

**경찰관 총기사용의 법적 요건과
한계에 관한 연구**

경찰관 총기사용의 법적 요건과 한계에 관한 연구

〈 研 究 陣 〉

연 구 위 원 : 한 인 섭 (서울대학교 법과대학 교수)
 : 김 재 봉 (한양대학교 법과대학 교수)
 : 한 상 훈 (연세대학교 법과대학 교수)

대 내 용

연구보고서 1997-22

경찰관 총기사용의 법적 요건과 한계에 관한 연구

치 안 연 구 소

RESEARCH INSTITUTE OF POLICE SCIENCE

목 차

I. 서	론	1
II. 경찰관의 총기사용실태 및 현행제도상의 규제		4
1. 경찰관의 총기사용을 둘러싼 최근의 논의상황		4
2. 총기 지급현황		8
3. 총기의 관리, 사격훈련의 현황		11
1) 총기의 관리현황		11
2) 사격훈련현황		12
4. 총기의 사용환경과 사용현황		13
5. 총기의 사용에 대한 규제현황		18
6. 구체적 사례를 통해 본 총기사용의 실상		20
1) 흉기불소지·단순도주자에 대한 체포목적의 총기사용		20
2) 검문불응에 대한 총기사용		23
3) 항거하는 범인에 대한 총기사용		24
4) 정당방위의 성립이 문제되는 경우		26
5) 그밖의 사례		28
7. 소	결	30
III. 경찰관의 총기사용 법리의 비교법적 고찰		32
1. 미	국	32
1) 개	관	32
2) 1985년 이전의 경찰의 총기사용		33
3) Tennessee v. Garner 판결 (1985)		37
4) Garner 판결 이후		40
5) 소	결	42

2. 영 국	42
1) 총기의 휴대 및 사용에 관한 규율체계	42
2) 총기지급 및 휴대에 관한 규율	44
3) 총기사용에 관한 규율	46
4) 소결	50
3. 독 일	51
1) 무기사용에 관한 규율의 변천	51
2) 무기사용에 관한 규율체계 및 내용	53
3) 무기사용의 현황	62
4) 소결	64
4. 일 본	64
1) 무기사용에 관한 규율의 변천	64
2) 무기사용에 관한 규율체계 및 내용	65
3) 소결	77

IV. 경찰관직무집행법상 경찰관의 무기 사용 : 그 요건과 한계 79

1. 경찰관직무집행법상 총기사용규정의 연혁	79
2. 총기사용의 법적 성질과 근거	84
1) 총기사용의 법적 성질	84
2) 총기사용의 이론적 근거	86
3. 무기사용의 객관적 요건	90
1) 경찰관직무집행법 제11조의 구조	90
2) 무기사용의 일반적 요건 - 경찰관직무집행법 제11조 본문	91
3) 사람에게 위해를 가져올 수 있는 무기의 사용 - 제11조 단서	100
4. 무기사용의 주관적 요건	115
1) 고의에 의한 총기침해행위에서의 주관적 요건	115
2) 과실에 의한 총기침해행위에서의 주관적 요건	117
3) 착오에 의한 총기침해 : 정당화기준으로서 의무합치적 심사	118
5. 소 결	120

V. 총기사용의 구체적 사례에 대한 법적 검토 124

- 1. 단순도주자에 대한 체포목적의 총기사용에 대한 검토 124
- 2. 검문불응에 대한 총기사용의 검토 127
- 3. 항거하는 범인의 체포과정에서 총기사용 129
- 4. 정당방위의 성립여부가 문제되는 경우의 총기사용에 대한 검토 130
- 5. 그 밖의 사례 132
- 6. 소 결 132

VI. 특별법상의 무기 휴대 및 사용에 관한 규정의 검토 134

- 1. 행형법, 교정시설경비교도대법상 무기휴대 및 사용 134
 - 1) 행형법 134
 - 2) 교정시설경비교도대설치법 137
- 2. 청원경찰법, 전투경찰대설치법시행령상 무기휴대 및 사용 138
 - 1) 청원경찰법 138
 - 2) 전투경찰대설치법시행령상의 무기휴대 및 사용 140
- 3. 국가안전기획부법상 무기휴대 및 사용 142
- 4. 관세법, 출입국관리법상 무기휴대 및 사용 142
 - 1) 관세법 142
 - 2) 출입국관리법 143
- 5. 군사관련 법령에서의 무기휴대 및 사용 144
 - 1) 군행형법 144
 - 2) 향토예비군설치법 145
 - 3) 헌병무기사용령 145
 - 4) 국군기무사령부령 147
- 6. 소 결 147

Ⅶ. 결론 - 요약과 제언	150
1. 요약	150
2. 맺음말	155
참 고 문 헌	160
<부 록>	164
* 부록 1, 미국의 판례 : Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1, 105 S.Ct. 1694 (1985)	
* 부록 2, 영국 : 총기의 지급 및 사용에 관한 경찰관지침	
* 부록 3, 독일 : 독일연방 및 각주의 통일경찰법 초안 중 총기관련 규정	
* 부록 4, 일본 : 경찰관직무집행법 및 ‘경찰관권총경봉사용 및 취급규범’ 중 총기관련 규정	

I. 서 론

경찰의 범죄예방과 범죄자 검거, 범죄통제활동은 필연적으로 어느 정도의 강제력을 수반한다. 경찰의 강제력 행사 가운데 가장 정점에 있는 것이 총기의 휴대와 사용일 것이다. 국민은 경찰에 법질서 유지와 인명보호의 사명을 맡기면서 필요한 장구를 사용할 수 있도록 하고, 나아가 총기의 휴대도 합법적으로 인정한 것이다. 우리의 경우 역사적으로 경찰의 총기사용은 인정되어 왔고, 현행 실정법도 총기사용의 명시적인 근거조항을 두고 있다. 하지만 그동안 공권력 남용의 폐해도 무수히 지적되어 왔으며, 그러한 폐단을 방지하기 위해 부심해오고 있는 것도 사실이다. 경찰의 총기휴대를 인정하면서도, 그 총기의 사용은 필요한 최소한도의 범위내에서, 최후수단으로만 인정되어야 한다는 법리는 우리 현실의 고민을 반영한 것이다. 범죄방지와 시민의 안전보장, 그리고 사회적 안정이란 목적을 달성하기 위해 총기사용의 요건과 한계에 대한 법적 규정이 만들어져 온 것이다.

경찰관의 총기사용은 예민한 현실적 관심사이기도 하다. 조직폭력과의 대결, 범죄자의 경찰관에 대한 공공연한 도전, 폭력을 수반한 집단시위와 관련하여 경찰관 총기사용의 범위가 보다 넓혀져야 한다는 여론이 경찰 측을 중심으로 주장되기도 했다. 그러나 경찰관의 총기사용으로 인한 무고한 인명피해가 생겨나거나 경미한 범죄진압을 위해 총기를 오·남용한 경우에는 경찰관의 과잉행위에 대한 사회적 비난이 고조된다. 경찰관이 총기를 사적 목적으로 악용한 사례도 가끔 문제로 지적된다. 여론도 확고한 기준 없이 사안에 따라 극단으로 왔다갔다하는 경향을 보인다. 반면 법원의 총기관련 판례는 지나치게 고정되어 있는 느낌을 준다. 이러한 상황에서 경찰관의 총기휴대 및 사용과 관련하여, 직무수행의 적법성과 효율성을 제고하면서, 경찰관의 사기와 근무의욕을 고취할 수 있는 방안을 고심하게 되는 것이다. 그를 위해 본고는 경찰관의 총기사용의 법적 요건과 한계를 보다 법리에 충실하고 현실에 맞게 구성해보려는 것이다.

본격적인 논의에 들어가기 앞서 여기서 사용하는 총기의 개념을 일단 정리해볼 필요가 있다. 우선 무기와 총기, 흉기의 개념 구분이다. 武器라 함은 널리 사람을 살상하기 위하여 제작된 기구를 말하고, 銃器라 함은 권총, 소총, 기관총 등 금속성 탄알을 쏠 수 있는 기구¹⁾를 말한다. 무기는 그 목적과 용도에 의하여 정의되고, 총기란 그 사용방법에

의하여 정의된다고 할 수 있다. 그러므로 사람을 살상할 수 있으나 그 제작목적이 살상용이 아닌 사냥이나 레저를 목적으로 하는 사냥용 공기총과 같은 경우는 무기라고 할 수 없으며, 사람을 살상할 목적으로 제작되었으나 금속성탄알을 쏘는 방법으로 사용되지 않는 기구, 예를 들어 도검, 미사일, 독가스, 화염방사기 등은 총기가 아니기 때문이다. 한편 경찰관의 무기관리에 대한 규정인 무기탄약관리규칙에 열거된 무기의 종류로는 권총, 소총, 기관총, 대포, 폭탄 등이며, 결국 살상용의 총기와 폭탄을 의미한다고 할 수 있다.²⁾ 경찰관이 사용하는 도구를 중심으로 이해한다면 무기의 개념에서 폭탄을 제외하면 무기의 개념은 총기와 다를 바 없게 된다. 때문에 본고의 목적과 관련하여 총기의 개념을 무기의 개념과 혼용하더라도 경찰관직무와 관련하여 거의 문제될 것이 없다. 경찰관의 무기 사용에 대한 법적 검토를 위한 본 연구는 경찰관이 휴대하는 무기 중에서 특히 권총, 장총 등의 총기를 관심대상으로 하기 때문이다. 총기 이외의 기타 도검 등의 무기는 총기사용에 준하여 다루어질 수 있을 것이다.

한편 兇器는 그 본래의 구조, 성질상 사람의 생명, 신체에 위해를 줄 수 있는 기구 또는 그 용법상 사람의 살상에 사용될 수 있을 만큼 일반인이 위해를 느낄 수 있는 기구를 말하고 일반적으로 총, 검, 도끼, 쇠파치, 곤봉 등도 흉기에 포함된다고 한다.³⁾ 이렇게 볼 때 흉기는 총기나 무기보다도 더 넓은 개념이라고 할 수 있다. 그러나 흉기란 주로 범죄행위에 사용되는 불법한 기구로서 범죄의 구성요건에 규정되어 있는 경우이므로 법령상 금지되었는지 여부와 무관한 무기, 총기와는 구분되지 않을 수 없다. 그런데 본 연구는 경찰공무원법과 경찰관직무집행법에 의하여 그 휴대와 사용이 일반적으로 인정되고 있는 총기의 사용이 어떤 경우에 정당화될 수 있는 지 총기사용의 근거와 범위, 한계를 규명하려는 것을 그 목적으로 하고 있으므로 흉기라는 용어는 사용하지 않는다.

본고는 또한 경찰관의 범죄와 관련된 직무활동의 수행과정에서 생겨난 총기사용에 대한 법리적 검토를 중심으로 한다. 따라서 경찰관의 오발사고, 직무와 관계없이 경찰관이 스스

1) 총포·탄약·화약류등단속법 제2조 참조.

2) 무기탄약관리규칙 제10조의 2는 무기별 탄약기본량을 규정하고 있는데, 그 규정에는 무기의 종류로 권총(38구경), 권총(45구경), 권총(22구경), 엠16소총, 칼빈소총, 엠203, 중기관 총, 20밀리포, 40밀리수동포, 조명탄, 수류탄, 엠60기관총탄, 발칸포, 76밀리포, 3인치 대공 포 등이 열거되어 있다.

3) 김일수, 형법총론, 217면.

로 소지한 총기를 이용하여 범죄한 경우, 총기를 이용한 자손사고는 논의되지 않는다.

본고의 전체적 구성은 다음과 같다. II에서는 우리 사회의 경찰관 총기사용의 실태를 살펴보고자 한다. 여기서는 최근 경찰관 총기사용을 둘러싼 상황과 쟁점을 검토하는 부분과 총기사용실태에 대한 통계적 점검, 그리고 쟁점사례를 통해서 본 경찰관 총기사용의 실태를 같이 검토해본다. 통계자료는 경찰청에서 집계한 공식통계를 기초로 하되, 국정감사보고자료를 통해 일부 보완했으며, 사례수집에 있어서는 언론과 판례 및 국정감사 보고자료를 참고하였고 총기를 사용한 경험이 있는 경찰관과의 면담을 통해 보다 구체적인 이해를 얻고자 했다. III은 경찰관 총기사용에 대한 법리적 이해에 도움을 얻기 위하여 외국의 총기사용에 대한 법적 논의를 살펴보려는 것이다. 우리보다 총기관련 사건이 잦고 규정도 세분화된 미국과 영국, 독일과 일본의 논의에 대한 검토를 통해 우리의 총기사용 법리에 대한 시사를 얻을 수 있을 것이다. IV는 경찰관직무집행법 제11조의 무기사용의 요건에 대한 본격적인 검토를 행한다. 우선 경찰관직무집행법상의 무기관련 규정이 어떻게 변화해 왔던가를 검토하여 현행법에 대한 이해를 얻고, 동법 제11조의 특성과 그 내용을 객관적, 주관적 요건으로 나누어 검토한다. IV에 대한 이해를 기반으로 하여 V는 II의 6.에서 나온 구체적 사례에 대한 구체적인 법적 분석을 진행한 부분인데, 이를 통하여 보다 구체적인 기준을 얻어낼 수 있을 것이다. VI은 각종 특별법상의 특수공무원의 무기사용 규정이 과연 법치주의의 기본적 원칙에 부합하는지를 검토하려는 것이다.

본고는 경찰관 총기사용의 법적 요건과 한계를 분석하려는 것이므로, 경찰관에 의한 총기의 오·남용에 따른 문제와 그 대책에 대한 전반적 정책방향을 다루지 못한 한계를 갖고 있다.

II. 경찰관의 총기사용실태 및 현행제도상의 규제

1. 경찰관의 총기사용을 둘러싼 최근의 논의상황

경찰관의 총기사용의 범위와 한계에 대한 사회적 여론은 범죄예방의 형사정책적 합리성에 기초하기보다는 개별 사건이나 정치권과의 이해관계에 의해 많은 영향을 받고 있는 듯하다. 물론 개별 사건을 통해서 우리의 범죄와 범죄통제의 문제점이 보여지는 점을 인정하지만, 총기사용규범의 확립을 위해서는 확고한 법률과 지침에 의거하여, 일관성있는 운용이 더욱 필요하다는 것이다. 그런 견지에서 총기에 대한 여론형성에 영향을 끼친 최근의 몇몇 사례를 살펴볼 필요가 있다.

여론의 동향은 치안강화의 견지에서 총기사용의 필요성을 역설하는 논의와 시민의 생명·신체의 안전을 위해 총기의 오·남용을 견제하고 보다 엄격한 법률준수를 강조하는 논의로 양분된다. 어느 한쪽을 강조하게 될 때는, “경찰관의 총기사용을 폭넓게 허용하면 남용사례가 잦아지고 엄격히 규제하면 공권력의 무력화 현상이 나타난다”⁴⁾는 식의 부작용이 표출되기도 한다. 치안확보와 시민의 인권존중이라는 두 측면이 여론 속에서 민감하게 교차되는 것이다.

먼저 치안확보 견지에서 경찰관의 총기사용의 허용범위를 완화하자는 논의를 살펴보자. 첫째, 직무수행과정에서 경찰관의 부상, 범인검거의 실패의 경우 총기사용의 범위를 넓혀 총기를 사용해서라도 강력범죄 등을 진압하자는 논의가 대두된다. 둘째, 파출소의 피습, 경찰관으로부터 총기의 탈취 등 직접적인 위협을 받는 경우 총기를 동원한 제압 주장은 훨씬 동의의 폭을 넓히게 된다. 셋째, 폭력을 수반한 정치적 시위 등에서 총기허용 주장은 찬반 주장이 팽팽히 맞서는 양상을 보여왔다.

경찰의 대범죄대응력을 우려하는 최근의 사건으로는 1996년 8월 9일 오후 8시45분경 인천 남구 용현1동 청룡쌀상회 앞길에서 술에 취한 폭력용의자 이○씨(34)가 112신고를 받고 출동한 인천중부경찰서 소속 세피아순찰차를 빼앗아 달아난 사건이 있다. 이씨가

4) 동아일보 1996.9.12, 사설 “총기사용교육 철저히 하라”

순찰차를 몰고 달아나자 李 경장 등은 갖고 있던 38구경 권총으로 공포탄 2발을 쏘며 범인을 추격했으나 검거에 실패했다. 이 과정에서 그레이스승합차에서 내리던 張○군(14·중1년)이 추격중이던 金 순경(32)이 범인을 향해 쏜 실탄 유탄을 복부에 맞는 사고가 발생하였다. 결국 용의자는 1시간 32분만에 추격에 나선 경찰에 검거되었다.

또 다른 사건으로는 잠실 송파파출소 피습사건이 있다. 이 사건은 1996년 8월 9일 오전 5시경 서울 송파구 잠실동 송파경찰서 잠실1파출소에서 1명으로 추정되는 피한이 내근중이던 부소장 趙 경사(48)의 머리를 파출소안에 있던 소화기로 내리쳐 숨지게 하고 趙 경사의 38구경 권총과 실탄 3발, 공포탄 2발을 빼앗아 달아난 사건이다. 趙 경사는 파출소내 방범원실에 쓰러져 있었는데 근무교대를 하기 위해 돌아온 丁 순경(29)이 이를 발견, 인근 강남병원으로 옮겼으나 이날 오후 4시10분경 과다출혈로 숨졌다. 무력한 공권력이라는 여론의 비판을 받은 이 파출소피습살인사건 이후 경찰은 전경찰력을 동원해서라도 범인을 검거하겠다고 공언하였으나 아직 오리무중이다.

이러한 일련의 사건 이후 경찰은 경찰의 총기지급기준을 변경하였다. 즉, 경찰은 파출소 등의 외근경찰관이 범죄자의 습격이나 순찰차 탈취행위 등에 효율적으로 대처할 수 있도록 근무중 실탄이 장전된 총기를 휴대토록 한 것이다. 경찰은 파출소피습 사건 직후인 8월 11일 경찰청 회의실에서 전국 지방경찰청장회의를 열고 최근 발생한 파출소 경찰관 피습사망 및 순찰차 탈취사건 등을 국가공권력에 대한 중대한 도전행위로 규정, 이 같이 강력대처키로 한 것이다. 이에 따라 파출소의 외근자는 공포탄 2발과 실탄 3발을 항상 장전휴대하고 파출소에 무인 카메라와 비상벨 등을 설치키로 하였다.

이러한 경찰의 조치는 이미 올해 1월 30일에 있었던 조치를 한층 강화하는 것이다. 8월 11일 경찰청이 경찰관의 총기휴대기준을 변경하기 전인 올해 초 1월 30일에도 경찰은 이미 총기휴대규정을 변경한 바 있다. 당시에 도 강력범이 경찰을 살해하는 사건이 발생하자 이에 강력히 대처하기 위하여 경찰은 종전에 현장출동시에도 실탄은 장전하지 않고 휴대하도록 되어 있던 지침을 바꿔, 흉악범들이 경찰관들에게 신체적 위해를 가하는 등 긴급상황 발생시 실탄을 장전하고 범죄현장에 출동, 신속히 대응하도록 지시하였던 것이다.

경찰에 대한 직접 도전과 총기탈취, 순찰차 탈취의 경우 경찰의 강력한 대응을 주문하는 견해가 잇따를 것은 물론이다. 그러나 정치적 성격을 띤 집회와 시위의 경우 과연

총기사용진압이 허용될 수 있는가에 대하여는 견해가 확연히 갈린다. 지난 8월의 한총련 시위와 관련하여 “시위상황이 총기를 사용해야 할 것으로 판단되면 경찰관의 자율적인 판단에 따라 총기를 사용할 수 있다”고 한 경찰청장의 언명(1996.8.19)이 물고은 파문이 이를 잘 보여준다.⁵⁾

최근 일련의 사건과 한총련 사건을 계기로 경찰청장은 경찰관직무집행법상 무기사용 요건을 완화하는 개정안을 추진하다 반대여론의 비등으로 경직법개정안은 철회하였으나 이어지는 지시 등에서 총기사용을 권장하는 정책이 계속되어 있다고 보여진다. 경찰청은 수원 남부경찰서 파출소 경관의 총기오인 발사 사건 다음날인 지난 9월 6일 ‘파출소 경찰관 기본근무자세 확립 재강조 지시’란 전언통신문을 통해 이렇게 밝히고 파출소 등에서 난동을 부리는 공무집행 방해사범에 대해 강력 대처하라고 지시했다. 경찰은 업무지침을 통해 “안일한 법집행 자세 때문에 만취자의 파출소난동 등 경찰권 침해 사례들이 자주 일어나고 있다”며 “파출소 집기파손이나 경찰관에 대한 행패를 경찰권 확립 차원에서 공무집행 방해사범으로 강력 처벌하라”고 시달하였기 때문이다. 대체로 경찰내부의 견해는 ▲경찰관직무집행법상의 총기사용 요건이 대단히 추상적이고 제한적이어서 보다 명확하고 요건심사가 용이한 규정으로 바꿀 것, ▲경찰의 공권력행사에 대한 대항에는 강력히 대처할 수 있는 법적 근거를 요청하고 있다.⁶⁾

다른 한편으로 시민의 인명존중이란 견지에서 경찰관 총기사용의 오·남용에 대한 우려도 적지 않다. 다음 기사는 그러한 우려의 내용을 잘 대변해 준다.⁷⁾

5) 시위대에 대한 총기사용은 이미 1960년 3·15, 4·19의 총기발사와 관련하여 단죄된 바도 있고, 1980년 5·18에 이은 후속조치로 경찰관직무집행법상 “소요사태를 진압함에 있어 소요행위자”에 대한 총기사용을 인정한 바도 있으나 모두 독재정권의 부정적 유산으로 단죄되고 삭제된 바가 있다.(제4장 1. 참조)

6) 예컨대 경찰청 방법기획과에서 요청한 경찰관의 무기사용관련 의견수렴에 응한 각 지방경찰청은 대체로 다음과 같은 개정의견을 제시하고 있다.

1. 일선 경찰관이 정당한 무기사용 여부를 쉽게 판단할 수 있도록 무기사용규정을 단순화·구체화하고,
2. 정당한 경찰관의 공무집행에 항거하는 경우 이는 공권력에 대한 도전으로 간주, 별도의 법적 규정을 두어 강력한 장비 및 무기사용권을 부여하며,
3. 항거하는 범인검거과정에서 발생할 소지가 많은 무기 과잉사용 논란이 원천적으로 차단될 수 있도록 하기 위해서는 정당한 공무집행에 항거시 강력한 제재를 받는 등 불이익이 뒤따른다는 인식이 확산될 수 있도록 법적 개정이 뒷받침되어야 한다.

7) “총기사용교육 철저히 하라”, 동아일보 1996.9.12, 사설

“지난달 한총련의 좌경폭력시위를 계기로 경찰이 여론을 등에 업고 총기를 적극 사용하겠다는 의지를 밝힌 후 경찰관의 총기남용사건이 잇따르고 있다. 교통사고 뺑소니범을 뒤쫓던 시민을 범인으로 오인해 실탄을 발사, 중상을 입혔는가 하면⁸⁾ 병원에 나타난 한총련사태 수배학생을 붙잡기 위해 가스총을 쏘 입원환자들을 괴롭게 했다. 이번에는 청소년일행을 소란혐의로 연행하려다 실랑이를 벌이던 중 공포탄을 얼굴에 발사, 상처를 입힌 사건⁹⁾이 일어났다. 이런 일련의 사례는 경찰관들의 상황판단능력이 모자라고 총기사용수칙을 제대로 알지 못하고 있다는 사실을 보여준다”.

총기의 과잉진압에 대한 우려는 국회의 국정감사와 내무위원회의 단골 의제이기도 하다. 흉악범죄자라 할 지라도 범행과정에서 총기사용의 예가 거의 발견되지 않는 우리나라에서 총기를 독점적으로 보유한 경찰관의 총기사용은 다른 나라의 경우보다 더욱 엄격히 제한되어야 한다는 주장¹⁰⁾도 발견된다. 경찰관의 총기피탈이나 순찰차의 피탈은 총기의 사용필요성을 강화시킨다기 보다는, 경찰관의 자세와 훈련의 강화 필요성을 강화시킬 뿐이다. 불법 폭력시위대를 해산함에 있어 장구가 아닌 총기의 필요성까지 논의하는 것은 시민사회의 안전에 오히려 위협이 되며 실제로도 시위진압이 총기사용 없이 얼마든지 가능했음을 경험적 사례들이 보여준다. 한총련 사태 역시 마찬가지로 맥락에서 이해될 수 있다.¹¹⁾

이러한 논의에서 확인되는 것은 경찰관의 총기사용은 시민사회와 정치환경에서 대단히 민감한 쟁점이라는 것이다. 관련 사건의 특성에 따라 여론의 강조점이 달라지는 것도 이전과 변화가 없다. 이러한 상황에서 합리적 논의를 위해서는 총기사용환경의 실태에 대한 보다 객관적 이해와 장기적 전망을 가진 합리적 기준을 만들어내는 작업일 것이다.

8) 1996.9.5. 수원에서 신호를 무시한 채 오토바이를 몰고가다 횡단보도를 건너던 행인을 치었다고 현장에 출동한 이 경장은 달아나는 오군을 뒤쫓던 신씨를 범인으로 오인해 권총실탄을 발사했는데, 신씨와 행인 최씨 등이 맞아 각각 전치 4주와 6주의 중상을 입은 사건. 이 사건에서는 공포탄이 장전되어 있지 않아 바로 실탄을 발사한 것으로 보도되었다. 한겨레신문 1996.9.6. “뺑소니범 쫓던 시민, 경찰오인총격에 중상” 참조.

9) 한겨레신문 1996.9.11 “경찰력남용 위험수위 : 연행항의 10대소년 관자놀이에 공포탄 쏘 중상”.

10) “경찰관 총기사용의 조건”, 중앙일보 1996.9.7, 사실

11) 가령 이상돈, “극렬폭력 시위에 총기사용 바람직인가”, 중앙일보 1996.8.24 참조.

2. 총기 지급현황

먼저 경찰관의 총기보유에 관한 통계를 살펴보기로 한다. <표 1>은 1995년 8월 31일 현재 전국 경찰의 총기(권총) 지급현황을 보여준다. 경찰이 보유하고 있는 총기수는 총 48,698정이고, 이중 파출소에는 전국적으로 16,554정이 지급되어 있다. 파출소의 총기보유수는 전체 중에서 약34%에 달하는 것이다. 112순찰차에는 722정(1.4%), 그리고 수사경찰관에는 3,148정(6.4%)이 지급되어 있다.

<표 1> 경찰의 총기(권총)지급 현황(1995. 8. 31 현재)

구분	계	파출소	112 순찰차	수사	형사 기동대	기타(무기고 등)
계	48,698	16,554	722	3,148	809	27,465
본청	1,148					1,148
서울	13,801	4,787	62	93	250	8,609
부산	4,346	1,717	77	558		1,997
대구	2,215	936	35	368	69	807
인천	1,623	567	104	6	50	896
경기	4,488	1,858	19	736	35	1,840
강원	1,876	856	42	34		944
충북	1,400	639	17	98	64	582
충남	2,678	1,166	34	60	16	1,402
전북	2,327	864	54	181	5	1,223
전남	3,804	912		365	100	2,427
경북	2,919	1,025	37	252	104	1,501
경남	3,332	1,100	215	347	108	1,562
제주	601	123	26	50	8	394
기타	2,131	4				2,127

이를 지역별 지급분포로 살펴보면, 서울경찰청에 총 13,801정으로 28.3%에 해당하는 총기가 지급되어 있으며 다음으로는 경기도경찰청 4,488정(9.2%), 부산경찰청 4,346정(8.9%)가 지급되어 있다.

<표 2> 외근경찰관 총기지급 현황(1995. 8. 31 현재)

기능별	보유수량	비율
계	25,667	100%
지, 파출소	16,554	64.49%
112순찰요원	722	2.81%
수사요원	3,148	12.26%
교통외근	511	1.99%
기동대	141	0.54%
형사기동대	809	3.15%
기타	3,147	12.26%

<표 2>는 외근경찰관에게 지급되어 있는 총기의 지급실태를 보여준다. 외근경찰관에
 게 지급된 총25,667정의 총기 중 지·파출소에는 총 16,554정이 지급되어 있어 전체의
 64.49%를 차지하고 있다. 다음으로는 수사요원으로 3,148정(12.26%), 112순찰요원 722
 정(2.81%)의 순이다.

외근경찰관에 대한 총기지급현황을 보면 지·파출소에 압도적으로 많은 65% 가량의
 총기가 지급되어 있는 데 이는 파출소가 시민의 일상생활에서 차지하는 중요성과 범죄
 발생시 신속히 출동할 수 있는 근거리에 있다는 점을 고려한 것이라고 할 것이다.

<표 3>연도별 개인화기 보유수량 변화

년 도	계	권 총			소총	
		소계	22구경	38구경		45구경
1983	97,139	13,784		7,591	6,193	83,355
1984	99,018	14,527		8,399	6,128	84,491
1985	103,478	16,446		10,296	6,150	87,032
1986	107,137	16,445		10,296	6,149	90,692
1987	107,842	16,639		10,476	6,163	91,203
1988	107,760	16,715		10,518	6,197	91,045
1989	109,719	16,724		10,521	6,203	92,995
1990	117,369	22,491		16,288	6,203	94,878
1992	134,909	38,194	8,541	23,438	6,215	96,715
1993	139,552	41,166	11,090	23,861	6,215	98,386

<표 3>은 연도별 개인화기 보유수량의 변화를 보여주고 있다. 1983년에 13,784정이었던 총기수는 1984년 14,527정, 1985년 16,446정으로 완만한 증가세를 나타내다가, 1985년 이후 1989년까지는 일정보유수를 유지하고 있다. 반면, 1990년에 보유수량은 22,491정으로 급격히 증가하였고 다시 1992년에는 38,194정으로 늘어났고 1993년에는 총보유수량이 41,166정이 되었다. 이러한 변화를 비율로 환산하여 보면, 1984년도에는 1983년도에 비하여 5.4%가 증가하고 1985년에는 13.2%가 증가한 것이다. 1985년에서 1989년까지는 증감에 거의 변동이 있었으나, 1990년에는 전년도에 비하여 무려 34.4%, 그리고 1991년과 1992년에는 평균 34.9%나 증가하였다. 이에 반하여 1993년에는 전년도에 비해 7.8% 늘어나는 데 그쳤다. 이처럼 1990년부터 1992년 사이에 경찰의 총기보급수가 급격히 증가한 것은 당시 정부차원에서 진행된 <범죄와의 전쟁>과 밀접한 관련이 있다. 1993년 이후 증가세가 둔화된 것을 보아도 이 시기의 경찰의 총기보급수의 증대는 팔목할 만한 것이다.

<표 4> 연도별 실탄구매내역(단위: 천발, 천원)

연도	구분	계	권총탄	소총탄	기타탄
1990	발수	9,531	9,050	481	
	금액	939,458	873,400	66,058	
1991	발수	9,300	8,800	500	
	금액	908,500	829,000	79,500	
1992	발수	17,000	17,000		
	금액	1,410,410	1,410,410		
1993	발수	19,040	11,560	7,280	200
	금액	2,517,945	1,136,280	1,303,775	77,890
1994	발수	12,956	7,669	4,504	783
	금액	1,723,910	588,755	823,595	311,560

<표 4>는 연도별 실탄구입발수와 구입비용을 보여주고 있다. 1991년까지 일정수를 유지하던 구입발수와 구입비용은 1992년부터 급격히 증가하고 있다. 1992년의 실탄구입

발수는 전년도 대비 82%, 그리고 구입비용은 55.2% 증가하였다. 그러나 1994년도에는 오히려 감소하고 있어, 이 역시 <전쟁과의 범죄>선포와 밀접한 관련이 있다고 보여진다. 이러한 정치적 결정에 의한 총기관련예산의 편성, 총기보유수의 변화는 경찰행정의 대국민 신뢰성의 확보라는 면에서나 범죄진압의 측면에서나 바람직하지 않은 현상이라고 보여진다. 보다 합리적이고 과학적인 근거에 의한 총기, 실탄구입계획과 예산책정이 요구되고 있다.

3. 총기의 관리, 사격훈련의 현황

1) 총기의 관리현황

경찰관의 무기와 탄약의 관리에 관하여는 무기탄약관리규칙(1991.7.31 경찰청훈령 제 22호)이 적용된다. 이 규칙에 따르면 무기고와 탄약고는 분리하여 가급적 독립된 건물로 하여야 한다. 무기탄약은 종류별로 구분 관리하여 그 수량, 고장유무, 손질 연월일 및 격납배치도를 게시하고 이를 보관하여야 한다(동 규칙 제8조). 경찰기관의 장은 보관하고 있는 무기탄약을 중요물품이력카드에 기재하고 소속 경찰관에게 대여할 수 있다. 무기탄약을 대여받은 자는 그 무기를 휴대하고 근무하는 경우를 제외하고는 무기고에 보관하여야 한다. 경찰기관의 장이 평상시에 있어서 소속경찰관에게 무기의 실탄을 대여할 때에는 소총의 경우 정당 실탄 15발 이내, 권총은 정당 실탄 7발 이내의 기준에 따라 대여하여야 한다(동규칙 제10조 제5항). 다만 상황에 따라 이를 가감할 수 있다.

경찰기관의 장은 무기를 휴대하는 자에게 특별한 사유가 발생한 경우에는 대여한 무기를 회수 또는 보관하여야 할 것이다. 무기탄약관리규칙에 따르면 무기의 회수 보관은 필요적으로 할 경우와 임의적으로 할 경우로 나뉜다. 전자의 경우는 1) 직무상의 비위로 인하여 징계대상이 된 자, 2) 형사사건으로 인하여 조사의 대상이 된 자, 3) 사의를 표명한 자이며, 이들 경우에는 경찰기관의 장은 즉시 대여한 무기탄약을 회수 또는 보관하여야 한다(동규칙 제11조 제1항). 이는 위험한 무기를 다룰 자격이 부족하거나 없는 경우에 대비한 것으로 볼 수 있다.

그리고 1)평소에 불평이 심하고 염세비관하는 자, 2)주벽이 심한 자, 3)변태성벽이 있는 자, 4)가정환경이 불화한 자 등에 대해서는 경찰기관의 장은 대여한 무기탄약을 회수 또는 보관할 수 있다고 규정한다(동규칙 제11조 제2항). 이는 무기를 이용하여 자살하거나 오발, 개인적 목적으로 무기를 남용하는 경우를 예방하자는 취지이다.

무기를 휴대한 자 중에서 경찰관서의 장이 대여한 무기탄약을 보관하여야 할 경우가 있다. 즉 1)주석 또는 연회장소에 출입할 경우, 2)상사의 사무실을 출입할 경우, 3)기타 정황을 판단하여 필요하다고 인정되는 경우가 그것이다(동규칙 제11조 제3항). 우발적으로 총기를 남용하거나 오발사고를 일으킬 위험을 방지하기 위한 규정으로 생각된다.

2) 사격훈련현황

총기관리의 소홀로 인한 안전사고를 방지하고, 정당한 공무집행을 위해 사격훈련의 강화는 필수적이다. 경찰청 차원에서 여러 차례 사격훈련 강화방안이 성안·실시되었다. 1996년에는 1.30. <경찰관 사격훈련 강화방안>이 마련되었고, 그에 따라 새로이 <사격훈련 강화방안>이 입안되었다. 그에 따르면 사격훈련 회수를 경정이하 전 경찰관은 연 2회(70발) 실시하고, 형사·교통·지파출소 요원 등 외근요원은 연 4회(140발) 이상 추가하여 특별훈련을 실시하는 방침이다. 외근요원의 경우 연간 총 6회, 210발을 사격하는 훈련을 해야 하는 것이다. 신입순경의 경우 연 38시간에서 48시간으로 사격훈련이 강화된 것이 한 특징이다. 사격훈련에서 성적우수자를 표창하고, 사격성적 불량자는 반복훈련을 실시한다.

사격방법은 정지상태에서 표적지를 상대로 한 조준사격을 하며, 동적 상태에서 이동물체에 대한 사격훈련은 예산 미확보로 아직 실시되지 못하고 있다.¹²⁾ 이는 형식적 실사 위주의 사격훈련만 실시하는 것이므로, 현장상황에 대한 대처능력을 기르는 데는 한계가 있다.

12) 이동물체에 대한 영상사격훈련을 위해 시뮬레이션 사격장을 1995년부터 우선 서울지방경찰청에 설치코자 소요예산 3억 4천만원을 96예산에 요청하였으나, 재경원에서 신규사업 예산배정을 해주지 않아 성사되지 못하였다. 한편 미국, 호주, 브라질, 캐나다, 인도, 이태리, 스위스, 싱가포르 등 22개국에서는 영상사격을 실시한다고 한다.

또한 사격훈련은 실사위주의 사격교육 뿐 아니라 표적지를 사무실이나 휴게실에 부착하여 조준과 격발연습을 실시하도록 권장한다.

사격훈련은 실기 뿐 아니라 이론교육도 필요하고, 상황판단에 대한 훈련, 경찰에 대한 인권교육도 아울러 포함되어야 한다. 상황을 제대로 판단하지 못하는 데서 오발의 위험성, 범죄와 관련이 없는 자에 대한 오인사격 등의 문제가 생길 수도 있다. 사격시의 상황판단능력과 경찰의 인명존중의식을 함양할 교육은 반드시 필요하다고 본다.

1993.12. 경찰청 교육과에서는 <경찰사격훈련 강화계획>를 만든 바 있다. 그 때의 보고에 따르면 지방청별로 전용사격장을 연차적으로 확보할 계획이라고 한다. 당시 이미 서울 등 5곳은 모두 전용사격장을 갖추고 있다. 그러나 나머지는 전용사격장이 없는 데서 생기는 불편이 적지 않을 것으로 생각된다. <표 5>의 통계를 보면 그 당시보다 경찰보유 사격장의 수는 훨씬 늘어났으나(24개), 현재 수요에는 크게 미치지 못하고 있음을 알 수 있다.

<표 5> 사격장 현황

구분	관서	경찰보유		타기관 (이용)				비고
		자체 전용	전경대	시도 (자체기관)	시도 (임시개설)	군부대 (예비군)	기업체 (방산업체)	
수	253	18	6	5	6	129	8	81개 관서 타기관 중복 사용

4. 총기의 사용환경과 사용현황

경찰관의 안전이나 치안질서에 직접적인 도전의 실태는 <표 6>을 통해 살펴볼 수 있다. 파출소에 대한 피습은 94년도의 경우 11건, 95년도에는 4건 정도이며, 경찰관에 대한 피습은 매년 10건 내외를 기록하고 있다. 가장 직접적인 도전이라 할 수 있는 경찰

관소지의 총기탈취건은 95년도에 2건, 96년 8월까지 2건을 기록하고 있다. 경찰관의 신체에 대한 위해정도는 사망이 매년 1건 정도, 중상이 10건 미만을 기록한다. 매건이 심각한 사안일 것으로 짐작되지만, 통계수치를 통해 볼 때 '공권력 파괴시대'¹³⁾와 같은 표현을 쓰는 것은 합당하지 못하다. <표 6>에는 또한 경찰의 총기발사건수가 나와 있는데, 완만한 가운데서도 총기사용이 증가하는 추세를 보이고 있음이 주목된다. 특히 96년에는 94~95년과 비슷한 치안상황을 기록하고 있는데, 총기발사건수는 크게 증가하여 보다 총기진압에 의존하는 추세를 보인다. 앞서 이야기한 충격적 사안의 발생과 강력한 압위주의 지시가 이러한 총기사용증가에 일정한 영향을 미친 것으로 보인다.

<표 6> 파출소 피습·순찰차 피탈 등 현황(1996.9.1 현재)

구분 소계	사건발생내역								범인 검거 실적	총기 발사 건수	경찰관 신체 위해정도					비고
	소계	파출소 피습	경찰관 피습	순찰차 탈취	총기 탈취	경찰관 범집행 합거	파출소 공공기 물파괴	기타			소계	사망	중상	경상	피 해 무	
계	5,778	20	33	13	4	5,098	610		5,900	101	5,778	3	34	3,501	2,240	
'93	1,255		7	2		1,100	146		11,303	10	1,255		7	798	450	
'94	1,672	11	7	3		1,489	162		1,724	24	1,672	1	9	990	672	
'95	1,663	4	12	3	2	1,465	177		1,671	24	1,663	1	6	967	429	
'96 8월	1,188	5	7	5	2	1,044	125		1,202	43	1,188	1	12	746		

<표 7> 범인피습에 의한 경찰관 피해상황

연 도	순 직	공 상	비 교
계	3	477	
1992		119	
1993	1	116	
1994	1	128	
1995	1	78	
1996		36	1996.6.30. 현재

13) “공권력파괴 시대”, 조선일보 1996.8.10, 사설.

<표 7>에는 1992년 이후 1996년까지의 범인피습에 의한 경찰관의 피해상황이 나타나 있다. 1992년에는 사망은 없고, 부상 119명, 1993년에는 사망 1명, 부상 116명, 1994년에는 역시 사망 1명, 부상 128명, 1995년에는 사망 1명 부상 78명, 그리고 1996년에는 6월 30일 현재 사망은 없고 부상 36명이다.¹⁴⁾ 이러한 통계를 보면 사망자는 매년 1명 또는 없고, 부상자는 1994년까지 120명 가량 있다가 1995년 이후로는 70명대 수준으로 하락하였다는 점을 알 수 있다. 이러한 통계를 미루어 볼 때 전반적으로는 범인의 공권력에 대한 도전이 위험수위에 있다고까지는 말하기 어렵지 않은가 한다.

<표 8> 총기사용목적별 현황

연도	계	범인검거 민생치안				관서 피습	오용·남용				위협 동물 사살
		소계	강, 폭력	절 도	검문 불응		소 계	부주의	자 해	오 발	
1988	32	31	23	4	4					1	
1989	17	15	12	2	1		1		1	1	
1990	209	165	69	27	69	28	12	11	1	4	
1991	113	70	29	16	25	29	9	7	1	5	

<표 8>은 총기사용의 목적별 연도별 통계표이다. 우선 1988년 32건, 1989년에 17건에 불과하던 경찰관의 총기사용건수가 1990년에 209건으로 1988년에 비하여도 3배이상 증가하는 모습을 보인다. 한편 1990년 이후 총기사용건수의 증가에 따라 총기의 오용, 남용건수도 함께 증가하고 있다는 사실은 주의를 요하는 부분이다. 총기의 지급범위가 늘고 총기사용이 늘어나면 그에 비례하여 총기사고도 함께 증가한다는 점을 주목하여야 한다.¹⁵⁾

14) <표 6>와 <표 7>을 대비해보면 수치상의 차이가 약간씩 나타나는데, 이는 통계수집목적과 방법상의 차이로 말미암은 것으로 보인다.

또한 1990년의 경우 검문불응에 총기를 사용하는 사례가 69건이나 되었는데, 이러한 유형의 총기사용의 격증은 <범죄와의 전쟁> 선포와 관련된 것으로 여겨진다. 이는 이듬해인 1991년에 같은 유형의 총기사용건수가 25건으로 감소되었고, 전반적인 총기사용건수도 전체에 비해 감소된 것을 보아도 알 수 있다. 1990년과 1991년의 검문불응관련 총기사용건수는 당해년도의 전체 총기사용건수 중에서도 각각 33%, 25.6%에 해당하는 비율로써 적지 않은 비중을 차지하고 있다. 그런데 현행범이나 준현행범이 아닌 단순한 검문불응자에 대하여 총기를 사용하는 것이 정당화될 수 있는가에 대하여는 논란의 여지가 있다.

<표 10> 경찰관 총기사용으로 인한 피해내역(사망)

연도	사망								소계
	오발				정당행위				
	경찰관	방법	시민	소계	경찰관	방법	범인	소계	
1990	2	1	1	4			1	1	5
1991	1		5	6			2	2	8

<표 10>은 총기사용으로 인한 피해의 내용을 보여주고 있다. 1990년의 경우 경찰관의 총기사용으로 인한 사망자 총5명 가운데 경찰관이 2명, 방법대원이 1명, 그리고 시민은 1명이며, 범인은 1명에 불과하다는 것을 보여주고 있다. 즉, 경찰관의 총기사용으로 인하여 무고한 경찰, 방법, 시민의 희생이 전체사망자의 다수를 점한다는 사실을 보여주고 있는 것이다. 이는 훈련되지 않은 총기사용의 대가가 얼마나 비싼가 하는 점을 보여준다고 하겠다. 1991년의 경우에도 총8명의 사망자 가운데 범인은 2명에 불과하고 경찰관 1명, 그리고 시민이 5명이나 희생되었다. 범인을 현장에서 사망에 이르게 하는 것의 정당성여부는 더 많은 논의의 여지가 있다 할지라도 무고한 시민을 사망에 이르게 하는 것이 불법임에는 논란의 여지가 없을 것이다. 전체 사망자 중 3분의 2에 육박하는 희생자가 시민이라는 사실은 경찰관의 총기사용의 적법성 여부를 논함에 있어서 결코 간과해서는 안되는 사실일 것이다.

15) 다만 이 통계는 보다 최근의 통계에 의해 보완되어야 한다.

<표 11> 경찰 총기사용 사례 및 사고발생 현황('90~96.8.31 현재)

구분 연도	계	사용사례·사고유형			총기사용·사고결과									
		정당행위, 정당방위	오발	기타	경찰관					민간인				
					사 망	자 살	중 상	경 상	피 해 무	사 망	중 상	경 상	피 해 무	
90	16	2	8	6	1		2				4	1	8	
91	8		2	6	1		1	1	1		6	1		
92	6	1	1	4	1	4					1			
93	5		3	2	1	2	1	1						
94	8	2	3	3	2		1		3		1	1		
95	10	6	1	3		1		2			4	3		
96.9.9 현재	12	7	3	2		2	1				1	3	6	
총계	65	18 (27.6%)	21 (32.3%)	26 (40%)	6	9	6	4	4		17	9	14	

<표 11>은 경찰총기사용에 대한 최근까지의 기록을 보여준다. 90년도부터 96.9.9까지를 합쳐서 보면, 총기사용건수는 총 65건이며 그 가운데 18건(27.6%)은 정당행위·정당방위로 분류되었고, 나머지는 오발이거나 잘못된 사용임이 드러났다. 그것은 총기사용·사고결과를 통해서 더욱 잘 이해될 수 있다. 즉 경찰의 총기사용으로 인해 경찰관의 자살이 9건, 경찰관의 사망을 초래한 경우가 6건, 경찰에 중상을 입힌 경우가 6건 등 경찰피해가 전체의 42%를 차지한다. 경찰의 총기사용으로 민간인의 사망을 초래한 경우가 17건, 중상을 초래한 경우가 9건을 기록한다. 결국 경찰의 총기사용이 법적으로 정당화되는 경우는 1/4을 약간 넘어서는 정도이며, 경찰관 자신이 가장 큰 피해를 기록하고 있다는 통계는 경찰의 총기사용의 미숙함을 드러내는 동시에 총기에 대한 정신교육의 필요성을 드러낸다고 하겠다.

5. 총기의 사용에 대한 규제현황

경직법 제12조는 동법에 규정된 경찰관의 의무에 위반하거나 직권을 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 자는 1년 이하의 징역이나 금고에 처한다고 규정한다. 그리고 경찰관이 법적으로 허용된 범위를 넘어 무기를 사용했을 때는 손해배상(국가배상)의 대상이 되며, 경찰관의 고의·과실에 의한 인명피해를 초래했을 경우에는 형사처벌을 받게 될 것이다.

경찰내부의 규제절차로는 무기사용에 대한 보고절차가 있다. 경찰관직무집행법시행령 제7조는 경직법 제11조에 의하여 무기를 사용한 때에는 소속경찰관서의 장에게 이를 보고하여야 한다고 규정하고 있다(동 시행령 제7조 제9호 참조). 이러한 보고에 근거하여 필요한 경우 비위행위자에 대한 징계를 결정하게 된다.

경찰공무원에 대한 징계는 경찰공무원징계령과 경찰공무원징계양정등에 관한 규칙에 규정되어 있다. 특히 경찰공무원징계양정등에 관한 규칙의 별표에는 각종 비위행위의 유형과 징계정도가 규정되어 있다. 이에 따르면 총기의 도난 및 분실의 경우에는 감봉, 정직, 해임, 파면까지 징계가 가능하도록 되어 있다. 총기오발사고, 총기불법대여의 경우에는 경징계인 견책과 감봉에서부터 중징계인 정직, 해임, 파면까지 징계할 수 있도록 되어 있다. 또한 경찰관직무집행법 제11조에 관련하여 총기사용의 한계를 일탈하여 총기를 사용했을 경우에도 견책, 감봉에서부터 정직, 해임, 파면까지 징계할 수 있도록 규정되어 있다. 그러므로 경찰관이 경직법 제11조에 위반하여 총기를 사용하였을 경우 경찰내부의 징계가 가능하게 되어있는 것이다.

<표 12> 총기 및 장구 사용으로 물의야기 징계현황

연 도	소 계	파 면	해 임	정 직	감 봉	견 책
1991	4	2			1	1
1992	1	1				
1993	9	1	2	1	1	4
1994	14	3	2		2	7
1995	15	2	2	1	6	4
계	43	9	6	2	10	16

<표 12>은 총기 및 장구사용으로 물의를 야기하여 징계를 받은 경찰관의 연도별 통계표이다. 총기와 장구의 사용으로 인한 징계현황인데, 이 통계로는 이 중 얼마만큼이 총기로 인한 것인지 정확히 알 수 없다. 징계현황을 볼 때 1993년 이후 징계건수가 증가하기 시작하여 1994년에 가장 많은 건수를 기록하고 있다. 이러한 현상은 아래 <표 13>의 경찰관 무기사용 건수에 비추어 보면, 경찰관의 무기사용 건수와 징계건수가 비슷하게 진행되는 것을 볼 수 있다. 즉 경찰관의 총기사용건수가 증가하는 것과 총기의 오·남용 가능성도 높아지게 되는 것이다. 이 역시 경찰의 총기보급과 사용에 앞서 훈련과 교육의 필요성을 부각시키는 통계로 읽혀질 수 있다.

<표 13> 경찰관의 무기사용 건수 (1995. 10. 현재)

연도	사용 건수	사 망	상 해	비 고
1993	51	1	5	
1994	95	1	5	
1995	82	3	4	자폭 1

<표 14>는 총기발사와 관련한 손해배상소송의 내역이다. 1990년 이후 1996. 8. 현재까지 경찰관의 총기발사와 관련한 소송건수를 보면 총 24건이며, 그 중에 국가(경찰관) 측의 패소가 19건으로 79%의 패소율을 기록하고 있다. 피해자의 소취하나 경찰관 승소의 경우가 3건이며, 2건이 계류중으로 나타나고 있다. 이제까지의 보상금지금액은 1,128,380,000에 달한다.

<표 14> 90년 이후 총기발사와 관련한 소송발생내역

연 도	청구건수 (A)	인용건수 (B)	총배상액(C)	평균배상액 (C/B)	인용사건 중 피해정도	비고
1990	2	2	37,515,860	18,757,930	부상 2	
1991	6	5	358,805,933	71,761,187	사망 3 부상 2	
1992	3	3	329,041,642	109,680,547	사망 2 부상 1	
1993	5	4	126,166,035	31,541,509	사망 2 부상 2	소취하 1
1994	1	1	71,039,406	71,039,406	실명	
1995	1	1	11,000,000	11,000,000	사망	
1996	1					소계류중
계			933,568,876	52,296,763		

6. 구체적 사례를 통해 본 총기사용의 실상

총기의 사용과 남용을 둘러싼 문제는 통계를 통한 양적 분석(quantative analysis)만으로 제대로 이해될 수 없는 측면이 많이 있다. 개개의 사건들이 일반화되기 어려운 특성을 지닐 수 있기 때문이다. 더구나 총기사용에 대한 법리를 분석하기 위한 기초로서 구체적 사례를 연구할 필요성은 매우 커진다. 이하에서는 경찰관의 총기사용사례를 몇가지로 유형화하고, 그 질적 특성과 법적 의미를 정리하고자 한다. 여기서는 사례의 특성을 살펴보고, 그 법적 구성과 총기사용의 한계에 대한 분석은 V에서 진행할 것이다.

사례의 수집은 이제까지의 대법원판례와 언론보도, 국감자료에 의거한 것이다. 언론보도와 국감자료는 관련 당사자의 의견을 청취한 바탕 위에 객관적으로 구성된 것이라고 보기 어려운 경우도 다수 있겠으나, 여기서는 관련 당사자의 법적 책임을 묻는 것이 아니라 총기관련사건의 유형화에 초점이 있으므로 별 무리가 없을 것으로 생각한다. 그리고 총기를 사용한 경험이 있는 현직 경찰관 10인과 면담¹⁶⁾ 및 토론을 통해 정리된 사실도 포함되어 있다.

1) 흉기불소지·단순도주자에 대한 체포목적의 총기사용

[사례 A-1]

피해자 최○은 최○의 집대문 앞에 은신하고 있다가 경찰관인 이○의 명령에 따라 순순히 손을 들고 나오면서 경찰 이○에게 어떠한 공격을 가함이 없이 그대로 도주하자 이○은 이를 체포하고자 뒤따라 추격하면서 치명상을 입힐 수 있는 등 부위에 권총을 발사하여 총상으로 현장에서 사망하였다.¹⁷⁾

[사례 A-2]

이○는 1990. 9. 13. 00:10경 술을 마신 채 면허없이 승합차량을 운전하고 강릉시 소

16) 총기를 사용한 적이 있는 경찰관과의 면담은 1996.8.13 오전 치안연구소 회의실에서 이루어졌다. 면담에 참석한 분들은 오치우, 이상수, 조완구, 임재경, 강윤성, 장창규, 김문수, 이복남, 송우식 씨 등 9인이며, 치안연구소 연구진들이 참석하였다.

17) 대판 1991.5.28, 91다10084.

재 교동파출소 앞 도로상에 이르러 위 차량을 그 곳 우측 도로변에 주차시키려다가 위 차량 앞 밤바로 그 앞에 주차되어 있던 최○ 소유의 승합차량의 좌측 뒷밤바를 충격하여 수리비 금 72,800원을 요하도록 손괴하였다. 그 때 위 파출소에 파견근무 중 이던 춘천경찰서 남춘천파출소 소속 교통의경 함○은 그 충격을 듣고 뛰어나와 위 원고를 검문하려는 순간 그가 도망가자 그 도망가는 모습으로 보아 틀림없이 차량절도일 것으로 믿고 약 200미터 가량 추격하면서 멈추지 않으면 총을 발사할 것을 경고하였으나 불응하므로 공포 1발을 발사하였지만 위 이○가 그 부근 개나리숲에 숨는 바람에 일시 놓쳤다가 지나가는 행인에게 물어 추적중 그 곳 강릉상고 정문담의 개나리나무 뒤에 숨은 것을 보고 발로 다리를 차서 나오게 하면서 수갑을 채우려 하였는데 이○가 우측 팔꿈치로 자신의 가슴부위를 1회치고 여전히 도망을 가므로 당시 권총, 경찰봉, 가스총, 무전기, 수갑 등을 소지하고 있어서 제대로 떨 수가 없어 도망가는 이○를 놓칠 것을 우려한 나머지 다리를 향하여 1회 권총을 발사하여 이○의 다리에 맞게 하여 우경골 개방성 분쇄골절, 우하퇴부 연부조직파열 등의 상해를 입게 하였다.¹⁸⁾

[사례 A-3]

1996. 9. 5. 경기도 수원에서 오토바이 사고를 내고 달아나던 고교생을 뒤쫓던 시민이 범인으로 오인돼 경찰관이 쏜 실탄을 맞고 중상을 입는 사건이 발생하였다. 더욱이 이 경우는 경찰이 공포탄을 먼저 발사하도록 되어 있는 총기발사수칙을 지키지 않고 먼저 실탄을 발사한 것으로 밝혀졌다.¹⁹⁾

[사례 A-4]

1996. 6. 20. 인천에서 박 순경은 문방구에서 장난감을 훔치다 들켜 달아나던 맨손의 중학생 방아무개(14)군에게 공포탄 3발을 쏘았는데도 정지하지 않자 실탄을 쏘아 무릎을 관통하는 중상을 입혔다. 경찰에 대해서는 무혐의 처리되었다.²⁰⁾

18) 대판 1993.7.27, 93다9163.

19) 한겨레신문 1996.9.6.

20) 한겨레신문 1996.9.6.

[사례 A-5]

1995. 9. 8. 경남 밀양에서 이 순경은 정지명령에 불응하고 달아나던 차량절도범 김○를 뒤쫓다 권총을 발사해 숨지게 하였다.²¹⁾

[사례 A-6]

1995. 6. 7. 강 경장은 새벽에 혼자 순찰시 절도범이 약국에 침입했다는 신고를 받고 현장인 약국에 가니 2명의 그림자가 밖으로 보였고 쇠파이프를 소지하고 있는 것으로 보였다. 공포탄 2발을 사용하자 용의자가 후문으로 탈출, 도주 시도하여 1명을 1킬로정도 추적한 뒤, 공포탄을 발사하여 검거하였다. 강 경장은 경찰서장의 표창을 받았다.²²⁾

[사례 A-7]

김 경사는 1995. 7. 23. 명동 파출소에 대기하고 있던 중 밤 늦은 시각에 관내 술집에서 난동이 있다는 신고를 받고 혼자 출동하자 휴가나온 군인이 각목으로 난동, 유리 파손, 경비원 구타 등 난동을 부리고 있음을 발견하였다. 용의자의 동료 2명이 자신을 막고 용의자의 도주를 원조하였다. 그러나 경찰관이 추적하자 용의자는 주차된 자동차 유리를 파괴하며 도주를 계속하였고, 추적이 어려운 상황에 처하여 공포탄을 발사하자 용의자가 도주를 포기하고 정지하여 검거하였다.²³⁾

[사례 A-8]

이 순경은 1994. 11. 21. 소내 근무중 새벽 1시 차량절도하여 부녀를 납치한다는 신고를 받고 출동하여 관내순찰중 도난신고번호와 일치하는 차량을 발견하였다. 근처에 경찰차를 주차시키고 잠복근무중 공포탄 2발, 실탄 3발을 장전하고 대기하자 마침내 용의자가 차에 와서 담배를 꺼내고 다시 골목으로 들어갔다가 차로 다시 올 때 추적 개시하여 공포탄 2발을 발사하고 30미터 정도 떨어졌을 때 실탄을 발사하여 장단지에 명중시켜 검거하였다.²⁴⁾

21) 한겨레신문 1996.9.6.

22) 경찰관 면담(1996.8.13)

23) 경찰관 면담(1996.8.13)

이상의 사례들을 간략히 정리하여 보면 주로 절도죄, 강간죄, 폭행죄 등의 용의자를 체포하는 과정에서 경찰관이 총기를 사용한 경우들인 것이다. 사람에게서 위협을 주는 총기의 사용도 있고, 위협을 수반하지 않는 총기의 사용도 있었다. 경우에 따라서는 총기 사용수칙을 준수하지 않은 채 총기를 사용한 경우도 있었음을 볼 수 있다.

2) 검문불응에 대한 총기사용

[사례 B-1]

김○은 1992.10.6. 21:00경 인천에서 타인 소유의 트레일러와 트랙터를 절취하여 트랙터로 트레일러를 견인, 운전하여 부산방면으로 가다가 평택시 유천동 소재 유천검문소에 이르러 당시 검문중이던 경기지방경찰청 평택경찰서 소속 김 순경으로부터 정지신호를 받고 검문을 피하기 위하여 속도를 늦추면서 정지하는 척 하다가 갑자기 속력을 내어 도주하였다. 김 순경이 동료 서 순경과 함께 승용차로 5분 가량 추격하자 위 김○은 위 트랙터를 도로에 세워두고 도로 밑 언덕에 숨어 있다가 김 순경, 서 순경에 의하여 발각되어 일단 체포되었으나 서 순경이 수갑을 가지러 승용차로 되돌아가는 순간 자신을 붙잡고 있던 김 순경의 앞가슴을 손으로 밀어 땅에 쓰러뜨린 다음 도주하였다. 그러자 김 순경은 김○을 100여미터 정도 추격하면서 정지하라고 소리치며 휴대 중이던 권총을 사용하여 공포탄 2발을 발사한 후 다시 실탄 1발을 공중을 향하여 발사하였으나 김○이 계속 도주하므로 다시 그의 몸쪽을 향하여 실탄 1발을 발사한 결과 위 탄환이 도로의 땅바닥에 맞아 튀기면서 김○의 후두부에 맞아 동인은 이로 인한 다발성 두개골골절, 뇌출혈 등으로 같은달 10. 11:45경 사망하였다.²⁵⁾

[사례 B-2]

1995. 11. 5. 경남 창원에서 유 경장은 음주단속을 피해 달아나려던 맨손의 대학생 엄○군(19세)에게 운전석 너머 1.5m 거리에서 권총을 쏘아 팔에 관통상을 입혔다. 정당

24) 경찰관 면담(1996.8.13)

25) 대판 1994.11.8, 94다25896.

행위로 무혐의 처리되었다.²⁶⁾

[사례 B-3]

1992. 10. 6. 23:55경 충남 천안군에서 유천특별검문소 지원근무중 25톤 트레일러트럭을 검문키 위해 정지시키자 무면허 절도범인 김○이 검문에 불응 도주하는 것을 승용차로 2.6km 추격, 인근 논두렁에 숨어 있는 것을 검거하자 김 순경을 밀치고 재차 도주하는 것을 소지한 38구경 권총으로 공포탄 2발을 발사했으나 계속 도주하므로 실탄 2발을 쏘아 그 중 1발이 우측 두개골에 관통 사망하였다.²⁷⁾

이상의 사례들을 정리하여 보면, 검문에 불응하고 도주하는 사람을 체포하기 위하여 총기를 사용한 경우는 음주단속에 거부하고 도주한 경우와 단순경계검문에 불응하고 도주한 경우로 나누어 볼 수 있다. 검문불응도주자에 대하여 총기를 사용하여 상해를 입히거나 사망에 이르게 한 경우들은 특히 현행법의 규정상 문제점이 많은 부분이라고 할 수 있는데, 이에 대하여는 V에서 후술한다.

3) 항거하는 범인에 대한 총기사용

[사례 C-1]

1996. 1. 26일 오후 5시 20분께 서울 서초구 반포동 한신 1차아파트 6동 이모씨(41. 여. 보험사원) 집에 김모군(19. 무직. 인천시 연수구 옥련동)이 흉기를 들고 침입, 이씨 가족을 위협해 4만원을 빼앗아 달아났다. 이씨에 따르면 이날 아들(15)과 함께 있던 중 김군이 열린 문으로 들어와 흉기를 들이대며 “돈을 내놓지 않으면 가만 두지 않겠다”며 위협했다는 것이다. 김군은 이어 서초구 반포동 주공아파트 54동 부근까지 7백여m 도주하다 반본파출소 소속 諸모 경장(41)과 尹모 순경(32) 등 2명의 추격을 받자 54동 2층까지 올라가다 갑자기 흉기를 휘두르며 돌아서 尹 순경의 오른손 손가

26) 한겨레신문 1996.9.6.

27) 국회 내무위 국감자료, 1994.

락을 찌른뒤 달아났다. 卍 순경은 金군이 “따라오면 죽여버리겠다”며 계속 도주하자 공포탄 1발을 발사하며 諸 경장과 함께 1백50m 가량 추격, 격투를 벌이다 사건 발생 20분만인 오후 5시 40분께 金군을 검거했다.²⁸⁾

[사례 C-2]

1996. 1. 26일 밤 10시5분께 전남 목포시 연동 남일슈퍼마켓 앞길에서 김 순경이 음주측정 요구를 거부하며 행패를 부리던 김○를 공중에 공포탄 2발을 쏘 붙잡았다.²⁹⁾

[사례 C-3]

청주우체국 운전원 김○은 1994. 6. 15. 01:15경 음주만취상태로 가야다방에 들어가 주방에 있던 보자기로 복면하고 주방용 가위를 들고 내실로 침입, 잠을 자고 있던 업주 김○의 배위에 올라타고 우측어깨를 물어뜯고 가위로 동녀를 찌르면서 강간하려는 것을 옆집 주인이 신음소리를 듣고 01:26 겨우 112에 신고하였다. 신고를 받은 김 경장은 의경 1명과 현장출동, 피의자가 가위로 피해자의 허벅지를 3회 가격하는 것을 목격하고 이를 경고하여 제지하였다. 이후 피의자가 가위를 휘두르며 대항하면서 도주하려 하므로 휴대한 38구경 권총을 꺼내 총구를 공중으로 겨냥하는 순간 함께 출동한 의경 염○이 피의자에게 접근 검거과정에서 권총을 겨냥한 김 경장의 팔쪽을 처총기가 오발돼 도주하려던 피의자의 우측이마에 관통 전치 6주의 부상을 입혔다. 정당방위로 무혐의처리 되었다.³⁰⁾

[사례 C-4]

대구에서 鄭순경(29)은 1996년 1월 27일 0시10분경 마을 도로에서 행패를 부린 朴○씨가 연필깎이 칼로 자신의 허벅지를 찌르며 대항하자 공포탄 1발을 발사, 朴씨가 중태에 빠졌다. 朴씨는 이날 부부싸움 끝에 청산가리를 먹고 동반자살을 기도, 부인은 병원으로 옮기던중 숨졌고 자신은 독극물을 적게 마신뒤 마을 입구 도로에 나와 행인

28) 동아일보 1996.1.27.

29) 한겨레신문 1996.1.27.

30) 국회 내무위 국감자료, 1994.

과 지나가는 차량을 정지시키고 난동을 부렸다.³¹⁾

[사례 C-5]

1996년 2월 14일 새벽 2시 30분께 강원도 속초시 청학동 내과 앞에서 폭력사건을 신고받고 출동한 속초경찰서 중앙동파출소 소속 박 순경(28)이 술에 취해 차를 몰고 순찰차와 방범대원 임씨(52)를 친 뒤 달아나던 정모씨(27, 무직)에게 실탄 5발과 공포탄 1발을 쏘 붙잡았다. 정씨는 왼쪽 허벅지에 0.5cm의 찰과상을 입었다.³²⁾

이상 범인이 항거하는 경우는 단순히 행패를 부리며 저항한 경우도 있지만, 보다 격렬하게 흥기를 휘두르면 항거하는 경우, 그리고 자동차로 경찰공무원을 치면서 항거, 도주하려고 한 경우 등도 발견된다. 이러한 경우의 총기사용의 법리 역시 V에서 후술한다.

4) 정당방위의 성립이 문제되는 경우

[사례 D-1]

서○는 1989. 12. 5. 20:30경 술에 취한 상태에서 대전 중구 소재 신경외과의원에 교통사고로 입원중인 자신의 형을 문병하러 갔다가 입원실에 있던 과도를 들고 “우리형 살려내라”고 고함을 치며 1층 복도에 있던 접수실 대형 유리창문을 칼로 쳐 깨뜨리고 잠가놓은 원무과 문을 발로 차고 들어가 그곳에 있던 4명의 직원을 향해 자신의 복부에 칼을 대고 할복자살하겠다고 하며 “우리형 살려내라”, “원장 나와라”라는 등의 고함을 치며 난동을 부렸다. 이에 대전경찰서 명정로 파출소 소속 소위 정 순경은 칼빈소총 1정과 실탄 15발 가스총 1정, 경찰봉, 수갑 등을 휴대하고 정 의경(당시 가스총 1정과 경찰봉 등을 휴대하고 있었다)과 같이 위 병원으로 출동하여 위 난동행위의 제압과 난동자의 체포업무에 임하게 되었는데, 당시의 상황은 위 서○은 원무과로 들어가 칼을 들고 위와 같이 직원들을 위협하고 있었고 그가 깨뜨린 유리조각들이 복도바닥에 흩어

31) 한겨레신문 1996.1.27.

32) 동아일보 1996.2.14.

져 있었으며 그가 유리를 깨뜨리면서 손에서 피를 흘린 관계로 복도바닥에 핏자국이 묻어 있었으므로, 위 정 순경은 위와 같은 상황을 보고 위 서○가 난동으로 인명피해가 있었던 것으로 판단하여 휴대하고 있던 칼빈소총에 실탄을 장전하고 정 의경과 같이 원무과 출입 문앞으로 가서 위 서○를 향해 칼을 버리고 나올 것을 명령하였다. 그러나 위 서○은 위 정 순경 및 위 정 의경을 보자 “이 새끼들아 쏠태면 싸라”하며 오른손에 칼을 들고 동인들 앞으로 다가섰고 이에 위협을 느낀 위 정 순경은 총구를 위 서○ 앞으로 들이대고 다가오지 말 것을 명령하였으나 위 서○은 계속 칼을 들고 위 정 순경 등에게 다가가자 위 정 순경과 정 의경은 함께 주춤주춤 복도를 따라 뒤로 밀리다가 약 11미터 정도 뒤로밀려 복도 끝부분에 이르게 되자, 더이상 물러설 공간이 없음을 알고 위 총의 총구부분으로 위 서○의 가슴을 밀어냈으나 동인이 그래도 계속 다가오자 위 정 순경은 위 서○ 앞으로 들이댄 위 칼빈소총의 방아쇠를 당겨 1회 발사함으로써 총알이 위 서○의 왼쪽가슴 아래부위를 관통하여 위 서○에게 총기관통에 의한 횡경막파열, 간파열, 위장파열 등의 상해를 입혀 그후 사망케 하였다.³³⁾

[사례 D-2]

1996년 2월 13일 오후 8시께 동해시 발한동 강원은행 동해지점 앞길에서 싸움을 말리던 동해경찰서 망상파출소 소속 전○ 순경(30)이 공포탄 1발을 쏘 경찰을 폭행한 어모씨(25)등 3명을 붙잡았다. 경찰은 어씨 등 3명이 다른 사람들과 싸우는 것을 신고를 받고 출동해 저지하자 이들이 전 순경과 함께 출동한 이○ 순경(28)에게 쇠파이프와 병을 마구 휘둘러 공포탄을 발사했다.³⁴⁾

[사례 D-3]

1994. 2. 14. 16:30 박 순경은 충남 부여읍 쌍북아파트 앞 노상에서 정신질환자의 흉기난동 현장에 지원출동하였다. 난동자가 흉기로 동료를 위해하려는 것을 가스총과 공포탄을 발사하여 저지하였으나 난동자가 재차 동료를 칼로 찌르려고 허리를 숙이는

33) 대판 1991.9.10, 91다 19913.

34) 동아일보 1996.2.14.

순간 소지한 38구경 권총을 허반신을 겨냥 1발 발사 전두부관통상을 입혀 사망케 하였다. 금 2천만원에 합의하고, 정당행위로 무혐의 처리되었다.³⁵⁾

[사례 D-4]

1994. 2. 24. 경장 조○는 주차장에 강도가 있다는 신고로 출동하였다. 현장에 도착하자 용의자가 운전사의 목에 칼을 들이대고 위협하고 있었으며 투항명령에 불응하여 공포탄을 쏘았으나 계속 항거하였다. 범인의 분열증 증세도 탐지되었기에 발을 조준하여 발사하여 발에 명중되었고 관통하여 용의자를 검거하였다.³⁶⁾

[사례 D-5]

1995. 5. 27 점심후 무장 탈영병이 근처에 나타났다는 신고접수하고 오 경장, 이 순경은 수류탄 1발 K1 소총 등 소지하고 출동하여 순찰중 용의자를 발견, 공터에 순찰차 은닉하고 공포탄, 실탄을 장전하여 되돌아오니 용의자가 사라져 잠시 놓쳤다가 다시 발견하여 대치하려는 순간 탈영병이 수류탄의 안전핀을 뽑았다. 이때 공포탄을 대퇴부 이하로 겨냥하여 발사하자 탈영병이 쓰러지며 수류탄이 폭발되어 자폭하였다.³⁷⁾

정당방위가 문제되는 사례들은 범인이 흉기나 무기 등을 소지하고 경찰관 본인이나 타인의 생명, 신체를 침해하려고 하는 경우에 이를 방어하기 위하여 총기를 사용한 사례들이다. 이렇게 자기 또는 타인의 법익에 대한 방위가 문제되는 경우에는 단순도주범에 대한 총기사용과 총기사용요건이 다른 것이다.

5) 그밖의 사례

[사례 E-1]

정○, 김○, 유○는 6·25때 월북하였다가 1966년 5월 18일 02:00경 경남 진양군 금

35) 국회 내무위 국감자료, 1994.

36) 경찰관 면담(1996.8.13)

37) 경찰관 면담(1996.8.13)

산면 정○채의 집에 출현하여 그중 간첩 유○는 그집 헛간에서 망을 보고 간첩 정○, 김○는 그집 큰방에서 그의 모친 강○계, 동생인 정○채 등과 한자리에 모여앉아 포섭공장으로 공여하는 미화 570불, 한화 3000원, 금반지 1개, 옷감 4점과 팔목시계 1개를 수수하고, 정○채를 간첩 정○와 같이 북한으로 탈출 동행케 하려는 등의 이야기를 주고받고 있었을 때, 정보에 접하여 급거 출동한 경남경찰국 진주경찰서 정보계장 경감 황○호의 지휘하에 경위 유○두 등 18명의 무장경찰 수색반원은 간첩이 있는 정○채의 집을 포위압축하여 들어가고, 그중 경위 유○두는 간첩인지 여부를 확인하기 위하여 캄캄한 밤중에 기어서 그 집 큰방 앞 마루 위에 올라서서 문구멍으로 방안의 동정을 살피다가 마루위에 놓인 물그릇이 발길에 차여 소리가 나자 간첩들이 기미를 알아차린 것으로 생각하고, 동정을 살필 겨를 없이 기선을 제압하여 간첩을 체포하려고, 방문을 여는 동시 손을 들라고 소리치며 뛰어들자 간첩 정○규는 유○두가 뛰어들 방문을 향하여 총을 쏘면서 뒷문으로 도망치고 간첩 김○기는 유○두에 달려들어서로 격투가 벌어지자 밖에 있던 경찰관은 위 총소리에 무장간첩으로 단정하고, 위험 절박을 느낀 나머지 일제히 방안으로 향하여 총기를 발사하였던 것이 누구인지 모를 경찰관에 의하여 발사된 총탄에 그 방에 있던 정○채가 맞아 중상으로 하반신 불수가 되었다.³⁸⁾

[사례 E-2]

송 순경은 1995. 7. 29. 밤 9시경 순찰차 승무 근무중 야간 투견개가 미쳐서 주인과 자식을 물었다는 신고를 받고 현장에 출동하여 공포탄을 쏘아 주인과 분리시키려 하였으나 개가 도망가지 않았는데 개를 사살하라는 무전지시가 있어서 2발 쏘서 개를 사살하였다.³⁹⁾

38) 대판 1968.4.23, 67다2964.

39) 경찰관 면담(1996.8.13)

7. 소 결

경찰관의 총기사용현황을 살펴보면서 유의미한 내용을 정리해보면 다음과 같다.

경찰관의 총기보유는 1990~1992년 <범죄와의 전쟁>과 관련하여 급격히 증대되었다. 전체 총기보유수는 물론 실탄의 구입발수, 구입비용의 증대에서 이 점은 잘 확인된다. 사격훈련은 여러차례 훈련의 강화와 범행현장에 대한 적응력을 높이는 방향으로의 개선 필요성이 제기되었음에도, 여전히 형식적 실사훈련 위주이며 그 때문에 현장상황에 대한 대처능력 부족이 지적되고 있다. 사격장의 부족, 이론교육과 총기사용과 관련된 인권교육의 부족도 지적될 수 있다.

범인피습에 의한 경찰의 피해를 보면 연간 사망은 1건 혹은 0건이며, 부상자수는 92년~94년간에는 대략 120명 내외, 95년 이후에는 80명 내외를 기록하고 있다. 파출소 피습이나 총기탈취기도와 같은 직접적인 침해는 매년 10건 이내를 기록하며, 매건이 충격적일 수 있으나 이로서 공권력 파괴시대와 같은 표현을 쓰기에는 무리가 있다.

경찰관의 총기사용건수는 1990년 가장 증가했으며, 그 증가된 추세가 약간 둔화된 상태로 이어내려오고 있다. 총기사용건수의 증가와 함께 총기사고도 증가하는 현상이 보여 문제로 지적될 수 있다. 총기사용의 증가에서 상당한 비중을 점하는 것은 검문불응자에 대한 총기사용인데, 이는 후술하듯이 해석상 많은 논란의 소지를 남길 수 있다.

경찰관의 총기사용의 피해자를 보면 범인보다 무고한 경찰, 방법, 시민의 희생이 오히려 다수를 점하고 있는데, 이는 훈련되지 않은 총기사용의 문제점을 보여준다.

총기사용의 규제와 관련하여 국가(경찰관)에 대한 손해배상소송에서 국가측의 패소가 79%를 차지하고 있으며, 정당방위와 오발 건수의 비율을 보면 경찰관의 정당행위·정당방위가 법원에 의해 인정되는 비율이 1/3 이하이며 경찰관의 오발, 자살, 원한에 의한 총기발사의 경우가 2/3 정도를 차지하여 문제를 드러낸다. 경찰관의 총기·장구사용과 관련된 징계실적을 보면 당해년도의 무기사용건수와 징계건수가 비슷한 비율로 나타나는 것을 볼 수 있다.

사례를 통해 총기사용실례를 유형화할 때, 흉기불소지의 단순도주자에 대한 체포목적의 총기사용이 가장 많고, 다음에 총기가 아닌 흉기를 소지한 범인을 체포하는 과정에서 총기를 사용하는 경우가 다음이다. 다음은 정당방위상황에서 경찰관의 총기사용의 경우

이다. 그리고 단순도주자에 대한 총기사용에 있어 경찰의 오판이나 오인사격으로 인한 무고한 피해자가 나올 가능성이 상당수 보이고 있다. 정당방위의 주장이 법원에서 받아들여진 건수가 얼마되지 않음을 볼 때, 경찰의 총기사용은 지금까지의 경찰관례보다 더욱 제한적으로 행사되어야 하지 않는가 하는 생각을 불러일으킨다. 이러한 현황과 사례 분석은 앞으로 경찰의 총기사용과 관련된 法理와 政策의 논의에 일정한 시사점을 줄 수 있을 것이다.

Ⅲ. 경찰관의 총기사용 법리의 비교법적 고찰

경찰관의 법집행의 목적이 시민의 생명과 재산의 보호, 치안의 확보라고 할 때 때로 경찰관의 총기사용은 그러한 목적달성을 위한 최후의 수단으로 인정되지만, 총기의 위험성으로 인해 시민의 생명과 신체에 회복할 수 없는 피해를 안겨줄 수도 있다. 그 때문에 각국에서는 경찰관의 총기사용과 관련하여 수많은 논의가 있어왔고, 총기사용의 법적 요건과 한계에 대한 법리가 개발되어 왔다. 따라서 비교법적 고찰을 통해 우리의 총기사용의 법리를 개발하는 데 많은 시사를 얻을 수 있다.

경찰관의 총기사용은 그 나라의 문화전통, 범죄수준에 의해 영향을 받고, 경찰관의 법집행행태와도 관련된다. 또한 시민의 총기보유실태와도 밀접한 관련을 갖는다. 총기의 보유가 널리 인정되어 있는 나라에서는 경찰관의 총기사용의 불가피성이 더욱 인정되는 범위가 넓을 것이라 일응 생각할 수 있다. 아래에서는 미국과 영국, 독일과 일본의 총기 관련 법령과 판례, 주요 쟁점을 분석하고자 한다.

1. 미 국

1) 개관

미국에서는 총기가 대량으로 유포되어 있어서 각종 범죄에서 총기가 사용되는 경우도 많아 이에 대응하기 위하여 경찰도 총기를 많이 사용하고 경찰의 총격에 사망하는 사람이 숫자도 상당한 것으로 알려져 있다. 그러나 실제 미국에서 전국적으로 얼마나 많은 사람이 경찰의 무기사용으로 사망하는지는 정확히 알려져 있지 않다. 미국에서 경찰의 총기사용에 관한 각종 규제는 주법으로 규정되어 있고 그 기준도 각각 달라 통일적인 통계를 내기가 대단히 곤란하기 때문이다. 약간 낡은 통계이긴 하지만, 1980년대의 한 논문에 의하면 미국 전역에서 일년에 600명 가량의 시민이 경찰의 무기사용으로 사망하고 있으며 1978년의 경우 추가로 1,400명 정도가 중상해를 입을 것으로 추정하고 있

다.⁴⁰⁾ 이에 대하여 상당수의 학자와 단체들은 이러한 현상이 민주주의에 위협한 상태라고 보아, 전국적인 통제체제의 확립을 주장하고 있다.⁴¹⁾

미국에서 경찰의 총기사용에 관한 규율은 1985년 연방대법원의 Garner 판결⁴²⁾을 기준으로 그 이전과 이후의 2기로 크게 나눌 수 있다. 18세기 독립이후 코먼로상의 광범위한 총기사용원칙이 1960년대에 들어와 비판되기 시작하다가 1970년대에는 여러 주에서 입법적으로, 그리고 행정적으로 보다 엄격한 새로운 규칙이 채택되기 시작하였다. 그러던 중 1985년 연방대법원은 경찰의 총기사용에 관하여 이정표가 된 Garner 판결을 통하여 이전의 코먼로 원칙을 미국 수정헌법 제4조를 위반한 위헌이라고 판시하였다. 이 판결로 인하여 미국에는 각 주의 개별적 기준을 넘어선 하나의 전국적인 기준이 설정된 것이다.⁴³⁾ 그 이후에는 이러한 연방대법원의 판결에 따라 각 주와 경찰청에서는 다양한 노력이 시도되었다.

2) 1985년 이전의 경찰의 총기사용

영국으로부터의 독립이후 60년 동안 미국경찰은 곤봉만으로 무장하고 있는 영국경찰을 모델로 하고 있었다. 1840년대 미국경찰이 공식적인 관료제로 재편됨에 있어서 권총을 휴대하기 시작했고 이때부터 영국모델에서 서서히 벗어나기 시작했다고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 미국경찰이 권총을 휴대하기 시작했음에도 불구하고 무기사용에 대하여는 영국 코먼로를 그대로 따르고 있었다. 이 코먼로에 의하면 중범죄인(felon)⁴⁵⁾의 도주를 방지하기 위하여 경찰은 어떠한 형태의 무기사용도 허용되었다(fleeing felon rule).⁴⁶⁾

40) William B. Waegel, How Police Justify the Use of Deadly Force, Social Problems, Vol. 32, No. 2, December 1984, p. 144.

41) Geller, William. A. & Scott, Michael, Deadly Force, Police Executive Research Forum, 1992, p. 44.

42) Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1, 105 S.Ct. 1694 (1985)

43) Geller & Scott, 전게서, p. 256.

44) Geller & Scott, 전게서, p. 248.

45) 원래 'felon'은 중죄를 범한 자를 말하는데, 이하에서는 중범죄인 또는 중범죄자로 번역한다. 중죄(felony)라 함은 경죄(misdemeanor)보다 중한 범죄를 말하고 일반적으로 사형이나 1년 이상의 자유형으로 처벌되는 범죄를 말한다(Black's Law Dictionary(6th ed., 1990 참조).

46) Geller & Scott, 전게서, p. 248-249.

이처럼 코먼로에 따른 미국 경찰의 무기사용정책은 1960년대에 들어 심각한 사회문제가 되기 시작했다. 1960년대, 70년대 초반의 사회적 불안정이 경찰의 무분별한 총기사용으로 인하여 더욱 악화되고 있다는 여론이 있었기 때문이다.⁴⁷⁾ 1968년의 한 보고서는 경찰의 과도한 무기사용이 폭동을 촉발하는 주요한 원인이 된다고 지적하며 보다 분명한 기준이 필요하다고 하였다.⁴⁸⁾ 1970년대에 들어와서 전통적인 총기사용 기준인 “fleeing felon rule”은 더욱 큰 비판에 직면하게 되었다.

이러한 비판은 무엇보다 사회적 배경과 의식이 변화된 데 따른 것이었다. 처음 이 원칙이 적용되던 15세기 영국과 18세기 미국에 있어서는 1970년대의 미국과는 상당히 다른 상황에 놓여 있었다.⁴⁹⁾ 무엇보다도 15세기 영국에서 중죄(felony)는 극소수였고 모든 중죄는 사형으로 처벌되었다. 따라서 중죄를 범한 범인을 체포하는 과정에서 무기를 사용하여 사망에 이르게 하였다고 하여도 이는 단지 형벌을 앞당긴 것에 불과하다는 통념이 있었다.⁵⁰⁾ 또한 당시에는 경찰의 수사망과 협조체제가 발달하지 않아 일단 용의자를 현장에서 놓치면 사실상 그 용의자를 체포하기는 거의 불가능한 실정이었다.⁵¹⁾ 마지막으로 경찰의 무기가 열악했던 점도 전통적 무기사용 원칙이 확립되는 데 일조하였다. 당시의 경찰은 단지 곤봉으로 무장하고 있었기 때문에 용의자와 근접한 거리에서 맞부딪치는 경우가 많았고 그 결과 경찰이 용의자에게 생명이나 상해를 당할 위험도 그만큼 컸다. 중죄인은 체포되기만 하면 사형을 당하기 때문에 경찰의 체포에 격렬히 저항하였고 경찰이 희생될 위험성은 그만큼 증대되었다.⁵²⁾

그런데 이 원칙에 비판적인 견해들은 시간이 지남에 따라 이러한 상황에 변화가 생겼다는 점을 근거로 내세웠다. 우선 중죄로 분류되는 범죄의 수는 점차 증가하여 횡령, 사기 등도 중죄에 해당하기에 이르렀고 경찰조직도 발달하여 예전과 같이 도주한 범인을 체포하는 것이 더 이상 불가능하지는 않게 되었기 때문이다.⁵³⁾ 이에 따라 전통적인

47) William B. Waegel, *The Use of Lethal Force by Police: The Effect of Statutory Change*, *Crime & Delinquency*, Vol. 30 No. 1, Jan. 1984, p. 121.

48) Waegel, 전제논문, p. 121면 참조.

49) Waegel, 전제논문, p. 126.

50) Waegel, 전제논문, p. 126.

51) Waegel, 전제논문, p. 127.

52) Waegel, 전제논문, p. 127.

무기사용원칙은 점차 회의의 대상이 되었다.⁵⁴⁾ 이러한 코먼로 원칙에의 비판과 반대는 점차 여러 주와 법원에서 받아들여졌다. 한 예로, 1973년 펜실베니아 주는 전통적인 “fleeing felon rule”을 수정하는 입법을 단행하였다. 펜실베니아 주가 채택한 새로운 원칙은 다음과 같다.

경찰은 “무기사용이 자신 또는 타인의 생명, 중대한 신체적 침해를 방지하기 위하여 필요한 때, 또는 다음의 요건이 존재한다고 믿을 경우에 위해를 수반하는 무기를 사용할 수 있다.

- i) 그러한 무기사용이 저항이나 도주를 방지하기 위하여 필요한 때, 그리고
- ii) 범인이 폭력적 중죄(forcible felony)를 범했거나 그 미수범이거나, 위험한 무기를 소지하고 도주하려 하고 있거나, 기타 체포가 지연될 경우 범인은 사람의 생명 또는 신체에 중대한 상해를 가할 징표가 있을 때”(18 C.P.S.A 508).⁵⁵⁾

이 새로운 원칙은 첫째 자기 또는 타인의 생명, 신체를 보호하기 위해 무기를 사용할 수 있으며, 둘째 범인의 체포를 위하여 무기를 사용할 때에는 범인이 폭력적 중죄의 용의자이거나 위험한 무기를 소지하고 도주하려 할 때 등에 위해를 줄 수 있는 무기의 사용을 허용하고 있기 때문에 “생명방위의 원칙”(defense of life)이라고 한다.⁵⁶⁾ 펜실베니아에서 폭력적 중죄에는 살인, 강간, 강도, 방화, 납치, 그리고 위험한 무기를 소지한 폭행이 속한다.

그리고 1976년 한 연방항소법원은 전통적인 “fleeing felon rule”이 연방수정헌법 제5조, 제14조를 위반하여 위헌이라고 판시하기도 하였다.⁵⁷⁾ 1984년에 12개 주⁵⁸⁾는 코먼로

53) John C. Hall, Deadly Forc; The Common Law and the Constitution, FBI Law Enforcement Bulletin, April 1984, Vol. 53 No. 4, p. 27.

54) Waegel, 전계논문, p. 127.

55) Waegel, 전계논문, p. 127 참조.

56) Waegel, 전계논문, p. 127 참조.

57) 547 F.2d 1007 (8th Cir. 1976)

58) 이 12개 주는 Arkansas, Georgia, Illinois, New Jersey, New York, North Dakota, Oregon, Pennsylvania, Utah, Louisiana, South Carolina, Vermont이다. Hall, 전계논문, p. 30 참조.

원칙을 수정하여 총기사용의 대상을 모든 중범죄인에서 “폭력적” 또는 “위험한” 중범죄인으로 제한하는 입법을 통과시켰고, 7개 주⁵⁹⁾는 1962년의 모범형법전(Model Penal Code)에 제안된 무기사용원칙을 채택하였다.⁶⁰⁾ 그러나 이러한 입법적 변화 외에도 다수의 경찰청은 행정상 지침으로 경찰의 총기사용을 보다 제한하고 있었다.⁶¹⁾

<표 15> 미국 주요 57대 도시에서 경찰의 총격에 의한 사망자의 수⁶²⁾

연 도	사망자 수	경찰 1,000명당 사망자 수	인구 100,000명당 사망자 수
1975	360	2.95	0.87
1976	268	2.24	0.65
1977	262	2.20	0.64
1978	249	2.14	0.60
1979	289	2.52	0.70
1980	251	2.25	0.61
1981	217	1.95	0.52
1982	211	1.86	0.50
1983	229	2.02	0.54
계	2,336		
평균	259.5	2.41	0.62

59) 이 7개 주는 Delaware, Hawaii, Kentucky, Maine, Nebraska, North Carolina, Texas이다. Hall, 전 계논문, p. 30 참조.

60) Hall, 전계논문, p. 30.

61) Hall, 전계논문, p. 30.

62) Matulia, K. R., A Balance of Forces, 2nd ed., Gaithersburg, MD: International Association of Chiefs of Police(James J. Fyfe, Police Use of Deadly Force, Justice Quarterly, Vol. 5 No. 2, June 1988, p. 177에서 재인용).

3) Tennessee v. Garner 판결 (1985)⁶³⁾

1974년 10월 3일 밤10시 45분 Tennessee주 Memphis 시 경찰청의 Hymon경관은 동료와 함께 옆집에 주거침입절도(Burglary)가 침입한 것 같다는 신고를 받고 현장에 출동하였다. 절도가 있다고 신고된 집 앞에서 Hymon경관은 막 도주하려는 소년을 발견하였다. 당시 정원에는 불이 켜져 있어서 그는 소년을 비교적 자세히 볼 수 있었다. 그 절도용의자는 165센티(5피트 5인치) 정도의 키에 나이는 17~8세 정도의(실제는 15세) 흑인소년으로 무기를 갖고 있지 않은 것으로 보였고 특별히 위험하다고 판단되지도 않았다. 경찰은 소년에게 “경찰이다. 정지하라”고 외쳤다. 그러나 그 소년은 정지하지 않고 오히려 담을 넘어 도주하려고 하였다. Hymon경관은 그 소년이 담을 넘을 경우 체포하기 어려울 것 같다고 판단하고 소년에 대하여 총을 발사하였다. 총알은 그 소년의 머리에 명중하였고, 그는 병원으로 후송되어 수술을 받던 중 사망하였다. 숨진 소년의 주머니에는 그 집에서 훔친 10달러와 지갑이 발견되었다.⁶⁴⁾

사건 후 멤피스 경찰청 심사회는 이 사건을 심사하여 대배심에 회부하였으나 대배심은 기소하지 않았다. 이에 숨진 Edward Garner의 아버지 Cleamtee Garner는 Hymon경관, 멤피스 시경찰청, 시 경찰청장, 멤피스 시장, 그리고 멤피스 시를 상대로 민권법 제1983조 위반을 이유로 연방지방법원에 소를 제기하였다. 연방지방법원은 증거가 불충분하고 Hymon경관의 무기사용을 허용하고 있는 테네시 주법이 합헌이라는 이유로 원고 패소판결을 하였다. 이에 원고가 항소하자 항소심은 시에 책임이 있는지 여부를 심리하도록 1심을 파기하여 환송하였으나, 연방지방법원은 주법이 합헌이므로 시의 책임은 문제되지 않는다며 다시 원고패소판결을 하였다. 이에 원고는 항소하였고, 제6연방항소법원은 중죄범인의 경우 중죄의 정도차이를 무시하고 모든 중죄에 대하여 총기를 사용할 수 있도록 규정한 테네시 주법은 수정헌법 제4조가 규정하고 있는 “합리성”(reasonableness)를 결하였다고 하여 위헌이라고 판시하였다.⁶⁵⁾ 이에 테네시 주와 피고들은 연방대법원에 상고하였다.⁶⁶⁾

63) 471 U.S. 1, 105 S.Ct. 1694

64) 105 S.Ct. 1694, 1697.

65) 710 F.2d 240 (1983).

66) 105 S.Ct. 1694, 1699 참조.

우선 연방대법원은 경찰이 사람의 퇴거의 자유(freedom of a person to walk away)를 제한할 때 수정헌법 제4조⁶⁷⁾에 규정되어 있는 “체포·압수”(seizure)가 행하여진 것이라는 종래의 판례를 확인하면서,⁶⁸⁾ 무기를 사용하여 사람을 체포(apprehension)하는 행위는 당연히 수정헌법 제4조의 “체포·압수”(seizure)에 해당하므로 우선 체포에 “상당한 이유”(probable cause)가 요구된다고 하였다.⁶⁹⁾ 그러나 체포에 상당한 이유가 존재한다고 하여 모든 형태의 체포가 정당화되는 것은 아니다. 체포의 “방법”, 즉 체포를 위한 침해의 가능한 범위는 체포가 행하여지는 수단의 합리성(reasonableness of the manner)을 심사함으로써 확정된다.⁷⁰⁾ 이 심사는 체포의 수단을 통하여 개인에게 보장되는 수정헌법 제4조의 이익을 침해하는 행위의 수단 및 성질과 그러한 침해를 정당화하는 정부의 이익을 교량함을 통하여 행하여진다. 즉 대립하는 이익간의 교량(balancing of competing interests)이야말로 수정헌법 제4조의 핵심적 원칙이라는 것이다.⁷¹⁾ 따라서 체포의 근거, 즉 상당한 이유뿐 아니라 체포의 수단도 “합리성” 판단의 대상이 된다.⁷²⁾

미국연방대법원은 이러한 전제에서 이러한 합리성요건에 비추어 본 사건을 검토하여 볼 때 모든 증범죄자에 대하여 어떠한 상황에서나 위해를 수반하는 무기를 사용할 수

67) 미국 수정헌법 제4조는 다음과 같다. “신체, 가택, 문서와 동산의 안전에 대한 국민의 권리는 비합리적인 수색과 압수·체포에 의하여 침해되지 아니하며, 선서 또는 확약에 의하여 제출된 상당한 이유에 근거하여 수색할 장소와 체포·압수할 사람 또는 물건을 특정하지 않고는 어떠한 영장도 발부되지 아니한다.”(The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.) (강조는 필자)

68) 종전의 판례들은 United States v. Brignoni-Ponce, 422 U.S. 873, 878, 95 S.Ct. 2574, 2578 (1975); 105 S.Ct. 1694, 1699이다.

69) 105 S.Ct. 1694, 1699. 즉 미국연방대법원은 수정헌법 제4조의 ‘seizure’가 압수만이 아니라 체포도 포함하고 있다고 해석하는 것이다.

70) 105 S.Ct. 1694, 1699. 이 수단의 합리성이라는 요건은 수정헌법 제4조가 규정하고 있는 비합리적 체포·압수의 금지에서 도출되는 것이다.

71) United States v. Place, 462 U.S. 696, 703, 103 S.Ct. 2637, 2642 (1983); Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648, 654, 99 S.Ct. 1391, 1396 (1979); United States v. Martinez-Fuerte, 428 U.S. 543, 555, 96 S.Ct. 3074, 3081 (1976).

72) 105 S.Ct. 1694, 1699.

있도록 허용하는 것은 헌법적으로 비합리적이라고 판시하였다.⁷³⁾ 용의자가 경찰관이나 타인에 대하여 절박한 위험요소가 되지 않을 때 그 용의자를 체포하지 못했을 때 발생하는 위해는 사람의 생명을 박탈한 정도의 무기사용을 정당화할 정도에는 이르지 못한다. 즉 경찰은 무장하지 않고 위험하지도 않은 용의자를 체포하기 위하여 생명을 위태롭게 하는 무기를 사용해서는 안된다는 것이다. 그러므로 그러한 중범죄자에 대하여 총기를 사용할 수 있도록 허용하고 있는 한도에서 테네시 주법은 위헌이라고 판시하였다.⁷⁴⁾

이러한 판시 외에도 연방대법원은 테네시 주와 경찰 측의 다양한 반대의견을 충분히 검토하고 있다. 우선 연방대법원은 코먼로 원칙을 존중하여야 한다는 상고인의 주장에 대하여 코먼로 원칙이 채택될 당시와 판결 당시를 비교하면서 만약 변화된 현실에도 불구하고 코먼로에 집착한다면 그것은 “잘못된 원칙주의”(mistaken literalism)에 불과하다고 일축하고 있다.⁷⁵⁾ 연방대법원은 당시에는 중죄가 모두 사형으로 처벌되었던 점, 권총이 1850년대에 되어서야 보급되었던 점, 경찰조직망의 발달로 용의자를 체포하기가 용이해 진 점 등을 들어 코먼로를 유지할 수 없음을 실시하고 있다.⁷⁶⁾ 또한 연방대법원은 중죄와 경죄의 구분이 반드시 사회적 해악과 일치하지 않는다는 점을 지적한다. 예를 들어 화이트칼라 범죄는 중죄이고 음주운전은 경죄이지만 음주운전이 사회에 대하여 보다 더 심각한 “실제적 해악”(physical harm)을 가져온다는 것이다. 또한 주거침입절도죄(burglary)는 재산죄이고 폭력범죄가 아니며 절도가 야간에 타인의 주거에 침입하였다는 사정만으로 그 절도범이 “실제적으로 위험”하다고 추정할 수는 없다. 연방대법원은 이미 FBI⁷⁷⁾와 뉴욕 경찰청을 포함한 많은 주와 경찰청에서 전통적인 코먼로상의 무기사용 원칙을 수정하였음에도 실무상 문제가 되지 않는다는 점도 지적하였다.⁷⁸⁾ 또한 전통적 원칙을 고수하고 있는 주에서 그렇지 않은 주보다 시민이나 경찰을 보다 더 보호하거나 범죄를 억제하거나 또는 경찰의 범죄대처능력을 향상시켰다는 어떠한 보고도 제출되지 않았다고 한다.⁷⁹⁾

73) 105 S.Ct. 1694, 1701.

74) 105 S.Ct. 1694, 1701.

75) 105 S.Ct. 1694, 1702 이하.

76) 105 S.Ct. 1694, 1703.

77) FBI의 경우 이미 1940년대부터 전통적 원칙을 수정하여 자신 또는 타인의 생명이나 신체를 보호하기 위한 경우 제한적으로 총기사용을 허용하고 있었다고 한다. Geller & Scott, 전거서, p. 251.

78) 105 S.Ct. 1694, 1705.

4) Garner 판결 이후

1985년의 Garner 판결 당시에 이미 많은 경찰청이 Garner 판결과 유사한 총기사용 원칙을 채택하고 있었음에도 불구하고 상당수의 경찰청이 이 판결에 합치하도록 총기사용 원칙을 수정하여야 하는 상황에 처하게 되었다.⁸⁰⁾ 보다 중요하게 이 판결은 총기사용에 대한 경찰실무자들의 관념을 근본적으로 바꾸어 놓았다.⁸¹⁾ 또한 뉴욕 시를 포함하여 다른 여러 주에서는 Garner 판결에서 실시한 총기사용의 요건보다 더 엄격한 요건을 자체적으로 시행하기에 이르렀다.⁸²⁾

Garner 판결의 전후에 경찰정책과 무기사용원칙의 변화에 관하여는 여러 연구가 있다.⁸³⁾ 특히 Garner 판결의 당사자였던 멤피스 시의 변화에 관한 연구⁸⁴⁾는 주목할 만하다. 이 연구의 결론에 따르면 멤피스 경찰청은 1979년에 전통적인 코먼로 원칙을 폐기하고 규정에 열거된 “위험한 중죄”를 범하였다고 믿을 수 있는 도주범에 대하여만 총기를 사용할 수 있도록 규정하였다.⁸⁵⁾ 그리고 1985년 판결 5개월 뒤에 경찰청은 연방대법원의 판결에 충실히 따르는 규정을 채택하고 무기의 사용은 용의자를 즉각 체포하지 않은 경우 타인의 생명 보호가 위협해지는 경우에 최후수단으로 가능함을 명시하였다.⁸⁶⁾ 이에 따라 경찰의 총기사용 건수도 감소한다. 1969~74년에 총기사용건수는 225건이었으나, 1980~84년에는 213건(5% 감소), 그리고 1985~89년에는 172건(19% 감소)이었다.⁸⁷⁾ 이 기간 동안 체포율의 변화를 살펴보는 것은 흥미롭다. 이러한 총기사용원칙의 변화에도 불구하고 멤피스 시의 체포율은 크게 변하지 않았다. 1964~74년 동안 경찰 1,000명당 폭력적 중죄의 체포건수는 587건에서 1985~89년에는 1,348건으로 증가하였다.⁸⁸⁾ 이는 경찰 한 명당 폭력적 중

79) 105 S.Ct. 1694, 1705.

80) Geller & Scott, 전게서, p. 256.

81) James J. Fyfe, Police Use of Deadly Force, Justice Quarterly, Vol. 5 No. 2, June 1988, p. 199.

82) Geller & Scott, 전게서, p. 260 f.

83) 자세히는 Geller & Scott, 전게서, p. 257 참조.

84) Crime Control Digest, New Memphis Police Department Shooting Policy Saves Lives, Reduces Friction with Community," 1992, March 30:1, 7-8.

85) Geller & Scott, 전게서, p. 261.

86) Geller & Scott, 전게서, p. 262.

87) Geller & Scott, 전게서, p. 262.

죄의 체포율이 거의 3배나 증가하였다는 것을 의미한다.

1990년대에 들어와서 엄격한 생명보호원칙을 채택하였던 많은 경찰청은 그 요건을 완화하도록 법률 또는 지침을 개정하고자 노력하고 있다.⁸⁸⁾ 특히 FBI는 자기나 타인의 생명에 대한 침해 또는 중대한 신체적 침해를 방어하기 위한 경우에만 총기사용을 인정하던 전통적인 기준에서 탈피하여 그외의 총기사용도 적법화하고자 시도하는 것도 주목할 만하다.⁹⁰⁾ FBI가 추진하여 논란을 빚고 있는 것 중의 하나는 경고사격이다. 경고사격에 대하여 이전에는 그것이 부적법한 총기사용을 정당화하는 수단으로 악용될 여지가 있다고 하여 금지하였으나, 필요한 경우 경고사격을 허용하려는 움직임인 것이다. 그러나 이러한 개정노력은 1992년 현재 어떠한 결실도 맺지 못하였다고 한다.⁹¹⁾ 앞으로 또다시 연방차원에서 또는 주 차원에서 총기사용의 허용요건을 완화하려는 노력이 있을지 알 수 없다. 그러나 중요한 것은 어떠한 요건완화도 결국은 Garner 판결에 판시된 요건에 부합하는 범위에서 이루어질 것임에 유의하여야 한다. 요건완화에 대한 최근의 논의도 Garner판결보다도 오히려 더 엄격한 내부규정상의 요건을 완화하여 이 판결에 부합하는 방향으로 개정하자는 것이지 이 판결에 반대되는 방향은 아니기 때문이다.⁹²⁾ 이 판결은 10여년이 지난 지금도 아직 효력을 발휘하고 있는 것이다.

<표 16> 미국 주요도시에서 1990년 경찰에 의한 사망자 수와 사망율⁹³⁾

도시명	사망자 수	경찰 1,000명당 사망율	인구 100,000명당 사망율	살인 100건당 사망율
아틀란타	6	3.9	1.5	2.6
시카고	10	0.8	0.4	1.2
L.A.	39	4.6	1.1	4.0
N.Y.	39	1.4	0.5	2.1
샌 디에고	12	6.6	1.1	8.9

88) Crime Control Digest, 전게서, (Geller & Scott, 전게서, p. 262에서 재인용).

89) Geller & Scott, 전게서, p. 267ff.

90) Geller & Scott, 전게서, p. 268.

91) Geller & Scott, 전게서, p. 272.

92) Geller & Scott, 전게서, p. 273 참조.

93) Geller & Scott, 전게서, p. 120 참조.

5) 소 결

미국에서 경찰의 총기사용에 관한 규율은 1985년의 Garner 판결을 계기로 변화되었다. 그 이전에는 많은 주에서 미국의 경찰은 도주하는 중죄범에 대하여 총기를 사용할 수 있도록 규정하고 있었고, 또 다른 주에서는 이러한 원칙을 수정하여 보다 제한된 범위에서만 경찰의 총기사용을 허용하고 있었다. Garner 판결에서 연방대법원은 경찰이 시민을 체포할 때는 “상당한 이유”가 존재하여야 할 뿐 아니라 체포의 수단, 방법에 있어서도 합리적이어야 한다고 판시하며, 모든 중범죄용의자에 대하여 위해를 수반하는 총기사용을 허용하고 있는 테네시 주법은 수정헌법 제4조를 위반하여 위헌이라고 실시하였다.

1985년 이후 미국의 모든 주와 시, 경찰청은 연방대법원의 판결에 따라 총기사용수칙을 개정하여야 했다. 그리고 연구결과 1985년 이후 미국에서 경찰의 총기사용건수와 그로 인한 사망자 수는 감소하였다. 동시에 멤피스 시에 대한 연구에 의하면 경찰 1,000명당 폭력중범죄의 검거건수도 증가하여 보다 엄격한 총기사용수칙이 범죄를 증가시키거나 경찰의 범죄대처능력을 약화시키지는 않은 것으로 드러났다.

1990년대에 들어와 일부 주나 경찰청에서 채택하였던 생명보호원칙에 대하여 반대 움직임이 있었다. 또한 FBI도 수십년간 고수해 오던 전통적인 생명보호원칙을 완화하려는 시도가 있었으나 아직은 성공하지 못하였다. 다만 이러한 완화움직임은 1985년 Garner 판결보다 오히려 더 엄격하게 규정되었던 내부규정을 완화하여 이 판결에 부합하는 방향으로 개정하자는 것이다. 이 판결 자체에 반대하는 움직임은 없으며 이 판결은 10여년이 지난 지금도 아직 효력을 발휘하고 있다.

2. 영 국

1) 총기의 휴대 및 사용에 관한 규율체계

전통적으로 영국경찰의 총기사용에 관한 규율은 코먼로에 의하여 이루어져 왔다. 코

면로상으로는 경찰관의 총기사용의 요건으로 ‘명백한 필요성(apperarent necessity)’이 요구되었다. 즉 경찰관은 그 직무수행에 저항하는 자가 있는 경우 그를 살해해도 정당화 되는데, 다만 살인의 명백한 필요성을 요건으로 하였다.⁹⁴⁾ 구체적으로 다른 방법으로는 개인이 안전을 보장받지 못할 경우, 다른 방법으로는 폭동을 진압할 수 없는 경우, 다른 방법으로는 수형자를 감금할 수 없는 경우에 있어서 총기사용의 명백한 필요성 내지 절대적 필요성(absolute necessity)이 인정되었다.⁹⁵⁾

그러나 1967년에 형법이 제정 시행됨에 따라 총기사용은 제정법에 의한 규율을 받게 되었다. 이에 의하면 1967년 형법 제3조에서는 총기사용을 포함한 무력사용이 허용되는 경우를 규정하고 있다. 즉 범죄의 예방, 범죄자나 범죄혐의자 또는 도주중인 자의 체포나 체포의 원조에 있어서 구체적인 상황에 비추어 합리적이라고 인정되는 범위에서 무기를 사용할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 그밖에 총기사용에 관하여 더 이상의 상세한 규정을 하고 있는 경찰관련법규는 존재하지 않으며 따라서 1967년 형법 제3조는 총기사용에 관한 유일한 법조문이 된다.⁹⁶⁾ 여기서 총기사용에 대한 세부적인 요건이나 기준은 경찰내부지침에 의하여 설정되고 있다. 그 예로 영국지방경찰청협의체인 ACPO가 마련한 경찰관총기사용지침이나 1986년 발족한 ‘내무부 산하 경찰관의 총기사용에 관한 연구위원회(Home Offiche Working Group on Police Use of Firearms)’가 위의 ACPO지침에 대한 수정안으로서 제시한 ‘총기지급 및 총기사용에 관한 경찰관지침(Guidelines for the Police on the Issue and Use of Firearms),⁹⁷⁾ 북아일랜드에서 경찰작용을 수행하는 ‘치안군의 총기사용에 관한 내부지침(Internal Instructions on the Use of Firearms by the Security Foces)’ 등을 들 수 있다. 아래에서는 이러한 지침들을 중심으로 영국경찰의 총기 휴대 및 사용에 관한 규율내용을 살펴보기로 한다.

94) Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice, 35th ed. 1962, pp. 1008-1009. quoted from Kader Asmal, Shoot to Kill?, 1985, p. 70.

95) Stephan, Commentaries on the laws of England, 15 ed. 1908, Book VI, Of Crimes, pp39-40. quoted from Kader Asmal, Shoot to Kill?, 1985, p. 70.

96) Bürgerrechte und Polizei, Nr. 1 1978, S. 31.

97) 이하 Guidelines로 인용하기로 한다. 총기사용과 관련하여 북아일랜드의 특수한 정치적, 사회적 상황이 무시될 수 없지만 총기사용을 규율하는 규범 자체는 영국 전역에서 공통된 것으로 볼 수 있다.

2) 총기지급 및 휴대에 관한 규율

(1) 총기지급 및 휴대의 상황

영국 경찰은 원칙적으로 총기를 휴대하지 않고 직무를 수행하는 것으로 알려져 있다. 즉 통상적인 순찰활동에 있어서는 총기의 휴대가 금지되고, 다만 특정한 목적을 위하여 출동하는 경우에 한하여 개별적으로 총기가 지급되어진다.⁹⁸⁾ 이러한 일반경찰영역과는 달리 일정한 특별경찰의 영역에서는 상시 총기 휴대가 허용된다. 즉 특수순찰대(Special Patrol Group ; SPG),⁹⁹⁾ 외교경찰(Diplomatic Protection Group), 원자력경찰(Atompolice)의 경우 자신의 직무를 수행하기 위한 총기휴대에 제한을 받지 않는다.

한편 일반경찰영역에서 경찰관의 총기 휴대 및 사용의 엄격한 제한으로 인한 치안유지의 공백은 軍에 의하여 보충되고 있다. 즉 영국의 경우 국내치안활동에 대한 군의 투입요건이 완화되어 국가적 긴급피난을 위한 경우뿐만 아니라 불법집회, 소요, 반란, 국내 질서의 심각한 위협이 존재하는 경우 등에 있어서 군투입이 인정된다. 이처럼 군의 광범위한 경찰기능 수행에 의하여 경찰의 총기사용의 불가피성은 그만큼 약화되어 있다고 볼 수 있다.¹⁰⁰⁾

(2) 총기지급의 요건

전술한 '총기지급 및 총기사용에 관한 경찰관지침'에서는 경찰관에게 총기를 지급할 수 있는 경우로 경찰관이 무기를 소지한 자와 遭遇하거나 총기의 사용없이 무기소지자를 무사히 제지할 수 없다고 믿을만한 합리적인 이유가 있는 경우를 규정하고 있다. 또한 방어의 목적과 위협한 동물의 사살 목적으로도 총기를 지급할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁰¹⁾

98) Bürgerrecht und Polizei, Nr. 7, 1980, S. 29.

99) SPG는 1965년에 창설되었으며, 12명이 1조를 구성하고 그 중 2인이 권총으로 무장하고 있다. Bürgerrechte und Polizei, Nr. 7, 1980, S. 29 f.

100) Bürgerrechte und Polizei, Nr. 1, 1978, S. 31.

한편 경찰관이 총기를 지급받기 위하여는 특정종류의 총기에 대하여 훈련을 받은 후 그 사용허가를 받을 것을 조건으로 하고 있다.¹⁰²⁾

(3) 총기지급 및 휴대에 대한 절차적 통제

가. 총기지급의 권한

총기지급의 권한은 ACPO級의 상급경찰관에게 부여된다. 다만 위와 같은 권한을 갖는 자로부터 총기지급을 허가받는데 시간이 지체되어 생명에 대한 침해나 중상이 발생할 우려가 있는 경우에는 수석총경(Chief Superintendent)이나 총경이 총기를 지급할 수 있고, 이 경우에는 ACPO級 경찰관에게 가능한 한 신속히 보고하여야 한다. 총기가 방어목적을 위하여 상시 지급되는 경우에는 예외가 인정될 수 있으나, 이러한 예외인정의 권한은 우선적으로 ACPO급 경찰관에게 주어진다.¹⁰³⁾

나. 총기지급 기록의 보존

총기관리를 철저히 하기 위한 경찰관에게 총기가 지급된 경우 그에 관한 기록을 반드시 남기도록 하고 있다.¹⁰⁴⁾

다. 총기의 안전한 휴대

1980년 북아일랜드 치안군 발포지침에서는 총기휴대의 안전성을 확보하기 위한 규정을 두고 있다. 즉 실탄장전명령이나 발포명령을 받은 경우를 제외하고는 실탄을 장전할 수 없도록 하고 있다.¹⁰⁵⁾

101) Guidelines Number 1.

102) Guidelines, Number 5.

103) Guidelines, Number 3.

104) Guidelines, Number 6.

105) Instructions for Opening Fire in Northern Ireland, Number 2.

3) 총기사용에 관한 규율

(1) 총기사용의 요건

가. 총기사용의 목적

전술한 바와 같이 1967년 형법 제3조에서는 범죄의 예방, 범죄자나 범죄혐의자 또는 도주중인 자의 체포나 체포원조를 위하여 총기를 비롯한 무력을 사용할 수 있도록 하고 있다. 또한 ‘총기의 지급 및 사용에 관한 경찰관지침’에서는 생명에 대한 침해의 발생이나 확대의 방지와 같은 적법한 목적을 위하여 총기를 사용할 수 있음을 예시하고 있다.¹⁰⁶⁾ 북아일랜드에서 경찰활동을 수행하는 치안군의 총기사용에 관한 내부지침으로서 1980년에 작성된 ‘북아일랜드에서의 발포에 관한 지침(Instructions for Opening Fire in Northern Ireland)¹⁰⁷⁾에서는 사람에게 대하여 발포할 수 있는 경우를 규정하고 있다. 즉 첫째, 생명을 위태롭게 할 가능성이 있는 행위를 실행중이거나 실행하려고 하는 경우로서 그 위험을 방지하기 위한 다른 수단이 없는 때에 사람에게 대한 총기사용이 허용된다. 구체적으로 이에 해당하는 예로서 총기를 발사중이거나 발사하려고 하는 경우, 폭발물(화염병 포함)을 설치하거나 폭발시키거나 투척하는 경우, 고의로 사람을 향하여 자동차를 모는 자를 정지시킬 수 있는 다른 방법이 없는 경우를 들고 있다. 사람에게 대한 총기사용이 허용되는 두번째 경우로서 위와 같은 위험한 물건으로서 사람을 살해하거나 부상시킨 자가 수하(誰何)를 했으나 저항을 계속하고 다른 방법으로는 그 자를 체포할 수 없는 경우를 들고 있다.

한편 1972년 ‘북아일랜드 치안군의 총기사용에 관한 지침(Instructions by the director of Operations for Open Fire in Northern Ireland)’에서는 1980년의 것보다 보다 상세히 총기사용이 허용되는 경우를 규정하고 있다. 먼저 사전경고를 한 후 발포할 수 있는 대상으로서 다음과 같은 경우를 들고 있다. 첫째 총기로 의심되는 물건을 범죄의 목적으로 사용하려 한다고 믿을만한 합리적인 이유가 있는 자가, 정지명령을 받고도 정지하지 않으며

106) Guidelines, Number 2.

107) 이하 ‘1980년 북아일랜드 발포지침’으로 인용하기로 한다.

다른 수단으로는 정지시킬 수 없는 경우에 그 총기 소지자, 둘째 치안군이나 민간인 또는 재물에 대하여 화염병공격을 계속하는 경우 또는 화염병공격으로 인하여 생명에 대한 위협을 야기할 우려가 있는 경우에 화염병을 투척하는 자, 셋째 재물을 손상·파괴시키거나 총기·폭발물을 절취하여 생명에 대한 위협을 야기할 우려가 있는 자, 넷째 공격을 실행중 이지 않더라도 치안군이나 치안군의 보호를 받는 자를 살해 또는 중상해한 후 정지명령을 받고도 정지하지 않고 다른 수단으로는 체포할 수 없는 자, 다섯째, 치안군 자신이나 치안군의 보호를 받는 자가 살해나 중상의 위험으로부터 방어할 다른 방법이 없는 경우를 들고 있다.¹⁰⁸⁾

그밖에 사전경고 없이 발포할 수 있는 대상으로서는 첫째, 상호간의 총격이 이루어지고 사전경고를 실행할 수 없는 상황에서, 치안군이나 치안군의 보호를 받는 자에 대하여 사격을 가하는 자, 총기의 의심이 가는 물건을 휴대하고 그것을 범죄목적으로 사용하리라는 것이 명백한 자, 둘째, 차량의 탑승자가 치안군이나 치안군의 보호를 받는 자에 대하여 사격 또는 폭발물을 투척하거나 그러한 행동이 명백히 임박한 경우에 그 차량, 셋째, 치안군이나 치안군의 보호를 받는 자를 살해나 중상의 위험으로부터 방어할 다른 방법이 없는 경우를 들고 있다.¹⁰⁹⁾

나. 최소한의 총기사용

1967년 형법 제3조에서는 범죄의 예방이나 범죄자의 체포 등 총기사용이 허용되는 경우에도 구체적인 상황에 비추어 합리적이라고 인정되는 범위에서 무기를 사용할 수 있도록 하고 있다. 또한 ‘총기의 지급 및 사용에 관한 경찰관지침’에서도 다른 수단을 사용하였으나 목적달성에 실패한 경우 또는 상황에 비추어 다른 수단을 사용하더라도 목적을 달성할 수 없다고 확신한 경우에 최후의 수단으로서 총기를 사용할 수 있도록 하고 있다.¹¹⁰⁾

‘1980년 북아일랜드 발포지침’에서도 총기사용의 일반원칙으로서 총기는 항상 필요한

108) Instructions by the Directors of Operations for Opening Fire in Northern Ireland, Nummer 8-12.

109) Instructions by the Directors of Operations for Opening Fire in Northern Ireland, Nummer 13-15.

110) Guidelines, Number 2, 8.

최소한으로(the minimum force necessary) 사용하여야 하며, 또한 최후의 수단으로서(as a last resort) 사용하도록 하고 있다.¹¹¹⁾ 그리고 이를 구체화하여 목표물만을 쏠 것, 필요한 이상의 탄약을 사용하지 말 것, 목표물 이외의 것을 침해하지 않도록 상당한 주의(reasonable precaution)를 기울일 것을 규정하고 있다.¹¹²⁾ 또한 사람을 살해하거나 부상시킨 후 저항을 계속하는 자를 체포하기 위하여 총기를 사용하는 경우에도 다른 방법이 없을 것이라는 보충성을 요구하고 있다.¹¹³⁾

‘1972년 북아일랜드 발포지침’에서는 자동소총의 사용을 제한하는 규정을 두고 있다. 즉 자동소총은 단발총을 사용할 수 있는 상황에서 사용할 수 있으나 확인된 목표물에 대하여만 사용할 수 있고, 필요최소한으로 사용되어야 하며 다른 무기로는 효과를 볼 수 없는 상황에서 사용하도록 하고 있다. 그리고 자동소총은 산탄에 의한 피해범위가 넓기 때문에 사정거리안에 또는 사정거리에 근접하여 총기를 사용하지 않는 자가 있는 경우에는 사용할 수 없도록 하고 있다.¹¹⁴⁾

다. 경고

총기사용에 관한 지침들은 총기사용전에 사전경고를 원칙적으로 요구하고 있다. ‘총기 지급 및 사용에 관한 경찰관지침’에서는 총기를 발사하기 이전에 구두경고를 하는 것이 합리적인 경우에는 반드시 경고를 하도록 요구하고 있다.¹¹⁵⁾ 또한 1980년 ‘북아일랜드 발포지침’에서도 사전에 수하를 원칙적으로 요구하고 있다.¹¹⁶⁾ 다만 수하를 할 경우 자신이나 제3자의 사망이나 부상의 위험이 증대될 우려가 있는 때 또는 자신이나 인근의 제3자가 테러리스트와 교전중인 경우에는 수하를 생략할 수 있도록 하고 있다.¹¹⁷⁾ 한편 ‘1972년 북아일랜드 발포지침’에서는 발포경고에 대하여 상세한 규정을 두고 있다. 즉

111) Instructions for Opening Fire in Northern Ireland, Number 1.

112) Instructions for Opening Fire in Northern Ireland, Number 6.

113) Instructions for Opening Fire in Northern Ireland, Number 5.

114) Instructions by the director of Operations for Open Fire in Northern Ireland, Number 5.

115) Instructions for Opening Fire in Northern Ireland, Number 9.

116) 수하는 ‘치안군이다. 서라. 서지 않으면 쏜다(Army, Stop or I Fire)’라고 하거나 그와 동일한 취지의 형식을 취하도록 하고 있다. Instructions for Opening Fire in Northern Ireland, Number 4.

117) Instructions for Opening Fire in Northern Ireland, Number 3.

가능한 경우에는 항상 발포이전에 경고를 하는 것을 원칙으로 하면서, 예외적으로 사전 경고 없이 발포할 수 있는 경우를 개별적으로 규정하고 있다.¹¹⁸⁾

(2) 총기사용에 대한 절차적 통제

가. 총기사용기록의 보존

‘총기의 지급 및 사용에 관한 경찰관지침’에서는 총기를 사용하여 직무를 수행한 경우 그에 관한 기록을 보존할 것을 요구하고 있다. 또한 동물사살의 경우를 제외하고 경찰관이 총기를 발사한 모든 경우에 대하여 상급경찰관은 철저한 조사를 하고, 그 전과정에 대한 서면보고서를 작성하도록 하고 있다.¹¹⁹⁾

나. 총기사용에 관한 보고

‘총기의 지급 및 사용에 관한 경찰관지침’에서는 총기를 사용하여 직무를 수행한 경우에 있어서 상급경찰관의 보고를 규정하고, 이러한 보고에는 직무수행에 참여한 총기사용의 권한을 갖는 경찰관과 총기사용의 권한이 없는 경찰관을 표시하도록 하고 있다. 또한 이 보고에서 상급경찰관은 직무수행의 목적과 총기를 사용한 경찰관의 개인책임, 무고한 제3자의 존재 여부 등을 명시하도록 하고 있다.¹²⁰⁾

다. 총기사용의 교육과 허가증발급

‘총기의 지급 및 사용에 관한 경찰관 지침’에서는 총기사용에 대한 교육과 허가증 발급을 통하여 총기사용을 규제하고 있다. 즉 총기사용이 허가된 경찰관은 정기적인 재교육과정을 이수하도록 하고 있다. 이러한 재교육과정을 이수하지 못한 자 또는 재교육과정에서 요구된 수준에 이르지 못한 자는 총기사용의 권한을 잃게 되며 이후로는 총기지급을 하지 못하도록 하고 있다.

118) 전술한 총기사용의 목적 부분 참조.

119) Guidelines, Number 4.

120) Guidelines, Number 5.

또한 총기사용이 허가된 경찰관은 그들에게 지급된 총기의 종류가 표시된 총기사용허가증을 소지할 것을 요구하고 있다. 이러한 총기사용허가증은 총기가 지급되기 전에 작성되어야 하고, 당해 경찰관이 총기를 소지할 경우에는 항상 휴대하도록 하고 있다.¹²¹⁾

(3) 기타

‘총기사용 및 지급에 관한 경찰관지침’에서는 총기사용으로 부상자가 발생한 경우에 신속한 치료에 관하여 규정하고 있다.¹²²⁾ 또한 총기 지급 및 사용에 관한 중요사항을 요약하여 총기를 소지한 경찰관이 숙지할 수 있도록 요약사항을 총기사용허가증의 이면에 부착할 것을 요구하고 있다.¹²³⁾

4) 소 결

영국 경찰의 총기 휴대 및 사용은 다른 나라에 비하여 훨씬 엄격한 규율을 받고 있다. 먼저 일반 경찰관의 경우 총기의 휴대 자체가 원칙적으로 허용되지 않는다. 예외적으로 총기를 지급하는 경우에도 총기사용이 불가피한 경우 등에 있어서 개별적으로 총기가 지급되며 상급경찰관에 의한 허가 등 엄격한 절차적 통제를 받는다.

총기사용에 관한 근거법률로는 1967년 형법 제3조가 유일한 것이고, 보다 상세한 사항은 ‘총기의 지급 및 사용에 관한 경찰관지침’ 등에 의하여 규율된다. 이러한 1967년 형법이나 총기사용지침에 의하면 총기사용은 생명에 대한 침해의 방지 등의 경우에 한정되며, 그 사용의 정도도 필요최소한도로 제한되고 그밖에 사전에 발포의 경고 등을 요구하고 있다. 또한 총기의 남용이나 오용을 방지하기 위한 절차적 통제도 주목된다. 즉 총기사용에 관한 보고를 의무화하고, 총기사용의 전제로서 일정한 교육과정을 이수하여야 하며, 총기사용시 주의사항이 이면에 기재된 총기사용허가증을 상시 휴대하도록 하고 있다.

121) Guidelines, Number 4.

122) Guidelines, Number 7.

123) Guidelines, Number 8.

3. 독일

1) 무기사용에 관한 규율의 변천

오늘날 독일에서 총기를 비롯한 무기사용에 대하여 여러 법령에 의한 상세한 규율이 이루어지고 있는데, 이러한 규율은 오랜 역사적 변천과정을 통하여 이루어진 것이다. 이러한 역사적 고찰을 통하여 오늘날 독일에서의 총기 내지 무기사용에 대한 규율의 특징과 배경을 파악할 수 있게 된다.

독일에서 총기를 포함한 무기사용에 대하여 최초의 법적 규율은 1898년의 ‘프로이센 회람칙령(Zirkular Verordnung)’에 의하여 이루어졌다. 그 이전에는 경찰권의 행사를 비롯한 고권적 행위는 그 자체로서 정당화되었으며 또한 당연한 것으로 받아들여졌다.¹²⁴⁾ 이후 1820년에 ‘프로이센 지방경찰 직무명령’이 공포된 이후,¹²⁵⁾ 상당한 기간동안 이렇다 할 입법이 이루어지지 못하다가 1919년 7월 24일에 ‘하이네 총기사용령(Heine’sche Schierla)’이 공포되었고, 1921년 12월 15일에는 새로운 ‘총기사용령(Ministerialerlaß zum Schußwaffengebrauch)’이 발효되었다. 이상의 법령들이 공공의 안전과 질서를 임무로 하는 집행경찰에 한하여 총기사용권을 인정하였기 때문에, 그 당시 다른 행정영역에서도 총기사용의 필요성이 주장되었고 이에 따라 1921년에 ‘조세행정에서의 무기사용에 관한 법률’이 제정되었다.

무기사용에 대한 규율을 비롯한 경찰법의 발전에 있어서 특히 주목을 끄는 법률로는 1931년 6월 1일의 프로이센 경찰행정법(preuß. Polizeiverwaltungsgesetz)을 들 수 있다.¹²⁶⁾ 그러나 1933년 나찌의 등장과 더불어 프로이센 경찰행정법은 개괄조항의 해석에

124) Sundermann, Schußwaffengebrauch im Polizeirecht, 1984, S. 11.

125) 동명령 제28조 제1항에서 총기는 위협예방의 목적, 공무원에 대한 폭력의 행사, 체포나 압수에 대한 폭력적 저항, 위협이 있는 경우 또는 초소경비, 요보호인물의 안전을 위하여 다른 방법으로는 불가능한 경우에 사용가능한 것으로 규정하고 있다.(Buchert, Zum polizeiliche Schußwaffengebrauch, 1975, S. 16)

126) 이 법률은 두가지 점에서 중요한 의미를 갖는다. 첫째로 동법 제14조 제1항에서 위협예방을 기초로 하는 경찰개념을 규정하고 있는데, 이는 오늘날 독일 각주의 경찰법상의 경찰개념의 기초를 이루고 있다. 또한 동법 제55조에서는 총기사용을 비롯한 직접강제(unmittelbarer Zwang)에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 특히 직접강제를 최초로 3분하여 완력, 완력의 보조수단, 무기사용으로 나누어 규정하고 있다

개인의 자유가 철저히 무시되는 등 법치주의의 관점에서 커다란 시련을 겪었고, 프로이센 경찰행정법 제55조에 기초한 총기사용에 관한 시행령이 1939년 ‘경찰관 무기사용법’에 근거한 직무명령에 의하여 대체되었다.¹²⁷⁾

1945년 이후 독일을 분할점령한 연합군은 독일의 경찰조직을 새롭게 편성하였다. 특히 ‘행정의 탈경찰화(Entpolizeilichung der Verwaltung)’에 커다란 비중을 두었고 이 점은 무기사용에 대한 규율에도 영향을 미쳐, 대체로 1933년 이전의 규율상태로 복귀되었다.¹²⁸⁾ 그 후 연합국으로부터 주권의 회복과 함께 독일연방공화국이 성립되자 경찰분야를 규율할 새로운 규정의 제정이 요청되었다. 우선 급한대로 니더작센과 함부르크 주는 영국군이 시행하던 규정을 받아 들였고, 노르트라인-베스트팔렌, 뷔르템베르크-바덴, 쉘레스비히-홀스타인 주 등에서는 독자적인 행정부령을 제정하여 시행하였다.¹²⁹⁾ 그러나 1949년 독일 기본법의 제정으로 이러한 행정입법에 의한 총기사용의 규율은 불충분한 것이 되었다. 특히 기본법 제2조 제2항이 기본권제한에 있어서 법률유보를 규정함으로써 총기사용 등 직접강제의 행사는 형식적 법률의 근거를 요구하게 되었다. 이 당시 판례 중에 새로운 입법이 있기까지 잠정적으로 직무상 훈령에 의한 기본권제한을 관습법으로서 유효한 것으로 인정한 것을 찾아볼 수 있는데,¹³⁰⁾ 법과 현실의 괴리 사이에서 법원이 무척 고심한 흔적을 찾아볼 수 있다. 위와 같은 기본법의 요청에 따라 헤센 주가 1950년에 최초로 총기사용에 관한 법률을 제정하였고, 이후 각 주에서도 개별적인 법률을 제정하여 총기사용에 관한 법적 근거를 마련하였다. 연방의 경우도 1961년 연방직접강제법(BUZwG) 등을 제정하여 역시 법적 기초를 마련하였다.¹³¹⁾

아래에서 살펴보는 바와 같이 독일에서 무기사용 등 일반적인 경찰작용은 원칙적으로 각 주의 소관사항이기 때문에, 구동독지역을 포함하여 모두 16개의 주가 존재하는 독일의 경우 최소한 16개의 경찰법체계가 존재하며 그 내용도 일치하지 않는다. 그러나 최근들어 범죄는 주단위를 넘어서 광역화되는 경향을 보임에 따라 이에 효과적으로 대처

(Sundermann, aaO, S. 15).

127) Sundermann, aaO, S. 16.

128) Buchert, aaO, S. 24.

129) Krüger, Polizeilicher Schußwaffengebrauch, 1979, S. 13.

130) OLG Stuttgart Urt. v. 31. 8. 1951, NJW 1951, S. 854.

131) Sundermann, aaO, S. 19.

하기 위해서는 주 상호간의 통일적인 법적 규율이 요청되게 되었다. 이에 따라 연방과 각 주의 내무장관으로 구성된 연석회의에서는 1977년 11월 25일에 ‘연방과 각 주의 경찰법 통일을 위한 모범초안(이하 모범경찰법으로 지칭하기로 한다)을 통과시켰고 많은 주가 이를 토대로 경찰법의 내용을 조정하였다. 그러나 이는 어디까지나 권고적 성격의 것이기 때문에 모든 주가 그 내용을 따른 것이 아니며, 모범경찰법의 개별규정에 대하여는 상당한 논란이 전개되어 왔다.¹³²⁾ 특히 총기사용과 관련하여 모범경찰법이 규정하고 있는 조준사살(gezielter Todesschuß)과 경찰의 특수무기에 의한 무장 등에 대하여 논쟁이 지속되고 있다.¹³³⁾

2) 무기사용에 관한 규율체계 및 내용

(1) 무기사용에 관한 규율체계

독일의 경우 총기 등 무기사용에 관한 규율의 권한은 원칙적으로 각 주에 귀속되어 있다. 이는 강력한 경찰권의 행사를 염려한 연방국이 1945년 포츠담회의에서 경찰권의 분할을 관철시킨 결과이다.¹³⁴⁾ 독일기본법 제30조와 제70조 제1항에 의하면 기본법에 연방의 입법권한으로 규정되어 있는 사항을 제외하고는 모든 국가적 임무의 수행과 관련한 입법의 권한은 주에 귀속되도록 되어 있다. 그리고 일반적인 경찰권은 연방의 입법권한으로 규정되어 있지 않기 때문에 일반적인 경찰작용에 관한 입법권한은 원칙적으로 각 주가 가지고 있는 것이 된다.¹³⁵⁾

따라서 경찰관의 무기사용도 각 주 단위로 제정되어 있는 경찰법 등 경찰관련법규에 의하여 규율되고 있다. 즉 무기사용과 관련한 기본적인 사항은 경찰법에 규정되어 있

132) B. Reichert / K. H. Ruder, Besonderes Verwaltungsrecht für Baden-Württemberg, 1994, S. 33.

133) Mußmann, aaO, S. 41.

134) Vgl. Knemeyer, Polizei und Ordnungsrecht, 1995, S. 17.

135) Mußmann, Allgemeines Polizeirecht in Baden-Württemberg, 1994, S. 37. 그러나 경찰작용과 관련하여 개별적으로 연방에 권한을 부여한 규정들이 발견되며 이들은 연방의 입법권한에 속하게 된다. 예컨대 조세 및 국경수비(기본법 제73조 제5호), 항공교통(기본법 제73조 제6호), 연방과 주 간의 형사사법공조 및 연방경찰청의 설치(기본법 제73조 제10호) 등을 들 수 있다.

고,¹³⁶⁾ 세부적인 내용은 경찰관직무지침(Polizei-Dienstvorschriften ; PDV)에 의하여 규율되고 있다. 한편 연방차원에서 무기사용을 규율하는 법률로는 연방국경수비법, 연방 행정강제법 등을 들 수 있다.

(2) 무기사용에 관한 규율내용

앞에서 살펴본 바와 같이 독일에서 경찰작용은 각 주의 경찰법과 연방의 개별법률에 의하여 규율되고 있다. 그러나 무기사용에 대한 규율은 각 주의 법률이 대체로 일치하고 있고, 조준사살 등 몇몇 사항에 대하여만 내용을 달리하고 있다. 아래에서는 각 주나 연방의 법률에서 명문의 규정으로 또는 해석에 의하여 무기사용과 관련하여 일반적으로 인정되는 내용에 대하여 살펴보기로 한다.

가. 직접강제의 일종으로서 무기사용의 요건

독일에서 총기 등 무기의 사용은 행정작용 중 직접강제(unmittelbarer Zwang)에 속하며, 따라서 주와 연방의 경찰관계법이 규정하는 직접강제의 요건은 무기사용에 있어서도 그 요건이 된다.

136) 각 주의 경찰법의 명칭과 약자 그리고 그 중 무기사용을 규율하고 있는 조문은 다음과 같다. Baden-Württemberg ; Polizeigesetz Baden-Württemberg(bwPolG) §§50, Bayern ; Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei(bayPAG) §69, Berlin ; Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin(ASOGbln) §2, Brandenburg ; Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei(PAG) §27, Bremen ; Bremerisches Polizeigesetz (bremPolG) §, Hamburg ; Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung(hbgSOG) §18, Hessen ; Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung(HSOG) §55, Mecklenburg-Vorpommern ; Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern(SOG MV) §102, Niedersachsen ; Niedersächsisches Gefahrenabwehrgesetz(NGefAG) §69, Nordrhein-westfalen(PolG NW) §58, Rheinland-Pfalz ; Polizei und Ordnungsbehördengesetz(rhpf POG) §58, Saaland ; Saalandisches Polizeigesetz(SPolG) §49, Sachsen ; Polizeigesetz des Freistaates Sachsen (sächsPolG) §31, Sachsen-Anhalt ; Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt(SOG LSA) §58, Schleswig-Holstein ; Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein(schlhLVwG) §251, Thürigen ; Thüriger Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei(thürPAG) §59.

① 무기의 종류

독일에서 경찰이 사용할 수 있는 무기의 종류는 개별법령에 의하여 제한되고 있다. 각 주의 경찰법은 무기의 사용을 직접강제의 일종으로서 규정하고 있는데, 이러한 직접강제의 수단으로서 완력(körperliche Gewalt), 완력행사의 보조수단(Hilfsmittel der körperlichen Gewalt),¹³⁷⁾ 무기(Waffen)의 행사를 규정하고 있다.¹³⁸⁾ 이 중에서 완력은 사람이나 물건에 대하여 직접적으로 행사되는 신체에 의한 유형력을 말한다. 그리고 완력행사의 보조수단이나 무기에 대하여는 법령에서 직접적인 개념규정을 피하고 이에 해당하는 예를 열거해 놓고 있다. 먼저 완력행사의 보조수단으로는 결박도구, 살수기, 차단기, 경찰견, 경찰마, 차량, 자극제,¹³⁹⁾ 마취제, 폭발물 등을 들고 있다.¹⁴⁰⁾ 이러한 열거는 예시적이며 그밖에 폐쇄된 문을 열기 위한 지렛대, 연막제(Nebelstoffe), 섬광탄(Blendgaranten) 등도 여기에 포함될 수 있다.¹⁴¹⁾

각 주에서 사용이 허용되는 무기의 종류로는 경찰봉, 권총(Pistole), 연발권총(Revolver), 소총(Gewehr), 자동권총(Maschinenpistole) 등을 들 수 있는데,¹⁴²⁾ 경찰봉을 제외하고는 모두 총기(Schußwaffen)에 해당하는 것이다. 각 주의 경찰법이 사용을 허용하고 있는 무기는 완력행사의 보조수단의 경우와는 달리 한정적으로 열거된 것이며 따라서 법령이 규정하고 있는 이외의 무기는 사용할 수 없다.¹⁴³⁾

문제는 자동소총(Maschinengewehr), 폭발물(Sprengmittel)과 같은 특수무기의

137) 완력행사의 보조수단은 대체로 우리 경찰관직무집행법상의 장구에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

138) bwPolG §50 Abs. 1. ; bayPAG §61 Abs. 1. ; PolG NW §58 Abs. 1. ; ME §36 Abs. 1.

139) 피부나 점막을 자극하는 물질로서, CN-Gas, CS-Gas와 같은 최루가스 등이 여기에 속한다.

140) bayPAG §61 Abs. 3. ; PolG NW §58 Abs. 3. ; ME §36 Abs. 3. 바덴뷔르템베르크 주의 경우는 경찰법에서 직접 열거하지 않고 이를 내무부령에 위임하고 있으며(bwPolG §50 Abs. 2.) 이에 따라 규정된 '감식조치 및 직접강제의 행사에 관한 내무부령(Erlaß über erkennungsdienstliche Maßnahmen und über die Anwendung unmittelbaren Zwangs)에서는 위와 유사한 수단들을 열거하고 있다.(EZwErl Nr.2 Abs. 1)

141) Lisken / Deninger, Handbuch des Polizeirechts, 1992, S. 348.

142) Deniger / Lisken, aaO, S. 350.

143) Berner / Köhler, Polizeiaufgabengesetz, 1995, S. 369.

사용을 경찰에게 허용할 수 있느냐 하는 점인데, 이에 대하여 테러 등으로부터 생명을 보호하기 위하여 이러한 무기의 사용이 불가피하다는 주장과,¹⁴⁴⁾ 보통의 무기에 의하여 진압이 곤란한 상황은 존재하지 않으며 따라서 그러한 특수무기의 사용은 불필요하다는 주장이¹⁴⁵⁾ 대립하고 있다. 전자의 주장에 따른 입법례로서 바덴뷔르템베르크 주, 바이에른 주, 노르드라인 주 등의 경찰법을 들 수 있고,¹⁴⁶⁾ 후자의 주장에 따른 예로서는 잘란트 주의 경찰법을¹⁴⁷⁾ 들 수 있다. 그밖에 고무탄 발사기의 사용여부에 대하여는 오래전부터 논란이 되고 있다.¹⁴⁸⁾

② 비례성 원칙

직접강제는 시민의 기본권에 직접적인 영향을 미치기 때문에 기본권제한에 있어서 일반원칙인 비례성원칙에 의하여 제한을 받는다. 비례성원칙은 공권력이 시민의 기본권에 대하여 지나치게 간섭하는 것을 금지하는 원칙으로서 구체적으로 적합성원칙, 필요성원칙(최소침해의 원칙), 상당성원칙(협의의 비례성원칙)을 그 내용으로 한다.¹⁴⁹⁾ 이에 따라 무기사용 등 직접강제의 행사는 다른 수단에 의해 경찰목적 달성을 수 있을 경우에는 허용되지 않는다.¹⁵⁰⁾ 또한 경찰 목적을 달성할 수 있는 직접강제의 방법이 다수 존재하는 경우에는 그 중에서 최소침해를 가져오는 수단을 선택하여야 한다.¹⁵¹⁾ 사람에 대한 직접강제는 물건에 대한 직접강제에 의해 목적달성이 불가능한 경우에 한하여 허용되며,¹⁵²⁾ 또한 다중에 대한 직접강제는 다중 속의 개인에 대한 직접강제의 행사가 실효를 거둘 수 없음이 명백한 경우에 한

144) Samper / Honachker, PAG, Art. 40(a. F.) Anm. 5. ; Drews / Wacke / Vogel / Martens, Gefahrenabwehr, 1986, S. 545f.

145) Amtliche Begründung zu §55 V HSOG, LT-Drucks, 12/5794.

146) UZwErl. Nr. 2 Abs. 1 i. V. m. bwPolG §50 Abs. 2. ; bayPAG §61 Abs. 4, §69. ; PolG NW §58 Abs. 4, §66 ; ME §36 Abs. 4, §44.

147) SPolG §49.

148) Wolf / Stephan, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 1995, S. 363.

149) Möller, aaO, S. 56ff.

150) bwPolG §52 Abs. 1 S.1. ; ME §33.

151) Reichert / Ruder, aaO, S. 224.

152) bwPolG §52 Abs. 1 Satz 2.

하여 허용된다.¹⁵³⁾ 그밖에 경찰목적 달성이 직접강제의 행사에 의하여 불가능한 것이 명백한 경우에는 직접강제를 행사할 수 없다.¹⁵⁴⁾

③ 무기사용의 계고

무기의 사용을 비롯한 직접강제를 행사하는 경우에 사전에 그 사용을 계고 내지 경고(Androhung)하여야 한다.¹⁵⁵⁾ 직접강제의 계고는 가능한 경우에는 반드시 하는 것이 원칙이나, 긴급한 경우 또는 경찰관이 위험한 경우에는 생략될 수 있다.¹⁵⁶⁾ 다중에 대한 직접강제의 행사에 있어서는 무고한 제3자가 그 장소를 벗어날 수 있도록 가능한 한 적시에 계고를 하여야 한다.¹⁵⁷⁾

나. 총기사용의 요건

총기의 사용도 직접강제의 일종으로서 위에서 살펴본 직접강제의 요건이 요구되지만,¹⁵⁸⁾ 총기사용의 경우는 이로 인한 침해가 중대하고 또한 치명적일 수 있기 때문에 각종 경찰법령에서는 직접강제의 요건 이외에 보다 상세하고 엄격한 요건을 추가적으로 설정하여 규제하고 있다.

① 총기사용의 일반적 요건

- 비례성원칙 : 직접강제의 행사에 있어서 비례성원칙이 요구된다는 점은 앞에서 살펴본 바 있지만 총기사용의 경우에는 보다 엄격히 비례성원칙이 적용된다. 우선 총기의 사용은 다른 직접강제의 수단 즉 완력 또는 그 보조수단의 행사나 경찰봉 등 다른 무기의 사용에 의해서 목적달성이 명백히 불가능한 경우에 한하여 허용된다.¹⁵⁹⁾ 또한 사람에 대한 총기의 사용은 물건에 대한 총기의 사용으로는 목적달성

153) bwPolG §52 Abs. 1 Satz 4.

154) bwPolG §52 Abs. 3.

155) bwPolG §52 Abs. 2. ; bayPAG §64 Abs. 1 Satz 1. ; PolG NW §61 Abs. 1 Satz 1. ; ME §39 Abs. 1.

156) bayPAG §64 Abs. 1 Satz 2. ; PolG NW §61 Abs. 1 Satz 2. ; ME §39 Abs. 1 Satz 2.

157) bayPAG §64 Abs. 3 Satz 1. ; PolG NW §61 Abs. 3 Satz 1. ; ME §39 Abs. 3 Satz 1.

158) bwPolG §53 Abs. 1 Satz 1.

이 불가능한 경우에 한하여 허용된다.¹⁶⁰⁾ 따라서 물건에 대한 총기사용에 의해 동시에 사람에게 대한 피해의 가능성이 존재하는 경우에는 사람에게 대한 총기사용의 요건이 갖추어져야만 총기를 사용할 수 있다.¹⁶¹⁾

한편 어린이나 제3자에 대한 총기사용의 제한도 비례성원칙의 표현으로 볼 수 있다. 즉 의견상 14세 미만의 유소년에 대하여는 총기를 사용할 수 없고 또한 총기사용의 요건과는 무고한 제3자에게 고도의 위험성이 있는 경우(mit hoher Wahrscheinlichkeit)에도 총기를 사용할 수 없다. 다만 생명이나 신체에 대한 현존하는 위험을 방어하기 위한 유일한 수단인 경우에는 예외적으로 총기사용이 허용된다.¹⁶²⁾

- 총기사용의 경고 : 총기사용도 직접강제의 일종으로서 사전에 경고 내지 경고를 필요로 한다. 그러나 총기의 경우 그 사용결과의 중대성 때문에 경고는 특히 중요한 의미를 갖는다. 총기사용에 대한 경고의 방법으로서 우선 구두에 의한 수하의 방법을 사용하여야 한다.¹⁶³⁾ 만일 수하를 할 경우 경찰이 위험하거나 또는 수하에 의하여는 목적달성이 불가능한 경우¹⁶⁴⁾에는 경고사격(Warnschüsse)에 의한 경고를 할 수 있다.¹⁶⁵⁾¹⁶⁶⁾

총기사용의 경고는 생명이나 신체에 대한 현존하는 위험을 피하기 위한 경우에는 예외적으로 생략될 수 있다.¹⁶⁷⁾ 그러나 다중속의 개인에 대한 총기사용의 경우는

159) bwPolG §53 Abs. 1. Satz 1. ; bayPAG §63 Abs. 1 Satz 1. ; PolG NW §66 Abs. 1. Satz 1; ME §41 Abs. 1 Satz 1.

160) bwPolG §53 Abs. 1. Satz 2. ; bayPAG §63 Abs. 1 Satz 2. ; PolG NW §66 Abs. 1. Satz 2; ME §41 Abs. 1 Satz 2.

161) Tegrmeier, aaO, S. 461.

162) bayPAG §66 Abs. 3, Abs. 4. ; PolG NW §63 Abs. 3, Abs. 4. ; ME §40 Abs. 3, Abs. 4. 바덴뷔르템베르크 주의 경우 제3자에 대한 총기사용의 제한은 경찰법에 직접 규정하고 있으나(§53 Abs. 2), 유소년에 대한 총기사용의 제한은 내부부령에서 규정하고 있다(UZwErl Nr. 6)

163) UZwErl. Nr. 5 i. V. m. bwPolG §52 Abs. 2. 예컨대 '경찰이다. 서라. 서지 않으면 쏜다' 또는 '경찰이다. 무기를 버려라. 그렇지 않으면 쏜다.' 라는 식으로 경고를 할 수 있다.

164) 예컨대 소음이 심하거나, 거리가 너무 멀거나, 상대방이 언어를 이해하지 못하는 경우이다. Berner / Köhler, aaO, S. 379.

165) vgl. UZwG §13 Abs. 1. ; Wolf / Stephan, aaO, S. 370.

166) 이러한 경고사격과 구별하여야 할 것으로 신호사격(Signaltschuß)이나 경보사격(Alarmschuß)이 있다. 신호사격은 일정한 장소를 나타내기 위한 사격을 말하고 경보사격은 타인에게 위험을 알리기 위한 사격을 말한다.(Wolf / Stephan, aaO, S. 370)

항상 계고가 선행되어야 하며 또한 계고는 반복되어야 한다.¹⁶⁸⁾ 이는 제3자로 하여금 그 장소를 이탈할 수 있는 기회를 제공하여 제3자를 보호하기 위한 배려에서 요구되는 것이다.

한편 직접강제가 허용되지 않는 경우에는 총기사용은 물론 경고사격도 허용되지 않는다.¹⁶⁹⁾

• 총기사용의 목적(조준사살의 허용여부)

연방직접강제법(UZwG §12)과 모범경찰법 그리고 대부분의 주경찰법에는 개인에 대한 총기사용의 목적으로 공격 또는 도주의 방지를 규정하고 있다.¹⁷⁰⁾ 따라서 상해나 살인 그 자체를 목적으로 한 총기의 사용은 금지된다.¹⁷¹⁾ 이처럼 법률이 총기사용의 목적을 공격 또는 도주의 방지로 제한해 놓고 있는 상황에서 인질구조 등을 위한 조준사살(gezielter Todesschuß)¹⁷²⁾이 과연 허용될 수 있느냐에 대한 격렬한 논쟁이 주목된다.¹⁷³⁾

② 총기사용의 구체적 요건

각 주의 경찰법은 사람에 대한 총기사용의 경우 위에서와 같은 일반적 요건 이외에 총기사용의 유형에 따라 다시 엄격한 요건을 부가하여 총기사용을 한층 제한하고 있다. 즉 각 주의 경찰법은 개인에 대한 경우와 다중 또는 다중 속의 개인에 대한 경우를 나누어 다시 상세한 요건을 규율하고 있다.

167) bayPAG §64 Abs. 2. ; PolG NW §61 Abs. 2; ME §39 Abs. 2.

168) bayPAG §64 Abs. 3. ; PolG NW §61 Abs. 3; ME §39 Abs. 2.

169) Wolf / Stephan, aaO, S. 370.

170) bayPAG § Abs. 2. ; PolG NW §66 Abs. 2 Satz 1. ; ME §41 Abs. 2 Satz 1.

171) Tegtmeier, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen, 1995, S. 461.

172) 이에 대하여는 다양한 용어가 사용되고 있다. 즉 피살자의 측면에서 파악하면 조준사살(gezielter Todesschuß), 의도적 사살(finaler Todesschuß), 치명적 조준사격(gezielter tödlich wirkener Schuß)이라는 용어가 사용되고, 인질구조의 측면에서 파악하면 구조를 위한 의도적 사격(finaler Rettungsschuß), 구조를 위한 조준사격(gezielter Rettungsschuß)이라는 용어가 사용된다. Lisken / Deninger, aaO, S. 365.

173) 이러한 조준사격의 허용여부에 대한 논쟁이 촉발된 계기는, 인질을 권총으로 위협하는 강도를 경찰이 사살한 1971년 8월의 뮌헨 은행강도사건이다. vgl. Götz, Allgemeines Polizei - und Ordnungsrecht, 1996, S. 149 ff.

• 개인에 대한 총기사용의 요건

다음과 같은 목적을 달성하기 위한 경우에 한하여 개인에 대한 총기사용이 허용된다.

- 범죄의 방지 : 중죄 또는 총기나 폭발물을 수단으로 하는 경죄가 목적에 임박하거나 계속되는 경우에 이를 방지하기 위하여 총기의 사용이 가능하다.¹⁷⁴⁾
- 범인의 도주의 방지 : 중죄의 충분한 혐의가 있는 경우 또는 경죄의 충분한 혐의가 있고 그 경죄혐의자가 총기나 폭발물을 소지하고 있음을 인정할 만한 사정이 존재하는 상황에서, 그 혐의자가 체포나 신원확인을 피하기 위하여 도주하려고 할 때 그 혐의자를 정지시키기 위하여 총기를 사용할 수 있다.¹⁷⁵⁾
- 피구금자의 도주방지 : 중죄를 이유로 법원의 유죄판결을 받았거나 중죄의 충분한 혐의가 있기 때문에 또는 경죄를 이유로 법원의 유죄판결을 받았거나 경죄의 충분한 혐의가 있기 때문에 공권력에 의하여 구금되거나 구금을 위하여 연행중인 자의 도주방지나 체포를 위하여 총기를 사용할 수 있다. 다만 경죄의 경우 그 혐의자가 총기 또는 폭발물을 소지하고 있다고 인정할 만한 사정이 존재하는 경우에 한하여 총기를 사용할 수 있다.¹⁷⁶⁾ 다만 소년구금(Jugendarrest)이나 징벌구금(Strafarrest)의 경우 또는 개방된 시설로부터의 도주를 방지하기 위한 경우에는 총기의 사용이 허용되지 않는다.¹⁷⁷⁾
- 피구금자의 폭력에 의한 도주방지 : 폭력을 사용하여 공권력에 의한 구금으로부터 도주하려는 경우 이를 저지하기 위하여 총기를 사용할 수 있다.¹⁷⁸⁾
- 생명이나 신체에 대한 현존하는 위협의 회피 : 생명이나 신체에 대한 현존하는 위협을 피하기 위하여 총기의 사용이 허용된다.¹⁷⁹⁾

174) bwPolG §54 Abs. 1. Nr. 1 ; bayPAG §67 Abs. 1 Nr. 2. ; PolG NW §64 Abs. 1. Satz 2; ME §41 Abs. 1 Satz 2.

175) bayPAG §67 Abs. 1 Nr. 3. ; PolG NW §64 Abs. 1. Nr. 2; ME §41 Abs. 1 Nr. 2. 바덴뷔르템베르크 주경찰법은 그밖에 중죄 또는 총기나 폭발물을 수단으로 하는 경죄의 현행범의 경우를 추가로 규정하고 있다.(bwPolG §54 Abs. 1. Nr. 2 a))

176) bayPAG §67 Abs. 1 Nr. 4. ; PolG NW §64 Abs. 1. Nr. 4. ; ME §41 Abs. 1 Nr. 4. ; vgl. bwPolG §54 Abs. 1. Nr. 2 a))

177) bayPAG §67 Abs. 2. ; PolG NW §64 Abs. 2. ; ME §41 Abs. 2.

178) bayPAG §67 Abs. 1 Nr. 5. ; PolG NW §64 Abs. 1. Nr. 5. ; ME §41 Abs. 1 Nr. 5. ; vgl. bwPolG §54 Abs. 1. Nr. 4.

• 다중 또는 다중 속의 개인에 대한 총기사용의 요건

다중 또는 다중 속의 개인에 대한 총기사용의 경우 한층 더 엄격한 요건이 요구된다. 바덴뷔르템베르크 주의 경우 다중에 대한(gegen eine Menschenmenge) 총기의 사용을 규정하고 있다. 그러나 모범경찰법이나 바이에른, 노르드라인베스트팔렌, 라인란트팔츠, 헤센 주 등의 경찰법에서는 다중 속의 개인에 대한(gegen Personen in einer Menschenmenge) 총기사용을 규정하고 있다. 후자의 경우 다중 그 자체에 총기의 발사 즉 다중에 대한 무차별적인 총기의 발사는 대부분 비례성의 원칙에 반한다는 고려에서 다중 속의 개인에 대한 총기사용만을 인정하고 있는 것이다.¹⁸⁰⁾ 물론 바덴뷔르템베르크 주의 경우 개인에 대한 조치가 효과를 기대하기 어려운 것이 명백한 경우로 다중 자체에 대한 총기사용을 한정하고 있지만 이러한 경우는 극히 예외적인 경우이기 때문에 후자의 입법방식이 보다 타당한 것으로 보여진다.

그러나 양자의 경우 총기사용의 요건은 유사하게 규정되어 있다. 어느 경우이나 다중 속의 무고한 제3자에게 피해를 줄 고도의 개연성이 있는 경우에는 원칙적으로 총기를 사용할 수 없다. 이 때 반복되는 발포경고와 있고 그 장소를 이탈하는 것이 가능함에도 불구하고 이탈하지 않은 자는 무고한 제3자로 취급되지 않는다.¹⁸¹⁾

다중 또는 다중 속의 개인에 대한 총기사용이 허용되는 경우로는, 먼저 현존하는 생명 또는 신체에 대한 위협을 피하기 위하여 총기사용이 유일한 수단인 경우에는 무고한 제3자가 존재하는 경우에도 총기사용이 허용된다. 또한 다중 또는 다중 속의 개인에 의하여 중대한 폭력행위가 행하여지거나 또는 그들에 의한 중대한 폭력행위가 목전에 임박하고, 다른 수단으로는 효과를 기대할 수 없는 경우에도 다중 또는 다중 속의 개인에 대한 총기사용이 허용된다.¹⁸²⁾ 여기서 '다중'이란 장소적으

179) bayPAG §67 Abs. 1 Nr. 1. ; PolG NW §64 Abs. 1. Nr. 1. ; ME §41 Abs. 1 Nr. 1. 바덴뷔르템베르크 주경찰법은 이를 규정하고 있지 않다.

180) vgl. Krüger, aaO, S. 67f. ; Tegtmeier, aaO, S.474. ; Mußmann, aaO, S. 302.

181) bayPAG §68 Abs. 2. ; PolG NW §65 Abs. 2. ; ME §43 Abs. 2.

182) bayPAG §68 Abs. 1. ; PolG NW §65 Abs. 1. ; bwPolG §54 Abs. 3.

로 밀접하게 결합되어 있으면서, 쉽게 그 숫자를 헤아리기가 곤란하고 개인의 참가나 이탈이 문제되지 않을 정도의 다수를 말하며, 공동목적의 추구는 요구되지 않는다.¹⁸³⁾ ‘중대한 폭력행위’는 폭력을 행사하여 중요한 법익을 침해하는 경우 또는 공공의 생활에 중요하거나 공공의 생활에 필수적인 시설을 파괴하는 경우에 인정된다. 예컨대 살인(독일형법 제211조, 제212조), 위험한 상해(독일형법 제223a), 중상해(독일형법 제224조), 중한 주거침입(독일형법 제124조), 치안교란(독일형법 제125조) 등을 말한다.¹⁸⁴⁾

- 특수무기(Besondere Waffen), 폭발물(Sprengmittel)의 사용요건

보통의 무기에 비하여 위력이 강한 특수무기나 폭발물에 대하여는 그 사용요건을 보다 엄격하게 설정하고 있다. 즉 기관총과 수류탄과 같은 특수무기를 사람에 대하여 사용하기 위하여는 다음과 같은 요건이 요구된다. 즉 사용의 목적은 생명이나 신체에 대한 현존하는 위협의 방지, 실행직전이거나 실행중인 범죄의 방지, 폭력을 사용하여 공권력에 의한 구금으로부터 도주하려는 행위의 방지를 위한 경우에 한정되고 또한 내무부장관이나 그로부터 개별적으로 위임받은 자의 동의가 있어야 한다. 이 때 수임자는 총기나 수류탄 또는 유사한 폭발물을 취급한 경력이 있어야 한다. 그리고 특수무기의 사용은 사전에 다른 무기의 사용이 효과가 없을 경우에만 사용할 수 있다.¹⁸⁵⁾ 또한 특수무기는 사용목적이 공격의 저지에 한정되며 일반무기처럼 도주의 저지를 위하여는 사용할 수 없다. 수류탄의 경우 다중 속의 개인에 대한 사용이 금지된다.¹⁸⁶⁾ 폭발물(Sprengmittel)은 사람에 대하여는 사용할 수 없다.¹⁸⁷⁾

3) 무기사용의 현황

독일에서 최근의 총기사용과 그로 인한 피해 현황을 도표로 정리하면 다음과 같다.¹⁸⁸⁾

183) Wolf / Stephan, aaO, S. 383.

184) Mußmann, aaO, S. 302f.

185) ME §44 Abs. 1.

186) ME §44 Abs. 2.

187) ME §44 Abs. 3.

<표 17> 독일경찰의 총기사용 실태

	총건수	경고사격	조준사격	위법한 사격	사망자	부상자	인명피해
1976	1794	219	141 46	37	8(1)	73(6)	81
1977	1827	192	160 76	14	17(0)	80(5)	97
1978	1659	162	111 87	13	7(1)	65(1)	72
1979	1875	161	104 102	0	11(1)	64(8)	74
1980	2078	159	111 65	20	16(0)	56(2)	72
1981	2145	150	93 86	12	17(0)	56(5)	73
1982	2104	163	87 77	20	11(0)	74(3)	85
1983	2330	139	54 88	26	24(2)	42(2)	66
1984	2420	114	35 51	18	6(0)	23(0)	29
1985	2244	116	54 53	15	10(2)	32(3)	42
1986	2199	105	53 66	13	12(0)	32(2)	44
1987	2003	102	57 60	6	7(0)	33(0)	40
1988	2056	114	56 45	14	10(1)	41(0)	51
1989	1920	102	59 48	9	10(0)	41(0)	51
1990	2014	162	52 38	5	10(0)	36(0)	46

- * 조준사격란에서 앞의 숫자는 사람에 대한 것이고 뒤의 숫자는 물건에 대한 것임
- * 사망자와 부상자란에서 괄호안의 숫자는 무고한 제3자의 피해 숫자임
- * 인명피해는 사망자와 부상자의 숫자를 합한 것임

위의 표에서 보듯이 총기사용건수는 해마다 증가하고 있지만 위법한 사격의 숫자와 인명피해의 숫자가 계속 감소추세에 있음을 알 수 있다. 이로부터 교육훈련의 강화 등 총기사용에 있어서 독일경찰관의 노력을 간접적으로 엿볼 수 있으며, 이 점은 우리 경찰관의 총기사용에 대하여도 많은 시사점을 던져 주고 있다.

4) 소결

독일의 무기 내지 총기사용에 관한 규율의 특징은 그 요건 및 한계에 관한 상세한 규정을 두고 있다는 점이다. 즉 직접강제의 일종으로서 총기사용은 우선 직접강제의 요건을 구비하여야 하고 다시 총기사용의 일반적 요건을 충족하여야 한다. 그리고 더 나아가서 개인에 대한 총기사용의 경우와 다중 또는 다중속의 개인에 대한 총기사용의 경우를 나누어 상세하게 규정된 개별적인 요건을 충족하여야 한다. 이처럼 단계적으로 상세한 규율의 체계를 취함으로써 구체적인 경우에 총기의 남용이나 오용을 방지하는데 보다 유리하게 작용할 수 있을 것이다.

독일의 총기사용에 대한 규율에 있어서 특히 우리의 주목을 끄는 점은 비례성원칙에 충실한 규정을 두고 있다는 점이다. 즉 총기사용의 보충성, 침해의 최소성을 규정하고 있는 이외에 비례성원칙에 기초한 구체적인 규정을 두고 있다. 물건에 대한 총기사용으로 목적달성이 불가능한 경우에 사람에 대한 총기사용이 허용되는 점, 14세 미만의 유소년이나 무고한 제3자에 대한 총기사용의 제한 등은 바로 이러한 비례성원칙에 기초한 규정들이다. 또한 많은 주에 있어서 다중 자체에 대한 총기사용을 제한하고 다중속의 개인에 한하여 총기사용을 허용하고 있는 것이나 총기사용의 사전계고에 관한 상세한 규정도 불필요하거나 과도한 총기사용을 억제하려는 비례성원칙의 표현인 것이다.

이와같은 상세한 규율체계와 함께 불법한 총기사용을 억제하려는 독일경찰의 노력도 간과해서는 안될 부분이다. 즉 총기사용의 통계를 보면 해마다 총기사용의 건수는 증가하고 있지만 위법한 총기사용이나 인명피해는 감소하고 있다는 점을 보면 총기사용의 남용을 억제하려는 독일 경찰의 노력을 간접적으로 엿볼 수 있고 이러한 점은 우리에게도 많은 시사점을 던져주고 있다.

4. 일 본

1) 무기사용에 관한 규율의 변천

일본에서 무기사용에 대한 규율은 시대에 따라 변화를 겪어 왔다.¹⁸⁹⁾ 이러한 과정에

서 특히 주목되는 것은 1948년 7월 12일에 제정된 경찰관직무집행법의 제정으로서 이전에 행정부의 내부규칙에 의하여 규율되던 것과 비교할 때 법치주의 관점에서 중요한 의미를 부여할 수 있다. 그러나 경찰관직무집행법에 의한 규율내용은 그 이전의 행정부규칙에 의한 규율과 큰 차이를 보이고 있지는 않는데, 이는 경찰관직무집행법이 이전의 행정부규칙의 내용을 승계하여 규정한 때문이다. 이처럼 승계를 거듭한 무기사용에 대한 규율이 본격적으로 시도된 것은 명치시대 이후로 볼 수 있다. 즉 1882년 ‘巡査帶劍心得’은 무기사용에 관한 법령의 효시를 이루는 것이다. 이후 1923년 10월 20일에는 권총휴대포고령이 내려지고, 1925년에는 내무성훈령으로 경찰관리무기사용규정이 만들어졌다.

연합국 점령시대에 들어와 1946년 1월에 공포된 ‘연합국총사령부각서’(일본에 있는 경찰의 무장에 관한 件)는 이후 무기사용에 관한 규율에 있어서 기본토대를 이루는 것이라는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 이러한 연합국총사령부각서를 바탕으로 1948년 7월 12일에는 법률에 의한 최초의 무기사용에 관한 규율인 경찰관직무집행법이 제정되었고 이는 무기사용에 있어서 법치주의의 구현을 의미하는 것이었다. 곧바로 동법의 구체적 실행을 위한 ‘경찰관권총사용 및 취급규정’(국가지방경찰훈 제9호)이 1948년 7월 17일에 제정되었다. 동규정은 1949년 일부개정과 1950년 전면개정을 거쳐 1962년 5월 10일의 개정(경찰관의 권총경봉등 사용 및 취급규정 : 국가공안위원회규칙 제7호)으로 오늘날과 같은 형태를 갖추게 되었다.

2) 무기사용에 관한 규율체계 및 내용

(1) 무기사용에 관한 규율체계

연혁적 고찰에서 살펴본 바와 같이 일본에서 무기사용에 대한 규율은 원칙적으로 ‘경찰관직무집행법’과 ‘경찰관의 권총경봉등사용 및 취급규범’에 의하여 이루어지고 있다. 즉 무기사용에 관한 기본적인 사항은 경찰관직무집행법 제7조에 규정되어 있고, 무기장

189) 이하의 내용은 福永英男, 警察官武器使用規程變遷, 警察學論集 第34卷 8號(1981), 15面 以下를 요약 정리한 것이다.

구사용의 요건 및 절차에 관한 세부적인 사항은 ‘警察官의 拳銃警棒使用 및 取扱規範’ 제4조(경봉 등의 사용), 제6조(권총을 발취할 수 있는 경우), 제7조(권총을 사용할 수 있는 경우), 제8조(부대조직에 의하여 행동하는 경우), 제9조(제3자에 대한 위해방지를 위한 주의), 제10조(권총발사시의 예고)에 규정되어 있다. 그밖에 경찰청차장 훈령인 ‘受傷事故防止를 중심으로한 경찰관의 근무 및 활동요령’이 무기의 사용 및 관리에 관한 내용을 규율하고 있다. 그밖에 특별경찰영역에서의 무기휴대 및 사용에 관하여는 개별법령이 규율하고 있다.¹⁹⁰⁾

(2) 무기사용에 관한 규율내용

가. 경찰관직무집행법 제7조의 구조

일본의 경우 무기 그 중에서도 특히 총기의 사용에 관한 기본적인 규율은 경찰관직무집행법 제7조에 의하여 이루어지고 있다. 동조는 우리 경찰관직무집행법 제11조의 구조와 기본적으로 동일하다고 볼 수 있다. 즉 동조 단서에서는 정당방위 등 일정한 경우를 제외하고는 사람에게 위해를 가할 수 없는 것으로 규정하고 있다. 이로부터 동조 본문의 경우는 사람에게 위해를 가할 수 있는 경우 이외에 사람에게 위해를 가하지 않는 경우를 포함한 무기사용의 일반적인 요건에 대하여 규율하고 있는 것이고, 동조 단서에서는 사람에게 위해를 가할 수 있는 경우를 규정하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 즉 단서의 경우 사람에게 위해를 가한다는 중대한 결과를 고려하여 총기사용에 대하여 개별적으로 엄격한 요건을 설정하고 있는 것이라고 할 수 있다.¹⁹¹⁾ 이에 대하여 단서가 위해를 가할 수 있는 경우를 규정하고 있기 때문에 본문의 경우는 위해를 가하지 않는 무기사용을 규율하고 있는 것으로 파악하는 견해가 있으나,¹⁹²⁾ 단서의 경우는 단지 위해를

190) 구체적인 예로 해상보안관, 해상보안관보(해상보안청법 제19조), 마약취체관, 마약취체원(마약 및 향정신약취체법 제54조), 감옥관리(감옥관리의 총휴대에 관한 件, 감옥법 제20조), 황궁호위관(경찰법 제69조, 제67조), 自衛官(자위대법 제87조, 제88조 내지 제96조), 입국심사관(출입국관리 및 난민인정법 제61조의 4), 세관직원(관세법 제104조) 등을 들 수 있다.

191) 安田博延, ‘武器使用の要件, 限界’, 刑事裁判實務大系 第10卷, 石川達紘 編, 1993, 212面.

192) 田上穰治, 警察法, 1983, 155面 以下.

가할 수 있는 경우를 엄격히 제한하고 있을 뿐이고 본문의 경우 위해의 여부에 대한 언급없이 일반적으로 무기를 사용할 수 있는 것으로 규정하고 있다는 점에서 본문과 단서의 관계는 위해의 여부에 따른 택일적 관계가 아니라 위해라는 중대한 결과에 따른 특별관계로 파악하는 것이 타당할 것이다.

여기서 사람에게 위해를 가하지 않은 무기사용이란 단순히 상대방을 위협할 목적으로 무기를 사용하는 경우 즉 총기를 빼어드는 행위, 사격의 태세를 취하는 행위, 구두에 의한 사격의 경고, 경고사격 내지 위협사격의 경우 등을 말한다. 그리고 사람에게 위해를 주는 총기사용이란 사람에게 살상의 결과를 초래할 수 있는 무기의 사용을 말한다. 한편 사람에게 위해를 가하는 것이 허용되는 경우에도 상대방에게 치명상을 가하는 사격이 일반적으로 허용되는 것은 아니며, 생명에 대한 침해위험이 있고 다른 적절한 방어수단을 쉽게 발견할 수 없는 등 정당방위의 요건이 구비된 경우에 한하여 예외적으로 허용된다.¹⁹³⁾

나. 무기사용의 일반적 요건

① 무기의 개념, 종류

일반적으로 무기란 사람을 살상할 수 있는 성능을 갖는 도구를 말한다. 즉 무기에 는 도검류, 권총, 엽총(라이플총) 등의 소형무기뿐만 아니라 기관총, 폭발물 등의 군용병기도 모두 포함된다.¹⁹⁴⁾ 그러나 전쟁 등에 대비하는 군인의 경우와 공공의 안전과 질서유지를 목적으로 하는 경찰의 경우는 무기사용에 있어서 구별되어야 하므로 경찰관이 사용할 수 무기는 권총, 엽총 등 소형무기에 제한되는 것으로 이해되고 있다. 경찰법 제67조에서도 경찰관에게 소형무기만을 휴대할 수 있도록 규정하고 있다.

한편 경봉, 경장¹⁹⁵⁾ 등 본래 살상의 목적으로 제작된 것은 아니지만 용법에 따라 살상의 결과를 가져올 수 있는 도구가 무기에 포함될 것인지에 대하여 논란이 있

193) 古田佑紀, '第7條 武器の使用', 大コンナンタル警察官職務執行法, 田宮裕 外編, 1993, 385面.

194) 安田博延, 前掲書, 215面. 일본의 武器等製造法 第2條에서는 폭발물의 발사기구도 무기에 포함시키고 있다.

195) 取扱規範 제2조 제2항에서는 경찰관에게 警棒, 警杖, 特殊警戒用具의 휴대를 인정하고 있다.

다. 즉 이들도 경찰관직무집행법 제7조의 적용을 받는 무기에 포함된다는 입장¹⁹⁶⁾과 이들 도구를 살상의 가능성이 높은 방법으로 사용하는 경우에 한하여 경찰관직무집행법 제7조를 준용하자는 입장¹⁹⁷⁾의 대립이 있지만 어느 입장에 의하든 경찰관직무집행법 제7조의 제한을 받는다는 점에서 차이가 없다. 그밖에 棒, 竹竿, 주먹, 구두 등의 경우에도 경찰관직무집행법을 유추적용하려는 입장도 발견된다.¹⁹⁸⁾ 우리의 경우와는 달리 일본 경찰관직무집행법은 최루탄에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않기 때문에 이것이 무기의 범위에 포함되는지에 대하여 논란이 있다. 이에 대하여 최루가스는 본래 일시적인 최루효과와 통증을 일으키는 것을 목적으로 하는 것이기 때문에 본래의 무기에 해당되지 않지만, 경우에 따라서 가까운 거리에서 발사하는 경우에는 상당한 피해를 가져올 수 있고 또한 최루가스의 성분인 CN가스는 피부에 염증을 일으킬 가능성이 있기 때문에 경찰관직무집행법을 준용하는 것이 타당하다는 입장이 주류를 이루고 있다.¹⁹⁹⁾

② 비례성원칙

일본의 경우 경찰관의 총기사용에 있어서는 비례성원칙이 적용된다는 것이 통설의 입장이며,²⁰⁰⁾ 지방법원판결에서도 이를 명시적으로 밝힌 것이 발견된다.²⁰¹⁾ 그리고

196) 東京地判 1964. 6. 19, 判例時報 375號 6面.

197) 東京高判 1968. 10. 21, 判例時報 536號 18面 ; 千葉地判 1977. 9. 9, 判例時報 878號 90面; 安田, 前掲書, 211面.

198) 전술한 東京地判 1964. 6. 19 에서 이러한 입장을 보이고 있다. 이에 대하여 棒, 竹竿, 특수한 구두(예컨대 금속이 달린 구두)의 경우에는 용법상의 무기로 인정할 수 있지만 주먹의 경우에는 공수도 유단자 등의 특수한 경우를 제외하고는 무기로 인정할 수 없다는 비판이 있다.(河上和雄, 前掲書, 269面)

199) 古田, 前掲書, 379面. 長崎地方法院에 의하면 '장시간에 걸쳐 최루액 사용의 현장에 있으면서 격렬한 행동 예컨대 경찰관의 검거활동과 학생의 저항행동을 계속하는 경우 피부에 염증을 일으킬 수 있음을 인정할 수 있다. 따라서 최루가스, 同液의 사용은 법 제7조이 무기의 사용에 준하여 그 사용의 요건을 검토하는 것이 상당하다.'고 판시하였다.(長崎地決 11972. 9. 29, 刑裁月報 4卷 9號 1578面)

200) 武井豊, '武器使用', 刑事裁判實務大系 第10卷, 石川達紘 編, 1993, 474面.

201) 東京地判 1970. 1. 28, 判例時報 582號 24面. 항공앞 광장에서 경비를 서고 있던 경시청 소속 경찰관이 테모대에 둘러싸여 투석과 폭행을 당하게 되자 1차 총돌시 9발, 2차 총돌시 61발의 권총을 발사하였는 바, 2차 총돌 이후 군중내에 있던 사람이 총탄에 맞아 사망한 사건이다. 이에 대하여 이에 대하여 동경 지방법원은 '무기의 사용이 국민의 권리에 대한 중대한 영향을 미치는 것을 고려할 때 그 사용에 있어서는 소위 경찰비례의 원칙에 따라야 하는 것이 분명하고, 경찰관이 무기를 사용하는 경우에 경찰관의

경찰관직무집행법 제7조의 본문과 단서에서도 비례성원칙에 기초한 표현을 여러 곳에서 발견할 수 있다. 먼저 본문에서 범인의 체포 등의 경우에 있어서 ‘필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우에 그 사태에 따라 합리적으로 필요하다고 판단되는 한도내에서’ 무기를 사용할 수 있도록 규정하고 있다. 이 문언의 의미에 대하여 먼저 ‘필요하다고 인정’되는 경우는 보충성의 원칙 즉 무기를 사용하지 않으면 공무집행에 대한 저항 등을 억지할 수 없는 경우를 말하는 것이며, 취급규범 제7조 본문에서도 ‘다른 수단이 없다고 인정될 때에는’이라고 하여 이를 명백히 하고 있다. 다음으로 ‘상당한 이유가 있는 경우’는 필요성판단의 객관성을 의미한다. 즉 필요성판단은 사후의 순수한 객관적 판단은 아니지만 판단의 기초로 된 사정하에서 경찰관의 판단이 단순히 주관적인 판단으로는 족하지 않고 경찰관직무집행의 기준에서 볼 때 합리성을 갖는 것을 말한다고 한다.²⁰²⁾

또한 ‘그 사태에 따라 합리적으로 필요하다고 판단되는 한도내에서’는 ‘무기사용의 필요최소성과 그 판단의 객관성, 합리성을 규정한 것이다’라고 한다. 즉 무기사용이 허용되는 경우에도 그 무기사용의 정도는 무기사용의 목적에 비추어 필요한 최소한의 한도내에 한정되어야 하는 것이며, 이러한 필요최소성 여부의 판단은 범죄의 성질, 태양, 위협의 급박성의 정도, 범인의 수, 범인 등의 저항의 유무 및 방법, 정도, 흉기소지의 유무 및 흉기의 성질, 시간, 장소 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다고 한다.²⁰³⁾

한편 단서의 경우에도 제1호와 제2호에서 ‘다른 수단이 없다고 경찰관이 믿기에 족한 상당한 이유가 있는 경우’라는 규정을 두어 보충성원칙과 판단의 객관성, 합리성을 요구하고 있다. 그러나 경찰관직무집행법 제7조에서 본문과 단서의 관계를 특별관계로 파악할 경우 이러한 규정은 주의적 규정에 불과한 것이 될 것이다.

직무수행의 목적과 무기사용에 의하여 발생하는 사회적 불이익은 정당한 비례관계를 유지하는 것이 그 적법요건이 된다. …………… (경찰관직무집행법 제7조) 단서의 경우에 사람의 신체에 위해를 가하는 것과 나아가 사람의 생명에 위해를 가하는 것은 그 요건이 다르고, 경찰관이 무기의 사용에 의해 사람의 생명에 위해를 가하는 것이 허용되는 것은 도주방지, 방호, 저항억지의 목적을 달성하기 위한 것이라는 단서의 요건을 충족하는 이외에 생명에 위해를 가하는 것이 진실로 부득이 한 경우이어야 한다. 이 한계를 넘어서 경찰관의 무기사용은 어떠한 경우에도 위법한 것이다.’라고 판시하고 있다.

202) 参考, 古田, 前掲書, 376面.

203) 古田, 前掲書, 377面.; 安田, 前掲書, 215面.

③ 무기사용의 일반적 목적, 상황

경찰관은 다음과 같은 목적을 위하여 또는 그러한 상황이 존재하는 경우에 한하여 무기를 사용할 수 있다.

- 범인의 체포 또는 도주의 방지 : ‘범인’이란 진범인에 한하지 않고 죄를 범했다고 의심할만한 상당한 이유가 인정되는 자를 말한다. 그리고 ‘체포’란 경찰관직무집행법 제7조 단서 제2호에서 구류장, 구인장의 집행에 있어서 무기의 사용을 인정하는 것을 볼 때, 반드시 형사소송법상의 널리 형사절차에 의한 신체자유 제한을 말하며, 收監狀(형집행장)의 집행도 포함한다.²⁰⁴⁾ ‘도주의 방지’는 체포된 범인이 경찰관에 의해 신체의 자유가 구속되었거나 구속되려는 자가 경찰관의 실력적 지배로부터 벗어났거나 벗어나려고 하는 경우에 이를 방지하는 행위를 말한다.²⁰⁵⁾
- 자기 또는 타인에 대한 방호 : 이는 직무를 집행하는 경찰관 자신 또는 타인의 생명, 신체, 재산을 지키는 것을 말하지만 다만 실력행사가 허용된 경우에 한정된다. 여기서 ‘자기’란 경찰관 본인을 말하고, ‘타인’이란 경찰관 이외의 자로서 자연인뿐만 아니라 법인도 포함되지만, 통치작용의 주체로서 국가는 포함되지 않는다.²⁰⁶⁾ 본조는 경찰관으로서 직무를 집행하는 경우를 규정하고 있는 것이므로 경찰관이 직무와는 관계없이 사인으로서 행동하는 경우에는 본조가 적용되지 않는다.²⁰⁷⁾
- 공무집행에 대한 저항의 억지 : ‘공무집행’이란 법령에 정하여진 경찰관직무의 적법한 집행을 의미한다.²⁰⁸⁾ 그리고 무기의 사용은 강제적으로 공무를 수행하기 위하여 인정되는 것이므로 여기서 ‘공무’는 실력행사가 허용되는 강제적인 공무를 말한다.²⁰⁹⁾ 본조에 의한 무기의 사용은 공무집행에 대한 ‘저항’이 존재하는 경우에

204) 河上, 前掲書, 274面. ; 肉戶基男 外編, 新版警察官職務權限法解説 註解上卷, 176面.

205) 肉戶, 前掲書, 114面. 도주방지의 범위를 여기에 한정하지 않고 범행의 현장에서 도주하는 것을 방지하는 경우도 포함시키는 견해가 있으나(古田, 前掲書, 374면), 이는 범인의 체포에 해당하는 것으로 보는 것이 타당하다.

206) 古田, 前掲書, 374面.

207) 安田, 前掲書, 214面.

208) 경찰관의 직무를 정한 법률로서는 일반법으로 경찰관직무집행법이 있고 그밖에 형사소송법, 도로교통법 등이 있다.

209) 공무집행방해죄가 임의적인 수단에 의한 공무방해의 경우도 성립되는 것과는 구별된다.

한하여 허용되며, 단순히 도망하거나 소극적으로 명령에 따르지 않는 경우에는 허용되지 않는다. 전술한 범인의 체포, 도주의 방지나 자기 또는 타인의 방호의 경우도 공무집행의 전형적인 경우이지만 이들 경우에는 저항은 요건으로 하지 않은 점에서 본조의 경우와 구별된다.²¹⁰⁾ ‘저항’은 적극적으로 실력을 행사하여 저항하는 경우가 포함됨은 물론이고, 그밖에 다수의 자가 경찰관을 둘러싸고 행동의 자유를 방해하는 경우도 포함된다.²¹¹⁾ ‘억지’는 공무집행에 대한 저항을 제지, 배제, 해산, 이동등의 행위에 의해 제압하는 것을 말한다.²¹²⁾ 그밖에 본조에서는 범죄의 저지를 위한 무기사용에 대하여는 규정하고 있지 않은데, 이러한 경우는 전술한 범인의 체포, 도주의 방지나 자기 또는 타인에 대한 방호의 요건이 구비되면 그 때에 한하여 무기를 사용할 수 있게 된다.²¹³⁾

③ 위해를 가할 수 있는 무기사용의 요건

일본 경찰관직무집행법 제7조 단서에서는 무기사용의 일반적요건을 정한 본문보다 엄격하게 위해를 가할 수 있는 무기사용이 허용되는 경우를 다음과 같이 개별적으로 규정하고 있다.

- 정당방위 : 일본경찰관직무집행법 제7조 단서에서는 위해를 가할 수 있는 무기사용의 요건으로서 일본형법 제36조에 의한 정당방위를 먼저 들고 있다. 그리고 일본형법 제36조 1항에서는 ‘급박부정한 침해에 대하여 자기 또는 타인의 권리를 방위하기 위하여 부득이한 경우에 행한 행위는 벌하지 않는다’고 하여 위법성조각사유로서 정당방위를 규정하고 있다. 따라서 이러한 정당방위의 요건이 구비되는 경우에는 무기를 사용하여 위해를 가하고 법익을 보전하더라도 정당화가 인정된다. 다만 취급규범 제7조는 권총사용이 허용되는 정당방위의 요건을 더욱 한정하여 자기 또는 타인의 생명 또는 신체를 방호하기 위하여 필요한 경우에 한하여 상대방을 향하여 권총을 발사할 수 있는 것으로 하고 있다. 이러한 정당방위의 요건을

210) 肉戸, 前掲書, 178面.

211) 古田, 前掲書, 375面.

212) 肉戸, 前掲書, 115面.

213) 古田, 前掲書, 377面.

구비한 경우 경찰관직무집행법 제7조에 의하여 권리가 인정된 행위로서 행정상, 민사상, 형사상 모든 책임을 부담하지 않으며, 특히 형법상으로는 일본형법 제36조가 아니라 제35조의 정당한 업무행위로서 정당화가 인정된다.²¹⁴⁾

일본에서는 이러한 총기사용에 의한 침해가 정당방위의 요건을 구비한 것인지가 문제된 사례가 다수 존재하는데 이들 사례를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

- 1957년 동경고등법원결정(1957. 11. 11, 東京高時報 8卷 11號, 388面)-부심판청구사건-

경찰관이 절도범을 체포하려 하자 절도범이 격렬하게 저항하고 경찰관에 폭행을 가하였으며 가까운 거리에서 몽둥이로 공격을 받아 넘어지는 바람에 경찰봉을 떨어뜨렸기 때문에 권총을 빼어 위협을 가하였지만, 또다시 몽둥이로 공격을 가하려고 하였고 또한 경찰관의 체력이 열세에 있었기 때문에 신변의 위험을 느끼고 권총을 발사하여 사망케 한 경우에 대하여 정당방위를 인정하였다.

- 1961년 大阪地方法院決定(1961. 5. 1, 下集 3卷 5/6號 605面)-부심판청구사건-

B경찰관이 1960년 5월 7일 발생한 C의 교통사고를 처리하기 위하여 파출소와 있던 C의 고용주 A 그리고 A와 함께 있던 D가 本署까지의 동행을 거부하면서 B가 가지고 있던 경찰봉을 빼앗아 안면을 구타하였기 때문에 B는 노상으로 도망하면서 A와 D에게 경찰봉을 돌려달라고 요구하였으나 듣지 않고 다시 달려들어 안면을 구타하였다. B는 계속 도망하면서 권총을 빼어 위협하였지만 두 사람은 오히려 총을 빼앗아 B를 쏘려는 기세를 보이며 계속 쫓아왔고, A에 의해 빼앗긴 경찰봉으로 얻어맞아 이미 안면좌상등의 상해를 입은 B는 신변의 위험을 느끼고 A가 B에게 덤벼들면서 약 1미터 정도 접근했을 때 권총을 발사하여 A의 왼쪽 대퇴부에 명중시켜 전치 8개월의 상해를 입힌 사건이다. 이에 대하여 동법원은 B의 행위는 A와 D가 B를 구타하고 또한 B로부터 총을 빼앗으려는 침해행위에 대하여 방위하기 위하여 행해진 점, B가 A, D의 침해행위를 도발하지 않았고 또한 권총발사직전에 권총을 빼앗을 기세를 보였고 특히 A가 약 1미터의 가까운 거리까지 접근하여 구타하려고 하였기 때문에 급박부정한 침

214) 古田, 前掲書, 385面.

해행위가 존재한 점, B는 권총을 발사하기 전에 두사람을 설득하였지만 두사람이 이를 듣지 않고 B를 추격하여 부상을 입혔다는 점, A,D 모두 체격이 좋고 더구나 B는 경찰봉을 빼앗긴 상태에서 공격을 받았다는 점 등을 고려할 때 B의 행위는 자신의 신체를 보호하기 위하여 부득이한 행위라고 하여 정당방위를 인정하였다.

- 福岡高等法院決定(1967. 3. 6, 下集 9卷 3號 232面)-부심판청구사건-

음식점 내에서 소란을 피우는 두 사람을 제지하기 위하여 갔던 경찰관이 그들로부터 격렬한 저항을 받아 벽으로 떠밀렸고 경찰봉도 휴대하지 않았기 때문에 권총을 뽑아 공중으로 위협사격을 가하였고, 이어 계속하여 2발을 발사하여 제1탄은 잘못하여 제3자에 명중하고 제2탄은 상대방 가운데 1인에 명중하여 사망케 하였다. 이에 대하여 법원은 먼저 처음의 위협사격에 대하여 적법성을 인정하였다. 그리고 상대방을 사망케 한 사격에 대하여는 정당방위를 인정하고 제3자를 사망케 한 사격에 대하여는 고의없는 행위는 부심판사건의 대상이 아니라는 이유로 적법성에 대한 판단을 내리지 않았다.

- 廣島地方法院決定(1971. 2. 26, 刑裁月報 3卷 2號, 310面)-부심판청구사건-

권총을 사용한 인질범이 흥분상태에 있고 인질에게 위해가 미칠지 모르는 상태에서 저항을 억제할 다른 방법이 없다고 인정되는 경우에 엽총으로 범인의 급소를 쏘아 사망케 한 사건에서 정당방위를 인정하였다.

- 熊本地方法院判決(1976. 10. 28, 資料 217號, 404面)

경찰관 A가 자동차에 탑승한 B에 대하여 직무질문을 하려고 접근을 하자 B는 차를 몰고 돌진하여 왔기 때문에 A는 B를 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하기 위하여 차량의 창으로 상반신을 들이밀며 정지를 명하였지만 그대로 시속 약 30킬로미터로 주행하였기 때문에 신변의 위협을 느껴 권총을 꺼내 위협하면서 정지를 명하였다. 그러나 B가 계속 가속을 하자 A는 공중으로 1발을 발사하고 타이어에도 1발을 발사하였다. 여전히 정지하지 않자 A는 B의 우측 어깨를 향해 1발을 발사하여 B에게 부상을 입히고 또한 동승자에게도 총탄이 명중해서 그를 사망케한 사건에서, 동법원은 정당방위를 인정하였다.

- 廣島地方法院判決(1987. 6. 12, 判例タイムス 655號 252面) - 특별공무원폭행가
혹행위치사사건 -

경찰법 제2조에 따른 적법한 질문을 하였던 바 상대방이 도주하였고 이를 추적하면서 그가 칼을 소지하고 있는 것을 발견하고 도주방지를 위하여 위협사격을 하였지만 칼을 가지고 더욱 격렬하게 덤벼들었기 때문에 다리를 향하여 권총을 발사하였지만 탄환이 흉부에 맞아 사망한 사건에서 동법원은 정당방위를 인정하였다.

- 긴급피난 : 위해를 가할 수 있는 무기사용이 허용되는 두번째 경우는 형법 제37조의 긴급피난의 요건을 구비하는 경우이다. 일본형법 제37조 1항에서는 ‘자기 또는 타인의 생명, 신체, 자유 또는 재산에 대한 현재의 위난을 피하기 위하여 부득이하게 행한 행위는 그 행위에 의하여 발생한 침해가 회피된 침해의 정도를 초과하지 않는 경우에 한하여 이를 별하지 않는다.’고 하여 위법성조각사유의 하나로서 긴급피난을 규정하고 있다. 일본형법의 경우 우리 형법의 경우와는 달리 피난이 허용되는 범익을 생명, 신체, 재산으로 열거하고 있는데, 판례는 이를 한정적인 것이 아니라 예시적인 것으로 보고 있다.²¹⁵⁾ 그런데 취급규범 제7조에서는 자기 또는 타인의 생명, 신체를 방호하기 위한 경우로 더욱 한정하여 무기사용을 허용하고 있다. 이러한 긴급피난의 요건을 구비한 경우 정당방위의 경우와 마찬가지로 정당한 업무행위(일본형법 제35조)로서 형법상 정당화가 인정된다.

한편 일본형법 제37조 2항에서는 업무상 특별한 의무가 있는 자에 대하여는 긴급피난허용하고 있지 않은데, 이 규정이 무기사용의 경우에도 적용되는지에 논란이 있다. 즉 무기사용의 경우에는 그 요건을 정한 일본형법 제37조 1항의 경우만이 적용된다는 견해²¹⁶⁾와 경찰관직무집행법 제7조가 제한없이 형법 제37조를 규정하고 있기 때문에 제2항도 당연히 적용된다는 견해²¹⁷⁾의 대립이 있다. 후자의 견해에 의할 때 예컨대 타인의 부정한 침해를 방어하기 위하여 제3자의 범익을 침해하는 행위는 일반적으로는 긴급피난으로서 허용되지만 경찰관의 경우에는 범죄의 제

215) 最判 1949. 8. 18, 刑集 3卷 9號, 1465面.

216) 石川才顯, 警察官の武器使用と正當性の限界, 法律ひろば 23卷 8號, 11面.

217) 安田, 前掲書, 219面.

지하는 직무를 부담하고 있기 때문에 긴급피난이 인정되지 않는다.²¹⁸⁾

- 중대하고 흉악한 범인의 체포 : 경찰관직무집행법 제7조 단서 제1호에서는 위해를 가할 수 있는 무기사용의 요건으로서 ‘사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 흉악한 범죄를 범하였거나 범하였다고 의심하기에 족한 충분한 이유가 있는 자가 그 자에 대한 경찰관의 직무집행에 대하여 저항하거나 또는 도망하려고 할 때 또는 제3자가 그 자를 도망시키려고 경찰관에 저항할 때, 이를 방지하거나 또는 체포하기 위하여 다른 수단이 없다고 경찰관이 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우’를 규정하고 있다.²¹⁹⁾ 즉 범죄의 중대성, 흉악성, 범인이나 제3자의 도망 또는 저항 그리고 무기사용의 비례성을 요건으로 하여 위해를 가하는 무기사용을 인정하고 있는데, 이 중에서 특히 주목되는 것은 흉악성 요건이다.

취급규범 제2조 3항에서는 흉악한 죄를 구체적으로 유형화하여 열거하고 있다.²²⁰⁾

그러나 이러한 흉악성 요건을 설정한 취지는 범죄의 성질이나 태양이 사람의 생명이나 신체에 중대한 위험을 가져올 우려가 있고 이에 대하여 즉시 필요한 조치가 필요한 경우에 한하여 무기사용을 허용하려는데 있기 때문에,²²¹⁾ 흉악성 여부는 단지 법정형의 경중이나 죄질만에 의해 결정되는 것이 아니라 범행의 태양, 수단, 당해 범행에 의하여 침해되는 피해법익의 종류, 내용, 침해의 위급성 기타 제반사

218) 古田, 前掲書, 391面.

219) 본호에의 해당 여부가 문제된 사건으로서 다음과 같은 福岡高等法院判決을 들 수 있다. 즉 택시에 승차하고 있는 자를 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하려 하자 칼을 들이밀며 저항하였기 때문에 곧바로 권총을 발사하여 총탄이 흉부에 맞아 사망한 사건이다. 동법원은 위협사격없이 상대방에게 발포하는 것을 정당화할 만한 상황이 존재하지 않았다는 이유로 권총발사행위는 위법한 것이라고 하여 부심판결정을 내렸다(福岡高等法院判決 1991. 3. 12, 判例時報 1386號 156面-부심판청구사건-).

220) 동규범에서 열거하고 있는 흉악한 죄는 다음과 같다. ① 내란, 외환, 소요(부화수행자 제외), 기차 또는 전차의 전복, 폭발물취체벌칙 제1조 및 제2조의 죄 등 민심에 현저히 불안을 발생케 하는 죄 ② 살인, 강도, 강간, 방화(형법 제110조 제2항 제외), 상해죄 ③ 폭력행위등 처벌에 관한 법률 제1조의 죄 중에서 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 흉기를 보여 행한 경우 ④ 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 흉기를 보이거나 또는 격투에 이르는 정도의 현저한 폭행에 의해 행하여진 공무집행방해죄 ⑤ 절도죄 가운데 야간, 사람의 주거 또는 사람이 간수하는 저택, 건조물 또는 함선에 침입하여 행한 경우 ⑥ 제5호에 규정한 장소에 침입한 죄 가운데, 흉기를 휴대하여 행한 경우 ⑦ 앞의 각호에 기재된 이외에 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 행당하는 죄로서 사람의 생명 또는 신체에 대하여 위해를 미칠 우려가 있고 또한 사람을 현저히 외포케 하는 방법에 의하여 행하여진 죄.

221) 古田, 前掲書, 393面.

정을 고려하여 구체적으로 결정하여야 한다.²²²⁾ 따라서 취급규범에 열거된 죄명에 해당하는 경우에도 생명, 신체에 대한 위험을 초래할 우려가 없는 형태의 범죄는 흉악한 죄에 해당하지 않는다. 반대로 일반적으로 흉악한 죄로 여겨지지 않는 절도나 폭행죄라도 흉기를 휴대하거나 집단으로 행하여지는 경우에는 생명, 신체에 대한 중대한 위험을 초래할 가능성이 있기 때문에 흉악한 죄에 해당한다고 볼 수 있다.²²³⁾

- 체포장 등에 의한 체포 등 : 경찰관직무집행법 제7조 단서 제2호에서 위해를 가할 수 있는 무기사용의 또 하나의 요건으로 ‘체포장에 의하여 체포할 때, 구인장 또는 구류장을 집행할 때 그 본인이 그에 대한 경찰관의 직무집행에 대하여 저항하거나 도망하려고 할 때 또는 제3자가 그 자를 도망케 하려고 경찰관에 저항하는 때, 이를 방지하거나 체포하기 위하여 다른 방법이 없다고 경찰관이 믿기에 족한 상당한 이유가 있는 경우’를 규정하고 있다. 즉 무기사용의 요건으로 체포장에 의한 체포, 구인장 또는 구류장의 집행의 경우를 들고 있다. 그밖에 本號에 규정되어 있지는 않지만 구인장과 동일한 효력을 갖는 收監狀(형집행장), 도망범죄인인도법에 의한 구금허가장, 범죄자예방갱생법에 의한 인치장도 本號의 구인장이나 구류장의 집행에 포함되는 것을 해석하고 있다.²²⁴⁾

本號의 경우에는 제1호의 경우와는 달리 죄명이나 죄종에 의한 무기사용의 제한이 없다. 따라서 본호의 요건을 충족하는 경우에는 극히 경미한 범죄라도 무기를 사

222) 札幌地判 1973. 1. 30, 判例時報 709號 66面. 본 판결은 경찰관의 총기사용에 의하여 부상을 당한 피해자의 국가배상청구사건에 관한 것으로 사실관계는 다음과 같다. 즉 경찰관이 절도범을 추격하여 체포하려 하자 이에 저항하였기 때문에 권총을 빼어 총구를 아래로 한 채 벽을 향하여 손을 들고 명하였지만, 계속 저항하면서 도주할 가능성이 높았기 때문에 총구를 공중으로 하여 위협사격을 한 후, 발밑을 향해 총을 발사하자 총탄이 절도범의 둔부에 맞은 사건이다.

이에 대하여 동법원은 먼저 주거침입죄의 경우 야간이라 하더라도 흉기를 소지하여 침입한 것이 아니고, 공무집행죄의 경우에도 단순한 폭행만을 한 것이기 아니며, 상해죄의 경우 폭행의 과정에서 발생한 경미한 정도의 것이기 때문에 어느 경우에도 경찰관직무집행법 제7조 단서의 흉악한 죄가 아니며 따라서 권총의 발사에 의하여 위해를 가한 것은 위법한 것으로 판시하였다.

한편 福岡高等法院은 임의동행요구하는 경찰관의 머리를 휴대한 칼로 찔러 살인미수 또는 상해, 공무집행방해죄를 범한 경우에 대하여 흉악한 죄에 해당하는 것으로 판시하였다.(福岡高決 1991. 3. 12, 判例時報 1386號 156面)

223) 古田, 前掲書, 391面.

224) 河上, 前掲書, 297面.

용하여 위해를 가할 수 있는 것이 되고, 이는 사범작용의 보호를 고려한 것이라고 한다.²²⁵⁾

3) 소결

일본의 무기 내지 총기사용에 관한 규율체계는 우리와 매우 유사하다. 즉 경찰관의 총기사용에 대한 기본적인 사항은 경찰관직무집행법에 규정되어 있고, 경찰관직무집행법의 무기사용규정(일본 경찰관직무집행법 제7조, 우리 경찰관직무집행법 제11조)도 본문의 일반적 요건(또는 비위해적 무기사용의 요건)과 단서의 위해적 무기사용의 요건으로 나뉘어져 있으며, 그 내용도 유사하다.

그러나 일본의 경우 위해적 무기사용의 요건이 우리보다 훨씬 제한되어 있다는 점에서 우리와의 차이점을 발견할 수 있다. 우선 일본경찰관직무집행법에는 우리 경찰관직무집행법 제11조 단서 제3호(위험한 물건을 소지한 범인이나 소요행위자에 대한 총기사용) 제4호(무장간첩에 대한 총기사용)에 해당하는 규정이 없다. 또한 단서 제1호의 경우 '사형, 무기 또는 장기 3년이상'이라는 범죄의 중대성 요건 이외에 범죄의 '흉악성'을 아울러 요구하고 있다. 대부분의 범죄가 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 상황에서 이러한 흉악성 요건은 총기남용을 억제하는데 중요한 안전판 역할을 하고 있다. 실제로 일본의 판례나 학설도 이러한 흉악성 요건을 통하여 총기사용을 억제하기 위하여 많은 노력을 하고 있다.

일본의 무기 내지 총기사용에 관한 규율에 있어서 '경찰관의 권총·경봉등 사용 및 취급규범'의 중요성을 빼놓을 수 없다. 동규범은 무기사용에 관한 상세한 규정을 둠으로써 경찰관의 무기사용요건을 구체화, 명확화하고 있다. 특히 경찰관직무집행법상 흉악성 개념의 추상성이나 불명확성은 동규범 제2조 제3항의 구체적 규정을 통하여 보완이 이루어지고 있다. 그리고 동규범 제7조 제1항에서는 정당방위나 긴급피난을 이유로 총기를 사용하는 경우에 구조이익을 자기 또는 타인의 '생명이나 신체'에 한정함으로써 역시 총기사용의 범위를 제한하고 있다.

225) 古田, 前掲書, 399面.

이처럼 입법이나 해석에 의하여 총기의 사용을 필요최소한으로 제한하려는 일본의 노력은 우리에게도 좋은 참고가 될 수 있을 것이다. 특히 '경찰관의 권총·경봉등 사용 및 취급규범'을 통하여 무기사용요건을 상세하게 규율하고 있는 점을 볼 때, 우리도 경찰관 직무집행법 시행령이나 시행규칙 등을 통하여 보다 구체적인 무기사용의 기준을 마련할 필요가 있다고 생각한다.

IV. 경찰관직무집행법상 경찰관의 무기 사용 : 그 요건과 한계

1. 경찰관직무집행법상 총기사용규정의 연혁

1) 제정(1953. 12. 14)

경찰관직무집행법은 제2차대전 종전후인 1948년에 제정된 일본의 경찰관직무집행법을 거의 그대로 계수하여 1953년 12월 14일 법률 제299호, 전문 9개조로 제정·공포되었다.

원래 일본의 경찰제도는 독일의 프로이센 경찰제도를 모델로 성립된 것이다. 이에 따라 경찰이란 “공공의 안전과 질서를 위협하는 위해를 방지하기 위한 국가작용”을 의미하는 것으로 보아 강력한 중앙집권적 경찰체제를 유지하였으나 제2차세계대전후 미 점령당국의 탈경찰화정책의 영향을 받아 경찰의 직무영역을 보안경찰 또는 사법경찰로 국한하였다. 즉 질서행정의 수행에 법적 권한과 근거를 부여한다는 적극적인 측면보다는 경찰권 발동에 제약과 한계를 분명히 함으로써 개인의 기본권보호라는 소극적 측면에 중점을 두었던 것이다.

이러한 일본 경직법을 계수한 우리나라의 경직법은 국민의 생명, 신체, 재산의 보호와 범죄의 예방, 공안의 유지 기타 법령집행등의 직무를 충실히 수행하기 위하여 필요한 조치를 규정함을 목적으로 하여 불심검문(제2조), 보호조치(제3조), 위험발생의 방지(제4조), 범죄예방과 제지(제5조), 위험방지를 위한 출입(제6조), 무기의 사용(제7조) 등을 규정하였다.

1953년 제정된 경직법의 주요내용을 살펴보면, 경찰관은 수상한 거동 기타 주의의 사정을 합리적으로 판단하여 죄를 범하였거나 범하려고 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄 또는 행하여지려고 하는 범죄에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있도록 하였다(제2조 1항). 그 장소에서 전향의 질문을 하는 것이 본인에게 불리하거나 또는 교통의 방해가 된다고 인정되는 때

에는 질문하기 위하여 그 자에 부근의 경찰서, 지서, 파출소 또는 출장소에 동행할 것을 요구할 수 있다(동조 2항). 전2항에 규정하는 자는 형사소송에 관한 법규에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며 또 그 의사에 반하여 경찰서, 지서, 파출소 또는 출장소에 동행되거나 답변을 강요당하지 아니한다.

경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴 등의 사태가 발생할 때에는 경고, 피난 등의 조치를 취할 수 있도록 하였다(제4조). 경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하는 것을 인정한 때에는 그 예방을 위하여 관계자에 필요한 경고를 발하거나 그 행위를 제지할 수 있도록 하였다(제5조).

제7조에는 무기사용조항을 두고 있다. 동조의 내용은 다음과 같다.

경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거를 억제하기 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서 무기를 사용할 수 있다. 단 형법에 규정한 정당방위와 긴급피난에 해당하는 때 또는 다음 각호의 1에 해당하는 때를 제외하고는 사람에게서 위해를 주어서는 아니된다.

1. 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 범하고 또는 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
2. 구속영장과 수색영장을 집행할 때에 본인이 경찰관의 직무수행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에 항거할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때

무기사용에 관한 규정을 볼 때 “필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서”와 같이 위해를 수반하지 않는 무기사용에 있어서도 그 요건을 상당히 엄격히 규정하고 있음을 쉽게 읽어낼 수 있다. 그리고

위해를 수반하는 무기의 사용에 관해서는 다만 정당방위와 긴급피난을 제외하고는 2가지 요건만을 열거하고 있으며 역시 그 요건도 엄격하다.

이러한 입법은 6. 25 직후 혼란스런 사회상황하에서 경찰의 총기남용에 대한 국민의 불안이 증폭되고 이것이 사회문제화되어 있었기 때문에 경찰관의 총기사용을 엄격히 규제할 필요성이 절실하였기 때문으로 이해된다. 경직법에 대한 국회심의 과정에서 김종순 의원은 경찰의 무분별한 총기사용으로 인하여 국민의 분노가 증폭되고 있으며 이를 규제할 필요가 있다고 발언하고 있고²²⁶⁾ 이에 대하여 백한성 장관은 경찰관의 총기오발, 남용으로 인하여 국민의 생명과 재산의 피해가 발생하고 있음을 인정하면서 충분한 조치를 취할 각오를 하고 있다고 답변하고 있음을 보아도 알 수 있다.

2) 제1차 개정(1981. 4. 13)

1953년 제정된 경직법은 28년간 개정없이 유지되다가 1980년 5.17을 통해 집권한 제5공화국 정부수립 이후 개정되게 된다. 당시의 정부는 치안수요의 급증에 따라 법적 근거 없이 사실상 수행되는 경찰작용에 법적 근거를 마련하는 등 경찰관 직무집행의 합리성과 합법성을 보장한다는 명분에서 1981년 3월 국가보위입법회의 내무위원회의 의결을 거쳐 1981년 4월 전문 13개조에 걸쳐 이 법을 전면개정하였다.

그 주요내용으로는 경찰관의 직무범위를 명시하여 구체화하였고(제2조), 범죄예방을 위한 가택방문·계도(제6조 2항), 사실의 확인(제8조), 유치장(제9조), 장구의사용(제10조) 등을 새로이 신설하였으며, 정신착란자, 미아, 주취자 등의 보호조치에 관해 제정당시에 규정하였던 '수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여'라는 요건과 본인이 이를 거절할 경우 보호조치를 하지 못하도록 하는 예외 규정을 삭제하였다. 또한 당시의 불안정한 사회상태를 반영하여 시위진압을 위한 경찰관의 무기사용에 관한 규정(제11조)을 추가하였다.

이 개정의 주요내용은 다음과 같다. 경찰관이 정신착란자등 긴급구호를 요하는 자에 대하여 보호의료기관이나 공공구소기관에 구호를 요청한 때에는 정당한 이유없이 이를

226) 1953. 11. 21. 제17회 국회임시회 김종순 의원발언내용.

거절하지 못하도록 개정되었고(제4조), 대간첩작전 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요한 때에는 일정한 지역에 대한 접근이나 통행을 제한하거나 금지할 수 있도록 하였다. 또한 경찰관서의 장은 직무수행에 필요한 경우 국가기관이나 공사단체 등에 대하여 직무수행에 관련된 사실을 조회할 수 있으며 긴급을 요할 때에는 소속경찰관으로 하여금 현장에 출장하여 그 사실을 확인토록 하였다. 그리고 경찰관은 범죄발생의 위험이 현저한 가택에 대한 방법계도를 위하여 필요한 때에는 관계인의 동의를 얻어 가택을 방문, 계도할 수 있도록 하였다(제6조 2항).

제2차개정에서는 특히 경찰관의 무기사용에 관하여 위해를 수반한 무기사용이 허용되는 두 가지 요건이 추가되었다. 종전에 제7조에 규정되어 있던 무기사용을 약간의 자구수정을 거쳐 제11조로 규정하면서 제3호와 4호를 추가한 것이다. 그 내용을 보면,

- “3. 범인이 무기, 흉기 등 위험한 물건을 소지하고 경찰관으로부터 3회 이상의 투기명령을 받고도 이에 불응하면서 항거할 때
4. 대간첩작전수행이나 소요사태를 진압함에 있어 무장간첩이나 소요행위자가 경찰관의 투항명령이나 3회 이상의 해산명령을 받고도 이에 불응하면서 무기, 폭발물, 화염병이나 도검을 소지하고 계속 항거하거나 무기, 차륜, 선박, 항공기를 탈취하거나 공공기관, 무기고 등 국가중요시설을 파괴 또는 방화할 때”

이 개정의 특징은 범인에 대하여 비교적 완화된 요건하에서 위해가 수반되는 무기의 사용을 허용하고 있다는 점, 즉 상당성과 보충성의 요건을 요구하지 않고 있다는 점과 무장간첩과 소요행위자를 동일시하고 있다는 점이다. 실제로 무장간첩은 중무장을 한 훈련된 군사요원인 경우가 많은 반면, 이 법에서의 소요행위자라 함은 의사를 표현하고자 하는 대한민국 국민으로 구성된 시위대를 지칭하고 있는 것으로 파악되는데 이를 구별하지 않고 동일한 요건하에서 무기를 사용하도록 규정한 점, 그것도 생명, 신체에 위해를 주는 무기사용을 허용한 점은 의문의 여지가 있다 하겠다.

3) 제2차 개정(1988. 12. 31)

1987년 6월 국민항쟁과 대통령직선제를 거쳐 탄생한 제6공화국하에서 당시 국회는 아

당이 다수를 차지하는 소위 여소야대국회로서 민주발전을 위한 법률개폐특별위원회를 설치하고 개정대상 법률로 경범죄처벌법의 '유언비어날조유포' 조항과 함께 경직법을 지목하였다. 국회에서 발의되어 개정된 경직법의 주요내용은, 경찰권의 남용으로 인한 기본권침해의 소지가 있던 사항에 대하여 경찰권행사의 요건과 한계를 엄격히 함으로써 경찰권행사의 적정을 도모하려는 취지였던 것이다. 당시의 쟁점은 무엇보다도 불법적으로 운영되고 있던 소위 임의동행의 요건을 엄격히 하는 것이었다. 따라서 개정경직법은 임의동행에 대하여 동행요구거절권을 명시하고, 동행시간을 3시간 이내로 하여 시간제한 규정을 두었으며, 경찰관에 대하여는 임의동행거부자유를 반드시 사전고지하도록 의무화 하였고 동행된 당해인의 연락기회부여 및 변호인조력권을 명시하는 한편, 직권을 남용하거나 의무를 위반한 경찰관에 대한 벌칙을 강화하였다. 또한 방법방문 조항(제6조 2항)을 삭제하고 보호조치(제4조) 및 무기사용요건(제11조)을 엄격히 규정하였다.

경찰관의 무기사용에 관하여 앞에서 지적한 문제점을 시정하고자 경직법 제11조 제3호 및 제4호는 다음과 같이 개정되었다.

3. 범인 또는 소요행위자가 무기, 흉기 등 위험한 물건을 소지하고 경찰관으로부터 3회이상의 투기명령 또는 투항명령을 받고도 이에 불응하면서 계속 항거하여 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
4. 대간첩작전수행에 있어 무장간첩이 경찰관의 투항명령을 받고도 이에 불응하는 경우

무기, 흉기 등을 소지한 범인 또는 소요행위자에 대하여도 경찰관으로 하여금 무기를 사용하기 전에 3회이상의 투항명령을 발하도록 요구하고 상당성과 보충성을 요건으로 하였다는 점에서 주목할 만하다. 이는 무기소지 범인에 대하여도 상당성과 보충성을 새로이 요건으로 추가하였고, 소요행위자에 대하여도 무장간첩과 분리하여 무기소지범인과 같은 요건하에서 위해를 수반한 무기를 사용할 수 있도록 하였다. 반면, 무장간첩에 대하여는 위해를 수반한 무기사용의 요건이 현저히 완화되었다. 제2차 개정에서의 무기사용에 관한 규정은 현재까지 그대로 유지되고 있다.

4) 제3차 개정(1989. 6. 16)

당시 화염병을 사용한 시위로 인하여 다수의 경찰관이 사망하고 부상한 부산 동의대 사건을 계기로 화염병사용등의 처벌에 관한 법률을 제정하게 되었다. 이와 아울러 화염병만 규제할 것이 아니라 경찰관의 최루탄 사용도 동시에 규제하는 것이 형평에 맞다는 취지에서 국회에서 경직법개정안이 발의되어, 동법 제10조의 2에 최루탄의 사용요건을 엄격히 규정하고 사용기록부 보관을 의무화한 내용의 개정이 이루어졌다.

5) 제4차 개정(1991. 3. 8)

1990년도에 들어와 계속 증가하는 범죄에 보다 적극적이고 효율적으로 대처한다는 명분으로 정부는 1990. 10. 13. '범죄와의 전쟁'을 선포하였다. 이에 따라 정부는 경찰력을 효율화하여 범죄억제능력을 극대화시키고 민생치안활동을 강화한다는 목적하에 정부입법으로 경찰관직무집행법개정안을 제출하여 국회를 통과하였다.

주요개정골자는 임의동행의 요건완화와 경찰장구의 사용요건 완화이다. 우선, 임의동행시 동행거부권과 동행후 언제라도 퇴거할 자유가 있음을 사전고지토록 되어 있는 경찰관의 사전고지의무규정을 삭제하였으며, 임의동행시 시간적 제한을 3시간에서 6시간으로 연장하였고(제3조) 경찰장구사용대상에 있어서 현행범인 경우에도 사용할 수 있도록 요건을 완화하였다(제10조).

2. 총기사용의 법적 성질과 근거

1) 총기사용의 법적 성질

경찰작용은 여러 기준에 의하여 다양하게 분류될 수 있는 바, 먼저 그 직접적인 목적에 따라 행정경찰과 사법경찰로 구분할 수 있다.²²⁷⁾ 경찰에 의한 총기사용의 경우 그 목적은 다양한 데, 행정경찰작용의 일환으로서 사용하는 경우와 사법경찰작용의 일환으

로서 사용하는 경우로 대별해 볼 수 있다. 범죄의 예방과 진압을 위한 총기사용이 전자에 해당하고, 범죄의 수사과 관련된 총기사용이 후자에 해당한다. 구체적으로 경찰관직무집행법 제11조에서 생명, 신체의 방호를 위한 총기사용은 행정경찰작용에 속하고, 범인의 체포, 도주의 방지를 위한 총기사용은 사법경찰작용에 속하며, 공무집행에 대한 항거의 억제는 양자의 성질을 함께 갖는 것으로 볼 수 있다. 이처럼 양자를 구별하는 것은 총기사용에 대한 통제 즉 그 적용법규나 절차에 있어서 차이를 발견할 수 있기 때문이다. 행정경찰로서 총기사용의 경우나 사법경찰로서 총기사용의 경우 경찰관직무집행법이 적용되는 것은 동일하지만 사법경찰에 의한 총기사용의 경우 그밖에 형사소송법에 의한 규율을 받게 된다. 또한 총기사용의 절차에 있어서 행정경찰의 경우 경찰의 독자적인 사용권한이 인정되지만, 사법경찰의 경우 검사의 지휘를 받는 것이 원칙이다.²²⁸⁾

경찰관의 총기사용이 행정경찰작용 또는 사법경찰작용에 속하는 경우에도 그 구체적 성질이 문제될 수 있다. 종래 경찰관의 총기사용은 행정경찰작용 중 행정상 즉시강제에 속하는 것으로 파악하는 것이 일반적이었다. 강제수단에 의하여 행정목적은 달성하는 수단 중 대표적인 것으로 행정상 강제집행과 행정상 즉시강제를 들 수 있고, 경찰의 총기사용과 관련한 행정상 강제집행의 방법은 직접강제가 된다.²²⁹⁾ 종래 이러한 행정상 강제집행 내지 직접강제와 행정상 즉시강제의 구별기준으로 이행하여야 할 의무의 존재 여부를 드는 견해가 주류를 이루었고,²³⁰⁾ 이에 따라 경찰관의 총기사용도 행정상 즉시강제의 일종으로 파악하는 것이 일반적이었다.²³¹⁾ 이러한 종래의 통설에 대하여 행정상 즉시강제도 행정상 필요한 상태를 실현시키기 위하여 실력을 행사하는 강제작용인 이상 상대방에게 어떠한 형식의 것이든 의무가 없을 수 없으며, 다만 행정상 강제집행의 경우와는 달리 선행하는 행정행위에 의한 어떤 구체적인 의무가 존재하는 것이 아니라, 법령에 의한 일반적, 추상적 의무가 물리적인 사실작용을 통하여 즉시강제로써 실현하려는 구체

227) 행정경찰은 공공의 안녕과 질서를 유지하는 권력작용인 실질적 의미의 경찰을 말하고, 사법경찰은 범인의 체포 등 범죄의 수사와 관련된 경찰을 말한다.(박윤훈, 행정법강의(하), 1995, 302면)

228) 이상규, 신행정법론(하), 1994, 288면.

229) 행정상 강제집행의 종류로서 대집행, 집행법, 직접강제를 인정할 때 총기사용과 관련된 강제집행의 방법은 직접강제가 될 것이다.

230) 서원우, 현대행정법론(상), 1990, 601면 ; 이상규, 신행정법론(상), 1994, 547면

231) 박윤훈, 전제서, 357면.

적 의무로 확정되는 것이라는 점에서 양자를 의무의 존재여부만으로 구별하는 것은 타당할 수 없다는 견해가 유력하게 주장되고 있다.²³²⁾ 생각건대 의무의 부과와 강제의 실행 사이에 반드시 시간적 간격이 있을 필요는 없으며 강제의 실행은 의무부과행위와 동시에 행하여질 수 있다. 또한 그러한 의무의 부과는 반드시 명시적으로 이루어질 필요도 없다. 따라서 총기사용의 경우도 의무의 부과를 전제로 한 직접강제의 일종으로 파악할 수 있다.²³³⁾ 그러나 어느 견해에 의하든 총기사용은 강제력의 행사에 의한 경찰목적의 달성수단이라는 점에서는 변함이 없다.

한편 사법경찰작용으로서 총기사용은 형사소송법상 강제처분의 방법이라는 데 대하여는 이론이 있을 수 없고, 총기사용을 포함한 강제적인 수단에 의한 처분을 하는데 있어서는 강제처분법률주의, 영장주의 등의 규율에 따르게 된다.²³⁴⁾

2) 총기사용의 이론적 근거

(1) 법률에 의한 수권

앞에서 총기사용의 법적 성질을 행정상 즉시강제 또는 형사상 강제처분의 일종으로 파악하였다. 어느 경우든 총기사용에 의하여 국민의 법익 내지 기본권이 침해되거나 침해될 위험이 존재하므로 법률유보 그중에서도 특히 침해유보의 원칙에 따라 총기사용은 법률에 의한 근거를 요구하게 된다.²³⁵⁾ 이 경우 총기사용의 근거를 부여하는 법은 원칙적으로 국회에서 제정된 형식적 의미의 법률을 의미하며 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 예외적으로 행정입법에 의한 수권도 가능하다.²³⁶⁾

232) 김남진, 직접강제, 직접집행, 즉시강제, 월간고시, 1987/4, 30면 이하

233) 이기우, 경찰작용법의 체계, 사법행정 1990/ 2, 76면 이하. 독일의 경우도 무기나 장구의 사용을 직접강제의 일종으로 다루고 있다. Vgl. ME. §29 ; bwPolG §50. ; Mußmann, aaO, S. 287ff.

234) 참고, 신동운, 형사소송법, 1995, 156면 ; 이재상, 형사소송법, 1995, 138면.

235) 법률유보의 범위에 대하여는 다양한 학설의 대립이 있지만, 오늘날 법률유보범위의 확대를 어디까지 인정할 것인가가 논의의 중점을 이루는 것을 보면 경찰작용과 같은 권력적 행정작용 내지 침해행정의 경우 법률에 의한 근거를 필요한다는 데 대하여는 이론이 없는 것처럼 보인다.(참고, 홍정선, 행정법원론(상), 1995, 79면)

236) 박윤훈, 행정법강의(상), 1996, 225면

일반적으로 경찰의 기본권침해를 정당화하는 법률의 형태는 개괄적 수권조항의 형태와 개별적 수권조항의 형태가 존재한다.²³⁷⁾ 현행법상 개괄적 수권조항의 존재여부에 대하여는 논란이 있지만,²³⁸⁾ 총기사용의 경우는 이로 인한 기본권침해의 위험이 중대하므로 개별적인 경우에 구체적으로 그 근거 및 요건, 한계를 규정하는 것이 요구되며 이러한 요청에 따른 것이 경찰관직무집행법 제11조이다.²³⁹⁾

이러한 법적 근거에 의하여 총기사용에 의한 기본권침해는 정당화될 수 있으며 이로 인한 모든 법적 책임을 면할 수 있게 되는 것이다. 즉 총기사용에 의한 사망, 상해, 재물손괴, 협박 등의 결과가 발생한 경우에 형법상 범죄의 성립 여부뿐만 아니라 민법상 불법행위에 의한 손해배상, 행정법상 징계 등 여러 법적 책임이 문제될 수 있는데, 법률에 의한 수권규정에 근거하고 그 요건 및 한계를 준수하는 한 모든 침해행위는 정당화되는 것이며 따라서 일체의 법적 책임을 부담하지 않게 된다.

(2) 형법상 총기사용의 정당화근거

가. 정당행위

경찰관직무집행법에 근거하여 그 요건에 따라 총기를 사용한 경우에는 일체의 법적 책임을 지지 않는다. 즉, 형사상 책임이나 처벌도 받지 않게 됨은 전술한 바와 같다. 즉 경찰관이 총기사용에 의하여 살인, 상해, 손괴, 협박 등의 결과를 발생시킨 경우 살인죄, 상해죄, 업무상과실치사상죄, 손괴죄, 협박죄의 구성요건에 해당하지만 형법 제20조의 정당행위 구체적으로 경찰관직무집행법이라는 법률에 의한 행위로서 정당화 내지 위법성

237) 일반적 경찰목적인 공공의 안녕과 질서의 유지를 위하여는 경찰이 필요한 처분을 할 수 있도록 일반적, 추상적으로 권한을 부여하는 형태가 전자에 해당하고, 특정종류의 경찰작용에 대하여 특정처분만을 할 수 있도록 개별적으로 권한을 부여하는 형태가 후자에 해당한다.(참고, 김남진, 전거서, 254면 이하)

238) 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 개괄적 수권조항으로 인정하는 견해(김남진, 경찰권발동의 근거와 한계, 경찰대학 청담 제4호, 1988/12, 33면), 경찰관직무집행법 제2조 제5호 및 동법 제5조 제1항 제3호를 개괄적 수권조항으로 보려는 견해(이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990/2, 98면), 개괄적 수권은 법치주의 관점에서 바람직하지 못하므로 이를 인정할 수 없다는 견해(박윤훈, 최신 행정법강의(하), 303면)가 대립하고 있다.

239) 정하중, 독일경찰법의 체계와 한국경찰관직무집행법의 개선방향(상), 사법행정 94/2, 10면.

이 조각되게 된다.

이처럼 경찰관의 총기사용에 대하여 위법성을 조각시키는 배경에는 허용된 위협의 법리가 작용하고 있다.²⁴⁰⁾ 즉 정당화요건의 존재 여부가 일반적으로 불확실한 상황에서 행위자가 추구하는 목적이나 그에 의하여 보전되는 이익의 중요성을 감안하여 객관적으로 정당화요건이 구비되지 않은 경우라도 일정한 요건 하에 법익침해를 정당화하려는 이론이 허용된 위협의 이론이며, 여기에서 중요한 것은 행위자가 정당화요건의 존재 여부에 대하여 의무에 합치하는 심사를 다하였는가에 있다.²⁴¹⁾ 이처럼 경찰관의 총기사용에 대한 정당화의 법리로서 허용된 위협이론은 종래 과실범의 주의의무를 제한하기 위한 기준 내지 객관적 귀속의 기준으로서 논의되어온 허용된 위협이론과는 용어는 동일하나 내용과 체계적 지위를 달리한다는 점에서 주의를 요한다.²⁴²⁾ 즉 구성요건해당성조각사유로서의 허용된 위협에서는 일정한 위험창출의 위험성 있는 행위가 정상적이고도 역사적으로 형성된 사회질서의 범위내에서 일반적으로 인정된 행위이기 때문에 사회적으로 허용된 위협의 창출로서 구성요건해당성 자체를 조각시킬 것인가가 문제되는 반면, 위법성 조각사유로서의 허용된 위협에서는 일정한 위험창출행위가 사회질서의 범위내에서 일반적으로 승인된 행위는 아닐지라도 사회질서 내에서 원칙적으로 용인된 정상적인 행위규칙에 적합한 행위이기 때문에 예외적으로 위법성을 조각시킬 것인가가 문제된다.²⁴³⁾

이처럼 구성요건해당성조각사유로서의 허용된 위협과 구별되는 위법성조각사유로서의 허용된 위협을 기초로 하는 정당화사유로서 피해자승낙, 추정적승낙, 명예훼손죄에서 정당한 이익의 도모, 법령에 의한 공무집행행위 등을 들 수 있다. 경찰관의 총기사용도 법령에 의한 공무집행행위의 하나로서 일반적으로 총기사용요건의 존재여부가 불확실한

240) 경찰관직무집행법 제11조는 이러한 허용된 위협의 법리를 입법화한 것으로 볼 수 있다. 우리 형법 제 20조와 같은 일반적 위법성조각사유를 규정하고 있지 않은 독일이나 일본의 경우에는 초범규적 위법성 조각사유로서 이러한 허용된 위협의 법리가 논의되고 있지만, 우리 형법에서는 정당행위의 일 유형인 경찰관직무집행법 제11조의 기초법리로서 그 해석과 적용범위를 정하는 기준으로 작용하는 한에서 허용된 위협의 법리가 의미를 갖게 된다.

241) 보다 상세한 것은 총기사용의 정당화요건으로서 주관적요건의 문제를 다룰 때 논하기로 한다.

242) Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 1988, S. 360ff. ; Schönke/Schröder/Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 1991, S. 512.

243) 김일수, 한국형법 I, 11992, 716면. 이러한 구별은 구성요건해당성과 위법성의 구별기준으로서 사회적으로 당연히 허용되는 행위인가 아니면 당연히 허용되는 것은 아니지만 사회상규의 관점에서 개별적인 경우에 허용되는 행위인가의 검토와 동일한 맥락에서 이해할 수 있다.(Vgl. Jescheck, aaO, S. 225f)

상황에서 생명이나 신체에 대한 위협의 방지나 범인의 체포라는 목적을 고려하여 경찰관이 의무에 따라 양심적으로 또는 성실하게 검토를 한 이상 총기사용의 요건이 존재하지 않았다 하더라도 이는 허용된 행위로서 정당화를 인정할 수 있게 된다.

나. 경찰관직무집행법 제11조 상의 정당방위, 긴급피난의 성질

경찰관직무집행법 제11조는 사람에게 대하여 위해를 가할 수 있는 무기사용의 요건으로서 형법상 정당방위와 긴급피난을 열거하고 있다. 여기서 이러한 형법상 정당방위나 긴급피난의 요건이 구비되어 총기를 사용한 경우에 위법성이 조각되는 근거를 정당방위나 긴급피난을 규정한 형법 제21조 제22조로 볼 것인지²⁴⁴⁾ 아니면 이러한 경우도 경찰관직무집행법 제11조에 의한 행위로서 정당행위에 관한 형법 제20조를 위법성조각의 근거로 볼 것인지가²⁴⁵⁾ 문제된다.

독일에서 최근 논의상황은 이러한 문제를 바라보는데 많은 도움을 준다. 즉 독일의 바덴뷔르템베르크 주의 경우 총기사용의 요건을 개별적으로 열거하는 이외에 형법상 정당방위나 긴급피난의 효력에는 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있고, 노르드라인 베스트팔렌 주의 경우 본법의 규정은 다른 법률의 규정에 의한 정당화에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다. 이에 대하여 독일의 많은 학설은 경찰법이 형법상 정당방위나 긴급피난의 요건을 경찰법이 총기사용의 요건으로 수용한 것이 아니라 다만 형법상 정당방위나 긴급피난에 의한 형법상 책임을 지지 않는 것을 주의적으로 규정한 것일 뿐이라고 해석하고 있다. 그 이유는 정당방위나 긴급피난을 그대로 총기사용의 요건으로 수용할 경우 경찰법이 총기사용의 요건을 상세하게 규정하여 총기사용을 제한하려는 본래의 취지를 몰각할 우려가 있다는 점에 있다.

그러나 우리 경찰관직무집행법의 경우 독일의 경우와는 규정의 형식이 다르므로 일단 정당방위나 긴급피난의 요건을 경찰관직무집행법이 총기사용의 요건으로 수용한 것으로 이해하여야 하며, 따라서 정당방위나 긴급피난의 상황에서 행위한 경우 형법 제21조나

244) 이러한 입장으로서 장영민/박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 194면 이하. 일본의 경우 이러한 입장에 따른 하급심판결이 다수 발견된다.

245) 이러한 입장으로서, 이기호, 일본경찰관의 총기사용에 관한 연구, 치안논총 제9집, 경찰대학치안연구소, 1992, 127면. ; 古田, 前掲書, 385면 ; 原田保, '警察官の拳銃使用, とこか問題か', 法學セミナー, 1991/2, 15면.

제22조를 근거로 정당화되는 것이 아니라 형법 제20조를 근거로 정당화되는 것이라고 보아야 할 것이다. 다만 이 경우 총기사용의 요건이 부당하게 확대될 우려가 있으므로 피구조법익을 생명이나 신체에 한정시키는 등 그 요건의 해석에 있어서 엄격한 입장을 견지할 필요가 있다.²⁴⁶⁾

3. 무기사용의 객관적 요건

1) 경찰관직무집행법 제11조의 구조

경찰관에게 무기를 사용할 권한을 부여할 것인가 여부 그리고 부여할 경우 어떠한 경우에 어떤 요건하에서 어느 정도의 범위에서 그러한 권한을 부여할 것인가에 대하여는 각 나라마다 약간의 차이가 있다. 하지만 근본적으로는 총기사용을 통하여 얻을 수 있는 사회와 개인의 이익과 그로 인해 침해되는 사회와 개인의 이익을 합리적으로 교량하여 결정하여야 할 것이다.²⁴⁷⁾

무기사용에는 사람에게 위해를 주지 않는 무기의 사용과 사람에게 위해를 주는 무기의 사용으로 크게 나눌 수 있다. 입법형식에 따라서는 위해를 수반하는 무기사용과 위해를 수반하지 않는 무기사용을 별도의 조항으로 규정하는 방법(1 유형; 이원적 입법)과 일반적 무기사용의 요건을 규정하고 특별 규정으로써 위해를 수반하는 무기사용을 규정하는 방법(2 유형; 일원적 입법)이 가능하다. 현행 경찰관직무집행법의 구조는 제11조 본문에서 무기사용의 일반적 요건을 규정하고 이어 단서와 각 호에서 사람에게 위해를 주는 무기사용의 요건을 열거하고 있다. 그러므로 현행 경찰관직무집행법의 입법형식은 제2유형이라고 할 수 있다. 즉 제11조 본문은 무기사용의 일반요건을 규정한 것이고, 단서는 특수한 요건하에서 사람에게 위해를 주는 무기사용의 권한을 부여한 특별규정이 된다. 그러므로 사람에게 위해를 주는 무기의 사용은 제11조의 본문과 단서를 모두 총

246) 자세한 논의는 객관적 요건의 검토에서 다루기로 한다.

247) *Tennessee v. Garner*, 105 S.Ct. 1694, 1699 참조.

족시키는 상황에서만 정당화된다고 할 것이다. 이를 표로 정리하여 보면 다음과 같다.

<표 18> 경찰관직무집행법 제11조의 구조

구 분	성 질	요 건
본 문	무기사용의 일반적 요건	목적성, 비례성(광의) - 필요성, 비례성(협의)
단서 및 각호	위해를 수반한 무기사용의 특별요건	무기사용의 일반적 요건(목적성, 비례성(광의)- 필요성, 비례성(협의)) + 각호의 특별한 사정(특히 보충성)

2) 무기사용의 일반적 요건 - 경찰관직무집행법 제11조 본문

경찰관직무집행법 제11조 본문은 무기사용의 일반적 요건을 규정하고 있다. 다만 사람에게 위해를 주는 무기사용의 경우에는 본문의 요건에 추가적으로 단서 및 각 호의 요건이 충족되어야 한다. 따라서 본문에 해당되는 사정이 존재할 때 경찰관은 사람에게 위해를 줄 수 있는 방법으로 무기를 사용해서는 안되고 단지 위해를 주지 않는 방법으로 무기를 사용하여야만 한다. 이러한 점에서 본조는 해석상 사람에게 위해를 주지 않는 무기의 사용에 대한 요건이라고 보아도 좋을 것이다. 즉 위해를 주지 않는 무기의 사용은 본문의 요건이 충족됨으로써 족하고 더 이상의 요건은 요하지 않는다. 사람에게 위해를 주지 않는 무기의 사용이라 함은 사람의 생명, 신체를 침해할 가능성이 없는 정도의 무기사용 또는 그러한 방법의 무기사용을 말한다. 예컨대, 총이나 도검을 단순히 사람에게 겨누거나 보여주거나 허공을 향하여 공포탄을 발사하는 것 등을 말한다. 위에서 보았듯이 제11조 본문에 의하여 무기사용이 허용되는 일반적 요건은 목적성, 비례성(적합성, 필요성, 비례성(협의)) 등이 있다. 이하에서 이들 요건을 상술하도록 한다.

(1) 목적성

경찰관의 무기사용은 일정한 목적을 달성하기 위한 수단일 경우에만 허용된다. 이를

목적성이라고 할 수 있다. 경찰관직무집행법 제11조 본문에 열거되어 있는 목적의 달성을 위하여 무기를 사용하는 경우가 아닌 때에는 경찰관의 무기사용은 적법성을 상실하게 되는 것이다. 경찰관직무집행법 제11조 본문에는 3가지의 목적이 열거되어 있다. 이 중 공무집행에의 항거의 억제라는 목적성은 입법론상 의문의 여지가 있는데 이는 후술한다.

가. 범인의 체포, 도주의 방지

범인이란 수사기관에 의하여 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 자와 형사사건에 관하여 공소가 제기된 자 또는 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.²⁴⁸⁾

따라서 피의자라 하더라도 구속, 체포의 대상이 되지 않은 불구속 피고인 등은 본조의 범인에 해당하지 않는다. 다만, 범인이 진범인지 아닌지의 여부는 불문한다.

체포라 함은 본인의 의사에 관계없이 강제적으로 신병을 구속하는 것을 말한다. 도주라 함은 경찰관에 의하여 신체의 자유가 구속된 자 또는 구속되려고 하는 자가 경찰관의 직무상 실력에 의한 지배로부터 이탈하거나 이탈하려고 하는 것을 말한다. 도주의 방지라 함은 이미 구속된 자가 위와 같은 이탈을 시도하지 못하도록 물리력을 행사하는 것을 말한다. 즉 도주의 방지는 체포된 상태를 유지하는 범위 내의 것만을 의미하고 이미 구속상태를 벗어나 도주하고 있는 자는 이에 포함되지 않는다.

다만 여기에서 범인의 체포, 도주의 방지를 위하여 무기를 사용할 수 있다함은 범인의 체포, 도주의 방지가 적법한 것이어야 함을 전제로 하고 있음은 물론이다. 경찰관에게는 범인을 체포할 권한, 즉 신체의 자유를 구속할 만한 법적 근거가 있어야 한다. 현행 형사소송법상 범인을 체포할 수 있는 경우는 현행범체포, 긴급구속(체포), 영장에 의한 체포(구속) 등이다. 따라서 이에 해당하지 않는 피의자의 경우에는 범인이라고 하여도 체포, 구속을 할 수 없고 그러한 경우에는 체포, 도주의 방지를 위하여 무기를 사용할 수도 없게 된다. 법률에 근거하지 않은 경찰관의 신체구속은 불법이고 범이 불법의

248) 장영민/박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 190면; 이기호, 경찰활동과 무기사용에 관한 연구, 55면.

실현에 협력할 수는 없기 때문이다.

그렇다면 범인을 체포 또는 도주의 방지를 위하여 무기를 사용할 수 있도록 규정하고 있는 이유는 무엇일까? 바꾸어 말하면 무기를 사용하면서도 범인을 체포하여야 하는 이유는 무엇일까 하는 것이 문제된다. 앞에서 비교법적으로 살펴보았지만 미국, 영국, 독일, 일본 등 많은 선진제국에서 요건은 차이가 있지만 일정한 경우 범인체포를 위하여 경찰관에게 총기를 사용할 수 있도록 권한을 부여하고 있음은 분명한데 그 이유는 무엇일까? 그 이유는 다름아닌 형사정의의 실현에서 찾아야 할 것이다. 즉 불법에 대한 응보와 예방의 목적에서 일 것이다.

범인은 범죄를 저지른 자이다. 즉 다시 말해서 범인은 사회가 보호하고자 하는 가치, 이익 즉, 법익을 침해한 자이다. 타인에게 해악을 가한 자는 처벌받아야 한다. 이러한 응보적 형벌관은 오늘날에도 상당부분 인정되고 있다.²⁴⁹⁾ 죄의 댓가를 치르게 하기 위하여 형벌이 필요하고 형의 확정과 집행을 위하여는 범인의 신체를 확보할 것이 필요하기 때문이다. 두번째는 예방의 목적이다. 예방적 목적에 특별예방과 일반예방이 포함됨은 물론이다. 특별예방에 있어서는 장래의 범죄행위로부터 개인과 사회를 보호하는 것이 중요하게 대두된다. 범죄를 저지른 자가 체포되지 않고 처벌되지 않은 채 사회에서 자유롭게 활거하고 있다면 제2, 제3의 범죄의 가능성이 있다. 그렇게 되면 개인과 사회는 위법한 침해행위에 대하여 무방비상태로 공격받게 될 것이다. 그러므로 장래의 불법을 방지하기 위하여 범인의 체포는 불가결하다. 마지막으로 일반예방적 목적이 있다. 범죄자는 반드시 체포되어 처벌된다는 일반의 믿음, 그리고 법질서는 유지되고 있다는 일반의 신념이 없이 사회질서는 유지될 수 없을 것이다. 이처럼 범인의 체포와 도주의 방지만 목적은 개인과 사회에 대한 불법한 공격에 대하여 과거의 불법에 대한 응보, 장래의 공격에 대한 특별예방 그리고 잠재적 범인의 장래의 있을 법한 공격을 사전에 방지하기 위한 일반예방의 목적에서 인정되고 있는 것이다.

나. 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 방호를 위해 필요한 때

범인의 체포, 도주의 방지라는 목적은 이미 발생한 과거의 불법 및 장래의 가능한 범

249) 이재상, 형법총론, 50면.

죄의 예방과 관련되어 있다. 이에 반하여 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 방호라는 목적은 현재의 위법한 침해에 대한 개인과 사회의 보호라는 측면에 중점이 두어진다. 목전에서 불법이 행하여지고 있을 때에 사회와 국가가 이를 방지하지 못한다면 일반의 안전감은 손상되고 국가의 존재의의는 의심받을 것이다. 국가는 무엇보다 위법한 침해, 공격으로부터 국민의 생명, 신체 등을 보호하여야 하는 의무를 지고 있는 것이다.

다만 여기에서 보호대상이 생명, 신체로 한정되고 있음은 주의를 요한다. 일반적으로 정당방위에서 방위행위는 생명, 신체, 명예, 재산, 자유, 주거권 등 형법상의 법익은 물론 가족관계, 애정관계와 같이 형법상의 구성요건에 해당되지 않는 법익을 방위하기 위해서도 가능하다.²⁵⁰⁾ 그러나 본조에서는 생명과 신체로 한정되어 있다. 이를 둘러싸고 이를 재산적 법익으로 확장할 것인가 아니면 생명, 신체의 보호로 국한할 것인가에 대하여 학설상 다툼이 있다. 적극설은 재산권의 위해를 수반하지 않는 무기의 사용에 한하여 재산에 대한 방호도 포함한다고 보아야 한다고 한다.²⁵¹⁾ 소극설은 무기사용으로 인한 위협성, 무기사용의 보충성의 원리, 침해이익과 대응책의 상당성 등을 고려할 때 무기사용을 통해 재산 등의 법익보호를 꾀하는 것은 타당하지 않다고 한다.²⁵²⁾

자기라 함은 직무를 수행하고 있는 경찰관 본인을 말한다. 이에 대하여 직무수행중이 아닌 개인자격으로서의 무기사용은 여기에 포함되지 않는다는 견해가 있다.²⁵³⁾ 원칙적으로 비번일 경우에는 무기를 반납하여야 할 것이다. 그러므로 직무수행 이외에 자기방호를 위하여 총기를 사용할 수 있는 경우는 흔치 않을 것이다. 그러나 이러한 사건이 발생한 때에는 본조에 의하여 정당화되지 않는다고 해야 할 것이다.

타인이라 함은 직무를 수행하고 있는 경찰관 본인 이외의 모든 자이다. 따라서 직무를 함께 수행하고 있는 동료 경찰관은 물론 직무와 관련이 없는 다른 경찰관 및 일반시민을 포함한다. 또한 근무일이 아닌 때에 경찰관이 타인의 생명, 신체의 방호를 위하여 무기를 사용한 때에는 본조가 적용된다고 하여야 할 것이다.

250) 이재상, 형법총론, 202면. 다만 명예를 보호하기 위한 정당방위에 대하여 대법원은 부정하고 있다(이재상, 전게서, 202면 참조).

251) 이기호, 57면.

252) 장영민/박기석, 192면.

253) 장영민/박기석, 전게서, 192면.

침해주체인 상대방의 생명, 신체의 보호를 위해서도 무기의 사용이 가능한가 문제가 제기될 수 있다. 스스로 자해를 기도하는 자에 대해서도 무기를 사용하여 이를 방지할 수 있다는 견해가 있다.²⁵⁴⁾ 그러나 자해행위 자체가 사회상규에 반하여 형법상 범죄행위로 평가되는 경우를 제외한 단순한 자해나 일반공중에 피해를 주지 않는 단순한 자살기도를 방지하기 위하여 무기를 사용하는 것은 허용되지 않는다고 하여야 할 것이다. 단순 자해나 자살기도는 개인의 자기결정권의 일부로써 불법한 것이 아니므로 보호해야 할 이익은 존재하지 않는 반면, 무기사용으로 인한 새로운 손해발생의 위험은 존재하고 있다. 따라서 이익교량에 의할 때 무기의 사용을 부정하는 것이 합리적일 것이다.²⁵⁵⁾

생명, 신체에 대한 방호는 광의와 협의의 두 가지로 나눌 수 있다. 광의의 방호란 경찰관직무집행법 제1조 국민의 자유와 권리의 보호에서 규정된 일반적 직무의 내용을 의미한다. 이에 비하여 협의의 방호란 구체적 위험하에서 자기 또는 타인의 생명, 신체의 안전을 위한 필요불가결한 행위이다. 무기의 사용과 관련된 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 방호는 협의의 방호이다. 즉 구체적 위험하에서 무기사용을 하지 않을 경우 자기 또는 타인의 생명, 신체에 중대한 위험이 발생할 경우만을 의미한다고 할 수 있다.

또한 직무집행의 확실성을 제고하기 위한 무기의 사용을 인정할 수 있다는 견해도 있다. 여기에서 직무집행의 확실성이라고 하는 것은 자기 또는 타인의 생명, 신체를 보호하기 위한 행위의 확실한 보장을 위하여 필요한 경우를 의미한다. 이 경우 위해를 수반하지 않는 무기사용을 통하여 생명, 신체의 방호를 보다 확실하게 보장할 수 있다면 이를 긍정하지 않을 수 없을 것이다. 또한 법문상 위해를 수반하지 않는 무기사용의 경우 보충성의 원칙을 엄격히 요구할 수도 없기 때문이다. 다만 무기를 사용하는 경우에는 언제나 오발의 위험이 존재하고 있으므로 위해를 수반하지 않는 무기사용의 경우에도 무기를 사용하지 않을 경우 생명, 신체를 보호할 가능성이 현저히 적을 경우로 한정하여야 할 것이다.

다. 공무집행에 대한 항거를 억제하기 위해 필요한 때

공무집행의 의의에 대하여 종래에는 일반적으로 법령에 의하여 공무(국가 또는 지방

254) 장영민/박기석, 192면.

255) 다만 이 경우에도 정신병자나 만취자의 자살기도 등을 방지하기 위한 때에는 예외적인 사정하에서 무기의 사용이 허용된다고 하여야 할 것이다(경찰관직무집행법 제4조 제1호).

자치단체의 사무)에 종사하는 공무원의 적법한 직무집행을 가리킨다고 한다.²⁵⁶⁾ 즉, 일반적으로 형법 제136조(공무집행방해죄)에서의 직무와 동일하게 파악할 수 있다는 것이다. 따라서 직무집행이란 널리 공무원이 직무상 취급할 수 있는 사무를 행하는 것으로 직무의 성질이 적법한 경우를 의미하게 된다. 다만, 이 견해에 의하여도 상대방의 의사에 따라 공무집행을 거부하거나 항거할 수 있는 임의적 공무집행에 대하여는 무기를 사용할 수 없고 실력행사가 인정되고 강제적 태양으로 집행되는 직무집행에 대한 항거만이 억제 대상이 된다는 점에 다툼이 없다.²⁵⁷⁾ ‘공무집행’이라는 포괄적인 개념을 제한 해석하려는 의도에는 공감한다. 그러나 본조에서의 공무집행을 이처럼 일반적 의미의 강제적 공무집행으로 파악하는 경우에도 불명확한 여지가 남아있다. ‘강제성’을 행정기관에 의한 제재력의 유무로 이해할 경우에는 사실상 모든 행정행위가 포함될 수 있기 때문이다. 또한 강제성을 실력적 행정행위의 의미로 파악할 경우에도 그 범위가 지나치게 광범위하여 행정청의 모든 즉시강제, 즉 도로교통법상의 교통방해물건제거(동법 제66조 제2항), 전염병환자의 격리수용(전염병예방법 29조) 등의 경우에도 총기를 사용할 수 있는 것으로 해석되기 때문에 국가기관의 가장 강력한 강제수단인 무기의 사용이 남용될 위험이 크다. 이러한 경우 과연 행정목적의 달성과 수단 사이에 정당한 상관관계, 또는 비례성이 유지된다고 할 수 있을 것인가. 결론적으로 제한적 해석에 의한다고 할지라도 본조의 ‘공무집행에의 항거’라는 개념은 지나치게 추상적이고 광범위하여 국민의 기본권보장과 과잉입법금지의 원칙에서 볼 때 위헌의 소지가 있다고 보여진다. 따라서 헌법에 합치되는 해석을 위하여 본조의 공무집행이라 함은 경찰관직무집행법 제2조에 규정되어 있는 직무의 범위로 한정하고 그 중에서도 특히 국민의 생명, 신체의 보호와 직결되는 직무집행을 위한 강제적 성격의 직무로 한정하여야 한다고 본다.

입법론적으로도 공무원의 정당한 공무집행을 위하여 무기의 사용이 필요한 경우는 구체적 사정에 따라 개별법으로 규정하는 것이 법적 안정성과 합리적 적용을 위하여도 바람직하다고 할 것이다. 실제로 경찰관직무집행법 이외에 행형법, 관세법, 출입국관리법, 전투경찰대법시행령 등에서는 무기사용에 관하여 개별적 규정을 두고 있다.²⁵⁸⁾

256) 장영민/박기석, 193면; 이기호, 57면.

257) 장영민/박기석, 193면; 이기호, 57면.

258) 제6장 참조

항거라 함은 적법한 공무집행을 적극적 또는 소극적으로 방해하거나 거부 내지 저항하여 그 집행의 목적을 달성하는 것을 불가능 또는 곤란하게 만드는 것을 말한다.²⁵⁹⁾ 항거에는 적극적 항거와 소극적 항거가 포함될 수 있다. 적극적 항거란 경찰관의 직무행위를 외부적 힘의 투여에 의하여 저항, 방해하는 행위를 말하며, 소극적 항거란 경찰관의 직무행위에 대하여 협력, 협조를 거부하는 것을 의미한다. 적극적 항거는 물리적, 신체적 거동으로 표현된다. 따라서 적극적 항거에 있어서 그러한 신체적 행동을 배제하고 원활한 직무집행을 확보하기 위하여 필요한 경우 무기를 사용할 수 있음은 본조의 해석상 당연하다고 하겠다. 문제는 소극적 항거의 경우에도 무기를 사용할 수 있는가 하는 것이다. 상대방에게 경찰관의 직무집행에 협력할 의무가 있는 경우를 제외하고 단순한 소극적 거부나 불응에 대하여는 무기를 사용할 수 없다고 해석하여야 할 것이다.

억제라 함은 적극적 또는 소극적으로 항거하는 행위를 경찰관이 무기를 사용하여 제지하거나 배제, 해산, 이동시킴으로서 이를 제압하는 것을 말한다.²⁶⁰⁾

(2) 비례성

가. 총기사용의 일반적 요건으로서 비례성원칙

오늘날 비례성원칙은 국가의 모든 행정작용뿐만 아니라 나아가 입법자까지도 기속하는 일반적 원칙으로 인정되고 있다.²⁶¹⁾ 특히 전형적인 권력작용으로서 경찰작용은 비례성원칙이 본래 논의되기 시작한 영역이며 오늘날에도 여전히 다른 영역에 비하여 특히 중요한 의미를 갖고 있으며,²⁶²⁾ 그 요건 및 한계를 판단하는 기준으로 비례성원칙이 일반적으로 받아들여지고 있다.²⁶³⁾ 따라서 경찰관에 의한 총기사용도 비례성원칙에 의한

259) 장영민/박기석, 193면; 이기호, 57면.

260) 장영민/박기석, 193면; 이기호, 58면.

261) 문홍주/김형성, 비례성원칙과 기본권, 대한민국학술원 논문집(인문사회과학편) 제28집, 1989/1, 122면. 비례성원칙은 이제까지 침해행정의 영역에서 문제되었지만 오늘날에는 급부행정의 영역에서도 그 적용이 논의되고 있으며, 나아가 형사법분야나 노동법분야, 입법의 분야 등에 전반적으로 적용되는 공법상 일반원칙으로 인정되고 있다.(임현소, 행정법상 비례원칙과 법적 통제에 관한 연구, 사법행정, 1994/3, 23-24면)

262) Drews / Wacke / Vogel / Martens, aaO, S. 390.

제한을 받게 되며 그 요건 및 한계를 설정하는데 있어서 중요한 역할을 하게된다.

비례성원칙이란 행정주체가 실현하고자 하는 목적과 그 목적달성을 위한 수단 사이에 합리적인 비례관계가 유지되어야 한다는 원칙 또는 특정 행위에 의하여 침해되는 이익과 그로 인하여 증진되는 이익 사이에 비례관계가 요구되는 원칙을 말하며, 과잉금지의 원칙이라고도 한다.²⁶⁴⁾ 이러한 개념은 넓은 의미에서의 비례성원칙을 말하는 것이며 이러한 광의의 비례성원칙의 구체적 내용에는 적합성원칙, 필요성원칙, 상당성원칙이 포함된다. 먼저 적합성원칙(Geeignetheit)은 행정기관이 취하는 조치 또는 수단은 그가 의도하는 목적을 달성하는데 적합할 것을 요구하는 원칙으로,²⁶⁵⁾ 목적과 수단 사이에 인과관계가 존재하는 경우에 이러한 적합성이 인정된다.²⁶⁶⁾ 필요성원칙(Erforderlichkeit)은 목적달성에 적합한 수단 가운데서 관계자에게 가장 적은 피해를 줄 수 있는 수단을 선택하여야 하는 원칙으로 최소침해의 원칙이라고도 한다.²⁶⁷⁾ 마지막으로 상당성원칙(Angemessenheit) 내지 협의의 비례성원칙(Verhältnmäßigkeit i. e. S.)은 행정조치가 일정한 목적달성을 위하여 적합하고 필요한 경우에도 그로 인한 불이익이 그로부터 초래되는 이익보다 큰 경우에는 그 조치를 취해서는 안된다는 원칙을 말한다.²⁶⁸⁾

나. 경찰관직무집행법 제11조상 비례성원칙

무기사용의 근거 및 요건을 규정하고 있는 경찰관직무집행법 제11조는 명시적으로 비례성원칙이라는 용어를 사용하고 있지는 않지만, 이러한 비례성원칙의 표현으로 볼 수 있는 문언을 여러 형태로 사용하고 있다. 즉 동법 제11조 본문에서 ‘…… 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우에는 …… 필요한 한도내에서’ 무기를 사용할 수 있도록 하고 있는데, 이러한 표현은 비례성원칙의 구체적 내용을 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

263) 김남진, 전제서, 262면 이하. ; 김영훈, 경찰권의 근거와 한계, 사법행정, 1990 / 10, 52면.

264) 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대 법학박사학위논문, 1992, 145면.

265) 김남진, 경찰권발동의 근거와 한계, 40면.

266) 임현소, 전제논문, 26면. 적합성을 충족시키는 수단은 여러 개가 존재할 수 있으나, 목적달성에 무용한 조치나 불가능한 조치는 적합성의 요건을 충족하지 못한다.(서정범, 전제논문, 151면)

267) 김남진, 상계논문, 40면.

268) 김남진, 상계논문, 41면.

먼저 ‘필요하다고 인정되는’은 총기사용이 열거된 목적달성에 적합한 경우를 의미하는 것으로 적합성원칙을 표현한 것으로 이해할 수 있다. 따라서 총기사용이 목적달성에 무용하거나 총기를 사용하더라도 목적달성이 불가능한 경우에는 총기를 사용할 수 없게 된다. 다음으로 ‘필요한 한도내에서’는 필요성원칙을 표현한 것으로 이해할 수 있다. 즉 총기사용이 목적달성에 적합하더라도 다른 수단에 의하여 목적달성이 가능한 경우에는 총기를 사용해서는 안되며, 총기사용이 꼭 필요한 경우에도 최소한의 침해를 가하는 한도내에서만 총기를 사용할 수 있게 된다. 독일의 경우 각 주의 경찰법이 총기사용에 앞서서 총기사용의 계고를 규정하고 있고 이러한 계고에 있어서는 먼저 구두에 의한 수하를 하고 이에 의하여 목적달성이 불가능한 경우에 경고사격을 할 수 있는 것으로 해석하고 있으며 또한 물건에 대한 총기사용으로 목적달성이 불가능한 경우에 한하여 사람에게 대한 총기사용을 허용하고 있다.²⁶⁹⁾ 이러한 규정들은 필요성원칙의 표현으로서 우리 경찰관직무집행법에는 이러한 규정을 두고 있지 않지만 필요성원칙의 내용으로서 마찬가지로 요건의 준수가 요구된다고 볼 수 있다. 총기사용시 5대안전수칙 제4호에서 발사시 상대방에게 경고를 할 것과 제2탄까지 공포를 발사할 것을 요구하는 것은 바로 이러한 요청에 따른 것으로 볼 수 있다.

한편 ‘상당한 이유가 있을 때’라는 규정은 상당성원칙 내지 협의의 비례성원칙을 표현한 것으로 볼 수 있다. 따라서 총기사용이 목적달성을 위하여 필요한 경우에도 그로 인한 피해가 목적달성에 의해 얻을 이익보다 더 큰 경우에는 총기를 사용할 수 없게 된다. 독일 각 주의 경찰법이 14세 미만의 유소년이나 무고한 제3자에 대한 총기사용을 금지하고, 예외적으로 생명이나 신체에 대한 위협을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에 한하여 총기사용을 허용하고 있는 것은²⁷⁰⁾ 이러한 상당성원칙을 나타내는 것인데, 명문의 규정이 없는 경찰관직무집행법에 있어서도 상당성원칙을 근거로 하여 마찬가지로의 제한이 인정되어야 할 것이다. 그밖에 다중에 대한 총기사용의 제한도 동일한 맥락에서 파악할 수 있는데, 이에 대하여는 아래의 총기사용의 객관적 요건 중 소요행위자에 대한 총기사용 규정을 검토하면서 구체적으로 언급하기로 하겠다.

269) 제2장 비교법적 고찰 중 독일부분 참조.

270) 제2장 비교법적 고찰 중 독일부분 참조.

한편 경찰관직무집행법 제11조 단서에서는 사람에게 대하여 위해를 가할 수 있는 총기 사용의 요건을 열거하고 있는데 이러한 개별적 규정 속에서도 비례성원칙의 표현을 발견할 수 있다. 우선 개별적으로 열거된 ‘중대한’ 상황에서만 사람에게 대하여 위해를 가할 수 있도록 한 것은 상당성원칙의 구현으로 볼 수 있다. 다음으로 단서 제1호 내지 제3호에서 ‘…… 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때’에 한하여 무기를 사용할 수 있도록 한 것은 비례성원칙 중 보충성원칙과 상당성원칙을 규정한 것으로 이해할 수 있다. 여기서 최소침해의 원칙이 명문화되지 않았기 때문에 단서의 경우에는 이러한 원칙의 적용이 없는 것이 아니냐는 의문이 있을 수 있으나 이미 본문에서 무기사용의 일반적 요건으로 적합성원칙, 필요성원칙, 상당성원칙을 내용으로 하는 비례성원칙을 규정하고 있기 때문에 단서의 경우에도 당연히 이러한 세가지 원칙이 적용된다고 보아야 할 것이다. 단서 제4호의 간첩에 대한 총기사용의 경우에 비례성원칙에 대한 언급이 전혀 없기 때문에 마찬가지로 문제가 제기될 수 있지만 마찬가지로 이 경우에도 비례성원칙이 적용되는 것으로 해석하여야 할 것이다.²⁷¹⁾

이상에서 우리 경찰관직무집행법에 있어서도 명문의 규정에 의해 또는 해석상으로 비례성원칙이 인정되는 것을 살펴보았다. 다만 비례성원칙 자체가 다소 추상적인 성격을 갖는 것이기 때문에 총기사용과 관련한 전형적인 상황을 예상하여 보다 구체적으로 명문의 규정을 두는 것이 바람직할 것이다. 독일의 많은 주의 경우처럼 법률에서 명문의 규정을 두는 방법도 좋지만 입법기술상 바람직하지 않다고 생각되는 경우에는 시행령이나 시행규칙에서 규정하는 방법도 고려해 볼 수 있을 것이다.

3) 사람에게 위해를 가져올 수 있는 무기의 사용 - 제11조 단서

지금까지는 일반적인 무기사용의 요건을 살펴보았다. 이제는 사람에게 위해를 가져올 수 있는 무기의 사용의 요건을 검토하여 본다. 이러한 무기의 사용은 현실적으로 무척 중요하고 또 사람의 생명과 신체에 결정적인 영향을 미칠 수 있기 때문에 경찰의 무기사용에 관한 연구에 있어서 핵심적인 부분이라고 하여도 지나치지 않을 것이다. 우선 사

271) 보다 자세한 것은 아래에서 同號에 대한 검토를 하면서 언급하기로 한다.

람에게 피해를 주는 경찰관의 총기사용은 과연 필요한가 만약 필요하다면 그로 인한 불이익은 무엇인가 하는 점들을 살펴보아야 한다. 그러한 바탕 위에서 무기사용의 한계를 합리적으로 설정할 수 있을 것이기 때문이다. 총기사용에 따른 이익과 손해의 대조표는 다음과 같을 것이다.

<표 19> 피해를 수반하는 총기사용의 장단점 분석

	긍정적 측면(장점, 이익)	부정적 측면(단점, 손해)
총기 사용시	<ul style="list-style-type: none"> - 자기 또는 타인의 법익보호 - 도주 범인의 체포 - 공권력의 신뢰확보, 유지 - 공무집행의 효율성담보 	<ul style="list-style-type: none"> - 범인의 생명, 신체의 침해위험 - 제3자의 생명, 신체의 침해위험 - 재산상의 손해발생 위험 - 공중의 심리적 불안 - 생명경시풍조의 만연

(1) 총기사용의 긍정적 측면

사람의 생명, 신체에 피해를 가져올 수 있는 무기사용은 분명히 사회적으로 위험한 행위이다. 그러한 무기의 사용으로 사람의 생명, 신체라는 법익을 침해할 위험성이 증대되기 때문이고, 실제 많은 경우 법익침해의 결과가 발생하기 때문이다. 여기에서 사람의 생명, 신체라고 할 때는 제3자와 경찰관의 생명, 신체는 물론 범인의 생명과 신체를 포함할 수 있기 때문이다. 그렇다면 이러한 무기의 사용을 완전히 금지하는 것은 불가능한가. 이에 대하여 어떠한 결론을 내리기 위하여는 사람에게 피해를 가져올 수 있는 무기의 사용을 통하여 우리가 얻을 수 있는 것은 무엇인가를 먼저 살펴보아야 할 것이다.

가. 자기 또는 타인의 법익보호

첫째, 자기 또는 타인의 법익을 보호하기 위한 정당방위의 경우이다. 국가는 기본적으로 국민 개개인의 생명과 신체, 재산 등의 법익을 보호할 책무를 갖는다. 그러한 작용의 직접적 담당자는 경찰이므로 자기 또는 타인의 법익보호라는 긍정적 요소는 어쩌면 너무나 당연할지도 모른다. 그러나 여기서의 법익보호라는 것은 일반적, 추상적 기능이 아

나라 구체적 상황에서 현재의 불법행위에 대한 정당한 법익의 보호를 의미한다.

형법상 모든 개인은 자기 또는 타인의 법익을 보호하기 위하여 정당방위를 할 수 있다. 경찰관도 한 개인으로서 정당방위를 할 수 있음은 물론이다. 이때 정당방위를 위한 수단은 대개의 경우 제한되어 있다. 사전에 범행을 모의하고 경우에 따라서 흉기, 무기 등의 위험한 물건을 사용하여 계획된 시간, 장소에서 범죄를 실행하는 범죄자에 대하여 일반인이 현장에서 정당방위를 한다는 것은 대부분의 경우에 있어서 성공하기 어렵다. 경우에 따라서 격렬한 저항으로 범죄의 완성을 지연시키고 다른 사람의 도움을 요청함으로써 위기를 모면하거나 아니면 현장에서 탈출하는 것이 가장 효과적일 수 있다. 그러나 이 또한 범행장소가 인적이 드문 한적한 곳이거나 또는 살상무기로 중무장한 대규모의 조직범죄가 개입된 경우 대도시의 한길에서조차도 일반인이 도저히 손 쓸 수 없는 상황에서 버젓이 범죄가 저질러지기도 한다. 이러한 경우 불법을 억제하고 법익을 보호하기 위하여 사람에게서 위해를 가져올 수 있는 무기의 사용이 고려되지 않을 수 없다. 고도의 살상력을 갖고 있는 무기는 무기사용자의 숫자가 범죄자에 비하여 상대적으로 열세라고 할지라도 대단히 효과적으로 불법행위를 억지할 수 있기 때문이다. 이처럼 무엇보다도 무기의 사용은 현장에서의 범행추진력²⁷²⁾보다 범행억제력²⁷³⁾이 상대적으로 약한 상황에서 결정적인 범행억제력을 갖게 할 수 있다.

그러나 무기의 사용은 이러한 극단적인 경우에만 고려되는 것은 아니다. 사람의 생명 또는 신체에 치명적인 위해를 줄 수 있는 무기의 사용은 범행억제력이 범행추진력보다 큰 경우에도 일정한 경우 정당화될 수 있다. 즉 무기사용을 배제하고도 범행억제는 가능하나 그를 위하여 상당한 정도의 비용 내지는 손실이 예상되는 경우이다. 이러한 경우 불법한 행위자를 보호하기 위하여 적법한 행위자가 막대한 손해를 입는 결과를 방지할 수는 없기 때문이다. 그러므로 비살상적 방법을 통한 범행억제가 현실적으로 불가능하거나 또는 범행억제가 가능하긴 하나 범행억제력 측의 많은 희생이 예견되어 무기를 사용하지 않는 범행억제가 상당히 곤란한 경우 무기의 사용은 허용된다.

272) 범행추진력이란 범인과 공범이 범죄를 실행하여 기수에 도달하려고 하는 심리적, 물리적, 환경적 힘의 총체를 말한다.

273) 범행억제력이란 범인과 그 공범의 불법을 저지하는 경찰, 제3자, 그리고 피해자 자신의 심리적, 물리적, 환경적 힘의 총체를 말한다.

위에서는 불법 대 정법의 상황, 즉 정당방위 상황에서 무기의 사용이 갖는 요구되는 사정, 또는 긍정적 측면에 대하여 살펴보았다. 무기의 사용을 정당화하는 또다른 사정은 긴급피난의 경우이다. 법익에 대한 현재의 위난이 존재하는 경우 법익을 보호하기 위하여 일정한 경우 다른 법익을 침해하는 것은 형법상 위법성이 조각되는 긴급피난에 해당한다.²⁷⁴⁾ 그러나 부정 대 정의 관계인 정당방위와 달리 정 대 정의 관계인 긴급피난은 보다 엄격한 요건을 요구하게 된다.²⁷⁵⁾ 긴급피난에서는 무엇보다도 균형성과 보충성이 문제된다. 이는 경찰관이 무기를 사용하는 경우에도 마찬가지일 것이다.

나. 범인의 체포, 도주의 방지

자기 또는 타인의 법익보호는 현재의 위법한 침해에 대하여 법익을 보호하는 데 그 중점이 있다. 이와 달리 범인의 체포, 도주의 방지는 이미 발생한 과거의 불법 및 장래의 가능한 범죄의 예방과 관련되어 있다. 범인의 체포라고 할 때 ‘범인’은 일반적으로 해당범행의 현재성이 결여되어 있는 경우를 말한다. 범행이 미수에 그쳤던 아니면 이미 기수에 도달하여 완성되었건 간에 범인의 체포라고 할 때 범인은 현재 더 이상 범죄를 실행하고 있지 않은 경우를 가리킨다는 것이다. 그렇기 때문에 범인의 체포라고 할 때는 현재 진행되고 있는 불법을 억제함으로써 범익침해를 방지하려는 자기 또는 타인의 법익보호와는 구별된다.

그렇다면 무기사용과 범인의 체포와의 관련성이 문제된다. 범인체포는 일반적으로 범인의 인지와 인지된 범인의 검거라는 단계를 거친다. 범인의 인지라는 전단계는 수사와 관련된다. 누가 범인인지를 모르는 경우 도대체 체포 자체가 문제될 수 없으므로 범인의 체포는 우선 수사수준의 향상과 연관이 있다. 그러나 모든 범죄에서 범인의 인지가 수사와 관련되는 것은 아니다. 수사가 선행하지 않고도 범인의 체포가 문제되는 경우가 바로 그러한 경우로써 예를 들면, 현행범 체포와 준현행범 체포가 있다. 현행범이란 범행의 도중 또는 직후에 있는 자를 말하고, 준현행범이란 범인으로 호창(呼唱)되어 추적되고 있는 때, 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고

274) 김일수, 형법총론, 278면; 이재상, 전계서, 121면; 이형국, 형법총론, 182면.

275) 김일수, 형법총론, 283면 이하; 이재상, 전계서, 219면; 이형국, 전계서, 185면.

있는 때, 신체 또는 의복류에 현저한 증적(證迹)이 있는 때, 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 때를 말한다(형사소송법 제211조). 이러한 급박한 상황에서 범인의 체포는 인지된 범인의 신병확보와 동일한 의미가 된다. 영장집행의 경우 또는 긴급구속(체포)의 경우에는 어느 정도의 수사가 진전되어 범인을 인지할 수 있게 된 경우를 가리킨다고 할 수 있다.

이제 마지막으로 무기의 사용이 특정범인의 신병확보 가능성을 제고시키는가 하는 문제를 다루어야 한다. 이 문제는 이론적이기보다는 다분히 실무적이다. 경험적으로 도주하고 있는 범인에 대하여 무기를 사용함으로써 범인의 신병확보 가능성이 높아진다고 할 수 있다. 무기를 사용하여 범인을 체포한(사망에 이르게 한 경우를 포함하여) 사례는 종종 보고되고 있지만 무기를 사용하였기 때문에 범인을 놓친 경우는 아직 보고되지 않았으며 그러한 경우를 상상하기도 어렵기 때문이다.

다. 공무집행의 신뢰 및 효율성 확보

무기가 효과적으로 사용될 경우 무기사용은 공무집행에 대한 신뢰를 상승시킬 수 있다. 무기를 사용하여 범익침해를 방지하고 시민을 보호하거나 도주하는 범인을 정확하게 적중시켜 체포하는 일련의 과정은 시민의 생명과 기본권을 보호하는 국가의 능력에 대한 믿음을 제고시킬 것이기 때문이다.

또한 적절한 무기사용은 공무집행의 효율성을 확보하여 능률적인 집행을 가능하게 할 것이다. 과학적 장비와 무기의 보급은 경찰인력의 대체효과를 가질 수 있다. 보다 적은 인원으로 보다 큰 효과를 거둘 수 있다. 적절한 무기사용으로 범죄진압 또는 범인체포에 소요되는 시간, 비용을 절감함으로써 전체적인 효율성도 확보하게 될 것이다.

(2) 총기사용의 부정적 측면

가. 범인에 대한 무기의 사용 - "비사법적 제재"

앞에서는 무기사용이 갖는 긍정적 측면, 장점에 관하여 살펴보았다. 여기에서는 이와 대비되는 무기사용의 부정적 측면, 단점을 검토한다. 우선 사람의 생명, 신체에 위해를

줄 수 있는 무기사용을 통하여 범인의 생명, 신체에 대한 침해위험 즉, 위해가 발생하게 된다는 점이 문제이다. 범인도 헌법상의 기본권을 향유하는 국민이며 일정한 경우 법원에 의한 재판을 통하여 형벌 기타의 불이익을 받을 뿐이다. 그러므로 범인조차도 사형에 의하지 아니하고는 생명권을 향유한다. 그런데 개인의 생명권이 재판을 통한 사형에 의하지 않고도 고의로 침해되는 것이 정당화되는 경우가 있는데 형법상 정당방위가 바로 그러한 경우이다.²⁷⁶⁾ 그러므로 자기 또는 타인의 법익을 보호하기 위하여 특히 생명에 대한 침해를 방위하기 위하여 범인의 생명을 침해하여야 하는 정당방위의 경우를 제외하고는 범인의 생명의 박탈은 허용되지 않는다.

이러한 점에서 도주하는 범인을 체포하기 위하여 범인을 사살하는 것은 허용되지 않을 것이다. 범인체포를 목적으로 총기를 사용할 때 그러한 총기의 사용은 목적달성에 필요한 범위 내에서만 사용되어야 한다. 범인체포를 위한 목적달성에 필요한 범위의 무기 사용은 '도주능력의 제거'가 그 상한일 것이다. 도주하는 범인의 다리 기타 하퇴부를 적중시켜 더 이상 도주할 수 없도록 도주능력을 제거하여 체포하는 것이 필요한 범위 내의 비례성 있는 무기사용의 예가 될 것이다.

그러므로 무기사용시 경찰은 아주 예외적으로 생명의 박탈이 허용되는 정당방위 상황을 논외로 한다면, 생명의 박탈을 제외한 보다 낮은 정도의 침해만이 허용된다. 신체의 침해를 통한 공격능력의 제거, 또는 도주 능력의 제거 등이 그러한 예가 될 것이다. 이는 다시 말하면 경찰은 그러한 허용되는 범위의 침해만을 의도하여야 정당화될 수 있다는 것을 의미한다. 그 범위를 초과하는 정도의 침해를 의도하여 무기를 사용한 경우 그러한 행위는 비례성, 필요성이 부존재하므로 정당화되지 않을 것이기 때문이다.

그러나 지금까지의 설명은 경찰이 자기가 의도한 목표물을 정확히 적중시킬 수 있다는 전제하에서나 가능한 것이다. 현실에 있어서 경찰의 사격술은 완벽하지 못하다. 더구나 움직이는 물체를 향한 사격은 더욱 그렇다. 실제에 있어서 경찰이 사살보다 경한 범위 내의 필요한 침해를 의도하였다고 하여도 사격상의 부정확성으로 인하여 그러한 무기의 사용으로 범인의 생명이 침해될 위험은 엄연히 존재한다. 그러므로 사살보다 경한 정도의 공격능력의 제거, 긴급피난행위, 도주하는 범인에 대한 도주능력의 제거를 위한

276) 긴급피난의 경우 생명의 침해는 정당화되지 않고 예외적으로 책임이 조각될 수 있을 뿐이다(이재상, 전제서, 220면).

무기사용에 있어서도 범인 또는 무기사용의 상대방은 오발로 인하여 생명을 잃을 수도 있다는 상당한 정도의 심리적 압박과 위협을 느끼게 되고 또 실제 그러한 결과가 발생하기도 하는 것이다.²⁷⁷⁾ 이러한 점에서 오발 또는 과실 사격의 가능성을 필연적으로 수반하고 있는 무기의 사용은 상대방에 대하여 형벌의 제재로 인한 위하 못지 않은 위하를 부여하게 된다.

또한 총기가 적절하게 정확히 사용된다고 할지라도 범인은 신체의 침해라는 손해를 감수하여야만 한다. 도주하던 중 경찰의 총에 맞아 도주능력의 상실하여 체포된 범인의 경우 다리의 관통상이라는 고통을 겪어야만 한다. 범행의 방지 또는 범인의 체포, 도주의 방지라는 과정에서 발생한 이러한 범인의 신체상의 손해는 통상의 형사절차의 밖에 존재한다. 범인은 결코 적지 않은 손해를 입었음에도 불구하고 그러한 손해는 범죄의 성립여부에 아무런 영향을 미치지 못하며 원칙적으로 양형에 있어서도 참작할 만한 사유가 되지 않을 것이다(형법 제51조 참조). 그러므로 범인의 신체상의 피해는 통상의 형벌에 대하여 '부수적인 또는 추가적인 제재'에 해당할 수 있다. 이러한 점에서 볼 때 범인에 대한 무기의 사용은 그 자체로 하나의 제재이며 정상적인 사법절차를 통하여 사법 결정에 의한 제재가 아닌 행정기관으로써의 경찰관의 제재라는 점에서 "비사법적 제재"로서 기능하게 된다.²⁷⁸⁾

나. 오발의 위험 - 무고한 제3자의 희생

또한 총기사용은 무고한 제3자의 희생을 초래할 수 있다. 첫번째 가능한 실수는 범인을 오인하는 것이다(일종의 객체의 착오). 경찰관이 직접 사건 현장을 목격하지 않은 경우 이러한 범인착오의 가능성은 더욱 커진다. 단순히 경찰관에 대하여 도주하는 것만으로 그 사람을 범인이라고 단정할 수 없으며, 또한 타인에 의하여 범인이라고 호칭되고 있다고 하여 범인이라고 단정할 수도 없는 것이다. 그렇지 않을 가능성은 언제나 존재한다. 최근 수원에서 발생한 사건은 이러한 위험성이 결코 이론적인 것이 아니라 실제로

277) 잘못된 총기사용으로 경찰관이 사후에 처벌이나 징계를 받게 되리라는 기대는 사망의 위협에 직면하고 있는 범인에게는 부차적일 것이다.

278) Alpert & Smith, Running Rampant: The imposition of Sanctions and the Use of Force Against Fleeing Criminal Suspects, 80 Geo.L.J., 2175, 2177.

발생가능하다는 것을 웅변하고 있다. 두번째 가능성은 정확한 목표물을 맞추지 못하는 것이다(일종의 방법의 착오). 경찰관이 인식한 상대방이 범인이라고 할지라도 도주하고 있는 또는 범행을 실행하고 있는 범인을 정확히 맞추기란 쉽지 않은 일이다. 이러한 사격상의 방법의 착오로 인하여 범죄와는 아무런 관계도 없는 무고한 제3자가 희생될 수 있다는 점은 총기사용의 또다른 중요한 문제점이다.²⁷⁹⁾

이러한 제3자의 희생은 경우에 따라 다양하게 나타날 수 있다. 예를 들어 범인이 대중 속에 있는 경우 제3자의 희생의 위험은 대단히 높을 것이다. 이러한 점에서 대중에 대한 총기의 사용은 원칙적으로 규제되고 있다. 반대로 아무도 없는 시골의 밤거리에서는 무고한 제3자의 희생의 가능성은 거의 없을 수 있을 것이다. 그외에 많은 요소들이 무고한 제3자가 희생될 가능성에 영향을 미치는 인자로 등장할 수 있다. 그러나 여기에서 중요한 것은 무고한 제3자의 희생을 최소화하지 않으면 안된다는 것이며 경찰관의 총기사용을 규제함에 있어서 하나의 중요한 요소로써 고려되어야 한다는 것이다.

다. 기타의 손해

총기의 사용으로 인한 기타의 사회적 손해는 재산상의 침해가능성을 들 수 있다. 이는 넓게는 제3자의 희생가능성에 포함될 수 있으나 경우에 따라서는 개인의 재산에 대한 침해를 넘어서서 국가나 공공단체의 재산이 피해를 볼 수도 있기 때문이다.

또한 공중의 불안도 사회적 불이익의 하나에 포함될 수 있다. 빈번한 총기의 사용은 국민의 안전감에 손상을 줄 수 있다. 한밤중에 울려퍼지는 총소리가 얼마나 사람을 놀라게 하는 가는 길게 논할 필요도 없을 것이다. 흉악한 범죄의 증가에 따른 불가피한 결과로서 총기의 사용은 피할 수 없겠지만, 그렇지 않은 경우 단순히 총기의 빈번한 사용은 범죄에 대한 막연한 불안감이 증가되고 총기사용의 잠재적 피해자로서 국민의 안전감이 약화될 것이다. 나아가 사회적으로 폭력의 용인과 생명경시풍조가 만연할 가능성도 배제할 수 없다.

(3) 사람에게서 위해를 주는 총기사용의 특별요건

위에서 사람에게서 위해를 주는 총기사용이 가져오는 사회적, 개인적 불이익, 단점에 대

279) 이에 대하여는 본 보고서 오발사고로 인한 희생자의 통계 참조.

하여 살펴보았다. 장단점의 조화를 위해서는 과연 어떠한 요건하에서 어느 정도의 총기사용을 인정할 것인가 하는 것이다. 이에 대하여 경찰관직무집행법 제11조 단서의 요건을 중심으로 살펴보도록 한다. 다만 이의 해석에 있어서는 앞에서 본 긍정적 측면과 부정적 측면을 충분히 고려하여 균형있는 해석이 되도록 하여야 할 것이다.

위해의 수반이 허용되는 무기의 사용에 대하여 경찰관직무집행법 제11조는 정당방위, 긴급피난 및 일정한 요건에 해당하는 경우를 예시하고 있다.

가. 정당방위

경찰관직무집행법 제11조 단서는 형법상의 정당방위에 해당될 때에는 사람에게 위해를 주는 무기의 사용을 허용하고 있다. 그러나 형법상 정당방위의 일반론과 비교하여 본 조에서의 정당방위를 어떻게 해석할 것인가에 관하여 몇 가지 문제점이 존재한다. 우선 첫째 재산적 법익에 대한 정당방위의 문제, 둘째, 사회적, 국가적 법익을 보호하기 위한 정당방위의 문제, 셋째 보충성의 원칙의 여부이다.

첫번째 문제에 있어서, 일반적으로 정당방위는 재산적 법익을 보호하기 위하여도 가능한 것으로 이해되고 있다. 따라서 자신 또는 타인의 재산을 보호하기 위하여 필요한 경우 정당방위도 정당화된다.²⁸⁰⁾ 다만 일정한 경우 사회윤리적 제한이 있을 뿐이다.²⁸¹⁾ 그렇다면 본조의 정당방위에서도 재산권을 보호하기 위하여 가능한가 문제되는데, 부정하여야 할 것이다. 경찰관직무집행법 제11조의 구조에서 언급하였듯이 동조 본문은 경찰관의 총기사용의 일반적 요건을 규정하고 있고, 단서는 그 중 특히 사람에게 위해를 주는 총기사용의 특별요건을 규정하고 있다. 그런데 동조 본문은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 목적으로 규정하고 있으므로 자기 또는 타인의 생명 또는 신체에 대한 방호를 목적으로 할 때에만 총기의 사용을 인정하고 있다. 본문의 경우 타인의 재산권도 포함할 수 있을 것인가에 대하여 견해가 갈린다고 하였으나 엄격히 해석함이 옳다고 보았다. 그러므로 단서조항에서도 마찬가지로 재산권을 보호하기 위하여 사람의 생명이나 신체를 침해할 수 있는 총

280) 김일수, 전게서, 271면; 이재상, 전게서, 202면; 이형국, 전게서, 179면 참조.

281) 김일수, 전게서, 272면 이하; 이재상, 전게서, 206면 이하; 이형국, 전게서, 179면.

기의 사용은 금지된다고 해석하여야 할 것이다.

다음 일반적으로 형법상의 정당방위에서는 개인적 법익을 보호하기 위한 행위가 아닌 사회적, 국가적 법익을 보호하기 위한 정당방위는 부정되고 있다. 그러나 경찰관직무집행법상의 정당방위에서 사회적, 국가적 법익을 위한 정당방위가 인정될 수 있는지 문제이다. 정당방위 일반론과 마찬가지로 타인의 법익에는 국가, 사회공공의 적극적인 생활이익에 대한 법익도 당연히 포함된다는 견해가 있다(공정설).²⁸²⁾ 그러나 정당방위 일반론에서도 사회적, 국가적 법익을 포함할 것인가에 대하여는 다툼이 있으므로 정당방위 일반론에서 직접 경찰관직무집행법상 정당방위의 적용대상에 대한 결론을 도출시키기는 곤란할 것이다.²⁸³⁾ 이에 따라 경찰관직무집행법상 무기사용의 정당화사유인 정당방위의 대상으로서 국가적, 사회적 법익을 포함시킬 것인가에 대하여 경찰이 공공의 질서를 담당하는 주체라는 점에서 포함될 수 있는 이유가 되나, 본조의 정당방위가 경찰관의 생명, 신체에 위해를 주는 무기사용에 관한 것이라는 점에서는 엄격하게 해석하여야 한다는 견해(엄격제한설)가 있다.²⁸⁴⁾ 이 엄격제한설은 사회적, 국가적 법익을 분류하여 보호법익에 대한 방위의 필요성의 정도가 낮아 본 위해의 수반이 허용되는 무기사용이 허용되지 않는 경우가 있다며 단순한 경제질서교란범에 대하여는 위해를 수반하는 무기를 사용할 수 없지만, 대규모 방화범에 대하여는 위해수반의 무기사용이 정당화될 수 있다고 한다.²⁸⁵⁾ 엄격제한설의 입장에 기본적으로 동의한다. 위해를 수반하는 무기의 사용은 생명, 신체를 보호하기 위하여 사용하여야 하며 그 범위를 초과할 때에는 남용의 위험이 있다. 따라서 사회적, 국가적 법익의 문제에 있어서도 사회적, 국가적 법익이 개인의 생명, 신체의 보호와 밀접한 관련을 갖는 경우에는 위해를 수반하는 무기의 사용이 허용되고 그렇지 않고 단순히 재산권과 관련되는 사회적, 국가적 법익의 경우에는 위해를 수반하는 무기사용이 허용되지 않는다고 해야 할 것이다. 따라서 방화죄(형법 제164조 이

282) 이기호, 60면.

283) 일반적으로 정당방위에서는 국가적, 사회적 법익에 대한 방위행위는 원칙적으로 인정되지 않는다. 다만 국가소유의 건물 또는 물건에 대한 경우와 국가의 존재에 관한 명백하고 중대한 위협에 직면하여 국가가 그 기관에 의하여 스스로 보호조치를 취할 수 있는 여유가 없는 예외적인 경우 국가적 법익을 보호하기 위한 정당방위도 허용된다고 한다(이재상, 전거서, 203면).

284) 장영민/박기범, 195면.

285) 장영민/박기석, 196면.

하), 폭발물파열죄(형법 제172조), 일수죄(형법 제177조 이하)와 같이 직접 사람의 생명, 신체에 위험을 가져올 수 있는 행위에 대하여는 사회적, 국가적 법익에 속하는 범죄라 할지라도 위해를 수반하는 무기를 사용할 수 있다고 할 것이다.

개인적 법익을 위한 정당방위의 경우에도 일반적인 경우의 정당방위와 비교하여 상당성 판단기준을 엄격화해야 한다는 견해가 있다.²⁸⁶⁾ 경찰관의 정당방위는 사람에게 위해를 주는 무기의 사용을 수반하고 있으며, 경찰은 위험상황에 대비하여 항상 여러 가지 대응방안을 강구하고 있고 경찰은 공인으로서의 책임이 있기 때문에 어느 정도의 보충성은 요구된다는 것이다. 그러나 이 견해는 정당방위에서 보충성이라는 요건은 인정하기 어려울 뿐 아니라, 어느 정도의 보충성이 어떤 기준에서 판단될 수 있는 것인지 불명확하기 때문에 찬동하기 어렵다. 상당성 판단에 있어서 필요성 판단과 최소수단의 원칙²⁸⁷⁾을 엄격히 적용함으로써 경찰의 총기남용으로 인한 피해는 억제될 수 있을 것이다.

나. 긴급피난

무기사용을 통해 사람에게 위해를 입힐 수 있는 또 하나의 요건으로 긴급피난이 있다. 형법 제22조 1항의 긴급피난 법리가 원칙적으로 여기에도 적용된다. 긴급피난은 정당방위와는 달리 위법하거나 부당한 위난에 한정되는 것은 아니다. 긴급피난에 있어서는 부정 대 정의 관계가 아니라 정 대 정의 관계이므로 요건은 정당방위에 비하여 더 엄격하다.

긴급피난행위로 인정되어 위법성이 조각되기 위하여는 객관적으로 보충성, 상당성, 균형성이 요구된다. 보충성은 피난행위가 아니면 위난을 피할 수 없는 상황이어야 함을 말한다.²⁸⁸⁾ 균형성은 보호될 이익과 위협에 처해있는 이익 사이에 균형성이 있어야 한다는 원칙이다.²⁸⁹⁾ 이러한 원칙들에 비추어 볼 때 사람에게 위해를 주는 무기사용을 통한 긴급피난은 사람의 생명과 신체를 보호하는 경우에 한하여 허용될 수 있을 것이다. 그리고 보호하려는 법익은 침해하는 법익보다 본질적으로 우월하여야 할 것이다.²⁹⁰⁾ 타인의 생명을

286) 장영민/박기석, 196면.

287) 김일수, 전계서, 271면; 이재상, 전계서, 204면; 이형국, 전계서, 179면.

288) 김일수, 전계서, 283면; 이재상, 전계서, 219면; 이형국, 전계서, 186면.

289) 김일수, 전계서, 284면; 이재상, 전계서, 219면; 이형국, 전계서, 186면.

구하기 위하여 무고한 제3자의 생명을 침해하는 긴급피난은 사람의 생명이 절대적인 가치를 가지므로 법익균형에서 본질적 우월성을 인정할 수 없으므로 정당화될 수 없다.²⁹¹⁾

다. 중범인의 체포와 이를 위한 경찰관의 직무집행에 항거할 때

사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대해 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위한 경우에도 허용된다(경찰관직무집행법 제11조 1호).

대상범죄는 형소법 제260조의 긴급구속을 할 수 있는 대상과 같다. 여기서의 형은 법정형을 말한다. 의심할 만한 충분한 이유라 함은 객관적으로 당시의 상황, 상대방의 태도, 항거나 도주의 행태 등을 고려해 볼 때 위에 열거한 형종에 해당할 만한 현저한 혐의가 있는 경우를 말한다. 이에 관하여는 형사소송법 제260조 1항 긴급구속의 상당한 이유와 비교해 볼 때 혐의의 정도에 차이가 없다는 견해가 있다.²⁹²⁾ 이에 반하여 단순히 구속하는 것과 무기사용을 통한 신체위해를 야기하는 결과에 대한 요건을 동일하게 파악할 수는 없을 것이므로 충분한 이유라고 표현한 것은 개연성의 정도를 높인 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.²⁹³⁾ 긴급구속과 위해를 수반하는 무기사용의 부당한 결과에 대한 회복가능성을 살펴보면 무기사용의 경우가 보다 보전이 곤란한 경우라고 할 수 있을 것이다. 그러므로 그 사용요건에 있어서 보다 신중을 기하도록 해석되어야 한다고 생각된다.

직무의 집행이라 함은 일반적으로 상술한 범인을 체포하는 직무를 의미하지만 현행범인일 경우에는 그 범행을 제지하는 경우도 포함된다. 항거란 경찰관의 적법한 직무집행을 적극적으로 방해하거나 저항 또는 거부함으로써 그 집행의 목적달성을 불가능 또는 곤란하게 하는 것을 말한다.

290) 김일수, 전계서, 284면; 이재상, 전계서, 219면; 이형국, 전계서, 186면.

291) 김일수, 전계서, 285면; 이재상, 전계서, 220면. 다만 예외적으로 기대불가능성에 의하여 책임에 영향을 미칠 수는 있을 것이다.

292) 이기호, 61면.

293) 장영민/박기석, 198면.

무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때란 무기사용에 관한 보충성의 원칙을 말한다. 따라서 위의 요건이 모두 갖추어진 경우에도 다른 수단으로 목적을 달성할 수 있으면, 무기사용이 허용되지 않는다. 결국 무기사용은 최후의 수단이라고 할 수 있다.

입법론적으로 본조의 합리성에는 의문이 있다. 즉 범인의 체포, 도주의 방지를 위하여 위해를 수반하는 무기사용을 허용하는 요건인 “사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄”라는 기준에 대하여 지나치게 광범위하다는 비판이 가능하다. 본조의 본문과 단서 및 각호를 체계적으로 해석하여 보면 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄란 사회적, 국가적 법익에 대한 죄를 포함하여 형량을 기준으로 위해를 수반한 무기사용의 허용여부를 규정한다고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 해석에 따르면 본조의 요건에 해당되지 않는 범죄는 극소수에 불과하게 된다. 국기국장의 비방(형법 제106조), 외국의 국기국장모독죄(109조), 다중불해산죄(116조), 직무유기(122조), 도주죄(145조), 간통죄(241조) 등 죄와 개인적 법익에 대한 죄에서 과실상해(266조), 과실치사(267조), 낙태죄(269조), 영아유기죄(272조), 혼인빙자간음죄(304조), 명예훼손죄(307조), 모욕죄(312조), 업무상과실장물죄(364조) 등 극히 일부의 죄만이 그 범위에 해당하지 않는 것이다.

그러나 앞에서 보았듯이 범인에 대한 무기의 사용은 일종의 “비사법적 제재”에 해당한다. 그러므로 이러한 제재는 헌법 제12조 1항의 적법절차의 원칙과 과잉금지원칙에 위배되지 않아야 한다.²⁹⁴⁾ 즉 도주하는 범인에 대한 사격은 당해 범인이 생명의 위협에 처하여 만에 하나 생명을 잃는 사태가 발생한다고 하여도 그 결과를 정당화할 수 있을 만한 불법이 행하여진 경우에만 위해를 수반하는 무기의 사용이 허용된다는 것이다. 그런데 본조의 요건에 의하면 위증죄(형법 제152조), 무고죄(156조), 문서위조죄(225조 이하), 신용훼손죄(313조) 등의 죄와 사기죄, 횡령, 배임죄 등의 재산에 대한 죄의 경우 그러한 정도의 고도의 불법이 존재한다고 보기 어렵다.²⁹⁵⁾ 그러므로 폭력범죄나 강력범죄 등으로 범죄유형을 구체화하여 무기사용의 요건을 규정하는 방향으로 본조를 개정하여야 할 것이다.

294) 헌재결 1992.4.14, 90헌마82; 헌재결 1992.12.24, 92헌가8; *Tennessee v. Garner*, 105 S.Ct. 1694, 1699-1701 참조.

295) *Tennessee v. Garner*, 105 S.Ct. 1694, 1703 참조.

라. 영장집행

구속영장과 압수, 수색영장을 집행할 때 상대방의 도주 및 항거를 방지하기 위한 수단으로서의 무기사용에 대하여는 경찰관직무집행법 제11조 2호에 규정되어 있다. 범죄혐의에 대한 사법적 판단을 거친 영장의 집행이라는 점에서 독립적 무기사용의 요건으로 규정되어 있는 것이다. 여기에서의 영장집행이라 함은 적법한 절차에 따라 법관이 발부한 영장을 말한다. 따라서 긴급구속시에는 영장이 없으므로 본호에 해당하지 않고 경우에 따라서 제1호가 성립될 뿐이다.

이 경우에 있어서도 단순히 영장집행의 원활을 기하기 위해서 무기사용이 이루어져서는 아니되고, 필요성, 보충성, 균형성이 요구된다고 하겠다. 무기사용의 대상은 제1호에서 본 바와 같다.

마. 위험한 물건 소지 범인의 경우

범인 또는 소요행위자가 무기, 흉기 등 위험한 물건을 소지하고 경찰관으로부터 3회 이상의 투기명령 또는 투항명령을 받고도 이에 불응하면서 계속 항거하여 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 경우이다.

여기에서의 범인이란 현행범과 준현행범을 말한다. 따라서 무기, 흉기는 소지하고 있지만 현재 범죄를 범하고 있지 않은 경우라든가 과거에 범죄를 범하고 현재 수배중에 있을 뿐인 경우에는 본조의 요건에 해당하지 않는다.²⁹⁶⁾ 또한 현행범이라 할지라도 무기를 소지하고 있지 않은 때에 본 요건에 포함되지 않음은 물론이다.

소요행위자라 함은 형법상의 소요죄(제115조), 집회및시위에 관한 법률 위반 등에 의한 소요에 가담한 자를 말한다. 즉 다중이 집합하여 폭행 또는 손괴 등의 소요행위를 직접 하거나 이를 지휘하고 있는 자를 말한다. 다만 여기에서 무기사용의 대상이 되는 자는 소요행위가담자 전체가 아니라 직접 무기, 흉기 등 위험한 물건을 소지한 자에 한한다. 따라서 소요행위의 주모자나 가담자라 할 지라도 무기 등을 소지하지 않은 자에 대하여는 무기사용이 허용되지 않는다. 또한 무기를 소지하고 있더라도 소요행위와 무관한 경우 무기사용이 허용되지 않음은 물론이다.

296) 장영민/박기석, 전계서, 200면.

무기, 흉기 등 위험한 물건이라 함은 인명의 살상 및 중요재산을 파훼할 수 있는 능력을 가진 도구를 말한다. 본래의 제작동기나 용도만을 기준으로 위험한 물건이 판단되는 것은 아니고 당시 사용용도에 따라 위험한 물건이 될 수 있다.

소지라 함은 목적물을 사실상 지배하에 두는 것을 말한다. 따라서 위험한 물건을 현실적으로 사용하고 있는 경우는 물론이고, 현실적으로 사용될 가능성이 높은 상태에 있거나 직접적으로 신체에 부착되어 있거나 아주 가까운 위치에 있어서 사용될 위험성이 있는 경우에도 소지라고 할 수 있다. 따라서 저장, 은닉, 진열하여 당장 사용할 수 없는 경우에는 여기에서의 소지라고 할 수 없다. 손에 쥐고 있는 경우, 자기 몸에 숨긴 경우, 아주 근접한 거리에 있는 경우 등이 여기에 해당한다.

3회 이상의 투기명령 또는 투항명령에 있어서 3회 이상이란 3회 이상의 투기 기회가 주어지는 것을 말한다. 따라서 투기할 시간의 간격없이 연속적으로 투기명령을 하는 경우에는 다만 1회의 투기명령이 될 뿐이다. 투기라 함은 소지한 무기, 흉기 등 위험한 물건의 점유를 포기하는 것을 말한다. 투항이라 함은 일체의 공격행위나 위험한 상태의 야기를 포기하고 항복하는 것을 말한다.

불응이라 함은 점유계속의 의사를 명백히 하는 것을 말한다. 따라서 형법 제116조의 다중불해산죄의 경우 3회이상의 해산명령을 받고 해산하지 않으면 기수에 이르는 것과 달리 3회의 투기명령에도 불구하고 점유계속의 의사가 명백히 드러난 경우에 한해서만 신체위해를 수반하는 무기사용이 가능하다고 볼 것이다. 항거라 함은 경찰관의 무기의 점유배제나 체포 등 질서유지행위에 대해 적극적으로 대항하거나 소극적으로 거부하는 일체의 행위를 말한다.

바. 대간첩작전의 경우

본호는 단순한 질서유지차원을 넘어 국가안보에 관련되는 대간첩작전 수행에 있어서의 무기사용에 관한 내용으로서 그 요건도 다른 요건에 비하여 완화되어 있다. 이는 대간첩작전의 목적이 국가안보에 있다는 점, 무장간첩은 전쟁용 무기로 중무장하고 있다는 점, 특수훈련으로 단련되어 있어서 일단 도주하게 되면 다시 체포하기가 거의 불가능하다는 점 등에서 차이가 있기 때문이다. 판례도 대간첩작전에서 위해를 수반하는 무기사용의 허용범위가 확대된다고 보고 있다.²⁹⁷⁾

그러나 무장간첩에 대하여 총기사용의 허용요건이 완화된 것은 적과 대치하고 있는 긴박한 한반도의 사정을 감안한 것으로 무장간첩에 대한 무기사용에 국한하여 엄격히 적용되어야 할 것이다. 실제 작전수행과정에서 무고한 내국인이 희생될 수도 있다는 점을 고려하여 적절한 수준에서 그 확장범위를 제한할 필요가 있을 것이다.

4. 무기사용의 주관적 요건

위에서 살펴본 총기사용의 객관적 요건이 구비된 경우에, 다시 주관적 요건이 요구되는지, 요구된다면 그 구체적 내용은 무엇인지가 문제된다. 이는 정당화를 위해 요구되는 주관적 요건 즉 주관적 정당화요소의 요부 및 내용의 문제를 의미하게 된다.

1) 고의에 의한 총기침해행위에서의 주관적 요건

(1) 주관적 요건의 필요성

위법성조각 내지 정당화를 위하여 정당화의 객관적 요건 이외에 주관적 요건이 구비되어야 한다는 점에 대하여는 오늘날 대부분 학설이 동의하고 있다. 물론 객관적 불법론 내지 결과반가치론의 입장에서 주관적 정당화요소의 필요성을 부정하는 견해도 존재한다.²⁹⁸⁾ 그러나 불법의 본질에 관하여 인적 불법론을 수용하는 한 구성요건 영역에서만만 아니라 위법성 영역에서도 주관적 요건이 구비되어야 완전한 위법성조각을 인정할 수 있을 것이다. 즉 구성요건영역에서 적극적으로 기초지위인 결과반가치와 행위반가치가 위법성영역에서 각각 결과가치와 행위가치에 의하여 상쇄되어질 때 비로소 불법 내지

297) 대판 1968.4.23, 67다2964.

298) D. Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 72ff. ; G. Spindel, Gegen den Verteidigungswillen als Notwehrrfordernis, FS-Bockelmann, 1979, S. 250. ; 植松正, 刑法概論 I(總論), 1974, 167面. ; 日高義博, 偶然防衛, 現代刑法論爭 I, 1983, 131面 ; 차용석, 형법총론강의 I, 1988, 430면 이하.

위법성이 조각될 수 있는 것이다. 즉 객관적인 정당화상황에 의하여 결과반가치가 상쇄 되더라도 행위자가 범죄의 고의를 가지고 이를 실현한 이상 잔존하는 행위반가치에 의하여 적법한 것이 될 수 없고 이것이 적법한 것으로 평가받기 위하여는 행위자에게 그러한 고의를 상쇄할 수 있는 주관적 요건이 요구되는 것이다.²⁹⁹⁾ 이러한 사정은 정당행위로서 총기사용의 경우에도 예외가 될 수 없고 따라서 객관적으로 총기사용이 정당화되는 상황이 존재한다 하더라도, 총기사용시 갖고 있는 침해의 고의가 이에 대응하는 주관적 요소에 의하여 상쇄될 때 비로소 완전한 정당화 내지 위법성조각이 인정될 수 있을 것이다.

(2) 주관적 요건의 내용

총기사용에 의한 침해가 정당화되기 위하여 주관적 요소가 필요하다 하더라도 그 구체적 내용이 무엇인가 하는 문제가 다시 제기된다. 이와 관련하여 종래 정당방위 등을 중심으로 전개된 주관적 정당화요소의 내용에 대한 논의는 어느 정도 참고가 될 수 있을 것이다. 즉 이에 관한 종래의 학설은 정당화 상황에 대한 인식으로 족하다는 입장(인식설), 이러한 인식적 요소 이외에 방위의 의사나 목적 등과 같은 의사적 요소가 필요하다는 입장(의사설), 인식적 요소와 의사적 요소를 요구하되 이 때의 의사적 요소는 정당화상황 ‘때문에’ 정당화행위를 한다는 원인동기로서 족하다는 입장(원인동기설) 등이 주장되고 있다. 생각건대 구성요건고의가 인식적 요소와 의사적 요소의 결합으로 이루어진 것이라면 이를 상쇄하는 역할을 하는 주관적 정당화요소도 마찬가지로 정당화상황에 대한 인식이라는 인식적 요소와 정당화행위를 하려는 의사적 요소의 결합으로 이루어져야 할 것이다. 마찬가지로 총기사용에 의한 침해가 정당화되기 위하여는 총기사용이 허용되는 객관적 상황에 대한 인식 이외에 도주의 방지, 생명이나 신체의 보호, 공무방해의 억제 등과 같은 총기사용의 목적도 아울러 가지고 있어야 한다. 예컨대 도망하는 범죄인을 발견한 경우에 도주방지의 목적으로만 총기의 사용이 가능하고 과거의 개인적인 복수목적으로는 그 사용이 허용될 수 없는 것이다.

299) Roxin, Strafrecht AT, §14 Rn. 93. ; 김일수, 전게서, 582면; 배중대, 전게서, ; 이재상, 전게서, 196면.

2) 과실에 의한 총기침해행위에서의 주관적 요건

총기사용시 과실에 의하여 침해가 발생한 경우에 이것이 정당화되거나 위법성이 조각되기 위하여 고의에 의한 침해의 경우와 마찬가지로 주관적 요소를 필요로 하는지가 문제된다. 독일의 경우 이에 관한 본격적인 논의의 단서를 제공한 것은 1949년 12월 7일의 프랑크푸르트 주상급법원(OLG Frankfurt)의 판결이었다. 즉 서독의 국경경비경찰이 동독으로 탈주하는 자에 대하여 명중시킬 의도없이 단지 경고사격만을 할 생각으로 총을 발사하였으나 총탄이 도주자에 명중하여 그를 사망케 하였다. 이 때 경비경찰의 사살행위는 객관적으로는 총기사용의 요건이 구비되어 정당한 것으로 평가되었으나 주관적으로 과실이 존재하여 그 정당화여부가 문제되었고, 프랑크푸르트 주상급법원은 정당화내지 위법성조각이 인정되기 위하여는 객관적 요소와 주관적 요소가 함께 요구되는데 결과발생에 대한 인식이 없는 과실범의 경우에는 고의범에서와 같은 주관적 정당화요소가 존재할 수 없기 때문에 정당화가 인정될 수 없다고 판시하였다.³⁰⁰⁾ 이 사건을 계기로 과실범의 정당화요건으로 주관적 요소의 필요성 또는 그 내용에 대하여 다양한 입장이 개진되었는데, 크게 다음과 같은 네가지 입장으로 대별해 볼 수 있다. 첫째 위의 프랑크푸르트 주상급법원처럼 과실범의 경우에는 주관적 정당화요소가 존재할 수 없으므로 정당화를 인정할 수 없다는 입장이 있고,³⁰¹⁾ 둘째 객관적인 정당화요건의 충족 여부에 의하여만 과실범의 정당화를 판단하려는 입장으로서 그 주된 논거는 과실범에서 결과요소의 중요성과 미수범처벌규정의 결여를 들고 있다.³⁰²⁾ 세번째 입장은 일원적·인적 불법론을 근거로 오로지 주관적인 정당화행위의 의사에 의하여만 정당화가 인정될 수 있다는 주장이고,³⁰³⁾ 네번째 입장은 과실범의 정당화를 위하여는 객관적 요건과 주관적 요건이 동시에 요구된다는 입장으로서, 여기에는 다시 주관적 요소의 내용에 대하여 정당화상황에 대한 인식으로 족하다는 입장, 인식적 요소 이외에 정당화행위에 대한 의사

300) OLG Frankfurt, NJW 1950, S. 119ff.

301) Maurach, Schuld und Verantwortung, 1948, S. 27.

302) R. Scmitt, Subjektive Rechtfertigungselement bei Fahrlässigkeitsdelikten?, Jus 1963, S. 68. ; Inhalt und Funktion des Handlungswertes in Rahmen der personalen Unrechtslehre, FS-Maurach, 1972, S. 51, 65.

303) Zienlinski, Handlungs- und Erfolgsunrecht im Unrechtsbegriff. 1973, 162ff.

를 요구하는 입장, 인식적 요소와 원인동기라는 의사적 요소를 요구하는 입장 등이 대립한다.³⁰⁴⁾ 생각건대 과실범의 정당화가 인정되기 위하여도 구성요건영역에서 결과반가치와 행위반가치에 의하여 형성된 불법이 상쇄될 필요가 있으며 따라서 우선 객관적 정당화요건이 구비될 것이 요구된다. 그리고 과실범의 행위반가치인 과실 즉 결과의 인식가능성 또는 회피가능성에 상응하는 주관적 요소는 정당화상황의 인식가능성이 될 것이고 이러한 인식가능성이 존재하는 경우에는 정당화를 인정할 수 있게 될 것이다.

3) 착오에 의한 총기침해 : 정당화기준으로서 의무합치적 심사

객관적으로는 총기사용의 요건이 구비되지 않은 상황에서 경찰관이 요건이 구비된 것으로 오인하고 총기를 발사하여 침해의 결과를 발생시킨 경우 어떻게 처리할 것인지가 문제된다. 이 경우는 오상방위 등에서처럼 위법성조각사유의 전제사실에 관하여 착오가 있는 것으로서 오상정당행위 또는 오상총기사용이라고 할 수 있다. 이에 대하여 다른 정당화사유와 차별하지 않고 일반적인 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 문제로서 취급하려는 입장과 경찰관의 총기사용처럼 허용된 위협에 기초하고 있는 위법성조각사유에 있어서는 다른 위법성조각사유의 경우와는 달리 의무합치적 심사라는 요건을 추가적으로 요구하여 그 법적 효과를 판단하려는 입장이 대립하고 있다.

먼저 의무합치적 심사라는 기준의 도입을 부정하는 입장에 의하면, 오상에 의한 공무집행행위의 경우에도 객관적인 정당화요건의 존재와 그에 대한 주관적 인식이 있어야 정당화를 인정할 수 있다고 한다.³⁰⁵⁾ 이러한 입장에 의하면 총기사용의 객관적 요건이 존재하

304) 독일판례의 경우 위의 프랑크푸르트 주상급법원의 판결과 같이 과실범에서 정당화를 부정하는 것도 있지만 대부분 판결은 객관적 요건 이외에 방위위사 등과 같은 주관적 요건이 구비되는 경우에 정당화를 인정하고 있다. 즉 피고인이 자기보다 체력이 우월한 자로부터 공격을 받자 공격자를 명중시키지 않고 단지 위협만을 할 생각으로 권총을 발사하였는데, 이것이 피고인의 생각과는 달리 공격자의 넓적다리에 명중한 사건에서 함부르크 주상급법원은 피고인에게 객관적 정당화요건 이외에 방위위사를 인정할 수 있으므로 정당화를 인정할 수 있다고 하였다.(OLG Hamm, NJW 1962, 1169) 또한 피고인이 상대방으로부터 공격을 받자 공격자의 접근을 막으려고 칼날을 그를 향하게 하여 위협을 가하였는데 공격자가 발이 미끄러지면서 칼에 찔려 사망한 사건에서, 연방대법원은 역시 과실범의 정당방위에 있어서 중요한 것은 방위행위의 의사이지 사망 내지 부상의 결과에 대한 인식은 중요한 것이 아니라는 이유로 정당방위를 인정하였다.(BGH bei Dalliger, MDR 1958, S. 12)

305) Rudolphi, Die pflichtmäßige Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift-

지 않는에도 존재하는 것으로 오인한 경우는 법적으로 특별히 취급되는 것이 아니라 위법성 조각사유의 전제사실에 관한 착오의 한 형태로서 다루어지게 된다. 이러한 입장과는 달리 경찰관의 총기사용 등과 같은 공무집행행위는 허용된 위험을 기초하는 정당화사유로서 이러한 경우에는 의무합치적 심사라는 기준이 주관적 정당화요소로서 추가적으로 요구된다는 견해가 주장된다. 예컨대 검사나 사법경찰관의 현행범체포에 있어서 객관적으로 현행범체포의 요건이 존재하지 않는 경우에도 공무원이 의무에 충실하게 사태를 판단하여 체포한 이상 사후적으로 충분한 범죄혐의 등 현행범체포의 요건이 구비되지 않은 것이 확인되더라도 국가기관의 착오의 특권(Irrtumsprivileg des Staates)에 의하여 정당화를 인정할 수 있다고 한다.³⁰⁶⁾

행위자가 의무에 합치하여 신중하게 정당화요건을 인정한 이상 객관적으로 요건이 구비되지 않더라도 처벌되지 않는다는 점에서는 학설간에 차이가 없다. 그러나 의무합치적 심사를 부정하는 입장에 의하면 불법고의나 과실의 배제 또는 책임조각이 인정되는 반면 의무합치적 심사를 긍정하는 입장에 의하면 위법성이 조각된다는 점에서 체계상 차이가 존재한다.³⁰⁷⁾ 또한 행위자가 경솔하게 행위한 경우 의무합치적 심사를 부정하는 입장에 의하면 과실범에 의한 처벌 또는 책임감경이 문제되지만 의무합치적 심사를 긍정하는 입장에 의하면 고의범으로서 처벌되게 된다.

생각건대 총기사용과 같은 허용된 위험에 기초하고 있는 정당화사유에 있어서는 결과적으로는 정당화요건이 결여되어 결과반가치가 확인되더라도, 정당화요건의 존부가 일반적으로 불확실한 상황에서 행위자가 추구하는 목적이나 그에 의하여 보전되는 이익의 중요성을 감안하여 의무에 충실한 검토를 전제로 법익의 침해를 허용하는 것이라는 점에서 다른 정당방위 등과 같은 다른 정당화사유와는 구별하여 의무합치적 심사라는 기준을 도입하여 법적 효과를 판단할 필요가 있다고 본다. 또한 오상에 의한 총기사용에서

Schröder, 1978, S. 91. ; 김일수, 전게서, 676면. ; 신양균, 주관적 정당화요소에 대한 검토, 성시탁교수 화갑기념논문집, 1993, 232면 이하.

306) Jescheck, aaO, S. 315. ; Schmidhäuser, aaO, 6/127. ; 심현섭, 주관적 정당화요소 소고, 송전대논문집 제3집, 1971, 396면. ; 양화식, 주관적 정당화요소 소고, 법조 1990/12, 57면 이하.

307) 우리 대법원은 명예훼손죄에서 형법 제310조에 의한 위법성조각의 경우 상당한 이유가 있는 한 위법성이 조각되는 것으로 일관되게 판시하고 있다(대판 1962. 5.17, 4294 형상 12, 대법원형사판결등본철 15-139 ; 대판 1993. 6. 22, 92도3160, 법원공보 1993, 2190). 이러한 판례의 입장은 의무합치적 심사라는 기준을 받아들일 때 무리없이 이해할 수 있다고 생각한다.

의무합치적 심사를 부정할 경우 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 문제로 처리하게 되는데 이 경우 처벌흡결의 문제가 발생할 우려가 있다. 즉 행위자가 경솔하게 정당화요건을 오신한 경우 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에 있어서 다수설인 제한적 책임설이나 법효과제한적 책임설에 따를 경우 고의범에 의한 처벌이 배제되고 과실범처벌의 문제가 남게 되는데 과실범에 대한 처벌은 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 가능하므로 처벌흡결이 발생할 여지가 많다.³⁰⁸⁾ 그러나 의무합치적 심사이론에 따를 경우 경솔한 판단에 의해 정당화사유를 인정한 경우 고의범에 의한 처벌이 가능하므로 이러한 처벌흡결의 문제는 발생하지 않는다는 점에서도 의무합치적 심사의 기준을 정당화요건으로 인정할 필요가 있다고 생각한다. 우리 경찰관직무집행법 제11조 본문에서 ‘…… 사태를 합리적으로 판단하여 ……’라는 표현은 바로 이러한 의무합치적 심사 즉 사태를 의무에 충실하게 판단하여 무기를 사용할 것을 요구하는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

5. 소 결

경찰관의 총기사용의 법적 성질에 있어서 범죄의 예방과 진압을 위한 총기사용이 행정경찰작용에 해당하고, 범죄의 수사와 관련된 총기사용은 사법경찰작용에 해당한다. 구체적으로 경찰관직무집행법 제11조에서 생명, 신체의 방호를 위한 총기사용은 행정경찰작용에 속하고, 범인의 체포, 도주의 방지를 위한 총기사용은 사법경찰작용에 속하며, 공무집행에 대한 항거의 억제는 양자의 성질을 함께 갖는 것으로 볼 수 있다. 이때 사법경찰작용으로서 총기사용은 형사소송법상 강제처분의 방법이라는 데 대하여는 이론이

308) 경찰공무원이 객관적으로는 정당화요건이 존재하지 않는데 착오로 그것이 존재한다고 생각한 경우에 그것이 의무에 충실한 검토의 결과에 의한 경우는 類似危險(Anschein)이라 하고, 경솔한 판단에 의한 경우를 추측위험(Putativgefahr, Scheingefahr)이라 한다. 전자에 해당하는 경우를 어떤 집에서 총소리와 다급한 구조요청의 소리가 나는 것을 듣고 야간순찰중인 경찰관이 그 집에 강제적으로 침입하였으나 실은 연극 연습을 하는 중이었다면 전자에 해당하고, 어떤 사람이 창문의 유리를 깨는 것을 본 경찰관이 그 사람을 주거침입절도로 체포하였으나 실은 그 사람이 깨진 유리를 갈아끼우기 위해 온 유리 가게 직원인 경우가 후자에 해당한다고 볼 수 있다.

있을 수 없고, 총기사용을 포함한 강제적인 수단에 의한 처분을 하는데 있어서는 강제처분법률주의, 영장주의 등의 규율에 따르게 된다.

경찰관의 총기사용에 의하여 국민의 법익 내지 기본권이 침해되거나 침해될 위험이 존재하므로 법률유보 그중에서도 특히 침해유보의 원칙에 따라 총기사용은 법률에 의한 근거를 요구하게 된다. 총기사용의 경우는 이로 인한 기본권침해의 위험이 중대하므로 개별적인 경우에 구체적으로 그 근거 및 요건, 한계를 규정하는 것이 요구되며 이러한 요청에 따른 것이 경찰관직무집행법 제11조이다. 경찰관의 총기사용에 대하여 경찰관직무집행법에 의한 행위, 즉 정당행위로 위법성을 조각시키는 배경에는 허용된 위험의 법리가 작용하고 있다. 즉 정당화요건의 존재 여부가 일반적으로 불확실한 상황에서 행위자가 추구하는 목적이나 그에 의하여 보전되는 이익의 중요성을 감안하여 객관적으로 정당화요건이 구비되지 않은 경우라도 일정한 요건 하에 법익침해를 정당화하려는 이론이 허용된 위험의 이론이며, 여기에서 중요한 것은 행위자가 정당화요건의 존재 여부에 대하여 의무에 합치하는 심사를 다하였는가에 있다.

경찰관의 총기사용을 정당화하는 경찰관직무집행법 제11조 본문은 무기사용의 일반요건을 규정한 것이고, 단서는 특수한 요건하에서 사람에게 위해를 주는 무기사용의 권한을 부여한 특별규정이 된다. 그러므로 사람에게 위해를 주는 무기의 사용은 제11조의 본문과 단서를 모두 충족시키는 상황에서만 정당화된다고 할 것이다.

경찰관의 무기사용은 일정한 목적을 달성하기 위한 수단일 경우에만 허용된다. 이를 목적성이라고 할 수 있다. 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 방호를 위해 필요한 때, 공무집행에 대한 항거를 억제하기 위해 필요한 때 등이다. 이 중 공무집행에 대한 항거라는 요건에 대하여는 재고의 여지가 있다. 통설은 본조의 공무집행을 일반적 의미의 강제적 공무집행으로 파악하나 이 때에도 여전히 불명확한 여지가 남아있다. '강제성'을 행정기관에 의한 제재력의 유무로 이해할 경우에는 사실상 모든 행정행위가 포함될 수 있기 때문이다. 또한 강제성을 실력적 행정행위의 의미로 파악할 경우에도 그 범위가 지나치게 광범위하기 때문이다. '공무집행에의 항거'라는 개념은 지나치게 추상적이고 광범위하여 국민의 기본권보장과 과잉입법금지의 원칙에서 볼 때 위헌의 소지가 있다고 보여진다. 따라서 헌법에 합치되는 해석을 위하여 본조의 공무집행이라 함은 경찰관직무집행법 제2조에 규정되어 있는 직무의 범위로 한정하고 그 중

에서도 특히 국민의 생명, 신체의 보호와 직결되는 직무집행을 위한 강제적 성격의 직무로 한정하여야 한다고 본다. 경찰관 이외의 공무원이 직무집행을 위하여 무기의 사용이 필요한 경우는 구체적 사정에 따라 개별법으로 규정하는 것이 법적 안정성과 합리적 적용을 위하여도 바람직하다고 할 것이다.

이외에도 경찰관의 총기사용이 정당화되기 위한 요건으로 비례성이 요구된다. 비례성 원칙이란 행정주체가 실현하고자 하는 목적과 그 목적달성을 위한 수단 사이에 합리적인 비례관계가 유지되어야 한다는 원칙 또는 특정 행위에 의하여 침해되는 이익과 그로 인하여 증진되는 이익 사이에 비례관계가 요구되는 원칙을 말하며, 과잉금지 원칙이라고도 한다. 다만 비례성원칙 자체가 다소 추상적인 성격을 갖는 것이기 때문에 총기사용과 관련한 전형적인 상황을 예상하여 보다 구체적으로 명문의 규정을 두는 것이 바람직할 것이다. 독일의 많은 주의 경우처럼 법률에서 명문의 규정을 두는 방법도 좋지만 입법기술상 바람직하지 않다고 생각되는 경우에는 시행령이나 시행규칙에서 규정하는 방법도 고려해 볼 수 있을 것이다.

사람에게 위해를 가져올 수 있는 무기사용은 보다 엄격한 요건에서 허용되고 있다. 범인의 신체상의 피해는 통상의 형벌에 대하여 '부수적인 또는 추가적인 제재'에 해당할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 볼 때 범인에 대한 무기의 사용은 그 자체로 하나의 제재이며 정상적인 사법절차를 통하여 사법결정에 의한 제재가 아닌 행정기관으로써의 경찰관의 제재라는 점에서 "비사법적 제재"로서 기능하게 된다. 또한 총기사용시에는 무고한 제3자의 희생을 최소화하지 않으면 안된다는 것이며 경찰관의 총기사용을 규제함에 있어서 하나의 중요한 요소로써 고려되어야 한다.

정당방위와 관련하여 경찰관이 재산권을 보호하기 위하여 무기를 사용할 수 있는지 문제되거나, 재산권을 보호하기 위하여 사람의 생명이나 신체를 침해할 수 있는 총기의 사용은 금지된다고 해석하여야 할 것이다. 사회적, 국가적 법익의 문제에 있어서도 사회적, 국가적 법익이 개인의 생명, 신체의 보호와 밀접한 관련을 갖는 경우에는 위해를 수반하는 무기의 사용이 허용되고 그렇지 않고 단순히 재산권과 관련되는 사회적, 국가적 법익의 경우에는 위해를 수반하는 무기사용이 허용되지 않는다고 해야 할 것이다. 따라서 방화죄(형법 제164조 이하), 폭발물파열죄(형법 제172조), 일수죄(형법 제177조 이하)와 같이 직접 사람의 생명, 신체에 위험을 가져올 수 있는 행위에 대하여는 사회적, 국가적

법익에 속하는 범죄라 할지라도 위해를 수반하는 무기를 사용할 수 있다고 할 것이다.

사형 또는 장기3년 이상의 범인의 체포를 위하여 무기를 사용할 수 있도록 한 본조는 입법론적으로 의문이 있다. 즉 범인의 체포, 도주의 방지를 위하여 위해를 수반하는 무기사용을 허용하는 요건인 “사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄”라는 기준에 대하여 지나치게 광범위하다 비판이 가능하다. 본조의 본문과 단서 및 각호를 체계적으로 해석하여 보면 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄란 사회적, 국가적 법익에 대한 죄를 포함하여 형량을 기준으로 위해를 수반한 무기사용의 허용여부를 규정한다고 볼 수 있기 때문이다. 폭력범죄나 강력범죄 등으로 범죄유형을 구체화하여 무기사용의 요건을 규정하는 방향으로 본조를 개정하여야 할 것이다.

경찰관의 총기사용에 의한 침해가 위법성조각 내지 정당화되기 위하여는 이상과 같은 객관적 요건 이외에 주관적 요건이 구비되어야 한다. 객관적으로 총기사용이 정당화되는 상황이 존재한다 하더라도, 총기사용시 갖고 있는 침해의 고의가 이에 대응하는 주관적 요소에 의하여 상쇄될 때 비로소 완전한 정당화 내지 위법성조각이 인정될 수 있다. 생각건대 총기사용과 같은 허용된 위협에 기초하고 있는 정당화사유에 있어서는 결과적으로는 정당화요건이 결여되어 결과반가치가 확인되더라도, 정당화요건의 존부가 일반적으로 불확실한 상황에서 행위자가 추구하는 목적이나 그에 의하여 보전되는 이익의 중요성을 감안하여 의무에 충실한 검토를 전제로 법익의 침해를 허용하는 것이라는 점에서 다른 정당방위 등과 같은 다른 정당화사유와는 구별하여 의무합치적 심사라는 기준을 도입하여 법적 효과를 판단할 필요가 있다고 본다. 그렇지 않고 의무합치적 심사를 부정하면 오상에 의한 총기사용에서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 문제로 처리되게 되는데 이 경우 처벌흡결의 문제가 발생할 우려가 있다. 즉 행위자가 경솔하게 정당화요건을 오신한 경우 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에 있어서 다수설인 제한적 책임설이나 법효과제한적 책임설에 따를 경우 고의범에 의한 처벌이 배제되고 과실범처벌의 문제가 남게 되는데 과실범에 대한 처벌은 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 가능하므로 처벌흡결이 발생할 여지가 많다. 그러나 의무합치적 심사이론에 따를 경우 경솔한 판단에 의해 정당화사유를 인정한 경우 고의범에 의한 처벌이 가능하므로 이러한 처벌흡결의 문제는 발생하지 않는다는 점에서도 의무합치적 심사의 기준을 정당화요건으로 인정할 필요가 있다고 생각한다.

V. 총기사용의 구체적 사례에 대한 법적 검토

총기사용의 일반적 요건과 한계를 이론적으로 규명한다고 해도, 실제 사례에서 총기사용의 적법성을 어떻게 평가할 것인가에 대하여는 보다 구체적 타당성의 견지에서 세밀하게 살펴볼

필요가 있다. 여기서는 II의 6.에서의 사례를 기초로 법적 분석을 피하고자 한다.

1. 단순도주자에 대한 체포목적의 총기사용에 대한 검토

경찰관의 총기사용건수가 가장 많고 또 가장 논란이 많은 유형이 바로 단순도주자에 대한 총기사용이라고 할 수 있다. 이 유형의 총기사용은 검문불응도주에 대한 총기사용과 구별이 모호할 수도 있다. 그러나 여기서는 우선 범인에 대한 총기사용을 검토해 보도록 하겠다.

[사례 A-1]은 집대문앞에 은신하고 있다가 경찰관인 이○의 명령에 따라 순순히 손을 들고 나오면서 경찰 이○에게 어떠한 공격을 가함이 없이 그대로 도주하는 피해자에 대하여 권총을 발사하여 총상으로 현장에서 사망케 한 사건이다. 이 사건에서 대법원은 위와 같은 총기 사용은 “현재의 부당한 침해를 방지하거나 현재의 위난을 피하기 위한 상당성 있는 행위라고 볼 수 없는 것으로서 범인의 체포를 위하여 필요한 한도를 넘어 무기를 사용한 것”이라고 하여 국가의 손해배상책임을 인정하였다.³⁰⁹⁾

[사례 A-2]는 음주운전에 무면허로 승합차를 주차시키려다 다른 차를 충격하여 수리

309) 대판 1991.5.28, 91다 10084.

비 금 72,800원을 요하도록 손괴한 범인을 경찰관이 검문하려는 순간 그가 도망가자 그 도망가는 모습으로 보아 틀림없이 차량절도일 것으로 믿고 추격하면서 1회경고하고 공포 1발을 발사하였으나 놓쳤고, 다시 범인을 발견하자 범인이 우측 팔꿈치로 경찰관의 가슴부위를 1회 치고 여전히 도망을 감으로 다리를 향하여 1회 권총을 발사하여 다리에 맞게 하여 상해를 입게 한 사건이다. 이 사건에서 대법원은 “원고[범인을 말함-필자주]가 체포를 면탈하기 위하여 항거하며 도주할 당시 그 항거의 내용·정도에 비추어 소지하던 가스총과 경찰봉을 사용하거나 다시 한 번 공포를 발사하여 원고를 제압할 여지가 있었다고 보여지므로, 경찰관이 그러한 방법을 택하지 않고 도망가는 원고의 다리를 향하여 권총을 발사한 행위는 경찰관직무집행법 제11조 소정의 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법행위라고 아니할 수 없다”고 판시하였다.³¹⁰⁾

이상의 사건에 대한 판례를 보면 단순도주범인에 대한 경찰관이 총기사용에 있어서 대법원은 ‘보충성의 원칙’을 상당히 엄격하게 해석하고 있는 것으로 보인다. 즉, 도주하는 범인을 체포할 수 있는 다른 방법이 있는 것으로 보이는 데도 총기를 사용하여 생명이나 신체를 침해하는 행위는 정당화될 수 없다는 것이다. 대법원이 보충성의 원칙을 통하여 도주범인에 대한 총기사용을 제한하고자 하는 의도는 앞에서 살펴본 바와 같이 도주범인에 대한 총기사용의 이익이 손해에 비하여 그리 크지 않다는 점이 고려된 것으로 생각된다. 판례는 이렇게 상대적으로 사회에 대한 위협이 적은 경우에 있어서 총기를 사용함으로써 피해자가 입은 손해를 경제적으로 국가가 배상해 주도록 한다는 측면에서 긍정적일 수도 있다. 그러나 공무원 개인에 대한 구상권, 또는 선택적 청구의 허용여부에서 볼 때 그러한 과실이 경과실인지, 아니면 고의나 중과실인지 결정하는 문제는 중요하며, 앞으로 문제가 될 수 있을 것이다. 반면 경찰관에 대하여 형사책임이 문제되지 않고 있는 것은 총기사용에 대하여 허용된 위협의 범리가 적용되고 있기 때문이 아닌가 한다.

[사례 A-3]는 오토바이 사고를 내고 달아나던 고교생을 뒤쫓던 시민을 경찰관이 범

310) 대판 1993.7.27, 93다9163.

인으로 오인하여 실탄을 쏘아 중상을 입힌 사건이다. 더욱이 이 경우는 경찰이 공포탄을 먼저 발사하도록 되어 있는 총기발사수칙을 지키지 않고 먼저 실탄을 발사한 것으로 밝혀졌다. 이 경우의 문제점은 다음과 같이 몇 가지로 정리될 수 있다. 첫째, '오토바이 사고'가 구체적으로 무엇인가, 경찰관직무집행법 제11조 제1호의 총기사용요건에 해당하는 범죄인가가 문제된다. 오토바이사고를 통하여 사람이 사망하거나 상해를 입었다면 업무상 과실치사상에 해당하므로 제11조 제1호의 객관적 요건에 해당될 것이나, 단순과실손괴의 경우라면 요건에 해당하지 않을 것이다. 둘째, 경찰이 시민을 범인으로 오인한 데에 과실이 있는가 하는 점이다. 합리적인 경찰관의 판단으로 시민을 범인으로 오인할 만한 사정이 있는지 검토되어야 할 것이다. 셋째는 총기사용의 규정을 준수하지 않고 총기를 사용한 점이다. 이러한 경우에도 허용된 위협의 범리가 적용될 수 있을지 의문이다. 이 경우 경찰관은 상해죄의 죄책을 질 수도 있을 것이다.

[사례 A-4]는 문방구에서 장난감을 훔치다 들켜 달아나던 맨손의 중학생(14세)에게 공포탄 3발을 쏘았는 데도 정지하지 않자 실탄을 쏘아 무릎을 관통하는 중상을 입힌 사건이다. 이 사건에서 특징적인 것은 우선 절도미수에 그친 범인의 나이이다. 범인은 다만 14세의 어린 미성년자였다. 그리고 그가 저지른 범행이란 것도 문방구에서 장난감을 훔치려고 한 정도의 미약한 불법이었음을 주의할 필요가 있다. 이 사건은 그 구조에 있어서 미국의 Garner 판결³¹¹⁾과 유사하다. 현행법상 절도미수도 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 범죄이고 미성년자에 대한 총기사용의 제한이 없는 것은 사실이다. 현행법상으로도 신체적으로 약한 미성년자에 대하여는 보충성의 원칙이 보다 엄격하게 적용되어야 할 것이다. 따라서 14세의 미성년자에게, 그것도 장난감을 훔치려던 소년에 대하여 단지 3발의 공포탄을 발사한 후 실탄을 쏘아 상해를 입힌 행위는 경찰관직무집행법에 의하여

311) 전술한 미국의 총기사용 참조.

정당화될 수 없는 총기사용이라고 아니 할 수 없다. 구두경고와 가스총의 사용 등을 통한 검거노력이 요구되어졌다고 할 것이다.

2. 검문불응에 대한 총기사용의 검토

검문에 불응하고 도주하거나, 음주측정을 거부하고 도주하는 사람에 대한 총기의 사용은 도주범인에 대한 총기사용과 구분될 수 있다.

[사례 B-1]는 검문을 피하기 위하여 갑자기 속력을 내어 도주한 사람을 경찰관이 승용차로 추격하여 일단 체포하였으나, 다시 순경의 앞가슴을 손으로 밀어 땅에 쓰러뜨린 다음 도주하자 추격하면서 정지하라고 소리치며 휴대중이던 권총을 사용하여 공포탄 2발을 발사한 후 다시 실탄 1발을 공중을 향하여 발사하였으나 김○이 계속 도주하므로 다시 그의 몸쪽을 향하여 실탄 1발을 발사한 결과 위 탄환이 도로의 땅바닥에 맞아 튀기면서 피해자의 후두부에 맞아 사망한 사건이다. 피해자는 후에 차량절도범임이 확인되었다. 대법원은 이에 대하여 “체포를 면탈하기 위하여 항거하며 도주할 당시 그 항거의 내용, 정도에 비추어 아무런 무기나 흉기를 휴대하고 있지 아니한 위 김○을 계속적으로 추격하든지 다시 한번 공포를 발사하는 등으로 위 망인을 충분히 제압할 여지가 있었다고 보여지므로, 위 김○가 그러한 방법을 택하지 않고 도망가는 위 망인의 몸쪽을 향하여 만연히 실탄을 발사한 행위는 경찰관직무집행법 제11조 소정의 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법행위라고 아니할 수 없다”고 판시하였다.³¹²⁾

이 사건에서 대법원은 경찰의 총기사용이 경찰관직무집행법 제11조의 허용범위를 넘어서는 위법행위라고 하면서 다시한번 보충성의 원칙을 제시하였다. 그러나 이 판결에서 대법원은 원고를 계속하여 추격하든지 다시 한 번 공포를 발사함으로써 원고를 제압할

312) 대판 1994.11.8, 94다25896.

수 있었을 것이라고 가정하고 있다. 그러나 가설적 평가에 기초하고 있는 보충성의 원칙은 최후에 적용되어야 하는 기준이라 할 것이다. 오히려 본 사건은 총기사용의 객관적 요건 자체가 충족되고 있는지 의심스러운 사례라고 할 수 있다. 원고는 경찰에 대하여 폭력을 행사하며 항거하였으므로 경찰관이 총기를 사용할 수 있는 요건이 갖추어진 것으로 일응 속단하기 쉽다. 그러나 이 사건을 다시 검토하여 보면 원고가 경찰관직무집행법 제11조 제1호가 규정하고 있는 “사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄”를 범하였는지 의심스럽다. 원고는 검문을 피하려고 속력을 내어 자동차를 운전하였다. 이러한 행위는 위법한 것이다. 그러나 이러한 행위는 “장기 3년 이상의 징역 또는 금고”에 해당하지 않는다. 따라서 단순한 검문불응자에 대하여 사람에게 위해를 줄 수 있는 총기를 사용하는 것은 처음부터 허용되지 않는다.

다음 경찰에 대하여 폭력을 행사하여 바닥에 쓰러뜨린 것이 폭행죄에 해당하는지 문제된다. 일반적으로 이러한 행위는 폭행죄에 해당할 것이다. 그러나 부당한 체포에 저항하는 목적이었다면 정당방위에 해당하여 위법성이 조각될 수 있을 것이다. 이러한 때에는 역시 총기사용 자체의 정당성이 문제될 수 있을 것이다.

[사례 B-2]은 음주단속을 피해 달아나려던 맨손의 대학생(19세)에게 운전석 너머 1.5m 거리에서 권총을 쏘아 팔에 관통상을 입힌 사건이다. 이 사건에서는 음주단속을 피하는 행위가 문제되고 있다. 피해자는 어떠한 폭력도 행사하지 않았고, 단지 음주단속을 거부하였을 뿐이다. 도로교통법 제107조의 2와 제41조에 의하면 음주운전이나 음주측정거부는 2년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금형에 처하도록 규정되어 있다. 따라서 단순음주측정거부 또는 측정거부를 위한 도주는 2년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금형에 해당하는 범죄이고 결국 경찰관직무집행법 제11조 1호가 요구하고 있는 “사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄”가 아니다. 그러므로 현행법상 단순음주측정거부에 대하여는 처음부터 사람에게 위해를 주는 총기를 사용할 수 없는 것이다. 이에 위반하여 무기를 사용하여 상해를 입힌 행위는 중과실 또는 고의의 상해죄에 해당한다고 하지 않을 수 없다.

3. 항거하는 범인의 체포과정에서 총기사용

[사례 C-1]는 강도가 순경 등 2명의 추격을 받자 흉기를 휘두르며 순경의 오른손 손가락을 찌른뒤 달아났다. 순경은 강도가 “따라오면 죽여버리겠다”며 계속 도주하자 공포탄 1발을 발사하며 추격, 격투를 벌이다 범인을 검거한 사건이다. 범인은 강도범이고 흉기를 휘둘러 순경에게 상해를 입혔으므로 경찰관직무집행법 제11조 제3호의 객관적 요건에 해당한다. 그러나 순경은 공포탄을 발사하였을 뿐 사람에게 위해를 주는 방식으로 무기를 사용하지 아니하였다. 그러므로 경직법 제11조 단서가 아니라 본문이 적용될 뿐이다. 경찰은 범인의 체포·도주의 방지를 위하여 총기를 사용하였고, 또 흉기로 저항하는 범인을 체포하기 위하여 총기의 사용은 불가피하였으므로 필요하고도 상당한 이유가 있는 경우라고 할 수 있다. 용감하고 헌신적인 범인체포 노력의 결과로 높이 평가할 수 있겠다.

[사례 C-2]는 순경이 음주측정 요구를 거부하며 행패를 부리던 김○를 공중에 공포탄 2발을 쏘 붙잡은 사건이다. 우선 음주측정거부에 대하여 총기를 사용할 수 있는가. 상당성이 없어 부정하여야 할 것이다. 그렇다면 행패를 부리는 사람에게 대하여 이를 제압하기 위하여 총기를 사용할 수 있는가. 사람에게 위해를 주지 않는 범위에서는 그 사용을 긍정할 수 있을 것이다. 그러므로 이 경우도 적법하게 총기가 사용된 경우라고 할 수 있다.

[사례 C-3]은 경찰이 권총을 겨냥한 경찰의 팔쪽을 쳐 총기가 오발돼 도주하려던 피의자의 우측이마에 관통 전치 6주의 부상을 입힌 사건이다. 이와 같은 사실관계에 의하자면, 공포의 발사, 경고 등 충분한 사전조치가 취해지지 않았으므로 보충성이 없어 경찰관직무집행법에 의하여 정당화되지 않는 총기 사용이라고 할 것이다.

4. 정당방위의 성립여부가 문제되는 경우의 총기사용에 대한 검토

[사례 D-1]은 병원에서 난동을 부리던 서○이 출동한 정 순경 및 위 정 의경을 보자 “이 새끼들아 쓸태면 썩라”하며 오른손에 칼을 들고 동인들 앞으로 다가섰고 복도를 따라 뒤로 밀리다가 약 11미터 정도 뒤로 밀려 복도 끝부분에 이르게 되자, 더이상 물러설 공간이 없음을 알고 위 총의 총구부분으로 위 서○의 가슴을 밀어냈으나 동인이 그래도 계속 다가오자 위 정 순경은 위 서○ 앞으로 들이댄 위 칼빈소총의 방아쇠를 당겨 1회 발사함으로써 총알이 위 서○의 왼쪽가슴 아래부위를 관통하여 위 서○에게 총기관통에 의한 횡경막파열, 간파열, 위장파열 등의 상해를 입혀 그후 사망케한 사건이다. 이 사건에서 대법원은 “위 망인이 칼을 들고 정○ 순경 등에게 향거하였다고 하여도 정 순경 등이 약 11미터나 뒤로 밀리는 동안 공포를 발사하거나 정 의경이 소지한 가스총과 경찰봉을 사용하여 위 망인의 향거를 억제할 시간적 여유와 보충적 수단이 있었다고 보여지고, 또 복도끝에 밀려 부득이 총을 발사하여 위해를 가할 수밖에 없었다고 하더라도 가슴 부위가 아닌 하체부위를 향하여 발사함으로써 그 위해를 최소한도로 줄일 여지가 있었다고 보여지므로, 위와 같은 정 순경의 총기사용행위는 경찰관 직무집행법 제11조 소정의 총기사용한계를 벗어난 것이라고 하지 않을 수 없다”고 판시하였다. 즉, 체포에 향거하는 범인의 향거를 제압하기 위하여는 이 사건에서와 같이 무기력하게 뒤로 밀리다가 만연히 가슴에 대고 총을 쏘는 것이 아니라, 미리 경고를 하거나 공포를 쏘으로써 향거를 제압할 가능성이 있었으며, 총을 사용하더라도 피해를 최소화하는 방법으로 총기를 사용하여야 한다는 것이다. 나아가 대법원은 위의 총기발사행위가 정당방위에 해당하는가를 검토하고 있다. 이에 대하여 대법원은 “정당방위에 있어서는 반드시 방위행위에 보충의 원칙은 적용되지는 않으나 방위에 필요한 한도내의 행위로서 사회윤리에 위배되지 않는 상당성있는 행위임을 요”하는데 위 순경의 행위는 상당성 있는 행위에도 해당하지 않아서 결국 정당방위에도 해당되지 않는다는 것이다.³¹³⁾ 결국 대법원은 공무집행에의

항거를 제압하기 위한 행위였다는 주장에 대하여는 보충성이 없다는 이유로, 즉 다른 방법으로 제압이 가능했었다는 이유로 배척하고, 정당방위 주장에 대하여는 상당성이 없다는 이유로 인용하지 않았다. 이러한 판결을 통하여 우리는 대법원이 특히 사람의 생명에 위해를 주는 총기사용의 경우 얼마나 엄격히 보충성의 요건을 해석하고 있는지 알 수 있다. 정당방위에서 상당성요건은 이 경우 최소피해의 원칙을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 부득이 위해를 수반하는 무기사용이 허용되는 경우라도 그 사용은 상대방에게 가능한 최소한의 피해를 주도록 행사되어야 하는 것이다.

[사례 D-2]은 경찰이 신고를 받고 출동해 행패를 저지하자 범인들이 경찰에게 쇠파이프와 병을 마구 휘둘러대자 경찰이 공포탄을 발사해 체포한 사건이다. 이 사건의 경우에는 ‘행패’가 구체적으로 무엇인지는 분명하지 않으나 경우에 따라서 위해를 수반하는 총기사용도 가능한 경우라고 할 수 있다. 그러나 실제에서 경찰은 다만 공포탄만을 사용하고 범인을 검거하였다. 무리하게 총기를 사용하지 않고 필요한 최소한도의 사용에 제한하여 범인을 검거한 좋은 예라 할 것이다.

[사례 D-3]은 사실관계가 분명하지 않다. 범인이 경찰을 칼로 찌르려고 허리를 숙이는 순간 경찰은 소지한 38구경 권총을 하반신을 겨냥 1발 발사 전두부관통상을 입혀 사망케 하였다. 자기 또는 타인의 생명, 신체를 보호하기 위한 총기사용은 인정된다. 그러나 이 사례에 있어서는 경찰이 처음부터 살인의 고의가 있었는지 과실치사인지 불분명하다. 타인의 생명을 고의로 박탈하는 것은 오로지 다른 생명에 대한 부당한 침해로부터 그 생명을 보호하기 위한 때에만 허용된다. 이 사례에서 경찰에게 살인의 고의가 있었다면 경찰관의 그러한 행위가 자기 또는 타인의 생명을 보호하기 위하여 불가피한 경우였는지 검토하여야 할 것이다. 반면 과실에 의한 것이라면 다시 일정한 범위에서 허용될 수 있을 것이다.

313) 대판 1991.9.10, 91다 19913.

5. 그 밖의 사례

[사례 E-1]은 간첩에 대한 것이다. 이 판결에서 원고인 피해자는 패소하여 아무런 보상도 받지 못하였다.³¹⁴⁾ 생각건대, 간첩이 민간인과 같이 있다는 것을 아는 상태에서 간첩을 잡기 위하여 조준도 하지 않고 사람이 현존하는 타인의 집 안방에 소총을 난사한 것은 정당한 무기사용으로 보기 어렵다고 생각된다.

6. 소 결

이상에서 여러 상이한 상황에서 경찰관의 총기사용의 정당성여부를 검토하여 보았다. 총기사용에 대하여 대법원은 경찰관의 총기사용요건을 엄격히 해석하는 경향을 보인다고 할 수 있다. [사례 A-1]처럼 단순히 도주자에 대하여 체포하고자 추격하면서 등 부위에 권총을 발사하여 현장에서 사망하게 하여 총기사용이 정당한 한계를 명백히 일탈한 경우는 물론이고, [사례 A-2]와 같이 200미터 가량 추적하고 구두경고를 하였으며 공포탄을 쏜 후 사람을 향하여 실탄을 발사한 경우에도 다시 공포를 쏘거나 가스총, 경찰봉을 사용하여 도주자를 제압할 여지가 있다고 보인다는 이유로 총기사용이 위법하다고 판시하였다. 보충성의 원칙을 엄격히 적용하고 있는 결과라고 보여진다. 한편 정당방위가 문제되는 [사례 D-1]에서도 대법원은 ‘공포를 발사하거나 가스총과 경찰봉을 사용하여 항거를 억제할 시간적 여유와 보충적 수단이 있었고, 총을 발사하여 위해를 가할 수밖에 없더라도 위해를 최소한도로 줄일 여지가 있다’는 이유로 경찰관의 총기사용이 한계를 일탈하였다고 판시하였다. 이처럼 사람의 생명이나 신체에 위해를 줄 수 있는 총기사용에 대하여는 최후의 수단으로만 그 사용을 인정하고 불가피하게 사용해야만 하는 상황에서도 피해를 최소화할 것을 요구하고 있다. 위해를 수반하는 총기의 사용은 사람에게 복구불가능한 치명적인 결과를 가져올 위험이 있다는 점에서 대법원의 엄격한 해석은 수긍할 수 있다.

314) 대판 1968.4.23, 67다2964.

한편 검문불응이나 음주단속거부에 대한 총기사용은 현행법상 그 근거가 없는 공권력의 행사로서 위법하다고 아니할 수 없다. 특별히 흉기나 무기를 소지하고 항거하거나 폭력을 행사하지 않는 단순거부자의 경우 경찰관직무집행법 제11조 제1호가 규정하고 있는 요건에 해당하지 않기 때문에 그러한 사람에 대하여 총기를 사용할 수는 없기 때문이다.

반면 위해를 수반하지 않는 총기사용, 즉 공포탄발사나 공중에 대한 실탄의 발사 등과 같은 경우는 범인을 체포하거나 항거의 억제, 생명, 신체의 방어를 위하여 필요한 경우 비교적 널리 허용될 수 있을 것이다.

VI. 특별법상의 무기 휴대 및 사용에 관한 규정의 검토

일반사법경찰관리의 경우 경찰법이나 경찰관직무집행법에 의하여 무기휴대 및 사용이 규율되고 있음을 앞에서 살펴보았다. 이밖에 현행법은 특별경찰이나 기타의 영역에서 총기의 휴대 및 사용의 필요성을 인정하고 그에 관한 개별적인 규정을 두고 있다. 아래에서는 이러한 개별규정의 내용과 그 규정의 합리성이나 타당성 등에 대하여 살펴보기로 한다. 총기는 오남용의 우려가 상존하고 그 결과는 경우에 따라서 돌이킬 수 없는 것이 될 수도 있다는 점에서, 통일적인 기준이 없이 산발적으로 규정된 이러한 개별규정의 분석이나 검토는 중요한 의미를 갖는다고 볼 수 있다.

1. 행형법, 교정시설경비교도대법상 무기휴대 및 사용

1) 행형법

행형시설내에서 그 자체가 고통으로서의 성격을 갖는 형벌 즉 비자발적인 구금상태를 유지하고 교정행정의 목적을 달성하기 위하여 어느 정도 엄격한 규율체계가 필요하고, 경우에 따라서는 총기를 비롯한 무력의 사용도 불가피한 상황이 존재할 수 있음을 부정할 수 없다. 그러나 교도소의 수용관계도 법치주의 예외영역은 될 수 없으며³¹⁵⁾ 특히 총기의 경우 오남용으로 인한 결과의 중대성에 비추어 그 요건이나 한계의 설정에 신중을 기할 것이 요구된다. 이러한 교정관계의 특수성과 법치주의의 관철이라는 두 가지 요청의 적절한 조화를 전제로 총기사용에 관한 행형법 규정의 검토가 요구된다.

행형법의 경우 제15조에서 교도관의 무기사용에 대하여 규정하고 있다.³¹⁶⁾ 즉 다른

315) 오늘날 특별권력관계의 인정여부에 대하여 논란이 있으나, 특별권력관계도 벌률관계의 일종이며 다만 해당분야의 목적달성을 위하여 필요한 한도내에서 법규상 또는 법해석상 특수한 규율이 인정될 뿐이라고 보는 것이 일반적 입장이다.(참고 박윤혼, 행정법강의(상), 210면 이하)

316) 행형법 제15조(무기의 사용)

법률들과는 달리 무기사용에 대하여만 규정하고 무기휴대에 대하여는 규정하고 있지 않다. 무기사용은 당연히 무기휴대를 전제로 하는 것이기 별도로 규정을 둘 필요가 없다는 주장이 있을 수 있으나, 무기의 휴대와 사용은 구별되는 행위이고 그 요건이나 통제방법에 있어서도 차이가 있을 수밖에 없기 때문에 무기휴대에 관한 별도의 규정을 마련하는 것이 타당하다고 생각한다.

교도관의 무기사용에 관한 행형법 제15조 제1항에서는 수용자에 대한 무기사용 요건을 규정하고 있다. 그 제1호에서는 교도관에 대하여 폭행 또는 협박을 하거나 하려고 하여 사태가 위험하다고 인정되는 경우 무기를 사용할 수 있도록 하고 있다. 교도관에 대한 폭행, 협박으로 교도관의 생명, 신체에 대한 위험이 있을 수 있고, 또한 교정목적 달성이 불가능하거나 현저히 곤란한 상황이 있을 수 있기 때문에 총기사용에 의한 진압이 불가피할 수 있다. 그러나 본호는 이러한 총기사용이 필요한 상황을 구체적으로 기술하지 않고 '사태가 위험'한 경우라는 지극히 추상적이고 불명확한 표현을 사용하고 있어 폭행, 협박이 있으면 곧바로 총기를 사용할 수도 있는 것을 해석될 여지가 있기 때문에 총기의 남용을 초래할 우려가 있다. 따라서 폭행, 협박으로 인하여 총기사용이 필요한 구체적 상황을 기술할 것이 요구된다고 생각한다.

제2호에서는 폭행 또는 협박에 사용할 위험물을 소지하고 그 투기명령에 복종하지 아니할 때 무기를 사용할 수 있도록 하고 있다. 위험한 물건에 의하여 초래될 교도관에 대한 위험과 교정질서의 혼란을 고려하면 무기사용의 타당성이 인정될 수 있지만, 투기

① 수용자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 교도관은 무기를 사용할 수 있다 <개정 80.12.22 법 3289, 95.15>

1. 교도관에 대하여 폭행 또는 협박을 하거나 하려고 하여 사태가 위험하다고 인정되는 때
2. 폭행 또는 협박에 사용할 위험물을 소지하고 그 투기명령에 복종하지 아니할 때
3. 도주할 목적으로 다중이 소요하는 때
4. 도주를 기도하는 자가 제지에 불응하거나 그 계획을 계속하는 때
5. 제1호 내지 제4호의 1에 해당하는 경우이외에 인명, 신체, 건물 기타 시설과 기기에 대한 위험을 방지하기 위하여 긴급하다고 인정되는 때

② 교도관은 교도소, 소년교도소 또는 구치소안(교도소, 소년교도소 또는 구치소 밖에서의 작업 또는 호송중인 경우를 포함한다.)에서 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 수용자에 대한 탈취의 저지, 건물 기타 시설과 무기에 대한 위험방지를 위하여 긴급하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 필요한 한도내에서 수용자 외의 자에 대하여도 무기를 사용할 수 있다.<신설 80.12.22 법3289, 95.1.5>

명령 이후 투기에 필요한 시간적 여유가 필요하다는 점에서 경찰관 직무집행법 제11조 단서 제3호의 경우처럼 '3회 이상'의 투기명령에 복종하지 않을 경우로 규정하는 것이 타당할 것이다.³¹⁷⁾ 도주할 목적으로 다중이 소요하는 때 무기를 사용할 수 있도록 한 제3호의 경우 도주방지 내지 구금상태의 유지는 교도소 존립의 전제가 된다는 점에서 별다른 문제가 없는 것으로 생각된다.

제4호의 경우 도주를 기도하는 자가 제지에 불응하거나 그 계획을 계속하는 때에 무기를 사용할 수 있도록 하고 있다. 이는 도주를 준비하는 자에 대하여 도주예방의 목적을 달성하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그러나 도주를 실행중인 자도 그 대상에 포함되어야 할 것이다.³¹⁸⁾ 그리고 단순한 준비행위는 다른 수단으로도 충분히 진압할 수 있다고 생각되므로 도주가 임박한 경우로 제한할 필요가 있다고 본다.

제5호에서는 제1호 내지 제4호에 해당하는 경우 이외에 인명, 신체, 건물 기타 시설과 기기에 대한 위협을 방지하기 위하여 긴급하다고 인정되는 때에 무기사용을 허용하고 있다. 인명, 신체에 대한 위협의 경우에 무기사용은 당연하다고 할 수 있으나 건물이나 시설, 기기에 대한 위협이 있는 경우에 항상 무기를 사용할 수 있는 것은 비례성의 관점에서 문제가 될 수 있다. 따라서 건물, 시설, 기기의 경우에는 교정목적 달성에 불가결한 것으로 한정하고 또한 위협도 현재의 위협으로 한정하는 것이 타당할 것이다.

이상에서처럼 행형법 제15조 제1항은 수용자에 대하여 무기사용이 필요한 경우를 규정하면서 무기사용의 정도 내지 한계에 대하여는 침묵하고 있다. 전술한 바와 같이 수용 시설내에서도 수용자의 기본권이 보장되고 법치주의가 관철되어야 하므로 무기사용이 필요한 경우라고 무제한의 사용은 있을 수 없다. 따라서 제15조 제1항은 '상당한 이유가 있을 때는 필요한 한도내에서 교도관은 무기를 사용할 수 있다'라는 식으로 규정할 필요가 있을 것이다.

한편 행형법 제15조 제2항에서는 수용자 이외의 자에 대한 무기사용을 규정하고 있다. 즉 교도관은 교도소 등에서 자기 또는 타인의 생명, 신체의 방호, 수용자에 대한 탈

317) 본 보고서 IV 참조.

318) 기도라는 말 속에 실행을 포함시켜 해석할 수 있으나 언어관행상 기도라는 말은 실행 이전의 단계를 의미하므로 그러한 해석은 부자연스럽다. 기도의 사전적 의미도 일을 꾸며 꾀함으로 되어 있다.(동아 콘사이스 국어사전, 253면)

취의 저지, 건물 기타 시설과 무기에 대한 위협의 방지를 위하여 필요한 경우에 수용자 이외의 자에 대하여 무기를 사용할 수 있도록 하고 있다. 수용자 이외의 자에 대하여도 위와 같은 사유가 있으면 행형목적의 달성상 무기사용이 불가피하겠지만, 다만 건물이나 시설의 경우 전술한 바와 같이 행형목적달성에 대한 불가결한 것으로 제한하는 것이 필요할 것이다.

2) 교정시설경비교도대설치법

교정시설경비교도대설치법 제5조에서는 교정시설경비교도대의 무기휴대 및 무기사용에 관하여 규정하고 있다.³¹⁹⁾ 동조 제1문 전단에서는 교도대원의 무기휴대에 관하여 규정하고 있고, 후단에서는 무기사용의 요건에 대하여 규정하고 있다. 후단에 있어서는 다시 무기사용이 허용되는 경우로 전시, 사변 또는 무장공비의 출현으로 작전에 동원된 경우와 행형법 제15조의 요건에 해당하는 경우로 나누어 규정되어 있다.

교정시설경비교도대의 임무가 보호감호소, 보안감호소, 구치소 및 교도소와 같은 교정시설에 대한 경비와 무장공비의 침투거부 등을 수행하는 것이므로³²⁰⁾ 위와 같은 경우에 무기의 사용을 규정하고 있는 것이다. 전시, 사변이나 무장공비의 출현시 교정시설의 경비를 위하여 무기의 사용은 불가피하다고 할 수 있다. 그리고 교정시설의 경비업무를 수행하는 교도대원에게 행형법 제15조의 사유가 있는 경우에 무기사용의 필요성도 인정될 것이다. 다만 전술한 바와 같은 행형법 제15조의 문제점은 이 경우에도 예외는 아닐 것이다.

319) * 교정시설경비교도대설치법 제5조(무기의 휴대 및 사용)

경비교도대의 대원은 직무수행상 필요한 때에는 무기를 휴대할 수 있으며, 전시·사변 또는 무장공비의 출현으로 작전에 동원된 경우와 행형법 제15조의 요건에 해당하는 경우에는 무기를 사용할 수 있다. 이 경우 행형법 제15조의 요건에 해당하는 경우일 수 있다. 이 경우 행형법 제15조의 적용에 있어서는 경비교도대의 대원은 이를 “교도관”으로 본다.

* 교정시설 경비교도대 설치법 시행령 제15조 (무기사용 및 보고)

- ① 경비교도대원이 법 제5조의 규정에 의하여 무기를 사용하는 경우에는 직무수행이 불가피하게 필요한 최소한도내로 국한하여야 한다.
- ② 소장은 경비교도대원이 무기를 사용한 때에는 지체없이 그 사유 및 결과를 법무부 장관에게 보고하여야 한다.

320) 교정시설경비교도대설치법 제1조 참조.

한편 경비교도대원의 무기사용의 정도 및 한계는 동법 시행령 제15조 제1항에서 규정되고 있다. 즉 무기사용은 직무수행상 불가피하게 필요한 최소한으로 무기사용은 제한된다. 동시행령 동조 제2항에서는 무기사용에 대한 사후보고의무를 규정하여 무기사용에 대한 절차적 통제를 꾀하고 있다.

2. 청원경찰법, 전투경찰대설치법시행령상 무기휴대 및 사용

1) 청원경찰법

청원경찰법은 제8조에서 2항에서 청원경찰의 무기휴대에 관하여 규정하고 있고,³²¹⁾ 동조 제3항에서는 세부적인 사항을 대통령령에 위임하고 있다. 이에 따라 청원경찰법시행령 제12조에서는 무기의 휴대 및 관리절차에 관하여 규정하고 있고, 청원경찰법시행규칙 제8조에서는 무기관리에 관한 상세한 규정을 두고 있다.³²²⁾

321) * 청원경찰법 제8조(제복착용과 무기휴대)

- ① 청원경찰은 근무중 제복을 착용하여야 한다.
- ② 지방경찰청장은 청원경찰이 직무수행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 청원주의 신청에 의하여 관할 경찰서장으로 하여금 무기를 대여하여 휴대하게 할 수 있다.
<개정 80.1.4 법3228, 91.5.31>
- ③ 청원경찰의 복제와 무기휴대에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

322) * 청원경찰법시행규칙 제8조 (무기관리 수칙)

- ① 시행령 제12조의 규정에 의하여 무기 및 탄약을 대여받은 청원주는 다음 각호에 의하여 이를 관리하여야 한다. <개정 80·8·4, 91·9·19>
 1. 청원주가 무기 및 탄약을 대여받았을 때에는 경찰청장이 정하는 무기탄약출납부 및 무기장비운영카드를 비치·기록하여야 한다.
 2. 청원주는 무기 및 탄약의 관리를 위하여 관리책임자를 지정하고 관할경찰서장에게 이를 통보하여야 한다.
 3. 무기고 및 탄약고는 단층에 설치하고 환기·방습·방화 및 총가등의 시설을 하여야 한다.
 4. 탄약고는 무기고와 떨어져 설치하여야 하며 그 위치는 사무실이나 기타 다수인을 수용하거나 내왕하는 시설로부터 격리되어야 한다.
 5. 무기고 및 탄약고에는 이중 시건장치를 하고 열쇠는 관리책임자가 보관하되 근무시간 이후에는 숙직책임자에게 인계하여 보관시켜야 한다.
 6. 청원주는 경찰청장이 정하는 바에 의하여 매월 무기 및 탄약의 관리실태를 파악하여 다음달 3일까지 관할경찰서장에게 통보하여야 한다.

청원경찰법의 경우 무기휴대에 관하여만 규정하고 있고 무기사용에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 청원경찰은 무기사용에 관하여는 특별한 권한이 없다고 할 수 있다. 따라서 청원경찰이 무기를 사용한 경우 형법상, 민법상 정당방위 등 일반적 위법성조각사유에 의하여 규율되게 될 것이다.

그러나 해당 경비구역안에서 경찰관직무집행법에 의한 경찰관의 직무를 수행하는³²³⁾

7. 청원주는 대여받은 무기 및 탄약에 분실·도난·피탈 또는 훼손등의 사고가 발생한 때에는 지체 없이 그 사유를 관할경찰서장에게 통보하여야 한다.
 8. 청원주는 무기 및 탄약을 분실·도난·피탈 또는 훼손한 때에는 경찰청장이 정하는 바에 의하여 그 전액을 배상하여야 한다. 다만, 전시·사변·천재지변 기타 불가항력의 사유가 있다고 지방경찰청장이 인정한 때에는 그러하지 아니하다.
 - ② 시행령 제12조의 규정에 의하여 무기 및 탄약을 대여받은 청원주가 청원경찰에게 무기 및 탄약을 출납하고자 할 때에는 다음 각호에 의하여야 한다. 다만, 관할경찰서장의 지시에 따라 제2호에 규정하는 탄약의 수를 증감하거나 이를 중지할 수 있으며 무기를 회수하여 집중관리할 수 있다. <개정 80·8·4, 91·2·26>
 1. 무기 및 탄약을 출납하였을 때에는 무기탄약출납부에 그 출납 사항을 기록하여야 한다.
 2. 탄약의 출납은 소총에 있어서는 1정당 15발이내, 권총에 있어서는 1정당 7발이내로 하여야 한다. 이 경우에 고체품의 탄약을 우선 출납하여야 한다.
 3. 청원경찰에게 지급한 무기 및 탄약의 손질은 매주 1회이상 행하게 하여야 한다.
 4. 수리를 요하는 무기가 있을 때에는 그 목록과 무기장비운영카드를 첨부하여 관할경찰서장에게 그 수리를 요청할 수 있다.
 - ③ 청원주로부터 무기 및 탄약을 지급받은 청원경찰은 다음 사항을 준수하여야 한다. <개정 80·8·4, 91·2·26>
 1. 무기를 지급받거나 반납할 때 또는 인계인수시에는 반드시 “앞에 총”자세에서 “검사 총”을 하여야 한다.
 2. 무기 및 탄약을 지급받았을 때에는 별도의 지시가 없는 한 무기와 탄약은 분리하여 휴대하여야 하며, 소총은 “우로 어깨 걸어 총”, 권총은 “권총집에 넣어 총”자세를 유지하여야 한다.
 3. 지급받은 무기는 타인에게 보관하거나 휴대시킬 수 없으며 손질을 의뢰할 수 없다.
 4. 무기를 손질 또는 조작할 때에는 반드시 총구를 공중으로 향하여야 한다.
 5. 무기 및 탄약을 반납할 때에는 손질을 철저히 하여야 한다.
 6. 근무시간 이후에는 무기 및 탄약을 청원주에게 반납하거나 교대근무자에게 인계하여야 한다.
 - ④ 청원주는 다음 각호의 1에 해당하는 청원경찰에 대하여 무기 및 탄약을 지급하여서는 아니되며 지급된 무기 및 탄약은 회수하여야 한다. <개정 80·8·4>
 1. 직무상 비위로 징계대상이 된 자
 2. 형사사건으로 인하여 조사대상이 된 자
 3. 사의를 표명한 자
 4. 평소에 불평이 심하고 염세비관하는 자
 5. 주벽이 심한 자
 6. 변태성벽이 있는 자
- 323) 청원경찰법 제3조 참조. 또한 청원경찰의 직무수행은 공무집행에 해당하며 그에 대한 방해행위는 공무

청원경찰에게 이처럼 무기사용을 제한하는 것이 타당한 것인지가 문제될 수 있다. 즉 경찰관직무집행법에 의한 경찰관의 직무를 수행하는 한 경찰관직무집행법 제11조에 의한 무기사용도 허용되어야 한다는 주장이 있을 수 있다.³²⁴⁾ 정당방위나 긴급피난의 성립에 논란이 있을 수 있는 한계영역에 있어서 청원경찰업무의 확실성을 보장한다는 측면에서, 최소한 경찰관직무집행법 단서 제1호나 제3호의 요건하에 무기사용의 사용을 고려해볼 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 총기사용의 전제로서 총기사용에 대한 충분한 교육과 훈련이 요구되어야 할 것이다. 청원경찰법에서 총기사용을 규정하고 있지 않는 이유도 일반경찰관리에 비하여 총기를 다루는 요령이나 기술에 있어서 청원경찰이 부족하기 때문인 것으로 볼 수 있다.³²⁵⁾ 따라서 제한된 범위에서 청원경찰이 총기를 사용할 수 있는 수권규정의 신설을 고려하는 경우에도 총기사용에 대한 충분한 교육과 훈련이 전제되어야 할 것이다.

2) 전투경찰대설치법시행령상의 무기휴대 및 사용

전투경찰의 무기휴대 및 사용은 전투경찰대설치법시행령 제27조의 2에서 규정하고 있다.³²⁶⁾ 먼저 전투경찰순경은 전투경찰대설치법 제4조 제1항에 의하여 준용되는 경찰공무

집행방해죄를 구성한다.(대판 1986. 1. 28, 85도2448)

324) 최근 강력범죄의 증가나 재범률의 급증 등에 따라 늘어나는 치안수요를 경찰에 의해서만 담당하는 데에는 한계가 있기 때문에 청원경찰을 비롯한 민간경비활동의 불가피성이 지적되고 있는 실정이고 보면(서재근, '경찰의 범죄능력 향상방안', 제3회 형사정책세미나, 한국형사정책연구원, 1990/11, 99면 이하; 신동운, 민간의 자율방범활동, 형사정책연구, 1990 창간호, 328면), 그 한도내에서 청원경찰이 직무집행을 확실하게 할 수 있는 수단도 보장될 필요성이 있을 것이다.

325) 우리나라 청원경찰제도의 문제점으로 관할경찰서에 의한 지도감독의 문제, 경찰관행사의 자의적행사나 불평등한 행사 등이 지적될 수 있으나 무엇보다도 청원경찰의 전문성결여와 자질부족을 가장 큰 문제로 볼 수 있을 것이다.(서재근, 전개논문, 108면; 신동운, 전개논문, 329면)

326) * 전투경찰대설치법시행령 제27조의 2 (전투경찰순경의 무기사용)

전투경찰순경은 법 제2조의 2의 규정에 의한 검문이나 기타 경비업무를 수행함에 있어 검문등 경비 목적으로 3회 이상 정지를 명하여도 이에 불응하고 도주하거나 도주하려고 하는 경우에 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 법 제4조 제1항 및 경찰공무원법 제20조 제2항의 규정에 의하여 휴대한 무기를 사용할 수 있다. 이 경우에는 그 업무수행에 필요한 최소한도에 국한하여야 하며 특히 국민에게 피해가 없도록 유의하여야 한다. <개정 83.8.31 대령11217><본조신설 79.7.13 대령9531>

원법 제20조 제2항에 의하여 무기를 휴대할 수 있다. 그리고 휴대한 무기는 전투경찰대 설치법 제2조의 2의 규정에 의한 검문이나 기타 경비업무를 수행함에 있어 검문등 경비 목적으로 3회이상 정지를 명하여도 이에 불응하고 도주하거나 도주하려고 하는 경우에 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우에 사용할 수 있다. 한편 동조 제2문에서는 비례성원칙에 입각하여 최소한의 무기사용과 국민에 대한 피해의 방지를 규정하고 있다. 그리고 동법 제27조의 3에서는 무기사용시 보고의무를 규정하고 있다.³²⁷⁾

이러한 전투경찰순경의 무기사용에 관한 규정에서 우선 지적되어야 할 것은 무기사용이라는 중요한 사항을 법률이 아닌 대통령령으로 규정하고 있다는 점이다. 상위법에서 아무런 규정이 없이 직접 시행령에서 국민의 기본권에 대한 중대한 침해가 될 수 있는 무기사용을 규정하고 있는 것은 법률유보를 근간으로 하는 법치주의에 대한 위반으로 밖에 볼 수 없다.

또 다른 문제점으로 무기사용의 요건이 지나치게 광범위하게 규정된 점을 들 수 있다. 즉 전투경찰순경은 검문시 불응하고 도주하는 자뿐만 아니라 도주하려는 자에 대하여도 무기의 사용이 허용된다. 그러나 이러한 경우에는 사법경찰관리의 경우에도 무기를 사용할 수 없는데 단지 치안업무를 보조하는 지위에 있는³²⁸⁾ 전투경찰순경이 무기를 사용할 수 있다는 것은 모순이다. 특히 전투경찰순경이 행하는 검문은 경찰관직무집행법 제3조의 불심검문과의 균형상 강제처분이 될 수는 없을 것이다. 여기서 임의처분에 대한 불응에 대하여 무기를 사용하여 제지하는 것 또한 모순이 아닐 수 없다. 이상에서 볼 때 전투경찰대설치법시행령상의 무기사용요건은 전면적인 재검토가 요구되며, 경찰관직무집행법 제11조 단서 제1호, 제3호, 제4호와 같은 요건을 개별적으로 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.

327) * 전투경찰대설치법시행령 제27조의 3 (무기사용의 보고)

전투경찰순경이 무기를 사용하였을 때에는 그 사유 및 상황을 지체없이 지휘관 또는 소속기관등의 장에게 보고하여야 한다. <개정 91.7.30><본조신설 79.7.13 대령9531>

328) 전투경찰대설치법 제1조 참조.

3. 국가안전기획부법상 무기휴대 및 사용

국가안전기획부직원은 국가안전기획부법 제17조에 의하여 무기를 휴대할 수 있고, 또한 경찰관직무집행법 제11조의 요건하에 무기를 사용할 수 있다.³²⁹⁾ 국가안전기획부직원의 주요업무가 내란, 외환죄, 군형법상 반란죄, 국가보안법상의 중요범죄에 대한 수사라는 점을³³⁰⁾ 고려하면 무기의 휴대 및 사용이 불가피하다는 것을 인정할 수 있다. 또한 무기사용의 요건은 경찰관직무집행법에 의하여 규율되고 있으므로 국가안전기획부직원의 무기사용에 관한 문제는 이미 앞에서 검토한 바 있는 경찰관직무집행법 제11조의 문제로 귀착될 것이다.

4. 관세법, 출입국관리법상 무기휴대 및 사용

1) 관세법

세관공무원은 관세법 제176조에 의하여 총기를 휴대할 수 있고, 동법 제177조의 요건하에 총기를 사용할 수 있다.³³¹⁾ 이러한 관세법의 규정을 경찰관직무집행법 제11조와 비교할 때 다른 점은 먼저 무기가 아닌 총기의 사용을 규정하고 있는 점이다. 그러나 무기보다는 총기가 더 위험한 것이므로 세관공무원이 총기아닌 무기를 사용하더라도 별 다른 문제는 없을 것이다. 다음으로 관세법 제177조는 위해가 가능한 경우와 그렇지 않

329) * 국가안전기획부법 제17조(무기사용)

① 부장은 직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 소속직원에게 무기를 휴대시킬수 있다.

② 제1항의 무기사용에 있어서는 경찰관직무집행법 제11조의 규정을 준용한다.<개정 94.1.5>

330) 국가안전기획부법 제3조 참조.

331) * 관세법 제176조(총기의 휴대)

관세청장 또는 세관공무원은 그 직무를 집행하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 소속공무원으로 하여금 총기를 휴대하게 할 수 있다. <개정 72.12.30 법2423>

* 관세법 제177조 (총기의 사용)

세관공무원은 그 직무를 집행함에 있어서 특히 자기 또는 타인의 생명신체의 보호와 공무집행에 대한 방해 또는 저항의 억제를 위하여 필요한 상당한 이유가 있을 때에 그 사태에 응하여 부득이하다고 판단되는 경우에 필요한 범위내에서 총기를 사용할 수 있다.

은 경우를 구별하고 있지 않다. 이 점은 관세법 제177조가 총기사용의 정도 및 한계에 대하여 별다른 규정을 두고 있지 않은 점을 고려하면 문제가 될 수 있다. 즉 총기사용의 요건이 존재하는 경우에도 무제한적인 사용이 허용될 수는 없기 때문이다. 여기서 관세법 제177조에 필요한 한도내에서 총기를 사용할 수 있도록 하는 규정을 추가할 필요가 있다고 생각한다.

한편 세관공무원의 경우 총기사용의 요건으로 생명, 신체에 대한 보호와 공무집행에 대한 방해 또는 저항의 억제 등을 들고 있다. 그러나 세관공무원은 관세법에 대하여 사법경찰관의 직무를 수행한다는 점을³³²⁾ 고려하면 그밖에 경찰관직무집행법 제11조 단서 제1호 내지 제2호의 요건도 추가적으로 허용될 필요가 있다는 주장을 생각해 볼 수 있다. 특히 국경이나 해안에서 밀수범단속의 실효성을 보장하기 위하여는 이러한 주장도 경청할 만하다. 생각건대 경찰관직무집행법 제11조 단서 제2호의 요건의 경우에는 이미 법관에 의한 심사가 전제되는 것이므로 허용되어도 무방할 것이다. 그러나 제1호의 요건은 관세법이 기본적으로는 재산범이라는 점에서 생명이나 신체에 대한 위해를 수반하는 총기사용은 신중을 기할 필요가 있을 것이다. 이미 앞장에서 살펴본 바와 같이 제1호 요건의 광범성을 지적하면서 생명, 신체에 대한 위협과 관련이 있거나 보다 중대한 범죄로 한정하자는 입장에 설 경우에는 관세법의 도주방지에 대한 총기사용은 극히 한정된 요건 하에서만 인정될 수 있을 것이다.

2) 출입국관리법

출입국관리법은 제77조 제1항에서 출입국관리공무원의 무기휴대에 대하여 규정하고, 동조 제2항에 경찰관직무집행법 제11조의 요건하에 무기사용을 인정하고 있다.³³³⁾ 출입국관리공무원의 경우 범죄자의 출국금지나³³⁴⁾ 전염병환자나 총포 등을 소지하고 불법하

332) 사법경찰관의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제5조 제19호 참조.

333) * 출입국 관리법 제77조(무기의 휴대 및 사용)

① 출입국관리공무원은 그 직무를 집행하기 위하여 필요한 때에는 무기를 지닐 수 있다.

② 출입국관리공무원은 경찰관직무집행법 제11조의 규정에 준하여 무기를 사용할 수 있다.

334) 출입국관리법 제4조 참조.

게 입국하는 자의 입국금지,³³⁵⁾ 출입국관리범죄에 대한 수사³³⁶⁾ 등의 임무를 수행하므로 그 직무수행에 무기사용의 필요성을 인정할 수 있다. 다만 무기사용의 요건은 경찰관직무집행법 제11조가 준용되므로 동조의 문제점은 출입국관리공무원의 무기사용에 대하여도 원칙적으로 그대로 나타나게 될 것이다. 다만 경찰관직무집행법 제11조 단서 제1호에 의한 범인의 도주방지 목적의 무기사용의 경우, 공항이나 항구를 통하여 해외로 도피하는 경우 다시 체포하는 것은 불가능 또는 현저히 곤란하다는 점이 고려되어야 할 것이다.

5. 군사관련 법령에서의 무기휴대 및 사용

1) 군행형법

군행형법은 제13조에서 교도관의 무기사용을 규정하고 있는데,³³⁷⁾ 그 내용은 대체로 앞에서 살펴본 행형법의 경우와 유사하며 따라서 행형법에 대한 문제제기는 여기에서도 그대로 타당하다고 할 수 있다. 다만 군행형법은 행형법 제15조 제2항의 수용자 이외의 자에 대한 무기사용을 규정하고 있지 않은데, 군행형시설에서도 행형법 제15조 제2항의 요건이 존재하는 경우에 무기사용의 필요성이 있을 것이므로 동일한 규정을 두는 것이 바람직하다고 생각한다.

335) 출입국관리법 제11조 참조.

336) 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제3조 제4항.

337) * 군행형법 제13조 (무기사용)

수형자가 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하였을 때에는 교도관은 무기를 사용할 수 있다.

1. 교도관에 대하여 폭행, 협박을 가하거나 가하려고 하여 사태가 극히 위급하다고 인정될 때
2. 폭행, 협박에 사용할 위험물을 소지하고 그 투기명령에 복종하지 아니할 때
3. 도주할 목적으로 다중소요를 할 때
4. 도주하고자 하는 자가 제지에 불응하거나 그 계획을 계속할 때
5. 전 각호이외에 인명, 신체, 건물과 기기에 대하여 위험한 행위를 할때 이를 방지하기 위하여 긴급하다고 인정될 때

2) 향토예비군설치법

향토예비군은 향토예비군설치법 제7조에 의하여 무장 및 무기를 사용할 수 있다.³³⁸⁾ 향토예군이 무기를 사용할 수 있는 경우는 무기를 소지한 적 또는 무장공비의 소멸이나 무장소요의 진압 그리고 그러한 지역안에서의 중요시설, 무기고, 병참선의 경비를 위하여 무기를 사용할 수 있다. 어느 경우이나 중대한 위협이 존재하고 실제로 군작전활동과 동일한 상황에서 무기를 사용하는 것이므로 오남용의 우려는 크지 않을 것이다. 다만 중요시설의 개념이 명확하지 않으므로 하위법령에서 보다 구체적인 기준을 제시할 필요가 있다고 생각한다.

3) 헌병무기사용령

헌병무기사용령은 제2조에서 헌병의 무기사용의 휴대 및 사용을 규정하고 있고,³³⁹⁾

338) * 향토예비군설치법 제2조(임무)

예비군의 임무는 다음과 각호와 같다.

1. 전시, 사변 기타 이에 준하는 국가비상사태하에서 현역군부대의 편성이나 작전수요를 위한 동원에의 대비
2. 적 또는 반국가단체의 지령을 받고 무기를 소지한자 (이하 “무장공비”라 한다)의 침투가 있거나 그 우려가 있는 지역안에서의 적 또는 무장공비의 소멸
3. 무장소요가 있거나 그 우려가 있는 지역안에서의 무장소요의 진압(경찰력만으로 그 소요를 진압 또는 대처할수 없는 경우에 한한다.)
4. 제2호 및 제3호의 지역안에 있는 중요시설, 무기고 및 병참선의 경비
5. 민방위기본법에 의한 민방위업무의 지원<전문개정 80.12.31 법3344>

* 향토예비군설치법 제7조 (무장)

- ① 예비군은 그 임무수행을 위하여 필요한 무장을 할수 있다.
- ② 예비군은 출동한 때에 제2조 제2호 내지 제4호의 임무수행을 위하여 무기를 사용할 수 있다. 다만, 제2조제3호의 임무와 제3호의 지역안에서 동조 제4호의 임무를 수행하는 경우에 무기를 사용하지 아니하고는 무장소요를 진압하거나 중요시설등을 경비할 수단이 없다고 인정되는 경우에 한하여 필요한 최소한도 내에서 무기를 사용할 수 있다. <개정 80.12.31 법3344>

339) * 헌병무기사용령 제2조(무기사용 범위)

헌병은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 한하여 그 휴대하는 무기를 사용할 수 있다.

1. 생명, 신체 또는 재산을 방위함에 있어서 그 정황이 급박하여 무기를 사용하지 아니하면 방위할 방법이 없을 때
2. 여러 사람이 떼를 지어 폭행하거나 또는 할 우려가 있는 경우에 그 정황이 급박하여 무기를 사용

제5조에서 무기사용의 보고에 대하여 규정하고 있다.³⁴⁰⁾ 그러나 이러한 대통령령에 의한 무기사용의 규율이 법치주의의 관점에서 문제가 된다는 점은 전투경찰대설치법시행령에 대한 검토에서 이미 밝힌 바 있다. 다음으로 무기사용의 구체적 요건을 살펴보면 일응 상당히 평이하고 명확하게 요건을 기술하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 군데군데 불명확한 표현을 발견할 수 있다. 우선 동조 제2호의 경우 다수인의 공동폭행이나 그러한 우려가 있는 경우에 이를 진압하기 위한 무기사용을 허용하고 있는데, 진압은 사후적 개념이므로 폭행의 우려가 있는 상황에서 진압은 적절한 표현이 아니며 따라서 예방 또는 진압으로 표현을 수정하여야 할 것이다. 그리고 동조 제3호의 경우 중한 현행범의 도주방지를 규정하고 있는데, 중한 현행범의 범위를 보다 명확히 할 것이 요청된다. 동조 제4호에서는 자위상 부득이 한 경우에 무기를 사용할 수 있도록 하고 있는데, 이 경우 자위의 개념이 불명확하므로 생명, 신체에 대한 방호상 부득이 한 경우로 표현하는 것이 타당할 것이다.

동조 제1호에서 생명, 신체 이외에 재산의 방위를 위하여 무기사용을 허용하고 있는데, 이를 문자 그대로 해석하면 재산의 방위를 위하여 생명, 신체의 안전을 희생할 수 있는 것이 되는데, 이는 비례성원칙의 관점에서 볼 때 문제가 아닐 수 없다. 그밖에 동조에서는 제3호의 경우를 제외하고는 무기사용의 정도 및 한계를 설정하고 있지 않는데, 무기사용의 상황이 존재하는 경우에도 그 사용의 정도는 최소한에 그쳐야 하므로 이에 관한 규정을 둘 것이 요청된다.

한편 헌병의 직무는 군경찰작용이라는 점을 고려할 때 제3조의 요건은 헌병의 효과적

하지 아니하면 진압할 방법이 없을 때

3. 중한 현행범을 발견하여 세차레나 정지를 명하여도 도주할 때. 다만, 생명상 위험이 없는 신체부위에 한한다.
4. 직무의 집행에 있어서 폭행을 받거나 또는 받을 우려가 있어서 그 정황이 급박하여 자위상 부득이 한 때

제4조 (무기사용 제한)

헌병이 전조의 규정에 의하여 부득이 무기를 사용할 때에는 관계없는 자에게 피해가 없도록 주의하여야 하며, 사용한 후라도 주위의 정황이 그 사용이 필요하지 아니하게 된 때에는 즉시 이를 정지하여야 한다.

340) * 헌병무기사용령 제5조 (보고)

헌병이 무기를 사용하였을 때에는 그 사유 및 상황을 지체없이 소속대장에게 보고하여야 하며, 소속대장은 지체없이 이를 다시 헌병사령관에게 보고하여야 한다.

인 군경찰작용 수행에 불충분한 것이라는 생각이 든다. 현행법 이외의 중대한 범인의 도주 시 체포하기 위하여 무기를 사용할 수 없고, 또한 범죄혐의자에 대하여 구속영장을 집행하는 경우 이에 대한 저항이 있어도 무기를 사용할 수 없다. 따라서 헌병의 무기사용의 경우에도 경찰관직무집행법 제11조 단서 제1호 내지 제3호와 같은 요건을 설정하는 것이 필요할 것이다.

4) 국군기무사령부령

국군기무사령부 부대원은 국군기무사령부령 제6조 제1항에 의하여 무기를 휴대할 수 있고, 동조 제2항에 의하여 헌병무기사용령 제3조의 요건하에 무기를 사용할 수 있다.³⁴¹⁾ 국군기무사령부 부대원은 군과 관련한 내란죄, 외환죄나 군형법상 반란죄, 국가보안법위반죄 등 중대한 범죄에 대한 수사권한 등이 인정된다는 점에서³⁴²⁾ 무기의 휴대 및 사용의 필요성을 인정할 수 있다. 다만 그 사용요건이 헌병무기사용령에 의하여 규율되므로 전술한 헌병무기사용령의 문제점은 이 경우에도 그대로 타당하다고 할 것이다. 그밖에 대통령령에 의한 무기사용규율의 문제점도 마찬가지일 것이다.

6. 소 결

이상에서와 같이 특별법상 무기사용은 다양한 형태로 다양한 요건하에 허용되고 있음을 알 수 있다. 이를 유형화해 보면 총기사용의 요건을 개별법상 독자적으로 규정하고 있는 경우와 경찰관직무집행법 제11조를 준용하는 경우로 나누어 볼 수 있다. 전자의 예로 행형법, 교정시설경비교도대설치법, 청원경찰법, 전투경찰대설치법시행령, 관세법,

341) * 국군기무사령부령 제6조 (무기사용)

- ① 사령관은 군무원을 제외한 소속 부대원에게 직무수행상 필요한 무기를 휴대하게 할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 무기를 휴대하는 자가 무기를 사용함에 있어서는 헌병무기사용령 제3조 내지 제5조의 규정을 준용한다. 이 경우 동령 제5조에 규정된 “헌병사령관”은 이를 “국군기무사령관”으로 본다.

342) 국군기무사령부령 제1조 참조.

군행형법, 향토예비군설치법, 헌병무기사용령, 국군기무사령부령을 들 수 있고, 후자의 예로는 국가안전기획부법, 출입국관리법을 들 수 있다. 또한 전투경찰대설치법시행령, 헌병무기사용령, 국군기무사령부령처럼 시행령에 의하여 규율되는 경우와 행행법 등 법률에 의하여 규율되는 경우가 있다. 한편 청원경찰법에서는 무기의 휴대만을 허용하고 있고, 행행법에서는 무기의 사용만을 규정하고 있으며 그밖의 법률 등에서는 무기의 휴대뿐만 아니라 무기의 사용까지 허용하고 있다.

이들 개별법의 영역에서 당해 입법목적은 달성하기 위하여 무기나 총기의 사용이 불가피하다는 점은 부인할 수 없지만, 개별법에서 산발적으로 규정된 무기에 관한 법령들은 비판적 검증이 생략된 채 규범적 효력을 발휘함으로써 경우에 따라서는 기본권보장의 사각지대를 형성할 수 있다는 우려를 배제할 수 없다. 이러한 맥락에서 대체로 지적될 수 있는 이들 개별법령의 문제점은 다음과 같이 정리될 수 있다. 첫째로 무기사용의 권한은 당해 행정영역의 목적을 달성하기에 지나침이 없고 또한 부족함이 없이 인정되는 것이 바람직하다고 볼 수 있다. 그러나 개별법령들은 경우에 따라 너무 넓게 때로는 너무 좁게 무기사용의 권한을 부여하고 있다. 전자의 예로 행행법 제15조 제5호에서 건물, 시설 즉 재산에 대한 위험방지를 위하여 사람에게 대하여 무기사용을 규정하고 있는 경우와 전투경찰대설치법시행령 제27조의 2에서 단순검문불응에 도주하려는 자에 대한 무기사용을 허용하고 있는 경우를 지적할 수 있다. 그리고 후자의 경우 즉 당해 입법목적은 달성하기 위하여 좀더 무기사용의 범위를 넓힐 것이 요청되는 예로 행행법 제15조 제4호에서 도주를 준비중인 자뿐만 아니라 도주를 실행중인 자에 대하여도 무기사용이 요청되며, 군행형법 제13조에서 수용자뿐만 아니라 수용자를 탈취하는 등의 행위를 하는 수용자이외의 자에 대한 총기사용도 규정하는 것이 바람직할 것이다.

무기사용에 관한 특별법의 두번째 문제점으로는 추상적이고 불명확한 표현이 종종 발견된다는 점이다. 행행법 제15조 제1호 '사태가 위험'한 경우, 향토예비군설치법 제7조에서 '중요시설'의 개념, 헌병무기사용령 제2조 제3호에서 '중한' 현행법, 동조 제4조에서 '자위'상 부득이 한 경우 등은 이러한 예에 해당한다. 이들 규정에 대하여는 당해 법령에서 보다 명확한 표현으로 수정을 하던가 이것이 입법기술상 불가능하거나 곤란할 경우에는 하위규범에서 명확화, 구체화하는 작업이 요구된다고 본다.

개별법령의 세번째 문제점은 법치주의의 관점에서 제기될 수 있다. 즉 생명, 신체에

대한 치명타를 미칠 수 있는 무기사용을 법률이 아닌 대통령령으로 규정하고 있는 전투경찰대설치법시행령, 헌병무기사용령, 국군기무사령부령은 법률유보의 핵심인 침해유보의 원칙에서 볼 때 중대한 문제가 있다고 볼 수 있다.

마지막으로 개별법령에서 무기사용에 관한 일반적 한계를 설정할 수 있는 비례성원칙이 명문화되어 있지 않은 행정법이나 헌병무기사용령 등의 경우 최소한의 무기사용을 담보하기 위하여 비례성원칙의 명문화가 요청된다.

Ⅶ. 결론 - 요약과 제언

1. 요약

이제까지 경찰관 총기사용의 적절한 요건과 한계의 설정이라는 문제를 가지고 총 6개의 장으로 나누어 논의를 전개하였다. 본 연구를 마무리하기에 앞서 주요내용을 장별로 정리해보면 다음과 같다.

1) 경찰관의 총기사용실태 및 현행제도상의 규제

경찰관의 총기사용현황과 실태와 관련하여 다음과 같은 점들이 주목된다. 먼저 경찰관의 총기보유는 1990--1992년 <범죄와의 전쟁>과 관련하여 급격히 증대되었다. 사격 훈련은 그동안 여러차례 개선필요성이 제기되었음에도 여전히 형식적 실사훈련 위주이며 그 때문에 현장상황에 대한 대처능력 부족이 지적되고 있다. 사격 장의 부족, 이론교육과 총기사용과 관련된 인권교육의 부족도 지적될 수 있다. 경찰관의 총기사용건수는 1990년 가장 증가했으며, 그 증가된 추세가 약간 둔화된 상태로 이어 내려오고 있다. 총기사용건수의 증가와 함께 총기사고도 증가하는 현상이 보여 문제로 지적될 수 있다.

범인피습에 의한 경찰의 피해를 보면 연간 사망은 1건 혹은 0건이며, 부상자수는 92년~94년간에는 대략 120명 내외, 95년 이후에는 80명 내외를 기록하고 있다. 파출소 피습이나 총기탈취기도와 같은 직접적인 침해는 매년 10건 이내를 기록하고 있다. 한편 경찰관의 총기사용에 의한 피해자를 보면 범인보다 무고한 경찰, 방법, 시민의 희생이 오히려 다수를 점하고 있는데, 이는 훈련되지 않은 총기사용의 문제점을 보였고 있다.

총기사용의 규제와 관련하여 국가(경찰관)에 대한 손해배상소송에서 국가측의 패소가 79%를 차지하고 있으며, 정당방위와 오발 건수의 비율을 보면 경찰관의 정당행위. 정당방위가 법원에 의해 인정되는 비율이 1/3 이하이며, 경찰관의 오발, 자살, 원한에 의한 총기발사의 경우가 2/3정도를 차지하여 문제를 드러내고 있으며, 교육, 훈련 등 다각도의 대책마련이 요청되고 있다.

2) 경찰관의 총기사용 법리의 비교법적 고찰

범죄에 대한 대응수단으로서 경찰관의 총기사용은 어느 국가를 막론하고 인정되지만, 개별국가의 문화전통, 사회의식, 범죄실태 등에 따라 그 허용범위나 형태에 있어서 다양한 차이를 나타내고 있다.

미국의 경우 경찰의 총기사용에 관한 규율은 1985년의 Garner 판결을 계기로 변화되었다. 그 이전에는 많은 주에서 미국의 경찰은 도주하는 중죄범에 대하여 총기를 사용할 수 있도록 규정하고 있었으나, Garner 판결에서 연방대법원이 체포수단, 방법의 합리성을 근거로 모든 중범죄 용의자에 대하여 위해를 수반하는 총기사용을 허용하고 있는 테네시 주법을 수정헌법 제4조 위반을 이유로 위헌으로 판시한 이후, 미국의 모든 주와 시, 경찰청은 연방대법원의 판결에 따라 총기사용수칙을 개정하기에 이르렀다. 1990년대에 들어와 일부 주나 경찰청에서 채택하였던 생명보호원칙에 대하여 반대움직임이 있으나 이러한 움직임은 1985년 Garner판결보다 오히려 더 엄격하게 규정되었던 내부규정을 완화하여 이 판결에 부합하는 방향으로 개정하자는 것으로서 이 판결 자체에 대한 반대는 아니며, 따라서 Garner판결은 10여년이 지난 지금도 아직 효력을 발휘하고 있다.

영국 경찰의 총기 휴대 및 사용은 다른 나라에 비하여 훨씬 엄격한 규율을 받고 있다. 먼저 일반 경찰관의 경우 총기의 휴대 자체가 원칙적으로 허용되지 않는다. 예외적으로 총기를 지급하는 경우에도 총기사용이 불가피한 경우 등에 있어서 개별적으로 총기가 지급되며 상급경찰관에 의한 허가 등 엄격한 절차적 통제를 받는다. 총기사용에 관한 근거법령인 1967년 형법 제3조와 총기사용에 관한 경찰내부지침에 의하면 총기사용은 생명에 대한 침해의 방지 등의 경우에 한정되며, 그 사용의 정도도 필요최소한도로 제한되고 그밖에 사전에 발포의 경고 등을 요구하고 있다. 또한 총기의 남용이나 오용을 방지하기 위한 절차적 통제도 주목된다. 즉 총기사용에 관한 보고를 의무화하고, 총기사용의 전제로서 일정한 교육과정을 이수하여야 하며, 총기사용시 주의사항이 이면에 기재된 총기사용허가증을 상시 휴대하도록 하고 있다.

독일의 총기사용에 관한 규율의 특징은 그 요건 및 한계에 관한 상세한 규정을 단계적으로 두고 있다는 점이다. 즉 직접강제의 일종으로서 총기사용은 우선 직접강제의 요건을 구비하여야 하고 다시 총기사용의 일반적 요건을 충족하여야 하며, 더 나아가서 개

인에 대한 총기사용의 경우와 다중 또는 다중속의 개인에 대한 총기사용의 경우에 또다시 개별적인 요건을 충족하여야 한다. 그밖에 총기사용에 관한 규율에서 주목되는 점은 비례성원칙에 충실한 규정을 두고 있다는 점이다. 즉 총기사용의 보충성, 침해의 최소성을 규정하고 있는 이외에, 물건에 대한 총기사용으로 목적달성이 불가능한 경우에 사람에 대한 총기사용이 허용되는 점, 14세 미만의 유소년이나 무고한 제3자에 대한 총기사용의 제한 등은 바로 이러한 비례성원칙에 기초한 규정들이다.

일본의 무기 내지 총기사용에 관한 규율체계나 내용은 우리와 매우 유사하다. 그러나 일본의 경우 위해적 무기사용의 요건이 우리보다 훨씬 제한되어 있다. 우선 일본경찰관 직무집행법에는 우리 경찰관직무집행법 제11조 단서 제3호와 제4호에 해당하는 규정이 없다. 또한 단서 제1호의 경우 '사형, 무기 또는 장기 3년이상'이라는 범죄의 중대성요건 이외에 범죄의 '흉악성'을 아울러 요구하고 있다. 대부분의 범죄가 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 상황에서 이러한 흉악성 요건은 총기남용을 억제하는데 중요한 안전판역할을 하고 있다. 경찰관직무집행법 이외에 '경찰관의 권총경봉등 사용 및 취급 규범'은 무기사용에 관한 보다 상세한 규정을 담으로써 경찰관의 무기사용에 관한 한계를 설정하는데 중요한 역할을 하고 있다.

3) 경찰관직무집행법상 경찰관의 무기사용의 요건과 한계

경찰관의 총기사용은 행정상 직접강제 또는 형사소송법상 강제처분의 일종으로 파악할 수 있다. 이러한 강제작용에 의하여 국민의 법익 내지 기본권이 침해되거나 침해될 위험이 존재하므로 법률유보 그중에서도 특히 침해유보의 원칙에 따라 총기사용은 법률에 의한 근거를 요구하게 되는데, 이러한 요청에 따른 것이 경찰관직무집행법 제11조이다. 이러한 경찰관직무집행법에 의한 행위가 정당행위로서 위법성을 조각시키는 배경에는 허용된 위험의 법리가 작용하고 있다.

경찰관직무집행법 제11조의 구조와 관련하여 견해의 대립이 있으나 본문은 무기사용의 일반요건을 규정한 것이고, 단서는 특수한 요건하에서 사람에게 위해를 주는 무기사용의 권한을 부여한 특별규정으로 파악하는 것이 타당하다. 그러므로 사람에게 위해를 주는 무기의 사용은 제11조의 본문과 단서를 모두 충족시키는 상황에서만 정당화된다고

할 것이다.

총기사용에 의한 침해행위가 경찰관직무집행법 제11조에 의하여 정당화되기 위하여는 객관적 요건과 주관적 요건을 아울러 구비하여야 한다. 먼저 객관적 요건으로 경직법 제11조에 규정된 일정한 목적성과 비례성 요건을 갖추어야 한다. 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 방호를 위해 필요한 때, 공무집행에 대한 항거를 억제하기 위해 필요한 때 등은 총기사용의 목적이 된다. 이외에도 비례성(광의)이 요구된다. 비례성원칙이란 행정주체가 실현하고자 하는 목적과 그 목적달성을 위한 수단 사이에 합리적인 비례관계가 유지되어야 한다는 원칙 또는 특정 행위에 의하여 침해되는 이익과 그로 인하여 증진되는 이익 사이에 비례관계가 요구되는 원칙을 말하며, 구체적으로 적합성 원칙, 필요성원칙, 상당성원칙(협의의 비례성원칙)을 내용으로 한다.

사람에게 위해를 가저올 수 있는 무기사용은 이상과 같은 총기사용의 일반적 요건 이외에 경직법 제11조 단서의 보다 엄격한 요건에서 허용되고 있다. 이 중에서 정당방위 요건과 관련하여 경찰관이 재산을 보호하기 위하여 무기를 사용할 수 있는지가 문제되나 부정하는 것이 옳을 것이다. 또한사회적, 국가적 법익의 보호를 위한 총기사용의 허용여부에 있어서도 사회적, 국가적 법익이 개인의 생명, 신체의 보호와 밀접한 관련을 갖는 경우에 한하여 위해를 수반하는 무기사용이 허용된다고 할 것이다. 사형 또는 장기 3년이상의 범인의 체포를 위하여 무기를 사용할 수 있도록 한 제1호의 규정도 그 범위가 너무 광범위하므로 폭력범죄나 강력범죄 등으로 범죄유형을 보다 구체화하여 규정하는 것이 입법론적으로 요청된다. .

경찰관의 총기사용이 정당화되기 위하여는 이상과 같은 객관적 요건 이외에 주관적 요건이 구비되어야 한다. 객관적으로 총기사용이 정당화되는 상황이 존재한다 하더라도, 총기사용시 갖고 있는 침해의 고의가 이에 대응하는 주관적 요소에 의하여 상쇄될 때 비로소 완전한 정당화 내지 위법성조각이 인정될 수 있는 것이다. 한편 허용된 위협의 범리에 기초하고 있는 총기사용에 있어서는 결과적으로는 정당화요건이 결여되어 결과 반가치가 확인되더라도, 경찰관이 구체적 상황에서 의무에 충실한 판단이나 검토를 통하여 정당화요건을 확인한 이상 위법성조각 내지 정당화를 인정하는 의무합치적 심사의 기준을 정당화의 요건으로 받아들일 필요가 있다.

4) 총기사용의 구체적 사례에 대한 검토

경찰관의 총기사용에 관한 구체적 사례의 검토를 통하여 몇가지 총기사용의 정당화와 관련한 몇가지 법리 내지 원칙을 확인해 볼 수 있다. 먼저 총기사용에 대하여 대법원은 그 요건을 엄격히 해석하는 경향을 보이고 있다. 가령 200미터 가량 추적하고 구두경고를 하였으며 공포탄을 쏜 후 사람을 향하여 실탄을 발사한 경우에도, 다시 공포를 쏘거나 가스총, 경찰봉을 사용하여 도주자를 제압할 여지가 있다고 보인다는 이유로 총기사용이 위법하다고 판시하였다. 또한 정당방위가 문제되는 사례에서도 대법원은 ‘공포를 발사하거나 가스총과 경찰봉을 사용하여 항거를 억제할 시간적 여유와 보충적 수단이 있었고, 총을 발사하여 피해를 가할 수밖에 없더라도 피해를 최소한도로 줄일 여지가 있다’는 이유로 위법한 것으로 판시하였다. 이처럼 사람의 생명이나 신체에 피해를 줄 수 있는 총기사용에 대하여는 최후의 수단으로만 그 사용을 인정하고 불가피하게 사용해야만 하는 상황에서도 피해를 최소화할 것을 요구하고 있다.

한편 검문불응이나 음주단속거부만을 이유로 하는 총기사용은 현행법상 그 근거가 없는 공권력의 행사로서 위법하다고 아니할 수 없다. 특별히 흉기나 무기를 소지하고 항거하거나 폭력을 행사하지 않는 단순거부자의 경우 경찰관직무집행법 제11조 단서 제1호가 규정하고 있는 요건에 해당하지 않기 때문에 그러한 사람에 대하여 총기를 사용할 수는 없기 때문이다.

반면 피해를 수반하지 않는 총기사용, 즉 공포탄발사나 공중에 대한 실탄의 발사 등과 같은 경우는 범인을 체포하거나 항거의 억제, 생명, 신체의 방어를 위하여 필요한 경우 비교적 널리 허용될 수 있을 것이다.

5) 특별법상 무기 휴대 및 사용에 관한 규정의 검토

경찰관직무집행법 이외의 특별법상 무기사용은 다양한 형태로 인정되고 있다. 이들 개별법에서 산발적으로 규정된 무기에 관한 법령들은 비판적 검증이 생략된 채 규범적 효력을 발휘함으로써 경우에 따라서는 기본권보장의 사각지대를 형성할 수 있다는 점에서 문제점을 던져 주고 있다. 대체로 이들 개별법령의 문제점은 다음과 같이 정리될 수

있다. 첫째로 개별법령들은 경우에 따라 너무 넓게 때로는 너무 좁게 무기사용의 권한을 부여하여 한편으로는 총기남용의 우려를, 다른 한편으로는 당해 입법목적 달성에 지장을 초래할 염려를 던져주고 있다. 두번째 문제점으로는 추상적이고 불명확한 표현이 여러군데서 발견된다는 점인데, 예컨대 행형법 제15조 제1호 '사태가 위험'한 경우, 향토예비군 설치법 제7조에서 '중요시설'의 개념등이 이에 해당한다. 세번째 문제점은 생명, 신체에 대한 치명타를 미칠 수 있는 무기사용을 법률이 아닌 대통령령으로 규정하고 있는 전투경찰대설치법시행령, 헌병무기사용령, 국군기무사령부령은 법률유보의 핵심인 침해유보의 원칙에 위반된다는 점이다. 마지막으로 개별법령에서 무기사용에 관한 일반적 한계를 설정할 수 있는 비례성원칙이 명문화되어 있지 않은 행형법이나 헌병무기사용령 등의 경우 최소한의 무기사용을 담보하기 위하여 이러한 비례성원칙의 명문화가 요청된다.

2. 맺음말

경찰관의 총기사용의 요건과 한계를 규명하는 것은 범죄방지와 인명피해의 최소화라는 두 가지 요청에 대한 조화를 어떻게 달성하는가 하는 문제이다. 이제까지의 논의를 간략히 요약하면서 총기사용에 대한 몇가지 제언으로써 본고를 끝맺기로 한다.

우리나라의 총기사용의 실태를 보면, 경찰관의 피습, 파출소의 피습이 매년 10건 정도 발생하고 있으며 피습에 의한 부상경찰관이 매년 100명 내외를 기록하는 등의 통계를 볼 때 범죄에 대한 단호한 대응수단으로서 경찰관의 총기사용권한의 보장은 충분한 설득력을 갖게 된다. 그러나 다른 한편으로 최근 총기사용건수의 증가와 그에 따른 총기사고의 증가는 총기사용에 대한 적절한 규제의 필요성을 보여주고 있다. 특히 90년 이후 총기사용사태 가운데 법적으로 정당화되는 비율이 25%정도에 불과하고 있고, 이러한 총기의 오남용으로 인하여 무고한 시민이 치명적인 피해를 입는 예가 적지 않음을 감안한다면 총기사용에 대한 적절한 통제의 필요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

총기사용에 대한 적절한 요건과 한계의 설정을 모색함에 있어서 본고는 미국, 영국, 독일, 일본 등 선진각국의 입법례를 참고하였고, 이들로부터 여러가지 유용한 시사점을 얻을 수 있었다. 미국의 경우 경찰관이 범죄자에 대해 무차별 총기를 사용하는 것이 정

당화된다는 속설은 아직도 리딩케이스로서의 의미를 잃지 않고 있는 1985년의 Garner 판결을 통하여 허구임을 알 수 있었다. 영국의 경찰은 가장 엄격한 요건하에 총기의 휴대 및 사용이 인정되고 있다. 즉 일반 경찰관은 원칙적으로 총기의 휴대가 허용되지 않고 개별적인 경우에 상급자의 허가를 받아 총기의 휴대 및 사용이 인정된다. 또한 총기 사용의 실체적 요건이나 총기사용에 대한 보고, 교육 등 절차적 요건도 엄격하게 설정되어 있다. 독일의 경우 경찰관련법령에서 총기사용에 대한 상세한 규정을 두고 있는 점이 주목된다. 즉 총기사용은 직접강제로서의 요건 이외에 총기사용에 대한 일반적 요건 그리고 개인이나 다중에 대한 총기사용의 구체적 요건을 단계적으로 구비할 것이 요구된다. 아울러 과잉의 총기사용을 억제하기 위하여 사람보다 물건에 대한 총기사용의 우선, 유소년에 대한 총기사용의 금지 등 비례성원칙에 근거한 세부적인 규정을 두고 있다. 일본 경찰의 총기사용에 대한 기본적인 규율은 경찰관직무집행법에 의하여 이루어지고 있고 그 내용은 우리나라와의 경우와 유사하다. 다만 사람에 대하여 위해를 가할 수 있는 총기사용의 요건이 '흉악성'을 요건으로 하는 등 우리보다 한정적으로 인정되고 있고, 또한 하위규범인 '경찰관 권총경봉 사용 및 취급규범'에서 보다 구체적이고 세부적인 기준을 마련하고 있다는 점에서 우리와 구별되고 있다. 총기사용 요건의 엄격화, 관련 규정의 세분화, 비례성의 강조 등이 이들 나라에서 분명한 특징을 보이고 있는 것이다.

현행법상 경찰관의 총기사용은 행정상 직접강제 또는 형사소송법상 강제처분으로서의 성격을 갖는 것이며 따라서 법률유보의 원칙에 따라 법률의 수권을 요구하게 된다. 경찰관직무집행법 제11조는 이러한 요구에 따라 경찰관의 총기사용에 대한 근거인 동시에 총기사용의 요건과 한계를 설정하는 기능을 하고 있다. 경찰관직무집행법 제11조는 본문에서 총기사용의 일반적 요건을 규정하고 단서에서 위해적 총기사용의 요건을 추가적으로 규정하고 있다. 또한 경찰관직무집행법 제11조에 따른 총기사용의 요건은 객관적 요건과 주관적 요건으로 구분할 수 있다. 이에 따라 총기사용에 일반적으로 요구되는 객관적 요건은, 경직법 제11조 본문에 규정된 도주의 방지, 생명, 신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제라는 목적성 요건과 필요하다고 인정되는 상당한 범위에서의 총기사용을 요구하는 비례성 요건이 포함된다. 또한 사람에 대한 위해적 총기사용은 정당방위, 긴급피난이나 장기 3년 이상의 중범인 체포 등의 경우에 인정된다.

이러한 요건 가운데 공무집행에 대한 항거의 억제라는 요건은 그 범위의 광범성이나

불명확성으로 인하여 생명, 신체에 대한 보호와 직결되는 공무집행으로 제한하여 해석할 것이 요구되고, 당해 공무집행과 관련된 개별법에서 총기사용이 허용되는 경우를 구체적으로 규정하는 방법이 보다 바람직할 것이다. 또한 정당방위와 관련하여 재산권을 보호하기 위하여 사람에 대한 위해적 총기사용이 허용되는지의 여부가 문제되나 부정적으로 해석하는 것이 타당하고, 사회적·국가적 법익의 보호를 위한 위해적 총기사용도 직접 사람의 생명, 신체의 안전과 관련이 있는 경우로 한정하여 해석하여야 할 것이다. 그밖에 장기 3년 이상의 중범인 체포의 경우도 그 범위가 너무 광범위하기 때문에 폭력범죄나 강력범죄 또는 흉악범죄 등으로 제한하여 규정하는 것이 입법론적으로 요망된다.

이상과 같은 객관적 요건 이외에 총기사용이 정당화되기 위하여는 총기사용 요건에 대한 인식과 적법한 총기사용의사 등 주관적 요건이 구비되어야 한다. 또한 총기사용의 객관적 요건이 구비되지 않은 경우에도 경찰관이 구체적 상황에서 의무에 충실한 판단을 통하여 총기사용 요건을 인정할 경우에는 위법성조각을 인정하는 의무합치적 심사의 기준을 도입하는 것이 바람직할 것이다.

총기사용의 요건과 한계에 이론적 논의를 보강하기 위해 최근의 문제사례에 대한 법적 평가를 시도해 보았다. 실제 사례를 통하여 빈번하게 나타나는 총기사용의 유형은 단순도주자에 대한 체포목적의 총기사용, 검문불응 도주자에 대한 총기사용, 체포에 항거하는 범인에 대한 총기사용, 정당방위가 문제되는 총기사용 등이다. 이러한 사례 가운데서 흉기를 휘두르며 체포에 항거하는 범인에 대하여 공포탄을 발사하여 체포하는 등 적법한 총기사용의 사례가 다수임은 물론이지만, 단순도주자에 대한 총기사용이나 검문불응 도주자에 대한 총기사용은 상당한 합리성이 있다고 보기 어려운 사례가 적지 않다. 이와 관련하여 우리 대법원은 엄밀한 보충성의 요구 등 총기사용요건을 엄격히 해석하는 입장을 취하고 있음이 주목된다. 형법이론 및 판례의 원칙과 조화를 이루기 위해서는 현행의 총기사용 관행보다는 경찰관의 총기사용기준을 보다 엄격화해야 할 것으로 판단된다.

현행법체계상 총기사용규정은 경찰관직무집행법 제11조를 기본으로 하지만, 특별경찰영역에서 특별법에 의하여 총기사용이 허용되는 경우가 다수 존재한다. 이와같은 산발적인 개별입법에 의하여 규율되는 총기사용은 일반의 별다른 주목을 받지 않은채 자칫 기본권보장의 사각지대로 방치될 우려가 있으므로 이에 대하여도 관심을 기울일 필요가

있다. 특별법에 의한 총기사용에서 나타나는 일반적인 문제점으로는 총기사용 허용기준의 완화, 법령의 추상성이나 불명확성으로 인한 오남용의 우려, 대통령령으로써 총기사용의 근거를 설정함에 따른 법률유보원칙에 대한 위반, 비례성원칙의 명문화 결여 등을 지적할 수 있다. 국가공무원의 총기사용이 적법성의 범위내에서 이루어질 수 있도록 규정의 법률화와 구체화가 요구된다 할 것이다.

본고는 경찰관 총기사용의 법적 요건과 한계를 중심으로 한 까닭에, 총기사용 및 오남용과 관련한 전반적 정책방향을 다루지 못한 한계를 갖고 있다. 앞으로의 과제를 제시할 점, 그에 대한 몇가지 제언을 덧붙임으로써 이 글을 맺고자 한다.

그간 문제시된 총기사용 사례를 보면 경찰관의 총기사용능력 미숙 혹은 경찰관의 현장대응능력 미숙으로 인한 인명피해가 상당수 눈에 띄며, 총기를 사적 목적으로 악용한 경우도 보인다. 총기사용의 미숙함을 막기 위한 조치로 경찰관의 사격훈련의 강화지침이 연속적으로 시달되고 있고 사격훈련의 횟수를 증가하는 등의 대처도 이루어지고 있다. 사격훈련의 방식에 있어 종래의 정지목표물에 대한 조준사격에 더하여 실제상황에 맞추어 사격훈련을 할 수 있는 동적 훈련도 필요할 것이다. 총기의 오용·악용사례를 막기 위해서는 경찰관에 대한 정신교육이 더욱 강화되어야 할 것으로 본다.

모든 경찰관에게 조건없이 총기를 휴대·사용할 수 있게 하는 것이 바람직한지는 검토를 요한다. 사격능력과 현장대응능력, 안전수칙의 준수 등의 기준을 종합하여, 총기를 남용할 가능성이 없다고 인정된 경찰관에게 총기휴대허가증을 발급하고, 또 허가증을 가진 경찰 가운데서도 적절한 총기관리를 하지 못한 경우에는 일정기간 총기휴대허가를 유보할 수 있게 하는 것이 바람직할 것이다. 경찰이 맡은 구체적 임무와 관련하여 총기의 휴대 여부를 세분화할 규정이 제정될 필요도 있을 것이다.

총기는 어디까지나 범죄제압을 위한 최후의 수단이다. 우리사회에서는 아직 일반범죄자들이 범죄의 수단이나 경찰관에 대항하는 무기로 총기를 사용하는 경우는 극히 드물다. 조직범죄나 흉악범죄도 총기 이외의 흉기를 주로 사용한다. 일반 시민들의 경우 군대생활에서를 제외하고는 총기를 접촉할 기회를 갖지 못한다. 총기의 소지와 사용이 이렇듯 엄격한 우리 사회에서 경찰관은 총기를 휴대하더라도 그 사용을 극히 자제해야 한다. 경찰관직무집행법상의 총기사용에서도 최후수단으로서 사용해야 함을 명시하고 있지

만, 총기가 아닌 장구를 통한 범죄대응능력을 향상시키기 위한 경찰훈련을 게을리해서는 안된다. 또한 총기의 사용요건 및 한계에 대한 지속적인 경찰교육도 필요할 것이다.

경찰관의 총기사용으로 인한 피해자의 구조와 치료를 위한 체계적 방안이 마련되어야 한다. 경찰관의 법적 책임이 인정될 경우 피해자를 위한 구조는 당연하다. 그러나 법적 책임이 인정되지 않는 경우에도 총기사용의 피해가 치명적일 가능성이 높은 만큼 인명 존중의 견지에서 적절한 치료적 조치를 하는 것이 바람직하다. 실제로 경찰관의 총기사용의 합법/불법의 경계선이 명확하지 않는 경우가 적지 않음을 감안할 때, 필요한 치료 조치는 경찰병원 등에서 말도록 하는 방법을 생각할 수 있을 것이다. 합법적인 총기사용의 경우에도 경찰관 자신이 갖는 심리적 부담감이 적지 않음을 감안하면, 이러한 조치는 경찰관의 사기진작에도 간접적인 도움이 될 수 있을 것으로 본다.

참 고 문 헌

[국내문헌]

<단행본>

- 국회 내무위 국감자료, 1994
- 김일수, 한국형법 I, 1992
- 김일수, 형법총론, 1996
- 박윤훈, 행정법강의(하), 1995
- 서원우, 현대행정법론(상), 1990
- 신동운, 형사소송법, 1995
- 양화식, 주관적 정당화요소 소고, 법조 1990, 12
- 이기호, 경찰활동과 무기사용에 관한 연구, 1993
- 이상규, 신행정법론(상), 1994
- 이상규, 신행정법론(하), 1994
- 이재상, 형법총론, 1996
- 이재상, 형사소송법, 1995
- 이형국, 형법총론, 1996
- 장영민/박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995
- 차용석, 형법총론강의 I, 1988
- 홍정선, 행정법원론(상), 1995

<논문>

- 김남진, 경찰권발동의 근거와 한계, 경찰대학 청람 제4호, 1988/12
- 김남진, 직접강제, 직접집행, 즉시강제, 월간고시, 1987/4
- 김영훈, 경찰권의 근거와 한계, 사법행정, 1990 / 10

- 문홍주/김형성, 비례성원칙과 기본권, 대한민국학술원 논문집(인문사회과학편) 제28집, 1989
- 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대 법학박사학위논문, 1992
- 신양균, 주관적 정당화요소에 대한 검토, 성시탁교수 화갑기념논문집, 1993
- 심헌섭, 주관적 정당화요소 소고, 송전대논문집 제3집, 1971
- 이기우, 경찰작용법의 체계, 사법행정 1990/ 2
- 이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990/2
- 이기호, 일본경찰관의 총기사용에 관한 연구, 치안논총 제9집, 경찰대학치안연구소, 1992
- 임헌소, 행정법상 비례원칙과 법적 통제에 관한 연구, 사법행정, 1994/3
- 정하중, 독일경찰법의 체계와 한국경찰관직무집행법의 개선방향(상), 사법행정 1994/2

[영미문헌]

- Alpert & Smith, Running Rampant: The imposition of Sanctions and the Use of Force Against Fleeing Criminal Suspects, 80 Geo.L.J., 2175, 2177.
- Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice, 35th ed. 1962(quoted from Kader Asmal, Shoot to Kill?, 1985
- Crime Control Digest, New Memphis Police Department Shooting Policy Saves Lives, Reduces Friction with Community," 1992, March 30:1, 7-8.
- Geller, William. A. & Scott, Michael, Deadly Force, Police Executive Research Forum, 1992
- James J. Fyfe, Police Use of Deadly Force, Justice Quarterly, Vol. 5 No. 2, June 1988
- John C. Hall, Deadly Force; The Common Law and the Constitution, FBI Law Enforcement Bulletin, April 1984, Vol. 53 No. 4
- Matulia, K. R., A Balance of Forces, 2nd ed., Gaithersburg, MD: International Association of Chiefs of Police(quoted from James J. Fyfe, Police Use

of Deadly Force, Justice Quarterly, Vol. 5 No. 2, June 1988

- Stephan, Commentaries on the laws of England, 15 ed. 1908, Book VI, Of Crimes(quoted from Kader Asmal, Shoot to Kill?, 1985
- William B. Waegel, How Police Justify the Use of Deadly Force, Social Problems, Vol. 32, No. 2, December 1984

[독일문헌]

- Berner / Köhler, Polizeiaufgabengesetz, 1995
- Buchert, Zum polizeiliche Schußwaffengebrauch, 1975
- Bürgerrechte und Polizei, Nr. 1 1978
- Bürgerrecht und Polizei, Nr. 7, 1980
- Götz, Allgemeines Polizei - und Ordnungsrecht, 1996
- Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 1988
- Knemeyer, Polizei und Ordnungsrecht, 1995
- Krüger, Polizeilicher Schußwaffengebrauch, 1979
- Lisken / Deninger, Handbuch des Polizeirechts, 1992
- Maurach, Schuld und Verantwortung, 1948
- Mußmann, Allgemeines Polizeirecht in Baden-Württemberg, 1994
- Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959
- Reichert /Ruder, Besonderes Verwaltungsrecht für Baden-Württemberg, 1994
- Roxin, Strafrecht AT, 1995
- Rudolphi, Die pflichtmäßige Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift-Schröder, 1978
- Samper / Honachker, PAG, Art. 40(a. F.) Anm. 5
- Schmitt, Rudolf, Inhalt und Funktion des Handlungswertes in Rahmen der personalen Unrechtslehre, FS-Maurach, 1972
- Schönke/Schröder/Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 1991

- Scmitt, Rudolf, Subjektive Rechtfertigungselement bei Fahrlässigkeitsdelikten?, Jus1963
- Spindel, Gegen den Verteidigungswillen als Notwehrrfordernis, FS-ockelmann, 1979
- Sundermann, Schußwaffengebrauch im Polizeirecht, 1984
- Wolf / Stephan, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 1995
- Zienlinski, Handlung - und Erfolg sunrecht im Unrechtsbegriff. 1973

[일본문헌]

- 古田佑紀, '第7條 武器の使用', 大コンナンタル警察官職務執行法, 田宮裕 外編, 1993
- 武井豊, '武器使用', 刑事裁判實務大系 第10卷, 石川達紘 編, 1993
- 福永英男, 警察官武器使用規程變遷, 警察學論集 第34卷 8號, 1981
- 石川才顯, 警察官の武器使用と正當性の限界, 法律ひろば 23卷 8號
- 植松正, 刑法概論 I(總論), 1974
- 安田博延, '武器使用の要件,限界', 刑事裁判實務大系 第10卷, 石川達紘 編, 1993
- 原田保, '警察官の拳銃使用, とこか問題か', 法學セミナ, 1991/2
- 肉戸基男 外著, 新版警察官職務權限法解説 註解 上卷, 1989
- 日高義博, 偶然防衛, 現代刑法論爭 I, 1983
- 田上穰治, 警察法, 1983
- 河上和雄, 刑事訴訟課題展開, 1983

부 록

부록 1, Tennessee v. Garner, 105 S.Ct. 1694 (1985)

I.

* * *

하이먼 경관은 체포를 방지하기 위하여 총기를 사용할 때 테네시 주 법과 경찰청의 정책이 부여한 권한에 따라 행위한 것이다. 주 법은 “피의자를 체포하겠다는 의사를 고지한 후 피의자가 도주하거나 무력으로 항거하면, 경찰관은 체포하기 위하여 모든 필요한 수단(all the necessary means)을 사용할 수 있다”고 규정하고 있다(Tenn.Code Ann. § 40-7-108 (1982)). 경찰청의 정책은 주 법보다 다소 제한적이나 주거침입절도의 경우에는 총기를 사용할 수 있도록 허용하고 있다. 이 사건은 멤피스 시경찰청의 총기심의위원회에서 심의하였고, 대배심에 제기되었으나 어느 쪽도 아무런 조치를 취하지 않았다.

가너의 아버지는 연방 테네시 주서부지원에 가너의 헌법상 기본권이 침해되었다는 이유로 42 U.S.C. § 1983에 근거하여 소를 제기하였다. 원고는 총기발사가 미연방수정헌법 제4조, 5조, 6조 8조 그리고 14조를 위반하였다고 주장하였다. 원고는 하이먼 경관, 시경찰청, 경찰청장, 시장, 그리고 市를 피고로 제기하였다.

* * *

II.

경찰관이 사람의 이동의 자유(freedom of a person to walk away)를 제한할 때에 그는 사람을 체포·압수(seize)한 것이다. United States v. Brignoni-Ponce, 422 U.S. 873, 878

(1975). 경찰관의 어느 정도의 최소 행위가 체포(seizure)에 해당하는가는 분명하지 않지만, United States v. Mendenhall, 446 U.S. 544 (1980) 참조, 총기를 사용하여 사람을 체포(apprehension)하는 행위는 수정헌법 제4조에 의하여 합리성(reasonableness)이 요구되는 체포·압수(seizure)에 해당한다는 점에는 의문의 여지가 없다.

A

경찰관은 사람이 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유(probable cause)가 있으면 그를 체포할 수 있다. 피고와 상고인은 이 요건이 충족되면 수정헌법 제4조는 어떻게 체포가 실행되는가는 아무런 관련이 없다고 주장한다. 이러한 견해는 당원이 침해의 정도와 그 필요성을 교량함을 통하여 체포 또는 압수가 행해지는 방법의 합리성을 심사한 많은 판례를 무시하는 것이다. 체포·압수의 합헌성여부를 판단하기 위하여 “우리는 개인의 수정헌법 제4조의 이익과 이러한 침해를 정당화하는 정부의 이익의 중요성을 교량하여야 한다.” 우리는 “대립하는 이익의 교량”(the balancing of competing interests)이 “수정헌법 제4조의 핵심원리(key principle)”이라고 판시해 왔다. 이러한 요소 중의 하나가 침해의 정도이기 때문에 합리성판단은 언제 침해가 발생하였는가 하는 점뿐만 아니라 어떠한 방법으로 침해가 행하여졌는가를 고려하여야 한다.

* * *

B

위의 사례에 적용된 것과 같은 교량의 과정은 체포·압수할 상당한 이유가 존재함에도 불구하고 경찰관은 사람을 살해하면서까지 그렇게 할 수는 없다는 사실을 보여준다. 살인을 통한 체포·압수의 집행은 타당하지 않다. 자신이 생명에 대한 피의자의 기본적 권리에 대하여는 자세히 논할 필요도 없다. 또한 위해를 수반하는 총기의 사용은 유무죄를 판단하고 형벌을 결정하는 개인의 이익과 사회의 이익을 침해한다. 이러한 이익에 대응해서는 효과적인 법집행에 대한 정부의 이익이 존재한다. 만약 도주하면 피격될 수 있

다고 인식한 피의자의 복종을 촉진함으로써 전체적인 폭력을 감소시킬 수 있다는 주장이 있다. 체포에서의 효율성은 총기의 사용 또는 그러한 위협을 요구한다는 것이다. “이러한 개인을 체포할 수 있는 능력은 주의 사법체제 전체에 선행하는 조건이다.”

이러한 목표의 중요성을 폄하하지는 않으나, 우리는 이러한 총기의 사용이 비폭력적인 피의자를 사살하는 것을 정당화할 정도로 그러한 목적 달성에 생산적인 수단인지에 대하여 확신할 수 없다. 총기사용은 피의자를 체포하는 자손적인(self-defeating) 방법이고 형사사법메카니즘을 불안정한 것으로 만든다. 성공적이라면 이는 이 메카니즘이 불안정하지 않음을 보장한다. 그리고 총기의 상당한 위협이 도주시도를 감소시킴으로써 보다 많은 살아있는 피의자의 체포로 이어질 수 있다고 하여도, 현재의 입수할 수 있는 증거는 이러한 주장을 논증하지 못한다. 현실은 우리나라의 대다수 경찰청이 비폭력적 피의자에 대하여 총기를 사용하는 것을 금지하고 있다는 것이다. 만일 형법의 집행을 책임지고 있는 사람들 자신이 위험하지 않은 중범죄자를 체포하는 데 있어서 위해를 수반하는 총기의 사용을 포기하였다면, 위해를 수반하는 총기의 사용이 모든 중범죄자의 체포권에 있어서 필수적인 요소라는 주장을 의심하는 데에는 충분한 이유가 있다. 피고와 상고인은 도주하는 위험하지 않은 중범죄자에 대하여 발포하는 것이 피의자 생명권보다도 더 월등한 가치를 갖고 있다는 점을 제시하지 못하였다.

중범죄자의 도주를 방지하기 위하여 위해를 수반하는 총기를 사용하는 것은 어떠한 상황이던간에 헌법적으로 합리적이지 않다. 모든 중범죄자가 도주하느니 죽는게 더 낫다고 할 수는 없다. 피의자가 경찰관이나 타인에 대하여 임박한 위협이 되지 않을 때, 피의자를 체포하지 못하였기 때문에 발생하는 해악은 총기사용을 정당화하지 못한다. 피의자가 눈앞에서 도주하는 것은 물론 유감스러운 일이다. 그러나 경찰관이 사건현장에 조금 늦게 도착하였다거나 발걸음이 조금 더 느리다는 사실이 피의자를 사살하는 것을 언제나 정당화하지는 못한다. 경찰관은 비무장한 위험하지 않은 피의자를 사살함으로써 체포·압수할 수 없다. 테네시 주법은 이 법이 이러한 도주하는 중범죄자에 대하여 위해를 수반하는 총기를 사용할 수 있도록 허용하고 있는 한도에 있어서 위헌이다.

그러나 그 자체로 위헌인 것은 아니다. 경찰관이 피의자가 경찰관이나 타인에 대하여 중대한 실제적 해악(serious physical harm)을 야기할 수 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있을 경우에 위해를 수반하는 총기사용으로 그 피의자를 체포·압수하는 것이 헌

법상 합리적이지 않은 것은 아니다. 따라서 피의자가 경찰관에 대하여 무기로 위협하거나, 중대한 실제적 해악이 관련된 범죄를 범하였거나 그러한 해악을 협박하고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있다면, 그리고 실행가능한 경우, 경고를 하였다면, 도주를 방지하기 위하여 필요한 때에 위해를 수반하는 방법으로 총기를 사용할 수 있다. 이러한 상황에 적용된다면 테네시 주법은 헌법심사를 통과할 것이다.

부록 2, 영국 : 총기의 지급 및 사용에 관한 경찰관지침 (Guidelines for Police on the Issue and Use of Firearms)

1) 총기지급에 관한 원칙

경찰관이 무기를 소지한 자와 마주치거나 총기의 사용없이는 무기소지자를 무사히 제지할 수 없다고 믿을만한 합리적 이유가 있는 경우에 한하여 경찰관에게 총기가 지급될 수 있다. 또한 총기는 방어의 목적과 위협한 동물의 사살 목적으로 지급될 수 있다.

2) 총기사용에 관한 원칙

경찰관은 다른 수단을 사용하였으나 목적달성에 실패한 경우 또는 상황에 비추어 다른 수단을 사용하더라도 목적을 달성할 수 없다고 확신한 경우에 최후의 수단으로서 총기를 사용할 수 있다. 예컨대 다른 수단으로는 생명에 대한 침해의 발생이나 확대의 방지와 같은 적법한 목적을 달성할 수 없음이 명백한 경우에 경찰관은 총기를 사용할 수 있다.

3) 총기지급의 권한

총기지급의 권한은 ACPO(영국지역경찰청협의체)級の 상급경찰관에게 부여된다. 다만 위와 같은 권한을 갖는 자로부터 총기지급을 허가받는데 시간이 지체되어 생명에 대한 침해나 중상이 발생할 우려가 있는 경우에는 수석총경(Chief Superintendent)이나 총경이 총기를 지급할 수 있고, 이 경우에는 ACPO級 경찰관에게 가능한 한 신속히 보고하여야 한다. 총기가 방어목적을 위하여 상시 지급되는 경우에는 예외가 인정될 수 있으나, 이러한 예외인정의 권한은 우선적으로 ACPO급 경찰관에게 주어진다.

4) 총기 지급과 사용의 전제요건

a. 경찰관의 총기사용에 관한 ACPO의 지침은 경찰관의 총기사용과 관련한 기술상의

문제나 직무수행상의 문제에 있어서 공권적 효력을 갖는 유일한 지침이다.

- b. 특정종류의 총기에 대하여 훈련을 받고 그 사용이 허가된 자에 한하여 총기는 지급된다. 총기사용이 허가된 경찰관은 정기적인 재교육과정을 이수하여야 한다. 이러한 재교육과정을 이수하지 못한 자 또는 재교육과정에서 요구된 수준에 이르지 못한 자는 총기사용의 권한을 잃게 되며 이후로는 총기가 지급되어서는 안된다. 총기사용이 허가된 경찰관은 그들에게 지급된 총기의 종류가 표시된 총기사용허가증을 소지하여야 한다. 총기사용허가증은 총기가 지급되기 전에 작성되어야 하고, 당해경찰관이 총기를 소지할 경우에는 항상 휴대하여야 한다.
- c. 총기의 지급과 직무수행상의 총기사용에 관한 기록은 보존되어야 한다. 동물사살의 경우를 제외하고 경찰관이 총기를 발사한 모든 경우에 대하여 상급경찰관은 철저한 조사를 하고, 그 전과정에 대한 서면보고서를 작성하여야 한다.

5) 총기사용에 관한 보고

총기를 사용하여 직무를 수행한 경우에 있어서 상급경찰관의 보고는 중요하며, 이러한 보고에는 직무수행에 참여한 총기사용의 권한을 갖는 경찰관과 총기사용의 권한이 없는 경찰관이 표시되어야 한다. 이 보고에서 상급경찰관은 직무수행의 목적과 총기를 사용한 경찰관의 개인책임을 명시하여야 한다. 보고에 있어서 무고한 제3자의 존재가능성에 대하여 특별히 주의하여야 한다.

6) 최소한의 총기사용

본 지침은 1967년 형법 제3조에 기초한 원칙 즉 상황에 비추어 합리적인 것으로 인정되는 범위에서 무기를 사용할 수 있는 원칙에 아무런 영향을 미치지 않는다. 정당화될 수 있는 무력사용의 정도는 개별적인 경우의 구체적인 상황에 따라서 달라 질 수 있다. 총기사용에 대한 책임은 경찰관에 대하여 개별적으로 판단되어야 하고, 이러한 판단의 정당성은 소송절차에서 밝혀져야 한다.

7) 경 고

- a. 총기를 발사하기 이전에 구두경고를 하는 것이 합리적인 경우에는 반드시 경고를 하여야 한다.
- b. 총기사용으로 부상자가 발생한 경우에 신속한 치료를 보장할 수 있는 장치가 조속히 마련되어야 한다.

8) 요 약

본 지침 가운데서 개별경찰관에 대하여 가장 중요한 사항을 요약하여 첨부한다. 이 요약은 총기사용이 허가된 경찰관이 총기를 소지하고 있을 때는 항상 휴대할 수 있도록 총기사용허가증의 이면에 부착할 것을 제안한다.

부록 3, 독일 : 독일연방 및 각주의 통일경찰법 초안(Musterentwurf eines einheitliches Polizeigesetzes des Bundes und Länder)

* 제41조[총기사용에 관한 일반규정]

1. 총기는 여타의 직접강제조치들이 행사되어도 효과가 없었거나 효과를 기대할 수 없음이 명백한 경우에 한하여 사용할 수 있다. 사람에게 대한 총기사용은 물건에 대한 총기사용에 의하여 목적을 달성할 수 없는 때에 한하여 사용할 수 있다.
2. 사람에게 대하여는 공격이나 도주의 방지를 위한 경우에만 총기를 사용할 수 있다. 고도의 살해가능성이 있는 총기발사는 그것이 생명에 대한 현존하는 위험을 예방하거나 신체의 완전성의 현저한 훼손에 대한 현존하는 위험을 예방하기 위한 유일한 수단일 경우에만 허용된다.
3. 외견상 14세 미만의 자에 대하여는 총기사용이 허용되지 않는다. 다만 총기의 사용이 생명이나 신체에 대한 현존하는 위험의 유일한 방지 수단일 때에는 예외로 한다.
4. 경찰관이 무고한 자로 인정하는 자가 위태롭게 될 고도의 가능성이 있는 경우에는 총기사용이 허용되지 않는다. 다만 총기사용이 현존하는 생명의 위험방지를 위하여 유일한 수단인 경우에는 예외로 한다.

* 제42조[사람에 대한 총기의 사용]

1. 사람에게 대한 총기의 사용은 다음 각호의 경우에 한하여 허용된다.
 - (1) 생명, 신체에 대한 현재의 위험을 방지하기 위한 경우
 - (2) 실행 직전 또는 실행중인 중죄, 총기나 폭발물을 사용 또는 소지하여 실행하기 직전이거나 또는 실행중인 경죄를 저지하기 위한 경우

- (3) 다음 각호의 경우에 도주함으로써 체포 또는 신원확인을 면하고자 하는 자를 정지시키고자 할 때
- a) 중죄를 범하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있거나
 - b) 경죄를 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고 총기나 폭발물을 소지하고 있다고 인정할 만한 사정이 있는 경우
- (4) 다음에 해당하는 자가 공권력에 의하여 구금되어 있거나 구금을 위하여 연행중일 경우, 그 자의 도주방지 또는 체포를 위한 경우
- a) 중죄를 이유로 법원의 유죄판결을 받았거나 중죄의 충분한 혐의가 있거나
 - b) 경죄를 이유로 법원의 유죄판결을 받았거나 경죄의 충분한 혐의가 있고 총기나 폭발물을 소지하고 있다고 인정할만한 사정이 있는 경우
- (5) 공권력에 의하여 구금된 자를 폭력을 사용하여 도주시키려는 행위를 저지하기 위한 경우
2. 소년구금이나 군사구금의 경우 또는 개방된 시설로부터의 도주를 방지하기 위한 경우에는 제1항 제4호에 의한 총기사용이 허용되지 아니한다

*** 제43조[다중속의 개인에 대한 총기사용]**

1. 다중에 대한 총기의 사용은 경찰관에 의하여 무고한 자로 인정되는 자가 위태롭게 될 고도의 가능성이 있는 경우에는 허용되지 아니한다. 다만 총기의 사용이 현존하는 생명의 위험방지를 위한 유일한 수단인 경우에는 그러하지 아니하다.
2. 폭력을 행사하거나 행동으로 폭력을 용인 또는 지지하는 사람들의 집단내에 있는 자가, 제39조 제3항에 의한 반복적인 경고에도 불구하고 집단을 이탈하지 아니한 경우는 무고한 자로 인정되지 아니한다.

*** 제44조[특수무기, 폭발물]**

1. 기관총과 수류탄은 제4조 제1항 제1호 제2호 및 제5호의 경우에 한하여 내무부장

관 또는 내무부장관이 개별적인 경우에 위임한 자의 동의가 있는 경우에 한하여 사용할 수 있다. 다만 다음의 경우에 한한다.

- (1) 위임을 받은 자는 총기 또는 수류탄 및 이와 유사한 폭발수단을 사용한 경험이 있어야 하고
 - (2) 사전에 다른 무기의 사용이 효과가 없을 경우
2. 기관총과 수류탄은 공격을 저지하기 위한 경우에만 사용할 수 있다. 수류탄은 다중 속의 개인에 대하여는 사용할 수 없다.
 3. 그밖의 사항에 대하여는 총기사용에 관한 규정이 적용된다.
 4. 사람에게 대한 폭발물의 사용은 허용되지 아니한다.

부록 4, 일본 : 경찰관직무집행법, 경찰관권총경봉사용 및 취급규범

<경찰관직무집행법>

* 제7조[무기사용]

경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 방호, 공무집행에 대한 저항의 억지를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우에는 그 사태에 따라 합리적으로 필요하다고 판단되는 한도내에서 무기를 사용할 수 있다. 다만 형법 제36조(정당방위) 또는 제37조(긴급피난)에 해당하는 경우에는 다음 각호의 一에 해당하는 경우를 제외하고는 사람에게 위해를 주어서는 아니된다.

1. 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 흉악한 죄를 현재 실행중이거나 이미 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 저항하거나 도망하려고 경찰관에 저항할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 다른 수단이 없다고 경찰관이 믿을만한 상당한 이유가 있을 때
2. 체포장에 의하여 체포할 경우 또는 구류장, 구인장을 집행할 경우에 본인이 경찰관의 직무집행에 대하여 저항하거나 도망하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도망시키려고 경찰관에게 저항할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 다른 수단이 없다고 경찰관이 믿을만한 상당한 이유가 있을 때

<경찰관권총경봉사용 및 취급규범>

* 제2조[흉악한 죄]

1. 내란, 외환, 소요(형법 제106조 제3호에 규정된 附和隨行者에 관한 규정은 제외), 기차 또는 전차의 전복, 폭발물취체벌칙 제1조 및 제2조의 죄 등 민심에 현저히 불안을 발생케 하는 죄
2. 살인, 강도, 강간, 방화(형법 제110조 제2항에 규정된 것은 제외) 및 상해의 죄

3. 폭력행위등 처벌에 관한 법률 제1조의 죄 중에서, 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 흉기를 보이면서 행한 죄
4. 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 흉기를 보이면서 또는 격투에 이를 정도의 현저한 폭행에 의하여 행하여진 공무집행방해죄
5. 절도죄 중에서 야간에 침입하여 행하여진 경우 또는 주거, 간수하는 저택, 건조물 또는 선박에 침입하여 행하여진 죄
6. 前號에 규정된 장소에 침입한 죄 중에서 흉기를 휴대하여 행하여진 죄
7. 前各號에 열거된 죄 이외에 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역, 금고에 해당하는 죄로서 사람의 생명, 신체에 위해를 미칠 우려가 있고 또한 현저히 사람을 외포케 하는 방법에 의하여 행하여진 죄

* 제4조[경봉등의 사용]

경찰관은 범인의 체포 또는 도망의 방지, 자기 또는 타인의 방호, 공무집행에 대한 저항의 억지, 범죄의 제지 기타 직무를 수행함에 있어서, 그 사태에 따라 경봉 등을 유효하게 사용하기 위하여 노력하여야 한다.

경찰관은 다음 각호에 해당하는 경우에 경봉 등을 무기에 대신하여 사용할 수 있다.

1. 형법 제36조(정당방위) 또는 동법 제37조(긴급피난)에 해당하는 경우에, 자기 또는 타인의 생명, 신체를 방호하기 위하여 필요하다고 인정하는 때.
2. 흉악한 죄의 범인을 체포하는 때, 체포장에 의하여 체포하는 때, 구인장 또는 구류장을 집행하는 때 범인이 경찰관의 직무집행에 대하여 저항하거나 도망하려고 하는 경우 또는 제3자가 범인을 도피시키려고 경찰관에 저항하는 경우에 있어서 이를 방지 또는 체포하기 위하여 다른 수단이 없다고 인정하는 때.

* 제5조[미리 권총을 뽑아들 수 있는 경우]

경찰관은 직무를 집행함에 있어서 제7조에 규정된 권총의 사용이 예상되는 경우에는 미리 권총을 뽑아들 수 있다.

* 제7조[권총을 사용할 수 있는 경우]

경찰관은 범인의 체포 또는 도주의 방지, 자기 또는 타인의 방호, 공무집행에 대한 저항의 억지를 위하여, 경봉 등을 사용하는 등의 다른 수단이 없다고 인정되는 때에는, 그 사태에 따라 필요최소한도에서 권총의 사격태세를 취하거나 또는 발사할 수 있다. 다만 다음 각호에 열거된 경우를 제외하고는 상대방을 향하여 권총을 발사할 수 없다.

1. 형법 제36조(정당방위) 또는 동법 제37조(긴급피난)에 해당하거나 자기 또는 타인의 생명, 신체를 방호하기 위하여 필요하다고 인정하는 때
2. 흉악한 죄의 범인을 체포하는 때, 체포장에 의하여 체포하는 때 또는 구인장, 구류장을 집행하는 때 범인이 경찰관의 직무집행에 대하여 저항하거나 도망하려고 하는 경우 또는 제3자가 범인을 도피시키려고 경찰관에 저항하는 경우에 있어서 이를 방지 또는 체포하기 위하여 다른 수단이 없다고 인정하는 때

* 제8조[부대조직에 의하여 행동하는 경우]

다중범죄의 진압등을 위하여 경찰관이 부대조직에 의하여 행동하는 때에 권총 또는 경봉 등을 사용하는 경우에는 그 당시의 부대지휘관의 명령에 의하여 사용하여야 한다. 다만 상황이 급박하여 명령을 받을 수 없는 경우에는 예외로 한다.

* 제9조[제3자에 대한 위해방지상의 주의]

경봉 등을 사용할 때 및 권총 등을 발사할 때에는 어느 경우에도 상대방 이외의 자에 위해를 미치거나 또는 손해를 가하지 않도록 주의를 하여야 한다.

* 제10조[권총을 발사하는 경우의 경고]

권총을 발사하는 경우에는 상황이 급박하여 특히 경고할 여유가 없는 때를 제외하고는 미리 권총의 발사를 상대방에게 경고하여야 한다.

연구보고서 1997-22

경찰관 총기사용의 법적 요건과 한계에 관한 연구

2004년 9월 발행

2004년 9월 인쇄

발행인 : 류 정 선

발행처 : 치 안 연 구 소

경기도 용인시 구성읍 언남리 88번지

인쇄처 : 대 한 문 화 사

(TEL : (02)2268-0458)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며

치안연구소 공식 견해가 아님을 밝혀드립니다.

연구보고서 1997-22

경찰관 총기사용의 법적 요건과 한계에 관한 연구

2004년 9월 발행

2004년 9월 인쇄

발행인 : 류 정 선

발행처 : 치 안 연 구 소

경기도 용인시 구성읍 언남리 88번지

인쇄처 : 대 한 문 화 사

(TEL : (02)2268-0458)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며

치안연구소 공식 견해가 아님을 밝혀드립니다.



POLICE SCIENCE INSTITUTE