

2008年 8月
博士學位論文

消防警察法上 强制處分에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

梁 中 根

消防警察法上 強制處分에 관한 研究

*A Study on the Legal Disposition of the
Fire-Police Services Act*

2008年 8月 25日

朝鮮大學校大學院

法 學 科

梁 中 根

消防警察法上 強制處分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

2008年 4月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

梁 中 根

梁中根의 博士學位論文을 認准후

委員長 檀國大學校 教授 石珠顯 印
委員 誠信女子大學校 教授 金香基 印
委員 朝鮮大學校 教授 金炳錄 印
委員 朝鮮大學校 教授 金明植 印
委員 朝鮮大學校 教授 金春煥 印

2008年 6月

朝鮮大學校 大學院

주요 인용문헌 약어표

김남진(I)	김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2006.
김남진(II)	김남진·김연태, 행정법 II, 법문사, 2006.
김동희(I)	김동희, 행정법 I, 박영사, 2008.
김동희(II)	김동희, 행정법 II, 박영사, 2008.
김철용(I)	김철용, 행정법 I, 박영사, 2008.
김철용(II)	김철용, 행정법 II, 박영사, 2008.
김춘환(I)	김춘환, 행정법강의 I, 조선대학교출판부, 2006.
김춘환(II)	김춘환, 행정법강의 II, 조선대학교출판부, 2006.
김향기	김향기, 행정법개론, 삼영사, 2005.
박윤훈(상)	박윤훈, 최신 행정법강의(상), 박영사, 2004.
박윤훈(하)	박윤훈, 최신 행정법강의(하), 박영사, 2004.
석종현(상)	석종현, 일반 행정법(상), 삼영사, 2005.
석종현(하)	석종현, 일반 행정법(하), 삼영사, 2005.
성 무	성 무, 소방 행정법, 도서출판 덕유, 1996.
유지태	유지태, 행정법신론, 신영사, 2008.
장태주	장태주, 행정법개론, (주)현암사, 2007.
허 영	허 영, 한국헌법론, 박영사, 2007.
홍정선(상)	홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2007.
홍정선(하)	홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2007.
한국소방행정사	행정자치부, 한국소방행정사, 삼성인쇄, 1999.
關東一	關東一, 消防法の研究, 東京法令出版株式會社, 平成11年.

目 次

주요인용문헌 약어표

第1章 序 論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍 및 方法	4
第2章 消防警察法の 意義와 根據 등	6
第1節 消防警察法の 概念 및 歷史	6
I. 消防警察法の 概念	6
II. 消防警察法の 歷史	6
第2節 消防警察法の 憲法的 根據	13
I. 消防警察法과 基本權保護義務論	13
1. 基本權保護義務論	13
2. 基本權保護義務의 憲法的 根據	24
II. 基本權保護義務 次元의 消防警察法の 憲法的 根據	27
第3節 現行 消防警察關聯 主要 法令	30
I. 序 說	30
II. 消防 5法	30
III. 主要 關係法	37
第3章 消防警察法上 强制處分	48
第1節 强制處分과 法治主義	48
I. 消防警察法上 强制處分의 法的 性質	48
II. 强制處分權의 發動과 法律留保	48
III. 法的根據 외에 處分上의 原則	49

IV. 法的根據가 없는 強制處分	52
V. 強制處分과 行政救濟	53
第2節 強制處分の 類型과 法理檢討	54
I. 消防活動과 消火活動	55
II. 消防活動中 強制處分	56
1. 消防隊의 緊急通行	56
2. 消防活動 從事命令	59
3. 消防對象物·土地·車輛에 대한 強制處分	61
4. 危險施設 등에 대한 緊急措置	66
III. 緊急救助活動中 強制處分	71
1. 強制待避措置	71
2. 應急負擔	74
3. 水難救護를 위한 應急措置	76
IV. 危害發生 防止 등을 위한 強制處分	79
1. 特定高壓가스 施設에 대한 強制處分	80
2. 液化石油가스 施設에 대한 強制處分	81
V. 強制處分과 節次開示	83
1. 強制處分과 令狀主義	83
2. 強制處分 命令의 先行 必要性	86
VI. 過剩強制處分	87
1. 火災 등 災難現場에서 過剩強制處分の 類型	87
2. 過剩強制處分の 違法性 與否	89
3. 過剩強制處分으로 인한 責任 所在	91
第3節 外國의 強制處分	92
I. 日本	92
II. 캐나다	96
III. 英國과 아일랜드	101
IV. 美國	105
V. 比較 檢討	109

第4章 强制處分과 損失補償	112
第1節 財産權保障과 損失補償에 관한 法的根據	113
I. 損失補償의 憲法的 根據	113
1. 財産權保障의 根據	113
2. 財産權에 대한 公用侵害(收用·使用·制限)와 正當한 補償	113
II. 消防警察法上 損失補償의 根據	116
1. 法令別 損失補償 概要	116
2. 損失補償의 方法 및 基準 등	117
第2節 類型別 强制處分과 損失補償	122
I. 消防活動中 强制處分과 損失補償	122
1. 消防隊의 緊急通行과 損失補償	122
2. 消防對象物·土地·車輛에 대한 强制處分과 損失補償	123
3. 危險施設에 대한 緊急措置와 損失補償	129
II. 緊急救助活動中 强制處分과 損失補償	131
1. 應急負擔과 損失補償	131
2. 水難救護를 위한 應急措置와 損失補償	132
III. 危害發生 防止를 위한 强制處分과 損失補償	133
第3節 强制處分과 犧牲補償	134
I. 犧牲補償의 概要	134
II. 强制處分과 犧牲補償의 根據	135
1. 消防活動 從事命令과 犧牲補償	135
2. 應急負擔과 犧牲補償	136
3. 水難救護에 따른 應急措置와 犧牲補償	137
第5章 强制處分の 問題點 및 改善方案	138
第1節 問題點	138
I. 强制處分權 行使關聯 立法의 問題點	138
1. 消防活動의 範圍 不分明	138

2. 消防活動 從事命令의 實效性 確保 困難	140
3. 消火活動中 強制處分 規定의 代表性 未洽	141
4. 危險施設에 대한 緊急措置權 發動의 限界設定 등 必要	148
5. 緊急救助活動中 強制處分權者의 否適切 등	149
6. 水難救護를 위한 強制處分 規定의 不合理	151
II. 強制處分에 따른 損失補償의 問題點	152
1. 消防隊의 緊急通行權에 대한 補償規定 없음	152
2. 消火活動과 危險施設 強制處分에 따른 損失補償 未洽	153
3. 緊急救助를 위한 強制處分에 따른 損失補償 規定 未備	158
III. 強制處分에 따른 法理的 側面의 問題點	159
1. 概括的 授權條項의 必要	159
2. 適法한 任務遂行에 따른 免責規定의 不在	163
3. 注意義務規定의 必要	166
4. 不確定概念의 使用	167
第2節 改善方案	172
I. 強制處分權 行使關聯 立法의 改善	172
1. 消防活動이라는 用語使用에 따른 法令 整備	172
2. 消防活動 從事命令의 實效性 確保對策 講究	172
3. 消火活動中 強制處分 規定의 全面的 補完	173
4. 危險施設 緊急措置權에 대한 注意義務規定 등 新設	176
5. 緊急救助活動中 強制處分 規定의 改善	176
6. 水難救護活動中 強制處分權者의 擴大 등	177
II. 強制處分에 따른 損失補償의 改善	178
1. 消防隊의 緊急通行權에 대한 補償規定 立法	178
2. 消火活動中 強制處分의 損失補償 範圍擴大 및 基準 明確化	179
3. 水難救護 등을 위한 強制處分에 따른 損失補償 規定 新設	180
III. 強制處分에 대한 法理的 側面의 補完	180
1. 概括的 授權條項의 立法	180
2. 個人責任의 免責規定 明文化	181

3. 注意義務規定 新設	181
4. 不確定概念의 成文化	182
IV. 法令別 細部 立法代案	182
1. 消防基本法	182
2. 災難 및 安全管理 基本法	191
3. 水難救護法	192
4. 가스 2法	193
第6章 結 論	195
참고문헌	198
부 록	203

ABSTRACT

A Study on the Legal Disposition of the Fire-Police Services Act

Yang, Joong-keun

Advisor : Prof.Kim, choon-hwan Ph.D.

Department of law

Graduate School of Chosun University

The features of a variety of disasters including the recent fires, casualties, and property losses result from diversification of type, seriousness of damage, and complication of settlement. That is, not only artificial disasters such as fire, collapse, explosion, and traffic accident but also natural calamities like typhoon, flood, downpour and storm are diverse in type and high in frequency. Once an accident happens, casualties and property damage have a tendency to be big-sized. Those structures which are high-storied, thorough, sophisticated and automated, the increasing illegal parking, the rising number of natural disasters such as downpours and typhoons, the diversification of industrial facilities and energy resources, and the tunnelization of transportation and telecommunications system have made prompt lifesaving difficult.

Accordingly, to cope with such a situation promptly and actively and minimize its casualties, fire laws including 「the fundamental law of fire」, regulate that, in an acute case of protecting a citizen's life, body, and property in a different variety of disastrous spots like a fire, legal disposition imposes temporary use, restriction in use, destruction, removal, moving, change, compulsory evacuation, deportation and fire servicing upon structures, goods, land and persons without any prior

responsibilities for people concerned.

In this study, this right was called "the Legal Disposition of the Fire-Police Services Act" and its major contents can be examined depending on the articles. First, 「the fundamental law of fire」 stipulates "the urgent passage of fire-fighters (article 22)", "fire-fighting servicing order (article 24)", "legal disposition in fire-fighting activities (article 25)", and "urgent action on hazardous facilities (article 27)." Next, 「the fundamental law on disaster and safety management」 states "compulsory evacuation measures (article 42) and "emergency obligation (article 45)" and 「the law on relief from suffering」 regulates "first-aids on relief from suffering (article 7). Lastly 「high pressure gas safety supervision law」 (article 20) and 「the law on the safety supervision and business of liquefied petroleum gas」 (article 27) states a legal disposition of gas facility sealing and provisional holding.

Therefore, this paper focused on these contents, examined legal principles such as legislative purposes of legal disposition, induced some problems through comparing them with lawmaking examples of foreign countries, and proposed some improvements. The major scope of research and improvements are as follows.

To begin with, a fire is a typical harm so fire fighting maintains public security and order through the fire prevention and extinguishment, and the rescue and first-aid activities in case of a fire, a disaster, or other dangerous situations. It is practically the police, in other words, the preservation police. In this aspect, "fire-police" and "fire-police services act" were defined.

Next, through deeply studying and analyzing the current domestic and international the law of safety from fire and other emergency scenes preservation police regulating the legal disposition, and examining their legal principles, the aspects of "legislation," "compensation," "legal principles" were classified and their problems were raised and their improvements were presented as follows. In

addition, the improvements were beyond one's opinion and are classified and embodied into the existing laws, the improvements, and their advantages by decree and provision.

The first improvement is a legislative aspect related to exercising the right of legal disposition. Improper language use was corrected or unified to avoid confusion and misunderstanding. Legal disposition of no validity was given some ways to obtain a validity. Furthermore, to make a legal disposition exercised in place, dispositioners are clarified on a disaster-scene basis. However, such a legal disposition restricts a citizen's right and may entail secondary unexpected problems. Therefore it was proposed that caution obligation regulations to legal disposition be enacted.

The second improvement is in terms of compensation for loss according to legal disposition. The current the law of safety from fire and other emergency scenes preservation police regulate the legal disposition. However there cannot be found any law on indemnity in some cases, and are only compensation regulations but no specific standards of them such as the extent, ways, and bases in most cases. Though the necessity of legal disposition in fire fighting is accepted to secure public safety, its losses should have been properly compensated. Therefore this study expanded the extent of indemnity as well as made its standards and methods legislated.

The third improvement is in terms of legal principles resulting from legal disposition. The current legal disposition regulations have indefinite word such as "necessary disposition in fire fighting", "necessary measure", and so on. Especially the legal disposition in a fire spot in article 25 of 「the fundamental law of fire」 is representative and this regulation is improper given that it is acted upon a citizen's body and property without prior duty. Thus this paper presented the contents of legal disposition more specifically, and also included such general authorization provisions as can be interpreted. Also in case of any disposition

except scienter or gross negligence, some ways to reduce or exempt from a fire-fighter's responsibility were presented.

Lastly, through looking over legal principles in procedural institution of legal disposition, legal disposition, writ practice, and violation and responsibility by excessive legal disposition were researched and the extent and limit of power that a fire captain exercises were set. Therefore this study helps him to exercise proper rights without excessive disposition and misuse of rights.

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

최근 화재 등 각종 재난발생과 그로 인한 인명 및 재산피해의 특징은 유형의 다양화, 피해의 대형화 그리고 수습의 복잡화에 있다. 즉, 화재·붕괴·폭발·교통사고 등의 인위적 재난은 물론 태풍·홍수·호우·폭풍 등의 자연적 재난 등 그 유형이 다양하고 발생빈도 또한 높을 뿐만 아니라, 이로 인한 인명과 재산피해가 대형화되는 추세이다. 또한 건축물의 고층화·심층화·고급화·자동화와 불법 주·정차의 증가, 호우·태풍 등 자연재난의 증가, 산업시설과 에너지원의 다양화, 교통·통신시설의 지하화¹⁾ 등으로 사후 수습도 어렵게 하고 있다. 따라서 화재의 예방과 진압업무는 물론 각종 재난발생시 인명구조와 2차재난 발생방지를 위한 긴급구조업무를 수행하고 있는 소방 역시 임무수행의 어려움과 함께 업무량도 지속적으로 확대되는 추세에 있다.

이와 같은 소방업무를 수행하는 근거 법으로서 「소방기본법」이 있고 동법 제1조는 소방의 존재 목적을 “화재를 예방·경계하거나 진압하고 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급활동 등을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호함으로써 공공의 안녕질서유지와 복리증진에 이바지 하는 것”으로 규정하고 있다. 그런데 이러한 규정에도 불구하고 소방의 본래 목적은 전형적인 위해의 하나인 화재를 예방·경계하거나 진압하는데 있다. 말하자면 목적에서 열거하고 있는 구조·구급업무는 화재라는 위해를 예방·경계하거나 진압하는 업무에 부수하여 행하여진다는 것이다.

따라서 소방은 “화재라는 위해방지 이외의 다른 고유한 임무(구조·구급)에 부수하여 위해방지를 담당하는 것이 아니라, 화재라는 위해방지 자체를 고유한 임무로 하는 것”이므로 “보안경찰” 즉, “협의의 경찰”에 속하고²⁾ 이를 바탕으로 본 논문에서는 “소방경찰”이라는 용어를 사용하고 있다.

한편 화재의 예방·진압과 구조·구급활동을 통하여 소방의 목적을 달성하기 위한 근거 법에는 「소방기본법」, 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」, 「소방시설

1) 한국소방행정사, 382면.

2) 박평준, 「경찰행정법」(고시연구사, 2004), 24면; 석중현(하), 285면.

공사업법」, 「위험물안전관리법」, 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」등 소위 소방 5법³⁾ 있고, 그밖에 「재난 및 안전관리 기본법」, 「수난구조법」 그리고 건축·가스 및 전기관련법 등의 소방 관련법이 있다. 이들 법은 “화재의 예방·진압과 인명구조 등에 직접 관련된 법”으로써 “소방서장 등 소방기관의 장에게 예방조치 등 작위적인 행위를 하도록 규정하고 있거나, 소방대상물⁴⁾ 등의 관계인⁵⁾에게 의무를 부과하고 또한 명령하고 강제하는 것”을 내용으로 하는 법들이기 때문에 본 논문에서는 이러한 법들을 “소방경찰법”이라 하였다.

그런데 소방경찰법의 내용 중에는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장⁶⁾에게 화재나 각종 재난현장의 위급한 상황에서 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하는데 있어 긴급한 경우에는 미리 관계인 등에게 의무 등을 부과함이 없이 건축물·물건·토지 및 사람 등에 대해 일시사용·사용제한, 파괴⁷⁾, 제거, 이동, 변경, 강제대피·퇴거, 소방경찰업무 종사 등을 행하도록 하는 강제처분⁸⁾권도 주어져 있다.

이를 법률별로 나누어 보면 먼저 「소방기본법」에서 규정하고 있는 “소방활동⁹⁾중의 강제처분”인데, 제22조(소방대의 긴급통행)·제24조(소방활동 종사명령)·제25조(강제처분 등)·제27조(위험시설 등에 대한 긴급조치)등 소방활동 현장에서 인명구조와 화재진압 등을 위해 행사되는 강제처분이 그것이다. 다음은 「재난 및 안전관리 기본법」과 「수난구조법」에서 규정하고 있는 “긴급구조업무 수행에 따른 강제처분”으로 「재난 및 안전관리기본법」 제42조(강제대피조치)·제45조(응급부담)와 「수난구조법」 제7조(수

3) 1958년 3월 11일자 제정되어 시행되던 「소방법」이 2003년 5월 29일자로 4개로 분법 되었고, 다시 2006년 3월 24일에 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」에서 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」이 분법 되어 5개 법률이 된 것이다.

4) “소방대상물”이라 함은 건축물, 차량, 선박(「선박법」제1조의2 제1항의 규정에 따른 선박으로서 항구 안에 매어둔 선박에 한한다), 선박건조구조물, 산림 그 밖의 공작물 또는 물건을 말한다(「소방기본법」 제2조 제1호).

5) “관계인”이라 함은 소방대상물의 소유자·관리자 또는 점유자를 말한다(「소방기본법」 제2조 제3호).

6) “소방대장”이라 함은 소방본부장 또는 소방서장 등 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방대를 지휘하는 자를 총칭한다(「소방기본법」 제2조 제6호).

7) 「소방기본법」 제25조에서는 “소방활동에 필요한 처분”이라고 규정하고 있으나, 이를 파괴소방으로 해석하고 있다(박윤훈(상), 626면; 석종현(상), 488면).

8) 본 논문에서 사용하는 “강제처분”이라 함은 행정상 즉시강제의 성격이 있는 것 중 소방활동과 관련하여 행해지는 긴급한 조치를 의미하는바, 소방 5법 및 소방관련법에서는 긴급통행, 강제처분, 긴급조치, 응급부담, 응급조치 등의 용어로 사용되고 있다.

9) 「소방기본법」 제16조는 “소방활동”을 “소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장이 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 때에 소방대를 현장에 신속하게 출동시켜 화재진압과 인명구조 등 소방에 필요한 활동을 하게 하여야 하는 것”으로 규정하고 있다.

난구호를 위한 응급조치)의 규정에 따라 재난¹⁰⁾ 및 수난현장에서 인명구조 등을 위해 행사되는 강제처분이다. 마지막으로 폭발 등 “위해발생 방지를 위한 강제처분”인데, 「고압가스 안전관리법」 제20조(사용신고 등)·「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제27조(액화석유가스 사용시설의 설치와 검사 등) 등의 규정에 따라 행사되는 강제처분(가스시설의 일시사용금지·봉인·영치 등)이 그것이며, 이들 조문은 소방의 궁극적인 목적인 “공공의 안녕질서를 유지”함에 있어 가장 필요한 규정이라고 할 수 있다.

이와 같은 강제처분은 사전에 의무를 부과함이 없이 국민의 신체와 재산 등에 실력을 행사하여 소방의 목적을 달성하는 수단이기 때문에 예측이 불가능하고 또한 법적 안정성을 저해함에도 불구하고 공공의 안전 확보차원에서 주어진 것¹¹⁾이기 때문에 화재현장을 비롯 각종 재난현장 상황별로 각각 강제처분의 근거와 함께 예측가능성과 법적안정성의 침해가 최소화 되도록 상당히 구체적인 처분범위를 설정하여 처분권을 행사하는 소방대원이나 이를 수인하는 국민이 처분권의 내용을 알 수 있도록 입법되어야 하고, 뿐만 아니라 처분과정에서 부득이하게 국민이 수인할 수 있는 한계를 넘어선 손실이 발생한 때에는 「헌법」 정신에 맞는 적절한 보상도 이루어 질 수 있도록 해야 한다.

하지만 앞에서 열거했던 현행 법률상 강제처분규정은 권한행사·손실보상·법리적인 면 모두에서 소방활동 현장상황·국민의 재산권보장·법이론 등을 적절히 반영하지 못하고 있다. 또한 강제처분권은 화재 등의 위해보부터 공공의 안녕질서를 확보하는 차원에서는 「경찰관직무집행법」¹²⁾ 못지않은 중요한 규정이고 아울러 권한임에도 소방대원과 국민 모두 이의 중요성과 필요성을 인식하지 못하고 있어 문제이다.

따라서 본 논문은 현행 소방경찰법상 강제처분 규정을 전반적으로 검토하여 분야별

10) 여기서의 “재난”이라 함은 “국민의 생명·신체 및 재산과 국가에 피해를 주거나 줄 수 있는 것으로서 다음 각 목의 것”을 말한다(「재난 및 안전관리 기본법」 제3조 제1호).

가. 태풍·홍수·호우·강풍·풍랑·해일·대설·가뭄·지진·황사·적조 그 밖에 이에 준하는 자연현상으로 인하여 발생하는 재해

나. 화재·붕괴·폭발·교통사고·화생방사고·환경오염사고 그 밖에 이와 유사한 사고로 대통령령이 정하는 규모 이상의 피해

다. 에너지·통신·교통·금융·의료·수도 등 국가기반체계의 마비와 전염병 확산 등으로 인한 피해

11) 이러한 행정의사의 실효성확보수단은 행정권력의 강제적 성격이 직접적으로 표출되는 영역이므로 그 남·용으로부터 국민의 기본권을 보장하기 위하여서는 그 발동에 대한 법치주의적 안전장치가 마련되어야 한다고 한다(박운훈(상), 590면).

12) 「경찰관직무집행법」은 국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 경찰관(국가경찰공무원에 한한다)의 직무수행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하는 법이다.

로 세부적인 문제점을 도출한 후 이에 대한 입법적 개선방안을 제시하고 그 중요성과 필요성을 강조하는데 연구의 목적이 있다.

第2節 研究의 範圍 및 方法

“소방”이라는 용어를 처음으로 쓰기 시작한 갑오경장 이후 1958년 3월 11일 법률 제 485호로 「소방법」이 제정되어 화재의 예방과 진압에 대한 입법체계가 완성된 뒤 50여 년이 흘렀다. 그동안 사회·경제적인 발전과 함께 인구의 도시집중, 주거환경의 개선, 건축물의 심층화·고층화, 자동차의 증가 등으로 「소방법」 제정 당시와 현재와는 소방의 여건이 많이 변화하였고 따라서 이러한 변화된 여건을 반영하기 위해서 「소방법」을 5개의 법으로 분법하고 내용도 현실에 맞게 보완했던 것이다.

하지만 화재 등 각종 재난현장에서 인명과 재산피해의 최소화를 위해 긴급한 조치로서 사전에 의무를 부과함이 없이 행사되는 강제처분에 대한 규정은 그 중요성과 필요성에도 불구하고 앞의 연구목적에서 잠시 언급한 바와 같이 많은 부분에서 문제점을 내포하고 있어 이를 보완하여 명실상부한 강제처분권이 될 수 있도록 필요한 제반사항을 살펴보는 것이 본 논문의 연구범위이며 구체적인 내용은 다음과 같이 구성하였다.

제1장 서론에서는 사회·경제적인 발전은 결과적으로 화재 등 각종 재난의 발생빈도를 높게 했고 인명과 재산피해를 대형화시킴에 따라 이에 신속하고도 효과적인 대응으로 피해를 최소화하려다 보니 소방경찰법에서 규정하고 있는 강제처분권의 행사도 증가하고 있는데, 현행 소방경찰법상의 강제처분 규정은 권한행사·손실보상·그리고 법리적인 면 모두에서 소방활동 현장상황·국민의 재산권보장·법이론 등을 적절히 반영하지 못하고 있고 중요성과 필요성 또한 인식되지 않고 있어, 이의 문제점과 함께 개선방안을 제시하고 중요성과 필요성을 강조하는 것이 본 논문의 연구 목적임을 밝혔다.

제2장 소방경찰법의 의의 및 근거 등에서는 먼저 서론에서 언급했던 소방경찰법의 개념을 구체적으로 정리하면서 소방경찰법의 역사를 조선시대 이후를 중심으로 현재까지 크게 3단계로 살펴보았다. 또한 소방경찰법상 강제처분의 헌법적 근거를 기본권 보호의무이론 측면에서 검토한 후 현행 우리나라 소방경찰관련 주요법령을 소방 5법과 주요 관계법으로 구분하여 정리하였다.

제3장 소방경찰법상 강제처분에서는 강제처분과 법치주의와의 관계, 강제처분의 유형과 그에 대한 법리 그리고 외국 소방법상 강제처분에 대해 고찰하였다.

먼저 강제처분과 법치주의와의 관계에서 소방경찰법상 강제처분의 법적 성질을 설정하였고, 강제처분에 대한 법률유보의 필요성과 처분상 원칙(한계)을 살펴본 후 또한 법적근거가 없는 강제처분의 가능성 및 강제처분에 대한 행정구제에 대해서도 개괄적으로 고찰하였다. 다음으로 강제처분의 유형과 그에 대한 법리를 소방활동 중 강제처분(「소방기본법」 근거), 긴급구조활동 중 강제처분(「재난 및 안전관리 기본법」, 「수난구호법」 근거) 그리고 폭발 등 위해발생 방지를 위한 강제처분(「고압가스 안전관리법」, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 근거)으로 나누어서 검토하였는데 특히 법리검토에서는 혼용사용으로 인해 개념정립이 필요한 소방활동과 소화활동에 대해 정리하였고, 아울러 강제처분의 절차개시와 관련된 법리와 과잉강제처분으로 인해 예상되는 문제에 대해서도 함께 살펴보았다. 또한 외국의 소방법 등에 있어서의 강제처분의 예를 일본, 캐나다, 영국과 아일랜드, 미국 순으로 살펴보고 이들 상호간은 물론 우리나라 강제처분 규정과도 비교검토를 실시하였다.

제4장 강제처분과 손실보상에서는 재산권보장과 손실보상에 관한 법적근거, 유형별 강제처분과 손실보상, 강제처분과 희생보상에 대해 고찰하였다.

먼저 재산권보장과 손실보상에 관한 법적 근거로서 「헌법」과 소방경찰법상 근거를 살펴본 후 강제처분과 관련된 손실보상의 범위와 방법 등을 유형별로 나누어서 구체적으로 검토하면서 아울러 강제처분으로 발생할 수 있는 희생보상에 대해서도 정리하였다.

제5장 강제처분의 문제점 및 개선방안에서는 먼저 문제점을 강제처분권 행사와 관련된 입법 면, 강제처분에 따른 손실보상 면, 강제처분에 따른 법리적인 면으로 나누어서 살펴보고 이에 대한 개선방안에 대해서는 1차적으로는 큰 틀에서 개선방향을 고찰한 뒤 2차적으로는 조문형식으로 구체적인 입법대안을 제시하였으며 신·구 조문을 표로하여 부록에 정리하였다.

마지막으로 제6장 결론에서는 지금까지 연구하였던 내용을 정리하여 소방경찰법상 강제처분의 중요성과 필요성을 강조하고 개선방안을 다시 한번 요약하여 제시하였다.

연구방법과 관련해서는 각종 문헌 및 법령자료, 현장사례 등을 중심으로 법제사적 방법, 비교법학적 방법, 입법 정책적 방법 등 종합적인 연구방법을 사용하였다.

第2章 消防警察法の 意義와 根據 등

第1節 消防警察法の 概念 및 歷史

I. 消防警察法の 概念

소방경찰법의 개념에 대해서는 이미 본 논문의 서론에서 잠시 살펴보았는데 이를 다시 한번 정리한다면 소방경찰법은 “소방과 관련된 모든 법령 중 소방의 조직과 신분 등에 관한 법령을 제외하고 화재의 예방·진압, 화재, 재난·재해 그밖의 위급한 상황에서의 인명구조·구급활동 등에 직접 관련된 법령으로서, 소방서장 등 소방기관의 장에게 예방조치 등 작위적인 행위를 하도록 규정하고 있거나 소방대상물 등의 관계인에게 의무를 부과하고 또한 명령하고 강제하는 것을 내용으로 하는 법”이라는 것이다.

이를 형식적의미의 소방경찰법과 실질적의미의 소방경찰법 이론에 대입한다면 “소방의 조직·신분·작용·구제 등 소방과 관련된 모든 법을 형식적의미의 소방경찰법”이라 할 수 있고, “소방작용 및 구제에 관한 법을 실질적의미의 소방경찰법”으로 구분할 수 있겠다.

본 논문은 실질적의미의 소방경찰법에 대해 연구하고 그중에서도 소방의 궁극적인 목적인 공공의 안녕질서를 유지하는데 있어 가장 핵심적이고 중요한 내용인 강제처분에 대해 연구하고자 하기 때문에 소방경찰법이 어떤 법인지의 개념을 정립한 것이다.

II. 消防警察法の 歷史

앞에서 소방경찰법을 “화재의 예방·진압과 구조·구급 등에 직접 관련된 법령으로써 소방서장 등 소방기관의 장에게 예방조치 등 작위적인 행위를 하도록 규정하고 있거나, 소방대상물 등의 관계인에게 의무를 부과하고 또한 명령하고 강제하는 것을 내용으로 하는 법”이라고 하였기 때문에 소방경찰법의 역사 역시 조직과 신분법 등을 제외한 화재의 예방과 진압 그리고 구조·구급에 관련된 법 즉, 실질적의미의 소방경찰법의 역사만을 살펴보아야 한다. 그러나 1958년 「소방법」이 제정되기 전까지는 실질적의미의 소방경찰법보다는 오히려 실·방화자에 대한 형벌이나 조직 등에 관한 법 즉,

형식적 의미의 소방경찰법이 주를 이루고 있으므로 본문 소방경찰법의 역사에서는 이를 불문하고 살펴보도록 하겠다.

1. 朝鮮時代 및 그 以前의 消防警察法

가. 삼국 및 고려시대

이 시기에는 금화¹³⁾(소방) 법령도 따로 없었고 또한 별도의 금화관서나 금화조직도 없었으며 軍조직에서 소방을 담당하였던 것으로 보인다. 하지만 각 관아에서는 금화하는 일을 엄격히 하도록 하고 화재사고가 있을 때에는 이를 규찰하였으며, 큰 창고에는 금화를 담당하는 관리를 배치하고 실화자에 대한 처벌도 있었는데, 실화에 대해서는 태형(笞刑)을 방화자에 대해서는 징역(3년)형에 처하도록 하는 등 형벌을 과했던 기록이 있다.¹⁴⁾

나. 조선시대

(1) 조선시대 전기

그러나 조선시대에는 금화법령과 금화조직이 설치되는 등 소방업무가 별도로 추진되기 시작했다. 경국대전의 금화관계 법령으로는 卷之1(吏典)에 정4품 아문인 修城禁火司에 관하여 규정하고 있고, 卷之4(兵典)에 行巡·防火·禁火에 관하여 규정하고 있으며, 卷之5(刑典)에 用律의 규정에 따라 大明律을 준용하도록 하였다.¹⁵⁾

또한 續大典에서는 화재가 났을 때에 와가 3간, 초가 5간 이상의 건물이 소실되고 인명이 상해되었을 때 왕에게 서면으로 보고하도록 하였다.

아울러 실화 및 방화에 관한 법률로서 태종 17년(1417년)에는 호조의 啓¹⁶⁾에 따라 大明律에 의해 실화자와 방화자에 대한 형률도 시행하였는데, 그 내용은 실화하여 자기 집을 태운 자는 杖40, 관·민가를 태운 자는 杖50 등으로 처벌하였다.¹⁷⁾

13) “금화(禁火)”라는 용어는 1894년 갑오경장 당시 소방이라는 용어가 사용되기 전까지는 소방과 같은 개념으로 사용되었다.

14) 한국소방행정사, 14면.

15) 상계서, 15면.

16) “계(啓)”는 왕에게 올리는 서식의 하나이다.

17) 상계서, 16면.

(2) 갑오경장 이후

갑오경장 이후 우리나라 역사상 처음으로 “소방”이라는 용어가 사용되었지만 이 때에도 별도의 소방경찰법은 없었다. 하지만 소방조직의 직제규정 등이 경찰기구의 규정에 포함되어 만들어 졌음을 알 수 있다. 즉, 갑오경장을 통하여 개화를 추진하려고 했던 개화파와 일제는 종래의 좌·우 포도청을 없애고 한성5부의 경무사무를 합하여 경무청을 설치하였다. 경무청은 내무아문에 속하도록 하고 고종 31년(1894년) 7월 14일 「경무청관제직장」을 확정하였는데 이 때 화재에 관한 사항이 그 소관사무임을 명백히 하였다. 1895년(을미년) 4월 29일에는 「경무청 직제」를 제정하여 경무청에 警務使官房 제1·2保를 두고 총무국을 두도록 하였는데 이 총무국에서 “水火·消防에 관한 사항”을 분장토록 하였으며, 5월 3일에 「경무청처무세칙」을 만들어 水火·消防을 “難破船 및 出火·洪水 등에 係하는 구호에 관한 사항”으로 성격 지었는데 이때 우리나라 역사상 처음으로 “소방”이라는 용어를 쓰게 되었음은 앞에서 살펴본 바와 같다.¹⁸⁾

2. 解放 前後의 消防警察法

가. 일본침략시대

일본 침략시대에는 소방경찰법이 조금씩 정비되기 시작한다. 물론 소방조직은 역시 경찰기구와 함께하여 조직관련 소방경찰법은 별도로 없었다. 말하자면 중앙소방기구는 1910년 7월 14일 통감부령 제39호 「통감부 경무총감부 분담규정」 제8조에 의거 보안과내 소방계에서 관장토록 하였다. 다음으로 지방소방기구는 경무총감부 산하로 道에 경무부를 두어 경무부에는 관내 경찰서와 헌병분견소를 관장하고 경무부장은 각 道の 헌병대장이 겸하도록 하였다. 이후 소속의 변천을 거듭하다가 1943년 경찰국 방호과를 경비과로 개편함에 따라 道 경찰부에도 경비과를 두고 경비과에서 소방사무를 담당하였던 것이다.¹⁹⁾ 한편 1925년 4월 1일 경성소방서가 설치된 것을 비롯하여 1945년 5월 15일에 성동소방서가 설치된 것 까지 모두 8개의 소방서가 설치되기도 했다.²⁰⁾

조직관련 소방경찰법이 별도로 없었던 것과는 달리 화재의 예방과 관련해서는 1912

18) 한국소방행정사, 33면.

19) 상계서, 42면.

20) 상계서, 58면.

년 11월 28일 조선총독부 경무총감부에서 내린 「화재예방에 관한 고유 2호」²¹⁾가 있었다. 또한 시가지계획과 건축단속에 대한 법령도 제정·시행되었는바, 시가지 건축에 대하여는 1913년 조선총독부령으로 정한 기준과 절차에 따라 경찰서장의 단속을 받도록 하였고, 1934년 6월 制令 제18호로 「조선 시가지 계획령」이 공포되고, 1934년 9월 조선총독부령 제105호로 「지역 및 지구와 건축물 등의 제한에 관한 시행규칙」이 제정·시행되어 방화구획과 대규모 건축물에 대한 제한규정 등을 두어 시가지 중심부는 내화구조의 건축물을 짓도록 하는 등 화재발생과 확대를 방지하는 건축을 하도록 하였다.

뿐만 아니라 인화성이 있거나 발화성이 있는 위험물의 화재를 예방하기 위하여 「인화물질저장소 취체규칙」과 1931년 5월 13일 조선총독부령 제59호로 「인화물질 취체규칙」을 정하여 시행하였고, 화약류에 대해서도 1927년 1월 18일 조선총독부령 제4호로 「연화 취체규칙」을 제정하여 시행하는 등 화재의 예방에 관한 소방경찰법이 시행되었던 것이다.²²⁾

나. 미군정 및 정부수립 후

미군정 및 정부수립 후 1958년 「소방법」이 제정되기 전의 화재예방 등과 관련한 대표적인 소방경찰법은 1950년 3월 24일 내무부령 제101호로 제정되어 시행된 「소방조사규정」이다. 그리고 미군정청이 조선총독부를 인수할 당시에는 소방은 경무국 통신과에 속하여 있었고 이때 소방행정에 관한 서류가 대부분 멸실되었으므로 관계일본인을 잔류시켜 자문에 응하도록 하여 집무하기 시작하였다. 경무국의 경비과를 인수한 군정청은 소방업무와 통신업무를 합쳐 소방과를 설치하였고, 1945년 11월에는 소방과를 소방부로 개칭하는 동시에 道 경찰부에도 소방과를 설치하였다. 이러던 중 1946년 4월 10일에는 「군정법 제66호」로 소방부 및 소방위원회를 설치하고 소방을 경찰에서 분리자치화 하였다. 소방위원회는 중앙과 지방에 각각 두었는데 중앙위원회는 상무부 토목국에 설치하였고, 道 소방위원회의 사무집행기구로는 서울에 소방부(후에 소방국)를 두고 道에는 소방청(청주는 소방과)을 두었다. 한편 1947년 남조선과도정부로 개칭된 후에는 중앙소방위원회의 집행기구로 소방청을 설치하였다.²³⁾

21) “고유(告諭)”란 “어떤 사실을 널리 알려서 깨우쳐 주는 것”을 말하는데 고유 2호는 총17개 호의 화재예방에 관한 내용을 담고 있다.

22) 한국소방행정사, 62~71면.

23) 상계서, 81면.

1948년 8월 15일 대한민국정부가 수립되자 미군정시대의 경무부, 중앙선거관리위원회, 소방위원회를 인수한 내무부는 1948년 11월 4일 「내무부 직제」에 의하여 기구를 확정하였는데 자치소방기구는 경찰기구에 인수되어 소방은 다시 경찰행정체제 속에 포함되었다. 이에 따라 중앙소방위원회는 내무부 치안국내 소방과에서 사무를 분장하게 하여 소방행정, 소방훈련지도, 소방사상의 선전보급에 관한 사항을 분장하였다.²⁴⁾

3. 政府樹立 後의 消防警察法

가. 소방조직 및 신분법 측면

(1) 국가소방조직 및 일반직공무원 시대

1948년 7월 17일(법률 제1호) 제정된 「정부조직법」은 제15조에서 “내무부장관은 치안·지방행정·의원선거, 토목과 소방에 관한 사무를 장리하고 지방자치단체를 감독한다”라고 하여 국가소방조직으로서의 근거법이 되었다. 하지만 별도의 중앙소방조직은 설치되지 않고 내무부 치안국 내의 소방과에서 소방업무를 총괄하고 일선 소방서에서 화재예방과 진압업무 등을 수행하였다. 이 때부터 1969년 「경찰공무원법」이 제정되기 전까지는 일반직공무원 신분으로 소방업무를 수행하였다.²⁵⁾

(2) 국가 및 자치소방의 이원화 시대

우리나라 자치소방제도의 도입은 1970년 8월 3일 「정부조직법」이 개정(법률 제2249호)되면서 내무부에서 소방기능을 삭제 1971년 1월 1일부터 서울특별시와 직할시(1995년 1월부터 광역시로 명칭변경)는 광역자치단체를 중심으로 한 자치소방제도로, 시·군의 경우에는 지방재정 사정을 고려하여 대통령령이 정하는 시기까지 잠정적으로 국가에서 소방사무를 수행하도록 하여 국가와 자치소방으로 이원화되어 운영되어 왔는데, 국가소방제도로 운영되던 道의 소방행정은 국가의 특별소방행정기관으로서 소방업무를 수행하면서 지휘감독체계는 실질적으로 소방서가 설치된 당해 기초자치단체의 장인 시장·군수의 지휘감독을 받도록 하였다.²⁶⁾

또한 소방공무원의 신분도 1973년 2월 8일(법률 제2502호) 「지방소방공무원법」이 제

24) 한국소방행정사, 84면.

25) 상계서, 150면.

26) 중앙소방학교, 「소방혁신론」(삼광피엔에이, 2007), 113면.

정되고, 1977년 12월 31일(법률 제3042호) 「소방공무원법」이 제정되기까지는 경찰공무원과 지방소방공무원으로 이원화되었다가 「소방공무원법」이 제정되면서 국가소방공무원과 지방소방공무원으로 나누어진 후 현재까지도 그 상태로 유지되고 있다.²⁷⁾

한편 우리나라는 소방조직법이라는 단일 법률은 없고²⁸⁾ 「정부조직법」²⁹⁾·「소방기본법」³⁰⁾·「지방자치법」³¹⁾·「의무소방대설치법」³²⁾ 등에 산재해서 소방조직과 관련된 내용이 규정되어 있으며³³⁾, 신분과 관련된 법은 소방공무원법이 단일법이다.

나. 소방작용법 측면

(1) 소방법의 제정 및 분법

일제 통치시대 이후 미군정 그리고 정부수립 후 초기까지의 소방업무 범위는 “화재의 진압”을 주요 임무로 활동 하였다. 그 이유는 8·15해방과 정부수립 직후 사회적 혼란의 와중에서 화재예방활동이 그 기능을 제대로 발휘하지 못했기 때문이었다. 다만 「소방법」이 제정되기 전에 1950년 3월 24일 내무부령 제101호로 「소방조사규정」을 제정하면서부터 화재예방활동도 일부 실시되었지만 말이다. 그러다가 1950년대 후반부터는 국민들의 일상생활에서 오는 사소한 부주의에 따른 화재발생요인을 사전에 제거하고 화재에 대한 경각심을 고취시키는 화재예방활동에 중점을 두기 위하여 1958년 3월

27) 다만 1991년 12월 14일 법률 제4420호로 「소방공무원법」이 개정되면서 시·군 소속 지방소방공무원의 신분이 시·도 소속 지방소방공무원으로 점차적으로 바뀌어 1995년 4월 이후 지방자치단체 소방업무를 수행하는 소방공무원은 16개 시·도소방본부장과 6개 지방소방학교장을 제외하고는 모두 지방소방공무원화 되었다(한국소방행정사, 151면).

28) 일본의 경우는 「소방조직법」이 별도로 제정되어 있다. 제1장 총칙(제1조), 제2장 국가의 행정기관(제2조~제5조), 제3장 지방공공단체의 기관(제6조~제30조), 제4장 시정촌의 소방광역화(제31조~제35조), 제5장 각 기관 상호간의 관계 등(제36조~제52조)과 부칙으로 되어 있다.

29) 소방, 방재, 민방위 운영 및 안전관리에 관한 사무를 관장하기 위하여 행정안전부장관소속으로 소방방재청을 둔다(「정부조직법」 제29조 제6항).

30) 시·도의 화재 예방·경계·진압 및 조사와 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급 등의 업무(이하 “소방업무”라 한다)를 수행하는 소방기관의 설치에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(「소방기본법」 제3조 제1항).

31) 지방자치단체는 그 소관 사무의 범위 안에서 필요하면 대통령령이나 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방자치단체의 조례로 자치경찰기관(제주특별자치도에 한한다), 소방기관, 교육훈련기관, 보건진료기관, 시험연구기관 및 중소기업지도기관 등을 직속기관으로 설치할 수 있다(「지방자치법」 제113조).

32) 화재의 경계·진압과 재난·재해발생시 구조·구급활동 등 소방업무를 보조하기 위하여 대통령령이 정하는 소방기관의 장 소속하에 의무소방대를 둔다(「의무소방대설치법」 제1조).

33) 양중근, 「소방행정법」 (도서출판 다인, 2007), 169면.

11일 「소방법」(법률 제485호)이 제정되었으며, 이때의 소방업무는 “화재, 풍·수해 및 설해의 예방·경계·진압 또는 방어”까지를 임무로 하여 인위적 재난인 화재는 물론 자연적 재난인 풍·수·설해까지 담당하여 종전에 비해 소방업무의 영역이 훨씬 확대되었다.³⁴⁾

이 때 제정된 「소방법」은 26여회의 개정을 거쳐 시행되다가 2003년 5월 29일 「소방기본법」을 비롯하여 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」, 「소방시설공사업법」, 「위험물안전관리법」으로 분법 되어 폐지되었고, 2006년 3월 24일에 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」이 제정됨으로써 「소방법」은 5개로 분법 되어 시행되고 있는 것이다.

(2) 소방법 개정에 따른 임무 등의 변천

(가) 화재, 풍·수해 및 설해까지 담당

앞에서도 살펴본바와 같이 1958년 3월 11일 제정된 「소방법」(법률 제485호)에서는 소방업무의 범위를 “화재, 풍·수해 및 설해의 예방·경계·진압 또는 방어”까지를 임무로 하여 인위적 재난인 화재는 물론 자연적 재난인 풍·수·설해까지 담당하였다.

(나) 화재로 축소

그 후 1967년 4월 14일 제2차 「소방법」 개정(법률 제1955호)시 “풍·수와 설해 업무”가 삭제되고 “화재의 예방·경계 및 진압으로 한정”하여 임무를 수행하였다.³⁵⁾ 이는 1967년 2월 28일 「풍수해대책법」이 제정(법률 제1894호)되면서 “홍수·호우·폭설·폭풍 또는 해일 기타 이에 준하는 자연현상으로 인하여 발생하는 피해로부터 국토와 국민의 생명·신체 및 재산을 재해로부터 보호하기 위하여 방재계획의 수립과 재해예방·재해응급대책·재해복구 기타 재해대책에 관하여 필요한 사항을 규정”³⁶⁾함으로써 풍·수·설해 등이 소방업무에서 제외되게 된 것이다.

(다) 구급 및 구조업무 추가

1983년 12월 30일 제9차 「소방법」 개정(법률 제3675호)시 “구급업무”가 그리고 1989년 12월 30일 제10차 「소방법」 개정(법률 제4155호)시 “구조업무”가 소방의 임무로 추가되어 소방의 임무가 화재의 예방·경계·진압과 구조·구급활동으로 확대되었다.

34) 한국소방행정사, 258면.

35) 상계서, 259면.

36) 법제처홈페이지(<http://www.moleg.go.kr/>) 종합법령검색의 연혁법령 「풍수해대책법」(1967년 2월 28자)에서 인용.

(라) 소방법 제1조 목적에 구조·구급업무의 명시

1983년과 1989년 「소방법」 개정으로 구급과 구조업무가 소방의 임무로 추가되었지만 제1조 목적에 구조·구급업무가 입법된 것은 1999년 2월 5일 제15차 「소방법」 개정(법률 제5756호)시인데, 「소방법」 제1조의 목적을 화재의 예방·경계·진압에 추가하여 “재난·재해 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급활동을 포함”함으로써 소방의 임무가 “화재의 예방·경계·진압과 구조·구급활동까지”로 확대되어 자리 잡게 되었다.

第2節 消防警察法の 憲法的 根據

I. 消防警察法과 基本權保護義務論

1. 基本權保護義務論

가. 소방경찰법과 기본권보호의무의 논의 실익

소방경찰법의 헌법이론적 근거로서의 기본권보호의무를 논함에 있어서는 통일된 것은 아니지만 기본권보호의무는 위협의 도래를 전제로 한다. 그리고 그것은 위협의 동기, 위협의 방어에 가능한 수단, 그리고 국가적 보호조치가 침해행위(staatliche Schutzeingriff)로 되어 가해자 또는 무 관련자에 대해 실현하게 되는 법적 손실 등에 의존하는 것이기 때문에 대개 이와 관련된 법률은 경찰상 현재의 중대하고 긴급한 위협 또는 생명과 생활이 위협에 직면하고 있는 경우에만 허용되는 것으로 하고 있다.³⁷⁾

그러나 원자력시설을 통한 위해의 경우처럼 보호의무가 환기되지 않으면 안 될 재해업습의 개연성이 있는 때와 같은 민감한 안정의 보호영역이 존재하기도 한다.³⁸⁾ 그리고 이때 보호의 필요성은 재산권과 소유권 등의 물적 이익에 있어서 보다도 치명적 이익인 생명과 신체적 완전성의 경우에 더욱 강하게 나타난다.³⁹⁾

37) Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit-Zu den Schutz pflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates-, (Berlin : Walter de Gruyter, 1983), S. 37; 이승우, “기본권보호의무와 공권이론”, 「고시연구」, 1993. 9, 79면.

38) BVerfGE 49, 89(142).

39) Josef Isensee, a.a.O., S.38.

국가의 기본권보호의무를 정의내림에 있어서 그 위험원이 무엇이나에 따라 견해가 나누어진다. 첫 번째 견해는 위험원을 사인만으로 한정하는 것⁴⁰⁾이다. 이 견해는 자연력에 의한 범익훼손에 대하여도 조직적·기술적·사실적 힘을 보유하고 있는 주체의 입장에서 소방의무를 지는 것이기 때문에 사인들의 기본권 영역들은 상호 확정하여 양립할 수 있도록 하는 조정자의 입장에서 활동의무를 지게 되는 본래의 기본권적보호의무의 문제 상황과는 기본적으로 다르다고 한다.⁴¹⁾ 두 번째 견해는 위험원을 사인뿐만 아니라 자연력이나 외국의 공권력도 포함시키는 것이다. 이 두 견해는 위험원의 시각에서 볼 것인가 아니면 피해자의 구제측면에서 볼 것인가의 차이라고 보이며 국가의 기본권보호의무를 인정하고자 하는 취지가 피해자 구제에 있으므로 두 번째 견해를 따르기로 한다.

국가의 기본권보호의무(die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates)는 헌법상 기본권의 수신인이 아닌 국가이외의 주체 즉, 사인과 같은 제3자에 의하여 기본권상 보호되고 있는 이익(예컨대 생명·건강·자유·결혼·재산권 등)이 침해(Verletzung) 또는 위해(Gefährdung)에 직면하게 되었을 때 법적으로 제공된 국가의 태도와 관련된 문제이다.⁴²⁾ 그 예로는 유괴자에 의한 살해의 위협, 타인에게 위해를 줄 실험의 시행, 위험한 시설물의 개통, 외국에서 자국민이 국제법에 반하는 행위를 하는 것 등등에서 볼 수 있듯이 국가의 적극적 기본권 보호조치가 요구되는가 하는 문제다. 왜냐하면 이러한 경우 전형적인 기본권의 방어기능은 거부되고⁴³⁾, 또한 위해를 받은 개인은 국가의 부작위(Unterlassen, Nichthandeln)로 인하여 아무것도 얻지 못하게 되기 때문이다.⁴⁴⁾

기본권 이론이 오늘날 현저한 기능 확장을 하여 기본권이 참정권의 측면은 물론이고

40) Eckart Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in : NJW, 1990, S.1633; Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, (Frankfurt:Suhrkamp, 1986), S.410; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., S.139; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S.124; 정태호, “기본권보호의무”, 『인권과 정의』, 1997. 8, 85면.

41) 문현철, “방재행정법의 체계화에 관한 연구”, 조선대학교대학원 박사학위논문 2001, 26면.

42) Eckart Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in : NJW, 1990, S.1633; Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, (Frankfurt:Suhrkamp, 1986), S.410; K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., S.139; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S.124; 이승우, “국가의 기본권보호의무”, 『균제 양승두 교수화갑기년논문집(I)』 (홍문사, 1994), 1154면.

43) Badura, Staatsrecht, 1986, S.79.

44) Robbers, a.a.O., S.125.

사회적·경제적·문화적 영역에서 국가의 급부를 요구할 수 있는 청구권의 기초로 이해되고 있음은 사실이나, 기본권은 국가 내에서 국민의 자유를 보장하고 또한 국가권력을 제한하거나 국가권력의 남용을 저지하는 데 기여한다는 점이 아직도 간과될 수 없다.⁴⁵⁾ 다만 오늘날 기본권은 헌법적 위계질서에 관한 가치결단과 객관적 규범 내지 객관법적 내용의 규범으로 이해되고 있고, 아울러 기본권은 국민과 국민의 관계(대등한 질서관계)에서도 효력을 갖는 법규범의 내용으로 인식되기에 이르렀다. 즉, 기본권은 객관적 법질서로서의 측면을 내포하고 있음이 강조되고 있고 그러한 가운데 기본권은 그것이 갖는 방사효과의 결과 사인상호간에도 효력이 미치는 것이라는 점에서 이론이 제기되지 않는다.⁴⁶⁾

나. 기본권보호의무의 등장배경

국가의 기본권보호의무는 독일연방헌법재판소의 판례를 통하여 성립되어 논의되어지고 있으며, 독일 연방헌법재판소가 보호의무를 인정한 분야는 주로 부모의 자녀에 대한 양육권행사에 대한 국가의 감독의 경우, 태아의 생명권을 낙태로부터 보호하는 경우, 테러에 대한 국가의 안전대책 강구, 범죄의 일반 예방을 위한 형 집행, 그밖에 현대의 기술과 과학발전에 따른 시설의 위험과 환경으로부터의 보호 등이다.⁴⁷⁾ 국가의 기본권보호의무는 기본권이론의 발전과정에서 기본권 효력강화에 기여하는 측면으로 평가될 수 있다. 기본권효력의 강화문제는 개인적 자유영역에 관한 국가의 침해를 방어하는 주관적 공권의 효력문제에 그 초점이 주어지는 것이다. 즉, 기본권의 효력은 근대국가시대에 그의 천부적·선국가적 성질을 부여함으로써 개인의 자유영역에 대한 국가의 불가침성을 강조하여 국가로부터의 자유라는 측면에서 출발하여 제도적 보장이론 및 기본권의 이중성의 논의 나아가 국가의 기본권보호의무 이론을 통하여 강화되었고, 이와 같은 전개는 중국적으로 개인적 자유영역에 대한 방어권적 측면의 강화로 귀착되었다. 더 구체적으로 말하면 우선 근대입헌주의 헌법상의 기본권의 주관적 공권을 강화하기 위한 초기의 이론적 움직임은 제도적 보장이론의 전개를 들 수 있을 것이고, 이와 더불어 1958년 독일연방헌법재판소의 Lüth판결⁴⁸⁾에서 구축한 기본권의 객관적

45) Eckart Klein, a.a.O., S.1633.

46) 이승우, 전계 논문, 1154면.

47) 방승주, “국가의 기본권보호의무와 그 이행여부에 대한 헌법재판소의 통제(상)”, 「고시연구」, 2004. 8, 173면.

48) BVerfGE 7, 198.

가치질서성, 그리고 최근 독일연방헌법재판소의 1차 낙태판결⁴⁹⁾을 기점으로 방어권적 측면의 강화로서 기본권보호의무 이론이 전개되고 있는 이와 같은 일련의 노력은 주관적 방어권 강화에 그 목적이 주어지고 있는 것이다.⁵⁰⁾

다. 기본권보호의무의 이론적 기초

국가의 기본권보호의무의 사상적 출발점은 사회계약이론에서 찾을 수 있다. 즉, 홉스의 계약이론에서 볼 수 있는 국가의 권력독점과 국민의 복종의무 그리고 사적 권력행사를 전적으로 금지하는 평화질서로서의 국가창설에서 그의 기초를 볼 수 있다. 아울러 로크사상에서 국민의 기본권보장을 위한 국가권력의 제한이라는 관념 하에서 마찬가지로 기본권보장의 중요한 영역으로서 국가의 기본권보호의무의 기초를 엿볼 수 있다. 즉, 로크의 기본권보장에 관한 기본적인 사고는 국민의 기본권을 최대한 보장하기 위하여 국민은 계약을 통하여 국가를 형성하고, 이러한 목적을 달성하기 위하여 제한되어지고 조정되어진 권력을 국가에게 위임하는 것을 전제로 하고 있기 때문에 국민의 기본권보호는 당연히 국가의 의무로 귀속되는 것이다. 이와 같은 사상적 기초에서 도출되는 기본권보호의무는 궁극적으로 그의 보호영역을 국가에 대한 개인적 자유영역으로 하고 있으며, 현대의 기본권의 효력강화 측면에서 이러한 개인적 자유영역에 대한 잠재적인 적이 국가에 한정하는 것이 아니라 기본권의 효력강화에서 제3자로 확대되었음을 의미한다.⁵¹⁾

라. 기본권보호의무의 법적구조와 특성

(1) 복효적 행정행위⁵²⁾

기본권보호의무가 문제로 제기되는 대표적인 예는 기본권이 대립병존하면서 비교될 수 있는 복효적 행정행위(Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)의 경우이다.⁵³⁾ 국가가

49) BVerfGE 39, 1.

50) 표명환, “국가의 기본권보호의무와 행정법상 개인적 공권이론”, 『헌법학연구』, 제10권 제1호, 2004. 3, 282면.

51) 상계 논문, 284면.

52) 소방경찰법에도 복효적 행정행위가 있다. 예를 들어 「위험물안전관리법」 제6조의 규정에 따라 위험물의 제조소나 저장소 또는 취급소의 허가를 해 주었을 경우 이의 허가를 받은 사람에게는 판매 또는 취급으로 인한 수익적 효과가 발생하지만 주변 주민들은 화재가 발생하는 것에 대한 불안과 유류가 누출되었을 경우 환경오염 등의 피해 즉, 침익적 효과도 발생하기 때문이다(홍정선(상), 279면).

53) Josef Isensee, a.a.O., S.34.

건축허가를 해 주었을 때 신청인은 건축의 자유가 회복된 반면에 인근인의 권리를 침해할 수 있다. 또는 국가가 환경을 침해하는 시설물의 설치와 경영을 금지하는 경우는 기업가에게는 부담을 지우는 것인 반면에 인근인들 에게는 공해로부터 보호해 주는 기본권보장이 된다. 이렇게 복효적 행정행위는 갈등을 빚고 있는 사인 사이에서 일방당사자를 침해하고 타방당사자를 지지하는 기능을 한다.

그런데 지금까지 복효적 행정행위의 권리형태는 기본권과는 무관하게 행정법의 체계적합성의 관점에서 발전하여 왔으나, 오늘날 이것은 기본권과 더불어 고찰되지 않으면 안 되는 것으로 발전했다.⁵⁴⁾ 복효적 행정행위는 기본권으로부터 그 내용과 정당성이 이끌어 내어질 뿐만 아니라, 그것은 행정의 과제영역에서 기본권을 보장하고 보호해야 하는 행정을 위한 적합한 행위형식이라고 오늘날 인식하게 된 것이다. 즉, 건축당국은 복효적 행정행위를 결정함에 있어서 기본권상 보호된 재산권자의 건축의 자유와 그에 대립하는 인근인의 기본권을 동시에 고려해야 하며, 공장의 설치·운영에 관한 감독에 있어서는 일면에서는 기업가의 직업의 자유와 재산권보장의 측면을 타면에서는 인근인들의 생명·건강·재산권의 보호를 위한 측면이 고찰되어야 한다는 것이다.

위와 같이 복효적 행정행위를 함에 있어서 국가는 양당사자의 기본권을 보호해야 하지만 양당사자 가운데 일방은 타방의 사적 침해에 직면했을 때 자신을 보호하기 위하여 두 가지 조치를 취할 수 있게 된다. 하나는 가해자를 상대로 일반법원에 사법상의 불법행위법·재산법 그리고 점유에 관한 법 등이 부여한 사적 권리인 부작위청구권 내지 손해배상청구권의 관철을 위한 소송을 제기하는 것이고, 다른 하나는 행정관청으로 하여금 고도의 위해방어를 하도록 청구 하든가 또는 그에 상응한 행정소송상의 의무화 소송을 청구하는 것이 그것이다. 결국 이러한 경우의 법익보호체계는 국가, 가해자, 피해자라는 3주체간의 3각형의 법률관계로 형성된다. 즉, 국가와 가해자 사이는 공법상의 침해관계가 그리고 국가와 희생자 사이는 공법상의 급부관계가 성립되며, 가해자와 피해자 사이는 사법이 규율하게 된다.⁵⁵⁾

(2) 국가와 희생자 사이의 공법적 급부관계

기본권의 제3자적 효력⁵⁶⁾ 문제는 사인상호간의 관계에서 기본권이 효력을 가질 수 있는가의 문제와 가진다면 어떻게 효력을 가지는가의 문제에 해당한다. 그에 반하여

54) Josef Isensee, a.a.O., S.34f.

55) Josef Isensee, a.a.O., S.35.

56) 장영철, “기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무”, 『공법연구』, 제29집 제2호, 2001, 155면 이하에서 자세하게 다루고 있다.

기본권보호의무 내지 그에 상응하는 권리로서의 청구권은 국가를 수신인으로 하는 국가와 국민 사이의 관계를 의미한다.⁵⁷⁾ 즉, 앞에서 지적한 3각 관계에서 국가와 희생자 사이의 공법적 급부관계를 주된 규율대상으로 하려는 문제이다. 이것은 기본권보호의무에서 중요한 보호문제는 기본권보호의 기본모형인 기본권 제한과 같은 차원에서 실현되는 것이므로 국민과 국가 사이의 종속관계의 차원에서 논의되는 것이지 사인상호간의 대등관계 차원에서 논의되는 것이 아니라는 것이다. 다시 말해서 기본권보호의무는 국가를 지향한 측면에서 사적 범익을 파악하려는 것이다.⁵⁸⁾

기본권보호의무의 대응개념인 공권력에 대한 권리보호를 받을 기본권과 구분할 때 사인에 대한 권리보호를 받을 기본권은 헌법전 속에서 명시적으로 근거가 제시되어 있지 않다. 그것은 사인상호간의 권리침해의 경우 사법절차적 보호를 받아야 한다는 것은 자명한 것으로 되어 있기 때문에 명시적인 근거를 필요로 하지 않는 까닭이다.⁵⁹⁾ 그러나 기본권보호의무에서 기대되는 사법절차적 보호는 사법적 보장청구권과 별도로 존재한다. 즉, 여기서 사적 권리의 당국에 의한 보호는 보충적으로만 관여되며 범규정상의 권리보호가 거부되는 곳에서만 현실화되는 것이다. 다시 말해서 경찰법상의 보충의 원리가 보편·가능한 한계설정원리로 인정되듯이 기본권보호의무에서의 사법적 보호는 대개는 달성될 수 없거나 적시에 달성될 수 없는 경우에만 경찰이 보호의무를 부담한다는 것이며, 또한 경찰의 도움 없이는 위협이 회피될 수 없는 경우에 의무를 부담하게 된다는 것이다. 따라서 기본권보호의무는 민사소송절차를 배격하는 것이 아니므로 위협에 빠진 사람들에게는 두 가지 권리주장의 길이 열려 있다.⁶⁰⁾ 이러한 이중성은 행정이란 공공의 이해관계를 규율할 뿐만 아니라 상호 대립되는 사인간의 기본권적 이익을 조정하고 아울러 기본권적 책임을 떠맡고 있다는 점에서 제기되는 것이다.⁶¹⁾

(3) 국가에 대한 적극적 안전급부청구권

국가의 기본권보호의무에 대응하는 국민의 보호받을 기본권은 국가가 부작위를 철회하고 적극적 행위로 나아갈 것을 요구하는 것이기 때문에 소극적 권리의 내용이었던 부작위에 대한 급부가 중요한 것이 된다. 이렇게 보호받을 기본권이 방어권과 달리 국가의 적극적 급부를 요구한다는 점에서 급부청구권의 일종으로 평가되지만, 그렇다고

57) Eckart Klein, a.a.O., S.1639.

58) Josef Isensee, a.a.O., S.36.

59) Josef Isensee, a.a.O., S.36.

60) Josef Isensee, a.a.O., S.36f.

61) BVerfGE 53, 30(58).

해서 그것이 사회적 기본권과 동일한 것은 아니다. 국가의 적극적 활동과 이행을 요구하는 권리라는 점에서는 양자가 동일하지만 그 대상이 전혀 다르기 때문이다. 즉, 사회적 기본권은 경제적 내지 사회적 급부청구권이 주된 대상인 것이다.⁶²⁾ 다시 말해서 보호받을 기본권은 국가의 평화보장의무와 관련된 안정목적이 주된 관심사이나 사회적 기본권은 그와 다른 차원의 문제이다. 즉, 전자는 법규위반 앞의 보호를 의미하나 후자는 법규위반과 관계없이 경제적 생존위협 앞의 보호를 지향한다. 사회적 기본권은 인간다운생활과 관련하여 무제한적 급부를 지향하는 것으로 보지만 보호받을 기본권은 헌법상 정의된 기본권의 유지를 지향한다는 점에서 구분되며, 전자는 최대한의 보호를 요구하는 것임에 비하여 후자는 최소한의 보호를 요구하는 것이란 점에서 차이가 있다.⁶³⁾

두 가지 모두는 자유주의적 기본권이념과 조화된다는 것이며 방어권과 마찬가지로 보호받을 기본권은 권리 침해에 직면한 보호의 의미에서나 현존하는 법적상태의 안정이라는 의미에서 법치국가적 보장기능에 귀속되는 것들이라는 것이다. 이에 반하여 사회적 기본권은 경제적·사회적 자립을 목표로 하고, 경제적·사회적 위험 앞의 보호를 지향하며 또한 생활상태의 개선을 지향하는 점에서 사회국가원리와 조화되는 차이가 있다는 것이다.⁶⁴⁾

마. 기본권보호의무의 내용과 실효성

(1) 기본권 보호의무의 실질적 내용

(가) 위험상태에 대한 방어

기본권보호의무의 실질적 내용은 위해에 직면한 법익을 보호하는 데에 관한 것이 된다. 즉, 보호할 법익의 민감성과 사실상의 위험상태를 평가하고 그에 대한 충분한 방어체도를 준비하는 것이 기본권보호의무의 실질적 내용이 된다. 다시 말해서 기본권적 이익의 효과적 보호에 적합한 것, 곧 침해자인 제3자에 대하여 방어하는데 적합한 조치들이 그에 해당한다.⁶⁵⁾ 문헌과 판례에서 자주 논의되는 권한 있는 국가기관의 “형성영역” 내지 “의무에 적합한 재량권”에 관한 언급은 이러한 과제수행과 관련된다. 즉,

62) Eckart Klein, a.a.O., S.1639.

63) 이승우, 전계 논문, 1167면.

64) Eckart Klein, a.a.O., S.1639; 상계 논문, 1168면.

65) Josef Isensee, a.a.O., S.40.

국가는 그의 보호의무에 근거하여 제3자로부터의 침해에 있어서 그에 고유한 합헌적 방법이 공개되어 있지 않다면 침해의 방어에 대한 수단과 방법을 강구할 책임을 지고 있고, 특히 제3자를 통한 기본권적 이익의 잠재적이고 위협적인 침해에 있어서 보호의무는 권한 있는 기관이 위해가 현실화되는 것을 막아줄 것을 요구한다. 기본권에 대한 위해가 현실화 되지 않도록 국가(특히 입법권자)는 위험영역을 확정하고 위험의 강도에 따른 기준을 세워야지 부작위로 나아가서는 안 된다는 것이다.⁶⁶⁾ 물론 이 경우에 법익보호를 지향하는 입법권자의 경우 법익형량이 불가결하고, 이때 법익형량이 올바르게 않거나 효과적이지 않다면 입법권자는 자신의 보호의무를 위반한 것이며, 그는 자신의 보호의무를 개선시켜야 한다.⁶⁷⁾ 국가는 한번의 규정제정을 통하여 자신의 책임을 다할 수 없는 것이고 또한 기본권보호의무는 국민의 안정을 위하여 국가의 지속적 책임 하에 두어져야 한다는 것이다.⁶⁸⁾ 그리고 이때 형벌의 적용이 강제적으로 제기되어서는 안 되지만, 대치될 수 없는 법익(개인의 생명을 다루는 것과 같은 경우)의 회복할 수 없는 손실이 제기되는 곳에서는 입법권자의 선택재량은 한계를 가져야 하고 보다 효과적인 대안이 제시될 수 없다면 형벌적 방법을 동원해서라도 대치될 수 없는 기본권적 법익을 보호해야 한다.⁶⁹⁾

(나) 사전적 허가

대개 전형적이면서도 배타적이지 않은 보호형식은 기본권상 보호된 이익을 침해하는 가해자를 막기 위하여 경찰상의 조치를 취하는 것이다. 물론 이에 대해 헌법은 아무런 규정도 두지 않았기 때문에 입법권자가 적절한 수단을 강구할 책임이 있음은 말할 필요도 없다. 즉, 입법권자는 명백하게 한계 지워지지 않은 자유영역에 대해 한계를 설정할 과제를 부여받고 있으므로 충돌하고 있는 기본권들의 의미가 정당화되게 하고 또한 보편적 가치가 있는 규정을 통하여 균형화에 도달해야 한다. 기본권보호의무는 고전적인 자유주의적 안정목적은 물론이고 자유의 한계를 존중함으로써 기본권의 조화를 지향하는 법치국가의 과제를 이미 수렴하고 있는 것이다.⁷⁰⁾ 아무튼 국가작용의 모든 형식이 기본권보호의 형식으로 기여하는 것이지만, 위협에 처하게 되는 제 3자의 보호를 위한 가장 적합한 수단은 국가의 사전적 허가(Genehmigung)를 받도록 제도화하는

66) Eckart Klein, a.a.O., S.1637.

67) Badura, in: Festschrift für K. Eichenberger, 1982, S.481; Bernd, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, Diss.Mainz 1989.

68) Josef Isensee, a.a.O., S.40.

69) Eckart Klein, a.a.O., S.1638; Josef Isensee, a.a.O., S.40.

70) Josef Isensee, a.a.O., S.46.

것⁷¹⁾이다. 국민의 기본권적 이익에 위해를 가할 가능성이 있는 사인의 행위를 상세하게 규율한 실체법적 내지 절차법적 전제조건하에 의존케 하는 것이 국가의 기본권보호 의무를 담보하는 것이라는 것이며, 국가는 허가과정에서 일반적 이해를 고려하여 일면 위험에 처한 국민의 기본권적 지위와 타면 기업가의 기본권적 지위사이에서 조화를 꾀함으로써 자신의 과제를 가장 진지하게 실현할 수 있기 때문이다.⁷²⁾

(다) 공익과 사익의 형량

기본권의 보호영역으로부터 경계가 그어져야 하는 보호의무의 범위는 한계가 일정하지 않다. 기본권제한의 기준에 따라 국가의 간섭이 허용되는 것처럼, 국가는 제 3자로부터 행해지는 침해를 허용할 수도 있고 보호의 승낙을 단념할 수도 있다. 기본권의 위해가 위해의 강도 때문에 침해로 분류되어야 하는 경우와 그렇지 않는 경우가 있기 때문이다. 또한 국가는 이러한 조치를 위하여 기본권침해의 등가물로서 법적 근거를 필요로 하고 전제조건으로 공공의 이익을 수행하는 것이라는 점이 제시되어야 한다. 기본권보호의무와 관련된 분야는 기본권적 보호이익과 침해 내지 위해의 허용을 수반하는 공익 사이의 형량이 요구되는 분야인 것이다. 그동안 이러한 형량을 입법권자는 기본권과 비열의 원칙의 본질적 내용의 고찰을 통하여 처리해 왔다.⁷³⁾ 그리고 여분의 위험(Restrisiko), 지속적 위험(Langzeit risiken), 그리고 기술의 상태(Stand der Technik) 등이 기본권적 이익과 공익의 상호관계와 입장을 정해주는 중요한 개념으로 활용되고 있다.⁷⁴⁾

(2) 기본권보호의무의 실효성보장

국가의 기본권보호의무의 실행에 의해 보호받을 권리인 보호권(Schutzrechte)은 법질서에 의해 처분에 맡겨진 절차영역 내에서는 주관적 공권으로서 관철능력이 있을 수 있다. 독일 헌법재판소의 견해에 따르면 보호권은 헌법소원권자의 처분에 맡겨지는 것이며,⁷⁵⁾ 물론 이때도 역시 일반적 소송요건은 갖춰져야 한다고 한다. 즉, 무엇보다도 개인적 당사자가 존재하고 있어야 한다.⁷⁶⁾ 물론 이 때도 실체법적 영역에 대해 헌법재

71) 소방경찰법의 하나인 「위험물안전관리법」 제6조에서도 화재와 폭발(인화성 또는 발화성으로 인함) 등의 위험이 있는 위험물을 취급하고자 할 때는 시·도지사의 사전 허가를 받도록 하고 있다.

72) Josef Isensee, a.a.O., S.38f.

73) BVerfGE 56, 54(79f.)

74) BVerfGE 49, 89(133ff.); H.Hofmann, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, S.258ff.

75) BVerfGE 53, 30; BVerfGE 77, 170(214).

76) Robbers, a.a.O., S.160ff.

관소도 헌법소원을 받아들일지에 관하여 여러 가지 근거로 방해받을 수 있다고 본다. 보호의무는 기본권적 이익의 효율적 보호를 지향하고 있는 것이긴 하나, 이러한 목적은 다양한 방법으로 달성될 수 있다고 보기 때문이다. 다시 말해서 보호청구권이 그 목적을 달성하는데 결정적인 것이긴 하지만 그것이 유일한 것이 아니라면 그 방법을 결정해 주는 것은 아니다. 만약 이러한 경우가 문제가 되지 않는다면 헌법재판소는 아마 기본권침해를 확정지을 수 없었을 것이고 또한 국가의 보호의무를 강조할 수 있었을 것이다. 그러나 헌법재판소는 국가의 권한 있는 기관에게 특정한 작용형식을 명할 수 없는 것이라는 점을 주목할 필요가 있다.⁷⁷⁾

아무튼 기본권보호의무는 국민을 위한 것이건 아니면 국민에게 부담을 주는 것이건 직접적인 법적효과를 가져오지 않는다. 기본권보호의무는 다음과 같은 두 가지 이유에서 법률을 통한 전환을 필요로 한다. 즉, 하나는 그것이 국가와 위협에 처한 상황사이의 보호관계로 처리되므로 추상적이고 구체화가 요구되는 것이기 때문이며, 다른 하나는 법률유보가 국가와 가해자사이의 침해관계에서 처리되는 것이기 때문이다.⁷⁸⁾ 따라서 보호의무는 헌법상 규제되는 것이기 때문에 법률유보가 필연적으로 뒤따르는 것은 아니나 헌법 자체는 유용한 법적 기초를 형성하고 있지 않음으로 보호의무는 법률을 필요로 한다. 헌법 속에 토대가 마련된 의무들은 우선적으로 법률을 통하여 그들의 권리형성과 제재들이 유지되는 것이다. 그러므로 기본권보호의무 내지 적극적인 보호받을 기본권은 법치국가적 적용의 형식적 전제조건을 지양하지 않으며 그것은 법률로 매개되어 현실화된다.⁷⁹⁾

바. 기본권보호의무와 자력구제

국가의 기본권보호의무의 존재를 인정한다 하더라도 가장 핵심이 되는 사항은 국민의 입장에서 보호받을 권리를 청구권으로서 행사할 수 있는가에 있음은 말할 필요도 없다. 그리고 그러한 청구권이 인정되지 않거나 인정된다 하더라도 결정재량 등의 문제로 평가되어 위협을 배제할 방법이 없게 되었을 경우 국민의 적절한 대응방법이 문제로 된다. 국가의 기본권보호의무의 이행을 바라는 국민의 주장이 있음에도 불구하고 국가적 무관심(부작위)이 계속되는 경우 이에 대한 핵심적 대응방안은 사적인 자력구

77) Eckart Klein, a.a.O., S.1637f; 이승우, 전계 논문, 1171면.

78) Josef Isensee, a.a.O., S.42.

79) 이승우, 상계 논문, 1172면.

제이다. 현행의 실정법에 따르더라도 사인은 현행법에 위반된 침해에 직면하고 있으나 국가적 조력이 지체되고 있는 경우에는 자신과 타인을 방어해야 한다.⁸⁰⁾ 즉, 긴급방어와 그밖의 허가된 자력구제의 형식은 국가적 권력독점의 예외로 인정되고 있는 것이다. 사실 이렇게 엄격하게 한정되고 보충적인 예외상태에서만 자력구제가 인정된다는 것은 이미 국가적 기본권보호의무를 승인하고 있는 것이며, 이러한 국가적 보호의무에 관한 규칙은 국가기관들이 모든 개별적인 경우에 권리침해를 저지할 수 없다 하더라도 그러한 의무를 달성할 준비와 능력이 있는 것을 전제한다.⁸¹⁾

(1) 국가의 존립목적론

만약 자력구제의 형식이 국가적 권력독점의 예외로 처리되지 않고 법치국가가 사적인 권력에 대해 여지를 허용하게 되면 이것은 사적인 폭력에 대한 폭력적 보복을 유발하게 된다. 법치국가의 후퇴는 국가과제 재사유화로 안정을 추구하는 발전방향을 제시하게 된다. 즉, 국가가 기본권보호의무를 충실히 이행하지 않으면 법의 위치는 본질적으로 변화하며 늑대사회의 원리에 따른 생활형식인 정글의 법칙이 현대세계로 되돌아오게 된다. 왜냐하면 외견상 아무도 문명화된 생활형식의 본질적인 구성부분보다도 인격적인 안정이 포기될 수 있는 것으로 믿지 않기 때문이다.⁸²⁾ 그리하여 폭력에 대한 폭력적 보복이 조직화되고, 따라서 긴급방어권 내지 긴급구조권의 기초를 바라는 사인들이 시민방어군을 창설하거나 그밖에 자기보호의 예방책을 결성하는 경우에는 시대에 적합한 법정책임리관 국가적 권력독점을 무시하거나 아니면 권력독점을 신중히 생각하고 그 것을 주장하는데 있다.⁸³⁾ 다만 이때 전자는 권력독점의 분리된 관장을 의미 할 뿐만 아니라 급기야는 자연 상태의 잔재인 무정부주의로 나아가게 되므로 이것은 결코 시민의 평안을 보호하지 못하기 때문에 취할 수 없는 정책이다. 이에 반해 후자는 자력구제를 필요악적인 긴급항변으로서만 정당화할 수 있다는 것이 되며 이러한 논의만이 헌법 정책적 의의가 있다고 본다.⁸⁴⁾

(2) 토마스 홉스의 평화의무의 한계

국가는 국민의 평화의무에 근거하여 사적 권력의 희생자에 대해 절대적으로 소극적 태도를 요구할 수 없다. 즉, 긴급방어와 긴급구조의 포기가 어느 누구에게도 요구될 수

80) Josef Isensee, a.a.O., S.56.

81) 이승우, 전계 논문, 1180면.

82) Josef Isensee, a.a.O., S.56f.

83) Josef Isensee, a.a.O., S.57.

84) Josef Isensee, a.a.O., S.59; 이승우, 상계 논문, 1181면; 문현철, 전계 논문, 45면.

없다.⁸⁵⁾ 수세기 전에 전체국민의 복종을 대변한 자로 비난받고 있는 토마스 홉스에 의해 윤곽이 그려진 국민의 평화의무의 한계는 주권자인 군주가 국민을 자신의 힘에 근거하여 보호할 수 있는 기간만큼만 지속되지 그 이상은 지속되지 않는다고 한 점에서 잘 나타나고 있다. 누구나 타인의 도움이 기대되지 않을 경우 자기 자신을 보호할 인간의 자연권은 포기될 수 없기 때문이다.⁸⁶⁾ 기본권속에 구체화된 인권의 실체는 국가기관들에게 변영과 파멸로 인도할 것이 인정되어 있는 것이 아니라 양도할 수 없고 불가침의 것으로 보장될 것이 예견되어 있는 것이기 때문에 이러한 기본권은 국가가 안정의 보장자로서 기능하지 못하는 경우 기본권주체에게 자신과 타인을 보호할 권리를 주고 있고, 바로 그러한 기본권으로부터 국가의 기본권보호의무가 도출된다고 보는 것이다.⁸⁷⁾ 다만 자력구제의 범위가 넓으면 안정의 문제를 해결하기보다는 안정의 문제를 해결 불가능한 상태로 이끌게 된다는 사실을 주목하지 않으면 안 된다. 역시 정당한 사적 권력이란 법치국가적 보호의 원시적 대응물 이상이 될 수 없기 때문이다.⁸⁸⁾

2. 基本權保護義務의 憲法的 根據

가. 독일에서의 논의

(1) 연방헌법재판소의 입장

독일 연방헌법재판소는 제1차 낙태판결(BVerfGE 39, 1[41])에서 태아의 생명보호를 위한 기본권보호의무를 직접 생명권(「기본법」 제2조 제2항 제1문)에서 도출하고 나아가서 “인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다”라고 규정하고 있는 「기본법」 제1조 제1항 제2문을 원용하였고, 1993년 5월 28일의 제2차 낙태판결(BVerfGE 88, 203)에서도 태아의 생명에 대한 보호의무를 「기본법」 제1조 제1항으로부터 직접 도출하고 있다. 보호의무의 헌법적 근거는 실정 기본권 규범이며 또한 주관적 방어권과 더불어서 존재하는 기본권의 객관적 가치질서의 차원이라고 한다. 즉, “헌법적 근본결단으로서 법의 모든 분야에서 효력을 가지며 입법·행정·사법에 지침과 동기를 부여하는 객관적인 가치질서”의 차원인 것이다(BVerfGE 39, 1[41]). 따라서

85) Josef Isensee, a.a.O., S.57f.

86) P.C.Mayer-Tasch, Thomas Hobbes und das Widerstandsrecht, 1965, S.86f.

87) Josef Isensee, a.a.O., S.58f.

88) Josef Isensee, a.a.O., S.59f; 이승우, 전계 논문, 1181면; 문현철, 전계 논문, 46면.

명시적으로 규정된 인간존엄을 보호해야 할 국가의 의무(기본법 제1조 제1항 제2문)는 객관적인 보호의무에 대한 명문조항에 해당된다는 것이다(BVerfGE 49, 89[142]).⁸⁹⁾

(2) 국가적 과제로서 안전

보호의무이론의 체계화에 많은 기여를 한 이센제(Isensee)는 “객관적 가치질서”를 원용하는 것은 결코 설득력 있는 근거가 아니라고 지적하고 있다. 왜냐하면 이러한 객관적 가치질서라고 하는 개념 자체가 법학적 근거를 제공하기에는 너무나 추상적이고 유동적인 개념이기 때문이라는 것이다. 이러한 객관적 가치질서라고 하는 개념의 의미는 기본권이 단지 방어권으로서 머무르게 되는 것을 방지하고 그밖의 다른 기능들을 가능하게 하기 위한 데에 있다는 것이다. 여기에서 이센제(Isensee)는 국가의 기본권보호 의무를 기본권외적인 근거 즉, “안전”이라고 하는 국가적 과제에서 찾고 있다. “안전”은 현대국가가 존재하고 그 때문에 국민들로 하여금 복종을 요구하게 할 수 있는 국가의 기본적인 존립목적이라는 것이다. “안전”이라고 하는 국가적 과제는 결코 헌법적으로 실정화 되어야 할 필요가 있는 것이 아니라는 것이다. 왜냐하면 이것은 국가가 존재하는 당연한 전제이기 때문이라는 것이다. 그것이 헌법적으로 규정되어 있든지 아니든지 “안전”이라고 하는 국가적 과제는 실체적 헌법의 중대한 구성부분이라는 것이다.

독일 연방헌법재판소도 국가적 과제로서 “안전”을 그 자체로서 인정하고 있다(BVerfGE 49, 24[56f]). “안전”이라고 함은 이러한 보호법익을 다른 시민과의 상호관계에서 침해받지 않는 상태를 의미한다. 이것은 방어권을 유추해서 정의한다고 하면 안전이란 기본권 주체의 다른 사람의 침해로부터의 자유라는 것이다.⁹⁰⁾

나. 국내에서의 논의

(1) 헌법재판소 판례

(가) 4인 재판관의 합헌의견

「교통사고 처리 특례법」 제4조⁹¹⁾의 헌법소원에 관한 헌법재판소의 결정⁹²⁾에서 4인(재판관 김문희, 재판관 정경식, 재판관 고중석, 재판관 신창언)의 합헌의견은 「헌법」

89) 방승주, 전계 논문, 174면.

90) 상계 논문, 175면.

91) 제4조(보험 등에 가입된 경우의 특례) ①교통사고를 일으킨 차가 「보험업법」 제5조·제7조 또는 「육운진흥법」 제8조의 규정에 의하여 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 제3조 제2항 본문에 규정된 죄를 범한 당해 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 제3조 제2항 단서에 해당하는 경우나 보험계약 또는 공제계약이 무효 또는 해지되거나 계약상의 면책규정 등으로 인하여 보험사업자 또는 공제사업자의 보험금 또는 공제금 지급의무가 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

92) 헌재 1997. 1. 16, 90헌마110·136(병합)등, 판례집 제9권 1집, 90면.

제10조 후단에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 하는 규정에서 소극적인 국가적 침해의 금지(방어권)만이 아니라 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 찾고 있다.

(나) 3인 재판관의 위헌의견

이에 반하여 3인(재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형)의 위헌의견은 생명·신체에 대한 보호의무의 헌법적 근거를 헌법전문 “우리 대한민국은 …우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서…”라는 부분, 제10조의 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”, 제30조의 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다”, 제37조 제1항의 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니 한다”는 규정내용으로부터 찾고 있다. 즉, 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출된다는 것이다.

(2) 학설

기본권은 대국가적 방어권으로서의 측면만이 아니라 객관적인 가치질서의 측면을 가지고 있다는 소위 기본권의 이중성이론이 독일에서와 우리 학계에서도 일찍이 받아들여졌다. 실정헌법규정으로부터 보호의무의 근거를 찾기보다는 기본권의 이러한 객관적인 가치질서로서의 측면으로부터 기본권보호의무를 도출하는 견해가 있다.⁹³⁾ 또한 입헌주의 헌법과 민주공화국의 선언규정으로부터 기본권보장의무를 도출하고 「헌법」 제10조 후문이나 「헌법」 전문은 단지 이를 확인하는 것으로 보는 견해⁹⁴⁾가 있다. 그리고 우리 헌법은 「헌법」 제10조 후문의 규정을 통해서 통치권력의 기본권 기속성에 따른 국가의 기본권보호의무를 당연한 것으로 보고 있다고 하면서 「헌법」 제10조 후문을 그 근거로 드는 견해⁹⁵⁾도 있으며, 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격과 개인의 안전보장이라고 하는 국가목적 그리고 「헌법」 전문의 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자

93) 정태호, “기본권보호의무”, 김남진교수 정년기념 논문집, 「현대 공법학의 재조명」, 고려대학교 법과대학 법학논집 특별호, 1997, 390면.

94) 송기춘, “국가의 기본권보장의무에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1998, 108면.

95) 이승우, 전계 논문, 1182면.

유와 행복을 영원히 확보하고” 부분에서 찾는 견해⁹⁶⁾도 있고, 「헌법」 제10조 후문과 「헌법」 제30조 모두를 기본권보호의무의 헌법적 근거로 드는 견해⁹⁷⁾ 등이 있다.

II. 基本權保護義務 次元의 消防警察法の 憲法的 根據

행정법은 헌법에 저촉될 수 없을 뿐만 아니라 헌법원칙의 구체화를 의미한다고 한다.⁹⁸⁾ 따라서 행정법의 일부인 소방경찰법 역시도 헌법에 근거하여 제정되고 집행됨은 당연하다. 그렇다면 우리 헌법에서는 화재라는 위해로부터의 안전을 통해 국민의 생명·신체와 재산을 보호하여야 하는 소방경찰법의 근거를 어디에 두고 있는지를 앞에서 살펴본 기본권보호의무론 차원에서 도출해보고자 하는 것이다. 왜냐하면 화재를 예방·경계·진압하고 인명을 구호하여 안전을 확보하는 것은 국가의 당연한 책무이기 때문에 소방경찰법의 근거가 헌법에 있고 없고는 별로 문제가 되지 않기 때문이다.

그렇지만 화재는 실화든 방화든 그 가해자가 국가가 아닌 제3자 즉, 국민개개인이 될 수 있고 반대로 그 피해자 역시 국민개개인이기 때문에 국민은 소위 말하는 기본권 보호의무 차원에서도 화재라는 위해로부터 안전이 확보되어야 하고, 만약 이로 인해 생명·신체에 침해가 있었다면 적절한 배상도 받아야 한다. 이러한 이유에서 소방경찰법의 헌법적 근거를 기본권보호의무론과 연계하여 도출해보고자 하는 것이다.

1. 憲法 全文

우리 「헌법」 전문에 있는 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서”라는 문구 중 특히 “안전의 확보”라는 말은 우리 헌법에 의하여 조직화되는 국가가 개인의 안전의 보장을 위하여 노력하여야 할 의무를 지고 있음을 나타내고 있다. 이 “안전의 확보”는 현세대와 후대 국민의 생명·신체·자유 기타 법익을 대내외적 유해요인으로부터 보호하는 것을 의미하므로 동 헌법에 의하여 조직화된 국가의 목적중의 하나가 국민에 대한 안전보장이라는 것을 명확히 하고 있는 것이다.⁹⁹⁾ 따라서 「헌법」 전문의 “안전의 확보”는 국가가 기본권보호의무로서 화재라는

96) 문현철, 전계 논문, 47면.

97) 김선택, “사법질서에 있어서 기본권의 효력”, 「고려법학 제39호」, 2002, 286면.

98) 석중현(상), 25면.

99) 문현철, 상계 논문, 47면.

위해로부터 국민의 생명·신체를 보호해야 하는 것 까지를 포함하고 있기 때문에 「헌법」 전문은 소방경찰법의 헌법적 근거가 되는 것이다.

2. 憲法 第10條 後文

「헌법」 전문의 “안전의 확보”에 이어 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있는 「헌법」 제10조의 후문이 기본권보호의무 차원에서 소방경찰법의 근거가 되는지에 대한 검토인데 「헌법」 제10조 후문도 소방경찰법의 근거가 된다고 본다.

하지만 이에 대해서는 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있다. 먼저 긍정하는 견해는 “불가침”이라는 말은 단지 국가권력에 의한 침해만이 아니라 기타의 세력에 의한 위해도 용납하지 아니한다는 것을 의미하며, “보장”이라는 말도 “잘못됨이 없이 보증한다”는 것을 의미하므로 “불가침”의 기본적 인권을 확인하고 기본적 인권을 “보장”할 국가의 의무는 국가가 기본권적 자유를 단순히 존중하여야 할 의무 이상의 것을 내포하고 있다고 주장하면서 이를 긍정하는 것이다.¹⁰⁰⁾ 즉, 국민이 기본권적 자유를 타인의 위법적 간섭을 받음이 없이 원활하게 행사할 수 있도록 기본권을 보호해 줄 국가의 의무까지도 불가침의 기본적 인권의 보장의무는 포함하고 있기 때문이라는 것이다.

또 하나 긍정하는 견해는 「헌법」 제10조 후문의 “기본적 인권”은 인간의 존엄을 포함하는 광범위한 개념이라고 할 수 있고 이를 확인하고 보장할 의무가 있다는 것은 국가가 이러한 기본적 인권을 침해해서는 안 될 뿐 아니라 적극적으로 이러한 기본권의 실현을 위하여 국가가 노력하고 또한 다른 사람으로부터의 침해도 막아야 할 의무가 있다는 것을 밝히고 있기 때문에 기본권보호측면에서 소방경찰법의 헌법적 근거가 된다는 것이다.¹⁰¹⁾

이에 대해 그 말들만 가지고 보호의무의 구체적 존재를 추론하는 데는 무리가 따른다는 것이 부정하는 견해이다.¹⁰²⁾ 이 견해는 먼저 “불가침”이란 말로부터 기본권 침해 행위를 하지 않아야 할 의무 이외에 국가가 적극적으로 기본권적 법익의 보호를 위하여 활동하여야 할 의무를 이끌어 내기는 힘들다는 것이다. 그리고 기본권 “보장”이라

100) 한수웅, “헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계(법적 권리설로부터의 결별)”, 「인권과 정의」, 1997. 1, 70면(주12).

101) 방승주, 전계 논문, 176면.

102) 문현철, 전계 논문, 48면.

는 용어도 방어권의 관철에 국한되어 사용될 수 있는 것이므로 그로부터 직접 국가의 적극적 개입을 이끌어 내는 것은 어렵다는 것이다. 오히려 개별 기본권의 보장내용이 방어적 기능에 국한되지 아니한다는 것이 증명될 때 비로소 그 내용도 「헌법」 제10조 후문의 보장혜택을 누릴 수 있다는 것이다. 그러한 의미에서 「헌법」 제10조 후문은 새롭게 도출된 기본권의 기능 즉, 기본권적 법익에 대한 적극적 보호기능의 간접적 근거는 될 수 있으나 직접적 근거는 될 수 없기 때문에 기본권보호측면에서 소방경찰법의 근거가 되기는 곤란하다는 것이다.

아무튼 이러한 논의에도 불구하고 우리 「헌법」 제10조 후문의 내용이 기본권보호의 무 차원의 소방경찰법의 헌법적 근거가 되는지를 살펴보았을 때, 긍정하는 견해처럼 “불가침의 기본적 인권”은 인간의 존엄을 포함하는 광범위한 개념이라고 할 수 있고 또한 이를 확인하고 보장할 의무가 있다는 것은 국가가 이러한 기본적 인권을 침해해서는 안 될 뿐 아니라 적극적으로 이러한 기본권의 실현을 위하여 노력하고 또한 다른 사람으로부터의 침해도 막아야 할 의무가 있다는 것을 밝히고 있다고 볼 때 “소방안전”의 확보를 통해 국민의 생명과 신체를 보호하는 것도 “불가침의 기본적 인권을 지키고 보장하는 것”이기 때문에 「헌법」 제10조 후문도 소방경찰법의 근거가 된다는 것이다.

3. 憲法 第34條

우리 「헌법」 제34조 제1항은 모든 국민에게 “인간다운 생활을 할 권리(Recht auf menschenwürdiges Dasein)”를 보장하면서 이 권리의 실효성을 확보하기 위해서 국가의 사회정책적 의무를 강조하고 있다. 즉, 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무(제34조 제2항)와 생활능력이 없는 국민을 보호해야 할 의무(제34조 제5항), 여자의 복지와 권익향상을 위하여 노력할 의무(제34조 제3항), 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무(제34조 제4항), 재해를 예방하고 그 위협으로부터 국민을 보호해야 할 의무(제34조 제6항) 등을 지도록 하고 있다.¹⁰³⁾

인간다운 생활을 할 권리가 구체적으로 무엇인지에 대해서는 학자에 따라 문화적인 최저생활권¹⁰⁴⁾이라고 보는 견해도 있고, 물질적인 최저생활권¹⁰⁵⁾으로 보는 경우도 있

103) 허 영, 517면.

104) 김철수, 「헌법학신론」(박영사, 2007), 672면; 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 2007), 643면.

105) 허 영, 517면.

지만, 아무튼 인간다운 생활을 할 권리는 “국가의 사회보장·사회복지 증진의무와 여자·노인·청소년의 복지증진의무 그리고 생활무능력자의 보호의무 및 화재 등 재난 위험으로부터의 국민보호의무가 포함된다.¹⁰⁶⁾ 따라서 이 경우도 제3자가 일으키는 화재로부터 생명과 신체를 보호하여 인간다운 생활을 할 권리를 보장하는 것이므로 「헌법」 제34조도 기본권보호의무 차원의 소방경찰법의 헌법적 근거가 되는 것이다.

第3節 現行 消防警察關聯 主要 法令

I. 序 說

본 절에서는 현행 우리나라 소방경찰법에는 어떠한 것들이 있는지 즉, 소방경찰법제를 살펴보고자 한다. 앞에서 소방경찰법을 “소방행정의 조직(신분)·작용·구제법 중에서 화재의 예방·진압과 인명구조 등에 직접 관련된 법으로써 소방서장 등 소방기관의 장에게 예방조치 등 작위적인 행위를 하도록 규정한 것과 소방대상물 등의 관계인에게 의무를 부과하고 또한 명령하고 강제하는 법을 의미”한다고 하였다. 이렇게 보았을 때 소방경찰법은 화재의 예방과 경계 그리고 진압분야를 관장하는 소방 5법과, 화재의 예방과 화재 시 연소의 확대방지·피난 및 인명구호 등에 필요한 내용을 규정하고 있는 관련된 법으로서 주요 관계법이 있겠으나, 이하에서 소방 5법과 주요 관계법의 제정 목적을 비롯하여 소방경찰법으로서의 규정된 내용들을 개략적으로 살펴보도록 하겠다.

II. 消防 5法

1. 消防基本法

2003년 5월 29일 제정되고 2004년 5월 30일부터 시행되고 있는 「소방기본법」은 1958년에 제정된 「소방법」이 그동안 소방 환경의 큰 변화에도 불구하고 기본적인 체계 등에 대한 정비가 없이 대형화재가 발생하는 등의 경우 필요한 부분만 개정하다보니 그 체계와 내용이 복잡하였고 따라서 국민들의 이해도 쉽지 않아 「소방법」을 분법

106) 허 영, 519면.

하면서 탄생한 법이다. 화재의 예방·경계, 소방현장활동, 화재조사, 구조·구급업무, 의용소방대와 소방 관련 기관·단체 등 소방업무와 관련된 기본적인 사항을 포함하였고, 소방시설의 설치유지·안전관리, 소방시설공사·기술관리 및 위험물관리에 관한 사항은 별도의 법률로 제정¹⁰⁷⁾하였던 것이다.

「소방기본법」은 제1장 총칙, 제2장 소방장비 및 소방용수시설 등, 제3장 화재의 예방과 경계, 제4장 소방활동, 제5장 화재의 조사, 제6장 구조 및 구급, 제7장 의용소방대, 제8장 한국소방안전협회 및 한국소방검정공사, 제9장 보칙, 제10장 벌칙과 부칙으로 구성되어 있다.

제1조 에서는 목적을 규정하고 있는바, “이 법은 화재를 예방·경계하거나 진압하고 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급활동 등을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호함으로써 공공의 안녕질서 유지와 복리증진에 이바지함을 목적으로 한다”라고 되어있어 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황으로부터 국민을 보호하는 국가의 보호의무에 대한 내용을 기본적으로 천명하고 있다.

제2조에서는 용어를 정의하고 있는바, 소방대상물·관계지역·관계인·소방본부장·소방대·소방대장에 대한 용어가 정의되어 있다. 또한 제3조에서는 소방기관의 설치 등에 대해, 제6조에서는 소방업무에 대한 책임을 규정하고 있는데, “시·도지사는 그 관할구역 안에서 발생하는 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황에 있어서 필요한 소방업무를 성실히 수행하여야 한다”라고 하여 소방업무가 광역자치단체 업무임이 명시되어 있으며, 이하에서는 소방경찰법으로서 핵심내용이라 할 수 있는 명령적인 것과 강제적인 내용만을 살펴보기로 하겠다.¹⁰⁸⁾

먼저 명령적인 내용을 보면 ①화재의 예방 상 위험하다고 인정되는 행위를 하는 사람이나 소화활동에 지장이 있다고 인정되는 물건의 소유자·관리자 또는 점유자에 대한 행위의 금지 또는 제한 등에 따른 조치명령(제12조 제1항) ②화재경계지구 안의 소방검사 결과에 따른 소방용수시설·소화기구 그밖에 소방에 필요한 설비의 설치명령(제13조 제3항) ③화재, 재난·재해 등의 현장에서 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자에게 사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 하는 소방활동 종사명령(제24조 제1항) ④화재, 재난·재해 등의 위급한 상

107) 법제처홈페이지(<http://www.moleg.go.kr/>) 종합법령검색의 연혁법령 「소방기본법」(2003년 5월 29일자) 제정이유에서 인용.

108) 소방5법은 그 내용이 소방서장 등 소방기관의 장에게 예방조치 등 작위적인 행위를 하도록 규정한 것과 소방대상물 등의 관계인에게 의무를 부과하는 것이 대부분이기 때문에 명령적인 것과 강제적인 것만을 살펴보기로 한 것이다.

황의 발생으로 사람의 생명에 위협이 미칠 것으로 인정하는 때의 위험구역 밖으로의 피난명령(제26조 제1항) ⑤화재의 원인 및 피해조사를 하기 위하여 필요한 때에 관계인에 대하여 필요한 보고 또는 자료제출명령(제30조 제1항)등이 있다.

강제적인 내용으로는 ①함부로 버려두거나 그냥 둔 위험물 그 밖에 불에 탈 수 있는 물건의 소유자 등을 알 수 없는 경우 그 위험물 또는 물건을 옮기거나 치우는 등의 조치(제12조 제2항) ②화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에 소방활동구역을 정하여 소방활동에 필요한 자 외의 자에 대한 출입제한 조치(제23조 제1항) ③사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분과, 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정하는 때에 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지외의 소방대상물과 토지에 대한 전단의 처분(제25조 제1항 및 제2항) ④소방 활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동하는 조치(제25조 제3항) ⑤소방활동을 위해 필요한 경우 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도의 개폐장치를 조작할 수 있는 조치와 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치(제27조 제1항 및 제2항) ⑥화재원인 및 피해조사를 위해 관계장소에 출입 조사하거나 관계인에게 질문할 수 있는 조치(제30조 제1항) 등이 있다.

2. 消防施設設置維持 및 安全管理에 관한 法律

「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 역시 2003년 5월 29일 제정되고 2004년 5월 30일부터 시행되고 있다. 이에는 소방대상물에 대한 소방검사, 소방시설의 설치유지 및 안전관리, 소방용 기계·기구의 형식승인 등에 관한 내용이 규정¹⁰⁹⁾되어 있다. 말하자면 화재를 대비해 불을 끄는데 필요한 소화설비, 불이 난 사실을 알려주는 경보설비, 피난과 대피에 직접 필요한 피난설비, 소화용 물을 확보하는 소화용수설비 등 소방시설의 설치기준과 이를 유지관리 하여 유사시 사용이 가능하도록 한 기준 등을 정하고 있는 법으로서 「소방기본법」 제1조의 목적을 달성하기 위한 법인 것이다.

제1장 총칙, 제2장 소방검사 등, 제3장 소방시설의 설치 및 유지·관리 등, 제4장 소

109) 법제처홈페이지(<http://www.moleg.go.kr/>) 종합법령검색의 연혁법령 「소방시설 설치유지 및 안전관리에 관한 법률」(2003년 5월 29일자) 제정이유에서 인용.

방대상물의 안전관리, 제5장 소방시설관리사 및 소방시설관리업, 제6장 소방용 기계·기구의 형식승인 등, 제7장 보칙, 제8장 벌칙과 부칙으로 구성되어 있으며, 이하에서 역시 명령적인 것과 강제적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 명령적인 내용은 ①「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률 시행령」이 정하는 소방대상물¹¹⁰⁾에 대한 소방검사의 결과 그 위치·구조·설비 또는 관리의 상황에 관하여 화재예방을 위하여 필요하거나 화재가 발생하는 경우 인명 또는 재산의 피해가 클 것으로 예상되는 때에는 「소방기본법 시행규칙」이 정하는 바에 따라 관계인에게 그 소방대상물의 개수·이전·제거, 사용의 금지 또는 제한, 공사의 정지 또는 중지 그 밖의 필요한 조치명령(제5조) ②특정소방대상물에 있어서의 소방시설 등이 화재안전기준에 따라 설치 또는 유지·관리되어 있지 아니한 때에 그 특정소방대상물의 관계인에게 필요한 조치명령(제9조 제2항) ③특정소방대상물의 피난시설과 방화시설에 대하여 피난시설 및 방화시설을 폐쇄(잠금을 포함한다)하거나 훼손하는 등의 행위, 피난시설 및 방화시설의 주위에 물건을 쌓아두거나 장애물을 설치하는 행위, 피난시설 및 방화시설의 용도에 장애를 주거나 소방 활동에 지장을 주는 행위, 그 밖에 피난시설 및 방화시설을 변경하는 행위에 대해 피난시설 및 방화시설의 유지·관리를 위하여 필요한 조치명령(제10조 제2항) ④방염대상물품이 방염성능 기준에 미치지 못하거나 검사를 받지 아니한 때에는 방염대상물품의 제거나 성능검사를 받도록 하는 등의 조치명령(제12조 제2항) ⑤소방용기계기구 중 형식승인을 얻지 아니한 것들에 대한 수거·폐기 또는 교체 등의 명령(제36조 제7항) ⑥소방시설관리업자가 점검을 실시한 특정소방대상물의 관계인에게 필요한 보고 또는 자료제출 명령(제46조) 등이 있다.

강제적인 내용으로는 ①방염처리업자의 등록의 취소와 영업정지(제19조 제1항) ②소방시설관리사의 자격의 취소와 정지(제28조) ③소방시설관리업자에 대한 등록의 취소나 영업의 정지(제34조 제1항) ④방염처리업자와 소방시설관리업자에 대한 과징금 처분(제35조) ⑤소방용 기계·기구 등에 대한 형식승인의 취소나 제품검사의 중지 등(제38조) ⑥소방용 기계·기구 등 성능시험기관의 지정취소나 업무의 정지(제42조) ⑦소방시설관리업자가 점검을 실시한 특정소방대상물 등에 대해 감독상 필요한 경우 관계

110) 여기서 말하는 “소방대상물”이라 함은 다중이용업의 영업장과 근린생활시설, 위락시설, 문화집회 및 운동시설, 판매시설 및 영업시설, 숙박시설, 노유자시설, 의료시설, 통신촬영시설 중 방송국 및 진신전화국, 교육연구시설, 공장, 운수자동차관련시설 중 자동차검사장 및 자동차운전학원, 관광휴게시설 중 어린이회관·관망탑 및 휴게소, 교정시설, 위험물저장 및 처리시설, 지하가·지하구를 말한다(「소방시설 설치유지 및 안전관리에 관한 법률 시행령」 제10조).

공무원으로 하여금 소방대상물·사업소·사무소 또는 사업장에 출입하여 관계서류·시설 및 제품 등을 검사하거나 관계인에게 질문할 수 있는 조치(제46조) 등이 있다.

3. 消防施設工事業法

「소방시설공사업법」 또한 2003년 5월 29일 제정되고 2004년 5월 30일부터 시행되고 있는바, 이에는 소방시설업, 소방시설공사, 소방기술자 및 소방기술심의위원회 등 소방시설공사 및 소방기술의 관리에 관한 사항을 규정¹¹¹⁾하고 있다. 말하자면 소방시설을 기술자로 하여금 적정하게 시공되도록 하여 화재 시 제 기능을 발휘하게 하여 인명 및 재산피해를 최소화 할 수 있도록 하는 법인 것이다.

제1장 총칙, 제2장 소방시설업, 제3장 소방시설공사, 제4장 소방기술자, 제5장 소방기술심의위원회, 제6장 보칙, 제7장 벌칙 및 부칙으로 구성되어 있으며, 이하에서도 역시 명령적인 것과 강제적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 명령적인 내용은 ①소방시설공사가 하자로 인정되는 때에 시공자에게 하자보수 명령(제15조 제5항) ②소방시설업자 및 관계인에 대해 필요한 보고 또는 자료제출 명령(제31조 제1항) ③소방방재청장으로부터 소방시설공사업자의 시공능력평거나 공시에 관한 업무와 소방기술과 관련된 자격·학력·경력의 인정업무를 위탁받은 법인 또는 단체에 대하여 필요한 보고 또는 자료제출 명령(제31조 제2항) 등이 있다.

강제적인 내용으로는 ①소방시설업자에 대한 등록의 취소와 영업정지(제9조 제1항) ②소방시설업자에 대한 영업정지에 갈음하는 과징금처분(제10조 제1항) ③소방기술경력 등의 인정자에 대한 자격을 취소하거나 인정자격을 정지하는 조치(제28조 제5항) ④관계공무원으로 하여금 소방시설업체 또는 특정소방대상물에 출입하여 관계서류와 시설 등을 검사하거나 소방시설업자 및 관계인에게 질문할 수 있는 조치(제31조 제1항) ⑤소방방재청장에게 소방시설공사업자의 시공능력 평가업무를 위탁받거나 소방기술과 관련된 자격·학력·경력의 인정업무를 위탁받은 법인 또는 단체에 관계공무원으로 하여금 출입하여 관계서류 등을 검사하게 하거나 질문할 수 있는 조치(제31조 제2항) 등이 있다.

4. 危險物安全管理法

「위험물안전관리법」 역시 2003년 5월 29일 제정되고 2004년 5월 30일부터 시행되고

111) 법제처홈페이지(<http://www.moleg.go.kr/>) 종합법령검색의 연혁법령 「소방시설공사업법」(2003년 5월 29일자) 제정 이유에서 인용.

있다. 이에는 위험물의 저장·취급 및 운반 등의 안전관리에 관한 사항을 규정¹¹²⁾하고 있다. 말하자면 인화성 또는 발화성 등의 성질을 가지는 것으로서 「위험물안전관리법 시행령」이 정하는 물품¹¹³⁾에 대해서는 화재나 폭발을 대비하여 저장탱크시설의 설치방법과 그 안전관리 등을 규정하고 있는 법이다.

제1장 총칙, 제2장 위험물시설의 설치 및 변경, 제3장 위험물시설의 안전관리, 제4장 위험물의 운반 등, 제5장 감독 및 조치명령, 제6장 보칙, 제7장 벌칙 및 부칙으로 구성되어 있으며, 역시 명령적인 것과 강제적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 명령적인 내용으로 ①위험물시설의 유지·관리 부적합 시 이의 위치·구조 및 설비의 수리·개조 또는 이전명령(제14조 제2항) ②위험물제조소 등의 예방규정에 대한 반력 또는 변경명령(제17조 제2항) ③위험물을 저장 또는 취급하고 있다고 인정되는 장소의 관계인에 대한 자료제출 명령(제22조 제1항) ④위험물탱크시험자에 대하여 자료제출 명령(제22조 제5항) ⑤위험물탱크시험자에 대해 감독상 필요한 명령(제23조) ⑥무허가장소의 위험물 취급에 대하여 그 위험물 및 시설의 제거 등 필요한 조치명령(제24조) ⑦위험물제조소 등의 관계인에 대하여 당해 제조소 등의 사용을 일시 정지하거나 그 사용을 제한하는 명령(제25조) ⑧위험물제조소 등 및 이동탱크저장소에서의 위험물의 저장 또는 취급이 「위험물안전관리법」 제5조 제3항의 규정에 위반된다고 인정되는 때 동항의 기준에 따라 위험물을 저장 또는 취급하도록 하는 명령(제26조 제1항 및 제2항) ⑨위험물제조소 등 및 이동탱크저장소 등에서의 유출사고 등이 발생했을 때 응급조치를 강구하도록 하는 조치명령(제27조 제3항 및 제4항) 등이 있다.

강제적인 내용은 ①위험물제조소 등 설치허가의 취소와 사용정지 처분(제12조) ②위험물제조소 등의 사용정지 처분에 갈음한 과징금 처분(제13조 제1항) ③위험물을 저장 또는 취급하고 있다고 인정되는 장소의 관계인에 대하여 필요한 보고·질문·검사 또는 시험에 필요한 최소한의 위험물 또는 위험물로 의심되는 물품의 수거(제22조 제1항) ④주행 중인 이동탱크저장소의 위험물취급에 관한 국가기술자격증 또는 교육수료증의 제시요구(제22조 제2항) ⑤위험물탱크시험자에 대하여 보고·검사·질문(제22조 제5항) 등이 있다.

112) 법제처홈페이지(<http://www.moleg.go.kr/>) 종합법령검색의 연혁법령 「위험물안전관리법」(2003년 5월 29일자) 제정이유에서 인용.

113) 제1류(산화성 고체), 제2류(가연성 고체), 제3류(자연발화성 물질 및 금수성 물질), 제4류(인화성 액체), 제5류(자기반응성 물질), 제6류(산화성 액체)로 구분되며 총55품명으로 되어 있다(「위험물안전관리법 시행령」 별표1).

5. 多衆利用業所の 安全管理에 관한 特別法

「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」은 2006년 3월 24일 제정되고 2007년 3월 25일부터 시행되고 있는바, 종전에는 다중이용업소에 관한 내용이 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」에 입법되어 있었으나, 사회·경제의 발전으로 다양하고 새로운 종류의 다중이용업이 출현하고 대형화 및 밀집화된 다중이용업소가 등장하여 화재 등 재난의 발생시 대규모의 인명 및 재산피해가 발생된바 있고¹¹⁴⁾ 또 예상됨에 따라 이를 분리하여 따로 제정한 법으로서 이에는 다중이용업소의 소방시설 등의 설치·유지 및 안전관리와 화재위험평가 등에 관한 사항을 규정¹¹⁵⁾하고 있다. 말하자면 특정소방대상물 중에서도 불특정인원이 다수 출입하거나 거주하는 장소를 다중이용업소로 규정하여 동 특정소방대상물에 설치되는 기본적인 소방시설 등에 부가하여 추가적으로 소방시설 등을 강화하여 설치하도록 규정하고 있는 법이다.

특히 동법 제3조 제1항에서는 “국가 등의 책무”를 규정하고 있는바, “국가 및 지방자치단체는 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 불특정 다수인이 이용하는 다중이용업소의 소방시설·안전시설 등의 설치·유지 및 안전관리에 필요한 시책을 강구하여야 한다”라고 규정하여 소방 5법 중 유일하게 “국가 등의 책무”를 규정하고 있는 것이다. 그리고 동조 제2항에서는 다중이용업을 영위하는 자는 “국가 및 지방자치단체가 실시하는 다중이용업소의 안전관리 등에 관한 시책에 협조하여야 하며, 다중이용업소를 이용하는 사람들을 화재 등 재난 그 밖의 위급한 상황으로부터 보호하기 위하여 노력하여야 한다”라고 규정하여 선언적이지만 업주의 책무도 규정하고 있다.

또한 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」 제5조에서는 “안전관리기본계획의 수립·시행 등”을 규정하고 있는데 소방방재청장은 다중이용업소의 화재 등 재난 그 밖의 위급한 상황으로 인한 인적·물적 피해의 감소, 안전기준의 개발, 자율적인 안전관리능력의 향상 등을 위하여 5년마다 다중이용업소의 안전관리기본계획을 수립·시행하도록 하고 있으며, 계획에는 다음의 내용을 포함하도록 하고 있다. ①다중이용업소의 안전관리에 관한 기본방향 ②다중이용업소의 자율적인 안전관리의 촉진에 관한 사항 ③다중이용업소의 화재안전에 관한 정보체계의 구축 및 관리 ④다중이용업소의 안전

114) 1999년 10월 30일에 인천광역시 중구 인현동 119번지 지하 히트노래방 개·보수 공사장에서 종업원의 불장난으로 화재가 발생 2층 라이브호프집으로 번져 사망56명, 부상 81명 등 모두 137명의 사상자를 발생시킨 화재 등 그 예가 많다(양중근, “다중이용업소의 소방검사 어떻게 하면 효과적일까?” 「제19회 공무원교육훈련발전연구대회」, 2001, 57면).

115) 법제처홈페이지(<http://www.moleg.go.kr/>) 종합법령검색의 연혁법령 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」(2006년 3월 24일자) 제정이유에서 인용.

관련 법령의 정비 등 제도개선에 관한 사항 ⑤다중이용업소의 적정한 유지·관리에 필요한 교육과 기술연구·개발 ⑥다중이용업소의 화재위험평가의 연구·개발에 관한 사항 ⑦그 밖에 다중이용업소의 안전관리에 관하여 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행령」이 정하는 사항이 그것이다.

「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」은 제1장 총칙, 제2장 다중이용업소의 안전관리 기본계획 등, 제3장 허가관청의 통보 등, 제4장 다중이용업소 안전관리를 위한 기반조성, 제5장 보칙, 제6장 벌칙 및 부칙으로 구성되어 있으며, 명령적인 것과 강제적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 명령적인 내용으로 ①다중이용업소의 안전시설 등¹¹⁶⁾이 화재안전기준에 적합하지 아니할 경우 보완 등 필요한 조치명령(제9조 제2항) ②다중이용업소의 화재위험평가 결과 그 위험유발지수가 일정기준 이상인 경우 해당다중이용업주에 대한 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 제5조에 의한 조치명령(제15조 제2항) ③다중이용업소의 화재위험성평가대행자로 등록한자에 대한 업무정지명령(제17조 제1항) 등이 있고, 강제적인 내용으로는 ①다중이용업소의 화재위험평가를 실시하는 화재위험평가대행자에 대한 등록취소(제17조 제1항) ②다중이용업소의 안전시설 등 미비와 화재위험평가결과 위험유발지수가 일정규모 이상인 경우 이에 대한 시정조치명령을 이행하지 아니하는 자에 대한 1천만원이하의 이행강제금 부과(제26조) 등이 있다.

Ⅲ. 主要 關係法

소방경찰법의 성격을 갖는 주요 관계법의 입법목적, 화재 등 재난발생의 예방과 사고발생 시 조치권한 등을 규정한 내용을 세부적으로 살펴보면 다음과 같다.

1. 建築法

「건축법」은 “건축물의 대지·구조 및 설비의 기준과 건축물의 용도 등을 정하여 건축물의 안전·기능·환경 및 미관을 향상시킴으로써 공공복리의 증진에 이바지함을 목적”으로 제정된 법이다.

「건축법」이 소방경찰법이라는 것은 장황한 설명이 필요 없을 정도이다. 사실 「건축

116) 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」에서는(제8조 제1항) 다중이용업소 등에 별도로 설치하여야 하는 소방시설, 방화시설, 그밖의 시설을 “소방시설 등”이라 하였으나, 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」에서는 제9조에서 이를 “안전시설 등”으로 변경하였다.

법」은 절반은 소방법이라고 해도 과언이 아니다. 건축물은 내장재료는 물론 그 안에 수납된 비품이나 시설물 등이 불에 탈수 있는 것이 기본이기 때문이다. 그리고 방화구획이나 내장재료 불연화, 비상구의 설치, 피난계단의 설치, 비상용승강기의 설치 등은 불이 났을 때 확대를 방지하거나 또 쉽게 타지 않도록 함은 물론 화재 시 사람의 피난 등에 필요한 것으로서 이들 모두는 화재의 예방과 인명피해의 예방을 위한 것이며, 또한 건축물은 평상시에도 하중에 견디어야 하지만 특히 화재 시에는 스스로 붕괴나 도괴되는 일이 없어야 하기 때문에 구조안전 분야도 화재와 관련이 있고 따라서 「건축법」은 전형적인 소방경찰법이다.

2. 高壓가스安全管理法

「고압가스안전관리법」은 “고압가스의 제조·저장·판매·운반·사용과 고압가스의 용기·냉동기·특정설비 등의 제조 및 검사 등에 관한 사항을 정함으로써 고압가스로서 인한 위해를 방지하고 공공의 안전을 확보함을 목적”으로 제정된 법이다.

제4조 제1항에서는 고압가스를 제조(용기에 충전하는 것을 포함한다)하고자 하는 자는 그 제조소마다 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받도록 하였고, 제2항에서는 「고압가스안전관리법 시행령」으로 정하는 종류 및 규모 이하의 고압가스 제조자는 시장·군수 또는 구청장에게 신고하도록 하고 있다. 또한 고압가스의 저장소를 설치하려는 자 또는 고압가스를 판매하려는 자는 그 저장소나 판매소마다 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받도록 하고 있으며, 이 경우 허가나 신고를 받은 관청은 7일 이내에 그 허가 또는 신고사항을 관할소방서장에게 통보하도록 하여 고압가스로서 인한 화재예방과 진압대책 수립 등에 대비하도록 하고 있다.

「고압가스안전관리법」에는 가스로 인한 화재·폭발 등을 예방하고 이를 진압하는데 있어 소방서장에게 강제처분(긴급조치)권한 까지 주어져 있는바, 동법 제20조 제1항에서 수소·산소·액화암모니아·아세틸렌·액화염소·천연가스·압축모노실란·압축디보레인·액화알진 등의 특정고압가스를 사용하고자 하는 자는 특정고압가스를 사용하기 전에 미리 시장·군수 또는 구청장에게 신고하도록 하면서, 이 경우도 신고를 받은 시장·군수 또는 구청장은 7일 이내에 그 신고사항을 관할소방서장에게 통보하도록 하고 있다. 그리고 동법 제20조 제6항에서는 “시장·군수·구청장·경찰서장 또는 소방서장은 특정고압가스 사용자가 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하여 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때에는 특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나,

특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치 할 수 있다”라고 하여 소방서장에게 강제처분(긴급조치)권을 부여하고 있다. 따라서 「고압가스안전관리법」은 소방경찰법에 해당한다.

3. 公演法

「공연법」은 “예술의 자유를 보장함과 아울러 건전한 공연활동의 진흥을 위하여 공연에 관한 사항을 규정하고 있는 법”인데, 동법 제11조에서는 “공연장 운영자는 화재 기타 재해예방을 위하여 당해 공연장 종업원의 임무·배치 등 재해대처계획을 정하여 관할 시장·군수 또는 구청장에게 신고”하도록 하고 있고, 이 경우 시장·군수 또는 구청장은 신고 받은 재해대처계획을 관할소방서장에게 통보하도록 의무화하고 있다.

불특정다수인이 운집하는 공연장에서 화재 등이 발생할 경우 많은 인명피해가 발생될 수 있기 때문에 소방서장에게 미리 화재예방이나 인명구조 등의 필요한 계획을 수립하고, 현장훈련 등을 통하여 유사시 인명구조 등을 원활히 하기 위한 사전조치인 것이다. 따라서 「공연법」도 소방경찰법에 해당한다. 한편 2006년 9월 27일 「공연법」이 개정되기 이전에는 재해대처계획을 정하여 관할소방서장에게 신고하도록 하였으나, 공연장의 감독업무를 담당하고 있는 시장·군수·구청장에게 신고하도록 개정¹¹⁷⁾된 것인데, 이는 재해대처계획 등이 미흡했을 경우 다시 시장·군수·구청장을 통하여 보완하도록 해야 하는 문제가 있고 재해대처계획이 화재 등의 예방과 화재발생 시 인명구조와 대피 등을 위하는 측면에서 본다면 관할소방서장에게 신고하는 것으로 환원되어야 맞다.

4. 都市가스事業法

「도시가스사업법」은 “도시가스사업을 합리적으로 조정·육성하여 사용자의 이익을 보호하고 도시가스사업의 건전한 발전을 도모하며, 가스공급시설과 가스사용시설의 설치·유지 및 안전관리에 관한 사항을 규정함으로써 공공의 안전을 확보함을 목적”으로 제정된 법이다.

「도시가스사업법」은 제3조 제1항에서 가스도매사업을 하고자 하는 자는 지식경제부

117) 2005년 10월 3일 경상북도 상주시가 주최한 자전거 축제 마지막 날 상주시민운동장에서 열린 MBC 가요콘서트장에서 사망11명, 부상162명의 인명피해가 발생하였다. 이를 계기로 재해대처계획의 신고처를 관할소방서에서 「공연법」상 공연자 및 공연장에 대한 지도·감독기관인 시장·군수·구청장으로 변경하였던 것이다.

장관의 허가를 받도록 하였고, 제2항에서는 일반도시가스사업을 하려는 자는 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사의 허가를 받도록 하면서 제6항에서는 지식경제부장관 또는 시·도지사는 앞의 허가를 한 때에는 7일 이내에 그 허가사항을 관할 소방서장에게 통보하도록 하여, 역시 가연성가스인 도시가스로 인한 화재예방과 진압대책을 강구하도록 하고 있어 「도시가스사업법」도 소방경찰법에 해당한다. 다만 「고압가스안전관리법」에서와 같은 강제처분(긴급조치)의 권한은 주어지지 않는다.

5. 文化財保護法

「문화재보호법」은 “문화재를 보존하여 민족문화를 계승하고, 이를 활용할 수 있도록 함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여함을 목적”으로 제정된 법이다.

동법은 제88조에서 문화재청장이나 시·도지사는 지정문화재의 화재를 예방하고 소화 장비를 설치하기 위하여 필요한 시책을 수립하고 이를 시행하도록 하고 있으며, 지정문화재의 소유자 등은 소유 또는 관리하고 있는 지정문화재에 대한 화재예방 및 진화를 위하여 「문화재보호법 시행령」이 정하는 기준에 따라 지정문화재의 소재지, 보관 장소 또는 해당 지정문화재 등에 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」에 따른 소화설비·경보설비·소화용수설비를 설치하도록 노력하여야 하며, 국가나 지방자치단체는 소유자 등이 소화설비 등을 설치하는 때에는 예산의 범위에서 그 소요비용의 전부나 일부를 보조할 수 있도록 하고 있어 「문화재보호법」 역시 소방경찰법에 해당한다.

6. 水難救護法

「수난구호법」은 “조난된 사람과 선박 등의 수색·구조·구난 및 보호에 필요한 사항을 규정함으로써 조난사고로부터 인명과 재산보호를 목적”으로 하는 법이다.

동법에는 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」에서처럼 “국가의 책무”라는 제목의 조항은 없지만 제4조에서 “국가 및 지방자치단체는 자연적·인위적 원인으로 발생하는 수난으로부터 사람의 생명과 신체 및 재산을 보호하고 효율적인 수난구호를 위하여 필요한 시책을 강구”하도록 하였고, 제5조에서는 “정부는 매년 수난대비계획을 수립·시행하되 그 계획은 「민방위기본법」에 의한 민방위계획에 포함하여 수립·시행”하도록 하고 있어 국가 및 지방자치단체의 책무를 규정하고 있다.

또한 제6조 제1항에서 수난구호업무의 관할을 규정하고 있는바, 해상에서의 수난구

호는 그 해역을 관할하는 해양경찰서장이 행하고, 하천에서의 수난구호는 그 지역을 관할하는 소방서장이 행하도록 규정하고 있다.

제7조에서는 제1항에서 “해양경찰서장 및 소방서장은 수난구호를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 범위 안에서 사람을 수난구호업무에 종사하게 하거나 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용” 할 수 있도록 하여 인적응급부담과 물적 강제처분권을 부여하고 있고, 수난구호업무에의 종사명령을 받은 자는 해양경찰서장 및 소방서장의 지휘를 받아 수난구호업무에 종사하도록 하고 있다. 따라서 「수난구호법」 역시 소방경찰법에 해당한다.

이 때 국가 또는 지방자치단체는 수난구호 업무에 종사한 자가 부상을 입은 때에는 치료를 실시하고, 사망(부상으로 인하여 사망한 경우를 포함한다)하거나 신체에 장애를 입은 때에는 그 유족 또는 장애를 입은 자에게 보상금을 지급하도록 하고 있다.

또한 해양경찰서장 또는 소방서장은 수난구호 업무에 종사한 자가 「의사상자 예우 및 지원에 관한 법률」의 적용대상자인 경우에는 같은 법에 따른 보상을 받을 수 있게 적극 지원하도록 규정하고 있다.

7. 液化石油가스의 安全管理 및 事業法

「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」은 “액화석유가스의 충전·저장·판매·사용 및 가스용품의 안전 관리에 관한 사항을 정하고 액화석유가스사업을 합리적으로 조정하여 액화석유가스를 적정히 공급·사용하게 함을 목적”으로 하는 법이다.

제3조 제1항에서 액화석유가스 충전사업 또는 가스용품 제조사업을 하려는 자는 그 사업소마다 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사의 허가를 받도록 하였고, 제2항에서는 액화석유가스 집단공급사업이나 액화석유가스 판매사업을 하려는 자는 그 사업소나 판매소마다 특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장의 허가를 받도록 하고 있다. 또한 제6항에서는 액화석유가스 충전사업자가 영업소를 두려면 그 영업소마다 역시 시장·군수·구청장의 허가를 받도록 하면서 이 경우 허가나 변경허가를 하면 허가한 날부터 7일 이내에 그 허가 사항을 그 사업소·판매소 또는 영업소의 소재지를 관할하는 소방서장에게 알리도록 하고 있다. 또한 제6조에서는 액화석유가스 저장소를 설치하려는 자는 그 저장소마다 시장·군수·구청장의 허가를 받도록 하면서 이 역시 허가나 변경허가를 하면 허가한 날부터 7일 이내에 그 허가 사항을 그 저장소의 소재지를 관할하는 소방서장에게 알리도록 하고 있다.

「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」은 제27조에서는 액화석유가스를 사용하려는 자는 지식경제부령으로 정하는 시설기준과 기술기준에 맞도록 액화석유가스의 사용시설과 가스용품을 갖추어야 하며, 액화석유가스 특정사용자는 액화석유가스사용시설의 설치공사나 변경공사를 완공하면 그 시설을 사용하기 전에 시장·군수·구청장의 완성검사를 받아야 하고, 이 후로도 정기적으로 시장·군수·구청장의 검사를 받도록 하면서 완성검사를 한 시장·군수·구청장은 지식경제부령으로 정하는 사항을 관할 소방서장에게 알리도록 하고 있다.

이와 관련 시장·군수·구청장, 경찰서장 또는 소방서장은 액화석유가스 특정사용자가 이 법이나 이 법에 따른 명령을 위반하여 위해를 발생시킬 우려가 있다고 인정하면 액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치할 수 있는 강제처분(긴급조치)권을 인정하고 있다. 따라서 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」도 소방경찰법에 해당한다.

8. 映畫 및 비디오물의 振興에 관한 法律

「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」은 “영화 및 비디오물의 질적 향상을 도모하고 영상산업의 진흥을 촉진함으로써 국민의 문화생활 향상과 민족문화의 창달에 이바지함을 목적”으로 제정된 법이다.

동법 제37조에서는 “영화상영관을 설치·경영하고자 등록을 한 자는 화재 그 밖의 재해예방계획과 화재 그 밖의 재해발생시의 당해 영화상영관 종사자의 임무와 배치계획 등이 포함된 재해대처계획을 정하고 이를 관할 시장·군수·구청장에게 신고”하도록 하였다. 이 때 시장·군수·구청장은 신고 받은 재해대처계획을 즉시 관할 소방서장에게 통보하도록 하여 「공연법」과 마찬가지로 불특정다수인이 운집하는 영화상영관에서 화재 등이 발생할 경우 많은 인명피해가 발생할 수 있기 때문에 소방서장에게 미리 화재예방이나 인명구조 등의 필요한 계획을 수립하고, 현장훈련 등을 통하여 유사시 인명구조 등을 원활히 하기 위한 것이기 때문에 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」도 소방경찰법에 해당한다. 뿐만 아니라 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」 제2조 제2호에서도 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제2조 제10호, 같은 조 제16호 가목 및 나목에 따른 영화상영관·비디오물 감상실업·비디오물 소극장업은 다중이용업으로서 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」의 적용을 받기 때문에 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」이 소방경찰법이 되는 것이다.

한편 2007년 1월 26차 개정 이전의 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제37조에서는 재해대처계획을 관할소방서장에게 신고하도록 하였으나, 시장·군수·구청장에게 신고하도록 한 것으로 이 역시 다시 환원되어야 한다.

9. 位置情報의 保護 및 利用 등에 관한 法律

「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」은 “위치정보의 유출·오용 및 남용으로부터 사생활의 비밀 등을 보호하고 위치정보의 안전한 이용환경을 조성하여 위치정보의 이용을 활성화함으로써 국민생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적”으로 제정된 법이다.

동법 제29조에서는 긴급구조를 위한 개인위치정보의 이용에 대해 규정하고 있는바, 「재난 및 안전관리 기본법」 제3조 제7호의 규정에 따른 긴급구조기관¹¹⁸⁾은 급박한 위협으로부터 생명·신체를 보호하기 위하여 개인위치정보주체, 개인위치정보주체의 배우자, 2촌 이내의 친족 또는 「민법」 제928조의 규정에 따른 후견인¹¹⁹⁾의 긴급구조요청이 있는 경우 긴급구조 상황 여부를 판단하여 위치정보사업자에게 개인위치정보의 제공을 요청할 수 있고, 이 경우 배우자 등은 긴급구조 외의 목적으로 긴급구조요청을 하여서는 아니 되도록 규정하고 있다. 이에 따라 개인의 위치정보를 제공받은 긴급구조기관은 119구조대 등을 투입하여 급박한 위협으로부터 생명·신체를 보호하기 위한 인명구조작업 등의 조치를 취하므로 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 역시 소방경찰법에 해당하고, 긴급구조요청을 허위로 한 자에 대해서는 1천만원 이하의 과태료를 소방본부장 또는 소방서장이 부과·징수하도록 규정(동 법률 제43조 제2항 제11호)하고 있다.

10. 災難 및 安全管理 基本法

가. 재난관리법의 제정 배경

1990년대에 들어 부산 구포열차 탈선, 해남 아시아나 항공기 추락, 서해 위도 훼리호

118) “긴급구조기관”이라 함은 소방방재청·소방본부 및 소방서를 말한다. 다만, 해양에서의 재난의 경우에는 해양경찰청·지방해양경찰청 및 해양경찰서를 말한다.

119) 「민법」 제928조는 미성년자에 대하여 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없는 때에는 그 후견인을 두도록 하고 있다.

침몰, 성수대교 붕괴, 충주호 유람선화재, 대구 상인동 지하철공사장 가스폭발, 서울삼풍백화점 붕괴 등 각종 대규모 인위적 재난이 빈발하여 많은 인명과 재산피해¹²⁰⁾를 가져왔다.

이러한 인위적재난의 빈발에 따라 재난발생시 국가 및 지방자치단체의 재난관리체제를 확립하고, 재난의 예방 및 수습과 긴급구조 기타 재난관리에 관하여 필요한 사항을 규정하기 위하여 1995년 7월 18일 법률 제4950호로 「재난관리법」을 제정하였다. 그 후 2004년 3월 11일 폐지될 때 까지 9년여를 존속하였는데 2004년 5월 30일 소방방재청이 개칭하기에 앞서 현재의 「재난 및 안전관리 기본법」으로 변경되면서 폐지된 것이다.

나. 재난 및 안전관리 기본법의 주요 내용

「재난 및 안전관리 기본법」은 “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 규정함을 목적”으로 제정되었다.

「재난 및 안전관리 기본법」은 다른 법률과는 달리 제2조에서 기본이념을 제시하고 있는데 “이 법은 재난을 예방하고 재난이 발생하는 경우 그 피해를 최소한으로 줄이는 것이 국가 및 지방자치단체의 기본적 의무임을 확인하고, 모든 국민과 국가·지방자치단체가 국민의 생명 및 신체의 안전과 재산보호에 관련된 행위를 하는 때에는 안전을 우선적으로 고려함으로써 국민이 재난으로부터 안전한 사회에서 생활할 수 있도록 함”을 기본이념으로 하고 있다.

또한 동법 제4조에서는 국가 등의 책무를 규정하고 있는바, “국가 및 지방자치단체는 재난으로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 책무를 지고, 재난의 예방과 피

120) 1990년대에 발생한 주요 재난사고로는 부산 구포역 열차 전복사고(93년3월28일, 사망78명·부상198명), 해남 아시아나 항공기 추락사고(93년7월26일, 사망66명·부상44명), 서해 위도 웨리호 침몰사고(93년9월10일, 사망292명·부상49명), 종로 통신구 화재(94년3월10일, 케이블70조·장애회선 321,186회선), 서울 성수대교 붕괴사고(94년10월21일, 차량6대 추락으로 사망 32명·부상17명), 충주호 유람선 화재사고(94년10월24일, 사망 29명·부상 42명), 마포 아현동 가스폭발사고(94년12월7일, 건물145동·차량93대·동산 431건 파손 및 사망12명·부상101명), 대구지하철 가스폭발사고(95년4월28일, 사망102명·부상176명), 삼풍백화점 붕괴사고(95년6월29일, 사망502명·부상938명), 씨프린스호 기름유출사고(95년7월23일, 사망1명·해양오염), 부천LP가스충진소 폭발(98년9월11일, 사망1명·부상83명·건물12동·차량122대 소실), 씨랜드 청소련수련원 화재사고(99년6월30일, 사망23명·부상5명), 인천호프집 화재사고(99년10월30일, 사망56명·부상81명)등이 그 예이다(채경석, “위기관리 행정과 소방교육·훈련체계”, 「한국소방정책학회보」, 제1권1호, 2002, 1면).

해경감을 위하여 노력하여야 하며, 발생한 재난을 신속히 대응·복구하기 위한 계획을 수립·시행”하도록 하고 있다. 또한 제5조에서는 국민의 책무까지 규정하고 있는바, “국민은 국가 및 지방자치단체의 재난 및 안전관리업무 수행에 최대한 협조하여야 하고, 자기가 소유하거나 사용하는 건물·시설 등으로부터 재난이 발생하지 아니하도록 노력하여야 한다”라고 규정하여 국가와 국민 모두에게 책임을 부여하고 있는 것이 특징이다.

「재난 및 안전관리 기본법」은 제1장 총칙, 제2장 안전관리기구 및 기능, 제3장 안전관리계획, 제4장 재난의 예방, 제5장 응급대책, 제6장 긴급구조, 제7장 특별재난지역의 선포 및 복구, 제8장 재정 및 보상 등, 제9장 보칙, 제10장 벌칙 및 부칙으로 구성되어 있으며 다음과 이유로 소방경찰법이 되는 것이다.

다. 재난 및 안전관리 기본법의 소방경찰법적인 내용

(1) 응급조치

「재난 및 안전관리 기본법」은 제37조에서 “시·도 긴급구조통제단 및 시·군·구 긴급구조통제단의 단장(지역통제단장¹²¹)과 시장·군수·구청장은 재난이 발생할 우려가 있거나 재난이 발생한 때에는 즉시 관계법령이나 시·도 또는 시·군·구의 안전관리계획이 정하는 바에 의하여 수방·진화·구조 및 구난 그 밖에 재난의 발생을 예방하거나 피해를 경감하기 위하여 필요한 응급조치”를 실시하도록 하고 있다.

(2) 대피명령

「재난 및 안전관리 기본법」은 제40조에서 “시장·군수·구청장과 지역통제단장(긴급구조에 관한 권한 행사시에 한한다)은 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”라고 규정하여 지역통제단장인 소방본부장 또는 소방서장

121) 「재난 및 안전관리 기본법」 제50조에서 지역별 긴급구조에 관한 사항의 총괄·조정, 당해 지역에 소재하는 긴급구조기관 및 긴급구조지원기관간의 역할분담과 재난현장에서의 지휘·통제를 위하여 시·도의 소방본부에 시·도 긴급구조통제단을 두고, 시·군·구의 소방서에 시·군·구 긴급구조통제단을 두도록 하고 있으며, 시·도 긴급구조통제단 및 시·군·구 긴급구조통제단(지역통제단)에는 각각 단장 1인을 두되, 단장은 시·도 긴급구조통제단의 경우에는 소방본부장이 되고 시·군·구 긴급구조통제단의 경우에는 소방서장이 되도록 하고 있다.

에게 생명 또는 신체의 위해를 방지하기 위한 “명령”권한을 부여하고 있다.

(3) 위험구역의 설정

「재난 및 안전관리 기본법」은 제41조에서 역시 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 사람의 생명 또는 신체에 대한 위해의 방지 또는 질서의 유지를 위하여 필요한 때에는 위험구역을 설정하고, 응급조치에 종사하는 자 외의 자에 대하여 위험구역에의 출입 그 밖의 행위의 금지 또는 제한과 위험구역에서의 퇴거 또는 대피”할 수 있는 “강제”권한을 부여하고 있다.

(4) 강제대피조치

「재난 및 안전관리 기본법」 제42조에서는 “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 강제대피 시키거나 강제퇴거”시킬 수 있는 “강제”의 권한을 부여하고 있다.

(5) 통행제한

「재난 및 안전관리 기본법」 제43조에서는 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 응급조치의 실시상 필요한 물자를 긴급히 수송하거나 진화·구조 등을 위하여 필요한 때에는 국가경찰관서의 장에게 도로의 구간을 지정하여 당해 긴급수송 등을 행하는 차량외의 차량의 통행을 금지하거나 제한”하도록 요청할 수 있고, 요청을 받은 국가경찰관서의 장은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하도록 하는 “강제”권한을 부여하고 있다.

(6) 응급부담

「재난 및 안전관리 기본법」은 제45조에서 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 그 관할 구역 안에서 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때에는 당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하거나 「재난 및 안전관리 기본법 시행령」이 정하는 바에 의하여 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 할 수 있으며, 장애물을 변경 또는 제거”할 수 있도록 하여 강제처분권을 인정하고 있다.

11. 住宅法

「주택법」은 “쾌적한 주거생활에 필요한 주택의 건설·공급·관리와 이를 위한 자금

의 조달·운용 등에 관한 사항을 정함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지함을 목적”으로 제정된 법이다.

동법은 제49조 제1항에서 “관리주체는 당해 공동주택의 시설물로 인한 안전사고를 예방하기 위하여 「주택법 시행령」이 정하는 바에 의하여 안전관리계획을 수립하고 이에 따라 시설물별로 안전관리자 및 안전관리책임자를 선정하여 이를 시행하여야 한다”라고 하고 있고, 제2항에서는 “공동주택단지 안의 각종 안전사고 예방과 방법을 하기 위하여 경비업무에 종사하는 자와 수립된 안전관리계획에 의하여 시설물 안전관리 책임자로 선정된 자는 「주택법 시행규칙」이 정하는 바에 의하여 시장·군수·구청장이 실시하는 방법교육 및 안전교육”을 받도록 하고 있다.

시장·군수·구청장은 방법교육 및 안전교육을 「주택법 시행규칙」이 정하는 바에 의하여 기관 또는 법인에게 위임 또는 위탁하여 실시할 수 있도록 하고 있는바, 「주택법 시행규칙」 제28조에서 소방에 관한 안전교육은 관할 소방서장에게 위탁하여 연2회 이내, 매회별 4시간 이내로 시설물 안전관리책임자에게 소화·연소 및 화재예방에 대해 실시하도록 하고 있어 공동주택 등의 소방안전관리 사항을 규정하고 있는 「주택법」도 소방경찰법에 해당한다.

12. 土壤環境保全法

「토양환경보전법」은 “토양오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고, 토양생태계의 보전을 위하여 오염된 토양을 정화하는 등 토양을 적정하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있게 함을 목적”으로 제정된 법이다.

동법 제13조에서는 토양오염검사를 규정하고 있는바, 동조 제4항에서 “토양관련전문기관은 토양오염검사를 실시한 경우에는 특정토양오염 관리대상 시설의 설치자, 관할 시장·군수·구청장 및 관할 소방서장에게 검사 결과를 통보(소방서장에 대한 통보는 「위험물안전관리법」에 의하여 허가를 받은 시설 중 누출검사 결과 오염물질의 누출이 확인된 시설의 경우에 한한다)하도록” 하고 있는바, 「위험물안전관리법」에서 관리하는 인화성 또는 발화성 위험물의 누설이나 누출의 경우 저장탱크의 교체 등 시설물에 대해 개수명령을 함으로서 화재발생에 대비하도록 하고 있으므로 「토양환경보전법」도 소방경찰법에 해당한다.

第3章 消防警察法上 强制處分

第1節 强制處分과 法治主義

I. 消防警察法上 强制處分の 法的 性質

소방경찰법상 강제처분이 어떠한 법적 성질을 가지는 지에 대해 결론적으로 말하면 소방경찰법상 강제처분은 행정상 즉시강제의 성질을 가진다 하겠다. 그 이유는 행정상 즉시강제(sofarziger Vollzug)는 “눈앞의 급박한 행정상 장애를 제거할 필요가 있으나 미리 의무를 부과할 시간적 여유가 없을 때 또는 그 성질상 의무를 부과해서는 목적달성이 곤란할 경우에, 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용”¹²²⁾, 소방행정상 강제처분은 “눈앞의 급박한 화재·구조·구급활동의 장애를 제거하여야 할 필요가 있는 경우에 미리 구체적으로 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 또는 그 성질상 구체적으로 의무를 명하고 그 이행을 기다려서는 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급활동을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호한다는 소방의 목적을 달성하기 곤란한 경우에 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 소방행정상 필요한 상태를 실현하는 작용”¹²³⁾이기 때문이다.

말하자면 “화재나 각종 재난현장의 위급한 상황에서 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하는데 있어 긴급한 경우에는 미리 관계인에게 의무 등을 부과함이 없이 건축물·물건·토지 및 사람 등에 대해 일시사용·사용제한, 파괴, 제거, 이동, 변경, 강제대피·퇴거, 소방경찰업무종사 등을 행하게 하는 소방경찰법상 강제처분은 행정상 즉시강제의 성질을 가진다는 것이다.

II. 强制處分權의 發動과 法律留保

“법치주의”란 국가가 국민의 자유와 권리를 제한하거나 국민에게 새로운 의무를 부

122) 김향기, 329면; 장태주, 491면.

123) 최권중, “소방행정상 화재·구급·구조활동과 즉시강제의 법적 검토”, 『토지공법연구』, 2003. 9, 460면.

과하려 할 때에는 국민의 의사를 대표하는 국회가 제정한 법률에 의하거나 근거가 있어야 한다는 원리를 말한다.¹²⁴⁾

따라서 화재나 각종 재난현장의 위급한 상황에서 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하는데 있어 긴급한 필요가 있다고 하여도 미리 관계인에게 의무 등을 부과함이 없이 건축물·물건·토지 및 사람 등에 대해 일시사용·사용제한, 파괴, 제거, 이동, 강제대피·퇴거, 소방경찰업무종사명령 등 강제처분을 행할 경우는 법적근거가 있어야 함은 당연하다.

이에 따라 「소방기본법」 제22조(소방대의 긴급통행)·제24조(소방활동 종사명령)·제25조(강제처분 등)·제27조(위험시설 등에 대한 긴급조치) 등을 비롯하여 「재난 및 안전관리기본법」 제42조(강제대피조치)·제45조(응급부담)와 「수난구호법」 제7조(수난구호를 위한 응급조치), 「고압가스 안전관리법」 제20조(사용신고 등), 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제27조(액화석유가스 사용시설의 설치와 검사 등) 등에서 강제처분의 근거를 규정하고 있는 것이다.

Ⅲ. 法的根據 외에 處分上의 原則

그런데 이와 같은 강제처분은 국민의 기본권과 법치국가적 안전에 있어 중대한 침해를 가져올 수 있으므로 법적근거가 있다는 것만으로 언제나 자유로운 것은 아니고, 처분상의 원칙이 엄격하게 검토되어야 한다는 것이며¹²⁵⁾, 이하에서 그 원칙을 살펴보기로 하겠다.

1. 實體法的 原則

가. 법률유보의 원칙

앞에서도 살펴본 바와 같이 법률유보의 원칙은 행정권의 발동에는 반드시 법률의 근거가 있어야 한다는 것이며 「소방기본법」 등에서 다양한 용어로 규정되어 있음은 이미 살펴본 바와 같다.

124) 김춘환(Ⅰ), 32면.

125) 최권중, 전계 논문, 465면.

나. 조리상의 원칙

강제처분은 법치주의의 요청인 예측가능성과 법적안정성을 부정하는 침해행정의 전형이기 때문에 엄격한 실정법상의 근거가 필요함은 물론 법규의 범위 안에서도 다시 일정한 “조리상의 원칙” 안에서 행하여져야 한다.¹²⁶⁾

「소방법기본법」 등 법률의 근거에 의해서 행해지는 강제처분이라 할지라도 그 정도와 요건 또는 강제처분을 하는 정도에 따라 일정한 원칙이 있는데, 여기서 말하는 원칙이라 함은 법이란 일응 명확해야 하며 무엇이 법인지를 국민이 알 수 있도록 함이 법치주의의 원리임을 볼 때 강제처분의 요건인 필요성 및 긴급성 등의 불확정개념에 대한 판단의 재량에 대한 원칙이라 할 수 있다.¹²⁷⁾ 따라서 화재, 수난, 그 밖의 재난현장 등에서 행해지는 강제처분은 급박성, 비례원칙, 소극성, 보충성 등의 원칙에 따라야 한다는 것이다.¹²⁸⁾

(1) 급박성의 원칙

따라서 화재, 수난, 그 밖의 재난현장에서 신속한 화재진압이나 인명구조를 위해 필요한 경우 강제처분외의 다른 방법으로는 목적달성이 어렵다는 긴급하고 급박한 경우 [현존하고 명백한 위험(clear and present danger)의 법리]에 한하여 강제처분권이 행사되어야 한다.

여기서 “필요성”이라는 불확정개념¹²⁹⁾은 소방본부장·소방서장 또는 소방대장의 전문가적인 입장에서 개연성이 있는 요건의 정도로 성립할 수 있지만 “긴급성”이라는 불확정개념은 현장상황 등을 판단하여 지금 필요한 처분을 하지 않으면 바로 화재진화의 실패·연소확대·인명의 피해가 발생하는 급박한 상황(긴급하다고 인정되는 때)임을 나타내는 것이다.¹³⁰⁾

126) 김춘환, “소방기본법에 있어서 행정상 강제처분”, 『광주소방학교 논문집』, 제10호, 2005, 109면.

127) 상계 논문, 110면.

128) 김춘환(I), 551면; 김향기, 331면.

129) 불확정개념은 엄격히 보면 불확정 되어 있지만 법적 개념이므로 처분요건이 불확정개념으로 규정되어 있는 경우에도, 법률상으로는 행정청에 여러 행위 중에서의 선택 가능성이 인정되지 아니하고 다만 하나의 결정만이 적법한 것으로 인정된다. 그러나 불확정개념을 구체적 사실관계에 적용함에 있어서는 가치판단이나 장래 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(김춘환(I), 294면).

130) 상계 논문, 111면.

(2) 비례성의 원칙

위해방지수단은 행정목적달성에 적합하고 유용한 수단을 선택하여야 하며(적합성의 원칙), 또한 여러 적합한 수단 중에서도 최소한의 침해를 가져오는 수단을 선택하여야 하고(최소 침해의 원칙), 침해의 정도는 공익상의 필요의 정도와 상당한 비례가 유지되어야 하며(상당성의 원칙) 행정위반상태가 멈추면 곧 중지하여야 한다.¹³¹⁾

이들 3원칙은 넓은 의미의 비례원칙의 단계구조를 이룬다. 즉, 많은 적합한 수단 중에서도 필요한 수단만이, 또한 필요한 수단 중에서 상당성이 있는 수단만이 선택되어야 한다는 것을 의미한다.¹³²⁾ 예를 들어 연소우려가 있는 소방대상물에 대한 강제처분은 화재가 발생한 소방대상물의 강제처분보다는 한층 강화되고 개연성이 높은 경우에 해야 한다는 것이다.¹³³⁾

(3) 소극성의 원칙

소화활동, 긴급구조, 위해발생 방지를 위한 소방관서장 등의 강제처분은 소극적으로 사회공공의 질서를 유지하기 위하여 필요한 범위 내에 그쳐야 하며, 적극적인 행정목적 을 위하여 발동되어서는 아니 된다.

(4) 보충성의 원칙

아울러 다른 위해방지조치를 행할 시간적 여유가 없거나 다른 조치로는 화재진압이나 적절한 인명구조 등 소방행정목적 을 달성할 수 없는 경우에 행사되어야 한다.

2. 節次法的 原則

강제처분은 때로는 사람의 신체에 강제력을 행사하기도 하고 주거에 대한 침해를 가져오기도 한다. 그런데 「헌법」 제12조는 신체의 구속에 대하여, 제16조는 주거의 수색이나 물건의 압수에 대하여 각각 법관의 영장을 요하게 하였다. 「헌법」 제12조 제1항의 적법절차원리는 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법·행정 등 국가의 모든 공권력작용에 적용되는 헌법상의 기본원리이다.¹³⁴⁾ 이와 관련 헌법상 영장주의가 소방행정상 강제처분에도 적용되는가에 대하여는 뒤의 법리검토 부분에서 자세하게 살펴보도록 하겠다.

131) 김춘환, 전계 논문, 112면.

132) 박윤훈(상), 79면.

133) 상계 논문, 112면.

134) 현재 1992. 12. 24, 92허가8.

IV. 法的根據가 없는 強制處分

강제처분권의 발동은 반드시 법적근거가 있어야 하고 또한 법적근거가 있더라도 조리상의 원칙과 절차의 원칙이 지켜져야 하는 것은 당연한 것임을 앞에서 살펴보았다. 하지만 구체적인 강제처분의 근거가 없다고 해서 소방활동 현장에서 강제처분이 전혀 불가능한 것이냐의 문제인 것이다. 예를 들어 교통사고나 폭발사고 등으로 사람이 차 안에 갇혀있거나, 시건장치 된 건축물 안에 있는 경우 즉, 화재현장 이외의 각종 재난 현장에서 인명구조 작업 시 강제처분이 행사되어야 하고 또 관행적으로 행사되고 있음에도 불구하고 현행 「소방기본법」 제25조의 강제처분권은 화재현장으로 한정하고 있기 때문이다.

「소방기본법」 제16조에서는 “소방활동”이라는 제목으로 “화재, 재난·재해 그밖의 위급한 상황이 발생한 때에는 소방대를 현장에 신속하게 출동시켜 화재진압과 인명구조 등 소방에 필요한 활동을 하게 하여야 한다”라고 하였으나, 「소방기본법」 제25조의 강제처분권은 “사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있도록 하여” 강제처분권의 행사는 화재현장으로 국한하고 있기 때문이다. 따라서 현재와 같이 각종 인명구조 상황에서 관행적으로 이루어지는 강제처분은 위법한 처분이 된다. 하지만 교통사고, 폭발사고, 기계사고 등 각종 사고현장에서 즉시 구조나 적절한 응급처치를 하지 않는다면 사망하거나 부상의 정도가 심해질 수 있는 상황에서 조차 강제처분권이 없다는 이유로 이들에 대한 구조를 소홀히 한다면 국민의 생명·신체를 보호해야 하는 국가의 책무를 다하지 않는 결과가 되고 앞에서 살펴본바와 같이 우리 「헌법」 전문을 비롯하여 기본권 보호의무로서 소방경찰법의 근거가 되는 조문에서 천명하고 있는 정신에 위배됨도 분명하다.

따라서 법률에서의 입법적 근거가 없다고 하여도 즉각 구조조치를 하지 않으면 사망하거나 부상이 심해질 것으로 예상되는 경우 과괴 등의 강제처분권 행사로 입게 되는 손실과 신속히 인명을 구조함으로써 요구구조자가 받게 되는 이익을 비교교량 하였을 때 후자 쪽에 유리한 경우라면 강제처분권을 행사할 수 있다고 본다.¹³⁵⁾ 사람의 생명·신

135) 이러한 상황을 해결하기 위해서는 “개괄적 수권조항”을 입법하는 것도 하나의 방법이 되겠는바, 이에 대해서는 제5장에서 다시 살펴보도록 하겠다.

체에 대한 이익은 어떠한 재산적 이익과도 바꿀 수도 비교할 수도 없기 때문이다.

V. 强制處分과 行政救濟

1. 適法한 强制處分에 대한 救濟

소방경찰법상 강제처분 자체는 적법하게 이루어졌으나, 장해 발생자 또는 제3자에게 수인의 한도를 넘는 특별한 희생이 발생한 경우도 있다. 그러한 경우에는 공익과 사익을 도모한다는 입장에서 국가는 그 특별한 희생에 대한 보상을 하여야 한다. 따라서 이와 같은 강제처분의 상대방은 법률이 정하는 바에 따라 보상을 청구할 수 있다(「소방기본법」 제25조 제4항¹³⁶⁾ 등). 그러나 「소방기본법」 제22조와 「수난구호법」 제7조의 경우처럼 보상규정이 없는 경우에 대한 구제 방법으로는 수용유사침해 또는 수용적 침해에 대한 보상의 법리 등이 논해지고 있다.¹³⁷⁾ 소방행정상 손실보상 등과 관련된 사항은 제4장에서 자세하게 논하도록 하겠다.

2. 違法한 强制處分에 대한 救濟

가. 행정쟁송

위법한 강제처분으로 인해 권리·이익을 침해당한 경우에는 행정심판이나 행정소송을 통해 그의 취소 또는 변경을 구할 수 있다. 행정상 강제처분은 수인의무를 내포하는 행정행위로서의 성질도 갖기 때문이다. 그러나 강제처분이 완성되어 버리면 취소나 변경을 구할 협의의 소의 이익이 없기 때문에 실제상 행정쟁송은 행정상 강제처분이 장기간에 걸쳐 계속되는 경우(강제수용, 물건의 영치 등)에만 의미를 지닌다고 한다.¹³⁸⁾ 또한 강제처분이 이미 종료된 때에도 그 취소로 회복되는 법률상 이익이 있는 경우에는 행정소송을 제기할 수 있다(「행정심판법」 제9조 제1항, 「행정소송법」 제12조).

136) ④시·도지사는 제2항 또는 제3항의 규정에 따른 처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다. 다만, 제3항의 규정에 해당하는 경우로서 법령을 위반하여 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 된 경우에는 그러하지 아니하다.

137) 장태주, 496면.

138) 김남진(I), 458면; 장태주, 512면; 홍정선(상), 578면.

나. 손해배상의 청구

위법한 강제처분으로 인하여 손해를 입은 자는 국가나 공공단체를 상대로 「국가배상법」이 정하는 바에 따라 손해배상을 청구할 수 있다. 강제처분이 이미 종료하여 행정쟁송이 불가능한 통상적인 경우에는 행정상 손해배상은 가장 효과적인 구제수단이 되는 것이다.

다. 정당방위(자력구제)

위법한 강제처분에 대한 구제수단으로 형법상의 정당방위(자력구제)를 생각할 수도 있다. 위법한 즉시강제에 대한 항거는 공무집행방해죄를 구성하지 않는다고 보아야 할 것이다.¹³⁹⁾

라. 기타의 수단

공무원의 형사책임·징계책임, 직권에 의한 취소·정지, 청원, 고소, 고발, 진정 등을 위법한 강제처분에 대한 구제수단으로 설명하는 예도 있으며¹⁴⁰⁾, 공법상 결과제거청구권을 구제수단으로 설명하는 경우도 있다.¹⁴¹⁾

第2節 强制處分の 類型과 法理檢討

본 절에서는 소방경찰법상 강제처분의 유형을 ①소방활동 중 강제처분 ②긴급구조활동 중 강제처분 ③위해발생 방지를 위한 강제처분으로 나누어서 주요 내용을 살펴보고 그에 대한 법리를 검토하도록 하겠다. 다만, 법령별 조문의 제목이 “강제처분”이라는 용어 이외에도 긴급통행, 긴급조치, 강제대피, 응급부담, 응급조치 등의 용어를 사용하고 있기 때문에 내용으로 보아 “화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 국민의 생명·신체나 재산보호를 위해 사람이나 물건 그리고 토지 등에 사전 의무부과 등이 없이 강제적으로 행사될 수 있는 내용(권한)”을 강제처분으로 하

139) 대판 1992. 2. 11, 91도2797(면허증 제시를 요구하는 교통단속 경찰관을 폭행한 사안에 대하여 경찰관의 직무집행행위의 적법성 여부에 대한 심리가 미진하다는 이유로 이를 유죄로 인정한 원심판결을 파기하여 공무집행방해죄를 인정하지 아니한 사례이다).

140) 홍정선(상), 578면.

141) 장태주, 497면.

였다. 유형별 강제처분의 법리검토에 앞서 용어의 혼용사용으로 혼란을 일으키고 있는 “소방활동”과 “소화활동”에 대한 법리검토를 먼저 한 후 유형별 강제처분에 대한 법리검토를 한 다음 아울러 강제처분의 절차개시와 과잉강제처분에 대한 법리도 함께 검토하도록 하겠다.

I. 消防活動과 消火活動

사실 「소방기본법」이 제정되기 전까지는 “소방활동”과 “소화활동”을 특별히 구분하지 않고 화재진압활동을 포괄하는 개념으로 사용하였거나 이에 대해 특별히 한계를 짓거나 구분하려고 하지도 않았다. 두 단어를 구별할 실익이 없었기 때문이다. 하지만 「소방기본법」이 제정되면서 동법 제16조에서 “소방활동”에 대해 규정을 함으로써 이제는 구별실익이 있게 된 것이고, 문제는 「소방기본법」 각 조문별 내용에서 이를 혼용하여 사용하고 있기 때문에 법리검토가 필요한 것이다.

먼저 1958년 「소방법」 제정 당시에는 제2장을 “화재의 방어”로 하였고 제6절을 “소화의 활동”이라는 용어로 화재진압과 그에 따른 인명구조업무를 표시하였다. 이러한 “소화활동”이라는 용어는 1967년 4월 14일 소방법이 전면 개정되면서 종전의 “절”에서 “장”으로 확대된 후 2004년 5월 29일 소방법이 폐지될 당시 제8장에서 “소화활동 등”이라 하였고, 동8장은 화재의 진압과 화재로 인한 인명구조에 관련된 “장”임을 분명히 하였다.

하지만 2004년 5월 30일부터 시행되고 있는 「소방기본법」에서는 제4장을 “소방활동”이라고 하면서 동법 제16조에서 소방활동을 “소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 때에는 소방대를 현장에 신속하게 출동시켜 화재진압과 인명구조 등 소방에 필요한 활동을 하게 하는 것”으로 규정하여 화재는 물론 인명구조·구급활동까지를 모두 포함하는 개념으로 정의 하였다.

말하자면 “소방활동”은 화재의 진압과 화재로 인한 인명구조와 구급활동은 물론 각종 재난현장에서의 인명구조와 구급활동 뿐만 아니라, 그밖에도 소방대가 출동하여 행하는 업무 모두를 포함하는 개념으로 된 것이다.

따라서 “소화활동”은 말 그대로 화재현장에서의 화재의 진압과 화재로 인한 인명구조와 구급활동만을 뜻하는 개념으로 정의해야 하는 것이다.

본문에서 “소방활동”과 “소화활동”에 대한 법리를 검토한 이유는 이렇게 분명히 다

른 뜻으로 구분됨에도 불구하고 현행 「소방기본법」 제4장에서는 이를 혼용하여 사용하고 있기 때문이라는 것은 앞서도 잠시 언급하였고 혼용사용으로 인한 법적인 문제점은 제5장에서 자세히 살펴보도록 하겠다.

II. 消防活動中 強制處分

소방활동 중 강제처분은 「소방기본법」 제4장(소방활동)에서 규정하고 있는 것으로서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때에 행사하도록 하는 것”으로서 강제처분의 유형에서 살펴본 내용을 중심으로 법리를 검토해 보고자 한다.

1. 消防隊의 緊急通行

가. 긴급통행권의 개요

소방대의 긴급통행권은 “소방대가 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에 신속하게 도착하기 위하여 긴급한 때에는 일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로·빈터 또는 물위로 통행할 수 있는 권한”을 말한다.

이러한 권한은 1991년 12월 14일 「소방법」이 전면 개정(법률 제4419호)되기 전까지는 동법 제51조에서 “비교통용 도로 등의 사용”이라는 제목으로 “소방대는 화재의 현장에 출동하기 위하여 긴급을 요할 때에는 일반교통의 용에 공하지 아니하는 도로나 공공의 용에 공하지 아니하는 공지 또는 수면을 통행할 수 있다”라고 규정하고 있었으나, 「소방법」을 한글화 하고 국가와 지방자치단체의 사무로 이원화되어 있는 소방사무를 광역지방자치단체의 사무로 일원화 하는 등 소방사무체계를 정비¹⁴²⁾하면서 현재와 같은 내용으로 변경된 것이다.

화재진압과 재난·재해 그밖에 위급한 상황에서 인명구조 등을 위해서는 촌극 다투어 신속히 도착하여야 하기 때문에 본권한은 이러한 공익상의 긴급성으로부터 인정된 권한이며, 소화활동 중 강제처분권(일시사용·사용제한·파괴 등, 「소방기본법」 제25

142) 법제처홈페이지(<http://www.moleg.go.kr/>) 종합법령정보(연혁법령) 1991년 12월 14일자 「소방법」 개정이유 참조.

조)이나 위험시설에 대한 긴급조치권(긴급수리사용·위험물질 공급차단 등, 「소방기본법」 제27조 제1항 및 제2항)과 함께 소방활동에 관계된 강제처분권(즉시강제권)을 구성한다고 한다.¹⁴³⁾ 하지만 현행 우리 「소방기본법」에는 제23조의 소방활동구역의 설정 및 출입제한, 제24조의 소방활동 종사명령, 제26조의 피난명령 등도 권력적 사실행위로서 즉시강제의 성질을 가지는 강제처분권이 있다고 한다.¹⁴⁴⁾ 이 경우 제24조의 소방활동 종사명령은 인적응급부담으로서 즉시강제의 성격이 있다고 보아야 할 것이나 다만 소방활동 종사명령에 불응했을 경우에는 이에 대해 강제를 할 수 있는 방법이 없고, 특히 이에 대한 처벌규정이 「소방기본법」에는 없으며 「경범죄처벌법」에 의한 공무원의 원조불응으로만 처벌¹⁴⁵⁾할 수 있는 등 문제점이 있는 것도 사실이다. 처벌규정이 없는 경우는 거부 등에 대해 이를 배제해서라도 강행권을 가지는 지에 대해서는 뒤에서 살펴해보도록 하겠다.

이러한 긴급통행권은 구조·구급업무를 수행하는 구조대와 구급대에도 적용된다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 「소방기본법」 제6장(구조 및 구급)의 제34조(구조대의 편성과 운영) 및 제35조(구급대의 편성과 운영)에서는 직접 언급하지 않고 있지만 「소방기본법」 제2조 제5호에서 소방대는 구조·구급활동을 하는 소방공무원까지 포함하도록 하고 있기 때문이다. 그러나 일본 「소방법」 제35조8(준용규정)¹⁴⁶⁾에서는 이를 직접 언급하고 있다.

나. 긴급통행권의 법적 성질

긴급통행권은 화재 등 재난현장에 신속도착이라는 공익상의 필요성이 있기 때문에 관계인의 승낙을 얻을 필요 없이, 일방적으로 일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로·빈터 또는 물위를 통행함에 따라 관계자의 재산에 실력을 가해 화재의 조기진압과 신속한 인명구조라는 소방 목적을 수행하는 활동으로 즉시강제의 성격을 가지며, 본권한은 사정의 성질상 벌칙에 의한 간접적(심리적)강제에 의하지 않고 관계자의 거부

143) 關東一, 594면.

144) 최권중, 전계 논문, 462면.

145) 「경범죄처벌법」 제1조 제36호(공무원 원조불응)는 눈·비·바람·해일·지진 등으로 인한 재해 또는 화재·교통사고·범죄 그 밖의 급작스러운 사고가 발생한 때에 그곳에 있으면서도 정당한 이유 없이 관계공무원 또는 이를 돕는 사람의 현장출입에 관한 지시에 따르지 아니하거나 공무원이 도움을 청하여도 이에 응하지 아니한 사람은 10만원이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌 하도록 하고 있다.

146) 일본 「소방법」 제35조의8(준용규정) ①제27조의 규정은 구급대에 대하여 준용한다. 이 경우에 “화재의 현장에 도착하는”은 “구급업무를 실시하는”으로 의미를 달리 한다.

등이 있는 경우에도 이것을 배제해서 강행하여 얻을 권한을 갖는 다고 한다.¹⁴⁷⁾ 우리 「소방기본법」에서도 긴급통행의 거부나 방해 등에 대한 처벌규정이 없기 때문에 거부 등에 대해서는 이를 배제해서 강행권을 가진다 하겠다.

다. 권한행사의 요건

긴급통행권을 행사할 수 있는 요건은 “화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에 신속하게 출동하기 위하여 긴급한 때”인데 여기서 긴급한 때란 “일반교통용으로 하는 도로상에 장애물 등이 있어 통행불능과 같은 경우 또는 화재현장 상황으로 봐서 사소한 도착시간의 차이에 따라 인명피해의 증가 등 중대한 피해의 결과가 예측되는 경우가 이에 해당할 것이므로 긴급통행권은 이러한 때에 행사되어야 한다고 본다.¹⁴⁸⁾

라. 긴급통행권의 범위

긴급통행권의 범위는 소방대가 “일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로·빈터 또는 물위를 관계인의 승낙을 득할 필요 없이 일방적으로 통행할 수 있는 것”이며, 관계인은 소방대의 통행에 대해서 수인의무를 지는 것이다. 이는 우리 「소방기본법」에 긴급통행의 거부나 방해 등에 대한 처벌규정이 없기 때문에 거부 등에 대해서는 이를 배제해서 강행권을 가진다는 것은 이미 살펴본바와 같다.

“일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로”에는 예를 들어 개인전용 통로(私道) 또는 마차의 통행이 금지되어 있는 통로 등 일반교통용으로 하지 않는 모든 통로가 포함되며, “일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 빈터”란 공지 상태로 된 사유지 등 통행을 해도 그다지 지장을 받지 않는다고 인정되는 토지 등 이지만, 공원이나 강가의 공지 등은 이것에 포함되지 않는다고 한다. 또한 “일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 물위”란 사유(私有)의 연못, 샘, 늪 등 외에 공공용으로 하는 것을 해제하거나 정지한 공유수면을 가리킨다는 것이다.¹⁴⁹⁾ 아무튼 이러한 도로·빈터·물위의 기준이 되는 것은 일반인이 통행할 수 없는 장소이든가 또는 통행을 위해서는 관계인의 승낙을 필요로 하는 장소를 말한다 하겠다.

147) 関東一, 594면; 日本消防大學校, 「消防作用法」(南関東支社, 平成 12年), 183면.

148) 関東一, 595면.

149) 상계서, 595면.

2. 消防活動 從事命令

가. 종사명령의 개요

「소방기본법」 제24조(소방활동 종사명령)에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있도록 하고” 있다. 이 경우 소방본부장 등은 소방활동에 필요한 보호장구를 지급하는 등 안전을 위한 조치를 하여야 한다.

이러한 권한은 종전의 「소방법」 체계 하에서는 제77조(소화종사 명령)에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 소방상 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 사람 또는 화재현장에 있는 사람으로 하여금 사람을 구출하거나 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있다”라고 한 규정을 「소방기본법」 제정 시 이를 원용하면서 제목을 “소방활동 종사명령”으로 바꾸고 내용 일부 즉, “소방상 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 사람 또는 화재현장에 있는 사람으로 하여금”을 “화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금”으로 바꾸어 화재 등 모든 재난현장에서 소방활동 종사명령을 할 수 있는 것처럼 해놓았다. 하지만 임무에 있어서는 “사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일”로 종전 「소방법」과 동일하게 되어 있다.

나. 종사명령의 주체와 객체

소방활동 종사명령의 주체는 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장”이고, 객체는 “소방활동 상황이 발생한 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자”이다. 따라서 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자는 누구든지 소방활동에 종사하도록 할 수 있겠다. 하지만 고도로 훈련되고 장비를 갖춘 소방대원도 하기 힘든 활동을 누구에게나 시키는 것은 적절하지 않다고 본다. 「수난구조법」 제7조에서는 “노약자, 정신박약자, 기타 신체장애자 등(14세미만인 자, 노약자·정신박약자, 부상·질병 또는 신체장애 등으로 신체활동에 장애가 있는 자, 기타 한정치산자·금치산자 등 수

난구호업무에 종사하게 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되는 자)은 제외하도록 하고 있다. 이러한 문제에 대해서는 개선방안에서 다시 살펴보도록 하겠다.

다. 종사명령의 법적 성질

소방활동 종사명령의 법적 성질에 대해 이를 행정상 즉시강제 중 대인적 즉시강제(원조강제)로 설명하는 경우가 있음은 이미 살펴본바와 같다.¹⁵⁰⁾ 이에 대해 대인적 긴급조치인 화재현장 부근에 있는 자에 대한 소방작업 종사명령은 화재의 발생시에 긴급한 필요가 있는 경우 소화 등의 공익목적을 위해 특정한 자에 대해 일정한 노역을 할 것을 요구하는 일종의 처분이고 이에 의해 수명자가 받는 부담의 성질은 인적응급공용 부담이라는 것이다.¹⁵¹⁾

노역부담은 천재지변 등의 긴급한 경우에 법률에 근거하여 사인에게 노력의 제공을 명하는 인적부담을 말하는데, 노역은 비대체적인 작위의무이므로 의무의 불이행시에 대집행의 방법이 적용될 수 없다고 한다.¹⁵²⁾

소방활동 종사명령이 “소방활동을 위하여 필요한 때에 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 하는 것”이므로 행정상 대인적 즉시강제의 성격이 있는 것으로 이해될 수도 있겠지만, 종사명령 거부에 대해서 「소방기본법」상 벌칙에 의한 제재 규정도 없고 그렇다고 신체를 직접강제 할 수 있는 방법도 없기 때문에 “소방활동 종사명령”이 행정상 즉시강제에 해당하는지는 조금 더 연구가 필요하다 하겠다.

라. 종사명령의 요건

소방활동 종사명령의 요건은 “화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때”로 화재와 각종 재난·재해는 물론 그밖의 위급한 상황이 있으면 어느 때나 가능하도록 되어있다. 하지만 소방대원 이외의 자를 소방활동에 강제적으로 종사하도록 하기 위해서는 필요조건이 생긴 경우 가능하다고 할 것이다. 말하자면 “긴급한 필요”가 있어야 한다는 것이다. 일본 「소방법」 제29조 제5항에서는 “소방대원 또는 소방단원은 긴급의 필요가 있는 때는, 화재의 현장 부근에 있는 자

150) 김향기, 332면; 박윤훈(상), 626면; 석종현(상), 488면; 최권중, 전계 논문, 462면; 최권중, “소방행정상 즉시강제에 관한 연구”, 「공법연구」, 제30집 제5호, 2001, 395면.

151) 関東一, 601면.

152) 홍정선(하), 553면.

를 소화 혹은 연소방지 또는 인명구조 기타의 소방작업에 종사하게 할 수 있다”라고 하여 “긴급한 필요”를 종사명령의 요건으로 하고 있다.

따라서 “소방활동 종사명령”을 발하기 위해서는 “사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일”을 함에 있어 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자를 소방활동 작업에 종사시키는 것 이외의 방법이 없고 즉각 당해 조치를 취하지 않으면 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막거나 또는 인명의 안전 상 중대한 결과를 초래할 상태에 있는 경우에 가능하다 하겠다.¹⁵³⁾

마. 종사업무의 범위

앞에서도 잠시 언급한바 있지만 화재 등 재난이 발생한 현장의 상황은 모든 면에서 열악하기 그지없다. 연기와 열기 그리고 유독가스는 물론 폭발의 위험과 2차사고의 발생도 우려되는 곳이 소방활동 현장임을 감안할 때 비록 보호장구를 지급하는 등 안전을 위한 조치를 한다 하여도 소방대원이 할 수 있는 임무는 수행할 수 없는 것이다. 따라서 이들의 업무범위는 화재 등 재난현장 내부에 투입되는 일은 할 수 없고, 현장 밖에서 소방대원의 업무를 보조하는 수준이 되는 것이다. 현장의 교통을 정리하거나 행인을 통제하는 것을 비롯하여 소방호스의 전개협력, 사다리의 이동이나 지지협력, 들것을 이용한 부상자의 이송 등이 소방활동 종사자의 업무범위가 된다 하겠다.

3. 消防對象物・土地・車輛에 대한 強制處分

가. 강제처분의 개요

「소방기본법」 제25조는 소화활동 중의 대물적인 강제처분으로서 “화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있고, 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정하는 때에는 앞의 소방대상물 또는 토지 외의 소방대상물과 토지에 대하여도 같은 처분”을 할 수 있도록 하고 있다. 또한 “소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동”시킬 수 있는 권한(제1항 내지 제3항)

153) 關東一, 600면.

을 소방본부장·소방서장 또는 소방대장에게 부여하고 있는바, 본문에서는 이를 “소화 활동 중 강제처분”이라 하였다.

나. 강제처분의 주체와 객체

(1) 주체

「소방기본법」 제25조에서 규정한 강제처분의 주체는 개요에서 살펴본 대로 “화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지”에 대한 처분이란 “연소의 우려가 없는 소방대상물 및 토지”에 대한 처분 모두 처분권자 즉, 주체는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장이다. 또한 2004년 5월 30일 「소방기본법」 제정당시에 신설된 “소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동”시킬 수 있는 권한 역시 그 주체를 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 하고 있다.

하지만 이는 일본 「소방법」 제29조의 긴급조치와 비교했을 경우 문제점으로 될 수 있는 차이가 있다. 즉, 우리 「소방기본법」의 경우는 앞에서 살펴본바와 같이 그 처분의 주체를 모두 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 하고 있다.

일본의 경우는 사안에 따라 “화재가 발생하려하거나 발생한 소방대상물”의 경우 처분권의 주체는 消防吏員 또는 消防團員이고, “연소의 우려가 있는 소방대상물”의 경우는 그 처분의 주체를 消防長·消防署長 또는 소방본부가 설치되지 않은 市·町·村에 있는 消防團의 長으로 하고 있는 점이 큰 차이이다.

화재가 발생한 소방대상물(일본의 경우는 화재가 발생하려 하는 경우 포함) 및 그 토지에 대한 처분의 경우 긴박한 상황 등을 고려 할 때 그 필요성의 판단은 화재현장 최 일선에서 직접 소화활동 등에 종사하는 소방대원이 하여야 함이 타당하다고 볼 때 일본 「소방법」의 입법 내용이 합리적이라 할 수 있겠다.

물론 화재가 발생한 소방대상물에 대한 강제처분의 경우는 “화재현장에서 소화작업 등을 행하는 소방공무원이면 누구나 할 수 있다”라고 해석하는 견해¹⁵⁴⁾도 있고, 그 이유로 이 규정에 따른 권한행사는 이미 화재가 발생한 소방대상물 및 그 토지에 대하여 행하여지는 것으로, 권한행사로서 입게 될 손실부담보다도 화재 확대에 인하여 입게 될 손실부담이 더 클 것이 명약관화한 전제하에 행해지는 것이기 때문에 굳이 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 한정할 것이 아니라 소방공무원이라면 누구나

154) 성 무, 164면.

신속한 판단 하에 행사하여 효과적인 소방활동을 수행할 수 있도록 해야 하기 때문이라는 것이다. 그러나 이는 입법적으로 해결해야 할 사안이라고 생각되며 따라서 제5장의 문제점과 개선방안에서 다시 논하기로 하겠다.

(2) 객체

강제처분의 객체는 첫째 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 그 소방대상물이 있는 토지이고 둘째로 화재가 발생하였거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 이외의 소방대상물 및 그 소방대상물이 있는 토지이며 셋째는 소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등이 객체이다.

여기서 “불이 번질 우려가 있다” 함은 “소화활동 및 화재의 상황 등을 기초로 하여 소방상의 지식·경험으로 판단했을 경우 연소가 될 가능성이 높은 것을 말하는 것”이고¹⁵⁵⁾ 또한 “소방대상물”이라 함은 「소방기본법」 제2조 제1호에서 규정한 대로 “건축물, 차량, 선박(「선박법」 제1조 의2의 규정에 따른 선박¹⁵⁶⁾)으로서 항구 안에 매어둔 선박에 한한다), 선박건조구조물, 산림 그 밖의 공작물 또는 물건”을 말하는 것으로 불에 탈 수 있는 것이면 모두 소방대상물이라고 할 수 있고, 또한 그 토지라 함은 그 소방대상물이 위치한 부지라 할 것이다.

다. 강제처분의 법적 성질

「소방기본법」 제25조 제1항 내지 제3항에서 규정하고 있는 강제처분은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막아야 하는 공익목적을 위해 일방적으로 소방대상물이나 토지 또는 차량 등에 실력을 가하여 소방대상물을 파괴하고, 토지를 사용하거나 사용을

155) 關東一, 599면.

156) 「선박법」 제1조의2 (정의) ①이 법에서 “선박”이란 수상 또는 수중에서 항행용으로 사용하거나 사용될 수 있는 배 종류를 말하며 그 구분은 다음 각 호와 같다.

1. 기선 : 기관(기관)을 사용하여 추진하는 선박(선체 밖에 기관을 붙인 선박으로서 그 기관을 선체로부터 분리할 수 있는 선박 및 기관과 돛을 모두 사용하는 경우로서 주로 기관을 사용하는 선박을 포함한다)
2. 범선 : 돛을 사용하여 추진하는 선박(기관과 돛을 모두 사용하는 경우로서 주로 돛을 사용하는 것을 포함한다)
3. 부선 : 자력항행능력(자력항행능력)이 없어 다른 선박에 의하여 끌리거나 밀려서 항행되는 선박

②이 법에서 “소형선박”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 선박을 말한다.

1. 총톤수 20톤 미만의 기선 및 범선
2. 총톤수 100톤 미만의 부선

제한하고, 차량이나 물건 등을 이동 또는 제거함으로써 소방행정의 목적을 실현하는 물리적인 행위이기 때문에 행정법학상 전형적인 즉시강제의 성질을 가진다.¹⁵⁷⁾

라. 유형별 강제처분권 행사의 요건

(1) 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물에 대한 처분

현행 「소방기본법」에서의 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물에 대한 강제처분 권한행사의 요건은 “사람을 구출하거나 또는 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때”이다. 그런데 이렇게 “필요한 때”라고 조금은 추상적이고 엄격하지 않게 규정한 것은 화재가 발생한 상황에서는 좀더 적극적인 소화활동 등이 필요하기 때문이라고 생각된다.

(2) 그 밖의 소방대상물

이 경우의 권한행사 요건은 “사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정할 때”로 규정하고 있어 화재가 발생한 소방대상물이나 연소의 우려가 있는 소방대상물보다 처분의 요건이 제한적임을 알 수 있다. 여기서 “긴급하다고 인정할 때”란 상황이 매우 절박하여 즉각 조치를 취할 필요가 있을 때를 말하는 것으로 「소방기본법」 제25조 제1항의 “필요한 때”는 당해 권한을 행사하는 것이 그 조치가 유효한 것이면 가능하지만, 이 경우의 권한 행사의 요건은 당해 권한을 행사하는 이외에는 다른 방법이 없고 더구나 즉각 조치를 취하지 않으면 중대한 결과를 초래할 긴박한 상태에 있을 것이 요구된다고 한다.¹⁵⁸⁾

(3) 주·정차된 차량 및 물건에 대한 처분

이 경우의 권한행사 요건은 “소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때”인데 「소방기본법」 제16조에서 “소방활동”이 무엇인지를 명시적으로 규정하고 있는바, 소방활동이란 “화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황의 발생으로 소방대가 현장에 신속하게 출동하여 화재진압과 인명구조 등 소방에 필요한 활동을 하는 것”이라고 하고 있다. 따라서 화재를 비롯한 각종 인위재난은 물론 자연재난이 발생하여 화재진압이나 인명구조 또는 구급활동을 위해서 긴급하게 출동하는 경우 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주·정차된 차량이나 물건을 이동 또는 제거할 수 있는 것이다. 다만

157) 關東一, 601면.

158) 성 무, 166면.

주·정차된 차량이나 물건의 이동이나 제거를 위해서는 상황이 매우 절박하여 즉각 조치를 취할 필요가 있고 다른 방법으로는 사태수습이 어렵다고 판단되었을 경우에 한하여 적용되어야 한다고 본다.

마. 강제처분의 권한의 범위

강제처분의 권한의 범위는 먼저 화재진압 및 인명구조와 관련하여 “화재가 발생한 소방대상물 그리고 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 그 이외의 소방대상물과 그 토지의 일시사용, 사용의 제한, 그 밖의 소방상 필요한 처분”이다. 여기서 “사용”이란 소방대상물 등의 재산권의 내용에는 변경을 가하지 않고 일시적으로 필요에 따라 이용하는 것을 말하며, 따라서 화재현장에 투입된 소방대원이 일시적인 사용권한을 갖게 되며 소방대상물의 관계인은 이 권한행사를 수인해야 할 의무를 지게 되는 것이다. 또한 “사용제한”이란 소방대상물의 관계인에 대해 출입을 제한시키거나 사용의 일시중지를 명하는 조치 등에 의하여 가하여지는 소극적인 처분이라 할 수 있겠으며, “그 밖의 소방상 필요한 처분”이란 재산의 현상·성질 등을 파괴하거나 기타 사실상의 변경을 가하는 것을 포함하는 의미 즉, 파괴소방으로 보며 통상적으로 토지에 대해서는 사용 또는 사용제한 등의 처분만이 가능하다고 한다.¹⁵⁹⁾

다음으로 “소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차¹⁶⁰⁾ 또는 정차¹⁶¹⁾된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동”시킬 수 있는 처분이다. 이러한 권한이 규정된 것은 2004년 5월 30일 「소방기본법」이 시행되면서부터인데, 이는 2001년 3월 4일 새벽 3시 48분경에 서울 홍제동 2층 주택에서 발생한 화재로 건물이 붕괴되면서 소방관 6명이 순직(박동규 소방위, 김기석·박상욱·김철홍 소방장, 장석찬·박준우 소방교)하는 사고와 관련이 있다. 동 사고는 불이 난 주택이 사제벽돌로 지어지고 30년이 지난 노후 건물인데다 큰길에서 화재현장에 이르는 200여m의 이면도로(폭6m)의 양쪽에 승용차들이 뺑뺑이 주차되어 있어 소방차가 100m 밖에 접근하지 못했고, 이 때문에 나머지 100m는 소방호스를 전개하여 화재를 진

159) 성 무, 164면.

160) “주차”라 함은 운전자가 승객을 기다리거나 화물을 싣거나 고장이나 그 밖의 사유로 인하여 차를 계속하여 정지상태에 두는 것 또는 운전자가 차로부터 떠나서 즉시 그 차를 운전할 수 없는 상태에 두는 것을 말한다(「도로교통법」 제2조 제22호).

161) “정차”라 함은 운전자가 5분을 초과하지 아니하고 차를 정지시키는 것으로서 주차 외의 정지상태를 말한다(「도로교통법」 제2조 제23호).

압하는 바람에 신속한 초기조치를 하지 못함에 원인이 있었던 것이다.¹⁶²⁾ 따라서 이를 계기로 차량이나 물건 등에 대한 강제처분권이 신설된 것이다.

여기서 “소방자동차의 통행에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등”이라는 대표적인 것이 주택가 이면도로에 소방자동차 등 긴급차량의 통행로를 확보하지 않고 주차 또는 정차된 차량과 야적된 물건을 말하고, 「소방기본법」 제22조에서 규정하고 있는 소방대의 긴급통행권과 관련 일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로·빈터에 주·정차된 차량과 물건 등도 처분의 대상이 된다 하겠다. 또한 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등은 앞에서 언급한 통행에 방해가 되는 경우에 추가하여 소방차의 통행에는 지장이 없이 주·정차 되었다 하더라도 화재진압, 연소확대 방지, 인명구조 등을 위해서 필요하다면 이동이 가능할 것이며, 사인의 토지 등에 야적된 물건에 대해서도 제거할 수 있다는 규정으로 해석된다.

4. 危險施設 등에 대한 緊急措置

가. 위험시설 등에 대한 긴급조치권의 유형 및 개요

(1) 긴급수리사용권

「소방기본법」 제27조 제1항에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 소방활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도(水道)의 개폐장치 등을 조작할 수 있도록” 하고 있는데 이것이 긴급수리사용권¹⁶³⁾이다. 여기서 소방용수라 함은 「소방기본법」 제10조에 따라 설치되는 소화전·급수탑·저수조를 말하는 것으로서 이러한 소방용수시설은 당연히 사용할 수 있고, 그 이외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도(水道)의 개폐장치 등을 조작할 수 있도록 한 것인데 이는 화재의 규모·장소 등의 사정에 의해 소화활동에 필요한 물을 확보하는 차원에게 주어진 권한이다.

(2) 위험물질 공급차단권

「소방기본법」 제27조 제2항에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 가스·전기 또는

162) <http://bbs1.agora.media.daum.net/gaia/do/debate/read?bbsId=D110&articleId=349315>

163) 關東一, 604면.

유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치”를 할 수 있도록 하고 있는데 이것이 위험물질 공급차단권이다.

나. 위험시설 등에 대한 긴급조치권의 변천

(1) 소방법 제정시

1958년 「소방법」 제정 시에는 제27조에서 “수리의 사용과 수문 등의 개폐”라는 제목으로 “소방서장 또는 소방대장은 화재현장의 급수를 유지하기 위하여 긴급한 필요가 있을 때에는 수리를 사용하거나 용수로의 수문, 통문 또는 수도의 제수관을 개폐할 수 있다”고 규정하였다.

(2) 1967년 4월 14일 소방법 개정시

이 때는 제40조에서 제목을 “급수유지의 긴급조치”라고 개정하고 “소방서장 또는 소방대장은 화재현장의 급수를 유지하기 위하여 긴급한 때에는 제26조(공설 수리시설)¹⁶⁴ 및 제27조(사설수리시설로서 지정된 것)¹⁶⁵에 규정된 이외의 수리를 사용하거나 용수로의 수문·통문 또는 수도의 제수관을 개폐할 수 있다”고 하여 조문과 제목을 바꾸었다.

(3) 1999년 2월 5일 소방법 개정시

1967년 4월 14일 「소방법」 개정 이후 “소방본부장”이 처분권자로 포함되고, 법령개정으로 조문의 이동이 있었으나, 조문의 제목과 내용 등은 개정되지 않고 내려오다 1999년 2월 5일 소방법 개정 시 동 조문(80조)이 삭제되었다.

(4) 소방기본법 제정시

2003년 5월 29일에 제정되고 2004년 5월 30부터 시행중인 「소방기본법」에서는 동 조치권 즉, 급수유지를 유한 긴급조치권이 부활되고 아울러 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치권 까지가 추가되었는

164) 제26조(소방용 수리시설) ①소방에 필요한 수리의 기준은 내무부령으로 정한다.

②공공의 소방에 필요한 소화전·저수조 기타의 수리시설은 당해 지방자치단체가 설치하여 유지·관리하여야 한다. 다만, 수도에 있어서는 당해 수도의 관리자가 설치·유지와 관리를 한다.

165) 제27조 (소방용 수리시설의 지정) ①소방서장은 못(지)·샘물·우물·수조 기타 소방에 공할 수 있는 수리를 상시 사용할 수 있도록 하기 위하여 그 소유자·관리자 또는 점유자의 승낙을 얻어 이를 소방용 수리시설로 지정할 수 있다.

②전항의 규정에 의한 소방용 수리시설을 변경하거나 사용불능의 상태에 두고자 하는 자는 미리 관할소방서장에게 신고하여야 한다.

데 적절한 입법이라고 생각한다.

(5) 일본 소방법의 경우

일본 「소방법」은 제30조(급수유지 위한 긴급조치권 등) 제1항에서 “화재현장에 대한 급수를 유지하는데 필요가 있는 때는 소방본부장 또는 소방서장 또는 소방본부를 두지 아니한 시·정·촌의 소방단장은 수리의 사용 또는 용수로의 수문, 통문 혹은 수도의 제수변의 개폐를 행할 수 있다”라고 하여 긴급수리사용권을 규정하고 있으나, 우리 「소방기본법」처럼 위험물질 공급차단권은 규정하고 있지 않다.

다. 위험시설 등에 대한 긴급조치권의 주체 및 객체

(1) 주체

긴급수리사용권 및 위험물질 공급차단권의 주체는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장이다. 한편 현행 「소방기본법」 제4장 소방활동(제16조 내지 제28조)에서는 소방활동(제16조)과 소방교육·훈련(제17조)의 주체는 소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장이고, 소방활동구역의 설정(제23조)주체는 소방대장이며, 소방활동 종사명령(제24조)·강제처분 등(제25조)·피난명령(제26조)과 위험시설 등에 대한 긴급조치(제27조)의 주체는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 각각 상이하다.

(2) 객체

긴급수리사용권의 객체는 공설소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물이나 수도(水道)의 개폐장치이며, 위험물질 공급차단권의 객체는 가스·전기 또는 유류 등의 시설이 객체이다.

라. 위험시설 등에 대한 긴급조치권의 법적 성질

긴급수리사용권은 화재현장에 대한 급수유지를 위해 긴급한 필요가 있는 경우에 소방기관이 일방적(관계인의 승낙을 얻지 않고)으로 물을 사용하거나 수도의 개폐장치 등을 조작함에 따라 관계인의 재산에 실력을 가하고 화재진압이라는 목적을 실현하는 작용이므로 행정법학상의 즉시강제의 성격을 갖는다.¹⁶⁶⁾ 위험물질 공급차단권 역시 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 가스·전기

166) 関東一, 605면.

또는 유류 등의 시설에 대하여 관계인에게 사전 의무를 명령하거나 승낙을 얻음이 없 이 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치를 하는 것이기 때문에 이 역시 행정상 즉시강제에 해당한다.¹⁶⁷⁾

긴급수리사용권은 소화를 위해 수량부족이라는 긴급사태에 대처하는 응급조치이고, 위험물질 공급차단권 역시 화재의 발생을 막거나 화재가 확대되는 것을 막아야 하는 급박한 상황에 대처하는 응급조치이므로, 사정성질상 벌칙에 의한 간접적(심리적)강제로는 목적달성이 쉽지 않으므로 관계인의 거부 등을 배제해서라도 강행할 수 있는 것으로 풀이된다. 하지만 우리 「소방기본법」 제54조 제4호 및 제5호에서는 “정당한 사유 없이 물의 사용이나 수도의 개폐장치의 사용 또는 조작을 하지 못하게 하거나 방해한 자 또는 위험물질의 공급차단 조치를 정당한 사유 없이 방해한 자는 100만원이하의 벌금에 처하도록 되어 있고, 제27조 제3항에서는 손실보상도 규정하고 있으므로 처분에는 신중을 기할 필요가 있다고 본다.

마. 권한행사의 요건

먼저 긴급수리사용권을 행사할 수 있는 요건은 화재현장에 대한 급수를 유지하기 위해 필요가 있는 경우이지만, 여기서 말하는 “필요한 경우”란 화재진압업무 수행 중 소방용수를 확보하기 위해 「소방기본법」 제10조에 의해 설치된 공설소방용수시설이나 「수도법」 제45조(중전에는 제30조)에 의해 설치된 소화전¹⁶⁸⁾을 사용하여 소방용수를 확보하는 이외에는 방법이 없고, 또한 즉각적으로 응급조치를 취하지 않으면 소화활동상 중대한 지장을 가져오는 상태에 있는 경우가 긴급수리사용권의 행사요건이라 한다.¹⁶⁹⁾ 마찬가지로 위험물질 공급차단권 역시 화재의 발생을 막거나 화재가 확대되는 것을 막아야 하는 급박한 상황에서 가스·전기 또는 유류시설 등의 공급을 차단하지 않으면 화재가 확대되거나 인명구조 등 화재진압활동에 막대한 지장을 초래할 경우가 그 행사요건이라고 생각된다. 긴급수리시설사용권 보다는 보다 더 급박한 상황에서 권한이 행사되어야 한다고 보며, 이는 권한행사에 따른 2차적인 피해가 물적피해는 물론 인적피해도 발생할 수 있기 때문이다.

167) 실제 화재현장에서는 긴급수리사용권보다는 위험물질 공급차단권 즉, 전기나 가스시설 등의 차단이 수시로 이루어지고 있다.

168) 「수도법」 제45조(소화전) 일반수도사업자는 해당 수도에 공공의 소방을 위하여 필요한 소화전을 설치·관리하여야 한다.

169) 関東一, 605면.

바. 권한행사의 범위

먼저 긴급수리사용의 범위는 「소방기본법」 제10조에 따라 설치되는 소화전·급수탑·저수조를 당연히 사용하는 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도(水道)의 개폐장치 등을 조작하는 것이다.

다음으로 위험물질 공급차단의 범위인데 가스공급 차단의 경우는 단독으로 된 가스용기 밸브의 차단을 비롯하여 아파트의 세대별 주 밸브 차단 그리고 단독건물예의 주 밸브 차단 등은 물론 공사 중 가스관을 손상하여 폭발 등이 예상될 경우는 수용가의 인입배관 이외의 고압배관의 차단도 가능할 것이다. 전기의 경우도 대부분 수용가에 공급되는 인입전선의 차단이 일반적인 차단조치이겠으나 경우에 따라서는 변압기 2차측에서의 차단은 물론 고압선로의 차단 등도 가능할 것이다. 또한 유류시설의 차단은 탱크에서의 화재 시 탱크로 공급되는 밸브의 차단 등 상황에 따른 차단이 가능하겠으나, 경우에 따라서는 송유관의 밸브차단도 가능하다 할 것이다. 하지만 어떤 경우이든 위험물질을 차단할 경우는 화재진압과 인명구조를 위해 긴급하고 불가피하여야 할 뿐만 아니라 차단하지 않으면 다른 방법이 없을 정도의 긴급성과 불가피성이 있어야 할 것이다. 본의 아닌 인적피해와 물적피해가 있을 수 있기 때문이다. 전기가 공급되지 않아 수술환자가 사망에 이를 수도 있고¹⁷⁰⁾, 양어장의 고기가 폐사하는 등의 2차적 피

170) 소방활동 중에는 「소방기본법」 제25조에 의한 강제처분 및 동법 제27조에 의한 위험시설 등에 대한 긴급조치는 재난 및 화재시의 소방공무원에 의한 공권력행사로써 그것으로 인한 재산상의 손실은 물론 국민의 인명피해로 인한 손실보상을 생각해 볼 수 있는데 그 인명피해가 소방공무원의 고의·과실로 인한 경우에는 불법행위가 되는 것이므로 국가배상에 의하여 처리될 것이나, 소방공무원의 고의·과실과 관계없는 적법한 강제처분 등에 의하여 국민의 생명·신체 등이 희생된 경우에는 희생보상의 문제가 발생한다. 소방활동 및 구조활동이라 할지라도 그에 따르는 재산상의 손실보상을 제도화할 필요로 볼 때에 인사상의 손실보상에 대한 제도화가 그만 못하다고 할 수는 없다.

오늘날 빈발하고 있는 대형재난 및 화재현장에서 인명구제를 위하여 또는 화재진화를 위하여 강제처분이 행하여지고 그 과정에서 살려달라고 아우성치는 사람을 살리기 위하여 본의 아니게 아무소리 못하고 구조를 애타게 기다리는 다른 생명·신체의 희생이 발생하는 경우도 볼 수 있으며 또한 재난 및 화재 시에 인명구제를 위하여 또는 화재진화를 위하여 위험시설 등에 대한 긴급조치로서 전기등을 차단하는 경우 그로 인하여 인근병원에서 수술을 받던 환자가 수술중단 때문에 생명·건강을 잃는 일이 발생할 수도 있다.

이러한 인명희생에 대하여 소방공무원에게는 고의·과실이 있다할 수 없는 적법한 강제처분 등으로 인한 인사상의 손실에 해당하므로 불법행위로 인한 국가배상은 성립되지 아니하는 바, 희생보상에 의하여 피해를 보상하는 것이 기본권보장을 위한 보상제도의 취지에 맞는 것이 된다. 이와 같은 사례는 마치 군공무원의 사격훈련 또는 교전과정에서 군공무원의 고의·과실과 관계없이 유탄에 의하여 인명피해가 발생한 경우에 대하여 보상이 이루어지는 경우를 생각해보면 그 가능성을 발견할 수 있다.

이러한 강제처분으로 인한 희생보상의 법적인 문제는 「소방기본법」 등 개별법에서 몇

해가 발생할 수 있으므로 특히 전기시설의 차단에 있어서는 전기공급자 측과 협의하여 피해가 최소화 되도록 해야 할 것이다. 뿐만 아니라 입법적으로도 주의의무규정 등의 신설이 필요한 것이고 이에 대해서는 제5장에서 다시 한번 살펴보도록 하겠다.

Ⅲ. 緊急救助活動中 強制處分

긴급구조활동 중 강제처분은 먼저 「재난 및 안전관리 기본법」 제5장(응급대책)에서 규정하고 있는 것으로 재난이 발생할 우려가 있거나 재난이 발생한 때에는 시·도 또는 시·군·구 긴급구조통제단의 장(지역통제단장) 즉, 소방본부장 또는 소방서장이 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위해서 행사하는 권한인데 대부분 시장·군수·구청장에게도 주어진 권한이다. 이하에서는 응급대책 편에서 지역통제단장에게 주어진 강제처분권에 대한 법리검토와 함께 「수난구호법」 제7조의 규정에 의한 “수난구호를 위한 응급조치”에 대한 법리도 검토하도록 하겠다.

1. 強制待避措置

가. 強制대피조치권의 개요

「재난 및 안전관리 기본법」 제42조에서 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 제40조 제1항의 규정에 의한 대피명령을 받은 자 또는 제41조 제1항 제2호의 규정에 의한 위험구역에서의 퇴거나 대피명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니하여 위급하다고 판단되는 때에는 당해 지역 또는 위험구역안의 주민이나 당해 지역 또는 위험구역 안에 있는 자를 강제대피 시키거나 강제퇴거” 시킬 수 있도록 하고 있는데 동 권한이 강제대피조치권이다.

여기서 「재난 및 안전관리 기본법」 제40조 제1항의 규정에 의한 대피명령을 받은 자라 함은 “시장·군수·구청장과 지역통제단장(긴급구조에 관한 권한에 한함)이 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 사람의 생명 또는 신체에 대한 피해를 방지하

개의 근거를 두는 외에는 「헌법」상·「소방기본법」상 그 근거가 명문화되어 있지 않아 명문화가 요구되는 것이지만, 현재로서는 희생보상의 법리에 따라 판례로서 확립하는 것이 필요하다 할 것이라는 견해이다(조연홍, “소방기본법 상 희생보상”, 「광주소방학교 논문집」, 제11호, 2006, 79면).

기 위하여 필요한 때에 당해 지역안의 주민이나 당해 지역 안에 있는 자에게 대피할 것을 명한 경우 이에 해당하는 자”를 말한다. 또한 제41조 제1항 제2호의 규정에 의한 위험구역에서의 퇴거나 대피명령을 받은 자란 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장이 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 사람의 생명 또는 신체에 대한 위해의 방지 또는 질서의 유지를 위하여 필요한 때에는 위험구역을 설정하고, 응급조치에 종사하는 자 외의 자에 대하여 위험구역에서의 퇴거 또는 대피를 명한 경우 이에 해당하는 자”를 말한다.

한편 「재난 및 안전관리 기본법」 제40조의 “대피명령”과 제41조의 “위험구역의 설정”, “위험구역에서의 퇴거 또는 대피”는 학문상 행정행위(행정처분)¹⁷¹⁾에 해당하며, 불특정 다수인을 상대로 한다는 점에서 일반처분의 성질¹⁷²⁾을 가진다.

나. 강제대피조치권의 주체 및 객체

(1) 주체

본 조치권의 주체는 시장·군수·구청장 및 지역통제단장(소방본부장·소방서장)이다. 그런데 법문의 내용으로 보아 이러한 조치권은 모두 “사람의 생명 또는 신체에 대한 위해의 방지와 재난현장의 질서유지를 위하여 행사”되는 것이고, 이는 곧 인명의 피해를 예방하는 차원 즉, 긴급구조차원에서 발동되므로 시장·군수·구청장은 주체에서 제외하여야 타당하다.

(2) 객체

본 조치권의 객체는 “재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 지역안의 주민이나 당해 지역 안에 있는 자”이다. 물론 당해 지역 안에 있는 자 중에서 응급조치에 종사하는 자는 제외된다. 한편 강제대피나 강제퇴거 등을 시킬 경우는 위험구역을 설정하여 대피 또는 퇴거의 범위를 한정하여야 할 것이고, 강제대피나 퇴거된 자를 수용할 수 있는 시설 등도 사전 지정하여야 할 것이다. 말하자면 「재난 및 안전관리 기본법」 제3장의 “안전관리계획”에 포함되어야 한다는 것이다.

171) 김남진(Ⅰ), 175면; 「행정심판법」 제2조 제1항 제1호에서 “처분”을 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용”으로 규정하고 있다.

172) 김춘환(Ⅰ), 262면.

다. 강제대피조치권의 법적 성질

여기서 말하는 강제대피조치권은 사람의 생명 또는 신체에 대한 위해를 방지하기 위하여 필요한 때에 1차로 대피할 것을 명한 경우와, 사람의 생명 또는 신체에 대한 위해의 방지 또는 질서의 유지를 위하여 필요한 때에 위험구역을 설정하고 응급조치에 종사하는 자 외의 자에 대하여 위험구역에서의 퇴거 또는 대피를 명하였음에도 불구하고 퇴거나 대피명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니하여 위급하다고 판단되는 때에 당해 지역 또는 위험구역안의 주민이나 당해 지역 또는 위험구역 안에 있는 자에 대하여 이들의 신체 등에 실력을 가하여 안전한 장소로 대피 또는 퇴거 시키는 것으로 행정상 즉시강제 중 대인적 즉시강제에 해당한다.¹⁷³⁾

라. 강제대피조치권의 행사 절차

현행 「재난 및 안전관리 기본법 시행령」 제50조에서 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장이 강제대피나 강제퇴거 조치 등을 하는 경우에는 관할 지역 국가경찰관서의 장에게 협조를 요청할 수 있다”라고만 규정되어 있을 뿐 특별한 발동형식은 규정되어 있지 않다. 또한 강제대피조치권의 발동 이전단계인 대피명령이나 위험구역의 설정 등에 대한 발동형식 역시 규정되어 있지 아니한데 이는 입법 미비라고 할 수 있겠다. 따라서 대피명령이나 위험구역의 설정시의 절차나 방법 등에 대해 별도의 입법이 필요하다고 보며, 유효한 명령이나 유효한 위험구역의 설정이 되기 위해서는 조치권자·발령연월일·발령요건·조치내용¹⁷⁴⁾, 이행기한, 불이행시의 벌칙 등을 명시하여 게시하거나 수명자¹⁷⁵⁾에게 직접 전달하거나 또는 방송시설 등을 통하여 전달되도록 하여야 할 것이다.

마. 권한행사의 요건 및 범위

강제대피조치권의 행사요건은 대피명령을 받은 자 또는 위험구역에서의 퇴거나 대피명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니하여 “위급하다고 판단되는 때”이다. 따라서 이 때의 “위급”이라 함은 폭우로 인한 범람·침수나 화재로 인한 폭발 그리고 산불 등의 확대를 촉각을 다투는 상황에서 대피명령이나 위험구역에서의 퇴거 또는 대피명

173) 김춘환(Ⅰ), 553면.

174) 閔東一, 581면.

175) 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 당해 지역 또는 위험구역안의 주민이나 당해 지역 또는 위험구역 안에 있는 자가 수명자가 된다.

령을 받은 자가 이를 이행하지 아니하여 이를 방치 한다면 생명을 잃거나 신체의 부상 등이 예상되는 심각한 위험을 말한다고 할 수 있겠다. 물론 이 때의 위급상황의 판단은 소방본부장 또는 소방서장 등 조치권자의 재량에 해당한다 하겠으나, 사람의 신체에 실력을 행사하여 행정상 목적을 달성하는 대인적 즉시강제이고 또한 대피명령이나 위험구역에서의 퇴거 또는 대피명령을 이행하지 않을 경우는 「재난 및 안전관리 기본법」 제82조의 규정에 따라 200만원이하의 과태료를 부과하도록 되어 있어 제재가 가능하므로 실제적인 권한행사에는 신중을 기할 필요가 있겠다.

2. 應急負擔

가. 응급부담권의 개요

「재난 및 안전관리 기본법」 제45조에서 시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 그 관할 구역 안에서 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때에는 “당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급 조치에 종사하게 하거나” 「재난 및 안전관리 기본법 시행령」이 정하는 바에 의하여 “다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 할 수 있으며, 장애물을 변경 또는 제거”할 수 있도록 하고 있는데 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조에서는 이를 “응급부담”이라는 제목으로 규정하고 있는 것이다.

나. 응급부담권의 주체 및 객체

(1) 주체

본 조치권의 주체는 시장·군수·구청장 및 지역긴급구조통제단장(소방본부장·소방서장)이다.

(2) 객체

본 조치권의 객체는 “당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자” 및 “다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물과 장애물”이다. 여기서 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물과 장애물은 법문에 명시적으로 열거되어 있으므로 객체가 분명하고, 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물과 장애물도 본 조치권의 객체가 됨은 당연하다 하겠다.

다. 응급부담권의 법적 성질

이 경우 “당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하는 것”은 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있을 때 사정이 급박하고 다른 방법으로서는 충족할 수단이 없는 경우에 과해지는 것으로서 소위 응급공용부담 중 인적응급공용부담¹⁷⁶⁾에 해당한다. 또한 “다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 하는 것”은 물적응급공용부담¹⁷⁷⁾으로 행정상 즉시강제에 해당하며, “장애물을 변경 또는 제거하는 것” 역시 행정상 즉시강제에 해당하는 것이다.

정리하면 “재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하는 것”은 응급공용부담이기 때문에 만약에 응급조치에 참여하지 않는다고 그들의 신체에 실력을 행사하여 응급조치에 종사하도록 할 수도 없고¹⁷⁸⁾, 그렇다고 벌금이나 과태료 등의 제재를 가할 근거도 없으므로¹⁷⁹⁾ 행정상 즉시강제로서 강제처분은 아닌 것으로 보인다. 이는 「소방기본법」 제24조의 “소방활동 종사명령”의 성격과 함께 별도의 연구가 필요한 부분이라고 생각된다. 그러나 “다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 하는 것이나, 장애물을 변경 또는 제거하는 것”은 목전의 급박한 장애를 제거하기 위해서 관계인에게 사전에 의무를 부과함이 없이 행해지는 처분이고, “정당한 사유 없이 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물의 일시사용 또는 장애물의 변경이나 제거를 거부 또는 방해한 자는 200만원이하의 벌금”에 처하도록 되어 있으므로 행정상 즉시강제에 해당한다 하겠다.

라. 응급부담권의 행사 절차

「재난 및 안전관리 기본법 시행령」 제52조 제2항에서 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조의 규정에 의하여 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시 사용하거나 장애물을 변경 또는 제거하는 때에는 「재난 및 안전관리 기본법 시행규칙」이 정하는 바에 의하여 그 관계인에게 응급부담(다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 하거나, 장애물을 변경 또는 제거하는 것에 한함)의 목적·기간·대상 및 내용 등을 명시한 응급부담명령

176) 석종현(하), 594면.

177) 홍정선(하), 563면.

178) “노역”은 비대체적인 작위의무이므로 의무의 불이행시에 대집행의 방법이 적용될 수는 없으며, 그것은 행정벌이나 강제금(집행벌)등의 방법으로 강제되어야 한다고 한다(상계서, 553면).

179) 「경범죄처벌법」에 의한 공무원의 원조불응으로 처벌하는 것은 가능하다.

서를 교부하도록 하고 있다. 다만 긴급을 요하는 때에는 구두로 응급부담을 명한 후 관계인에게 응급부담확인서를 교부하도록 하고 있다. 여기서 응급부담명령서를 교부할 대상자를 알 수 없거나 그 소재지를 알 수 없는 때에는 이를 당해 시·군·구의 게시관에 15일 이상 게시하여야 하며, 긴급을 요하는 때에 구두로 응급부담을 명할 대상자가 없거나 그 소재지를 알 수 없는 경우는 응급부담조치를 취한 후 그 사실을 당해 시·군·구의 게시관에 15일 이상 게시하여야 한다. 하지만 처분권자는 지역통제단장이 포함된대 대하여 게시관 공고에 있어서는 소방본부 또는 소방서 게시관은 열거되어 있지 않다.

이러한 권한행사 절차는 강제처분에 대한 사후 손실보상 등에 있어 활용되어지는 절차이고 강제처분에 앞서 선행되어야 하는 절차는 아니라고 본다.

마. 권한행사의 요건 및 범위

당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하거나, 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물의 일시사용과 장애물을 변경 또는 제거하는 등의 권한행사 요건은 “그 관할 구역 안에서 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때”이다. 따라서 이때의 “급박한 사정”이라 함은 폭우로 인한 인명의 고립과 범람으로 인한 인명피해의 발생 그리고 침수나 유실에 따른 긴급한 원상복구는 물론 화재로 인한 폭발 그리고 산불 등의 확대를 촉각을 다투는 상황에서 인명구조나 긴급복구 등이 필요한 사정이라 하겠다. 이러한 급박한 사정의 판단은 소방본부장 또는 소방서장 등 조치권자의 재량에 해당한다 하겠으나, 이러한 처분을 거부 또는 방해한 사람에 대해서는 「재난 및 안전관리 기본법」 제80조의 규정에 따라 200만원이하의 벌금에 처하도록 되어 있어 제재가 가능하므로 실제적인 권한행사에는 신중을 기할 필요가 있겠다.

3. 水難救護를 위한 應急措置

가. 응급조치권의 개요

「수난구호법」 제7조에서는 수난구호를 위한 응급조치로서 “해양경찰서장 및 소방서장은 수난구호를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 범위 안에서 사람을 수난구호업무에 종사하게 하거나 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용” 할 수 있도록 하고 있는바, 이것이 수난구호를 위한 응급조치이다.

나. 응급조치권의 주체 및 객체

(1) 주체

응급조치권의 주체는 해양경찰서장 및 소방서장이다. 이 경우 법문대로 반드시 소방서장만이 응급조치권을 발동할 수 있는 것인지 아니면 현장상황에 따라 출동 소방대의 최고책임자(소방대장)도 응급조치권을 발동할 수 있는 것인지에 대해 논란의 여지가 있겠으나, 수난사고의 현장이 대부분 시내에서는 원거리에 위치하고 있는 점과 인명구조라는 긴급한 상황을 감안 한다면 현장에 출동한 소방대의 최고책임자 즉, 소방대장도 조치권의 발동권자가 되리라고 본다. 다만, 이러한 조치를 발동한 소방대장은 즉시 소방서장에게 상황을 보고하는 등의 조치가 뒤따라야 할 것이다.

(2) 객체

이 경우 객체는 먼저 「수난구조법 시행령」 제3조에서 규정하고 있는 사람을 제외한 사람(14세미만인 자, 노약자·정신박약자, 부상·질병 또는 신체장애 등으로 신체활동에 장애가 있는 자, 기타 한정치산자·금치산자등 수난구조업무에 종사하게 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되는 자)이 객체인데 「수난구조법」 제7조 제1항에서는 단순히 “사람을 수난구조업무에 종사하게 하거나”라고만 규정¹⁸⁰⁾하고 있어 현장이나 관할구역을 불문하고 수난구조업무에 종사하게 할 수 있다고 생각된다.

다음으로 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등이 응급조치권의 객체인바, 수난현장에서 인명구조, 응급처치, 긴급이송 등을 위하여 필요하다면 여기에서 열거하고 있지 않은 것이라도 일시사용 할 수 있을 것이다.

다. 응급조치권의 법적 성질

사람을 수난구조업무에 종사하게 하는 것은 수난사고가 발생하여 직접적인 인명구조나 심폐소생술 등 응급처치 등을 위하여 부득이 하다고 인정 될 때에 행사되는 것으로서 소위 응급공용부담 중 인적응급공용부담에 해당하면서도 행정상 즉시강제에 해당한다고 본다. 왜냐하면 이 경우는 「소방기본법」 제24조에 의한 “소방활동 종사명령”에 따라 “그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하

180) 「소방기본법」 제24조의 “소방활동 종사명령”에서는 “그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자”라고 규정하고 있고, 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조의 “응급조치에 따른 종사명령”의 경우는 “당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자”로 특정하고 있는 것과 대조적이다.

는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일에 종사하게 하는 것”과 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조의 응급부담에 따른 “당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하는 것”과는 그 성격이 다르다고 할 수 있다. 즉, 현행 「수난구조법」 제34조는 “정당한 이유 없이 해양경찰서장 또는 소방서장의 수난구조업무에의 종사명령에 불응하거나 선박·자동차·토지·건물 그 밖의 물건 등의 일시사용을 거부한 자는 200만원이하의 벌금에 처하도록 규정”하고 있어 불이행을 강제할 수 있기 때문이다. 또 하나 「수난구조법」 제7조 제1항 단서에서 “다만 노약자, 정신박약자, 기타 신체장애자 등 대통령령으로 정하는 사람은 종사명령에서 제외”하도록 되어 있는바, 이는 이들을 제외한 정상인에 대해서는 급박한 상황에서의 종사명령을 거부할 경우 직접 신체에 실력을 행사해서 종사를 강요할 수 있도록 하기 위함이라고 판단되기 때문에 행정상 대인적 즉시강제에 해당한다고 보는 것이다.

그리고 “선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용 하는 것” 역시 행정상 즉시강제에 해당하며 본 논문에서 말하는 강제처분인 것이다.

라. 응급조치권의 행사 절차

현행 「수난구조법」에서는 “수난구조를 위하여 부득이하다고 인정될 때에 사람을 수난구조업무에 종사하게 하거나 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용” 할 수 있도록 하면서, 「수난구조법 시행규칙」 제9조 제2항에서 해양경찰서장 및 소방서장이 선박·자동차·토지·건물 기타 물건 등을 사용할 때에는 시설·물자 등 사용통지서를 교부하도록 하고 있다. 다만 긴급을 요할 때에는 시설·물자 등 사용통지서를 교부하지 아니하고 구술로 통지하며, 사후에 시설·물자 등 사용증명서를 교부할 수 있도록 하고 있다.

이 경우 사람을 수난구조업무에 종사하게 할 때의 구체적인 절차는 규정하고 있지 않으나, 앞의 응급조치권의 성질에서도 살펴본바와 같이 불이행에 대해서는 형벌을 과할 수 있도록 되어 있으므로 종사명령을 할 때에 불이행시는 형벌이 가해짐을 고지하는 등 압박을 통하여 종사를 강요할 수 있기 때문에 특별한 절차가 없는 것으로 판단된다. 또한 「소방기본법」 제24조에 의한 “소방활동 종사명령”과 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조의 규정에 의한 “응급조치에 따른 종사명령”과는 달리 「수난구조법」 제7조 제1항 단서에서 “다만, 노약자, 정신박약자, 기타 신체장애자 등 대통령령으로 정하는 사람은 종사명령에서 제외”하도록 되어 있기 때문에 거부자에 대해서는 직접 신체

에 실력을 행사해서 종사를 강요할 수도 있기 때문에 특별한 절차를 규정하고 있지 않는 것으로 판단된다.

마. 권한행사의 요건

사람을 수난구호업무에 종사하게 하거나 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용 하는 권한행사의 요건은 “수난구호를 위하여 부득이하다고 인정될 때”이다. 따라서 이 때의 “부득이”라 함은 수난구호업무 종사명령의 경우 수난사고가 발생하여 직접적인 인명구조나 심폐소생술 등 응급처치 및 요구조자 이송 등을 실시함에 있어 주변사람의 도움이 없으면 이를 행하기 곤란한 경우를 말한다 하겠다. 그리고 선박이나 자동차 등을 일시 사용하는 경우의 “부득이”라 함은 수난사고가 발생하여 현장지휘본부를 설치하거나 장비 등을 위치시킴에 있어 다른 사람의 토지를 일시사용 하는 것과 인명구조를 위하여 구조대원을 운송하거나 구조한 요구조자의 이송을 위함에 있어 긴급을 요하는 경우 구조대 소유 이외의 선박이나 자동차 등이 필요했을 때가 부득이한 경우이고 또한 권한을 행사할 수 있는 요건이 되는 것이다.

바. 종사활동의 범위

사람을 수난구호업무에 종사하게 하는 경우는 소방활동 종사명령과 달리 구조대원 등을 보조하는 차원을 넘어 수난구호 기술이 있는 자는 직접 인명구조에 종사하는 것도 가능하고 의사 등의 경우에는 심폐소생술 등 응급처치도 할 수 있다고 생각된다. 수난구호는 소방구조대원 못지않은 구조기술의 소유자도 많고 의사 등의 경우는 응급처치에 대한 의술을 가지고 있기 때문인 것이다.

IV. 危害發生 防止 등을 위한 強制處分

가스폭발 등 위해발생 방지 등을 위한 강제처분에는 「고압가스안전관리법」 제20조 제6항에 의한 특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치 하는 것, 그리고 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제27조 제6항에 의한 액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치”하는 처분이 있다.

1. 特定高壓가스 施設에 대한 强制處分

가. 처분권의 개요

「고압가스안전관리법」 제20조 제6항에서는 “시장·군수·구청장·경찰서장 또는 소방서장은 특정고압가스사용자가 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하여 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때에는 특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나, 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치 할 수 있도록 하고” 있다. 여기서 특정고압가스라 함은 “수소·산소·액화암모니아·아세틸렌·액화염소·천연가스·압축모노실란·압축디보레인·액화알진¹⁸¹⁾ 그 밖에 「고압가스 안전관리법 시행령」이 정하는 것으로서 포스핀·셀렌화수소·게르만·디실란·오불화비소·오불화인·삼불화인·삼불화질소·삼불화붕소·사불화유황·사불화규소¹⁸²⁾를 말한다.

나. 처분권의 주체 및 객체

(1) 주체

처분권의 주체는 “시장·군수·구청장·경찰서장 또는 소방서장”이다. 시장·군수·구청장을 처분권자로 한 것은 「고압가스 안전관리법」의 운용 주체로서 규정된 것이고, 경찰서장과 소방서장이 처분권자로 된 것은 특정고압가스가 가연성이나 유독성 등의 성질을 가지고 있기 때문에 화재·폭발 등으로 인하여 국민의 생명·신체 또는 재산에 가해지는 피해를 미연에 방지하는 차원에서 주어진 것으로 보인다.

(2) 객체

이 경우 처분의 객체는 사용하고 있는 특정고압가스나 특정고압가스의 사용시설이다. “사용시설”이라 함은 액화가스저장설비·압축가스저장설비·배관에 의한 특정고압가스(천연가스를 제외한다)사용 설비·압축모노실란 등을 취급하는 설비·자동차 연료용설비·자동차용 압축천연가스 완속충전설비 등(「고압가스안전관리법 시행규칙」 제46조)이 처분의 객체가 되는 것이다.

181) 「고압가스안전관리법」 제20조 제1항에서 규정하고 있는 특정고압가스의 종류이다.

182) 「고압가스안전관리법 시행령」 제16조에서 규정하고 있는 특정고압가스의 종류이다.

다. 처분의 법적 성질

“특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나, 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치 하는 것”은 특정고압가스에 대한 시설이 법령에서 정하는 기준에 위반되어 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정되는 경우에 행하는 것으로서 물적 시설에 대한 강제처분으로 행정상 즉시강제에 해당한다.

라. 처분권의 행사 절차

현행 「고압가스안전관리법」 제20조 제6항에서는 “특정고압가스시설에서 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때”에 특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나, 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치 할 수 있도록만 규정되어 있다. 따라서 이와 같은 강제처분 규정은 단지 선언적인 것이라고 볼 수가 없겠는데 처분의 실효성을 위해서는 처분의 절차나 처분을 거부 또는 방해했을 경우의 벌칙 등의 규정이 필요하다고 본다.

마. 권한행사의 요건

특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나, 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치 하는 권한행사의 요건은 “특정고압가스사용자가 고압가스안전관리법령에 위반하여 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때”이다. 따라서 화재·폭발·중독 등으로 인하여 사람의 생명·신체 또는 물건에 피해가 예상되는 긴급한 때에 행사되어야 하는 것이다.

2. 液化石油가스 施設에 대한 强制處分

가. 처분권의 개요

「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제27조 제6항에서 “시장·군수·구청장, 경찰서장 또는 소방서장은 액화석유가스 특정사용자가 이 법이나 이 법에 따른 명령을 위반하여 위해를 발생시킬 우려가 있다고 인정하면 액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치할 수 있도록 하고”있다.

나. 처분권의 주체 및 객체

(1) 주체

처분권의 주체는 “시장·군수·구청장·경찰서장 또는 소방서장”이다. 시장·군수·구청장을 처분권자로 한 것은 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」의 운용 주체로서 규정된 것이고, 경찰서장과 소방서장이 처분권자로 된 것은 액화석유가스가 가연성이기 때문에 화재·폭발 등으로 인하여 국민의 생명·신체 또는 재산에 가해지는 피해를 미연에 방지하는 차원에서 주어진 것으로 보인다.

(2) 객체

이 경우 처분의 객체는 사용하고 있는 액화석유가스나 액화석유가스의 사용시설이다. “사용시설”이라 함은 액화석유가스의 충전·저장·판매·사용 및 가스용품 등의 시설이 사용시설이며 처분의 객체가 되는 것이다.

다. 처분권의 법적 성질

“액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나, 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치 하는 것”은 액화석유가스에 대한 시설이 법령에서 정하는 기준에 위반되어 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정되는 경우에 행하는 것으로서 물적시설에 대한 강제처분으로서 이 경우도 행정상 즉시강제에 해당한다.

라. 처분권의 행사 절차

현행 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제27조 제6항에서는 “액화석유가스시설에서 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때”에 액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나, 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치 할 수 있도록만 규정되어 있다. 따라서 이와 같은 강제처분 규정은 단지 선언적인 것이라고 밖에 볼 수 없겠는데 처분의 실효성을 위해서는 처분의 절차나 처분을 거부 또는 방해 했을 경우의 벌칙 등의 규정이 필요한 것이다.

마. 권한행사의 요건

액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나, 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임

시영치 하는 권한행사의 요건은 “액화석유가스사용자가 액화석유가스의 안전관리 및 사업법령에 위반하여 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때”이다. 따라서 화재·폭발 등으로 인하여 사람의 생명·신체 또는 물건에 피해가 예상되는 긴급한 때에 행사되어야 하는 것이다.

V. 强制處分과 節次開示

1. 强制處分과 令狀主義

가. 영장주의 일반

소방경찰법상 강제처분을 비롯한 행정상 강제처분은 때로는 사람의 신체에 강제력을 행사하기도 하고, 주거에 대한 침해를 가져오기도 한다. 그런데 우리 「헌법」 제12조는 신체의 구속에 대하여 그리고 제16조는 주거의 수색이나 물건의 압수에 대하여 각각 법관의 영장을 요하게 하고 있다.

「헌법」 제12조 제1항의 적법절차원리는 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법·행정 등 국가의 모든 공권력작용에 적용되는 헌법상의 기본원리이다.¹⁸³⁾ 하지만 헌법상 영장주의가 행정상 강제처분에도 적용되는가에 대하여는 견해가 나누어져 있다.¹⁸⁴⁾

(1) 영장불요설

헌법상의 영장주의는 형사법상의 원칙에서 연유한 것이고, 모든 즉시강제에 영장주의를 관철함은 결국 즉시강제를 부정하는 것이 되므로 행정상 즉시강제에는 법률에 특별한 규정이 없는 한, 원칙적으로 타당하지 않다고 보는 견해이다.¹⁸⁵⁾

(2) 영장필요설

헌법이 보장하는 영장주의는 널리 통치권의 부당한 행사로부터 국민의 자유와 권리를 보장하기 위한 절차적 보장수단이므로 특별한 예외규정이 없는 한, 영장주의는 행

183) 헌재 1992. 12. 24, 92허가8.

184) 외국의 입법례를 보면 명문으로 행정절차에 의한 자유의 제한에 대하여는 예외를 인정하는 헌법(독일 「기본법」 제13조 제3항, 이탈리아 「헌법」 제13조·제14조, 프랑스 「헌법」 제66조 등)도 있으나, 우리와 같이 명문의 규정을 두지 아니한 헌법(일본·미국 등)도 있다 (박윤훈(상) 623면).

185) 문홍주, 「한국헌법」 (해업사, 1987), 246면.

정상 즉시강제에도 적용된다는 견해이나 오늘날 이러한 견해를 취하는 입장은 없다.

(3) 절충설

이 견해는 원칙적으로 영장필요설에 입각하면서도 행정목적의 달성을 위해 불가피하다고 인정할 만한 특별한 사유가 있는 경우에는 사전영장주의의 적용을 받지 않는다고 한다.¹⁸⁶⁾ 판례도 절충설의 입장을 취하고 있다.¹⁸⁷⁾

나. 소방경찰법상 강제처분과 영장주의

소방경찰법상 강제처분은 앞서도 살펴본바와 같이 소방활동 중 강제처분으로서 소방대의 긴급통행(「소방기본법」 제22조), 소방활동 종사명령(동법 제24조 제1항), 소방대상물 및 토지에 대한 강제처분(동법 제25조 제1항 및 제2항), 주차·정차된 차량 등에 대한 강제처분(동법 제25조 제3항), 위험시설에 대한 긴급조치(동법 제27조)가 있으며, 긴급구조활동 중 강제처분으로서 강제대피조치(「재난 및 안전관리 기본법」 제42조), 응급부담(동법 제45조), 수난구호를 위한 응급조치(「수난구호법」 제7조) 등이 있다. 또한 가스폭발 등 위해발생 방지 등을 위한 강제처분으로서 특정고압가스의 사용을 일시 금지·특정고압가스의 사용시설의 봉인 또는 임시영치(「고압가스안전관리법」 제20조), 액화석유가스의 사용의 일시 금지·액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치(「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제27조) 등이 규정되어 있는바, 이에 대한 영장의 필요 또는 불요 등에 관한 법리 검토인 것이다.

원칙적으로 화재와 재난현장이라는 위급한 상황에서 소화·연소방지·인명구조 등을

186) 김남진(1), 457면; 김향기, 332면; 박윤혼(상), 624면; 석종현(상), 491면; 장태주, 495면.

187) 헌재 2002. 10. 31, 2000헌가12; 구 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」 제24조 제3항 제4호(현행법 제42조 제3항 제3호)호에 따른 음반·비디오물·게임물의 수거와 폐기는 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로 볼 수 없다.

대판 1997. 6. 13, 96다56115; 사전영장주의는 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 하지만, 「헌법」 제12조 제3항 단서도 사전영장주의의 예외를 인정하고 있는 것처럼 사전영장주의를 고수하다가 도저히 행정목적의 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 형사절차에서와 같은 예외가 인정되므로, 구 「사회안전법」(1989. 6. 16. 법률 제4132호에 의해 「보안관찰법」이란 명칭으로 전문 개정되기 전의 것) 제11조 소정의 동행보호규정은 재범의 위험성이 현저한 자를 상대로 긴급히 보호할 필요가 있는 경우에 한하여 단기간의 동행보호를 허용한 것으로서 그 요건을 엄격히 해석하는 한, 동 규정 자체가 사전영장주의를 규정한 헌법규정에 반한다고 볼 수는 없다.

위해서는 영장이 필요 없다고 할 수도 있겠으나, 강제처분이 국민의 권익을 침해한다는 입장에서 본다면 문제가 될 수 있기 때문이다.

행정상 강제처분(즉시강제)은 의무불이행을 전제로 하지 않으면서 국민의 생명·신체·재산에 대하여 실력을 행사하는 작용이므로 자칫 국민의 기본권에 대한 중대한 침해를 가져올 수 있다. 따라서 법치국가에서는 예외적인 행정수단이므로 이에 대한 한계가 필요한 것이다. 따라서 학자들은 일반적으로 실체법적 한계로서 급박성·보충성·비례성·소극성·현재성을 들고 있고, 절차법적 한계로서 영장주의에 대해 필요하다(영장필요설), 그렇지 않다(영장불요설), 원칙적으로 필요하나 행정목적의 달성을 위해 불가피하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 있는 특수한 경우에 한하여 영장주의의 적용을 받지 아니한다는 절충설이 있고, 판례도 절충설을 따르는 경우도 있는 등으로 견해가 나누어져 있음은 앞에서 이미 살펴보았다. 따라서 행정상 즉시강제의 일종인 소방경찰법상 강제처분의 경우에도 영장이 필요한지 등에 대해 따져볼 실익이 있는 것이다.

다. 결어

결론적으로 말하면 소방경찰법상 강제처분 시에는 법관이 발부한 영장은 필요하지 않다고 본다. 왜냐하면 이러한 수단은 공적 안전이나 공적 질서의 유지를 위해 매우 빈번히 도입되는 것으로써 영장주의를 관철시킬 수 없는 것이고, 이 때문에 「소방기본법」 등은 특별구성요건을 둔 것이라고 새기는 것이 합리적이기 때문이다.¹⁸⁸⁾

또한 소방경찰법상 강제처분은 화재·수난 또는 재난현장에서 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막거나 또는 불 속에 있는 사람을 구하는 것은 물론 수난이나 재난현장에서의 인명구조 등을 위해서 행사되기 때문에 실체법적 한계라 할 수 있는 급박성·현재성 등을 모두 갖추고 있을 뿐만 아니라 또한 그 처분이 대부분 대물적 처분이고 설사 대인적 처분이 이루어진다 해도 「수난구호법」 제7조의 경우를 제외하고는 불응 시에도 특별한 제재를 가할 수 없거나 피해를 입지 않도록 하는 퇴거조치 등에 발동되고 직접 인신구속 등 개인의 기본권 침해 등은 없다할 것이므로 형사·사법상의 강제처분과는 달리 영장은 필요치 않다고 본다.

하지만 영장주의의 적용을 받지 아니한 경우에도 영장주의 취지는 충분히 존중

188) 김춘환, 전계 논문, 116면.

되어야 하기 때문에¹⁸⁹⁾ 강제처분권을 행사할 경우는 사전 관계인에게 이해를 구하고 동의를 얻는 절차가 필요하다고 본다.¹⁹⁰⁾

2. 强制處分 命令의 先行 必要性

이미 살펴본 대로 소방경찰법상 강제처분의 주체는 소방활동과 관련해서는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장이고, 긴급구조활동과 관련해서는 소방본부장 또는 소방서장(수난구조의 경우는 소방서장)이며, 가스폭발 등 위해방지 활동 등과 관련해서는 소방서장으로 되어 있으나, 실제로 화재나 재난현장에 투입되어 임무를 수행하는 자는 소방대원이다. 이중 특히 소화활동 중 강제처분의 경우는 화재현장이라는 특수상황 때문에 여타의 강제처분보다 급박하고 시간적 여유가 없는 것이 대부분이다. 따라서 강제처분을 하고 하지 않고의 판단과 실행은 소방대장 등 지휘관의 판단에 의하여 실행되는 것이 아니라, 화재현장 깊숙이에서 진압작전을 행하는 소방대원이 판단해서 할 수밖에 없는데 이때 반드시 먼저 강제처분의 필요성을 보고하여 명령을 받은 후에 처분을 실행에 옮겨야 하는지, 아니면 대원이 먼저 판단하여 처분권을 행사하고 사후에 보고하여도 되는지 아니면 사후보고도 필요 없는지에 대한 법리검토가 필요한 것이다.

왜냐하면 우리 「소방기본법」 제25조는 일본 「소방법」 제29조와는 달리 사안에 따라 처분의 주체를 구분하지 않고 모든 경우에 처분권 자를 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 하고 있기 때문에 생긴 문제라 할 수 있겠다. 즉, 일본 「소방법」에서는 “화재발생이 우려되거나 화재가 발생한 소방대상물 등에 대한 긴급조치(강제처분)”는 消防吏員 또는 消防團員으로 하고 있고, 그밖에 연소가 확대될 염려가 있거나 그 이외 제3의 소방대상물 등에 대한 긴급조치는 消防長 또는 消防署長 등을 주체로 하고 있기 때문에 한계가 분명하다. 하지만 우리의 경우는 “화재가 발생한 소방대상물에 대한 강제처분”의 주체도 소방본부장·소방서장 또는 소방대장이기 때문에 이 경우 강제처분의 명령이 먼저 필요한지가 문제로 될 수 있는 것이다.

결론은 「소방기본법」 제25조 제1항 중 화재가 발생한 소방대상물에 대한 강제처분

189) 유지태, 322면.

190) 이러한 취지에서 강제처분에 관한 각 행정법규에서는 혹은 증표제시를 요하게 하거나(「근로기준법」 제103조 제3항 등), 지체 없이 소속 상관에 대하여 사후보고를 하게하고(「경찰관 직무집행법」 제5조 제3항), 본인의 사전 동의를 받도록 하거나(「검역법」 제11조 제2항), 2이상의 정신과전문의의 일치된 소견을 요하게 하며(「정신보건법」 제25조 제5항), 또한 강제조치를 남용한 공무원의 형사책임을 규정하고 있기도 하다(「경찰관 직무집행법」 제12조); 김춘환, 전계 논문, 116면.

의 경우는 비록 그 주체가 소방본부장·소방서장 또는 소방대장이라 할지라도 현장에 투입된 대원은 사전명령이 없어도 독자적으로 판단하여 강제처분을 할 수 있다고 본다. 그 이유는 화재현장에서의 초기 임무수행은 현장에 도착하여 지휘관으로부터 임무를 부여받은 후 수행하는 것이 아니라, 출동부대편성에 의한 사전명령에 따라 행하는 경우가 대부분이기 때문이고(장시간 소요될 경우는 추가적이거나 별도의 임무부여가 될 수 있음), 또 하나 화재라는 급박한 상황에서 즉시 조치하지 아니하면 더 큰 피해가 예상되거나 인명을 구조해야 하는 경우까지 사전명령이 있어야 한다면 소기의 목적을 적기에 달성할 수 없고 혼란만 야기될 뿐이기 때문이다.¹⁹¹⁾

VI. 過剩強制處分

과잉강제처분에 대한 법리검토는 상당히 중요한 부분이다. 왜냐하면 종전에는 「소방기본법」 제25조의 소화활동 중 강제처분과 관련 과잉처분이라고 했을 때는 주로 과잉주수나 과잉파괴의 부분을 다루었다. 하지만 「소방기본법」이 제정되면서 동법 제27조에서는 “위험시설 등에 대한 긴급조치권”을 신설하여 긴급수리사용권 이외에도 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여도 공급을 차단하는 등 필요한 강제처분권이 신설되었기 때문이다. 과잉주수나 과잉파괴는 그 피해가 비교적 국부적이고 재산상에만 해당되는데 반해서 가스나 전기시설 등을 차단할 경우는 그 피해가 전역적일 뿐만 아니라 사람의 생명이나 신체에도 막대한 영향을 줄 수 있기 때문이다. 따라서 이에 대한 법리검토가 필요하고 중요한 것이다.

1. 火災 등 災難現場에서 過剩強制處分の 類型

화재 등 재난현장에서 소화활동이나 인명구조를 위하여 정상적인 임무를 수행하는 것은 강제처분이라고 볼 수는 없을 것이며, 소방대원이라면 당연히 해야 할 일임에 틀림없고 오히려 소극적으로 임무를 수행하여 피해가 더 많이 발생하게 된다면 이는 직무를 태만히 하게 되는 것과 같다 하겠다.¹⁹²⁾ 따라서 과잉강제처분이 되기 위해서는

191) 성 무, 164면.

192) 2008년 2월 10일 오후 8시 45분경에 발생한 승례문 화재시도 “1시간여 만에 불길을 잡았다고 잘못판단을 했고, 불길의 향방과 규모를 제대로 파악하지 못한 채 소방호스로만 물을 뿌리다 화재를 키웠다는 보도를 하여 소방관의 직무소홀을 지적하기도 했다(동아일보, 「문화재청 신중 요청에 초기 소극대응 1시간 만에 큰불 잡았다 성급한 판단」, 2008. 2. 11, a03면).

정상적인 소화활동 등의 범위를 벗어난 경우만이 이에 해당될 것이며 그 유형을 구분하여 보면 다음과 같은 것이 있을 수 있겠다.

가. 과잉주수

소화활동 중에 물을 뿌리는 일은 가장 기본적이고 당연한 일이라 하겠는데 여기서 물이라 할 때는 꼭 물만을 의미하는 것은 아니고 위험물 등 특수화재의 진화를 위하여 사용되는 포소화약제나 분말소화약제 등도 포함되는 의미임을 밝혀 둔다. 그러므로 화재진화와 인명구조를 위하여 뿌리는 물은 결코 과잉주수가 될 수는 없겠다. 따라서 과잉주수가 되기 위해서는 화재진화나 인명구조와는 상관이 없거나 상관이 있다 하더라도 화재로 인한 피해와 물과 소화약제로 인한 피해를 비교 교량 해 보았을 때 물과 소화약제로 인한 피해가 더 많았다면 과잉주수가 되었다고 할 수 있을 것이다. 그런데 이렇게 과잉주수에 대한 문제를 제기하는 것은 1960년대 이후 특히 1980~90년대에 들어와서 건축물이 심층화·고층화되고 내장재료나 부대시설물이 고급화되었을 뿐만 아니라 대형건물의 경우 운영이나 유지·관리 시스템이 자동화 된 것은 물론 입주한 업체들도 대형전산망을 설치·운영하고 특히 온-라인화 되어 있어 소량의 물이라도 침투되었을 때는 치명적인 피해를 입게 되는 경우가 많기 때문에 과잉주수 문제가 소방의 당면과제로 떠올랐고, 또한 우리 국민들도 이러한 피해를 수인하려들지 않기 때문에 과잉주수가 쟁점이 되게 되는 것이다.

나. 과잉파괴

과잉파괴 역시 과잉주수와 일맥상통하는 처분이라 할 수 있겠는데 화재로 발생한 피해와 그 화재를 진압하기 위해 행한 파괴활동으로 인한 피해를 비교 교량 해 보았을 때 파괴로 인한 피해가 더 많았을 경우를 과잉파괴라고 할 수 있겠다. 과잉파괴가 과잉주수와 함께 쟁점으로 대두하게 된 것은 1960~70년대의 건축물이 대부분 목조건물로서 화재발생시 파괴활동이 아니더라도 자연히 개구부가 개방되거나 설사 그렇지 않다고 하더라도 시건장치가 쉽게 개방되거나 가격이 저렴한 것이 설치된 관계로 별 문제가 없었다. 그러나 1980~90년대에 이르러서는 건물구조가 내화구조의 콘크리트 건물로 대부분 변했고 고층화됨에 따라 화재발생시 내부진입구가 한정될 수밖에 없고 따라서 내부진입을 위해서는 파괴소방이 병행 또는 선행되어야 하는데 과잉파괴는 그 파괴활동의 정도에 따라 과잉여부가 결정될 수밖에 없을 것이다. 만약 사람이 대피하지

못하고 있다거나 즉시 조치하지 아니하면 폭발 등으로 인접 건물 등에 피해가 있을 것이 예상되는 등 긴급한 때에는 어떠한 처분을 하더라도 과잉과괴로는 되지 않겠지만, 특별히 연소 확대의 염려가 없거나 파괴소방이 아니더라도 임무수행에 지장이 없다고 판단 할 수 있음에도 굳이 파괴소방을 택했다면 그것은 과잉과괴에 해당할 수 있을 것이다.

다. 과잉조작

과잉조작은 「소방기본법」 제27조 제1항에서 규정하고 있는 긴급수리시설사용권과 관련이 있겠는바, “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 소방활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도(水道)의 개폐장치 등을 조작할 수 있도록 한 것”이 그것이다. 여기서 물을 사용하는 것은 특별한 문제가 없겠으나, 수도의 개폐장치를 조작하는 것이 문제가 될 수 있다. 차단으로 인해 식수나 생활용수의 공급이 중단되거나 공장에 공급되는 공업용수 등이 차단될 경우 예상하지 못한 피해가 생길 수 있기 때문이다.

라. 과잉차단

사실 수도의 개폐장치 등의 과잉조작은 소방용수의 확보차원이고 물탱크 등을 경유하여 용수를 활용하는 경우가 많기 때문에 그렇게 큰 문제가 발생하지 않을 수도 있다. 하지만 가스·전기·유류 등의 공급시설의 과잉차단은 이보다 훨씬 더 많은 피해가 발생 할 수 있어 문제가 아닐 수 없다. 전기가 공급되지 않아 수술환자가 사망에 이를 수도 있고, 가동 중이던 공장이 멈출 수도 있음은 물론 전기를 전원으로 하는 각종 전산장치 등에도 막대한 피해를 발생하게 할 수 있기 때문이다.

2. 過剩强制處分の 違法性 與否

앞에서 과잉강제처분 즉, 처분권 남용의 유형을 크게 과잉주수와 과잉과괴 그리고 과잉조작과 과잉차단으로 나누어서 살펴보았는데 그렇다면 과잉강제처분이 소방대원에게는 어떠한 영향을 미치고 또한 과잉강제처분으로 피해를 입은 국민이 어떻게 구제를 받을 수 있느냐를 살펴보기 위해서는 과잉강제처분의 성격이 규정되어야 하겠는바, 이하에서 이를 살펴보도록 하겠다.

가. 직무상 위법행위 여부

소방대원이 화재 등 재난현장에서 인명구조나 소화활동을 하는 것은 정당한 직무집행 행위이지만 이 과정에서 앞에서 언급한 과잉처분의 예에 해당할 정도의 도를 넘는 처분을 하였다든지 사적인 감정에 의하여 고의에 의한 처분을 할 수도 있기 때문에 이러한 행위가 직무상 위법행위의 구성과 함께 국가배상책임이 인정되는지와 공무원에 대한 징계 여부를 말하는 것이다.

공무원의 직무상 위법행위로 인한 손해배상 책임이 성립하기 위해서는 ①공무원이 직무를 집행함에 당하여 행한 행위 ②고의 또는 과실로 인한 행위 ③법령에 위반한 행위 ④타인에게 손해를 발생케 하고, 불법행위와 손해 사이에 인과관계가 있을 것 등의 요건을 갖추어야 한다.¹⁹³⁾

이와 관련 소방대원이 화재 등 재난현장에서 화재진압이나 연소방지 그리고 인명구조 등을 위해서 행하는 업무는 법령에 의한 정당한 직무집행이기 때문에 직무상 적법행위임에 틀림없겠으나, 다만 관계인이 가져야 할 경찰책임의 한계를 넘는 처분을 하였다든지 사적인 감정에 의하여 고의에 의한 처분 등을 하였다면 직무상 위법행위가 성립될 수 있고 국가배상법에 의한 국가배상책임이 성립된다고 본다.¹⁹⁴⁾

이 경우 고의·과실의 입증책임은 자기책임설에 의하면 반드시 국가배상을 청구하는 원고가 지는 것은 아니지만, 대위책임설에 의하면 원칙적으로 피해자인 원고가 입증책임을 지게 된다. 그러나 공무원의 과실을 피해자인 원고가 입증하여야 하는 경우에 과실의 입증이 매우 곤란하기 때문에 피해자가 사실상 권리구제를 받지 못하는 경우가 있게 되는 문제가 있으며, 이는 곧 피해자에게 너무 가혹한 것으로 형평에 맞지 않을 수도 있어 국가 측에서도 무과실을 반증하도록 하여 피해자의 입증책임의 부담을 경감시켜주어야 한다는 것이다.¹⁹⁵⁾

나. 형법상 손괴죄 구성 여부

형법상 손괴죄는 타인의 재물·문서 또는 전자기록 등 특수매체의 기록을 손괴 또는 은의 기타의 방법으로 그 효용을 해하는 것을 내용으로 하는 범죄¹⁹⁶⁾를 말한다. 화재 등 재난현장에서 소화활동이나 인명구조 활동을 빙자하여 고의로 타인의 재물 등을 손

193) 석중현(상), 607면.

194) 김춘환(Ⅰ), 675면.

195) 석중현(상), 617면.

196) 이재상, 「형법각론」(박영사, 2007), 451면.

과 했을 경우 또는 현장 지휘자나 대원의 중대한 판단 실수로 인하여 타인의 재물이 과잉손괴 되는 등 피해가 발생했을 경우를 가정하였을 때 제기될 수 있는 쟁점이다.

따라서 화재현장에서 소화활동이나 인명구조 활동 등을 병자하여 고의로 타인의 재물을 손괴 했을 경우는 공무원의 직무상 불법행위가 성립됨은 물론 형법상 손괴죄를 구성한다고 볼 수 있지만 중대한 판단실수 즉, 과실로 인해서 소방대상물의 관계인의 재산에 대해 손괴가 되었을 경우는 직무상 위법행위가 성립될 수 있을 지라도 형법상 손괴죄는 구성하지 않는다고 본다.

다. 미필적 고의에 의한 손괴죄 구성 여부

미필적 고의(Eventualvorsatz)는 행위자가 결과발생을 확정적으로 인식한 것이 아니라 그 가능성만을 인식하는데 그친 경우를 말한다. 즉, 고의의 意的요소인 의사뿐만 아니라 지적요소인 인식 면에 있어서도 확정적 고의에 비하여 그 정도가 낮은 경우이다.¹⁹⁷⁾ 화재 등 재난현장에서의 임무수행 중에도 미필적 고의에 의한 과잉 강제처분으로 손괴죄가 성립될 것인지의 여부를 말하는 것이다. 이 경우는 이론상으로는 가능하다고 보나 현실에서 그것을 밝혀내는 것은 상당히 어려운 일이 아닐 수 없다.

3. 過剩強制處分으로 인한 責任所在

앞에서도 살펴본 바와 같이 화재 등 재난현장에서의 강제처분(「소방기본법」 제25조, 제27조)을 할 수 있는 자는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장 등으로 되어 있으나, 현장에서 인명구조·연소방지 또는 소화활동 등을 직접 행하는 자는 소방본부장 등이 아닌 소방대원이 대부분인데 과잉강제처분으로 인해 손해가 발생하여 배상문제가 대두되었을 때 또는 공무원 자신에게 신분상 책임을 물을 때 명령한 자와 임무를 수행한 자 중 누구에게 책임을 물어야 하는지도 쟁점이 될 수 있겠다.

과잉강제처분으로 인하여 화재가 발생한 소방대상물의 관계인에게 주어진 경찰책임(화재로 사회공공의 안전을 위협하는 상태일 때는 그 소유자 등은 자기의 지배 영역에서 발생한 이러한 상태를 해소할 책임)보다 더 큰 손해가 발생하였을 경우 그 손해를 누가 배상(국가배상 또는 개인배상)하여야 하며, 징계책임의 경우는 누구(강제처분 명령자와 수명자)에게 책임을 물을 것인지에 대한 검토인 것이다.

197) 정영일, 「형법총론」 (박영사, 2007), 136면.

먼저 국가배상이 가능한지인데 「국가배상법」 제2조는 “공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하거나…”라고 규정되어 있어 이를 소방대원과 화재 등 재난현장과 결부하여 풀어보면 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여는 이론의 여지가 없고 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가한 것도 별다른 문제가 없겠으나 “법령에 위반하여”가 문제가 될 수 있다. 화재현장 등에서 강제처분 등의 임무를 수행하는 것이 법령에 위반한다고 보기는 어렵기 때문이다. 그러나 “법령에 위반하여”라 함은 엄격한 의미의 법령위반뿐만 아니라, 인권존중·권력남용금지·신의성실·사회질서 등 원칙의 위반도 포함하여 행위가 객관적으로 부당함을 의미¹⁹⁸⁾하기 때문에 과잉강제처분으로 인해 발생한 피해는 국가배상의 요건을 충족한다 할 것이므로 피해자는 국가배상을 청구할 수 있고 따라서 소방대원 본인이 개인배상을 하여야 하는 것은 아니라고 생각되며¹⁹⁹⁾, 징계책임의 경우 고의나 중대한 과실의 여부에 따라 적용되어야 하겠지만 개별사안에 따라서 해결하여야 할 것으로 판단된다.

第3節 外國의 強制處分

I. 日 本

1. 消防法上 強制處分

가. 소방대의 긴급통행

일본 「소방법」 제27조는 “소방대가 화재현장에 도착하기 위해 긴급한 필요가 있는 경우 일반교통용으로 하지 않는 통로 또는 공공용으로 하지 않는 공지 혹은 수면을 통행할 수 있도록 하여” 소방대의 긴급통행권을 규정하고 있다.²⁰⁰⁾ 긴급통행권에 대해서는 구급업무를 수행하는 구급대에도 인정되며(제35조의8), 타 법규에서 유사권한으로서 소방단원 등의 긴급통행권이 있다(「수방법」 제12조). 이는 우리 「소방기본법」 제22조에서

198) 석종현(상), 618면.

199) 다만 「국가배상법」 제2조 제2항에서는 “공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있으면 국가나 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다”라고 구상권을 규정하고 있다.

200) 関東一, 「消防行政法要論」(東京法令出版株式會社, 平成5年), 233면.

규정하고 있는 소방대의 긴급통행권과 동일한 것이라고 할 수 있다.

나. 소화활동중 긴급조치

(1) 긴급조치의 개요

일본 「소방법」 제29조는 “소화활동중의 대물적인 긴급조치로서 화재가 발생하려 하거나 발생한 소방대상물과 연소의 우려가 있는 소방대상물은 물론 그 이외의 소방대상물과 이들에 딸린 토지에 대해서도 이를 사용하고 처분하고 또는 사용의 제한을 할 수 있는 권한을 消防長 등에게 부여하는 것과 함께, 대인적인 긴급조치로서 화재의 현장 부근에 있는 자로 하여금 소방작업에 종사하도록 하는 권한을 消防吏員²⁰¹⁾ 등에게 부여”하고 있다.²⁰²⁾

(2) 긴급조치의 유형

(가) 화재가 발생하려하거나 또는 발생한 소방대상물의 경우

「소방법」 제29조 제1항에서 “消防吏員 또는 消防團員은 소화 혹은 연소의 방지 또는 인명의 구조를 위해 필요가 있을 때는 화재가 발생하려하거나 또는 발생한 소방대상물 및 이들이 존재하는 토지를 사용, 처분 또는 그 사용을 제한할 수 있도록” 되어 있다.

(나) 연소의 우려가 있는 소방대상물의 경우

「소방법」 제29조 제2항에서 “消防長 혹은 消防署長 또는 소방본부를 두지 않는 市·町·村의 경우는 消防團의 長은 화세·기상의 상황 그 밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 연소방지를 위해 부득이 하다고 인정되는 때는 연소의 우려가 있는 소방대상물 및 그것이 존재하는 토지를 사용하고 처분 또는 그 사용을 제한할 수 있도록” 되어 있다.

(다) (가) 및 (나)목 이외의 소방대상물의 경우

「소방법」 제29조 제3항에서 “消防長 혹은 消防署長 또는 소방본부를 두지 않는 市·町·村의 경우는 消防團의 長은 소화 혹은 연소의 방지 또는 인명의 구조를 위해 긴급한 필요가 있는 때”에 (가) 및 (나)목 즉, “화재가 발생하려 하거나 또는 발생한 소방대상물과 연소의 우려가 있는 소방대상물 이외의 소방대상물 및 토지를 사용하고 처분 또는 그 사용을 제한할 수 있도록” 되어 있다.

201) “消防吏員(소방리원)”은 소방서에서 근무하는 소방관 및 일반직 직원을 말한다.

202) 関東一, 전계서, 235면.

(라) 화재현장 부근에 있는 자에 대한 소방작업 종사명령

「소방법」 제29조 제5항에서 “消防吏員 또는 消防團員은 긴급한 필요가 있는 때는 화재현장 부근에 있는 자를 소화 혹은 연소의 방지 또는 인명의 구조 그밖의 소방작업에 종사시킬 수 있다”고 되어 있다.

(3) 긴급조치권의 발동과 손실보상 등

지금까지 살펴본 바와 같이 일본 「소방법」 제29조에는 소화활동 중에 긴급조치를 할 수 있는 경우가 4가지로 나누어져 있다. 즉, 대물적 긴급조치로서 화재가 발생하려 하거나 화재가 발생한 소방대상물에 대한 긴급조치, 연소의 우려가 있는 소방대상물에 대한 긴급조치 그리고 화재가 발생하지 않았거나 또는 연소의 우려가 없는 소방대상물에 대한 긴급조치가 있고, 또 하나 대인적 긴급조치로서 소방작업에의 종사명령이 그것이다. 그런데 이 경우 중에서 화재가 발생하려 하거나 발생한 경우와 연소의 우려가 있는 소방대상물 등에 대한 긴급조치의 경우는 원칙적으로 손실보상을 하지 않도록 되어 있고, 화재가 발생하지 않았거나 또는 연소의 우려가 없는 소방대상물 등에 대한 긴급조치의 경우에만 손실을 받은 자로부터 그 보상의 요구가 있을 때는 市·町·村이 시가에 의하여 보상하여야 한다고 규정하고 있다(제29조 제3항 후단 및 제4항).

또한 소방작업 종사명령에 의해 소방작업에 종사한 자가 그 때문에 사망하거나 부상하거나 혹은 질병에 걸리거나 또한 폐질이 된 경우에 있어서는 市·町·村은 政令에서 정하는 기준에 따라 그자 또는 그자의 유족에게 그 원인에 따라 입은 손해를 보상하도록 되어 있다(제36조의3).

다. 소방용수에 대한 긴급조치

일본 「소방법」 제30조 제1항에서 “소방본부장, 소방서장 또는 의용소방대장(소방본부를 설치하지 않는 市·町·村의 경우)은 화재현장에 대한 급수를 유지하기 위해 긴급한 필요가 있는 경우에는 수리를 사용하고 또는 용수로의 수문, 樋門(ひもん)²⁰³⁾ 혹은 수도의 제수변의 개폐를 행할 수 있도록” 되어 있는데, 소화활동에서 이러한 권한을 긴급수리사용권이라 한다.²⁰⁴⁾ 우리 「소방기본법」에서는 제27조 제1항에서 이를 규

203) 통문은 빗물이나 수답의 물 등이 강이나 수로로 흘러 보다 큰 강이나 바다에 합류할 경우, 합류하는 강이나 바다의 수위가 홍수나 해일 등으로 될 때에, 그 물이 역류하지 않도록 설치되어 개폐가 되는 수문이다.

204) 關東一, 전계서, 237면.

정하고 있다.

2. 災害對策基本法上 緊急措置

가. 긴급통행차량의 통행로 확보조치

일본 「재해대책기본법」²⁰⁵⁾ 제76조의3에서 “경찰관은 통행금지구역 등에 대해서 차량, 기타의 물건이 긴급통행차량의 통행에 방해가 됨으로 인하여 재해응급대책의 실시 에 현저하게 지장이 생기는 것이 있다고 인정될 때는 당해 차량, 기타 물건의 점유자·소유자 또는 관리자에 대해서 당해 차량, 기타의 물건을 부근의 도로 외의 장소에 이동하는 것, 기타 당해 통행금지구역 등에 대해 긴급통행차량의 원활한 통행을 확보 하기 위해 필요한 조치를 취하는 것을 명하는 것이 가능하도록” 하고 있다.

나. 상황급박에 따른 차량이나 물건의 파괴조치

뿐만 아니라 “조치를 취할 것을 명받은 자가 당해 조치를 취하지 않을 때 또는 그 명령의 상대방이 현장에 없기 때문에 당해 조치를 취하는 것을 명하는 것이 불가능 할 때에는 경찰관은 스스로 당해 조치를 취하는 것이 가능”하다. 이 경우에 경찰관은 당해 조치를 취하기 위해 어쩔 수 없는 한도 내에서 당해 조치에 관계된 차량, 기타의 물건을 파손하는 것이 가능하다.

다. 소방관의 대행조치

또한 긴급통행차량의 통행방해에 따른 차량이나 물건의 이동과 급박한 상황에서의 파손 등은 경찰관이 그 장소에 없을 경우에 한해서 消防吏員의 직무의 집행에 대해 준용하도록 하고 있다. 이 경우 消防吏員의 직무범위는 “소방용 긴급통행차량(소방기관 이 사용하는 긴급통행차량으로서 재해응급대책의 실시를 위해 운전 중인 것을 말한다)의 원활한 운행”에 필요한 경우만 경찰관의 대행조치를 가능하도록 하여 한정적이 기는 하지만 消防吏員에게 강제처분권을 부여하고 있다.

205) <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>

3. 急傾斜面 崩壊로 인한 災害防止에 관한 法律上 緊急措置

일본 「급경사면 붕괴로 인한 재해방지에 관한 법률」²⁰⁶⁾ 제5조에서 “도·도·부·현 지사 또는 그 명을 받은 자 및 위임받은 자(특별히 긴급의 필요가 있다고 인정되는 경우에는 경찰관, 消防吏員 또는 消防團員을 포함한다)는 제4조의 조사를 하기 위해 어쩔 수 없이 필요가 있을 때에는 타인이 점유한 토지에 출입하거나, 특별하게 용도가 없는 타인의 토지에 장비를 두거나 작업장으로 일시적으로 허용하는 것이 가능”하도록 하여 소방관에게 긴급조치권을 인정하고 있다.

II. 캐나다

1. 強制處分을 規定하고 있는 法

캐나다에는 「소방법」(Fire Services Act)²⁰⁷⁾, 「소방안전법」(Fire Safety Act)²⁰⁸⁾, 「방재법」(Fire Prevention Act)²⁰⁹⁾ 등이 있다.

「소방법」은 크게 3장으로 나누어져 있는바, 제1장은 “화재조사·예방 그리고 진압(Investigation, Prevention and Suppression of Fires)”에 대해 규정하고 있고, 제2장은 “화재로부터 탈출(Escape from Fire)”에 대해 정하고 있으며, 제3장은 “일반규정(General Provisions)”을 정하고 있다.

「소방안전법」은 “소방안전 증진과 장려를 위한 법(An Act to Promote and Encourage Fire Safety)”으로서 행정에 관한 것, 소방안전에 관한 것, 화재조사 및 보고에 관한 것 등을 규정하고 있다.

「방재법」은 총9장으로 나누어져 제1장은 관리(Administration), 제2장은 화재조사(Investigations of Fires), 제3장은 명령에 대한 상고(Appeal from Order), 제4장은 화재보고와 기록(Reports and Records of Fire), 제5장은 위반과 처벌(Offences and Penalties), 제6장은 조례(Regulation), 제7장은 산림화재(Forest Fire), 제8장은 지방의 화재서비스(Rural Fire Service), 제9장은 일반사항(General)이 규정되어 있다. 이하에서는 캐나다 온타리오주의 「소방방재법」상 강제처분과 관련된 내용을 살펴보도록 하겠다.

206) http://www.houko.com/00/FS_SE.HTM

207) http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/F/96144_01.htm/

208) <http://www.gov.ns.ca/legislature/legc/statutes/firesafe.htm>

209) <http://www.gov.pe.ca/law/statutes/pdf/f-11.pdf/>

2. 온타리오州 消防防災法上 強制處分

캐나다 온타리오주의 「소방방재법」(Fire Protection and Prevention Act, 1997)²¹⁰⁾ 제5장에서는 위급상황 및 화재조사시의 진입권(Right of Entry in Emergencies and Fire Investigations)에서 다음과 같은 처분권을 규정(13, 14, 15, 16, 17항)하고 있다.

가. 인접 토지 진입을 위한 강제처분

(1) 화재진압, 구조·구급활동을 위한 인접 토지의 진입

「소방방재법」 제5장 제13항 (1)호에서 “소방관 혹은 소방대장에 의해 권한을 부여받은 것과 같은 자, 소방서장 혹은 그의 조력자는 허가증 없이 ㉠화재의 진압이나 구조·구급활동을 제공하기 위하여 화재나 위급상황이 발생했거나 발생한 토지에 인접한 토지 ㉡위험을 제거하거나 감소시킬 목적으로 인명의 안전이나 건강 혹은 자연환경의 질에 심각한 위험이 있는 토지의 인접한 토지에 진입할 수 있도록” 하고 있다.

(2) 화재확대 방지를 위해 필요한 처분을 위한 진입

「소방방재법」 제5장 제13항 (1-1호)에서 “소방관 혹은 소방대장에 의해 권한을 부여받은 것과 같은 자는 허가증 없이 소방대장의 의견에 따라 화재의 확대방지를 위해 필요하다고 생각되는 경우 화재가 발생하고 있는 토지 혹은 그에 인접한 토지상의 건축물, 구조물, 부착물이나 물체를 철거 및 제거하기 위하여 토지에 진입할 수 있도록 규정”하고 있다.

(3) 정리

캐나다 온타리오주의 경우는 우리와는 달리 구조·구급활동에 따른 인접 토지 진입권을 인정하고 있고, 아울러 연소의 확대가 예상되는 토지상의 건축물, 구조물, 부착물이나 물체를 철거 및 제거하도록 하여 파괴소방의 대상을 구체적으로 열거하고 있는 것이 특징이다.

나. 화재원인조사를 위한 강제처분

(1) 토지나 건물에 대한 진입

「소방방재법」 제5장 제14항 (1)호에서 “소방대장이나 소방서장은 허가증 없이 다음

210) http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Statutes/English/97f04_e.htm/

의 경우 토지나 건물에 진입”할 수 있도록 하고 있다. ㉠화재가 해당 토지나 건물에 발생했을 경우 ㉡그가 생각하기에 화재를 유발할 수 있는 물질이나 장치가 그 토지나 건물에 위치하고 있다고 믿을 만한 이유가 있는 경우에 가능하다.

(2) 진입에 관한 권한

「소방방재법」 제5장 제14항 (2)호에서는 앞 (1)호에 따라 토지에 진입할 때 소방서장이나 소방대장은 다음을 할 수 있도록 하고 있다. ㉠해당 토지의 검사를 완료하기 위해 필요한 일정시간 동안 해당 토지나 건물을 봉쇄하거나 진입을 막을 수 있다. ㉡앞 (1)호 ㉠에 따른 진입의 경우, 어떠한 물체나 물질을 해당 토지나 건물로부터 제거하거나 보유 및 검사할 수 있으며, 그 같은 표본을 채취하거나 사진을 찍거나 비디오 테이프를 제작하거나 다른 전자이미지를 제작할 수 있고, 그의 소견에 따라 검사 중 화재의 원인을 판단하기에 도움이 된다고 생각하는 것을 할 수 있다. ㉢그가 필요하다고 생각되는 굴착활동을 할 수 있다. ㉣상세화 된 조건하에서 기계류, 장비 장치가 작동·사용·작동 중에 있도록 요구할 수 있다. ㉤구술 혹은 서면에 의해 어떠한 자에 대해 합리적인 질문을 할 수 있도록 하고 있다.

(3) 정리

이 경우는 화재원인조사를 위한 강제처분에 해당하겠는바, ①토지나 건물에의 진입 ②일정시간 동안 해당 토지나 건물을 봉쇄 또는 차단 ③물체나 물질을 해당 토지나 건물로부터 제거·보유 및 검사, 그 같은 표본의 채취·사진촬영·비디오테이프 제작·다른 전자이미지의 제작 ④굴착 ⑤기계류, 장비 장치가 작동·사용·작동 중에 있도록 요구 ⑥ 구술 혹은 서면에 의한 질문 ⑦소방서장이나 소방대장의 소견에 따라 화재의 원인을 판단하기에 도움이 된다고 생각하는 것까지를 할 수 있는 그야말로 광범위하고도 일반적인 강제처분 권한을 인정하고 있다.

다. 생명에 급박한 위험이 있을 경우의 강제처분

(1) 생명의 급박한 위험에 대한 강제처분의 개요

「소방방재법」 제5장 제15항 (1)호에서 “소방서장이나 그의 조력자 혹은 소방대장은 화재의 위험이 인명에 급박한 위험을 보인다고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우, 허가증 없이 어떤 토지나 건물에 진입하여 위험을 제거하거나 감소시킬 목적”으로 다음과 같은 조치를 할 수 있도록 하고 있다. ㉠토지나 건물 내의 사람을 내보낼 수 있

다. ㉞ 화재감시자를 주둔시킬 수 있다. ㉟ 화재위험을 발생시킬 수 있는 가연성 혹은 폭발성 물질이나 물체를 제거할 수 있다. ㊱ 소방서장에 의한 지령에 따라 ㉟에 의해 제거된 물질이나 물체를 처리할 수 있다. ㊲ 점화원을 제거할 수 있다. ㊳ 소화기와 연기탐지기를 포함하여 임시적인 보호수단을 설치할 수 있다. ㊴ 현존하는 화재안전시스템에 대하여 간단한 수리를 할 수 있다. ㊵ 소방서장, 그의 조력자 혹은 소방대장이 합리적인 근거가 있다면 인명에 대한 위험을 제거하거나 감소시키기 위해 급박하게 요구되는 다른 일들을 할 수 있다.

(2) 소유자에 대한 통지

「소방방재법」 제5장 제15항 (2)호에서는 Ontario 내에서 소유자의 소재가 알려져 있다면, 제15항 제(1)호에 따라 토지나 건물에 진입하는 자는 이 항의 권한을 행사한 후에 신속히 이와 관련된 통지를 소유자에게 보내도록 하고 있다.

(3) 통지서의 게시

「소방방재법」 제5장 제15항 (3)호에서는 앞 (2)호에 따라 통지를 보내는 자는 통지의 사본을 해당 토지나 건물에 게시하도록 하고 있다.

(4) 강제력의 사용

「소방방재법」 제5장 제15항 (5)호에서는 이 항에 따라 토지나 건물에 진입하는 자는 필요시 경찰을 호출할 수 있으며 진입을 위해 강제력을 사용할 수 있도록 하고 있다.

(5) 정리

생명에 대한 급박한 위험이 있을 경우의 강제처분은 「소방방재법」 제5장 제13항 제(1)호의 토지 등에 진입권한과는 달리 “화재현장에서 사람의 생명에 대한 급박한 위험이 있을 경우”의 권한을 별도로 규정한 것으로서 훨씬 더 구체적인 강제처분권을 인정하고 있는바, 사람의 퇴거, 감시자 주둔, 가연성 혹은 폭발성물체의 제거 및 처리, 점화원의 제거, 임시적 보호수단의 강구, 현존하는 화재안전시스템에 대하여 간단한 수리, 기타 인명에 대한 위험을 제거하거나 감소시키기 위해 급박하게 요구되는 다른 일들을 할 수 있도록 정말 세밀하고도 포괄적인 강제처분권을 인정하고 있다. 특이한 점은 이러한 처분을 함에 있어서는 관계인에게 통지를 하도록 의무화하고, 진입을 위해 필요할 경우는 경찰의 조력은 물론 출입문 등을 파괴할 수 있는 가능한 강제력의 발동권도 인정하고 있는 것이다.

라. 조력

「소방방재법」 제5장 제16항에서는 제14항 또는 제15항에 따라 토지에 진입하는 자는 도움이 될만한 다른 어떤 이를 호출할 수 있도록 하고 있다.

마. 신원증명

「소방방재법」 제5장 제17항에서는 소유자나 점유자의 요청에 의하여 제14항, 제15항에 따라 토지나 건물에 진입하는 자는 그 신원을 밝혀야 하며 진입의 목적을 설명하도록 의무화 하고 있다.

바. 개인적인 책임으로부터 보호 및 면책

캐나다 온타리오주의 소방방재법(Fire Protection and Prevention Act, 1997) 제12장 기타사항(PartXII. Miscellaneous)중 제74항 (1)호에서는 “개인적인 책임으로부터의 보호(Protection from Personal Liability)”를 제75항 (1)호에서는 “면책(Indemnification)”을 규정하고 있는바, 그 내용은 다음과 같다.

(1) 개인적인 책임으로부터의 보호

「소방방재법」 제12장 제74항 (1)호에서는 “소방관, 그 소방 협조자, 지역소방안전공무원, 소방안전위원회의 일원, 소방서장의 조력자, 부 소방서장, 소방서장 혹은 그 권위 하에서 행동하는 자가 선의의 목적을 갖고 행한 처분이나 그 또는 그녀의 권한이나 의무로써 실행된 처분이나 그 또는 그녀의 권한 또는 의무를 선의의 목적을 갖고 실행(처분)한 경우 어떤 증거 없이 주장된 태만이나 잘못에 대하여는 피해에 대한 어떤 행동이나 절차를 제기할 수 없다”라고 규정하고 있다.

(2) 법적 비용에 대한 면책

「소방방재법」 제12장 제75항 (1)호에서 “소방관, 그 소방 협조자, 지역소방안전공무원, 소방안전위원회의 일원, 소방서장의 조력자, 부 소방서장, 소방서장 혹은 그 권위 하에 행동하는 자는 다음에서 발생한 합리적인 법적 비용에 대하여 면책 된다”라고 규정하고 있다. 즉, ㉠그가 책임이 있지 않는 경우 민사소송 피소 시 ㉡그가 유죄가 아닌 것으로 밝혀진 경우 형사소송 피소 시 ㉢선의에 의하여 행동한 경우 그의 임무의 수행이 대상이 된 다른 법적 절차의 경우

사. 정리

앞에서 살펴 본대로 캐나다 온타리오주는 화재는 물론 구조·구급활동을 위한 강제 처분권을 인정하는 것은 물론 화재진압, 화재조사, 그리고 생명에 대한 급박한 위협에 대한 조치를 별도로 규정하면서도 처분권한의 내용을 구체적으로 열거하여 어떤 조치가 가능한 것인지를 쉽게 알 수 있도록 하고 있다. 우리 「소방기본법」 제25조에서는 이와 같은 내용을 모두 포함하는 개념으로 “소방활동에 필요한 처분”이라고 간단히 언급하고 있는 것과 비교되는 입법이라 하겠다. 또한 소방관, 그 소방 협조자, 지역소방 안전공무원, 소방안전위원회의 일원, 소방서장의 조력자, 부 소방서장, 소방서장 혹은 그 권위 하에서 행동하는 자에 대하여 선의의 목적을 갖고 행해진 처분이나 그 또는 그녀의 권한이나 의무로써 실행된 처분이나 그 또는 그녀의 권한 또는 의무를 선의의 목적을 갖고 실행(처분)한 경우 어떤 증거 없이 주장된 태만이나 잘못에 대하여는 피해에 대한 어떤 행동이나 절차를 제기할 수 없도록 명시적으로 규정하고, 민·형사나 여타의 법적 절차에 따른 비용에 대한 면책까지를 구체적으로 규정하여 소방관 등을 보호하고 있다.

Ⅲ. 英國과 아일랜드

1. 英國

가. 강제처분을 규정하고 있는 법

영국에는 「소방구조법」(Fire And Rescue Services Act-Uk)²¹¹⁾이 제정·운영 되고 있다. 「소방구조법」은 총7장으로 구성되어 있으며, 제1장은 소방 및 구조기관(Fire and Rescue Authorities)에 대해 규정하고 있는데 잉글랜드와 웨일스는 연합된 소방 및 구조 기관을 창설하는 내용 등을 정하고 있다. 그리고 제2장에서는 소방 및 구조직원의 직무(Functions of Fire and Rescue Authorities)를 규정하고 있는데 화재안전(Fire Safety) 및 소방활동(Fire-Fighting)등을 그 직무의 범위로 하고 있다.

제3장은 행정(Administration)편으로 국가의 소방 및 구조 체제(Fire and Rescue National Framework)등이 규정되어 있고, 제4장은 고용(Employment)편으로 단체협상

211) [Http://Www.Opsi.Gov.Uk/Acts/Acts2004/20040021.Htm/](http://Www.Opsi.Gov.Uk/Acts/Acts2004/20040021.Htm/)

(Negotiating Bodies)등이 그리고 제5장은 소방용수 공급(Water Supply)에 대해, 제6장은 보충사항(Supplementary)으로서 비상사태의 경우 권한(Powers in The Event of Emergency Etc) 등을 규정하고 있으면서 강제처분도 함께 규정하고 있다. 마지막으로 제7장에서는 기타일반사항(General)을 정하고 있다.

나. 소방구조법상 강제처분

영국의 「소방구조법」(Fire and Rescue Services Act-UK) 제6장 보충사항(Part 6 Supplementary)에서는 “긴급상황 등에서의 권한(Powers in The Event of Emergency Etc)”에 대해 정하고 있는바, 제44항에서는 “긴급상황 등에서 소방관의 권한(Powers of Fire-Fighters Etc in An Emergency Etc)”을 규정하고 있으며 그 내용은 다음과 같다.

(1) 강제처분권의 상황 및 내용

「소방구조법」 제6장 제44항 (1)호에서 “소방구조기관에 의해 서면으로 권한을 부여받은 그 기관의 일원은 이 항의 목적을 위해 그가 필요하다고 합리적으로 생각되는 바를 할 수 있다”라고 규정하고 있는바, 권한행사의 전제가 되는 상황은 다음과 같다.

㉠ 화재가 발생했거나 발생하려 한다고 생각하여, 화재의 방지와 진압 혹은 인명과 재산을 보호하기 위한 경우

㉡ 교통사고가 발생했다고 생각하여, 인명을 구조하거나 심각한 위험으로부터 그들을 보호하기 위한 경우

㉢ 다른 종류의 위급사항이 발생했다고 생각하여, 위급사항과 관련하여 소방구조기관에 부여된 임무 수행의 목적을 위한 경우

㉣ ㉠, ㉡, ㉢에 언급된 조치로 인한 재산의 손상을 제한하거나 방지하기 위한 경우

(2) 권한행사(강제처분권)의 범위

「소방구조법」 제6장 제44항 (2)호에서는 “특별히 앞 (1)호에 언급되어 권한을 부여받은 소방구조기관의 직원은 다음의 항 하에서 ㉠필요하다면 강제로 건물이나 장소의 점유자나 소유자의 동의 없이 건물이나 장소에 진입할 수 있다. ㉡소유자의 동의 없이 차량을 옮기거나 침입할 수 있다. ㉢도로를 차단할 수 있다. ㉣교통을 막거나 통제할 수 있다. ㉤건물이나 장소에 대해 사람의 접근을 제한할 수 있다.

(3) 권한 행사를 방해한 자에 대한 조치

「소방구조법」 제6장 제44항 (3)호에서는 “만약 합리적인 이유 없이 이 항에 의해 권한이 부여된 조치를 행하는 소방구조기관의 직원을 방해하는 경우 범법에 해당 한다”라고 규정하고 있다.

(4) 방해한 자에 대한 벌칙

「소방구조법」 제6장 제44항 (4)호에서는 “(3)호에 의한 범법자는 약식재판을 통해 표준등급 상 3등급을 초과하지 않는 벌금에 처 한다”라고 규정하고 있다.

2. 아일랜드

가. 강제처분을 규정하고 있는 법

아일랜드 「소방법」(Fire Service Act 1981) 제3장 화재진압과 안전(PART III Fire Fighting and Fire Safety)중 보조권한(Ancillary powers)에는 다음과 같은 권한이 주어져 있다.

나. 소방법상 강제처분

(1) 처분 권한의 기본적인 내용

「소방법」 제3장 보조권한(Ancillary powers) 제28항 (1)호에서 “화재나 다른 위급상황의 통제자는 개인적으로 혹은 사고현장의 소방대원으로서 혹은 경찰대원으로서 혹은 권한을 부여받은 다른 자로서, 필요하다면 강제적으로 화재의 진화나 인명과 재산을 구조하거나 보호하기 위하여 소견 상 필요하거나 유리한 행위”를 하며, 특히 ㉠화재가 발생했거나 위급상황이 존재한다고 믿어질 만한 이유가 있는 토지나 건물 혹은 그 인근에 진입할 수 있다. ㉡소유자에 의해 토지나 건물을 소개(疏開)²¹²⁾하게 할 수 있다. ㉢건물이나 그 일부를 철거 및 파괴할 수 있다. ㉣공공 혹은 사적인 것이든 물(소방용수)의 공급을 이용할 수 있다. ㉤인공적이거나 자연적인 유수, 호수, 못 혹은 기타 공급원으로부터 물(소방용수)을 취수할 수 있다. ㉦화재나 위급상황이 발생한 부

212) “소개(疏開)”란 공습이나 화재 따위에 대비하여 한곳에 집중되어 있는 주민이나 시설물을 분산하는 것을 말한다.

근으로부터 물체를 제거할 수 있도록 규정하고 있다.

(2) 추가적인 권한

「소방법」 제3장 보조권한(Ancillary powers) 제28항 (2)호에서는 다음과 같은 추가적인 권한이 부여되어 있다. ㉠화재나 다른 위급상황의 통제자는 물(소방용수)의 더 많은 공급과 더 높은 압력을 위해 그가 지시하는 어떠한 방법으로 주 배관으로부터 사용가능한 물을 통제하도록 요구할 수 있다. ㉡다른 재산의 보호를 위해 필요하다고 생각하는 경우, 물의 사용과 다른 진화요원들이 그 재산을 위해 관입(통과)할 수 있다. ㉢소방기관, 화재나 다른 위급상황의 통제자 혹은 이 항에 따라 그의 권한 하에 행동하는 자에 대하여 어떠한 소송도 취할 수 없도록 하고 있다.

(3) 방해한 경우의 조치

「소방법」 제3장 보조권한(Ancillary powers) 제28항 (3)호에서는 “화재나 위급상황을 통제하는 자 혹은 그의 권한 하에 있는 자, 경찰대원, 이 조항에 따른 자의 이행을 고의적으로 막거나 방해하는 자는 범법에 해당 한다”라고 규정하고 있다.

(4) 손상발생에 대한 의제

「소방법」 제3장 보조권한(Ancillary powers) 제28항 (4)호에서는 “이 조항에 따른 권한의 행사로 인해 재산에 대한 손상이 일어난 경우, 이 손상은 다방면적 목적으로 그리고 특히 보험의 계약 목적상, 화재나 위급상황으로 인해 발생한 것으로 본다”라고 규정하고 있다.

(5) 보험과의 관계

「소방법」 제3장 보조권한(Ancillary powers) 제28항 (5)호에서는 “이 항에 따른 권한의 행사에 의해 발생한 손상의 위험을 배제하거나 배제하는 효과를 의미하는 보험계약 내의 조항이나 조건은 어떤 행사된 권한과 관련하여 화재나 위급상황에 의해 직접적으로 발생한 손상의 위험이 계약에 의해 적용되는 경우 법적 구속력이 없다”라고 규정하고 있다.

다. 임무수행의 실패로 인한 면책

아일랜드 「소방법」(Fire Service Act 1981) 4장 재정과 행정(Part IV Finance and Administration)중 “장관, 소방기관과 보건기관의 책임면제(Immunity of Minister, Fire Authorities and Sanitary Authorities)”규정 제36항에서는 “이 법에 따른 임무를 수행

하는데 실패하여 원인이 있거나 그렇다고 주장되는 인명과 재산에 대한 피해에 대하여, 장관이나 소방기관 혹은 보건기관 그와 같은 기관의 직원이나 고용인, 또는 그에 의한 참여자에 대해 피해의 회복에 대한 소송이나 절차를 취할 수 없다”라고 규정하고 있다.

3. 英國과 아일랜드의 比較

영국의 경우 건물이나 장소에의 강제진입, 차량의 이동이나 문의 개방과 검색, 도로의 차단, 교통통제, 접근제한 등 비교적 소상한 강제처분권을 규정하고 있고, 아일랜드의 경우 “화재나 다른 위급상황의 통제자는 개인적으로 혹은 사고현장의 소방대원으로서 혹은 경찰대원으로서 혹은 권한을 부여받은 다른 자로서 필요하다면 강제적으로 화재의 진화나 인명과 재산을 구조하거나 보호하기 위하여 소견상 필요하거나 유리한 행위”를 할 수 있도록 하고 있다. 따라서 여기까지의 내용은 추상적인 부분에서 우리 「소방기본법」 제25조와 비슷하다 하겠다. 하지만 아일랜드는 우리와 달리 구체적인 처분의 내용을 6가지로 구분하여 규정하고 있으며, 또한 추가적인 권한이라 하여 3가지를 더 규정하고 있어 모두 9가지로 세분하여 입법함으로서 소방대원은 물론 일반국민들도 처분 권한을 구체적으로 알 수 있도록 하고 있는 것이다. 방해한 경우의 범법 의제, 손상발생에 대한 의제, 보험과의 관계 등을 규정하고 있는 특징이 있다.

또한 아일랜드는 강제처분권에 대한 구체적인 내용의 열거는 물론 임무수행 실패로 인한 면책까지 규정함으로써 소방관의 임무수행에 대한 신뢰를 법적으로 표시하고 있는 점은 우리나라와는 대비되는 입법이라 하겠다.

IV. 美 國

우리 「소방기본법」에서 규정하고 있는 소화활동 중 강제처분²¹³⁾과 같은 명문의 규정이 있는지를 확인하기 위해 미연방국가방화협회준칙(NFPA code) 목차와 미합중국 화재법의 최초 모델이라 할 수 있는 The Uniform Fire Code(UFC)를 살펴보았지만 직접적인 규정은 찾을 수 없었다. 다만 UFC 제104절 (위험한 현장조사와 통제)에서 생명 또는 재산보호와 관련된 긴급상황에서는 화재현장 책임자 또는 화재담당 부서

213) 소방대의 긴급통행, 소화활동 중 강제처분, 위험물질 등에 대한 긴급조치 등을 말한다.

공무원에게는 사람이나 탈 것 혹은 현장으로 접근하는 어떤 것을 금지시킬 권한이 주어지고, 화재진압 부서의 작용에 방해가 될 수 있는 여러 가지 것들을 현장으로부터 제거할 권한이 주어진 것이 그것이다.²¹⁴⁾ 다만, 텍사스주나 일리노이주의 경우는 주 법전에 우리의 강제처분과 유사한 제도가 있고 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

1. 텍사스주

미국 텍사스주의 경우 정부 법전(Government Code)4편 행정부(Title 4. Executive Branch) 418장 비상사태관리(Chapter 418. Emergency Managemnet)²¹⁵⁾에는 다음 내용이 규정되어 있다. 요약하면 화재 등 재난에 대응하기 위해서는 어떠한 사적인 재산이라도 징발하여 사용할 수 있고, 특히 화재발생의 경우 파괴소방도 가능하도록 규정함은 물론 파괴에 따른 손실보상에 대해서도 규정하고 있다.

가. 공공 및 사적 자원의 활용 (§ 418.017)

먼저 주지사는 재난에 대응하기 위해 합리적으로 필요한 주정부와 지방정부의 모든 이용 가능한 자원을 사용할 수 있고, 주지사는 응급 활동을 실행하거나 촉진하기 위해 주 행정부와 기관들의 자원·인원·기능들을 임의적으로 재할당할 수 있도록 되어 있다. 또한 주지사는 이 장의 보상 요구규정을 준수하여 재난에 대응하기 위해 필요하다고 여기는 어떠한 사적인 재산을 징발하거나 사용할 수 있도록 하고 있다.

나. 서비스와 재산에 대한 보상 (§ 418.152)

서비스와 재산의 취득 및 사용은 다음과 같은 한도 내에서만 보상될 수 있는바, 특정한 경우에 이 장에서 인정되는 의무사항을 과한 경우, 청구자가 서비스나 재산을 보상 없이 스스로 지원했다고 보이지 않는 경우가 보상될 수 있다.

또한 개인적인 서비스는 법령에 의한 경우를 제외하고는 주나 지방정부 혹은 기관에 의해 보상되지 않으며, 재산에 대한 보상은 해당 재산이 재난에 대응하기 위해 징발되거나 사용된 경우 그리고 그의 사용이나 파괴가 주지사 또는 주 재난대책단의 일원에 의해 지시된 경우에만 가능하도록 하고 있다.

214) International Fire code Institute, 「The uniform fire code」 (california : International conference of Building officials western Fire chiefs Association, 1994), P.1~6.

215) <http://tlo2.tlc.state.tx.us/statutes/gv.toc.htm>

다. 건물의 파괴청구

미국 텍사스주의 경우 지방정부 법전(Local Government Code)11편 공공안전(Title 11. Public Safety) 342장 지방화재 방지(Chapter 342. Municipal Fire Protection)²¹⁶⁾에는 건물의 파괴 청구(§ 342.005)와 관련 다음과 같이 규정하고 있다.

(1) 파괴명령

지자체에 있는 건물에 화재가 발생하고 있다면 소방부서의 주 혹은 대리 기술자는 주지사의 동의로 위협하며 인접한(부가적인) 건물에 화재를 전파할 수 있다고 판단되는 화재가 발생한 건물을 파괴하도록 명령할 수 있다.

(2) 공무원의 면책

다음 (3)호에 의한 경우를 제외하고, 앞 (1)호에 의해 활동하는 해당 지자체와 공무원들은 그 파괴로 인한 피해에 대해 책임을 지지 않도록 되어 있다.

(3) 보상의 신청 및 위원회의 구성

건물이 파괴된 경우 6개월 이내에 해당 건물에 이해관계가 있는 자는 서면으로 지자체 이사회에 그의 피해를 평가하여 보상 요구를 신청할 수 있다. 이사회와 청구자가 그 조정안에 대해 동의하지 않는다면 신청서를 3명의 위원에게 회부할 수 있는데, 한 명은 청구자에 의해, 한 명은 이사회에 의해, 그리고 한 명은 두 집단에 의해 공동으로 선임된다. 위원들은 선거권이 부여된 자이면서 지자체에서 토지를 소유한 자이어야 하며, 위원들은 정직하게 그들 능력의 최선을 다하여 임무를 수행할 것을 선서한다.

위원들은 증인을 소환할 수 있으며 이들을 선서하게 할 수 있다. 위원들은 모든 집단에 대해 공정하고 편견 없이 의견을 들으며 각 모임의 시간·장소에 관한 통지를 보내며, 위원들은 지자체가 해당 건물을 파괴하지 않았을 경우에 해당 건물이 붕괴되었을 가능성과 파괴에 의해 발생한 보험손상액을 고려하여야 한다. 위원들은 어떠한 피해도 청구자에게 정당하게 참작될 수 없음을 통보할 것이며, 피해의 평가에 대한 보고서가 만들어지고 확정되면, 이사회에 의한 보고서의 조건에 대한 동의는 이들 피해에 대한 배상을 구성한다.

216) <http://tlo2.tlc.state.tx.us/statutes/lg.toc.htm>

2. 일리노이주

미국 일리노이주 주법령집(The Illinois Compiled Statutes)²¹⁷⁾ “권리와 구제편”(Rights And Remedies) 제740장 민사책임(Chapter 740. Civil Liability) 75항의 소방관 책임법령(Fire Fighter Liability Act)에는 다음과 같이 규정되어 있다.

고용된 소방관이나 방화관청 혹은 합동방화단체에 의해 권한을 부여받은 자발적인 소방인력이 기계화소방장치의 부주의한 작동에 의하여 어떠한 인명이나 재산에 대한 손해가 발생한 경우, 부상자 혹은 손해를 입은 재산의 소유자 혹은 부상자 또는 소유자의 대리인이나 고용인의 사고의 원인이 되는 부주의가 없었다면, 이를 위하여 소방인력이 그의 임무를 수행하는 방화관청이나 합동방화단체가 손해에 대하여 책임이 있도록 하고 있다.

화재를 방지하거나 진화하는 동안 어떠한 소방 인력이나 방화관청 혹은 합동방화단체에 의해 권한을 부여받은 자발적인 소방인력은 그의 임무를 수행하기 위해 어떠한 개인, 기업, 사적이거나 지방 자치제, 일리노이 주의 토지에 진입할 수 있으며, 해당 토지에 대한 진입에 대하여 형사적 혹은 민사적으로 책임을 지지 않는다. 어떠한 경우에도 이와 같은 소방인력은 그의 직무를 수행하는 동안 그에 의해 발생한 인명이나 재산에 대한 손해에 대하여 그와 같은 손해가 그의 고의적이고 터무니없는 부정행위로 인한 것이 아닌 한 책임을 지지 않는다.

3. 整 理

미국의 경우 연방정부에 연방소방청(United States Fire Administration)이 있지만 이는 화재통계 및 분석 등 총체적 소방정책과 조정사무 등을 제공하고, 실질적인 소방 업무는 주정부 차원에서 이루어지며, 소방법 역시 전국적으로 적용되는 소방법은 없고 주로 주정부 단위로 비상사태 등을 정한 법령과 함께 소방관계 법령이 제정 시행됨에 따라 우리나라나 일본 등과 유사한 법령은 없다. 하지만 앞에서 살펴 본대로 텍사스주나 일리노이주의 경우 화재진압이나 연소방지 등을 위해서는 건물파괴 등 소위 즉시강제의 권한을 주고 있을 뿐만 아니라, 정당한 직무집행과 관련해서는 소방공무원에게 책임을 묻지 않는 면책규정까지 두고 있는 것은 우리나라보다 진일보한 입법이라고

217) <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2035&ChapAct=740%26nbsp%3BILCS%26nbsp%3B75%2F&ChapterID=57&ChapterName=CIVIL+LIABILITIES&ActName=Fire+Fighter+Liability+Act%2E>

판단되고 우리도 이에 대한 입법검토가 필요하다고 본다.

V. 比較 檢討

지금까지 일본, 캐나다, 영국·아일랜드, 미국 등 5개 나라의 화재진압 등 소방활동과 관련된 강제처분(긴급조치)권에 대해 살펴보았다. 보다 상세한 비교검토는 제5장 문제점 및 대책 편에서 하도록 하고 우선 이해를 돕기 위해 몇 가지 사항을 비교하고자 한다.

1. 各國의 強制處分 法制方式 및 內容

먼저 각국의 강제처분 법제측면을 보면 우리나라의 경우 소방본부장·소방서장 또는 소방대장 등에게 화재, 재난·재해현장에서의 소방활동을 위해 「소방기본법」, 「재난 및 안전관리기본법」, 「수난구조법」, 「고압가스안전관리법」등에서 각각 강제처분을 할 수 있도록 하고 있다. 일본 역시 「소방법」을 비롯하여 「재해기본법」, 「급경사면 붕괴로 인한 재해방지에 관한 법률」등에서 소방본부장·소방서장 또는 소방단장에게 긴급조치(강제처분)권을 인정하는 등 법제측면에 있어서는 우리나라와 가장 유사한 것으로 나타났다. 물론 내용면에서도 일본 「소방법」과 우리 「소방기본법」은 매우 유사하다. 다만 1958년 우리의 「소방법」을 제정한 후 그동안 사회여건의 변화에 따라 많은 개정 작업과 「소방기본법」으로의 대체과정에서 조문의 구성과 내용 등에서는 상당부분 상이한 점이 있다.

또한 미국은 연방공화국으로서 연방정부 차원의 통일된 소방법이 존재하지 않음은 물론 각 주정부별로도 소방에 관련된 법률만 따로 제정하지 않고 다른 법률의 일부로서 소방서장 등에게 화재나 재난·재해 시 강제처분권을 인정하고 있다.

하지만 캐나다는 연방정부 차원의 「소방법」(Fire Services Act), 「소방안전법」(Fire Safety Act), 「방재법」(Fire Prevention Act)이 있고, 주단위에서도 소방에 관련된 별도의 법이 제정되어 있음을 알 수 있다. 영국 또한 「소방구조법」(Fire and Rescue Services Act-UK) 이, 아일랜드는 「소방법」(Fire Service Act)이라는 단일법이 있고 그 안에서 강제처분권을 규정하고 있는 등 각국의 역사나 입법전통에 따라 법제방식이나 내용이 조금씩 다를 수 있다.

2. 强制處分 權限 內容의 具體性

우리나 일본의 경우는 “소방대상물과 토지의 일시사용, 사용제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다”라고 하여 구체적으로 어떤 처분까지를 할 수 있는지는 열거되어 있지 않다. 다만 학자들이 이를 파괴소방²¹⁸⁾으로만 정의하고 있는 정도라는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다.

하지만 캐나다(온타리오주), 영국·아일랜드, 미국(텍사스주)의 경우는 어떠한 처분을 할 수 있는지 그 범위를 구체적으로 열거하고 있어 소방관은 물론 일반국민들도 쉽게 이해할 수 있도록 하였고, 추후에 생길 수 있는 분쟁에도 대비할 수 있도록 하고 있다.

뿐만 아니라 이에 부가하여 아일랜드의 경우는 소위 “개괄적 수권조항”이라 할 수 있는 내용(화재나 다른 위급상황의 통제자는 개인적으로 혹은 사고현장의 소방대원으로서 혹은 경찰대원으로서 혹은 권한을 부여받은 다른 자로서, 필요하다면 강제적으로 화재의 진화나 인명과 재산을 구조하거나 보호하기 위하여 소견 상 필요하거나 유리한 행위를 하며)까지를 입법하고 있는 것이 우리나라와는 차이가 있는 점이고 특징이다.

3. 免責規定 立法

우리의 경우 소방관 등의 직무수행과 관련 「소방기본법」을 비롯하여 강제처분을 규정하고 있는 법률 등에는 어디에도 면책에 대한 사항을 규정하지 않고 있고, 일본의 경우도 면책에 관한 직접적인 규정은 없다.

하지만 캐나다의 경우는 소방관 등이 선의의 목적을 갖고 행한 처분의 경우 어떤 증거 없이 주장된 태만이나 잘못에 대하여는 피해에 대한 어떤 행동이나 절차를 제기할 수 없도록 명시적으로 규정하고 있으며, 민·형사나 여타의 법적 절차에 따른 비용에 대한 면책까지를 구체적으로 규정하고 있다.

또한 아일랜드의 경우는 「소방법」(Fire Service Act 1981)에 따른 임무를 수행하는데 실패하여 원인이 있거나 그렇다고 주장되는 인명과 재산에 대한 피해에 대하여, 장관이나 소방기관 혹은 보건기관 그와 같은 기관의 직원이나 고용인 또는 그에 의한 참여자에 대해 피해의 회복에 대한 소송이나 절차를 취할 수 없도록 하여 정상적인 직무수행에 대해서는 실패에 대한 책임까지도 면책을 규정하고 있다.

218) 박윤훈(상), 626면; 김남진(I), 455면.

미국 텍사스주의 경우도 화재발생 건물의 파괴에 대한 면책을 규정하고 있고, 일리노이주 역시 토지의 진입에 대하여 형사적 혹은 민사적으로 책임을 지지 않도록 하고 있으며, 어떠한 경우에도 소방관 등이 직무를 수행하는 동안 그에 의해 발생한 인명이나 재산에 대한 손해에 대하여 그와 같은 손해가 고의적이고 터무니없는 부정행위로 인한 것이 아닌 한 책임을 지지 않도록 하고 있다.

4. 損失補償

우리나라의 경우 소화활동 중 강제처분에 따른 손실보상, 위험시설의 긴급조치에 대한 손실보상, 그리고 긴급구조활동 중 응급부담에 대한 손실보상을 규정하고 있고, 소방활동 종사명령과 긴급구조현장에서의 구조활동 종사명령에 대한 희생보상이 규정되어 있다.

일본도 우리와 비슷하지만 급수유지의 긴급조치권²¹⁹⁾ 행사시 우리와는 달리 손실보상이 규정되어 있지 않아 일본 「헌법」 제29조 제3항에 의한 손실보상이 가능한지 등에 대해 판례가 있을 뿐이다. 미국 텍사스주의 경우도 손실보상을 규정하고 있는 등 적법한 직무집행에 대한 손실발생시 이에 대한 보상을 해주도록 하고 있다.

219) 우리 「소방기본법」에서는 급수유지의 긴급조치권을 제27조(위험시설 등에 대한 긴급조치) 제1항에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 소방활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도의 개폐장치 등을 조작”할 수 있도록 규정하고 있다.

第4章 强制處分과 損失補償

행정상 손실보상(Entschädigung, compensation)은 공공필요에 의한 적법한 공권력 행사로 인하여 개인에게 과하여진 “특별한 희생”에 대하여 사유재산권의 보장과 전체적인 공평부담의 견지에서 행정주체가 행하는 조절적인 재산적 전보를 말한다.²²⁰⁾

우리 「헌법」 제23조에서는 먼저 국민의 재산권을 보장함을 천명하고 다만 그 내용과 한계는 법률에 위임하면서 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 규정하고, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 하도록 규정하고 있다.

이에 따라 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 등 각 개별법에서 공공의 필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 등을 규정하면서 아울러 이러한 침해에 대해 손실보상을 해주도록 하고 있다.

뿐만 아니라 소방경찰법에서도 소방대상물 및 토지를 일시사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분 즉, 파괴소방 등을 하게하거나 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동 할 수 있도록 하면서 아울러 이러한 강제처분으로 인해 손실이 발생했을 경우 이를 보상(생명·신체의 침해에 대한 희생보상 포함) 해주도록 규정하고 있는 것이다. 「소방기본법」 제25조 제4항(소화활동 중 강제처분으로 인한 손실보상)과 동법 제27조 제3항(위험시설 등에 대한 긴급조치로 인한 손실보상)이 대표적인 것이며, 「재난 및 안전관리 기본법」 제64조 제1항(제45조의 응급부담으로 인한 손실보상)에서도 손실보상을 규정하고 있다.

이하에서 재산권보장과 손실보상에 관한 실정법적근거를 비롯하여 소방경찰법에서 규정하고 있는 유형별 강제처분과 그에 따른 구체적인 손실보상의 방법·범위 등을 살펴보고, 아울러 소방활동 종사명령 등에 의해 화재현장이나 그밖의 재난현장에서 소방활동에 종사하다가 사망하거나 부상을 입은 자에 대한 보상 즉, 희생보상을 규정하고 있는 내용도 함께 살펴보도록 하겠다.

220) 석종현(상), 650면.

第1節 財産權保障과 損失補償에 관한 法的根據

I. 損失補償의 憲法的 根據

1. 財産權保障의 根據

우리 「헌법」 제23조는 이른바 사회적 법치국가에 대한 헌법의 근본적인 가치결정의 하나로서 재산권을 보장하고 있다. 「헌법」 제23조는 개인의 모든 재산적 가치가 있는 권리를 보장하고 있으나 그것은 개인의 임의적이고 자의적인 행사에 예속되고 있는 재산권에 대한 보장이 아니라 사회적으로 기속된 즉, 공공의 복리에 대하여 의무 지워지고 책임지고 있는 재산권에 대한 보장을 의미한다.²²¹⁾

「헌법」 제23조는 3개의 조항으로 되어 있다. 그 요지는 개인의 재산권은 보장된다는 것, 재산권의 내용은 법률로 정한다는 것, 재산권의 내재적 한계로서 재산권은 공공복리에 적합하게 행사되어야 한다는 것, 그리고 공공필요에 의한 재산권의 의도적 침해를 인정하면서 소위 공용수용의 요건들에 관하여 규정하고 있다.²²²⁾ 소방경찰법상 강제처분 역시 헌법정신에 따라 화재나 각종 재난발생시 이를 진압하거나 인명을 구조한다는 공공의 필요에 따라 이를 규정한 것이고 만약 재산권이 침해되었을 때는 이에 대한 손실을 보상하도록 하고 있는 것이다.

2. 財産權에 대한 公用侵害(收用·使用·制限)와 正當한 補償

가. 재산권의 사회적 기속과 공용침해의 관계

「헌법」 제23조 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다고 규정하고 있다. 「헌법」 제23조는 재산권의 내용과 한계(제1항 제2문)와 재산권에 대한 공용침해(제3항)를 각각 독자적인 법제도로서 규율하고 있다. 「헌법」 제23조 제1항 제2문은 재산권의 내용과 한계에 대한 일반적이고 추상적인 규율인 반면에 「헌법」 제23조 제3항은 공적 목

221) 정하중, “헌법재판소의 판례에 있어서 재산권보장”, 「헌법논총」 제9집, 1998, 282면.

222) 김해룡, “헌법상 재산권보장과 행정상 손실보상의 근거법리들에 관한 고찰”, 「고시계」, 2003. 9, 16면.

적을 위하여 보상을 조건으로 한 재산권주체의 재산권의 수용·사용 그리고 제한을 의미한다.²²³⁾

나. 공용침해의 요건

(1) 재산권에 대한 공용침해

공용침해의 한 형태로서 “수용”이란 공용수용을 의미하는바, 공공필요를 위하여 국가·공공단체 또는 사업주체가 개인의 특정한 재산권을 강제적으로 취득하는 것인데 그 전형적인 경우로서 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에서 규율하고 있는 토지수용이 있다. “사용”은 공용사용을 의미하며 이는 국가·공공단체 또는 사업주체가 공공필요를 위하여 개인의 재산권을 일시적으로 그리고 강제적으로 사용하는 것을 의미한다. “제한”은 국가·공공단체 또는 사업주체가 개인의 특정한 재산권에 대하여 가하는 모든 공법상의 제한으로 이의 전형적인 경우로서 계획제한·보전제한·사용제한 등을 들 수가 있다. 이와 같은 공용침해는 직접 법률의 형식에 의한 공용침해(입법적 공용침해)와 법률에 근거한 행정작용에 의한 공용침해(행정적 공용침해)를 들 수 있다. 행정작용에 의한 공용침해에는 그것이 법적행위이든 사실행위이든 무관하다.²²⁴⁾

(2) 공공필요

재산권에 대한 공용침해는 공공필요를 위하여만 가능한바 이러한 공공필요는 전형적인 불확정개념으로서 그 내용에 대하여 학설에서 논란이 되고 있으나, 일반적으로 「헌법」 제37조 제2항의 국가안전보장·질서유지·공공복리를 포괄하는 보다 넓은 개념으로 보는 것이 타당할 것이다.²²⁵⁾

(3) 공용침해에 대한 법률유보

판례에 의하면 행정상 손실보상을 청구하기 위해서는 개별 법률에 손실보상의 근거가 있어야 한다. 개별 법률에 손실보상의 근거가 있어야 한다는 것은 이론적으로 볼 때, 재산권에 대한 침해를 야기하는 행정작용이 이루어지기 위해서는 법률유보원칙상 법률에 반드시 재산권 침해의 근거규정이 있어야 하고, 이와 같은 재산권에 대한 침해

223) 정하중, 전계 논문, 324면.

224) 상계 논문, 326면.

225) 김철수, 전계서, 543면.

를 허용하고 있는 개별 법률 속에 그에 대한 보상을 명하는 규정이 반드시 존재하여야 한다는 불가분조항을 두어야 함을 말한다.²²⁶⁾

재산권 침해근거와 그러한 침해로 유발될 손실에 대한 보상명령 규정은 반드시 서로 결부되어 규정되어야 한다는 것이다. 이와 같은 불가분조항의 요청은 첫째 재산권이 비록 헌법상 보장되어 있다고 하더라도 법률로서 그 내용의 확정이 가능하고 공공의 필요를 충족시키기 위한 경우에도 법률로써 재산권 침해의 근거를 두고 있는 경우, 어떠한 재산권에의 제약 내지 침해가 법률에 의한 내용확정에 해당하는지 여부가 불명확하기 때문에 헌법상 보장된 재산권에 대한 본질적 침해에 대하여는 당연히 입법자 스스로 이를 보상하도록 하는 규정을 두어야만 위헌적인 법률이 되지 않는다는 이유에서이다. 둘째 입법자가 재산권 침해근거 규정과 손실보상 근거규정을 마련하게 하는 불가분조항의 요구는 실질적으로 입법자가 공공의 필요에 의해 허용한 재산권의 침해가 사회적 제약범위를 넘는 특별한 희생인가를 스스로 판단하여 재산권의 본질부분에 대한 보장에 주의를 기울이게 하는 의미도 지닌다. 따라서 입법자가 규정한 손실보상근거는 바로 입법자가 허용한 재산권의 제약이 사회적 제약의 범위를 넘는 특별한 희생이라는 징표로서의 의미를 지닌다. 이는 법상 허용된 재산권에의 침해가 특별희생인지 아닌지를 입법자가 판단케 하는 것이 가장 합당하다는 국가이론상 정당성의 논거로서도 뒷받침되고 있다.²²⁷⁾

(4) 특별한 희생과 정당한 보상

국가 및 공공단체 등의 보상의무를 발생시키는 「헌법」 제23조 제3항 의미의 공용침해가 발생되기 위해서는 피침해자에게 특별희생이 발생되어야 한다. 규율되는 사실관계가 재산권주체에게 특별한 희생에 해당하는지 또는 「헌법」 제23조 제1항 제2문에 의하여 입법자에 의하여 구체화 되는 보상의무를 발생시키는 사회적 제약에 해당하는가에 대하여 완벽하게 해결할 수 있는 기준은 아직 존재하지 않는다. 입법자는 지금까지 독일의 학설과 판례에 의하여 계수된 개별행위설·수인한도성설·중대성설·사적유용설·상황구속성설 등을 적용하여 해당되는 사실관계가 재산권의 사회적 기속을 넘는 특별한 희생에 해당하는지를 판단하여야 하며, 특별한 희생에 해당하는 경우에는 공용침해법률에 정당한 보상을 내용으로 하는 보상규율을 마련하여야 한다.

「헌법」 제23조 제3항에서 의미하는 “정당한 보상”이란 원칙적으로 피수용 재산의 객

226) 김해룡, “경찰권발동과 행정상 손실보상”, 「고시계」, 1998. 4, 71면.

227) 상계 논문, 72면.

관적인 재산 가치를 완전히 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서 보상금액 뿐 아니라 보상의 시기와 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니 된다는 것을 의미한다. 또한 “객관적 가치”란 그 물건의 성질에 정통한 사람들의 자유로운 거래에 의하여 도달할 수 있는 합리적인 매매 가능가격, 즉 시가에 의하여 산정되는 것이 보통이다.²²⁸⁾

II. 消防警察法上 損失補償의 根據

1. 法令別 損失補償 概要

가. 소방기본법상 손실(희생)보상의 예

「소방기본법」에서의 손실보상 예는 ① 제12조의 화재의 예방조치와 관련 위험물 또는 물건을 매각한 경우의 보상 ② 제25조의 소화활동 중 강제처분으로 인한 손실보상 ③ 제27조의 위험시설 등에 대한 긴급조치로 인한 손실보상이 있으며, 생명·신체의 침해로 인한 희생보상의 예는 제24조의 소방활동 종사명령에 따라 소방활동에 종사한 자가 이로 인하여 사망하거나 부상을 입은 경우의 보상과 제39조의 의용소방대원의 상이·사망보상 등이 있다.

나. 소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률상 손실보상 예

「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」에서의 손실보상 예는 종전 「소방법」 체계 하에서도 규정했던 소방대상물의 개수명령에 따른 손실보상이 제6조에 규정되었고, 한 가지 진일보한 것은 동법 시행령 제11조에서 구체적인 손실보상 방법이 규정된 것이 그것이다.

다. 다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법상 손실보상 예

「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」상 손실보상의 예는 동법 제15조의 화재위험평가 결과 그 위험유발지수가 대통령령이 정하는 기준 이상인 경우로서 해당 다중이

228) 현재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집2, 188~189면.

용업주에 대하여 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 제5조의 규정에 의한 조치를 명한 경우 동 명령으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우 이를 보상하도록 하고 있다.

라. 재난 및 안전관리 기본법상 손실보상의 예

「재난 및 안전관리 기본법」상 손실(희생)보상의 예는 제39조의 동원명령 등에 따른 손실보상과 또한 동법 제45조의 응급부담에 따른 손실(희생)보상이 있다.

마. 수난구호법상 희생보상의 예

「수난구호법」상 희생보상의 예는 「수난구호법」 제7조의 수난구호를 위한 응급조치와 관련 수난구호 업무에 종사한 자가 부상을 입은 때에는 치료를 실시하고, 사망(부상으로 인하여 사망한 경우를 포함한다)하거나 신체에 장애를 입은 때에는 그 유족 또는 장애를 입은 자에게 보상금을 지급하도록 하고 있다.

2. 損失補償의 方法 및 基準 등

가. 협의에 의하도록 한 경우

소방경찰법상 손실보상과 관련하여 협의에 의하도록 규정하고 있는 경우는 「소방기본법」 제12조의 “화재의 예방조치와 관련 위험물 또는 물건을 매각한 경우의 보상”이다. 「소방기본법」 제12조에서 소방본부장 또는 소방서장은 화재의 예방 상 위험하다고 인정되는 행위를 하는 사람이나 소화활동에 지장이 있다고 인정되는 물건의 소유자·관리자 또는 점유자에 대하여 ①불장난, 모닥불, 흡연, 화기취급 그 밖에 화재예방 상 위험하다고 인정되는 행위의 금지 또는 제한 ②타고 남은 불 또는 화기의 우려가 있는 재의 처리 ③함부로 버려두거나 그냥 둔 위험물 그 밖에 불에 탈 수 있는 물건을 옮기거나 치우게 하는 등의 조치명령을 할 수 있도록 되어 있다. 앞의 예방조치명령 대상 중 손실보상의 전제가 되는 명령은 ③의 “함부로 버려두거나 그냥 둔 위험물 그 밖에 불에 탈 수 있는 물건을 옮기거나 치우게 하는 등의 조치명령의 경우”만 손실보상의 전제가 된다.

이와 관련 소방본부장 또는 소방서장은 손실보상의 전제가 되는 위험물 또는 물건의

소유자·관리자 또는 점유자의 주소와 성명을 알 수 없어서 필요한 명령을 할 수 없는 때에는 소속공무원으로 하여금 그 위험물 또는 물건을 옮기거나 치우게 할 수 있고, 그 옮기거나 치운 위험물 또는 물건은 보관하여야 하며 보관하는 날부터 14일 동안 소방본부 또는 소방서의 게시판에 이를 공고하도록 하고 있다.

이 때 위험물 또는 물건의 보관기간은 소방본부 또는 소방서의 게시판에 공고하는 기간의 종료일 다음 날부터 7일로 하며, 보관기간이 종료되는 때에는 보관하고 있는 위험물 또는 물건을 매각하여야 한다. 다만 보관하고 있는 위험물 또는 물건이 부패·파손 또는 이와 유사한 사유로 소정의 용도에 계속 사용할 수 없는 경우에는 폐기할 수 있다. 소방본부장 또는 소방서장은 보관하던 위험물 또는 물건을 매각한 경우에는 지체 없이 국가재정법에 의하여 세입조치를 하도록 하고 있다.

이 때의 보상에 대한 세부적인 방법은 「소방기본법 시행령」 제3조 제4항에서 정하고 있는데 “소방본부장 또는 소방서장은 매각되거나 폐기된 위험물 또는 물건의 소유자가 보상을 요구하는 경우에는 보상금액에 대하여 소유자와 협의를 거쳐 이를 보상²²⁹⁾”하도록 되어 있다.

나. 시가(時價)와 협의에 의하도록 한 경우

시가와 협의에 의하여 손실보상을 하도록 하고 있는 경우는 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 제5조(소방대상물에 대한 개수명령)인데 “소방본부장 또는 소방서장은 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률 시행령」이 정하는 소방대상물²³⁰⁾에 대한 소방검사의 결과 그 위치·구조·설비 또는 관리의 상황에 관하여 화재 예방을 위하여 필요하거나, 화재가 발생하는 경우 인명 또는 재산의 피해가 클 것으로 예상되는 때에는 행정안전부령이 정하는 바에 따라 관계인에게 그 소방대상물의 개수·이전·제거, 사용의 금지 또는 제한, 공사의 정지 또는 중지 그 밖의 필요한 조치를 명할 수 있다”라고 규정하고 있다. 또한 동 법률 제6조(손실보상)에서는 “특별시

229) 종전의 「소방법」 규정에서는 위험물 또는 물건을 보관하도록 만 규정되어 있었을 뿐 보관에 따른 세부기준이나 매각 또는 폐기한 위험물이나 물건에 대한 보상규정이 전혀 없었으나 「소방기본법」에서는 조금은 세부적으로 규정한 것이 특징이다.

230) 근린생활시설, 위락시설, 문화집회 및 운동시설, 판매시설 및 영업시설, 숙박시설, 노유자시설, 의료시설, 통신촬영시설 중 방송국 및 전신전화국, 교육연구시설, 공장, 운수자동차관련시설 중 자동차검사장 및 자동차운전학원, 관광휴게시설 중 어린이회관·관망탑 및 휴게소, 교정시설, 위험물저장 및 처리시설, 지하가·지하구를 말한다(「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 제10조).

장·광역시장 또는 도지사는 제5조의 규정에 따른 명령으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 보상하여야 한다. 다만 법령을 위반하여 건축 또는 설비된 소방대상물에 대하여는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다.

이에 대한 손실보상의 방법에 대해 종전 「소방법」 체계 하에서는 규정이 없었으나, 새로 제정된 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」에서는 동 시행령 제11조 제1항에서 “법 제6조의 규정에 의하여 특별시장·광역시장·도지사가 손실을 보상하는 경우에는 법 제5조의 규정에 의한 명령으로 인하여 받은 손실을 시가로 보상하여야 한다”라고 규정하여 “시가보상의 원칙”을 천명하고 있다. 또한 손실보상에 관하여는 “시·도지사 및 손실을 입은 자가 협의”하여야 하며, 보상금액에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에는 시·도지사는 그 보상금액을 지급하거나 공탁하고 이를 통지하도록 하고 있다.

한편 보상금의 지급 또는 공탁의 통지에 불복이 있는 자는 지급 또는 공탁의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 관할토지수용위원회에 재결을 신청하도록 하고 있다.

다. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의하도록 한 경우

(1) 다중이용업소의 개수명령에 따른 손실보상

「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」 제15조(다중이용업소에 대한 화재위험평가 등)에서 “소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장은 다음 각 항의 어느 하나(①2천 제곱미터 지역 안에 다중이용업소가 50개 이상 밀집하여 있는 경우 ②5층 이상인 건축물로서 다중이용업소가 10개 이상 있는 경우 ③하나의 건축물에 다중이용업소로 사용하는 영업장 바닥면적의 합계가 1천 제곱미터 이상인 경우)에 해당하는 지역 또는 건축물에 대하여 화재예방과 화재로 인한 생명·신체·재산상의 피해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 화재위험평가를 실시할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이 경우 화재위험평가 결과 그 위험유발지수가 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행령」이 정하는 기준 이상인 경우에는 해당 다중이용업주에 대하여 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 제5조의 규정에 의한 조치 즉, 관계인에게 그 다중이용업소의 개수·이전·제거, 사용의 금지 또는 제한, 공사의 정지 또는 중지 그 밖의 필요한 조치를 명할 수 있도록 되어 있다.

또한 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」 제15조 제3항에서는 소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장은 명령(개수·이전·제거, 사용의 금지 또는 제한, 공사의

정지 또는 중지 그 밖의 필요한 조치)으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행령」이 정하는 바에 따라 이를 보상하도록 하고 있고, 다만 법령을 위반하여 건축 또는 설비된 다중이용업소에 대하여는 보상을 제외하도록 하고 있다.

이와 관련 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행령」 제12조에서는 법 제15조 제3항에 따라 소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장이 손실을 보상하는 경우에는 법 제15조 제2항에 따른 명령으로 인하여 생긴 손실을 시가로 보상해야 하고, 이에 따른 손실보상에 관하여는 소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장과 손실을 입은 자가 협의하도록 하고 있다.

한편 보상금액에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에는 소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장은 그 보상금액을 지급하여야 하며, 다만 보상금액의 수령을 거부하거나 수령할 자가 불분명한 경우에는 그 보상금액을 공탁하고 이 사실을 통지하여야 한다.

보상금의 지급 또는 공탁의 통지에 불복하는 자는 지급 또는 공탁의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제49조에 따른 중앙토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있도록 하고 있다. 또한 이에 따른 손실보상의 범위, 협의절차, 방법 등에 관하여 필요한 사항은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」이 정하는 바에 따르도록 하고 있다.

(2) 재난 및 안전관리 기본법상 응급부담 등에 대한 손실보상

「재난 및 안전관리 기본법」 제39조(동원명령 등)에서는 “중앙재난안전대책본부장 및 지역재난안전대책본부장은 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있다고 인정하는 때에는 「민방위기본법」 제26조의 규정에 의한 민방위대의 동원, 재난관리책임기관의 장에게 응급조치를 위하여 관계직원의 출동 또는 제35조의 규정에 의한 물자 및 지정된 장비·인력 등의 동원 등 필요한 조치를 취하여 주도록 요청, 동원 가능한 장비와 인력 등이 부족한 경우에는 국방부장관에게 군부대의 지원 요청”을 할 수 있도록 하고 있고, 필요한 조치의 요청을 받은 기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하도록 하고 있다. 또한 동법 제45조(응급부담)에서도 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 그 관할 구역 안에서 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때에는 당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하거나 대통령령이 정하는 바에 의하여 다른 사람의 토지·건축물·

공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 할 수 있으며, 장애물을 변경 또는 제거”할 수 있도록 하고 있다.

이와 관련 국가 또는 지방자치단체는 앞의 조치로 인하여 손실이 발생한 때에는 보상하도록 하면서, 이에 대한 손실의 보상에 관하여는 손실을 받은 자와 그 조치를 행한 중앙행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 협의하여야 하되, 협의가 성립되지 아니한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제51조의 규정에 의한 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있도록 하고 있다. 이 경우 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제83조 내지 제86조의 규정은 재결에 관하여 이를 준용하도록 되어 있다.

라. 손실보상의 방법 및 기준 등이 없는 경우

(1) 소화활동 중 강제처분에 따른 손실보상

「소방기본법」 제25조의 강제처분과 관련해서는 동조 제4항에서 시·도지사는 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장이 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정하는 때에 화재가 발생하거나 불이 번질 염려가 있는 소방대상물 또는 토지외의 소방대상물과 토지에 대하여 강제처분을 한 경우”와 “소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시키는 경우에 이에 대한 처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 때에는 그 손실을 보상하여야 한다” 라고만 규정하고 있을 뿐 세부적인 방법이나 범위 등은 입법하지 않고 있다.

(2) 위험시설 등에 대한 긴급조치로 인한 손실보상

「소방기본법」 제27조(위험시설 등에 대한 긴급조치)는 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 소방활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도의 개폐장치 등을 조작할 수 있도록 하였고, 또한 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치를 할 수 있도록 하고” 있다. 이에 대해 「소방기본법」 제27조 제3항에서 “시·도지사는 위험시설의 긴급조치로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다”라고만 규정하고 있을 뿐 세부적인 보상 방법이나 기준 등은 입법되어 있지 않다.

마. 희생보상에 대한 근거만 규정하고 있는 경우

(1) 소방활동 종사명령에 따른 보상

「소방기본법」 제24조(소방활동 종사명령)에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있도록” 하고 있다. 이와 관련 시·도지사는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장의 명령에 따라 소방활동에 종사한 자가 이로 인하여 사망하거나 부상을 입은 경우에는 이를 보상하도록 하고 있고, 명령에 따라 소방활동에 종사한 자는 시·도지사로부터 소방활동의 비용을 지급 받을 수 있도록 하고 있으나²³¹⁾, 보상에 대한 방법이나 기준 등은 입법되어 있지 않다.

(2) 수난구호업무 종사명령에 따른 보상

「수난구호법」 제7조(수난구호를 위한 응급조치)에서 “해양경찰서장 및 소방서장은 수난구호를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 범위 안에서 사람을 수난구호 업무에 종사하게 하거나 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용” 할 수 있도록 하면서, 국가 또는 지방자치단체는 수난구호 업무에 종사한 자가 부상을 입은 때에는 치료를 실시하고, 사망(부상으로 인하여 사망한 경우를 포함한다)하거나 신체에 장애를 입은 때에는 그 유족 또는 장애를 입은 자에게 보상금을 지급하도록 하고 있는데, 이 역시 세부 보상 방법이나 기준 등은 입법되어 있지 않다.

第2節 類型別 強制處分과 損失補償

I. 消防活動中 強制處分과 損失補償

1. 消防隊의 緊急通行과 損失補償

소방대의 긴급통행권은 “소방대가 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현

231) 다만 다음 각호의 1에 해당하는 자의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 소방대상물에 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 경우 그 관계인
2. 고의 또는 과실로 인하여 화재 또는 구조·구급 활동이 필요한 상황을 발생시킨 자
3. 화재 또는 구조·구급현장에서 물건을 가져간 자

장에 신속하게 도착하기 위하여 긴급한 때에는 일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로·빈터 또는 물위로 통행할 수 있는 권한”을 말하는데, 「소방기본법」 제22에서는 소방대의 긴급통행권만을 규정하고 있을 뿐 이에 대한 손실보상에 대해서는 규정하지 않고 있다.

우리와 비슷한 입법을 하고 있는 일본 「소방법」의 경우도 제27조에서 “소방대는 화재현장에 도착하기 위해 긴급의 필요가 있는 때는 일반교통용에 쓰이지 아니하는 도로 혹은 공공용에 쓰이지 아니하는 공지 및 수면을 통행할 수 있다”라고만 규정하고 있을 뿐 역시 손실보상에 대해서는 규정하고 있지 않다.

이러한 입법에 대해 “긴급통행권의 행사로서 일반적인 통행에 쓰이지 않는 도로·빈터·물위 등을 통행하는 자체는 통상 관계인의 사유재산권에 대해 많은 손해를 가한다고는 할 수는 없고, 가령 사유재산권에 다소의 손해를 준다고 해도 그것은 화재의 조기진압과 재난·재해현장에서의 인명구조 등을 위해 공익상의 긴급한 요청으로부터 수인해야 할 범위내의 부담이기 때문에 본 권한 행사와 관련 손실보상규정이 없다고 한다.²³²⁾ “일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로”는 개인전용 통로(私道) 또는 마차의 통행이 금지되어 있는 통로 등 일반교통용으로 하지 않는 모든 통로를 의미하고, “일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 빈터”란 공지 상태로 된 사유지 등 통행을 해도 그다지 지장을 받지 않는다고 인정되는 토지 등 이라고 보았을 때 소방대가 그러한 장소를 단순히 통과한 것만 가지고는 특별한 희생이 될 수 없다고 판단되므로 손실보상의 규정이 없다 하여도 특별히 문제가 되지 않는다는 것이다.²³³⁾

하지만 이와 같은 이론을 정립했을 당시에는 단순히 소방자동차의 통행만을 생각하였을 것으로 추측되나, 현재는 화재 등 각종 재난이 대형화되고 다양화됨에 따라 소방자동차의 긴급통행은 물론 각종 중장비 등도 동원될 수 있는 상황이고 그러다 보면 특별한 희생이 발생할 수도 있어 손실보상도 필요할 것으로 본다.

2. 消防對象物·土地·車輛에 대한 強制處分과 損失補償

가. 처분에 따른 손실보상의 근거와 그의 변천

(1) 소방법 제정당시의 규정(손실보상에 비교적 충실)

232) 關東一, 595면.

233) 상계서, 596면.

(가) 강제처분의 범위

1958년에 제정된 「소방법」은 제25조(소방상의 강제처분) 제1항에서 “소방서장 또는 소방대장은 소화·연소방지 또는 인명구조상 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 화재가 발생한 소방대상물 또는 소방대상물이 있는 토지를 일시 사용하거나 그 사용을 제한하거나 기타 소방상 필요한 처분을 할 수 있도록 규정”하였다. 또한 동조 제2항에서는 “연소의 우려가 있는 소방대상물 또는 소방대상물이 있는 토지에 대해서도 제1항과 같은 처분을 할 수 있도록” 하면서 제3항에는 손실보상을 규정하고 있다.

(나) 손실보상의 방법 및 범위(시가에 의한 보상)

이때의 손실보상은 제1항과 제2항의 처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때에는 “시가(時價)에 의하여 국가가 보상하도록 규정”하였는데, 여기서 중요한 것은 손실보상의 기준을 시가에 의한다고 명문화하고 있을 뿐만 아니라, 비록 화재가 발생한 소방대상물이라 할지라도 소방상 강제처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 경우 국가가 시가로 이를 보상하도록 규정하였던 것이다.

(2) 제6차 소방법 개정 시의 규정(강제처분은 확대, 손실보상은 후퇴)

(가) 강제처분의 범위확대

1976년 12월 31일 「소방법」이 6차 개정되었는데, 이 때 소방상 강제처분과 관련된 내용도 「소방법」 제정당시와 비교했을 때 상당한 차이가 있음을 알 수가 있다. 즉, 제정 당시 제25조에 규정되었던 강제처분 규정이 제55조로 이동 하였고, 제목도 제정 당시 “소방상 강제처분”이었던 것이 그냥 “강제처분”으로 바뀌었을 뿐만 아니라 강제처분의 범위 또한 확대되었다. 제정 당시에는 화재가 발생한 소방대상물과 또는 소방대상물이 있는 토지와, 연소의 우려가 있는 소방대상물 또는 소방대상물이 있는 토지에 대해서만 처분할 수 있도록 했던 것을, 화재가 발생했거나 연소확대의 우려가 없는 소방대상물과 토지 등에 대해서도 강제처분을 할 수 있도록 규정한 것이다.

(나) 손실보상의 축소

그러나 유독 “손실보상”의 규정만이 축소되고 후퇴된 입법이 이루어 졌는데 즉, 동조 제4항에서는 「소방법」 제정당시와는 달리 “화재가 발생했거나 연소의 우려가 있는 소방대상물에 대한 강제처분으로 인한 손실의 보상규정은 이를 제외”해 버리고, 그 이외의 소방대상물에 대해 강제처분을 했을 경우만 손실보상을 받을 수 있도록 범위를 축소하였다. 뿐만 아니라 손실보상의 주체나 방법·기준 등에 있어서도 상당한 변화가

있었는데, 제정 당시의 규정에는 “국가가 시가로 손실을 보상하여야 한다”에서 개정 시에는 “손실을 받은 자는 시 또는 군²³⁴)에 대하여 그 보상을 청구할 수 있다”라고 개정하여 손실보상을 소극적으로 규정하면서 “시가보상에 대한 내용도 제외”해 버렸던 것이다.

(3) 제12차 소방법 개정 시의 규정(손실보상의 주체·방법 변경)

1991년 12월 14일 「소방법」이 제12차 개정되었는데, 이때는 「소방법」을 한글화하여 국민이 쉽게 이해할 수 있도록 하고 국가와 지방자치단체의 사무로 일원화되어 있던 소방사무를 광역지방자치단체의 사무로 일원화하는 등의 개정이 있었는데 이때 “강제처분”의 규정도 일부 개정이 있었다. 즉, “강제처분”에 대한 범위 등은 제6차 개정 당시와 변경이 없고 다만 손실보상에 대한 규정만 일부 개정되었는데 이때 다시 손실보상의 주체·방법 등이 바뀐 것이다. 즉, 손실보상의 주체가 시·군에서 시·도²³⁵)로 바뀌고 그 방법도 종전에는 “피해자의 청구에 의하여 보상할 수 있다”에서 “손실을 받은 사람이 있는 경우에는 이를 보상하여야 한다”로 개정된 것이다.

(4) 소방기본법 제정 시의 규정(강제처분 및 손실보상 모두 후퇴)

(가) 불을 끌 때의 강제처분권이 빠짐

2004년 5월 30일부터 시행하고 있는 「소방기본법」상 강제처분은 동법 제25조에서 규정하고 있는바, 여기서는 강제처분의 범위를 엄청나게 축소해 버렸는데 즉, 종전 「소방법」 제78조의 규정에서의 강제처분의 요건은 “사람을 구출하거나 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때”에는 강제처분을 할 수 있도록 하였으나, 「소방기본법」 제25조에서는 “사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때”에만 강제처분을 할 수 있도록 하여 “불을 끄면서의 강제처분권”은 빼버린 것이다.

(나) 주·정차 차량, 물건 등의 강제처분 및 손실보상 신설

한편 「소방기본법」에서는 “소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시킬 수 있는 강제처분권이 새로 신설된 것”과 이에 대한 손실보상이 규정된 것이 특징이다. 이하에서 「소방기본법」 제25조의 강제처분에 대한 손실보상에 대해 살펴보기로 하겠다.

234) 이 때의 소방업무에 대한 책임이 시(서울특별시·부산시를 포함한다) 또는 군에 있었기 때문이다.

235) 소방업무의 책임이 종전 시·군에서 시·도로 바뀌었기 때문이다.

나. 처분에 따른 손실보상의 대상·주체

(1) 손실보상의 대상

(가) 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 등은 제외

현행 「소방기본법」 제25조 제1항의 규정²³⁶⁾은 소방대원이 소화활동이라는 긴급사태에 있어서 소방대상물 및 이들이 있는 토지를 일시적으로 사용하거나, 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 통한 강제처분권을 부여하고 있으면서도 손실보상의 규정은 없다.

이에 대해 이러한 공용부담에 있어서는 손실보상이 될 수 없다고 하는 견해²³⁷⁾가 있는 반면, 불이 번질 우려가 있는 소방대상물의 경우 소유자 등의 경찰책임의 정도는 화재가 발생한 소방대상물 보다도 낮기 때문에 소유자 등의 경찰책임의 정도와 재산권 침해의 정도와의 상관관계 즉, 연소를 당할 경우에 발생할 공공의 안전에 대한 장해(위험)의 정도와 강제처분에 의해 당해 소방대상물이 받는 손실의 정도(건물의 손상·일부제거·전부파괴 등)와의 상관관계에 의해 손실의 정도가 소유자 등의 경찰책임을 받아들이는 한도를 넘는 때는 손실보상의 필요가 있다는 견해²³⁸⁾도 있는바 후자에 동의하며, 1958년 제정 「소방법」에서는 불이 번질 염려가 있는 대상은 물론 불이 난 소방대상물 등에 대해서도 손실보상을 하도록 규정하고 있었던 것은 적절한 입법이었다고 본다.

(나) 상기 이외의 소방대상물 등은 보상

즉, 화재가 발생한 소방대상물이나 연소의 우려가 있는 소방대상물 등이 아닌 제3의 소방대상물 등에 대해 강제처분권을 행사하여 손실을 받은 사람이 있는 경우는 이를 보상하도록 규정하고 있는데(「소방기본법」 제25조 제4항), 그 이유는 처분 등의 대상이 된 소방대상물의 소유자는 자기와 직접 관계없이 소방 목적을 위하여 재산상의 손실을 받게 된 것이며, 이는 공공의 질서유지를 위하여 가해진 특별한 희생인 것이므로 피해에 대해서는 손실보상을 하는 것이 공평부담의 원칙에 합치되기 때문에 손실보상의 규정을 둔 것이라 한다.²³⁹⁾

한편 이와 같은 내용이 입법되어 있는 일본 「소방법」 규정(제29조)에 대해 연구한

236) 소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다.

237) 성 무, 166면.

238) 關東一, 602~603면.

239) 성 무, 167면.

내용²⁴⁰⁾을 살펴보면 이들의 소방대상물은 사회공공의 안전을 위협하는 상태 즉, 경찰 위반의 상태가 아니고 따라서 그 소유자 등에게는 경찰책임이 없는 상태에서 다른 소방대상물의 소화·연소의 방지 또는 인명의 구조를 쉽게 하기 위한 사유에 의해 행사 되는 것이기 때문에 이러한 손해를 받은 경우는 공용제한에 해당하고(일본 「헌법」 제 29조 제3항), 따라서 시·정·촌은 그 손실을 보상할 의무가 있는 것이고 다만 「소방법」 제29조 제3항 후단 및 동조 제4항에 “...손해를 받은 자로부터 그 손실보상의 요구가 있을 때는 시·정·촌이 시가(時價)에 의해 그 손실을 보상하는 것으로 한다”라는 취지를 정해놓은 것은 말하자면 당연한 것을 확인적으로 규정한 것이라 한다.

(다) 주차 또는 정차된 차량 및 물건의 제거 또는 이동의 경우는 보상

「소방기본법」 제25조 제3항에서 소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시킬 수 있도록 하고 있는데, 이 경우 처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 이를 보상하도록 하고 있다.

이는 「소방기본법」을 새로 제정하면서 추가한 사항이며 이와 같은 처분권을 인정한 것은 차량의 급격한 증가와 주차장소의 부족 등으로 주택가 이면도로 등에 불법 주·정차 차량이 증가하면서 소방활동에 심각한 장애를 제공²⁴¹⁾했기 때문이다. 다만 법령을 위반하여 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 된 경우에는 손실보상에서 제외하도록 하고 있는바, 이하에서 그 유형을 세부적으로 살펴보도록 하겠다.

1) 도로교통법을 위반한 경우

법령을 위반하여 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주·정차된 차량이나 물건을 이동 또는 제거함으로써 손실이 발생한 경우는 손실보상에서 제외하도록 하고 있는바, 이의 위반여부는 「도로교통법」에서 정하는 정차 및 주차의 기준을 따라야 할 것으로 판단된다.

현행 「도로교통법」 제32조에서는 모든 차의 운전자는 ①교차로·횡단보도·건널목이나 보도와 차도가 구분된 도로의 보도(「주차장법」에 의하여 차도와 보도에 걸쳐서 설치된 노상주차장을 제외한다) ②교차로의 가장자리 또는 도로의 모퉁이로부터 5미터 이내의 곳 ③안전지대가 설치된 도로에서는 그 안전지대의 사방으로부터 각각 10미터

240) 關東一, 603면.

241) 그 대표적인 예가 2001년 3월 4일 오전 서울 서대문구 홍제동 2층 주택에서 발생한 화재 때 불법 주·정차된 차량 등으로 진입이 늦어져 결과적으로 소방공무원 6명이 순직한 사고라 하겠다.

이내의 곳 ④버스여객자동차의 정류를 표시하는 기둥이나 판 또는 선이 설치된 곳으로부터 10미터 이내의 곳(다만 버스여객자동차의 운전자가 그 버스여객자동차의 운행시간 중에 운행노선에 따르는 정류장에서 승객을 태우거나 내리기 위하여 차를 정차 또는 주차시키는 때에는 그러하지 아니하다). ⑤건널목의 가장자리 또는 횡단보도로부터 10미터 이내의 곳 ⑥지방경찰청장이 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 필요하다고 인정하여 지정한 곳에서는 차를 정차 또는 주차시켜서는 아니 되도록 하고 있으므로 이를 위반하면 위법으로 된다.

또 하나 「도로교통법」 제33조에서도 주차금지장소를 지정하고 있는바, ①터널 안 및 다리 위 ②화재경보기로부터 3미터 이내의 곳 ③다음의 곳으로부터 5미터 이내의 곳(소방용기계·기구가 설치된 곳, 소방용 방화물통, 소화전 또는 소화용 방화물통의 흡수구나 흡수관을 넣는 구멍, 도로공사를 하고 있는 경우에는 그 공사구역의 양쪽 가장자리) ④지방경찰청장이 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 필요하다고 인정하여 지정한 곳에 주차하여 소방자동차의 통행을 방해²⁴²⁾한 경우가 위법이 된다 하겠다.

2) 주·정차 등이 가능한 도로의 경우

소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시킬 수 있도록 입법된 취지는 앞에서도 잠시 언급한 바와 같이 서울 홍제동 2층 주택에서 발생한 화재로 건물이 붕괴되면서 소방관 6명이 순직했는데, 이는 큰길에서 화재현장에 이르는 200여m의 이면도로(폭6m)의 양쪽에 승용차들이 뺑뺑이 주차돼 있어 소방차가 100m 밖에 접근하지 못한 상태에서 소방호스를 전개 화재를 진압하는 바람에 불이 커져서 일어난 것이 계기가 되었다.

현재 주택가 이면도로의 경우 일단 주·정차가 가능하다. 하지만 이 경우는 차량통행 등에 지장이 없는 범위 내에서만 가능한 것이다. 따라서 주택가 이면도로 등에 주·정차된 차량으로서 소방자동차의 통행에 방해가 되도록 주·정차한 차량이 법령을 위반한 경우로 손실보상에서 제외 된다 하겠다.

(2) 손실보상 주체

손실을 보상하는데 필요한 비용은 광역지방자치단체 장인 시·도지사가 부담하게 된

242) 「형법」 제185조(일반교통방해)는 육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년이하의 징역 또는 1천500만원이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

다. 이것은 「소방기본법」 제6조에서 소방업무에 대한 책임을 시·도지사로 하고 있기 때문이다. 여기서 한 가지 유의할 사항은 종전의 「소방법」 체계 하에서는 소방업무에 대한 책임을 광역자치단체인 시·도로 하고 있었기 때문에 손실보상의 주체도 시·도였으나, 「소방기본법」 제정 시 소방업무에 대한 책임을 시·도지사로 하여 주체가 변경된 것이다.

다. 손실보상의 방법 및 범위

앞의 처분에 따른 손실보상의 근거와 그의 변천에서 살펴본 것처럼 「소방법」 제정 당시에는 “처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때에는 시가(時價)에 의하여 국가가 보상하도록 규정”하여 손실보상의 방법에 대해 일부라도 규정하였었다. 하지만 현행 「소방기본법」에서는 손실보상의 대상과 주체만을 규정하고 있을 뿐 세부적인 손실보상의 범위나 방법이 입법되어 있지 않아 쟁송절차에 의해서 해결할 수밖에 없겠으나, 이에 대한 개선이 필요하다고 보며 제5장에서 그 방안을 제시하도록 하겠다.

3. 危險施設에 대한 緊急措置와 損失補償

가. 손실보상의 전제가 되는 조치

「소방기본법」 제27조(위험시설 등에 대한 긴급조치)는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 소방활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도의 개폐장치 등을 조작할 수 있도록 하였고,²⁴³⁾ 또한 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치를 할 수 있도록 하고 있다.

243) 일본 「소방법」 제30조 제1항은 이를 “급수유지위한 긴급조치권”이라 하여 “화재현장에 대한 급수를 유지하는데 필요가 있는 때는 소방본부장 또는 소방서장 또는 소방본부를 두지 아니한 시·정·촌에는 소방단의 장은 수리의 사용 또는 용수로의 수문, 통문(빗물이나 수답의 물 등이 강이나 수로로 흘러 보다 큰 강이나 바다에 합류할 경우, 합류하는 강이나 바다의 수위가 홍수나 해일 등으로 될 때에 그물이 역류하지 않도록 설치되어 개폐가 되는 수문이다) 혹은 수도의 제수변의 개폐를 행할 수 있도록 규정”하고 있으며 이를 “긴급수리 사용권”이라고 한다(關東一, 604면).

나. 긴급조치권의 부여 의미

위험시설에 대한 긴급조치권은 「소방기본법」 제정 시 새로 추가된 권한이다. 종전의 「소방법」 제80조(급수유지의 긴급조치)에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재현장에서 쓰는 물을 공급하기 위하여 필요한 때에는 제42조²⁴⁴⁾(공설소방용수시설) 및 제43조²⁴⁵⁾(개인용이지만 소방용수시설로서 지정된 것)에 규정된 것 외의 물을 사용하거나 용수로의 수문 및 수도의 개폐밸브를 사용”할 수 있도록 했던 것을 1999년 2월 5일 「소방법」을 개정하면서 이를 삭제 하였었다. 하지만 이러한 권한을 “위험시설에 대한 긴급조치”라 하여 「소방기본법」에서 부활하였고 이에 대한 손실보상 규정도 함께 마련한 것이다.

다. 손실보상의 방법 및 기준 등

「소방기본법」 제27조 제3항에서 시·도지사는 “위험시설의 긴급조치로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다”라고만 규정하고 있을 뿐 세부적인 보상 기준이나 방법 등은 입법 미비로서 사유 발생시 마다 행정쟁송절차를 통해서 해결 할 수밖에 없다고 판단된다. 이러한 입법미비에 대해서는 제5장에서 다른 처분에 따른 손실보상과 함께 그 개선방안을 제시하고자 한다.

라. 일본 소방법상 긴급수리 사용권과 손실보상

현행 「소방기본법」 제27조 제3항은 긴급수리사용권이나 위험물질 공급차단권 모두에 대해 손실보상을 인정하고 있다. 하지만 종전의 「소방법」 제80조(급수유지의 긴급조치)에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재현장에서 쓰는 물을 공급하기 위하여 필요한 때에는 제42조 및 제43조에 규정된 것 외의 물을 사용하거나 용수로의 수문 및 수도의 개폐밸브를 사용할 수 있도록”만 하였고 손실보상에 대해서는 이를 규정하

-
- 244) 제42조(소방용수시설) ①소방에 필요한 소방용수시설의 기준은 내무부령으로 정한다.
②공공의 소방에 필요한 소화전·저수조 그밖의 소방용수시설은 시·도가 설치하여 유지·관리하여야 한다. 다만, 수도에 있어서는 그 설치자가 소방용수시설을 설치하고 유지·관리한다.
- 245) 제43조(소방용수시설의 지정) ①소방본부장 또는 소방서장은 못·우물·수도 그 밖의 소방에 쓸 수 있는 소방용수를 언제든지 쓸 수 있도록 하기 위하여 그 소유자·관리자 또는 점유자의 승낙을 얻어 이를 소방용수시설로 지정할 수 있다.
②제1항의 규정에 의한 소방용수시설을 변경하거나 사용할 수 없도록 하고자 하는 사람은 내무부령이 정하는 바에 의하여 소방본부장 또는 소방서장에게 신고하여야 한다.

지 않았었다. 일본 「소방법」 역시 앞에서 언급한대로 긴급수리 사용권에 대해서는 손실보상을 규정하고 있지 않다.

일본의 경우 소방본부장·소방서장 또는 의용소방대장이 긴급수리사용권을 행사함에 따라 수리 소유자에게는 손실이 가해질 수밖에 없는데도 이에 대한 보상규정이 없는 바, 이에 대한 보상을 어떻게 하여야 하는지와 관련 “손실정도에 의해 수리소유자 등이 「헌법」 제29조 제3항의 규정을 근거로 손실보상을 청구하는 것은 가능”하다고 한다. 특정개인에 대한 재산상 특별희생을 과하는 경우는 개개법령에 보상규정을 두고 있는 것이 보통이지만, 이러한 손실보상을 결하고 있는 경우에 직접 헌법의 규정(제29조 제3항)을 근거로 해서 손실보상을 구할 수 있을까에 대해서는 손실보상청구권발생설이 지배적이라는 것이다. 이설에 의하면 보상규정을 결한 법령에 근거해 재산권을 수용한다든지 제한하려는 행정작용이 행해져도 그 행위 자체는 일응 유효하며 다만 재산권을 수용 당한다든지 제한당한 자는 별도로 「헌법」 제29조 제3항에 근거 직접 행정주체에 대해 손실보상을 얻을 권리가 발생한다는 것이다. 최고재판소는 이설을 취했고(昭和 43년 2월 27일 판결) 하급심 또한 이것에 따르고 있다.²⁴⁶⁾

그 때문에 권한행사에 당해서는 수리소유자 등의 재산권보호의 견지 차원에서 소화활동상 필요최소한도의 사용에 멈추고, 적어도 남용에 해당 되지 않도록 유의해야하는 것은 물론 사용방법에 관해서도 어긋남이 없도록 충분한 주의를 해야 한다는 것이다.²⁴⁷⁾

II. 緊急救助活動中 強制處分과 損失補償

1. 應急負擔과 損失補償

가. 손실보상의 대상

「재난 및 안전관리 기본법」 제45조(응급부담)는 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 그 관할 구역 안에서 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때에는 당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게

246) 關東一, 606면.

247) 상계서, 606면.

응급조치에 종사하게 하거나 대통령령이 정하는 바에 의하여 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 할 수 있으며, 장애물을 변경 또는 제거”할 수 있도록 하고 있다. 이와 관련 동법 제64조²⁴⁸⁾에서 강제처분으로 인하여 손실이 발생한 때²⁴⁹⁾에는 이를 보상하도록 하고 있다.

나. 손실보상의 주체

급박한 사정이 있는 때에 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용하거나 장애물을 변경 또는 제거하는 조치에 대한 강제처분으로 발생한 손실에 대한 보상의 주체는 지방자치단체이며, 처분권을 누가 행사 했느냐에 따라 시·도나 시·군·구로 주체가 나누어진다. 예를 들어 시·도지사나 시·도 긴급구조통제단장이 권한을 행사 했다면 손실보상의 주체는 시·도가 될 것이며, 시장·군수·구청장과 시·군·구 긴급구조통제단장이 권한을 행사 했다면 시·군·구가 손실보상의 주체가 되는 것이다. 이는 「재난 및 안전관리 기본법」 제64조 제2항에서 제1항의 규정에 의한 손실의 보상에 관하여는 손실을 받은 자와 그 조치를 행한 중앙행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 협의를 하도록 되어 있기 때문이다.

다. 손실보상의 방법 및 범위

강제처분으로 인한 손실보상에 관하여는 손실을 받은 자와 그 조치를 한 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 협의하여 처리하는 것이 원칙이다. 다만 협의회가 성립되지 아니한 때에는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제51조의 규정에 의한 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있고, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제83조 내지 제86조의 규정은 재결에 관하여 이를 준용하도록 하고 있다.

2. 水難救護를 위한 應急措置와 損失補償

현행 「수난구호법」상 인적응급공용부담(사람을 수난구호업무에 종사하게 하는 것)을

248) 여기에서는 「재난 및 안전관리 기본법」 제39조의 동원명령과 제45조의 응급부담에 대한 손실보상을 규정하고 있다.

249) 인적응급부담 즉, 급박한 사정이 있는 때에 당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자를 응급조치에 종사하게 하는 경우도 희생보상의 대상이다.

제외한 “선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용 하는 것”에 대한 손실보상의 규정은 없다. 이는 선박, 자동차 등의 일시사용이 특별한 희생에 포함되지 않는다고 판단한 입법이라고 생각되지만 현재의 국민의식 등을 기준으로 한다면 이 경우도 손실보상을 규정해야 할 것으로 판단된다.

Ⅲ. 危害發生 防止를 위한 強制處分과 損失補償

「고압가스 안전관리법」 제20조 제6항에서는 “시장·군수·구청장·경찰서장 또는 소방서장은 특정고압가스사용자가 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하여 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때에는 특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나, 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치”할 수 있도록 하고 있다. 또한 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제27조 제6항에서도 “시장·군수·구청장, 경찰서장 또는 소방서장은 액화석유가스 특정사용자가 이 법이나 이 법에 따른 명령을 위반하여 위해를 발생시킬 우려가 있다고 인정하면 액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치”할 수 있도록 하고 있다.

하지만 이러한 강제처분으로 인한 손실보상에 대해서는 규정되어 있지 않다. 이는 권한행사의 요건이 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하여 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때”이므로 관계인의 수인을 전제로 손실보상을 입법하지 않는 것으로 판단되지만, 관계인에게 수인할 수 없는 손실이 발생했을 경우는 이를 보상하여야 할 것으로 생각된다.

이와 관련 2008년 3월 31일자로 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」이 일부 개정되어 손실보상 규정이 신설되기는 하였으나, 이 경우는 제29조 제2항의 명령이나 조치로 인한 손실보상이 입법된 것이고 제27조 제6항의 처분으로 인한 손실보상은 여전히 규정하지 않고 있다. 즉, 제29조(허가관청 등의 조치) 제1항에서 “허가관청 또는 시장·군수·구청장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법에 따른 허가를 받은 자, 액화석유가스 특정사용자 또는 액화석유가스 사용자에게 위해 방지를 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다”라고 하고 있고, 제2항에서 “허가관청 또는 시장·군수·구청장은 이 법에 따른 허가를 받은 자, 액화석유가스 특정사용자 또는 액화석유가스 사용자의 액화석유가스의 충전·집단공급·판매·저장·사용시설이나 용기·가스용품(이하에서 “시설 등”이라 한다)으로 인하여 위해가 발생하였거나 위해의 발생이 긴박하여 긴급하

고 부득이하다고 인정할 때에는 그 시설 등의 이전·사용정지 또는 사용제한을 명하거나 그 시설 등의 안에 있는 액화석유가스를 폐기하도록 명할 수 있으며, 그 시설 등을 봉인할 수 있도록” 하고 있는데 이 경우의 손실보상을 규정한 것이다.

이번에 제3항을 신설하여 “제2항에 따른 명령이나 조치가 사업자의 귀책사유 없이 공공의 안전유지를 위하여 이루어진 경우 허가관청·신고관청 또는 사용신고 관청은 해당 사업자에게 발생한 손실에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따른 정당한 보상을 하여야 한다. 다만 천재지변·전쟁, 그 밖의 불가항력의 사유로 인한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 한 것이다.

第3節 强制處分과 犧牲補償

I. 犧牲補償의 概要

희생보상청구권(Aufopferungsanspruch)이란 넓은 의미로는 공익실현과정에서 발생하는 개인의 특별한 희생에 대하여 보상을 청구할 수 있는 권리이다. 이러한 희생보상청구권은 공용침해로 인한 손실보상청구권은 물론 수용 유사적 침해로 인한 보상청구권·수용적 침해로 인한 보상청구권 등 재산권 침해에 대한 보상청구권은 물론, 생명·신체·명예 등 비재산적 법익침해로 인한 보상청구권을 포함하는 개념이다.

그런데 이러한 넓은 의미의 희생보상청구권(allgemeiner Aufopferungsanspruch)의 개념에서 비재산적 법익의 침해로 인한 보상청구권만을 좁은 의미의 희생보상청구권(besonderer Aufopferungsanspruch)으로 보게 된다. 즉, 생명·신체·건강·명예·자유 등과 같은 비재산적 법익침해보상을 한데 묶어 희생보상청구권이라고 한다.

이는 독일에서 「프로이센일반란트법」 서장 제74조 및 제75조에 터 잡아 판례가 확립한 헌법적 지위의 관습법으로 확립한 청구권이다. 우리나라에서도 희생보상청구권을 개별법에서 인정하는 것이 입법의 추세이며, 입법화가 되어 있지 않은 경우에도 헌법 및 개별법을 유추하여 희생보상청구권을 일반적으로 인정해야 한다는 견해가 설득력을 얻고 있다.²⁵⁰⁾

250) 조연홍, 전계 논문, 79면.

II. 强制處分과 犧牲補償의 根據

1. 消防活動 從事命令과 犧牲補償

가. 보상의 전제가 되는 명령

「소방기본법」 제24조(소방활동 종사명령) 제1항에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있도록” 하고 있다.²⁵¹⁾

나. 보상의 종류

(1) 상이·사망으로 인한 희생보상

「소방기본법」 제24조 제2항에서 시·도지사는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장의 명령에 따라 소방활동에 종사한 자가 이로 인하여 사망하거나 부상을 입은 경우에는 이를 보상하도록 하고 있다.

(2) 소방활동으로 제공된 비용 보상

「소방기본법」 제24조 제3항에서 소방본부장·소방서장 또는 소방대장의 명령에 따라 소방활동에 종사한 자는 시·도지사로부터 소방활동의 비용을 지급 받을 수 있도록 하고 있다.²⁵²⁾

251) 소방활동 종사명령을 발한 소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 명령 수명자에게 소방활동에 필요한 보호장구를 지급하는 등 안전을 위한 조치를 하여야 한다(「소방기본법」 제24조 제1항 단서).

252) 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자의 경우에는 그러하지 아니하다(「소방기본법」 제24조 제3항 단서).

1. 소방대상물에 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 경우 그 관계인
2. 고의 또는 과실로 인하여 화재 또는 구조·구급 활동이 필요한 상황을 발생시킨 자
3. 화재 또는 구조·구급현장에서 물건을 가져간 자

다. 보상의 방법 및 기준

종전의 「소방법」 제89조(상이·사망에 대한 보상) 제1항은 “의용소방대원이 소방업무로 인하여 질병·부상 또는 사망한 때에는 시·도의 조례가 정하는 바에 의하여 보상금을 지급한다”라고 하고, 동조 제2항에서는 “소화종사명령에 의하여 사람의 생명을 구출하거나 또는 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막는 일에 협력한 사람이 이로 인하여 질병·부상 또는 사망한 때”에도 이를 준용하도록 하였지만 현행 「소방기본법」에서는 준용규정을 삭제하여 현재로서는 보상에 대한 방법 및 기준 등이 없는 상황이다.

2. 應急負擔과 犧牲補償

가. 보상의 전제가 되는 명령

「재난 및 안전관리 기본법」 제45조(응급부담)에서 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 그 관할 구역 안에서 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때에는 당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 할 수 있도록” 되어 있다. 또한 동법 제51조 제2항에서는 “지역통제단장은 긴급구조를 위하여 필요한 경우에는 긴급구조지원기관의 장에게 소속 긴급구조지원요원을 현장에 출동시키는 등 긴급구조활동을 지원할 것을 요청”할 수 있도록 한 것이 희생보상의 전제가 된다.

나. 보상의 방법 및 기준

「재난 및 안전관리 기본법」 제65조(치료 및 보상)는 “재난발생시 긴급구조활동 및 응급대책·복구 등에 참여한 자원봉사자, 제45조의 규정에 의한 응급조치 종사명령을 받은 자 및 제51조 제2항의 규정에 의하여 긴급구조활동에 참여한 민간 긴급구조지원기관의 긴급구조지원요원이 응급조치 또는 긴급구조 종사 중 부상을 입은 때에는 치료를 실시하고, 사망(부상으로 인하여 사망한 경우를 포함한다)하거나 신체에 장애를 입은 때에는 그 유족 또는 장애를 입은 자에게 보상금을 지급”하도록 되어 있다.²⁵³⁾

253) 다만 다른 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체의 부담으로 같은 종류의 보상금을 지급 받은 자에 대하여는 그 보상금에 상당하는 금액은 이를 지급하지 아니한다(「재난 및 안전관리 기본법」 제65조 제1항 단서).

3. 水難救護에 따른 應急措置와 犠牲補償

가. 보상의 전제가 되는 명령

「수난구호법」 제7조(수난구호를 위한 응급조치) 제1항에서 “해양경찰서장 및 소방서장은 수난구호를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 범위 안에서 사람을 수난구호업무에 종사하게 할 수 있도록 되어 있다.

나. 보상의 방법 및 기준

「수난구호법」 제7조 제3항에서 “국가 또는 지방자치단체는 수난구호 업무에 종사한 자가 부상을 입은 때에는 치료를 실시하고, 사망(부상으로 인하여 사망한 경우를 포함한다)하거나 신체에 장애를 입은 때에는 그 유족 또는 장애를 입은 자에게 보상금을 지급”하도록 하고 있는바, 2007년 8월 3일에 신설되었다. 한편 이에 대한 “치료 및 보상금 지급의 기준과 절차에 관하여는 「의사상자 등 예우 및 지원에 관한 법률」과 같은 법 시행령의 관련 규정을 준용”하도록 하고 있다.

第5章 强制處分の 問題點 및 改善方案

第1節 問題點

I. 强制處分權 行使關聯 立法의 問題點

1. 消防活動의 範圍 不分明

1958년 「소방법」 제정 당시에는 제2장을 “화재의 방어”로 하였고 제6절을 “소화의 활동”이라는 용어로 화재진압과 그에 따른 인명구조업무를 표시하였다. 이러한 “소화활동”이라는 용어는 1967년 4월 14일 「소방법」이 전면 개정되면서 종전의 “절”에서 “장”으로 확대된 후 2004년 5월 29일 「소방법」이 폐지될 당시 제8장에서 “소화활동 등”이라 하여 동8장은 화재의 진압과 화재로 인한 인명구조에 관련된 “장”임을 분명히 하였다.

하지만 2004년 5월 30일부터 시행되고 있는 「소방기본법」에서는 제4장을 “소방활동”이라고 하면서 동법 제16조에서 소방활동을 “소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 때에는 소방대를 현장에 신속하게 출동시켜 화재진압과 인명구조 등 소방에 필요한 활동을 하게 하는 것”으로 규정하여 화재는 물론 인명구조·구급활동까지를 모두 포함하는 개념으로 정의 하였다.

따라서 “소방활동”은 화재의 진압과 화재로 인한 인명구조와 구급활동은 물론 각종 재난현장에서의 인명구조와 구급활동 뿐만 아니라, 그밖에도 소방대가 출동하여 행하는 업무 모두를 포함하는 개념이 된 것이다. 그런데 「소방기본법」 제4장(제16조 내지 제28조) 각 개별 조문 중 어떤 경우는 “소방활동”으로 하여 동 조항이 모든 소방활동에 적용되도록 한 경우도 있지만, 제25조의 강제처분 등에 있어서는 “소화활동”으로 한정하여 여타 소방활동에는 적용되지 않도록 하는 등 입법상 일부 문제점이 있는바, 이를 살펴보면 다음과 같다.

먼저 「소방기본법」 제18조의 “소방신호”는 “화재예방·소방활동 또는 소방훈련을 위하여 사용되는 소방신호의 종류와 방법은 행정안전부령으로 정한다”라고 하여 소방신호가 구조·구급 등 모든 소방활동에 적용되도록 하고 있다.

다음으로 「소방기본법」 제20조의 “관계인의 소방활동”인데 “관계인은 소방대상물에

화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 경우에는 소방대가 현장에 도착할 때까지 경보를 울리거나 대피를 유도하는 등의 방법으로 사람을 구출하는 조치 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다”라고 하여 앞부분은 소방활동 전체를 의미하는 것처럼 되어 있으나, 뒷부분은 화재발생에 따른 경보전파, 피난유도, 초기소화 만을 열거하고 있어 입법적인 문제가 있다.

또한 「소방기본법」 제21조 “소방자동차의 우선 통행 등” 제1항은 “모든 차와 사람은 소방자동차(지휘를 위한 자동차 및 구조·구급차를 포함한다)가 화재진압 및 구조·구급활동을 위하여 출동을 하는 때에는 이를 방해하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있는데, 이 역시 “화재진압 및 구조·구급활동”이라고 표현할 것이 아니고 「소방기본법」 제16조의 규정에 따라 “소방활동”이라고 해야 적절한 표현인 것이다.

「소방기본법」 제22조의 “소방대의 긴급통행”에서는 “소방대는 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에 신속하게 출동하기 위하여 긴급한 때에는 일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로·빈터 또는 물위로 통행할 수 있다”라고 규정하고 있는데, 이 역시 “화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장”부분을 “소방활동 상황이 발생한 현장”으로 표현해야 적절한 입법인 것이다.

또한 「소방기본법」 제23조 “소방활동 구역의 설정” 제1항에서 표현된 “화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장” 부분도 “소방활동 상황이 발생한 현장”으로 고쳐져야 한다.

「소방기본법」 제24조 제1항은 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있다”라고 하여 이 경우는 화재, 구조·구급현장 모두에서 “소방활동 종사명령”을 가능하도록 하고 있다.

그런데 「소방기본법」 제25조 “강제처분 등” 제1항(2항도 동일)은 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다”라고 하여 용어선택에 있어 앞뒤가 맞지 않음을 알 수 있다.

즉, 앞부분은 화재현장에서 행하는 강제처분임을 분명히 하였으므로 뒷부분의 “소방

활동”이라는 용어는 “소화활동”이라고 해야 적절한 표현인 것이다.

또한 이렇게 제1항에서는 화재현장에서의 강제처분을 언급해놓고 제3항의 추정차 된 차량이나 물건 등에 대한 처분에 대한 조항은 “소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때”라고 하여 이에 대해서는 화재현장 출동뿐만 아니라 구조·구급현장 출동 시에도 적용되도록 하여 입법에 문제가 있는 것이다.

「소방기본법」 제27조 “위험시설 등에 대한 긴급조치” 제1항 역시 문제점이 있다. 현재 제1항은 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 소방활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도의 개폐장치 등을 조작할 수 있다”라고 하여 동항은 화재진압을 위한 소방용수의 확보를 위한 조항이므로 “화재진압 등 소방활동을 위하여”라고 한 것은 적절한 표현이 아니다.

정리하면 종전 「소방법」에서는 없었던 “소방활동”이라는 개념을 「소방기본법」에 입법 하였으므로 제4장(제16조 내지 제28조)의 입법내용 역시 이에 맞게 개선되어야 한다.

2. 消防活動 從事命令의 實效性 確保 困難

「소방기본법」 제24조(소방활동 종사명령) 제1항은 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있다”라고 하여 이를 행정상 즉시강제 중 대인적 즉시강제(원조강제)라고 하는 경우도 있다.²⁵⁴⁾

하지만 대인적 즉시강제가 성립되려면 “신체에 실력을 가하여 소방행정상 필요한 상태를 실현시키는 것”을 의미하여야 하는바, 현행 규정을 살펴보았을 때 신체에 실력을 가한다는 내용은 찾아볼 수가 없다. 뿐만 아니라 “소방활동 종사명령”이라는 강제에 대해서는 이를 거부할 경우 이에 대한 제재규정²⁵⁵⁾ 또한 소방기본법에는 없다.²⁵⁶⁾ 따

254) 김향기, 332면; 박윤혼(상), 626면; 석중현(상), 488면.

255) 다만 소방활동 종사명령에 따른 “사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 방해한 자”는 5년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처하도록 되어 있다(「소방기본법」 제50조 제2호).

256) 다만 「경범죄처벌법」 제1조 제36호(공무원 원조불응)는 눈·비·바람·해일·지진 등으로 인한 재해 또는 화재·교통사고·범죄 그 밖의 급작스러운 사고가 발생한 때에 그곳에 있으면서도 정당한 이유 없이 관계공무원 또는 이를 돕는 사람의 현장출입에 관한 지시에 따르지 아니하거나 공무원이 도움을 청하여도 이에 응하지 아니한 사람은 10만원이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌하도록 되어 있다.

라서 119지역대²⁵⁷⁾에서 1인이 화재현장 등에 출동하여 인명구조나 화재진압 등 긴급하고 불가피한 상황에서 관할구역이나 현장에 있는 자에게 소방활동 종사명령을 하였을 경우 이를 거절한다면 아무런 실효성이 없기 때문에 문제인 것이다. 따라서 “신체에 직접 실력을 행사 할 수 있는 규정”을 신설하거나 적어도 「경범죄처벌법」에 의한 제재가 아닌 「소방기본법」상에 제재규정을 만들어야 하는 것이다.

3. 消火活動中 強制處分 規定의 代表性 未洽

「소방기본법」 제25조의 소방대상물 및 차량 등에 대한 강제처분(일시사용, 사용제한, 파괴, 제거, 이동 등) 규정은 「소방기본법」을 비롯하여 다른 소방경찰법상 강제처분의 모델이 되는 대표적인 규정임에도 제목의 “강제처분 등”이라는 용어사용의 부적절을 비롯하여 강제처분권 행사에 따른 주의의무규정이 없으며, 처분권자, 구조·구급활동시 강제처분권이 없는 등 여러 가지 문제점이 있다.

가. 강제처분 등이라는 용어사용의 부적절

현행 「소방기본법」 제25조의 제목은 “강제처분 등”이라고 되어 있다. 하지만 제목만 보아서는 어떤 처분을 의미하는지 알 수가 없고 내용을 보아야만 알 수가 있는바, 현행에서 사용되고 있는 “강제처분”이라는 용어는 다음과 같은 이유에서 문제점이 있는 것이다.

현행 법령상 “강제처분”이라는 용어가 사용되는 법령을 보면 ①「공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률」(법률 제6627호, 2002. 1. 26) 제11조에서 담보물 강제처분규정을 두어 기획재정부장관은 대한민국 법인이 지급보증의 원인이 된 채무의 전부 또는 일부를 이행하지 아니하는 경우에 동법 제10조의 규정에 의하여 취득한 담보물을 처분할 수 있도록 하고 있고 ②「군사법원법」(법률 제8842호, 2008. 1. 17) 제231조에서 수사와 필요한 조사를 함에 있어 강제처분을 할 수 있도록 규정하고 있으나 이 경우의 강제처분은 동법에 특별한 규정이 있거나 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하도록 하고 있다.

257) 119지역대의 설치기준(「지방소방기관 설치에 관한 규정」 제9조 제2항)

- 가. 119안전센터가 설치되지 아니한 읍·면 지역으로 관할면적이 30km² 이상이거나 인구 3천명 이상 되는 지역에 설치할 수 있다.
- 나. 농공단지·주택단지·문화관광단지 등 개발지역으로 인접 소방서 또는 119안전센터와 10km 이상 떨어진 지역에 설치할 수 있다.
- 다. 도서·산악지역 등 119안전센터의 신속한 출동이 곤란한 지역에 설치할 수 있다.

③「민사소송법」(법률 제8499호, 2007. 7. 13) 제500조에서도 재심 또는 상소의 추후보완 신청에 의한 집행정지를 행함에 있어 실시한 강제처분의 취소를 명할 수 있도록 되어 있고 ④「전염병예방법」(법률 제8204호, 2007. 1. 3) 제42조에서도 제1군 전염병 환자 등이 있다고 인정되는 거택·선박·기타 장소에 들어가 필요한 조사·진찰 등을 할 수 있도록 강제처분 규정을 두고 있으며 ⑤「해양사고의 조사 및 심판에 관한 법률」(법률 제8792호, 2007. 12. 21) 제48조에서도 지방심판원이 증거조사를 함에 있어 구속·압수·수색 기타 신체·물건 또는 장소에 대해 강제처분을 못하도록 하는 규정이 있고 ⑥「형법」(법률 제7623호, 2005. 7. 29) 제80조 시효의 중단에 있어 벌금·과료·몰수와 추징에 있어서는 강제처분을 개시함으로써 인하여 중단되도록 하고 있고 ⑦「형사소송법」(법률 제8730호, 2007. 12. 21) 제199조에서도 군사법원법과 마찬가지로 수사와 필요한 조사를 함에 있어 강제처분은 동법에 특별한 규정이 있는 경우에 하도록 하는 등의 규정이 있으며 ⑧「후천성 면역결핍증 예방법」 제15조에서도 치료지시를 받은 감염자에게 응하지 아니할 경우 그 감염자가 있다고 인정되는 거소 기타 장소에 들어가 필요한 조사를 실시하고, 감염자에 대하여 치료를 받게 할 수 있도록 강제처분을 규정하고 있다. 또한 「소방기본법」 제25조에도 강제처분이 규정되어 있다는 사항은 이미 살펴본 바와 같다.

(1) 소방기본법 제25조의 “강제처분”의 의미

「소방기본법」 제25조 즉, 소화활동중의 강제처분은 화재현장에서 신속한 인명구조와 화재진압 그리고 연소방지라고 하는 공익목적 때문에 소방대원 등이 일방적으로 화재가 발생한 건물이나 연소확대의 우려가 있는 건물 등에 실력을 가하여 소방행정의 목적인 사회공공의 안전유지와 복리증진에 기여하는 물리적 작용이므로 행정법학상 즉시강제의 성격이 있다는 것은 이미 살펴본 바와 같다. 이는 정당한 사유 없이 강제처분을 거부 또는 방해한 사람에 대한 처벌이 3년 이하의 징역 또는 1천500만원이하의 벌금(화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 경우)이나 300만원이하의 벌금(화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 이외의 경우와 주·정차된 차량이나 물건의 경우)에 처하도록 된 것과 법리검토에서 이미 살펴본 바와 같이 사전 영장없이 처분을 행할 수 있는 것이 이를 뒷받침한다 하겠다.

(2) 현행 타 법령에서 사용하고 있는 “강제처분”의 의미

(가) 즉시강제의 개념으로 사용되고 있는 경우

1) 군사법원법

「형사소송법」 제199조와 「군사법원법」 제231조에는 “수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만 강제처분은 이 법에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다”라고 규정하여 임의수사의 원칙을 선언하면서 다만 강제수사는 법에 이를 행할 수 있다는 특별규정이 있는 경우에 한하여 허용하고 있는데²⁵⁸⁾ 여기서 강제수사는 일정한 사유에 해당하는 피의자 등을 법관이 발부한 영장 없이 긴급 체포하는 경우 등이라 할 것이므로 「형사소송법」 제199조 및 「군사법원법」 제231조에서 사용하고 있는 강제처분의 용어는 행정상 즉시강제의 개념으로 사용되었다 할 것이다.

2) 전염병예방법

「전염병예방법」 제42조(제1군 전염병에 관한 강제처분) 제1항에서 “시·도지사는 당해 공무원으로 하여금 제1군 전염병환자 등으로 인정되는 거택·선박 기타 장소에 들어가 필요한 조사·진찰을 행하게 할 수 있으며, 진찰의 결과 제1군 전염병환자 등으로 인정될 때에는 이를 동행하여 치료 또는 격리시킬 수 있다”라고 규정하여 강제처분이 대가택적 및 인적 즉시강제의 개념으로 사용되었다고 볼 수 있다.

3) 후천성 면역결핍증 예방법

「후천성 면역결핍증 예방법」 제15조(강제처분) 제1항에서 “제14조의 규정에 의한 치료지시를 받은 감염자가 이에 응하지 아니할 경우 보건복지가족부장관 또는 시·도지사는 소속 공무원으로 하여금 그 감염자가 있다고 인정되는 거소 기타 장소에 들어가 필요한 조사를 실시하고 감염자에 대하여 치료를 받게 할 수 있다”라고 규정하여 이 경우도 역시 즉시강제의 개념으로 사용된 것으로 볼 수 있다.

4) 해양사고의 조사 및 심판에 관한 법률

「해양사고의 조사 및 심판에 관한 법률」 제48조(증거조사) 제2항의 규정에는 “지방심판원은 제1회 심판기일 전에 있어서 ①선박 기타의 장소를 검사하는 일 ②장부·서류 기타의 물건의 제출을 명하는 일 ③관공서에 대하여 보고 또는 자료제출을 요구하는 방법에 의해서만 조사를 할 수 있도록 하고 동조 제3항에서 지방심판원은 구속·압수·수색 기타 신체·물건 또는 장소에 대한 강제처분을 하지 못하도록 하여” 이 역시 강제처분이 즉시강제의 용어로 사용된 것으로 판단된다.

(나) 의무불이행 등으로 인한 강제집행의 개념으로 사용되고 있는 경우

1) 공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률

258) 이재상, 「형사소송법」 (박영사, 2008), 214면.

「공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률」 제11조(담보물의 강제처분)에서 “기획재정부 장관은 대한민국 법인이 지급보증의 원인이 된 채무의 전부 또는 일부를 이행하지 아니하는 경우에는 제10조의 규정에 의하여 취득한 담보물 즉, 공공차관의 관리와 관련하여 기획재정부 장관이 정부의 지급보증금액 및 제9조의 규정에 의하여 轉貸된 금액에 상당하게 취득한 담보물을 처분할 수 있도록 규정”하고 있다. 또한 동조 제2항에서 “담보물의 처분은 「민법」 및 「민사소송법」의 규정에 불구하고 국세채납처분의 예에 의하도록 하여 이 경우는 대한민국이 지급 보증한 채무의 전부 또는 일부를 이행하지 아니할 경우에 즉, 의무불이행을 전제”로 한 “강제집행”의 개념으로 강제처분이라는 용어가 사용된 것을 알 수 있다.

2) 민사소송법

「민사소송법」 제500조(재심 또는 상소의 추후보완신청으로 말미암은 집행정지) 제1항에서 “재심 또는 제173조에 따른 상소의 추후보완신청이 있는 경우에 불복하는 이유로 내세운 사유가 법률상 정당한 이유가 있다고 인정되고, 사실에 대한 소명이 있는 때에는 법원은 당사자의 신청에 따라 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하지 아니하게 하고 강제집행을 일시정지 하도록 명할 수 있으며, 담보를 제공하게 하고 강제집행을 실시하도록 명하거나 실시한 강제처분을 취소하도록 명할 수 있다”라고 규정하여 이 역시 강제처분이 의무불이행을 전제로 한 “강제집행”의 개념으로 사용되었다는 것을 알 수 있다.

3) 형법

「형법」 제80조(시효의 정지)에서 “시효는 사형·징역·금고와 구류에 있어서는 수형자를 체포함으로써, 벌금·과료·몰수와 추징에 있어서는 강제처분을 개시함으로써 인하여 중단된다”라고 규정하여 이 경우도 의무불이행을 전제로 한 “강제집행”을 강제처분이라는 용어로 사용하였다.

(3) 긴급조치라는 용어가 강제처분으로 사용된 경우

긴급조치라는 용어가 강제처분으로 사용된 경우는 「소방기본법」 제27조(위험시설 등에 대한 긴급조치)인데 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 소방활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도의 개폐장치 등을 조작”할 수 있고, “화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치”를 할 수 있도록 하고 있는 것이 그것이다.

(4) 응급조치라는 용어가 강제처분으로 사용된 경우

응급조치라는 용어가 강제처분으로 사용된 경우는 「수난구조법」 제7조(수난구조를 위한 응급조치)인바, “해양경찰서장 및 소방서장은 수난구조를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 범위 안에서 사람을 수난구조업무에 종사하게 하거나 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용”할 수 있도록 하고 있는 것이 그 예이다.

(5) 응급부담이라는 용어가 강제처분으로 사용된 경우

응급부담이라는 용어가 강제처분으로 사용된 경우는 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조(응급부담)인바, “시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 그 관할 구역 안에서 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때에는 당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하거나 대통령령이 정하는 바에 의하여 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 할 수 있으며, 장애물을 변경 또는 제거할 수 있도록 하고 있는 것”이 그 것이다.

(6) 일본의 용어사용 사례

소방법령 체계가 우리나라와 비슷한 일본의 경우 「소방법」 제29조에서 “긴급조치”라는 용어를 사용하여 “화재가 발생하려하거나 화재가 발생한 소방대상물 등에 대해 소화 혹은 연소의 방지 또는 인명구조를 위하여 필요가 있을 때는 이들 소방대상물 및 이들이 존재하는 토지를 사용하고 처분 또는 그 사용을 제한할 수 있도록” 하고 있고, 「재해대책기본법」과 「급경사면 붕괴로 인한 재해방지에 관한 법률」상에도 긴급조치라는 용어를 사용하고 있음은 이미 살펴본 바와 같다.

나. 불을 끌 때의 강제처분권과 주의의무 규정이 없음

종전 「소방법」 78조에서의 “강제처분 등”의 권한 규정은 제1항에서 “사람을 구출하거나 또는 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 화재가 발생한 소방대상물 및 그 토지를 일시 사용하거나 또는 그 사용을 제한하거나 그밖의 소방상 필요한 처분을 할 수 있다”고 하였고, 제2항에서는 “불 또는 기상의 상황 그 밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 또는 그 소방대상물이 있는 토지에 대하여 제1항의 규정에 의한 처분을 할 수 있다”라고 하였으며, 제3항에서는 “사람을 구출하거나 또는 불

을 끄거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정한 때에는 제1항 및 제2항에 규정된 소방대상물 또는 토지외의 소방대상물 또는 토지에 대하여도 제1항의 규정에 의한 처분을 할 수 있다”고 하였었다.

따라서 강제처분의 요건을 “사람을 구출하거나 또는 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때”로 하여 그 요건을 분명히 하였고, 불이 번지는 것을 막기 위해 강제처분권을 행사할 때는 “불 또는 기상의 상황 그밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단”하도록 선언적이지만 주의의무 규정을 명시하고 있었다.

하지만 「소방기본법」 제정 과정에서 주·정차된 차량이나 물건 등에 대한 강제처분권을 신설하면서 종전 「소방법」 제78조 제1항과 제2항에 따로 규정했던 강제처분권(1항은 화재가 발생한 소방대상물, 2항은 불이 번질 우려가 있는 소방대상물로 따로 구분하였음)을 「소방기본법」 제25조 제1항으로 합치면서 강제처분권의 기본적인 요건이라 할 수 있는 “불을 끄거나”를 빼버린 것이다. 또한 불이 번질 우려가 있는 소방대상물에 대한 처분 요건이었던 “불 또는 기상의 상황 그밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여”라는 문구를 삭제함으로써 “불을 끌 때”는 강제처분을 할 수 없도록 하였고, 또 불이 번질 우려가 있는 소방대상물에 대한 강제처분 시 고려해야 할 “불 또는 기상의 상황 그밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여”라는 부분을 삭제함에 따라 불이 번질 우려가 있는 소방대상물에 대한 강제처분의 판단기준을 없애버리는 입법을 한 것이다. 이는 종전 「소방법」 제78조에서 규정한 강제처분권의 본래의 입법취지를 잘 이해하지 못한 상태에서 법을 개정한 오류로 생각된다.

다. 강제처분권자의 부적절

이미 살펴본 바와 같이 현행 우리 「소방기본법」 제25조의 강제처분권을 행사할 수 있는 권한을 가진 자는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 그 토지에 대한 처분과(제1항), 그 이외의 소방대상물 및 토지에 대한 처분(제2항), 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시키는 처분(제3항)을 불문하고 그 처분권자는 모두 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 규정하고 있다. 이는 현장 상황을 전혀 고려하지 않은 입법이라고 밖에 볼 수 없는데 화재가 발생한 소방대상물 및 그 토지에 대한 처분의 경우 본 권한은 화재를 직접 진압하거나 연소확대의 방지 및 인명구조를 위해 필요가 있는 때에 행사되는 것이고 그 필요성의 판단은 화재 현장에서 직접 소화활동 등에 종사하고 있

는 소방대원이 할 수밖에 없다. 또한 그 상황에 따라 적절하게 대응하는 것도 전적으로 직접 현장에 투입되어 종사하는 소방대원의 몫이라고 볼 때 제1항 중 “불이 발생한 소방대상물 및 그 토지를 일시 사용하거나 그 사용을 제한하거나 그 밖의 소방상 필요한 처분권”은 소방본부장·소방서장 또는 소방대장이 아닌 “소방대원”이 갖도록 하여야 한다.

물론 현행 「소방기본법」이 소방대원 등의 과잉처분 등을 우려해 동 권한을 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 입법을 했는지, 아니면 소방본부장·소방서장 또는 소방대장 이라고 한 것은 선언적 규정에 불과하고 실제 행사는 소방대원이 하는 것도 허용하는 것으로 입법하였는지는 판단하기가 곤란하지만 이는 책임행정 차원에서 그 처분권자를 분명히 하여야 할 필요가 있다.

라. 구조·구급업무에 대한 강제처분권 없음

구조업무 수행 중 화재현장에서의 인명구조 실적은 다음 표에서 보는 바와 같이 2006년 말 현재 19,237건으로 전체 구조실적에 비하면 매우 적은 편이나 이때의 강제처분은 「소방기본법」 제25조에서 뒷받침되고 있으므로 별 문제가 없겠다. 그러나 구조업무 중 출동회수와 구조인원이 비교적 많은 교통사고의 경우 추돌이건, 충돌이건 대부분 사고차량을 유압스프레더나 커터 등을 이용해서 문 등을 파괴한 후 인명구조 활동에 임하고 있고, 기계사고 또한 구조작업 시 차량 사고와 동일한 방법을 취하며, 그 밖에도 문 잠김 개방, 붕괴·폭발사고 시 등의 구조작업은 파괴는 물론 토지의 일시사용 등 강제처분이 반드시 뒤따르게 마련이다. 그 예를 들어보면 지난 1995년 6월 29일에 발생했던 삼풍백화점 붕괴사고(인명피해 : 사망 502명, 부상 938명)²⁵⁹⁾시 인명구조를 위해 건물잔해에 대한 강제처분(破壞活動)은 물론 붕괴된 건물과 그 토지와는 상관 없는 인근 삼풍주유소 부지에 사고 당일 18:30분경부터 현장지휘소를 설치하여 7월 31일 09:00 현장대책본부 철수 시 까지 30여일 이상을 사용하였으며, 7월 1일 13:00에는 서울교육대학교 체육관에 실종자 가족안내센터를 설치·운영하였고, 7월 6일 10:30에는 사법연수원 구내에 현장구조요원 샤워장을 설치²⁶⁰⁾하는 등의 토지나 시설을 일시사용(사용제한 포함)한 사실로 보더라도 구조활동 중 강제처분은 필수적이나 이에 대한 법적 뒷받침이 없다.

259) 서울특별시, 「삼풍백화점 붕괴사고 백서」(서강총업주식회사, 1996), 92면.

260) 상계서, 721면, 726면, 732면.

또한 구급업무 수행시도 구조업무와 마찬가지로 강제처분이 행하여 질 수밖에 없는 바, 다수 인명피해 발생사고 시에는 현장에 응급의료소를 설치하여 환자를 분류한 후 그 다음 조치를 취하게 되는데 이때에도 사고현장의 토지나 또는 그 인근의 토지 등을 일시 사용하거나 사용제한을 할 수 있는 것 등이 강제처분이라고 할 수 있겠고, 특히 부상당한 환자에게 응급처치를 하는 것이 강제처분 즉, 소위 인적즉시강제에 해당된다면 더욱더 법적 뒷받침이 필요한데 현재 그러한 규정이 없는 것이다.

환자 유형별 이송현황²⁶¹⁾

구분 연도별	계	사고부상	급성질환	만성질환	임산부	약물중독	교통사고	기 타
1997	567,750	131,564	139,924	102,714	7,694	16,638	103,999	65,217
1998	709,184	155,011	173,261	164,464	12,583	20,674	111,506	71,685
1999	951,867	187,720	237,834	265,870	9,113	19,743	137,891	93,696
2000	945,834	192,258	266,123	236,270	9,517	16,921	150,867	73,878
2001	985,521	87,056	307,741	223,320	8,939	32,705	131,860	193,900
2002	982,697	211,150	329,279	224,638	7,863	16,721	132,018	61,028
2003	1,013,874	242,533	323,015	210,590	5,909	17,669	144,191	69,967
2004	1,076,932	251,340	371,713	222,491	3,509	18,436	146,089	63,354
2005	1,100,737	265,463	387,608	215,847	4,811	6,898	152,806	57,304
2006	1,153,553	443,084	238,090	160,580	10,907	20,300	194,380	86,212

4. 危險施設에 대한 緊急措置權 發動의 限界設定 등 必要

가. 긴급조치권 발동에 대한 주의의무 규정이 없음

「소방기본법」 제27조 제1항에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 소방활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도의 개폐장치 등을 조작”할 수 있도록 하고 있다.(긴급수리사용권)

261) 소방방재청 홈페이지(www.nema.go.kr) → 정보공개마당 → 통계자료에서 인용.

또한 제27조 제2항에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치를 할 수 있도록 하고” 있다.(위험물질 공급차단권)

「소방기본법」 제27조 제1항의 긴급수리사용권은 소화활동에 필요한 소방용수를 확보한다는 측면이므로 “소방활동”이라는 용어는 “소화활동”으로 바뀌어야 한다는 것은 이미 살펴본 바와 같다.

그런데 더 큰 문제는 2항에 있는 것이다. 가스·전기 또는 유류 등의 시설은 우리 국민의 일상생활과는 따로 분리할 수 있는 것이 아니기 때문이다. 따라서 위험이 존재하고 긴급성이 인정된다고 해서 함부로 차단권을 행사한다면 차단하지 않는 경우보다 더 많은 피해가 발생할 수도 있어 이에 대한 주의의무규정이나 관련기관과의 의무적 협조 등 한계를 규정할 필요가 있는 것이다.

나. 구조업무 수행시 위험물질 공급 차단권 없음

이는 「소방기본법」 제27조 제2항의 위험물질 공급차단권과 관련이 있겠는데, 제27조 제2항에서 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치를 할 수 있도록 하고 있어” 긴급조치권의 발동을 화재로만 국한하고 있는데, 구조업무 수행시도 강제처분은 물론 위험물질의 공급을 차단해야 하는 상황이 얼마든지 있으므로 구조업무 수행에 대한 처분권도 인정하도록 해야 한다.

5. 緊急救助活動中 強制處分權者의 否適切 等

긴급구조활동 중 강제처분은 앞에서 살펴본 대로 「재난 및 안전관리 기본법」 제42조의 “강제대피조치”와 제45조의 “응급부담”이 있는바, 이에 대한 문제점을 한꺼번에 살펴해보도록 하겠다.

가. 조치권자(주체)의 문제

강제대피조치권과 응급부담권 모두 조치권의 주체는 시장·군수·구청장 및 지역통

제단장(소방본부장·소방서장)이다. 그런데 강제대피조치의 경우 그 객체가 대피명령을 받은 자 또는 위험구역에서의 퇴거나 대피명령을 받은 자이며, 그 요건이 “그 명령을 이행하지 아니하여 위급하다고 판단되는 때”에 당해 지역 또는 위험구역안의 주민이나 당해 지역 또는 위험구역 안에 있는 자를 강제대피 시키거나 강제퇴거 시키는 것이다. 또한 응급부담의 경우는 그 발동요건이 “재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때”에 당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하거나 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그밖의 소유물을 일시사용 할 수 있으며, 장애물을 변경 또는 제거하는 것이다.

따라서 재난에 신속히 대처하기 위해서 인력과 장비를 동원하고 다른 사람의 토지 등을 일시사용 하는 응급부담의 경우는 처분권자가 시장·군수·구청장 및 지역통제단장으로 하는 것이 타당하지만, 강제대피조치의 경우는 “사람의 생명 또는 신체에 대한 위해의 방지와 재난현장의 질서유지를 위하여 행사”되는 인명구조 차원이므로 조장행정 기관의 장인 시장·군수·구청장까지를 포함하는 것은 문제가 있다.

나. 강제대피조치권의 발동형식 문제

현행 「재난 및 안전관리 기본법 시행령」 제50조에서 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장이 강제대피나 강제퇴거 조치 등을 하는 경우에는 관할 지역 국가경찰관서의 장에게 협조를 요청할 수 있다”라고만 규정되어 있을 뿐 특별한 발동형식은 규정되어 있지 않다. 또한 강제대피조치권의 발동 이전단계인 대피명령이나 위험구역의 설정 등에 대한 발동형식 역시 규정되어 있지 아니한데 이는 입법 미비라고 할 수 있겠다. 따라서 대피명령이나 위험구역의 설정시의 절차나 방법 등에 대해 별도의 입법이 필요하다.

다. 응급부담이라는 용어사용의 문제

먼저 여기서 사용하는 응급부담과 행정법학에서 학문적으로 사용하는 공용부담이 어떤 관계인지를 살펴보았을 때 공용부담이란 “공익사업 등의 복리작용을 위하여 또는 물건의 효용을 확보하기 위하여 행정주체가 법규에 근거하여 강제적으로 사인에게 가하는 인적·물적부담”으로 이해함이 일반적이라 한다.²⁶²⁾ 현행 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조의 응급부담의 구체적인 내용은 사람을 응급조치에 종사하게 하는 것과 토지·건축물·공작물 그밖의 소유물을 일시사용하거나, 장애물을 변경 또는 제거하는 것이다.

262) 홍정선(하), 544면.

먼저 “응급조치에 종사”하게 하는 경우는 천재지변 등의 긴급한 경우에 법률에 근거하여 사인에게 노력의 제공을 명하는 인적응급부담으로서 노역부담에 해당한다.²⁶³⁾ 비상재해의 복구 기타 목전의 급박한 필요가 있는 경우 달리 그 수요를 충족할 방법이 없을 경우에 예외적으로 부과되는 부담인 것이다.²⁶⁴⁾ 노역부담임을 뒷받침하는 근거는 「재난 및 안전관리 기본법」 제65조인데, 응급조치에 종사하다가 부상을 입을 경우는 치료를 해주고 사망하거나 신체에 장애를 입은 때에는 유족이나 본인에게 보상금을 지급하도록 되어 있고, 응급조치에 참여함으로써 입게 되는 일비 손실 등에 대해서는 보상규정이 없으므로 공용부담 중 노역부담에 해당한다고 할 수 있다.

다음으로 “토지·건축물·공작물 그밖의 소유물을 일시사용하거나, 장애물을 변경 또는 제거하는 것”역시 비상재해 시 인명구조나 복구 기타 목전의 급박한 필요가 있는 경우에 행사하는 것으로 행정상 즉시강제에 해당한다. 따라서 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조의 제목으로 “응급부담”이라는 용어는 적절하지 않으며, 이와 비슷한 내용을 규정하고 있는 「수난구호법」 제7조에서는 “응급조치”라고 하고 있고, 「소방기본법」 제24조에서는 “소방활동 종사명령”이라는 용어를 사용하고 있다. 또한 「도로법」 제47조는 “비상재해시의 토지 등의 사용²⁶⁵⁾”이라는 제목을 하고 있다.

6. 水難救護를 위한 強制處分 規定의 不合理

「수난구호법」 제7조(수난구호를 위한 응급조치) 제1항에서는 “해양경찰서장 및 소방서장은 수난구호를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 범위 안에서 사람을 수난구호업무에 종사하게 하거나 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용 할 수 있도록 하고” 있는바, 이하에서 문제점을 검토하고자 한다.

가. 응급조치라는 용어사용의 문제

앞에서도 잠시 살펴보았지만 「수난구호법」 제7조 역시 수난사고의 발생으로 생명을 잃을 수도 있는 위급한 상황에서 구조대원 이외의 사람을 수난구호에 종사하게 하는

263) 상계서, 553면.

264) 장태주, 1153면.

265) 제47조(비상 재해 시 토지 등의 사용) 관리청은 재해로 발생하는 도로구조나 교통에 대한 위험을 방지하기 위하여 특히 필요하다고 인정하면 그 도로 부근에 거주하는 자에게 노무를 제공하도록 요청하거나 재해현장에서 필요한 토지, 가옥, 그 밖의 공작물을 일시 사용 할 수 있고, 장애물을 변경 또는 제거하거나 토석·죽목·운반기구, 그 밖의 물건(공작물은 제외한다)을 사용하거나 수용할 수 있다.

“노역부담”과 선박이나 자동차 등을 일시사용 하는 “대물적 즉시강제”를 함께 하는 조항인데 “수난구호를 위한 응급조치”라는 제목이 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조의 “응급부담”이라는 제목보다는 적절한 용어라고 생각되지만 보다 더 함축적인 뜻을 가진 용어의 선택이 필요하다.

나. 처분권자의 문제

「수난구호법」 제6조(수난구호업무의 관할) 제1항은 “해상에서의 수난구호는 그 해역을 관할하는 해양경찰서장이 행하고, 하천에서의 수난구호는 그 지역을 관할하는 소방서장이 행하도록 되어 있다. 이는 1995년 7월 18일 「수난구호법」이 개정되면서 종전 경찰서장이 행하던 하천에서의 수난구호 업무가 소방서장으로 바뀌었기 때문이다. 그런데 「소방기본법」을 비롯하여 소방 5법은 화재의 예방과 관련해서는 그 주체를 소방본부장 또는 소방서장으로 하고 있고, 화재진압이나 재난현장 활동과 관련해서는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 하고 있으며, 구조·구급업무 수행과 관련해서는 그 주체를 소방방재청장²⁶⁶⁾·소방본부장 또는 소방서장으로 하고 있다. 따라서 하천에서의 수난구호 책임을 소방서장으로만 표시하는 것은 여타 입법 내용과 비교해 볼 때 문제가 있다.

II. 强制處分에 따른 損失補償의 問題點

1. 消防隊의 緊急通行權에 대한 補償規定 없음

소방대의 긴급통행권은 “소방대가 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에 신속하게 도착하기 위하여 긴급한 때에는 일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로·빈터 또는 물위로 통행할 수 있는 권한”인데 이에 대한 손실보상 규정은 없다. 이는 긴급통행권의 행사로서 일반적인 통행에 쓰이지 않는 도로·빈터·물위 등을 통행하는 자체는 통상 관계인의 사유재산권에 대해 많은 손해를 가한다고는 할 수는 없지만, 가령 사유재산권에 다소의 손해를 준다고 해도 그것은 화재의 조기진압과 재난·재해현장에서의 인명구조 등을 위해 공익상의 긴급한 요청으로부터 수인해야 할 범위

266) 이처럼 구조·구급업무와 관련하여 소방방재청장까지를 주체로 한 것은 소방방재청 소속 기관으로 중앙119구조대가 설치되어 있기 때문이다.

내의 부담이기 때문에 권한 행사에 따른 손실보상이 규정되어 있지 않다고 한다.²⁶⁷⁾ 하지만 이와 같은 이론을 정립했을 당시에는 단순히 소방자동차의 통행만을 생각하였을 것으로 추측되나, 현재는 화재 등 각종 재난이 대형화되고 다양화됨에 따라 소방자동차의 긴급통행은 물론 각종 중장비 등도 동원될 수 있는 상황이고 그러다 보면 특별한 희생이 발생할 수도 있어 손실보상도 함께 규정되어야 한다고 본다.

2. 消火活動과 危險施設 強制處分에 따른 損失補償 未洽

소화활동 중 강제처분과 관련된 손실보상은 1958년 「소방법」이 제정되면서부터 입법된 사항이고 위험시설에 대한 긴급조치로서 강제처분에 대한 손실보상은 「소방기본법」이 제정되면서 규정된 것이기 때문에 이에 대한 문제점 및 개선방안을 도출하기 위해서는 제정 당시 「소방법」부터 현재의 「소방기본법」까지의 손실보상에 대한 입법변천과정을 다시 한번 정리해 보아야 할 것 같다.

가. 소방법상 손실보상의 근거와 그의 변천

(1) 제정 소방법상의 규정

1958년 제정된 「소방법」은 제25조(소방상의 강제처분) 제1항에서 소방서장 또는 소방대장은 소화·연소방지 또는 인명구조상 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 화재가 발생한 소방대상물 또는 소방대상물이 있는 토지를 일시 사용하거나 그 사용을 제한하거나 기타 소방상 필요한 처분을 할 수 있도록 규정하고, 동 조 제2항에서는 연소의 우려가 있는 소방대상물 또는 소방대상물이 있는 토지에 대해서도 제1항과 같은 처분을 할 수 있도록 하면서 제3항에는 손실보상을 규정하고 있다. 그리고 이때의 손실보상은 제1항과 제2항의 처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때에는 “시가”에 의하여 국가가 보상하도록 규정하였는데 여기서 중요한 것은 손실보상의 기준을 “시가”에 의한다고 명문화하고 있을 뿐만 아니라, 비록 화재가 발생한 소방대상물이라 할지라도 소방상 강제처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 경우 국가가 “시가”로 이를 보상하도록 하였다.

(2) 제6차 소방법 개정 시의 규정

1976년 12월 31일 「소방법」이 6차 개정²⁶⁸⁾되었는데 소방상 강제처분과 관련된 내용

267) 關東一, 595면.

도 소방법 제정 당시와 비교했을 때 상당한 차이가 있음을 알 수가 있다. 제정 당시 제25조에 규정되었던 강제처분 규정이 제55조로 이동하였고, 제목도 “소방상 강제처분”이었던 것이 그냥 “강제처분”으로 바뀌었을 뿐만 아니라 강제처분의 범위 또한 확대되었다. 제정 당시에는 화재가 발생한 소방대상물과 또는 소방대상물이 있는 토지와, 연소의 우려가 있는 소방대상물 또는 소방대상물이 있는 토지에 대해서만 처분할 수 있도록 했던 것을 화재가 발생했거나 연소확대의 우려가 없는 소방대상물과 토지 등에 대해서도 강제처분을 할 수 있도록 규정하였으나 유독 “손실보상”의 규정만이 축소되고 후퇴된 입법이 이루어진 것이다. 동조 제4항은 「소방법」 제정 당시와는 달리 화재가 발생했거나 연소의 우려가 있는 소방대상물에 대한 강제처분으로 인한 손실의 보상 규정은 이를 삭제해 버리고 그 이외의 소방대상물에 대해 강제처분을 했을 경우만 손실보상을 받을 수 있도록 범위가 축소된 것이다. 뿐만 아니라 손실보상의 주체나 방법·기준 등에 있어서도 많은 변화가 있었는데, 제정 당시의 규정에는 “국가가 시가로 손실을 보상하여야 한다”에서 개정 시에는 “손실을 받은 자는 시 또는 군에 대하여 그 보상을 청구할 수 있다”라고 개정하여 손실보상을 소극적으로 규정하면서 “시가” 보상에 대한 내용도 삭제해 버렸다.

(3) 제12차 소방법 개정 시의 규정

1991년 12월 14일 「소방법」이 제12차로 개정되었는데 이때는 소방법을 한글화하여 국민이 쉽게 이해할 수 있도록 하고 국가와 지방자치단체의 사무로 이원화되어 있던 소방사무를 광역지방자치단체의 사무로 일원화하는 등의 개정이 있었는데 이때 “강제처분”의 규정도 일부 개정이 있었다. 즉, “강제처분”에 대한 범위 등은 제6차 개정 당시와 변경이 없고²⁶⁹⁾ 다만 손실보상에 대한 규정만 일부 개정되었는데 이때 다시 손실보상의 주체·방법 등이 바뀐 것이다. 즉, 손실보상의 주체가 시·군에서 시·도로 바뀌고 방법도 종전에는 “피해자의 청구에 의하여 보상할 수 있다.”에서 “손실을 받은 사람이 있는 경우에는 이를 보상하여야 한다.”로 개정되었다.

(4) 소방기본법 제정 시의 규정

2003년 제정되어 2004년 5월 30일부터 시행중인 「소방기본법」에서의 강제처분 규정의 특징은 불을 끄면서의 강제처분권을 제외했고, 소방자동차의 통행과 소방활동에 방

268) 이지연, 「최신소방법령집」 (경진사, 1982), 14면.

269) 변경된 것은 내용이 일부 한글화된 것이다. 예를 들어 인명구조는 “사람을 구출하거나”로 소화 또는 연소방지는 “불을 끄거나 불이 번지는 것을 막기 위하여”로 등이다.

해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시킬 수 있는 처분권한이 신설된 것이 특징이다. 이때의 손실보상에 관한 내용을 종전의 「소방법」과 비교하면 먼저 손실보상의 주체가 광역지방자치단체인 시·도에서 자치단체 장인 시·도지사로 바뀌었고, 화재가 발생하거나 불이 번질 염려가 있는 이외의 소방대상물 등에 대한 강제처분 시 손실보상을 해주도록 한 규정은 변함이 없으나, 「소방기본법」 제정 시 신설된 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시켜 손실이 발생한 경우는 보상을 해주도록 추가되었다.

나. 문제점

(1) 손실보상의 범위 측면

앞의 손실보상의 근거와 그 변천에서 살펴보았듯이 1958년 「소방법」 제정 당시의 “강제처분 및 손실 보상에 관한 규정과” 현행 「소방기본법」상 “강제처분과 손실 보상에 관한 규정”에는 많은 차이가 있음을 알 수 있다. 대표적인 차이는 “손실보상의 범위”인데 「소방법」 제정 당시에는 손실 보상의 범위를 모든 소방상 강제처분 즉, “화재가 발생한 소방대상물에 대한 강제처분”이든 “연소의 우려가 있는 소방대상물에 대한 강제처분”이든을 불문하고 동 처분으로 “손실을 받은 자가 있을 때에는 시가에 의하여 국가가 이를 보상하도록 규정”되었던 것이, 「소방기본법」에서는 동 처분으로 인한 손실에 대한 보상 규정은 제외되고 다만 화재가 발생하였거나 또는 연소의 우려가 있는 소방대상물 이외의 제3의 소방 대상물 등에 대한 강제처분의 경우만 보상하도록 변천하여 범위 측면에서의 문제점을 제기하고 싶은 것이다.

이러한 문제제기에 대해 “화재가 발생하였거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물은 소방대원 등이 소화활동중이라고 하는 긴급사태에 있어서 소방대상물 및 이들이 있는 토지를 사용하고 처분하거나, 사용을 제한하는 긴급조치를 통한 강제처분권을 부여하고 있기 때문에 이러한 공용부담에 있어서는 손실보상이 될 수 없어 당연한 규정이라는 견해”도 있다.²⁷⁰⁾ 이에 대해 “불이 번질 우려가 있는 소방대상물의 경우 소유자 등의 경찰책임의 정도는 화재가 발생한 소방대상물 보다도 낮기 때문에 소유자 등의 경찰책임의 정도와 재산권 침해의 정도와의 상관관계 즉, 연소를 당할 경우에 발생할 공공의 안전에 대한 장해(위협)의 정도와 강제처분에 의해 당해 소방대상물이 받는 손실

270) 성 무, 166면.

의 정도(건물의 손상·일부제거·전부파괴 등)와의 상관관계에 의해 손실의 정도가 소유자 등의 경찰책임을 받아들이는 한도를 넘는 때는 손실보상의 필요가 있다는 견해²⁷¹⁾도 있는바, 후자가 타당하다고 본다. 현행 「소방기본법」 제25조 제1항의 처분으로 입은 손실에 대한 보상도 필요하고 그렇게 개정되어도 문제가 없다고 생각하기 때문이다.

왜냐하면 손실보상은 특별희생설 또는 희생설이 통설과 판례의 입장임을 볼 때 어느 경우든 특별한 희생이 전제되어야 하는 것이기 때문에 “화재 현장에서 화재가 발생한 소방대상물이나 연소의 우려가 있는 소방대상물에 대해 소화·연소방지 또는 인명구조 등을 위해 정당하게 행한 처분은 특별한 희생으로 볼 수 없고 더욱이 이러한 소방대상물은 다른 소방대상물에 연소의 확대나 인명피해의 위험을 끼칠 우려가 있기 때문에 그 자체가 사회공공의 안전에 대한 장애가 될 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 당해 소방대상물의 소유자 등에게도 경찰책임을 있고 그것에 대한 조치를 취하지 않았을 때 그 소방대상물은 연소를 당할 우려가 높기 때문에 소유자 등은 강제처분으로 인하여 오히려 재산상의 이익을 얻는 입장이기에 당연히 손실보상은 생각할 수도 없다.

그렇다면 결과적으로 손실보상이 가능하게 되기 위해서는 그 이상의 희생이 필요할 것이 요구되는데 그 이상의 희생이 국민에게 가해졌을 경우에는 이를 보상하여야 할 필요가 있기 때문인 것이다.

(2) 손실보상 방법·기준 등 측면

(가) 소방 5법상 손실보상의 입법 예

현행 소방 5법상 손실보상(희생보상 제외)의 예는 먼저 「소방기본법」 제12조의 화재의 예방조치 등에 따라 위험물 또는 물건을 매각한 경우의 보상, 제25조의 소화활동 중 강제처분으로 인한 손실보상, 제27조의 위험시설 등에 대한 긴급조치로 인한 손실보상이 있다. 또한 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 제6조에서 소방대상물의 개수명령에 따른 손실보상이 있고, 2007년 3월 25일부터 시행중인 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」은 제15조에서 화재위험평가 결과 그 위험유발지수가 대통령령이 정하는 기준 이상인 경우로서 해당다중이용업주에 대하여 소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률 제5조의 규정에 의한 조치를 명한 경우 동 명령으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우 이를 보상하도록 하고 있다.

271) 關東一, 602면.

(나) 세부 손실보상의 방법 등에 대한 입법 예

소방 5법에서 규정하고 있는 손실보상과 관련 그에 대한 방법 등에 대해 입법된 내용을 보면 먼저 협의에 의하도록 한 경우로서 「소방기본법」 제12조(화재의 예방조치 등)²⁷²⁾가 있고, 시가 및 협의에 의하도록 한 경우는 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 제6조의 소방대상물의 개수명령에 따른 손실보상 시 적용하도록 하고 있다. 또한 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의하도록 한 경우는 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」 제15조에 따라 개수명령을 하여 손실이 발생한 경우 이다.

따라서 그 이외의 손실보상 즉, “소화활동 중 강제처분권”과 “위험시설 등에 대한 긴급조치권”행사의 경우는 손실보상의 근거만 규정하고 있을 뿐 시가에 의한다든지, 협의에 의한다든지 전혀 언급이 없기 때문에 문제인 것이다.

물론 손실보상을 받을 수 있는 근거는 있으므로 손실을 받은 자가 임의대로 손실보상을 청구할 수 있고 그에 대해 손실보상권자인 시·도지사가 이의 없이 보상을 해 버리면 별 문제가 없겠으나, 어떻게 보상하여야 한다는 명확한 기준 등이 없기 때문에 항상 분쟁이 있을 수밖에 없고 그렇다고 보면 결과적으로 법원의 힘을 빌려 보상을 받을 수밖에 없다. 하지만 강제처분으로 인한 손실의 규모가 커서 그렇게 하고서라도 訴의 이익이 있다면 별 문제가 없겠으나 강제처분으로 인한 손실의 규모가 비교적 적을 경우에는 손실보상권자가 일방적으로 유리하게 정하는 기준에 따라 해주는 보상밖에 받을 수가 없고, 그런 이유 등으로 아예 청구를 안 해버리는 경우도 있다고 볼 때 결과적으로 국민에 대한 구제가 제대로 이루어지지 않은 결과로 이어지게 되는 문제가 생기게 된다.

한편 위험시설 등에 대한 긴급조치에 따른 손실보상 문제도 소화활동 중 강제처분의 손실보상과 같은 유형의 문제점이 있다 하겠는데, 「소방기본법」 제27조 제3항에서 시·도지사는 “위험시설의 긴급조치로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다”라고만 규정되어 있을 뿐 세부적인 보상 기준이나 방법 등은 입법 미비로서 사유 발생시 마다 행정쟁송절차를 통해서 해결 할 수밖에 없는 문제점이 있는 것이다.

272) 「재난 및 안전관리 기본법」 제64조에서도 제45조의 응급부담에 따라 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그밖의 소유물을 일시사용 하는 경우와 장애물을 변경 또는 제거하는 경우 그 손실을 받은 자와 그 조치를 행한 중앙행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 협의 하도록 하고 있다.

3. 緊急救助를 위한 強制處分에 따른 損失補償 規定 未備

소화활동 중 강제처분 이외에 긴급구조 활동과 위해발생 방지 등을 위한 강제처분의 경우도 손실보상과 관련된 문제점이 있는바, 이하에서 문제점을 살펴보도록 하겠다.

먼저 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조의 응급부담과 관련하여 손실보상에 대한 근거는 동법 제64에서 규정하고 있는바, 동조 제1항에서는 손실보상의 근거를 그리고 제2항에서는 협의를 또한 제3항에서는 협의 불성립 시는 관할 토지수용위원회에 재결 신청을 그리고 제4항에서는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제83조 내지 제86조의 규정은 재결에 관하여 이를 준용하도록 하고 있다. 따라서 최소한의 기준은 입법된 것으로 판단된다.

다음으로 「수난구호법」상 수난구호를 위한 응급조치에 대한 손실보상인데 「수난구호법」 제7조 제1항에서는 “해양경찰서장 및 소방서장은 수난구호를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 범위 안에서 사람을 수난구호업무에 종사하게 하거나 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용”할 수 있도록 하고 있다. 그런데 이 경우 전단의 수난구호 종사명령으로 수난구호 업무에 종사한 자가 부상을 입은 때에는 치료를 실시하고, 사망(부상으로 인하여 사망한 경우를 포함한다)하거나 신체에 장애를 입은 때에는 그 유족 또는 장애를 입은 자에게 보상금을 지급²⁷³⁾하도록 하고 있지만, 후단의 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용 할 경우의 손실보상에 대해서는 아예 규정이 없어 문제인 것이다. 소화활동 중 강제처분이나 긴급구조활동 중 강제처분의 경우는 손실보상에 관한 근거가 있는 것과는 대조적이다.

한편 「고압가스안전관리법」 제20조 제6항에서는 “시장·군수·구청장·경찰서장 또는 소방서장은 특정고압가스사용자가 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하여 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때에는 특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나, 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치”할 수 있도록 하고 있고, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제27조 제6항에서도 “시장·군수·구청장, 경찰서장 또는 소방서장은 액화석유가스 특정사용자가 이 법이나 이 법에 따른 명령을 위반하여 위해를 발생시킬 우려가 있다고 인정하면 액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치”할 수 있도록 하고 있다. 하지만 이 모

273) 희생보상에 관해서도 2007년 8월 3일에야 신설되었고 시행은 6월 뒤인 2008년 2월 3일부터 하고 있다.

두 강제처분으로 인한 손실보상에 대해서는 규정되어 있지 않다. 이는 권한행사의 요건이 “이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하여 위해를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때”이므로 관계인의 수인을 전제로 입법하지 않는 것으로 판단되지만 수인할 수 없는 정도의 손실이 발생한다면 손실보상이 문제가 될 수 있겠는바, 보상규정의 입법이 필요한 것이다.

Ⅲ. 强制處分에 따른 法理的 側面의 問題點

「소방기본법」 제4장(소방활동)은 “화재라는 위해가 발생했을 때 이를 진압하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하는데 필요한 근거법령”이다. 소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장에게 화재 등의 위해가 발생한 때에는 소방대를 현장에 출동시켜 화재진압과 인명구조 등 소방에 필요한 활동을 하게함에 있어 소방자동차가 현장까지 도착하는데 우선권 등을 부여하고, 현장에 도착해서는 소방활동 구역을 설정하는 것은 물론 화재현장 부근에 있는 자를 소방활동에 종사하게 할 수도 있다. 또한 불을 끄는 과정에서는 화재발생 여부와는 상관없이 소방대상물 및 토지를 일시사용 하는 것은 물론 소위 파괴소방을 할 수 있는 권한도 부여하고 있다. 그리고 소방용수의 확보를 위해서는 수도의 개폐장치를 조작하는 것은 물론 가스·전기·유류 등의 시설에 대하여 공급을 차단하는 등의 권한을 부여하고 있다. 따라서 「소방기본법」 제4장은 소방의 궁극적 목적인 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 직접규정이기 때문에 소방 5법을 통틀어서 가장 중요하고 핵심적인 부분이므로 내용의 입법 또한 중요하지 않을 수 없다. 이하에서는 지금까지 외국의 입법 예 등을 통하여 도출된 사항을 중심으로 법 이론적인 문제점을 살펴보고 그 개선방안을 제시하고자 한다.

1. 概括的 授權條項의 必要

가. 개괄적 수권조항 의의

개괄적 수권조항이라 함은 “사회공공의 안전과 질서에 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 안전의 확보와 질서유지를 위하여 국민 또는 주민에게 명령·강제하여 그 자연적 자유를 제한 할 수 있도록 하는 권한을 경찰기관에 부여하는 일반적인

법적근거를 둘 때”가 있는데 이러한 일반적인 법적근거를 개괄적 수권조항이라 한다. 개괄조항(일반조항)이라고도 부른다.²⁷⁴⁾ 이와 관련 소방이 화재라는 위해로부터 안전 확보를 위해 강제처분 등 소방권을 발동하기 위한 근거로서 현행 「소방기본법」에서 개별적 수권조항 외에 개괄적 수권조항의 존재를 인정할 수 있는지, 있다면 개괄적 수권조항에 근거하여 소방권을 발동할 수 있는지가 문제되고 있다.²⁷⁵⁾

나. 개괄적 수권조항의 필요성

경찰권의 발동은 헌법 자체가 예외를 인정하는 경우를 제외하고는 법률유보의 원칙에 따라 개별적이고 직접적인 권한규범을 필요로 한다. 그러나 기술수준의 변화, 사회적 사정의 변화 등으로 인해 입법자가 예상할 수 없는 경찰상의 위해가 발생하는 경우에는 미리 규정된 개별적인 수권규정에 의해 해결하지 못하는 경우가 존재한다. 이러한 경우에 대비하고자 하여 인정되는 것이 개괄적 수권조항이다.²⁷⁶⁾

다. 개괄적 수권조항의 인정여부

(1) 긍정설

이설은 우리 「경찰관 직무집행법」 제2조 제5호의 “기타 공공의 안녕과 질서유지”를 직접 개괄조항으로 보거나²⁷⁷⁾, 제2조 제5호의 유추해석에 의해 개괄조항을 긍정한다.²⁷⁸⁾ 그 논거는 ①기술혁신과 사회상황, 가치관의 부단한 변화를 고려할 때 경찰권 발동의 요건이나 효과를 상세히 정하는 것은 입법 기술상 불가능하고 ②개괄적 수권조항의 내용을 이루는 불확정 개념(공공의 안전, 위험 등)은 학설과 판례에 의하여 상세하게 정해질 수가 있으므로 개괄적 수권조항의 내용, 목적 및 범위가 충분히 특정될 수 있고 ③개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우에 적용될 법원칙이(조리상의 한계) 충분히 발달하고 있고 ④개괄적 수권조항의 확대해석 및 그에 근거한 경찰권의 남용은 모두 사법심사의 대상이 되기 때문에 긍정한다는 것이다.²⁷⁹⁾ 판례도 개

274) 김철용(II), 252면; 설계경, “경찰권발동의 근거와 한계”, 「외법논집」 11집, 2001. 12, 334면.

275) 중앙소방학교, 「제16회 소방행정연찬대회 우수연구 논문집」(세일문화사, 2004), 154면(대구 수성소방서 연구반, “소방기본법의 개선방안”).

276) 유지태, 811면; 설계경, 전개 논문, 334면.

277) 김남진(II), 267면; 석종현(하), 298면.

278) 이기우, “경찰작용법의 체계”, 「수사연구」, 1990. 2, 98면; 설계경, 상계 논문, 335면.

279) 중앙소방학교, 상계서, 155면.

괄조항을 긍정하고 있다.²⁸⁰⁾

(2) 부정설

이설은 우리나라에 있어서 개괄조항은 존재하지 아니한다는 견해이다. 이 설은 다시 둘로 나눌 수 있다. 그 하나는 경찰작용에 대한 법률근거는 개별적 수권법규이어야 하며 포괄적·일반적인 수권법규는 허용되지 아니한다는 견해²⁸¹⁾이고, 다른 하나는 개괄조항의 필요성과 입법상 가능성을 전제로 하는 입장에 서서 우리 「경찰관 직무집행법」 제2조 제5호는 경찰의 임무 내지 직무를 정한 규정이며 따라서 우리나라에서는 현재 개괄조항은 존재하지 않는다는 견해이다.²⁸²⁾

(3) 정리

개괄적 수권조항은 “사회공공의 안전 확보 또는 위협의 제거”라고 하는 일견 막연하고 포괄적인 요건 하에 소방강제권을 발동하게 함으로써 소방강제권 발동이 남용될 소지를 제공하고 있는 것도 사실이다. 그러나 후술하는 것처럼 개괄적 수권조항은 어디까지나 제2차적·보충적으로만 적용되고 또한 긍정설이 정당하게 지적하고 있는 것처럼 학설과 판례에 의하여 개괄적 수권조항의 내용, 목적, 범위가 충분히 상세화 되고 의미가 분명해지고 있다. 더욱이 개괄적 수권조항이란 용어가 법적 용어로 확정되어 있음을 고려할 때 동 개념의 적용을 주저할 필요는 없다고 생각된다. 따라서 불확정 개념을 사용하고 있는 개괄적 수권조항에 근거하여 소방강제권을 발동하는 것이 법치 국가의 원칙, 특히 법률유보의 원칙에 반한다고 간주하는 것은 타당하지 못하다고 생각된다. 다시 말해 입법기술보다 앞서가는 기술의 진보, 사회의 변화 및 위험발생 상황의 다양성 등을 고려할 때 「소방기본법」 제4장(소방활동)에 대한 개괄적 수권조항의 필요성은 당연한 것이다.²⁸³⁾

라. 현행 소방기본법에서의 개괄적 수권조항의 존재 여부

현재 우리 「소방기본법」 제1조는 ①화재의 예방·경계·진압 ②구조활동 ③구급활동 등을 소방의 직무범위로 규정하고 있는데 이는 소방의 직무범위로서 예시에 불과하고, 결과적으로는 “사회공공의 안전 확보”가 직무라 할 수 있다. 따라서 「소방기본법」 제1

280) 대판 1986. 1. 28, 85도2448.

281) 김동희(II), 210면; 박윤혼(하), 322~323면

282) 김철용(II), 254면.

283) 중앙소방학교, 전계서, 156면.

조는 직무범위에 관한 규범이며 개괄적 수권조항이라고 볼 수는 없고 별도의 개괄적 수권조항이 필요한데, 특히 화재의 예방·경계차원의 개괄적 수권조항은 제외하고라도 화재진압과 인명구조에 있어서의 개괄적 수권조항은 꼭 필요하다.

마. 외국 소방법에서의 개괄적 수권조항 입법 예

(1) 아일랜드 소방법상

아일랜드 「소방법」(Fire Service Act 1981) 제3장 화재진압과 안전(PART III Fire Fighting and Fire Safety)중 보조권한(Ancillary powers) 제28항 (1)호에서 “화재나 다른 위급상황의 통제자는 개인적으로 혹은 사고현장의 소방대원으로서 혹은 경찰대원으로서 혹은 권한을 부여받은 다른 자로서, 필요하다면 강제적으로 화재의 진화나 인명과 재산을 구조하거나 보호하기 위하여 소견상 필요하거나 유리한 행위”를 할 수 있도록 하고 있는바, 여기서 “소견상 필요하거나 유리한 행위”라는 부분이 개괄적 수권조항이라 생각된다.

(2) 영국의 소방구조법상

영국의 「소방구조법」(Fire and Rescue Services Act-UK) 제6장 보충사항(Part 6 Supplementary)에서는 “긴급상황 등에서의 권한(Powers in The Event of Emergency Etc)”에 대해 규정하고 있고, 제44항에서는 “긴급상황 등에서 소방관의 권한(Powers of Fire-Fighters Etc in An Emergency Etc)”을 규정하고 있는바, 제44항 (1)호에서 “소방구조기관에 의해 서면으로 권한을 부여받은 그 기관의 일원은 이 항의 목적을 위해 그가 필요하다고 합리적으로 생각되는 바를 할 수 있다”라고 규정²⁸⁴⁾하고 있는바, 여기서 “그가 필요하다고 합리적으로 생각되는 바를 할 수 있다”라는 부분이 개괄적 수권조항이라고 본다.

284) 개괄적 수권조항의 권한행사의 전제가 되는 상황은 다음과 같다.

- ㉠ 화재가 발생했거나 발생하려 한다고 생각하여, 화재의 방지와 진압 혹은 인명과 재산을 보호하기 위한 경우
- ㉡ 교통사고가 발생했다고 생각하여, 인명을 구조하거나 심각한 위험으로부터 그들을 보호하기 위한 경우
- ㉢ 다른 종류의 위급사항이 발생했다고 생각하여, 위급사항과 관련하여 소방구조기관에 부여된 임무 수행의 목적을 위한 경우
- ㉣ ㉠, ㉡, ㉢에 언급된 조치로 인한 재산의 손상을 제한하거나 방지하기 위한 경우

(3) 캐나다 온타리오주 소방방재법상

캐나다 온타리오주의 「소방방재법」(Fire Protection and Prevention Act, 1997) 제5장에서는 위급상황 및 화재조사시의 진입권(Right of Entry in Emergencies and Fire Investigations) 제15항 (1)호에서 “소방서장이나 그의 조력자 혹은 소방대장은 화재의 위협이 인명에 급박한 위험을 보인다고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우, 허가증 없이 어떤 토지나 건물에 진입하여 위험을 제거하거나 감소시킬 목적”으로 다음과 같은 조치를 할 수 있도록 하고 있는데, 그중 ㉔목에서 “소방서장, 그의 조력자 혹은 소방대장이 합리적인 근거가 있다면 인명에 대한 위험을 제거하거나 감소시키기 위해 급박하게 요구되는 다른 일들을 할 수 있다”라고 규정하고 있는데 이 역시 앞부분에 ㉑부터 ㉒까지²⁸⁵⁾에 처분할 수 있는 내용들을 자세하게 열거하고 있으므로 ㉔부분은 개괄적 수권조항이라고 해도 타당할 것으로 판단된다.

2. 適法한 任務遂行에 따른 免責規定의 不在

가. 면책의 필요성

2008년 2월 10일 오후 8시 40분쯤 국보1호인 승례문에서 방화로 인한 화재발생으로 5시간동안 불타다 무너졌다. 그런데 모든 언론들은 일제히 초기 화재진압 실패를 그 원인으로 꼽고 있다.²⁸⁶⁾ 승례문이 화재에 취약한 목조건물인데다 국보1호라는 상징성이 있다는 점을 고려해도 소방당국이 초동대응에 실패해 화재를 키웠다는 것이다. 승례문 2층 누각에서 시작된 불길을 1시간여 만에 잡았다고 잘못 판단하여 결국에 다

285) ㉑ 토지나 건물 내의 사람을 내보낼 수 있다.

㉒ 화재감시자를 주둔시킬 수 있다.

㉓ 화재위험을 발생시킬 수 있는 가연성 혹은 폭발성 물질이나 물체를 제거할 수 있다.

㉔-1 소방서장에 의한 지령에 따라 ㉓에 의해 제거된 물질이나 물체를 처리할 수 있다.

㉕ 점화원을 제거할 수 있다.

㉖ 소화기와 연기탐지기를 포함하여 임시적인 보호수단을 설치할 수 있다.

㉗ 현존하는 화재안전시스템에 대하여 간단한 수리를 할 수 있다.

286) 동아일보, 「안이했던 소방당국」, 2008. 2. 11, 3면.

세계일보, 「소방당국 판단 착오… 잠복 불씨 못잡아」, 2008. 2. 11, 008면.

조선일보, 「소방관 300여명 출동… 호스만 붙잡고 우왕좌왕」, 2008. 2. 11, a03면.

중앙일보, 「국보1호도 못 지킨 대한민국」, 2008. 2. 11, 1면.

한겨레신문, 「‘국보’라 조심… 초기 진화 실패로 최악사태 불러」, 2008. 2. 11, 002면.

한국일보, 「1차 진화 실패… 자정 넘어 불길 급속히 번져」, 2008. 2. 11, a03면.

태웠다는 것이다. 물론 이와 같은 주장은 언론의 주장이고 화재진압을 담당했던 서울 소방방재본부 측은 초기 진압에 최선을 다했고 따라서 진화실패가 아니라 승레문의 건축구조 탓이라 어쩔 수 없었다는 것²⁸⁷⁾이었고 경찰수사에서도 위법이나 진화실패라고 볼만한 근거가 없어 사법처리는 할 수 없다고 했다. 그런데 최선을 다한 화재진압이라고 할 경우도 지휘관의 판단착오나 소방대원의 실수·소홀 등으로 결과적으로 진압작전이 실패로 결론이 났을 경우 이때는 소방공무원에게 책임을 물어야 할지가 쟁점과 문제가 될 수 있다.

나. 면책의 입법 예

우리나라 현행법령 중 업무수행 또는 집행과 관련 면책을 직접 언급한 법령은 없는 것으로 파악되었다. 다만 「응급의료에 관한 법률」 제63조에서 “의료행위에 대한 형의 감면”을 규정하고 있는바, “응급의료종사자²⁸⁸⁾가 응급환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 현저한 악화를 방지하기 위하여 긴급히 제공하는 응급의료로 인하여 응급환자가 사상에 이른 경우 그 응급의료행위가 불가피하고 응급의료행위자에게 중대한 과실이 없는 때에는 그 정상을 참작하여 「형법」 제268조의 형을 감경하거나 면제할 수 있다”라고 규정한 것이다.

이는 응급의료종사자가 응급환자의 소생을 위해 최선을 다하였지만 결과적으로 사상에 이른 경우 그 책임을 일정부분 면제하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 소방대원이 화재현장이라는 위급한 상황에서 국민의 생명·신체와 재산의 보호를 위해 최선을 다했으나 결과적으로 다수의 인명피해 등이 발생했을 때와 같은 상황이라고 볼 수 있다. 따라서 「소방기본법」 제4장의 소방활동에 있어서도 이에 대한 면책의 내용이 입법되어야 하는 것이며, 이는 외국 소방법에서도 대부분 규정하고 있는 것으로 꼭 필요하다 하겠다.

다. 외국 소방법에서의 개인책임 면책입법 예

(1) 아일랜드의 경우

287) 경향신문, 「“진화 실패 아니다” “구조 탓”」, 2008. 2. 12, 003면.

288) “응급의료종사자”라 함은 관계 법령이 정하는 바에 의하여 취득한 면허 또는 자격의 범위 안에서 응급환자에 대한 응급의료를 제공하는 의료인(보건복지가족부장관의 면허를 받은 의사·치과 의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다)과 응급구조사를 말한다.

아일랜드 「소방법」(Fire Service Act 1981) 4장 재정과 행정(PART IV Finance and Administration)중 “장관, 소방기관과 보건기관의 책임면제(Immunity of Minister, Fire Authorities and Sanitary Authorities)”규정 제36항에서는 “이 법에 따른 임무를 수행하는데 실패하여 원인이 있거나 그렇다고 주장되는 인명과 재산에 대한 피해에 대하여, 장관이나 소방기관 혹은 보건기관 그와 같은 기관의 직원이나 고용인 또는 그에 의한 참여자에 대해 피해의 회복에 대한 소송이나 절차를 취할 수 없다”라고 규정하고 있다.

(2) 캐나다 온타리오주의 경우

캐나다 온타리오주의 「소방방재법」(Fire Protection and Prevention Act, 1997) 제12장 기타사항(PartXII. Miscellaneous)중 제74항 (1)호에서 “개인적인 책임으로부터의 보호(Protection from Personal liability)”와 제75항 (1)호에서 “면책(Indemnification)”을 규정하고 있다. 제74항 (1)호에서는 “소방관, 그 소방 협조자, 지역소방안전공무원, 소방안전위원회의 일원, 소방서장의 조력자, 부 소방서장, 소방서장 혹은 그 권위 하에 행동하는 자에 대하여 선의의 목적을 갖고 행해진 처분이나 그 또는 그녀의 권한이나 의무로써 행해진 처분이나 그 또는 그녀의 권한 또는 의무를 선의의 목적을 갖고 처분한 경우 어떤 증거 없이 주장된 태만이나 잘못에 대하여는 피해에 대한 어떤 행동이나 절차를 제기할 수 없다”라고 규정하고 있다.

또한 제75항 (1)호에서 “소방관, 그 소방 협조자, 지역소방안전공무원, 소방안전위원회의 일원, 소방서장의 조력자, 부 소방서장, 소방서장 혹은 그 권위 하에 행동하는 자는 다음에서 발생한 합리적인 법적 비용에 대하여 면책 된다”라고 규정하고 있다. 즉, ㉠그가 책임이 있지 않는 경우, 민사소송 피소 시 ㉡그가 유죄가 아닌 것으로 밝혀진 경우, 형사소송 피소 시 ㉢선의에 의하여 행동한 경우, 그의 임무의 수행이 대상이 된 다른 법적 절차의 경우

(3) 미국의 경우

미국 텍사스주의 경우 지방정부 법전(Local Government Code)11편 공공안전(Title 11. Public Safety) 342장 지방화재 방지(Chapter 342. Municipal Fire Protection)에는 건물의 파괴명령을 규정하면서(§ 342.005) “건물이 파괴된 후 6개월 이내에 해당 건물에 이해관계가 있는 자는 서면으로 지자체 이사회에 그의 피해를 평가하여 보상 요구를 신청”한 경우를 제외하고는 파괴명령에 따라 활동한 해당 지자체와 공무원들은 그 파괴로 인한 피해에 대해 책임을 지지 않도록 되어 있다.

3. 注意義務規定의 必要

「소방기본법」 제4장은 화재의 진압과 관련된 사항을 입법하고 있는바, 그 내용이 앞에서 살펴본 대로 강제적인 것이 대부분이다. 특히 소방차의 긴급통행, 소방활동 종사 명령, 화재현장 강제처분, 위험시설에 대한 긴급조치 등의 강제처분은 상대방의 의무 불이행과는 상관없이 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 소방행정상 필요한 상태를 실현하는 작용이므로 이들 권한의 행사는 필요최소한도에 그쳐야 함은 당연하다. 따라서 강제처분을 규정하고 있는 법령 중 상당수가 강제처분의 행사에 대한 주의의무를 규정하고 있고 「경찰관 직무집행법」은 제12조에서 동법이 규정하는 조치를 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 자는 1년 이하의 징역이나 금고에 처하도록 되어 있다. 그런데 「소방기본법」에서는 소방활동 중 강제처분권 행사에 대해 처분절차나 주의의무 내용 등을 규정하고 있지 않은 것은 문제점으로 지적할 수 있겠으며 외국의 사례와 현행 우리법령상 강제처분(즉시강제)시 절차나 주의의무 규정을 두고 있는 것을 살펴보면 다음과 같다.

가. 독일의 경우

독일 베를린의 경우 「일반안전 및 질서법」(ASOG) 제15조에서 위험방지조치를 취하기 위해 강제처분을 행하는 경우 강제처분 대상자가 없거나 대상자를 만날 수 없는 경우에는 경찰 또는 소방당국이 자체적으로 직접 처분할 수도 있도록 하고 있다. 여기서 한 가지 유의할 것은 모든 처분은 그 비례성에 비추어 심사되고 집행되어야 하는데 즉, 관계법익을 고려한 적합성·필요성·적절성 여부가 고려되어야 한다는 것으로 주의의무규정이라 할 수 있겠다.²⁸⁹⁾

나. 경찰관 직무집행법상 내용

「경찰관 직무집행법」은 제12조에서 동법이 규정하는 조치를 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 자는 1년 이하의 징역이나 금고에 처하도록 하여 주의의무를 규정하고 있음은 이미 앞에서 살펴본 바와 같다.

289) 양중근, “소화활동중 강제처분에 관한 연구”, 조선대학교 정책대학원, 법학석사 학위논문 2000, 15면.

다. 형사소송법 및 군사법원법상 내용

「형사소송법」 제199조(수사와 필요한 조사) 및 「군사법원법」 제231조(수사와 필요한 조사)에서 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있되, 다만 “강제처분은 이 법률에 특별한 경우에 한하며 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다”라고 규정하고 있다.

라. 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정상 내용

「경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정」(대통령령 제19563, 2006. 6. 29) 제3조(경찰장비의 일반적 사용기준)에서 “경찰장비는 통상의 용법에 따라 필요한 최소한의 범위 안에서 이를 사용하여야 한다”라고 규정하고 있다.

마. 통신비밀보호법 시행령상 내용

「통신비밀보호법 시행령」 제2조(법적용의 기본원칙)에서 “검사·사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 범죄수사나 국가안보를 위하여 우편물의 검열, 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화의 녹음·청취를 함에 있어서는 통신제한조치 또는 대화의 녹음·청취가 특히 필요하고 법에서 정한 요건을 모두 갖춘 경우에 한하며, 법에 의한 허가를 받거나 승인을 얻어 통신제한조치 또는 대화의 녹음·청취를 하는 경우라도 이를 계속할 필요성이 없다고 판단되는 때에는 즉시 이를 중단함으로써 국민의 통신비밀에 대한 침해가 최소한에 그치도록 하여야 한다”라고 규정하고 있다.

4. 不確定概念의 使用

가. 불확정개념의 의의

불확정개념은 행정청의 선택의 여지가 있는 추상적·다의적이며 불확정적인 개념을 법률이 행정행위의 요건으로 하고 있는 경우를 말한다.²⁹⁰⁾ 예컨대 당분간, 정당한 보상, 공익상 필요한 때, 공적이 뚜렷한 자, 적당한 장소, 야간, 치안상의 위해 등이다.²⁹¹⁾

불확정 개념의 필요성을 ①입법기술상 복잡다기하고 가변적인 사회현실에 대하여 모

290) 석중현(상), 267면.

291) 박윤훈(상), 328면.

든 경우를 예상하여 빈틈없이 일의적·확정적 개념으로 행정행위의 요건을 정하는 것은 불가능하며 ②행정청이 정치·경제·사회·기술 등 가변적인 사회현실에 맞추어 행정목적을 능률적으로 달성하기 위해서는 행정청에 대하여 어느 정도 해석·판단의 여지를 인정할 필요가 있기 때문이라고 한다.²⁹²⁾

나. 불확정개념의 종류

불확정개념은 보통 경험(기술)적 개념(공익·위해·공공의 안녕·야간 등)과 규범(가치)적 개념(신뢰성·공무원의 충성도 등)으로 구분한다.²⁹³⁾ 그러나 양자를 구별하는 것은 매우 애매한 경우가 많고 오늘날 행정심판의 개괄주의를 규정한 독일 「기본법」 제19조 제4항을 근거로 하여 불확정 개념의 해석·판단도 모두 법원의 심사대상이 되어야 한다는 전제에서 관례에서 인정하는 극히 예외적인 사항에 대해서만 판단의 여지를 인정하여야 한다는 것이며, 원래 사법심사의 범위 확정과 관련하여 양자를 구별할 실익이 있었으나 오늘날에는 그러한 실익이 없어졌다고 한다.²⁹⁴⁾

다. 소방경찰법상 강제처분과 불확정 개념

불확정개념의 종류에서 살펴본 바와 같이 「소방기본법」 제1조 목적에도 불확정개념이 있다. “그밖의 위급한 상황”·“공공의 안녕”등이 그것이고, 동법 제12조에서도 “화재의 예방 상 위험하다고 인정되는 행위”·“소화활동에 지장이 있다고 인정되는 물건” 등이 그 예이다. 하지만 이러한 경우의 불확정 개념은 화재를 예방하는 차원에서 행해지고 즉시강제 보다는 1차적으로 이행을 명령하는 것이기 때문에 문제의 소지가 적다고 판단된다. 그러나 「소방기본법」 제25조 제1항은 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다”라고 규정하고 있는데, 이 중에서 “소방활동에 필요한 처분”이 어떠한 처분을 말하는지 불확정 되어 있어서 문제라는 것이다. 이는 사전명령이 없이 즉시강제로서 하는 처분이기 때문에 판단실수나 과잉처분이 될 경우는 분쟁에 휩싸일 수가 있다. 화재현장에서의 강제처분과 관련된 불확정개

292) 박윤훈(상), 328면.

293) 석중현(상), 257면.

294) 박윤훈(상), 328면.

넘은 일면에서는 화재진압과 연소방지 그리고 인명구조를 위해서는 어떠한 처분도 가능하다고 보아 소방대원에게 유리한 측면도 있을 수 있겠지만 과잉처분 등으로 인한 사법심사의 대상이 될 경우는 문제가 아닐 수 없다.

라. 불확정개념과 관련한 외국 소방법의 입법 예

한편 각국별 화재현장 강제처분과 관련된 입법내용을 요약하면 다음 표와 같으며, 한 가지 특징은 대륙법계 국가와 영미법계 국가간에 확연한 차이가 있음을 알 수 있다. 단체주의 사상과 개인주의 사상에 기인한 입법이 아닌가 생각된다.

각국별 강제처분과 관련된 입법사항 요약

구분	처분내용의 구체성	개괄적 수권조항	개인책임 면책규정 ²⁹⁵⁾	소송비용의 면책	방해자의 처벌규정	비고
우리나라	추상적	없음	없음	없음	있음	대륙법계 국가
일본	추상적	없음	없음	없음	있음	
영국	구체적	있음	있음	없음	있음	영미법계 국가
아일랜드	구체적	있음	있음	없음	있음	
캐나다	구체적	있음	있음	있음	있음	

(1) 우리나라와 일본의 경우

각국의 소방활동 중 강제처분과 관련된 입법내용과 이에 대한 비교 검토 결과 소위 대륙법계 국가인 우리나라와 일본의 경우는 “강제처분의 주체(소방본부장·소방서장 또는 소방대장)²⁹⁶⁾, 요건(사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때, 일본의 경우는 불을 끌 때 포함), 대상(화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지), 방법(일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분)을 제시(열거)한 것처럼 보이나 이는 앞에서 살펴본 대로 강제처분의 근거에 불과한 것이라고 생각된다. 특히 “소방활동에 필요한 처분”이 무엇인지를 전혀 언급하지 않고 있는 것이 특징이고 문제이다. 또한 개괄적 수권조항, 주의의무규정, 면책규정도 없는 것도 물론이다.

295) 미국의 경우 텍사주나 일리노이주 모두 형사적, 민사적 책임에 대해 면책규정을 두고 있다.

296) 우리 「소방기본법」은 주체가 어떤 상황이든 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장”인 반면, 일본의 경우는 “화재가 발생 전 또는 발생한 소방대상물”의 경우는 “소방대원 또는 소방단원”이 처분의 주체이고, 연소의 우려가 있거나 이와 상관없는 경우의 처분의 주체는 “소방본부장·소방서장 또는 소방단의 장으로 차이가 있다.

(2) 영국의 경우

영국 「소방구조법」 제6장의 “보충사항” 제44항에서는 강제처분권의 내용 및 상황을 자세하게 열거하고 있고, 소위 “개괄적 수권조항”을 맨 먼저 언급하고 있는 것이 특징이다. 즉, 제44항 (1)호에서 “소방구조기관에 의해 서면으로 권한을 부여받은 그 기관의 일원은 이 항의 목적을 위해 그가 필요하다고 합리적으로 생각되는 바를 할 수 있다”라고 규정하면서 권한행사의 전제가 되는 상황을 열거하고 있는데 ㉠화재가 발생했거나 발생하려 한다고 생각하여, 화재의 방지와 진압 혹은 인명과 재산을 보호하기 위한 경우 ㉡교통사고가 발생했다고 생각하여, 인명을 구조하거나 심각한 위협으로부터 그들을 보호하기 위한 경우 ㉢다른 종류의 위급사항이 발생했다고 생각하여, 위급사항과 관련하여 소방구조기관에 부여된 임무 수행의 목적을 위한 경우 ㉣ ㉠,㉡,㉢에 언급된 조치로 인한 재산의 손상을 제한하거나 방지하기 위한 경우로 하고 있다.

또한 제44항 (2)호에서는 권한행사(강제처분권)의 범위를 자세하게 열거하고 있는바, “특별히 앞 (1)호에 언급되어 권한을 부여받은 소방구조기관의 직원은 다음의 항 하에서 ㉠필요하다면 강제로 건물이나 장소의 점유자나 소유자의 동의 없이 건물이나 장소에 진입할 수 있다. ㉡소유자의 동의 없이 차량을 옮기거나 침입할 수 있다. ㉢도로를 차단할 수 있다. ㉣교통을 막거나 통제할 수 있다. ㉤건물이나 장소에 대해 사람의 접근을 제한”할 수 있도록 규정하여 무엇을 어떻게 처분할 수 있는지의 범위를 아주 상세하게 규정하고 있다.

(3) 아일랜드의 경우

아일랜드 「소방법」 제3장 화재진압과 안전 중 보조권한 제28항 (1)호에서는 강제처분 권한의 기본적인 내용을 열거하고 있는바, “화재나 다른 위급상황의 통제자는 개인적으로 혹은 사고현장의 소방대원으로서 혹은 경찰대원으로서 혹은 권한을 부여받은 다른 자로서, 필요하다면 강제적으로 화재의 진화나 인명과 재산을 구조하거나 보호하기 위하여 소견상 필요하거나 유리한 행위”를 하도록 하여 개괄적인 수권내용이 명시되어 있으며, 특히 “㉠화재가 발생했거나 위급상황이 존재한다고 믿어질 만한 이유가 있는 토지나 건물 혹은 그 인근에 진입할 수 있다. ㉡소유자에 의해 토지나 건물을 소개(疏開)하게 할 수 있다. ㉢건물이나 그 일부를 철거 및 파괴할 수 있다. ㉣공공 혹은 사적인 것이든 물(소방용수)의 공급을 이용할 수 있다. ㉤인공적이거나 자연적인 유수, 호수, 못 혹은 기타 공급원으로부터 물(소방용수)을 취수할 수 있다. ㉦화재나 위급상황이 발생한 부근으로부터 물체를 제거”할 수 있도록 규정하고 있다.

또한 제28항 (2)호에서는 다음과 같은 추가적인 권한이 부여되어 있는바, “㉠화재나 다른 위급상황의 통제자는 물(소방용수)의 더 많은 공급과 더 높은 압력을 위해 그가 지시하는 어떠한 방법으로 주 배관으로부터 사용가능한 물을 통제하도록 요구할 수 있다. ㉡다른 재산의 보호를 위해 필요하다고 생각하는 경우, 물의 사용과 다른 진화 요원들이 그 재산을 위해 관입(통과)할 수 있다. ㉢소방기관, 화재나 다른 위급상황의 통제자 혹은 이 항에 따라 그의 권한 하에 행동하는 자에 대하여 어떠한 소송도 취할 수 없도록 규정”하고 있다.

(4) 캐나다의 경우

캐나다 온타리오주의 「소방방재법」 제5장에서는 위급상황 및 화재조사시의 진입권에서 다음과 같은 처분권을 규정(13, 14, 15, 16, 17호)하고 있다.

먼저 화재진압과 관련한 강제처분으로 제13항 (1)호에서 “소방관 혹은 소방대장에 의해 권한을 부여받은 것과 같은 자, 소방서장 혹은 그의 조력자는 허가증 없이 ㉠화재의 진압이나 구조 구급활동을 제공하기 위하여 화재나 위급상황이 발생했거나 발생한 토지에 인접한 토지 ㉡위험을 제거하거나 감소시킬 목적으로 인명의 안전이나 건강 혹은 자연환경의 질에 심각한 위협이 있는 토지에 인접한 토지에 진입”할 수 있도록 하고 있다. 또한 제13항 (1-1)호에서 “소방관 혹은 소방대장에 의해 권한을 부여받은 것과 같은 자는 허가증 없이 소방대장의 의견에 따라 화재의 확대방지를 위해 필요하다고 생각되는 경우 화재가 발생하고 있는 토지 혹은 그에 인접한 토지상의 건축물, 구조물, 부착물이나 물체를 철거 및 제거하기 위하여 토지에 진입”할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 우리와는 달리 구조·구급활동에 따른 인접 토지 진입권을 인정하고 있고, 아울러 연소의 확대가 예상되는 토지상의 건축물, 구조물, 부착물이나 물체를 철거 및 제거하도록 하여 파괴소방의 대상을 구체적으로 열거하고 있는 것이 특징이다.

또한 제15항 (1)호에서는 생명에 대한 급박한 위협에 대한 조치를 규정하고 있는바, “소방서장이나 그의 조력자 혹은 소방대장은 화재의 위협이 인명에 급박한 위협을 보인다고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우, 허가증 없이 어떤 토지나 건물에 진입하여 위협을 제거하거나 감소시킬 목적”으로 다음과 같은 조치를 할 수 있도록 하고 있다. ㉠토지나 건물 내의 사람을 내보낼 수 있다. ㉡화재감시자를 주둔시킬 수 있다. ㉢화재위험을 발생시킬 수 있는 가연성 혹은 폭발성 물질이나 물체를 제거할 수 있다. ㉣-1 소방서장에 의한 지령에 따라 ㉢에 의해 제거된 물질이나 물체를 처리할 수 있다. ㉣점화원을 제거할 수 있다. ㉤소화기와 연기탐지기를 포함하여 임시적인 보호수

단을 설치할 수 있다. ㉑ 현존하는 화재안전시스템에 대하여 간단한 수리를 할 수 있다. ㉒ 소방서장, 그의 조력자 혹은 소방대장이 합리적인 근거가 있다면 인명에 대한 위험을 제거하거나 감소시키기 위해 급박하게 요구되는 다른 일들을 할 수 있도록 하고 있는 것이다.

第2節 改善方案

I. 强制處分權 行使關聯 立法的 改善

1. 消防活動이라는 用語使用에 따른 法令 整備

이미 살펴본바와 같이 2004년 5월 30일부터 시행되고 있는 「소방기본법」에서는 제4장을 “소방활동”이라고 하면서 동법 제16조에서 소방활동을 “소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 때에는 소방대를 현장에 신속하게 출동시켜 화재진압과 인명구조 등 소방에 필요한 활동을 하게 하는 것”으로 규정하여 화재는 물론 인명구조·구급활동까지를 모두 포함하는 개념으로 정의 하였다. 따라서 소방기본법 제6장(제16조 내지 제28조)의 각 조문은 이의 입법정신에 맞게 개정되어야 한다.

2. 消防活動 從事命令의 實效性 確保對策 講究

앞의 문제점에서 살펴본 바와 같이 「소방기본법」 제24조(소방활동 종사명령) 제1항은 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있다”라고 규정하고 있지만 앞부분과 뒷부분의 내용이 서로 상이하여 이의 개선이 필요하고 또한 실효성 확보추진을 위한 입법이 필요하다. 특히 실효성 확보가 중요하므로 종사명령에 불응할 때는 「소방기본법」에서 형벌로서 제재를 가할 수 있도록 하여야 한다.

「수난구호법」 제34조(벌칙) 제1호는 “정당한 이유 없이 제7조 제1항의 규정에 의한 해양경찰서장 또는 소방서장의 수난구호업무에의 종사명령에 불응하거나 선박·자동

차·토지·건물 그 밖의 물건 등의 일시사용을 거부한 자”는 200만원이하의 벌금에 처하도록 되어 있다. 따라서 이와 형평성 측면에서 본다면 현행 「소방기본법」 제53조에 소방활동 종사명령에 불응한 자에 대한 제재규정을 신설하여야 한다.

3. 消火活動中 強制處分 規定의 全面的 補完

가. 강제처분이라는 용어의 개선

앞의 문제점에서 살펴본 바와 같이 “강제처분”의 의미가 의무불이행 등을 전제로 하지 않는 행정상 즉시강제의 의미로 사용된 경우도 있고 또는 의무불이행을 전제로 한 강제집행의 의미로 사용되었는가 하면, 「소방기본법」에서도 똑같은 즉시강제의 성격을 갖는 조항이라도 제22조에서는 “긴급통행”, 제25조에서는 “강제처분”, 제27조에서는 “긴급조치”라는 용어를 사용하고 있다. 뿐만 아니라 「수난구호법」 제7조에서는 “응급조치”, 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조에서는 “응급부담”으로 표현되었고, 우리 「소방기본법」 제25조와 비슷한 내용을 가진 일본 「소방법」 제29조에서는 “긴급조치”라는 용어를 사용하고 있다.

이렇듯이 소위 “행정상 즉시강제”를 뜻하는 표현이 여러 용어로 다양하게 사용되었음을 알 수 있으므로 「소방기본법」 제25조에서 규정한 강제처분이라는 용어도 일단 틀리거나 아주 부적절한 용어로는 볼 수 없겠다. 그러나 「소방기본법」 제25조의 “강제처분”은 화재현장에서 소화·연소방지 또는 인명을 구조해야 한다는 긴급성과 불가피성이 있고 또한 그 처분이 대부분 대물적 처분이고 설사 대인적 처분을 한다 하더라도 퇴거조치 등의 처분에 국한되고 인신구속 등은 할 경우가 없기 때문에 강제처분권 행사시 법관의 영장이 필요하지는 않는다고 보았을 때 그 용어만으로도 영장이 필요하지 않겠구나 하는 내용을 함축하는 용어로 사용되는 것이 타당하다 하겠다. 따라서 「소방기본법」 제25조에서 규정하고 있는 내용을 함축할 수 있는 새로운 용어로의 변경이 필요하다 하겠는데 즉, 긴급하고 불가피하다는 의미, 그리고 상대방의 의사와 상관없이 일방적으로 처분할 수 있다는 의미 또한 상대방의 의무 불이행을 전제로 하지 않는다는 의미와 처분 시 영장이 필요 없다는 의미 등을 내포한 용어가 되어야 하겠는데 바로 “긴급강제처분”이라는 용어가 가장 적당한 용어라고 생각된다. “긴급”이라는 의미에는 영장 등이 필요하지 않다는 뜻과 의무불이행을 전제로 하지 않는다는 뜻이 내포되어 있고 “강제”라는 의미에는 상대방의 의사와는 상관없이 일방적으로 할 수

있다는 의미로 해석될 수 있고 “처분”이라는 용어에는 행동으로 실력을 행사한다는 의미가 포함된다고 보기 때문이다. 물론 “긴급강제처분”이 아니더라도 “화재현장 강제처분”이라고 해도 현재 법조문의 문언을 대표할 수 있는 용어라 할 것이다. 참고로 일본 「소방법」 제29조는 제목을 “소방대상물 및 그 소재 토지의 사용, 처분 또는 사용제한 및 화재현장에 있는 자에 대한 소방작업 종사명령”으로 길게 하고 있다.

나. 불을 끌 때의 강제처분권과 주의의무 규정 신설

종전 「소방법」 78조에서의 “강제처분” 권한 규정에서는 불을 끌 때의 강제처분을 포함하고 있었고, 불이 번질 우려가 있는 소방대상물에 대한 강제처분에 대해서는 “불 또는 기상의 상황 그 밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여” 강제처분권을 행사할 수 있도록 하는 등 주의의무규정까지를 포함하였음은 이미 살펴본 바와 같고 같은 입법이라면 이러한 내용은 반드시 포함되어야 하고 삭제해야 할 하등의 이유가 없기 때문에 이를 복원할 필요가 있고 복원을 개선방안으로 제시한다.

다. 강제처분권자의 개선(이원화)

이미 살펴본 바와 같이 현행 우리나라 「소방기본법」 제25조의 강제처분권을 행사할 수 있는 권한을 가진 자는 어떤 경우이든 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 하고 있으나 본 권한은 화재를 직접 진압하거나 연소확대의 방지 및 인명구조를 위해 필요가 있는 때에 행사되는 것이고 그 필요성의 판단은 화재 현장에서 직접 소화활동 등에 종사하고 있는 소방대원이 할 수밖에 없고 또 그 상황에 따라 적절하게 대응하는 것도 전적으로 직접 현장에 투입되어 종사하는 소방대원의 몫²⁹⁷⁾이라고 볼 때 제1항 중 “불이 발생한 소방대상물 및 그 토지를 일시 사용하거나 그 사용을 제한하거나 그 밖의 소방상 필요한 처분권”은 소방본부장·소방서장 또는 소방대장이 아닌 “소방대원”이 갖도록 개선되어야 한다.

일본 「소방법」에서는 그 처분권자를 상황에 따라 구분하고 있는 것도 그런 이유 때문이 아닌가 생각된다. 일본 「소방법」 제29조에서는 “화재가 발생하려하거나 또는 발생한 소방대상물 등에 대한 긴급조치권”은 消防吏員 또는 消防團員에게 부여하고 있고, 연소의 우려가 있는 소방대상물 등에 대한 긴급조치권과 그 이외의 소방대상물 등

297) 한겨레신문, 「현장 소방관에 진화 권한」, 2008. 2. 14, 005면(일본에선 문화재 화재 진압의 책임이 현장 소방관에게 전적으로 맡겨져 있다).

에 대한 긴급조치권은 소방장 또는 소방서장 등에게 부여하고 있다. 따라서 우리나라도 제25조 제1항 중 화재가 발생한 경우의 처분권자는 "소방대원"으로 바뀌어야 한다.

라. 구조·구급업무에 대한 강제처분권 신설

현행 「소방기본법」 제25조에 규정된 강제처분은 화재현장에서만 적용되도록 되어 있다. 이 같은 강제처분을 화재현장으로만 규정하게 된 것은 어떻게 보면 당연한 입법인 지도 모른다. 폐지된 「소방법」이 제정될 당시는 화재와 풍·수·설해까지를 소방에서 관장하도록 입법하였으나, 그 뒤 1967년 4월에 「소방법」이 개정되면서 풍·수·설해가 빠지고 화재만 남았다가 1983년 12월의 「소방법」 개정 시에는 구급업무가 그리고 1989년 12월 「소방법」 개정 시 구조업무가 새롭게 소방업무로 편입되면서 소방업무에 일대 혁신이 일어나게 되었다.

그러나 구조·구급업무가 소방의 목적으로 자리 잡기까지는 그 뒤로도 10여 년이 지난 후인데, 1999년 2월에 「소방법」이 개정되면서 「소방법」 제1조 목적이 "이 법은 화재를 예방·경계·진압하고 재난·재해 및 그 밖의 위험한 상황에서의 구조·구급활동을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호함으로써 공공의 안녕질서 유지와 복리증진에 이바지함을 목적으로 한다"라고 개정되어 구조·구급 업무가 소방의 목적으로 공식화되었기 때문에 설사 그 전부터 구조·구급업무가 법적 근거를 두고 실시되었다 하더라도 "강제처분"의 근거까지를 마련하기는 무리였을지도 모르기 때문이다. 하지만 날로 증가추세를 보이고 있는 구조·구급업무 시 대물적 파괴 등은 항상 수반될 수밖에 없고, 따라서 대원들의 원활하고 신속한 활동을 뒷받침하기 위해서는 구조·구급업무 수행 시 강제처분을 할 수 있는 법적 근거가 꼭 필요하다 할 것이다. 세부 입법내용은 다음에서 한꺼번에 제시하도록 하겠다.

한편 일본 「소방법」 제35조의7(現場에 있는 자에 대한 救急業務의 協力 要求) 제1항은 "구급대원은 긴급의 필요가 있는 때는 제2조 제9항에서 규정하고 있는 상병자가 발생한 현장 부근에 있는 자에 대해 구급업무에 협력하는 것을 요구할 수 있다"라고 응원을 별도로 규정하고 있다.

또한 일본 「소방법」 제36조(수재를 제외한 타 재해에의 준용) 제1항에서는 제18조 제2항의 소방신호 또는 이것에 유사한 신호의 사용금지, 제22조의 기상상황의 통보 및 경보의 발령), 제24조의 화재 발견자의 통보의무, 제25조의 응급소화 등 및 그 협력의 의무 등, 제26조의 출동자동차의 우선통행·사이렌의 사용 등, 제27조의 소방대의 긴급

통행권, 제28조의 소방경계구역의 설정·퇴거명령 및 출입금지 제한, 제29조의 소방대상물 및 그 소재 토지의 사용·처분 또는 사용제한 및 화재현장에 있는 자에 대한 소방작업 종사명령의 규정은 수재를 제외한 기타의 재해에 관해 이것을 준용하도록 하여 입법적으로 아무런 문제가 없도록 하고 있다.

4. 危險施設 緊急措置權에 대한 注意義務規定 등 新設

가. 긴급조치권 발동에 대한 주의의무규정 신설

「소방기본법」 제27조 제2항은 “소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치를 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 하지만 가스·전기 또는 유류 등의 시설은 우리 국민의 일상생활과는 따로 분리할 수 없는 것이기에 위험이 존재하고 긴급성이 인정된다고 해서 함부로 차단권을 행사한다면 차단하지 않는 경우보다 더 많은 피해가 발생할 수도 있어 이에 대한 주의의무규정이나 한계를 규정할 필요가 있는바, 세부입법 내용은 뒤에서 제시하도록 하겠다.

나. 구조업무 수행 시 위험물질 공급차단권 신설

이는 「소방기본법」 제27조 제2항의 위험물질 공급차단권과 관련이 있는바, 이미 앞의 문제점에서 긴급조치권의 발동을 화재로만 국한하고 있는데, 구조업무 수행시도 강제처분은 물론 위험물질의 공급을 차단해야 하는 상황이 얼마든지 있으므로 구조업무 수행시도 긴급조치권을 발동할 수 있도록 개선하여야 한다.

5. 緊急救助活動中 強制處分 規定의 改善

가. 강제대피조치권자의 개선

「재난 및 안전관리 기본법」 제42조의 강제대피조치권의 주체가 시장·군수·구청장 및 지역통제단장(소방본부장·소방서장)이라는 것은 이미 살펴보았다. 그런데 범문의

내용으로 보아 이러한 조치권은 모두 “사람의 생명 또는 신체에 대한 위해의 방지와 재난현장의 질서유지를 위하여 행사”되는 것이고, 이는 곧 인명의 피해를 예방하는 차원 즉, 긴급구조차원에서 발동되므로 시장·군수·구청장은 주체에서 제외하여야 한다.

나. 강제대피조치권의 발동형식 개선

현행 「재난 및 안전관리 기본법 시행령」 제50조에서 “시장·군수·구청장 및 지역통제단장이 강제대피나 강제퇴거 조치 등을 하는 경우에는 관할 지역 국가경찰관서의 장에게 협조를 요청할 수 있다”라고만 규정되어 있을 뿐 특별한 발동형식은 규정되어 있지 않다. 또한 강제대피조치권의 발동 이전 단계인 대피명령이나 위험구역의 설정 등에 대한 발동형식 역시 규정되어 있지 않다. 따라서 대피명령이나 위험구역 설정시의 절차나 방법 등에 대해 별도의 입법이 필요하다고 보며, 유효한 명령이나 유효한 위험구역의 설정이 되기 위해서는 조치권자·발령연월일·발령요건·조치내용²⁹⁸⁾, 이행기한, 불이행시의 벌칙 등을 명시하여 게시하거나 수명자²⁹⁹⁾에게 직접 전달하거나 또는 방송시설 등을 통하여 전달되도록 하여야 할 것이다.

다. 응급부담이라는 용어의 개선

이 경우는 「재난 및 안전관리 기본법」 제5장의 제목이 응급대책이고 동법 제45조가 재난현장활동 종사명령과 토지 등의 일시사용을 규정하고 있으므로 제목을 “응급대책 종사명령 및 토지 등의 강제사용”으로 하면 인적 즉시강제와 물적 즉시강제를 모두 포함하는 제목이 될 것으로 판단된다.

6. 水難救護活動中 強制處分權者의 擴大 등

가. 응급조치라는 용어의 개선

앞에서도 잠시 살펴보았지만 「수난구호법」 제7조 역시 수난사고의 발생으로 생명을 잃을 수도 있는 위급한 상황에서 구조대원 이외의 사람을 수난구호에 종사하게 하는

298) 関東一, 581면.

299) 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 당해 지역 또는 위험구역안의 주민이나 당해 지역 또는 위험구역 안에 있는 자가 수명자가 된다.

“노역부담”과 선박이나 자동차 등을 일시사용 하는 “대물적 즉시강제”를 함께하는 조항인데 “수난구호를 위한 응급조치”라는 제목이 「재난 및 안전관리 기본법」 제45조의 응급부담보다는 적절한 용어라고 생각되지만 보다 더 함축적인 뜻을 가진 용어의 선택이 필요하다고 본다. “수난구호 종사명령 및 선박 등의 강제사용”으로 개선하면 되겠다.

나. 처분권자의 개선

「소방기본법」을 비롯하여 소방 5법은 화재의 예방과 관련해서는 그 주체를 소방본부장 또는 소방서장으로 하고 있고, 화재진압이나 재난현장 활동과 관련해서는 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 하고 있고, 구조·구급업무 수행과 관련해서는 그 주체를 소방방재청장·소방본부장 또는 소방서장으로 하고 있다. 따라서 수난구호를 위한 강제처분권자를 소방서장으로 한정하는 것 보다는 소방 5법의 입법방향과 부합하도록 소방본부장 또는 소방서장으로 하는 것이 타당하다.

II. 强制處分에 따른 損失補償의 改善

1. 消防隊의 緊急通行權에 대한 補償規定 立法

소방대의 긴급통행권은 “소방대가 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에 신속하게 도착하기 위하여 긴급한 때에는 일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로·빈터 또는 물위로 통행할 수 있는 권한”인데 이에 대한 손실보상 규정은 없다. 이는 긴급통행권의 행사로서 일반적인 통행에 쓰이지 않는 도로·빈터·물위 등을 통행하는 자체는 통상 관계인의 사유재산권에 대해 많은 손해를 가한다고는 할 수는 없지만, 가령 사유재산권에 다소의 손해를 준다고 해도 그것은 화재의 조기진압과 재난·재해현장에서의 인명구조 등을 위해 공익상의 긴급한 요청으로부터 수인해야 할 범위 내의 부담이기 때문에 권한 행사에 따른 손실보상이 규정되어 있지 않다는 것은 이미 살펴본 바와 같다. 하지만 이와 같은 이론을 정립했을 당시에는 단순히 소방자동차의 통행만을 생각하였을 것으로 추측되나, 현재는 화재 등 각종 재난이 대형화되고 다양화됨에 따라 소방자동차의 긴급통행은 물론 각종 중장비 등도 동원될 수 있는 상황이고 그러다 보면 특별한 희생이 발생할 수 있기 때문에 손실보상도 함께 규정되어야 한다.

2. 消火活動中 強制處分の 損失補償 範圍 擴大 및 基準 明確化

현행 「소방기본법」에서는 손실보상의 대상과 주체만 규정하고 있을 뿐 세부적인 손실보상의 범위나 방법이 입법되어 있지 않으므로 다음 내용과 같이 개선될 필요가 있다.

가. 손실보상의 범위 확대

앞의 소방법령상 손실보상의 근거와 그 변천에서 살펴보았듯이 1958년 「소방법」 제정 당시의 “강제처분 및 손실보상에 관한 규정”과 현행 「소방기본법」상 “강제처분과 손실보상에 관한 규정”에는 많은 차이가 있다. 그 대표적인 차이는 손실보상의 범위인데, 「소방법」 제정 당시에는 손실 보상의 범위를 모든 소방상 강제처분 즉, “화재가 발생한 소방대상물에 대한 강제처분” 이든 “연소의 우려가 있는 소방대상물에 대한 강제처분”이든을 불문하고 동 처분으로 “손실을 받은 자가 있을 때에는 시가(時價)에 의하여 국가가 이를 보상하도록 규정되었었다. 하지만 현행 「소방기본법」에서는 동 처분으로 인한 손실에 대한 보상 규정은 제외되고 다만 화재가 발생하였거나 또는 연소의 우려가 있는 소방대상물 이외의 제3의 소방대상물 등에 대한 강제처분시만 보상하도록 바뀌었는데, 이는 국민의 재산권 보호 측면에서 후퇴한 입법이라고 생각되며 현행 「소방기본법」 제25조 제1항의 처분으로 입은 손실에 대한 보상도 필요하고 그렇게 개정되어도 문제가 없다고 생각하기 때문이다.

나. 손실보상 기준 등의 명확화(입법)

현행 소방관련 5법상 손실보상을 규정하고 있는 경우는 앞에서 살펴본 「소방기본법」과 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 그리고 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」인데 「소방기본법」의 경우 “화재의 예방조치 명령으로 위험물 또는 물건을 보관하다가 매각하거나 폐기 처분한 경우 위험물 또는 물건의 소유자가 보상을 요구하는 경우에는 소유자와 협의를 거쳐 이를 보상하여야 한다”라고 규정(소방기본법 시행령 제3조 제4항)한 것 이외에는 손실보상의 기준 등을 정하고 있지 않다. 다만 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」 제5조의 소방대상물 개수명령과 관련한 손실보상은 동법 제6조와 동시행령 제11조에서 보상기준 등을 일부 입법하고 있을 뿐이다.

따라서 일단 「소방법」 제정 당시의 손실보상에 관한 규정처럼 “시가보상”을 도입하고, 손실보상의 대표적 법이라고 할 수 있는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상

에 관한 법률」의 손실보상 규정과 마찬가지로 손실보상액의 산정시기, 방법 등 좀더 구체적인 기준을 입법하여 국민들의 권리구제에 보다 충실을 기해야 할 것이다. 현행처럼 법률마다 방법이 모두 상이한 것을 개선하기 위해서는 「소방기본법」에 손실보상의 구체적인 기준을 입법하고 여타 조항이나 법률에서 준용하도록 하면 될 것이다.

3. 水難救護 등을 위한 强制處分에 따른 損失補償 規定 新設

앞에서도 살펴본바와 같이 「수난구호법」 제7조 제1항에 의한 강제처분 시 수난구호 종사명령으로 수난구호 업무에 종사한 자가 부상을 입은 때에는 치료를 실시하고, 사망(부상으로 인하여 사망한 경우를 포함한다)하거나 신체에 장애를 입은 때에는 그 유족 또는 장애를 입은 자에게 보상금을 지급하도록 하고 있지만 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용 할 경우의 손실보상에 대해서는 아예 규정이 없어 문제인 것인데, 소화활동 중 강제처분이나 긴급구조활동 중 강제처분의 경우에 준하여 손실보상에 관한 근거를 신설해야 한다.

또한 「고압가스안전관리법」 제20조 제6항에 따라 특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나, 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시영치 하는 경우 그리고 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제27조 제6항에 따라 액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치”하는 경우도 관계인에게 수인할 수 없는 정도의 손실이 발생한다면 당연히 손실을 보상하여야 하고 따라서 이에 대한 입법이 필요한 것이다.

Ⅲ. 强制處分에 대한 法理的 側面의 補完

1. 概括的 授權條項의 立法

개괄적 수권조항은 “사회공공의 안전 확보 또는 위협의 제거”라고 하는 일견 막연하고 포괄적인 요건 하에 소방강제권을 발동하게 함으로써 소방강제권 발동이 남용될 소지를 제공하고 있는 것도 사실이다. 그러나 개괄적 수권조항은 어디까지나 제2차적·보충적으로만 적용되고 또한 긍정설이 정당하게 지적하고 있는 것처럼 학설과 판례에 의하여 개괄적 수권조항의 내용, 목적, 범위가 충분히 상세화 되고 의미가 분명해지고 있다. 더욱이 개괄적 수권조항이란 용어가 법적 용어로 확정되어 있음을 고려할 때 동

개념의 적용을 주저할 필요는 없다고 생각된다. 따라서 「소방기본법」 제4장의 소방활동에 필요한 개괄적수권조항의 입법이 필요한 것이다. 여기서 개괄적 수권조항과 개별적 수권조항이 소방권발동의 법적근거가 될 수 있는바, 이들이 경합하는 경우에는 언제나 개별적 수권조항이 개괄적 수권조항에 우선해야 한다. 따라서 「소방법기본」상의 개괄적 수권조항은 개별적 수권조항이 존재하지 않을 때 그 한도에서만 적용되어야 하는 것이다.

2. 個人責任의 免責規定 明文化

앞에서 2008년 2월 10일 오후 8시 40분쯤 발생한 승례문 화재와 관련하여 소방의 책임 공방에 대해서 살펴보았다. 그런데 최선을 다한 화재진압이라고 할 경우도 지휘관의 판단착오나 소방대원의 실수나 소홀 등으로 결과적으로 진압작전이 실패로 결론이 났을 경우 또한 응급환자에 대한 응급처치를 최선을 다해 하였으나 사망하거나 결과적으로 부상이 심해졌을 경우 소방공무원에게 책임을 묻는 다는 것은 가혹할 수가 있다.

「응급의료에 관한 법률」 제63조에서 “응급의료종사자가 응급환자에게 발생된 생명의 위협, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 현저한 악화를 방지하기 위하여 긴급히 제공하는 응급의료로 인하여 응급환자가 사상에 이른 경우 그 응급의료행위가 불가피하고 응급의료행위자에게 중대한 과실이 없는 때에는 그 정상을 참작하여 「형법」 제268조의 형을 감경하거나 면제할 수 있다”라고 규정하고 있는데, 이는 응급의료종사자가 응급환자의 소생을 위해 최선을 다하였지만 결과적으로 사상에 이른 경우 그 책임을 일정 부분 면제하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 소방대원이 화재현장이라는 위급한 상황에서 국민의 생명·신체와 재산의 보호를 위해 최선을 다했으나 결과적으로 다수의 인명피해 등이 발생했을 때와 같은 상황이라고 볼 수 있다. 따라서 「소방기본법」 제4장의 소방활동에 있어서도 이에 대한 면책의 내용이 입법되어야 하는 것이다.

3. 注意義務規定 新設

주의의무규정은 앞의 면책부부분과 상호 밀접한 관계가 있으므로 아주 중요하다 하겠다. 말하자면 면책을 인정하려면 주의의무규정의 준수가 필수적이기 때문이다.

4. 不確定概念의 成文化

국가의 입법정책은 그 나라의 역사적인 전통 등에 따라 차이가 있을 수 있다. 하지만 앞서서도 언급한 바와 같이 강제처분권(소방경찰권)은 권력작용으로서 국민의 자유와 권리를 침해할 가능성이 큰 만큼 법령의 근거가 필요한 것은 당연하고, 추상적인 처분규정 보다는 ① 강제처분권 발동의 대상, 조건, 정도 등에 관한 사항이 구체적으로 규정되어야 하고 ② 정당한 직무집행에 대해서는 면책규정도 필요하겠는바, 이에 대한 세부적인 입법대안은 조문 형식으로 뒤에서 따로 제시하도록 하겠다.

IV. 法令別 細部 立法代案

지금까지 소방경찰법상 강제처분에 대한 문제점 및 개선방안을 강제처분권 행사관련 입법적 측면, 손실보상 측면, 그리고 법리적인 측면으로 나누어서 살펴보았다. 하지만 지금까지 살펴본 내용은 개선에 대한 타당성이나 필요성을 이론적으로 제시한 것이므로 이하에서는 「소방기본법」, 「재난 및 안전관리 기본법」, 「수난구호법」, 「고압가스안전관리법」, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」의 각 해당 조문별 현행규정이 구체적으로 어떻게 개정(개선)되어야 하고 그 개선실익은 무엇인지를 살펴보도록 하겠으며, 신·구 대조의 세부내용은 부록의 표를 참조하면 되겠다.

1. 消防基本法

가. 관계인의 소방활동(제20조)

(1) 현행

제20조(관계인의 소방활동) 관계인은 소방대상물에 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 경우에는 소방대가 현장에 도착할 때까지 경보를 울리거나 대피를 유도하는 등의 방법으로 사람을 구출하는 조치 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다.

(2) 개선방안

제20조(관계인의 소방활동) ①관계인은 소방대상물에 화재, 재난·재해 그 밖의 위급

한 상황이 발생한 경우에는 소방대가 현장에 도착할 때까지 경보를 울리거나 대피를 유도하는 등의 방법으로 사람을 구출하는 조치 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 함은 물론 발생한 재난·재해가 확대되지 않도록 최선을 다하여 필요한 조치를 하여야 한다.(내용 개정)

②제1항의 화재 등 재난현장에 있는 사람은 관계인을 도와서 사람을 구출하는 등의 일을 하여야 한다. 이 경우 관계인을 돕던 사람이 질병·부상 또는 사망(부상을 입어 사망한 경우를 포함한다)한 때에는 보상금을 지급하여야 한다.(신설)

③제2항의 보상금지급에 관하여는 제39조 제2항³⁰⁰⁾을 준용한다.(신설)

(3) 개선실의

제20조의 조문 제목이 “관계인의 소방활동”으로 화재 이외의 재난까지를 포함하고 있으므로 화재 이외의 재난이 발생 하였을 경우도 초동조치의무를 규정하는 것이 당연하다. 또한 화재 등 재난·재해 발생시 현장에 있는 사람이 관계인과 함께 초동조치³⁰¹⁾를 할 수 있도록 하여 피해가 최소화 되도록 하되, 이에 협력한 사람에 대해서는 희생보상을 해주도록 함으로써 협력자를 보호하게 된다.

나. 소방자동차의 우선통행 등(제21조)

(1) 현행

제21조(소방자동차의 우선 통행 등) ①모든 차와 사람은 소방자동차(지휘를 위한 자동차 및 구조·구급차를 포함한다. 이하 같다)가 화재진압 및 구조·구급활동을 위하여 출동을 하는 때에는 이를 방해하여서는 아니 된다.

(2) 개선방안

제21조(소방자동차의 우선 통행 등) ①모든 차와 사람은 소방자동차(지휘를 위한 자

300) ②의용소방대원이 소방업무 및 소방관련 교육·훈련으로 인하여 질병에 걸리거나 부상을 입거나 사망한 때에는 시·도의 조례가 정하는 바에 따라 보상금을 지급한다(「소방기본법」 제39조 제2항).

301) 종전의 「소방법」 제72조에서는 이를 규정하고 있었다.

제72조(관계인 등의 소화의무) ①화재가 발생한 소방대상물의 관계인은 소방대(소방기구를 장비한 소방공무원 또는 의용소방대원으로 구성된 조직체를 말한다. 이하 같다)가 화재현장에 도착할 때까지 사람을 구출하고 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다.

②제1항의 화재현장에 있는 사람은 관계인을 도와서 사람을 구출하고 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하여야 한다.

동차 및 구조·구급차를 포함한다. 이하 같다)가 소방활동을 위하여 출동을 하는 때에는 이를 방해하여서는 아니 된다.(내용 개정)

(3) 개선실익

「소방기본법」 제16조에서 “소방활동”을 “화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 때에는 소방대를 현장에 신속하게 출동시켜 화재진압과 인명구조 등 소방에 필요한 활동을 하게 하는 것”으로 규정하고 있으므로 화재진압 및 구조·구급활동은 물론 각종 재난현장으로 소방대가 출동 할 경우에도 소방대의 우선통행권이 적용되게 된다.

다. 소방대의 긴급통행(제22조)

(1) 현행

제22조(소방대의 긴급통행) 소방대는 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에 신속하게 출동하기 위하여 긴급한 때에는 일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로·빈터 또는 물위로 통행할 수 있다.

(2) 개선방안

제22조(소방대의 긴급통행) ①소방대는 소방활동 상황이 발생한 현장에 신속하게 출동하기 위하여 긴급한 때에는 일반적인 통행에 쓰이지 아니하는 도로·빈터 또는 물위로 통행할 수 있다.(내용개정)

②시·도지사는 제1항의 규정에 따른 소방대의 긴급통행으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다.(신설)

③제2항의 손실보상에 관하여는 제25조의2 규정을 준용한다.(신설)

(3) 개선실익

이 경우도 “소방활동”이라는 용어로 통일성을 기함으로써 불필요한 용어 사용에 따른 이론의 여지를 없앨 수 있고, 소방자동차나 중장비 등이 사도(私道)나 농경지 등을 통과하여 발생될 수 있는 특별한 희생에 대한 손실보상이 가능하게 된다.

라. 소방활동구역의 설정(제23조)

(1) 현행

제23조(소방활동구역의 설정) ①소방대장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황

이 발생한 현장에 소방활동구역을 정하여 소방활동에 필요한 자로서 대통령령이 정하는 자외의 자에 대하여는 그 구역에의 출입을 제한할 수 있다.

(2) 개선방안

제23조(소방활동구역의 설정) ①소방대장은 **소방활동 상황이 발생한 현장에** 소방활동구역을 정하여 소방활동에 필요한 자로서 대통령령이 정하는 자외의 자에 대하여는 그 구역에의 출입을 제한할 수 있다.(내용 개정)

(3) 개선실익

앞의 제22조처럼 “소방활동”이라는 용어로 통일성을 기함으로써 불필요한 용어 사용에 따른 이론의 여지를 없앨 수 있다.

마. 소방활동 종사명령(제24조)

(1) 현행

제24조(소방활동 종사명령) ①소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 **화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서** 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 **사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있다.** 이 경우 소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 소방활동에 필요한 보호장구를 지급하는 등 안전을 위한 조치를 하여야 한다.

②시·도지사는 제1항 전단의 규정에 따라 소방활동에 종사한 자가 이로 인하여 사망하거나 부상을 입은 경우에는 이를 보상하여야 한다.

③제1항의 규정에 의한 명령에 따라 소방활동에 종사한 자는 시·도지사로부터 소방활동의 비용을 지급 받을 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 소방대상물에 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 경우 그 관계인
2. 고의 또는 과실로 인하여 화재 또는 구조·구급활동이 필요한 상황을 발생시킨 자
3. 화재 또는 구조·구급현장에서 물건을 가져간 자

(2) 개선방안

제24조(소방활동 종사명령) ①소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 **소방활동 상황이 발생한 현장에서** 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역 안에 사는 자

또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하는 일 등 소방활동에 종사하게 할 수 있다. 이 경우 소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 소방활동에 필요한 보호장구를 지급하는 등 안전을 위한 조치를 하여야 한다.(내용 개정)

②시·도지사는 제1항 전단의 규정에 따라 소방활동에 종사한 자가 이로 인하여 질병·부상 또는 사망(부상을 입어 사망한 경우를 포함한다)한 경우에는 이를 보상하여야 한다.(내용 개정)

③제1항의 규정에 의한 명령에 따라 소방활동에 종사한 자는 시·도지사로부터 소방활동의 비용을 지급 받을 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 소방대상물에 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 경우 그 관계인
2. 고의 또는 과실로 인하여 화재 또는 구조·구급활동이 필요한 상황을 발생시킨 자
3. 화재 또는 구조·구급현장에서 물건을 가져간 자

④제2항의 보상에 관하여는 제39조 제2항을 준용하고 제3항의 비용지급 등에 관해서는 시중노임단가를 기준으로 한다.(신설)

(3) 개선실익

제24조의 제목은 “소방활동 종사명령”이면서 법령 내용은 화재현장 활동만을 열거하고 있는바, 개선 후에는 화재 등 모든 재난현장 활동에서 종사명령을 할 수 있고, 이로 인한 희생보상과 실비보상에 대한 근거를 마련하여 국민의 권리구제에 만전을 기할 수 있게 된다.

바. 강제처분 등(제25조)

(1) 현행

제25조(강제처분 등) ①소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다.

②소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정하는 때에는 제1항의 규정에 따른 소방대상물 또는 토지외의 소방대상물과 토지에 대하여 제1항의 규정에 따른 처분을 할 수 있다.

③소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시킬 수 있다.

④시·도지사는 제2항 또는 제3항의 규정에 따른 처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다. 다만, 제3항의 규정에 해당하는 경우로서 법령을 위반하여 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 된 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 개선방안(전면개정)

(가) 제25조의 개선방안

제25조(화재현장 긴급강제처분) ①소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 또는 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 화재가 발생한 소방대상물 및 그 토지를 일시 사용하거나 또는 그 사용을 제한하거나 다음 각호의 소방상 필요한 처분을 할 수 있다. 이 경우 제1호 및 제2호의 처분은 소방대원도 독자적으로 행할 수 있다.

1. 건물이나 시설물(차량을 포함한다)의 일부를 철거 또는 파괴할 수 있다.
2. 화재위험을 발생시킬 수 있는 가연성 또는 폭발성 물질이나 물체를 제거할 수 있다.
3. 토지나 건물 내의 사람을 내보낼 수 있다.
4. 필요한 일정시간 동안 해당 토지나 건물을 봉쇄 또는 진입을 막거나 사람의 접근을 제한 할 수 있다.
5. 교통을 막거나 통제할 수 있다.
6. 그밖에 화재현장 상황을 합리적으로 판단하여 인명에 대한 위험을 제거하거나 감소시키기 위해 긴급하게 요구되는 일들을 할 수 있다.

②소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 불 또는 기상의 상황 그밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 또는 그 소방대상물이 있는 토지에 대하여 제1항의 규정에 의한 처분을 할 수 있다.

③소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 불 또는 기상의 상황 그밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 사람을 구출하거나 또는 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정한 때에는 제1항 및 제2항에 규정된 소방대상물 또는 토지외의 소방대상물 또는 토지에 대하여도 제1항의 규정에 의한 처분을 할 수 있다.

④소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 소화활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에는 소방자동차의 통행과 소화활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시킬 수 있다.

⑤시·도지사는 제1항 내지 제4항의 규정에 따른 처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다. 다만, 제4항의 규정에 해당하는 경우로서 법령을 위반하여 소방자동차의 통행과 소화활동에 방해가 된 경우에는 그러하지 아니하다.

⑥제1항내지 제4항의 규정은 구조·구급을 위한 소방활동에 이를 준용한다.

(나) 제25조의2(손실보상)신설

제25조의2 (손실보상) ①법 제25조 제5항의 규정에 의하여 시·도지사가 손실을 보상하는 경우에는 받은 손실을 시가로 보상하여야 한다.

②제1항의 규정에 의한 손실보상에 관하여는 시·도지사와 손실을 입은 자가 협의하여야 한다.

③제2항의 규정에 의한 보상금액에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에는 시·도지사는 그 보상금액을 지급하거나 공탁하고 이를 통지하여야 한다.

④제3항의 규정에 의한 보상금의 지급 또는 공탁의 통지에 불복이 있는 자는 지급 또는 공탁의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 관할토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

⑤제1항에 따른 손실보상의 범위, 협의절차, 방법 등에 관하여 필요한 사항은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」이 정하는 바에 따른다.

(3) 개선실익

(가) 제25조 제목의 용어개선을 통해 법령의 내용을 쉽게 이해하게 할 수 있다.

(나) 화재가 발생한 소방대상물에 대한 강제처분권의 일부를 소방대원의 독자적인 판단에 의하여 행사하도록 함으로써 처분의 효율성을 높일 수 있다.

(다) 소방상 필요한 처분을 구체적으로 명시하여 소방대원 등이 자기가 할 처분의 내용을 미리 인식할 수 있도록 함으로써 처분의 신속성을 확보하고 강제처분의 남용도 막을 수 있다.

(라) 불확정개념을 해소하면서도 개괄적수권조항을 입법하여 강제처분권의 행사효과를 극대화할 수 있다.

(마) 불이 번질 염려가 있는 소방대상물과 그 이외의 소방대상물에 대한 강제처분에

있어서는 주의의무규정을 둠으로써 처분에 신중을 기하여 피해가 최소화될 수 있다.

(바) 손실보상의 범위와 방법 등의 기준을 세부적으로 둠으로써 국민의 권리구제가 적정하게 될 수 있고 화재가 발생한 소방대상물에 대한 강제처분에 대해서도 필요시 손실을 보상³⁰²⁾ 할 수 있다.

(사) 구조·구급활동 시에도 강제처분권을 행사할 수 있도록 하여 인명구조가 적시에 실시될 수 있다.

사. 위험시설 등에 대한 긴급조치(제27조)

(1) 현행

제27조(위험시설 등에 대한 긴급조치) ①소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 소방활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도의 개폐장치 등을 조작할 수 있다.

②소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치를 할 수 있다.

③시·도지사는 제1항 및 제2항의 규정에 따른 조치로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다.

(2) 개선방안

제27조 (위험시설 등에 대한 긴급강제처분) ①소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 소화활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도(수도)의 개폐장치 등을 조작할 수 있다.(일부개정)

②소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 또는 인명구조 등 화재현장에서 긴급한 필요가 있는 때에는 주위의 사정을 합리적으로 판단하고 관련 유관기관·단체에서 출동한 책임자와 협의하여 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치를 할 수 있다.(일부개정)

302) 1958년 제정 「소방법」에서는 화재가 발생한 소방대상물에 대한 강제처분시도 시가에 의해 손실을 보상할 수 있도록 했었다.

③시·도지사는 제1항 및 제2항의 규정에 따른 조치로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다.

④제3항의 손실보상에 대하여는 제25조의2를 준용한다.(신설)

⑤제2항의 조치는 구조·구급활동에도 이를 준용한다.(신설)

(3) 개선실익

(가) 27조 제목의 용어개선을 통해 법령의 내용을 쉽게 이해 할 수 있도록 하고 아울러 제25조의 강제처분과 동일한 맥락(즉시강제)으로 취급되도록 할 수 있다.

(나) 제27조 제1항의 “소방활동”을 “소화활동”으로 하여 동항은 화재현장에서의 소방용수 확보를 위한 처분(조치)임을 확실히 할 수 있다.

(다) 가스·전기·유류시설 등의 차단조치는 2차적인 피해를 발생시킬 수 있으므로 주의의무규정을 두어 신중한 판단을 할 수 있고, 관련 유관기관·단체와의 협의를 하도록 의무화함으로써 2차 피해를 최소화 할 수 있다.

(라) 손실보상의 범위나 방법 등을 구체화하여 피해구제를 적정하게 할 수 있다.

(마) 구조·구급활동에 있어서도 가스·전기·유류시설 등의 차단조치를 행사함으로써 보다 신속하고 효율적인 인명구조를 할 수 있다.

아. 소방활동에 대한 면책규정 신설

(1) 현행

소방활동에 관한 권한행사로 손실이 발생했을 경우 손실을 받은 자는 적절한 보상을 받을 수 있는데 대하여 선의의 목적으로 최선을 다한 소방대원 등에 대해서는 아무런 면책규정이 없다.

(2) 개선방안(규정의 신설)

제00조(소방활동에 대한 면책)본장에서 소방본부장·소방서장 또는 소방대장에게 주어진 권한을 행사함에 있어 손실 등이 발생한 경우 고의 또는 중대한 과실이 명백하게 밝혀진 경우를 제외하고는 그 책임을 물을 수 없다.

(3) 개선실익

최선을 다한 소방활동에 대해서는 면책규정을 둬으로써 소방본부장 등이 소신에 따라 효과를 극대화하고 피해를 최소화 할 수 있는 방법으로 처분을 할 수 있다.

2. 災難 및 安全管理 基本法

가. 강제대피조치(제42조)

(1) 현행

제42조(강제대피조치) 시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 제40조 제1항의 규정에 의한 대피명령을 받은 자 또는 제41조 제1항 제2호의 규정에 의한 위험구역에서의 퇴거나 대피명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니하여 위급하다고 판단되는 때에는 당해 지역 또는 위험구역안의 주민이나 당해 지역 또는 위험구역 안에 있는 자를 강제대피 시키거나 강제퇴거 시킬 수 있다.

(2) 개선방안

제42조(강제대피조치) 지역통제단장은 제40조 제1항의 규정에 의한 대피명령을 받은 자 또는 제41조 제1항 제2호의 규정에 의한 위험구역에서의 퇴거나 대피명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니하여 위급하다고 판단되는 때에는 당해 지역 또는 위험구역안의 주민이나 당해 지역 또는 위험구역 안에 있는 자를 강제대피 시키거나 강제퇴거 시킬 수 있다.(일부개정)

(3) 개선실익

인명에 대한 위급상황의 판단과 이로 인한 강제대피조치는 소방본부장 등 지역통제단장이 행하는 것은 당연하다.

나. 응급부담(제45조)

(1) 현행

제45조 (응급부담) 시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 그 관할 구역 안에서 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때에는 당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하거나 대통령령이 정하는 바에 의하여 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 할 수 있으며, 장애물을 변경 또는 제거할 수 있다.

(2) 개선방안

제45조 (응급대책 종사명령 및 토지 등에 대한 강제처분) 시장·군수·구청장 및

지역통제단장은 그 관할 구역 안에서 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때에는 당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하거나 대통령령이 정하는 바에 의하여 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 할 수 있으며, 장애물을 변경 또는 제거할 수 있다.

(3) 개선실익

제목의 용어개선을 통하여 내용을 쉽게 이해 할 수 있다.

3. 水難救護法

가. 현행

제7조 (수난구호를 위한 응급조치) ①해양경찰서장 및 소방서장은 수난구호를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 범위 안에서 사람을 수난구호업무에 종사하게 하거나 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용 할 수 있다. 다만, 노약자, 정신박약자, 기타 신체장애자등 대통령령으로 정하는 사람에 대하여는 제외한다.

②제1항의 규정에 의하여 수난구호업무에의 종사명령을 받은 자는 해양경찰서장 및 소방서장의 지휘를 받아 수난구호업무에 종사하여야 한다.

③ 국가 또는 지방자치단체는 제1항에 따라 수난구호 업무에 종사한 자가 부상을 입은 때에는 치료를 실시하고, 사망(부상으로 인하여 사망한 경우를 포함한다)하거나 신체에 장애를 입은 때에는 그 유족 또는 장애를 입은 자에게 보상금을 지급하여야 한다. 다만, 다른 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체의 부담에 의한 같은 종류의 보상금을 지급받은 자에 대하여는 그 보상금에 상당하는 금액은 지급하지 아니한다.

나. 개선방안

제7조 (수난구호 종사명령 및 선박 등의 강제사용) ①해양경찰서장 및 소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 수난구호를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 필요한 범위 안에서 사람을 수난구호업무에 종사하게 하거나 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용 할 수 있다. 다만, 노약자, 정신박약자, 기타

신체장애자등 대통령령으로 정하는 사람에 대하여는 제외한다.(일부개정)

②제1항의 규정에 의하여 수난구호업무에의 종사명령을 받은 자는 해양경찰서장 및 소방본부장·소방서장 또는 소방대장의 지휘를 받아 수난구호업무에 종사하여야 한다.
(일부개정)

③국가 또는 지방자치단체는 제1항에 따라 수난구호 업무에 종사한 자가 부상을 입은 때에는 치료를 실시하고, 사망(부상으로 인하여 사망한 경우를 포함한다)하거나 신체에 장애를 입은 때에는 그 유족 또는 장애를 입은 자에게 보상금을 지급하여야 한다. 다만, 다른 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체의 부담에 의한 같은 종류의 보상금을 지급받은 자에 대하여는 그 보상금에 상당하는 금액은 지급하지 아니한다.

④국가 또는 지방자치단체는 제1항에 따라 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시사용 함으로 인하여 발생한 손실을 보상하여야 한다.(신설)

⑤제4항에 따른 손실보상의 범위, 협의절차, 방법 등에 관하여 필요한 사항은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」이 정하는 바에 따른다.

다. 개선실익

이 역시 제목의 용어개선을 통하여 내용을 쉽게 이해 할 수 있고, 처분권자를 소방본부장까지 포함함으로써 처분의 실효성을 제고할 수 있으며, 대물적 강제에 대한 손실을 보상함으로써 효과적인 권익구제가 가능하다.

4. 가스 2法

가. 고압가스안전관리법

(1) 현행

제20조 (사용신고 등)⑥ 시장·군수 또는 구청장, 경찰서장이나 소방서장은 특정고압가스 사용자가 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반하여 위해를 발생시킬 우려가 있다고 인정하면 특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치할 수 있다.

(2) 개선방안

제20조 (사용신고 등)⑥ 시장·군수 또는 구청장, 경찰서장이나 소방서장은 특정고압

가스 사용자가 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반하여 위해를 발생시킬 우려가 있다고 인정하면 특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치할 수 있다.

⑦국가 또는 지방자치단체는 제6항의 처분으로 인해 손실을 받은 자가 있는 경우 이를 보상하여야 한다.(신설)

⑧제7항의 손실보상에 대하여는 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」제29조 제3항을 준용한다.(신설)

(3) 개선실익

사용의 일시 금지나 사용시설을 봉인 또는 임시 영치로 인한 손실보상으로 효과적인 권익구제가 가능하다.

나. 액화석유가스의 안전관리 및 사업법

(1) 현행

제27조(액화석유가스 사용시설의 설치와 검사 등) ⑥시장·군수·구청장, 경찰서장 또는 소방서장은 액화석유가스 특정사용자가 이 법이나 이 법에 따른 명령을 위반하여 위해를 발생시킬 우려가 있다고 인정하면 액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치할 수 있다.

(2) 개선방안

제27조(액화석유가스 사용시설의 설치와 검사 등) ⑥시장·군수·구청장, 경찰서장 또는 소방서장은 액화석유가스 특정사용자가 이 법이나 이 법에 따른 명령을 위반하여 위해를 발생시킬 우려가 있다고 인정하면 액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치할 수 있다

⑦국가 또는 지방자치단체는 제6항의 처분으로 인해 손실을 받은 자가 있는 경우 이를 보상하여야 한다.(신설)

⑧제7항의 손실보상에 대하여는 제29조 제3항을 준용한다.(신설)

(3) 개선실익

사용의 일시 금지나 사용시설을 봉인 또는 임시 영치로 인한 손실보상으로 효과적인 권익구제가 가능하다.

第6章 結 論

소방본부장·소방서장 또는 소방대장 등에게 화재 등 각종 재난현장에서 사전 의무 등을 부과함이 없이 국민의 신체와 재산에 대해 실력을 행사하여 소기의 목적을 달성할 수 있도록 입법적 근거를 통하여 강제처분권을 인정한 것은 갈수록 복잡다양해지는 재난현장에서 신속하고 효율적인 수습을 통하여 국민의 생명·신체와 재산을 보호할 필요성이 있기 때문이다.

이에 따라 지금까지 살펴본 바와 같이 「소방기본법」을 비롯하여 「재난 및 안전관리 기본법」, 「수난구조법」과 가스2법³⁰³⁾ 등 비교적 많은 소방경찰법에서 강제처분을 규정하고 있다. 하지만 현행 강제처분 규정은 그 중요성과 필요성에도 불구하고 강제처분권을 행사하는 입장이나 또는 강제처분에 대해 이를 수인하거나 특별한 희생이 발생하여 이를 보상받아야 하는 입장 모두에서 미흡하고 문제점이 있어 이의 개선이 필요하겠는바, 다음과 같이 3가지 측면으로 나누어서 개선방안을 제시하고자 한다.

첫 번째로 강제처분권 행사와 관련하여 이를 규정하고 있는 법들이 다음의 내용을 반영하여 입법되어야 한다.

「소방기본법」 제16조는 “소방활동”을 “화재, 재난·재해 그밖의 위급한 상황이 발생한 때에 현장에 신속하게 출동하여 화재진압과 인명구조 등 소방에 필요한 활동”이라 하여 “화재 등 모든 재난의 현장활동”으로 포괄적으로 규정하였음에도, 현행 「소방기본법」 제4장(제16조 내지 제28조)의 조문별 내용에서는 화재현장만을 중심으로 했던 종전의 「소방법」 내용을 답습함에 따라 “소방활동에 대한 범위”가 어떤 경우는 화재현장을 의미하고 어떤 경우는 화재를 비롯한 각종 재난현장을 의미하고 있어 통일성을 기할 수 있는 입법이 필요하다고 본다.

그리고 「소방기본법」 제24조는 소방활동을 위해 긴급한 필요가 있는 때는 관할구역 안에 있거나 현장에 있는 사람으로 하여금 소방활동에 종사하는 명령을 할 수 있도록 하였으나, 이에 대한 거부에 대해서는 제재조치가 없는 등 실효성을 확보할 수가 없는 바, 동 명령이 실효성을 가질 수 있도록 개선되어야 한다.

또한 소방대상물 및 차량 등에 대한 강제처분을 규정하고 있는 「소방기본법」 제25조는 특히 개선되어야 할 부분이 많다. 조문 제목의 “강제처분 등”이라는 용어사용의 부적절성을 비롯하여 내용면에 있어서도 불을 끌 때의 강제처분권이 없음은 물론 강

303) 가스2법은 「고압가스 안전관리법」과 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」을 말한다.

제처분권자를 화재현장 상황별로 구분하지 않고 말하자면 화재가 발생한 장소이든 연소할 우려가 있는 장소이든 아니면 그이외의 제3의 장소이든을 불문하고 처분권자를 모두 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 함에 따라 적시 적소에 대한 파괴소방 등을 곤란하게 하고 있다. 뿐만 아니라 강제처분을 화재현장으로만 국한하고 있어 교통사고 현장 등에서 차량 파괴나 강제 문 개방 등을 행하고 토지 등을 일시사용 할 수 있는 구조·구급활동의 경우는 강제처분권의 법적근거가 없으므로 이에 대한 근거 입법이 필요하다.

그리고 「소방기본법」 제27조에서 규정하고 있는 “위험시설에 대한 긴급조치”와 관련해서도 화재현장 뿐만 아니라 구조업무 수행에 있어서도 필요시 전기·가스·유류시설 등을 차단할 수 있도록 하되, 전기·가스·유류시설에 대한 차단권 행사는 예상치 못한 2차적인 문제가 발생될 수 있으므로 주의의무규정을 신설하여 권한행사에 신중을 기할 수 있도록 해야 한다.

「재난 및 안전관리 기본법」 제42조의 강제대피조치의 경우 그 발동요건이 “사람의 생명 또는 신체에 대한 위해방지와 재난현장의 질서유지를 위해 행사되는 것”이므로 처분권자가 긴급구조통제단장 즉, 소방본부장 또는 소방서장으로 일원화 되어야 하고 아울러 발동형식의 입법도 필요하다. 또한 「수난구호법」 제7조의 수난구호활동 중 강제처분의 경우도 “응급조치”라는 제목이 본문의 내용을 모두 포괄할 수 있는 내용으로 바뀌어야 하고, 하천에서의 수난구호업무 시 강제처분권자를 현행 소방서장에서 소방본부장·소방서장 또는 소방대장으로 하여 소방 5법과 통일성을 기해야 한다.

두 번째는 강제처분으로 발생하는 손실에 대한 적절한 보상과 함께 개인의 생명과 신체의 침해 등에 대해서도 적절한 보상이 이루어 질 수 있도록 개선되어야 한다.

「소방기본법」 제22조의 “소방대의 긴급통행권”에 대해서도 특별한 희생이 언제든지 발생할 수 있으므로 손실보상의 입법이 필요하다. 또한 동법 제25조(강제처분 등)와 제27조(위험시설에 대한 긴급조치)의 강제처분권 행사에 대해서는 손실보상을 규정하고 있으나, 단순히 보상규정만 있고 보상에 대한 범위나 방법·기준 등 세부보상기준이 없는바, 국민의 권익구제 차원에서라도 세부보상규정의 입법이 필요하다. 다음으로 「수난구호법」 제7조와 관련 사람에 대한 희생보상에 대해서는 규정하고 있지만, 선박, 자동차, 다른 사람의 토지·건물 또는 기타 물건 등을 일시 사용하는 경우는 손실보상의 규정이 없으므로 보완이 필요하다. 또한 「소방기본법」 제24조의 소방활동 종사명령으로 인한 생명·신체의 침해에 대한 세부보상 기준이 입법되어야 하고, 「소방기본법」 제27조 제2항의 위험물질(전기·가스·유류시설)차단으로 인해 발생될 수 있는 희생보

상에 대한 근거와 세부보상 방법도 입법되어야 한다.

세 번째는 강제처분에 따른 법리적인 측면에서의 개선되어야 할 방안이다.

현행 소방경찰법에서 규정하고 있는 강제처분권 행사내용을 구체적으로 열거하여 입법하여야 한다. 현재는 “소방활동에 필요한 처분”, “필요한 조치” 등으로 불확정적인 용어를 사용하는데 따른 책임소재 등 문제점이 예상되므로 이들 불확정 개념을 성문화해야 한다. 이와 관련 모든 내용을 성문화 하는 데는 한계가 있을 수밖에 없으므로 개괄적 수권조항의 입법도 필요하다. 또한 이와 같은 입법으로 인하여 강제처분권의 남용도 예상될 수 있으므로 권한행사에 따른 주의의무규정도 반드시 필요하고 아울러 긴급하고 불가피한 상황에서 정당하게 수행한 직무에 대해서는 면책을 인정하는 규정을 두는 입법적 개선이 필요하다고 본다.

參 考 文 獻

1. 국내 문헌

- 권영성. 「헌법학원론(개정판)」。 법문사, 2007.
- 김남진외1. 「행정법 I (제10판)」。 법문사, 2006.
- . 「행정법 II (제10판)」。 법문사, 2006.
- 김동희. 「행정법 I (제14판)」。 박영사, 2008.
- . 「행정법 II (제14판)」。 박영사, 2008.
- 김철수. 「헌법학신론(제17판)」。 박영사, 2007.
- 김철용. 「행정법 I (제8판)」。 박영사, 2008.
- 김철용. 「행정법 II (제8판)」。 박영사, 2008.
- 김춘환. 「행정법강의 I (개정판)」。 조선대학교출판부, 2006.
- . 「행정법강의 II (개정판)」。 조선대학교출판부, 2006.
- 김향기. 「행정법개론(제7판)」。 삼영사, 2005.
- 문홍주. 「한국헌법」。 해업사, 1987.
- 박윤흔. 「최신행정법강의(상) 제29판」。 박영사, 2004.
- . 「최신행정법강의(하) 제27판」。 박영사, 2004.
- 박평준외1. 「경찰행정법」。 고시연구사, 2004.
- 석종현. 「일반행정법(상) 제11판」。 삼영사, 2005.
- . 「일반행정법(하) 제11판」。 삼영사, 2005.
- 성 무. 「소방행정법」。 도서출판 덕유, 1996.
- 양중근. 「소방행정법(개정판)」。 도서출판 다인, 2007.
- . 「소방관계법령 I · II · III」。 도서출판 다인, 2004.
- 유지태. 「행정법신론(제12판)」。 신영사, 2008.
- 이재상. 「형법각론(제5판)」。 박영사, 2007.
- . 「형사소송법(제7판)」。 박영사, 2008.
- 이지연. 「최신소방법령집」。 경진사, 1982.
- 장태주. 「행정법개론(제5판)」。 (주)현암사, 2007.
- 정영일. 「형법총론(개정판)」。 박영사, 2007.
- 최성룡. 「소방학개론」。 한국교육문화원, 2007.

최영규. 「경찰행정법」. 법영사, 2005.
허영. 「한국헌법론(제3판)」. 박영사, 2007.
홍정선. 「행정법원론(상) 제15판」. 박영사, 2007.
_____. 「행정법원론(하) 제15판」. 박영사, 2007.

2. 주요논문

김선택. “사법질서에 있어서 기본권의 효력” 「고려법학」제39호, 2002.
김춘환. “소방기본법에 있어서 행정상 강제처분” 「광주소방학교 논문집」제10호, 2005.
김해룡. “경찰권발동과 행정상 손실보상” 「고시계」, 1998. 4.
_____. “헌법상 재산권보장과 행정상 손실보상의 근거법리들에 관한 고찰” 「고시계」, 2003. 9.
문현철. “방재행정법의 체계화에 관한 연구” 조선대학교대학원 박사학위논문, 2001.
방승주. “국가의 기본권보호의무와 그 이행여부에 대한 헌법재판소의 통제(상)” 「고시연구」, 2004. 8.
송기춘. “국가의 기본권보장의무에 관한 연구” 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1998.
설계경. “경찰권발동의 근거와 한계” 「외법논집」제11집, 2001. 12.
양중근. “소화활동중 강제처분에 관한 연구” 조선대학교 정책대학원 법학석사학위논문, 2000.
_____. “다중이용업소의 소방검사 어떻게 하면 효과적일까?” 「제19회 공무원교육훈련 발전연구대회」, 2001.
이기우. “경찰작용법의 체계” 「수사연구」, 1990.
이승우. “기본권보호의무와 공권이론” 「고시연구」, 1993. 9.
_____. “국가의 기본권보호의무” 「균재 양승두 교수 화갑기념논문집(I)」. 홍문사, 1994.
장영철. “기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무” 「공법연구」제29집 제2호, 2001.
정태호. “기본권보호의무” 「김남진교수 정년기념논문집」, 고려대학교 법과대학 법학논집 특별호 1997.
_____. “기본권보호의무” 「인권과 정의」, 1997. 8.
정하중. “헌법재판소의 판례에 있어서 재산권보장” 「헌법논총」제9집, 1998.
조연홍. “소방기본법상 희생보상” 「광주소방학교 논문집」제11호, 2006.
채경석. “위기관리행정과 소방교육·훈련체계” 「한국소방정책확회보」제1권1호, 2002.

최권중. “소방행정상 화재·구급·구조활동과 즉시강제의 법적검토” 『토지공법연구』, 2003. 9.

_____. “소방행정상 즉시강제에 관한 연구” 『공법연구』제30집 제5호, 2001.

표명환. “국가의 기본권보호의무와 행정법상 개인적 공권이론” 『헌법학연구』제10권 제1호, 2004. 3.

한수용. “헌법소송을 통한 사회적기본권 실현의 한계-법적 권리설로부터의 결별-” 『인권과 정의』, 1997. 1.

3. 기타자료

광주소방안전본부. 『광주소방사』. 한백출판사, 2002.

서울특별시. 『삼풍백화점 붕괴사고 백서』. 서강총업주식회사, 1996.

소방방재청. 『소방방재청 개청 백서』. 신정인쇄, 2004.

_____. 『소방행정자료 및 통계』. 삼진기획, 2007.

_____. 『2006년도 화재통계연감』. 소방방재청 홈페이지, 2007.

_____. 『2006재난연감』. 삼진기획, 2007.

중앙소방학교. 『소방혁신론』. 삼광피엔에이, 2007.

_____. 『제16회 소방행정연찬대회 우수연구 논문집』. 세일문화사, 2004.

행정자치부. 『한국소방행정사』. 삼성인쇄, 1999.

동아일보. “문화재청 신중 요청에 초기 소극대응 1시간 만에 큰불 잡았다 성급한 판단”, 2008. 2. 11. a03면.

동아일보. “안이했던 소방당국”, 2008. 2. 11, 3면.

세계일보. “소방당국 판단 착오… 잠복 불씨 못잡아”, 2008. 2. 11, 008면.

조선일보. “소방관 300여명 출동… 호스만 붙잡고 우왕좌왕”, 2008. 2. 11, a03면.

중앙일보. “국보1호도 못 지킨 대한민국”, 2008. 2. 11, 1면.

한겨레신문. “국보라 조심… 초기 진화 실패로 최악사태 불러”, 2008. 2. 11, 002면.

한국일보. “1차 진화 실패… 자정 넘어 불길 급속히 번져”, 2008. 2. 11, a03면.

경향신문. “진화 실패 아니다 구조 탕”, 2008. 2. 12. 003면.

한겨레신문. “현장 소방관에 진화 권한”, 2008. 2. 14. 005면.

4. 외국문헌

- Robert Alexy, "Theorie der Grundrechte", Frankfurt, Suhrkamp, 1986.
- Konrad Hesse, "Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Dutschland", 16. Aufl., Heidelberg, C.F.Müller Juristischer Verlag, 1988.
- G. Robbers, "Sicherheit als Menschenrecht", 1987.
- Peter Badura, "Staatsrecht", Staatsrecht, München C.H. Becksche Verlagsbuchhandlung, 1986.
- Eckart Klein, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", in : NJW, 1990.
- Josef Isensee, "Das Grundrecht auf Sicherheit-Zu den Schutz pflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates"-, Berlin : Walter de Gruyter, 1983.
- Badura, "in Festschrift für K. Eichenberger", 1982.
- Bernd, "Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten", Diss.Mainz 1989.
- H. Hofmann, "Rechtsfragen der atomaren Entsorgung", 1981.
- P.C.Mayer-Tasch, "Thomas Hobbes und das Widerstandsrecht", 1965.
- International Fire code Institute, "The uniform fire code", California : International conference of Building officials westrn Fire chiefs Association, 1994.
- 高見常武. 「實務のための 消防行政法」. 東京法令出版株式會社, 平成8年.
- 関東一. 「消防法令解釋の基礎」. 東京法令出版株式會社, 平成10年.
- . 「消防法の研究」. 東京法令出版株式會社, 平成11年.
- . 「消防行政法要論」. 東京法令出版株式會社, 平成5年.
- . "消火活動に關連する事實行爲的緊急措置權について" 「月刊消防」, 1997. 10.
- 東京防災指導協會. 「消防關係法令集」. 東京法令出版株式會社, 平成9年.
- 消防大學校. 「消防關係判例解説」. 株式會社ぎょうせい, 平成12年.
- 石毛平藏. 「判例 消防法學」. 東京法令出版株式會社, 平成9年.
- 日本消防大學校. 「消防作用法」. 南關東支社, 平成 12年.

5. 인터넷 자료

법제처 홈페이지

<http://www.moleg.go.kr/main/main.do>

소방방재청 홈페이지

<http://www.nema.go.kr/intro.jsp>

법령 정보 검색 사이트(Lawcrawler)

<http://www.lawcrawler.com/>

미국 - 법규정(Fire Prevention and Control) Title.15 , Chapter.49

http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sup_01_15_10_49.htm

미국 - 연방법전 US Code

<http://www.law.cornell.edu/uscode>

미국 - 연방규정 CFR

<http://www.law.cornell.edu/cfr/>

미국 - 백악관 US 법령 검색

<http://uscode.house.gov/lawrevisioncounsel.shtml>

미국 - 텍사스주

<http://tlo2.tlc.state.tx.us/statutes/gv.toc.htm>

미국 - 일리노이주

<http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2035&ChapAct=740%26nbsp%3BLCS%26nbsp%3B75%2F&ChapterID=57&ChapterName=CIVIL+LIABILITIES&ActName=Fire+Fighter+Liability+Act%2E>

영국 - 소방구조법(Fire and Rescue Services Act)

<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/20040021.htm/>

일본 - 法庫

http://www.houko.com/00/FS_SE.HTM

일본 e-laws(우리나라 법제처 같은 일본기관 사이트)

<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>

캐나다 - 온타리오 화재보호 및 방지법(Fire Protection and Prevention Act)

http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Statutes/English/97f04_e.htm/

캐나다 - 소방법(Fire Services Act)

http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/F/96144_01.htm/

캐나다 - 방재법(Fire Prevention Act)

<http://www.gov.pe.ca/law/statutes/pdf/f-11.pdf/>

캐나다 - 소방안전법(Fire Safety Act)

<http://www.gov.ns.ca/legislature/legc/statutes/firesafe.htm>

附 錄

난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한
현장에 신속하게 출동하기 위하여 긴급한
때에는 일반적인 통행에 쓰이지 아니하는
도로·빈터 또는 물위로 통행할 수 있다.

<신 설>

<신 설>

제23조(소방활동구역의 설정) ①소방대장은
화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이
발생한 현장에 소방활동구역을 정하여 소
방활동에 필요한 자로서 대통령령이 정하
는 자외의 자에 대하여는 그 구역에의 출
입을 제한할 수 있다.

② (생략)

제24조(소방활동 종사명령) ①소방본부장·소
방서장 또는 소방대장은 화재, 재난·재해
그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서
소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할
구역안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자
로 하여금 사람을 구출하는 일 또는 불을
끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을
하게 할 수 있다. 이 경우 소방본부장·소
방서장 또는 소방대장은 소방활동에 필요
한 보호장구를 지급하는 등 안전을 위한
조치를 하여야 한다.

②시·도지사는 제1항 전단의 규정에 따라 소
방활동에 종사한 자가 이로 인하여 사망하
거나 부상을 입은 경우에는 이를 보상하여

활동 상황이 -----

-----.(내용개정)

②시·도지사는 제1항의 규정에 따른 소방대
의 긴급통행으로 인하여 손실을 받은 자가
있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다.

③제2항의 손실보상에 관하여는 제25조의2 규
정을 준용한다.

제23조(소방활동구역의 설정) ①소방대장은
소방활동 상황이 -----

-----.(내용개정)

② (현행과 같음)

제24조(소방활동 종사명령) ①-----
----- 소방활동 상황이 -

-----.(내용개정)

②-----
----- 질병·
부상 또는 사망(부상을 입어 사망한 경우

야 한다.

③ (생략)

<신 설>

제25조(강제처분 등) ①소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다.

②소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 사람

를 포함한다)한 경우에는 이를 보상하여야 한다.(내용개정)

③ (현행과 같음)

④제2항의 보상에 관하여는 제39조 제2항을 준용하고 제3항의 비용지급 등에 관해서는 시중노임단가를 기준으로 한다.

제25조(화재현장 긴급강제처분) ①----- 또는 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 화재가 발생한 소방대상물 및 그 토지를 일시 사용하거나 또는 그 사용을 제한하거나 다음 각호의 소방상 필요한 처분을 할 수 있다. 이 경우 제1호 및 제2호의 처분은 소방대원도 독자적으로 행할 수 있다.

1. 건물이나 시설물(차량을 포함한다)의 일부를 철거 또는 파괴할 수 있다.
2. 화재위험을 발생시킬 수 있는 가연성 또는 폭발성 물질이나 물체를 제거할 수 있다.
3. 토지나 건물 내의 사람을 내보낼 수 있다.
4. 필요한 일정시간 동안 해당 토지나 건물을 봉쇄 또는 진입을 막거나 사람의 접근을 제한 할 수 있다.
5. 교통을 막거나 통제할 수 있다.
6. 그밖에 화재현장 상황을 합리적으로 판단하여 인명에 대한 위험을 제거하거나 감소시키기 위해 긴급하게 요구되는 일들을 할 수 있다.(전면개정)

②소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 불

을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정하는 때에는 제1항의 규정에 따른 소방대상물 또는 토지외의 소방대상물과 토지에 대하여 제1항의 규정에 따른 처분을 할 수 있다.

<신 설>

③소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시킬 수 있다.

④시·도지사는 제2항 또는 제3항의 규정에 따른 처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다. 다만, 제3항의 규정에 해당하는 경우로서 법령을 위반하여 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 된 경우에는 그러하지 아니하다.

<신 설>

또는 기상의 상황 그밖의 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요한 때에는 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 또는 그 소방대상물이 있는 토지에 대하여 제1항의 규정에 의한 처분을 할 수 있다.(내용개정)

③소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 또는 불을 끄거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정하는 때에는 제1항 및 제2항에 규정된 소방대상물 또는 토지외의 소방대상물 또는 토지에 대하여도 제1항의 규정에 의한 처분을 할 수 있다.

④소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 소방활동을 위하여 긴급하게 출동하는 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거 또는 이동시킬 수 있다. (내용개정)

⑤시·도지사는 제1항 내지 제4항의 규정에 따른 처분으로 인하여 손실을 받은 자가 있는 경우에는 그 손실을 보상하여야 한다. 다만, 제4항의 규정에 해당하는 경우로서 법령을 위반하여 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 된 경우에는 그러하지 아니하다. (내용개정)

제25조의2 (손실보상) ①법 제25조 제5항의 규정에 의하여 시·도지사가 손실을 보상하는 경우에는 받은 손실을 시가로 보상하여야 한다.

②제1항의 규정에 의한 손실보상에 관하여는

	<p>시·도지사 <u>와 손실을 입은 자가 협의 하여야 한다.</u></p> <p>③제2항의 <u>규정에 의한 보상금액에 관한 협의가 성립되지 아니한 경우에는 시·도지사는 그 보상금액을 지급하거나 공탁하고 이를 통지하여야 한다.</u></p> <p>④제3항의 <u>규정에 의한 보상금의 지급 또는 공탁의 통지에 불복이 있는 자는 지급 또는 공탁의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 관할토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.</u></p> <p>⑤제1항에 <u>따른 손실보상의 범위, 협의절차, 방법 등에 관하여 필요한 사항은 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」이 정하는 바에 따른다.</u></p>
<p>제27조(위협시설 등에 대한 긴급조치) ①소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재진압 등 <u>소방활동을 위하여 필요한 때에는 소방용수 외에 댐·저수지 또는 수영장 등의 물을 사용하거나 수도의 개폐장치 등을 조작할 수 있다.</u></p>	<p>제27조 (위협시설 등에 대한 긴급장제처분)①</p> <p>-----</p> <p>-----<u>소화활동</u>-----</p> <p>-----</p> <p>-----</p> <p>-----.(일부개정)</p>
<p>②소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치를 할 수 있다.</p>	<p>②소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 화재의 발생을 막거나 폭발 등으로 인하여 화재가 확대되는 것을 막기 위하여 또는 인명구조 등 화재현장에서 긴급한 필요가 있는 때에는 주위의 사정을 합리적으로 판단하고 관련 유관기관·단체에서 출동한 책임자와 <u>협의하여</u> 가스·전기 또는 유류 등의 시설에 대하여 위험물질의 공급을 차단하는 등 필요한 조치를 할 수 있다.(일부개정)</p>

③ (생략)

<신 설>

<신 설>

<신 설>

③ (현행과 같음)

④ 제3항의 손실보상에 대하여는 제25조의2를 준용한다.

⑤ 제2항의 조치는 구조·구급활동에도 준용한다.

※ 소방활동에 대한 면책규정 신설

제00조(소방활동에 대한 면책) 본장에서 소방본부장·소방서장 또는 소방대장에게 주어진 권한을 행사함에 있어 손실 등이 발생한 경우 고의 또는 중대한 과실이 명백하게 밝혀진 경우를 제외하고는 그 책임을 물을 수 없다.

■ 재난 및 안전관리 기본법

현행	개선안
<p>제42조(강제대피조치) 시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 제40조 제1항의 규정에 의한 대피명령을 받은 자 또는 제41조 제1항 제2호의 규정에 의한 위험구역에서의 퇴거나 대피명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니하여 위급하다고 판단되는 때에는 당해 지역 또는 위험구역안의 주민이나 당해 지역 또는 위험구역 안에 있는 자를 강제대피 시키거나 강제퇴거 시킬 수 있다.</p>	<p>제42조(강제대피조치) 소방본부장·소방서장 또는 소방대장은 ----- ----- ----- ----- ----- ----- -----.(일부개정)</p>
<p>제45조 (응급부담) 시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 그 관할 구역 안에서 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있어 응급조치를 하여야 할 급박한 사정이 있는 때에는 당해 재난현장에 있는 자 또는 인근에 거주하는 자에게 응급조치에 종사하게 하거나 대통령령이 정하는 바에 의하여 다른 사람의 토지·건축물·공작물 그 밖의 소유물을 일시사용 할 수 있으며, 장애물을 변경 또는 제거할 수 있다.</p>	<p>제45조 (응급대책 종사명령 및 토지 등에 대한 강제처분) (내용은 현행과 같음)</p>

■ 가스2법

가. 고압가스안전관리법

현행	개선안
제20조 (사용신고 등) ①~⑤ (생략) ⑥시장·군수 또는 구청장, 경찰서장이나 소방서장은 특정고압가스 사용자가 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반하여 위해를 발생시킬 우려가 있다고 인정하면 특정고압가스의 사용을 일시 금지하거나 특정고압가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치할 수 있다. <신설> <신설>	제20조 (사용신고 등) ①~⑤ (현행과 같음) ⑥ (현행과 같음) ⑦국가 또는 지방자치단체는 제6항의 처분으로 인해 손실을 받은 자가 있는 경우 이를 보상하여야 한다. ⑧제7항의 손실보상에 대하여는 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제29조 제3항을 준용한다.

나. 액화석유가스의 안전관리 및 사업법

현행	개선안
제27조(액화석유가스 사용시설의 설치와 검사 등) ①~⑤ (생략) ⑥시장·군수·구청장, 경찰서장 또는 소방서장은 액화석유가스 특정사용자가 이 법이나 이 법에 따른 명령을 위반하여 위해를 발생시킬 우려가 있다고 인정하면 액화석유가스의 사용을 일시 금지하거나 액화석유가스의 사용시설을 봉인 또는 임시 영치할 수 있다. <신설> <신설>	제27조(액화석유가스 사용시설의 설치와 검사 등) ①~⑤ (현행과 같음) ⑥ (현행과 같음) ⑦국가 또는 지방자치단체는 제6항의 처분으로 인해 손실을 받은 자가 있는 경우 이를 보상하여야 한다. ⑧제7항의 손실보상에 대하여는 제29조 제3항을 준용한다.

저작물 이용 허락서

학 과	법학과	학 번	20067628	과 정	박사
성 명	한글 : 양 중 근 한문 : 梁 中 根 영문 : YANG JOONG KEUN				
주 소	광주광역시 북구 용봉동 1465 용봉아이파크 101동 202호				
연락처	E-mail : yangjk119@hanmail.net				
논문제목	한글 : 소방경찰법상 강제처분에 관한 연구				
	영문 : A Study on the Legal Disposition of the Fire-Police Services Act				

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건 아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집과 형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물 이용의 허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.
7. 소속 대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

동의여부 : 동의() 반대()

2008년 8월 일

저작자 : 양 중 근 (인)

조선대학교 총장 귀하