

## 경찰관의 적법성 착오에 의한 직무행위와 정당화 여부

김재봉\*

### 〈 목 차 〉

- I. 쟁점의 제시
- II. 공무집행방해죄에서 직무의 적법성 의미와 판단기준
- III. 경찰관의 적법성 착오행위의 정당화·면책 여부에 대한 논의
- IV. 경찰관의 착오행위에 대한 저항과 정당화·면책 여부
- V. 마침글

〈연구대상 판결1〉 : 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결

### 【사실관계】

2009. 7. 15. 02:50경부터 03:50경까지 사이에 누구인가 대전 서구 월평동 H아파트 303동 후문에서 귀가 중인 여성을 따라가 그 여성을 커터칼로 위협하고 30m가량 끌고 가 강간을 시도하였으나 여성이 반항하자 현금만을 강취한 사건이 발생하였고, 다음날인 2009. 7. 16. 03:10경 누구인가 대전 서구 갈마동 소재 갈마공원의 벤치에서 산책을 하다 앉아 있는 여성의 목에 흉기를 대고 끌고 가려다가 여성이 반항하여 손에 찰과상을 입히고 도주한 사건이 발생하였다. 위 강도강간미수 사건의 용의자에 관하여 '20~30대 남자, 신장 170cm가량, 뚱뚱한 체격, 긴 머리, 둥근 얼굴, 상의 흰색 티셔츠, 하의 검은색 바지, 검은색 신발 착용' 및 '신장 175cm가량, 마른 체형, 안경 착용'이라는 등으로 그 인상착의가 대략적으로 신고되었다. 대전 둔산경찰서는 2009.

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

7. 17. 00:30경부터 04:00경까지 월평동, 갈마동 일대에 이 사건의 용의자를 검거하기 위해서 경장 P1(공소외 1), 경사 P2(공소외 2) 등 경찰관들에게 탐문 및 잠복근무를 하도록 하였다.

P1과 P2는 사복 차림으로 대전 서구 월평동 소재 누리네거리 앞길에서 경찰표식이 없는 승용차에 타고 잠복 근무를 하던 중 2009. 7. 17. 02:20경 혼자 걸어 가는 甲(30대 남자, 178~179cm의 신장, 안경 착용, 건장한 체격)을 발견하고 P1은 승용차에서 내려 甲에게 다가갔다. 하루 또는 이틀 전에 일어난 각 강도강간미수 사건의 내용을 알지 못하는 상태에 있던 甲은 P1이 불심검문을 하기 위해서 경찰공무원증을 제시하며 소속과 성명을 밝히고 이유를 설명하면서 다가가자, 곧바로 반대방향으로 도망하였고, 이에 P1은 경찰관이니 도망가지 말라고 이야기하면서 뛰어서, P2는 승용차를 타고 甲을 쫓아갔다. 甲은 차도 옆 인도로 150~200m가량 도망가다가 P2가 승용차를 달려 인도로 진입할 수 있는 곳에서 승용차로 앞을 가로막자 굴러 넘어진 후 다시 도망하려 하자 뒤쫓아 온 P1과 차에서 내린 P가 도망하려는 甲에게 신분증을 제시하며 경찰관 신분임을 고지하고 제지하였고, 甲은 P1과 P2에게 주먹을 휘두르고 발길질하여 P1에게 약 3주간의 치료를 요하는 안면부 좌상 등을, P2에게는 약 3주간의 치료를 요하는 경부 염좌상 등의 상해를 가하며 몸싸움을 하던 중 경찰관을 불러달라고 소리를 질렀고, 그 소리에 택시기사가 정차하고 사람들도 다가오자 P1은 그들에게 경찰관인데 업무 중이라는 취지로 말하여 돌려보냈고, P1과 P2는 甲을 공무집행방해 혐의의 현행범으로 체포하였다.

### 【사건의 경과】

검사는 甲을 공무집행방해죄와 상해죄의 혐의로 기소되었다. 제1심법원<sup>1)</sup>은 경찰관직무집행법상 적법한 방법의 불심검문을 인정하며 공소사실에 대하여 모두 유죄를 인정하였고, 피고인이 항소하였다. 항소심법원<sup>2)</sup>은 공무집행방해죄의 공소사실에 대하여, 피고인이 강도강간미수 사건의 용의자일 수 있다는 합리적인 가능성을 제기할 만한 사정이 없어 불심검문의 대상이 된다고 보기 어렵고, 가사 불심검문의 대상이 된다고 하더라도 늦은 시간에 불심검문을 요구하는 사복 차림의 공소외 1, 2가 경찰관이 아닐 수

1) 대전지방법원 2010. 11. 5. 선고 2010고정743 판결.

2) 대전지방법원 2011. 9. 29. 선고 2010노2749 판결.

있다고 생각했다는 주장에 수공이 가고, 도망감으로써 불심검문에 응하지 않으려는 태도를 분명히 하였음에도 공소외 1, 2 가 언어적 설득을 넘어선 승용차 등을 이용한 유형력의 행사로 답변을 강요하는 것이 되어 적법한 불심검문으로 볼 수 없고, 피고인이 이를 거부하는 과정에서 폭행을 가하였다고 하더라도 공무집행방해죄는 성립하지 않는다고 하였고, 상해죄의 공소사실에 대하여는 적법한 공무집행을 벗어나 실제적 요건을 갖추지 못하고 방법적 한계를 일탈한 불심검문에 저항하는 과정에서 발생한 것이고, 위법한 불심검문으로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위하여 저항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 입힌 것은 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다고 판시하였다. 이러한 항소심판결에 대해서 검사가 상고하였고, 대법원은 아래와 같은 이유로 무죄를 선고한 항소심 판결을 파기환송하였고, 환송심<sup>3)</sup>은 불심검문의 대상자에 대한 판단이나 불심검문의 방법에서 적법하였고, 또한 피고인이 경찰관을 강도로 오인하였다는 취지의 주장을 배척하면서 오인하였더라도 정당한 사유를 인정할 수 없다고 하면서 공소사실 모두에 대하여 유죄를 인정하였다.

### 【판시사항】

가. 경찰관직무집행법 ... 의 목적, 규정 내용 및 체계 등을 종합하면, 경찰관이 법 제3조 제1항에 규정된 대상자(이하 '불심검문 대상자'라 한다) 해당 여부를 판단함에 있어서는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지 여부를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 할 것이나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다. 그리고 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 그 대상자를 정지시킬 수 있고 질문에 수반하여 흥기의 소지 여부도 조사할 수 있다(대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결 참조). 이 사건 당시 경찰관들이 피고인을 불심검문하려던 장소는 이 사건 발생 하루 및 이틀 전에 각 발생한 강도강간미수 사건이 발생한 지역이었고, 시간대도 위 강도강간미수 사건이 발생하였던 시각과 비슷한 무렵이었던 사실, 위 강도강간미수 사건의 용의자에 관하여 '20~30

3) 대전지방법원 2014. 11. 26. 선고 2014노672 판결

대 남자, 신장 170cm 가량, 뚱뚱한 체격, 긴 머리, 둥근 얼굴, 상의 흰색 티셔츠, 하의 검정색 바지, 검정색 신발 착용' 및 '키 175cm 가량, 마른 체형, 안경 착용'이라는 등으로 그 인상착의가 대략적으로 신고되었던 사실, 경찰관들은 위 강도강간미수 사건의 피의자와 관련된 사전 정보를 지득하고 있었는데, 피고인의 인상착의가 경찰관들이 지득하고 있던 사전 정보와 상당 부분 일치하였던 사실을 알 수 있다. 이를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 경찰관들이 피고인을 불심검문 대상자로 삼은 조치는 피고인에 대한 불심검문 당시의 구체적 상황과 자신들의 사전 지식 및 경험칙에 기초하여 객관적·합리적 판단과정을 거쳐 이루어진 것으로서, 가사 피고인의 인상착의가 미리 입수된 용의자에 대한 인상착의와 일부 일치하지 않는 부분이 있다고 하더라도 그것만으로 경찰관들이 피고인을 불심검문 대상자로 삼은 조치가 위법하다고 볼 수는 없다.

나. 다음으로 경찰관들의 피고인에 대한 이 사건 불심검문이 위법한 것인지에 관하여 본다. ... 경찰관들의 불심검문이 위법하다고 단정하여 공무집행방해죄 및 상해죄의 공소사실에 대하여 모두 무죄를 선고하고 말았으니, 이와 같은 원심의 판단에는 불심검문에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

다. 다만 이 사건 기록에 의하면, 피고인은 자신을 추격하는 경찰관들을 피하여 도망하다가 넘어졌는데, 당시는 새벽 02:20경으로 상당히 어두웠던 심야였고 경찰관들도 정복이 아닌 사복을 입고 있었던 사실, 자신을 추격하는 차량(일반 승용차였던 것으로 보인다)을 피하려다 넘어진 피고인은 주변에 고성으로 '경찰을 불러달라'고 요청하여 지나가던 택시기사도 이 소리를 듣고 정차하였던 사실 등을 알 수 있고 여기에 피고인은 원심 법정에 이르기까지 일관하여 이 사건 경찰관들을 소위 '퍽치기'를 하려는 자들로 오인하였던 것이라고 진술하고 있는 사정 등을 종합하면, 피고인은 당시 경찰관들을 치한이나 강도로 오인함으로써 이 사건 공무집행 자체 내지 그 적법성이나 자신의 경찰관들에 대한 유형력 행사의 위법성 등에 관하여 착오를 일으켰을 가능성을 배제하기 어려우므로, 원심으로서는 당시 피고인이 자신이 처한 상황을 어떻게 인식하였는지, 피고인에게 착오가 인정된다면 그러한 착오에 정당한 사유가 존재하는지 여부 등에 관하여 면밀히 심리한 다음 범죄성립이 조각될 수 있는지 여부를 신중히 판단하여야 한다는 점을 덧붙여 지적하여 둔다.

〈연구대상 판결2〉 : 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도3842 판결

### 【사실관계】

경찰관 P1과 P2은 甲이 술집에서 맥주병을 깨 다른 사람의 목을 찌르고 현재 집으로 도주하여 칼로 아들을 위협하고 있다는 신고를 받고 甲의 집으로 출동하여 “어떻게 된 겁니까?”라고 묻는 순간 甲은 “당신들 뭐야?”라고 소리를 지르며 P1과 P2 쪽으로 달려들었고, 진주시 씨름대회에서 우승할 만큼 건장한 체구의 소유자였던 甲에 밀려서 P1과 P2는 뒤로 넘어졌고, P1이 정신을 차리는 순간 甲이 손으로 P2의 목을 조이고 있는 것을 발견하고 공포탄 1발을 발사하여 甲에게 경고를 하였지만 甲이 P2를 풀어 주지 아니하자, 甲이 칼로 P1을 공격할지도 모른다고 생각하고 실탄 1발을 발사하였고, 그 실탄은 甲의 우측 흉부 하단을 관통하여 甲은 사망하고 말았는데, 甲은 당시 흉기를 휴대하고 있지 않은 것으로 밝혀졌다.

### 【판시사항】

[1] 경찰관직무집행법 제10조의4 제1항에 의하면, 경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있되, 다만 형법에 규정한 정당방위나 긴급피난에 해당하는 때, 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 체포, 도주의 방지나 항거의 억제를 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때를 제외하고는 무기 사용으로 인하여 사람에게 위해를 주어서는 안된다고 규정하고 있다. [2] 경찰관의 권총 사용이 허용범위를 벗어난 위법행위로서 정당방위에 해당하지 않는다고 판단한 원심판결은 파기되어야 한다. 상대파출소 근무자로부터 甲이 술집에서 맥주병을 깨 다른 사람의 목을 찌르고 현재 자기 집으로 도주하여 칼로 아들을 위협하고 있다는 상황을 고지받고 현장에 도착한 피고인으로서, 甲이 칼을 소지하고 있는 것으로 믿었고 또 그렇게 믿은 데에 정당한 이유가 있었다고 할 것이므로, 피고인과 P2가 甲과의 몸싸움에 밀려 함께 넘어진 상태

에서 칼을 소지한 것으로 믿고 있었던 甲과 다시 몸싸움을 벌인다는 것은 피고인 자신의 생명 또는 신체에 위해를 가저올 수도 있는 위험한 행동이라고 판단할 수밖에 없을 것이고, 따라서 피고인이 공포탄 1발을 발사하여 경고를 하였음에도 불구하고 甲이 P2의 몸 위에 올라탄 채 계속하여 P2를 폭행하고 있었고, 또 그가 언제 소지하고 있었을 칼을 꺼내어 P2나 피고인을 공격할지 알 수 없다고 피고인이 생각하고 있던 급박한 상황에서 P2를 구출하기 위하여 甲을 향하여 권총을 발사한 것이므로, 이러한 피고인의 권총 사용이, 경찰관직무집행법 제10조의4 제1항의 허용범위를 벗어난 위법한 행위라거나 피고인에게 업무상과실치사의 죄책을 지울만한 행위라고 선뜻 단정할 수는 없다.

## I. 쟁점의 제시

최근 전북 경찰청과 부산경찰청 소속 경찰관 10여 명이 부산역에서 무고한 시민을 특수상해 등 혐의를 받는 외국인 불법체류자로 오인해 목을 조르고 발로 차는 등 폭행을 가해 코뼈 골절 등 전치 4주의 상해를 가하고 테이저건을 발사하며 수갑까지 채웠고, 이에 대해 경찰관계자는 쫓고 있던 흥기소지의 의심이 드는 용의자에 대한 불가피한 물리력 행사로서 시민이 발버둥 치는 행위를 체포 거부나 저항의 행위로 판단했다는 언론보도가 있었다.<sup>4)</sup> 이처럼 경찰관이 직무를 수행하는 과정에서 사실관계에 대한 착오를 하고 유형력을 행사하는 사례가 적지는 않을 것으로 보이는 바, 본 논문은 이러한 착오사례에서 정당화 또는 면책의 문제를 다루고자 한다.

〈연구대상판결1〉의 경우 경찰관의 착오가 명백히 드러나지는 않는다. 다만 항소심 판결의 판시사항 중에 ‘피고인으로서 이 사건 당일로부터 하루 또는 이틀 전에 일어난 각 강도강간미수 사건의 내용을 알지 못하는 상태였고, 늦은 시간에 길을 걸어가다 사복 차림의 공소의 1, 2로부터 불심검문을 받게 되자 경찰관이 아닐 수도 있다는 생각에 도망가게 되었다고 주장하고 있는 바, 이 사건이 발생한 시간, 불심검문에 이르게 된 경위, 경찰관들이 사복 차림으로 어두운 곳에서 경찰공무원증을 제시하게 된 불심검문의 과정 등에 비추어 보면 이러한 피고인의 주장에 일응 수증이 가는 면이 있’

4) 전북일보 2022. 01. 09. <https://www.jjan.kr/article/20220109748091>

다는 표현에서 경찰관이 진범이 아니거나 진범으로 확인되지 않은 자에 대한 불심검문을 실시함으로써 사실관계에 대한 착오가 발생한 사례로 볼 여지가 있고, 이를 전제로 검토를 하기로 한다.<sup>5)</sup> <연구대상판결2>의 경우 흥기를 휴대하지 않은 상대방을 흥기를 소지한 것으로 경찰관이 오인하여 총기를 발사한 경우로서, 경찰관이 직무를 수행하면서 사실관계에 대한 착오를 한 것이며 이 경우의 법적 효과인 정당화 또는 면책의 여부에 대한 검토가 필요하다.<sup>6)</sup>

경찰관은 범죄의 예방·진압이나 수사 등 공공의 안녕과 질서 유지를 목적으로 직무를 수행하며,<sup>7)</sup> 그 과정에서 불가피하게 타인의 신체, 자유, 주거, 재물 등 타인의 법익을 침해하는 경우가 있고 이는 형법상 범죄구성요건에 해당할 수 있다. 이처럼 구성요건해당성이 인정되더라도 직무행위의 적법성이 인정되면 법령, 업무 기타 사회상규에 반하지 않는 정당행위로서 위법성이 조각된다. 경찰관의 경우 이러한 정당행위의 대부분은 법령에 의한 행위, 특히 경찰관직무집행법에 근거한 행위가 차지하게 될 것이다.<sup>8)</sup> 이처럼 직무행위로 인한 법익의 침해로 구성요건해당성이 인정되는 행위가 법령에 근거한 것이라면 정당화가 인정되며 따라서 직무의 적법성은 정당화의 핵심요소가 된다. 경찰관의 직무수행과 관련하여 형법상 세가지 영역에서 직무의 적법성이 논의되고 있다. 첫째는 공무집행방해죄의 요건으로서 직무의 적법성이고, 다음으로는 본 논문의 주된 관심사인 경찰관 등의 공무수행이 정당화되기 요건으로서 직무의 적법성이며,

5) 경찰관의 착오행위를 전제로 할 경우 상대방도 경찰관을 경찰관이 아니라고 오인하여 저항을 한 것이라서 오상행위에 대한 오상행위를 한 특이한 상황이 발생한 것이 된다.

6) 경찰관이 직무행위를 하면서 착오를 하는 경우는 크게 두가지로 볼 수 있는데, 연구대상판결에서처럼 사실관계에 대한 착오를 한 경우외에 체포 등의 절차에서 고지를 누락하는 등 절차를 위반하면서 적법한 것으로 오인한 경우가 있다. 이중 후자는 원칙적으로 법률의 착오로서 적법성이 부정되고 정당화될 여지는 없으며(BGH24, 125. ; Jescheck·Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5Auffl. 1996, S. 392.), 이에 대하여는 본 논문에서 다루지 않기로 한다.

7) 경찰관직무집행법 제1조, 제2조 참조.

8) 경찰관직무집행법 제10조의4 제 1항 단서는 위해를 가할 수 있는 무기사용의 요건으로서 형법에 규정된 정당방위와 긴급피난을 규정하고 있는데, 이에 따라 정당방위나 긴급피난 상황에서 이루어진 경찰관의 무기사용이 형법상 정당화되는 경우 그 근거 법령이 형법 제21조나 제22조인지 아니면 형법 제20조인지에 대하여 논란이 있는 바, 경찰관직무집행법 제10조의4를 매개로 하여 형법 제21조와 제22조가 형법 제20조의 내용으로 수용된 것으로 보아야 하며 따라서 정당화되는 무기사용의 법적 성질은 정당행위 중 법령(경찰관직무집행법)에 의한 행위로 이해하는 것이 타당하다(김재봉, “경찰관 총기사용과 정당화 근거”, 경찰법연구 제1권 제1호, 2003, 11면 참조). 우리와 조문의 체계가 비슷한 일본의 경우도 이러한 견해가 다수설이라 할 수 있다(古田佑紀, 대コンメンタル警察官職務執行法, 田宮裕 外編, 1993, 385면).

마지막으로 경찰관 등의 공무행위로 침해를 당하는 상대방이 자신의 피해를 방어하거나 피하기 위해 경찰관 등에게 폭행 등으로 저항하는 행위가 정당방위, 긴급피난 등으로 인정받기 위한 전제요건으로서 직무의 적법성 여부이다. 이 세가지 문제는 이론적으로 논의의 영역을 달리하지만 경찰관의 직무수행에 상대방이 저항하는 하나의 사태 속에서 동시에 일어나고 어느 한 영역에서 판단이 다른 영역에 영향을 미친다는 점에서 서로 밀접한 관련성을 갖게 된다. 여기서 위 세가지 영역에서 직무의 적법성 판단에 대하여 동일한 기준을 적용할 것인지 아니면 다른 기준을 적용할 것인지가 문제되며, 따라서 본 논문의 주된 주제인 경찰관의 직무행위 내지 착오행위의 정당화를 논의하기 위해서는 다른 두 영역에서의 논의도 함께 살펴보는 것이 필요하다. 아래에서는 공무집행방해죄에서 직무의 적법성 판단기준에 대한 논의를 먼저 검토한 후, 이와 연관 지워 경찰관 착오행위의 정당화 요건으로서 직무의 적법·위법의 판단기준을 논의한 후 그 연결선상에서 상대방 저항행위의 정당화 요건으로서 직무의 적법·위법의 의미와 기준에 대한 논의를 살펴보기로 한다.

## II. 공무집행방해죄에서 직무의 적법성 의미와 판단기준

경찰관의 착오행위의 정당화나 면책에 있어서 직무행위의 적법성 여부가 핵심이며, 이러한 직무의 적법성에 대하여는 종래 많은 논의가 있고 그 논의가 직무행위의 정당화 논의가 직접 관련된다는 점에서 공무집행방해죄에서 직무의 적법성에 대한 논의를 살펴볼 필요가 있다.

### 1. 우리나라에서의 논의

우리나라에서는 적법성의 판단기준과 관련하여 주로 판단의 주체나 판단의 시기를 중심으로 하여 논의된다. 먼저 판단의 주체를 기준으로 법관이 법령을 해석하여 객관적으로 직무집행의 적법 여부를 판단해야 한다는 객관설(법관표준설),<sup>9)</sup> 직무집행의 적법성 여부는 일반인의 사회통념에 기초하여 이루어져야 하므로 일반인의 입장에서 공

9) 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」, 743면 ; 정성근·박광민, 「형법각론」, 838면.

무원의 직무수행을 적법한 것으로 인정할 수 있는지에 따라 적법성을 판단해야 한다는 일반인표준설,<sup>10)</sup> 직무를 수행하는 공무원이 그 직무수행을 적법하다고 믿었는지에 따라 판단해야 한다는 주관설(공무원표준설), 주관적인 측면과 객관적인 측면에서 종합적으로 검토하여 적법성을 판단해야 한다는 절충설이 소개되고 있다. 그리고 공무원이 적법한 것으로 믿고 직무를 수행하고 그에 대한 과실이 없는 경우에 한하여 적법성을 인정해야 한다는 입장을 주관설로 소개하기도 하지만,<sup>11)</sup> 이는 공무원의 주관에만 의존하는 것이 아니고 과실이라는 객관적 기준을 고려하는 것이기 때문에 절충설 또는 후술하는 바와 같이 객관설로 이해하는 것이 타당하다. 같은 맥락에서 적법성에 대한 판단은 직무행위 시점에서의 구체적 상황을 토대로 하는 객관적으로 이루어져야 하며, 사후적인 순객관적 판단에 의하면 공무원의 적법성 판단에 잘못이 있더라도 공무원으로서 주의의무를 다한 타당한 재량권 행사라고 인정되는 한 적법하다고 보아야 하며, 국가의 적정한 공무집행을 확보하기 위해 부득이 인정되는 허용된 위험의 일종이라는 입장<sup>12)</sup>도 여기에 속한다고 할 수 있다.

그리고 적법성의 판단시점과 관련해서는 직무집행 당시의 구체적인 상황을 기초로 해서 사전 판단(ex ante)을 해야 한다는 행위시표준설과 법원의 재판시를 기준으로 그 때까지 밝혀진 모든 사정을 고려하여 사후판단(ex post)해야 한다는 재판시표준설이 소개되고 있지만, 사후적으로 밝혀질 사정까지 고려해야 한다면 공무원에게는 과중한 부담이고 원활한 공무수행을 방해할 수 있다는 점에서 행위시표준설이 통설의 지위에 있다.<sup>13)</sup>

한편 학설 중에는 앞에서 논의하는 것과 관점을 달리하여, 어느 범영역을 기준으로 적법성을 판단할 것인지에 대하여 대체로 형법적 적법성개념설<sup>14)</sup>을 따르지만, 집행법적 적법성개념설<sup>15)</sup>을 주장하는 입장도 있다. 이는 독일에서 주장되는 학설을 따르는 입장이며 그 자세한 내용은 독일에 대한 논의에서 살펴보기로 한다.

10) 오영근, 「형법각론」, 740면.

11) 이는 후술하는 바와 같이 독일의 다수설과 판례의 입장인 의무합치적 심사이론과 동일한 것으로 볼 수 있다.

12) 신동운, 「형법각론」, 166면.

13) 김일수, 「한국형법 IV」, 589면 ; 이상주, 「주석형법(각칙1)」, 김대휘·김신 편집대표, 제5판, 2017, 559면.

14) 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」, 740면 ; 이형국, “공무집행방해죄에서 있어서의 직무집행의 범위와 적법성”, 연세행정논총 제27호, 2002, 194면

15) 이호중, “공무집행방해죄에서 직무집행의 적법성”, 형사법연구 제23권 제2호, 2011, 227면.

우리의 판례의 경우 그 입장이 명확하지 않다. 과거 판례 중에 “가사 그 직무집행의 대상이 된 사실에 관하여 착오가 있었다 하더라도 일응(방점 필자 부기)그 행위가 공무원의 적법한 행위라고 인정할 수 있는 시는 이는 형법 제136조의 소위 공무집행에 해당된다고 해석하여야 할 것”이라고 하여 ‘일응’의 의미에 따라 다양하게 해석할 여지를 남긴 것도 있지만<sup>16)</sup>, 대부분의 판례는 “어떠한 공무집행이 적법한지 여부는 행위 당시의 구체적 상황에 기하여 객관적 합리적으로(방점 필자 부기) 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니”라는 표현을 주로 사용하였다.<sup>17)</sup> 그리고 <연구대상판결1>에서는 “경찰관들이 피고인을 불심검문 대상자로 삼은 조치는 피고인에 대한 불심검문 당시의 구체적 상황과 자신들의 사전 지식 및 경형칙(강조점 필자 부기)에 기초하여 객관적·합리적 판단과정을 거쳐 이루어진 것으로서, 가사 피고인의 인상착의가 미리 입수된 용의자에 대한 인상착의와 일부 일치하지 않는 부분이 있다고 하더라도 그것만으로 경찰관들이 피고인을 불심검문 대상자로 삼은 조치가 위법하다고 볼 수는 없다”고 판시하였다. 이러한 판례의 입장에 대하여 객관설로 이해하는 견해,<sup>18)</sup> 일반인표준설로 이해하는 견해<sup>19)</sup>, 객관설과 주관설을 절충한 것이라는 견해<sup>20)</sup> 등이 있다. 판례가 적법성의 판단시점에 대하여는 행위시를 기준으로 한다는 것

16) 본건 가옥에 대하여 소론과 같은 입입금지 가처분 결정이 있었고 동 결정이 집행되었던 사실은 인정할 수 있으나 원심에서의 증인 손○채 동 김○귀(집달리)의 증언으로서 우 가처분에 대한 이의 신립에 의하여 광주지방법원에서 원결정을 취소하고 우 가처분을 해제하는 가집행을 할 수 있다는 판결이 있었던 사실과 본건 가옥 명도를 집행할 당시 우 가처분에 의한 입입금지의 표시가 없었음을 인정할 수 있으므로 입입금지 가처분의 집행상태가 존속 중이었음을 전제로 한 소론과 집달리가 집행력 있는 판결 정본에 의하여 정당한 직권행사로서 한 가옥명도 집행행위를 부당한 권리의 침해라고 처단하는 전제하에서의 정당행위 운운의 논지는 이유없다 할 것이며 원래 공무원이 그 권한에 속하는 사항에 관하여 법령에 정한 방식에 따라 그 직무를 집행하는 경우에 있어서 가사 그 직무집행의 대상이 된 사실에 관하여 착오가 있었다 하더라도 일응 그 행위가 공무원의 적법한 행위라고 인정할 수 있는 시는 이는 형법 제136조의 소위 공무집행에 해당된다고 해석하여야 할 것인바 원심이 확정된 사실에 의하면 집달리는 집행력있는 판결 정본에 의하여 소정의 절차에 따라 본건 가옥명도의 집행을 하였다는 것이므로 가사 우 집달리가 본건 집행에 있어서 그 목적물에 대하여 입입금지 가처분 결정의 집행상태가 계속 중이었음에도 불구하고 착오로서 이를 모르고 본건 집행을 하였다고 가정하더라도 이를 방해한 피고인 등의 행위는 역시 공무집행을 방해한 것이라고 아니할 수 없다(대법원1961. 8. 26 60도852).

17) 대법원 1991. 5. 10. 선고 91도453 판결. ; 대법원 1991. 5. 10. 선고 91도453 판결. ; 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도13968 판결. ; 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010도11281 판결. ; 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도9937 판결. ; 대법원 2013. 8. 23. 선고 2011도4763 판결. ; 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013도2285 판결.

18) 김성돈, 「형법각론」, 771면 ; 신동운, 「형법각론」, 164면.

19) 오영근, 「형법각론」, 740면 ; 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」, 743면.

은 분명하고 주류적인 판례가 ‘객관적·합리적으로’ 판단해야 한다는 표현에 착안하여 객관설로 이해하는 입장이 다수를 차지하는 것으로 보인다.

그러나 우리 판례의 입장을 이해하는데 있어서는 객관적이라는 표현보다는 그 내용, 즉 누구를 기준으로 어느 정도의 주의를 기울여야 하는지의 문제가 중요하다고 할 수 있다. 앞에서 소개한 객관설에서는 판단의 주체를 법관으로 상정하고 있으나 법관이 판단의 주체가 되어야만 객관설이라고 할 수 있는지는 의문이다. 이미 우리가 알고 있는 의료과실에 대한 판례에서는 의료분야의 종사자인 의사, 그중에서도 평균적인 의사를 기준으로 합리적인 판단을 했는지에 따라 과실 여부를 판단하고 있다.<sup>21)</sup> 그렇지만 의료과실 여부에 대한 우리 판례의 입장은 객관설로 이해되고 있으며 주관설이나 다른 입장으로 이해하고 있지는 않다. 공무원의 직무수행에 대한 종래의 주류적 판례와는 달리 <연구대상판결1>에서는 ‘자신들의 사전 지식 및 경험칙’에 따라 합리적으로 판단해야 한다는 표현을 사용하고 있고, 이는 의료과실에 관한 판례에서 ‘자기의 지식경험에 따라’ 판단해야 한다는 표현과 거의 동일하다는 점에서 판례의 입장은 분야를 불문하고 일관되며 판단주체를 법관이 아닌 공무원으로 설정하면서 그의 판단이 합리적인지에 따라 의무위반 여부를 판단해야 한다는 입장으로 볼 수 있다. 학설에서도 과실의 판단기준에 대한 객관설의 입장에서 과실 여부는 행위자가 소속한 거래범위에서 신중하고 사려깊은 일반인의 판단을 기준으로 해야 한다거나<sup>22)</sup> 행위자 속한 사회생활권에 속하는 평균인을 표준으로 해야 한다<sup>23)</sup>고 한다.<sup>24)</sup> 결국 종래 다소 불분명했던 판례의

20) ‘경찰관이 피고인에게 임의동행을 요구하다가 거절당하자 무리하게도 잡아끄는 등 강제로 인치하려고만 하였을 뿐 현행범으로 체포할 요건도 갖추지 않았거니와 현행범으로 체포하려고 한 것도 아닌 것이니 적법한 공무집행행위가 있었다고 볼 수 없다’는 판례를 근거로 절충설의 입장으로 이해하고 있다(김일수, 「한국형법 IV」, 588면).

21) ① 의료사고에 있어서 의료종사자의 과실을 인정하기 위해서는 의료종사자가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준(강조점 필자 부기)으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2006도294 판결). ② 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한(강조점 필자 부기) 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다(대법원2008.8.11. 선고 2008도3090 판결).

22) 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 210면 ; 이형국, 「형법총론」, 379면.

23) 임웅, 「형법총론」, 560면.

입장은 대상판결을 통해 좀더 명백하게 밝혀진 것으로 볼 수 있고, 종래 학설의 분류에 따르면 판례의 입장은 절충설로 이해하는 것이 적절해 보이고 분류기준을 달리하면 법관기준이 아닌 평균적인 공무원을 기준으로 하는 객관설로 이해할 소지도 충분하다고 할 수 있다.<sup>25)</sup>

## 2. 일본에서의 논의

일본의 경우 우리나라와 마찬가지로 주관설, 객관설, 절충설 등이 주장된다.<sup>26)</sup> 판례의 입장은 앞에서 본 것처럼 하급심의 경우 다양한 입장을 보이고 있지만 최고재판소는 객관설을 따르고 있는 것으로 소개되고 있다.<sup>27)</sup> 즉 ‘총포도검류등소지취체법’을 위반하여 권총을 소지한 혐의를 받는 피의자에 대한 현행범체포에 대하여 원심인 오오사카고등법원<sup>28)</sup>은 ‘직무행위의 적부(適否)는 사후적으로 순객관적인 입장에서 판단하는 것이 아니라, 행위 당시의 상황에 기초하여 객관적, 합리적으로 판단해야 하고, 앞에서 인정한 상황하에서는 설령 A의 前記 소지가 동법 위반죄의 구성요건에 해당하지 않는다고 하여 사후적으로 재판소가 무죄의 판단을 했더라도 그 당시의 상황으로서는 A의 거동은 객관적으로 보아 동법 위반죄의 현행범으로 인정하기에 충분한 이유가 있다고 인정되기 때문에 右 순경이 A를 체포한 직무행위는 적법하다고 이해하는 것이 상당하고, 이것이 급박부정한 침해라고 주장하는 소론은 받아들일 수 없다’고 하여 행위를 기준으로 한 객관설의 입장을 따랐고, 이에 대하여 변호인은 위법한 체포행위에 대한 정당방위를 주장하며 상고하였지만 최고재판소<sup>29)</sup>는 피고인의 상고를 기각하면서 ‘소론의 점에 대한 원판결의 판단은 상당하다’고 하며 상고를 기각하였다.

24) 판단 주체의 문제는 일반인을 수범자로 하는 규범에서 보통과실을 판단하는 경우보다는 업무자를 수범자로 하는 업무상과실의 판단에서 주로 문제될 수 있다.

25) 해당 분야의 종사자의 객관적·합리적 판단 여부에 따라 판단하는 입장을 객관설이라 한다면 판례의 입장은 객관설로 분류해도 무방하다.

26) 우리나라의 논의 상황이 후술하는 독일이나 영미와는 다르고 일본과 유사한 것은 우리나라가 일본의 영향을 많이 받았기 때문으로 보인다.

27) 団藤重光, 刑法綱要各論, 제3판, 1990, 52면. 주관설의 입장을 따른 최고재판소의 판결(最高裁 1975年 10月 20日)도 있다고 한다(村井敏邦, 公務執行妨害罪の 研究, その二(続), 一橋大學研究年報, 1982, 24면)

28) 大阪高判昭和 40년 9월 9일(判例時報 449호 64면).

29) 最決昭和 41년 4월 14일(判例時報 449호 64면).

### 3. 영미에서의 논의

영국에서는 법집행을 방해하는 행위, 특히 체포방해는 중죄의 공범자 혹은 반역죄(high treason)의 주범이 된다는 것이 오래 전부터 확립된 보통법상의 원칙이었고, 1710년 영장 없이 체포된 자를 구하기 위해 순경을 살해했다고 하는 툴리 사건(The Queen v. Tooley)에서, 왕실법원은 불법한 권력행사에 의해 구속하는 것은 전 인민에 대한 도발(provocation)이라고 하면서 최초로 정당화를 인정했고, 이후 위법한 체포는 시민에 대한 프로보케이션이며, 이에 대한 저항은 형사책임을 조각하거나 또는 감경시킨다(excusable)고 하는 것이 보통법상의 원칙이 되었다. 그러나 미국의 경우 1942년 통일체포법(Uniform Arrest Act) 제5조는 ‘치안공무원(peace officer)에 의해 체포가 이루어지려고 하고 있다고 믿기에 죽한 합리적 이유가 있는 경우에는, 당해 체포에 법적근거가 있는지 없는지에 관계 없이, 사람은 유형력 또는 무기를 이용하여 체포에 저항하는 것을 억제할 의무가 있다’고 규정하며, 위법체포에 대한 저항을 금지했다. 이후 각 주에서는 제정법과 판례를 통해 기본적으로 이러한 입장을 유지했고, 순회항소법원도 1967년 Heliczer사건 판결(U. S. v. Heliczer)에서, 일부러 주석을 달아 ‘최근 위법체포에 저항하는 권리는 매서운 비판을 받고 있으며, 많은 설득적인 전문적 견해에 의해 거부되고 있다’고 하였으며, 나아가 1975년 Curnigham사건 판결(U. S. v. Curnigham)에서는 ‘연방직원이 선의로 직무행위의 형식을 갖추고(under color of law) 행위에 종사하고 있는 경우에는, 이에 대해 저항하는 것은 허용되지 않는다. ... 공무의 상대방은, 평온하게 이에 따르고 후에 법적구제를 요구하여야만 한다’고 하였으며, 나아가 1976년 존슨사건 판결에서 피고인의 자동차를 정차시킨 경찰관의 행위가 수정 4조에 위반하는 것이라는 것이 후에 판명되었다고 하더라도, 그것은 그 행위를 방해하기 위해 권총을 겨누어 경찰관을 협박한 피고인의 행위는 정당화 사유로도 감경사유로도 되지 않는다고 하며, 그 이유로서 ‘이러한 원칙은, 초기 시대에는 억압적인 권력에 대한 주요한 대항수단이었을지도 모르지만, 우리들의 문명화된 사회에서는 그것에 따를 수는 없다’는 입장을 밝혔다. 이처럼 미국의 경우는 기본적으로 주관설의 입장을 따르는 것으로 볼 수 있으며, 이는 일반인에게 총기의 휴대가 인정되고, 베트남 반전시위 등 과격한 시위를 경험하면서 공무의 보호와 경찰관의 안전에 대한 배려를 반영한 결과로 볼 수 있다.<sup>30)</sup>

#### 4. 독일에서의 논의

독일의 경우 우리나라나 일본, 영미와는 다른 시각에서 직무의 적법성이 논의되고 다양한 학설이 주장된다. 먼저 형법적 적법성 개념설(Strafrechtlicher Rechtmässigkeitsbegriff)은 독일의 다수설과 판례가 따르는 입장이다. 이는 직무의 적법성에 대하여 행정법적 관점이 아닌 형법적 관점에서 접근한다. 따라서 직무행위가 행정법적 요건을 구비하지 못했더라도 사물 및 장소 관할의 범위 내에 있고, 직무행위로서 중요한 절차와 방식(wesentliche Förmlichkeiten)을 갖추고 있으면 적법성을 인정하며 ‘형식적 적법성(formale Rechtmässigkeit)’을 따르는 것이다.<sup>31)</sup> 이 입장은 또 한편으로는 직무행위의 적법성을 사전적 판단(ex ante) 방법에 따라 공무원이 직무행위 당시 구체적인 사정을 합리적으로 판단하여 심사의무를 다했는지에 따라(pflichtmäßig) 적법성을 인정한다는 특징을 갖는다. 즉, 직무행위가 사후적으로(ex post)으로 위법한 것으로 확인되었는지, 또는 객관적으로 직무행위의 요건을 구비했는지는 적법성 판단을 좌우하지 않는다.<sup>32)</sup>

다음으로 유효성설(공정력설, Wirksamkeits-Lehre)은 공권력 행사를 바탕으로 하는 행정행위의 특성을 고려하여 주장되는 이론이다. 이는 직무의 적법성을 행정법 분야에서 행정처분의 효력과 연결시켜 파악하며, 이에 따르면 일반적으로 행정행위는 중대하고 명백한 하자로 당연무효가 아닌 한 취소되기 전까지는 그 공정력 내지 존속력이 인정되고 공정력이 유지되는 범위에서 직무행위는 적법한 것이 된다고 한다.<sup>33)</sup> 이러한 유효성설의 주된 근거는 ‘법질서의 통일성’이며, 공무원의 직무행위에 의해 침해를 수인해야 하는 시민의 의무는 행정법 영역이아 형법의 영역에서 동일하게 판단되어야 하기 때문에 직무의 적법성에서도 차이가 있어서는 안된다는 것이다. 이에 따르면 직무의 적법성이 인정되는 범위가 가장 넓게 인정된다. 따라서 직무행위의 상대방인 시민에게 정당방위 등 저항을 인정하는 범위를 축소시키고 시민의 대응수단은 최소화

30) 위에서 서술한 영미에서 논의는, 村井敏邦, 職務行爲の適法性·合法性, 公務執行妨害罪の研究, その二(続), 一橋大學研究年報, 1982, 85면 이하를 참조한 것이다.

31) Schönke·Schroeder-Eser, StGB, 30. Aufl. 2019, §113 Rn. 21.

32) Lackner·Kühl, StGB, 29. Aufl., 2018, §113 Rn.10 f.

33) Krey·Heilich, StGB-BT 1, 14. Aufl., 2008, Rn.511 ; Lüke, “Die Bedeutung vollstreckungsrechtlicher Erkenntnisse für das Strafrecht”, FS-Kaufmann, 1993, S. 567f.

송 등 행정구제방법밖에 없다는 비판을 받는다.<sup>34)</sup>

직무의 적법성 개념에 대한 집행법상 적법성 개념설(Vollstreckungsrechtlicher Rechtmässigkeitsbegriff)은 직무집행의 근거가 되는 원행정처분(Grund-Rechtsakt)과 이를 실제로 집행하는 집행행위를 구별하여,<sup>35)</sup> 후자, 즉 집행행위에 국한하여 직무집행의 적법성 여부를 판단한다. 집행행위가 법령상의 실질적 또는 절차적 요건을 결여하면 직무는 적법성을 결여한 것으로 파악한다.<sup>36)</sup> 행정법적 측면에서 객관적으로 적법성을 판단한다는 점에서 유효성설과 동일하지만 행정행위의 효력인 공정력을 전제로 하지 않고 집행과정에서의 법적 요건을 결여하면 적법성을 부정한다는 점에서 차이가 있다. 이 입장은 다수설과 판례의 입장인 '형법적 적법성 개념'에서 발생할 수 있는 직무행위의 실체법적 요건의 "주관화 (Subjektivierung)"를 강하게 비판하며 적법성 판단의 객관성을 논거로 제시한다.<sup>37)</sup>

마지막으로 실질적 위법성 개념설(Materieller Rechtswidrigkeitsbegriff)은 독일 연방헌법재판소가 공무집행에 저항하는 행위를 처벌하기 위한 전제요건으로서 직무의 적법성 요건과 관련하여 제시한 입장이다.<sup>38)</sup> 이에 따르면 입법자가 형법적 판단에서 직무집행의 가능성을 특별히 보호하려는 의사를 명시적으로 밝힌 경우가 아닌 한, 행정행위가 실질적 적법성의 요건을 완전히 충족한 경우에만 직무집행에 저항하는 행위에 대한 형사처벌이 정당화될 수 있다고 한다.<sup>39)</sup> 이 입장은 행정법적 측면에서 직무의 적법성을 판단한다는 점에서 유효성설이나 집행법설과 같지만, 사후적 판단(ex post)에 다를 때 행정법상 적법요건을 모두 구비할 것을 요구한다는 점에서 차이가 있고 직무의 적법성 판단에 있어서 가장 엄격한 입장이라고 할 수 있다.

34) Paeffgen, Nomos Kommentar-StGB, 5. Aufl., 2017, §113 Rn. 39.

35) 원행정처분과 집행행위는 개념상 구분되지만 급박한 경우 등 예외적인 경우에는 동시에 이루어질 수 있다 (Dieter Kugelmann(서정범·박병욱 역), 『독일경찰법』, 2015, 380면.

36) Paeffgen, Nomos Kommentar-StGB, 5. Aufl., 2017, §113 Rn. 41 ff. ; Bosch, Münchener Kommentar-StGB, 4. Aufl., 2021, §113 Rn.35 ff.

37) Paeffgen, aaO, Rn. 40.

38) 집행법상 적법성 판단과 헌법상 적법성 판단을 구분한다는 점에서 2원설(Zwei-Schichten-Modell)이라고도 한다(Paeffgen, aaO, Rn45.).

39) Reinhart, "Abschied vom Strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff", NJW 1997, S.914.

## 5. 검토

위에서 공무집행해죄의 요건으로서 직무행위의 적법성 판단에 대한 각국의 입장을 살펴 보았는바, 우리나라나 일본, 영미의 경우 판단의 주체와 시기를 기준으로 적법성 개념을 파악하는데 반면, 독일의 경우는 어느 범영역이나 절차 단계를 기준으로 할 것 인지에 초점을 두고 논의가 진행되고 있음을 알 수 있다. 다만 독일의 경우 형법적 적법성 개념에 따르면 우리나라의 주관설이나 절충설과 연결되고 나머지 학설들은 객관설의 입장으로 볼 수 있다. 결국 어느 나라의 경우이나 경찰관 등 공무원의 주관적 측면을 고려하는 견해가 주장되고 있고, 그러한 주관적 요소를 어느 정도로 적법성 판단에 반영할 것인지가 주된 관심사라고 할 수 있다. 이러한 논의는 바로 이어지는 경찰관 착오행위의 정당화 여부에 대한 논의와 연결된다.

### Ⅲ. 경찰관의 적법성 착오행위의 정당화·면책 여부에 대한 논의

#### 1. 논점

전술한 바와 같이 경찰관이 직무를 수행하면서 대상자의 법익을 침해하여 구성요건 해당성이 인정되더라도 수권법령의 요건을 충족하여 적법성이 인정되면 경찰관에게는 개입(침해)권한이 인정되고 상대방에게는 수인의무가 발생하여 그 행위는 정당행위로서 위법성이 조각되고 정당화된다.<sup>40)</sup> 그리고 수권법령의 충족에 따른 적법성의 인정 범위는 앞에서 언급한 공무집행방해죄에서 직무의 적법성 판단기준에 따라 달라지게 될 것이다. 어느 입장을 취하든 각 학설에서 요구하는 적법성의 요건의 기초가 되는 사실관계, 즉 정당행위의 요건이 되는 사실관계 등에 대하여 경찰관이 착오를 한 경우 적법성이나 정당행위가 당연히 인정되는 것은 아니다. 이러한 경우에는 형법적으로 어떻게 취급할 것인지, 즉 적법행위로 인정할 여지가 없는지, 적법한 행위가 아니라도 정당화의 여지는 없는지 등이 검토되어야 한다. 이에 대하여 오상행위이론으로 해결하려는 입장과 의무합치적 심사이론에 따라 해결하는 입장에 대하여 살펴보기로 한다.

40) Sternberg-Lieben, Schönke-Schröder-Strafgesetzbuch, 30. Auf. 2019, Vor. 32, 10a.

## 2. 오상행위이론에 따르는 입장

경찰관이 그가 수행하는 직무행위의 사실관계에 대하여 적극적으로 착오하는 경우 형법상으로 정당행위의 요건사실에 대해 착오한 오상행위가 되며, 이는 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오 또는 허용구성요건의 착오의 하위유형에 속하게 된다. 경찰관의 착오행위도 여기에 속하는 것으로 보고 전술한 공무집행방해죄에서 직무의 적법성에 대한 집행법상 적법성설을 취하면서 직무의 적법성 여부를 객관적으로 파악하는 것을 전제로 착오의 문제를 오상행위이론으로 해결해야 한다는 주장이 있다.<sup>41)</sup>

오상행위의 법적 효과에 대하여는 다양한 학설이 주장된다. 위법성인식을 고의의 내용으로 파악하여, 규범에 대한 착오나 사실에 대한 착오를 불문하고 위법성조각사유에 대한 착오가 있는 경우 고의를 조각한다는 고의설,<sup>42)</sup> 위법성조각사유를 소극적 구성요건요소로 이해하면서 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오는 구성요건착오의 일종으로서 구성요건고의를 조각하고 착오에 과실이 있으면 과실범의 책임을 지게 된다 소극적 구성요건표지이론, 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오가 있는 경우 구성요건적 사실은 인식했으므로 구성요건착오의 문제는 발생하지 않고, 착오로 인하여 위법성을 인식하지 못한 것이므로 법률의 착오의 문제가 된다는 엄격책임설,<sup>43)</sup> 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오가 있는 경우 객관적으로 위법하지만 주관적으로 불법을 실현하려는 의사가 결여된 구성요건착오와 구조적으로 유사하므로 구성요건착오의 규정을 유추적용해서 불법고의가 탈락된다는 유추적용설,<sup>44)</sup> 행위자에게 구성요건사실에 대한 인식은 있으므로 구성요건고의는 조각되지 않지만 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오로 법적대적인 심정반가치가 결여되어 책임고의가 조각되므로 그 법적 효과에 있어서 구성요건착오와 유사하게 과실범의 문제로 취급하자는 법효과제한적 책임설<sup>45)</sup> 등이 주장된다. 우리 판례는 착오에 정당한 사유 또는 상당한 이유가 있는 경우

41) 이호중, 앞의 논문, 225면 이하.

42) 고의설에는 착오에 과실이 있으면 과실범의 책임을 진다는 엄격고의설과 고의범의 책임을 진다는 제한적 고의설이 있다. 고의설을 지지하는 견해로는, 하민경, “위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오 -고의설의 실천적 의미와 부활 가능성”-, 형사법의 신동향 통권 제68호(2020·가을), 172면 이하.

43) 책임설을 지지하는 견해로는, 오영근, 「형법총론」, 459면 ; 정성근·박광민, 「형법총론」, 345면. ; 김정환, “적법한 공무집행에 대해 오인한 저항행위에 있어서 오상방위 적용의 전제로서 정당방위상황의 판단기준”, 인 권과 정의 500호, 2021, 18면 이하.

44) 김일수·서보학, 「형법총론」, 288면.

위법성을 조각한다는 독자적 입장을 취하고 있다.<sup>46)</sup>

이들 학설 중 소극적 구성요건표지이론과 유추적용설은 오상행위의 효과를 구성요건 해당성 내지 불법 판단의 단계에서 다루며, 경찰관의 사실관계 착오에 과실이 없으면 구성요건 고의가 직접 또는 유추적으로 조각되고 과실이 있으면 처벌규정이 있는 경우에 한하여 과실범으로 처벌되는데, 경찰관의 직무수행과 관련해서 과실범으로 처벌될 수 있는 경우는 업무상과실치사상죄 정도일 것이고, 폭행, 협박, 체포·감금 등 많은 경우는 과실범 처벌규정이 없어 불벌로 될 것이다. 반면 고의설, 법효과제한적 책임설, 엄격책임설은 오상방위의 효과를 책임의 단계에서 다루기 때문에 일단 구성요건해당성과 위법성을 포함하는 불법은 인정되어 정당화의 여지는 없고 고의설이나 법효과제한적 책임설의 경우 책임고의가 조각되어 과실범 처벌 여부가 검토되고 엄격책임설의 경우 책임의 조각이나 감경이 고려된다.

### 3. 의무합치적 심사이론

경찰관의 착오에 의한 행위처럼 오상행위에서 전술한 오상행위이론와는 다른 방향에서 문제를 해결하려는 입장이 의무합치적 심사이론(pflichtmäßige Prüfung)이다. 이는 행위자가 착오로 정당행위 등 위법성조각사유의 요건을 인정하고 행위하였더라도 그것이 행위자에게 부여된 의무에 합당한 노력을 다하여 이루어진 신중한 판단의 결과라면 그 착오를 무시하고 위법성조각의 효과를 부여하지만 그 착오가 경솔한 판단의 결과라면 고의범으로 처벌하려는 이론이다. 이러한 의무합치적 심사이론은 서로 상반되는 두가지 방향에서 논의되어 왔다. 그 하나는 경솔하게 행위한 자에 대하여 위법성조각을 배제하여 경솔한 자에 의한 법익침해를 예방하려는 정책적 필요성을 반영한다는 점이다. 독일 판례가 선부른 낙태행위에 대하여 정당화적 긴급피난을 배제하고 낙태를 방지하기 위한 정책적 목적에서 발전시켜 온 이론이다.<sup>47)</sup> 이와는 달리 의무합치적 심사이론은 허용된 위협의 법리에 기초하여 의무에 합당한 노력을 다한 행위자에게

45) 신동운, 「형법총론」, 422면 ; 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 334면.

46) 대법원 1996.8.23. 선고, 94도3191판결.

47) 독일 제국법원이 낙태와 관련하여 1927년에 최초로 의무합치적 심사를 정당화적 긴급피난의 요건으로 제시한 이래(RGSt 61, 242) 줄곧 이를 따랐고, 독일 연방대법원도 이를 계승하였다(BGHSt 2, 111. ; BGHSt JZ 1977, S. 139).

처벌을 면하게 해 주려는 취지에서 발전되어 왔다. 즉 정당화 행위와 관련하여 행위자가 추구하는 목적이나 행위시 상황판단의 불확실성 등을 고려하여 그 당시에 의무에 합당한 노력을 다했다면 착오가 발생했더라도 위법성조각을 인정하려는 것이다.<sup>48)</sup> 이에 해당하는 정당화사유로 논의되는 것이 추정적 승낙, 공익을 위한 명예훼손,<sup>49)</sup> 공무 집행행위 등이며, 각각의 경우에 그 인정 여부나 내용에 대하여 많은 논의가 이루어져 왔다.

공무집행행위에 의무합치적 심사이론을 적용할 것인지에 대하여 독일의 판례나 다수설은 긍정하고 있다. 예컨대 사법경찰관의 현행범체포(vorläufige Festnahme)<sup>50)</sup>나 주거수색시 증인의 참여<sup>51)</sup>와 관련하여 객관적 요건이 구비되지 않았더라도 사법경찰관이 의무합치적 심사를 다하여 요건을 존재하는 것으로 판단한 이상 국가기관의 착오의 특권(Irrtumsprivileg des Staats)에 의하여 정당화를 인정해야 한다고 한다. 독일 제국법원도 사법경찰관은 독일 형법 제113조(공무집행방해죄)와 관련하여 현행범체포가 적법한 행위가 되기 위해서는 현행범체포의 요건에 대하여 사전에 의무합치적으로 심사할 것을 요구하였고,<sup>52)</sup> 집달관의 경우도 의무합치적 심사를 한 이상 사후적으로 위법한 것으로 판명되더라도 그 행위는 공무집행방해죄와 관련하여 적법한 행위가 된다고 하였다.<sup>53)</sup> 마찬가지로 독일 연방대법원도 경찰관이 그가 인식가능한 모든 상황에 대한 최선의 의무합치적 심사에 의해 그의 행위가 필요하고 또는 실질적으로 정당화되는 것이라고 판단한 경우 직무행위의 적법성이 인정된다고 하였다.<sup>54)</sup>

우리나라의 경우 공무집행행위와 관련하여 많이 논의되고 있지는 않다. 주로 추정적 승낙과 관련하여 의무합치적 심사 또는 양심적 심사를 요건으로 할지에 대하여 논의되

48) 일반적으로 허용된 위험(erlaubtes Risiko)은 객관적으로 법익침해가 있어도 행위에 의해 달성하려는 사회적 유용성 등을 고려하여 구성요건해당성 단계에서 객관적 귀속을 배제하는 사유로 논의되지만, 위법성 단계에서도 행위에 의해 추구하는 목적과 효용 등을 고려해 객관적 불법이 있더라도 위법성을 조각하는 사유로서 논의되고 있다(Jescheck·Weigend, aaO, S. 401).

49) 우리 형법은 제310조가 해당하고, 독일 형법은 정당한 이익의 옹호를 위한 모욕행위(제193조)가 해당한다.

50) Triffterer, Ein Rechtsfertiger(Erlaubnistatbestands-) Irrtum?, FS-Mallmann, 1979, S. 380.

51) Küpper, Die Bedeutung des § 105 Abs. 2 StPO für die Rechtsmässigkeit der Diensthandlung(§ 113 Abs. 3 StGB), JZ 1980, S. 638.

52) RGSt 38, 373(375).

53) RGSt, 61, 297(299).

54) BGHSt 4, 161(164).

고 있고,<sup>55)</sup> 공무집행행위와 관련해서는 찬반논란이 있다. 찬성하는 견해는 독일의 학설이나 판례와 같은 논거를 제시하고 있으며,<sup>56)</sup> 반대하는 견해는 공무집행의 상대방의 입장에서 정당방위 등 시민의 저항권을 지나치게 축소시키는 문제가 있으면 착오의 문제는 위법성조각의 단계가 아닌 책임 단계에서 처벌 여부를 결정하는 것이 타당하다는 주장을 한다.<sup>57)</sup>

#### 4. 검토

앞에서 경찰관의 착오에 의한 직무행위의 정당화 여부에 대하여 서로 다른 시각에서 문제를 해결하는 입장을 살펴보고 각각 장단점을 갖는다. 오상행위이론은 특정 정당화사유에 대한 예외적인 취급을 인정하지 않음으로써 허용구성요건 착오에 있어서 통일적이고 체계적인 해결이 가능하다는 장점을 갖는다. 반면 의무합치적 심사이론은 허용된 위험에 기초한 정당화사유에 대하여 그 특성을 반영하여 합목적적인 해결을 할 수 있다는 장점을 갖게 되며, 각자의 장점은 타방에 대한 단점으로 제시될 수 있다. 생각건대 경찰관 직무수행 등 공무집행행위에 대하여는 아래와 같은 이유에서 의무합치적 심사이론을 토대로 접근하는 것이 타당하다고 본다.

우선 정당화 상황이나 정당화 구조에서 공무수행의 특수성을 고려할 필요가 있다. 위법성조각사유, 즉 정당화사유 중 정당방위나 피해자승낙 등처럼 우월적 이익의 원리 또는 이익흡결의 원리에 기초하는 경우는 객관적 요건이나 결과반가치에 중점을 두고 그 존재 여부를 정당화의 요건으로 파악하는 것이 타당하다. 반면 허용된 위험의 범리에 기초하는 정당화사유는 비록 결과적으로 정당화요건이 결여되고 결과불법이 인정되더라도 그에 의해 추구하는 목적이나 그에 의해 보전되는 이익의 중요성을 반영하여 정당화를 인정할 필요가 있으며 공무집행행위가 그 전형적인 예가 될 것이다. 이로써 직무수행에 최선의 노력을 다한 경찰관 등 공무원에게 정당화의 가능성을 열어 줌으로

55) 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 201면.

56) 심헌섭, “주관적 정당화요소 소고”, 현대형사법학의 과제(상), 한옥신 박사 환력기념 논문집, 1980, 395면 ; 양화식, “주관적 정당화요소 소고”, 법조, 1990. 12., 57면 이하 ; 임웅, “위법성조각사유에 대한 착오”, 사회과학 제24집, 성균관대 사회과학연구소, 1985, 110면 이하.

57) 이호중, 앞의 논문, 205면 이하 ; 임상규, “착오적 경찰작용에 대한 저항행위와 그 허용한계”, 성균관법학 제 27권 제2호, 2015, 83면 이하.

써 원활한 공무수행을 보장할 수 있게 된다. 의무합치적 심사이론을 반대하는 견해는 책임 단계에서의 면책을 통해 같은 효과를 기대할 수 있다고 하지만<sup>58)</sup> 우리 판례가 책임의 조각에서 있어서는 상당히 엄격한 입장을 취하고 있다는 점을 고려하면 면책을 통한 동일한 효과를 기대하기는 힘들 것으로 보인다.

다음으로 오상행위이론의 경우 처벌의 흠결이라는 문제를 발생시킨다. 전술한 바와 같이 정당화 행위와 관련하여 착오를 한 경우 오상행위이론을 고의를 부정하고 과실범의 문제가 남게 된다. 그러나 경찰관의 직무행위로 충족하는 대표적인 구성요건해당행위는 폭행, 협박, 상해, 체포·감금, 주거침입이 될 것인데, 상해죄를 제외하고 과실범 처벌규정이 없어 경솔하게 행위한 경우에도 처벌을 하지 못하게 된다. 앞에서 언급한 것처럼 의무합치적 노력을 다한 경찰관에게 착오행위에 대하여도 정당화 효과를 부여하는 것은 공무의 효율적 수행을 위한 일종의 특권이라 할 수 있는데, 이는 공무수행에 있어서 경찰관은 항상 최선의 노력을 다하라는 의미를 갖는 것이며 만일 그러한 노력을 게을리 하는 경우에는 형사처벌을 통해 최선을 노력을 다하도록 경고할 필요가 있다. 의무합치적 심사이론에 따를 경우 부주의하게 직무를 수행한 경찰관을 처벌할 수 있으며 오상행위이론이 갖게되는 처벌의 흠결 문제를 해결할 수 있는 장점이 있다.

한편 오상행위이론에 의할 경우 오상행위의 범위를 확정하는데 어려움이 있을 수 있다. <연구대상판결1>의 경우 경찰관의 불심검문 과정에서 대상자에 대한 착오가 문제된다. 경찰관직무집행법의 경우 불심검문의 요건으로서 “죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유”를 규정하고 있기 때문에(제3조), 문언에 따라 해석하면 진범이 아니라도 진범을 의심한 만한 사정이 있다면 요건을 충족하게 되며 착오의 문제는 발생하지 않게 된다. 이에 따라 착오의 문제를 수권법령의 문언에 따라 판단해야 한다는 입장이 있고, 이에 따르면 “죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유”를 규정한 긴급체포의 경우는 착오의 문제가 거의 발생하지 않지만 혐의나 의심을 요건으로 규정하지 않은 현행범체포의 경우는 착오는 진범이 아닌 경우 착오의 문제가 발생한다.<sup>59)</sup> 형사소송법뿐만 아니라 경찰관직무행법의 경우에도 무기사용의 요건으로서 “정당방위와 긴급피난에 해당할 때”(제10조의4 제1항 제1호)와 “사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였거나 범하였다고 의심한 만한 충분한

58) 임상규, 앞의 논문, 89면 이하.

59) 村井敏邦, 앞의 논문, 108면 이하.

이유가 있는 경우”(제10조의4 제1항 제2호 가목)는 착오의 인정에 있어서 차이가 있게 된다. 그러나 무기사용의 요건으로서 규정된 두 개의 규정을 서로 다르게 취급하는 것이 타당한 지, 또한 입법자가 착오의 문제까지 염두에 두고 법을 만들었는지는 의문이다. 이처럼 오상행위이론에 따르는 경우 착오의 인정 여부에 있어서 곤란한 문제가 있고 이를 해결하기 위해서는 의무합치적 심사이론에 따라 법문언의 형식과는 관계 없이 동일하게 취급하는 것이 타당하다고 할 수 있다.

## IV. 경찰관의 착오행위에 대한 저항과 정당화·면책 여부

### 1. 논점

경찰관의 착오행위에 대한 상대방의 저항이 정당화 또는 면책되는지는 본 논문에서 직접 다루고자 하는 논점은 아니지만 직무행위 정당화와 밀접하게 관련되어 있다. <연구대상판결1>에서도 상대방의 오상방위의 여부가 논점의 하나로 제시되어 있다.<sup>60)</sup> 앞에서 경찰관의 착오행위를 오상행위이론으로 해결하려는 견해는 직무행위 상대방의 정당방위를 부정하여 지나치게 시민의 이익을 경시하고 국가위주의 사고에 경도된다는 점을 형법적 적법성설 또는 의무합치적 심사이론을 반대하는 주요논거로 제시한다는 점에서 저항행위의 효과 문제는 직무행위의 효과와 서로 연결되어 논의될 필요가 있다.

우선 공무집행방해죄의 성립 여부와 관련하여 앞에서 언급한 판단기준에 따라 직무행위가 적법하면 그에 대한 저항행위는 공무집행방해죄가 성립하고, 직무행위의 적법성이 결여되면 공무집행방해죄가 성립하지 않는다. 그리고 후자의 경우 공무방해 내지 저항의 수단 또는 결과인 폭행, 협박, 상해 등에 정당방위 등 범죄성립의 문제가 추가로 제기된다. 본 논문에서 다루고자 하는 경찰관 착오의 정당화와 관련하여서는 경찰관이 착오한 상황을 추가로 고려해야 하며 이는 앞에서 논의한 바와 같다.

이처럼 직무행위의 적법성이 인정되는 부정되든 그에 대한 저항행위는 일단 공무집행방해죄나 폭행 등 다수의 범죄들에 대한 구성요건해당성이 인정되고 다음으로는 위법성이나 책임 등의 조각 여부가 검토되어야 한다. 이 때 위법성이 조각되는지 또는 책임이 조각되는지, 그리고 위법성이 조각되는 경우에도 정당방위의 문제인지 긴급피

60) 다만 경찰관의 착오가 있었는지가 명확하지 않다는 점에서 문제 상황은 다르다고 할 수 있다.

난이나 정당행위의 문제인지를 판단하기 위해서는 경찰관 침해행위의 위법 또는 적법 여부를 결정하는 것이 선결문제가 된다. 앞에서 객관설이 주관설이나 절충설에 따를 때 경찰관의 침해행위에 대한 상대방의 저항행위에 정당방위를 인정할 수 없어 지나치게 공권력에 편향된 것이라는 비판을 고려하면 이에 대한 충분한 논의가 이루어져야 한다.

경찰관 직무행위의 적법성은 세가지 측면, 즉 공무집행방해죄의 성립요건, 직무행위의 정당화 요건으로서 문제된다는 점은 앞에서 살펴보았고, 그밖에 상대방 저항행위의 정당화·면책 여부를 판단하기 위해서도 적법성 여부가 전제요건이 되는데, 이를 어떠한 기준에 따라 판단할 것인지가 문제된다. 이 경우에도 공무집행방해죄에서 직무행위의 적법성 판단기준을 따르는 입장과 이와 분리해서 별도로 판단하는 입장이 있다. 먼저 전자의 입장에서 직무의 적법성 판단기준을 따라 적법 또는 위법 여부가 결정되면 그에 따른 상대방의 정당화·면책 여부나 유형이 정해진다. 즉 경찰관의 행위가 위법하면 상대방은 원칙적으로 정당방위가 가능하고 적법하면 긴급피난이나 정당행위 등이 고려될 수 있으며, <연구대상판결1>에서처럼 경찰관을 강도로 오인했다고 상대방이 주장하면 정당화 또는 면책사유와 관련된 착오의 문제가 발생한다.

이와 달리 상대방의 저항행위의 정당화·면책의 요건으로서 경찰관 직무행위의 적법 여부를 그 직무행위 형법적 정당화·면책의 기준에 따라 판단하는 입장에 의하면 전술한 바와 같이 복잡한 오상행위이론의 검토를 거쳐 저항행위의 범죄성립 여부가 정해지게 된다.<sup>61)</sup> 한편 상대방 저항행위의 죄책판단의 전제요건으로서 침해의 적법·위법 여부를 경찰관의 직무행위와 분리해서 독자적으로 판단하는 입장도 있다. 이처럼 상대방 저항행위의 적법성 판단에서 세가지 입장이 있지만, 첫 번째 입장은 별도의 논의가 필요 없고, 두 번째와 세 번째 입장에 대하여는 좀 더 상세한 검토가 필요해서 아래에서 살펴보기로 한다.

## 2. 직무행위의 정당화와 저항행위의 정당화에서 적법성 판단을 연동시키는 입장

앞에서 오상행위 또는 위법성조각사유의 전제사실 착오, 허용구성요건착오에 대한 이론에 따라 경찰관의 착오로 인한 침해행위의 범죄성립요건의 조각 여부, 즉 불법조

61) 이호중, 앞의 논문, 225면 이하.

각 또는 정당화, 면책 여부를 판단하는 입장을 살펴보았다. 이러한 직무행위에 대한 각 학설이나 견해의 결론은 경찰관 착오행위의 범죄성립 여부를 결정할 뿐만 아니라 상대방 저항행위의 적법 또는 위법 여부를 판단하는 기준이 될 수 있다. 먼저 오상행위의 효과에 대한 엄격책임설이나 법효과제한적 책임설 등 책임단계에서 책임의 조각이나 감경을 검토하고 구성요건해당성이나 위법성의 단계에는 범죄성립 여부에 아무런 영향이 없다는 입장에 의하면 경찰관 침해행위는 위법한 것으로서 상대방에게는 정당방위가 원칙적으로 허용된다. 반면 소극적 구성요건표지이론이나 유추적용설처럼 오상행위의 경우 구성요건고의 또는 불법고의의 조각을 직접 또는 유추해서 인정하는 입장에 의하면 불법과실의 인정 여부가 남게 된다. 이 때 정당방위가 허용되는지를 판단하기 위해서는 우선 정당방위의 요건으로서 침해의 부당(위법)은 결과불법만으로 족한지를 해결해야 한다. 이에 대하여 결과반가치만으로 족하다는 입장<sup>62)</sup>과 결과반가치뿐만 아니라 행위반가치도 요구된다는 입장<sup>63)</sup>이 있다. 이 중에서 전자에 의하면 경찰관의 행위는 과실 여부를 불문하고 객관적으로 위법한 것으로서 정당방위의 대상이 되고, 후자의 입장에 의하면 경찰관에게 과실이 있는 경우에만 위법한 침해로서 상대방의 정당방위가 인정되고 과실이 부정되어 객관적으로 위법한 상태만으로는 정당방위가 부정된다. 이와 관련하여 침해의 부당(위법)은 형법적 불법만을 의미하는 것이 아니고 전체 법질서의 위반을 말하는 것이기 때문에 경찰관이 오상행위의 결과 과실에 의한 폭행, 체포, 주거침입 등이 문제되고 이에 대해 형법상 과실범 처벌규정이 없더라도 과실이 인정되는 한 정당방위의 요건으로서 위법한 침해를 인정할 수 있다.<sup>64)</sup>

이러한 오상행위이론과 달리 경찰관의 착오행위의 효과에 대한 의무합치적 심사이론에 의하면 경찰관의 직무행위가 객관적 요건을 충족하지 못한 상태에서 의무합치적 심사 또는 성실한 검토를 수행하지 못한 경우 위법한 행위가 되어 상대방은 정당방위를 할 수 있고, 의무합치적 심사를 다한 경우에는 구성요건에 해당하는 침해행위에 대하여 위법성이 조각되어 상대방에게 정당방위가 허용되지 않고, 긴급피난이나 정당행위를 할 수 있다.

한편 오상행위이론에 따라 경찰관 침해행위의 위법성을 인정하고 정당방위를 허용하

62) 오영근, 「형법총론」, 312면 ; 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 327면.

63) 김일수, 「한국형법 IV」, 536면. 독일에서는 근래 다수의 지지를 받고 있다(Roxin·Greco, aaO, § 15 Rn. 14).

64) 손동권, 「형법총론」, 175면.

는 입장에서조차 정당방위에 일정한 제한을 가하려는 입장이 있다. 착오로 공무를 수행하는 경찰관에게 일반 범법자와 마찬가지로 침해자에게 준엄한 공격을 허용하는 정당방위를 인정하는 것은 지나치다는 인식을 바탕으로 하며, 이를 정당방위의 사회윤리적 제한에서 근거를 찾는다. 주지하듯이 정당방위가 사회윤리적으로 제한되는 경우로 경미한 침해, 유발된 침해, 긴밀관계 있는 자의 침해, 책임이 결여·감소된 침해 등을 드는 것이 일반적이며,<sup>65)</sup> 여기에서는 마지막 유형, 즉 책임이 제한되는 자의 침해와 관련하여 논의된다. 이는 경찰관의 착오행위는 엄격책임설에 따르면 고의를 조각하지는 않지만 책임의 조각 또는 감경이 인정될 수 있고, 법효과제한적 책임설에 의하면 책임 고의가 부정되고 책임과실만이 문제되는데 이는 정당방위의 사회윤리적 제한사유로서 책임이 감소된 자의 침해유형에 해당하게 된다. 이 경우에는 위법한 침해에 대하여 일반적으로 허용되는 방위행위를 곧바로 할 수 없고 일단은 침해를 회피하거나 착오에 의해 침해를 하는 자에 대하여는 착오를 해소하기 위한 해명(Aufklären)이 요구되며, 이러한 노력을 다 하더라도 침해를 피할 수 없으면 방위행위를 하되 공격방위가 아닌 보호방위만을 할 수 있다.<sup>66)</sup> 이에 따르면 경찰관의 오상행위에 대하여 책임과실이 인정되더라도 상대방은 제한적으로만 정당방위를 할 수 있다. 구체적으로 착오에 의한 침해행위를 하는 경찰관에게 상대방은 착오를 지적하고 자신이 무고함을 설명해야만 정당방위의 요건으로서 '필요성'을 충족할 수 있고, 이에 대하여 경찰관은 반대질문을 하면서 사실관계를 확인하는 절차가 필요하다고 한다. 특히 체포의 대상자에 대한 착오가 있는 경우 상대방이 설명만으로 해명이 부족한 경우에는 단기간 동안 공무소에 동행하여 신분을 확인하는 과정이 필요하며, 이러한 조정적 해결방법이 즉시의 정당방위를 허용하는 것보다 공무집행의 존중 등 공익에 기여하는 것이라고 한다.<sup>67)</sup>

65) 임웅, 「형법총론」, 253면 이하 ; Kühl, Strafrecht AT, § 7 Rn. 171 ff.

66) Kühl, aaO, § 7 Rn. 196. 이처럼 책임이 제한되는 자에 대한 배려의무(Pflicht zur riskanten Schonung)를 인정하는 것이 일반적이지만 이에 대한 반대이견도 있다(Erb, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, § 32 Rn 186).

67) Roxin·Greco, Strafrecht AT, § 17 Rn. 14.

### 3. 직무행위의 정당화와 저항행위의 정당화에서 적법성 판단을 분리하는 입장

경찰관의 착오에 의한 침해행위에 저항하는 상대방의 행위가 정당방위 등으로 정당화 또는 면책되기 위한 전제요건으로서 위법한 침해 여부를 직무행위에 대한 위법 여부에 따라 판단하는 입장과 달리 달리 저항행위의 정당화·면책 요건을 직무행위의 위법·적법 여부와 분리해서 고찰하려는 입장도 있다. 예컨대 진범이 아닌 자를 범죄의 혐의를 인정하기에 상당한 이유가 있어 현행범으로 체포하는 과정에서 폭행 등으로 저항한 경우, 형사소송법에서는 체포의 요건으로서 진범이 아니라 범죄혐의의 '상당한 이유'를 규정하고 있기 때문에 현행범체포는 적법한 것으로서 상대방에게 공무집행방해죄의 구성요건에 해당하지만, 저항행위가 정당방위에 해당하는지를 판단하는데 있어서는 단순히 형사소송법 규정의 준수만을 고려할 것이 아니라 충돌하는 이익을 조정하기 위해 객관적·사후적 판단을 하는 순객관설의 입장에서 진범인 아닌 자를 현행범으로 체포한 것을 위법한 것으로 보고 상대방에게 정당방위를 인정해야 한다는 입장이 있다.<sup>68)</sup> 이는 구성요건해당성과 위법성조각에서 판단방법을 달리하는 입장으로 볼 수 있다.

그러나 이 입장은 경찰관과 상대방 사이에 폭력의 상승효과를 일으킨다는 점에서 비판을 받는다. 경찰관은 형사소송법상 요건을 구비하기 때문에 적법한 직무행위로서 상대방에 대한 체포를 시도하고 상대방은 진범이 아니어서 위법한 체포를 벗어나기 위해 정당방위로 대응하며, 그에 대해 경찰관은 무기를 사용하는 등 더 강한 유형력을 행사하여 제압하려 할 것이고 상대방 또한 더 강한 저항을 시도하여 폭력의 연쇄 상승을 불러일으키게 되고 이 과정에서 상호간에 큰 피해를 발생시킬 수 있다는 것이다. 또한 범죄혐의자를 체포하는 것은 경찰관의 의무인데, 상대방 저항행위의 정당방위 여부를 판단하는데 있어서 위법한 침해를 인정하면 경찰관에게 위법한 직무행위를 강제하는 것이 되어 부당하다는 비판도 가해진다.<sup>69)</sup>

68) 山中敬一, 「刑法各論」, 제2판, 2009, 697면.

69) 專田泰孝, “公務執行妨害罪における職務行為の適法性と公務員の誤認に基づく職務執行”, 高橋則夫ほか編, 野村稔先生古稀祝賀論文集(成文堂), 2015, 424-425면.

#### 4. 검토

경찰관의 착오에 의한 행위의 대상이 되는 상대방의 저항행위에서 정당화·면책의 문제는 공무의 보호와 시민의 법익보호가 충돌하는 지점에 있다고 할 수 있다. 직무의 정당화에 대한 오상행위이론이나 직무행위와 저항행위를 분리하여 판단하는 입장은 시민의 법익보호를 우선해야 한다는 점을 논거로 제시한다. 그러나 이러한 입장에 의할 때만 시민의 이익을 충실히 보호할 수 있는 것은 아니다. 경찰관의 착오행위가 의무합치적 심사를 충실히 거친 경우 위법성을 부정하고 상대방의 정당방위를 부정하더라도 보충적으로 긴급피난이나 정당행위를 통하여 상대방의 이익을 보호할 여지가 남아있다. 상대방의 정당방위를 인정할 경우 방위행위의 상당성 판단에 있어서 긴급피난이나 정당행위보다 크게 완화된다는 점에서 오히려 공무의 원활한 수행을 소홀히 한다는 문제가 발생할 수 있다. 또한 앞에서 언급한 것처럼 정당방위를 통한 준엄한 방어행위를 허용할 경우, 비록 착오를 했더라도 자신의 행위가 적법하다고 판단한 경찰관은 직무를 수행할 의무가 있다고 생각하여 상대방을 제압하기 위해 보다 강력한 수단을 동원하게 될 것이고 그에 대한 상대방의 대응도 연달아 높아지게 되어 양자에게 회복할 수 없는 피해가 발생할 우려도 있다. 따라서 상대방의 저항이나 대응수단을 허용하되 정당방위 보다는 긴급피난이나 정당행위를 통해 해결하는 것이 충돌하는 이익의 조화로운 해결방법이 될 것이다.

한편 의무합치적 심사이론을 채택하는 입장에서도 객관적 위법성을 정당화 판단의 기준으로 삼으려는 견해를 충분히 경청할 필요가 있다. 즉 의무합치적 심사의 기준을 완화해서 판단할 경우 사실상 위법한 공무행위에 면죄부를 역할을 할 뿐이라는 지적은 충분히 공감할 여지가 있다. 이러한 비판에서 자유롭기 위해서 의무합치적 심사의 기준을 엄격하게 설정할 필요가 있다. 경찰관의 경우 기본적으로 비례원칙에 따라 직무를 수행해야 하고 구체적으로 범죄의 예방·진압이나 수사 분야에서 전문가로서의 지위를 갖는다. 그렇다면 충분한 교육과 훈련이 된 상태에서 직무를 수행한다는 것이 전제가 되어야 하며, 신중한 판단과 경솔한 판단을 가르는 기준은 상당히 높은 지점에 위치시킬 필요가 있다.<sup>70)</sup> 앞에서 직무행위의 객관적 위법성을 요건으로 정당방위를 인정하는 입장에서 정당방위의 사회윤리적 제한을 통하여 해명(Aufklären) 등 착오의 해소를

70) 같은 취지로, 최준혁, “공무집행방해죄에서 공무집행의 적법성”, 경찰법연구 제9권 제1호, 2011, 101면.

위한 노력을 의무이행의 적합성 판단기준으로 도입하는 것도 고려해 볼 필요가 있다.

## V. 마침글

앞에서 경찰관이 직무를 수행하면서 사실관계에 착오를 일으킨 경우 정당화 또는 면책 여부의 판단에 있어서 의무합치적 심사이론을 따르는 것이 타당하다는 입장을 밝혔다. 이러한 입장에 따를 때 <연구대상판결2>에서 상대방이 “칼을 소지하고 있는 것으로 믿었고 또 그렇게 믿은 데에 정당한 이유가 있”기 때문에 경찰관의 행사행위에 위법성조각을 인정한 것은 타당하다고 할 수 있다. <연구대상판결1>의 경우 경찰관의 착오 여부가 불확실하지만 “경찰관이 법 제3조 제1항에 규정된 대상자의 해당 여부를 판단함에 있어서는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지 여부를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 할 것”이라는 표현은 의무합치적 심사이론의 입장을 반영한 것으로 볼 여지가 충분하고 그렇게 보는 한 타당성을 인정할 수 있다.

경찰관 착오행위의 정당화 판단에 있어서는 직무의 적법성 여부가 핵심이고, 이는 공무집행방해죄의 요건으로서 직무의 적법성과 직무행위 상대방의 저항행위의 정당화의 전제로서 직무의 적법성 판단과 밀접하게 관련되며, 본 논문에서는 어느 경우에도 의무합치적 심사이론을 바탕으로 직무의 적법성을 판단해야 한다는 입장을 취했다. 이러한 방법이 직무의 적법성과 관련된 문제를 체계적이고 통일적으로 해결하는 것을 가능케 하고 경찰관의 원활한 직무수행과 시민의 법익을 조화롭게 보호할 수 있는 방법이 되기 때문이다. 경찰관의 공무수행과 시민의 법익이 충돌하는 상황에서 어느 한 쪽의 이익만을 절대시하는 것은 올바른 해결책이 될 수 없고, 양자의 적절한 조화가 필요하다. 특히 법의 테두리 안에서 경찰관의 적극적 직무수행을 보장할 수 있는 방안에 대하여는 많은 고민이 필요하다. 최근 시민의 법익침해가 빈번한 상황에서 경찰관의 소극적 대응이 많은 질타를 받고 있는 상황에서 경찰관의 적극적 대처를 주문하는 소리가 높아지고 있으며, 경찰관직무집행법의 개정을 통해 위법한 직무수행에 대한 형감면 규정(제11조의5)의 신설도 이러한 취지를 반영한 것으로 볼 수 있다. 다만 의무합치적 심사이론을 따르는 경우에도 의무에 합당한 심사를 하였는지에 대한 판단기준으

로는 범죄의 예방·진압이나 수사에서 잘 훈련된 전문가로서의 경찰관을 상정하고 상당히 높은 수준의 기준을 채택할 것을 본 논문은 제안하였다. 이러한 요청에 따르기 위해서는 평상시 경찰관에 대한 교육과 훈련이 충분히 이루어져야 하고 앞으로 이에 대한 많은 관심과 노력이 필요할 것이다.

주제어 : 공무집행방해죄, 직무의 정당화, 직무의 적법성, 적법성 착오, 의무합치적 심사

\*논문접수:2022.06.15. \*심사개시:2022.06.17.

\*논문수정:2022.06.28. \*게재확정:2022.06.28.

## 參考文獻

### 1. 국내 문헌

- 김성돈, 「형법각론」, 제8판, 2022
- 김일수, 「한국형법 IV」, 개정판, 1997
- 김일수·서보학, 「형법총론」, 제13판, 2018
- 김재봉, “경찰관 충기사용과 정당화 근거”, 경찰법연구 제1권 제1호, 2003
- 김정환, “적법한 공무집행에 대해 오인한 저항행위에 있어서 오상방위 적용의 전제로서 정당방위상황의 판단기준”, 인권과 정의 500호, 2021
- 신동운, 「형법각론」, 제2판, 2018
- 신동운, 「형법총론」, 제13판, 2021
- 심현섭, “주관적 정당화요소 소고”, 현대형사법학의 과제(상), 한옥신 박사 환력기념 논문집, 1980
- 양화식, “주관적 정당화요소 소고”, 법조, 1990. 12.
- 오영근, 「형법각론」, 제7판, 2022
- 오영근, 「형법총론」, 제6판, 2021
- 이상주, 「주석형법」, 김대휘·김신 편집대표, 제5판, 2017
- 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」, 제12판, 2021
- 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 제11판, 2022
- 이형국, “공무집행방해죄에서 있어서의 직무집행의 범위와 적법성”, 연세행정논총 제27호, 2002
- 이형국, 「형법총론」, 1997
- 이호중, “공무집행방해죄에서 직무집행의 적법성”, 형사법연구 제23권 제2호, 2011
- 임웅, “위법성조각사유에 대한 착오”, 사회과학 제24집, 성균관대 사회과학연구소, 1985
- 임웅, 「형법총론」, 제13판, 2022
- 정성근·박광민, 「형법각론」, 전정3판, 2019
- 정성근·박광민, 「형법총론」, 전정3판, 2020

- 최준혁, “공무집행방해죄에서 공무집행의 적법성”, 경찰법연구 제9권 제1호, 2011
- 하민경, “위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오 -고의설의 실천적 의미와 부활 가능성”-, 형사법의 신동향 통권 제68호(2020·가을)

## 2. 외국문헌

- Bosch, Münchener Kommentar-StGB, 4. Aufl., 2021
- Dieter Kugelmann(서정범·박병욱 역), 『독일경찰법』, 2015
- Jescheck·Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5Aufl. 1996
- Krey·Heilich, StGB-BT 1, 14. Aufl., 2008
- Küpper, Die Bedeutung des § 105 Abs. 2 StPO für die Rechtmässigkeit der Diensthandlung(§ 113 Abs. 3 StGB), JZ 1980
- Lackner·Kühl, StGB, 29. Aufl., 2018
- Lüke, “Die Bedeutung vollstreckungsrechtlicher Erkenntnisse für das Strafrecht”, FS-Kaufmann, 1993
- Paeffgen, Nomos Kommentar-StGB, 5. Aufl., 2017
- Reinhart, "Abschied vom Strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff", NJW 1997
- Roxin·Greco, Strafrecht AT(Band I), 2020
- Schönke/Schroeder-Eser, StGB, 30. Aufl. 2019
- Sternberg-Lieben, Schönke·Schröder-Strafgesetzbuch, 30. Auf. 2019
- Triffterer, Ein Rechtsfertiger(Erlaubnistatbestands-) Irrtums?, FS-Mallmann, 1979
- 古田佑紀, 大コンメンタル警察官職務執行法, 田宮裕 外編, 1993
- 団藤重光, 刑法綱要各論, 제3판, 1990
- 山中敬一, 刑法各論, 제2판, 2009
- 專田泰孝, “公務執行妨害罪における職務行為の適法性と公務員の誤認に基づく職務執行”, 高橋則夫ほか編, 野村稔先生古稀祝賀論文集(成文堂), 2015
- 村井敏邦, 職務行為の適法性·合法性, 公務執行妨害罪の研究, その二(続), 一橋大學研究年報, 1982

[국문초록]

## 경찰관의 적법성 착오에 의한 직무행위와 정당화 여부

김재봉

본 논문은 경찰관이 직무를 수행하면서 사실관계를 착오하여 상대방의 법익을 침해한 경우에 경찰관의 직무행위가 정당화되는지 여부와 관련되는 두 개의 판례를 연구의 대상으로 하였다. <연구대상판결1>은 경찰관이 진범이 아니거나 진범으로 확인되지 않은 자에 대한 불심검문과 현행범체포를 실시함으로써 사실관계에 대한 착오로 직무의 적법성에 대한 착오가 발생한 사례로 볼 여지가 있는 경우이고, <연구대상판결2>는 흥기를 휴대하지 않은 상대방을 흥기를 소지한 것으로 오인하여 총기를 발사함으로써 사실관계의 착오에 의해 직무행위의 적법성에 대한 착오를 한 경우이며, 그 각각에 있어서 법적 효과인 정당화 또는 면책의 여부가 문제된다.

경찰관은 범죄의 예방·진압이나 수사 등 공공의 안녕과 질서 유지를 목적으로 직무를 수행하며, 그 과정에서 불가피하게 타인의 신체, 자유, 주거, 재물 등 타인의 법익을 침해하여 형법상 구성요건해당성이 인정되더라도 경찰관직무집행법 등 법령상의 요건을 구비하여 적법성이 인정되면 법령에 의한 정당행위로서 위법성조각 즉 정당화가 인정된다. 이러한 정당화를 위해서는 정당화의 객관적 요건 및 주관적 요건을 모두 구비하는 것이 필요한데, 연구대상판결에서처럼 사실관계에 대한 오인으로 인해 적법성을 착오하여 직무를 수행한 한 경우를 어떻게 다룰 것인가가 문제된다.

경찰관의 직무수행과 관련하여 형법상 세가지 영역에서 직무의 적법성이 논의되고 있다. 첫째는 공무집행방해죄의 요건으로서 직무의 적법성이고, 다음으로는 본 논문의 주된 관심사인 경찰관 등의 공무수행이 정당화되기 요건으로서 직무의 적법성이며, 마지막으로 경찰관 등의 공무행위로 침해를 당하는 상대방이 자신의 피해를 방어하거나 피하기 위해 경찰관 등에게 폭행 등으로 저항하는 행위가 정당방위, 긴급피난 등으로서 인정받기 위한 전제요건으로서 직무의 적법성인데, 이 세가지 문제는 이론적으로 논의의 영역을 달리하지만 경찰관의 직무수행행위에 상대방이 저항하는 하나의 사태 속에서 동시에 일어나고 어느 한 영역에서 판단이 다른 영역에 영향을 미친다는 점에

서 서로 밀접한 관련성을 갖게 된다. 본 논문은 어느 경우이나 의무합치적 심사이론을 바탕으로 직무의 적법성을 판단해야 한다는 입장을 취했다. 경찰관이 사실관계를 착오하여 적법성의 착오를 일으킨 경우에도 마찬가지이다. 이러한 방법이 직무의 적법성과 관련된 문제를 체계적이고 통일적으로 해결하는 것을 가능케 하고 경찰관의 원활한 직무수행과 시민의 법익을 조화롭게 보호할 수 있는 방법이 되기 때문이다.

[Zusammenfassung]

## Rechtfertigung der Irrtumsdiensthandlung von dem Polizeibeamten

Jaebong Kim\*

Diese Arbeit befasst sich mit zwei Urteilen in Bezug darauf, ob eine Diensthandlung eines Polizeibeamten gerechtfertigt ist oder nicht, wenn ein Polizeibeamter die Tatsachen und die Rechtmässigkeit missversteht. Wenn ein Polizeibeamte seine Aufgaben im Hinblick auf das öffentliche Wohlergehen und die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung wahrnimmt, wie beispielsweise die Kriminalprävention oder die Ermittlung, verletzt, erfüllt das den strafrechtlichen Tatbestand. Auch in diesem Fall wird die Handlung rechtfertigt, wenn die Rechtmässigkeit der Handlung durch die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen anerkannt ist. Damit eine Diensthandlung gerechtfertigt ist, müssen sowohl die objektiven als auch die subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen erfüllt sein. Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein Polizeibeamter die Rechtmässigkeit seines Handelns auch dann anerkennen kann, wenn er aufgrund eines falschen Verständnisses der Tatsachen davon ausgeht, dass sein Handeln rechtmässig ist.

Hinsichtlich der Diensthandlung von Polizeibeamten wird die Rechtmässigkeit ihrer Handlung in drei strafrechtliche Bereichen diskutiert. Zum einen die Rechtmässigkeit der Handlung als Voraussetzung für den Widerstan gegen Vollstreckungsbeamte(StGB §136), zum anderen die Rechtmässigkeit der Handlung als Voraussetzung zur Rechtfertigung der Tatbestand erfüllende Handlung, was das Hauptanliegen dieser Arbeit ist, schließlich die Rechtmässigkeit der Handlung dafür, dass die Handlung des anderen, der durch die Amtshandlungen eines Polizeibeamten verletzt wird,

---

\* School of Law, Hanyang University

sich zur Verteidigung als Notwehr anerkennt. Diese drei sind eng miteinander verwandt. In den oben genannten drei Fällen vertrat diese Arbeit die Position, dass die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung auf der Grundlage der Theorie der pflichtmässige Prüfung beurteilt werden sollte. Das ist am besten geeignet, um Probleme im Zusammenhang mit der systematisch und einheitlich zu lösen.

Stichwörter : Widerstand gegen Vostreckungsbeamte, Rechtfertigung der Diensthandlung, Rechtmässigkeit der Diensthandlung , Irrtum über der Rechtmässigkeit, pflichtmässige Prüfung