

의견서

사 건 2009노3108 특수공무집행방해치상 등
피 고 인 김 * * 외 8

민주주의법학연구회

망루농성에 가담했던 철거민 피고인들에게 적용된 죄명 중 가장 무겁고 논란이 되는 혐의는 특수공무집행방해치사상죄이므로, 당시 경찰의 강제진압이 적법하였는지 여부, 그리고 화재의 발생원인이 철거민들이 망루 안에서 던진 화염병 때문인가 여부는 항소심 재판에서도 가장 중요한 쟁점일 것입니다. 형법전공 연구자의 입장에서 이러한 쟁점을 중심으로 이 사건에 대한 의견을 개진하고자 합니다.

1. 당시 경찰특공대의 진압행위가 적법한 공무집행인가 여부

가. 원심판결의 논지

원심판결은 ① 피고인들이 화염병, 골프공, 유리구슬 및 쇠구슬 등을 휴대한 채로 남일당 건물에 침입하였고, 대형 새총을 설치한 점, 그리고 2009. 1. 19. 오전부터 계속해서 깨어진 벽돌, 골프공, 유리구슬 및 쇠구슬, 화염병 등을 대형 새총을 이용하여 한강대로 및 신용산빌딩 등 방면으로 계속하여 던졌고, 이로 인해 인근 주민과 행인에게 피해를 입힌 점에서 폭처법상 집단·흉기등주거침입죄, 폭처법상 집단·흉기등재물손괴죄, 화염병사용등처벌에관한법률위반죄의 현행범이었다는 점, ② 한강대로는 왕복 8차선으로 서울 시내 중심도로 중의 하나로서 남일당 건물은 한강대로에 접해 있기 때문에 다량의 위험한 시위용품을 가지고 위법행위를 하는 농성자들을 신속하게 진압할 필요가 있었던 점, ③ 다량의 위험물을 소지한 채 서울 시내 간선도로 변에 위치한 건물을 점거하고 망루를 세우며 화염병 등을 투척하는 행위는 경찰특공대의 분장사무 중 하나인 중요범죄에 해당하고, 위와 같은 농성자들을 진압하기 위해서는 유사한 범죄의 진압에 투입된 경험이 많고 고도로 숙련된 경찰특공대를 투입할 필요가 인정된다는 점, ④ 경찰특공대는 진압과정에서 농성자들을 체포하는데 필요한 최소한도의 장비만을 가지고 진압작전을 한 것으로 보이고 체포과정에서도 필요한 정도 이상의 물리력을 행사한 것으로도 보이지 않는 점, ⑤ 경찰측은 경찰특공대의 투입을 검토하고 실제 작전계획을 세우면서도 계속하여 농성자들과 협상하기 위하여 노력하였던 반면에, 농성자들은 ‘경찰의 선 철수’라는 실현되기 어려운 전제조건을 내세우면서 협상이 이루어지지 못하였던 점 등을 근거로 하여 경찰특공대 투입에 의한 진압행위가 정당한 목적을 위한 상당한 조치였다고 판단하고 결국 경찰특공대의 조기투입에 아무런 위법이 없다고 판단하고 있습니다.¹⁾

나. 공무집행의 적법성 요건의 의미와 기준

1) 제1심 판결문, 52-53면.

형법상 공무집행방해죄(제136조)가 성립하기 위해서는 공무원의 직무집행이 적법한 것이어야 한다는 점에는 이론의 여지가 없습니다. 형법 제136조는 직무집행의 적법성 요건을 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 대법원 판례²⁾와 통설³⁾은 적법한 공무집행이 당연히 전제되는 것으로 해석하고 있습니다. 위법한 공무집행은 형법이 보호할 필요가 없으며, 위법한 공무집행에 대해 국민이 복종해야 할 의무가 없고, 위법한 공무집행에 저항하는 행위는 오히려 정당방위로 평가되어야 하고, 국민의 기본적 인권의 보호를 위하여 국가의 권력작용을 엄격하게 제한해야 한다는 점 등이 근거가 됩니다.

공무집행의 적법성 요건에 관하여 판례는 누누이 “형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하고, 여기서 적법한 공무집행은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리킨다.”고 판시하고 있습니다.⁴⁾

특히 경찰관직무집행법 제6조 제1항에서 규정한 경찰관의 범죄행위 제지에 관하여 대법원은 “범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, 눈앞의 급박한 경찰상장해를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 의무불이행을 전제로 하지 아니하고 경찰이 직접 실력을 행사하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위”라는 성격을 분명히 하면서, “행정상 즉시강제는 그 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지 조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 하고, 그러한 해석·적용의 범위 내에서만 우리 헌법상 신체의 자유 등 기본권 보장 조항과 그 정신 및 해석 원칙에 합치될 수 있다.”고 판시하여 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 근거한 경찰관의 범죄행위 제지 조치는 매우 엄격한 범위에서만 적법한 직무집행으로 평가될 수 있다고 한 바 있습니다.⁵⁾ 이 판례는 경찰행정상 즉시강제에 해당하는 경찰관의 물리적 강제력 행사에 대하여 그 적법성 요건의 심사를 엄격히 해야 한다는 점을 강조한 점에서 커다란 의미가 있으며, 대법원의 이러한 판단기준은 본 사건에서도 그대로 타당하다고 보아야 합니다.

2) 대법원 2008.10.9. 2008도3640 ; 1991.5.10. 91도453 : “형법 제136조의 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하고, 그 공무집행이 적법하기 위하여는 그 행위가 당해 공무원의 추상적 직무권한에 속할 뿐 아니라 구체적으로도 그 권한 내에 있어야 하며 또한, 직무행위로서의 중요한 방식을 갖추어야 한다.”

3) 김성돈, 형법각론(제2판), 2009, 738면 ; 김일수/서보학, 형법각론(제5판), 2003, 839면 ; 박상기, 형법각론, 2008, 661면 ; 손동권, 형법각론, 2004, 675면 ; 오영근, 형법각론, 2005, 924면 ; 이재상, 형법각론, §44-10 등.

4) 대법원 2006.9.8. 선고 2006도148 판결 등.

5) 대법원 2008.11.13. 선고 2007도9794 ; 대법원 2009.6.11. 선고 2009도2114.

다. 본 사건에서 경찰의 강제진압의 적법성에 대하여

1) 서 - 경찰의 강제진압의 법적 근거

본 사건에서 경찰의 강제진압의 적법성 여부를 판단하기 위해서는 먼저 강제진압의 근거가 되는 법령상의 조항이 무엇인가를 분명히 하는 것이 중요하다고 판단됩니다. 제1심 판결은 경찰의 강제진압이 적법한 공무집행이었다고 판시하였지만, 경찰의 강제진압이 어떠한 법률적 근거에 기반한 것인지에 대해서 명확히 실시하지 않았습니니다.

이 사건과 관련하여 경찰의 강제진압의 법령상의 근거로는 다음의 세가지가 거론될 수 있을 듯합니다. 첫째는 경찰관의 현행범체포권한이며, 둘째로는 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 근거한 범죄행위 제지조치를 들 수 있고, 셋째는 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 원용할 여지도 있을 것 같습니다.

2) “현행범체포”의 측면에서 본 강제진압의 적법성 여부

가) 현행범인가?

제1심 판결은 농성 철거민들이 건조물침입, 재물손괴 등의 현행범이었다는 점을 경찰의 강제진압의 적법성 근거의 하나로 적시하고 있습니다. 그러나 이에 관해서는 다음과 같은 점을 신중히 고려할 필요가 있을 것입니다.

(1) 우선 건조물침입죄에 대하여 살펴보겠습니다. 제1심 법원은 남일당 건물이 철거용역업체인 호람건설 측에서 관리하고 있는 건물로서 주거침입죄(형법 제319조)의 객체에 해당한다고 판단하였는 바, 이는 타당합니다. 그렇지만 철거민들이 망루를 짓고 농성을 하기 위하여 남일당 건물에 무단으로 들어간 행위는 긴급피난(형법 제22조)으로 위법성이 조각될 여지가 충분히 있다고 판단됩니다.

원심판결은 이 사건 당시 용산4구역 철거민들이 처한 상황이 긴급피난의 요건인 “현재의 위난”에 해당하는지 여부를 면밀하게 논증하지 않은 채로, 망루농성을 위하여 남일당 건물에 침입한 것이 철거민들의 법익보호를 위한 유일한 수단도 아니고 상대방에게 가장 경미한 손해를 주는 방법도 아니며 사회윤리나 법질서 전체의 정신에 비추어 적합한 수단도 아니라는 점을 들어 긴급피난의 “상당한 이유”가 없다는 판시하고 있습니다.

우선 당시 용산4구역 철거민들이 처한 상황이 “현재의 위난”에 해당하는지를 살펴 보겠습니다. 우리 사회에서 진행되어 온 재개발의 과정을 보면, 재개발의 현장에서 세입자들이 헌법상의 권리인 주거권과 생존권, 인간다운 생활을 할 권리에 상응하는 보상을 받지 못한 채로 강제퇴거를 당하는 상황은 어제오늘의 일이 아닙니다.

재개발이 시행되면 세입자들은 권리금이나 시설투자비를 잃게 되고 영업손실보상비나 이주보상비를 받더라도 재개발 지역에 재입주율은 20%에도 채 미치지 못하는 것이 엄연한 현실입니다. 결국 재개발 현장의 세입자들은 더욱 열악한 곳으로 떠나야만 했습니다. 이러한 사정은 용산4구역에서도 마찬가지였습니다. 뿐만 아니라, 용산4구역 세입자들이 퇴거를 강요하는 철거용역회사 직원들로부터 온갖 폭행과 협박, 성희롱 등에 시달려 왔다는 사실도 여러 증언을 통해 확인되고 있습니다. 이러한 상황에 비추어 볼 때, 용산4구역 철거민들은 생존권 박탈이라는 현재의 위난상태에 처해 있었다고 보아야 할 것입니다.

그리고 우리나라도 가입한 「유엔 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약」은 주거권 및 생존권보장을 위한 국가의 의무를 규정하고 있으며, 유엔인권위원회는 적절한 보상 없이 행해지는 강제퇴거가 명백한 인권침해라고 선언한 바 있습니다.

다음으로 긴급피난의 “상당한 이유”가 인정되는가를 살펴보겠습니다. 원심판결은 ① 피고인들이 현행법상 근거가 없는 ‘가수용상가와 임대상가’를 조합측으로부터 얻어내기 위한 목적에서 남일당 건물에 들어갔다는 점, ② 다른 대부분의 세입자들이 법의 테두리 내에서 정당한 보상을 받기 위하여 노력하고 있었음에도 피고인들은 망루농성을 통하여 단기간 내에 자신들의 요구를 관철시킬 목적으로 다량의 위험한 시위용품을 가지고 남일당 건물에 침입하였다는 점에서 긴급피난의 상당성 요건에 해당하지 않는다고 판단하였습니다.

그러나 이와 같은 판단에는 수긍하기 어렵습니다. 재개발사업은 민간의 재개발조합, 시공회사 등을 사업주체로 하여 진행되는 것이기는 하지만, 그 과정에서 세입자 등 서민들에게 주거권의 부당한 침해가 발생하지 않도록 필요한 제도적·법적 보호를 제공해야 할 책무를 지는 것은 국가와 지방자치단체들입니다. 그러나 지금까지 진행된 모든 재개발사업이 그러하듯이, 재개발지역에 거주하거나 영업을 하는 세입자들은 오랜 기간 해당 지역에서 삶을 영위하여 왔음에도 불구하고 재개발에 주체적으로 참여할 수 있는 권리가 인정되지 않았으며, 오히려 강제적이거나 최소한 비자발적으로 이주하도록 강요를 받아왔습니다. 국가는 철거민들에게 적절한 주거권을 보장해야 할 헌법적 의무를 방기하였으며, 지방자치단체 역시 지역 거주민들의 주거권을 보장하는 것에는 관심을 기울이지 아니한 채로 거대 건설자본과 주택 및 건물 소유권자에게 거대한 개발이익을 보장하는 방식으로 재개발사업을 추진해 왔습니다. 그러므로 용산4구역에서 이미 퇴거한 철거민들도 결코 자발적 의사로 퇴거한 것이 아니라는 사실을 분명히 인식할 필요가 있습니다.

용산4구역 철거민들은 주거권의 보장 없이 강제퇴거로 인하여 생존권이 위협받는 상황을 타개하기 위한 방책으로 망루를 세운 것입니다. 사회에서 가장 약하고 소외된 사람들의 권리를 외치고자 한 집단적 의사표현의 수단이 바로 망루였다고 말할 수 있습니다. 이처럼 위난에 처한 철거민들이 망루를 세우는 등의 수단으로 집단적 의사표현을 하는 것 외에 달리 자신의 법익침해를 방지할 수 있는 합법적인 수단이 과연 있었는지요? 또한 망루농성으로 이들이 보호하고자 한 법익은 그들의 생

존권과 신체의 안전 등이었던 반면에 이들이 침해한 법익은 비어있고 곧 철거될 예정인 건물의 관리권에 불과하다는 점에서 법익균형성 원칙도 충족된다고 보아야 할 것입니다.

그러므로 망루농성을 위하여 남일당 건물에 들어가고 그 건물 옥상에 망루를 세운 것은 위법한 범죄행위가 아니라, 긴급피난에 의하여 위법성이 조각되는 적법한 행위로 평가되어야 마땅할 것입니다.

(2) 다음으로 피고인들의 화염병투척행위에 대해 살펴보겠습니다.

제1심 판결문에 적시된 범죄사실을 보면, 2009. 1. 19. 05:30경부터 07:00경까지 철거용역업체 직원 50여명이 남일당 건물로 들어가려 하자 남일당 건물 주변에 있던 경찰과 철거용역업체 직원들에게 화염병 등을 투척한 사실, 2009. 1. 19. 08:30경 철거민들이 경찰 및 철거용역회사 직원들이 건물로 진입하는 것을 막기 위하여 남일당 건물 옥상에서 새총 모양의 발사기로 골프공을 쏘고 화염병 등을 투척한 사실, 2009. 1. 19. 10:50경 철거민들이 남일당 건물 주변의 차도와 인도에 화염병 등을 투척한 사실, 그리고 2009. 1. 20. 05:30경부터 경찰특공대의 진입에 대항하여 화염병 등을 투척한 사실이 인정됩니다.

따라서 최소한 2009. 1. 19. 오후부터 2009. 1. 20. 05:30경 경찰의 진압작전이 본격화되기까지의 기간 동안 철거민들은 화염병 투척 등 공공의 안녕과 질서에 위해를 야기하는 행위를 하지 않았다는 점이 분명합니다. 이 사실은 피고인 및 농성 철거민들의 행위에 대한 법적 평가에서 매우 중요하게 고려되어야 사항인데도, 제1심 법원은 이 점에 발변 주목하지 않은 듯합니다.

그리고 원심판결에서 인정된 철거민들의 화염병 등의 투척행위도 철거용역업체 직원들의 남일당 건물 진입 시도 내지 경찰의 강제진압시도에 저항하는 과정에서 행해졌을 뿐 철거민들이 무차별적으로 화염병이나 벽돌 등을 인근 도로에 투척한 것이 아니라는 사실도 중요하게 고려되어야 할 것입니다. 특히 2009. 1. 19. 상황을 보면, 철거용역업체 직원들이 남일당 건물에 진입하는 것을 저지하기 위한 목적에서 철거민들이 “제한적으로” 화염병이나 벽돌 등을 투척한 것임을 알 수 있습니다. 제1심 법원은 피고인들을 비롯한 철거민들이 화염병 투척 등으로 인근 주민이나 행인들에게 “지속적으로” 위해를 가했다고 판시하고 있지만, 이는 증거에 의하여 인정된 사실을 넘어서는 일방적인 추론에 불과하다고 사료됩니다. 냉정하게 증거에 의하여 판단해 보면, 당시 망루농성 중이던 철거민들이 무차별적으로 인근 도로에 화염병이나 벽돌, 골프공 등을 투척한 것은 결코 아닙니다. 일부 언론이나 경찰의 시각에서 망루농성 철거민들을 ‘폭도’처럼 묘사하기도 하지만, 증거에 의하여 드러난 사실들을 냉철하게 판단해 보면, 당시 농성 철거민들은 오로지 철거용역업체나 경찰의 진입에 대응하기 위한 차원에서 화염병이나 벽돌 등을 부분적으로 투척한 것으로 보는 것이 보다 건전한 상식에 부합할 것입니다.

(3) 재물손괴와 방화 부분에 대하여 살펴보겠습니다.

철거민들이 새총으로 쏜 골프공으로 주택 2층 유리창이 파손된 것(피해자 이미선)과 철거민들이 던진 벽돌로 운행 중이던 차량의 유리창이 파손된 것(피해자 나호열) 등 4건의 재물손괴에 대하여 법원은 폭처법상의 집단·흉기등재물손괴를 인정하였으며, 철거민들이 던진 화염병으로 인근 공가에 화재를 발생시키고 이 화재가 유명진이 운영하는 ‘숯깡통집’ 식당에까지 번진 피해에 대하여는 일반건조물방화죄를 적용하였다.

그런데 위 재물손괴나 방화는 모두 1. 19. 08:30경부터 14:00경 사이에 발생한 사건들이기 때문에 1. 20. 새벽의 현행범체포를 정당화하는 사유라고 보기 어렵습니다.

더구나 당시 철거민들은 철거용역업체 직원들의 진입시도에 저항하는 과정에서 골프공이나 화염병을 던졌습니다. 당시는 철거용역업체 직원들이 남일당 건물에 들어오려고 시도하는 상황이었고 철거민들은 이를 저지하고자 화염병 등으로 대응하였다고 말할 수 있습니다. 철거민들은 결코 철거용역업체 직원들을 직접 겨냥하여 골프공이나 화염병 등을 투척하지 않았기 때문에, 철거민들이 재물손괴나 방화의 ‘고의’를 가지고 골프공이나 벽돌, 화염병 등을 투척했다고 말하기 어렵습니다. 형법 이론상 이는 사실의 착오에 해당하며, 위와 같은 재물손괴와 화재의 피해에 대해서는 기껏해야 철거민들의 과실책임을 인정할 수 있을 뿐입니다.

나) 현행범체포의 한계

(1) 현행범체포시 체포에 필요한 범위에서는 실력행사가 용인될 수 있습니다. 체포의 과정에서 강제력의 사용은 비례성원칙에 따라 체포의 목적을 달성하는데 필요한 최소한도의 것이어야 합니다. 본 사건에서 피고인들 및 농성 철거민들은 이미 외부로부터 완전히 고립된 상황이었습니다. 그렇기 때문에 현행범체포를 위하여 이 사건과 같이 경찰특공대를 투입하는 것은 비례성원칙을 현저히 일탈한 위법이 있다고 보아야 할 것입니다.

(2) 대법원 판례는 현행범체포의 요건에 관하여 “현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있으므로 사인의 현행범인 체포는 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것인데, 현행범인 체포의 요건으로서는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성 외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있을 것을 요한다.”⁶⁾고 판시함으로써 “체포의 필요성”, 즉 도망이나 증거인멸의 염려가 있어야 한다고 보고 있습니다.

이 사건의 경우 이미 경찰이 남일당 건물 주위를 완전히 통제하고 있는 상황이었기 때문에 급박하게 체포하지 않으면 안 될 정도로 도망이나 증거인멸의 염려가 있

6) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3029 판결.

었다고 보기 어렵습니다. 이 점에서 이 사건 경찰특공대의 강제진압은 현행범체포의 요건에 합치하지 않습니다.

다) 소결론

이상에서 살펴본 바와 같이, 본 사건 경찰특공대의 강제진압행위는 “현행범체포”라는 측면에서는 전혀 정당화될 수 없는 것입니다.

3) 경찰관직무집행법 제2조 및 제6조 제1항에 비추어 본 강제진압의 적법성 여부

경찰관직무집행법 제2조는 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 경찰권을 발동할 수 있도록 규정하고 있고, 제6조 제1항은 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”고 규정하고 있습니다.

생각건대, 경찰관직무집행법 제2조는 경찰의 권한에 관하여 추상적으로 그 범위를 규정한 것에 불과하고 동 규정이 강제진압과 같은 구체적인 경찰권발동의 직접적인 수권규정으로 보기는 어렵습니다. 경찰권 발동은 그 구체적인요건과 경찰권행사의 범위가 법령에 의하여 구체적으로 규정되어 있는 경우에만 그 법령이 정한 범위에서 정당화될 수 있습니다. 특히 강제진압과 같은 공권력작용은 경찰행정상의 즉시강제에 해당하는 것으로서, 법령상 명백하고 구체적인 수권규정이 있어야 합니다. 본 사건과 관련하여 그러한 구체적인 수권규정으로서는 경찰관직무집행법 제6조 제1항을 들 수 있습니다.

경찰관직무집행법 제6조 제1항은 경찰의 범죄제지 조치가 허용되는 요건으로 “명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우”라고 규정하고 있으며, 또한 모든 경찰권 행사는 동법 제1조 제2항이 규정하는 바와 같이 “그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다”는 요건에도 합치해야 할 것입니다.

이하에서는 본 사건 경찰특공대의 강제진압이 경찰관직무집행법 제6조 제1항 및 제1조 제2항의 요건에 합치하는 것이었는가를 살펴보도록 하겠습니다.

가) “인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우”에 해당하는가?

제1심 법원은 망루농성에 가담한 철거민들이 화염병이나 벽돌 등을 투척하여 인

근 도로를 지나던 시민들의 안전에 심각한 위해를 야기하였다는 점을 언급하고 있습니다. 그러나 당시 피고인들을 비롯한 농성 철거민들의 행위가 과연 “인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우”에 해당하는가에 대해서는 적지 않은 의문이 있습니다.

첫째, 철거민들이 망루를 세우기 시작하면서부터 철거용역회사 직원들이 건물 난입을 시도하고 각목 등으로 무장하여 건물 인근의 주민들에게 위협을 가하고 있었음에도 불구하고 현장에 배치된 경찰병력은 이를 전혀 제지하지 않았을 뿐만 아니라, 철거용역업체 직원들로 하여금 망루를 향하여 물포를 쏘게 하는 등으로 철거용역회사 직원들의 불법행위를 비호하거나 조장하고 있었습니다. 앞서 언급한 바와 같이, 철거민들의 화염병 등 투척행위는 이처럼 철거용역회사 직원들이 저지른 불법행위에 대항하기 위한 목적으로 제한적으로 이루어졌습니다.

둘째, 2009. 1. 19. 철거민들은 경찰 및 철거용역회사 직원들과 대치하는 과정에서 건물 인근을 지나가는 사람들이 있을 때에는 화염병 투척 등 대항행위를 하지 않았으며, 철거용역업체 직원들의 건물 난입 시도 등이 없었던 동안에는 화염병 투척 등의 행위가 없었다는 점도 다시 한번 상기하고자 합니다. 요컨대, 1. 19. 망루 농성이 시작되면서부터 1. 20 강제진압 이전까지 농성자들은 시민의 생명이나 신체의 안전에 심각하게 위해를 주어 경찰의 신속한 강제진압이 급박하게 요구될 정도의 상황은 아닌 것으로 볼 수 있습니다.

셋째, 만약 공공의 안녕과 질서를 유지해야 할 책무를 지고 있는 경찰이 우선적으로 철거용역업체 직원들의 폭력행위를 효과적으로 제지하였다면 피고인들을 비롯한 농성 철거민들의 화염병 투척 등의 행위도 없었을 것이라는 점은 건전한 양심과 합리적 판단에 비추어 분명하게 인정할 수 있을 것입니다. 철거민들이 화염병이나 벽돌 등 위험물질을 다수 준비하고 있었다고는 하나, 위와 같은 정황에 비추어 보면 이는 일반 시민들이나 차량에 대하여 위해를 가할 의도로 준비한 것이 아니라, 철거용역업체 직원들이 철거민들에게 야기할 것으로 예상되는 생명·신체에 대한 위협으로부터 스스로를 방어하기 위한 목적에서 가지고 간 것임을 인정할 수 있고, 철거민들은 화염병 등을 실제 그러한 목적으로만 사용하였을 뿐입니다.

이러한 사실들로 미루어 보면, 철거민들의 망루농성으로 인하여 인근 시민들의 생명·신체 또는 재산에 대한 위해가 커서 경찰의 강제진압이 급박하게 요구되는 상황은 아니었다고 보아야 합니다. 결국 경찰의 강제진압은 인근 시민의 안전에 대한 위해가 없거나 극히 경미한 상태에서 급박한 필요성없이 이루어졌으며, 이는 경찰권 행사의 적법성 요건을 결여한 것으로 볼 수 밖에 없습니다.

나) 경찰권 행사의 비례성원칙

경찰관직무집행법 제1조 제2항에 규정한 바대로, 경찰권 행사는 필요최소한도에

그쳐야 하며, 이와 같은 비례성원칙을 위반하여 행사된 경찰권은 정당화될 수 없습니다. 비례성원칙은 세부적으로는 적합성의 원칙, 최소침해의 원칙, 법익균형의 원칙으로 구성됩니다.

결론부터 적시하면, 본 사건 경찰특공대의 강제진압은 적합성의 원칙, 최소침해의 원칙 및 법익균형의 원칙에 모두 합치하지 않는 것이라고 판단됩니다.

(1) 첫째, 망루농성과 같은 점거농성의 경우에 경찰은 “우선적으로” 농성이 행해지는 건물의 주변에 시민의 통행을 제한하는 조치를 통해 만의 하나 있을 수도 있는 시민의 안전에 대한 피해를 예방하는 조치를 취해야 합니다. 그러한 가운데 농성자들이 농성을 풀 수 있도록 충분한 대화와 설득이 우선되어야 할 것입니다. 이와 같은 조치에도 불구하고 공공의 안녕과 질서에 심각한 위해가 발생한다면 그 때 비로소 강제진압의 시도가 정당화될 수 있을 것입니다. 그러나 이 사건 당시 철거민들은 시민의 안전에 대하여 별다른 위해를 가하지 않는 상황에서 경찰은 철거민들이 건물 옥상으로 올라간 지 불과 3시간여 만에 경찰특공대를 출동시켰을 뿐만 아니라, 25시간만에 전격적으로 강제진압을 감행하였습니다. 이미 재개발 지역 철거민들의 망루농성을 접해 본 경찰로서는 철거민들에게 불필요한 자극을 가하지 않고 현장을 봉쇄한다면 얼마든지 대화의 여유를 갖고 문제를 풀 수 있다는 점을 모르지 않았을 것입니다. 본 사건에 경찰이 차분한 접근을 취하지 않은 것에 대해 항소심 재판부에서 좀더 면밀하게 따져 보았으면 합니다.

(2) 둘째, 강제진압이 전격적으로 감행되기 이전에 경찰은 농성자들과의 대화나 설득의 노력을 충분히 다하지도 않았습니다. 특히 경찰이 망루농성 3시간 여만에 경찰특공대를 출동시켜 곧바로 현장에 배치한 것은 철거민들에 대한 설득의 의지를 보이는 것이 아니라 오히려 강제진압의 가능성을 예고하는 것이라고 보아야 할 것입니다. 경찰이 경찰특공대를 조기에 현장에 배치함으로써 철거민들과의 불필요한 마찰과 갈등을 증폭시킨 점은 중요하게 고려되어야 할 것입니다.

(3) 셋째, 경찰특공대의 업무가 일반경찰관의 업무와 구별된다는 점도 중요합니다. 경찰특공대는 경찰법 제13조와 그 위임을 받은 대통령령인 「경찰청과 그 소속기관의 직제」 제42조 제1항 및 위 대통령령의 재위임을 받은 「경찰청과 그 소속기관의 직제 시행규칙」 제22조 제2항에 근거하여 설치된 특수한 경찰조직입니다. 이 규정들에 의하면, 경찰특공대는 서울지방경찰청 차장 지휘 하에 직할대로 운영되며, 경찰특공대의 분장사무는 경찰정장의 승인을 얻어 서울지방경찰청장이 정하도록 되어 있습니다. 서울지방경찰청에 마련한 「서울특별시지방경찰청과 경찰서의 조직 및 사무분장규칙」 제25조는 “경찰특공대는 각종 테러 등 특수범죄 진압 및 인명구조와 요인경호, 중요범죄 발생시 긴급배치 및 집중 단속활동 등을 수행하기 위하여”라고 그 분장사무를 규정하고 있으며, 경찰특공대운영규칙(경찰청훈령) 제6조는

“인질 총기, 폭발물 및 시설불법점거·난동 등 중요범죄 예방 및 진압”을 경찰특공대의 임무로 규정하고 있습니다. 이러한 규정들을 보면, 경찰특공대가 담당하는 중요범죄는 각종 테러나 요인암살, 시설불법점거 등 국가적·사회적 범익에 대한 중대한 범죄에 국한된다고 보아야 할 것이고, 경찰특공대의 업무는 그 속성상 일반적인 치안유지보다는 중요범죄에 대한 진압에 집중된다고 보아야 합니다. 이 사건에서는 철거민이 자신의 생존권을 위하여 망루농성을 벌였고, 망루농성이 진행된 남일당 건물은 아무도 거주하지 않는 빈 건물이었으며, 남일당 건물이 비록 한강대로변에 위치하고 있다고는 하나 철거민들이 도로를 통행하는 시민이나 차량에 직접 위해를 가하려는 의사가 없었다는 점에서 볼 때 경찰특공대를 조기에 투입하여 진압작전을 감행할 만한 요건에는 해당하지 않는다고 보아야 합니다. 오히려 특수한 범죄에 대한 진압을 위한 전문적인 훈련을 받은 경찰특공대를 조기에 현장에 배치한 것은 경찰이 망루농성자들을 도심테러범으로 간주하여 조기에 진압하려는 의지를 강력하게 표명함으로써 대화의 여지를 봉쇄하고 농성자들의 저항과 반발을 유도한 측면이 강하다고 할 것입니다.

(4) 넷째, 경찰은 경찰병력을 동원한 강제진입시 준수해야 할 안전수칙을 준수하지도 않았습니다. 경찰청이 독자적으로 만든 「집회시위현장 법집행 매뉴얼」(발행일: 2008.8., 발행인: 경찰청장)은 시설점거농성시 우발상황에 대비, 특수 장비·안전장구 등의 준비를 철저히 할 것과 에어매트, 고가사다리 및 소방·조명차 등을 사전에 확보할 것을 명시하고 있으며(61쪽), 시위나 농성이 철탑, 다리, 건물옥상, 타워크레인, 조명탑 등 높은 곳에서 이루어지는 경우에는 고공 시위나 농성의 위험성을 지속적으로 경고하고 자진 하강토록 설득하며, 안전매트 신속 설치 및 구급차 등 배치 등의 안전조치를 취하도록 명시하고 있습니다(92쪽). 그리고 이 사건의 강제진입을 위하여 경찰은 스스로 마련한 ‘진입계획’에는 필요한 안전장비에 대해 보다 구체적으로 기재하고 있기도 합니다. 그러나 이와 같은 안전장비 구축 등 강제진입에 대비한 안전수칙을 제대로 준수하지 않았다는 점은 이미 증거조사에서 분명하게 드러났기 때문에 경찰이 안전수칙을 준수하지 않았다는 점에 대해서는 부연 설명이 필요 없을 정도입니다.

더구나 당시 망루에는 시너 등 다량의 인화물질이 있음을 충분히 알면서도 경찰은 화재발생에 대비한 안전조치도 제대로 준수하지 않았습니다. 건물 옥상에 투입된 경찰특공대원의 개인소화기에만 의존하였음은 물론이고 경찰특공대원들은 빠루 등 화재발생의 위험이 있는 진압도구를 사용함으로써 화재발생의 위험에 효과적으로 대처하기는 커녕 화재발생의 위험을 증대시키는 방식으로 진압작전을 수행하였습니다.

(5) 다섯째, 워낙 급박하게 전개된 진압작전이었던기는 하지만, 경찰특공대원들의 1차 진입과 2차 진입의 과정을 구별해 보는 것도 중요하다고 생각합니다. 제1심 판결에

나타난 사살관계를 보면, 경찰은 남일당 건물 옥상을 장악하고 철거민들이 모두 망루 안으로 피신한 상태에서 경찰특공대원들이 망루 안으로 진입을 시도하다가(이것이 1차 진입입니다) 일단 건물 옥상으로 철수한 것이 2009. 1. 20. 07:00-07:10경이고, 망루 안으로 다시금 본격적으로 진입한 것(이것이 2차 진입입니다)이 1. 20. 07:18경입니다. 2차 진입을 앞두고 경찰컨테이너로 망루를 찍어누르는 등의 행위도 있었습니다.

이미 1차 진입시도 때 철거민들이 경찰특공대원들을 향해 화염병을 던지고 이로 인해 망루 안팎에서 크고 작은 불길이 일어나기도 하였는데 그렇다면 경찰은 이미 망루 화재의 위험을 충분히 인지하고 있었다고 보아야 할 것입니다. 따라서 망루를 화염에 휩싸이게 만든 2차 진입은 좀 더 신중했어야 마땅합니다. 이미 건물 옥상을 경찰이 완전히 장악한 상태에서 철거민들은 망루 안에 고립되어 있는 상황이었기 때문입니다. 극렬한 저항이 예상되고 화재의 위험도 충분히 인지한 마당에 과연 그토록 무자비하고 성급하게 2차 진입작전을 시도할 필요는 없었다고 보아야 합니다. 이점만 보더라도 최소한 2차 진입만큼은 최소침해의 원칙에 위배되는 것이 분명합니다. 나중에 공개된 2,000여 쪽 수사기록(이에 대해서는 변호인단이 세밀하게 분석하여 의견을 제출하였으므로 자세한 내용은 생략합니다)에 담긴 경찰 간부들의 진술은 ‘철거민들이 그렇게 위험한 인화물질 등을 다량으로 소지하고 극렬하게 저항하고 있었다면 강제진압을 중지시켰을 것’이라는 내용이 핵심인 것 같습니다. 이러한 경찰간부들의 고백은 특히 2차 진입작전이 비례성원칙을 위반한 것이었음을 시인하는 것이 아닐까 생각해 봅니다.

다) 소결론

결국 이 사건 강제진압은 경찰관직무집행법 제6조 제1항이 정한 요건에도 해당하지 않을 뿐만 아니라 경찰관직무집행법 제1조 제2항에 규정된 비례성원칙을 현저하게 위반한 “위법한 공권력행사”에 해당한다고 보아야 합니다.

2. 화재의 발생원인

가. 원심법원의 판단

2009. 1. 20. 07:20경 망루 전체를 화염에 휩싸이게 한 화재의 발생원인이 무엇인가는 본 사건의 재판에서 매우 첨예한 쟁점이 되고 있습니다. 검찰은 이미 사건 발생 이틀 후인 2009. 1. 22. 당시의 화재가 “철거민들의 화염병 투척 때문”이라는 잠정결론을 언론에 공표한 바 있고, 2009. 2. 8. 검찰이 법원에 제출한 공소장에도 당시 화재의 발생원인에 대하여 “특공대 1세대 소속 피해자 경장 권성철이 망루 3층으로 가기 위하여 계단으로 올라가려는 순간, 망루 4층에 있던 피고인들을 비롯

한 농성자 중 1인이 화염병에 불을 붙인 뒤, 위 권성철을 향해 불붙은 화염병을 아래로 던져 망루 3층 계단 부근에 떨어지면서 위와 같이 다량으로 뿌려진 시너로 인해 순식간에 계단으로 불길이 번지고, 그 불뚝들이 구멍 뚫린 철제 계단을 통해 망루 아래쪽으로 떨어져 망루 1층 바닥과 옥상에 산재해 있던 시너에 옮겨붙어 불길이 망루 전체로 번지게 되었다”⁷⁾고 적시한 바 있습니다.

원심법원은 화재 당시 촬영된 동영상, 경찰특공대원들의 진술, 피고인들의 진술, 국립과학수사연구소의 감정결과 등 관련증거들을 종합하여 다음과 같은 사실을 인정하였습니다.

첫째, 망루 내부에 있던 피고인 및 철거민들이 망루 내부에서 망루 안으로 진입하던 경찰특공대원을 향해 화염병을 투척하였다는 사실을 인정하였습니다. 그 근거로는, ① 2009. 1. 20. 06:57경 망루 3층에서 발생한 화염과 같은 날 07:06경 망루 4층 부분에서 발생한 화재는 모두 망루 안에서 발생한 화재였고 곧 진화되었는데, 당시 촬영된 동영상을 보면 경찰특공대원들이 망루 3층에 진입하고 있었던 점, ② 같은 날 07:06경 발생한 화재에서 밑으로 떨어진 불뚝은 농성철거민 중 한 명이 경찰의 컨테이너를 향해 던진 화염병이 컨테이너 외벽에 맞아 화염이 일면서 아래로 떨어진 불뚝과 유사하다는 점, ③ 당시 화재가 곧 진화된 것은 망루 내부에 유증기가 가득 찬 상태가 아니어서 그 두건의 화재가 망루 2층에 있던 발전기의 열기에 의하여 유증기에 불이 붙어 발생한 화재가 아닌 것으로 보인다는 점, ④ 피고인들이 위 두건의 화재가 발생한 이유에 대해 합리적인 설명을 하지 못하고 있는 점, ⑤ 당시 망루농성 중인 철거민 중 일부는 망루로 진입하려는 경찰특공대원들을 향하여 망루 안에서 망루 밖으로 화염병에 불을 붙여 던졌고, 경찰특공대원이 망루 3층까지 진입한 상황에서 망루 4층으로 올라가 쇠파이프를 휘둘렀으며, 세눙스로 보이는 인화물질을 경찰특공대를 향하여 직접 뿌리기까지 하는 등 강하게 저항하였는 바, “당시 농성자들은 경찰특공대의 진입으로 매우 흥분된 상태에서 정상적인 사고를 하기 어려운” 상황이었기 때문에, 망루 내부에 세눙스가 있으므로 망루 안으로 불이 붙은 화염병을 던져서는 안된다는 인식을 심각하게 하지 못하였을 수 있다는 점, ⑥ 망루 계단이 있던 1층 부분에 화염병으로 사용된 것으로 보이는 깨진 유리병이 다수 발견되었고, 망루 3-4층 사이의 계단 발판이나 다른 층의 계단 발판에서 화염병과 같은 색의 용융된 유리조각과 유리 파편이 발견되었는데, 이는 농성자들이 망루 계단으로 올라오는 경찰특공대들을 향하여 던진 화염병의 흔적으로 보인다는 점, ⑦ 경찰특공대원들의 진술에 상호 일치하지 않는 점이 있기는 하지만, 이는 망루농성 중인 철거민들이 강하게 저항하는 긴박한 상황, 망루 안에 있었던 위치나 망루 내부에 머무른 시간 등이 각각 달라 그러한 것으로, 화염병을 보았다는 진술과 화염병을 보지 못하였다는 진술이 서로 모순되는 것은 아니라 오히려 그 당시의 상황에 비추어 더 자연스러운 것으로 보인다는 점 등을 들고 있습니다.⁸⁾

7) 2009. 2. 8. 검찰이 법원에 제출한 김주환, 김대원, 김성천, 김재호, 조인환에 대한 공소장, 19면.

8) 제1심 판결문, 43-45면.

발화원인에 대해서 보면, 원심법원은 ① 이미 1차 진입 당시에 철거민들이 망루 내부에서 경찰특공대원들을 향하여 불이 붙은 화염병을 던졌다는 점, ② 이미 앞선 두건의 화재를 보면 철거민들은 망루 내부에서 화염병을 던져 불이 나더라도 큰 불이 나지 않고 곧 진화되었기 때문에 2차 진입시에도 망루 내부에서 화염병을 던졌을 가능성이 높다는 점을 근거로 하여, 2009. 1. 20. 07:20경 발생한 화재에 대해서도 철거민들이 망루 안에서 화염병을 투척하여 망루 3층 계단 부근에서 불이 났고 망루 내부에 있던 인화물질과 그로 인한 유증기에 불이 옮겨 붙으면서 망루 전체가 화염에 휩싸이게 되었다고 판단하고 있습니다.⁹⁾

제1심 재판에서 변호인들이 주장한 발전기에 의한 화재발생 가능성에 대해서 법원은 사건 당시 발전기는 2대로, 1대는 망루 외부에, 1대는 망루 내부에 있었는데 (현장검증 당시 스위치가 'on'상태로 발견된 발전기는 망루 외부에 있던 것임), 망루 내부에 있던 발전기는 스위치가 'off'상태로 발견되었고, 농성자들도 당시 망루 내부에 있던 발전기는 꺼져 있었다고 진술한 점을 근거로 하여 하여 화재와는 무관한 것으로 판단하였습니다. 또한, 경찰특공대가 사용한 전동그라인더와 함석판의 마찰로 인한 불꽃이 인화물질에 떨어져 망루 1층 부근에서 화재가 발생하였는지에 관하여는 발화지점은 망루 1층이 아니라 망루 내부 3층 부근이라는 점, 당시 촬영된 동영상에 경찰의 살수로 인하여 물이 망루 외벽에 닿는 소리가 녹음될 정도인데도 전동그라인더의 작동소리가 녹음되어 있지 않았다는 점, 함석판의 전동그라인더 흔적은 이 사건 화재 진압 후 소방관들이 사채발굴 등을 위하여 전동그라인더로 망루의 외벽 함석판을 해체하는 작업을 한 것으로 보인다는 점에서 전동그라인더의 사용 역시 화재발생과는 무관한 것으로 판단하였습니다.

요컨대, 원심판결의 요지는 망루 4층에 있던 농성자가 ① 불붙은 화염병을 아래로 던져 ② 망루 3층 계단 부근에 떨어지고 ③ 3층 계단에 다량으로 뿌려진 세눅스에 불이 번지고 ④ 3층 계단의 불뚝이 아래로 떨어져 망루 1층 바닥에 있던 인화물질에 붙어 ⑤ 망루 전체로 퍼졌다는 것입니다.

나. ‘합리적 의심을 넘어선 증명’이 있는가?

1) ‘합리적 의심을 넘어선 증명’의 의미

범죄사실은 증거에 의하여 엄격하게 판단해야 하며, 범죄사실의 인정은 “합리적인 의심이 없는 정도의 증명”에 이르러야 합니다(형사소송법 제307조). 대법원도 “유죄인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신이 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고 이러한 증거가 없으면 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.”고 판시하고 있습니다.¹⁰⁾

9) 제1심 판결문, 47-49면.

여기에서 ‘합리적 의심’의 의미에 관하여 대법원은 “모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다 할 것인바, 여기에서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다.”고 판시하고 있습니다.¹¹⁾

2) 본 사건의 화재발생 원인에 관하여

가) 일반론

형사소송법 제308조에 규정된 “자유판단”은 자의적인 판단을 허용한다는 의미가 아니라, 증거판단이 이성에 입각한 객관적이고 합리적인 평가에 의해야 하며, 보편 타당성이 인정되는 논리칙과 경험법칙에 합치하는 것이어야 한다는 의미입니다.

증거의 증명력에 관한 법원의 판단 및 사실인정에서는 경험법칙에 의한 이성적 추론이 자주 활용될 수밖에 없습니다. 경험법칙이란 개별적인 체험의 관찰을 귀납적으로 일반화하여 얻어진 법칙을 지칭합니다. 경험법칙 중에는 과학적 원리로 정립된 법칙도 있는 바, 음주검사나 유전자검사, 혈액형검사 등이 그 대표적인 예가 됩니다. 과학적 법칙을 활용한 추론이 과학적으로 정당하고 오류가능성이 극히 적은 경우에 그 증거의 증명력은 판사의 심증형성을 상당한 정도로 구속하게 된다.¹²⁾ 그렇지만 법원의 사실인정에서 사회심리적 경험법칙이 이성적 추론의 근거로 활용되는 경우에는 보다 신중한 판단을 요한다고 보아야 할 것입니다. 사회심리적 경험법칙이란 우리의 생활상의 경험을 통하여 축적된 사물관단의 법칙을 활용하는 것인데, 이 때에는 추론의 확실성을 담보해 주는 데에는 한계가 있기 때문입니다.

나) 이 사건 화재원인에 관한 직접증거와 간접증거

본 사건에 관하여 원심판결에서 인정한 증거를 살펴보면, 2009. 1. 20. 7:20 경 경찰관 5명 및 농성자 1명의 사망을 초래한 화재의 원인을 철거민들의 화염병 때

10) 대법원 1989.1.31. 선고 85도1579 ; 1996.4.12. 선고 94도3309 등.

11) 대법원 2008.6.12. 선고 2008도2621 ; 대법원 2004.6.25. 선고 2004도2221.

12) 대법원 2007.5.10. 선고 2007도1950 : “유전자검사나 혈액형검사 등 과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가지므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없다.”

문이라고 단정할 만한 직접증거는 없는 것 같습니다. 그리고 이 사건 항소심 재판에서도 화재원인을 분명하게 증명할 만한 직접적인 증거는 새로 나오지 않은 것으로 알고 있습니다.

1차 진입 당시 2009. 1. 20. 06:57경 망루 3층에서 화염이 발생하였고 같은 날 07:06경 망루 4층 부분에서도 화재가 발생하였지만 곧 진화되었으므로 경찰 특공대원들의 1차 진입 당시에 농성 중이던 철거민들의 화염병 투척 여부는 별론으로 하고, 본 사건에서 중요한 것은 경찰특공대원들의 2차 진입시점인 2009. 1. 20. 07:20 경 발생한 화재의 원인이 농성 철거민들이 투척한 화염병 때문인가 여부일 것입니다.

그런데 당시 경찰의 진압작전에 참여하였던 경찰특공대원들 누구도 2차 진입시 피고인이나 농성철거민들이 망루 내부에서 화염병을 투척하는 것을 직접 목격했다고 진술한 사람은 없습니다. 원심판결이 인용한 경찰특공대원 정영호의 진술과 최윤식의 진술은 단지 “불뚱” 혹은 “불빛”이 위에서 아래로 떨어지는 것을 보았다고 진술한 것일 뿐, 화염병 투척을 직접 목격한 것은 아닙니다. 그리고 역시 원심판결이 인용한 경찰특공대원 이창원의 진술도 화염병 깨지는 소리인 듯한 “핑핑핑” 소리를 들었다는 것일 뿐이어서 역시 피고인이나 농성 철거민들의 화염병 투척을 직접 본 것이 아닙니다.

아울러 화재 당시의 상황을 찍은 동영상도 2009. 7. 20. 07:20 경 발생한 화재의 원인이 화염병 투척 때문이라고 볼 수 있는 결정적인 증거 내지 직접증거가 되지 못하는 것으로 사료됩니다.

다) 간접증거에 의한 추론

(1) 결국 이 사건 화재원인에 관해서는 간접증거에 기초하여 이성적·합리적 추론에 의하여 공소사실의 증명여부를 판단할 수밖에 없습니다. 대법원 판례는 “형사재판에 있어 심증형성은 반드시 직접증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니고 간접증거에 의할 수도 있는 것이며, 간접증거는 이를 개별적·고립적으로 평가하여서는 아니되고 모든 관점에서 빠짐 없이 상호 관련시켜 종합적으로 평가하고, 치밀하고 모순 없는 논증을 거쳐야 한다.”고 판시하고 있습니다.¹³⁾

간접증거에 의한 추론과 관련하여 특별히 강조하고자 하는 것은 그 이성적 추론의 과정에서 공정하고 냉철한 이성적인 판단이 매우 중요하다는 점입니다. 왜냐하면, 이성적 추론에서 활용되는 사회심리적 경험칙은 과학적으로 검증된 명제가 아니라 사회적 사건을 바라보고 인식하는 우리의 시각과 관련되어 있기 때문에, 그것은 오로지 국민들의 건전한 상식 및 양심적 판단에 부합할 때에만 정당성을 가질 수 있기 때문입니다.

13) 대법원 2004.6.25. 선고 2004도2221.

(2) 간접증거는 “이를 개별적·고립적으로 평가하여서는 아니되고 모든 관점에서 빠짐 없이 상호 관련시켜 종합적으로 평가”해야 하는 바, 화재원인에 관한 간접증거를 평가한 원심판결의 추론을 살펴보면, 당시의 정황을 객관적으로 종합한 평가에 이르지 못한 측면이 있습니다.

(가) 원심법원은 경찰특공대원들의 1차 진입시 철거민들이 망루 안에서 화염병을 던졌다는 점, 그 과정에서 불이 나더라도 큰 불이 나지는 않고 곧 진화되었다는 점을 근거로 하여 2차 진입시에도 농성 철거민들이 망루 내부로 불이 붙은 화염병을 던졌을 가능성이 높다고 추론하고 있습니다.

그러나 경찰의 1차 진입과 2차 진입의 상황에는 중요한 차이점이 있다는 것을 간과해서는 안 될 것입니다. 1차 망루진입 후 경찰병력이 망루에서 옥상으로 철수한 시점인 2009. 1. 20. 07:10경부터 2차 진입이 이루어진 2009. 1. 20. 07:18경 사이에는 경찰컨테이너가 망루를 옆에서 타격하고 위에서 짓누르는 등의 경찰작전이 수행되었습니다. 이로 인하여 망루가 크게 흔들리고 기울어지기도 하였으며, 또한 당시 경찰특공대원들은 빠루나 망치를 이용하여 망루를 타격하거나 해체하려는 시도를 하였습니다(원심판결이 인용한 민정우, 김우중의 동영상에는 경찰특공대원들이 빠루를 찾는 소리라든가 망치로 함석판을 내리치는 소리가 녹음되어 있습니다).

(나) 이러한 사실들로 미루어 볼 때 - 1차 진입시는 별론으로 하고 - “최소한 2차 진입시”에는 망루 안의 인화물질이 망루 내부에 흘러나와 있었을 가능성이 농후하다는 것을 추론할 수 있을 듯합니다. 다시 말하면, 2차 진입시 망루 내부에 흘러나온 다량의 인화물질과 유증기로 인하여 화염병 이외의 어떤 다른 원인에 의하여 화재가 발생할 가능성이 1차 진입시 보다 매우 높은 상황이었다는 점을 신중히 고려할 필요가 있습니다.

이 사건 항소심 재판에서의 국과수 김진표 증인의 증언에 의하면 유증기가 차 있는 상태에서 사람에 의한 정전기만으로도 얼마든지 화재가 발생할 수 있다고 합니다. 한편, 그는 발화원인이나 발화위치를 정확하게 논단할 수 없다는 점을 제1심 법정 및 항소심 법정에서 일관되게 진술한 바 있습니다.

또한 망루 외부에서 경찰특공대원들이 빠루나 망치로 망루 함석판을 타격하고 있었다는 사실로부터 빠루나 망치의 타격으로 인한 스파크에 의하여 발화되었을 가능성도 배제할 수 없을 것입니다.

합리적 의심이라 함은 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것인데, 위와 같은 사실들에 비추어 보면 경찰 특공대원들의 2차 진입 당시에는 망루 안에 유증기가 상당한 정도로 차 있었던 상황이었기 때문에 경찰특공대원이나 농성 철거민들 중 옷이 젖지 않은 상태의 경찰특공대원이나 농성철거민에 의한 정전기로 화재가 발생했을 개연성에

대하여 합리적 의심을 배제하기 어렵다고 판단됩니다. 또한 다른 가능성으로 빠루나 망치 등에 의한 스파크, 또는 망루 안으로 진입한 경찰특공대원들이 가지고 있던 장비 등에 의한 스파크 발생 가능성도 충분히 고려해 볼 필요가 있습니다.

(3) 그리고 화재원인에 관한 원심판결의 판단과 추론을 보면, 망루농성을 한 철거민들에 대한 다소간의 부정적인 시각 내지 사회적 편견이 개입된 것이 아닌가 하는 의구심을 지울 수 없습니다.

(가) 첫째, 원심법원은 피고인들을 비롯한 철거민들이 경찰의 1차 진입시에 그랬던 것처럼 2차 진입시에도 망루 안에서 화염병을 던졌을 것이라고 추론하고 있습니다. 그렇지만 위에서 지적한 바와 같이, 경찰의 1차 진입의 상황과 2차 진입의 상황이 동일한 것은 아니며, 2차 진입 당시 피고인들은 인화물질과 유증기에 의하여 망루 안에서의 화재발생 가능성이 높다는 점을 인식하고 있었을 것이기에 원심법원의 이러한 추론은 일반인의 경험법칙에 부합하는 이성적 추론이라고 말하기 어렵다고 판단됩니다. 오히려 철거민들을 극한투쟁을 일삼는 폭도로 인식하는 시각이 은연중에 내재되어 있는 것이 아닌가 우려스럽기도 합니다.

(나) 둘째, 원심법원은 판결문에서 “당시 농성자들은 경찰특공대의 진입으로 매우 흥분된 상태에서 정상적인 사고를 하기 어려운 상황이었기 때문에, 망루 내부에 세 녹스가 있으므로 망루 안으로 불이 붙은 화염병을 던져서는 안 된다는 인식을 심각하게 하지 못하였을 수 있다”고 언급하였습니다. 피고인들은 모두 일관된 진술로 당시 망루 안에서 화염병을 던지지 않았다고 진술하였는데, ‘죽는 줄 뻔히 알면서 그런 무모한 짓을 했겠느냐’는 것이 피고인들 진술입니다. 당시 피고인들이 매우 흥분된 상태에서 정상적인 합리적인 사고를 하지 못했을 것이라는 원심법원의 판단은 아무런 근거도 제시하지 않은 채로 농성 철거민들에 대한 편견이 작용한 것이 아닌가 생각됩니다. 이러한 원심법원의 추론이 과연 일반인들의 건전한 상식에 부합하는 것인지는 지극히 의문입니다. 요컨대, 피고인들이 “매우 흥분된 상태에서 정상적인 사고를 하기 어려웠다”는 원심법원의 추론은 어떠한 증거에 의하여도 인정되지 않는 비상식적인 추론일 뿐입니다.

다. 소결론

경찰특공대원들의 진술을 냉철하게 판단해 보면, 그 진술내용은 1차 진입시 망루 안에서 피고인들을 비롯한 농성 철거민들이 경찰특공대원들을 향하여 화염병을 던졌다는 것, 그리고 2차 진입시 ‘불뚱’ 내지 ‘불빛’을 보았다는 정도의 진술에 불과합니다. 경찰특공대원의 증언에서 2차 진입시 농성 중인 철거민들의 화염병 투척을 직접 목격하였다는 증언은 없었습니다.

그리고 원심법원에서 증거로 인용된 화재상황이 찍힌 동영상들도 화재의 발생원인이나 정확한 발화지점을 밝혀낼 수 있는 직접적인 증거가 되지 못합니다.

화재원인과 관련한 간접증거로는 ① 위와 같은 경찰특공대원들의 진술 ② 동영상에 나타난 불빛과 화염 ③ 망루 안의 계단과 발판 쪽에 불에 탄 유리조각이 붙어 있는 사실 정도일 것입니다.

위에서 언급한 바와 같이 농성 철거민들이 경찰의 1차 진입시에 화염병을 투척했던 것처럼 2차 진입시에도 망루 안에서 화염병을 투척했을 것이라는 원심법원의 추론은 상식과 이성에 근거한 추론이라고 볼 수 없기 때문에 그와 같은 비합리적인 추론을 제외하고 보면, 위 ①~③ 정도의 간접증거만을 가지고는 ‘농성 철거민들의 화염병 투척 때문에 화재가 발생하였다는 공소사실’이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 평가할 수는 없을 것입니다.

화염병 이외의 원인에 의한 화재발생 가능성에 대해서 보면, 원심법원은 당시 발전기가 꺼져 있었다는 점에서 발전기에 의한 발화가능성을 배제하였고 전동그라인더의 사용은 증거가 없는 것으로 보아 이 또한 발화원인으로 배제하였으며 정전기나 스파크에 의한 화재가능성에 대해서는 당시 매우 추운 날씨였고 망루에 계속해서 살수를 하고 있었다는 점에서 그 가능성을 매우 낮게 평가하고 있습니다. 원심법원의 판단처럼 발전기나 전동그라인더에 의한 발화가능성을 배제할 수 있다손 치더라도 정전기나 스파크에 의한 발화가능성을 과연 합리적 의심의 여지 없이 배제할 수 있는가에 대해서는 좀 더 신중한 판단이 필요할 것입니다. 특히 항소심 재판에서 김진표 증인의 증언에 의하면 망루 안에 유증기가 차 있는 상태에서는 사람의 정전기에 의해서도 얼마든지 화재가 발생할 수 있다고 합니다. 그의 증언은 과학적 신빙성이 인정될 수 있을 터인데, 이에 따르면 화염병이 아니라 정전기나 기타 스파크에 의하여 화재가 발생하였을 개연성이 상당히 큰 것으로 볼 수도 있습니다.

결론적으로, 화재발생의 원인에 관하여 피고인들을 비롯한 농성 철거민들의 화염병 투척 때문이라는 공소사실에 대해서는 ‘합리적 의심을 넘어선 증명’이 이루어졌다고 볼 수 없습니다.

3. 항소심 재판부에 바라는 바 - 결론에 대신하여

가. 왜 망루농성을 할 수 밖에 없었는가

피고인들은 용산4구역 재개발 예정지역에 있는 남일당 건물 옥상에 올라가 망루를 세웠습니다. 이 사건의 법적 쟁점을 판단하는데 있어 철거민들이 왜 망루농성이라는 방법을 선택할 수밖에 없었는지에 대하여 조금이나마 그 사회적 의미에 대해 천착해 보는 것이 중요하다고 생각합니다.

이 사건의 배경에는 그 동안 우리 사회에서 추진되어 온 재개발정책이 재개발 지역의 토지나 주택 등을 소유한 소유권자상가세입자나 주택세입자 등 철거대상지역

에 거주하는 서민들의 주거권을 철저히 외면하는 반인권적인 재개발정책이 구조적 원인으로 자리잡고 있음을 주목할 필요가 있습니다. 지금까지 진행된 모든 재개발사업이 그러하듯이, 재개발지역에 거주하거나 영업을 하는 세입자들은 오랜 기간 해당 지역에서 삶을 영위하여 왔음에도 불구하고 삶의 지속을 위한 최소한도의 보상도 제대로 받지 못한 채로 이주하도록 강요를 받아왔음은 주지의 사실입니다.

용산4구역의 주택 및 상가세입자들이 겪은 고통과 경험에서도 재개발의 이러한 구조적 반인권성의 폐해가 심각하게 노정되었음을 알 수 있습니다. 용산4구역의 세입자들은 국가와 지방자치단체인 서울시, 용산구청으로부터 주거권에 대한 적절한 보호를 받지 못한 채로, 주택 및 상가건물 주인으로부터 대책없는 퇴거를 강요당하였고, 철거용역회사 직원들로부터 끊임없이 집단괴롭힘, 폭력, 성희롱 등의 불법적인 퇴거강요에 시달려야 했습니다.

이러한 배경에서 망루가 세워졌습니다. 망루를 세운 사람들은 용산4구역에서 주거권의 실질적인 보장 없이 강제퇴거로 인하여 생존권이 박탈되는 위기에 처한 이 들입니다. 이들은 망루를 세우고 그것을 지켜보는 시민들과 국가를 향해 생존을 위한 외침을 시작하려 했던 것입니다. 사회에서 가장 약하고 소외된 사람들의 권리를 외치고자 한 집단적 의사표현의 수단이 바로 망루였다는 점을 우리 사회는 명심해야 할 것입니다.

나. 철거민들은 폭도가 아닙니다

이 사건 망루 농성을 한 철거민들은 폭도도 아니고, 도심테러범은 더더군다나 아닙니다. 평범하게 행복한 가정을 꿈꾸며 소박하게 살아왔던 서민들입니다. 이들의 외침을 도심테러범으로 왜곡하는 일부 언론의 시선에 안타까움을 금할 수 없습니다. 잘못이 있다면 응당한 대가를 치러야겠지만, 힘없는 서민에게 국가공권력의 이름으로 테러를 가하는 일은 결단코 용인되어서는 안될 것입니다.

최근 우리 사법부는 공무집행의 적법성을 엄격히 심사하는 태도를 취하고 있고 이는 지극히 바람직하다고 생각합니다. 국가공권력 행사의 위법 여부에 대해 엄격한 정당성 기준을 가지고 심사해야 하는 것은 법원의 당연한 책무일 것입니다. 용산 사건처럼 무고한 인명이 희생된 경우에는 공권력에 대한 더욱 냉철하고 엄격한 심사가 필요할 것입니다.

인권의 수호자로서 법원의 합리적이고 냉철한 판단을 기다리겠습니다.