

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2017다290538 손해배상(기)
원고, 상고인 원고 1 외 2인
원고 2, 3은 미성년자이므로 법정대리인 친권자 부 원고 1
소송대리인 법무법인(유한) 지평 외 3인
피고, 피상고인 대한민국
원 심 판 결 서울고등법원 2017. 11. 14. 선고 2014나2002929 판결
판 결 선 고 2022. 7. 14.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 공무원의 부작위를 이유로 국가배상책임을 인정하기 위해서는 공무원의 작위로 국가배상책임을 인정하는 경우와 마찬가지로 '공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는

과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때'라는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 한다. 여기서 '법령 위반'이란 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 인권존중·권력남용금지·신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 않고 위반한 경우를 포함하여 널리 객관적인 정당성이 없는 행위를 한 경우를 포함한다. 따라서 국민의 생명·신체·재산 등에 관하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명·신체·재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 않으면 국민의 생명·신체·재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있다. 공무원의 부작위를 이유로 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제 되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령 규정이 없다면 공무원의 부작위로 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 1998. 10. 13. 선고 98다18520 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2006다82649 판결, 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다211559 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 소외인은 성폭력범죄로 여러 차례 처벌을 받은 사람으로 2004년 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 위반(특수강도강간등) 등의 범죄로 징역 7년을 선고받고 복역하였다. 소외인은 형 집행 종료를 앞두고 구 「특정 범죄자에 대한 위치추

적 전자장치부착 등에 관한 법률」(2012. 12. 18. 제11558호로 개정되기 전의 것. 이후 「전자장치 부착 등에 관한 법률」로 변경되었다. 이하 '전자장치부착법'이라고 한다)에 따라 7년간 위치추적 전자장치(이하 '전자장치'라고 한다)의 부착을 명하는 결정을 받았고, 2011. 11. 9. 형 집행을 종료하면서 전자장치를 부착하였다.

나. 소외인은 2012. 7. 21.경 거주지 근처인 서울 중랑구 (주소 1 생략) 부근을 오토바이를 타고 가던 중 피해자가 자신의 집 현관으로 들어가는 것을 발견하고 피해자를 강간하기로 마음먹었다. 소외인은 2012. 8. 7. 11:30경 피해자의 집 대문을 열고 들어간 다음 미리 준비한 과도로 피해자를 위협하고 운동화 끈으로 피해자의 손목을 묶고 강간하였다(이하 '직전 범행'이라고 한다). 경찰은 범행현장에서 범인의 음모 등을 채취하여 국립과학수사연구원에 DNA 감정을 의뢰하였고 소외인을 포함한 인근 지역 우범자들의 사진을 피해자에게 제시하여 범인을 지목하도록 하였으며 범행 장소 주변 CCTV 녹화 자료를 확인하는 등의 조치를 하였으나 범인이 소외인이라는 단서를 찾지 못했다. 한편 경찰은 직전 범행 당시 범행 장소에 접근한 전자장치 피부착자가 있는지 위치정보를 조회하지는 않았다.

다. 소외인은 직전 범행으로부터 13일이 지난 2012. 8. 20. 09:20경 과도와 테이프 등을 준비하고 서울 광진구 (주소 2 생략) 주택가를 배회하며 강간범행 대상을 물색하다 원고 1의 배우자(이하 '이 사건 피해자'라고 한다)를 발견하고 이 사건 피해자의 집에 침입하였다. 소외인은 이 사건 피해자를 폭행, 협박하면서 강간을 시도하였고, 이 사건 피해자가 저항하자 주먹과 발로 구타하였다. 그러던 중 이웃의 신고로 출동한 경찰이 사건현장에 도착하고 이 사건 피해자가 현관문 쪽으로 도망가자, 소외인은 준비한 과도로 이 사건 피해자를 여러 차례 찔러 살해하였다(이하 '이 사건 범행'이라고 한

다).

라. 경찰은 이 사건 범행이 발생한 후 피의자로 소외인을 체포하고 나서야 소외인이 전자장치 피부착자임을 알게 되어 2012. 8. 22. 비로소 위치추적중앙관제센터에 직전 범행 무렵 범행 장소 근처에 전자장치 피부착자가 존재하였는지 조회하였고, 위치추적 중앙관제센터는 직전 범행 무렵(2012. 8. 7. 10:00 ~ 13:00)에 범행 장소 반경 300m 이내에 전자장치 피부착자가 있었음을 회신하였다. 이후 직전 범행의 현장에서 채취된 범인의 DNA가 소외인의 DNA와 일치함이 밝혀졌고, 소외인은 직전 범행 역시 자신이 저지른 것이라고 인정하였다.

마. 소외인은 2011. 11. 9. 형집행 종료 시 전자장치를 부착함에 따라 보호관찰 대상자가 되었다. 소외인의 담당 보호관찰관은 2012. 7. 16. 변경되었는데, 전임 보호관찰관은 2012년 7월 중에 세 차례(2일, 15일, 17일) 소외인과 대면접촉을 하였지만, 후임 보호관찰관은 그 이후부터 직전 범행과 이 사건 범행이 발생할 때까지 소외인에 대한 대면접촉을 실행하지 않았다.

3. 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 피해자의 유족인 원고들의 국가배상청구를 받아들이지 않았다.

가. 범죄 수사의 구체적인 내용과 방법은 원칙적으로 경찰관의 전문적 판단에 기초한 합리적인 재량에 위임되어 있다. 직전 범행의 수사를 담당하던 경찰관은 범인 검거를 위해서 피해자의 진술 확보, 현장감식을 통한 DNA 채취와 감정 의뢰, 현장 주변의 CCTV 열람, 탐문과 잠복 등을 통한 거동수상자 조사 등 일반적인 수사방법에 따른 모든 조치를 하였으므로, 전자장치 피부착자의 위치정보를 조회·활용하지 않았다고 하더라도 그러한 조치가 객관적 정당성을 상실하여 현저하게 불합리하다고 볼 수 없다.

나. 소외인의 담당 보호관찰관이 일정 기간 소외인에 대한 대면접촉을 소홀히 하고 법무부 지침에 따른 일일감독 소견의 입력을 지연한 사정이 있었다고 하더라도 이러한 사정만으로 보호관찰관들의 조치가 객관적 정당성을 결여하여 현저히 불합리하다고 볼 수는 없다.

다. 그 외에도 이 사건 범행의 발생과 관련된 경찰관과 보호관찰관의 직무수행은 다소 미흡한 사정이 있지만 국가배상책임을 져야 할 정도로 객관적 정당성이 결여되어 위법하다고 볼 수는 없다.

4. 그러나 원심판결 이유와 기록을 관련 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍할 수 없다.

가. 먼저 경찰관들의 직무수행에 대하여 본다.

1) 경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 기타 공공의 안녕과 질서유지를 직무로 하고 직무의 원활한 수행을 위하여 경찰관 직무집행법, 형사소송법 등 관계 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있다. 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서는 여러 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 가지 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있고, 그러한 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이다. 그러나 구체적인 사정에서 경찰관이 권한을 행사하여 필요한 조치를 하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것으로 위법하다(대법원 2017. 11. 9. 선고 2017다228083 판결 등 참조).

2) 구 전자장치부착법 제1조는 "이 법은 특정 범죄자의 재범 방지와 성행교정을 통한 재사회화를 위하여 그의 행적을 추적하여 위치를 확인할 수 있는 전자장치를 신체

에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 특정범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 한다."라고 정한다. 또한 구 전자장치부착법 제16조 제2항 제1호는 위치정보를 열람·조회할 수 있는 사유 중 하나로 '피부착자의 성폭력범죄 혐의에 대한 수사 또는 재판자료로 사용하는 경우'를 들고 있는데 이는 입법 당시부터 존재하던 조항이다. 위와 같은 규정들에 비추어 보면 구 전자장치부착법은 범행 전 전자장치 피부착자의 재범을 방지하려는 목적뿐만 아니라 피부착자가 범행에 나아갔을 경우 전자장치 피부착자의 위치정보를 수사에 활용하여 신속하게 범인을 검거함으로써 추가적인 범죄의 발생을 막으려는 목적도 가지고 입법되었음을 알 수 있다.

3) 구 전자장치부착법이 제정될 당시에는 2008. 10. 28.부터 시행될 예정이었다. 그러나 당시 아동 상대 성폭력범죄가 연달아 발생하여 사회적 위험과 불안이 높아지자 법률을 개정하여 시행일을 2008. 9. 1.로 앞당기고 제정될 당시 부착명령 대상자가 아니었던 성폭력범죄자에게도 소급하여 부착명령을 할 수 있게 하였다. 이처럼 전자장치 부착을 통한 전자감시제도는 재범의 위험성이 높은 성폭력범죄자로부터 일반 국민을 보호하기 위한 대응수단을 시급히 마련할 필요성에 따라 도입되었고, 제도의 시행 전에 형선고를 받은 사람까지 적용 범위를 확대하였던 것이다. 이와 같은 전자감시제도의 취지와 입법목적을 고려하면 성폭력범죄를 수사하는 수사기관으로서 전자장치 피부착자의 위치정보의 중요성을 충분히 인식하고 성폭력범죄의 습벽을 가진 자에 의하여 저질러진 것으로 추측되는 범죄의 수사에 이를 적극적으로 활용할 필요성이 있었다.

4) 소외인의 직전 범행은 과도와 운동화 끈 등의 범행도구를 미리 준비하고 대낮에 주거지에 침입하여 부녀자를 위협하고 운동화 끈으로 손목을 묶어 반항을 억압한 후 강간한 대담하고도 흉악한 수법의 범행이다. 이러한 직전 범행을 수사하게 된 경찰관

으로서는 성폭력범죄의 습벽을 가진 자가 행한 범행이었을 가능성을 충분히 추측할 수 있었으므로 직전 범행 장소 인근의 성폭력범죄의 전력이 있는 사람 등 재범의 위험성이 높은 사람을 우선 수사대상자로 보아 수사를 진행하는 것이 기본적인 모습이라 할 수 있다. 특히 전자장치 피부착자는 강한 재범의 위험성을 가지고 있는 것으로 인정되어 전자장치를 신체에 부착하여 국가기관의 감시 대상이 된 사람이므로, 위와 같은 특수성을 가진 직전 범행을 수사하는 경찰관으로서는 직전 범행 당시 범행 장소 근처에 있었던 전자장치 피부착자가 직전 범행을 저질렀을 가능성을 염두에 두고 이들의 신원을 확보하여 수사대상자로 삼는 조치를 취하여야 했다. 이는 직전 범행의 범인을 검거하기 위해서뿐만 아니라 유사한 범죄의 재발을 방지하기 위해서도 필요했다. 폭력성의 정도가 매우 높고 잔인하며 대담한 범행수법을 사용하여 저질러진 직전 범행의 특성이나 성폭력범죄의 습벽을 가진 자의 소행이었을 가능성에 비추어 보았을 때, 범인은 이와 유사한 범행을 다시 저지를 가능성이 매우 높았으므로, 이러한 위험의 발생을 배제하기 위해서 신속한 범인의 검거가 필요했다고 볼 수 있기 때문이다.

5) 그러나 직전 범행을 수사하던 경찰관은 CCTV 녹화자료 열람, 탐문수사 등 수사기관으로서 여느 범행에도 하여야 하는 일반적이고 기본적인 조치만 하였을 뿐 직전 범행이 내포한 국민의 생명·신체에 대한 고도의 위험성과 위 4)항에서 본 바와 같은 특수성에 부합하는 전문적이고 신속한 조치를 하지 않았다. 경찰관이 직전 범행 범인의 DNA 정보를 확보하여 감정 의뢰한 것은 범인을 검거할 확실한 방법일 수 있으나 당시 상황에서 DNA 정보 감정 의뢰는 신속하게 범인을 검거하기에는 한계가 있었다. 당시 검찰과 경찰이 분리하여 관리하는 DNA 데이터베이스 사이에 실시간 연계가 제도화되어 있지 않아서 경찰관이 확보한 직전 범행 범인의 DNA 정보가 국립과학수사연구

소에 보관 중인 DNA 정보와 일치하지 않으면 DNA 감정 결과만으로 범인의 신상을 파악하기는 어려웠다. 이처럼 DNA 정보를 활용한 수사에 현실적인 한계가 있었다면 직전 범행을 수사하는 경찰관은 DNA 정보에만 의지하지 않고 신속하게 범인을 검거할 수 있는 다른 방법도 강구했어야 했다. 실제로 국립과학수사연구소는 직전 범행 범인의 DNA를 감정하고도 데이터베이스에서 이와 일치하는 DNA 정보를 찾을 수 없다고 회신하였고, 이 사건 범행으로 검거된 소외인의 DNA 정보가 확보된 후에야 양자가 동일한 DNA로 확인된다고 회신하였을 뿐이다.

6) 직전 범행 당시 전자장치 피부착자의 위치정보를 활용한 수사기법이 일반적으로 통용되지 않았다고 하여 직전 범행을 수사하던 경찰관이 전자장치 피부착자의 위치정보를 확보하지 않은 조치 소홀이 정당화되지 않는다. 경찰에게는 신속하고 원활한 수사를 위해 법령에서 여러 가지 권한이 부여되어 있는 만큼 구체적인 범죄의 수사를 담당하는 경찰관으로서 그 범죄의 특성을 잘 파악하고 그에 부합하는 조치를 하여 신속하게 범인을 검거하여야 한다. 직전 범행의 특수성을 고려하면 전자장치 피부착자의 위치정보 확보는 가장 효과적인 수사방법일 수 있었다. 또한 당시에는 전자감시제도를 적극적으로 활용하여 성폭력범죄자의 재범의 위험을 배제함으로써 성폭력범죄로부터 국민을 보호할 것에 대한 강한 사회적 요구도 있었다. 담당 경찰관으로서 이를 선택하는 것이 자신에게 주어진 권한을 사용하는 가장 합리적인 방법으로 생각하고 조치를 취하는 것이 마땅했다.

나. 다음으로 보호관찰관들의 직무수행에 대하여 본다.

1) 구 전자장치부착법은 전자장치 피부착자가 의무적으로 「보호관찰 등에 관한 법률」(이하 '보호관찰법'이라고 한다)에 따른 보호관찰을 받도록 하고(제9조 제3항), 전

자장치 피부착자의 재범 방지와 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 지도와 원호를 하는 것을 보호관찰관의 직무로 정하였다(제15조 제1항). 보호관찰관은 전자장치 피부착자와의 긴밀한 접촉, 그에 대한 행동 및 환경 관찰 등의 방법으로 지도·감독 업무를 하여야 하고(보호관찰법 제33조 제1항, 제2항 각 호), 재범 방지를 위해 필요한 경우에는 전자장치 피부착자에게 상담치료를 받게 할 수 있다(구 전자장치부착법 제15조 제2항).

보호관찰관의 전자장치 피부착자에 대한 지도·감독과 원호 업무는 재범의 위험성이 매우 높은 전자장치 피부착자가 재범으로 나아가지 않게 함으로써 건전한 사회 복귀를 촉진하고 일반국민이 전자장치 피부착자의 재범에 따른 피해를 입지 않도록 하는 데 중요한 역할을 한다. 구체적인 상황에서 전자장치 피부착자에 대한 지도·감독이나 원호 업무를 어떻게 수행할 것인지는 원칙적으로 보호관찰관의 전문적, 합리적 재량에 위임되었지만, 전자장치 피부착자의 재범을 효과적으로 방지하기 위해서는 전자장치 피부착자의 성향이나 환경 및 개별 관찰 결과에 맞추어 재범 방지에 유효한 실질적인 조치를 선택하여 적극적으로 수행하여야 한다. 만약 보호관찰관이 이러한 조치를 하지 아니한 것이 현저하게 불합리하다면 직무상의 의무를 위반한 것이어서 위법하다고 보아야 한다.

2) 며칠 사이에 벌어진 직전 범행과 이 사건 범행을 보듯이 소외인은 재범의 위험성이 매우 높은 사람이었다. 소외인은 재범위험성평가 순위가 서울보호관찰소 관내 보호관찰 대상자 1,165명 중 9위에 해당할 정도로 재범의 위험성이 매우 높게 평가되었고, 평소 담당 보호관찰관에게 소급입법에 따라 전자장치를 부착하게 된 것에 대한 강한 불만을 노골적으로 드러냈으며 2012. 6. 20. 담당 보호관찰관과의 면담 과정에서 "사람을 칼로 찌르거나 성폭력을 하는 등 사고를 치고 교도소에 들어가고 싶은 마음이다."라고 말하

는 등 강한 반사회적 성향을 보이기도 했다. 이처럼 재범의 위험성이 매우 높은 특성을 가지고 있는 소외인을 담당하는 보호관찰관으로서의 행동 관찰 결과 그의 강한 반사회성이 드러나고 있는 것을 포착한 상황에서 소외인이 재범에 나아가지 않도록 잘 관찰하고 그의 특성에 맞는 실질적이고 적극적인 조치를 할 필요성이 있었다.

3) 그러나 소외인을 담당하는 보호관찰관들이 위와 같은 상황에서 형식적, 기계적인 조치를 넘어서 재범의 방지를 위해서 소외인의 성향과 환경 및 개별 관찰결과 등을 고려한 적극적인 지도·감독을 하였다고 보기 어렵다. 전자장치 피부착자에 대한 보호관찰관의 지속적인 대면접촉은 전자장치 피부착자로 하여금 자신이 사회에서 계속 재범 방지를 위한 관찰을 받고 있음을 인식하게 할 수 있는 가장 효과적이고 강력한 수단 중 하나라 할 수 있다. 법무부 지침인 「특정 범죄자 위치추적법 시행지침」에서도 전자장치 피부착자에 대해서 월 3회의 대면접촉을 하도록 정하면서 그중 월 1회 이상은 위치측위를 통해 확인한 현재지 중심의 불시출장 방식을 실시하고 분기 1회 이상은 18시 이후에 실시하도록 정하였다. 그러나 소외인 담당 보호관찰관은 소외인이 2012. 6. 20.경 위와 같은 발언을 하는 등 강한 반사회적 경향을 보였음에도 2012. 7. 16.부터 이 사건 범행일인 2012. 8. 20.까지 1개월 이상 소외인에 대한 대면접촉을 하지 않았다. 피고는, 보호관찰관이 2012. 7. 1.부터 같은 달 15.까지 보름 사이에 3회의 대면접촉을 실제 하였고 이 사건 범행일인 2012. 8. 20.부터 2012. 8. 31.까지 사이에 3회의 대면접촉을 할 수 있는 시간이 남아 있었으므로 월 3회 대면접촉을 하도록 한 위 지침을 어긴 것은 아니라고 한다. 그러나 이는 보호관찰관이 형식적이고 기계적으로 대면접촉을 하였음을 보여주는 것일 뿐 소외인의 성향과 환경 및 개별 관찰 결과에 대응하여 요구되는 적극적이고 실질적인 재범 방지 조치라고 할 수 없다. 실제로 소외인은 담당 보

호관찰관이 자신을 대면접촉하지 않던 기간에 불과 13일의 시차를 두고 직전 범행과 이 사건 범행을 연달아 저질렀다. 이는 보호관찰관들이 대면접촉을 소홀히 하여 소외인의 재범가능성을 억제하지 못하였음을 추측할 수 있게 하는 상황이다.

다. 이처럼 직전 범행의 수사를 담당하던 경찰관은 직전 범행의 특수성과 위험성을 고려하지 않고 통상적인 조치만 하였고, 전자장치 위치정보를 수사에 활용하지 않았다. 소외인의 담당 보호관찰관은 소외인이 높은 재범의 위험성과 반사회성이 있음을 인식하였음에도 적극적 대면조치 등 이를 억제할 실질적인 조치를 하지 않았다. 이들은 범죄를 예방하고 재범을 억지하여 사회를 방위하기 위해서 이들에게 부여된 권한과 직무를 목적과 취지에 맞게 수행하지 않았거나 소홀히 수행하였던 것이다. 이는 국민의 생명·신체에 관하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생할 우려가 있어 그 위험 배제에 나서지 않으면 이를 보호할 수 없는 상황에서 그러한 위험을 배제할 공무원의 작위의무를 위반한 것으로 인정될 여지가 있다.

라. 나아가 다음과 같은 사정을 고려하면 위와 같은 피고 소속 경찰관과 보호관찰관의 직무상 의무 위반은 이 사건 피해자의 사망 사이에서 상당인과관계를 인정할 여지가 크다. 직전 범행의 담당 경찰관이 자신의 직무상 의무를 다하여 전자장치 위치정보를 조회하였다면 신속히 소외인을 수사대상으로 삼을 수 있었다. 이를 통해 전자장치 피 부착자인 소외인이 자신에 대한 수사가 진행되고 있음과 함께 자신의 위치정보가 전자장치를 통해 국가기관에 의해 감시되고 있음을 인식하였다면 이 사건 범행처럼 대담한 범행을 연달아 할 생각을 하지 못했을 것이다. 또한 담당 보호관찰관이 수시의 대면접촉 등을 통하여 소외인을 지속적으로 지도·감독하였다면 소외인도 국가기관으로부터 계속 관찰을 받고 있다고 인식하여 함부로 재범으로 나아갈 마음을 가지지 않았을 가

능성도 충분하다.

5. 그런데도 원심은 피고 소속 경찰관과 보호관찰관의 직무수행이 객관적 정당성을 결여하지 않아 위법하지 않다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 국가배상법 제2조 제1항의 '법령 위반'에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

6. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김선수

 대법관 박정화

 대법관 노태악

주 심 대법관 오경미