



저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

2006 年 2月
博士學位論文

警察法上 危險防止에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

具 亨 瑾

警察法上 危險防止에 관한 研究

- A Study on the Danger Prevention of Police Law -

2006 年 2 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

具 亨 瑾

警察法上 危險防止에 관한 研究

指導教授 金 春 煥

이 論文을 法學博士學位 申請 論文으로 提出함

2005 年 10 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

具 亨 瑾

具亨瑾의 博士學位論文을 認准함

委員長 大學校 教授 印

委 員 大學校 教授 印

委 員 大學校 教授 印

委 員 大學校 教授 印

委 員 大學校 教授 印

2005年 12月 日

朝鮮大學校 大學院

약 어 표

a. a. O.	am angegebenen Orte
Aufl	Auflage
BayVBI	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerische Verwaltungsgerichtshof
Bd	Band
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Atml. Slg. der Entscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Atml. Slg. der Entscheidungen des BVerwG
BW	Baden-Württemberg
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBI	Deutsches Verwaltungsblatt
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen und des Württembergisch Badischen Verwaltungsgerichtshof
f	folgend
ff	folgende
Hess	Hessen
JuS	Juristische Schulung
NdsGefAG	Niedersächsisches Gefahrenabwehrgesetz
NJW	Neuen Juristischen Wochenschrift
Nr	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neun Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OBG	Ordnungsbehördengesetz
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
POG	Polizeiorganisationengesetz
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Atml. Slg. der Entscheidungen des PrOVG
Rn	Randnummer(n)
S	Seite
SOG	Sicherheits und Ordnungsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGH BW	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
Vgl	vergleiche
VVDStR	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

인용문헌명 약어표

김동희(I)(Ⅱ)	김동희, 행정법(I)(Ⅱ), 박영사, 2002.
김도창(상)(하)	김도창, 일반행정법(상)(하), 청운사, 1992.
김남진(I)(Ⅱ)	김남진, 행정법(I)(Ⅱ), 법문사, 2001.
김남진(경찰)	김남진, 경찰행정법, 경세원, 2002.
김춘환(I)	김춘환, 행정법강의 I, 조선대출판부, 2001.
김춘환(특)	김춘환, 특별행정법강의, 조선대출판부, 2004.
김철용(I)(Ⅱ)	김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2005.
박균성(상)(하)	박균성, 행정법론(상)(하), 박영사, 2004.
박윤훈(상)(하)	박윤훈, 최신행정법강의(상)(하), 박영사, 2004.
석종현(상)(하)	석종현, 일반행정법(상)(하), 삼영사, 2005.
류지태(신론)	류지태, 행정법신론, 신영사, 2003.
이상규(상)(하)	이상규, 최신행정법론(상)(하), 법문사, 1994.
홍정선(상)(하)	홍정선, 행정법원론(상)(하), 박영사, 2005.
홍준형(I)	홍준형, 행정법총론(I), 한울아카데미, 2001.
Drews/Wacke/Vogel/Martens	Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986.
Forstthoff	Forstthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1973.
Friauf	Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: von Münch(Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1999.
Götz	Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 1995.
Gusy	Gusy, Polizeirecht, 3. Aufl., 1994., 1996.
Hänsel	Hänsel, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: R. Fritz(Hrsg), Verwaltungsrecht, 1986.
Jellinek	Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1966.
Knemeyer	Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 1998.
Knemeyer(2003)	Knemeyer, Franz-Ludwig, Rechtsfaelle in Frage und Antwort, 3. Aufl., München, 2003
Möller/Wilhelm	Möller/Wilhelm, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 1999.
Reichert/Röber	Reichert/Röber, Polizeirecht, 3. Aufl., 1988.
Schenke	Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in: U. Steiner(Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999.
Schenke(2002)	Schenke, Wolf-Ruediger, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 46. inSteiner, Udo, Besonderes Verwaltungsrecht, 12 Aufl., C. F. Mueller , 2002.
Tettinger,	Peter J. Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1998.
Wolff/Bachof	Wolff/Bachof, VerwaltungsrechtⅢ, 4. Aufl., 1978.
Wolff/Bachof/Stober	Wolff/Bachof/Stober, VerwaltungsrechtⅡ, 5. Aufl., 1987.

ABSTRACT

A Study on the Danger Prevention of Police Law

Gu, Hyung-Keun

Advisor: Prof. Kim, Choon-Hwan, Ph. D.

Department of law

Graduate School of Chosun University

The exercise of police power for danger prevention gives top priority to the prevention of injury occurrence. However, the controversy over the concept of danger has hitherto focused on the limit establishment, namely which scope is to be a target of prevention in the danger prevention area of the Police Act. Especially, an active intervention of administrative institutions, whose duty is to prevent danger, is required by the emergence of a new concept of danger in today's fields of environmental law, science and technology. Moreover, the themes of recent discussion have been developed from the problems over the concept of danger, especially external danger, the exercise of police power on the suspicion of danger and further the concept of danger in the Police Act.

It is true that in such theories, there is also any attempt to distinguish between the executive police and the Order Administrative Office, but agreement normally seems to be reached between the dangers in the general Police Act and individual acts. For example, no clear distinction can be made between the dangers in the preventive, environmental, scientific and technological areas of criminal acts.

After all, the police's duty for maintaining public peace and order is forced to be performed through individual measures for danger prevention, and the preventive police action, which aims at the prevention of danger against the protection interest in the Police Act, can be performed on the premise of a precise understanding of danger in order to carry out a legitimate preventive police action. Also, the danger in the Police Act has, in its core, a prediction

related to the future development of factual situation, and uncertainty is attached to the prediction, but the court's post evaluation must be made of the prediction related to the development of factual situation to get rid of the uncertainty.

Furthermore, the police danger, once taking place, leads to such a far-reaching and great injury against national, social and personal law interests, unlike in the past that it should be sought how to materialize and efficientize the prevention of danger in the Police Act.

Indeed, this arouses worry over the violation of rights by the abuse of police power, but the worry can be sufficiently removed by the limit theory of police power, the accumulation of legal cases, and especially the court's control, so the protection legal interest (Schutzrechtsgut), such as national, social or personal legal interest (Rechtsgut), should be protected through the exercise of police power for the active prevention of danger.

Therefore, the present study aims to mainly inquire into the dangers in the Police Act and the exercise of police power discussed in our Police Act-related literature, legal cases, etc., more clearly present the interpretation standards on the danger concept in the danger prevention as a requirement for the exercise of police power, and further present the specific *de lege ferenda* on danger prevention.

To attain such goals, this study limits its scope to the Police Act's danger prevention, a preventive action in the exercise of police power, which includes Police Act's danger concept and types, exercise of police power for danger prevention, means for danger prevention, interpretation and *de lege ferenda* on danger prevention, etc.

On the premise of the above purpose and scope, this study consists of Chapter 1 introduction, Chapter 2 concept and types of danger in the Police Act, Chapter 3 exercise of police power for danger prevention, Chapter 4 specific means for danger prevention, Chapter 5 interpretation and *de lege ferenda* on danger prevention and Chapter 6 conclusion.

Chapter 1 introduction deals with the study's purpose, scope, direction, method, etc.

Especially with regard to the purpose, it emphasizes the importance of the Police Act's danger prevention and the necessity for legal discussion in modern nation, and presents the themes of discussion.

Chapter 2 deals with the concepts and types of danger in the Police Acts.

First, it examines the concepts of danger, obstacle and injury in German and Korean Police Acts. In addition, it examines the legal meaning in each constitution element by dividing the minimum common components of danger into loss, sufficient probability and time accessibility, and the interpretation problem of danger as uncertainty concept.

Second, it examines danger types, such as concrete, external, suspicious, latent, wound and abstract dangers, focusing on the external and suspicious dangers hitherto discussed. In this connection, it is investigated how they are discussed in German theories and legal cases, included in the danger area of the Police Act and evaluated in light of the Police Act.

Chapter 3 examines the requirements, grounds and limits of police power exercise traditionally discussed, focusing on the danger prevention in the Police Act.

In terms of police power requirements, it examines the uncertainty concepts, those of public peace and order maintenance, which are to be understood even as expansion of discretion, how these concepts can be included in the principles of legal administration and harmonized with the demand of guaranteeing people's basic rights in their interpretation and progress.

In terms of police power exercise's grounds, it examines whether to exercise police power for danger prevention based on the general empowerment clause, if our current Police Officer Duty Performance Act also has no individual empowerment clause like the exemplary draft of German Unified Police Act. Also, it examines the relations between individual and general empowerment clauses.

In terms of police power exercise's limit, it examines the limit theory of police power exercise, based on the principle that it is possible for national purpose to be attained by the exercise of public power under today's practical legalism, within the principle of legalism on the premise of guaranteeing people's basic rights.

Chapter 4 deals with the concrete means for danger prevention in our Police Act.

In this connection, it examines the questioning(Article 3), the protective measures(Article 4), the prevention of danger occurrence (Article 5), the prevention and curb of crimes (Article 6), the entrance and exit for danger prevention (Article 7), the use of police devices (Article 10), as means for danger prevention in the general Police Act.

Subsequently, it examines the means for danger prevention in the Special Police Act by subdividing them into the fields of health, calamity management, traffic, environment, architecture, business and management of dangerous materials, assembly and demonstration, and foreigners.

Chapter 5 presents the interpretation and *de lege ferenda* on danger prevention. First, it presents the interpretation standards for more clear interpretation of danger concept as uncertainty concept, and the interpretation by the general empowerment clause in Clause 5, Article 5 of the Police Officer Duty Performance Act.

In terms of *de lege ferenda* on danger prevention, it greatly presents two methods to efficientize danger prevention in the Police Act: the separate establishment of general law's grounds for practical exercise of police power; the large-scale revision of related regulations in the current Police Officer Duty Performance Act.

The former has a merit of making nothing in legal system or content contradictory by unifying the system of danger prevention. However, it has a difficulty in legal technique that one should unify individual laws which govern individual areas, so it is to be taken into consideration in the long term, but

actually difficult to do so. Accordingly, Chapter 5 focuses on the large-scale revision of the Police Officer Duty Performance Act.

In this connection, it comprises the concrete specification of general empowerment clause and duty scope, the establishment of basic principles in the police power exercise, the concrete specification of police responsibility, the introduction of performance dues system, the revision and supplementation of individual empower clauses, etc.

Chapter 6 summarizes the legal problems over danger prevention in the Police Act and presents solutions.

Today, high levels of danger in our society make it much more necessary and important for us to exercise police power for the purpose of preventing danger. Accordingly, state power is indeed somewhat strengthened, but people's basic rights should be also protected so much by state. As mentioned earlier, the exercise of police power, aimed at maintaining public peace and order, has both sides of the same coin: guarantees personal basic rights on the one hand, but may infringe on them on the other. Therefore, the both sides should be in harmony with each other in the future.

Keywords -Uncertainty Concept in the Police Act, Danger in the Police Act, External Danger, Suspicion of Danger, General Empowerment Clause, Exercise of Police Power, Police Officer Duty Performance Act, Police Discretion

목 차

약어표

인용문헌명 약어표

ABSTRACT

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	4
제2장 경찰법상 위험의 개념과 유형	7
제1절 위험의 개념과 구성요소	7
I. 위험의 개념	7
II. 위험의 구성요소	9
1. 손해	9
2. 충분한 개연성	12
3. 시간적 접근성	18
제2절 불확정개념으로서 위험의 해석	19
I. 불확정개념	20
1. 불확정개념의 의의	20
2. 불확정개념의 종류	21
3. 불확정개념과 재량개념의 구별	22
4. 불확정개념의 해석	23
II. 위험의 해석	25
1. 통상적인 법규정의 위반	25
2. 법익과 가치의 감소	25
3. 외부적 영향과 손해발생의 가능성	26
4. 위험의 외관	26

5. 가까운 장래에 있어서의 손해발생의 가능성	27
제3절 위협의 유형	27
I. 구체적 위협	27
1. 구체적 위협의 의의	27
2. 개별사례에 존재하는 위협으로서의 구체적 위협	30
3. 구체적 위협에서의 예측적·시간적 요소	33
II. 외관상 위협	35
1. 외관상 위협의 의의	35
2. 외관상 위협의 위험해당성	40
3. 외관상 위협의 경찰법적 판단	41
III. 위협의 혐의	45
1. 위협의 혐의의 의의	45
2. 위협의 혐의의 위험해당성	49
3. 위협의 혐의의 경찰법적 판단	64
IV. 잠재적 위협	68
1. 잠재적 위협의 의의	68
2. 잠재적 위협의 판단	69
3. 경찰개입	69
V. 기타의 위협	70
1. 오상의 위협	70
2. 추상적 위협	72

제3장 위협방지를 위한 경찰권 행사

제1절 경찰권 행사의 요건	74
I. 공공의 안녕과 질서에 대한 위해의 존재	75
1. 공공의 안녕	75
2. 공공의 질서	79
3. 위 해	85
II. 위해를 예방하거나 제거할 필요	85

제2절 경찰권 행사를 위한 법적 근거	85
I. 개별적 수권조항에 근거한 경찰권 행사	86
1. 일반경찰법상 개별적 수권조항	86
2. 특별경찰법상 개별적 수권조항	87
II. 일반적 수권조항에 근거한 경찰권 행사	88
1. 일반적 수권조항의 의의	88
2. 일반적 수권조항의 기능 및 필요성	88
3. 우리나라 경찰법상 일반적 수권조항	89
4. 독일 경찰법상 일반적 수권조항	100
III. 개별적 수권조항과 일반적 수권조항의 관계	101
제3절 경찰권 행사의 한계	102
I. 법규상의 한계	103
II. 조리상의 한계	105
1. 경찰소극목적의 원칙	107
2. 경찰공공의 원칙	108
3. 경찰비례의 원칙	110
4. 경찰책임의 원칙	117
5. 경찰평등의 원칙	132
III. 한계론의 검토	134
1. 적극적 한계론	134
2. 조리상 한계론에 대한 비판	138
제4장 위험방지를 위한 구체적 수단	140
제1절 일반경찰법상 위험방지수단	140
I. 불심검문	140
II. 보호조치	151
III. 위험발생의 방지조치	155
IV. 범죄예방과 제지조치	158
V. 위험방지를 위한 출입	159

VI. 경찰장비의 사용 등	162
제2절 특별경찰법상 위험방지수단	171
I. 보건관계 분야	171
II. 재난관리관계 분야	173
III. 교통관계 분야	177
IV. 환경관계 분야	180
V. 건축관계 분야	181
VI. 영업관계 분야	182
VII. 위험물 등 관리관계 분야	183
VIII. 집회 및 시위관계 분야	186
IX. 외국인 관계분야	191
제5장 위험방지에 관한 해석론 및 입법론	192
제1절 위험방지에 관한 해석론	192
I. 위험개념의 구체적 해석	192
II. 공공의 안녕·질서개념의 구체적 해석	194
III. 경직법 제2조 제5호의 일반적 수권조향적 해석	195
제2절 위험방지에 관한 입법론	197
I. 위험방지에 관한 일반법의 제정	197
II. 경찰관직무집행법의 개선방향	199
1. 일반적 수권조향의 명시	199
2. 직무범위의 구체적 명시	201
3. 경찰권 행사의 기본원칙의 설정	202
4. 경찰책임의 구체적 명시	204
5. 이행강제금제도 등의 도입	206
6. 개별적 수권조향의 수정보완	206
제6장 결 론	212
참고문헌	215

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

현대국가의 기능이 복지국가·적극국가로 지향됨에 따라 국가의 활동영역도 분업화·다양화 되어지고 있다. 또한 국가의 역할은 정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 영역에서 증대되고 국가에 의한 급부, 조성, 계획 등 적극적이고 형성적인 새로운 임무가 중요한 비중을 차지하게 되었다.

더욱이 인구의 증가와 고도의 산업화, 도시화 등 사회현상이 복잡 다양하게 전개됨에 따라 과거에는 볼 수 없었던 새로운 형태의 위험들이 계속 출현하고 있다. 이러한 경찰위험은 피해의 광범위성, 대규모성 때문에 일단 발생하면 국가법의 뿐만 아니라 사회와 개인법의 등에 커다란 침해를 초래한다. 그러므로 경찰권 행사에 있어서 위험방지의 중요성은 오늘날에도 부인될 수 없는 것이 현실이다.

따라서 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 목적으로 하는 질서행정으로서의 경찰권의 행사는 오늘날에 있어서도 모든 국가의 기본적인이고 필수적인 기능과 의무이다. 왜냐하면 법질서의 유지, 개인의 생명과 신체의 보호 등은 사회국가적인 성과와 급부의 향유, 특히 국가존속의 기본적인 전제조건이기 때문이다.

일반적으로 경찰권 행사는 사회공공의 안녕과 질서유지를 위하여 국민에게 명령·강제하는 권력적·침익적 작용이므로 반드시 법적 근거가 있어야 한다. 이것은 법치주의 내지 법률에 의한 행정의 원리에 따른 당연한 귀결이다. 그리하여 경찰권 행사는 조직법에 의한 엄격한 수권과 작용법에 의한 내용적·절차적 기속을 요구한다. 따라서 경찰권 행사는 개별적인 작용법에 의거하여 엄격하게 행사되어야 하는 것이 원칙이지만 경찰법의 규정의 대부분이 명확하고 일의적으로 규정되어 있지 않고 추상적·불확정적으로 규정되어 있다.

이와 같이 경찰법규 대부분이 구체적·일의적 규정을 두고 있지 않는 까닭은 경찰권 행사는 장래 발생이 예상되는 공공의 안녕과 질서에 대한 위험을 예방하거나) 장해를 제거하는 작용이므로 사전에 장래 발생 가능성이 있는 다양한 위해를

1) 일반적으로 경찰권은 사회공공의 안녕과 질서유지를 위하여 묵과할 수 없는 위해가 존재하거나 적어도 보통의 상태 아래서 위해의 발생을 확실히 예견할 수 있을 때에 한하여 행사할 수 있다. 따라서 경찰에 의한 공공의 안녕과 질서유지에 대한 임무수행은 주로

모두 예견하여 그 대책을 구체적으로 규정하는 것이 입법 기술적으로 불가능하기 때문이다.²⁾

그리하여 현행 경찰관직무집행법을 비롯한 많은 경찰법규들도 일반적인 경찰권 행사요건으로 ① 공공의 안녕과 질서에 대한 위해의 존재, ② 위해를 예방하거나 제거할 필요를 들고 있는데, 이들 규정 또한 불확정개념으로 되어 있어 경찰권 행사가 명확한 근거에 의하지 않을 가능성이 농후 하다. 따라서 경찰권 행사는 다른 국가권력의 행사에 비하여 국민에게 주는 고통이 커서 그 행사억제 필요가 특히 강함에도 불구하고 그것에 대한 법규적 제약의 실제 정도는 오히려 미약하다는 현상이 나타날 수도 있다. 이러한 결과는 기본적 인권이 보장되고 있는 헌법 하에서는 도저히 용납될 수 없는 것이다.

경찰권이 행사되기 위해서는 먼저 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 존재하여야 하고, 이러한 위해를 예방하거나 제거할 필요가 있어야 한다. 여기서 경찰법상 위해는 위험(Gefahr)과 장애(Störung)로 구분되는데 이 가운데 가장 중요한 문제는 예방작용으로서의 위험의 해석에 관한 문제이다.

왜냐하면 장애는 위험이 이미 발생한 상태를 의미하는 것이므로 그에 대한 판단이 그리 어렵지 않으나 위험은 미래를 향한 예측적 성질을 가지므로 그 판단이 쉽지 않으며, 또한 위험은 침해의 발생가능성에 불과하므로 인식될 수 있는 여러 위험유형 중에 과연 어떠한 위험에 대하여 경찰권이 행사될 것인가는 상당히 어려운 문제이기 때문이다.³⁾

개개의 위험방지조치를 통하여 이루어진다. 특히 권리 침해적 조치에 의한 직접적인 법익의 보호는 경찰의 예방적 임무수행의 전형이라고 할 수 있다(Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Polizei- und Ordnungsrecht, München, 2002, S.25; Denninger, Polizeiaufgaben, in:Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl., 1996, S.23).

2) 김춘환(특), 38면.

3) 독일에서 정립된 여러 기준에 의해서 다양하게 분류되고 있는 경찰법상 위험개념으로서 국내 경찰법문헌에 언급되고 있는 것들로써 예견대 목적의 위험(unmittelbar bevorstehende Gefahr), 급박한 위험(dringende Gefahr), 현저한 위험(erhebliche Gefahr), 현재의 위험(gegenwärtige Gefahr), 미래의 위험(künftige Gefahr), 잠재적 위험(latente Gefahr), 현실적 위험(aktuelle Gefahr), 외관적 위험(anscheinsgefahr Gefahr), 오상위험(Putativgefahr), 위험에 대한 의심(Gefahrenverdacht), 추상적 위험(abstrakte Gefahr), 구체적 위험(konkrete Gefahr)등이 있다. 이러한 개념들에 대한 체계적 해명은 적법한 경찰권 행사의 확보를 위해서 유용하지만 그 개념적 특징을 명확히 설명하기 어려운 경우가 많다(Götz, S.64; Knemeyer, S.52).

따라서 경찰권 행사에 있어서 경찰법상 불확정개념인 위협에 대해 주목할 필요가 있다.

일찍이 독일에서는 경찰법상 위협에 대한 연구가 활발히 이루어지고 있고 이론과 판례에 의해 상당한 진전을 이루고 있다. 그 이유는 독일의 경우 경찰권 행사에 관한 일반적 수권조항을 두고 있으므로 일반적 수권조항이 개별적 수권조항 또는 다른 법률에 포섭되지 않는 위협방지를 위한 경찰권 행사의 포괄적 근거를 인정하기 위해서는 일반적 수권조항에서 경찰법상 위협을 명확히 해 줄 필요가 있기 때문이다.⁴⁾

이처럼 독일경찰법에서의 위협방지는 경찰개입으로 사전에 손해발생을 미연에 방지하겠다는 문제의식에서 출발하였다.

우리나라에서도 위협방지에 대한 연구는 중요하다. 모든 경찰작용법은 현대사회에서 발생할 수 있는 다양한 유형의 위협을 구체화 또는 정형화할 수 없으므로 결국 개별적 수권조항만을 둘 수 없게 된다. 이 경우에 일반적 수권조항이 보충적으로 적용되어야 하기 때문에 경찰법상 위협방지에 대한 연구가 중요하다. 또한 경찰법상 위협방지는 국민의 권리를 침해하는 측면 못지않게 다수 국민의 기본권 보호라는 측면을 동시에 안고 있어서 불확정 개념인 위협을 구체화하고 분명하게 해석할 필요가 있다.

따라서 본 논문에서는 이러한 입장에서 독일과 우리나라 경찰법 문헌과 판례 등에서 논의되고 있는 경찰법상 위협과 위협방지를 위한 경찰권 행사를 중심으로 살펴보고 경찰권 행사의 요건으로서 위협방지에 있어서의 위협의 개념에 대하여 보다 명확하게 해석기준을 제시하고 나아가 위협방지에 관한 구체적 입법론을 제시하기로 한다.

4) Scholler/Schloer, Grundzüge des Polizei-und Ordnungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 1993, S.114; Walker, Abstrakte und konkrete Gefahr, Diss., Tübingen, 1994, S.112.

제2절 연구의 범위 및 방법

본 논문은 경찰권 행사의 요건 중 예방작용인 경찰법상 위험방지를 대상으로 한다. 여기에는 경찰법상 위험개념, 위험유형, 위험방지를 위한 경찰권 행사, 위험방지수단, 위험방지에 관한 해석론 및 입법론 등이 포함된다.

이상과 같은 연구의 목적·범위를 전제로 본 논문은 제1장 서론, 제2장 경찰법상 위험의 개념과 유형, 제3장 위험방지를 위한 경찰권 행사, 제4장 위험방지를 위한 구체적 수단, 제5장 위험방지에 관한 해석론 및 입법론, 제6장 결론으로 구성하였다.

제1장에서는 본 논문의 서론 부분으로서 연구목적, 범위, 방향 및 방법 등을 기술하였다. 특히 연구의 목적에서는 현대국가에서의 경찰법상 위험방지의 중요성과 법적 논의의 필요성을 강조하고 논의의 주제를 제시하였다.

제2장에서는 경찰법상 위험의 개념과 유형에 대하여 검토하였다.

먼저 경찰법상 위험의 개념에서는 오늘날 독일 경찰법상 위험개념과 우리나라 경찰법 문헌에서 경찰법상 위험개념을 어떻게 제시하고 있는가를 살펴보고 위험개념과 구별되는 장해, 위해 등의 개념들을 검토하였다. 그리고 경찰법상 위험에 포섭되기 위하여 최소한도의 위험의 공통된 구성요소를 손해, 충분한 개연성, 시간적 접근성으로 구분하여 각각의 구성요소에서 말하고 있는 법적 의미에 대하여 살펴보고 불확정개념으로서 위험의 해석에 관한 문제를 검토하였다.

위험의 유형에서는 구체적 위험, 외관상 위험, 위험의 혐의, 잠재적 위험, 오상의 위험, 추상적 위험 등으로 구별하여 검토하였는데 특히 문제가 되었고 오늘날까지 논의가 되고 있는 외관상 위험과 위험의 혐의를 중심으로 살펴보았다. 여기서는 외관상 위험과 위험의 혐의가 어떻게 독일의 학설과 판례에서 논의 되었고 오늘날 경찰법상 위험의 영역에 포섭되었는가, 그리고 이들 위험들에 대한 경찰법적 판단 문제와 이에 관한 이론 등을 고찰하였다.

제3장에서는 전통적으로 논의 되어온 경찰권행사의 요건, 근거, 한계를 경찰법상 위험방지에 중심을 두어 검토하였다.

경찰권 행사의 요건에서는 특히 불확정개념으로서 재량의 확대에 까지 이해될 수 있는 공공의 안녕과 질서유지의 개념들을 살펴보고 이들 개념들이 어떻게 법치행정의 원리 속에 포섭되어 그 해석과 진행에 있어 국민의 기본권 보장이라는 요

구와 조화될 수 있을 것인가에 대하여 검토하였다.

경찰권 행사의 근거에서는 독일통일경찰법모범초안의 경우처럼 우리나라 현행 경찰관직무집행법도 개별적 수권조항이 없는 경우 일반적 수권조항에 근거한 위험방지를 위한 경찰권 행사 여부에 대하여 학설과 판례를 중심으로 살펴보았다. 또한 개별적 수권조항과 일반적 수권조항의 관계에 대해서 검토하였다.

경찰권 행사의 한계에서는 오늘날의 실질적 법치주의 하에서 공권력 행사에 의한 국가목적 달성의 필요성은 국민의 기본권 보장을 전제로 한 법치주의의 원리 내에서 가능하다는 원칙에 의하여 경찰권 행사의 한계이론을 검토하였다.

제4장에서는 우리나라 경찰법상 위험방지를 위한 구체적 수단이 무엇인지 살펴 보았다. 여기서는 일반경찰법상 위험방지수단으로 경찰관직무집행법상 불심검문(제3조), 보호조치(제4조), 위험발생의 방지(제5조), 범죄예방과 제지(제6조), 위험방지를 위한 출입(제7조), 경찰장비의 사용 등(제10조의 1~4)을 검토하였다. 다음으로 특별경찰법상 위험방지 수단은 보건관계 분야, 재난관리관계 분야, 교통관계 분야, 환경관계 분야, 건축관계 분야, 영업관계 분야, 위험물 등 관리관계 분야, 집회 및 시위관계 분야, 외국인 관계분야 등으로 세분하여 위험방지 수단을 검토하였다.

제5장에서는 위험방지에 관한 해석론 및 입법론을 제시하였다.

먼저 위험방지에 관한 해석론에서는 불확정개념으로서 위험개념의 보다 명확한 해석을 위한 해석 기준과 경찰관직무집행법 제2조 제5호의 일반적 수권조항적 해석 등을 제시하였다.

위험방지에 관한 입법론에서는 경찰법상 위험방지의 효율화 방안을 위하여 여러 입법방안을 모색해 볼 수 있으나 크게 두 가지 방안을 제시하였다. 먼저 위험방지에 관한 실질적 경찰권 행사를 위한 일반법적 근거를 별도로 마련하는 방안과 현행 경찰관직무집행법의 관련된 규정들을 변화된 현실에 부합되도록 대폭 개정하는 방안이다

전자의 경우는 위험방지의 체계를 일원화하여 법체계나 내용상 모순되지 않는다는 장점이 있다. 그러나 개별 영역에서 구울하고 있는 개별법들을 통합하여야 하는 법 기술상의 어려움 등으로 인하여 장기적으로는 고려해 볼 수 있다. 따라서 현재로서는 현행 경찰관직무집행법의 내용을 대폭 보완할 필요가 있다. 예컨대 일반적 수권조항과 직무범위의 구체적 명시, 경찰권 행사의 기본원칙의 설정, 경찰책임의 구체적 명시, 이행강제금제도의 도입, 개별적 수권조항의 수정보완 등이 그것이다.

제6장은 결론으로 경찰법상 위험방지를 둘러싸고 발생하는 법적 문제점들을 정리하고 해결방안을 제시하였다.

이와 같은 연구목적의 달성을 위한 효과적인 연구방법으로는 문헌자료 중심으로 법제사적 방법, 비교법학적 방법, 입법 정책적 방법 등 종합적인 연구방법을 사용하였다. 다만 경찰법상 위험방지에 관한 논의는 독일에서 활발하게 전개되고 있기 때문에 그곳에서 전개되고 있는 이론과 판례를 검토하여 그 결과를 우리의 실정에 맞게 변용하는 방식을 취하였다.

제2장 경찰법상 위협의 개념과 유형

제1절 위협의 개념과 구성요소

I. 위협의 개념

실질적 의미의 경찰개념으로서 경찰의 목적은 공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 방지와 장해를 제거하는 것이다.¹⁾ 따라서 경찰권이 행사되기 위해서는 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 존재하여야 한다. 여기서 위해는 위협과 장해로 구분되는데, 먼저 위협은 만일에 그것을 방지하게 되면 가까운 장래에 손해, 즉 법익이나 가치의 감소를 가져올 개연성이 있는 상태를 의미하고, 장해라 함은 위협이 현실적으로 발생한 상태를 의미한다.²⁾

이러한 요건이 충족될 때에 일반적으로 경찰권이 행사될 수 있는데 이 가운데 어려운 문제를 제공하는 것이 위협의 문제다.³⁾ 장해는 위협이 이미 발생한 상태이므로⁴⁾ 그 판단은 그리 어렵지 않으나 위협은 미래의 예측의 성질을 가지므로 그 판단이 쉽지 않다. 또한 위협의 경우는 손해의 발생가능성에 불과하므로 여러 가지로 인식할 수 있는 여러 상태 중에 과연 어떠한 상태를 위협으로 보고 경찰권이 행사될 것인가가 문제이다.

여기에 불확정개념으로서 위협의 개념에 대해 중요성이 강조된다. 이는 모든 경찰작용법은 일반 사회에서 발생할 수 있는 다양한 위협의 유형을 구체적으로 정형

1) 실질적 의미의 경찰의 개념은 18세기 독일에서 J. S. Püttner에 의해서 주창되고 1882년 6월 14일의 프로이센 고등행정법원의 Kreuzberg 전승기념비의 판결이래로 학설과 실무에 의하여 발전된 개념이다(정하중, “경찰법상의 책임,” 「공법연구」 제25집 제3호, (한국공법학회, 1997), 109면; 류지태, “행정법에 있어서의 위협의 개념,” 「고시계」 10월호, 1991, 110-121면 참조).

2) 김남진, “경찰상 위협과 위협의 의심 등,” 「고시연구」 9월호, 2001, 88면.

3) 김세규, “경찰법상 위협의 의미,” 「공법연구」 제31집 제3호, (한국공법학회, 2003), 603면.

4) 손해가 발생했지만 법익침해가 계속되는 경우 혹은 발생된 상태가 또 다른 손해를 초래할 개연성이 있는 경우를 장해(Störung)라고 한다. 법익에 대한 손해가 이미 발생하고 있기 때문에 장해에 대한 경찰작용은 방지가 아닌 제거(Beseitigung)로 설명되어지고 있다(Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.220; Gusy, S.60(Rn. 104); Götz, S.63(Rn. 149)).

화하기가 힘들고 또한 경찰권의 행사는 권력적 요소가 매우 강한 행정작용으로서 개인의 기본권 침해가능성이 농후하기 때문이다. 그러나 아쉽게도 국내 행정법문헌들은 단지 경찰법상 위험을 공공의 안녕·질서에 대한 침해가 발생할 가능성⁵⁾, 그것을 방치하게 되면 가까운 장래에 공공의 안녕과 질서에 해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상태⁶⁾, 현재의 상황을 방치하는 경우에는 공공의 안녕과 질서에 대한 침해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상태,⁷⁾ 일반적인 생활경험상 판단에 의할 때 어떠한 행위나 상태가 방해받지 않고 진전되면 멀지 아니한 시점에 경찰상 보호이익에 피해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상황⁸⁾등으로 정의하고 있을 뿐이다. 이러한 위험에 대한 정의는 독일의 학설·판례에서의 경찰법상 위험개념을 받아들인 것이다.

독일에서 위험개념에 대한 대표적인 판례로는 프로이센 고등행정법원 1922년 4월 20일 판결이다. 본 판결에서 경찰법상 위험은 ‘인식이 가능한 객관적 손해발생을 가지고 있으며 현명한 판단을 한다면 방지가 가능한 상태를 의미’ 한다고 판시하였으며⁹⁾, 동 법원의 1922년 6월 1일 판결에서는 ‘손해발생의 작은 가능성으로는 충분하지 않고 사태의 통상 진전에 의해 경찰이 개입되지 않으면 손해발생이라는 결과가 생길 우려가 존재해야 한다’고 판시 하였다.¹⁰⁾ 이 같은 판례를 종합해 보면 손해발생의 우려가 위험한 것이지만 작은 가능성으로는 부족하고 경찰법상 위험으로 정의하기 위해서는 충분한 개연성이 있어야 한다는 것이다.

이후 학설과 판례에서도 세부적인 차이는 조금씩 있지만 대체로 「예측되는 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상태」라고 정의되고 있다.¹¹⁾ 혹은 간단히 「손해발생의 개연성」이라고 정의하는 학자도 있다.¹²⁾ 따라서 경찰법상 위험의 기본적인 구성요소는 ‘손해’와 ‘충분한 개연성’이라고 할 수 있다. 여기에 ‘시간적

5) 김동희(II), 193면.

6) 김남진(II), 265면.

7) 박윤훈(하), 304면.

8) 홍정선(하), 258면

9) PrOVG 77, 333.

10) PrOVG 77, 341.

11) Friauf, S.131; Schenke, S.198; Knemeyer, S.51.

12) Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, S.65.

접근성¹³⁾도 경찰법상 위험개념의 구성요소에 포함할 수 있다.¹⁴⁾

이하에서는 독일에서의 논의를 중심으로 경찰법상 위험의 구성요소를 살펴보기로 한다.

II. 위험의 구성요소

1. 손해

경찰법상 위험개념의 구성요소로서 손해란 보호받는 개인 및 공동의 법익에 관한 정상적인 현존상태가 외부적 영향¹⁵⁾ 등으로 인하여 객관적으로 감소되는 경우를 말한다.¹⁶⁾

다만 법익이 완벽하게 불이익을 입지 않고 있는 경우는 현실적으로 상정하기 어렵기 때문에 모든 침해(Beeinträchtigungen)을 손해라고 할 수는 없다.¹⁷⁾ 따라서 손해는 법익에 대한 사회적으로 상당하지 않은 침해으로서 수인될 수 없는 것을 의미하며, 수인될 수 있는 불이익(Nachteil) 혹은 부담(Belästigung)은 손해가 아니

13) 위험은 엄밀한 의미에서 미래의 손상에 대한 개연성이 인정될 때 성립하는 것이기 때문에 위험개념에 있어서의 손상은 未來의 손해(künftiger Schaden)를 의미한다. 위험을 미래의 손상으로 파악 하는 것은 경찰의 관념을 미래의 손상에 대한 방지로 이해한 18세기 말경의 Karl Friedrich H. Berlin에서부터 이미 유래한다. H. Berlin은 1770년에 Johan Stefan Püttner가 후 학자들에 의해서 미래의 악의 방지를 위한 고려 또는 미래의 위험에 대한 방어로 설명되는 cura avertendi mala futura의 원칙을 가지고 경찰의 개념을 한정하는 것을 받아들이면서, 바로 지금의 악이 아닌 오직 未來의 惡을 防止하는 것이 警察의 任務라고 설명하여 위험개념에 있어서의 시간적 요소에 대한 언급을 한 바 있다 (Walker, Abstrakte und konkrete Gefahr, Diss, Tübingen 1994, S.86; H. Berlin, Handbuch des Deutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen, Justizrath Püttner Bd. 1, 1794, Vorrede S.VII).

14) 桑原勇進, “危險概念の考察,” 「公法學の法と政策(下)」, (有斐閣, 2000), 649-650面.

15) 인간의 행동에 의한 것인가, 동물 또는 단순한 자연력(산불, 낙뢰 등)에 의한 것인가는 중요하지 않다. 경찰은 경찰책임자에 의해 야기되지 않는 모든 요소들로부터 위험방지의 임무가 있기 때문이다(Denninger, Polizeiaufgaben, in:Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl., 1996, S.214).

16) Götz, S.65; Schenke, S.183; Wolff/Bachof, S.54.

17) 예컨대 길가에 있는 주거가 항상 조용할 수는 없으며, 자동차는 나쁜 길 위를 달릴 경우도 있다(Gusy, S.60(Rn. 105)).

다.¹⁸⁾ 그러나 그 자체로는 손해가 될 수 없는 단순한 부담도 그것이 빈발하게 되면 전체로써 여기서의 손해가 될 수 있다는 것에 유의하여야 한다.¹⁹⁾ 또한 단순한 부담들이 결합되어 그것이 수인할 수 있는 정도를 넘어서게 되면 손해로 평가될 수도 있다.²⁰⁾

그리고 경찰이 방지하여야 할 손해의 영역과 경찰상 중요하지 않은 단순한 부담과의 구분에 있어서는 ‘정상인(평균인)’의 판단이 척도가 된다. 그러므로 어떠한 손해가 전적으로 관계인의 비정상적인 성질에 기인하는 경우에는 손해가 될 수 없다.²¹⁾ 예컨대 주거지역에서의 정상적인 판단에 따를 때,²²⁾ 단순한 부담으로 여겨지는 개 짖는 소리는 그것이 개개의 중환자나 신경쇠약자의 건강에 중대한 위협이 된다고 하더라도 경찰은 이를 금지시킬 수 없다.²³⁾

여기서의 정상인의 판단은 일률적으로 확정되어 있는 것이 아니라 시간의 흐름, 그때 그때의 지역적 상황에 따라서 달라질 수 있는 것이다.²⁴⁾ 즉, 주간에는 단순한 부담으로 수인하여야 하는 소음수치가 야간에는 건강에 유해한 위협이 될 수도 있으며, 시골생활에서는 일상적인 냄새가 도시에서는 위험원이 될 수도 있는 것이다.²⁵⁾ 결국 실제로 현존하는 정상적인 상태의 존속이 외부로부터의 불규칙한 침해

18) 손해는 예견되는 침해가 일정한 강도에 달했을 때, 즉 공공의 안녕 혹은 질서라는 법익이 현저하게 침해된 경우에 존재한다. 따라서 단순한 부담, 불이익, 불편함 또는 마음에 들지 않음에 그치는 것을 일반적인 생활위험과 마찬가지로 여기서의 손해의 개념을 충족하지 못하므로 경찰에 의하여 지지될 수 없다(Friauf, S.222; Götz, S.66; Tettinger, S.86; Wolff/Bachof, S.54; BVerwG, DVBl. 1969, S.586 ff; A. Wiethaup, Die Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, DVBl, 1950, S.240 ff).

19) Friauf, S.222; Möller/Wilhelm, S.30; Wolff/Bachof/Stober, S.55; OLG Karlsruhe, NJW 1978, S.1637 f.

20) Reichert/Röber, S.93.

21) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.222; Friauf, S.223; Möller/Wilhelm, S.30; Schenke, S.185; Wolff/Bachof, S.54.

22) 여기서 정상적인 판단이란 판단이 개개인의 특별한 감정에 좌우되지 않음을 뜻한다고 한다(Reichert/Röber, S.93).

23) 이에 대하여는 법개념은 언제나 ‘정상적인’, 객관적인 제3자에 의하여 결정되어야 하는 것이라고 하여 원칙적으로 위의 견해에 동의하면서도, 「원칙적으로 단순한 부담에 그치는 수인가능한 정도의 소음도 환자의 생명·건강과 같은 고차원의 법익을 실제로 위협하는 경우에는 손해에 해당되어 경찰의 개입을 정당화시킬 수도 있다」는 반론이 나타나 있다(Möller/Wilhelm, S.30).

24) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.222; Friauf, S.222; Reichert/Röber, S.93.

에 의하여 객관적으로 감소될 때에만 손해가 존재한다고 할 수 있는 것이다.²⁶⁾ 구체적인 경우에 있어서 공공의 안녕과 질서에 대한 현저한 침해와 단순한 부담과의 구분은 쉽지 않은데 독일의 경우 판례는 여자레슬링은 단순한 부담으로,²⁷⁾ 공적 공간에서의 흡연은 현저한 손해라고²⁸⁾ 판시한 바 있다.

한편 소위 기대이익의 감소는 경찰법상의 손해는 될 수 없으며, 단순한 불이익에 그친다고 하여야 할 것이다.²⁹⁾ 이와 같은 정의상의 한계는 경찰은 현재의 상태를 유지할 권한이 있을 뿐이며 현존하는 상태를 개선하려는 목적으로 그를 변경할 권한은 없다는, 이른바 복지증진의 금지로부터 나오는 것이다.³⁰⁾ 예컨대 경찰행정청은 무숙의 상태에서부터 무숙자들을 보호하기 위하여서만 강제적인 주거배정을 할 수 있고, 보다 나은 주거를 제공하기 위하여 강제적인 주거배정을 할 수는 없다. 그러나 현존하는 사회적 사정이 동시에 건강에 대한 위협 혹은 공공의 질서에 대한 장해가 되고 있는 경우에는, 경찰은 현존하는 상태의 개선을 위하여서도 조치를 취할 수 있다. 경찰이 전염병예방을 목적으로 취수시설의 개선을 명하는 경우가 그 예가 될 것이다.³¹⁾

결국 손해와 (수인될 수 있는) 불이익 혹은 부담은 범규범과 그때 그때의 표준적인 사회적 법칙이 법익주체에게 통상적인 것으로서 인용케 하는지의 여부에 의해서 판단해야 한다.³²⁾ 즉, 주위의 환경, 손해의 성질과 반복성, 손해를 받는 인적범

25) Vgl, sog. Schweinmäster-Fall, DÖV 1957, S.850 f.

26) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.222; Schenke, S.185.

27) 이 사건에서는 교회의 남·여전도회의 대표가 여자레슬링시합의 개최를 저지해 줄 것을 경찰행정청에게 청구한 것이 문제가 되었다(Vgl. VGH BW, DVBl. 1950, S.26).

28) 이 사건은 Berlin경제전문대학의 학생이 강의실에서의 흡연을 금지시킬 학교당국의 의무를 다툰 것이었는데, 동 법원은 「대학의 강의실에서는 흡연자의 자유로운 인격발현의 자유보다 비흡연자의 신체(불가침) 자유가 우선 한다」고 하여 공적 공간에서의 흡연이 신체에 대한 현저한 부담이 됨을 확인하였다(Vgl, OVG Berlin, NJW 1975, S.226l).

29) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.221; Schenke, S.184.

30) F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928(Neudruck, 1963), S.392 ff; Friauf, S.222; Schenke, S.184; 우리나라에서는 이와 같은 내용을 경찰소극의 원칙이란 제하에서 설명하고 있다(김남진(II), 207면; 김도창(하), 334면; 박운훈(하), 305면; 이상규(하), 268면 이하).

31) Wolff/Bachof, S.54.

32) Wolff/Bachof, S.60(Rn. 105).

위 등을 고려해서 경합하는 모든 이익을 비교형량을 통해 가치판단에 의해 결정해야 한다.

2. 충분한 개연성

(1) 개 설

보호법익이 통상적으로 위협받는 정도를 넘어서는 경우, 다시 말해서 보통의 감수할 수 있는 손해가능성을 넘어서는 경우에 손해발생에 대한 충분한 개연성(hinreichende Wahrscheinlichkeit)이 있다고 설명된다. 즉, 손해의 발생이 일반적인 생활상의 리스크(Risiko)를 넘어서는 경우에 충분한 개연성이 있는 것이며 결국 경찰법상의 위험은 특별하고 사회적으로 상당하지 않은 리스크를 뜻하게 된다.³³⁾ 따라서 경찰법상의 현존하는 위험이 존재한다는 것이 인정되기 위하여서는 경찰의 개입 없이는 손해가 발생할 것이라는 충분한 개연성이 있어야 한다.³⁴⁾ 여기서 개연성이란 손해발생의 단순한 추정 혹은 약간의 가능성만으로는 충분하지 않고, 즉 단순한 가능성으로는 만족될 수 없는 것이며 또한 100%의 확실성을 의미하는 개념도 아니다.³⁵⁾ 단순한 개연성(bloße Möglichkeit) 혹은 손상발생과 동떨어지지 않은 가능성(nicht entfernte Möglichkeit)의 경우에도 위험이 인정될 수 있다고 설명하는 견해에서³⁶⁾보이듯이 충분한 개연성이라는 표현은 반드시 엄격하게 해석되는 것만은 아니다.³⁷⁾ 결국 앞에서 살펴 본 바와 같이 경찰법상 위험을 예측되는 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상태로 정의한다면 어느 정도의 개연성이 있어야 위험이라고 말할 수 있고 또한 개연성을 어떻게 판단해야 하느냐 등이 문제이다.

33) Gusy, S.64(Rn. 110); Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge Diss, 1983. S.53.

34) Friauf, S.223; Götz, S.66; VGH München, NJW 1979, S.2631 f; OVG Münster, NJW 1980, S.956; OVG Lüneburg, NJW 1986, S.2007.

35) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.223.

36) Götz, S.61(Rn. 142); BVerwGE 28. 310(315); BVerwG. DÖV 1970, S.714.

37) 경찰법상의 위험을 손상발생의 상대적 개연성(relative Wahrscheinlichkeit)이라고 표현하는 것 역시 이러한 맥락에서 이해될 수 있다(Walker, a. a. O., S.215).

(2) 반비례정식

독일의 판례는 경찰법상 위험으로 정의되기 위해서는 보호법익에 대한 손해발생의 단순한 이론적 가능성과 미미한 가능성으로는 부족하며, 충분한 개연성이 필요하다는 것을 말하고 있다.³⁸⁾ 단순한 논리적 가능성도 충분한 개연성도 어떤 것인가 명확하진 않지만 경찰법상 위험이라고 말할 수 있기 위해서는 미리 확정하고 있는 레벨이 있어 그 이상의 개연성이 필요하다고 하는 인상을 받는다.³⁹⁾ 혹 수치화가 가능하다고 하면 0.5이상이나 0.8이상의 확률이 필요하다고 하는 인상을 받게 된다.

그러나 예를 들어 보호법익이 인간의 생명에 관련된 경우에, 이 보호법익에 대하여 손해가 발생할 가능성보다 손해가 발생하지 않을 가능성이 높다고 하여 경찰에 의한 개입이 허락되지 않는다고 하는 것은 불합리할 것이다. 여기서 손해가 발생되는 보호법익이 무엇이나에 의해 충분한 개연성의 정도는 일정하지 않게 생각되어질 수 있다. 이것을 명확하게 설명한 것이 연방행정재판소 1970년 6월 26일 판결이다. 본 판결에서 「개연성의 정도는 어떠한 보호법익이 문제가 되는가에 의해 그 차이를 만들지 않으면 안 된다. 보호법익과 발생하는 손해가 크다면 손해발생의 개연성은 그것에 비해 작은 것이 된다」고 판시하고 있다.⁴⁰⁾

또한 동 재판소의 판례로 손해발생의 개연성이 몹시 작음에도 불구하고 위험을 긍정했던 또 하나의 예는 1973년 7월 12일 판결이다. 본 사건은 8층 건물을 건설해 주거용과 업무용으로 임대하고 있던 원고에 대해 피고행정청이 그 건물의 엘리베이터에 문을 설치하도록 요구하였지만 원고가 그 처분에 대해 취소소송을 제기한 사안으로 본 판결은 문이 없는 엘리베이터가 위험하다는 판단을 했다. 즉, 본 판결에 의하면 경험상 문이 없는 엘리베이터를 사용 했던 사람이 죽거나 부상을 당하는 사건수가 엘리베이터의 수와 그 사용횟수를 비교해 봤을 때 매우 적었고 따라서 통계적으로 봤을 때 손해발생의 개연성은 작지만 그럼에도 불구하고 본 판결은 보호법익에 대한 손해는 매우 큰 것이므로 그 개연성에 대해서는 거기에 대한 작은 요구로도 충분하다고 기술하고, 문이 없는 엘리베이터는 위험하다⁴¹⁾ 라고 판시

38) PrOVG 77, 341; PrOVG 78, 273.

39) Hansen-Dix, Die Gefahr im Polizeirecht im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, 1982, S.39.

40) NJW 1970, S.1890.

했다.

이처럼 연방행정재판소는 보호법익이 중대 할수록 손해발생의 개연성은 작어도 좋다는 반비례정식을 세우고 있고, 그 후의 판례도 경찰법상의 위협에 대해서도 같은 반비례정식을 세우고 있다.⁴²⁾ 이러한 판례의 입장은 학설상에도 지지되어, 반비례정식 이론은 경찰법 영역 외에도 위협방지영역에도 정착되었다.⁴³⁾

결국 위협의 존재여부를 결정함에 있어 기준이 되는 개연성의 정도는 예견되는 손해의 강도(범위)와 개입을 하지 않는 경우에 위협받게 되는 경찰상 보호법익의 중요성 및 보호의 필요성과 같은 요소에 달려 있다.⁴⁴⁾ 즉, 발생가능한 손해가 중대하면 할수록 그의 개연성은 덜 요구된다고 할 것이다(소위 Je-desto-Regel). 따라서 발생가능한 손해가 매우 중대하여서, 특히 생명·건강과 같은 고차원의 보호법익이 위협을 받는 경우라면 손해발생의 개연성은 최소한으로 족하다고 할 것이다.⁴⁵⁾ 이렇게 볼 때, 위협의 개념에 있어서 개연성의 정도와 손해는 반비례관계에 있다고 할 수 있을 것이다.⁴⁶⁾

(3) 개연성 판단의 기초

위험방지를 위한 경찰작용은 항상 미래의 손해에 대한 것이기 때문에 위협을 방지하는 조치들에 있어서는 손해에 대한 예측이 행해진다. 예측에 의하여 과거와 현재의 사정으로부터 미래의 사건을 추론하게 되며, 이러한 의미에서 예측은 ‘미래에 대한 정신적 선취’라고 표현되기도 한다.⁴⁷⁾ 따라서 어떤 상황으로부터 손해가 발생

41) DVBl. 1973, S.857.

42) BVerwGE 45, 51(61).

43) Schenke, S.241.

44) O. Schneider, Grundsätzliche Überlegungen zur polizeilichen Gefahr, DVBl, 1980, S.406; Friauf, S.223; Tettinger, S.86; Wolff/Bachof, S.55; BVerwGE 57, 61 ff(65).

45) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.224; Friauf, S.223; Schenke, S.185; Wolff/Bachof, S.55 f; BVerwGE 45, 51 ff(62); 47, 31 ff(40); 62, 36 ff(39); BVerwG, DÖV 1970, S.713 ff(715); OVG Münster, NVwZ 1985, S.355 ff.

46) Wolff/Bachof, S.55.

47) Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. In: von Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, S.458; Tettinger, Administrativer Prognosespielraum. DVBl

할 개연성이 있다는 판단은 학문적 인식 혹은 경험지식에 의거한다.⁴⁸⁾

개연성에 관한 예측작용⁴⁹⁾과 관련하여 연방행정재판소 1974년 2월 26일 판결에서는 「위험을 객관적으로 예상될 수 있는 사건의 진행이 차단되지 않는 경우 경찰상 보호법익에 손해가 발생 할 개연성에 대한 근거가 존재하는 경우」라고 판시하고 있다.⁵⁰⁾ 이는 객관적으로 위험이 존재하지 않는 것임에도 불구하고 경찰의 개입은 위법이 되고 따라서 경찰이 어느 상태를 위험이라고 판단한다고 해서 그것들이 모두 위험이며 경찰개입이 반드시 적법이 된다고 말할 수 있는 것은 아니다. 그러나 위험인지 아닌지의 판단은 예측에 기초를 두고 있고 사항의 성질상, 경찰개입이 되지 않아도 손해는 발생하지 않았다는 것이 나중에 판명된다 해도 그것으로 즉각 개입이 위법이라고 할 수는 없다.⁵¹⁾ 왜냐하면 개연성 판단은 불확실 아래에서의 행위이고 그 성질상 예측과는 다른 결과가 발생하는 가능성을 당연히 처음부터 포함하고 있기 때문이다.⁵²⁾ 그러나 Scholz의 지적처럼 손해발생을 위한 조건이 존

1982, S.421.

48) Götz, S.63(Rn. 151).

49) 우리 판례에서도 위험을 예측작용과 관련하여 설명하기도 한다. 「학교법인이 설치 경영하는 학교의 교사는 학생을 보호·감독할 의무를 지는 것이나 이러한 교사의 감독의무는 학교 내에서의 학생의 전 생활관계에 미치는 것이 아니고, 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 그 의무 범위 내의 생활관계라 하더라도 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에 한하여 교장이나 교사는 보호·감독의무 위반에 대한 책임을 진다고 할 것이며, 위의 예측가능성에 대하여서는 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자와의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 판단할 필요가 있다」고 판시하였다(대법원 1995 12. 26, 95다313).

50) BVerwGE 45, 51 57.

51) 이것과 관련하여서는 학생들의 정치적 결사의 지도자였던 원고가 1968.2.29에 프랑크푸르트에서 개최될 베트남전쟁 반대시위에 실제로 참가하려 하였는지가 분명하지 않음에도 불구하고 경찰이 그를 시위개시 20분전에 프랑크푸르트공항에서 억류한 것이 문제가 되었던 사건에서 「경찰조치의 필요성은 사후의 상황이 어떠한가에 따라 판단되는 것이 아니라 원고의 억류가 행해지는 시점에 존재하는 상황을 기준으로 판단된다」고 하여 경찰의 조치를 적법하다고 판시한 독일의 판례가 있다(BVerwGE 45, 51 f). 한편 독일의 연방행정법원은 이란 국왕의 공식방문 기간 중에 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험을 초래할 수 있는 인물들(예컨대, GHASAGAI파의 구성원이나 Udeh당의 당원 등)에게 경찰이 정치적 활동의 금지와 체류의 제한을 명한 것이 문제가 된 사건에서도 같은 입장을 취한 바 있다(Vgl. BVerwGE 49, 36 ff(42)).

52) 桑原勇進, 前掲論文, 661-663面.

재 하는가 아닌가는 어느 쪽이든 위험조건이 있다면 손해발생은 필연이고, 반대로 위험이 존재하지 않다면 손해가 발생하지 않는 것이 필연이다.⁵³⁾ 따라서 손해가 발생하지 않았다는 것이 후에 판명된 경우에 처음부터 손해발생의 가능성은 「객관적」이지는 않을 것이다. 그렇다고 한다면 개연성 판단이 반드시 객관적 이지 않으면 안 된다는 요청은 어떠한 것을 의미하고 있을까? 이점에 대해 연방행정법원 판례는 「손해발생의 개연성 판단은 경찰이 개입시점에 있어 이용 가능한 정보에 기초를 두고 사전적으로 개입할 수밖에 없다고 여겨진다면 경찰의 입장에서는 실제로 개입할 수밖에 없고 후에 별개의 정보가 더해져 실제로는 손해발생의 개연성이 없었다고 하는 것이 판명되었다 해도 경찰의 개입이 위법이라고 판단 할 수는 없다」라고 판시하고 있다.⁵⁴⁾

개연성 판단은 인간의 판단이라는 주관에서 떨어져서는 이해할 수 없는 것이 되지만⁵⁵⁾, 앞에서 본 것처럼 경찰이 실제로 위험이라고 판단한다고 해서 반드시 위험이 있다고는 할 수 없다. 여기에 손해발생의 개연성을 규범주관적인 것이라 하고 개연성의 「객관성」을 이해해야 할 것이다.⁵⁶⁾ 즉, 「객관성」은 공정하게 충분한 능력이 있고 충분한 경험을 쌓은 사람이 비슷한 결과에 도달해야 한다는 의미에서 파악해야 한다.⁵⁷⁾

결국 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험이라고 인정될 수 있는지의 여부에 대한 개연성 판단은 예측에 근거하는 바, 그 예측에 있어서는 ‘사전적’(ex ante), 즉 경찰이 개입하는 시점에서의 사실상태와 인식가능성이 기준이 된다.⁵⁸⁾ 따라서 경찰

53) Scholz, Die Polizeiliche Gefahr, VerwArchiv 27, 1919, S.17.

54) BVerwGE 45, 51 60.

55) 프로이센 고등행정재판소 1922년 4월20일 판결에서 위험은 방지되어야 할 사태로서 기술되어 있다. 위험이기 때문에 방지되어야 할 것이라고 하는 것은 아니라 방지되어야 하는 가치판단이 먼저 있고 그 후에 그 방지 되어야 할 사태가 위험이라 불리는 것이라 말할 수 있다. 어느 정도의 개연성이 있어야 충분할지는 개연성 개념 그것 자체부터가 분명하지 않기 때문에 가치판단을 요구하는 것이다. 위험성의 판단이 단순한 인식행위가 아니고 가치판단이라고 한다면 보호이익의 중요성에 따라 손해발생의 개연성이 바뀔 수 있다는 것은 지극히 당연할 것이다(桑原勇進, 前掲論文, 655面).

56) Hoffman-Riem, Anschein Gefahr und Anscheinverursachung im Polizeirecht, in FS für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, 1972, S.338 ff; Nell, a. a. O., S.77.

57) 桑原勇進, 前掲論文, 662-663面.

58) Friauf, S.224; Reichert/Röber, S.94; Wolff/Bachof, S.55; BVerwG, DVBl. 1975, S.888 ff(889).

이 개입하는 시점에서 상황을 정당하게 평가하였다면, 사건의 전개가 시간의 흐름에 따라 예측한 것과 달리 진행된다고 하더라도 경찰이 위험의 존재를 이유로 개입한 것은 위법하지 않다.⁵⁹⁾

(4) 침해이익과의 관계

손해발생의 개연성의 판단이 예측작용으로서 객관적 가치판단이라고 한다면 경찰개입에 의해 침해된 이익도 고려요소로써 생각하지 않으면 안 된다.⁶⁰⁾ 이는 손해발생의 개연성 판단에 있어 보호이익과 침해이익의 쌍방이 동시에 고려요소로써 등장하는 것은 헌법상의 요청이라 말할 수 있다.

독일 연방행정재판소는 손해발생의 개연성의 정도에 대해 침해이익과 보호이익에 근거하여 비례원칙을 요구하고 있다.⁶¹⁾ 이것을 부연하면 이하의 것처럼 될 것이다. 예컨대 한쪽의 자유권으로서의 기본권의 관점에서는 경찰의 개입은 최소한에 그쳐야 하고, 따라서 개입이 정당화되기 위해서는 엄격한 요건이 세워져 있어야 한다. 그러나 경찰은 국민의 기본권을 보호할 의무가 있으며 이 의무를 효과적으로 이행하기 위해서는 그다지 개입의 요건이 매우 엄격해서는 안 된다. 여기서 양자의 조정이 중요하다. 이 양자의 조정의 핵심은 비례원칙인 것이다. 손해발생에 대한 개연성 판단에 있어 자유권으로서의 침해이익의 관점에서는 개연성의 정도는 높은 요구(예를 들면 확실하고 분명한 등)를 할 수 있지만, 기본권 보호의무의 관점으로는 낮은 요구에 의해서도 개입하게 되어 양자의 조정으로써 충분한 개연성이라는 개념이 등장한 것이다. 그리하여 경찰개입에 있어 보호법익과 손해발생의 개연성과 함께 침해이익의 고려를 함께하여 이 둘의 비례원칙의 관점에서 접근해야 한다.⁶²⁾

59) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.223; Friauf, S.224; Möller/Wilhelm, S.31; Wolff/Bachof, S.55.

60) Scholz, a. a. O., S.27.

61) DVBl 1974, 207 209; VerwGE 45, 51 61.

62) 공공의 안녕, 질서가 집회에 의해 즉각 폭력화 될 수 있을 때에 집회를 금지할 수 있는 뜻을 규정하는 집회법 제15조의 경우도 같다. 즉, 동규정은 대개 확실하게 가까운 개연성이 요구되고 있는 것이라고 일반적으로 해석되고 있으나 집회나 데모가 가령 폭동으로까지 발전한 경우에는 많은 사람의 생명과 신체가 해를 당하는 결과에 이를 수도 있기 때문에, 앞의 반비례정식을 그대로 여기에 적용하여 요구된 개연성의 정도는 적어도 꽤

결국 경찰의 개입에 의해 침해의 정도가 강한 것은(예컨대 신체의 구속 등) 위험이 긍정되기 위해서는 필요한 개연성의 정도를 높여야 한다.

3. 시간적 접근성

손해발생의 시간적 요소는 위험의 개념에 포함할 수 없다는 견해도 있지만 앞에서 살펴본 것처럼 대부분의 학설과 판례는 위험의 개념을 시간적 요소를 포함한 형태로 정의되고 있다.⁶³⁾ 즉, 「예측되는 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상태」로 했던 정의이다.

그러나 「예측되는 장래」라고 해도 손해발생이 시간적으로 예측의 시점과 어느 정도 근접하고 있어야 하는가는 명확하지는 않다.⁶⁴⁾ 다만 위험의 성립에 있어서 손해의 발생이 목전에 급박할 필요는 없다는 점에는 이론이 없다.⁶⁵⁾

그렇다면 예측의 시점과 손해발생 시점과의 사이에 큰 시간적 거리가 있어도 좋다고 하는 것 인지는 알 수 없다.⁶⁶⁾ 물론 예측의 시점에서 시간상 극단적으로 멀리 떨어져 있는 손해발생도 손해발생의 개연성이 높으면 그것은 위험이라 판단되고 따라서 경찰개입은 정당하다. 그러나 시간적 접근성이 위험판단에 있어 어느 정도 의미를 가지고 있다면 손해발생의 시간적 접근성에 따라 예측의 정도가 높아지고 그만큼 개연성이 증가한다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 시간적 접근성이 가까울수록 손해발생의 결과에 영향을 끼치는 불확정인 요소 즉, 예측된 사태의 추이에

을 거라는 것에 대해서 법률의 내용은 역으로 되어있다. 이것도 집회의 자유가 헌법상 영향을 끼치고 있는 높은 가치로부터 설명되어져 있다(Nell, a. a. O., S.184). 그러나 인간의 생명, 신체가 해를 받을 지도 모르는 경우에는 아무리 집회의 자유가 높은 가치를 가지고 있다고 해도, 거의 확실히 가까운 높이의 개연성까지 요구하는 것은 부적절하지 않을까 하는 의문이 있다.

63) 桑原勇進, 前掲論文, 662面.

64) 위험이 존재하기 위해서 시간적으로 언제까지 손해가 발생할 수 있는 것이어야 하는가에 대해서는 명확히 설명하기 어렵다. 독일의 문헌에서는 손해가 가까운 시간 안에(in naher Zeit) 발생가능함을 요한다고 설명되기도 하고, 조망할 수 있는 미래의 언젠가(irgendwann in berschaubarer Zukunft)의 손해발생이면 충분하다고 하는 식으로 달리 표현되어 통일적이지 않다(Schenke, S.202(Rn. 56); Götz, S.59(Rn. 142)).

65) PrOVG 98, 91, 86.

66) Hansen-Dix, a. a. O., S.27; Friauf, S.132.

있어서 변경을 일으킬 수 있는 요소가 줄어들기 때문이다.

그렇다면 시간적 접근성은 손해발생의 개연성의 정도를 규정하는 하나의 요소가 되고 또한 그 자체로서 위험의 독립요소가 된다고 말할 수 있다.

제2절 불확정개념으로서 위험의 해석

법치국가적 질서 아래에서는 모든 행정은 법률에 적합하게 집행되어야 한다.⁶⁷⁾ 즉 행정은 법률에 구속되어 법률을 집행하고 적용함으로써 소기의 행정목적 실현하게 된다.⁶⁸⁾ 그러한 의미에서 행정은 바로 구체적인 행정법규⁶⁹⁾의 해석적용이라고 할 것이다.

그러나 행정법규를 분석해보면 요건부분을 확정적으로 정해 둔 경우도 있지만 불확정적으로 정해둔 경우도 있으며, 또한 행위(효과)부분도 구속적으로 정해둔 경우도 있고 선택적으로 정해둔 경우도 있다. 이는 인간이 갖는 인식의 한계로 인하여 완전한 입법이 불가능하고 상황에 따라 보다 정당하고 합목적적인 법 형성을 가능하게 하기 위함이다.⁷⁰⁾

67) 법치국가에 있어서는 행정이 법에 의할 것이 요구되고 있다. 즉 행정이 법에 위반되어서는 안 되며(법률우위의 원칙) 동시에 일정한 행정은 법률에 근거할 것(법률유보의 원칙)이 요구되고 있는 것이다(김남진, “불확정개념의 해석과 적용,” 「고시계」 2월호, 1982, 63면).

68) 석종현, “재량행위와 불확정개념,” 「월간고시」 1월호, 1983, 97면.

69) 행정법규는 통상 요건부분과 행위(효과)부분으로 구성되어 있다. 따라서 행정청의 법규 해석적용은 먼저 문제되는 생활관계를 확정하고 그 생활관계가 특정 법규의 구성요건에 해당하는가의 여부를 아울러 확정하고 다음으로 그에 대해 어떠한 효과를 부여 할 것인가를 결정하는 과정을 거치게 된다. 이러한 과정은 법치행정, 행정의 법률적합성의 원칙의 적용의 당연한 결과이다(홍정선(상), 264-265면).

70) 법치주의를 엄격하게 이해한다면, 행정청의 해석의 여지가 없을 만큼 요건과 행위(효과)를 일의적으로 정하는 것이 이상적이라 하겠다. 그러나 원래 법이 모든 경우를 예상하여 빠짐없이 규정을 두는 것은 입법기술상 불가능하고 끊임없는 사회변천에 맞추어 활동하여야 할 행정의 사명에서 보아도 합당하지 않다. 여기에서 입법자는 행정행위의 요건을 정함에 있어 불확정개념을 사용하거나 또는 행위(효과)를 정함에 있어서 행위(효과)여부나 개수의 행위 중에서 선택할 수 있는 여지를 행정청에 부여하는 경우가 적지 않다(박윤훈(상), 326면).

이처럼 법규가 행정행위의 요건을 불확정개념으로 규정한 경우에 그 불확정개념의 해석·적용에 관한 행위가 재량행위인지 판단여지인지의 여부가 행정법학에서 새로운 문제로 대두되었다.

특히 질서행정청에 의한 경찰권 행사에 있어서도 경찰권 행사의 요건 등에 관해 자세히 규정하는 것이 이상적이겠지만 현실적으로 불가능한 까닭에 현행 경찰법은 경찰권 행사의 요건을 이른바 불확정개념으로 규정하고 있는 경우가 있고 이러한 불확정개념의 해석·적용에 관한 행위가 재량행위인지 판단여지인지의 여부가 문제가 된다.

이에 대한 우리나라의 다수설은 독일에서 전개되고 있는 이른바 판단여지설(die Lehre vom Beurteilungsspielraum)을 재량행위와 기속행위의 구별기준에 관한 학설의 하나로 들고 있으나, 판단여지설은 불확정개념의 적용에 대한 법원의 심사를 제한하기 위한 이론으로 바호프⁷¹⁾와 울레⁷²⁾ 등에 의해 주장된 것이며, 엄밀한 의미에서 재량행위와 기속행위의 구별기준에 관한 학설로 보기에 는 문제가 있다.

왜냐하면 판단여지설은 우선 법규의 요건판단이 재량문제가 아니며, 따라서 법적 효과에 관련된 것은 아니고 불확정개념에 대한 법해석의 문제로서 구성요건의 문제로 보고 있기 때문이다.⁷³⁾

I. 불확정개념

1. 불확정개념의 의의

불확정개념(unbestimmter Rechtsbegriff)이란 행정청에게 선택의 여지가 있는 추상적·다의적이며 불확정적인 개념을 법률이 행정행위의 요건으로 하고 있는 경우를 말한다.⁷⁴⁾ 예컨대 위험, 중대한 사유, 공공의 안녕과 질서, 경관의 침해우려, 교통의 안전과 원활성, 신뢰성 등이 이에 해당한다. 이처럼 법률이 불확정개념을 행정행위의

71) O. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ, 1955, S.97 ff.

72) C. H. Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.309.

73) 김춘환(Ⅰ), 291면.

74) 석종현(상), 256면.

요건으로 하는 경우에 행정청에 의한 이들 요건의 해석 또는 적용에 있어 판단의 여지가 인정되는가의 문제가 제기된다.

불확정개념은 엄격한 의미에서 보면 불확정(unbestimmt)되어 있지만 ‘법적 개념’(Rechtsbegriff)이므로, 처분요건이 불확정개념으로 규정되어 있는 경우에도, 법률상으로는 행정청에 여러 행위 중에서의 선택의 가능성이 인정되지 아니하고 다만 하나의 결정만을 적법한 것으로 인정한다.⁷⁵⁾ 그러나 불확정개념을 구체적 사실관계에 적용함에 있어서는 가치판단이나 장래 혹은 예측적 판단이 필요한 경우가 있는데, 그 경우에는 여러 관점이나 이익이 검토되고 형량 되어야 하는 까닭에 법적으로는 오직 하나의 결정만이 적법한 것으로서 허용되는 것이기는 하나, 그것이 항상 의문의 여지없이 확정될 수 있는 것은 아니다.

그리하여 바호프는 “사실의 불확정개념에의 포섭에 있어서 일정한 경우 및 일정한 한도에 있어서는 법원의 재판통제에서 배제되는 독자적 판단의 여지가 행정청에게 인정 된다”고 주장하였고⁷⁶⁾, 올레도 “사실의 관계법상의 불확정개념으로서의 가치개념에의 포섭에 있어서는 반드시 일의적 결론에 도달하는 것은 아닌 것이므로, 한계사례(Grenzfälle)에 있어서는 가능한 결정이 모두 대체가능한 적법한 결정으로 보아야 한다”⁷⁷⁾고 주장하였다.⁷⁸⁾

2. 불확정개념의 종류

이와 같이 바호프나 올레는 모두 행정청에 있어서 판단의 여지는 불확정개념의 해석단계가 아니라 구체적 사실의 불확정개념에의 포섭단계에서 인정된다고 한다.

이에 대하여 에릭센은 불확정개념을 경험개념과 가치개념으로 구분⁷⁹⁾하여, 후자

75) 불확정개념의 해석은 그 개념의 법적 내용의 파악이기 때문에 법적 문제이다. 따라서 입법자가 불확정개념을 사용하여 구성요건을 정하였을 때, 구체적 상황 하에서 그 의미는 다의적인 것이 아니고 법률의 의미에서 하나의 정당한 의미만이 있을 뿐이다. 물론 어느 것이 정당한 것인가는 어려운 문제이나 그것은 별개의 문제이다. 요컨대 불확정개념의 해석은 다수의 행위 중에서의 선택이 아니라 사실관계의 평가를 통해 법률이 의도하는 정당한 하나의 결정을 발견하기 위한 인식작용이다(홍정선(하), 267면).

76) H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht 1(München: Verlag C. H. Beck, 1974), S.92.

77) C. H. Ule, a. a O., S.309 f.

78) 김동희(I), 241면.

79) 경험개념이란 위험, 공익, 주간, 야간, 쓰레기, 음료수 등의 개념과 같이 지각할 수 있고

에 대하여는 그 해석에 있어서도 행정청에 판단의 여지가 인정될 수 있다고 보고 있다. 왜냐하면 경험개념의 경우 그 내용은 경험측에 의하여 확정될 수 있는 것이나, 가치개념의 내용을 해석함에 있어서는 주관적 가치판단이 필요한 것이기 때문이라는 것이다.⁸⁰⁾

그러나 양자의 구분이 언제나 가능 하는지 의문이 있고 실제 가치개념에 있어서는 그 내용이 대부분의 경우 구체적 적용단계에서 확정되므로, 그 해석과 포섭단계가 실제상으로는 구별되지 않는다는 점을 감안하면 양자개념의 구별이 실익은 없다.⁸¹⁾

3. 불확정개념과 재량개념의 구별

행정에 대한 법적 구속이 완화된 것으로 볼 수 있는 경우로는 요건부분이 불확정적인 경우와 행위(효과)부분이 선택적인 경우가 있음은 물론이다. 그런데 독일의 경우 1950년대 이전에는 양자의 경우 모두를 재량 문제로 다루어 왔다.⁸²⁾ 말하자면 과거에는 ‘재량은 다수의 행위 사이에서, 그리고 구성요건에 대한 많은 판단 사이에서 고유한 형량에 따라 선택할 수 있는 법에 근거한 고권주체의 능력’⁸³⁾으로 이해되었다.⁸⁴⁾

경험할 수 있는 대상과 관련된 개념이나 가치개념은 신뢰성, 필요성 등의 개념과 같이 주관적 요소·주관적 평가 등의 가치충족을 통해 파악되는 개념을 말한다(석종현(상), 257면; 홍정선(상), 267면).

80) Erichsen, Verwaltungshandeln in Erichsen · Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht(Berlin. New York: Walter de Gruyter, 1986), S.191; 김동희(I), 242면.

81) 김동희(I), 242면.

82) Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998, S.132.

83) F. Mayer, Das Opportunitätsprinzip in des Verwaltung, 1963, S.16.

84) 1950년대 이전의 독일의 이론은 재량을 다시 자유재량(freies Ermessen)과 기속재량(gebundenes Ermessen)으로 구분하였다. 자유재량이란 행정청의 행위에 대하여 법상 아무런 규율이 없거나, 또는 하나의 규율에 많은 선택가능성이 있는 경우의 재량으로 이해하였고, 기속재량이란 요건이 충족되면 하나의 행정행위를 발령하거나 거부하여야 할 경우, 또는 법률이 불확정개념을 사용하고 있는 경우의 재량으로 이해하였다(Harry V. Rosen-v. Hoewel, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 1977, S.25 ff). 그런데 1950년대에 이르러 불확정개념은 판단여지설의 등장으로 재량문제가 아니라 요건과 관련한 판단여지의 문제라는 인식이 일반화되었다(Wallerath, a. a. O.,

순수하게 법 이론적 관점에서 본다면, 행정은 규범의 구체화 과정이기 때문에 당해 규범이 정한 범위 내에서 고유한 판단으로 구체화하면 된다고 볼 것이고, 따라서 이러한 고유한 결정을 재량이라고 할 수 있다.⁸⁵⁾ 그러나 법의 해석·적용문제는 실정법이 지향하는 기본원리 하에 이루어져야 하므로 재량개념도 실정법적인 관점에서 정해져야 한다. 법치국가원리상 규범의 구성요건은 객관적인 것으로서 요건충족의 판단은 예견 가능해야 하므로, 요건의 면에서 재량을 부여한다는 것은 있을 수 없다고 생각된다. 만약 인정한다면, 법령의 요건이 갖는 보호기능·보장기능은 파괴될 것이다. 요컨대 법치국가원리상 구성요건의 해석문제는 재량문제일 수가 없다.⁸⁶⁾ 환언하면 판단재량이나 요건재량은 인정하기 곤란하다고 볼 것이다.⁸⁷⁾ 재량이 주어진다면 그것은 법규상의 전제요건이 충족된 후 법적 효과와 관련하여서이다(행위재량). 따라서 요건부분이 불확정적인 경우와 효과부분이 선택적인 경우는 구분되어야 한다. 따라서 재량은 언제나 법효과재량이고, 판단여지는 원칙적으로 구성요건의 문제로 보아야 한다.⁸⁸⁾ 결국 후자를 불확정개념의 문제로, 전자를 재량문제로 보아야 한다.

4. 불확정개념의 해석

오늘날의 일반적인 견해에 의하면 불확정개념의 해석은 그 개념의 법적 내용의 파악이기 때문에 법적 문제이다. 따라서 입법자가 불확정개념을 사용하여 구성요건을 정하였을 때, 구체적인 상황하에서 그 의미는 다의적인 것이 아니고 법률의 의미에서 하나의 정당한 의미만이 있을 뿐이다. 물론 어느 것이 정당한 것인가는 어려운 문제이나 그것은 별개의 문제이다.

요컨대 불확정개념의 해석은 다수의 행위 중에서의 선택이 아니라 법의 적용이

S.133).

85) Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1981, S.114.

86) Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, Verwaltungsrecht, 1982, S.85; Scholz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1984, S.82.

87) F. Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1977, S.16.

88) 불확정개념과 재량개념을 대비시키는 것은 독일의 판례(BVerfGE 49, 24, 66; BVerwGE 59, 213ff; 61, 176ff; 63, 3ff)와 지배적인 학설(Achterberg, Hofmann/Gerke, Maurer, Püttner, Ossenbühl, Wittern, Wallerath 등)의 입장이다.

다.

불확정개념의 해석·적용은 법적 문제이기 때문에 그것은 원칙적으로 사법심사의 대상이 되어야 한다. 그러나 구체적인 경우 무엇이 하나의 정당한 해석인가와 관련하여 어려운 문제가 생긴다. 왜냐하면 동일한 불확정개념을 적용함에 있어 법을 적용하는 기관마다 서로 다른 결정을 할 수도 있기 때문이다. 이 때문에 행정기관에 대해 불확정개념의 해석시 어느 정도 자유로운 판단의 여지를 인정할 것인가의 문제가 생긴다. 이것은 결국 불확정개념의 의미내용은 법원과 행정청 중에서 누가 최종적으로 결정할 것인가의 문제에서 원칙은 법원이나 예외적으로 행정청도 최종적인 결정자가 될 수 있는가의 문제이다. 바꾸어 말하면 불확정개념에서도 행정청은 고유한 판단영역을 갖는가? 그리고 갖는다면 어느 범위까지 갖는가 문제된다. 이와 관련하여 불확정개념의 해석에는 하나의 정당한 결정만이 있다는 전제하에 불확정개념의 추상적 의미내용의 확인은 원칙적으로 사법심사의 대상이 되나 여기에도 한계를 설정하려는 것이 오늘날의 독일이나 우리의 일반적인 경향인 것으로 보인다.⁸⁹⁾ 말하자면 불확정개념의 해석은 다만 행정의 법적 구속 하에서만 가능하다는 입장이다.

불확정개념의 해석에 있어서 법적으로 등가치한 상이한 판단이 가능한 한계적인 영역의 경우에 행정청은 예외적으로 사법심사가 곤란한 판단의 여지를 갖는다 하거나, 또는 한계적인 경우에 여러 결정이 가능할 때 행정청의 판단에 고유한 평가가 주어져야 한다는 즉, 행정청의 결정이 대체가능한 범위 내에서 이루어진 것이라면 그것이 적법한 것이 되어 사법통제가 제한된다는 견해 등이 그것이다. 전자의 견해를 판단여지설, 후자의 견해를 대체가능성설이라고 부른다. 하여튼 이러한 견해는 불확정개념의 해석에 있어서 특정 한계 내에서는 행정청이 최종적으로 판단·결정한 권리를 부여받았음을 뜻하게 된다. 그렇다고 이러한 이론이 행정청에 대해 선택의 자유가 부여되었음을 뜻하는 것은 아님을 주의할 필요가 있다. 말하자면 “판단여지가 인정된다는 재심 불가능한 영역을 인정한다는 것이 아니라 재심이 가능하기는 하지만 단지 질적으로 상이한 영역이 문제되고 있기 때문에 행정청의 판단을 존중 한다”는 것을 의미한다.

89) 행정청은 그 판단에 있어 ① 절차규정을 준수하여야 하고, ② 정확한 사실관계에 근거하여 하며, ③ 직접 관계없는 사항에 대한 고려에서 판단을 도출하여서는 아니 되며, ④ 일반적으로 인정된 평가기준을 무시해서는 안 된다. 따라서 행정청의 판단에 자의가 개입되거나 판단여지의 한계를 벗어나는 때에는 위법이 된다(김춘환(I), 295면).

II. 위협의 해석

경찰이 방지할 위협을 해석·판단하는 것은 매우 어려운 일이다. 그러기에 우리의 경찰관직무집행법에서는 ‘공공의 안녕·질서의 유지’라는 식으로 혹은 독일의 여러 경찰법규에서는 ‘공공의 안녕·질서에 대한 위협의 방지’라는 식의 불확정개념으로서 규정하고 있다.⁹⁰⁾ 따라서 이와 관련하여 중요한 문제는 위협의 존재여부의 판단이 법률문제로서 전면적인 법원의 사법심사대상이 되는가 여부 혹은 어느 정도의 판단여지가 인정되는가의 문제가 아니라 경찰법상 위협을 어떠한 기준을 가지고 해석하느냐이다. 위협을 해석함에 있어 그 판단은 용이하지 않지만 대체로 다음과 같은 경우에는 위협을 해석함에 있어 기준이 될 수 있다.⁹¹⁾

1. 통상적인 법규정의 위반

당해 규범에 의해 보호되는 법익의 침해가 존재하지 않아도 그 자체로서 이미 위협의 예방의 필요성이 인정된다고 하겠다. 예컨대 야간에 사람이 없는 도로에서 신호를 준수하지 않는 행위나 주차금지 의무를 위반하는 경우에는 이로 인해 교통상 장애가 오지 않더라도 위협이다.

2. 법익과 가치의 감소

단순한 불이익, 부담 또는 불편함은 법익이나 가치의 감소에 포함되지 않으나 시

90) 우리나라의 경찰작용의 기본법이라고 할 수 있는 경찰관직무집행법 제2조는 경찰관의 직무범위를 말하면서 위협의 방지라는 표현을 사용하고 있지 않다. 또한 경찰법 제3조 역시 경찰임무를 규정하면서 명시적으로 위협의 방지를 규정하고 있지 않다. 단지 경찰관직무집행법은 임무규정에 있어서 위협의 방지라는 표현대신 제2조 제4호에서 위해의 방지라는 표현을 하고 있을 뿐이다. 위협방지라는 표현은 동법 제7조의 제목 ‘위험방지를 위한 출입’에서만 발견된다. 그리고 동법은 제4조 제3항의 ‘무기·흉기 등 위험을 야기할 수 있는’, 제5조의 제목 ‘위험발생의 방지’ 및 제1항 본문의 ‘위험물’, ‘위험한 사태’, 제7조 제1항의 ‘위험한 사태’ 그리고 제10조의4 제1항 제3호의 ‘위험한 물건’에서 위협이라는 용어의 사용이 발견된다. 경찰관직무집행법에서 명시적으로 사용하고 있는 위협이라는 표현은 대부분 강학상의 위험개념과 같은 의미로 파악될 수 있으며 이 점에서 그에 대한 특별한 검토를 요하지 않는다고 볼 것이다.

91) 김춘환(특), 35-37면; 류지태(신론), 708-710면.

간과 장소에 따라서는 단순한 부담이나 불편함도 법익의 감소로 인정될 수 있다. 예컨대 단순한 소음도 낮 시간이 아닌 밤에는 건강에 대한 법익의 감소로 인정될 수 있다. 그러나 그 판단은 통상적인 경우를 기준으로 할 것이므로, 특히 민감한 성격의 사람에게나 나타나는 법익의 감소의 방지를 위해 구체적 위해성이 인정되지 않는다고 볼 것이다. 또한 법익이나 가치의 증대를 위하여 경찰기관은 권한을 갖지 못한다. 예컨대 공공복리의 배려를 위한 행위를 위해서는 경찰권을 행사할 수 없다.

3. 외부적 영향과 손해발생의 가능성

고유한 성질에 근거하여 또한 일정한 시간의 경과로 인해 자연적으로 법익이 감소한 경우, 예컨대 물건이 유통기간의 경과로 변질된 경우에는 제외되는 것이나, 이로 인해 타인의 법익을 감소시킬 때에는 즉 변질된 물품이 유통되어 타인의 건강을 해칠 수 있게 되는 경우 이에 대해서는 외부적인 원인으로 작용하게 되는 것이므로 위험을 인정될 수 있게 된다. 그리고 실제로 또는 적어도 행정기관의 행위의 시점에서 사실관계나 법적 관계를 합리적으로 평가한 결과 손해발생의 충분한 개연성이 인정될 필요가 있다.

생명이나 신체에 대한 법익과 같이 중요하고 가치성이 높은 법익이 관련될 때에는 손해발생의 개연성에 대한 요구가 좀더 낮은 요건으로도 충분하게 된다. 또한 가능성 판단에서는 시간적인 관점도 중요하게 작용하는데 직접적으로 목전에 둔 손해의 발생으로 인해 사후적인 조치가 손해발생 가능성의 작은 개연성만으로도 위험성을 인정해야 한다. 예컨대 화학물질로 인한 토양오염의 혐의만으로도 이미 위험예방의 필요성을 인정할 수 있다.

4. 위험의 외관

행정기관이 상황을 합리적으로 평가한 결과 위험의 외관이 존재하는 경우에는 위험예방의 필요성이 인정될 수 있다. 행정기관의 관점에서 보다 구체적인 행위결정의 시점에 있어서 상황을 합리적으로 평가한 결과 위험상황이 존재하고 있었다는 사실만이 결정적인 의미를 갖는다고 보아야 할 것이다. 즉 어느 행위나 상태가

위험일지 아닐지는 경찰개입의 시점에 있어서 제반의 상황으로부터 사전적으로 판단되어 지기 때문에 위험이 있을 경우와 같이 위험의 외관도 위험으로 해석될 수 있게 된다.

5. 가까운 장래에 있어서의 손해발생의 가능성

언젠가 발생할 것이라는 정도의 시간적 간격은 위험의 해석에 있어 기준이 될 수 없다. 예컨대 양돈업이나 기타 공해를 배출하는 시설이 현재는 그 주위에 아무런 거주전용건물이 없어서 손해를 야기할 가능성이 없으나 장래에 그 주위가 주거지역으로 변경되는 경우에는 주거지역에 주민들에 대한 건강 등의 법익의 감소를 야기하게 될 것이라는 상황은 위험의 해석기준과는 관계가 없다.

제3절 위험의 유형

I. 구체적 위험

1. 구체적 위험의 의의

경찰법에 있어서의 추상적 위험·구체적 위험은 경찰명령⁹²⁾과 경찰처분의 요건을 설명하면서 정립된 관념이지만 ‘추상적’과 ‘구체적’이라고 하는 관념은 애초에는 경찰상의 위험과는 별개로 국법학의 영역에서 시작된 것이다. 과거 독일의 법제 및 이론에서 명령(Verordnung)과 처분(Verfügung)은 구별되지 않고 동일한 의미로 사용되다가 1870년경에 와서야 처분은 구체적 문제에 대한 규율로서, 명령은 일반적 내용의 규정으로서 구분되기 시작하였다. G. Jellinek는 명령과 처분의 정확한 구별의 어려움을 언급하면서도 양자의 구별을 시도한 바 있다. 그에 따르면 처분에 의

92) 1850년 4월 11일의 경찰행정법은 경찰명령이라는 용어가 아닌 경찰조직(Polizeivorschriften)이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 1872년 이래의 새로운 조직법(Organisationsgesetz)에서 최초로 경찰명령과 경찰처분이라는 용어를 사용한다(Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S.30; Thoma, Der Polizeibefehl im Badischen Recht, 1889, S.64; Walker, a. a. O., S.19).

하여서는 개별적으로 구체화된 사례가 처리됨에 반하여, 명령은 추상적인 다수의 사례들을 위한 규칙을 명하는 것을 의미한다.⁹³⁾

경찰법영역에서는 이 시기까지도 경찰명령과 경찰처분을 구별하지 않았던 1794년 프로이센 일반주법 제10조 제2항 제17호가 중심에 놓여 있었다.⁹⁴⁾ 경찰처분과 경찰명령이라는 개념의 구별은 1876년 8월 1일의 프로이센 고등행정법원의 판결에서부터 나타난다.⁹⁵⁾ 동 판결에서는 경찰명령을 일반적 법률로, 경찰처분을 구체적 사안에서의 규율로 표현하고 있다.⁹⁶⁾

1919년 Scholz는 법 효과 측면에서의 두 모습인 경찰명령과 경찰처분을 설명하면서 위험을 두 종류, 즉 경찰명령의 요건으로서의 추상적 위험과 경찰처분의 요건으로서의 구체적 위험으로 구별한다. 그는 경찰명령은 단순히 개별·구체적인 사례에 대한 것이 아니라 일반적인 효력을 가진 것이며 그의 요건이 되는 위험은 추상적 위험이라고 설명한다.⁹⁷⁾ 그러나 Scholz에 의한 추상적 위험과 구체적 위험의 구분은 그 직후 별로 호응을 얻지 못하다가⁹⁸⁾ Drews에 의해서 비로소 보다 확고해진다. Drews는 일반적으로 구속적인 경찰명령에 있어서는 그에 추상적으로 규정된 구성요건에서 도출되는 위험의 장래발생의 충분한 개연성으로 족하지만, 경찰처분은 위험이 관련된 개별적인 사례에 있어서 실제로 존재하는 경우에 적법하다고 하여 추상적 위험과 구체적 위험을 구별하고 있다.⁹⁹⁾

추상적 위험과 구체적 위험에 대한 관념은 1929년 프로이센고등법원의 이른바 양돈업자 판결¹⁰⁰⁾의 잠재적 위험(potentielle Gefahr)·현실적 위험(aktuelle Gefahr)의 구분에서도 나타난다고 설명되기도 한다. 이 판결에 따르면 잠재적인 위험은 ‘공중’ 및 ‘모든 사례들’과 연결되어 언급되고 있고, 잠재적인 양돈에 존재하는 위험은 개별사례에서 현실적 위험으로 인정되어 방지되어야 하는 것이 된다.¹⁰¹⁾ 따라서

93) Jelinek, a. a. O., S.367.

94) Walker, a. a. O., S.24.

95) ProVGE 1, 319.

96) ProVGE 1, 319(322); Walker, a. a. O., S.25.

97) Scholz, a. a. O., S.48.

98) Walker, a. a. O., S.57.

99) Drews, preußisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1995, S.7.

100) ProVGE 85, 272.

101) ProVGE 85, 272(273).

잠재적 위험을 모든 사례에서 일반적으로 고려될 수 있는 위험으로, 현실적 위험을 개별사례에서의 위험으로 파악할 수 있다고 보는 경우에는 ‘잠재적’과 ‘현실적’이라는 표현은 결과적으로 ‘추상적’ 및 ‘구체적’과 같은 의미를 갖는 것으로 이해할 수도 있게 된다.¹⁰²⁾

1931년 6월1일의 프로이센경찰행정법은 제24조에서 경찰명령에 관하여 제40조 제1항에서 경찰처분에 관한 입법적 정의를 내리고 있다. 이에 따르면 경찰명령은 불특정 다수의 사례에서 불특정 다수의 상대방에 대하여 발하여지는 경찰행정청에 의한 명령(Anordnung)을 의미하며 이에는 명령(Gebot)·금지, 법상 규정된 경찰상의 허가 또는 증명의 거부·제한·철회가 포함된다. 이와 함께 1937년 11월 18일 프로이센고등행정재판소의 판결¹⁰³⁾은 오늘날에도 여전히 인정될 수 있다고 보여 지는 구체적 위험·추상적 위험의 개념을 경찰명령 및 경찰처분과 관련하여 설명하고 있다. 그에 의하면 개별사례에 실제로 존재하는 구체적 위험은 경찰처분의 요건이 되는 것이고, 추상적 위험은 경찰명령에서 고려되는 사례들에서 통상적이거나 다수의 사례에 구체적 위험이 존재하는 경우, 혹은 경찰명령과 관련된 행위 및 상태의 유형으로부터 일상의 경험에 의하면 개별사례에서 압도적 개연성을 갖고 구체적 위험이 발생하곤 하는 경우에 긍정될 수 있다고 한다.¹⁰⁴⁾

전후 5·60년대 독일 주 경찰법은 1931년 프로이센경찰행정법의 영향을 받아 정비되었고 동법 제24조가 규정했던 경찰명령은 현재에도 독일 각주의 경찰법 또는 질서행정법에서 규정되고 있다.¹⁰⁵⁾ 또한 학설도 추상적 위험·구체적 위험의 개념

102) 자세한 내용은 Walker, a. a. O., S.62 이하 참조. 그러나 잠재적 위험을 금후 장애가 되는 요인의 본질적 변화 없이 주위 사정의 변화에 따라서 비로소 절박해지는 위험이라는 의미로 이해하여 잠재적 위험을 추상적 위험과 다른 관념으로 이해하는 견해도 있다 (Knemeyer, S.53).

103) ProVGE 101, 142.

104) ProVGE 101, 142(143).

105) 대부분 주의 입법은 경찰명령의 개념을 정의하고 있지만(예컨대 26 POG ; Gefahrenabwehrverordnungen im Sinne dieses Gesetzes sind der Gefahrenabwehr dienende Gebote oder Verbote der Ministerien oder allgemeinen Ordnungsbhörden, die für eine unbestimmte Zahl von Fällen an eine unbestimmte Anzahl von Personen gerichtet sind) 바이에른, 베를린, 함부르크, 니더작센, 작센안할트의 경우에는 정의규정이 없다. 또한 경찰명령이라는 명칭을 주의 경찰법이 동일하게 사용하고 있지는 않은바, 경찰명령(Polizeiverordnungen), 위험방지명령(Gefahrenabwehrverordnungen)등으로 사용하고 있다.

을 주로 경찰명령·경찰처분 발령시의 위험의 관념을 설명하면서 다루고 있다.

2. 개별사례에 존재하는 위험으로서의 구체적 위험

예방적 경찰조치와 관련된 우리의 대법원 판례에서는 구체적 위험이라는 용어가 사용되고 있다.¹⁰⁶⁾ 학자에 따라 구체적 위험을 ‘구체적인 개별사안에 있어서 가까운 장래에 손해발생의 충분한 가능성이 존재하는 경우’라고 설명하고 있기도 하지만¹⁰⁷⁾ 국내문헌에서의 구체적 위험개념에 대한 논의는 별로 눈에 띄지 않는다.

우리 경찰법학상 위험개념의 근간이 되는 독일 경찰법학은 구체적 위험을 기본적으로는 개별사례에(im einzelnen Falle) 존재하는 위험으로 이해하고 있다. 즉, 구체적 위험(konkrete Gefahr)·추상적 위험(abstrakte Gefahr)의 관념이 구분된 이래 독일의 판례와 학설은 양 개념을 구별하기 위한 다양한 시도를 해왔고,¹⁰⁸⁾ 개별사례에서의 위험을 구체적 위험으로 파악하는 이른바 양적 요소를 통한 이해가 주류를 이루고 있는바,¹⁰⁹⁾ ‘개별사례에 존재하는 손상발생의 충분한 개연성’,¹¹⁰⁾ ‘개별사

106) 경찰관들의 시위진압에 대항하여 시위자들이 던진 화염병에 의하여 발생한 화재로 인하여 손해를 입은 주민이 국가배상을 청구한 사건에서 「경찰관은 공공의 안녕질서유지와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호도 그 임무로 하고 있으므로 이 사건과 같은 불법시위가 발생하는 경우 공공의 안녕질서유지를 위해 이를 저지하는 한편, 그로 인하여 국민의 생명, 신체 및 재산에 대한 손해가 발생하지 않도록 적절한 조치를 취할 의무가 있음은 원심이 판시한 바와 같으나, 국가배상책임은 공무원의 직무집행이 법령에 위반한 것임을 요건으로 하는 것으로서, 공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것이라면 특별한 사정이 없는 한 이는 법령에 적합한 것이고 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니라고 할 것이며, 불법시위를 진압하는 경찰관들의 직무집행이 법령에 위반한 것이라고 하기 위하여는 그 시위진압이 불필요하거나 또는 불법시위의 태양 및 시위 장소의 상황 등에서 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 내용에 비추어 시위진압의 계속 수행 내지 그 방법 등이 현저히 합리성을 결하여 이를 위험하다고 평가할 수 있는 경우이어야 할 것이다」고 판시하여 具體的 危險의 존재가 경찰에 의한 權利侵害的인 豫防的 警察措置의 要件임을 밝히고 있다(대법원 1997 7. 25, 94다 2480).

107) 김동희(II), 193면.

108) 다수의 사례(불특정수의 사례)/개별사례 혹은 불특정수의 수범자/특정수의 수범자라고 하는 양적 요소, 미래의 위험/현재의 위험이라는 시간적 요소, 손상발생개연성의 정도라는 예측적 요소 등에 의한 학설, 판례상의 구별에 대한 분석적 고찰에 대해서는 Walker, a. a. O., S.96 ff 참조.

109) OVG Münster OVG 3, 85(98); 13, 280(281); HessVGH ESUGH 1, 232(233); BW

례에 존재하는 위험 또는 생활현실에 존재하는 구체적 사정에서 발생하는 위험¹¹¹⁾ 등의 설명이 그것이다.

구체적 위험을 이와 같이 이해하는 것은 구체적 위험이 추상적 위험을 요건으로 하는 경찰명령(Polizeiverordnung)과 구별되는 개념으로서의 경찰처분(Polizeiverfugung)의 요건을 설명하면서 정립된 관념이라는 데에 기인한다. 경찰처분은 판단이 가능한 구체적인 개별경우에 언젠가는 그러나 조망할 수 있는 미래에 상당한 개연성을 가지고 손상이 예상되는 경우에 행해지는 것으로서 경찰처분의 요건이 되는 위험은 개별사례에 실재하는 위험이다. 이러한 개별사례에 실재하는 위험이 구체적 위험이 된다. 그에 비해서 경찰명령은 특정한 행위방식 혹은 상태에 대한 일반·추상적 고찰에 의하면 개별사례에서 손상이 발생하곤 하여 재차 개별사례에서의 손상발생에 대한 판단 없이 법규범에 의하여 이를 퇴치할 필요가 있는 경우에 발령되는 것으로서, 불특정수의 사례에서 불특정수의 인에 대하여 발하여지는 추상적·일반적 규율이며 그의 발령요건이 되는 위험은 존재하는 현실사건에 따른 위험이 아니라 단지 가정적인, 상상된 비실재적인 위험이다.¹¹²⁾ 이처럼 경찰명령의 규율대상이 되는 불특정다수의 사례에 있어서의 위험이 추상적 위험이 된다.¹¹³⁾

VGH ESVGH 7, 54(58), BVerwGE 12, 87(89); 35, 319(321); BVerwG DVBl. 73, 857(858); BVerwGE 28. 310(315 ff); DÖV 1968, 285, BayVG in BayVBl. 1984, 272(276); Schroeter Zur Abstrakten Gefahr, DVBl. 57, 415 ; Scheer/Trubel, Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 01. 6. Aufl.. 1931, S.37; Krollmann, Das hessische Gesetz ber die ffentliche Sicherheit und Ordnung, 3. Aufl.. 2004, S.21 ff; Schneider/Möder, Anmerkung zu BVerwG, DVBl. 1973, S.861; Heise, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 1976, S.21.

110) Denninger, a. a. O., S.215(Rn.32).

111) Götz, S.60(Rn.144).

112) Götz, S.263(Rn.632).

113) 이처럼 추상적 위험이 존재하고 이를 경찰명령으로 규율하는 경우, 경찰명령의 일반적 명령 또는 금지가 과잉금지원칙에 반하지 않는 한, 개별사례에서 경찰명령상의 보호법익에 대한 구체적 위험이 확인되지 않는다 하더라도 경찰명령에 근거하여 행해지는 경찰조치는 단지 추상적 위험의 방지를 위해 발하여진 명령 또는 금지에 대한 위반임을 적시하면 충분하고 구체적인 사례에서 보호법익에 대한 위험이 존재할 것을 요하지는 않는다고 한다. 예컨대 적색신호에 차도를 횡단하는 자는 야간에 주변에 소통하는 차량이 없더라도 교란자가 된다는 설명이 그것이다(Denninger, a. a. O., S.216(Rn.33); Gotz. S.234). 그러나 엄밀히 고찰해보면 그와 같은 경우에도 구체적 위험 혹은 장애가 존재한다고 할 수 있다. 즉 법령위반 또는 공공의 안녕의 보호법익으로서의 도로교통에 대한 훼손이라는

이처럼 구체적 위험을 개별사례에서의 위험이라고 하는 양적 요소를 중심으로 구별하는 것에 기본적으로는 찬성할 수 있다고 할 것이지만, 독일에서와 같이 양적 요소를 전면에 내세우는 경우 구체적 위험이 항상 명확한 것만은 아닐 수 있으며 특히 추상적 위험과 반드시 명확하게 구별되지 않을 수도 있다는 문제가 있다.

우선 개별사례라고 하는 것이 규율되는 사정에 대한 것인지 관련된 수범자에 대한 것인지 아니면 양자 모두에 있어서 그런 것인지 다투어질 수 있고, 어떠한 사정이라고 하는 것이 여러 구성요소에 의해서 이루어져 있어 보는 관점에 따라서는 각기 다른 사정으로 파악될 수도 있기 때문이다.¹¹⁴⁾ 또한 양적 요소를 강조하여 개별사례에 대한 규율인 경찰처분의 발령요건이 구체적 위험이라고 설명하는 경우, 일반처분에 해당하는지 혹은 법규에 해당하는지 논란의 소지가 있는 규율에 있어서는 그러한 규율의 形式을 무엇으로 파악하느냐에 따라서 위험의 종류가 유동적일 수 있는 모순이 발생할 수도 있다.¹¹⁵⁾ 이와 같은 문제점 때문에 구체적 위험에

구체적 위험 내지 장애가 존재하는 것이다(Schenke, S.199).

114) 화력발전소의 냉각탑에서 나오는 수증기로 인하여 발전소 주변의 도로가 일정한 기온 하에서 결빙될 가능성이 존재하여 행정청이 화력발전소의 경영자에게 오직 냉각탑에서 나오는 수증기로 인하여 빙판이 만들어지는 경우에는 그를 제거할 의무를 부과하는 경우 시간적 관점에서 보면 매번 빙판이 만들어질 때마다의 불특정 다수의 경우가 되고 공간적 관점에서 보면 개별경우에 대한 조치가 되며, 이와 같은 규율이 이루어지는 수범자는 특정인이 되므로 양적 관점에서의 구별에 의존하는 경우 그것이 구체적 위험인지 추상적 위험인지 명확하지 않게 된다. 위험의 종류에 대한 논란에도 불구하고 이와 같은 규율은 특정의 상대방에 대한 조치라는 점에서 행정행위의 성격을 갖는 경찰처분으로 파악되고 있다. 이 사례에 대해서는 OVG Münster, OVG 16, 259 ff; 서정범, “경찰의 행위형식으로서의 경찰명령과 경찰상의 행정행위,” 「안암법학」 제8호, (안암법학회, 1998), 111면 이하 참조.

115) 예컨대 전염병위험으로 방송을 통한 상치의 판매금지 혹은 사고 위험으로 표지판을 설치하여 호수의 특정지역에 대한 수영을 금지하는 경우에 있어서 전자의 경우 기존의 야채와 생필품상을 생각하면 수범자 범위가 특정될 수 있는 것으로 보아 일반처분으로 볼 수 있지만 저렴한 판매를 이용하여 고객이 상치를 이웃과 친구에게 다시 팔 수 있다는 점을 고려하면 특정가능성에 대한 의문이 제기될 수 있고, 후자의 경우에도 당해 호수 어귀의 풀밭에서 즐기는 사람을 생각한다면 금지가 발하여진 특정된 인적 범위를 생각할 수 있지만 그 누구도 이 장소에서 수영할 수 없다는 점을 전면에 내세우면 그러한 금지는 불특정다수의 사람에 대한 것으로서 범규로 볼 수도 있다. 이 경우 개별사례에서의 처분에 대한 요건인 구체적 위험, 불특정다수의 경우에 대한 범규로서의 경찰명령의 요건이 추상적 경험이 된다고 하면 작용형식에 대한 판단결과에 따라서 규율이 이루어지는 사정이 구체적 위험으로도 추상적 위험으로도 될 수 있게 되는데 이는 수긍할 수 없다. 오히려 규율대상이 되는 위험이 구체적인지 추상적인지에 따라 범효과로서의 두 측면인

대한 보다 정확한 이해를 위해서는 양적 요소이외의 다른 개념 징표에 대한 고찰도 필요하다.¹¹⁶⁾

3. 구체적 위험에서의 예측적 · 시간적 요소

위험의 개념요소로서의 손상발생의 개연성은 구체적 위험에서만 요구되는 것이 아니라 추상적 위험에서도 요구되는 것이다.¹¹⁷⁾ 또한 단순한 개연성 혹은 충분한 개연성 등의 기준이 명확하게 설정될 수 있는 것도 아니기 때문에 개연성의 정도와 관련하여 추상적 위험과 구별되는 의미에서의 구체적 위험의 관념을 파악하기는 어려울 것이다.¹¹⁸⁾ 그러나 예측의 방식에 있어서는 추상적 위험과 구별되는 구체적 위험의 특징을 파악할 수 있다.

먼저 구체적 위험의 판단에 있어서는 현재에 행하여지는, 미래의 '손해'에 대한 개연성 판단이라는 단일예측(Einzelprognose)이 이루어진다. 그에 비해서 추상적 위험은 장래 일정한 사정이 존재하는 경우 그것이 위험을 야기할 것이라고 현재 판단되는 경우로서, 그의 판단에 있어서는 장래 일정한 사정이 존재하는지에 대한 현재의 판단(예측)과 더불어 그러한 일정한 사정의 존재가 (더 먼 장래의) 법익손상 초래의 개연성을 갖는가에 대한 판단이 함께 이루어지는 구조를 갖는다. 즉 추상적 위험에 있어서는 현재에 행하여지는 미래의 '위험'에 대한 예측인 이른바 이중예측(Doppelprognose)이 이루어진다.¹¹⁹⁾

경찰처분 혹은 경찰명령이 결정되어야 할 것이다. 이 점에서 Rachor가 인적범위의 특정 가능성을 구체적 사정에 대한 개인의 연관성으로부터 도출하여 구체적으로 존재하는 위험에 원인을 제공 할 수 있는 모든 자가 수범자의 범위에 포함되고 위험의 구체성이 수범자범위의 특징에 대해 의미를 가질 수 있다고 설명하는 것은 경청할 만하다(Rachor, Polizeihandeln in Lisken/Denninger Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2003, S.321(Rn.56)).

116) 양적 요소에 의한 구별에 반대하는 견해로는 Walker, a. a. O., S.128 참조; 또한 Knemeyer교수는 구체적 위험을 '구체적인 장소와 시간에 의하여 특정되거나 특정될 수 있는 사정으로부터 발생 되는 위험'이라고 표현하고 있는바 논란의 소지가 보다 적은 개념정의라고 볼 수 있을 것이다(Knemeyer, S.51(Rn.62)).

117) Denninger, a. a. O., S.216(Rn32)

118) Walker, a. a. O., S.110 ff; BVerwG DÖV 70. 713(715).

119) 이른바 이중예측의 개념에 대해서는 Walker, a. a. O., S.42 참조.

추상적 위험개념에 대한 국내 문헌에서의 ‘구체적 위험의 예견 가능성’,¹²⁰⁾ 독일 문헌들에서의 ‘구체적 위험의 관념적 가능성’ 혹은 ‘일반적 생활경험 또는 전문지식을 지닌 기관의 인식에 따르면 존재할 수 있는 사정의 발생이 위험을 구성하는 경우’,¹²¹⁾ ‘생활현실에서 발견되는 것이 아닌, 일반화 혹은 추상화에 의하여 관념적으로 형성된 일반적이고 추상적으로 묘사된 사정에 근거한 위험’,¹²²⁾ ‘일반적으로 특정한 행위양식 혹은 상태로부터 발생하곤 하는 손상발생의 충분한 개연성’,¹²³⁾ ‘공공의 안녕과 질서의 손상에 대한 충분한 개연성이 일반적으로 고려되는 관념적이고 추상적인 사정’¹²⁴⁾ 등의 설명은 추상적 위험을 장래 일정한 사정이 존재하는 경우 그것이 위험을 야기할 것이라고 현재 판단되는 경우로 이해하는 것으로서 위험 판단에서의 이중예측의 모습을 상징하고 있음을 보여주고 있다. 추상적 위험을 그것이 발생하는 경우 (구체적) 위험이 되는, 일반적인 생활경험 혹은 전문적인 기관의 인식에 의하면 있을 수 있는 사정이라고 정의하고 있는 몇 개 주의 입법에서도¹²⁵⁾ 추상적 위험의 개념적 징표로서의 이중예측을 발견할 수 있다.

앞서 위험개념의 설명에서 본 바와 같이 위험성립을 위한 손상발생의 시간적 접근성이 명확하게 설명될 수 있는 것은 아니기 때문에 순전히 시간적 관점에서 구체적 위험을 파악할 수는 없을 것이다.¹²⁶⁾ 다만 현재의 위험·미래의 위험이라는 시간적 요소를 예측방식과 연결 지어 구체적 위험을 파악하는 기준으로 활용할 수는 있을 것이다. 즉, 구체적 위험은 손해를 유발하는 요인이 현재 발견되는 경우, 다시 말해서 손해를 일으키는 현존하는 요소가 고려되는 경우 -현재의 위험- 에 인정될 수 있다. 요컨대 이미 발생한 사정으로부터 존재하는 현재의 위험에 대한 처분에 있어서는 구체적 위험이 문제되는 것이다. 현재의 위험으로서의 구체적 위험 관념은 시간적으로 가장 급박한 형태의 현재의 위험으로 설명되는 장해의 경우에 있어

120) 김동희(II), 193면.

121) Denninger, a. a. O., S.216(Rn. 32).

122) Götz, S.50(Rn.145).

123) BayVerfGH in BayVBl. 1995, 76(80).

124) Knemeyer, S.52(Rn.65).

125) §§ 2 Nr. 2 NdsGefAG, 3 Nr. 3f SOG, 54 Nr. 3e th OBG.

126) Denninger, a. a. O., S.216(Rn.32); Walker의 설명에 의하면 현재 존재하는 위험은 미래의 손상에 대한 예측이 있는 경우 및 위험이 미래에도 존재하는 경우를 포함하는 것이라고 한다(Walker, a. a. O., S.133).

서 뚜렷이 나타난다.¹²⁷⁾ 그에 비해서 손상을 일으키는 요인이 현재 존재하지 않고 미래에 존재한다고 사유법칙에 의해서 추론되는 경우 -미래의 위험- 에는 추상적 위험이 존재하게 된다.¹²⁸⁾ 즉 경찰명령의 발령, 미래의 범죄를 피하기 위한 경찰작용, 위험의 사전대비(Gefahrenvorsorge)에서처럼 손해를 일으키는 요인의 장래 존재가 문제되는 경우 그 때의 위험은 미래의 위험으로서 추상적 위험이 된다.¹²⁹⁾

II. 외관상 위험

1. 외관상 위험의 의의

(1) 개 설

경찰 및 질서행정청이 위험방지조치를 강구하기 위한 중핵적 요건인 위험이란 「어떤 행위 혹은 어떤 상태에 의해 객관적으로 야기할 수 있는 현상을 그대로 방치하면 경찰상 보호법익에 대해 손해를 가져오는 충분한 개연성이 있는 사실상태」를 의미한다.¹³⁰⁾

이러한 개념규정에 의하여 「경찰상 보호법익」이나 「손해」에 관해서도 검토해야 하는 부분은 있다고 할 수 있다. 또한 이미 발생한 장애의 제거도 경찰의 위험방지 영역에서 응급적인 권한에 포함되지만 반드시 위험개념의 중심적 문제인 것은 아니다.

127) Götz, S.263(Rn. 632).

128) Walker, a. a. O., S.133 ff.

129) 다만, 리스크사전대비(Riskvorsorge)는 손상발생의 개연성을 밀도는 것으로 예측되는 단계, 즉 구체적이든 추상적이든, 위험에 이르지 않은 것에 대한 작용이다(Walker, a. a. O., S.220).

130) Denninger, a. a. O., S.29; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.223; Friauf, S.45; Gusy, S.108; Götz, S.140; Habermehl, Polizei-und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 1993, S.62; Knemeyer, S.61; Schenke, S.46; Schoch, Grundfälle zum Polizei-und Ordnungsrecht, JuS 1994, S.667; Scholler/Schloer, Grundzüge des Polizei-und Ordnungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 1993, S.68 ff; Tettinger, S.312; Würtenberger, Polizei-und Ordnungsrecht, in:Achterberg/Püttner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Bd., 1992, S.149 ff.

위험개념의 중심적 문제는 위험방지를 위해 장래 발생할 수 있는 손해를 대상으로 위험방지조치가 강구되어지므로 손해 발생의 충분한 개연성의 여부 즉, 위험예측의 적부문제이다.¹³¹⁾

이러한 위험예측에 근거한 경찰권 행사가 어떤 경우에 위법 혹은 적법이 되는지에 대해서는 독일 위험 방지영역에서 논의 되고 있는 외관상 위험과 오상의 위험 및 위험의 혐의 중에서 특히 외관상의 위험과 위험의 혐의 등을 살펴보아야 한다. 왜냐하면 오상의 위험에 의한 조치가 위법인 것은 학설상 일치 하고 있지만, 외관상 위험 및 위험의 혐의를 위험방지영역에서 진정한 위험인지 여부에 관한 논란이 있고, 그 논의의 궁극적인 목적은 법치국가에 있어서의 경찰권행사와 인권보장·보호 등과 밀접한 관계가 있기 때문이다.

일반적인 견해로는 오상의 위험이란 행위시의 사려있는 평가에 의하면 위험의 존재에 관해 전혀 근거가 없음에도 불구하고 행위자인 경찰이 손해발생에 관해 충분한 개연성이 있다고 오인한 경우를 말한다.¹³²⁾ 이런 경우 사전평가(주관적 고찰)를 사후평가(객관적 고찰)로 보아도 법적의미에서의 위험은 존재하지 않는다.¹³³⁾ 따라서 그럼에도 불구하고 경찰이 권한을 행사했을 때는 의무위반 내지는 위법이라고 판단된다.

이에 반해 외관상 위험이란 경찰권한행사의 시점에 객관적 관찰자로서 혹은 당시의 이념형상의 평균적 직무관리자로서 모든 사실상황에 근거하여 하자 없이 평가한 경우에 위험이 존재한다고 하는 결론에 다르지만 실제로는 그 위험이 존재하지 않았던 때를 말한다.¹³⁴⁾

131) 위험의 존부판정에 해당하는 「충분한 개연성」이 중요한 이유는 손해발생은 방지되어져야 하지만 만약 손해발생을 완벽하게 가정할 수 없을 때에는 경찰은 위험방지를 위한 권한 행사를 허용할 수 없다고 하는 양면적 의미를 가지기 때문이다. 또한 이러한 위험예측에는 사실상황 확정과 비교형량의 두 요소가 포함되어 진다. 사실상황의 확정에는 손해가 발생할 수 있는 것을 나타내는 증거와 손해가 발생 되지 않는다는 반대증거를 각각 규명하는 것이 포함되어지고, 비교형량에는 위험방지를 위한 경찰권한을 행사한 경우 보호되는 법익과 침해되는 법익의 형량에 대한 비례원칙의 고려가 중요한 점이다. 따라서 생명·신체와 같은 중요한 법익의 경우에는 손해발생의 개연성 정도가 비교적 적더라도 위험이 존재한다고 판단할 수 있다(下山憲治, “危險の豫測とその防止手段に關する一考察,” 「行政法と租稅法の課題と展望」, (成文堂, 2000), 169面).

132) Dnninger, a. a. O., S.39; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.225; Friauf, S.54; Habermehl, a. a. O., S.81; Schenke, S.57.

133) Knemeyer, S.71.

그리고 이 외관상의 위험에 근거하는 권한행사는 적법이라고 여겨진다.

이들 오상의 위험과 외관상의 위험에서는 실제로 위험은 존재하지 않았던 점이 공통하고 있지만,¹³⁵⁾ 위험방지를 위한 경찰권 행사의 법적 평가에 있어서 어떠한 시점을 그 평가 대상으로 할 것인가에 관해서는 왜 따로따로 취급되어지고, 그리고 직무 책임에 있어서 유책성판단시에도 문제가 되는 「이념형상의 평균적 직무관리자」 등 이라고 하는 기준이 왜 그 평가 때에 이용되는지 이 점에 주목해서 이하에서는 가장 논의가 집중했던 1970년대부터 1990년대 후반에 있어서의 독일학설을 중심으로 분석하고자 한다.

(2) 주관적 위험개념론과 객관적 위험개념론

독일에서 주관적 위험개념론을 제창한 자는 호프만·리임(Hoffmann-Riem)교수다. 동 교수에 따르면 경찰권 행사시에 입수할 수 있는 데이터를 진단하여 경찰권한행사에 필요한 정도의 개연성이 판명 되고 거기에 근거한 경찰권 행사는 사후적 증거에 의해 사실관계의 진단이 잘못이라고 논증되어도 위법이라고 평가되지 않지만, 그 진단이 규범적 표준으로부터 일탈한 주관적 판단에 근거할 때는 위법이 된다고 한다. 따라서 진단의 주관적 평가의 메카니즘이 합리화 되어야 한다는 문제에 대한 관심으로부터 호프만·리임 교수는 “개연성 판단은 범규범에 의해 구상된 판단자에 완전히 맡겨진다. 판단자의 판단 능력은 경험적으로 측정 가능한 평균인이 아니라, 이념형으로서 측정해야 하는 평균인에 대응하는 것이 아니면 안 된다. 여

134) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.226; Friauf, S.53; Gusy, S.121.

135) 외관상 위험(Anscheingefahr)이라는 것은 손해발생의 예측을 하는 경찰의 눈으로부터 봤을 때 어떤 행위와 상태가 「위험」에 해당하지만, 현실로는 손해발생의 가능성이 없는 것을 말한다. 단지 실제로 개입하는 경찰의 눈으로 보는 것 뿐 만 아니라, 합법적이고 또한 능력이 있고 식견이 풍부한 직원이라 해도 같은 판단에 이르는 경우에 한 하여진다. 그렇지 않을 경우에는 실제의 경찰의 판단은 왜곡된 것이 되어 이것을 오상위험이라 한다. 예컨대 집안에서 도움을 청하는 비명소리가 들렸지만 라디오 또는 텔레비전 방송극이었다든가 또는 남자가 나이프를 가지고 다른 남자에게 덤벼들려 하고 있지만 실은 영화 촬영인 경우 전자의 경우가 외관상 위험이고 후자의 경우에 현장에 촬영 중이라는 간판이 걸어져 있으면 「위험」은 없다는 사실을 알 수 있었기 때문에 경찰이 「위험」하다고 판단한다면 그것은 오상위험이다. 그런데 영화의 촬영이라고 하는 것이 현장의 상황만으로는 알 수 없고, 경찰의 판단을 비난할 수 없을 때에는 외관상 위험이 된다(桑原勇進, “非客觀的危險,” 「行政法の發展と變革」, (有斐閣, 2001), 683面).

기서의 이념형상의 평균인이라 함은 사실상황을 「올바르게 간파하는 힘」을 가지고 판단하고 법률상의 가치질서에 적합한 「사려 깊고, 신중하며 전문적 지식이 있는 이념형상의 직무관리자」라 말한다”고 주장하였다.¹³⁶⁾

따라서 개연성 판단은 순수하게 주관적이라기보다는 규범적·주관적 개연성개념을 뜻한다고 한다.¹³⁷⁾

이러한 주관적 위험개념론이 주장되어지던 당시의 주류는 흔히 말하는 객관적 위험개념론 이었는데, 이에 따르면 경찰의 대응 조치가 허용되어진 것은 손해발생이 객관적인 가능성 혹은 객관적 개연성을 가질 때이고¹³⁸⁾ 이 위험의 객관적 존재는 재판소에 의한 사후심사에 완전히 복종해야 한다는 것이다.¹³⁹⁾ 그렇지만 객관적 위험개념론도 불확실성은 주관적 상태이지만 충분한 정보와 풍부한 경험이 있는 공정한 자에 의한 사실에 따른 판단에 근거한 손해발생의 가능성이라는 의미에서의 객관적인 가능성이 있다면 불확실하더라도 대응조치를 강구할 수 있다.¹⁴⁰⁾ 또한 어떤 생활사정이 경찰상의 위험에 해당한지 여부는 경찰의 대응 조치시점에서 인식할 수 있는 것에 근거하여 판단되어야 할 것이며, 따라서 행위자인 경찰에 의해 이루어진 사실상황의 평가가 사전시점에서 객관적으로 정당화 될 수 있을지 여부가 중요하다는 것이다.¹⁴¹⁾

이에 대하여 Götz교수는 “실제로 객관적위험이 존재하는 경우에 한해 위험방지 행정청에 침해가 용인된다. 행정청이 위험이 있다고 인정했음에도 불구하고, 사후에 위험상황이 실제로는 존재 않는 것이 판명된 경우는 강구되어진 조치는 당초부

136) Hoffmann-Riem, a. a. O., S.327 ff.

137) 이 견해는 현재까지 지배적인 견해가 되고 있으며 우리나라 경찰행정법 문헌에게 직·간접적으로 영향을 미치고 있다(이기춘, “경찰질서법상 위험개념 및 표견위험과 위험의 의의,” 「공법연구」 제31집 제4호, (한국공법학회, 2003), 371면). Hoffmann-Riem 교수는 경찰의 일상 업무에서 위험의 혐의 내지 외관과 결부되어 등장하는 경우가 많으며 경찰 책임도 이러한 혐의 내지 외관의 야기와 관련되어 판단되어 지고 있고 이에 대응하기 위한 제약조치를 정당화하기 위한 시도들은 그 비판자들에게 경찰이 범치국가적 기속의 그물망에서 빠져나갈 수 있는 구멍을 열심히 찾는 것으로 비취질 수 있기 때문에 ‘외관’ 이나 ‘혐의’라는 용어사용이 정당화 될 수 있는 영역을 구성하여야 한다고 지적하고 있다 (Hoffmann-Riem, a. a. O., S.331).

138) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.109; Götz, S.58; Scholz, a. a. O., S.18.

139) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.146.

140) Scholz, a. a. O., S.17 ff.

141) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.110.

터 위법이었다. 이처럼 행정청의 침해행위의 전제로서 실제로 위험이 반드시 존재하는 것을 요구하는 것은 자유·법치국가적 엄격주의에 의하기 때문이다. 따라서 각종 법률은 경찰·질서행정청에 의해 대응조치의 전제로서 위험이 있다는 것을 요구하고 행정청이 실수로 위험의 존재를 인정한 것으로는 불충분하다. 재판소에 의한 적법성 판단에서는 사실상황은 무제한으로 해명되어야 하지만 행정청의 위험에 대한 착각의 시인여부 또는 유책의 여부는 사후 재판소에 의한 판단에 있어서는 중요하지는 않다”고 하였다.¹⁴²⁾

또한 주관적 위험개념론은 법치국가적 통제의 심각한 축소위험이 내포되어 있다고 언급하면서 위험개념의 제한 기능과 법원의 사후 통제기능은 계속 보장되어야만 하고 ‘주관적 위험개념’으로 바뀌어가는 경향을 무제한 적으로 받아들일 수 없다고 하였다.¹⁴³⁾

독일의 경우, 객관적 위험개념론자중에도 재판소에 의한 사후시점을 기준으로 한 심사를 인정 할 것인가, 혹은 어디까지나 대응조치를 강구한 시점을 기준으로 한 심사를 인정 할 것인가에는 논쟁이 있지만 후자 쪽이 다수인 것처럼 보인다.¹⁴⁴⁾

예컨대 Darnstädt 박사는 주관적 위험개념론을 지지하면서¹⁴⁵⁾ 어떤 시점을 평가기준시로 해야만 하는가에 대하여 “현실의 세계에 있어서 많은 사실은 항상 변화하고 있을 뿐만 아니라 현실의 세계에 관한 우리들의 식견도 늘 변화하는 것이기 때문에 경찰의 예측시점과 재판소의 판결시점 중 어느 것이 객관적으로 정당한 시점인가의 문제는 어느 시점이 예측의 결과 위험방지효과가 최선의 상태가 되는 시점인가가 중요하다. 따라서 그 선택에 있어서의 기준은 최종적으로 가능한 효과적 침해시점이다. 그러므로 공무원(경찰관)의 예측시점에서의 조치행위 만을 재판소는 평가하게 된다. 따라서 외관상의 위험개념은 중요한 평가시점으로 「현실의 위험」을 충분히 명확하게 할 수 없을 때 사전과 사후와의 위험의 존재여부에 관계되는

142) Götz, S.58 f.

143) 특히 Götz교수의 객관적 위험개념론에 대하여 반면 O·Schneider는 일반적으로 위험이라는 것은 손해발생의 개연성 내지 가능성을 의미하고, 개연성은 필연적으로 예측시의 근거가 되는 사실에 관한 식견에 의함에도 불구하고 그 사실은 완전히 인식되지는 않기 때문에 객관적 위험개념론 자가 말한 것처럼 위험 요건은 경찰의 상상(Vorstellungen)에 의존하지 않을 수 없고, 따라서 객관적으로 존재하는 것이 아니면 안 된다는 것은 개념상 모순을 만들어 낸다고 주장하였다(O. Schneider, a. a. O., S.406).

144) 下山憲治, 前掲論文, 174面.

145) Darnstädt, a. a. O., S.88 ff.

딜레마를 극복하는데 도움이 되는 개념에 지나지 않는다. 그러므로 최종적으로 가능한 효과적인 침해시점이 위험예측에 있어 중요하므로 외관상의 위험은 경찰질서법상 「진짜의」 위험과 다르지 않고 「외관상의 위험」 개념은 불필요하다”고 주장하였다.¹⁴⁶⁾

(3) 결 어

이상의 독일의 논의를 볼 때 주관적 위험개념론이 지배적인 견해로 볼 수 있다.¹⁴⁷⁾

주관적 위험개념론의 중핵은 위험방지의 효과를 중시하여 위험예측에 근거한 경찰권 행사의 시점에서 위법여부의 평가를 해야 하지만, 그 예측의 타당성을 담보하기 위해 「사려 깊고, 신중하며 전문적 지식이 있는 이념형상의 관리자」라고 하는 「규범적·주관적 개연성」 판단기준을 도입하는 것에 있다. 단, 외관상의 위험이 있는 경우 그 대응 조치로서 사실상황의 잠정적 조치만이 허용 되는가 혹은 구체적 위험과 마찬가지로 종국적 조치도 허용되는가에 관해서는 논쟁이 있다.¹⁴⁸⁾ 또한 외관상의 위험이 위험방지영역에서의 「진짜」 위험이라고 한다면 실제로 위험이 없었음에도 불구하고 외관상의 위험에 관해 경찰책임을 요하는 자가 「진짜」 방해자임을 의미하고 보상청구권도 부정될 수 있다. 하지만, 이런 이론 모델은 외관상의 위험을 방지하거나 후술하는 단순한 위험의 혐의가 있는 경우에 일시적 사전조치를 강구하는 것이 증대했기 때문에 설득력을 잃고 있다. 그러므로 사후에 위험예측 결과가 잘못임이 판명 되었을 경우 보상청구권이 발생할 수 있다는 것이 증대한 문제가 된다.¹⁴⁹⁾

2. 외관상 위험의 위험해당성

앞에서 살펴본 바와 같이 외관상 위험은 현실에서는 손해발생 가능성이 전혀 없

146) Friauf, S.53; Gusy, S.121.

147) Schenke, S.46.

148) Gusy, S.121; Friauf, S.53.

149) 下山憲治, 前掲論文, 174-175面.

기 때문에 이것을 위험이라 말할 수 있을지 여부가 논쟁의 중심이었다. 그리고 위험개념의 「객관성」을 주장하는 학자들은 외관상의 위험을 경찰법상 위험개념에 포함하는 것을 부정하는 입장을 취하고 있다. 하지만 독일에서 지배적인 견해는 어느 행위나 상태가 위험일지 여부는 경찰개입의 시점에 있어서 제반의 상황으로부터 사전적으로 판단되어 지기 때문에 위험이 있을 경우와 같이 외관상 위험도 경찰법상 위험에 포함될 수 있다는 것이다. 그 결과 당연히 위험방지를 위해서 행해진 경찰의 조치도 적법하다고 평가된다. 결국 독일 경찰법상 위험개념의 해석으로서 어떤 행위나 상태가 위험할지 여부만이 문제가 될 뿐이고, 그것이 외관상 위험이라는 개념으로 나타나더라도 그것은 차후의 문제라는 것이다.

3. 외관상 위험의 경찰법적 판단

(1) 개 설

외관상 위험에서는 실제로 위험이 존재하지 않음에도 불구하고 경찰행정청이 위험이 존재하는 것으로 판단하는 등, 경찰행정청이 객관적 관찰자로서 주의의무를 다하였더라도 마찬가지로 판단하였을 경우에 문제된다.¹⁵⁰⁾ 예컨대 친구끼리 장난으로 강목을 들고 싸움을 하고 있는데, 경찰관이 진짜 싸움으로 판단한 경우를 들 수 있다. 이러한 외관상 위험은 경찰법상의 진정한 위험이다.¹⁵¹⁾ 따라서 이 경우 경찰이 위험방지를 위하여 조치하는 것은 원칙적으로 적법하다. 다만 비례원칙, 경찰재량 등 경찰권행사의 한계만이 문제된다. 그리고 외관상 위험은 경찰행정청이 개입하는 시점에서 합리적인 판단에 의할 때 위험을 인정할 수 있는 객관적인 근거는 존재하지만, 사후에 위험이 실제로는 존재하지 않았다는 것이 밝혀져야 한다. 외관상 위험¹⁵²⁾은 공공의 안녕과 질서유지에 대한 실제의 위험¹⁵³⁾은 존재하지 않고 단

150) Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Polizei- und Ordnungsrecht, München, 2002, S.80; Schenke(2002), S.36; Haus, K.L./Wohlfarth, J., Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden, 1997, S.192.

151) 외관상 위험을 진정한 의미의 위험이라 하는데, 그것이 보상법적으로도 그렇게 다루어져야 하는가에 관해서는 Schenke(2002), S.334 f에서 참조.

152) 외관상 위험은 위험의 협의와 구분해야 한다. 위험의 협의에 대한 개념과 경찰의 권한에 관하여는 Scholler/Schloer, a. a. O., S.125에서 참조.

지 시각적으로 보이는 현상이다. 결국 사전적 관점에 따라 개입의 시점에서 행위를 하는 경찰공무원이 그 상황을 위험한 것으로 판단하였을 뿐만 아니라 위험의 존재에 대한 객관적 근거가 있고, 그 후 사후적 관점에 따라 나중에야 비로소 위험이 실제로는 존재하지 않는다는 것이 밝혀질 때 외관상 위험으로 판단해야 한다.

(2) 적법성 판단시점과 책임의 문제

외관상 위험에 대하여 경찰권행사의 적법성여부가 중요한데 이는 사후적으로 경찰비례의 원칙을 고려해야 한다. 중요한 것은 외관상 위험에 대한 경찰권행사의 적법성을 판단할 때 손해발생의 개연성예측과 관련하여서는 위험예측의 시점(사전적 인 시점)이 판단의 기준이 되어야 한다.¹⁵⁴⁾ 사법기관인 재판관의 관점(사후적 관점)에서 판단해서는 아니 되므로¹⁵⁵⁾ 외관상 위험은 경찰법상 중요한 개념이다.¹⁵⁶⁾ 이 같은 외관상 위험은 경찰의 직무영역이 인정 될 수 있는지 여부에 대한 심사와 관련하여서, 그리고 경찰의 권한의 존부에 대한 심사와 관련하여서도 중요하다. 또한 경찰권 행사의 대상이 된 외관상 경찰책임자는 경찰법에 있어서 규범적인 경찰책임자이다.¹⁵⁷⁾ 따라서 경찰법상 경찰책임자 뿐만 아니라 외관상 경찰책임자에게는 손실보상청구권이 인정되지 않는다.¹⁵⁸⁾

앞서 예를 들어 본 경우와 마찬가지로, 또 하나 예를 들어 보면 맞벌이 하는 부부의 가정에 말썽피우는 아들이 있다. 이 아들이 새벽 2시경 아파트 2층으로 화단에 나무를 이용해 베란다 창문을 열려고 하고 있다. 순찰중인 경찰이 이를 보고 절도를 저지하려고 이 외관상 경찰책임자(아들)에게 경찰권을 발동하였다. 이러한 책

153) 여기서 실제의 위험은 외관상 보이는 위험의 상태를 말한다. 이러한 의미에서 위험의 협의와 다르다.

154) Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, a. a. O., S.80; Haus, K.L./Wohlfarth, J., a. a. O., S.192; Knemeyer(2003), S.23.

155) 적법성 판단은 위험예측의 시점에 있어서 경찰재량의 판단으로 의무에 적합한 것이나 에 있고, 사후적 관점에서 사법기관의 판단은 다른 문제이다. 이러한 의미에서 외관상 위험은 경찰법적 중요한 개념이다.

156) Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, a. a. O., S.80; Haus, K.L./Wohlfarth, J., a. a. O., S.193.

157) Haus, K.L./Wohlfarth, J., a. a. O., S.192.

158) 그러나 과잉금지의 원칙에 의한 문제는 남아 있다.

임은 경찰법의 경찰책임자인 아들에게 있다. 또한 경찰의 그러한 조치로 외상을 입었다면, 물론 과잉금지의 원칙에 적합한 것으로 판단한 전제하에서 외관상 위협을 야기한 자(아들)는 손실보상청구권이 없게 된다.

(3) 시간적 측면

1) 과잉금지

외관상 위협에 근거하여 경찰권을 행사하더라도 경찰이 계속적 조치가 불필요함을 알게 된 경우가 있다. 이 경우에 경찰은 조치를 즉시 중지해야 할 의무가 있다. 이는 시간적 판단에 있어서 경찰법상 과잉금지의 원칙에 지배받기 때문이다. 시간적 측면에서 과잉금지의 원칙은 경찰법상 중요한 의미가 있다. 시간적 측면에서 과잉금지에 따르면 경찰법상 경찰의 조치는 그 목적이 달성될 때까지 혹은 목적이 달성될 수 없음이 명백해질 때까지만 허용된다.¹⁵⁹⁾ 이러한 규정은 경찰의 조치가 적법했었다는 것에 근거하고 있어야 한다. 경찰의 조치가 위법한 것이라면 과잉금지의 원칙이 적용될 여지가 없다. 따라서 외관상 위협의 경우에도 경찰의 조치는 적법한 것이어야 한다. 후에 경찰의 조치는 외관상 위협이라는 것이 밝혀진 경우에 계속적 조치를 중지하는 것도 당연히 경찰법상 근거를 두고 있다.¹⁶⁰⁾ 이는 당연히 경찰법상의 위협이 아니기 때문이다. 따라서 외관상 위협이라는 것이 밝혀짐으로써 경찰법상의 위협은 사라지게 된다. 또한 경찰이 활동할 수 있는 영역은 자동적으로 없어진다.

2) 예방적 조치와 진압적 조치

외관상 위협에 대한 경찰의 위협방지와 관련하여 시간적 측면에서 사전 예방적 조치와 사후 진압적 조치를 들 수 있다. 사전 예방적 조치는 범죄행위가 행해질 우려가 있거나¹⁶¹⁾ 범죄행위가 저지되어야 하는 경우이다. 사후 진압적 조치는 범죄행

159) Knemeyer(2003), S.25.

160) 통일경찰법모범초안 제1조 제1항, 바이에른 주 경찰직무법 제2조 제1항; 이에 대한 우리나라 경찰 관련법제에서도 입법적 방안이 필요하다고 본다.

161) 여기서 특히 외관상 위협으로부터 잘 나타난다.

위가 이미 행하여지고 범인을 체포하여야 하는 경우이다.

아무튼 사전적 예방조치나 사후적 진압조치는 경찰이 조치를 취하기 이전에 객관적인 시각에서 본 조치의 목적이 있어야 한다. 이러한 영역에서도 양 조치(예방적 조치, 진압적 조치) 중 어느 영역에 속하는지 불분명할 때에는, 경찰작용의 객관적 판단이나 핵심적 법익보호라는 경찰의 재량에 따라 결정해야 한다.¹⁶²⁾ 특히 경찰의 외관상 위협에 있어서 경찰의 조치는 경찰재량론 및 헌법상 과잉금지원칙에 따라 판단해야 한다.

(4) 결 어

이상과 같이 외관상 위협의 경우를 경찰법상 쟁점으로 다시 살펴보면 다음과 같다. 먼저 외관상 위협에 대한 대응조치로서 사실상황의 해명조치만이 허용되는 것인가, 아니면 구체적 위협과 마찬가지로 중독적 조치도 허용되는 것인가에 관하여는 이론이 있다고 보여 진다. 또한 외관상 위협이 경찰법상 진정한 위협이라면 실제로는 위협이 없음에도 불구하고 외관상 위협에 대하여 경찰책임을 지는 자가 진정한 방해자이며 보상청구권도 갖지 아니한다는 것이다. 그러나 이 같은 주장은 외관상 위협을 방지하거나 단순한 위협의 혐의가 있을 때 일시적 사전조치를 모색할 것이 증대되므로 설득력이 부족하다고 본다. 그러한 이유로 사후적으로 위협예측결과가 잘못된 것으로 판명된 경우에는, 곧 여기서 보상청구권의 발생여부가 중요한 문제가 된다. 최근 독일에서는 외관상 위협에 따른 경찰 및 질서행정청의 권한행사가 주목이 되고 가능한 넓게 보상청구를 인정하려고 하는 견해가 지배적이다. 다수의 견해는 제1차적 단계에서 손해발생을 효과적으로 방지하기 위해 위험방지영역에서 사실상황의 평가에 의거한 사전의 관점이 기초가 되어야 하고, 또한 질서행정청은 외관상 방해자 대한 대응조치의 행사가 허용되어져 있지만, 제2차적 단계로서의 보상청구는 치러진 희생에 대한 정당한 조정이 중요하기 때문에 사후의 관점을 기초에 두고 새로운 평가를 필요로 한다. 또한 외관상 방해자에 귀책사유가 없는 한 비방해자에 대한 각 란트의 보상청구권 규정을 유추 적용이 가능하다고 보고

162) 이를 독일 경찰법 이론에서는 ‘Schwergewichtstheorie’라 한다(Knemeyer(2003), S.30 참조). 여기서 내용적 의미를 볼 때 “Schwergewichtstheorie”을 “경찰재량핵심이론”이라 부르는 것이 좋아 보인다. 그러나 서정범 박사는 이를 “중점이론”이라고 번역하고 있다(서정범 역, 『독일경찰법론』, (세광출판사, 1998), 21면).

있다.¹⁶³⁾ 독일의 경우 위험개념에 관한 이론구조가 모든 점에서 일치하고 있는 것은 아니지만, 지배적 견해에 대해서는 대략 다음과 같이 말할 수 있다. 즉, 손해 발생의 예방에 중점을 두고, 위험개념의 확장을 도모하고, 개연성의 정도에 부응해서 그 대응조치의 강도를 조정하고, 그리고 아무런 위험이 없었다는 것이 조치를 강구한 후 판명 된 때는 피해자에 귀책사유가 없는 한 비방해자에 대한 보상규정을 유추 적용해서 구제를 도모함으로써 그 전체로서의 균형을 도모하려고 하고 있다.¹⁶⁴⁾

III. 위험의 혐의

1. 위험의 혐의의 의미

(1) 개 설

위험의 혐의라 함은 질서행정청이 사실상황의 진단에 있어서 혹은 인과의 추이의 예측에 있어 일정한 불확실 사항을 알고 있고 이에 따라 위험이 전혀 없을 수도 있다는 인식을 가진 경우 사용되는 개념이다.¹⁶⁵⁾ 다시 말하면 경찰이 어떤 사항을 합리적으로 판단할 때 위험의 존재를 인정하기 위한 기준점이 존재하지만 그와 동시에 위험의 존재에 대한 의문도 존재한다는 결론에 도달한 경우, 즉 현재 상황의 사후적 전개에 대한 불확실성이 존재할 때 이를 위험의 혐의라 한다.¹⁶⁶⁾ 이러한 위험의 혐의는 3가지 특징을 갖는데 첫째, 조치를 취하는 행위자인 공무원은 절차법상 위험에 관한 완전한 확신을 갖지 아니하고 둘째, 그 공무원은 어떤 위험에 따른 손해의 존재에 관하여 주관적인 개연성을 가지며 셋째, 그 공무원은 어떠한 조치를 해야 한다는 시간적 압박상태에 하에 있다는 것이다.¹⁶⁷⁾

현재 이 위험의 혐의는 외관상 위험과는 구별되어 다른 위험유형으로 취급되고

163) Vgl. Breuer, Umweltschutz und Gefahrenabwehr bei Anscheins- und Verdachtslage, in: Selmer/v.Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für W.Martens, 1987, S.317(337ff).

164) 下山憲治, 前掲論文, 185面.

165) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.226 f.

166) Götz, S.70; Möller/Wilhelm, S.88; Reichert/Röber, S.95.

167) Poscher, Gefahrenverdacht, NVwZ 2001, S.141 f.

있다.

즉, 외관상 위험은 확실히 현실에는 위험은 존재하지 않지만 질서행정청이 여러 가지 사실에 근거하여 위험이 존재하고 있다는 것을 확신하고 있는 것에 반해, 위험의 혐의는 위험이 존재하고 있다는 것을 확신하지 못하고 단지 위험이 발생할 수도 있다고 하는 가능성만을 행정청이 인식하고 있는 것에 지나지 않는다.¹⁶⁸⁾ 그러므로 위험의 혐의가 있는 경우에는 위험의 존재 혹은 위험의 부존재를 확인하기 위한 해명(확인)조치가 필요하게 되어 개별법에 그 근거가 없을 경우는 위험방지과 관련한 일반적 수권조항에 기초를 두고 실시되게 된다. 또한 그 해명조치는 비례원칙에 적합함에 한하여 권리침해 소위 위험존재확인조치 (Gefahreforschungseingriff)를 수반하는 것도 허용되고, 관계자는 그 수인의무를 짊어진다.¹⁶⁹⁾ 권리침해(위험존재확인조치)는 잠재적 위험상태를 제거하는 조치가 아니라, 위험의 혐의가 있는 사실상황에 따라 효과적으로 위험방지를 위한 일시적 조치와 동시에 위험이 현실화되어진 경우를 예상한 종국적 위험방지조치의 준비행위 성질을 가진다.

단지 예외적으로 생명, 신체 등의 보호법익에 대한 중대한 손해가 예상되어지고, 다른 방법으로는 피할 수 없을 때에는 종국적 조치를 위험의 혐의 단계에서 강구하는 것도 인정되어질 수 있다.¹⁷⁰⁾

이러한 위험의 혐의의 일반적 이해에 있어서도 논의해야 될 점이 적지 않다.

특히, 이 위험의 혐의라는 위험유형은 과연 위험방지영역에서 진정한 위험 일까, 또 그렇다 하더라도 위험의 혐의에 기초를 둔 권리침해(위험존재확인조치)가 인정되어질지 등에 대해서 여러 논의가 있다.

(2) 논의의 동향

독일의 지배적 견해는 위험의 혐의란 「개연성의 정도를 감소시키는 것이지만 사

168) 예컨대 사람과 차량의 통행이 빈번한 거리 한 가운데 폭발물로 의심되는 상자가 있는 경우 거기에 있는 경찰은 그 상황에 대해 위험이라는 충분한 확신을 가지지 아니하지만 그렇다고 해서 확신에 도달할 때까지 기다릴 시간을 갖는 것은 아니고 곧 어떠한 조치를 취하여야 한다는 것이다(Schoch, a. a. O., S.669; Würtenberger, a. a. O., S.155).

169) Denninger, a. a. O., S.38; Friauf, S.52; Hansen-Dix, a. a. O., S.61 ff.

170) Darnstädt, a. a. O., S.94 ff; Denninger, a. a. O., S.38; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.227.

후에 혐의가 사실로 입증 되어진다면 ‘위험’으로서 받아들이는 것은 배제되지 않는다」라고 정의되고 있다.¹⁷¹⁾

그러므로 위험의 혐의는 단순한 「개연성 정도가 비교적 낮은 위험」 정도의 넓은 개념은 아니다.¹⁷²⁾ 또한 위험의 혐의에 기초를 둔 권리침해(위험존재확인조치)는 비례원칙을 엄격히 적용하는 것도 중요하지만 그 보다도 가능한 권리침해를 억제 한 후에 이를 정당화 하려고 의도 되어지고 있다. 이러한 지배적 견해에 대해 위험의 혐의를 위험개념과는 별도로 고찰해야 한다는 견해도 유력하게 주장되어져 오고 있다.

대표적으로 Götz교수는 종래의 지배적 견해는 위험의 혐의와 위험을, 그리고 혐의자와 장해자를 동일시하게 되고 이것은 경찰법의 범치국가적 좌표계를 오인한 것이며 이로 인하여 위험개념이 천천히 파괴되고 있다고 강하게 비판했다. 그리하여 위험의 혐의에서는 그 상황의 위험여부의 확인과 조사를 위한 잠정적 조치 즉 수인의무를 내용으로 하는 잠정적 성격의 위험존재확인조치만은 일반적 수권조항에 근거하여 가능하다고 한다.¹⁷³⁾

또한 Loach교수에 의하면 “위험존재확인조치를 위험방지권한에 귀속시키는 것은 위험방지의 권한이 본래 상정하고 있지 않는 위험의 전단계로 확장되어진 것을 의미한다. 이는 위험의 예측을 유연화 함으로서 손해발생의 개연성과 단순한 가능성 사이 또는 손해와 리스크사이를 구분해온 전통적 실질적 경찰개념을 단념하게 되고 경찰권한부여규범의 한계를 과도하게 확장하는 결과를 초래한다. 그러므로 통상의 위험방지권한 영역과 사전배려적 확인영역을 구별하여 위험이 의심스러운 상황에서 일정한 조치를 내려야 할 필요성을 인정한다면 급부행정과 조세행정에서 도입된 잠정적 행정행위(일명 假행정행위)라는 법 형식을 위험의 확인을 위한 조치에 적용하여야 한다”고 주장하고 있다.¹⁷⁴⁾

171) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.226; Darnstädt, a. a. O., S.96 ff; Friauf, S.52.

172) Darnstädt, a. a. O., S.96; Schenke, S.59 ff.

173) Götz교수는 자신의 견해를 프로이센고등행정재판소의 기본방침이었던 위험의 객관적 성격에 맞추고 위험의 혐의는 위험과 구별되어야 하며 그래야 일반경찰질서법상 제약조치의 과도한 확장위험이 회피될 수 있다고 본다. 원칙적으로 구체적 위험의 존재가 불확실한 경우 시민의 이익에 대한 아무런 제약 없이 권리침해(위험존재확인조치)가 가능하다면 이것은 경찰관청의 직무로서 큰 문제가 없이 행해질 수 있으며, 단 불확실하나 사항의 해명을 위한 중국적 조치가 자유권과 재산권의 제약을 불가피하게 만든다면 일단 특별법에 근거가 있어야 한다고 보고 있다(Götz, S.154 f).

이상의 견해는 위협의 혐의를 경찰법상 위험개념에 포섭 여부를 중심으로 논의를 진행하고 있지만 거기에 대해 위험존재확인조치 자체를 부정하고 위협의 혐의 개념도 부정하는 학자도 있다.

대표적으로 Schwabe 교수는 경찰·질서법상의 침해권한이 실제로 존재하는 위협에 초점을 맞추어야 하는가 혹은 일어날 수 있다고 평가 내려진 위협에도 초점을 맞추어야 하는가 또는 단순히 행위자의 인상에서 나오는 위협에 초점을 맞추어야 하는가의 문제를 가정하고 있다. 그래서 침해행정에서 가장 두드러진 경찰법에 있어서는 침해의 근거가 되는 법률의 요건이 객관적으로 존재하는 것이 아니면 안 된다고 하였다. 따라서 직무담당자가 단순히 위협이라고 생각해 버린다든지 혹은 위협이 일어날 수 있다고 평가한 것에서는 명시적인 법규정의 요건을 충족하지 않는다는 것이다. 또한 일반적 수권조항에 근거를 두도록 되어진 위험존재확인조치에 대해서도 위협방지를 위한 경찰권행사의 요건이 일반적 수권조항에 자동적으로 포함되고 있다고 한다면 위험존재확인조치의 범위가 명확하지 않다고 주장하고 있다.¹⁷⁵⁾

(3) 결 어

질서행정청의 위협방지영역에서 권리침해(위험존재확인조치)는 법치국가원리, 특히 법률에 근거한 행정의 원리에 따라 권한부여 근거가 없다면 인정되어질 수 없

174) Losch, Zur Dogmatik der Gefahrenerforschungsmaßnahme, DVBl, 1994, S.781 ff; Di Fabio, Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissem Sachverhalt, DÖV, 1991, S.629 (632ff).

175) Schwabe 교수는 위협이 주관적으로 해석되는 경향에 법치국가적 우려를 들어 반대하며 위협의 혐의가 존재하는 경우에 대한 위험존재확인조치라는 것에도 반대하고 있다. 즉 제약조치를 위한 일반적 수권조항이 인정된다고 하여 동시에 그 위협의 존재조건을 확인하는 제약조치를 위한 수권도 동시에 주어지는 것은 아니라 한다. 만약 최소한 잠정적 확인조치와 같은 것을 일반적 수권조항에서 쉽게 그 근거를 찾을 수 있다면 형사소송법상 수사목적의 위한 각종 제약조치를 위한 구성요건들은 광범위하게 인정 될 우려가 있다고 한다. 또한 위협방지법 자체를 엄격하게 객관적으로 이해할 것을 주장하면서 그로 인해 효과적인 위협방지라는 목적이 그리 크게 손상되지 않을 거라 보고 있다. Schwabe 의 견해는 위협을 객관적으로 이해할 때 나타나는 결론을 탐색하였고 타당한 결론을 도출하기 위해 위험요건을 객관화한 것이 특징이다(Schwabe, Fürmöllichhalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen, in : Selmer/v.Münch(Hrsg.), Gedächtnisschrift für W. Martens, 1987, S.419).

기 때문에 위협의 혐의에 관한 개별적 수권조항이 존재하지 않을 경우는 권리침해(위험존재확인조치)도 위법으로 보는 견해도 중요하다.¹⁷⁶⁾ 하지만 다른 방면으로 예를 들어 사후적으로 위협이 현실화 되지 않는 경우에도 부정할 수 없는 위협의 정도와 그 위협의 대상이 되는 법익의 서열에 의해서 단순하게 상황을 지켜보기만 한다면, 혹은 일반적인 사전배려조치밖에 강구하지 않는다면 질서행정청의 무책임이 될 수 있다.¹⁷⁷⁾ 따라서 일반적 수권조항에 근거한 사전배려조치 혹은 일시적 조치로서 위험존재확인조치를 강구하지 않으면 안 되는 것도 부정하지 않을 수 없다.¹⁷⁸⁾

위험의 혐의는 사후에 손해발생의 가능성이 없다는 것으로 판명될 수도 있지만 위협이 존재하고 있는 것으로 확인될 수도 있는 것이다. 이럴 때 질서행정청이 아무런 행위능력을 갖고 있지 못하다면 위협이 도사리고 있을 수도 있는 모든 사례에서 위험방지목적은 달성될 수 없을 것이다.¹⁷⁹⁾ 위협의 혐의는 항상 일어나는 일도 아니지만 그러나 결코 예외적인 현상이 아니라 경찰의 일상적인 직무와 관련됨을 고려해야 한다. 결국 위협의 혐의에 대한 문제는 일반적으로 요구되는 확신과 경찰법상 위험방지목적사이의 긴장관계 내에서 조화적으로 해결해야 할 것이다.

2. 위협의 혐의의 위험해당성

(1) 구체적 사례

위험의 혐의에 대한 구체적인 예로서 먼저, 노르트라인-베스트팔렌 상급행정재판소 1981년 6월 10일 판결¹⁸⁰⁾ 사안을 간단하게 소개하겠다. 본건은 다음과 같은 사건이다.

176) 下山憲治, 前掲論文, 178面.

177) Losch, a. a. O., S.781.

178) 위협의 혐의가 존재하는 경우 만약 일반 행정절차법에서 요구되는 정도의 확신을 요구한다면 분명 일반적 수권조항에 따른 개입은 허용되지 않을 것이다. 그러나 이러한 결론은 분명 질서행정청에게 근본적으로 요청되는 효과적 법익보호명령과 모순된다 (Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 5. Aufl., 1998, S.14 ff).

179) 이기춘, 전계논문, 374면.

180) DVBl. 1982, S.653.

칼카 원자력발전소 건설에 반대하는 시위에 관련하여, 원고 및 그 자동차가 칼카 원자력발전소 바로 앞에 설치되어져 있는 검문소에서 경찰의 조사를 받았다. 그때 원고의 자동차에 있는 손도끼, 차량용재, 소화기, 유리연마제, 과일쥬스, 미네랄워터(물), 삼각경고 표시기, 짐꾸리기용 핀, 텐트폴, 공구상자, 레커자 등이 경찰에 의해 압수되었고, 후에 이들 물건들이 원고의 비용으로 반환되었다. 본 사례에서 경찰의 압수는 공공의 안녕이나 질서에 대한 현재의 위험을 다른 수단으로 방지 할 수 없는 경우에 물건을 압수할 수 있도록 되어있는 노르트라인-베스트팔렌 경찰법 제32조에 근거되어진 것이지만 이 같은 사안에 있어서는 동조에 의한 원고의 물건들에 대한 압수의 적법여부가 논쟁이 되었다. 즉, 이들 물건들이 무기로서 사용될 위험이 있는지 여부가 문제가 되었다. 더욱이 여기에서 위험성을 긍정하려고 할 때 문제가 되는 것은 이들 물건들이 시위현장에서 무기로서 사용될지 여부 혹은 원고가 그러한 불법행위를 할 인물인지 여부가 불분명 하다는 것이다. 어찌면 원고는 준법정신이 투철하여 압수된 물건들을 무기로 사용하여 폭력 행위를 일으키는 일은 절대 없을지도 모른다.

그 경우 손해발생 가능성은 「객관적」으로는 있을 수 없다. 이렇듯 위험의 혐의는 본 사례처럼 경찰이 위험하다고 확신을 갖지는 않지만 손해가 발생할지도 모를 경우를 지시하는 개념으로서 사용되어지고 있다. 그리고 본 사례에 있어서 「객관적」인 위험의 존재를 긍정할 수 없다고 한다면 위험의 혐의가 있는 경우에도 앞의 조항을 근거로 하여 물건의 압수의 적법여부가 문제가 된다.¹⁸¹⁾

또 하나 이해하기 쉬운 예로서, 슈트트가르트 상급 란트재판소 1991년 12월 18일 판결¹⁸²⁾ 사례를 소개 하겠다. 이 사건은 10분 이내에 C디스크텍에서 폭탄이 폭발할 거라는 익명의 전화를 받은 경찰이 C디스크텍에 있던 손님에게 퇴거를 명했지만 폭발물은 발견되지 않았던 사안이다. 이 사안에서는 정말 폭발물이 C디스크텍에 장치되어있는지 아닌지는 경찰개입 시점에는 알 수 없다. 만약 폭발물이 장치되어져 있었다면 물론 위험하지만 그렇지 않을 경우에는 객관적으로는 「위험」은 존재하지 않는다.

이 사안에 있어서도 앞 사례와 같은 형태로 「위험」이 존재한다고는 100%확신할 수 없지만 그렇다고 「위험」이 전혀 없다고도 할 수 없다. 이 사안도 위험의 혐

181) 桑原勇進, 前掲論文, 681面.

182) NJW 1992, S.1396.

의의 전형적인 사례로 생각되어진다.

본 사례에 있어서 「위험」의 존재 여부의 판단에 있어서 중요한 것은 폭탄이 실제로 장치되어져 있는지 여부 이지만, 여기에서 위험의 혐의라는 것은 「혹시 그것이 존재하면 위험한 사태가 생길 거라는 근거가 있을 것」이라고 하는 정도로 정의된다.¹⁸³⁾ 그런데 위험성의 판단도 불확실성을 수반하고 있다.¹⁸⁴⁾ 이를테면 위험개념의 한 요소로 손해발생의 개연성은 예측에 의해 판단되어지지만, 확실한 것까지는 요하지 않는다. 따라서 장래에 대한 사태의 추이가 예측과는 다르게 될 가능성을 처음부터 가지고 있다는 것이다. 하지만 그 불확실성은 위험의 혐의 그것과는 조금 사정이 다르다. 즉 어느 쪽도 개연성 판단이라는 점에서는 공통되지만, 위험한 경우에는 장래에 대한 사태의 추이에 관한 예측(Prognose)이 문제가 되는 것에 반해, 위험의 혐의의 경우에는 현재의 사실상태에 관한 추정(Diagnose)이 문제가 된다고 할 수 있다.¹⁸⁵⁾ 장래에 대한 사태의 추이에 관한 예측을 단순히 예측으로, 현재의 사실상태에 관한 추정을 추정이라고 부르고 각각의 개연성판단을 예측적개연성, 추정적개연성이라고 부르는 경우도 있다.

앞에서 노르트라인-베스트팔렌 상급행정재판소 판결의 경우도 원고가 법률을 준수하는 인물인지 아닌지 라고 하는 사실이 불확정 한 것에 대한 결과 발생의 불확정성이 기인한다고 생각되어지면, 역시 현재의 사실 상태에 관한 개연성이 문제가 된다. 하지만 위험의 혐의는 현재의 사실에 관한 단순한 지식·정보가 부족한 경우에만 사용되는 개념이 아니고, 경험칙(인과법칙)이 불확실한 경우에도 이 개념은 사용되어진다.

예를 들면 특정의 화학 물질이 착색료 등으로 식품에 첨가되어 그 식품에 발암성에 대한 위험의 혐의가 있지만 화학적으로 그것이 증명되어져 있지 않는 경우가 있을 수 있다.¹⁸⁶⁾

이상으로부터 위험의 혐의라는 것은 「위험」의 존재를 표시하는 단서는 존재하지만, 현재의 사실상태 또는 인과관계(경험칙·인과법칙)가 불명확해서 손해발생의 개연성의 판단이 곤란한 경우를 가리킨다.¹⁸⁷⁾ 따라서 위험 여부의 판단은 경험에

183) Götz, S.63; Friauf, S.133.

184) 桑原勇進, 前掲論文, 653面.

185) Hoffman-Riem, a. a. O., S.328; Hansen-Dix, a. a. O., S.69.

186) Hansen-Dix, a. a. O., S.69.

비추어서, 즉 현재의 사실 상태에 경험을 적용하게 되지만 인식이 부족함으로 인하여 확실한 판단을 할 수 없을 경우에 위험의 혐의의 사례가 존재하게 되는 것이다.¹⁸⁸⁾

(2) 위험의 혐의에 대한 경찰개입

어떠한 상태에 대하여 위험의 혐의가 있을 때 경찰은 그것에 대해 개입 할 수 있을까 혹은 위험의 혐의만으로는 「위험」 하지 않는다는 이유로 경찰개입은 할 수 없는 것일까. 이 점에 대해 일찍이 프로이센 상급행정재판소 1922년 4월 20일 판결¹⁸⁹⁾은 위험의 혐의에 대한 경찰의 개입 권한을 인정하고 있다.

이 판결의 사안의 요지는 다음과 같은 것이다. K는 아내의 형제가 자기 집의 가재도구를 맘대로 옮기기 시작하여 가재도구를 반송업자 B가 있는 곳으로 운반하려고 하였다. 이에 K는 재판소에 반송금지 가처분을 요구함과 동시에 경찰행정청에게는 반송금지 가처분이 나올 때까지 재산을 B의 곳에 유치해 두어야 할 것을 명하는 잠정처분을 요구했고 경찰행정청은 일시적 유치를 명했다. 그러나 후에 재판소의 인정으로는 당해 가재는 K가 점유 한 것만으로 소유하고 있는 것이 아니라고 판결했다. 그러자 경찰의 일시적 유치 처분은 위법하다며 K의 아내가 주장했다. 이 사안에서는 문제의 가재는 K의 소유물이 아니기 때문에 반송되었다고 해도 소유권 침해가 아니며 소유권침해의 「위험」이 없음을 사후적으로 판명된 것이지만, 경찰개입의 시점에서는 경찰은 그것에 대해 확실한 지식을 가지지 않으며, 만약 해당가재가 K의 소유물이라 하면 「위험」하다고 하는 문제 상황으로서 전형적인 위험의 혐의 사안이다.

판결에서는 경찰은 실제로 객관적 위험이 존재하는 경우에만 위험의 방지를 위해 개입할 수 있으며, 단순히 위태화가 상정된다고 하는 것만으로는 부족하다고 하는 것과 경찰이 존재한다고 판단한 위험이 현실에는 존재하지 않았을 때는 그 위험방지를 위해 취했던 처분은 취소되지 않으면 안 된다고 하였다. 그러나 경찰이 위험의 존재여부가 경찰개입시점에는 알 수 없고 후에 위험이 현실에 존재하는 것

187) Knemeyer, S.54; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.226.

188) Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S.387.

189) ProOVG 77, 333.

이 판명 되었을 때는 적시에 경찰의 위험방지조치가 취해지지 못할 수도 있을 수 있기 때문에 위험의 혐의가 현실에서 위험의 존재여부의 판단이 적시에 취해지지 못한다고 하여 적절한 시점에 위험방지의 가능성이 배제되는 일이 있어서는 안 된다고 하였다. 따라서 경찰은 사태가 불명확한 경우, 위험의 존재여부가 명확하게 되기까지 지금까지 알려져 있는 사실로부터 판단하여 위험이 생길 듯이 보이는 사태의 새로운 추이를 정지하는 권한을 가진다고 판결하였다.

결국 이 사건에서 가재도구의 반송이라고 하는 행위가 저지되지 않았다고 하면 위험 방지의 가능성은 사실상 배제된 것으로서, 본 사건에 대한 경찰개입 권한 발생의 요건은 충족되어져 있다고 진술하고 있다. 사태의 추이를 정지한다는 잠정적인 조치이긴 하지만, 위험의 혐의가 존재하는 경우에 있어서 명확하게 경찰개입의 적법성을 인정한 것이다.

게다가 연방 행정재판소 1971년 12월 16일 판결도¹⁹⁰⁾ 경찰법상의 일반적 수권조항은 아니지만, 역시 유사의 규정(연방 전염병법 10조 1항)을 근거로 위험의 혐의가 존재하는 경우에 행정의 개입을 인정하고 있다.

이 사건은 다음과 같은 것이다. 식료품을 취급하는 원고는 수입업자로부터 많은 양을 냉동한 아르헨티나산 토끼를 구입했지만, 그 뒤 아르헨티나로부터 수입된 토끼에서 생각보다 많은 살모넬라균이 검출되어서, 피고 행정청은 원고의 동의 아래 50박스, 약 600마리의 토끼를 검사하였다. 이것은 원고가 아르헨티나로부터 수입한 토끼 전체의 약 1.9%이었지만, 검사결과 살모넬라균은 확인되지 않았다. 하지만 원고는 병원균에 오염된 혐의가 있는 토끼에 의한 위험을 방지하기 위해 토끼를 국외로 가지고 나갈 것 인가, 가열살균을 할 것인가 또는 무해하게 처분할 것인가를 선택하도록 고지되었다. 그리하여 원고는 토끼를 처분한 뒤, 당 행정청의 조치에 대한 위법 확인을 법원에 요구했다.

이 사건도 역시 살모넬라균의 오염여부라고 하는 현재의 사실 상태에 관한 위험이 명백히 존재하지 않지만, 만약 오염되어져 있으면 손해 발생의 위험이 있다고 하는 위험의 혐의 사안인 것이다.

연방 행정재판소는 「건강피해를 초래할 개연성이 있는 사실에 의해서 증명된 전염병의 의혹이 있으면 연방 전염병법 10조 1항을 근거로 보건경찰상의 조치를 위한 위험이 존재한다. 동법은 전염병의 발생을 방지하는 것을 목적으로서 하고 있지

190) VerwGE 39, 190.

만, 그것을 위해서는 적시에, 이를테면, 개연성이 있다고 보여 지는 손해의 발생에 이르는 과정의 빠른 단계에서 필요한 조치를 취하여야 한다」고 판결함으로서 위험의 혐의가 존재하는 경우에 있어서 행정의 개입 권한을 인정한 것이다.

결국 위험이 현실화 되는 것을 기다리는 것은 예방 경찰 활동의 의의로서 적당치 못하고 경찰개입 권한 발생의 요건으로서 객관적으로 근거가 있는 위험의 혐의의 충분하다.

하지만 경찰법상 위험의 존재가 경찰개입의 전제조건이지만 만약 위험의 존재가 긍정되어지지 않으면 어떠한 경찰 개입도 있을 수 없다는 것이다. 여기에서 위험의 혐의가 경찰법상 진정한 위험이라고 할 수 있을지 여부가 문제가 된다. 이하에서는 이 문제를 둘러싼 논의를 보고 가도록 하겠다.

(3) 긍정설

먼저, 위험의 혐의를 이중 개연성 판단에 의해 위험개념에 포섭될 가능성을 긍정하는 견해가 있다. 이를테면 Hoffman-Riem은 그의 문헌에서 여러 차례 인용되어지고 있는 아이들이 공기총이나 완구 총 같은 모르는 물건으로 놀고 있다고 가정하고, 먼저 아이들이 가지고 있는 물건이 정말 공기총인지의(현재의 사실에 관한) 개연성을 판단하고, 다음을 진짜 공기총으로 가정하면 자신 내지는 제3자를 해치게 이르게 된다는(장래의 사태 추이에 관한) 개연성 판단이 이루어지지 않으면 안 된다고 한다.¹⁹¹⁾ 그리하여 그 개연성이 충분한 정도로 도달해 있으면 위험의 혐의는 경찰법상의 진성의 위험이라고 말하고 있다. 게다가 Murswiek은 단적으로 위험(개연성) 판단이 추정적인지 예측적 인지는 관계가 없으며 어쨌든 위험하다 판단할 수 있는 개연성이 있으면 위험한 것이라고 주장 하고 있다.¹⁹²⁾

(4) 위험의 혐의의 주관성

이상과 같은 논의는 일단 지당하다고 할 수 있지만, 몇 가지 검토해야할 점이 있다.

191) Hoffman-Riem, a. a. O., S.328.

192) Murswiek. a. a. O., S.384.

먼저, 위협의 혐의가 있는 경우에는 손해 발생의 가능성은 현실에서 위협의 존재 여부가(적어도 경찰개입 시점에 있어서는) 불명확 했었다. 그러나 사후에 현실적으로 손해발생의 가능성이 존재한 것이 판명된 경우에는 문제가 되지 않지만, 사후에 손해 발생의 가능성이 존재 하지 않았다는 것이 분명한 경우와 불분명한 경우에 있어서는 손해발생의 가능성만으로(인간의 인식 여하와 관계하지 않는다) 위협의 사실적 존재를 긍정 할 수는 없다. 여기에서 위협의 혐의를 위협개념에 포함한 것에 대한 의문이 생기게 된다.¹⁹³⁾

Schwabe는 위협의 혐의 및 외관상 위협이 경찰법상의 위협성에 해당하는 것을 부정한다. 즉 Schwabe는 앞의 노르트라인-베스트팔렌 상급행정재판소 1981년 6월 1일 판결의 평석에서 당해 판결을 비판하면서 경찰법상 경찰 개입권이 현실의 위협만이 아닌 위협할지도 모르는 것과 위협하다고 착각되는 것까지 허용된다는 것은 무리한 것이라고 주장하고 있다. 즉 Schwabe는 위협을 인간의 인식 밖에 있다고 하는 의미로 객관적이라고 본 것이다.¹⁹⁴⁾

이것에 대해 Schneider는 위협개념이 「주관적」인 것이고 거기서부터 위협의 혐의가 충분하다는 것을 논증하고 있다. 먼저 Schneider는 다음과 같은 두 가지 예를 들어 위협의 「주관성」을 설명하고 있다. 먼저 「A가 6개의 빈 총상중 하나의 총상에 총알을 담아 F을 향해서 방아쇠를 당기려 하고 있다. 총알이 담겨져 있는 총상은 실제 아래로 되어 있고 총격하려고 하고 있는 총상은 실제로는 빈 총상이지만, 아무도 그것은 알 수가 없다」고 하는 예가 있다. 이 경우 「객관적」으로는 「위협」하지 않지만 밖에서 보면 위협하고 결국 경찰이 A로부터 총을 압수하는 것은 정당하다는 것이다.

다음으로 설정을 조금 바꿔서 모든 총상의 안이 밖에서 보이도록 되어 있다면 이 경우에는 위협은 인정되어지지 않고 경찰은 개입할 수 없다.¹⁹⁵⁾

위 두 가지 모두 어떠한 경우에도 현실의 사실 상태는 같지만, 전자는 위협을 인정 할 수 있지만, 후자는 위협을 인정 할 수 없다. 양자에서 차이점은 현실의 사실 상태에 관한 인간의 지견이 후자에서는 존재하지만 전자에서는 존재하지 않는다는 점이다. 따라서 여기에서는 위협이라고 할 수 있을지 여부가 인간의 지식이라고 하

193) 桑原勇進, 前掲論文, 687面.

194) Schwabe, DVBl. 1982. S.655.

195) O. Schneider, a. a. O., S.407.

는 주관적인 것에 따라서 나타나는 것이다. 그리고 전자의 경우에 방아쇠를 당기려고 하고 있는 총상에 탄이 들어있는지 들어있지 않은지의 사실 존재의 여부가 명확하지 않은 이상, 위협의 혐의가 그만큼 머물러 위협이 존재한다고는 할 수 있다. 이처럼 위협의 혐의 사례에서도 경찰법상 위협개념에 포함되는 경우(앞의 예에서는 실제로 손해발생의 가능성이 있다)가 있을 수 있다고 한다.¹⁹⁶⁾

이처럼 위협은 객관적으로 존재하지 않으면 안 되는 것이지만, 그때 「객관적」이라고 하는 것은 인간의 인식과 상관이 없다는 의미가 아니라 공정하고 충분한 능력이 있는 경험을 쌓은 자가 같은 판단에 도달했다라고 하는 상호 주관적 의미라는 것이 Schneider 그리고 많은 독일의 학자들의 견해이다.

(5) 위협의 혐의의 개연성 판단

위험의 혐의가 있는 경우에는 경찰자신이 「위험」하다라고 하는 확신을 가지고 있지 않아도 된다(「위험」하다라고 하는 확신을 가지고 있는 경우에는 진정한 「위험」 또는 외관상 위험 혹은 오상 위험이 된다). 무릇 위험한지 하지 않은지의 판단을 하기 위해서는 현재의 사실상태와 관련된 지식이 전제되어 있지 않으면 안 된다.

따라서 위험여부의 판단은 현재의 사실상태에 경험치를 적용 한 것 이지만, 위협의 혐의가 있는 경우에는 위험한지 위험하지 않은지의 판단을 하기 위해 적어도 기초로서 현재의 사실 상태에 관한 지식 자체가 없기 때문에 위험한지 하지 않은지의 판단을 할 수가 없어서 위협의 존재를 긍정 할 수 없는 것은 아닐까라고 하는 의문도 생긴다.¹⁹⁷⁾

196) 이것에 대해 Schwabe는 어디까지나 위협개념의 「객관성」을 주장한다. Schwabe는 Schneider의 예에 관하여 「객관적으로는 F가 해를 받는 일은 전혀 있을 수 없기 때문에 손해의 개연성에 의한 위협은 없다. 틀림없이 빈 총상이고 만약 당신을 향해 총구를 겨냥한다면 당신은 생명의 위협의 위협을 느낄 수 있다 해도 F에게 있어서는 전혀 이해불능 일 것 이다」고 주장하고 있다(Schwabe, a. a. O., S.431). Schwabe가 인용하는 것은 통상의 용어법이지만 인용한 문장이 과거형으로 서술되어 있는 것처럼 회고적으로 되어 있다. 하지만, 경찰은 사건의 판단을 근거로 개입 하지 않을 수 가 없고 나중에 손해발생의 가능성이 없었다는 것이 판명 되어서 경찰이 개입하는 것이 잘못되었다고 할 수 있을 지 없을지가 의문 일 것이다(Schwabe, a. a. O., S.433; Schenke, Gefahrenverdacht und Polizeirechtliche Verantwortlichkeit, in: FS für Friauf zum 65 Geburtstag, 1996, S.459; VerwGE 45, 51).

이 점에 관해 Nell은 예측적 개연성(장래에 대한 사태의 추이에 관한 예측)만을 근거로 위험 판단이라고 하는 것은 실제상으로는 존재하지 않으며 예측적 개연성은 추정적 개연성(현재의 사실상태에 관한 추정)으로 환원할 수 있다고 주장한다.¹⁹⁸⁾

이를테면 Nell에 의하면 인간의 인식 가능성은 원래 한정되어 있으며, 시간의 흐름에 따라 사태에 영향을 미칠 수 있는 현재의 요소 등을 모두 파악 할 수 없고 따라서 예측의 기초가 되는 현재의 사실상태에 관한 지식도 일부는 추정에 의지하지 않을 수 없다고 한다.¹⁹⁹⁾

Schneider의 주장도 이와 같은 것 일거라고 생각된다. 즉, Schneider에 의하면 개연성은 장래의 사태에 관한 불확실성을 내포하고 있지만 객관적인 불확실성 등은 존재 하지 않는다고 한다. 왜냐하면 세상 모든 일은 원리적으로 불확정성이라고 하는 의미로 자의적으로 추정하는 것이 아니라 적어도 확고한 법칙에 따라서 추정하기 때문이다. 내일의 날씨와 룰렛의 결과가 우연하게 보이는 것도 그것이 많은 여러 가지 원인의 전체로의 결과이기 때문에 그것의 원인 모두를 파악하는 것은 불가능하고 정확하게 평가 하는 것도 할 수 없기 때문일 것이다

무릇 예측이라고 하는 것을 개연성 판단으로서 사실적 기초가 완전하게는 알려져 있지 않고 또한 알 수 없기 때문에 비로소 가능한 것이다.²⁰⁰⁾²⁰¹⁾ 하지만 예측적 개연성 판단이 추정적 개연성 판단으로 환원되면 위험과 위험의 혐의의 구별은 본래적으로는 있을 수 없는 일이 되고, 끝까지 파고들면 위험하다고 판단되는 사항도 실은 모든 위험의 혐의가 되어버리는 것은 아닐까 라는 의문이 생기게 된다.

거기에서 굳이 위험과 위험의 혐의 사이에서 개념적으로 무언가의 구별을 하려고 한다면 손해 발생의 개연성 판단을 수정할 추가적인 정보가 시간적, 물리적 그밖의 이유로 접근이 불가능한 경우(혹은 경찰의 위험에 대한 확신의 유무라고 하는 요소를 중시하면 현재 얻어져 있는 이상의 정보를 얻는 것이 통상 불필요하다고 생각되어지는 경우)에 인정되는 것이 위험으로, 그러한 정보가 조사에 의해서 획득

197) Schwabe, a. a. O., S.432.

198) Nell, a. a. O., S.80.

199) Schenke, a. a. O., S.458.

200) O. Schneider, a. a. O., S.408.

201) Nell, a. a. O., S.82.

가능한 경우에 인정되어지는 것을 위협의 혐의로 보아야 하며 이와 같이 수집 할 수 있는 정보량에 의해 구별을 해야 할 것이다.²⁰²⁾ 그리고 어찌면 무의식에 그러한 구별이 통상되어져 그것을 위해 양 개념이 어떠한 성질 적으로 다른 것처럼 느껴지게 될 것이다. 무엇보다 이러한 구별을 해도 양 개념에 질적인 차이가 있는 것은 아니며, 이하에 서술한 것처럼 조사를 포함해서 경찰개입이 정당화 될지 안 될지의 관점으로부터 위협개념을 취할 때에는 위협개념에 포함 할 수 있는 위협의 혐의가 존재함에 따라 단적으로 위협하다고 할 수 있을지 여부가 문제가 되어 구별에는 그다지 의미가 없다.²⁰³⁾

(6) 위협의 혐의의 이익 형량

위험의 혐의에서도 경찰개입이 정당화 되어야 한다면 침해이익과 보호이익의 조정의 결과로서 위험이 방지되어야 한다.²⁰⁴⁾ 침해이익과 보호이익 형량의 여하에 따라서는 현재의 사실 상태에 관한 지식이 반드시 충분하지 않아도, 혹은 「위험」 하다고 하는 판단이 확실하다고는 할 수 없어도 경찰 개입이 요청될 경우가 있을 수 있다.

앞서 본 Schneider가 든 예는 그 중하나이다. 또 디스코텍에서 폭탄이 폭발할거라는 익명의 전화가 있었다고 하는 슈트트가르트 상급 란트재판소 1991년 12월 18일 판결 사례도 마찬가지이다. 이것을 Hansen-Dix는 “충분한 지식이 있으면 위험하지 않다는 것이 증명될지 모르지만 다른 방향에서는 위험할 가능성도 있다. 침해이익의 관점에서는 경찰개입은 가능한 한 제한되어야 한다고 하면, 단순한 위협의 혐의가 있는 경우에는 경찰개입은 허용되어서는 안 되지만, 만약 현실에서 위험이 존재하는 경우에는 이 귀결(경찰개입을 하지 않았을 경우)은 위험방지의 해태가 된다. 반면 보호이익의 관점에서는 가능한 한 효과적인 보호를 확보하기 위하여 위협의 혐의가 있음에 지나지 않을 경우에도 경찰개입이 가능하게 되지만, 만약 충분한 지식이 있어서 손해발생이 일어나지 않는 경우에는 위험방지의 남용이 된다. 이처럼 위협의 혐의는 해태와 남용의 긴장 영역에 있다. 따라서 위험방지의 전형적인

202) Nell. a. a. O., S.87.

203) 桑原勇進, 前掲論文, 690面.

204) 桑原勇進, 前掲論文(註14), 654面.

그것들(해태와 남용) 사이에서 경찰법상 위험개념은 이익 형량에 의해 이익조정을 하여야 하고 침해이익과 보호이익과의 긴장 영역에서 위험의 혐의와 위험과의 관계는 이익대립의 고려 하에서 답하지 않으면 안 된다. 결국 위험의 혐의에 있어 적절한 침해이익과 보호이익의 조정은 위험의 혐의를 포함한 근거, 관련하는 법익, 경찰에 의한 개입 또는 불개입에 의하여 손해를 입을 수 있는 법익의 범위를 고려해야하고 이러한 이익형량의 결과 경찰개입이 요청되어질 때 위험하다는 판단이 이루어지는 것이다”는 요지로 설명하고 있다.²⁰⁵⁾

요컨대, 위험의 혐의가 존재하는 경우에 위험을 긍정할 수 있을지 여부는 방지해야 할 사태로서 위험이 긍정 될지 여부와 같은 사고 과정에 의하여 판단되어 질뿐이다. 따라서 위험의 혐의의 손해발생의 예측의 기초가 되는 추정적 개연성에 관하여 어느 정도 레벨이 요구되어지는가에 관해서도 개별 사례에 따라 다르게 된다.²⁰⁶⁾ 또한 위험의 혐의가 존재하는 경우에 위험 존재도 인정되는 경우가 있을 수 있다는 것을 긍정하는 것은 헌법상의 요청에도 있다. 이를테면 한쪽의 자유권이 국가권력으로부터 침해를 배제하려고 하는 기능을 가짐에 따라서 위험이 긍정되는 경우를 한정하려고 하는 경향이 있다. 반면 다른 한쪽으로는 국가는 기본권의 보호의무에 따른 효과적인 기본권 보호의 의무에 충실하기 위하여 위험이 긍정되어지는 경우가 확장되는 계기도 여기에 있다. 그래서 양자 사이에 조정이 필요하다.²⁰⁷⁾

여기까지는 위험의 혐의가 현재의 사실 관계가 불분명한 경우를 염두에 두었지만 만약 인과법칙이 불분명한 경우는 어떠할까, 이 경우에도 예측의 기본이 되는 인과법칙 자체가 불분명한 것이기 때문에 예측이 될 수 없다. 혹 가능하다고 해도 신빙성이 결부되어 위험하다는 판단이 될 수 없는 것은 아닐까 라는 의문이 생긴다. 그러나 사실이 불확정한 경우와 마찬가지로 여기에서도 침해이익과 보호이익의 적절한 조정이라는 관점에서부터 문제를 보면 위험하다는 판단을 부정할 수가 없다. 불확정한 상황 하에서도 보호 이익을 위해서 손해발생의 원인이 될지도 모르는 행위와 상태에 대하여 경찰개입이 필요한지 아닌지의 판단은 하지 않으면 안 되지만, 불확정한 요소가 현재의 사실상태에 관한 지식에 있는 것인지 혹은 인과법칙에

205) Hansen-Dix. a. a. O., S.65.

206) 장래의 사태 추이에 관한 예측과 현재의 사실 상태에 관한 추정은 일단 구별되어 진다고 하여도 위험을 전자의 개연성에 한정하고 후자의 개연성을 배제하는 사고는 잘못된 것이다(Hoffman-Riem, a. a. O., S.331).

207) Friauf. S.135.

관한 지식에 있는 것인지는 큰 차이가 없다.²⁰⁸⁾

인과법칙이 과학적으로 증명되어지지 않아서 불확정하여도 불확정성의 정도에는 단순한 상상에 가까운 것부터 확실하게 현실에 가까운 것까지 여러 가지가 있을 수 있다. 그 불확실성의 정도에 따라서는 예측된 손해의 정도와도 관련하여 위험한지의 판단, 즉 손해발생의 충분한 개연성이 있음에 판단이 정당화 되는 경우가 충분히 있을 수 있는 것이다.²⁰⁹⁾

(7) 전면적 긍정설

여기까지 위험의 혐의를 위험하지 않다고 하는 견해를 비판적으로 검토하면서 위험과 동일시되는 위험의 혐의가 있을 수도 있다는 것을 살펴보았지만, 위험의 혐의를 처음부터 위험과 동일시하여 위험의 혐의를 개연성이 작은 위험으로 보는 견해가 있다.²¹⁰⁾

앞에서 서술 했던 것처럼 위험의 혐의가 있는 경우는 손해발생의 가능성에 대해서 판단이 곤란 하지만 방치해 둘 수는 없다. 적어도 예측의 전제가 되는 현재의 사실상태에 관한 지견을 얻기 위해 조사가 필요하다. 하지만 일반적 수권조항에 근거하여 경찰개입을 가능하기 위해서는 어디까지나 위험이 존재하지 않으면 안 된다. 거기에서 위험의 혐의를 위험과 동일시하지 않을 수 없는 것이다. 하지만 이러한 견해에는 다음과 같은 의문이 제기되어지고 있다. 첫째, 위험의 혐의가 있는 경우에는 위험한 사실상태가 존재하는 단서가 있는 것을 지나치지 말아야 하고 경찰의 눈으로 위험하다고 평가되는 사실상태가 현실로 존재하는 경우와 비교해야 한다. 그러면 손해 발생의 개연성은 작을 것이며 위험의 존재를 긍정하기에는 반드시 충분하다고는 할 수 없는 케이스가 존재 할 수 있다. 특히 위험한 사실상태가 존재하는 단서라고 하는 개념은 그것이 실제로 존재하는 개연성에 대해서는 아무것도 말하고 있지 않지만 그 개연성에 따라서 손해 발생의 개연성도 증가하거나 감소한다.

둘째, 위험의 혐의를 모든 경찰법상 위험에 포함시켜 버리면 경찰개입 권한이 광

208) Murswiek. a. a. O., S.386; Hansen-Dix. a. a. O., S.76.

209) Murswiek. a. a. O., S.388 ff; Hansen-Dix. a. a. O., S.77.

210) Darnstädt, a. a. O., S.94.

범위하게 인정되어져버리고, 또한 충분한 개연성이 있는 경우에만 시민의 권리영역에 경찰개입을 인정한다고 하는, 바꾸어 말하자면 구체적인 위협의 존재를 요구하는 것에 의한 통제 기능이 상실되어 법치국가 원리를 침식할 우려가 생기게 된다.²¹¹⁾

위험의 혐의를 위험개념에 포함하는 것을 일반적으로 부정하는 Schwabe의 견해도 실은 이 점을 중요한 근거로서 하고 있다. 즉 Schwabe는 노르트라인-베스트팔렌 상급행정재판소 1981년 6월 10일 판결의 평석에서 “폭력으로 위협 당할 수 있는 모든 시설에서 위험의 혐의는 용이한 근거가 된다. 짐꾸리기용 핀과 공구상자 혹은 맥주병 등은 남용되면 위험하지만 소지품 등에 의해 법률에 충실하다는 것이 증명될 여행자 등은 거의 없다. 위험을 내포한 시설에 대해서는 부드러운 음식물과 몸에 걸친 의복 외의 물건을 휴대하는 것은 금지해야 하는 결과에 귀착해버리고 만다”고 비판하고 있다.²¹²⁾

이러한 비판에 대해서는 위험의 혐의가 있는 경우에 경찰개입은 조사에 지나지 않고 개입에 의한 불이익은 작기 때문에 개연성의 정도가 작아도 위험하다고 인정해도 좋다는 재반론이 있을 수 가 있다.²¹³⁾ 이는 개연성면에서의 마이너스를 법률 효과면에서의 플러스로 보충한다고 하는 논리이다. 즉, 확실히 위험한지 위험하지 않은지의 판단은 손해발생의 개연성, 그밖에 경찰 개입에 의해 생긴 불이익을 고려하여야 하고 조사에 의해 생긴 불이익은 통상 경찰개입에 의한 불이익보다도 작은 것이기 때문에 개연성의 정도가 적어도 위험이라고 긍정해도 좋다는 것이다. 일어나는 불이익이 적으면 시민의 생활영역에 대한 과잉한 개입에 의한 법치국가원리의 침식이라고 하는 위험도 그다지 걱정할 필요가 없을지도 모른다.

위험한지 위험하지 않은지는 개연성, 침해이익, 보호이익을 종합적으로 고려해서 판단하는 것으로 비례원칙에 그 이론적인 근거가 있다고 생각한다면 이 재반론에도 일단 일리는 있다.²¹⁴⁾ 위험과 위험의 혐의의 관계를 둘러싼 논쟁에 이 이상 개

211) Schenke, a. a. O., S.460 ff(465).

212) Schwabe, a. a. O., S.655.

213) BVerwGE 49, 36, 44.

214) 하지만 이러한 비판에 대해서는 다음과 같은 반론이 있을 수 있다. 이를테면 Schenke는 조사행위자체가 생산의 중단 등 상당한 불이익을 초래할 수도 있고 위험의 혐의가 있는 경우에도 예외적인 경우에도 중극적인 조치를 허용해서는 안 된다고 한다. 그리고 경찰이 선택하는 위험방지조치의 중대성에 의해 동일의 손해발생 가능성에 관해서 위험성

입하는 것은 삼가해야하지만, 결국 손해발생의 개연성이 필요한 정도에 달하면 위험의 혐의에 해당하는 사안으로도 위험의 존재가 인정된다고 보아야 한다.

(8) 위험의 혐의가 존재할 경우의 경찰의 조치

위험의 혐의를 일반적으로 경찰법상 위험개념에 포함하는 입장을 취할 때는 물론이고, 위험의 혐의 자체를 부정할 입장을 취하지 않는 한, 위험의 혐의가 존재하는 경우에 경찰법상 일반적 수권조항 조항을 근거로 경찰개입을 할 경우가 있을 수 있다. 그때 보통은 조사와 사태의 진행을 멈추는 잠정적인 조치를 취하게 되는데 이것은 비례원칙에서 요구하는 것이다. 왜냐하면 조사 등의 잠정적 조치는 그 밖의 경찰개입의 방법보다도 통상 침해의 정도가 작기 때문이다. 또한 개연성 판단이 변경될 수 있고 경우에 따라서는 「위험」이 부정에 이를지도 모르는 정보가 결여되어 있을 때에 인정될 수 있는 위험의 혐의의 개념 성질로서 봐도 이것은 당연하다. 하지만 경우에 따라서는 물품의 폐기를 명하는 등 중극적인 처분이 내려질 때도 있다. 연방행정재판소 1961년 2월 28일의 판결²¹⁵⁾이 그 한 예이다. 이 사건은 1952년 12월 Stuttgart 및 그 주변에서 장티푸스가 발생하여 53년 1월 18일까지 환자가 388명까지 늘어났다. 이에 내무성, 노르트벤텐버그 정부, Stuttgart정부의 대표자에 의한 토의가 열렸고 엔답사라다가 장티푸스 감염원으로 개연성이 높다는 결론을 내렸다. 그리하여 장티푸스가 발생하고 있는 노르트벤텐버그, Stuttgart지역에서 엔답사라다의 매매금지 명령(일반처분)이 내려졌는데 이 처분의 적법성이 하나의 쟁점이 되었다. 매매금지 명령이 내려진 시점에서는 정말로 엔답사라다가 장티푸스의 감염원인지의 여부를 조사해야한다는 주장에 대해 재판소는 조사에 의한 원인구명을 기다리기에는 매일매일 새로운 사망자가 늘어날지도 모른다하여 즉시조치를 취할 필요가 있다는 이유로 처분의 적법성을 긍정했다.

또한 앞에 서술한 연방행정재판소의 1971년 12월 16일 판결(살모넬라균에 오염되

판단이 다르게 되어버릴 경우를 지적 하고 있다(Schenke, a. a. O., S.461). 또한 경찰의 조치의 강도가 크다면 위험하다고 하는 판단은 되기 어렵고, 타격의 강도가 작다면 위험하다고 하는 판단이 쉽게 되어 버려, 완전히 동일한 사태가 위험했다 위험하지 않았다고 되어버리고 만다. 또 본래 국가 권력에 의한 침해를 한정하는 비례원칙을 침해의 근거로 바꿔 버릴 수 있다는 지적도 받고 있다(Petri, Der Gefahreforschungseingriff, DOV 1996. S.447).

215) BVerwGE 12, 87.

어있는 혐의가 있는 식품의 사건)도 그러한 경우의 하나이다. 이 판결은 상품이 병원균에 오염되어있다는 혐의가 있을 때 당해 상품으로부터 실제로 공중의 건강에 대한 위험이 발생할 수 있는지 여부를 조사하여야 하지만 침해의 정도를 적게 하는 잠정적 조치가 전염병 방지에 불충분한 경우에 한하여 폐기 등의 중국적 조치를 취할 수 있다고 한다.

이는 중국적 조치를 취할 수 있는 경우를 예로서 정말 병원균에 오염되어있는지 아닌지의 확인의 잠정적 조치가 현대의 과학 수준으로는 불가능 할 수 있고 조사의 시간의 흐름에 따라 위험이 증대해버릴 수도 있기 때문이다. 이럴 경우 본 사건에서는 하나하나를 조사한다는 자체가 상품의 가치를 떨어뜨리게 되고 따라서 중국적 처분은 적법하게 되어버린다. 요약하건데 어떠한 조치를 취할 것인가는 비례 원칙을 근거로 판단해야 할 것이지만²¹⁶⁾ 보호법익이 중요하고 조사를 기다릴 여유가 없는 경우는 중국적 조치를 적법하게 취하게 되는 전형적인 사례이다.

위험의 혐의를 위험개념부터 배제할 입장을 취할 경우와 위험에 포함하는 위험의 혐의의 경우가 있을 수 있다는 것을 인정하는 입장에서도 위험을 긍정하는데 충분한 개연성의 정도까지 이를 수 없는 경우에는 위험의 혐의가 있어도 위험의 존재는 부정되지만 그것으로 위험의 혐의에 대하여 경찰이 아무것도 할 수 없다는 것은 아니다.

이에 대해 Götz는 위험의 혐의를 위험과 동일시하는 데는 반대할 수 있지만 그것과 관계없이 위험의 혐의가 있는 경우에 일반적 수권조항에 의해서는 뭐든 할 수 없다는 것이 아니라 조사는 할 수 있다고 말하고 있다. 즉 위험방지 권한을 정하는 조항 중에 조사(위험존재확인조치)를 위한 경찰개입 권한이 포함되어져 있다는 것이다.²¹⁷⁾ 이는 확실하게 위험을 방지하기 위해서는 위험의 존재를 알지 않으면 안 되지만, 앞서서 기다린다고 해서 알 수 있는 것도 아니고 그것 나름대로의 조사가 전제가 되어야 하는 것이다.²¹⁸⁾

216) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.227.

217) Götz, S.63.

218) 이점에 대해 이 논법을 일반화 하면 법률의 수권은 권한 발동요건을 만족할 수 있는 사실의 조사권한을 자동적으로 포함하게 되어버리게 되어버리고(Schwabe, a. a. O., S.438), 일반적 수권조항의 침해요건을 확대한다는 점에서 위험의 혐의와 위험을 한결같이 동일시하는 견해와 같은 모양으로의 귀결을 초래한다는 비판도 있다(Schenke, a. a. O., S.465).

따라서 위험방지의 권한이 법률로 정해져 있다고 하는 것은 권한행사에 필요한 조사를 경찰이 행하여야 하는 것이고 이를 당해 법규가 예정하고 있다는 것이다. 하지만 거기서부터 즉시 상대방의 수인의무를 동반하는 조사를 위해 개입 권한이 당해 법규 의해서 당연하게 인정되어지고 있다는 것은 아니다.²¹⁹⁾

Schenke교수에 의하면 높은 가치를 가진 법익이 위협하는 경우에는 위험이라고 할 수 없는 위험의 혐의가 존재하는 경우, 앞서 서술한대로 위험에 해당하지 않는 위험 혐의도 있을 수 있다는 것을 논리적으로는 인정하지만 여기에 뭔가의 대응의 필요성을 의식하면서 다음과 같이 말하고 있다.²²⁰⁾ 즉, 정보의 결함을 보충하기 위해 임의의 조사는 할 수 있게 한다. 이것은 위험의 혐의의 야기자에 대해서 의무를 부과하는 것이 아니라 그 의미 그대로 임의조사이지만, 상대방이 해명하지 못할 경우에 손해발생의 충분한 개연성이 존재하는지 안하는지를 판단할 때 중요한 의미를 가진다. 따라서 처음에는 구체적 위험의 수준에 달하지 않았던 위험의 혐의가 구체적인 위험에 응축되고 위험조사의 개입이 허가된다고 한다.

이처럼 위험의 혐의의 개념과 위험개념과의 관계에 있어 앞서 본 것과 같이 논쟁하고 있으며 위험 혐의를 대하는 법적 대처의 방법에 대해서도 지금까지 봐왔던 것처럼 논쟁이 있긴 하지만, 결국은 위험의 혐의가 존재하는 경우에 경찰로서는 어떠한 대처할 방법이 없어서가 아니라 어떠한 해석론상의 노력에 의해 어떠한 대처법을 준비할 필요가 있는가가 핵심이고 위험의 혐의에 대한 인식·가치판단으로서 학설·판례의 모두는 일부를 제외하고 거의 일치 하고 있다. 위험의 혐의가 위험에 포함하는지 그렇지 않는지 하는 논의는 오히려 이론구성의 문제라고 해도 좋을 것이다.²²¹⁾

3. 위험의 혐의의 경찰법적 판단

(1) 개 설

위험의 혐의란 어떤 상황을 합리적으로 판단할 때, 경찰이 위험의 존재를 인정하

219) 桑原勇進, 前掲論文, 696面.

220) Schenke, a. a. O., S.468.

221) 桑原勇進, 前掲論文, 697面.

기 위한 기준점이 존재하지만 그와 동시에 위협의 존재에 대한 의문도 존재한다는 결론에 도달하는 경우, 즉 현재 상황의 사후적 전개에 대한 불확실성이 존재할 때를 말한다.²²²⁾

이러한 위협의 혐의는 입법자가 사용하는 개념은 아니지만 학설상 주로 사용하는 개념으로 어떤 의미를 갖는지 확실하지 않다.²²³⁾ 위협의 혐의는 위협이 있다고 판단할 근거를 가지고 있지만 그 근거가 불충분하고, 따라서 위협이 존재하지 않을 수도 있다는 것을 경찰기관 스스로 알고 있는 경우이다.²²⁴⁾ 이 경우에는 위협의 존재 여부가 명백해질 때까지 예비적 조치로서 위협의 존재여부에 관하여 조사할 의무(경찰법상 직무)와 권한을 가진다. 그러나 위협 혐의의 존재만으로 경찰이 위협방지를 위하여 조치하는 것은 문제의 소지가 많다. 이 경우 경찰비례의 원칙을 적용하여 판단해야 한다.

(2) 판단상의 문제

경찰법의 중심은 공공의 안녕 또는 질서유지에 대한 위협방지이다. 이러한 위협개념의 본질적 요소는 손해발생의 개연성이다. 따라서 위협의 개념적 징표가 충족되지 못하는 경우에는 경찰권은 행사할 수 없고 이를 충족하지 못한 경찰의 조치는 위법한 것이 될 것이다. 그러나 위협의 혐의에 관한 원칙은 고려될 수 있다. 즉 조치를 취하는 경찰관이 현재 자신이 알고 있는 사실만으로 손해가 발생할 충분한 개연성이 있다고 판단하기에는 부족하다는 것을 “인식하고 있을 때” 위협의 혐의가 있다고 할 수 있다.²²⁵⁾ 이와 같이 사실의 인식 혹은 인과관계의 진행에 대한 예측

222) 김남진 교수는 위협의 혐의의 요소를 3가지로 제시하고 있다. 즉 ① 위협 및 손해발생에 대한 개연성을 인정할 만한 근거의 존재 ② 위협의 실재에 대한 확신 결여 ③ 행동을 취해야할 시간의 압박 등을 그 요소로 들고 있다(김남진(II), 91면).

223) 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 판례에서 경찰개입권한을 인정하고 있다; PrOVG, 77, 333(가구소송차량판결); VerwGE 39, 190 등.

224) 형법상 ‘인식 있는 과실’과 같은 용어를 사용하고 있다. 그러나 이것을 그대로 적용할 수는 없다. 행위주체가 다르기 때문이다. 형법상 인식 있는 과실은 범죄의 구성요건으로서 그 주체가 구성요건의 행위자이다. 반면에 경찰법에서 행위주체는 사태의 조치를 취하는 경찰이다.

225) Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, a. a. O., S.83; Haus, K.L./Wohlfarth, J., a. a. O., S.192.

의 불확실성은 손해발생의 개연성의 정도를 감소시킨다.²²⁶⁾ 일단 위험의 혐의는 주관적 판단에 의존할 수밖에 없다.

지배적인 견해에 따르면 위험의 혐의는 경찰의 활동을 가능케 하는 위험이라 할 수 있지만 위험의 혐의에 대한 경찰의 조치에 대해서는 특히 경찰재량과 비례원칙의 준수 여부를 심사해야 한다. 특히 경찰비례의 원칙은 경찰권행사에 있어서 법률에 근거하기만 하면 언제나 적법한 것이 아니기 때문에 동 원칙을 준수해야 함은 주지의 사실이라 할 수 있다. 한편으로는 개연성의 판단에서 손해발생 여부, 다른 한편으로는 손해의 중대성 및 위협을 받는 법익의 우열을 판단해야 한다. 주로 경찰작용에 있어서 위험의 혐의는 사후의 문제로 제기된다. 결국 위험의 혐의는 경찰법상의 쟁점에 있어 경찰조치의 적법성과 관련하여 경찰재량과 과잉금지원칙²²⁷⁾을 적용받게 된다.

(3) 위험의 혐의에 대한 경찰책임

위험의 혐의가 있을 때 위험존재확인조치에 소요되는 비용을 누가 부담할 것인가 하는 문제를 생각해 볼 수 있다. 주로 비용부담의 주체가 문제된다.

1) 위험존재확인조치

위험존재확인조치란 직접적으로 위험의 제거에 기여하는 것이 아니라, 사태의 조사와 최종적인 위험방지의 조치를 행하기 위하여 준비에 착수하는 잠정적 조치이다.²²⁸⁾²²⁹⁾ 질서행정청이 명령을 발하기에 앞서 사안을 분명히 하는 것이 필요한 경우가 종종 있다.

226) O. Schneider, a. a. O., S.408.

227) 과잉금지의 원칙은 내부적으로 ① 적합성의 원칙 ② 필요성의 원칙(최소침해의 원칙), 및 ③ 상당성의 원칙(좁은 의미의 비례원칙) 등으로 세분되고 있는데, 법률에 근거를 둔 경찰권발동이라 하더라도 이들 원칙을 위반하게 되면 위법이 되는 점도 당연히 유념될 필요가 있다.

228) 프로이센 고등행정재판소 시대에 위험의 혐의는 다른 위험과는 별도로 이해되는 것이었고 이에 대해서는 잠정적 조치만이 허용되었었다. 물론 이에 대한 조치는 법적 효과의 비례성 문제로 다를 수 있다

229) Schenke(2002), S.61; Schoch, a. a. O., S.669.

예컨대 현재는 단지 위험의 혐의만이 존재하고, 향후의 조사에 의하여 비로소 객관적 위험의 존재 여부가 밝혀지는 경우이다. 지배적인 견해에 따르면 단지 사실을 통해 확인된 위험의 혐의만이 법적 의미의 위험이라는 성격을 획득한다.²³⁰⁾ 이러한 사실을 조사하기 위하여, 질서행정청은 사안을 분명히 하는데 절대적으로 필요한 조치를 취할 수 있다.²³¹⁾ 즉 질서행정청은 위험존재확인조치를 해야 한다. 다만 질서행정청은 단지 잠정적 조치만을 명할 수 있다. 이에 대하여 독일의 경우 잠정적 조치를 취하는 대신에 질서행정청은 독일행정절차법 제24조에 의한 직권조사주의에 근거하여 스스로 사안을 조사할 의무를 진다. 그러나 경찰책임자에게 그 의무를 부과할 수는 없다. 경찰책임자는 단지 행정청의 조치를 수인하여야 할 뿐이다.²³²⁾ 따라서 위험으로 간주할 수도 있는 근거자료를 가지게 된 공무원은 일단 완전한 해명이 불가능하게 되면 假명령을 발할 수 있는데, 일반 경찰(질서)법상 일반적 수권조항을 적용할 때 이러한 위험존재확인조치는 특히 환경보호에 있어서 그 역할이 강조되고 있다. 따라서 어떠한 토지로부터 오염위험이 야기될 것이라는 충분한 혐의가 존재하는 경우에 토지소유자는 조사조치를 수인하여야 한다.²³³⁾

2) 비용부담의 주체

위험의 혐의에 대한 위험존재확인조치를 통하여 위험과 경찰책임자²³⁴⁾가 확인되었을 때, 위험존재확인조치에 소요된 비용을 누가 부담할 것인가 하는 문제에 관해

230) Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, a. a. O., S.83.

231) 경찰위험이 사실상 존재하는지 아니면 존재하지 않는지가 명확해질 때까지 지연시킬 권한이 경찰에게 존재한다고 판결하면서, 이러한 예외는 효과적 위험방지라는 경찰법상 불가결한 효율성의 요청을 통해 정당화되는 것이라고 한다(PrOVGE 77, 333, 338).

232) Papier/Hans-Juergen, Die Verantwortlichkeit fuer Altlasten im oeffentlichen Recht, NVwZ, 1986, S.256; Breuer, Ruediger, Rechtsprobleme der Altlasten, NVwZ, 1987, S.343; Fuehren, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Goettigen, 1990, S.37

233) OVG Saarl., NuR 1986, S. 216; OVG Muenster, NVwZ 1985, S.355 등을 참조; 판례는 이러한 방향으로 나아가고 있고 행정관청이 토지소유자에게 잠정적인 확인조치, 시추, 측정 등을 직접 행하도록 요구하는 것도 정당한 조치로 간주하는 경향이다. 이에 대한 상세한 설명은 Götz, S.130을 참조.

234) 위험 또는 장애를 야기한 자(Stoerer)를 경찰법상에 책임자(Verantwortlicher)라고 한다. 이에 대한 규정은 이제 통일경찰법모범초안 및 그에 따르는 주의 경찰법에서 대체되어 사용하고 있다.

서는 다름이 있다. 먼저 직권조사주의를 근거로 하여 경찰책임자의 비용부담의무를 부정하는 견해가 있다.²³⁵⁾ 다른 한편으로는 경찰책임자의 비용부담의무를 인정하기 위하여 통일경찰법모범초안 제5조a 제2항에 상응하는 규범을 끌어들이는 견해도 있다.²³⁶⁾ 경찰책임자가 누구인지 아직 확인되지 않기 때문에 경찰행정청은 위험존재의 확인을 위한 조치를 직접 시행의 방법으로 행하여야 할 것이며, 직권조사주의 그 자체는 비용부담의 문제에 관하여는 논의되지 않고 있다. 생각건대 경찰작용법에 있어서 위험방지비용은 경찰행정청의 조사결과에 따라 경찰책임자에게 부과할 수 있는지 판단해야 한다. 이것은 위험존재확인조치에도 적용되어야 할 것이다.

(4) 결 어

결국 위험의 충분한 혐의가 존재하는 경우에 추정적 경찰책임자²³⁷⁾는 경찰행정청이 필요하다고 인정한 위험존재확인조치를 수인해야 한다. 더욱이 경찰행정청은 추정적 경찰책임자에게 경찰의 구체적 안전조치를 취할 것을 요구할 권한이 있다. 그러나 위험존재여부에 대한 조사의 비용을 추정적 경찰책임자에게 부담시키는 것은 타당하지 않다. 물론 이것은 조사결과 위험이 존재하지 않는다는 것이 확인된 경우에만 문제가 된다. 이 경우에 다수의 견해는 경찰비용을 부담시키지 않은 것이 타당한 것으로 판단하고 있다. 생각건대 경찰행정청의 수행과정에서 불분명한 사태를 조사 등을 통하여 분명히 밝히는 것은 경찰행정청의 우선적 과제이고, 위험의 혐의자에게는 조사의 수행을 가능케 하는 일정한 협력의무만이 존재하는 것으로 판단하여 추정적 경찰책임자의 비용부담의무는 인정되지 않아야 할 것이다.

IV. 잠재적 위험

1. 잠재적 위험의 의의

235) Papier/Hans-Juergen, a. a. O., S.257; Drewsl/Wacke/Vogel/Martens, S.33.

236) Wolf/Bachof/Stober, S.20.

237) 여기서 말하는 추정적 경찰책임자라 함은 위험의 혐의가 충분히 존재하는 것으로 판단되는 자를 달리 표현한 것이다.

잠재적 위험이란 처음에는 전혀 위험하지 않던 상황이 사후에 외부적 사정이 부가됨으로써 비로소 경찰상의 보호이익에 대한 구체적 위험으로 되는 경우를 말한다.²³⁸⁾

잠재적 위험은 위험이 예측되는 상황에서 사후의 구체적 위험이 전제조건이다. 다시 말해서 그 밖의 특정의 사정이 덧붙여짐으로써 비로소 구체적 위험이 성립할 때 잠재적 위험이라고 한다. 토지의 경작이 이웃 도로의 교통이 악화됨으로써 교통상의 장애로 되는 경우 등이 그 예가된다.²³⁹⁾

2. 잠재적 위험의 판단

잠재적 위험의 판단은 구체적 위험이 전제조건이다. 즉 잠재적 위험은 오랜 시간 후에 위험이 예측되는 상황에서 사후의 구체적 위험이 발생할 가능성이 있다. 사후에 장애가 되는 대상 자체는 본질적으로 아무런 변화가 없어도 상황이 완전히 바뀔 수 있다. 어떤 물건의 위험성은 나중에 뒤돌아보아야만 비로소 인정되는 것이다. 하지만 경찰법적으로 그 물건은 이미 위험한 것처럼 다룬다. 독일의 판례의 내용을 소개하여 설명하면 다음과 같다. 원래 주거지가 아닌 땅에 양돈사업장이 먼저 행해진 후에 그 지역이 주거지역으로 확정되면서 양돈사업으로 인한 악취 등으로 인근 주민에게 미칠 건강의 위험을 고려하여 행정청이 무보상으로 양돈사업을 중지 명령한 사안이다. 이에 대하여 재판소는 양돈업은 필연적으로 악취 등을 방출하기 때문에 양돈업자는 처음부터 잠재적인 책임자라고 판단하였다. 이러한 논리는 양돈업 자체가 잠재적 위험인 것으로 판단된다.

3. 경찰개입

경찰의 직무는 위험방지에 있다. 그러나 경찰개입은 ‘위험에 대하여 적시에 방지할 수 없다는 원칙’에 따른다는 특성을 보유하고 있기 때문에, 오랜 시간 후에 언젠가 명백해지는 위험은 경찰기관이 아닌 질서행정청(일반 행정청이 담당하는 직무

238) Haus, K.L./Wohlfarth, a. a. O., S.197.

239) 서정범, “경찰권발동에 관한 연구,” (고려대학교 박사학위논문, 1992), 64면; 잠재적 위험에 관한 논쟁이 본격화 된 것은 뮌스터 상급행정법원(OVG Muenster)의 양축업자(Schweinmaester)판결에 기인한다.

로서)에 의하여서도 제거될 수 있는 것으로 판단되는 것이 일반적이다.²⁴⁰⁾ 그러므로 집행경찰에 관한 법에 있어서 잠재적 위험은 아무런 의미도 갖지 못한다. 그것은 처음에는 위험하지 않은 행위 혹은 위험하지 않은 상태에서 위험에 대한 원인을 야기한 자에게 조치를 취할 수 있을 정도의 것으로 판단하고, 위험한 것으로 분류하는 것이기 때문이다.

따라서 잠재적 위험과 관련하여, 원래는 위험하지 않은 물건의 소유자 등이 사후에 현실화될 위험 때문에 경찰책임자로서 과연 경찰법적 위험방지조치의 대상이 될 수 있는가가 문제이다. 판례는 앞서 간략히 살펴보았듯이, 양돈업자 사건에서 단지 자신에게 귀속된 권한을 사용하고 있을 뿐이므로 경찰책임자라 할 수 없다고 본다. 이러한 잠재적 위험에 대한 경우에는 개별법의 규정이 있는 경우에만 양돈업자에게 경찰법적 조치를 취할 수 있다고 본다.²⁴¹⁾ 결론적으로 손해는 가까운 장래에 발생할 개연성이 있어야 하며, 먼 훗날에 손해가 발생할 가능성이 있는 것, 이른바 잠재적 위험은 경찰법상 위험으로 볼 수 없다.

V. 기타의 위험

1. 오상의 위험

(1) 개념

오상위험이란 실제로 위험이 존재하지 않음에도 불구하고 행정청이 객관적인 주의의무를 다하지 못함으로써 위험이 존재하는 것으로 잘못 판단한 경우를 말한다.²⁴²⁾ 경찰이 오상위험으로 판단하여 경찰권을 행사하는 것은 정당하지 못하다.

경찰이 이러한 판단에 의하여 위험방지조치를 한 것은 위법한 집행이다. 따라서 오상위험은 경찰법상의 진정한 위험이 아니다. 결국 오상위험은 경찰행정청의 공무원이 어떤 상황을 주관적으로 위험하다고 판단하였으나, 그 상황판단이 잘못되었거

240) 이에 관한 구체적인 예는 Knemeyer(2003), S.72 참조.

241) Friauf, S.239.

242) Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, a. a. O., S.84; Haus, K.L./Wohlfarth, a. a. O., S.195.

나 장래의 예측에 하자가 있어 그런 판단에 상응하는 객관적인 위험은 실제로는 존재하지 않는 경우이다.

(2) 판단의 기준

예를 들어 ‘촬영 중 접근금지’라는 표지판을 설치한 곳에서 폭행사건을 재현한 영화 촬영중인데, 경찰관이 이 표지판을 보지 못하고 폭행사건으로 잘못 판단한 경우를 들 수 있다. 오상위험의 판단기준은 주관적 관념이다. 즉 객관적 기준에 따를 경우에 위험이 존재하는 외관상 위험과 다르다. 오상위험은 객관적 기준이 아닌 주관적 판단에 따른 위험이 존재할 뿐이다. 오상위험의 경우 경찰관은 위험이 존재한다는 잘못된 주관적 판단에 근거하고 있다. 이 경우 판단의 오류는 경찰직무(혹은 행정기관의 의무)를 위반한 행위에 근거하여 성립하는 것이다.²⁴³⁾ 예컨대 공무원이 비난받아 마땅할 정도로 잘못된 사안판단에 기초하고 있는 경우가 그러하다. 경찰이 주로 경찰법상의 원칙에 반하여 상황을 잘못 예측한 경우를 들 수 있다. 결국 이 경우는 주관적 고찰을 객관적 고찰로 보아도 법적 의미에서의 위험은 존재하지 아니 한다. 이를 도식화 하면 다음과 같다. ① 행정청이 사실인식이 객관적으로 잘못되었거나 불충분하며, 행정청은 그를 인식하지 못하고 있다. ② 행정청이 사실인식에 있어 자신에게 가능한 그리고 상황에 알맞은 수단을 택하지 않아 잘못 인식한 것이 의무에 반하거나, 인식된 사정 자체는 -올바르게 평가하면- 전혀 위험이 될 수 없다. ③ 결국 법적 효과로서 오상위험은 경찰법적 수권조항에서 말하는 위험이 아니다. 따라서 그의 방지를 위한 조치는 위법하다.

(3) 경찰법적 효과

오상위험은 경찰법적으로 진정한 위험이 아니다. 따라서 오상위험은 경찰법상 활동영역으로 인정되지 아니한다. 결국 경찰이 오상위험의 방지를 위하여 행해진 조치는 위법하다. 오상위험의 경우에는 주관적 판단의 오류이기 때문에 경찰법상의 비례의 원칙을 적용할 여지는 없다. 또 하나의 예를 들어 보면 다음과 같다. 밀집상가에 약간의 물적 손해를 일으킨 화재가 있어, 순찰중인 경찰관이 상가 전체의

243) Denninger, a. a. O., S.39.

붕괴나 또 다른 화재발생을 연상하며 두려워한 나머지 모든 상가의 상인에게 즉시 퇴거할 것을 명한 사례를 생각해 보자. 이 사례에서 경찰법적으로 중요한 위험이 존재하는가를 판단할 수 있다. 실제로는 인근 상가의 붕괴나 사후 화재의 위험은 존재하지 않는다. 객관적인 기준에 따를 때 위험이 존재하는 외관상 위험과 달리, 사례의 경우는 경찰관의 주관적 판단에 따른 위험이 존재할 뿐이다. 바로 이 경우에도 이른 바 오상위험이 문제될 뿐이다.

(4) 경찰법적 책임

경찰법에 있어서 경찰은 어떤 사태에 대한 위험을 야기한 자에게 조치를 취해야 한다. 그러나 오상위험의 경우에 있어서 경찰권발동의 대상이 된 ‘오상위험을 야기한 자’는 진정한 경찰법상의 경찰책임자가 아니다.²⁴⁴⁾ 따라서 부당하게 경찰권행사의 대상이 된 자가 손해를 입은 경우에는 실정법에 따라 손실보상 청구권이 인정된다. 또한 독일의 경우에는 그것 이외에 독일 민법상 제839조 및 독일연방공화국 기본법상 제34조에 따른 직무책임에 기한 손해배상청구권도 인정된다.²⁴⁵⁾

2. 추상적 위험

전술한 바와 같이 위험의 개념은 경찰작용법에 있어서 핵심적 사항이라 할 수 있다.²⁴⁶⁾ 이러한 경찰법의 위험은 그 침해나 손해발생의 가능성의 정도 및 그것이 나타나는 모습에 따라 구분될 수 있다. 먼저 구체적 위험과 추상적 위험²⁴⁷⁾의 구분이다. 앞서 살펴본 바와 같이 구체적 위험이란 보다 구체적인 개별적인 사태에 있어서 경찰이 사전적 관점에서 합리적으로 판단할 때 가까운 장래에 손해발생의 가능성이 충분한 상황을 의미한다.²⁴⁸⁾ 이에 비해 추상적 위험이란 특정한 행위 혹은

244) 오상위험의 야기한 자가 상태책임자가 된 경우에는 당연히 경찰법상의 조치의 대상이다. 독일의 실정법상으로는 통일경찰법모범초안 제4조, 제5조, 바이에른 주 경찰직무법 제7조, 제8조, 노르트라인-베스트팔렌 주 경찰법 제4조, 제5조 등을 들 수 있다.

245) 독일 민법 제839조 및 기본법 제34조; 우리나라 민법 제750조 및 헌법 제29조.

246) Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, a. a. O., S.63.

247) 추상적 위험을 일반적(allgemein) 위험이라고 표현하기도 한다.

248) Schenke(2002), S.65.

상태를 일반적·추상적으로 고찰했을 때 손해가 발생할 것이라는 개연성의 존재가 있어야 한다. 간단히 말하면 구체적 위험이 발생할 것이라는 예견가능성을 어느 정도 미루어 짐작할 수 있는 상황을 의미한다. 개별적 수권조항이 있는 경우 추상적 위험의 경우에도 경찰권이 발동될 수 있으나, 일반적 수권조항에 의한 경찰권 행사의 경우에는 구체적 위험이 반드시 존재하여야 한다. 다만 정보수집과 같은 비권력적 작용에 있어서는 추상적 위험이 있어도 경찰권 행사가 가능할 것이다. 또한 구체적 위험과 추상적 위험은 다음과 같은 차이가 있다.²⁴⁹⁾ 구체적 위험이 구체적인 사태와 관련된 것임에 반하여, 추상적 위험은 전형적인 추상적 내지 일반적인 사태와 관련이 있다.²⁵⁰⁾ 또 구체적 위험은 경찰이 처분을 하기 위하여 원칙적으로 구체적인 시간과 장소에 따라서 확정되거나 확정될 수 있는 상황으로부터 성립하는 것인데 반하여 추상적 위험은 경찰 명령을 발하기 위하여 경험칙에 따를 때 특정한 유형의 행위양식 혹은 상태로부터 개별적 경우에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 경우이다.²⁵¹⁾

249) Haus, K.L./Wohlfarth, J., a. a. O., S.182.

250) G. Berner/G.-M. Koehler, BayPAG, Art. 2. Rn. 10.

251) Knemeyer(2003), S.33.

제3장 위험방지를 위한 경찰권 행사

제1절 경찰권 행사의 요건

일반적으로 경찰권 행사는 공공의 안녕과 질서의 유지¹⁾를 위하여 개인의 기본권을 제한하는 법률적·사실적 행위를 할 수 있는 법적 힘으로 정의 할 수 있다. 따라서 경찰권 행사는 공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 방지를 그 첫 번째 목적으로 하는바 이와 같은 경찰의 위험방지 기능은 모든 국가에 있어서의 필요적 근본기능이라고 표현되고 있다.²⁾ 이를 위하여 먼저 개별적 수권조항에 근거한 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 위한 경찰권 행사의 요건은 개별조항의 해석에 의해서 결정하면 될 것이다.

예컨대 경찰관은 「정신착란자, 주취자, 미아, 자살을 기도하는 자 또는 부상자로서 응급구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는자를 발견한 때에는」 보호조치를 취할 수 있으며(경찰관직무집행법 제4조 제1항), 「범죄행위가 목전에 행하여 지려고 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(동법 제6조).

이처럼 개별적 수권조항에 있어서의 위험방지를 위한 경찰권행사의 요건은 여기에 인용한 요건규정의 해석·운용에 의해 그것을 결정하면 될 것이다.³⁾ 반면에 일

1) 이러한 공공의 안녕과 질서유지라는 당위적 명제는 시대적 이념의 변천과 관계없이 오늘날에 있어서도 기본적인 국가의 기능과 목적으로 인정된다. 즉 국가와 그 기관들의 존속 및 기능의 보장, 공동체 법질서의 유지, 개인의 생명·신체 및 재산의 보호 등은 복지주의와 사회적 법치국가에 있어서도 그 성과의 분배, 급부의 향유를 위한 기본적 전제조건이다. 또한 헌법상 이념으로서 사회정의와 실질적 평등을 구현함에 있어서 사전적 전제로서의 공공의 안녕과 질서유지가 사회적 공동체의 가장 원초적이며 빼놓을 수 없는 국가의 목적과 기능으로 인정되고 있음을 부인 할 수 없다(김재호, “경찰권의 한계,” 「법학연구」 제11집 1호, (충남대 법학연구소, 2000), 25면).

2) Hans J. Wolff, Die Gestaltung des Polizei und Ordnungsrechts in der britischen Besatzungszone, VVDStRL 9, S.134 ff(156).

3) 김남진, “경찰권발동의 조건과 대상,” 「고시계」 2월호, 1982, 95면.

반적 수권조항에 의한 경찰권 행사의 요건을 확정한다는 것은 용이하지 않다.

특히 우리나라 경찰관직무집행법 제2조, 그 중에서도 제5호의 「공공의 안녕과 질서유지」 조항을 일반적 수권조항으로 볼 것인가의 문제는 변론으로 하더라도 경찰의 중요한 직무가 ‘공공의 안녕과 질서유지’에 있다고 함은 경찰법 문헌들이 공통적으로 인정하는 바이기에, 개별적 수권조항에 의하든 일반적 수권조항에 의하든 경찰권 행사의 요건은 1차적으로 공공의 안녕과 질서유지가 무엇을 의미하는가를 이해하는 것으로부터 출발하는 것이 중요하다.

이는 추상적·불확정개념으로서 재량의 확대로 까지 이해될 수 있는 공공의 안녕과 질서유지라는 개념이 어떻게 법치행정의 원리 속에 포섭되어 그 해석과 진행에 있어 국민의 기본권 보장이라는 요구와 조화될 수 있을 것인가라는 문제는 경찰행정법영역에서 중요한 분야이기 때문이다.⁴⁾

I. 공공의 안녕과 질서에 대한 위해의 존재

1. 공공의 안녕

(1) 의 의

공공의 안녕이란 개인의 생명·신체·자유 및 재산과 같은 개인적 법익의 불가침성과 국가적 공동체의 존속과 기능이 방해받지 않고 정상적으로 활동하는 상태를 말한다. 이것을 좀더 자세히 분설하면 「개인의 생명·신체·명예·자유와 재산과 같은 개인적 법익과 객관적인 성문의 법질서 및 국가와 그 밖의 공권력주체의 제도와 시설이 아무런 장애도 받고 있지 않는 상태」를 의미한다.⁵⁾ 결국 공공의 안녕의 개념은 ① 개인의 주관적 권리와 법익, ② 객관적인 법질서, ③ 국가와 그 밖

4) 김재호, “경찰권의 근거로서 일반적 수권조항,” 「법학연구」 제10집 1호, (충남대 법학연구소, 1999), 139면.

5) Vgl. Hans H. Kiein, Zur Auslegung des Rechtsbegrifis der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, DVBI, 1971, S.233 ff.(235); Knemeyer, S.41; Schenke, S.176. 한편 공공의 안녕의 개념은 불확정 개념이지만 전 범위에 걸쳐서 법원의 심사의 대상이 되며, 경찰행정정은 그의 적용에 있어 아무런 판단여지도 갖지 못한다는 견해도 있다(Friauf, S.217; 홍정선, “경찰권의 법적 근거로서 일반조항,” 「공법이론의 현대적 과제」, (박영사, 1991), 733면).

의 공권력주체의 제도와 시설과 같은 요소들로 구성되어 있으며 이하에서는 분설하기로 한다.

(2) 개인의 주관적 권리와 법익

개인의 주관적 권리와 법익이란 인간의 작위 혹은 부작위, 동물, 자연현상 등에 의하여 위협을 받는 개인적 이익, 예컨대 생명·건강·자유·재산·명예 등을 말한다. 이러한 개인의 주관적 권리가 공공의 안녕의 일부를 형성하고 있다는 사실은 경찰은 공중에 대한 위협뿐만 아니라 개인에 대한 위협도 방지해야 한다는 것을 의미한다. 또한 개인의 생명·건강·자유·재산과 같은 사익의 불가침도 공공의 안녕의 한 부분을 구성하므로 경찰권 행사는 이러한 개인적 법익의 보호를 위해서 행하여지는 것이다. 다만 개인적 법익의 보호를 위하여 경찰권 행사에는 다음과 같은 제한이 따른다.

첫째, 개인적 법익이 사권의 형태를 띠고 있으면 그 권리의 행사는 우선적으로 일반법원에 맡겨져 있다. 따라서 경찰은 권리자의 신청이 있는 경우에, 그리고 법원에 의한 보호가 적시에 행하여 질 수 없고 경찰의 개입이 없이는 그 권리의 실현이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우에만⁶⁾ 사법상의 권리와 이익을 보호할 권한이 있는바 이를 보충성의 원칙(Subsidiaritätsgrundsatz)⁷⁾이라 한다. 물론 이러한 경우에도 원칙적으로 권리의 보전을 가능케 하는 잠정적인 조치만이 가능하며 종국적인 조치는 취할 수 없다.

둘째, 개인적 법익의 보호는 공공의 안녕을 위한 것이므로 그 보호가 공익상 필요한 경우에 한해서만 인정된다. 즉 개인적 법익이 공공의 이익과 관련성(Öffentlichkeitsbezug)이 있어야 한다.⁸⁾ 이는 개인적 법익이 공공에 관계되고 당해

6) 예를 들어 사법상의 채권자가 도피중인 채무자를 우연히 만난 경우 현장에 있는 경찰관은 채권자의 요구에 응하여 채무자의 주소를 확인할 권한이 있다(Schenke, S.177).

7) 사법상의 권리와 법익에 대한 위협의 방지에 있어서 보충성의 원칙은 “그 위협이 전적으로 사법에 반하는 것이고, 따라서 사법상의 청구권의 행사와 민사소송에 의하여서 제거될 수 있을 때에”만 적용된다. 그러나 사법적으로 보호되고 있는 개인적 법익에 대한 위협이 동시에 공법규범에 위반되는 경우라면 보충성의 원칙이 적용되지 않고 경찰권 행사가 바로 가능하다(Götz, S.42; Reichert/Röber, S.90; 석종현, “경찰의 위협방지 책무,” 「고시계」 10월호, 1984, 124면).

8) Schenke, S.176.

이익침해의 방지가 공익에 합당한 때에만 경찰의 개입이 허용되는 것이다. 따라서 개인적 법익에 대한 위해가 존재하는 경우에는 그를 방지할 공익이 존재하는지의 여부가 심사되어야 한다.⁹⁾

또한 통상적으로 불특정 다수인의 개인적 법익이 위협받고 있는 경우에는 공익상의 필요가 존재한다고 볼 것이며 예외적으로 특정인의 개인적 법익이 위협받고 있는 경우에도 공법규정에 의하여 보호받고 있는 이익이라는 점에서 또는 기본권으로서 보호되는 법익이라는 점에서 공공의 안녕이라는 범주에 속하므로 공익상의 필요가 존재한다고 볼 것이다.

셋째, 자초침해(Selbstgefährdung)의 문제이다. 개인은 사회적으로 상당한 위협을 무릅쓰면서 자신의 법익에 위해를 가할 수 있는데(예:맹수의 사육, 음주, 흡연 등) 이로 인하여 발생한 위협을 자초침해라 한다. 일반적으로 자초침해의 경우에는 그로 인한 위협을 방지하는 것은 공익이 결여되어 있으므로¹⁰⁾ 그것이 공중 또는 제3자에 대해 위협을 야기하지 않는 한 경찰의 개입은 정당화 될 수 없다.¹¹⁾ 다만 스스로 위해를 가하는 개인이 자유로운 의사결정을 할 수 없는 정신상태에 있거나(예:정신병자, 만취자, 약물중독자 등), 생명과 같은 고차원의 법익에 대한 중대한 침해가 문제되는 경우에는 관계인의 의사에 반하여 경찰이 개입할 것이 요구된다.¹²⁾

(3) 객관적 법질서

현행의 공법규범에의 충돌은 공공의 안녕을 해치게 되는데, 이 같은 모든 성문의 공법규범이 객관적 법질서에 속한다. 여기서의 법질서는 객관적·사회적으로 법적 반가치성이 부정되어 정당성을 갖는 것을 의미하고 여기에는 성문법 규정을 비롯하여 인권의 존중, 권리남용금지, 신의성실 등의 객관적 법원칙들도 포함된다.¹³⁾ 이

9) Tettinger, S.82.

10) Vgl. W. Martens, Der Schutz des einzelnen im polize -und Ordnungsrecht, DÖV, 1976 , S.457 ff(459).

11) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.230; Friauf, S.178; Tettinger, S.82.

12) Götz, S.55; Möller/Wilhelm, S.23; Friauf, S.218; Tettinger, S.83.

13) 다만 단순한 행정규칙은 제외되는 것이 타당하고 사법관계상의 법질서에 대한 침해는 민사작용에 의해 보호되고 있기 때문에 역시 제외된다. 따라서 법질서의 내용은 형법이

처럼 성문의 모든 공법규범 전체, 즉 객관적 법질서가 공공의 안녕의 일부를 형성하고 있다는 사실은 인간의 거의 모든 생활영역이 상당한 정도로 법에 의하여 규율되고 있다는 사실에 비추어 볼 때 실제로 중요한 의미를 갖는다.¹⁴⁾ 한편 공공의 안녕을 위한 경찰의 활동 중에서 특히 중요한 영역은 형법질서에의 충돌을 방지하는 것이므로, 객관적으로 형법상의 구성요건을 충족하는 모든 행위는 공공의 안녕을 해하게 된다.¹⁵⁾ 또한 범죄행위로부터 전체 법질서를 보호하는 경우에도 보충성의 원칙에 의한 제한을 받는다. 따라서 경찰은 범법행위의 제지가 다른 행정청 혹은 법원의 권한에 속하지 않는 경우에만 보충적으로 개입할 수 있다.¹⁶⁾

(4) 국가와 그 밖의 공권력 주체의 제도와 시설

주권과 영토의 불가침성뿐만 아니라 국민의 권리의 행사를 포함한 합헌적 질서¹⁷⁾를 포괄하는 국가와 그 기관들 및 그의 제도의 존속은 공공의 안녕의 중요한 요소를 이룬다.

먼저 국가의 존속은 영토의 보전과 헌법상 기본질서의 보장을 의미한다고 할 것이고 이에 대한 모든 침해행위를 예방·제거함으로써 공공의 안녕을 보호 하는 것이다.

나 행정법규와 같은 공법규범들로 구성되어 있다고 보는 것이 타당할 것인데 그렇다면 공동체의 법익을 보호하기 위해서는 이러한 공법규범의 준수가 보장되어야 한다 (Reichert/Röber, S.90).

14) 반면에 경찰의 직무인 위험방지는 법익을 보호하는 것이지 법규범을 보호하는 것이 아니므로 법질서에 대한 불가침은 공공의 안녕의 보호이익은 아니다 는 비판도 있다(M. Oligiges, Polizeirecht, in: Grimm/Papier, Nordrhein-Westfälisches staats-und Verwaltungsrecht, 1986, S.252). 그러나 전체로서의 객관적 법질서는 공공의 안녕의 구성요소로서 보는 것이 타당하다. 왜냐하면 국가적 공동체내에서 인간의 공동생활의 질서와 형성에 관한 입법기관의 구속적 의사는 법규범 전체에 나타나며, 그 결과 법규범은 그 자체로서 ‘국가의 제도’라고 이해되므로 법규범을 위반한 자는 국가의 의사를 부정한 것이고 그 결과 공공의 안녕에 대한 위협을 가져오기 때문이다(Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.236).

15) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.238; BVerwGE 64, 55 ff(61).

16) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.237.

17) 여기에서 합헌적 질서란 “그것이 없는 민주주의는 상상조차 할 수 없을 정도로 민주주의의 본질을 형성하고 있는 것”을 의미한다(Reichert/Röber, S.90).

또한 국가기관의 존속과 기능의 보장에 있어서 국가기관이란 국회, 법원 및 기타 공법상의 기관을 말하고 이들이 적법하게 국가작용을 행함에 있어서 모든 위법한 방해로부터 경찰상 보호는 공공의 안녕 이라는 범위 내에서 가능하다고 볼 것이다. 물론 그 기관들이 스스로 행할 수 있는 고유한 권한으로서의 공물주체로서 갖는 가택권이나 질서권은 공공의 안녕과는 구별될 수 있으나¹⁸⁾ 공공의 안녕을 위한 위협방지라는 근거로부터 그러한 고유권한은 보호의 대상이 될 수 있다. 결국 이는 국가시설 등을 포함한 국가기관 자체와 그의 기능의 외적인 위협으로부터 공공의 안녕 이라는 목적 하에서 경찰청의 보호를 받는 것을 의미한다.¹⁹⁾

2. 공공의 질서

(1) 의 의

공공의 질서라 함은 사회의 지배적 가치관(사회·윤리관)에 비추어 그것을 준수하는 것이 원만한 공동생활을 위한 전제조건이 되는 법규범 이외의 규범의 총체를 의미한다.

여기서 규범이란 국가에 의해 제정된 법규범이 아니라 사회의 가치관에 근거하고 있는 사회규범을 의미하며 그 중에서도 명백한 다수에 의하여 지지되는 사회규범들만이 공공의 질서의 대상이 된다. 그 이유는 법규범은 공공의 안녕의 개념에 포함되기 때문이다. 이때의 공동체의 가치개념으로서 윤리와 도덕의(사회규범) 위반은 공공의 질서에 대한 위협으로서 처리된다.²⁰⁾

이러한 공공의 질서의 개념을 분설하면 다음과 같은 것을 구성요소로 한다.

첫째, 공공의 질서는 공중속에서의 개인의 ‘외부적 행위’를 전제조건으로 한다.

18) 공법상의 가택권이란 원만한 행정활동을 보장하기 위하여 행정재산인 공용건물예의 출입과 통제를 규율하는 권한을 말하는 바, 그것은 공물의 공용지정에 의하여 발생하며 공법상의 지배권자가 행사한다. 이에 반하여 공법상의 질서권은 공영조물의 이용과 공공시설의 상태에 대한 장애의 제거에 기여하는 것으로 고권적 영조물권력과 공공기관의 장의 지휘권의 구성요소를 이룬다. 이에 자세한 내용은 서정범, “경찰권발동에 관한 연구,” (고려대 박사학위논문, 1992), 39-40면 참조.

19) 김재호, 전계논문, 152면.

20) 김춘환(특), 34면; 정하중, “독일경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향(상),” 「사법행정」 2월호, 1994, 13면.

따라서 그의 대상은 단지 행위 또는 상태일 뿐이며, 신념·사상·견해·의도 등은 그것이 외부에 표시되지 않는 한 공공의 질서의 대상이 되지 않는다.²¹⁾

둘째, 공공의 질서는 ‘불문’의 행위규율만이 그 개념적 요소로 한다.²²⁾ 따라서 공공의 질서개념에 있어서는 국가가 규정한 법규범이 문제가 되는 것이 아니라 공동체의 가치관에 근거한 사회규범이 문제가 된다.²³⁾

셋째, 이러한 사회규범이 명백히 지배적인 ‘다수의 국민’에 의해 받아들여져야 하는바²⁴⁾ 그와 같은 다수의 존재가 분명하게 밝혀질 수 없다면 공공의 질서는 위협을 받는 것이 아니다. 따라서 특정한 문제에 대하여 상당수의 소수가 다른 가치관을 갖고 있다면 공공의 질서의 위협의 문제가 발생되지 않는다.²⁵⁾

마지막으로 공공의 질서의 개념규정을 정확히 하기 위한 또 하나의 요소는 지배적인 가치관이 질서 있는 인간의 공동생활을 위한 ‘불가결의 최소한의 요구’로 간주 되어야 한다.²⁶⁾

(2) 공공의 질서개념의 가변성과 판단

공동생활에 불가결한 전제조건이 되는 사회규범의 내용은 고정적인 것이 아니고 시간의 흐름에 따라 변화하는 가변적인 성격을 가지는데, 이를 공공의 질서개념의 시간적 구속성이라고 한다.²⁷⁾ 예컨대 우리나라에서는 과거 1970년대에는 여성들이 짧은 미니스커트를 공공의 장소에서 입을 경우 공공의 질서에 위반하였다 하여 경

21) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.248; Reichert/Röber, S.91.

22) 이에 반하여 성문의 법규범이 문제가 되는 경우에는 공공의 안녕에 관련될 뿐이다. 이처럼 공공의 질서서는 규범성이 결여되어 있으므로 공공의 질서라는 규율은 국민에게 권리를 부여하거나 의무를 부과할 수 없다(석종현, 전계논문, 126면).

23) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.248; Möller/Wilhelm, S.26.

24) 경찰은 공동체에 있어서의 지배적인 가치관이 무엇인지를 발견해야 하는데, 이를 위하여는 일반적으로 사회조사의 방법이 사용된다. 근자에 독일의 경찰법학자가 지배적인 가치관을 파악하기 위하여 설문지를 통한 사회조사를 행하였는데 동 조사에서는 공공의 질서란 개념의 구성요소로서의 지배적 가치관에 해당하는 것으로 판례·이론·직업상의 경험 등이 제시 되었다(이명구, “경찰작용과 공공질서,” 「고시연구」 3월호, 1984, 64면).

25) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.248.

26) 서정범, 전계논문, 44면.

27) Wolff/Bachof, S.50; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.249.

찰의 단속 대상이었으며, 94년에는 배꼽을 노출한 상위를 입은 경우 경범죄로 처벌하였으나 오늘날 이 같은 이유로 처벌할 수 없다는 것은 시간의 흐름에 따른 가치관의 변화의 좋은 예이다. 또한 공공의 질서를 형성하고 있는 사회규범은 지역에 따라 다를 수도 있다.²⁸⁾

이처럼 공공의 질서²⁹⁾개념은 시대와 상황에 따라 지극히 가변적인 개념이다. 이러한 공공의 질서를 판단하는데 있어 경찰권 주체의 주관적 가치관을 척도로 하여서는 안된다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉, 공공의 질서를 해석·집행하는 경찰권의 주체가 어떠한 특정 문제에 대하여 지배적인 사회의 가치관을 가지고 있는지, 혹은 경찰권의 행사가 공공의 질서를 유지하기 위해 합당하게 행해졌는지에 대한 문제는 경찰권 주체의 경험적 판단에만 맡기기에는 미흡한 점이 있다. 분명한 것은 법규범이외의 사회규범에 대한 존재여부에 대하여 확정적 판단이 서지 않는 경우에는 공공의 질서를 위한 경찰권 행사는 이루어질 수 없는 것이다.

따라서 경찰은 그 주관적 가치관에 따라 공공의 질서를 판단해서는 아니 되며, 사회구성원 다수의 지배적인 윤리와 가치관이 성립되었는지, 그리고 그에 상응하는 행동이 원만한 공동체 생활을 위해 필수불가결한 것인지를 객관적으로 판단해야 한다.³⁰⁾

오늘날 거의 모든 생활영역에 대한 전면규범화가 증가 추세를 보이고 있는 상황에서 통치권의 집행을 위한 개입의 근거로서 남용될 수 있는 가능성이 여전히 남아 있는 공공의 질서개념에 대해서는 엄격한 합헌성이 요구된다. 또한 개개 사안에서 공공의 질서라는 개념과 관련하여 경찰이 개입할 것인가의 여부도 기본적 인권의 헌법적 보호규정을 준수하는 범위 내에서만 판단되어야 한다.³¹⁾

28) 예를 들어 대도시 유흥가에서 일반적으로 행하여지는 행위들은 조용한 시골마을에서는 공공의 질서를 침해하는 행위로 판단될 수 있다. 다만 교통의 발전, 신문, 잡지 등 대중매체의 영향으로 지역적 가치관이 점차적으로 간격이 줄어들고 있다는 사실을 간과할 수 없다(Götz, S.54; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.220).

29) 공공의 질서에 관한 독일의 대표적 판례로는 대통령 사망 중 공개댄스파티 사건(BVerwG, DVBl. 1970, 504), 도로에서의 성관계에 관한 강연(Hess. VGH 5, 46), 공동묘지에서의 무도회(PrOVGE 47, 191), 부녀자간의 복싱시합(PrOVGE 91, 138), 광고에 사형수의 초상을 사용하는 행위(PrOVGE 52, 286), 화장 후 남은 유골의 전시판매(PrOVGE 33, 345) 등이 있다.

30) 정하중, 전계논문, 14면.

31) 이은주, “경찰법상의 개팔수권조항에 관한 연구,” (서울대 박사학위논문, 2005), 109면.

(3) 공공의 질서에 대한 비판

공공의 안녕 외에 공공의 질서를 경찰상 보호이익으로 열거할 실익이 있는지와 민주주의, 법치주의적 관점에서 다음과 같은 비판을 받기 시작했다.

첫째, 현실적인 측면에서 경찰관련 입법의 증대에 따른 입법의 완비로 인하여 종래 공공의 질서개념에 속하던 대부분의 것들이 법적 규율의 대상이 되어있고, 따라서 공공의 질서라는 보호이익의 전통적인 적용영역이 현저하게 축소되고 있다³²⁾는 비판이 있다.³³⁾

둘째, 법규범이 아닌 불문의 사회규범이 공공의 질서의 내용을 이룬다면 이는 개인의 법규범이 아닌 사회규범에 의하여 강요됨을 의미한다. 그러나 법치주의와 민주주의를 따르면 국가공동체의 중요하고 본질적인 문제를 스스로 결정하여야 하며 이를 행정부에 위임하여서는 안된다. 국가공동체의 구속력 있는 가치와 기준의 결정은 정치적 행위이며, 따라서 국회의 입법과정에서 결정되어야 한다. 이러한 가치와 기준들이 입법자가 아니라 구체적으로 확인하기 어려운 다수에 의하여 인정되고 있다는 이유로 여타의 다른 사람들에게 구속력을 부여한다는 것은 민주주의 원칙에 위배된다.³⁴⁾

셋째, 공공의 질서의 내용을 다수의 입장에서 찾는 것은 민주주의에서 요구되는 소수자보호에 위반된다. 이는 이론적 측면에서 다원적 국가에서는 상이한 가치관이 존재하는 바, 이 경우 다수의 가치관 뿐 만 아니라 소수의 가치관도 보호받아야 하며 따라서 다수 혹은 국가가 자신의 가치관을 타인에게 강요할 수 없다³⁵⁾는 비판이 있다.

결국 다수의 입장을 관철시키기 위하여 질서에 위반되는 소수의 행동을 예방과 진압을 통하여 억제하는 것은 공공의 질서에 본질적으로 내재하고 있는 가변성과

32) Vgl. Hans P. Prümm, Die öffentliche Ornung, der polizeiliche Generalklausel in Theorie und Praxis, DÖV, 1983, S.125 ff.

33) 우리나라의 경우에도 경범죄처벌법이나 가정의례법률 등에 의하여 국민의 세세한 활동까지 규율하고 있는 현실에 비추어 볼 때, '공공의 안녕' 조항에 의하여 포섭되지 않음으로 인하여 '공공의 질서' 조항이 적용될 여지는 거의 없을 것으로 여겨진다(김남진(II), 33면; 이명구, 전계논문, 62면).

34) Götz, S.51.

35) E. Denninger, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, 1968, S.22.

모순되는 것이며 정신적인 가치체계에 있어 일원적인 질서의 관철을 의미하게 되어 다원적 가치질서를 전제로 하는 자유민주주의의 기본질서에 위배되는 것이다.

넷째, 법규범의 구성요건과 법률효과는 법을 적용하는 기관이 명확하게 취급할 수 있도록 규정되어야 함은 물론이고 더 나아가서 수범자인 개인이 구체적인 경우에 법률이 그에게 무엇을 요구하고 있는지 알 수 있도록 명확히 규정되어야 한다.³⁶⁾ 따라서 법학적 측면에서 공공의 질서개념은 헌법상의 요청인 명확성이 결여되어 있으므로 동 개념이 법치주의에 반한다³⁷⁾는 비판이 있다.³⁸⁾

이와 같은 비판에 입각하여 실무에서 공공의 안녕과 공공의 질서의 엄격한 분리 취급을 포기하고 양자를 일원적으로 파악하는 경향이 나타났다. 이러한 비판은 실무에 적지 않은 영향을 주었으며 대표적 입법례로는 1983년 독일의 Bremen의 새로운 경찰법 제1조제1항³⁹⁾이 ‘공공의 질서’라는 보호이익을 포기하고 있으며, 「경찰과질서행정청의영역에서정보보호의발전에관한법률」(GFDPol)역시 공공의 질서에 대한 위협의 방지가 더 이상 경찰의 임무가 아니라고 규정하고 있다.⁴⁰⁾

(4) 공공의 질서의 존속 필요성

위에서 언급한 비판에도 불구하고 우리나라나 독일의 다수학설과 현행법에서 여

36) BVerfGE 21, 79.

37) F. J. Peine, Öffentliche Ordnung als polizeirechtliches Schutzgut, DÖV, 1979, S.25 ff(30).

38) 이러한 불확정개념 사용 그 자체는 법치주의에 위반되는 것은 아니며, 오히려 이는 법규범의 불완전성 및 빈번한 변경의 필요성을 방지하기 위하여 필요한 것이다. 법규범에 요구되는 명확성의 정도는 개개의 규범대상의 특수성과 행정이 수권 받는 행위의 종류와 성격에 따라 차이가 난다. 비록 위협방지의 법률요건은 그 업무의 상황제약성과 침해요건의 다양성으로 인하여 세세히 규율하기는 어렵다고 하나 위협방지작용을 위한 경찰작용에 있어서는 개인의 기본권이 직접 침해받는 경우가 빈번히 발생한다는 것을 염두에 두어야 한다. 개인의 권리에 대한 침해의 강도가 클수록 법률요건은 명확하게 규정되어야 한다. 이러한 관점에서 볼 때 공공의 질서의 개념은 명확성의 원칙에 위배된다고 보지 않을 수 없다. 공공의 질서에서 어떠한 가치관이 중요한지 또 이들을 어떻게 확인하여야 하는지 명확하지 못하며, 이러한 명확성은 시간적이고 지역적인 상대성에 의하여 가중된다(정하중, 전계논문, 14-15면).

39) 동조는 「경찰은 공공의 안녕에 대한 위협을 방지함을 그의 직무로 한다」라고 규정하고 있다.

40) Möller/Wilhelm, S.28.

전히 공공의 질서의 개념을 공공의 안녕에 대한 보충적 기능을 가진 필수적인 개념으로서 인정하고 있다. 우리나라의 경우 경찰법 제3조(경찰의 임무)에서는 「경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다」고 규정하고 있고, 경찰관직무집행법 제1조 제1항(목적)에서는 「이 법은 국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 경찰관의 직무수행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다」고 규정하고 동법 제2조 제5호(직무의 범위)에서는 「기타 공공의 안녕과 질서 유지」라고 규정하고 있다.

독일에서는 독일통일경찰법모범초안 제1조⁴¹⁾ 외에도 기본법(GE)제13조 제3항,⁴²⁾ 제35조 제2항⁴³⁾이나 질서위반법(OWiG)제118조 제1항⁴⁴⁾ 등에서 질서개념을 사용하고 있다.

이와 같은 이유는 입법보다 앞서가는 기술의 진보, 사회의 급변한 변화, 위험발생의 다양화 등을 고려할 때 구체적이고 명확한 규정만을 입법자에게 기대한다는 것은 무리이고 효과적이지 못하다는 점에서 공공의 질서라는 개념의 존재 의의를 찾을 수 있다.⁴⁵⁾

41) 동조에서는 「경찰은 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협을 방지하는 것을 그의 직무로 한다」고 규정하고 있다.

42) 동조에서는 「그 밖에도 침해와 제한은 공공의 위협이나 개인의 위협을 방지하기 위해서만 법률에 근거하여 공공의 안녕과 질서에 대한 급박한 위협을 방지하기 위해서, 특히 주택난을 완화하기 위해서 전염병의 위협을 극복하기 위해서 또는 위협에 처한 소년을 보호하기 위해서 행해질 수 있다」고 규정하고 있다.

43) 동조에서는 「공공의 안녕과 질서의 유지나 회복을 위하여 특별히 중대한 경우, 경찰이 연방국경수비대의 힘과 시설의 지원 없이는 임무를 수행할 수 없거나 현저한 어려움 하에서만 수행할 수 있을 때에는 경찰에 대한 지원을 요청할 수 있다」고 규정하고 있다.

44) 동조에서는 「공중을 괴롭히거나 위협하게 하거나 공중의 질서를 해하는 난폭한 불법적 행위를 행하는 자는 질서위반행위자이다」고 규정하고 있다.

45) 사회규범의 가변성과 다양성 때문에 이들을 전부 구체적인 법규로 규정한다는 것은 불가능하며 따라서 공공의 질서라는 불확정개념을 사용하여 이들을 포섭하는 것은 불가피한 것이다. 비록 입법자는 공공의 질서라는 개념을 많은 특별법에 대처하여 법치주의적 요소를 증가시킬 수 있지만 그렇다고 하더라도 여전히 법적안전성과 법해석상의 문제는 존재하게 된다(정하중, 전계논문, 15면).

3. 위 해

경찰권을 행사하기 위해서는 일반적으로 앞서 살펴본 바와 같은 내용의 공공의 안녕·질서에 대한 위해, 즉 위험 또는 장애가 있어야 한다. 즉 경찰상의 위해란 공공의 안녕이나 공공의 질서를 침해할 위험성을 말한다. 여기서 위험이라 함은 그것을 방치하게 되면 가까운 장래에 공공의 안녕과 질서에 해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상태를 의미하며, 장애는 위험이 현실적으로 발생한 상태를 말한다. 다만 순찰, 정보수집과 같은 위험의 사전배려조치는 반드시 그 위해의 존재를 필요로 하지 않는다.⁴⁶⁾

II. 위해를 예방하거나 제거할 필요

공공의 안녕과 질서, 위해라는 불확정개념은 원칙상 법개념이며 경찰권 발동기관에게 판단여지가 인정되지 않는다. 그러나 ‘위해를 예방하거나 제거할 필요’의 판단에는 경찰권 발동기관에게 판단여지 내지 재량권이 인정된다고 보아야 한다.⁴⁷⁾ 경찰재량은 통상 위해나 장애를 예방하거나 제거할 필요, 즉 경찰권 발동의 필요성여부의 결정에서 인정된다.⁴⁸⁾

제2절 경찰권 행사를 위한 법적 근거

경찰은 사회공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 위하여 국민에게 명령·강제 등을 하는 권력적·침익적 작용을 그 주된 수단으로 사용한다. 이러한 위험방지임

46) 이러한 위해의 존재는 개인의 법익침해적 경찰권 행사에는 필수적이나, 순찰 등 위험의 사전배려조치를 위해서는 필수적인 요건이 아니다. 이점에 관해서는 Schenke, S.200 참조.

47) 재량을 ‘복수행위사이의 선택의 자유’로서 이해하여, 경찰기관에 ‘위험이 존재한다는 판단’과 ‘위험이 존재하지 않는다’는 판단사이의 선택의 자유(재량)가 존재하는 것은 아니며, ‘법원이 경찰기관의 판단을 그대로 받아들일 수밖에 없는 영역’으로서의 판단여지는 있을 수 있다고 본다(김남진(II), 264-266면).

48) 박균성(하), 405면.

무가 경찰에 속하는 것이라고 하여도 법적 근거 없이는 국민에게 법적 부담을 가져오는 수단을 사용할 수 없다는 것은 오늘날 일반적으로 승인되고 있는 법치국가의 기본원칙중 하나이다. 따라서 경찰권 행사시에는 반드시 법률에 근거가 있어야 함이 원칙이다. 이것은 법치주의 또는 법률에 의한 행정의 원리에 따른 당연한 귀결이다.⁴⁹⁾

경찰권 행사의 법적 근거의 방식에는 법기술상, 개별적 수권조항에 근거한 수권 방식과 일반적 수권조항에 근거한 수권방식이 있을 수 있다. 개별적 수권조항에 의한 경찰권 행사의 수권방법은 내용적으로 두 가지 유형으로 구별할 수 있다. 하나는 일반 경찰법상 개별적 수권조항에 근거한 경찰권 행사이고, 다른 하나는 특별경찰법상 개별적 수권조항에 의한 경우이다.⁵⁰⁾

우리의 현행 법제상 개별적 수권조항에 근거한 수권방식은 인정되고 있음은 의문이 없다.

이는 일반 경찰법상 개별적 수권조항에 근거한 경찰권 행사는 경찰작용법의 기본법이라 할 수 있는 경찰관직무집행법 제3조 이하에서 찾을 수 있고, 특별경찰법상 개별적 수권조항에 근거한 경찰권 행사는 식품위생법·공중위생법 등 여러 법률에서 찾을 수 있기 때문이다.

반면 경찰권 행사의 근거와 관련하여 현행 우리나라 경찰법에서 개별적 수권조항 외에 일반적 수권조항의 존재여부와 일반적 수권조항에 근거하여 경찰권 행사가 가능한지 다투어 지고 있다.

I. 개별적 수권조항에 근거한 경찰권 행사

1. 일반경찰법상 개별적 수권조항

경찰행정청은 일반적으로 위험방지라는 자신의 임무수행을 위해 여러 방식으로

49) 현행 헌법 하에서는 법률의 위임에 의한 위임명령과 법률의 집행을 위한 집행명령을 발할 수 있는 권한이 행정기관에 인정되어 있다. 이들 명령에 의해서도 일정한 제한 하에서 예외적으로 경찰권 행사의 근거를 정할 수 있다(예, 도로교통법시행령). 따라서 법률에서 경찰권 행사의 근거를 명령에서 정할 수 있도록 위임함에 있어서는 구체적으로 정하여 행하여야 한다(김춘환(특), 27면).

50) 김동희(II), 188면.

개인의 자유와 재산을 침해한다. 이를 위해 경찰관직무집행법은 공공의 안녕과 질서를 위하여 개인의 자유영역에 대하여 침해를 가져오는 특별구성요건을 가지고 있다. 이를 소위 표준조치(standardmaßnahmen)이라 부른다. 표준조치들은 대체로 행정행위로서의 성질을 가진다. 그 처분은 관계자에게 작위·부작위·수인의 의무를 부과한다. 그리고 그 처분은 그 처분의 사실상의 집행과 구분되어야 한다. 처분의 사실상의 집행은 사실행위일 뿐이다. 예컨대 수색처분은 관계자에게 수색행위시 수인의 의무가 주어지는 행정행위이고 수색의 집행은 사실행위이다. 만약 이들을 사실행위로 본다면 이들 행위의 강제집행은 법적근거의 결여로 불가능 할 것이다. 경우에 따라서는 표준조치도 강제집행이 필요하게 된다. 통상 이들 표준조치에서 강제집행이 문제되지 않는 것은 대개의 경우 표준조치가 비대체적 작위의무와 관련되고, 따라서 대집행이 적합하지 않기 때문이다. 한편 표준조치에는 영장이 요구되지 아니한다. 즉, 표준조치는 영장주의의 예외가 된다.⁵¹⁾ 이러한 표준조치는 경찰법상 전형적 경찰권행사를 유형화한 것이라 할 수 있다. 우리나라 경찰관직무집행법상 인정되고 있는 위험방지를 위한 표준조치로는 불심검문, 보호조치, 위험발생의 방지, 범죄의 예방과 제지, 위험방지를 위한 출입 등이 있다.⁵²⁾

2. 특별경찰법상 개별적 수권조항

위험의 방지 및 장애의 제거라는 경찰법상의 목적을 달성하기 위한 경찰권 행사는 일반 경찰법 외에도 수많은 특별법령에 근거하여 행해진다.

예컨대 도로교통법, 자동차관리법, 선박법, 항공법 등 교통상의 안전 및 위험방지를 위한 법령, 식품위생법, 공중위생관리법, 직업안정법 등 영업경찰법령, 의료법, 약사법, 전염병예방법 등 보건관계법령, 폐기물관리법, 자연환경보전법, 해양오염방지법, 대기환경보전법 등 환경상의 위험방지를 위한 법령 등 수많은 법령 등이 특별행정법의 모든 영역에서 경찰권 행사의 근거를 개별적으로 부여하고 있다.

51) 홍정선(하), 363-364면.

52) 이에 대해서는 본 논문 제4장에서 후술한다.

II. 일반적 수권조항에 근거한 경찰권 행사

1. 일반적 수권조항의 의의

경찰법상 일반적 수권조항이란 경찰권 행사의 근거가 되는 개별적인 법률규정이 없는 경우 경찰권 행사의 일반적·보충적 근거가 될 수 있도록 일반적 위험방지 및 장애제거를 위해 포괄적 내용을 규정하는 조항을 말한다.⁵³⁾ 이러한 일반적 수권조항은⁵⁴⁾ 일반 경찰법과 특별 경찰법에도 특별한 규정으로 존재하지 않는 경우에 최종적으로 공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 예방·진압을 위한 법적 근거로 적용된다.

오늘날 일반적 수권조항의 전형적인 예로써 독일통일경찰법모범초안 제8조에서 찾아볼 수 있다. 우리나라의 경찰법상 일반적 수권조항이 존재하는가에 대하여는 논란이 있으며 이에 대하여는 후술한다.

2. 일반적 수권조항의 기능 및 필요성

우리 헌법은 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우에는 반드시 법률에 근거하도록 하였는바(헌법 제37조 제2항),⁵⁵⁾ 경찰권의 행사는 헌법 자체가 예외를 인정하는 경우를 제외하고 조직법 외에 개별적 근거가 되는 권한규범에 근거하여 행하여져야 하는 것은 법률유보원칙상 당연하다. 그러나 오늘날 기술수준의 급격한 변화, 사회적 사정의 변화 등으로 인해 입법자가 예상할 수 없는 경찰상의 위해가 발생하는 경우에는 미리 규정된 개별적 수권조항에 의해 해결되지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 또한 경찰권행사는 주로 장래 발생할 위

53) 김동희(II), 191면.

54) 우리나라에서 일반적 수권조항의 용어의 상용례가 다양한 것으로 나타나고 있다. 즉, 개괄조항, 일반조항, 개괄적 수권조항, 개괄수권조항 등이 그것이다. 독일에서는 일반조항(Generalklausel), 또는 일반수권(Generalermächtigung) 등으로 표현하고 있다. 본 논문에서는 경찰법상 권한규범으로서 일반적 요건과 일반적 수권성을 강조하기 위하여 일반적 수권조항으로 기술하고자 한다.

55) 여기서의 법률은 조직법적 근거 또는 목적조항만이 아니고, 개별적인 작용법적 근거를 함께 요구하는 것으로 본다(박윤훈(하), 310면).

해에 대한 것이고 그 위해의 형태는 천차만별하다. 이에 대처하기 위하여 이들 위해의 형태를 모두 추측하여 개별적으로 권한규범을 빠짐없이 기술한다는 것은 입법기술상 불가능하다. 뿐만 아니라 경찰권행사는 그 성질상(위해의 긴급성·상황적응성·피해의 광범위성 등 경찰권행사의 특수성) 경찰기관에게 임기응변으로 대처하도록 요구하는 것이 불가피한 경우가 있을 수 있다.⁵⁶⁾ 이러한 경우를 대비하고자 인정되는 것이 일반적 수권조항 이다.

일반적 수권조항은 다음과 같은 이유에서 그 기능과 필요성이 있다.⁵⁷⁾

첫째, 일반적 수권조항은 개별적 수권조항이 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용된다.

둘째, 사회사정과 관념이 부단히 변하기 때문에 개별적 수권조항으로 경찰권 행사의 요건이나 효과를 상세히 정한다는 것이 기술적으로 불가능하다.

셋째, 일반적 수권조항에 근거한 경찰권 행사에 관련된 법원칙(조리상의 한계)이 충분히 발달되어 있다.

넷째, 일반적 수권조항의 확대해석, 그에 근거한 권력남용 등은 법원의 심판을 통해 억제될 수 있다.⁵⁸⁾

3. 우리나라 경찰법상 일반적 수권조항

(1) 개 설

일반적으로 경찰권은 ‘공공의 안녕과 질서의 유지⁵⁹⁾’를 위하여 개인의 기본권을

56) 김춘환(특), 29면.

57) 이와는 반대로 일반적 수권조항의 역기능도 나타날 수 있다. 대표적으로 과도한 융통성으로 인한 도피 가능성, 법적 불안정성, 권력분립원칙의 훼손 가능성 등이 있다(이은주, 전개논문, 62-65면).

58) 김남진(II), 264면.

59) 간단히 설명하면 공공의 안녕이라 함은 객관적인 법질서, 즉 개인의 생명·신체·건강·자유·재산과 같은 개인적 법익이 침해되지 않으며, 또한 국가적 공동체의 존속과 기능이 방해받지 않고 정상적으로 활동하는 상태를 의미하는 것으로 공동체의 법익의 보호뿐만 아니라 개인적 법익의 보호까지 포함하는 개념이라고 할 수 있다. 또한 공공의 질서는 지배적인 사회·윤리관에 비추어 그것을 준수하는 것이 원만한 공동생활을 위한 전제요건이 되는 법규범 이외의 규범의 총체를 의미하는 것으로 법규범을 제외하는 이유는

제한하는 법률적·사실적 행위를 할 수 있는 법적 힘으로 정의할 수 있다. 따라서 국민의 자유와 권리를 제한하는 경찰권은 법치행정의 원리에 따라 원칙적으로 입법형성권을 가진 의회가 제정한 법률에 근거하여 법률에 따라서 행사되어야 한다.

우리나라 현행 헌법 아래에서도 모든 행정작용이 법률에 의하여 수권되고, 또한 헌법과 법률에 의하여 기속될 것이 요청된다고 할 것이다.⁶⁰⁾ 따라서 경찰권 행사에 관한 법적 근거를 마련하는 경우에도 가급적 그 요건과 효과 및 한계가 명확하게 설정되는 개별적 수권조항의 방식이 민주적 법치국가에 적합하다는 것에 대해서는 재언을 요하지 않는다. 그러나 오늘날 사회의 급속한 변화와 위험사회의 심화에 따라 입법자의 예측과 상상을 초월하는 각종 위험이 빈발하고 있어 이 모든 것을 개별적 수권방식으로만 해결하기는 입법기술상 불가능하다고 해도 과언이 아니다.⁶¹⁾ 결국 일반적으로 경찰법규에 의하여 경찰작용을 수권하고 기속하는 경우에 입법기술상 복잡·다양하고 가변적인 사회현실에 대하여 모든 경우를 예상하여 빈틈없이 일의적·확정적 개념으로 행정행위의 요건을 정하는 것은 사실상 불가능하며, 경찰작용이 정치·경제·사회·기술 등 가변적인 사회현실에 맞추어 경찰목적을 능률적으로 달성하기 위해서 경찰권의 행사에 대하여 어느 정도 해석·판단의 여지를 인정할 필요가 있음을 고려할 때 경찰상 일반적 수권조항의 필요성에 대하여 일반적으로 인식은 같이 하고 있는 듯하다.⁶²⁾ 그러나 경찰법상의 일반적 수권조항이 현행 우리 경찰법상 존재하고 있는지 여부에 대하여는 크게 3가지 부류의 학설로 나뉘고 있다. 특히 경찰관직무집행법 제2조 제5호 ‘공공의 안녕과 질서유지’라는 규정상의 불확정개념에 대하여 학설이 나뉘고 있는바, 동 규정에 대하여 일반적 수권조항을 인정하는 긍정설⁶³⁾과 우리 경찰법상 경찰권 행사의 수권조항으로서 일반조항

공적 질서는 공적 안전에 대한 보충적인 개념으로 볼 수 있기 때문이다.

60) 이에 따라 현행 우리 헌법은 제37조 제2항에서는 질서유지를 위하여 필요한 경우에 한하여 개인의 자유와 권리를 제한하는 경우에는 법률유보의 원칙에 따를 것을 명시하고 있다. 여기에서의 법률은 국회에서 제정하는 형식적 의미의 법률이 원칙이나, 헌법 제75조 및 제95조에 의하여 법률에 의한 행정권에의 입법의 위임을 규정하고 있고, 이러한 위임입법 또한 “법치주의의 원리상 국가권력 행사의 예측가능성을 보장하기 위하여 그 주체와 방법 및 범위 등이 예견가능 하여야한다는 점에서 포괄적 위임입법은 부정된다”고 한다(헌재 1993. 5. 13 92 헌마 80).

61) 이은주, 전계논문, 176면.

62) 일반적 수권조항의 경우 行政의 法律適合性の 관점에서 허용될 수 없다고 주장되기도 한다(박윤훈(하), 322면 이하).

을 인정하기 어렵다고 보고 동 규정을 직무규정으로 보는 부정설 및 경찰권 행사에 있어서 일반적 수권조항의 필요성은 인정되나 현행 실정법상 일반적 수권조항이 존재하지 않는다고 보는 입법필요설이 주장되어지고 있다. 이하에서는 이에 대한 구체적인 논거를 살펴보고자 한다.

(2) 학 설

1) 부정설

이 설은 우리나라에 경찰법상 일반적 수권조항이 존재하지 않을 뿐 아니라 우리 헌법이 표방하고 있는 법치주의 원리, 특히 명확성 원칙에 반하는 일반적 수권조항 자체의 허용을 부정하는 견해이다. 대표적으로 박윤훈 교수는 “우리 헌법상의 법률유보의 범위를 어떻게 이해할 것인가에 대하여는 다툼이 있다 하더라도 경찰권을 포함한 권력적 행정작용에는 법률의 근거를 요하고, 그 경우의 법률은 당연히 개별적인 작용법률을 의미한다고 보아, 우리 헌법상의 경찰권 행사의 수권조항으로서 일반조항을 인정하기는 어렵다”고 함으로서 법률유보의 관점에서 일반적 수권조항 자체의 허용을 부정하고 있다.⁶⁴⁾

김동희 교수도 “법률유보의 범위에 관하여는 견해가 갈릴 수 있으나, 권력적 작용으로서의 경찰작용에 대하여 법률의 근거가 있어야 하고 이 경우 법률은 당연히 개별적인 법률이어야 하고 포괄적·일반적인 수권법은 허용되지 않는다고 보아 경찰관직무집행법 제2조 제5호는 경찰권의 발동근거에 관한 일반적 수권조항이 아닌 경찰의 직무범위를 정한 것으로서 본질적으로 조직법적 성질의 규정이다”는 논거를 바탕으로 일반적 수권조항을 부정하고 있다.⁶⁵⁾ 특히 경찰재량권의 통제에 관한

63) 이 밖에도 권한규범성을 가지고 있는 동법 제5조 제1항(위험의 방지)이나 동법 제6조(범죄의 예방과 제지)등에 대해서도 일반적 수권조항성이 논의 되고 있다.

64) 우리 헌법상의 법률유보의 원칙은 수권이란 작용법상의 개별적 수권을 말하고 만약 일반적 수권조항을 인정하게 되면 경찰권 행사에 관하여 백지의 포괄적 재량권을 부여하는 것이 되어 경찰권의 남용으로 국민의 기본권이 침해될 우려가 크다고 주장하고 있다(박윤훈(하), 310-311면).

65) 또한 현행 경찰관직무집행법상의 개별적 수권조항들은 경찰상의 위험에 해당하는 경우를 포괄하고 있고 특히 동법 제5조 제1항은 다른 규정에서 규정하고 있지 않은 공백상태를 상당부분 규율하고 있어서 실무상 일반적 수권조항의 필요성이 그리 큰 것은 아니라고 본다(김동희(II), 162면).

법이론 및 관례가 정립되지 못한 현재의 상태 하에서 일반적 수권조항을 인정하는 것은 법치행정의 원칙의 실질적 목적이 되는 국민의 기본권의 보장이 위태롭게 될 수 있기 때문에 이러한 상황 하에서 우리나라에서 일반적 수권조항을 인정하는 것은 타당치 않다고 한다.⁶⁶⁾ 그리고, “경찰작용의 분야는 법률유보의 본령이라는 것을 의심의 여지가 없으므로 경찰권은 법치주의의 원리상 개별적인 작용법에 의한 구체적인 법적 수권을 필요로 하는 것이라는 주장”⁶⁷⁾ 및 “체계적 그리고 문리적으로 볼 때에 경찰관직무집행법 제2조 제5호는 경찰관의 임무와 직무범위를 규정한 임무규정(Aufgabenzuweisungsnorm)에 지나지 않는다”⁶⁸⁾라고 주장하는 등의 견해를 들 수 있다.

이러한 부정설은 경찰관직무집행법 제2조 제5호는 경찰의 권한규범이 아닌 직무규범이고 경찰작용에 대한 법률근거는 개별적 수권조항에 근거하여야 하며 포괄적·일반적 수권조항은 허용되지 아니한다는 입장에서 우리나라 경찰법상 일반적 수권조항은 존재하지 아니한다는 것이다.

2) 긍정설

(가) 제2조설

이 설은 경찰권 행사의 특수성을 이유로 일반적 수권조항의 필요성을 긍정하는 동시에 우리의 현행 경찰법에도 일반적 수권조항이 존재한다고 보는 입장이다. 이의 근거규정으로 경찰관직무집행법 제2조는 경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다고 규정하며, ① 범죄의 예방·진압 및 수사, ② 경비·요인경호 및 대간첩작전수행, ③ 치안정보의 수집·작성 및 배포, ④ 교통의 단속과 위해의 방지, ⑤ 기타 공공의 안녕과 질서유지를 정하고 있는데, 이 중 동법 제2조 제5호의 「공공의 안녕과 질서유지」에 관한 조항을 ‘일반적 수권조항’으로 보아 개별적인 근거규정이 없을 때에는 이 조항에 근거하여 경찰권을 행사할 수 있다고 보고 있다.⁶⁹⁾

66) 일반적 수권조항이 법률유보 원칙에 반드시 위배되는 것은 아니지만 현재로서는 시기상조이고 그것은 법규정의 미비, 재량권 행사의 이론·관례의 미정립 등으로 인해 그 남용의 위험성이 줄어들어 후에 이 조항을 두어야 한다는 입장도 있다(박균성(하), 402면).

67) 이상규(하), 229면.

68) 정하중, “경찰상의 책임,” 「공법연구」 제25집 제3호, (한국공법학회, 1997), 140-141면.

이는 경찰법 제3조에서 “경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다”는 규정을 하고 있는데 특히, “기타 공공의 안녕과 질서유지”를 규정한 것은 경찰권 행사에 대한 일반적 수권조항을 의미한다고 보고 이는 독일에서 인정되고 있는 일반적 수권조항과 같은 의미로 이해할 수 있다고 보고 있다.⁷⁰⁾

경찰관직무집행법 제2조 제5호는 독일에서의 직무규정과 권한규정이 통합된 것이고 제3조 이하에서 독일의 이른바 표준적 조치와 마찬가지로 일반적 직무·수권규정을 구체화한 것으로 충분히 볼 수 있다고 본다.⁷¹⁾ 행정의 권한은 곧 국민에 대한 봉사 의무를 의미하기 때문에 국민생활에 있어 구체적인 위험이 발생하는 경우에도 경찰관이 개별적 수권조항이 없다는 이유로 경찰권 행사를 거부한다면 이는 국민에 대한 봉사자(헌법 제7조 제1항)로서의 책임을 회피하는 것이 되므로 경찰관 직무집행법 제2조 제5호를 헌법합치적 해석에 의해 일반적 수권조항으로 파악할 수 있다고 본다.⁷²⁾

이 설의 주요 논거로는 경찰권의 성질상 입법기관이 경찰권의 행사를 상정해서 모든 요건을 법률에 규정하는 것은 불가능하기 때문에 일반적 수권조항이 필요하고 이러한 일반적 수권조항은 개별적 수권조항에 의하여 대응할 수 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용된다는 것이다. 또한 일반적 수권조항으로 인한 경찰권 행

69) 김남진(Ⅱ), 263면; 김남진, 『행정법의 기본문제』, (법문사, 1996), 698면; 류지태(신론), 757-758면; 강의중, 『행정법 I』, (교학연구사, 1999), 553면; 김남진, “경찰상의 개괄적 수권조항,” 「고시연구」 제21권 제7호, 1994, 173면; 김해룡, “경찰권발동과 행정상 손실보상,” 「고시계」 제43권 제4호, 1998, 64면; 이명구, 『신행정법원론』, (대명출판사, 1998), 967면; 강구철, “경찰권의 근거와 한계-주요문제를 중심으로,” 「고시연구」 제18권 제9호, 1991, 79면; 남승길, “경찰관직무집행법,” 「공법연구」 제25집 제3호, (한국공법학회, 1997), 91-93면.

70) 석중현(하), 236면; 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조를 일반적 수권조항으로, 경찰관직무집행법 제3조 이하를 개별적 수권조항으로 보는 것이 타당하다는 견해도 있다 (강구철, 상계논문, 80면).

71) 일반적 수권조항을 부정하는 입장에서도 경찰권을 수권하는 법률에서 광범위한 재량권을 부여한 것으로 이해하고 있는 결과 인정하는 입장과 대체로 차이가 없다. 경찰관직무집행법이 경찰작용에 관한 중요 기본법이고 제3조 이하에서는 개별적 수권조항을 두고 따로 제2조를 규정하고 있는 점이 독일경찰법과 유사하다. 우리나라나 독일의 판례가 일반적 수권조항을 긍정하고 있다는 점에서 이를 인정할 수밖에 없을 것이다(김영훈, “경찰권의 근거와 한계,” 「사법행정」 제358호, 1990, 49면).

72) 박정훈/정초영, 『사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구』, (치안연구소, 2001), 24면.

사의 남용 가능성은 경찰권의 조리상의 한계 등으로 충분히 통제될 수 있고 사후에 법원의 심판에 의하여 통제가 가능하고 이미 독일에서는 일반적 수권조항을 인정하는 것이 학설과 판례를 통하여 확립된 전통이며 경찰권 행사의 조리상의 한계 이론을 논하는 자체가 일반적 수권조항을 전제로 한다는 것이다.

이 견해에 따르면 사회의 발전과 기술의 진보라는 관점에서 일반적 수권조항의 필요성이 인정되고 또한 현행 경찰법상 일반적 수권조항이 존재하고 있으며 이러한 일반적 수권조항에 의하여 경찰권 행사를 행사하더라도 그것이 법치주의 원칙에 반하지 아니한다는 것이다.

(나) 제5조설

이 설은 위험발생의 방지에 관하여 규정하고 있는 경찰관직무집행법 제5조⁷³⁾를 일반적 수권조항으로 보는 입장이다. 이 견해는 경찰이 위험방지를 위한 조치를 취할 수 있는 위험사태로서 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 등 구체적인 위험상황 외에 「기타 위험한 사태」를 부가하고 있다는 점을 특히 강조하고 있다.⁷⁴⁾ 즉, 보호법익 측면에서 ‘공공의 안녕과 질서’처럼 포괄적으로 규정하고 있지 않지만 그 보호법익 중에 중핵인 인명·신

73) 제5조 (위험발생의 방지) ①경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다.

1. 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 필요한 경고를 발하는 것
 2. 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도 내에서 억류하거나 피난시키는 것
 3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해 방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것
- ②경찰관서의 장은 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.
- ③경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체 없이 이를 소속경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.
- ④제2항의 조치를 하거나 제3항의 보고를 받은 경찰관서의 장은 관계기관의 협조를 구하는 등 적당한 조치를 하여야 한다.

74) 이은주, 전계논문, 200-203면.

체·재산을 다루고 있고 이와 관련이 있는 국가적·사회적 법익을 모두 포괄한다는 것이다. 또한 「기타 위험한 사태」의 해석에 관해서도 제한적으로 해석해야 한다는 견해가 있을 수 있으나 그 기준이 되는 사태에는 천재, 사변 등 중대한 위험 상황이 열거 되는 것 외에도 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 등의 비교적 가벼운 위험상황이 열거되어 있어 사실상 모든 위험사태가 포괄되어 있는 것으로 해석해도 무리가 없다는 주장이다.⁷⁵⁾

(다) 제2조와 제5조의 유추적용설

이 견해는 일반적 수권조항을 경찰관직무집행법 제2조 제5호와 제5조 제1항 제3호의 유추해석에 의해 인정하자는 것이다. 특히 제5조 제1항 제3호는 개인적 법익에 대한 일반적 수권조항이라 보면서 공동체적 법익·법질서전체·공동의 질서에 대한 위험방지에 대하여는 일반적 수권조항이 결여되어 있는데 이는 법의 흠결이며 이를 입법자가 알았더라면 방치하지 않았을 것이라고 보고 경찰관직무집행법 제2조 제5호와 제5조 제1항 제3호의 유추해석에 의하여 일반적 수권조항을 인정할 수 있다고 본다. 이는 제5조 제1항이 경찰권 행사의 근거를 개인적 법익에 대한 위험방지 처분에만 두고 있는 것은 명백한 법의 흠결이라 보면서 경찰관직무집행법 제2조 제5호와 제5조 제1항 제3호의 유추해석에 의하여 독일에서와 같은 일반적 수권조항을 인정하려는 시도를 하고 있다. 즉, 경찰관직무집행법의 해석적 보완을 통하여 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 위해 필요한 조치를 취할 수 있다는 견해이다.⁷⁶⁾

(라) 제5조의 유추적용설

이 견해도 일반적 수권조항의 허용성과 필요성은 인정하지만 현행 경찰관직무집

75) 우리나라 경찰관직무집행법 제5조는 '인명 또는 신체··(생략)·· 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때'라고 하여 한정적 열거가 아니라 예시적 열거를 하고 있어 설명 여기에 예시적으로 열거되지 않는 사태라 하더라도 인명이나 신체, 재산에 중대한 손해를 끼치는 사태는 위험한 사태의 범위에 포함할 수 있다고 한다. 이러한 해석은 우리와 같은 조항을 가지고 있는 일본에서도 나타나고 있다(古谷洋一, 『註解警察官職務執行法』, (入花書房, 2000), 224-225面).

76) 이기우, "경찰작용법의 체계," 「수사연구」 2월호, 1990, 97-98면.

행법 제2조는 임무규범이고 권한에 관한 일반적 수권조항은 아니라고 보면서 동법 제5조에서 일반적 수권조항성을 찾고 있다.⁷⁷⁾ 다만 제5조를 직접 적용하는 것이 아니라 유추하여 수권할 수밖에 없다는 견해이다. 즉, 현행 경찰관직무집행법에는 일반수권조항이라고 볼 만한 규정이 발견되지 않아 경찰관직무집행법에 규정된 전형적 조치들 이외의 권리 침해적 수단에 의한 위험방지작용이 행해질 수 있는가의 문제가 발생하지만 경찰관직무집행법과 기타 법률에서의 개별적 권한규범이 체계적이고 필요한 정도로 정비되어 있지 못한 현실에서 경찰의 적정한 예방적 임무수행을 위해서는 이들 권한규범에 근거할 것 이외의 권리 침해적 조치에 대한 법률적 근거가 제공될 필요가 있다는 것이다. 따라서 부득이 경찰 작용에 대한 일반법적 성격을 갖는 경찰관직무집행법상의 어느 규정을 유추하여 수권할 수밖에 없다고 본다.⁷⁸⁾ 이 경우 동법 제5조 제1항 제3호가 비록 보호이익을 국가의 기본적 시설, 법질서와 같은 이른바 집단적 법익(kollektive Rechtsgüter)⁷⁹⁾ 포함하지 않고 주로 생명, 신체 등의 개인적 법익에 한정하고 있으며 또한 그에 대한 목전의 위험 혹은 급박한 위험을 방지하는 경찰조치만을 수권하는 데에 그치고 있지만, 동 규정을 유추하여 별도의 수권이 마련되어 있지 않은 권리 침해적 위험방지 조치를 정당화할 수밖에 없다고 주장하고 있다.⁸⁰⁾

77) 일반수권조항의 형식을 허용하는 경우에도 현행 경찰관직무집행법에 그러한 규정이 있는지의 문제는 여전히 남아있고 특히 경찰관직무집행법 제2조가 일반수권조항인지에 대해서는 논란이 있지만 임무의 지정이 동시에 임무수행을 위한 침해적 수단의 사용을 정당화하는 것은 아니라는 것이다. 법률적합성원칙과 법률유보원칙은 특히 경찰법에서 중요한 의미를 갖는바, 이들 원칙에 의해서 개인의 권리에 대한 침해는 항상 충분히 특정된 법률적 근거를 필요로 하며, 개인의 권리에 의한 경찰작용의 제약은 임무규범과는 별도의 권한규범에 의해서 비로소 제거되는 것이다. 이처럼 임무와 권한이 분리되어야 한다는 입장에서 경찰관직무집행법 제2조는 단지 임무규범일 뿐 권한에 대한 일반조항은 아니라고 본다(김성태, “위험방지조치와 구체적 위험,” 「법학연구」 제5권, (홍익대 법학연구소, 2003), 79-82면).

78) 경찰관직무집행법 제5조 제1항 제3호의 유추해석에 근거한 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 위한 경찰의 권리침해적 조치는 개별사례에서 실제하게 되는 손상발생의 개연성이 인정되는 경우로 한정된다. 이는 헌법합치적 해석 특히 비례원칙의 관점에서 요구되는 것이다(Schenke, S.199(Rn.47)).

79) 집단적 법익은 공중, 특히 국가적으로 조직된 공동체의 삶을 고려하여 그 보호가 필요한 법익을 의미하며 그것은 개인적 법익들의 단순한 합계와는 다른 것이다. 집단적 법익으로는 예컨대 물의 공급, 국민건강과 같은 것을 들 수 있다. 집단적 법익의 관념에 대해서는 Knemeyer, S.57(Rn. 73); Götz, S.49 ff(Rn.111); BVerwGE, DVBl, 1974, S.297참조.

(마) 제2조·제5조·제6조 결합설

이 견해는 제2조 제5호의 일반적 수권조항으로 인정하고 그 외에도 제5조를 제2의 일반적 수권조항 그리고 제6조⁸¹⁾를 제3의 일반적 수권조항으로 보고 있다. 이 견해에 따르면 먼저 제2조의 일반적 수권조항에 대해서는 임무규정과 권한규정을 분리하는 독일보다 민주주의와 법치주의가 발전한 영국과 미국에서는 임무규정으로부터 권한규정을 도출하고 또 프랑스에서도 경찰의 임무규정과 권한규정을 구분하지 않는다는 점을 들어 제2조 제5호의 일반적 수권조항성을 인정하고 있다. 다음으로 제5조에 대해서는 독일의 통일경찰법모범초안 제8조 제1항과 가장 가까운 제2의 일반적 수권조항으로 인정하면서도 국가적·사회적 법익은 제외된다고 보고 있고, 제6조에 대해서도 명예 등 인격권을 침해하는 범죄를 제외하고 인명, 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 경우에만 제지할 수 있고, 그 외의 경우에는 필요한 경고만 발할 수 있는 약점이 있지만 제3의 일반적 수권조항의 기능을 담당하고 있다고 보고 있다. 따라서 제2조와 제5조 및 제6조의 관계는 제5조가 개인적 법익을, 제6조가 국가적·사회적 법익을 거의 대부분 포섭한다고 보고 제2조는 단지 범죄를 구성하지 않는 국가적·사회적 법익과 인명·신체·재산 이외의 개인적 법익에 대한 보호를 위해서 일반적 수권조항으로 기능할 수 있다고 보고 있다.⁸²⁾

3) 입법필요설

입법필요설은 경찰권 행사에 있어서 일반적 수권조항의 필요성은 인정되나, 우리의 현행법에는 일반적 수권조항이 존재하지 않는다고 보고 입법조치에 의하여 도입되어야 한다는 견해이다. 이 견해의 주요 논거로는 현행법상 일반적 수권조항을

80) 결론에 있어서 같은 입장으로는 이기우, 전계논문, 96면; 홍준형, 『경찰통합법에 관한 연구』, (치안연구소, 1996), 197면.

81) 제6조 (범죄의 예방과 제지) ①경찰관은 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.

②삭제 <1988.12.31>

82) 박정훈/정초영, 전계서, 22-21면.

인정할 수 있는가의 문제는 첫째, 침해작용의 근본규범으로서 인정가능성의 문제와 둘째, 비침해예방작용의 근거규범으로서의 일반적 수권조항의 인정가능성의 문제로 구분한다.

전자의 경우, 경찰관직무집행법 제2조를 경찰행정의 공적 안전과 질서보호라는 외부적 임무의 한계를 나타내는 임무규범이지 사인의 권리를 침해까지 가능토록 하는 근거로서의 권한규범은 아니라고 한다. 후자의 경우, 침해수단이 요구되는 진정한 위험방지영역 외에 차선계몽교육에 의한 교통감시를 통하여 공적 안전에 대한 위협의 예방과 같은 단순한 위험방지영역인 경우에는 법적 근거를 요하기는 하나, 이는 임무규정만으로 족하다고 보는 견해이다.⁸³⁾

결국 사인의 권리와 이익을 침해하기 위해서는 권한규정의 근거를 요하지만, 비침해예방작용과 같은 경우에는 임무규정의 근거만으로도 충분하다는 주장이다.

(3) 판례의 태도

위에서 본 학설 등의 입장을 종합하여 볼 때 결국 경찰관직무집행법 제2조 법적 성격을 판단함에 있어 그것이 단순한 임무규범인가 아니면 권한규범인가의 문제로 귀결되어진다고 보여 지고 있다. 이에 대한 우리나라 판례가 많이 존재하는 것은 아니고 또한 판례가 확립된 것이라고 볼 수는 없지만 대법원 판례는 경찰관직무집행법 제2조 제5호의 「기타 공공의 안녕과 질서유지」를 근거로 하여 경찰권을 행사할 수 있는 것으로 보아 일반적 수권조항의 존재를 인정하고 있는 듯 하다.

즉, 대법원 판례는 「청원경찰관법 제3조는 청원경찰은 청원주와 배치된 기관, 시설 또는 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역 내에 한하여 경찰관직무집행법에 의한 직무를 행한다고 정하고 있고, 한편 경찰관직무집행법 제2조에 의하면 경찰관은 범죄의 예방·진압 및 수사, 경비, 요인경호 및 대간첩작전수행, 치안정보의 수집·작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타 공공의 안녕과 질서유지 등을 그 직무로 하고 있는 터이므로, 경상남도 양산군 도시과 단속계 요원으로 근무하고 있는 청원경찰관인 공소 외 ○○○ 및 ○○○가 원심판시와 같이 1984. 12. 29 경상남도 ○○군 ○○면 ○○리115에 있는 피고인의 집에서 피고인의 형 공소 외 ○○○가 허가 없이 창고를 주택으로 개축하는 것을

83) 홍정선(하), 254-255면.

단속하는 것은, 그들의 정당한 공무집행에 속한다고 할 것이므로 이를 폭력으로 방해한 판시 소위를 공무집행방해죄로 다스린 원심조치는 정당하고 이에 소론과 같이 위법이 있다고 할 수 없다」고 판시하고 있다.⁸⁴⁾

위의 판시내용으로 볼 때, 정원경찰법 제3조는 “...경찰관직무집행법에 의한 경찰관의 직무를 행한다”고 규정하여 경찰관직무집행법 제2조의 직무와 연결시키고 있고 판시내용도 공공의 안녕과 질서유지 등의 직무규정을 경찰권 행사의 근거규정으로 보고 있다는 점에서 판례는 일반적 수권조항의 존재를 인정하는 것으로 보는데 무리가 없을 것으로 판단된다.

또한 경찰관이 음주운전으로 적발된 운전자에 대하여 어떠한 조치를 취할 수 있으며 그 근거는 무엇인가에 대하여 대법원 판례는 「경찰관직무집행법 제1조, 제2조, 제4조 및 도로교통법 제43조 제2항의 각 규정에 의하면 경찰의 임무는 본질적으로 국민의 자유와 권리를 보호하고 사회공공의 질서를 유지하기 위하여(경찰관직무집행법 제1조), 범죄의 예방·진압 및 수사, 교통의 단속과 위해의 방지 기타 공공의 안녕과 질서에 대한 위협 방지가 있고(경찰관직무집행법 제2조), 이러한 책무 수행을 위하여 경찰관으로 하여금 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자를 발견한 때에는 경찰관서등에 보호하는 등(경찰관직무집행법 제4조) 적당한 조치를 취할 수 있으며 특히 주취상태에서 자동차를 운전하는 사람에 대하여는 정상적으로 운전할 수 있는 상태에 이르기까지 운전의 금지를 명하고 그 밖의 필요한 조치를 취할 수 있도록(도로교통법 제43조 제2항) 개별적 수권규정을 두고 있다」고 판시하고 있다.⁸⁵⁾

동대법원 판례는 음주운전으로 적발된 운전자에 대한 경찰권 행사의 근거로 경찰관직무집행법 제1조, 제2조, 제4조 및 도로교통법 제43조 제2항 들고 있고 특히 경찰관직무집행법 제2조를 근거규정으로 보는 것은 제2조의 일반적 수권조항을 전제하지 않는다면 도출해 낼 수 없다는 점에서 대법원은 제2조를 일반적 수권조항으로 보고 있는 듯 하다.

84) 대법원 1986. 1. 28. 선고 85도 2448.

85) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다 54482.

4. 독일 경찰법상 일반적 수권조항

독일에서 일반적 수권조항의 모태는 1794년 프러시아 일반주법 10조 2항 17호이다. 동조는 「공공의 평온·안녕 및 질서를 유지하고 또한 공중 및 그의 개개 구성원들에 대한 절박한 위협을 방지하기 위하여 필요한 조치를 위하는 것은 경찰의 직무이다」고 규정하고 있다. 이시기는 시민적 법치국가가 성립하기 이전이고 법률유보, 법률우위의 원칙이 관철되기 전인 당시에 있어서 동 조항은 권한조항이 아니라 직무규정(Aufgaben-zuweisungsnorm)이었다. 그러나 동 조항이 규정 된지 100년 후 프러시아 고등행정재판소는 1882년 크로이쯔베르크 판결⁸⁶⁾에서 동 조항에서 경찰권 행사에 대한 권한규정을 도출하였다. 일반적 직무규정으로부터 권한조항의 추론이라는 과감한 해석을 통하여 고등행정재판소는 경찰행정청에게 이른바 포괄적인 일반적 수권조항을 마련해 주었다. 그러나 당시의 일반적 수권조항은 성문의 권한규정의 결여에서 기인된 판례법적 성격을 가지고 있다고 볼 수 있으며 따라서 긴급처방적인 성격을 면하기가 어려웠다.

프러시아 고등행정재판소의 판결에 의하여 발전된 일반적 수권조항은 그 후 1931년 프러시아 경찰행정법 제14조에 성문화 되었다. 동조는 「경찰행정청은 현행법의 테두리 안에서 공공의 안녕 또는 질서를 위협하는 위협으로부터 공중 또는 개인을 보호하기 위하여 성실한 재량에 따라 필요한 조치를 취하지 않으면 안된다」고 규정하여 경찰권 행사에 있어서 직무규정과 권한규정을 명시함으로써 그 전의 프러시아 일반주법 10조 2항 17호와는 달리 직무규정과 이러한 직무를 수행

86) 독일 경찰법상 일반적 수권조항과 관련된 대표적인 판례는 크로이쯔베르크 판결이다. 이 판결은 1882년 6월 14일 프러시아 고등행정법원이 베를린 경찰청장이 구체적 권한규정이 없던 당시에 프러시아 일반주법 제10조 2항 17호에 근거하여 1879년 3월 10일 발한 명령, 즉 크로이쯔베르크 언덕 위에 있는 전승기념비에의 조망 및 거기에서 시내를 내려다 보는 조망을 방해하는 일이 없도록 주변의 토지상의 건축물의 높이를 제한하는 것을 내용으로 하는 건축금지에 관한 경찰명령에 기초하여 내린 건축불허가 처분에 대하여 법원은 “프러시아 일반주법 제10조 2항 17호에 따를 때 경찰은 위협방지의 권한만을 가지며, 미적인 이익을 추구할 권한은 없기 때문에 크로이쯔베르크에 있는 전승기념비에 대한 조망을 해치지 않게 하기 위하여 건축물의 고도를 제한하는 경찰명령은 무효이다”고 판시하였다. 이는 베를린 경찰청장에 의한 경찰명령은 미학적인 이유에서 발해진 것으로 복리의 증진을 목적으로 하는 것이라는 이유로 효력을 부인함으로써 그 경찰명령을 무효라고 판단한 사건이다. 이 판결의 중요한 점은 프러시아 일반주법 제10조 2항 17호 규정을 직무규정으로뿐만 아니라 권한에 관한 일반적 수권조항으로 승인하였다는 점이다 (PrOVGE 9, 353).

하기 위한 권한규정을 하나의 조문에 포함시켰다.

2차 세계대전 이후 독일의 각주는 프러시아 경찰행정법의 일반적 수권조항을 자신들의 경찰법에 도입하였다. 중요한 것은 이때부터 직무규정과 권한규정의 분리의 형태로 나타났다는 점이다.

오늘날 통일경찰법모범초안 제1조 1항에서는 「경찰은 공공의 질서와 안녕에 대한 위해를 방지할 임무를 갖는다」고 하여 경찰의 직무를 규정하고 동법 제8조 1항에서는 「9조에서 24조까지 별도로 규정된 수권조항이 적용되지 않는 한 경찰은 구체적인 경우에 존재하는 공공의 안녕과 질서에 대한 위해방지임무를 위하여 필요한 조치를 취한다」고 하여 권한규정으로서 일반적 수권조항을 규정하고 있다.⁸⁷⁾

독일에서는 2차 세계대전 이후 일반적 수권조항의 헌법상의 범치국가 원리에 합치될 수 있는 것인가에 대해 논란이 있었으나 오늘날 다수 학설과 판례는 일반적 수권조항의 합헌성을 인정하고 있다.

III. 개별적 수권조항과 일반적 수권조항의 관계

경찰법상 위험방지 영역에서 일반 경찰법상 개별적 수권조항, 특별 경찰법상 개별적 수권조항 및 일반적 수권조항이 경찰권 행사의 법적 근거가 될 수 있는바, 이들이 경합하는 경우에는 언제나 개별적 수권조항이 일반적 수권조항에 우선하여 적용된다. 개별적 수권조항에서는 특별 경찰법이 일반 경찰법에 우선한다. 그리고 경찰법상 일반적 수권조항은 개별적 수권조항이 존재하지 않을 때 그 한도 내에서만 적용되는데 이를 일반적 수권조항의 보충성이라 한다. 즉 개별적 수권조항이 일반적 수권조항에 비하여 적용에 있어 우위(Anwendungsvorrang)를 누린다.

환언하면 일반적 수권조항은 예외적으로 다음과 같은 경우에 단지 ‘보충적’으로만 적용된다.

첫째, 관련 개별적 수권조항이(명시적 혹은 의미상) 특별히 그의 적용을 허용한 때,⁸⁸⁾

둘째, 개별적 수권조항이 관련된 사안에 있어서 경찰이 개입하기 위한 요건과 허용되는 조치를 완벽하게 규율하고 있지 못한 경우,⁸⁹⁾

87) Knemeyer, Deutsches Polizeirecht, DÖV, 1975, S.34 ff.

88) Friauf, S.215; Möller/Wilhelm, S.18.

셋째, 일반적 수권조항이 구체적인 경우를 내용상 분명하게 파악하거나 일정한 경우를 규율하기 위해서는 일반적 수권조항에 의존하는 것이 불가피한 경우가 있다.⁹⁰⁾

오늘날 개별적인 경찰상 위험을 예방하거나 제거하기 위한 특별법을 제정하려는 경향이 두드러지고 있음에도 불구하고 기술의 진보와 사회현상의 급격한 변화에 따라 끊임없이 나타나는 입법자가 예측할 수 없는 위험 및 사회사정의 가치관의 변화를 고려하면 경찰법상 일반적 수권조항이라는 도구를 포기하기는 어렵다.

제3절 경찰권 행사의 한계

위험방지를 위한 경찰권 행사는 법령이 정하는 범위 내에서 합목적으로 행사될 때 적법·타당한 것으로 인정되고 관계자를 구속하는 힘을 가진다. 이것은 법치행정의 원리상 당연한 것이다. 이와 같이 위험방지를 위한 경찰권 행사가 적법·타당한 행위로서 유효하게 발동될 수 있는 법상의 한계를 경찰권 행사의 한계라 한다.⁹¹⁾⁹²⁾ 그러나 위험방지를 위한 경찰권 행사에 대하여 경찰작용을 수권하고 기속하는 경찰법규는 그 수권·기속의 정도는 일정하지 아니하다. 즉, 법률이 일의적 개념에 의하여 수권·기속하는 경우도 있고, 다의적·불확정 개념에 의하여 수권·기속하는 경우도 있는바 후자의 경우에 경찰재량의 문제가 발생한다. 이러한 이유

89) BVerGE 28, 310(312); OVG Münster, DVBl, 1973, S.922 ff(924).

90) BVerwGE 10, 164 ff(165).

91) 홍정선(하), 379면; 김영훈, 전계논문, 49면.

92) 종래의 경찰권 행사의 한계 문제는 경찰권 행사의 주체에게 포괄적인 재량권이 인정되어 있음을 전제로 그러한 경찰권 행사를 통제하는 경찰권의 본질에 기초하여 정립되었다. 이는 헌법이념에 의한 것이라기보다는 당시의 형식적 법치주의에 있어 국민의 기본권에 대한 제한으로서의 경찰권 행사가 헌법에 의거하여 법률에 유보되고, 그 근거법률의 최고법규성이 인정되어 헌법이 합법률적인 재량권 행사를 직접 기속할 수 없다는데 이론적 기반을 둬으로써 경찰권 행사에 있어서의 재량의 한계를 불문법원인 조리를 통하여 설명하고 있었던 것이다. 이러한 조리를 통한 경찰권 행사의 한계에 관한 이론은 독일에 있어서 경찰의 직무를 정한 일반적 수권조항(Generalklausel)에 의거하여 경찰권이 행사되는 경우에 적용되는 법원리로 발전된 것이라고 볼 수 있다(김남진, 전계논문, 94면).

는 경찰의 주요목적은 장애 발생할 것으로 예상되는 공공의 안녕·질서에 대한 위해를 예방하거나 이를 제거하여야 하므로 사전에 이를 구체적으로 규정한다는 것은 기술적으로 불가능하여 경찰기관에게 일정 한도의 독자적 판단권을 부여할 필요가 있기 때문이다.⁹³⁾

이처럼 경찰법규가 경찰권행사의 요건·정도 등을 구체적으로 규정하고 있는 경우에는 그 경찰법규가 경찰권의 규범상의 한계가 된다. 또한 경찰법규가 경찰기관에게 재량권을 부여하고 있는 경우에도 공공의 안녕과 질서유지라는 경찰목적에 비추어 판단해야 하는 일정한 경찰권의 조리상 한계를 넘는 경찰권의 발동은 재량권의 일탈·남용으로 위법하게 된다고 한다. 따라서 경찰권의 행사의 한계로는 법규상의 한계와 조리상의 한계가 있다.⁹⁴⁾

결국 먼저 법규에 의해 경찰권 행사의 한계를 제약하고 이것이 불충분할 때에는 일정한 조리상의 원칙에 의해 경찰권 행사를 한계를 설정해야 한다.

오늘날의 실질적 법치주의에 있어서는 공권력 행사에 의한 국가목적 달성의 필요성은 국민의 기본권 보장을 전제로 한 법치주의의 원리 내에서 가능하다는 원칙에 의하여 경찰권의 한계이론도 헌법원리로부터 그 재량권을 통제함을 법리의 출발점으로 하여야 할 것이다. 즉 실정법에 대한 헌법의 최고법규성이 확립되고 실정법에 기초한 합법률적인 경찰권 행사가 헌법원리와 이념에 의하여 이미 통제되어야 함을 전제로 하여야 한다는 점에서 종래의 경찰권 행사에 있어서 불가피하게 인정된 재량은 새로운 한계이론에 의하여 체계화 될 필요가 있는 것이다.

I. 법규상의 한계

법률유보의 원리상 국민의 권익을 침해하는 경찰권의 행사는 반드시 법률에 근

93) 김동희(II), 202면.

94) 법률에 의한 경찰권에의 재량부여가 발생한 경우에도 그 재량권행사에 있어서 또다시 일정한 원칙에 의한 기속을 받을 것이 필요하게 되는데, 이러한 경우가 “경찰권의 한계”에 관한 문제로 조리상의 한계만을 논하는 것이 전통적인 방법이었다. 그렇지만 경찰권은 공공의 안녕과 질서의 유지를 위하여 개인의 기본권을 제한하는 법률적·사실적 행위를 할 수 있는 법적 힘이고, 경찰권의 한계(Grenze der polizeigewalt)는 이러한 경찰권이 유효하게 발동될 수 있는 법상의 한계를 의미하므로, 경찰권의 한계는 법규상의 한계와 조리상의 한계로 구분하는 것이 일반적인 견해이다(석종현(하), 299면; 김동희(II), 163-170면; 김춘환(특), 38면).

거가 있어야 하고 그 법률이 정하는 범위 내에서 이루어져야 한다. 법률이 정하는 범위를 벗어나는 침익적인 경찰권 행위는 위법이다.⁹⁵⁾ 따라서 경찰권의 행사는 주로 권력적인 명령·강제작용으로서 국민의 권리와 자유를 침해하는 가장 전형적 작용인 까닭에, 법치행정의 원칙에 따라 반드시 법규의 근거가 있을 때에만 발동될 수 있는 동시에, 법규에 의하여 허용된 한도 내에서만 발동되어야 한다. 결국 경찰법규는 경찰권 행사의 근거인 동시에 다른 한편으로는 그 한계이기도 하다. 그리하여 법규상의 한계는 경찰권의 발동에 대한 제1단계 제약이 된다.⁹⁶⁾

다만 권한규정이라고 볼 수 있는 상기의 개별적 수권조항에서도 경찰작용의 성질상 다의적·불확정적 개념이 빈번하게 사용되고 있는 바, 이러한 현상은 법률유보의 원칙이라는 측면에서 문제가 있다. 가능한 한 어떠한 경우에 경찰권이 행사되어야 할 것인가에 있어서는 구체적이고 확정적인 개념이 사용될 필요가 있는 것이다. 이처럼 개별적 수권조항에서 조차 경찰권 행사에 관하여 다의적·불확정적 개념에 의한 근거만을 제시할 뿐이고 구체적인 경찰권 행사의 정도와 조건 등을 명시하지 않은 경우가 많은 것은 공공의 안녕과 질서의 유지에 대한 장래의 위해를 모두 예측하여 법제화함이 어렵기 때문이며 경찰작용의 본질적 특성상 다른 행정작용에

95) 현행 경찰관직무집행법 제3조 이하의 각 유형은 경찰권이 행사될 수 있는 경우로서 그 대상, 절차, 한계를 동시에 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다. 또한 독일의 통일경찰법모범초안 제8조 제1항의 “경찰은 제9조 내지 제24조가 경찰의 권한을 특별히 규율하지 않는 한… 필요한 조치를 취할 수 있다”는 규정도 같은 의미로 이해할 수 있을 것이다. 어쨌든 경찰법규는 그 자체가 경찰관 행사에 대한 제1단계의 한계로서 어떠한 경우에 경찰권이 行使될 수 있는가로 요약되는 바, 이는 개별적 수권조항에 대한 개개의 해석에 의하여 결정되는 것이다. 예컨대 경찰관은 「수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려고 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 者…」를 정지시켜 질문할 수 있으며(경찰관직무집행법 제3조 제1항 참조), 「정신착란자·주취자·자살기도자·미아·병자·부상자로서 응급의 구호를 요한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때」에는 보호조치를 취할 수 있고(동법 제4조 제1항 참조), 「인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있는 때」에는 위험발생의 방지조치를 취할 수 있다(동법 제5조 제1항 참조). 또한 「범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때」에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있다(동법 제10조의 4 제1항). 이러한 개별적 수권조항에 있어서의 警察權 행사 여부는 이상에서 예시한 요건 규정의 해석·적용에 의하여 결정하면 문제는 없을 것이다(김남진, 전계논문, 95면).

96) 박윤훈(하), 325-326면.

비해 입법기술상의 한계가 크다는 데 기인하는 것이다.⁹⁷⁾

그러나 경찰권의 행사는 명령과 강제를 통하여 국민의 자유와 권리를 제한하는 전형적인 권력작용이므로 그에 관한 근거가 규정되어 있되, 그 구체적인 정도와 조건 및 한계가 명시되어 있지 않더라도 헌법이념과 경찰의 목적·성질에 비추어 필요한 일정범위 내에서 경찰권이 행사되어야 한다고 볼 것이다. 이러한 점은 경찰법 제4조의 “경찰은 그 직무를 수행함에 있어서 헌법과 법률에 따라 국민의 자유와 권리를 존중하고, 국민전체에 대한 봉사자로서 공정중립을 지켜야 하며, 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다”는 규정과, 경찰관직무집행법 제1조 제2항의 “이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니 된다”는 규정에 의하여 뒷받침 되고 있다. 한편 大法院도 警察權 行使의 근거규정이 있더라도 그 內在의 限界를 인정하고 있는 입장을 명백히 하고 있다.⁹⁸⁾

II. 조리상의 한계

앞서서 살펴 본 바와 같이 경찰권에 대한 제한은 경찰법규자체에 입법 기술적인 한계가 있기 때문에 법규상의 제한만으로는 충분하지 않다.

경찰권 행사는 개별적인 작용법에 의거하여 행해져야 하는 것이 원칙이나, 경찰법의 규정은 대부분 명확하고 일의적인 것이 아니라, 추상적·개별적 또는 불확정

97) 이러한 논지의 연장선상에서 다른 행정작용에 비하여 입법기술상의 한계가 특히 크기 때문에 경찰행정작용법 분야에서는 警察權 행사의 근거로서 일반적 수권조항의 인정론이 제시될 수 있다고 본다.

98) … 경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명, 신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 상당한 이유가 있을 때에는 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있으나, 형법 소정의 정당방위와 긴급피난에 해당할 때 또는 체포, 도주의 방지나 항거의 억제를 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에 한하여 필요한 한도 내에서만 무기를 사용하여 사람에게 위해를 가할 수 있음이 경찰관직무집행법 제11조의 규정에 비추어 명백한 바, 원심이 인정한 바와 같은 사정이라면, 위 함형길은 원고 이희영이 체포를 면탈하기 위하여 항거하며 도주할 당시 그 항거의 내용, 정도 등에 비추어 소지하던 가스총과 경찰봉을 사용하거나 다시 한번 공포를 발사하여 위 원고를 제압할 여지가 있었다고 보여지므로, 위 함형길이 그러한 방법을 택하지 않고 도망가는 원고 이희영의 다리를 향하여 권총을 발사한 행위는 경찰관직무집행법 제11조 소정의 총기사상의 허용범위를 벗어난 위법행위라고 아니할 수 없다(대법원 1993.7.27 93다9163).

적으로 규정되어 있어서,⁹⁹⁾ 그 해석·적용에 있어서는 경찰기관에 독자적 판단의 여지가 인정되는 경우도 적지 않다. 경찰법상 대부분의 규정이 구체적·일의적으로 규정되고 있지 않는데, 그 이유는 경찰은 원래 장래 발생할 것으로 예상되는 공공의 안녕·질서에 대한 위협을 예방하거나 이를 제거하는 작용인 까닭에, 사전에 장래 발생가능성이 있는 다양한 위협을 모두 예견하여 그 대책을 구체적으로 규정하는 것은 기술적으로 불가능하기 때문이다. 따라서 현실적으로 발생되거나 발생될 수 있는 위협에 대하여 임기응변적으로 적절한 조치를 강구할 수 있도록 경찰권 행사의 대상·조건 등에 대하여 개괄적·탄력적으로 규정하거나, 경찰권의 행사여부 또는 그 양태에 있어서 경찰기관에 일정 정도의 재량적 판단권을 부여할 필요가 있다.¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾ 그러나 경찰권의 행사는 다른 국가권력의 발동에 비하여 국민에게 주는 고통이 커서 그 발동억제의 필요가 특히 강함에도 불구하고, 그것에 대한 법규적 제약의 실제의 정도는 오히려 미약하다는 모순된 현상이 나타나게 된다. 이러한 결과는 기본권적 인권이 보장되고 있는 헌법 하에서는 도저히 허용될 수 없다. 그리하여 경찰기관에 법규가 재량을 허용하고 있는 경우에도 완전한 자유재량을 인정한 것이 아니고, 거기에는 일정한 한계가 있다. 그러한 한계로는 일반적으로 소극목적의 원칙, 공공의 원칙, 비례의 원칙, 평등의 원칙 및 책임의 원칙 등¹⁰²⁾이

99) 예컨대 필요하다고 인정할 경우, 필요한 조치를 취할 수 있다와 같이 탄력성 있는 개괄적·다의적인 불확정개념으로, 경찰권발동의 대상·조건·방법·형태 등에 대하여 규정함에 그쳐, 그 집행을 맡은 경찰기관의 재량적 판단을 허용하는 경우가 적지 않다. 그 결과 경찰권에 대한 법규적 제약은 형식적인 것에 불과한 경우가 많다(박윤혼(하), 2002, 326면).

100) 김동희(II), 196-197면.

101) 「…의심할 만한 상당한 이유가 있는 者…」, 「…인정할 만한 상당한 이유가 있는 者…」, 「…필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때…」, 「주위의 사정을 합리적으로 판단하여…」 필요한 조치를 취할 수 있다는 식으로 다의적·불확정적 개념을 사용하고 있는 바, 이는 예방과 제거의 대상이 되는 장래에 발생할 개연성 있는 위해의 내용과 형태가 지극히 다양하여 경찰법규가 이에 대한 조치를 빠짐없이 규정한다는 것은 입법기술상 불가능한 것이기 때문이다(김재호, 전계논문, 22면).

102) 이러한 한계론은 비록 독일에서는 경찰의 직무를 정한 일반적 수권조항에 의하여 경찰권이 행사되는 경우에 적용되는 법원리로 논의되어 왔지만 우리나라에서는 경찰권 行使의 정도나 조건 등에 관하여 구체적으로 명시되어 있지 않은 경우에 헌법이념, 경찰의 목적 및 성질에서 우러나는 일정한 한계로서 제1단계적인 법규상의 한계에 이어 제2단계적인 조리상의 한계가 재량권의 남용과 일탈을 방지하는 제약요소로서 중요한 의의를 갖는 것으로 해석되고 있다(김도창(하), 307면 이하; 이상규(하), 267면 이하; 박윤혼(하),

있고 이러한 경찰법 원리상의 한계(조리상의 한계) 또는 재량한계는 경찰권 행사에 대한 제2단계 제약이다.¹⁰³⁾ 이러한 경찰법원리상의 한계를 넘는 경찰권 행사는 재량권의 남용·일탈로서 위법성을 형성한다.

1. 경찰소극목적의 원칙

경찰소극목적의 원칙이란 경찰권은 사회공공의 안녕·질서의 유지라는 소극 목적을 위해서만 행사될 수 있고, 복리증진이라는 적극 목적을 위해서는 발동될 수 없다는 것이다.

우리나라의 경우에 경찰개념에 대한 일반적 견해는 “사회공공의 안녕과 질서를 위협하는 인위적·자연적 위해를 예방 또는 제거하여 공중과 개인을 보호하려는 현상유지적 국가작용”으로 이해하는데 대체로 일치하고 있다. 따라서 이러한 현상유지적, 소극적 측면에서의 위해 제거나 방지의 차원을 넘어 현상에 대한 적극적 개선 내지 특정 방향으로의 사회·경제질서의 유도 또는 객관적 사실상태의 유지를 벗어나 복리증진을 위하여 공·사법관계의 새로운 형성을 도모한다는 것은 경찰이 본래적으로 가지고 있는 목적을 일탈한 것이 되거나 경찰권의 남용이라는 위법상태를 야기시키는 것이 된다. 연혁적으로 오랜 경찰법의 발전과정을 가지고 있는 독일¹⁰⁴⁾에 있어서나 우리나라의 일반적 견해에 의하여 확립된 경찰의 본래적 목적과 개념의 범주에서 살펴보더라도 경찰권 행사는 공공의 안녕과 질서 유지라는 소극적 목적에 가장 직접적 관계를 갖는 것이고 적극적 목적인 공공복리에는 관여할 수 없는 것이라고 볼 것이다.¹⁰⁵⁾

307면 이하; 김동희(II), 171면 이하; 석종현(하), 280면 이하; 홍정선(하), 272면 이하 참조).

103) 박윤훈(하), 326면.

104) 경찰소극목적의 원칙은 실질적 의미의 경찰개념으로부터 도출되는 한계이론이라고 볼 수 있다. 특히 독일에 있어서의 경찰개념에 대한 변천과정을 살펴보면 과거 군주가 갖던 절대권력 중 경찰권은 어떤 법적 제한도 없이 복리의 증진을 포함한 국민의 모든 생활영역에 개입할 수 있는 가능성을 가지고 있었던 것이었으나 시민적 법치국가의 성립과 함께 명백하게 수정되었던 것이다. 예컨대 Johann Stephan Püttner같은 이는 “경찰의 직무는 급박한 위협의 방지도다. 공공의 복리증진은 경찰의 본래 직무가 아니다”고 하여 군주의 경찰권에 대한 개혁을 주장하였다(서정범 역, 『독일경찰법론』, (세광출판사, 1998), 5면).

다만 현대 행정의 질적·양적 확대에 따라 종래에는 소극적인 경찰작용으로만 인식되던 것이 적극적인 복리증진에도 관련되는 사례가 적지 않게 되어, 소극적인 질서유지작용과 복리증진을 내용으로 하는 적극적인 규제작용과의 구분이 분명하지 않는 경우가 다수 나타나고 있는 추세이다.¹⁰⁶⁾

2. 경찰공공의 원칙

경찰공공의 원칙이란 경찰권은 공공의 안녕·질서의 유지라는 공공의 목적을 위하여서만 발동될 수 있으며, 공공의 안전·질서의 유지에 직접적인 관계가 없는 사생활, 사주소 및 민사상의 법률관계에는 원칙적으로 경찰권이 관여하여서는 안 된다는 원칙을 말한다. 다른 말로 사생활의 자유의 원칙이라고도 한다.¹⁰⁷⁾ 이 원칙은 구체적으로는 사생활불가침의 원칙, 사주소불가침의 원칙, 민사관계불간섭의 원칙 등이 있다.

(1) 사생활불가침의 원칙

사생활불가침의 원칙이란 공공의 안전·질서의 유지에 직접적인 관계가 없는 개인의 생활에 경찰권이 간섭하여서는 아니 된다는 원칙이다. 여기서 사생활이란 일반사회와 직접적인 교섭이 없는 개인의 생활 활동을 말한다. 따라서 경찰은 개인의 사생활에 대하여 원칙적으로 개입할 수 없다. 그 이유는 그것에는 일반적으로 공공의 안녕·질서에 대한 위해가 존재하지 않기 때문이다.¹⁰⁸⁾ 그러나 사생활의 범위는 때와 장소에 따라 반드시 동일하다고 할 수 없으며 그때 그때의 사회통념에 따라 이를 결정할 수밖에 없다. 결국 개인의 사생활일지라도 그것이 공공의 안녕·질서에 대해 위해를 미치는 경우에는 경찰권이 발동될 수 있다. 예컨대 술 취한 자가 술 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려

105) 석중현(하)301면; 홍정선(하), 381면; 김재호, 전계논문, 32면.

106) 예컨대 위법건축의 규제·공해의 규제·위생관계에 대한 규제·강제 등의 질서유지행정작용은 질서유지의 행정목적 뿐만 아니라, 궁극적으로는 생활환경의 유지향상·피해자의 보호와 적극적인 복리목적에도 기여하게 되는 것이다(석중현(하), 301면).

107) 田中二郎, 『行政法(下)』, (弘文堂, 1985), 52面.

108) 김남진(II), 266면.

가 있는 때에는 경찰관은 그 자에 대한 적절한 보호조치를 취할 수 있다(경찰관직무집행법 제4조).¹⁰⁹⁾

(2) 사주소불가침의 원칙

사주소불가침의 원칙이란 사회와 직접 접촉하지 아니하는 사주소에는 경찰권이 개입하여서는 아니 된다는 원칙이다. 이는 경찰은 사주소 내의 생활활동에 대해서는 관여할 수 없다는 원칙을 말하는 바, 이를 헌법상의 Privacy보호의 요청을 경찰법상 확인한 것이라고 볼 수 있다.¹¹⁰⁾ 여기서 사주소란 일반사회의 직접적인 접촉이 없는 개인의 거주 장소를 말하며, 개인의 거주용의 가택뿐만 아니라 사무소·공장·창고 등의 비거주건출물도 이에 포함된다. 그러나 경찰상 공개된 장소, 예컨대 다방·여관·극장·음식점·역 등과 같이 일정한 조건아래 불특정 다수인의 이용에 개방된 장소는 그 개방시간 중에는 사주소에 속하지 아니한다. 따라서 어떤 행위가 공중의 장소에서 행해지면 당연히 금지되는 행위라도 사주소 내에서 행해지면 원칙적으로 사회공공의 안녕과 질서에 영향을 미치지 아니하는 것이므로 개인의 자유에 속하지만, 사주소 내의 행위라도 그것이 외부로부터 공공연히 관망할 수 있는 장소에서의 행위 등 기타 직접 사회공공의 질서와 안녕에 영향을 미치는 행위는 법률에 근거가 있을 때에 한하여 경찰권이 행사하게 된다.¹¹¹⁾

(3) 민사불간섭의 원칙

민사관계불간섭의 원칙이란 개인의 재산권의 행사·친족권의 행사·민사상의 계약 등 민사상의 법률관계 또는 경제관계는 개인간의 사적 관계로 공공의 안녕·질

109) 김철용(II), 238면.

110) 小高 剛, 『行政法各論』, (有斐閣, 平成 2년), 19項.

111) 예컨대 사주소 내에서 나체가 되는 것은 경찰권 발동의 대상이 되지 않지만 공중의 눈에 띄이는 장소에서 신체를 과도하게 노출시키는 행위는 허용되지 아니고(경범죄처벌법 제1조 제41호), 폐기물관리법 제6조 제2항은 “토지·건물의 소유자·점유자 또는 관리자는 그가 소유·점유 또는 관리하고 있는 토지·건물의 청결을 유지하도록 노력하여야 하며, 시장·군수·구청장이 정하는 계획에 따라 대청소를 실시하여야 한다”는 국민책임규정과 경범죄처벌법 제1조 제26호의 “악기·라디오·텔레비전·전축·종·확성기·전동기 등의 소리를 지나치게 크게 내거나…”의 경우에는 경찰권 행사의 대상이 된다.

서에 대한 위해가 일어날 가능성이 적은 영역이기 때문에 그 권리의 침해 등에 대한 구제는 사법권의 대상이며 경찰권의 대상이 되지 아니한다는 원칙이다.

그러나 민사상의 법률관계라 하더라도 공공의 안녕과 질서에 영향을 미치는 경우에는 경찰권의 대상이 된다. 예컨대 암포 매매행위의 단속이나, 청소년을 대상으로 하여 청소년유해약물 등을 판매·대여를 금지한다거나, 총포·도검·화약류의 거래를 제한한다거나, 거액의 채무자가 외국으로 도피하려고 공항에 나와 있는 경우 그 억류를 위하여 경찰권을 발동할 수 있다.

3. 경찰비례의 원칙

(1) 의 의

경찰비례의 원칙이란 경찰권은 사회공공의 안녕과 질서유지를 위하여 묵과할 수 없는 장애 또는 장애발생의 위험을 제거하기 위하여 필요한 경우에 행사할 수 있는데, 경찰권을 행사하는 경우에도 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서 국민의 권리와 자유를 제한할 수 있다는 원칙을 말한다. 즉 경찰권은 사회질서유지를 위하여 묵과(인용)할 수 없는 위해로써, 현재 그것이 발생되어 있거나 그 발생이 확실히 예측되는 경우에만, 그리고 또한 그 제거를 위하여 필요한 최소한도에 있어서만 행사될 수 있다. 이 경우에도 경찰권행사의 조건과 그 수단 및 정도는 질서유지의 필요의 정도와 비교하여 사회통념상 적당하다고 인정되는 비례가 유지되어야 한다.¹¹²⁾

이러한 경찰비례의 원칙은 원래 조리상의 한계로 발전되었으나¹¹³⁾, 오늘날은 “국민의 모든 자유와 권리는 질서유지를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”는 헌법상의 원칙(제37조 제2항)으로 인식되고 있으며, 경찰관직무집행법 제1조 제2항도 경찰권행사의 일반원칙으로서 “이 법에 규정된 경찰관의 직권은

112) 김도창(하), 312면; 박윤훈(하), 337면; 석종현(하), 265면.

113) 연혁적으로 경찰작용에 대한 한계논리로 출발된 비례의 원칙은 헌법상의 범 원칙 내지 행정법상의 일반원칙으로 발전하여 행정의 전영역에 있어 적용되는 원리로 확인되고 있다. 따라서 동 원칙에 부합되는 경찰권 행사인지의 여부는 경찰기관이 行使하는 경찰권의 예측적 성격에도 불구하고 전면적인 사법심사의 대상이 되는 것이며 언제나 위헌·위법의 판정 가능성을 내포하고 있는 것이다(홍정선(하), 227면; 류지태(신론), 771면).

그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니 된다”고 선언하고 있는데, 이들 규정은 경찰비례원칙의 직접적인 근거규정¹¹⁴⁾으로 볼 수 있다.¹¹⁵⁾ 결국 경찰비례의 원칙은 경찰권 행사가 위해의 정도에 비례하여 이루어져야 한다는 것으로서 법치국가의 형태를 가진 어느 나라에서나 헌법차원에서 법의 일반원칙으로서의 성질과 효력을 가진다고 할 수 있다.¹¹⁶⁾

우리나라에서도 이 비례의 원칙은 헌법적 지위를 갖는 법의 일반원칙으로서 당연히 승인되고 있는 것이다. 따라서 동 원칙은 법치국가의 본질적 구성원리로서 경찰작용에 관한 법규의 규정유무, 개별적 수권조항과 일반적 수권조항의 구별여부, 나아가 일반적 수권조항에 의한 경찰권 행사이던 개별적 수권조항에 의한 경찰권 행사이던 관계없이 모든 경우에 적용되는 원칙으로 볼 수 있다.¹¹⁷⁾

(2) 내 용

일반적으로 경찰비례원칙은 사회공공의 안녕과 질서유지를 위한 경찰권 행사는 그에 의하여 발생하는 공익목적과 그로 인하여 제한·침해되는 개인의 자유·권리와 사이에는 적정한 비례관계가 형성되어야 한다는 것이다. 이 원칙에 의한 경찰권 행사의 제한은 경찰권 행사 여부와 행사되는 경우에 있어서의 그 정도·방법 등의 두 가지 측면에서 행해지는 것이나, 어느 경우에도 비례원칙을 구성하는 3가지 요소에 따라 통제가 행해진다.¹¹⁸⁾ 즉, 경찰권 행사는 경찰기관이 공공안녕·질서유지라는 목적에 적합하고(적합성의 원칙), 그에 대한 위해의 방지·제거에 필요한 최소한도의 수단을 선택하여(필요성의 원칙) 그 수단의 행사로 목적을 실현하되, 개인의 권익 침해의 정도와 합리적인 균형이 유지 되어야(상당성의 원칙)한다는 원

114) 또한 각 개별조항에서도 필요한 한도 내에서의 억류나 피난(동법 제5조 제1항 2호), 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 조치를 하는 것(동법 제5조 제1항 3호), 대간침작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때의 접근 또는 통행제한 또는 금지(동법 제5조 제2항), 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 타인의 토지·건물 또는 선차 내의 위험방지를 위한 출입(동법 제7조 제1항)등에서 거듭 확인하고 있다.

115) 김춘환(특), 42면; 홍정선(하), 383면.

116) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7 Aufl., 1990, S.207 f.

117) Götz, S.124 f.

118) 김남진(II), 209면.

칙을 말한다.

이러한 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 및 상당성의 원칙은 단계적 순서에 따라 고려된다. 즉 경찰비례원칙상 파생원칙으로서의 이 원칙들은 경찰권 행사에 있어서 위해의 방지·제거에 관한 임무를 수행하여야 할 경찰기관에게 부과된 법적 한계가 순서에 따라 적용되는 단계구조를 이룬다고 볼 수 있다. 먼저 임무에 적합한 여러 수단이 심사·검토된 후, 이들 수단 중에서 필요한 수단(최소침해를 가져오는 수단)이 선택되고, 선택된 수단들 중에서 다시 임무의 수행에 있어서 상당성 있는 수단(임무에 비추어 공익필요의 정도와 합리적 비례가 유지되는 수단)만이 최종적으로 선택되어야 한다.¹¹⁹⁾¹²⁰⁾

종래 경찰비례의 원칙으로 불렸던 법원칙은 오늘날 과잉금지의 원칙 또는 광의의 비례원칙으로 불리고 있으며 그 내용을 분설하면 다음과 같다.¹²¹⁾

1) 적합성의 원칙

적합성의 원칙이란 경찰기관이 취한 조치 또는 수단이 그가 의도하는 목적을 달성하는 데에 적합해야 함을 의미한다. 이 원칙은 목적과 수단간의 질적인 관점에서 평가한다. 수단이 적합하다는 것은 달성하려는 목적이 선택된 수단에 의하여 실현에 접근하는 경우로서 목적의 완전한 실현을 요청하는 것은 아니므로 일부달성효과를 가져오는 것도 적합할 수 있다. 또한 선택된 수단은 목적달성에 적합할 뿐만

119) 홍정선(상), 97면.

120) 예컨대 대법원이 판시하고 있는 바, ...도로교통법 제41조 제2항에 의하여 경찰공무원이 운전자에 대하여 음주여부나 주취정도를 측정함에 있어서는 그 측정방법이나 측정회수에 있어서 합리적인 필요한 한도에 그쳐야 한다(중략)는 내용에서 과잉금지의 원칙이 단계적으로 적용되어 가는 순서는 우선 음주측정을 하는 것이 경찰목적의 수행에 적합한지를 검토하여야 할 것이고(적합성의 원칙), 다음으로 적합하다면 음주 측정을 위하여 어떠한 수단을 선택할 것인가를 결정하여야 하며(필요성의 원칙), 끝으로 필요한 수단이 음주측정기라면 어떠한 방법으로 몇 회에 걸쳐 행할 것인가를 합리적으로 판단하여 결정하여야 하는 것(상당성의 원칙)이 과잉금지의 원칙에 대한 위반여부를 심사하는 단계적인 순서가 될 것이다(대법원, 1992. 4. 28 92도220).

121) 우리나라의 학설과 판례도 과잉금지의 원칙이라는 논제 하에 그 내용을 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙이라는 파생원칙으로 구분하여 설명하고 있는 것이 주류를 이루고 있다고 보여 진다(석종현(상), 51면 이하; 김춘환(I), 43면; 김도창(상), 170면; 김철용(I), 42면; 김동희(I), 56면; 박군성(상), 45면; 박윤훈(상), 319면; 홍정선(하), 227면; 92 헌가8. 33).

아니라 사실상·법률상 가능한 것이어야 한다.¹²²⁾ 경찰은 위해방지가 그 직무이기 때문에 경찰이 취하는 조치의 적법성 여부는 1차적으로 그것이 구체적인 상황에서 위해방지에 적합한 것인가 아닌가를 관점에서 검토되어야 할 필요가 있다.¹²³⁾ 예컨대 어떤 경찰영업허가영업자가 준수사항을 위반한 때에 영업소의 폐쇄, 영업정지 또는 시설개선명령을 할 수 있도록 하였다면 구체적인 위반행위에 따라 이들 수단의 적합성이 검토되어야 할 것이다.¹²⁴⁾ 따라서 어떤 조치 하나만으로 목적을 달성할 수 있는 것이 아니고, 다른 조치·수단과 합쳐져서 목적을 달성할 수 있는 경우에도 이 원칙은 충족되는 것으로 볼 수 있다. 어떤 조치의 적합성 여부가 불확실한 경우에는 이미 알려져 있는 수단 또는 이론에 비추어 그 적합성의 여부가 심사될 필요가 있으며, 그러한 심사가 행해졌다면 그 요건은 충족되는 것으로 볼 수 있다. 이미 취해진 조치가 부적합함이 사후에 판명된 경우에는 경찰기관은 당해 조치를 중지하여야 하며, 이미 취해진 조치의 원상회복을 위해 노력하지 않으면 안 된다. 완전한 원상회복이 이루어질 수 없는 경우에는 당해 기관은 최소한 이미 취해진 조치로 발생한 결과를 완화시키도록 노력하지 않으면 안 된다.¹²⁵⁾

2) 필요성의 원칙

필요성의 원칙이란 경찰권의 행사는 설정된 목적달성을 위해 필요하고도 최소침해 여야 한다는 원칙을 말한다. 즉 일정한 목적을 달성할 수 있는 수단이 여러 가지가 있는 경우에, 경찰기관은 관계자에게 가장 적은 부담을 주는 수단을 선택하여야 한다는 원칙을 말한다. 예컨대 위험한 건물에 대하여 개수명령으로써 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고, 철거명령을 발한다든지, 음식점영업허가의 신청이 있는 경우에 부관으로서의 부담을 붙이게 되면 행정목적은 달성할 수 있음에도 불구하고 그 허가를 거부한다든지, 공공시설의 사용료 등을 부과함에 있어 사용자의 수

122) 박윤혼(하), 339면.

123) 김남진(II), 273면.

124) 적합성의 면에서는 이들 수단 중 어느 하나만이 아니고 둘 또는 셋 모두가 요건을 충족하는 경우도 있을 것이다. 그리고 이미 취한 수단이 사후에 부적합한 것으로 판단되어도 채택 당시에 합리적인 판단에 따른 것이라면 적합성은 문제되지 아니한다. 그러나 이미 취한 조치가 부적합함이 사후에 판명된 경우에는 경찰기관은 당해 조치를 중지하여야 하며, 이미 취하여진 조치의 원상회복에 노력하여야 한다(박윤혼(하), 339면).

125) 김남진(II), 272-273면.

익을 상회하는 정도의 금액을 부과하는 것 등은 그 필요성의 원칙에 위배되는 것으로 보고 있다.¹²⁶⁾

그러나 과연 어떠한 조치가 최소침해의 원칙을 충족하는가의 여부를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 예컨대 경찰기관이 의무자에게 어떤 작위 또는 급부를 명한 경우에 상대방이 대안을 제안하는 경우에는 그 대안이 적합성의 원칙을 충족하는 것으로 받아들여야 할 것이다. 왜냐하면 상대방이 제안한 대안이 객관적으로 보아 상대방에게 원안(행정청이 명한 조치)보다 불리하다고 판단되는 경우에도 상대방의 의사를 존중해야 한다고 보기 때문이다. 따라서 행정청이 건물주에게 어떤 건물의 개수를 명하였는데 건물주가 당해 건물의 철거를 대안으로 제시한 경우에는 행정청은 원칙적으로 그것을 받아들일 의무가 있다고 보아야 한다. 독일의 많은 주에서는 이를 대체수단의 제공(Angebot des Austauschmittels)¹²⁷⁾라는 이름으로 주의 경찰법에 명문화하고 있다.¹²⁸⁾

3) 상당성의 원칙

협이의 비례원칙 또는 상당성의 원칙이란 어떤 행정조치가 설정된 목적을 위하여 필요한 경우라도 그 행정조치를 취함에 따른 불이익이 그것에 의해 초래되는 효과 또는 이익보다 큰 경우에는 의도한 조치가 취해져서는 안 된다는 원칙을 말한다. 즉 목적달성을 위하여 필요한 수단이라도 경찰상 규제의 필요(예, 위해의 예방 또는 제거)와 경찰권행사의 정도(예, 자유제한)간에는 정당한 비례가 유지되어야 한다는 것이다.¹²⁹⁾ 이 원칙은 목적과 수단 간에 양적인

126) 또 다른 예로서 수질환경보전법상 환경부장관은 사업자가 사위 기타 부정한 방법으로 허가를 받은 때에는 허가를 취소하거나, 시설의 폐쇄를 命하거나, 6월의 기간을 정하여 조업정지를 명할 수 있다(동법 제20조 참조). 그런데 적합성의 원칙이라는 측면에서 세 가지의 수단에 관하여 모두 요건을 충족하였더라도 6월의 범위 내에서 조업정지를 명함으로써도 목적이 달성될 수 있음에도 불구하고 허가를 취소했다면 최소침해의 원칙에 위반된다고 볼 것이다.

127) 위험방지를 위한 다수의 수단이 고려되는 경우에는 경찰은 그 중의 한 수단을 결정하면 충분하다. 그러나 경찰책임자는 자신에게 부과된 수단대신에 다른 수단을 청구할 수 있다. 물론 그것이 원래 경찰이 의도했던 결과를 얻을 수 있고, 공중에게 더 많은 부담을 과해지지 않는 경우에는 허가되어야 한다. 따라서 대체수단의 거절은 경찰처분을 위법하게 만들 수 있고 위와 같은 대체수단의 제공신청은 처분의 시행을 위하여 수범자 등에게 허가된 기일 내에서만 가능하다(박상희/서정범, 『경찰작용법제의 개선방안』, (한국법제연구원, 1996) 95면).

128) §5II2 Bay PAG; §9II2 Berl ASOG; §4II2 BremPolG; §3II2 RhPfdVVG; 김남진(II), 273-274면.

관점에서 평가한 원칙이다. 예컨대 경찰관이 총기사용의 시점에서 생명의 위협이 없음에도 불구하고 상대방에 대하여 총기를 사용하거나, 설사 총기의 사용이 불가피한 경우라도 총기의 사용은 대퇴부 이하를 향하여 행해져야 함에도 상체에 치명상을 입힌 경우는 상당성의 원칙에 위반된다 할 것이고,¹³⁰⁾ 행정청이 건물주에게 어떤 건물에 대하여 시설개수명령의 수단을 택하였다 하더라도 경찰상 규정의 필요와는 균형이 맞지 아니한 호화시설로 개수하도록 한 것은 위법이 된다. 또한 비록 그것이 유일한 수단이라 할 지라도 나무에 앉아 있는 참새를 쫓기 위하여 대포를 쏜다던가, 보도에 주차하였으므로 법을 위반하기는 하였으나 통행에 아무런 지장을 주는 것이 아니었다면 그 승용차를 즉시 견인하는 것은 위법하다¹³¹⁾는 것이다.¹³²⁾

(3) 경찰권 행사의 조건

경찰권은 사회공공의 안녕과 질서유지를 위하여 묵과할 수 없는 위해가 현존하거나, 적어도 보통의 상태 아래서 위해의 발생을 확실히 예견할 수 있는 때에 한하여 발동할 수 있다. 경찰권 행사 조건에는 필요성의 원칙이 적용되는데 전자의 경우에 경찰권을 발동하는 경우를 진압작용으로서의 경찰권의 행사, 후자의 경우에 경찰권을 행사하는 경우를 예방작용으로서의 경찰권의 행사라고 한다.¹³³⁾

129) 당해 목적달성을 위한 필요최소한도의 조치도 그에 의하여 달성되는 공익이 그로 인한 상대방의 자유와 권리에 대한 침해보다 클 때에만 허용되는 것이다(김동회(II), 202면).

130) ... 위와 같이 원칙이 확정된 사실관계에 비추어 보면, 위 망인이 칼을 들고 000 순경 등에게 향거하였다고 하여도 000 순경 등이 11미터나 뒤로 밀리는 동안 공포를 발사하거나 000 의경이 소지한 가스총과 경찰봉을 사용하여 위 망인의 향거를 억제할 시간적 여유와 보충적 수단이 있었다고 보여지고, 또 복도 끝에 밀려 부득이 총을 발사하여 위해를 가할 수밖에 없었다고 하더라도 가슴부위가 아닌 하체부위를 향하여 발사함으로써 그 위해를 최소한도로 줄일 여지가 있었다고 보여지므로, 위와 같은 000 순경의 총기사용행위는 경찰관직무집행법 제11조 소정의 총기사용 한계를 벗어난 것이라고 하지 않을 수 없다. 정당방위에 있어서는 반드시 방위행위에 보충의 원칙은 적용되지 않는으나 방위에 필요한 한도 내의 행위로서 사회윤리에 위배되지 않는 상당성 있는 행위임을 요하는 것인 바, 위 설사와 같은 총기사용의 경위에 비추어 000 순경의 행위는 상당성 있는 행위라고 볼 수 없어 정당방위에도 해당하지 않는다(대법원, 1991. 9. 10, 91다19913).

131) OVG Münster, MDR 1980, S.874.

132) 김남진(II), 274면.

133) 석중현(하), 266면.

1) 진압작용의 경우

진압작용으로서 경찰권이 행사되는 경우는 공공의 안녕·질서의 유지상 용인(묵과)될 수 없는 장애를 제거하기 위해서만 발동될 수 있다. 여기서 용인될 수 없는 장애란 장애를 방치함으로써 발생하는 사회상의 불이익이 그 장애를 제거함으로써 발생하는 사회상의 불이익보다 크다고 평가되는 장애를 말한다. 따라서 사회에 다소 불이익을 주더라도 그것을 제거함으로써 사회에 보다 큰 불이익을 주는 경우에는 그 장애를 용인하는 것이 오히려 사회의 이익에 합치되는 것이므로 경찰권을 행사할 수 없다.

진압작용으로서의 경찰권 행사 조건의 판단기준은 경찰기관의 주관이 개입되어서는 안 되며, 사회통념 또는 지방적 관습에 의해 의무에 합당한 재량으로 결정하여야 한다.

대법원은 “경찰(질서)허가의 취소에 관하여 건축행정의 목적 실현을 위하여서는 허가받은 자 개인의 권리 내지 이익을 희생시켜도 부득이하다고 인정되는 경우가 아니면 함부로 그 허가를 취소할 것은 아니다”고 판시하여¹³⁴⁾ 경찰비례의 원칙을 그 요건판단의 기준으로 하고 있다.

2) 예방작용의 경우

예방작용으로서 경찰권이 발동되는 경우는 사회의 공공의 안녕·질서유지에 대한 장애가 일반 경험률에 의하여 묵과할 수 없는 장애가 발생할 것이 객관적으로 확실하게 예측될 수 있는 경우에 한하여 행사될 수 있다. 따라서 장애발생의 단순한 미필적 가능성이 있다거나 보통 사정으로는 장애발생의 여부가 반드시 확실한 것이 아닐 때에는 행사되지 못하고 장애발생의 확실하게 예측되어 위험이 명백하고 절박한 경우(clear and present danger)에만 행사될 수 있다.

장애의 발생이 확실하게 예측되는 경우와 그렇지 아니한 경우와의 구별에 대한 판단기준은 일반 사회통념에 따라 의무에 합당한 재량으로 결정하여야 한다. 예컨대 잠수교의 자동차통행을 금지하는 경찰기관의 조치는 팔당댐의 수문을 모두 열어 물을 방출함으로써 3시간 이후 잠수교의 통행이 불가능할 것으로 예측한 경우에는 의무에 합당한 재량이 되지만 계속되는 홍수로 잠수교의 통행이 불가능할 것

134) 대법원 1977. 9. 28, 76누243.

으로 예측한 경우에는 의무에 합당한 재량이라고 할 수 없다.¹³⁵⁾

(4) 경찰권 행사의 정도

경찰권이 공공의 안녕·질서유지상 용인될 수 없는 장애 또는 장애발생의 직접적 위험을 제거하기 위하여 발동되는 경우에는 그 행사의 정도는 장애 또는 장애위험의 정도와 반드시 적정한 비례를 유지하여야 한다. 즉 경찰권 발동의 정도는 장애 또는 장애위험의 제거를 위하여 불가피하게 요구되는 최소한도에 그쳐야 하며(경찰관직무집행법 제1조 제2항), 최소한의 경찰권의 발동이라 하더라도 그 발동으로 인한 권리·자유 제한의 정도가 장애 또는 장애위험의 제거하는 공익상의 필요를 양적으로 상회하여서는 아니 된다.¹³⁶⁾ 그러므로 경미한 장애 또는 그 위험의 제거를 위하여 중대한 자유제한을 하는 것은 위법이 된다.¹³⁷⁾

대법원은 “원고에 대하여 25개 품목의 의약품제조업허가가 10차에 걸쳐서 일단 유효하게 성립된 후에 그 허가를 존속시킬 수 없는 새로운 사유가 발생한 것을 사유로 취소하는 경우에는 그 새로이 발생한 사유가 15개 품목의 의약품제조업 전체에 관련되는 것인가 또는 특정한 의약품의 제조에 한하여 관련이 있는가를 가려서 약사법 제69조를 적용하는 것이 조리라 할 것임에도 불구하고 원심이 위 25개를 제조하였다고 하여 그와 같은 역가미달의 제약이 다른 24개 품목의 제조에도 관련 있는 것인가 아닌가를 확정함이 없이 전 품목에 대한 의약품제조업허가를 취소한 피고의 처분을 정당하다고 판시한 것은 잘못이다”고 판결 하였는데,¹³⁸⁾ 이것은 경찰권 행사의 정도에 관한 비례의 원칙을 잘 나타내 주는 것이다.

4. 경찰책임의 원칙

(1) 의 의

135) 김철용(II), 245면.

136) 김철용(II), 245-246면.

137) 석중현(하), 267면.

138) 대법원 1969.7.19, 66누64; 이상규(하), 314면.

경찰책임의 원칙이란 경찰권 행사는 공공의 안녕과 질서에 대한 위협방지 또는 장애제거를 위해 책임이 있는 자에 대해서만 행사될 수 있다는 원칙을 말한다. 바꾸어 말하면 경찰위반상태가 있는 경우에 그러한 상태의 발생에 책임이 있는 자, 즉 경찰책임자¹³⁹⁾에 대하여만 경찰권을 행사 할 수 있다.¹⁴⁰⁾ 다만 예외적으로 경찰책임자가 아닌 제3자에 대하여 경찰권을 행사하기 위해서는 긴급한 필요가 있고 법규에 근거가 있을 때에 한하여 행사할 수 있다. 이러한 경찰책임의 원칙은 경찰권을 누구에게 행사할 것인가의 대상에 관한 원칙이라고도 할 수 있다. 달리 말하면 누가 경찰상의 위협 및 장애의 방지·제거의무를 부담하는가에 관한 문제라고 할 수 있다.

(2) 경찰책임자

경찰은 각 개인을 사회적 존재로서 파악하여 개인의 주관적·내면적 심정과는 무관하게 자기의 생활범위 안에서 발생한 객관적·외면적 상태를 판단하여 그에 적절하게 대처하는 것을 원칙으로 한다. 그에 따라서 자기의 생활범위 안¹⁴¹⁾에서 객관적으로 경찰위반상태가 발생한 경우에는 그 위반상태의 발생에 대한 책임자의 고의·과실의 존부, 불가항력에 의한 것인지의 여부와는 관계없이 경찰책임을 진다.¹⁴²⁾ 그 이유는 경찰책임은 위법행위에 대한 처벌이 아니고 오로지 공적 안전 혹은

139) 용례상 교란자와 경찰상 책임자(의무자)라는 용어는 구분하여 사용하는 것이 정당하다고 한다. 교란자는 스스로 직접 공적 안전이나 질서를 깨뜨린 자 또는 위협을 야기한 자를 의미하는 것이나, 경찰상 책임자(의무자)는 교란자 외에 직접 공적 안전을 깨뜨리지 않는 자(예, 집회의 개최 중 참가자가 난동을 부리는 경우에 있어서 집회의 주최자는 직접의 교란자는 아니나 경찰상의 책임자이다)도 포함될 수 있기 때문이라고 한다(홍정선(하), 277면).

140) 원래 경찰은 사회공공의 안녕과 질서유지를 위하여 두 가지 방식으로 그 임무를 수행한다. 경찰 스스로의 인력과 물적 수단을 사용하거나 경찰 책임자에게 일정한 작위·부작위·수인의 명령·금지 등의 의무를 부과하는 조취를 취하는 경우이다. 일방적인 예방활동·경고·안내 등은 대개 전자의 경우에 해당하고 그 중요성도 크다. 그럼에도 공공의 안녕과 질서에 대한 위협과 장애의 예방·제거를 위해 사인에게 의무를 부과하는 방식 또한 중요하다(홍정선(하), 384면).

141) 여기서 '자기의 생활범위'란 자기가 지배하는 사람 및 물건의 전체를 말한다(김동희(II), 189-190면).

142) 경찰책임은 원칙적으로 소멸시효와 무관하다. 경찰상 책임을 야기하는 행위나 상태가 존속하는 한 그 기간이 어느 정도이든 불문하고 그러한 행위나 상태를 야기하는 자는 경

은 질서의 교란이나 그에 대한 위협을 제거하는데 봉사하는 것일 뿐이기 때문이다. 예컨대 경찰은 원인규명을 위한 과거지향적인 것이 아니라 그것은 기본적으로 법익보호를 위한 목적을 가진 효과지향적인 것이다.¹⁴³⁾

또한 경찰책임자가 자연인인가 법인¹⁴⁴⁾인가 외국인인가를 묻지 않고 경찰책임을 지게 된다. 다만 외국의 원수, 외교사절의 가족·수행원 등 면책특권을 가진 외국인은 우리나라의 경찰권 범위밖에 놓인다. 그러나 논리상 면책특권을 가진 자의 특권은 실질적 경찰책임의 면제, 즉 주재국의 범질서의 불준수의 보장을 뜻한다고 보기 보다는 주재국의 법률에의 구속의 현실화를 위한 국가적인 처분으로부터의 면제라고 볼 것이다.

경찰상 자연인인 개인의 책임은 그가 행위능력·불법행위능력을 갖는가를 가리지 않는다. 행위무능력자의 경우에는 무능력자 자신 외에도 그들의 법정대리인이 또한 부가적인 책임을 진다. 다만 행위무능력자에게는 행정절차상 행위능력이 없는 것으로 보아야 하기 때문에 그에 대한 행정행위는 기본적으로 그의 법정대리인에게 도달하게 하여야 할 것이다.¹⁴⁵⁾ 따라서 자신의 행위는 물론이고, 자기의 지배범위에 속하는 타인의 행위 또는 물건의 상태가 경찰위반상태를 구성하는 경우에도 경찰책임을 진다.

또한 국가 등 행정주체가 경찰위반의 상태의 발생에 대하여 책임이 있는 경우, 경찰기관은 당해 행정주체에 대하여 경찰권을 행사할 수 있는가가 문제된다.¹⁴⁶⁾ 예컨대 A시 부근에 주둔하는 군대의 사격연습장에서 사격연습으로 탄환이 날아온 경우 경찰기관은 군대에 대하여 경찰권을 발동하여 사격연습의 중지를 명할 수 있는

찰책임을 부담한다. 만약 개별법령에서 달리 정하는 바가 있다면 예외가 된다(홍정선(하), 386면).

143) 홍정선(하), 386면.

144) 사법상의 법인(예, 상법상의 법인, 민법상의 법인 등 포함)뿐만 아니라 사법상 권리능력이 없는 사단도 교란자의 성격을 가진다. 被用者の 경찰책임과 병행하여 使用者 또한 附加的 責任을 진다(홍정선(하), 386면).

145) 홍정선(하), 386면.

146) 경찰상의 위해가 국민 개인의 행위 혹은 사소유권의 대상이 되는 물건의 상태로부터만 발생하는 것은 아니며, 국가 등 고권력 주체의 행위 또는 공공목적에 제공되어 있는 토지 등의 물건으로부터 발생할 수 있다. 이는 다음의 두 가지 관점에서 검토할 필요가 있는데, 고권력 주체가 경찰관련 법령에 구속되는지에 관한 실질적 경찰책임의 문제와 경찰이 고권력 주체에 대하여 행정행위의 발급을 통하여 개입할 수 있는지에 관한 형식적 경찰책임의 문제이다. 이에 자세한 내용은 홍정선(하), 378-389면; 정하중, 전게논문, 129-131면; 서정범, 전게논문, 75-77면 참조.

것인가의 문제이다. 즉 국가 등 행정주체가 공권력의 주체로서의 지위에서도 경찰권 행사의 대상이 되는가이다. 국가 등 행정주체가 국고주체로서는 물론 고권주체로서도 경찰권 행사의 대상이 된다는 견해가 지배적이다.¹⁴⁷⁾

(3) 경찰책임의 종류

경찰책임은 그 원인을 기준으로 행위책임·상태책임 그리고 이들의 병합한 복합책임(다수자책임)의 세 가지로 구분할 수 있다.

1) 행위책임

행위책임이란 사람의 행위(작위·부작위¹⁴⁸⁾)로 인하여 경찰위반상태가 발생한 경우에 지는 경찰책임이다.

행위자가 자신인지(행위자책임), 그가 지배하는 타인(지배자책임)인지를 불문한다. 이러한 행위책임의 인정에는 과실의 유무를 불문하고, 당해 행위가 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위해의 원인이 되고 있다는 사실에 기인하여 지는 책임이다.¹⁴⁹⁾ 문제는 자기의 행위로 인한 책임보다 타인의 행위로 인한 책임이다. 타인의 행위를 관리하고 있는 자는 그 권한의 범위 안에서 피관리자의 행위로 인하여 발생한 경찰위반상태에 대하여 책임을 진다. 예컨대 자녀의 행위에 대하여 보호자가 책임을 지며, 종업원의 행위에 대하여 업주가 책임을 진다. 이와 같이 타인의 행위로 인하여 발생한 경찰위반상태에 대하여 관리자가 책임을 지는 것은 타인에 대신

147) 국가나 고권력주체도 경찰위반에 대한 경찰책임의 주체가 되고 경찰권 행사의 대상이 되는가가 문제이다. 오늘날은 국가나 지방자치단체도 법률의 양면적 구속성에 의하여 행정주체도 경찰법의 적용을 받으며, 경찰기관이 경찰권을 행사할 수 있는가는 크게 부정설과 긍정설로 나누어진다. 행정기관에 대하여는 권한이 분배되어 있으며 그 권한의 범위 내에서는 다른 기관의 간섭이 배제된다는 논리가 전자의 입장인 반면에, 각 행정기관에 고유의 권한이 분배되어 있다고 하더라도 공공의 안녕과 질서의 유지에 관하여는 경찰기관의 권한이 보다 우월하다는 입장에서 긍정설을 주장하고 있다(김남진(II), 258-260면; 박윤훈(하), 336면; 유지태(신론), 759면; 홍정선(하), 387면 이하; 김철용(II), 245면).

148) 여기서 부작위는 법적인 작위의무의 존재를 전제로 하며 따라서 단순히 무위는 경찰책임의 대상이 되지 않는다. 자기가 일으킨 교통사고로 인한 부상자 구호책임은 전형적인 행위책임이다(도로교통법 제50조).

149) 김동희(II), 199면.

하여 지는 책임이 아니라 자기의 생활범위 안에서 경찰위반상태를 발생시킨 것에 대한 자기책임이다.

행정법규 중에는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인, 기타의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 일정한 위반행위를 한 경우 그 직접적인 위반행위자를 처벌하는 외에 그 업주인 법인과 개인에 대하여도 위반행위자에 적용되는 해당 벌칙을 과하는 처분규정을 두고 있는 때가 있다(청소년보호법 제54조 등). 이 경우 업주의 처벌은 여기서 다루고 있는 질서유지에 관한 주의의무를 전제로 하여 그것에 위반한 경찰책임적 성질을 가진 것이라고 할 수 있고, 동시에 행위자인 종업원도 처벌하는 것은 업주의 경찰위반책임을 지우는 것만으로는 탈법적인 위반행위를 억제하기에 충분하지 못하기 때문이며, 형사책임적 성질을 가진 것이라고 할 수 있다.¹⁵⁰⁾

또한 행위로 인하여 경찰위반상태가 발생한 경우 특정인에게 경찰책임을 귀속시키는 기준은 무엇인가가 문제이다. 이 문제는 행위와 경찰위반상태(공공안녕 또는 질서유지의 위해) 사이의 원인관계의 인정문제가 된다. 이에 관하여 조건설(등가설), 상당인과관계설, 직접원인설 등이 있다. 조건설에 따르면 행위와 경찰위반상태 사이에 적어도 인과의 관계가 있으면 책임을 발생시키는 데 충분하다는 견해이지만¹⁵¹⁾ 이 설에 의하면 책임의 귀속이 무한히 확대된다는 결점이 있다. 다음으로 상당인과관계설은 행위로부터 통상 발생하는 결과에 한정하여 경찰위반상태와 인과관계를 인정하는 견해인데 이 설에 의하면 통상 발생하지 아니하는(전혀 사전에 예상할 수 없었던) 경찰위반상태에 대하여는 인과관계가 인정되지 아니한다는 결점이 있다.¹⁵²⁾ 마지막으로 직접원인설은 행위가 경찰위반상태를 직접적으로 야기하게 되

150) 김철용(II), 433면.

151) 형법에서 통용되는 조건설은 그것이 없었다면 위험이 발생하지 않았을 것이라고 고려되는 모든 조건을 결과에 대한 법적 의미에서의 원인인 것으로 보는 견해로서, *conditio-sine-qui-non*(원인 없으면 결과 없다)방식이 그의 시발점이다. 이와 같은 내용으로 하는 조건설은 경찰법에서는 타당하지 않다. 왜냐하면 형법에서는 위법성조각사유나 책임조각사유에 의한 책임의 제한이 행해지지만 경찰법에서는 책임의 한계를 확정할 장치가 없기 때문이다(서경범, 전계논문, 82면).

152) 민법에서 일반적으로 통용되고 있는 상당인과관계설에 따르면 일상적인 경험측에 비추어 위험이나 장애를 유발시키기에 적합한 조건만이 위해의 원인으로 고려가 된다. 그러나 상당인과관계설의 경찰법의 적용은 많은 경우에 납득하기 어려운 결과를 발생 할 수 있다. 즉 위해방지임무는 예측하기 어려운 예외적인 상황에도 대처하여야 하며 발생된 결과가 경험측에 비추어 예견할 수 없다고 하더라도 경찰은 행위자에 대하여 경찰권을 행사 하여야 하기 때문이다(정하중, 전계논문, 114면).

는 경우에만 인과관계를 인정한다는 견해이다.¹⁵³⁾ 이 설이 통설이다. 따라서 경찰위반의 상태에 대하여 직접적으로 전혀 관계가 없는 제3자에게는 행위책임을 귀속시킬 수 없다. 또한 경찰위반상태의 발생의 원인에 대하여 다시 원인을 제공한 자에게도 행위책임을 귀속시킬 수 없다. 예컨대 자기 집 정원에서 그림을 그리는 화가를 구경하기 위하여 통행인이 모여들어 교통장애가 야기된 경우에 화가에게 행위책임을 귀속시킬 수 없다. 그러나 경찰위반상태의 발생원인에 대하여 의도적으로 원인을 제공한 자, 즉 의도적 야기자에게는 행위책임을 귀속된다. 예컨대 자기 집 정원에서 화가가 자기를 선전할 목적으로 美人을 모델로 도로로 향하게 하여 그림을 그리고 그것을 구경하기 위하여 통행인이 모여들어 교통장애가 야기된 경우에는 화가에게 행위책임을 귀속된다.¹⁵⁴⁾ 행위책임자 여부 및 의도적 야기자 여부는 종종 다투어진다. 예컨대 잠실축구장에서 국제축구경기가 개최되어 흥분한 관중들 사이에 싸움이 벌어진 경우 주최자에게 행위책임을 귀속시킬 수 없다는 견해¹⁵⁵⁾와 상업적·정치적 목적을 갖는 주최자에게 행위책임을 귀속시킬 수 있다는 견해¹⁵⁶⁾로 나누어진다.¹⁵⁷⁾

153) 독일의 판례·학설에 의하여 광범위한 지지를 받고 있는 직접원인설에 따르면 스스로 위험의 한계를 면탈한, 즉 그 자체가 구체적인 위험 또는 장해를 ‘직접적으로’ 초래하는 행위만을 경찰법상의 원인으로 고려된다. 여기서 ‘직접적으로’란 원인과 결과간의 특별한 접근성을 의미하는바 일반적으로는 시간적으로 최후에 인과관계의 진행에 관여한자가 판단의 기준이 될 것이다. 즉 일련의 인과관계의 고리 중에서 마지막의 그리고 결정적인 원인을 제공하는 사람이 원칙적으로 행위책임자가 된다(정하중, 전제논문, 115면; 서정범, 전제논문, 85면).

154) 또한 쇼윈도우에 매우 특이한 상품을 전시하고 있어서, 그 주위에 통행인들이 집합한 결과 도로통행상의 장애가 발생한 경우, 이 장애의 직접원인은 바로 통행인들이지만 그 상점의 주인도 아울러 경찰책임을 진다고 할 것이다. 왜냐하면 이 경우 상점주인이 그 상품을 전시한 것은 바로 통행인의 관심을 끌기 위한 것이기 때문이다. 이를 목적적 원인제공자라고 한다. 이에 반하여 그림을 그리는 것을 보기 위하여 그 주위에 사람이 모인 결과 도로통행에 장애가 생긴 경우에는 화가는 자신의 주위에 관중을 모이게 할 것을 목적으로 한 것은 아니라 할 것이므로 그로 인한 책임을 지지 않는다고 본다(김동희(II), 200면).

155) 김남진(II), 234면.

156) 정하중, “독일경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방안(하),” 「사법행정」 3월호, 1994, 5면.

157) 김철용(II), 233-234면.

2) 상태책임

상태책임은 물건(예, 토지·공작물 등¹⁵⁸⁾)의 소유자·점유자, 기타의 사실상의 지배권자(관리권)자가 그 관리범위 내에서 경찰위반상태가 발생한 경우에 지는 경찰책임이다. 다시 말하면 물건의 상태¹⁵⁹⁾로부터 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 발생한 경우에 그를 방지·제거할 책임을 말한다.¹⁶⁰⁾ 상태책임자의 책임은 그런 상태가 누구에 의하여 발생되었는지 여부, 혹은 상태책임자가 고의·과실로 그런 위험을 야기하였는지의 여부를 고려함 없이 전적으로 물건의 상태로 인하여 결정된다. 여기서 상태책임자는 경찰상 위해를 야기한 물건에 대한 소유권자·점유권자·및 사실상의 관리자(지배권자)가 상태책임자가 된다. 문제는 물건에 대한 소유자와 점유권자 및 사실상의 관리자가 다를 경우이다. 이 때는 소유자에게는 사실적 지배자인 전세자, 임차인, 보관인에 별도로 추가적인 책임이 따를 뿐이다. 사실상의 관리권자가 그의 물건에 대한 지배력을 소유자의 동의 없이 또는 의사에 반하여 행사하는 경우에는 소유자의 책임은 없다. 반면 사실상의 관리자가 소유자의 의사에 따라 지배력을 행사하는 경우에는 소유자는 관리자와 함께 책임을 져야 한다. 이 경우에 누구에게 경찰권을 행사 하는가는 적합성과 효율성의 원칙에 따라야 한다.¹⁶¹⁾

독일통일경찰법모범초안 제5조는 「일정한 물건으로부터 위험이 발생한 경우에는 조치는 사실상의 지배자(관리권자)에 취해져야 하며 소유자 또는 기타 권리를 가진 자에게도 조치가 취해질 수 있다. 다만 사실상의 지배자(관리권자)가 소유자 또는 권리자의 의사와 관계없이 지배하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다」고 규정하

158) 상태책임에서 논하는 물건의 개념은 유체물(동산, 부동산) 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다. 한편 동물도 여기에서의 물건에 속한다(Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.318; Friauf, S.235).

159) 물건의 상태란 ‘물건 자체의 상태’ 뿐만 아니라 ‘물건이 어떠한 공간에 놓여 있는 상태’를 말한다. 예컨대 전자의 경우가 사인이 맹견이나 폭발물을 보관하는 경우이고 후자의 경우가 차도에 차가 불법 주차된 경우이다.

160) 예컨대 도로교통법 제67조 제1항에 의한 교통장애물의 제거의무를 부과하거나, 경찰관 직무집행법 제5조 제1항에 의한 태풍에 의하여 가옥이 파괴되거나 파괴될 우려가 있고 거주자나 통행인의 생명 또는 신체에 위해를 미칠 우려가 있는 경우에 경찰관은 관리자에게 필요한 경고를 발하거나 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 할 수 있다.

161) 김재광, 『경찰관직무집행법의 개선방안 연구』, (한국법제연구원, 2003), 68면.

고 있다. 즉 사실상의 지배권자(관리권자)의 책임을 소유자의 책임보다 우선적으로 규정하고 있는데, 이는 법적 우선권보다는 위해방지의 효율성의 관점에 중점을 두고 있는 결과이다.¹⁶²⁾

여기서 지배권자(관리권자)은 반드시 정당한 권원에 의한 것임을 요하지 아니한다. 예컨대 자동차가 도난을 당한 경우 그 자동차에 의하여 경찰위반상태가 발생한 때에는 그 자동차를 사실상 관리하고 있는 자에게 상태책임이 있으며, 사실상 관리권을 상실한 자동차의 소유자는 상태책임을 물을 수 없다.¹⁶³⁾

또한 상태책임이 인정되는 범위는 원칙적으로 제한이 없다.¹⁶⁴⁾ 따라서 원칙적으로 원인에 상관없이 당해 물건의 상태로부터 경찰위반상태가 발생한 경우에는 상태책임자는 전적인 책임이 있게 된다. 이는 당해 물건에서 일정한 이익을 얻고 있는 경우라면 동시에 불이익에 대하여도 책임을 져야 하기 때문이다. 그러나 상태책임의 주체가 감당하여야 할 위험의 한계를 넘는 비정형적인 사건에 의하여 당해 물건이 경찰위반상태를 발생시킨 경우에는 책임이 배제되는 것으로 보아야 한다.¹⁶⁵⁾ 여기에는 자연재해, 불가항력적인 경우, 사회적으로 상당하지 아니한 우연의 경우에 기인한 경우가 해당 된다.

3) 복합적 책임(다수자책임)

복합적 책임은 단일한 경찰위반상태가 다수인의 행위 또는 다수인이 관리하는 물건의 상태에 기인하거나 행위책임과 상태책임의 중복에 기인한 형태의 경찰책임이다.¹⁶⁶⁾ 다수자책임 또는 혼합책임이라고도 한다. 이 경우에 누구에게 경찰책임을

162) 정하중, 전계논문, 119면.

163) 김철용(II), 242면.

164) 상태책임을 제한하려는 시도들이 독일에서 나타나고 있다. 대표적인 학자 Friauf는 “자신과 관련 되지 않은, 즉 공중과 관련된 위험영역(전쟁, 현대의 대량 교통)에서 발생하는 위험을 소유자에게 부담시키는 것은 타당치 않다”라고 하여 상태책임의 제한에 대한 헌법적 근거를 최초로 제시하였고, Hohmann는 “소유권자의 상태책임은 수인의무에 국한되며 따라서 소유권자는 위해방지에 소요된 비용을 부담할 의무는 없다”고 주장하였다(박상희/서정범, 전계서, 62면).

165) 박윤훈(하), 318면; 류지태(신론), 799면.

166) 예컨대 피용자의 행위에 대하여 피용자뿐만 아니라 사용자도 책임을 지는 것처럼 다수의 행위책임자들도 있을 수 있고, 붕괴우려가 있는 건물에 대하여 소유자뿐만 아니라 임차인도 책임을 지는 다수의 상태책임자들도 있을 수 있다. 또한 유조차가 전복되어 기름

귀속시킬 것인지와 다수자책임 사이의 비용부담이 문제가 된다.

먼저 복합적 책임이 존재하는 경우 누구에게 경찰책임을 귀속시킬 것인가의 문제이다.

경찰상 위반상태가 여러 사람의 행위에 의하여 발생한다면 이들 중 누구에게 경찰권을 행사할 것인가는 경찰 자신의 재량에 따라 그들 모두에게 또는 그들 중 한 사람에게 경찰권을 행사할 수 있다. 여기서 경찰상 위반상태를 가장 신속하게 그리고 효과적으로 제거할 수 있는 사람에게 경찰권을 행사한다면 적법 타당한 결정이 된다. 이때 경찰권 행사의 대상이 되는 경찰책임자는 대개 시간적으로 그리고 장소적으로 경찰상 위반상태에 가장 근접한 사람이 된다. 그리고 다수의 상태책임자의 선택에 있어서도 경찰에 재량권이 부여된다. 경찰은 사실상의 지배권자(관리권자)가 혼자 책임을 지는 경우를 제외하고는 소유자에게 또는 양자 모두에게 경찰권을 행사할 수도 있다. 또한 행위책임과 상태책임이 경합하는 경우 종래의 지배적 견해는 「행위책임이 상태책임에 우선 한다」는 원칙이 적용되어 이와 다른 결정은 경찰권의 행사를 하자있게 만든다고 하였다.¹⁶⁷⁾

결국 복합적 책임이 존재하는 경우 경찰위반상태를 가장 신속하고도 효과적으로 제거할 수 있는 자에게 경찰권이 행사되어야 하고, 행위책임과 상태책임이 중복되어 있는 경우에는 행위책임자에게 경찰권이 행사되어야 한다는 것이 오늘날 지배적 견해이다.¹⁶⁸⁾ 그러나 구체적인 판단은 경찰권의 성실한 재량에 맡겨져 있다고 할 것이다.¹⁶⁹⁾

다음으로 다수자책임 사이의 비용부담의 문제이다. 이는 경찰이 다수의 경찰책임자 중에서 오직 한사람에게만 경찰권을 행사 하였다면 그 자가 내부관계에서 경찰권이 행사되지 않은 다른 경찰책임자에 대하여 비용상환청구권을 할 수 있는지 여

이 유출되어 인접토지에 스며드는 경우에 운전사의 행위책임과 토지소유자의 상태책임을 동시에 인정할 수 있는 바와 같이 행위책임과 상태책임이 경합하고 있는 경우이다.

167) OVG, Münster, DVBI, S.683 ff.(684); OVG, Münster, DVBI, 1971, S.828 ff.

168) 이와는 반대의견도 있다. 비록 상태책임자에 우선하여 행위책임자에게 경찰권을 행사하는 것이 결과적으로 볼 때 정의에 상응되는 경우가 많으나 그렇다고 하여 경찰이 상태책임자에게 선택 한다고 하여 반드시 재량의 하자가 발생하는 것은 아니고 행위책임자를 파악하기 힘들거나 확인된다고 하더라도 경찰상의 위반을 즉시 제거할 수 없다고 판단된다면 상태책임자에 대하여 경찰권을 행사할 수도 있다(Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.301).

169) 김철용(II), 243면.

부가 다투어 지고 있다. 이 같은 문제는 경제적 부담이 큰 경우에 중대한 의미를 가질 수 있다.¹⁷⁰⁾ 이에 관하여는 긍정설, 부정설, 절충설이 대립되고 있다.¹⁷¹⁾

긍정설은 다수의 경찰책임자 중에서 어느 한 사람에게만 경찰권이 행사된 경우에는 민법상의 연대책임자 사이의 책임의 분담에 관한 규정과 법리를 유추적용 하여 비용상환을 청구 할 수 있다는 견해이다.

부정설은 다수의 경찰책임자 중에서 어느 한 사람에게만 경찰권이 행사된 경우에는 그 자는 다른 경찰책임자에게 비용상환을 청구 할 수 없다는 견해이다.¹⁷²⁾

절충설은 다수자책임의 경우 경찰기관이 특정인에게만 경찰권을 행사 하였더라도 당해 원인행위의 중대성에 비추어 당해 당사자에 대해 경찰권의 행사가 위해방지를 위한 흠 없는 재량권 행사로 볼 수 있는 경우에는 당해 경찰책임자는 다른 경찰책임자에게 민법상의 사무관리규정이나 연대채무에 근거한 비용상환청구권은 인정될 수 없다고 본다. 그러나 각 경찰책임자들이 부담하는 의무내용이 동일한 경우에는 민법상의 연대채무자간의 내부 구상권에 관한 규정이 유추 적용될 수 있다고 본다.¹⁷³⁾

생각건대, 경찰권 행사의 문제와 다수자책임 사이의 비용부담의 문제는 별개의 문제로 보는 긍정설이 타당하다. 즉, 경찰권 행사는 경찰상 위해의 효율적인 제거가 주된 기준이 되는데 반하여 다수자책임 사이의 비용부담의 문제는 책임 분담의 원리에 따라 결정되는 것이 정의의 원칙에 비추어 타당하기 때문이다.¹⁷⁴⁾

(4) 경찰책임의 승계

경찰책임의 승계는 경찰위반상태의 발생에 대하여 책임이 있는 자, 즉 경찰책임

170) 박상희/서정범, 전거서, 73면.

171) 이에 자세한 내용은 상거서, 72-75면 참조.

172) 그 논거는 다음과 같다. 첫째, 경찰권 행사의 대상이 된 경찰책임자는 자신의 일을 하는 것이며 다른 경찰책임자의 사무를 대신 수행하는 것이 아니므로 민법상 사무관리규정의 유추적용은 불가능 하며 둘째, 다수의 경찰책임자는 연대채무자로서 책임을 지는 것이 아니라 상이한 법적 근거를 이유로 책임을 부담하는 것이므로 민법상 연대채무간의 구상규정의 유추적용은 불가능하다(박균성(하), 448-449면).

173) 박윤혼(하), 312-313면.

174) 박균성(하), 449면.

자가 사망하거나 그가 소유 또는 지배하던 물건이 매각 등으로 타인에게 이전된 경우에 경찰책임이 상속인이나 양수인 등에게 승계되는가의 문제이다. 만약 승계가 인정된다면 승계인에게 새로운 행정행위를 발함이 없이 피승계인에게 발해진 행정행위를 근거로 하여 승계인에게 집행할 수 있는 것이 되고, 승계가 부정된다면 피승계인에게 발한 행정행위는 승계인에게 효과가 없고, 승계인에게 새로운 명령을 발하여 집행하여야 한다는 의미이다. 이 문제는 행위책임의 경우와 상태책임의 경우로 나누어 살펴보아야 한다.

1) 행위책임

행위책임의 경우에는 법적 승계가 인정되지 아니한다. 왜냐하면 경찰상 행위책임은 특정인의 행위에 대한 법적 평가와 관련된 것이기 때문이다.¹⁷⁵⁾ 따라서 행위책임은 위험을 야기한 자에게만 문제가 되고 그 자가 사망으로 책임문제는 끝난다고 보아야 한다. 다만 법문에 명시적으로 법률에 명문의 규정이 있다면 예외적인 경우가 인정될 수 있다.

2) 상태책임

상태책임의 경우에는 물건의 상태와 관련되기 때문에 승계가 원칙적으로 허용된다는 것이 우리나라에서 지배적 견해이다.¹⁷⁶⁾ 왜냐하면 상태책임과 관련된 행정행위는 사람의 개성과 무관한 물적 행위이기 때문이다.¹⁷⁷⁾ 그러나 일반적인 승계가능

175) 일설은 상속은 포괄적인 승계이므로 행위책임도 원칙상 상속인에게 승계된다고 한다(박균성(하), 434면). 또 다른 견해로는 행위책임이 대체가능한 의무를 내용으로 하느냐에 따라 그 의무가 대체 가능하고 또한 승계를 인정하는 법규가 있는 경우에는 승계가 된다고 한다(김춘환(특), 53면).

176) 김춘환(특), 53면; 김철용(II), 242면; 박윤혼(하), 334면; 홍정선(하), 398면.

177) 1970년대 들어 독일의 판례와 학설은 상태책임을 구체화 시키는 행위가 물적 행위라는 점과 철거장제라는 관점에서 상태책임의 경우에 한하여 그 승계를 인정하고 있다. 이 견해에 따르면 무허가건물의 철거명령은 이를 취득한 승계인에 대하여도 그대로 효력이 있고 따라서 새로운 철거명령 없이 대집행철차를 진행할 수 있다고 본다. 그러나 이에 대하여는 승계인의 책임은 상태책임자의 책임을 승계함으로써 성립하는 것이 아니라 그가 권리를 취득함으로써 스스로 상태책임과 관련된 구성요건을 충족시키게 되고 이에 따라 원시적으로 책임이 성립하는 것이라는 반론이 제기되고 있다. 이에 따르면 무허가 건물의 승계인에 대하여는 새로운 철거명령을 발하고 그에 근거하여 후속철차를 진행해야 한

성 외에 승계요건으로서 승계요건을 정한 승계규범을 필요로 한다는 견해¹⁷⁸⁾도 있다. 또한 포괄승계와 특정승계 혹은, 구체적 책임의 승계(예, 경찰책임이 경찰처분에 의하여 구체화되어 있는 경우)와 추상적 책임의 승계(예, 아직 경찰처분에 의하여 구체화되지 않은 경우)로 나누어 개별·구체적으로 판단하여야 한다는 견해¹⁷⁹⁾도 있다.¹⁸⁰⁾

3) 비용부담

경찰책임의 이행에 필요한 비용부담에 관한 양도인과 양수인의 합의는 효력이 있다. 예컨대 토양이 오염된 토지를 매매하면서 명시적 또는 묵시적으로(예, 토양오염의 제거비용을 고려하거나 토양오염으로 인한 토지가치의 하락을 고려하여 주위의 일반토지가격보다 현저히 낮은 가격으로 매매가 이루어진 경우) 토양의 오염으로 인한 경찰책임의 이행에 필요한 비용의 양수인에 의한 부담에 관한 합의가 있었던 경우에는 경찰권발동에 의한 오염된 토양의 정화명령의 이행에 필요한 비용은 양수인이 부담하는 것으로 보아야 한다.

그러나 양도인과 양수인 사이에 경찰상 위해에 관한 경찰책임의 이행으로 인한 비용의 최종적 책임자는 양도인이라고 보아야 할 것이다. 다만, 양수인의 과실로 비용이 증가한 경우에는 그 한도 내에서는 양수인이 비용을 부담하여야 할 것이다.¹⁸¹⁾

(5) 경찰책임의 예외(제3자에 대한 경찰권 행사)

1) 의 의

경찰권 행사는 경찰책임자에게만 행사되어야 함이 원칙이다. 따라서 경찰은 경찰책임자에 대한 경찰권 행사를 통하여 또는 스스로의 수단과 자력에 의하여 경찰상

다(김동회(II), 208면).

178) 정하중, 전계논문, 133면 이하.

179) 김남진(II), 270면.

180) 김철용(II), 244면.

181) 박균성(하), 432-433면.

의 위해를 예방하거나 제거해야 한다. 그러나 급박하게 발생되는 경찰상 위해를 경찰책임자에 대한 경찰권 행사나 경찰 스스로의 수단과 자력에 의하여 예방하거나 제거할 수 없는 경우가 발생되기도 한다. 이러한 경우에 경찰비책임자인 제3자에 대한 경찰권 행사에 의하여 경찰상 위해를 예방·제거가 가능할 수 있으며 이는 이른바 경찰긴급상태에 의하여 정당화되고 있다.¹⁸²⁾ 경찰긴급상태는 경찰상 위해의 예방·제거를 위하여 경찰책임자이외에 제3자에 대하여 경찰권 행사를 허용하여 그들의 권리를 침해하는 예외적인 제도이며 다른 말로 경찰긴급권 이라고도 한다. 따라서 경찰긴급권은 경찰책임자 이외에 제3자(경찰비책임자)에 대하여 경찰권 행사를 하여 그들의 권리를 침해하게 되는 예외적인 제도이므로 실무에 있어서도 매우 엄격한 요건 하에서만 허용되어야 하며¹⁸³⁾ 다음과 같은 공통적 요건들을 말하고 있다.

2) 요 건

182) 우리나라 「경찰관직무집행법」 제5조의 현장에 있는 자에 대한 필요한 조치, 「재난및안전관리기본법」 제45조의 응급부담, 「수난구조법」 제7조 제1항에서 규정하고 있는 해양경찰서장 등의 수난구조를 위한 응급조치, 「소방기본법」 제24조 제1항의 소방서장의 소방활동 중사명령 등에서 나타나는 것처럼 법적 근거가 있는 경우에 경찰비책임자에 대해서도 경찰권을 행사 할 수 있다. 특히 「경범죄처벌법」 제1조 제36호 “눈·비·바람·해일·지진 등으로 인한 재해 또는 화재·교통사고·범죄 그 밖의 급작스러운 사고가 발생한 때에는 그곳에 있으면서도 정당한 이유 없이 관계공무원 또는 이를 돕는 사람의 현장출입에 관한 지시에 따르지 아니하거나 공무원이 도움을 청하여도 이에 응하지 아니한 사람”에게 응원불응의 경범죄를 물을 수 있도록 함으로서 이를 담보하고 있다.

183) 우리나라의 경찰법 문헌에서는 경찰비책임자에 대하여 경찰권을 행사하기 위하여서는 위에서 설명하는 요건이 충족되더라도 반드시 별도의 법적근거가 있어야 한다는 것이 강조되고 있다(김춘환(특), 54면; 박윤훈(하), 314면; 김동희(II), 208면). 반면에 개별법으로 경찰긴급상태를 모두 예상하여 규율할 수 없기 때문에 법률에 근거가 없는 경찰긴급권이 문제될 수 있으나 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 일반적 수권조항으로 볼 수 있기 때문에 이 조항을 근거하여 요건들이 충족된다면 경찰비책임자에 대하여 경찰권을 행사할 수 있다는 주장이 있다(석종현(하), 305면; 김남진(II), 269면). 이렇듯 논란이 있으나 요건들이 충족된다면 경찰비책임자에 대한 경찰권 행사는 일반적 수권조항에 근거하여 행사될 수 있다고 보아야 할 것이다. 물론 현행 우리나라에서 일반적 수권조항의 존부가 다투어지고 있는 상황 하에서 경찰비책임자에게까지 일반적 수권조항에 근거하여 경찰권 행사를 인정하기에는 판례와 이론의 축적이 미흡한 점이 있다. 따라서 일반적 수권조항에 근거한 경찰비책임자에 대한 경찰권 행사의 문제는 앞으로 많은 연구와 논의가 필요하다.

(가) 장애 또는 긴박한 위험

공공의 안녕과 질서에 대한 위험이 직접적으로 임박하거나 장애가 이미 발생한 경우에 경찰비책임자에 대한 경찰권 행사가 가능하다. 임박한 위험이란 공공의 안녕과 질서에 대한 법익침해가 거의 확실성을 갖고 예견될 수 있어야 한다. 즉 손해발생의 시간적 접근성과 손해발생의 고도의 개연성을 구성요소로 한다. 여기서 손해발생의 시간적 접근성이란 목전에 급박한 위험이 존재한다고 하기 위해서는 손해가 곧 발생할 것이라는 것이 예견되어 위험이 임박하여야 한다. 따라서 예견할 수 있지만 긴급하지 않는 위험은 이를 충족하지 못한다.¹⁸⁴⁾

손해발생의 개연성의 정도는 침해될 법익이 중요하고 예견되는 손해가 클수록 커진다.

(나) 다른 방식에 의한 위험방지나 장애제거의 불가능

경찰은 경찰책임자에게 경찰권을 행사하거나 자신의 고유한 수단을 사용하여 사회공공의 안녕과 질서에 대한 위험 또는 장애를 예방·제거 할 수 없을 때에만 경찰비책임자에게 경찰권을 행사 할 수 있다. 이를 좀더 자세히 분설하면, 먼저 경찰비책임자에 대한 경찰권 행사는 경찰책임자에게 경찰권을 행사하여서는 경찰상의 위험방지나 장애제거가 불가능 할 때만 허용된다.¹⁸⁵⁾ 그러나 경찰책임자가 명령에 불응한다고 하여 경찰비책임자에 대하여 경찰권 행사를 하여서는 안 되며 경찰책임자의 의무불이행에 대하여는 행정상의 강제집행을 통하여 위해를 방지하여야 한다. 그리고 경찰책임자가 재정적은 능력이 없다고 하여 경찰책임자에 대한 경찰권 행사를 포기하여서는 안 되며 경우에 따라서는 경찰 스스로 대집행으로부터 발생하는 비용을 잠정적으로 또는 궁극적으로 부담하여야 한다.¹⁸⁶⁾ 또한 경찰책임자에 대한 경찰권 행사가 가능하다 하더라도 예외적인 경우, 즉 경찰처분으로 인하여 의도된 목적보다 더 큰 손해가 발생하는 경우에는 그에 처분은 금지된다. 그러한 경

184) Vgl. Münster OVG 8, S.239 ff(240).

185) 경찰책임자가 존재하지 않을 때 경찰책임자에게 경찰권을 행사하는 것이 사실상 불가능 할 때(경찰책임자가 부재중, 경찰책임자가 사실상 경찰상 위험방지나 장애제거를 할 수 없는 경우) 등이 여기에 해당된다(박상희/서정범, 전거서, 83면).

186) Drews/Wäcke/Vogel/Martens, S.334.

우에 경찰자체의 수단에 의하여 위해방지가 불가능한 경우에는 경찰비책임자에 대한 경찰권행사는 허용된다.¹⁸⁷⁾

다음으로 경찰책임자에 대한 경찰권 행사가 불가능하거나 불충분하다고 하여 경찰비책임자에게 조취를 바로 취할 수 있는 것은 아니다. 오히려 이 경우에도 경찰은 경찰비책임자에게 경찰권을 행사하기에 앞서서 자신의 고유한 수단으로 위험을 방지 혹은 장애의 제거를 할 수 있는지의 여부를 검토하여야 한다.

(다) 기대가능성

경찰긴급상태에 대한 요건이 충족된다고 하더라도 경찰비책임자에 대한 경찰권행사는 비례의 원칙에 따라 기대가능 하여야 한다. 비책임자 자신이 현저한 위험에 직면하거나 또는 자신의 보다 높은 가치의 의무를 해태 할 수밖에 없는 경우에는 경찰권을 행사하여서는 아니 된다. 예를 들어 폭발의 위험이 존재하는 경우에 비책임자에 대한 경찰권발동을 하여서는 안 되며 위급한 중환자를 위하여 호출중인 의사를 교통사고에 가벼운 부상자를 치료하도록 명하여서는 안 된다.¹⁸⁸⁾

(라) 기 타

그 밖에 경찰비책임자에 대한 경찰권 행사의 요건으로는 위해방지나 장애제거를 위한 최소한도에 그칠 것, 일시적·임시적 방편에 그칠 것, 제3자인 경찰비책임자에게 손실이 발생한 경우 보상이 지급될 것 등이 있다.

3) 권리구제

경찰비책임자는 경찰상 위험의 방지 또는 장애의 제거에 대한 책임이 없기 때문에 위험방지나 장애제거의 부담을 영원히 수인할 필요는 없다. 따라서 경찰비책임

187) 예를 들어 특정한 정치적 견해를 주장하는 단체의 평화로운 집회가 반대견해를 주장하는 단체의 폭력적인 수단에 의하여 방해되는 경우에 경찰은 경찰책임자인 반대집단에 대하여 경찰권을 행사하여야 하나 제 3자의 신체와 생명의 피해가 급박한 경우에는 최후의 수단으로서 적법한 집회에 대한 금지명령을 내려야 한다(VGH Mannheim DÖV 1968, S.179).

188) 정하중, 전계논문, 139면.

자에 대한 권리구제가 문제된다. 그 같은 권리구제의 수단으로는 결과제거의 청구와 손실보상의 청구가 고려될 수 있다. 먼저 경찰비책임자에 대한 긴급한 경찰처분은 그의 전제조건이 소멸하게 되면 폐지되어야만 한다. 그러나 처분의 폐지만으로는 경찰비책임자에게 충분한 권리구제가 되지 못하는 경우가 있는 데 예컨대 경찰이 타인의 승용차를 압류하였다가 압류처분의 폐지 후에도 반환하지 않는 경우, 경찰비책임자는 결과제거청구권을 행사하여 권리구제를 도모할 수 있다.

다음으로 자신에 의하여 야기되지 않은 위해에 대하여는 경찰권 행사의 대상이 된 경찰비책임자가 재산상 또는 신체상의 손실을 당한 경우에는 경찰처분이 적법하다고 할지라도 특별한 희생을 입었기 때문에 이에 대하여 보상청구권이 인정된다.¹⁸⁹⁾ 예컨대 압류기간 중의 영업 손실, 물건의 손괴 등에 대해서는 경찰비책임자는 경찰행정청에 금전으로 손실보상을 해 줄 것을 청구할 수 있다.

5. 경찰평등의 원칙

경찰평등의 원칙은 경찰권을 행사함에 있어서는 모든 국민에 대하여 성별·종교·인종·사회적 신분 등을 이유로 하는 불합리한 조건에 의한 차별대우를 의미하는 자유제한을 할 수 없다는 원칙을 말한다. 이것은 경찰행정의 영역에서 헌법상 평등의 원칙의 표현이다.

헌법 제11조에서 규정한 평등의 원칙은¹⁹⁰⁾ 행정법의 일반법 원칙으로 모든 행정작용에 일반적으로 타당할 것이나¹⁹¹⁾, 전형적인 권력작용으로서의 경찰권 행사에는

189) 김춘환(특), 55면; 김동회(II), 208면; 홍정선(하), 401면; 박균성(하), 450면.

190) 헌법 제11조 제1항은 「모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다」고 규정함으로써 국민의 평등권을 보장하고 있는 바, 이는 객관적 법질서로서 어떠한 국가 공권력의 행사로도 그 배제를 도모할 수 없는 가치질서를 의미한다. 그것은 국민의 기본권 실현에 관한 방법적 기초가 어디에 있으며 기본권 실현의 방향이 어떠하여야 하는가를 명백히 밝히고 있는 것이다. 또한 평등의 원칙은 경찰권 행사에 있어서 재량을 한계 지우는 기능을 가지고 있으며 신뢰를 유지하고 예측가능성을 확보하게 함으로써 경찰권 행사에 따른 법률관계의 안정 및 구체적 타당성과 실질적 정의의 확보에 기여하고 있는 것이다(권영성, 『헌법학개론』, (법문사, 1998), 245면 이하; 허영, 『헌법이론과 헌법(중)』, (박영사, 1999), 193면 이하).

191) 경찰권 행사 등을 포함한 행정작용에 있어서 평등의 원칙이 갖는 법적 성질에 대하여 헌법 제11조가 행정작용에도 직접적으로 적용된다고 보아 헌법 제11조 자체가 성문법원

그 적용이 보다 강하게 나타난다고 할 수 있다. 좀더 자세히 말하면 평등의 원칙은 행정법 영역에도 당연히 적용되므로 모든 행정작용에 있어서 정당하고 합리적인 사유가 없는 한, 행정주체는 상대방인 국민을 공평하게, 즉 특정인에 대한 처분보다 불리하거나 유리하게 대우하여서는 아니 된다는 의미이다. 이러한 평등의 원칙은 행정의 모든 분야에서 중요한 기능을 수행하고 그 적용영역에 따라 명칭과 의미를 달리 할 수도 있으나 특히 경찰권 행사는 명령과 강제를 통하여 국민의 자유와 권리를 제한하는 전형적인 권력행정작용이므로 이 원칙의 적용이 더욱 강하게 요구된다 할 것이다.¹⁹²⁾ 그리고 평등의 원칙은 자의적 차별의 금지¹⁹³⁾를 의미한다는 점에서 경찰권 행사에 의하여 형성되는 법률관계가 무조건 똑같이 취급되어야 하는 것이 아니고 본질적으로 동일한 것을 자의적으로 불평등하게, 본질적으로 동일하지 않은 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것을 금지하는 것으로 볼 수 있다.¹⁹⁴⁾

결국 헌법으로부터 도출되는 평등의 원칙은 헌법적 효력을 갖는 법의 일반원칙이므로 이에 위반하는 경찰법규는 위헌이며 비록 합헌인 경우라도 그에 근거한 경

으로서의 성질을 갖는다는 견해(이상규(상), 149면; 홍정선,(상), 93면, (하), 275면)와 헌법 제11조는 법 앞의 평등만을 규정하고 있을 뿐이고 행정작용에 대하여 직접적으로 적용되는 것이 아니므로 그것을 기본이념으로 하여 도출되는 불문법원리로 보는 견해(김동희(I), 55면; 박균성(상), 43면)가 있으나 평등의 원칙은 모든 국가권력을 구속하는 일반법원리의 성격이 강하고 행정법상 공공부담 등에 있어서의 평등에 대하여는 직접적으로 규정하고 있지 않으므로 후설이 타당하다고 여겨진다.

192) 석종현(하), 305면.

193) 자의적 차별의 금지를 징표로 하는 평등의 원칙에 관련하여 대법원은 「피징계자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우에 어떠한 처분을 할 것인가는 원칙적으로 징계권자의 재량에 맡겨져 있는 것이므로, 그 징계처분이 위법하다고 하기 위하여서는 징계권자가 재량권을 행사하여 한 징계처분이 사회 통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한한다고 할 것이고, 그 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 처분이라고 하려면 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 사유가 된 비위사실이 내용과 성질 및 징계에 의하여 달하려는 목적과 이에 수반되는 제반사정을 참작하여 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우라야 한다(중략) 그리고 같은 정도의 비위를 저지른 자에 있어서도 그 직무의 특성 등에 비추어 개선의 정이 있는지 여부에 따라 징계의 종류의 선택과 양정에 있어서 차별적으로 취급하는 것은 사안의 성질에 따른 합리적 차별로서 이를 자의적 취급이라고 할 수 없는 것이어서 평등원칙 내지 형평에 반하지 아니한다 할 것이다」고 판시 하여 그 의미를 확인해주고 있다(대법원 1999. 8. 20, 99 두 2611).

194) 김철용(I), 39면; 권영성, 전거서, 350면.

찰권 행사가 이 원칙에 위반하면 위법이 되는 것도 당연하다 할 것이다.

Ⅲ. 한계론의 검토

1. 적극적 한계론

위에서 살펴본 경찰권의 한계론은 재량행위인 경찰권을 필요악으로 보고 그 재량권 행사의 남용을 방지하기 위한 소극적 한계를 설정하려는 노력이었으나, 현대의 실질적 법치국가에서는 공공의 안녕과 질서유지에 대한 경찰의 역할을 긍정적으로 평가하여 일정한 경우에는 오히려 경찰권이 적극적으로 행사되어야만 적법하다는 평가를 하게 되었다.¹⁹⁵⁾ 따라서 오늘날은 소극적 한계와 더불어 공공의 안녕과 질서에 대한 중대한 위협과 장애가 있는 경우에는 경찰은 적극적으로 경찰권을 행사하여야 한다는 적극적 한계에 대한 논의가 포함되게 되었다. 이는 경찰기관이 경찰권을 행사함에 있어서 중대한 사안에 따라서는 다른 행위를 선택하는 것이 위법이 되고 오직 하나의 행위를 선택하는 것만이 적법하게 되는 경우가 있으며, 이 경우에는 경찰재량권의 영으로의 수축으로 인하여 경찰기관에게는 경찰개입의 무가 발생한다. 또한 경찰개입의무에 대응하여 사인에게 경찰개입청구권이 발생하는 경우가 있다.¹⁹⁶⁾

(1) 경찰재량권의 영으로의 수축과 경찰개입의무

경찰권은 법률의 근거와 재량한계를 넘어서 행사되어서는 안 된다. 그러나 사회공공의 안녕과 질서에 대한 중대한 위협이나 절박한 장애가 초래될 우려가 있거나 초래된 경우에는(예컨대 국가제도의 기능 또는 개인의 생명·자유·재산에 대한 중대한 위협이나 절박한 장애 등) 경찰권의 행사 여부에 관하여 재량권이 있는 것이 아니라 재량권이 영으로 수축되어 경찰권이 반드시 행사되는 것만이 유일하게 적법한 재량권의 행사로 평가되는데, 이것을 재량권의 영으로의 수축이론이라고 한다. 이를 좀더 자세히 분설하면 재량권의 영으로 수축 혹은 재량권수축이란 행정청

195) 김춘환(특), 55면.

196) 김철용(Ⅱ), 239면.

에 대하여 재량권이 인정되는 경우에 구체적 상황에 따라서는 다른 행위를 선택하는 것이 위법이 되고 오직 하나의 행위를 선택하는 것만이 적법하게 되는 경우를 말한다. 따라서 유일한 하나의 행위 이외에는 위법이며, 그 행위를 행하지 아니한 부작위도 위법하게 된다. 즉 재량권이 영으로 수축되는 경우 당해 재량행위는 내용적으로는 귀속행위로 전환되는 것이다. 이는 재량권이 영으로 수축된 결과 경찰이 개입하지 않는 것이(부작위) 유일한 하나의 행위일 수 있으며, 반대로 경찰이 개입하는 것만이 유일한 하나의 행위일 수 있다. 후자의 경우가 경찰개입의무가 인정되고 이에 따라 사인에 의한 경찰개입청구권이 인정된다. 원래 재량권의 영으로 수축 이론은 과거에 독일에서 손해배상청구의 경우에 행정청의 부작위의 위법을 인정하는 논리로서 처음 등장하여 행정소송에서의 처분의 위법을 인정하는 논리로 전개되었다. 이 이론은 무하자재량행사청구권이나 행정개입청구권의 이론적 근거가 되고 있다.¹⁹⁷⁾ 우리나라에서도 국가배상청구사건, 즉, 경찰이 3차에 걸친 무장간첩 출현신고를 무시하고 즉시 출동하지 아니한 직무유기행위로 인하여 피해자가 무장간첩에 살해된 사안¹⁹⁸⁾에서 이 이론이 인정되었다.

(2) 경찰개입청구권

1) 개념

특정한 상황에서 경찰재량권이 영으로 수축된 경우에는 경찰권이 반드시 행사되어야 함에도 불구하고 경찰행정청의 부작위로 인하여 자신의 권익을 침해당한

197) 김춘환(I), 303면.

198) 이 사건은 세칭 1.21사태에 관한 판결로서 과출소로부터 60m 떨어진 자기 집에서 아들이 무장간첩과 격투 중에 있다는 어머니의 3회에 걸친 신고를 하였음에도 불구하고 경찰이 출동하지 아니하여 그 아들이 무장간첩에 의해 사망한 사건과 관련하여 대법원은 「...응당 즉시 출동하여야 할 것이거니와, 즉시 출동하였다면 그 공비를 체포할 수 있었을 것이고 체포하지 못했다 하더라도 위 망 〇〇이 공비의 발사된 총탄에 맞아 사망한 사고는 미연에 방지할 수 있었을 것이 예견되는 것이라..(중략)...경찰관이 즉시 출동하지 아니한 직무유기행위로 인하여 발생된 것이라 하겠다」고 하면서 국가배상책임을 인정하였다(대법원 1971. 4. 6, 71다 124). 이 사건의 경우 무장간첩의 출현에 대한 단순한 신고가 아니라 생명 침해에 대한 급박한 신고이며 따라서 신고를 받은 경찰은 즉시 현장으로 출동 이외에 다른 수단을 선택할 수 없다고 보아야 한다. 결국 간첩신고접수와 동시에 경찰재량권은 영으로 축소되는 경우에 해당된다고 보아야 할 것이다.

자는 당해 경찰행정청에 대하여 경찰권의 행사를 청구할 수 있는 권리가 있고 이를 경찰개입청구권이라 한다.

경찰개입청구권은 반드시 ‘他者(제3자)’에 대한 경찰권의 행사를 청구하는 권리라고 볼 필요는 없다. 왜냐하면 경찰개입청구권은 자신의 행위로 인하여 혹은 물건의 상태로 인해 권익을 침해당한 사람에게도 인정되어야 하기 때문이다.¹⁹⁹⁾

2) 법적 성질

처분이 기속행위인 경우에는 경찰행정청은 특정한 처분을 하여야 할 법적 의무를 지고 있으므로 관계법규가 사인의 이익을 보호하고 있는 한 사인은 경찰행정청에 대하여 경찰행정청의 법적 의무에 대응하여 특정한 처분을 청구할 수 있는 실체법적 공권을 갖는다.

처분이 재량행위인 경우에는 원칙적으로 경찰행정청은 특정한 처분을 하여야 할 법적 의무를 사인에게 지지 아니하며 사인도 행정청에 대하여 특정한 처분을 청구할 수 있는 공권을 갖지 아니한다. 그러나 예외적으로 구체적 사정에 비추어 재량권이 영으로 수축되는 경우에는 행정청은 특정한 행위를 하여야 할 법적 의무를 지게 되며 사인은 행정청의 의무에 상응한 유일한 재량행위를 청구할 수 있는 실체적 공권을 갖게 된다.

학자에 따라서는 행정개입청구권을 사전 예방적으로 행정개입의 발동을 청구할 수 있는 능동적 권리로 보는 견해도 있다.²⁰⁰⁾ 그러나 행정개입청구권은 사전 예방적 성격뿐만 아니라 사후구제적 성격을 동시에 갖는다고 보아야 한다.²⁰¹⁾ 예컨대 소음·공기오염행위에 대한 인근 주민의 경찰개입청구권이 인정되는 경우, 그것은 반드시 사전 예방적인 성질의 것만은 아니기 때문이다.²⁰²⁾

3) 성립요건

경찰상의 재량권이 영으로 수축된 상황에서 개인에게 경찰권의 행사를 청구할

199) 김남진(Ⅰ), 146면 이하.

200) 김도창(하), 242면.

201) 김남진(Ⅱ), 117면; 김철용(Ⅱ), 67면.

202) 김동희(Ⅱ), 99면.

수 있는 권리가 인정될 수 있는가에 관하여는 결국 공법상의 권리(개인적 공권)에 관한 일반이론에 의하여 결정될 수 있다. 즉 개인에게 공법상의 권리가 발생하기 위해서는 최소한 ① 관계법규가 공익뿐만 아니라 사인의 이익을 보호하고 있는 것으로 해석되어야 하며(私益保護性), ② 그 관계법규에 의한 행정권의 행사가 지속 행위이거나 재량행위인 경우에는 그 재량권이 영으로 수축되어 한다(強行法規性).²⁰³⁾ 따라서 경찰법규가 사인의 법익을 보호하고 있는 것으로 해석되고, 경찰의 재량이 영으로 수축된 경우에는 경찰개입청구권이 발생한다고 할 것이다.²⁰⁴⁾ 과거에는 경찰은 오로지 공익을 위해서만 봉사하며 따라서 경찰로부터 사인이 어떠한 이익을 향유하더라도 그것은 반사적 이익에 지나지 않는 것으로 생각하였다. 그러나 근래에는 국가관의 변천, 개인의 지위향상 등의 추세에 따라 경찰법규 역시 사인의 이익을 보호하는 것으로 새기는 경향이 농후해지고 있다.²⁰⁵⁾

독일의 연방헌법재판소 판례에 의하여 인정된 이 이론도 아직까지는 경찰권의 불개입으로 인한 국가배상청구소송에서만 인정되고 있으며, 우리나라에서도 이 이론에 근거하여 무장공비와 격투 중에 있는 청년의 가족의 요청을 받고도 경찰이 출동하지 않음으로 인해 그 청년이 공비에 의해 사살된 사건²⁰⁶⁾과 지방자치단체가 소유한 임야 내의 주택가에 돌출한 암벽을 제거하지 않은 부작위로 인하여 발생한 붕괴사고로 입은 주민들의 손해사건²⁰⁷⁾에서 대법원은 피해자가족이나 주민들에게 국가에 대한 배상청구권을 인정한 바 있다. 이와 같은 대법원의 판례는 경찰법규의 사익보호성을 전제로 하지 않고서는 성립될 수 없는 일이다. 그리고 경찰법규의 그와 같은 해석은 우리와 유사한 경찰법규를 가지고 있는 나라에 있어서의 일반적

203) 법규가 경찰행정청에게 일정한 처분을 하여야 할 법적 의무를 지우고 있어야 한다. 행정청에 대하여 재량이 인정되는 경우(특히 결정재량)에도 중대한 법익에 대한 목전의 급박한 위험이 있는 경우까지도 행정청에게 수수방관할 자유를 인정할 수 없는 것으로서, ① 사람의 생명·신체·명예 등 행정법규의 보호이익에 대한 현저한 피해가 예상되고, ② 그러한 위험이 경찰기관의 권한행사에 의하여 제거될 수 있다고 판단되는 상황이며, ③ 민사소송 그 밖에 피해자 개인의 노력으로서는 위험방지가 충분하게 이루어질 수 없다고 판단되는 상황아래서는 경찰행정청에게 인정된 재량의 폭은 원칙적으로 영으로 수축되고, 행정청이 권한을 발동하지 아니하고 부작위를 계속하는 것은 피해를 당하는 국민에 대한 관계에서는 법적 의무 위반으로 인정되게 된다(김춘환(I), 138면).

204) 박윤훈(하), 340-341면.

205) 김남진(II), 276면.

206) 대법원 1971.4.6, 71다 124.

207) 대법원 1980.2.26, 79다 2341.

추세라 할 수 있다.²⁰⁸⁾

4) 실행방법

개인에게 경찰개입청구권이 발생하는 경우에는 개인은 그에 의거하여 경찰행정청에 대하여 개입하여 줄 것을 직접 청구할 수 있다. 경찰개입청구권은 의무이행소송을 통하여 가장 잘 실현될 수 있을 것이다. 그러나 우리 행정소송법은 의무이행소송을 인정하고 있지 않으므로 문제가 있다. 따라서 경찰개입청구권을 가진 사인은 먼저 행정청에 경찰개입을 청구할 수 있고²⁰⁹⁾, 이 경우 사인의 신청에 대해 행정청이 거부하거나 부작위로 나가면 의무이행심판을 청구할 수 있다. 그러나 이 경우에도 재결청이 청구를 기각하게 되면 항고소송을 제기할 수 있다. 이 때에는 청구인은 경찰행정청이 신청을 거부하면 (거부처분)취소소송을, 방치하면 부작위위법확인소송을 제기하여 승소하면 간접강제에 의해 권리를 실현할 수 있게 된다.

그리고 행정개입의무의 발생에도 불구하고 당해 행정청이 의무를 해태함으로 인하여 손해가 발생하는 경우에도 손해배상을 청구할 수 있다.

2. 조리상 한계론에 대한 비판

앞에서 설명한 조리상 한계론은 모두 과거 독일의 형식적 법치주의 체제하에서 조리라는 이론의 힘을 빌려 경찰권의 남용을 방지해 보고자 하는 노력의 일환으로 발전해 온 것이다. 그러나 오늘날의 실질적 법치국가에서는 평등권을 비롯한 국민의 기본권이 헌법에 의하여 직접 보장되어 있고 기본권의 제한에 있어서는 헌법상의 기본권 보장의 이념에 따라 필요한 최소한의 제한에 그쳐야 한다는 비례의 원칙 역시 우리헌법(제37조 제2항)이 직접 명시하고 있는 이상, 더 이상 실정법(최고규범인 헌법도 포함)을 떠난 조리상의 이론으로 존속시킬 이유는 없어졌으며 비례·평등원칙은 헌법원칙에 속한다고 하겠다.

한편 경찰소극목적의 원칙의 경우, 모든 행정작용은 그 목적에 반하여 행사되어서는 아니 된다는 점에서 특히 경찰작용에만 고유한 원리로 볼 수 없다는 비판을

208) Friauf, S.211; 김남진(II), 276면.

209) 대법원 1991. 10. 25, 90누 8251.

받고 있다.²¹⁰⁾

그럼에도 불구하고 조리상 한계론은 경찰재량을 기속재량화 함으로서 경찰권에 대한 사법심사의 길을 확대하고자 하는 의미가 있었다고 할 것이고 종래의 조리상 5가지의 한계론은 실질적 법치주의 하에서는 우리 헌법상의 기본권을 보장하기 위하여 설정된 「입법의 한계원리」로서의 의미도 함께 가지면서 여전히 위협방지를 위한 경찰권 행사의 한계원리로 작용하고 있다.

210) 그 밖에도 경찰공공의 원칙에 대하여는 ① 경찰권의 사생활영역에 대한 행사는 개개의 경우 법령에 유무에서 판단하면 족하다는 점, ② 경찰권의 사주소에 대한 관여도 실정법상의 근거의 유무문제에 환원된다는 점, ③ 민사관계불간섭의 원칙도 경찰작용법에 의한 수권의 근거 유무 및 그 해석의 문제가 된다는 점에서 특별한 의미를 갖지 않는다는 비판이 있다. 또한 경찰책임의 원칙은 경찰권 행사의 대상에 관한 문제로 조리상의 원칙으로 주장 될 것이 아니라 경찰작용법의 개정을 통하여 경찰책임의 문제로서 비책임자에 대한 경찰권 행사의 문제를 포함하여 명확하게 규정되어야 한다는 비판이 있다(김철용(II), 238면; 이은주, 전개논문, 295면).

제4장 위험방지를 위한 구체적 수단

제1절 일반경찰법상 위험방지수단

I. 불심검문

1. 의 의

불심검문이라 함은 경찰관직무집행법 제3조 제1항에 의하면 협의로는 ‘경찰관이 거동이 수상한자를 발견할 때에 이를 정지시켜 질문하는 것’을 의미하고 광의로는 ‘정지 및 질문 이외에 일정한 요건 하에서의 동행요구와 소지품 검사’를 포함한다.¹⁾

일반적으로 불심검문은 교통의 단속, 흉악하고 중요한 사건발생시 범인의 체포, 경찰활동에 수반하는 위험물의 발견, 그 외 일반범죄의 예방·검거 등 경찰상의 목적을 달성하기 위해 통상 복수의 경찰관이 일정한 장소에서 경계함에 있어서 거동이 수상한 자 또는 통행인에 대하여 질문하거나 소지품검사를 하여 소정의 경찰목적 달성과자 하는 경찰활동의 총체를 말한다.²⁾ 이러한 불심검문은 각종 범죄를 예방하는 등 경찰의 위험방지영역에서 빼놓을 수 없는 중요한 경찰의 업무 중 하나이다.³⁾

경찰관직무집행법 제3조⁴⁾는 경찰관에게 불심검문을 할 수 있는 권한과 그 내용

1) 임웅, 『불심검문의 실태와 개선에 관한 연구』, (치안연구소, 1997), 12면.

2) 古谷洋一, 『註解警察官職務執行法』, (入花書房, 2000), 19面.

3) 경찰의 불심검문 활동은 범죄인에게 심리적인 제약으로 작용하여 범죄활동의 저지하거나 둔화시킴으로서 범죄예방의 실효를 거둘 수 있고 사회의 치안유지 및 안정에 크게 기여를 함으로서 공권력에 신뢰감을 향상시키는 역할을 하지만, 반면 이것이 남용되면 국민의 자유와 신체를 억압하는 부작용이 초래할 수 있으므로 불심검문은 엄격한 요건 하에서 제한적으로 행하여져야 한다(김재광, 『경찰관직무집행법의 개선방안 연구』, (한국법제연구원, 2003), 123면; 김형준, “불심검문의 허용범위,” 『중앙법학』 제6집 제4호, (중앙법학회, 2004), 139면).

4) 제3조 (불심검문)

①경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할

을 규정하고 있는데 동조 제1항에서는 불심검문을 위한 정지와 질문에 관하여 규정하고 있다. 즉, ‘경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다’고 규정하고 있다. 동조 제2항에서는 질문을 위한 임의동행을 규정하고 있고, 동조 제3항에서는 질문을 할 때 흉기의 소지여부를 검사할 수 있는 소지품검사에 대하여 규정하고 있다.

이와 같이 경찰관직무집행법의 불심검문의 방법에는 「정지와 질문」, 「동행요구」, 「소지품검사」를 포함하고 있는데 불심검문은 원칙적으로 범죄의 예방, 공공의 안녕과 질서유지라는 경찰행정목적의 달성을 위한 경찰활동이므로 그 본질은 경찰행정작용에 속하고 범죄의 수사 및 피의자의 체포를 목적으로 하는 사법경찰작용과 다르다.⁵⁾

수 있다.

- ②그 장소에서 제1항의 질문을 하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해가 된다고 인정되는 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소(이하 "경찰관서"라 하되, 지방해양경찰관서를 포함한다)에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다. <개정 1988.12.31, 1996.8.8, 2004.12.23>
 - ③경찰관은 제1항에 규정된 자에 대하여 질문을 할 때에 흉기의 소지여부를 조사할 수 있다.
 - ④제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 질문하거나 동행을 요구할 경우 경찰관은 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행장소를 밝혀야 한다. <개정 1991.3.8>
 - ⑤제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우 경찰관은 당해인의 가족 또는 친지등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다. <신설 1988.12.31>
 - ⑥제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우 경찰관은 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다. <신설 1988.12.31, 1991.3.8>
 - ⑦제1항 내지 제3항의 경우에 당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다. <신설 1988.12.31>
- 5) 경찰관직무집행법에서 규정하고 있는 불심검문이 경찰행정목적의 달성 하려는 경찰행정작용인지(경찰상의 즉시강제), 아니면 범죄수사의 수사처분인지가 논란이 되고 있지만 불심검문을 수사로 볼 수 없다는 것이 국내의 모든 학자들의 공통된 견해이다. 이에 자세한 내용은 강동욱, “불심검문의 의의와 법적성격에 관한 고찰,” 「관동대논문집」 제21집 제1호, (관동대학교, 1993), 7면 이하 참조. 즉, 불심검문의 결과에 의해 수사절차로 발전

2. 불심검문의 대상과 판단요소 및 판단기준

경찰관직무집행법 제3조 제1항은 ‘경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다’고 규정하고 있다. 따라서 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 ‘어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자’ 또는 ‘이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자’에 대하여 불심검문을 할 수 있다.

(1) 불심검문의 대상

1) 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자

‘어떠한 범죄’로 규정한 취지는 어떠한 죄에 해당하는 것이면 구체적인 범죄사실이 특정될 필요는 없다는 것이다. 즉 형법상 형벌의 대상이 되는 죄형법정주의에 입각한 형식적 의미의 범죄행위가 모두 포함된다. 그러므로 행정형벌은 불심검문의 대상이 되지만 행정질서벌은 범죄를 대상으로 하지 않으므로 그 행위자는 불심검문의 대상이 되지 않는다.⁶⁾

하는 경우가 있더라도 그것은 수사의 단서임에 그치고 수사에 적용되었다는 의미는 아니기 때문이다. 더구나 불심검문 자체가 일반적으로는 그 당시의 구체적인 상황에 따라 일선경찰관의 재량에 의해 이루어지는 것이므로 경찰관이 수사를 함에 있어서 검사의 지휘를 받도록 되어있는 현행법(형소법 제196조)과 관련해 보더라도 불심검문이 경찰행정작용임이 틀림없다. 따라서 불심검문은 사범경찰이 통상 범인을 발견·보존하고 신문, 체포하는 수사 활동으로서의 수사처분이 아니기 때문에 불심검문에서 질문의 경우 피질문자에게 묵비권을 고지할 필요가 없다고 본다(이재상, 『형사소송법』, (박영사, 1999), 189면).

6) 불심검문의 대상이 되는 범죄 가운데 경범죄처벌법상의 경범죄는 제외하여야 한다는 견해가 있다. 이는 경범죄에 대하여도 불심검문을 인정하게 되면 국민의 기본권이 과도하게 침해될 우려가 있고 경찰비례의 원칙에 비추어도 부당하다는 것이다(김태진, “불심검문의 법적 근거,” 「공법학연구」 제4권 제1호, (한국비교공법학회, 2002), 99면). 그러나 경찰관직무집행법 제3조 제1항의 ‘어떠한 죄’의 개념에는 제한규정이 없으므로 경범죄를

일반적으로 범죄가 성립하기 위해서는 그 행위가 구성요건에 해당하고 위법하며 책임이 있어야 한다. 그런데 경찰관직무집행법상 불심검문도 구성요건에 해당하고 위법하며 책임이 인정되는 자에 대하여만 할 수 있는 것인가에 대하여는 논란이 있다. 이에 관하여는 구성요건에 해당하고 위법한 행위이면 족하고 책임까지 요구되지는 않는다는 견해가 있다.⁷⁾ 책임의 유무를 논하는 단계는 불심검문이 아닌 공판단계이며 또한 불심검문단계에서는 실질적으로 책임여부를 판단하는 것이 불가능하므로 유책성의 여부까지 논할 필요는 없다는 것이 그 이유다. 그러나 책임성은 물론 위법성이 없는 행위를 한 경우에도 불심검문은 가능하다고 보아야 한다.⁸⁾ 또한 불심검문에서의 ‘의심할 만한 상당한 이유’는 수사가 아니므로 체포 내지 구속에 필요한 혐의의 정도보다 낮다고 보아야 하고 따라서 충분한 범죄혐의 내지 범죄혐의의 고도의 개연성까지는 요구되지 않는다.⁹⁾ 즉, 불심검문에서의 ‘의심할 만한 상당한 이유’는 범죄에 대한 고도의 개연성이다기 보다는 그러한 범죄를 범하였거나 범하려 하고 있다는 ‘합리적 가능성’ 정도로 족하다고 보아야 한다. 이러한 상당성의 판단의 주체는 경찰관이고 당해 경찰관의 주관적 판단만으로는 불충분하고 객관적으로 보아서 사회통념상 그 판단이 합리적일 것을 요한다. 즉 상당성의 판단 기준은 일반인이 경찰관의 입장에서 당연히 그렇게 했을 것이라고 생각되는 정도의 객관성이라고 할 수 있다.¹⁰⁾

2) 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자

‘이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자’란 범죄사실 또는 범죄의 착수가 예상되는 사실을 알고 있다고 인정되는 자를 말한다. 즉 범죄의 피해자, 목격자, 또는 범죄의 현장에 있던 자 등이 이에 해당한다. 이들은 경찰위반상태에 대하여 직접적으로 책임이 있는 자가 아니라 제3

포함한 모든 범죄가 그 대상이 된다고 보아야 한다(박외병, “불심검문상 정지의 의의와 한계,” 「경찰대학 논문집」 제10집, (경찰대학교, 1995), 674면).

7) 광병선, “불심검문,” 「법학연구」 제14권, (원광대 법학연구소, 1997), 289면.

8) 김형준, 전계논문, 145면.

9) 배종대, 『형사소송법』, (홍문사, 1996), 191면.

10) 박외병, 전계논문, 676면; 유인창, “불심검문에 대한 소고,” 「한국경찰학회보」 제2호, (한국경찰학회, 2000), 117-118면.

자의 위치에 있는 자들이고 이들에 대한 불심검문은 경찰책임의 원칙에 대한 예외라 할 수 있다.¹¹⁾

범죄의 예방 등을 위한 목적으로 행하여지므로 현실적으로 필요성을 부정할 수 없으나 이들에 대하여 불심검문을 하기 위해서는 어떤 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 대하여 알고 있다는 것이 구체적 사실을 통하여 명확하게 입증되어야 하고 그 필요성이 불가피한 경우이어야 한다.

(2) 불심검문의 판단요소 및 판단기준

1) 불심검문의 판단요소

(가) 수상한 거동

수상한 거동이란 자연스럽지 못한 동작, 태도, 언어, 차림새, 소지품 또는 정상적인 형태로 볼 수 없는 행동 등 일체의 모든 사정을 말한다. 예컨대 경찰관을 보고 도주하거나 흥기를 들고 골목길을 배회한다거나 혈흔이 묻어있는 옷을 입고 있다든지 하는 경우를 들 수 있다. 수상한 거동의 경우를 일률적으로 판단할 수 없지만 시간적 또는 장소적으로 어떤 특정 상황과 연관하여 판단 할 수 있다.¹²⁾ 수상한 거동을 불심검문의 판단요소로 하는 것에 대해 오늘날 불심검문을 피하기 위하여 치밀하게 준비하는 현실에 비추어 회의적인 견해도 있으나¹³⁾ 판단요소로서 큰 문제는 없다고 본다.

(나) 주위의 사정

11) 김재광, 전거서, 130면.

12) “교통법규 위반차량이 순찰차의 정지지시를 무시하고 그 추적을 피하여 과속으로 도주하다가 교통사고를 일으킨 경우, 교통법규 위반차량이 정지지시를 무시하고 도주한 것은 소위 거동수상자로서 다른 어떤 범죄에 관계가 있는 것이라고 판단할 수 있는 상황으로서 추적의 필요성 및 상당성이 인정되고 또한 사고 당시는 야간으로서 인적이나 차량의 통행이 한산하여...(생략)...경찰관의 위 추적행위는 직무를 벗어난 위법한 과잉추적으로 보기 어려우며 피해자에 대한 국가배상책임은 인정되지 않는다”(광주지판 1994. 4. 22, 97가합9989).

13) 박상용 외 3인, 『경찰관직무집행법해설』, (경찰청, 2001), 28면.

주위의 사정이란 불심검문 상대방의 직접적인 거동을 제외한 주변사정을 말하는 것으로 주위의 사람이나 검문시간, 검문장소 등이 고려될 수 있다. 주위사람들이 다수인가 소수인가의 여부(인적사항), 위험한 물건이 있는가의 여부(물적 상황), 주간인가 야간인가의 여부(시간적 상황), 번잡한 거리인가 어두운 골목인가의 여부(장소적 상황) 등은 주위의 사정의 대표적 예이다. 이와 관련하여 문제되는 것은 수상한 거동이 없는 경우에도 주위의 사정만으로 불심검문을 할 수 있는지 여부이다. 법문상으로는 가능한 것으로 해석될 여지가 있으나 수상한 점이 전혀 없는 사람을 주위의 사정만으로 그의 자유를 제한하는 것은 불가하다고 보아야 한다.¹⁴⁾

2) 불심검문의 판단기준

경찰이 불심검문을 행함에 있어서 그 정황과 대상자를 판단하는 기준은 합리적인 것이야 한다. 판단이 합리적인 것이라 하기 위해서는 당해 직무를 행하는 경찰관의 주관적이고 자의적인 판단이 아닌 사회통념에 비추어 객관적인 합리성이 담보되어야 한다.¹⁵⁾ 그러나 이것은 일반인의 지식 및 경험의 수준에 있어서 판단하는 것을 의미하는 것은 아니라 추론과정에 있어서 객관적인 합리성이 있으면 그 과정에서 경찰관의 직업적인 전문지식 및 경험을 반영하는 것은 당연히 인정 되어야 한다.¹⁶⁾ 결국 직무를 행하는 경찰관의 주관적이고 독단적인 판단이 아닌 객관적이고 합리성이 담보되어야 한다.¹⁷⁾

3. 불심검문의 방법

(1) 정 지

14) 김재광, 전게서, 131면.

15) 정성근, 『형법총론』, (법문사, 1996), 203면.

16) 古谷洋一, 前掲書, 55面.

17) 경찰관 중에서 평균적인 표준인의 판단이 요구되므로 경찰내부에서 사전에 얻은 정보, 경찰관의 전문적 지식 또는 일반인은 갖지 못하는 경찰관으로서의 합리적 경험측 등이 그 판단표준으로 포함되어야 한다. 왜냐하면 일반인과 경찰관은 사회적 임무가 다르기에 따른 상황에 대한 판단이 다를 수밖에 없기 때문에 일반 사회인은 경찰관의 직무의 합리성을 판단할 수 있는 기준이 될 수 없다(임준태, 『범죄예방론』, (좋은세상, 2002), 60면).

정지라 함은 경찰관이 불심검문을 할 필요가 있다고 판단되는 경우에 불심검문의 대상자를 불러 멈추어서 가만히 있게 하는 것을 말한다. 즉, 보행자의 경우에는 불러 세우고 자동차나 오토바이를 타고 있는 자에 대하여는 정차 및 하차를 시키는 것을 말한다. 그런데 경찰관직무집행법 제3조 제1항은 거동수사자 등을 「정지를 요구하여」가 아니라 「정지시켜 질문 할 수 있다」고 규정하고 있어서 검문대상자가 검문에 응하지 않을 경우에 경찰관이 실력행사의 가능여부가 문제된다. 이에 관하여는 첫째, 물리력의 행사를 비교적 넓게 인정하는 입장에서 사태의 긴급성, 혐의의 정도, 질문의 필요성과 수단의 상당성을 고려하여 강제에 이르지 않을 정도의 유형력 행사, 즉 정지를 하기 위해 길을 막거나 추적하거나 신체에 접촉하는 정도는 허용하여야 한다는 견해¹⁸⁾와 둘째, 강제와 유형력 행사를 구별하는 것이 사실상 불가능하다는 점을 중시하여 정지에 있어서도 원칙적으로 허용되지 않고 다만 살인·강도 등의 중범죄에 한하여 긴급체포를 할 수 있지만 신중을 기하기 위하여 행하는 정지의 경우에만 예외를 인정하는 견해¹⁹⁾가 있다. 현행 경찰관직무집행법 제3조 제1항에서 ‘정지시켜’라고 규정하고 있는 취지를 감안하면 정지에 대해 강제성을 인정하는 것으로 이해할 여지도 있으나²⁰⁾ 상대방의 의사를 제압하지 않을 정도의 물리력의 행사는 허용된다고 보는 것이 일반적인 견해이다.²¹⁾ 한편 일본의 통설에 의하면 정지는 임무수단이고 실력으로 행사하여 정지시키는 것은 원칙적으로 부적합하다. 일본의 판례는 도주하려고 하는 자의 앞을 가로막아 서는 행위²²⁾, 직무질문 중에 도주한 자를 추적하는 행위²³⁾, 앞가슴을 잡고 보도로 밀어 올리는 행위²⁴⁾ 등은 적법하다고 보았다. 반면 몇 분 동안 양복바지의 뒤를 벨트와 함께 쥐고

18) 배종대/이상돈, 『형사소송법』, (홍문사, 2004), 204면; 신동운, 『형사소송법 I』, (법문사, 1997), 82면; 신양균, 『형사소송법』, (법문사, 2000), 84면.

19) 이재상, 전게서, 183면.

20) 경찰관직무집행법 제3조 제1항 「정지시켜」라고 규정하는 것은 보행자의 경우는 보행을 중지시키고 자동차의 경우는 차를 정지시킨 것을 말하고 있는 것처럼 정지의 수단은 관념상 실력에 의한 강제를 포함한다고 한다. 즉 즉시강제가 허용되나 그것이 신변의 구속에까지 이르러서는 안 될 것이며 이와 같은 강제행위는 경찰비례의 원칙에 적용하에 실력행사가 가능한 경우에 한하고 그 강도나 시간적 계속성에 관하여 매우 신중하게 판단되지 않으면 안 된다고 한다(곽병선, 전계논문, 292면).

21) 박균성(하), 427면.

22) 廣島高版 昭和 51. 4.1 高刑集 29卷 2號, 240面.

23) 廣島高版 昭和 29. 5. 18 高刑集 7卷 2號, 483面.

목덜미를 잡고 순찰차에 승차하는 행위²⁵⁾, 경찰관 3명이 신체에 접촉하여 꼼작 못하게 하는 행위²⁶⁾ 등은 위법하다고 보았다.

(2) 질 문

질문이란 피검문자에 대해 경찰관이 의심을 품는 상황을 해소하기 위하여 혹은 경찰목적상 필요한 사항을 알기 위하여 행하는 것을 말한다. 질문은 신분증을 통하여 성명, 주소, 연령 등 신원을 확인하고 행선지, 용건, 소지품 등을 물어보는 조사행위이다. 질문을 권력적 사실행위로 보는 견해²⁷⁾도 있으나 불심검문을 당하는 자는 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니하므로(제3조 제7항) 질문은 비권력적 사실행위라고 보는 것이 타당하다.²⁸⁾ 따라서 질문의 강제는 어떤 경우도 허용될 수 없다. 즉, 질문을 하는 동안 수갑을 채우는 것과 같이 질문에 대한 답변을 강요하는 결과가 되는 행위도 금지된다. 다만 상대방이 답변을 거부하고 그곳을 떠나려고 하는 경우에 강제에 해당하지 않는 정도로 설득하여 양해를 구하는 것은 허용된다고 본다.²⁹⁾ 그런데 경찰관직무집행법 제3조 제1항은 「질문 할 수 있다」고 할 뿐 그 구체적인 내용에 대해서는 규정하고 있지 않고, 실제 현장에서의 불심검문은 주민등록증이나 운전면허증과 같은 신분증의 제시로 대체되고 있다. 그러나 주민등록증의 제시요구는 사법경찰관이 범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 17세 이상인 주민의 신원 또는 거주관계를 확인할 필요가 있는 경우에 인정된다(주민등록법 제17조의 10). 동법상의 주민등록증 제시요구는 수사의 방법으로서 허용되는 것이기 때문에 수사 단서로서의 불심검문을 위하여 주민등록증 제시요구는 허용되지 않는다고 보아야 한다.³⁰⁾ 또한 도로교통법 제47조 등에서도 경찰공무원은 자동차 등의 운전자가 무면허·음주운전·약물운전 등의 규정을 위반하여 자동차 등을

24) 最決 平成 元年. 9.26. 刑集 8卷 7號, 1137面.

25) 大阪地判 平成 2. 11. 9, 判時 759號, 268面.

26) 東京地判 平成 4. 9.3, 判時 1453號, 173面.

27) 김성수, 『개별행정법』, (법문사, 2001), 475면.

28) 박균성(하), 427면.

29) 이재상, “불심검문과 임의동행,” 「고시연구」 8월호, 1987, 168면.

30) 박외병, 「전계논문」, 676면; 유인창, 「전계논문」, 121면.

운전하고 있다고 인정되는 때에는 차를 일시정지 시키고 그 운전자에게 자동차운전면허증의 제시를 요구할 수 있다고 규정하는 등 이 외에는 경찰공무원에게 운전면허증과 같은 증명서를 제시할 의무는 없다.³¹⁾

(3) 동행의 요구

경찰관직무집행법 제3조 제2항에서는 경찰관이 「그 장소에서 질문을 하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정되는 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다」고 규정하고 있다. 이러한 의미에서 동행은 임의성이 보장되는 동행이다.³²⁾ 따라서 불심검문 시 동행은 피검문자의 의사에 반해서는 안 되며 상대방의 동의나 승낙을 얻어야 한다. 이에 제3조 제2항의 규정에서 동행요구 거절권한을 명문으로 인정하고 있는 것이며 당해인이 동행요구를 거절했음에도 강제로 연행하려고 하는 경우에 이 강제연행은 위법한 공무집행이므로 이에 저항하여도 공무집행방해죄가 되지 않는다.³³⁾ 또한 동법 제3조 제2항에서의 동행의 요구는 ‘당해인에게 불리하거나’, ‘교통의 방해가 된다’고 인정되는 경우이다. 여기서 당해인에게 불리한 경우로서는 사람이 많이 있는 장소에서 본인의 명예나 수치심을 느끼는 경우, 혹서·혹한 등과 같이 객관적으로 볼 때 물리적, 심리적으로 본인에게 불리한 것이 명백한 경우이다. 다음으로 교통의 방해가 된다고 인정되는 경우로는 그곳에서 질문하는 자체가 타인의 교통에 방해가 되는 경우 등을 들 수 있다.

문제는 임의동행의 형태가 현실적으로 다양하고 동시에 경찰관 자신이 스스로의 행위에 대한 인식에 있어서 불명확한 경우가 많으므로 구별을 위한 개관적 기준을

31) 주민등록증이나 운전면허증과 같은 신분증에는 불심검문의 목적과는 무관한 개인정보가 포함되어 있을 수 있으므로 법규에 정한 바에 의하지 않고는 신분증의 제시요구는 개인정보에 대한 자기결정권을 침해하는 것으로 보아야 한다(김형준, 전계논문, 150면).

32) 이는 경찰법상의 임의동행이라고 할 수 있으나 형사소송법상 임의동행과는 명백히 구별되는 개념이다. 즉 불심검문에 있어서의 임의동행은 질문을 위한 보조수단에 불과한 것이며 질문을 하고자 하는 경찰관의 편의를 위하여 규정된 것이 아니라 피검문자의 보호 또는 교통상황의 원활을 위하여 규정된 것이다(강동욱, 『불심검문』, (고시원, 1994), 196면).

33) 박균성(하), 427면.

설정한다는 것이 사실상 불가능하다는 점이다. 개념상으로는 「임의」와 「강제」의 한계가 명백하지만 구체적인 경우에 따라서는 그 한계가 반드시 명백하다고 할 수 없기 때문에 구체적인 상황을 종합적으로 고려하여 사안에 따라 판단하여야 한다. 즉, 임의동행인가 강제연행인가의 구별은 첫째, 동행을 요구하였던 시간, 장소가 저항이 가능한 상황여부 또는 동행을 요구하는 곳과 동행의 행선지와와의 거리 둘째, 임의동행을 요구한 경찰관의 언동, 동행의 구체적인 방법, 경찰관의 수 등을 종합적으로 고려하여 임의성 혹은 강제성 여부를 판단하여야 한다.³⁴⁾

(4) 소지품검사

소지품검사라 함은 경찰관이 불심검문 중에 질문에 부수하여 흉기 등의 소지여부를 밝히기 위하여 거동수상자의 옷이나 휴대품을 조사하는 것을 말한다.³⁵⁾ 그러나 현행 경찰관직무집행법 제3조 제3항에서는 경찰관은 질문을 할 때에 흉기의 소지여부만을 조사할 수 있다고 하여 경찰관이 불심검문 중에 제한적인 소지품검사만 인정하고 있다. 문제는 이렇듯 현행 경찰관직무집행법이 흉기의 소지여부만을 조사할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 흉기 아닌 일반 소지품을 검사할 수 있는가에 대하여 논란이 있다.³⁶⁾ 이에 대해 긍정설은 불심검문의 안전을 확보하거나 질문의 실효성을 유지하기 위해서는 흉기 이외의 소지품에 대한 검사도 경찰관직무집행법 제3조에 의하여 인정될 수 있다고 한다.³⁷⁾ 반면 부정설은 흉기 이외의 소지품에 대한 검사를 인정하면 경찰관의 생명, 신체의 안전을 보장하기 위하여 마련된 제3조의 규정을 지나치게 확장하게 되어 경찰비례의 원칙에 위배될 우려가 있

34) 강구진, “불심검문 및 임의동행에 관한 고찰(하),” 「경찰고시」 3월호, 1983, 59면.

35) 경찰관직무집행법상 인정되고 있는 소지품 검사는 경찰관의 불심검문에 수반하는 부수적인 처분이므로 수사자체는 아니며 수사의 전단계적 처분, 즉 범죄수사의 단서에 불과하다. 따라서 수사를 직접 목적으로 하는 형사소송법에 근거한 신체수색이나 신체검사 등과는 구별된다(곽병선, 전계논문, 304면).

36) 판례는 「경찰은 불심검문에 수반하여 소지품검사를 할 수 있으나 그 소지품검사는 흉기 소지를 조사하는 것에 한정되어 있으므로, 의복 또는 휴대품의 외부를 손으로 만져서 확인하는 검사(stop and frisk)로 흉기소지 여부를 탐지하고 그 개연성이 있는 경우 가방 등을 열어 보여 줄 것을 요구 할 수 있을 뿐 그 개연성이 없는 한 일반소지품검사는 허용되지 않는다」고 판시하고 있다(서울지법 1997. 11. 13, 91가소316755).

37) 이재상, 전계서, 186면.

고 더욱이 영장주의를 탈법적으로 회피할 우려를 들고 있다.³⁸⁾ 또한 경찰관직무집행법상 불심검문 시 행해지는 흉기소지여부의 조사의 성질 및 영장요구 여부에 대하여도 견해가 대립³⁹⁾되고 있지만 흉기소지 여부 조사는 주로 경찰상 위험방지 차원에서 행해지고 시간적으로 급박한 상황 하에서 행하여 질 수 있으므로 경찰상 즉시강제로서의 성질을 가지며 수색에 요구되는 영장은 요구되지 않는다고 보아야 한다.⁴⁰⁾ 결국 현행 경찰관직무집행법 하에서의 흉기의 소지여부 조사와 그 외의 소지품 검사는 그 상황 하에서 긴급성, 필요성, 상당성(범죄의 중대성·혐의의 농후성) 및 개연성 정도 등이 인정되는 경우에는 영장주의의 예외로서 최소한도로 허용된다고 보아야 할 것이다.

4. 불심검문의 적법절차

불심검문은 적법한 사전영장 없이 행하여지므로 상대방의 신체의 자유와 인권의 보장을 위하여 경찰관직무집행법은 이러한 불심검문에 대한 절차적 요건을 규정하고 있다.⁴¹⁾

사전적 절차로는 경찰관이 질문하거나 동행을 요구할 경우 경찰관은 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유

38) 배종대/이상돈, 전게서, 206면; 신동운, 전게서, 87면.

39) 흉기소지 여부 조사는 거동이 수상한 자의의복이나 휴대품을 가볍게 손으로 만지면서 행해지므로 그 실질이 수색에 해당된다고 보면서 수색을 법관의 영장 없이 행하도록 한 현행 경찰관직무집행법은 문제가 있다고 보는 견해(이상규(하), 192면), 흉기소지 여부 조사는 영장 없이 이루어지는 강제조사의 성격을 갖는다는 견해(홍정선(하), 289면), 흉기소지 여부 조사는 주된 목적이 범죄의 예방에 있고 그 조사는 신체의 자유를 침해하지 않는 한도 내에서 가볍게 행해져야 하므로 사법작용으로서 수색이라 할 수 없으므로 반드시 영장이 필요하다고 할 수 없고 또한 그 법적 성질은 어느 정도의 강제력이 수반되는 권력적인 행정조사로 보는 것이 타당하여 흉기소지 여부 조사는 행정을 위한 자료의 수집으로서의 성질이 강하다고 보아야 하므로 즉시강제라기 보다는 행정조사로서 보는 견해(박균성(하), 428면)등이 있다.

40) 류지태(신론), 758면.

41) 현행 경찰관직무집행법 제3조에서도 상세한 절차적 제한규정으로 불심검문 특히 임의동행을 제약하려는 입법태도를 보이고 있다. 이러한 입법태도는 적법절차와 법적 안정성을 기반으로 하는 형사소송절차에서 비롯된 것이기 때문에 그 특성인 사법적 성격으로 말미암아 공익목적성과 확실성, 기술성을 특성으로 하는 행정법적 성격을 지닌 불심검문의 법적 효용성을 저해한다는 점을 부인 할 수 없다(김태진, 전계논문, 112면).

를 설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행 장소를 밝혀야 한다(제3조 제4항). 그리고 질문, 동행요구, 휴기소지 여부 조사의 경우에 당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다(제3조 제7항).

사후적 절차로는 임의동행을 한 경우 경찰관은 당해인의 가족 또는 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행 장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다(동조 제5항). 또한 임의동행을 한 경우 경찰관은 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다(동조 제6항).⁴²⁾ 만약 불심검문시 경찰관이 이에 관한 규정을 어긴 경우에는 위법한 직무행위가 되며 당해인은 국가를 상대로 손해배상을 청구 할 수 있다.

II. 보호조치

1. 의 의

보호조치란 일반적으로 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위험을 미칠 우려가 있는 자에 대해 그 위험을 방지하기 위하여 잠정적으로 신체의 자유를 제한하여 보호하는 조치를 말한다. 보호조치는 위험의 예방적 방지를 위한 경찰에 의한 자유박탈의 성격을 가지고 있으므로 형사소송법상의 구류와 유사하지만 경찰관직무집행법상 보호조치는 범죄의 수사 또는 범죄에 대한 제재로서 행해진 것은 아니다.⁴³⁾ 즉, 경찰관직무집행법상 보호조치는 자유로운 의사형성이 불가능한 상태 또

42) 대법원은 「임의동행 한 경우 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있는 경찰관직무집행법 제3조 제6항이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금한 것을 허용하는 것인지 여부에 대하여 임의동행은 상대방의 동의 또는 승낙을 그 요건으로 하는 것이므로 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받는 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다 할 것이고, 경찰관직무집행법 제3조 제6항이 임의동행 한 경우 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다」고 판시하고 있다(대법원, 1992. 5. 22, 92도 506).

43) 김재광, 전거서, 80-81면.

는 무기력 상태에 있는 경우에 허용되고 보호조치의 목적은 주로 개인의 생명, 신체, 재산의 보호법익에 제한된다.

이러한 보호조치의 핵심은 보호유치와 감금유치이다. 먼저 보호유치를 하기 위해서는 ① 생명·자유에 대한 위협으로부터 보호할 필요가 있는 경우, ② 자유의사결정을 배제하는 상태에 놓여 있거나 보호 받을 수 없는 상태에 놓인 경우, ③ 위험상태를 스스로 초래한 경우가 해당된다. 다음으로 경찰이 감금유치를 할 수 있는 경우로 ① 목전에 급박한 범행이나 범죄행위의 계속 또는 중대한 위협을 가진 질서위반의 계속을 방지하기 위해 불가피한 경우, ② 다른 방법으로 급박한 공적 안전이나 질서에 대한 급박한 위협방지가 불가피할 때, ③ 기존의 위협의 제거가 불가할 경우를 예상 할 수 있으나 우리 경찰관직무집행법 제4조에서는 정신착란 등으로 인한 경우에 관해서만 제한적으로 규정하고 있다.⁴⁴⁾

결국 이러한 보호조치는 경찰상의 즉시강제에 해당하는 것으로 신체에 대한 제한을 수반하므로 엄격한 요건과 절차 하에 행해져야 한다.

2. 보호조치의 대상 및 요건

보호조치의 대상을 판단함에 있어서는 일반적 사회통념에 비추어 판단해야 한다. 따라서 합리적 판단에 의하지 않고 경찰관의 독단에 의한 보호조치는 위법하다.⁴⁵⁾

현행 경찰관직무집행법 제4조 제1항에서 규정하고 있는 보호조치의 대상으로는 ① 정신착란 또는 술 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자, ② 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자이다. 여기서 정신착란자란 정신적으로 이상이 있는 자를 말하며⁴⁶⁾, 술 취한 상태로 있는 자란 과음

44) 홍정선(하), 367면.

45) 대법원은 「경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제4항의 규정에 의하면 경찰서보호실의 유치는 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간 초과하지 아니하는 범위 내에서 경찰관서에 보호조치하기 위한 경우에만 제한적으로 허용될 뿐이라고 할 것이어서, 구 윤락행위등방지법 제7조 제1항 소정의 ‘요보호여자’에 해당한다고 하더라도 그들을 경찰서 보호실에 유치하는 것은 영장주의에 위배되는 위법한 구금에 해당된다」고 판시하고 있다(대법원 1998. 2.13, 96다28578).

46) 일본의 경우에는 정신착란이란 정신이 사회통념상 명확히 정상이 아닌 상태 혹은 정상적인 판단 능력이나 의사능력을 결한 상태에 있는 것을 말한다. 판례에서는 만취나 경찰

으로 사리분별을 상실한 상태에 있는 자를 말한다. 한편 자살을 기도하는 자란 극약을 소지하거나 투신 목적으로 다리나 빌딩 옥상에서 방황하는 등 주의의 상황과 본인의 거동 등을 합리적으로 판단할 때에 자살을 결행할 위험성이 있는 자를 말한다. 또한 미아란 부모 또는 보호자의 통제에서 벗어나 자신의 안전을 지킬 수 없는 아동을 말하고 병자나 부상자는 각종 질병이나 상해를 입은 자로서 보호자로부터 직접 보호를 받지 못하는 상태에 있는 자를 말한다.

보호조치가 행해지기 위해서는 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 위의 ① 또는 ②에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 받을만한 상당한 이유가 있어야 한다.

다만 ①에 해당하는 자는 당사자의 의사와 무관하게 강제보호조치가 행해질 수 있지만, ②에 해당하는 자에 대해서는 그 의사를 물어 당해인이 보호조치를 거부하면 보호조치가 행해질 수 없다.

3. 보호조치의 절차

보호조치는 일단 경찰관의 판단에 의해 행한다. 긴급한 상황 하에서 신속한 보호 조치를 위하여 경찰관의 판단만에 의해 행해지는 것은 불가피하지만 그 남용에 의한 개인의 권익침해를 방지하기 위하여 일정한 절차가 규정되어 있다. 즉 경찰관직무집행법에서는 경찰관이 보호조치를 한 때에는 지체 없이 이를 피구호자의 가족·친지 기타의 연고자에게 그 사실을 통지하여야 하며⁴⁷⁾ 연고자가 발견되지 아니할 때에는 피보호자를 적당한 공중보건의료기관이나 공공구호기관에⁴⁸⁾ 즉시 인계하여야 하고(제4조 제4항), 경찰관은 피구호자를 공중보건의료기관이나 공공구호기관에 인계할 때에는 그 사실을 소속 경찰서장에게 보고해야 한다(제4조 제5항).

관에 제압된 것에 의한 이상한 흥분, 각성제의 사용에 의한 환각·피해망상·감정마비 등을 정신착란에 해당한다고 보며, 반면 검거를 면하기 위해 큰소리를 내거나 저항한 것 등은 정신착란으로는 인정되지 않는다(김재광, 전계서, 82면).

47) 여기서 ‘가족·친지 기타의 연고자’란 민법규정에 의해 그 범위가 정해지는데 가족·친지는 민법상의 家의 소속구성원 및 인척 등을 포괄적으로 말하고, 연고자란 본인과 사회적·심리적으로 긴밀한 관계자 예컨대 친구, 직장동료 등을 말한다.

48) 공중보건의료기관이란 보건소, 병원, 한의원, 조산소 등 응급조치로 생명·신체의 구조를 행할 수 있는 공·사 기관을 말하고 공공구호기관이란 국가나 지방자치단체가 설립한 아동보호소, 부녀보호소, 양로원 등의 일체의 사회복지시설을 말한다.

또한 보고를 받은 소속 경찰서장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 보호구호자를 인계한 사실을 지체 없이 당해 공중보건의료기관·공공구호기관의 장 및 그 감독 행정청에 통보하여야 한다(제4조 제6항).

4. 보호조치의 방법

경찰관직무집행법은 보호조치의 방법으로서 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다(제4조 제1항). 적당한 조치와 관련하여 본인의 의사에 반하여 할 수 있는가가 문제가 될 수 있지만 ‘정신착란자, 술 취한 상태에 있는 자, 자살을 기도하는 자’ 등은 본인의 의사와 관계없이 강제보호조치를 할 수 있다. 또한 긴급구호요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유 없이 긴급구호를 거절할 수 없다(제4조 제2항). 여기서 정당한 이유란 의사의 장기출장, 병원의 수리 등과 같이 객관적으로 보아 진료가 불가능한 상태를 말한다. 그리고 피구호자가 휴대하고 있는 무기·흉기 등 위험을 야기할 수 있는 것으로 인정되는 물건은 경찰관서에 임시영치⁴⁹⁾ 할 수 있다(제4조 제3항). 일본의 경찰관직무집행법경우에 일시보관·가영치라는 용어로 현재의 위험의 방지를 위해 허용되고 있다. 위험이 물건 그 자체나 물건의 사용에 의한 추상적인 위험 가능성, 혹은 구체적인 위험가능성(예컨대 만취자가 가지고 있는 자동차 열쇠)에서 발생하는가는 중요하지 않다. 체포자에 대하여 흉기검사를 인정하는 일본 경찰관직무집행법 제2조 제4항의 규정은 우리 경찰관직무집행법(제4조 제3항)과는 달리 흉기를 발견할 때의 조치에 관해서는 규정하고 있지 않지만 흉기를 빼앗아 이것을 보관하는 것을 인정하는 취지라고 해석되고 있다.⁵⁰⁾

49) 임시영치란 물건의 소지가 경찰상 위험을 발생케 할만한 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에 일시 그 소지를 박탈하여 경찰관서에 강제적으로 보관하는 것을 말한다. 이 경우에 임시영치를 한 경찰관서의 장은 상대방에게 그 증명서를 교부하고 임시영치한 사실을 증명하고 그 반환이 원활하게 이루어지도록 하여야 한다(장영민/박기식, 『경찰관직무집행법에 관한 연구』, (한국형사정책연구원, 1995), 118면).

50) 田宮 裕/河上和雄, 『大コソメソタル警察官職務執行法』, (青林書院, 1993), 232面.

5. 보호조치의 한계

보호조치는 긴급한 상황 하에서 행해지는 잠정적 조치이다. 따라서 경찰관직무집행법에서도 경찰관서에서의 보호는 24시간을 초과하여서는 안 된다고 규정하고 있다. 그런데 공중보건의료기관이나 공공구호기관에 보호조치한 경우나 인계한 경우에는 보호조치의 해제에 관한 규정이 없어 보호조치가 장기화할 우려가 있다. 공중보건의료기관이나 공공구호기관에 보호조치된 경우에는 당사자의 의사를 다시 확인하고 보호조치의 필요성을 객관적으로 판단할 수 있는 절차가 보완되어야 한다.⁵¹⁾ 임시영치도 10일을 초과할 수 없다고 규정하고 있으나(제4조 제7항), 총포·마약 등의 금지제품의 경우에는 법정절차에 따라 몰수 등의 조치를 할 수 있다.

Ⅲ. 위험발생의 방지조치

1. 의 의

위험발생의 방지조치라 함은 인명 또는 신체에 피해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험하나 사태가 있을 때에 그 위험을 방지하기 위하여 취하는 조치를 말한다.

경찰관직무집행법 제5조는 위험발생의 방지에 대해 규정하고 있다. 위험발생 방지를 위하여 경찰관이 취해야 할 수단과 요건을 규정하고 직무를 명확하게 하여 이것을 공무로서 보장함과 아울러 그 권한의 남용을 방지하고자 하는 것이 본 규정을 둔 취지이다.

위험발생의 방지조치는 경찰상 즉시강제수단의 일종이며 대인적·대물적 강제수단이라 할 수 있다.⁵²⁾

2. 위험발생의 방지조치의 요건 및 대상

경찰관직무집행법은 ‘인명 또는 신체에 피해를 미치거나 재산에 중대한 손해를

51) 박균성(하), 430면.

52) 김재광, 전계서, 91면.

끼칠 우려가 있는 천재, 사면, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때'를 위험발생의 방지조치의 요건으로서 들고 있다. 그리고 이러한 위험발생 방지조치의 대상으로서 '그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자, 기타 관계인, 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자'를 규정하고 있다(제5조 제1항).

3. 위험발생의 방지조치의 내용

(1) 경 고

경찰관은 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 필요한 경고를 발할 수 있다(제5조 제1항 제1호). 여기서 경고란 위험으로부터 피난시키거나 위험을 방지하기 위하여 필요한 예고를 하거나 주의를 주는 것을 말한다. 예컨대 경찰관은 통행인에게 붕괴의 위험이 있는 다리의 존재를 알려 다리를 건너 통행하지 못하도록 주위를 줄 수 있다.

(2) 억류조치 또는 피난조치

경찰관은 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도 내에서 억류하거나 피난시킬 수 있다고 하여(제5조 제1항 제2호) 억류와 피난조치를 위험발생의 방지조치의 하나로 들고 있다.⁵³⁾ 억류조치나 피난조치는 당사자의 의사에 반하여 강제로 행해질 수 있다. 여기서 억류조치란 위험한 장소에 들어가지 못하도록 상대방의 의사여부를 불문하고 실력으로 저지하는 것을 말한다. 예컨대 화재가 일어난 건물에 들어가려는 건물주를 들어가지 못하도록 실력으로 제지하는 것을 말한다. 다음으로 피난조치란 위험한 장소로부터 물러남을 실력으로 가능케 하는 것을 말하는데 예컨대 붕괴위험이 있는 건물에서 사람들을 대피시키는 것을

53) 경찰은 위험방지의 목적으로 일정 장소로부터 떠날 것을 또는 일정 장소의 출입을 금할 것을 명할 수 있다. 주로 이러한 처분은 소방이나 구조업무를 방해하는 자를 대상으로 발해질 수 있다. 이러한 처분은 일반적으로 '거주 이전의 자유'를 침해하는 것은 아니다. 왜냐하면 명령이나 제한은 단지 특정의 짧은 기간 동안만 제한을 가하는 것에 불과하기 때문이다(홍정선(하), 368면).

들 수 있다.

(3) 위험방지조치

경찰관은 위험한 사태가 발생한 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위험방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 할 수 있다(제5조 제1항 제3호). 따라서 이 조항은 위험방지조치 수단에 있어서 경찰에게 매우 광범위한 조치를 포괄한 것처럼 보인다. 즉, 경찰관직무집행법의 이 조항은 위험방지조치의 내용을 특정하지 않고 「스스로 그 조치를 할 수 있다」고 규정하고 있어서 이들 조치는 일단 재량처분의 성질을 가진 것 같다. 그러나 이 위험방지조치는 원칙상 재량행위이나 구체적인 상황 하에는 재량권이 영으로 수축하여 경찰관에게 위험방지의무가 인정되며 그 권한의 불행사는 위법하게 된다. 우리 판례도 「경찰관직무집행법 제5조는 …(생략)… 형식상 경찰관에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있으나 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 위험발생의 방지조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상 의무를 위반하는 것이 되어 위법하다」고 판시하고 있다.⁵⁴⁾

(4) 대간첩작전수행과 소요사태의 진압

경찰관서의 장은 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다(제5조 제2항). 이 규정은 대간첩작전을 수행하거나 소요사태를 진압할 때에 무장공비나 소요군중으로부터 일반인을 분리시키고 특정 중요지역을 보호하기 위한 소요군중의 진압저지선을 설정할 수 있도록 하며, 작전이나 소요사태의 진압과정에서 파생될 우려가 있는

54) 이 판례는 농민들의 시위 후에 도로상에 방치된 트랙터 1대에 대하여 경찰이 이를 밖에 옮기거나 후방에 안전표시를 설치하는 등의 위험발생의 방지조치를 취하지 아니하고 방치한 결과, 야간에 이 도로를 진행하던 차량의 운전자가 이 트랙터를 피하려다 다른 트랙터에 충돌하여 상해를 입은 사건에서 경찰의 권한 불행사를 이유로 국가배상책임을 인정한 사건이다(대법원 1998. 8. 25, 98다 16890).

일반국민의 피해를 막고 무기탈취나 국가중요기관의 피습을 방지하여 작전 및 진압의 효율적 수행을 보장할 수 있도록 함으로서 대규모 피해상황을 방지하기 위한 초기단계의 대책이라 할 수 있다.⁵⁵⁾

4. 사후절차

경찰관이 위험발생의 방지조치를 한 때에는 지체 없이 이를 소속경찰관서의 장에게 보고하여야 하고(제5조 제3항), 보고를 받은 경찰관서의 장은 관계기관의 협조를 구하는 등 적당한 조치를 하여야 한다.⁵⁶⁾ 또한 경찰관서의 장이 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지한 경우도 마찬가지이다(제5조 제4항).

IV. 범죄예방과 제지조치

1. 의 의

범죄예방과 제지조치란 경찰관이 목전의 범죄의 발생을 막기 위하여 관계인에게 경고를 발하고 긴급을 요하는 경우 관계인의 행위를 제지하는 것을 말한다.

경찰관직무집행법 제6조에서는 범죄예방과 제지조치에 대하여 ‘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 있다(제6조 제1항).

이 규정의 법적 성질은 경찰상 대인적 직접강제 및 즉시강제라 할 수 있다.

55) 이수일, 『신경찰관직무집행법』, (정문출판사, 1983), 59면.

56) 일본 경찰관직무집행법에서는 경찰이 취한 피난 등의 조치에 관해서는 절차를 거쳐 공안위원회에 보고해야 한다. 이 경우 공안위원회는 다른 공공기관에 대해 그 후의 처리에 관하여 필요하다고 인정하는 협력을 구하기 위해 적당한 조치를 취하여야 한다(제4조 제2항).

2. 범죄예방과 제지조치의 방법 및 대상

경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 관계인에게 경고를 발할 수 있다(제6조 제1항 전단). 여기서 경고란 범죄예방을 위하여 범죄행위로 나아가려고 하는 것을 중지하도록 통고하는 것을 말한다. 그리고 동법 제5조(위험발생의 방지)의 경고와는 구별된다. 즉, 제6조의 경고의 대상은 범죄를 행하려는 자가 주된 대상이고 예외적으로 이들이 보호를 요하는 자인 경우에는 그 보호자들도 경고의 대상이 될 수 있고 장소, 건물 기타 공작물에 관련된 범죄일 경우에는 건물 등의 관리자, 소유자, 점유자 및 그 장소에 거주하는 자도 경고의 대상이 될 수 있다.

범죄의 제지조치는 ‘목전에 행하여지려고 하는 범죄행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우’에는 그 ‘행위를 제지’할 수 있다(제6조 제1항 후단). 여기서 제지란 실력의 행사에 의한 범죄예비행위 및 범죄에 밀접하게 접근된 행위를 저지하는 것을 말한다. 제지의 대상은 인명, 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 행위이다. 현실적으로는 제지의 효력이 미치는 자는 목전에 범죄를 행하려는 자가 될 것이다.⁵⁷⁾ 그리고 개인의 생명, 신체 및 재산에 대하여 직접 위해를 주지 않는 지능범이나 행정법규위반의 죄는 원칙적으로 이 규정의 대상이 아니다.

V. 위험방지를 위한 출입

1. 의 의

경찰관은 경찰상 위험방지를 위하여 타인의 토지·건물 또는 선차 등 장소에 출입하여 조사할 필요가 있다. 그래서 경찰관직무집행법 제7조는 동조 제1항에서 위험방지를 위한 출입에 관한 일반규정을 두고, 동조 제2항에서는 다수인이 출입하는 장소에 대한 경찰관의 출입규정, 제3항에서는 대간첩작전수행을 위한 검색규정, 제4항에서는 출입·검색시의 적법절차를 규정하고 있다. 이 규정 들은 대가택적 직접 강제 또는 즉시강제수단의 성격을 가지나 헌법에서 보장하고 있는 주거의 자유에

57) 대법원 1992. 3.10, 91도 3172.

대한 제한이므로 엄격한 요건 하에서 인정되어야 한다.⁵⁸⁾ 여기서 출입이란 경찰관이 토지 또는 건물의 관리자의 동의 없이 또는 그 의사에 반하여 사람의 생명, 신체, 또는 자유에 대한 현실의 위험을 방지하기 위하여 또는 물건의 검사·조사 등 정보 수집을 위해 개인이나 사업소의 토지나 건물에 들어가는 것을 말한다. 이러한 출입은 사실행위이고 실력행사에 의해 강제할 수 있다. 그러나 출입함이 없이 가옥의 파욕, 도청 등은 허용되지 않는다. 그리고 출입은 위험방지를 위한 출입과 검사·조사를 위한 출입으로 구별할 수 있는데 현행 경찰관직무집행법 제7조에서는 대간첩작전수행을 제외하고 위험방지를 위한 출입에 대해서만 규정하고 있다.⁵⁹⁾

2. 위험방지를 위한 출입 유형

(1) 일반출입

경찰관은 제5조제1항(인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태 등의 발생)·제2항(대간첩작전수행 또는 소요사태가 발생) 및 제6조 제1항(범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될)에 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이 하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 타인의 토지·건물 또는 선차 내에 출입할 수 있다(제7조 제1항).

일반출입은 “제5조제1항·제2항 및 제6조 제1항에 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이 하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서” 가능한데 이 요건이 충족된 경우에는 경찰관은 소유자나 관계인의 동의 없이 출입할 수 있다.⁶⁰⁾ 이 경우 경찰관은 그 장소를 수색할 수 없지만 그 장소

58) 우리 헌법 제16조는 주거의 자유를 보장하고 있다. 주거권은 기본권으로 보호된다. 주거자의 동의 없는 가택출입·검색은 현재의 사람의 생명·신체·자유 등에 대한 위험방지 목적으로만 가능하다. 따라서 주거의 개념을 명확히 하여야 한다. 주거개념을 좁게 해석하기 보다는 넓게 해석하여야 한다(홍정선(하), 369면).

59) 조사·검사를 위한 출입에 대해서는 소방기본법, 영업법, 환경법 등에서 규율하고 있다.

의 내부를 둘러볼 수는 있다.⁶¹⁾ 또한 일반출입 장소에 대해 타인의 토지·건물 또는 선차를 규정하고 있으나 이는 예시적 규정이고 경찰의 위험방지를 위한 출입 장소는 실질적으로 제한은 없다고 보아야 한다.

(2) 다수인이 출입하는 장소에의 출입

홍행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소의 관리자 또는 이에 준하는 관계인은 그 영업 또는 공개시간 내에 경찰관이 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 위해예방을 목적으로 그 장소에 출입할 것을 요구할 때에는 정당한 이유 없이 이를 거절할 수 없다(제7조 제2항). 다수인이 출입하는 장소에의 경찰관의 출입요건은 그 영업 또는 공개시간 내에는 제7조 제1항에 의한 요건보다 다소 완화되어 있다.

이 규정은 경찰에게 다수인이 출입하는 장소 중 특정의 장소에 대해서 그 장소의 관리자 또는 이에 준하는 관계인에 대하여 출입을 요구할 수 있는 권한을 수권하는 것으로서 개별사례에 있어서의 위험에 대한 방지(예방)와 관련되어 있다는 점에서는 앞서의 권한규범들과 다르지 않다. 그러나 이 규정에 의한 경찰의 출입요구에 있어서는 일견 반드시 구체적 사정으로부터 범죄 실행의 우려 또는 인명·신체·재산에 대한 위해가 예측될 것을 요구하지 않는 것처럼 보이기도 한다.⁶²⁾

60) 범죄수사의 목적을 위하여 강제적인 긴급출입을 행하기 위해서는 수색·압수에 대한 영장이 필요하다.

61) 박균성(하), 432면.

62) 이 점은 앞서 열거한 개별수권규정들의 발동요건과는 다른 것인바 앞서의 권한규범들은 시간적, 장소적으로 특정된 사정이 있고 그 사정으로부터 손상발생의 개연성이 있다고 인정되는 경우를 그 권한발동의 요건으로 하고 있음에 비해, 외견상 동조는 다수인이 출입하는 일정종류 장소에서의 범죄 실행 또는 인명·신체와 재산에 대한 위해의 가능성을 미리 상정하여 이들 장소에 대해서는 구체적 사정에서의 범익손상에 대한 예측 없이도 경찰의 출입요구가 가능한 것처럼 규정하고 있다. 즉, 경찰작용 요건을 구체적 위험에서와 같이 손상을 유발하는 요인이 현재 발견되는 경우 혹은 손상을 일으키는 현존하는 요소가 고려되는 경우로 정하고 있지 않다. 동 규정에 근거한 작용에 있어서는 일정 종류의 건물에는 사람이 많이 출입할 개연성이 인정되고, 실제 출입한 다수인이 존재하는 경우에는 범죄발생 혹은 공공의 안녕 또는 질서에 대한 손상의 개연성이 인정된다고 판단하는 이중예측의 모습이 나타나고 있다. 동규정은 또한 범죄 ‘예방’, 위해 ‘예방’이라는 표현에서 나타나듯이 주로 현재의 위험보다는 미래의 위험에 대한 방어에 초점을 맞추고 있는 듯 하다. 여기에서 권리 침해적 경찰처분에 있어서도 추상적 위험이 그 작용의 요

3. 대간첩작전수행을 위한 검색

경찰관은 대간첩작전수행에 필요한 때에는 작전지역 안에 있어서의 흥행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소 안을 검색할 수 있다(제7조 제3항).

여기서 검색이란 검사·수색을 말하는데 간첩을 발견하는 것에 한하지 않고 간첩을 발견하였을 때에 체포 및 진압하는 작용(사격 등의 전투행위)도 포함한다. 검색의 대상은 제7조 제2항에서 규정한 다수인이 출입하는 장소에 대해서만 검색할 수 있으므로 순수한 사인의 가옥 등에 대해서는 검색할 수 없다고 보아야 한다. 또한 대간첩작전의 수행을 위한 검색에 있어서는 그 장소의 관리자의 동의를 요하지 않는다.

4. 출입·검색시의 적법절차

경찰관이 필요한 장소에 출입할 때에는 그 신분을 표시하는 증표(경찰공무원증 등)를 제시하여야 하며, 함부로 관계인의 정당한 업무(법령의 규정에 근거하여 수행되고 있는 업무와 사회통념에 의해 정당화되는 업무 등)를 방해하여서는 아니 된다(제7조 제4항).

VI. 경찰장비의 사용 등

1. 의 의

경찰관은 직무수행 중 경찰장비를 사용할 수 있다. 다만, 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 경찰장비에 대하여는 필요한 안전교육과 안전검사를 실시하여야 한다(제10조 제 1항). 여기에서 경찰장비라 함은 무기, 경찰장구, 최루제 및 그 발사장치, 감식기구, 해안감시기구, 통신기기, 차량·선박·항공기 등 경찰의 직무수행을 위하여 필요한 장치와 기구를 말하며(제10조 제2항), 경찰장비를 임의로 개조하거나 임의의 장비를 부착하여 통상의 용법과 달리 사용함으로써 타인의 생명·

건이 될 수 있는지의 의문이 발생한다. 이에 자세한 내용은 김성태, “위험방지조치와 구체적 위험,” 「법학연구」 제5권, (홍익대학교 법학연구소, 2003), 53면 이하 참조.

신체에 위해를 주어서는 아니 된다(제10조 제3항). 이 중 경찰장구의 사용, 분사기 등의 사용, 무기의 사용은 경찰관직무집행법에서 별도로 규정하고 있다. 이러한 경찰장비사용의 법적성질에 대하여는 즉시강제로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 경찰관의 장비사용은 목전에 급박한 경찰상의 위험을 방지하거나 장애를 제거할 필요가 있는 경우에 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 그 성질상 의무를 명하여서는 그 목적을 달성하기 곤란한 때에 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 경찰행정 작용이기 때문이다.⁶³⁾

2. 경찰장구

(1) 개념

경찰장구라 함은 경찰관이 휴대하여 범인검거와 범죄진압 등 직무수행에 사용하는 수갑·포승·호신용포승·경찰봉·호신용경봉·전자충격기·방패 등을 말한다(제10조의 2 제2항, 경찰장비의사용기준에관한규정 제2조 제1호).

(2) 사용의 요건

경찰관직무집행법 제10조의 2 제1항 전단에서는 경찰관의 장구사용의 요건으로 ① 현행범인의 경우, ② 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인의 체포·도주의 방지를 위한 경우, ③ 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호를 위한 경우, ④ 공무집행에 대한 항거의 억제를 위한 경우 등을 규정하고 있다.

이러한 경찰장구의 사용은 신체의 자유를 제한하는 결과를 가져오므로 그 요건을 엄격히 판단하여야 한다.

(3) 사용의 한계

경찰관은 경찰장구의 사용이 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있어야 한다.

63) 석종현(상), 471면; 김춘환(특), 90-94면; 김철용(I), 323면.

즉, 경찰장구를 사용하지 않고는 다른 수단이 없는 경우에 한한다. 그리고 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 경찰장구를 사용할 수 있다(경찰관직무집행법 제10조의 2 제1항 후단).⁶⁴⁾ 그러나 예컨대 피해자가 술에 취하여 파출소에서 폭행, 기물파손 등 행위를 하였다 하더라도 경찰관이 동인을 구타하고 수갑을 채워 불안정한 의자에 아무렇게나 앉혀 놓음으로서 동인이 의자에서 굴러 떨어져 너진탕 등의 원인으로 사망에 이르렀다면 경찰관으로서 하여야 할 의무를 충실히 다한 것이라고 볼 수는 없다.⁶⁵⁾ 또한 일반적으로 방패나 경찰봉 등은 상대방의 행동을 저지하는데 그쳐야 하므로 방패 등으로 상대방을 내리쳐서는 아니 된다. 즉, 방패 등으로 때밀거나 막는 정도에 그쳐야 한다.⁶⁶⁾

3. 분사기 등의 사용

(1) 개념

분사기 등은 근접분사기·가스분사기·가스발사총(고무탄 발사검용 포함) 및 최루탄(그 발사장치 포함)을 말한다(경찰관직무집행법 제10조의 3 제1항, 경찰장비의 사용기준에관한규정 제2조 제3호).

(2) 사용의 요건

경찰관이 분사기 등을 사용하기 위해서는 ① 범인의 체포·도주의 방지 또는 불법집회·시위로 인하여 ② 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전

64) 대법원은 「무죄추정을 받는 피의자라 하더라도 그에게 구속의 사유가 있어 구속영장의 발부, 집행된 이상 신체의자유가 제한되는 것은 당연한 것이고, 특히 수사기관에서 구속된 피의자의 도주, 항거 등을 억제하는데 필요하다고 인정할 상당한 이유가 있는 경우에는 필요한 한도 내에서 포승이나 수갑을 사용할 수 있는 것이며, 이러한 조치가 무죄추정의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수는 없다」고 판시 하고 있다(대법원 1996. 5. 14, 96도561).

65) 대법원 1970. 3. 24, 70다 33.

66) 판례는 「불법시위에 참석하였다가 도주 중에 경찰에게 붙잡힌 원고에게 전투경찰이 방패로 얼굴을 내리치고...(중략)...상해를 가했다면 경찰공무원들의 불법행위로 인해 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다」고 판시 하고 있다(광주고법 1994. 4. 20, 93나 8756).

에 대한 현저한 위해의 발생을 억제하기 위한 것 등이 요구된다(경찰관직무집행법 제10조의3 제1항 전단).

(3) 사용의 한계

경찰관은 부득이한 경우 현장 책임자의 판단으로 필요한 최소한의 범위 안에서 분사기(총포·도검·화약류 등 단속법의 규정에 의한 분사기와 최루 등의 작용제) 또는 최루탄을 사용할 수 있다(경찰관직무집행법 제10조의3 제1항 후단).

여기서 부득이한 경우란 분사기, 최루탄 등을 사용하지 않고서는 위험방지나 장애의 제거를 할 수 없는 경우를 말한다. 현장 책임자의 판단은 개인적인 판단이 아니라 합리적인 판단을 말한다. 그리고 경찰관이 분사기 등을 본래 사용목적에 벗어나 직접적으로 사람의 신체를 향해 발사하여 위해를 가하지 않는 범위 내에서 사용되어야 한다.⁶⁷⁾

판례도 「전투경찰은 시위진압을 위하여 최루탄을 발사할 경우는 신체에 직접 위해를 가하지 않는 방법으로 최루탄을 발사하여야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 근거리에서 시위대를 향하여 직접 최루탄을 발사한 잘못으로 이 사고(안경을 착용한 채 왼쪽 눈에 맞아 실명)가 발생하였으므로 피고는 위 전투경찰의 직무상 불법으로 인해 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다」고 판시 하고 있다.⁶⁸⁾

4. 무기의 사용

(1) 개념

무기라 함은 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있도록 제작된 권총·소총·도검 등을 말한다(경찰관직무집행법 제10조의 4 제2항). 즉 무기는 사람을 살상하는 성능을 가진 기구 일반을 총칭하는 것으로 볼 수 있다.

67) 경찰관은 범인의 체포 또는 도주방지, 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요한 때에는 최소한의 범위 안에서 가스발사총을 사용할 수 있다. 이 경우 경찰관은 1m이내의 거리에서 상대방의 얼굴을 향하여 이를 발사하여서는 아니 된다(경찰장비의사용기준에관한규정 제12조 제1항).

68) 광주민사지법 1994. 2. 18, 93가합 3327.

(2) 사용의 요건

경찰관의 무기사용 요건은 ① 위해를 수반하지 않는 무기사용과 ② 위해의 수반이 허용되는 무기사용으로 나눌 수 있다.⁶⁹⁾

1) 위해를 수반하지 않는 무기의 사용

경찰관직무집행법은 위해를 수반하지 않는 무기를 사용할 수 있는 경우로 ‘범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우’에 한정하고 있다(제10조의 4 제1항 전단).

(가) 범인의 체포·도주의 방지를 위해 필요한 경우

경찰관의 무기사용은 범인의 체포·도주를 방지하기 위하여 허용된다. 따라서 물증의 확보나 증인의 출석을 위한 수단으로서의 무기사용은 아니 된다. 여기서 범인은 일반적으로 범죄를 범한 자로서 체포·구속 및 수감 대상자뿐만 아니라 불구속 피의자·피고인 및 유죄확정된 자, 현행범, 당시 정황으로 보아 충분히 범죄를 범하였다고 인정되는 자이다. 또한 체포는 구속영장, 체포영장에 의한 구속 및 체포, 긴급체포 등 법률이 정하고 있는 구속 또는 체포를 말하며, 도주는 경찰관에 의해 신체의 자유가 구속된 자 또는 구속되려고 하는 자가 경찰관의 직무상 실력에 의한 지배로부터 이탈하거나 이탈하려고 하는 것을 말한다.⁷⁰⁾

(나) 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호를 위해 필요한 경우

자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호란 사람에게 위해를 수반하지 않는 무기사용인 만큼 위험의 상황은 조성되었지만 직접적·현실적으로 생명·신체에의 침해가 가해지지 않는 경우를 말한다.⁷¹⁾ 그러나 현실적으로는 생명·신체에 중대한

69) 장영민/박기석, 전계서, 190면.

70) 박상용 외 3인, 전계서, 143면.

71) 古谷洋一, 前掲書, 341面.

침해가 가해지는 경우에는 사람에게 위해를 가할 수 있는 무기사용이 허용될 것이다.⁷²⁾

(다) 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요한 경우

공무집행은 경찰법 제2조에서 규정한 경찰관의 직무를 수행하는 행위를 말하며, 형법 제136조의 공무집행방해죄로 이해되는 공무와 같은 정도로 생각 할 수 있다.⁷³⁾ 여기서 항거란 경찰관의 적법한 공무집행을 적극적·소극적으로 방해하거나 거부 내지 저항하여 그 집행의 목적을 달성하는 것이 불가능 또는 곤란하게 만드는 것을 말한다.⁷⁴⁾ 다만 소극적 항거의 경우에는 경찰상 비례원칙에 의한 무기사용이 일반적으로 억제되어야 하지만, 적극적 항거의 경우에는 무기사용의 필요성이 인정된다. 또한 억제란 적극적·소극적으로 항거하는 행위를 경찰관이 무기를 사용하여 제지하거나 배제·해산·이동시킴으로서 이를 제압하는 것을 의미한다.

2) 위해의 수반이 허용되는 무기의 사용

경찰관직무집행법은 위해의 수반이 허용되는 무기사용의 경우로 ① 정당방위, ② 긴급피난, ③ 중범인의 체포와 이를 위한 경찰관의 직무집행에 항거할 때, ④ 영장을 집행하는 경우, ⑤ 위험한 물건을 소지한 범인인 경우, ⑥ 대간첩작전을 수행하는 경우 등을 들고 있다(제10조의 4 제1항 후단).

(가) 정당방위

무기사용이 형법 제21조 제1항의 정당방위에 해당할 때는 위해를 수반하는 무기사용이 허용된다. 정당방위가 성립하려면 첫째, 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해가 있어야 하고 둘째, 주관적으로 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 목적 즉 방위의사가 있어야 하고 셋째, 객관적으로는 이에 필요하다고 요구된

72) 장영민/박기석, 전게서, 191면.

73) ‘공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여’라는 요건은 거의 모든 경우에 무기의 사용을 허용하는 것이어서 무기사용의 요건을 한정하는 것으로 볼 수 없다는 견해도 있다(김재광, 전게서, 111면).

74) 박상용 외 3인, 전게서, 144면.

상당한 이유 있는 행위여야 한다. 이 경우 상당성의 판단은 비례원칙에 입각한 상당한 행위를 말한 것으로서 방위행위는 자신 또는 타인의 이익을 보호하기 위해 적합한 수단이어야 하고 방위행위자는 방위에 적합한 수단 중에서 가장 경미한 손실을 입히는 수단을 선택하여야 한다.⁷⁵⁾

판례는 정당방위에 있어서는 반드시 방위행위에 보충성의 원칙은 적용되지 않으나 방위행위에 필요한 한도 내의 행위로서 사회윤리에 위배되지 않는 상당성 있는 행위임을 요한다고 판시하고 있다.⁷⁶⁾

(나) 긴급피난

긴급피난이란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위반을 피하기 위한 상당한 이유 있는 행위를 의미한다. 긴급피난이 되기 위해서는 첫째, 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난이 있어야 하고 둘째, 피난행위는 주관적으로 위반을 피하기 위한 목적 즉, 피난의사가 있어야 하고 객관적으로 이에 필요한 상당한 이유 있는 행위여야 한다.⁷⁷⁾ 여기서 상당한 이유는 정당방위에서의 상당성과 피난행위에 대하여 보호되는 법익이 침해되는 이익보다 본질적으로 우월하거나 적어도 균형을 이루어야 한다. 따라서 사람의 생명·신체를 살상하는 무기사용은 이와 대비되는 사람의 생명·신체를 보호하는 경우에 한하여 인정될 수 있다.

긴급피난은 정당방위와는 달리 위법하거나 부당한 위난에 한정되는 것은 아니다.

(다) 중범인의 체포와 이를 위한 경찰관의 직무집행에 항거

경찰관은 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 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있으면 위해 수반의 무기사용을 할 수 있다. 현행법상 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 살인죄,

75) 김일수, 『형법총론』, (박영사, 1997), 271면.

76) 대법원 1999. 6. 22, 98다 61470; 대법원 1991. 9. 10, 91다 19913.

77) 김일수, 전계서, 283면.

강도죄, 상해죄 등 수많은 범죄가 있다. 따라서 급박한 상황에서 경찰관이 이러한 중죄에 해당여부의 판단은 그리 쉽지 않다.⁷⁸⁾

(라) 영장집행

경찰관은 체포·구속영장과 압수·수색영장을 집행할 때에 본인이 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우 위해를 수반한 무기사용이 가능하다. 이 경우도 필요성, 보충성, 비례성이 요구된다.

(마) 위험한 물건을 소지한 범인

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 상당한 이유가 있을 때 경찰관은 위해를 수반하는 무기사용을 할 수 있다.

(바) 대간첩작전을 수행

대간첩작전수행에 있어 무장간첩이 경찰관의 투항명령을 받고도 이에 불응하는 경우 위해를 수반하는 무기사용이 가능하다. 대간첩작전을 수행하는 경우에 있어서 위해를 수반하는 총기의 사용은 단순한 위험방지 차원을 넘어 국가안보와 관련되는 대간첩작전 수행에 있어서의 무기사용에 관한 내용으로 그 요건도 범문의 규정을 기초로 타 요건에 비해 확대할 필요가 있다.⁷⁹⁾ 대법원도 「경찰관이 간첩용의자

78) 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 중죄를 경찰관직무집행법 시행령에 신설하거나 경찰장비의사용기준등에관한규정 등에 예시적으로 명시하는 것이 바람직하다(김남욱, “경찰장비사용의 범리,” 「법학논총」 제10집, (조선대 법학연구소, 2004), 97면).

79) 이는 첫째, 대간첩작전의 목적이 위험방지에 의한 보호법익 중 중요한 국가의 안전보장에 있고, 둘째 일반적으로 간첩은 무장을 하고 있고, 셋째 일단 도주하게 되면 살상을 동

를 체포하려다가 총기를 발사하고 총기로 항거하는 간첩으로부터 위협 절박을 느낀 나머지 발사한 경찰관의 소위에는 직무수행상의 주의의무를 태만히 한 과실이 있다고 보기 어렵다」고 판시⁸⁰⁾하는 등 대간첩작전을 수행하는 경우에는 무기사용의 범위가 확대되는 것으로 보고 있다.

(3) 사용의 한계

경찰관직무집행법 제10조의 4 본문에서 ‘…필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있다…’라고 규정함으로써 경찰상 비례의 원칙, 과잉금지의 원칙 등을 수용하고 있다. 대법원 판례도 「경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 상당한 이유가 있을 때에는 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있다…(생략) 피고는 원고가 체포를 면탈하기 위하여 항거하며 도주할 당시 그 항거의 내용, 정도 등에 비추어 소지하던 가스총과 경찰봉을 사용하거나 다시 한번 공포를 발사하여 위 원고를 제압할 여지가 있었다고 보여 지므로, 피고가 그러한 방법을 택하지 않고 도망가는 원고의 다리를 향하여 권총을 발사하는 행위는 경찰관직무집행법 제11조(현 10조의 4) 소정의 총기사용의 허용범위를 벗어나 위법행위라고 아니할 수 없다」고 판시하고 있다.⁸¹⁾ 또한 동법 제10조의 4 제1항 1호, 2호, 3호에서 ‘무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유’라는 보충성의 원칙을 채택하고 있다.

결국 경찰관은 무기사용에 관한 요건을 충족하는 경우에도 목적달성에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 사용하여야 한다. 경찰관의 무기사용이 이러한 요건을 충족하였는지의 여부는 범죄의 종류, 죄질, 피해법익의 경중, 위협의 급박성, 저항의 강약, 범인과 경찰관의 수, 무기의 종류, 무기사용의 태양, 주변의 상황 등을 고려하여 사회통념상 상당하다고 평가되는지 여부에 따라 판단하여야 하고 특히 사람에게 위해를 가할 위

반하는 무기사용의 범위가 확대될 우려가 있다(박상용 외 3인, 전제서, 154면).

80) 대법원 1968. 4. 23, 67다 2964.

81) 대법원 1993. 7. 27, 93다 9163.

협성이 큰 총기의 사용에 있어서는 그 요건을 더욱 엄격하게 판단하여야 한다.⁸²⁾

제2절 특별경찰법상 위험방지수단

공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 방지 및 장애의 제거라는 경찰법상의 목적을 달성하기 위하여 경찰권 행사는 일반 경찰법상 개별적 수권조항 외에 특별 경찰법상 개별적 수권조항에 근거하기도 한다. 특별 경찰법상 개별적 수권조항에 근거한 위험방지는 반드시 제도적 의미의 경찰에 의해서 수행되는 작용만을 의미하는 것은 아니고 그것은 관련 주무부장관 등에 의해 수행되기도 한다. 이러한 특별법이 적용되는 경우에 있어서는 일반경찰법의 적용이 배제된다. 다시 말하면 이러한 특별 규정들은 일반적으로 시인되는 법적용의 원칙상 일반 경찰법에 우선된다.

이하에서는 특별 경찰법상 개별적 수권조항에 근거한 모든 경찰권 행사를 상세히 고찰하고자 하는 것은 아니고 특별경찰법상 위험방지영역에서 중요한 몇 가지의 경우를 보고자 한다.

I. 보건의관계 분야

국민의 보건과 관련하여 경찰의 개입이 예정되어 있는 경우도 적지 아니하다. 이러한 분야는 ① 의료인(의사·치과의사·수의사·약사·전문의 등)과 의원·병원·약국에 대한 규율, ② 전염병예방과 퇴치, ③ 식품으로부터의 국민의 건강보호 등과 관련된다.

1. 의료인에 대한 규율 등

국민건강의 보호와 증진을 위해 의료법은 의료인(의사·치과의사·한의사)의 면허제(제5조)·조산사의 면허제(제6조)·간호사의 면허제(제7조)를 채택하고 있고, 의료기관개설의 신고제(의원의 경우) 또는 허가제(병원의 경우)의 실시(제30조)를

82) 대법원 1996. 3. 23, 98다 63445

규정하고 있다. 한편 약사법도 국민건강향상과 관련하여 약사의 면허제(제3조)·약국의 등록제(제16조)·의약품제조업의 허가제(제26조)등을 규정하고 있다. 또한 보건의료기본법에는 국가 및 지방자치단체의 국민건강의 보호·증진을 위한 책임(제4조), 보건의료인의 책임(제5조), 국가 및 지방자치단체는 모든 국민이 응급상황에서 신속하고 적절한 응급의료서비스를 제공받을 수 있도록 응급의료체계의 마련하여야 하고 전염병의 발생과 유행을 방지하고 전염병환자에 대한 적절한 보건의료의 제공 및 관리를 위하여 필요한 시책을 수립·시행해야 한다(제30조·제40조)라는 규정 등이 있다.

2. 전염병예방과 퇴치

전염병에 관한 경찰권 행사는 전염병의 예방과 박멸을 통해 국민의 건강·생명을 보호하는 것을 목적으로 한다. 이와 관련한 전염병예방법은 전염병의 발생과 유행을 방지하여 국민보건을 향상·증진시킴을 목적으로 하고 있다. 전염병예방법에 위험방지에 관한 내용들을 살펴보면 국가 및 지방자치단체 등의 전염병예방 등에 관한 책무(제3조), 의사 또는 한의사가 전염병환자 등을 진단하였거나 의사가 그 시체를 검안하였을 때에는 전염병환자 등 또는 그 동거인에게 소독방법과 전염방지의 방법을 지시하고, 제1군·제2군 및 제4군 전염병의 경우에는 즉시로, 제3군 및 지정전염병의 경우에는 7일 이내에 그 전염병환자 등 또는 시체의 소재지를 관할하는 보건소장에게 그 성명, 연령, 성별, 기타 신고사항을 신고(제4조)하여야 하고, 제1군 전염병환자 등 또는 제1군 전염병이나 그 의사증으로 인한 사망자가 있을 때 신고의무(제5조), 전염병 발생감시(제7조), 업무종사의 일시적 제한(제30조), 수감중인 환자의 격리(제33조), 제1군 전염병에 관한 강제처분(제42조) 등이 있다. 이 밖에도 전염병예방법은 강제적인 경찰작용으로 강제적 건강진단(제9조)·정기예방접종과 임시예방접종으로 이루어지는 예방접종제도(제10조)·환자의 격리조치(제29조)·교통차단 등의 제1종전염병예방조치(제39조)·소독조치(제40조 2항)·소독업의 허가제(제40조의 3)·제1종전염병에 관한 강제처분(제42조)·제1종전염병예방조치(제43조) 등을 규정하고 있다.

3. 식품위생

식품의 제조나 유통과정이 불결하거나 공중이 이용하는 접객업소의 위생상태가 불량한 경우에는 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 야기할 수 있으므로 이를 방지 또는 제거하기 위한 경찰권 행사가 필요하다. 현행법은 이러한 보건분야에서 경찰권 행사를 위한 법적근거로서 식품위생법, 공중위생관리법 등이 있다.⁸³⁾

예컨대 국민건강의 증진을 위해 식품에 관한 경찰작용은 기본적으로 식품위생법에서 규율하고 있는데 동법은 식품 또는 식품첨가물의 제조업·가공법·운반업·판매업 및 보존업, 식품 또는 용기·포장의 제조업, 식품접객업 등 영업을 하고자 하는 자는 보건복지부령이 정하는 시설 기준에 적합한 시설을 갖추어야 한다.(제21조) 그리고 동법은 부패식품 등 일정식품의 판매금지(제4조 내지 제6조)·유해기구 등의 판매와 사용금지(제8조)·식품판매업 등 일정 영업을 허가제(제22조)·조리사와 영양사의 면허제(제36조·제37조)와 관계공무원의 영업장소에서의 출입·검사·수거·열람 등을 가능하게 하고 있다(제17조). 이 외에도 허위표시의 금지(제11조), 제품의 검사(제13조), 시정명령·허가취소 등의 행정처분(제55조, 제58조)등을 규정하고 있다.

II. 재난관리관계 분야

재난이란 통상 자연현상이나 중대한 재난에 의해 야기된 공적 안전과 질서의 위협의 한 형태로서 그 위협의 정도가 중대하여 그것의 제거가 단일의 지휘, 특히 단일체, 즉 단일의 조직이 필요한 경우를 말한다(소방·구호·보수·미성년자보호·위생 등을 통일적으로 수행하기 위하여). 따라서 재난관리는 일반적인 특별경찰법상 다른 위험방지 임무보다 가중된 경우로 나타난다(예컨대 대규모의 범람, 산림의 대화재 등). 그리고 재난관리에서는 위험방지구단으로 제3의 교란자에 대한 명령권

83) 물론 식품위생이나 공중위생분야는 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 방지하거나 장해를 제거하기 위한 이른바 영업경찰활동이다. 영업경찰활동은 역사적으로 넓은 의미의 경찰권 행사로서 경찰관청의 관할로 성립하였으나 현대에 이르러는 조직법상으로 국민의 보건을 관리하는 행정관서로 그 관할권이 이전되었다. 따라서 현행법상 식품 및 보건위생과 같은 보건경찰활동은 보건복지부장관을 비롯하여 지방자치단체의 장이나 식품의약품안전청장이 관할한다.

은 별 의미가 없다. 왜냐하면 전면에 놓이는 것은 소방 등 적합한 수단에 의한 교란의 제거이다. 급박한 경우에는 직무원조와 군의 투입이 요구된다. 재난예방과 재난으로부터 보호를 위한 경찰작용에 관한 법으로는 민방위기본법·소방기본법·수난구조법·재해구조법·자연재해대책법 등을 볼 수 있다.

1. 민방위

적의 침공이나 전국 또는 일부지방의 안녕질서를 위태롭게 할 재난으로부터 주민의 생명과 재산을 보호함을 목적으로 제정된 민방위기본법은 1975년에 처음 제정되었다.

동법 제2조에서는 민방위사태를 ‘적의 침공이나 전국 또는 일부지방의 안녕질서를 위태롭게 할 재난’이라고 규정함으로써 자연재해는 물론 인위재난을 모두 포함하고 있다. 따라서 자연재해를 규정한 자연재해대책법이나 인위재난을 규정한 재난 및 안전관리기본법에 우선한다고 볼 수 있다. 이러한 민방위사태로부터 주민의 생명과 재산을 보호하기 위하여 지역민방위협의회(제6조), 민방위계획(제9조), 민방위준비명령(제14조), 관련공무원의 출입과 확인 및 질문(제15조), 신고의무(제19조), 민방위훈련(제21조의 3), 동원(제22조) 등에 관한 규정을 두고 있다.

2. 소 방

화재를 예방·경계·진압하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호함으로써 공공의 안녕질서의 유지와 복리증진을 목적으로 제정된 소방기본법은 인위적 재난에 관한 위험방지의 중요한 한축을 형성하고 있다. 이를 위하여 소방기본법은 소방업무의 응원(제11조), 화재의 예방조치(제12조), 화재에 대한 위험경보(제14조), 불을 사용하는 설비 등의 관리와 특수가연물의 저장·취급(제15조), 소방·교육훈련(제17조), 소방자동차의 우선 통행(제21조), 소방 활동 종사명령(제24조), 강제처분(제25조), 피난명령(제26조), 위험시설에 대한 긴급조치(제27조), 의용소방대(제37조) 등에 관한 규정을 두고 있다.

3. 수난구호

조난된 사람과 선박 등의 수색·구조 및 보호에 필요한 사항을 규정하고, 해상에 있어서의 수색및구조에관한국제협약의 내용을 수용함으로써 조난사고로부터 인명과 재산의 보전에 이바지함을 목적으로 수난구호법이 제정되어 있다. 여기서 수난구호라 함은 해상 또는 하천(호소 포함)에서 조난된 사람·선박 및 항공기 등의 수색과 구조 및 구조된 사람·선박 및 물건의 보호·관리와 사후처리에 관한 업무를 말한다. 또한 조난사고라 함은 해상 또는 하천에서 선박 및 항공기 등의 침몰·좌초·전복·충돌·화제·기관고장·추락 등으로 인하여 사람의 생명·신체 및 선박·항공기 등의 안전이 위협에 처한 상태를 말하고 구조대라 함은 수색 및 구조 활동을 신속히 수행할 수 있도록 훈련된 인원으로 편성되고 적절한 장비를 보유한 단위조직을 말한다. 그리고 수난구호협력기관이라 함은 수난구호를 위하여 협력할 수 있는 국가기관·지방자치단체 및 기타 공공단체를 말한다(제2조).

이 법에서 위험방지에 관한 규정을 살펴보면, 국가 및 지방자치단체는 자연적·인위적 원인으로 발생하는 수난으로부터 사람의 생명과 신체 및 재산을 보호하고 효율적인 수난구호를 위하여 필요한 시책강구에 관한 규정(제4조), 해양경찰서장 및 소방서장의 수난구호를 위한 응급조치에 관한 규정(제7조), 중앙구조조정본부등의 설치(제8조), 구조된 사람의 보호 등(제21조)에 관한 규정 등이 있다.

4. 자연재해대책

태풍·홍수 등 자연현상으로 인한 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산과 주요기간시설을 보호하기 위하여 자연재해의 예방·복구 그 밖의 대책에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위하여 자연재해대책법이 제정되어 있다.

동법 3조에서는 국가의 책무를 제4조에서는 국민의 책무를 명시하고 제6조에서는 재해대책에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 재해대책위원회를 두고 제7조, 제8조에 재해응급대책의 총괄조정과 재해예방·재해복구 등에 관한 필요한 조치를 하기 위하여 행정자치부에 중앙재해대책본부를, 시·도 및 시·군·구에 각각 시·도 재해대책본부를 운영하도록 하고 있다. 또한 동법 제31조는 재해에 영향을 미칠 대규모 개발사업을 하고자 하는 자는 재해영향평가를 작성하여 재해경감대책을

시행토록 하는 재해영향평가제를 규정하고 있다.

5. 재해구호

재해가 발생하였을 때에 피해자에 대한 구호를 실시함으로써 피해자의 보호와 생활안정에 기여함을 목적으로 재해구호법이 제정되어 있다.

재해구호법에 의한 구호는 자연재해대책법 제2조 제1호의 규정에 의한 재해로 인하여 피해를 입은 자(이재민)를 대상으로 한다(법 제2조). 재해구조는 이재민의 거주지를 관할하는 특별시장·광역시장·도지사 및 시장·군수·구청장이 행한다(제3조 1항). 또한 구호기관의 재해구호활동을 지원하기 위하여 소방방재청에 재해구호본부를 둔다(제3조 3항).

재해구호의 종류와 방법으로 ① 임시주거시설의 제공, ② 급식 또는 식품·의류·침구 그 밖의 생활필수품의 제공, ③ 의료서비스의 제공, ④ 전염병예방 및 방역활동, ⑤ 위생지도, ⑥ 장사의 지원, ⑦ 그 밖에 소방방재청장이 정하는 사항이 있고(제4조 1항), 구호기관은 필요하다고 인정하는 경우에는 이재민에게 현금을 지급하여 구호할 수 있다(제4조 2항).

6. 재난관리

각종 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 국가 및 지방자치단체의 재난 및 안전관리체제를 확립하고, 재난의 예방·대비·대응·복구 그 밖에 재난 및 안전관리에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위해 재난및안전관리기본법이 제정되어 있다.

이 법에서 위험방지에 관한 규정으로는 시장·군수·구청장과 지역통제단장은 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 사람의 생명 또는 신체에 대한 위해를 방지하기 위하여 필요한 때에는 당해 지역안의 주민이나 당해 지역 안에 있는 자에게 대피할 것을 명할 수 있고 대피명령을 받은 자는 즉시 이에 응하여야 한다(제40조 대피명령). 그리고 시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 대피명령을 받은 자 또는 위험구역에서의 퇴거나 대피명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니하여 위급하다고 판단되는 때에는 당해 지역 또는 위험구역안의 주민이나 당해 지역

또는 위험구역 안에 있는 자를 강제 대피시키거나 강제 퇴거시킬 수 있다(제42조 강제대피조치). 또한 시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 응급조치의 실시에 필요한 물자를 긴급히 수송하거나 진화·구조 등을 위하여 필요한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 경찰관서의 장에게 도로의 구간을 지정하여 당해 긴급수송 등을 행하는 차량외의 차량의 통행을 금지하거나 제한하도록 요청할 수 있으며 요청을 받은 경찰관서의 장은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다(제43조 통행제한 등).

Ⅲ. 교통관계 분야

현대사회에서 날로 복잡해지는 교통문제를 적절히 관리한다는 것은 경찰작용의 핵심적인 과제 중에 하나이다. 교통문제는 도로교통, 해상교통, 항공교통 등 전방위적으로 이루어지고 교통의 혼잡으로 인한 인명과 재산의 피해는 공공의 안녕과 질서의 유지에 커다란 위해요인으로 등장하고 있다. 현행법상 교통과 관련되는 법체계로는 도로교통, 철도·궤도, 해상교통, 항공교통 등으로 구성되어 있으나 이하에서는 도로, 해상, 항공교통을 중심으로 언급하기로 한다.

1. 도로교통

도로상에 있는 사람이나 물건의 안전, 유연한 교통소통을 목적으로 하는 경찰작용은 도로교통법이 일반법으로서 규율하고 있다. 동법은 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함을 목적으로 하는 법률이다. 도로상에서 발생하는 각종 교통수단으로 인한 재난에 적용되는 법률로서 위험방지의 범주에 포섭되는 내용들을 살펴보면 혼잡완화를 위한 조치(제7조)⁸⁴⁾, 긴급자동차의 우선(제25조), 긴급자동차의 특례(제26조), 무면허운전금지 등 운전자의 의무(제40조), 주취중운전금지(제41조), 경찰공무원의 위험방지 조치(제43조), 사고발생시의 조치방해의 금지(제51조), 경찰서장의 위법공작물에 대한 조치

84) 도로교통법 제7조에서 “경찰공무원은 보행자나 차마의 통행이 밀리어서 교통상의 혼잡이 뚜렷하게 염려되는 때에는 그 혼잡을 덜기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다”고 규정하여 도로교통법상 경찰공무원이 도로교통상의 위험방지를 위한 경찰권 행사에 있어서 일반적 수권조항이라 할 수 있다.

(제66조), 운전면허제(제68조), 교통안전계몽과 교통상의 위험과 장애를 예방하기 위한 도로교통안전관리공단의 설립(제83조) 등에 관한 규정 등이 있다.

그 밖에 자동차관리법에서는 차량의 기술안전상 위험방지 등을 위하여 자동차의 등록제(제4조)·개선명령(제23조)·자동차의 안전기준 및 형식승인제도(제29조) 등을 규정하고 있고 도로법에서는 누구든지 정당한 사유 없이 도로를 손괴하는 행위, 도로에 토석, 죽목, 기타의 장애물을 적치하는 행위, 기타 도로의 구조 또는 교통에 지장을 끼치는 행위에 관한 금지조항(제47조), 관리청은 재해로 인한 도로의 구조 또는 교통에 대한 위험을 방지하기 위하여 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 그 도로의 부근에 거주하는 자에게 노무의 제공을 요청하거나 재해현장에서 필요로 하는 토지, 가옥, 기타의 공작물을 일시사용하며 장애물을 변경 또는 제거하거나 토석, 죽목, 운반기구 기타의 물건(공작물을 제외)을 사용 또는 수용할 수 있다는 조항(제49조), 정당한 사유 없이 도로(고속국도를 제외)를 손괴 하여 도로의 효용을 해하게 하거나 교통의 위험을 발생하게 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다는 규정(제81조)등이 있다.

2. 해상교통

해상질서를 위해 선박법은 등기와 등록제(제8조) 등을 규정하고 있고, 선박안전법은 인명과 재화의 안전보장에 필요한 시설을 함으로서 해상에 있어서의 위험을 방지하기 위해 선박검사제(제5조)·제조검사제(제6조) 등을 규정하고 있으며, 선박의 구난을 하고자 하는 자는 해양경찰서장으로부터 자격증을 교부받아야 하며 해양경찰서장은 선박의 구난에 관한 자격증을 교부받은 자가 대통령령이 정하는 구난에 필요한 시설 등의 기준에 미달하여 작업을 수행할 능력이 없다고 인정된 때, 해양을 오염시키거나 선박의 안전운항에 지장을 초래한 때, 인양물을 부당하게 처분한 때, 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때에는 그 자격을 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 자격정지를 명할 수 있다(제16조의 3)고 규정하고 있다. 또한 개항에서의 선박사고 등에 대비한 개항질서법에 포함된 위험방지 규정으로는 개항의 항계안에 입항 또는 출항하는 선박은 대통령령이 정하는 바에 의하여 관할 지방해양수산청장에게 신고하여야 한다. 다만, 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태하나 국가안전보장상 필요한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 지방

해양수산청장의 허가를 받아야 한다(제5조 입·출항의 신고)는 규정과 지방해양수산청장은 개항의 효율적인 운영을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 개항의 항계안에 있는 선박에 대하여 항계안이나 항계밖의 다른 장소로의 이동을 명하거나 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태하나 국가안전보장상 필요한 경우에는 다른 개항으로의 이동을 명할 수 있다(제9조 이동명령)는 규정 등이 있다.

3. 항공교통

항공기운항의 안전 등을 위하여 제정된 항공법에서 위험방지의 성격을 갖는 규정으로는 소유자 등은 건설교통부령이 정하는 바에 따라 사고예방 및 사고조사에 필요한 장치를 항공기에 갖추어야 한다는 규정(제42조의2), 기장은 항공기 또는 여객에 위난이 생긴 때 또는 위난이 생길 우려가 있다고 인정되는 때에는 항공기안에 있는 여객에 대하여 피난방법 기타 안전에 필요한 사항을 명할 수 있고 항행중 그 항공기에 위난이 생긴 때에는 여객의 구조, 지상 또는 수상에 있는 사람이나 물건에 대한 위난의 방지에 필요한 수단을 강구하여야 하며, 여객 기타 항공기안에 있는 자를 당해 항공기로부터 떠나게 한 후가 아니면 항공기를 떠나서는 아니 된다는 규정(제50조), 사고 외에 항공기의 안전을 저해하거나 저해할 우려가 있는 경우로서 이러한 상태를 발생시킨 자는 그 발생일 부터 10일 이내에 건설교통부령이 정하는 바에 따라 건설교통부장관에게 그 사실을 보고하여야 한다는 규정(제50조의2), 비행장의 중요한 시설 또는 항행안전시설을 손괴하거나 이들의 기능을 저해할 우려가 있는 행위를 하여서는 아니 되고 비행장안에서 항공기를 향하여 물건을 던지거나 기타 항공의 위험을 일으킬 우려가 있는 행위를 하여서는 아니 된다는 규정 등이 있다(제85조)

그 밖에 항공기안전및보안에관한법률에서는 항공기에 탑승하는 자는 신체, 휴대물품 및 위탁수하물에 대한 보안검색을 받아야 한다는 규정(제15조), 항공기에서 내린 통과 또는 환승 승객 및 휴대물품에 대하여 보안검색을 실시하여야 한다는 규정(제17조) 등이 있다.

IV. 환경관계 분야

인간과 환경을 위협으로부터 보호하기 위한 경찰작용⁸⁵⁾은 ① Immission 으로부터의 보호(예:소음·냄새 공기오염·진동·빛·열·온도 등으로부터 보호), ② 핵에너지원으로부터의 보호, ③ 물로부터의 보호·물의 보호, ④ 쓰레기제거, ⑤ 산림·조수 등의 보호가 문제된다. 이하에서는 ②와 ⑤의 경우만 보기로 한다.

1. 핵에너지원으로부터의 보호

핵에너지는 현대사회의 중요한 전력생산의 원동력이며 각종 산업, 군사 등의 분야에서 많이 이용되고 있다. 그러나 핵에너지는 큰 위험성을 내포하고 있으며 사고가 발생하게 되면 방사능 유출로 인한 그 피해의 규모와 복구 기간이 매우 오래 걸린다. 이에 따라 원자력법은 원자력의 연구개발·생산·이용 등 이른바 원자력이 용과 이에 따른 안전관리에 관한 사항을 규정하여 방사능에 의한 재해의 방지와 공공의 안전을 도모함을 목적으로 제정된 법률로서 위험방지의 규정이 많이 내포하고 있다. 이러한 규정들을 살펴보면 발전용 원자로 및 관계시설을 건설하고자 하는 자는 과학기술부장관의 허가를 받아야 하며(제11조), 발전용 원자로 등의 위치·구조 및 설비가 방사성 물질 등에 의한 인체·물체 및 공공의 위해방지에 지장이 없어야 하고(제12조), 핵연료주기사업자가 그 시설을 운영할 때에는 공공의 안전을 위하여 안전조치를 하여야 한다(제53조). 또한 원자력관계사업자는 지진·화재 기타의 재해에 의하여 원자력이용시설이나 방사성 물질 등에 위험이 발생하거나 발생할 우려가 있을 때나 고장 등이 발생할 때에는 안전조치를 하고 그 사실을 지체없이 과학기술부장관에게 보고하여야 한다(제98조)라는 규정 등이 있다.

2. 산림의 보호

산림자원의 보호·육성과 산림의 공익기능의 증진 등을 목적으로 하는 산림법은

85) 환경에 대한 오염은 공공의 안녕과 질서에 대한 심각한 위협을 발생시키고 사람의 생명과 신체에 대한 직접적인 침해를 유발하는 것이므로 환경경찰 역시 넓은 의미의 경찰작용에 해당한다. 다만 현행법상 환경경찰작용은 앞에서 서술한 보건경찰작용 등처럼 조직법상 경찰관청의 관할이 아니며 환경부나 지방자치단체의 권한에 속한다.

산림경찰상의 안전을 위해 임산물의 사용제한(제54조 1항), 보안림의 지정(제56조), 임목벌채 등의 허가과 신고제(제90조), 채석허가제(제90조의 2)⁸⁶⁾, 입산통제구역 등의 지정(제97조), 입산신고제(제98조), 산불예방 등을 위한 금지행위(제100조의 2), 산불예방·진화 등의 조치(제102조의 2) 등을 규정하고 있다.

3. 조수의 보호

수렵으로 인한 국민의 생명·신체와 재산에 대한 위협의 발생을 미리 방지하기 위하여 조수보호및수렵에관한법률은 수렵면허제(제7조)·수렵장(제13조)·수렵구(제16조)·일정한 경우에 총기 사용수렵 금지(제18조)·위험한 방법에 의한 포획금지(제20조) 등을 규정하고 있다.

V. 건축관계 분야

건축이나 건설행위는 건축주와 인근 주민 간에 법적 분쟁의 여지가 많고 위험한 시설의 설치 등으로 인하여 공공의 안녕과 질서에 위해를 발생 시킬 가능성이 크다. 따라서 건축과 건설행위로 인하여 발생할 수 있는 위험을 예방하기 위하여 경찰권 행사의 불가피성이 인정된다.⁸⁷⁾ 이에 따라 건축법은 건축행위를 하려는 자는 시장·군수·구청장 또는 특별시장·광역시장의 허가나 신고를 요구하고 있다(제8조). 또한 건축법은 건축행위로 인한 인근 주민의 권리를 보호하고 도시의 무질서한 건축행위의 규제를 통하여 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 건폐율의 제한(제47조), 용적율의 제한(제48조), 건축물의 높이 제한(제51조) 등을 규정하고 있다. 이러한 건축법상의 제규정이 준수되지 않는 경우에는 당해 허가 또는 승인을 취소하거나 건축주 등에 대하여 그 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여

86) 산림 내에서의 토석채취는 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위이므로 법령이 규정하는 토석채취의 제한지역에 해당하는 경우는 물론이거니와 그러한 제한지역에 해당하지 않더라도 허가관청은 토석채취허가신청 대상 토지의 현상과 위치 및 그 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 그 허가를 거부할 수 있다(대법원 1994.8.12, 94누5489).

87) 건축과 시설물의 안전을 보장하기 위한 국가작용도 넓은 의미의 경찰작용에 포함되는 것이 원칙이다. 그러나 이 역시 조직법상으로는 경찰행정관청의 관할이 아니라 건설교통부와 지방자치단체의 장의 권한으로 이양되었다.

그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한 기타 필요한 조치를 명할 수 있다(제69조). 그 밖에도 건축법에서는 건축물의 사용승인(제18조), 공사현장의 위해방지(제24조), 건축지도원(제28조) 등 여러 조항을 두고 있다.

VI. 영업관계 분야

영업상 경찰작용에 관해서는 여러 종류의 법률이 있다. 물론 이러한 법률들은 위험방지를 능가하는 경제의 질서와 지도기능도 가진다. 그리고 이러한 법률들이 예상하고 있는 위험에는 ① 시설위험(예:유류판매업의 경우에 유류판매시설에 따르는 위험), ② 사람위험(예:의약품판매업의 경우에 무자격판매자로 인한 위험), ③ 영업행위의 위험(예:장물매매)의 세 가지로 나눌 수 있다. 이 세 가지가 언제나 반드시 명확하게 구분되는 것은 아닐 것이다.

어느 유형의 위험의 방지를 위한 것이든 그 수단으로는 대체로 ① 영업신고(신고의무), ② 영업허가와 영업허가취소(허가나 승인을 요하게 하는 것은 사인에 대해 위험한 것으로 판단되기 때문이다. 예: 개인병원·오락장·전당포 등), ③ 폐쇄처분 등이 있다. 이하에서는 몇몇 경우를 살펴보기로 한다.

1. 직업소개사업

직업안정법은 직업의 소개사업과 관련하여 경찰상의 제한을 가하고 있는바, 무료직업소개사업의 신고제(동법 제18조)와 유료직업소개사업의 등록제(동법 제19조)를 규정하고 있고, 허가 없는 근로자공급사업도 인정하지 아니한다(제33조). 또한 그 밖에도 18세미만의 자에 대한 직업소개 제한제(21조의3), 폐쇄조치(제37조), 보고 및 검사(제41조) 등이 있다.

2. 식품접객업

식품위생법은 식품으로 인한 위생상의 위해를 방지하기 위하여 부패식품의 판매금지(제4조), 영업의 허가제·신고제(제22조), 종사자의 건강진단(제26조), 종사자의 위생교육(제27조), 영업시간(예:심야영업금지)이나 영업행위에 관한 필요한 제한과

영업자의 준수사항(제30조·제31조 예:청소년의 출입금지·청소년에게 주류판매금지 등) 등에 관해 규정하고 있다. 이 밖에도 조리사 및 영양사의 면허제가 규정되고 있다(제36조·제37조).

Ⅶ. 위험물 등 관리관계 분야

위험물 등 관리관계분야에서 위험방지를 위한 관계 법률로는 총포·도검·화약류등단속법, 옥외광고물등관리법, 유해화학물질관리법, 폐기물관리법 등이 있다.

1. 총포·도검·화약류 등 단속

무기 및 폭발물을 소지하거나 사용하는 사람은 공공의 안녕이나 질서에 직접적인 위험을 발생시킬 가능성이 크므로 경찰관서는 이들의 제조·판매·소지·사용을 규제할 필요가 있다.

이러한 무기나 화학류의 제조 및 사용 등에 대한 규제를 위하여 총포·도검·화약류등단속법이 적용된다. 총포·도검·화약류등단속법은 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 제조·거래·소지·사용 그 밖의 취급에 관한 사항을 규제하여 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁으로 인한 위험을 미리 방지함으로써 공공의 안전을 유지하는데 이바지함을 목적으로 하는 법률이다. 이 법률에서 위험방지에 해당되는 규정들로서는 제조업자의 결격사유(제5조), 행상과 옥외판매금지(제8조), 경찰청장 또는 지방경찰청장은 공공의 안전유지를 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁의 수출 또는 수입을 제한하거나 허가하지 아니할 수 있다는 규정(제9조)등이 있고, 제10조 소지의 금지, 제11조(모의총포의 제조·판매·소지의 금지), 제12조(총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁소지자의 결격사유등), 제18조 화약류를 발파 또는 연소시키려는 사람은 행정자치부령이 정하는 바에 의하여 화약류의 사용지를 관할하는 경찰서장의 화약류의 사용허가를 받아야 한다는 규정, 제19조 총포, 화약류등의 취급의 금지대상, 제20조 화약류의 폐기자의 관할하는 경찰서장에게 신고, 제20조 화약류의 폐기자의 관할하는 경찰서장에게 신고, 제22조 총포(엽총 및 공기총에 한한다)·분사기·전자충격기·석궁의 소지허가를 받고자 하는 사람과 제28조의 규

정에 의한 화약류제조보안책임자 또는 화약류관리보안책임자의 면허를 받고자 하는 사람은 그 허가 또는 면허를 받기 전에 허가 또는 면허를 하는 지방경찰청장 또는 경찰서장이 실시하는 교육에 관한 규정, 제23조 발견·습득의 신고 등, 제24조 화약류의 저장은 화약류저장소에 하여야 하며, 대통령령이 정하는 저장방법·저장량 그 밖의 재해예방에 필요한 기술상의 기준에 따라야 한다는 규정, 제25조 화약류저장소설치허가, 제26조 화약류의 운반, 제27조 화약류제조보안책임자 및 화약류관리보안책임자의 선임, 제28조 화약류제조보안책임자 및 화약류관리보안책임자의 면허, 제29조 화약류제조보안책임자 및 화약류관리보안책임자의 결격사유, 제30조 화약류관리보안책임자면허를 받은 사람이 화약류를 취급함에 있어 고의 또는 중대한 과실로 폭발 등의 사고를 일으키어 사람을 죽거나 다치게 한 때 등의 경우 면허의 취소·정지, 제32조 경찰청장 또는 지방경찰청장은 재해의 예방상 필요하다고 인정되는 때에는 화약류의 소유자등에게 안정도 실험을 실시하도록 명할 수 있다는 규정, 제33조 남은 화약류에 대한 조치, 제35조 도난·분실시 경찰서에 신고, 제36조 화약류의 안정도에 이상이 있거나 화약류저장소의 인근에서 화재 그 밖의 위험상태가 발생하여 긴급을 요할 때에는 화약류의 소유자·관리자 또는 화약류저장소설치자의 응급조치와 경찰관서에 신고, 제37조 화기취급 및 흡연의 금지, 제38조 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁의 제조업자는 행정자치부령이 정하는 기준에 따라 위해예방규정을 정하여 지방경찰청장의 승인, 제39조 총포·화약류등제조업자의 자체안전교육, 제40조 자체안전점검, 제44조 허가관청은 재해의 예방 또는 공공의 안전유지를 위하여 필요하다고 인정되는 때 화약류사용장소 그 밖의 필요한 장소를 출입·검사 등, 제45조 제조업자등에 대한 행정처분, 제47조 허가관청은 재해의 예방 또는 공공의 안전유지를 위하여 허가의 취소, 사용금지 안전운반을 위한 명령, 시설의 안전·방호를 위한 명령등 공공의 안전을 위한 조치, 제48조 총포·화약안전기술협회의 설립 등이 규정들이 위험방지에 해당한다고 본다.

2. 옥외광고물 등 관리

옥외광고물등관리법은 옥외광고물의 표시장소·표시방법과 게시시설의 설치·유지 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 미관풍치와 미풍양속을 유지하고 공중에 대한 위험을 방지함을 목적으로 하는 법률이다. 이 법률에서 위험방지에 해당

하는 규정들을 선별해보면, 제4조 공중에 대한 위험의 방지를 위한 광고물 등의 금지 또는 제한, 제5조 도로교통의 안전을 저해할 우려가 있는 광고물 등의 금지, 제10조 공중에 대한 위해방지를 위하여 긴급을 요한다고 인정되는 때에는 그 광고물 등의 제거 조치, 제19조 벌칙에 관한 규정 등이 방재행정법에 해당한다고 본다.

3. 유해화학물질관리

유해화학물질이라 함은 유독물·관찰물질 기타 사람이 건강 또는 환경에 유해한 화학물질을 말한다. 이러한 유해화학물질의 관리에 관한 법률인 유해화학물질관리법은 화학물질로 인한 국민건강 및 환경상의 위험을 예방하고 유해화학물질을 적정하게 관리함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있게 함을 목적으로 하는 법률이다. 이 법은 원자력법에 의한 방사성 물질, 약사법에 의한 의약품·의약부외품 및 화장품, 약사법에 의한 의약품·의약외품, 및 화장품, 마약법에 의한 마약, 마약류관리에 관한 법률에 의한 마약 및 향정신성의약품, 향정신성의약품관리법에 의한 향정신성 의약품, 총포·도검·화약류등단속법에 의한 화약류, 고압가스안전관리법에 의한 독성가스등에 해당하는 화학물질에 대하여는 이를 적용하지 아니한다(제3조).

이 법률에서 위험방지에 해당하는 조항들을 선별해보면, 제4조 위해를 예방하기 위한 국가의 책무, 제4조의2 환경부장관의 유해화학물질관리기본계획과 위해예방을 위한 유해화학물질대책위원회설치, 제6조 유해화학물질을 제조·수입, 판매, 운반 등 영업자의 책무, 제8조 환경부장관이유해성심사, 제11조 사람이 건강이나 환경에 심각한 위해를 미칠 우려가 있다고 인정되는 화학물질의 제조 금지 등, 제14조 위해를 예방하기 위하여 필요한 때에 화학물질이 유통 및 배출량 조사, 제18조 환경부장관은 유독물영업자가 고의 또는 중대한 과실로 유독물로 인한 사고가 발생한 경우 등의 경우에는 그 등록을 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있는 규정, 제33조 유독물영업자 및 취급제한유독물영업자는 그 유독물을 관리 또는 사용함에 있어서 자체방제계획의 수립, 제35조 환각물질의 흡입 등의 금지, 제36조 유독물영업자 및 취급제한유독물영업자는 유독물관리자에 대하여 환경부령이 정하는 바에 의하여 환경부장관이 실시하는 교육을 받게 할 의무 등의 규정들이 위험방지에 해당된다고 본다.

4. 폐기물관리

폐기물관리법은 폐기물을 적정하게 처리하여 자연환경 및 생활환경을 청결히 함으로써 환경보전과 국민생활의 질적 향상에 이바지함을 목적으로 하는 법률이다. 이 법률에서 위험방지에 해당하는 규정들을 선별해 보면, 제3조 적용범위, 제4조 국가 및 지방자치단체의 폐기물처리시설을 설치·운영하여야 하며, 처리방법의 개선, 사업자의 청소의식 함양과 폐기물발생억제를 위하여 노력할 책무, 제5조 폐기물의 광역관리, 제40조 폐기물처리담당자등에 대한 교육, 제48조 폐기물처리시설의 사후관리이행보증금, 제49조 사후관리이행보증금의 사전적립, 제50조 사용종료 또는 폐쇄후 토지이용제한 등, 제61조·제62조 벌칙에 관한 조항 등이 위험방지에 해당된다고 본다.

VIII. 집회 및 시위관계 분야

헌법 제21조는 집회의 자유를 보장한다. 따라서 공개적인 집회의 개최와 시위는 국민의 기본권의 하나이다. 그러나 이로부터 발생할 수 있는 위험으로부터⁸⁸⁾ 국민의 생명과 재산을 보호하기 위하여 경찰권 행사의 요건과 절차를 규정한 법적 근거가 요구 되는데 이를 집회및시위에관한법률에서 상세히 규정하고 있다. 여기서 집회란 공동의 임무를 논하거나 어떠한 입장을 알리거나 하는 공동의 목적을 가진 다수인의 모임으로 이해된다. 또한 시위란 집회의 한 특별한 형태로서 노천에서 이루어지는 이동하는 집회를 의미한다. 집회의 공개성은 누구든지 그 집회에 참여할 수 있는가에 따라 정해진다. 이하에서 현행 집회및시위에관한법률에서 규정하고 있는 위험방지를 위한 경찰권 행사를 보기로 한다. 결국 집회의 자유도 무제한의 것은 아니다.⁸⁹⁾

88) 특정한 정치·사회적 목적을 달성하기 위하여 다중이 집합하는 집회의 경우 혼잡으로 인하여 도로교통상의 장애나 위험한 사고가 발생할 가능성이 크다. 더욱이 시위는 다수인이 공동목적 가지고 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위이므로 공공의 안녕과 질서에 직접적인 위험을 발생시킬 가능성이 매우 크다. 따라서 집회 및 시위가 공공의 안녕과 질서에 대한 위험을 예방 또는 발생한 장애를 제거하기 위하여 경찰권 행사가 불가피한 경우가 있다(김성수, 전계서, 485면).

89) 헌법이 보장하는 집회의 자유도 스스로 한계가 있어 무제한의 자유가 아닌 것이므로 집

1. 경찰관의 출입

경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 통보하고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복을 착용하고 출입할 수 있다. 다만 옥내집회장소에서의 출입은 직무집행에 있어서의 긴급성이 있는 경우에 한한다(제17조 1항). 그리고 집회나 시위의 주최자·질서유지인 또는 장소관리자는 질서를 유지하기 위한 경찰관의 직무집행에 협조하여야 한다(제17조 2항).

2. 옥외집회 및 시위의 신고 등

집회 및 시위가 특히 옥외에서 이루어지는 경우에 공공의 안녕과 질서에 위험을 발생시킬 우려가 큰 것이므로 옥외에서 이루어지는 집회 및 시위는 신고의 대상으로 하고 있다.

즉 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시(소요시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다)·연락책임자·질서유지인의 주소·성명·직업·연락처, 참가예정단체 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 2 이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 2 이상의 지방경찰청의 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다. 그리하여 신고서를 접수한 때에는 관할 경찰서장 또는 지방경찰청장은 접수일시를 기재한 접수증을 즉시 신고자에게 교부하여야 한다(제6조 1항, 2항).⁹⁰⁾

회 및 시위를 보호함과 아울러 공공의 안녕과 질서를 유지함을 목적으로 제정된 집회 및 시위에 관한 법률을 위헌이라 할 수 없다(대법원 1987. 7. 21, 87도1081).

90) 그런데 문제가 되는 것은 옥외에서 이루어지는 집회이기는 하지만 사전에 이를 주최하는 자도 없고 장소도 정해지지 않는 이른바 자발적·우발적 옥외집회가 문제이다. 자발적·우발적 옥외집회의 경우에도 신고의 의무가 있으며 이를 위반하여 집회 및 시위에 참여하는 자는 처벌의 대상이 되는지 여부는 자발적·우발적 옥외집회 및 시위로 인하여 공공의 안녕과 질서에 중대한 위해를 야기하지 않는 경우에는 사전에 이를 주최할 자나 일시 및 장소가 정해질 수 없는 것이므로 신고의무위반을 이유로 하여 처벌할 수 없다고 보아야 한다(Schenke, S.223).

3. 집회 또는 시위의 해산

관할경찰서장은 ① 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위와 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위(제5조 1항),⁹¹⁾ ② 일출시간 전 또는 일몰시간 후의 옥외집회 또는 시위(제10조), ③ 금지된 장소에서 이루어지는 옥외집회 또는 시위(제11조) 등에 대하여는 상당한 시간 이내에 자진 해산할 것을 요청하고 이에 응하지 아니할 때에는 해산을 명할 수 있다(제18조 1항).⁹²⁾

4. 노동쟁의의 경우

근로조건향상을 위한 노동쟁의는 공적 안전과 질서를 교란하지 않고 형법상 보호되는 이익을 침해하는 것이 아닌 한 사회적 상당성이 있으며 또한 헌법상 보호된다.⁹³⁾ 그러나 사회적 상당성을 결한 시위의 경우, 공적 안전과 질서를 위한 경찰의 개입이 문제된다.

91) 시위가 참가인원이 40여 명에 불과하고, 그 장소가 하천부지로서 교통소통이나 일반인의 생활에 아무런 지장을 주지 않는 곳이며, 또한 시위 당시의 구호나 노래의 내용 등에 과격한 면이 보이지 않고 달리 다중의 위력을 통한 폭행이나 협박이 없었던 점에 비추어, 집회및시위에관한법률 제5조 제1항 제2호 소정의 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 시위에 해당하지 아니한다(대법원 1991. 11. 21, 91도2440).

92) 집회및시위에관한법률 제10조, 제18조, 제21조, 같은 법 시행령 제9조의 2의 각 규정에 의하면 집회신고시간을 넘어 일몰시간 후에 집회 및 시위를 한 경우에는 관할경찰서장 또는 관할경찰관서장으로부터 권한을 부여받은 경찰관은 참가자들에 대하여 상당한 시간 내에 자진해산할 것을 요청한 다음, 그 자진해산요청에도 응하지 아니할 경우 자진해산할 것을 명령할 수 있다고 할 것이며, 여기서 해산명령 이전에 자진해산할 것을 요청하도록 한 입법 취지에 비추어 볼 때, 반드시 ‘자진해산’이라는 용어를 사용하여 요청할 필요는 없고, 그 때 해산을 요청하는 언행 중에 스스로 해산하도록 청하는 취지가 포함되어 있으면 된다(대법원 2000. 11. 24, 2000도2172).

93) 전보된 노조원의 원직 복귀를 요구하였으나 거절당하고 그 과정에서 노조원이 폭행을 당하였음을 구실로 노조 간부 및 노조원 80여명과 농성에 돌입한 후 병원 복도를 점거하여 철야농성하면서 노래와 구호를 부르고 병원직원들의 업무 수행을 방해하고, 출입을 통제하거나 병원장을 방에서 나오지 못하게 한 행위는 다중의 위력을 앞세워 근무 중인 병원 직원들의 업무를 적극적으로 방해한 것으로서 노동조합활동의 정당성의 범위를 벗어난 것이다(대법원 1992. 4. 10, 91도 3044).

(1) 개입가능한 경우

① 다중이 형법의 적용을 받는 물리력을 행사하거나 가택을 침입하거나, 건물에 대한 위법한 파괴행위가 이루어지거나 하는 경우에는 경찰은 공적 안전과 질서유지를 위해 개입하여야 한다(의무적 개입).⁹⁴⁾

② 단순한 질서문란 정도의 경우에는 경찰의 개입이 필수적이라고는 할 수는 없고 단지 재량에 따른 선택적인 것이 된다. 따라서 경찰은 비례원칙에 따라 개입을 거부할 수도 있다(재량적 개입).

③ 공적 안전이나 질서를 파괴하는 시위대에 대해 경찰이 경찰력부족 등으로 적절한 처분을 행할 수 없을 때, 그 사유가 해소될 때까지 교란자가 아닌 따라서 경찰의무가 없는 자에게도 처분을 행할 수 있어야 할 것이다. 당연히 이 경우는 경찰상 긴급상태의 요건이 구비되어야 한다. 물론 이 경우의 처분은 위협제거에 필요한 수단을 강구하지 못하고 있는 동안에만 이루어질 수 있다. 따라서 경찰상 긴급상태의 경우에 비교란자에 대한 경찰의 처분은 일시적인 것이어야 하며 그것도 예방적인 것이어야 한다.

(2) 경찰의 중립성과 불법행위

노동쟁의에 있어서 국가, 그리고 경찰은 중립의무가 있다. 그러나 그 중립의무가 공적 안전이나 질서를 파괴하는 경우까지 인정될 수 없다. 요컨대 적법한 노동쟁의에서만 중립의무가 있다고 볼 때, 경찰은 불법행위에 대한 개입을 거부하기 위해 경찰의 중립성을 주장할 수는 없다.

(3) 과도한 도로이용

다중의 시위자의 집회, 시가행진 등으로 인한 과도한 도로이용, 도로침해가 있는

94) 고추값 폭락으로 인한 생존대책을 강구하여 달라는 농민들의 요구가 정당하더라도 이를 관철한다는 명목으로 경운기를 동원, 철도 건널목을 점거하여 열차의 운행을 막고, 철길에서 물러날 것을 요구하는 경찰관들에게 돌을 던져 상해를 입히는 등의 시위행위는 그 수단이나 방법에 있어서 상당성이 있다고 할 수 없으므로 정당행위로 인정되지 않는다(대법원 1989. 12. 26, 89도1512).

경우에는 도로교통법, 집회및시위에관한법률의 적용이 있게 된다.

1) 도로관계법

① 과도한 도로이용, 즉 통상이용 이상의 도로이용이 요구되는 집회에는 제한이 가해질 수 있다(집회및시위에관한법률 제12조), 통상 이상의 도로이용이란 교통에 제공된 도로이용이 교통에 참여하는 자나 참여차량의 수나 행동으로 인해 제한을 받는 경우를 말한다. 이러한 경우는 도로상 대규모 시위·파업 등의 경우에 볼 수 있다.

② 교통의 침해, 즉 시위대가 도로에 눕거나 앉거나 또는 서 있는 경우에도 문제가 있다. 이러한 것은 교통에 참여하는 자가 그로 인해 교통상 위험에 놓이게 되기 때문에 허가사항이 아니라 금기사항이다(도로교통법 제63조 3항 2호).

2) 집회및시위에관한법률

옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적·일시·장소… 참가예정인 원·시위방법(진로 및 약도 포함) 등을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 48시간 전에 관할경찰서장에게 제출하여야 한다.⁹⁵⁾ 다만 둘 이상의 지방경찰청 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다(제6조 제1항). 신고서를 접수한 경찰서장은 신고된 옥외집회 또는 시위가 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우 등 일정한 경우에는 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회 또는 시위의 금지를 주최자에게 통고할 수 있다(제8조 제2항). 금지통고는 그 이유를 명시한 서면으로 하되 주최자 또는 연락책임자에

95) 구 집회및시위에관한법률(1999. 5. 24. 법률 제5985호로 개정되기 전의 것)하에서는 옥외집회 또는 시위가 그 신고사항에 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다고 하더라도 그 신고내용과 동일성이 유지되어 있는 한 신고를 하지 아니한 것이라고 볼 수는 없으므로, 관할 경찰서장으로서서는 단순히 신고사항에 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다는 이유만으로 곧바로 당해 옥외집회 또는 시위 자체를 해산하거나 저지하여서는 아니 될 것이고, 옥외집회 또는 시위 당시의 구체적인 상황에 비추어 볼 때 옥외집회 또는 시위의 신고사항 미비점이나 신고범위 일탈로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위협이 초래된 경우에 비로소 그 위협의 방지·제거에 적합한 제한조치를 취할 수 있되, 그 조치는 법령에 의하여 허용되는 범위 내에서 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것이다(대법원 2001. 10. 9, 98다 20929).

게 송달하여야 한다(제8조 제3항).⁹⁶⁾

5. 경찰법규정과 집회및시위에 관한법률

일반경찰법규정이나 특별경찰법규정(예:소방경찰·건축경찰·보건경찰상의 규정 등)은 집회를 대상으로 하는 것이 아닌한, 그리고 비록 그러한 규정들 때문에 집회의 개최가 간접적으로 방해를 받는다고 해도 집회및시위에 관한법률에 의거하여 그 적용이 배제되는 것은 아니다.

IX. 외국인 관계분야

외국인에 의해 야기될 수도 있는 국가의 안전과 질서에 대한 위협을 예방하거나 제거하기 위하여 출입국관리법은 입국사증(제7조), 입국심사(제12조), 승무원의 상륙허가(제14조), 외국인의 활동 범위와 중지명령 등(제17조·제22조), 일정한 외국인에 대한 지문찍기(제38조), 외국인 등록(제31조), 강제퇴거(제46조), 보호(제51조), 출국명령(제68조), 출입국의 정지(제71조), 승선허가(제72조) 등 여러 규정을 두고 있다.⁹⁷⁾

96) 집회 또는 시위의 금지통고는 그 이유를 명시하여 일정 서식의 서면으로 하여야 한다는 집회및시위에관한법률 제8조 제3항, 같은 법 시행규칙 제4조 제1항의 규정은 금지통고권자인 관할 경찰서장이 한 금지통고의 존재와 내용 및 근거를 객관적으로 뚜렷이 함과 아울러 이에 대한 이의신청 등 사후의 권리구제절차에 만전을 기하고자 함에 그 근본취지가 있고, 이에 비추어 보면 경찰서장이 경고장과 집회금지통보서에 의하여 한 각 집회금지의 통고가 위 시행규칙소정의 서식에 의하여 이루어지지 않았다는 등의 하자가 있더라도 그것이 구두방식에 의한 것이 아니라 일응의 이유를 명시한 서면에 의하여 이루어진 것이고 그 이유가 합당한 것인 이상 위 집회금지통고는 위 각서면의 송달로써 유효하게 성립하고 동시에 그 효력을 발행한다 할 것이다(대법원 1991. 10. 22, 91도919).

97) 반공법위반의 범행에 의하여 형의 선고를 받은 잘못이 있는 외국인이었다 할지라도 그 외국인이 우리나라에서 출생 성장하여 우리나라 여성과 결혼하였고 송환될 당시까지 한국인 노모를 모시고 생업에 종사하고 평소 사상도 반공적이어서 한국화교 반공구국회 간부직에 있었던 점을 참작하면 그에 대하여 강제근거를 명한 가처분은 심히 가혹하고 부당하여 재량의 범위를 일탈한 것이다(대법원 1972. 3. 20, 71누202).

제5장 위험방지에 관한 해석론 및 입법론

제1절 위험방지에 관한 해석론

I. 위험개념의 구체적 해석

앞서 살펴보았듯이 경찰법상 위험은 보호법익에 대한 손해발생의 개연성을 가리킨다. 따라서 어느 정도의 개연성이 있어야 위험이라 말할 수 있는가에 대해서는 이미 정해진 정도가 있는 것은 아니지만 발생한 손해의 성질, 정도, 범위에 의거하여 해석해야 한다.

예상된 보호법익에 대한 손해가 중대하면 할수록 요구되는 개연성의 정도는 적게 된다. 역으로 생각해도 좋다. 즉, 손해와 개연성은 반비례정식이 성립한다. 또한 경찰개입에 의해 침해되는 이익이 중요한 경우에는 개연성의 정도는 높게 요구된다. 따라서 위험을 해석함에 있어 중요한 개연성의 정도는 예견되는 손해의 강도와 경찰개입을 하지 않을 경우에 위협받게 되는 경찰상 보호법익의 중요성 및 보호의 필요성과 같은 요소 등을 종합적으로 고려해야 한다.

이처럼 경찰법상 위험은 예측의 성질을 가지므로 이에 대한 판단은 용이하지 않지만 경찰법상 위험개념의 해석에 관하여는 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 법령의 위반은 법익의 침해가 없더라도 위험의 요건이 충족되는 것으로 본다. 즉 통상적인 법규정의 위반은 당해 규범에 의해 보호되는 법익의 침해가 현재 존재하지 않아도 그 자체로서 이미 위험방지의 필요성이 인정된다고 하겠다.¹⁾ 예컨대 교통법규의 위반 그 자체는 그로 인하여 교통의 방해가 현실적으로 발생하지 않더라도 위험이 존재한다고 보아야 한다.

둘째, 위험은 외부적인 영향에 의하여 초래될 것이 요구된다. 예컨대 개인이 가지고 있는 음식이 오래되어 부패되었다는 사실만으로는 아직 위험이 있다고 할 수 없으며, 그 음식이 유통의 대상이 되어 타인에게 손해를 가할 개연성이 있는 경우에 비로소 위험이 있는 것이 된다.²⁾

1) 김춘환(특), 35면; 류지태(신론), 708면.

2) 김남진, “경찰상 위험과 위험의 의심 등,” 「고시연구」 9월호, 2001, 89면.

셋째, 위험은 가치 또는 법익의 감소를 가져오는 손해가 발생할 개연성이 있어야 하며 단순한 불이익 또는 부담이 있는 것만으로는 부족하다. 또한 경찰이 방지하여야 할 손해의 영역과 단순한 부담과의 구분에 있어서는 평균인의 판단이 기초가 된다.³⁾ 그러므로 어떠한 부담이 관계인의 비정상적인 성질에 기인하는 경우에는 손해가 될 수 없다. 그러나 단순한 불이익과 부담도 그것이 빈발하게 되어 수인 될 수 없는 상태가 되거나 혹은 시간과 지역적 상황에 따라서는 법익의 감소로 인정될 수 있다는 점을 유의하여야 한다. 예컨대 주간에는 단순한 부담으로 수인 될 수 있는 소음수치가 야간에는 건강이라는 보호법익에 위험이 될 수 있으며 공업지역에서는 일상적인 냄새가 한적한 시골마을에서는 위험이 될 수 있다.

결국 위험은 주위의 환경, 손해의 성질과 반복성, 손해를 받는 인적범위 등을 종합적으로 고려해서 해석해야 한다.

넷째, 실제로는 위험이 존재하지 않음에도 불구하고 경찰이 객관적인 주의의무를 다하지 못함으로써 위험이 존재하는 것으로 잘못 판단한 경우를 오상의 위험이라 하는데 이를 기초하여 경찰권을 행사하는 것은 위법이다. 즉 오상의 위험은 경찰법상 위험이 아니다. 반면 경찰이 객관적 관찰자로서의 주의의무를 다하였더라도 마찬가지로 판단한 경우를 외관상 위험이라 하는데 이 경우 경찰의 위험방지조치는 원칙적으로 적법하다. 다만 비례원칙, 경찰재량 등 경찰권 행사의 한계만이 문제된다.⁴⁾ 따라서 경찰이 개입하는 시점에서 상황을 정당하게 평가하였다면 사건의 전개가 시간의 흐름에 따라 예측하는 것과 달리 진행된다고 하더라도 경찰이 위험의 존재를 이유로 개입하는 것은 위법하지 않다.

다섯째, 위험은 예측되는 가까운 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상태를 말한다. 물론 예측의 시점에서 시간상 떨어져 있는 손해발생도 손해발생의 개연성이 높으면 그것은 위험이 된다. 그러나 보통은 손해발생의 시간적 근접성에 따라 예측의 정도가 높아지고 그만큼 손해발생의 개연성이 증가된다고 보아야 한다. 이는 시간적 근접성이 가까울수록 손해발생의 결과에 영향을 끼치는 불확정한 요소, 바꾸어 말하면 예측된 사태의 추이에 있어서 변경을 일으킬 수 있는 요소가 줄어들기 때문이다. 따라서 예측되지 않는 먼 훗날에 손해가 발생할 가능성만이 있는 잠재적 위험은 경찰법상 진정한 위험으로 볼 수 없다.

3) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.222; Friauf, S.223; Möller/Wilhelm, S.30.

4) 김동희(II), 188면.

마지막으로 위협의 혐의를 경찰법상 진정한 위협으로 볼 수 있는가는 아직 미해결의 문제지만 경찰행정청은 위협의 존재 여부가 명확해질 때까지 예비적 조치로서 위협의 존재 여부에 관하여 조사할 권한과 의무를 갖는다고 보아야 한다. 그러나 위협의 혐의의 존재만으로 중국적인 위협방지조치까지 나가는 것은 불가능하다. 단지 예외적으로 생명, 신체 등의 보호법익에 대한 중대한 손해가 예상되어지고 다른 방법으로는 위협을 방지할 수 없을 때에는 중국적 조치를 위협의 혐의 단계에서 강구하는 것도 인정되어질 수 있다.⁵⁾

II. 공공의 안녕 · 질서개념의 구체적 해석

우리나라에서는 경찰법이나 경찰관직무집행법상의 ‘공공의 안녕과 공공의 질서’의 구체성과 관련한 직접적인 판례는 없다. 다만 최근 경찰법이나 경찰관직무집행법에서 사용되고 있는 ‘공공의 안녕과 공공의 질서’로 표현된 전기통신사업법 제53조 제1항⁶⁾의 위헌여부와 관련된 헌법재판소의 위헌결정⁷⁾이 내려져 주목되고 있다. 다만 이 판례에 대해서 주의해야 할 것은 이 조항이 헌법상의 기본적인 표현의 자유와 관련된 것이라는 점이다. 따라서 경찰법에 적용하기에는 곤란하다. 그러나 이 판례는 공공의 안녕과 공공의 질서와 관련하여 몇 가지 시사점을 던져주고 있다.

첫째, 입법에 있어서 공공의 안녕과 공공의 질서개념의 제한적 허용성을 인정하

5) Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge Diss, 1983, S.94; Denninger, Polizeiaufgaben, in:Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl., 1996, S.38; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.227.

6) 동조에서는 「전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니 된다」라고 규정하고 있다.

7) “이처럼 공공의 안녕질서, 미풍양속이라는 것은 매우 추상적인 개념으로서 어떠한 표현행위가 공공의 안녕질서나 미풍양속을 해하는 것인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수 밖에 없고 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미 내용을 객관적으로 확정하기 어렵다 (중략) 물론, 입법에 있어서 추상적 가치개념의 사용이 필요한 것은 일반적으로 부인할 수 없으며 또한 공공의 안녕질서, 미풍양속이라는 개념을 사용하는 것이 언제나 허용되지 않는다고 단정할 수도 없다 (중략) 그러나 적어도 공권력에 의하여 표현의 내용을 규제하는 입법에서 아무런 추가적인 제한요건 없이 막연히 ‘공공의 안녕질서, 미풍양속을 해하는’이라는 잣대로 일체의 표현을 규제하는 것은, (중략) 표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청에 현저하게 부응하지 못한 것이라고 하지 않을 수 없다”고 위헌결정을 내렸다(헌재 2002. 6.27. 99헌마 480).

고 있다는 점이다. 이는 공공의 안녕과 공공의 질서라는 개념을 사용하는 것이 언제나 허용되지 않는다고 단정할 수 없다고 하고 있고, 법률의 입법목적, 규율의 대상이 되는 법률관계의 성격, 관련법규범의 내용 등에 따라서는 그러한 개념의 사용이 허용되는 경우도 있을 수 있다고 하고 있다.⁸⁾ 그러나 이로 인해 경찰법이나 경찰관직무집행법상의 공공의 안녕과 공공의 질서가 곧바로 헌법적으로 허용된다는 것을 의미하는 것은 아니다.

둘째, 공공의 안녕과 공공의 질서라는 개념은 매우 추상적이어서 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하기가 쉽지 않음을 강조하고 있다는 점이다.

결국 과연 무엇이 ‘모든 국민이 준수하고 지킬 것이 요구되는 최소한도의 공공의 안녕과 질서’인가는 입법자의 구체적형성과 이에 대한 법원의 판단에 의해 명확해질 수 있을 것이다.

III. 경직법 제2조 제5호의 일반적 수권조항적 해석

앞에서 살펴본 바와 같이 오늘날 법치주의 행정의 원칙상 경찰권행사와 관련하여 임무규정과 권한규정이 구별되어야 함은 당연한 요청이다. 그러나 우리의 실정법상 이와 같이 완비되어 있지 않다는 것이 문제로 지적될 수 있다. 이러한 점 때문에 특히 경찰관직무집행법 제2조 제5호 규정에 대한 일반적 수권조항의 인정여부를 두고 학설은 갈리고 있다.

일반적 수권조항을 부정하는 학설의 주요논거로는 첫째, 권력적 작용으로서의 경찰작용은 법률의 근거가 있어야 하고 이 경우 법률은 개별적인 법률이어야 하며 포괄적·일반적인 수권법은 허용되지 않는다는 점 둘째, 경찰관직무집행법 제2조 제5호 규정은 체계적·문리적으로 볼 때에 경찰관의 임무와 직무범위를 규정한 임무규정이라는 점 등을 들 수 있다.

반면 일반적 수권조항을 인정하는 학설의 논거는 첫째, 개괄적 조항은 개별적 규정이 없는 경우에 한하여 예외적·보충적으로 적용된다는 점 둘째, 개괄조항에 의

8) 이 판결의 반대이견에서도 “공공의 안녕질서는 개념으로서 추상적인 것이기는 하나 그것은 구체적이고 다양한 표현의 세계를 통틀어 한가지로 규율하기 위한 불가피한 중간개념으로서 받아들일 수 없는 것은 아니라 할 것이다”고 함으로서 같은 개념을 수긍하고 있다.

거한 경찰권 발동에 관련된 조리상 한계에 관한 법원칙 등이 충분히 발달되어 있다는 점 셋째, 일반적 수권조항을 확대해석하여 그 한계를 일탈하거나 또는 그에 의거한 권한의 남용 등은 법원의 심판(행정소송법 제27조)을 받는다는 점 넷째, 사회적 사정과 관념이 무단히 변하기 때문에 법률에 구체적으로 규정한다는 것은 법기술상 불가능하다는 점 등을 제시하고 있다.

생각건대 경찰관직무집행법 제2조 제5호에서 규정하고 있는 ‘공공의 안녕과 질서 유지’라는 의미는 표현상의 문리적·체계적 해석에 입각할 때 임무규정임을 부인할 수는 없다. 그러나 임무는 그 자체로서 존재하는 것만으로 의미를 갖는 것이 아니라 실현됨으로서 임무상의 목적을 달성할 수 있고 이러한 임무를 실현시키기 위한 수단과는 필연적인 동반관계를 유지할 수밖에 없는 것이다. 다만 양자의 동반성을 판단함에 있어 그 수단이 임무수행에 필요한 것인지, 현존하는 급박성이 충족되고 있는지, 그 수단이 목적수행에 상당한 것인지가 검토되어야 한다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 독일의 학설과 판례가 정립시킨 이론이 「경찰권의 조리상 한계론」이다. 따라서 공공의 안녕과 질서에 대한 위협방지라는 개념이 다의적·불확정적인 면이 있으나 경찰권 행사의 요건과 효과에 관한 하나의 준칙으로서 「경찰권의 조리상 한계론」을 철저히 적용한다면 일반적 수권조항으로 인한 경찰권의 남용은 최대한 억제될 수 있을 것이다.⁹⁾ 또한 일반적으로 경찰법규에 의하여 경찰작용을 수권하고 기속하는 경우에 입법기술상 복잡·다양한 현대사회의 현실에 맞추어 모든 경우를 빈틈없이 예측하여 일의적·확정적 개념으로 경찰작용의 요건을 정하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 경찰작용이 정치·경제·사회·기술 등 가변적인 사회현실에 맞추어 경찰목적을 능률적으로 달성하기 위하여 개별규정이 없는 경우에 한하여 일반적 수권조항을 보충적이고 예외적으로 적용한다는 전제 하에서 일반적 수권조항을 인정하는 것이 합리적이라고 생각된다.

결국 우리의 현행 경찰법규가 철저하게 권한규범과 직무규범을 서로 구별하고 있지 못한 문제는 앞으로 입법적으로 권한규범과 직무규범을 서로 구별하는 방향으로 개선되어야 하지만 그때까지는 우리의 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 일반적 수권조항으로 해석하여 경찰권 행사를 가능케 하여야 한다. 다만 그 존재를 인정하는 경우에도 법치국가의 원칙상 일반적 수권조항의 내용·목적·범위 등을 명확하게 정하려는 노력이 입법정책 뿐만 아니라 학문적으로도 필요하며 판례상으로

9) Friauf, S.213.

도 요구되는 것이다.¹⁰⁾

제2절 위험방지에 관한 입법론

경찰법상 위험방지의 효율화를 위하여 여러 입법방안을 모색해 볼 수 있으나 크게 두 가지 방안이 있을 수 있다. 먼저 위험방지에 관한 실질적 경찰권 행사를 위한 일반법적 근거를 별도로 마련하는 방안이다. 이러한 방안은 위험방지의 체계를 일원화하여 법체계나 내용상 모순된 것이 없게 된다는 장점이 있다. 그러나 각각의 영역에서 규율하고 있는 개별법들을 통합하여야 하는 법 기술상의 어려움 등으로 인하여 장기적으로는 고려해 볼 수 있으나 현실적으로는 어려운 문제이다. 다음으로는 현행 경찰관직무집행법의 관련된 규정들을 변화된 현실에 부합되도록 대폭 개정하는 방안이다. 여기에는 일반적 수권조항과 직무범위의 구체적 명시, 경찰권 행사의 기본원칙의 설정, 경찰책임의 구체적 명시, 이행강제금제도의 도입, 개별적 수권조항의 수정보완 등이 있다.

I. 위험방지에 관한 일반법의 제정

현행 위험방지에 관하여 일반법적인 기능을 하는 법률로는 경찰관직무집행법이 있다. 그 밖에 청원경찰법, 집회및시위에관한법률, 도로교통법, 소방법, 식품위생법, 의료법, 전염병예방법 등 무수한 경찰관련 규정이 있다. 물론 경찰관직무집행법이 위험방지에 있어서 일반법적인 기능을 하고 있다고는 하지만 동법은 주로 위험방지 수단 가운데 즉시강제에 관한 사항만을 규정하고 있다. 특히 위험방지를 위한 일반적 수권조항, 즉시강제 이외의 각종 위험방지에 대한 사항, 경찰책임의 세분화, 위험방지에 있어서 요구되는 원칙 등의 문제에 대하여는 규정하고 있지 않거나 규정정도가 미비하여 위험방지에 관한 일반에 적용되기에는 일정한 한계를 지닐 수 밖에 없는 것이다. 따라서 위험방지에 관한 일반법을 제정하거나 현행 경찰관직무집행법을 대폭 정비하여 이를 위험방지에 관한 실질적인 일반법으로 기능하도록 하는 방안이 있을 수 있다. 이 경우에 법의 명칭은 현재의 경찰관직무집행법이 조

10) 홍정선, “경찰법상 일반조항에 관하여,” 「법률신문」 2143호, 1992, 11면.

직법상의 경찰만을 대상으로 하므로 위험방지의 주체를 그 밖의 행정담당기관까지 확대한다는 의미에서 ‘경찰직무집행법’, 혹은 ‘위험방지법’ 등으로 하는 것도 생각해 볼 수 있다.

이와 같이 할 경우 담겨질 대강의 틀은 크게 첫째, 총칙에서는 경찰목적, 용어정의, 임무조항, 경찰재량, 경찰비례의 원칙 등이 규정될 수 있다. 특히 용어의 정의에서는 경찰, 공공의 안녕, 공공의 질서, 위험 등의 개념을 정의하여 개념의 해석을 둘러싼 논란의 소지를 없애야 한다.

둘째, 경찰책임에서는 경찰책임의 유형(행위책임, 상태책임), 경찰책임의 경합시 처리, 경찰비책임자에 대한 경찰권 행사 등을 그 내용으로 하여 구성할 수 있다. 여기서는 행위책임, 상태책임 뿐만 아니라 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우에는 경찰의 의무적합적 선택재량에 따라 택일적으로 한 명에게만, 혹은 다수의 경찰 책임자 전부에게 동시에 위험방지를 위한 경찰권행사가 가능하여야 한다. 이 경우 선택재량은 원인을 야기한 정도, 원인제공 등의 시점 등을 기준으로 하며 ‘위험방지의 효율성’과 ‘비례의 원칙’의 틀 내에서 판단하도록 법상 명시하는 것이 바람직하다. 그리고 현재의 중대한 위험을 방지하여야 하는 경우, 경찰책임자에 대하여 조치가 취해질 수 없거나 적시에 이루어 질 수 없는 경우, 또는 효과가 기대될 수 없는 경우, 경찰이 스스로 또는 수입자를 통해서도 위험을 방지 할 수 없거나 적시에 방지 할 수 없는 경우 등에서는 경찰은 경찰책임자 이외의 자에 대해서도 조치를 취할 수 있도록 규정하여야 한다.

셋째, 위험방지 권한에서는 경찰권행사의 일반적 권한(일반적 수권조항), 개별적 권한(표준조치), 경찰응원 등에 관한 사항을 규정할 수 있다. 여기서 일반적 권한에서는 경찰의 권한을 본법에서 특별히 규정하지 않는 한 경찰은 공공의 안녕과 질서에 대한 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있게 하여야 한다. 또한 다른 법령에서 규정된 임무를 이행하기 위하여 경찰은 그 법규에 규정되어 있는 권한을 가지는데 이러한 법령이 경찰의 위험방지의 권한을 규정하지 않을 경우에는 경찰은 본법에 부여된 권한을 가져야 한다. 그리고 경찰응원에서는 타행정기관이 그에 필요한 위험방지 능력을 갖지 못하거나 다른 방법으로는 위험방지를 할 수 없는 경우에 타행정기관의 요청에 따라 협조를 하며 경찰은 집행의 종류 및 방법에 대해서만 책임을 부담하여야 한다.

넷째, 경찰상의 강제수단에서는 경찰강제의 일반원칙, 강제수단의 유형, 강제집행

절차 등을 규정할 수 있다. 여기서 경찰강제의 일반원칙은 작위, 수인 또는 부작위의 의무를 지우는 경찰조치는 그것이 불가쟁력을 가지거나 불복방법이 집행정지 효과가 없는 경우에는 강제수단에 의하여 집행될 수 있다는 것이다. 그리고 강제수단의 유형으로는 대집행, 이행강제금, 직접강제 등을 생각할 수 있고 강제집행의 절차는 가능한 문서에 의하여 계고되어야 하지만 계고를 할 수 없는 상황, 특히 현재의 위험을 방지하기 위하여 강제수단을 즉시 사용하는 것이 불가피한 경우에는 계고가 생략될 수 있다.

다섯째, 경찰비용에서는 손실보상청구권, 경찰비용의 상환 등을 규정 할 수 있다.

여기서는 손실보상청구권이 중요한데 이는 경찰비책임자에 대한 위험방지의 결과 손실을 입은 자에 대해서는 적당한 보상을 하여야 한다. 만약 경찰이 위법한 조치에 의해 손해를 입은 경우도 동일하다. 보상은 경찰의 동의를 얻어 경찰임무의 이행시에 자유의사로 협력하거나 물건을 제공함으로써 손실을 입은 자에게도 인정되어야 하며 이때 보상은 금전으로 하여야 한다.

II. 경찰관직무집행법의 개선방향

1. 일반적 수권조항의 명시

경찰권행사는 주로 공권력의 발동을 그 내용으로 하는 것이므로 법치행정의 원리, 특히 법률유보의 원칙이 그 어느 분야보다도 엄격히 요구된다고 할 수 있다. 그러나 입법보다 앞서가는 기술의 진보, 사회의 변화, 특히 위험발생상황의 다양성과 비정형성 등을 고려할 때 경찰법상 일반적 수권조항의 필요성은 부정될 수 없다.¹¹⁾ 그러나 현행 경찰관직무집행법은 엄밀한 의미에서 살펴보면 개별적인 경찰작

11) 오늘날 일반적 수권조항을 인정하고 있는 독일에서도 2차 세계대전 후에 일반적 수권조항의 합헌성에 관련하여 상당한 다툼이 있었다. 즉 일반적 수권조항에 근거한 경찰권 행사가 헌법상의 법치주의 원리에 합치문제였다. 그러나 다수의 학자들과 판례의 입장은 일반조항의 합헌성을 인정하고 있다. 이러한 합헌성의 근거로는 첫째, 경찰의 직무는 위험방지에 있고 그 위험을 예측하여 구체적으로 필요한 조치를 법으로 규정하는 것은 불가능하고, 둘째 일반적 수권조항은 개별적 수권조항이 없는 경우에 한해서 보충적으로 적용되는 규정이고, 셋째 일반적 수권조항에 근거한 경찰권 행사에 관련된 범원칙이 충분히 발달되었고, 마지막으로 일반적 수권조항의 확대해석이나 그에 근거한 권한의 남용 등은 법원의 심판을 받는다는 점을 근거로 합헌성을 인정하였다(임중수, “경찰작용법

용에 대한 수권규정이 없는 경우에 적용될 수 있는 일반적 수권조항이 결여되어 있다고 할 수 있다. 물론 경찰관직무집행법 제2조 제5호(공공의 안녕과 질서유지)를 다수의 학설과 일부 판례가 일반적 수권조항으로 해석하고 있지만 이는 어디까지나 권한규범과 직무규범이 분리되지 못한 현행 경찰관직무집행법의 현실에서 비추어 볼 때 임시방편적일 수밖에 없다. 즉, 일반적 수권조항의 필요성이 인정한다고 하여 현행 경찰관직무집행법 제2조 제5호의 직무규범을 권한규범의 성격을 갖는 것으로 보아 그것에만 근거한 경찰권 행사를 긍정하는 것은 이론상 무리가 있다고 생각된다.¹²⁾

이는 현행 법규정이 임무규정만을 규정하고 있고 권한규정은 두고 있지 않아 해석상으로 해결하려고 하기 때문에 나타나는 문제점이다. 따라서 산업사회의 고도화에 따라 예상하지 못한 위험발생의 가능성이 높아지고 이에 대해 위험방지를 위한 경찰권이 능동적으로 대처하고 경찰작용의 명확화와 법적 근거의 마련이라는 측면에서 개별적 수권조항 이외에 보충적으로 적용되는 일반적 수권조항을 새로이 입법화할 필요가 있다.

참고로 독일의 경찰법모범초안은 제1조 제1항에서 「경찰은 공공의 안녕이나 질서에 대한 위험을 방지할 임무가 있다」는 임무규정을 두고 제8조에서 「제9조 내지 제24조에서 특별히 규정하지 않는 한 경찰은 개개의 경우에 존재하는 공공의 안녕이나 질서에 대한 위험을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다. 다른 법규에 의해 지정된 임무를 이행하기 위하여 경찰은 그 법규에 규정되어 있는 권능을 가진다. 이러한 법규가 경찰의 권능을 규정하지 않을 경우에는 경찰은 본법에 부여한 권능을 가진다」고 규정하여 경찰권 행사에 있어서 권한규범으로서 일반적 수권조항을 직무규범과 별도로 규정하고 있다.

결국 우리 경찰관직무집행법도 일반적 수권조항을 신설할 것인가 아니면 제2조 제5호로 족할 것인가는 입법적 결단이 필요한 부분이나 독일의 경우처럼 직무규범과 권한규범을 서로 구별하는 방향으로 입법되어야 한다.

제에 관한 일고찰, 「한국경찰학회보」 2월호, (한국경찰학회, 2000), 209면).

12) 「경찰은 공공의 안녕과 질서에 대한 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다」고 규정한 독일통일경찰법모범초안 제8조와 같은 권한규범의 성격을 가지고 있는 일반적 수권조항이 존재하지 않는 우리나라의 실정을 고려한다면 일반적 수권조항의 필요성을 긍정하는 입장에서는 제2조 제5호를 권한규범의 성격을 갖는 것으로 이해할 수밖에 없을 것이다(박상희/서정범, 『경찰작용법제의 개선방안』, (한국법제연구원, 1996), 167면).

2. 직무범위의 구체적 명시

경찰관직무집행법은 경찰임무에 관한 제2조 제5호의 규정에서 ‘공공의 안녕과 질서유지’만을 규정하고 있을 뿐¹³⁾ 위협이나 장해가 존재할 것을 규정하고 있지 않다.

동 조항은 질서유지라는 표현을 하고 있으므로 이는 공공의 안녕과 질서에 대한 위협과 장해가 전제된 것으로 이해할 수도 있지만 표현에 있어서의 법치주의 원칙상의 명확성을 기하기 위하여 ‘공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 방지와 장해의 제거’라는 식으로 구체적으로 정하는 것이 바람직하다. 그리고 이러한 표현으로 고치더라도 ‘위험의 방지’에 관하여는 보다 구체적으로 규정하는 것도 생각해 볼 수 있다. 즉, ‘위험의 방지’가 구체적으로 의미하는 것이 무엇인지에 대하여는 법률상 보다 명확히 하는 것이 바람직하다. 이 경우 그 내용적 범주에 포함될 것으로는 ‘구체적인 위협의 존재’등이 있다. 여기서 구체적 위협이 존재하는 경우란 예컨대 개별적 사례에 있어서 객관적으로 예견되는 사실의 정상적인 진행을 방치하는 경우에 공공의 안녕과 질서에 손해를 가져올 충분한 개연성이 있는 경우를 말한다.¹⁴⁾

13) 일반적 수권조항에 근거하여 경찰권을 행사하기 위해서는 1차적으로 공공의 안녕과 질서에 대한 위해(위협과 장해)가 존재하여야 한다. 이 경우 ‘공공의 안녕’ 또는 ‘공공의 질서’라는 개념은 부가적으로 적용되는 것이 아니라 양자택일적으로 적용되며, 실제로는 양자가 동일한 가치를 가지고 병존하는 것이 아니라 공공의 안녕이 관련이 없을 때에서야 비로소 공공의 질서에 대한 심사가 행해진다고 할 것이다(Möller/Wilhelm, S.26). 그러나 현실적으로 ‘공공의 안녕’이라는 개념이외에 ‘공공의 질서’라는 개념은 입법의 완비로 인하여 종래 공공의 질서개념에 속하던 대부분의 것들이 법적 규율의 대상이 되어 있고, 따라서 공공의 질서라는 보호이익의 전통적인 적용영역이 현저하게 축소되어 있으며 이론적인 측면에서도 다수의 가치관뿐만 아니라 소수의 가치관도 보호받아야 하고 따라서 다수 혹은 국가가 자신의 가치관을 타인에게 강요할 수 없으며 또한 공공의 질서 개념에는 헌법상의 요청인 명확성이 결여되어 있으므로 동 개념이 법치주의에 반한다는 비판이 행해지고 있다. 따라서 입법자가 입법을 하기 전에는 공공의 질서의 개념에 의존하는 것만이 새로운 유형의 위협에 대처할 수 있고 여러 주체간의 기본권이 충돌하는 경우를 공공의 질서 개념의 적용영역으로 고려할 수 있어서 아직 까지 공공의 질서 개념은 그 현실적 존치 필요성이 인정된다(박상희/서정범, 전거서, 169-170면).

14) 개별적 사례에 있어서 구체적 위협성의 존재여부의 판단은 쉽지 않다. 이러한 위협성 판단과 관련하여 특히 문제되는 것이 외관상 위협이다. 경찰관이 충분히 객관적으로 상황을 판단하지 않고 단지 주관적으로 위험상황의 존재를 인정하여 개입하는 경우는 배제되어야 하지만 상황을 합리적으로 평가한 다음 위협이 존재한다는 인식에서 출발하여 경찰권을 행사하였으나 사후에 손해발생의 가능성이 존재하지 않은 것으로 밝혀지는 경우

또한 오늘날 경찰의 정보수집과 관련하여 현행 경찰관직무집행법 제2조 제3호는 ‘치안정보의 수집·작성 및 배포’를 직무범위에 명시하고 있으나 이 규정은 권한규범이 아니고 직무규범에 불과하다. 따라서 현재 현장에서 이루어지고 있는 정보의 수집, 가공, 저장, 열람, 삭제 등의 법적근거는 의문시될 수밖에 없으며 이는 범죄 예방 혹은 위협방지 목적의 집회현장의 사진촬영, CCTV 등의 경우에도 마찬가지이다. 결국 경찰관직무집행법상에도 정보수집 등에 관한 명백한 근거와 한계를 설정할 필요가 있다. 그리고 현행 경찰관직무집행법은 사이버범죄에 대해 아무런 규정이 없다. 따라서 사이버공간에서도 위협방지를 위하여 실세계와 동일하게 경찰권은 행사되어야 하므로 이에 관한 조항이 신설하는 것이 급선무다. 특히 컴퓨터해킹에 대해 영장이 없이도 범인 추적이 가능하도록 사이버범죄에 대한 실시간 대응권을 규정할 필요가 있다. 그리고 정보활동을 토대로 경찰활동이 전개되거나 첨단기술의 컴퓨터기술과 정보통신기술이 경찰활동에 응용되는 사례가 급증하고 있으므로 현행법이 경찰의 직무범위에 ‘가상공간의 범질서확립’을 추가할 필요가 있다.¹⁵⁾ 마지막으로 독일의 통일경찰법모범초안 제1조의a(경찰의 직무)¹⁶⁾에서 규정하고 있는 바와 같이 경찰직무의 범위로서 타행정기관과의 관계에 대한 규정을 명확히 해 둘 필요가 있다.

3. 경찰권 행사의 기본원칙의 설정

일반적으로 경찰권 행사의 한계로서 경찰공공의 원칙 및 경찰 비례의 원칙이 언급되어지고 있다. 앞에서 살펴 본바와 같이 경찰공공의 원칙이란 경찰권은 사회공공의 안녕과 질서를 위해서만 행사되어야 하며 따라서 이와 직접적 관련이 없는 생활관계는 경찰권 행사의 대상이 되지 않는다는 것이다. 그리고 경찰 비례의 원칙이란 경찰은 가능하고 적법한 여러 가지 수단들 중에서 개인과 일반에게 최소한의 침해를 주는 수단을 선택해야 하고 추구하는 목적과 적정한 비례관계가 있지 아니한 조치를 행하여서는 안 된다는 것이다.

에도 위협성이 인정되어야 한다.

15) 박상희/서정범, 전게서, 170면.

16) 독일통일경찰법모범초안 제1조의a에서는 「경찰은 타행정기관이 위협을 방지할 수 없거나 적시에 할 수 없을 경우에만 관여할 수 있다」고 규정하고 있다.

이 같은 경찰공공의 원칙 및 경찰비례의 원칙은 종래 경찰권의 남용으로부터 국민의 자유와 권리를 보호하기 위하여 경찰권의 조리상의 한계를 확정하기 위한 법원칙의 하나로 다루어 왔다. 그러나 동 원칙의 내용 역시 경찰권 행사의 요건을 예시적으로 설명해 주는 것으로 볼 수 있고 이는 경찰권 행사에 관한 일반요건으로서의 일반적 수권조항과 함께 법상 명문화할 필요가 있다.¹⁷⁾ 현행 경찰관직무집행법 제1조 제2항은 「경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 한다」고 하여 경찰 비례의 원칙 가운데 필요성의 원칙, 즉 최소침해의 원칙만을 규정하고 있다. 그리고 본 조항은 동법의 목적조항에 규정하고 있어서 체계상 맞지 않을 뿐만 아니라¹⁸⁾ 경찰 비례원칙의 일부만을 규정하여, 즉 적합성이나 상당성에 대한 판단은 재량으로 해석할 여지가 있어 경찰권 행사에 있어서 문제가 되고 있다.¹⁹⁾ 따라서 현행 경찰관직무집행법 제1조 제2항에 규정된 비례의 원칙에 관한 규정을 보다 세분화하여 목적과 수단에 관해 필요성과 적합성, 상당성이 반영될 수 있도록 내용적으로 보완하여야 한다. 또한 경찰관직무집행법상 개별적 수권조항에서는 「~할 수 있다」는 방식으로 재량성을 부여하고 있다. 일반적으로 경찰권 행사의 요건이 충족되는 경우에는 경찰권을 행사할 수 있으며 이 경우에 경찰권 행사의 여부와 어떻게 행사 할 것인지 등에 대하여 경찰에 재량이 인정되고 있다. 그러나 현행 경찰관직무집행법에서는 이러한 경찰상의 재량에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 않아 재량권의 범위 확정 등과 관련하여 문제될 수 있다. 따라서 경찰재량에 관한 근거규정을 명문화할 필요가 있으며 특히 그 재량권행사의 기준 내지 한계를 명확히 할 필요가 있다. 예컨대 경찰권 행사의 여부에 관한 결정재량에 대해서는 경찰이 개입할 수밖에 없는 예외적인 상황에 대하여 어느 정도 범위를 구체화함으로써 경찰의 부작위에 의하여 공공의 안녕과 질서에 대한 법익침해가 초래되는 경우가 없도록 하여야 한다.

결국 전통적인 조리상의 한계론을 극복하고 일반적 수권조항에 근거한 위협방지를 위한 경찰권 행사의 통제원칙을 명확히 하기 위해서도 공공의 원칙, 비례의 원칙, 경찰재량행사의 합리적 행사원칙 등을 입법화 필요가 있다.

17) 박상희/서정범, 171면 이하.

18) 이기우, “경찰작용법의 체계,” 「수사연구」 2월호, 1990, 14면.

19) 임중수, 전계논문, 212면.

4. 경찰책임의 구체적 명시

(1) 행위책임과 상태책임 및 다수자책임

경찰권 행사의 요건이 충족되면 경찰책임을 지는 자에게 경찰권이 행사되어야 한다. 이는 경찰상의 위험에 대해 직접 책임을 져야 할 지위에 있는 자, 즉 경찰책임자에게 의무를 부과함으로써 경찰목적 달성할 수 있어야 하고 이를 경찰책임의 원칙이라 한다. 이러한 경찰책임은 원인을 기준으로 행위책임과 상태책임, 그리고 이들이 병합된 다수자책임(복합책임)의 세 가지로 구분할 수 있다.

경찰책임과 관련하여 현행 경찰관직무집행법은 개별적인 수권에 의한 경찰권 행사를 누구에게 행할 수 있는지를 단편적으로만 규정하고 있고 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 규정의 부재는 경찰권 행사의 대상과 관련하여 일정한 기준이 없이 경찰이 재량으로 경찰권을 행사 함으로서 경찰권 남용의 소지를 제공하고 있다. 따라서 경찰책임과 관련하여 학설과 판례 등에 나타난 내용들을 실제 입법화할 필요가 있다.

입법안으로는 우선 경찰은 우선 행위책임자 및 상태책임자에 대하여 경찰권을 행사하여야 하며 이러한 내용과 원칙을 정하는 것이 필요하다. 예컨대 직접 위험의 원인을 야기한 자 또는 그에 대하여 감독할 지위에 있는 자, 어떤 물건이 경찰상의 위험을 조성하는 경우에 있어서 그 물건에 대한 사실상의 지배권을 가지고 있는 자 등에 경찰권이 행사되어야 한다는 취지의 내용을 구체적으로 명문화하여야 한다. 다음으로 상태책임과 행위책임이 경합하는 경우에는 행위책임자에게 우선적으로 경찰책임을 발동된다는 것을 명시할 필요가 있다. 그리고 다수의 책임이 존재하는 경우에는 원칙적으로 의무적합적 선택재량에 달려있다고 보는 것이 일반적이다. 즉, 경찰행정청은 그의 선택재량에 따라 택일적으로 한명에게만 혹은 다수의 경찰책임자 전부에게 동시에 경찰권을 행사할 수 있다. 이 경우 선택재량은 원인을 야기한 정도, 원인제공의 시점 등을 기준으로 하여 위험방지의 효율성과 비례원칙의 범위 내에서 판단하도록 법상 명시하는 것이 바람직하다. 마지막으로 위에서 언급한 경찰책임자에 대하여 경찰권을 행사 할 수 없는 경우에는 경찰은 스스로 또는 수임자를 통해 조치를 할 수 있으며 이러한 스스로의 조치로 인하여 경찰비용이 발생한 경우에는 행위책임자 또는 상태책임자가 비용상환의무를 가진다는 것을 명

시하는 것이 바람직하다.²⁰⁾

(2) 경찰비책임자

경찰은 예상치 못한 위험에 대하여 경찰책임자에 대하여 경찰권을 행사할 수 없거나 또는 자력으로 위험을 방지하거나 장해를 제거할 수 없을 경우가 있다. 이러한 경우를 경찰상의 긴급상태 라고 하면서 예외적으로 당해 위험이나 장해 발생에 관계없는 제3자(경찰비책임자)에 대하여 경찰권을 행사할 수 있다. 그러나 경찰비책임자는 자신의 행위에 의하여 위험상황을 야기하지도 않았고 위험상황에 대한 상태책임도 없기 때문에 매우 엄격한 전제조건이 충족되는 경우에만 경찰권이 행사되어야 한다.

일반적으로 경찰비책임자에 대하여 경찰권이 행사되기 위하여서는 반드시 개별법상 법적 근거가 있어야 한다고 설명하고 있으며 현행법상 이러한 비책임자에 대한 경찰권 행사의 법적 근거의 예로서 수난구호법 제8조, 풍수해대책법 제33조 등이 있다. 그러나 개별법상 근거규정이 없는 경우에 일반적 수권조항에 근거하여 경찰비책임자에 대하여 경찰권 행사를 할 수 있는지에 대하여 실정법상 명시적 규정이 없고 학설상에도 논란이 되고 있다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이 현실적으로 개별적 수권조항이 없어도 긴급상태에 있어서 위험방지를 위하여 조리상 인정되는 일정한 요건 하에서 경찰비책임자에게 경찰권이 행사될 수 있다고 보아야 하며 이에 대하여는 앞으로 경찰비책임자에 대한 경찰권 행사의 한계와 요건에 대해 법률상 명확히 규정할 필요가 있다.²¹⁾

20) 박상희/서정범, 전계서, 171면.

21) 참고로 독일통일경찰법모범초안은 이러한 비책임자에 대한 경찰권 행사와 관련하여 제6조에서는 「현재의 중대한 위험을 방지하여야 하는 경우, 경찰책임자에 대하여 조치가 취해질 수 없거나 적시에 이루어질 수 없는 경우 또는 효과가 기대될 수 없는 경우, 경찰이 스스로 또는 수임자를 통해서도 위험을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없는 경우, 중대한 위험 없이 그리고 보다 중대한 의무의 위반 없이 그 사람에게 대해 요구할 수 있는 경우에는 경찰은 경찰책임자 이외의 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다. 이러한 조치는 위험의 방지가 다른 방법으로는 불가능한 경우에만 인정될 수 있다」고 규정하고 있는 바, 현행 경찰관직무집행법의 정비작업에 있어서 좋은 참고가 될 수 있다.

5. 이행강제금제도 등의 도입

현행 경찰관직무집행법은 경찰상의 조치를 규정하면서도 상대방에게 경찰의무의 이행을 강제하는 수단이 규정되어 있지 않는 모순이 있다. 예컨대 동법 제5조의 위협방지 조치를 위해 위험물건이나 상태에 대한 안전조치나 제거를 명령하더라도 이를 상대방이 이행하지 않는 경우 마땅히 제재할 장치가 없다. 물론, 행정의무의 이행확보에 관한 일반법인 행정대집행법을 원용할 수 있지만 이 법은 범명이 밝히고 있는 것처럼 대집행 수단과 그 비용의 강제징수만이 규정되어 있을 뿐이다.

독일의 경우에는 행정집행법에 강제수단으로 대집행, 이행강제금, 직접강제의 세가지를 규정하고 통일경찰법모범초안에도 같은 취지의 규정을 두고 있다(제29조~제44조). 대집행은 대체적 작위에 대하여, 이행강제금은 비대체적 작위나 수인·부작위를 강제하기 위하여, 그리고 직접강제는 대집행이나 이행강제금이 그 목적을 달성할 수 없거나 행해질 수 없는 경우에 작위·수인·부작위를 강제하거나 경찰관청이 스스로 작위를 하는 경우에 동원될 수 있다. 따라서 우리 경찰관직무집행법에서도 일반적인 강제수단 즉 대집행, 이행강제금, 직접강제 등의 규정을 명문화할 필요가 있다.²²⁾ 결국 경찰관직무집행법상 불비된 일반적인 경찰상의 강제집행수단을 규정하여 위협방지를 위한 경찰권 행사에 대한 근거 규정에 상응하는 완결적인 강제수단 및 그 절차를 구비하여야 한다.

6. 개별적 수권조항의 수정보완

(1) 불심검문

1) 강행규정의 신설

현행 법규정상 중한 범죄자라 할지라도 불심검문을 거부한다면 이를 관철할 수

22) 독일통일경찰법모범초안 제31조는 10마르크~500마르크의 강제금을 사전 계고절차를 거쳐 상당한 납부기간을 정하여 문서로 부과하도록 되어있다. 이를 이행치 않을 경우에는 행정상 강제징수 절차에 따라 강제징수 할 수 있도록 하되 관계인이 요구된 작위의무를 이행하는 경우에는 징수를 중지 하도록 함으로서 의무이행을 간접적으로 강제하는 것이다(이은주, “경찰법상의 개팔수권조항에 관한 연구,” (서울대 박사학위논문, 2005), 361면).

있는 수단이 경찰관에게는 부여되어 있지 않다. 물론 검문을 하는 경찰관이 중범죄자나 수배자임을 확신한다면 검문현장에서 체포할 수 있지만 그렇지 않고 신분확인을 거절하는 자에 대하여 강제력을 동원하여 확인한다는 것은 어려운 일이다. 오히려 불심검문과 관련하여 경찰관이 상대방에게 강제력을 행사하는 경우 상대방이 경찰관에게 폭행을 가하더라도 정당방위가 인정되어 공무집행방해죄가 성립되지 않는다는 판례도 있어²³⁾ 위협방지를 위한 경찰권행사의 실효성이 크게 떨어지고 있는 형편이다. 결국 적법절차에 의하지 않는 검문은 당연히 거부할 수 있지만 적법절차에 의한 검문마저 아무런 이유 없이 무작정 거부한 경우 이에 대하여 처벌할 수 있는 근거 규정을 두어야 한다. 또한 현행 경찰관직무집행법은 불심검문시 피검문자에게 신분증 제시를 요구할 수 있는 규정을 두고 있지 않다. 그리하여 경찰실무에서는 주민등록법 제17조의 10²⁴⁾을 적용하여 행하고 있으므로 이를 명문으로 규정할 필요가 있다. 다만, 경찰이 신원확인행위를 할 때 그것이 행정목적을 위한 것인지 수사목적을 위한 것인지는 구별하기 어려우므로 이 제도는 사실상 남용의 여지가 있으므로 목적을 분명히 할 필요가 있다. 따라서 불심검문시 피검문자에게 신분증이나 차량등록증의 제시를 법에 명시하는 것이 타당하다.

2) 흉기 이외의 물건에 대한 소지품검사의 허용여부

현행 경찰관직무집행법(제3조 제3항)에 의하면 불심검문시 소지품검사의 대상이 흉기에 제한되어 있다. 즉, 원칙적으로 흉기 이외의 물건에 대하여는 소지품검사가 허용되지 않고 있다. 그러나 경찰실무에서는 현실적으로 불심검문시 경찰은 흉기여부와 상관없이 일반소지품에 대해서도 검사를 실시하고 있다. 따라서 소지품검사의 범위를 흉기로 제한하면 마약류, 음란물, 위조지폐, 장물, 기타 금제품 등과 같이 소지 자치가 범죄인 대상물들을 검사할 수 없는 모순이 생기므로 소지품검사

23) 대법원 1997. 8. 22, 97도1240; 대법원 1972. 10.31, 72도2005 등 참조.

24) 주민등록법 제17조의 10(주민등록증의 제시요구) 제1항은 “사법경찰관리는 범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 주민의 신원 또는 거주관계를 확인할 필요가 있는 경우에는 17세 이상의 자에 대하여 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니한 자로서 신원을 증명하는 증표나 기타 방법에 의하여 그 신원이나 거주관계가 확인되지 아니한 자에 대하여는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한하여 인근 관계관서에서 그 신원이나 거주관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다”고 규정하고 있다.

대상을 확대하는 조치가 시급하다는 주장도 제기되고 있다.²⁵⁾

이에 대해 소지품검사 대상을 확대하는 조치는 법을 지나치게 확대 해석하여 적용하는 것이며 더욱이 경찰의 소지품 검사가 문제가 되는 것은 흥기가 아님은 물론이고 도저히 범죄와 연관 지어 생각할 수 없는 개인의 사적인 물건에 대해서조차 경찰이 너무나 쉽게 생각하고 검사를 하는 문제가 있다는 반론도 제기되고 있다. 즉, 이는 직무활동의 범위를 벗어난 공권력행사의 남용이며 개인의 프라이버시권에 대한 명백한 침해라는 것이다.

생각건대, 현행법이 소지품검사 대상을 흥기로만 제한하고 있는 것은 법 현실과 괴리를 깊게 하므로 확대하는 것이 타당하다고 본다. 따라서 흥기와 흥기 이외의 타인의 생명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 위험한 물건을 소지하고 있다는 의심에 합리적인 이유가 있는 때에는 소지품 검사를 할 수 있도록 규정하여야 하며, 또한 마약 등 소지가 금지된 물건에 대해서도 압수를 할 수 있도록 명시할 필요가 있다.

3) 자동차 검문

현실적인 필요에 의해 자동차검문이 허용되고는 있지만 이는 법률상 근거규정이 없이 행해지고 있다. 이는 극히 제한적으로 엄격히 해석·적용되어야 함에도 불구하고 법 현실적으로 너무나 보편적·강제적으로 행해지고 있어서 문제가 되고 있다. 경찰이 법적 근거로 들고 있는 도로교통법 제43조는 도로운행상의 위험방지를 위하여 인정되는 정지와 운전면허증 제시뿐이지, 불심검문과 같은 종류의 검문을 행하기 위하여 인정되는 정지와 운전면허증제시에 관한 규정이 아니다. 또한 불심검문에 관한 규정을 준용하기에도 차량의 특성상 많은 무리가 따른다. 따라서 자동차검문의 필요성을 인정할 수밖에 없다면 법적 근거 없이 관련 법해석에만 의존하기보다는 자동차검문이 국민의 권리의무와 밀접한 관련이 있는 처분이며, 보행자에 대한 불심검문보다 자동차검문이 더 큰 법익침해를 수반한다는 점과 원활한 교통소통이 필요하다는 점 등을 종합적으로 고려할 때 그 근거와 요건 및 한계를 입법적으로 명확히 규정할 필요가 있다. 아울러 자동차검문에 대한 일체검문을 허용할 것인지, 트렁크검사까지 허용할 것인지에 대해 신중한 검토가 필요하다. 다만, 자동

25) 이영란, 『불심검문 실태와 개선에 관한 연구』, (치안연구소, 1997), 168-172면.

차 검문의 남발을 방지하여 국민생활의 불편을 줄이기 위해 그 요건·절차·한계 등을 입법화해야 한다.²⁶⁾ 따라서 경찰관이 객관적 사정을 합리적으로 판단하여 범죄를 범하였거나 범하려고 하고 있는 자가 차량을 이용하고 있다는 의심이 들 만한 합리적인 이유가 있는 때에는 그 차량을 정지시켜 검문할 수 있고 범인검거와 테러예방 등을 위해 운전자와의 대화를 녹음할 수 있도록 하는 방안도 검토할 필요가 있다. 아울러 일제검문의 경우 경찰청장이나 지방경찰청장의 허가를 얻어 실시하도록 하여야 하며 범행현장으로부터 도주하는 범인의 발견, 교통위반단속, 출입국경비, 위험성 있는 도로나 지역으로의 접근방지 등의 목적을 위한 경우에 실시할 수 있도록 규정할 필요가 있다. 다만, 일반범죄의 발견을 위한 검문은 허용해서는 안 될 것이다.

(2) 보호조치 등

경찰관직무집행법에서는 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자는 경찰관이 보호조치를 할 수 있도록 되어있지만 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 하고 있다(제4조 1항 제2호). 그러나 경찰이 합리적으로 판단하여 보호조치를 하지 않으면 생명 등에 심각한 위험이 발생하는 경우에는 상대방이 거절하는 경우에도 강제적으로 보호조치를 취하도록 개선되어야 한다.

(3) 무기의 사용

무기사용은 사람의 생명, 신체에 대한 치명적인 물리적 행사라는 점에서 위험방지를 위한 경찰수단 중에서도 최후 수단적 성질을 가진다. 따라서 우리나라 법원이 이에 대하여 엄격하게 통제라는 것은 당연하다. 그러나 한편으로는 현행 경찰관직무집행법은 지나치게 무기사용 요건이 까다롭고 모호하거나 일관성이 없다고 판단된다. 예컨대 무기사용을 허용하면서도 사람에게 위해를 수반할 수 없도록 한 경우

26) 참고로 도로교통법 제43조(위험방지조치) 제1항은 “경찰공무원은 자동차등의 운전자가 제40조(무면허운전등의 금지), 제41조(주취 중 운전금지), 제42조(과로한 때 등의 운전금지)의 규정을 위반하여 자동차 등을 운전하고 있다고 인정하는 때에는 그 차를 일시 정지시키고, 그 운전자에게 운전면허증의 제시를 요구할 수 있다”고 규정하고 있다.

가 원칙이고 예외적으로 ① 정당방위, ② 긴급피난, ③ 중요 범죄인의 도주 등의 경우, ④ 영장집행의 항거, ⑤범인 또는 소요행위자가 무기 또는 흉기를 들고 항거, ⑥ 대간첩 작전의 수행 등에 한해 위해를 수반할 수 있도록 하고 있으나 위해를 수반하지 않는 무기사용은 무엇인가에 의문이 있다.

더욱이 ②의 경우는 보충성을 요하는 긴급피난의 본질상, ③④⑤의 경우는 다른 수단이 없는 경우에 보충적으로만 사용이 가능하다는 규정의 내용상 무기사용의 여지가 크게 줄어들고, ①의 경우는 경찰관과 상대방간에는 이에 대한 성립이 거의 불가능 하며²⁷⁾ 경찰관은 자기를 위해 긴급피난을 할 수 없으므로 ②의 경우도 거의 상정하기 어렵다.

따라서 현행 경찰관직무집행법상 무기사용의 규정에서 가장 큰 문제는 면책규정의 입법미비이다. 현행법상 무기사용의 면책규정이 마련되어 있지 않아 경찰관들이 위협방지를 위한 직무수행과정에서 총기를 정당하게 사용한 경우에도 사법심사의 대상이 되는 등의 책임이 엄중하므로 일정한 제약 하에 면책규정을 마련할 필요가 있다. 즉 주관적·추상적으로 규정된 무기사용의 기준을 가급적 객관적·구체적으로 정하여 일선 경찰관들이 특정상황에서 무기를 사용할 수 있도록 함으로써 무기사용의 부담을 덜어 줄 필요가 있다고 본다. 또한 무기사용으로 인한 사망자를 줄이기 위해 마취총²⁸⁾이나 테이저권총²⁹⁾을 사용하는 방안도 검토할 필요가 있다. 그리고 경찰관이 소지한 총기에 블랙박스를 부착하여 총기의 발사 시간, 발사방향, 발사각도 등에 대한 상세한 내용을 기록하면 경찰관의 총기사용으로 인한 문제를 근본적으로 해결할 수 있을 것이다. 그 밖에도 독일통일경찰법모범초안과 같이 외견상 14세 미만으로 보이는 자에 대한 총기의 사용의 불허(제41조 제3항), 다중에

27) 경찰관이 길이 40cm 가량의 칼로 반복적으로 위협하며 도주하는 차량 절도 혐의자를 추적하던 중, 경찰관이 휴대하고 있던 권총을 뽑아 들어 자동차 절도범을 향해 겨누면서 “칼을 버려라, 그렇지 않으면 쏠겠다”고 경고하였으나 위 절도범은 이에 응하지 않고 칼을 휘두르면서 경찰관에게 다시 접근하였다가 다시 돌아서 도망가는 행위를 반복하였는데 경찰관이 이를 제압하기 위하여 약2m 떨어진 거리에서 실탄을 발사하여 사망케 하였는데 이 사건에서 대법원은 경찰관의 총기사용은 사회통념상 허용범위를 벗어난 위법행위라고 판시하였다(대법원 1999. 3.23, 98다63455).

28) 영국은 사격으로 인한 사망자를 줄이기 위해 야생동물을 포획할 때 사용하는 마취 총을 경찰관에게 지급할 계획이다(<http://www.police.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp>).

29) 테이저(Taser)권총은 고압전류(15만v)를 흘려 보내 순간적으로 정신을 잃게 하는 것으로 인체에는 무해한 것으로 알려지고 있다.

대한 무기사용(경찰공무원이 인식할 수 있는 비관여인이 위협에 처할 고도의 개연성이 있는 경우에는 총기의 사용 불허(제43조)), 특수무기, 폭발수단 등에 대해서도 독일의 모범초안 제44조(기관총과 수류탄의 공격역지 용도로서 사용 및 수류탄의 다중에 대한 사용금지 그리고 사람에 대한 폭발물 사용의 금지)와 같이 구체적인 규정을 둘 필요도 있다.

결국 구체적 무기사용례에 대한 필요최소한도와 같은 사회상규의 판단기준 등에 있어서 해석의 전제는 개인의 생명의 존엄과 사회공공의 이익의 비교형량이 이루어져야 할 것이지만³⁰⁾ 경찰관이 직무를 수행하는 전문가로서 행위 당시의 구체적 사정에 직면하여 무기사용의 필요성이 있다고 판단하는 경우에는 사후예측에 의한 법원의 판단이 이와 다를 지라도 경찰관의 판단이 일응 존중되어야 하며 합리적으로 판단한 이상 경찰관의 판단을 존중하는 방향으로 가야 한다.

30) 박기호, 『경찰활동과 무기사용에 관한 연구』, (한국형사정책연구원, 1993), 30면.

제6장 결 론

경찰권 행사는 위협방지와 장애의 제거를 목적으로 한다. 장애의 제거는 진압작용으로 명확하게 행하여지기 때문에 문제가 없으나 위협방지는 예방작용으로서 행해지는 것이므로 예측이 쉽지 않다는 문제가 있다. 그리고 어디까지를 경찰법상 위협방지영역상의 예방의 대상으로 할 것인지와 경찰법상 위협방지영역상의 위협개념이 무엇인지에 관하여 학설상 다툼이 있다. 더욱이 위협개념, 특히 외관상 위협, 위협의 혐의에 대한 경찰권 행사의 문제, 나아가서는 경찰법상 위협개념을 둘러싸고 이러한 것들이 최근의 논의의 주제로 발전하게 되었다.

이러한 문제는 오늘날 환경법분야 및 과학기술 분야에 있어 새로운 위협개념의 등장과 함께 위협방지의 임무가 있는 행정기관의 적극적 개입이 요구되고 있다.

학설에 따라서는 집행경찰과 그 밖의 질서행정을 구별하려는 것도 있지만 일반 경찰법상의 위협과 개별법에 따른 위협과는 통상 일치한다고 보아야 할 것이다. 그 이유는 범죄행위의 예방영역과 환경영역, 과학기술 영역에 따른 피해의 예방영역에서의 위협을 명확히 구별할 수 없기 때문이다.

결국 경찰에 의한 공공의 안녕과 질서유지라는 임무수행은 주로 개개의 위협방지조치를 통하여 이루어 질 수밖에 없으며 예방적 경찰작용은 경찰상의 보호이익에 대한 위협의 방지를 그 내용으로 하는 것이므로 적법한 예방적 경찰작용의 수행을 위해서는 위협에 대한 정확한 이해가 전제되어야 한다. 그리고 경찰법상 위협은 장래 사실상황의 전개에 관련한 예측을 중심으로 하고 그 예측에는 불확실성이 부가되지만 이 불확실성을 없애기 위해서는 사실상황의 전개에 관련한 예측에 대하여 반드시 법원에 의한 사후적 평가를 받아야 한다.

또한 오늘날 경찰 위협은 과거와는 달리 피해의 광범위성, 대규모성 등으로 인하여 국가법익, 사회법익, 개인법익 등에 커다란 침해로 초래하기 때문에 경찰법상 위협방지의 구체화 혹은 효율화하는 방향으로 나가야 한다. 물론 이로 인하여 경찰권 행사의 남용으로 인한 권리침해의 우려도 있지만 이는 경찰권 한계이론, 판례의 축적 등 특히 법원의 통제로도 충분하기 때문에 적극적인 위협방지를 위한 경찰권 행사를 통하여 국가법익, 사회법익, 개인법익 등의 보호법익을 보호하여야 한다.

이를 위한 가장 시급한 문제는 경찰법상 위협개념의 명확하고 구체적인 해석기준의 확립이다. 물론 경찰법상 위협은 예측의 성질을 가지므로 이에 대한 해석은

용이하지 않지만 경찰법상 위험개념의 해석에 관하여는 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 위험은 가치 또는 법익의 감소를 가져오는 손해가 발생할 개연성이 있어야 하며 단순한 불이익 또는 부담이 있는 것만으로는 부족하다. 또한 경찰이 방지하여야 할 손해의 영역과 단순한 부담과의 구분에 있어서는 평균인의 판단이 기초가 된다. 그러므로 어떠한 부담이 관계인의 비정상적인 성질에 기인하는 경우에는 손해가 될 수 없다. 그러나 단순한 불이익과 부담도 그것이 빈발하게 되어 수인 될 수 없는 상태가 되거나 혹은 시간과 지역적 상황에 따라서는 법익의 감소로 인정될 수 있다는 점을 유의하여야 한다. 결국 위험은 주위의 환경, 손해의 성질과 반복성, 손해를 받는 인적범위 등을 종합적으로 고려해서 해석해야 한다.

둘째, 법령의 위반은 법익의 침해가 없더라도 위험의 요건이 충족되는 것으로 본다. 즉 통상적인 법규정의 위반은 당해 규범에 의해 보호되는 법익의 침해가 현재 존재하지 않아도 그 자체로서 이미 위험의 방지의 필요성이 인정된다고 하겠다.

셋째, 위험은 예측되는 가까운 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상태를 말한다. 물론 예측의 시점에서 시간상 떨어져 있는 손해발생도 손해발생의 개연성이 높으면 그것은 위험이 된다. 그러나 보통은 손해발생의 시간적 근접성에 따라 예측의 정도가 높아지고 그만큼 손해발생의 개연성이 증가된다고 보아야 한다. 이는 시간적 근접성이 가까울수록 손해발생의 결과에 영향을 끼치는 불확정한 요소, 바꾸어 말하면 예측된 사태의 추이에 있어서 변경을 일으킬 수 있는 요소가 줄어들기 때문이다. 따라서 예측되지 않는 먼 훗날에 손해가 발생할 가능성만으로는 경찰법상 진정한 위험으로 볼 수 없다.

넷째, 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험이라고 해석될 수 있는지의 여부에 대한 개연성 판단은 예측에 근거하는 바, 그 예측에 있어서는 사전적(ex ante), 즉 경찰이 개입하는 시점에서의 사실상태와 인식가능성이 기준이 된다. 따라서 경찰이 개입하는 시점에서 상황을 정당하게 평가하였다면, 사건의 전개가 시간의 흐름에 따라 예측한 것과 달리 진행된다고 하더라도 경찰이 위험의 존재를 이유로 개입한 것은 위법하지 않다.

다음으로는 현행 경찰관직무집행법의 관련된 규정들을 변화된 현실에 부합되도록 대폭 개정하여야 한다. 여기에는 일반적 수권조항과 직무범위의 구체적 명시, 경찰권 행사의 기본원칙의 설정, 경찰책임의 구체적 명시, 이행강제금제도의 도입,

개별적 수권조항의 수정보완 등이 있다. 특히 일반적 수권조항의 구체적 명시는 하루 빨리 이루어 져야 한다. 물론 최근 영업규제, 건축규제와 식품규제 등 많은 개별법이 제정되어있지만 그런 개별법에 위험방지권한이 없는 경우에 비로소 일반적 수권조항이 적용되어지게 되고, 일반경찰법의 적용 영역이 축소되어져 가고 있는 것도 사실이다. 하지만 장래 발생할 위험을 개별법 시스템이 포괄 할 수 없는 경우가 많고 경찰법상 일반적 수권조항을 방기할 수 없는 것 또한 부정할 수 없다.

일반적 수권조항의 필요성을 긍정하는 입장에서는 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 권한규범의 성격을 갖는 것으로 이해하는 경향이 있으나 그 같은 해석은 직무규범 외에 별도의 권한규범의 존재를 요구하는 법치행정의 원리와 상충되는 측면이 있다. 따라서 이와 같은 논란을 종식하기 위해서라도 권한조항과 직무조항을 분리하여 규정하는 것이 바람직하다.

이렇게 하여야 만이 일반적 수권조항은 법률유보의 요구를 만족시키면서, 동시에 사회와 개인보호 의무를 다하기 위한 도구가 될 수 있다. 왜냐하면 일반적 수권조항은 요건과 효과의 형식을 모두 갖춘 법규에 해당하고 아울러 요건의 위험의 포괄성과 함께 효과로서 필요한 위험방지조치를 가능케 하기 때문이다. 다만 그 존재를 인정하는 경우에도 법치국가의 원칙상 일반적 수권조항의 내용·목적·범위 등을 명확하게 정하려는 노력이 입법정책 뿐만 아니라 학문적으로도 필요하며 판례상으로도 끊임없이 요구된다.

끝으로 오늘날 고도의 위험사회 속에서 살고 있는 우리들에게 위험방지를 위한 경찰권 행사의 필요성과 중요성이 더욱더 높아지고 있다. 이에 따라 국가의 권한이 확대되고 강화되는 측면도 없지 않으나 이에 못지않게 국가에 의한 국민의 기본권 보호의무와 책무가 심화 된다고 보아야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 위한 경찰권 행사는 개인의 기본권을 보장하면서도 다른 한편으로는 기본권을 침해할 우려를 동시에 지니고 있는 동전의 양면과 같은 것이다. 따라서 양자를 어떻게 적절히 조화시키는가가 앞으로의 경찰법학의 중요한 과제 중 하나이다.

참고문헌

▣ 국내문헌

1. 단행본

- 강동욱. 『불심검문』. 고시원, 1994.
- 강의중. 『행정법 I』. 교학연구사, 1999.
- 김남진. 『경찰행정법』. 경세원, 2002.
- . 『행정법(I)(II)』. 법문사, 2001.
- . 『행정법의 기본문제』. 법문사, 1996.
- 김도창. 『일반행정법(상)(하)』. 청운사, 1992.
- 김동희. 『행정법(I)(II)』. 박영사, 2002.
- 김성수. 『개별행정법』. 법문사, 2001.
- . 『일반행정법』. 법문사, 2001.
- 김일수. 『형법총론』. 박영사, 1997.
- 김재광. 『경찰관직무집행법의 개선방안 연구』. 한국법제연구원, 2003.
- 김철용. 『행정법 II』. 박영사, 2005.
- 김춘환. 『특별행정법강의』. 조선대출판부, 2004.
- . 『행정법강의 I』. 조선대출판부, 2001.
- 권영성. 『헌법학개론』. 법문사, 1998.
- 류지태. 『행정법신론』. 신영사, 2003.
- 박균성. 『행정법론(상)(하)』. 박영사, 2004.
- 박기호. 『경찰활동과 무기사용에 관한 연구』. 한국형사정책연구원, 1993.
- 박상용 외 3인. 『경찰관직무집행법해설』. 경찰청, 2001.
- 박상희/서정범. 『경찰작용법제의 개선방안』. 한국법제연구원, 1996.
- 박윤훈. 『최신행정법강의(상)(하)』. 박영사, 2004.
- 박정훈/정초영. 『사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구』. 치안연구소, 2001.
- 배종대. 『형사소송법』. 홍문사, 1996.

- 배종대/이상돈. 『형사소송법』. 홍문사, 2004.
- 서정범 역. 『독일경찰법론』. 세광출판사, 1998.
- 석종현. 『일반행정법(상)(하)』. 삼영사, 2005.
- 신동운. 『형사소송법 I』. 법문사, 1997.
- 신양균. 『형사소송법』. 법문사, 2000.
- 이명구. 『신행정법원론』. 대명출판사, 1998.
- 이상규. 『최신행정법론(상)(하)』. 법문사, 1994.
- 이수일. 『신경찰관직무집행법』. 정문출판사, 1983.
- 이영란. 『불심검문 실태와 개선에 관한 연구』. 치안연구소, 1997.
- 이재상. 『형사소송법』. 박영사, 1999.
- 임 용. 『불심검문의 실태와 개선에 관한 연구』. 치안연구소, 1997.
- 임준태. 『범죄예방론』. 좋은세상, 2002.
- 장영민/박기석. 『경찰관직무집행법에 관한 연구』. 한국형사정책연구원, 1995.
- 정성근. 『형법총론』. 법문사, 1996.
- 탁희성. 『불심검문의 실태와 개선방안』. 한국형사정책연구원, 1999.
- 허 영. 『헌법이론과 헌법(중)』. 박영사, 1999.
- 홍정선. 『행정법원론(상)(하)』. 박영사, 2005.
- 홍준형. 『경찰통합법에 관한 연구』. 치안연구소, 1996.
- . 『행정법총론(I)』. 한울아카데미, 2001.

2. 논 문

- 강구진. “불심검문 및 임의동행에 관한 고찰(하).” 「경찰고시」, 1983. 3.
- 강구철. “경찰권의 근거와 한계-주요문제를 중심으로.” 「고시연구」 제18권 제9호, 1991.
- 강동욱. “불심검문의 의의와 법적성격에 관한 고찰.” 「관동대논문집」 제21집 제1호, 관동대학교. 1993.
- 김남진. “경찰권발동의 조건과 대상.” 「고시계」, 1982. 2.
- . “경찰상의 개괄적 수권조항.” 「고시연구」 제21권 제7호, 1994.
- . “경찰상 위험과 위험의 의심 등.” 「고시연구」, 2001. 9.

- . “불확정개념의 해석과 적용.” 「고시계」, 1982. 2.
- 김남욱. “경찰장비사용의 법리.” 「법학논총」 제10집. 조선대 법학연구소, 2004.
- 김성태. “위험방지조치와 구체적 위험.” 「법학연구」 제5권. 홍익대학교 법학연구소, 2003.
- 김세규. “경찰법상 위험의 의미.” 「공법연구」 제31집 제3호. 한국공법학회, 2003.
- 김영훈. “경찰권의 근거와 한계.” 「사법행정」 제358호, 1990.
- 김재호. “경찰권의 한계.” 「법학연구」 제11집 제1호. 충남대 법학연구소, 2000.
- . “경찰권의 근거로서 일반적 수권조항.” 「법학연구」 제10집 1호. 충남대 법학연구소, 1999.
- 김태진. “불심검문의 법적 근거.” 「공법학연구」 제4권 제1호. 한국비교공법학회, 2002.
- 김형준. “불심검문의 허용범위.” 「중앙법학」 제6집 제4호. 중앙법학회, 2004.
- 김해룡. “경찰권발동과 행정상 손실보상.” 「고시계」 제43권 제4호, 1998.
- 곽병선. “불심검문.” 「법학연구」 제14권. 원광대 법학연구소, 1997.
- 남승길. “경찰관직무집행법.” 「공법연구」 제25집 제3호. 한국공법학회, 1997.
- 류지태. “행정법에 있어서의 위험의 개념.” 「고시계」, 1991. 10.
- 박외병. “불심검문상 정지의 의의와 한계.” 「경찰대학 논문집」 제10집. 경찰대, 1995.
- 서정범. “경찰권발동에 관한 연구.” 고려대 박사학위논문, 1992.
- . “경찰의 행위형식으로서의 경찰명령과 경찰상의 행정행위.” 「안암법학」 제8호. 안암법학회, 1998.
- 석종현. “경찰의 위험방지 책무.” 「고시계」, 1984. 10.
- . “재량행위와 불확정개념.” 「월간고시」, 1983. 1.
- 오병주. “경찰권의 근거와 한계.” 「법조」 제497호, 1998.
- 유인창. “불심검문에 대한 소고.” 「한국경찰학회보」 제2호. 한국경찰학회, 2000.
- 이기우. “경찰작용법의 체계.” 「수사연구」, 1990. 2.
- 이기춘. “경찰질서법상 위험개념 및 표견위험과 위험의 의심.” 「공법연구」 31집4호. 한국공법학회, 2003.
- 이명구. “경찰작용과 공공질서.” 「고시연구」. 1984. 3.
- 이은주. “경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구.” 서울대 박사학위논문, 2005.
- 이재상. “불심검문과 임의동행.” 「고시연구」, 1987. 8.
- 임종수. “경찰작용법제에 관한 일고찰.” 「한국경찰학회보」, 한국경찰학회, 2000. 2.

- 정하중. “경찰법상의 책임.” 「공법연구」 제25집 제3호. 한국공법학회, 1997.
- . “독일경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향(上).” 「사법행정」, 1994. 2.
- . “독일경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방안(下).” 「사법행정」. 1994. 3.
- 홍정선. “경찰권의 법적근거로서 일반조항.” 「공법이론의 현대적 과제」. 박영사, 1991.
- . “경찰법상 일반조항에 관하여.” 「법률신문」 제2143호, 1992.
- 표명환. “경찰행정법상의 개괄적 수권조항에 관한 헌법적 고찰.” 「공법학연구」 제5권 제3호. 한국비교공법학회, 2004.

▣ 외국문헌

1. 독일

- A. Wiethaup, Die Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, DVBl, 1950.
- Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1981.
- Breuer, Ruediger, Rechtsprobleme der Altlasten, NVwZ, 1987.
- BVerwG, DVBl. 1969
- C. H. Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955.
- Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge Diss, 1983.
- Denninger, Polizeiaufgaben, in:Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl., 1996.
- Di Fabio, Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissem Sachverhalt, DÖV, 1991.
- Drews, preußisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1995.
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986.
- E. Denninger, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, 1968.
- Erichsen, Verwaltungshandeln in Erichsen · Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht(Berlin. New York: Walter de Gruyter), 1986.
- F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl.,

1928(Neudruck, 1963).

F. J. Peine, Öffentliche Ordnung als polizeirechtliches Schutzgut, DÖV, 1979.

F. Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1977.

———, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, 1963.

Forsthooff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1973.

Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: von Münch(Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1999.

Fuehren, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Goettigen, 1990.

Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, Verwaltungsrecht, 1982.

Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 1995.

Gusy, Polizeirecht, 3. Aufl., 1994., 1996.

H. Berlin, Handbuch des Deutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen Justizrath Püttner Bd. 1, 1794.

H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht 1(München: Verlag C. H. Beck, 1974), 1977.

Habermehl, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 1993.

Hans J. Wolff, Die Gestaltung des Polizei und Ordnungsrechts in der britischen Besatzungszone, VVDStRL 9.

Hänsel, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: R. Fritz(Hrsg), Verwaltungsrecht, 1986.

Hansen-Dix, Die Gefahr im Polizeirecht im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, 1982.

Harry V. Rosen-v. Hoewel, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 1997.

Haus, K.L./Wohlfarth, J., Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden, 1997.

Heise, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 1976.

Hoffman-Riem, Anscheingefahr und Anscheinverursachung im Polizeirecht, in FS für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, 1972.

Jelinek, Gesetz und Verordnung, 1887.

- , Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1966.
- Knemeyer, Deutsches Polizeirecht, DÖV, 1975 (89)
- , Franz-Ludwig, Rechtsfaelle in Frage und Antwort, 3. Aufl., München, 2003
- , Polizei-und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 1998.
- Krollmann, Das hessische Gesetz ber die ffentliche Sicherheit und Ordnung, 3. Aufl., 2004.
- Losch, Zur Dogmatik der Gefahrenforschungsmäßnahme, DVBl, 1994.
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7 Aufl., 1990.
- M. Olidiges, Polizeirecht, in: Grimm/Papier, Nordrhein-Westfälisches staats-und Verwaltungsrecht, 1986.
- Möller/Wilhelm, Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 1999.
- Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985.
- Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in jurisutischen Endscheidungen, 1983.
- O. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbe- griff im Verwaltungsrecht, JZ, 1955.
- OLG Karlsruhe, NJW 1978.
- O. Schneider, Grundsätzliche Überlegungen zur polizeilichen Gefabr, DVBl, 1980.
- Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht. In: von Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1998.
- Papier/Hans-Juergen, Die Verantwortlichkeit fuer Altasten im oeffentlichen Recht, NVwZ, 1986.
- Petri, Der Gefahrenforschungseingriff, DOV 1996.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Polizei-und Ordnungsrecht, München, 2002.
- Poscher, Gefahrenverdacht, NVwZ 2001.
- Rachor, Polizeihandeln. in, Lisken/Denninger Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl, 2003.
- Reichert/Röber, Polizeirecht, 3. Aufl., 1988.

Scheer/Trubel, Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 01. 6. Aufl., 1931.

Schenke, Gefahrenverdacht und Polizeirechtliche Verantwortlichkeit, in: FS für Friauf zum 65 Geburtstag, 1996.

————, Polizei- und Ordnungsrecht, in: U. Steiner(Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999.

————, Wolf-Ruediger, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 46. inSteiner, Udo, Besonderes Verwaltungsrecht, 12 Aufl., C. F. Mueller , 2002.

Schneider/Möder, Anmerkung zu BVerwG, DVBl, 1973.

Schoch, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994.

Scholler/Schloer, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 1993.

Scholz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1984.

————, Die Polizeiliche Gefahr, VerwArchiv 27, 1919.

Schwabe, DVBl. 1982.(134)

————, Fürmüchhalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen, in : Selmer/v.Münch(Hrsg.), Gedächtnisschrift für W. Martens, 1987.

Peter J. Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1998.

Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl., 1998.

Tettinger, Administrativer Prognosespielraum. DVBl 1982.

Thoma, Der Polizeibefehl im Badischen Recht, 1889.

Vgl, sog. Schweinmäster-Fall, DÖV 1957.

Vgl. Breuer, Umweltschutz und Gefahrenabwehr bei Anscheins- und Verdachtslage, in: Selmer/v.Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für W.Martens, 1987.

Vgl. Hans H. Kiein, Zur Auslegung des Rechtsbegrifis der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, DVBl, 1971.

Vgl. Hans P. Prümm, Die öffentliche Oruung, der polizeiliche Generalklausel in Theorie und Paraxis, DÖV, 1983.

Vgl. W. Martens, Der Schutz des einzelnen im polize -und Ordnungsrecht,

DÖV, 1976.

Walker, Abstrakte und konkrete Gefahr, Diss., Tübingen, 1994.

Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998.

Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, 4. Aufl., 1978.

Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987.

Württemberg, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Achterberg/Püttner (Hrsg.),
Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Bd., 1992.

2. 일 본

古谷洋一. 『註解警察官職務執行法』. 入花書房, 2000.

———. 『註解警察官職務執行法』. 入花書房, 2000.

宮田三朗. 『警察法』. 信山社, 2002.

吉田如子. “民間警察規制と警察.” 「法學論叢」149卷, 2001

大橋洋一. “緊急の措置.” 「行政判例100選」. 有斐閣, 1999.

土室正三. “警察の任務の基礎.” 「警察研究」第25卷 第10號, 1981.

———. “警察の裁量と判断の餘地.” 「警察學論集」第32卷 第1號, 1979.

桑原勇進. “非客觀的危險.” 「行政法の發展と變革」. 有斐閣, 2001.

———. “危險概念の考察.” 「公法學の法と政策(下)」. 有斐閣, 2000.

上田信太郎. “自動車檢問.” 「刑事訴訟法判例100選」. 有斐閣, 1998.

小高 剛. 『行政法各論』. 有斐閣, 平成 2年.

田宮 裕/河上和雄. 『大コンメンタール警察官職務執行法』. 青林書院, 1993.

田中二郎. 『新版行政法』. 弘文堂, 1988.

———. 『要說行政法』. 弘文堂, 1995.

———. 『行政法(下)』. 弘文堂, 1985.

田村正搏. 『警察行政法解説』. 東京法令出版, 1989.

下山憲治. “危險の豫測とその防止手段に關する一考察.” 「行政法と租稅法の課題と展望」. 成文堂, 2000.