

# 日本警察官의 銃器使用에 관한 研究

李 基 鎬\*

## 〈目 次〉

- |                         |                          |
|-------------------------|--------------------------|
| I. 緒 說                  | 5. 警 告                   |
| II. 犯罪로 인한 被害狀況         | 6. 武器使用의 前提要件            |
| 1. 生命·身體의 被害와 供用物       | IV. 警察官의 銃器使用에 관한 判例의 檢討 |
| 2. 警察官의 被害狀況            | 1. 銃器使用에 관한 刑事判例概說       |
| III. 警察官의 銃器使用에 관한 法理   | 2. 銃器使用에 의한 加害의 適法性      |
| 1. 日本에서의 問題狀況           | 3. 逃走防止를 위한 銃器使用과 犯人의 死亡 |
| 2. 警職法 第7條와 刑法 第35條의 關係 | V. 結 語                   |
| 3. 「武器」의 概念             | 參考文獻                     |
| 4. 實力行使와 武器의 使用         |                          |

## I. 緒 說

배를 가르는 것이 바람직하지 않은 줄 알면서도 배속의 환부를 치료하기 위해서는 배를 찌지 않을 수 없는 경우가 있다. 이런 경우 우리는 흔히 必要惡

\* 警察大學 法學科 教授

이라는 표현을 쓴다. 反社會的인 犯罪에 대응하여 平和로운 自由社會를 이루고자하는 노력은 끊임없이 어느 하나도 放棄할 수 없는 諸價値의 共存과 調和를 위한 고뇌의 과정이었음을 보여 주기도 한다. 刑事司法의 理念으로서 實體的眞實과 人權의 保障을 위한 適正節次의 法理를 발견한 것은 비유컨대 내과의사들이 오랜 고민끝에 수술을 하지 않고도 몸안에 들어있는 結石을 제거하는 방법을 찾아낸 것이 단순한 선택에 의한 문제해결이 아닌 諸價値의 새로운 조화의 원리로 파악될 수 있다.

警察官의 銃器使用에 관한 문제를 생각할 때에도 個人의 生命에 대한 존중과 社會公共의 利益을 위한 法執行과의 均衡의 문제로서 그 危害許容要件을 法的으로 明確히 할 必要가 있음을 알면서도 惹起될 수 있는 모든 사안을 예상하여 전형적인 基準을 두는 것의 곤란함에 봉착하게 된다. 이에 관한 실천적기준의 제시는 구체적인 銃器使用의 실제예에 의하여 必要最小限度라는 社會的 妥當性의 判斷基準을 발견함으로써 가능할 것이다.

본고에서는 이러한 문제점에 초점을 맞추어 보다 구체적인 銃器使用의 判斷基準에 접근하기 위하여 犯罪로 인한 피해상황등을 살펴봄으로써 銃器使用의 必要性을 확인하고 누적된 日本의 判例를 검토하고자 한다. 日本은 일반시민의 무기사용을 不許하고 法律로 정한 자만이 職務上 拳銃등을 휴대할 수 있게 한점, 경찰관에 의한 武器使用의 根據가 되는 警察官職務執行法 7條가 우리의 警職法 第11條와<sup>1)</sup> 유사한 점등 法的規律에 있어서는 우리나라와 매우 비슷하다고 할 수 있지만 實務上 銃器使用의 運用은 상당히 차이를 보이고 있다. 그것은 짐작컨대 단순히 기술적인 차원을 넘어 歷史와 文化의 차이에서 비롯된 것으로 생각된다.

1) 警職法 第11條의 法理에 관해서는 拙稿, 警察官의 銃器使用에 관한 法理, 警察大學 論文集 第12輯, 1992, 16~25面 參照.

## II. 犯罪로 인한 被害狀況

警察官에 의해 使用되는 銃器의 문제를 다루는 것은 오늘날 各國의 立法機關에서 當面하는 문제중의 하나이다. 法을 守護하고 市民을 保護하며 警察官 자신의 安全을 지키는 警察官의 能力은 凶暴한 犯罪가 보통의 장소에서 發生하고 凶器가 쉽게 구입될 수 있으며 最近 不法武器의 所持가 증가함에 따라 이러한 어려움과 위험은 때와 장소에 구별없이 노출되어 있다고 할 것이다.

### 1. 生命·身體의 被害와 供用物

최근 3년간(88~90년) 治安本部의 總計資料에 의하면<sup>2)</sup> 犯罪로 인한 生命·

〈表 1〉 刑法犯 死傷者數의 推移

年 次	被 害 者 數		計
	死 亡	負 傷	
1983	3,549(2.8)	122,915(97.2)	126,464(100.0)
84	3,324(2.6)	122,451(97.4)	125,775(100.0)
85	3,242(2.6)	122,091(97.4)	125,333(100.0)
86	3,170(2.4)	129,985(97.6)	133,155(100.0)
87	3,563(2.6)	134,824(97.4)	138,387(100.0)
88	2,943(2.2)	133,494(97.8)	136,437(100.0)
89	641(1.7)	36,077(98.3)	36,718(100.0)
90	2,673(2.3)	113,800(97.7)	116,476(100.0)

1. 治安本部 發行, 犯罪分析에 의함
2. ( )은 形법법에 대한 비율
3. 交通關係業過는 제외.

2) 治安本部發行, 犯罪分析에 의함(特別法犯 및 交通關係業過는 除外)

〈表 2〉 檢舉된 強盜 및 殺人犯罪의 供用物

罪 名 供用物別	強 盜				殺 人				계
	1988	1989	1990	소 계	1988	1989	1990	소 계	
凶器所持	1,490	1,529	917	3,936	229	231	144	604	4,540
銃 器	4	17	3	24	5	1	2	8	32
模擬銃器	3	14	5	22	2	—	—	2	24
刀 劍	945	976	235	2,156	131	146	79	356	2,512
도끼	15	22	1	38	4	4	2	10	48
낫	11	6	3	20	6	3	1	10	30
麻 醉 劑	4	22	3	29	—	2	—	2	31
毒 劇 物	1	2	—	3	12	9	5	26	29
棍 棒	18	12	3	33	1	—	1	2	35
뺨찌	29	3	3	35	—	—	—	—	35
드라이버	36	36	17	89	1	1	—	2	91
줄 (끈)	22	20	10	52	11	8	5	24	76
돌	37	40	11	88	3	4	3	10	98
其 他	365	359	153	877	53	53	46	152	1,029
所持無	2,047	2,007	3,391	7,445	324	289	462	1,075	8,520
計	3,537	3,536	4,308	11,381	553	520	606	1,679	13,060

※ 治安本部, 犯罪分析에 의하여 再構成

※ 單位：件數(檢舉事件票에 의함)

身體의 被害는 1988년에는 死亡 2,943名, 傷害 133,494(計 136,437名)名에 이르고 1989년에는 死亡 641名, 傷害 36,077名(計 36,718名), 1990년에는 死亡

2,676名, 傷害 113,800名(計 116,476名)에 달하고 있다(表 1 參照).

특히 強盜와 殺人犯罪의 총 검거건수 13,060건중(1988 : 3,537+553, 1989 : 3,536+520, 1990 : 4,308+606)이들 犯罪의 供用物은 별표 2와 같이 犯行중 흉기를 소지한 비율은 殺人이 36.5%(88 : 41.3%, 89 : 44.4% 90 : 23.7%), 強盜가 35.5%(88 : 42.1%, 89 : 43.2% 90 : 21.3%)이며 供用된 흉기의 종류는 두 罪 모두 刀劍類가 주종을 이루고 있는바 殺人은 58.4%(88 : 57.2%, 89 : 63.2%, 90 : 54.9%)가, 強盜는 54.8%(88 : 63.4%, 89 : 63.8%, 90 : 54.9%)가 刀劍을 사용한 것으로 나타나고 있다. 그외에도 銃器나 도끼, 낫등 凶器의 使用은 警察官이 이들 犯罪의 制壓·檢舉時 銃器를 使用하지 않고는 警察活動이 不可能함을 말해준다(表 2 參照).

## 2. 警察官의 被害狀況

警察活動이라함은 警察官이 法令에 의한 職務를 수행하기 위한 諸活動을 말하는 것으로 여기에서는 銃器使用과 關聯하여 被疑者의 檢舉를 위한 경우 내지 示威의 鎮壓을 위한 警察活動이 주로 대상이 된다.

먼저 被疑者의 檢舉活動에 따른 최근 5년간(86~90) 警察官의 生命·身體의 被害는 死亡 12名, 負傷493名으로 나타나고 있고 이는 주로 殺人·強盜등 強力犯罪의 犯人檢舉活動에 따른 犯人의 항거와 과격시위에 대한 制壓·해산 활동에 수반된 것이다. 특히 최근(1991年中) 범인검거활동중 警察官의 피격 부상된 사례를 보면

1. 91.4.1, 13:40 구로구 독산2동 378-334 노상, 서울남부서 독산2파출소 경장 김영태(55.10.23)는 거수자 불심검문중 피검문자인 김기찬(17세)이 등산용칼로 어깨를 찔러 6주상해를 입고
2. 91.4.26, 12:05 충북 옥천 군북지서앞 노상, 충북 옥천서 군북지서 순경

2,676名, 傷害 113,800名(計 116,476名)에 달하고 있다(表 1 參照).

특히 強盜와 殺人犯罪의 총 검거건수 13,060건중(1988 : 3,537+553, 1989 : 3,536+520, 1990 : 4,308+606)이들 犯罪의 供用物은 별표 2와 같이 犯行중 흉기를 소지한 비율은 殺人이 36.5%(88 : 41.3%, 89 : 44.4% 90 : 23.7%), 強盜가 35.5%(88 : 42.1%, 89 : 43.2% 90 : 21.3%)이며 供用된 흉기의 종류는 두 罪 모두 刀劍類가 주종을 이루고 있는바 殺人은 58.4%(88 : 57.2%, 89 : 63.2%, 90 : 54.9%)가, 強盜는 54.8%(88 : 63.4%, 89 : 63.8%, 90 : 54.9%)가 刀劍을 사용한 것으로 나타나고 있다. 그외에도 銃器나 도끼, 낫등 凶器의 使用은 警察官이 이들 犯罪의 制壓·檢舉時 銃器를 使用하지 않고는 警察活動이 不可能함을 말해준다(表 2 參照).

## 2. 警察官의 被害狀況

警察活動이라함은 警察官이 法令에 의한 職務를 수행하기 위한 諸活動을 말하는 것으로 여기에서는 銃器使用과 關聯하여 被疑者의 檢舉를 위한 경우 내지 示威의 鎮壓을 위한 警察活動이 주로 대상이 된다.

먼저 被疑者의 檢舉活動에 따른 최근 5년간(86~90) 警察官의 生命·身體의 被害는 死亡 12名, 負傷493名으로 나타나고 있고 이는 주로 殺人·強盜등 強力犯罪의 犯人檢舉活動에 따른 犯人의 항거와 과격시위에 대한 制壓·해산 활동에 수반된 것이다. 특히 최근(1991年中) 범인검거활동중 警察官의 피격 부상된 사례를 보면

1. 91.4.1, 13:40 구로구 독산2동 378-334 노상, 서울남부서 독산2파출소 경장 김영태(55.10.23)는 거수자 불심검문중 피검문자인 김기찬(17세)이 등산용칼로 어깨를 찔러 6주상해를 입고
2. 91.4.26, 12:05 충북 옥천 군북지서앞 노상, 충북 옥천서 군북지서 순경

유근봉(60.10.1)는 수배 도주차량 검문중 충격후 도주하여 16주의 부상을 입었으며

3. 91.5.6, 11:50 동대문구 휘경동 289-4 박황운가, 청량리서 휘경파출소 근무 순경 변청식(65.8.3)은 강도 신고 출동하여 범인검거차 격투중 범인의 재크나이프에 찔려 8주상해의 부상을 입은 경우를 볼 수 있다.

이들 범인의 피격에 의한 警察官이 순직 및 부상실태를 년도별로 살펴본 것이 <表 3>이며 순직자의 피격상황은 <表 4>에서 보는 바와 같다.

<表 3> 범인피격 순직자 및 부상자

연 도	사 망 자	부 상 자	비 고
계	16	807	
83	2	54	
84	1	64	
85	1	72	
86	1	60	
87	3	78	
88	2	85	
89	5	120	
90	1	150	
91		124	

이러한 警察官의 生命·身體에 대한 被害狀況은 銃器들이 전지역에서 구입되고, 合法的 또는 非合法的으로 이를 사용할 수 있는 美國에서는 더욱 더 어려운 상황이다. 이런 상황의 충격은 警察官이 殺害당하고 공격당한 FBI의 통

74件, 1984년 66件, 1985년 69件, 1986년 62件) 1986년에는 또 다른 64,259명이 근무중에 공격당한 사실을 지적하고 있다.<sup>3)</sup>

또한 FBI는 그들의 UCR보고서에서 미국내에서 1986년에 평균 100名중 17名의 警察官들이 공격당한 사실을 인지하고 있다. 研究調査에 기초를 둔 非公式的인 통계에 따르면 400名 이상의 市民들이 매년 警察官에 의해서 正當하게 살해 당하고 있음도 지적되고 있다.<sup>4)</sup>

〈表 5〉 일본 경찰관 순직상황(1971~1981.3.31日 現在)

原因 件數·人員	犯人の凶器		交通事故		教育·訓練		病·過勞等		기 타		計	
	件數	人員	件數	人員	件數	人員	件數	人員	件數	人員	件數	人員
1971	3	5	18	18	3	3	3	3	6	6	33	35
72	3	4	19	20	2	2	8	8	5	5	37	39
73	2	2	14	14	5	5	2	2	4	4	27	27
74	5	6	10	10	0	0	0	0	1	1	16	17
75	1	1	13	15	1	1	3	3	0	0	18	20
76	2	2	12	12	1	1	5	5	2	3	22	23
77	1	1	8	8	2	2	1	1	2	2	14	14
78	1	1	6	6	1	1	2	2	1	1	11	11
79	3	4	9	9	2	2	0	0	1	1	15	16
80	2	2	6	6	3	3	2	2	0	0	13	13
81	0	0	1	1	1	1	0	0	0	0	2	2
計	23	28	116	119	21	21	26	26	22	23	208	217

※ 資料, 最上孝雄, 「外勤警察官の受像事故防止について」保安と外勤7卷10號(1981). 16面.

3) 拙稿, 미국에서의 총기 규제, 형사정책연구소식, 1991. 11·12월호, 6面

4) Use of Force, IA(P/BJA National Law Enforcement Police Center, February, 1989, 이러한 상황은 불법무기의 유출이나 밀수입증가와 조직범죄가 효과적으로 제어되지 않으면 머지않아 우리의 상황이 될 수도 있다.

〈表 4〉 범인피격순직자(16명)

서울관악서	경장	서정환	83.11. 8	무장탈영병 총탄에 사망
충북제천서	순경	김필규	83.12.31	범인에게 피격사망
대구동부서	경장	최정영	84. 3.23	피의자폭행 전도사망
서울강동서	순경	윤민상	85. 6.10	강도범검거중 칼에 찔려 사망
서울강릉서	순경	전명탁	87. 1.28	불심자의 칼에 찔려 사망
서울성동서	순경	조현곤	86.12.27	절도범 식칼에 찔려 사망
서울1기동대	순경	변한우	87. 1.11	범인이 목을 졸라 질식사
전남광주서	경장	신성만	87.12.30	시위대 화염병에 맞아 사망
서울강남서	순경	이한응	88. 1.31	범인의 칼에 찔려 사망
경남천포서	경장	장용업	88. 3.24	범인의 칼에 찔려 사망
부산형기대	경장	최동문	89. 5.23	동의대사태진압중 화염병에 사망
부산형기대	순경	박병환	"	"
부산형기대	순경	정영환	"	"
부산형기대	순경	조덕래	"	"
충남온양서	경장	조문한	89. 9.30	폭력피의자의 칼에 찔려 사망
경기기동2중대	경감	안병업	90. 9.12	시위진압중 돌에 맞아 사망

일범죄보고서(U.S : Depart of Justice, FBI Uniform Crime Report)에 의하여 쉽게 알 수 있다. 미국에서는 매년 총기에 의한 약 8천건의 살인, 17만 7천건의 強盜, 15만 4천건의 폭행·상해, 수만건의 強姦事件이 발생하여 매년 약 2만 명의 사망과 30만명 이상이 銃器에 의한 凶惡犯罪의 被害者가 되고 있다. 특히 1985年の 殺人事件 중 약 59%가 銃器를 사용한 것이며 警察官의 殉職事件 중 약 7할이 권총에 의하여 흉악하게 살해당했으며(1982년 92件, 1983년

銃器規制狀況이 우리와 비슷한 日本의 경우에도 <表 5>와 같이 1971~1981년간 순직경찰관 217名중 범인의 흉기로 인한 死亡이 28名으로 평균 13%에 달한다.

日本의 경우 自衛隊(20만명)와 警察(25만명)에 다음가는 제3의 무장집단으로, 85년말 현재 2천단체 약 10만의 병력으로 집계되고 수많은 권총·장총을 보유하고 그들중의 90%<sup>5)</sup>는 전과자, 반 이상이 해마다 한번씩 警察에 검거되며 일본 전체 국민의 0.1%에 불과한 이들이 전체 刑事犯의 0.1%정도를 차지하고 있다.

이러한 武裝犯罪者에 대응하여 검거하기 위해서는 警察의 武器使用도 확대될 수 밖에 없을 것이며 그 필요성도 증대할 것이다.

### Ⅲ. 警察官의 銃器使用에 관한 法理

#### 1. 日本에서의 問題狀況

日本警察官의 銃器使用의 法理上 제기되는 기본적인 문제는 다음과 같이 警察官은 刑法194條·195條<sup>6)</sup> 犯罪의 主體가 될 수 있으므로 銃器에 의한 威嚇·殺傷은 特別公務員暴行陵虐犯·同致死傷罪(195·196條)의 構成要件에 해당하고 경우에 따라 그 違法성이 阻却된다. 그러나 그 理論構成은 반드시 明確하지는 않다.

먼저 構成要件에 관한 문제로서 銃器를 사람에게 대하여 발사하는 행위는 未必的으로 殺意를 수반하지만 이러한 경우의 法適用을 논하는 문헌은 별반 없

5) 拙稿, 組織犯罪에 관한 研究, 玄石金兼圭先生 古稀紀念「現代法の 問題」1989, 258~269面.

6) 本 論文의 主題가 日本에 관한 것이므로 여기서 인용하는 法令과 條文은 모두 日本의 그것을 말하는 것이다.

銃器規制狀況이 우리와 비슷한 日本의 경우에도 <表 5>와 같이 1971~1981년간 순직경찰관 217名중 범인의 흉기로 인한 死亡이 28名으로 평균 13%에 달한다.

日本의 경우 自衛隊(20만명)와 警察(25만명)에 다음가는 제3의 무장집단으로, 85년말 현재 2천단체 약 10만의 병력으로 집계되고 수많은 권총·장총을 보유하고 그들중의 90%<sup>5)</sup>는 전과자, 반 이상이 해마다 한번씩 警察에 검거되며 일본 전체 국민의 0.1%에 불과한 이들이 전체 刑事犯의 0.1%정도를 차지하고 있다.

이러한 武裝犯罪者에 대응하여 검거하기 위해서는 警察의 武器使用도 확대될 수 밖에 없을 것이며 그 필요성도 증대할 것이다.

### Ⅲ. 警察官의 銃器使用에 관한 法理

#### 1. 日本에서의 問題狀況

日本警察官의 銃器使用의 法理上 제기되는 기본적인 문제는 다음과 같이 警察官은 刑法194條·195條<sup>6)</sup> 犯罪의 主體가 될 수 있으므로 銃器에 의한 威嚇·殺傷은 特別公務員暴行陵虐犯·同致死傷罪(195·196條)의 構成要件에 해당하고 경우에 따라 그 違法성이 阻却된다. 그러나 그 理論構成은 반드시 明確하지는 않다.

먼저 構成要件에 관한 문제로서 銃器를 사람에게 대하여 발사하는 행위는 未必的으로 殺意를 수반하지만 이러한 경우의 法適用을 논하는 문헌은 별반 없

5) 拙稿, 組織犯罪에 관한 研究, 玄石金兼圭先生 古稀紀念「現代法の 問題」1989, 258~269面.

6) 本 論文의 主題가 日本에 관한 것이므로 여기서 인용하는 法令과 條文은 모두 日本의 그것을 말하는 것이다.

으며 實務上으로도 상당히 혼란스러움을 볼 수 있다. 이것은 이른바 「故意있는 結果的 加重犯」의 한 유형으로 파악될 수 있다. 이 경우 特別公務員暴行陵虐致死罪는 항상 殺人罪보다 輕하게 되는 不合理的가 있으며 그 保護法益이 殺人罪와는 구별되므로 殺人罪로 다루는 것은 불가능하다. 또한 特別公務員暴行陵虐致死罪와 殺人罪의 想像的競合으로 하면 死亡의 2중 平價가 되어 타당하지 않다. 그렇다면 결국 特別公務員暴行陵虐罪·殺人罪의 想像的競合犯으로 다루어야 하지 않느냐는 논의가 그 하나이다.

다음으로 違法性阻却의 근거법도 명확하지 않다. 우선 警察官職務執行法(이하 警職法이라 한다)에서 武器의 使用에 관한 第7條는 本文이 「武器를 使用」하기 위한 要件이고 但書가 사람에게 「危害」를 가할 수 있는 要件으로 구성되어 있으며 「危害」의 要件의 하나로 正當防衛·緊急避難에 해당하는 경우를 들고 있다. 「使用」과 「危害」의 구별은 「危害를 주지 않는 使用(겨눔과 위협발사)」 「危害를 주는 使用」의 2단계를 想定하고 있음을 의미한다. 그리고 警察官拳銃警棒等使用 및 取扱規範(昭37國公委規7) 第7條도 같은 拳銃使用要件을 정하고 있지만 여기서는 「겨누기 또는 쏘기」 「상대를 향하여 쏘는」등으로 구별하고 후자의 要件의 하나로 正當防衛·緊急避難도 生命·身體의 防護에 한정되며 警職法보다 엄격한 요건을 정하고 있다.

위와같은 要件을 충족한 拳銃使用이 適法하게 되므로 自己·他人의 防護를 위한 危害도 正當防衛·緊急避難으로서 違法性이 阻却되는 것이 아니라는 견해가 있다.<sup>7)</sup> 이러한 입장에서는 만약에 刑法36條·37條의 직접 적용을 인정한다면 警職法7條와 관계없이 違法性이 阻却되어 同條의 규정자체가 전혀 무의미해 진다는 것이다. 警察官에게 휴대가 허용되는 拳銃을 사용하는 한 그것은 警察官으로서의 職務行爲가 되며 正當防衛·緊急避難은 職務行爲의 要件의 일

7) 原田 保, 「警察官の拳銃使用, どころが問題か」, 法學セミナー, 1991.2. 15面.

부일 수 밖에 없다. 따라서 위와 같은 危害도 法令에 의하여 警察官에게 부여된 權限에 기인한 行爲로서 適法하게 된다고 할 수 있으며 그 根據法條는 刑法 第35條에서 구할 수 있을 것이다.

그런데 종래의 下級審判例는 刑法 第36條에 의해 직접 違法性을 阻却하는 것으로 판시해 오고 있다.<sup>8)</sup> 다만 위에서 말한 「刑法36條→警職法7條→刑法35條」라는 관련을 명시한 최초의 판시는 「시작크(シージャツ)」事件에 관한 것이었다.<sup>9)</sup> 이러한 잘못된 法適用이 통용된 것 자체도 놀랄 일이지만 法理의 오류는 審理의 오류와 무관하지 않다는 점을 고려할 때 자칫 法適用의 전제되는 事實認定의 신뢰성에도 영향을 줄 수 있음이 지적되고 있다.

## 2. 警職法 第7條와 刑法 第35條의 관계

武器의 휴대 및 사용이 인정되는 직종은 警察官외에 監獄官吏(監獄法 § 20) 鐵道公安職員(鐵道公安職員의 職務에 관한 法律 § 7 § 8) 稅關職員(關稅法 § 104) 및 立國審査官·立國警備官(出入國管理令 § 61) 麻藥取締(團束)官吏(麻藥取締法 § 54⑦,⑧), 海上保安官, 海上保安官補(海上保安廳法 § 19, § 20) 등이 있으나 이들 根據法令중 危害許容要件이 정해져 있는 것은 警職法7條와 出入國管理令61條 뿐이다. 이에 대하여 「이러한 規定方法인 다른 것은 職務의 性質에 따른 것으로 실제로 武器를 사용할 기회가 많은 警察官에 대해서는 그 使用要件을 具體的이고도 明確히 제시할 必要가 있기 때문」이라는 견해도 있지만<sup>10)</sup> 警職法7條가 刑法35條를 제한한 것으로 해석하고 武器의 사용이 本條에 의해 創設된 것으로 해석하면 本條는 危害要件을 규정하지 않은 다른 法令

8) 예컨대, 東京高決昭32.11.11 東高時報刑8-11-388; 大阪地決 昭 36.5.1 下刑集 3-5=6-605; 福岡地決 昭42.3.6 下刑集 9-3-233.

9) 廣島地決 昭46.2.26, 刑月3-2-310.

10) 突戶基男·涉谷亮, 警察官權限法註解 I, 立花書房, 1963, 115面. 原田 保, 「警察官의 武器使用と正當防衛」 法學研究 第25卷第2號, 愛和學院大學 法學會, 1982, 121面.

부일 수 밖에 없다. 따라서 위와 같은 危害도 法令에 의하여 警察官에게 부여된 權限에 기인한 行爲로서 適法하게 된다고 할 수 있으며 그 根據法條는 刑法 第35條에서 구할 수 있을 것이다.

그런데 종래의 下級審判例는 刑法 第36條에 의해 직접 違法性을 阻却하는 것으로 판시해 오고 있다.<sup>8)</sup> 다만 위에서 말한 「刑法36條→警職法7條→刑法35條」라는 관련을 명시한 최초의 판시는 「시작크(シージャツ)」事件에 관한 것이었다.<sup>9)</sup> 이러한 잘못된 法適用이 통용된 것 자체도 놀랄 일이지만 法理의 오류는 審理의 오류와 무관하지 않다는 점을 고려할 때 자칫 法適用의 전제되는 事實認定의 신뢰성에도 영향을 줄 수 있음이 지적되고 있다.

## 2. 警職法 第7條와 刑法 第35條의 관계

武器의 휴대 및 사용이 인정되는 직종은 警察官외에 監獄官吏(監獄法 § 20) 鐵道公安職員(鐵道公安職員의 職務에 관한 法律 § 7 § 8) 稅關職員(關稅法 § 104) 및 立國審査官·立國警備官(出入國管理令 § 61) 麻藥取締(團束)官吏(麻藥取締法 § 54⑦,⑧), 海上保安官, 海上保安官補(海上保安廳法 § 19, § 20) 등이 있으나 이들 根據法令중 危害許容要件이 정해져 있는 것은 警職法7條와 出入國管理令61條 뿐이다. 이에 대하여 「이러한 規定方法인 다른 것은 職務의 性質에 따른 것으로 실제로 武器를 사용할 기회가 많은 警察官에 대해서는 그 使用要件을 具體的이고도 明確히 제시할 必要가 있기 때문」이라는 견해도 있지만<sup>10)</sup> 警職法7條가 刑法35條를 제한한 것으로 해석하고 武器의 사용이 本條에 의해 創設된 것으로 해석하면 本條는 危害要件을 규정하지 않은 다른 法令

8) 예컨대, 東京高決昭32.11.11 東高時報刑8-11-388; 大阪地決 昭 36.5.1 下刑集 3-5=6-605; 福岡地決 昭42.3.6 下刑集 9-3-233.

9) 廣島地決 昭46.2.26, 刑月3-2-310.

10) 突戶基男·涉谷亮, 警察官權限法註解 I, 立花書房, 1963, 115面. 原田 保, 「警察官의 武器使用と正當防衛」 法學研究 第25卷第2號, 愛和學院大學 法學會, 1982, 121面.

과 要件에 차별을 둔 것이 된다. 따라서 본질적으로 달리 볼 수 없는 武器의 사용이 廣·狹의 두가지 형태의 法令이 존재하는 것으로 되어 논리적인 해석이 어려워진다.

危害許容要件이 명확해졌다고 하더라도 그것은 엄격한 制限要件이라기 보다는 하나의 基準이라고 해야 할 것이며 武器의 使用에 대해서도 警察權行事的 限界에 관한 法理가 당연히 적용된다. 또한 刑法35條는 本條의 유무에 불구하고 모든 警察官의 職務行爲에 적용된다고 할 것이므로 이러한 입장에서 다음과 같은 견해가 한층 논리적으로 타당한 해석론으로 생각된다. 즉 「警職法7條가 刑法35條를 제한한 것으로 해석하는 입장에 서면 武器의 사용이 本條에 의하여 創設된 것으로 된다. 그렇게 해석하면 警察官과 鐵道公安職員 사이에 武器使用의 條件에 차별이 생기며 警職法7條의 要件에 해당하지 않는 武器使用은 설령 刑法35條에 해당하는 경우라도 違法한 것으로 보지 않을 수 없다. 따라서 刑法35條는 本條의 有無에 불구하고 모든 警察官의 職務行爲에 適用된다고 해석하여야 한다. 그러므로 本條는 警察官의 實力行使에 있어 最高度の 단계인 武器使用 특히 武器에 의한 殺傷에 관하여 結果의 重大성과 人權尊重의 精神에서 武器使用이 許容되는 典型的基準을 명확히 하고 그 濫用을 경계한 것으로 볼 수 있다. 즉 警察官은 本條에서 정한 基準에 따라 武器를 사용하는 限 그것은 違法이 아님을 明白히 하고, 刑法35條의 一般條項을 分析해서 警察官의 職務執行時 武器使用에 관한 法的根據를 제시함과 동시에 그 基準에 該當하지 않는 武器使用은 一般的으로 違法視될 危險이 있다고 하며 그 濫用을 경계하고 있는 것이다. 그러나 本條의 基準에 該當하지 않더라도 실제로 職務執行上 부득이한 武器의 使用은 사람을 殺傷하더라도 역시 刑法35條에 의해서 違法하지 않는 경우가 있을 수 있다」는 것이다.<sup>11)</sup>

11) 出射義夫, 警察權限詳論, 警察時報社, 1959, 182~3面  
小早川政雄, 「警察官의 武器使用」, 警察學論集, 26卷 8號, 1973, 50面.

### 3. 「武器」의 概念

日本에 있어서 武器의 携帶 및 使用에 대한 根據法令은 전술한 바와 같지만 武器의 意義에 관해서는 監獄法20條에 劍·銃으로 규정되어 있을 뿐이며 警察法67條, 關稅法104條 1項, 麻藥取締法54條7項, 鐵道公安職員의 職務에 관한 法律7條는 각각 小型武器를 휴대할 수 있다라고 하였으며 海上保安廳法19條 및 出入國管理令61條1項은 단순히 武器를 휴대할 수 있다고 규정함에 불과하다. 따라서 武器의 概念을 明確히 할 필요가 있다.<sup>12)</sup> 警職法7條의 武器는 警察法67條에 규정된 小型武器 즉 권총 및 라이플로 해석되며 이와 同程度의 殺傷機能을 가진 것, 예컨대 警察官의 휴대를 인정하고 있는 것이나 私人이 所有하는 피스톨·엽총·도검류도 포함되며 본래는 武器의 개념에 포함하기 곤란한 警察棒·곤봉·장대·小石 및 살수차·오토바이 등도 殺傷의 개연성이 있는 공격에 사용될 경우에는 本條의 취지에 따른 要件이 요구된다. 그것은 권총이나 도검과 같은 본래의 의미의 武器와 同程度의 殺傷機能을 발휘할 용도로 쓰이는 경우에는 이를 武器使用에 準하여 판단해야 하는 것이 된다.<sup>13)</sup> 이 점에 대하여 1968年 10月 21日의 東京高裁는 警察官에 의해 身體의 一部를 警棒과 같은 물건 혹은 손발로 구타당하여 負傷을 입는 사건에 대하여 「警職法7條는 그 本文에서 警察官은 自己 또는 他人의 防護 또는 公務執行에 대한 抵抗의 抑止를 위해 필요하다고 인정되는 相當한 理由가 있는 경우에는 그 事態에 適應하여 合理的으로 必要하다고 판단되는 限度에서 武器를 사용할 수 있다는 취지를 규정하고 그 但書에서 正當防衛·緊急避難에 해당하는 경우 또는 凶惡犯人の 逮捕 및 令狀을 執行할 때 被疑者가 抵抗하는 경우를 제외하고

12) 우리나라 警職法上의 武器의 概念에 대해서는 拙稿, 「警察活動과 武器使用에 관한 研究」, 한국형사정책연구원, 1993, 54面 參照.

13) 同旨, 出射, 前掲書 185面.

는 사람에게 危害를 가해서는 안된다는 취지를 규정하고 있으나 本條는 事物의 性質上 武器로서 사용되는 경우 警棒의 사용 기타 이에 준하는 警察官의 實力行使의 경우에 類推되는 것으로 解釋해야 할 것」이라고 하여 警職法7條에서 定하는 武器로서의 警棒使用 기타 이에 준하는 實力行使를 할 수 있는 요건을 구비하지 못한 加害行爲를 違法으로 判示하고 있다.<sup>14)</sup> 그러나 本條의 第1審인 1964年 6月19日의 東京地裁는 「警職法 第7條가 정한 要件은, 警察官의 職務執行에 있어서 武器에 한하지 않고 보통 사람을 살상할 수 있다고 생각되는 有形力을 殺傷할 수 있는 방법으로 行使하는 경우에 그 適法·違法을 구별하는 基準이 될 수 있다고 해석하는 것이 相當하므로 警棒에 한정되지 않고 棒·장대(竹竿)류 또는 주먹(手拳), 구두(靴)등으로 사람에게 공격을 가하여 危害를 가한 경우에도 同條의 要件을 類推하여 그 行爲가 違法인지 여부를 판단하는 것이 무방할 것으로 생각한다」고 판시하고 있는바<sup>15)</sup> 손(徒手)에 의한 공격이 일반적으로 사람을 살상하는 有形力의 행사라고 할 수 있을지 의문이다. 警職法 第7條는 死傷이라는 중대한 결과를 초래할 개연성이 높은 유형력의 행사이므로 엄격한 기준이 필요하다. 따라서 문제의 쟁점은 必要最小限度의 實力行使여부에 관한 것이며 당연히 警職法7條를 類推適用할 것이 아니라 事案의 重大性과 危險性, 實力行使의 態樣과 程度, 그에 의하여 侵害되는 法益과 保護되어야 할 利益과의 權衡으로 보아 警職法은 물론 警察法을 포함한 法秩序全體의 정신에 반하지 않는 社會的妥當性이 긍정되는 行爲로서 許容되는지의 판단으로 귀결되어야 할 것이다.

#### 4. 實力行使와 武器의 使用

14) 東京高裁, 昭43.10.21 「判例時報」 536-181 安保反對教授團 國家賠償請求事件.

15) 東京地裁民事18部, 昭39.6.19.

는 사람에게 危害를 가해서는 안된다는 취지를 규정하고 있으나 本條는 事物의 性質上 武器로서 사용되는 경우 警棒의 사용 기타 이에 준하는 警察官의 實力行使의 경우에 類推되는 것으로 解釋해야 할 것」이라고 하여 警職法7條에서 定하는 武器로서의 警棒使用 기타 이에 준하는 實力行使를 할 수 있는 요건을 구비하지 못한 加害行爲를 違法으로 判示하고 있다.<sup>14)</sup> 그러나 本條의 第1審인 1964年 6月19日의 東京地裁는 「警職法 第7條가 정한 要件은, 警察官의 職務執行에 있어서 武器에 한하지 않고 보통 사람을 살상할 수 있다고 생각되는 有形力을 殺傷할 수 있는 방법으로 行使하는 경우에 그 適法·違法을 구별하는 基準이 될 수 있다고 해석하는 것이 相當하므로 警棒에 한정되지 않고 棒·장대(竹竿)류 또는 주먹(手拳), 구두(靴)등으로 사람에게 공격을 가하여 危害를 가한 경우에도 同條의 要件을 類推하여 그 行爲가 違法인지 여부를 판단하는 것이 무방할 것으로 생각한다」고 판시하고 있는바<sup>15)</sup> 손(徒手)에 의한 공격이 일반적으로 사람을 살상하는 有形力의 행사라고 할 수 있을지 의문이다. 警職法 第7條는 死傷이라는 중대한 결과를 초래할 개연성이 높은 유형력의 행사이므로 엄격한 기준이 필요하다. 따라서 문제의 쟁점은 必要最小限度의 實力行使여부에 관한 것이며 당연히 警職法7條를 類推適用할 것이 아니라 事案의 重大性和 危險性, 實力行使의 態樣과 程度, 그에 의하여 侵害되는 法益과 保護되어야 할 利益과의 權衡으로 보아 警職法은 물론 警察法을 포함한 法秩序全體의 정신에 반하지 않는 社會的妥當性이 긍정되는 行爲로서 許容되는지의 판단으로 귀결되어야 할 것이다.

#### 4. 實力行使와 武器의 使用

14) 東京高裁, 昭43.10.21 「判例時報」 536-181 安保反對教授團 國家賠償請求事件.

15) 東京地裁民事18部, 昭39.6.19.

武器의 使用은 強制手段에 있어 最強度의 것이므로 具體的事實의 판단에서 도 가장 殺傷의 개연성이 강한 것이 武器의 使用이므로 당연히 고도의 注意義務가 부과된다. 따라서 日本의 警察廳은 武器의 使用判斷의 基準에 관하여 警察職法7條외에 「警察官의 拳銃警棒使用 및 取扱規範」(昭 37.5.10 國家公安委員會 規則 第7號, 以下規範이라 한다) 및 使用基準例로서 「受傷事故防止를 中心으로한 警察官의 勤務 및 活動의 要領」(昭37.5.10 警察廳次長通達, 이하 要領이라 한다)에 의해 구체적인 準則을 마련하고 있다.<sup>16)</sup> 따라서 武器의 사용판단

16) 日本에서의 武器使用에 관한 根據法令의 내용을 정리해보면 다음과 같다.

(一) 警察官職務執行法

〈武器使用許容條件〉

警察官職務執行法

第七條 次の各號の一に該當し, かつその事態に應じ合理的に必要と判斷される限度において使用した場合

- ① 犯人の逮捕若しくは逃走の防止のため, 必要であると認める相當の理由のある場合
- ② 自己若しくは他人に對する防護のため, 必要であると認める相當の理由のある場合
- ③ 公務執行の對する抵抗の抑止のため, 必要であると認める相當の理由のある場合

〈危害發生許容條件〉

警察官職務執行法

第七條 次の各號の一に該當し, かつその事態に應じ合理的の必要と判斷される限度において使用した場合

- ① 刑法第三十六條 正當防衛
- ② 刑法第三十七條 緊急避難
- ③ 死刑又は無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁こに當たる凶惡犯罪の犯人の現行犯逮捕若しくは緊急逮捕又は第三者のこれに對する警察官の職務の職務執行妨害の抵抗抑止に當たつて, 他に手段がないと警察官において信ずるに足りる相當の理由のある場合

(二) 通商逮捕又は勾引狀を執行し, あるいは第三者のこれに對する警察官の職務執行の妨害の抵抗抑止に當たつて, 他に手段がないと警察官において信ずるに足りる相當の理由のある場合

(三) 警察官けん銃警棒等使用および取扱い規範

第四條 (警棒等の使用)

警察官は, 犯人の逮捕または逃亡の防止, 自己または他人に對する防護, 公務執行に對する抵抗の抑止, 犯罪の制止その他の職務を遂行するあたつては, その事態に應じ警棒等を有効に使用しよう努めなければならない。

警察官は, 次の各號の一に該當する場合においては, 警棒等を武器に代わるものとして使用することができる。

- ① 刑法第三十六條(正當防衛)または同法第三十七條(緊急避難)に該當する場合で, 自己または他人の生命または身體を防護するため必要であると認めるとき。

은 使用方法의 適否, 使用程度의 適否, 前提條件의 有無 및 實力行使의 適法性 등이 문제된다. 그러나 이들의 基準과 準則이 특히 개별적이고도 구체적인 현실의 事案에 야기될 수 있는 모든 경우를 예상하여 전형적인 기준을 마련하는 것은 지극히 곤란할 것이다. 그러므로 實力行事 내지 武器使用에 관한 구체적인 事例의 研究·檢討가 집적되어 유형화됨으로써 보다 적절하고 타당한 판단이 가능해 질 것이다.

## 5. 警 告

② 凶惡は罪の犯人を逮捕する際, 逮捕狀により逮捕する際または勾引狀もしくは勾留狀を執行する際その本人が當該警察官の職務の執行に對して抵抗し, もしくは逃亡しようとする場合または第三者がその者を逃がそうとして當該警察官に抵抗する場合, これを防ぎまたは逮捕するため他に手段がないと認めるとき.

第六條(あらかじめけん銃を取り出しておくことができる場合)

警察官は, 職務の執行にあたり第七條に定めるけん銃の使用が豫想される場合においては, あらかじめけん銃を取り出しておくことができる.

第七條(けん銃を使用することができる場合)

警察官は, 犯人の逮捕もしくは逃亡の防止, 自己もしくは他人に對する防護または公務執行に對する抵抗の抑止のため, 警棒等を使用する等の他の手段がないと認められるときは, その事態に應じ必要は最小限度においてけん銃を構え, または撃つことができる. ただし, 次の各號に掲げる場合のほかは, 相手に向かつてけん銃を撃つてはならない.

(1) 刑法第三十六條(正當防衛) または同法第三十七條(緊急避難)に該當し, 自己または他人の生命または身體を防護するため必要であると認めるとき.

(2) 凶惡な罪の犯人を逮捕する際, 逮捕狀により逮捕する際または勾引狀もしくは勾留狀を執行する際, その本人が當該警察官の職務の執行に對して抵抗し, もしくは逃亡しようとする場合または第三者がその者を逃がそうとして當該警察官に抵抗する場合, これを防ぎまたは逮捕するため他に手段がないと認めるとき.

第八條(部隊組織により行動する場合)

多衆犯罪の鎮壓等のため, 警察官が部隊組織により行動する場合において, けん銃または警棒等を使用するときは, その場の部隊指揮官の命令によらなければならない. ただし, 狀況が急迫で命令を受けるいとまのないときは, この限りでない.

第九條(第三者に對する危害防止上の注意)

警棒等を使用するときおよびけん銃を撃つときは, いかなる場合においても相手方以外の者に危害を及ぼし, または損害を與えないよう注意しなければならない.

第十條(けん銃を撃つ場合の豫告)

けん銃を撃とうとするときは, 狀況が急迫であつて, 特に警告するいとまのないときを除き, あらかじめけん銃を撃つことを相手方に警告しなければならない.

은 使用方法의 適否, 使用程度의 適否, 前提條件의 有無 및 實力行使의 適法性 등이 문제된다. 그러나 이들의 基準과 準則이 특히 개별적이고도 구체적인 현실의 事案에 야기될 수 있는 모든 경우를 예상하여 전형적인 기준을 마련하는 것은 지극히 곤란할 것이다. 그러므로 實力行事 내지 武器使用에 관한 구체적인 事例의 研究·檢討가 집적되어 유형화됨으로써 보다 적절하고 타당한 판단이 가능해 질 것이다.

## 5. 警 告

② 凶惡は罪の犯人を逮捕する際, 逮捕狀により逮捕する際または勾引狀もしくは勾留狀を執行する際その本人が當該警察官の職務の執行に對して抵抗し, もしくは逃亡しようとする場合または第三者がその者を逃がそうとして當該警察官に抵抗する場合, これを防ぎまたは逮捕するため他に手段がないと認めるとき.

第六條(あらかじめけん銃を取り出しておくことができる場合)

警察官は, 職務の執行にあたり第七條に定めるけん銃の使用が豫想される場合においては, あらかじめけん銃を取り出しておくことができる.

第七條(けん銃を使用することができる場合)

警察官は, 犯人の逮捕もしくは逃亡の防止, 自己もしくは他人に對する防護または公務執行に對する抵抗の抑止のため, 警棒等を使用する等の他の手段がないと認められるときは, その事態に應じ必要は最小限度においてけん銃を構え, または撃つことができる. ただし, 次の各號に掲げる場合のほかは, 相手に向かつてけん銃を撃つてはならない.

(1) 刑法第三十六條(正當防衛)または同法第三十七條(緊急避難)に該當し, 自己または他人の生命または身體を防護するため必要であると認めるとき.

(2) 凶惡な罪の犯人を逮捕する際, 逮捕狀により逮捕する際または勾引狀もしくは勾留狀を執行する際, その本人が當該警察官の職務の執行に對して抵抗し, もしくは逃亡しようとする場合または第三者がその者を逃がそうとして當該警察官に抵抗する場合, これを防ぎまたは逮捕するため他に手段がないと認めるとき.

第八條(部隊組織により行動する場合)

多衆犯罪の鎮壓等のため, 警察官が部隊組織により行動する場合において, けん銃または警棒等を使用するときは, その場の部隊指揮官の命令によらなければならない. ただし, 狀況が急迫で命令を受けるとまのなないときは, この限りでない.

第九條(第三者に對する危害防止上の注意)

警棒等を使用するときおよびけん銃を撃つときは, いかなる場合においても相手方以外の者に危害を及ぼし, または損害を與えないよう注意しなければならない.

第十條(けん銃を撃つ場合の豫告)

けん銃を撃とうとするときは, 狀況が急迫であつて, 特に警告するいとまのないときを除き, あらかじめけん銃を撃つことを相手方に警告しなければならない.

警察官이 총을 쏘려고 할 때에는 상황이 급박하여 특히 경고할 틈이 없을 경우를 제외하고는 미리 銃을 쏠 것을 상대방에게 警告하지 않으면 아니된다(規範10條)고 하고 있다. 이것은 총을 쏘는 것을 미리 상대방에게 고지함으로써 총을 쏘지 않고서도 目的을 달성하는 것이 가능한 경우가 있기 때문이다. 따라서 상대방에게 警察官의 警告가 인식될 수 있는 방법이 강구되어야 한다. 警告의 방법에 대해서는 警職法4條(避難등의 措置), 5條(犯罪의 豫防 및 制止)의 警告가 相對方의 의사에 반한 實力行使는 허용되지 않고 說得手段의 범위에 그치는 것으로 해석된다. 그러나 行動에 의한 警告가 부정되는 것이 아니라는 판시를 볼 수 있다. 즉 昭和21年 勅令第311號 違反犯罪의 豫防을 위해 當日同所에 集합한 被告人등에 대하여 警察官이 警職法 第5條에 의한 자발적 해산을 촉구하기 위하여 必要한 警告方法으로 警棒으로 軍중을 밀어붙인 事案에 대하여 「警職法 第5條의 警告는 犯罪가 행해지려는 경우에 그 豫防을 위하여 관계자에 의하여 必要하다고 인정되는 때에는 事態에 卽應하여 合理的으로 판단해서 臨機適宜한 방법이 채용되어야 한다. 따라서 반드시 文書 또는 口頭에 한정될 이유가 없다. 필요할 경우에는 行動으로 警告를 發하는 것도 相當하다고 하지않으면 안된다」고 판시하여<sup>17)</sup> 警告의 方法으로 警棒의 사용은 不許한다는 견해를 반박하고 있다.

특히 警告의 手段으로 拳銃을 겨누는 것은 警職法7條의 武器使用要件에 適合한 경우에만 허용된다고 할 것이다.<sup>18)</sup> 다만 規範10條에서 規定하고 있는 것은 拳銃을 쏘는 경우에 대한 豫告이므로 원칙적으로는 口頭 또는 文書에 의한다고 할 수 있다. 또한 警職法7條의 武器使用要件에 適合하면 拳銃을 겨누는

17) 大阪高裁, 昭27.3.22 「高裁特報」 23-86.

同旨, 東高刑, 昭38.7.30 「東高刑特報」 14·7-147.

神戶地裁, 昭40.11.1 「下級審刑」 7·11-2039.

18) 田中·勝田, 「條解警察官職務執行法」, 68面.

것은 許容되지만 緊急한 부득이한 경우를 제외하고는 발포할 때에는 豫告를 하지 않으면 아니될 것이다.

구체적인 警告의 態樣으로서는 拳銃을 꺼낼 準備와 함께 警告하는 경우와 겨누어 警告하는 경우를 생각할 수 있지만 어느 경우이더라도 警職法7條의 武器使用要件에 적합하여야 한다. 이러한 警告는 拳銃使用의 전제로서 단순한 위협이나 抑止手段이라고는 할 수 없기 때문이다. 이 점에 대하여 특히 단순한 不審者의 逃走防止를 위해 발포할 것을 豫告하는 것이 違法·不當하다는 비난을 하고 있는 判例를 볼 수 있다. 즉 「警職法2條 1·2項은 強制力에 의한 停止 혹은 同行을 구하는 취지가 아님이 분명하다. 또한 同條2項에 의하면 派出所로 同行을 요구할 수 있는 것은 그 場所에서 質問하는 것이 本人에 대하여 不利하거나 交通의 妨害가 된다고 인정할 때에 한하므로, 本件에 있어서 警察官이 被告人에 대하여 同行을 요구한 시각은 여름의 이른 아침이며 또한 그 장소에는 通行인도 거의 없었음이 인정되므로 위 要件을 缺하고 있다. 被告人이 警察官에게 同行을 要求받은 것에 대하여 明示의 거절은 없었으나 처음부터 이를 承諾한 것도 아니며 또 承諾은 언제라도 철회할 수 있는 것이다. 따라서 被告人이 도주하는 것을 보고 “서지않으면 체포한다”든가 “도망치면 쏜다” 등으로 위협하면서 약150m를 추적한 것은 일종의 強制力을 行使하여 停止시키려 한 것이며, 또한 넘어진 被告人의 어깨를 잡은 警察官의 行爲는 前記法條에 의한 警察官의 職務行爲로서의 범위를 심히 逸脫한 違法한 職務行爲라고 할 것이므로 이에 대하여 被告人의 暴行을 가하였다고 하더라도 公務執行妨害罪가 成立한 여지는 없다」고<sup>19)</sup>하였다

## 6. 武器使用의 前提要件

19) 大阪地裁, 昭43.9.20 「判例タイムス」228~229.

것은 許容되지만 緊急한 부득이한 경우를 제외하고는 발포할 때에는 豫告를 하지 않으면 아니될 것이다.

구체적인 警告의 態樣으로서는 拳銃을 꺼낼 準備와 함께 警告하는 경우와 겨누어 警告하는 경우를 생각할 수 있지만 어느 경우이더라도 警職法7條의 武器使用要件에 적합하여야 한다. 이러한 警告는 拳銃使用의 전제로서 단순한 위협이나 抑止手段이라고는 할 수 없기 때문이다. 이 점에 대하여 특히 단순한 不審者의 逃走防止를 위해 발포할 것을 豫告하는 것이 違法·不當하다는 비난을 하고 있는 判例를 볼 수 있다. 즉 「警職法2條 1·2項은 強制力에 의한 停止 혹은 同行을 구하는 취지가 아님이 분명하다. 또한 同條2項에 의하면 派出所로 同行을 요구할 수 있는 것은 그 場所에서 質問하는 것이 本人에 대하여 不利하거나 交通의 妨害가 된다고 인정할 때에 한하므로, 本件에 있어서 警察官이 被告人에 대하여 同行을 요구한 시각은 여름의 이른 아침이며 또한 그 장소에는 通行인도 거의 없었음이 인정되므로 위 要件을 缺하고 있다. 被告人이 警察官에게 同行을 要求받은 것에 대하여 明示의 거절은 없었으나 처음부터 이를 承諾한 것도 아니며 또 承諾은 언제라도 철회할 수 있는 것이다. 따라서 被告人이 도주하는 것을 보고 “서지않으면 체포한다”든가 “도망치면 쏜다” 등으로 위협하면서 약150m를 추적한 것은 일종의 強制力을 行使하여 停止시키려 한 것이며, 또한 넘어진 被告人의 어깨를 잡은 警察官의 行爲는 前記法條에 의한 警察官의 職務行爲로서의 범위를 심히 逸脫한 違法한 職務行爲라고 할 것이므로 이에 대하여 被告人의 暴行을 가하였다고 하더라도 公務執行妨害罪가 成立한 여지는 없다」고<sup>19)</sup>하였다

## 6. 武器使用의 前提要件

19) 大阪地裁, 昭43.9.20 「判例タイムズ」228~229.

武器의 使用은 最強度의 實力行使이므로 그 實力行使는 適法하여야 한다. 따라서 任意的인 方法이 가능함에도 그러한 努力을 하지 않고 무리하게 逮捕權을 行使하여 相對方을 부상시킨다거나<sup>20)</sup> 正當防衛의 成立을 인정할 만한 要件을 갖추지 못하고 警職法7條의 武器使用要件을 구비하지 못한 경우등에 있어서<sup>21)</sup> 武器를 使用하는 것은 違法한 것이 된다. 이와 같이 適法한 武器使用을 인정하기 위해서는 다음과 같은 前提要件이 고려되어야 한다.

### (1) 相對方의 判斷

相對方이 단순한 不審者에 불과할 경우에는 武器使用이 許容되지 않는다. 도주하는 不審者에 대하여 「도망하면 쏜다」라고 警告하는 것마저 違法視한 사례에 대해서는 이미 前述하였지만 危害를 가할 개연성마저 있는 武器의 使用은 犯人이라고 의심할 만한 충분한 이유가 있을 뿐 아니라 凶惡犯人이어야만 한다. 예컨대 被疑者의 집에 犯人이 있다는 確信도 없이 그 집에서 뛰쳐나온 者에 대하여 일응 犯人이라고 생각되더라도 犯人이라고 의심할 만한 충분한 이유를 인정할 수 없다고<sup>22)</sup> 判示하고 있다.

또한 凶惡犯에 대해서는 規範2條에서 ① 內亂·外患·騷擾(부화뇌동자제외), 汽車 電車의 顛覆, 爆發物取締罰則第1條 및 第2條의 罪등 民心에 현저한 불안을 야기한 罪 ② 殺人, 強盜, 強姦, 放火 및 傷害의 罪 ③ 暴力行爲등 處罰에 관한 法律 第1條의 罪중 단체 또는 多衆의 威力을 보이거나 凶器를 소지하고 犯行한 경우 ④ 團體 또는 多衆의 威力을 보이거나 凶器의 소지 또는 格鬪에 이를 정도의 현저한 暴行으로 行하는 公務執行妨害罪 ⑤ 窃盜罪중 夜間이나 他人의 住居·看守하는 邸宅, 建造物이나 艦船에 侵入해서 行한 것 ⑥

20) 大阪地裁, 昭41.4.6

21) 東京高裁, 昭43.10.21.

22) 東京地裁, 昭28.6.20

前⑤에 규정하는 장소에 侵入하는 罪중 흉기를 휴대하여 행한 것 ⑦ 前掲한 罪외에도 死刑, 無期 또는 長期 3年以上의 懲役이나 禁錮에 해당하는 罪로 사람의 生命 또는 身體에 대하여 危害를 끼칠 우려가 있고 심히 사람을 畏怖케 할 方法으로 행하여진 罪로 定義하고 있다. 이것은 內部基準이며 이들 罪名에 해당한다고 바로 前提條件을 충족하는 것은 아니다. 구체적으로 그 者가 犯한 犯罪의 方法, 犯人の 凶暴性·社會的影響등을 고려한 후 판단하여야 할 것이며 一般的으로는 그러한 犯行은 사람의 生命·身體에 대한 重大한 危害를 야기시킬 것으로 생각할 수 있다. 따라서 이들 凶惡犯에 해당하지 않는 罪의 경우에는 相對方의 도주가능성, 흉기소지의 유무, 抵抗의 態樣등을 衡量하여 그러한 소지가 없음에도 拳銃을 使用하는 것은 警職法7條의 規定에 비추어 不當한 銃器使用이 된다.<sup>23)</sup>

## (2) 다른 手段의 有無에 관한 判斷

有形力의 行使는 必要最小限度라는 社會的妥當性의 基準에 적합하여야 한다. 規範7條가 「警察官은 犯人の 逮捕 혹은 逃走의 방지, 自己 또는 他人을 위한 防護나 公務執行에 대한 抵抗의 抑止를 위하여 警棒을 使用하는 등 다른 手段이 없다고 인정할 때에는 그 事態에 卽應하여 必要最小限度에 있어서 拳銃을 겨냥하거나 발포할 수 있다」고 規定한 다음 使用의 基準例로서 轉술한 「次長通達」(要領)로서 ①순찰, ②職務質問, ③犯人の 逮捕, ④拘引狀 또는 拘留狀의 執行으로 구분하고 특히 ②職務質問以下의 項에서는 各各 相對方의 兇暴性, 抵抗의 態樣등에 따라 취할 수 있는 手段을 정해두었다. 즉 ①警棒의 사용 및 逮捕術의 活用, ②拳銃의 拔取(꺼내는 일), ③拳銃의 겨냥, ④威脅射擊, ⑤相對方을 향한 發砲등과 같이 武器使用의 程度와 態樣을 단계적으로 準則으

23) 大阪地裁, 昭35.5.17

로 정하고 있다. 여기에서 다른 手段이라 함은 武器使用의 強度뿐만 아니라 설득과 경고 또는 다른 實力行使의 手段 및 그 장소를 떠나 應援을 요청하는 등과 같은 다른 方法의 有無를 포함하는 것이다. 이와같은 判斷은 相對方의 숫자, 兇器所持의 有無 및 抵抗의 程度등을 고려한 兇暴性과 警察官의 體力, 裝備, 인원數와 緊急配置 등의 體制·應援의 可否등에 따른 힘의 격차는 물론 주·야의 구별과 一般大衆의 存否·利用 또는 障害가 될 수 있는 地形·地物과 같은 환경조건등에 대한 종합적인 판단이 일순간에 이루어져야 할 것이다.

#### Ⅳ. 警察官의 銃器使用에 관한 判例의 檢討

##### 1. 銃器使用에 관한 刑事判例概說

앞에서 살펴본바와 같이 종전의 下級審判例에서는 東京高決(昭 31.11.11), 大阪地決(昭 36.5.1) 福岡地決(昭 42.3.16)등에서 刑法 36條에 의하여 직접 違法性阻却으로 판시하고 福岡地決(昭 46.2.26)에서 비로소 刑法 36條를 기초로 警職法 7條 및 刑法 35條와의 연관을 明示하여 判示하였다. 違法한 拳銃使用은 犯罪를 構成하는 것이지만 대체로 日本에서는 警察官의 銃器使用에 대하여 이를 起訴한 事案은 별반 보이지 않는다. 위 적시한 4件은 모두 裁判上의 準起訴請求事件이지만 法院은 이들 發砲 모두 適法性을 인정하여 準起訴請求를 棄却하였다. 拳銃使用에 대한 付審判決定은 廣島地決(昭 56. 12. 26)의 단한 건뿐인데 이에 대해서도 第1審은 發砲를 適法으로 인정하고 被告人에게 無罪를 宣告하였다.<sup>24)</sup>

最近에 報道된 發砲事件들에서도 보도된바로는 準起訴가 인정된 事案은 없

24) 廣島地判 昭 62.6.12. 判 타임스 655-252

로 정하고 있다. 여기에서 다른 手段이라 함은 武器使用의 強度뿐만 아니라 설득과 경고 또는 다른 實力行使의 手段 및 그 장소를 떠나 應援을 요청하는 등과 같은 다른 方法의 有無를 포함하는 것이다. 이와같은 判斷은 相對方의 숫자, 兇器所持의 有無 및 抵抗의 程度등을 고려한 兇暴性과 警察官의 體力, 裝備, 인원數와 緊急配置 등의 體制·應援의 可否등에 따른 힘의 격차는 물론 주·야의 구별과 一般大衆의 存否·利用 또는 障害가 될 수 있는 地形·地物과 같은 환경조건등에 대한 종합적인 판단이 일순간에 이루어져야 할 것이다.

#### Ⅳ. 警察官의 銃器使用에 관한 判例의 檢討

##### 1. 銃器使用에 관한 刑事判例概說

앞에서 살펴본바와 같이 종전의 下級審判例에서는 東京高決(昭 31.11.11), 大阪地決(昭 36.5.1) 福岡地決(昭 42.3.16)등에서 刑法 36條에 의하여 직접 違法性阻却으로 판시하고 福岡地決(昭 46.2.26)에서 비로소 刑法 36條를 기초로 警職法 7條 및 刑法 35條와의 연관을 明示하여 判示하였다. 違法한 拳銃使用은 犯罪를 構成하는 것이지만 대체로 日本에서는 警察官의 銃器使用에 대하여 이를 起訴한 事案은 별반 보이지 않는다. 위 적시한 4件은 모두 裁判上의 準起訴請求事件이지만 法院은 이들 發砲 모두 適法性을 인정하여 準起訴請求를 棄却하였다. 拳銃使用에 대한 付審判決定은 廣島地決(昭 56. 12. 26)의 단한 건뿐인데 이에 대해서도 第1審은 發砲를 適法으로 인정하고 被告人에게 無罪를 宣告하였다.<sup>24)</sup>

最近에 報道된 發砲事件들에서도 보도된바로는 準起訴가 인정된 事案은 없

24) 廣島地判 昭 62.6.12. 判 타임스 655-252

다. 다만 民事判例에서는 拳銃使用을 違法으로 인정한 것이 있지만 刑事責任이 肯定된 事案은 보이지 않는다. 이에 대하여 비판적 입장에서는 모든 發砲가 適切하다는 推定이 곤란하다고 한다면 처벌되어야 할 違法한 發砲들을 司法機關에서 看過(故意·過失이 없더라도)할 우려가 있다고 한다.<sup>25)</sup>

이하에서는 原田 保教授가 지적하고 있는 各事案의 문제점을 살펴본다.

①東京高決(昭 32.11.11, 東京高時報 刑 8-11-388)

몽둥이로 구타당하게 되었으므로 發砲하여 사망에 이르게 되었다는 事案이다. 그러나 銃彈은 被害者의 등 중앙에 명중하여 左胸에 이르렀으며 도주하는 被害者를 등뒤에서 쏜것으로 밖에 생각할 수 없는 事案이었다. 이에 대하여 法院은 被害者가 警察官을 구타하려고 「野球에서 打者가 배트를 휘두르는 것처럼 등을 반쯤 被疑者에게 돌린 것이다」「이 사실은 被疑者의 진술을 不當하게 有利한 쪽으로 過信한 것은 아니다」라고 위 의문에 대하여 해명하고 原審의 準起訴請求에 대한 棄却決定을 인용하고 있다. 그러나 相對에 등을 돌릴 정도로 비튼다는 것은 상당히 이상한 자세이며 이러한 說明이 銃彈의 등 命中을 合理的으로 해명하고 있다고는 보기 어렵고 그러한 姿勢를 전제로 하더라도 몸이 우측으로 비틀렸을 터이므로 등의 中央에 命中한 銃彈이 「左胸」에 이르게 된 것이 이상하게 된다. 銃彈이 體內에서 뼈에 맞아 方向을 바꾸어 「左胸」에 이를 수도 있겠지만 그에 관한 說示가 있어야 할 것이다.

②大阪地決(昭 36.5.1 下刑集 3-5=6-605)

警察官과 被害者간에 싸우게 되어 發砲하여 傷害를 입힌 事案이다. 그러나 具體的態樣에 대해서는 警察官과 被害者의 주장이 전혀 다르고 어느쪽의 主張을 信賴하느냐에 따라 事件의 내용이나 發砲의 評價를 달리하는 事案이다. 이에 대하여 法院은 警察官의 主張을 全面的으로 採擇하고 準起訴請求를 棄却하

25) 原田 保, 警察官の銃器使用, どころが 問題か, 15面.

였다. 그러나 警察官의 主張으로는 싸움의 발단이 本署에의 同行을 要求하자 「갈 必要없다」라고 하는 등 트집을 잡다가 갑자기 警察官에게 덤벼들었다는 것인 바 이로서는 暴行의 動機로서는 다소 미흡하다, 한편 被害者는 警察官이 「빨리 本署로 가자」 「건방진 놈」이라면서 머리를 때리므로 격분하여 싸우게 되었다는 것이다. 단언할 수는 없지만 事態의 推移에 대해서는 어느 쪽이 더 자연스럽게 신빙성이 있을 것인가를 충분히 고려하여 판단할 수 밖에 없는 事案이다.

③福岡地決(昭 42.3.6 下刑集 9-3-233)

주점내에서 취객과 격투중 警棒을 휴대하지 않았으므로 拳銃을 꺼내어 옥신 각신하다가 3發이 발사되어 주점의 마담과 취객 1人和 창에 명중하여 2名이 사망한 사안이다. 法院은 이에 대하여 第1彈은 誤發에 의해 마담이 명중하였으므로 故意를 인정할 수 없고 第2彈은 취객을 향해 命中시켰지만 正當防衛에 해당한다고 하였으며 第3彈에 대해서는 判斷을 제시하지 않고 準起訴請求를 棄却하였다. 이에 대한 事實認定資料가 부족하므로 충분한 論評은 할 수 없다. 다만 說示된 자료에 의존하더라도 本件은 사태에 즉응하여 拳銃의 使用이 必要한 경우라고 할 수 없다. 이 경우 당연히 警棒으로 대처해야 할 상황이라고 할 것이다. 이 경우 警棒이 없다는 이유로 拳銃使用이 許容된다면 警棒不携帯로 勤務하는 경우 警棒使用에 相當한 狀況에 일반적으로 拳銃을 사용하는 것이 許容된다는 不當한 結論이 된다.

④廣島地判(昭 62.6.12 判例タイムス 655-252)

警察官으로부터 質問을 받고 도주한 被害者를 찾아다니다가 拳銃을 꺼내어 추적중 發砲하여 부상을 입히고 다시 추적한 후 몽둥이로 맞게되자 또다시 拳銃을 發射하여 死亡케 한 事案이다. 이에 대하여 第1審은 被疑者의 逃走·抵抗이 모두 「간질發作」으로 인한 것이고 被害者는 理性喪失狀態에 있었으므로

發砲가 부득이 하였음을 이유로 無罪를 宣告하였다. 이는 「간질病」에 대한 편견으로 被告人의 行動에 대한 適否判斷을 소홀히 하였음이 지적된다.

위에 열거한 事案들에 대하여 原田 保教授는 警察官의 拳銃使用에 대해서 적절한 司法審査가 이루어지고 있지 않다고 결론지우고 결국 準起訴制度의 문제점에 귀결된다고 한다. 또한 警察에 있어서도 不適切한 拳銃使用을 방지할 수 있는 方策의 檢討를 다음과 같이 제시하고 있다. 「現狀 그대로 個個의 警察官에 대한 不適切한 拳銃使用을 문책하면 警察官의 士氣를 손상케 될 것은 明白하지만 個人責任의 회피에 의하여 警察當局의 無策을 은폐해서는 아니된다. 一擊으로 犯人을 쓰러뜨려야 할 경우도 있겠지만 그와 같은 경우에는 射擊專門要員을 배치하는 것이 통상이며 實際로는 보통의 警察官이 拳銃을 常時 携帶」하는데 대한 Merit와 Risk의 균형에 의문이 있다. 보통의 警察官이 누구나 初體驗인 緊急事態에 있어서 적절한 拳銃使用이 가능하도록 훈련을 강화하든지 아니면 거의 대부분의 警察官에게 生涯無用한 危險的인 拳銃의 常時携帶를 폐지하든가 적어도 致命的結果를 가능한 한 회피할 수 있도록 殺傷能力이 적은 것으로 개선하는 것이 檢討되어야 할 것이다.<sup>26)</sup>

## 2. 銃器使用에 의한 加害의 適法性

警察官이 사용하는 小型武器의 전형적인 것은 拳銃이다. 이러한 拳銃의 使用中 拳銃의 拔取, 겨누기, 威脅射擊의 세가지는 사람에게 危害를 가하지 않는 경우를 말한다. 이때에도 상대방은 行動의 自由가 제한되고 個人의 權利, 自由에 대한 侵害의 정도가 높다. 實際의 具體的手段의 선택은 ①犯人의 逮捕 또는 逃走의 防止, ②自己 또는 他人에 대한 防護, ③公務執行에 대한 抵抗의 抑

26) 原田 保의 다음 論文등 參照; 法律時報 54卷 4號; 愛知警院大學論叢 法學研究, 25卷 2號, 3號, 26卷 3=4호, 33卷 1=2號

發砲가 부득이 하였음을 이유로 無罪를 宣告하였다. 이는 「간질病」에 대한 편견으로 被告人의 行動에 대한 適否判斷을 소홀히 하였음이 지적된다.

위에 열거한 事案들에 대하여 原田 保教授는 警察官의 拳銃使用에 대해서 적절한 司法審査가 이루어지고 있지 않다고 결론지우고 결국 準起訴制度의 문제점에 귀결된다고 한다. 또한 警察에 있어서도 不適切한 拳銃使用을 방지할 수 있는 方策의 檢討를 다음과 같이 제시하고 있다. 「現狀 그대로 個個의 警察官에 대한 不適切한 拳銃使用을 문책하면 警察官의 士氣를 손상케 될 것은 明白하지만 個人責任의 회피에 의하여 警察當局의 無策을 은폐해서는 아니된다. 一擊으로 犯人을 쓰러뜨려야 할 경우도 있겠지만 그와 같은 경우에는 射擊專門要員을 배치하는 것이 통상이며 實際로는 보통의 警察官이 拳銃을 常時 携帶」하는데 대한 Merit와 Risk의 균형에 의문이 있다. 보통의 警察官이 누구나 初體驗인 緊急事態에 있어서 적절한 拳銃使用이 가능하도록 훈련을 강화하든지 아니면 거의 대부분의 警察官에게 生涯無用한 危險的인 拳銃의 常時携帶를 폐지하든가 적어도 致命的結果를 가능한 한 회피할 수 있도록 殺傷能力이 적은 것으로 개선하는 것이 檢討되어야 할 것이다.<sup>26)</sup>

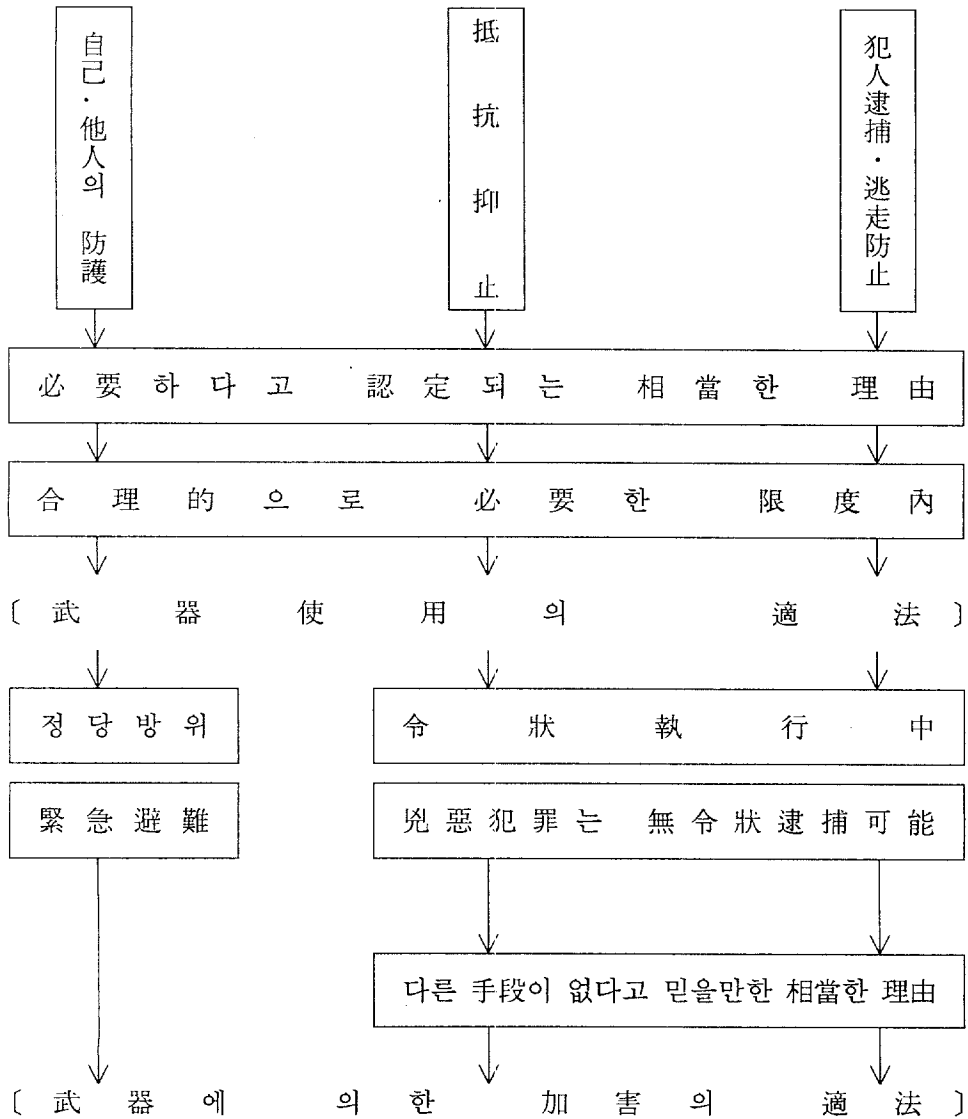
## 2. 銃器使用에 의한 加害의 適法性

警察官이 사용하는 小型武器의 전형적인 것은 拳銃이다. 이러한 拳銃의 使用中 拳銃의 拔取, 겨누기, 威脅射擊의 세가지는 사람에게 危害를 가하지 않는 경우를 말한다. 이때에도 상대방은 行動의 自由가 제한되고 個人的 權利, 自由에 대한 侵害의 정도가 높다. 實際의 具體的手段의 선택은 ①犯人의 逮捕 또는 逃走의 防止, ②自己 또는 他人에 대한 防護, ③公務執行에 대한 抵抗의 抑

26) 原田 保의 다음 論文등 參照; 法律時報 54卷 4號; 愛知警院大學論叢 法學研究, 25卷 2號, 3號, 26卷 3=4호, 33卷 1=2號

止 등 目的達成의 必要性和 緊急性의 程度에 따라 결정하여야 할 것이다.

이에 관한 事例로는 앞에서 살펴본 바와 같이 警察官의 눈을 피해 도주하려고 할 때 逃走防止의 목적을 달성하기 위해서는 도주를 못하도록 경고하는 것



으로 죽한 경우도 있을 것이므로 만연히 相對方에게 拳銃을 들이대고 「逃走하면 쏜다」는 등으로 威脅하는 행위는 必要最小限度를 넘은 強制力의 行使라고 할 것이다. 또한 警察官의 職務遂行에 대한 抵抗의 抑止를 위한 武器使用인 경우에도 武器使用에 의하여 相對方의 行動의 自由의 侵害와 法秩序의 保護라는 合理的인 衡量의 均衡이 全제되어야 할 것이며 犯人의 逮捕나 도주의 방지 및 자기 또는 他人의 防護目的에 의한 武器使用도 마찬가지이다.

「사람에게 危害를 가하는」경우의 武器使用이란 武器의 使用에 의하여 個人의 生命·身體를 害하는 것을 말한다. 따라서 이 때의 拳銃의 使用은 相對方을 향한 發砲를 의미한다. 사람에게 危害를 가하는 방법으로 武器를 사용할 수 있는 경우를 警職法 7條에 의하여 이를 간략히 도시하면 위와 같다.

이와 같이 사람을 향해서 發砲할 수 있는 경우가 法定되어 있을 뿐만아니라 특히 拳銃使用은 合理的이며 必要最小限度內의 구체적인 手段이 선택되지 않으면 아니된다. 따라서 警職法 7條에서 허용되는 경우라고 하더라도 선택된 拳銃使用에 대한 具體的인 手段의 相當性 즉 上半身을 저격할 것인가 아니면 下半身을 저격함으로써도 그 목적을 달성할 수 있었느냐가 논의된다. 이에 대한 구체적인 사례는 다음의 2가지 판례에서 볼 수 있다.

(1) 大阪地裁 昭和 36年 5月 1日 件審判請求事件決定<sup>27)</sup>

〈事件의 概要〉

警察官 甲은 N派出所에 임시근무하고 있던 중 昭和 35年 5月 7日 22時 30分경 위 N派出所에서 K에 대한 交通事故를 처리하기 위해서 그 관계자에 대하여 本署까지 同行을 요구하였다. 그러나 K의 雇傭主人 A 그리고 A와 함께 위 派出所에 와 있던 B가 각각 本署에 갈 필요가 없다고 하면서 트집을 잡다가 느닷없이 A가 甲에게 덩벼들었다. 그러자 B도 A를 도와 甲이 소지하고

27) 下級刑集 3卷 5·6號 605面, 判例 要錄 2卷 243面.

있던 警棒을 빼앗아 A와 함께 甲의 안면등을 警棒과 주먹으로 구타하였다. 甲은 부득이 위 派出所앞 도로상으로 도망쳐 나와서 A,B에게 警棒을 돌려달라고 요구하였으나 두사람은 이를 받아들이지 않고 A는 권투하는 태세로 B는 警棒을 휘두르며 甲에게 다가와 안면등을 다시 구타하였다. 甲은 도로상을 도망치면서 두사람에게 拳銃을 겨누며 「抵抗하면 쏜다」고 위협하였으나 A,B 兩人은 살기를 띠고 오히려 拳銃을 뺏아 반대로 甲을 쏘지도 모를 기세를 보이면서 집요하게 同警察官에게 다가오고, B는 警棒을 휘두르며 甲의 頭部를 구타하려고 하였다. 이에 甲은 이미 여태까지 A,B兩人으로부터 구타당하거나 制帽가 벗겨지고 制服의 단추가 떨어진 외 약2 주간의 안정가료를 요한 左顔面挫傷등의 傷害를 입었다. 그러므로 甲은 마침내 신변의 위협을 느끼고 兩人을 향하여 拳銃을 발사하기로 결의하였다. 그리하여 B가 甲에게 덤벼들며 약 1m 거리에 접근했을 때 B를 향해 拳銃을 1發 發射하여 同人의 左大腿部에 명중시켰다. 그 결과 B에게 全治 약 8 개월여의 치료를 요하는 左大腿盲貫銃創, 左大腿骨骨體部粉碎骨折傷을 입혔다.

〈決定要旨〉

위 事實에 의하면 被疑者는 警察의 職務를 행함에 있어 請求人에게 暴行하여 傷害를 입힌 것은 분명하지만 被疑者의 行爲는 다음의 理由로 正當防衛行爲인 것이지 犯罪가 成立하지 않는다고 할 것이다.

①被疑者의 行爲는 A 및 請求人이 각각 被疑者를 구타하고 同人에게서 拳銃을 탈취하려는 侵害行爲에 대한 防衛를 위해 행해진 점

②위 兩人의 侵害行爲는 被疑者가 도발한 것이 아니고 또 拳銃發射直前에는 위 兩人이 拳銃을 뺏을 기세를 보이고 특히 請求人은 被疑者와 약 1m의 가까운 거리에 접근하여 警棒으로 同人의 頭部를 一擊하려고 하였으므로 緊迫하고도 不當한 侵害行爲였다는 점

③ 被疑者は拳銃을 발사하기 까지 위 兩人에 대하여 난폭한 行動을 그만두도록 설득하였으나 兩人은 이를 듣지않고 집요하게 被疑者를 派出所에서 약 30m까지 추적하여 이동중에 同人에게 左顔面등에 약 2주간의 가료를 요하는 상처를 입히고 있었으며 兩人은 모두 體格이 크고 특히 請求人은 警棒을 들고 공격한데 대해 被疑者는 응원자도 없이 警棒을 탈취당하는데다 ②에 기재한 상태로 쫓기고 있던바 이러한 事情下에서는 自己의 身體를 보호하기 위하여 請求人의 발에 拳銃을 發射한 것은 부득이한 것이라고 하겠다.

(2) 態本地裁 昭和 51年 10月 28日 判決<sup>28)</sup>

〈事件의 概要〉

警察官 乙이 職務質問을 하고자 被告人이 運轉하고 있는 자동차에 가까이 다가가자 그때까지 自動車를 停止시키고 있던 被告人이 돌연 4m거리에 있는 丙을 향해 자동차를 發進시켜 왔다. 이에 乙은 被告人을 公務執行妨害罪로 逮捕하기 위해 순간적으로 同車의 운전석쪽의 창으로 上半身을 들이밀며 오른쪽으로 被告人의 목덜미를 잡고, 왼손을 운전석뒤로 돌리며 「정지」를 명했음에도 불구하고 被告人은 乙의 지시에 따르지 않고 한층 加速을 하였다. 그리고 被告人이 자기의 목덜미를 잡고 있는 乙의 오른팔을 뿌리쳤으므로 乙의 오른팔이 일시적으로 被告人의 목에 감겨 被告人은 前頸部皮下出血傷을 입었다. 한편 乙은 우측 도어의 창틀을 좌측 옆구리에 끼고 오른손으로 창틀을 잡으며 上體를 지탱하였으나 발을 디딜 수 없어서 上半身이 도로에 떠밀리는 상태가 되었다.

그 때문에 乙은 이런 상태가 계속되면 도로상에 轉落해서 身體가 路面에 강타되거나 그 차량의 뒷바퀴에 치일 것이라는 生命·身體의 위험을 느껴 약 50m를 진행한 지점에서 휴대한 拳銃을 꺼내어 그것을 被告人에게 보이면서

28) 警職關係刑事裁判例集 404面. 判例要錄 2卷 246面.

「서라. 서지않으면 쏜다」하고 재삼 警告하였다. 그러나 被告人은 이에 응하지 않고 乙을 뿌리치도록 하면서 加速을 계속하였으므로 乙을 最初 發進한 지점에서 110m지난 地點에서 威嚇을 위해 拳銃을 잡은 오른손을 창틀에 의지하면서 公중을 향해 一發을 發射하였다. 그럼에도 불구하고 被告人은 더욱 더 加速을 계속하므로 乙을 몸을 지탱하기 위해 팔꿈치를 창틀에 걸치기만 하고 몸이 뒤로 끌리는 자세가 되면서 차량의 우측 앞바퀴를 향해 제 2 탄을 발사하였다. 그후 같은 자세로 被告人의 우측 어깨를 향해 제 3 탄을 발사하였다. 그 결과 제 1 탄과 3탄이 被告人의 身體를 관통하여 가료 2주간을 요하는 右前胸壁, 右肩部, 右腋窩部, 右肩鎖關節部各挫創의 상해를 입히고 同乘者의 신체에도 銃彈이 命中해서 胸部盲貫銃創에 의해 同人을 死亡에 이르게 하였다.

〈判決要旨〉

①警察官 乙이 拳銃을 꺼낸 行爲의 當否에 대해 생각컨대 前記 인정한 사실에 의하면 당시 乙은 왼팔을 被告人車의 창틀에 걸고 몸이 차체 뒤로 밀리는 상태에 있었으며 보통의 警棒은 휴대하지 않았는데다 휴대하였던 特殊警棒을 꺼내는 것은 불가능한 자세로 被告人을 제지하기 위해 이를 사용할 수는 없었다. 결국 拳銃을 꺼내 보이는 외에는 그 抵抗을 抑止할 적당한 방법이 없었다고 할 것인바 同警察官은 拳銃을 직접 被告人의 身體를 향해 겨누는 것이 아니고 다만 被告人에게 보이고 「서지 않으면 쏜다」고 警告하였음에 불과하다.

따라서 同警察官이 拳銃을 꺼내어 被告人에게 보이고 위협한 행위는 「警察官拳銃警棒等使用 및 取扱規範」7條本文이 정하는 「犯人の 逮捕 또는 逃走의 防止, 自己에 대한 防護 또는 公務執行에 대한 抵抗의 抑止를 위해 警棒등을 使用하는 외에 다른 手段이 없을 경우」에 해당하며 또한 「必要最小限度」의 범위내 임이 인정된다. 이것을 실질적으로 관찰하더라도 社會通念上 상당하다고

생각되므로 警察官 乙의 行爲는 適法하다.

②와 같은 狀況下에서 同警察官으로서는 自己의 生命·身體의 安全을 防護하기 위해 拳銃을 發射한 것이므로 위 發射行爲는 防衛意思에 기인한 防衛行爲라고 할 것이다.

③그런데 위 發射行爲는 경우에 따라 死傷의 結果를 초래할 危險性이 있다는 것은 말할 필요도 없으므로 위 發射行爲가 防衛行爲로서 相當했는지를 살펴볼 때 위 ①과 같은 상황에서 생각하면 被告人의 侵害行爲는 強力하고도 緊要한 것으로 警察官 乙을 차에서 전락시켜 신체를 노면에 강타시키거나 차량에 치이는 등과 같이 生命을 뺏게 될 可能性이 매우 높은 것이었다. 이러한 緊박한 상황하에서는 同警察官이 自己의 生命·身體의 安全을 보호하기 위해 권총을 발사하는 外에는 달리 適當한 方法이 없었으며 더군다나 前記의 인정된 권총발사의 各지점에서 차량의 속도 同警察官의 자세와 같은 상황하에서도 同警察官은 제 1 단은 공중으로 제 2 단은 바퀴를 제 3 단은 被告人의 우측 어깨로 순차적인 발사방법을 생각하고 있음을 종합하여 高찰하면 本件 3회에 걸친 권총발사행위는 모두 必要하고도 相當한 行爲였으며 부득이한 것이라고 할 것이다.

그렇다면 警察官 乙의 本件 拳銃發射行爲는 刑法36條의 正當防衛에 해당하는 경우라고 할 것이다.

本件 事例에서 警察官 乙의 拳銃使用에 대한 相當性을 檢討하기 위해서는 먼저 拳銃使用이라는 警察權의 發動 其 자체의 相當性과 함께 拳銃發射行爲를 선택한 具體的 手段의 相當性이 각각 檢討되어야 한다. 위 判決要旨 ①은 前者에 대한 判示이다.

그런데 위 判決은 警察官 乙이 시속 4~50km로 주행중인 차의 창틀에 매달

린 상태에서 권총을 발사하기에 이른 것이니까 乙로서는 확실하게 사람에게 위해를 주지 않는 방법의 권총발사는 곤란한 상황이었다 하여 危害要件을 구비함을 필요로 한다는 입장을 취하고 있다. 乙로서는 제 1 탄은 공중을 향해서 발사했다. 그런데 공중으로 발사한 총탄이 제 3 탄과 마찬가지로 被告人의 신체를 관통해서 전기의 상해를 입히고 또 同乘者의 신체에도 명중하여 同人을 사망하기에 이르는 것이다. 따라서 위 判決로서는 제 1 탄부터 제 3 탄까지 모두가 손이 불안정한 상태에서 사람에게 위해를 가할지도 모르는 상황에서 발사되었다고 판단한 것으로 보인다. 그렇게 되면 乙로서는 상대방에게 危害를 가할 것을 豫見하면서 3發의 銃彈을 발사한 것이 된다. 그러나 本件 發射行爲보다 危害가 發生할 염려가 적은 적당한 對替手段을 선택할 수 있는 여지는 없었을 것이다. 이것은 通常人이 당시의 입장에 놓이더라도 마찬가지이다.

그런데 本件에 있어서는 警察官 乙의 意思에 반하여 銃彈이 同乘者의 右胸部에 명중하여 盲貫銃創으로 사망에 이르게 하였다. 그것은 正當防衛의 결과로 인한 것인지 緊急避難行爲에 의한다고 볼 것인가에 대한 논의의 여지가 있다. 本判決은 正當防衛行爲의 결과로 발생한 것으로 보고 있다. 그렇게 본다면 法益의 權衡을 구태여 논할 必要는 없으며 단순히 利益衡量에 의한 均衡만이 문제된다.<sup>29)</sup> 本件에 있어서는 銃器發射行爲에 의하여 同乘者가 입은 不利益은 하등 受認할 義務가 없다. 그러나 本件 拳銃의 發射行爲로서 警察官 乙의 生命·身體의 安全이 防護되며 한편으로 그로 인하여 同乘者의 生命과 被告人의 身體의 安全이 侵害된 것이므로 특히 兩者의 均衡이 깨뜨려진다고는 할 수 없다. 이 점에 대하여 本件 拳銃發射行爲의 相當性을 是認한 判示의 내용이 위 ②,③이다.

29) 片岡 聰, 警察權行使の限界, 東京法令出版株式會社, 1982. 235面.

### 3. 逃走防止를 위한 銃器使用과 犯人の 死亡

일반적으로 表現하면 銃器는 급박한 경우를 제외하고는 다른 手段이 있으면 그것을 시행한 후에 부득이 必要最小限度로 사용되어야 할 것이다.

昭和 37년 11월 9일 大阪地裁가 現行犯逮捕의 문제에 관하여 「대체로 現行犯逮捕가 前記처럼 罪證湮滅, 逃亡의 防止외에 현재 행해지고 있는 犯罪의 진압, 제지의 목적기능을 기대하는 체포의 경우는 함부로 身柄을 確保할 것이 아니라 될 수 있는 한의 범위내에서 犯行의 制止·鎮壓에 그친 후 身柄을 拘束할 것이며, 이런 경우에도 그 犯行을 制止함에 必要最小限의 有形力의 行使에 그치고 필요이상의 힘을 가함으로써 被逮捕者의 身體에 危害를 끼치는 일이 없도록 세심한 주의를 기울일 필요가 있다」<sup>30)</sup>고 판시하고 있는 것도 이러한 취지이다. 특히 竊盜의 現行犯人이 警察官의 逮捕에 抗拒하여 警察官의 拳銃發射로 인해 犯人을 死亡케 한 경우에 관하여 正當防衛로 인정된 事例은 앞에서 살펴본 바이지만<sup>31)</sup> 단순히 逃走하는 犯人의 逃走를 防止하기 위해 犯人의 死亡을 초래케 하는 銃器의 使用에 대해서는 별개의 문제가 제기된다. 요컨대 무엇보다도 犯人의 逃走를 防止하는 것인가에 대해서는 궁극적으로는 犯人의 身柄을 確保하여 刑事訴訟節次에 참여시켜 그의 刑事責任을 추궁하기 위해서라고 할 것이다. 다시말하면 犯人의 逃走를 防止하는 것은 犯人을 살려 두어 그의 刑事責任을 追窮하고자 하는 것이다. 그럼에도 불구하고 犯人의 逃走를 방지하기 위하여 犯人을 射殺하는 것은 무엇보다도 犯人의 逃走를 防止하였는가에 대한 의문을 남게한다. 逃走防止의 目的은 어디까지나 刑事責任을 추궁하기 위함에 있음을 인정한다면 逃走의 防止 그 자체가 목적이 될 수는 없는

30) 判例時報 320-11.

31) 東京高裁, 昭 32.11.11 「東京高裁 刑事裁判 時報」 8-388.

것이다. 이것을 여태까지 살펴 온 警察權發動에 있어서 手段의 相當性이라는 관점으로 다시 整理를 하면 犯人을 殺害한다는 手段은 특단의 사정이 없는 한 逃走防止의 목적을 달성하는데 있어서 「合理的 關聯性」을 欠한다고 할 것이다. 이에 대해서는 藤木英雄教授에 의하여 다음과 같이 說明되고 있다.

警職法 1,2各號는 「모두가 犯人의 逮捕 또는 令狀執行時의 抵抗排除를 위한 武器使用이며 正當防衛 또는 緊急避難의 要件을 충족하지 않은 때에도 허용되지만 이들은 어느 것이나 犯人의 身柄確保를 目的으로 행해지며 逮捕해서 刑事節次에 참여케 하고 刑事上의 責任을 明確히 함을 前提로 행하는 것이므로 生命을 害하는 發砲行爲는 이 條項에서는 허용되어서는 안된다고 해석할 것이며 正當防衛의 要件이 同時에 갖추어졌을때 비로소 犯人의 死亡을 초래하는 武器의 使用이 許容되는 것이라고 하지않으면 아니된다.<sup>32)</sup>

## V. 結 語

이상에서 경찰권행사에 관한 외국의 판례에 관련하여 日本에서의 警察官의 銃器使用에 따른 法理와 判例를 검토해 보았다.

이에 관한 문제상황은 우리나라에서도 마찬가지로이지만 判例는 전무한 실정이다. 다만 他山之石으로 다른나라에서 형성되어온 사례를 통하여 금후 유사한 사례의 판단기준으로 활용되어야 할 것이다. 특히 日本의 경우에는 武器使用에 관한 警職法 7條의 實踐原理로서 「警察官けん銃警棒等使用および取扱い規範」 및 「受傷事故防止を中心とした警察官の勤務および活動の要領について」등이 있어 일응 그 判斷基準을 제시하고 있다. 우리의 경우에도 警察官職務執行法施行令 내지 訓令에서 그 實踐基準을 제시할 것이 요청된다. 거기에

32) 藤木英雄, 「武器使用の正當性」, 法律のひろば, 2卷 8號, 5面.

것이다. 이것을 여태까지 살펴 온 警察權發動에 있어서 手段의 相當性이라는 관점으로 다시 整理를 하면 犯人을 殺害한다는 手段은 특단의 사정이 없는 한 逃走防止의 목적을 달성하는데 있어서 「合理的 關聯性」을 欠한다고 할 것이다. 이에 대해서는 藤木英雄教授에 의하여 다음과 같이 說明되고 있다.

警職法 1,2各號는 「모두가 犯人의 逮捕 또는 令狀執行時의 抵抗排除를 위한 武器使用이며 正當防衛 또는 緊急避難의 要件을 충족하지 않은 때에도 허용되지만 이들은 어느 것이나 犯人의 身柄確保를 目的으로 행해지며 逮捕해서 刑事節次에 참여케 하고 刑事上의 責任을 明確히 함을 前提로 행하는 것이므로 生命을 害하는 發砲行爲는 이 條項에서는 허용되어서는 안된다고 해석할 것이며 正當防衛의 要件이 同時에 갖추어졌을때 비로소 犯人의 死亡을 초래하는 武器의 使用이 許容되는 것이라고 하지않으면 아니된다.<sup>32)</sup>

## V. 結 語

이상에서 경찰권행사에 관한 외국의 판례에 관련하여 日本에서의 警察官의 銃器使用에 따른 法理와 判例를 검토해 보았다.

이에 관한 문제상황은 우리나라에서도 마찬가지로이지만 判例는 전무한 실정이다. 다만 他山之石으로 다른나라에서 형성되어온 사례를 통하여 금후 유사한 사례의 판단기준으로 활용되어야 할 것이다. 특히 日本의 경우에는 武器使用에 관한 警職法 7條의 實踐原理로서 「警察官けん銃警棒等使用および取扱い規範」 및 「受傷事故防止を中心とした警察官の勤務および活動の要領について」등이 있어 일응 그 判斷基準을 제시하고 있다. 우리의 경우에도 警察官職務執行法施行令 내지 訓令에서 그 實踐基準을 제시할 것이 요청된다. 거기에

32) 藤木英雄, 「武器使用の正當性」, 法律のひろば, 2卷 8號, 5面.

포함되어야 할것은 銃器使用의 정도 및 方法의 判斷에 도움을 줄 수 있도록 ①拳銃을 꺼내는 일에 관한 것, ②위협사격의 방법에 관한 것, ③상대방을 향해 發砲하는 경우에 관한 것 등이 순차적으로 규정되어야 할 것이다. 이제까지를 개괄해 볼 때 判斷基準이전의 문제로 社會事情에 대응하는 건전한 양식 있는 警察官으로서 도의적 책임감을 가지고 냉정한 태도로 구체적 상황에 즉응하여 事案의 경중을 판단한다면 별반 문제가 없을 것으로 생각된다. 그러기 위해서는 銃器의 사용은 그 法理에 따른 判斷과 함께 사격 기술 역시 같은 정도로 중요성이 인식되어야 한다. 결과에서 판단된다고 할때 당연히 實技能力의 비중도 큰 것이다. 따라서 社會的妥當性을 인정받을 수 있는 銃器의 사용은 法理에 의한 총기의 휴대, 사용이 인정되는 책무와 함께 人命尊重이라는 倫理感 그리고 구체적 事例研究라는 관련성에 따라 정기적인 銃器使用의 판단을 포함한 實技訓練이 병행되어야 할 것이다.

## 參 考 文 獻

※ 本文中에서 引用한 資料外에 武器의 使用에 관한 日本의 參考文獻

編・著者名	表 題	資料名(發行所)	卷・號(發行年度)
山本正俊	警察官の拳銃帶用について	警 察 研 究	17-11 昭12
川 口 一	警察官の拳銃帶用について	警 察 學 論 集	3 昭23
須貝條一	警察機關の武器使用	公 法 雜 誌	11-1 昭25
關 之	拳銃の使用とこれに伴う人權問題「犯罪捜査と人權侵犯の限界」	新 警 察 社	昭25
出射義夫	實力行使の段階と武器の使用について	警 察 時 報	7-13 昭27
土屋正三	警察官の拳銃帶用について	警 察 研 究	27-1 昭31
北野簡一郎	警察官の武器としての催涙ガスの使用に関する若干の問題点	警 察 學 論 集	13-4 昭35
竹岡勝美	新法令の解説-警察官けん銃警棒等使用及び規範-	警 察 時 報 社	昭37
宮橋一夫	警職法七條(武器の使用)と催涙ガスの關係について	警 察 學 論 集	17-5 昭39
森澤學	警察官職務執行法七條の「武器」等の解説について	警 察 學 論 集	19-3 昭41
石川才顯	警察官の武器使用と正當性の限界(特集)武器使用の正當性	法 律 の ひ ろ ば	23-8 昭45
河上和雄	警察官による武器の使用について	搜 査 研 究	19-9 昭45
金澤昭雄	我が國における警察官の武器使用事例(特集)武器使用の正當性	法 律 の ひ ろ ば	23-8 昭45

編・著者名	表 題	資料名(発行所)	卷・號(発行年度)
佐藤道雄	警察官の武器使用をめぐる二、 三の問題	研 修	267 昭45
藤木英雄	武器使用の正當性(特集)武器使 用の正當性	法律のひろば	23-8 昭45
石川才顯	警察官の武器使用	時 の 法 令	739 昭46
前田信二郎	警察官の拳銃使用上の注意義務 —メーヂー事件	別冊ジュリスト (統刑法判例百選)	33 昭46
石川才顯	警察官の武器使用の許容の限界 —瀬戸内海シー・ジャック事件犯 人射殺行為の正當化事由	ジュリスト	509 昭47
小早川政雄	警察官の武器使用—具體的使用 基準の考察—	警 察 學 論 集	26-8 昭48
警務演習研究會	武器の使用	捜 査 研 究	24-12 昭50
石川才顯	警察官の武器使用とその許容性 限界	警 察 研 究	48-12 昭52
福永英男	警察官の武器とその使用規程の 變遷	警 察 學 論 集	34-8 昭56
河上和雄	警察官による拳銃の使用	判例タイムズ	33-1 昭57
原 田 保	警察官の武器使用と正當防衛	愛知法學研究	25-2 昭57
原 田 保	尾道警察官發砲事件付審判決定 をめぐって	法 律 時 報	54-4 昭57