

범죄진입장비의 효과적 사용에 관한 연구

《研究陣》

연구위원 : 김 연 태 (고려대학교 법과대학 교수)

연구실장 : 한 기 인 (총 경)

연구관 : 백 창 현 (경 감)

목 차

I. 서 론	9
II. 범죄진압장비의 사용에 관한 일반적 고찰	11
1. 범죄진압장비의 개념, 종류	11
2. 범죄진압장비 사용의 개념 및 법적 성질	18
3. 범죄진압장비의 사용에 관한 헌법적 고찰	21
III. 범죄진압장비 사용의 근거	26
1. 범죄진압장비 사용 경찰관의 구성요건해당적 행위의 정당화	26
2. 실정법적 근거	29
IV. 범죄진압장비 사용의 요건과 한계	33
1. 범죄진압장비 사용의 일반적 요건과 한계	33
2. 무기사용	44
3. 경찰장구의 사용	60
4. 분사기 등의 사용	62
5. 기타 장비의 사용	64
V. 외국경찰의 범죄진압장비 사용례 및 입법례	66
1. 일 본	66
2. 독 일	83
3. 오스트리아	103

4. 영 국	105
5. 미 국	121
VI. 범죄진압장비의 사용에 대한 개선방향	131
1. 범죄진압장비 사용에 관한 규정의 명확화	131
2. 총기를 대체하는 범죄진압장비의 도입	134
3. 범죄진압장비 사용에 관한 교육·훈련의 개발	136
참 고 문 헌	138

I. 서 론

경찰은 범죄의 예방과 진압을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하고 사회공공의 안녕과 질서유지라는 임무를 수행한다. 그런데 최근의 범죄양상은 그 양이 증가할 뿐만 아니라, 질적으로 흉포화, 조직화, 기동화 되어 가고 있는바, 그에 대하여 경찰도 인력·장비의 보강을 통하여 적절한 대응방안을 마련하여야 할 것이다. 특히 난폭화 되는 최근의 범죄양상에 적절히 대응하여 시민의 생명·신체와 재산을 보호하고 공공의 안녕·질서를 유지할 뿐만 아니라, 공권력 행사자인 경찰관 스스로를 보호하기 위하여 무기 등 범죄진압장비의 사용이 불가피하다는 데 이론이 있을 수 없다.

그러나 반면에 관련 법규의 흠결·미비 및 교육훈련의 부족 등으로 경찰관의 무기사용에 의하여 인명피해가 발생하거나 과도한 총기사용이 문제된 사례가 빈번히 나타나는 등 그 부작용으로 인한 피해가 더 노출되고 있는 실정이다.¹⁾

무기사용의 요건과 한계는 경찰관직무집행법에 규정되어 있다. 그러나 법규정의 불명확성 때문에 무기사용이 문제되는 경우, 특히 그에 의하여 사람이 사망하는 결과가 발생하는 경우에는 무기사용 자체가 허용되는 것인지, 그 사태를 진압하기 위하여 필요한 것이었는지, 아니면 경찰관에게 다른 완화된 수단을 활용할 가능성이 있었는지에 대하여 의문이 항상 제기된다. 이와 같은 경우에 물론 예외적인 경우도 있겠지만, 일반적인 여론은 경찰에 비우호적인 것이 보통이라 할 수 있다.

경찰관이 구체적인 상황에서 무기사용 여부를 결정함에 있어서는 그 적법성에 대하여 충분히 고려할 시간적 여유가 없는 것이 보통이다. 그리하여 경찰관이 상황을 잘못 판단한 경우에, 잘못된 판단의 결과에 대한 책임(내부적 징계책임 및 중과실의 경우 손해배상책임 등)은 그 경찰관 스스로 부담하게 된다.

이와 같이 무기사용에 있어서의 부작용 및 그 결과에 대한 비난이 있다고 하더라도 근본적으로 경찰관의 무기사용을 완전히 배제할 수는 없는 것이고, 그 사용을 인정한다

1) 예컨대 2003년 5월 11일 인천공항고속도로 톨게이트 인근에서 신호위반 후 정지지시를 무시하고 달린 승용차를 향해 공포탄 2발과 실탄 5발을 발사하며 추격하여 운전자를 검거한 경찰관에 대하여 과잉 검거의 논란이 있었다(동아일보 2003. 5. 12.).

면 경찰목적 달성과 그 부작용의 최소화라는 측면에서 발전적인 방향으로 개선이 필요하다고 하겠다.

본 연구에서는 우선 범죄진압장비의 개념, 종류 및 사용개념을 검토하고, 범죄진압장비 사용의 이론적·법적 근거 및 사용요건과 한계를 살펴보고, 현행 범규상의 문제점을 분석한다.

그 다음에 선진외국경찰에 있어서 범죄진압을 위한 장비의 사용 사례와 입법례를 검토하여 전자충격총, 최면가스분사기 등 총기 이외의 범죄진압장비의 도입 가능성 및 그 법적 요건과 한계 등에 대하여 살펴봄으로써 점점 흉포화 되어 가는 범죄양상에 대비하고 효과적인 범죄진압장비의 사용방향을 정립하고자 한다.

II. 범죄진압장비의 사용에 관한 일반적 고찰

1. 범죄진압장비의 개념, 종류

1) 경찰장비에 관한 규정

경찰이 직무수행을 위하여 사용하는 장치와 기구를 경찰장비라 하는데, 경찰관직무집행법은 경찰장비로 무기, 경찰장구, 최루제 및 그 발사장치, 감식기구, 해안감시기구, 통신기구, 차량·선박·항공기 등을 열거하고 있다(제10조 제2항). 무기라 함은 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있도록 제작된 권총·소총·도검을 말하며(제10조의4 제2항), 경찰장구는 경찰관이 휴대하여 범인검거와 범죄진압 등 직무수행에 사용하는 수갑·포승·경찰봉·방패 등을 말한다고 정의하고 있다(제10조의2 제2항).

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’(대통령령)에서는 경찰관이 직무를 수행함에 있어 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비의 종류를 경찰장구, 무기, 분사기·최루탄 등 및 기타 장비로 나누고, 경찰장구에는 수갑·포승·호송용포승·경찰봉·호신용경봉·전자충격기·방패 및 전자방패를, 무기에는 권총·소총·기관총(기관단총을 포함)·산탄총·유탄발사기·박격포·3인치포·함포·크레모아·수류탄·폭약류 및 도검을 열거하고 있다. 또한 분사기·최루탄 등에는 근접분사기·가스분사기·가스발사총(고무탄 발사검용을 포함) 및 최루탄(그 발사장치를 포함)이 해당되며, 기타장비로 가스차·살수차·특수진압차·물포·석궁·다목적발사기 및 도주차량차단장비를 열거하고 있다.

경찰관직무집행법의 시행을 위하여 필요한 사항을 정하고 경찰장비의 관리에 관한 기본적인 사항을 규정하고 있는 경찰장비관리규칙(경찰청훈령 제279호)에서는 경찰장비를 그 사용목적과 기능에 따라 ① 작전·해안감시장비, ② 경호장비, ③ 대테러장비, ④ 진압장비, ⑤ 방법장비, ⑥ 교통장비, ⑦ 수사·감식장비, ⑧ 기동장비, ⑨ 무기·탄약·최루장비, ⑩ 전산장비, ⑪ 통신장비, ⑫ 항공장비, ⑬ 의료장비로 구분하고 있다(제4조).

본 연구에서는 경찰이 직무수행을 위하여 사용하는 모든 장비를 논의의 대상으로 하지 않고, 범죄진압장비, 즉 경찰관이 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생

명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제 등을 위하여 사용하는 장비에 한정하고, 그 중에서도 특히 사람의 생명·신체에 위해를 가할 우려가 있는 장비의 사용에 논의를 집중하기로 한다.

경찰관직무집행법상 열거된 경찰장비 중 범죠탄압장비로 사용될 수 있는 것으로는 수갑, 포승, 경찰봉, 방패 등의 경찰장구와 분사기(총포·도검·화약류등단속법의 규정에 의한 분사기와 최루등의 작용제), 최루탄 및 무기가 있다.

경찰장비관리규칙에서는 경찰장비에 대하여 경찰관직무집행법 보다 자세한 규정을 두고 있다. 그에 열거된 장비 중 범죠탄압을 위하여 사용될 수 있는 장비로는 다음과 같은 것을 들 수 있다. 국가 대테러 업무수행, 대규모 시위진압 및 재난시 인명구조 등 경찰특공대 임무수행에 사용되는 ‘대테러 장비’로서 MP-5소총, P-7권총, 석궁, 방탄방패, 산탄총, 전자충격기, 다목적 발사기, 공용화기 및 특수진압차 등이 있다(제77조, 제79조). 불법 집회·시위 진압의 업무수행을 위하여 운영하는 ‘진압장비’에는 방패, 진압봉, 가스차, 살수차(물대포), 근접분사기, 유색분사기, 최루탄발사기 등이 열거되어 있다(제87조). 방범업무수행을 위하여 운영하고 있는 ‘방범장비’ 중에는 경찰봉, 호신용경봉, 가스발사총, 가스분사기 등이 열거되어 있다(제95조). 교통업무수행을 위하여 관리·운영하고 있는 ‘교통장비’ 중에는 도주차량차단장비가 범죠탄압장비로 사용될 수 있을 것이다(제116조). 범죠탄수사활동 및 감식업무에 사용되는 ‘수사·감식장비’ 중에는 수갑, 포승, 호송용포승이 사람의 생명·신체에 위해를 가할 우려가 있는 장비로 규정되어 있다(제128조).

경찰장비관리규칙은 경찰관이 직무를 수행하는 과정에서 그 장비의 통상의 용법대로 사용하는 경우 사람의 생명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 장비를 위해성장비라고 하여 특별취급을 하고 있다(제220조 이하). 위해성장비는 경찰장구, 무기, 분사기등 및 기타 장비로 구분된다. 위해성장비에 해당하는 경찰장구로는 수갑·포승·호송용포승·경찰봉·호신용경봉·전자충격기·진압봉·방패 및 전자방패가 열거되고, 무기에는 권총·소총·기관총·산탄총·유탄발사기·박격포·3인치포·크레모아·수류탄·폭약류 및 도검이 열거되어 있다. 분사기등에는 근접분사기·가스분사기·가스발사총·최루탄발사기 및 최루탄이 해당되고, 기타장비로는 가스차·살수차·특수진압차·석궁·다목적발사기 및 도주차량차단장비가 열거되어 있다(제222조).

2) 무 기

무기는 대체로 사람을 살상하는 성능을 가진 기구 일반으로 총칭되는데, 성질상의 무기와 용법상의 무기로 구분할 수 있다. 성질상의 무기란 사람을 살상하는 용도에 이용할 목적으로 제작된 기구를 말하고, 용법상의 무기란 제작목적과 상관없이 그 용법에 따라 사람의 살상에 이용할 수 있는 기구를 말한다.²⁾ 경찰관직무집행법 제10조의4에서의 무기의 개념에 대하여 성질상의 무기만을 의미한다는 견해³⁾와 성질상의 무기뿐만 아니라 용법상의 무기 또한 무기의 개념에 속한다는 견해⁴⁾가 있다.⁵⁾ 후자의 견해는 제작목적이 인명의 살상이 아니라 하더라도 통상적인 사용방법을 벗어나 인명의 살상을 가져오는 경우에는 이를 규율할 필요가 있다는 점 등을 근거로 하나, 경찰관직무집행법 제10조의4가 무기의 사용을 특별히 규율하는 이유는 본래 인명의 살상용으로 제작된 총기나 도검 등 무기의 위험성에 비추어 그 사용요건을 강화하기 위한 것으로, 같은 법 제10조의2 등에서 경찰장구의 사용에 관한 요건을 따로 정하고 있을 뿐 아니라, 제10조의4는 위해를 가하는 경우와 그렇지 않은 경우의 사용요건을 따로 정하고 있는바, 용법상의 무기는 위해를 가하지 않는 경우에는 무기에 해당할 수 없으므로 그 의미가 없고, 또한 제10조의2를 적용하더라도 충분히 그 규정 및 비례성 원칙에 의하여 규율이 가능하므로, 여기에서의 무기는 성질상의 무기로 제한함이 옳다고 생각된다.

더욱이 경찰관직무집행법 제10조의4 제2항과 ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 ‘무기라 함은 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있도록 제작된 권총·소총·도검 등을 말한다.’라고 규정하고 있고, ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’에서 경찰장비는 ‘통상의 용법’에 따라 사용할 것을 일반적인 사용기준으로 명시하고 있는 것으로 볼 때, 경

2) 장영민/박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 188쪽.

3) 이기호, 경찰활동과 무기사용에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 53쪽 이하.

4) 장영민/박기석, 앞의 논문, 188쪽.

5) 참고로 무기의 개념에 관하여 일본에서는 ① 사람을 살상하기 위하여 제작된 기구(소위 흉기)라는 견해, ② 사람을 살상하는 성능을 가진 것으로서 주로 사람을 살상하는 용도에 제공할 목적으로 제작된 것이라는 견해, ③ 제작의 목적과는 상관없이 상당한 정도의 살상능력을 가지는 것으로서 병기와 흉기의 중간 정도에 위치하는 것이라는 견해 등이 주장된다. 이에 대하여는 김일무, 경찰권발동의 관련성에서 본 경찰관의 무기사용의 한계, 동국대학교 석사학위논문, 1990, 35쪽 참고.

찰관직무집행법상의 무기는 성질상의 무기만을 의미하는 것으로 보아야 한다.

따라서 용법에 따라서는 사람에게 심각한 피해를 가할 수도 있는 수갑·포승·경찰봉 등 경찰장구, 최루탄 등 화학적 공격수단, 경찰견, 오토바이 등도 그 사용에 따라서는 예외적으로 경찰관직무집행법 제10조의4의 적용대상이 될 수 있다고 보는 견해⁶⁾는 이러한 직접강제수단을 별도로 규율하고 있는 현재에는 과거의 것이 되었다. 따라서 인명살상용 이외의 경찰장비의 사용은 무기에 관한 엄격한 조항의 통제를 받지 않게 되므로, 사안이 갖고 있는 중대성과 인명에 대한 위험성, 강제력 행사의 모습, 그 정도 및 침해되는 법익과 보호이익간의 균형 등을 기준으로 허용될 수 있는지 여부가 판단되어야 할 것이다.⁷⁾

성질상 무기의 개념요소인 ‘살상’에 대하여는 하한인 상해의 정도를 어디까지로 볼 것인지가 문제되는데, 경미한 상해를 입힐 가능성이 있는 경우까지를 이에 포함시키게 되면,⁸⁾ 다소간의 상해의 결과가 생길 수 있는 수갑, 포승, 경찰봉까지 모두 무기에 속하게 될 수밖에 없다. 그러나 이는 경찰관직무집행법 규정의 취지에도 벗어날 뿐만 아니라 사회의 통념과도 거리가 있는 것이다. 더욱이 무기의 사용에 의해 신체에 피해를 가하는 경우는 예외적인 경우로서, 실제로는 피해를 가하지 않는 사용을 원칙으로 하고 있다. 대표적으로 위협목적으로 사용하는 것이 그에 해당한다. 이러한 사정을 고려할 때 적어도 그 도구를 사용할 수 있음을 경고하는 방법만으로 상대방이 생명이나 신체에 대한 위협의 위협을 느낄 정도의 살상력을 갖추고 있는 도구만을 무기로 함이 타당하다고 할 것이다. 따라서 여기서의 상해라 함은 중대한 신체적 침해를 의미하는 것으로 이해하여야 할 것이다.

경찰관직무집행법이 권총·소총·도검을 무기의 예로 열거하고 있는데 대하여, ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’(대통령령) 및 경찰장비관리규칙(경찰청훈령)에서는 권총·소총·기관총(기관단총을 포함)·산탄총·유탄발사기·박격포·3인치포·함포·크레모아·수류탄·폭약류 및 도검을 무기에 해당하는 것으로 열거하고 있다.

경찰관직무집행법에서는 대간첩·대테러작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 수행할

6) 장영민/박기석, 앞의 논문, 189쪽; 경찰대학, 경찰보안론, 1991, 126쪽.

7) 이기호, 앞의 논문, 54쪽.

8) 송달룡, 경찰관의 무기사용의 한계, 서울대학교 석사학위 논문, 107쪽.

경우에 개인화기 이외에 공용화기를 사용할 수 있다고 규정하면서, 개인화기와 공용화기에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 다만 경찰장비관리규칙에서 권총·소총(자동소총 및 기관단총을 포함) 등을 개인화기로, 유탄발사기·중기관총·박격포 등 부대장비를 공용화기로 규정하고 있을 뿐이다.

생각건대 사람의 생명을 박탈하거나 중대한 신체상의 침해를 가져올 수 있는 무기는 법에서 명시적으로 열거하여야 한다. 하위의 명령이나 행정규칙에서 그 범위를 확대하는 것은 법률유보원칙에 위배된다고 볼 수 있다. 생명·신체에 대한 중대한 손상을 가져올 수 있는 경찰장비의 본질적 사항에 대하여는 법률로써 규정해야 할 것이다. 또한 사람을 살상하는 것이 우선적인 목적인 군대식 무기(예컨대 유탄발사기, 박격포, 수류탄 등)와 통상적인 경찰무기(권총, 소총, 도검 등)를 구별하여 전자에 대하여는 더욱 엄격한 요건하에 그 사용을 통제하여야 할 것이다.

3) 경찰장구

경찰관직무집행법은 경찰관이 휴대하여 범인검거와 범죄진압 등 직무수행에 사용할 수 있는 경찰장구로 수갑, 포승, 경찰봉, 방패 등을 열거하고 있다(제10조의2 제2항). ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’에서는 그 이외에 호송용포승·호신용경봉·전자충격기 및 전자방패를 경찰장구의 종류로 추가하고 있다.

이들 경찰장구는 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위한 것으로 본래 사람의 생명·신체에 위해를 가할 목적으로 제작된 것이 아니므로 경찰관직무집행법상에서 규정하는 무기에 해당하지 않는다. 따라서 이의 종류를 경찰관직무집행법의 위임에 의하여(제10조 제4항) 대통령령에서 확장하는 것은 크게 문제되지 않는다.

그런데 경찰장구도 사용방법에 따라서는 사람에게 위해를 가할 가능성이 있는 것이므로 사람에게 위해를 가하는 방법으로 사용되는 경우에는 무기사용에 관한 규정을 준용하여 일정한 요건하에 무기로서의 사용을 인정할 수 있다는 견해⁹⁾가 주장되는데, 타당하지

9) 정용기, 경찰관의 무기사용과 그 정당화의 한계, 한국형사법학의 새로운 지평, 유일당 오익주 교수 정년기념논문집, 2001, 461쪽.

않다고 생각된다. 경찰장비는 ‘통상의 용법에 따라’ 필요한 최소한의 범위안에서 이를 사용하여야 한다(‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’ 제3조). 즉 경찰장구를 무기로 사용하는 것은 허용될 수 없다. 경찰장구의 사용은 경찰관직무집행법 및 ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’에서 정하고 있는 요건 및 사용기준에 따라야 하고, 그 규정에 의하여 적법성 여부를 판단하여야 한다.

4) 분사기·최루탄 등

경찰관은 범인의 체포·도주의 방지 또는 불법집회·시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위해의 발생을 억제하기 위하여 분사기(총포·도검·화약류등단속법의 규정에 의한 분사기와 최루등의 작용제) 또는 최루탄을 사용할 수 있다(경찰관직무집행법 제10조의3). ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’에서는 근접분사기·가스분사기·가스발사총(고무탄 발사검용을 포함) 및 최루탄(그 발사장치를 포함)을 분사기·최루탄 등에 해당하는 것으로 열거하고 있다(제2조 제3호).

분사기·최루탄 등은 최루장비에 해당하는데, ‘최루장비’라 함은 화학적 성질에 의하여 최루·자극·연막 또는 신호 등의 효과를 일으키거나 이를 제거하는 최루작용제를 장착하여 사용하는 장비를 말한다. ‘가스분사기’라 함은 사람의 활동을 일시적으로 곤란하게 하는 최루 또는 자극(질식) 등의 작용제를 내장된 압축가스의 힘으로 분사할 수 있는 기기를 말하며, ‘가스발사총’이라 함은 장약을 이용한 추진력에 의하여 가스작용제 또는 고무탄 등을 발사할 수 있는 장비를 말한다. ‘최루탄발사기’라 함은 장전탄통에 최루탄을 장착하여 추진탄에 의한 가스방출력으로 발사할 수 있도록 장치된 장비를 말한다(경찰장비관리규칙 제161조).

최루장비 중 가스분사기에는 스프레이형·총포형·근접분사기형·배낭형·유색형 등이 있으며, 가스발사총에는 가스발사권총·고무탄 검용가스발사권총 등이 있다(경찰장비관리규칙 제162조).

최루장비는 화학적 성질에 의하여 최루 내지 질식의 효과를 가져오기 위한 것으로 경우에 따라 신체상에 중대한 결과를 초래할 수도 있으며, 근접한 거리에서 발사하는 경우 가스발사총 등은 상대방에게 상당한 충격을 줄 수 있다. 따라서 이의 사용에 대하여는

엄격한 기준이 마련되어야 할 것이다. ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 가스발사총의 경우 1미터 이내의 거리에서 상대방의 얼굴을 향하여 발사하는 것을 금지하고 있으며, 최루탄을 발사하는 경우 일정한 각도 이상의 발사각을 유지할 것을 요구하고 있다. 최루장비를 사용하여 신체에 위해를 주는 경우에는 무기에 준하여 무기사용에 관한 규정이 적용되어야 할 것이라는 견해는 위에서 언급한 바와 같이 타당하지 않다.

5) 기타 장비

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 경찰관이 직무를 수행함에 있어 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비의 종류로 가스차·살수차·특수진압차·물포·석궁·다목적발사기 및 도주차량차단장비를 열거하면서 이를 기타 장비로 분류하고 있다(제2조 제4호).

가스차와 살수차는 불법집회·시위 또는 소요사태에 있어서 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위험을 억제하기 위한 목적으로 사용되며, 특수진압차는 소요사태의 진압, 대간첩·대테러작전의 수행을 위하여 사용될 수 있다. 물포는 불법해상시위를 해산시키거나 정선명령에 불응하고 도주하는 선박을 정지시키기 위하여 사용된다.

석궁은 총기·폭발물 기타 위험물로 무장한 범인 또는 인질범의 체포, 대간첩·대테러작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 은밀히 수행하거나 총기를 사용할 경우에는 화재·폭발의 위험이 있는 경우 등에 사용할 수 있으며, 다목적발사기는 인질범의 체포 또는 대간첩·대테러작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 수행하거나 공공시설의 안전에 대한 현저한 위해의 발생을 방지하기 위한 목적으로 사용할 수 있다. 석궁이나 다목적발사기는 총기를 대체하는 수단으로서 생명·신체에 대한 중대한 침해를 가져올 수 있는 경찰장비에 해당한다. 따라서 이의 사용에 관하여는 법규명령이 아니라 법률에서 규율하여야 할 것이다.

도주차량차단장비는 무면허운전이나 음주운전 기타 범죄에 이용하였다고 의심할 만한 차량 또는 수배중인 차량이 도주하거나 차량으로 직무집행중인 경찰관에게 위해를 가한 후 도주하려는 경우에 이를 저지하기 위한 목적으로 사용되는 경찰장비를 말한다.

2. 범죄진압장비 사용의 개념 및 법적 성질

1) 범죄진압장비 사용의 개념

범죄진압장비를 ‘사용한다’라고 함은 위에서 언급한 경찰장비를 가지고 통상의 용법에 따라 직접 사람 또는 물건에 실력을 가하여 경찰목적을 달성하는 것을 말한다. 범죄진압장비를 사용하는 것은 개인의 신체 또는 재산에 실력을 가하는 권력적 작용으로 개인의 권리·이익에 대한 침해가 항상 우려된다. 따라서 범죄진압장비의 사용은 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제 등 일정한 목적에 한정되어야 하며, 법이 정한 요건을 충족한 경우에도 그 정도에 있어서 필요한 최소한도의 범위안에서 사용되어야 한다는 제한을 받는다.

경찰관직무집행법에서는 무기사용과 관련하여 사람의 신체에 위해를 주는 경우와 위해를 주지 않는 경우를 구별하여 사용요건을 정하고 있다. 신체에 위해를 주는 경우는 사람에게 대하여 생명이나 신체에 대한 중대한 침해를 가하는 목적하에 사용하는 경우를 말하므로, 사용의 의미와 관련하여 문제될 것이 없다. 그에 대하여 경찰관직무집행법상 무기의 사용은 원칙적으로 신체에 위해를 가하지 않는 경우를 예정하고 있는바, 신체에 위해를 가하지 않는 사용이란 어떤 것을 의미하는지가 문제된다.

무기를 사용하는 것은 사람을 향해 직접 총기를 발사하거나 칼을 사용하는 등 신체에 대한 직접적인 위해를 가하는 행위뿐만 아니라, 예컨대 도주하는 차량의 타이어에 총기를 발사하여 도주를 저지하는 경우와 같이 그 도구의 성질에 따른 효과를 발생시키는 모든 경우를 포함한다.¹⁰⁾ 또한 사람을 향해 총기를 겨누거나 공중을 향해 공포탄 내지 위협발사 하는 등 살상기능이 있음을 드러내어 상대방에게 경고 내지 위협하는 행위 등도 무기 사용에 해당한다.¹¹⁾ 그러나 단순히 무기를 소지하거나 총집에서 꺼내는 것만으로는 일반적으로 무기를 사용한다고 할 수 없다. 구체적으로 격발의 전단계로 총기의 발사를 예상케 하여 상대방으로 하여금 그 행위로 인하여 스스로 신체적인 제약을 일으키게 하거나

10) 도주하는 차량에 대한 총기사용이 위해를 수반하는 총기사용에 해당하는지에 대하여는 IV. 2. (2) (가) (c) 도주저지를 위한 차량에 대한 총기사용 참조.

11) 경고사격과 위협사격의 구별에 대하여는 IV. 1. (2) 경찰강제의 계고 참조.

직접적으로 제약을 가하는 정도에 이르러야 비로소 사용한다고 할 수 있을 것이다. 또한 예를 들어 총기의 개머리판으로 사람을 가격하는 경우와 같이 통상적인 사용방법 이외의 방법으로 사용하는 것은 법에서 규정한 사용의 경우는 아니라고 할 것이다.

총기를 예로 들어 그 위협적인 효과면에서 무기사용의 해당 여부를 살펴보면 다음과 같다.

총기사용의 단계	구체적인 행위	예 시	총기사용의 해당여부
총기의 소지	휴대	총기를 차고 순찰하는 경우	사용이 아님
총기발사의 준비	준비행위	총기를 꺼내는 행위	사용이 아님
	손에 들고 있는 행위	총기를 꺼내어 단순히 들고 있는 행위	구체적인 경우, 상대의 행동을 제약 할 수 있으면 사용에 해당함
	조준하는 행위	사람을 향하여 조준하는 행위	무기의 사용에 해당함
총기발사	공포탄 발사	실제로는 신체에 대한 직접적인 위해가 없음	
	위협사격	목적 대상을 향하지 않은 사격	
	다른 물건에 대한 사격	도주차량의 타이어를 향하여 발사하는 행위	
	사람에 대한 사격	인명의 살상	
총기발사	사격훈련 등	훈련이나 검사소에서의 성능 시험 등	무기의 사용이 아님
	발사 외의 방법으로 쓰는 것	개머리판으로 사람을 가격하는 경우	

2) 범죄진압장비 사용의 법적 성질

경찰목적은 위하여 개인의 신체·재산·가택 등에 실력을 가하여 경찰상의 필요한 상

태를 실현하는 사실상의 작용을 경찰강제라고 하는데, 이를 크게 경찰상의 강제집행과 즉시강제로 구분하고, 다시 경찰상의 강제집행의 수단으로는 대집행·집행벌(이행강제금)·직접강제 및 경찰상의 강제징수를 들고 있는 것이 일반적이다. 경찰상의 강제집행은 경찰의무의 존재와 그 경찰의무의 불이행을 전제하는데 대하여, 경찰상의 즉시강제는 이를 전제하지 않고 목전에 급박한 위해를 예방 또는 제거하기 위하여 즉시에 실력을 행사하는 것이라는 점에서 구별된다고 한다.

이러한 구별에 따를 때 무기 등 범죄진압장비 사용의 성질은 목전의 급박한 장해를 제거하기 위하여 또는 미리 의무를 명하는 것으로는 목적을 달성할 수 없는 성질인 경우에 의무의 불이행을 기다릴 것 없이 직접 개인의 신체, 재산 등에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현시키는 작용으로서 경찰상 즉시강제에 속한다고 보는 것이 다수의 견해이다.

그러나 경찰장구, 최루탄 등 분사기 및 무기사용에 있어서도 일정한 의무이행을 명한 뒤 그에 대한 불응이 있는 경우에 직접 강제하는 경우를 상정할 수 있다. 예를 들면 범죄행위 후 도주하려는 범인이 차폐물 뒤에 숨어서 경찰관에게 총을 발사하는 경우에, 경찰관은 우선 범인에게 총기사용을 중지하고 손을 들고나올 것을 요구하게 된다. 이를 거부하는 경우에 비로소 경찰관은 무기를 사용하게 됨을 경고하게 될 것이다. 이러한 경우 경찰관은 우선 기본적 의무를 명하고, 이를 이행하지 않는 경우에 무기 등의 강제수단을 사용하게 된다.

이러한 사안상의 차이점을 무시한 채 범죄진압장비의 사용을 모두 즉시강제로 의제하는 것은 잘못이다.¹²⁾ 미리 의무를 명하여 경찰목적의 달성할 수 있는 경우에 바로 경찰이 강제수단을 사용하는 것은 비례성의 원칙 중 필요성의 원칙에 반하여 허용될 수 없음은 당연한 것이다. 즉 즉시강제의 경우에 미리 의무를 명할 수 있는 경우인지는 항상 검토되어야 한다.

경찰상의 직접강제와 즉시강제는 긴급성에 따른 구별이지만, 양자 모두 경찰이 직접적으로 강제수단을 취한다는 점에서 차이는 없다. 따라서 이들은 권력적 사실행위에 해당하며, 행정소송법상 취소소송 등의 대상이 되는 처분성이 인정된다. 그러나 범죄진압장

12) 김남진, 행정법 I, 457쪽; 박상희/서정범, 경찰작용법제의 개선방안, 한국법제연구원, 1996. 12, 174쪽 참고.

비의 사용으로 말미암아 국민의 생명, 신체, 재산에 대한 침해가 있는 경우, 그 처분의 즉시성으로 인해 취소소송에 의한 권리구제는 의미가 없는 경우가 대부분이며, 사후적인 수단(국가배상법에 의한 손해배상 등)이 적합한 구제방법이라 할 수 있다.

3. 범죄진압장비의 사용에 관한 헌법적 고찰

1) 생명권과 관련된 총기 등 무기사용의 문제점

우리나라 헌법은 독일¹³⁾과 같이 생명권 및 신체불가침에 대한 권리를 기본권으로 명시하고 있지는 않지만, 생명권이 헌법상의 권리라고 보는 데에는 이견이 없다.¹⁴⁾ 헌법재판소는 생명에 대한 권리는 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선행적이고 자연법적 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라고 본다.¹⁵⁾ 이러한 최상의 가치를 가지는 생명권을 제약할 수 있는 조치를 법률에 근거하여 취할 수 있는지에 대해서는 의문의 여지가 있을 수 있으나,¹⁶⁾ 이에 대해서는 헌법재판소가 사형제도의 위헌성 문제를 다루면서 타인의 생명을 부정하거나 중대한 공공이익을 침해하는 경우에는 생명권도 역시 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다고 하여 이를 명백히 하였다.¹⁷⁾

13) 독일 기본법 제2조 제2항: 『누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 가진다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거하여서만 제한될 수 있다.』

14) 생명권의 인정근거에 대해서는 학설이 대립하는데, 신체의 자유에 포함시키는 견해(허영, 한국헌법론, 335-337쪽), 인간의 존엄과 가치에 속한다고 보는 견해(김철수, 헌법학개론, 372쪽; 홍성방, 헌법학, 375쪽), 인간의 존엄과 신체의 자유 및 헌법 제37조 제2항에서 근거를 찾고자 하는 견해(권영성, 헌법학원론, 387쪽) 등이 있다.

15) 헌재결 1996.11.28, 95헌바1.

16) 독일기본법은 제2조 제2항 3문에서 그 가능성을 헌법 차원에서 열어두고 있다.

17) 헌재결 1996.11.28, 95헌바1. 이에 덧붙여 헌법재판소는 “생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지않은 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라고 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수 없다”고 하였다.

여하튼 최상의 가치를 가진 기본권으로서 생명권 및 신체불훼손권을 침해할 가장 큰 가능성을 가지는 국가의 권력작용으로서 경찰관의 무기 등 범죄진압장비사용은 그 상대방에게 예상되는 심각한 침해정도로 인하여 항상 다른 수단의 사용이 별 성과가 없거나 목적을 실현시킬 수 없음이 명백히 예측되는 경우에만 최후의 수단(ultima ratio)으로서 고려되어야 한다. 예컨대 비행기납치나 암살계획, 인질극 등의 사례에서 설득을 한다거나 납치범 등에 대한 속임의 행위 혹은 최루 등의 작용제의 사용 등 가능한 일반적 수단을 사용하였으나 별 효과를 거두지 못하였거나 또는 효과를 거두지 못할 것이 명백하게 예측되는 경우에 마지막 수단으로 생각할 수 있는 것이 총기 등 극단적인 살상용무기의 사용이다.

그런데 이러한 직접적인 강제수단의 사용에 대하여 그동안 우리나라에서는 헌법 내지 기본권적인 고찰이 등한시되어 왔다. 우선 이러한 경우에 법적인 측면에서 언제나 고려되어야 할 것은 납치범 등 범죄인들도 헌법상 생명권과 신체불훼손권을 향유하는 자들이라는 점이다.¹⁸⁾ 특히 범죄인들도 자신의 범죄행위로 인하여 인간으로서 갖는 존엄과 가치를 바로 상실하는 것은 아니라고 보아야 한다. 원칙적으로 이러한 권리는 어느 누구도 박탈할 수 없는 것이다.

그러나 다른 측면에서 국가는 그들로부터 피해를 입고 있는 사람과 그의 권리를 보호해줄 의무 또한 가지고 있는 것이다(국가의 기본권보호의무). 일반시민들이 자신의 권리나 이익을 스스로 관철하는 자력구제는 금지되고, 이러한 권력적 요소를 국가가 독점한다는 명제는 국가가 일반시민의 보호의무를 부담할 때에만 정당화된다. 만약 위와 같은 위협사태에서 국가가 시민의 보호의무를 이행하지 않는다면, 국가는 시민 스스로 무기를 휴대하여 자신을 방어하려고 나서는 것을 허용해야 할 것이다. 이것은 원시적인 자연상태로 복귀하게 됨을 의미하며 이러한 결론은 타당하지 않다.

이러한 양 측면의 충돌상황은 절충적 방법으로 해결될 수밖에 없다. 즉 생명권은 절대적 기본권으로서 보장되어야 하지만 타인의 생명을 부정하거나 중대한 공익을 침해하는 경우 국가는 무엇인가 해결기준을 마련하여 제시하여야 한다. 직접적인 강제수단 중 가장 강력한 효과를 가지는 무기사용에 대해서는 법률에서 명확하게 그 해결기준을 정

18) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., S. 547.

해야 할 것이다. 따라서 우리나라 문헌에서 무기 등 직접적인 강제수단의 법적 근거를 논하면서 무기사용은 형법상 정당행위이고 정당행위가 되기 위한 기초로 자주 등장하는 개괄적 수권조항¹⁹⁾을 언급하는 것은 문제가 있다.²⁰⁾ 특히 사망의 결과를 가져올 수도 있는 중대한 조치의 경우 그 허용성 여부는 명백하고 일의적으로 표현되어야 할 것이며, 불명확한 형태로 경찰에게 법적 요건의 판단의무를 귀속시킬 수는 없기 때문이다.

또한 정당방위나 긴급피난이라는 형법·민법의 위법성조각사유의 요건을 충족하면 적법한 무기사용이 되며 직접적인 강제조치의 법적 근거를 충족시킨다는 논리²¹⁾는 더 큰 의문을 제기하게 만든다. 경찰관이 일반시민의 이익을 구제하기 위하여 정당방위로 나아가는 긴급구조(형법 제21조)나 正 대 正의 관계로 나타나므로 경찰관의 무기사용에 있어서 실제사례로 등장하기 어려운 긴급피난(형법 제22조)이라는 정당화규정들을 권력적 작용인 경찰강제의 근거조항으로 원용하는 것은 엄격하게 제한적으로 적용되어야 할 경찰관직무집행법의 의미를 상실시킬 뿐만 아니라, 특히 헌법상 근거를 가지는 비례성 원칙 내지 과잉금지원칙과도 모순되게 된다. 국가의 권력작용이 아니라 개인적 이익의 방어차원에서 시민간의 관계를 규율함을 목적으로 하여 긴급권으로 인정되는 정당방위의 경우 엄격한 이익형량이 이루어지지 않아서 과잉금지의 요청이나 기타 국가작용의 기본권적 한계가 충분히 고려되지 않게 된다.²²⁾ 경찰법을 포함하여 엄격한 고권적 행정작용 영역에서 국가에 의한 자유권침해는 예견가능성을 위하여 원칙적으로 경찰관련 법률에 명확하게 수권되어야 한다. 따라서 무기사용이 정당방위의 요건을 충족하는 경우에²³⁾

19) 독일과 같은 명시적인 개괄적 수권조항을 경찰법에 가지고 있지 못한 우리나라에서 학자들은 명확성요청에 반함을 이유로 존재를 인정치 않으려는 견해, 필요성은 인정하나 권한규범과 직무규범의 엄격한 분리를 들어 존재를 부정하는 견해, 독일의 범역사적 측면과 프랑스, 영미의 묵시적 수권이론 등을 이유로 경찰관직무집행법 제2조 제5호 직무조항에서 찾는 견해, 권한규범에서 찾아야 함을 강조하여 경찰관 직무집행법 제5조를 유사한 것으로 보는 견해 등이 존재한다.

20) 이기호, 경찰관의 총기사용에 관한 법리, 경찰대논문집, 제12집, 1992, 6-7쪽; 이기호, 경찰활동과 무기사용에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 34-36쪽; 송달룡, 경찰관의 무기사용의 한계, 서울대학교 석사학위논문, 1984, 98-100쪽.

21) 경찰청, 경찰관직무집행법해설, 147쪽.

22) 물론 이것은 긴급피난과 비교하여 정당방위의 경우 不正 대 正의 상황이라는 것에서 비롯된 것이지만, 정당방위의 경우에도 비례성 원칙에 따른 제한이 일정 부분 가해진다는 것은 분명하다. 즉 필요성 원칙과 상당성 내지 기대가능성 원칙은 형법학에서 방위행위의 균형성과 사회윤리적 제한이라는 표현으로 작용하고 있다. 그러나 보충성 원칙의 제한이 없다는 점은 여전하다. 이에 대하여는 김일수, 형법총론, 284-285쪽.

경찰관은 개인으로서 민·형사상의 책임으로부터 벗어날 수 있을지는 몰라도, 정당방위에 관한 규정이 무기를 포함하는 진압장비사용의 법적 근거로 기능할 수는 없는 것이다.

위와 같은 논의의 한계상황에 처해 있게 되는 예로 인질극을 벌이는 자로부터 인질을 구출하기 위하여 살상을 목적으로 총기를 발사하는 조치를 취할 수 있는지를 들 수 있다. 우리나라 경찰관직무집행법 제10조의4는 사람에게 위해를 가하는 무기사용의 요건으로서 형법상 정당방위나 긴급피난의 경우와 1-4호에 제시되어 있는 각호의 엄격한 요건을 제시하고 있는 바, 위와 같은 사례에서 경찰관은 정당방위나 긴급피난 특히 긴급구조 상황임을 원용하고자 하는 유혹에 빠지게 될 것이다. 왜냐하면 형법상 정당방위에 있어서는 방어수단의 선택시 되도록 경미한 것이 요구될 뿐이지 유일한 수단임을 요구하지 않기 때문이다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이 형법상 위법성조각사유가 경찰 강제조치의 수권근거로 작용하는 것은 문제가 있으며, 총기 등 무기사용의 목적은 공격자의 공격능력 내지 도주능력을 상실케 하는 데 있어야 함이 원칙이 되어야 하고 위 사례와 같이 인간의 생명을 의도적으로 빼앗는 것이 정당방위 특히 타인의 법익을 위한 긴급구조라는 이름으로 정당화되어서는 아니 된다. 현재의 법해석으로는 시민의 생명구조를 위하여 사망의 결과를 의도하거나 미필적으로 감수하는 총기의 사용은 가능할 수 있는 것으로 보인다. 이러한 해석에 대하여는 무죄추정권의 형해화, 적법절차위반의 문제점, 경찰관의 무기사용은 역사적으로 형벌적 성격(소위 「현장처벌」)이 강하게 내포되어 있음은 부정할 수 없다는 점, 의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)라는 원칙 및 생명권침해의 한계와 관련하여 위헌의 소지가 있다는 비판이 있다.²⁴⁾ 생각건대 뒤에 살펴볼 독일의 입법례에서처럼 사망의 결과를 가져올 개연성이 높은 무기사용에 관한 명시적 규정을 두어, 현존하는 생명·신체에 대한 중대한 위협을 방지하기 위하여 치명적인 무기사용만이 유일한 수단일 경우에 한하여 그것을 허용하여야 할 것이다.

23) 판례는 의문이 있는 총기 등 무기사용에 대하여 정당방위의 인정에 소극적이다. 대판 1999.2.22, 98다61470; 1991.9.10, 91다19913 등 참조. 특히 뒤의 판례에서 대법원은 “정당방위에 있어서는 반드시 방위행위에 보충의 원칙은 적용되지는 않으나 방위에 필요한 한도내의 행위로서 사회윤리에 위배되지 않는 상당성 있는 행위임을 요하는 것인 바, 위 설시와 같은 총기사용의 경위에 비추어 정○○ 순경의 행위는 상당성 있는 행위라고 볼 수 없어 정당방위에도 해당하지 않는다”고 하여 상당성을 엄격하게 요구하고 있음을 보여주고 있다.

24) 이에 대하여는 송달룡, 앞의 논문, 135-149쪽 참고.

2) 집회 및 시위의 자유권과 최루탄 등 분사기와 경찰장구사용의 문제점

현재 경찰관직무집행법 제10조의3은 불법집회·시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위협의 발생을 억제하기 위하여 부득이한 경우를 분사기 등의 사용요건으로 규정하고 있다. 이때 불법집회에 대한 개념정의가 아직 불분명한 실정이어서 동 조항의 남용가능성의 인상을 주고 있으며, 이는 소수자들의 의사표현의 수단으로서 고가치의 기본권으로 보장되는 집회 및 시위의 자유를 본질적으로 침해할 가능성과 연결되어 있다.²⁵⁾ 또한 최근에는 시위대와의 몸싸움 중 전투경찰대원이 방패로 찍는 행위, 봉으로 내려치는 행위 등 경찰장구를 이용한 과잉진압이 사회문제화되고 있는 것도 법적으로 검토되어야 할 사항이다.

25) 최근 치안연구소에서 개최한 공청회에서 그간의 집회시위관리의 결과를 엄밀히 분석하여 경찰장비의 사용 등 관리방식을 근본적으로 전환하여야 할 시기라는 경찰측 발표문내용은 고무적이다. 박수현, 경찰청의 『자율적 집회시위 보호방안』, 치안연구소 2003년도 공청회발표집(선진 집회시위문화 정착을 위한 시민과 경찰의 역할), 71쪽 참조.

Ⅲ. 범죄진압장비 사용의 근거

1. 범죄진압장비 사용 경찰관의 구성요건해당적 행위의 정당화

경찰관이 범죄진압장비를 사용하는 것이 형법상 범죄구성요건(예컨대 형법 제123조의 직권남용죄, 제124조의 불법체포·감금죄, 제125조의 폭행·가혹행위죄, 제319조의 주거침입죄 등)에 해당하게 되는 경우를 생각할 수 있다. 그러나 경찰관도 일반시민과 마찬가지로 범죄정당화사유요건을 충족하게 되면 면책될 수 있다. 하지만 앞서 살펴본 대로 이와 같은 정당방위, 긴급피난이라는 개인적 정당화사유가 인정되는 경우라고 하여 그것이 범죄진압장비 사용 등 고권적 행위의 법적 근거로 될 수는 없다.

1) 형법상 정당화사유

형법 제21조의 정당방위규정에 따를 때, 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위하여 경찰관이 행한 행위(소위 긴급구조)는 그것이 상당한 이유가 있는 때에는 처벌되지 않는다. 즉 정당방위는不正 대 正의 관계에서 인정되는 것으로서 긴급피난과 같이 엄격한 법익형량은 요구되지 아니하며, 특히 보충성 원칙의 제한이 따르지 아니한다. 그러나 판례가 판시하고 있는 바와 같이 정당방위도 상당한 이유에 따른 제한, 즉 방위행위의 필요성에 의한 제한과 사회윤리적 제한을 받는다.²⁶⁾ 더 나아가 법원은 이와 같은 제한을 엄격하게 판단하고 있음은 전술한 바와 같다. 그리고 형법 제22조의 긴급피난규정이 경찰관의 경찰장비 사용행위를 정당화시켜줄 수 있는 것으로 존재하기는 하지만, 正 대 正의 관계에서 인정되는 것으로써 경찰의 무기사용사례와 연결될 수 있는 경우를 예상하기 곤란하며, 엄격한 상당성²⁷⁾을 요구하고 있기 때문에 정당방위보다도 더 인정되기 곤란하다.²⁸⁾

26) 김일수, 형법총론, 283-286쪽.

27) 김일수, 앞의 책, 297쪽 이하에서는 긴급피난의 상당한 이유로 ① 피난의 보충성 및 필요성, ② 피난의 균형성, ③ 수단의 적합성을 제시하고 있다.

경찰관의 범죄진압장비 사용으로 인한 범익침해를 정당화하는 사유로는 일반적으로 형법 제20조의 정당행위가 주장되고 있다. 경찰관직무집행법에 따른 행위, 즉 법령에 의한 행위로 인정되고 있다.²⁸⁾ 그런데 이와 같은 경우 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있다는 점은 분명하지만, 범죄진압장비의 사용행위가 근거규정인 경찰관직무집행법의 요건을 충족하고 적법한 절차에 따라 행해졌어야 한다는 것과 비례성 원칙 내지 과잉금지 원칙을 준수하는 것이어야 한다는 전제조건이 따른다.

2) 허용된 위험(erlaubtes Risiko)의 법리

일부 견해에 따르면 범죄진압장비 사용행위를 허용된 위험의 법리로 설명하여, 그로부터 발생하는 범익침해의 결과는 허용된 위험의 결과로서 위법성이 배제될 수 있다고 한다. 객관적 주의의무를 준수한 경우 그것은 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 인정되어 정당행위에 해당하는 것으로 보고 있다.³⁰⁾ 허용된 위험의 법리는 형법학에서 객관적 귀속의 한 척도로 작용하고, 『기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위』의 적용대상 중 하나로 논의되고 있는 것이다.³¹⁾ 특히 과실범의 위법성 조각사유 내지 구성요건해당성 배제사유³²⁾로 기능하는 것으로 취급되고 있다.

그러나 도로교통행위나 화학공장운영 등 현대사회에서 필수불가결하고 유용한 행위가 가지는 일정한 리스크는 공익을 위하여 사회 특히 개별시민이 비례성의 한계 안에서 감수하여야 한다는 취지를 갖는 이러한 법리를 경찰관의 범죄진압장비 사용의 정당화를 위하여 원용하고 있는 견해에는 의문이 든다. 예를 들면 화재시 자기 자녀가 불길 속에서

28) 이기호, 경찰관의 총기사용에 관한 법리, 경찰대논문집, 제12집, 1992, 3쪽(“만약 형법 제21조·22조의 직접적용을 인정한다면 그것은 경찰관직무집행법 제11조(현 경찰관직무집행법 제10조의4)와는 무관계하게 위법성이 조각되게 되므로 동조의 규정 자체가 전혀 무의미해지는 결과가 된다”고 한다).

29) 김일수, 앞의 책, 322쪽. 따라서 법령에 의한 행위가 되면 충분하고, 형법 제20조에서 규정하는 『기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위』를 원용할 필요는 없을 것이다.

30) 이기호, 앞의 논문, 8쪽 이하; 이기호, 경찰활동과 무기사용에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 38쪽 이하; 이장춘, 경찰관의 직무집행상 무기사용에 관한 연구, 한양대학교석사학위논문, 1994, 36쪽 이하 참조.

31) 김일수, 앞의 책, 337쪽.

32) 정당행위가 처벌되지 아니하는 근거로서 위법성 조각사유라는 견해와 구성요건해당성 배제사유라는 견해의 다툼이 있는데, 전자가 다수설이라 할 수 있다. 이에 대해서는 김일수, 앞의 책, 573쪽 참고.

타죽도록 내버려 둘 것인가 아니면 20m 아래에서 구조망을 펴고 대기하고 있는 구조원을 향해 그 자녀를 던질 것인가를 놓고 망설이던 중 다급한 나머지 위험한 구조행위를 택한 아버지의 행위를 들 수 있는데, 이와 같은 소위 위험한 구조행위가 허용된 위험법리를 통해 위법성이 조각 내지 구성요건해당성이 배제될 수 있는 것은 허용된 위험이 구조될 당사자에게 나타날 것을 상정하는 경우이다. 예컨대 경찰관이 인질을 잡고 있는 인질범으로부터 인질을 구출하기 위해 사살을 목적으로 조준사격을 하는 경우, 허용된 위험으로 면책되는 것은 총을 쏘으로써 인질에게 닥칠지 모르는 사망이나 상해라는 구성요건적 결과이지 인질범에 대한 그것이 아니다. 그리고 총기 등 살상용무기를 극단적인 경우가 아니면 사용하지 않는 국가도 있는 것을 보면 과연 총기사용행위가 허용된 위험으로 논의될 수 있는 것인지조차도 회의적이다. 독일에서 도입된 리스크원리(Risikoprinzip)는 “비례성 원칙을 기준으로 하여 개인의 법치국가적 이익보호의 형량”에 부합되는 것으로서 헌법적으로 확립된 것이다.³³⁾ 따라서 이 원칙은 법윤리적 원칙의 위반, 즉 사회상규위반을 판단할 때 등장할 수 있는 것은 분명하지만, 경찰관의 경찰장비사용의 정당화를 위하여 법령상 행위로서 정당행위라는 것을 충분히 주장할 수 있음에도 불구하고 굳이 최종적인 포괄적 정당행위사유를 원용할 필요는 없다.

더욱이 위 견해는 정당행위의사를 가지고서 총기사용의 수권규정에 열거된 공공의 안전에 대한 위험요건을 사전적 시각에서 합리적으로 평가하여 존재한다고 판단함으로써 총기사용을 하였으면 그것이 사후에 객관적으로 잘못 평가한 것이었다는 점이 밝혀졌다고 하더라도 비록 예기치 못한 불행한 결과를 경찰관에게 귀속시킬 수 없으며 이는 독일에서 주장되는 외관상 위험(Anscheinsgefahr)³⁴⁾법리를 통해 정당화된다고 설명한다. 그러나 외관상 위험법리는 여기서 말하는 허용된 위험과 직접적으로 관련될 수 없으며 적법한 행위로 정당화시켜주는 立論의 기초가 다른 것이다.³⁵⁾ 외관상 위험법리는 독일에서 인정되는 개괄적 수권조항의 핵심적 요건인 『위험(Gefahr)』의 판단은 손해발생사

33) Schenke/Ruthig, Rechtsscheinhaftung im Polizei- und Ordnungsrecht? - Zur polizeirechtlichen Verantwortlichkeit des sog. Anscheinsstörers, Verwaltungs-Archiv 87 (1996), 330 ff., 347, Fn. 62.

34) 이기호교수는 이를 외견상 위험이라고 부르고 있다. 이기호, 경찰활동과 무기사용에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 39쪽.

35) 특히 『Risiko』와 『Gefahr』는 그 손해발생가능성 내지 개연성의 정도가 현저히 다른 개념이다. 후자가 훨씬 손해발생가능성이 구체화된 것이다.

안이 구체화되어 있는 경우 그 당시의 시점을 기준으로 신중한 경찰관의 시각으로 합리적으로 평가한 결과 위험이 있다고 평가되어 조치를 취했을 때 사후에 객관적 손해발생 가능성이 없었다는 동기의 착오사례에서 위험요건판단은 공무원의 주관적 판단에 의존할 수밖에 없기 때문에 그러한 조치는 적법하고 조치의 상대방에게 사후에 손실보상을 하여야 한다는 이론구성을 위해 만들어진 것이다. 즉 이는 외관상 위험을 통해 경찰책임자로 취급되었던 자에 대한 경찰조치에 소요된 비용책임을 면제시키고 손실보상을 인정해 주기 위한 법리이다. 따라서 이는 경찰법상 책임과 관련되는 것이지 형법상 정당화 내지 책임면제와는 관련이 없는 것이다.

2. 실정법적 근거

1) 법률유보의 원칙

법률유보원칙의 적용영역에 대하여 여러 견해가 주장되지만 침해행정의 경우에 법률의 근거를 필요로 한다는 점에 대해서는 의견이 일치하고 있다. 따라서 가장 전형적인 침해행정인 경찰강제에 법률의 근거가 있어야 함은 당연하다.

다만 경찰권의 행사와 관련되는 규범은 그 직무에 관한 규범(직무규범 또는 임무규범: Aufgabennorm)과 구체적인 행위에 관한 권한규범(Befugnisnorm)으로 구분할 수 있는데, 경찰이 경찰권을 발동하기 위하여서는 직무규범으로 충분한 것인지, 아니면 직무규범 이외에 별도의 권한규범이 필요한 것이냐가 문제된다.

생각건대 경찰법에 있어서 위험방지임무와 위험방지를 위한 개인의 권리에 대한 침해의 권한과는 구별하여야 한다. 위험방지를 위하여 개인의 권리를 침해하는 것은 위험방지임무의 수행에 해당한다. 개인의 권리침해는 특별한 조건을 갖춘 경우에만 허용되는 것이다. 즉 침해에 대한 특별한 수권이 있거나 또는 개괄조항에 의한 수권이 있어야 한다. 위험방지를 위한 경찰의 직무에 해당하더라도 이러한 수권이 없으면 개인의 권리를 침해할 수는 없는 것이다. 법률유보의 원칙은 경찰이 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 개인의 권리를 침해하게 되는 경우, 침해의 근거로서 권한규범에 의한 수권을 요구한다.

또한 범죄진압장비의 사용에 있어서는 상대방의 생명·신체 및 인격권의 침해 등 중대한 기본권 침해가 예상되므로 입법자는 그에 관한 중요한 결정을 형식적 법률의 형식으로 스스로 규율하여야 한다(의회유보).³⁶⁾

국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있는 것이다(헌법 제37조 제2항). 경찰법상의 침해의 수권규정이 이러한 법치국가원리의 요청에 부합하지 못한다면 헌법에 반하는 것으로 헌법재판소에 의해 위헌결정이 내려져야 한다. 행정규칙은 경찰강제의 수권규정이 될 수 없다. 따라서 행정규칙에 의해 침해의 권한을 확장할 수는 없다. 행정규칙은 단지 법률의 해석 및 적용을 명확히 하고 재량행사의 방향과 기준을 제시하는 기능을 가진다.

2) 범죄진압장비 사용의 수권규정

경찰관의 범죄진압장비의 사용에 대한 요건과 한계를 정하고 있는 법령으로는 경찰관직무집행법, ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’이 있다. 경찰관직무집행법 제10조, 제10조의2, 제10조의3 및 제10조의4에서 경찰장비, 그 중에서도 특히 경찰장구, 분사기 등 및 무기의 사용요건과 한계를 규정하고 있고, 대통령령인 ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’에서 경찰장비를 구체화하고 개별적인 경찰장비의 사용기준에 대하여 규정하고 있다.

그밖에 경찰장비에 관한 내부의 지침으로 경찰장비관리규칙 등이 있는데, 경찰장비관리규칙은 경찰청 훈령으로서 법률유보원칙에서 말하는 법률에 포함되지 않으므로 경찰장비 사용에 의한 권리침해의 수권규정이 될 수 없다.

3) 경찰관직무집행법상 경찰장비 규정의 연혁³⁷⁾

1953년 12월 14일 법률 제299호로 제정, 공포된 경찰관직무집행법은 제7조에서 무기

36) 중요사항유보설 및 의회유보에 대하여는 김남진, 행정법 I, 39쪽 참조.

37) 아래 입법이유 내지 개정이유는 법제처입법이유서 참고.

사용에 관한 규정을 두었는데, 현재 동법 제10조의4 제1항의 내용 중 3호와 4호를 빼 나머지를 내용으로 하고 있었다. 이때에도 사람에게 위해를 가할 수 있는 경우로 정당방위나 긴급피난을 규율해 놓고 있었다. 이 법은 전후 일본의 경찰관직무집행법을 직역한 것으로서 당시의 실정에 맞지 않았으며, 또한 법적 근거 없이 이루어지는 경찰작용에 기초를 마련하기 위해 1981년도에 전면적으로 개정되었는데, 이 때에 무기조항과 관련하여서도 제10조에 경찰장구 사용에 관한 규정과 사람에게 위해를 가할 수 있는 무기사용의 경우로 무장범인과 무장간첩에 관한 제3호와 제4호가 추가되었다. 1980년대에는 각종 불법집회 및 시위진압을 위하여 최루탄이 사용되었는바, 이를 남용할 경우 국민의 생명·신체와 재산 및 공공시설에 현저한 위해발생의 소지가 있으므로 최루탄의 사용요건 등을 규정하여 그 피해를 예방하기 위하여 1989년에 일부개정이 있었다. 이때 ① 최루탄의 사용요건과 방법을 규정하였고, ② 최루탄을 사용할 경우 그 일시 등 사용내용을 기록하여 보관하도록 하였다. 또한 1991년에는 경찰장구사용의 요건 중에 ‘현행범인’을 추가하여 사용요건을 완화하였다.

가장 최근에는 1999년 5월 24일에 동법의 개정이 있었는데, 그 개정이유로는 사용중인 경찰장구·무기 등을 포괄하는 경찰장비에 관한 정의규정을 신설하여 이들 개념을 보다 명확히 하고자 하였다는 점과, 경찰장비의 사용과 관련하여 안전성을 확보하기 위해 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비에 대하여는 장비의 종류, 사용기준, 안전교육, 안전검사의 기준을 대통령령으로 정하도록 하며, 분사기 또는 최루탄 및 무기의 사용기록 보관, 경찰장비의 임의개조금지규정을 마련하기 위한 점을 들고 있다. 이에 따라 행해진 개정내용의 주요골자는 ① 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비에 대하여는 필요한 안전교육과 안전검사를 실시하고 그 대상이 되는 경찰장비의 종류, 사용기준, 안전교육, 안전검사의 기준 등은 대통령령으로 정하도록 하였고(동법 제10조 제1항 및 제4항), ② 경찰장비는 무기, 경찰장구, 최루제 및 그 발사장치, 감식기구, 해안감시기구, 통신기기, 차량, 선박, 항공기 등 경찰의 직무수행을 위하여 필요한 장치와 기구로 포괄적으로 그 개념을 정의하고, 경찰장구 및 무기의 개념을 보다 세부적으로 규정하였으며(제10조 제2항, 제10조의2 제2항 및 제10조의4 제2항), ③ 경찰장비를 임의로 개조하거나 임의의 장비를 부착하여 통상의 용법과 달리 사용할 수 없도록 하였고(제10조 제3항), ④ 마지막으로 대간첩·대테러작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 수

행할 때에는 개인화기 외에 공용화기를 사용할 수 있도록 하였다(법 제10조의4 제3항).

이와 같은 과정을 거쳐 현행 경찰관직무집행법에서는 경찰장비의 개념정의에 관한 규정을 두고 그 종류와 사용기준 등에 대하여는 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다. 또한 경찰장비 중 최루탄과 분사기 등의 사용요건과 한계를 규정하고 있으며, 무기에 있어서는 그 개념정의와 사용요건과 한계에 관한 규정을 두면서 사람에 대한 위해를 주는 경우에는 더욱 엄격한 요건하에 그 사용을 통제하고 있다.

IV. 범죄진압장비 사용의 요건과 한계

1. 범죄진압장비 사용의 일반적 요건과 한계

1) 경찰강제의 일반적 요건

여기서 경찰강제라 함은 경찰목적을 위하여 직접 사람 또는 물건에 대하여 신체적 실력행사를 하거나 경찰장비를 사용하는 경찰작용을 말한다. 이러한 경찰강제는 개인의 신체 또는 재산에 실력을 가하는 권력작용이기 때문에 개인의 권리·이익에 대한 침해가 항상 우려된다. 따라서 보다 완화된 다른 수단으로는 경찰 목적을 달성할 수 없는 경우에 고려될 수 있다.

개인의 자유와 권리를 제한하는 경찰작용에는 권한규범에 의한 법적 근거가 마련되어야 함은 위에서 언급하였다. 경찰하명에 관한 수권규정에 의하여 경찰은 상대방에게 일정한 작위, 부작위 또는 수인을 요구한다. 그러나 상대방이 이에 따르지 않았을 때 이를 강제하기 위하여는 별도의 법적 근거가 있어야 한다. 의무를 명하는 것과 이행하지 않았을 때에 그 의무이행을 강제하는 것은 법적 성질을 달리하므로, 각각 독자적인 법적 근거에 의하여 행해져야 한다. 경찰강제에 관한 규정은 강제의 내용, 범위 및 한계 등을 정하게 된다.

물론 의무를 명할 시간이 없거나 성질상 미리 의무를 명할 수 없는 경우, 즉 즉시강제에 해당하는 경우에는 의무를 명함이 없이 즉시 집행할 수 있다. 예를 들면 투견이 어린아이를 공격하여 중대한 신체상의 상해를 가져오는 경우에 개 주인이 그 장소에 없다면 경찰은 즉시 총기를 사용하여 투견을 사살할 수 있을 것이다. 이러한 경우에 그 장소에 없는 개 주인에게 위협을 제거하도록 요구하는 것은 불가능하고, 공격을 시작한 투견에게 경찰관이 공격을 그만둘 것을 명령한다고 하여 효과가 발생하지도 않을 것이므로(기대 불가능), 경찰관이 즉시 총기를 사용하는 것은 허용될 것이다. 설사 개 주인이 그 장소에 있다 하더라도 개가 주인의 명령을 따르지 않거나 따를 수 없는 상황이라면 마찬가지이다.

경찰책임자에게 조치를 취할 것을 명하고 그가 이행할 수 있는 경우라면, 경찰 스스로 집행하는 것은 허용되지 않는다. 경찰책임자가 이행하는 것이 사실상 가능하고 객관적으로 목적 달성에 적합한 수단인지가 중요한 판단기준이 된다. 경찰책임의 원칙상 경찰책임자에 대하여 우선 경찰권이 발동되고, 이것이 불가능하거나 효과가 없을 경우에 경찰 스스로의 조치로 이행하며, 그것도 불가능한 경우에 마지막으로 비관여자에 대한 경찰조치가 고려될 수 있다.

경찰이 직접적으로 강제수단을 취하기 위하여는 다음의 요건을 갖추어야 한다: 강제수단이 ① 위험방지를 위하여 ② 필요하며, ③ 경찰책임자에 대한 조치에 의하여는 목적을 달성할 수 없거나, 적시에 달성할 수 없는 경우이거나 또는 ④ 경찰책임자가 이행하지 않을 것이 명백한 경우이어야 하며, 마지막으로 ⑤ 강제조치가 경찰의 권한의 범위에 속해야 한다.

① 위험의 존재 : 경찰이 강제조치를 취하기 위하여는 우선 구체적 위험이 있어야 한다. 구체적 위험이란 장소와 시간이 특정된 또는 특정될 수 있는 구체적 사안에서 존재하는 위험을 말한다. 그에 대하여 손해가 발생할 가능성은 있지만 아직 구체화되지 않은 것을 추상적 위험이라고 부를 수 있는데, 이는 특정한 사안이 아닌 일반화된 전형적인 사안에서 일반적으로 공공의 안녕·질서에 대한 손해를 가져올 개연성이 있는 것을 말한다.³⁸⁾ 이러한 경우에는 경찰은 일반적-추상적 명령과 금지를 발할 수 있으며, 위험방지 뿐만 아니라 범죄행위에 대한 예방적 대처 및 위험방지의 준비를 위하여 활동할 수 있다. 그러나 경찰이 강제조치에 의하여 개입하려는 경우에는 공공의 안녕·질서에 대한 구체적 위험이 존재하여야 한다.

② 필요성 : 경찰이 취하는 강제수단은 위험방지를 위하여 필요한 것이어야 한다. 여기서 '필요성'이란 비례성 원칙에서의 '필요성'을 의미하는 것이 아니라, 위험이 경찰의 직접적인 강제수단에 의해서만 제거될 수 있다는 의미로 이해하여야 한다. 의무를 명하는 것으로는 위험방지의 목적을 달성할 수 없거나 오히려 방해가 될

38) 구체적 위험과 추상적 위험에 대하여는 Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2000, Rdn. 88 ff. 참조.

수 있는 경우이다.

- ③ 경찰책임자에 의한 조치의 실현 불가능 내지 기대 불가능 : 경찰책임자가 위협을 방지할 수 없거나 또는 적시에 방지할 수 없는 경우이어야 한다. 경찰책임자가 그 장소에 없거나 또는 그 장소에 있더라도 객관적으로 위협을 제거할 상태에 있지 않기 때문에 위협방지를 위하여 경찰책임자를 끌어들이 수 없는 경우이다.
- ④ 목적 달성의 불가능 : 위의 ③의 요건, 즉 경찰책임자를 끌어들이는 것이 불가능한 경우 이외에, 경찰책임자에 의한 조치가 원칙적으로 가능한 경우라도 객관적으로 목적을 달성할 수 없음이 명백하다면 경찰의 직접적인 강제조치는 허용된다. 경찰하명이 이행되지 않을 것이 분명한 경우 또는 경찰하명이 오히려 상황을 악화시킬 수 있는 경우가 여기에 해당한다.
- ⑤ 권한 : 마지막으로 경찰의 강제조치가 그의 권한의 범위내에 있어야 한다. 이 요건과 관련하여 행해지지 않은 (허구의) 경찰하명의 적법성이 심사된다. 즉 강제조치의 시점에 경찰하명이 발하여졌다면 그 경찰하명은 법적으로 허용되는 것인지가 문제된다. 경찰하명이 경찰의 권한의 범위내이고, 문제된 사안이 경찰의 위협방지 임무에 해당하고, 그에 대한 권한규범이 존재하며, 상대방의 지정이 올바르며, 비례성 원칙이 준수되었다면 적법성은 긍정된다.³⁹⁾

2) 경찰강제의 계고

강제수단의 사용에 대한 요건이 충족되었을 경우에, 경찰은 그 수단을 사용하기 전에 그에 대한 계고를 하여야 한다. 다만 구체적인 상황에서 즉시 강제조치를 취하는 것이 위협방지를 위하여 필요한 경우에 계고는 생략될 수 있다. 무기사용에 있어서 계고 내지 경고의 생략은 특히 엄격한 요건하에서만 가능하다고 보아야 한다. 즉 생명·신체에 대

39) 이에 대하여는 Gusy, Polizeirecht, 4. Aufl., 2000, Rdn. 351 참조.

한 위험이 급박한 경우에 한하여 경고가 생략될 수 있다.

계고 없이 즉시 강제수단을 사용하는 것이 필요한지에 대하여 경찰관에게 재량이 부여되는데, 경찰관은 결정하는 시점에서의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 재량결정을 내려야 한다. 경우에 따라서는 계고를 발하지 않는 것이 유일한 하자 없는 재량결정일 수 있다. 강제수단의 계고에 의하여 오히려 상황을 악화시키게 되는 것이 예견되는 경우에 그러하다. 예를 들면 실행의 의지가 확고한 인질범이 일정한 시점까지 자신의 요구를 들어주지 않으면 인질을 사살하겠다고 위협하는 경우, 인질범이 자신의 단호한 의지를 보여주기 위하여 인질의 다리를 쏘았고 경찰관이 이러한 상황을 알고 있다면 계고 없이 강제수단을 사용하여 사태를 진압하여야 할 것이다. 이러한 경우에 경찰관이 인질극을 끝내기 위하여 무기사용을 경고한다면, 예측할 수 없는 결과를 가져올 개연성이 상당히 높다. 사태를 원만하게 해결하기 위하여 행해진 계고가 오히려 인질에 대한 위험을 증폭시키게 될 것이다. 비례성의 원칙에 비추어 볼 때, 이러한 경우에 계고는 객관적으로 목적을 달성할 수 없는 수단이므로 계고 자체가 위법하게 된다.

그러나 구체적 상황에서 계고가 가능하고, 계고에 의하여 목적을 달성할 수 있는 경우에 계고를 생략하여서는 안 된다. 경찰관직무집행법은 범인의 체포·도주의 방지와 생명·신체에 대한 방호 및 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 무기를 사용할 수 있다고 규정하고 있는바(제10조의4), 무기를 사용할 수 있는 경우는 크게 도주를 무력화하기 위한 경우와 공격을 무력화하기 위한 경우로 나눌 수 있다. 무기사용에 있어서 계고 내지 경고를 생략할 수 있는 경우란 생명·신체에 대한 급박한 위험을 방지하기 위한 경우에 한하므로, 결국 공격을 무력화하기 위한 경우에만 경고의 생략이 가능하다고 보아야 한다. 도주를 무력화하기 위하여 무기를 사용하는 경우에 경고를 생략하는 것은 정당화되기 어렵다.

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 기준’은 경찰관이 경찰관직무집행법 제10조의4의 규정에 의하여 사람을 향하여 권총 또는 소총을 발사하고자 하는 때에는 미리 상대방에게 경고를 하여야 한다고 규정하면서, ① 경찰관을 급습하거나 타인의 생명·신체에 대한 중대한 위험을 야기하는 범행이 목전에 실행되고 있는 등 상황이 급박하여 특히 경고할 시간적 여유가 없는 경우와 ② 인질·간첩 또는 테러사건에 있어서 은밀히 작전을 수행하는 경우에는 예외적으로 경고를 생략할 수 있다고 한다. ①의 경우는 생명·신체에 대

한 급박한 위협을 방지하기 위하여 경고를 할 시간적 여유가 없는 경우이며, ②의 경우는 경고에 의하여 목적을 달성할 수 없는 경우에 해당한다.

무기사용에 있어서 경고는 구두로 행해져야 하는 것은 아니다. 오히려 무기사용의 경우에 구두로 경고를 하는 것이 불가능한 경우가 많을 것이다. 따라서 무기사용에 있어서는 경고사격을 경고로 간주하여야 한다. 물론 경고사격도 무기사용에 해당하므로 무기사용에 대한 요건을 충족하여야 한다. 경고사격과 위협사격⁴⁰⁾이 구별되어야 함은 물론이다. 경고사격은 상대방이 경찰하명에 따르지 않을 경우 무기를 사용할 것이라는 뜻을 알리는 것으로, 그로 인해 상대방에게 어떠한 위해도 발생하지 않는 방법으로 하여야 한다. 그에 대하여 위협사격은 상대방을 살상할 목적은 없지만 외포케 하기 위한 것으로 경찰관의 실수 등으로 상대방 또는 제3자에게 위해가 발생할 가능성을 전혀 배제할 수 없는 것으로 경고의 단계를 넘어서는 본격적인 총기사용이라 할 것이다.

또한 경고사격은 경보 또는 신호를 위한 사격과 구별된다. 경보사격 내지 신호사격은 경찰 상대방에 대한 경고의 목적을 가진 것이 아니라, 경찰관에 대한 지시 또는 의사소통의 신호를 주기 위함이다. 그러나 실제에 있어서 경찰 상대방에게는 경고사격과 경보 내지 신호사격의 구별이 어려운 경우가 있으며, 또한 경찰 통신장비의 발전으로 오늘날에는 경보 내지 신호사격은 필요하지도 않으므로, 경찰의 경보사격과 신호사격은 더 이상 정당화되지 않는다고 보아야 할 것이다.

강제수단의 계고는 상대방에게 경고의 의미가 있어야 한다. 상대방에게 그의 행동을 다시 한번 되돌아보고 경찰의 하명에 따를 것인지를 숙고할 기회가 주어져야 한다. 무기를 보여주는 것이 모두 경고의 의미를 가지는 것은 아니다. 예를 들면 폭력범죄가 발생한 후에 경찰이 자동차 검문을 실시하는 경우, 경찰관이 운전자에게 신분증 제시를 요구하는 동안 다른 경찰관이 검문하는 경찰관의 안전을 위하여 권총에 손을 갖다대는 것을 무기사용의 경고의 의미로 볼 수 있는지가 문제된다. 검문을 받는 자는 자신이 항거하는 경우에 경찰관이 즉시 권총을 발사할 수 있는 상태에 있음을 알 수 있는데, 이러한 경우 권총에 손을 갖다대는 것은 경고의 의미를 갖지는 않고 단지 위협의 수단으로 보아야 한다. 경찰관이 자신의 동료의 안전을 위하여 권총을 뽑아 지면을 향하고 있는 경우

40) 위협사격의 문제점에 대하여는 송달룡, 경찰관의 무기사용의 한계, 서울대학교 석사학위논문, 1984, 123-124쪽 참조.

에도 마찬가지이다. 권총에 손을 갖다댄다든가 총을 뽑아 지면을 향하도록 갖고 있는 경우에는 그 위협의 정도에 있어서 아직 기본권의 침해를 가져올 정도는 아니라고 볼 것이다.

그에 대하여 총으로 상대방의 다리를 지향하거나 또는 상대방의 공격을 저지하기 위하여 즉시 사용할 수 있는 상태로 들고 있는 경우에는 상대방의 자유로운 의사활동에 영향을 미치는 것으로 기본권 침해를 긍정할 수 있다. 경찰조치에 항거하는 경우 상대방은 총기가 사용될 것임을 인식하게 된다. 결국 이러한 경우에 총기는 경고의 기능을 가진다고 보아야 하며, 그에 따라 총기사용의 요건을 충족하여야 한다. 총기사용의 요건을 충족하지 못한 경우에 경찰이 위와 같은 자세를 취하는 것은 위법하게 된다.

3) 범죄진압장비 사용의 일반적 한계로서의 비례성 원칙

(1) 비례성 원칙의 의의

법률우위의 원칙에 따라 경찰작용이 법률에 위반되어서는 안 됨은 분명하다. 경찰작용은 권한규범에 일치하여야 할 뿐만 아니라, 헌법상의 원칙에 부합하여야 한다. 헌법상의 원칙 중 경찰작용과 관련하여 중요하게 고려되어야 하는 원칙으로는 비례성의 원칙, 즉 과잉금지의 원칙⁴¹⁾이 있다.

경찰법상의 수권규정은 통상적으로 경찰에게 재량을 부여하고 있다. 즉 경찰은 경찰권 발동의 요건이 충족된 경우에 어떠한 조치를 취할 것인지는 경찰의 재량에 맡겨져 있다. 물론 재량에 맡겨져 있다고 하여 아무런 제한을 받지 않는 것은 아니며, 재량권 행사는 재량의 한계를 벗어나서는 안 된다. 이러한 재량권 행사의 한계를 구성하는 것이 비례성의 원칙이다. 범죄진압장비 사용의 수권규정은 비례성 원칙을 구체화하는 내용을 담고 있을 수 있으며, 그러한 규정이 없다하더라도 재량권 행사시 범죄진압장비 사용의

41) 비례성의 원칙은 과잉금지의 원칙으로도 표현되는데, 학자에 따라 과잉금지의 원칙을 넓은 의미의 비례성 원칙으로 보기도 하고[Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, S. 861], 좁은 의미의 비례성 원칙을 나타내는 것으로 보는 견해도 있다[BVerfGE 67, 157(178)]. 또는 필요성의 원칙과 좁은 의미의 비례원칙을 포함하는 개념으로 보는 견해[Lerche]도 있다.

일반적인 한계로서 비례성 원칙이 고려되어야 한다.

비례성의 원칙이란 행정주체가 구체적인 행정목적 실현함에 있어서 그 목적실현과 수단 사이에 합리적인 비례관계가 유지되어야 한다는 것을 말한다. 이 원칙은 법치국가 원리의 파생원칙의 하나이므로, 헌법 차원의 법원칙으로서의 성질과 효력을 가진다.

(2) 비례성 원칙의 근거

비례성의 원칙은 처음에 독일에 있어서는 경찰법상의 관례법으로 발전되었던 것이다. 비례성의 원칙은 법치국가원리의 파생원칙의 하나로 보는 것이 일반적인데(명문규정이 없더라도),⁴²⁾ 법치국가원리에서 도출할 필요 없이 바로 기본권의 본질에서 나오는 법원칙으로 볼 수도 있으며,⁴³⁾ 인간의 존엄과 가치를 보장해야 하는 국가의 의무에서도 나온다.

헌법 제37조 제2항은 「국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다」고 규정하여 비례성 원칙을 표현하고 있다. 따라서 국가권력은 개인의 기본권을 공익의 보호를 위하여 불가피한 경우에만 그 한도내에서 제한할 수 있는 것이다. 적합하지 않고 필요한 정도를 넘어서 국가권력을 행사함으로써 개인의 기본권을 제한하는 것은 비례성 원칙에 따라 허용되지 않는다. 이와 같이 비례성의 원칙에는 개인의 자유와 권리영역에 대한 공권력의 침해로부터 개인을 보호하는 기능이 있는 것이다.

경찰관직무집행법 제1조 제2항은 「이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다」라고 하여 비례성 원칙의 일부요소를 명시하고 있다. 더욱이 경찰관직무집행법 제10조의2, 3, 4에서는 범죄진압장비의 사용의 한계로서 비례성 원칙을 구체화하고 있다.

42) 김남진, 행정법 I, 45쪽.

43) BVerfGE 19, 342(348) 참조.

(3) 비례성 원칙의 내용

비례성의 원칙은 범죄진압장비 사용과 관련하여 경찰관이 달성하고자 하는 목적(공격자의 공격행위나 도주를 불가능하게 하게 할 목적)을 달성하는데 취한 수단이 적합하여야 하며(적합성의 원칙), 둘째 경찰목적의 달성하기에 적합한 수단이 여러 가지 있는 경우에 경찰관은 그 중에서 관계자에게 가장 적은 부담을 주는 수단을 선택하여야 하며(필요성의 원칙), 마지막으로 범죄진압장비의 사용으로 인한 불이익과 그에 의해 초래되는 이익을 비교형량하여 전자가 후자보다 큰 경우에는 당해 조치를 취해서는 안 된다(상당성의 원칙 또는 좁은 의미의 비례성 원칙).⁴⁴⁾

가. 적합성의 원칙

경찰이 취하는 조치 또는 수단은 경찰목적의 달성하기에 적합한 것이어야 한다. 적합성 원칙의 한 내용으로 경찰조치의 가능성이 먼저 검토되어야 한다.

경찰이 개입하는 대부분의 경우를 살펴보면 우선 상대방에 대한 일정한 내용의 하명이 선행한다. 즉 경찰은 상대방에게 작위, 부작위 또는 수인을 요구한다. 이러한 요구는 상대방이 이를 이행할 수 있을 경우에만 적법한 것이다. 상대방이 사실상 또는 법적으로 이행할 수 없는 경우에 그러한 경찰조치는 배제된다. 사실적으로 불가능을 요구하는 경찰하명은 무효이다. 구체적인 경우에 경찰조치가 사실상 불가능한 것인지는 항상 쉽게 밝혀지는 것은 아니나, 상대방의 일정한 행위로 인하여 경찰이 개입하게 되는 경우에는 크게 문제되지 않는다. 그러나 경우에 따라서는 경찰하명이 상대방의 저항을 강화시킬 수 있는바(예컨대 인질을 동반한 은행강도의 경우), 이러한 경우에 경찰조치의 가능성은 적합성의 측면에서 세심한 판단이 필요하다. 또한 요구된 행위는 법적으로 불가능한 것이어서는 안 된다. 예를 들면 범죄의 구성요건을 충족하는 위법한 행위를 요구하는 것은 법적으로 불가능한 것이다. 사법상 금지되는 것도 법적으로 불가능한 것이다.⁴⁵⁾

적합성의 관점에서 경찰이 취하는 조치 또는 수단이 객관적으로 경찰목적의 달성하기

44) 이기호, 경찰활동과 무기사용에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 13-14쪽 참조.

45) 이에 대하여는 Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2000, Rdn. 282 f. 참조.

에 적합한 것인지, 즉 그에 의하여 경찰목적을 사실상 달성할 수 있는지가 검토되어야 한다. 경찰조치의 객관적 적합성은 구체적인 상황을 고려하여 판단하여야 한다. 또한 수단의 적합성은 사전에 판단되어지는 것이므로, 결과적으로 목적이 달성되었다 하여 그에 대한 판단이 달라지는 것은 아니다. 결과가 수단을 정당화 할 수는 없다.

적합성의 원칙은 최상의, 즉 가장 적합한 수단일 것을 요구하는 것은 아니다. 목적달성에 기여할 수 있으면 충분한 것이다. 수단의 적합성 여부를 판단함에 있어서 경찰관에게는 광범위한 결정여지가 있음이 인정된다.⁴⁶⁾ 결정여지의 범위내에서 경찰관이 내린 예측결정이 잘못된 것이어서 목적이 달성되지 못하는 것이 사후에 판명되더라도, 적합성의 원칙에 위배되어 그 수단이 위법하게 되는 것은 아니다.

나. 필요성의 원칙

경찰이 취하는 조치 또는 수단은 의도하는 목적달성을 위해 필요한 것 이상으로 행해져서는 안 된다. 즉 목적달성에 적합한 다수의 조치가 있는 경우에 경찰은 그 중에서 공중과 경찰권발동의 대상이 되는 자에게 가장 적은 피해를 줄 것이라고 예견되는 조치를 선택하여야 한다. 이러한 의미에서 필요성의 원칙은 최소침해의 원칙이라고도 한다.

필요성의 원칙은 수단의 선택에 관한 문제이다. 무기를 사용하는 것보다 완화된 수단으로 목적을 달성할 수 있는 경우에 무기를 사용하는 것은 필요성의 원칙에 반한다. 즉 무기사용은 다른 강제수단으로 목적을 달성하지 못하였거나 목적을 달성하지 못함이 명백한 경우에 비로소 허용된다. 필요성의 원칙은 무기사용에 있어서 반드시 갖추어야 할 요건으로서 경찰관직무집행법 제10조의4에 규정되어 있다. 위 규정은 위해를 수반하는 무기사용에 대하여 무기사용이 최후의 수단임을 강조하고 있으나, 위해를 수반하지 않는 무기사용의 경우에도 이 원칙이 준수되어야 함은 당연하다.

필요성의 원칙을 심사함에 있어서는 경찰조치의 상대방뿐만 아니라 일반 공중에 대한 효과도 함께 고려해야 함을 유의하여야 한다. 예를 들면 폭력시위로 변질된 집회에 대하여 경찰은 집회를 해산시키거나 폭력시위자를 다수의 군중으로부터 색출하는 등의 방법을 생각해 볼 수 있는데, 폭력시위자를 색출하는 것이 가능하고 이러한 조치가 폭력을

46) BVerfG, NJW 1971, 1603.

확산시키지 않는다고 판단되는 경우에(적합성), 그 방법을 택하지 않고 집회의 해산을 명하는 것은 필요성의 원칙에 반한다.⁴⁷⁾

최소침해의 수단을 판단함에 있어서는 모든 고려 가능한 요소를 확실하게 파악할 것이 요구되는 것은 아니며, 결정의 시점에 알려진 사실에 대하여 합리적이며 세심한 평가를 기초로 하여 예측할 것이 요구된다. 그러나 어떠한 수단이 최소침해를 가져오는지를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 어떠한 조치를 취하는 데 합리적인 이유가 존재한다면, 그 조치 이외에 목적달성을 위해 다른 효과적인 수단이 있다 하더라도 필요성의 원칙에 위배되는 것이라 할 수 없다. 그렇지 않다면 수단의 선택과 관련하여 경찰관에게 인정된 결정의 여지를 제한하는 것이 된다. 결국 필요성의 원칙과 관련하여서도 경찰관에게 광범위한 결정의 여지가 인정되는 것이다.

필요성의 원칙은 동일한 효과를 달성하기 위해 가장 침해가 적은 수단이 어떠한 것인지와 관련된 문제인데 대하여, 다음의 좁은 의미의 비례성 원칙은 경찰의 조치가 그에 의해 달성하려는 결과와의 관계에서 얼마나 중요한지의 문제를 해결한다. 즉 수단과 결과의 관계는 좁은 의미의 비례성 원칙에서 고려되고, 여기의 필요성의 원칙에서는 심사되지 않는다.

다. 좁은 의미의 비례성 원칙

좁은 의미의 비례성 원칙 또는 상당성의 원칙⁴⁸⁾이란 설정된 목적의 실현에 적합하고 필요한 조치도 그 조치를 취함에 따른 불이익이 그것에 의해 달성되는 이익보다 큰 경우에는 그 조치를 취해서는 안 된다는 것을 말한다. 다시 말하면 경미한 장애 또는 그 위협의 제거를 위하여 중대한 자유제한을 행함은 위법이 된다.

이 원칙은 흔히 “경찰은 대포로 참새를 쏘아서는 안 된다” 또는 “버찌나무에 앉아 있는 참새를 쫓기 위해 대포를 쏘아서는 안 된다. 비록 그것이 유일한 수단일지라도”라는 예문으로 독일의 문헌에서 설명되고 있다. 이 예문은 결국 경찰은 그의 직무인 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위협의 방지를 어떠한 희생을 치르더라도 행해야 하는 것은 아

47) 이에 대하여는 Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2000, Rdn. 295 참조.

48) 이를 기대가능성의 원칙(Grundsatz der Zumutbarkeit)으로 표현하기도 한다. 예컨대 Rengeling, Die immissionsschutzrechtliche Vorsorge, 1982, S. 78 f. 참조.

니라는 것을 의미한다. 경찰은 위험방지를 위한 조치를 취하기에 앞서서 제 이익간의 형량을 하여야 할 의무를 부담한다.⁴⁹⁾

경찰조치에 의한 불이익과 그를 정당화시키는 이유의 중요성을 비교형량함에 있어서 기대가능성의 한계가 지켜져야 한다. 경찰조치에 의하여 달성하려는 공익보다 관계자의 불이익이 크다면 좁은 의미의 비례성 원칙에 위배되는 것으로 위법이 된다. 다만 비교형량을 함에 있어서 경찰관에게는 광범위한 결정의 자유가 있으므로 관련된 이익의 중요성을 명백하게 잘못 판단하였을 때에만 좁은 의미의 비례성 원칙에 반하는 것이 된다.

좁은 의미의 비례성 원칙을 적용함에 있어서 요구되어지는 이익형량에 있어서는 특히 위협받는 보호법익의 가치와 경찰의 개입으로 인하여 경찰책임자 또는 공중에게 발생할 것이 예견되는 손해의 중요성 및 손해발생의 개연성 등이 고려되어야 한다.⁵⁰⁾ 보호되어야 할 법익의 가치가 크면 클수록 비례성 원칙에 대한 요구는 작아질 것이다.

좁은 의미의 비례성 원칙, 즉 수단과 결과의 관계에 대한 이해를 위하여 예를 들어 보기로 한다. 경찰관이 신원확인을 위하여 상대방의 몸에 총기를 지향한 채로 질문을 할 수 있는지가 문제될 수 있다. 경찰관은 상대방에게 총기를 보여줌으로써 혹시 있을 지도 모르는 항거의 의사를 사전에 배제시킬 수 있을 것이다. 위에 예에서 경찰관의 목적은 상대방의 신원확인이다. 구체적 상황에서 위협의 요소를 발견할 수 없다면, 경찰관은 상대방이 성실하게 경찰조치를 받아들일 것이라고 전제하여야 한다. 상대방이 항거의 의사를 갖고 있음을 나타내는 어떠한 징표도 찾을 수 없는 경우에 특히 그러하다. 그럼에도 경찰관이 만일의 사태에 대비하기 위하여 상대방에게 총기를 지향한다면 상대방은 국가작용의 단순한 객체로 전락하는 것이 된다. 이와 같은 경우에 경찰관은 상대방의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 것으로, 의도된 신원확인이라는 결과와 그 수단은 비례관계에 있지 않은 것이다. 위의 예에서 경찰관이 취한 조치는 단지 예외적으로 자신을 방호하기 위하여 또한 무기사용의 그 밖의 요건이 충족된 경우에 한하여 정당화 될 수 있을 뿐이다.

49) 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1992, 156쪽.

50) 박상희/서정범, 경찰작용법제의 개선방안, 1996, 한국법제연구원, 94쪽.

2. 무기사용

경찰장제의 일반적인 요건에 대하여 이미 살펴보았는데, 경찰관의 무기사용을 위하여는 그 이외에 경찰관직무집행법상의 무기사용의 요건을 충족하여야 한다. 경찰관직무집행법은 위해를 수반하지 않는 경우와 위해를 수반하는 경우를 나누어 무기사용의 요건을 규정하고 있다. 여기에서 위해란 사람의 생명이나 신체에 대한 직접적인 침해를 뜻하는 것으로 보아야 한다. 위해는 사람에 대한 것이어야 의미하므로 재산상의 손해를 발생하는 것, 예를 들면 광견을 향하여 총을 발사하는 것은 위해를 수반하지 않는 무기사용에 해당한다. 또한 위해를 수반한다는 것은 생명·신체에 대한 중대한 장애가 발생하는 경우를 의미하므로 경고의 목적으로 사람을 향하여 총을 겨누다거나, 공중을 향하여 경고사격을 하는 것 등은 위해를 수반하는 무기사용에 해당하지 않는다. 그에 대하여 상대방을 살상할 목적은 없고 단지 외포케 할 목적으로 위협사격을 하는 것이 위해를 수반하는 무기사용에 해당하는지에 대하여 논란이 있으나, 경찰관의 실수 등으로 상대방 또는 제3자에게 위해가 발생할 가능성을 전혀 배제할 수 없는 위협사격은 위해를 수반하는 무기사용으로 보아야 할 것이다.

1) 무기사용의 요건

(1) 무기사용의 일반적 요건(위해를 수반하지 않는 무기사용)

무기는 본래 사람을 살상하기 위한 용도로 만들어진 것이다. 그러나 경찰관직무집행법상 경찰관의 무기사용은 사람에게 위해를 가하지 않고 사용하는 것을 통상적인 것으로 상정하고 있다. 즉 경찰관은 무기를 본래의 목적인 살상용이 아니라 무기사용에 대한 경고의 수단으로 사용하거나 살상용이 아닌 다른 용도로 사용함으로써 경찰상의 목적을 달성하는 것을 원칙으로 한다.

사람에게 위해를 가하지 않는 범위내에서 경찰관의 무기사용에 대한 일반적인 요건을 살펴보면 다음과 같다. 즉 경찰관은 ① 범인의 체포·도주의 방지, ② 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, ③ 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 ④ 필요하다고 인정

되는 상당한 이유가 있을 때에 ⑤ 필요한 한도내에서 무기를 사용할 수 있다(경찰관직무집행법 제10조의4 제1항).

가. 범인의 체포·도주의 방지

범인이란 수사기관에 의하여 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 자와 형사사건에 관하여 공소가 제기되었거나 제기된 것으로 취급되는 자 및 유죄판결이 확정된 자는 물론 현행범인과 당시의 정황으로 보아 충분히 범죄를 범하였다고 인정되는 자로서 체포·구속 및 수감의 대상이 되는 자를 말한다.⁵¹⁾ 따라서 범인이라고 하더라도 체포 등의 대상이 아닌 불구속 피의자, 피고인이거나 형기를 마쳤거나 적법하게 가석방 상태에 있는 자의 경우에는 여기에 해당하지 아니한다.

여기서 체포라 함은 본인의 의사와 관계없이 강제적으로 그 신체를 구속하는 것을 말한다. 형사소송법상의 체포(동법 제200조의2), 긴급체포(동법 제200조의3), 현행범인의 체포(동법 제212조) 등 모든 적법한 인신의 인치 및 구금방법에 의해 신병을 확보하는 경우를 포함한다.

도주라 함은 적법한 절차에 의하여 신체의 자유를 구속당하거나 구속당하려고 하는 자가 경찰관의 실행행사로부터 탈피하거나 탈피하려고 하는 것을 말한다. 이미 구속상태에서 벗어나 도주하고 있는 경우는 도주의 방지가 아니라 체포의 개념에 포함시켜야 할 것이나, 도주의 방지와 체포를 구별할 실익은 없다.

나. 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호

자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호는 경찰관직무집행법 제3조에서 말하는 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 해당하는 일반적인 경찰관 직무의 내용을 의미하는 것이 아니라 구체적 위험하에서 자기 또는 타인의 생명·신체의 안전을 위한 필요불가결한 행위를 말한다. 그러나 이 경우는 위해를 수반하지 않는 무기사용의 경우인 만큼 위험의 상황이 존재하더라도 직접적·현실적으로 생명이나 신체에의 침해가 가해지지 않는 경우를 말한다고 볼 것이며, 직접적·현실적으로 침해가 가해지는 경우에는 위해를

51) 이기호, 경찰관의 총기사용에 관한 법리, 경찰대논문집, 제12집, 1992, 18-19쪽.

가할 수 있는 무기사용이 고려될 수 있을 것이다.⁵²⁾

방호의 대상에 대하여, 법문에서는 생명·신체에 대한 방호에 한정하고 있으나 위해를 수반하지 않는 무기사용이라는 점에서 ‘재산’에 대한 방호도 포함시켜야 한다는 견해⁵³⁾와 포함시켜서는 안 되므로 재산의 방호를 목적으로 무기를 사용하는 것은 위법이라는 견해⁵⁴⁾가 있다. 생각건대, 무기사용은 경찰의 가장 강력한 강제수단으로 최후의 수단으로 고려되어야 한다. 또한 보호법익과 피침해 이익이 적절한 비례관계에 있어야 함을 고려할 때, 재산적 법익의 보호를 위하여 생명·신체에 대한 위험성을 내포하고 있는 무기를 사용하는 것은 허용될 수 없다고 생각된다. 더욱이 중대한 법익침해를 가져오는 무기사용의 요건은 엄격하게 해석되어야 할 것이므로, 입법론적 논의를 떠나 법규정의 해석을 통하여서는 재산을 방호의 대상으로 포함시킬 수는 없다.

다. 공무집행에 대한 항거의 억제

공무집행이란 경찰관의 적법한 직무집행을 의미한다. 경찰관직무집행법 제2조에서 규정한 직무집행은 공무의 집행이라 할 것이며, 형법 제136조(공무집행방해죄) 이하의 직무의 집행도 공무의 집행에 해당한다. 여기서 말하는 공무집행은 ‘항거의 억제’라는 표현을 사용한 것으로 볼 때 위와 같은 일반적인 공무의 집행 중 실행행사가 인정되고 강제적인 태양으로 행하는 것을 의미한다고 볼 것이다.

항거라 함은 경찰관의 적법한 공무집행을 적극적 또는 소극적으로 방해하거나 거부내지 저항하여 그 집행의 목적을 달성하는 것이 불가능 또는 곤란하게 만드는 것을 말한다. 다만 소극적인 항거의 경우에 이를 억제하기 위하여 무기를 사용하는 것은 비례성의 원칙상 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

억제라 함은 항거하는 행위를 경찰관이 실력을 행사하여 제지하거나 배제·해산·이동시킴으로써 이를 제압하는 것을 말한다.

52) 장영민/박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 191쪽.

53) 이기호, 앞의 논문, 20쪽.

54) 장영민/박기석, 앞의 논문, 192쪽.

라. 필요하다고 인정되는 상당한 이유

법이 인정하는 무기사용의 목적상의 요건이 현실적으로 존재하더라도 그 목적의 달성을 위하여 무기를 사용하는 것이 불가피한 경우이어야 한다. 무기보다 경미한 다른 수단을 사용하여 목적을 달성하지 못하였거나 목적을 달성할 수 없음이 명백한⁵⁵⁾ 경우이어야 한다. 경미한 수단을 사용하여 목적을 달성할 수 있는 가능성이 있다면 무기사용에 착수하여서는 안 된다.

필요성이 있는지 여부는 범인의 체포 등의 현장상황에 직면한 경찰관이 판단하는 것인데, 경찰관의 자의적인 판단이 아니라 사회통념에 비추어 객관적인 견지에서 판단할 때 그 필요성이 인정되어야 한다. 필요성에 대한 경찰관의 판단이 당시의 상황에서 합리적인 이유에 의하여 근거 지워진다면, 사후에 결과적으로 경찰목적의 달성을 위해 다른 경미한 효과적인 수단이 있었음이 밝혀지더라도 그 당시의 경찰관의 판단이 존중되어야 할 것이다. 이러한 내용은 비례성의 원칙 중 특히 필요성의 원칙에 관한 것으로 무기사용의 한계와 관련하여 위에서 살펴보았다.

마. 무기사용의 정도(필요한 한도내)

무기사용에 의하여 달성하려는 목적과 그 수단은 적절한 비례관계에 있어야 한다. 경찰조직에 비례성의 원칙이 적용되어야 함은 명문의 규정이 없더라도 헌법상의 법치국가 원리에서 직접 도출될 수 있는데, 경찰관직무집행법은 제1조 제2항에서 경찰관의 직무수행에서 준수하여야 할 원칙으로 규정하면서 무기사용의 경우 법익침해의 위험성을 고려하여 재차 강조하고 있다.

경찰은 범인의 체포·도주의 방지, 생명·신체에 대한 방호 및 항거의 억제를 위하여 ‘필요한 한도내’에서만 무기를 사용할 수 있으므로, 그 필요한 정도를 넘어서 상대방의 생명·신체에 대한 침해를 발생케 하는 것은 원칙적으로 배제된다. 따라서 사람의 머리 또는 몸통을 향하여 무기를 사용하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 의도하지 않은 사망의 결과가 발생할 수 있는데, 이와 같은 경우에 무기사용의 요건과 그 정도를 준수하였다면 그 결과만을 놓고 위법하다고 할 수 없을 것이다.

55) 무기보다 경미한 다른 수단으로는 목적달성이 어려울 것이 ‘예상’된다는 정도로는 부족하다.

(2) 위해를 수반하는 무기사용의 요건

경찰관직무집행법은 기본적으로 위해를 가하지 않는 무기사용을 원칙으로 하면서, 예외적으로 단서조항을 통하여 위해를 주는 사용의 허용요건을 개별적으로 규정하고 있다. 그에 따라 사람에게 위해를 주는 무기의 사용은 제10조의4 본문과 단서를 모두 충족시키는 상황에서 사용되었을 경우에만 정당화된다고 할 것이다.

무기를 사용하여 타인에게 위해를 발생시키는 것은 형법상 살인, 상해의 결과를 낳게 되는 바, 경찰관의 무기사용은 형법적으로는 위법성을 조각하는 방법으로 정당화될 수 있는데, 위해의 수반이 허용되는 무기의 사용의 경우로는 정당방위(형법 제21조 제1항), 긴급피난(형법 제22조 제1항), 중범인의 체포와 이를 위한 경찰관의 직무집행에 대한 항거, 영장집행, 위험한 물건을 소지한 범인의 경우, 대간첩작전 등이 열거되어 있다. 이는 정당방위와 긴급피난 및 그 밖의 모든 경우는 형법상 정당행위(형법 제20조)를 통하여 위법성이 조각되므로 정당화되는 경우를 구체적으로 적시한 것이라고 할 수 있다. 그러므로 법에서 열거되지 아니한 사유로 위해가 수반되는 무기를 사용하는 것은 허용되지 않는다.

가. 정당방위

형법 제21조 제1항은 「자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다」고 규정하고 있다. 정당방위가 인정되는 요건 등은 형법의 일반이론에 따를 것이지만, 특히 경찰관직무집행법 제10조의4 제1항 단서에서 이를 규정한 것은 경찰관이 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체의 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제 등 정당한 직무를 집행하기 위해 부득이 무기를 사용하지 않을 수 없는 때에는 그 위법성이 조각됨을 명백히 한 것이다.

그러나 정당방위(뒤의 긴급피난도 마찬가지)라는 일반적 정당화 사유를 무기사용에 대한 법적 근거로서 무비판적으로 인정하는 것은 제한된 요건하에서만 무기사용을 허용하고 있는 경찰관직무집행법의 규율을 무의미하게 할 우려가 있고 헌법상의 비례성의 원칙 또한 의미를 잃게 될 수 있다.⁵⁶⁾

경찰관의 정당방위에 있어서 '타인의 법익'은 경찰관이 직무수행상 보호해야 할 법익

이 될 것이므로, 타인의 법익의 개념 속에 개인의 법익 뿐 아니라 사회적 법익이나 국가적 법익도 포함되어야 하는지가 문제되나, 보호해야 할 법익과 이의 보호를 위하여 침해되는 상대방에 대한 위해와의 이익형량을 통하여 구체적인 상당성을 갖춘 경우에 허용되는 것이라고 보아야 할 것이다. 형법상으로는 일반적으로 재산적 법익의 보호를 위하여도 정당방위가 허용된다고 보나, 사람에게 위해를 가하는 무기사용의 경우에는 엄격히 해석하여 자신 또는 타인의 재산적 법익의 보호를 위하여는 무기사용이 부정되어야 할 것이다.

나. 긴급피난

긴급피난은 정당방위와는 달리 위법하거나 부당한 위난에 한정되지 않는 점에서 그 성립을 위하여는 보다 엄격한 법익형량이 요구된다. 또한 긴급피난으로 인정되기 위해서는 주관적인 피난의사와 객관적으로 상당한 이유가 있어야 한다. 이러한 점에서 볼 때 생명·신체에 대한 법익이 충돌하는 경우, 사람에게 대한 위해를 수반하는 무기사용은 매우 제한적인 범위내에서 긴급피난에 의한 정당화가 가능할 것이다.

다. 중범죄 혐의자의 체포와 이를 위한 경찰관의 직무집행에 항거할 때

경찰관직무집행법은 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위한 경우에 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 사람에게 위해를 수반하는 무기사용을 허용하고 있다. 대상범죄는 형사소송법 제200조의3 긴급체포를 할 수 있는 경우와 같다. ‘의심할 만한 충분한 이유’에 있어서 긴급체포의 요건에 관한 형사소송법 규정하의 ‘의심할 만한 상당한 이유’에 비하여 의심의 정도가 보다 분명하고 객관적으로 나타나는 경우에만 무기사용이 가능하다는 견해⁵⁷⁾와 형사소송법의 긴급체포의 요건에서 필요로 하는 범죄혐의와 구별을 둘 필요가 없다

56) 이에 대하여는 서정범(역), 독일경찰법론, 258쪽 참조.

57) 장영민/박기석, 앞의 논문, 198쪽.

는 견해⁵⁸⁾가 주장된다. 생각건대, 긴급체포에 비하여 위해를 수반하는 무기사용의 경우 생명·신체에 대한 침해의 결과가 더욱 심각하다고 볼 수 있으며, 경찰관직무집행법에서 불심검문의 경우에는 범죄를 의심할 만한 ‘상당한 이유’를 요구함에 대하여(제3조 제1항), 위해를 수반하는 무기사용의 경우에는 범죄를 의심할 만한 ‘충분한 이유’가 있어야 한다고 표현한 것으로 볼 때, ‘충분한 이유’에 있어서는 ‘상당한 이유’에 비하여 그 이유의 존재가 명백할 것을 요구하는 것이라 해석하여야 할 것이다.

영장 없이 인신을 구금할 수 있는 경우는 긴급체포 이외에도 현행범인의 체포의 경우가 있으나(형사소송법 제212조), 장기 3년 이상의 형에 해당하지 않는 경우라면 체포를 위해서 위해를 수반하는 무기의 사용은 허용되지 않는다. 예컨대 음주측정에 불응하고 도주하는 경우 2년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금형에 처하게 되어있으므로 위해를 가하는 총기사용은 할 수 없다. 다만, 음주로 인하여 타인의 생명, 신체에 위해를 가할 객관적 위험이 있다면 긴급피난이나 정당방위에 해당될 수 있는지가 고려될 수 있을 것이다.

라. 영장집행

체포·구속영장과 압수·수색영장을 집행할 때 본인이 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때, 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때, 이를 방지 또는 체포하기 위한 수단으로서 위해를 수반하는 무기사용을 허용하고 있다. 형사소송법의 개정으로 체포영장이 새로운 영장의 종류로 규정됨에 따라 본호에서도 체포영장을 추가하였다.

범죄혐의에 대한 사법적 판단을 거친 영장의 집행을 보장하기 위하여 그에 대한 항거 및 도주 방지를 위한 무기사용의 요건을 따로이 규정한 것이다. 물론 이 경우에도 무기사용 이외에 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있어야 한다.

마. 위험한 물건소지 범인의 경우

범인 또는 소요행위자가 무기·흉기 등 위험한 물건을 소지하고 경찰관으로부터 3회

58) 이기호, 앞의 논문, 23쪽.

이상의 투기명령 또는 투항명령을 받고도 이에 불응하면서 계속 항거하여 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 경우, 위해를 수반한 무기사용을 할 수 있다. 범인이라 무기·흉기 등을 소지한 현행범과 준현행범⁵⁹⁾을 말한다.⁶⁰⁾ 소요행위자라 함은 다중이 집합하여 폭력을 행사하는 등 소요행위를 직접 하거나 이를 지휘하는 자를 말한다. 따라서 무기 등을 소지하고 있지 않은 범인 또는 소요행위자나 무기 등을 소지하고 있으나 현재 범죄를 범하고 있지 않은 자와 소요행위에 가담하지 않은 자는 본호의 대상이 아니다.

무기·흉기 등 위험한 물건이라 함은 생명·신체 또는 중대한 재산적 법익에 대한 손상을 가져올 수 있는 도구를 말하는데, 본래의 용도에 의해서만 판단되는 것이 아니라 사용방법에 따라서 위험한 물건이 될 수 있다. 형법상 소지라 함은 저장, 은닉, 진열 등 어떠한 형태로든 자기의 지배하에 두는 것을 의미하는 데 대하여, 여기에서의 소지는 반드시 현실적으로 들고 사용하는 경우만을 의미하는 것은 아니나, 적어도 사용가능하도록 가까운 위치에 두는 것을 의미한다. 즉 현실적으로 위험을 야기할 수 있는 개연성이 높은 상태를 말한다.⁶¹⁾

3회 이상의 투기명령에 있어서 3회 이상이란 3회 이상의 투기의 기회를 주는 것을 말하므로 시간적인 간격 없이 연속하여 투기할 것을 명령하는 것은 1회의 투기명령으로 보아야 한다. 상대방의 갑작스러운 공격이 행해지는 경우와 같이 3회 이상의 투기명령을 할 시간적 여유 없는 때에는 정당방위 등 정당화 사유에 해당하는 경우에 한하여 위법성이 조각된다고 할 것이다.⁶²⁾

59) 현행범이란 범죄의 실행중이거나 실행의 직후인 자를 말하며, ① 범인으로 호칭되어 추적되고 있는 때, ② 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 때, ③ 신체 또는 의복류에 현저한 증거가 있는 때, ④ 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때에 이에 해당하는 자는 현행범인으로 간주한다(형사소송법 제211조).

60) 이기호, 앞의 논문, 24쪽.

61) 장영민/박기석, 앞의 논문, 200-201쪽.

62) 같은 생각으로는 장영민/박기석, 앞의 논문, 201쪽. 그러나 3회 이상의 명령을 할 여유 없이 상대방의 공격이 있는 경우에는 묵시적인 명령이 있는 것으로 보아야 한다는 견해도 주장된다(이기호, 앞의 논문, 24쪽).

바. 대간첩작전을 수행하는 경우

대간첩작전 수행에 있어 무장간첩이 경찰관의 투항명령을 받고도 이에 불응하는 경우에는 위해를 가할 수 있는 무기사용이 허용된다. 대간첩·대테러작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 수행할 때에는 개인화기 이외에 공용화기도 사용할 수 있는데(경찰관직무집행법 제10조의4 제3항), 이 조항은 1999년 법개정시에 신설되었다. 그밖에 경찰이 수류탄 등 폭약류를 사용할 수 있는가에 대하여는 논란이 있다. 이러한 무기는 그 살상효과나 범위가 막대하므로 통상적인 무기의 사용보다는 신중하게 그 허용성이 결정되어야 할 것이다. ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 경찰관직무집행법 제10조 제4항의 위임에 따라 경찰장비의 종류를 규정하면서, 수류탄 및 폭약류를 경찰장비 중 무기에 포함되는 것으로 규정하고 있는데(제2조), 그의 사용요건이나 기준에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 현행법상으로는 수류탄 등의 사용에 관한 법적 근거가 충분하지 않아 허용되지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 더욱이 경찰장비로 사용하기 위하여는 그 수단에 대한 통제 가능성이 전제되어야 하는데, 수류탄은 그 효과를 전혀 통제할 수 없기 때문에 이를 경찰장비로 사용하는 것 자체가 문제가 될 수 있다.

대간첩작전의 경우에는 보충성 등 다른 제한 없이 무장간첩이 투항명령을 받고도 이에 불응하는 경우 위해를 수반하는 무기사용이 허용되는 것으로 규정되어 있다. 대간첩작전은 국가안보의 목적이 있고, 무장간첩은 통상적으로 전쟁용 무기로 중무장하고 특수훈련을 받은 자로서 일단 도주하면 다시 체포하기가 어렵다는 사정을 고려하여 그 요건을 완화한 것이지만, 위해의 위험성이 명백하지 않은 경우에는 다른 경미한 수단으로 대처할 것이 요구되는 비례성의 원칙은 이 경우에도 당연히 적용되어야 할 것이다.

사. 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없는 경우

위해를 수반하는 무기사용의 경우 정당방위, 긴급피난, 대간첩작전의 경우를 제외한 모든 경우에 무기를 사용함으로써만 목적을 달성할 수 있는 경우에 한하여 무기사용이 허용된다. 즉 경찰은 다른 수단으로는 경찰목적은 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 무기를 사용할 수 있다. 다른 수단을 사용하였으나 효과를 보지 못하였거나 목적을 달성할 수 없음이 명백한 경우이어야 한다.

필요성의 원칙에 의하여 무기사용보다 완화된 수단으로 위험이 방지될 수 있다면 그 수단을 취해야 한다. 경찰봉 또는 최루제를 사용하여 위험을 방지할 수 있음에도 무기를 사용하였다면 그것은 위법한 것이 된다.

적합성의 원칙에 의하여 다른 수단으로는 목적을 달성할 수 없음이 명백한 경우에는 무기사용이 허용된다. 결정하는 시점에서 고려할 수 있는 모든 관점을 주의 깊게 그리고 객관적으로 심사하였을 때 다른 수단은 객관적으로 목적달성에 적합하지 않은 것으로 판명이 난 경우이어야 한다.

이러한 고려하에 경찰이 내린 무기사용의 허용성 여부에 대한 결정은 사후에 객관적인 기준에 의하여 그 적법성이 심사될 수 있다. 두려움 또는 과중한 부담감 때문에 잘못된 결정을 내린 경우에는 통상적으로 위법성이 긍정될 것이다. 다만 경험 많고 사려깊은 경찰관도 합리적인 판단을 내리는 것이 기대하기 어려울 정도로 예외적인 상황이 있을 경우라면 그 조치의 위법성이 배제될 수 있을 것이다. 일반적으로 경찰관에게는 사인에 비하여 높은 위험부담의 의무가 부과되고, 더 많이 희생할 각오가 요구됨을 고려하여야 한다.

2) 무기사용의 한계

무기사용이 허용되는 경우에도 어디까지나 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서만 가능하다. 또한 무기를 사용하지 않고는 다른 수단방법이 없는 경우에 최후의 수단으로 무기를 사용할 수 있는 것이다. 경찰관직무집행법은 비례성의 원칙 내지 보충성의 원칙을 사용요건 및 위해허용요건으로 규정하고 있는데, 이에 대하여는 개개의 당면한 구체적 상황에서 개별적으로 판단되어야 할 것이다.

판례는 “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 한도내에서 사용하여야 하는바, 경찰관의 무기사용이 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 총기의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 한다”라고 판시한 바 있다.⁶³⁾

아래에서는 실제상 무기사용의 적법성이 문제되는 사례로 자주 등장하는 도주하는 사람 내지 차량에 대한 총기사용과 칼을 들고 항거하는 경우의 무기사용의 한계와 무기사용의 규범적 한계로서 비관여자에게 위해를 가져오는 무기사용과 14세 미만의 자 등에 대한 무기사용에 대하여 살펴보기로 한다.

(1) 도주를 저지하기 위한 총기사용

경찰관직무집행법은 범인의 체포·도주의 방지를 위하여 필요한 경우에 무기를 사용할 수 있도록 수권하고 있다. 특히 중범죄 혐의자의 경우와 영장집행의 경우 및 위험한 물건을 소지한 범인의 경우에는 사람에게 위해를 수반하는 무기사용을 허용하고 있다.

그런데 실제에 있어서 경찰관의 불심검문에 불응하고 도주하는 사례에 있어서 경찰관의 무기사용이 허용될 수 있는지가 문제된다. 또한 범죄의 혐의가 명백한 자가 도주하는 경우 그에게 또는 범죄와 무관한 사람에게 위해가 발생할 개연성이 큰 때에 총기사용이 허용될 수 있는지도 검토되어야 한다.

가. 불심검문에 불응하고 도주하는 경우

경찰관의 불심검문에 불응하고 도주하는 경우 도주를 방지하기 위하여 총기를 사용할 수 있는지가 문제된다. 도주하는 자를 따라 잡을 수 없고 무기를 사용하여야만 검거할 수 있는 경우, 이른바 준현행범인의 예에 의하여 도주자의 범죄혐의를 인정할 수 있다면 무기사용을 고려할 수 있을 것으로 보인다. 준현행범인이란 현행범인은 아니지만 형사소송법에 의하여 현행범인으로 간주되는 자를 말하는데, 이에 ‘누구인지 묻는데 도망하려 하는 자’가 포함되며, 경찰관의 불심검문에 불응하고 도주하는 자는 준현행범인에 해당하는 것으로 보고 있다.⁶⁴⁾ 그러나 이 경우에도 범행에 대한 직접 관련성이 희박할 수

63) 대판 1999.3.23, 98다63445.

있으므로 다른 상황과 종합하여 충분히 죄를 범하였다고 인정할 객관적인 상당한 이유에 근거하여야 하는 것이므로 무조건 불심검문에 불응하고 도주한다고 하여서 준현행범인으로 판단해서 무기를 사용해서는 안 될 것이다.⁶⁵⁾ 또한 무기사용이 허용되는 경우라도 위해를 수반하지 않는 무기사용으로 엄격히 제한될 것이며, 위해를 수반하는 경우라면 좀 더 구체적인 중범죄의 혐의가 있는 경우이어야 할 것이다.⁶⁶⁾

차량검문에 불응하고 도주하는 경우에 있어서 도주차량을 향하여 총기를 발사하는 사례가 있으나, 뒤에서 살펴보는 바와 같이 차량에 대한 총기사용의 경우 사람에게 위해를 발생하지 않고 차량을 정지시키는 것을 상정하기란 어렵다는 점에서 도주자에게 구체적인 중범죄의 혐의가 있어 체포하여야 할 필요가 있는 경우가 아니라면 이는 허용될 수 없다고 생각된다.

나. 도주하는 중범죄 혐의자에 대한 총기사용

경찰관직무집행법 제10조의4 제1항 단서 제1호에서 규정한 중범죄를 범하고 도주하는 경우에 경찰관은 원칙적으로 범인의 도주를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용할 수 있을 것이다.

사람에 대한 총기사용의 경우에는 특히 비례성 원칙의 엄격한 적용이 요구된다. 따라서 중범죄를 범하였거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 존재하는 경우라도 경찰봉이나 가스총을 사용하거나 공포탄을 발사함으로써 도주를 방지할 수 없음이 명백한 경우에 비로소 총기의 발사가 허용될 수 있으며, 이 경우에도 도주하는 자의 하체부위를 향하여 정조준 발사하여야 할 것이다.

64) 장규원, 체포제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1988, 142쪽.

65) [판례]: “경찰관의 정지명령에 응하지 아니하고 계속 도주하였다는 사실만으로 경찰관직무집행법 제10조의4에서 규정하는 범죄를 범하였거나, 범하였다고 의심할 충분한 이유가 있다고 보기 어렵다”(대판 1999.6.22, 98다61470).

66) 대법원은 차량 충격음을 듣고 경찰관이 사고를 낸 자를 검문하려는 순간 그가 도망가자 도망가는 모습을 보아 틀림없이 차량절도일 것으로 믿고 추격하면서 멈추지 않으면 총을 발사할 것을 경고하고 그에 불응하자 공포 1발을 발사하였으나 효과가 없었고, 경찰관에게 항거하면서 계속 도망가자 다리를 향하여 1회 권총을 발사하여 상해를 입힌 사건에서, 체포를 면탈하기 위하여 항거하며 도주할 당시 그 항거의 내용·정도 등에 비추어 소지하던 가스총과 경찰봉을 사용하거나 다시 한번 공포를 발사하여 제압할 여지가 있었다고 판단하여, 다리를 향하여 권총을 발사한 행위를 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법한 행위라고 판시하였다(대판 1993.7.27, 93다9163).

그런데 달려가는 사람을 향하여 총기를 발사하는 경우에는 치명적인 결과를 가져올 위험이 상존하는 것이다. 따라서 위와 같은 경우에는 항상 구체적 상황에 따른 수단과 결과의 관계에 대하여 세심한 심사가 행해져야 한다. 중범죄의 구성요건이 충족되었다 하더라도 범인의 도주를 저지하는 목적⁶⁷⁾이 전적으로 국가의 형사소추권을 보장하기 위한 경우라면, 총기사용으로 인해 범인에게 중대한 침해가 발생하는 것이 정당화 될 수는 없을 것이다.

참고로 독일의 통일경찰법모범초안은 사망의 결과를 가져올 개연성이 높은 총기사용은 생명·신체에 대한 중대한 침해에 대한 현재의 위험을 방지하기 위하여 유일한 수단일 경우에 한하여 허용한다고 규정하여(제41조 제2항), 치명적인 결과를 가져올 사람에 대한 총기사용을 엄격히 규제하고 있다.

대법원은 “경찰관의 명령에 따라 순순히 손을 들고 나오면서 그대로 도주하는 범인을 경찰관이 뒤따라 추격하면서 등 부위에 권총을 발사하여 사망케 한 경우, 위와 같은 총기사용은 현재의 부당한 침해를 방지하거나 현재의 위난을 피하기 위한 상당성 있는 행위라고 볼 수 없다”고 판시한 바 있다.⁶⁸⁾

다. 도주저지를 위한 차량에 대한 총기사용

범인이 차량을 타고 도주하는 경우 또는 검문에 불응하고 도주하는 차량의 경우, 차량을 정지시키기 위하여 타이어를 향하여 총기를 사용하는 것이 허용될 것인지가 문제된다.

과출소 업무편람(경찰청, 1997. 12, 103쪽)은 검문불응 도주차량에 대하여 1차 공포탄 발사 후, 계속 불응시 2차에 차체의 하부(타이어)에 발사하여 차량을 정지시킨 후 검거하도록 규정하고, 과출소 근무요령집(서울경찰청, 1998. 1, 63쪽)에서는 검문불응 도주차량의 타이어에 대한 실탄사격을 위해를 수반하지 않는 총기사용으로 분류하고 있다.⁶⁹⁾

그러나 도주하는 차량의 타이어를 향하여 총기를 사용하여 위해를 수반하지 않고 차

67) 범인의 도주를 저지하는 데에는 두 가지 목적이 있다. 그 하나는 국가의 형사소추권을 보장하는 것이고, 다른 하나는 위험한 범인으로부터 일반 공중을 보호하는 데 있다.

68) 대판 1991.5.8, 91다10084.

69) 안정규, 경찰상 대인적 강제에 관한 연구, 한양대학교 대학원 박사학위 논문, 2001, 195쪽 참조.

량을 정지시킬 수 있는지는 의문이다. 예컨대 경찰관이 현행범인의 도주를 저지하려는 경우에, 그는 붙잡히지 않기 위하여 온 힘을 다하여 빠른 속도로 달아날 것이다. 그가 자동차를 타고 빠른 속도로 달아나는 경우에 타이어를 향해 총을 발사하여 자동차를 멈추게 하는 것은 거의 불가능하다. 왜냐하면 탄환이 타이어에 맞는다고 하더라도 타이어의 공기압이 순간적으로 떨어지지 않는 때문이다. 그 이외에도 총기를 사용하는 경찰관의 심리적·신체적 측면에서 위의 경우 총기사용은 객관적으로 목적달성에 적합한 수단이 아니라고 할 수 있다. 물론 예외적으로 타이어에 총알이 관통하여 타이어가 갈기갈기 찢어지고 그에 따라 자동차가 곧 정지하게 되는 상황을 생각할 수도 있다. 그러나 이러한 예외적 상황을 상정하여, 적합성을 원칙적으로 긍정할 수는 없다. 수단의 적합성은 사전에 판단되어지는 것이므로, 결과적으로 목적이 달성되었다 하여 그에 대한 판단이 달라지는 것은 아니다. 결과가 수단을 정당화 할 수는 없다.

결론적으로 달리는 자동차를 정지시키기 위하여 타이어를 향해 총을 발사하는 것은 적합성의 원칙에 반하여 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 더욱이 달리는 자동차의 속도가 어느 정도 이상이 되면 자동차의 타이어를 적중시키는 것은 거의 불가능하게 되고, 자동차 안 또는 주변에 있는 사람에게 맞을 위험이 항상 존재한다. 이와 같은 경우에는 위해를 수반하는 총기사용이 허용되는지가 검토되어야 한다.

무장강도사건이 발생한 후 강도가 총기로 택시기사를 위협하여 택시를 타고 도주하려고 하는 경우를 예로 들어보면, 이 경우에 범인의 도주를 저지하기 위하여 경찰관이 범인에게 총기를 발사할 수 있는지가 문제될 수 있다. 총기사용으로 범죄와 전혀 무관한 비관여자에게 위험이 발생할 개연성이 큰 경우에 사람에게 대한 총기사용은 원칙적으로 허용될 수 없다. 다만 예외적으로 현존하는 생명에 대한 위험을 방지하기 위하여 그것이 유일한 수단인 경우에만 허용될 수 있을 것이다. 위의 예에 있어서 총기사용의 목적은 전적으로 강도의 도주를 저지하는 데 있고, 현존하는 생명에 대한 위험을 방지하기 위하여 총기사용이 문제되는 것은 아니라고 볼 것이다. 또한 택시기사가 강도사건과 무관하며, 택시운행이 그의 의사에 반하여 행해지는 것이 명백하다. 즉 택시기사는 경찰법상 비관여자에 해당한다. 따라서 위의 예에 있어서 경찰의 총기사용은 (좁은 의미의) 비례성 원칙에 반하는 위법한 것이 된다.

(2) 칼을 들고 항거하는 경우의 무기사용

칼을 들고 경찰관의 직무집행에 항거하는 경우에 이를 저지하기 위하여 총기를 사용할 수 있는지가 문제된다. 경찰관직무집행법 제10조의4 제1항 단서 제3호는 이에 관한 규정을 두고 있는데, 무엇보다도 ‘무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유’가 충족되어야 한다.

칼을 들고 경찰관에게 달려드는 경우에 생명의 위험이 있다는 것은 일반적으로 인정되고 있기 때문에, 생명의 위험에 처한 경찰관은 그에 대응하여 생명에 위험을 줄 수 있는 방어수단의 사용이 허용된다. 생명을 위협하는 공격에 대한 방어수단에 대하여 독일의 판례는 다음과 같이 판시한 바 있다. “위법한 공격을 받는 자는 원칙적으로 즉각적이고 종국적으로 위험을 제거할 수 있는 방어수단을 선택할 권리를 갖는다. 덜 위험한 방어수단이 있을 지라도 그의 효과가 의심스러운 경우에는 반드시 그 수단을 사용해야만 하는 것은 아니다. 다수의 효과적인 수단 내지 방법이 있고 방어하는 자에게 위험을 평가하고 수단을 선택할 시간이 있는 경우에, 그는 덜 위험한 수단을 선택해야 한다. 그러한 수단이 위험을 즉시 종국적으로 제거하기에 적합한지 여부는 개별적인 위험상황에 달려있다.”⁷⁰⁾

구체적인 상황에서 경찰관이 상대방의 공격을 저지하기 위하여 총기 이외에 사용할 수 있는 다른 수단이 있는지, 다른 수단을 사용할 시간적 여유가 있는지가 검토되어야 한다. 공격의 수단인 칼의 위험성 일반뿐만 아니라 공격자와의 거리, 공격자의 폭력성, 신속함 및 칼 다루는 솜씨 등이 고려되어야 한다.⁷¹⁾

경찰봉, 전자충격기, 가스분사기 또는 가스발사총 등 총기보다 완화된 수단으로 상대방의 공격을 저지할 수 있다면 총기사용은 허용되지 않는다.⁷²⁾ 다른 수단들이 위험을

70) BGH, STV 1990, S. 543.

71) 창원지법은 범인이 칼을 소지하고 있다고 믿었고 또 믿을 만한 사유가 있었으며, 힘이 세고 건장한 체구의 범인을 쉽게 제압할 수 없는 상황에서, 범인 밑에 깔린 동료 경찰관을 범인이 칼로 살해할 수도 있고 권총을 탈취하여 다수의 인명을 살상할 수도 있다고 판단한 경우에 동료 경찰관을 구출하고 발생할지 모를 다수의 인명피해를 저지하기 위하여 범인에게 권총을 발사한 것은 정당한 직무집행에 해당한다고 판시한 바 있다(창원지법 2003.11.14, 2002가합1454).

72) 대법원은 야간에 술이 취한 상태에서 병원에 있던 과도로 대형 유리창문을 쳐 깨뜨리고 자신의 복부에

제거하기에 적합하지 않은 경우에 비로소 총기가 최후의 수단으로 사용될 수 있는 것이다. 칼을 들고 경찰관에게 항거하는 경우 통상적으로 경찰봉은 효과적인 수단이 되지 못하며, 총기는 공격자에게 중대한 결과가 발생하는 것을 피할 수 없을 것이다.

상대방이 칼을 들고 경찰관을 단지 위협하는 경우이거나 점점 가까이 다가서는 경우에는 우선 투기명령 또는 투항명령이 행해져야 하지만, 근접한 거리에서 신속하게 칼로 공격해 오는 경우에는 이를 생략할 수 있다고 보아야 할 것이다.

(3) 비관여자에게 위해를 가져오는 무기사용

비관여자가 위협에 처할 고도의 개연성이 있는 경우에 원칙적으로 총기사용은 허용되지 않는다. ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 범죄와 무관한 다중의 생명·신체에 위해를 가할 우려가 있는 때에는 권총 또는 소총을 사용하여서는 안 된다고 규정하고 있다. 이 규정은 ‘범죄와 무관한 다중’에 대한 총기사용을 제한하고 있는데, ‘다중’으로 한정하는 것은 타당하지 않다. 단 한사람이라도 범죄와 무관한 사람에게 위해를 가할 우려가 있는 총기사용은 제한되어야 한다. 또한 ‘범죄와 무관한’의 개념은, 범죄에 ‘협력’하지 않은 것을 의미하는지 또는 총기사용의 요건을 충족하지 않은 모든 사람은 범죄와 무관한 사람으로 보아야 하는지 명확하지 않다.

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 중대한 위협을 방지하기 위하여 총기사용이 불가피한 경우에는 예외를 인정하고 있는데, 신체에 대한 위협을 방지하기 위한 경우까지 예외에 포함시키는 것은 비관여자에게 위해를 가져오는 총기사용을 금지하는 원칙을 상대화하는 것이 된다. 생명에 대한 현존하는 위협을 방지하기 위하여 총기사용이 유일한 수단일 경우에만 비관여자에게 위해를 가할 우려가 있는 총기사용이 허용되어야 할 것이다.

칼을 대고 할복 자살하겠다고 난동을 부린 자가 출동한 2명의 경찰관들에게 칼을 들고 항거한 사례에서 경찰관이 공포탄을 발사하거나 소지한 가스총과 경찰봉을 사용하여 항거를 억제할 시간적 여유와 보충적 수단이 있었다고 보여지므로, 칼빈소총을 1회 발사하여 가슴 아래 부위를 관통하여 사망케 한 경찰관의 총기사용행위는 총기사용의 한계를 벗어난 것이라고 판시한 바 있다(대판 1991.9.10, 91다19913).

(4) 14세 미만의 자 등에 대한 무기사용

14세 미만의 자에 대한 무기사용의 제한도 대인적 한계로서 논의되고 있다. ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 14세 미만의 자 및 임신부에 대하여 총기를 발사하여서는 안 된다고 규정하고 있다. 이 규정은 총기 또는 폭발물을 가지고 대항하는 경우에는 예외를 허용하고 있는바, 어린 아이에 의한 폭력행위가 증가하고 있는 상황을 고려할 때 예외규정을 두는 것은 피할 수 없다. 예외가 적용되는 경우에도 비례성의 원칙에 의한 제한을 받게 됨은 당연하므로, 단지 총기를 가지고 대항하였다는 이유만으로 14세 미만의 자에게 제한 없이 총기를 사용할 수 있다고 해석할 수는 없을 것이다. 다만 명확성을 위하여 이를 명시하는 것이 필요하다고 생각된다. 즉 총기 등을 가지고 대항함으로써 인해 발생할 수 있는 위해의 가능성을 고려하여, 생명·신체에 대한 중대한 위협을 방지하기 위하여 총기사용이 유일한 수단일 경우에만 예외를 허용하여야 할 것이다.⁷³⁾ 이 경우에는 총기 등을 가지고 대항하는 자에 대한 총기사용이므로 위의 비관여자에게 위해를 가져오는 총기사용과 달리 신체에 대한 위협을 방지하기 위한 경우에도 예외에 포함시키는 것이 타당할 것이다.

법문상으로는 명시되어 있지 않지만, 14세 미만에 대한 판단은 외견상의 나이를 기준으로 하여야 할 것이다.⁷⁴⁾ 즉 경찰관이 실제 나이를 잘못 판단하였다고 하여 바로 총기사용이 위법하다고 볼 수는 없는 것이다.

3. 경찰장구의 사용

1) 요 건

경찰관은 현행범인인 경우와 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당

73) 한건우, 현대행정법Ⅱ, 348쪽 참조.

74) 참고로 독일의 통일경찰법모범초안 제41조 제3항은 ‘외견상 14세 미만으로 보이는 자’에 대한 총기사용을 제한하고 있다.

하는 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(경찰관직무집행법 제10조의2 제1항).

현행범인인 경우라 함은 범죄의 실행중이거나 실행의 직후인 자인 현행범인 이외에 준현행범인을 포함하는 개념이다. 현행범의 경우 질서교란이 목전에 있어 질서의 유지를 위하여 상대방을 물리력을 통하여 제압할 필요성을 인정한 것이다. 그런데 동 조항은 현행범인 이외의 범인의 체포·도주의 방지를 위한 경찰장구의 사용을 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인에 한정하고 있다. 이는 범인을 영장없이 속박하게 되는 요건을 강화하여 경찰장구의 사용을 중범죄인에 한정하려는 의도로 1991년에 개정된 것이다. 경찰장구 중 수갑·포승 등 범인의 신체를 포박하는 수단의 경우에는 인신구속에 해당하므로 영장주의의 예외가 인정되는 경우에 한정함이 타당하다. 그러나 경찰봉이나 방패 등은 인신구속의 수단이 아니며 상대방을 물리적으로 제압할 필요가 있는 경우에 무기보다 완화된 실력행사의 수단으로 사용되는 것이다. 따라서 위해를 수반하지 않는 무기사용에 있어서 범인을 중범죄인에 한정하지 않는 것과 비교해 볼 때, 무기보다 완화된 수단에 해당하는 경찰봉이나 방패의 사용요건을 더욱 강화한 것은 균형이 맞지 않다.

그 밖의 사용요건인 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제, 필요하다고 인정되는 상당한 이유 등은 위해를 수반하지 않는 무기사용의 요건과 동일하다.

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 이와 별도로 수갑·포승·호송용포승의 사용기준과 경찰봉·호신용경봉의 사용기준에 관하여 규정하고 있다. 즉 경찰관이 체포·구속영장을 집행하거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 법률이 정한 절차에 따라 호송하거나 수용하기 위하여 필요한 때와 범인·주취자 또는 정신착란자의 자살 또는 자해기도를 방지하기 위하여 필요한 때에 수갑·포승 또는 호송용포승을 사용할 수 있도록 규정하고 있다(제4조, 제5조). 또한 불법집회·시위로 인하여 발생할 수 있는 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위험을 방지하기 위한 경우에 경찰봉 또는 호신용경봉의 사용을 허용하고 있다(제6조). 이와 같이 수갑·포

승·호송용포승 등 인신구속을 위한 장비와 경찰봉·호신용경봉 등 위험방지를 위한 물리력 행사의 수단과는 구별하여 규율할 필요가 있는 것이다.

2) 한 계

경찰장구의 사용도 위의 요건을 충족하는 경우 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서만 가능하다. 즉 사태를 수습하기 위하여 필요한 최소한도로 사용하여야 한다. 비례성의 원칙이 경찰장구 사용의 한계로 적용됨은 당연하다.

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 특별히 생명·신체에 위해를 가할 우려가 있는 경찰봉과 호신용경봉의 사용에 있어서 경찰관에게 인명 또는 신체에 대한 위해를 최소화할 주의의무를 부과하고 있다(제7조). 또한 전자충격기와 전자방패의 경우 전자적 충격의 위험성을 고려하여 14세 미만의 자와 임산부에 대한 사용을 금지하고 있으며, 전극침 발사장치가 있는 전자충격기의 경우에는 상대방의 얼굴을 향하여 전극침을 발사할 수 없도록 규정하고 있다(제8조).

4. 분사기 등의 사용

1) 요 건

경찰관직무집행법은 범인의 체포·도주의 방지 또는 불법집회·시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위해의 발생을 억제하기 위하여 부득이한 경우에 분사기 등을 사용할 수 있다고 규정하고 있다(제10조의3).

무기사용의 경우와 비교해 볼 때 분사기 등의 사용은 그 목적에 있어서 공무집행의 항거의 억제를 위하여 필요한 경우를 제외하고 있으며, 생명·신체에 대한 방호를 불법집회·시위로 인한 경우로 한정하고 있다. 이는 종전 최루탄의 사용에 관한 규정을 최루탄 이외에 분사기와 최루등의 작용제로 그 사용장비를 확장하면서, 그 주된 용도는 종전 최루탄 사용의 경우와 마찬가지로 규정하고 있기 때문이다. 분사기 등의 사용목적은 이와

같이 한정해야 할 필요성은 없으며, 분사기 등을 무기를 대체하는 보다 완화된 수단으로 사용할 수 있는 길을 열어 놓기 위하여도 그 사용목적에 제한하는 것은 타당하지 않다.

분사기 등의 사용요건은 범인의 체포·도주의 방지를 위한 경우와 불법집회·시위로 인한 위해방지를 위한 경우로 나눌 수 있는데, ‘범인의 체포·도주의 방지’를 위한 요건은 무기사용의 경우와 마찬가지로이다. 불법집회와 시위란 ‘집회 및 시위에 관한 법률’에 의해 금지되는 집회·시위를 말한다. 이러한 불법집회와 시위에 있어서 집단적인 폭행·협박·손괴 등 경찰관 또는 타인의 생명·신체 및 재산 등에 중대한 위해발생이 예상되거나 직접적으로 발생하는 경우와 공공시설, 즉 국가·지방자치단체 및 기타 공법인의 시설 등의 안전에 직접적인 영향을 미치는 파괴·손괴·방화 등 중대한 위해가 예상되거나 직접적으로 위해가 발생하는 경우에 그 억제에 위하여 분사기 또는 최루탄을 사용할 수 있다.

2) 한 계

분사기 등의 사용은 ‘부득이한 경우’로서 현장책임자의 판단으로 필요한 최소한의 범위 안에서 이루어져야 한다. 부득이한 경우란 분사기 등을 사용하지 않고서는 위해의 발생을 억제할 수 없는 경우를 말하며, 경찰관 개개인의 개인적 판단이 아니라 현장책임자의 합리적인 판단하에 사용 여부가 결정되어야 한다. 또한 분사기 등은 본래의 사용목적 을 벗어나 직접 사람의 신체에 위해를 가하는 방법으로 사용되어서는 안 된다.

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 가스발사총 등의 사용에 대한 구체적인 기준을 제시하고 있다(제12조). 즉 경찰관은 범인의 체포 또는 도주의 방지, 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요한 때에는 최소한의 범위 안에서 가스발사총을 사용할 수 있다고 하며, 이 경우 경찰관은 1미터 이내의 거리에서 상대방의 얼굴을 향하여 발사하여서는 안 된다고 규정하고 있다.

대법원도 “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 gas와 함께 발사되어 인체에

위해를 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”라고 판시하였다.⁷⁵⁾

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 가스발사총을 경찰장비 중 분사기·최루탄 등의 항목에서 열거하면서, 그 사용요건에 관하여는 무기와 동일하게 규정하고 있다. 가스발사총이라 함은 장약을 이용한 추진력에 의하여 가스작용제 또는 고무탄 등을 발사할 수 있는 장비를 말하는데, 가스작용제 등을 발사하여 일시적으로 신체·정신적 기능의 장애를 가져온다는 점에서 분사기·최루탄 등에 포함시켰지만, 실제에 있어서 불법집회·시위로 인한 위해의 발생을 억제하기 위한 수단으로 사용되기보다는 무기를 대체하는 수단으로 활용되고 있다는 점을 고려하여 무기에 준하여 취급하고 있는 것이라 생각된다.

최루탄의 경우 직접 사람의 신체를 향하여 발사하여서는 안 되는데, ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 최루탄발사기로 최루탄을 발사하는 경우 30도 이상의 발사각을 유지하고, 가스차·살수차 또는 특수진압차의 최루탄발사대로 최루탄을 발사하는 경우에는 15도 이상의 발사각을 유지할 것을 요구하고 있다.

5. 기타 장비의 사용

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 가스차·살수차·특수진압차·물포·석궁·다목적발사기 및 도주차량차단장비를 기타 장비로 열거하면서, 그들의 사용기준을 제시하고 있다. 법률유보의 원칙상 이들 장비의 사용요건에 대하여는 반드시 법령에서 규정되어야 한다. 장비사용의 한계에 있어서 명문규정이 없더라도 비례성 원칙이 이 경우에도 적용되는 것은 당연하지만, 개별장비의 특수성과 관련하여 구체적인 사용의 한계를 명시함으로써 적법한 장비사용을 보장하고 장비사용의 위법성에 대한 논란을 방지 내지 감소시킬 수 있을 것이다.

75) 대판 2003.3.14, 2002다57218.

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’에 의하면 가스차와 살수차는 불법집회·시위 또는 소요사태에 있어서 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 위해와 재산·공공시설의 위험을 억제하기 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 사용할 수 있다고 규정하고 있다. 특수진압차는 소요사태의 진압 또는 대간첩·대테러작전의 수행을 위하여 부득이한 경우에 사용할 수 있으며, 물포의 경우에는 불법해상시위를 해산시키거나 정선명령에 불응하고 도주하는 선박을 정지시키기 위하여 부득이한 경우에 경비함정의 물포를 사용할 수 있도록 하고 있다. 다만 사람을 향하여 직접 물포를 발사하여서는 안 된다는 제한을 두고 있다(제13조).

제14조에 의하면 경찰관은 총기·폭발물 기타 위험물로 무장한 범인 또는 인질범의 체포, 대간첩·대테러작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 은밀히 수행하거나 총기를 사용할 경우에는 화재·폭발의 위험이 있는 등 부득이한 때에 한하여 현장책임자의 판단에 의하여 필요한 최소한의 범위 안에서 석궁을 사용할 수 있다. 즉 생명·신체에 대한 위험을 방지하거나 또는 국가안전을 위한 작전을 수행하는 경우에 총기를 사용하는 것이 작전수행상 적합하지 않거나 또는 다른 위험을 야기할 가능성이 있는 경우에 총기를 대체하는 수단으로 석궁을 사용할 수 있도록 규정하고 있다.

다목적발사기는 인질범의 체포 또는 대간첩·대테러작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 수행하거나 공공시설의 안전에 대한 현저한 위해의 발생을 방지하기 위하여 필요한 때에 최소한의 범위 안에서 사용할 수 있다(제15조).

또한 무면허운전이나 음주운전 기타 범죄에 이용하였다고 의심할 만한 차량 또는 수배 중인 차량이 정당한 검문에 불응하고 도주하거나 차량으로 직무집행중인 경찰관에게 위해를 가한 후 도주하려는 경우에는 도주차량차단장비를 사용할 수 있다. 이 경우 경찰관은 검문 또는 단속장소의 전방에 동 장비의 운용중임을 알리는 안내표지판을 설치하고 기타 필요한 안전조치를 취하여야 한다(제16조).

차량검문에 불응하고 도주하는 차량을 정지시키기 위하여 총기를 사용하는 경우, 빠른 속도로 질주하는 차량의 타이어에 적중시키기 어렵고, 적중한다고 하여 바로 정지시킬 수 있는 것도 아니며, 오히려 차량의 전복 내지 중앙선 침범 등 교통사고를 유발하여 다른 피해를 발생시킬 가능성이 크며, 또한 차량 안 또는 주위의 인명에 대한 위험을 가져올 우려가 있다는 점에서 총기사용 대신에 도주차량차단장비가 적극 활용되어야 할 것이다.

V. 외국경찰의 범죄진압장비 사용례 및 입법례

1. 일 본

1) 경찰장비사용에 관한 일본의 현행법제와 판례의 현황

일본 경찰법 제67조는 직무수행을 위한 경찰관의 소형무기소지를 인정하고 있으나, 동법은 그 사용요건에 관하여 특별한 내용을 정해놓고 있지 않다.⁷⁶⁾ 소형무기를 포함한 경찰의 무기사용⁷⁷⁾에 관해서는 우리나라의 법과 명칭이 동일한 경찰관직무집행법의 제7조에서 규율하고 있다.⁷⁸⁾ 그러나 일본 경찰관직무집행법의 동 조항은 단순히 무기의 사용에 대해서만 규율하고 있을 뿐이어서, 무기 이외에 경찰장구 및 분사기 내지 최루탄 등을 경찰장비라고 하여 그 사용조항을 개별적으로 두고 있는 1999년 최종 개정된 우리나라 경찰관직무집행법(제10조 이하)과 비교하였을 때, 법률유보원칙의 관점에서 보면 우리 경찰관직무집행법 조항들(제10조 내지 제11조)이 보다 명확하고 구체화된 특성을 가지고 있다. 일본 경찰관직무집행법 제7조의 내용은 다음과 같다.

경찰관은 범인의 체포 또는 도주의 방지, 자기 또는 타인에 대한 방호 또는 공무집행에 대한 저항의 억지를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태에 응하여 합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서 무기를 사용할 수 있다. 단, 형법

76) 古谷洋一 編著, 注釋 警察官職務執行法[改訂版], 平成15年(2003), 341쪽.

77) 일본에 있어 권총사용에 관한 규준의 연혁에 대해서는 村山眞維, 警察官の拳銃使用・携帶について, ジュリスト, 968号(1990. 12), 102쪽 참조.

78) 일본 경찰관직무집행법 제7조는 경찰관에 의한 무기사용만을 정한 것으로 보이지만, 직무상 무기의 보유나 휴대가 인정되고 있는 항공호위관(경찰법 제69조 제3항, 제5항), 자위관(自衛官)(자위대법 제87조 이하), 해상보안관 및 해상보안관보(해상보안법 제19조, 제20조), 마약취체관(麻薬取締官) 및 마약취체원(마약 및 향정신약 취체법 제54조 제7항, 제8항)에 대해서도 준용되고 있다. 입국심사관 및 입국경비관(출입국관리 및 난민인정법 제61조의4), 세관직원(관세법 제104조)과 감옥의 관리(감옥법 제20조)에 대해서는 각각의 관계법령에 의하여 무기휴대 및 사용의 요건이 별도로 정해져 있다. 이에 대해서는 古谷洋一 編著, 앞의 책, 342쪽; 古田佑紀, 武器の使用, 田宮裕・河上和雄 編著, 大コンメンタール 警察官職務執行法, 1993, 366-369쪽 참조.

(명치40년 법률 제45호) 제36조(정당방위) 또는 동법 제37조(긴급피난)에 해당하는 경우 또는 아래 각호의 일에 해당하는 경우를 제외하고는 사람에게 위해를 가하여서는 아니 된다.

- 一. 사형 또는 무기 또는 장기3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 흉악한 죄를 실제로 범하였거나 또는 이미 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 저항하거나 또는 도망하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 저항할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 다른 수단이 없다고 경찰관에게 신뢰를 줌에 충분한 상당한 이유가 있는 경우.
- 二. 체포장에 의해 체포할 때 또는 구인장 또는 구류장을 집행할 때 본인이 경찰관의 직무집행에 대하여 저항하거나 또는 도망하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 저항할 때 이를 방지 또는 체포하기 위하여 다른 수단이 없다고 경찰관에게 신뢰를 줌에 충분한 상당한 이유가 있는 경우.

일본의 경찰관직무집행법을 기초로 1953년 12월 14일 제정된 우리 경찰관직무집행법에서는 오늘날의 일본 경찰관직무집행법 제7조와 거의 대동소이한 조항을 두고 있었지만, 1981년, 1989년, 1999년도의 개정으로 현재와 같은 경찰장비사용의 요건과 한계에 관한 규정체계를 갖추게 되었다.⁷⁹⁾ 그러나 이와 같이 우리 경찰관직무집행법의 모태가 된 일본의 동 법조항은 지금도 그대로 유지되고 있으며, 성질상 사람의 살상을 목적으로 제조된 무기 이외에 다른 경찰장비(경봉, 경장(警杖), 최루가스분사기, 최루탄, 특수경봉 등)의 사용에 관한 규율은 동 법률에 존재하지 않는다. 이에 따라 성질상의 무기보다 위력이 약한 장비사용에 관하여 학설, 판례상 해석론이 발전되었고, 이를 규율하기 위하여 경찰의 내부규칙으로서 ‘경찰관 권총·경봉등 사용 및 취급규범’(이하에서는 취급규범이라 함)⁸⁰⁾을 두고 있으며, 여기에서 보다 엄격한 사용요건을 제시하고 있다.⁸¹⁾ 그러나 이

79) 일본의 경찰관직무집행법을 직역하여 제정된 우리나라 경찰관직무집행법을 치안실정과 수요에 맞는 것으로 바꾼 것이 1981년도 전면개정의 이유였다.

80) 『警察官けん銃警棒等使用および取扱い規範』(昭和三十七年(1962년)五月一〇日, 國家公安委員會規則 第七号, 최종개정 2001년 2월 19일).

81) 동 취급규범의 주요 조항을 보면 다음과 같다.

제4조 (경봉(警棒) 등(여기서 경봉 등이라 함은 경장(警杖), 특수경계용구(특수경봉)를 포함하는 개념이

취급규범도 경찰관직무집행법을 구체화하고 있는 우리나라의 ‘경찰장비의 사용기준등에 관한 규정’(대통령령 제16601호 신규제정 1999.11.27)과 ‘경찰장비관리규칙’(경찰청훈령 제211호, 1998.2.6)과 비교할 때 그리 명확한 내용을 가지고 있다고 보기 어렵다.

법제현황이 이렇다 보니 경찰의 장비사용에 관한 일본의 판례는 무기 이외의 장비사용을 무기사용에 준하여 취급할 것인지를 개별·구체적 사안에서 해석상 검토하고 있는

다. 동 취급규범 제2조 제2항 참고)의 사용)

① 경찰관은 범인의 체포 또는 도망의 방지, 자기 또는 타인에 대한 방호, 공무집행에 대한 저항의 억지, 범죄의 제지, 그 외의 직무를 수행하기에 있어 그 사태에 응하여 경봉 등을 유효하게 사용하도록 노력해야 한다.

② 경찰관은 다음의 각 호의 하나에 해당하는 경우에는 경봉 등을 무기에 대신하는 것으로 사용할 수 있다.

1. 형법 제36조(정당방위) 또는 동법 제37조(긴급피난)에 해당하는 경우로 자기 또는 타인의 생명 또는 신체를 방호하기 위해 필요하다고 인정되는 때

2. 흉악한 죄의 범인을 체포할 때, 체포장에 의해 체포하는 경우 또는 구인장이나 구류장을 집행하는 경우에 본인이 경찰관의 직무집행에 저항하거나 도망하려고 하는 경우 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 저항하는 경우에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 때

제6조 (미리 권총을 꺼내 놓는 것이 가능한 경우)

경찰관은 직무집행에 있어 제7조에서 정한 권총 사용이 예상되는 경우에 있어서는 미리 권총을 내어 놓는 것이 가능하다.

제7조 (권총을 사용하는 것이 가능한 경우)

경찰관은 범인의 체포 또는 도망의 방지, 자기 또는 타인에 대한 방호나 공무집행에 대한 저항의 억지를 위하여 경봉 등을 사용하는 등의 다른 수단이 없다고 인정될 때에는 그 사태에 응하여 필요한 최소한도에서 권총을 겨누거나 쏘는 것이 가능하다. 단, 다음의 각 호에 해당하는 경우 외에는 상대방을 향해 권총을 쏘아서는 안 된다.

① 형법 제36조(정당방위) 또는 동법 제37조(긴급피난)에 해당하고 자기 또는 타인의 생명이나 신체를 방호하기 위해 필요하다고 인정되는 때

② 흉악한 죄의 범인을 체포할 때, 체포장에 의해 체포하는 경우 또는 구인장이나 구류장을 집행하는 경우에 본인이 경찰관의 직무집행에 저항하거나 도망하려고 하는 경우 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 저항하는 경우에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 때

제8조 (부대조직에 의해 행동하는 경우)

다중범죄의 진압 등을 위해 경찰관이 부대조직에 의해 행동하는 경우에 권총 또는 경봉 등을 사용하는 때에는 그 장소의 부대지휘관의 명령에 따라야 한다. 단, 상황이 급박하고 명령을 받을 여유가 없는 때에는 그에 해당하지 않는다.

제9조 (제3자에 대한 위해방지상의 주의)

경봉 등을 사용하는 때 및 권총을 쏘는 때에는 어떠한 경우라도 상대방 이외의 사람에게 위해나 손해를 주지 않도록 주의하여야 한다.

제10조(권총을 쏘는 경우의 예고)

권총을 쏘려고 하는 때에는 상황이 급박하고 특히 경고할 여유가 없는 경우를 제외하고는 미리 권총의 발사를 상대방에게 경고하여야 한다.

경우가 많다. 또한 민간인의 총기사용으로 인한 현대적 범죄에 대처하기 위하여 법적인 고찰이 최근 많이 행해지고 있다.⁸²⁾ 범죄인의 총기 등 흉기사용⁸³⁾에 대하여 경찰이 무기를 사용하여 대처하는 것과 관련하여, 그 남용가능성의 제한이라는 측면과 함께 그에 대응하여 경찰관의 적정한 직무집행과 국민의 권리보호, 더 나아가 경찰관 자신의 신체 안전에 이바지하여야 한다는 점이 경찰관직무집행법의 해석, 운용에 있어서 고려되어야 한다는 것이 강조되고 있다.⁸⁴⁾ 따라서 정당방위 및 긴급피난에 관한 형사판례가 많이 존재한다는 것이 일단 이러한 측면에서 이해되며, 비례성의 원칙 내지 과잉금지원칙에 반하는 경찰의 무기사용과 관련된 국가배상에 관한 판례가 경찰무기사용에 관한 사법심사의 주종을 이루어 왔다.⁸⁵⁾ 아래에서는 일본 경찰관직무집행법 제7조와 관련된 해석은 의를 일본의 학설과 판례를 중심으로 살펴보기로 한다.

2) 무기 등 경찰장비의 사용

(1) 무기 등 경찰장비

가. 무기의 개념

일본의 경찰관직무집행법 제7조에서 말하는 무기의 개념은 “사람을 살상하는 성능을 목적으로 제작된 도구나 기계”라고 하여 권총, 소총, 칼, 검 등을 포함시키고 있다.⁸⁶⁾ 이

82) 이에 대한 최근 일본 문헌으로 『警察學論集』, 第54卷 第6号(平成13年6月号) 特集 “銃器對策の現状と課題”, 第56卷 第8号(平成15年8月号) 特集 “銃器對策の現状と課題” 참고.

83) 범죄인에 의한 흉기소지 및 사용, 경찰관의 피해상황에 관한 일본의 1990년대 초 통계자료에 대해서는 이기호, 일본경찰관의 총기사용에 관한 연구, 치안논총 제10집, 1993, 3쪽 이하 참조.

84) 安田博延, 武器使用の要件, 限界, 刑事裁判實務大系 10(警察), 209-210쪽. 경찰관직무집행법 제7조상의 요건을 충족하고 한계를 벗어나지 않는 경찰의 무기사용 및 그 결과에 대해서는 형사상, 민사상, 행정상 책임을 부담하지 않는다는 것에 대해서는 古谷洋一 編著, 앞의 책, 341쪽.

85) 경찰관의 무기사용에 관련된 국가배상책임의 문제에 관한 문헌으로 武井豊, 武器使用 -けん銃使用について國家賠償責任を負うのは, どのよな場合か, 刑事裁判實務大系 10(警察), 471쪽 이하; 前田信二郎, 警察官の拳銃使用上の注意義務 - 메더어事件(東京地裁昭和四五年一月二八日民事第二四部判決(昭和三五年(ワ)第三七五一号損害賠償請求事件), JURIST, 別冊33号(1971), 140쪽 이하 등 참조.

86) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 343-344쪽; 安田博延, 앞의 책, 210쪽; 古田佑紀, 武器の使用, 田宮裕·河上和雄 編著, 大コンメンタル 警察官職務執行法, 1993, 377쪽; 東京地判 昭和三九年六月一九日判時 三七五号六

러한 개념설명은 우리 경찰관직무집행법 제10조의4 제2항의 내용과 별 차이가 없다.

라이플총은 일본 시즈오카현에서 벌어진 김희로사건에서 범인인 김희로가 인질극을 벌이면서 라이플총을 가지고 항거하는 사태가 발생한 것을 계기로 지급되었다고 한다.⁸⁷⁾ 경찰관이 긴급한 사태에 직면하여 사인의 칼 등을 빌려 대처하는 경우에 그 칼은 여기서 말하는 무기가 되므로 그 사용에 대해서는 본 조항에 따라야 한다.⁸⁸⁾ 한편, 사람의 생리적 기능에 어떠한 장애를 줄 목적으로 만들어졌다고 하더라도 본래의 용도에 따라 사용될 경우 상대방이 통상 받을 수 있는 장애가 경미하고 일시적인 것은 사람을 살상하는 것이라고 보이지 않으므로 본 조항의 무기에 해당하지 않는다고 본다.⁸⁹⁾

나. 경봉(警棒) 및 경장(警杖)

일본의 경찰관들에게는 경봉, 경장 및 특수경계용구(특수경봉)의 휴대가 인정되고 있다(취급규범 제2조 제2항). 이것들은 본래 자기방호 또는 경고, 지시, 제지 등을 위한 장비이며 사람을 살상할 목적으로 제작된 것이 아니므로 원칙적으로 일본 경찰관직무집행법 제7조에 따른 무기는 아니다.⁹⁰⁾ 따라서 경봉 등을 그 본래 용도로 사용한 경우에는 그 과정에서, 예컨대 항거하는 상대방의 수족을 때리거나 도주하려 하는 범인의 다리를 거는 상황에서 상대방에게 다소의 찰과상이나 타박상을 입히는 정도가 발생할 수 있지만 그렇다고 하여 그것이 무기조항에 의하여 규제될 것은 원칙적으로 아니라고 본다.⁹¹⁾

우리나라 경찰관직무집행법 제10조의2는 무기는 아니지만 통상의 용법대로 사용할 경우에도 사람의 생명·신체에 위해를 줄 수도 있는 물리력행사를 위한 직무수행의 기본 도구인 경찰봉 등을 포함한 경찰장구를 별도로 규율하고 있다.⁹²⁾ 또한 ‘경찰장비의 사용

頁; 東京地判 昭和四五年一月二八日 下民集二一卷一=二号三二頁 등 참조.

87) 廣島地決 昭和46年2月26判時 622号27頁 참고.

88) 安田博延, 앞의 책, 210쪽.

89) 古谷洋一, 앞의 책, 344쪽; 古田佑紀, 앞의 책, 378쪽.

90) 福岡高判 昭和40年3月8 高檢速報 941号. 경봉 등을 무기에 대신하여 사용할 수 있도록 수권하는 취급규범 제4조 2항의 규정을 볼 때 경봉 등은 무기와 구별되는 것이 취급규범상으로도 분명히 나타난다. 이에 대해서는 古谷洋一 編著, 앞의 책, 347쪽 각주 12) 참조.

91) 古谷洋一, 앞의 책, 344쪽.

92) 우리 경찰장비관리규칙(경찰청훈령)은 제220조에서 『위해성장비라 함은 경찰관이 직무를 수행하는 과정에서 그 장비의 통상의 용법대로 사용하는 경우 사람의 생명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 장비를

기준등에 관한 규정' 제2조 제1호는 우리 경찰관직무집행법 제10조의2가 수갑·포승·경찰봉·방패 등만을 예시하고 있는 데 더하여 호송용포승·호신용경봉·전자충격기·전자방패 등을 추가시키고 있다. 그리고 동 규정 제8조는 일정한 사람에 대한 전자충격기·전자방패의 사용을 제한하고 있으며, 경찰청훈령인 경찰장비관리규칙 제82조 제8항 제1호는 전자충격기, 제91조 제5항은 방패·전자투명방패·진압봉 등, 그리고 제114조는 경찰봉 및 호신용경봉의 사용안전수칙을 정하고 있다.

이에 반해 일본에서는 경봉 등 경찰장구사용에 관한 법률규정이 없고 단지 내부규정에 불과한 취급규범(제4조)에 규정을 두고 있는 결과,⁹³⁾ 경봉 등의 사용이 사법심사의 대상이 된 경우 불가피하게 무기에 준하는 것으로 볼 수 있는지가 학설·판례의 중심내용이 되어 왔다. 이때 일본의 학설은 본래의 용도를 벗어나 머리나 안면을 때리고 흉부와 복부를 심하게 찌르거나 어깨를 강타하는 등 경봉 등을 무기에 대신하여 사용함으로써 사람을 살상하려는 방법으로 사용한 경우에는 실질적으로 무기의 사용에 준하는 것이 되므로, 무기조항인 일본경찰관직무집행법 제7조가 직접 적용되는 것은 아니더라도 이 조항의 요건과 동일한 요건이 만족되어야 한다고 하고 있다.⁹⁴⁾ 일본의 판례도 경봉 등은 원칙적으로 무기에 해당하지 않지만, 이와 같은 용법상의 무기개념을 채용하여 사용방법에 따라서는 경찰관직무집행법 제7조가 유추적용된다고 본다.⁹⁵⁾ 이 경우 사람에게 위해를 가하는 방법·태양으로서의 사용이 되므로 법 제7조의 단서요건(사람에게 위해를 가하는 무기사용을 위한 추가요건)의 충족을 요구하고 있다.⁹⁶⁾ 더 나아가 경봉에

말한다』고 하면서, 제222조에서 위해성장비에 무기 이외에도 경찰장구 등을 포함시키고 있다.

93) 우리나라 경찰관직무집행법 제10조의2와의 차이를 보면 다음과 같다. ① 일본 취급규범 제4조에서는 범인의 체포라고 하여 어떠한 범죄를 범한 자의 체포를 위한 것인지가 규정되어 있지 않으나, 우리 법은 “현행범인인 경우와 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인의 체포”라고 구체화되어 있으며, ② 일본 취급규범 제4조의 후단은 경봉 등을 무기에 대신하여 사용할 수 있는 경우를 나열하고 있으나, 우리 법은 경찰봉 등 경찰장구와 무기를 구별하는 관계로 이러한 규정을 두고 있지 않다.

94) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 345쪽; 安田博延, 앞의 책, 211쪽; 古田佑紀, 앞의 책, 379쪽.

95) 경봉에 대해서는 東京高判 昭和4年10月21 下民集19卷9-10号628頁(데모대 해산을 위해 투입된 경찰부대가 스크럼 중이거나 도주 중인 데모대원을 경봉으로 구타하고 부상을 입힌 사안-경찰관직무집행법 제7조의 취지를 유추하여 위법이라 간주한 사례); 東京高判 昭和43年10月21日判時 536号 18頁; 千葉(치바)地判 昭和52年9月9日判時 878号90頁 참고. 경장(警杖)에 대해서는 名古屋高判 昭和50年3月27日判時 775号 21頁(『大須事件』, 소요세력의 현행범인을 체포하려고 한 때에 그들이 난폭하게 저항하므로 경장으로 구타하고 부상을 입힌 사안-경찰관직무집행법 제7조의 요건을 인용하여 적법하다고 간주한 사례) 참고.

한하지 않고, 보통의 붕, 대나무장대, 주먹, 구두 등으로 사람에게 공격을 가한 경우에도 본 조항의 요건을 유추하여 그 행위가 적법한지 여부를 판단할 수 있다는 취지의 판결도 있다.⁹⁷⁾ 그러나 주먹과 같은 인체의 일부분을 사용한 경우에는, 예컨대 공수도의 달인이라는 등과 같은 특수한 경우를 제외하면 용법상의 무기라고 하기에 곤란하다는 학설도 있다.⁹⁸⁾ 결론적으로 이러한 태도로 미루어보아 최근 경찰장비로 채용되고 있는 전자충격봉이나 전자방패 등과 같은 현대식 장비의 사용요건과 한계에 관한 법적 판단도 위와 같은 관점에서 그리 벗어나지 않으리라 판단된다.

다. 최루가스분사기와 최루액

최루가스기구나 최루액⁹⁹⁾에 대해서는 그것에 의해 장시간에 걸쳐 시력이 상실되고 혹은 사람의 생리적 기능에 상당한 장애를 가져온다면 일본 경찰관직무집행법 제7조의 무기에 해당한다고 볼 수 있지만, 일본 경찰이 현재 사용하고 있는 정도의 것은 일시적인 최루효과를 가져오고 행동을 단기간 억제하는 것에 지나지 않으며, 통상 그 이상의 기능 장애를 주는 것은 아니므로, 제지의 용도에 한정된다면 일단 본 조항의 무기에는 해당되지 않는다고 본다.¹⁰⁰⁾

그러나 그 효과가 약하다고 하더라도 가스 등의 확산이 상황에 따라서는 사용의 상대방이나 주변의 제3자들의 생리적 기능을 해하는 것이라면, 그것을 사용하는 경우 실행행사의 근거와 함께 사용장소나 방법, 대체수단의 유무 등을 포함해 그 필요성이나 상당성을 충분히 신중하게 판단할 것이 요구된다고 한다. 이에 따라 일본 판례는 가스총으로 지근거리에서 직격한 경우 그 상대방에게 상당한 타격을 줄 수 있으며 또한 최루가스나 최루액에 포함되어 있는 크로아세트토프톤(CN)이 피부에 염증을 일으킬 수 있는 위험을 내포하고 있다는 연구성과를 기초로 이러한 경우 최루가스분사기나 최루액은 일본 경찰

96) 취급규범 제4조 제2항 참조. 安田博延, 앞의 책, 211쪽.

97) 東京地判(民事18部) 昭和39年6月19日判時 375号 6頁.

98) 安田博延, 앞의 책, 211쪽; 河上和雄, 詳釋 警察官職務執行法, 259쪽.

99) 최루가스기구란 원래 그 발사에 의해 일시적인 최루 효과를 발휘하게 하는 것을 주안으로 하여 고안된 기구이며, 최루액은 최루효과가 있는 액체를 방수하여 사용하는 것이라고 정의된다. 安田博延, 앞의 책, 212쪽 참조.

100) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 348쪽; 安田博延, 앞의 책, 212쪽.

관직무집행법 제7조의 무기에 준하여 동 조항의 본문과 단서의 요건을 모두 충족하는 경우에만 적법한 사용행위가 될 것이라는 취지를 보여주고 있다.¹⁰¹⁾ 그러나 일본의 경찰 실무에서는 최루가스분사기에 대하여 제7조의 본문요건하에서 사용할 수 있는 것으로 다루고 있다.¹⁰²⁾

우리나라 경찰관직무집행법에 최루탄 등 분사기사용에 관한 규정이 존재하지 않았던 시기에는 위와 같은 일본의 해석론이 참고될 수도 있었겠으나, 현재 제3차 개정시 무기 사용과는 별도의 규정으로 규율됨으로써 이제는 용법상 무기라는 개념에 최루가스의 사용을 포함시킬 필요없이 독자적으로 판단될 수 있도록 입법적인 해결을 보았다. 따라서 경찰관의 사용행위가 최루탄 사용의 요건사실에 해당하지 않거나 또는 비례성 원칙의 충족없이 행해진 경우가 아니라면, 나타난 결과만을 가지고서 무기사용에 해당한다고 판단될 수 없다고 본다.¹⁰³⁾ 그리고 우리 ‘경찰장비의 사용기준등에 관한 규정’은 가스발사총 등의 사용제한기준(동 규정 제12조), 가스차·살수차 등의 사용제한기준(제13조), 다목적발사기의 사용기준(제15조)을 마련해두고 있다.

101) 일본 판례는 경찰용 최루가스분사기 등이 무기에 해당하는지 여부에 대하여 반드시 일치하고 있지는 않지만, 그 사용의 적법성을 판단함에 있어서 일본 경찰관직무집행법 제7조의 요건을 기준으로 하고 있다는 점에서는 거의 공통되고 있다. 古谷洋一 編著, 앞의 책, 348쪽. 참고로, 東京高判 昭和45年9月22 刑裁月報2卷9号941頁(데모대에 의한 투석행위를 제지하기 위해 최루가스탄통을 발사한 사안에서 『무기』에 준한 신중한 취급을 하고 있다고 하여 적법하다고 한 사례); 東京地判 昭和47年4月25 刑裁月報4卷4号 801頁(『東大安田講堂事件』, 東大 安田講堂을 점거하고 있던 학생의 배제 및 검거에 있어 투석 등의 방해행위를 제지하기 위해 최루가스를 사용한 사안에서, 비록 『무기의 사용』에 해당한다고 하더라도 제7조 본문 및 단서의 경우에 해당한다고 하여 적법하다 한 사례); 東京地判 昭和47年4月25 職務行爲集 364頁(『東大工學部列品館事件』, 東大 工學部列品館을 점거하고 있던 학생의 배제 및 검거에 있어 최루가스 및 최루액을 사용한 사안에서 화학열상의 우려가 있는 사용방법에 의한 경우는 『무기』에 준해 제7조의 요건이 필요하다고 한 뒤 적법하다고 한 사례); 長崎(나가시마)地決 昭和 47年9月29 刑裁月報4卷9号 1578頁(『엔터프라이즈호 입항저지에 대한 심판청구사건』, 미국항공모함 엔터프라이즈호의 입항저지투쟁에 참가한 학생 등 집단이 데모행진 과정에서 경찰대에 대한 투석행위 등을 되풀이했기 때문에 최루가스 등을 사용하여 저지한 사안에서 제7조의 『무기의 사용』의 요건에 준할 것이라고 보고 적법하다고 한 사례); 東京地判 昭和48年4月6 刑裁月報5卷4号 555頁(『東大安田講堂事件』, 東大 安田講堂을 점거하고 있던 학생의 배제 및 검거에 있어 투석 등의 방해행위를 제지하기 위해 최루가스를 사용한 사안에서 제7조 본문 단서에 해당한다고 하여 적법하다고 한 사례); 東京高判 昭和49年2月18 職務行爲集 377頁(『東大安田講堂事件』, 제7조 본문단서에 해당하는 『무기의 사용』으로 적법하다고 한 사례).

102) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 348쪽; 安田博延, 앞의 책, 212쪽.

103) 경찰청, 경찰관직무집행법 해설, 133-134쪽.

(2) 무기 『사용』의 의미

일본 경찰관직무집행법 제7조에서 무기의 『사용』이라는 것은 그것이 가지는 살상기능을 발휘시키기 위해 무기를 본래의 용법에 따라 사용하는 것을 말한다.¹⁰⁴⁾ 동 조항의 『사용』은 사람에게 위해를 주지 않는 것을 포함하는 개념이므로, 사람을 향해 권총을 발사하거나 칼을 사용하는 등 사람을 살상하는 행위뿐만 아니라 권총을 사람을 향해 겨누거나 공중을 향해 위협발사 하는 등 살상기능이 있음을 드러내어 상대방을 위협하는 행위 또는 도주차량의 타이어를 쏘고, 광건을 사살하는 등 살상기능을 이용하여 물건을 파괴하는 행위도 이 『사용』에 해당한다. 그러나 권총을 단순히 권총집에서 꺼내는 것은 일반적으로는 아직 사용의 준비단계에 불과하므로 동 조항의 사용은 아니다. 또한 사격장 등에서의 훈련사격도 살상기능을 발휘시키는 것이 아니므로 본조의 사용에는 해당하지 않는다.¹⁰⁵⁾

일본 경찰관직무집행법 제7조에 관하여 특기할 점은 우리 경찰관직무집행법 제10조의 4와 같이 본문에서 일반적 사용요건을 정하고 단서에서 사람에게 위해를 가하는 사용에 대하여 보다 엄격한 요건을 설정하는 체계를 가지고 있다는 점이다.¹⁰⁶⁾ 즉 통상적인 본문·단서의 관계와 달리 단서에 요건을 추가하는 형태로 되어 있다. 따라서 동 조항은 본래 사람을 살상하는 것을 목적으로 만들어진 무기에 대해 본래의 목적과 달리 사람의 살상을 목적으로 하지 않는, 즉 사람에게 위해를 가하지 않는 태양으로서의 사용이라고 하는 개념을 인정하고서, 본문에서는 사람에게 위해를 가하지 않는 태양으로서의 사용에 대해 요건을 정해놓고, 단서로 사람에게 위해를 가하는 태양의 사용에 대해 그것이 사람의 생명·신체에 중대한 영향을 미치는 것이므로 엄격한 요건을 가중적으로 부과하고 있는 것으로 해석되며, 이는 우리 경찰관직무집행법과 별반 다르지 않다. 그러므로 본문의 요건만으로 허용되는 『사용』은 사람에게 위해를 가하지 않는 형태로 무기를 사용하는 것에 한정되게 된다.¹⁰⁷⁾

104) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 355쪽; 安田博延, 앞의 책, 212쪽; 古田佑紀, 앞의 책, 370쪽.

105) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 355쪽.

106) 물론 일본 경찰관직무집행법 제7조 단서(사람에게 위해를 가할 수 있는 요건)에는 우리 법 제10조의4 제1항 단서에 있는 제1호, 제2호만 있을 뿐 우리 동 조항 제1항 단서 제3호와 제4호와 같은 규정은 존재하지 않는다는 점에서는 차이가 있다.

107) 위협사격에 관한 일본 판례로서 福岡(후쿠오카)高決 昭和42年3月6日 下刑集9卷3号, 133頁; 廣島(히로시

3) 무기사용의 요건, 한계 및 효과

(1) 사람에게서 위해를 가하지 않는 무기사용

일본 경찰관직무집행법 제7조 본문은 「경찰관은 ① 범인의 체포 또는 도주의 방지, ② 자기 또는 타인에 대한 방호, ③ 공무집행에 대한 저항의 억지를 위하여 ④ 필요하다 고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 ⑤ 그 사태에 응하여 합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서 ⑥ 무기를 사용할 수 있다」고 규정하고 있다. 이러한 무기사용에 관한 일본 경찰관직무집행법 제7조의 내용은 성질상의 무기만이 아니라 전술한 바와 같이 본래 무기는 아니지만 무기에 준하여 취급되는 용법상의 무기사용의 요건도 된다.

가. 범인의 체포 또는 도주의 방지

범죄를 저지른 자 또는 혐의가 있는 자, 즉 피의자, 피고인 및 유죄판결이 확정된 자를 의미하는 「범인」을 「체포」한다는 것은 형사절차를 위하여 범인의 신병을 구속하는 것을 말하며, 이는 우리 경찰관직무집행법 제10조의4와 일치한다. 일본의 형사소송법이 규정하는 통상체포, 긴급체포 및 현행범체포(동법 제199조, 제210조, 제213조) 외에 경찰관직무집행법 제7조 단서(사람에게 위해를 주는 무기사용의 추가요건) 제2호와의 관련상 피의자 및 피고인에 대한 구인장 또는 구류장의 집행(일본 형사소송법 제70조)이 포함된다고 한다. 또한 감정유치장의 집행(동법 제167조 제5항, 도망범죄인인도법 제9조 제4항), 수감장의 집행(형사소송법 제489조), 소년감별소 송치영장(觀護狀)의 집행(형사소송규칙 제278조 제2항)과 함께 구금허가장, 구금장 및 가구금허가장에 의한 구속(도망범죄인인도법 제6조 제1항, 제17조 제4항, 제25조 제2항)에 대해서도 구인장 또는 구류장의 집행에 관한 규정 등이 준용되므로 이에 포함되는 것으로 해석된다.¹⁰⁸⁾ 신병구속을 위한 영장에는 위에 열거한 것 이외에도 그 집행에 대해 형사소송법의 구인장 또는 구류장 집행에 관한 규정이 준용되는 것들이 있으나, 형사절차를 위해 범인의 신병을 구속

마)地判 昭和62年6月12日判タ 655号 252頁.

108) 古田佑紀, 武器の使用, 田宮裕·河上和雄 編著, 大コンメンタル 警察官職務執行法, 1993, 373쪽.

하는 것을 목적으로 하는 영장 이외의 영장(예를 들면 犯罪者豫防更正法 제41조 제2항의 引致狀)의 집행은 여기 「범인의 체포」에 해당되지 않는다.¹⁰⁹⁾ 또한 경찰관직무집행법 제7조 본문의 체포는 단서 제1호의 체포와는 달리 법정형이나 죄질에 의해 한정되지 않는다.

「범인의 도주 방지」라는 것은 범인이 체포를 면하려고 도망가거나 이미 체포된 범인이 경찰관에 의한 신병구속으로부터 이탈하려고 하는 것을 방지하는 것을 말한다.¹¹⁰⁾ 무기의 사용은 실력에 의한 강제가 허용되는 경우를 전제하는 것이므로 체포의 요건이 없는 단계에서 不審者가 직무질문을 면하려고 도망하는 것을 방지하는 것은 이것에 해당하지 않는다.¹¹¹⁾

나. 자기 또는 타인에 대한 방호

「자기 또는 타인에 대한 방호」라는 것은 직무를 집행하고 있는 경찰관 자신 또는 타인의 생명, 신체를 지키는 것이며, 이는 우리 경찰관직무집행법 제10조의4가 “자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호”와 차이가 없다. 일본 경찰관직무집행법 제7조는 경찰관으로서의 직무집행시 무기사용을 규정한 것이므로, 경찰관이 그 직무를 벗어나 사인으로서 무기를 사용한 경우를 포함하는 것은 아니며, 이때 자기의 방호 등은 일본 형법 제36조의 정당방위 또는 동법 제37조 긴급피난의 요건하에서 그 적법성이 검토되어야 할 것이다.¹¹²⁾

다. 공무집행에 대한 저항의 억지

「공무집행에 대한 저항의 억지」라는 것은 일본의 경찰관직무집행법, 형사소송법, 도로교통법 등에 의거한 경찰관의 적법한 직무집행에 대한 방해의 배제를 말하며,¹¹³⁾ 이는 우리 경찰관직무집행법 제10조의4에서 표현되고 있는 “공무집행에 대한 항거의 억제”라

109) 이에 대해서는 古谷洋一 編著, 앞의 책, 356쪽.

110) 安田博延, 앞의 책, 213쪽.

111) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 356-357쪽.

112) 安田博延, 앞의 책, 213-214쪽; 古田佑紀, 武器の使用, 田宮裕·河上和雄 編著, 大コンメンタール 警察官職務執行法, 1993, 374쪽.

113) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 357쪽.

는 요건에 대응하는 것이다.

앞의 가, 나의 요건도 전형적인 공무집행이지만 직무의 성질상 상대방의 저항을 요구하지 않는데 반해, 여기서 『공무집행』이라는 것을 별도로 제시하는 것은 기타 공무집행의 경우에는 저항이 없으면 무기를 사용할 수 없다는 것으로 이해되고 있다. 또한 여기서 공무집행은 저항의 억지를 위하여 실력에 의한 강제가 허용되는 경우에 한정되는 것으로 이해되어야 하며, 임의적 수단에 의한 집행은 여기에 포함되지 않는다고 해석되고 있다.¹¹⁴⁾ 따라서 예를 들면 일본 경찰관직무집행법 제2조 제1항에 의한 직무질문, 제2항의 임의동행은 어디까지나 임의적으로만 행할 수 있는 것이므로 상대가 이것을 거부하고 또는 응하지 않은 경우라 하더라도 그 수행을 위해 무기를 사용하는 것은 허용되지 않는다.

『저항』이라는 것은 경찰관의 공무집행을 적극적 또는 소극적으로 방해 또는 거부하고 그 집행의 목적달성을 불가능 또는 곤란하게 하는 것이며, 『억지』라는 것은 경찰관의 공무집행에 대한 저항을 제지, 배제, 해산, 이동 등의 행위에 의해 제압하는 것을 말한다.

라. 필요하다고 인정되는 상당한 이유

위와 같은 세 가지의 상황요건이 충족된다고 하더라도 우리 경찰관직무집행법 제10조의4와 같이 일본 경찰관직무집행법 제7조는 그 한계요건으로서 필요성과 상당한 이유를 요구하고 있으며, 이는 안이한 무기사용을 금하고자 하는 취지이다. 이것은 무기사용이 위 세 가지의 목적을 위해 필요한 합리적 수단이라고 객관적으로 인정될 수 있어야 함을 말한다.¹¹⁵⁾

『필요하다』라는 것은 전술된 공무집행에 대한 저항 등의 정도, 태양으로 미루어 보아 강력한 수단인 무기를 사용하지 않으면 그 저항을 억지하는 것과 동시에 공무의 집행을 완수하지 못하는 상황을 말한다. 특히 단서 제1호, 제2호에 있는 『그 외의 수단이 없다』라는 문언과는 다른 표현이 사용되고 있는 것으로 보아, 본문에서는 보충성원칙, 즉 무기사용이 유일한 수단일 것까지 요구되지 않는 취지일 것이라고 해석되고 있다.¹¹⁶⁾

114) 安田博延, 앞의 책, 214쪽; 古谷洋一 編著, 앞의 책, 357쪽; 古田佑紀, 앞의 책, 375쪽.

115) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 357쪽.

116) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 357쪽; 安田博延, 215쪽. 단, 취급규범 제7조 본문은 권총의 사용에 대하여 다

또한 「상당한 이유」라는 것은 무기를 사용하는 당해 경찰관의 주관적·자의적인 판단이 아니라 객관적으로 판단하였을 때 사회통념상 상당하다고 인정되는 경우를 말한다. 그러나 경찰관이 현실 사태에 임해 무기사용의 가부를 판단하는 기준으로도 기능해야 하는 이 조항의 성격상 그 사회적 상당성의 판단은 순수하게 사후의 객관적인 판단에 의해야 하는 것이 아니라 사태에 임한 당해 경찰관의 입장을 전제로 한 객관적인 판단(평균적 경찰관에 의한 판단)을 기초로 해야 한다.¹¹⁷⁾ 따라서 이러한 관점을 기초로 내려진 판단은 사후에 개입시점에서의 사실인식이 객관적 사실과 달랐음이 판명되더라도 인식의 과오에 과실이 없다면 이에 의해 무기사용이 바로 위법하다는 평가를 받게 되지는 않는다.¹¹⁸⁾ 이러한 점에서 볼 때 사람에게 위해를 줄 수 있는 요건을 정한 단서 제1호는 「다른 수단이 없다고 경찰관에게 신뢰를 줌에 충분한 상당한 이유」라고 표현함으로써, 현장에 있는 경찰관의 당시 입장을 기초로 판단함을 명확히 하고 있으나, 이러한 규정이 없는 본문의 해석시에도 고려되어야 할 것이다.¹¹⁹⁾ 참고로 경찰부대의 일원으로 행동 중인 경찰관에게 있어서 무기사용의 필요성 인정은 원칙적으로 지휘관의 판단에 따르게 된다(취급규범 제8조).

여기서 말하는 「필요성」이 부정되어 위법한 무기사용(대부분 권총사용)으로 판단된 대표적 판례로는, ① 집회의 경비 중 군중에 간헐 폭행을 당하는 등 사태가 발생하여 권총을 발사한 것을 위법이라고 한 사례,¹²⁰⁾ ② 과도를 소지한 총도법 위반의 현행범인의 체포를 위해 갑자기 권총을 겨누는 행위를 위법이라고 본 사례¹²¹⁾가 있다.

른 수단이 없을 때에만 사용될 수 있다고 한다.

117) 安田博延, 앞의 책, 215쪽; 古田佑紀, 앞의 책, 376쪽.

118) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 358쪽.

119) 安田博延, 앞의 책, 215쪽. 廣島(히로시마)地判 昭和62年6月12日判タ 655号 252頁 중 위협사격에 관한 부분 참고.

120) 東京地判 昭和45年1月28 下民集21卷1-2号32頁(『血のメーデー(피의 메이데이)事件』, 소위 피의 메이데이 사건(소화27년)의 제2차 충돌 때 황궁 앞 광장에서 경비 중인 경찰관이 자기방호 등의 과정에서 합계 61발의 권총탄을 발사한 사안).

121) 廣島地判 昭和62年6月12 刑集53卷2号231頁. 不審者が 있다는 통보를 받은 피고인인 순사부장과 순사가 X에게 직무질문을 개시한 때에 X가 갑자기 도주하여 일순간 놓쳤으나 순사가 과도를 지닌 상태의 X를 다시 발견하여 총도법 위반으로 현행범체포하기 위해 권총을 꺼내어 겨누는 사안이다. 이에 다시 도주하면서 나이프를 휘두르며 반항하는 X를 향해 권총을 발사하여 왼손을 맞추고, 도주를 계속하는 X를 다시 쫓아갔으나 이때 나이프와 각목을 휘두르며 반항하는 X에 의해 궁지에 몰린 순사부장이 대퇴

마. 무기사용의 정도(필요한 한도내)

일본 경찰관직무집행법 제7조는 위와 같은 무기사용의 허용요건이 충족되더라도 그 사용의 정도는 사용목적에 필요한 최소한도의 것으로 제한된다는 것을 명시하고 있는데, 이는 우리 법과 동일하다. 이것은 비례성 원칙을 명시하고 있는 것이다. 따라서 각 사태에 있어 무기사용에 의해 보호되는 범익의 성질, 무기사용의 대상이 되는 범인 등 상대방의 태도, 행동, 사람 수, 흉기의 유무 또는 저항의 상태, 위협의 급박성, 시간, 장소 및 경찰관의 수, 사용하는 무기의 종류, 사용방법 및 주위의 상황 등을 종합하여 고려하여 사회통념에 기초한 합리적인 판단에 따른 필요한 최소한도의 사용에 머무르지 않으면 안 된다.¹²²⁾

바. 본문에 의한 무기사용의 법적 효과

일본 경찰관직무집행법 제7조 본문의 요건에 따른 사람에게 위해를 가하지 않는 형태로써의 무기사용은 법령에 의한 정당행위로 간주되고 있다. 따라서 그것이 위협행위, 예를 들면 권총의 위협사격에 그치는 한도에서는 민·형사상의 책임은 발생하지 않는다.¹²³⁾ 그러나 당해 경찰관의 의도에 반해, 예컨대 위협사격에 따른 탄환이 범인에게 명중한 경우나 범인 등 이외의 타인의 생명, 신체 또는 재산에 해를 가하는 결과를 발생시킨 경우, 무기사용행위 자체가 위협행위로서는 정당하더라도 상황에 따라 생긴 결과와의 관계에서 과실(업무상과실)을 인정할 수 있다면, 업무상 과실치사상죄를 구성하거나

부를 겨누어 권총을 발사하여 X는 左乳房部銃創에 의해 즉사하였다. 이에 대한 상고심법원은 피고인 경찰관에게 特別公務員暴行陵虐致死罪를 인정한 원심판단을 정당하다고 판시하고 있다(最判 平成11년2월17 刑集53卷2号64頁).

122) 古谷洋一 編著, 앞의 책, 362-363쪽; 安田博延, 앞의 책, 215-216쪽; 古田佑紀, 앞의 책, 377쪽. 참고로 2인의 취객에게 심하게 폭행당하여 권총을 높이 꺼내들고 『멈추지 않으면 쏜다』고 경고한 행위를 적법하다고 본 사례가 있다(福岡(후쿠오카)高決昭和42年3月6 下刑集9卷3号233頁): 술집인 바의 통보에 따라 출동한 A순사가 영업종료 후에도 퇴거하지 않는 취객인 형제 X, Y에게 귀가를 촉구하였으나 X가 갑자기 일어서서 A순사의 손을 잡아 누르고 Y도 A순사에게 달려들어 A순사는 두 명으로 인해 벽에 밀어 붙히는 형상이 되었고, 게다가 X가 의자를 들어올림으로 인해 위협을 느낀 A순사(경봉을 휴대하고 있지 않았음)가 위협을 위해 권총을 꺼내 오른손으로 높이 들어올리면서 『멈추지 않으면 쏜다』고 경고한 행위를 적법하다고 하였다.

123) 古田佑紀, 武器の使用, 田宮裕·河上和雄 編著, 大コンメンタル 警察官職務執行法, 1993, 372쪽.

민사상의 손해배상책임을 지우는 경우가 있다.¹²⁴⁾ 과실의 인정과 관련하여 경찰관은 일반인과 달리 그에 필요한 훈련을 받고 있으므로 사람의 생명, 신체에 중대한 영향을 끼칠지 모르는 무기사용에 있어서 그에 상응하는 높은 정도의 업무상 주의의무를 다해야 하겠지만,¹²⁵⁾ 반면에 고도의 주의의무를 부과하여 구체적 사태에 임한 경찰관이 적정한 무기사용을 주저하는 것과 같은 일은 있어서는 안되므로 신중한 배려가 필요하다는 주장은 참고할 만하다.¹²⁶⁾

(2) 사람에게 위해를 가하는 것이 허용되는 경우

일본 경찰관직무집행법 제7조 단서에서는 사람에게 위해를 가하는 무기사용에 관하여 엄격한 요건을 부가하고 있다. 이는 우리 경찰관직무집행법과 동일한 체계로서 단서의 제1호나 제2호에 관한 해석론은 우리법의 그것과 거의 차이가 존재하지 않는다. 따라서 여기서는 정당방위나 긴급피난의 경우 사람에게 위해를 가할 수 있도록 하고 있는 단서의 내용에 관한 일본의 학설 및 판례를 중심으로 고찰하기로 한다.

가. 사람에게 위해를 가하는 무기사용의 의미

여기에서 말하는 「위해」는 생명 또는 신체에 대한 위해를 말하고 단순히 사람의 자유를 제약하고 재산에 손해를 끼치는 것에 머무르는 무기의 사용은 본문의 사용요건이 충족되면 행할 수 있다는 것이다.

「사람에게 위해를 주어서는 안된다」는 것은 결과적으로 위해를 주지 않으면 괜찮다는

124) 福岡地判 昭和44年12月25判時 603号 80頁: 데모대로부터 폭행을 당한 경찰관이 위협사격을 하였는데, 그 곳으로부터 약 70미터 떨어진 지점에서 상황을 보고 있던 구경꾼이 탄환에 맞아 상해를 입은 사안에 대해 발포 자체는 정당하나 권총발사에 있어서의 구체적 권총조작에 과실이 있다고 하여 손해배상을 인정하였다. 위협사격이 빚나가 타인에게 맞아 사망한 사안에 대하여 福岡高決 昭和42年3月6 下刑集 9卷3号233頁, 위협사격이 빚나가 범인에게 상해를 입힌 사안에 대하여 廣島地判 昭和62年6月12判タ 655号 252頁 참고.

125) 경찰관의 권총사용시 주의의무에 대해서는 前田信二郎, 警察官の拳銃使用上の注意義務, JURIST 別冊33号, 140쪽 이하 참고(『메이데이』事件, 東京地判 昭和45年1月28 民事第24部判決 判例時報 582号24頁의 평석).

126) 藤木英雄, 武器使用の正當性, ひろば(히로바) 23卷8号4頁(安田博延, 앞의 책, 223쪽에서 재인용).

것이 아니라 피해를 주는 방법으로 무기를 사용해서는 안된다는 취지로 해석되어야 하며, 권총의 경우라면 「상대를 향해 권총을 쏘는 일」(취급규범 제7조)을 원칙적으로 금지한다는 의미라고 본다. 다른 한편 일반적인 무기사용의 요건이 충족되어 있으며 사람에게 피해를 줄 우려가 없는 필요최소한도의 방법으로 무기를 사용한 것이라면, 다른 원인에 의해 예상과 달리 사람에게 피해를 주는 결과가 발생하여도 경찰관의 과실이 없는 한 위해요건이 충족되어 있지 않아도 당해 무기사용이 위법이 되는 일은 없다고 본다. 또한 사용요건 및 위해요건 사실이 있고 피해의 정도에 있어서 필요최소한도로 무기를 사용한 것이라면, 예상과 달리 중대한 위해가 발생하는 결과가 되어도 경찰관의 과실이 없는 한 당해 무기사용은 위법하지 않다고 본다.¹²⁷⁾

나. 정당방위·긴급피난에 관한 규정과 정당행위의 관계

사람에게 치명적인 피해를 가할 수 있는 근거로 제시되고 있는 정당방위나 긴급피난에 대해서는, 이러한 법리는 시민상호 간의 관계를 규율하기 위한 것이므로 국가권력과 국민간의 관계에 있어 영향을 끼친다는 것은 부당하고, 경찰에 의한 조치는 시민의 일반적인 행동과는 다른 엄격한 법적 기준을 충족하여야 한다고 하면서, 정당방위나 긴급피난의 법리에 의한 권력억제방법은 후진적인 것이고 과잉 경찰권 행사에 대한 방어장치로서 적합치 않고 또한 헌법상 비례성 원칙, 즉 과잉금지원칙을 공동화시킬 우려가 있다는 견해가 있다.¹²⁸⁾ 이와 같이 정당방위나 긴급피난 규정을 무기에 의한 국가 공권력행사의 법적 근거로 들고 있는 것을 문제로 삼고 있는 견해에 대해서는 이미 우리나라에서도 학설상 공감대가 형성되어 있다.¹²⁹⁾

법률유보원칙의 이념에 기초한 이와 같은 견해에서 더 나아가 정당방위나 긴급피난에 관한 일본 형법 제36조, 제37조의 직접적용을 인정한다면 일본 경찰관직무집행법 제7조와는 무관하게 위법성이 조각되어 경찰관직무집행법 제7조의 의미 자체가 무의미해져 버릴 수 있다는 것을 우려하는 견해도 있다.¹³⁰⁾ 이에 대하여 사람에게 피해를 주는 무

127) 이러한 내용에 대해서는 古谷洋一 編著, 앞의 책, 365-366쪽 참고.

128) 한귀현, 일본경찰법(宮田三郎의 일본경찰법 번역서), 2003, 한국법제연구원, 75-76쪽 참고.

129) 이기호, 경찰관의 총기사용에 관한 법리, 경찰대논문집 제12집, 1992, 3쪽 참조.

130) 原田 保, 『警察官の警察使用, どこが問題か』, 法學セミナー, 1991. 2, 15쪽(이기호, 일본경찰관의 총기사

기사용과 관련하여 정당방위요건이 충족되면 일본 경찰관직무집행법 제7조 단서의 요건 사실에 해당하게 되고 이는 법령에 의한 직무행위로서 일본 형법 제35조 정당행위조항에 의하여 적법하게 된다는 반론도 제기된다.¹³¹⁾

경찰관직무집행법 제7조와 일본 형법 제35조의 관계에 대해서는 경찰관에 의한 무기 휴대 및 사용이 인정되는 여러 근거법령이 존재하지만 사람에게 대한 위해를 허용하는 요건이 특별히 엄격하게 규정된 것은 경찰관직무집행법 제7조와 출입국관리법 제61조뿐이라는 점을 논거로 하여, 특히 경찰관직무집행법 제7조는 일본 형법 제35조를 제한한 것이고 무기의 사용이 경찰관직무집행법 제7조에 의해 창설된 것으로 이해하는 견해가 있다.¹³²⁾ 이에 대해서는 경찰관과 다른 무기소지 공무원들간에 차별이 생기며, 일본 경찰관직무집행법 제7조를 충족하지 못하는 경찰의 무기사용은 정당행위조항의 요건에 해당한다고 하더라도 위법하게 간주할 수밖에 없는 결론으로 된다고 비판하면서, 일본 형법 제35조 정당행위에 의한 위법성조각은 경찰관직무집행법 제7조와는 상관없이 모든 경찰관의 직무행위에 적용된다고 하는 반론이 있다. 일본 경찰관직무집행법 제7조에 사람에게 대한 위해 허용요건을 둔 것은 동 조항에 따른 무기사용은 위법이 아니라는 기준을 명확히 한 것이며, 일본 형법 제35조의 불명확한 일반조항적 성격을 고려하여 경찰관의 직무집행과 관련된 무기사용에 관한 법적 근거를 제시하는 것이고, 이 기준을 벗어난 무기사용은 위법의 평가를 받을 가능성이 높아질 것을 알려서 무기사용의 남용을 경계하고자 한 것이라고 한다. 따라서 경찰관직무집행법 제7조를 충족하지 못하더라도 불가피한 무기의 사용은 사람의 살상이 있어도 정당행위로서 위법성이 조각될 가능성은 남아 있다는 견해가 제시된다.¹³³⁾

용에 관한 연구, 치안논총 제10집, 1993, 126쪽 각주7에서 재인용).

131) 이러한 관계를 최초로 인정한 일본 판례로는 여객선 프린스호의 해상납치(seajack)사건에 관한 廣島地決 昭和46年2月26 刑裁月報3卷2号310頁이 있다. 이 사건에 대해서는 古谷洋一, 앞의 책, 375쪽 참조.

132) 이기호, 앞의 논문, 127쪽 각주 10의 문헌(突戶基男·涉谷亮, 警察官權限法註解 I, 1963, 115쪽; 原田保, 警察官の武器使用と正當防衛, 法學研究 第25卷第2号, 愛和學院大學法學會, 1982, 121쪽) 참고.

133) 이 견해에 대해서는 이기호, 앞의 논문, 128쪽 각주11의 문헌(出射義夫, 警察權限詳論, 警察時報社, 1959, 182-183쪽; 小早川政雄, 警察官の武器使用, 警察學論集, 26卷8号, 1973, 50쪽) 참고.

다. 사람에게 위해를 가하는 무기사용의 효과

사람에게 위해를 가하는 형태로서의 경찰관의 무기사용은 그것에 의해 사람의 생명, 신체를 손상하는 결과를 일으키더라도 제7조 본문 및 단서의 요건을 충족하고 있다면 법령에 의한 정당행위가 되어 위법성이 조각되므로 살인죄, 상해죄 또는 상해치사죄 등으로 처벌되지 않게 될 것이다.

경찰관이 무기사용의 시점에 잘못하여 무기사용의 대상이 된 범인 등 이외의 인근의 사람 또는 물건 등에 해를 주는 경우엔 업무상 과실상해죄 등이 성립할 수 있고, 그 과실인정에는 신중한 배려를 요한다는 것은 사람에게 위해를 가하지 않는 형태로서의 무기사용의 경우와 마찬가지로이다.¹³⁴⁾ 더 나아가 예컨대 범인의 다리를 조준하였으나 탄환이 빗나가 가슴에 맞아 사망한 경우에는 다리를 겨냥한 행위가 본조 단서의 요건을 충족하는 것이라면, 예상 밖의 결과가 생겼더라도 상해치사죄는 성립되지 않고, 만약 과실이 있다면 업무상과실치사죄가 성립하는 것에 그칠 것이라고 본다.¹³⁵⁾

2. 독일

1) 경찰의 직접강제수단

독일 경찰법상 경찰은 사람 또는 물건에 직접 강제력을 행사하여 경찰목적 실현할 수 있다. 그 수단은 크게 신체적 실력행사, 실력행사의 보조수단 및 무기로 나누어지며, 다른 수단은 허용되지 않는다.

- ① 신체적 실력행사는 경찰관이 사람 또는 물건에 직접적으로 물리적인 힘을 사용하는 것을 말한다. 예를 들면 경찰관이 범인을 물리적인 힘으로 꼭 붙잡거나 교통장애물을 제거하는 것 등이 여기에 해당한다.

134) 安田博延, 앞의 책, 223쪽. 경찰관에 의한 권총발포시 그 주의의무를 게을리하지 않았다는 것의 입증책임은 행위자인 경찰관측에 있다고 한다(東京地判 昭和45年1月28 下民集21卷1-2号32頁(『血のメーデー(피의 메이데이)事件』) 참고).

135) 廣島地判 昭和62年6月12 刑集53卷2号231頁. 安田博延, 앞의 책, 223쪽.

② 실력행사의 보조수단으로는 독일 경찰법상 포승, 물대포, 차단장비, 경찰견, 경찰마(馬), 경찰차, 자극제 내지 마취제 및 폭발물 등이 언급된다. 이러한 열거는 예시적인 것으로 그 이외에도 경찰봉, 시야방해제 등이 여기에 해당한다.

포박하는 수단으로는 수갑, 고정목이 부착된 사슬, 밧줄, 끈 및 구속복(Zwangsjacke) 등이 고려된다. 물대포는 높은 압력에 의해 물줄기를 내뿜는 이동 분무기가 장착된 자동차이다. 물대포는 통상적으로 해산명령에 불응하는 다수의 군중을 해산시키기 위하여 사용된다. 물대포의 사용은 중대한 신체상의 상해를 가져올 수 있다. 따라서 물대포는 ‘원거리무기’(Distanzwaffe)라고 표현되기도 한다. 물대포를 사용함에 있어서 물에 자극제를 첨가하는 경우가 많다. 자극제는 피부 및 점막, 특히 눈에 대한 자극을 주어 괴롭고 불편함을 주는 물질인데, 일반적으로 최루가스가 사용된다.

차단장비는 도로, 광장 또는 일정한 지역을 차단하기 위한 장치로서, 이에선 차단격자, 로프, 철조망, 가시철망, 가시철망을 단 방어책(柵), 못띠 내지 못판 등이 있다. 경찰견은 정지명령에 불응하고 도주하는 범인을 저지하는 데 투입될 수 있다. 경찰마는 실력행사의 보조수단으로서 다수의 군중을 밀어제쳐 해산시키는 데 사용될 수 있다. 다만 경찰견과 경찰마를 실력행사의 보조수단으로 사용하는 것은 그들을 다루는데 필요한 특별한 교육을 받은 경찰관에게만 허용된다. 특히 경찰견을 사용하는데 있어서는 비례성 원칙의 준수가 중요한 의미를 갖는다. 질서교란자(Störer)의 항거가 있다 하여 항상 경찰견을 사용할 수 있는 것은 아니다. 경찰차 또한 단순한 이동수단 이외에도, 예컨대 도로를 막거나 자동차 운전자의 도주를 저지하는 데 사용될 수 있다.

마취제는 일시적인 무의식 상태를 야기하는 물질이다. 마취제는 질서교란자의 공격을 무력화시켜야 하는 경우에 실력행사의 보조수단으로 사용될 수 있다. 입법자가 마취제를 보조수단의 목록에 삽입한 것은 현대적인 새로운 수단의 개발을 염두에 두고 그의 사용에 대한 근거를 마련하기 위함이었다. 마취제는 경우에 따라서는 총기사용을 대체하는 수단으로 활용되어야 한다.¹³⁶⁾

폭발물은 폭발의 위험이 있는 물질로서, 사람에게는 사용할 수 없고 물건에 대해

136) 통일경찰법초안 제36조 제3항에 대한 입법이유 참조.

서만 그 사용이 허용된다(통일경찰법초안 제44조 제4항). 폭발물은 특히 자연재해로 인한 장애를 제거하기 위하여 사용된다. 또한 폭발물은 동물을 몰거나 통로 또는 출구를 내기 위하여 사용될 수 있다.

- ③ 무기 : 경찰이 사용하는 무기는 경찰에 전형적인 무기(경찰식 무기)와 군대식 무기로 나눌 수 있다. 경찰식 무기는 상대방을 사망케 하는 결과를 가져올 개연성이 없는 방법으로 사용될 수 있는 무기를 말한다. 무기사용의 결과를 통제할 수 있다는 점에 특징이 있다. 여기에는 경찰봉 이외에 권총(Pistole), 연발권총(Revolver)이 해당한다. 순수한 군대식 무기는 상대방을 사살하는 데 우선적인 목적을 가진다. 무기사용의 결과를 통제할 수 있느냐는 부차적이다. 여기에는 예컨대 수류탄, 전차위에 설치된 대포 등이 해당된다. 소총(Gewehr), 자동권총(Maschinenpistole)은 순수한 군대식 무기는 아니다. 이들은 일정한 조건하에 그 결과를 통제할 수 있다. 기관총(Maschinengewehr)과 수류탄은 경찰법상 특별무기로 표현되고 있다. 독일의 모든 주에서는 경찰봉, 권총, 연발권총, 소총 및 자동권총을 경찰의 무기로 허용하고 있다.¹³⁷⁾ 그러나 무기의 종류를 열거함에 있어서 독일의 모든 주가 통일경찰법모범초안(제36조 제4항)을 따르고 있지는 않다. 예를 들면 브레멘, 노르트라인-베스트팔렌 주에서는 기관총과 수류탄을 무기로 허용하고 있지 않은데 대하여, 바이에른 주에서는 통일경찰법모범초안과 마찬가지로 그 이외에 기관총과 수류탄의 사용을 허용하고 있다.¹³⁸⁾ 이와 같은 규율의 차이는 공공의 안녕에 대한 입법자의 평가가 다르기 때문에 나타난다. 한편으로는 테러에 대한 경험에 의하여 생명을 위태롭게 하는 위험을 방지하기 위하여는 강력한 무기(특별무기)의 사용을 포기할 수 없다고 주장한다. 그러나 다른 한편으로는 이전에 중대한 테러활동이

137) Rachor, in: Lisken/Denninger(Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, S. 533 Rdn. 796 각주의 입법례 참조.

138) 노르트라인-베스트팔렌 주의 경찰법(제58조 제5항)에서는 일정한 요건하에 연방국경수비대에 의한 기관총 및 수류탄의 사용을 허용하고 있을 뿐이다. 그에 대하여 작센 주의 경찰법(제31조 제3항)은 기관총과 수류탄을 경찰무기에서 완전히 배제하고 있다. 바덴-뷔르템베르크 주의 경찰법(제50조 제2항)에서는 경찰직무상 사용가능한 무기의 종류를 내무부에 위임하고 있고, 이에 내무부는 경찰법의 시행을 위한 행정규칙에서 기관총과 수류탄을 더 이상 허용된 무기로 규정하고 있지 않다. 그러나 행정규칙에서 무기의 종류를 규정한 것에 대하여는 법률유보의 원칙에 반한다는 주장이 유력하게 제기되고 있다 [Schenke, in: Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999, Rdn. 299].

있었음에도 그와 같은 강력한 무기의 사용이 필요한 상황은 존재하지 않았다는 점을 강조한다. 경찰의 전형적인 무기로는 중대한 위험을 진압하기에 충분하지 못하다는 반론 또한 명백하지 않다고 한다. 자르란트의 주범은 기관총과 수류탄은 그 결과를 통제할 수 없는 무기이므로 허용될 수 없다고 한다.¹³⁹⁾

무기도 신체적 실행행사의 보조수단에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 무기를 실행행사의 보조수단과 구별하여 달리 규율하는 것은 무기사용에 의하여 중대한 결과가 발생할 수 있기 때문이다. 발생하는 결과가 중대할수록 그 사용요건은 엄격하게 규율되어야 한다. 그에 따라 허용되는 무기를 열거하고 있는 법규정은 보조수단의 경우와 달리 예시적이 아닌 제한적 열거규정으로 해석하여야 한다.¹⁴⁰⁾ 그런데 제한적 열거는 무기의 개념을 명확히 규정하는 경우에만 그 의미를 가질 수 있음을 유의하여야 한다. 그렇지 않다면 새로운 수단을 단순한 보조수단으로 봄으로써 법규정의 의도를 벗어날 수 있게 된다. 자극제의 경우 이전에는 무기로 보았다가 이제는 보조수단으로 취급하고 있는데, 이것은 무기의 해당 여부에 대하여 해석의 여지가 있음을 보여주는 예이다.

경찰법상의 무기에 해당하는지 여부는 무기법(Waffengesetz)의 규정에 따라 판단되어야 한다. 어떠한 장비가 무기(무기법 제1조) 또는 탄약 내지 탄환(무기법 제2조)의 개념표지를 충족한 경우, 그의 사용허가를 위하여는 명시적인 법적 규정이 있어야 한다. 최루가스분사기와 자극제가 든 탄약은 무기법의 적용대상이 아니다. 연막탄 발사기도 마찬가지이다. 자극제를 뿜어내는 물분사기도 무기가 아니다. 폭발물은 무기법상의 무기 및 탄약이 아니다. 폭발물은 사람에게 사용하는 것 자체가 허용되지 않는다. 소총, 자동권총 및 기관총은 무기법상의 무기에 해당할 뿐만 아니라 권총과 연발권총과 달리 전쟁무기통제법(Kriegswaffenkontrollgesetz)의 적용을 받는다.

독일에 있어서 경찰의 무장은 축소화의 길을 걷고 있다. 오늘날 많은 주에서는 바이마르공화국과 독일연방공화국에서 70년대까지 존속하였던 순수한 군대식 무기로

139) 자르란트 경찰법 제49조 제5항에 대한 입법이유, LT-Drucks. 9/1929.

140) 따라서 행정규칙에서 무기의 종류를 확장하는 것은 허용되지 않는다.

경찰이 무장하는 것을 포기하였다. 또한 경찰식 무기는 기술적인 측면에서 성능이 향상되었고, 그 사용은 특수교육을 받은 경찰관에게 맡겨졌다. 또한 무기에는 중대하거나 치명적인 결과를 가져올 위험성이 적은 물질을 장전하게 되었다.

독일에 있어서 경찰 총기의 탄약은 통상적으로 탄피로 둘러싸인 탄환(Vollmantelgeschoss)으로서, 사람의 몸에 들어가 변형되지 않고 꿰뚫고 나가는 것을 사용한다. 이러한 탄환의 단점은 범인을 관통한 후 뒤에 있는 사람에까지 피해를 미칠 수 있다는 점이다. 또한 이러한 탄환은 사람의 몸 안에 들어가서 자신의 운동에너지 중 일부만을 발산하기 때문에 1발의 발사만으로는 상대방의 공격을 완전히 무력화시키지 못한다. 이러한 이유로 특별 임무를 담당하는 경찰은 총알의 끝을 구슬모양으로 파서 플라스틱으로 외피를 두른 탄환(Hohlspitzgeschoss)을 사용하기도 한다. 이러한 탄환은 사람의 몸 안에 들어가서 버섯모양으로 변형되어 자신의 운동에너지의 많은 부분을 발산하게 된다. 따라서 이러한 탄환은 사람을 사망케 하는 위험성이 크기 때문에 '의도된 치명적인 총기사용'의 요건을 충족한 경우에만 사용될 수 있다.¹⁴¹⁾

2) 총기사용의 일반적 요건과 한계

총기사용은 경찰의 강제수단 중 가장 강력한 수단으로서, 독일의 모든 주의 경찰법에서는 이에 대한 자세한 규정을 두고 있다. 그러나 그 내용이 명확하지 못하다는 점 때문에 경찰관의 행위를 지도하는 기능을 발휘하지는 못한다.

경찰의 총기사용에 대한 허용성 여부는 경찰법 및 형법 규정에 따라 판단된다. 따라서 총기사용에 대한 경찰법상의 요건이 충족되지 못한 경우라도 정당방위의 구성요건을 갖춘 경우에 경찰관의 총기사용은 정당화된다. 이와 같은 경우에 경찰관이 내부적인 제재를 받을 수는 있어도 처벌의 대상이 되지는 않는다.

그런데 총기사용이 필요한 상황은 통상적으로 긴급한 경우로서 경찰은 이에 즉각적으로 대처할 것이 요구된다. 예를 들면 중범죄(Verbrechen) 또는 경범죄(Vergehen)가 저지되어야 하는 경우인지, 도주하는 자가 어떠한 범죄행위의 혐의가 있는지에 대한 판단

141) 독일 총기의 탄약에 대하여 자세한 설명으로는 Ley/Burkart, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 5. Aufl., 2001, S. 139 ff. 참조.

을 함에 있어서 해당 경찰관에게 주어지는 시간은 거의 없다. 경찰법상의 규정을 적용함에 있어서 어려움이 따르고 시간이 필요하다는 이유로 실무상 경찰관의 행위기준으로 정당방위 및 긴급피난에 관한 형법규정이 우선적으로 적용되어서는 안된다. 형법은 전적으로 시민 사이의 관계에서 적용되는 것을 염두에 둔 것이다. 공법만이 경찰작용을 법률유보와 비례성 원칙에 적합하게 형성할 수 있는 것이다.

(1) 총기사용의 경고

경찰의 직접강제는 그 시행에 앞서 계고 내지 경고가 행해져야 한다. 총기사용에 있어서는 경고사격도 총기사용의 경고로 간주된다.¹⁴²⁾ 경고사격은 상대방을 향해서는 안된다. 경고사격의 기능은 탄환의 폭음, 즉 음향효과에 있다. 총기의 사용은 물건에 대하여도 행해질 수 있는데, 이 경우에도 경고의 기능은 물건을 파괴하는 등 시각적으로 탄환의 효능을 보여주는 데 있지 않다. 물론 폐쇄된 공간에서의 경고사격으로 물건에 손상을 가져올 수도 있는 경우에, 이러한 이유로 경고사격이 금지되는 것은 아니다. 중요한 것은 경고사격이 상대방에게 자신에 대한 경고의 의미를 가진다는 것을 알 수 있어야 한다는 점이다. 상대방이 자신에 대한 경고임을 인식하지 못한 경우에는 다시 한번 그의 행위를 저지하기 위한 경고가 행해져야 할 것이다. 통상적으로 경고사격은 구두에 의한 경고와 함께 행해져야 한다.

총기사용의 경고는 단지 엄격한 요건하에서만 생략될 수 있다. 즉 생명·신체에 대한 현존하는 위험을 방지하기 위하여 총기사용이 필요한 경우에 한하여 경고 없이 총기를 사용할 수 있다(통일경찰법모범초안 제39조 제2항 참조). 그러나 다수의 군중속의 사람에게 총기를 사용하는 경우에는 예외 없이 경고가 선행되어야 한다. 더 나아가 이와 같은 경우에는 경고가 되풀이되어야 한다(통일경찰법모범초안 제39조 제3항 2문 참조). 이러한 규정은 비관여자의 보호를 위한 것이며, 그가 적시에 그 곳에서 빠져나갈 수 있도록 하기 위함이다.

142) 이에 대하여는 Rachor, 앞의 책, S. 542, Rdn. 829의 각주의 입법례 참조.

(2) 최후의 수단으로서의 총기사용

주의 경찰법들은 총기사용에 있어서 비례성 원칙을 구체화하는 규정을 두고 있다. 즉 총기는 다른 직접강제 수단이 효과가 없었거나 효과를 발휘할 수 없음이 명백한 경우에만 사용할 수 있다고 규정하고 있다.¹⁴³⁾

총기사용은 경찰의 개입수단 중 가장 강력한 수단으로서 최후의 수단으로 고려된다. 경찰에게는 총기사용의 필요성 및 상당성에 대한 신중한 판단이 요구된다. 총기사용의 필요성과 관련하여 다른 수단으로는 경찰목적은 달성할 수 없음이 명백할 것이 요구된다. 다른 수단이 고려될 수 있는 한, 경찰은 총기를 사용해서는 안 된다. 예를 들면 은행강도가 자동차를 타고 도주하는 것을 저지하기 위하여 도로를 차단함으로써 도주로를 봉쇄하는 방법이 고려될 수 있는 것이다.

(3) 물건에 대한 총기사용 우선의 원칙

물건에 대한 총기사용은 사람에 대한 총기사용에 비하여 완화된 수단으로서 물건에 대하여 총기를 사용하는 것으로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 사람에 대한 총기사용은 허용되지 않는다. 물건에 대한 총기사용을 위하여는 그로부터 사람에 대한 위험이 예견될 수 있는지가 항상 심사되어야 한다. 물건에 대한 총기사용에 있어서 사람에 대한 위험을 완전히 배제할 수 없다면 사람에 대한 총기사용의 요건을 충족하여야만 한다.

그런데 물건에 대한 총기사용으로 목적을 달성할 수 있음으로 인하여 사람에 대한 총기사용을 필요 없게 만드는 경우가 실제에 있어서 생각만큼 그렇게 많은 것은 아니다. 범죄행위 후 범인이 자동차를 타고 도주하는 경우에 자동차의 타이어를 향해 총기를 발사하는 것을 물건에 대한 총기사용의 예로 드는 문헌이 있으나,¹⁴⁴⁾ 이를 물건에 대한 총기사용으로 볼 수는 없다. 은행강도가 도주를 위하여 은행 앞에 자동차를 세워두고 있는 경우에 경찰이 도주를 막기 위하여 서 있는 자동차에 총기를 발사하는 것은 그에 해

143) 이에 대하여는 Rachor, 앞의 책, S. 542, Rdn. 832의 각주의 입법례 참조.

144) 예를 들면 Meixner, § 60 HSOG, 8. Aufl., 1998, Rdn. 2; Rommelfanger/Rimmele, § 33 SächsPolG, 2000, Rdn. 5.

당될 수 있다. 그러나 범인이 자동차를 타고 도주하는 경우에는 이에 관한 특별훈련을 받지 않은 보통의 경찰관에게 달리는 자동차의 타이어를 정확히 맞춘다는 것을 기대하기는 어렵다. 달리는 자동차 안에 타고 있는 사람이 다칠 위험이 항상 존재하기 때문에 원칙적으로 사람에게 대한 총기사용으로 보아야 하며, 그에 대한 요건이 충족되어야 한다.¹⁴⁵⁾ 특히 범죄행위에 관여하지 않은 사람이 타고 있는 경우에는 더욱 엄격한 요건이 필요하다. 즉 생명에 대한 현존하는 위험을 방지하기 위하여 총기사용이 유일한 수단인 경우에 예외적으로 허용된다.

더욱이 총기사용으로 자동차의 엔진에 이상을 가져오는 등 자동차를 통제할 수 없게 되는 경우에는 운전자에 대한 위험뿐만 아니라 비관여자에 대한 위험이 발생할 수 있을 것을 고려하여야 한다. 따라서 공로상에서 달리는 자동차에 총을 사용하는 것은 현존하는 생명에 대한 위험을 방지하기 위하여 그것이 유일한 수단일 경우에만 허용될 수 있다.

결론적으로 사람에게 대한 위험이 완전히 배제되는 물건에 대한 총기사용은 실제에 있어서 그 적용사례가 그리 많지 않을 것이다.

(4) 14세 미만의 자에 대한 총기사용

통일경찰법모범초안 제41조 제3항은 외견상 14세 미만으로 보이는 자에 대한 총기사용을 제한하고 있다. 다만 예외적으로 현존하는 생명·신체에 대한 위험을 방지하기 위하여 총기사용이 유일한 수단일 경우에만 이를 허용하고 있다. 어린 아이에 의한 폭력행위가 증가하는 상황에서 예외규정을 두는 것은 피할 수 없다. 동 조항은 외견상의 나이를 기준으로 하고 있으므로 실제 나이를 잘못 판단하였다고 하여 바로 총기사용이 위법하게 되는 것은 아니다.

(5) 비관여자에게 위험을 가져오는 총기사용

비관여자가 위험에 처할 고도의 개연성이 있는 경우에는 원칙적으로 총기사용이 허용

145) Roos, § 63 RhPfPOG, 2. Aufl., 2000, Rdn. 8; Tegtmeier, § 63 PolGNW, 8. Aufl., 1995, Rdn. 5. 특히 노르트라인-베스트팔렌 주 경찰법 제63조에 대한 행정규칙 63.12에서는 일반적으로 자동차에 대한 총기사용은 사람에게 대한 총기사용의 요건을 충족한 경우에만 허용된다고 명시하고 있다.

되지 않는다(통일경찰법모범초안 제41조 제4항 1문 참조). 통일경찰법모범초안 및 몇몇 주의 경찰법에서는 이러한 상황을 경찰관이 인식할 수 있어야 한다고 규정하고 있는데, 이는 당연한 것으로 별도로 규정할 필요는 없는 것이다. 이러한 부가적 규율로 인해 오히려 경찰관이 상황판단을 함에 있어서 주의를 소홀히 하게 되는 결과를 가져와서는 안 된다. 다만 총기사용이 현존하는 생명에 대한 위협을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에는, 비관여자에게 위협을 가져오는 총기사용도 가능하다.¹⁴⁶⁾ 14세 미만의 자에 대한 총기사용이 예외적으로 허용되는 경우와 달리 이 경우에는 예외를 생명에 대한 현존하는 위협에 한정하고 있다. 즉 신체에 대한 위협을 방지하기 위한 경우에는 예외가 허용되지 않는다.

‘비관여자’의 개념은 불명확하다. 법적인 개념정의는 존재하지 않는다. 일설에 의하면 비관여자란 경찰의 조치가 행해지는 대상 행위에 협력하지 않은 모든 사람을 말한다고 한다. 여기서 협력이란 대상 행위를 말로써 또는 행동으로써 도와주는 것을 의미하는 것으로 본다.¹⁴⁷⁾ 그에 대하여 다른 견해는 총기사용의 요건을 갖추지 않은 모든 사람을 비관여자로 보아야 한다고 한다.¹⁴⁸⁾

(6) 다수의 군중에 대한 총기사용

비관여자에게 위협을 초래하는 총기사용 이외에 많은 주의 경찰법에서는 다수의 군중속의 사람에 대한 총기사용에 관한 특별규정을 두고 있다.¹⁴⁹⁾ 그에 의하면 경찰관이 비관여자가 위협에 처할 고도의 개연성이 있다는 것을 인식할 수 있는 경우에 다수의 군중에 대한 총기사용은 금지된다. 무분별하고 맹목적인 총기사용은 어떠한 경우에도 허용될 수 없다. 다만 총기사용이 현존하는 생명에 대한 위협을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에는 예외를 인정하고 있다.

146) 이에 대하여는 앞의 책, S. 543, Rdn. 834의 각주의 입법례 참조.

147) Honnacker/Beinhofer, PAG, 17. Aufl., 1999, Art. 66 Anm. 8.

148) Ley/Burkart, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 5. Aufl., 2001, S. 86; Rasch, ME, § 41 Rdn. 8; Wagner, PolG NW, § 41 Rdn. 8; Roos, POG RP, § 63 Rdn. 17 f.

149) 이에 대하여는 Rachor, 앞의 책, S. 544, Rdn. 837의 각주의 입법례 참조.

다중에 대한 총기사용에 관한 특별규정에서는 비관여자에 대하여 개념정의를 내리고 있는데, 일반적인 용어사용에 비하여 좁게 이해하고 있는 점이 특이하다. 이 규정에 의하면 다중 속에서 폭력을 행사하거나 행동으로 이를 용인 또는 방조하는 자가 반복된 총기사용의 경고에도 불구하고 집단을 이탈하지 않는 경우에는 관여자에 해당된다(통일경찰법모범초안 제43조 제2항 참조). 이와 같이 비관여자를 좁게 파악하는 것은 다중에 대한 총기사용을 금지하는 원칙을 상대화하는 것이 된다.

3) 사람에 대한 총기사용

독일에 있어서는 비행기 납치와 인질 사건이 빈번히 발생한 1970년대에 경찰관이 범 죄를 진압하기 위하여 총기를 사용할 수 있는지, 특히 범인을 향해 총을 발사할 수 있는지가 활발히 논의되었다.¹⁵⁰⁾

이러한 논의를 거쳐 연방과 주의 경찰법규정들은 구체적으로 열거한 특정한 사안에 한하여 사람에 대한 총기사용을 허용하고 있다.¹⁵¹⁾ 그러나 자세한 규율을 두었음에도 구체적인 경우에 총기를 사용함에 있어서 항상 명확한 것은 아니다.

(1) 총기사용의 목적

통일경찰법모범초안 제41조 제2항 제1문에서는 공격 내지 도주를 무력화하기 위하여만 사람에 대하여 총기를 사용할 수 있다고 하여 사람에 대한 총기사용의 목적을 명시하고 있다. 이 규정은 비례성 원칙을 특별히 구체화한 것이다. 그러나 독일의 모든 주의 경찰법에서 사람에 대한 총기사용의 목적과 허용되는 정도에 관한 규정을 두고 있지는 않다. 예를 들면 바덴-뷔르템베르크와 작센 주의 경찰법에서와 같이 이에 관한 규정을 두고 있지 않으나, 이와 같은 규정이 없더라도 비례성의 원칙에 따라 총기사용은 공격과

150) von Winterfeld, NJW 1972, 1881 ff.; Krüger, NJW 1973, 1 ff.; Schmidt, NJW 1973, 449 f. 등 참조.

151) 각주의 사람에 대한 총기사용 규정이 완전히 일치하는 것은 아니지만, 대부분 통일경찰법모범초안을 따르고 있다. 이에 대하여는 Rchor, 앞의 책, S. 545, Rdn. 842의 각주의 입법례 참조.

도주를 무력화하기 위하여만 허용된다.

따라서 상대방을 사망케 할 목적으로 총기를 사용하는 것은 원칙적으로 배제된다. 그러나 의도하지 않은 사망의 결과를 가져오는 경우를 상정할 수 있다. 이러한 경우는 사망의 결과를 의도하지 않았다는 점에서 의도된 치명적인 총기사용과 구별되는바, 공격 내지 도주를 무력화하기 위하여 더 완화된 수단이 없었던 경우라면 그 조치를 위법하다고 볼 수 없다.

공격 내지 도주의 무력화라는 총기사용의 목적으로부터 의도된 치명적인 총기사용은 어떠한 경우에도 허용되지 않는다는 견해가 주장될 수 있다.¹⁵²⁾ 그러나 공격 내지 도주의 무력화라는 총기사용의 목적을 판단함에 있어서는 경찰조치의 외부적 결과가 아니라 내적인 동기가 무엇인지가 중요한 것이다. 따라서 경찰관이 의도한 목적이 범인의 공격 내지 도주를 무력화시키는 데 있었다면, 비록 범인을 사살해야만 목적을 달성할 수 있는 것으로 판단되는 경우에 총기를 사용하여 사살하는 것 또한 정당화된다. 이러한 경우 경찰관은 자신의 총기사용이 정당화된다는 인식을 하고 있는 것이다.

사살하는 것이 구체적인 상황에서 공격을 물리치거나 도주를 저지하는 데 적합한 수단이어야 함은 물론이다. 범인의 대퇴부를 쏘으로써 공격을 무력화시킬 수 있음에도 경찰관이 범인의 머리를 향하여 발사하였다면, 당해 경찰관의 총기사용은 비례성 내지 과잉금지 원칙에 반하여 위법하게 된다. 또한 범인의 공격 내지 도주를 무력화시킨다는 목적 이외에 다른 목적, 예컨대 범인에게 정당한 처벌을 가한다거나 장래를 위하여 그의 위해력을 제거하기 위하여 총기를 사용(사살)하는 것은 정당화되지 않는다.

경찰무장의 주된 이유가 질서교란자 내지 범죄행위자와 무기에 있어서 대등한 관계를 형성하기 위함이라면 경찰의 총기사용은 어떠한 사람이 총기를 휴대하고 경찰의 계고에 대하여 총기로써 저항할 위험이 존재하는 경우에는 항상 허용될 것이다. 이러한 경우에는 중범죄, 경범죄 또는 질서위반행위를 저지하기 위함인지 또는 그러한 행위로 인해 체포하기 위함인지는 중요하지 않다. 허가 없이 총기를 휴대하는 것 자체가 처벌의 대상이며 그에 상응한 범죄혐의를 받게 되는 것이다. 총기를 휴대한 자는 그 자체만으로도 경찰관의 통제 내지 체포에 대하여 언제든지 경찰관 또는 비관여자에게 총기를 사용할 위

152) 예를 들면 Krüger, NJW 1970, 1484.

험성이 있음을 나타내는 것이다. 실제에 있어서 사람에 대한 총기사용이 허용되는 사례의 대부분을 차지하는 것은 무장한 질서교란자 내지 범죄행위자에 대해 개입하는 경우이다.

행위자가 무장하고 있지 않다면 그러한 경우에 총기사용은 손해를 방지하기 위한 마지막 수단이 될 것이다. 그러나 실제에 있어서 이러한 경우는 그 의미가 크지 않다. 경찰법은 중범죄의 구성요건을 직접적으로 충족하며, 생명·신체에 대한 현존하는 위험이 존재할 것을 요구한다. 이 둘의 요건은 서로 광범위하게 겹치며, 전자는 후자의 보호목적과 일치한다.

전통적으로 총기사용은 예방적 목적과 진압적 목적으로 구분된다. 도주를 저지하기 위한 목적으로 사람에 대해 총기를 발사하는 것은 예방경찰적인 관점에서만 정당화될 수 있다. 도주하는 범죄자를 다시 체포하기 위하여 총기를 사용하는 것은 비례성 원칙에 따라 그가 일반 공중에게 위험을 야기하게 될 때에만 허용된다. 단지 국가형벌권을 관철하기 위한 목적만으로는 사람에 대해 총기를 사용하는 것에 대한 충분한 근거가 될 수 없다. 체포를 위하여 사람의 몸통을 향해서 총기를 발사하는 것은 그의 위험성 때문에 비례성 원칙에 반한다.¹⁵³⁾ 모든 총기사용은 치명적인 위험성을 갖고 있기 때문에 예방적인 측면에서만 감수될 수 있는 것이다. 만일 치명적인 위험이 현실화된다면 형벌권은 더 이상 집행될 수 없기 때문이다. 형사소추와 형집행은 경찰의 총기사용에 대한 법적으로 특별히 표현된 하나의 '계기'(Anlaß)에 불과하다. 총기사용의 '근거'(Grund)는 행위자의 위험성에 있다.

(2) 총기사용의 요건

가. 위험방지를 위한 총기사용

- ① 사람에 대한 총기사용은 중범죄가 막 행해지려고 하거나 진행 중인 경우 이를 저지하기 위한 경우에 허용된다.¹⁵⁴⁾ '총기사용'이란 탄환을 발사하는 것을 말한다. 권

153) BGH, NJW 1999, 2533.

154) 이에 대하여는 Rachor, 앞의 책, S. 547, Rdn. 847의 각주의 입법례 참조.

총을 가격의 도구로 사용하는 것은 총기의 ‘사용’이 아니다. ‘사람에 대한’ 총기사용은 물건에 대한 총기사용과 구별되는 바, 사람의 몸을 지향함을 의미한다. ‘중범죄’(Verbrechen)란 형법전 제12조 제1항에 의하면 1년 혹은 그 이상의 자유형이 부과될 범죄를 말한다.

- ② 사람에게 대한 총기사용은 총기 또는 폭발물을 사용하거나 휴대하고 경범죄가 막 행해지려고 하거나 진행 중인 경우 이를 저지하기 위한 경우에 허용된다. ‘경범죄’(Vergehen)란 형법전 제12조 제2항에 의하면 1년 미만의 자유형 혹은 벌금이 부과될 범죄를 말한다. 총기란 무기법 제1조에 따라 탄환이 총신을 따라 발사되는 장치를 말한다. 가스총이 총기에 해당하는지 여부가 문제되나, 경찰법 영역에서는 그다지 중요한 문제가 되지 않는다. 공포탄 권총과 마찬가지로 가스총은 외형상으로는 총기와 구별하기 어려운 바, 외형상으로 총기인 것처럼 보여 질 때에는 외관상 위험의 원칙에 따라 해결될 수 있다. 그러나 예컨대 범죄자가 가스총을 이미 사용한 경우와 같이 가스총임을 명백하게 알 수 있다면 총기 해당 여부에 대한 논쟁은 중요한 의미가 있다. 생각건대 최루가스화 최루가스분사기는 경찰법상 무기로 취급되지 않는 것과 마찬가지로, 이와 같은 경우에 가스총을 무기에 해당하는 것으로 볼 수 없다. 경찰이 총기로 무장하는 것은 범죄자와 무기에 있어서 대등한 관계를 이루려는 것인데, 범죄자가 가스총을 가진 것이 명백한 경우에는 무기대등의 목적을 위하여 경찰이 총기로 무장할 필요가 없는 것이다. 폭발물이란 폭발물법 제1조 제1항에 규정된 폭발의 위험성이 있는 물질을 말한다.
- ③ 그밖에 대부분의 주¹⁵⁵⁾ 경찰법에서는 생명·신체에 대한 현존하는 위험을 방지하기 위하여 필요한 경우에는 사람에게 대한 총기사용이 허용된다고 규정하고 있다.¹⁵⁶⁾ 중범죄의 구성요건을 충족하거나 총기 또는 폭발물을 사용하거나 휴대하고 경범죄가 행해지는 경우 이외에도 생명·신체에 대한 위험이 발생하는 경우를 상정할 수 있고, 또한 이러한 위험을 방지하기 위하여 총기사용이 유일한 수단일 경우가 있으므로 이에 관한 규정을 두는 것이 필요하다고 보는 것이다. 통일경찰법

155) 다만 예외적으로 바덴-뷔르템베르크, 함부르크와 작센 주의 경찰법에는 이러한 규정을 두고 있지 않다.

156) 이에 대하여는 Rchor, 앞의 책, S. 549, Rdn. 856의 각주의 입법례 참조.

모범초안을 따르지 않고 생명·신체에 대한 현존하는 위험을 방지하기 위한 총기 사용에 관하여 규정을 두고 있지 않은 주의 경찰법은 생명·신체에 대한 위험이 존재하는 경우는 중범죄의 구성요건을 충족하거나 경찰긴급권에 의한 총기사용으로 충분하다는 전제하에 있는 것이다.¹⁵⁷⁾

나. 형사소추와 형집행을 위한 총기사용

각 주의 경찰법은 체포를 피하여 도주하는 것을 저지하기 위한 사람에 대한 총기사용을 수권하고 있다.¹⁵⁸⁾ 범죄의 혐의가 있어 체포가 명해진 경우이어야 한다. 예방적인 경찰목적으로 체포 내지 연행이 행해지는 경우에 그로부터 도주하는 것을 저지하기 위하여 사람을 향해 총기를 사용하는 것은 허용되지 않는다. 체포는 법관의 명령을 전제로 한다. 구속영장, 자유형의 판결 및 보호감호처분 등이 그에 해당한다. 또한 형사소송법 제127조에 의한 가체포의 권한이 있는 경우에 경찰관에 의한 체포도 포함된다. 다만 소년법의 구치, 영창에의 구치를 집행하기 위하여 또는 공개된 시설에서의 도주를 저지하기 위한 경우에는 총기를 사용할 수 없다(통일경찰법모범초안 제42조 제2항 참조).

총기는 체포 또는 신원확인을 피하기 위하여 도주하는 자를 정지시키기 위하여 사용될 수 있다. 이러한 경우에 그 자는 충분한 범죄의 혐의가 있어야 한다. 신원확인을 계기로 행해진 총기사용이 문제되는 경우, 신원확인의 시점에서 질문을 받는 사람에게 범죄의 혐의가 있는 것은 명백하지 않다. 오히려 질문 및 조사에 의하여 그에게 범죄혐의가 있음이 밝혀져야 할 것이다. 따라서 신원확인에서 총기사용에 관한 규율은, 예컨대 은행강도 또는 살인사건이 발생해서 경찰이 검문소를 설치하여 범인을 체포하려는 경우를 상정하고 있는 것이다.

신원확인을 피하고자 하는 사람에게 충분한 범죄혐의가 존재한다는 것은 그에게 도주 의사가 있다는 것으로부터 추론할 수 있다. 그러나 그와 같은 귀결이 논리적이며 항상 타당한 것은 아니기 때문에 제한적인 해석이 요구된다. 그 이외에 도주하는 자의 위험성을 추론할 수 있는 추가적인 요소가 있어야 한다. 또한 공로상에서는 원칙적으로 총기를

157) 이에 대한 비판으로는 Ley/Burkart, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 5. Aufl., 2001, S. 116 ff. 참조.

158) 이에 대하여는 Rachor, 앞의 책, S. 550, Rdn. 859의 각주의 입법례 참조.

사용해서는 안 된다.

형사소추를 위하여 경찰관이 총기를 사용할 수 있는 범죄행위는 중범죄와 경범죄 양자를 모두 포함하는데, 경범죄가 문제되는 경우에는 범인이 총기 또는 폭발물을 휴대하고 있는 경우에 한정된다. 이것은 총기사용의 이유가 행위자의 위험성에 있는 것이고, 형사소추는 단지 경찰개입의 동기에 불과하다는 것을 보여준다.

다. 구금상태에서의 탈출을 저지하기 위한 총기사용

마지막으로 주의 경찰법은 구금 중인 자를 폭력을 사용하여 도주시키려고 하는 것을 저지하기 위한 경우 사람에게 대한 총기사용을 허용하고 있다.¹⁵⁹⁾ 이에 대한 규정은 탈출시키려는 자에 대한 총기사용을 수권하는 것이다. 구속된 자에게 총기를 사용하는 것이 아니다.

구속된 자에게는 체포를 피하여 도주하는 것을 저지하기 위한 총기사용에 관한 규정이 적용될 뿐이다. 이 규정은 폭력을 사용하여 탈출시키려는 경우에만 적용된다. 탈출시키려는 자가 술수를 동원하여 자신의 의도를 교묘히 숨기고 담당자를 속여서 목적을 달성하려는 경우에는 폭력을 사용한 것이 아니므로 이 조항이 적용되지 않는다.

(3) 의도된 치명적인 총기사용

독일에서는 경찰관의 의도된 치명적인 총기사용을 허용할 것인지에 관하여 논란이 있었다. 절대적으로 허용해서는 안 된다는 주장으로부터, 가치 있는 물건을 보호하기 위하여도 의도된 치명적인 총기사용을 허용하자는 견해까지 다양한 의견의 대립이 있었다.

일련의 인질사건과 테러활동 등의 영향으로 연방은 1976년의 통일경찰법모범초안에 의도된 치명적인 총기사용에 관한 규정을 두었고, 몇몇 주(예컨대 바이에른, 니더작센, 라인란트-팔츠 등)의 경찰법에서도 통일경찰법모범초안과 마찬가지로 일정한 요건하에 사망의 결과를 가져올 개연성이 높은 총기사용을 허용하고 있다. 반면에 노르트라인-베스트팔렌의 주 의회는 1980년에 새로이 경찰법을 제정함에 있어서 의도된 치명적인 총

159) 이에 대하여는 Rachor, 앞의 책, S. 551, Rdn. 865의 각주의 입법례 참조.

기사용에 관하여 명시적인 규정을 두는 것을 반대하였고,¹⁶⁰⁾ 브레멘의 경우에도 1983년의 새로운 경찰법에서 이에 관한 규정을 두지 않았다.

‘의도된 치명적인 총기사용’(der gezielt tödliche Schuß)이란 표현 대신에, 이에 의하여 사람을 사망케 할 의도를 가지는 경우가 있으므로 이를 ‘의도적 사살’(der gezielte Todesschuß)이라고 표현하기도 한다. 이는 특히 의도된 치명적인 총기사용을 반대하는 입장에서 사용하는 표현이며, 반면에 이의 필요성을 긍정하는 입장에서는 ‘최후의 구호 발사’(der finale Rettungsschuß)라고 표현한다. 이러한 입장은 경찰의 총기사용에 의하여 사람의 사망을 의도하거나 감수하여야 할 경우가 있을지라도 원인자의 사망이 총기사용의 본래의 목적이 아니므로 ‘사살’(Todesschuß)이라는 표현은 적합하지 않다고 주장한다. 경찰의 총기사용의 일차적인 목적은 위험방지에 있음을 강조하는 입장이다. 그러나 이러한 용어사용에 대한 논란은 그 허용성 내지 필요성이라는 문제의 핵심을 벗어난 것으로 어떤 유용한 결과를 가져오는 것은 아니다.¹⁶¹⁾ 따라서 여기서는 중립적인 견지에서 ‘의도된 치명적인 총기사용’이라는 표현을 사용하기로 한다.

통일경찰법모범초안 제41조 제2항 제2문에 의하면 사망의 결과를 가져올 개연성이 높은 총기사용은, 그것이 현존하는 생명에 대한 위험 또는 현존하는 신체의 불가침성에 대한 중대한 침해를 방지하기 위하여 유일한 수단일 경우에 한하여 허용된다. 의도된 치명적인 총기사용은 최후의 수단으로서 다른 수단으로 생명·신체에 대한 위험을 방지할 가능성이 있다면 그것은 허용되지 않는다. 의도된 치명적인 총기사용에 있어서 경찰관은 현존하는 생명·신체에 대한 위험이 존재하는지, 그러한 위험을 방지할 다른 수단은 없고 오직 치명적인 총기사용에 의하여만 가능한지에 대한 신중한 판단이 요구된다. 즉 치명적인 총기사용의 결과는 되돌릴 수 없는 것이므로 그 요건의 충족 여부의 판단에 신중함이 요구된다.

160) 노르트라인-베스트팔렌에서는 주 경찰법 제63조에 대한 행정규칙에서 비로소 치명적인 총기사용의 가능성을 명시하였다. 63.22 VVPolG NW: “경찰법 제63조 제2항은 사람의 생명·신체에 대한 현존하는 위험을 방지하기 위한 경우에 최후의 수단으로써 일반적 경험측상 즉시 치명적인 결과를 가져오게 되는 공격자를 지향한 총기사용을 포함한다.” 그러나 이 규정은 형식적 법률의 권한규정을 확장하는 것이 아니라, 단지 치명적인 총기사용은 전적으로 공격을 무력화하기 위한 목적으로만 허용된다는 점을 명시한 것으로 이해되어야 할 것이다. 그렇지 않고 치명적인 총기사용이 이 규정에 의하여 비로소 허용되는 것이라면, 행정규칙에서 그에 대하여 규정할 수는 없는 것이기 때문이다.

161) Krüger, Polizeilicher Schußwaffengebrauch, 1979, S. 103 참조.

4) 대체장비의 사용례

(1) 페퍼스프레이의 사용

몇몇 독일의 주에서는 페퍼스프레이(Pfefferspray)를 실력행사의 보조수단으로 도입하였다. 예컨대 헤센, 바이에른 및 자르란트 등에서는 페퍼스프레이를 경찰의 강제수단으로 도입하였는바, 건강에 해롭지 않으면서 짧은 시간안에 상대방을 움직이지 못하게 만드는 강력한 효과 때문에 페퍼스프레이가 경찰관이 가장 빈번하게 사용하는 수단의 하나가 되었다. 페퍼스프레이의 사용으로 경찰봉 내지 총기의 사용이 크게 줄었으며, 그에 따라 질서교란자 뿐만 아니라 경찰관에게 피해가 발생하는 위험성 또한 크게 줄었다.

페퍼스프레이는 눈에 자극을 주지만 지속적인 건강상의 장애를 가져오지는 않는다. 최루가스보다 강력한 효과를 나타내는 것으로, 대체로 술 취한 자, 마약중독자, 정신질환자 및 흥분하여 공격적인 성향을 보이는 자 등에게 사용하면 확실한 효과를 볼 수 있다. 또한 개에 대한 효과적인 방어수단으로 사용될 수 있다.¹⁶²⁾

예를 들면 경찰관이 순찰 중에 부부싸움의 신고를 받고 출동하여 대화로써 싸움을 끝내려고 노력하였으나, 술에 취한 남편이 갑자기 칼을 들고 경찰관에게 달려든 경우에, 페퍼스프레이는 상대방의 진압수단으로 사용될 수 있다. 즉 이러한 경우에 경찰관이 페퍼스프레이를 꺼내 약 2m 정도 거리에서 공격자의 얼굴에 스프레이를 뿌리면, 공격자는 스프레이가 얼굴에 닿자마자 칼을 떨어뜨리게 되고 눈을 문지르게 된다. 이때 경찰관은 그의 몸을 수색하고 그를 만취자 보호실로 보냄으로써 임무를 완수하게 된다.

칼을 들고 경찰관에게 갑자기 돌진하는 경우 경찰관에게 생명·신체에 대한 중대한 침해가 발생할 수 있는데, 이를 저지하기 위하여 원칙적으로 총기를 사용할 수 있을 것이다. 그러나 이와 같은 경우에 총기보다 완화된 수단으로서 페퍼스프레이를 사용한다면, 보다 안전하게 공격자의 행동을 즉시 정지시킬 수 있을 것이다. 다른 수단, 예를 들면 경찰봉은 위의 상황에서는 결코 효과적인 수단이 되지 못한다. 페퍼스프레이가 없었다면 경찰관은 심하게 다쳤을 수도 있으며, 총기를 사용하였다면 공격자에게 중대한 결

162) Die Polizei, 1999, S. 25 참조.

과가 발생하는 것을 피할 수 없었을 것이다. 페퍼스프레이는 그 효과에 있어서 통증을 가져오고 염증을 생기게 한다. 기도에 염증을 일으키는데, 점막을 부풀어오르게 하며 분비물을 생기게 한다. 경우에 따라서 알레르기 체질의 사람이나 천식환자에게는 위급한 상황을 야기할 수도 있다. 그러나 세포를 부식시키거나 조직을 손상시키지는 않는다.

페퍼스프레이가 효과를 발휘함에 있어서는 무엇보다도 사용자가 그 사용방법을 숙지하는 것이 중요하다. 공격자의 얼굴에 스프레이를 뿌리는 경우에만 원하는 효과를 볼 수 있다. 따라서 경찰관에게 페퍼스프레이를 지급하기 전에 충분한 교육이 선행되어야 한다. 교육내용에는 올바른 사용방법 뿐만 아니라, 그 위험성 및 응급조치요령 등이 포함되어야 한다.

페퍼스프레이를 사용함에 있어서는 특히 최소침해의 원칙과 (좁은 의미의) 비례성 원칙의 준수가 중요하다. 직접강제의 요건이 갖추어져 있어야 하며, 신체적 실행행이나 그 밖의 완화된 수단으로는 목적을 달성할 수 없는 경우이어야 한다. 이와 같이 다른 수단으로는 목적을 달성할 수 없는 경우에 비로소 페퍼스프레이를 사용할 수 있는 것이다.

결론적으로 독일에서 페퍼스프레이는 총기사용에 비하여 상대방의 신체에 대한 침해를 적게 발생시키며, 상대방을 즉각 제압하는 효과를 발휘하므로 총기를 대체하는 수단으로 활용될 수 있을 것이라고 평가된다.

(2) 전자충격총

독일에서는 총기의 대체수단으로 전자충격총(Elektroschock-Pistole)의 성능을 실험하고 그 도입을 고려하고 있다.

독일의 경우 경찰의 권한이 각 주에 있기 때문에 경찰장비의 도입 여부에 대한 결정 권한은 주에게 맡겨져 있다. 지금까지 바이에른, 바덴-뷔르템베르크, 베를린, 니더작센, 노르트라인-베스트팔렌 그리고 작센 주가 전자충격총의 도입을 위하여 그 성능을 실험하였다.¹⁶³⁾ 연방기관인 연방국경수비대와 연방수사청의 경우 경찰강제수단의 도입을 위하여는 그 수단에 대한 법적·의학적·기술적 심사가 행해지고 성능실험이 전제되어야

163) Die Polizei, 2002, S. 322.

한다. 그러한 절차를 거치지 않고 새로운 강제수단을 도입·사용하는 것은 허용되지 않는다.

권총의 대체수단으로서 사용되는 전자충격총은 상대방에게 18 내지 26 와트의 충격을 주어 움직이지 못하게 한다. 전자충격총, 일명 테이저총을 생산하는 미국 회사의 설명에 의하면 총에 저장장치가 있어 발사시간 및 날짜가 기록된다고 한다.¹⁶⁴⁾

전자충격총의 효과를 실험해 본 결과 건강에 크게 유해하지 않음이 밝혀졌다. 전자충격총은 피부를 약간 붉게 할 뿐 근육에 이상을 가져온다거나 맥박, 혈압 및 심장박동에 이상을 거의 가져오지 않는다고 한다.

(3) 기타 총기 대체무기의 도입

독일에서는 내무부의 의뢰에 의하여 폭력적 시위를 진압하기 위한 수단으로서 경찰봉 및 자극제 살포기구와 권총 사이의 중간적인 효과를 발휘할 수 있는 원거리무기(Distanzwaffe)의 개발이 추진된 적이 있다. 탄두가 플라스틱으로 된 탄환이 발사되면 탄환이 변형되어 손바닥 크기로 펼쳐지고, 탄환의 충격에 의하여 맞은 사람이 바닥에 쓰러지게 된다. 이 경우 맞은 사람에게서 출혈이 발생하지는 않는다고 한다. 이 원거리무기는 통상 60m내지 150m 정도 떨어진 거리에서 사용되는데, 10내지 15m 정도의 짧은 거리에서 사용하는 경우에도 심각한 위험을 야기하지는 않는다고 한다.¹⁶⁵⁾

그 이외에도 새로운 무기, 특히 비살상 경찰무기의 도입이 계속해서 논의되었으나, 아직까지 뚜렷하게 전통적인 경찰무기를 대체할 수 있는 무기가 등장하고 있지는 않다. 경찰봉(Schlagstock), 자극제 살포기구(Reizstoffsprühgerät), 고무탄환(Hartgummi-Geschosse) 등은 특수한 상황에서 사용될 수 있다. 무장한 범인을 진압하는 경우에는 최소한 상대방과 무기대응이 존재하여야 한다. 어느 누구도 경찰관에게 중무장한 강도의 총알받이가 될 것을 요구할 수는 없는 것이다.

독일의 경우 총기를 휴대한 범죄의 발생이 증가하고, 반면에 경찰관의 총기사용으로 인

164) 이에 대하여는 www.airtaser.com 참조.

165) Vahle, Die neue Polizei, 1985, S. 150 참조.

한 부작용은 점점 감소됨에 따라 총기를 대체하는 무기를 도입하는 것에 대한 논의가 현재 활발하게 진행되고 있지는 않는다. 총기 대체수단의 개발보다는 총기사용의 요건을 구체화하고 엄격하게 함으로써 잘못된 총기사용을 막고 또한 경찰관의 교육과 훈련의 방법과 내용을 개발하여 다양한 상황에 대처할 수 있는 능력을 배양하는데 주력하고 있다.

(4) 정지대

바덴-뷔르템베르크 주는 2001년 초부터 도주하는 차량에 의하여 비관여자 및 경찰관이 다치는 위험을 방지하기 위하여 새로운 경찰장비, 즉 정지대(Stop-Stick)를 도입·사용하고 있다.¹⁶⁶⁾ 정지대는 지금까지 차량을 정지시키기 위하여 경찰이 사용하여 왔던 못띠(Nagelgurt)를 대체하는 것이다. 미국에서 개발되어 효과적으로 사용되고 있는 정지대를 독일에서 처음으로 도입한 바덴-뷔르템베르크 주는 이에 대한 시험사용을 거쳐 2000년 말에 25만 DM을 들여 250개의 정지대를 구입하였고 이를 모든 순찰 및 교통근무 차량에 비치하였다.

70년대에 구입한 못띠는 길이 5m, 무게 15kg인데 비하여 정지대는 무게가 2kg에 불과하고 1m의 길이로 접을 수 있게 되어 있다. 이와 같이 정지대는 작고 가볍기 때문에 순찰차에 신고 다니다가 신속하게 설치할 수 있어 고속으로 도주하는 차량을 정지시키기에 적당하다. 그에 대하여 지금까지 사용된 못띠는 무겁고 다루기 쉽지 않기 때문에 고정된 검문장소에서만 사용될 수 있었다. 더욱이 타이어에 못이 박히는 순간 타이어의 공기압이 급격히 떨어지기 때문에 차량을 통제하기가 어렵게 되는데, 이것은 운전자를 포함하여 주변에 있는 사람에게 중대한 위험을 야기하게 된다. 그러나 정지대는 타이어를 터트리지 않으며 차량의 조정에 장애를 주지 않도록 만들어 졌다. 바덴-뷔르템베르크 주의 경찰은 정지대를 도입·사용함으로써 도주하는 차량을 정지시키기 위하여 차량의 타이어에 총을 발사하는 것이 줄어들 것을 기대하고 있다.

166) 아래의 내용은 Die Polizei, 2001, S. 122 참조.

(5) 새로운 탄환의 사용

독일에서는 1999년 경찰에 전형적인 새로운 탄환을 도입하기로 결정하고, 경찰기술연구소(Das Polizeitechnische Institut)에 유해성이 적은 탄환의 개발과 실험을 위한 기술적 지침을 만들 것을 의뢰하였다. 새로운 탄환을 개발함에 있어서는 특히 비관여자에 대한 위험이 적을 것, 탄환이 튕겨나가서 발생하는 위험이 적을 것, 공격과 도주를 무력화시키기 위하여 몸속에서 많은 에너지를 발산할 것, 과편이 생기지 않을 것, 딱딱한 목표물과 자동차 타이어에 발사할 경우 충분한 효과를 발휘할 것 등을 고려할 것이 요구되었다.¹⁶⁷⁾

바덴-뷔르템베르크와 바이에른 주에서는 2000년 새로운 탄환, 이른바 사람을 정지시키는 탄환(mannstoppende Munition)을 실험하였는바, 종전의 탄환보다 효과적이라고 판단하여 2000년 10월부터 이를 도입·사용하고 있다. 새로이 개발된 탄환은 많은 에너지를 발산하여 즉각 상대방의 공격 및 도주를 무력화시키기 때문에 경찰관의 안전을 보장하며, 관통하거나 비스듬히 맞은 탄환에 의한 위험을 줄였기 때문에 비관여자를 보호할 수 있다고 한다.¹⁶⁸⁾

3. 오스트리아

1) 무기사용

오스트리아의 ‘무기사용에 관한 법률’(Gesetz über den Waffengebrauch)은 경찰관의 사람에 대한 총기사용의 목적은 공격, 저항 내지 도주의 무력화에 있다고 규정하고 있다. 또한 이 법률에서는 생명을 위태롭게 하는 무기사용에 관한 특별한 규정을 두고

167) 이에 대하여는 Die Polizei, 2000, S. 124 참조.

168) Die Polizei, 2000, S. 305.

있다. 즉 사람에 대한 의도된 치명적인 총기사용을 허용하고 있다.

오스트리아에서는 사람을 보호하기 위한 정당방위인 경우에 무기를 사용할 수 있는데, 이와 같은 경우에는 비관여자에게 위협을 초래하는 무기사용은 금지된다는 무기사용에 대한 일반적인 제한을 받지 않는다. 즉 무기사용에 있어서 형법상의 정당방위 및 긴급피난의 원칙이 적용된다. 경찰관 자신에 대한 공격을 방어하기 위하여 또는 타인에 대한 공격을 방어하기 위하여 행하는 경찰관의 개인적인 정당방위 활동은 고권적 행위로 평가된다. 정당방위에 있어서는 일반적인 비례성의 원칙이 적용되지 않으므로, 사람을 사망케 하는 고권적 행위도 원칙적으로 허용된다.

2) 페퍼스프레이의 사용

오스트리아에서는 1994년부터 페퍼스프레이가 ‘무기사용에 관한 법률’상의 ‘덜 위험한 무기’로서 경찰의 방어를 위한 장비로 사용되고 있다. 1999년 초부터는 페퍼스프레이가 고무곤봉(Gummiknüppel)을 대체하여 경찰관이 휴대하는 장비로 사용되고 있는바, 곤봉에 있어서는 경찰관이 어느 정도의 강도로 사용하여야만 그 효과가 나타나는지에 대하여 항상 의문을 가져야 하는데 비하여, 페퍼스프레이는 강력하고 확실한 효과 때문에 경찰관들로부터 환영받고 있다. 물론 고무곤봉이 완전히 폐기된 것은 아니고, 폭력시위를 진압하기 위한 경우처럼 특수한 경우에 한하여 계속 사용되고 있다.

페퍼스프레이의 사용으로 경찰관이 폭력행위자로부터 상해를 입는 비율이 이전보다 약 75% 정도 감소되었으며, 무기사용의 건수는 약 15% 정도 증가하였는데 비하여 생명을 위태롭게 하는 총기사용의 건수는 오히려 반으로 줄었다. 또한 무기사용으로 인한 신체상해는 약 60% 정도, 물건의 손상은 약 50% 정도 감소되는 등 긍정적인 효과를 나타내고 있다.

페퍼스프레이를 사용한 경우를 살펴보면 주로 범인의 체포와 공무집행의 항거를 억제하기 위하여 사용되었으며, 구금된 자의 도주를 저지하기 위한 경우에도 사용되었다. 사용한 경우 대부분은 공격자의 행위를 즉시 저지하였고, 그 효과에 의하여 폭력행위자의 손에 수갑을 채울 수 있었다. 물론 그 효과가 전혀 발휘되지 않았거나 충분하지 않았던 경우도 있었다. 또한 개의 공격을 저지하기 위하여도 페퍼스프레이가 사용되었는데, 경

찰관에게 달려드는 경우에는 페퍼스프레이로 공격을 대부분 저지할 수 있었다. 개가 사람을 공격하는 것을 저지하기 위하여 사용된 경우에도 대체로 직접적인 효과를 보았다. 효과를 보지 못한 경우에 그 원인은 페퍼스프레이와 개의 거리가 너무 멀었던 경우이었다.

4. 영 국

1) 경찰법에 대한 개관

(1) 영국의 경찰

가. 경찰조직

영국 경찰조직의 특징은 계층적·중앙집권적 구조가 아니라, 지방경찰의 자치조직에 의해 유지되고 있다는 것이다. 즉 예외적으로 제한된 범위에서 내무장관이 영향을 미칠 수 있을 뿐인 수많은 지역경찰조직이 존재하고 있다. 중앙정부는 단지 급여, 복장 및 수당 등에 대하여 규율하고 있을 뿐이다. 이러한 구조는 역사적인 발전에서 비롯된다. 원래 경찰직무는 관청, 즉 경찰조직에 의해 행해진 것이 아니라, 보안관(constable)이라 불리는 개인에 의해 행해졌다. 즉 보안관으로 임명된 자는 국왕과 상관없는 독립된 독자적인 법적 지위를 가졌다.

그러나 효율적인 경찰임무를 수행하기 위해서는 중세의 유산인 보안관의 비효율적인 경찰제도를 대체할 경찰조직의 창출이 필요하였다. 근대적 의미의 영국경찰은 1829년 제정된 수도경찰법(the Metropolitan Police)의 제정에서 비롯된다. 이를 통하여 내무장관(Home Secretary)의 직속으로 런던경시청이 창설되었고, 1999년 대런던경찰청법(Greater London Authority Act 1999)이 제정되어 시행되기까지 지속되었다. 또한 1835년에는 지방경찰조직이 탄생되었고, 1839년에는 자치주(county) 및 시(borough)에 각각 자체의 경찰을 유지·관리하는 자치체경찰인 지방경찰국을 두었다. 그러나 자치주

나 시에 근거한 경찰력은 효율적인 수행을 하기에는 규모가 적었다. 따라서 1964년 제정된 경찰법(Police Act)은 내무장관의 지휘통제를 받을 수 있는 자발적 또는 강제적인 병합계획을 수립하였다. 오늘날 경찰조직은 1964년 경찰법에 주로 근거하고 있다. 동법에 따라 43개의 일반 경찰대가 조직되어 있다. 여기에는 특수경찰대도 있다. 동법은 1996년의 경찰법에 의해 대체되었다. 동법에 의하면, 경찰의 주요한 기능은 효율적이고 효과적인 경찰력의 유지에 있다고 한다.¹⁶⁹⁾ 이와 같이 영국 경찰조직의 특징은 전통적으로 중앙정부의 통제를 받지 않는 자치체경찰제를 취하여 왔으나, 런던이 국제도시로서 전국적인 이해관계가 있는 사건이 많았으므로 이를 정부가 직접 관장하고 있다.

나. 경찰직무

그 사이 여러 차례 경찰법이 제정 또는 개정되었음에도 불구하고, 오늘날까지 경찰직무를 포괄적으로 규정하고 있는 법률상 규정은 존재하지 않는다. 일반적 해석에 따르면 경찰의 주요임무는 여왕의 평화유지(preservation of the Queen's peace)를 목적으로 하고 있다. 여기에 범죄행위의 방지와 개인의 생명과 신체의 보호 등이 포함된다.

다. 경찰권한

영국에서는 직무할당에서 이러한 임무수행을 위한 포괄적인 행동권한이 나오지 않는다. 이것은 경찰관에게 특별한 권한이 없고, 다만 제복을 입은 시민으로서 보안관의 상(像)에 상응하는 것이었다. 이러한 상태는 지속되어서 보통법(common law) 아래에서도 보안관에게 경찰임무의 수행을 위한 특별한 권한을 부여하는 법규는 그다지 많지 않았다. 그러나 의회는 경찰에게 점차 독자적인 행동권한을 부여하였다. 이러한 발전은 1984년 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act)의 제정으로 정점에 다다른다. 그럼에도 불구하고 아직도 경찰이 일반 사인에 비하여 더 많은 권한을 부여하고 있지 않은 보통법이나 법률규정에 근거하여 처분을 하는 영역이 많이 남아 있다.

169) Wade/Forsyth, Administrative Law, 8th ed., pp. 149-151.

(2) 북아일랜드의 경찰과 군

가. 북아일랜드의 경찰법

북아일랜드의 상황은 영국의 것과 본질적인 차이가 있는 것은 아니다. 북아일랜드에서는 1922년 경찰법에 의해 얼스터 황실경찰대(RUC: Royal Ulster Constabulary)가 조직되어 있다. 동법은 1970년 북아일랜드 경찰법을 통해 개정되었다. 동법을 통해, 잉글랜드와 웨일즈의 지방경찰단체에 상응하는 법적 지위를 갖는 하나의 체계가 도입되었다. 보안관으로서의 북아일랜드의 경찰관의 지위도 보통법에서 나온다. 특히 1989년 경찰 및 형사증거법을 통해 법률상 직무규범이 창출되었는데, 이는 1984년 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act)에 상응하는 것이었다.

나. 북아일랜드의 군의 직무와 권한

1968년의 시민권운동은 북아일랜드 사회의 양극화현상을 가져왔다. 아일랜드 공화국군(IRA: Irish Republican Army)측에서 뿐만 아니라, 연합주의자(Unionist)측에서의 테러활동은 마치 시민전쟁에 유사한 정도였다. 경찰은 이러한 도전에 그 자체의 힘으로 더 이상 대응하지 못하고, 점차 공공의 안녕과 질서의 유지를 위해 군사력을 끌어들이었다. 북아일랜드에 주둔하는 병력수는 1969년 2700명에서 1972년 30,300명까지 증가하였고, 1989년에도 여전히 17,500명에 이른다. 북아일랜드의 병력사용의 법적 근거는 보통법에서 나온다. 그에 따라 모든 사람은 공공의 안녕과 질서의 유지를 위해 시민의 안전세력을 지지할 것이 요구되는 경우에, 시민의 안전세력을 조력할 의무가 있다. 이는 군에 소속된 자에게도 적용이 된다.

군에 대한 개별적인 법률상 수권은 1973년에 제정된 북아일랜드 비상조치법(Northern Ireland Emergency Provisions Act 1973)에 의해서 형성되었다. 동법은 그 후 수차례 개정되었는데, 오늘날 의미가 있는 것은 1978년의 법률이다. 여기에는 경찰의 권한에 상응하는 군의 권한을 담고 있었다. 이 비상조치법은 무기사용과 관련하여 특별한 규율을 담고 있지 않은데, 전체적으로 북아일랜드에서 개개의 군인의 법적 지위는 경찰의 법적 지위와 다르지 않다.

2) 무기사용에 관한 법적 근거

경찰의 무기사용에 관한 근거규범을 살펴보면, 독일의 범질서와 달리 영국에는 무기사용의 허용성에 관한 특별한 법규범이 없다. 다만 일반적으로 경찰을 통한 공권력의 투입만을 규율하는 규범이 있다. 그 이외에 모든 사람에게 일정한 상황에서 힘을 사용할 수 있는 권한을 부여하고 있을 뿐이다. 영국경찰의 무기사용과 관련하여 가장 중요한 규정은 『모든 사람은 범죄예방 또는 범인이나 피의자 또는 도주자의 체포 및 목적달성을 위해 그 개별상황에서 합리적인 강제력을 사용할 수 있다』고 규정한 1967년 형법(Criminal Law Act) 제3조 제1항이다. 이 조항의 문언으로부터, 이 규정이 공권력 주체에 대한 특별한 직무규범이 아니라, 모든 사람에게 적용되는 일반법규임을 분명히 알 수 있다. 경찰의 공권력사용에 대한 경찰법상의 특별한 규정을 담고 있는 것은 1984년 경찰 및 형사증거법 제117조이다. 즉 동 법률상의 규정이 (a) 보안관에게 일정한 권한을 부여하고, (b) 공권력이 타인 또는 다른 경찰관의 동의하에서만 집행될 수 있다는 것을 규정하지 않으면, 그 경찰관은 필요한 경우 공권력의 사용에 있어서 합리적인 강제력을 사용할 수 있다. 북아일랜드에서도 1989년 북아일랜드 경찰 및 형사증거법 제88조에 1967년 형법 제3조와 동일한 규정을 두고 있다.

그밖에 경찰무기사용의 적법성심사의 경우에 있어 형사법상의 정당성근거가 매우 중요한 역할을 한다. 관련된 해당 규범은 오늘날 여전히 보통법(common law)에만 규율되어 있고, 아직도 의회법률에 의해 대체되지 않고 있다. 보통법상의 규율이란 대체로 자력구제(private defences)로서 자신을 위한 정당방위(self defence), 타인을 위한 정당방위(defence of others) 및 재산권방어(defence of property) 등을 말한다. 즉 자신이나, 제3자 또는 재산권에 대한 공격으로부터 방어하기 위한 물리력의 사용에 그 정당성을 부여하고 있는 것이다. 이것은 전통적으로 경찰관은 제복을 착용한 시민으로서 다른 시민 보다 더 넓은 권한을 가지지 아니한다는 관점과 일치한다. 무기사용을 규정하고 있는 다수의 근무규칙이나 행정규칙에 대해서는 무기사용의 요건과 관련하여 고찰하도록 한다.

3) 무기사용의 법적 요건 및 한계

이미 살펴본 바와 같이 영국에서의 무기사용에 관한 규정은 ‘합리적 강제력’(reasonable force)의 사용을 허가하고 있다. ‘합리적 강제력’의 개념은 무기사용에 있어서 핵심개념으로서, 무기사용의 요건임과 동시에 법적 한계로서의 의미를 가진다. 아래에서는 이 개념을 상세히 분석하고, 이와 관련된 영국의 판례를 검토하기로 한다. 우선 어떤 요소가 ‘합리적’이란 개념을 구성하는지, 그 판단기준은 무엇인지 그리고 사실상의 착오가 어떤 의미를 가지는지를 살펴보기로 한다.

(1) 개별상황에서의 ‘합리적 강제력’의 개념

가. 1967년 형법 제3조의 탄생

1967년 이전에는 체포시 물리력사용에 관하여 보통법에서 규율되어 있었다. 이 경우 중범죄(felony)와 경범죄(misdemeanour)가 구별되었다. 치명적인 물리력(공권력)의 사용은 중범죄의 혐의가 있는 범인 체포의 경우에 제한되어 있었다. 그러나 양자의 구별이 명확하지 않았고, 이러한 모순을 제거하기 위하여 1965년 형법개정위원회가 합리적인 물리력의 사용을 허용하는 일반적인 규범을 만들 것을 제안하였다. 다만 ‘합리적(reasonable)’의 정확한 개념정의는 반드시 필요한 것이라고 생각하지 않았고, 그 개념의 구체화는 판례에 남겨놓았다. 구체적 사건에 있어서 법원은 사용된 강제력의 종류와 정도를 포함한 모든 상황, 방어된 위협의 중대성 및 다른 수단을 통한 방어의 가능성 등을 고려하여야 한다.¹⁷⁰⁾ 동시에 동위원회는 강제력의 사용을 특정한 범죄행위의 범주에 제한하지 않을 것을 분명히 하였다.

동위원회의 제안은 1967년 형법에 반영되었고, 제1조에서는 중범죄와 경범죄의 구별을 철폐하고, 그 대신 제3조에 체포 및 범죄행위의 방지목적을 위한 합리적 강제력의 사용을 규정하였다.

170) Criminal Law Revision Committee, Seventh Report, Felonies and misdemeanours, May 1965, Cmnd 2659, para 20-23.

나. ‘합리적’ 개념의 요소

‘합리성’(reasonableness)이란 개념은 두 가지 요소를 담고 있다. 즉 경찰 비례성의 원칙 가운데 상당성(proportionality)의 원칙과 필요성(necessity)의 원칙이다. 이것은 판례 및 학설상 ‘합리적’(reasonable)이라는 개념의 해석에 있어서 일반적으로 받아들여지고 있다. 필요성의 개념은 위협방지를 위해 필요한 것 이상으로 강제력이 사용되어서는 안 된다는 의미이다. 이는 목적달성을 위한 여러 가지 수단 가운데 가장 적은 침해를 가져오는 수단을 선택해야 된다는 의미로 해석된다(최소침해의 원칙). 상당성의 원칙은 사용된 공권력이 달성하고자 하는 목적과 비례관계에 있어야 한다는 것을 의미한다. 일부 학설은 그밖에 상당성의 요건에 위협의 ‘급박성’(immediacy)을 요구하기도 한다.¹⁷¹⁾ 그러나 이러한 급박성의 요건이 상당성의 관점에서 정당하게 포섭될 수 있는지에 대하여는 의문이 제기된다. 방어되어야 할 위협의 판단은 어떠한 법익이 위협받는지 뿐만 아니라, 위협이 실현될 수 있는 개연성의 정도도 고려해야 한다. 이러한 예측판단의 경우에 위협의 급박성은 매우 중요한 요소이다. 왜냐하면 시간적으로 근접한 위협의 경우에 예상은 항상 불확실하기 때문이다. 여하튼 무기사용의 적법성심사의 경우 ‘위험의 급박성’이 고려되어야 하는데, 다만 어떠한 관점에서 이러한 문제가 논의되어야 하는지가 문제될 뿐이다.

다. 판단기준

사용된 강제력이 상당하고 필요한지를 판단함에 어떠한 기준이 적용되어야 하는지가 문제된다. 이 경우 원칙적으로 두 가지 관점이 고려된다. 그 하나는 제3자의 중립적인 관찰자의 입장에서의 객관적인 관점이며, 또 다른 하나는 강제력을 사용한 자의 주관적 관점이다.

판례는 원래 ‘합리적’(reasonable)이란 개념은 순수한 객관적인 관점에서 판단되어야 한다는 점에서 출발하고 있었다. 이것이 오늘날까지 여전히 판례의 중요한 기준이 됨은 분명하다. 무엇이 합리적인지는 합리적인 사람, 즉 합리적 평균인이 판단한다. 이러한 평균인은 사법절차에서 배심원을 통해 대변된다. 그러나 현재 법원은 이러한 객관적인 측

171) R. J. Spjut, P. L., *Deadly force and riot control in Northern Ireland*, 1986, pp. 38-52.

면 이외에 주관적 요소도 함께 고려하고 있다. 즉 강제력을 사용한 경찰관이 어떠한 상황에 처해 있었는지를 점차 고려하고 있다. 특히 구체적인 상황에서 사용된 시간이나 강제력의 형태 등이 고려되고 있다. 하원의 결정에서 Diplock 경(卿)은, 경찰관이 범정의 안온한 분위기가 아니라, 현장에서와 같은 긴장상황에서 결정한다는 사실을 배심원은 고려하여야 한다고 강조하였다.¹⁷²⁾ 또한 추밀원(Privy Council)의 한 결정에서도 주관적 요소를 강조한 바 있다. 이 결정에서 공격을 당한 사람이 자신의 행동이 정당하고 또한 필요한 것으로 여겨졌는가의 사실이 합리성에 대한 중요한 척도가 되어야 한다고 판시하였다.¹⁷³⁾

R. v Shannon 사건에서 항소심(Court of Appeal)은 한 발짝 더 나아가 객관적으로 명백히 불합리한(unreasonable) 행동이라도, 그러한 행동이 주관적으로 합리적이라고 여겨지면, 정당화될 수 있다고 보았다.¹⁷⁴⁾ 이와 같이 원래 객관적이었던 기준은 상당히 주관화되었다고 볼 수 있다. 즉 객관적 기준은 행위자가 자신의 행위를 주관적인 관점에서 필요하다고 여기지 않아 더 이상 고려될 수 없는 경우에만 의미가 있을 뿐이다.

라. 착오의 문제

그밖에 강제력사용의 합리성 여부를 판단함에 있어 어떠한 사실행위가 고려되어야 하는지의 문제가 남아 있다. 이 경우 실제 주어진 상황이나 또는 행위자가 주관적으로 주어진 것으로 여기는 사실로부터 출발한다. 이러한 상이한 관점은 중요한 의미를 가진다. 예컨대 경찰관이 야간에 투입된 상황에서 총기를 가진 범인에 의해 위협받는다고 여기는 경우에 그러하다. 그러한 상황에서 총기사용이 합리적 물리력인지 여부는 범인이 무장하였는지 또는 비무장인지에 달려있다.

① 범상태

영국 형법은 원칙적으로 고의범과 과실범을 구별하고 있다. 고의행위로 인한 형벌은 행위자가 필요한 범죄의도(범의)를 가지고 행위하는 것을 요건으로 하고 있다. 만약 행위자가 형법규범의 범죄구성요건에 속하는 상황을 인식하지 않았다면, 고

172) Lord Diplock, All ER 1976(2), pp. 937-947.

173) Palmer v Reginam, All ER 1971(1), pp. 1077-1088.

174) R. v Ferrari, Crim. L. R 1992. pp. 747.

의는 조각된다. 행위자가 이러한 상황을 인식할 수 있었는지 여부는 원칙적으로 문제가 되지 않는다. 중요한 것은 단지 행위자가 주어진 것으로 여기는 상황이다. 행위자가 착오로 주어진 것으로 여기는 사실은 그의 의도가 합리적 근거에 기초하는 경우에만 고려된다.

② 판례

DPP v Morgan 사건에 대한 영국하원의 결정에서 출발하여 판례는 변화를 거듭하여 왔다. 즉 피고가 부녀자의 의사에 반하여 행한 것은 아니라고 주장하는 폭행 사건에서, 그러한 착오는 이성적 근거에 기초하는 경우에만 고려될 뿐이라고 하였다. 만약 피고가 착오에 의한 것이라면, 그는 부녀자의 동의를 믿을 만한 동인(動因)이 있었음을 증명해야 한다.¹⁷⁵⁾ R. v Kimber 사건에서 항소심도 피고의 착오가 합리적 근거에 기초하고 있는지가 중요하다고 하였다.

이러한 판례의 발전은 Beckford v R. 사건에 대한 추밀원의 결정을 통해 종결된다. 동 사건은 경찰관이 비무장 상태의 사람을 살해한 것으로, 그는 자신을 향해 총격을 가할 것이라 믿고, 정당방위를 위해 응사하였다고 주장하였다. 동 사건에서 추밀원은 살인은 살해행위가 불법(unlawful)일 것을 구성요건으로 하는데, 만약 피고가 잘못해서 정당방위로 인해 그 행위가 정당화될 것이라고 판단한 상황을 받아들인다면, 고의는 조각된다고 하였다.¹⁷⁶⁾ 동 사건에서의 관점은 이후의 판례에서도 관철되고 있다.¹⁷⁷⁾

(2) 내부근무규칙

가. 근무규칙의 내용

경찰관 개인의 근무규칙은 내무장관의 지침이나 경찰국장연합의 권고 등에 근거하고

175) DPP v Morgan, A.C. 1976, pp. 182, 196.

176) Beckford v R., All ER 1987(3), p. 431.

177) R. v Oatridge, Crim.L.R. 1992, pp. 205-206; R. v Fisher, Crim.L.R. 1987, pp 334..

있다. 이러한 근무규칙은 대체로 비공식적으로 공표된다. 소위 옐로우카드(Yellow Card)라 불리는 북아일랜드 무기사용에 대한 군의 복무규정은 다음과 같은 규율을 담고 있다. 즉 ① 필요한 정도 이상의 강제력이 사용되어서는 안 된다. ② 무기사용은 다른 수단이 없는 경우에만 허용된다. ③ 의도된 발포이어야 한다. ④ 그러나 필요 이상의 발포이어서는 안 된다. ⑤ 가능한 한 무기사용이 부득이하게 사용되는 상황이어야 한다. ⑥ 무기사용은 단지 생명의 위협을 보호하기 위해서만 허용되며, 범인체포와 살인 및 중대한 신체를 침해하는 범죄에 대하여 행해진다. 이러한 지침들은 비공식적으로 출판된 옐로우카드(Yellow Card)에 기초하고 있다.

지방경찰청에 대한 내무장관의 일반적 지침은 이에 비하여 매우 일반적인 규정을 두고 있는데, 무기사용은 가능한 한 최후의 수단이어야 함을 암시하고 있을 뿐, 어디에도 무기사용의 지침이 없다는 것이 주목할 만하다.

나. 근무규칙의 법적 성질

근무규칙의 법적 성질이 문제되는바, 근무규칙은 공표된 것도 아니고 입법자에 의해 제정된 것도 아니므로, 대외적 구속력이 있는 법규가 아니라고 보아야 한다. 다만 ‘합리적’이라는 개념의 해석을 함에 있어서 어느 정도의 의미를 가지게 된다. 법원은 이러한 근무규칙의 위반이 있는지를 심사하고, 강제력의 사용이 합리적이었는지 여부를 판단한다.

예를 들면 한 보안군이 플라스틱총기를 가지고 원고의 머리에 발포하여 중상을 입혀 손해배상이 청구된 *Tumelty v Ministry of Defence* 결정에서, 피고는 자신을 위한 정당방위와 1967년 형법 제3조에 근거하여 자신을 변호하였으나, 법원은 동 사건에서 보안군이 플라스틱총기의 사용에 대한 근무규칙을 준수하였는지 여부를 심사하였다. 그 심사 결과 보안군은 하반신을 조준하여야 한다는 규칙을 위반하여 원고의 머리에 총격을 가하였다는 사실을 확정하고, 근무규칙의 위반은 사용된 강제력이 불합리하다는 것을 의미한다고 보았다.¹⁷⁸⁾ 또한 유사한 사안인 *Wasson v Chief Constable RUC* 결정에서, 법원은 플라스틱총기는 하반신을 겨냥해서 발포되어야 한다는 규정을 위반한 것은 바로 행위의 불합리성을 의미한다고 판시하였다.¹⁷⁹⁾ 이에 의하면 사용된 강제력이 합리적인지 여부

178) *Tumelty v Ministry of Defence*, N.I.J.B. 1988, No. 3, pp. 64-65.

를 심사하는 경우에, 근무규칙의 준수가 중요한 요소로서 고려되어 짐을 알 수 있다.

(3) 경찰의 무기사용에 대한 구체적 판례

아래에서는 구체적인 판례를 통해 실무에 있어서 ‘합리적 강제력’(reasonable force)이라는 개념이 어떻게 적용되고 있는지를 고찰하기로 한다. 선례구속성의 원칙(doctrine of stare decisis)에 근거하여 고등법원의 판례는 하급법원에 대하여 구속력을 가지고, 다른 유사한 사건에서 이러한 결정에 위배되어서는 아니된다. 최고법원으로서 영국상원의 결정은 특별한 의미를 가지는데, 그 결정은 북아일랜드를 포함한 영국의 모든 법원에 대하여 구속력을 가진다.

가. 북아일랜드 법무장관 참조지시(No. 1 of 1975)에 관한 판결

동 사건은 경찰관의 무기사용의 시기에 대한 원칙적인 결정으로서, 북아일랜드 법무장관 참조지시에 관한 최고법원의 판결이다. 북아일랜드에 복무하는 한 보안군이 테러리스트가 있는 것으로 추정되는 곳을 순찰을 하던 중에 걸어가는 한 남자를 보고 정지할 것을 요구하였으나 도주하였다. 이에 그 보안군은 총기를 발사하여 치명적인 부상을 입혔다. 그 보안군은 살인죄로 기소된 형사재판에서 무죄를 선고받았다.¹⁸⁰⁾ 북아일랜드 항소심과 영국의 최고법원의 다수의견은 그러한 상황에서 합리적 강제력으로서의 무기사용은 정당화될 수 있다는 결론에 도달하였다. 양 법원은 무기사용이 상당하였는지에 대하여 정밀하게 심사하였다. 항소심의 다수의견은 사망한 자의 도주가 성공한 경우 어떠한 위험이 발생할 수 있었는지에 대하여 조사하였다. 특히 피고가 도주하는 자를 아일랜드 공화국군이라고 여겼는지를 고려하여야 한다고 하였다. 즉 그의 도주가 성공하여 아일랜드 공화국군의 입지를 강화시키고 영국군의 권위를 실추시킬 수 있었을 것이 고려되었다.

최고법원은 항소심과 달리 무기사용이 어떠한 목적에 기여하는지를 심사하였다. 이 경우 무기사용이 체포를 가능하게 하는 것이 아니라 장래의 범죄행위의 착수를 막는 것

179) *Wasson v Chief Constable RUC*, N.I.L.R. 1987, pp. 420-427.

180) All ER 1976(2), p. 937.

임을 확정하였다. 그밖에 최고법원은 항소심과 마찬가지로 잠재적인 위험성을 지적하였고, 성공적인 도주가 북아일랜드의 안전상태에 미치는 영향을 강조하였다. 법원은 보안군의 특별한 상황이 고려되어야 한다고 판시하였다. 보통시민과 달리 보안군은 범인을 찾아내고 범죄행위를 막을 의무가 있다. 이러한 임무수행을 위해 무장하고 있으며, 그 무기사용이 부득이하게 중대하고 치명적인 부상을 초래할 수 있다는 것이다.¹⁸¹⁾

이러한 결정은 여러 가지 비판에 직면하게 되었는데, 무엇보다도 최고법원이 무기사용권을 구체화하고 보안군이 준수해야 할 지침을 제시하는 기회를 이용하지 못했다는 점이 지적되었다.¹⁸²⁾

나. Farrell v Secretary of State for Defence 사건

보안군의 무기사용에 대한 최고법원의 두 번째 원칙적인 결정은 Farrell v Secretary of State for Defence 사건이다. 동 사건도 역시 북아일랜드에서의 보안군의 무기사용에 관한 것이다. 그러나 동 사건은 북아일랜드 법무장관의 참조지시와는 달리 형사소송 사건이 아니라, 손해배상소송에 관한 것이다.

보안군은 폭탄테러가 1971년 10월 24일 심야에 Newry 지역의 한 은행에서 행해질 것이라는 정보를 가지고 있었다. 그 때문에 건너편 건물의 지붕에 4명의 보안군이 배치되어 있었다. 심야에 2명의 남자가 은행에 접근하여, 야간금고에서 작업을 하였고, 잠시 후 3명이 다가와 서로 격투가 발생하였다. 보안군이 그들에게 중지를 명령하자, 그 중 한 명이 “도망쳐”라고 외쳤고, 이에 그 3명은 도망하였다. 한 보안군은 그들에게 또 한번 정지할 것을 요구하면서, 이에 응하지 않으면 발포할 것이라고 경고하였다. 그럼에도 그들이 이에 반응하지 않자, 보안군은 그들에게 총격을 가하였고, 그 3명은 현장에서 즉사하였다. 동 사건의 발생 후에 그들은 비무장이었고 폭탄도 소지하고 있지 않음이 밝혀졌다. 이에 그 사망자 중의 한 미망인은 국방장관을 상대로 손해배상소송을 제기하였다.

동 사건에서 치명적인 결과를 초래한 보안군의 무기사용이 상당하고 필요하였는지에 대해서는 문제가 되지 않았고, 작전 이전의 상황, 즉 작전계획에 어떤 하자가 있었는지,

181) All ER 1976(2), p. 946.

182) Stannard, N.I.L.Q. 1992, pp. 147, 160.

무기사용의 적법성심사에 있어서 그 하자가 어느 정도 고려되었는지가 문제되었다. 문제의 핵심은 어떤 상황이 합리적인 물리력의 판단에 있어 중요한 것인지에 있었다.

북아일랜드 항소심은 1967년 형법 제3조상의 ‘그 상황에서의 합리적인 강제력’(as is reasonable in the circumstances)이라는 문언이 넓게 해석될 수 있다는 견해를 제시하였다. 즉 현장에서의 보안군의 행동뿐만 아니라, 사고에 이르기까지의 모든 상황이 고려되었어야 한다는 것이다. 현장의 보안군들이 잘못된 작전계획에 근거하여 행동하였다면, 그 보안군들은 형사상·민사상 정당화되어진다고 판시하였다.¹⁸³⁾

북아일랜드 항소심은 무기를 사용한 개별 보안군과 국방장관을 구별하여야 한다고 강조하였다. 개별 보안군은 작전계획상의 하자에 대해 책임을 지지 않는 반면, 피고인 국방장관은 전체 작전에 대하여 책임이 있다는 것이다.¹⁸⁴⁾ McGonigal 재판장은 ‘상황’(circumstances) 개념을 넓게 해석하는 것은 북아일랜드 법무장관의 참조지시에 관한 최고법원의 결정에서도 하나의 근거를 발견할 수 있다고 지적하였다. Diplock 경(卿)은 이 사건에서 고려할 수 있는 시간이 짧았음이 참작되어야 한다고 강조하였다. 당연한 귀결로서 또한 장기간의 작전계획도 고려되어야 한다고 지적하였다.

여기에 반해 최고법원(House of Lords)은 1967년 형법 제3조의 ‘상황’이 좁게 해석되어야 하고, 사실상 강제력을 사용하는 자가 처한 상황만을 고려해야 한다는 의견을 제시하였다. 현장의 보안군이 아무런 영향을 주지 못하는 작전계획의 하자는 고려되어서는 안된다고 주장하였다.¹⁸⁵⁾ 최고법원은 다른 한편 형법 제3조에 기초한 인적 범위를 제한하였다. 사실상 물리력을 행사한 자만 이 규정을 통해 보호된다는 것이다. 즉 무기사용을 하는 작전준비에 있어서 실수를 한 경찰관의 과실에 의한 소송에 대해서는 1967년 형법 제3조에 근거할 수 없다고 보았다.¹⁸⁶⁾

이러한 판결은 중대한 비판에 직면하였다. 법원은 법무장관의 사례에서처럼 경찰의 무기사용권을 분명히 하고 구체화할 기회를 놓쳤다는 비판을 받았다. 법원은 손해배상청구권이 어느 정도 작전계획의 하자에 근거할 수 있었는지를 철저히 심사했어야 한다는

183) Lowry L.C.J. in N.I.L.R. 1980, p. 61.

184) Lowry L.C.J. in N.I.L.R., 1980, p. 64.

185) Viscount Dilhorne in All ER 1980(1), p. 172.

186) Viscount Dilhorne in All ER 1980(1), p. 172.

것이다.¹⁸⁷⁾ 더 중요하게 보이는 비판은 다른 관점에서 제기되는데, 최고법원은 동 판결로 종전의 판례와 모순된 견해를 보이고 있다는 점이 지적되었다. 즉 종래 판례에서는 ‘합리적’인 개념의 해석시 고려하는 상황을 매우 넓게 해석하였으나, 동 판결에서 매우 좁게 보았다는 것이다.¹⁸⁸⁾

다. R. v MacNaughton 사건

동 사건도 역시 북아일랜드에서 발생한 보안군의 무기사용에 관련된 것이다. 피고는 폭발사고가 난 지역을 무장순찰 중에 혐의가 있는 것으로 보이는 자를 추적하였다. 그러나 그 자는 도주를 하였고, 이에 피고는 총격을 가하여 부상을 입혔다. 살인 및 상해죄로 기소된 피고에 대하여 법원은 무죄를 선고하였다.¹⁸⁹⁾ 법원은 북아일랜드 법무장관 참조지시에 관한 판결과 마찬가지로, 합리성의 개념을 해석할 경우 북아일랜드의 특수한 사정이 고려되어야 함을 강조하였다.¹⁹⁰⁾ 다만 특이한 점은 동 사건에서 법원은 피고도주하는 자에게 정지명령을 하였는지에 대해서는 묻지 않고 있다는 것이다.

라. Lynch v Ministry of Defence 사건

손해배상소송인 동 사건에서도 법원(Queens Bench Division)은 북아일랜드에서의 무기사용을 다루고 있다. 원고는 야간에 훔친 차량으로 조명 없이 Belfast를 통과하여 달리며, 군 경찰대의 정지명령을 무시하였다. 이에 군 경찰대는 다른 경찰대에 원고가 이동중이라는 정보를 제공하였다. 이 경찰대는 피고에게 표지판을 통해 정차할 것을 요구하였으나 또 다시 이를 무시하자, 두 명의 보안군이 원고에게 발포하였다. 보안군들은 타이어나 차량의 기타 부분을 겨냥한 것이 아니라, 운전자를 직접 겨냥하여 중상을 초래하였다. 피고인 국방장관은 원고가 바로 경찰대로 향하고 있었고, 보안군들은 동료의 부상을 막으려 하였다고 주장하였다. 또한 보안군들은 원고를 테러리스트로 여겼고, 체포 및 미래의 범죄행위의 예방을 위해 발포하였다고 하였다.

187) Greer, N.I.L.Q. 1980, p. 151-156.

188) Asmal, Shoot to kill, pp. 87-88; Jennings, in: Justice under fire, p. 111.

189) R. v MacNaughton, N.I.L.R. 1975, pp. 203-204.

190) N.I.L.R. 1975, pp. 208.

동 사건에서 법원은 먼저 원고가 보안군 중 1인에게 돌진한 것은 아니라는 점과 보안군 중 어느 누구도 이를 인정하지 않았다는 사실을 확정하였다. 다른 한편 법원은 원고가 정차신호를 인식하였고 고의적으로 간과하였으며, 보안군들이 원고를 위협한 테러리스트로 여겼다는 것을 확인하였다. 체포목적의 무기사용과 관련하여, 법원은 보안군들이 테러리스트, 즉 범인으로 여겼다는 것을 인정하였다. 그러나 원고는 무기사용을 정당화할 만한 구체적인 범인으로 의심되어지지 않는다고 하였다.¹⁹¹⁾ 동 법원은 무기사용이 상당한지 여부를 형량함에 있어, 테러리스트가 무기나 폭탄을 수송하기 위하여 차량을 이용하는지를 폭넓게 고려하여야 된다고 보고, 보안군이 테러리스트로 의심하는 운전자에 대해 발포한 것은 상당하다고 판시하였다.¹⁹²⁾

마. Magill v Ministry of Defence 사건

동 사건의 사안은 Lynch v Ministry of Defence 사건에 대비되는 것이다. 동 사건은 Belfast에서 야간에 승용차를 훔치고 14세 소녀와 소위 “장난운전(joydrive)”을 위해 시내를 주행하던 중 다른 승용차와 내기경주를 한 15세 소년의 손해배상소송사건이다. 그 소년이 군 경찰대의 정지명령을 무시한 후, 이 경찰대는 다른 경찰대에게 이 돌발사건에 대한 연락을 하였다. 이에 2인의 경찰대는 도로차단기를 설치하였다. 한 대의 순찰차량도 차도에 설치하였으나, 전체 도로를 막지는 못하였다. 한 보안군이 차도가(街)와의 사이 공간에 서 있었고, 원고는 정지수신호를 보내는 그 보안군에게 고속으로 접근하였다. 마지막 순간에 보안군은 옆으로 몸을 날려 안전하게 피신하고, 원고는 순찰차량을 스쳐 지나갔다. 테러리스트로 확신한 그 보안군은 운전자에게 두발의 충격을 가했다. 원고는 오른쪽 어깨에 총을 맞고 중상을 입었다. 보안군은 Belfast에서 대규모 체포작전에 참여하기 위해 야간에 투입된 상황이었다.¹⁹³⁾

동 사건에서 법원은 원고가 1967년 형법 제3조에 근거한 정당한 무기사용을 하였다고 판시하였다. 보안군이 범죄예방을 위하여 합리적인 물리력을 사용하였다고 판단하였던 것이다. 원고가 차를 정지할 다른 가능성은 발견할 수 없었고, 특히 타이어에 대한 발포

191) N.I.L.R. 1983, p. 234.

192) N.I.L.R. 1983, p. 231.

193) Magill v Ministry of Defence, N.I.L.R. 1987, pp. 194-195.

는 대안 없는 선택이었다고 판시하였다.¹⁹⁴⁾

법원은 상당성의 요건과 관련하여, 높은 개연성을 가진 무기사용은 운전자를 부상하게 하거나 사망하게 할 수 있다고 보았으며, 다른 한편 테러리스트의 도주가 의미하는 위험을 검토하였다. 원고가 도로차단기를 통과하여 보안군을 칠 위험성(risk, Risiko)을 감수하려고 하였다는 사실에서 보안군이 매우 위험한 테러리스트라고 결론을 내릴 수 있었다는 것을 인정하였다.

4) 무기 이외의 범죄진압장비

(1) CS 스프레이

현장에서 근무하는 영국 경찰관들은 CS 스프레이(CS spray)를 휴대한다. 일찍이 1994년 11월에 영국 경찰서장협회(ACPO; Association of Chief Police Officers)는 페퍼스프레이의 사용을 지지하였으나, 1995년에 들어와서는 페퍼스프레이보다 CS 스프레이를 더 선호하게 되었다. 그러나 1995년 11월 한 경찰관이 눈에 심각한 부상을 입은 후에 CS 스프레이의 사용실험을 연기하였고, 반면에 1996년 1월에 West Midland 지역의 경찰서장은 그의 부하경찰관들이 계속해서 공격을 당하자, CS 스프레이의 사용실험을 즉각 재착수할 것을 요구하기도 하였다. 그밖에 Surrey와 Herthordshire 지역에서는 CS의 안정성에 대한 두려움으로 그 실험을 철회하기도 하였다. 이와 같이 CS 스프레이의 사용실험에 대한 논란을 거쳐 1996년 3월에는 6개월간의 예비심사가 개시되었고, 영국 경찰서장협회(ACPO)는 동년 8월 CS 스프레이의 사용을 허가해 주었다.

그러나 그 후 계속해서 CS 스프레이의 안전성에 대한 비판적인 의견이 제시되었다. 특히 일부지역(Nottighamshire, Northamptonshire, Sussex)에서는 경찰서장이 영국 경찰서장협회에 CS 스프레이의 안전성에 대한 그들의 의견을 서신으로 보내기도 하였으며, 그들은 지금까지 경찰관들에게 CS 스프레이 지급을 거부하고 있다.

이와 같이 CS 스프레이의 사용과 관련하여, 그 안전성 여부는 계속해서 사회적 쟁점이

194) N.I.L.R. 1987, p. 200.

되고 있는데, 1998년 10월에 보건부(Department of Health)에서는 전문가를 위원으로 임명하여, CS 스프레이의 안전성을 심사하도록 위임하였다.¹⁹⁵⁾ 위원회의 보고서에 따르면, 전문가들은 CS 스프레이가 담고 있는 용매, 즉 MIBK(methyl isobutyl ketone)가 너무 유독해서 더 이상 안전하지 않다고 여기고 있다. 전문가들은 CS 스프레이에 사용가능한 16개의 용매를 0에서 4까지 안전성의 등급으로 분류하고 있다. 여기서 0은 최소, 1은 경미, 2는 보통, 3은 심각 그리고 4는 치명적인 것으로 보고 있다. 특히 MIBK는 이 가운데 3(심각)에 해당하여 위험한 것으로서 자동적으로 배제되었다.¹⁹⁶⁾ 그러나 이러한 과학적인 근거와 이에 기초한 비판적인 견해도 불구하고 내무부와 경찰서장협회는 CS 스프레이가 안전하다고 거듭 강조하고 있다.¹⁹⁷⁾

(2) 전자충격봉¹⁹⁸⁾

‘전기 충격’으로 일시적인 고통을 줌으로써 범인을 주춤하게 만들어, 법에 따를 것을 강제하려는 착상의 기기는 여러 나라에서 개발되고 있다. 영국에서 개발된 전기식 경봉(警棒)은 길이 57.8센티미터, 무게는 전지를 포함에 0.54킬로그램이다. 이 경봉에는 1.5볼트의 건전지 6개가 내장되어 있어 스위치를 넣으면 6,000 내지 7,000볼트의 전압을 내는데, 전류는 지극히 미약(8.2밀리암페어)하다. 따라서 전기는 피부 표면을 흘러 신체 안으로는 들어가지 않으므로 상해를 주지는 않는다. 경봉 끝단 또는 중간부가 범인의 신체에 닿으면 범인은 전기적 충격을 받고 격퇴된다. 전지는 계속적 사용이라면 약 2시간, 1분간 스위치를 넣고 13분간 스위치를 끄는 단속적인 사용이라면 540회는 사용할 수가 있다고 한다. 이 충격봉은 연좌데모 등 소극적인 저항을 배제하는데 유효하다고 한다.

(3) 화학적 찌름봉

이 장비는 액상(液狀)의 최루제를 가압(加壓)한 원통에 봉인한 것으로서 비상 때에 버

195) Police Review, 20 November 1998, p. 5.

196) Police Review, 20 November 1998, p. 5.

197) Police Review, 20 November 1998, p. 4.

198) 이하의 내용은 치안과피활동을 제압하는 새 병기, 수사연구 제4권 3호(1986. 3), 22쪽 이하 참조.

튼을 눌러 분사공(噴射孔)을 열어 안개 모양의 화학제를 범인에게 내뿜는 것으로 경찰관의 호신용으로 사용될 수 있다고 한다. 영국 제품의 경우에는 원통의 직경이 30밀리미터, 길이 114밀리미터, 중량은 93그램으로서 유효거리는 4미터라고 한다.

5. 미 국

1) 경찰관의 강제력 행사

미국은 영국과 마찬가지로 보통법의 지배를 받지만, 경찰법에 있어서 영국과 다른 규율을 하고 있다. 경찰임무는 대부분 주에 위임되어 있다. 즉 실무에 있어서 경찰임무는 주로 지역경찰에 위임되어 있다. 지역경찰공무원은 시골지방에서는 보안관이며, 도시지역에서는 자치경찰이다. 연방수사국(FBI)의 요원은 연방법에 의하여 총기를 휴대할 수 있는 권한이 주어지며, 지역경찰에게도 총기사용의 권한이 광범위하게 인정되고 있다.

이와 같이 미국에서는 경찰의 지역적 관할권과 경찰업무가 사실상 주에 이전되어 있으므로, 미국 경찰의 총기사용에 관한 법상태를 알기 위하여 개별 주의 법적 규율을 우선적으로 살펴보아야 한다. 또한 미국에서의 경찰관의 권한과 사람에 대한 총기사용에 대한 인식을 이해하기 위해서는 미국사회의 역사적 발전을 되짚어 보는 것이 필요하다. 미국에서의 총기사용에 관한 인식과 법적 규율은 개척시대에 의해 영향을 받은 바 크다. 공공의 안녕·질서의 유지를 위한 수단으로서 총기를 사용하거나 기타의 강제력을 행사하는 데 대한 미국인들의 특별한 인식은 그 시대부터 형성되었다고 볼 수 있다. 특히 시골지방에서는 주민들이 보안관을 자유선거에 의해 선출함으로써 경찰에게 공익을 위한 강제력 행사의 권한을 직접 위임하였다. 경찰관은 개별적인 경우에 개입을 함에 있어서 간접적으로 주민의 의사에 따르는 것이다. 즉 경찰조치는 주민의 의사와 일치하는 것이다. 경찰관은 주민에 대한 상대방의 지위를 갖는 국가의 기관이 아니라, 주민을 범법자로부터 보호하고 범죄를 방지·진압하는 공익의 집행기관으로 인식되고 있다. 질서위반자에 대하여 경찰은 일반 공중의 이름으로 제재를 가하는 것이다.

경찰에 의한 강제력의 행사를 주민의 의사로 보며 범법자에 대해 일반 공중이 통상적

으로 갖는 혐오감 등으로 인해 경찰의 개입권한은 확대되는 경향에 있다. 또한 경찰의 개입범위는 주로 개별적인 판례에 의하여 결정되기 때문에 경찰의 권한은 점점 강화된다. 주민이 법과 법률에 대하여 갖는 생각은 배심원을 통하여 직접적으로 법발견에 영향을 미친다. 이러한 이유로 미국에서 경찰의 치명적인 강제력 행사에 관한 법상태는 탄력적이고 단기간에 변경될 수 있다. 그렇다고 하여 법상태의 변경이 중대하고 빈번한 것은 아니며, 상황에 적합한 경미한 변경만이 행해져왔다. 오늘날 경찰의 치명적인 강제력 행사에 적용되는 법은 부분적으로는 100여년 전에 정해진 상태 그대로이다.

미국에서는 범죄를 범하고 도주하는 자에 대하여 보안관이 총기를 사용할 수 있으며, 일부 주에서는 법규위반행위에 대하여도 이를 허용하고 있다. 범인이 체포 또는 구속영장의 집행으로부터 벗어나기 위하여 저항하는 경우에 원칙적으로 치명적인 총기사용은 정당화된다. 이러한 점에서 미국영화에서 보듯이 경찰관이 전후사정을 고려하지 않고 주저 없이 총기를 사용하는 것이 그곳의 법적 요건에는 부합하는 것일 수 있다. 일부 주에서는 범죄자에게 치명적인 총기를 사용함에 있어서 경찰관에게 광범위한 재량을 부여하고 있다. 총기사용의 필요성 및 범죄자의 사살의 필요성에 대하여 원칙적으로 경찰관 스스로 결정한다. 경찰관의 결정은 광범위한 범위에서 법원에 의한 사후심사를 받지 않는다. 경찰의 강제력 행사는 원칙적으로 그 적법성이 추정된다. 이러한 적법성 추정은 권한 내지 재량의 남용을 증명하여야만 깨뜨릴 수 있다.

미국법에서는 물건에 대한 총기사용이 경우에 따라서는 사람을 사망케 하는 결과를 가져올 수도 있음을 인정하고 있다. 긴급상태에서 경찰관은 즉시 대응을 하여야 하기 때문에 사무실에서의 행위와 같은 잣대로 그의 행위를 평가해서는 안 된다는 점을 고려한 것이다. 예를 들면 델라웨어(Delaware) 주에서는 도주하는 차량을 저지하기 위하여 그 차량에 대하여 총기를 사용하였는데 의도하는 바와 달리 도주하는 범인을 사망케 한 경우에 이를 정당화한다. 컬럼비아(Columbia)의 법에서는 경찰의 긴급결정의 불완전함을 반영하고 있다. 경찰관이 행한 신속한 조치는 개입의 시점에서 그가 합리적으로 판단한 상황에 적합한 것이어야 한다. 경찰관의 긴급결정은 단지 그가 조치를 취함에 있어서 선의로써 행동하여야 한다는 점에서 제한을 받을 뿐이다. 이러한 제한 이외에 개입의 순간에 그가 알 수 없었던 요소나 연관관계는 고려되지 않는다.

그런데 미국의 몇몇 주(예컨대 캘리포니아 주)에서의 판례를 살펴보면 치명적인 강제

력 사용에 대한 법적 입장의 변화를 감지할 수 있다. 즉 경찰과 제3자에 대한 위협을 방지하기 위한 경우에 한정하여 경찰에게 치명적인 강제력 사용을 허용하고 있다. 법원이 점점 치명적인 강제력의 필요성에 대하여 회의적인 입장을 가지고 있으며, 그에 따라 이전보다 엄격한 요건을 요구하고 있음을 알 수 있다.

1970년대 중반 몇몇 주(예컨대 1975년에 콜로라도 주, 1974년에 델라웨어 주)에서는 경찰의 치명적인 강제력 행사에 관하여 입법을 하였다. 물론 이들 법은 주로 기존의 사례법(case law)을 기초로 하고 있으므로, 개별사례에 대한 결정이 치명적인 강제력 행사에 관한 법적 규율에 있어서 그 의미를 잃어버리게 된 것은 아니다. 치명적인 강제력 행사에 관한 규율에서 부분적으로 정당방위와 긴급피난에 대하여 규정하고 있지 않은 경우가 있다. 긴급권은 경찰강제의 그 밖의 요건과 명확하게 경계 지워지지 않는다. 따라서 경찰관의 치명적인 강제력 행사는 정당방위나 긴급피난의 경우에는 허용되지 않는 것으로 생각되어 질 수 있다. 그러나 정당방위와 긴급피난의 경우에, 특히 생명·신체에 대한 공격에 대하여 시민과 경찰관을 보호하기 위하여 치명적인 강제력을 행사하는 것은 보통법의 규율에 의할 때 당연히 허용된다. 법에서 그에 대하여 특별히 규정할 필요가 없는 것이다.

2) 강제력 행사에 적용되는 법원칙

미국에서는 1960년대 중반까지 범인체포를 하는 경우 경찰관의 무기¹⁹⁹⁾사용에 있어서의 재량권 행사에 어떠한 지침이나 규칙도 존재하지 않았다. 그러나 범죄자에 대한 경찰관의 무기사용, 특히 과도한 경찰권 행사가 사회적으로 논란이 되는 사건이 발생한 이후 경찰권 행사의 남용을 제한하려는 노력이 행해져 왔다. 예를 들면 1974년 테네시(Tennessee) 주에 있는 멤피스(Memphis) 시에서 발생한 절도용의자인 소년을 추적하던 경찰관이 용의자의 머리에 총격을 가하여 사망하게 한 사건이 대표적인 사례이다. 미

199) 미국에서 총래 무기에 관한 연구는 주로 총기, 특히 권총에 대한 연구·분석이 지배적이었다. 이것은 미국에서 총기소지의 허용 및 범죄유형의 심각성을 보면 그리 놀라운 일은 아닐 것이다. 무기법(weapons law)은 명시적·묵시적으로 무엇이 무기인지 그리고 그러한 무기에 대하여 어떤 규율(regulations)이 적용되어야 하는지를 규정하고 있다.

연방대법원은 동 사건에서 모든 중범죄에 대하여 어떠한 상황에서도 위해를 수반하는 무기사용을 허용하는 것은 비합리적이라고 판결한 바 있다.²⁰⁰⁾

이 판결 이전에도 많은 주법에서 총기사용에 관한 엄격한 기준을 설정하는 경향이 있었으나, 이 판결로 인하여 근본적으로 경찰관의 총기사용에 관한 관념을 바꾸는 계기가 되었으며, 현재에는 대체로 경찰관의 총기사용의 기준을 간단·명료하면서 엄격하게 규율하려는 경향에 있다고 말할 수 있다.

일반적으로 경찰관이 총기를 사용할 수 있는 경우는 다음 네 가지의 경우이다:²⁰¹⁾ ① 범인이 대항하여 검거하려는 경찰관 또는 시민의 생명·신체가 중대한 위협을 받을 때이다. 범인이 흉기를 소지한 경우 뿐 아니라 차량 등의 수단으로 위해를 가하려고 할 때를 포함한다. ② 1년 이상의 징역형에 해당하는 범죄를 저지른 자를 체포하고자 할 때 또는 그 범인이 도주할 때 경찰관이 범인체포를 위해 총기사용 이외의 다른 방법이 없을 경우이다. 이 경우에도 무고한 일반 시민이 위해를 받을 가능성이 있으면 총기를 사용할 수 없다. ③ 위험한 동물이나 심한 상처를 입은 동물을 제거하고자 할 때 총기를 사용할 수 있다. ④ 공인받은 사격장에서 연습사격을 하고자 할 때는 언제든지 가능하다.

반면에 경찰관이 총기를 사용할 수 없는 경우는 다음과 같다: ① 경고를 위해서 총기를 사용해서는 안 된다. 경고사격으로 인해 일반 시민이 피해를 볼 위험이 있으며, 무엇보다도 총기 등 흉기를 갖고 있는 범인이 경찰관에게 오히려 강력하게 대응할 위험이 있기 때문이다. ② 움직이는 차량 안에서나 움직이는 차량을 향하여 총기를 사용할 수 없는 것이 원칙이다. 일반 시민의 생명·신체에 대한 위해가 발생할 수 있음을 고려한 것이다. 다만 총기를 사용할 수 있는 경우가 명백하고 일반 시민에 대한 위해 가능성이 없다고 판단되면 총기사용이 가능하다. ③ 1년 이상의 징역형에 해당하는 범죄를 저지른 범인이더라도 경찰관에게 위해를 가할 만한 공격성이 없는 경우에는 총기를 사용할 수 없다. ④ 1년 이하의 징역형에 해당하는 경미한 범죄자에 대한 총기사용은 금지된다.

200) *Tenness v. Garner*, 471 U.S. 1, 105 S.Ct 1694(1985).

201) 이하의 내용은 권지관, '최후의 실력행사, 경찰의 총기사용', 수사연구, 2001. 7, 42쪽 아래 참조.

3) 비치명적 무기의 사용

무기로 자신의 신변을 보호하는 것이 헌법에 의거한 기본적인 권리라는 인식하에 일정한 경우 총기의 소지가 허용되는 미국에 있어서는 각종의 총기가 대량으로 유포되어 있어 총기사용으로 인한 생명·신체의 침해가 빈번하게 발생하며, 총기소지에 의한 범죄 발생의 가능성이 항상 존재한다. 따라서 총기사용으로 인한 범죄로부터 일반 시민의 생명·신체를 보호할 뿐만 아니라 경찰관 자신의 보호를 위하여도 경찰의 총기에 의한 대응이 강력할 수밖에 없다. 실제로 미국에서는 경찰이 범인을 체포하는 등의 법집행 과정에서 사살한 인원이 매년 300 내지 400명 수준이라고 하며, 반대로 매년 50명 이상의 경찰관이 총기에 의해 사망하고 있다고 한다.

이러한 배경하에 총기사용의 기준을 강화하고 총기사용에 대한 엄격한 보고서를 요청하며 총기사용에 대한 교육·훈련²⁰²⁾을 개선함으로써 총기사용을 인한 피해를 최소화하려고 노력하는 한편, 총기를 대신하는 범죄진압장비로서 비치명적인 무기의 사용을 늘림으로써 총기사용의 부작용으로 인한 피해를 줄이고자 하는 노력도 진행되고 있다.

비치명적 무기(Non-lethal weapon) 또는 덜 치명적인 무기(less-than-lethal weapon)란「사람을 사망하게 하거나 또는 치명적인 상해에 이르지 않는 방법으로 무력하게 만들도록 고안된 장비」를 말한다.²⁰³⁾ 이러한 비치명적 무기는 처음에 군사력 사용과 관련하여 논의되었으나, 최근에는 경찰권 행사에 있어서 선택할 수 있는 수단으로 고려되고 있다. 즉 경찰의 강제력 행사에 있어서 생명에 직접적으로 위협을 주거나 상해를 가져오는 치명적인 무기사용을 제한하고 통제하기 위하여 비치명적 무기의 사용을 늘리려 하고 있다.

202) 미국에서는 경찰관의 정확한 총기사용을 위하여 6개월 마다 120발의 사격연습과 사격시험을 실시하는데, 600점 만점의 시험에서 480점 이상을 득점하여야 하며, 득점하지 못하면 횡수에 관계없이 득점할 때까지 사격연습을 계속해야 한다. 그러나 계속된 연습에도 불구하고 득점할 가능성이 없다고 판단되면 지급된 총기를 회수하고 일정기간 관찰후 면직시킨다고 한다. 이에 대하여는 권지관, '최후의 실력 행사, 경찰의 총기사용', 수사연구, 2001. 7, 42쪽 참조.

203) Joseph W Cook, III/Maura T. McGowan/David P. Fiely, USAFA Journal of Legal Studies, 1994/1995, p. 2.

4) 새로운 범죄진압장비의 유형

(1) 화학무기

화학무기(Cheical Weapons)는 대략 19세기말엽에 등장하였으나, 주로 제1차 세계 대전 기간동안 사용되어졌다. 여기에는 유독화학물, 염소, 포스젠(Phosgene) 등이 사용된다. 특히 포스젠(Phosgene)은 희생자에게 천천히 그리고 지속적으로 영향을 미치는 특징을 가지고 있다. 이러한 화학무기의 사용이나 개발 등은 제네바의정서나 1993년 화학무기협약(CWC: Chemical Weapon Convention)에 의해 금지된다. 그러나 미국에서는 이러한 사람에게 유독한 효과를 주는 화학무기가 경찰단속의 목적(law enforcement purpose)을 위해 사용되어지기도 한다. 특히 대규모 소요나 폭동의 진압을 위하여 폭동진압요원들(RCAs: riot control agents)에게 이러한 무기사용이 허용되고 있다. 그러나 이러한 폭동진압요원의 화학무기 사용이 화학무기협약이 규율하는 범위내에 해당하는지에 대해서는 여전히 논란이 있다.²⁰⁴⁾

화학적 무기의 종류에는 다음과 같은 것들이 소개되고 있다.

가. 최루탄

미국의 경찰은 대체로 최루탄(tear gas, riot gas)을 보유하며 사용하고 있다. 최루탄의 사용은 대통령령(Executive Order)에 의해 매우 엄격하게 제한되어 있다. 그러나 만약 화학협약(Cheical Convention)이 발효된다면, 최루탄의 사용 및 그에 의한 시위통제는 완전히 금지된다.

최루탄의 사용은 폭동을 진압하는 경우에 고려된다. 특히 미국에서는 대학간의 농구 경기나 미식축구경기에 있어서 패한 팀의 응원단에 의한 폭동이 발생하기도 하는데, 이러한 경우에 이와 같은 대체무기, 즉 비치명적무기의 사용이 고려되고 있다.

그러나 최루탄의 사용에 대하여 비판적 견해도 강력하게 제시되고 있으며, 일부 주의 회에서는 최루가스의 사용에 대한 벌칙을 강화하는 법안을 승인하였다.

204) 21 Mich. J. Int'l L. 51, p 73-74.

나. 페퍼스프레이

미국에서는 1990년대 중반부터 경찰관이 페퍼스프레이(pepper spray)를 사용하고 있다. 특히 경찰뿐만 아니라 일반 사인의 경우에도 페퍼스프레이를 자기방어의 수단으로 사용하고 있다.

다. 스프레이 페인트

현장에서 도주하는 현행범을 검거하기 위하여 스프레이 페인트를 발사할 경우 1주일 이상 페인트가 지워지지 않아 범인 추적이 용이하도록 개발된 비폭력적 경찰수단의 하나이다. 이 장비는 노란색의 강력 페인트를 캔에 담아 스프레이식으로 발사하도록 고안되어 있어 휴대와 사용이 간편하며, 캔마다 고유한 화학적 지문이 있어 혐의자가 어떤 범죄 현장에서 페인트를 맞았는지를 식별할 수 있다. 이 장비의 사정거리는 6m 정도이다.

라. 무선표지

무선표지(Markers)란 근래에 경찰의 수단으로 사용되어진 것으로, 은밀하게 표적에게 보이지 않는 염료를 표시하고 특별한 불빛 아래에서만 보일 수 있도록 하는 것을 말한다.

마. 끈끈이

끈끈이(Sticky Foam)는 여러 화학약품의 결합에 의하여 만든 것(The polymer agents)으로서, 사람을 저항할 수 없게 일정한 것에 고정시키는 것이다.

(2) 전자석무기

전자석무기(Electromagnetic Weapons)란 전자장치를 통해 상대방을 무력화시키는 무기를 말한다. 여기에는 전자충격총, 원거리전자충격장치, 고강도광선 및 레이저 등이 있다.

가. 전자충격총

전자충격총(stun gun)은 일선 경찰서에서 점차 인기를 얻고 있다. 미 의회 건물지역

내의 비상대기조는 이러한 전자충격총을 소지하고 있다고 한다. 그러나 버지니아 주에 있는 주립교도소에서 죄수가 전자충격총으로 인해 심장병으로 사망한 사건이 발생하였고, 이러한 사건 등으로 인하여 인권단체인 국제사면위원회(Amnesty International)도 전자충격총 사용의 중단을 요구하고 있다. 동 위원회는 전자충격총의 의학적 효과가 정확히 알려지지 않았음을 지적하고 있다. 이러한 이유로 경찰당국은 전자충격총을 사용하는 대신 최루탄·경찰봉(batons) 및 소형화기와 같은 통제수단을 선호하게 되었다.

나. 원거리전자충격장치

원거리전자충격장치(TASER: Tele-Active Shock Electronic Repulsion)는 전기화살을 단 뾰족한 침을 발사하여 범죄용의자를 일시적으로 마비시키는 경찰의 비교적 최신형무기로서, 고전압과 저암페어수를 가지고 신체의 근육을 강제적으로 긴장시키게 만든다. 특히 개선된 원거리전자충격장치인 TASER M26은 실제 권총 모양으로 생겨, 휴대하기가 용이하다.

2002년 10월 Vernon 시 위원회(town council)는 휴대용 전자충격장치인 원거리전자충격장치의 사용을 승인한 바 있다. 원거리전자충격장치는 대략 50,000볼트의 전압으로 사람을 표적으로 하여 충격을 주는 장치이다. Vernon 경찰서는 예산상의 문제는 남아있기는 하지만, 2003년부터 전자충격총(stun gun) 등 대체장비를 구입할 것이라고 한다. 또한 Wood Dale 경찰도 이러한 원거리전자충격장치를 소지하고 있으며, Chicago 경찰은 2002년 9월부터 각 경찰서 가운데 75지역에 원거리전자충격장치를 공급할 것이라고 발표하였다.²⁰⁵⁾

다. 고강도광선(High Intensity Light)

고강도광선이란 은닉하고 있는 자를 고강도의 광선을 통해 눈을 번쩍이게 함으로써 무력화시키는 것이다. 이것은 감지기과 야간조명장치 등의 사용을 효과적으로 제어할 수 있는 장점을 가진다.

205) Chicago Daily Herald, October 20, 2002.

라. 레이저

낮은 에너지의 레이저(Laser)장치는 특정한 표적을 목표로 하여 사람의 눈을 일시적으로 가리게 할 수 있다. 이러한 장치들은 또한 총기나 다른 무기들을 뜨겁게 하여 잡을 수 없게 만드는 데도 효과적으로 사용되고 있다. 고도의 레이저장치는 보호안경(goggles)이나 기타 대응장치를 무력화시키기 위해 사용된다.

(3) 음향무기(Acoustic Weapons)

음향무기란 물체에서 나오는 소리와 진동으로 상대에게 타격을 주는 무기를 말한다. 여기에는 고강도음향, 저주파수 불가청음 등이 있다.

가. 고강도음향

고강도음향(High Intensity Sound)이란 귀의 고막에 진동을 주는 것이다. 이 진동은 내이(內耳)의 신경을 자극한다. 이러한 자극은 뇌에 음향으로 기억되는데, 만약 귀가 고강도음향에 적응되면, 사람들은 균형감각의 상실을 경험할 수 있다. 또한 저주파 고강도음향은 귀의 기관을 공명하게 만들고, 죽음을 포함한 심리적 영향을 가져온다.

나. 초저주파 불가청음

이는 건물이나 차량을 관통할 수 있는 막강한 초저주파 음향무기(Infrasound)이다. 고강도의 초저주파 불가청음에 노출되면 방향감각을 상실하게 되고, 단순한 감각·동작을 실행할 능력이 감소될 수도 있다. 높은 강도의 경우에는 실험동물이 숨을 일시적으로 멈추기도 한다.

(4) 기타 장비

가. 도주차량 타이어 펑크장치

도주차량 타이어 펑크장치는 검문소로부터 20 내지 50m 정도 거리를 두고 설치하여,

검문에 불응하고 도주하는 차량이 설치장소에 이르면 날카로운 강철못이 나와 피의차량의 타이어를 펑크냄으로써 범인을 검거할 수 있도록 고안된 장비이다. 이 장비는 플라스틱 커버에 둘러싸여 있어 경찰관이 안전하게 도로에 설치 또는 제거할 수 있고, 20m가량의 코드를 장착하여 경찰관이 충분한 거리를 두고 원격작동 할 수 있다. 도주차량의 타이어가 폭발하지 않고 공기가 서서히 빠지도록 밸브를 장착하여 전복 등의 위험을 제거하였다고 한다.

나. 그물총

그물총은 미국에서 동물의 생포용으로 제작되었으나 오늘날에는 범인체포용으로 발전시켜 범인을 향해 그물을 발사하여 도주를 차단함으로써 부상 없이 용이하게 체포할 수 있도록 고안된 장비이다. 그물총은 현재 민간 부문에서만 사용되고 있으나, 오토바이 폭주족 또는 경찰에 대항하는 범인의 검거시에도 사용 가능한 것으로 알려져 있어, 범인의 체포장비로 채택할 것을 고려하고 있다. 비교적 가까운 거리(약 10m 이내)에서 경찰관에게 대항하는 범인을 제압하는데 확실한 효과를 거둘 수 있을 것으로 판단되고 있다.

VI. 범죄진압장비의 사용에 대한 개선방향

1. 범죄진압장비 사용에 관한 규정의 명확화

현행 경찰관직무집행법상의 경찰장비사용에 관한 규정은 가능한 모든 범죄진압장비의 사용을 포괄하지는 못한다. 법률유보의 원칙상 경찰상의 강제수단에는 법적인 근거가 마련되어야 한다. 그 법적 근거는 기본권에 의하여 보호된 법적 지위에 대한 침해를 수권하는 권한규범이어야 하며, 규범명확성의 원칙상 침해수단에 대하여는 법령에서 이를 열거하여야 한다.

경찰상 중요한 전형적인 사안에 대하여는 개별적인 수권규정을 두어야 한다. 그러나 입법자가 생각해 볼 수 있는 모든 사안에 대하여 공백 없이 법적 규율을 마련한다는 것은 입법기술상 거의 불가능하다. 이러한 이유로 비전형적인 사안에 대하여는 개괄적 수권조항이 권한규범으로 적용될 수 있다고 보아야 한다. 전형적인 사안에 대하여 입법자가 규율을 하고 있지 않다면, 입법자가 그에 대하여 규율하지 않으려는 의사를 갖고 있거나 또는 예상치 못한 상황이어서 아직 규율의 필요성에 대하여 인식하지 못한 경우일 것이다. 이러한 두 경우에 있어서 기존의 권한규정을 확대해석하여 적용하는 것은 허용될 수 없다. 입법자는 새로운 상황에 대하여 법적 근거를 마련할 필요가 없다는 판단을 하거나, 그렇지 않다면 법 개정을 하여야 할 것이다.

범죄진압장비 사용의 요건과 한계는 법령에서 명확히 규정하여야 할 것이다. 그렇지 않다면 구체적인 상황 판단에 대하여 경찰관에게 너무나 무거운 짐을 지우는 것이 되고, 그 결과를 놓고 경찰관이 소극적인 대처를 하였다든지 또는 반대로 과잉대응을 하였다는 등의 논란은 계속될 것이다. 이것은 중국에는 경찰이 장비사용에 있어서 소극적인 자세를 취하게 하는 결과를 가져올 것이고, 경찰에 대한 일반 국민의 신뢰를 떨어뜨리게 될 것이다.

범죄진압장비 사용의 요건과 한계를 명확히 규정함으로써 그 요건이 충족되는 경우 해당 경찰관에게 다른 비난받을 요소가 존재하지 않는다면, 특히 총기사용에 있어서 상대방이 죽음에 이르게 되는 극단적인 상황이 발생한다 하더라도 원칙적으로 징계, 제재

내지 처벌로부터 면제될 수 있어야 한다.

무기사용은 경찰강제수단 중 가장 강력한 결과를 가져오는 것으로 그에 관하여는 상세한 규정을 두어, 무기를 사용하는 경찰관의 행위를 지도하는 기능을 가질 수 있어야 한다. 그런데 현행 경찰관직무집행법의 무기사용에 관한 규정은 명확성의 요구를 충족하지 못한다. 경찰관의 총기사용에 의한 과잉대응이 문제되는 사건의 이면에는 법률규정의 불명확성이 그 한 원인으로 자리 잡고 있기 때문에, 이미 오래 전부터 무기사용에 관한 법률규정의 개정이 주장되어 왔던 것이다.

생명·신체에 대한 중대한 침해를 가져올 수 있는 무기의 종류는 법에서 명시적·제한적으로 열거하여야 한다. 하위 법령에서 무기의 범위를 확대하는 것은 본질적인 사항은 법률로 정할 것을 요구하는 법률유보원칙에 위배된다고 보아야 할 것이다.

위해를 수반하는 무기사용 요건인 범죄는 사형·무기 또는 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 범죄로서 지나치게 포괄적이어서 단순 절도, 사기, 횡령, 배임 등 재산범죄까지도 포함하고 있으므로 그 범위를 흉악 내지 강력범죄로 제한할 필요가 있다.²⁰⁶⁾ 무기를 사용해야 하는 급박한 상황에서 경찰관이 사형·무기 또는 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 범죄가 문제되는지를 확실하게 판단하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다.

경찰관직무집행법 제10조의4 제1항 단서 제3호에서는 3회 이상의 투기명령 또는 투항명령을 요구하고 있는데, 범인이나 소요행위자가 무기나 흉기를 투기하거나 투항하는데 항상 3회에 걸친 명령을 통하여 생각할 여유를 주어야 하는지에 대하여는 의문이다. 단지 3회에 걸친 명령을 하지 않았다는 이유로 국가의 배상책임을 인정한 사례가 많은 바, 범인 등이 무기를 들고 항거하는 경우 당연히 상황은 급박할 것인데 투기명령을 일률적으로 횡수를 두어 3회 이상으로 한정할 필요는 없다고 생각된다. 일본의 ‘경찰관 권총·경봉등 사용 및 취급규범’에서도 “특히 경고할 여유가 없는 경우를 제외하고는 미리 권총의 발사를 상대방에게 경고하여야 한다”고 규정하고 있을 뿐이다(제10조).

무기사용의 정도와 관련하여 경찰관직무집행법은 ‘필요한 한도내에서’ 무기를 사용할

206) 일본의 경우 경찰관직무집행법 제7조에서 ‘흉악한 죄’라는 표현을 사용하고 있다. ‘경찰관 권총·경봉등 사용 및 취급규범’ 제2조 제3항에서 ‘흉악한 죄’를 열거하고 있는데, 대체로 내란·외환·소요 등 민심에 현저한 불안을 발생하게 하는 죄, 살인·상해 등 사람의 생명·신체를 직접적으로 침해하거나, 강간·강도·방화·야간주거침입절도·특수폭행 등 사람의 생명·신체를 침해할 우려가 있고 사람을 현저히 위협시키는 방법으로 행해지는 범죄가 포함되어 있다.

수 있다고 규정하고 있을 뿐, 그 구체적 내용에 대하여는 언급하고 있지 않다. 경찰장비 규칙(경찰청 훈령) 제74조 제1항에서는 총기사용 안전수칙의 하나로 대퇴부 이하를 조준할 것을 요구하고 있다. 경찰관직무집행법상 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호 및 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요한 한도내에서만 무기를 사용할 수 있으므로, 그 필요한 정도를 넘어서 상대방을 사망케 하는 것은 무기사용의 목적에서 원칙적으로 배제된다. 따라서 사람의 머리 또는 몸을 향하여 무기를 사용하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.

그러나 상대방의 다리를 향하여 무기를 사용하는 것으로는 자기 또는 타인의 생명·신체를 방호하기에 충분하지 않은 경우가 있을 수 있다. 이와 같은 경우에는 다리 이외의 몸을 향하여 무기를 사용하는 것이 경찰관직무집행법상의 ‘필요한 한도내’에 해당하는 것으로 해석하는 것도 가능하다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 상대방의 사망의 결과를 가져올 수 있는, 즉 중대한 기본권의 침해를 가져오는 무기사용에 대하여 명확한 규정을 두지 않고 해석에 의하여 그 길을 열어두는 것은 헌법상의 법치국가원리에 반하는 것이다.

이를 명확히 하기 위하여, 또한 사망의 결과를 가져올 개연성이 큰 무기사용을 일정한 목적으로 한정하기 위하여 그에 대한 명시적인 규정이 필요하다. 즉 사망의 결과를 가져올 수 있는 무기사용을 예외적으로 허용하며, 이를 경찰관 자신 또는 타인의 생명·신체에 대한 급박한 위협을 방지하기 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 경우에 한정하여야 할 것이다. 범인의 체포·도주의 방지를 위하여 또는 단순한 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 사망의 결과를 가져올 개연성이 큰 무기사용은 허용될 수 없다.

‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 범죄와 무관한 다중의 생명·신체에 위해를 가할 우려가 있는 때에 총기를 사용하여서는 안 된다고 규정하고 있는데, 총기사용의 제한을 범죄와 무관한 ‘다중’에게 위해를 가져오는 경우에 한정하는 것은 타당하지 않다. 단 한사람이라도 범죄와 무관한 사람에게 위해를 가져올 우려가 있다면 그러한 총기사용은 제한되어야 할 것이다. 또한 ‘범죄와 무관한’의 개념을 명확히 할 필요가 있다.

또한 ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 타인 또는 경찰관의 ‘신체’에 대한 위협을 방지하기 위한 경우에까지, 비관여자에게 위해를 가져오는 총기사용을 금지하는 원칙

에 대한 예외를 인정하고 있는데, 생명에 대한 현존하는 위협을 방지하기 위하여 총기사용이 유일한 수단인 경우에 한정하여 비관여자에게 위협을 가할 우려가 있는 총기사용을 허용하여야 할 것이다.

그밖에 ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’은 14세 미만의 자에 대한 무기사용을 제한하고 있는데, 경찰관이 실제 나이를 잘못 판단할 수 있음을 고려하여 외견상의 나이를 기준으로 한다는 점을 명시할 필요가 있다.

2. 총기를 대체하는 범죄진압장비의 도입

경찰의 무기사용으로 인한 피해와 부작용에 대한 우려가 심각한 현 상황에서, 경찰목적에 동일하게 달성할 수 있으면서 전통적인 경찰무기에 비하여 위험성이 적은 대체장비의 개발이 필요한 것은 물론이다. 그러한 수단의 개발을 위한 정부의 적극적인 노력과 재정지원이 필요한 실정이다.

그런데 새로운 진압용장비가 등장하는 경우 이를 어떻게 규율할 것인지가 문제된다. 경찰관직무집행법은 경찰장비에 관하여 포괄적인 규정을 두고 경찰장비의 종류 및 사용기준 등에 대하여 대통령령으로 정할 것을 위임하고 있다.

경찰관직무집행법상에 열거되어 있지 않은 장비에 있어서 경찰청은 특별한 설명 없이 살수차 내지 물포는 경찰장비에 관한 규정인 경찰관직무집행법 제10조에, 전자충격봉은 제10조의2의 적용을 받는 경찰장구에, 마취제분사기는 제10조의3의 적용을 받는 분사기에 속하는 것으로 보고 있다.²⁰⁷⁾ 이에 대하여는 일단 총기 등 인명살상용무기의 사용이 인정되는 마당에 사용에 따라서는 예외적인 경우가 있을 수 있겠지만(예를 들면 특별한 신체특성을 가진 과민반응자에게 사용하는 경우), 당사자에게 더 적은 불이익을 주는 경찰처분은 당연히 가능하다는 해석원칙(argumentum a minori ad maius)²⁰⁸⁾에 따라 총기와 같은 최후의 직접강제수단보다는 위해효과가 적으면서도 충분한 진압 목적을 달성

207) 경찰청, 경찰관직무집행법해설, 116쪽, 128쪽, 135-136쪽 참고.

208) 류지태, 행정법신문, 737쪽 참고.

할 수 있는 강제수단이 있다면, 직접적인 근거규정이 없더라도 그러한 장비의 사용가능성을 검토하는 것은 헌법적 명령이라고도 볼 수 있다. 또한 경찰관직무집행법 제10조의2와 3은 모두 ‘수갑…방패『등』’, ‘분사기『등』’으로 규정하고 있어서 그에 해당하는 강제수단을 제한적으로 열거한 것이 아니라 예시적으로 볼 수 있도록 그 여지를 열어놓고 있다.

그러나 이와는 반대측면으로 경찰관직무집행법이 제정된 이래로 현재까지의 법개정의 상황을 보면, 경찰장비규정의 확대 및 구체화의 과정을 나타내고 있다고 볼 수 있다. 즉 1980년대 최루탄이나 경찰봉의 남용으로 사람의 생명이 위태롭게 되는 사정이 있는 후한 동안 최루탄 등이 무기에 속하는 것인지가 논의되다가,²⁰⁹⁾ 무기와 같은 조항에 넣을 수 없는 성질상의 차이를 고려하여 새로운 조항을 두었고, 경찰장구요건도 추가하고 있으며, 경찰장비의 구체적 용법에 관하여 법규명령으로 정할 것을 위임하고 있다(1999년 대통령령인 ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’ 제정). 따라서 새로운 대체장비의 출현에 대해서는 경찰에 의하여 실제로 한참 사용되다가 사용상 문제가 발생한 뒤에야 입법논의를 하기보다는 빨리 그 효용성, 신체에 미치는 영향력, 사용할 수 있는 요건 및 정도 등에 관한 공론화를 거친 뒤 그 사용에 대하여 법률로 규율하는 것이 타당할 것이다. 현재 ‘경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’에 32종의 경찰장비를 나열하고 그 사용기준을 마련해놓고 있으나, 구체적이지 않으며, 생명 및 중대한 신체적 손상을 발생시킬 수 있는 경찰장비의 본질적인 사항에 대해서는 법률로 규율하는 것이 바람직하다. 그리고 이때 개별 장비의 성능, 영향력, 진압정도 등을 고려하여야 할 것이다. 즉 사람에게 위해를 미치는 무기의 사용요건을 최대한 엄격하게 보아야 하는 것과 비례하여 그 보다 완화된 영향을 주는 경찰장비의 경우에는 그 사용요건도 완화될 수 있을 것이다. 이러한 판단을 위하여는 전문가들의 신중한 조사와 사용규칙설정에 관한 외국의 사례 등이 검토되어야 할 것이다.

무기를 대체하는 범죄진압장비의 사용요건과 한계를 규율함에 있어서는, 현행법상의 문제점에 대한 분석과 이의 개정을 위한 작업 또한 행해져야 한다. 구체적으로 경찰장구 중 인신구속의 수단이 아닌 상대방을 물리적으로 제압하기 위한 수단(예컨대 경찰봉 등)

209) 송달룡, 경찰관의 무기사용의 한계, 서울대학교 석사학위 논문, 110-114쪽 참고.

의 경우에는 무기보다 완화된 실력행사의 수단으로 사용하는 것이므로, 현행범인 이외의 범인의 체포·도주의 방지를 위한 경찰장구의 사용을 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인에 한정하는 것은 위해를 수반하지 않는 무기 사용에 있어서 범인을 중범죄인에 한정하지 않는 것과 비교해 볼 때 균형이 맞지 않는다.

또한 분사기 등의 사용은 그 목적에 있어서 공무집행의 항거의 억제를 위하여 필요한 경우를 제외하고 있으며, 생명·신체에 대한 방호를 불법집회·시위로 인한 경우로 한정하고 있는데, 분사기 등의 사용목적은 이와 같이 한정해야 할 필요성이 없으며, 무기를 대체하는 완화된 수단으로 사용할 수 있는 길을 열어놓기 위하여도 그 사용목적에 제한하는 것은 타당하지 않다.

그밖에 새로운 경찰장비를 도입함에 있어서 고려해야 할 사항으로는 다음과 같은 것이 있다. 우선 범죄진압장비의 사용은 그 일반적 한계로서 비례성 원칙이 준수되어야 하므로, 새로운 범죄진압장비는 경찰목적, 예컨대 공격자의 공격행위나 도주를 불가능하게 할 목적을 달성하기에 적합한 수단이어야 하며, 의도하는 목적달성에 비하여 그 수단의 사용으로 인한 상대방 및 일반 공중에 대한 피해발생의 우려가 크지 않아야 한다.

새로운 경찰장비의 효과와 관련하여, 특히 무기를 대체하는 수단의 도입에 있어서는 그에 의하여 즉각적으로 범죄자의 저항을 무력하게 할 수 있는지 여부가 중요하게 고려되어야 한다. 범죄자에게는 효과를 발생하고, 비관여자에게는 위험을 야기하지 않아야 하며, 가능한 한 경찰관의 안전을 보장할 수 있어야 한다. 상대방에게 위협적인 효과를 갖는 것이 필요하지만, 오히려 상대방의 폭력을 유발하는 수단이어서는 안 된다. 또한 사용방법에 따른 영향을 별로 받지 않고 효과를 발생할 수 있을 것이 요구되며, 먼 거리에서도 동일한 효과를 가질 수 있어야 하며, 다루는 것이 쉽고 안전하며, 사용자의 행동의 자유를 제약하지 않아야 할 것 등이 고려되어야 한다.

3. 범죄진압장비 사용에 관한 교육·훈련의 개발

그밖에 명확하고 상세한 법규정을 두는 것 이외에 범죄진압장비, 특히 무기사용에 대한 충분한 교육이 뒷받침될 것이 요구된다. 무기사용이 필요한 상황에 처한 경우에, 통

상적으로 경찰관에게는 무기사용의 법적 요건이 충족되었는지를 판단하기 위하여 단 몇 초간의 시간만이 주어질 것이다. 경찰관이 처음으로 그러한 상황에 처했거나 그러한 상황에 대처하는 방법에 대하여 교육을 받지 않았다면 무기사용에 있어서 실수가 발생할 것은 충분히 예상할 수 있다. 따라서 무기사용에 관한 법적 규율을 명확히 하는 것 및 무기를 대체하는 완화된 수단을 도입하는 것과 함께 경찰관의 범죄진압장비 사용에 관한 교육과 훈련을 개발하여 구체적 상황에 적절하게 대처할 수 있는 능력을 배양하는 것이 효과적인 범죄진압을 위한 방법이 될 것이다.

독일의 경우 한편으로는 무기사용의 요건을 구체화하고 엄격하게 함으로써 잘못된 총기사용을 막고, 다른 한편으로는 경찰관의 교육과 훈련의 방법과 내용을 개발하여 다양한 상황에 대처할 수 있는 능력을 배양하는데 주력하고 있으며, 미국의 경우에는 비치명적인 범죄진압장비의 사용을 늘림으로써 총기사용으로 인한 부작용을 줄이고자 노력함과 동시에 총기사용에 대한 교육·훈련을 개선함으로써 총기사용의 피해를 최소화하려는 노력을 병행하고 있는바, 범죄진압장비의 효과적인 사용을 위한 방안이 무엇인지를 잘 나타내고 있다고 생각된다.

참 고 문 헌

<국내문헌>

1. 단행본

- 경찰대학, 경찰보안론, 1991.
- 경찰대학, 경찰행정법, 2001.
- 경찰대학, 비교경찰론, 2001.
- 경찰청, 경찰관직무집행법해설, 2001.
- 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2002.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2000.
- 김남진, 경찰행정법, 경세원, 2002.
- 김남진, 행정법 I, 법문사, 2003.
- 김남진, 행정법II, 법문사, 2002.
- 김재광, 경찰관직무집행법의 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2003. 11.
- 김일수, 형법총론, 박영사, 1998.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001.
- 류지태, 행정법신론, 신영사, 2003.
- 박상희/서정범, 경찰작용법제의 개선방안, 한국법제연구원, 1996. 12.
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 1997.
- 서정범(역), 경찰법 사례연구, 고시연구원, 2001.
- 서정범(역), 독일경찰법론, 세창출판사, 1998.
- 이기호, 경찰활동과 무기사용에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1997.
- 장규원, 체포제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1988.
- 장영민/박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995.
- 정진환, 미국경찰론, 양영각, 1994.

- 정진환, 비교경찰제도, 도서출판 책사랑, 2001.
- 치안연구소, 총포·도검·화약류 등 단속법의 정비 및 효율적 관리방안에 대한 연구, 2001.
- 한건우, 현대행정법Ⅱ, 연세대학교 출판부, 2000.
- 한귀현, 일본경찰법(宮田三郎의 일본경찰법 번역서), 한국법제연구원, 2003.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2002.
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2003.

2. 논문

- 권지관, '최후의 실력행사, 경찰의 총기사용', 수사연구, 2001.7.
- 김용철, 외근 경찰관의 총기사용 개선에 관한 연구, 고려대학교 석사학위논문, 2001.
- 김일무, 경찰권발동의 관련성에서 본 경찰관의 무기사용의 한계, 동국대학교 석사학위논문, 1990.
- 남승길, 행정상 즉시강제에 관한 연구(I), 경찰대논문집, 제7집, 1988.1.
- 남승길, 행정상 즉시강제에 관한 연구(II), 경찰대논문집, 제8집, 1989.1.
- 문성도, 경찰관 직무행위의 정당화에 관한 소고 - 허용된 위협의 원칙과 제한을 중심으로 -, 치안논총 제8집, 1991.10.
- 박수현, 경찰청의 「자율적 집회시위 보호방안」, 치안연구소 2003년도 공청회발표집 (선진 집회시위문화 정착을 위한 시민과 경찰의 역할).
- 福壽弘芳, 한·일 경찰관직무집행법에 있어서의 비교검토 - 불심검문, 위해방지를 위한 출입을 중심으로 -, 서울대학교 석사학위논문, 1994
- 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1992.
- 송강호, 경찰법상 무기사용에 관한 연구, 연세대학교 석사학위논문, 1998.
- 송달룡, 경찰관의 무기사용의 한계, 서울대학교 석사학위논문, 1984.
- 안정규, 경찰상 대인적 강제에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문, 2001.
- 이기호, 경찰관의 총기사용에 관한 법리, 경찰대논문집, 제12집, 1992.

- 이기호, 일본경찰관의 총기사용에 관한 연구, 치안논총 제10집, 1993.
- 이장춘, 경찰관의 직무집행상 무기사용에 관한 연구, 한양대학교 석사학위논문, 1994.
- 정용기, 경찰관의 무기사용과 그 정당화의 한계, 한국형사법학의 새로운 지평, 유일당 오의주 교수 정년기념논문집, 2001.

<외국문헌>

1. 독일어 문헌

- Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang, Gefahrenabwehr – Allgemeines Polizeirecht des Bundes und der Länder, 9. Aufl., 1986.
- Gusy, Christoph, Polizeirecht, 4. Aufl., 2000.
- Honnacker/Beinhofer, Polizeiaufgabengesetz(PAG), 17. Aufl., 1999.
- Knemeyer, Franz-Ludwig, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2000.
- Krüger, Ralf, Die Bedeutung der Menschenrechtskonvention für das deutsche Notwehrrecht, NJW 1970, S. 1483 ff.
- Krüger, Ralf, Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, NJW 1973, S. 1 ff.
- Krüger, Ralf, Polizeilicher Schußwaffengebrauch, 1979.
- Ley, Gerd/Burkart, Gerhard, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 5. Aufl., 2001.
- Meixner, Kurt, Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG), 8. Aufl., 1998.
- Mußgnug, Friederike, Das Recht des polizeilichen Schußwaffengebrauchs, 2000.
- Rachor, Frederik, in: Lisken/Denninger(Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001
- Rengeling, Hans-Werner, Die immissionsschutzrechtliche Vorsorge, 1982.
- Rommelfanger, Ulrich/Rimmele, Peter, Polizeigesetz des Freistaates Sachsen

(SächsPolG), 2000.

- Roos, Jürgen, Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz (RhPfPOG), 2. Aufl., 2000.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, in: Udo Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1999.
- Schmidt, Joachim, Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, NJW 1973, S. 449 ff.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980.
- Tegtmeier, Henning, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen(PolGNW), 8. Aufl., 1995.
- Thewes, Wilfried, Rettungs- oder Todesschuß?, 1988.
- Urf, Burkhard von, Schußwaffengebrauch der Polizei im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland und in der Bundesrepublik Deutschland, 1996.
- Vahle, Jürgen, Die neue Polizei, 1985.
- Winterfeld, Achim von, Der Todesschuß der Polizei, NJW 1972, S. 1881 ff.

2. 영어 문헌

- Criminal Law Revision Committee, Seventh Report, Felonies and misdemeanours, May 1965, Cmnd 2659.
- Hill, Weapons law, 1989.
- Joseph W Cook, III/Maura T. McGowan/David P. Fiely, USAFA Journal of Legal Studies, 1994/1995.
- R. J. Spjut, P. L., Deadly force and riot control in Northern Ireland, 1986.
- Wade/Forsyth, Administrative Law, 8th ed.

3. 일본어 문헌

- 古谷洋一 編著, 注釋 警察官職務執行法[改訂版], 平成15年, 立花書房.
- 古田佑紀, 武器の使用, 田宮裕・河上和雄 編著, 大コンメンタール 警察官職務執行法, 1993, 青林書院.
- 武井豊, 武器使用 -けん銃使用について國家賠償責任を負うのは, どのよな場合か-, 刑事裁判實務大系 10(警察), 青林書院.
- 安田博延, 武器使用の要件, 限界, 刑事裁判實務大系 10(警察), 青林書院.
- 原野 翹, 警察官による拳銃使用の法律問題 - 合法性と正當性, 法學教室 第124号, 1991. 1, 有斐閣.
- 前田信二郎, 警察官の拳銃使用上の注意義務 - メーカー事件(東京地裁昭和四五年一月二八日民事第二四部判決(昭和三五年(ワ) 第三七五一号損害賠償請求事件), ジュリスト, 別冊33号(1971).
- 鳥居喜代和, 「武器の使用」が「武力の行使」になるとき, 法律時報 通巻第871号, 1998. 10.
- 村山眞維, 警察官の拳銃使用・携帶について, ジュリスト, 968号(1990. 12).
- 村山眞維, 警察官の拳銃使用・携帶について, ジュリスト, 968号(1990.12), 有斐閣.