

# 警察官 職務行爲의 正當化에 관한 小考

— 許容된 危險의 原則과 制限을 중심으로 —

文 聖 棹

(서울大 博士過程)

## I. 序 說

### 1. 意 義

만일 경찰관이 침해권한<sup>1)</sup>을 사용하여 가령 주거에 침입하거나, 타인에게 수갑을 채우거나 혹은 타인을 곤봉으로 때리는 행위를 했다면, 경찰관은 주거침입죄(제319조), 체포 감금죄(276조), 불법 체포 감금죄(제125조), 폭행죄(제260조) 혹은 폭행 가혹행위(제125조)와 같은 범죄구성요건을 실현한 것이다. 하지만 침해수권규정에 의해 그의 행위는 허용되어, 형법적으로 보면 그 규정은 정당화사유로 작용한다. 즉 시민은 그의 법익에 대한 침해를 저항하지 않고 수인해야 하고, 경찰관의 처벌은 배제된다.

이와 같이 경찰관 행위의 위법성조각 내지 정당화의 문제는 다른 어느 공무수행자보다 공공의 안녕과 질서유지라는 직무의 성질상 대인·대물적 강제조치를 하여야 하는 경찰관에게 중요한 문제이다.

兇暴化, 廣域化, 知能化, 그리고 組織化되는 犯罪와의 투쟁에 있어서 秩序行政의 근간이고 이에 대한 一次的 責任을 지고 있는 경찰관을 職務行爲와 관련하여 적절히 正當化하여 줌으로써, 경찰관이 그 직무를 원활히 수행하여 범법자로 부터 사회적 약자인 시민

1) 경찰관이 직무집행과 관련하여 경찰관을 행사하게 될 경우, 그것이 적법하거나 부적법하거나를 불문하고, 반사적으로 국민의 자유와 권리를 침해하게 된다. 따라서, 경찰관에 의한 공권력의 행사에 대하여 적절히 형법적으로 규율함으로써 국민의 자유와 권리를 보장하려는 이 글의 목적에 비추어 “침해(Eingriff)” 혹은 “침해권한(Eingriffsbefugnis)”이라는 용어를 사용하였다.

의 基本權을 보호할 수 있도록 法的 根據를 마련해 주어야 할 것이다.

하지만, 여기에서 적지 않은 사람들이 일제식민지하의 권위주의적인 탄압경찰을 떠올리며, 혹은 자유당말기의 정치경찰과 유신이후 특히 80년대 정치부재의 소용돌이 정국속에서 민생치안보다는 시국치안에 주력하는 시국경찰을 떠올리며 두려워할지 모르겠다. 왜냐하면 국가 공권력의 상징이라 할 수 있는 警察官 行爲의 正當化 問題는 國民의 基本權의 保障과 表裏關係에 있기 때문이다. 즉, 경찰관이 정당화되는 한계가 넓으면 넓을수록 국민의 受忍義務 내지 基本權 侵害 範圍는 확장될 수밖에 없다. 따라서 경찰관의 행위에 대해 형법적으로 구울함으로써 경찰관이 직무를 수행함에 있어 적법절차를 준수하도록 할 필요가 있다. 그래야 경찰행정에서의 法治行政을 확립하고 궁극적으로는 국민의 기본권을 보장할 수 있기 때문이다.

이처럼 정당화문제에 대해 엄격히 새겨서 경찰의 공권력 남용을 억제하는 문제와 원활한 직무 수행을 위한 법적 근거를 제시하는 문제는 상충되는 듯 하지만, 양자가 국민의 기본권을 보호하려는 목적에서는 일치한다. 따라서 이 글에서는 양자를 적절히 조화시킬 수 있는 법리를 전개하는 데 중점을 둘 것이다.

## 2. 研究範圍

범죄구성요건을 실현한 행위의 위법성을 조각하는 정당화사유로서 우리 刑法은 正當行爲(제20조), 正當防衛(제21조), 緊急避難(제22조), 自救行爲(제23조)<sup>2)</sup>, 그리고 被害者의 承諾(제24조)을 규정하고 있다. 이 중에서 경찰관 직무행위의 정당화라는 문제와 관련하여서는 정당행위, 정당방위, 긴급피난, 그리고 피해자의 승낙

2) 구형법에는 이에 대한 규정이 없어서 정당방위제도를 넓게 해석하여 이 입법상의 결함을 모면하려 하였으나 충분치 못함으로 스위스 민법 제52조 제3항을 참조하여 신설하였다. 법전편찬위원회, 형법초안이유설명서, 6면 참조.

이 주로 문제된다.<sup>3)</sup>

이 글에서는 정당행위에 기한 정당화의 문제와 관련하여 새로이 제기되고 있는 허용된 위험의 이론에 대해 고찰하고자 한다. 즉, 경찰관은 불분명한 상황에서 급히 결정을 내려야 할 경우가 종종 있는데, 경찰관이 사실적인 사정을 잘못 평가하거나 인식하지 못하여 일반국민의 법익을 침해할 경우, 허용된 위험의 원칙에 의하면 경찰관의 직무수행과 관련한 이러한 행위는 정당화된다. 우선 허용된 위험의 원칙의 法的 性質, 그 範圍 등 일반적인 이론적 고찰을 한 후에 경찰관직무행위와 관련하여 적용되는 영역을 유형적으로 살펴 보고자 한다.

경찰관에게 광범위한 침해 수권 규정과 허용된 위험이라는 정당화원칙을 통하여 경찰관에게 폭넓은 침해권한이 인정되고 있다. 따라서 경찰권의 남용으로부터 國民의 自由와 權利를 保障하기 위하여 警察權의 行使는 制限할 需要가 있다. 이러한 점에서 過剩禁止原則과 주관적 정당화요소의 요구에 의한 정당화의 제한이라는 문제도 아울러 고찰할 것이다.

끝으로, 범죄와의 전쟁선포이후로 급격히 증가하고 있는 경찰관의 총기사용에 대한 최근 判例에 대하여 이러한 원칙을 적용해 보 고자 한다.

## Ⅱ. 許容된 危險에 대한 일반적 고찰

### 1. 意 義

許容된 危險은 因果關係의 문제와 관련하여 v. Bar에 의하여 최

3) 自救行爲는 법정절차에 의해서는 청구권의 보전이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 자력에 의해서 청구권의 보전을 위한 행위이므로 경찰관 행위의 정당화의 문제와 관련하여서는 문제가 안된다. 왜냐하면, 자구행위에 있어서의 청구권은 자기의 청구권임을 요하고, 경찰관이 직무행위와 관련하여 자구행위를 실행하는 경우는 거의 없고, 만약 그런 경우가 생기더라도 경찰권을 가진 경찰관은 私人으로서 자구행위를 하기 보다는 공권력의 대리인으로서 공권력을 행사할 것이기 때문이다. 정당방위, 긴급피난, 피해자의 승낙에 기한 정당화의 문제에 대해서는 文聖棹, "경찰관 직무행위의 정당화와 면책에 관한 연구", 1991년 서울대 석사학위논문 pp. 53-82 참조.

이 주로 문제된다.<sup>3)</sup>

이 글에서는 정당행위에 기한 정당화의 문제와 관련하여 새로이 제기되고 있는 허용된 위험의 이론에 대해 고찰하고자 한다. 즉, 경찰관은 불분명한 상황에서 급히 결정을 내려야 할 경우가 종종 있는데, 경찰관이 사실적인 사정을 잘못 평가하거나 인식하지 못하여 일반국민의 법익을 침해할 경우, 허용된 위험의 원칙에 의하면 경찰관의 직무수행과 관련한 이러한 행위는 정당화된다. 우선 허용된 위험의 원칙의 法的 性質, 그 範圍 등 일반적인 이론적 고찰을 한 후에 경찰관직무행위와 관련하여 적용되는 영역을 유형적으로 살펴 보고자 한다.

경찰관에게 광범위한 침해 수권 규정과 허용된 위험이라는 정당화원칙을 통하여 경찰관에게 폭넓은 침해권한이 인정되고 있다. 따라서 경찰권의 남용으로부터 國民의 自由와 權利를 保障하기 위하여 警察權의 行使는 制限할 需要가 있다. 이러한 점에서 過剩禁止原則과 주관적 정당화요소의 요구에 의한 정당화의 제한이라는 문제도 아울러 고찰할 것이다.

끝으로, 범죄와의 전쟁선포이후로 급격히 증가하고 있는 경찰관의 총기사용에 대한 최근 判例에 대하여 이러한 원칙을 적용해 보 고자 한다.

## Ⅱ. 許容된 危險에 대한 일반적 고찰

### 1. 意 義

許容된 危險은 因果關係의 문제와 관련하여 v. Bar에 의하여 최

3) 自救行爲는 법정절차에 의해서는 청구권의 보전이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 자력에 의해서 청구권의 보전을 위한 행위이므로 경찰관 행위의 정당화의 문제와 관련하여서는 문제가 안된다. 왜냐하면, 자구행위에 있어서의 청구권은 자기의 청구권임을 요하고, 경찰관이 직무행위와 관련하여 자구행위를 실행하는 경우는 거의 없고, 만약 그런 경우가 생기더라도 경찰권을 가진 경찰관은 私人으로서 자구행위를 하기 보다는 공권력의 대리인으로서 공권력을 행사할 것이기 때문이다. 정당방위, 긴급피난, 피해자의 승낙에 기한 정당화의 문제에 대해서는 文聖棹, "경찰관 직무행위의 정당화와 면책에 관한 연구", 1991년 서울대 석사학위논문 pp. 53-82 참조.

초로 법이론적으로 개념이 정립되었다.<sup>4)</sup> 이는 19세기 후반 기계문명의 발달로 인하여 산업현장에서 빈번하게 사고발생이 발생하였다. 허용된 위험의 이론은 이러한 사회변화에 따른 法理論的 接近의 한 모습이다. 오늘날 이 법리가 적용되는 영역은 광산의 채굴행위, 운동경기, 육지 및 해상 교통, 항공기의 운행, 원자력 발전소, 건설공사, 공장의 위험한 제품생산행위, 과학적 실험행위, 그리고 직업과 관련하여 의사의 수술행위나 경찰관의 직무집행행위 등이 다. 이러한 행위들은 諸般安全措置를 다하더라도 그 행위 자체가 여러가지의 위험성을 내포하고 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 행위들이 갖는 公共利益 — 社會的 有用性이나 必要性 — 은 이와 같은 위험수반행위 자체의 근본적인 금지를 요구할 수 없게 하고 있다. 즉 일정한 수준의 안전조치를 전제로 해서 위험한 산업활동 등이 허용되고 있는 것이다. 이를 허용된 위험 또는 금지되지 않은 위험이라 하고 있다.<sup>5)</sup> 그리고 이로부터 발생하는 범익침해의 결과를 이유로 행위자에게 형사책임을 지울 수 없다는 것이 — 立論의 근거는 어떠한 — 허용된 위험에 관한 일반적인 입장이다.

## 2. 許容된 危險의 法的 性質

허용된 위험론과 관련하여 허용된 위험이 과연 형법상의 독자적인 개념으로 인정될 수 있는지, 아니면 단순한 여러유형의 집합개념에 불과한 것인지가 문제되고 있다. 우리 형법학계에서는 일반적으로 이를 독자적인 기능을 갖는 것으로 이해하고 있다.<sup>6)</sup>

우선 허용된 위험을 정당화사유로 보는 견해가 있다. 違法性阻却事由라고 보는 입장은 許容된 危險과 社會的 相當性을 개념적으로 구분하여 사회적 상당성은 구성요건해당성배제사유이지만, 허용된

4) v. Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhang(1871), 林相基, 형법상의 허용된 위험론, 고시연구, 1988, 11, 115면에서 재인용.

5) 이에 대해 Klug은 구성요건해당성을 배제하는 "요구되는" 위험과 위법성을 조각하는 "허용된" 위험을 분류하고 있다. 또한 사회주의 국가에서는 생산위험(Produktionsrisiko)이라 부르기도 한다.

6) 金日秀, 형법학원론 총칙강의, 박영사, 1989, 975면; 鄭盛根, 형법총론, 법지사, 1986, 507; 鄭榮錫, 형법총론, 제5전정판, 법문사, 1988, 159면; 李在祥, 형법총론, 전정판, 박영사, 1990, 192면; 李炯國, 형법총론연구(II), 법문사, 1986, 677면.

위험은 위험의 근접성이나 일정한 이익 때문에 위협시될 뿐 아니라, 원칙적으로 금지된 행위가 예외적으로 법익교량의 관점에서 정당화되는 경우라고 한다.<sup>7)</sup>

둘째, 허용된 위험을 構成要件排除事由라고 보는 견해가 있다. 허용된 위험과 사회적 상당성을 동일한 범주에 묶어 허용된 위험은 사회적으로 상당한 행위의 일유형에 속하는 것이므로 정상적이고 역사적으로 사회질서의 범위내에서 일반적으로 인정된 행위이기 때문에, 허용된 위험은 구성요건배제사유에 해당한다는 견해이다.<sup>8)</sup>

셋째, 折衷의 立場으로써 허용된 위험은 사회적으로 상당한 위험에 대해서는 객관적 귀속의 관점에서 구성요건해당성을 배제하는 사유인데, 다만 예외적으로 사회적으로 상당하지 않거나, 애당초 위험한 행위로 금지되어 있지만, 이익교량의 관점에서 예외적으로 허용된 경우로 보아야 할 경우에는 형법 제20조 정당행위 중 “기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위”에 속하는 정당화사유로 보는 견해도 있다.<sup>9)</sup>

이 외에도 책임배제사유로 보는 견해<sup>10)</sup>, 허용된 위험으로 인하여 발생한 결과에 대한 형법적 처리를 놓고 이를 형법상의 행위개념에 의해 해결할 수 있다는 견해, 그리고 독자적인 해결기능을 가진 개념 혹은 원칙이 아니라 단지 다양한 위험상황에서 발생한 각각의 결과를 나타내는 집합개념으로 이해하는 견해<sup>11)</sup>가 있다.

생각건대 전술한 견해들은 기타 社會常規에 해당하는 행위까지 정당화사유로서 폭넓게 인정한 우리 형법의 입장으로서는 정당화사유로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 그리고, 許容된 危險은 社會常規의 하나의 類型이라고 생각한다. 왜냐하면, 우선 구별실익이 별로 없기 때문이다. 즉, 구성요건과 위법성을 구별하는 실익은 대개 착오에 있다고 볼 수 있는데, 허용된 위험의 경우 전제사실에 대한 착오는 구성요건적 착오를 유추하여 판단할 것이고, 그 범위

7) Maurach/Zipf, AT I, 6. Aufl, S.379;Haft, S.82(金日秀, 前掲書, 976면에서 재인용);jescheck, AT, S.361-363. 鄭盛根, 前掲書, 507면;鄭榮錫, 前掲書, 159면.

8) 李在祥, 전계서, 193면.

9) 金日秀, 前掲書, 977면;李炯國, 前掲書, 677면 이하.

10) Kienapel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 21면

11) 朴相基, 전계논문, 122면

내지 한계에 대한 착오는 위법성의 착오로 보게 될 것이기 때문에 구별의 실익이 별로 없기 때문이다. 둘째로, 이처럼 큰 실익이 없다면 단순 명료한 理論體系를 위해서 정당화사유로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 즉, 構成要件은 국가의 형벌권의 발동근거가 되는 積極的인 不法要素를 규정한 것이고, 違法性은 국가의 형벌권을 제한하는 消極的인 不法要素를 규정한 것이라는 좀더 단순 명료한 이론 체계를 구성하기 위해서 허용된 위험은 정당화사유로 보는 것이 바람직하다고 생각한다. 그렇다고 하여 허용된 위험이 독자적인 정당화사유가 되는 것은 아니다. 전술한 바와 같이 相當性의 原則과 함께 社會常規라는 정당화사유를 제약하는 正當化原則이라고 생각한다.

### 3. 許容된 危險의 範圍

구체적인 문제에 들어가기 전에 허용된 위험의 일반적인 범위를 살펴보고자 한다.<sup>12)</sup> 우선 法規 및 行政規則에 합치하는 행위는 사회적으로 상당한 행위일 뿐만 아니라 허용된 위험의 범위 안에 속하는 행위이다. 따라서 법규를 준수하여 행위한 경우에는 비록 예기치 못한 방법으로 결과가 발생했다라도 허용된 범위 안의 행위로써 정당화된다. 이와 같이 경찰관의 행위와 관련하여 법적인 규정이 없는 경우에는 직무 관행 규칙이나 사회규범이 허용범위의 기준이 될 수 있다. 법규범이나 사회규범이 결여된 때에는 허용된 위험의 한계는 판결에 의해 개별적으로 확정될 수 있다.<sup>13)</sup>

경찰관의 직무행위와 관련하여 허용된 위험의 범위의 문제에서 중요한 것은 過剩禁止의 原則이다. 즉, 과잉금지의 원칙을 위반한 경찰관의 행위는 허용된 위험의 범위 내에 있지 않은 행위로서 허용된 위험의 원칙에 의해 정당화되지 않는다. 이에 대해서는 정당화의 제한이라는 문제를 다루면서 상세히 서술하고자 한다.

12) 이러한 허용된 범위의 기준은 종래 통설에 의하면 사회적 상당성의 한계와 과실범의 객관적 주의의무를 확정하는 기준이 되기도 한다.

13) 金日秀, 전제서, 977면 이하 참조.

### Ⅲ. 경찰관직무행위와 許容된 危險

#### 1. 예후적 판단에 대한 허용된 위험

전술한 바와 같이 정당화되기 위해서는 원칙적으로 법률상 침해 요건이 모두 존재해야 한다. 이렇게 정당화 되기 위해 법률상 침해 요건이 모두 존재해야 한다면 경찰관에게는 현저한 착오위험이 있다. 즉, 경찰관은 불분명한 상황에서 급히 결정을 내려야 할 경우가 종종 있다. 따라서 경찰관은 사실적인 사정을 잘못 평가하여 이것이 사후에 판단하는 법관에게 유보되어야 하는 위험이 있다. 따라서 법률상 침해 요건은 경찰관의 그러한 위험의 부담을 덜어 주고 있는것이 특징이다.

경찰상 침해 수권규정의 특징은 豫後的 不確定 法概念을 종종 포함하고 있다는 것이다. 유죄 확정의 예측으로 이해될 수 있는, 危險 혹은 嫌疑의 存在를 내용으로 하고 있는 많은 침해 수권만 생각해 보라.<sup>14)</sup> 이러한 입법 기술은 사전에 행해진 예후적 판단이 나중에 번복되는 경우에도 경찰관은 정당화되는 결과에 이른다. 따라서 예컨대 형사소송법 제201조(구속), 제206조(긴급구속), 또는 독일 형사소송법 제127조 제2항(긴급구속)과 제112조(미결구금)에 따라 유력한 범죄 혐의에 기한 경찰상 구금 이후에 혐의자가 무죄 판결을 받은 경우에도 합법적인 것으로 남게 된다. 예후적 판단을 정당화하는 데에 대한 요건은 그 판단이 단지 경찰관의 상황에 있는 전문적이고 사려깊은 판단자의 시각에서 이해될 수 있었다는 것, 즉 특히 인정된 경험칙에 기인한다는 것이다.<sup>15)</sup>

그러나 침해를 정당화하기 위해 이미 존재해야 하는 사실들도 경찰상 침해 규범에는 종종 착오의 주장을 인정하지 않는다는 의미에서 규정되기도 한다. 예를 들어 어떤 사람이 “명백히” 곤궁하다는 것을 요소로 하여 경찰상 보호조치를 할 수 있게 하는 警察官職務執行法 제4조 제1항 본문(보호조치)과 모범통일경찰법안 제13조

14) Hans-Heiner Kühne, Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen, NJW 1979, S. 619.

15) Kühne, 전제논문, 621면.

제1항의 조문은 이를 특징적으로 잘 나타낸다.<sup>16)</sup>

## 2. 예후적 판단 기초 사실에 대한 허용된 위험

경찰상의 豫後的 判斷의 基礎가 되는 事實에 대해서도 똑같이 허용된 위험의 원칙이 적용된다. 따라서 수사절차에서 범죄혐의를 인정하는 데 기초가 되는 사실이 사후의 절차 단계에서는 보다 빈약할 수 있다는 것이 인정되어야 한다.<sup>17)</sup> 따라서 만일 침해시에 경찰관이 범죄혐의를 불식하는 일정한 사실을 인식하지 못했다면 원칙적으로 이러한 초기 절차 단계에서 독자적으로 결정해야 하는 경찰관은 그에 대한 책임을 지지 않는다. 독일의 경우 경찰법상 통설은, 물론 異說은 있지만, 소위 外見的 危險(Anscheins-gefahr)을 진정한 경찰 위험으로 인정하고 있다.<sup>18)</sup> 이에 따르면 경찰관이 손해를 발생시키지 않도록 하는 사정을 인식하지 못했기 때문에 경찰관이 객관적으로 위험하지 않은 상황을 위험하다고 판단한 경우에도 경찰법상 침해 규범에서 말하는 위험은 존재한다. 이러한 사정은 모든 건전한 관찰자에도 숨겨져 있어야 한다. 예컨대 밤 3시 경에 어떤 집에서 구해 달라는 절박한 비명소리가 그렇게 늦은 시간에 틀어 놓은 녹음기에서 울려 나온 것이라는 상황이 그런 경우이다.

## 3. 결과발생에 대한 허용된 위험

경찰관에게 그가 위험한 조치를 할 수 있도록 허용되고, 허용된 위험 때문에 불가피하게 원치 않는 결과가 발생하는 경우에도 경찰

16) 독일의 보다 많은 예에 대해서는 Triffterer, Ein rechtfertigender (Erlaubtnistatbestands-) Irrtum?, Festschrift für Walter Mallmann, 1978, 413면 이하 참조.

17) Kühne, 전제논문, 618면, 621면 참조.

18) Hoffmann-Riem, "Anscheinsgefahr" und "Anscheinsverursachung" im Polizeirecht, Festschrift für Gerhard Wacke, 1978, S.413 ff. Amelung, Die Rechtfertigung und Entschuldigung von Polizeibeamten im deutschen Recht, im Eser/ Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung, 1987, 1340면에서 재인용.

관은 정당화된다. 이것은 경찰의 총포사용의 결과에 대한 판단에서 의미있는 것이다. 따라서 경찰관이 도주자의 다리에다 발포하였는데, 불행하게도 사망의 결과를 초래하였다면, 그 경찰관은 정당화될 수 있다.

만일 경찰관이 충분한 주의를 기울였다라면 중한 결과를 방지할 수 있었을 경우에도, 법적으로 그렇게 될 지는 의문이다. Hirsch는 過失에 의한 結果도 총포사용의 허용 규정에 의해 정당화될 수 있다고 생각한다.<sup>19)</sup>

이에 대해 Amelung은 과실범의 책임을 인정하고 있다.<sup>20)</sup> 즉, 경찰관이 할 수 있는 것보다 덜 하기를 원하였는데, 허용된 위험의 범위내에 존재하는 결과를 비의욕적으로 야기한 경우에도 똑같이 적용될 수 있다. 즉, 경찰관이 다리에 총을 쏘 필요가 있어서 그렇게 하고 경찰관이 공포로 쏘려던 오발사고였다고 변호하는 경우를 한번 생각해 보라.<sup>21)</sup> 이에 대해서는 경찰관이 위험한 행위를 할 권한을 전부 다 사용하였다면, 그는 比例의 原則에 의해 가능한 한 적은 손해를 야기할 의무를 지고, 회피가능한 데도 이런 원칙을 위반한 경우 경찰관은 이에 대해 책임을 진다. 하지만 사실상 일어난 침해보다 가벼운 침해가 허용된 위험의 범위내에 있는 경우에는 좀 더 가벼운 결과의 야기 행위는 정당화된다는 것이 틀림없이 고려될 것이다. 따라서 다음과 같은 결론을 내릴 수 있다. 즉 경찰관은 독일형법 제224조, 제226조에서 말하는 고의의 결과범이 아니라 독일형법 제220조, 제230조에서 말하는 단순한 過失犯의 책임을 지게 된다.<sup>22)</sup>

생각건대, 이 문제는 경찰관이 직무집행에 관한 法規定과 過剩禁止原則을 준수하였는가에 따라 나누어서 생각해 보아야 할 것이다.

19) Hirsch, LK, 10. Aufl. 1985, Rn. 154 i. v. m. Rn. 49 vor StGB; 정당방위에 있어서 이와 유사한 문제에 대해서는 Schlör, Untersuchungen zur Rechtfertigung ungewollter Auswirkungen einer Notwehrhandlung, Diss. Heidelberg 1984 참조할 것.

20) Amelung, 전계논문, 1340면 이하.

21) Beispiel von Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, s. 34; vgl. auch BGHST 25, 229 ff. Amelung, 전계논문, 1341면에서 재인용.

22) Triffterer, Der tödliche Fehlschuß der Polizei, MDR 1976, S. 355-361; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, S. 373 ff.

첫째로, 행위상황에 대한 충분한 인식을 하고, 보다 최소한 침해에 의하여 경찰 목적 달성, 예컨대 범인검거를 할 수 있다는 것을 알고 있으면서도 확실히 경찰목적을 실현하기 위하여 보다 큰 침해를 가한 경우가 있을 수 있다. 구체적으로 들자면, 이전의 검문소에서 불심검문을 회피하고 도주한 차량이 또 도주하는 경우, 경찰관은 공포탄을 발사함으로써, 우선 경고하고, 그 이후 도주차량에 대한 사격을 할 수 있다는 것을 인식하면서도 확실히 검거하기 위하여 바로 차량에 대하여 권총을 발사하여 중상해를 입힌 경우이다. 경찰관은 과잉금지 원칙에 따라 가능한한 최소한의 침해만을 할 의무가 있는 것이고, 이를 위반하는 경우에는 과실범이 성립한다. 過剩禁止原則을 위반하였으므로, 이는 許容된 危險의 範圍內에 있는 것이라고 볼 수 없다. 따라서 경찰관은 과실치상(형법 제266조)의 책임을 져야 한다. 물론 만일 경찰관에게 회피가능성이 없다면 면책될 수 있다.

둘째는 경찰관이 직무집행에 대한 범규정과 과잉금지원칙을 준수한 경우이다. 위의 경우 공포탄을 발사한 후, 계속 도주하는 차량에 대하여 권총을 발사한 경우이다.<sup>23)</sup> 이 경우에는 경찰관의 행위는 허용된 위험의 범위 내에 있는 것으로서, 정당화된다.<sup>24)</sup>

#### 4. 立法論

서술한 허용된 위험은 독일의 경우 損失補償法(Schadensersatzrecht)에 의해서 완성된다. 즉, 損失補償法은 경찰행위가 사전에 정당하였지만 사후적으로 바람직하지 않은 결과를 야기시킬지 모르는 경우에 대한 사후적인 보상을 고려하고 있다. 이 법은 위험 책임의 형태와 희생보상의 형태에 의한 책임 규정을 통해서 실현되는데, 이러한 책임 규정은 그러한 경우에 국가와 강제집행의 채권자에게 보상의무를 지우고 있다(예컨대, 독일민사소송법 제945조

23) 1990. 7. 19. 국민일보에 발표된 사례. 여기에서 도주자는 음주운전이 적발될 것을 우려하여 도주한 것이었다.

24) 이 외에도 경찰관이 실제법상 모든 요건이 충족되지 않더라도 위법한 집행문의 집행에 협력한 경우에 고려된다. 이에 대해서는 공무집행방해죄의 적법성 문제와 관련하여 논의되고 있다. 상세한 것은 文聖禱, 전제논문 82면 이하 참조.

제2항과 독일형사소추에 대한 보상에 관한 법률 제1조, 제2조 참조). 독일 형사소추보상법은 우리 나라의 형사보상법보다는 피해보상의 범위를 넓게 새기고 있다. 피침해자가 잘못된 외관의 형성에 책임이 있는 경우에는 피해보상이 되지 않는다. 독일형사소추보상법 제2조 제2항은 긴급체포, 현행범체포에 대한 형사보상을 규정하고 있다. 심지어 운전면허증 박탈에 대한 형사보상도 규정하고 있다.

이에 대해 우리나라는 헌법 제29조에 기한 국가배상법과 헌법 제28조에 기한 형사보상법이 있지만, 국가배상법은 공무원의 직무상 불법행위를 전제로 하는 것이고, 형사보상법은 형사피의자 또는 형사피고인으로 구금되었던 자가 불기소처분 또는 무죄판결을 받은 자에 한정하고 있다. 헌법 제23조 제3항이 경찰의 적법한 직무수행으로 인한 재산적 손실의 보상에 대해서는 법률에 유보하고 있는데도 국가보상에 대한 일반법은 없다. 헌법상 신체, 생명에 대한 손실보상에 대하여 명문의 규정이 없지만, 헌법 제23조 제3항을 유추해석하여 손실보상을 해야 한다. 왜냐하면, 생명, 신체에 대한 기본권은 인간이 인간으로서 인간다운 삶을 영위하기 위하여 재산권보다 더 중요한 기본권이기 때문이다.

결국 경찰관의 직무행위와 관련하여 허용된 위험의 범위 내에 있는 경찰관의 행위로 말미암아 입은 침해 내지 손실에 대해서는 보상받을 길은 아주 제한되어 있다. 따라서, 경찰관에게 허용된 위험으로 인한 구체적인 부담은 일반국민에게 돌아가고 있다. 입법론으로서 독일과 같이 형사보상법의 적용범위를 확대하고, 더 나아가 적법한 공무집행행위로 말미암아 생긴 국민의 손실에 대해서는 적절한 보상을 할 수 있도록 國家補償法 내지 규정이 신설되어야 한다.<sup>25)</sup>

#### IV. 正當化의 制限

##### 1. 過剩禁止原則

25) 崔平吉 의, 2000년대를 향한 경찰발전방향, 치안본부, 1985, 77면; 李琦雨, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990. 2, 77면 이하.

제2항과 독일형사소추에 대한 보상에 관한 법률 제1조, 제2조 참조). 독일 형사소추보상법은 우리 나라의 형사보상법보다는 피해보상의 범위를 넓게 새기고 있다. 피침해자가 잘못된 외관의 형성에 책임이 있는 경우에는 피해보상이 되지 않는다. 독일형사소추보상법 제2조 제2항은 긴급체포, 현행범체포에 대한 형사보상을 규정하고 있다. 심지어 운전면허증 박탈에 대한 형사보상도 규정하고 있다.

이에 대해 우리나라는 헌법 제29조에 기한 국가배상법과 헌법 제28조에 기한 형사보상법이 있지만, 국가배상법은 공무원의 직무상 불법행위를 전제로 하는 것이고, 형사보상법은 형사피의자 또는 형사피고인으로 구금되었던 자가 불기소처분 또는 무죄판결을 받은 자에 한정하고 있다. 헌법 제23조 제3항이 경찰의 적법한 직무수행으로 인한 재산적 손실의 보상에 대해서는 법률에 유보하고 있는데도 국가보상에 대한 일반법은 없다. 헌법상 신체, 생명에 대한 손실보상에 대하여 명문의 규정이 없지만, 헌법 제23조 제3항을 유추해석하여 손실보상을 해야 한다. 왜냐하면, 생명, 신체에 대한 기본권은 인간이 인간으로서 인간다운 삶을 영위하기 위하여 재산권보다 더 중요한 기본권이기 때문이다.

결국 경찰관의 직무행위와 관련하여 허용된 위험의 범위 내에 있는 경찰관의 행위로 말미암아 입은 침해 내지 손실에 대해서는 보상받을 길은 아주 제한되어 있다. 따라서, 경찰관에게 허용된 위험으로 인한 구체적인 부담은 일반국민에게 돌아가고 있다. 입법론으로서 독일과 같이 형사보상법의 적용범위를 확대하고, 더 나아가 적법한 공무집행행위로 말미암아 생긴 국민의 손실에 대해서는 적절한 보상을 할 수 있도록 國家補償法 내지 규정이 신설되어야 한다.<sup>25)</sup>

#### IV. 正當化의 制限

##### 1. 過剩禁止原則

25) 崔平吉 의, 2000년대를 향한 경찰발전방향, 치안본부, 1985, 77면; 李琦雨, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990. 2, 77면 이하.

## 1) 의 의

진술한 바와 같이 경찰관에게 광범위한 침해 수권 규정과 허용된 위험이라는 정당화원칙을 통하여 경찰관에게 폭넓은 침해권한이 인정되고 있다. 따라서 경찰권의 남용으로부터 國民의 自由와 權利를 保障하기 위하여 警察權의 行使는 制限할 必要성이 있다. 이러한 점에서 過剩禁止原則<sup>26)</sup>을 통한 경찰행동권의 한계 설정은 의미를 갖게 된다. 이 원칙에 의하면 경찰관은 추구하는 목표의 달성에 적합하고 필수적이며 또한 이익보다 더 많은 손해를 야기하지 않는 그러한 침해만을 실행해야 한다. 이 원칙에 의하면 예컨대 경찰관은 아직 불확실한 사실 근거하에서는 절박한 侵害의 近接性 및 程度를 고려하여 최후적인 수단의 사용이 필요불가결하다고 여겨지지 않는 한, 우선 소위 危險調査措置(Gefahrenerforschungseingriff)로 만족해야 한다.

과잉금지의 원칙의 내용은 다음과 같이 분설될 수 있다.

첫째, 適合성의 原則(Grundsatz der Geeignetheit)이다. 즉, 경찰관이 취한 조치 또는 수단이 그가 의도하는 바 목적을 달성하는 데에 적합해야 함을 의미한다.

둘째, 必要성의 原則(Grundsatz der Erforderlichkeit)이다. 즉, 경찰의 조치는 설정된 목적을 위하여 필요한 한도 이상으로 나아가서는 안된다는 원칙이다. 바꾸어 말하자면 일정한 목적을 달성할 수 있는 수단이 여러가지 있는 경우에 경찰은 관계자에게 가장 적은 부담을 주는 수단을 선택해야 한다는 것이다. 이와 관련하여 모범초안 제3조는 관계인은, 일반에게 심한 피해를 가져오지 않는 한, 같은 정도로 효율적인 다른 수단을 집행경찰관에게 신청할 수 있다고 하여 경찰의 재량권의 행사를 제한하고 있다.<sup>27)</sup>

26) 과거 비례의 원칙으로 설명되었던 내용들이 오늘날 과잉금지의 원칙(Ubermaßverbot) 또는 광의의 비례원칙(Verhältnismäßigkeit i.w.S.)이라는 이름의 법원칙으로 발전한 것이다. 金南辰, 행정법Ⅱ, 법문사, 1988, 208면.

27) 독일 학계에서는 대체수단의 제공(Angebot des Austauschmittels)이라는 이름으로 논의되고 있고, 많은 주경찰법이 이에 대해 규정하고 있다. 예컨대 Nordrhein-Westfalen 주경찰법은 제3조 제1항을 다음과 같이 규정하고 있다: 위험방지를 위하여 여러가지의 수단이 고려되는 경우에는 그 수단의 사용이 공중을 더 심하게 침해하지 않는 한, 관계인이 신청에 의하여 다른 수단을 사용할 수 있도록 해야 한다. 그 외에 BW §3 PolG, Bay Art. r PAG, Br §4 PolG, Hess §1 SOG, Nds §5 SOG, RhPf §3 PVG, Sa §41 PVG, SchlH §73 LVwH, AE §5.

셋째, 相當性의 原則(Grundsatz der Angemessenheit)이다.  
 28) 즉, 어떤 경찰상의 조치가 설정된 목적을 위하여 필요한 경우라도 그 행정조치를 취함에 따른 불이익이 그것에 의해 초래되는 효과 내지 이익보다 큰 경우에는 이러한 경찰상의 조치는 취해져서는 안된다는 것이다.

2) 法的 根據 및 적용범위

종래의 국내의 학자들은 이 원칙을 조리에 의한 경찰권의 한계라고 표현하고 있으나, 법률이 불완전하게나마 규율하고 있다는 점에서 실정법상의 원칙이라고 보아야 한다. 29) 즉, “국민의 자유와 권리는 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며”라는 헌법 제37조 제2항에서 그 과잉금지원칙을 도출할 수 있으며, 특히 “이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 하며, 이를 남용하여서는 아니된다”라는 警察官職務執行法 제1조 제2항에서 과잉금지의 원칙은 직접적인 근거규정으로 볼 수 있다. 모범초안 제2조는 명백히 과잉금지의 원칙을 규정하고 있다. 즉, “경찰은 가능하고 적합한 여러가지 수단 중에서 개인과 일반에게 최소의 침해를 가져오는 수단을 선택하여야 한다. 경찰은 추구하는 성과와 적정한 비례관계에 있지 아니한 조치를 취해서는 안된다. 목적을 달성할 때까지만 목적달성을 위하여 필요한 범위 안에서만 처분이 허용된다.”라고 규정하고 있다.

과잉금지의 원칙은 일반수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우 뿐만 아니라 특별수권조항에 의하여 경찰권을 발동하는 경우에도 적용되는 법원칙이다. 특히 전술한 허용된 위협의 범위를 특정하는 데 대한 기준이 된다.

Heinz Wagner, Kommentar zum Polizeigesetz von Nordrhein-Westfalen und zum Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, Luchterhad, 1987, S.124.

28) 오늘날 상당성 또는 수인가능성의 원칙(Grundsatz der Zumutbarkeit)으로도 불리우는 이 원칙은 종래 일반적으로 협의의 비례원칙(Verhältnis-mäßigkeit ieS)이라고 불려왔다.

29) 金南辰, 전계서, 208면; 李琦雨, 전계논문, 95면.

## 3) 총기사용과 過剩禁止原則

과잉금지원칙은 경찰관의 직접강제의 사용, 특히 총기 사용에 있어서 특히 중요성을 가진다. 그러한 직접강제의 사용에 대한 규제 자체는 어느 정도 비례의 원칙에 따라 단계지워졌다. 그러나 이러한 단계지움(Abstufung)에 의해서도 경찰관은 개개의 구체적인 경우에 있어서 공식적으로 허락된 조처의 적합성을 심사해야 할 의무가 면제되지 않는다.<sup>30)</sup> 왜냐하면 사람들은, 過剩禁止는 憲法上の原則이며, 그렇기 때문에 형식적인 법률상의 침해조건이 존재한다 하더라도 법익 침해에 대한 국가의 권한은 제한되어 있다는 데에서 출발하고 있기 때문이다. 그래서 독일의 경우에 법률로, 예컨대 14세 미만의 청소년에 대한 총기 사용을 제한하고 있다. 또한 독일연방통상법원은 14세 이상의 청소년에 대한 총기 사용에 있어서도 법적 조건에 추가적으로 공중에 대한 특별한 위험의 현존을 요구하고 있다. 물론 연방통상법원은 사소한 침해와 체포자로부터 탈주하려는 것에 대한 총기사용에 있어서도 그러한 위험이 존재할 것을 요구하고 있다.<sup>31)</sup> 도주자에 대한 총기사용에 있어서도 비례원칙에 위배된 큰 침해를 방지할 자신이 없는 경우에는 경찰관은 덜 위험한 수단에 의해서는 더 적은 결과가 기대될 수밖에 없더라도 덜 위험한 수단으로 후퇴해야 한다.

## 2. 主觀的 正當化要素

경찰관의 직무행위와 관련한 침해행위를 정당화하기 위하여 主觀的 正當化要素가 있어야 한다고 요구할 수 있는지, 그리고 어느 정도까지 요구할 수 있는지 문제된다. 예컨대, 경찰관이 의무에 합당하게 가능한 대안의 심사를 하지 아니하고 필요한 최소한도의 침해가 아닌 침해를 한 경우 경찰관은 정당화될 것인가가 문제된다.

Kuper는 이와 관련하여 직무상의 지위에 의한 정당화는 그 본질상 초개인적인 것이어서 개인적인 정당화요소에 좌우되지 않는

30) Amelung, 전계논문, 1344년.

31) BGHSt 26, 99; 이에 대한 비판은 Triffterer, Der tödliche Fehlschuß der Polizei, MDR 1976, 357년 이하 참조.

것이 아닐까하고 생각했다.<sup>32)</sup>

이에 대하여 Amelung은 다음과 같은 견해를 취하고 있다. 즉, 이미 公法上 侵害授權規定은 공무수행자의 주관적인 결정을 요구하고 있다는 점이 고려되어야 할 것이다. 이러한 경우는 대개 침해의 허용이 사려있는 평가, 특히 義務에 相當한(요건 또는 효과) 裁量을 요건으로 하는 경우들일 것이다.<sup>33)</sup> 공무원이 그의 판단을 의무에 합당하게 하지 아니 하였다면, 예컨대 그가 모든 결정 대안의 심사를 하지 않았을 경우, 그의 행위는 공법상 수권규정에 의하여 결코 보호되지 않는다. 그는 그러한 한도내에서 위법하게 행동한 것이다. 물론 그는 우선 어쨌든 行爲不法(Handlungsunrecht)을 실행했다. 객관적으로 그의 결정이 침해가능한 결정의 범위에 있다면, 그러한 결과가 법적으로 바람직하지 않은 것이라고 하기는 힘들 것이다. 이 경우에 있어서 結果無價値의 欠缺로부터 출발해야 할 것이다.

생각건대, 우선 직무상의 권한에 기인하여 행위한 경우에는 법령에 의하여 경찰공무원의 개인적인 요소와는 관계없이 정당화된다는 Kuper의 견해는 따를 수 없다고 생각한다. 예컨대 가능한 대안을 심사하지 아니하고 보다 큰 침해를 한 경우에는 경찰관은 이에 대해 過失責任을 져야 한다. 다만, 主觀的 注意義務 내지 回避可能性 여부에 따라 過失犯의 책임을 면할 수도 있다.

## V. 結 語

지금까지 경찰관의 직무행위와 관련하여 고권적 침해권한에 기한 정당화에 대한 이론적인 검토를 하였다. 최근 정부의 대범죄투쟁과

32) Küper, "PflichtgemäÙige prufung" bel Zuziehung von Durchsuchungszeugen, NJW 1971, 1681-1685; Küper, Die Bedeutung des § 105 Abs. 2 StPO für die RechtmäÙigkeit der Diensthandlung (§ 113 Abs. 3 StGB), JZ, 1980, 633-638; abweichend OLG Frankfurt NJW 1950, 119 ff., 120; Lampe, Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe, GA 1978, 7-12; Blei, Strafrecht I, 18. Aufl. 1983, S. 154 (Amelung, 전제논문, 1345면에서 재인용).

33) Ossenbühl, Der polizeilichen Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV 1976, 463-471.

것이 아닐까하고 생각했다.<sup>32)</sup>

이에 대하여 Amelung은 다음과 같은 견해를 취하고 있다. 즉, 이미 公法上 侵害授權規定은 공무수행자의 주관적인 결정을 요구하고 있다는 점이 고려되어야 할 것이다. 이러한 경우는 대개 침해의 허용이 사려있는 평가, 특히 義務에 相當한(요건 또는 효과) 裁量을 요건으로 하는 경우들일 것이다.<sup>33)</sup> 공무원이 그의 판단을 의무에 합당하게 하지 아니 하였다면, 예컨대 그가 모든 결정 대안의 심사를 하지 않았을 경우, 그의 행위는 공법상 수권규정에 의하여 결코 보호되지 않는다. 그는 그러한 한도내에서 위법하게 행동한 것이다. 물론 그는 우선 어쨌든 行爲不法(Handlungsunrecht)을 실행했다. 객관적으로 그의 결정이 침해가능한 결정의 범위에 있다면, 그러한 결과가 법적으로 바람직하지 않은 것이라고 하기는 힘들 것이다. 이 경우에 있어서 結果無價値의 欠缺로부터 출발해야 할 것이다.

생각건대, 우선 직무상의 권한에 기인하여 행위한 경우에는 법령에 의하여 경찰공무원의 개인적인 요소와는 관계없이 정당화된다는 Kuper의 견해는 따를 수 없다고 생각한다. 예컨대 가능한 대안을 심사하지 아니하고 보다 큰 침해를 한 경우에는 경찰관은 이에 대해 過失責任을 져야 한다. 다만, 主觀的 注意義務 내지 回避可能性 여부에 따라 過失犯의 책임을 면할 수도 있다.

## V. 結 語

지금까지 경찰관의 직무행위와 관련하여 고권적 침해권한에 기한 정당화에 대한 이론적인 검토를 하였다. 최근 정부의 대범죄투쟁과

32) Küper, "PflichtgemäÙige prufung" bel Zuziehung von Durchsuchungszeugen, NJW 1971, 1681-1685; Küper, Die Bedeutung des § 105 Abs. 2 StPO für die RechtmäÙigkeit der Diensthandlung (§ 113 Abs. 3 StGB), JZ, 1980, 633-638; abweichend OLG Frankfurt NJW 1950, 119 ff., 120; Lampe, Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe, GA 1978, 7-12; Blei, Strafrecht I, 18. Aufl. 1983, S. 154 (Amelung, 전제논문, 1345면에서 재인용).

33) Ossenbühl, Der polizeilichen Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV 1976, 463-471.

관련하여 경찰관의 총기사용이 급증하고 있다.<sup>34)</sup> 따라서 이에 대한 이론정립이 시급한 시기에 총기사용에 대한 법원의 판결은, 비록 민사사건이기는 하지만, 시사하는 바가 크다 하겠다.<sup>35)</sup> 경찰관이 달아나는 범죄피의자에게 총을 쏘아 사망케 한 것은 職務上 不法行爲라는 법원의 판단에 대해 고찰함으로써 이 글을 마무리하고자 한다.

- 사건개요:

피해자는 1989년 9월 28일 경기도 성남시 수진1동 수진슈퍼마켓 앞길에서 흉기를 휘두르며 패사움을 벌리고, 경찰이 신고를 받고 출동하자 도주하다가 경찰관이 쏜 두발의 총탄에 심장과 간장을 맞고 그 자리에서 숨졌다.<sup>36)</sup>

- 서울지방법원 판결 내용:

“경찰관은 경찰관직무집행법상 범죄피의자가 항거, 도주함으로써 무기를 사용하지 않고는 다른 수단이 없다고 인정되는 경우에만 사태를 합리적으로 판단, 무기를 사용해야 한다. 급박한 위험을 피하기 위해 달아나는 범죄피의자를 뒤따라가면서까지 권총을 발사해 사망케 한 것은 필요한 한도를 넘어 총기를 사용한 職務上 不法行爲이다.

그러나 당시 범죄피의자가 흉기를 휘둘러 경찰관의 총기 발사를

34) 1990년 1월부터 6월말까지 경찰관의 총기사용은 모두 32건으로 지난해 같은 기간보다 4배나 증가했다. 국민일보 1990. 8. 22.

35) 서울민사지법판결 1990. 8. 22, 89가합66010, 법률신문 1990. 10. 22, 9면.

36) 국민일보 1990. 8. 22. 성남경찰서 수진파출소 소속 순경 소외 또는 1989년 8월 28일 03시 30분경 위 파출소에서 근무하던 중 관내를 순찰중이던 방범대원들로부터 일단의 폭력배들이 성남시 수성구 수진 2동 2951번지 부근에서 흉기를 들고 그 인근의 민들레주점 등 유흥업소의 시설을 마구 손괴하고 있다는 부선연락을 받고 같은 순경 乙 등과 함께 권총을 소지하고 출동하여 그날 3시 40분경 같은 시 수진1동 246번지 소재 영진부동산앞 노상에서 7,8명의 폭력혐의자들이 모여 있는 것을 발견하고 이들을 검거하려 하였던 바, 위 혐의자들이 오히려 흉기를 휘두르며 항거하므로 공포 1발을 발사하였는데, 이에 위 혐의자들이 사방으로 흩어져 도주하므로 그들중 주모자로 보이는 소외 丙이 그 부근 태양슈퍼 쪽의 언덕진 골목길로 도주하는 것을 뒤따라 추격하였던 사실, 같은 날 03시 45분경 위 丙이 같은 시 수진1동 1251번지 소재 소외 丁의 집 대문 앞에 은신하여 있는 것을 발견한 위 甲은 그를 향하여 권총을 겨누며 두손을 들고 한걸음 나서는 듯 하더니 방급전 올라왔던 아랫쪽 길로 되돌아 쏘았같이 도주하므로 위 丙의 다리끼를 향하여 총탄 1발을 발사하고, 그래도 멈추지 않고 계속 도주하자 약 90여미터를 추격하여 2발의 총탄을 더 발사하였던 사실, 위 丙은 위 甲이 위와 같이 발사한 총탄 중 1발을 우측대퇴부에, 다른 1발을 좌측흉부에 맞고, 심장, 간 판통총상에 의한 출혈로 인하여 그시경 현장에서 사망하였다.

유도한 데 대한 책임은 면키 어렵다. 따라서 원고측이 청구한 손해 배상액 7천3백만원 중 2천4백만원만 배상하라.”

이 판결에서 법원은 도주피의자에 대한 경찰관의 무기사용은 警察官職務執行法 제11조 제1호 내지 제4호에서의 무기사용범위를 넘어서는 직무상 불법행위라고 하고 있다. 우선 예후적 판단에 대한 허용된 위험이란 관점에서 고찰해 보자. 피살된 피의자가 사형 또는 무기 또는 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있는 자, 이에 대한 판단은 경찰관의 상황에 있는 전문적이고 사려깊은 판단자의 입장에서 충분히 이해될 수 있다. 그리고 이러한 피의자가 도주하고 있었다는 사실도 명백하다. 이를 방지 또는 체포하기 위해 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는가도 경찰관의 상황에 있는 전문적이고 사려깊은 판단자의 입장에서 충분히 이해할 수 있다.

그러면 무기사용은 정당화되는가? 여기에서 過剩禁止라는 憲法上의 原則에 따라 판단해야 한다. 만일 경찰관이 피의자를 사살하지 않고서도 공포탄의 발사 혹은 하체를 향해 쏜다든지 하는 치명적인 사살이 아닌 총기 사용에 의해서 도주를 방지할 수 있다는 것이 그 경찰관의 상황에 있는 전문적이고 사려깊은 판단자의 입장에서 충분히 이해될 수 있는데 사살하였다면, 과잉금지원칙에 반하여 정당화될 수 없을 것이다.

그리고, 만약 그 경찰관이 두번째 경고탄을 발사하려고 하다가 치명상 혹은 사살되었을 경우라면, 나아가 하체에 치명적이지 않은 사격을 하려던 것이 잘못하여 사살된 경우라면 어떻게 될 것인가? 이 경우에는 결과발생에 있어서의 許容된 危險이라는 관점에서 달라질 것이다. 왜냐하면 결과발생에 대해서는 누구도 예측할 수 없고, 이를 직무상 불법행위라고 한다면, 이에 대한 피의자 또는 제3자의 경찰관에 대한 공격행위는 정당방위가 될 것이다. 따라서 주관적 주의의무 위반을 부인하고 경찰관을 면책시킨다 하더라도 경찰관의 직무집행행위는 상당히 제약을 받게 될 것이다. 따라서 정당한 직무행위라고 하여야 할 것이다.

그런데 이와 같이 새길 경우 어떠한 문제가 생길 것인가? 결과적으로는 부당한 공권력의 행사에 의하여 침해받은 피의자 또는 피부양가족의 정신적·물질적 손실이 문제된다. 따라서 이와 같은 경우에는 피의자의 과실을 상계하고 난 일정한 한도의 損失補償을 해주어야 할 것이다. 이처럼 허용된 위험은 손실보상법에 의해 완성되는 것이다. 그런데 아직 우리나라에는 이에 대한 基本法도 보상규정도 없다. 따라서 당분간 경찰관의 客觀的 注意義務의 範圍와 許容된 危險의 範圍를 엄격히 새김으로써 피해자의 손실을 보상해야 할 것이다.