

연구보고서 2005-09

경찰관의 위법한 직무집행으로 인한 손해 배상 책임에 관한 연구

- 재판례의 분석을 중심으로 -

《研究陣》

연구위원 : 양 창 수 (서울대학교 교수)

목 차

I. 序	1
II. 銃器의 使用	5
1. 銃器使用에 대한 法規定	5
2. 裁判例	8
III. 보호조치의무 등의 위반	31
1. 보호조치 등에 관한 법규정	31
2. 裁判例	36
IV. 수사과정에서의 불법행위	53
1. 불법구금	53
2. 집견교통권 제한	58
3. 긴급구속시의 적법절차 위반	61
4. 왜곡·과장된 수사	65
5. 경찰서 감방 내의 폭력행위	68
V. 시위행위에 대응하는 경찰관의 행위	70
1. 시위가 저지된 것에 대하여 손해의 배상이 청구된 경우	70
2. 불법시위를 진압함에 있어서의 주의의무	76
3. 시위자들이 던진 화염병으로 제3자가 입은 손해의 배상 여부	81
VI. 結	87

I. 序

1. 경찰관이 위법한 직무집행행위를 하게 되는 것은 물론 고의에 기한 경우가 있을 것이나, 과실로 인한 경우도 적지 않다. 그리고 그 경우의 『과실』은 업무처리(예를 들면 범인의 체포 등)에 있어서 적법한 행태와 위법한 행태의 한계를 잘 알지 못하는 관계로 일어나는 일이 많다고 생각된다. 그러므로 구체적인 사례를 통하여 이 한계를 명백하게 할 필요가 있다.

경찰관의 위법한 직무집행으로 인한 손해배상책임에 관하여는 우선 국가배상법이 규정하고 있다. 동법 제2조 제1항 본문은 “국가 ... 는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가[한] ... 때에는 이 법에 의하여 그 손해를 배상하여야 한다”고 정하고 있는 것이다. 그러나 이 규정을 구체적인 경우에 적용함에 있어서는 다양한 법문제에 부딪히게 된다. 예를 들어 경찰관의 무기사용에 대하여 정하는 경찰관직무집행법 제10조의4 제1항은 그 본문에서 “경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 신체에 대한 방호, 직무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있다”고 정하고, 나아가 무기의 사용으로 사람에게 危害를 가하여도 되는 경우 3가지를 열거하고 있다. 이 규정에 좇아 무기를 사용하여 사람에게 위해를 가하였다면 그것은 위의 국가배상법 규정에서 정하는 『법령에 위반』한 것이 아니어서, 손해배상책임이 인정될 수 없을 것이다. 그러나 위의 규정은 『상당한 이유』라든가, 『합리적으로 판단하여 필요한 한도 내』 등과 같이 모호한 개념을 채택하고 있다. 그러므로 과연 구체적인 사안에서 어떠한 경우에 『상당한 이유』 등에 해당되는지는 궁극적으로는 개별적인 재판을 면밀하게 고찰·연구하지 않으면 안 된다.

이 연구는 바로 그와 같은 고찰을 수행하려고 한다. 즉 구체적인 경우에 경찰관의 직

무 관련 행위가 어떠한 사정 아래서 위법한 것으로 평가되는지를 재판례를 소재로 하여 살펴보려는 것이다.

2. 이하에서는 ① 경찰관의 위법한 직무집행행위를 이유로 하여 ② 국가를 상대로 ③ 손해의 배상을 청구한 민사사건에 대한 ④ 근자의 ⑤ 우리나라 법원의 재판례를 분석하려고 한다. 그 각각에 대하여 간략하게 설명하면 다음과 같다.

(1) 첫째, 이 글은 공무원 중에서도 경찰관의 행위가 문제된 경우만을 다룬다. 그리고 경찰관이 그 공적 직무를 집행하는 과정에서 행한 행위, 즉 직무집행행위가 손해를 일으킨 경우에 한정된다.

경찰관이 한 사인(私人)으로서 타인에게 손해를 가하였다고 하더라도, 이는 그 경찰관 개인이 처리할 문제이고, 경찰관이 직무집행행위를 행함에 있어서 하여야 할 주의의무 일반에 대하여 어떠한 시사를 주지는 않는다. 그러므로 여기서는 오로지 경찰관이 그 직무를 수행하는 과정에서 타인에게 손해를 가함으로써 그 직무집행행위의 적법성 여부가 문제되는 경우만을 시야에 둔다.

(2) 둘째, 이 글은 앞서 본 대로 경찰관의 위법한 직무집행행위를 이유로 그 피해자 또는 그 피해자라고 주장하는 사람이 국가배상법에 기하여 국가를 상대로 그 손해의 배상을 청구하는 경우만을 다룬다.

물론 경찰관의 위법한 직무집행행위로 손해를 입은 사람은 그 경찰관 개인을 상대로 손해의 배상을 청구하는 소송을 제기할 수도 있을 것이다. 그러나 그러한 경우는 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 우선 경찰관 개인을 상대로 손해배상청구소송을 제기하여 승소한다고 하여도, 그가 이를 배상할 수 있는 재력이 충분하지 아니한 경우도 적지 않을 것이다. 나아가 대법원 1996년 2월 15일 판결 95다38677사건(대법원판례집 44권 1집, 165)은 “공무원이 직무수행 중 불법행위로 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가 등이 국가배상책임을 부담하는 외에 공무원 개인도 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이지만, 공무원에게 경과실뿐인 경우에는 공무원 개인은 손해배상책임을 부담하지 아니한다”는 태도를 명확히 밝혔다. 그러므로 경찰관이 그 직무를 수행하

던 중에 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그에게 고의 또는 중과실이 없는 이상 당해 공무원 개인을 상대로 하여 손해배상을 청구할 수 없다는 법리가 확고하게 자리를 잡게 되었다. 그런데 경찰관이 직무집행행위를 함에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가하는 경우는 실제로는 별로 많지 않다.

이상의 이유로 실제의 사건에서 당사자들은 거의 예외없이 국가를 상대로 하여 소송을 제기하는 것이다. 그러므로 이 글에서 국가를 상대로 하여 제기된 것만을 다루기로 한다.

(3) 셋째, 이 글은 피해자가 국가를 상대로 손해의 배상을 구하는 민사소송을 제기한 경우만을 다룬다. 경찰관이 위법한 직무집행행위를 행한 경우에는 그는 구체적인 사정에 따라서는 형사처벌을 받거나 특히 징계 등의 행정적 제재를 당할 수 있을 것이다. 그러나 필자의 전공관계도 있고 해서 이하에서는 민사적으로 손해의 배상을 청구한 사건만을 다루기로 한다. 그것만으로도 직무집행의 적법/위법의 한계를 판단하기에는 충분한 자료가 얻어질 것이다.

(4) 넷째, 이 글은 특별한 필요가 있지 않은 한은 1990년 이후의 재판례를 다룬다. 그 전의 재판례는 우선 드물기도 하거니와, 특히 경찰관의 위법한 직무집행을 이유로 국가를 상대로 하여 제기되는 손해배상청구소송은 우리 사회의 민주화에 쫓아 1990년대에 이르러서야 본격적으로 제기되기 시작하였기 때문이다. 실제로 1990년대 이후 현재도 진행 중인 우리 사회의 변화는 법의 운용에도 미묘한 영향을 미치는 바가 있어서, 『현재 있는 법』을 파악하는 데는 그 전의 재판례는 별로 참고가 되지 않는다고 여겨지는 것이다.

(5) 다섯째, 이 글은 우리나라의 재판례만을 다룬다. 물론 다른 나라, 특히 우리와 사정이 유사한 일본 등의 재판례도 참고가 되지 않는 것은 아니겠지만, 『위법성』과 같이 각 나라의 가치관이나 정서에 영향을 적지 않게 받는 요건을 다루는 경우에는 오히려 다른 나라의 예는 적절하지 아닐 수도 있는 것이다.

3. 이상과 같이 이 글은 경찰관의 위법한 직무집행행위를 이유로 하여 국가를 상대로 손해의 배상을 청구한 민사사건에 대한 우리나라 법원의 재판례를 분석한다. 그런데

그 재판례를 사안유형으로 나누어 보면, 이는 대체로 다음의 넷으로 나눌 수 있다.

첫째, 무기의 사용

둘째, 긴급구조조치·범죄예방조치 등의 불행사

셋째, 불법감금 등 수사과정상의 위법행위

넷째, 시위와 관련된 직무행위

이하의 II.부터 V.까지 각기 1장씩을 배당하여 살펴본다. 그리고 끝에 부록으로 경찰관직무집행법의 현행 규정 및 종전 규정을 수록하였다. 이는 경찰관의 직무집행행위의 위법성 여부가 대체로 위 법규정의 해석과 밀접한 관련을 가지기 때문이다.

4. 한편 각 재판례의 사안 등을 요약하는 데 있어서는 편의를 위하여 사건의 당사자는 甲, 乙 … 등으로 표시하고, 그 외의 관련자는 A, B … 등으로 표기하기로 한다. 특히 피해자 또는 피해자라고 주장하는 사람은 甲이라고 하고, 공무원으로서 그의 직무집행행위의 위법성이 공격당하고 있는 사람은 乙 이하로 표시하기로 한다.

II. 銃器의 使用

1. 銃器使用에 대한 法規定

1) 현행의 경찰관직무집행법(1999년 5월 24일 법률 제5988호로 전문개정된 것)

제10조의4 (무기의 사용)

① 경찰관은 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 다음 각 호의 1에 해당하는 때를 제외하고는 사람에게 위해를 주어서는 아니된다.

1. 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 의심할 만한 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. 체포·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·흉기 등 위험한 물건을 소지하고 경찰관으로부터 3회 이상의 투기명령 또는 투항명령을 받고도 이에 불응하면서 계속 항거하여 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때

4. 대간첩작전 수행에 있어 무장간첩이 경찰관의 투항명령을 받고도 이에 불응하는 경우

- ② 제1항의 “무기”라 함은 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있도록 제작된 권총·소총·도검 등을 말한다.
- ③ 대간첩·대테러작전등 국가안전에 관련되는 작전을 수행할 때에는 개인화기 외에 공용화기를 사용할 수 있다.

2) 종전의 관련 규정

- (1) 1953년 12월 14일 법률 제299호로 제정된 경찰관직무집행법은 무기의 사용에 대하여 다음과 같이 규정하고 있었다.

第7條 (武器의 使用) 警察官은 犯人의 逮捕, 逃走의 防止, 自己 또는 他人의 生命·身體에 對한 防護, 公務執行에 對한 抗拒를 抑制하기 爲하여 必要하다고 認定되는 相當한 理由가 있을 때에는 그 事態를 合理的으로 判斷하여 必要한 限度 內에서 武器를 使用할 수 있다. 但 刑法에 規定한 正當防衛와 緊急避難에 該當하는 때 또는 다음 各號의 1에 該當하는 때를 除外하고는 사람에게 危害를 주어서는 아니된다.

1. 死刑, 無期 또는 長期 3年 以上の 懲役 또는 禁錮에 該當하는 罪를 犯하고 또는 犯하였다고 疑心할 만한 充分한 理由가 있는 者가 警察官의 職務執行에 對하여 抗拒하거나 逃走하려고 할 때 또는 第三者가 그를 逃走시키려고 警察官에게 抗拒할 때에 이를 防止 또는 逮捕하기 爲하여 武器를 使用하지 아니하고는 다른 手段이 없다고 認定되는 相當한 理由가 있을 때
2. 拘束令狀과 搜索令狀을 執行할 때에 本人이 警察官의 職務執行에 對하여 抗拒하거나 逃走하려고 할 때 또는 第三者가 그를 逃走시키려고 警察官에 抗拒할 때에 이를 防止 또는 逮捕하기 爲하여 武器를 使用하지 아니하고는 다른 手段이 없다고 認定되는 相當한 理由가 있을 때

(2) 그 후 경찰관직무집행법은 수 차례의 사소한 개정을 거쳐 1981년 4월 13일의 법률 제3427호로 전문개정되었는데, 그 중 무기의 사용에 대하여는 다음과 같이 규정하고 있었다.

第11條 (武器의 사용) 警察官은 犯人의 逮捕·逃走의 방지, 자기 또는 他人의 生命·身體에 대한 防護, 公務執行에 대한 抗拒의 抑制를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 事態를 合理的으로 判斷하여 필요한 限度내에서 武器를 사용할 수 있다. 다만, 刑法에 規定한 正當防衛와 緊急避難에 해당하는 때 또는 다음 各號의 1에 해당하는 때를 제외하고는 사람에게 危害를 주어서는 아니 된다.

1. 死刑·無期 또는 長期 3年이상의 懲役이나 禁錮에 해당하는 罪를 犯하거나 犯하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있는 者가 警察官의 職務執行에 대하여 抗拒하거나 逃走하려고 할 때 또는 第3者가 그를 逃走시키려고 警察官에게 抗拒할 때에 이를 방지 또는 逮捕하기 위하여 武器를 사용하지 아니하고는 다른 手段이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
2. 拘束令狀과 押收·搜索令狀을 執行할 때에 本人이 警察官의 職務執行에 대하여 抗拒하거나 逃走하려고 할 때 또는 第3者가 그를 逃走시키려고 警察官에게 抗拒할 때 이를 방지 또는 逮捕하기 위하여 武器를 사용하지 아니하고는 다른 手段이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
3. 犯人이 武器·兇器 등 危險한 物件을 소지하고 警察官으로부터 3회 이상의 投棄命令을 받고도 이에 不應하면서 계속 抗拒할 때
4. 對間諜作戰遂行이나 騷擾事態를 鎮壓함에 있어 武裝間諜이나 騷擾行爲者가 警察官의 投降命令이나 3회이상의 解散命令을 받고도 이에 不應하면서 武器·爆發物·火焰瓶이나 刀劍을 소지하고 계속 抗拒하거나 武器·車輛·船舶·航空機를 奪取하거나 公共機關·武器庫등 國家重要施設을 破壞 또는 放火할 때

이상에서 보듯이 경찰관이 직무집행의 일환으로 무기를 사용하는 것에 관한 규정은

1953년 12월 14일의 경찰관직무집행법 이래 기본적인 변화가 없이 같은 내용을 유지하여 왔다고 할 수 있다.

2. 裁判例

1) 총기 오발 등의 경우

총기의 사용과 관련하여서 종전에는 범인의 체포 등과 같은 직무집행과정에서 적극적으로 총기를 사용하여 범인이나 혐의자에게 부상을 입히거나 사망에 이르게 것이 문제되기보다는, 총기 오발이나 수류탄의 분실 등과 같은 취급부주의가 문제된 사안이 대부분이었다.

(1) 하나의 예를 들어 보자.

[1] 대법원 1969년 9월 23일 판결 69다888 손해배상사건(대법원판결집 17권 3호, 97면)

[事 案]

甲은 1968년 4월 6일 밤 10시 40분경 부산 진구 소재 국도 노상에서 동료인 A와 술에 만취되어 서로 폭행을 하고 차의 왕래를 방해하였다.

이를 발견한 순경 乙은 이를 제지하면서 임의동행을 구하였다. 그러나 甲은 이를 뿌리치고 도주하므로 乙은 소지 중인 카빈총에 실탄을 장전하고 도주하면 쏠겠다고 위협하면서 추격하여 甲을 붙잡고 동행을 요구하였다. 甲이 역시 이를 거부하므로, 乙은 총의 개머리판으로 가슴을 1회 구타하자 甲은 총을 뺏으려고 하였다. 그 순간 안전장치가 되어 있지 아니한 관계로 카빈총의 탄환이 발사되어 甲이 사망하게 되었다.

[法院의 判斷] 상고기각

- (i) “그렇다면 위와 같은 사실로 보아 본건의 경우가 [당시의] 경찰관직무집행법 제 7조 소정의 경우에 해당되지 아니함이 명백하고 위와 같은 사정으로 보아 원심이 乙은 총기를 취급하는 자로서 안전장치를 하지 아니한 관계로 발생한 본건 사고에 대하여 직무상 주의의무를 다하지 못한 과실이 있다고 아니할 수 없다는 취지로 판단하였음에 위법이 있다 할 수 없”다.
- (ii) “본건 사고의 발생에 있어서는 피해자인 甲에게도 과실이 있다고 아니할 수 없을 뿐만 아니라 甲이 국도로상에서 타인에게 폭행을 가하면서 차의 왕래를 방해하고 이를 제지하고 임의 동행을 요구하는 순경 김영수의 정당한 공무집행을 특별한 사정 없이 거부할 뿐 아니라 경찰관이 소지 중인 총기를 뺏으려고 하다가 본건 사고가 발생하였다는 점에 비추어 원심이 원심 인정의 금 3,056,205원 손해액 중 피고가 배상하여야 할 책임손해액을 금 120만원이 상당하다고 판단하였음에 위법이 있다고 단정할 수 없”다.
- (iii) 그 외에“피해자인 甲의 위와 같은 행위를 소론과 같이 정당방위에 해당된다고는 할 수 없”다는 판단도 하고 있다.

[評 價]

- (i) 이 사건에서는 경찰관이 범인을 체포하기 위하여 총기를 발사하였다기보다는 발사할 의도가 없었음에도 총을 빼앗으려는 술 취한 피해자와 이를 빼앗기지 않기 위하여 옥신각신하다가 그 총에 안전장치를 하고 있지 않았던 관계로 발사에 이르게 된 것이다. 그러한 경우에는 경찰관이 타인에게 해를 입힐 잠재력이 큰 총기를 취급함에 있어서의 과실을 인정하지 않을 수 없을 것이다.
- (ii) 이 사건에서는 오히려 피해자에게 그 사고 발생에 대한 『과실』을 인정하여 그가 배상받을 수 있는 손해액을 60% 정도를 감액하고, 나머지 약 40%에 대하여만 국가에 대하여 배상을 명하였다는 점이 주목된다. 과실상계의 비율을 정함에 있

어서는 —대법원 1991년 1월 25일 판결 90다6491사건(대법원판례집 39권 1집, 68면) 등에서 밝히는 대로— “구체적인 사안마다 신의칙과 공평의 관념에 따라 채권자측과 채무자측의 고의나 과실의 정도, 책임원인사실, 불법행위의 내용, 손해의 발생 및 확대 등에 어느 정도의 원인을 제공하였는지 등 여러 가지 사정을 참작하여 손해가 공평하게 분담되도록 합리적으로 결정하여야” 하는 것이다.

(2) 위의 [1] 판결과 유사한 사안에 대한 것으로는 서울고등법원 1972년 3월 3일 판결 71나2342사건(고등법원판결집 1972년 민사편 1집, 45면)이 있다. 이 판결은 “경찰서 경비통신계 사무실에서 총기관리임무를 맡고 있던 같은 서의 순경이 그 자리를 잠깐 비우면서 대신 그 임무를 잠시 보아 달라는 부탁을 받고 있던 중 때마침 피해자가 경비근무시 휴대하였던 권총을 그곳 위 순경책상위에 실탄이 장전된 채로 놓아둔 것을 위 순경을 대신하여 반납하려고 동 권총을 만지다가 방아쇠를 잡아당겨 실탄 1발이 발사되므로써 그 앞에 서있던 위 피해자에게 명중시켜 상해를 입혔다면, 위 사고는 위 가해자의 직무집행중의 과실로 인하여 발행한 것”이라고 판시하였다.

(3) 한편 시대의 상황을 반영한다고 생각될 수 있는 것으로는 다음의 판결이 있다.

[2] 대법원 1968년 4월 23일 판결 67다2964(대법원판결집 16권 1집, 민사편 270)

[事 案]

6·25 동란 때 북괴 의용군으로 월북한 甲의 친형 A는 조선노동당 중앙당 연락국 소속 대남간첩으로 동료 무장간첩 B, C와 같이 남파되어 1966년 5월 18일 02:00경 경남 진양군 소재 甲의 집에 나타났다. 그 중 B는 그 집 헛간에서 망을 보고, A와 C는 그 집 큰방에서 甲, 그의 모친 D, 동생인 E 등과 한자리에 모여 앉아 이야기를 하고 있었다. 이 때 정보에 접하여 급거 출동한 경남경찰국 진주경찰서 정보계장 경감 乙의 지휘

하에 경위 丙 등 18명의 무장경찰 수색반원은 甲의 집을 포위압축하여 들어갔다. 그 중 경위 丙은 간첩인지 여부를 확인하기 위하여 캄캄한 밤중에 기어서 그 집 큰방 앞 마루 위에 올라서서 문구멍으로 방안의 동정을 살피다가 마루에 놓인 물그릇이 발길에 차였다. 이 소리가 나자 丙은 간첩들이 기미를 알아 차린 것으로 생각하고, 동정을 살필 겨를이 없이 기선을 제압하여 간첩을 체포하려고, 방문을 여는 동시에 손을 들라고 소리치며 뛰어들었다. 이에 A는 丙이 뛰어든 방문을 향하여 총을 쏘면서 뒷문으로 도망치고 C는 丙에게 달려들어 서로 격투가 벌어졌다. 그러자 밖에 있던 경찰관은 위 총소리에 무장간첩으로 단정하고, 위험이 절박함을 느낀 나머지 일제히 방안으로 향하여 총기를 발사하였다. 그 총탄에 甲이 맞아 총상으로 하반신 불구자가 되었다.

[法院의 判斷] 상고기각

“위와 같은 상황 아래 경찰관이 간첩 용의자를 체포하려다가 총기를 발사하고, 총기로 향거하는 간첩으로부터 위험의 절박함을 느낀 나머지 발사한 경찰관의 소위(所爲)에는 직무수행상의 주의 의무를 태만히 한 과실이 있다고 보기는 어렵다 할 것”이다.

2) 범인 또는 도주자, 난동자 등에 대한 체포·진압과정에서의 무기사용

(1) 이러한 사안유형에 대하여 대법원이 처음으로 판단한 것은 다음의 판결에서이다.

[3] 대법원 1991년 5월 28일 판결 91다10084 손해배상사건(법원공보 1991, 1767)

[事 案]

甲은 타인의 집 대문 앞에 은신하고 있다가 경찰관 乙의 명령에 따라 순순히 손을 들고 나오다가 乙에게 어떠한 공격을 가함이 없이 그대로 그대로 도주하였다. 그를 경

찰관이 추격하면서 치명상을 입힐 수 있는 등 부위에 권총을 발사하여 사망케 하였다.

甲의 유족 4인이 국가를 상대로 손해배상청구를 하였고, 그에는 위자료도 포함된 것으로 보인다(국가는 대법원에 이르러 위자료로 270만원을 지급하였다고 주장하였으나, 대법원은 이는 상고심에서 새로이 주장하는 것으로 심리의 대상이 되지 않는다고 판단하였다)

[法院의 判斷] 상고를 기각하여 국가의 배상책임을 인정하였다.

“위와 같은 총기사용은 현재의 부당한 침해를 방지하거나 현재의 위난을 피하기 위한 상당성 있는 행위라고 볼 수 없는 것으로서 범인의 체포를 위하여 필요한 한도를 넘어 무기를 사용한 것”이다.

[評 價]

(i) 이 사건에서는 경찰관직무집행법상의 총기사용요건이 갖추어지지 않았음은 명백하다.

수상한 사람이 도주하는 것에 대하여 이를 체포하기 위하여 권총을 발사하여 위해를 가하려면, 앞의 A.에서 본 법규정에 의하면, 첫째, 그 사람이 “사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있”어야 하고, 둘째, “이를 ... 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있”어야 한다(현행의 경찰관직무집행법 제10조의4 제1항 단서 제1호, 당시의 경찰관직무집행법 제11조 제1항 단서 제1호).

그런데 우선 타인의 집 대문 앞에 웅크려 숨어 있었다고 해서 그 사람이 위 첫째에서 본 죄를 범하였다고 의심할 수는 없는 것이다. 나아가 이 사건에서는 경찰관에게 어떠한 공격을 가함이 없이 단지 도주하였다는 것뿐이므로, 「체포를 위하여 반드시 무기를 사용하여야 했다」고는 보기 어렵다.

(ii) 그 외에 손해배상청구액이나 과실상계 등에 관하여는 알 수 있는 자료가 없다.

(2) 앞의 [3] 판결과 함께 그 후의 재판에 중요한 영향을 미친 것이 다음의 대법원판결이다.

[4] 대법원 1991년 9월 10일 판결 91다19913 손해배상사건(법원공보 1991, 2524)

[事 案]

甲이 1989년 12월 5일 밤 20:30경 술에 취한 상태에서 대전 중구 소재 신경외과의원에 교통사고로 입원 중인 형을 문병하러 갔다. 그는 거기서 입원실에 있던 과도를 들고 “우리 형 살려내라”고 고함을 치며 1층 복도에 있던 접수실 대형유리창문을 칼로 쳐 깨뜨리고 잠가놓은 원무과 문을 발로 차고 들어가 그곳에 있던 4명의 직원을 향해 자신의 복부에 칼을 대고 할복자살하겠다고 하면서, “우리 형 살려내라”, “원장 나와라” 등의 고함을 치며 난동을 부렸다. 대전경찰서 명정로 파출소 소속 순경 乙은 칼빈소총 1정과 실탄 15발까스총 1정, 경찰봉, 수갑 등을 휴대하고 丙 의경(그는 당시 까스총 1정과 경찰봉 등을 휴대하고 있었다)과 같이 위 병원으로 출동하여 위 난동행위의 제압과 난동자의 체포업무에 임하게 되었다. 당시 甲은 원무과로 들어가 칼을 들고 위와 같이 직원들을 위협하고 있었고 그가 깨뜨린 유리조각들이 복도바닥에 흩어져 있었으며 그가 유리를 깨뜨리면서 손에서 피를 흘린 관계로 복도바닥에 핏자국이 묻어 있었다. 乙은 이러한 상황을 보고 甲의 난동으로 인명피해가 있었던 것으로 판단하고 휴대하고 있던 칼빈소총에 실탄을 장전한 다음 丙과 같이 원무과 출입문 앞으로 가서 甲을 향해 칼을 버리고 나올 것을 명령하였다. 그러나 甲은 乙 및 丙을 보자 “이 새끼들아 쏠테면 썩라” 하며 오른손에 칼을 들고 동인들 앞으로 다가섰다. 이에 위협을 느낀 丙은 총구를 甲 앞으로 들이대면서 다가오지 말 것을 명령하였으나, 甲은 계속 칼을 들고 乙 등에게 다가갔다. 乙은 丙과 함께 주춤주춤 복도를 따라 뒤로 밀리다가 약 11미터 정도 뒤로 밀려 복도 끝 부분에 이르게 되자, 더 이상 물러설 공간이 없음을 알고 위 총의 총구부분으로 甲의 가슴을 밀어냈으나 그는 그래도 계속 다가왔다. 이에 乙은 甲 앞으로 들이댄 위 칼빈소총의 방아쇠를 당겨 1회 발사하였다. 이 총알이 甲의 왼쪽 가슴 아래 부위를 관통하여 甲은 총기관통에 의한 횡경막파열, 간파열, 위장파열 등의 상해를

입었고 이로 인하여 사망하였다.

[法院의 判斷] 상고기각

“경찰관이 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, 무기를 사용하는 경우에는 형법 소정의 정당방위와 긴급피난에 해당할 때 또는 체포, 도주의 방지나 항거의 억제를 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때(대간첩작전수행의 경우 제외)에 한하여 필요한 한도 내에서만 사람에게 위해를 가할 수 있음이 경찰관직무집행법 제11조의 규정에 비추어 명백하다.”

“위와 같이 원심이 확정한 사실관계에 비추어 보면, 甲이 칼을 들고 乙 등에게 항거하였다고 하여도 乙 등이 약 11미터나 뒤로 밀리는 동안 공포를 발사하거나 丙이 소지한 가스총과 경찰봉을 사용하여 甲의 항거를 억제할 시간적 여유와 보충적 수단이 있었다고 보여지고, 또 복도 끝에 밀려 부득이 총을 발사하여 위해를 가할 수 밖에 없었다고 하더라도 가슴부위가 아닌 하체부위를 향하여 발사함으로써 그 위해를 최소한도로 줄일 여지가 있었다고 보여지므로, 위와 같은 乙의 총기사용행위는 경찰관직무집행법 제11조 소정의 총기사용 한계를 벗어난 것이라고 하지 않을 수 없다.”

“정당방위에 있어서는 반드시 방위행위에 보충의 원칙은 적용되지는 않으나 방위에 필요한 한도 내의 행위로서 사회윤리에 위배되지 않는 상당성 있는 행위임을 요하는 것인 바, 위 설시와 같은 총기사용의 경위에 비추어 乙의 행위는 상당성 있는 행위라고 볼 수 없어 정당방위에도 해당하지 않는다.”

[評 價]

- (i) 앞의 A.에서 본 경찰관직무집행법의 규정에 비추어, 총기의 사용에 의한 위해가 허용되기 위하여는 대간첩작전 수행의 경우를 제외하고는 그 이외에 다른 수단

이 없다는 것이 인정되어야 함은 명백하다. 이는 한 마디로 총기 사용의 『보충성요건』이라고 부를 수 있는 것이다. 이 점은 위의 대법원판결에서 “공포를 받사하거나 丙이 소지한 가스총과 경찰봉을 사용하여 갑의 항거를 억제할 시간적 여유와 보충적 수단이 있었다”는 판단에서 명확하게 드러나고 있다.

- (ii) 그런데 위의 대법원판결은 거기서 한 걸음 더 나아가서, 총기를 사용하여 위해를 가하는 경우에도 그 위해가 최소한도가 되도록 하여야 함을 요구하고 있다. 이는 앞서 본 경찰관직무집행법의 규정으로부터는 직접 도출되지 아니하는 바이고, 이 점을 요구하는 것어야말로 위의 대법원판결의 특별한 의미가 있다고 하겠다. 이 요건은 한 마디로 총기 사용으로 인한 위해의 『최소한도요건』이라고 부를 수 있겠다.

그런데 이상의 최소한도요건은 그 후의 대법원판결에서 총기사용으로 인한 위해의 사안에 대하여 별로 요구된 바 없는 것으로서, 이 사건에서 일회적으로 국가배상책임을 긍정하기 위하여 동원되고 있다.

- (3) 다음의 대법원판결들은 경찰관직무집행법상의 총기사용에 관한 규정을 개별적인 사실관계에 보다 정밀하게 적용하고 있다.

[5] 대법원 1993년 7월 27일 판결 93다9163 손해배상사건(법원공보 1993, 2404)

[事 案]

甲이 1990년 9월 13일 밤 00:10경 술을 마신 채 면허 없이 강원7다9638호 승합차량을 운전하고 강릉시 교1동 소재 교동파출소 앞 도로상에 이르러 위 차량을 그 곳 우측 도로변에 주차시키려다가 위 차량 앞범퍼로 그 앞에 주차되어 있던 A 소유의 강원7다9757호 승합차량의 좌측 뒷범퍼를 충격하여 수리비 금 72,800원을 요하는 손괴를 가하였다. 그 때 위 파출소에 파견근무 중이던 춘천경찰서 남춘천파출소 소속 교통의경 乙이 그 충격음을 듣고 뛰어 나와 원고 甲을 검문하려는 순간 甲이 도망하였다. 乙은 그

도망가는 모습으로 보아 틀림없이 차량절도일 것으로 믿고 약 200미터 가량 추격하면서 멈추지 않으면 총을 발사할 것을 경고하였으나 불응하므로 공포 1발을 발사하였지만 甲이 그 부근 개나리숲에 숨는 바람에 일시 甲을 놓쳤다. 乙은 지나가는 행인에게 물어 추적 중에 甲이 그 곳 강릉상고 정문 담의 개나리나무 뒤에 숨은 것을 보고 발로 다리를 차서 나오게 하면서 수갑을 채우려 하였는데 甲이 우측 팔꿈치로 乙의 가슴부위를 1회 치고 여전히 도망을 갔다. 그러나 乙은 당시 권총, 경찰봉, 가스총, 무전기, 수갑 등을 소지하고 있어서 제대로 쫓 수가 없으므로 도망가는 甲을 놓칠 것을 우려한 나머지 甲의 다리를 향하여 1회 권총을 발사하였다. 그 총탄이 甲의 다리에 맞아 甲은 우경골 개방성 분쇄골절, 우하퇴부 연부조직파열 등의 상해를 입었다.

甲 및 그의 가족들이 나라를 상대로 손해배상청구를 하였다.

[法院의 判斷] 상고기각

“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 사람에게 위해를 가할 수 있음이 경찰관직무집행법 제11조의 규정에 비추어 명백”하다.

그런데 “원심이 인정한 바와 같은 사정이라면, 乙은 甲이 체포를 면탈하기 위하여 항거하며 도주할 당시 그 항거의 내용·정도 등에 비추어 소지하던 가스총과 경찰봉을 사용하거나 다시 한 번 공포를 발사하여 甲을 제압할 여지가 있었다고 보여지므로, 乙이 그러한 방법을 택하지 않고 도망가는 甲의 다리를 향하여 권총을 발사한 행위는 경찰관직무집행법 제11조 소정의 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법행위”이다.

그러므로 국가는 甲의 부상으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

[評 價]

(i) 이 판결은 경찰관의 경찰관직무집행법의 규정에 의한 「보충성요건」을 충족하지 못하였음을 이유로 하여 그 危害를 위법한 것으로 인정한 것이다. 대법원이 그 요건을 충족하지 못하였다고 보고 총기 사용의 위법성을 긍정한 것은 아마도 甲이 별다른 흉기를 소지하지 아니하고 오로지 도주에 급급하였다는 점, 경찰관에게 가한 폭행도 맨손으로 가격한 것에 그쳤다는 점 등을 고려한 것으로 추측된다. 그런데 다른 판결들에서의 사안과는 달리, 이 사건에서는 ① 甲이 명백히 범죄행위를 범한 후 현장에서 도주하였다는 점, ② 총기의 사용 전에 공포를 1 발 발사하였다는 점, ③ 수갑을 채우려고 하는 경찰관에게 폭행을 가한 점, ④ 도주하는 갑의 다리를 겨냥하여 권총을 발사하였고, ⑤ 피격된 곳도 생명에는 지장이 없는 다리인 점 등을 중시한다면, 그러한 상황에서조차 총기를 사용하지 말고 다시 한 번 공포를 발사하거나 가스총 등을 사용하도록 요구하는 것은 지나치며 그 총기 사용의 적법성을 인정하지 못할 바도 없지 않았을까 하는 생각도 하게 한다. 특히 한 번 공포를 발사하였음에도 멈추지 아니하고 계속 도주하는 범인에게 다시 공포를 발사하도록 요구하더라도 그것이 어느 만큼 효율적인 대처인지 의문이고, 나아가 각종의 휴대장비로 인하여 더 이상 쫓 수 없게 된 상태에서 앞서 가는 범인을 향하여 가스총을 사용할 수는 없었다는 것을 고려하면 더욱 그러하다.

(ii) 이 판결은 앞의 [3], [4] 판결을 참조판례로 인용하고 있다.

(iii) 과실상계의 범위 등을 알 수 있는 자료는 없다.

[6] 대법원 1994년 11월 8일 판결 94다25896 손해배상사건(법원공보 1994, 3243)

[事 案]

甲이 1992년 10월 6일 밤 21:00경 인천에서 A 소유의 트레일러와 트랙터를 절취하여

트랙터로 트레일러를 견인, 운전하여 부산 방향으로 가다가 평택시 유천동 소재 유천검문소에 이르렀다. 甲은 당시 검문 중이던 경기지방경찰청 평택경찰서 소속 순경인 乙로부터 정지신호를 받고 검문을 피하기 위하여 속도를 늦추면서 정지하는 척하다가 갑자기 속력을 내어 도주하였다. 이에 乙이 동료 순경 丙과 함께 승용차로 5분 가량 추격하자 甲은 위 트랙터를 도로에 세워 두고 도로 밑 언덕에 숨어 있다가 乙 및 丙에 의하여 발각되어 일단 체포되었다. 그러나 丙이 수갑을 가지러 승용차로 되돌아가는 순간 甲은 자신을 붙잡고 있던 乙의 앞가슴을 손으로 밀어 땅에 쓰러뜨린 다음 도주하였다. 이에 乙은 甲을 100여 미터 정도 추격하면서 정지하라고 소리치며 휴대 중이던 권총을 사용하여 공포탄 2발을 발사한 후 다시 실탄 1발을 공중을 향하여 발사하였다. 그래도 甲이 계속 도주하므로 다시 그의 몸쪽을 향하여 실탄 1발을 발사하였는데, 위 탄환이 도로의 땅바닥에 맞아 튀기면서 甲의 후두부에 맞아 甲은 이로 인한 다발성 두개골골절, 뇌출혈 등으로 같은 달 10일 11:45경에 사망하였다.

[法院의 判斷] 상고기각

“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 사람에게 위해를 가할 수 있음이 경찰관직무집행법 제11조의 규정에 비추어 명백하다(당원 1991.9.10. 선고 91다19913 판결; 1993.7.27. 선고 93다9163 판결 등 참조).

사실관계에 비추어 보면, 乙은 甲이 체포를 면탈하기 위하여 항거하며 도주할 당시 그 항거의 내용·정도에 비추어 아무런 무기나 흉기를 휴대하고 있지 아니한 甲을 계속적으로 추격하든지 다시 한번 공포를 발사하는 등으로 위 망인을 충분히 제압할 여지가 있었다고 보여지므로, 위 김광제가 그러한 방법을 택하지 않고 도망가는 위 망인의 몸쪽을 향하여 만연히 실탄을 발사한 행위는 경찰관직무집행법 제11조 소정의 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법행위라고 아니할 수 없다.“

“한편 기록을 대조하여 원심판결 이유를 살펴보면, 원심이 배상액을 정함에 있어 甲의 과실을 참작하되 그 비율을 전체의 70%로 본 조치는 정당하 ... 다.”

[評 價]

(i) 이 대법원판결에 대하여도 앞의 [5] 판결에 대한 『평가』와 유사한 지적을 할 수 있으리라고 생각된다. 여기서도 ① 甲이 명백하게 범죄행위를 저지른 다음 검문에 응하지 아니하고 도주하였다는 점, ② 총기의 사용 전에 공포를 2발 발사하였다는 점, ③ 수갑을 채우려고 하는 경찰관에게 폭행을 가한 점, ④ 공중에 실탄까지 1발 발사하였으나 甲이 도주를 멈추지 아니한 점 등을 중시할 수도 있을 것이다. 그런데 이 사건의 사실관계에서는 아마도 차량절도범이 총탄에 맞아 사망한 것, 즉 그 범행의 내용과 사망이라는 결과 사이의 불균형성이 총기 사용의 위법성을 긍정하게 하는 데 크게 작용하지 않았나 추측된다. 또한 이 사건 사고가 범행의 현장으로부터 상당히 떨어진 곳에서 일어났다는 점도 일조하였을지도 모른다.

(ii) 한편 이 사건에서 甲측의 손해배상청구에 대하여 법원이 피해자 甲의 과실을 들어 무려 70%의 감액을 가한 것도 주목되어야 할 것이다. 과실상계로 인한 감액이 70%에 달하는 예는 극히 예외적인 것으로서, 여기서도 앞의 (i)의 말미에서 본 사망이라는 결과에 대한 동정심리 또는 격한 결과를 위무하는 중화적 결과에의 지향이 작용하였다는 추측을 강하게 한다.

(4) 그런데 그 후에는 다시 총기 사용의 위법성 판단에 관하여 별도의 판단 기준을 채택하여, 사실상 총기 사용으로 위해가 가하여진 경우에 대하여는 극히 엄격하게 판단하고 있다.

[7] 대법원 1999년 3월 23일 판결 98다63445 손해배상사건(판례공보 1999상, 944)

[事 案]

마포경찰서 망원 1파출소 소속 경장 乙이 1997년 3월 18일 저녁 19:50경 丙으로부터 서울 마포구 망원 1동 57의 102 앞길에 승용차가 불법주차되어 있다는 신고를 받고, 같은 날 20:00경 위 장소에 도착하였다. 乙은 무선으로 그 승용차의 차적을 조회한 끝에 차량번호판과 차종이 다르고 부착되어 있는 번호판은 원래 다른 승용차에 부착되었던 것으로 현재 도난신고가 되어 있다는 연락을 받았다. 위 승용차는 甲이 절취하여 절취한 다른 차량번호판을 부착하여 운행하다가 그 곳에 주차하여 둔 것이었다. 乙이 파출소로 돌아 간 직후 甲이 그 곳에 와 이를 운전하여 가려고 하자, 丙이 다시 파출소에 연락하여 같은 날 20:25경 乙이 순경 丁과 함께 위 장소로 출동하였다. 乙은 도망가는 甲을 노퍽 약 2.5m의 골목에서 마주치게 되었고, 甲이 길이 약 40cm 가량의 칼을 휘두르며 접근하자 약 10m 정도 뒷걸음치다 뒤로 넘어졌다. 甲이 넘어진 乙에게 칼을 휘두르고 乙이 이를 피하려는 긴박한 상황이 전개되자, 乙을 뒤쫓아 왔던 丙이 쓰레기통과 벽돌을 甲에게 집어던졌고, 이에 甲은 다시 도망을 가기 시작하였다. 乙은 휴대하고 있던 권총을 뽑아 들어 甲을 향해 겨누면서 “칼을 버려라. 그렇지 않으면 쏠 것이다.”고 경고하였으나, 甲은 이에 응하지 않았다. 甲은 칼을 휘두르면서 乙에게 접근하였다가 다시 돌아서 도망가는 행위를 반복하였다. 乙은 甲을 제압하기 위하여 약 2m 떨어진 甲의 하복부를 향해 공포탄을 발사하려고 하였으나 권총의 실린더가 열려 있어 격발이 되지 않자 실린더를 닫은 다음, 도주하기 위하여 등을 돌린 甲의 몸쪽을 향하여 권총을 다시 발사하였다. 그런데 실린더를 닫을 때의 회전으로 실탄이 장전되어 공포탄 아닌 실탄이 격발되면서 甲의 복부를 관통하여 甲은 같은 날 21:05경 사망하였다.

[法院의 判斷] 상고기각

“[①] 경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 무기를 사용할 수 있으나, 이 경우에도 무기는 목적달성에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 사용하여야 하는바(경찰관직무집행법 제11조), [②] 경찰관의 무기사용이 이러한 요건을 충족하는지 여부는 범죄의 종류, 죄질, 피해법익의 경중, 위해

의 급박성, 저항의 강약, 범인과 경찰관의 수, 무기의 종류, 무기 사용의 태양, 주변의 상황 등을 고려하여 사회통념상 상당하다고 평가되는지 여부에 따라 판단하여야 하고, [③] 특히 사람에게 위해를 가할 위험성이 큰 총기의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 한다.”

“... 사실관계가 이와 같다면, 乙이 근접한 거리에서 뒤돌아서 도망가는 甲의 몸쪽으로 실탄을 발사한 것은 사회통념상 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법행위라고 판단되므로, 같은 취지의 원심 판단은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 정당행위에 관한 법리오해의 위법이 없다.”

한편 “피고의 손해배상 범위를 정하면서 甲의 과실비율을 60%로 본 원심의 조치도 불합리하다고 보이지 않으므로, 거기에 상고이유의 주장과 같은 과실상계에 관한 법리오해의 위법도 없다.”

[評 價]

- (i) 이 대법원판결에서 총기 사용의 『보충성요건』을 판단함에 있어서 구체적으로 고려되어야 할 사정을 열거하고 있는 것은 유사한 사안유형을 다룬 종전의 대법원판결에서 보이지 않던 바이다. 그런데 실제적으로 중요한 의미를 가지는 것은 오히려 앞의 ③에서 본 “총기의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 한다”는 설시이다. 이는 총기 사용으로 인하여 실제로 위해의 결과가 발생하였을 때에는 웬만해서는 적법하다는 판단을 하지 않겠다는 의미로 읽히지 않는 것도 아니다.
- (ii) 그리고 구체적으로 이 사건에서는 ① 차량을 절취하였다는 혐의가 객관적으로 명백하고, ② 그 범인임을 객관적으로 용이하게 의심할 수 있는 사람을 절취차량이 있는 현장에서 체포하려 하였으며, ③ 甲이 칼을 휘두르며 체포에 저항하여 이를 제압할 필요성이 극히 컸고, ④ 도주하다가 쫓아가면 다시 칼을 휘두르는 상황이 반복되었음에도 법원은 총기 사용이 위법하다고 판단하였다. 대법원은 “乙이 근접한 거리에서 뒤돌아서 도망가는 甲의 몸쪽으로 실탄을 발사한 것

은 사회통념상 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법행위”라고 판단하였지만, 그 근접성이나 몸쪽으로 실탄을 발사하였다는 사정 등은 이 사건의 개별적인 정황에서는 부득이하였다고 보지 못할 바 없다고도 할 수 있었을 것이다.

추측컨대는 아마도 이 사건에서, 첫째, 乙이 반드시 실탄을 발사할 것을 의도하였다고보다는 공포탄을 발사할 의도이었는데 실수로 실탄이 발사된 점, 둘째, 甲이 사망하였다는 점 등을 고려한 것이 아닌가 하는 생각도 든다. 첫째의 점은 앞의 1.에서도 본 대로 총기취급상의 과실과 같은 차원에서 논의될 수 있는 것이다. 그리고 둘째의 점은 뒤의 (iii)에서 보는 대로 60%의 과실상계감액을 한 것과 어울어져서, 법원이 극히 중시하는 『결과의 온화성』 또는 『中和的 해결』에 의 지향을 보여주는 것이라고도 할 수 있다.

(iii) 앞의 [6] 판결에서와 마찬가지로, 이 사건에서 甲측의 손해배상청구에 대하여 법원이 피해자 甲의 과실을 들어 60%라는 많은 비율의 감액을 가한 것도 주목되어야 할 것이다. 이러한 감액은 극히 예외적인 것으로서, 여기서도 앞의 (ii)의 말미에서 본 사망이라는 중한 결과에 대한 형평적 해결의 추구가 작용하였다는 추측을 강하게 한다.

(iv) 이 판결은 참조판례로 앞서 본 [3] 내지 [6]까지의 4개의 대법원판결을 내세우고 있다.

[8] 대법원 1999년 6월 22일 판결 98다61470 손해배상사건(판례공보 99하1467)

[事 案]

甲이 1996년 11월 21일 아침 07:05경 B, C와 함께 A가 운전하는 인천 30다4096호 소나타 승용차를 타고 인천 남부경찰서 정문 앞길을 진행하던 중 교통신호를 위반하였다. 그곳에 근무 중인 교통경찰관 乙이 신호위반범칙금납부고지서를 발부하기 위하여 정지명령을 하였으나, A는 정지명령을 무시한 채 위 차를 운전하여 도주하기 시작하였다. 乙이 이창복이 운전하는 순찰차가 비상등을 켜고 위 차를 추격하였으나 위 차는 수차례 신호를 위반하고 중앙선을 침범하면서 도주를 계속하였다. 이 때 그 부근에서 순찰

근무 중이던 인천 남부경찰서 남동공단파출소 소속 경찰관인 丙, 丁이 乙로부터 지원요청을 받고 그들도 또한 위 차를 함께 추격하였다. 위 승용차는 약 3.5km 정도를 도주하다가 도림삼거리 부근에서 차량 정체로 정차하고 있던 인천 30거1055호 승용차를 들이받아 더 이상 진행할 수 없게 되자, 甲과 A가 차에서 뛰어내려 도로 옆에 있는 약 2m 높이의 야산진입로를 뛰어올라 인천 남동구 도림동 산 62 야산 배밭으로 도주하기 시작하였는데, 丙과 丁이 계속하여 이들을 추격하였다. 甲과 A가 약 30m 가량을 함께 도주하다가 각기 다른 방향으로 갈라지자, 丙은 A를 맡고, 정은 甲을 맡아 약 150m를 추격하였고, 정이 정복에 각종 장비(기록에 의하면 무전기와 권총)를 지니고 있었기 때문에 甲과의 거리가 점점 멀어져 추격이 힘들게 되자 “거기 서. 서지 않으면 총을 쏘겠다.”고 수 차례 경고하고 하늘을 향하여 공포탄 2발을 발사하였다. 그럼에도 불구하고 甲이 약 25m 거리를 두고 계속 도주하자 정은 07:45경 “서지 않으면 실탄을 쏘겠다.”고 경고한 후 甲의 좌측 대퇴부를 향하여 38구경 리볼버 권총을 발사하여 甲이 좌측 대퇴부에 관통상을 입고 쓰러졌다. 이 무렵 A는 丙에게 체포되었다. 乙, 丙, 정 등이 甲과 A를 경찰차에 태우고, 인천 소재 丙원으로 후송하였으나 甲은 다음날 08:40경 좌측 대퇴부 관통상, 대퇴동맥 파열로 인한 저혈량성 쇼크, 무산소성 뇌손상, 범발성 혈관 내 혈액응고장애로 사망하였다.

[法院의 判斷] 상고기각

“경찰관직무집행법 제11조의 규정에 비추어 보면 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, 형법이 정하는 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 사람에게 위해를 가할 수 있음이 명백하다(대법원 1994. 11. 8. 선고 94다25896 판결, 1993. 7. 27. 선고 93다9163 판결, 1991. 9. 10. 선고 91다19913 판결 등 참조).”

“원심판결은 … 그 인정 사실에 비추어 보면, [①] 甲이 아무런 흉기를 휴대하지 아

니한 상태에서 경찰관을 공격하거나 위협하는 등 거칠게 항거하지 아니하고 단지 계속하여 도주한 위와 같은 상황은 형법에 규정된 정당방위나 긴급피난의 요건에 해당한다고 보기 어렵고, [②] 甲이 경찰관의 정지명령에 응하지 아니하고 계속 도주하였다는 사실만으로 경찰관직무집행법 제11조에서 규정하는 범죄를 범하였거나 범하였다고 의심할 충분한 이유가 있다고 보기도 어려우며, [③] 丙이 총기를 사용하지 아니하고도 A를 계속 추격하여 체포한 점에 비추어 보면 丁으로서도 추격에 불필요한 장비를 일단 놓아둔 채 계속 추격을 하거나 공포탄을 다시 발사하는 방법으로 충분히 甲을 제압할 여지가 있었다고 보이므로, 丁이 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 정당하고, 여기에 논하는 바와 같은 경찰관직무집행법 제11조에서 정한 경찰관 무기사용의 한계에 대한 법리오해, 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”

[評 價]

- (i) 앞에서 살핀 대법원판결들로 미루어 보면, 이 사건의 사실관계에서 총기 사용의 위법성이 긍정되리라는 것은 쉽사리 추측할 수 있으리라고 생각된다. 즉 ① 경찰관이 쏜 총탄에 피격되어 사망의 결과가 일어났고, ② 甲은 일방적으로 도주하기만 하였던 것이다. 게다가 ③ 경고나 공포탄의 발사 등으로는 「보충성요건」이 충족되지 아니함은 위에서 여러 차례의 대법원판결들을 통하여 확인한 바이다.
- (ii) 이 사건에서 과실상계를 이유로 하는 감액의 비율이 어느 정도인지 궁금하나, 유감스럽게도 판결문상에는 그것이 드러나 있지 아니하고, 달리 이를 알 수 있는 자료는 얻지 못하였다.

[9] 대법원 2003년 3월 14일 판결 2002다57218 손해배상사건(판례공보 2003상, 980)

【 事 案 】

甲은 1997년 10월 29일 밤 01:40경 세들어 살고 있는 부산 남구 소재 2층 가옥 중 1층 부엌이 딸린 방 안에서 동거녀인 A와 금전문제로 다투던 중 흥분한 나머지 옷을 다 벗고 알몸인 채로 방과 다락, 부엌 등을 오가면서 옷장 내에 걸려 있던 옷걸이용 쇠파이프를 집어 들고 가재도구와 유리창 및 전등을 파손하고 고함을 치면서 난동을 부렸다. 신고를 받고 출동한 부산남부경찰서 대연3파출소 소속 경찰관인 乙 등 및 추가로 지원한 丙 등 5인은 甲에게 난동을 중지하고 집 밖으로 나올 것을 여러 차례 요구하였다. 그러나 甲은 乙을 향하여 쇠파이프를 휘두르고 유리조각을 집어 던지면서 저항할 뿐 아니라, 가스렌지에 연결된 고무호스를 칼로 끊어 가스렌지를 집어 던진 후, 한 손에는 가스호스를, 다른 손에는 라이터를 들고 “다 죽어버린다”고 고함을 치면서 더욱 격렬하게 난동을 부렸다. 그 때 A가 밖으로 나와 “甲이 자기 남편인데 팔에 주사 자국이 있고 마약을 한 것 같다.”고 말하므로 乙 등은 더욱 긴장하여 갑이 환각상태에서 가스폭발을 시킬지도 모른다고 생각하고 구경 나온 주민들을 대피시키는 한편, 甲에게 경찰의 지시를 따르지 않으면 가스총을 발사하겠다고 경고하였다. 그런데도 甲은 이에 불응하였다. 이에 乙은 소지하고 있던 가스총을 사용하여 甲을 제압하기로 하고 골목길에서 다락쪽 창문을 통하여 가스탄 1발을 발사하였으나 효과가 없자, 甲이 다락에서 방으로 내려 왔을 때 다시 1발을 더 발사한 후 집안으로 들어가 甲을 제압하고 검거하게 되었다. 그런데 두번째 발사시 탄환에서 분리된 고무마개가 甲의 오른쪽 눈에 명중되어 甲으로 하여금 우측안구파열상을 입게 하였다.

【 法院의 判斷 】 원심판결은 드물게도 원고의 청구를 기각하였는데, 대법원은 이를 파기환송하여 국가의 배상책임을 인정하는 방향으로 사건을 해결하였다.

“경찰관은 범인의 체포 또는 도주의 방지, 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요한 때에는 최소한의 범위 안에서 가스총을 사용할 수 있으나, 가스총은 통상의 용법대로 사용하는 경우 사람의 생명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 이른바 위해성 장비로서 그 탄환은 고무마개로 막혀 있어 사람에게 근접하여 발사하는 경우에는 고무마개가 가스과 함께 발사되어 인체에 위해

를 가할 가능성이 있으므로, 이를 사용하는 경찰관으로서는 인체에 대한 위해를 방지하기 위하여 상대방과 근접한 거리에서 상대방의 얼굴을 향하여 이를 발사하지 않는 등 가스총 사용시 요구되는 최소한의 안전수칙을 준수함으로써 장비 사용으로 인한 사고 발생을 미리 막아야 할 주의의무가 있다고 할 것이다.”

“원심의 인정사실과 기록에 의하면, 이 사건 사고 장소는 부엌문과 방문까지의 거리가 1.5m 정도 되고, 부엌은 골목 바닥보다 20cm가 높고 방은 부엌 바닥보다 20cm 정도가 더 높은 사실, 甲이 다락에서 소란을 피우자 乙이 다락쪽으로 가스총 1발을 발사하였고 이에 甲이 분사된 가스에 질식되어 방으로 내려와 방 출입문 쪽에 서 있었으며, 그 후 乙은 甲이 어렴풋이 보이자 계속 소동을 부린다는 생각에서 甲을 제압·검거하기 위하여 약 1.5m 떨어진 부엌 출입문 밖에 기대서서 甲이 있는 쪽으로 손전등을 비추며 甲을 향하여 가스총을 발사하였고, 이 때 분리된 고무마개(두께 2mm, 지름 11mm)가 甲의 눈에 박혀 이 사건 사고가 발생한 사실을 알 수 있는바, 사정이 이와 같다면, 乙이 가스총에서 분리된 고무마개가 甲에게 위해를 가할 수 있는 정도의 근접거리에서 甲의 얼굴을 향하여 가스총을 발사하여 고무마개가 甲의 눈에 명중하게 된 것으로 추단할 수 있고(乙의 의사가 어찌하였든 甲의 눈에 고무마개가 박힌 이상 乙이 甲의 얼굴을 향하여 가스총을 발사한 것으로 인정하지 않을 수 없다. 그리고 위와 같이 甲이 乙이 있는 곳보다 높은 곳에 위치하였으므로 천장을 향하여 가스총을 발사하였다는 乙 등의 진술도 이와 배치되는 것은 아니라고 할 것이다.), 이 사건 당시 사용한 가스총의 탄환은 고무마개로 막혀 있어 사람의 안면 가까이에서 발사하는 경우 고무마개가 분리되면서 눈 부위 등 인체에 위해를 가할 가능성이 있었으므로, 1.5m 미만의 근접한 거리에서 이를 사용하는 경찰관인 乙로서는 甲의 안면 부위를 향하여 가스총을 발사하지 아니함으로써 사람의 눈 부위 등 인체에 대한 위해를 방지하여야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리한 채 만연히 甲을 향하여 가스총을 발사한 나머지 가스총에서 분리된 고무마개가 甲의 오른쪽 눈에 명중하여 그로 인하여 甲에게 상해를 가하여 실명에 이르게 하였다고 보아야 할 것이다.

그리고 위에서 본 사고의 경위에 비추어 볼 때 甲이 입은 상해는 위와 같은 상황에서 가스총 발사행위시에 통상적으로 예견되는 범위 내의 손해라 할 것이고, 이를 특

별한 사정에 의한 손해라고는 할 수 없다(원심은 발사시 탄환에서 분리된 고무마개는 공기저항으로 인하여 전방 1m 이내에서 낙하하도록 되어 있다는 사실을 인정하였으나, 을 제4호증의 61의 기재 등 만으로 이와 같은 사실을 인정할 수 있을지도 의문이려니와, 설사 그렇다고 하더라도 1m를 약간 넘는 근접거리에서 안면부위를 향하여 가스총을 발사하는 경우 상해의 결과를 초래할 수 있음은 충분히 예견가능하다고 할 것이다).

그럼에도 원심은, 乙이 당시 甲의 눈을 향하여 가스총을 발사하였음을 인정할 증거가 없고, 이 사건 사고 당시 탄환에서 분리된 고무마개가 甲의 눈에 명중할 것이 예상되는 특별한 사정이 있었다는 점에 관한 아무런 주장·입증이 없다고 하여 乙에게 아무런 과실이 없다고 판단하였으니, 거기에는 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하였거나 가스총 사용시의 주의의무에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.“

[評 價]

- (i) 이 판결에서는 권총 등이 아니라 가스총의 발사가 문제되었는데, 그에 있어서도 기본적으로 前者의 사용과 같은 주의의무가 있음을 확인하고 있다. 그리고 대법원이 원심판결을 파기한 것은 기본적으로 사실인정상의 차이에 기한 것이다. 즉 원심법원은 乙이 甲의 눈을 향하여 가스총을 발사하였다고 볼 증거는 없으며, 그렇다면 다른 방향으로 가스총을 발사하였는데 그 때 가스총에서 분리된 고무마개가 甲의 눈에 맞는다는 것은 쉽사리 예상할 수 없는 일이므로, 이러한 사고에까지 乙의 과실을 인정할 수는 없다고 판단한 것이다. 이에 반하여 대법원은 제반 증거에 비추어 보면 “乙이 가스총에서 분리된 고무마개가 甲에게 위해를 가할 수 있는 정도의 근접거리에서 甲의 얼굴을 향하여 가스총을 발사하여 고무마개가 甲의 눈에 명중하게 된 것”으로 보아야 하며, 그렇다면 乙은 가스총의 발사에 있어서의 주의의무, 즉 “가스총은 통상의 용법대로 사용하는 경우 사람의 생명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 이른바 위해성 장비로서 그 탄환은 고무마개로 막혀 있어 사람에게 근접하여 발사하는 경우에는 고무마개가 가스와 함께 발사되어 인체에 위해를 가할 가능성이 있으므로, 이를 사용하는 경찰관으

로서는 인체에 대한 위해를 방지하기 위하여 상대방과 근접한 거리에서 상대방의 얼굴을 향하여 이를 발사하지 않는 등 가스총 사용시 요구되는 최소한의 안전수칙을 준수함으로써 장비 사용으로 인한 사고 발생을 미리 막아야 할 주의의무”를 다하지 못한 것으로 판단된다는 것이다.

- (ii) 이 사건에서도 과실상계를 이유로 하는 감액의 비율이 어느 정도인지 궁금하나, 유감스럽게도 판결문상에는 그것이 드러나 있지 아니하고, 달리 이를 알 수 있는 자료는 얻지 못하였다.

[10] 대법원 2004년 5월 13일 판결 2003다57956 손해배상사건(판례공보 2004상, 959)

[事 案]

甲은 친구인 소외 1과 함께 1998년 10월 25일 밤 04:00경 50cc 효성 슈퍼캡 오토바이 1대를 절취하였다. 같은 날 14:30경 또다른 친구인 소외 2(위 3인은 연령이 15세 또는 16세이며, 직업이 학생, 휴학생 또는 무직이다)가 甲, 소외 1을 태우고 위 오토바이를 운전하여 가다가 평택시 팽성읍 소재 미곡처리장 앞에서 당시 경기 40가4223호 112 순찰차량을 타고 교통단속을 하던 평택경찰서 소속 경찰공무원인 순경 乙 등으로부터 검문乙 받게 되었다. 그러자 그들은 위 오토바이 절취사실이 발각될 것이 두려운 나머지 도주하기 시작하였다. 이에 乙은 의경 丙과 함께 위 순찰차량을 타고 위 오토바이를 약 7km 정도 추격하면서 수 차례 정지하라고 하였으나 원고 甲 등이 이에 불응하고 불법 유턴 등을 감행하면서 도주하였다. 乙은 “서지 않으면 쏜다.”고 경고방송을 한 후 소지하고 있던 권총으로 공포탄 1발, 실탄 3발을 공중을 향하여 발사하며 위협하였으나 甲 등은 계속 불응한 채 도주하였다. 乙은 14:50경 안성천 제방 뚝 비포장 도로에서 위 오토바이의 바퀴를 맞추어 甲 등을 체포하기 위하여 위 순찰차에서 내려 약 20m 전방에서 진행하던 위 오토바이 바퀴를 정조준하여 실탄 1발을 발사하였고, 위 실탄의 탄두는 甲의 좌측 후복벽을 관통하였다. 甲은 위 총상으로 인하여 제5요추골절, 마미신경총손상, 혈복강염 등의 상해를 입게 되었다.

[法院의 判斷] 상고기각

“경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 무기를 사용할 수 있으나, 이 경우에도 무기는 목적 달성에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 사용하여야 하는바(구 경찰관직무집행법(1999. 5. 24. 법률 제 5988호로 개정되기 전의 것) 제11조), 경찰관의 무기 사용이 이러한 요건을 충족하는지 여부는 범죄의 종류, 죄질, 피해법익의 경중, 위해의 급박성, 저항의 강약, 범인과 경찰관의 수, 무기의 종류, 무기 사용의 태양, 주변의 상황 등을 고려하여 사회통념상 상당하다고 평가되는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 특히 사람에게 위해를 가할 위험성이 큰 권총의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 한다(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다63445 판결 참조). 위 인정과 같이 甲 등 3인이 이 사건 사고 당시 15-16세 정도에 불과하였던 점, 甲 등은 교통단속을 하던 경찰관의 검문에 불응하여 도주하였으나 추격하는 경찰관을 위협하거나 거칠게 저항하지 아니하고 단순히 도주만 계속한 점, 甲 등 3인이 탑승하고 도주한 위 오토바이는 50cc에 불과한 소형이므로 순찰차로써 충분히 거리를 근접하면서 추격할 수 있었으므로 계속 추격하거나 다른 경찰관에게 연락하여 범인을 검거하도록 하는 등의 방법을 통하여 甲 일행을 제압할 여지가 있었던 점 등에 의하면, 乙이 비록 오토바이의 바퀴를 맞히려 시도하였더라도 근접한 거리에서 도주하는 甲 일행을 향하여 실탄을 발사한 행위는 사회통념상 총기사용의 허용범위를 벗어난 것으로 위법하다고 판단하였는바, 위에서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 인정과 판단은 모두 옳고, 거기에 주장과 같은 채증법칙을 위배하거나 정당행위 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

[評 價]

(i) 경찰관의 총기 사용으로 인한 가해의 경우에 대한 최신의 대법원판결이다. 그러나 앞의 [9]에서와 마찬가지로, 단지 도주하기만 하는 사람을 체포할 다른 방법이 있었다는 점을 들어, 총기 사용의 보충성요건이 충족되지 아니하였다는 결론을 내리고 있다. 그리고 실탄을 사람을 겨냥하지 아니하고 오토바이의 바퀴를

맞히려 발사하였다는 등의 사정은 그 요건 충족에 크게 영향을 주지 못함을 다시 한 번 확인하고 있다.

(ii) 이 판결에서도 과실상계로 인한 감액의 비율을 알 수 있는 자료는 없다.

Ⅲ. 보호조치의무 등의 위반

1. 보호조치 등에 관한 법규정

1) 현행의 경찰관직무집행법(1999년 5월 24일 법률 제5988호로 전문개정된 것)

제4조 (보호조치 등)

① 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 다음 각호의 1에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다.

1. 정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자
2. 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자. 다만, 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다

② 제1항의 긴급구호요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유 없이 긴급구호를 거절할 수 없다.

③ 제1항의 경우에 피구호자가 휴대하고 있는 무기·흉기등 위험을 야기할 수 있는 것으로 인정되는 물건은 경찰관서에 임시영치할 수 있다.

④ 경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체없이 이를 피구호자의 가족·친지 기타의 연고자에게 그 사실을 통지하여야 하며, 연고자가 발견되지 아니할 때에는 피구호자를 적당한 공중보건의료기관이나 공공구호기관에 즉시 인계하여야 한다.

⑤ 경찰관은 제4항의 규정에 의하여 피구호자를 공중보건의료기관 또는 공공구호기관에 인계한 때에는 즉시 그 사실을 소속 경찰서장 또는 지방해양경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.

⑥ 제5항의 보고를 받은 소속 경찰서장 또는 지방해양경찰관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 피구조자를 인계한 사실을 지체없이 당해 공중보건의료기관·공공구조기관의 장 및 그 감독행정청에 통보하여야 한다.

⑦ 제1항의 규정에 의한 경찰관서에서의 보호는 24시간을, 제3항의 임시령치는 10일을 초과할 수 없다.

제5조 (위험발생의 방지)

① 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다.

1. 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 필요한 경고를 발하는 것
2. 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도내에서 억류하거나 피난시키는 것
3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것

② 경찰관서의 장은 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.

③ 경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체없이 이를 소속경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.

④ 제2항의 조치를 하거나 제3항의 보고를 받은 경찰관서의 장은 관계기관의 협조를 구하는 등 적당한 조치를 하여야 한다.

제6조 (범죄의 예방과 제지)

① 경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

② 삭제

2) 종전의 법규정

(1) 1953년 12월 14일 법률 제299호로 제정된 경찰관직무집행법은 보호조치에 대하여 다음과 같이 규정하고 있었다.

第3條 (保護措置) ① 警察官은 殊常한 舉動 其他 周圍의 事情을 合理的으로 判斷하여 다음 各號의 1에 該當함이 明白하며 應急의 救護를 要한다고 믿을 만한 相當한 理由가 있는 者를 發見하였을 때에는 早速히 警察官署, 病院 其他 救護機關等 適當한 場所에 이를 保護하는 措置를 取하여야 하며 武器, 兇器 其他 危險發生의 憂慮가 있다고 認定되는 物件은 證明書を 交付하고 이를 假領置할 수 있다.

1. 精神錯亂 또는 酒醉로 因하여 自己 또는 他人의 生命, 身體와 財産에 危害를 미칠 憂慮가 있는 者와 自殺을 企圖하는 者.
2. 길 잃은 兒孩, 病者, 負傷 等으로서 適當한 保護者가 없으며 應急의 援護를 要한다고 認定되는 者. 但 本人이 이를 拒絶할 境遇에는 例外로 한다.

② 前項의 措置를 하였을 때에는 警察官은 遲滯없이 被救護者의 家族, 親知 其他의 緣故者에게 이를 通知하고 引受에 對한 方法을 取하여야 한다.

③ 責任 있는 家族, 親知 等이 發見되지 아니할 때에는 遲滯없이 그 被救護者를 適當한 公衆保健機關 또는 公共事業機關 等に 引繼하여야 한다.

④ 第1項의 規定에 依한 警察의 保護는 24時間을 超過하지 못한다.

⑤ 第1項의 假領置之 期間은 30日을 超過하지 못한다.

第4條 (危險發生의 防止) ① 警察官은 人命 또는 身體에 危害를 미치거나 또는 財産에 重大한 損害를 끼칠 憂慮가 있는 天災, 事變, 工作物의 損壞, 交通事故, 危險物의 爆發, 狂犬, 奔馬類 等の 出現, 極端한 混雜 其他危險한 事態가 있을 때에는 다음의 措置를 取할 수 있다.

1. 그 場所에 集성한 者, 事物의 管理者와 其他關係者에게 必要한 警告를 發하

는 것

2. 특히 緊急을 要할 때에는 危害를 받을 憂慮가 있는 者에 對하여 必要한 限度에서 이를 抑留하거나 避難시키는 것

3. 그 場所에 있는 者, 事物의 管理者 其他關係者에 對하여 危害 防止上 必要하다고 認定되는 措置를 取하게 하거나 또는 스스로 그 措置를 取하는 것

② 前項의 規定에 依하여 警察官이 取한 措置에 關하여서는 遲滯없이 所管道知事(또는 서울特別市長)에게 報告하여야 한다

③ 前項의 報告를 받은 者는 關係機關의 協力을 求하기 爲하여 適當한 措置를 取하여야 한다.

第5條 (犯罪의 豫防과 制止) 警察官은 犯罪行爲가 目前에 行하여지려고 하는 것을 認定하였을 때에는 그를 豫防하기 爲하여 關係者에게 必要한 警告를 發하고 그 行爲로 因하여 人命, 身體에 危害를 미치거나 財産에 重大한 損害를 끼칠 憂慮가 있어 緊急을 要하는 境遇에는 그 行爲를 制止할 수 있다.

(2) 그 후 경찰관직무집행법은 수 차례의 사소한 개정을 거쳐 1981년 4월 13일의 법률 제3427호로 전문개정되었는데, 그 중 보호조치 등에 대하여 다음과 같이 규정하고 있었다.

第4條 (保護措置등) ① 警察官은 精神錯亂者·迷兒·酒醉者·自殺企圖者 또는 負傷者로서 緊急救護를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 者를 발견한 때에는 保健醫療機關 또는 公共救護機關에 緊急救護를 要請하거나, 警察官署에 보호하는 등 適當한 措置를 할 수 있다.

② 第1項의 緊急救護要請을 받은 保健醫療機關이나 公共救護機關은 正當한 이유 없이 緊急救護를 拒絶할 수 없다.

③ 第1項의 경우에 被救護者가 휴대하고 있는 武器·兇器등 危險을 야기할 수 있는 것으로 인정되는 物件은 警察官署에 臨時領置할 수 있다.

④ 警察官이 第1項의 措置를 한 때에는 지체없이 이를 被救護者의 家族·親知 기

타의 緣故者에게 그 事實을 통지하여야 하며, 緣故者가 발견되지 아니할 때에는 被救護者를 적당한 公衆保健醫療機關이나 公共救護機關에 즉시 引繼하여야 한다.

⑤ 第1項의 規定에 의한 警察官署에서의 보호는 24時間을, 第3項의 臨時領置는 30日을 초과할 수 없다.

第5條 (危險發生의 방지) ① 警察官은 人命 또는 身體에 危害를 미치거나 財産에 중대한 損害를 끼칠 우려가 있는 天災, 事變, 工作物의 損壞, 交通事故, 危險物의 爆發, 狂犬·奔馬類등의 出現, 極端한 混雜 기타 危險한 事態가 있을 때에는 다음의 措置를 할 수 있다.

1. 그 場所에 集합한 者, 事物의 管理者 기타 關係人에게 필요한 警告를 발하는 것
2. 특히 緊急을 요할 때에는 危害를 받을 우려가 있는 者를 필요한 限度 내에서 抑留하거나 避難시키는 것
3. 그 場所에 있는 者, 事物의 管理者 기타 關係人에게 危害防止上 필요하다고 인정되는 措置를 하게 하거나 스스로 그 措置를 하는 것

② 警察官署의 長은 對間諜作戰遂行 또는 騷擾事態의 鎮壓을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 對間諜作戰地域 또는 警察官署·武器庫 등 國家重要施設에 대한 接近 또는 通行을 制限하거나 금지할 수 있다.

③ 警察官이 第1項의 措置를 한 때에는 지체없이 이를 所屬警察官署의 長에게 보고하여야 한다.

④ 第2項의 措置를 하거나 第3項의 보고를 받은 警察官署의 長은 關係機關의 協助를 구하는 등 적당한 措置를 하여야 한다.

第6條 (犯罪의 豫防과 制止) ① 警察官은 犯罪行爲가 目前에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 豫防하기 위하여 關係人에게 필요한 警告를 발하고, 그 行爲로 인하여 人命·身體에 危害를 미치거나 財産에 중대한 損害를 끼칠 우려가 있어 緊急을 요하는 경우에는 그 行爲를 制止할 수 있다.

② 警察官은 犯罪발생의 危險이 현저한 家宅에 대한 防犯을 啓導하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 關係人의 同意를 얻어 家宅을 訪問·啓導할 수 있다. 이

경우 그 訪問理由를 알리고 身分을 표시하는 證票를 提示하여야 하며, 關係人의 私生活이 방해되지 아니하도록 특별히 留意하여야 한다.

2. 裁判例

1) 긴급구호의무의 불행사

(1) 앞의 A.1.에서 본 대로 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호에서는 경찰관은 “정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 ... 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자”임이 명백하고 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 사람을 발견하면 ... 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 우선 경찰관이 그러한 보호조치를 할 수 있다고 하는 권한수여규정임이 명백하다. 그러나 다른 한편으로 그러한 조치를 취하는 것은 경찰관의 직무상 의무라고 하여야 하지 않을까 하는 문제도 제기된다. 이와 관련한 재판례로 다음과 같은 것들이 있다.

(2) 처음으로 이 문제를 다룬 재판례로는 다음을 들 수 있을 것이다.

[1] 대법원 1996년 10월 25일 판결 95다45927 손해배상사건(판례공보 1996하, 3406)

[事 案]

甲은 자신의 집 지하방에 세들어 사는 丙이 정신질환자로서 비정상적인 행동을 하고 이를 제지하는 甲에 대하여 죽여 버린다고 고함을 치는 등 소란을 부린다고 여러 차례에 걸쳐 관할 파출소에 신고를 하였다. 관할 파출소의 경찰관들은 丙을 연행하여 입건·수사하지 아니하고, 뚜렷한 죄목이 없다고 훈방하거나 정신병원에 잠시 입원조치하

였을 뿐이어서, 丙은 다시 위 집으로 돌아올 수 있었다. 그 후 丙은 위 집에서 나왔는데, 다시 위 집으로 돌아와서 甲 등을 살해하였다.

원고들은 甲의 유족들로서, 경찰관들이 그 직무상의 의무에 위반하여 丙의 범행을 막지 못하였다는 것을 들어 나라를 상대로 甲의 사망으로 인한 손해의 배상을 청구하였다.

[法院의 判斷]

원심법원은 원고들의 청구를 기각하였는데, 대법원도 이를 공인하고 다음과 같이 판단하여 원고들의 상고를 기각하였다.

(i) 우선 甲의 신고를 받은 경찰관들이 丙을 입건·수사하지 아니한 것이 위법행위인지에 대하여 대법원은 다음과 같이 판단하고 있다.

“사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 수사를 할 책무가 있으므로 범죄의 혐의가 인정되면 친고죄나 반의사불벌죄와 같은 경우를 제외하고는 피해자의 처벌회망의사의 유무에 불구하고 수사를 개시함이 원칙이다. 그러나 경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 등과 기타 공공의 안녕과 질서유지도 직무로 하고 있고 그 직무의 원활한 수행을 위하여 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서 범죄수사뿐만 아니라 범죄의 예방 및 공공의 안녕과 질서유지를 위하여서도 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있는 것이며, 그러한 권한의 하나로서 경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제7항은, 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 정신착란 등으로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자임이 명백하고 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는, 보건의료기관 등에 응급구호를 요청하거나 24시간의 범위 내에서 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 취할 수 있다는 내용으로 경찰관의 긴급구호 내지 보호조치의 권한을 규정하고 있다. 그러므로 이

사건에서 원심이 확정한 바와 같이, ... [丙으로 하여금] 다시 집에 돌아올 수 있게 하였다고 할지라도, ... 위 경찰관직무집행법의 규정에 의한 긴급구호조치를 취하였을 뿐 입건·수사하지 아니하였다는 것만으로 이를 법령에 위반하는 행위에 해당한다고 할 수는 없을 것이다.“

“한편 원심이 확정한 사실관계 하에서는, 丙에게 법률이 정한 구속사유 내지 보호구속사유가 있다거나 나아가 그가 법원에서 실형 또는 치료감호를 선고받았을 이 사건 살인범행이 저질러질 즈음에 원심 판시 피해자들과 격리되어 있었을 것이라고 인정하기 어려우므로, 위 경찰관들이 丙을 입건·수사하지 아니한 것과 원심 판시 피해자들의 사망이라는 결과와의 사이에 인과관계가 있다고 할 수도 없다.”

(ii) 긴급구호권한(의무)의 위법한 불이행이 있었는지에 대하여는 다음과 같이 판단한다.

“위 긴급구호권한과 같은 경찰관의 조치권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이나, 그렇다고 하더라도 구체적인 상황 하에서 경찰관에게 이러한 조치권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는, 이러한 불행사는 법령에 위반하는 행위에 해당하게 되어, 국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 이로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상책임을 지게 되는 것”이다.

그러나 “정신병원에의 장기입원이나 사회로부터의 장기격리와 같은 조치는 위 경찰관직무집행법의 규정이 정한 경찰관의 권한을 넘는 것이고, 그 밖에 기록에 비추어 보아도 달리 丙에 의한 범행가능성을 차단하기 위하여 취할 수 있는 적당한 방법이 없는 데다가, 원심이 확정한 사실관계에 의하면, 위 조연이 이 사건 살인범행에 앞서 甲의 집에서 나가기까지 그에 의하여 원심 판시 피해자들의 생명침해에 대한 구체적 위험이 객관적으로 존재하고 있었다고 보기 어렵고, 위 파출소의 경찰관들이 그러한 위험을 알았거나 알 수 있었다고 할 수도 없으며, 이러한 사정은 丙이 위 집에서 나간 후 다시 甲의 집에 찾아오기까지도 그대로 유지된 것으로 보여지는바, 이러한 구체적 상황 하에서 원심이 확정한 바와 같이 관할 파출소의 경찰관들이 위 피해자의 신고에 따라 丙을 데려가 정신병원

에 입원시키는 등 위 경찰관직무집행법의 규정이 정한 긴급구호 등의 조치를 취하고, 그가 퇴원하자 그로 하여금 정신병원에 입원하여 장기치료를 받는 데 도움이 되도록 생활보호대상자 지정의뢰를 하는 등 그 나름대로의 조치를 취한 이상, 더 나아가 위 경찰관들이 丙에 의한 범행가능성을 막을 수 있을 만한 다른 조치를 취하지 못하였다고 하더라도, 이를 현저하게 불합리한 긴급구호권한 불행사로서 법령에 위반된다고 하기는 어렵다고 할 것이다.”

[評 價]

(i) 이 판결이 중요한 것은 무엇보다도 경찰관직무집행법 제4조에서 정하는 긴급구호조치를 행하는 것은 경찰관의 권한이기도 하지만, “구체적 상황 하에서 경찰관에게 이러한 조치권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는, 이러한 불행사는 법령에 위반하는 행위에 해당하게” 된다고 판단한 부분이다. 다시 말하면 그러한 조치를 취하는 것은 동시에 일정한 사정 아래서는 경찰관의 직무상 의무이기도 함을 명백히 밝힌 것이다. 그러므로 “국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 이로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상책임을 지게” 됨은 당연하다고 할 수 있다. 이와 같이 처음으로 천명된 법리는 그 후의 재판에서 변함없는 판단기준이 되고 있다(뒤에서 보는 [3], [4] 등 참조).

그리고 여기서 대법원이 판시하고 있는 권한불행사의 위법성기준은 비단 경찰관의 긴급구호조치뿐만 아니라 경찰관직무집행법에서 정하여진 기타의 권한에 대하여도 마찬가지로 적용될 수 있을 것이다.

(ii) 그러나 그 기준으로 제시되고 있는 것은, 권한의 불행사가 『현저하게 불합리』하다는 것으로서, 매우 불명확하다. 이는 한편으로 개개의 구체적인 사정에 좇아 타당한 결론을 내리는 데 있어서는 편리할지 모르나, 다른 한편으로 과연 국가배상책임이 인정될지를 사전에 합리적으로 예측하는 데는 상당한 장애가 된다.

(iii) 구체적으로 이 사건에서 보면 대법원은 경찰관이 丙을 정신병원에 입원시키고

또 생활보호대상자 지정의뢰 등과 같은 『그 나름대로의 조치』를 취한 것을 들어, 그 권한의 불행사가 『현저하게 불합리』한 것이라고는 할 수 없다고 판단하였다. 이는 수궁할 만한 것이라고 여겨진다.

(3) 그러나 다음의 사건에서는 국가의 손해배상책임이 인정되었다.

[2] 대법원 1998년 5월 26일 판결 98다11635 손해배상사건(판례공보 1998하, 1736)

[事 案]

甲은 1992년 4월경 수원시 장안구 모 파출소에서 경찰관(경장)으로 근무하면서 같은 동에서 미용실을 경영하던 이혼녀인 A에게 총각이라고 속여 접근한 뒤 결혼하자며 정을 통해 왔다. A가 1994년 2월경 甲이 유부남으로 자식까지 있다는 사실을 알게 되어 관계를 끊자고 하자 이때부터 甲은 A를 괴롭히기 시작하여 1995년 2월 21일 23:00경에는 A가 다른 남자를 만난다는 이유로 A를 승용차에 태워 고속도로 입구까지 간 다음 주먹으로 얼굴을 마구 때려 요치 약 2주간의 사지, 안면부, 좌측흉벽 다발성타박상 등의 상해를 입혔다. 같은 해 4월 1일 23:00경에도 A의 얼굴을 때리는 등 괴롭히다가 같은 달 10. 21:30경 A를 승용차에 강제로 태워 어느 호수 부근의 인적 없는 도로로 데리고 가서 과도로 A의 어깨와 등을 찌르고 삼자루로 등을 때리는 등 하여 요치 약 7주간의 안면부열창, 좌측혈흉기흉, 흉부열창, 좌측늑골골절, 골반부좌상 등의 상해를 입혔다. 甲은 이로 인하여 그 무렵 『폭력행위 등 처벌에 관한 법률』 위반죄 등으로 구속기소되고 파면이 되었다. A는 甲의 처인 다른 피고 B와 동생인 피고 C가 용서를 빌며 합의를 간청하자 같은 해 5월 24일 피고 B, C와 “甲이 추후 A를 또다시 괴롭힐 때에는 위 피고들이 연대하여 이로 인한 손해배상책임을 진다.”는 내용의 약정을 한 다음 합의서를 작성해 주었다. 이러한 합의가 참작되어 甲은 같은 달 30. 수원지방법원에서 징역 2년 6월에 집행유예 4년을 선고받고 석방되었다. 그러나 甲은 석방 직후부터 다시 수 차례에 걸쳐 A의 집을 찾아가거나 전화를 하여 돈을 요구하면서 죽여 버리겠다고 협박하

었다. 이에 위협을 느낀 A는 같은 해 6월 15일 수원경찰서에 甲을 고소함과 아울러 같은 달 20일 경찰청장에게 탄원서와 함께 신변보호를 요청하였다. 같은 달 말경 경찰청장 및 경기도지방경찰청장은 관할 관서에 A의 신변보호에 최선을 다하라고 지시하였다. 甲은 위 사건이 이첩된 수원남부경찰서에서 조사를 받게 되자 같은 해 7월 8일 A에게 사과를 하여 A로 하여금 고소를 취하하게 함으로써 같은 달 21일 수원지방검찰청으로부터 「공소권 없음」의 결정을 받았다. 그런데도 甲은 여전히 A에게 원한을 품고 같은 해 10월 3일 20:30경 할 말이 있다며 A를 불러내 안양시 만안구 소재 공터에 데리고 가서 다음 날 02:00경까지 A의 목을 조르고 주먹으로 얼굴을 때려 폭행하였다. 그리고 같은 해 11월 24일 20:45경에는 군포시 소재 A 경영의 미용실 앞에서 퇴근길의 A를 택시에 강제로 태워 수원시 권선구 소재 공터에 데리고 가 그곳에 세워 둔 자신의 승용차에 태워 다음 날 02:00경까지 A의 목을 조르고 주먹으로 온몸을 마구 때려 요치 1주간의 안면부, 전흉부 다발성좌상 등의 상해를 가하였다. 한편 1995년 4월경부터 A와 재결합하여 살고 있었던 A의 전 남편 D는 A가 귀가하지 아니하자 같은 해 11월 25일 새벽 군포경찰서 수리파출소에 A가 甲에게 납치된 것 같다는 내용의 신고를 하였다. 또 A는 甲으로부터 풀려난 후 같은 달 27일 15:00경 위 파출소에 같은 내용을 신고하면서 파출소 소속 경장 乙에게 사정을 설명함과 아울러 자신의 신변을 보호해 주도록 요청하였다. 그러나 파출소 소속 경찰관들은 관할 경찰서에 고소하라고 하면서 사건을 수리도 하지 않았으며, 퇴근길의 A를 버스정류장까지 순찰차로 몇 번 태워 주는 데 그친 채 가정문제라는 이유로 방관하였다. A는 같은 달 28일 경기도지방경찰청에 다시 甲을 고소하였고, 담당경찰관인 丙은 A의 진술조서를 작성하면서 1994년 이후부터 A가 위와 같이 피해를 당해 온 사실을 알게 되었음에도 불구하고 사태의 절박성을 호소하는 A의 말에 별 관심을 기울이지 아니한 채 목격자인 택시운전사의 소재를 알아 오라고 하면서 A에게는 12월 5일 10:00까지 출석하라는 출석요구서만 보냈다. 甲은 같은 해 12월 2일 08:00경 위 미용실에 찾아가 A와 그의 어머니인 E를 망치로 치고 칼로 찔러 살해한 뒤 도주하였다가 같은 달 16일 자살하였다.

[法院의 判斷] 상고기각

원심은 “甲은 A를 살해하기 직전까지 오랜 기간에 걸쳐 원한을 품고 집요하게 A를 괴롭혀 왔고, 이후에도 A의 생명·신체에 계속 위해를 가할 것이 명백하여 A의 신변이 매우 위험한 상태에 있었으며, 이러한 상태에서 A가 살해되기 며칠 전인 1995년 11월 25일 새벽과 같은 달 27일 오후에 범죄신고와 함께 신변보호요청을 받은 군포경찰서 수리파출소 소속 경찰관들이나 같은 달 28일 고소장 접수에 따라 A를 조사한 경기도지방경찰청의 담당경찰관은 사태의 심각성을 깨달아 수사를 신속히 진행하여 甲의 소재를 파악하는 등 조치를 취하고, A에 대한 범죄의 위험이 일상적인 수준으로 감소할 때까지 A의 신변을 특별히 보호해야 할 의무가 있다고 판단하였다.”

대법원은 “원심판결 이유를 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 없다. 따라서 피고 대한민국의 상고이유는 받아들이지 아니한다.”고 결론지었다.

[評 價]

(i) 이 사건에서는 범죄의 위협을 느낀 사람이 경찰에 신변보호요청을 계속적으로 해 온 경우에 경찰관이 취하여야 할 조치에 대하여 판단한 것이다. 그러므로 이 판결이 과연 경찰관직무집행법 제4조에서 정하는 긴급구조의무의 유무를 정면에서 다룬 것인지 의문이 있을 수 있다. 그런데 경찰관직무집행법에서는 신변보호요청에 대하여 대처하는 방도에 대한 규정이 없고, 단지 그 제6조 제1항이 범죄의 예방과 제지에 관하여 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”고 규정하고 있을 뿐이다. 이 대법원판결은 위 제6조 제1항이 정하는 『범죄행위의 제지』의 내용을 보다 구체화한 것으로 이해될 수 있을지도 모른다.

그러나 오히려 그 판단은 비록 경찰관직무집행법에 구체적으로 규정되어 있지

는 아니할지라도 경찰제도의 일반적 목적(“경찰의 임무는 본질적으로 국민의 자유와 권리를 보호하고 사회공공의 질서를 유지하기 위하여 범죄의 예방·진압 및 수사, 교통의 단속과 위해의 방지 기타 공공의 안녕과 질서에 대한 위험 방지에 있다”)에 비추어서 그 판시의 사태에 접한 경우에 경찰관이 취하여야 할 행태의무를 개별적으로 판시한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

- (ii) 이 사건에서는 甲의 처인 피고 B와 甲의 동생인 피고 C에 대하여도 그들이 한 손해배상금 지급약정에 기하여 손해배상청구가 행하여졌다. 대법원은 “甲의 처인 피고 B와 甲의 동생인 피고 C가 A에게 甲이 A를 괴롭힐 때에는 연대하여 이로 인한 손해배상책임을 진다고 약속하였다면, 甲이 A를 살해함으로써 인하여 A가 입은 손해도 배상할 책임이 있는 것이고, 위 약정이 반사회적 내용을 가진 것이거나 친족의 입장에서 정의에 따라 의례적으로 한 것으로 실현 불가능한 것을 그 내용으로 하고 있다고 볼 수도 없다.”고 하여, 이 청구도 인용하고 있다. 이 점도 주목을 요한다.

2) 주취운전 적발시의 사후조치의무

긴급구호의무와 관련하여 보다 두드러진 하나의 사안유형으로는 음주운전을 적발하였을 때 경찰관이 취하여야 할 조치와 관련된 것이 있다.

[3] 대법원 1998년 5월 8일 판결 97다54482 구상금청구사건(판례공보 1998상, 1588)

[事 案]

甲은 1995년 2월 11일 밤 22:50경 음주 후 이 사건 사고차량을 운전하고 창원에서 김해 방면으로 진행하다가 창원경찰서 도계검문소에서 단속경찰관에 의하여 음주운전으로 적발되었다. 그 당시 단속경찰관은 위 차를 도로변에 정차시키고 운전면허증과 자동

차 시동열쇠는 위 검문소의 상황실 서랍에 보관시킨 후 창원경찰서에 가서 음주측정을 실시한 결과 혈중 알콜농도가 0.09%로 측정되었다. 甲은 다시 위 검문소로 돌아온 다음 단속경찰관에게 이 사건 사고차량을 다른 차의 교통에 방해가 되지 않도록 도로 밖으로 이동시키겠다고 말하면서 차량열쇠의 반환을 요구하자 단속경찰관이 음주운전을 하여서는 아니된다고 말하면서도 이를 반환하였다. 甲은 이 사건 사고차량을 검문소로부터 약 20m 정도 떨어진 곳으로 이동시킨 다음 약 20분 정도 차에 앉아서 단속경찰관들의 동태를 살피다가 몰래 사고차량을 다시 운전하고 검문소를 이탈하였다. 甲은 김해 방면으로 운행하다가 다음 날 00:30경 경남 김해군에 있는 편도 2차선 국도에 이르러 때마침 도로를 무단횡단하던 A와 B를 사고차량 앞부분으로 충격하여 두 사람을 모두 현장에서 사망하게 하였다. 위 사고지점은 검문소에서 자동차로 약 40분 내지 50분 정도 걸리는 거리에 있고 편도 2차선의 직선도로로 시야의 장애는 없었지만 甲은 제한속도를 시속 28km나 초과하여 과속운행하였으며 사고 직후 자신이 사고를 야기하였는지 여부도 제대로 기억하지 못하였다.

이 사건에서는 피해자인 A와 B의 유족들에게 손해를 배상해 준 보험회사가 상법 제 682조에 기하여 유족들의 국가에 대한 손해배상청구권을 대위취득하여, 국가를 상대로 손해배상청구를 한 것이다.

[法院의 判斷]

1. 원심법원은 다음과 같이 판단하였다.

- (i) “이 사건 사고는 주취운전이 원인이 되어 발생하였거나 그 손해가 확대된 것으로 추인되고, 음주운전을 단속하는 경찰관으로서는 [음주운전자인] 甲이 사고차량을 도로 밖으로 주차하는지 여부를 따라가서 확인한 다음 다시 차량열쇠를 보관받아 더 이상 주취상태에서 운전하지 못하도록 막으면서 甲이 주취상태에서 깨어난 후에 운전하게 하거나 또는 음주하지 않은 다른 정상적인 대리운전자로 하여금 사고차량을 운전하게 하여 음주운전으로 인한 사고 발생을 미연에 막아야 할 구체적 주의의무가 있고, 이 사건 사고차량을 운전할 다른 사람이 오지도

않았고 한밤중에 차량을 두고 가면 귀가가 불편하고 다음날에 지장이 있을 것을 염려하여 甲 자신이 직접 운전하여 갈 것으로 충분히 예상할 수 있었음에도 위와 같이 주의의무를 게을리 하여 주취 상태에 있는 위 신준수가 운전하는 것을 방치한 과실이 있”다.

(ii) A와 B가 사망에 이른 이 사건 교통사고는 갑의 주취운전이 원인이 되어 발생하였거나 그로 인하여 손해가 확대되었음을 전제로 이러한 주취운전을 방치한 단속경찰관의 위법행위와 이 사건 사고로 인한 손해발생 사이에는 상당인과관계가 있다고 보았다.

(iii) 나아가 원심법원은, 이 사건 교통사고는 위와 같이 甲 및 피고(나라)의 피용자인 위 경찰관들의 공동과실이 경합되어 발생하였다고 보고, 위 교통사고의 발생에 대한 甲과 경찰관들의 과실의 기여비율을 각각 90:10으로 판단하였다. 그리하여 이 사건 교통사고의 피해자들에게 손해를 배상해 준 원고에게 상법상의 보험자대위의 범리에 좇아 甲과 나라가 그 과실비율에 상응하는 부담부분을 구상해 줄 의무가 있다는 결론을 내렸다.

2. 대법원은 나라의 상고를 기각함으로써 종국적으로 원고의 청구를 인용하고 있다. 위 대법원판결은 단속경찰관 등의 위법행위에 대하여 다음과 같이 보다 상세한 이유를 개진한다.

(i) 우선 음주운전을 적발한 경찰관이 취하여야 할 조치에 대한 일반적인 범리를 다음과 같이 설시한다.

“2. 단속경찰관의 직무상 과실의 점에 대하여

경찰관직무집행법 제1조, 제2조, 제4조 및 도로교통법 제43조 제2항의 각 규정에 의하면, 경찰의 임무는 본질적으로 국민의 자유와 권리를 보호하고 사회공공의 질서를 유지하기 위하여 범죄의 예방·진압 및 수사, 교통의 단속과 위해의 방지 기타 공공의 안녕과 질서에 대한 위험 방지에 있고, 이러한 책무 수행을 위하여 경찰관으로 하여금 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와

재산에 피해를 미칠 우려가 있는 자를 발견한 때에는 경찰관서 등에 보호하는 등 적당한 조치를 취할 수 있으며 특히 주취상태에서 자동차를 운전하는 사람에 대하여는 정상적으로 운전할 수 있는 상태에 이르기까지 운전의 금지를 명하고 그 밖의 필요한 조치를 취할 수 있도록 개별적 수권규정을 두고 있는바, 주취상태에서의 운전은 도로교통법 제41조의 규정에 의하여 금지되어 있는 범죄행위임이 명백하고 그로 인하여 자기 또는 타인의 생명이나 신체에 피해를 미칠 위험이 큰 점을 감안하면, 주취운전을 적발한 경찰관이 주취운전의 계속을 막기 위하여 취할 수 있는 조치로는, 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 주취 상태에서 벗어난 후 다시 운전하게 하며 그 주취 정도가 심한 경우에 경찰관서에 일시 보호하는 것 등을 들 수 있고, 한편 주취운전이라는 범죄행위로 당해 음주운전자를 구속·체포하지 아니한 경우에도 필요하다면 그 차량열쇠는 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서의 압수로서 형사소송법 제216조 제3항에 의하여 영장 없이 이를 압수할 수 있다 할 것이다.

이와 같은 경찰관의 주취운전자에 대한 권한 행사가 관계 법률의 규정 형식상 경찰관의 재량에 맡겨져 있다고 하더라도, 그러한 권한을 행사하지 아니한 것이 구체적인 상황에서 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 경찰관의 직무상 의무를 위배한 것으로서 위법하게 된다고 할 것이다.“

- (ii) 대법원은, 위와 같은 일반적 법리를 이 사건의 사실관계에 적용하여 볼 때, 이 사건에서 단속경찰관들이 한 행위는 다음과 같은 이유로 위법행위로 평가된다고 한“이 사건의 경우, 원심이 적법하게 인정한 사실관계에 의하면, 甲이 음주운전으로 적발되어 그 주취 정도를 측정하여 본 결과 혈중 알콜농도가 0.09%임이 밝혀졌음에도 단속경찰관이 甲의 요구에 따라 그가 여전히 주취 상태에 있음에도 불구하고 당해 차량을 이동할 수 있도록 보관중인 차량열쇠를 교부하였을 뿐만 아니라 차량 이동 후에도 甲으로 하여금 주취운전을 감행할 수 있도록 방

치하였다고 할 것인바, 그 당시 甲은 주취로 인하여 주시력, 주의력, 위험상황에 대한 판단력 및 반응력 등이 약화되고 법준수에 대한 긴장력이 떨어져 과속의 가능성이 높은 상태에 있어, 만일 그 상태로 운전을 감행한다면 자기 또는 타인의 생명이나 신체에 위해를 미칠 위험이 현저한 상황에 있었다고 할 것이므로, 이러한 사정을 합리적으로 판단할 때 단속경찰관으로서 甲이 정상적으로 운전할 수 있는 상태에 이르기까지 주취운전을 하지 못하도록 구체적이고도 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있다고 해석함이 상당하고, 그러함에도 단속경찰관이 이러한 조치를 취하지 아니한 채 甲으로 하여금 주취 상태에서 운전을 계속할 수 있도록 보관 중이던 차량열쇠를 교부한 것은 직무상 의무에 위배하여 위법하다고 할 것인바, 같은 취지의 원심 판단은 수공이 가고, 거기에 소론과 같은 단속경찰관의 과실에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.”

- (iii) 나아가 대법원은 단속경찰관의 이러한 위법행위가 甲이 일으킨 교통사고에 대하여 상당인과관계 있는 것임도 긍정하였다.

[評 價]

- (i) 우선 여기서 대법원이 앞의 [1]에서 본 대법원 1996년 10월 25일 판결 95다 45927 사건을 인용하면서, 어떠한 권한의 행사가 경찰관의 재량에 맡겨져 있더라도 “그러한 권한을 행사하지 아니한 것이 구체적인 상황하에서 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 경찰관의 직무상 의무를 위배한 것으로서 위법하게 된다고 할 것”이라고 판단하고 있는 것을 지적할 수 있다. 다시 말하면 그 대법원판결에서 제시된 기준이 여기서도 이어지고 있는 것이다.
- (ii) 음주운전자를 적발한 경우에 그로 하여금 계속 운전을 할 수 있도록 방치하여서는 안 된다고 하는 점은 쉽사리 수긍될 수 있다고 생각된다.

3) 도로상에 물건이 방치된 경우

한편 도로 위에 교통의 원활한 소통을 방해할 우려가 있는 물건이 방치되어 있어서 이로 말미암아 교통사고가 일어난 경우와 관련하여서도 경찰관이 취하여야 할 조치와 관련하여 판단한 재판례가 있다.

- (1) 이 점과 관련한 대법원의 태도를 보다 명확하게 보여주는 것으로는 다음의 재판례가 있다.

[4] 대법원 1998년 8월 25일 판결 98다16890 손해배상사건(판례공보 1998하, 2310)

[事 案]

1993년 12월 24일에 김제시에서 농민 3백여 명이 정부의 쌀시장개방정책에 반대하여 트랙터 2대를 앞세우고 차도를 점거한 채 김제시청으로 진행하며 시위를 벌였다. 그 날 밤 22:30경 김제경찰서 경비과장 乙을 비롯한 위 경찰서 소속 경찰관들은 편도 1차선 도로 상에서 위 농민들을 저지하기 위하여 위 트랙터 2대의 열쇠를 빼앗았다. 그 후 경찰관들은 농민들로부터 더 이상 시내로 진입하지 않겠다는 약속을 받고 빼앗은 열쇠를 돌려주었다. 그러나 트랙터를 운전하던 丙과 丁 등은 경찰이 트랙터 열쇠를 강제로 빼앗는 바람에 트랙터의 유압벨브장치가 고장났다고 주장하며 이를 보상하겠다는 각서를 써줄 것을 요구하였다. 경찰관들이 이를 거절하자 丙과 丁은 위 트랙터 2대를 도로 위에 세워둔 채 귀가하여 버렸다. 이에 경찰관들은 교통방해를 염려하여 丁이 운전하던 소형의 트랙터 1대는 들어서 도로 옆 공터로 옮겨 놓았다. 그러나 丙이 운전하던 대형 트랙터 1대는 무거워서 옮기지 못하자 아무런 사고예방조치도 취하지 아니한 채 그대로 방치하고 그 곳에서 철수하였다. 그런데 戊(제1심 공동피고)는 다음날 새벽 03:45경 자신의 승용차에 甲을 동승시키고 이를 운전하여 위 장소를 지나가다 전방에 위와 같이 트랙터가 주차되어 있는 것을 뒤늦게 발견하고 충돌을 피하기 위하여 급히 핸들을

왼쪽으로 돌리다 도로를 이탈하여 왼쪽 공터에 옮겨 놓은 다른 트랙터를 받아서 A가 상해를 입었다.

이 사건에서 甲은 국가를 상대로 위 부상으로 인한 손해의 배상을 청구하였다.

[法院의 判斷] 상고기각

(i) “경찰관직무집행법 제5조는 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 그 각호의 조치를 취할 수 있다고 규정하여 형식상 경찰관에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있으나, 경찰관에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다(이 법원 1998. 5. 8. 선고 97다54482 판결, 1996. 10. 25. 선고 95다45927 판결 등 참조).”

(ii) “... 앞서 본 사실을 인정한 다음, 농민들의 시위를 진압하고 시위 과정에 도로 상에 방치된 트랙터 1대를 도로 밖으로 옮기는 등 도로의 질서 및 교통을 회복하는 조치를 취하던 乙 등 경찰관들로서는 도로교통의 안전을 위하여 나머지 트랙터 1대도 도로 밖으로 옮기거나 그것이 어려우면 야간에 다른 차량에 의한 충돌사고를 방지하기 위하여 트랙터 후방에 안전표지판을 설치하는 등 경찰관직무집행법 제5조가 규정하는 위험발생방지의 조치를 취하여야 할 의무가 있는데도 위 트랙터가 무거워 옮기지 못한다는 등의 이유로 아무런 사고예방조치도 취하지 아니한 채 그대로 방치하고 철수하여 버린 것은 직무상의 의무를 위반한 것으로 위법하다는 취지로 판단하여 이 사건 사고에 대한 피고의 손해배상책임을 인정한 것은 이러한 법리에 따른 것으로 정당”하다.

(iii) “원심이, 甲과 戊와의 관계, 甲의 승차 경위, 운행 목적, 사고발생의 원인과 경위 등 제반 사정에 비추어 볼 때 신의칙이나 손해의 공평분담이라는 손해배상의 이념상, 피고가 배상할 손해액에서 20% 정도를 감액함이 상당하다고 판단하고, 더

나아가 안전띠를 착용하지 아니하였다는 등 피고가 주장하는 위 원고의 과실을 인정하지 아니한 조치는 수공이 가고, 거기에 채증법칙 위배나 심리미진 등 상고이유의 주장과 같은 위법이 없다.”

[評 價]

(i) 이 판결은 경찰관직무집행법 제5조에서 정하고 있는 위험발생방지조치와 관련하여 판단하고 있다.

여기서 주목되는 것은 위험발생방지를 위하여 조치하는 것에 대하여는 앞의 긴급구조조치 등에서의와 같은 “그 권한의 불행사가 현저하게 합리성을 잃었다”는 등의 판단을 하지 아니하고,¹⁾ 바로 “위험발생방지조치를 취하여야 할 의무가 있는데도 이를 하지 않았다”고 하여 국가배상책임을 인정하고 있다는 점이다. 즉 적어도 위 대법원판결의 관시로 보는 한에서는 경찰관직무집행법 제5조상의 위험발생방지조치와 관련하여서는 이를 경찰관의 의무로 파악하고 있으며, 그것을 권한으로 파악하거나 나아가 이 권한을 행사할지 여부에 관하여 재량을 가진다는 설시는 행하여지지 않는다는 것이다. 이 점은 뒤에서 보는 [5]의 대법원판결에서도 이미 시사되고 있던 바이다.

(ii) 한편 이 사건의 사안은 뒤의 V.에서 보는 불법시위의 진압 내지 그에 대한 대처에서의 적법한 행태라는 관점에서도 파악될 수 있는 것이다.

(iii) 이 판결에서 대법원이 피고(나라)가 배상할 손해액을 20% 감액하고 있는 것도 주목할 만하다. 피해자 甲은 남이 운전하는 차에 동승하고 있었을 뿐이고 실제로는 이 사건 교통사고의 발생 자체에 대하여 무슨 『과실』이 있다고는 하기 어려운 것이다. 그럼에도 피고의 책임을 감경하는 것은 실은 우리 법원에 특유한 中和的 태도에 연유하는 것이라고 여겨진다.

1) 이 판결은 참조재판례로 앞의 [1] 판결과 [3] 판결을 인용하고 있으나, 그 판단의 구조는 본문에서 말한 바와 같이 서로 다르다. 그 참조재판례 인용은 단지 유사한 사안을 다룬 재판례라는 관점에서 행하여진 것으로 이해된다.

(2) 한편 아래의 대법원판결은 교통사고의 조사를 위하여 현장을 보존하는 과정에서 행하여진 위험한 물건의 도로상 방치를 다룬 것이다. 그러나 대법원은 그 경우에 현장보존의 필요라는 사정에 별다른 의미를 부여하지 않고 있다.

[5] 대법원 1992년 10월 27일 판결 92다21371 손해배상사건(판례공보 1992, 3275)

[事 案]

판결문으로부터 알 수 있는 사실관계는 다음과 같다. 평소 차량의 통행이 많고 과속 운행 차량이 적지 않은 어느 장소에서 거기에 세워져 있는 덤프트럭을 다른 차량이 뒤에서 들이받는 교통사고가 일어났다. 아마도 그 사고로 인하여, 그 도로에는 그 인도나 차도 위에 건설자재나 공사도구 등이 흩어져 있게 되었다. 위 교통사고를 신고받고 이를 조사하러 나온 경찰관 乙은 사고 관련자들 사이에서 사고내용에 관한 다툼이 있어 사고현장 보존의 필요성이 있다는 이유로 위 건설자재 등이 흩어져 있는 채로 그대로 방치하고, 단지 위 덤프차량의 뒤에 안전표지판 1개를 리어카로 받쳐 놓기만 하였다.

그런데 위 건설자재 등을 피하려다가 위 도로를 운전하고 가던 甲이 교통사고를 일으키게 되었다. 이 사건에서 甲은 경찰관의 과실을 이유로 위 사고로 인하여 입은 손해의 배상을 청구하였다.

[法院의 判斷] 상고기각

(i) “평소 차량의 통행이 많은 이 사건 도로변의 인도나 도로상에 건설자재 및 공사도구를 방치할 경우 그곳을 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 덤프차량을 충격한 사고가 이미 발생한 바 있어서 그와 유사한 사고가 발생

하리라고 쉽게 예견할 수 있으므로 관계자로서는 도로상에 위와 같은 장애물을 부득이 방지하는 경우에도 통행차량이 쉽게 식별할 수 있도록 점멸등과 같은 조명시설이나 야광안전표지판 등의 식별표지를 설치하거나 안전관리근무자를 배치하여 위와 같은 사고의 발생을 미리 막아야 할 것임에도 위 덤프차량의 뒤에 안전표지판 1개를 리어카로 받쳐 놓기만 한 채 방치한 것은 잘못이며 그것이 이 사건 사고발생의 원인이 되었다 ...”

- (ii) “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 ... 도로교통법 제50조 제4항, 경찰관직무집행법 제5조 제1항 제3호에 비추어 사고현장보존지시를 한 경찰관에게 위 실시와 같은 조치를 할 의무가 있다”

[評 價]

- (i) 이 판결은 교통사고의 현장을 보존할 필요성이 있다고 하더라도 그것이 교통사고로 인하여 교통의 원활한 흐름을 확보할 필요에 우선하는 것이 아님을 명확하게 한 점에 의미가 있다. 타당한 태도라고 여겨진다.
- (ii) 이 판결은 앞의 [4] 판결에서 참조재판례로 인용되고 있다.

IV. 수사과정에서의 불법행위

1. 불법구금

국민에 대한 신체의 「구속」(가장 넓은 의미에서의)이 엄격하게 법에 좇아 행하여져야 함은 물론이다. 신체의 구속은 가장 현저한 자유의 제한으로서, 법에 좇지 아니한 구속은 당연히 위법한 것이다. 이 점이 문제된 일련의 재판례가 존재하고 있다.

[1] 대법원 1995년 5월 26일 판결 94다37226 손해배상사건(법원공보 1995하, 2251)

[事 案]

1992년 7월 20일 밤 03:30경 서초경찰서 양재파출소 소속 乙은 서울 서초구 양재동 소재 '시민의 숲' 속에 세워진 영업용 택시에 탄 사람을 불심검문을 하였다. 그 택시 안에는 남자 甲과 여자 A가 있었는데, 그들은 나란히 택시 뒷좌석에 앉아 있다가 乙이 위 택시에 다가가서 문을 열고 뭐하는 것이냐고 묻자, 甲은 이야기를 하고 있다고 하고, A는 구조를 요청하는 등 아무런 말 없이 고개를 숙이고 있었다. 그러나 A가 甲으로부터 어떠한 폭행이나 협박을 당하였거나 반항한 흔적 또는 성교의 흔적은 발견할 수 없었다. 그런데 乙이 A를 따로 불러내어 물어보자, 甲이 “못된 짓을 하였다”고 말하였다. 그러자 乙은 甲을 양재파출소로 연행하였다가 다시 서초경찰서로 연행하여 동 경찰서의 조사대기실에 유치하였다.

[法院의 判斷]

(i) “형사소송법 제211조가 현행범인으로 규정한 범죄의 실행의 직후인 자라고 함은 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 체포자의 입장에서 볼 때 명

백한 경우를 일컫는 것으로서, 범죄의 실행을 종료한 직후라고 함은 범죄행위를 실행하여 끝마친 순간 또는 이에 아주 접촉된 시간적 단계를 의미하는 것으로 해석되므로, 시간적으로나 장소적으로 보아 체포를 당하는 자에게 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우에만 현행범인으로 볼 수 있다고 할 것이다.”²⁾

이 사건에서 보면, “[위에서 본 바와 같은] 사정만으로는 객관적 상황에 의하여 甲이 강간죄의 범행을 종료한 직후임이 乙에게 명백히 인정되는 경우라고 보기 어렵다 ...”

- (ii) “가사 피고소송수행자의 주장처럼 甲을 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 없다고 할 것”이다.³⁾

그런데 “기록에 의하면 乙이 위 망인을 양재파출소 또는 서초경찰서로 연행할 당시에 이러한 절차를 준수하였다고 볼 아무런 자료도 없고, 또 甲이 양재파출소에서 서초경찰서로 연행될 것을 명백히 거부한 이상 乙 등이 甲을 위 파출소에서 서초경찰서까지 강제로 연행한 것은 임의동행에 해당된다고 볼 수도 없어 부당한 신체의 구속이라고 할 것”이다.

- (iii) 조사대기실에 유치한 점에 대하여.

“甲이 유치된 경찰서 조사대기실이 조사대기자등의 도주방지와 경찰업무의 편의 등을 위한 수용시설로서 그 안에 대기하고 있는 사람들의 출입이 제한되는 시설이라면, 일단 그 장소에 유치되는 사람은 그 의사에 기하지 아니하고 일정장소에 구금되는 결과가 되므로 경찰관직무집행법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 경

2) 이에 대하여는 이미 대법원 1991.9.24. 판결 91도1314 사건(법원공보 1991, 2641); 대법원 1993.8.13. 판결 93도926 사건(법원공보 1993하, 2484) 등이 같은 취지를 판시한 바 있다.

3) 이에 대하여는 이미 대법원 1993.11.23. 판결 93다35155 사건(법원공보 1994상, 185) 등이 같은 취지로 판시한 바 있다.

찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우(경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제7항)를 제외하고는 구속영장을 발부받음이 없이 위 조사대기실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금이라고 하지 않을 수 없는바(당원 1994.3.11. 선고 93도958 판결 참조), 기록상 甲을 위 조사대기실에 유치함에 있어 구속영장에 의하지 아니하였음이 분명한 한편 甲이 위 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자라고 볼 수도 없는 이상 甲을 조사대기실에 유치한 것은 부적법한 구금이라고 할 것이다.”⁴⁾

[評 價]

(i) 신체를 구속하기 위한 적법요건에 대하여는 형사소송법에 정하여져 있고, 앞의 주 2 내지 4에서 보는 대로 그 점에 관한 법원의 보다 상세한 견해도 일찍부터 천명되어 왔다.

중요한 것은 종전에는 불법구속을 이유로 하여 국가를 상대로 손해배상책임을 추궁하는 소송이 거의 없었던 데 비하여, 이제는 사회의 민주화, 국민의 권리의식의 신장에 뒷받침되어 위와 같은 소송이 제기되는 경우가 빈번하다는 점이다.

(ii) 불법구속 등에서 원고는 대체로 재산적 손해의 배상보다는 비재산적 손해의 배상, 즉 위자료의 지급을 청구한다. 위자료(Schmerzensgeld)의 성질에 대하여 이론적으로는 예를 들어 그것이 단순한 배상 이상으로 가해자에 대한 제재로서의 성질을 아울러 가지는 것인가 등 논의가 적지 않다. 그러나 현재의 실무태도에 비추어 보면, 특히 신체의 자유와 같은 인격적 법익이 침해된 경우에는 그로 인한 재산적 손해를 인정하는 것이 적절치 아니한 경우가 대부분인 점에 비추어 그 침해에 대한 「배상」을 위자료 지급의 형태로 인정하는 것이 통상적이다.

4) 이 점에 대하여는 위 대법원판결이 참조판례로 들고 있는 대법원 1994.3.11. 판결 93도958 사건(법원공보 1994상, 1229) 외에도 대법원 1971.3.9. 판결 70도2406 사건(대법원판례집 19권 1호, 형사편 92); 대법원 1985.7.29. 결정 85도16 사건(법원공보 1985, 1224) 등이 동일한 취지로 판시한 바 있다.

[2] 대법원 1998년 2월 13일 판결 96다28578 손해배상사건(판례공보 1998상, 717)

[事 案]

甲(여자)은 1992년 7월 말경부터 A가 경영하는 레스토랑에서 손님과 동석하여 술을 마시고 팁만을 받는 종업원으로 근무하여 왔다. 甲은 A에게 손님의 술시중은 들어도 윤락행위는 하지 않는다고 다짐하고 근무를 시작하였고, 실제로도 이 사건 발생시까지 윤락행위를 하거나 기타 비행사건과 관련하여 조사를 받은 적이 없다. 그런데 송파경찰서 소속 경장 乙은 1992년 9월 19일 밤에 관내 숙박업소에 대한 임검을 실시하던 중 위 레스토랑에서 종업원으로 근무중이던 B 등이 윤락행위를 하는 것을 발견하고 그 날 24:00경 위 레스토랑을 찾아가 업주인 A를 『풍속영업의 규제에 관한 법률』 위반 등으로 입건·조사하기 위하여 경찰서로 연행하면서 마침 위 레스토랑에서 손님과 동석하여 술을 마시고 있던 甲을 송파경찰서로 임의동행하여 갔다. 乙은 甲에 대하여 자술서를 작성하게 하는 한편 A에 대한 위 법률 위반 사건의 참고인으로 조사를 하였다. 그런 다음 乙은 A를 구 『윤락행위 등 방지법』(1995년 1월 5일 법률 제4911호로 전문 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 소정의 『환경 또는 성행으로 보아 윤락행위를 하게 될 현저한 우려가 있는 요보호여자』에 해당한다고 판단하고 서울특별시가 설치·운영하는 서울시립여자기술원 동부보호지도소(이하 『서울시립여자기술원』이라고 한다)에 A에 대한 수용보호를 의뢰하여 서울시립여자기술원측에서 A의 신병을 인수하여 간 같은 달 21일 10:00경까지 A를 강제로 경찰서 보호실에 유치하였다. 乙은 甲의 가족들에게 그러한 사실을 알리거나 A로 하여금 가족에게 연락할 수 있는 기회를 부여하지 아니하였다. 뿐만 아니라 A에게도 서울시립여자기술원측에서 신병을 인수하기 직전에서만 수용보호의뢰사실을 알렸다. 위 경찰서의 보호실은 철창으로 된 방으로 되어 있어 그 장소에 유치되는 사람은 자유롭게 외부로 나갈 수 없도록 통제되고 있었다.

[法院의 判斷]

(i) 우선 구금의 위법성에 대하여

“경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제4항의 규정에 의하면 경찰서 보호실의 유

치는 정신착란자·주취자·자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 경찰관서에서 보호조치하기 위한 경우에만 제한적으로 허용될 뿐이라고 할 것이어서, 비록 구 「윤락행위 등 방지법」 소정의 요보호여자에 해당한다 하더라도 그들을 경찰서 보호실에 유치하는 것은 영장주의에 위배되는 위법한 구금이라고 할 것이므로 乙이 A를 경찰서 보호실에 유치한 것은 불법구금행위로서 위법하다 ... 구 윤락행위등방지법 및 같은법시행령 등 관계 규정에 의하더라도 위 법 소정의 요보호여자에 대한 수용보호처분은 오로지 보호지도소속에서 할 수 있도록 되어 있고, 보호지도소에서 위 법 소정의 요보호여자를 수용할 때까지 경찰관서에서 요보호여자를 경찰서 보호실에 강제로 유치할 수 있는 아무런 근거 규정이 없”다

“뿐만 아니라 ... 甲은 구 윤락행위등방지법 소정의 요보호여자에 해당하지도 아니하므로 乙이 요보호여자에 해당하지도 않는 甲을 서울시립여자기술원측에서 신병을 인수하여 갈 때까지 경찰서 보호실에 강제로 유치한 것이 영장주의의 적용이 배제되는 행정상의 즉시강제에 해당하여 적법하다는 논지는 독자적인 견해로서 채용할 수 없다.”

- (ii) 나아가 대법원은 乙이 甲에 대하여 수용보호를 의뢰한 것도 직무상 의무에 과실로 위반한 것이라고 판단하였다.

[評 價]

- (i) 이 판결은 신체의 구속 및 그와 관련된 강제적 조치에 대하여 법원이 얼마나 엄격한 기준을 적용하고 있는가를 명백하게 보여 준다고 하겠다.
- (ii) 여기서도 구체적인 사건은 원고가 위자료의 배상을 청구한 것을 내용으로 한다.

2. 접견교통권 제한

- [3] 서울민사지방법원 1991년 9월 19일 판결 91가단24555 위자료사건(하급 심판결집 1991년 제3권, 203)

[事 案]

- (i) 甲은 서울지방법변호사회 소속 변호사로서, 1991년 4월 10일 B로부터 국가보안법 위반혐의로 같은 달 9일 구속·수감된 B의 남편 A의 변호인으로 선임되었다. 甲은 1991년 4월 11일 16:20경 공동변호인인 C와 함께 A의 구속집행장소인 용산경찰서에 당도하여 위 경찰서 수사계장 丙에게 A에 대한 변호인접견을 신청하였다. 그러나 丙은 A가 치안본부 대공2부에서 구속한 피의자이므로 위 대공2부의 허가 없이 접견을 허용할 수 없으며 피의자의 신병도 현재 조사를 위하여 치안본부 대공2부에 있다고 말하였다. 甲과 C는 같은 날 16:40경 서울 용산구 남영동에 있는 치안본부 대공2부에 찾아가 정문 경비 의경인 丁 등에게 A의 변호사임을 밝히고 변호인접견신청을 하였다. 丁은 甲과 C에게 명함 제시를 요구하여 성명을 확인한 후, 戊가 정문 인터폰을 통하여 위 대공2부에서 근무하는 순경 乙에게 甲 등의 접견신청사실을 전달하였으나 乙은 오늘은 접견을 허용할 수 없다고 통보하였다. 이에 甲 등이 재차 무슨 이유로 접견을 허용할 수 없는지 확인하여 줄 것을 요구하자 乙은 위 의경들을 통하여 담당자가 없어서 오늘은 접견을 허용할 수 없다고 통보하여, 甲 등은 A의 접견을 하지 못한 채 같은 날 17:20경 그대로 돌아갔다.
- (ii) 그 후 甲은 서울형사지방법원에 치안본부 대공2부장을 상대로 하여 위 접견불허처분의 취소를 구하는 준항고를 하고, 위 법원은 동월 16일에 치안본부 대공2부장이 1991년 4월 11일 甲에 대하여 한 甲의 A에 대한 변호인접견불허처분은 이를 취소한다는 결정을 하여 그때쯤 위 결정이 확정되었다.
- (iii) 이 사건에서 甲은 나라를 상대로 하여 공무원인 乙 등의 위법한 변호인접견거부처분으로 정신적 손해를 입었다고 하여 그 손해배상을 구하였다.

나라는 甲의 접견신청을 거부한 사실이 없으며, 다만 甲이 접견을 신청할 당시 신문 담당관 등 담당자가 대공2부장에게 수사상황보고를 하고 있어서 乙이 甲 등에게 담당자가 돌아올 때까지 기다리라고 통보하였는데 甲 등이 그대로 돌아갔을 뿐이라고 다투었으나, 이 사실은 법원에 의하여 받아들여지지 아니하였다.

[法院의 判斷]

(i) “헌법 제12조 제4항은 ”누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다“고 규정하고, 이러한 피의자 또는 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 형사소송법 제30조 제1항에서 ”피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다“, … 같은 법 제34조는 ”변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다“고 규정하여 변호인의 접견교통권을 보장하고 있으므로 甲은 A의 변호인으로 서 동인을 접견할 권리가 있다 할 것이다.”

“이러한 변호인의 접견교통권은 구속된 피고인 또는 피의자의 인권보장, 방어권 행사를 위하여 필수불가결한 제도로서 위 접견교통권은 법령에 의한 제한, 즉 현행법상 행형법 제62조, 제18조, 같은 법 시행령 제54조 내지 제72조에 의한 제한 외에는 금지될 아무런 근거가 없다.”

(ii) 그런데 이 사건에서 “乙이 담당자가 없다는 이유로 甲의 접견신청을 거부한 것은 고의 또는 과실로 위 형사소송법상 인정된 甲의 변호인접견권을 침해한 위법한 행위라 할 것이므로 피고는 공무원인 乙의 불법행위로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”

(iii) “피고의 위 접견금지처분으로 甲이 그 직무수행을 방해당하여 상당한 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 넉넉히 인정되므로 피고는 이를 금전으로나마 위자할 의무가 있다 할 것인바, 앞에서 본 변호인접견권의 중요성, 이 사건 접견금지처분의 경위 및 결과와 이 사건 변론과정에 나타난 여러 사정에 비추어 볼 때

그 위자료로서 피고는 원고에게 금 2백만원을 지급함이 상당하다.”

[評 價]

- (i) 변호사접견불허처분의 취소와 관련하여서는 다음과 같이 판시한 대법원 1991.3.28. 결정 91모24 사건(대법원판례집 39권 1호, 739; 법원공보 1991, 1324)이 중요하다.

“국가안전기획부가 피의자를 구속·수사함에 있어 구속영장상의 인치장소가 중부경찰서 유치장으로 기재되어 있었고 위 중부경찰서 산하 주자파출소가 국가안전기획부 서울분실과 인접한 위치에 있다는 등의 사유로 변호인이 국가안전기획부에 대하여 접견신청을 한다는 취지가 명시된 접견신청서를 위 주자파출소에 제출하였는데 그 취지가 유선을 통하여 국가안전기획부에 통보되었음이 엿보이는 사정이 있다면, 이 경우에 적법한 접견신청이 없었다고 단정할 수 없다.”고 하고, 나아가 “변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는 헌법 제12조 제4항 전문, 절차상 또는 시기상의 아무런 제약 없이 변호인의 피고인 또는 피의자와의 접견교통권을 보장하고 있는 형사소송법 제34조, 구속 피고인 또는 피의자에 대한 변호인의 접견교통권을 규정한 같은 법 제89조, 제90조, 제91조 등의 규정에 의하면 변호인의 접견교통권은 신체구속을 당한 피고인이나 피의자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리로서 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없다 할 것 인바, 위 관계법령의 규정취지에 비추어 볼 때 접견신청일이 경과하도록 접견이 이루어지지 아니한 것은 실질적으로 접견불허가처분이 있는 것과 동일시된다고 할 것이다.”

- (ii) 변호사 접견의 불허가와 같은 경우에도 민사소송으로 손해의 배상이 청구되고, 법원은 이를 인용하고 있다는 사실은 주목되어 마땅할 것이다.

3. 긴급구속시의 적법절차 위반

앞의 [1] 판결에서도 긴급구속시의 적법절차 위반이 문제되었으나, 아래의 재판에서는 이 점이 더욱 선명하게 부각되고 있다.

[4] 서울민사지방법원 1992년 10월 15일 판결 92가단58883 손해배상사건(하급심판결집 1992년 3권, 230)

[事 案]

甲은 1991년도 전국대학생대표자협의회(약칭 전대협) 제5기 의장으로 활동하여 왔다. 甲은 1991년 7월 8일 새벽 05:00경 서울 동작구에 있는 A의 집에서 국가안전기획부 소속 수사관들에 의하여 전대협 간부 7명과 함께 체포되어 국가안전기획부에 구금되었다. 그 체포시에 국가안전기획부 수사관들은 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하지 아니하였다. 그 후 국가안전기획부 소속 사법경찰관인 丙은 동월 9일 甲에 대하여 국가보안법위반죄로 서울지방검찰청에 구속영장을 신청하여 서울지방검찰청 소속 검사 丁의 청구로 같은 날 서울형사지방법원에서 구속영장을 발부받았다. 그리고 동월 10일 01:35경 甲에 대한 위의 구속영장을 집행하였다.

[法院의 判斷]

이 사건에서는 두 가지 점이 문제되고 있다.

(i) “국가안전기획부 수사관들이 1991.7.8. 원고를 영장 없이 국가안전기획부에 구속한 것은 형사소송법 제206조에 의한 긴급구속에 해당한다고 할 것이므로 위 수사관들로서는 원고에 대하여는 사후구속영장을 발부받아 집행하여야 할 것임에도 불구하고 통상의 구속영장을 발부받아 집행함으로써 원고는 실제로 긴급구속된 때로부터 구속영장이 발부되어 집행되기 전까지 2일간 구속영장 없이 구속되었다고 할 것이고(갑 제3호증의 6,7의 각 기재에 의하면, 원고에 대하여는

1991.6.4. 『집회 및 시위에 관한 법률』 위반죄로 구속영장이 발부되어 있었던 사실을 인정할 수 있으나 원고가 체포될 때 위 영장이 제시되어 집행되었음을 인정할 만한 아무런 증거가 없는 이 사건에 있어 위 구속영장이 발부되어 있었다는 사실만으로 결론을 달리할 수는 없다고 할 것이다.)”

- (ii) “국가안전기획부 수사관들이 원고를 긴급구속할 때에는 원고에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 수 있음을 고지하여야 함에도 불구하고 이를 이행하지 아니하였”다.
- (iii) “그러므로 피고는 이로 인하여 원고가 입게 된 정신적 고통에 대하여 금전으로 위자할 의무가 있다고 할 것이다. 나아가, 피고가 원고에게 지급하여야 할 위자료 액수에 관하여 보건대, 원고가 이 사건 긴급구속에 이르게 된 경위, 그 후 원고에 대한 구속영장이 발부되어 집행된 경위, 원고가 구속영장이 청구된 국가보안법위반죄 등으로 유죄판결을 선고받은 점 등 변론의 나타난 제반 사정을 참작하면, 피고는 원고에게 위자료로서 금 1백만원을 지급함이 상당하다 ...”

[評 價]

- (i) 이 판결은 긴급구속에 해당하는 경우라면 사후구속영장을 발부받아야 하는데도 통상의 구속영장을 발부받은 것으로는 긴급구속의 적법절차요건을 충족하지 못한다고 판시하고 있다. 결과적으로 보면 양자 사이에 별다른 차이가 없다고 생각되기도 하는데, 이 판결은 요컨대 그만큼 적법절차의 준수를 엄격하게 요구하는 태도를 보여준다는 점에서 의미가 있다고 하겠다.
- (ii) 이 사건에서도 위자료가 청구되었다.

[5] 서울민사지방법원 1993년 1월 26일 판결 91가합12115 손해배상사건(하급심판결집 1993년 1권, 278)

[事 案]

甲 외 5인(이하 단지 『甲』이라고만 한다)은 서울지하철공사 노동조합이나 전국노동조

합협회의의 임원이다. 1991년 2월 8일경부터 甲이 소속된 노동조합을 포함하여 전국 16개의 대기업 노동조합이 모여 조직한 「연대를 위한 대기업 노동조합회의」(이하 연대회의로 약칭한다)에 소속된 대우조선 노동조합이 전면파업에 돌입하여 지상 108m 높이의 폴리아트크레인 접거농성을 시작하였다. 甲을 포함한 연대회의의 소속 노동조합 간부 67명은 동월 9일 밤 18:00경부터 다음날인 10일의 13:00경까지 의정부시 소재 YMCA 캠프장에서 연대회의의 공동간부 수련회 및 제6차 연대회의의 대표자회의를 개최하여 위 대우조선 노동조합의 쟁의행위를 적극 지원할 것을 결의하고 그러한 뜻이 담긴 성명서를 배포하게 하는 등의 행위를 하였다. 이러한 행위는 노동쟁의조정법 제13조의2에서 정하는 제3차 개입금지에 반하는 것이다.

의정부경찰서(乙)에서는 동월 10일 오후에 위 캠프장에 도착하여 근처에서 대기하고 있다가 위 집회를 마치고 삼삼오오 떼를 지어 나오는 甲을 포함한 노조간부 67명 전원을 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 고지하거나 변명의 기회를 준 바도 없이 같은 날 14:30경까지 1시간에 걸쳐 강제연행하여 호송버스 3대에 나눠 태우고 15:00경 의정부경찰서에 도착하였다. 위 67명은 전원 노동쟁의조정법위반 혐의로 조사를 받던 중, 검찰의 신병지휘에 따라 그 중 7명에 대하여만 노동쟁의조정법위반죄 등으로 구속영장이 발부되고 甲을 포함한 60명은 불구속 입건이 되었다. 그에 따라 검찰의 귀가조치명령에 의거하여 甲은 동월 12일 15:00경 전원이 석방되었고, 나중에 모두 기소유예처분을 받았다.

[法院의 判斷]

- (i) “乙이 A를 강제연행한 행위는 노동쟁의조정법위반죄의 실행행위를 종료한 직후의 현행범 체포에 해당한다 할 것인데, 형사소송법 제213조의2, 제207조, 제72조에 의하면, 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하는 경우 피체포자에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명의 기회를 준 후가 아니면 구속할 수가 없고, 체포 후 구속을 계속할 필요가 있다고 인정되는 때에는 지방법원판사가 있는 시 또는 군에서는 구속한 때로부터 48시간 이내에, 기타의 시 또는 군에서는 72시간 이내에 사후구속영장을 발부받

아야 하고, 만일 사후구속영장을 발부받지 못한 경우에는 피구속자를 즉시 석방하도록 규정되어 있음에도 불구하고, 乙은 체포 당시 甲에게 위와 같은 사유의 고지나 변명의 기회를 준 바가 없을 뿐만 아니라, 甲이 체포되었다고 보여지는 최소한도의 시각인 1991.2.10. 14:30경으로부터 위 48시간을 초과하여 1991.2.12. 15:00경에야 비로소 석방함으로써 법정 사후영장 발부기간인 48시간을 30분 정도 초과하여 구금하였는바, 그렇다면 甲에 대한 구속사유 등을 고지하지 아니하고 변명의 기회를 부여하지 아니한 강제 연행행위 및 경찰서 내에서의 위 48시간 초과구금은 불법체포 및 불법구금에 해당한다 ...”

“그러므로 피고는 그 소속 공무원들인 乙의 위와 같은 불법행위로 인하여 甲이 입은 정신적 고통에 대하여 금전으로 위자할 의무가 있다 할 것이다.

(ii) 나라에 대하여 원고들에게 각각 50만원의 위자료를 지급할 것을 명하였다.

[評 價]

(i) 이 사건에서는 우선 경찰관이 노동조합 간부들을 현행범으로 체포하면서 범죄사실의 요지, 구속의 자유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명의 기회를 준 바가 없다는 것이 위법하다고 판단되고 있다. 이 점은 이미 앞의 [1]의 대법원판결에서도 명확하게 긍정된 바이다.

(ii) 이 판결에서 특이한 점은 형사소송법 소정의 사후영장신청기간인 체포한 때로부터 48시간을 단지 30분 정도 초과하여 구금한 것도 위법하다고 판단하고 있는 점이다. 물론 앞의 (i)에서 본 현행범 체포시의 고지의무 위반이 없었다면 그 결과가 어떻게 되었을지 의문이 있다고 할는지도 모른다. 그러나 역시 인신구속에서의 적법절차를 강조하는 법원의 일반적 태도에 비추어 보면, 달리 판단되지는 않았을 것으로 추측된다.

4. 왜곡·과장된 수사

[6] 마산지방법원 1993년 4월 9일 판결 92가합1271 손해배상사건(하급심판
결집 1993년 1권, 249)

[事 案]

- (1) 甲은 동생이 진주경찰서 정보과 소속 경찰관에게 영장 없이 불법구금을 당하였다는 이유로 그들을 검찰에 고발하였으나 재정신청 등의 우여곡절 끝에 불기소처분을 받은 것에 대하여 심한 불만을 품고 있었다. 甲은 1986년 4월에 피고소인을 추가하여 진주경찰서에 허위공문서 작성 등을 이유로 재차 고발을 하였다. 甲은 진주경찰서장으로부터 위 사건을 동년 5월 15일까지 수사·처리하겠다는 통지를 받았으나 수사가 지연되자 1차 경찰서를 찾아가서 항의한 바 있다. 甲은 다시 동년 5월 26일 09:00경 위 경찰서를 찾아가 조사계장을 만나 위 추가고발사건의 수사결과에 대하여 문의하였다. 그러나 그가 성의 없이 응대한다는 이유로 甲은 경찰서장에게 직접 이야기하겠다고 하면서 위 경찰서 민원실에서 나와 위 건물 2층에 있는 경찰서장실로 향하였다. 그러자 위 경찰서 조사계 형사 등 10여명이 甲에게 욕설을 하면서 甲의 양손을 비틀어 뒤로 잡아당기면서 강제로 끌어내려고 하였다. 그 과정에서 경찰관들 및 과 甲 및 위 경찰서를 찾아왔던 甲의 동생 사이에 서로 폭행이 행하여졌고, 甲은 조사계장의 책상 위의 유리판을 깨뜨렸다. 그 결과 甲은 위 경찰서 보호실에 강제로 감금되었다.
- (2) 조사계장인 乙의 입건지시로 조사계 직원들이 피해자진술조서 등 증거를 구비하여, 위 경찰서 형사계의 경찰관은 1986년 5월 26일 공무집행방해, 상해, 공용물건손상 등의 행위에 관하여 범죄인지보고서를 작성함으로써 원고를 입건하였으며, 같은 날 구속영장을 발부받아 원고를 구속하였다. 甲은 기소되어, 마산지방법원에서 징역 1년, 2년 간의 집행유예를 선고받았다. 그러나 마산지방법원 항소심법원에서는 공용물건손상의 점에 대하여 범죄의 증거가 없다는 이유로, 상해의 점에 대하여 범죄의 증거가 없거나 정당방위의 법리를 내세워서, 공무집행방해에 대한

여 공무집행을 방해한 사실을 인정할 증거가 없거나, 경찰, 검찰, 법원의 처분 등에 심한 불만을 품고 있는 중에 원고가 추가고발한 사건에 관한 수사상황을 문의하려 하자, 경찰관들이 甲과 그의 동생을 구타하고 조롱하여 甲의 범행을 유발하였으므로 甲의 일련의 행위를 그 동기와 함께 통틀어서 볼 때 책임이 조각되어 범죄가 성립되지 않는다는 이유로 甲에게 무죄를 선고하였다. 그리고 대법원은 1989년 10월에 위 판결에 대한 검사의 상고를 기각하여 동 판결이 확정되었다.

[法院의 判斷]

(i) “甲의 소위(所爲)를 사실 그대로 정당히 조사하였다면 가사 甲의 행위로 말미암아 우리가 깨어졌다 하여도 그 과정에 비추어 볼 때 과실손괴에 불과하고, 고향·욕설 등 소란행위는 경범죄 정도에 불과하다고 보여지고, 甲의 폭행·상해 등의 행위는 인정된다고 하여도 정당방위 등 사유로 처벌을 받지 않거나 가벼운 처벌 등을 받았을 가능성이 있고 이 사건과 같이 甲이 공용물건손상, 상해, 공무집행방해로 구속되어 공소제기까지는 되지 않았을 가능성이 많다.

통상 수사 담당자는 사건관계를 조사하고 각종 증거자료를 수집한 뒤 이를 합리적으로 판단하여 범죄혐의가 있다고 보여지는 경우에 이에 대한 입건, 구속영장의신청, 수사의견서의 개진 등 형사사법절차를 진행시킬 일반적인 권한이 있다고 할 것이다. 따라서 성실한 수사와 정상적인 판단을 한 경우에는 가사 수사의 미진, 판단의 착오, 법률적용의 오류 등이 있어 후일 불기소(무혐의)결정, 무죄판결을 받게 된다고 하더라도 그 구급에 대해서는 형사보상절차에 따른 보상을 할 뿐 개인 또는 국가의 책임으로 돌아가는 불법행위가 되지 않는다. 그러나 이 사건의 경우 乙은 조사책임자인 조사계장이고 甲에 대한 위 피의사건을 입건하여 송치한 담당 사법경찰관인데다 사건 당일 사건 현장인 조사계의 사무실에서 사건 내용을 처음부터 끝까지 경험하였으므로 사실관계의 순서, 甲이 위와 같이 폭행 등에 이르게 된 경위 등에 관하여 알았거나 충분히 알 수 있었다고 인정된다.

그럼에도 불구하고 甲에 대한 처벌에 급급한 나머지 조사계 직원들로 하여금

사실관계를 왜곡하고 과장된 각 진술조서와 진술서, 이에 터잡은 범죄인지보고서를 작성하게 하여 甲을 입건 및 구속되게 하였고 자신 명의로 송치의견서를 작성하여 진주지청에 송치하였다. 결국 乙은 고의 또는 과실로 왜곡, 과장된 수사를 하였거나 혹은 왜곡 또는 과장된 수사결과를 묵인하고 더 이상 조사하지 아니한 잘못이 있다고 할 것이고 이는 그 직무를 진행함에 당하여 법령을 위반한 행위에 해당한다“

- (ii) “甲은 乙의 직무상의 불법행위를 주요한 요인으로 하여 형사입건 및 구속되어 제1심 법원에서 징역1년에 집행유예 2년을 선고받을 때까지 175일간 구속되었으며, 항소심 법원에서 무죄판결을 받아 확정시까지 상당한 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 이를 인정할 수 있으므로 국가는 이를 금전으로 위자할 의무가 있다고 할 것이다.”

“나아가 위자료 액수에 관하여 보건대, 이 사건의 경위, 甲의 나이와 직업, 甲이 위 무죄의 확정판결에 따른 구금에 대하여는 이미 금 2,655,000원의 형사보상을 받은 점 등의 제반 사정을 참작하면 위자료액은 금 3,000,000원으로 정함이 상당하다.”

[評 價]

- (i) 일반적으로 경찰관이 수사를 하고 검사가 공소를 제기하며 판사가 유죄판결을 내렸는데, 나중에 피고인 또는 혐의자에 대한 혐의가 無實한 것으로 밝혀지고 종국적으로 무죄판결을 받았다고 해서 그 직무행위가 위법한 것으로 평가되지는 않는다. 이 점은 가령 법관의 판결과 관련하여 대법원 2001년 4월 24일 판결 2000다16114 사건(판례공보 2001상, 1196); 대법원 2001년 10월 12일 판결 2001다47290 사건(판례공보 2001하, 2464); 대법원 2003년 7월 11일 판결 99다24218 사건(판례공보 2003하, 1695) 등에서 “법관의 재판에 법령의 규정을 따르지 아니한 잘못이 있다 하더라도 이로써 바로 그 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 위법한 행위로 되어 국가의 손해배상책임이 발생하는 것은 아니고, 그 국가배상책임이 인정되려면 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을

가지고 재판을 하였다거나 법이 법관의 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저하게 위반하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다고 해석함이 상당하다”고 판시하여 명확하게 밝히는 바이다.

위의 지방법원 판결에서도, “통상 수사 담당자는 사건관계를 조사하고 각종 증거자료를 수집한 뒤 이를 합리적으로 판단하여 범죄혐의가 있다고 보여지는 경우에 이에 대한 입건, 구속영장의신청, 수사의견서의 개진 등 형사사법절차를 진행시킬 일반적인 권한이 있다고 할 것이다. 따라서 성실한 수사과 정상적인 판단을 한 경우에는 가사 수사의 미진, 판단의 착오, 법률적용의 오류 등이 있어 후일 불기소(무혐의)결정, 무죄판결을 받게 된다고 하더라도 그 구금에 대해서는 형사보상절차에 따른 보상을 할 뿐 개인 또는 국가의 책임으로 돌아가는 불법행위가 되지 않는다.”고 하여, 이 점을 인정하고 있다.

- (ii) 그런데 이 사건의 사실관계에서는 경찰관의 수사에 위법행위를 인정할 만한 「특별한 사정」이 있다고 판단한 것이다. 그것은 위 판결 법원의 판단에 의하면 乙이 스스로 경험한 甲의 공무집행방해행위에 대하여 왜곡된 수사를 한 점에 있다. 이 사건이 과연 상소되었다면 종국적으로 어떻게 판단되었을지 흥미로운 바 있다.

5. 경찰서 감방 내의 폭력행위

한편 경찰서 감방 내에 수감된 자들 사이에서 폭력을 휘두르는 사고가 일어나면, 피해자는 일반적으로 국가를 상대로 그로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다.

[7] 대법원 1993년 9월 28일 판결 93다17546 손해배상사건(법원공보 1993, 2959)

[法院의 判斷]

“이 사건 사고 당시 배치된 경찰관 등으로서의 사고 감방 내의 상황을 잘 살펴 수감

자들 사이에서 폭력행위 등이 일어나지 않도록 예방하고 나아가 폭력행위 등이 일어난 경우에는 이를 제지하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이러한 주의의무를 게을리 한 사실을 인정하여 피고에게 배상책임을 인정하였는 바, 기록에 대조하여 살펴볼 때 원심의 위 인정과 판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해 또는 심리미진의 위법이 있다 할 수 없다.”

[評 價]

이미 그 전에 대법원은 1979년 7월 10일 판결 79다521 사건(법원공보 1979, 12097); 대법원 1992.12.22. 선고 92다3342 판결(법원공보 1993상, 553)에서는 교도소 수감자들 사이의 폭행에 대하여, 대법원 1986년 9월 9일 판결 85다카2658 사건(법원공보 1986, 1382)은 소년원 내에서의 폭행사건에 대하여 동일한 취지를 판시한 바 있다.

V. 시위행위에 대응하는 경찰관의 행위

1. 시위가 저지된 것에 대하여 손해의 배상이 청구된 경우

[1] 대법원 2001년 10월 9일 판결 98다20929 손해배상사건(판례공보 2001하, 2417)

[事 案]

민주화실천가족운동협의회는 1996년 8월 5일 서울 중부경찰서장에게, 양심수를 시민들에게 알리기 위한다는 목적으로 동월 8일 11:00부터 13:00경까지 명동성당 → 중앙극장 → 외환은행본점 옆 → 에스콰이어 로터리 → 명동성당입구 앞으로 진행되는 「양심수석방을 위한 행진」의 시위를 신고하였다. 동월 8일 11:00경 개최된 위 시위에서 150여 명의 참가자들 중 甲을 포함한 100여 명은 왼쪽 가슴 부분에 죄수번호가 부착된 죄수복 형태의 옷을 착용하고 형사절차에서 실제로 사용하는 것과 동일한 외양을 띠는 포승으로 몸을 묶은 채 시위 행렬의 선두에 서서 명동성당을 출발하여 중앙극장 쪽으로 난 도로를 따라 시위 행진을 시작하였는데, 백색의 경계석으로 구분된 인도와 차도 중 차도로 진행하였다. 시위대가 50m를 진행하지 못한 상태에서 중부경찰서 정보과장 乙은 甲이 참가한 위 시위가 신고된 내용과 다르다면서 죄수복을 벗고 평상복을 착용할 것을 요청하며 경찰력을 동원하여 시위진행을 막았다. 한편 민주화실천가족운동협의회는 위 시위의 방법으로 “3열 종대로 인도 이용, 경찰관의 유도에 따라 평화적으로 행진하며 홍보물 전달”이라고 신고하였을 뿐 죄수복 형태의 옷을 착용하고 포승으로 묶은 채로 시위를 진행한다는 것을 신고하지 아니하였다.

이 사건에서 甲 등은 乙이 위법하게 甲 등의 시위를 방해하였음을 이유로, 그로 인한 손해의 배상을 청구하였다(위자료청구).

[法院의 判斷] 상고기각

1. 원심법원은 다음과 같이 판단하여 甲의 손해배상청구를 기각하였다.

“통상 착용하지 아니하는 죄수복 형태의 옷을 가슴에 죄수번호를 부착한 채로 집단적으로 착용하고, 나아가 포승으로 시위자들이 신체를 결박까지 한 채 시위를 하는 경우, 이는 다른 사람들에게 불안감 또는 불쾌감을 주거나 그들을 자극하여 상호 충돌을 일으킬 가능성도 있어 양심수 석방을 요구하는 시위의 목적을 알리기 위한 수단으로서 중요한 시위방법이라 할 것이고,

관할 경찰서장으로서 이를 사전에 방지할 조치를 취할 필요가 있다고 보여지므로 위와 같은 행위는 법이 정한 시위에 관한 신고대상에 포함되고, 또한 도심의 도로를 행진하는 내용의 시위를 인도에서 할 것인지 또는 차도를 이용할 것인지의 여부는 그것이 교통질서에 미치는 영향에 있어 큰 차이를 가져 올 것이므로 역시 중요한 시위방법으로서 법이 정한 신고대상에 해당됨에도 불구하고,

민주화실천가족운동협의회는 신고하지 아니한 죄수복과 포승을 사용하였을 뿐만 아니라 인도로 행진하겠다는 신고내용과는 달리 차도로 행진하였으므로 위 시위는 신고된 시위방법을 현저히 이탈하여 적법하지 아니하다고 할 것이어서 공공질서유지를 책임진 경찰관이 이를 저지하였다고 한들 이를 위법한 공무집행이라고 볼 수 없다 ...“

2. 대법원은 다음과 같이 판시하여 상고를 기각하였다.

(i) “『집회 및 시위에 관한 법률』 제6조가 옥외집회 및 ‘움직이는 집회’인 시위에 관하여 사전신고제를 규정한 것은 신고를 받은 관할 경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편 그로 인한 공공의 안녕질서에 대한 위협을 미리 예방하는 등 공공의 안녕질서를 함께 유지하기 위한 조치를 마련하고자 함에 그 취지가 있다고 할 것이므로, 이러한 사전신고제가 옥외집회 또는 시위의 자유에 대한 허가제처럼 운용되는 등 실질적으로 옥외집회 또는 시위의 자유를 침해하는 일이 있어서는 아니될 것이다.

따라서 위 법률 하에서는 옥외집회 또는 시위가 그 신고사항에 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다고 하더라도 그 신고내용과 동일성이 유지되어 있는 한 신고를 하지 아니한 것이라고 볼 수는 없으므로, 관할 경찰관 서장으로서는 단순히 신고사항에 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다는 이유만으로 곧바로 당해 옥외집회 또는 시위 자체를 해산하거나 저지하여서는 아니될 것이고, 옥외집회 또는 시위 당시의 구체적인 상황에 비추어 볼 때 옥외집회 또는 시위의 신고사항 미비점이나 신고범위 일탈로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위험이 초래된 경우에 비로소 그 위험의 방지·제거에 적합한 제한조치를 취할 수 있되, 그 조치는 법령에 의하여 허용되는 범위 내에서 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것이다.

(ii) 시위를 저지한 행위의 위법성 유무에 대하여

“甲을 포함한 시위자들이 신고되지 아니한 죄수복 형태의 옷을 집단적으로 착용하고 포승으로 신체를 결박까지 한 채 행진하였다고 하더라도 이러한 시위주장의 표현방법은 신고된 이 사건 시위의 목적과 상당한 관련성이 있다고 할 것이고, 위 시위가 평화적으로 진행된 점 등 기록상 나타난 위 시위 당시의 구체적 상황에 비추어 볼 때 신고되지 아니한 위 시위주장의 표현방법으로 인하여 다른 사람들과의 충돌 등 공공의 안녕질서에 대한 직접적 위험이 초래되었다고 보이지는 아니하므로, 위 시위주장의 표현방법이 다른 사람들을 자극하여 충돌을 일으킬 단순한 가능성이나 의심이 있다는 이유만으로 위 시위를 저지할 수는 없다고 할 것이다.

한편 이 사건 시위는 인도로 행진하겠다는 신고 내용과는 달리 차도로 진행한 점에서 신고된 시위 범위를 일탈한 것이기는 하지만, 이로 인하여 교통질서 등 공공의 안녕질서에 직접적 위험이 초래되었다고 하더라도, 시위대가 출발하여 신고된 진행방향을 따라 행진하던 시위 초기에 경찰에 의하여 그 진행이 저지된 곳은 명동성당 앞 도로인데, 그 당시 시위대는 인도와 차도를 구분하는 백색의 경계석 옆 차도의 가장자리로 질서 있게 행진하고 있었던 점, 시위대가 명동성당 앞 도로를 벗어나 중앙극장 앞 인도에 이르기까지는 그리

시간이 걸리지 않을 것으로 보이는 점, 그런데 피고 이성규에 의하여 동원된 경찰은 시위대의 진행로 앞 도로의 차도뿐만 아니라 인도까지 봉쇄한 점 및 시위장소의 도로 현황, 교통상황 등 기록에 나타난 제반 사정에 비추어 보면 피고 이성규가 위 시위주장의 방법이 신고된 시위방법과 다르다는 이유로 경찰력을 동원하여 곧바로 시위대의 진로 앞 도로의 차도뿐만 아니라 인도까지 막아버린 것은 공공의 안녕질서의 유지에 필요한 한도를 초과하여 시위의 자유를 과도하게 제한한 조치라고 할 것이므로, 결국 이 사건 시위의 저지행위는 어느 모로 보나 위법하다고 하지 않을 수 없다.

그럼에도 불구하고, 원심이 판시와 같은 이유로 경찰관들이 원고들을 포함한 위 시위자들의 시위를 저지한 것을 위법하지 않다고 판단한 것에는 시위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

그리고 이 사건 시위저지 당시 신고사항에 미비점이 있는 경우 이를 해산할 근거규정이 없었고, 다만 당시 집시법 제18조 제3항에 미신고 집회나 시위를 해산할 수 있을 뿐이었으며, 나아가 신고사항에 미비점이 있었다고 하더라도 이를 이유로 곧바로 당해 집회나 시위를 저지하여서는 아니되고 신고사항의 미비점으로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위협이 초래된 경우에 비로소 그 위협의 방지나 제거에 적합한 제한조치를 할 수 있다고 보아야 할 것인데, 당시 경찰공무원은 관계 법규의 해석을 잘못하여 그와 같이 해석하지 아니하고 신고사항에 미비점이 있는 경우에도 바로 시위를 저지할 수 있는 것으로 판단하고, 이 사건 시위를 저지한 잘못을 저질렀다고 할 것이다.“

(iii) 시위를 저지한 공무원에게 과실이 있었는지에 대하여

“그러나 시위라는 것은 많은 사람이 관련되고, 시위장소 주변의 사람이나 시설에 적지 않은 영향을 줄 수 있는 것이므로 시위의 적법 여부에 관하여 시위관계자와 다툼이 있을 경우 시위를 허용할 것이냐 아니면 이를 저지할 것이냐의 판단은 경찰공무원이 많은 시간을 두고 심사숙고하여 결정할 수 있는 성질의 것은 아니고, 현장에서 즉시 허용 여부를 결정하여 이에 따른 조치를

신속하게 취하여야 할 사항인바, 당시 집시법상 시위의 해산요건으로 이 사건과 같이 신고사항에 미비점이 있는 경우를 명시적으로 들고 있지는 않았으나 그와 같은 경우 미신고의 경우처럼 곧바로 시위를 해산할 수 있으나, 아니면 일단 시위신고가 된 이상 그 신고사항에 미비점이 있더라도 이를 이유로 곧바로 당해 시위를 저지해서는 아니되고 신고사항의 미비점으로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위협이 초래된 경우에만 그 위협의 방지나 제거에 적합한 제한조치를 할 수 있을 뿐이냐에 관하여 이 사건 시위 당시까지 이 점에 관한 선례, 학설이나 판례가 없었으며 법률전문가라고 하더라도 이를 선뜻 판단할 수 있는 문제로는 보이지 아니하므로, 이 사건 시위현장에서 비로소 위와 같은 신고사항의 미비점을 발견한 경찰공무원이 이를 이유로 바로 시위를 저지할 수 있다고 판단한 데에 큰 잘못이 있다고 보이지는 아니한다.

한편, 앞서 본 바와 같이 이 사건 시위목적에 비추어 시위자들이 죄수복 형태의 옷을 집단적으로 착용하고 포승으로 신체를 결박한 채 행진하려는 것은, 당시 시행되던 집시법 제6조 제1항, 그 시행령 제2조에 규정된 시위의 방법과 관련되는 사항으로 신고의 대상이 된다고 보아야 할 것임에도 원고들은 고의로 그와 같은 시위의 방법을 신고하지 아니한 잘못이 있고, 또한 원심이 판단한 바와 같이 이 사건 시위 당시 차도 일부로 진행한 잘못도 있다.

이상과 같은 원고들과 이 사건 경찰공무원의 과실의 내용과 정도, 특히 경찰공무원들의 과실이 극히 작은 것으로 보이는 점, 그 외 이 사건 시위의 저지에 이르게 된 경위 등 여러 사정을 공평의 원칙에 비추어 보면 피고 대한민국에 대하여 면책함이 상당한 것으로 판단된다.“

따라서 원고들의 피고 대한민국에 대한 청구는 결국 받아들일 수 없는 것이고, 따라서 원심의 판단에 위에서 본 바와 같은 잘못이 있다고 하더라도 원고들의 청구를 기각한 결론에 있어서는 정당하다고 할 것이다.

[評 價]

(i) 이 사건에서는 경찰관이 일단 신고된 시위가 진행되는 과정에서 이를 저지한 행

위로 인하여 국가가 배상책임을 지는가가 문제되었다. 대법원의 판단을 이해하는 데에는 일정한 법적 지식이 필요하다. 공무원의 직무상 행위를 이유로 하는 국가의 손해배상책임에 관하여 국가배상법 제2조 제1항은 “공무원이 그 직무를 집행함에 대하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하”는 것을 그 요건으로 정하고 있다. 그에 의하면, 그 요건은, 우선 공무원의 직무행위가 「법령에 위반하는 것」, 즉 위법한 것이어야 하고, 나아가 공무원이 그에 관하여 고의 또는 과실이 있어야 한다는 것이다.

원심법원은 이 사건에서 경찰관이 시위를 저지한 것이 위법하지 아니하다고 하여 국가의 손해배상책임을 부인하였다. 그런데 대법원은 그 행위는 —원심판결의 판단과는 달리— 위법하기는 하지만, 공무원(구체적으로는 중부경찰서 정보과장)에게 고의 또는 과실이 있다고 하기는 어렵다고 하여 그 책임을 부인하는 결론에 도달한 것이다. 대법원은 대법원 1973년 10월 10일 판결 72다2583 사건(대법원판례집 21권 3호, 44면) 이래로 근자의 대법원 1995년 10월 13일 판결 95다32747 사건(법원공보 1995하, 3775); 대법원 1996년 11월 15일 판결 96다30540 사건(판례공보 1997상, 4); 대법원 1997년 5월 28일 판결 95다15735 사건(판례공보 1997하, 1965) 등에서 계속해서 “행정청이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 견해를 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당집행이라는 결과를 빚었다고 하더라도 처분 당시 그와 같은 처리 방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 공무원의 과실로 인한 것이라고는 할 수 없”다고 판시하여 왔다.

- (ii) 이 사건에서도 대법원은 “신고사항의 미비점으로 인하여 타인의 범익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위협이 초래된 경우에만 그 위협의 방지나 제거에 적합한 제한조치를 할 수 있을 뿐이나에 관하여 이 사건 시위 당시까지 이 점에 관한 선례, 학설이나 판례가 없었으며 법률전문가라고 하더라도 이를 선뜻 판단할 수 있는 문제로는 보이지 아니하므로, 이 사건 시위현장에서 비로소 위와 같은 신고사항의 미비점을 발견한 경찰공무원이 이를 이유로 바로 시위를 저

지할 수 있다고 판단한 데에 큰 잘못이 있다고 보이지는 아니한다”고 하여 당해 경찰관의 과실을 부인한 것이다.

- (iii) 그러나 비록 당해 공무원의 과실이 부인되어 국가의 배상책임이 인정되지 않는 결론에 이르렀다고 하더라도, 바람직한 것은 물론 위법행위를 범하지 않는 것이다. 그러므로 앞의 [法院의 判斷]의 (i)에서 본 바와 같이 “시위의 신고사항에 미비점이 있었다고 하더라도 이를 이유로 곧바로 당해 집회나 시위를 저지하여서는 아니되고 신고사항의 미비점으로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위험이 초래된 경우에 비로소 그 위험의 방지나 제거에 적합한 제한조치를 할 수 있다고 보아야 할 것”이라는 판시에는 충분한 주의가 기울어져야 할 것이다.

2. 불법시위를 진압함에 있어서의 주의의무

- (1) 이 점과 관련한 재판례로서 최상급법원인 대법원이 내린 것으로는 다음과 같은 것이 있다. 이 판결에서는 그 사안은 상세하게 드러나 있지 않으나, 최루탄을 잘못 사용함으로 인하여 시위가담자가 사망한 것임은 엿볼 수 있다.

[2] 대법원 1995년 11월 10일 판결 95다23897 손해배상사건(법원공보 1995하, 3910)

[法院의 判斷]

“원심이 그 판시사실을 인정한 다음, 피고 소속의 전투경찰들은 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 하는 데도 이를 게

을리한 채 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도를 넘어 지나치게 과도한 방법으로 시위진압을 한 잘못으로 甲으로 하여금 사망에 이르게 하였다 할 것이므로 피고는 그 소속 공무원인 전투경찰들의 직무집행상의 과실로 발생한 이 사건 사고로 인하여 甲 및 그 가족들인 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였음은 옳고, 거기에 소론과 같은 채증법칙위배로 인한 사실오인이나 경찰의 시위진압권한에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 모두 이유가 없다.”

[評 價]

(i) 이 대법원판결은 불법시위의 진압에 있어서도 「최대한 안전하고 평화로운 방법」을 사용하여 타인의 생명과 신체에 피해가 일어나지 않도록 하여야 하며, 특히 그 「타인」이 불법시위에 가담한 사람 자신이라고 하더라도 변함이 없음을 명확하게 밝힌 데 의미가 있다. 이 판결은 참조판례로 대법원 1994년 11월 8일 판결 94다25896 사건(법원공보 1994하, 3243)을 인용하고 있으나, 이는 앞의 II의 [6] 판결로서 총기의 사용에 관한 것으로 이 사건의 사실관계와는 별다른 관련은 없어 보인다.

(ii) 한편 대법원은 원심이 “그 시위에 참석하여 사망에 이르게 되기까지의 甲의 행위도 그 사고발생의 한 원인이 되었다는 점을 들어 이 사건 사고발생에 있어서 甲의 과실도 30% 정도 있는 것으로 인정”한 것을 타당하다고 판단하였다. 즉 30%의 과실상계를 인정한 것이다.

(2) 시위의 진압과정에서의 가해에 관련한 재판례는 특히 하급심에서 많이 발견할 수 있다. 아래에서는 대표적인 두 개의 하급심판결을 살펴보고 이에 대한 평가는 모아서 하기로 한다.

[3] 광주지방법원 1988년 7월 14일 판결 87가합909 손해배상사건(하급심 판결집 1988년 3·4권, 167)

[事 案]

甲은 전남대학교 사범대학에 재학중이던 1986년 5월 16일 천주교 광주대교구 정의평화위원회가 주최한 "광주의거 6주기 추모미사"에 참여하고, 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 하였다. 한편 위 시위에 대비한 광주경찰서 소속 경찰관과 전투경찰대는 케이·엠25최루탄(일명 사과탄)을 사용하여 위 시위를 해산시키게 되었다. 위 시위진압에 임한 일부 경찰 등이 최루탄을 시위군중의 머리 가까이의 높이에서 터지도록 투척하여 그 중 하나가 위 시위대 중간부분에서 시위에 참가하고 있던 甲의 눈앞에서 터졌다. 그로 인하여 甲이 쓰고 있던 안경이 깨지면서 우측 눈에 우안홍채이탈, 황반부변성 등의 상해를 입고 그로 인하여 우안시력이 약 0.06으로 저하되는 교정불능의 상해를 입었다.

[法院의 判斷]

(i) 최루탄의 사용에 있어서의 주의의무에 대하여.

“위 최루탄은 시위나 집회 등을 저지하거나 해산시키는 데에 그 주된 사용목적이 있고 그 기능은 최루가스의 자극으로 사람의 활동에 일시적인 장애를 가져오는 데 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 ... 부주의하게 최루탄을 취급사용한 직무상의 과실로 인하여 발생하였다 할 것 ...”

(ii) 피해자 甲의 『과실』을 이유로 하는 과실상계에 대하여.

“甲을 포함한 시위군중들은 위 시위 중 경찰로부터 수차의 해산경고를 받고도 해산하지 아니하고 시위를 계속하므로써 경찰이 시위해산을 위하여 최루탄을 사용하게 된 것이며 甲이 사고 당시 가담한 차도상에서의 시위는 법률이 금지하고

있는 야간옥외집회 및 시위에 해당하여 경찰이 이를 해산하는 과정에서 위 사고가 발생한 것임을 알 수 있는 바 이진 사고의 발생에 있어서는 그와 같은 甲의 과실도 위 경찰의 과실과 함께 한 원인을 이루었다 할 것인데 앞서 본 증거에 나타난 이 사건의 경위 등에 비추어 볼 때 甲의 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.“

(iii) 법원은, 甲 본인의 재산상 손해(일실회익 포함) 외에도 그 부모에게 각 1백만원의 위자료를 인정하고 있다.

[4] 광주지방법원 1999년 7월 일자불상 판결 98가합6079 손해배상사건
(LX 검색)

[事 案]

甲은 전남대학교 공과대학에 재학 중이던 1996년 5월 4일 아침 07:10경 광주 남부경찰서 앞에서 광주전남지역총학생회연합(남총련) 소속 대학생 300여 명과 함께 같은 달 3. 국가보안법 위반으로 구속된 전남대생 2명 등 강제연행 학생의 석방 등을 요구하며 쇠파이프를 휘두르고 돌을 던지며 기습시위를 벌였다. 같은 날 08:00경 광주지방검찰청 앞으로 이동한 후 시위를 진압하려는 전투경찰대원과 대치하게 되었는데, 시위대가 쇠파이프를 휴대하고 돌을 던지자, 전투경찰대가 시위대를 향하여 케이피-2 최루탄을 발사하는 등의 방법으로 시위를 진압하려 하였다. 그런데 성명불상의 전투경찰대원이 시위대로부터 불과 5m 정도 떨어진 가까운 거리에서 케이피-2 최루탄 발사기를 45°각도보다 낮은 각도로 위 시위대의 정면을 향하여 최루탄을 발사하는 바람에 위 시위대 앞쪽에 있던 甲이 그 파편에 오른쪽 눈을 맞아 우안 각공막 천공 등으로 우측 눈이 실명되는 상해를 입었다

[法院의 判斷]

- (i) “케이피-2 최루탄은 몸체 및 뚜껑 부분이 특수 연결 피브이씨(PVC)로 만들어진 것으로서 총 중량이 85g, 사거리가 80-100m이고, 발사되면 탄에서 분말최루가스가 분출, 확산되며, 탄체는 6조각으로 자체 분해되어 피격시 타박상을 입을 우려가 있으므로 전투경찰대원은 불법집회, 시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산 및 공공시설에 대한 중대한 위해(危害)발생을 억제하기 위하여 부득이하게 케이피-2 최루탄을 사용하는 경우 집회 또는 시위참가자가 직사탄에 맞지 않도록 군중과 75m 이상 떨어진 거리에서 발사각도를 45°이상 유지하고 발사함으로써 시위 군중의 머리 3-5m 상공에서 폭발되도록 사용하여야 할 주의의무가 있다] ... 그렇다면 이 사건 사고는 피고 소속 성명불상 전투경찰대원이 시위진압 과정에서 최루탄을 사용하면서 그 사용에 대한 안전수칙을 지키지 아니한 잘못으로 인하여 발생하였다고 할 것”이다
- (ii) “앞에서 인정한 사실에 의하면, 甲도 검찰청 앞에서 열린 불법시위에 적극 가담하였다가 이 사건 사고를 당한 과실이 있다 할 것이고, 甲의 이러한 과실은 이 사건 사고 발생의 한 원인이 되었다고 할 것이지만, 이는 피고의 책임을 면하게 할 정도는 이르지 아니하므로 다만 피고가 배상할 손해액을 산정함에 있어 이를 참작하기로 하되, 그 비율은 30%로 봄이 상당하다.”
- (iii) 위자료 1천만원의 지급을 별도로 인정하고 있다

[이상 두 건의 下級審判決에 대한 評價]

- (i) 이 두 건의 하급심판결은 앞의 [2]에서 본 대법원판결이 “불법시위의 진압에 있어서도 『최대한 안전하고 평화로운 방법』을 사용하여 타인의 생명과 신체에 피해가 일어나지 않도록 하여야 하며, 특히 그 『타인』이 불법시위에 가담한 사람이라도 다름이 없다”고 밝힌 태도를 최루탄의 사용의 사용과 관련하여 보다 구체적으로 부연하여 명확하게 한 것이라고 할 수 있다. 즉 “최루탄의 파편 등으

로 인하여 시위자가 다치는 일이 없도록 시위군중의 위치와 풍향을 고려하여 적절하게 투척”하여야 한다는 것이다.

한편 과실 유무의 판단 일반에 있어서와 같이, 이 사안유형에서도 시위의 구체적인 열기나 양상에 따라서는 그러한 주의의무를 다하지 못하여 과실이 있다고 할 것인지의 판단은 달라질 수도 있을 것이다.

- (ii) 한편 어느 사건에서나 과실상계가 인정되고 있음도 주의를 요한다. 다만 그 정도는 법원마다 크게 차이가 난다. 즉 [3]의 판결에서는 단지 10%를, [4]의 판결에서는 앞의 [2] 판결에서와 같이 30% 정도가 감액되고 있는 것이다. 대법원 1995년 2월 10일 판결 93다52402 사건(법원공보 1995상, 1281); 대법원 1995년 7월 25일 판결 95다17267 사건(법원공보 1995하, 2955); 대법원 1997년 11월 28일 판결 97다38299 사건(판례공보 1998상, 93) 등에서 보는 대로, “불법행위로 인한 손해배상사건에서 과실상계에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은, 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한, 사실심의 전권사항에 속하는 것”이다.

3. 시위자들이 던진 화염병으로 제3자가 입은 손해의 배상 여부

한편 다음의 대법원판결은 특이하게 시위자들이 던진 화염병으로 제3자가 입은 손해에 대하여 피해자가 국가를 상대로 그 배상을 청구해 온 사건에 대한 것이다.

[5] 대법원 1997년 7월 25일 판결 94다2480 손해배상사건(판례공보 1997하, 2650)

[事 案]

甲은 경북대학교 북문에서 50여 m 떨어진 도로변에 위치한 이 사건 건물을 소유하고 있고 丙은 같은 건물 1층에서 약국을 경영하고 있었다. 1992년 7월 16일 15:00경 대

구·경북지역의 대학생 300여 명이 위 대학교의 교정에 모여 불법집회를 개최하였다. 경찰은 대구지방경찰청 소속의 경찰기동대 2개 중대 및 1개 방법순찰대를 주변에 배치하고 위 북문 근처에도 전투경찰대원 약 30명을 미리 배치하여 두었지만 인근 주민들에게는 그러한 사실을 알리지는 않았다. 그 날 18:20경 대학생 약 250여 명이 위 북문으로 나와 위 약국 앞을 거쳐 그곳으로부터 50여 m 떨어진 파출소 부근으로 진출하자, 1개 기동중대 및 방법순찰대가 그곳으로 가서 위 대학생 시위대와 대치하여 접전을 벌였다. 그러던 중 18:40경 시위대가 던진 화염병이 길바닥에 떨어지면서 화염병에서 흘러나온 신나에 불이 붙고 이어 위 약국의 창문 밖에 나와 있는 분리형 에어컨의 배수용 비닐호스에 인화되어 불이 창문으로 타 들어가 유리창이 깨지고 에어컨이 폭발하면서 위 약국 안으로 불길기 번졌다. 당시 위 약국 앞에 세워둔 승용차를 치우고 돌아온 丙이 이를 보고 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 있었다. 조금 후 위 파출소로부터 연락을 받고 도착한 소방차들이 진화작업을 벌였으나 결국 이 사건 건물과 위 약국의 재고 의약품 등이 모두 타버렸다.

과거 시위진압 경찰관들은 위 대학교에서 있었던 여러 번의 시위를 진압할 때 시위 장소 앞 도로에 높이 3m, 길이 25m의 철재방호망을 설치하여 화염병 등이 위 방호망에 의하여 차단되게 하기도 하였으나 이 사건 화재 발생시에는 위와 같은 방호망을 설치하지 아니하였다. 위 대학교의 북문에서는 1991년도에 총 71회의 시위가 있었고 시위에 가담한 자의 수는 총 34,830명에 이르며 그 중 약 30회의 경우는 시위대가 돌과 화염병을 던졌으며, 1992년도에는 이 사건 시위까지 합하여 총 5회의 시위가 있었고 시위에 가담한 자의 수는 총 12,040명, 시위대가 던진 화염병은 총 6,000여 개가 넘었으며, 이 사건 시위 때도 시위대들이 위 북문에서 화염병 800여 개를 던졌다.

이 사건에서 甲 및 丙은 위 화재로 인한 재산상 손해의 배상을 청구하였다.

[法院의 判斷] 파기환송

1. 원심법원은 청구를 인용하였다.

“경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제1조, 제2조의 각 규정에 의하면 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호가 공공의 안녕질서유지와 함께 경찰관의 임무 내지 직무로 되어 있는 이상, 경찰은 국민의 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 위험물의 폭발을 비롯한 여러 가지 위험한 사태가 있을 때에는 이를 방지할 의무가 있다고 할 것이므로, 이 사건과 같은 시위가 발생하면 경찰로서는 불법시위를 저지함은 물론 시위대가 던진 화염병으로 말미암아 국민의 재산에 중대한 손해를 끼치지 아니하도록 하여야 할 의무가 있다고 할 것인데,

그 동안 위 대학교 복문 앞에서 벌어졌던 시위의 횡수, 양상 및 이 사건 당일 집회의 불법성 등을 고려하면 이 사건 당일에도 시위대가 위 복문 등에서 가두로 진출하여 화염병을 던질 것이고, 이러한 화염병에 의하여 주민의 재산에 화재가 발생할 가능성이 클 것이라는 것을 충분히 예상할 수 있었을 것이므로, 미리 인근 주민들에게 시위 가능성을 알려 그들로 하여금 건물의 창문이나 출입구를 막고 인화물질을 치우도록 하고 소화기도 준비시켜 화염병으로 인하여 일어날 수 있는 화재에 대비하여 적절한 자구 대책을 마련케 해야 하고, 경찰 스스로도 불이 나기 쉬운 곳에 방호망을 설치하거나 출동한 경찰의 일부로 하여금 땅에 떨어진 화염병에서 나온 불길의 주민의 재산으로 번져 나가지 않도록 대비하면서 만약의 화재에 대비하여 소방서와도 긴밀히 협조하여 주변에 대기시킨다든지 하는 방법으로 화재가 발생하면 즉각 진화할 수 있는 조치를 취할 의무가 있다 할 것임에 불구하고,

이 사건에서 경찰은 시위진압에만 급급했지 시민의 재산보호에는 별다른 관심을 두지 아니하였던 탓으로, 시위 사실을 사전에 충분히 알고 있으면서도 주민들에게 그 사실을 미리 알려 주어서 대비하게 하지 아니하였고 스스로도 주민들의 신체나 재산을 보호하기 위한 아무런 조치를 취하지 아니한 중대한 과실을 저질렀다.”

2. 그러나 대법원은 다음과 같이 판시하여 원심판결을 파기환송하였다.

- (i) “경찰관은 공공의 안녕질서유지와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호도 그 임무로 하고 있으므로 이 사건과 같은 불법시위가 발생하는 경우 공공의 안녕질

서유지를 위해 이를 저지하는 한편, 그로 인하여 국민의 생명, 신체 및 재산에 대한 손해가 발생하지 않도록 적절한 조치를 취할 의무가 있음은 원심이 판시한 바와 같으나, 국가배상책임은 공무원의 직무집행이 법령에 위반한 것임을 요건으로 하는 것으로서, 공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것이라면 특별한 사정이 없는 한 이는 법령에 적합한 것이고 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니라고 할 것이며, 불법시위를 진압하는 경찰관들의 직무집행이 법령에 위반한 것이라고 하기 위하여는 그 시위진압이 불필요하거나 또는 불법시위의 태양 및 시위 장소의 상황 등에서 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 내용에 비추어 시위진압의 계속 수행 내지 그 방법 등이 현저히 합리성을 결하여 이를 위법하다고 평가할 수 있는 경우이어야 할 것이다.”

- (ii) “이 사건 건물이 위치한 위 대학교 북문 주위에서 이미 화염병이 사용된 수많은 불법시위가 벌어졌고 이 사건 당일에도 위 북문 근처에 전투경찰대원들이 배치되는 등 인근 주민으로서도 쉽게 불법시위를 예상할 수 있는 상황이었다면, 경찰관들이 甲 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 산발적인 데다가 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 없는 점 등 원심의 인정과 기록에 나타난 사실관계 아래에서라면,

경찰 당국이 이 사건 시위의 과정에서 화염병의 사용을 예상할 수 있었는데도, 원심판시와 같이 시위 장소 부근에 화염병 차단을 위한 방호망을 설치하지 않

았다거나, 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 할지라도, 그러한 사정만으로 이 사건 시위진압을 위한 경찰관들의 직무집행이 그 시위의 태양 및 시위 장소의 상황 등에서 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 내용에 비추어 시위진압의 방법 등이 현저히 합리성을 결한 것으로서 위법한 것이라고는 볼 수 없다 할 것이다.

그렇다면 이 사건에서 시위진압 경찰관들의 직무집행이 법령에 위반함을 전제로 피고에게 배상책임을 인정한 원심판결에는 국가배상책임에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이므로 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.“

[評 價]

(i) 대법원이 불법시위 진압에 있어서 공무원의 직무집행행위의 위법성을 판단하는 기준으로 드는 것은, 첫째, 그 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것인가, 둘째, 만일 그렇다면 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니며, 셋째, 그 경우에 직무집행의 위법성이 인정되려면 그 시위진압이 불필요하거나 또는 불법시위의 태양 및 시위 장소의 상황 등에서 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 내용에 비추어 시위진압의 계속 수행 내지 그 방법 등이 현저히 합리성을 결하여 이를 위법하다고 평가할 수 있는 경우라야 한다는 것이다.

일반적으로 불법시위의 진압은 당연히 법령이 경찰의 임무로서 이를 요청하는 것이므로, 첫째와 둘째의 요건은 대부분의 경우에 충족될 것이다. 그렇다면 문제는 ‘피해 발생의 구체적 위험성에 비추어 시위 진압을 계속한 것 또는 그 진압의 방법이 현저하게 합리성을 결하였는지’ 여부가 된다. 결국 앞의 III.에서 긴급구호조치 등에 관하여 본 바와 마찬가지로 여기서도 시위의 진압은 경찰의 권한에 속하는 것으로서 그 권한을 어떻게 행사할 것인지는 그의 재량에 좇아 판

단될 것이지만, 다만 그 행사가 『합리성을 현저히 결하는 경우』에는 위법하게 된다는 것이다.

- (ii) 한편 구체적인 사건의 해결로 보면 원심판결과 대법원판결 중에서 어느 편이 적절한지는 쉽사리 판단할 수 없으나, 대체로 대법원의 태도가 나은 것으로 보인다. 앞에서 손해배상책임이 긍정된 인신손해의 경우와는 달리 여기서는 단지 1차적으로 재산상 손해가 발생하였고, 손해의 직접적인 원인이 시위자측의 화염병의 투척으로 인한 발화에 있고 경찰측은 다만 그 사후 대응의 적절 여부만이 문제된 것이며, 화염병의 투척으로 인근 상가에 불이 일어난다는 것은 예외에 속하며 또 실제로 경찰은 그에 대하여 일응의 조치는 취하였다는 점 등 이 사건에 나타난 여러 사정을 고려하여 보면, 역시 합리성의 현저한 결여를 인정하여야 보기는 어려울 것이다.
- (iii) 이 판결이 앞의 III.1.에서 본 대법원 1996년 10월 25. 판결 95다45927 사건(판례공보 1996하, 3406)을 참조재판례로 인용하고 있는 것도 그러한 점에서 이해될 수 있는 바이다. 한편 또 하나의 참조재판례로 인용하는 대법원 1995년 11월 30일 판결 95다23897 사건(법원공보 1995하, 3910)은 앞의 2.에서 본 [2] 판결로서 불법시위의 진압에서의 주의의무를 일반적으로 실시한 것이다.

VI. 結

1. 이상에서 본 바와 같이 경찰관의 직무집행행위가 위법한지 여부를 법적으로 판단하는 문제는 매우 다양한 사안유형에서 제기된다.

경찰관의 직무집행과 관련하여 있을 수 있는 다양한 상황 아래서 위법한 직무행위가 어떠한 것인지 그 한계를 명확하게 가려내게 되면, 이를 교육 기타를 통하여 일선의 경찰관들에게 두루 알림으로써 그들로 하여금 적법한 행위를 선택하도록 유도할 수 있을 것이다. 그리하여 이를 통하여 국민의 경찰에 대한 신뢰를 더욱 높이고 또 국가배상책임으로 인한 재정적 부담을 덜 수 있게 된다. 나아가 위법한 경찰관의 개인적 책임의 요건과 한계 및 내용을 명확하게 함으로써 자신의 직무수행에 보다 많은 자신감과 명확성을 주어 원활한 업무수행을 가능하게 할 수도 있다. 그리고 국가질서 유지의 첨병인 경찰관의 적법한 직무수행을 유도하고 경찰에 대한 신뢰를 더욱 높일 수 있을 것이다.

2. 1990년대 이후 우리 사회의 민주화의 진척과 우리 국민의 권리의식의 향상에 수반하여 경찰관의 위법한 직무집행을 이유로 국가를 상대로 손해배상을 청구하는 일은 눈에 띄게 늘어났다. 이러한 상황변화에 적절하게 대처하기 위하여서라도 그 위법판단의 논리적 구조와 사례를 이해하는 것은 민주경찰의 발전을 위하여 지극히 중요한 일이라고 할 것이다.

3. 한편 경찰관의 업무수행의 적극성을 북돋우기 위하여는, 혹 손해배상의 문제가 제기되더라도 국가가 부담하는 손해배상책임과 경찰관 개인의 손해배상책임과의 관계를 정확하게 인식하는 것이 중요하다. 이에 대하여는 앞의 I.2.에서 살펴본 대로 대법원의 전원합의체 판결에 의하여 경찰관이 그 직무를 수행하던 중에 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그에게 고의 또는 중과실이 없는 이상 당해 공무원 개인을 상대로 하여 손해배상을 청구할 수 없다는 법리가 확고하게 자리를 잡게 되었다.

그런데 경찰관이 직무집행행위를 함에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가하는 경우는 실제로는 별로 많지 않으므로, 결국 경찰관 개인이 손해배상을 청구당할 우려는 없다고 보아도 좋다.

[附錄]

1. 경찰관직무집행법(현행. 1999년 5월 24일 법률 제5988호로 전문 개정된 것)

제1조 (목적)

- ① 이 법은 국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 경찰관의 직무수행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.
- ② 이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다.

제2조 (직무의 범위) 경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다.

- 1. 범죄의 예방·진압 및 수사
- 2. 경비·요인경호 및 대간첩작전수행
- 3. 치안정보의 수집·작성 및 배포
- 4. 교통의 단속과 위해의 방지
- 5. 기타 공공의 안녕과 질서유지

제3조 (불심검문)

- ① 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다.
- ② 그 장소에서 제1항의 질문을 하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정되는 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰서·지서·파출소 또는 출장소(이하 "경찰관서"라 하되, 지방해양경찰관서를 포함한다)에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다.
- ③ 경찰관은 제1항에 규정된 자에 대하여 질문을 할 때에 흉기의 소지여부를 조사할 수 있다.

- ④ 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 질문하거나 동행을 요구할 경우 경찰관은 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행장소를 밝혀야 한다.
- ⑤ 제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우 경찰관은 당해인의 가족 또는 친지등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다.
- ⑥ 제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우 경찰관은 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다.
- ⑦ 제1항 내지 제3항의 경우에 당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.

제4조 (보호조치 등)

- ① 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 다음 각호의 1에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다.
1. 정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자
 2. 미아·병자·부상자등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자. 다만, 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다
- ② 제1항의 긴급구호요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유 없이 긴급구호를 거절할 수 없다.
- ③ 제1항의 경우에 피구호자가 휴대하고 있는 무기·흉기등 위협을 야기할 수 있는 것으로 인정되는 물건은 경찰관서에 임시령치할 수 있다.
- ④ 경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체없이 이를 피구호자의 가족·친지 기타의 연고자에게 그 사실을 통지하여야 하며, 연고자가 발견되지 아니할 때에는 피구호자를 적당한 공중보건의료기관이나 공공구호기관에 즉시 인계하여야 한다.

⑤ 경찰관은 제4항의 규정에 의하여 피구호자를 공중보건의료기관 또는 공공구호기관에 인계한 때에는 즉시 그 사실을 소속 경찰서장 또는 지방해양경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.

⑥ 제5항의 보고를 받은 소속 경찰서장 또는 지방해양경찰관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 피구호자를 인계한 사실을 지체없이 당해 공중보건의료기관·공공구호기관의 장 및 그 감독행정청에 통보하여야 한다.

⑦ 제1항의 규정에 의한 경찰관서에서의 보호는 24시간을, 제3항의 임시령치는 10일을 초과할 수 없다.

제5조 (위험발생의 방지)

① 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다.

1. 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 필요한 경고를 발하는 것
2. 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도내에서 억류하거나 피난시키는 것
3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것

② 경찰관서의 장은 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.

③ 경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체없이 이를 소속경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.

④ 제2항의 조치를 하거나 제3항의 보고를 받은 경찰관서의 장은 관계기관의 협조를 구하는 등 적당한 조치를 하여야 한다.

제6조 (범죄의 예방과 제지)

① 경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신

체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

② 삭제

제7조 (위험방지를 위한 출입)

① 경찰관은 제5조제1항·제2항 및 제6조제1항에 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서 타인의 토지·건물 또는 선거내에 출입할 수 있다.

② 흥행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소의 관리자 또는 이에 준하는 관계인은 그 영업 또는 공개시간내에 경찰관이 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 위해예방을 목적으로 그 장소에 출입할 것을 요구한 때에는 정당한 이유없이 이를 거절할 수 없다.

③ 경찰관은 대간첩작전수행에 필요한 때에는 작전지역안에 있어서의 제2항에 규정된 장소안을 검색할 수 있다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 경찰관이 필요한 장소에 출입할 때에는 그 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 하며, 함부로 관계인의 정당한 업무를 방해하여서는 아니 된다.

제8조 (사실의 확인등)

① 경찰관서의 장은 직무수행에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 국가기관 또는 공사단체등에 대하여 직무수행에 관련된 사실을 조회할 수 있다. 다만, 긴급을 요할 때에는 소속경찰관으로 하여금 현장에 출장하여 당해기관 또는 단체의 장의 협조를 얻어 그 사실을 확인하게 할 수 있다.

② 경찰관은 미아를 인수할 보호자의 여부, 유실물을 인수할 권리자의 여부 또는 사고로 인한 사상자를 확인하기 위하여나 행정처분을 위한 교통사고조사상의 사실을 확인하기 위하여 필요한 때에는 관계인에게 출석을 요하는 사유·일시 및 장소를 명확히 한 출석요구서에 의하여 경찰관서에 출석할 것을 요구할 수 있다.

제9조 (유치장) 경찰서 및 지방해양경찰관서에 법률이 정한 절차에 따라 체포·구속

되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 유치장을 둔다.

제10조 (경찰장비의 사용 등)

- ① 경찰관은 직무수행중 경찰장비를 사용할 수 있다. 다만, 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비에 대하여는 필요한 안전교육과 안전검사를 실시하여야 한다.
- ② 제1항의 "경찰장비"라 함은 무기, 경찰장구, 최루제 및 그 발사장치, 감식기구, 해안감시기구, 통신기구, 차량·선박·항공기등 경찰의 직무수행을 위하여 필요한 장치와 기구를 말한다.
- ③ 경찰장비를 임의로 개조하거나 임의의 장비를 부착하여 통상의 용법과 달리 사용함으로써 타인의 생명·신체에 위해를 주어서는 아니된다.
- ④ 제1항 단서의 경찰장비의 종류 및 그 사용기준, 안전교육·안전검사의 기준등에 대하여는 대통령령으로 정한다.

제10조의2 (경찰장구의 사용)

- ① 경찰관은 현행범인의 경우와 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 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 한도내에서 경찰장구를 사용할 수 있다.
- ② 제1항의 "경찰장구"라 함은 경찰관이 휴대하여 범인검거와 범죄진압등 직무수행에 사용하는 수갑·포승·경찰봉·방패등을 말한다.

제10조의3 (분사기 등의 사용)

- ① 경찰관은 범인의 체포·도주의 방지 또는 불법집회·시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위해의 발생을 억제하기 위하여 부득이한 경우 현장책임자의 판단으로 필요한 최소한의 범위 안에서 분사기(총포·도검·화약류등 단속법의 규정에 의한 분사기와 최루등의 작용제) 또는 최루탄을 사용할 수 있다.

② 삭제

제10조의4 (무기의 사용)

① 경찰관은 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 한도내에서 무기를 사용할 수 있다. 다만, 형법에 규정한 정당방위와 긴급피난에 해당하는 때 또는 다음 각 호의 1에 해당하는 때를 제외하고는 사람에게 위해를 주어서는 아니 된다.

1. 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 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. 체포·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 3회이상의 투기명령 또는 투항명령을 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

② 제1항의 "무기"라 함은 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있도록 제작된 권총·소총·도검등을 말한다.

③ 대간첩·대테러작전등 국가안전에 관련되는 작전을 수행할 때에는 개인화기에 공용화기를 사용할 수 있다.

제11조 (사용등록의 보관) 제10조의3의 규정에 의한 분사기나 최루탄 또는 제10조의

4의 규정에 의한 무기를 사용하는 경우 그 책임자는 사용일시·사용장소·사용대상·현장책임자·종류·수량등을 기록하여 보관하여야 한다.

제12조 (벌칙) 이 법에 규정된 경찰관의 의무에 위반하거나 직권을 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 자는 1년이하의 징역이나 금고에 처한다.

제13조 (시행령) 이 법 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

부 칙 [생략]

2. 警察官職務執行法(1981년 4월 13일 법률 제3427호로 전문개정된 것)

第1條 (目的) ① 이 법은 國民의 自由와 權利의 보호 및 社會公共의 秩序維持를 위한 警察官의 職務遂行에 필요한 事項을 規定함을 目的으로 한다.

② 이 법에 規定된 警察官의 職權은 그 職務遂行에 필요한 最小限度 내에서 행사되어야 하며 이를 濫用하여서는 아니된다.

第2條 (職務의 범위) 警察官은 다음 各號의 職務를 行한다.

1. 犯罪의 豫防·鎮壓 및 搜查
2. 警備·要人警護 및 對間諜作戰遂行
3. 治安情報의 蒐集·作成 및 配布
4. 交通의 團束과 危害의 방지
5. 기타 公共의 安寧과 秩序維持

第3條 (不審檢問) ① 警察官은 수상한 舉動 기타 주위의 事情을 合理的으로 判斷하여 어떠한 罪를 犯하였거나 犯하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 者 또는 이미 行하여진 犯罪나 行하여지려고 하는 犯罪行爲에 관하여 그 事實을 안다고 인정되는 者를 停止시켜 質問할 수 있다.

② 그 場所에서 第1項의 質問을 하는 것이 當該人에게 不利하거나 交通의 방해가 된다고 인정되는 때에는 質問하기 위하여 부근의 警察署·支署·派出所 또는 出張所(이하 "警察官署"라 한다)에 同行할 것을 요구할 수 있다.

③ 第1項 및 第2項의 경우에 當該人は 刑事訴訟에 관한 法律에 의하지 아니하고는 身體를 拘束 당하지 아니하며, 그 意思에 반하여 警察官署에의 同行이나 答辯을 強要당하지 아니한다.

④ 警察官은 第1項에 規定된 者에 대하여 質問을 할 때에 兇器의 소지여부를 調査할 수 있다.

第4條 (保護措置 등) ① 警察官은 精神錯亂者·迷兒·酒醉者·自殺企圖者 또는 負傷者로서 緊急救護를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 者를 발견한 때에는 保健醫療機關 또는 公共救護機關에 緊急救護를 要請하거나, 警察官署에 보호하는 등 適當한 措置를 할 수 있다.

② 第1項의 緊急救護要請을 받은 保健醫療機關이나 公共救護機關은 正當한 이유 없이 緊急救護를 拒絶할 수 없다.

③ 第1項의 경우에 被救護者가 휴대하고 있는 武器·兇器등 危險을 야기할 수 있는 것으로 인정되는 物件은 警察官署에 臨時領置할 수 있다.

④ 警察官이 第1項의 措置를 한 때에는 지체없이 이를 被救護者의 家族·親知 기타의 緣故者에게 그 事實을 통지하여야 하며, 緣故者가 발견되지 아니할 때에는 被救護者를 適當한 公衆保健醫療機關이나 公共救護機關에 즉시 引繼하여야 한다.

⑤ 第1項의 規定에 의한 警察官署에서의 보호는 24時間을, 第3項의 臨時領置는 30日을 초과할 수 없다.

第5條 (危險發生의 방지) ① 警察官은 人命 또는 身體에 危害를 미치거나 財産에 중대한 損害를 끼칠 우려가 있는 天災, 事變, 工作物의 損壞, 交通事故, 危險物의 爆發, 狂犬·奔馬類등의 出現, 極端한 混雜 기타 危險한 事態가 있을 때에는 다음의 措置를 할 수 있다.

1. 그 場所에 集合한 者, 事物의 管理者 기타 關係人에게 필요한 警告를 발하는 것
2. 특히 緊急을 요할 때에는 危害를 받을 우려가 있는 者를 필요한 限度 내에서

抑留하거나 避難시키는 것

3. 그 場所에 있는 者, 事物의 管理者 기타 關係人에게 危害防止上 필요하다고 인정되는 措置를 하게 하거나 스스로 그 措置를 하는 것

② 警察官署의 長은 對間諜作戰遂行 또는 騷擾事態의 鎮壓을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 對間諜作戰地域 또는 警察官署·武器庫 등 國家重要施設에 대한 接近 또는 通行을 制限하거나 금지할 수 있다.

③ 警察官이 第1項의 措置를 한 때에는 지체없이 이를 所屬警察官署의 長에게 보고하여야 한다.

④ 第2項의 措置를 하거나 第3項의 보고를 받은 警察官署의 長은 關係機關의 協助를 구하는 등 적당한 措置를 하여야 한다.

第6條 (犯罪의 豫防과 制止) ① 警察官은 犯罪行爲가 目前에 行하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 豫防하기 위하여 關係人에게 필요한 警告를 발하고, 그 行爲로 인하여 人命·身體에 危害를 미치거나 財産에 중대한 損害를 끼칠 우려가 있어 緊急을 요하는 경우에는 그 行爲를 制止할 수 있다.

② 警察官은 犯罪발생의 危險이 현저한 家宅에 대한 防犯을 啓導하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 關係人의 同意를 얻어 家宅을 訪問·啓導할 수 있다. 이 경우 그 訪問理由를 알리고 身分을 표시하는 證票를 提示하여야 하며, 關係人의 私生活이 방해되지 아니하도록 특별히 留意하여야 한다.

第7條 (危險防止를 위한 出入) ① 警察官은 第5條第1項·第2項 및 第6條第1項에 規定한 危險한 事態가 발생하여 人命·身體 또는 財産에 대한 危害가 切迫한 때에 그 危害를 방지하거나 被害者를 救助하기 위하여 부득이하다고 인정할 때에는 合理的으로 判斷하여 필요한 限度 내에서 他人의 土地·建物 또는 船車 내에 出入할 수 있다.

② 興行場·旅館·飲食店·驛 기타 多數人이 出入하는 場所의 管理者 또는 이에 準하는 關係人은 그 營業 또는 公開時間 내에 警察官이 犯罪의 豫防 또는 人命·身體와 財産에 대한 危害豫防을 目的으로 그 場所에 出入할 것을 요구한 때에는 정당한 이유없이 이를 拒絕할 수 없다.

③ 警察官은 對間諜作戰遂行에 필요한 때에는 作戰地域안에 있어서의 第2項에 規定된 場所안을 檢索할 수 있다.

④ 第1項 내지 第3項의 規定에 의하여 警察官이 필요한 場所에 出入할 때에는 그 身分을 표시하는 證票를 提示하여야 하며, 합부로 關係人의 正當한 業務를 방해 하여서는 아니 된다.

第8條 (事實의 확인등) ① 警察官署의 長은 職務遂行에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 國家機關 또는 公私團體등에 대하여 職務遂行에 관련된 事實을 照會할 수 있다. 다만, 緊急을 요할 때에는 所屬警察官으로 하여금 現場에 出張하여 當該機關 또는 團體의 長의 協助를 얻어 그 事實을 확인하게 할 수 있다.

② 警察官은 迷兒를 引受할 保護者의 與否, 遺失物을 引受할 權利者의 與否 또는 事故로 인한 死傷者를 확인하기 위하여거나 行政處分을 위한 交通事故調査上의 事實을 확인하기 위하여 필요한 때에는 關係人에게 출석을 요하는 事由·日時 및 場所를 명확히 한 出席要求書에 의하여 警察官署에 출석할 것을 요구할 수 있다.

第9條 (留置場) 警察署에 法律이 정한 節次에 따라 拘束되거나 身體의 自由를 制限하는 判決 또는 處分을 받은 者를 收容하기 위하여 留置場을 둔다.

第10條 (裝具의 사용) 警察官은 死刑·無期 또는 長期 3年이상의 懲役이나 禁錮에 해당하는 罪를 犯한 犯人의 逮捕·逃走의 방지, 자기 또는 他人의 生命·身體에 대한 防護, 公務執行에 대한 抗拒의 抑制를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 事態를 合理的으로 判斷하여 필요한 限度내에서 手匣·捕繩·警察棒등 警察裝具를 사용할 수 있다.

第11條 (武器의 사용) 警察官은 犯人의 逮捕·逃走의 방지, 자기 또는 他人의 生命·身體에 대한 防護, 公務執行에 대한 抗拒의 抑制를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 事態를 合理的으로 判斷하여 필요한 限度내에서 武器를 사용할 수 있다. 다만, 刑法에 規定한 正當防衛와 緊急避難에 해당하는 때 또는 다음 各號의 1에 해당하는 때를 제외하고는 사람에게 危害를 주어서는 아니 된다.

1. 死刑·無期 또는 長期 3年이상의 懲役이나 禁錮에 해당하는 罪를 犯하거나

犯하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있는 者가 警察官의 職務執行에 대하여 抗拒하거나 逃走하려고 할 때 또는 第3者가 그를 逃走시키려고 警察官에게 抗拒할 때에 이를 방지 또는 逮捕하기 위하여 武器를 사용하지 아니하고는 다른 手段이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때

2. 拘束令狀과 押收·搜索令狀을 執行할 때에 本人이 警察官의 職務執行에 대하여 抗拒하거나 逃走하려고 할 때 또는 第3者가 그를 逃走시키려고 警察官에게 抗拒할 때 이를 방지 또는 逮捕하기 위하여 武器를 사용하지 아니하고는 다른 手段이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
3. 犯人이 武器·兇器등 危險한 物件을 소지하고 警察官으로부터 3회이상의 投棄命令을 받고도 이에 不應하면서 계속 抗拒할 때
4. 對間諜作戰遂行이나 騷擾事態를 鎮壓함에 있어 武裝間諜이나 騷擾行爲者가 警察官의 投降命令이나 3회이상의 解散命令을 받고도 이에 不應하면서 武器·爆發物·火焰瓶이나 刀劍을 소지하고 계속 抗拒하거나 武器·車輛·船舶·航空機를 奪取하거나 公共機關·武器庫등 國家重要施設을 破壞 또는 放火할 때

第12條 (罰則) 이 法에 規定된 警察官의 職權을 濫用하여 다른 사람에게 害를 끼친 者는 6月이하의 懲役이나 禁錮에 處한다.

第13條 (施行令) 이 法 施行에 관하여 필요한 事項은 大統領令으로 정한다.

附 則 [생략]

3. 警察官職務執行法(1953년 12월 14일 법률 제299호로 제정된 것)

第1條 (目的) ① 本法은 警察官이 國民의 生命, 身體, 財産의 保護와 犯罪의 豫防, 公安의 維持 其他 法令執行 等の 職務를 忠實히 遂行하기 爲하여 必要한 措置를 規

定함을 목적으로 한다.

② 본법에 規定한 措置는 前項의 目的을 爲하여 必要한 最少限度 內에서 行使하여야 하며 그를 濫用하여서는 아니 된다.

第2條 (不審檢問) ① 警察官은 殊常한 舉動 其他 周圍의 事情을 合理的으로 判斷하여 어떠한 罪를 犯하였거나 또는 犯하려 하고있다고 疑心할 만한 相當한 理由가 있는 者 또는 이미 行하여진 犯罪或은 行하여지려고 하는 犯罪에 關하여 그 事實을 안다고 認定되는 者를 停止 시켜 質問할 수 있다.

② 그 場所에서 前項의 質問을 하는 것이 本人에게 不利하거나 또는 交通의 妨害가 된다고 認定되는 때에는 質問하기 爲하여 그 者에 附近의 警察署, 支署, 派出所 또는 出張所에 同行할 것을 要求할 수 있다.

③ 前2項에 規定하는 者는 刑事訴訟에 關한 法規에 依하지 아니하고는 身體를 拘束當하지 아니하며 또 그 意思에 反하여 警察署, 支署, 派出所 또는 出張所에 同行되거나 答辯을 強要 當하지 아니한다.

④ 第1項에 規定된 者가 質問을 받을때에 警察官은 被質問者에 對하여 그 身體에 兇器의 所持與否를 調査할 수 있다.

第3條 (保護措置) ① 警察官은 殊常한 舉動 其他 周圍의 事情을 合理的으로 判斷하여 다음 各號의 1에 該當함이 明白하며 應急의 救護를 要한다고 믿을 만한 相當한 理由가 있는 者를 發見하였을 때에는 早速히 警察官署, 病院 其他 救護機關等 適當한 場所에 이를 保護하는 措置를 取하여야 하며 武器, 兇器 其他 危險發生의 憂慮가 있다고 認定되는 物件은 證明書を 交付하고 이를 假領置 할 수 있다.

1. 精神錯亂 또는 酒醉로 因하여 自己 또는 他人의 生命, 身體와 財産에 危害를 미칠 憂慮가 있는 者와 自殺을 企圖하는 者.

2. 길 잃은 兒孩, 病者, 負傷 等으로서 適當한 保護者가 없으며 應急의 援護를 要한다고 認定되는 者. 但 本人이 이를 拒絶할 境遇에는 例外로 한다.

② 前項의 措置를 하였을 때에는 警察官은 遲滯없이 被救護者의 家族, 親知 其他의 緣故者에게 이를 通知하고 引受에 對한 方法을 取하여야 한다.

③ 責任있는 家族, 親知 等이 發見되지 아니할 때에는 遲滯없이 그 被救護者를

適當한 公衆保健機關 또는 公共事業機關 等に 引繼하여야 한다.

④ 第1項의 規定에 依한 警察의 保護는 24時間을 超過하지 못한다.

⑤ 第1項의 假領置之 期間은 30日을 超過하지 못한다.

第4條 (危險發生의 防止) ① 警察官은 人命 또는 身體에 危害를 미치거나 또는 財產에 重大한 損害를 끼칠 憂慮가 있는 天災, 事變, 工作物의 損壞, 交通事故, 危險物의 爆發, 狂犬, 奔馬類 等の 出現, 極端한 混雜 其他危險한 事態가 있을 때에는 다음의 措置를 取할 수 있다.

1. 그 場所에 集합한 者, 事物의 管理者와 其他關係者에게 必要한 警告를 發하는 것
2. 特히 緊急을 要할 때에는 危害를 받을 憂慮가 있는 者에 對하여 必要한 限度에서 이를 抑留하거나 避難시키는 것
3. 그 場所에 있는 者, 事物의 管理者 其他關係者에 對하여 危害 防止上 必要하다고 認定되는 措置를 取하게 하거나 또는 스스로 그 措置를 取하는 것

② 前項의 規定에 依하여 警察官이 取한 措置에 關하여서는 遲滯없이 所管道知事 (또는 서울特別市長)에게 報告하여야 한다

③ 前項의 報告를 받은 者는 關係機關의 協力을 求하기 爲하여 適當한 措置를 取하여야 한다.

第5條 (犯罪의 豫防과 制止) 警察官은 犯罪行爲가 目前에 行하여지려고 하는 것을 認定하였을 때에는 그를 豫防하기 爲하여 關係者에게 必要한 警告를 發하고 그 行爲로 因하여 人命, 身體에 危害를 미치거나 財產에 重大한 損害를 끼칠 憂慮가 있어 緊急을 要하는 境遇에는 그 行爲를 制止할 수 있다.

第6條 (危險防止를 爲한 出入) ① 警察官은 前2條에 規定한 危險한 事態가 發生하여 人命, 身體와 財產에 對한 危害가 切迫하였을 때에 그 危害를 防止하거나 또는 被害者를 救助하기 爲하여 不得已하다고 認定 할 때에는 合理的으로 必要하다고 判斷되는 限度 內에서 他人의 土地, 建物 또는 船車 內에 出入할 수 있다.

② 興行場, 旅館, 料亭, 驛 其他 多數人이 集合하는 場所의 管理者 또는 이에 準하는 者는 그 公開時間 內에 있어서 警察官이 犯罪의 豫防 또는 人命, 身體와 財

産에 對한 危害豫防을 目的으로 그 場所에 出入할 것을 要求하였을 때에는 正當한 理由없이 이를 拒絶할 수 없다.

③ 前2項의 規定에 依하여 警察官이 必要한 場所에 出入할 때에 그 場所의 管理者 또는 그 代理者로부터 要求가 있을 때에는 警察官은 理由를 告하고 그 身分을 證明하는 證票를 提示 하여야 하며 함부로 關係者의 正當한 業務를 妨害하여서는 아니 된다.

第7條 (武器의 使用) 警察官은 犯人의 逮捕, 逃走의 防止, 自己 또는 他人의 生命, 身體에 對한 防護, 公務執行에 對한 抗拒를 抑制하기 爲하여 必要하다고 認定되는 相當한 理由가 있을 때에는 그 事態를 合理的으로 判斷하여 必要한 限度內에서 武器를 使用할 수 있다. 但 刑法에 規定한 正當防衛와 緊急避難에 該當하는 때 또는 다음 各號의1에 該當하는 때를 除外하고는 사람에게 危害를 주어서는 아니 된다.

1. 死刑, 無期 또는 長期3年以上의 懲役 또는 禁錮에 該當하는 罪를 犯하고 또는 犯하였다고 疑心할 만한 充分한 理由가 있는 者가 警察官의 職務執行에 對하여 抗拒하거나 逃走하려고 할 때 또는 第三者가 그를 逃走시키려고 警察官에게 抗拒할 때에 이를 防止 또는 逮捕하기 爲하여 武器를 使用하지 아니하고는 다른 手段이 없다고 認定되는 相當한 理由가 있을 때
2. 拘束令狀과 搜索令狀을 執行할 때에 本人이 警察官의 職務執行에 對하여 抗拒하거나 逃走하려고 할 때 또는 第三者가 그를 逃走시키려고 警察官에 抗拒할 때에 이를 防止 또는 逮捕하기 爲하여 武器를 使用하지 아니하고는 다른 手段이 없다고 認定되는 相當한 理由가 있을 때

第8條 (罰則) 本法에 規定된 措置를 濫用하여 國民에게 害를 끼친 者는 6月以下의 懲役이나 禁錮에 處한다.

第9條 (施行令) 本法 施行에 關하여 必要한 事項은 大統領令으로 定한다.

附 則 [생략]

연구보고서 2005-09

경찰관의 위법한 직무집행으로 인한 손해 배상 책임에 관한 연구

- 재판례의 분석을 중심으로 -

2005년 8월 발행

2005년 8월 인쇄

발행인 : 김 길 배

발행처 : 치안정책연구소
경기도 용인시 구성읍 언남리 88번지

인쇄처 : (주) 대한 피앤디
(TEL : (02)2268-0458)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식 견해가 아님을 밝혀둡니다.