행사는 어떠한 모습을 띠어야 하는가라는 문제의식을 출발점으로 삼고 있다. 국민들에 의해 경찰권이 존중되고, 경찰도 자신의 임무수행에 대해 자신감을 가지려면 과연 어떠한 전제조건들이 갖추어져야 하는가는 그리 쉽게 대답할 수 있는 문제는 아니다.

올바른 경찰권행사문제는 입법·사법부의 역할과 관련지어 생각해야 한다. 경찰권의 행사는 국민의 생명과 재산에 직접적인 침해로 이어질 수 있으므로, 법률을 통해 특별히 경찰권 발동의 근거가 정해져야 함은 물론이다. 그러나 이때 입법자들이 기본권을 침해하거나 지나치게 제한하는 입법을 하는 경우 그 법률에 근거하여 발동되는 경찰권행사가 정당할 수 없음은 자명하다.

입법자는 모든 위협의 종류와 이를 방지할 수단을 법률에 모두 미리 규정해 놓을 수 없다. 그러므로 경찰법상 불확정개념을 피할 수 없기 때문에, 훈령등을 발령하여 그 기준으로 삼고 있지만, 경찰은 자신의 경험과 지식을 바탕으로 현장의 상황을 판단하여, 어느 정도의 위협이 존재하는지 그리고 이에 대해 어떠한 작용수단을 채택할 것인지를 결정해야 한다. 이러한 경찰의 판단은 사법적 판단으로부터 자유로울 수 없다. 경찰권행사와 관련하여 피해를 입은 사람이 있을 경우, 사법부는 당사자들이 진술하는 사실정황과 당해 경찰작용을 수권한 법규정의 해석을 종합하여 경찰권행사의 적법성을 따지게 된다. 이러한 결정체가 바로 판례이다. 경찰은 일선에서 자신의 임무를 수행할 때 관련 법령 외에도 보충적으로 판례를 숙지하여야 한다.

이 논문은 한국에서의 경찰권 행사의 올바른 방향을 염두에 두고 경찰권행사 관련 판례를 체계적으로 분석하여, 경찰이 일선에서 본연의 임무를 수행하는데 있어서 도움을 주는데 목표를 두고 있다. 이 논문의 연구체제는 다음과 같다. 우선 제2장에서는 일반적으로 경찰의 임무와 특히 우리 실정법에 의해 경찰에 주어진 임무들이 무엇인지에 대해 개괄적으로 설명하고, 경찰권행사와 관련된 입법·사법부의 역할을 살펴보도록 한다. 제3장에서는 대법원판례를 중심으로 경찰권행사와 관련하여 문제가 되었던 부분들을 다루어보고자 한다. 판례의 분류방식은 기존의 논문 내지 보고서들이 취한 방식인 경찰관직

2) 한국일보 2001. 2. 11. 이에 대한 자세한 보도내용은 천진호, 공권력 확보방안과 인권보호와의 조화, 『민주적 법치질서 확립』 어떻게 할 것인가? 대구·경북지방경찰청 합동공청회자료집, 2001. 3. 54-55면.

무집행법상의 경찰조치를 기준으로 하지 않고,³⁾ 도로교통, 집회 및 시위, 수사과정, 무기 사용 등의 임무영역별로 나눠 살펴보고자 한다. 그리고 이와 관련있는 독일의 판례에 대해서도 소개하기로 한다. 제4장에서는 제3장에서 살펴본 바를 토대로, 경찰이 경찰권 행사를 할 때 유의해야할 점과 입법적으로 개선되어야 할 점 등을 제시해보도록 하겠다.

판례를 분석하는 연구에서는 그 특성상 경찰과 국민사이에 발생한 분쟁과 그 해결에 초점이 맞추어지게 마련이다. 그러므로 이 연구에서는 경찰의 잘한 점보다는 잘못된 점들이 부각될 수도 있다. 그러나 이러한 연구의 시도는 경찰의 잘못을 매도하는데 있는 것이 아니라, 과거 경찰에 대한 비난들이 과연 경찰만의 잘못이었는가에 대한 반성과 함께, 앞으로 우리 15만 경찰들이 자신의 임무를 정확하게 법에 따라 집행하고 국민으로부터 신뢰받는 경찰이 되도록 하는데 있음은 새삼 말할 필요도 없을 것이다.

3) 장영민·박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 형사정책연구원 1995. 3 ; 경찰청, 경찰관직무집행법 해설, 2001. 6.

제2장 경찰의 임무와 경찰권 행사

경찰은 모든 국가에 필수적이고 기본적인 기관이다. 왜냐하면 개인과 공동체를 위협으로부터 보호하는 것, 즉 위협의 발생을 예방하거나 이미 발생된 교란의 제거를 통해 공적 안전과 질서를 보호하는 경찰작용은 바로 국가의 가장 중요한 임무의 하나이기 때문이다.

“공적안전과 질서를 보호한다”고 표현되는 경찰의 개념은 각 시대에 따라 변화되어 왔다. 독일의 경우를 예로 들면 17세기에 이르러 외무·재정·사법으로부터 경찰개념이 분리·발전되었고, 18세기 절대국가에서는 경찰의 활동영역은 거의 무제한이었다. 경찰권 행사가 군주의 국가권력행사로 인정되어 법적인 한계없이 모든 분야에 걸쳐 국가목적 수행하는 수단으로 인정되어왔던 것이다. 이 때 경찰은 자유로운 재량에 따라 법적 근거 없이 임의적으로 신민의 권리를 침해할 수 있는 무제한의 권한을 누렸으며, 따라서 법원의 판단으로부터도 자유로웠다. 그러나 1794년 프로이센 일반란트법(Preußisches Allgemeines Landrecht) 제10조 제2항 제17호에서 “공적 평온·안전과 질서의 유지를 위해, 그리고 공중이나 개인에게 가해지는 위협의 방지를 위해 행하는 필요한 작용은 경찰의 직무이다”라고 규정하면서, 경찰의 임무는 위험방지작용으로 제한되게 되었다. 19세기에 들어서면서 경찰의 임무는 판례와 개별법률들을 통해 그 임무영역이 위험방지로 확립되었다.⁴⁾ 그러나 20세기에 들어서면서 경찰권은 국가의 기본권 보호의무라는 측면에서 구체적으로 위협이 발생될 우려가 있으면 국가기관으로서의 경찰이 개입해야 그의 의무를 다하는 것으로 이해되었다.⁵⁾

본 연구는 경찰의 업무영역에 속하는 일체의 활동을 연구대상으로 삼고 있다. ‘위험방지’라는 기능적 의미의 경찰을 넘어서서, 경찰업무 이외에 법규상 부여된 그 밖의 다른 행정활동을 포함하는 경찰활동을 형식적 의미의 경찰로 표현한다. 여기에는 범죄수사의 임무, 질서위반 행위에 대한 단속업무 등이 포함된다.⁶⁾

4) 홍정선, 행정법원론(하), 2000, 옆번호 656-667.

5) 김성수, 개별행정법, 2001, 454-456면.

6) 홍정선, 행정법원론(하), 2001 옆번호 668-670, 688-689.

제1절 경찰의 임무

1. 머리말

우리나라 경찰의 임무는 경찰법 제3조와 경찰관직무집행법 제2조에 의해 규정되고 있다.⁷⁾ 국민의 생명·신체 및 재산의 보호, 교통단속, 치안정보의 모집·작성 및 배포, 경비 및 대간첩작전수행과 범죄의 예방진압 및 수사를 경찰의 임무로 규정하고 있다. 수사와 관련하여 검찰의 지휘를 받는 것에는 독일과 동일하나, 수사의 목적이 예방적인 것이냐, 이미 발생한 사실을 밝히려는 것이냐에 따라 경찰조치의 법적 근거가 경찰법과 형사소송법으로 나뉘어 적용되는 독일경찰과는 달리 우리 경찰의 수사는 경찰법에 그 요건과 절차가 규정되어 있다. 그 외에도 약 60여 개에 달하는 특별법의 위임을 받아 경찰이 위험방지를 목적으로 하는 법무부, 국방부 보건복지부 등 거의 전 부처에서 요구하는 방대한 양의 협조업무를 수행하고 있다.

이러한 경찰의 임무를 경찰청과그소속기관등직제의 분류에 의해 외사범죄, 보안, 정보, 수사, 경비, 교통, 경무, 범죄, 방법 총 9분야로 나눌 수 있다.⁸⁾ 이하에서는 경찰청과그소속기관등직제에서 각 담당자의 할당된 업무의 내용을 중심으로 살펴보고자 한다. 우리나라의 경찰관련법은 한곳에 집중되어 규정되고 있지 못한 실정인데, 참고로 독일 경찰법상의 경찰임무에 대해 살펴보고자 한다. 독일은 연방 및 주의 통일경찰법표준안(Musterentwurf eines einheitlichen polizeigesetzes des Bundes und Länder)⁹⁾을 만

7) ①범죄의 예방·진압 및 수사, ②경비·요인경호 및 대간첩작전수행, ③치안정보의 모집·작성 및 배포, ④교통의 단속과 위해의 방지, ⑤기타 공공의 안녕과 질서의 유지 (경찰관직무집행법 제2조).

8) 경찰의 임무는 그 보호영역에 따라 ①생활의 안전을 위한 방법, 수사, 교통임무와 ②사회의 안전을 위한 경비, 정보, 보안 및 외사업무, ③경찰조직의 관리운명을 위한 경무, 기획, 공보, 감사, 감찰 및 정보통신업무로 분류할 수 있다.

9) 1972년 연방 및 각주의 내무부장관들로 구성된 연석회의(Innenministerkonferenz)는 “독일의 국내 치안에 관한 계획서”를 결의하였는데, 이 계획서는 실질적 의미의 경찰활동을 규율하는 통일적 준칙을 마련하여 각주가 수용할 수 있어야 한다는 점에 의견을 모으고, 이를 위해 모범경찰법전(Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetz)을 만들기로 결의하였다. 그 후 연석회의는 1977년 11월 25일 “연방 및 각주의 단일경찰법전을 위한 모범초안”을 결의하였다. 이후 1986년 3월 12일 모범경찰법전의 개정을 위한 예비초안이 제안되었는데 이는 컴퓨터를 이용한 수집과 가공

들었으나 연방법으로 제정되지는 못하였고, 각 주의 경찰법개정에 많은 영향을 주었다. 노르트라인-베스트팔렌주의 경찰법 제1조¹⁰⁾는 위협방지수단을 통한 “공적 질서의 보호”, 사권의 제한적 보호, 집행협조(Vollzugshilfe), 그밖에 법으로 경찰에게 위임된 임무를 들고 있다. 즉, 경찰관청에게 위협방지의 권한 외에도 여러 가지 임무를 수행하도록 하고 있다.¹¹⁾

첫째, 집행협조(Vollzugshilfe)의 임무이다. 여기서 말하는 집행협조란 행정협조(Amtshilfe)를 넘어서는 개념이다. 경찰이 아닌 행정청이 위협방지를 위한 활동을 담당하지만, 인력 부족 등으로 그들이 내린 행정처분을 직접 집행할 수 없는 경우들이 있다. 이때 관할 행정청의 서면상의 집행협조 요청이 있고 직접적인 강제를 필요로 하는 경우에 경찰의 집행협조가 가능하다.¹²⁾ 이는 구체적인 위협예방이라는 경찰의 고유 임무에 속하지 않는 영역이라 할지라도, 많은 개별법에서 직접적인 강제수단을 행사할 수 있도록 한 경우, 집행협조자로서 경찰을 지목하고 있다.¹³⁾

에 있어 가능한 한 통일적인 업무수행을 확보하려는 데 그 목적을 두고 있다. 신동운, “독일의 수사구조 및 사법경찰제도”, 『주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도』, 치안연구소 연구보고서 96-11, 87-88면; 모범경찰초안의 번역문은 장영민·박기석, 『경찰관직무집행법에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1995. 227면 이하; 1986년의 예비초안의 번역문은 서정범 역, 경찰관례연구, 부록 및 경찰청, 경찰관직무집행법해설, 2001년 6월, 부록편.

- 10) ① 경찰은 공적질서를 해치는 위협을 방지할 임무를 가진다. 이러한 임무내에서 경찰은 범죄를 예방하고, 미래의 범죄를 추적하여야 하며(범죄의 사전적 투쟁), 필요한 준비를 하여야하고, 위협이 발생한 경우에는 조치를 해야만 한다. 만일 다른 행정청이 관할하고 있는 사안에 대해 위와 같은 상황이 발생했다라도, 그 관할행정청이 문제를 해결하는 것이 불가능하거나 시간적으로 불가능한 경우 경찰은 자신의 권한으로 행동하여야 한다.
- ② 이 법에 의해서 사권이 경찰에 의해 보호되려면 법원의 보호가 제때에 요구될 수 없는 경우와 경찰의 도움없이 법실현이 불가능하거나 매우 어려워지게 되는 경우에만 가능하다.
- ③ 경찰은 다른 기관의 집행을 보조해야 한다.
- ④ 경찰은 더 나아가 다른 법규에서 자신에게 위임한 업무도 수행하여야 한다.
- ⑤ 경찰은 이 법이나 다른 법규에서 허용한 경우에만 개인의 권리를 침해하는 조치를 취할 수 있다. 경찰이 제1항 2문에 의해 미래의 범죄를 살피거나 원조를 위하여 필요한 준비를 하거나, 위협상황에서 행동을 취하는 때에는 이 법이 규정하고 있는 “정보업무”에 의해 허용되는 경우만 가능하다.
- 11) Schenke, Polizeiund Ordnungsrecht, in: Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., C. F. Müller, Rn. 216-218.
- 12) Ch. Gusy, Polizeirecht, 4. Aufl., Rn. 139-140.

둘째, 독일 각주의 경찰은 위험방지와 형사소추의 이중적인 임무를 띠고 있다. 노르트라인-베스트팔렌 주 경찰법 제1조 제1항에 의하면 경찰은 위험방지의 범위 안에서 범죄를 예방하고, 발생가능성이 있는 범죄를 조사하고, 이와 관련하여 필요한 조치를 취할 수 있도록 한다. 이는 위험예방의 영역에 속한다. 다른 한편으로 경찰은 검사의 보조기관으로서 독일 형사소송법 제163조에 의해 형사소추분야에서도 수사를 할 수 있다고 하여 이럴 경우 경찰이 행하는 수사업무는 독일 형사소송법에 의해 위임된 사무로 보고 있다.¹⁴⁾

경찰이 행하는 위험방지의 처분은 공공질서유지를 위해 장래를 향하여 행해지고 있고, 앞으로 발생할 수 있는 범익침해 사태를 방지함을 목적으로 한다면, 범죄수사를 주된 내용으로 하는 형사소추의 활동은 과거의 시점으로 돌아가서 이미 발생한 범죄를 규명하는 것을 목적으로 한다고 구분한다.¹⁵⁾ 이는 경찰이 압수수색을 하는 경우라도, 목적에 따라 경찰법 가운데 어느 법정요건과 절차를 거쳐야하는지가 다르기 때문이다.¹⁶⁾

셋째, 독일경찰은 기타 법령에 의해 위임된 임무를 지니고 있다. 도로교통법상의 경찰의 임무가 그 대표적인 예이다. 독일 각주의 법에 따르면 도로교통청과 경찰의 업무영역이 분리되어 있다. 이 중 도로교통청이 운전자와 차량에 대한 허가나, 교통교육, 도로의 특별사용 등을 담당하는데 비해, 경찰은 도로교통의 질서유지와 규정위반시의 경고를 포함한 모든 조치를 하고, 교통을 지속적으로 감시하는 임무를 띤다.¹⁷⁾ 이외에도 집회법, 무기법 등에서 경찰에게 임무를 위임하고 있다.¹⁸⁾ 이러한 임무를 수행하는 데 있어서는

13) Liskén/Denninger, D. Rechtsstaatliche Grundlagen, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl., Rn. 170-171. 모범초안에서는 경찰은 이처럼 경찰과 관련없는 업무로부터 벗어나, 급박한 위험예방이라는 고유한 임무에만 집중되어야 함을 주장했다. 과도한 집행협조의 요구는 경찰을 그저 다른 행정청의 외부기관으로서 모든 일을 한꺼번에 해내는 하녀의 역할로 전락시키는 것이라고 비판하였다.

14) Ch. Gusy, Polizeirecht, 4. Aufl., Rn. 143. 독일의 수사경찰제도에 대해서는 신동운, 독일의 수사구조 및 사법경찰제도, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도, 치안연구소 연구보고서 96-11. 참조.

15) 과거에 발생한 범죄의 증거를 수집하고 범인을 검거하며 공소의 제기와 유지에 필요한 일련의 활동을 독일에서는 형사소추(Strafverfolgung)이라 하며, 형사소추를 담당하는 기관은 검찰이며, 경찰은 검찰의 활동을 보조한다. (신동운, 전제서, 96면)

16) Josef König, Eingriffsrecht, Maßnahmen der Polizei nach der Strafprozeßordnung und dem Polizeigesetz Baden-Württemberg, Rn. 251.

17) Ch. Gusy, Polizeirecht, 4. Aufl., Rn. 153.

개별법에 규정된 권한은 경찰도 가지게 되며, 만일 개별법에 권한규정을 두지 않고 있다면 경찰은 경찰법상의 권한을 가지게 된다(노르트라인-베스트팔렌 경찰법 제8조 2항).

2. 한국경찰의 임무

1) 외사업무

경찰청과그소속기관등직제 제8조 2항에 따르면 외사관리업무는 ① 재외국민·외국인 및 이에 관련되는 신원조사, ② 외국경찰기관과의 협력 및 교류, ③ 국제형사경찰기구에 관련되는 업무, ④外事정보의 수집·분석 및 관리, ⑤ 외국인 또는 외국인과 관련된 간첩의 검거공작 및 범죄의 수사·지도, ⑥ 외사방첩업무의 지도·조정, ⑦ 국제공항 및 국제해항의 보안활동에 관한 계획 및 지도이다.

국내에 외국인의 거주가 많지 않았던 때는 외사업무는 법무부장관 및 출입국관리공무원이 주체가 되어 출입국관리법, 재외국민등록법, 해외이주법등을 근거로 외국인의 출입국규제에 중점을 두었다. 현재는 산업연수생이나 관광비자로 국내에 입국하는 외국인의 수도 많이 늘어나고, 공식적으로 집계된 불법체류자의 수도 1998년 2만6천명에서 2001년 6월말 6만2천명으로 급증하였고,¹⁹⁾ 국내인의 외국관련범죄도 다양해지고 있다.²⁰⁾ 이러한 상황에 근거하여 경찰은 외사업무를 보안사무로부터 분리하여 하나의 독립된 업무로 승격시켰다. 외사범죄 수사역량 강화와 국제성 범죄에 적극 대처하기 위해 경찰청에 ‘국제범죄 대책반’, 지방경찰청에 ‘외사범죄수사전담반’을 설치·운영하고, 불법체류자의 밀집거주지역에는 전담형사를 배치하여 외국인 체류자의 동태를 수시로 점검을 하게 하고 있다.²¹⁾

18) Denninger, E. Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl. (1996), C.H.Beck., S. 219ff.

19) 서울 가리봉·구로·대림·가산동 일대는 중국동포 타운은 이루어 집단세력화하고 있다. 중앙일보, 2001. 8. 17, 5면.

20) 최근 신문보도를 통해보면, 여권사기단소탕이나, 미군부대 음식물찌꺼기로 만든 부대찌개, 중국산 꽃게를 국내산으로 속여 판 홈쇼핑, 국제신용카드사기단, 러시아여성들의 국제결혼상담소를 통한 사기결혼 등을 경찰청 외사과가 다루었다.

인천 영종도국제공항의 개항이후, 외국인 통과여객들의 마약밀매, 여권위조 등의 범죄가 증가하고, 2002년 월드컵개최를 앞두고 외국의 훌리건들이 공공질서를 위협할 경우 대비책도 마련하고 있다.²²⁾

2) 보안업무

경찰청과그소속기관등직제 제15조에 의하면 보안업무는 ① 보안경찰업무에 관한 기획 및 교육, ② 보안관찰에 관한 업무지도, ③ 북한이탈 주민관리 및 경호안전대책 업무, ④ 간첩 등 보안사범에 대한 수사의 지도·조정, ⑤ 보안관련 정보의 수집 및 분석, ⑥ 남북교류와 관련되는 보안경찰업무, ⑦ 간첩 등 중요방첩수사에 관한 업무, ⑧ 중요죄의 사범의 수사에 관한 업무이다.

한반도의 남북분단이 지속되는 한 대간첩·용공분자색출 및 검거, 반국가적·반사회적 사범에 대한 첩보수집과 이에 대한 예방활동을 하는 경찰의 보안사무는 존속될 것이다. 그러나 과거 경찰의 보안사무는 국민들에게 경찰은 체제유지를 위해 존재한다는 불신을 제공하였다. 경찰이 좌경의식화 수사공작, 노동현장 위장침투자 색출, 외국서적 또는 간행물 단속 및 관련사범 검거,²³⁾ 불온선전물 수거 등의 업무를 수행하는데 있어서 수많은 인권침해의 소지가 있었음은 부인할 수 없다. 그러나 이는 또 다른 한편으로는 비상조치나 계엄이라는 시대상황아래서 이루어진 경찰권행사였다는 점도 고려하여야 할 것이다. 북한과의 교류가 활발해지고 있는 현 상황에서 남북교류와 관련되는 보안경찰업무는 그 중요성을 더해가고 있다.

21) 경찰청, 경찰백서 2001, 27면.

22) 1998년 프랑스에서 월드컵이 개최될 당시 훌리건(경기장 난동꾼)들이 경기장질서유지를 담당하던 경찰을 폭행하여 상해를 입혀 형사처벌된 예가 있다. 이를 위해 경찰청은 훌리건 대책으로 해당국가에 위험인물의 출국금지요청→위험인물 입국 거부→각국 응원단 집결 및 행진에 대처→경기장내 대비 등의 4단계 전략을 마련해놓고 있다. 이와 동행해 각 국가에 훌리건 전문 경찰관 파견을 요청해 현장에서 긴밀하게 공조할 계획을 세우고 있다(중앙일보, 2001. 12. 3).

23) 최근 의문사진상규명위원회는 1980년대 행해진 학원사태를 조사하는 과정에서 대학생을 친구집으로 유인하여 체포하는 과정 중, 용의자가 아파트에서 지상으로 떨어졌는데 그 후 경찰이 용의자를 발로 차는 등 사망원인을 제공했다는 사실을 발표하였다. 중앙일보, 2001. 6.

3) 정보업무

경찰청과그소속기관등직제 제14조 3항에 따른 정보업무는 ① 치안정보업무에 관한 기획·지도 및 조정, ② 정치·경제·노동·사회·학원·종교·문화 등 제분야에 관한 치안정보의 수집·종합·분석·작성 및 배포, ③ 정책정보의 수집·종합·분석·작성 및 배포, ④ 집회·시위 등 집단사태의 관리에 관한 지도 및 조정, ⑤ 신원조사 및 기록관리이다.

정보경찰이란 장래에 발생할 사태를 예견하고 그에 따른 적절한 대응책을 강구함으로써 사회나 국가가 위험한 상황에 직면하는 것을 미연에 방지하기 위해 국가안전보장, 사회질서유지, 국민생활보호, 기타 치안상 필요한 사회전반의 모든 첩보를 수집·분석·작성하여 이를 배포하는 경찰활동을 말한다. 사회가 복잡·다원화되고 지능화·국제화된 범죄양상에 따라 예측 불가능한 상황이 증가하고 있는 만큼, 신속하고 정확한 치안정보의 뒷받침 없이는 제반 사회문제에 원활히 대처해 나가기 어렵기 때문에 이러한 정보경찰활동의 중요성은 더욱 커지고 있다.

업무수행자에 따라 담당하는 정보업무는 다양하다. 주민여론, 주민집단민원, 주요 사회단체 및 인사의 동정 등에 관한 정보는 외근형사들이 수집하여 상부에 보고하고, 수집된 정보의 분석은 주로 지방경찰청에서 이루어진다. 일선과출소에서는 경찰업무 수행상의 필요와 타 기관의 의뢰에 의하여 행하는 신원조사,²⁴⁾ 각종 민원사항, 기타 행정상 필요에 따라 조사활동을 한다.²⁵⁾

정보와 조사는 개인의 자기정보결정권과 관련되어 문제된다. ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’이 정보보호를 위한 일반법적인 기능을 수행하고 있으나, 보호대상인 정보를 컴퓨터에 의한 정보에 한정하고 있고, 정보수집의 방법에는 아무런 구체적인 규정도 없고, 수집한 정보를 본인에게 통보하는 규정도 두고 있지 아니하므로, 경찰의 정보

24) 신원조사는 국가안전에 관련되는 업무에 종사하거나 이에 관련되는 자 또는 그 예정자에 대하여 필요한 사항을 조사하는 것을 말한다.

25) 민원사항에 관한 조사는 전당포, 사격장 등 경찰허가 사항에 대한 사실확인을 위해 현지조사를 하거나 경찰시설물 등에 대한 주민의 진정, 소망사항에 대한 조사활동을 말한다. 기타 행정상 필요에 의한 조사활동으로는 벌과금 및 범칙금 미납자, 기소중지자 등에 대한 소재파악 등 제조사 활동의 대부분을 차지하고 있다.

업무는 개인의 권익보호에 보다 충실해야할 것이다.²⁶⁾

4) 수사업무

경찰청과그소속기관등직제 제12조에 따르면 수사업무는 ① 경찰수사업무에 관한 기획·지도·조정 및 통제, ② 범죄통계 및 수사자료의 분석, ③ 범죄수사의 지도 및 조정, ④ 과학수사기법에 관한 기획 및 지도, ⑤ 범죄의 수사에 관한 사항, ⑥ 범죄감식 및 범죄기록의 수집·관리이다.

국가의 형벌권 행사는 크게 수사, 공소제기 및 재판의 3단계로 분리할 수 있다. 이러한 일련의 절차 중 첫단계인 수사단계에 경찰이 개입하게 된다. 수사라는 개념은 일반적으로 “범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동”을 말한다.²⁷⁾

경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조 제1호는 수사를 경찰의 임무로 규정하고 있으나, 수사관련법(형소법 제196조, 검찰청법 제53조, 사법경찰관리집무규칙 제2조 제2항²⁸⁾)은 경찰이 범죄수사에 있어 검사를 보좌·보조하는 역할을 하도록 규정되어 있다. 즉, 수사권의 주체는 검사이며, 사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 범죄를 수사하도록 되어 있다.²⁹⁾ 그런데 실제로 경찰은 독자적으로 범죄를 입건·(임의)수사하는 수사개시권을 가지고 있고, 한해 동안 발생하는 전체 형사범죄의 대부분(약 97%)이 경찰에 의해 처리되고 있다는 점을 감안할 때,³⁰⁾ 경찰의 수사권독립에 관한 요구의 타당성도 일응 인정된다.

수사는 재판에서 사용될 각종 증거를 수집하는 단계이므로 그 공정성의 유지가 무엇보다 중요하다. 이를 위해 수사기관은 항상 객관적인 자세와 엄정한 중립성을 지켜야 하고, 인권보장을 위하여 철저히 적법절차를 준수하여야 한다. 수사는 임의수사를 원칙으

26) 홍정선, 행정법원론(하), 제9판, 옆번호 736.

27) 이재상, 형사소송법, 박영사, 1996, 169면.

28) 사법경찰관은 범인, 범죄사실과 증거를 수사함을 그 직무로 한다. 사법경찰관은 수사를 보조함을 그 직무로 한다.

29) 형사소송법 제195조.

30) 표창원, 영국사례의 검토를 통한 경찰차원의 개선책을 중심으로.

로 하고, 구속이나 압수수색 등 강제수사는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 필요한 최소한도의 범위 내에서만 하여야 한다.³¹⁾

피의자를 유치하는 유치장 관리업무는 피의자의 면회·호송, 보호실 관리 및 영치금 수불 등을 하는데, 이때 피의자의 인권을 최대한 존중하여, 위생 및 안전관리를 철저히 수행하여 민원의 소지가 없도록 해야 한다.

경찰은 최근 경찰청 및 각 지방경찰청에 ‘수사이의전담반’을 구성하여, 국민들이 경찰 수사에 불만이나 의심이 있는 경우 언제든지 직근(直近) 상급 경찰기관에 이의를 제기할 수 있도록 하고 있다. 그 밖에도 피의자신문시 변호인을 참여시키는 등 유치인의 인권보호에 노력하고 있다.³²⁾

5) 경비업무

경찰청과그소속기관등직제 제13조에 따르면 경비업무는 ① 경비에 관한 계획의 수립 및 지도, ② 경찰부대의 운영·지도 및 감독, ③ 청원경찰의 운영 및 지도, ④ 민방위업무의 협조에 관한 사항, ⑤ 경찰작전·경찰전시훈련 및 비상계획에 관한 계획의 수립·지도, ⑥ 중요시설의 방호 및 지도, ⑦ 향토예비군의 무기 및 탄약 관리의 지도, ⑧ 대테러 예방 및 진압대책의 수립·지도, ⑨ 전투경찰순경의 복무 및 교육훈련, ⑩ 전투경찰순경의 인사 및 정원의 관리, ⑪ 경호 및 요인보호계획의 수립·지도이다.

경비는 사회공공의 안녕질서를 위태롭게 하는 각종 사태를 예방, 진압하는 활동(중요 시설 등 각종 경비, 다중범죄진압, 요인경호)으로서, 크게 경비, 경찰작전, 전경관리, 청원경찰운영, 용역경비업 관리 등으로 구분할 수 있다. 이 중 민간경비업과 청원경찰제도는 경찰의 경비업무가 민간에게 이양된 것이다. 이에 대해 경찰은 이들의 업무가 본래의 목적에서 이탈되지 않도록 충분한 공공성 통제장치를 두어야 할 것이다.³³⁾

청원경찰은 사업자가 경비를 부담하지만, 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역내에 한하여 경찰관직무집행법에 의한 경찰관의 직무를 행한다.³⁴⁾

31) 정동욱, 형사소송법, 법학의 이해(김문환외), 345면.

32) 경찰청, 경찰백서 1999, 39-40면.

33) 김성수, 개별행정법, 534면.

청원경찰의 활동은 경비목적을 위하여 필요한 최소한도내에 그쳐야 하며, 경찰관직무집행법에 의한 직무 이외의 수사활동 등 사법경찰관리의 직무를 수행할 수 없다.³⁵⁾ 그 밖에 경비업은 법인만이 운영할 수 있으며, 시설경비업무와 운송경비업무, 신변보호업무를 행한다.³⁶⁾ 경비업은 지방경찰서장으로부터 허가를 받아야 하고,³⁷⁾ 청원경찰이 직무를 수행함에 있어서 직권을 남용하여 국민에게 해를 끼친 경우에는 6월 이하의 징역이나 금고에 처하며, 청원경찰의 업무에 종사하는 자는 형법 및 기타 법령에 의한 벌칙의 적용에 있어서는 공무원으로 봄으로써³⁸⁾ 공공성 통제장치를 두고 있는 것이다.

특히 2002년 월드컵을 앞두고 경찰의 혼잡경비가 중요한 문제로 대두되게 되었다. 각종 행사를 위해 모인 군중들의 혼란상태를 사전에 예방하거나, 위협한 사태가 발생한 경우 신속히 조치하여 확대되는 것을 막기 위해 경찰이 경비를 맡게 되는데, 이와 관련하여 바람직한 것은 경찰과 민간의 협력관계(Police Private Partnership)이다. 즉 민간이 주최하는 수익사업성 행사는 수익자 부담의 원칙에 따라 주최측에게 사경비업을 이용하도록 권장하는 한편 충분한 경찰력을 배치하여 돌발상황에 대비하도록 하는 것이다.³⁹⁾

6) 교통업무

경찰청과그소속기관등직제 제13조 3항에 의하면 교통업무는 ① 도로교통에 관련되는 종합기획 및 심사분석, ② 도로교통에 관련되는 법령의 정비 및 행정제도의 연구, ③ 교통경찰공무원에 대한 교육 및 지도, ④ 도로교통시설의 관리, ⑤ 자동차운전면허의 관리, ⑥ 도로교통사고의 지도 및 단속, ⑦ 고속도로순찰대의 운영 및 지도의 업무이다.

국가 교통행정의 중요한 부분을 담당하고 있는 경찰은 교통사고 예방과 원활한 소통을 확보하기 위해 주력하고, 국민들의 불편을 해소하여 주는 교통행정의 구현에 노력하고 있다. 관련법으로는 도로상에서 일어나는 교통에 대한 모든 위험과 장애를 방지·제

34) 청원경찰법 제3조.

35) 이 법시행규칙 제17조 참조.

36) 경비업법 제2조 1항.

37) 경비업법 제4조.

38) 청원경찰법 제10조 1항, 2항.

39) 경찰청, 1999 경찰백서, 111면.

거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하는 것을 목적으로 하는 도로교통법이 있다. 교통사고를 원인별로 분석해보면 운전자의 법규위반으로 인해 발생한 경우가 거의 대부분이기 때문에,⁴⁰⁾ 경찰은 교통법규질서준수를 위한 예방적 지도를 원칙으로 한다. 경찰은 교통사범 지도·단속, 교통소통 및 통제, 불법주정차 차량 강제조치, 도로상의 위법 공작물 제거조치, 도로교통범칙금 납부통고 또는 즉심회부, 교통법규위반자를 지도·단속하게 된다.

교통사고가 발생하면 현장 부근의 파출소 또는 교통경찰관이 출동하여 초동조치를 한 후, 관할경찰서의 교통사고조사계에 인계되며, 사안에 따라 도로교통법 내지는 교통사고처리특례법에 따라 처리하고 있다. 교통사고는 대부분 과실에 기인한 것으로 가해자에 대한 처벌보다는 피해보상이 중요시되는 특성이 있으며, 이에 따라 사고처리는 보험제도의 발달과 더불어 그 절차가 간소화되는 방향으로 발전되어 왔다.⁴¹⁾

교통사고는 그 조사결과에 따라 피해보상 등과 관련한 재산상의 손익이 크게 좌우된다. 그러므로 경찰의 교통업무는 사고 당사자들의 불만을 사기 쉽고 국민들이 사고조사 결과에 불복하는 경우가 왕왕 있을 수 있다. 이를 위해 경찰청은 최근 ‘교통사고이의조사제’를 시행하여 일선 경찰서의 이의신청사건에 대해서는 각 지방경찰청에서 도로교통안전관리공단의 ‘사고조사기술요원’이나 국립과학수사연구소의 기술적인 지원을 받아 보다 신중하고 공정한 재조사를 받을 기회를 마련하고 있다.⁴²⁾

7) 방법(防犯)업무

경찰청과그소속기관등직제 제11조에 의하면 방법업무는 ① 범죄예방에 관한 연구 및 계획의 수립, ② 용역경비에 관한 연구 및 지도, ③ 112신고제도의 기획 및 운영, ④ 파출소 외근업무의 기획, ⑤ 풍속사범에 관한 지도 및 단속, ⑥ 총포·도검·화약류 등의 지도·단속, ⑦ 즉결심판청구업무의 지도, ⑧ 각종 안전사고의 예방에 관한 사항, ⑨ 소년비행방지에 관한 업무, ⑩ 소년범죄의 수사지도이다.

40) 중앙선 침범·과속·신호위반.

41) 경찰청, 1999 경찰백서, 150면.

42) 경찰청, 1999 경찰백서, 152면.

경찰의 방법업무는 범죄의 발생을 억제하기 위한 예방적 활동으로, 경찰기능 중 가장 광범위한 활동을 수행한다. 일상생활에서 접하는 기초질서 저해사범단속, 사행행위의 지도단속, 즉결심판업무의 지도, 유실물 처리업무, 풍속영업규제, 청소년 보호, 방법순찰, 총포·도검·화약류 등 관리, 신용조사업관리, 불법수렵행위단속, 산림보호단속, 윤락행위단속, 유원지 풍기정화, 산악구조대 운영지도, 사격장지도단속, 자연보호 저해사범 지도·단속, 파출소 운영관리 등의 업무를 수행한다. 최근에는 성폭력, 아동학대, 미성년매매춘, 원조교제 등의 업무가 중요하게 대두되고 있다.⁴³⁾

기초질서 저해사범을 단속하기 위하여 경범죄처벌법은 경범죄의 종류를 약 54개를 규정하여 그에 해당하는 사람에게 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌할 수 있게 했다.⁴⁴⁾ 이 법을 적용하는데 있어 국민의 권리를 침해하지 않도록 세심한 주의를 기울여야 하며, 본래의 목적에서 벗어난 다른 목적을 위해 이 법을 적용해서는 안 된다.⁴⁵⁾ 범칙금납부는 경찰서장이나 지방해양경찰서장이 서면으로 통고하여야 한다.⁴⁶⁾ 이때 경찰은 그 범칙금납부대상자의 사정과 형편을 헤아려서, 그 형을 면제하거나 또는 구류와 과료를 함께 과할 수 있으므로⁴⁷⁾ 경미한 행위에 대해서는 단속현장에서 지도장을 활용하도록 하고 있다.⁴⁸⁾

청소년보호법은 청소년보호위원회의 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 경찰에게 위임할 수 있다고 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 이에 따라 경찰은 청소년 유해환경 실태 파악, 지도·단속, 비행청소년 선도, 청소년 상담 등을 하게 되고, 청소년이 유해한 장소(청소년통행금지제한구역)를 통행하고자 하는 때에는 이를 저지할 수 있으며, 통행하고 있는 청소년에 대하여는 해당구역 밖으로 퇴거시킬 권한을 가지게 된다.⁵⁰⁾

풍속영업의 규제에 관한 법률은 국민정서를 황폐화하고 과소비를 조장할 뿐 아니라

43) 법률서비스구축에 관한 연구, 1997.

44) 경범죄처벌법 제1조.

45) 경범죄처벌법 제4조.

46) 경범죄처벌법 제6조.

47) 경범죄처벌법 제2조.

48) 경찰청, 경찰백서 2001, 109면. 위반내용은 오물투기, 금연장소에서의 흡연 등이 전체 기초질서위반사범의 52.6%를 점유하고 있다.

49) 청소년보호법 제46조.

50) 청소년보호법 제24조 4항.

조직폭력배들의 거점지로 이용될 소지를 내포한 업소들에 대해 규제할 수 있는 내용들을 담고 있다. 국가의 규제완화 정책으로 인해 풍속업소⁵¹⁾의 각종 시설기준, 영업자 준수사항 등이 많이 느슨해졌지만 경찰에서는 유관기관과의 긴밀한 협조하에 수시로 일제 단속을 실시하고, 법률위반사항이 있을 경우, 구속, 불구속, 즉심, 영업정지 등 행정처분의뢰를 지방자치단체 등에게 통보하고 있다.⁵²⁾

총포·도검·화약류 등 관리업무는 지방경찰청장이 규제와 관련된 업무를 관장하며, 지도·단속에 관한 업무는 주로 경찰서장에게 위임되어 있다. 지방경찰청장은 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기 판매업의 허가, 총포 등의 소지허가, 화약류 저장장소의 설치허가, 화약류 제도기사·기능사 등 자격취득자의 면허, 정기안전검사, 제조업자 등에 대한 행정처분, 그리고 총포 등의 소지 허가의 취소 및 매각 등 총포·도검·화약류 등에 대한 규제나 행정처분에 관한 사항을 관장한다. 반면에 경찰서장은 화약류 등의 사용허가, 화약류 등 양도·양수의 허가 및 제한, 총포 등 소지자의 교육, 총포·도검·화약류 취급업소의 지도·점검, 분실·도난 총기 및 화약류의 수배, 불법무기류 색출 및 단속, 민유총포 보관·관리 등 주로 총포·화약류의 소지나 취급에 대한 지도·단속업무를 담당한다.⁵³⁾

8) 경무업무

경무는 경찰내부의 조직 및 예산관리, 복지사업에 관련된 업무를 말한다. 크게 경무, 경리 및 민원업무로 구분될 수 있는데, 경무는 서무, 기획, 감사, 직무감찰, 후생복지, 인사관리 등을 포함하는 것이고, 경리는 예산집행, 급여계산, 장비관리, 재산관리 등의 업무를 말한다. 민원업무는 주로 민원봉사실에서 접수, 처리하고 있고, 대부분은 경찰인·허가, 증명확인 및 고소·고발에 관련된 사항이다.⁵⁴⁾

51) 유흥주점, 단란주점, 일반음식점, 휴게음식점, 숙박업, 이용업, 게임제공업, 노래연습장, 무도장 등.

52) 경찰청, 경찰백서 2001, 111면.

53) 경찰청, 경찰백서, 1999, 80면.

54) 최광섭, 경찰법률서비스구축에 관한 연구, 1996.

제2절 경찰권행사와 입법·사법부의 역할

위험방지라는 행정목적은 달성하려는 경찰작용은 국민전체를 위한 것이다. 하지만 위험상태를 야기한 자에 대해 경찰이 공권력을 행사할 때에도 개인의 기본권은 무시되어서는 안 된다. 국민의 기본권을 최대한 보장하면서도 행정권 발동에 의한 행정목적은 효율적으로 달성하기 위해서는 법치주의의 원리에 입각한 해결방법을 찾아야 한다. 정당한 경찰권행사는 목표를 실현하기 위해 입법부와 행정부, 즉 경찰자신, 사법부의 역할을 살펴보아야 하는 이유는 여기에 있다.

1. 경찰권의 행사

입법자의 노력으로 경찰권행사의 요건과 절차를 규정하였다 하더라도, 경찰관련법에서 공적 질서, 위험, 교란 등의 불확정개념의 사용은 피할 수 없다. 경찰관직무집행법 제3조(불심검문)와 제4조(보호조치)에서 살펴볼 수 있듯이 경찰관은 “수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여” 위험이 존재한다고 생각될 때 불심검문을 하거나, 보호조치를 할 수 있다. 즉, 경찰관 개인이 실제상황의 위험존재 여부를 최종적으로 판단해야 한다.

하지만 이러한 판단이 법으로부터 자유로운 것은 아니다. 위험상태의 판단이 적법하게 이루어지기 위해서는 공공의 안녕과 질서의 침해로 인하여 발생할 수 있는 법익의 정도, 피해와 그로 인한 손해의 발생간에 균형관계가 유지되어야 하는 것이다.⁵⁵⁾ 따라서 침해의 가능성이 있는 법익이 중요하면 중요한 것일수록, 또한 위해 및 손해의 발생의 정도가 클수록 위험이 존재하는가에 대한 판단을 하는데 있어 그 요건이 덜 엄격하게 요구된다. 이는 위험판단의 요건의 적법성심사에 있어서도 비례의 원칙이 적용됨을 의미한다.⁵⁶⁾

경찰권발동의 본질적인 한계로 거론되는 비례성의 원칙은 경찰행정관청의 재량권행사

55) 홍정선, 행정법원론(하), 옆번호 739.

56) 김성수, 개별행정법, 467면.

의 적법여부를 심사하는 기준으로도 중요한 의미를 가진다. 경찰법상의 비례원칙은 경찰권행사수단의 적절성, 선택한 수단 중 당사자에게 최소한의 피해를 주는 필요성과 경찰권행사로 얻은 결과가 당사자가 받은 피해보다 커야만 한다는 협의의 비례원칙(균형성)을 요구한다.

독일의 노르트라인-베스트팔렌 경찰법 제2조는 비례의 원칙을 명시하고 있다. 즉 가능하고 적당한 여러 가지 수단가운데에 경찰이 개인이나 일반 공중에게 최소한의 침해를 줄 것으로 예상되는 것을 선택하여야 하며(최소침해의 원칙), 조치가 추구하는 결과에 비해 명백히 불이익이 큰 경우에는 허용되지 않고(협의의 비례의 원칙), 조치가 그 목적이 달성되거나 달성될 수 없음이 명백해진 경우에는 허용되지 않는다고 정하고 있는 것이다.⁵⁷⁾

우리 경찰관직무집행법은 독일과 같이 비례의 원칙을 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 그러나 동법 제10조 내지 제11조는 경찰작용의 수단선택(장구, 최루탄, 무기의 사용)에 있어서 상당하다고 인정될 경우에 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있으며 최소한의 침해가 될 수 있도록 해야한다고 정함으로써 내용적으로 비례의 원칙을 내포하고 있다고 하겠다.

행정법규가 일정한 요건의 충족시에 공권력의 발동여부를 행정청의 재량사항으로 규정하고 있다면 개인은 행정청에 대해 공권력의 발동을 청구할 주관적 공권을 가지지 못한다. 그러나 개인은 행정청에게 법규상 가지는 재량권을 법적 하자 없이 적법하게 발동하여 줄 것을 요구하는 권리(무하자재량행사권)를 가지고 있다고 본다. 만일, 개인의 생명·신체·보건·환경상의 법익이라는 중대한 법익이 침해되거나 침해될 우려가 있다면, 행정청이 법규상 보유한 재량은 영으로 수축하여 일정한 공권력을 발동해야 할 의무가 발생한다(행정개입청구권, 실체적 의미의 무하자재량행사청구권).⁵⁸⁾ 여기서 경찰법상 경찰권의 발동은 대개 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 발생시킨 경찰책임자를 대상으로

57) 경찰이 의무에 합당한 재량에 의해 조치를 취하고, 위험방지를 위해 다수의 조치가 고려의 대상이 되면 그 중 하나를 선택하면 되는데, 관계인은 타인에게 커다란 피해가 발생하지 않는 한 그것과 다른 효과적인 조치를 적용해달라고 요구할 수 있다고 규정하고 있다(노르트라인-베스트팔렌주 경찰법 제3조).

58) 홍정선, 행정법원론(하), 옆번호 742.

로 하여 이루어지는 것이기 때문에 흔히 행정개입청구권의 형태를 띠게 된다. 즉, 경찰이 이러한 의무를 해태하여 개인에게 손해가 발생한 경우 국가는 손해배상을 해주어야 한다.⁵⁹⁾

경찰권의 행사주체는 경찰공무원법상의 경찰로서 일반적인 공공의 안전과 질서의 유지를 위한 행정작용을 한다. 그 밖에 전투경찰, 의경, 청원경찰 등 특수한 업무를 담당하는 경찰도 있는데, 이들도 경찰관직무응원법등에 의해 일반경찰업무를 지원할 수 있다.

인신구속에 관한 직무를 행하는 경찰은 경찰공무원과 병역의무의특례규제에관한법률 제5조 제2항에 의하여 경찰공무원으로 전임되어 치안업무를 보조하는 의무경찰이 있다. 이와 관련하여 지방공무원법 제2조 제3항 제4호 및 지방자치단체 지방고용직공무원의임용등에관한조례에 의해 파출소에 파견되어 국가행정사무인 방법순찰업무를 보조하는 방법대원은 범인검거를 위한 공무집행의 보조자로 볼 수 없다.⁶⁰⁾ 이에 대해 경찰관은 방법대원에게 범인 검거시 단독으로 행동해서는 안되고, 경찰의 보조적인 임무만을 맡는다는 사실을 고지하여야 할 의무가 있다. 만일 이러한 의무를 행하지 않아 방법원이 위급상황에서 자신이 혼자 범인검거를 하려다 다친 경우에는 국가가 손해배상책임을 진다.⁶¹⁾

59) 김성수, 개별행정법 472-473면. 대판 1998. 8. 25, 98다16890; 대판 1998.10.13, 98다18520.

60) 방법대원의 경우, 파출소장이 방법대원에 대한 근무명령을 내린다는 내무부예규가 있다 하더라도 방법대원이 주민의 자치적 방법활동을 위하여 각출한 비용으로 구성된 방법위원회에서 위촉되고, 보수를 받는 사람인 이상 주민의 자치적 방법활동의 대행자에 불과하고, 경찰관의 범인검거를 위한 공무집행의 보조자로 볼 수 없으므로 방법대원에게 협박을 가한 사실만 가지고는 공무집행방해 사실을 인정할 수 없다(대법원 83.02.22 선고 82도794 판결).

61) 경찰관이 방법원에게 파출소 앞 경비근무를 명하는 경우에 범죄신고 등 위급한 사태가 벌어질 경우를 대비하여 경찰관 자신도 항상 출동할 수 있는 준비태세를 갖추고 있어야 하고, 방법원이 위급상황을 발견하였을 때는 파출소내의 경찰관에게 이를 알려서 경찰관과 합동으로 출동하되 방법원은 경찰관의 보조적인 임무만을 맡도록 사전교육과 감독을 하여야 할 의무가 있다. 만일 경찰관이 이러한 의무를 다하지 못하여 방법원이 사망했다면 국가가 손해배상을 해주어야 한다(대법원 92. 04.14 선고 91다32718 판결).

2. 경찰권의 행사와 입법부의 역할

입법자는 국가 및 사회공동체의 안녕질서를 유지하기 위하여 경찰관련법률을 제정할 권한을 가진다. 이러한 입법자는 경찰작용에 있어서 다음과 같은 면에서 중요한 의미를 지닌다.

첫째, 입법부는 앞에서 살펴본 바와 같이 경찰관련법을 통해 경찰의 임무영역을 확정한다. 만일 경찰이 국민을 대하는 표면적이 가장 넓은 조직이라는 이유만으로 다른 관할 행정청에 속하는 임무를 경찰에게 떠넘긴다면, 경찰의 업무는 지나치게 방만하게 될 것이다. 이런 상황은 위험방지라는 본연의 임무를 망각하게 되고, 경찰의 활동이 모든 행정청의 뒤치다꺼리를 해야하는 하녀의 신세(Mädchen für alles)로 전락할 수 있는 위험을 낳는다.

둘째, 입법부는 경찰권발동의 요건이나 절차를 법률로 규정한다. 우리 경찰관직무집행법 제3조 내지 제7조의 규정⁶²⁾은 경찰권발동의 요건이나 절차를 법률에 구체적이고 명확하게 규정하여 경찰권발동의 남용을 막고 개인의 권익을 보호할 수 있도록 했다는 점에서 이상적이다.⁶³⁾

그러나 경찰활동의 특수성 -위험의 다양성, 예측불가능성, 시간적 긴급성- 때문에 모든 것을 법으로 미리 규정할 수 없는 상황들이 발생하게 된다. 이를 위한 해결책으로 독일 각 주의 경찰법은, 법에 개별적으로 규정된 경찰권발동의 요건에 해당하지 않는 경우라 할지라도 공적 질서를 위해하는 사건이 발생할 경우 경찰이 위험제거를 위해 필요한 조치를 취할 수 있다는 일반적 수권조항(개괄조항)을 두고 있다.⁶⁴⁾ 우리는 이러한 조항이 규정되어 있지 않다. 따라서 이와 비슷한 경찰관직무집행법 제2조 제5호 '기타 공공의 안녕과 질서유지'를 일반(개괄)수권조항으로 보거나,⁶⁵⁾ 경찰에게 공공의 안녕과 질서유지를 위해 경찰권을 행사할 수 있다는 내용을 새로이 명문화하자⁶⁶⁾는 논의가 계속

62) 불심검문 및 임의동행(제3조), 보호조치(제4조), 위험발생의 방지(제5조), 범죄의 예방과 제지(제6조), 위험방지를 위한 출입(제7조).

63) 김성수, 개별행정법, 474면.

64) 독일 노르트라인-베스트팔렌 주 경찰법 제8조; 독일연방경찰법모범초안 제8조 참조.

65) 김남진, 행정법(II), 255면; 석중현, 일반행정법(하), 311면; 김성수, 개별행정법, 461면.

66) 홍정선, 행정법원론(하) 옆번호 796.

되고 있다. 판례도 청원경찰관이 창고를 허가없이 주택으로 개조하려는 행위를 단속한 것을 경찰관직무집행법 제2조에 해당하는 정당한 직무집행으로 봄으로써, 개괄조항에 의한 경찰권발동을 인정하는 방향으로 가고 있다.⁶⁷⁾ 이러한 논의를 종결시키는 방법으로는 경찰관직무집행법에 일반조항을 두는 것인데, 일반조항의 문제는 경찰 자신의 판단을 근거로 해결해야한다.⁶⁸⁾

셋째, 경찰의 적법한 경찰권행사는 법의 내용이 정당해야 함을 전제로 한다. 법이 규정한 범위내에서 활동해야만 정당한 경찰활동이 되기 때문이다. 부당한 법내용에 따른 경찰활동은 국민의 입장에서는 자신과 직접 대면하게 되는 경찰이 잘못된 것으로 볼 수 있겠으나, 궁극적으로 그 비판은 입법자에게 돌아가야 하는 것이다. 이 점에서 지난날 경찰의 시위과잉진압이나 보안관련수사에 있어서의 적법절차를 위반한 경찰의 관행은 순전히 경찰 자신의 탓으로만 돌릴 수는 없다. 입법부와 정부가 긴밀한 협조관계에 있는 우리 정부형태 하에서는 입법부가 정부의 목소리를 담아 법률에 자의적인 해석여지가 있는 조문을 만들어두었거나, 경찰권행사 권한은 주면서 엄격한 적용절차를 규정해두지 않은 잘못도 간과할 수는 없다 하겠다. 법의 근거가 없는 최루탄의 사용이 문제가 되었음에도 불구하고, 경찰관직무집행법 제3차 개정에서 이르러서야 무기사용과 별도로 최루탄 사용을 규정해 비로소 입법적 해결을 본 것도 그 예라 할 수 있을 것이다.

3. 경찰권행사와 사법부의 역할

사법부의 역할은 영미법계와 대륙법계에 따라 다르게 나타난다. 영미법계의 국가에서는 법원의 판사들이 판결로써 만든 판례법이 법의 근간을 이루고 있다. 상급법원이 어떤 사건에서 특정한 판결을 내릴 경우 그 법원이나 하급법원은 나중에 동일한 법률문제에 관해서는 같은 취지의 판결을 내리고, 이것이 곧 판례법을 형성하게 된다.

대륙법계를 취하는 국가는, 권력분립의 이론에 근거하여 법원은 법을 적용하는 일만을 담당하며 법을 제정하는 행위를 하는 것은 논리에 맞지 않는다고 보아 판례법의 법원성

67) 대판 1986. 1. 28, 85도2448.

68) 일반적 수권조항을 적용함에 있어 경찰은 위협의 존재여부를 판단하고, 여러 가지 수단가운데 어떠한 것을 선택해야하는가를 결정해야한다.

을 부인한다.⁶⁹⁾ 대륙법계를 취하는 우리나라도 법원조직법 제8조에서 “상급법원의 판결에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다”고 규정하지만, 이는 상고심으로부터 사건을 환송받은 법원은 그 사건을 재판함에 있어서 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 대하여, 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 기속적 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생기지 않는 한, 이에 기속된다는 사실을 말할 뿐이다.⁷⁰⁾

그러나 실무적으로는 상급법원, 특히 대법원의 판례는 법적 구속력이 있다 할 것이다. 법적 안정성이나 사회생활의 안정을 고려할 때, 유사한 사건에 대해 법원이 기존의 판례와 다른 판결을 내린다는 것은 특별한 이유나 사정이 있다고 할 수 없는 한 힘든 일이다. 또한 하급법원이 기존의 판례에 어긋난 판결을 내릴 경우 상급법원에 의해 파기될 염려도 있기 때문에, 법적으로 구속력이 없는 판례가 사실상 구속력을 갖게 되며, 법원은 이러한 과정을 거치면서 법의 정립기능을 일부 담당하게 되는 것이다.⁷¹⁾

예를 들어 검사가 공소제기 여부와 관련하여 의문이 생기는 경우 법에는 명문의 규정이 없지만, 최고법원의 판결이 이미 형성된 경우는 그에 따르게 될 것이다. 현재 이러한 예들은 모든 범영역에서 증가되고 있다. 이와 관련하여 입법부는 규범제정권력을 사법부에게 은근히 미루고 있는 상황이 벌어지고 있기도 하다.⁷²⁾

그 밖에도 법원은 재판을 하면서 법률의 위헌 여부가 의심되는 경우 헌법재판소에 위헌법률심판을 제기할 수도 있다.

위험 등의 불확정개념에 대한 경찰의 판단이 옳았는가에 대해서는 제한적으로 사후에 법적인 심판이 가능하다. 현대사회에서 어느 정도는 불가피하게 법에 도입될 수 밖에 없는 불확정개념은 학설이나 판례를 통해 그 명확성을 확보한다는 것이 일반적인 견해이다. 위험 등의 판단이 객관적·합리적으로 행해져야 함에도 불구하고 그렇지 못한 경우는 법적인 하자가 발생하며 여기에 따르는 경찰권발동의 위법성이 문제된다.⁷³⁾ 하지만,

69) Bern Rütters, Rechtstheorie, Rn. 235-237.

70) 대판 1996.12.10. 95도830.

71) 조상근 외, 법학입문, 45-46면.

72) Bern Rütters, Rechtstheorie, Rn. 242.

73) 이러한 위험판단의 하자는 오상위해, 위해의 의심, 외관적 위해 등으로 구별된다. 오상위해(Putativgefahr)는 객관적인 정황으로 미루어 보아 공공의 안녕과 질서에 대한 위해의 발생에 충

위험판단은 언제나 미래예측적인 것이므로, 위험을 판단할 당시의 상황을 따져보았을 때 구체적으로 현존하는 위험이 있다고 판단될 상당한 이유가 있는 경우에는 그 위법성이 인정되지 않는다. 다만 그 위험이 추상적이 아니라 구체적일 것이 요구된다.⁷⁴⁾

4. 소 결

위에서 살펴본 바와 같이 국민들에게 정당한 경찰권행사라고 인정되기 위해서는 경찰 개개인의 노력만으로는 불가능하다. 시시각각 일어나는 여러 가지 위험상황에서 공공의 안전과 인권침해사이에 비례의 원칙이 잘 적용되었는가를 일선 경찰 개인이 판단하는 것은 쉽지 않다. 피해가 발생하고 법원이 경찰의 공권력행사가 잘못되었다는 것을 인정한다면, ‘국민의 지팡이’라는 경찰의 이미지는 크게 훼손되고 그 개인의 침해된 인권 또한 완전히 회복되기 어렵다. 따라서 경찰권은 요건이 갖추어진 상태에서 발동되어야 하며 정도가 지나쳐서는 안 된다. 이를 위해 입법자는 경찰관련법률을 제정할 때 경찰에게 과도한 임무를 부여하는 포괄적 입법규정형식을 피하고 경찰권행사의 요건과 절차를 명시적으로 규정하려고 노력하여야 할 것이다. 사법부는 판례를 통해서 경찰권행사와 관련하여 필연적인 불확정개념들의 명확성을 높이도록 노력해야 할 것이다. 그리고 경찰청은

분한 근거가 존재하지 않는 경우를 말한다. 이는 경찰관의 지극히 주관적 판단이나 착오로 경찰권이 행사되는 경우로서 익명의 제보만을 근거로 전혀 범죄의 혐의가 없는 자에 대하여 체포나 수색이 이루어지는 것이 예이다. 이러한 경찰권발동은 위법하다.

위해의 의심은 경찰관이 정황을 객관적으로 조사하여 위해의 가능성이 있는 것으로 판단하지만, 아직 충분한 조사가 이루어지지 않아 그러한 위해의 발생이 현실화될 것인가의 여부가 불확실한 경우를 말한다. 이때에 경찰관은 잠정적인 조치를 취해 그러한 위해를 방지할 수 있다.

외관적 위해는 경찰관이 “사람살려”라는 소리를 듣고 타인의 대문을 박차고 들어갔으나 TV에서 방영된 영화 속의 한 장면으로 판명되는 경우이다. 이 때 경찰관은 위해에 대하여 충분한 근거가 존재한다고 확신하지만, 경찰권발동이 이루어진 이후에 이러한 위해가 없었던 것으로 확인되는 경우이다. 이러한 경우 경찰권의 행사는 적법한 것으로 판단할 수 있다. 통설적인 견해에 의하면 위해의 탐구를 위한 조치나 외관적 위해의 제거를 위해 동원된 수단들은 비록 사후에 이러한 위해가 존재하지 않았던 것으로 확인되는 경우에도 위법한 것으로 평가할 수 없다. 그 이유는 특정한 원인에 의하여 야기된 위해에 대하여 의심이 존재하는 경우에는 이미 경찰법상의 의미에서는 공공의 안녕과 질서에 대한 침해가 있다고 볼 수 있기 때문이다(김성수, 개별행정법, 467면).

74) 홍정선, 행정법원론(하), 옆번호 684이하.

일선 경찰들이 위협의 판단과 수단의 선택에서 비례의 원칙에 맞는 경찰권행사를 할 수 있도록 적법한 훈령 등을 발령하여 일선 경찰관들이 숙지하도록 하고, 그와 관련된 경찰관제들을 숙지하여야 할 것이다.

제3장 경찰권 행사 관련 판례

대법원판례에서 살펴본 바에 따르면 경찰권의 행사가 재판에서 문제가 되는 경우는 다음과 같은 세 유형으로 나눌 수 있다. 첫째는 국가와 원고로서의 사인(私人)과의 관계이다. 주로 형사사건에서 경찰의 수사에 의해 사인(私人)에게 부여된 범죄행위(犯罪行爲)에 불복하면서 경찰관의 적절하지 못한 증거취득이라든가 법률에 적합하지 못한 임무수행 등을 다투는 경우이다. 이 때 경찰관의 잘못이 밝혀질 경우 사인(私人)은 자신의 범죄혐의를 벗어 무죄판결을 받게되며, 국가는 경찰공무원의 위법한 직무행위로 받은 사인이 받은 손해에 대해 배상하여야 한다. 둘째, 국가와 경찰관사이의 관계이다. 경찰관의 직무수행이 위법하여 형법상의 범죄에 해당할 경우는 형사상 처벌을 받게되고, 경찰공무원법상의 징계에 대해 경찰이 불복하는 경우는 행정사건으로 다루어진다. 그 밖에도 국가는 경찰공무원이 고의 및 중과실로 사인에게 손해를 끼친 경우에는 이미 사인에게 지불한 국가배상액 중 일부를 경찰공무원에게 구상청구하게 된다(국가배상법 제2조). 셋째는 사인(私人)이 경찰을 폭행한다거나 공무집행을 방해하여 사인(私人)을 피고로 하여 공무집행방해죄성립여부를 다투는 것이다.

이하에서는 경찰권행사와 관련된 판례들을 도로교통 관련 판례, 집회 및 관한 판례, 일반수사과정 관련 판례, 경찰관의 무기사용 관련 판례, 공무집행방해 관련 판례, 경찰의 의무와 공무상 재해 관련 판례로 나누어 살펴보도록 하겠다.

제1절 도로교통 관련 판례

도로교통법 제1조는 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하는 것을 목적으로 하고, 경찰법과 경찰관직무집행법에 의해 경찰이 이 임무를 수행하도록 되어 있다. ‘교통질서유지’를 광의로 파악하면 경찰이 위험방지나 범죄에 대한 의심이라는 측면에서 구체적인 위험이 존재하지 않더라도 도로교통을 주시하고 법규준수를 관리하는 수단의 총체를 말한다.⁷⁵⁾ 경찰의 ‘교통감시업무’는

운전자의 운전가능성에 대한 심사와 자동차가 규정에 맞게 운행되는가(규정속도 유지 등)를 심사하는 것이다. 이러한 교통감시를 통해서 경찰은 위험발생을 방지하는 조치를 내리고 교통범죄가 일어났을 때 추적할 수 있는 근거를 마련하게 된다.

모든 국민은 보행자이면서 운전자나 그 동승자로서 도로교통에 참여하기 때문에 일반 국민들은 도로교통과 관련하여 경찰과 가장 빈번히 접촉하게 된다. 최근 공중의 안전을 위하여 수시로 행해지고 있는 음주측정관련판례들이 형성되어 있다. 이와 함께 교통정리를 할 수 있는 자는 누구이며 어느 지역에서 경찰이 단속을 할 수 있는지, 그 단속정도의 적정여부 등을 살펴보아야 한다. 직접적인 위험이 발생하지 않은 경우 혹은 교통을 단속하는 경찰관과의 사인간에 폭력이 행사된 경우의 시비를 가리는 판례의 경향을 살펴볼 것이다.

1. 교통정리를 할 수 있는 자

보행자나 차마는 신호기 또는 안전표지가 표시하는 신호 또는 지시와 교통정리를 하는 경찰공무원(전투경찰순경을 포함한다. 이하 같다)과 행정자치부령이 정하는 경찰공무원을 보조하는 사람(이하 “경찰공무원등”이라 한다)의 신호나 지시를 따라야 한다(도로교통법 제5조). 즉 교통정리를 할 수 있는 자에는 도로교통업무를 담당하는 경찰 외에 전투경찰순경⁷⁶⁾도 포함된다. 행정자치부령이 정하는 경찰공무원을 보조하는 사람은 무사고 운전자 또는 유공운전자의 표시장을 받은 사람으로서 경찰청장이 정하는 바에 따라 교통안전 봉사활동에 종사하는 모범운전자나 군사훈련 및 작전에 동원되는 부대의 이동을 유도하는 헌병을 의미한다(도로교통법시행규칙 제7조의2). 이하에서는 교통정리를 할 수 있는 자들과 관련된 판례를 살펴보겠다.

75) Hilse, G. Verkehrsüberwachung, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl(1996), Rn. 2.

76) 전투경찰은 원래 간첩(무장공비를 포함한다)의 침투거부·포착·섬멸 기타의 대간첩작전을 수행하고 치안업무를 보조하기 위해 지방경찰청장 및 대통령령이 정하는 경찰기관의 장 소속에 있는 전투경찰대원이지만(전투경찰대 설치법 제1조 제1항), 경찰법 제3조와 경찰관직무집행법 제2조에 의해 교통단속행위도 치안업무에 포함되고, 도로교통법 제5조에서도 전투경찰이 교통단속을 하고 있음을 제시하고 있다.

판례 1 : 교통신호보다 의무전투경찰순경의 수신호에 따른 의무 (대법원 1998.7.24 선고 98다18339 판결)

의무전투경찰순경은 치안업무를 보조하는 업무의 일환으로서 경찰공무원법의 규정에 의한 경찰공무원과 마찬가지로 단독으로 교통정리를 위한 지시 또는 신호를 할 수 있으며, 편도 3차선 도로 중 1, 2차선의 차량들이 모두 교통신호기상의 신호가 녹색신호임에도 의무전투경찰순경의 수신호에 따라 정지해 있는데도 교통신호기의 신호만을 보고 3차선을 따라 교차로에 진입하다가 수신호에 따라 교차로에 진입한 다른 차량과 충돌한 경우, 의무전투경찰순경에게 교통정리상의 과실이 없다고 보았다.

판례 2 : 전투경찰대원의 교통단속 중 상해 (대법원 2001.5.15 선고 2001두1970 판결)

전투경찰로 근무중이던 원고가 교통단속 근무 중 교통법규를 위반한 15t 덤프트럭을 적발하여 그 운전자 성명불상자(이하 ‘운전자’라고만 한다)에게 면허증 제시를 요구하자, 운전자는 이를 거절하면서 욕설을 퍼붓고, 차에서 내려와 원고의 멱살을 잡는 등 원고와 운전자는 약 30분간 서로 실랑이를 벌이던 중 원고가 오른쪽 팔로 운전석 출입문 아래 부분에 있는 유리를 쳤던 바, 그 충격으로 문짝 유리가 깨어지면서 그 깨진 유리에 오른팔의 팔꿈치 아래(전박)의 안쪽(손바닥 방향) 부분이 너비 3cm, 길이 7cm, 깊이 2cm 정도로 찢어지는 상처를 입었다. 운전자는 그 틈에 차량을 운전하여 현장을 떠나버렸고, 원고는 구리시 한양대학교 병원, 동두천시 성모제일신경외과, 경찰병원 등에서 치료를 받았으나, 우측전박부 심부열상으로 근육과 감각신경(정중신경)이 파열되어 현재 우측 1, 2, 3 손가락의 감각이 저하되고, 오른팔의 운동신경이 불완전 마비된 상태에 있다.

경찰관이 직무수행 중 특히 상대방의 반항에 물리적으로 대응하는 과정에서 상해를 입은 경우에 그것이 구 국가유공자등예우및지원에관한법률(1997. 12. 31. 법률 제5482호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제4조에 정한 ‘직무수행중의 상’에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는, 그와 같은 대응행위는 순간적인 판단과 신속한 대처가 요구되는 점에 비추어 상해를 입게 된 대응행위가 근무수칙 등의 위배여부만을 고려한다거나 상해를 입게 된 직접적인 원인행위 자체의 성격만으로 판단할 것이 아니라, 상해를 입기에 이른 일련의 과정과 그 결과 등을 종합적으로 파악하여 판단하여야 할 것이다.

이 사건에서와 같이 교통법규를 위반한 운전자가 원고의 단속에 불응하고, 욕설을 퍼붓는 등 모욕적인 언사를 쓰며, 심지어 떡살을 잡는 등 폭력을 행사하면서 장시간(30분) 저항하는 경우에, 원고로서는 이에 대응하여 어느 정도의 물리력을 행사할 수밖에 없었고, 그와 같은 대응과정에서 원고가 상해를 입었다면 이는 경찰관의 교통법규 단속업무에 내재하거나 통상 수반하는 위험이 현실화된 것으로 보아야 할 것이므로, 법시행령(1998. 5. 9. 대통령령 제15792호로 개정되기 전의 것) 제3조의2가 정한 예외사유(자해행위, 장난싸움행위)에 해당하지 아니하는 한 그 상해는 법 제4조 제1항 제6호의 ‘직무수행중의 상이’라고 봄이 상당하여 국가유공자에 해당한다 하겠다.

판례 3 : 교통할아버지의 수신호로 인한 교통사고유발시의 책임 (대법원 2001.1.5 선고 98다39060 판결)

서울특별시 강서구는 ‘교통할아버지 봉사활동 계획’을 수립한 후 관할 동장으로 하여금 ‘교통할아버지’를 선정하게 하여 그들에게 지방자치단체의 복지행정업무에 해당하는 어린이 보호, 교통안내, 거리질서 확립 등의 공무를 위탁하여 이를 집행하게 하였다. 그러던 중 ‘교통할아버지’로 선정된 노인이 위탁받은 업무 범위를 넘어 교차로 중앙에서 교통정리를 하다가 교통사고를 발생시킨 경우에 국가배상의 주체가 문제되는데, 교통개선을 위한 교통안내행위는 복지행정의 일종으로서 반드시 국가만이 이를 할 수 있는 것은 아니고, 주민의 복리에 관한 사무의 처리를 그 기본임무로 하고 있는 지방자치단체로서도 관할구역 내에서도 수행할 수 있으므로 지방자치단체가 국가배상법 제2조 소정의 배상책임을 부담한다.

2. 일반 교통경찰권이 미치는 영역

경찰공무원 등이 도로교통법에 규정된 단속업무 등을 수행하는 데에도 일정한 제한이 따른다. 즉 도로교통법 제2조 제1호 소정의 도로법상의 도로, 유료도로법상의 유료도로 외에도 “일반 교통에 사용되는 모든 곳”에서 음주측정, 무면허단속 등의 경찰관의 경찰권행사가 가능하다. “일반 교통에 사용되는 모든 곳”이라 함은 현실적으로 불특정 다수

의 사람 또는 차량의 통행을 위하여 공개된 장소로서 교통질서유지 등을 목적으로 하는 일반 교통경찰권이 미치는 공공성이 있는 곳을 의미하는 것이므로, 특정인들 또는 그들과 관련된 특정한 용건이 있는 자들만이 사용할 수 있고 자주적으로 관리되는 장소는 이에 포함된다고 볼 수 없다.⁷⁷⁾ 이러한 대법원의 견해는 같은 아파트단지 내라 할 지라도 통행로인지 주차구획인지에 따라 음주운전측정 등의 가능성을 구분하고 있다.

판례 1 : 민박집 주차장에서의 승용차운전 (대법원 1998.3.27선고 97누20755 판결)

원고는 가족휴가촌 내 민박집 주차장에 승용차를 주차하고 그 곳 잔디밭에 텐트를 치고 술을 마시다가 뒤에 주차되어 있던 다른 차량의 진로를 열어주기 위하여 주차위치를 이동하다가 뒤따라오던 차량의 운전자와 시비가 벌어지자 2시간 가량 통로에 차량을 주차하여 후행차량의 통행을 방해하였다. 이에 출동한 경찰관이 같은 날 19:30경 인근 과출소로 동행하여 음주소란 및 교통방해의 혐의로 조사하다가 같은 날 20:55경, 21:15경, 21:20경의 3차례에 걸쳐 원고에 음주측정을 요구하였으나 이에 불응하였다.

원고가 술에 취하여 있었다고 보이는 상태에서 승용차를 운전한 장소는 민박집을 경영하는 개인이 사비를 들여 개설한 폭 2.6m의 교통로이기는 하지만 그 교통로와 민박집 사이에 나무가 심어져 있거나 돌들이 가지런하게 놓여 경계를 이루고 있는 점, 또한 위 교통로의 한쪽 끝은 군도와 연결되어 있고 다른 한쪽은 등산로와 연결되어 있으며 그 등산로는 봄부터 가을까지는 등산객의 통행이 빈번한 점을 엿볼 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면 위 교통로는 현실적으로 불특정 다수의 사람 또는 차량의 통행을 위하여 공개된 장소로서 교통질서유지 등을 목적으로 하는 일반 교통경찰권이 미치는 공공성이 있는 도로교통법상의 도로에 해당한다고 보아야 한다.

판례 2 : 대학구내 (대법원 1996.10.25 선고 96도1848 판결)

교통사고가 발생한 장소는 교육기관인 대학 구내에 있는 길로서 대학교는 담으로 둘러 쌓여 있어 정·후문의 출입구 이외에는 외부로부터의 출입이 용이하지 아니하며, 대

77) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92도1662 판결, 1993. 6. 22. 선고 93도828 판결, 1995. 7. 28. 선고 94누9566 판결, 대법원 1996. 10. 25. 선고 96도1848 판결 등 참조.

학 구내에는 대학교에서 설치한 도로가 있으나 구내 공간이 비좁아 정숙한 먼학분위기 조성 및 주차질서의 확립을 위하여 정·후문에서 수위 및 주차관리 근로학생의 엄격한 통제 하에서 교직원의 일반인과 학생들의 차량출입을 통제하면서, 다만 교직원과 학교업무에 용무가 있는 자들의 차량만으로 용무를 확인하여 운전면허증을 수위실에 보관시킨 후 출입증을 교부하여 이를 부착한 상태로 출입 및 주차를 허용하고 있고, 용무가 없는 일반인이나 중·고등학생의 보행출입도 통제하고 있다. 그곳은 교통질서 유지를 위하여 경찰 등에 의뢰한 바 없이 순찰하는 수위 등이 자주적으로 관리·통제하고 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 교통사고가 발생한 장소는 대학교에 재학 중인 학생들이나 그 곳에 근무하는 교직원들이 이용하는 대학시설물의 일부로 학교운영자에 의하여 자주적으로 관리되는 곳이지 불특정 다수의 사람 또는 차량의 통행을 위하여 공개된 장소로 일반 교통경찰권이 미치는 공공성이 있는 곳으로는 볼 수 없다.

판례 3 : 아파트단지 내

아파트단지내의 도로나 주차장이 일반인의 통행이 가능한 일반도로인가의 여부를 둘러싸고 많은 판례들이 형성되었다. 결론적으로 판례는 아파트단지 내의 통행로는 도로교통법 제2조 제1호 소정의 ‘도로’에 해당하고, 그 밖의 주차구획이나 주차장은 ‘도로’에 속하지 않아 도로교통과 관련하여 경찰이 개입할 수 없는 장소로 밝히고 있다.

판례 3-1 : 아파트단지 내의 통행로 (대법원 2001.7.13 선고 2000두6909 판결)

원고가 음주운전을 한 장소는 아파트 단지 내 통행로이다. 아파트 단지는 15층 아파트 12개동 1530세대로 이루어져 있고 그 둘레에는 담장이 설치되어 있으며 위 아파트 단지 내로 들어가기 위해서는 정문, 중문, 후문, 서문 등 4개의 출입구를 통하여야만 하고, 정문 및 중문 쪽은 편도 2차선 도로와, 후문 및 서문 쪽은 편도 1차선 도로와 각 연결되어 있으며 중문과 후문 사이는 왕복 2차선의 통행로가 일직선으로 연결되어 있다. 위 아파트 단지에는 관리사무소 이외에 위 4개의 출입구에 모두 경비실이 설치되어 있고, 위 각 출입구 중앙 쪽에 바리케이드가 설치되어 되어 있으며 ‘외부차량 주차금지’라는 표시판이 부착되어 있으나, 위 각 경비실에 근무하는 경비원들은 2명씩이 1일 교대

로 격일 근무를 하고, 주로 순찰이나 도난예방 등의 방법활동과 제조작업이나 아파트 주변에 대한 청소작업 등의 환경미화 등의 업무를 하면서 주차장에 주차되어 있는 차량 중 위 아파트 주민의 차량이 아닌 차량을 발견할 경우 차량용 스티커를 발부하는 방법으로 주차공간을 확보해 오고 있다. 한편 위 각 경비실이 통행로와 인도를 사이에 두고 설치되어 있는 데다가 차량단속차단기 등의 시설이 설치되어 있지 않고 1명씩만 근무하고 있는 관계로 위 경비원들이 위 아파트 단지 내로 출입하는 차량들을 통제한다는 것은 현실적으로 어려운 상황이다. 이와 같은 연유로 이 사건 당시뿐만 아니라 평소에도 위 아파트 정문 및 후문 등의 출입구에서 단지 내로 출입하는 차량들을 통제하고 있지는 않고 있는 사실을 인정한 다음, 위 세원한아름아파트 단지는 상당히 넓은 구역으로서 비록 여러 곳에 경비실이 설치되어 있고 경비원들이 위 아파트 주민 이외의 차량에 스티커를 발부해 왔다 하더라도 이는 주민들의 차량으로 하여금 우선 주차할 수 있도록 하기 위한 주차공간확보 차원에서 이루어진 것으로 보여질 뿐이고, 그것만으로 위 아파트 단지 내의 통행로가 특정인들 또는 그들과 관련된 특별한 용건이 있는 자들만이 사용할 수 있는 장소로서 자주적으로 관리되는 장소라고 볼 수는 없고, 현실적으로 볼 때 불특정 다수의 사람이나 차량의 통행을 위하여 공개된 장소로서 교통질서유지 등을 목적으로 하는 일반교통경찰권이 미치는 공공성이 있는 곳으로 구 도로교통법 제2조 제1호 소정의 ‘도로’에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

판례 3-2 : 아파트주차장 (대법원 1999.12.10 선고 99도2127 판결)

피고인이 술을 먹고 귀가하다가 눈이 내리는 것을 보고 자신이 거주하고 있는 아파트의 구내 노상주차장에 주차시켜 둔 자신의 승용차를 위 아파트 구내 지하주차장으로 옮겨 놓기 위하여 위 승용차를 위 노상주차장으로부터 위 지하주차장 입구 부근까지 40m 내지 50m 가량 운전하였는 바, 피고인이 위와 같이 승용차를 운전한 장소는 위 아파트 구내에 위치하여 위 아파트 주민들 또는 그들과 관련된 특정한 용건이 있는 자들만이 사용할 수 있으면서 위 아파트 주민들이 자주적으로 관리하는 장소로서, 불특정 다수의 사람이나 차량 등의 통행을 위하여 공개된 장소로서 경찰권이 미치는 공공성이 있는 장소라고 인정되지 아니하므로 피고인이 위와 같은 장소에서 술에 취한 상태에서 승용차

를 운전하다가 경찰관의 주취측정요구에 불응하여 도로교통법을 위반하였다는 이 사건 도로교통법위반의 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 것은 정당하다.

판례 3-3 : 아파트주차구획내 (대법원 1995.7.28 선고 94누9566 판결)

아파트단지 내 건물사이의 통로 한 쪽에 주차구획선을 그어 차량이 주차할 수 있도록 한 주차구역은 만들었다면 이는 주차장법 및 주택건설촉진법 등의 관계규정에 의하여 설치된 아파트부설주차장이라고 보아야 하고, 주차구획선 밖의 통로부분이 일반교통에 사용되는 곳으로서 도로교통법 제2조 2호 소정의 도로에 해당하는지의 여부는 아파트의 관리 및 이용상황에 비추어 그 부분이 현실적으로 불특정 다수의 사람이나 차량의 통행을 위하여 공개된 장소로서 교통질서유지 등을 목적으로 하는 일반경찰권이 미치는 곳으로 볼 것인가 혹은 특정인들 또는 그들과 관련된 특정한 용건이 있는 자들만이 사용할 수 있고 자주적으로 관리되는 장소로 볼 것인가에 따라 결정할 것이나, 주차구획선 내의 주차구역은 도로와 주차장의 두가지 성격을 함께 가지는 곳으로서 주차장법과 주택건설촉진법 등의 관계규정이 우선 적용되므로 이는 도로교통법 소정의 도로가 아니다 (1994.1.25 선고 93도1574 판결; 1993.1. 19 선고 92도2901판결 등 참조).

판례 4 : 호텔주차장 (대법원 2001.2.15 선고 판결)

김씨는 1998년 12월 강원 양구군 S호텔 주차장에서 음주 상태로 자신의 승용차를 후진하던 중 뒷벽을 들이받은 뒤 호텔로 들어가 잠을 잤으나 신고를 받고 출동한 경찰이 김씨를 임의동행하는 과정에서 음주측정요구를 거부했다는 등의 이유로 운전면허를 취소하자 소송을 냈다. 대법원 3부(주심 윤재식 대법관)는 김씨가 강원지방경찰청을 상대로 낸 자동차 운전면허 취소처분 취소청구소송 판결문에서 호텔 주차장은 ‘일반 교통에 사용되는 곳’ 이라고 규정된 도로교통법상 도로의 개념에 해당하지 않아 경찰의 음주측정요구에 반드시 응해야할 의무가 없으며 김씨의 경우 면허 취소 대상이 되지 않는다고 밝히며, 김씨가 주차장에 차를 세운 뒤 더 이상 운전할 의사가 없었다는 점 등이 인정되고 구체적인 위험성도 없었던 상황으로 판단된다고 판시하였다.

3. 도로교통단속

1) 음주측정

도로교통단속가운데 가장 많은 판례를 형성하고 있는 것이 바로 음주측정관련 사안이다. 교통사고발생의 주범인 중앙선 침범, 과속, 신호위반 등은 무인카메라나 일반인의 도움을 받아 그 증거를 확보할 수 있으므로 위반자와 경찰간의 충돌이 발생하지 않는 반면, 음주운전단속은 운전자가 직접 음주측정에 협조하여야 하기 때문이다.

(1) 음주측정과 기본권침해여부

경찰의 음주측정이 헌법 제12조를 위반여부에 대한 헌법소원이 제기되었다.⁷⁸⁾ 헌법재판소는 ‘진술’이라 함은 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미하는데 반해, 도로교통법 제41조 제2항에 규정된 음주측정은 호흡측정기에 입을 대고 호흡을 불어넣음으로써 신체의 물리적, 사실적 상태를 그대로 드러내는 행위에 불과하므로 이를 두고 ‘진술’이라 할 수 없고, 따라서 주취운전의 혐의자에게 호흡측정기에 의한 주취여부의 측정에 응할 것을 요구하고 이에 불응할 경우 처벌한다고 하여도 이는 형사상 불리한 ‘진술’을 강요하는 것에 해당한다고 할 수 없으므로 헌법 제12조 제2항의 진술거부권조항에 위배되지 않는다고 판시하였다. 또 음주측정은 성질상 강제될 수 있는 것이 아니며 궁극적으로 당사자의 자발적 협조가 필수적인 것이므로 이를 두고 법관의 영장을 필요로 하는 강제처분이라 할 수 없으므로, 주취운전의 혐의자에게 영장없는 음주측정에 응할 의무를 지우고 이에 불응한 사람을 처벌한다고 하더라도 헌법 제12조 제3항에 규정된 영장주의에 위배되지 아니한다고 판시하였다. 적법절차와 관련해서는 음주운전방지와 규제는 절실한 공익상의 요청이며 이를 위해서는 음주측정이 필수적으로 요청되는 바, 어떤 유형의 음주측정을 어떻게 관철시킬 것인가는 각 나라의 음주문화, 필요한 의료시설·법집행장치의 구비정도, 측정방법의 편이성 및 정확성, 국민의 정서 등 여러 가지 요소들을 고려하여 합리적으로 결정하여야 할 것이다. 음주측

78) 헌재 1997.3.27선고 96헌가11결정.

정은 추구하는 목적의 중대성(음주운전 규제의 절실성), 음주측정의 불가피성(주취운전에 대한 증거확보의 유일한 방법), 국민에게 부과되는 부담의 정도(경미한 부담, 간편한 실시), 음주측정의 정확성문제에 대한 제도적 보완(혈액채취 등의 방법에 의한 재측정보장), 처벌의 요건과 처벌의 정도(측정불응죄의 행위주체를 엄격히 제한) 등에 비추어 합리성과 정당성을 갖추고 있으므로 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에 위배된다고 할 수 없다고 하였다.

그 외에도 음주운전측정과 양심의 자유, 인간의 존엄과 가치, 일반적 행동의 자유의 침해에 대하여도 논하여졌으나 모두 부인되었다. 음주측정요구에 처하여 이에 응하여야 할 것인지 거부해야 할 것인지 고민에 빠질 수는 있겠으나 그러한 고민은 선과 악의 범주에 관한 진지한 윤리적 결정을 위한 고민이라 할 수 없으므로 그 고민 끝에 어쩔 수 없이 음주측정에 응하였다 하여 내면적으로 구축된 인간양심이 왜곡·굴절된다고 할 수 없다. 음주운전으로 야기될 생명·신체·재산에 대한 위협과 손해의 방지라는 절실한 공익목적을 위하여 더욱이 주취운전의 상당한 개연성이 있는 사람에게 부과되는 제약이라는 점을 생각하면 그 정도의 부담을 두고 인간으로서의 인격적 주체성을 박탈한다거나 인간의 존귀성을 짓밟는 것이라고는 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이 아니다. 일반적 행동의 자유가 제한될 수 있으나, 그 입법목적의 중대성, 음주측정의 불가피성, 국민에게 부과되는 부담의 정도, 처벌의 요건과 정도에 비추어 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 어긋나는 것이라고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제10조의 규정된 행복추구권에서 도출되는 일반적 행동의 자유를 침해하는 것이라고도 할 수 없다.

(2) 경찰관이 음주측정요구를 할 수 있는 경우

도로교통법 제41조 제2항에 따르면, 경찰공무원은 교통안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 경찰공무원이 운전자가 술에 취하였는지 여부를 측정할 수 있으며, 운전자는 이러한 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다.

① 교통안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정될 때

경찰공무원의 음주측정은 도로교통법 제1조, 제41조 제2항의 취지에 비추어 볼 때 음주운전을 제지하지 아니하고 방치할 경우에 초래될 도로교통의 안전에 대한 침해 또는 위험을 미리 방지하기 위한 필요성, 즉 “교통안전과 위험방지의 필요성”이 있을 때에 한하여 그 음주운전의 혐의가 있는 운전자에 대하여 요구할 수 있는 예방적인 행정행위일 뿐이다. 그러므로 운전자의 운전으로 인하여 발생될 구체적인 위험성이 음주측정을 요구 받았을 당시에 존재하여야 한다.

만일 운전을 종료하여 더 이상 자동차를 음주한 상태로 운전하지 않을 것임이 명백한 경우에는 비록 그가 음주운전의 직후에 있었다는 점에서 도로교통법상 음주운전죄의 현행범에 해당된다 하더라도 운전으로 인한 교통안전과 위험방지의 필요성은 소멸되었다고 할 수밖에 없어 경찰관에게 이미 발생한 도로교통법상의 범죄행위에 대한 수사를 위한 음주측정권한이 부여된 것이라고 볼 수는 없다. 만일, 운전자가 이러한 범죄수사를 위한 경찰관의 음주측정요구에 불응한 경우에는 다른 증거에 의하여 음주운전죄로 처벌할 수 있음은 별론으로 하고 도로교통법 제107조의2 제2호 소정의 음주측정불응죄는 성립하지 아니한다.⁷⁹⁾

판례 : 주차구역 내에서 1m 전·후진한 경우 (대법원 1997.11.11 선고 97도1841 판결)

피고인이 친구들과 술을 마시고 노래방에 가기로 약속한 다음 서류를 놓아두기 위하여 노상주차장에 주차된 자신의 승용차의 운전석에 잠시 탄 다음 친구들이 뒤따라 나오지 않는다는 이유로 경음기를 몇 차례 울리자 인근 거주 주민이 잠을 잘 수 없으니 조용히 해달라고 항의하였고, 이에 피고인이 화가 나 위 주민을 위협하기 위하여 승용차를 노상주차장의 주차구획선 내에서 약 1m 정도 전·후진을 한 다음 차에서 내려 위 주민과 서로 시비하던 중 신고를 받고 출동한 경찰공무원의 음주측정요구에 운전한 사실이 없다는 이유로 불응하였다. 이에 대해 대법원은 경찰공무원이 이러한 상황 하에서 음주측정을 요구한 것은 교통안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 해당하는

79) 대법원 1994.10.7. 선고 94도2172 판결.

다고 할 수 없으므로, 피고인의 위 행위가 음주측정거부행위에 해당하지 아니한다고 판시하였다.

② 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있을 때

음주측정 요구 당시의 객관적 사정을 종합하여 볼 때 운전자가 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있고 운전자의 음주운전 여부를 확인하기 위하여 필요한 경우에는 사후의 음주측정에 의하여 음주운전 여부를 확인할 수 없음이 명백하지 않는 한 경찰공무원은 당해 운전자에 대하여 음주측정을 요구할 수 있고, 당해 운전자가 이에 불응한 경우에는 도로교통법 제107조의2 제2호 소정의 음주측정불응죄가 성립한다 할 것이다.⁸⁰⁾ 상당한 이유가 있는지의 여부는 음주측정 요구 당시 개별 운전자마다 그의 외관·태도·운전 행태 등 객관적 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이고, 특히 운전자의 운전이 종료한 후에는 운전자의 외관·태도 및 기왕의 운전 행태, 운전자가 마신 술의 종류 및 양, 음주운전의 종료로부터 음주측정의 요구까지의 시간적·장소적 근접성 등 객관적 사정을 종합하여 판단하여야 한다.⁸¹⁾

판례 1 : 교통사고 2시간 경과 후의 음주측정 (대법원 1997. 6. 13 선고 96도3069 판결)

피고인이 음주상태에서 무면허로 자동차를 운전하고 가다가 같은 동 주택가 이면도로 교차로에서 업무상 과실로 인적 피해 및 물적 피해가 발생한 교통사고를 내고 정차하여 피해 자동차의 운전자와 잠시 이야기를 나누었으나 무면허운전 및 음주운전의 처벌에 대한 두려움 때문에 피해를 확인하는 등 피해자를 구호하기 위하여 필요한 조치를 취하지 아니한 채 자동차를 운전하고 도주하여 귀가해 버렸다. 위 교통사고 당시 피해 자동차의 운전자가 보기에 피고인은 상당히 술에 취해 있었고, 그 후 피고인이 집으로 찾아온 피해 자동차의 운전자 및 경찰공무원과 함께 창원경찰서에 가서 위 교통사고에 대한 조사를 받던 중 사고 2시간 경과 후 경찰공무원으로부터 음주측정을 요구받았을 당시에

80) 대법원 1997. 6. 13, 96도3069.

81) 대법원 2001. 8. 24. 선고 200도6026 판결.

도 피고인의 외관, 거동 등에 비추어 볼 때 피고인은 상당히 술에 취한 것으로 보였다. 그 때 피고인은 경찰공무원의 음주측정 요구에 불응하였던 사실 등을 알 수 있는바, 사정이 그러하다면 비록 피고인이 술을 마신 상태에서 운전을 하다가 이 사건 교통사고를 내고 도주하여 귀가함으로써 운전을 종료한 후 경찰공무원이 음주측정을 요구할 때까지 2시간 가량 경과하였다고 하더라도, 위 음주측정의 요구 당시에 피고인이 술에 취한 상태에서 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있었다 할 것이고, 한편 사후의 음주측정에 의하여 음주운전 여부를 확인할 수 없는 경우라고 보기는 어려우므로 음주측정을 요구할 수 있고, 이에 응하지 않은 경우 음주측정불응죄에 해당한다.

판례 2 : 음주종료로부터 약 5시간 후의 음주측정 (대법원 2001. 8. 24 선고 2000도6026 판결)

경찰관이 피고인에게 음주측정을 요구할 당시 식당 주인과 종업원이 피고인의 음주, 취중행위로 볼 수밖에 없는 각종 소란행위, 음주 후 화물차 운전행위 등을 목격하였다고 진술하고 있었고, 음주측정을 요구한 경찰관이 조사 당시 피고인의 외관, 태도 등에서 취기를 느낄 수 있었다고 증언하고 있는 점에 비추어 보면, 피고인이 운전행위를 종료한 후 5시간 가량이 경과하였고 귀가하여 잠을 자고 있다가 연행되었다고 하더라도 피고인이 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 할 것이다. 또한, 운전행위 종료 후 위와 같은 시간이 경과하고 피고인이 당시 귀가한 후 집에서 술을 마셨다고 진술하고 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로 음주측정에 의하여 음주운전 여부를 확인할 수 없음이 명백한 경우에 해당한다고 할 수도 없다. 그렇다면 경찰관은 도로교통법 제41조 제2항에 의하여 피고인에게 음주측정을 요구할 수 있었고, 피고인이 이에 불응한 이상 같은 법 제107조의2 제2호 소정의 음주측정불응죄가 성립한다.

판례 3 : 음주측정의 요건충족여부 (전주지법정읍지원 1997. 9. 13, 97고단195)

경미한 교통사고를 야기한 사실을 경찰관들이 알고도 일단 피고인을 귀가하게 한 후 피고인이 기거하고 있는 ○○초등학교 숙직실에 가서 긴급체포나 현행범체포 요건을 갖

추지 않고 또한 법원으로부터 체포영장이나 구속영장을 발부받지도 않은 채 피고인을 연행한 경찰관들의 행위는 경찰서로의 임의동행을 거부하는 피고인을 연행한 행위로서 정당한 공무집행이 아닌 위법한 체포행위였다고 볼 수밖에 없다. 경찰관들로서는 피고인에게 음주운전의 혐의가 있다고 판단되었으면 피고인이 피해자 임○호의 승용차를 손괴한 사실을 알고 삼부회관 앞으로 출동하였을 때 음주측정을 하든지 아니면 피고인이 귀가한 ○○초등학교 숙직실에 음주측정기를 가지고 찾아가 음주측정을 요구하고, 만약 피고인이 이를 거부하면 음주측정거부로 입건하여 처벌되도록 하였으면 되고, 체포영장이나 구속영장을 발부받지 않았는데도 굳이 임의동행을 거부하는 피고인을 경찰서까지 동행하여 와 음주측정을 할 필요는 없었다고 하겠다. 그리고 설령 피고인이 법원의 구속영장이나 체포영장 없이 위법하게 피고인을 연행하려는 위 경찰관들의 행위에 대해 임의동행을 거부하며 저항하는 과정에서 위 경찰관들에게 가벼운 상처를 입게 하고 순찰차량을 조금 손괴하였다고 하여도 이는 정당행위로서 벌받지 않는 행위에 해당한다고 할 것이다.

판례 4 : 강제연행 후 음주측정의 증거력 (중앙일보, 2001. 12. 3.)

박모씨는 음주운전 중에 일어난 접촉사고를 조사하기 위해 출동한 경찰관이 음주측정을 요구하자 이를 거부 경찰에 강제 연행된 뒤 음주측정을 한 결과 혈중 알콜농도가 기준을 초과한 것으로 나와 면허가 취소되었다. 이에 박모씨는 합법적 절차를 무시한 상태에서 조사된 음주측정 결과는 증거능력이 없다며 서울지방경찰청장을 상대로 낸 자동차 운전면허취소처분 취소청구소송을 제기하였다. 이를 서울행정법원은 판결문에서 합법적이지 못한 절차에 의해 측정된 음주측정 결과라도 적법 절차에 따른 결과와 다르지 않기 때문에 증거가치에는 변함이 없다고 밝혔다.

(3) 음주측정의 방법과 재량유무

음주측정은 원칙적으로 도로교통법 제41조 제1항에 의해 호흡측정에 의한 방법으로 측정하고, 호흡측정한 결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 얻어 혈액채취등의 방법으로 다시 측정할 수 있다(도로교통법 제41조 2항). 이 때 경찰공무원이

음주여부나 주취정도를 측정함에 있어서는 그 측정방법이나 측정회수에 있어서 합리적인 필요한 한도에 그쳐야 하겠지만 그 한도 내에서는 어느 정도의 재량이 있다고 하여야 할 것이다.⁸²⁾

① 호흡측정

운전자는 자신이 음주단속에 걸린 후 현장에서 그에 응하지 않고 급한 전화를 하기 위해 파출소로 와서 음주측정을 하려했는데, 음주측정방법을 몰라서 제대로 음주측정기를 사용하지 못한 것을 경찰이 음주측정거부로 보았다고 주장하였다. 원심에서는 음주단속사건의 경우 경찰들의 진술서만으로는 사건을 제대로 알 수 없고, 파출소 내에 문제의 소지가 있을 경우 CC-TV를 작동시키도록 규정되어 있는데 이를 제출하지 않은 점을 들어 운전자의 무죄를 선언하였다. 그러나 대법원은 경험칙상 음주측정방법을 성인이 모를 리가 없으며, 사건을 담당한 경찰외에 입회한 경찰이 그 측정대상자와 아무런 관계가 없는데도 이해당사자로 보고 CC-TV촬영테이프가 없다는 사실만으로 음주거부의사가 없었다고 판단한 것은 잘못되었다고 판단하였다(대법원 2000.1.14 선고 99도3576).

② 호흡측정과 혈액채취의 관계

판례 1 : 호흡측정기에 의한 음주측정을 거부한 경우 (대법원 2000.4.11 선고 99도5210)

도로교통법 제41조 제2항에서 말하는 ‘측정’이란 측정결과에 불복하는 운전자에 대하여 그의 동의를 얻어 혈액채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있음을 규정하고 있는 같은 조 제3항과의 체계적 해석상 호흡을 채취하여 그로부터 주취의 정도를 객관적으로 환산하는 측정방법, 즉 호흡측정기에 의한 측정이라고 이해하여야 할 것이고, 한편 호흡측정기에 의한 음주측정은 운전자가 호흡측정기에 숨을 세계 불어넣는 방식으로 행하여지는 것이다.

여기에는 운전자의 자발적인 협조가 필수적이라 할 것이므로, 운전자가 경찰공무원으로부터 음주측정을 요구받고 호흡측정기에 숨을 내쉬는 시늉만 하는 등 형식적으로 음주측정에 응하였을 뿐 경찰공무원의 거듭된 요구에도 불구하고 40분간 호흡측정기에 음

82) 대법원 1992.4.28 선고 92도220 판결; 대판 2000. 6. 23, 99도5683 판결.

주측정수치가 나타날 정도로 숨을 제대로 불어넣지 아니하여 수치가 나타나지 않도록 하였다면 이는 실질적으로 음주측정에 불응한 것과 다를 바 없다 할 것이고, 운전자가 정당한 사유없이 호흡측정기에 의한 음주측정에 불응한 경우 그로써 음주측정불응의 죄는 성립한 것이다. 설령 그 후 피고인이 혈액채취의 방법으로 음주측정을 하도록 요구한 사실이 있다 하더라도 이미 성립한 음주측정불응의 죄에 영향을 주게 할 수 없다 할 것이다.⁸³⁾

판례 2 : 호흡측정 후 곧바로 혈액채취를 요구한 경우 (대법원 2001.7.24 선고 판결)

호흡측정 결과 혈중알콜농도 0.077%의 상태에서 운전을 한 혐의를 받은 강모(31)씨는 음주상태를 측정한 결과를 인정할 수 없다며 곧바로 혈액채취를 통한 재측정요구를 했는데도 경찰이 이를 받아들이지 않았다. 대법원은 호흡측정기에 의한 음주측정은 기계와 사람마다 차이가 생길 수 있는 만큼 운전자가 호흡측정 이후 곧바로 혈액채취를 통한 재측정을 요구했다면 단속 경찰관은 이에 응해야 한다며 경찰이 이를 무시한 채 최초의 호흡측정 수치를 그대로 확정하는 것은 잘못이라고 밝혔다.

③ 동의없는 혈액채취의 증거력

판례 : 병원에서 본인의 동의없이 채혈을 받아 음주측정을 한 경우 (대법원 1999.9.3 선고 98도968 판결)

피고인이 도로에서 혈중알콜농도 0.09%의 주취상태로 화물차를 운전하다가 중앙선을 침범하여 반대차선에서 진행 중이던 프라이드 및 그랜저 승용차를 충돌하여 위 승용차에 타고 있던 피해자 5명으로 하여금 약 2주 내지 6주간의 치료를 요하는 상해를 입게 하였다. 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 1심이 국립과학수사연구소의 혈액감정의뢰회

83) 1, 2심에서는 현행 도로교통법은 호흡측정기를 통한 음주측정에 불복하는 경우 2차적으로 혈액채취 방법을 사용토록 하고 있지만, 처음부터 혈액채취를 원하는 경우 호흡측정 결과 혈중알콜농도가 형사 입건기준(0.05%) 이상으로 나타나면 불복하겠다는 의사가 포함돼 있기 때문에 호흡측정기에 의한 측정은 의미가 없다며, 운전자가 호흡측정에 비해 신체적 심리적 부담이 되는 채측정을 요구한 것은 보다 정확하고 신뢰성있는 실체적 진실 발견에 적극 협조하겠다는 의사표시로 봐야 한다고 판시하였다.

보를 증거로 채택하여 피고인의 주취상태를 인정한 데에 대하여 변호인은 경찰이 피고인의 동의를 얻거나 법관의 영장에 의하는 등 적절한 법률상의 절차를 거치지도 아니한 상태로 이 사건 교통사고로 인하여 의식불명상태에 있던 피고인의 신체에서 임의로 혈액을 채취하여 국립과학수사연구소에 감정을 의뢰하여 얻게 된 혈액감정의뢰회보는 그 수집절차에 중대한 위법이 있어 증거능력이 없을 뿐만 아니라, 감정대상인 혈액이 피고인의 혈액임을 담보할 수 없는데도 불구하고 1심이 위 혈액감정의뢰회보에 의거하여 피고인이 이 사건 교통사고 당시 음주운전한 사실을 인정한 위법이 있다고 주장하였다.

대법원은 경찰관이 공주의료원에서 호흡으로 음주측정이 어려운 피고인에 대하여 피해자측 요구에 따라 그 음주운전 여부를 수사하기 위하여 혈액을 채취하려 하였으나 당시 이 사건 사고로 후송되어 응급 가료중이던 피고인은 전혀 의식이 없었고 가족들도 현장에 없었는데 마침 위 의료원 간호사가 치료의 목적으로 피고인의 혈액을 채취하자 경찰관이 간호사에게 부탁하여 채혈된 혈액 중 일부를 받은 후 이를 교통사고처리반에 인계하여 혈중알코올농도의 감정용으로 사용한 사실을 인정하고, 위 인정 사실과 같이 피고인이나 그 가족의 동의를 얻을 수 없는 상황에서 간호사에 의하여 병원에서 치료의 필요에 따라 채취한 피고인의 혈액 중 소량을 사용하여 얻어진 위 감정결과는 모든 절차를 적법하게 준수하여 얻어진 증거라고 할 수는 없다고 하더라도 그 위법의 정도나 그로 인하여 피고인이 입은 신체의 안전과 인간의 존엄성의 각 침해 정도가 위 증거를 배제하여야 할 정도에는 이르지 아니하므로 위 채혈에 따른 감정의뢰회보는 그 증거능력이 있다고 보아야 할 것이라고 판단하였다.⁸⁴⁾

(4) 음주측정이 불가능할 경우 : 위드마크(Widmark) 공식을 사용한 음주측정의 증거력

뺑소니 등으로 운전 직후에 운전자의 혈액이나 호흡 등 표본을 검사하여 혈중 알코올 농도를 측정할 수 있는 경우가 아니라면 소위 독일에서 개발된 위드마크 공식을 사용한

84) 이때의 채혈을 강제채혈로 보아 경찰관이 압수수색영장과 감정처분허가장을 발부받아 혈액을 채취하였어야 함에도 불구하고 그러한 영장없이 진료를 위해 채혈하려는 간호사에게 부탁하여 채취된 혈액을 제출받은 것은 영장주의에 위반한 위법한 증거취득(압수)라는 견해가 다수이다. 강동범, 『동의나 영장없는 혈액압수의 적법성』, 『고시계』 1999.12., 29면이하; 이상돈, 『혈액압수와 정보지배권』, 저스티스, 2001.8.8., 213면이하.

역추산 방식을 이용하여 특정 운전시점으로부터 일정한 시간이 지난 후에 측정된 혈중 알코올농도를 기초로 하고 여기에 시간당 혈중 알코올의 분해소멸에 따른 감소치에 따라 계산된 운전시점 이후의 혈중 알코올분해량을 가산하여 운전시점의 혈중 알코올농도를 추정함에 있어서는 피검사자의 평소 음주정도, 체질, 음주속도, 음주 후 신체활동의 정도 등 다양한 요소들이 시간당 혈중 알코올의 감소치에 영향을 미칠 수 있으나 그 시간당 감소치는 대체로 0.03%에서 0.008% 사이라는 것은 이미 알려진 신빙성 있는 통계자료에 의하여 인정된다는 것이 통설적으로 인정되어왔다.⁸⁵⁾ 그러나 최근 대법원은 위드마크 공식을 통한 음주추정치를 증거로 인정하는데 일치된 견해를 보이고 있지 못하다.

판례 1 : ‘알코올 농도 역추산’ 전제있어야 증거인정 (대법원 2000.7.6 선고 판결)

대법원 형사1부(주심 지창권(池昌權) 대법관)는 6일 음주상태에서 운전하다 사고를 내 도로교통법 위반 등 혐의로 구속기소된 김모(36)씨에 대한 상고심에서 징역 2년6월을 선고한 원심을 깨고 사건을 수원지법으로 돌려보냈다. 재판부는 판결문에서 과학공식에 의한 수치가 유죄증거가 되려면 공식적용의 전제가 되는 구체적 사실에 대한 엄격한 증명 필요하며 위드마크 공식의 경우 범행진 음주량, 음주시각, 평소 음주정도 및 체중 등에 대한 증명이 있어야 한다고 밝혔다. 재판부는 그러나 이 사건 기록에는 피고인이 4차례 맥주 등을 마셨고 체중이 64kg이라는 내용 외에 법칙 적용의 전제가 된 구체적 사실들이 없으며 불충분한 전제사실에 근거해 혈중 알코올 농도를 0.16%로 추산한 것을 유죄증거로 삼은 원심판결은 잘못됐다고 판시했다.

대법원의 이번 판결은 위드마크 계산법으로 추산한 혈중 알코올 농도 측정치가 유죄 증거는 될 수 있지만 그 전제조건으로 공식에 적용되는 요소에 관한 엄격한 증명을 필요로 한다는 최고 법원의 첫 판결이라는 점에서 주목되었고, 2000년 11월 16일 대법원 제1부(주심 유지담(柳志潭) 대법관)에서도 다른 사건 조사과정에서 음주운전 사실이 드러나 도로교통법 위반 혐의로 기소된 오모(47)씨에 대한 상고심에서 검찰 상고를 기각, 음주운전 부분에 무죄를 선고한 원심을 확정했다. 재판부는 판결문에서 “사고당시 피고인의 혈중 알코올 농도가 0.145%로 돼 있지만 계산과정을 보면 섭취한 알코올의 체내

85) 대법원 2000.11.10 선고 99도5541 판결, 2001.7.13. 선고 2001도1929 판결 등 참조.

흡수율, 신체조건 등에 관한 고려가 없어 도로교통법이 정한 주취상태(0.05%이상)에서 운전했다고 보기 어렵다고 밝혔다.⁸⁶⁾

**판례 2 : 운전시점이후의 혈중 알코올분해량산정시 시간당 0.008%를 적용한 경우
(대법원 2001.8.21 선고 2001도2823판결)**

원심은 피고인이 2000. 7. 19. 03:20경 혈중 알코올농도 0.09%의 주취상태에서 이 사건 차량을 운전하였다는 이 부분 공소사실에 대하여, 별다른 이유의 설시 없이 피고인의 음주운전 사실을 넉넉히 인정할 수 있다고 하여 유죄를 선고한 제1심을 유지하였다. 기록에 의하면, 원심은 어떤 직접적인 증거에 의하여 이를 인정한 것이 아니라, 소위 위드마크 공식을 적용하여 위와 같은 판단에 이른 것으로 보인다.

둘이켜 이 사건에서 보건대, 이 사건 공소사실의 운전시각은 03:20이고, 기록에 나타난 이 사건 사고 후 혈중 알코올농도 0.012%의 수치가 측정된 시각은 09:47임을 알 수 있으므로, 피고인에게 가장 유리한 시간당 혈중 알코올농도 감소치인 0.008%를 적용하여 위드마크 공식에 따라 공소사실 기재 운전시점인 03:20 당시의 혈중 알코올농도를 계산하면 도로교통법상 처벌의 기준이 넘는 $0.0636\% (=0.012\% + 0.008\% \times (6 + 37/60))$ 가 됨은 계산상 분명하고, 따라서 달리 위 호흡측정기에 의한 음주측정 결과에 대하여 그 신빙성을 의심할 만한 아무런 사정이 보이지 않는 이 사건에서, 위의 계산 결과로써 피고인의 음주운전사실을 인정할 수 있다 할 것이다. 비록 원심이 이러한 점을 자세히 살펴보지도 아니하고, 위드마크 공식에 의한 역추산 방식에 따라 아무런 근거 없이 시간당 0.012%의 혈중 알코올농도 감소치를 적용하여 산출된 0.09%의 주취상태에서 피고인의 음주운전을 인정한 제1심을 그대로 유지한 것은 잘못이라 할 것이나, 앞서 본 바와 같은 방식으로 사고 당시의 혈중 알코올농도를 산정하여 산출된 수치에 의하더라도 도로교통법상 처벌기준이 넘는 결과가 된다고 할 것이어서 원심은 그 결론에 있어 정당하므로 원심의 위와 같은 잘못된 판결 결과에 영향을 미치는 것이라 할 수 없고, 따라서 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 심리미진 또는 채증법칙위반으로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

86) 조선일보 2000.11.6.

(5) 운전자의 음주측정에 응할 의무 : 음주측정불응죄와 그 조치

처벌받는 주취운전이란 도로교통법 제107조의2 제1호, 제41조 제1항, 제4항, 같은법시행령 제31조에 의하여 혈중알코올농도가 0.05%이상인 상태에서 운전하는 경우를 말하는 것이어서 그 혈중알코올농도가 특정되어야만 주취운전으로 처벌할 수 있다.⁸⁷⁾ 그러나 술에 취하지 않았다 하더라도 음주측정에 불응한 사실만으로도 처벌할 수 있도록 도로교통법 제107조의2 제1항 제2호에서 규정하고 벌점 100점에 형사입건이 된다. 하지만 음주측정거부가 언제나 범죄로 형사입건되는 것이 아니라 음주운전을 했다고 볼 상당한 이유가 있는데도 측정에 불응할 경우에만 음주측정거부죄가 성립된다.

피고인 이모씨는 지난 1997년 9월23일 밤 11시께 서울 마포구 망원동 자택 주변에 주차공간이 없어 이웃 최모(47)씨 집 앞에 차를 세우려다 최씨와 시비가 붙어 차를 세워둔 채로 근처 술집에서 소주 1병을 마시고 나오다 최씨의 신고를 받고 출동한 경찰관의 음주측정요구를 거부한 혐의로 이듬해 불구속 기소되었는데, 대법원 형사3부(주심 윤재식 대법관)는 판결문에서 술에 취한 상태에서 운전을 했다고 볼 상당한 이유가 있는데도 음주측정 요구를 거부했을 때는 도로교통법을 적용해 처벌할 수 있지만 피고인의 경우 경찰관이 음주측정을 요구하기 직전 술을 마신 점은 인정되지만 음주운전을 하지 않은 점 또한 명백한 만큼 측정을 거부했다는 것만으로 처벌할 수는 없다고 밝혀 무죄를 선고했다.⁸⁸⁾

자영업자인 김모(52)씨는 지난해 7월 서울 성북구 정릉4동 음식점에서 친구들과 회식을 했다. 술을 상당히 마신 뒤였던 김씨는 길가에 주차했던 자신의 차에 올라 시동을 걸고 전조등을 켜다가 마침 주변에서 음주단속 중이던 경찰에 적발됐다. 경찰관은 음주측정을 요구했지만, 김씨는 “담뱃불을 붙이기 위해 시동만 걸었을 뿐”이라며 측정을 거부했다. 이에 경찰은 음주측정 거부 혐의로 김씨를 불구속 기소했다. 지난 해 1심은 김씨의 혐의를 인정, 벌금 100만원을 선고했다. 서울지법 형사4부(재판장 김경중)는 28일 항소심에서 “주차된 차량에 시동을 거는 것만으로는 운전을 했다고 볼 수 없고 최소한 기어를 넣는 동작이 있어야 한다”며 김씨에게 무죄를 선고했다.⁸⁹⁾

87) 대법원 1999.12.28 선고 98도138 판결.

88) 대법원 2000.1.6 선고 판결.

(6) 음주측정기의 오차인정(대법원 2002.1.11 선고 판결)

대법원에서는 2002년 1월 11일 음주운전자의 음주수치 적용시 음주측정기의 5% 오차편차율을 적용해야 한다고 판시하였다. 이에 따라, 경찰청은 주취운전 한계수치의 오차범위내에 해당하여 이미 행정처분 되었거나 행정처분 절차중인 사람에 대해 이를 면제, 철회 또는 처분변경토록 하였다. 이번 조치로 혜택을 받게 되는 대상은 음주측정기에 의한 음주수치가 ① 정지처분 한계수치(혈중알콜농도 0.050~0.052%) 해당자와 ② 취소처분 한계수치(0.100%~0.104%) 해당하는 자이다. 다만 혈액채취 결과에 의한 행정처분은 대상에서 제외된다.

시행방법은 위 대상자 가운데 ① 주취운전에 대한 별도 전산관리가 이루어진 2000. 1. 1 이후에 음주운전으로 행정처분을 받는 사람에 대해서는 직권으로 既 행정처분을 면제할 예정이며, ② 주취운전에 대한 전산관리가 이루어진 1999. 12. 31 이전에 음주운전으로 행정처분을 받은 사람에 대해서는 대상자가 관할 지방경찰청(취소처분 받은 경우) 또는 경찰서(정지처분 받은 경우)에 면제신청하면 정밀 확인하여 대상자로 확인될 경우 개별적으로 면제토록 할 예정이다.

2) 운전면허증단속

판례 1 : 유효기간이 만료된 운전면허증의 제시 (대법원 1990.8.14 선고 89도1396 판결)

도로교통법 제77조가 자동차 등의 운전자에 대하여 운전면허증의 휴대의무 및 경찰공무원에 대한 제시의무를 지우고 있는 취지는 경찰공무원으로 하여금 그가 교통정리 또는 단속 등을 함에 있어서 운전자의 신원과 면허조건 등을 운전면허증의 외관만으로 신속하게 확인할 수 있게 하여 유효한 운전면허의 유무를 판별하는데 지장이 없도록 하고자 함에 있다. 유효기간이 만료된 운전면허증을 제시하는 것은 운전면허의 효력과 관계없이 실효된 것으로 보아야 할 것이므로 이미 유효기간이 만료된 운전면허증을 지니고 운행한 행위는 도로교통법 제77조의 운전면허증의 휴대 및 제시의무를 위반한 것이 된다.

89) 서울지법 1999.4.28.

판례 2 : 타인명의의 운전면허증을 제시한 경우 (대법원 2001. 4. 19, 2000도1985)

대법원은 도로교통법 제68조, 제77조의 각 규정에 의해 운전면허증은 운전면허시험 합격증명서로서 자동차를 운전하는 때에 이를 휴대하여야 하고 운전중에 경찰공무원으로부터 그 제시를 요구받은 때에 이를 제시하도록 그 사용목적이 특정되어 있는 것이므로 타인명의의 운전면허증을 습득한 자가 제3자로부터 신분확인을 위해 주민등록증의 제시를 요구받고 그 운전면허증을 제시한 소위는 그 사용목적에 따른 행사라고 할 수 없어 형법 제230조 소정의 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다고 판시하여왔다(대법원 1989.3.28. 선고 88도1593 판결). 그러나, 2001년 2000도1985판결로 신분확인을 위한 주민등록증제의요구를 받고 타인명의의 운전면허증을 제시한 경우에도 공문서부정행사죄가 성립된다고 판례를 변경하였다.

이 판결에서는 소수의견이 종전의 견해를 따랐고, 다수의견은 다음과 같다. 운전면허증은 운전면허를 받은 사람이 운전면허시험에 합격하여 자동차의 운전이 허락된 사람임을 증명하는 공문서로서, 운전면허증에 표시된 사람이 운전면허시험에 합격한 사람이라는 ‘자격증명’과 이를 지니고 있으면서 내보이는 사람이 바로 그 사람이라는 ‘동일인증명’의 기능을 동시에 가지고 있다. 운전면허증의 앞면에는 운전면허를 받은 사람의 성명·주민등록번호·주소가 기재되고 사진이 첨부되며 뒷면에는 기재사항의 변경내용이 기재될 뿐만 아니라, 정기적으로 반드시 갱신교부되도록 하고 있어, 운전면허증은 운전면허를 받은 사람의 동일성 및 신분을 증명하기에 충분하고 그 기재 내용의 진실성도 담보되어 있다.

그럼에도 불구하고 운전면허증을 제시한 행위에 있어 동일인증명의 측면은 도외시키고, 그 사용목적이 자격증명으로만 한정되어 있다고 해석하는 것은 합리성이 없다. 인감증명법상 인감신고인 본인 확인, 공직선거및선거부정방지법상 선거인 본인확인, 부동산등기법상 등기의무자 본인 확인 등 여러 법령에 의한 신분 확인절차에서도 운전면허증은 신분증명서의 하나로 인정되고 있다. 또한 주민등록법자체도 주민등록증이 원칙적인 신분증명서이지만, 주민등록증을 제시하지 아니한 사람에 대하여 신원을 증명하는 증표나 기타 방법에 의하여 신분을 확인하도록 규정하는 등으로 다른 문서의 신분증명서로서의 기능을 예상하고 있다. 한편 우리 사회에서 운전면허증을 발급받을 수 있는 연령의

사람들 중 절반 이상이 운전면허증을 가지고 있고, 특히 경제활동에 종사하는 사람들의 경우에는 그 비율이 훨씬 더 이를 앞지르고 있으며, 금융기관과의 거래에 있어서도 운전면허증에 의한 실명확인이 인정되고 있는 등 현실적으로 운전면허증은 주민등록증과 대등한 신분증명서로 널리 사용되고 있다. 따라서, 제3자로부터 신분확인을 위하여 신분증명서의 제시를 요구받고 다른 사람의 운전면허증을 제시한 행위는 그 사용목적에 따른 행사로서 공문서부정행사죄에 해당한다고 보는 것이 옳다.

3) 단속의 정도

위에서 살펴본 바와 같이 도로교통법에서 단속할 수 있는 경우를 적어놓고 있긴 하지만, 경찰에게 단속수단을 선택할 수 있는 경우에는 과잉금지의 원칙, 비례의 원칙을 지켜야 한다.

유턴금지구간임에도 중앙선을 침범하여 교통법규를 위반 차량이 112 순찰차의 정지지시를 무시하고 그 추적을 피하여 과속으로 신호를 위반하면서 도주하다가 택시를 들이받아 그 운전자와 승객을 사망에 이르게 한 사례가 있었다. U턴 위반은 교통법상 단속금 100,000원의 벌금, 구류, 과료에 처하게 되어 있는 경미한 범죄에 불과한데 이를 단속하기 위해 위 경찰관들이 이를 무리하게 추적한 것은 과잉추적이 아닌가란 문제가 제기되었다. 광주지방법원은 교통법규 위반 차량이 정지지시를 무시하고 도주한 것은 소위 거동수상자로서 다른 어떤 범죄에 관계가 있는 것이라고 판단할 수 있는 상황으로서 추적의 필요성 및 상당성이 인정된다고 보았다. 또한 사고 당시는 야간으로서 인적이나 차량의 통행이 한산하여 제3자의 피해가 발생할 수 있는 구체적 위험성을 예측할 수 있었다고 볼 수 없고, 다른 순찰차량과의 공조체제 등 다른 조치를 취할 가능성이 희박한 점 등을 고려할 때, 경찰관의 위 추적행위는 직무를 벗어난 위법한 과잉추적으로 보기 어렵고, 그 후 순찰자가 구호조치를 하지 않고 현장을 이탈한 것은 직무유기이기는 하나, 다른 순찰차들이 구호에 나섰으므로 피해자에 대한 국가의 손해배상책임은 인정되지 않는다고 판시하였다.⁹⁰⁾

90) 광주지법 1999. 4. 22, 97가합9989.

4) 단속업무와 공무집행방해

단속업무는 정당한 공무집행이어야 한다. 정당한 공무집행이기 위해서는 그 목적과 수단이 정당하여야 하고, 경찰관이 경찰권을 행사할 수 있는 경우인가를 살펴보아야 한다. 만일, 이런 요건들을 갖추지 못하여 주민들과의 다툼이 있어 경찰의 행위를 방해하였다 하더라도 형법상의 공무집행방해죄 또는 도로교통법상의 범죄는 성립되지 않는다.

판례 1 : 면허증제시요구와 강제연행 (대법원 92.02.11 선고 91도2797 판결)

택시운전기사인 피고인이 버스정류소 앞길 정차금지구역에 택시를 정차하고 승객을 태우다가 ○○경찰서 교통계소속 의경에게 단속되어 면허증제시를 요구받자 그에게 욕을 하였다는 트집을 잡으면서 의경의 얼굴에 수회 침을 뱉고, 그의 먹살을 잡아흔드는 등 폭행을 가하였다는 원고측의 주장에 대해 피고인은 경찰진술당시 원고가 먼저 침을 뱉었다고 주장하였다. 피고인이 경찰관의 면허증제시요구에 느닷없이 욕을 하였다는 구실로 경찰관의 얼굴에 침을 뱉었다는 것은 통상인의 행동으로서 상상하기 어려운 행위여서 선뜻 수공이 가지 않고, 원고측의 주장을 뒷받침할 증거가 없다고 보아, 이러한 강제연행에 항거하는 와중에서 경찰관의 먹살을 잡는 등 폭행을 가하였다고 하여도 공무집행방해죄가 성립되지 않는다고 판시하였다.

판례 2 : 현행범인의 체포와 공무집행방해죄(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결)

순찰 중이던 경찰관이 교통사고를 낸 차량이 도주하였다는 무전연락을 받고 주변을 수색하다가 범퍼 등의 파손상태로 보아 사고차량으로 인정되는 차량에서 내리는 사람을 발견한 경우 준현행범으로 체포할 수 있으며, 현행범인이 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 자신을 연행하려고 한 경찰관에 대하여 폭행한 경우, 공무집행방해죄가 성립하지 아니한다.

판례 3 : 동승자의 운전면허취소처분 (대구고법 1998. 7. 3, 97구11387)

도로교통법 제78조 제1항 제9호⁹¹⁾와 규칙 제53조 제1항 [별표 16] 운전면허행정처분

기준 제2의 취소기준 일련번호 제9-4호⁹²⁾의 취지는 자동차를 직접 운전하는 운전자가 도로교통법에 의한 교통단속임무를 수행하는 경찰공무원등 및 시·군·구 공무원(이하 경찰공무원등이라 한다)을 폭행한 때에 그 운전면허를 취소함으로써 경찰공무원등의 교통단속임무의 수행을 확보하려는 것이다. 따라서 운전자가 아닌 동승자가 승합차를 타고 오다가, 교통단속 근무 중이던 경찰공무원을 폭행하여 구속되었는데, 단속경찰공무원을 폭행하였다가 구속되었다는 이유만으로 직접 운전하지 않은 동승자에 대하여 운전면허를 취소한 처분은 위법하다 할 것이다.⁹³⁾

판례 4 : 경찰관의 단속행위에 대한 운전자의 주의의무 (대법원 1994.10.14 선고 94도 2165 판결)

음주운전을 단속하는 경찰관이 약 10미터 전방에서 음주운전자가 운행하는 것으로 의심되는 차량이 동료 경찰관의 정지신호를 무시하고 계속 진행하여오는 것을 보고 그 차량에 대하여 다시 정지신호를 하여도 이에 계속 불응하면서 도주하려 하는 경우 그 차량의 진로를 가로막고 서거나 차량의 차체 일부를 붙잡아 정차하도록 하거나 정차를 강력히 요구하는 표시로 차체를 두드려 주의를 환기시키거나 경각심을 일으키는 등 차량에 접근하는 행동을 하는 경우가 있을 수 있음은 충분히 예상할 수 있으므로, 정지신호를 보내오고 있는 경찰관을 발견한 운전자로서는 마땅히 차량을 정차시켜야 하고, 만일 계속 진행하더라도 속도를 줄이고 경찰관의 동태를 잘 살피어 안전하게 진행하여야 할 업무상 주의의무가 있다고 할 것인데, 그럼에도 불구하고 이에 위배하여 상당한 속도로 계

-
- 91) 이 법에 의한 교통단속임무를 수행하는 경찰공무원등 및 시·군공무원에 대하여 폭행한 때에는 내무부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범위 안에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다.
- 92) 단속하는 경찰공무원등 및 시·군·구 공무원을 폭행하여 구속된 때에는 운전면허를 취소하는 것으로 규정하고 있다.
- 93) 교통단속임무를 수행하는 경찰공무원등을 폭행한 모든 경우에 운전면허를 취소할 수 있다고 본다면, 폭행한 사람이 자동차를 직접 운전하지 않는 사람일 경우에 그가 운전면허를 가지고 있을 때에는 운전면허가 취소되어 도로교통법 제70조 제2항 제6호에 의하여 취소된 날로부터 1년 동안 운전면허를 받을 수 없게 되는 불이익을 받게 되나, 그가 운전면허를 가지고 있지 않을 경우에는 운전면허가 취소되지도 않을 뿐만 아니라 일정한 기간 동안 운전면허를 받을 수 없게 되는 불이익도 받지 않게 되어 불합리한 결과에 이르게 된다.

속 진행함으로써 정차를 시키기 위하여 차체를 치는 경찰관으로 하여금 상해를 입게 한 운전자에게는 업무상 주의의무를 다하지 못한 과실이 있다고 판시하였다.

4. 면허정지 또는 취소사유서 발부의 형식요건

도로교통법 제78조, 같은법시행령 제53조 제1항, 같은법시행규칙 제53조 제2항은, 면허관청⁹⁴⁾이 운전면허를 취소하거나 그 효력을 정지한 때에는 운전면허를 받은 사람에게 그 처분의 내용 사유 근거가 기재되어 있는 위 시행규칙 별지 제52호 서식의 자동차운전면허 취소 정지통지서에 의하여 그 사실을 통지하되, 정지처분의 경우에는 처분예정일 7일 전까지 이를 발송하여야 한다고 규정하고 있고, 대법원은 이를 단순한 훈시규정이 아니라 법규적 효력을 가지는 규정이라는 것을 밝혔다.⁹⁵⁾

따라서 적법하게 성립한 운전면허정지처분이 위 규정에 위반되는 방식으로 통지 또는 송달되었다고 하더라도 그 자체로 당연히 무효로 되는 것이 아니라, 면허정지사실을 구두로 알리는 것과 같이 그 하자가 위 규정의 중요한 부분인 서면주의를 위반할 정도로 중대하고 객관적으로 명백한 경우에는 그 효력이 없으나, 여타의 경우에는 법규의 목적 의미 기능 등을 구체적 사안 자체의 특수성과 함께 합리적으로 고찰하여 하자의 중대 명백 여부를 판단하고 그에 따라 그 효력의 유무를 결정하여야 한다는 취지라고 할 것이다.

1) 운전면허정지처분의 발령권자

운전면허에 대한 정지처분권한은 경찰청장으로부터 경찰서장에게 권한이 위임된 것이므로 원고가 음주운전으로 적발될 당시 단속 경찰관으로서는 관할 경찰서장의 명의로 운전면허정지처분을 대행처리할 수 있을지는 몰라도 자신의 명의로 이를 할 수 없다. 그러므로 음주운전을 적발한 단속 경찰관이 운전자에게 그 자리에서 모든 기재사항이 제

94) 원래 지방경찰청장이지만 운전면허정지처분의 경우에는 같은 법 제104조 제2항 및 같은법시행규칙 제70조 제1호의 위임규정에 의하여 관할 경찰서장이 됨.

95) 대법원 1996. 6. 14. 선고 95누17823 판결.

대로 갖추어진 운전면허행정처분통지서라는 표제가 붙은 서면을 작성하였다 하더라도, 자신의 명의로 이를 발부하였을 경우, 권한없는 자에 의하여 행하여진 점에서 무효의 운전면허정지처분이다.⁹⁶⁾

2) 복수면허의 정지여부

개인이 취득할 수 있는 운전면허의 종류가 다양하고, 개별적으로 취득하고, 이를 취소 또는 정지함에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙이지만, 그 성질이 대인적 면허이므로, 음주운전을 하고 있을 당시에 제시한 운전면허만이 정지되는 것이 아니라, 다른 운전면허까지 정지된다. 대법원은 “도로교통법시행규칙 제26조 [별표 14]에 의하면, 제1종 보통면허 소지자는 승용자동차만이 아니라 원동기장치자전거까지 운전할 수 있도록 규정하고 있어 제1종 보통면허의 취소에는 당연히 원동기장치자전거의 운전까지 금지하는 취지가 포함된 것이어서 이들 차량의 운전면허는 서로 관련된 것이라고 할 것이므로, 제1종 보통면허로 운전할 수 있는 차량을 운전면허정지기간 중에 운전한 경우에는 이와 관련된 원동기장치자전거면허까지 취소할 수 있는 것으로 보아야 한다”고 하고,⁹⁷⁾ 1종 특수면허로 사업용 택시를 운전할 수는 없지만, 택시의 차종에 해당하는 승용차는 운전할 수 있는 만큼 경찰이 특수면허를 함께 취소한 것은 정당하다”고 밝혔다. 이로서 여러 종류의 운전면허를 가진 사람이 음주운전으로 면허취소 처분을 받게 될 경우 당시 운전했던 차종을 몰 수 있는 모든 면허를 함께 취소해야 한다.⁹⁸⁾

5. 경찰공무원의 주취운전자에 대한 적절한 보호조치의무

주취상태에서의 운전은 도로교통법 제41조의 규정에 의하여 금지되어 있는 범죄행위임이 명백하고 그로 인하여 자기 또는 타인의 생명이나 신체에 위해를 미칠 위험이 큰

96) 대법원 1997. 5. 16 선고 97누2313판결.

97) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94누9672 판결; 대법원 1996. 11. 8. 선고 96누9959 판결; 대법원 1997. 2. 28. 선고 96누17578 판결; 대법원 1997. 5. 16, 97누2313.

98) 대법원 2부(주심 조무제 대법관), 한겨레, 2001. 11. 7.

점을 감안할 때, 주취운전을 적발한 경찰관은 주취운전의 계속을 막기 위하여 취할 수 있는 조치로 단순히 주취운전의 계속을 금지하는 명령 이외에 다른 사람으로 하여금 대신하여 운전하게 하거나 당해 주취운전자가 임의로 제출한 차량열쇠를 일시 보관하면서 가족에게 연락하여 주취운전자와 자동차를 인수하게 하거나 또는 주취상태에서 벗어난 후 다시 운전하게 하며 그 주취 정도가 심한 경우에 경찰관서에 일시 보호하는 것 등을 들 수 있다. 이 때, 주취운전이라는 범죄행위로 당해 음주운전자를 구속·체포하지 아니하는 경우에도 필요하다면 그 차량열쇠는 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서의 압수로서 형사소송법 제216조 제3항에 의하여 영장 없이 이를 압수할 수 있다. 따라서, 음주운전으로 적발된 주취운전자가 도로 밖으로 차량을 이동하겠다고 단속경찰관으로부터 보관 중이던 차량열쇠를 반환받아 몰래 차량을 운전하여 가던 중 사고를 일어난 경우 경찰관의 직무상 의무를 위배한 것이므로 국가는 국가배상책임이 있다.⁹⁹⁾

6. 교통사고처리

경찰청의 교통사고처리지침 제23조에 의하면 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서의 중요법규 10개항 위반 사고 등 공소권 있는 사고는 교통사고보고서 및 수사서류를 작성하여 가해자를 원칙적으로 24시간(단, 관계 증빙서류 필요시 48시간) 내 구속 또는 불구속 수사 여부를 결정·신빙처리하고 수사기록은 기소의견으로 검찰에 송치하여야 한다고 규정하고 있다. 만일 이러한 처리를 잘못하였을 경우 경찰관에게 책임을 묻게 된다.

판례 1 : 교통사고처리지연과 경찰관의 직무유기 (대법원 1997.8.29 선고 97도675판결)

경찰관이 교통사고 당일 병원에서 다른 경찰관으로부터 이 사건 교통사고처리를 인계

99) 대판 1998. 5. 8, 97다54482. 이 사례는 경찰관직무집행법 제4조에 의한 보호조치를 위한 행정개입 의무의 예로 설명된다. 같은 취지의 판례: 긴급구호권한과 같은 경찰관의 조치권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이나, 그렇다고 하더라도 구체적인 상황에서 경찰관에게 그러한 조치권한을 부여한 취지와 목적을 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는, 그러한 불행사가 법령에 위반되는 행위에 해당되게 되어 국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 그로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상 책임을 부담한다(대법원 1996.10.24 선고 95다45927).

받은 후 바로 사고 현장에 가서 현장조사를 하였다. 그 당시 좌회전신호를 위반하여 이 사건 교통사고가 발생한 것 같다는 말을 듣고도 다음날 경찰서 교통과 사고처리반에서 가해자로부터 피해자와 보험처리만 하고 사고처리는 하지 아니하기로 합의였으니 사고처리를 하지 말아달라는 부탁을 받고 이 사건 교통사고를 입건하여 수사하지 않았다. 그 후 경찰서를 방문한 보험회사 보상사무소 직원이 피해자와 가해자가 서로 상대방이 신호를 위반하였다고 주장하여 예상보험금지급액의 지급여부를 결정할 수 없다고 하면서 위 교통사고를 정식 입건하여 수사하여 달라는 요청을 받았는데도 이를 거부하고 그대로 있다가 보험금을 지급받지 못한 피해자가 위 교통사고를 신고하자 가해자가 신호를 위반하여 이 사건 교통사고를 야기하였다고 하여 교통사고처리특례법위반죄로 입건하고 뒤늦게 수사에 나서게 되었다. 대법원은 당시 교통사고가 폭주하여 피고인의 교통사고 수사직무가 몹시 바빠 그 처리가 지연될 수밖에 없었던 점을 감안하더라도 피고인은 태만, 분망, 착각 등으로 인하여 그 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우에 해당하는 것이 아니라 그 직무에 관한 의식적인 방임 내지 포기 등 정당한 사유 없이 교통사고 수사직무를 수행하지 아니한 경우에 해당한다고 할 것이고, 피고인이 위 양○주의 신호위반 사실을 알고 있으면서도 수사에 착수하지 아니하고 그 후에도 그 작위의무를 수행하지 아니하는 위법한 부작위상태가 계속되어 그 가벌적 위법상태는 계속 존재한 것이므로 원심이 같은 취지로 피고인의 행위가 전체적으로 보아 1죄로서 직무유기죄에 해당한다고 판시하였다.

판례 2 : 600m 도주후 되돌아온 경우의 사고도주해당여부 (대법원 1997.3.11 선고 96도 2329 판결)

교통사고 가해자가 사고발생 후 즉시 피해자를 구호조치하지 않고 사고현장으로부터 약 600m 정도 도주한 후 다시 사고현장으로 되돌아 와 경찰관에게 자신이 사고야기자라고 말한 사안에서, 교통사고 가해자의 사고 후의 행동이 기재된 가해자 및 피해자의 관련자 진술서만 첨부하고 교통사고 실황조사서의 사고원인기재란 중 사고도주 표시란에는 아무런 표시를 하지 않은 것은 허위공문서작성에 해당하지 않는다.

판례 3 : 경찰관의 교통사고처리 주의의무 (대법원 1992.10.27 선고 92다21371 판결)

교통사고가 발생한 사실을 인정한 다음, 평소 차량의 통행이 많은 이 사건 도로변의 인도나 도로상에 건설자재 및 공사도구를 방치할 경우 그 곳을 통행하는 차량의 교통을 방해함은 물론 이 사건 사고와 같은 충돌사고의 위험성이 있고 더욱이 야간에는 시야가 제한됨은 물론 과속 주행차량이 많은 점에 비추어 위와 같은 위험성이 증대하는 데다 앞서 이 사건 펌프차량을 충격한 사고가 이미 발생한 바 있어서 그와 유사한 사고가 발생하리라고 쉽게 예견할 수 있으므로 관계자로서는 도로상에 위와 같은 장애물을 부득이 방치하는 경우에도 통행차량이 쉽게 식별할 수 있도록 점멸등과 같은 조명시설이나 야광안전표지판 등의 식별표지를 설치하거나 안전관리근무자를 배치하여 위와 같은 사고의 발생을 미리 막아야 할 것임에도 위 펌프차량의 뒤에 안전표지판 1개를 리어카로 받쳐 놓기만 한 채 방치한 것은 잘못이며 그것이 이 사건 사고발생의 원인이 되었다고 하고, 이어서 교통사고발생신고를 받고 현장에 나온 경찰관으로서는 사고내용에 관한 다툼이 있어 사고현장보존의 필요성이 있다 하더라도 사고발생의 위험성이 예견되는 경우 그 관계자에게 사고발생을 막을 안전조치를 하도록 지시하거나 그것이 여의치 아니할 경우 위와 같은 조치를 직접 하여야 할 주의의무가 있다.

판례 4 : 경찰청의 책임 (대법원 1999.6.25 선고 98다3139 판결)

터널 내의 가변차로신호를 위반하여 진행하던 차량이 마주오던 차량과 정면 충돌하여 발생한 교통사고에 대하여, 가변차로제의 구간 및 운영시간 설정, 신호등 및 각종 표지판의 설치에 관하여 관할 경찰청의 과실을 부정하였다.¹⁰⁰⁾

100) 경찰의 교통장비관리업무는 음주측정기나 속도측정기 등의 교통장비의 관리와 교통안전시설물의 설치·관리를 포함한다. 교통안전시설물 설치·관리는 6대 도시는 지방경찰청에서, 기타 지역은 경찰서에서 담당한다(도로교통법 제3조 1항). 그러나 교통안전 시설물의 설치에 필요한 예산은 시·군·구 등 자치단체에서 부담하고 있으므로, 경찰은 필요한 경우 해당 자치단체에 교통안전 시설물의 설치를 요청할 수 있을 뿐이다. 이와 관련하여 신호등잘못으로 교통사고가 났을 경우, 지방자치단체가 손해배상을 하여야 한다는 대법원판결이 나와 있다.

7. 독일의 교통관련판례

1) 신호등관리하자

신호등의 설치·운영은 도로경찰청의 권한에 속하는데, 신호등을 통한 교통정리는 경찰공무원에 의한 교통정리와 같은 기능을 한다. 얼마만큼의 간격을 두고 신호를 할 것인지는 전적으로 행정결정이며, 교통관청이 기계조작으로 인해 조치를 했다하더라도, 불명확하거나 운행자를 혼돈으로 이끌어 운전자를 위협하게 한 경우는 도로경찰청이 위법한 행위를 한 것이라고 독일판례는 계속 인정해 왔다. 이렇게 명확하지 못한 신호등에 의해 교통사고가 난 경우, 그로 인해 피해를 입은 운전자는 도로교통청(경찰)을 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.¹⁰¹⁾

2) 불법주차견인의 문제(Abschleppen zur Gefahrenabwehr)

독일법원은 대체로 규정을 위반한 주정차는 경찰법상의 위협으로 본다(VGH München, NJW 1984, 2962f.) 위협제거를 위한 견인에 있어서 위험상태를 야기했는가에 중점을 두기 보다는 개별경우에 있어 견인조치가 비례의 원칙을 지켰는가에 중심이 놓인다. 만약 운전자가 주정차한 인근지역에 머물며 자신의 전화번호를 남겨놓고, 주정차가 특별한 위험을 야기시키지 않은 경우 경찰이 견인했다면 비례의 원칙과 관련하여 논란이 있다. 이에 대해 뮌스터의 상급행정법원은 불법주차가 실제로 교통상의 장애를 발생시키지 않았음에도 불구하고 경찰이 강제로 불법주차된 자동차를 견인하였다면, 그것은 협의의 비례의 원칙을 위반한 것이라고 판단하였다.¹⁰²⁾ 하지만 독일연방행정재판소는 자동차운행이 활발한 시내의 시간제한이 있는 주차장에서 주차시간을 넘겨 주차하는 것은 그 주차장을 이용하고자 하는 사람들의 원활한 교통을 막아, 다른 자동차들의 금지구역내의 주차를 유발하게 하므로, 그 주의 교통상황을 고려하여 주차시간이 3시간을 넘어선 경우에

101) BGH, NJW 1987, 1945; BGH, NVwZ 1990, 898; OLG Hamm, NVwZ-RR 1999, 223.

102) OVG Münster, MDR 1980, 874f.

견인조치하는 것은 비례의 원칙에 위반되지 않는다고 판시하였다.¹⁰³⁾

3) 독일의 교통감시수단의 변화과정 및 그를 둘러싼 논란들

① 기계장비를 통한 교통감시

독일의 교통단속은 사고발생원인의 주범인 ‘알코올’과 ‘속도위반’에 중점을 두게 된다. 이를 위해 첨단장비들이 도입되었는데, 독일의 법원은 그 증거력에 있어서 고도의 신빙성을 요구하고 있다. 1980년 4월 25일 쾰른 상급주법원은 “전파탐지기측정(Radarmessung) 판결”에서 전파탐지기가 언제나 믿을 만한 측정결과를 가져준다는 경험칙이 없었기 때문에 그 증거의 신빙성을 판단하기 위해서는 전파탐지기가 측정하는데 있어 필수 전제 요건들은 충족되었는지, 결과확인이 제대로 추출될 것인지에 대해 확인할 것을 요구했다. 하지만, 1988년 1월 19일 프랑크푸르트 상급주법원 형사제2부는 속도통제기계의 성능에 대해서 충분히 증거로서 채택될 수 있다고 판시하였다.¹⁰⁴⁾ 현재는 운전자의 모습까지 촬영되는 속도위반감시기계의 활용이 보편화되고, 증거채택에 있어 논란의 여지가 없다. 차간거리확보도 사고원인의 하나인데, 비디오촬영을 통해 차간거리미확보에 대한 계도를 벌이고 있다.

② 혈액채취를 통한 음주측정

또다른 사고원인인 알코올에 대해서는 1974년 독일의 내부질서확립을 위한 프로그램에서 정확한 알콜측정을 위해 현장에서 의사의 도움없이도 혈액채취하는 것을 가능하게 하자는 요구가 있었으나, 아직까지 이러한 요구가 받아들여지고 있지 않다. 음주측정을 위한 혈액채취는 독일기본법 제2조 제2항의 보호범위 안에 있으므로, 독일형사소송법 제 81조 a에 근거하여 관련인을 경찰서에 연행하여 의사의 도움으로 혈액채취하는 방법을 사용하고 있다. 바이에른 주의 경우 1998년 이전까지는 음주운전으로 처벌하기 위해서

103) BVerwG, DVBl. 1983, 1066f; ebenso BVerwGE 58, 326, 331.

104) Hilse, G. Verkehrsüberwachung, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl.(1996), C.H.Beck. Rn. 34.

는 호흡에 의한 측정은 혈액측정의 전단계로 사용하고 혈중 알코올농도만을 법정증거로 채택하였으나, 이후 도로교통법개정으로 이제는 호흡측정도 재판의 증거자료로 활용하게 되었다.¹⁰⁵⁾

③ 기 타

교통사고처리에 있어서 사고자가 자신의 신분증이 없다고 하며 자신의 이름이 아닌, 타인의 이름을 사용하여 교통사고피해자가 손해배상을 청구할 수 없게 된 경우는 경찰이 이에 대한 책임을 져야한다.¹⁰⁶⁾

4) 숨겨진 속도감시기¹⁰⁷⁾

독일 뮌스터 상급행정법원은 경찰이 속도감시기를 설치한 자동차를 세워놓고 제한속도준수여부를 단속하는데, A라는 사람이 그 순찰차의 100미터 앞에 “속도감시 경찰 있음”이라고 표시한 행위에 대해 경찰이 금지명령을 내릴 수 있는가에 대한 판단을 하였다. A는 자신의 경고행위가 운전자들에게 규정된 제한속도의 준수를 유도하는 것이라고 주장하였지만, 뮌스터 상급행정법원은 A의 행위가 공공질서를 위협하는 행위가 될 수

105) Hilse, G. 35.

106) OLG Stuttgart, NPA 769, “Private Rechte”, Bl. 5.

107) 우리나라의 경찰이 교통사고를 줄이려고 사고다발지역에 과속단속 무인카메라를 설치·운용하고 있는데, 이를 운전자에게 제대로 알리지 않아 범칙금 거둬들이기에 급급하다는 비난을 사고 있다. 경찰의 앞뒤가 뒤바뀐 무인카메라 운용때문에 단속을 피하는 무선탐지기가 불법 제조돼 운전자들에게 불티나게 팔리는 부작용까지 생기고 있다(세계일보 2000. 5. 31).

경찰청에 따르면 지난 한해동안 전국 주요도로에 설치된 무인카메라 (고정식 292대-이동식 340대)로 과속운전 226만7000건을 적발했다. 범칙금을 3만원으로 계산해도 680억원에 달한다. 그런데 무인카메라 설치를 알리는 표지판이 아예 없거나 하위차로쪽에 달려있어 운전자들이 쉽사리 단속에 걸려들고 있다. 이 때문에 무인카메라 설치를 경고음으로 알려주는 무선탐지기가 불법으로 판매되고 있고 ‘레이저 부스터’, ‘캐치아이’ 등 무인카메라 탐지기 200억원어치를 불법 제조해 개당 10만~20만원에 판 홍모씨 (39. 자동차용품판매업) 등 5명이 30일 전과범위반 등 혐의로 경찰에 구속됐다. 이들은 무인카메라의 적외선을 감지, 경고음으로 알려준다고 무선 탐지기를 판매했는데 올림픽도로 6곳 등 무인카메라가 설치된 도로변 137곳에 전파송신장치를 숨겨 놓고 운전자가 이곳을 지날 때 무선탐지기에서 경고음이 나도록 한 것으로 드러났다(문화일보 2000. 5. 12).

있다고 판단하였다. “공공질서”를 위협한다는 것은 경찰이 외부혼란을 막는 조치를 취하는 것을 방해하는 것도 포함된다. 그 혼란이 법률이 정하고 있는 형벌이나 과태료부과의 요건을 충족시키는지의 여부와는 상관없이 경찰은 공공질서를 위협한 A에게 노르트라인-베스트팔렌 주 경찰법 제8조 제1항의 일반적 수권조항¹⁰⁸⁾에 의해 경찰은 금지명령을 내릴 수 있다.

또 숨겨진 속도감시기로 교통법규위반을 적발하여 금전적 제재를 가하는 것은, 일정한 장소에서만 속도감시가 이루어지는 것이 아니라 언제 어디서든 교통법규에 규정된 속도를 지켜야한다는 사실을 알리려는 목적이 있다. 그러므로 A의 행동은 운전자들에게 이러한 경고문이 없을 경우 경찰이 자신의 운행속도를 재지 않고 있다는 잘못된 확신을 줄 수도 있으므로 공공질서에 구체적인 위협을 야기한 것이다. 그러나 일반인이 아닌 경찰이 표지판이나 라디오를 통해 특정사고다발지역을 예고하거나 순찰차량의 존재를 알려주는 것은 감춰진 속도감시기의 목적을 보완하는 의미를 가진다. 경찰은 교통단속을 하는데 있어 어떤 조치를 취할 것이며 또 어떤 조치들을 병행할 것인지에 대해 자신의 의무에 합당한 재량으로 판단하여야 한다.¹⁰⁹⁾

교통감시는 규칙위반자의 체포를 목적으로 하는 것이 아니라 도로의 원활한 교통을 목적으로 한다. 다만 교통감시 중에 위법사례가 발견될 경우 구체적인 규칙위반을 근거로 추적하게 되는 것이다. 독일 기본법상 보호되는 자유권을 침해하는 추적은 의심만으로는 허용되지 않는다. 무죄추정의 원칙은 여기서도 인정되며 타인을 위협하게 하지 않는 이상 국가는 개인의 자유를 침해해서는 안되기 때문이다.

8. 소 결

경찰의 도로교통업무와 관련된 문제로는 주로 경찰의 교통단속업무의 적법한 절차를 거쳤는가와 비례원칙에 적합하였는가가 문제된다. 교통단속업무는 할 수 있는 자는 경찰

108) “경찰은 개개의 사건에서 공공질서를 위협하는 구체적인 위협이 있을 때 이를 막기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다”에 의해 필요한 조치(금지명령)를 할 수 있다. 일반적 수권조항에 대한 논의에 대해서는 제2장 2. 경찰권행사에 있어서의 입법·사법부의 역할 참조.

109) OVG Münster, NJW 1997, 1596.

공무원등이나 교통할아버지와 같이 교통단속의 권한이 없는데도 불구하고 교통정리를 하다가 사고를 유발시켰다면, 그에 대한 손해배상책임을 지방자치단체가 져야하므로, 민간보조인력의 도움을 받을 때는 그 임무수행의 범위를 정해주고, 수행여부를 지켜보아야 한다. 운전자나 보행자는 경찰공무원등의 수신호가 있을 경우 신호등보다 우선하여 따라야 할 의무가 있고, 이러한 의무위반으로 인해 일어난 손해에 대하여 경찰은 아무런 책임을 지지 않는다. 경찰이 도로교통업무를 수행할 수 있는 곳은 도로, 유료도로 및 일반의 통행이 자유로운 일반교통에 사용되는 곳에 한정된다. 따라서 같은 아파트단지 내라 할지라도 주차장인지, 아파트단지내 통행로인가에 따라 경찰이 음주단속, 안전벨트착용확인, 속도위반등을 할 수도 없을 수도 있고, 할 수 있을 수도 있다.

음주운전으로 인한 사고의 다발로 경찰의 음주단속이 강화되고 있다. 도로교통법상 경찰의 음주단속은 교통안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정될 때와 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 경우에 운전자에게 음주측정에 응할 것을 요구할 수 있다. 이 때 음주측정요구에 불응하는 경우는 음주측정 불응죄로 처벌을 받게 되는데, 무작정 음주측정을 거부한다거나 음주운전의 혐의가 있고, 이를 목격한 사람이 있을 경우에는 음주운전 후 5시간이 경과했다라도 경찰이 음주측정을 요구할 수 있다. 그러나 음주한 사람에게 정황을 보아 음주운전을 하지 않은 경우에도 음주측정요구를 하는 것을 옳지 못하고, 이 과정에서 물리적 충돌이 있었다하더라도 정당한 경찰권행사가 아니었으므로 공무집행방해죄가 성립되지 않는다.

음주측정의 방법으로 호흡측정, 혈액채취방법 및 위드마크공식 사용을 들 수 있는데, 호흡측정의 결과에 불복하여 즉시 혈액채취방식을 사용할 것을 요구하였는데도 경찰이 이를 듣지 않고, 최초의 호흡측정으로 인한 혈중알코올농도를 근거로 면허를 정지하거나 취소하였을 경우 적법하지 못한 절차로 보아 대법원은 음주운전의 죄목을 무죄로 판시하고 있다. 대법원은 이와는 반대로 강제연행하거나 의식이 없는 상태에서 동의없이 혈액을 채취하여 혈중알코올농도를 측정하는 것은 적법한 절차를 밟았다라도 그 결과가 같은 것이기 때문에 증거로서의 효력을 가진다고 판시하였으나 학계에서는 그 증거능력을 부인하고 있다. 위드마크공식에 대해서도 개인차가 심할 수 있다는 이유로 그 증거력의 문제를 제시하였고, 음주측정기의 오차도 인정하여 면허정지, 취소처분을 내려야 한다는 대법원의 판례를 살펴볼 때 경찰의 도로교통단속업무도 절차적인 정당성을 확보하지

않으면 그 효력을 상실하게 된다는 점을 밝힐 수 있다.

그밖에도 경찰은 주취운전자를 보호조치를 해야 할 의무가 있는데, 주취운전자를 잘못 관리하여 주취운전자가 다시 운전하여 사고를 낸 경우 국가배상을 해야하며, 이를 감독했어야 할 경찰관에게 구상권이 행사된다. 도로교통단속과는 관련이 없을 수도 있지만, 현재 주민등록증과 같이 운전면허증이 신분증으로 사용되는데, 조사단계서 주민등록증제 시요구를 받을 때 타인의 운전면허증을 제시할 때 공문서부정사용죄에 해당한다 할 것이다.

제2절 집회 및 시위진압 관련 판례

1. 기본권으로서의 집회 및 시위의 자유 및 그 제한

현행 우리 헌법은 집회의 자유(제21조 제1항)를 언론·결사의 자유와 더불어 국민의 기본권의 하나로 보장함과 동시에 그 허가제를 금지(제21조 제2항)하고 있다. 헌법재판소도 집회의 자유가 바로 표현의 자유의 집단적인 형태이며, 그것이 자유민주주의국가에서 국민의 정치적·사회적 의사형성과정에 있어서 효과적인 역할을 담당하는 수단인다는 점을 긍정하였다.¹¹⁰⁾ 그러나 집회의 자유는 다른 한편으로 언론의 자유와는 달리 대개 다수인의 집단행동으로 나타나, 집단행동의 속성상 의사표현의 수단으로서 개인적인 행동의 경우보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성도 있으므로 그 조절을 위해 집회및시위에관한법률이 제정되었다.

1) 헌법규정상의 변화

우리 헌법은 제헌당시부터 집회의 자유를 규정하여 왔다. 하지만, 그 보장정도는 달리 표현되어왔다. 먼저 제헌헌법과 제2공화국헌법은 “모든 국민은 법률에 의하지 아니하고

110) 헌법재판소 1994. 4. 28 선고 91헌바14, 판례집 6-1, 281-316면.

는 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 제한받지 아니한다”라고 규정하였다. 5·16혁명으로 탄생한 제3공화국헌법도 집회의 자유를 인정하였으나, “옥회집회에 대하여는 그 시간과 장소에 관한 규제를 법률로 규정할 수 있다(제18조 제4항)”는 조항을 첨부하여 집회자유에 대한 제한의 가능성을 열어두었다. 제4공화국에서는 다시 제3공화국의 제한규정을 삭제하였으나 집회및시위에관한법률에서 많은 제한규정을 두어 사실상 집회의 자유를 유린하였다. 제5공화국헌법에서는 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”고 규정하였다. 제6공화국에서는 이에 덧붙여 집회에 대한 허가제를 인정하지 않는다는 명문의 규정을 두어 그 보호정도를 강화하고 있다.

2) 시위양상의 변화

비상계엄시대를 거쳐 1980년대는 정부에 대한 불만을 토로하며 민주화를 열망하는 많은 국민들이 집회와 시위를 통하여 자신들의 목소리를 내기 시작했고, 그 시위의 양상 또한 과격해졌다. 각종 시위에서 화염병, 각목, 돌맹이로 무장한 시위대와 경찰의 최루탄 발사,¹¹¹⁾ 시위학생들의 구속 등이 일상의 시위로 비추어졌다. 최루탄의 부적법한 사용으로¹¹²⁾ 실명되고, 심지어 사망에까지 이른 시위학생, 학생들의 돌에 맞아 부상을 입은 전투경찰, 각종 시위진압에 동원되어 질병으로 사망한 경찰에 이르기까지 각종 인권침해사례 등이 발생했다.¹¹³⁾

111) 경찰이 최루탄을 도입한 것은 1970년대 초로 86년 이후 연 평균 21만 4654발의 최루탄을 쏘았으며, 6월 민주화항쟁이 있었던 1987년에는 67만4383발을 쏘았다. 그러나 97년부터 최루탄 사용량이 급격히 줄어 97년에는 13만4405발, 98년에는 3403발을 사용하였으며, 1986년 이후 1998년까지 연평균 최루탄 구입비용은 29억여원에 달한다(조선일보 1999. 12. 6).

112) 분사기와 최루 등의 작용제는 최루가스 등을 발생시켜 일시적으로 신체·정신적 기능의 장애를 주는 화학탄의 일종으로서, 사람의 살상을 목적으로 제조된 무기는 아니나 그 사용여하에 따라서는 생명·신체에 중대한 위해를 발생시킬 수 있다. 그러므로 이것들을 무기에 준해서 취급해야 한다는 견해도 있었으나 경찰관직무집행법 제3차 개정시 경찰관직무집행법에서 무기사용과 별도로 규정함으로써 입법적으로 해결하였다(경찰청, 경찰관직무집행법해설, 2001. 6, 163-164면). 최루탄발사기로 최루탄을 발사하는 경우 30도 이상의 발사각을 유지하여야 하고, 부득이 가스차 등을 사용해야 하는 경우에는 현장책임자의 판단에 의하여 필요한 최소한의 범위안에서 사용해야 한다(경찰장비의사용기준등에관한규정 제12조, 제13조, 제15조).

최근의 시위양상을 살펴보면, 시국관련 집회 및 시위는 현격히 줄어들고 있다. 정부와 시민이라는 과거의 대결구조는 이제, 구조조정과 집단적 의사의 관철을 목적으로 하는 기업과 노동자들의 대결구조로 변하고 있다. 이러한 상황에서 이제 경찰은 과거처럼 국가의 안전보장이나 질서유지를 위해 적극적으로 시위진압에 관여해왔던 모습을 탈피하지 않으면 안되게 되었다. 이제 경찰은 개인의 민사문제에 적극적으로 진입해서는 안되며, 개인간의 문제가 질서유지에 크게 문제가 될 때 최후의 수단으로 경찰이 개입할 수 있다는 경찰민사불개입의 원칙이 적용되어야 할 때이다.

경찰도 ‘합법보장·불법필벌’이라는 기본원칙하에 준법집회는 최대한 보장하고 불법집회는 철저한 채증을 통해 사후 관련자들을 사법조치함으로써 평화적 집회와 시위문화 조성에 노력하고 있다. 한국경찰은 1999년 무최루탄 원년을 선포한 바 있다. 즉 1998년 9월 3일 충남 아산과 경북 경주의 만도기계 공장에서 불법파업을 진압하기 위하여 최루탄을 사용한 것을 마지막으로 현재까지 3년 동안 그 원칙을 지키고 있다. 그 밖에 여경기동대¹¹⁴⁾와 질서유지선제도를 도입하고, 일부 경찰서에서는 시위참관단¹¹⁵⁾을 활용하는 등 평화적인 시위질서확립을 위해 노력하고 있다.¹¹⁶⁾

113) 지방경찰청 기동대장으로 근무하면서 71회에 걸쳐 불법집회 및 시위의 진압작전 등을 현장에서 지휘하는 업무상 과로를 하였고, 그 과정에서 최루가스 및 먼지를 과다 흡입하였을 뿐만 아니라 과중한 업무를 수행하느라 만성비염 등을 적기에 치료하지 못하여 비인두중양으로 악화된 경우, 공무 수행과 위 질병들 사이에 상당인과관계를 인정하였다(서울행법 1999. 9. 8, 98구23443).

114) 여경기동대는 2000년 창립되었다.

115) 전북경찰청은 2001년 3월 20일 시·군별로 시위참관단원을 구성하였다. 모범운전자, 농민, 일반 시민 등으로 구성된 시위참관단원은 같은 시민의 입장에서 집회·시위현장에 나가 도로점거, 투석전, 교통법규 위반 등을 감시하고 불법행동을 자제해달라는 홍보활동을 벌여 건전한 집회를 유도한다.(중앙일보, 2001. 4. 7.)

116) 경찰청에 따르면 1995~1998년 집회 및 시위 현장에서 사용한 최루탄은 모두 48만여발로서, 이에 따르면 매년 평균 12만발 가량의 최루탄을 쏟아 부은 셈이다. 경찰이 무(無)최루탄 원칙을 지속하는 동안 위기 상황도 적지 않았다. 경찰청 관계자는 “지난 4월 대우차 부평공장 폭력진압 사태 직전 현장 지휘관이 ‘강경한 시위대에 맞서기 위해 최루탄이 필요하다’고 건의했으나 사용승인이 나지 않았었다”고 전했다. 이 관계자에 따르면 1998년 이후 급격히 감소했던 화염병이 올해 2천4백여개나 투척되면서 경찰로서는 최루탄 사용 유혹이 없지 않았으나 수뇌부가 무최루탄 원칙을 고수했다 한다. 당시 이무영 경찰청장은 “어떤 일이 있어도 역사의 물줄기를 거꾸로 되돌리지 않겠다”며 무최루탄 원칙 유지방침을 밝혔다. 그러나 민주노총측은 경찰의 무최루탄 원칙에 대해 “최루탄을 쓰지 않는 대신 경찰이 시위대에게 돌을 던지는 등 직접적 폭력이 늘었다”고 반박하기도 했다(중앙일보 2001. 9. 4.).

하지만 최근 쌀수입개방 반대와 자유무역협정체결 반대를 위한 집회 및 시위에 화염병과 돌, 쇠파이프 등이 다시 등장하고¹¹⁷⁾ 시위대와 진압경찰들이 심한 몸싸움을 벌이는 우려스러운 현실이 다시 문제되고 있다.¹¹⁸⁾

3) 현행 집회및시위에관한법률의 내용

현행 집회 및 시위에 관한 법률은 적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써, 집회 및 시위의 권리의 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화되게 함을 목적으로 제정되었다. 이와 관련하여 옥외집회 및 시위에 대해서는 48시간전에 관할경찰서장에게 신고서를 제출해야하는 사전신고의무(제6조)를 규정하고 있다. 그리고 관할 경찰서장은 야간집회 및 시위와 교통소통에 방해가 되는 집회 및 시위 등은 원천적으로 금지하고(제10조와 제12조), 옥외집회의 시간과 장소를 제한하며(제8조 3항 및 제10조 제11조), 집회·시위장소에 경찰관이 자유롭게 출입할 수 있게 되어 있다(제8조 2항).

민주사회를 위한 변호사모임, 참여연대 등 93개 시민 사회단체는 2001년 10월 23일 발족한 ‘집회·시위 자유 완전쟁취를 위한 연석회의’를 통해 집회및시위에관한법률 중 경찰의 재량권 남용 소지가 있는 사전집회금지 조항(5조) 삭제와 함께 악용되고 있는 중복집회 금지(8조), 일몰 후 집회금지(10조), 외국대사관 및 국회 등의 1백m 반경 내 집회 금지(11조)¹¹⁹⁾ 등을 개정하는 입법청원을 하겠다고 밝혔다.¹²⁰⁾

117) 불법 과격·폭력 시위 현황: <http://www.police.go.kr-archive-figures-statistics-7-m.htm>.

118) 2001년 12월 2일 민주노총·전농·한총련 등 민중연대 소속 회원 2만여명이 경찰 1만여 병력과 수십미터를 밀고 당기는 등 격렬한 시위를 벌였다. 이 때, 보도블록 수백여개와 페인트·술병·고춧가루를 던지고 각목을 휘두르기도 했다. 이 과정에서 전경 15명과 시위대 10여명이 머리 등을 다쳐 인근 병원으로 이송되었다. 경찰은 시위와 관련, 전농지도부 9명과 과격시위자 18명을 수배하였다(중앙일보, 2001. 12. 3). 이와 관련하여 자세히는 천진호, “공권력확보방안과 인권보호와의 조화”, 대구·경북지방경찰청 합동공청회자료집, 『민주적 법치질서 확립』 어떻게 할 것인가, 39-41면.

119) “대사관은 집회·시위 바람막이?”, 주간동아, 2000. 6. 22. 각 기업들은 이 조항을 이용하여 집회를 원천봉쇄하려고 자신의 빌딩에 외국대사관을 경쟁적으로 유치하는 기현상을 낳고 있다.

120) 특히 이들은 주요 집회장소들을 인근 상인회나 건물주들이 미리 수개월씩 장기 집회신고를 해 선점하여 다른 집회를 원천적으로 봉쇄하는 수단으로 8조도 개정운동의 초점으로 삼고 있다. 중앙일보, 2001. 10. 24.

2. 시위진압인력

시위진압의 주체와 관련하여 대간첩작전수행을 임무로 하는 전투경찰순경을 시위진압에 배치하는 것이 합당한지 여부가 문제된 바 있다. 시위진압의 주체로서 자신의 의사와 상관없이 동년배인 시위대의 반대편에 서서 돌과 화염병에 맞서 최루탄과 방패로 시위를 진압해야 했던 전투경찰들의 인권에 관한 문제는 우리의 1980년대 후반의 시위문화를 되새겨준다. 시위진압당시에는 이른바 전경들은 사회적 분위기상 자신들이 느꼈던 인권침해에 대하여 표현할 수 없었지만, 1990년에 들어서 대간첩작전을 임무로 하는 전투경찰이 시위진압을 하는 것의 적법성여부와 자신의 의사에 반해 시위진압을 하는 전투경찰에 배치된 것이 당사자의 기본권을 침해여부를 결정한 판결이 있었다. 판례는 대체로 전투경찰도 치안업무를 보조하는 임무를 부분적으로 수행할 수 있다고 보고 있다.

판례 1 : 전투경찰¹²¹⁾의 시위진압(대법원 1992.8.18. 선고 92도1244 판결)

대간첩작전의 수행을 임무로 하는 전투경찰순경(이른바 “전경”)이라도 상관의 명령에 의하여 치안업무를 보조를 임무로 하는 의무경찰순경(이른바 “의경”)의 직무를 도와 시위진압을 하는 것은 객관적으로 보아 적법한 공무집행이라고 할 것이다.

판례 2 : 전투경찰대설치법 등에 대한 헌법소원 (헌법재판소 1995. 12. 28, 91헌마80)

구 전경대설치법 제2조의3은 군입대자의 전임에 의하여 대간첩작전 수행을 임무로 하는 전투경찰순경과, 지원에 따라 선발·임용하는 치안업무보조를 임무로 하는 의무전투경찰순경을 구분하고 있으나, 양 전투경찰조직은 모두 내무부장관 지휘 하에 있고, 같은

121) 전투경찰이라는 명칭은 6. 25전쟁이 발발한 지난 1950년 10월 당시 지리산과 태백산, 운문산 등지에서 빨치산 소탕작전을 위해 ‘전투경찰사령부’가 설치·운용되면서부터 사용되었다. 현재와 같은 ‘전투경찰’이 법률에 근거해 운용되기 시작한 것은 ‘전투경찰대 설치법’이 제정·공포된 70년 12월부터였다. 이후 ‘전투경찰’은 북한의 무력도발 대비보다는 학원과 노동계의 집회·시위 진압에 주로 이용되었다. 이무영 전 경찰청장은 “전투경찰은 호전적 명칭으로 법집행과 봉사를 기본으로 하는 경찰이념에 맞지 않고 국민들의 거부감을 초래했다”며 이제는 시대적·사회적 환경변화에 따라 명칭을 바꿀 때가 됐다고 밝혔다(연합, 2000. 9. 17).

법 제1조도 전투경찰대의 임무가 “대간첩작전의 수행과 치안업무의 보조”임을 밝히고 있어, 전투경찰의 경우에도 그 부수적 임무로서 치안업무의 보조까지 가능하다고 해석할 수 없는 것이 아니다. 또한 경찰직무응원법 제4조에 의하여 내무부장관은 돌발사태 진압 등 필요할 때 경찰기동대를 편성할 수 있도록 하여, 내무부장관 산하의 경찰조직간 직무응원은 장관의 명령에 의하여 얼마든지 이행될 수 있는 것이다. 그런데 청구인이 소속한 제1기동대는 전투경찰대원으로 충원되어 시위 등 돌발사태의 진압을 위해 조직된 것이고 이는 소위 “행정응원”의 일종으로 청구인이 내무부장관 소속 경찰의 신분을 가지는 점을 생각할 때 전혀 위법하지 아니하다.

그리고 일반적으로 불법한 집회 및 시위의 진압은 공공의 안녕과 질서유지라는 경찰의 기본 임무로서 집회및시위에관한법률 및 경찰관직무집행법 등에 근거한 적법한 행위이고, 경찰관은 누구나 돌발사태의 진압 또는 공공질서가 교란되었거나 교란될 우려가 현저한 지역의 경비를 위하여 파견되거나 경찰기동대로 편성될 수 있는 것이므로(경찰직무응원법 제1조), 불법한 집회 및 시위로 말미암아 공공질서가 교란되었거나 교란될 우려가 있는 경우 대간첩작전의 수행을 임무로 하는 전투경찰순경에 대하여 경찰의 본래의 임무인 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 시위진압명령을 한 것이 행복추구권 및 양심의 자유를 침해한 것이라고 볼 수 없다.

3. 집회및시위에관한법률의 합헌성여부¹²²⁾

집회및시위에관한법률에 관해 1980년대 이후 대법원에서는 그 합헌성을 인정하였고, 1994년 헌법재판소에 옥외집회의 개념을 너무 넓게 규정하는 등의 위헌소지가 있다는 헌법소원이 제기되었으나 헌법재판소는 이에 대해 합헌판단을 하고 있다. 헌법재판소는 집회및시위에관한법률 제2조 제2호의 “시위”는 그 문리(文理)와 개정연혁(改正沿革)에 비추어 다수인이 공동목적(共同目的)을 가지고 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위와

122) 1980년대 이후 집회및시위에관한법률의 위헌성여부와 관련하여 대법원은 대체로 합헌을 선언하였다. 대판 1987.3. 10, 86도1246; 대판 1986. 9.23, 86도1547; 대판 1991.11.12, 91도1870 (김철수, 헌법학개론, 12전정신판, 641면이하).

(2) 위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다고 해석하였다. 그래서 위 (2)의 경우에는 “공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소”라는 장소적 제한개념은 시위라는 개념의 요소라고 볼 수 없다고 보았다. 이에 따라 옥외집회의 정의규정인 위 법 제2조 제1호가 시위에서와 같은 “공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소”라는 장소적 제한개념을 추가하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 인정하여 그것이 집회(특히 옥외집회)의 주최자를 시위의 주최자보다 합리적 이유 없이 불리하게 차별한 것이라든가 또는 옥외집회의 개념을 너무 넓게 규정하여 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하였거나 그것을 필요 이상으로 과도하게 제한하였다고는 볼 수 없다고 판시했다.

또 헌법재판소는 야간의 옥외집회·시위제한(제10조)과 관련하여, 일반적으로 야간의 옥외집회·시위가 주간 옥외집회·시위보다 질서유지가 어렵고 따라서 그만큼 공공의 안녕질서에 해를 끼칠 개연성이 높으며, 심리학적으로도 야간에는 주간보다 자극에 민감하고 흥분하기 쉬워서 집회 및 시위가 본래의 목적과 궤도를 이탈하여 난폭화할 우려가 있고, 또 불순세력의 개입이 용이하며 이를 단속하기가 어려운 점 등 여러 가지의 특성이 있음을 인정하고 있다. 형법 및 폭력행위등처벌에관한법률등에 있어서 “야간”의 행위를 더욱 엄격히 규제하고 있는 것도 이와 맥락을 같이 하는 것으로 합헌이라고 판단하였다.

구 집회및시위에관한법률 제6조가 일률적으로 야간의 집회 및 시위를 금지한 것에 반해 현행 집회및시위에관한법률 제10조는 집회(集會)의 성격상 부득이한 경우에는 일정한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후의 옥외집회를 허용할 수 있는 단서규정을 두고 있다. 위의 판시에 따르면 이에 대한 허용여부는 헌법이념 및 조리상 관할 경찰관서장의 기속재량사항이라고 해석되는 점, 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락 등에 관한 집회(集會)에는 이러한 금지규정이 적용되지 않을 뿐만 아니라 야간(夜間)이라도 옥내집회(屋內集會)는 일반적으로 허용되는 점을 고려할 때, 야간(夜間)의 옥외집회(屋外集會)·시위(示威)의 금지에 관한 위 법 제10조의 규정은 집회(集會)의 자유의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수 없다는 것이다.¹²³⁾

123) 헌재판례집 6-1, 302면.

그 밖에 집시법 제19조 제2항은 “제5조 제1항 또는 제6조 제1항의 규정에 위반하거나 제8조의 규정에 의하여 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 이는 단순한 신고의무위반 등에 대한 제재이므로 행정질서벌인 과태료를 과하여야 하는데도 형벌을 과하고 있어 부당할 뿐만 아니라 그 형벌도 지나치게 과중하여 신고제를 사실상 허가제로 변화시킨 것이므로 집회·시위의 허가제를 금지한 헌법 제21조 제2항에 위배된다는 것이 청구인의 주장하였다. 헌법재판소는 행정법규 위반행위에 대하여, 이를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우(단순한 의무태만 내지 의무위반)로 보아 행정질서벌인 과태료를 과할 것인가, 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인가, 그리고 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 형종과 형량을 어떻게 정할 것인가는, 당해 위반행위가 위의 어느 경우에 해당하는가에 대한 법적 판단을 그르친 것이 아닌 한 그 처벌내용은 기본적으로 입법권자가 제반 사정을 고려하여 결정할 그 입법재량에 속하는 문제라고 보았다. 이러한 관점에서 볼 때, 집시법 제19조 제2항에서 금지통고된 옥외집회·시위 등을 주최한 경우는 단순히 행정질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 의무태만 내지 의무위반이 아니고 직접적으로 행정 목적을 침해하고 나아가 공익을 침해할 고도의 개연성을 띤 행위라고 볼 수 있으므로 이에 대하여 행정형벌을 과하도록 한 집시법 제19조 제2항이 위의 법리를 어긴 것이어서 헌법 제21조 제1항, 제2항에 위반된다고 할 수 없고, 또 그 행정형벌의 내용으로서 2년 “이하의” 징역이나 200만원 “이하의” 벌금형에 처하도록 한 것이 위 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 처벌이라고도 볼 수 없다고 판시한 것이다.¹²⁴⁾

124) 헌법재판소 1994. 4. 28 선고 91헌바14, 헌재판례집 6-1, 281-316면.

4. 집회 및 시위를 둘러싼 절차상의 문제

1) 집회의 신고의무

집회 및 시위의 자유가 인정되고 이에 대한 허가도 금지되지만, 공공의 안녕질서와의 조화를 위해 집회및시위에관한법률은 집회 및 시위의 개시 48시간이전에 관할경찰서장에게 서면으로 목적, 일시, 장소, 주최자, 연락책임자, 질서유지인의 주소·성명·직업과 연사의 주소·성명·직업·연제·참가예정단체 및 참가예정인원과 시위방법을 기재한 신고서를 제출하도록 정하고 있다(제6조 제1항). 옥외집회 및 시위를 신고하지 않은 경우 경찰서장은 상당한 기간 이내에 자진 해산할 것을 요청하고 이에 응하지 아니할 때에는 해산을 명할 수 있다(제18조 제1항 제3호).

집회신고와 관련하여 대법원판례는 옥외집회 또는 시위가 개최될 것이라는 것을 관할경찰서가 알고 있었거나 집회 또는 시위가 평화롭게 이루어진다면 신고의무가 면제되는 것은 아니라고 밝히고 있다.¹²⁵⁾ 즉, 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자로 하여금 관할 경찰서장에게 그에 관한 소정의 신고서를 제출하도록 규정한 취지는 그 신고를 받은 관할경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편, 그로 인한 공공의 안녕질서를 함께 유지하기 위한 사전조치를 마련하고자 함에 있는 것이라고 보았다. 그러므로 옥외집회 또는 시위가 개최될 것이라는 것을 관할경찰서가 알고 있었다거나 그 집회 또는 시위가 평화롭게 이루어진다 하여 그 신고의무가 면제되는 것이라고는 할 수 없고, 이에 비추어 소정의 신고서를 제출함이 없이 이루어진 옥외집회 또는 시위를 가리켜 사회상규에 반하지 아니하는 정당한 행위라고도 할 수 없다고 판시한 것이다.

2) 집회 및 시위의 금지통고처분

집시법에 따르면 경찰서장이 신고된 옥외집회 및 시위에 대해 일정한 경우¹²⁶⁾에 서면

125) 대법원 90.08.14 선고 90도870 판결.

으로 이유를 붙여 주최자 또는 연락책임자에게 시위의 금지를 통고할 수 있다고 규정하고 있다(제8조 제1항).

집회 및 시위의 대표자는 금지통고를 받은 때로부터 72시간 이내에 당해 경찰관서의 행정구역을 관할하는 특별시장·광역시장·도지사에게 이의를 신청할 수 있다. 그들은 이의신청을 접수한 때로부터 24시간 내에 재결을 하여야 하고, 24시간내에 재결서를 송부하지 않으면 관할 경찰관서장의 금지통고는 소급하여 그 효력을 잃는다.(제9조 1항, 2항) 이와 관련하여 시행규칙소정의 서식에 의한 금지통고는 아니라 하더라도 일응의 이유를 명시한 서면에 의한 경우 유효한 금지통고라고 본 대법원판결¹²⁷⁾과 단순히 교통소통에 지장을 준다는 사실만으로 금지통고를 할 수 없음을 분명히 한 서울고등법원판례를 예로 들어보겠다.

판례 1 : 일정서식을 사용하지 않은 집회 또는 시위의 금지통고의 성격
(대법원 1991. 10. 22 선고 91도919 판결)

집회 또는 시위의 금지통고는 그 이유를 명시하여 일정 서식의 서면으로 하여야 한다는 집회및시위에관한법률 제8조 제3항, 같은법시행규칙 제4조 제1항의 규정은 금지통고권자인 관할 경찰서장이 한 금지통고의 존재와 내용 및 근거를 객관적으로 뚜렷이 함과 아울러 이에 대한 이의신청 등 사후의 권리구제절차에 만전을 기하고자 함에 그 근본취지가 있고, 이에 비추어 보면 경찰서장이 경고장과 집회금지통보서에 의하여 한 각 집회금지의 통고가 위 시행규칙소정의 서식에 의하여 이루어지지 않았다는 등의 하자가 있다 하더라도 그것이 구두방식에 의한 것이 아니라 일응의 이유를 명시한 서면에 의하여 이루어진 것이고 그 이유가 합당한 것인 이상 위 집회금지통고는 위 각 서면의 송달로써 유효하게 성립하고 동시에 그 효력을 발생한다 할 것이다.

126) ①헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위(제5조 1항 1호), ②집단적인 폭행·협박·손괴·방화등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위(제5조 1항 2호), ③일몰시간 전, 일몰시간후의 옥외집회 또는 시위(제10조), ④청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백미터이내의 장소에서의 옥외집회 또는 시위(제11조), ⑤대통령령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회 또는 시위가 교통소통을 해칠 때(제12조 1항), ⑥신고서의 보완통고를 받고도 기재사항을 보완하지 않은 경우(제7조 1항).

127) 대법원 91.10.22 선고 91도919 판결.

판례 2 : 도로교통을 위한 집회 및 시위의 제한의 적법여부 (서울고법 1998. 12. 29, 98누11290)

1997년 9월 11일 고용·실업대책과 재벌개혁 및 IMF 대응을 위한 범국민본부(원고)는 종로에서 시위를 할 것을 서울특별시 종로경찰서장(피고)에게 신고하였다. 종로경찰서장은 집회및시위에관한법 제12조 제1항의 규정(도로교통을 위한 제한)에 따라 원고가 계획하고 있는 시위를 금지하거나 일정한 조건을 붙여 제한할 수 있다 할 것인데, 이때 그 시위를 원천적으로 금지할 것인지 아니면 일정한 조건을 붙여 제한하는데 그칠 것인지 여부는 피고의 재량에 속한다 할 것이다. 그런데 집회 및 시위의 자유는 민주정치의 실현에 매우 중요한 기본권이므로 그 제한은 공공의 안녕질서와 조화를 이루는 범위 안에서 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

이 사건에 있어 원고가 계획하고 있는 시위가 교통소통에 상당한 지장을 줄 우려가 있음은 앞서 본 바와 같지만, 원활한 교통소통을 위해서는 시위 참가인원 및 행진노선과 행진방법의 제한 등 적절한 조건을 부과하는 것만으로도 충분히 그 목적을 달성할 수 있다 할 것이며, 나아가 원천적으로 위 시위를 금지할 필요가 있다는 점을 인정할 수 있는 아무런 증거가 없다. 그렇다면 단순히 교통소통에 지장을 초래할 우려가 있다는 사실만으로는 금지통고를 할 수 없다. 또한 법 제8조 제1항은 신고서의 기재사항에 미비한 점이 보완되지 않는 경우 관할 경찰서장이 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 금지통고가 헌법에서 금하고 있는 사전허가가 되지 않기 위하여는 경찰서장이 집회의 실질적 내용에까지 들어가 그 위법 여부를 판단하여 허부를 결정하여서는 안 된다 할 것이다.

판례 3 : 집회·시위방식이 신고내용과 달라 저지시킨 경우 (중앙일보 2001. 10. 16.)

집회와 시위 방식이 신고된 내용과 다르다는 이유로 경찰이 이를 일방적으로 저지한 것은 위법이지만 저지 여부를 판단할 수 있는 근거가 없는 상황에서 일어난 경우 경찰에 책임을 물을 수 없다는 대법원 판결이 나왔다.

대법원1부(주심 裴淇源대법관)는 15일 민주화실천가족운동협의회(민가협)등 14개 시민단체 회원 15명이 국가와 중부경찰서장 등을 상대로 낸 손해배상 청구소송 상고심에서

“경찰 행위가 위법한 점은 인정되나 배상책임은 물을 수 없다”며 원고패소를 판결한 원심을 확정했다.

5. 불법집회 및 시위와 그 해산방법과 국가책임

집회 및 시위와 관련하여 집회참석자의 사전연행, 과잉진압, 미이라분장을 한 1인 시위에 대해 집시법이 아닌 경범죄처벌법의 적용, 최루탄사용으로 야기된 제3자의 재산상의 피해, 시위대의 부상 내지 사망, 시위 중 경찰서장에 대한 폭행 등에 대해 다음과 같은 판례가 있다.

판례 1 : 집회참석자의 사전연행 (한겨레, 2001. 11. 29)

경찰이 대우자동차 정리해고 관련 집회를 막기 위해 노동자들을 연행한 것은 신체의 자유를 침해한 불법행위라는 판결이 나왔다. 강○수씨 등 금속산업노동조합연맹 조합원 7명이 2001년 2월 22일 창원에서 대절한 버스를 타고 도착한 부평역 인근 식당에서 식사도중 연행되어 저녁까지 경찰서에 구금되었다. 이로 인해 국가를 상대로 소송을 제기하였는데, 재판부는 “이들이 집회참석을 위해 배회하고 있어 경찰이 임의동행했다고 하나, 이들은 현행범으로 볼 수 없고 임의동행절차도 지키지 않았으므로, 범죄예방조치라는 주장도 인정할 수 없다”고 하여 1인당 100만원~150만원씩의 손해배상액을 지급하라는 일부승소판결을 내렸다.

판례 2 : 불법집회 및 시위 (대법원 1990.06.22 선고 90도767 판결)

집회및시위에관한법률 제5조 제1항 제2호에서 규정한 불법시위 및 집회는 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가하는 것이다. 동원된 인원이 수백명 이상의 다수이고 그 수단이나 방법에 있어서 미리 준비하여 소지하고 있던 돌과 화염병을 던지고 쇠파이프와 각목을 휘두르며 구호를 외치면서 행진하는 등 비평화적인 방법을 사용하는 외에, 파출소를 습격하여 화염병을 던지고 부근에 있던 전경들을 체포한 경우는 명백히 불법시위로 볼 수 있다. 이에 대해 시위주최자나 참가한

사람들은 위 시위의 목적, 사전준비상황, 그 진행과정, 그 시위의 방법 등에 비추어 볼 때 집단적인 폭행이나 손괴 등의 행위를 의도하였거나 쉽사리 예상할 수 있었다고 보아야 할 것이다.

판례 3 : 시위진압경찰의 진압방법(2000)

서울고법 민사16부(재판장 이홍복 부장판사)는 24일 지난 96년 연세대 사태 당시 경찰의 과잉진압으로 실명하는 등 피해를 봤다며 이아무개(29)씨 등 4명이 국가를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 국가는 이씨 등에게 모두 4500여만원을 지급하라며 원고 일부승소 판결을 내렸다.

재판부는 판결문에서 경찰관직무집행법에는 부득이한 경우 신체에 직접 해를 끼치지 않는 범위에서 최루탄을 쓸 수 있을 뿐 돌을 사용하는 것은 허용되지 않는다고 판단했다. 게다가 이미 최루액이 뿌러지고 학생들이 밀집한 상황에서 최루탄을 투척해 시위학생을 부상케 한 진압방식도 직무집행 범위를 넘어선 불법행위에 해당한다고 밝혔다. 그러나 재판부는 “이씨 등도 불법집회에 참가해 경찰의 격앙된 대응을 자초한 잘못이 있는 만큼 국가의 책임은 60%”라고 덧붙였다.

판례 4 : 미이라분장을 한 1인시위자에 대한 경범죄처벌 (한겨레, 2001. 8. 18.)

시위의 방법이 다양해지면서 도심에서 해골과 미이라 분장을 한 채 1인 시위를 벌인 시민¹²⁸⁾에 대해서 경찰은 집회및시위에관한법률을 적용한 것이 아니라 경범죄처벌법 제 1조 24호 ‘불안감을 조성한다’에 근거하여 연행, 즉심에 회부하여 3만원의 범칙금을 선고했다. 이에 대해 법원(서울지법 형사 14단독 신광렬판사)은 경찰의 조치가 옳다고 판단하였다. 재판부는 “이번 재판에서 1인시위의 적법성 여부는 따지지 않고, 미라 분장이 타인에게 불안감이나 불쾌감을 줄 수 있는지 여부가 쟁점이었다”고 주장했다. 그러나 이 또한 집회 및 시위의 자유를 극히 제한한 판례로 평가받고 있다.

128) 노조설립을 불허당한 비정규직 레미콘 노동자들이 사실상 죽은 것이나 다름없다는 점을 호소력있게 전달하기 위함.

판례 5 : 최루탄사용으로 야기된 제3자의 재산상 피해 (대법원 1997. 7. 25, 94다2480)

박XX은 건물 1층에서 약국을 경영하는데 1992. 7. 16. 대구·경북지역의 대학생 300여 명이 위 대학교의 교정에 모여 불법집회를 개최하자 피고 산하의 경찰 당국은 경찰기동대 및 방범순찰대를 주변에 배치하였다. 이 과정에서 시위대가 던진 화염병이 길바닥에 떨어지면서 약국 안으로 불길이 번지자, 박XX가 불이 났다고 고함을 지르면서 시위를 진압 중이던 경찰관들에게 도움을 요청하였다.

그러나 그들이 시위진압에 정신이 없어 즉시 진화를 해주지 못하고 지체하다가 한참 후 전투경찰대원 두 명이 휴대하고 있던 개인소화기를 들고 와 불길을 끄려고 위 약국의 정문 셔터를 열었으나 이미 위 약국 안에는 불길이 크게 번져 있었고, 조금 후 위 파출소로부터 연락을 받고 도착한 소방차들이 진화작업을 벌였으나 결국 이 사건 건물과 위 약국의 재고 의약품 등이 모두 타버렸다.

이 사건 건물이 위치한 위 대학교 북문주위에서 이미 화염병이 사용된 수많은 불법시위가 벌어졌고, 이 사건 당일에도 위 북문근처에 전투경찰대원들이 배치되는 등 인근 주민으로서도 쉽게 불법시위를 예상할 수 있는 상황이었다면, 경찰관들이 원고 등에게 시위 가능성을 알려 대비하게 하지 않았음만을 탓할 수 없다 할 것이고, 위 시위의 진압에 나선 경찰관들이 비록 시위진압에 전력하느라 원고의 구호요청에 바로 응하지 못하고 지체되기는 하였지만 휴대 중이던 개인소화기로 진화를 시도하고 소방서에 연락하여 화재를 진화하게 하는 등 그 나름의 조치를 취하였으며, 평소 위 대학교에서의 시위가 대규모였고 그 시위 장소도 광범위하고 산발적인데다가 시위대가 한곳에 머무르지 않고 수시로 이동을 거듭하여 방호망과 같은 시설의 효용이 그다지 크다고 볼 수 없는 점 및 이 사건 발생 당시까지 위 대학교 부근에서 벌어진 학생시위로 인하여 주민의 재산에 화재가 발생한 적이 없었다는 사실관계아래에서라면, 경찰 당국이 이 사건 시위의 과정에서 화염병의 사용을 예상할 수 있었는데도, 시위 장소 부근에 화염병 차단을 위한 방호망을 설치하지 않았다거나, 출동한 경찰관들의 일부로 하여금 화염병이 어느 곳에 떨어지는지에 대하여 주의를 기울이게 하여 그 불길이 주민의 재산으로 번져나가지 않도록 막지 아니하였고, 만약의 화재에 대비하여 소방차를 주변에 대기시키지 않았다고 할 지라도, 그러한 사정만으로 이 사건 시위진압을 위한 경찰관들의 직무집행이 그 시위의

태양 및 시위장소의 상황 등에서 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 내용에 비추어 시위진압의 방법 등이 현저히 합리성을 결한 것으로서 위법한 것이라고는 볼 수 없다 할 것이다. 따라서 국가배상책임은 인정되지 않는다.

판례 6 : 최루탄으로 인한 시위자 사망 (대법원 1995.11.10 선고 95다23897 판결)

국가 소속 전투경찰들이 시위진압을 함에 있어서 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도로 가능한 한 최루탄의 사용을 억제하고 또한 최대한 안전하고 평화로운 방법으로 시위진압을 하여 그 시위진압 과정에서 타인의 생명과 신체에 위해를 가하는 사태가 발생하지 아니하도록 하여야 하는데도, 이를 게을리한 채 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도를 넘어 지나치게 과도한 방법으로 시위진압을 한 잘못으로 시위 참가자로 하여금 사망에 이르게 하였다는 이유로 국가의 손해배상 책임을 인정하되, 피해자의 시위에 참가하여 사망에 이르기까지의 행위를 참작하여 30% 과실상계를 한 원심판결을 수긍하였다.

판례 7 : 최루탄사용으로 시위자가 부상당한 경우 (광주지법 1988. 7. 14, 87가합909)

원고 전○○은 대학교 3년에 재학중이던 1986. 5. 16. 16:00경 “광주의거 6주기 추모 미사”에 참여한 후 같은 날 22:00경 700여명의 위 미사 참석자들과 더불어 위 교회 정문을 나와 그 앞 차도를 점거하고 노동부 광주사무소 방면으로 진행하면서 “광주사태진상 규명하라”는 등의 구호를 외치며 시위를 한 사실, 한편 위 시위에 대비한 피고산하 광주경찰서 소속 경찰관과 전투경찰대는 케이·엠25최루탄(일명 사과탄)을 사용하여 위 시위를 해산시키게 되었던 바 위 최루탄은 시위나 집회 등을 저지하거나 해산시키는 데에 그 주된 사용목적이 있고 그 기능은 최루가스의 자극으로 사람의 활동에 일시적인 장애를 가져오는데 있는 것으로 그것이 터지는 순간에는 폭발압력 내지는 그 파편으로 사람이 다칠 염려가 없지 않으므로 이를 사용하는 경찰관들로서는 시위군중의 위치와 풍향을 고려하여 투척하므로써 최루탄의 파편 등으로 인하여 시위자가 다치는 일이 없도록 하여야 함에도 위 시위진압에 임한 일부 경찰 등이 그러한 주의의무를 소홀히 한 채 최루탄을 시위군중의 머리 가까이의 높이에서 터지도록 투척하여 그중 하나가 위 시

위대 중간부분에서 시위에 참가하고 있던 원고 전○○의 눈앞에서 터짐으로써 그 과편으로 위 원고가 쓰고있던 안경이 깨지면서 우측눈에 우안홍채이탈, 황반부변성 등의 상해를 입고 그로 인하여 우안시력이 약 0.06으로 저하되는 교정불능의 상해를 입은 사실을 인정할 수 있다. 피고 예하 공무원인 위 광주경찰서 소속 경찰관 및 전투경찰대가 부주의하게 최루탄을 취급사용한 직무상의 과실로 인하여 발생하였다 할 것이므로 피고는 위 사고로 말미암아 원고(부모와 동생)들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다 할 것이다.

한편, 위 거시증거에 의하면 원고 전○○을 포함한 시위군중들은 위 시위 중 경찰로부터 수차의 해산경고를 받고도 해산하지 아니하고 시위를 계속함으로써 경찰이 시위해산을 위하여 최루탄을 사용하게 된 것이며 위 원고가 사고당시 가담한 차도상에서의 시위는 법률이 금지하고 있는 야간옥외집회 및 시위에 해당하여 경찰이 이를 해산하는 과정에서 위 사고가 발생한 것임을 알 수 있는 바 이건 사고의 발생에 있어서는 그와 같은 위 원고의 과실도 위 경찰의 과실과 함께 한 원인을 이루었다 할 것인데, 앞서 본 증거에 나타난 이 사건의 경위 등에 비추어 볼 때 위 원고의 과실은 피고의 이 사건 손해배상책임을 면책하게 할 정도에는 이르지 아니하고 다만 뒤에 피고가 배상하여야 할 손해액을 산정함에 있어 이를 참작하여 감액하기로 하되, 그 비율은 쌍방의 과실정도에 비추어 약 10퍼센트로 봄이 상당하다 할 것이다.

판례 8 : 시위중 경찰서장 폭행 (중앙일보, 2001. 8. 25.)

서울지법 형사합의22부(재판장 崔炳德부장판사)는 시위 도중 경찰서장을 넘어뜨려 다치게 한 혐의(특수공무집행방해,치상)로 구속기소된 박○○(40) 민주노총 대외협력국장에 대해 징역 2년, 집행유예 3년을 선고했다.

재판부는 시위 질서를 유지하는 경찰 지휘관을 다치게 한 것은 엄벌해야 하지만 피고인이 흥분한 상태에서 우발적으로 일어난 일이고 피해자의 부상이 가벼운 점을 감안해 형 집행을 유예하는 판결을 내렸다.

6. 경찰의 집회 이후 위험발생 방지의무

경찰관직무집행법 제5조는 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 그 각 호의 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 것이 되어 위법하게 된다. 그러므로 경찰관이 농민들의 시위를 진압하고 시위과정에 도로 상에 방치된 트랙터 1대에 대하여 이를 도로 밖으로 옮기거나 후방에 안전표지판을 설치하는 것과 같은 위험발생방지조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하고 철수하여 버린 결과, 야간에 그 도로를 진행하던 운전자가 위 방치된 트랙터를 피하려다가 다른 트랙터에 부딪혀 상해를 입은 사안에서 국가배상책임을 인정하고 있다.¹²⁹⁾

7. 독일의 집회 및 시위진압과 관련된 문제

1) 자발적·우발적 옥외집회(Spontanversammlung)의 신고의무

자발적·우발적 집회에 대해 신고가 없었다는 이유로 해산시킬 수 있는가? 예컨대, 국가대항 스포츠경기에서 우승한 경우나 사고가 발생한 경우 많은 사람들이 길거리로 나와서 그들의 기쁨을 표현하거나, 슬픔, 항의를 나타내는 경우가 있다. 이는 공동의 목적을 추구하려는 많은 사람들의 모임이라는 집회의 개념은 충족시키지만, 집회법에서 요구하는 집회의 대표자도 없고 집회시작 48시간 전까지의 사전신고의무 또한 지켜질 수 없다. 그렇다면 이러한 집회는 불법이며, 이에 참여한 자들을 신고위반을 이유로 처벌하여야 하는가? 이러한 문제에 대해 독일법학자들은 자발적·우발적 집회를 집회법의 이물질(Fremdkörper)이라고 표현하지만, 독일 기본법 제8조가 규정하고 있는 요건인 평

129) 대법원 1998. 8. 25. 선고 98다16890 판결.

화롭고 무기가 등장하지 않는 집회나 시위일 경우에는 신고위반을 이유로 처벌할 수는 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 독일연방헌법재판소는 이러한 신고되지 않은 집회에 참여했다고 하여 신원확인(Identitätsfeststellung)을 해서는 안된다고 판시했다.¹³⁰⁾ 독일의 학설과 판례도 이러한 자발적·우발적인 집회에 대해 신고가 없었다는 이유로 해산시킬 수는 없고 공공질서를 직접적으로 위해하는 위험이 있을 경우에만 해산시킬 수 있다고 한다.¹³¹⁾

2) 시위해산방법의 적정성여부

독일에서도 시위군중 진압 및 해산용으로 살수차나 최루가스등이 사용되고 있다. 이와 관련하여 몇 년 전 독일에서는 시위자에게 상해를 입힐 수도 있는 살수차의 사용이 인간의 존엄을 해치는 것으로 헌법에 위배된다는 헌법소원이 제기된 적이 있었다. 핵쓰레기를 중간처리장으로 옮기는 것을 반대하는 시위대가 연좌시위를 벌이자, 경찰은 여러 차례에 걸쳐 해산을 명령한 뒤 해산을 시도하기 위해 살수차의 수압을 8-9ba에서 13ba까지 올렸다. 그러던 중 15미터 전방의 시위가담자에게 갈비뼈와 생식기를 다치게 한 상황이 발생했다. 이에 대해 시위가담자는 이러한 살수차의 발포는 인간의 존엄을 해쳤다고 하며 헌법소원을 제기하였다. 이와 관련하여 헌법재판소는 시위를 해산하려는 경찰이 어떤 직접강제수단을 선택할 것인지를 결정은 전적으로 경찰에게 달려있으며, 살수차의 사용목적이 인간적 존엄을 해치는 것이 아니기 때문에 불행한 사건이 벌어진 것이 유감이지만 위헌적인 조치라고는 볼 수 없다고 판시하였다.¹³²⁾

3) 시위대에게 경찰비용을 부담지우는 법의 성립 여부

시위의 정도와 회수가 증가하자, 환경문제를 둘러싸고 독일 각 지역에서 경찰이 시위

130) Kniesel, H. Versammlungswesen, Rn. 233 in: Lisken/denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl., 1996; BVerfGE 69, 315, 350f.

131) 다른 견해: OLG Düsseldorf, NStZ 1984, 514.

132) 살수차사용의 헌법적합성(BVerfG, NVwZ 1999, 290면이하).

로 인한 경비를 시위대로부터 징수하여야 할 것인가에 대한 논의가 계속되어왔다. 몇 개의 주(니더작센, 바덴-뷔르템베르그, 바이에른 주)는 공공질서를 해치는 위험을 제거하기 위해 경찰이 투입된 경우, 그에 대한 비용을 시위대에게 부과하는 규정을 마련했다.

이 규정에 대한 학자들의 평가는 대체로 부정적이다. 그 근거로서 첫째, 명확성의 원칙이 지켜질 수 있느냐는 것이다. 일례로 니더작센 경찰비용규정에 따르면, 경찰투입사용료는 세가지 요소에 의해 결정된다. ①시위대의 수와 행동양식, ②파견된 경찰관의 수와 필요로 한 차량의 수, ③경찰의 작전. 그런데 이러한 요소들은 경찰의 넓은 의미의 재량과 이익형량에 달려있으며¹³³⁾ 이에 대해서 시위대는 영향을 미칠 수도 없고 미리 예측할 수도 없다.

둘째, 경찰이 시위대에게 경찰투입비용을 지불하게 할 경우 헌법이 보장하고 있는 집회 및 시위의 자유(독일기본법 제8조)와 어떻게 조화를 이룰 수 있는가하는 문제이다. 시위에 참가하려던 사람들은 비용부담의 의무가 발생할 수도 있다는 사실때문에 시위에 참가하는 것을 꺼리게 될 수도 있기 때문이다.¹³⁴⁾

셋째, 시위대에게 비용을 부담시키는 것은 여태까지의 과태료나 형벌규정보다 더 강력한 부담이 되기 때문에 형평성의 원칙에도 맞지 않는다. 구체적으로 다음과 같은 문제점을 들 수 있다. ①경찰비용은 형법이나 질서위반법에서 엄격하게 정해놓은 구성요건에 해당하지 않고, 단순히 공공질서의 교란을 전제로 하고 있다. ②형법과 질서위반법은 죄가 있거나 비난가능한 행동에 대해서만 벌을 가하는데 비해, 경찰비용의 부담은 죄의 유무와 관계없이 적용된다. ③질서위반법 제113조 또는 집회법 제29조 1항 2호에 의해 대부분의 시위대는 최고 1000마르크정도의 과태료를 물게되지만, 경찰비용은 무한대이다. ④형법이나 과태료규정에 있어서는 의무위반의 정도, 질서위반의 정도 또는 당사자의 개인적인 상황이 고려되지만, 시위와 관련한 비용부담자는 자신의 행동이 미약할 지라도 모든 경찰비용을 공동채무자로서 부담해야 한다. ⑤질서위반벌은 6개월이 지나면 시효가 경과하지만, 경찰부담은 삼년이 지나야 시효가 소멸한다.¹³⁵⁾

133) v. Brünneck, Die Kostenerhebung der Polizei bei Demonstrationen, NVwZ 1984, 275.

134) NVwZ 1984, 276; Kniessel, Versammlungswesen, Rn. 80c, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl.; 약 80.000마르크(우리돈 4800만원)이 소요된다. Gusy, Polizeirecht, 4. Aufl., Rn. 342.

4) 청소비용 부담 여부

집회에서 나누어준 인쇄물 등을 치우는 청소비용을 집회주최자에게 부담시킬 수 있는가? 이에 대해서도 독일의 판례와 학설은 소극적인 입장을 보이고 있다.

독일 기본법 제8조 제1항에 근거해 집회에서 인쇄물을 나누어주는 것이 집회의 자유의 본질적인 내용에 포함되므로, 집회 후에 그 인쇄물을 치우는 비용을 부담하게 하면 집회때 인쇄물을 나누어주지 못하게 되어 집회의 자유를 제한한다는 것이다. 청소는 집회가 끝난 뒤에나 시작될 수 있고, 집회주최자의 책임은 집회가 끝나면 소멸하기 때문에 책임을 지울 수 없다는 견해도 있다.¹³⁶⁾ 따라서 집회주최자에게 집회 중에 나누어준 인쇄물로 어지럽혀진 장소와 도로청소의 부담을 지우는 것을 제한하고 있다.

이에 반해 최근 독일에서는 모든 집회를 독일기본법 제8조가 보장하는 집회의 자유의 범위에 포함시키는 것이 타당한가라는 논란도 일고 있다. 점점 늘어나는 상업적이고 오락적인 성격을 갖는 집회 예컨대 베를린의 러브-퍼레이드도 집회의 자유 보호영역 안에 놓여 특혜를 누리는 것의 타당성여부가 논란이 되고 있는 것이다. 그 대표적인 예가 바로 청소비용부담문제이다. 연방행정재판소의 판례에 따르면 집회로 도로가 더럽혀진 경우¹³⁷⁾ 각주의 도로법에 따른 청소 내지 그 비용부담의무를 적용시킬 수 있다고 판시하고 있다.

집회법은 그 집회의 진행만을 규정하는 것이지, 그 결과까지를 규정하는 것은 아니다. 따라서 개인적인 집회, 의견형성에 기여하지 않거나 오락·상업적인 부분과 정치적인 면을 조금 담고 있는 경우에는 적어도 주최자에게 청소비용의 일부를 받는 것이 가능하다고 할 것이다. 다만 이렇게 청소비용을 청구할 수 있는 경우는 집회의 주최자가 집회를 통해 상업적인 이익을 얻었을 경우에 한해야만 할 것이다.¹³⁸⁾

135) v. Brünnek, NVwZ 1984, 277.

136) Kniesel, Versammlungswesen, RN. 80d, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl.

137) BVerwGE 80, 158= NJW 1989, 52f.

138) Deutolmoser, Angst von den Folgen eines weiten Versammlungsvegriffs, NVwZ 1999, 243.

8. 소 결

집회 및 시위와 관련된 과거의 경찰권행사에 대한 비판은 주로 경찰의 진압방식의 부적절함으로 인한 것이었다. 그러나 최루탄발사와 시위대의 불법연행문제는 비단 경찰이 책임져야 할 문제만은 아니다. 정부는 경찰이 최루탄을 사용하는 것을 암묵적으로 허용하였고, 입법부에서는 국민의 기본권 보장의 차원에서 그 사용의 요건들을 법률에 규정하지도 않았다. 사법부 또한 최루탄의 사용의 불가피성을 강조한 나머지 비례의 원칙을 엄격히 적용하지 않았다. 예외적으로 사상자가 발생한 경우에만 그 위법성판단을 하는 등 소극적으로 일관해왔다.

경찰의 결단으로 무최루탄 원칙은 우여곡절 가운데도 3년째 지켜지고 있다. 이제는 진압방식보다는 신고나 금지통고 등 절차상의 문제점과 관련하여 논란이 되고 있다. 경찰이 집회및시위에관한법률이 규정한 신고절차를 너무 까다롭고 엄격하게 적용한다는 비판의 목소리가 높다. 예컨대 집회나 시위가 교통혼잡을 발생시킬 우려가 있는 경우 금지통고처분을 내리기보다는, 우선 질서유지를 담당할 질서유지인을 지정하도록 하는 등 최소한의 제한으로 국민의 기본권인 집회 및 시위의 자유를 누릴 수 있도록 하여야 한다. 물론 이를 위해서는 집회의 참가자, 특히 그 대표자와 경찰간의 협조원칙이 무엇보다 중요하다. 국민들은 집회와 관련하여 경찰에 신고하는 것을 꺼려서는 안되고, 경찰 또한 신고 내용의 적법성, 즉, 집회 및 시위의 내용을 자신들이 평가해서는 안되고, 형식적인 요건을 충족시키는 집회의 신고는 기속적으로 수리하여야 한다. 집회의 내용이 공공안전을 해칠 우려가 있다는 예방적 차원에서 경찰이 금지통고처분을 발령하는 것은 옳지 않다. 집회 및 시위에 경찰이 전투복으로 참여하는 일도 막아야 할 것이다. 예방적인 차원에서 시간지연이나 신고된 인원의 과다를 이유로 집회 및 시위장소에 개입하여서는 안될 것이다. 최근 경찰이 집시법 제14조와 제18조에 의거해 집회시위현장에서 신고된 시간을 25분 가량 넘겨 집회를 계속한 혐의로 시위참가자중 40여명을 연행하였다는 사실도 과도한 법적용이라고 판단될 여지가 있다.¹³⁹⁾

139) 한겨레, 2001. 11. 29.

제3절 일반수사과정 관련 판례

범죄수사는 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조에 의해 경찰의 임무이며, 형사소송법 제196조에 의해 경찰이 검사의 보조자로서 수사업무를 하게 된다. 수사는 범죄의 위협으로부터 국민과 사회의 이익을 보호하는 국가의 중요한 작용인 동시에 피의자의 인권침해의 우려가 있다. 임의수사가 원칙이지만 과거 범죄혐의자를 수사하는 과정에서 어느 정도의 억압된 수사환경을 묵인해왔던 것도 부인할 수 없다. 사건의 신속한 해결을 위해 개별피의자의 기본권에 대한 고려없이 범죄수사를 위해서 법규정을 무시하거나 확장해석하여 불법구금·체포를 하거나 심하게는 고문·협박 등으로 허위자백을 받아내는 등의 잘못된 관행이 바로 그것이다.

이제 국민들의 인권의식고양으로 인해 수사과정에서의 인권침해사례는 사회적인 이슈가 되고 있다. 수사과정에서 인권침해상황을 야기한 경찰관은 경찰공무원법상의 중징계, 형법상 불법감금·체포죄, 폭행죄의 적용 및 피해자의 국가배상청구권행사시 해당 경찰관은 국가의 구상권행사에 응하여야 한다. 또한 경찰관에 대한 고소를 검사가 기소유예의 불기소처분할 경우 검찰청법이 정한 바에 따라 항고 및 재항고를 할 수 있고, 이것이 기각될 경우 헌법소원심판청구에까지 이를 수 있는 법적 구제수단이 마련되어 있다.¹⁴⁰⁾ 즉, 경찰의 무리한 자백강요나 적법한 절차를 받지 못한 진술조서작성 등의 사법경찰관의 무리한 행위는 법원에서 경찰이나 검찰의 수사과정에서 취득한 자백 및 진술조서등이 고문이나 강요에 의해 작성되었는지 여부를 심사하고, 이에 해당되면 증거로 사용하지 않고, 고문 등을 한 사법경찰관에게는 법적 제재가 가해지게 된다.

이하에서는 경찰의 수사과정중에서 발생한 인권침해사례들을 살펴보기로 하겠다.

140) 헌법 제 111조 및 헌법재판소법 제68조 제1항에서 헌법소원의 대상으로 검사의 불기소처분을 포함시킨 것은 당연히 의심을 갖고 조사해야 할 중요한 사항에 대하여 조사를 현저히 소홀히 하고, 자의적인 증거판단에 의하여 청구인에 대하여 기소유예처분을 한다면 청구인에게 헌법상 보장된 평등권과 행복추구권을 침해하게 된 것이기 때문이다. 검찰권의 행사에 대한 헌법소원심판은 실제로 빈번히 행해지고 있다(김철수, 『헌법학신론』, 제11판, 박영사, 906면.)

1. 임의동행과 보호실유치

임의동행이란 수사기관이 범죄용의자나 피의자의 동의를 근거로 이들과 함께 수사관 서로 가는 수사방법을 말한다. 임의동행은 피의자신문을 목적으로 행하여지는 경우가 많지만, 불구속피의자에 대한 조사이외에 보호실유치와 결합하여 구속영장발부의 대기과 영장집행을 위한 신병확보의 목적으로 행하여지는 경우도 적지 않고, 보호실유치와 함께 구속수사의 전 단계로서의 기능을 하고 있다.¹⁴¹⁾

임의수사를 원칙으로 하므로 강제수사는 임의수사로 수사목적은 달성할 수 없는 경우에 한하여 예외적으로 법률이 정한 요건과 절차에 의하여야 한다. 임의동행의 경우는 피의자의 동의를 근거로 하는 것이므로 언제든지 퇴거할 수 있는 자유가 보장되어야 하며 이에 위반되는 경찰관의 임의동행은 불법체포·감금죄(형법 제124조)에 해당한다. 즉 경찰관직무집행법상의 요건을 갖추지 못한 임의동행¹⁴²⁾은 강제수사에 해당하며, 긴급체포나 현행범체포에 의해 적법성이 보장되지 않으면 위법수사가 되는 것이다.¹⁴³⁾ 보호실유치도 상대방의 동의유무에 상관없이 강제수사에 해당하며, 영장에 의하지 않는 한 위법하다. 특히 경찰서 조사대기실이 조사대기자등의 도주방지와 경찰업무의 편의 등을 위한 수용시설로서 그 안에 대기하고 있는 사람들의 출입이 제한되는 시설로서, 일단 그 장소에 유치되는 사람은 그 의사에 기하지 아니하고 일정장소에 구금되는 결과가 된다. 그러므로 경찰관직무집행법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자

141) 신동운, 『형사소송법』, 법문사 1997, 133면.

142) ①경찰관의 동행요구를 거절했는데도 경찰서로 연행하려하는 경우(경찰관직무집행법 제3조 제2항 위반), ②경찰관이 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하고 소속과 성명을 밝히지 않고 그 목적과 이유를 설명하지 않은 경우(동법 제3조 제4항위반), ③당해인의 가족 또는 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분·동행장소·동행목적과 이유를 고지하지 않거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하지 않은 경우 및 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하지 않은 경우(동법 제3조 제5항위반), ④당해인을 6시간 초과하여 경찰관서에 머물게 한 경우(동법 제3조 제6항위반).

143) 임의동행의 요건을 갖추지 않아 동행요구 상대방을 비롯하여 다른 사람에게 해를 끼친 경우에는 그 경찰관은 1년 이하의 징역이나 금고로 처벌된다(경찰관직무집행법 제12조). 제한시간을 초과하는 동행요구에 의한 동행은 불법체포·불법감금죄(형법 제124조)에 해당할 수 있으며 범죄성립이 인정될 경우 당해 경찰관은 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지로 처벌받게 된다.

가 아닌 자를 구속영장을 발부받음이 없이 조사대기실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금이므로, 이에 대하여 국가가 손해배상을 하여야 한다.¹⁴⁴⁾

판례 1 : 임의동행후 경찰서내 유치가능시간 (대법원 1997. 8. 22. 선고, 97도 1240 판결)

임의동행은 상대방의 동의 또는 승낙을 그 요건으로 하는 것이므로 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라(경찰관직무집행법 제3조 제2항) 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다. 경찰관직무집행법 제3조 제6항이 임의동행한 경우 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다.

판례 2 : 제한시간을 넘긴 경찰서내의 조사 (대법원 1991.12.30 고지 91모5결정)

신병인수시부터 구속영장이 집행될 때까지 약 82시간 동안 위 경찰서 조사계 사무실 및 형사피의자 대기실 등에 있게 하면서 조사하였다면 비록 피의자가 며칠이 걸려서 조사를 받아도 좋으니 철저히 조사하여 억울한 일이 없도록 하여 달라고 요청했다는 경찰의 진술은 경험칙상 믿을 수 없고, 그랬다 하더라도, 철저히 하고 공정한 조사를 하여 달라는 것을 강조한 것이지 스스로 경찰서 안에 머물러 있을 것을 요구한 취지로 받아들일 수는 없다. 따라서 이는 경찰서 밖으로 나가지 못하도록 신체의 자유를 제한하는 유형, 무형의 억압이 있었던 감금행위에 해당한다.

판례 3 : ‘요보호여자’의 경찰서보호실 유치 (대법원 1998. 2. 13. 선고 96다28578 판결)

구 윤락행위등방지법(1995. 1. 15. 법률 제4911호로 전문 개정되기 전의 것) 및 같은 법시행령(1995. 11. 30. 대통령령 제14816호로 전문 개정되기 전의 것) 등 관계 규정에 의하더라도 ‘요보호여자’에 대한 수용보호처분은 오로지 보호지도소속에서 할 수 있도록

144) 대법원 1994.3.11. 선고, 93도958 판결 참조.

되어 있고, 보호지도소에서 ‘요보호여자’를 수용할 때까지 경찰관서에서 ‘요보호여자’를 경찰서 보호실에 강제로 유치할 수 있는 아무런 근거 규정이 없다. 뿐만 아니라 경찰관 직무집행법 제4조 제1항, 제4항의 규정에 의하면 경찰서 보호실에의 유치는 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 경찰관서에서 보호조치하기 위한 경우에만 제한적으로 허용될 뿐이라고 할 것이어서, 구 윤락행위등방지법 제7조 제1항 소정의 ‘요보호여자’에 해당한다 하더라도 그들을 경찰서 보호실에 유치하는 것은 영장주의에 위배되는 위법한 구금에 해당한다.

한편 경찰관이 구 윤락행위등방지법 소정의 ‘요보호여자’에 해당하지 않는 여자를 ‘요보호여자’에 해당한다고 보아 지도소측에서 신병을 인수해 갈 때까지 영장 없이 경찰서 보호실에 강제로 유치한 행위에 대해서는, 영장주의의 적용이 배제되는 행정상의 즉시강제에 해당한다는 국가의 주장을 배척하고, 영장주의에 위배되는 위법한 구금에 해당할 뿐 아니라, ‘요보호여자’에 해당한다고 보아 수용보호를 의뢰한 데에도 과실이 있다고 보아 국가배상책임을 인정하였다.

판례 4 : 현행범인의 체포가 아닌 경우

체포란 상당한 범죄혐의가 있고, 일정한 체포사유가 존재할 경우 사전영장에 의한 일정 시간동안의 구속조치에 선행하여 피의자에게서 인신의 자유를 박탈하는 수사처분으로 범죄혐의 상당성과 출석요구 불응의 우려가 있어야 한다. 영장없이 행하는 긴급체포와 현행범체포가 있는데, 그 중 형사소송법 제211조상 범죄의 실행의 직후인 자라고 함은 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이 체포자의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 일컬으며, 범죄의 실행을 종료한 직후라고 함은 범죄행위를 실행하여 끝마친 순간 또는 이에 아주 접촉된 시간적 단계를 의미하는 것으로 해석해야 할 것이다. 그러므로 시간적으로나 장소적으로 보아 체포를 당하는 자에게 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우에만 현행범인으로 볼 수 있다고 할 것이다.

판례 4-1 : 교장실난동 40분 후의 교사연행 (대법원 1991.9.24 선고 91도1314 판결)

교사가 교장실에 들어가 불과 약 5분 동안 식칼을 휘두르며 교장을 협박하는 등의 소란을 피운 후 40여분 정도가 지나 경찰관들이 출동하여 교장실이 아닌 사무실에서 그를 연행하려 한 것은 경찰의 적법한 공무수행이 아니다.

판례 4-2 : 강간현행범 (1995.5.26. 선고 94다37226 판결)

1992.7.20. 03:30경 소외 김○후 경장이 서울 서초구 양재동 소재 ‘시민의 숲’ 속에 세워진 영업용 택시에 탄 사람을 불심검문을 할 당시, 강간의 피해자라고 하는 소외 김○경이 소외 망 서○복으로부터 어떠한 폭행이나 협박을 당한 흔적이나 반항의 흔적 또는 성교의 아무런 흔적조차도 발견할 수 없고, 오히려 두사람이 나란히 택시 뒷좌석에 앉아 있다가 서초경찰서 양재파출소 소속 김○후 경장이 위 택시에 다가가서 문을 열고 뭐하는 것이냐고 묻자 이에 대하여 위 망인은 이야기를 하고 있다고 하고, 위 김○경은 구조를 요청하는 등 아무런 말 없이 고개를 숙이고 있다가 따로 불러내어 물어보자 아저씨가 못된 짓을 하였다고 말을 한 것이라면, 이러한 사정만으로는 객관적 상황에 의하여 위 망인이 강간죄의 범행을 종료한 직후임이 위 김○후 경장에게 명백히 인정되는 경우라고 보기 어렵다고 할 것이고, 가사 피고소송수행자의 주장처럼 위 망인을 강간죄의 혐의자로 긴급구속한 것이라고 하더라도 이를 위하여는 긴급구속 당시에 헌법 및 형사소송법에 규정된 바와 같이 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 긴급구속할 수 없다.

2. 경찰관서내의 시설기준 및 피의자수색

무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도망·증거인멸의 방지와 시설 내의 규율 및 안전 유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 안 된다. 미결구금은 수사 및 재판 등의 절차확보를 위해 불가피한 것이기는 하나, 실질적으로 형의 집행에 유사한 자유의 제한을 초래하는 폐단이 있다는 것은 널리 인식되어 있는 사실이다. 미결구금으로 인한 인권침해사례는 최근 특히 피의자보호실이

나 유치장내의 화장실 설치 및 관리행위, 유치장구금과 알몸수색행위와 관련하여 문제된 바 있다.

판례 1 : 유치장내 화장실설치 및 관리행위 위헌확인 (헌재결 2001. 7. 19. 2000헌마546)

미결수용자들은 구금으로 인해 긴장, 불안, 초조감을 느끼는 등 심리적으로 불안정한 상태에 빠지고 위축되며, 육체적으로도 건강을 해치기 쉽고, 자칫 열악하고 불리한 환경의 영향으로 형사절차에서 보장되어야 할 적정한 방어권 행사에 제약을 받거나 나아가 기본적 인권이 유린되기 쉽다. 그러므로 구금자체의 폐단을 최소화하고 필요이상으로 자유와 권리가 제한되는 것을 피하기 위해서, 그리고 이들의 형사절차상 방어권의 실질적 보장을 위해서는 규율수단의 선택에 있어 충돌되는 이익들간의 신중한 비교형량을 요하며 통제의 효율성에만 비중이 두어져서는 아니 된다. 위와 같은 점들은 현행법으로 체포되었으나 아직 구속영장이 발부·집행되지 않은, 즉 구속여부에 관한 종국적 판단조차 받지 않은 잠정적 지위에 있는 이 사건 청구인들에게도 당연히 적용되고, 이들에 대한 기본권 제한은 구속영장이 발부·집행된 미결수용자들의 경우와는 달리 더 완화되어야 할 것이며, 이들의 권리는 가능한 한 더욱 보호됨이 바람직하다.

보통의 평범한 성인인 청구인들로서는 내밀한 신체부위가 노출될 수 있고 역겨운 냄새, 소리 등이 흘러나오는 가운데 용변을 보지 않을 수 없는 상황에 있었다면, 그때마다 수치심과 당혹감, 굴욕감을 느꼈을 것이고 나아가 생리적 욕구까지도 억제해야만 했을 것임을 어렵지 않게 알 수 있다. 이 사건 청구인들로 하여금 유치기간 동안 아무런 차폐없이 40cm정도의 칸막이만 설치된 화장실을 사용하도록 강제한 피청구인의 행위는 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으로서 수인하기 어려운 정도라고 보여지므로 전체적으로 볼 때 비인도적·굴욕적일 뿐만 아니라 동시에 비록 건강을 침해할 정도는 아니라고 할지라도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.

판례 2 : 알몸수색 (대법원 2001다51466판결)¹⁴⁵⁾

박○○ 등은 2000. 3. 20. 성남 중원구 성남동에서 민주노총 소식지를 배포하다가 연행돼 조사를 받던 중 ‘알몸수색’을 당하자 국가와 경찰관 등을 상대로 1억원의 위자료청구소송을 제기하였는데, 1심에서는 국가는 원고들에게 400만원을 지급하라는 일부승소판결을 냈으나 2심에서 패소한 뒤 상고하여 승소판결을 받았다.

구 행형법 제17조의2는 현행범으로 체포되어 유치장에 유치된 피의자에 대한 신체검사의 법적 근거인데, 행형법이 신체검사를 허용한 것은 수용자의 자살, 자해 등 사고방지를 위한 것인 만큼 목적달성을 위한 최소한도의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 부당하게 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 행하여져야만 할 것이고, 수용자의 옷을 벗긴 상태에서 실시하는 정밀신체검사는 수용자의 명예나 수치심을 심하게 손상하므로 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 반입·소지금지물품을 은닉하고 있어서 다른 방법으로는 은닉한 물품을 찾아내기 어렵다고 볼만한 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여 허용된다. 경찰이 알몸수색의 근거로 제시한 경찰청 훈령 ‘피의자유치 및 호송규칙’ 제8조는 행정조직 내부명령에 불과하므로 이에 따른 처분이라고 해서 적법하다고는 볼 수 없으며, 부당한 공권력 행사가 오랫동안 반복돼 왔고 이에 대한 이의제기가 없었다고 해서 정당화될 수도 없다고 판시하였다.¹⁴⁶⁾

3. 경찰의 피의자관리

형사피의자는 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다(헌법 제27조 제4항). 이와 함께 형사소송법의 기본원칙인 적법절차의 원칙에 비추어 볼 때, 아무리 임의수사라 할지라도 수사기관은 최소한도의 법적 절차를 준수하지 않으면 안 된다. 형법은 적법

145) 수사기관이 알몸수색(정밀신체검사)을 하여 인권을 침해당하였다고 해당공무원을 고소하고 국가를 상대로 손해배상을 청구한 사건으로, 민주노총 여성조합원 알몸수색, 민족민주혁명당(민혁당) 사건의 피의자 알몸수색, 보건의료노조 여성조합원 알몸수색이 여기에 해당한다.

146) 경찰청은 알몸수색이 문제가 된 이후 훈령을 2차례 개정하여 현재는 체포된 현행범중 파렴치범이 아닌 경우에는 간이신체검사만 하고 있다고 하며 비흉악범이라 해도 자해 가능성 판단이 쉽지 않아 실무상 어려움이 많다고 한다.

절차를 지키지 않은 경찰관에게 불법체포·불법감금죄, 폭행·가혹행위죄를 적용한다. 검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 비밀을 엄수하여 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사에 방해되는 일이 없도록 주의하여야 하는데, 이에 위반한 경우 피의사실공표죄에 해당한다.¹⁴⁷⁾ 형법상의 처벌 뿐 아니라 적법하지 못한 경찰관의 행위로 피의자에게 손해가 발생한 경우 피의자는 국가에 대해 국가배상을 청구할 수 있다. 국가가 국가배상법에 의하여 공무원에게 구상권을 행사함에 있어서는 국가는 그 공무원의 직무내용, 그 불법행위의 상황, 손해발생에 대한 그 공무원의 기여정도, 불법행위의 예방이나 손실분산에 관한 국가의 배려의 정도 등 제반사정을 참작하여 손해의 공평한 분담의 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서 당해 공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

1) 유치장내 폭력사고와 경찰의 주의의무

유치장 내에서는 수감자들의 억눌린 감정으로 인하여 그들 사이에 폭행사건이 많이 발생할 가능성이 일반적으로 예상되고, 가해행위에 대하여 달리 피신할 장소도 없으며, 경찰관이 아니면 이를 제지하기도 어려우므로, 수감자들을 감시할 직무가 있는 담당 경찰관들로서는 수감자들을 수용함에 있어 정해진 수용인원을 초과하지 않도록 유의하면서 그 죄질을 감안하여 구별 수용하여야 한다. 그리고 수용시설의 사정에 따라 부득이 정해진 수용인원을 초과하여 죄질의 구분 없이 혼거 수용하는 경우에도, 그에 따라 발생할 수 있는 수감자들 사이의 폭력에 의한 사적 제재 등 제반 사고를 예상하여 감시와 시찰을 더욱 철저히 해야 한다. 아울러 폭력성이 현저한 수감자에 대하여는 특별한 조치를 취하는 등 사고를 미리 예방하고, 나아가 폭력행위 등이 일어난 경우 즉시 이를 제지하여야 할 의무가 있다. 일례로 유치장내 폭력으로 인해 한 사람이 의식을 잃고 쓰러진 뒤, 그 유치장내 수감자들이 뒤늦게 경찰에게 알렸다 하더라도, 경찰서 유치장내 질서를 유지해야할 의무가 있는 경찰관들이 사전예방 및 제지의무를 게을리 한 과실로 인하여 이 사건 사고가 발생한 것이므로 국가배상법에 따라 공무원인 위 경찰관들의 직무

147) 신동운, 전계서, 118면.

집행상의 과실로 인한 불법행위로 사망한 자와 그 유가족에게 손해를 배상할 책임이 있다.¹⁴⁸⁾

2) 경찰의 피의자폭행

경찰의 피의자체포는 국가권력의 정당한 행사와 개인의 인권보호의 충돌을 극명히 보여준다. 경찰에게 피의자를 체포할 수 있는 권한이 있다하더라도 그 수단선택에 있어 비례의 원칙에 적합하지 못한 과잉대응으로 피의자에게 상해를 입힌 경우는 형사상으로는 폭행죄에 해당하고, 민사상으로는 국가가 이에 대한 손해배상책임을 지게된다. 이와 반대로 경찰과 피의자간의 신체적 충돌이 있을 경우 경찰이 적법한 공권력을 행사하였다면 그 상대방은 공무집행방해죄를 처벌받게 된다.¹⁴⁹⁾

판례 1 : 보호감독중의 폭행 (대법원 88.04.12 선고 87도2649 판결)

○○동부경찰서 순경으로서 경범죄의자들을 보호감독하는 업무를 담당하고 있던 피고인이 1984. 7. 21. 04:00경 위 경찰서 피의자보호실에서 보호감독을 받던 피해자 서○○가 소란을 피우고 아프다고 주장하면서도, 아픈 곳을 묻는 피고인의 물음에 대답을 하지 않고 주정만 한다는 이유로, 주먹과 발로 피해자의 가슴과 다리를 각 수회 때리고 차 피해자에게 폭행을 가하였다는 사실을 인정하여 피고인에 대하여 폭행죄의 성립을 인정하였다.

판례 2 : 피의자와의 물리적 충돌에 대한 과잉대응

(서울민사지방법원 1993. 4. 14, 92가합82401 제19부 판결)

가게에서 직장동료들과 함께 술을 마시다가 술값 문제로 가게주인과 다투고 소란을 피웠다는 혐의로 연행된 사람들 중 1인에게 경찰관이 떠밀면서 다투는 것을 보고, 다른 연행된 사람이 가세하여 소란이 커지자 경찰관 2명과 파출소 소속 의무경찰 2명, 같은

148) 대법원 1993.9.28. 선고 93다17546 판결; 서울지법 1999. 12. 1, 99가합54351.

149) 공무집행방해죄에 대하여는 제5절에서 다룬다.

파출소 소속 유급방법대원으로 근무한 자들이 연행된 사람 중 1인에게 수갑을 채우고 구타하여 병원으로 후송도중 뇌진탕에 의한 뇌부종으로 사망하였다.

공무원들인 피고들은 인신구속, 질서유지, 방법순찰 등 치안업무를 담당하고 있었던 점, 이 사건 불법행위는 피고들이 심야에 술에 취한 상태에서 소란을 피운 피해자를 제압하는 과정에서 불법행위가 야기된 점, 평소 공무원들인 피고들이 대민치안업무를 수행함에 필요한 정신적 자세와 교양을 갖추도록 배려함은 물론 그 직무를 집행함에 있어서 추호도 이와 같은 불법행위가 발생하지 않도록 상급자들을 통하여 피고들을 철저히 지휘감독하였어야 함에도 이를 소홀히 하여 이 사건 사고가 발생하였다고 보여지는 점 등을 참작하면, 대한민국은 손해배상으로서 지급한 판결금과 상환하여준 소송비용을 합한 금액 중에서 일정부분을 제외하고, 피고들로부터 상환받을 수 있다. 또한 국가가 국가배상법에 의하여 공동불법행위자인 수인의 공무원에게 구상권을 행사함에 있어서는 각 공무원은 각자의 부담부분에 따른 분할채무를 부담한다 할 것이고, 이 경우 부담부분은 각자의 직분에 따라, 또한 각자의 행위가 손해발생의 원인으로 가공한 기여도에 따라 정하여진다.

판례 3 : 조사과정 중의 폭행 (서울민사지방법원 1992. 4. 10., 91가합74052 제17부 판결)

○○경찰서 ○○파출소 소속 경장, 순경, 방법대장은 근무하던 중, 파출소내에서 절도 용의자로 지목되어 연행되어 온 임XX에게 수갑의 한쪽을 그의 손목에 채우고 수갑의 다른 한쪽을 대기용 긴 의자에 채운 채 범행을 추궁하였으나 절도한 사실이 없다고 부인하자, 머리를 3, 4회 때린 후 발로 허벅지를 2, 3회 차고, 다시 주먹으로 복부를 수회 구타한 다음, 무릎으로 복부를 1회 차고, 다른 경찰이 주먹으로 위 임XX의 복부를 수회 구타하는 등 폭행을 가하여 다음날 채장등에 둔력을 받음으로 인한 폐지방전색증으로 사망케 하였다.

인신구속에 관련한 직무를 행하는 경찰공무원과 위 직무를 보조하는 지방공무원, 방법대원은 절도 용의자로 연행되어 온 위 임○○이 그 범행을 부인한다고 하더라도 절도용의자를 구타하여서는 아니될 뿐만 아니라, 항거불능 상태에 있는 절도용의자의 복부를 수회 구타하는 경우 그가 사망에 이르게 될 것이라는 것을 충분히 예견할 수 있었음에

도 이를 간과하고 수회 구타함으로서 그를 사망에 이르게 한 중대한 과실이 있다. 국가가 국가배상법에 의하여 공무원에게 구상권을 행사함에 있어 구상권의 행사를 받은 공무원이 2인 이상인 경우 각 공무원은 자신의 부담부분에 대한 분할채무를 부담한다 할 것이고, 이 경우 각 공무원의 부담부분은 특별한 사정이 없는 한 평등하다.

판례 4 : 손해배상청구권의 포기가능성 (대법원 1995.11.7 선고 93다41587 판결)

고문치사 피해자의 유족이 사인을 모른 채 일체의 민·형사상 문제를 거론하지 않기로 하고 돈을 받았더라도, 이를 손해배상 청구권의 포기라고 볼 수 없고 그 금원을 손해배상액에서 공제할 것도 아니라고 한 원심판단을 수긍하였다.

판례 5 : 상급자가 피의자를 폭행할 때 이를 제지하지 않은 하급경찰관들의 책임 (대법원 1993.6.8. 선고 92다633 판결)

피고 이○○가 경찰관으로서 판시와 같이 소외 망 김○○을 파출소 내에서 폭행하여 판시와 같은 상해를 가하고 이로 인하여 그로 하여금 화농성뇌막염으로 사망하게 하였다. 망인이 정당하게 직무수행 중이던 피고 이○○에게 손찌검을 하고 파출소에 연행되어 와서도 소란을 피우는 등 피고가 이 사건 폭력행위를 유발한 과실이 인정된다 하여 손해배상책임의 범위를 정함에 있어 그 과실을 20% 참작하였다. 피고 강○○, 김○○은 피고 이○○의 하급자임을 알 수 있으므로 그들이 상급자인 피고 이○○가 소외 김○○을 폭행한 데 대하여 이를 제지하지 않았다 하여 부작위에 의한 불법행위가 성립한다고 보기는 어렵다.

4. 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서와 사법경찰관의 요구에 의해 작성된 피의자진술서의 증거능력

1) 경찰의 요구에 의한 피의자진술서의 증거능력

자백은 피고인 또는 피의자가 범죄사실의 전부 또는 일부를 인정하는 진술을 말한다.

자백은 증거의 왕이라고 일컬어졌지만, 범죄사실을 밝히기 위해 고문·폭행·협박·신체 구속의 부당한 장기화 또는 기망 등의 방법으로 자백이 강요되는 인권침해의 폐단을 불러일으켰다. 이에 우리 헌법 제12조 7항은 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다고 규정하고, 형사소송법 제309조에서 제320조에 이르기까지 피의자의 진술이 담긴 내용을 법원에서 공정하게 판단하는 조문을 두어 강요된 자백의 증거능력을 부인하고 있으며, 적법절차를 위반한 영장주의에 위반하여 수집한 증거물, 야간압수·수색 금지규정에 위반한 압수·수색 등으로 인하여 수집한 증거, 미란다원칙 위배, 접견금지로 얻은 진술 등의 증거능력을 인정하지 않고 있다.¹⁵⁰⁾

피의자진술서라 함은 피의자가 수사단계에서 작성한 서류로서 진술이 기재된 서류를 말한다.¹⁵¹⁾ 작성의 동기에 따라 피의자가 자의에 의해 자진하여 작성한 진술서를 말하고 요구형 피의자진술서라 함은 검사 또는 사법경찰관리의 요구에 의해서 피의자가 작성한 진술서를 말한다. 검사가 작성한 경우는 자백의 임의성과 特信狀態, 피의자신문절차의 적법성, 피의자신문조서의 성립의 진정이 증거능력의 요건으로 하는데 반해, 경찰수사단계에서 작성된 피의자 진술서는 증거능력을 인정하는 요건에 차이가 있다. 경찰이 수사단계에서 사법경찰관리의 요구에 의해서 피의자가 작성한 진술서의 증거능력에 관해서는 형사소송법 제313조설과 제312조설이 대립하고 있다.¹⁵²⁾ 형사소송법 제313조 제1항에 따르면 피의자진술서의 성립의 진정(서명·날인·간인의 眞正)이 인정되면 피고인이 공판기일에 피의자진술서의 내용을 부인하는 경우에도 그 피의자진술서에 기재된 자백은 피고인의 공소사실에 관하여 증거능력이 인정된다. 제312조 제2항에 의하면 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자이었던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정한 때에 한하여 그 피고인의 공소사실에 관하여 증거능력이

150) 형사정책연구원의 보고서는 자백과 관련한 우리 법원의 태도에 대해 아주 비판적이다. 즉 국가보안법에 해당하는 사건의 경우에는 거의 예외없이 자백배제법칙을 무시하고 있고, 수사기관의 위법·부당한 수사행위 보다는 자백내용의 허위여부를 판단하는데 치중하고 있는 것이 일반적이라는 것이다. 박상기·탁희성, 『자백의 임의성과 증거능력에 관한 연구』, 형사정책연구원 1997, 205-206면.

151) 백형구, 형사소송법강의, 제7정판, 2000년, 박영사, 649면.

152) 백형구, 『피의자진술서에 기재된 자백의 증거능력』, 『고시계』 2001. 4. 44-45면 참조.

인정된다(형소법 제312조 제2항). 즉 제313조설을 채택하면 사법경찰관의 작성요구에 의한 피의자진술서의 증거능력이 강화되고, 제312조설을 채택하면 사법경찰관의 작성요구에 의한 피의자진술서의 증거능력은 약화된다. 이와 같이 증거능력의 요건을 엄격히 제한한 것은 경찰수사단계에서 사법경찰관의 자백강요로 인한 인권침해의 폐단을 억제함으로써 경찰의 피의자신문과정에서 피의자의 인권을 보장하려는데 그 이유가 있다.¹⁵³⁾ 대법원에서는 피의자진술서의 증거능력에 관하여 종래 313조설을 취하다가 金詩勳사건을 계기로 전원합의체판결로써 312조설로 판례를 변경하였으며 그 후 대법원판례로 확립되었다.¹⁵⁴⁾

판례 : 피의자신문조서로 기재되어야 할 사항을 진술서의 형식으로 기재한 진술서의 증거능력 (대법원 84.08.14 선고, 84도1139 판결)

피고인 김시훈은 살인용의자로 경찰에 연행된 후 처음에는 범행을 부인하였으나 별건으로 선고받은 구류형의 집행중에 수사경찰관의 혹독한 고문에 못이겨 살인의 범행을 자백하는 내용의 자필진술서를 작성·제출하였으며 항소법원은 그 진술서에 기재된 자백의 임의성과 신빙성을 인정하여 이를 결정적 증거를 삼아 피고인 김시훈에게 징역 15년을 선고하였으나 사건이 대법원에 계속 중 진범인이 검거되어 구속기소되자 대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원으로 환송하면서 판결이유에서 사법경찰관이 피의자를 조사하는 과정에서 피의자신문조서에 기재됨이 마땅한 피의자의 진술내용을 피의자로 하여금 진술서의 형식으로 기재케 하여 제출하게 한 경우에 위 진술서의 증거능력 유무는 형사소송법 제312조 제2항 “공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다”에 따라 판단한다.

2) 피의자신문조서의 증거능력

피의자신문조서라 함은 수사기관이 피의자를 조사하면서 피의자의 진술을 기재한 조

153) 백형구, 『피해자진술조서·피의자신문조서의 증거능력』 『고시계』 2001. 6. 134-135면.

154) 대판 1983. 7.26, 82도385; 대판 1987.2.24, 86도1152; 대판 1992.4.14, 92도442.

서를 말한다. 피의자신문조서의 증거능력이란 피의자신문조서에 기재된 자백의 증거능력을 의미한다.¹⁵⁵⁾ 현행 형사소송법은 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 제한하고 있다(형사소송법 제309조, 312조). 그 이유는 만약 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 기재된 자백을 무조건 유죄의 증거로 사용할 수 있다고 하면 수사기관의 자백강요로 인한 인권침해의 결과를 가져올 위험성이 있으며, 수사기관의 피의자신문이 비공개로 행하여지고 피의자신문에 대한 변호인의 참여권도 인정되지 아니하여 피의자의 진술과 피의자신문조서의 기재가 불일치할 가능성이 있으므로 피의자신문조서에 기재된 자백을 무조건 유죄의 증거로 사용할 수 있다고 하면 죄없는 사람이 유죄판결을 받을 위험성이 있기 때문이다.¹⁵⁶⁾

현실적으로 피의자는 경찰에서, 검찰에서 그리고 법원에서 진술하게 되는데, 이 때 각 단계별로 작성된 진술내용을 부인하는 경우가 생기면 법원이 그 자백의 임의성 등을 판단하게 되는데, 경찰의 수사과정을 중점적으로 살펴보게 된다. 경찰수사단계에서 수사경찰관의 고문에 의하여 자백을 한 피의자가 사건이 검찰에 송치된 후에 검사에게 동일한 내용의 자백을 한 경우에는 검사의 피의자신문시에 고문·협박 등 자백강요의 사실이 없는 경우에도 검사에 대한 피의자의 자백은 임의성이 의심되는 자백에 해당한다.¹⁵⁷⁾

판례 1 : 경찰관이 작성한 조서의 증거능력 (대법원 86.09.23 선고 86도1429 판결/참조판례 1983.3.8선고, 82도3248 판결)

피고인들은 제1심 공판정에서 검찰조사시 피고인들은 검사 앞에서 자유로운 분위기 속에서 그 각 피의자신문조서의 기재내용과 같은 진술을 한 후, 동 조서에 서명, 무인 및 간인한 것이라고 명백히 진술하고 있으므로 동 조서가 피고인들의 진술과는 관계없이 검사에 의하여 일방적으로 작성되었다는 논지는 받아들일 수 없다. 그리고 피고인이 된 피의자에 대한 검사작성의 피의자신문조서는 그 피고인의 공판정에서의 진술에 의하여 진정성립이 인정되면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 특히 임의로 되지 아니한

155) 백형구, 형사소송법강의(제7전정판, 2000년), 659면.

156) 백형구, 형사소송법 655면이하.

157) 대판 1981.10.13, 81도2160; 대판 1983.9.27, 83도1953; 대판 1992.11.24, 92도2409.

것이라고 의심할만한 사유가 없는 한 증거능력이 있는 것이고, 그 임의성 유무가 다투어지는 경우에는 법원은 구체적인 사건에 따라 당해 조서의 형식과 내용, 진술자의 학력, 경력, 지능정도 등 제반사정을 참작하여 자유로운 심증으로 그 임의성 유무를 판정하면 된다 할 것인 바, 기록에 의하면 피고인들은 검찰에서 여러 차례에 걸쳐 조사를 받으면서 공소사실과 그 주변사실에 관하여 상세히 진술하고 있고, 제1심 공판정에서도 검찰조사 당시 폭행, 협박 등 가혹행위를 받음이 없이 자유로운 분위기 속에서 임의로 진술하였음을 시인하고 있으므로(검찰조서의 진정성립 및 임의성을 인정하고 있다), 피고인들의 학력 및 지능정도에 비추어 볼 때 피고인들에 대하여 가령 경찰에서의 억압된 심리상태를 시인한다 하더라도 그러한 억압상태가 검찰조사시까지 연장되어 임의성 없이 진술한 것으로는 보여지지 아니하므로 같은 취지로 판단한 원심조처는 정당하고 논지는 이유없다.

판례 2 : 신빙할 수 없는 진술조서 (서울형사지법 1986. 11. 7, 86노4946)

을에 대한 A범죄사실에 의한 최초의 구속영장청구가 검사에 의하여 기각되자 그 부분에 대하여는 수사보완을 하지 아니한 채, 과거 우범자로 즉심에 회부되어 구류형을 마치고 나온 갑을 임의동행하여 을의 B범죄사실의 부합하는 진술조서를 작성하고 이어서 이에 부합하는 을의 자백조서를 작성하여 A범죄사실에 B사실을 추가하여 다시 구속영장을 청구하여 영장을 발부받았으며, 갑은 위 진술 후 다시 우범자라 하여 즉심에 회부되어 구류형을 선고받고 유치장에서 나오는 날 대기 중이던 수사관에 의하여 검찰청으로 인도되어 다시 같은 내용의 진술을 하기에 이르렀다면 갑의 경찰, 검찰에서의 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것으로 보기 어렵다.

판례 3 : 경찰작성의 진술조서의 증거능력 (대법원 87.06.09 선고 87도691, 87도63 판결)

경찰에서의 진술조서의 기재와 당해 사건의 공판정에서의 같은 사람의 증인으로서의 진술이 상반되는 경우 반드시 공판정에서의 증언에 따라야 한다는 법칙은 없고, 그 중 어느 것을 채용하여 사실인정의 자료로 할 것인가는 오로지 사실심법원의 자유심증에 속하는 것이며, 증인환문을 위한 소환장이 주소불명으로 송달되지 아니하고 소재탐지촉

탁에 의하여도 그 소재를 알 수 없다면, 그 증인에 대한 경찰작성의 진술조서는 증거능력이 있는 것인 바, 기록을 대조하여 살펴보면 원심이 원심증인 이○제, 동 장○철의 원심공판정서의 각 진술과 1심증인 박○복의 1심법정에서의 진술을 채용하지 아니하고, 위 증인들의 증언에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 사법경찰리작성의 위 증인들에 대한 각 진술로서 기재등과 제1심에서 소재탐지촉탁에 의하여도 그 소재를 알 수 없어서 증인으로 환문하지 못한 박○옥에 대한 사법경찰리작성의 진술조서 기재등을 사실인정의 자료로 채용하고 그 증거들에 의하여 원판시 1 내지 3 범죄사실을 인정한 조치와 제1심증인 주○호, 동 김○식, 동 홍○우의 제1심 공판정에서의 각 진술내용과 검찰 및 사법경찰리작성의 위 주○호에 대한 진술조서기재, 사법경찰리작성의 홍원우에 대한 진술조서기재 등에 의하여 원판시 범죄사실을 인정한 조치는 모두 정당한 것으로 인정되고, 거기에 소론과 같이 피해자들의 공판정에서의 진술에 반하여 물적증거나 목격자없이 조작된 경찰에서의 피해자 진술조서만에 의하여 사실을 인정함으로써 증거없이 사실을 인정하거나 채증법칙에 위배하여 사실을 잘못 인정한 위법이 없다.

판례 4 : 사법경찰관의 조서작성의 증거능력 (대법원 92.06.09 선고 92도737 판결)

검사 또는 사법경찰관이 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에만 증거로 할 수 있는 것인데, 여기서 성립의 진정이라 함은 간인, 서명 날인 등 조서의 형식적인 진정과 그 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이라는 실질적인 진정을 모두 의미하는 것이다. 사법경찰관이 작성의 갑에 대한 진술조서에 관하여 원진술자인 갑이 제1심 공판기일에서 수사관이 자신의 진술을 받아 기재한 것이 아니라, 을이 범죄사실에 관하여 진술한 내용을 미리 기재하여 놓은 다음 자신의 서명 무인만을 받은 것이라는 취지로 진술함으로써 위 진술조서의 실질적인 성립의 진정을 부인하고 있다면 위 진술조서는 증거로 할 수 없는 것이다.

판례 5 : 주소를 허위로 제시한 자의 경찰진술조서의 증거능력 (대법원 1995.6.13. 선고 95도523 판결)

진술을 요할 자가 사망, 질병, 또는 일정한 주거를 가지고 있더라도 법원의 소환에 계속 불응하고 구인하여도 구인장이 집행되지 아니하는 등 법정에서의 신문이 불가능한 상태의 경우도 형사소송법 제314조 소정의 “공판정에 출정하여 진술을 할 수 없는 경우”라는 요건이 충족되었다고 보아야 한다. 형사소송법 제314조 소정의 “특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때”라 함은 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.

시내버스에 승차하여 가던 중 소매치기 범행을 목격하고 버스 안의 승객들에게 주의를 준 다음 버스를 파출소 앞에 정차시켜 범인을 지목하였고, 그 직후 경찰에서 범인과의 대질신문을 통해 소매치기 범행내용을 구체적으로 명확하게 진술하였다면 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 경우에 해당하며, 그 목격자가 경찰에서 자신의 인적 사항을 사실과 다르게 진술하였더라도 그 뒤 검찰 수사과정 및 공판과정에서 그의 정확한 신원이 밝혀졌고, 그가 인적 사항을 허위진술한 것은 범인의 추적을 피할 목적에서 비롯된 것이라고 쉽게 짐작되므로, 그와 같은 사정만으로 경찰 진술조서의 증거능력을 부정할 사유는 되지 아니한다고 판시하였다.

3) 고문으로 인한 자백을 강요한 수사경찰의 손해배상책임

원고 전○성이 1986. 4. 2. 전일 23:10경 소위 망 박○순의 살인사건용의자로 지목되어 ○○경찰서 ○○지서에 임의동행 형식으로 연행되고 같은 경찰서 소속 직원들에 의해 수사를 받던 중 범행을 자백함으로써 같은 달 5. 구속되어 검찰에 송치된 후 담당검사에 의하여 기소되고, 재판을 받아 같은 해 10. 4. 무죄를 선고받고 항소심인 서울고등법원에서도 1987. 1. 27. 검사항소기각판결을 선고받아 같은 해 2. 3. 검사의 상고포기로 무죄가 확정되어 석방됨으로써 308일간 구금생활을 하였다.

위 살인피고사건에 대하여 원고 전○성에게 무죄가 선고된 이유는 같은 원고의 경찰 수사과정에서의 자백은 조사경찰관의 엄문에 의한 것으로 같은 원고가 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 상당한 사유가 있고, 따라서 증거능력있는 유일한 직접증거인 검찰에서의 자백 역시 경찰에서의 업무에 따른 억압된 심리가 계속된 상태 하에서

임의성없이 진술되었다고 보여질 뿐 아니라 범행의 동기도 뚜렷하지 않고 그 자백내용이 범행현장 상황이나 범행후의 정황에 부합하지 않는 등 객관적 합리성이 결여되었음을 그 이유로 하고 있다. 원고 전○성은 위 사건의 법정에서 그가 경찰에서 자백을 하게 된 것은 경찰이 연행 후 3일간이나 계속 잠을 자지 못하게 하였고 음식물은 물론 물 한 모금도 마시지 못하게 하였을 뿐만 아니라 그가 찻던 혁대 또는 심지어는 전자봉 등으로 고문을 가하였기 때문이었다고 진술하고 있다. 따라서 당시 수사를 담당한 경찰관들의 원고 전인성에 대한 가혹행위와, 같은 원고가 308일간 구금을 당하면서 입은 재산 및 정신적 손해와는 상당인과관계에 있다 할 것이니, 피고 대한민국은 그 소속공무원들의 위와 같은 직무상 불법행위에 대하여 원고 전○성 및 원고 전○성의 가족들인 나머지 원고들에게 그 재산 및 정신적 손해를 배상할 의무가 있다 할 것이다.¹⁵⁸⁾¹⁵⁹⁾

헌법 제28조가 규정하고 있는 형사보상이란 형사절차에서 억울하게 죄인의 누명을 쓰고 구속되었거나 형의 집행을 받은 사람에 대하여 국가가 그 손해를 보상하여 주는 제도이다. 이러한 형사보상은 법원에서 무죄판결을 받은 피고인이나 검찰청에서 불기소처분을 받은 피의자가 구금 또는 형의 집행을 받았을 것을 그 요건으로 한다.

5. 수사사실의 공표

검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 비밀을 준수하여야 하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사에 방해되는 일이 없도록 주의하여야 한다

158) 수원지법 1988. 4. 21, 87가합2020. 살인사건 피의자의 강요된 자백을 기초로 구속영장이 발부되었으나 재판결과 무죄로 확정된 경우, 동인의 재판과정에서의 변호사선임에 따른 비용의 지출은 국가소속의 수사경찰관들의 가혹행위를 동반한 자백의 강요와 상당인과관계에 있는 손해라고 하겠으므로 국가는 이를 배상할 의무가 있다고 할 것이나, 형사소송법상 살인피고사건에 대하여는 사선변호인이 없는 경우 법원은 반드시 국선변호인을 선임하여 피고인으로 하여금 그 조력을 받도록 하고 있는 점 등을 참작하면 국가에게 위 변호사비용 중 일부 금액만을 손해로서 배상케 함이 손해배상제도의 이념에 비추어 합당하다.

159) 헌법 제28조가 규정하고 있는 형사보상이란 형사절차에서 억울하게 죄인의 누명을 쓰고 구속되었거나 형의 집행을 받은 사람에 대하여 국가가 그 손해를 보상하여 주는 제도이다. 이러한 형사보상은 법원에서 무죄판결을 받은 피고인이나 검찰청에서 불기소처분을 받은 피의자가 구금 또는 형의 집행을 받았을 것을 그 요건으로 한다.

(형사소송법 제198조). 검찰·경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때에는 형법 제126조에 의해 3년이하의 징역 또는 4년 이하의 자격정지의 형을 받게 된다. 여기서 피의사실이 진실할 것임은 요하지 않으나,¹⁶⁰⁾ 진실하지 않은 피의사실로 피의자의 명예를 훼손한 경우 그에 대한 손해배상을 해주어야 한다.¹⁶¹⁾

판례 : 피의사실을 공표한 행위와 불법행위책임 (대법원 1996. 8. 20, 94다29928)

피고 김○태, 정○원, 진○현이 권○경(당시 초등학교 3학년으로 9세)살인사건에 대한 수사전담반을 설치하여 소속 형사(수사관)들을 지휘·감독하며, 위 사건을 수사한 결과 1991. 10. 5. 원고 권○복(당시 초등학교 4학년으로 10세)으로부터 자기가 위 권○경을 부엌칼로 복부를 찔러 살해한 다음 범행을 은폐하기 위하여 방화하였다는 내용의 자백을 받아, 위 자백을 진실한 것으로 판단하여 위 원고를 위 사건에 대한 범인으로 입건한 후 다음날인 10. 6. ○○경찰서에서 각 언론기관의 기자들에게 보도자료를 배포하여 위 자백과 같은 내용의 위 원고에 대한 피의사실을 공표하고, 피고 정○원이 기자들과 일문일답을 통하여 위 사건의 원인과 동기에 관하여 위 사건은 폭력 비디오에 빠져 있는 위 원고가 폭력 비디오를 모방하여 저지른 것이라는 취지의 설명을 하였다.

이에 대해 재판부는 피의사실을 공표하는 행위는 사실의 진실 여부와 관계없이 피의

160) 이재상, 형법각론, 제4판, 668면.

161) ‘포르말린 통조림’사건은 이와 같은 사실을 잘 알려주고 있다. 포르말린이 유해물질이어서 국민 건강과 직결된다는 점에서 검찰과 언론 모두 ‘공익성’은 인정받았으나, 당사자들이 혐의를 일관되게 부인했고, 포르말린(사실은 포름알데히드) 검출량이 적었던 점 등에 미뤄 ‘발표할만한 상황’이 아니었다고 보아 국가는 손해배상책임을 저야한다고 판시하였다. 하지만, 언론의 경우는 검찰의 공식발표여서 신뢰도가 높았고, 별도의 확인 노력과 관련해서는 당사자들이 구속돼 직접 취재가 불가능했으며, 특히 보도자료를 부풀려 과장보도하지 않았다는 점에서 이른바 ‘위법성조각사유’에 해당했다고 보았다. 법원은 최근 구속단계에서 검찰 발표로 언론에 보도됐으나 후에 무죄가 확정된 기업 간부가 국가와 언론을 상대로 낸 소송에서 검사에게 추가 확인 취재를 한 언론사는 면책하고 발표 내용대로만 보도한 언론사와 국가에게는 손해배상책임을 인정하면서 국가의 책임을 보다 중하게 인정한 바 있다. 이 같은 판결경향은 수사기관에는 피의사실 유포에 최대한 신중을 기할 것을, 언론에 대해서는 수사 중 성급하거나 비공식적인 취재를 통한 보도를 자제하고 최소한의 확인노력을 기울일 것을 요구하는 것이다. 한겨레, 2001. 11. 7.

자의 명예를 훼손하는 행위라 할 것이나, 위와 같은 행위로 피의자의 명예를 훼손하였다 하더라도 사실이 공공의 이익에 관한 사항으로서, 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있거나 또는 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실한 사실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없는 것이라고 전제하였다. 위 피고들이 공표한 피의사실은 그 판시 증거에 비추어 보면 진실이라는 증거도 없고 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유도 없으므로, 위와 같이 피의사실을 공표하는 행위는 위법하여 불법행위를 구성하고, 공동불법행위의 구성에 대해서는 직접 기자들과의 일문일답을 한 사람은 피고 정○원 혼자였지만 보도자료의 배포 자체는 피고 김○태, 정○원, 진○현이 공동으로 한 것이라는 취지라고 할 것이므로, 피고들이 공동으로 불법행위책임을 진다고 판시하였다. 공표한 피의사실의 진실성에 관한 오신에 상당성이 있는지 여부는 발표 당시의 시점에서 판단되어야 할 것이라는 점은 논지와 같다할 것이지만, 발표 당시의 시점에서 판단한다고 하더라도 그 전후의 수사과정과 밝혀진 사실들을 참고하여야 발표 시점에서의 상당성 여부를 가릴 수 있는 것이므로, 발표 후에 수집된 증거자료도 상당성 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

이에 따라, 원고들의 각 위자료를 산정함에 있어 원고 권○복이 수사기관에서 허위의 진술을 하고, 수차례 진술을 번복하여 수사기관의 초동 수사에 혼선을 빚게 한 결과 수사기관에 의하여 범인으로까지 지목되기에 이른 위 원고 자신의 잘못도 참작하였지만, 이 사건으로 위 원고의 명예에 치명적 손해를 입은 점, 위 수사절차에서 자백을 받기에 이른 과정, 원고들의 연령, 가족관계 등 이 사건에 나타난 제반 사정을 참작하여 원고들의 위자료 액수를 확정하였다.

6. 수사과정에 있어서 경찰의 검찰에의 보고의무

사법경찰관은 형사소송법과 사법경찰관리집무규칙 등이 정하는 바에 따라 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다. 그러나 형사소송법 제196조의 검사의 수사지휘권에 관한 규정은 일반적 포괄적인 규정이라고 풀이할 것이며, 사법경찰관리집무규칙의 범죄인지보고는 그에 열거되어 있는 바처럼 중요사건에 관한 것이고, 범죄의 혐의가 있으면 그 어떠한 경우를 막론하고 반드시 검사에게 범죄 인지보고를 하여 그 지휘를 받아 수사를

하여야 되는 것은 아니다. 물론 피의자에 대한 기소 불기소 등 처분은 검사만이 할 수 있지만 사법경찰관에게 입건수사하거나 또는 형사사건으로 입건하지 아니하고 훈계 방면하는 등에 관하여 아무 재량권도 없다는 취지는 옳지 않다.

판례 : 사법경찰관리가 경미한 범죄혐의사실을 검사에게 인지보고하지 아니하고 훈방한 경우의 직무유기죄성립여부 (대법원 82.06.08 선고 82도117 판결)¹⁶²⁾

공소의 서○종이 인화질 물질인 락카신나를 보관하다 적발되었는데 동 공소의인이 폐인트상회를 개업한지 7일 정도 밖에 안되어 이것이 위험물로서 신고해야 된다는 것을 몰랐다고 변소하여 이 변소를 받아들여 경미사범이거나 소방법위반의 구성요건에 해당하지 않는다고 판단하여 훈계 방면하여 입건조치하지 아니하였다.

○○경찰서 ○○지서 근무의 순경 박○구로 하여금 도박을 한 공소의 박○근 외 4명을 조사케 한 바 이들의 도박은 막걸리직매장에서 막걸리내기를 한 일시오락의 정도에 지나지 아니하여 경미사범임을 이유로 훈계방면하였다.

산림벌채현장에 위 동 지서근무 경찰관을 급파하여 도벌자를 검거토록 조치하였으나 이를 검거하지 못하여 이에 대한 행정단속 책임관서인 먼 산림계에 도벌사실을 통보하여 동 산림계로 하여금 조사 처리케 하였다.

공소의 김○배를 연행하여 점복 남획사실을 추궁한 바 체장 7밀리미터 이하의 점복 세마리는 동인이 포획한 것이 아니라 음식점 영업을 하는 위 김양배가 많은 점복을 무더기로 샀는데 그 중에서 작은 점복 몇 마리가 나오게 된 것이라 가별가치가 없는 경미

162) 형법 제122조의 공무원이 정당한 이유없이 그 직무를 유기한 때라고 하는 것은 공무원이 법령내규 또는 지시 통첩에 의한 추상적인 충근의무를 게을리 하는 일체의 경우를 이르는 것이 아니라 주관적으로는 직무집행의사를 의식적으로 포기하고 객관적으로는 정당한 이유없이 직무집행을 하지 아니하는 부작위상태가 있어 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 입힐 가능성이 있는 경우를 말하고, 한편 사법경찰관은 형사소송법과 사법경찰관리직무규정 등이 정하는 바에 따라 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 하나 형사소송법 제196조의 검사의 수사지휘권에 관한 규정은 일반적 포괄적인 규정이라고 풀이할 것이며 사법경찰관리직무규정의 범죄인지보고는 그에 열거되어 있는 따위의 중요사건에 관한 것이고 범죄의 혐의가 있으면 그 어떠한 경우를 막론하고 반드시 검사에게 범죄 인지보고를 하여 그 지휘를 받아 수사를 하여야 되는 것은 아니라고 할 것이다.

사범으로 보아 되돌려 보낸 것이다.

행패부리는 성명불상의 선원2명을 제지하고 지서로 연행하려는 과정에서 경찰관의 경찰모가 땅에 떨어지게 한 일이 있을 뿐 경찰관에게 협박 폭행을 한 사실이 인정되지 않아 경미사범이거나 공무집행방해죄에 해당하지 아니한다고 판단하여 훈계방면한 사실 등을 확정하고, 이에 의하면 피고인은 직무집행의사로 위법사실을 조사하여 이들을 타일러 보내는 등 어떠한 형태로든지 그 직무집행행위를 하였다 할 것이고 그 직무집행 내용에 있어서 위와 같은 이유로 형사피의사건으로 입건 수사하지 아니하였다 하여 직무집행을 정당한 이유없이 의식적으로 포기하거나 방임한 것이 아니어서 형법 제122조 소정의 직무유기죄의 구성요건을 충족한 것이라고 볼 수 없다고 판시하였다.

7. 긴급구호권

긴급구호권은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 따른 합리적인 재량에 위임되어 있지만 구체적 상황하에서 경찰관에게 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우는 법령에 위반하는 행위에 해당하게 된다. 국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 그로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상책임을 부담한다. 이와 관련하여 정신질환자에 대한 수사미개시 및 긴급구호권 불행사에 대해 국가배상청구를 배척한 대법원판례와 범죄신고와 함께 신변보호요청을 한 피해자에 대한 긴급구호의무를 다하지 못한 경찰에 대해 국가배상책임을 인정한 대법원판례 등을 살펴보기로 한다.

판례 1 : 정신질환자에 대한 긴급구호권 (대법원 1996. 10. 25. 선고 95다45927 판결)

정신질환자의 평소 행동에 포함된 범죄 내용이 경미하거나 범죄라고 볼 수 없는 비정상적 행동에 그치고, 그 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 보더라도 정신질환자에 의한 집주인 살인범행에 앞서 그 구체적 위험이 객관적으로 존재하고 있었다고 보기 어려운 경우, 경찰관이 그때그때의 상황에 따라 그 정신질환자를 훈방하거나 일시 정신병원에 입원시키는 등 경찰관직무집행법의 규정에 의한 긴급구호조치를 취하였고, 정신질환자가 퇴원하자 정신병원에서의 장기 입원치료를 받는 데 도움이 되도록 생활보

호대상자 지정의뢰를 하는 등 그 나름대로의 조치를 취한 이상, 더 나아가 경찰관들이 정신질환자의 살인범행 가능성을 막을 수 있을 만한 다른 조치를 취하지 아니하였거나 입건·수사하지 아니하였다고 하여 이를 법령에 위반하는 행위에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로, 사법경찰관리의 수사 미개시 및 긴급구호권 불행사를 이유로 제기한 국가배상청구를 배척하였다.

판례 2 : 범죄신고와 긴급구호의무 (대법원 1998. 5. 26. 선고 98다11635 판결)

가해자가 피해자를 살해하기 직전까지 오랜 기간에 걸쳐 원한을 품고 집요하게 피해자를 괴롭혀 왔고, 이후에도 피해자의 생명·신체에 계속 위해를 가할 것이 명백하여 피해자의 신변이 매우 위험한 상태에 있어 피해자가 살해되기 며칠 전 범죄신고와 함께 신변보호를 요청하고 가해자를 고소한 경우, 범죄신고와 함께 신변보호요청을 받은 파출소 소속 경찰관들이나 고소장 접수에 따라 피해자를 조사한 지방경찰청 담당경찰관은 사태의 심각성을 깨달아 수사를 신속히 진행하여 가해자의 소재를 파악하는 등 조치를 취하고, 피해자에 대한 범죄의 위험이 일상적인 수준으로 감소할 때까지 피해자의 신변을 특별히 보호해야 할 의무가 있다.

판례 3 : 방화협박 목살한 경찰 (한겨레, 2001. 11. 16.)

조씨(아이들의 어머니)는 “집 대문에 ‘오늘 밤을 조심하라. 자식들을 죽이겠다’는 글이 적혀 있는 것을 발견하고 경찰에 신고했지만, 경찰은 특별한 일이 있으면 알려달라고만 한 뒤 현장을 떠났다”고 말했다. 조씨는 또 “다음날인 15일 오후 4시 30분께 다방종업원 김아무개군이 다방 여종업원의 남자친구 등 20대 초반의 남자 3명이 방에 불을 지르려고 했다고 알려와 집에 와보니 안방에 옷가지들이 흩어져 있었고, 석유가 뿌려져 있어 경찰에 신고했다”며 “출동한 경찰들에게 ‘방화범이 또 오면 어떻게 하느냐, 오늘이라도 지켜달라’고 요청했으나 ‘방화범이 오면 전화하라’는 말만 들었다”고 주장했다. 이에 대해 ○○경찰서는 “방화 미수사건 이후에 또다시 범행을 하리라고는 예상하지 못했다”며, “그러나 조씨한테서 방화 미수 피해자 조서를 받을 때 직접적으로 신변보호 요청을 받지 않았다”고 말했다.

8. 소 결

국민에 대한 인권침해가능성이 가장 빈번한 경찰권행사는 수사와 관련된 부분일 것이다. 과거의 관행들은 국민의 인권의식고양과 기본권을 수호해주는 기관 등의 설립으로 경찰권행사의 적법성심사가 엄격해지고 있다. 헌법재판소는 유치장내의 안전관리를 위해 차단시설이 없는 유치장내 화장실이나 피의자의 위험물소지여부를 찾아내기 위한 알몸수색도 국민의 기본권침해로 위헌판결하였다. 또한 교통관련으로 범칙금납부 등에 실제적 조사가 잘 이루어지지 않아 시민이 항의한 경우 일선 경찰서의 관행이라는 이유로 경찰서내 보호실로 밀어넣어 감금하려고 한 경우에 시민은 경찰관을 고소하고 있으며, 그 고소를 검찰이 기소유예등으로 불기소처분할 경우에는 헌법소원의 길도 열려있다. 검사가 기소유예처분을 내린 이유로 제시한 경찰관이 초범이라거나 오랜 기간 성실히 근무하여 왔고, 일선경찰서의 실무상 관행이고, 징계처분을 받았고, 자신의 잘못을 깊이 뉘우친다는 것을 헌법재판소는 인정하지 않고, 공권력을 담당하는 경찰관이 범할 수 있는 직권남용의 전형으로 보아 평등권과 재판절차진술권을 침해하였다고 판단하였다.¹⁶³⁾

수사를 보조하는 것도 경찰의 업무인데, 형사소송법에서 경찰이 작성한 피의자심문서 등의 효력을 검사가 작성한 것보다 낮게 평가하고 있다. 이는 실제 사건의 신속한 해결을 위해 경찰관이 피의자진술 등을 무리하게 강요하는 것을 막기 위함이지만, 앞으로 경찰의 심문에 있어서도 인권침해사례가 없도록 해야 할 것이다.

경찰권행사가 위법하다고 판단된 사안을 살펴보면, 경찰관들이 경찰관직무집행법을 너무 편협하게 자의적으로 해석하였다거나 일선경찰서의 관행에 의해 경찰권행사를 한 경우들이 대부분을 차지하고 있다. 경찰청의 훈령을 준수하여 경찰권을 행사한 경찰은 자신의 공권력행사가 마치 법률에 근거한 것으로 믿고, 이에 불복하는 국민에게 강압적으로 대처하게 된다. 또 이러한 잘못은 국가배상으로 이어지게 되는데, 경찰들에게 특별한 고의·과실이 없다고 보여져 구상권을 행사할 수 없다. 즉 국민과 경찰관자신들도 공권력에 대한 심각한 불신과 시민의 건전한 정의감이 상처를 입는 결과를 초래하게 된다.

경찰은 청문감사관제도를 두어 인권보호를 위해 노력하고 있고, 국가인권위원회의 구

163) 헌법재판소 1996. 3. 28 선고 95헌마208.

성으로 경찰이 자신의 업무수행에 있어서 인권보호에 힘쓰는가를 감시하게 될 것이다. 사법부도 현재 행정의 효율성이나 신속성에 중점을 두는 경찰의 관행과 인권존중사이에서 인권존중에 힘을 실어주고 있다. 따라서, 경찰은 대법원에서 인권침해의 소지가 있다고 판단한 경찰청훈령들을 자체적으로 수정하고, 경찰관 개개인은 자신의 임무를 수행함에 있어서 자의나 직관에 의한 수사보다는 과학적이고, 적법한 절차를 통해 실체적 진실을 발견하는데 노력하여야 할 것이다.

제4절 무기사용 관련 판례

경찰관은 자신의 직무수행을 위해 권총, 소총, 수갑, 포승, 가스총 등 여러 가지 국민의 신체적 자유를 구속하는 장구 및 무기를 사용하도록 국가에 의해 인정받았다. 일선에서 경찰관이 방법활동이나 수사·체포를 할 때, 피의자와의 대치상황에서 과연 어떠한 장구를 어떤 범위 내에서 사용해야 할지를 판단하는 것은 전적으로 경찰관본인의 합리적인 판단에 따라야 할 것이다. 각 개별법에서는 장비 및 무기의 사용으로 인해 국민에게 직접적인 재산과 신체의 자유에 침해할 수 있기 때문에 구체적인 기준을 정하려고 노력하고 있다.

1. 경찰관 무기사용의 법적 근거

경찰관은 경찰관직무집행법¹⁶⁴⁾ 제11조에 의하여 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있다. 다만, 형법에 규정한 정당방위와 긴급피난에 해당하는 때 또는 ①사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였

164) 경찰관직무집행법의 상세한 연구는 한국형사정책연구원, 『경찰관직무집행법에 관한 연구』, 1995; 경찰청, 경찰관직무집행법 해설, 2001. 6.

다고 의심할만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때, ② 구속영장과 압수·수색영장을 집행할 때에 본인이 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때, ③ 범인 또는 소요행위자가 무기·흉기등 위험한 물건을 소지하고 경찰관으로부터 3회 이상의 투기명령 또는 투강명령을 받고도 이에 불응하면서 계속 항거하여 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때, ④ 대간첩작전수행에 있어 무장간첩이 경찰관의 투항명령을 받고도 이에 불응하는 경우 외에는 신체에 위해를 가해서는 안된다.

그 구체적인 요건으로 경찰장비의사용등에관한규정 제9조내지 제10조에서 규정하고 있다. 경찰관은 경찰관직무집행법 제10조의4의 규정에 의하여 사람을 향하여 권총 또는 소총을 발사하고자 하는 때에는 미리 구두 또는 공포탄에 의한 사격으로 상대방에게 경고하여야 한다. 다만, ① 경찰관을 급습하거나 타인의 생명·신체에 대한 중대한 위협을 야기하는 범행이 목전에 실행되고 있는 등 상황이 급박하여 특히 경고할 시간적 여유가 없는 경우, ② 인질·간첩 또는 테러사건에 있어서 은밀히 작전을 수행하는 경우에는 경고하지 않아도 된다(제9조). 권총이나 소총을 사용할 때도 범죄와 무관한 다중의 생명·신체에 위해를 가할 우려가 있는 때에는 이를 사용하여서는 아니된다. 다만, 권총 또는 소총을 사용하지 아니하고는 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 중대한 위협을 방지할 수 없다고 인정되는 때에는 필요한 최소한의 범위안에서 이를 사용할 수 있다(제10조).

2. 경찰관의 무기사용

경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 무기를 사용할 수 있다. 그러나, 이 경우에도 무기는

목적달성에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 사용하여야 한다.¹⁶⁵⁾ 경찰관의 총기사용이 요구되는 상황은 빠른 결정을 요구한다. 예를 들어 경찰관이 범인용의자를 체포하려하면서 죄질과 형량을 따질 시간이 없고, 예측가능한 정도의 위협을 그저 예상할 수밖에 없다. 경찰관들은 이 상황이 정당방위나 긴급피난에 해당하는가 여부에만 신경을 쓸 수밖에 없고, 구체적인 총기사용의 적법성에 관한 문제는 결국 사건이 끝이 난 후 형사법원에서 경찰작용이 비례성의 원칙¹⁶⁶⁾을 지켰는가를 판단될 수밖에 없는 실정이다.

경찰관의 무기사용으로 인한 피해 못지 않게, 그 자체로 인한 다른 인명의 위험도 고려해야만 하는 무기사용의 한계는 그리 간단히 법규정으로만 해결할 문제는 아니다. 이하에서는 우리 판례의 태도에 대해 살펴보기로 하겠다.

1) 비례의 원칙을 넘은 경우

판례 1: 흉기없이 도주하는 자의 등을 쏜 행위 (대법원 91.05.28 선고 91다10084 판결)

피해자 최○응이 소외 최○화의 집대문 앞에 은신하고 있다가 경찰관인 소외 이○환의 명령에 따라 순순히 손을 들고 나오면서 위 이○환에게 어떠한 공격을 가함이 없이 그대로 도주하자 위 이○환은 이를 체포하고자 뒤따라 추격하면서 치명상을 입힐 수 있는 등부위에 권총을 발사하여 현장에서 사망케 한 사실을 인정하고, 위와 같은 위 총기사용은 현재의 부당한 침해를 방지하거나 현재의 위난을 피하기 위한 상당성있는 행위라고 볼 수 없는 것으로서 범인의 체포를 위하여 필요한 한도를 넘어 무기를 사용한 것이라고 판단하였는 바, 국가는 피해자에게 국가배상을 하여야 한다는 것을 인정한 판례

판례 2 : 보충적 수단을 사용했어야 한다고 판시한 경우 (대법원 91.09.10 선고 91다19913 판결)

165) 경찰관직무집행법 제11조.

166) 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성. 무기사용의 비례원칙에 대하여는 김재봉, 경찰관 무기사용과 비례성원칙, 우범 이수성 선생 회갑기념논문집, 2000 참조.

야간에 술이 취한 상태에서 병원에 있던 과도로 대형 유리창문을 쳐 깨뜨리고 자신의 복부에 칼을 대고 할복 자살하겠다고 난동을 부린 피해자가 출동한 2명의 경찰관들에게 칼을 들고 항거하였다고 하여도 위 경찰관 등이 공포를 발사하거나 소지한 가스총과 경찰봉을 사용하여 위 망인의 항거를 억제할 시간적 여유와 보충적 수단이 있었다고 보여지고, 또 부득이 총을 발사할 수 밖에 없었다고 하더라도 하체부위를 향하여 발사함으로써 그 위해를 최소한도로 줄일 여지가 있었다고 보여지므로, 칼빈소총을 1회 발사하여 피해자의 왼쪽 가슴 아래 부위를 관통하여 사망케 한 경찰관의 총기사용행위는 경찰관 직무집행법 제11조 소정의 총기사용 한계를 벗어난 것이다.

판례 3 : 차량절도로 밟고 추적하던 중 다리를 쏜 경우 (대법원 1993.7.27. 선고 93다9163 판결)

원고 이○영이 1990. 9. 13. 00:10경 술을 마신 채 면허없이 강원7X 96XX호 승합차량을 운전하고 강릉시 교 1동 소재 교동파출소 앞 도로상에 이르러 위 차량을 그 곳 우측 도로변에 주차시키려다가 위 차량 앞밤바로 그 앞에 주차되어 있던 소외 최○규 소유의 강원7X 97XX호 승합차량의 좌측 뒷밤바를 충격하여 수리비 금 72,800원을 요하도록 손괴하였던 사실, 그 때 위 파출소에 파견근무 중이던 춘천경찰서 남춘천파출소 소속 교통의경 소외 함○길은 그 충격음을 듣고 뛰어 나와 위 원고를 검문하려는 순간 그가 도망가자 그 도망가는 모습으로 보아 틀림없이 차량절도일 것으로 믿고 약 200미터 가량 추적하면서 멈추지 않으면 총을 발사할 것을 경고하였으나 불응하므로 공포 1발을 발사하였다. 그러나 위 원고가 그 부근 개나리숲에 숨는 바람에 일시 위 원고를 놓쳤다가 지나가는 행인에게 물어 추적중 그 곳 강릉상고 정문담의 개나리나무 뒤에 숨은 것을 보고 발로 다리를 차서 나오게 하면서 수갑을 채우려 하였는데 위 원고가 우측 팔꿈치로 자신의 가슴부위를 1회 치고 여전히 도망을 가므로 당시 권총, 경찰봉, 가스총, 무전기, 수갑 등을 소지하고 있어서 제대로 떨 수가 없어 도망가는 위 원고를 놓칠 것을 우려한 나머지 위 원고의 다리를 향하여 1회 권총을 발사하여 위 원고의 다리에 맞게 하여 위 원고에게 우경골 개방성분쇄골절, 우하퇴부 연부조직파열 등의 상해를 입게 한 사실을 인정하였는바, 기록에 비추어 원심이 취사한 증거관계를 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정에 수긍이 간다.

경찰관은 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 상당한 이유가 있을 때에는 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있으나, 형법 소정의 정당방위와 긴급피난에 해당할 때 또는 체포·도주의 방지나 항거의 억제를 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에 한하여 필요한 한도 내에서만 무기를 사용하여 사람에게에 위해를 가할 수 있음이 경찰관직무집행법 제11조의 규정에 비추어 명백한바, 원심이 인정한 바와 같은 사정이라면, 위 함○길은 원고 이○영이 체포를 면탈하기 위하여 항거하며 도주할 당시 그 항거의 내용·정도 등에 비추어 소지하던 가스총과 경찰봉을 사용하거나 다시 한번 공포를 발사하여 위 원고를 제압할 여지가 있었다고 보여지므로, 위 함○길이 그러한 방법을 택하지 않고 도망가는 원고 이○영의 다리를 향하여 권총을 발사한 행위는 경찰관직무집행법 제11조 소정의 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법행위라고 아니할 수 없다.

판례 4 : 흉기를 휴대하지 않은 피의자의 체포와 경찰관의 총기사용 (대법원 1999. 6. 22, 98다61470)

망 유○민이 1996. 11. 21. 07:05경 소외 이○록, 이○호, 정○과 함께, 이○록이 운전하는 인천 30다40XX호 소나타 승용차를 타고 인천 남부경찰서 정문 앞길을 진행하던 중 교통신호를 위반하여, 그 곳에 대기 중인 교통경찰관 이○복이 신호위반 범칙금납부 고지서를 발부하기 위하여 정지명령을 하였다. 하지만 이○록은 정지명령을 무시한 채 위 승용차를 운전하여 도주하기 시작하였다. 순찰차가 비상등을 켜고 위 승용차를 추격하였으나 위 승용차는 수차례 신호를 위반하고, 중앙선을 침범하면서 도주를 계속하였고, 이 때 그 부근에서 순찰근무 중이던 인천 남부경찰서 남동공단파출소 소속 경찰관인 추○호, 홍○표가 위 경찰관 이○복으로부터 지원 요청을 받고 그들도 또한 위 승용차를 함께 추격하였다. 위 승용차는 약 3.5km 정도를 도주하다가 도림삼거리 부근에서 차량 정체로 정차하고 있던 인천 30거10XX호 승용차를 들이받아 더 이상 진행할 수 없게 되자, 유○민과 이○록이 차에서 뛰어내려 도로 옆에 있는 약 2m 높이의 야산진입로를 뛰어올라 인천 남동구 도림동 산 62 야산 배밭으로 도주하기 시작하였고, 추○호와 홍○표는 계속하여 추격하였다. 유○민과 이○록이 약 30m 가량을 함께 도주하다가 각기

다른 방향으로 갈라지자, 홍○표는 이○록을 맡고, 추○호는 유○민을 맡아 약 150m를 추격하였고, 추○호가 정복에 각종 장비(기록에 의하면 무전기과 권총)를 지니고 있었기 때문에 유○민과의 거리가 점점 멀어져 추적이 힘들게 되자 “거기 서, 서지 않으면 총을 쏘겠다.”고 수차례 경고하고 하늘을 향하여 공포탄 2발을 발사하였고, 그럼에도 불구하고 유○민이 약 25m 거리를 두고 계속 도주하자 07:45경 “서지 않으면 실탄을 쏘겠다.”고 경고한 후, 유○민의 좌측 대퇴부를 향하여 38구경 리볼버 권총을 격발하여, 유○민이 좌측 대퇴부에 관통상을 입고 쓰러졌으며, 이 무렵 이○록은 홍○표에게 체포되었고, 이○복, 추○호, 홍○표, 조○곤은 유○민과 이○록을 경찰차에 태우고, 인천 소재 길병원으로 후송하였으나 유○민은 다음날 08:40경 좌측 대퇴부 관통상, 대퇴동맥과열로 인한 저혈량성 쇼크, 무산소성 뇌손상, 범발성 혈관 내 혈액응고장애로 사망한 사실을 인정한 후, 그 인정 사실에 비추어 보면, 유○민이 아무런 흉기를 휴대하지 아니한 상태에서, 경찰관을 공격하거나 위협하는 등 거칠게 항거하지 아니하고, 단지 계속하여 도주한 위와 같은 상황은 형법에 규정된 정당방위나 긴급피난의 요건에 해당한다고 보기 어렵고, 유○민이 경찰관의 정지명령에 응하지 아니하고 계속 도주하였다는 사실만으로 경찰관직무집행법 제11조에서 규정하는 범죄를 범하였거나, 범하였다고 의심할 충분한 이유가 있다고 보기도 어려우며, 홍○표가 총기를 사용하지 아니하고도 이○록을 계속 추격하여 체포한 점에 비추어 보면 추○호로서도 추격에 불필요한 장비를 일단 놓아둔 채 계속 추격을 하거나 공포탄을 다시 발사하는 방법으로 충분히 유○민을 제압할 여지가 있었다고 보이므로, 추○호가 그러한 방법을 택하지 아니하고 실탄을 발사한 행위는 경찰관직무집행법 제11조에 정하여진 총기 사용의 허용 범위를 벗어난 위법행위라고 판단하였는바, 앞서 본 법리에 비추어 관련 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

2) 과실상계를 인정한 경우

판례 1 : 무기불소지자의 몸을 향한 사격이 후두부에 맞은 경우

(대법원 1994.11.8. 선고 94다25896 판결)

원심은, 그 거시증거에 의하여, 소외 망 김○경이 1992.10.6. 21:00경 인천에서 소외

김○일 소유의 트레일러와 트랙터를 절취하여 트랙터로 트레일러를 견인, 운전하여 부산 방면으로 가다가 평택시 유천동 소재 유천검문소에 이르러 당시 검문중이던 경기지방경찰청 평택경찰서 소속 순경인 소외 김○제로부터 정지신호를 받고 검문을 피하기 위하여 속도를 늦추면서 정지하는 척 하다가 갑자기 속력을 내어 도주한 사실, 이에 위 김○제가 동료 순경 소외 서○원과 함께 승용차로 5분 가량 추격하자 위 망인은 위 트랙터를 도로에 세워두고 도로 밑 언덕에 숨어 있다가 위 김○제 및 서○원에 의하여 발각되어 일단 체포되었으나 위 서○원이 수갑을 가지러 승용차로 되돌아가는 순간 자신을 붙잡고 있던 위 김○제의 앞가슴을 손으로 밀어 땅에 쓰러뜨린 다음 도주한 사실, 그러자 위 김○제는 위 김○경을 100여미터 정도 추격하면서 정지하라고 소리치며 휴대중이던 권총을 사용하여 공포탄 2발을 발사한 후 다시 실탄1발을 공중을 향하여 발사하였으나 위 김○경이 계속 도주하므로 다시 그의 몸쪽을 향하여 실탄 1발을 발사한 결과 위 탄환이 도로의 땅바닥에 맞아 튀기면서 위 김○경의 후두부에 맞아 동인은 이로 인한 다발성 두개골골절, 뇌출혈 등으로 같은달 10. 11:45경 사망한 사실을 인정하였다.

위와 같이 원심이 확정한 사실관계에 비추어 보면, 위 김○제는 위 망인이 체포를 면탈하기 위하여 항거하며 도주할 당시 그 항거의 내용, 정도에 비추어 아무런 무기나 흉기를 휴대하고 있지 아니한 위 김○경을 계속적으로 추격하든지 다시 한번 공포를 발사하는 등으로 위 망인을 충분히 제압할 여지가 있었다고 보여지므로, 위 김○제가 그러한 방법을 택하지 않고 도망가는 위 망인의 몸쪽을 향하여 만연히 실탄을 발사한 행위는 경찰관직무집행법 제11조 소정의 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법행위라고 아니할 수 없다 할 것인 바, 같은 취지의 원심판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 없다. 한편 기록을 대조하여 원심판결이유를 살펴보면, 원심이 배상액을 정함에 있어 위 김○경의 과실을 참작하되 그 비율을 전체의 70%로 본 조치는 정당하고 거기에 소론과 같은 과실상계의 법리를 오해한 위법이 없다.

판례 2 : 흉기를 든 피의자체포 (대법원 1999. 3. 23, 98다63445)

○○경찰서 ○○ 1파출소 소속 경장 이○환이 1997. 3. 18. 19:50경 정○진으로부터 서울 ○○구 ○○ 1동 57의 102 앞길에 승용차가 불법주차되어 있다는 신고를 받고, 같

은 날 20:00경 위 장소에 와 무선으로 그 승용차의 차적을 조회한 끝에 차량번호판과 차종이 다르고 부착되어 있는 번호판은 원래 다른 승용차에 부착되었던 것으로 현재 도난신고가 되어 있다는 연락을 받은 사실, 위 승용차는 최○안이 절취하여 절취한 다른 차량번호판을 부착하여 운행하다가 그 곳에 주차하여 둔 것인데, 이○환이 파출소로 돌아 간 직후 최○안이 그 곳에 와 이를 운전하여 가려고 하자, 정○진이 다시 파출소에 연락하여 같은 날 20:25경 이○환이 순경 임○섭과 함께 위 장소로 출동한 사실, 이○환은 도망가는 최○안을 노퍽 약 2.5m의 골목에서 마주치게 되었고, 최○안이 길이 약 40cm 가량의 칼을 휘두르며 접근하자 약 10m 정도 뒷걸음치다 뒤로 넘어지게 된 사실, 최○안이 넘어진 이○환에게 칼을 휘두르고 이○환이 이를 피하려는 긴박한 상황이 전개되자 최○안을 뒤쫓아 왔던 정○진이 쓰레기통과 벽들을 최○안에게 집어던졌고, 이에 최○안이 다시 도망을 가기 시작하였으며, 최○안이 도망가자 이○환은 휴대하고 있던 권총을 뽑아 들어 최○안을 향해 겨누면서 “칼을 버려라, 그렇지 않으면 쏠겠다.”고 경고하였으나, 최○안은 이에 응하지 아니하고 칼을 휘두르면서 이○환에게 접근하였다가 다시 돌아서 도망가는 행위를 반복한 사실, 이○환은 최○제압하기 위하여 약 2m 떨어진 최○안의 하복부를 향해 공포탄을 발사하려고 하였으나 권총의 실린더가 열려 있어 격발이 되지 않자 실린더를 닫은 다음 도주하기 위하여 등을 돌린 최○안의 몸쪽을 향하여 권총을 다시 발사하였고, 실린더를 닫을 때의 회전으로 실탄이 장전되어 공포탄 아닌 실탄이 격발되면서 최○안의 복부를 관통하여 최○안은 같은 날 21:05경 사망한 사실 등을 인정하였다. 살펴보니, 이러한 원심의 사실인정은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 사실오인 등의 위법이 없다.

사실관계가 이와 같다면, 이○환이 근접한 거리에서 뒤돌아서 도망가는 최○안의 몸쪽으로 실탄을 발사한 것은 사회통념상 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법행위라고 판단되므로, 같은 취지의 원심 판단은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 정당행위에 관한 법리오해의 위법이 없으며, 피고의 손해배상 범위를 정하면서 최○안의 과실비율을 60%로 본 원심의 조치도 불합리하다고 보이지 않으므로, 거기에 상고이유의 주장과 같은 과실상계에 관한 법리오해의 위법도 없다.

3. 무기와 관련된 경찰지휘자의 책임

경찰은 무기사용에 있어서 뿐만 아니라, 무기를 보관·관리하는 데에도 세심한 주의를 기울여야 한다. 총기의 보유가 제한적으로 인정되는 우리나라에서 경찰의 총기가 잠재적인 범인의 수중에 들어갈 경우, 다른 사람들의 재산과 생명에 커다란 위협을 가할 수 있기 때문이다. 따라서 우리 법원은 무기의 보관 중에 분실사고가 일어났을 경우, 그 지휘자에게 엄중한 책임을 묻고 있다.

판례 1 : 경찰지휘자의 책임 (서울고등법원 1994. 4. 13, 93구24546 제5특별부 판결)

1993.4.19.03:40경 육군 제○○사단 소속 일병 임○성은 소총, 수류탄 등 무기를 휴대하고 부대를 탈영한 후 부대 인근의 주민을 납치하여 차량을 운전케 하고 09:00경 서울로 진입하였고 11:35경))동 소재 올림픽기념 국민생활관 앞에서 차량검문으로 인하여 ○○파출소 소속 순경등에게 발견된 이후 순경등에게 추격되면서 여러명의 인질을 잡고 약 5차에 걸쳐 소총을 발사하고 수류탄을 투척하는 등 난동을 부려 주민 1명이 사망하고 6명이 부상을 입게 되었다.

한편 원고 ○○파출소 소장은 같은 날 10:40경 ○○○서 상황실로부터 위 무장탈영병 사건으로 인한 번개배치 3호를 접수한 후 위 무장탈영병의 관내 출현을 대비하여 ○○동과 △△동의 경계지점인 위 올림픽기념 국민생활관 앞에 경찰관을 배치하는 등(○○파출소에서 2명, △△파출소에서 2명을 배치하였다) 관내에 경찰관을 배치하였는 바 당시 위 파출소 내에 있던 칼빈 소총을 휴대할 것을 지시하지 아니하고 다만 평상시 휴대하도록 허용된 권총과 실탄을 휴대하게 하였다.

원고는 위와 같이 소속 경찰관을 관내에 배치한 후 위 ○○파출소내에 대기하던 중 11:36경 소속 경찰관 김○서가 위 파출소로 들어오면서 관내 과학고등학교 앞 근무자가 무선으로 급하게 ○○○경찰서를 불렀다가 아무런 소리가 없다고 보고하자 그를 위 과학고등학교 앞으로 보내고 원고도 곧바로 권총과 실탄만을 휴대하고 주민의 승용차편으로 위 과학고등학교 앞 현장으로 가던 중 위 탈영병이 여자 1명을 인질로 잡고 원고 쪽으로 오고 있는 것을 발견하였다.

이에 원고는 차에서 내려 파출소 쪽으로 돌아와 파출소 앞에 이르러 소내 근무자에게 본서에 연락하여 타격대의 출동을 요청하라고 지시하였고 그 동안 위 탈영병은 계속 장소를 이동하면서 오토바이를 타고 지나가는 행인을 사격하여 사망케 하고 소이수류탄을 투척하여 행인을 부상케 하였으며 11:53경에는 인근의 정보성출판사 앞에 이르러 골목길로 50미터 가량 들어가 마침 골목길 안에서 나오던 트럭을 정차시킨 후 지나가던 여자2명, 어린이 2명을 다시 인질로 잡아 트럭에 태우고 이미 인질로 잡혀있던 여자에게 트럭에 타라고 하였으나 불응한다는 이유로 그녀에게 총을 쏘아 중상을 입히고 마침 그곳으로 진행하여 오는 봉고차량 운전자에게 총을 쏘아 부상을 입히고 위 운전수가 도망가자 12:02경 인질4명을 위 봉고차로 옮기려 하다가 당시 출동한 군 저격수에게 총상을 입어 체포되었고 원고는 위 탈영병 체포 당시 위 정보성출판사 건물 내에서 위 탈영병의 동정을 살피고 있었다.

위와 같이 무장탈영병으로 인한 비상작전이 수행됨을 알고서 소속 경찰관을 관내에 배치하고 또 그 이후 다급한 상황이 발생하였음을 인지할 수 있는 상황 하에서 스스로 현장에 출동하는 경우에는, 무장탈영병과 대치할 경우를 예상하여 그러한 상황에 대처할 수 있는 적절한 무기를 소속 경찰관에게 휴대하게 하여야 하고 원고 스스로도 이를 휴대함이 상당하다 할 것임에도 불구하고 위 인정사실에 의하면 원고는 당시 위 파출소 내에 비치되어 있던 칼빈소총 등의 무기를 소속 경찰관에게 휴대하게 하거나 본인이 휴대하지 아니하고 안일하게 평소에 휴대하는 것이 허용되어 있는 권총 등만을 휴대함으로써 결국 위 탈영병과 대치하게 된 현장에서 소속경찰관 및 원고가 위 탈영병에게 적극적으로 대처하지 못한 것으로 보여진다.

나아가 경찰관이 무장탈영병을 발견하거나 그와 대치하게 된 경우 국민의 생명, 신체의 안전을 보호하여야 할 책무를 지고 있는 경찰관으로서 무장탈영병을 제압하려고 노력하거나 적어도 인근 주민들이 위 탈영병의 난동으로 인하여 사상당하는 일이 없도록 주민들이 그에게 접근하는 것을 막기 위하여 적극적으로 노력함이 마땅하다 할 것인 바 위 인정사실에 의하면 원고는 위 탈영병을 발견한 이후에도 위 탈영병을 향하여 사격을 가하는 등 하여 그를 제압하려 노력한 적이 없을 뿐만 아니라 행인 등이 현장에 접근하는 것을 제지하려는 노력을 소홀히 함으로써 결국 위에서 본 바와 같이 위 탈영병이 인질을 교체하여 가면서 여러 차례 인근 행인들을 향하여 사격하는 등 난동을 부

려 여러 명을 사상케 한 점을 인정할 수 있다.

위와 같은 여러 가지 점을 종합하여 보면 원고는 위 탈영병의 발견을 전후하여 위 탈영병이 주민의 생명, 신체의 안전에 중대한 침해를 가져오는데 대하여 소극적으로 대처하거나 부적절하게 대처하였다고 볼 수 밖에 없다 할 것이다.

판례 2 : 경찰책임자의 감독책임 (대법원 85.12.24 선고 85누792 판결)

정부 제2종합청사 경비대 행정계장이고 동 경비대 무기고 및 탄약고와 무기관리의 부책임자가 그 무기고의 열쇠관리 등을 직접하여야 함에도 관리의 편의를 이유로 무기고 및 탄약고의 열쇠 및 그 무기 등의 관리업무를 당직 소대장들에게 일임한 채 형식적으로 그 보관, 관리상태만 확인하여 오는 등 관리를 태만히 하여, 위 경비대소속 경찰관이 위 무기고에서 권총과 실탄을 절취하여 총기를 난사, 3인을 살해하고 2인에게 중상을 입힌 후 자살한 사고가 발생케 한 경우, 위 행정계장에 대한 징계해임처분은 적절하다.

경기도 경찰국 정부 제2종합청사경비대 소속 순경 이○범이 1984.11.30. 위 경비대 무기고에서 3.8구경 권총 1정과 그 실탄 8발 및 4.5구경 권총 1정과 그 실탄 43발을 절취하여 같은 날 15:10경 소외 정○용의 집에서 평소 사귀어 오던 위 정○용의 딸인 소외 정○선이 혼인을 거절한다는 이유로 총기를 난사하여 위 정○선 등 3인을 살해하고 2인에게 중상을 입힌 후 자살한 사실, 정부 제2종합청사 경비대 행정계장은 위 무기고 및 탄약고와 무기관리의 부책임자로서 그 무기고의 열쇠관리 등은 원고가 직접 하여야 함에도 그 관리의 편의를 이유로 무기고 및 탄약고의 열쇠 및 그 무기 등의 관리업무를 당직소대장들에게 일임한 채 형식적으로 그 보관, 관리상태만을 확인함으로써 무기고 및 탄약고와 무기관리를 태만한 사실을 인정하고 있다. 이로 인해 원고가 다년간 경찰공무원으로 근무하면서 여러 번에 걸쳐 표창과 공로기장 등을 받은 사실을 감안한다 하여도 위에서 본 징계사유의 내용에 비추어 볼 때 이 사건 해임처분이 징계재량권의 범위를 일탈하였다고는 인정되지 아니한다.

4. 독일경찰법상의 무기사용의 요건

독일 각 주의 경찰법에서는 경찰방망이(Schlagstock), 소총(Pistole), 연발권총(Revolver), 장총(Gewehr), 기관총(Maschinenpistole)을 경찰장비로 허용하고 있다. 경찰이 사용할 수 있는 가장 강력한 강제수단은 총기의 사용이며 이러한 총기 사용은 국민의 신체와 생명과 관련된 부분이라서 각 주의 경찰법은 이에 대해 매우 상세히 규정하고 있다.¹⁶⁷⁾ 그러나 이러한 규정의 치밀성에도 불구하고 경계사건(Grenzfälle)의 경우 총기사용 허용여부에 명확한 답을 주고 있지는 못하다.

독일모범경찰법초안에서는 총기의 사용이 다른 직접강제수단으로는 효과가 없었거나, 성공할 가능성이 없음이 명백할 경우에만 최후의 수단으로 사용되어야 한다는 비례성의 원칙을 명시적으로 규정하고 있다.¹⁶⁸⁾ 예를 들어, 자동차로 도주하는 은행강도를 체포하는 경우를 들자면, 우선은 총기를 사용하기보다는 도로차단기설치를 통해서 그 도주를 막아야 한다. 도로차단기를 통해 막을 수 없을 경우는 사람보다 물건에 대해서 먼저 총기를 사용해야하는데, 자동차바퀴에 총격을 가하고, 차안의 도주범을 겨냥해서 쏘아서는 안 된다는 것이다. 그 자동차가 도로상에서 움직이면서 현재 사람의 생명을 위협하게 하는 경우는 그를 방지하기 위한 유일한 수단으로 총기사용이 허락될 수 있다.¹⁶⁹⁾

총기사용에 있어, 사격 전에 반드시 구두로 경고하여야 하고, 구두경고는 생명과 신체에 큰 위협을 주는 매우 제한된 경우에 한해 생략될 수 있다.¹⁷⁰⁾

167) Rachor, F. Das Polizeihandeln, Rn. 525f. In: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl.

168) 제41조(총기의 사용) ①총기는 직접강제의 다른 수단으로는 목적을 달성할 수 없거나 달성할 수 없음이 명백히 예견되는 경우에 한하여 사용할 수 있다. 사람에게 대한 총기의 사용은 물건에 대한 총기의 사용에 의하여서는 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 허용된다. ②사람에 대한 총기의 사용은 공격 혹은 도주를 못하게 하도록 하기 위하여서만 허용된다. 사망의 결과를 가져올 개연성이 높은 총기의 사용 그것은 생명 혹은 신체의 불가침성에 대한 중대한 침해에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 유일한 수단일 경우에 한하여 허용된다. ③외견상 14세 미만으로 보이는 자에 대한 총기의 사용은 허용되지 아니한다. 총기의 사용이 생명 혹은 신체에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 유일한 수단일 경우에는 그러하지 아니하다.

169) Rachor, RN. 526-529.

170) 제42조 (사람에 대한 총기사용)

① 사람에게 대한 총기의 사용은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에만 허용된다.

1) 무기를 지닌 범인에 대한 총기사용허가

경찰이 무기를 가진 교란자 또는 범죄자에게만 총기사용을 할 수 있다는 것은 경찰과 범죄자의 무기평등을 위한 것이다. 경찰이 무기를 사용할 수 있는 것은 무기를 휴대한 사람이 그 무기로 언제든지 경찰관에게 저항을 하거나 제3자를 해칠 위험이 존재하기 때문이다.

2) 무기를 휴대하지 않은 범인에 대한 총기사용가능여부

만일 범인이 무기를 휴대하고 있지 않다면, 총기사용은 피해를 막을 수 있는 최후의 수단일 경우에만 허락되어야 한다. 현행법의 체포나 현재 사람의 생명과 신체에 대한 구체적인 위험이 있을 경우에만 총기사용이 허락된다. 도주를 막기 위한 목적으로 사람에게 총을 쏘는 것은 경찰예방적인 관점에서 정당화되지만, 비례성원칙에 따라 도망가는 범죄자를 잡기 위해 총기를 사용할 수 있는 경우는 일반공중에게 커다란 위험이 있다고 여겨질 때이다.¹⁷¹⁾ 이에 반해 단순히 범죄자에게 국가의 형벌권을 관철시키기 위해서 도

1. 생명 혹은 신체에 대한 현재의 위험을 방지하기 위한 경우
 2. 총기 또는 폭발물의 사용, 휴대를 수단으로 하는 중죄 혹은 경죄가 행하여지려고 하거나 계속 행하여지는 것을 저지하기 위한 경우
 3. 도주함으로써 체포 또는 신원확인을 피하려고 하는 자를 체포하기 위한 경우(다음 각 호의1에 해당하는 경우가 그러하다)
 - a) 중죄를 범하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있거나,
 - b) 경죄를 범하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, 그가 총기 혹은 폭발물을 소지하고 있다고 인정되는 사정이 있는 경우
 4. 다음 각 호의 사유에 근거하여 구금중인 자 혹은 연행중인 자의 도주방지 혹은 체포를 위한 경우
 - a) 중죄를 범하였다는 법관의 결정 혹은 중죄를 범하였다는 충분한 혐의가 있는 경우
 - b) 경죄를 범하였다는 법관의 결정이 있거나 경죄를 범하였다는 충분한 혐의가 있고 그가 총기나 폭발물을 소지하고 있다고 인정될 만한 사정이 있는 경우
 5. 구금중인 자를 폭력을 사용하여 도주시키려고 하는 것을 저지하기 위한 경우
- ② 소년법의 구치 영창에의 구치가 문제되는 경우 또는 공개된 시설로부터의 도주를 저지하여야 하는 경우에는 제1항 제4호에 따른 총기의 사용은 허용되지 아니한다.

171) BGH MDR 1975, 676.

주자에게 사람을 향해 총을 쏘는 것은 정당화되지 않는다. 왜냐하면 총기사용과 관련해서 사망이라는 위험요소가 있을 수 있기 때문에 예방적인 관점에서만 인정되기 때문이다. 경찰의 총기사용은 범죄자의 위험성에 근거해서만 허용되는 것이다.¹⁷²⁾

3) 인질극에서의 조준사격(Der gezielte Todesschuß)¹⁷³⁾

범인의 생명을 노린 총격을 할 수 있는가에 대한 문제는 독일에서도 쉽게 결론지어지고 있지 못하다. 학자들의 견해도 조준사격의 절대금지부터 물건의 보호를 위한 조준사격의 허용까지 그 인정범위가 광범위하다. 왜냐하면 헌법 또는 경찰법, 긴급조치규정에서도 죽음에 이르는 총기사용의 허용과 한계에 대해 규정해놓고 있지 않고 있기 때문이다. 입법자들도 이러한 문제를 경찰법에 명시적 규정을 두는 것에 대해서는 소극적이다.¹⁷⁴⁾

독일경찰법모범초안 제41조 제2항이 사람에 대한 총기의 사용은 공격 혹은 도주를 못하게 하도록 하기 위하여서만 허용된다고 규정하면서 그 제2문에서 “사망의 결과를 가져올 개연성이 높은 총기의 사용 그것은 생명 혹은 신체의 불가침성에 대한 중대한 침해에 대한 현재의 위험을 방지하기 위한 유일한 수단일 경우에 한하여 허용된다.”는 문구를 넣어 사망을 염두에 둔 총기사용의 가능성을 시사하고 있다(바이에른, 바덴-뷔르템베르그, 라인란트-팔츠, 작센-안할트, 튀링엔).

이러한 조문을 두지 않은 주의 경찰법은 사람에 대한 총기의 사용은 공격 혹은 도주를 못하도록 사용하는 것만이 허용된다고 하며, 사망을 위한 조준사격을 배제하고 있다.¹⁷⁵⁾ 입법자는 조준사격과 같은 중대한 조치에 있어서 그 허용성을 명백하고 오해의 소지가 없는 방법으로 표현해야만 하고, 이러한 법적 문제의 결정이 경찰의 신비로운 형태로(in sibyllinischer Formel) 부담지워서는 안되기 때문이다.¹⁷⁶⁾ 사망을 목적으로 하

172) Rachor, Rn. 535-539.

173) 최종적인 구조사격(ein finaler Rettungsschoß)으로 불리기도 한다.

174) Rachor, RN. 549ff.

175) 브란덴부르크경찰법 제66조 2항, 브레멘경찰법 제46조2항, 함부르크 24조2항, 헤센 60조2항, 메클렌부르크-포어포머른 109조, 니더작센 76조2항 노르트라인-베스트팔렌 제63조, 자알란트 57조1항 1호, 쉘레스비히-홀슈타인 258조.

는 사격을 명문화하는데 반대하는 사람들은 이러한 명문규정으로 인해 피해자보호가 국가의 임무라는 이유를 들며 경찰관의 총기사용으로 인한 사망사건이 증가할 것이라고 우려하고 있다.

5. 소 결

우리 판례에서는 경찰관이 범인체포를 위해 총기를 사용하여, 범죄용의자가 사망하거나 상해를 입은 경우 경찰관의 무기사용이 비례원칙에 적합했다고 판단한 경우는 단 한 건도 없다. 즉 대법원은 경찰관직무집행법 제11조에 의한 무기사용이 적법했다고 보기 위해서는 범죄의 종류, 죄질, 피해법익의 경중, 위해의 급박성, 저항의 강약, 범인과 경찰관의 수, 무기의 종류, 무기 사용의 태양, 주변의 상황 등을 고려하여 사회통념상 상당하다고 평가되는지에 따라 판단하여야 하고, 특히 사람에게 위해를 가할 위험성이 큰 총기의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 한다고 판시하였다.¹⁷⁷⁾ 대법원은 피의자의 인권을 강조하여, 위에 열거한 모든 요건이 충족되어야 하지만, 최근에 들어서서 추적의 대상인 피의자가 무기를 휴대하거나 그 위험상태를 자초한 경우 그의 과실정도를 60%-70%정도로 참작하여 경찰관의 책임이 경감된 판례들이 보여지고 있을 뿐이다.

총기사용의 엄격한 제한이 꼭 국민의 신체·생명을 보호한다고 볼 수 있는가에 대한 의문은 남는다. 형사들이 피격을 받는 사례는 판례에서 다루어지고 있지 않지만 많은 수의 공사상자가 발생하고 있고,¹⁷⁸⁾ 경찰관들은 총기사용을 꺼리게 될 때 이는 곧바로 피의자의 체포실패, 인질극의 경우 인질이 다치게 되는 부작용이 발생할 수도 있기 때문이다.¹⁷⁹⁾

176) Schenke, Polizei und Ordnungsrecht, Rn. 301. in: Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl.

177) 대법원 1999. 3. 23, 98다63445.

178) 경찰청, 경찰백서 2000. 범인피격으로 공사상자 116명 발생(1999년).

179) 2001년 7월 18일 오전 10시20분쯤 전남 나주시 남내동 유성각여관 앞길에서 이모(41.나주시 남외동)씨가 나주경찰서 금성파출소장 김○욱(52)경위를 흉기로 위협, 인질극을 벌이다 다른 경찰관이 쏜 실탄을 맞고 붙잡혔다. 이씨는 오전 9시쯤 이웃집인 김○동 나주시장 사택에 들어가 흉기

경찰의 무기사용과 관련하여 우리 대법원 판례는 항상 다른 수단을 택했어야 한다고 전제하고 있다. 법원의 판례들을 경찰이 법에 규정된 경고를 하고, 공포를 발포한 뒤에도 범인들이 상처를 입는 사격을 했으면 항상 경찰관에게 책임이 있다고 판시하고 있다. 이는 경찰관들의 무기사용을 억제하는 수단으로 작용하여, 인질극을 벌이는 범인, 즉 다른 인명을 담보로 하는 범인에게 무기를 사용하지 못해, 인질이 사망하는 사고가 발생하고 있다. 이를 위해 범규정을 정비하여 경찰관들이 무기를 사용할 수 있도록 개선하여야 할 것이다.

제5절 경찰관의 경찰권행사와 공무집행방해

국민들의 인권의식이 고양됨으로써 경찰의 무리한 공권력행사에 이의를 제기하는 경우가 많아지는 것은 바람직한 현상이라 할 것이다. 그러나 다른 한편 최근 경찰의 공권력행사에 대한 불만으로 경찰관서로 차를 몰고 돌진하는 등 경찰권행사를 무시하는 각종 행동들이 일어나고 있다. 이는 경찰권의 위기상황이 도래했다고 걱정할 정도까지 이르렀으며, 일선에서 경찰업무를 담당하는 경찰관들의 사기 또한 저하되었다.

우리 형법 제136조 제1항¹⁸⁰⁾은 공무집행방해죄를 규정하고 있다. 이는 국가 또는 공공기관이 행사하는 기능을 방해하는 것을 막기 위한 것이다. 물론 공무방해에 관한 죄는 공무원을 보호하기 위한 범죄가 아니라 공무원에 의하여 집행되는 공무 그 자체를 보호하기 위한 범죄이기는 하지만, 현실적으로 공무원이 부당한 상대방의 폭행이나 협박으로부터 보호될 수 있는 기능을 하기도 한다는 점은 부인할 수 없다.¹⁸¹⁾ 또 한편으로는 부

를 들고 난동을 부리다 경찰관 네 명과 함께 파출소로 가던 중이었다. 이씨는 연행되던 중 뒷 호주머니에 있던 흉기를 꺼내 김소장의 목을 휘감고 3백여m를 끌고 다니며 30여분간 인질극을 벌였다. 이씨는 정○만(46)경사가 공포탄과 실탄 2발을 쏘 검거됐으며 왼쪽 무릎과 배에 실탄을 맞고 인근 나주병원에서 치료를 받고 있으나 위독한 상태다. 경찰은 이씨가 1996년 2월 히로뽕 환각상태에서 서울 송파구 석촌동 주유소 앞 도로에서 난동을 부려 1년 4개월간 복역한 사실을 밝혀냈으며 이날도 히로뽕 환각상태에서 이 같은 일을 저질렀다고 보고 수사 중이다. 중앙일보 2001. 7. 19.

180) 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

당한 경찰권행사에 대한 국민의 저항권이 인정되는 측면도 간과할 수 없다. 이하에서는 경찰권을 행사하면서 발생한 사례들을 형법상의 구성요건별로 나누고, 경찰권행사가 보호되기 위해서는 어떠한 요건을 갖추어야 하는가를 살펴보도록 하겠다.

1. 공무원

공무원이란 법령에 의하여 국가 또는 공공단체의 공무에 종사하는 자를 말한다. 하지만 대법원은 방법대원을 공무상의 보조자로 보지 않아, 범인을 추격하는 방법대원을 협박한 경우는 공무집행방해죄가 성립되지 않는다고 판시하였다.¹⁸²⁾

정복순경 최○○은 사복한 순경 천△△, 방법대장 김XX과 같이 현장에 나아가 소매치기 일당인 피고인등 3인이 소매치기 대상자를 물색하고 있는 것을 보고 위 김 XX에게는 피고인을 검거하라고 지시하고, 위 두 경찰은 피고인중 한 명의 팔을 각각 잡아 검거하는 순간 다른 피고인은 차량이 통행하는 차도로 도망하고 위 김XX가 이를 추격하였는데 그 후 위 최○길이 김용진으로부터 들은 바에 의하면 차도 중앙에서 이를 추격하는 위 김용진에게 피고인은 접는 톱을 꺼내들고 접근하면 죽인다고 협박하면서 Y.M.C.A. 뒷골목으로 도망하였다.

피고인은 이 사실을 부인하고 있는데 이 사실을 인정한다 하더라도, 방법대원은 법령에 의하여 공무에 종사하는 공무원으로 볼 수 없으므로 위 방법대원에게 협박을 가한 사실만 가지고는 공무집행방해사실을 인정할 수 없다고 판단하였다. 비록 방법대원의 근무명령은 파출소장이 한다는 내무부예규가 있다 하더라도 방법대원이 주민의 자치적 방법활동을 위하여 각출한 비용으로 구성된 방법위원회에서 위촉되고, 보수를 받는 사람인 이상 주민의 자치적 방법활동의 대행자일지라도 경찰관의 범인검거를 위한 공무집행의 보조자라고는 볼 수는 없고 그 법령상의 근거도 없다.

181) 이재상, 형법각론 I, 694면.

182) 대법원 83.02.22 선고, 82도794 판결.

2. 직무의 집행

1) 직무를 집행중일 것

‘직무를 집행하는’이란 공무원이 현재 구체적인 직무를 집행하고 있음을 말한다. 직무는 구체적인 것임을 요하며, 일반적인 직무의무는 여기에 포함되지 않는다. 즉, 시간적인 관계에서 직무를 개시하여 종료되지 않았을 것을 요한다. 그러나 현재 직무를 집행하고 있을 것을 원칙으로 하지만 집행에 착수하기 직전의 준비행위도 직무집행과 불가분의 관계에 있을 때에는 여기에 포함된다. 따라서, 직무집행을 대기하고 있는 경우는 물론 일시 휴식하고 있는 경우도 직무집행에 포함될 수 있지만, 직무집행을 위하여 출근하는 공무원을 폭행한 경우에는 직무를 집행하는 경우에 해당한다고 할 수 없다.¹⁸³⁾

△△경찰서 교통계 기동순찰대에 근무하는 자 OO이 업무수행 중 경찰관정복을 입고 장비를 갖춘 채 퇴근도중, 행패를 부리는 피고인을 발견하고 이를 저지하고 인근경찰서로 연행하려 한 경우 그 퇴근 중에도 아직 공무를 집행하는 지위에 있다고 보아야 한다. 따라서 그의 직무집행에 대하여 폭행을 한 경우에는 공무집행방해죄가 된다고 할 것이다.¹⁸⁴⁾

2) 적법한 절차요건을 준수할 것

우리 형법이 ‘직무집행이 적법해야한다’고 규정하고 있지는 않으나, 통설과 판례¹⁸⁵⁾는 직무집행이 적법할 것을 요한다고 해석하고 있다.¹⁸⁶⁾ 개인의 기본적 인권을 존중하는 의미에서 국가의 기능적 작용도 엄격히 법의 한계를 지킬 것이 요구되므로 위법한 공무집

183) 이재상, 형법각론, 696면. 대법원 1979. 7.24. 79도1201.

184) 서울형사지법 1995.10.25, 95노1950.

185) 대법원 1992.2.11. 91도2797; 대법원 1994.9.27. 94도886; 대법원 1994.10.25. 94도2283.

186) 입법례에 따라서는 명문으로 직무행위의 적법성을 규정하고 있는 경우도 있다. 독일형법 제113조 3항: 직무행위가 적법하지 않을 때에는 본죄에 의하여 벌하지 아니한다. 오스트리아 형법 제 269 조 4항: 공무소 또는 공무원이 직무행위를 할 권한이 없거나 직무행위가 형법규정에 위반한 때에는 벌하지 아니한다(이재상, 형법각론, 697면).

행에 대한 반항을 처벌하는 것은 법의 적정한 집행에 저해하는 결과를 초래한다는 사실과, 국민은 위법한 직무집행에 대하여는 정당방위를 할 수 있고 이에 의하여 받을 권리와 자유에 관한 침해에 대하여 저항권이 인정된다는 점을 감안하여 명문의 규정이 없더라도 직무집행이 적법한 경우에만 공무집행방해죄가 성립할 수 있다.¹⁸⁷⁾

직무행위의 적법성은 형식적 적법성을 기준으로 판단하여야 한다. 즉, 법령이 정한 방식과 절차에 따른 것이었느냐에 따라 판단하게 될 것이다. 피고인 또는 피의자를 구속할 때는 긴급체포나 현행범이 아닌 경우 구속영장을 필요로 하고(형소법 제73조, 제201조), 구속영장을 집행할 때는 영장을 제시하고(동법 제85조, 제209조), 여자의 신체를 수색할 때에는 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다(동법 제124조, 제219조).

하지만, 직무행위의 방식과 절차에 사소한 미비점이 있는 모든 직무집행을 위법이라고 할 수는 없다. 결국 위법한 직무집행인가의 여부는 본질적인 형식을 위반하였는가에 의하여 결정되며, 이는 관련자의 권리를 보호함에 불가결한 형식인가의 여부에 의하여 판단된다고 할 수 있다.¹⁸⁸⁾

(1) 공무집행방해죄가 인정되지 않은 사례

대법원에서 공무집행방해죄로 인정하지 않은 사례로 싸움을 끝낸 피고인을 체포하려던 행위, 현행범이 아닌 자를 검거한 행위, 경미한 죄를 저지른 현행범인의 체포, 적법한 절차를 취하지 않은 경우로는 강제연행과 경찰서 보호실 유치, 미란다원칙을 지키지 않은 경우를 들고 있다.

판례 1 : 싸움을 끝낸 피고인을 체포하려던 행위 (대법원 1989. 12. 12 선고 89도1934 판결)

경찰관이 주민의 신고를 받고 현장에 도착했을 때에는 이미 싸움이 끝난 상태였다면 그러한 상황은 형사소송법 제211조, 제206조에 해당하지 않으므로 경찰관이 임의동행을 거부하는 피고인을 체포하려는 행위는 적법한 공무집행이라 볼 수 없다.

187) 이재상, 형법각론, 697면.

188) 이재상, 형법각론, 699면.

판례 2 : 현행범이 아닌 자를 검거한 행위 (대법원 1991.5.10 선고, 91도453판결)

△△경찰서 소속순경이 교육법위반 등으로 기소중지중이고 노동자대학 설립과 관련하여 국가보안법위반의 혐의를 받고 있던 신○○에게 경찰서까지 동행할 것을 요구하였다. 신○○가 거절하는데도 순경이 강제로 데려가려고 하자 경찰관들을 폭행을 가하여 상해를 입게 한 사실이 있더라도, 신○○는 현행범이 아니고 경찰관의 검거행위는 현행범의 체포에 해당되지 아니한다. 그리고 검거에 대해 검사의 사전지휘나 사후승낙도 받지 아니하였고 형사소송법 제207조 소정의 긴급구속의 절차를 거치지 아니하였으므로 경찰관들이 한 검거행위는 적법한 공무집행이라 할 수 없다.

판례 3 : 경미한 죄의 현행범인의 체포 (대법원 92.5.22 선고, 92도506 판결)

경찰관들이 이 사건 회사 앞길에서 자신에 대한 해고의 부당함을 주장하며 농성을 벌이고 있던 위 회사의 해고 근로자인 공소의 김○레에게 경찰서까지 동행할 것을 요구하였다가 거절당함에 따라 그를 연행하기 위하여 경찰순찰차량에 강제로 승차시키려고 하자 피고인이 이를 제지하는 방법으로서 폭행행위를 하였다. 김○레의 행위는 도로교통법 제63조제3항 제2호 내지 경범죄처벌법 제1조 제24호, 제26호 등을 위반한 것으로 그 법정형이 5만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 경미한 범죄에 불과하여 비록 위 김○레가 현행 범인이라고 하더라도 영장없이 위 김○레를 체포할 수는 없고, 또한 범죄의 사전 진압이나 교통단속의 목적만을 이유로 위 김○레에 대하여 임의 동행을 강요할 수도 없다. 그러므로 위 경찰관들이 위 김○레를 그 의사에 반하여 강제로 연행하려고 한 행위는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없고, 따라서 피고인이 위 경찰관들의 행위를 제지하기 위하여 그들에게 폭행을 가하였다고 하여도 이는 공무집행방해죄를 구성하지 아니하는 것이다.

판례 4 : 불법체포 (대법원 1992. 5. 26 선고, 91다38334판결)

나○○가 XX금융주식회사에서 대출을 받고 돈을 갚지 않자, XX주식회사가 나○○를 처벌해달라는 내용의 진정서를 △△경찰서에 제출하여 조사가 진행 중이었다. 나○○가

이삿짐을 꾸리자, XX주식회사 직원이 △△경찰서에 전화하였고, 경찰관이 이사현장에 나가 나○○에게 행선지를 물어보고는 바로 경찰서까지 임의동행을 요구하였다. 이에 불응하자 나○○의 양팔을 잡아 끌고 밀다가 길에 주저앉아 완강하게 버티는 나○○에게 요부 염좌 등 상처를 입게 하였다. △△경찰서의 직원이 그 직권을 남용하여 임의동행을 거부하는 원고에 대해 불법체포를 시도한 것이므로, 적법한 직무집행이 아니고, 국가는 그 치료비등 손해를 배상할 책임이 있다. 대상자의 양팔을 잡아 끈 행위는 적법한 공무집행이 아니고, 이 과정에서 나○○가 이러한 불법연행으로부터 벗어나기 위하여 저항한 행위는 정당한 행위이다.

판례 5 : 강제연행과 공무집행방해 (대법원 92.02.11 선고 91도2797 판결)

피고인이 교통단속 경찰관의 면허증 제시 요구에 응하지 않고 교통경찰관을 폭행한 사안에 대하여 경찰관의 면허증 제시 요구에 순순히 응하지 않은 것은 잘못이라고 하겠으나, 피고인이 위 경찰관에게 먼저 폭행 또는 협박을 가한 것이 아니라면 경찰관의 오만한 단속 태도에 항의한다고 하여 피고인을 그 의사에 반하여 교통초소로 연행해갈 권한은 경찰관에게 없는 것이므로, 이러한 강제연행에 항거하는 와중에서 경찰관의 멱살을 잡는 등 폭행을 가하였다고 하여도 공무집행방해죄가 성립되지 않는다 적법성이 결여된 직무행위를 하는 공무원에게 항거하였다고 하여도 그 항거행위가 폭력을 수반한 경우에 폭행죄 등의 죄책을 묻는 것은 별론으로 하고 공무집행방해죄로 다스릴 수는 없다.

판례 6 : 경찰서 보호실유치 (대판 1994. 3. 11, 93도958)

피고인이 경찰서 보호실에 유치될 당시에 긴급구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있었다든지 보호실에 유치된 후 가족에게 통지하였다고 볼 아무런 자료가 없는 경우에는, 당사자를 적법하게 보호조치한 것이 아니므로 보호실에 유치한 것은 적법한 공무로 볼 수 없으며 이에 대해 항의하여 나오려는 것을 순경이 제지할 권한도 없으므로 이에 대해서 공무집행방해죄가 성립하지 않는다.

판례 7 : 미란다원칙을 지키지 않은 경우 (대법원 1996. 12. 23, 96도2673)

○○지방경찰청 보안2과 소속 경장 박○철의 일행이 피고인 김○제의 집에 이르러 현관문을 갑자기 두드리자 위 피고인과 그의 처인 위 조○희가 잠옷차림으로 현관으로 나가 잠금장치를 풀었는데, 문을 열자마자 사복차림의 위 박○철 등이 피고인 등을 밀치면서 현관 안으로 들어왔고, 이에 순간적으로 당황한 위 피고인은 현관입구 신발장 쪽에 있던 야구방망이를 잡아 위 박○철 등을 향해 들었는데 위 박○철이 이를 맞잡으면서 설득하여 위 방망이를 그 곳 바닥에 내려놓았다. 그 후 위 박○철 등 일행들이 위 피고인이 옷을 갈아입을 시간을 주기 위하여 현관 밖으로 나가면서 그때야 방문목적 등을 고지하면서 영장을 제시한 사실 및 그 후 피고인은 옷을 갈아입고 아무런 반항 없이 순순히 연행에 응한 사실 등을 인정하였다. 그렇다면 경찰관들이 현행범이나 준현행범도 아닌 피의자를 체포하기 위하여(비록 법원의 영장을 가지고 있었다고 하더라도) 피의자의 집에 불시에 강제로 들어가려고 하여 피고인이 방어차원에서 이를 제지하는 행위를 한 것이므로 이와 같은 경찰관들의 행위는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없어 피고인의 위 인정과 같은 행위는 공무집행방해죄에 해당하지 아니한다.

(2) 공무집행방해죄가 인정된 판례

대법원은 대학생들이 전경 5명을 불법으로 납치·감금하고, 경찰의 수회에 걸친 석방 요구에도 불구하고 불가능한 조건을 내세워 이에 불응한 경우, 경찰이 대학교 총장에게 진입을 통고하고 총장이 학생들을 설득하였음에도 불구하고 이에 응하지 아니한 경우에 압수·수색영장없이 도서관건물에 진입한 것은 적법한 공무원의 직무수행에 해당하여, 이를 방해한 대학생들에게 공무집행방해죄를 적용하였다.¹⁸⁹⁾

판례 1: 공무집행임을 알 수 있었을 경우 (부산고법 1991. 3. 6, 90노1449 특수공무집행방해)

공무집행방해죄의 범죄사실을 설시함에 있어서는 범죄사실 특정의 요청상 상대방 공

189) 대법원 1990. 6. 22 선고 90도 767 판결.

무원이 어떠한 직무를 수행하고 있는가를 구체적으로 적시하여야 하나, 범죄사실의 특성은 심리범위의 확정과 피고인의 방위권 보장을 위하여 요구되는 것임에 비추어 범죄사실 전체를 놓고 볼 때 위와 같은 취지가 몰각되지 아니할 정도로 그 뜻을 알 수 있으면 무방하다 할 것인데, 피고인의 범행 당시 경찰관들이 근로자들의 불법적인 태업으로 인하여 공공의 안녕질서가 심히 저해되는 사태가 발생하는 것을 보고 이를 진압하기 위하여 출동 중이었음을 충분히 알 수 있다면 비록 판결의 공무집행방해 범죄사실 중 경찰관들이 어떠한 내용의 공무집행을 하고 있었는지에 관하여 구체적으로 밝히지 아니하고 단순히 “그들의 공무집행을 방해한 것이다” 라고만 실시하였다 하더라도 범죄사실이 특정되지 아니하였다고 볼 수는 없다. 상대방경찰관들도 그 권한범위 내에서 직무를 적법하게 수행하고 있었다 할 것이다.

판례 2 : 교통단속중의 공무집행방해 (대법원 1994.09.27. 선고 94도886 판결)

의경 조○천이 좌회전 후 횡단보도 앞에 정지한 피고인 차량을 길가로 유도하여 정차시킨 후 신호위반 사실을 알리면서 면허증 제시를 요구하였는데, 피고인이 신호위반 사실을 부인하여 다시 신호위반임을 고지한 후 면허증 제시를 요구하자 피고인이 동행인에게 “가자”라고 말하며 차를 출발 전진시켰다. 그러자 의경은 시속 약 5Km로 서서히 진행하는 피고인 차량의 운전석쪽 문틀을 한 손으로 잡고 차를 세우라고 하였고, 그래도 계속 진행하자 양손으로 문틀을 잡고 따라 뛰면서 서라고 하였으나 피고인 차량이 시속 약 20Km에 이르기까지 속도를 내자 더 이상 따라 뛰지 못하여 순간적으로 차에 매달려 약 10여m정도 가다가 차에서 떨어지려고 양발을 땅에 대고 서려는 순간 땅바닥에 넘어지면서 손은 계속 차량을 잡은 채로 약 5m가량 끌려가다가 차는 정차하였고, 이로 인하여 위 의경의 오른쪽 발이 오른쪽 바퀴에 치여 상해를 입었다.

교통단속업무에 종사하고 있는 의경이 도로교통법 소정의 범칙행위를 하였다고 인정되는 운전자에 대하여 정차를 요구하고 현장에서 출석지시서나 범칙금납부통고서를 교부하기 위하여 운전면허증 제시를 요구하는 것은 물론, 나아가 운전자가 이에 불응하였다 하더라도 바로 단속업무가 종료되었다고 볼 수는 없고, 범칙행위와 시간적, 장소적으로 밀접한 범위 내에서는 상당한 방법으로 제차 면허증 제시를 요구한다 하더라도 이를

위법이라고 할 수 없다.¹⁹⁰⁾ 피고인이 자신의 성명 등 인적사항도 밝히지 않고 면허증 제시요구를 거부하며 차량을 출발시키는 경우에는 재차 면허증 제시를 요구하기 위하여 서서히 진행되는 차량의 문틀을 잡고 정지할 것을 요구한 의경의 행위는 범칙행위와 시간적, 장소적으로 밀접하게 이루어졌을 뿐 아니라 범칙자의 신원확인을 위하여도 동인에게 정차를 요구할 수 있다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 행위는 교통단속업무를 맡고 있는 경찰관의 공무집행의 범위 안에 든다고 못 볼 바 아니다.

다만 위 의경이 더 나아가 피고인 차량에 매달린 것은 차량을 정지시키기 위하여 필요한 상당한 행위의 범위를 벗어났다고 할 수도 있으나, 이 사건의 경우는 위 의경이 손으로 위 차량의 문틀을 붙잡고 따라 가던 중 차량의 속도가 점차 가속되는 것에 신체적 위협을 느껴 불가피하게 순간적으로 매달린 것으로 보여지므로, 결국 위 의경의 행위는 적법한 공무집행 중이었다고 할 것이다.

따라서 원심이¹⁹¹⁾ 교통단속의경에게 범칙금납부통고서의 수령을 강행할 법률적 근거는 없다고 판단한 점은 타당하나, 앞에서 본바와 같이 이 사건 의경이 운전자에게 면허증 제시를 요구하기 위하여 필요하고도 상당한 범위 내에서 차량의 정지를 요구한 행위

190) 도로교통법 제77조 제2항에 따라 운전자는 운전 중에 경찰공무원으로부터 운전면허증이나 운전면허증에 갈음하는 증명서의 제시요구를 받은 때에는 이를 제시하여야 하고, 이에 응하지 아니하면 같은 법 제112조에 의하여 10만원이하의 벌금이나 구류의 형으로 처벌하도록 규정되어 있다. 도로교통법 제118조, 제120조에 의하면 신호위반 등 제117조 소정의 범칙행위를 한 범칙자로 인정되는 사람에 대하여는 통고처분을 할 수 있는데, 성명 또는 주소가 확실하지 아니한 사람, 달아날 염려가 있는 사람, 범칙금납부통고서를 받기를 거부한 사람에 대하여는 통고처분을 하지 아니하고 지체없이 즉결심판에 회부하도록 규정되어 있다.

191) 원심판결이유에 의하면 원심은 이 사건 공소사실 중 피고인이 자동차운전 중 교통법규위반차량의 지도, 단속을 하고 있던 동래경찰서 교통과소속 의경 조○천으로부터 신호위반이라는 이유로 운전면허증의 제시를 요구받자, 신호위반이 아니라고 항의하고 그대로 차를 진행시켜 위 의경이 피고인차량의 운전석쪽 문틀을 잡고 따라가며 차를 세우라고 손으로 차지봉을 치고, 그가 차에 매달려 있는데도 약 40m가량 차를 진행시킨 후 급정차하여 위 의경을 땅바닥에 떨어지게 하여 공무원인 위 의경의 교통단속의 공무집행을 방해하였다는 공무집행방해의 점에 대하여, 위 의경이 피고인 차량의 출발을 제지하려고 한 동기가 피고인이 그 수령을 거부함에도 범칙금납부통고를 강행하려는 것이었다면 이는 법률상 근거가 없어 허용되지 않는 것으로 적법한 공무집행의 한계를 벗어난 것이고, 달리 피고인이 무면허운전 중이었다던가 그 차량이 도난수배차량이어서 피고인을 현행범으로 체포하려는 것이었다는 등 위 의경에게 피고인의 출발을 저지할만한 정당한 권한이 있었다는 사정이 밝혀지지 않는 한 위 의경의 행위를 적법한 공무집행으로 볼 근거가 없다는 이유로 무죄를 선고하였다.

도 교통단속순경으로서의 적법한 공무집행의 범위내인 점을 간과한 것은 공무집행의 점에 관하여 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

3. 폭행과 협박

공무집행방해죄가 성립하려면, 공무원에 대한 폭행과 협박이 있어야 한다. 폭행이란 사람에 대한 유형력의 행사를 의미한다. 여기서의 폭행은 반드시 사람의 신체에 대한 것임을 요하지 않고 물건에 대한 유형력의 행사일지라도 간접적으로 사람에 대한 것이면 족하다.¹⁹²⁾ 협박은 해악을 고지하는 것을 말한다. 해악을 고지할 것을 요하므로 해악을 고지하지 않고 집행관에게 불법집행이라고 소리쳤다는 사실만으로는 협박이라고 할 수 없다. 언어에 의하건 문서에 의하건, 명시적 방법에 의하건 묵시적 방법에 의하건, 직접적이건 간접적이건 해악을 고하는 방법은 묻지 않는다.

폭행·협박의 정도가 공무원이 전혀 개의치 아니할 정도로 경미하다면, 이는 공무집행방해죄가 성립하지 않는다. 따라서 소극적인 거동이나 불복종은 여기에 해당하지 않는다. 예컨대 체포를 방해하기 위하여 앉아 있거나 누워 있는 것만으로는 폭행에 해당한다고 할 수 없다.¹⁹³⁾

판례 1 : 파출소에서의 폭언 (대법원 1989. 12. 26 선고, 89도1204판결)

폭력행위 등 전과 12범인 피고인이 그 경영의 술집에서 떠들며 놀다가 주민의 신고를 받고 출동한 경찰로부터 조용히 하라는 주의를 받은 것뿐인데 그 후 새벽 4시의 이른 시각에 파출소에까지 뒤쫓아가서 ‘우리 집에 무슨 감정이 있느냐, 이 순사새끼들 죽고 싶으냐’ 등의 폭언을 하였다면, 이는 단순한 불만의 표시나 감정적인 욕설에 그친다고 볼 수 없고, 경찰이 계속하여 단속하는 경우에 생명, 신체에 어떤 위해가 가해지리라는 것을 통보함으로써 공포심을 품게 하였는데 그 목적이 있었다고 할 것이고, 또 이는 객

192) 그러므로 파출소 사무실 바닥에 인분을 뿌리고 재떨이에 인분을 담아 바닥에 던지는 것도 공무원에 대한 폭행에 해당한다(대법원 1981. 3. 24. 81도32).

193) 이재상, 형법각론, 703면.

관적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 느끼게 하기에 족하다고 할 것이다. 따라서 이는 공무집행방해죄의 협박에 해당한다.

판례 2 : 교통단속 중의 공무집행방해 (대법원 1996. 4. 26. 선고 96도281 판결)

차량을 일단 정차한 다음 경찰관의 운전면허증 제시요구에 불응하고 다시 출발하는 과정에서 경찰관이 잡고 있던 운전석 쪽의 열린 유리창 윗부분을 놓지 않은 채 어느 정도 진행하다가 차량속도가 빨라지자 더 이상 따라가지 못하고 손을 놓아버렸다면 이러한 사실만으로는 피고인의 행위가 공무집행방해죄에 있어서의 폭행에 해당한다고 할 수 없다고 본 원심판결을 수긍하였다.

4. 소 결

경찰관들이 폭행을 당하면 그 가해자에게 당연히 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니다. 경찰의 적법한 공무수행이 전제될 때에는 경찰의 임무가 보호되는 것이다. 경찰들은 일선에서 경찰권을 행사하는 경우, 항상 적법한 절차를 따랐는가를 살펴야한다. 영장주의, 미란다원칙, 구금시간의 준수들을 고려하지 않은 경찰권행사에 대해 법원은 철저히 그 상대방의 저항권, 정당방위에 손을 들어 주었다. 이는 서울지방검찰청이 1998년 12월에 처리한 공무집행방해죄의 총 사건수는 145건인데, 그 중 공판한 사건이 25건, 약식한 사건이 100건, 불기소처분되었거나 이송된 사건이 17건이고, 미체가 3건이었다는 사실이 잘 나타내주고 있다.¹⁹⁴⁾ 국민들의 인권에 대한 인식이 높아지고 있는 현재, 경찰관은 직무집행시에 적법한 절차에 의해 자신의 직무에 해당하는 범위 내에서 활동하여야 한다는 사실이 더욱 강조된다.

194) 서울지법 1999. 6. 23, 99가합14391 손해배상.

제6절 경찰관에게 요구되는 의무와 공무상재해

앞에서는 경찰권행사와 관련하여 경찰이 국민과의 관계에서 행정청의 고권적 활동을 한 경우에 대하여 살펴보았다. 지금부터는 경찰관으로서 지켜야 할 의무¹⁹⁵⁾와 경찰권행사로 인해 경찰관 자신들이 상해를 입은 경우에 그들에 대한 처우는 어떠한가라는 문제들을 살펴보기로 한다.

1. 경찰관의 청렴의무 등

경찰관들이 일선에서 경찰업무를 수행하게되므로, 비리에 노출되기 쉽다. 명절을 앞두고 수고하는 경찰관들에게 그 노고를 치하하고 격려하는 촌지도 있지만, 자신의 잘못을 보아달라는 뇌물로 작용할 수도 있다. 이는 경찰관이 공정하게 직무를 수행하는데 장애가 되므로, 경찰은 '3不(불친절, 불공정, 불성실) 추방운동'과 '3禁(금품수수, 인사청탁, 정보유출)'운동을 전개하여 전 구성원의 친절, 공정, 청렴성을 제고시키고 있다.¹⁹⁶⁾

하지만, 경찰공무원에게 일반공무원보다 더 강한 청렴성 등을 요구하는데 대한 반발도 없지 않았다. 국가공무원법 제33조가 “금고이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자”를 공무원임용의 결격사유로 규정하고 있는 반면, 경찰공무원법 제21조에서 “자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우까지도 결격사유로 하여 이에

195) 청렴의 의무, 품위유지의무, 복종의무 등.

196) 경찰청, 경찰백서 2001. 18면. 경찰은 26일 촌지반납을 위한 ‘포돌이 양심방’ 제도를 시행한 지 한 달만에 천여만원의 촌지가 반납됐다고 밝혔다. 경찰이 내부개혁과 자정 차원에서 지난달 21일 전국 일선 경찰서에 설치하여 경찰관이 업무와 직·간접적으로 관련해 받은 금품을 자진 반납하도록 한 ‘포돌이 양심방’에는 현금 980만원과 상품권·주유권 33만원이 신고됐다. 신고건수는 현금만 총 98건이며 양주와 담배, 고가의 장식품 등도 포함돼 있다. 단순한 고마움의 표시로 건넨 10만원 이하의 촌지가 대부분이었지만 경찰관의 결혼식에 관내 건설업자가 낸 축의금 20만원 등 통상적인 부조금의 한계를 넘어선 청탁성 촌지도 14건에 달했다. 경찰은 신고된 촌지를 경찰서장의 감사편지와 함께 촌지제공자에게 돌려주고 있는데 98건 중 90건이 반환됐고, 8건에 대해서는 제공자를 찾지 못해 유실물법이 정한 절차에 따라 2주간 공고한 뒤 국고에 귀속시킬 방침이다. 지난해 12월 같은 제도를 도입하여 시행중인 소방국도 현재까지 전국 139개 소방서에서 1,568건(5,230여만원)의 촌지신고실적을 올렸다. 한국일보, 2000. 5. 24.

해당될 경우 당연퇴직”하도록 규정한 것이 그 반발의 대상이었다. 이 조항으로 인해 경찰공무원이 자신의 신분상의 권리인 직위·신분 보유권, 행정쟁송권 및 재산상의 권리인 보수청구권, 연금청구권을 침해할 위험이 있다는 주장에 대해, 헌법재판소는 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사 등 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하여 국민의 신체·재산·가택에 실력으로 강제를 가할 수 있는 경찰작용을 담당하는 경찰공무원에게는 일반공무원보다 더 높은 윤리성과 성실성 등이 요구된다고 할 것이어서 경찰공무원법에서 국가공무원법상보다 다소 넓은 임용결격 및 당연퇴직의 사유를 설정하였다 하더라도 그와 같은 차별은 합리적이고 정당한 것이므로 헌법상 보장된 평등권을 침해하였다고 할 수 없다고 판시하였다.¹⁹⁷⁾

대법원판례에서는 경찰에게 요구되는 엄격한 청렴의무, 부하직원의 감독의무와 관련하여 징계를 받게된 경찰공무원에 대한 징계와 경찰징계규칙등에서는 표창을 받은 공적은 감경사유¹⁹⁸⁾의 참작으로 인해 징계형량이 적당한가에 대한 다툼이 많았다.

판례 1 : 상습도박죄로 유죄판결된 경찰공무원에 대한 해임처분 (대법원 84.08.21 선고 84누399 판결)

도박행위를 현장에서 적발하고 단속, 독려하여야 할 지위에 있는 경위인 경찰공무원이 더군다나 도박행위를 근절하라는 국무총리의 특별지시가 있었음에도 이를 어기고 종전에 근무하던 관내의 여자를 낀 주민 등과 어울려 도박행위를 상습적으로 해 오다 구속되고 유죄판결이 선고되어 확정되었다면, 그에 대한 해임처분은 사건의 경위나 경찰공무원의 성실의무, 품위유지 의무 등에 비추어 비록 그가 과거 근무기간 중 7회의 내무부장관 표창을 받는 등의 참작사유가 있다 하더라도 그 징계양정은 상당하다.

197) 헌재 1998. 4. 30, 96헌마7.

198) 경찰공무원징계령 제16조: 징계위원회가 징계사건을 의결함에 있어서는 징계협약자의 소행, 근무성적, 공적, 개전의 정·징계요구의 내용 기타 정상을 참작하여야 한다. 경찰징계규칙 제6조 제1항: 징계위원회는 징계의결이 요구된 자가 다음 호의 1에 해당하는 공적이 있는 경우에는 별표5의 징계양정의 감경기준에 따라 징계를 감경할 수 있다. 제2호 단서: 경감이하 경찰공무원은 경찰청장 이상의 표창을 받은 공적은 감경사유의 하나이다.

판례 2 : 주정차위반행위목인대가를 받은 경찰공무원의 해임처분

(서울고등법원 1995. 12. 14, 95구24878 제10특별부 판결)

원고는 1985. 9. 25 경찰공무원으로 임용되어 1994. 11. 18부터 1995. 5. 8까지 사이에 ○○○경찰서 교통과 지도계 ○○ 4가 교통초소의 소장으로 근무하였다. 피고는 원고가 위 교통초소의 소장으로 근무하면서 (1) 1994. 12. 30 20:00경 위 교통초소 관내에 있는 ○○ 4가 로타리 소재 조흥은행 옆 골목에 정차된 주식회사 ○○상사 소속 주류운반차량인 서울 7브 74XX호 화물차 안에서 위 회사 소속 판매사원인 소외 정○식으로부터 주정차위반행위를 목인하여 주는 대가로 금 30,000원을 수수하고, (2) 1995. 1. 15경 위 정○식에게 구정 회식용으로 맥주가 필요하다고 하면서 맥주 1박스를 공여할 것을 요구하였고, 이후 주정차위반행위를 목인하였다.

한편, 경찰청에서는 1995. 1월 하순경 1995년도 구정을 전후하여 관내 경찰관들에 한복무기강 등에 대한 집중감찰활동을 실시한 결과 원고의 위와 같은 비위사실이 적발됨에 따라, 피고는 원고의 위와 같은 비위행위를 이유로 원고에게 위 징계처분을 함에 있어 공무원징계양정등에관한규칙 등에 따른 징계양정기준에 의하면 원고의 위 비위행위는 파면사유에 해당되나 원고가 9년 6개월간 징계처분을 받은 바 없이 장기근속하면서 10회에 걸쳐 표창등을 받은 점 등을 고려하여 그 징계등급을 낮추어 해임처분을 하였다. 이는 재량권의 남용에 해당하지 않는다.¹⁹⁹⁾

2. 경찰관의 공무상재해

우리 경찰관들은 그들의 직무수행에 따른 각종 위험에 따르게 된다. 교통경찰관은 도로 위 매연속에서 교통소통을 위한 근무를 수행하기 때문에, 타 부서 근무자들에 비해 호

199) 기타 관련판례: ① 고소인을 술집으로 불러 화해를 종용하고 금원을 차용하였으며 술값까지 고소인에게 부담시킨 고소사건 수사경찰관에 대한 파면조치는 당연하다(대법원 84.07.24 선고 84누140 판결), ② 진정사건을 조사하는 경찰관이 민사분쟁에 개입하여 진정인에게 유리하게 사건을 해결하여 민원을 야기하고 경찰의 위신을 손상시킨 비위에 대한 파면처분은 정당하다(대법원 84.10.10 선고 84누193판결), ③ 총기난동 사건(의령경찰서)에 대처하여 미온적인 작전지휘를 한 관할 경찰서 경무과장(서장 직무대행)에 대한 징계파면은 당연하다(대법원 83.11.22. 선고 83누522판결).

흡기·소화기 계통의 질병 호소율이 매우 높고,²⁰⁰⁾ 파출소 근무 경찰관은 범죄예방을 위해 24시간 부단히 순찰하며, 취객들의 행패나 범죄자들의 위협속에서 근무한다.²⁰¹⁾ 사회 혼란을 야기하는 시위진압을 위해 무거운 진압복을 입고 장시간 거리에서 근무하면서 길거리에서 식사하는 등 열악한 조건에서 근무²⁰²⁾함으로써 질병을 얻는 경우도 태반이다. 1996년부터 2000년까지 발생한 경찰관의 순직·공상은 모두 3,825건에 이르는데, 그 발생원인을 살펴보면 범인피격, 과로, 교통사고, 인명구조, 시위진압, 안전사고 등이 다.²⁰³⁾ 하지만 이러한 사태에 대한 공상처리 규정은 미흡한 실정이다. 이는 경찰관의 근무의욕을 떨어뜨리는 요인이 되고 있다. 경찰이 범인 추적 등 위험한 업무를 수행하면서 사고를 당하더라도 보상금이 너무 적은데다 의료보험이 적용되지 않는 고가장비 사용료는 본인이 부담해야 하는 등 불합리한 문제점들은 속히 개선되어야 할 것이다.²⁰⁴⁾

판례 1 : 출근준비 중 사망과 공상 (서울고등법원 1995. 7. 21, 94구22943)

원고의 남편인 소외 망 김○희는 1982.10.7. 강남수도사업소 청담배수지 창설 당시 청원경찰로 임용되어 그곳에서 근무하다가 1993.9.1.자로 강남수도사업소 상황실에 파견되어 그곳에서 근무하기 시작하였다. 위 망인은 1993.11.11.07:35경 그의 집에서 주간근무를 위하여 출근준비를 하다가 좌측측두 및 두정부 뇌내출혈로 쓰러져 혼수상태에서 곧바로 강동성모병원에 후송되어 기도삽관, 산소공급, 수액투여 등의 처치를 받았으나 같은 날 08:20경부터 뇌사상태에 빠져 이틀 후인 같은 달 13일 고도의 뇌부종으로 인하여 사망하였다.

원고는 1993.12.13. 피고에 대하여 유족보상금지급을 신청하였으나, 피고는 위 망인이 건강을 해칠 우려가 있는 특수한 직무를 수행하거나 청원경찰로서 통상의 업무처리에 요구되는 정도 이상의 심한 정신적 육체적 과로상태가 지속된 사실이 없으며, 위 망인의

200) 이원철, 『경찰관 직업병에 관한 연구』, 1998.

201) 1999년에는 공무집행방해죄로 9,537명 형사입건되었다. 경찰청, 경찰백서 2000.

202) 2000년 한해동안 다중범죄 진압을 위해 13,012회 3,380,880명 동원되었다. 경찰청, 21세기 우리경찰의 비전, 153면.

203) <http://www.police.go.kr/archive/figures/statistics-2-2.htm>.

204) 한겨레, 2001. 10. 3.

사망원인인 뇌출혈의 발생 악화와 공무수행 사이에 인과관계가 없다는 이유로 1994.1.25. 위 신청을 부결하는 처분을 하였다.

서울고등법원은, 소외 망 김○희는 강남수도사업소에 파견되어 근무하기 시작한 후 사망에 이르기까지 8시간 주간근무 16시간 야간근무 비번 식의 특수한 근무형태와 인원의 부족 등으로 인하여 업무상 과로하였다 할 것이고, 이 사건에서 위 망인의 중간 사인인 뇌내출혈의 원인이 된 병변이 무엇인지는 밝혀지지 아니하였으나, 뇌출혈의 대부분은 고혈압이나 뇌혈관성질환으로 인하여 발생하고, 뇌혈관성질환이 있는 사람이 과로하거나 스트레스를 받는 경우에는 뇌출혈을 일으킬 수 있다는 것이므로 위 망인의 업무상 과로가 밝혀지지 않은 그 어떠한 질병을 급속히 유발하거나 악화시켜 뇌출혈에 이르게 된 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 소외 망 김○희의 공무와 그 사망원인이 된 뇌출혈 사이에 인과관계가 있다고 할 것이다.

판례 2 : 과로 (대법원 90.12.07 선고 90누4983 판결)

원심이 그 채택증거에 의하여 인정한 사실관계를 보면, 원고는 평소 별다른 지병이 없는 자로서 1987.4.18. 경찰관으로 임용된 후 서울특별시 경찰국 제2기동대 21중대에 소속되어 전투경찰대원 수송버스의 운전업무를 담당하여 왔는데, 그 당시부터는 가두시위 및 대중의 집단행동이 잦아 시위진압을 하거나 공공기관의 경계근무를 위하여 자주 출동을 하였고, 근무형태는 24시간 근무 후 24시간 휴식하는 격일제 근무를 하였으며, 운전요원이기 때문에 시위현장부근에 버스를 주차시켜 놓고 방독면을 쓰지 아니한 채 대기하는 관계로 진압요원과 마찬가지로 최루탄가스에 시달리기도 하고, 정신적, 육체적 긴장으로 인하여 시위진압을 나갔다 온 다음에는 눈물과 콧물이 나고 머리가 아프다는 등의 증상을 호소하기도 하였는데, 원고는 1988.12.10. 09:30경 근무를 마치고 귀가한 후부터 두통과 구토증상이 있어 병원에서 진료를 받았고 그 다음날에도 출근한 후 그 증상으로 누워 있다가 12.12. 00:30 경 귀가한 후 05:00경 구토하기 위하여 화장실로 가던 중 자택마당에서 의식을 잃고 뒤로 넘어지면서 머리 뒷부분이 지면에 부딪쳐 바로 병원에 옮겨져 뇌수술을 받았는데 그 병명은 급성경막하출혈로 밝혀지고, 이 출혈은 뇌경막하부를 지나는 정맥이 파열되어 뇌경막과 지주막 사이에 혈종이 생기는 것으로서 대부

분이 심한 두부손상후에 발생하며, 과로로 인하여 직접 발생하는 질병은 아니나 평소의 업무과로로 인하여 피곤한 상태에서 갑자기 넘어지면서 머리가 벽 등에 부딪치면 그 충격에 의하여 발생할 수도 있다는 것이다. 원심은 위와 같은 사실을 바탕으로 하여 원고의 위 질병은 공무원연금법시행령 제29조 제7호 소정의 공무상 질병 또는 부상에 해당한다고 판단하였는바 위의 사실인정과 판단은 수긍되고 소론과 같은 심리미진으로 인한 사실오인이나 공무원연금법의 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다.

판례 3 : 과로로 인한 부상 (서울고법 1991. 10. 25, 91구10901)

경찰관인 원고가 경추협착증이란 기왕의 질병을 가지고는 있었으나 평소 근무에 아무런 지장을 받지 않는 상태였는데, 방법순찰차를 운전하고 우범지역을 순찰하던 중 업무가중으로 누적된 피로를 이기지 못하고 잠시 졸음운전을 하는 바람에 교통사고를 내게 되어 그 충격으로 협착된 경추내 신경에 손상이 감으로써 팔다리가 마비되는 부상을 입게 되었다면, 원고가 공무와는 직접 관련이 없는 기왕의 경추협착증을 가지고 있었고 또한 위 질병이 위 부상의 주된 발생원인이라 하더라도 원고의 위 부상은 직무상의 과로로 인하여 직무수행중 야기한 교통사고의 충격이 위 주된 발생원인에 겹쳐서 유발된 것이라 할 것이므로, 이는 공무원연금법 제35조 제1항 및 그 시행령 제29조 소정의 공무상 부상에 해당한다.

판례 4 : 공무상질병(과로)으로 인한 사망(서울고등법원 1994. 10. 5, 93구30176)

위 망인은 1965. 9. 8. 생으로 1991. 7.13. 순경시험에 합격하여 순경으로 임용된 이래 위 갈매파견소에서 근무하면서 범죄예방을 위한 관내순찰, 사건발생에 따른 조사 및 방범단속 근무, 교통단속, 경비근무 등에 종사하였다. 인원 부족으로 비번일에도 쉬지 못하고 계속 근무를 하는 때가 많았는데, 매일 근무시간이 1992년 10월부터 망인이 사망할 때까지 최하 415시간내지 최고 535시간까지에 이르렀다. 망인은 1993년 3월 15일 24시간, 16일 7시간, 17일 24시간 근무후 18일 휴무하였고, 19일 24시간, 20일 24시간 연속 당번근무 후 21일 휴무하였다가, 22일 6시간, 23일 24시간, 24일 7시간, 25일 24시간 근무하였으며 26일에는 13:00경부터 20:00경까지 7시간 동안 교통단속과 방범단속 근무를

하는 등 근무가 계속되었다.

망인은 28세의 신체건강한 청년으로 평소에 별다른 질병은 발견되지 않았는데 경찰관 근무중 자주 피곤을 호소하였으며 사망 직후 감정결과 망인의 직접사인은 급성심부전증으로 추정되고 있다.

공무원연금법 제61조 제1항 소정의 유족보상금지급청구의 요건인 ‘공무상질병으로 인한 사망’이란 공무원의 직무집행중 이로 인하여 발생한 질병으로 사망한 경우를 뜻하므로 공무와 사망의 원인이 되는 질병과의 사이에 인과관계가 있어야 하나, 질병의 주된 원인이 공무와 직접 관련이 없더라도 직무상과로가 질병의 주된 발생원인과 겹쳐서 질병을 유발하거나 악화시켰다면 그 인과관계가 있다고 보아야 할 것이고, 나아가 사전 및 사후검사에서도 사인이 될 병변이 밝혀지지 아니한 경우라 하더라도 직무상과로가 유인이 되어 아직 밝혀지지 아니한 그 어떠한 질병을 급속히 유발하였거나 악화시킨 것으로 보아야 할 경우라면 공무와 사망과의 사이에 인과관계를 인정함이 상당하다 할 것이다.

판례 5 : 비번인 날 근무를 하고 파출소로 귀소하던 중의 사망 (서울고법 1997.

4. 24, 96구26741판결)

비번임에도 불구하고 기소중지자 일제검거계획에 따라 기소중지자검거를 위하여 근무를 하던 중 17:00 이후에는 공무와 무관하게 술을 먹고 노래방에서 노래를 하는 등 근무를 태만히 한 점이 있음에도 불구하고, 기소중지자 검거근무를 마치고 이를 보고하기 위하여 파출소로 귀소하던 중 교통사고를 당하여 사망한 데 대하여 공무상 재해로 인정하였다.

판례 6 : 과로탓 변비악화로 공무상 재해 (서울 행정법원 2001. 12. 7., 행정3단독)

경찰관 남편이 하루 평균 18시간 이상의 과중한 업무에 시달리고 평소 식사도 제대로 못하는 등 과로와 스트레스로 변비가 악화돼 장이 막히는 장폐색으로 숨졌다면, 공무원연금관리공단을 상대로 낸 부인 이모씨의 유족보상금 부지급처분 위소청구소송에서 서울 행정법원은 원고승소판결을 내렸다. 재판부는 “고인이 교통사고조사반과 파출소에 근무하면서 과도한 업무로 피로, 스트레스가 쌓이고 식사시간을 제대로 지키지 못해 변비

를 갖게 됐다”며 “번비가 장폐색으로 급격히 악화돼 숨진 것으로 볼 수 있다”고 밝혔다.²⁰⁵⁾

3. 소 결

경찰공무원들이 각종 비리에 노출되어 있다는 사실은 비단 경찰만의 잘못은 아니다. 일반국민들이 경찰들에게 그러한 유혹을 하였든 아니면 경찰 측에서 이러한 요구를 하였든, 즉 닭이 먼저든 알이 먼저든 경찰의 비리는 뿌리뽑아야 한다는데 경찰과 국민은 모두 공감하고 있다. 경찰관의 경찰권행사와 관련한 비리는 보통 경찰공무원법상의 징계로 해결되는데, 이에 대한 엄격한 관리가 있어야 할 것이다. 그리고 뇌물을 공여한 사람에게도 강한 처벌이 따라야만, 형평의 원칙에 맞을 것이다.

공무상 재해관련판례에서 드러나듯이 경찰관들의 근무환경은 매우 열악하다. 18시간의 근무, 휴일없는 근무 등 과로의 연속으로 경찰관이 질병을 얻고, 사망에 이르게 된다는 사실은 우리가 과연 경찰들에게 이러 저러한 요구를 할 수 있는가에 대해 다시 한번 생각하게 한다. 국민의 한사람인 경찰관들의 인권에 대해 과연 우리가 얼마만한 관심을 기울였는가. 최근 21세기 경찰을 지향하며 근무조건을 개선하고 급여도 현실화한다고는 하지만, 경찰관들에게 이렇게 비정상적으로 과도한 업무를 부과해서는 안 될 것이다. 그리고 경찰관들이 과로 혹은 사고로 인해 얻은 질병에 대해서 그 보상을 해주는데 인색해서는 안 될 것이다. 공무원연금관리공단은 질병과 공무상의 재해의 연관성을 제한적으로 해석해서는 안되고, 많은 경찰공무원들의 인권보호를 등한시하는 경우가 없어야 할 것이다. 현재는 이러한 공무원연금공단의 처사에 대해 법원이 손을 들어주고 있는 실정이다. 법률로써 경찰공무원의 근무로 인한 질병 및 사망에 대한 보상을 규정해야 할 때이다.

205) 한겨레, 2001. 12. 7.

제4장 결 론

경찰은 국민의 일상생활에서 빼놓을 수 없는 공기와 물 같은 존재이다. 잘 드러나지는 않지만 국민의 지팡이로서 위험방지와 공공질서유지를 위해 자신들의 임무를 수행하고 있다. 현대사회가 복잡해지면서 경찰의 역할은 단순한 위험방지에 그치지 않고, 그 역할범위가 확대되고 있다. 결국 일상생활에서 경찰이 국민과 접촉할 기회가 많아지면서 국민들의 경찰과 경찰권행사에 대한 인식도 자신이 처한 상황에 따라 달라진다. 경찰권의 행사는 아무 때나 위험의 활동에 박수를 보내기도 하고 자의적인 단속을 한다고 비난하기도 한다. 국민들의 인권의식은 나날이 높아져 경찰의 관행의 위헌, 위법적 요소에 대하여 개혁을 요구하고 있다. 사법부도 이러한 국민들의 요구에 부응하여 인권침해적 요소가 있거나 적법한 절차를 밟지 않은 경찰권행사에 대하여 위법판단을 하고 있다.

이 연구는 이러한 변화 속에서 진정한 경찰권의 행사가 어떠한 모습을 띠어야 하는가란 문제의식에서 출발하였다. 이러한 문제의식을 잘 살펴볼 수 있는 것으로 대법원판례를 연구대상으로 삼아 도로교통, 집회및시위, 일반수사과정, 무기사용, 공무집행방해, 경찰관의 강화된 의무 및 공무상재해로 분류하여 소개하였다. 이를 종합적으로 판단하여 볼 때, 경찰권을 행사함에 있어서 가장 중요한 것은 경찰권행사의 근거가 무엇이며, 법률이 정한 절차를 준수하였는지, 여러 가지 수단 중에서 적절한 수단을 채택하였는지 등의 경찰비례의 문제와 관련이 있었다.

1. 각 절의 요약

1) 경찰의 도로교통업무와 관련된 문제로는 주로 경찰의 교통단속업무의 적법한 절차를 거쳤는가와 비례원칙에 적합하였는가가 문제된다. 교통단속업무는 할 수 있는 자는 경찰공무원등이나 교통할아버지와 같이 교통단속의 권한이 없는데도 불구하고 교통정리를 하다가 사고를 유발시켰다면, 그에 대한 손해배상책임을 지방자치단체가 져야하므로, 민간보조인력의 도움을 받을 때는 그 임무수행의 범위를 정해주고, 수행여부를 지켜보아야 한다. 운전자나 보행자는 경찰공무원등의 수신호가 있을 경우 신호등보다 우선하여

따라야할 의무가 있고, 이러한 의무위반으로 인해 일어난 손해에 대하여 경찰은 아무런 책임을 지지 않는다. 경찰이 도로교통업무를 수행할 수 있는 곳은 도로, 유료도로 및 일반의 통행이 자유로운 일반교통에 사용되는 곳에 한정된다. 따라서 같은 아파트단지 내라 할지라도 주차장인지, 아파트단지내 통행로인가에 따라 경찰이 음주단속, 안전벨트착용확인, 속도위반등을 할 수도 없을 수도 있고, 할 수 있을 수도 있다.

음주운전으로 인한 사고의 다발로 경찰의 음주단속이 강화되고 있다. 도로교통법상 경찰의 음주단속은 교통안전과 위협방지를 위하여 필요하다고 인정될 때와 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 경우에 운전자에게 음주측정에 응할 것을 요구할 수 있다. 이 때 음주측정요구에 불응하는 경우는 음주측정 불응죄로 처벌을 받게 되는데, 무작정 음주측정을 거부한다거나 음주운전의 혐의가 있고, 이를 목격한 사람이 있을 경우에는 음주운전 후 5시간이 경과했다라도 경찰이 음주측정을 요구할 수 있다. 그러나 음주한 사람에게 정황을 보아 음주운전을 하지 않은 경우에도 음주측정요구를 하는 것을 옳지 못하고, 이 과정에서 물리적 충돌이 있었다하더라도 정당한 경찰권행사가 아니었으므로 공무집행방해죄가 성립되지 않는다.

음주측정의 방법으로 호흡측정, 혈액채취방법 및 위드마크공식 사용을 들 수 있는데, 호흡측정의 결과에 불복하여 즉시 혈액채취방식을 사용할 것을 요구하였는데도 경찰이 이를 듣지 않고, 최초의 호흡측정으로 인한 혈중알코올농도를 근거로 면허를 정지하거나 취소하였을 경우 적법하지 못한 절차로 보아 대법원은 음주운전의 죄목을 무죄로 판시하고 있다. 대법원은 이와는 반대로 강제연행하거나 의식이 없는 상태에서 동의없이 혈액을 채취하여 혈중알코올농도를 측정하는 것은 적법한 절차를 밟았더라도 그 결과가 같은 것이기 때문에 증거로서의 효력을 가진다고 판시하였으나 학계에서는 그 증거능력을 부인하고 있다. 위드마크공식에 대해서도 개인차가 심할 수 있다는 이유로 그 증거력의 문제를 제시하였고, 음주측정기의 오차도 인정하여 면허정지, 취소처분을 내려야 한다는 대법원의 판례를 살펴볼 때 경찰의 도로교통단속업무도 절차적인 정당성을 확보하지 않으면 그 효력을 상실하게 된다는 점을 밝힐 수 있다.

그밖에도 경찰은 주취운전자를 보호조치를 해야 할 의무가 있는데, 주취운전자를 잘못 관리하여 주취운전자가 다시 운전하여 사고를 낸 경우 국가배상을 해야하며, 이를 감독했어야 할 경찰관에게 구상권이 행사된다. 도로교통단속과는 관련이 없을 수도 있지만,

현재 주민등록증과 같이 운전면허증이 신분증으로 사용되는데, 조사단계서 주민등록증제 시요구를 받을 때 타인의 운전면허증을 제시할 때 공문서부정사용죄에 해당한다 할 것이다.

2) 국민의 기본권인 집회및시위를 할 수 있는 자유는 과거 경찰의 진압방식에 대한 부적절성에 맞춰졌다. 최루탄의 발사와 시위대의 불법연행문제는 비단 경찰만이 책임져야 할 부분은 아니다. 정부는 경찰이 최루탄을 사용하는 것을 암묵적으로 허용하였고, 입법부에서는 그 사용의 요건들을 법률에 규정하지도 않았다. 사법부 또한 최루탄의 사용의 불가피성에 대해서 비례의 원칙에 따라 판단하는 것을 회피하고, 다만 그로 인한 사상자가 발생한 경우에만 그 위법성판단을 하는 등 소극적으로 일관해왔다.

이제 집회와 시위를 둘러싼 문제들은 진압방식보다는 신고나 금지통고 등 절차상의 문제점과 관련하여 논란이 되고 있다. 경찰이 집회및시위에관한법률이 규정한 신고절차를 너무 까다롭고 자의적으로 판단하여, 국민의 집회 및 시위의 자유를 제한한다는 비판의 목소리가 높다. 일례를 들어, 집회나 시위가 교통혼잡을 발생시킬 우려가 있는 경우라 할지라도, 원천적으로 금지통고처분을 내리기보다는, 우선 조건을 붙이는 등 최소한의 제한으로 국민의 기본권인 집회 및 시위의 자유를 누릴 수 있도록 하여야 한다. 물론 이를 위해서는 집회의 참가자, 특히 그 대표자와 경찰간의 협조원칙이 무엇보다 중요하다. 국민들은 집회와 관련하여 경찰에 신고하는 것을 꺼려서는 안되고, 경찰 또한 신고 내용의 적법성, 즉, 집회 및 시위의 내용을 자신들이 평가해서는 안되고, 형식적인 요건을 충족시키는 집회의 신고는 기속적으로 수리하여야 한다. 집회의 내용이 공공안전을 해칠 우려가 있다는 예방적 차원에서 경찰이 금지통고처분을 발령하는 것은 옳지 않다. 집회 및 시위에 경찰이 전투복으로 참여하는 일도 막아야 할 것이다. 예방적인 차원에서 시간지연이나 신고된 인원의 과다를 이유로 집회 및 시위장소에 개입하여서는 안 될 것이다.²⁰⁶⁾

206) 최근 경찰이 집시법 제14조와 제18조에 의한 경찰권행사로 집회시위현장에서 신고된 시간을 25분가량 넘겨 집회를 계속한 혐의로 시위참가자중 40여명을 연행하였다는 사실도 과도한 범적용이라고 판단될 여지가 있다. 한겨레, 2001. 11. 29.

3) 일반수사과정

교통과 관련한 경찰권행사가 공무집행방해죄와 연결되었다면 일반수사과정은 직접적으로 인권침해와 관련성이 있다. 보안수사와 관련하여 경찰조사는 고문 등으로 강요된 자백을 받아내려고 하였고, 법원 또한 이를 인정하는 경향에 있었다. 하지만, 국민의 인권의식고양으로 인해, 과거에는 묵인되었던 수사과정상의 인권침해가 속속 드러나고 있다. 이에 대한 법원의 태도 또한 인권에 초점을 두고 있다. 경찰은 임의동행, 미란다원칙의 고지, 영장주의 등의 절차는 예외없이 지켜져야만 한다는 사실에 주의하여야 할 것이다.

국민에 대한 인권침해가능성이 가장 빈번한 경찰권행사는 수사와 관련된 부분일 것이다. 인권침해가 발생하는데는 여러 가지 이유가 있음을 살펴볼 수 있었다. 먼저 경찰관이 조속한 실체적 진실의 발견을 위해 피의자에게 강압적인 수단을 써서 자백을 강요하고, 이러한 자백의 증명력을 법원에서는 제대로 판단하고 있지 못하는 경우가 많았다. 또한 경찰관이 실무에 있어서 법보다 더 많이 의존하게 되는 경찰청훈령의 내용들속에 과거의 인권무시적 관행이 담겨져 있어서 경찰관들이 자신의 잘못된 공권력행사가 마치 법률에 근거한 것으로 판단하게 되는 것이다.

현재 이러한 문제점들은 인권존중에 입각한 사법부의 판결이나 시민단체의 노력으로 점차적으로 개선되고 있다. 경찰청에서도 인권침해의 소지가 있는 경찰청훈령들을 자체적으로 파악하여 인권존중의 성격을 가진 내용으로 수정하는데 앞장서야 할 것이다. 또한 경찰관 개개인은 자신의 임무를 수행함에 있어서 자의나 직관에 의한 수사보다는 과학적이고, 적법한 절차를 통해 실체적 진실을 발견하는데 노력하여야 할 것이다.

4) 우리 판례에서는 경찰관이 범인체포를 위해 총기를 사용하여, 범죄용의자가 사망하거나 상해를 입은 경우 경찰관의 무기사용이 비례원칙에 적합했다고 판단한 경우는 단 한 건도 없다. 즉, 대법원은 경찰관직무집행법 제11조에 의한 무기사용이 적법했다고 보기 위해서는 범죄의 종류, 죄질, 피해법익의 경중, 위해의 급박성, 저항의 강약, 범인과 경찰관의 수, 무기의 종류, 무기 사용의 태양, 주변의 상황 등을 고려하여 사회통념상 상당하다고 평가되는지에 따라 판단하여야 하고, 특히 사람에게 위해를 가할 위험성

이 큰 총기의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 한다고 판시하였다.²⁰⁷⁾ 대법원은 피의자의 인권을 강조하여, 위에 열거한 모든 요건이 충족되어야 하지만, 최근에 들어서서 추적의 대상인 피의자가 무기를 휴대하거나 그 위험상태를 자초한 경우 그의 과실정도를 60%-70%정도로 참작하여 경찰관의 책임이 경감된 판례들이 보여지고 있을 뿐이다.

하지만 총기사용의 엄격한 제한이 꼭 국민의 신체·생명을 보호한다고 볼 수 있는가에 대한 의문은 남는다. 형사들이 피격을 받는 사례는 판례에서 다루어지고 있지 않지만 많은 수의 공사상자가 발생하고 있고, 경찰관들은 총기사용을 꺼리게 될 때 이는 곧바로 피의자의 체포실패, 인질극의 경우 인질이 다치게 되는 부작용이 발생할 수도 있기 때문이다.

경찰의 무기사용과 관련하여 우리 대법원 판례는 항상 다른 수단을 택했어야 한다고 전제하고 있다. 법원의 판례들을 경찰이 법에 규정된 경고를 하고, 공포를 발포한 뒤에도 범인들이 상처를 입는 사격을 했으면 항상 경찰관에게 책임이 있다고 판시하고 있다. 이는 경찰관들의 무기사용을 억제하는 수단으로 작용하여, 인질극을 벌이는 범인, 즉 다른 인명을 담보로 하는 범인에게 무기를 사용하지 못해, 인질이 사망하는 사고가 발생하고 있다. 이를 위해 법규정을 정비하여 경찰관들이 무기를 사용할 수 있도록 개선하여야 할 것이다.

5) 경찰관들이 폭행을 당하면 그 가해자에게 당연히 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니다. 경찰의 적법한 공무수행이 전제될 때에는 경찰의 임무가 보호되는 것이다. 경찰들은 일선에서 경찰권을 행사하는 경우, 항상 적법한 절차를 따랐는가를 살펴야한다. 영장주의, 미란다원칙, 구금시간의 준수들을 고려하지 않은 경찰권행사에 대해 법원은 철저히 그 상대방의 저항권, 정당방위에 손을 들어 주었다.

6) 경찰공무원들이 각종 비리에 노출되어 그들이 청렴의무등을 위반하였을 경우에는 엄격한 징계를 하지만, 한편으로 경찰이 코로나 공무상 재해로 상해를 입거나 사망하였

207) 대법원 1999.3. 23, 98다63445.

을 경우, 우리 공무원연금공단은 그들의 치료나 보상하는데 인색하다. 따라서, 법원에서 다투게 되고, 법원은 우리 경찰공무원들의 열악한 근무환경이 그들의 생명과 건강을 해친다는 사실을 인정하게 되는 것이다. 이를 위한 해결책은 경찰에게 무리한 업무시간을 강요해서는 안되며, 공무상 재해가 발생한 경우, 이들을 위한 보상을 적극적으로 해 주어야 한다.

경찰관들의 활동이 비리에 노출되어있다는 사실은 비단 경찰만의 잘못은 아니다. 일반 국민들이 경찰들에게 그러한 유혹을 하였던 경찰측에서 이러한 요구를 하였든, 즉, 닭이 먼저든 알이 먼저든 경찰의 비리는 뿌리뽑아야하는데는 경찰과 국민 모두 공감하는 바이다.

경찰관의 경찰권행사와 관련한 비리는 보통 경찰공무원법상의 징계로 해결이 되게 되는데, 이에 대한 엄격한 관리가 있어야 할 것이다. 그리고, 뇌물을 공여한 사람에게도 강한 처벌이 따라야만, 형평의 원칙에 맞을 것이다.

공무상재해관련판례에서 드러나듯이 경찰관들의 근무환경은 매우 열악하다. 18시간의 근무, 휴일없는 근무 등 과로의 연속으로 경찰관이 질병을 얻고, 사망에 이르게 된다는 사실은 우리가 과연 경찰들에게 이러 저러한 요구를 할 수 있는가에 대해 다시 한번 생각하게 한다. 국민의 한사람인 경찰관들의 인권에 대해 과연 우리가 얼마만한 관심을 기울였는가.

경찰관들이 이렇게 병들지 않도록, 비정상적으로 과도한 업무를 부과해서는 안 되는 것이 그 첫 번째 해결책이겠고, 그 이후는 경찰관들이 과로로 인해, 혹은 사고로 인해 얻은 질병에 대해서 그 보상을 해주는데 인색해서는 안 된다. 즉, 공무원연금관리공단은 질병과 공무상의 재해의 연관성을 제한적으로 해석해서는 안되고, 많은 경찰공무원들의 인권보호를 등한시하는 경우가 있다. 물론, 이러한 공무원연금공단의 처사에 대해 법원이 손을 들어주고 있기는 하지만, 법률로써 경찰공무원의 근무로 인한 질병 및 사망에 대한 보상을 규정해야 할 때이다.

2. 개선되어야 할 점

경찰의 권위는 강력한 유형력의 행사로 형성되는 것이 아니다. 경찰기관은 탄력적인 움직임에 대한 정확한 상황판단을 바탕으로 공적안전과 질서유지를 위해 지혜롭고 공평 무사한 해법을 다각적으로 모색하는 과정에서 국민의 신뢰를 받을 수가 있는 것이다.

1) 입법부는 경찰관직무집행법상의 개별조문에서 국민의 자유와 권리를 제한하는 경찰권행사의 근거이므로 그 요건과 절차를 명확하게 규정하여야 한다. 법률에서 중요사항이 구체적으로 위임되지 않은 경우 일선 경찰관은 과거의 관행을 명문화한 훈령에 근거해서 그것의 적법 여부를 판단하지 않고 따르게 된다. 이미 밝혀진 바와 같이 이러한 훈령이나 관행에 따른 경찰권행사, 알몸수색이라든가, 유치장내 화장실 등이 위헌판단된 것도 경찰관직무집행법의 해당조문이 없었거나 해당조문에서 인권보호의 의지가 잘 드러나지 않아 발생한 문제로 보인다.

다른 한편으로는 현대사회의 생활관계가 복잡하고 기술의 진보로 인해 공적 안전을 위협하는 위험이 다양함을 고려하여 경찰권발동의 요건과 한계들이 충족되는 경우에도 그것만으로 경찰관청이 어떠한 조치를 반드시 취하여야 할 의무를 지는 것이 아니라 경찰권발동의 여부 및 그 방법에 관하여 재량이 인정된다. 광범위한 재량의 인정은 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 천차만별이어서 경찰관청에 대하여 구체적으로 어떠한 경우에 어떠한 조치를 취할 것을 명하는 법규를 제정하기는 매우 어렵다는 점에 그 근거가 있다. 이러한 재량도 법적인 구속을 받는데, 경찰권발동의 한계로서 언급한 비례원칙, 평등원칙, 절차의 준수, 경찰관의 주관적 동기 개입금지등이 지켜지고, 사법부가 이를 보장하는 한 일반적 수권조항의 도입에는 문제점이 없어 보인다. 따라서 경찰관직무집행법상 경찰의 임무로 규정된 제2조 제5호의 “기타 공공의 안녕과 질서유지”외에 일반적 수권조항을 두는 것이 바람직하겠다. 일반적 수권조항이 매우 추상적인 불확정개념이므로 경찰권 남용의 우려가 크다는 우려가 있으나, 일반적 수권조항이 없을 경우, 경찰권이 발동되기 어려워 국민의 자유와 재산을 보호하는 일과 질서유지가 더욱 어려울 수도 있기 때문이다.

다음으로 경찰조직이 지역 곳곳에 퍼져 있다하여 다른 행정청의 임무를 입법으로 경

찰에게 위임해서는 안 된다. 경찰로 하여금 위험예방 외에도 다른 행정청의 업무까지도 보조하게 한 탓에 경찰관이 격무에 시달리게 되고, 경찰관이 모든 일에 간섭하게 된다는 국민의 불신을 불러일으키게 되는 것이다. 경찰은 법에 규정된 임무를 수행하는데 있어 가장 큰 전제가 구체적 위협의 예방에 있다는 사실을 명심해야 한다.

2) 사법부는 구체적인 사건에서 경찰권행사의 적법성여부를 따지게 된다. 경찰의 중립화 뿐 아니라 사법부의 정치적 중립과 일관성유지도 경찰권행사가 정당하게 행사될 수 있도록 하는 요소가 된다. 교통관련판례와 수사관련판례에서 보았듯이 적법한 절차를 거치지 않은 증거의 효력에 대하여 인정하지 않고 있지만, 동의없는 혈액채취나 강제연행후의 음주측정에 대하여 적법한 절차를 취하였더라도 같은 결과를 가져온다는 취지의 판결을 정당하지 못하다고 보여진다. 사법부는 구체적인 현실을 고려한다하더라도, 경찰권이 적법하게 행사될 수 있도록 엄격한 기준을 제시하여야 한다.

3) 경찰청은 내부적으로 대법원판례로 밝혀진 잘못된 경찰권행사의 근거가 된 훈령등을 즉시 개정하여야 하고, 자체적으로 인권존중에 입각하여 “기본에 충실한 국민의 경찰”로서 업무를 수행할 수 있도록 하여야 한다. 일선 경찰관들은 관행대로 업무를 수행하였는데, 재판으로 이어질 경우 경찰관의 고의·과실이 인정되지 않아 국가로부터 국가배상청구권의 구상권행사의 대상은 되지 않을 것이나, 대국민관계에서 경찰에 대한 신뢰 상실로 이어질 것이다. 따라서 현재 경찰이 진행중인 청문감사관제도는 매우 유익하다 할 것이다.

외부적으로 대국민관계에서 경찰은 많은 홍보작업을 벌여야 할 것이다. 경찰권행사가 잘못되었다고 인정된 사례들과 국민이 잘못했다고 인정된 사례들을 국민들에게 홍보한다면, 일견 경찰권행사에 많은 제약이 가해진다고 생각할지 모르지만 공평무사한 경찰권행사라는 것을 국민에게 인식시키고, 국민도 경찰권행사에 믿음을 갖게 될 것이다.

경찰권을 행사할 수 있는 근거가 확실하지 못하다는 것이 가장 큰 문제점으로 드러났다.

경찰작용은 국민의 권리 내지 이익과 자유를 침해하는 행정작용으로서 그 발동을 위하여 법률의 수권을 필요로 한다는 점은 의문의 여지가 없다. 다만, 그 법률의 수권이

반드시 경찰권발동의 대상을 특정하여 이루어져야 하는지 아니면 그 대상을 특정하지 아니하고 경찰권발동의 요건을 단지 일반적 개괄적으로 규정하면 충분한지에 관하여는 논란이 있다.

참 고 문 헌

- 강동범, 동의나 영장없는 혈액압수의 적법성, 고시계 1999. 12.
- 경찰청, 21세기 한국경찰의 비전, 2001. 6.
- 경찰청, 『경찰관직무집행법 해설』, 2001. 6.
- 경찰청, 경찰백서 1999.
- 경찰청, 경찰백서 2001.
- 경찰청, 집회·시위 관리지침, 2001.
- 김성수, 개별행정법, 법문사, 2001.
- 김재봉, 경찰관 무기사용과 비례성원칙, 우범 이수성 선생 회갑기념논문집, 2000.
- 김재호, 경찰권의 근거, 저스티스 제32권 제2호.
- 김철수, 헌법학개론, 12전정신판, 박영사.
- 김형만, 일본의 수사구조 및 사법경찰제도, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도, 치안연구소, 연구보고서 96-11.
- 남승길, 경찰관직무집행법, 공법연구 제25집 제3호.
- 박상기·탁희성, 자백의 임의성과 증거능력에 관한 연구, 형사정책연구원, 1997.
- 박상희·서정범, 경찰작용법제의 개선방안(연구보고 96-8), 1996.
- 백형구, 피의자진술서에 기재된 자백의 증거능력, 고시계, 2001. 4.
- 백형구, 피의자진술조서·피의자신문조서의 증거능력, 고시계 2001. 6.
- 서정범역, 독일경찰법론, 세창출판사, 1998.
- 신동운, 독일의 수사구조 및 사법경찰제도, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도, 치안연구소 연구보고서 96-11.
- , 형사소송법, 법문사 1997,
- 이상돈, 혈액압수와 정보지배권, 저스티스, 2001. 8.
- 이원철, 경찰관 직업병에 관한 연구, 1998.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2001.
- 이재상, 형사소송법, 박영사, 2001.

- 이철수, 쟁의행위와 경찰, 법학논집 제2권 제1호, 이화여자대학교법학연구소, 1997. 5.
- 장영민·박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 형사정책연구원, 1995. 3.
- 천진호, “공권력 확보방안과 인권보호와의 조화”, 『민주적 법치질서 확립, 어떻게 할 것인가』, 대구·경북지방경찰청 합동공청회자료집, 2001. 3.
- 최광섭, 경찰법률서비스구축에 관한 연구, 1996.
- 최승원, 경찰사례연구, 이화여자대학교 법학연구소, 1999. 10.
- 최창호, 정보공개법상 비공개정보에 관한 일고찰, 저스티스 제34권 제4호, 121면이하.
- 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2001.
- v. Brünneck, Die Kostenerhebung der Polizei bei Demonstration, NVwZ 1984, 275f.
- Denninger, E. Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl.(1996), C.H.Beck.
- Deutolmoser, Angst von den Folgen eines weiten Versammlungsbegriffs, NVwZ 1999, 243f.
- Gusy, Christoph, Polizeirecht, 4. Aufl., Mohr Siebeck.
- Kniessel, H. Versammlungswesen, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl.(1996), C.H.Beck
- König, Josef, Eingriffsrecht, Maßnahmen der Polizei nach der Strafprozeßordnung und Polizeigesetz Baden-Württemberg, Kohlhammer
- Lisken/Denninger, D. Rechtsstaatliche Grundlagen, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl.(1996), C.H.Beck.
- Hilse, G. Verkehrsüberwachung, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl.(1996), C.H.Beck.
- Rachor, L. Ausgleichsund Ersatzansprüche des Bürgers, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl.(1996), C.H.Beck.
- Schenke, Polizeiund Ordnungsrecht, in: Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999. C.F. Müller
- Waechter, Die Schutzgüter des Polizeirechts, NVwZ 1997, 729.

연구보고서 2002-08

경찰권 행사관련 판례 연구

2002년 12월 발행

2002년 12월 인쇄

발행인 : 서 재 관

발행처 : 치 안 연 구 소

경기도 용인시 구성읍 언남리 88번지

인쇄처 : 대 한 문 화 사

(TEL : (02)2268-0458)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며

치안연구소 공식 견해가 아님을 밝혀둡니다.

