

연구보고 96-8

현행법제개선방안(V)

警察作用法제의 改善方案

1996. 12.

研究者：朴 尙 熙

(前：首席研究員，現：韓國海洋大學校 教授)

共同研究者：徐 廷 範

(高麗大學校 法學研究所 研究員，法學博士)

한국법제연구원

發 刊 辭

경찰은 공공의 안녕과 질서에 대한 위협이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우 이를 방지하는 것을 목적으로 하는 바, 이는 현대의 모든 국가에서 가장 필수적이고 기본적인 국가기능의 하나로서 기능하고 있습니다. 그러나 국가의 역할은 종래의 이러한 경찰기능 이외에 과학기술의 발달에 따라 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 생활영역에서 국가에 의한 급부, 조성, 계획 등 적극적이고 형성적인 새로운 임무가 중요한 비중을 차지하게 되었습니다. 따라서 종래에는 경찰의 임무에 속하던 기능이 경찰의 기능에서 제외되는 등 경찰작용의 영역은 점점 축소되어 가는 경향에 있습니다. 그러나 개인과 공동체를 위협으로부터 보호하는 것은 아무리 경찰의 기능이 축소되더라도 질서와 평화의 보호주체로서의 국가의 가장 본질적인 내용을 구성할 수밖에 없으며, 더욱이 과학기술의 발달에 따라 새로운 위협이 계속 증가하고 있으므로 경찰작용의 중요성을 부인할 수는 없는 것이 현실입니다.

이와 같이 국가의 경찰기능은 국가가 맡고 있는 가장 중요하고 근본적인 역할이므로 이에 대하여는 그 법제적 틀이 완전히 갖추어져 있어야 합니다. 그러나 우리나라의 경찰관련법제로서는 경찰법, 경찰관직무집행법 등 다양한 개별법이 존재하기는 하지만, 경찰법은 주로 경찰조직에 관한 일반법으로서 기능하고 있고, 경찰관직무집행법은 대부분 경찰상 즉시강제에 관한 내용을 담고 있어서 경찰작용에 관한 일반법의 역할을 하기에는 실질적인 내용이나 형식에 있어서 아직까지 많은 문제점을 내포하고 있습니다. 이러한 현행 경찰작용관련법제에 있어서의 경찰관직무집행법의 일반법적 성격의 결여로 인하여 침해행정의 전형적인 예인 경찰작용에 있어서 법적 근거가 미흡하여 위

현적인 경찰조치가 현실적으로 나타날 수 있습니다. 따라서 경찰작용 관련 일반법의 필요성은 누구나 공감하고 있으며, 이는 경찰관직무집행법의 전면적인 개정에 의하든 새로운 경찰작용법의 제정에 의하든 시급하게 이루어져야 할 작업입니다. 그리고 개별 경찰관련법의 구체적인 내용에 있어서도 여러가지 측면에서 내용이 미흡하거나 비현실적인 내용을 담고 있어서 문제가 야기되고 있는 경우도 있습니다. 따라서 본 연구보고서에서는 이러한 경찰작용법제가 지니는 전반적인 문제점에 대한 인식하에 경찰적 사항을 규율하고 있는 법제전반에 관하여 체계적인 연구를 수행하게 되었습니다. 특히 이 연구보고서에서는 아직까지 체계적으로 연구되고 있지않은 경찰법이론 및 우리나라의 경찰법제현황을 심층적으로 소개하고 외국의 경찰관련법제를 살펴 보았습니다. 특히 이 연구보고서에서는 경찰작용에 대한 일반법제정의 필요성과 방향에 대하여 진단하였으며, 실제로 문제가 되고 있는 경찰개념의 정립, 개괄적 수권조항의 채택, 경찰권발동의 요건, 경찰책임, 경찰상의 강제수단, 경찰상의 비용상환 등과 관련한 문제점 및 개선방안에 대하여 살펴 보았습니다.

아무쪼록 이러한 논의를 계기로 하여 경찰작용과 관련한 전반적인 법제상의 문제점이 재인식되고 이를 토대로 학계와 관계기관에서 경찰작용법제의 전반적인 개선방안에 대하여 진지한 연구와 검토가 진행되어 우리나라의 경찰작용법제가 합리적으로 발전할 수 있기를 기원하는 바입니다. 끝으로 이 연구가 진행되는 동안 여러 가지로 협력하여 주신 관계자 여러분과 연구진에 대하여 심심한 감사를 드립니다.

1996년 12월

韓國法制研究院長
法學博士 朴松圭

目次

第1章 序論

I. 警察作用의 重要性和 必要性	11
II. 一般法으로서의 警察官職務執行法의 問題	12
III. 個別法內容上의 問題狀況	12

第2章 警察作用法 一般理論

第1節 警察의 意義	17
I. 警察概念의 沿革	17
1. 絶對國家 이전의 警察의 概念	17
2. 絶對國家時代의 警察의 概念	18
3. 自由主義的 法治國家時代의 警察의 概念	18
4. 社會的 法治國家時代의 警察의 概念	19
II. 警察의 概念	19
1. 形式的 意味의 警察	20
2. 實質的 意味의 警察	21
3. 兩者의 關係	26
第2節 警察權發動의 根據	26
I. 概說	26
II. 職務規範과 權限規範의 區分	27

III. 概括的 授權條項의 問題	28
1. 序	28
2. 概括的 授權條項의 認定與否	28
3. 우리나라에서의 概括的 授權條項	30
4. 結 語	31
IV. 概括的 授權條項과 個別的 授權條項과의 關係	
- 概括的 授權條項의 補充性	32
第3節 警察權發動의 要件	33
I. 公共의 安寧	33
1. 意義	33
2. 個人의 主觀的 權利와 法益	34
3. 客觀的 法秩序	36
4. 國家와 그 밖의 公權力主體의 制度와 施設	37
II. 公共의 秩序	38
1. 序 - 公共의 安寧과의 關係	38
2. 公共의 秩序의 概念	38
3. 公共의 秩序概念의 認定與否	40
4. 公共의 秩序의 概念의 適用領域	42
III. 危 害	43
1. 危 險	43
2. 障 害(Störung)	48
第4節 警察責任	49
I. 概 說	49
1. 警察責任의 原則	49

2. 警察責任의 本質	49
3. 警察責任의 主體	50
II. 行爲責任	53
1. 序	53
2. 行爲責任의 歸屬	55
3. 意圖의 間接原因提供者 理論	58
III. 狀態責任	58
1. 意義	58
2. 狀態責任者	60
3. 狀態責任의 連結點	60
4. 狀態責任의 範圍	61
IV. 警察責任에 관한 特殊問題	63
1. 多數의 警察責任者에 관한 問題	63
2. 소위 Altlasten	76
V. 警察緊急權	80
1. 警察緊急權의 意義	80
2. 非責任者에 대한 警察權發動의 前提條件	81
3. 權利救濟	85
第5節 警察權 發動의 限界	86
I. 警察公共의 原則	86
1. 意義	86
2. 內容	87
II. 警察比例의 原則	89
1. 警察比例의 原則(Grundsatz der Verhältnis-	
mäßigkeit)의 意義	89

2. 法的 根據 및 適用範圍	90
3. 警察比例의 原則의 內容	91

第3章 警察作用法の 現況

第1節 警察組織法	97
第2節 警察作用法	98
I. 一般法	99
II. 警察作用關聯 個別法	101
III. 個別法上の 警察關聯 規定	105
1. 環境警察	105
2. 保健 및 衛生警察	110
3. 營業警察	117
4. 交通警察	124
5. 災難保護를 위한 警察	131
6. 建築警察	134
7. 外國人 및 在外國民에 관한 警察作用	135

第4章 外國의 警察作用法制

第1節 日本의 警察作用法制	137
I. 日本의 警察官職務執行法	138
II. 日本의 警察法	139
第2節 獨逸의 警察作用法制	142
I. 統一警察法模範草案에 나타난 獨逸의 警察法制의 特色	143

II. 統一警察法模範草案의 內容	144
1. 構成	144
2. 主要內容	144

第5章 警察作用法制의 問題點 및 改善方案

第1節 警察作用法體系의 問題點 및 改善方案	154
I. 警察作用에 관한 一般法制定의 必要性	154
II. 警察官職務執行法의 一般法的 性格의 缺如 및 補完策	155
III. 警察作用法體系의 整備方案	159
第2節 個別 警察作用法制上의 問題點 및 改善方案	160
I. 警察概念의 實定法的 定立의 必要性	160
II. 警察權發動의 根據로서 의 概括的 授權條項	162
1. 現行 警察官職務執行法第2條第5號의 問題點	162
2. 改善方案	164
III. 警察權發動의 要件	165
1. 概括的 授權條項上의 警察權發動要件의 問題點 및 改善方案	166
2. 警察權發動의 一般要件으로서의 警察公共의 原則, 警察比例의 原則의 明文化	168
3. 警察裁量의 明文化	169
IV. 警察責任	169
1. 警察責任에 대한 原則的 規定의 缺如 및 補完策	169

2. 警察上の 緊急狀態에서의 非責任者에 대한 警察權發動 ..	171
V. 警察上の 强制手段	173
1. 現行 警察官職務執行法上の 强制手段의 問題點	173
2. 改善方案	174
VI. 警察費用에 대한 責任問題	176
1. 警察費用의 償還	177
2. 警察非責任者の 損失補償請求權	177
3. 損害賠償請求權	178
第3節 結 論	178
[부 록] 독일연방 및 주의 통일경찰법 표준안	185
참고문헌	207

第1章 序論

I. 警察作用의 重要性和 必要性

공공의 안녕과 질서에 대한 위협이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우 이를 방지하는 것을 목적으로 하는 경찰작용은 현대의 모든 국가에서 가장 필수적이고 기본적인 국가기능의 하나로서 기능하고 있다. 그러나 국가의 기능은 종래의 이러한 질서유지기능 이외에 과학기술의 발달에 따라 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 생활영역에서 국가에 의한 급부, 조성, 계획 등 적극적이고 형성적인 새로운 임무가 중요한 비중을 차지하게 되었다. 따라서 종래에는 경찰의 임무에 속하던 기능이 경찰의 기능에서 제외되는 등 경찰작용의 영역은 점점 축소되어 가는 경향에 있다. 그러나 개인과 공동체를 위협으로부터 보호하는 것은 아무리 경찰의 기능이 축소되더라도 질서와 평화의 보호주체로서의 국가의 가장 본질적인 내용을 구성할 수 밖에 없으며, 더욱이 과학기술의 발달에 따라 새로운 위협이 계속 증가하고 있으므로 경찰작용의 중요성을 부인할 수는 없는 것이 현실이다.

그리고 경찰작용은 위와 같은 여러가지 국가임무의 수행을 위하여 필요하지만 특히 개인의 기본권의 조화를 위하여 더욱 필요하다. 즉, 헌법은 국민 개인에 대하여 기본권을 부여하고 있는 바, 개인에 의한 무제한의 기본권행사는 타인의 기본권과의 관계에서 충돌하는 문제가 야기된다. 따라서 이러한 기본권의 충돌을 방지하기 위하여는 국가가 개인의 생활에 구체적으로 개입하지 않을 수 없는 것이다. 다만 이 경우에는 경찰비례의 원칙 등 여러 가지 법적 제한을 받는다.

Ⅱ. 一般法으로서의 警察官職務執行法の 問題

경찰의 공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 방지기능은 위에서 본 것처럼 개인의 기본권을 보장하면서 다른 한편으로 기본권을 침해할 우려를 동시에 지니고 있다. 따라서 경찰작용에 있어서 양자를 적절하게 조화시키는 것이 중요한 과제의 하나이다. 이 경우에 경찰작용은 개인의 기본권, 특히 개인의 생명, 신체, 재산에 대한 침해를 야기할 수 있으므로 반드시 법률의 근거하에 발동되어야 하는 것이 헌법상의 법치주의원칙상 당연히 요구된다. 이러한 경찰작용에 대한 법률적인 근거는 일반법적인 성격을 지닌 경찰관직무집행법과 기타 실질적인 경찰개념에 해당하는 내용에 대하여 규율하고 있는 무수한 개별법으로 이루어져 있다. 그러나 경찰관직무집행법의 경우 과연 경찰작용에 대한 일반법적 성격이 있느냐에 대하여 논란이 있을 뿐 아니라,¹⁾ 그 자체 일본의 경찰관직무집행법을 그대로 답습하여 별 다른 개정없이 지금까지 시행되어 왔기 때문에 구체적인 법내용에 있어서도 현실성을 결여하고 있다. 따라서 경찰작용에 관한 일반법을 새로이 제정하여 경찰관직무집행법을 이에 흡수하던지 경찰관직무집행법의 내용을 대폭 손질하여 일반법적인 기능을 보다 명확히 하던지 하여 경찰작용에 관한 일반법을 마련하는 것이 경찰작용에 있어서 가장 중요한 과제의 하나이다.

Ⅲ. 個別法內容上の 問題狀況

경찰관직무집행법과 경찰관련 개별법의 구체적인 내용도 위에서 언

1) 이러한 경찰관직무집행법의 법적 성격에 대하여는 제3장에서 살펴 보기로 한다.

급한 것처럼 일본의 경찰관련법을 답습하여 법현실과 맞지 않을 뿐 아니라 새로운 위험상황에 적극적으로 대처하는 데 미흡한 면이 있는 바, 이하에서 이에 대하여 살펴 보기로 한다.

첫째, 경찰개념과 관련한 문제이다. 경찰개념은 경찰법과 그 원칙의 적용상 매우 중요한 문제이다. 즉, 경찰의 위험방지기능은 특별법에서 규정되지 않는 경우에 보충적으로 적용되는 바, 예컨대, 환경경찰의 경우 환경관계법에서 이를 규율하고 있는 경우에는 환경관련부처에서 관할하고 다만 환경관련법에서 규정하고 있지 않은 경우에만 보충적으로 일반경찰법이 적용되기 때문이다. 이 경우에 경찰의 개입이 허용되기 위하여는 그것이 경찰작용에 해당되어야 하므로 경찰개념의 정립이 중요한 문제가 된다. 그러나 현행법상 경찰개념을 명확하게 정의한 규정은 없으며, 다만 학설상 “공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지”를 실질적인 경찰개념으로 파악하고 있다.

둘째, 개괄조항이 인정되고 있는가의 문제이다. 경찰관직무집행법 제2조는 경찰의 임무를 규정하면서 동조제5호에서 기타 공공의 안녕과 질서의 유지를 경찰의 직무범위로 규정하고 있는 바, 이를 개괄적 수권조항으로 인정할 수 있는가가 논란이 되고 있다.²⁾ 일반적으로 개괄적 수권조항의 필요성을 긍정하는 입장에서는 동조를 권한규범의 성격을 갖는 것으로 이해하는 경향이 있으나 그 같은 해석은 직무규범외에 별도의 권한규범의 존재를 요구하는 법치행정의 원리와 상충되는 측면이 있다. 결국 이와 같은 문제의 발생은 입법상의 흠결에 기초하는 바, 권한규범의 성격을 갖는 개괄적 수권조항이 법상으로 명확히 정립되어야 할 것이다.

셋째, 경찰권발동의 요건과 관련한 문제이다. 특히 이와 관련하여 ‘공공의 질서’라는 개념을 경찰권발동의 요건으로 별도로 규율할 필요가 있는가의 논의가 독일을 중심으로 매우 활발히 진행되고 있다.

2) 이에 관하여 자세한 내용은 제2장에서 논하기로 한다.

이는 현실적 측면에서 경찰관련입법의 증대에 따른 입법의 정비로 인하여 종래 공공의 질서개념에 속하던 대부분의 것들이 법적 규율의 대상이 되어 있고, 따라서 공공의 질서라는 보호이익의 전통적인 적용영역이 현저하게 축소되고 있는 데 기인한다. 실제로 우리나라의 경우에도 경범죄처벌법이나 가정의례에관한법률 등에 의하여 국민의 세세한 활동까지 규율되고 있는 현실에 비추어 볼 때 '공공의 안녕' 조항에 의하여 포섭되지 않음으로 인하여 '공공의 질서' 조항이 적용될 여지는 거의 없을 것으로 여겨진다. 그리고 법학적 측면에서 공공의 질서개념에는 헌법상의 요청인 명확성이 결여되어 있으므로 동 개념이 法治主義에 반하는 측면이 있다.

그러나 예방적 이유에서, 즉 입법자가 입법을 하기 전에는 공공의 질서의 개념에 의존하는 것만이 새로운 유형의 위협에 대처할 수 있는 경우도 있고, 또한 공공의 안녕에 대한 위협은 아니지만 사회적으로 受忍될 수 없는 위해도 기술적, 사회적 변화를 고려할 때 저지되어야 하는 경우도 있을 수 있으므로 공공의 질서개념의 적용가능성도 배제할 수는 없다. 따라서 이러한 문제에 대하여도 심도있게 논의가 이루어져야 할 것이다.

또한 경찰권발동의 요건과 한계로서 동시에 작용하는 경찰공공의 원칙이나 경찰비례의 원칙의 경우 법상 부분적으로 규정하고 있기는 하지만, 경찰작용의 남용을 방지하고 국민 개개인의 기본권을 보호하기 위하여 법상으로 보다 명확히 하여야 하는 문제가 제기된다.

넷째, 경찰책임과 관련한 문제이다. 경찰관직무집행법 제5조제1항에서 경찰책임에 관하여 어느 정도 규정하고 있으나, 이는 주로 행위책임자와 상태책임자에 관하여만 규정하고 있다. 그러나 실제로 행위책임과 상태책임이 경합하는 경우, 다수의 책임자가 존재하는 경우 등에 대한 상세한 규정은 결여하고 있으며, 특히 긴급한 상황에서 비책임자에 대하여 경찰권이 발동하는 경우나 그 밖에 Altlasten 등 새로운 위협에 대한 경찰상의 책임 등과 관련한 문제에 대하여는 거

의 명문규정이 없는 실정이다. 따라서 경찰책임에 대한 규정을 입법적으로 정비하는 것도 매우 시급한 문제이다.

다섯째, 경찰상의 강제수단과 관련한 문제이다. 현행 경찰관직무집행법은 경찰상의 강제수단에 관하여 불심검문 등 즉시강제에 관한 수단이 대부분 규정되어 있고, 대집행, 직접강제, 집행벌 등 그 밖의 강제수단에 대하여는 규율하고 있지 않다. 따라서 이러한 경찰상의 강제수단에 대한 입법적인 정비도 시급한 문제로 등장하고 있다.

기타 경찰상의 비용상환문제도 법적인 규정이 미흡하며, 타 기관의 경찰작용과의 관계를 어떻게 설정하는가 등의 문제도 시급하게 해결하여야 할 문제로 등장하고 있다.

第2章 警察作用法 一般理論

第1節 警察의 概念

I. 警察概念의 沿革

경찰은 본질적으로 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협방지를 그의 임무로 한다.³⁾ 그러나 경찰개념의 내용은 고정적인 것이 아니고, 역사의 흐름에 따른 국가관의 변화에 따라 많은 변천을 겪었다. 따라서 오늘날의 경찰의 개념과 그의 내용을 이해하기 위하여서는 먼저 '警察'이란 명칭이 부여되어 있는 국가작용이 시대에 따라 어떻게 변천하여 왔는지의 문제에 대한 인식이 필요하다.

1. 絶對國家 이전의 警察의 概念

警察이란 단어는 그의 語源을 그리스어의 Politia에 두고 있는 바, 당시 그것은 「도시국가의 헌법 및 질서있는 공동사회」를 의미하였다. 그 후 15세기 후반 독일에서는 봉건영주의 통치권과 결부되어 공공의 질서와 복리를 위한 특별한 통치권으로서 경찰권이 인정되었다.

한편 16세기에 들어와서는 경찰은 교회행정의 권한을 제외한 일체의 국가의 행정, 즉 세속적인 사회생활의 질서를 공권력에 의해 유지하는 작용을 의미하게 되었다.

3) Vogel과 Martens가 Drews/Wacke의 '一般警察法'(Allgemeines Polizeirecht)이란 책의 新版의 제목을 危險防止(Gefahrenabwehr)라고 한 것도 이 같은 사정에 기인한 것이라고 할 수 있다.

2. 絶對國家時代の 警察의 概念

18세기의 절대국가에서는 경찰로부터 개별적인 국가활동의 분리가 행하여졌다. 그리하여 우선 警察로부터 외무행정·재무행정 및 군사행정이 분리되었고, 이어서 統治의 개념이 독립한 후에, 끝으로 司法(行政)이 警察로부터 독립하였다. 따라서 경찰의 범위는 '量的으로는' 축소되어 절대국가시대에 있어서 경찰은 「모든 신민의 공공복리의 증진을 위한 권한을 포함한 내무행정의 전 영역」을 의미하게 되었다.

3. 自由主義的 法治國家時代の 警察의 概念

정치적으로 자유주의적·시민적 법치국가가 성립됨에 따라서 비로소 경찰권은 정치적으로도 제한을 받게 되었다. 이에 따라 경찰의 개념은 더욱 축소되어 경찰권의 발동은 소극적인 질서유지에 국한되기에 이르렀는 바, 이 같은 변화의 전환점을 형성한 것이 1882년 6월 14일의 프로이센 上級行政法院(Pr.OVG)의 소위 '크로이쯔베르크(Kreuzberg) 判決'⁴⁾이다.

그리고 프로이센 警察行政法(Pr.PVG) 제14조는 「경찰행정청은 공공의 안녕과 질서를 위협하는 위협으로부터 공중 및 개인을 보호하기

4) 크로이쯔베르크(Kreuzberg) 判決

①事案: Kreuzberg에 있는 戰勝記念碑 주위의 건축구역에서는 기념비 하단에서 도시와 그 주위를 眺望하는 것이 방해받지 않고, 또 도시에서 기념비를 전망하는 것이 침해받지 않는 정도의 고도내에서만 건축이 허용된다고 한 베를린 경찰국장의 경찰명령에 근거하여서 그 지역내에서의 건축허가의 발급을 거절한 것이 문제가 되었었다.

②主文: 프로이센 일반란트법 제2장제17절제10조에 따를 때 경찰은 위험방지의 權限만을 가지며, 美的인 이익을 추구할 권한은 없기 때문에 크로이쯔베르크에 있는 전승기념비에 대한 眺望을 해치지 않게 하기 위하여 도로상의 건축물의 高度를 제한하는 경찰명령은 無效이다.

위하여 실정법의 범위내에서 의무적합적 재량에 따라 필요한 조치를 취하여야만 한다」고 규정하여, 이 같은 사정을 입법에 반영하였다.

4. 社會的 法治國家時代의 警察의 概念

오늘날의 사회적 법치국가에서 통용되는 경찰의 개념에 관하여는 이하에서 상론하기로 한다.

한편 警察이란 용어가 우리나라에서 처음으로 사용된 것은 1886년(高宗 23년) 10월 3일자 勝政院日記였으며, 5) 전술한 바와 같은 서구적 의미의 경찰개념이 도입된 것은 갑오경장 이후의 일이다. 즉, 1894년(高宗 31년) 7월의 新官制에 의하여 內務衙門 소속하에 警務廳이 신설되면서 근대적 의미의 경찰제도가 시행되게 되었다.

II. 警察의 概念

독일·일본 등 과거에 경찰권이 강대했던 나라들에서는 제2차세계 대전 이후에 경찰의 기능이 축소되어 종래에 경찰의 권한영역에 속해 있었던 광범위한 영역이 脫警察化(Entpolizeilichung)⁶⁾되었고, 그 한도에서 위험방지의 임무가 대폭 一般行政機關에 이전되었다.⁷⁾ 또한

5) 勝政院日記 高宗 23年 10月初 3日字에는 『前 同知 朴 琪琮을 釜山港 警察官에 差下함』이라고 되어 있다.

6) 이 같은 脫警察化는 특히 영국과 미국의 점령지역에서 먼저 행해졌는 바, 이런 사정에 관하여는 vgl. Hans J. Wolff, Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts insbesondere in der britischen Besatzungszone, in: VVDStRL 9, 134 ff.; O. Gönnerwein, Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts in den Ländern der amerikanischen und französischen Besatzungszone, in: VVDStRRL 9 (1952), 181 ff.

7) 이처럼 危險防止의 직무를 경찰행정청 이외의 다른 행정청도 담당하고 있는 체계를 '分離體系'(Trennungssystem)라고 하는 바, 우리나라도 이

경찰행정청의 직무가 위험방지에 국한되지 않고 그를 넘어서 다른 기능에까지 확대되어 있다.

그 결과 오늘날 경찰의 사실상의 직무범위인 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험방지와 그러한 과제를 수행하도록 조직되어진 기구인 경찰행정청은 더 이상 일치하지 않게 되었다. 그러므로 오늘날의 경찰법의 내용을 이해하기 위하여서는 경찰의 두가지 개념, 즉 實質的 意味의 警察概念과 形式的 意味의 警察概念의 구분을 분명히 할 필요가 있는 바, 양 개념중에서 전자에 더 중요한 의미가 부여된다. 즉, 오늘날의 警察法學은 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험의 방지에 기여하는 국가적 활동 전체를 포함하는 實質的 意味의 警察概念에 근거한다.⁸⁾

1. 形式的 意味의 警察

형식적 의미의 경찰은 '組織'을 기준으로 결정되는 바, 그것은 그때 그때의 실정법상 명시적으로 경찰이라고 표현되어 있는 행정기관(즉, 普通警察行政機關)이 관장하는 모든 행정작용을 의미하며, 그 작용의 성질 여하를 불문한다.⁹⁾ 따라서 형식적 의미의 경찰의 범위를 어떻게

에 따르고 있다. 이에 반하여 危險防止의 직무를 프로이센의 예에 따라서 單一의 경찰행정청에게만 맡기고 있는 경우도 있는데(예: 독일의 바덴뷔르템베르크, 라인란트팔쯔, 브레멘 등), 이 같은 체계를 '警察行政廳體系'(Polizeibehördensystem)라고 한다. 이러한 사정에 관해 자세한 것은 vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.33 f.; Schenke, S.168 ff.

8) W. Martens, Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982, 89 ff.(92).

9) Wolff/Bachof, S.16; 박운흔(하), 279면; 이상규(하), 240면. 이런 의미에서 이를 組織法的, 혹은 制度的 意味의 警察概念이라고도 한다(Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.33). 이에 반하여 경찰의 조직영역에 속하는 행정기관을 制度的(組織的) 意味의 警察이라 하고, 制度的(組織的) 意味의 警察이 행하는 모든 직무를 形式的 意味의 警察이라고 하여 형식적 의미의

규정할 것인지의 문제는 전적으로 그 나라의 입법정책에 속하는 문제라고 할 수 있을 것이다.

우리나라의 경우, 경찰관직무집행법 제2조는 경찰관의 직무의 범위를 ①범죄의 예방·진압 및 수사, ②경비·요인경호 및 대간첩작전수행, ③치안정보의 수집·작성 및 배포, ④교통의 단속과 위해의 방지, ⑤기타 공공의 안녕과 질서의 유지로 규정하고 있는 바, 이것이 우리나라에서의 형식적 의미의 경찰개념에 해당한다.

이 같은 실정법상의 경찰개념은 전통적 경찰개념에 비해 어떤 의미에서는 넓고, 어떤 의미에서는 좁다. 즉, 전통적 의미의 경찰은 공공의 안녕·질서의 유지작용(保安警察)외에 위생·산업 등에 관한 질서유지작용(狹義의 行政警察)까지 포함하고 있는 것에 대해, 실정법상의 경찰은 위생·산업 등에 관한 질서유지작용을 타 행정기관의 권한으로 하고 있는 점에서 전통적인 경찰개념보다 좁다. 반면 실정법상의 경찰에는 범죄수사 등의 사법작용이 포함되어 있는 바, 이 점에서는 전통적 경찰개념보다 넓다.¹⁰⁾

2. 實質的 意味의 警察

실질적 의미의 경찰은 그 작용을 담당하는 행정기관 여하에 관계없이 학문적 의미에서 정립된 개념으로, 종래 「공공의 안녕·질서에 대한 위협을 방지하기 위하여 일반통치권에 기하여 국민에게 명령·강제함으로써 국민의 자연적 자유를 제한하는 작용」이라고 설명되어왔

경찰과 제도적 의미의 경찰을 구분하여 사용하는 예도 보인다(Schenke, S.168 f.).

10) 金南辰 II, 242면. 이와 같은 점은 그들의 警察法(제2조제1항)이 「경찰은 개인의 생명신체 및 재산의 보호를 임무로 하고, 범죄의 예방·진압 및 수사, 被疑者의 체포, 교통의 단속 그 밖의 공공의 안녕과 질서의 유지에 해당되는 것을 모두 그의 責務로 한다」고 규정하고 있는 일본에서도 학자들에 의해 지적된 바 있다(田中 二郎, 新版 行政法(下), 弘文堂, 平成 3年, 31項).

다. 그러나 경찰을 개인의 권리나 자유를 보호해 주는 작용으로 볼 수도 있는 점을 고려할 때,¹¹⁾ 종래의 경찰개념은 다분히 경찰의 자유제한적 측면에 치중하여 경찰의 본무가 어디까지나 개인을 '保護'하는 것임을 간과한 감이 있다.¹²⁾ "법치국가에 있어서의 경찰은 국민의 자유를 제한하기 위한 도구가 아니라, 국민의 자유를 침해하는 위험 및 장애의 방지·제거를 통하여 국민의 자유를 유지하는 법적 도구이다. 그러므로 그것은 약화되어서는 안되며, 강화되어야 한다"라는 지적도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.¹³⁾

한편 오늘날 종래 경찰의 권한영역에 속해 있었던 광범위한 영역이 脫警察化되어 위험방지의 임무가 대폭 一般行政機關에 이전되었다는 점은 이미 지적한 바와 같다. 그리고 독일의 경우 이런 현상을 직시하여 종래의 실질적 의미의 경찰(후술참조)을 '監視行政'(Überwachungsverwaltung)이라 하고, ①그 중에서 조직법상의 경찰이 담당하고 있는 것만을 警察, ②일반행정기관이 관장하는 실질적 의미의 경찰을 秩序維持行政(Ordnungsverwaltung)이라고 부르기도 한다.¹⁴⁾

그러나 이 같은 개념은 아직 정착된 것이 아니다. 또한 행정법학상으로 경찰을 이해함에 있어서 조직법상의 경찰이 담당하고 있는 것만을 警察이라고 하고, 일반행정기관이 관장하는 실질적 의미의 경찰작용을 경찰의 개념에서 捨象시킬수는 없다고 생각하기 때문에 본 보고

11) 이런 점에 착안하여 경찰을 「공공의 안녕 혹은 질서를 위협하는 危險으로부터 公衆과 個人을 보호하는데 기여하는 國家的 活動」이라고 정의하는 입장도 보인다(Friauf, S.209).

12) 김남진 II, 189면.

13) Wolff/Bachof III, S.16.

14) Wolff/Bachof III, S.26 f. Wolff/Bachof의 설명을 도식화하면, 결국 다음과 같이 될 것이다.

▣ 監視行政(실질적 의미의 경찰) ▣

①경찰: 조직법상의 경찰이 담당하는 실질적 의미의 경찰(보안경찰)

②질서행정: 일반행정기관이 관장하는 실질적 의미의 경찰(협의의 행정경찰)

서에서는 종래의 용어례에 따르도록 하겠다. 결국 종래의 설명방법에 따른 실질적 의미의 경찰을 본 보고서의 내용으로 다루고자 한다.

이하에서 실질적 의미의 경찰의 관념을 그의 목적·수단·내용 및 권력의 기초라는 4가지의 측면에서 분설하기로 한다.

(1) 警察의 目的

경찰은 公共의 安寧과 秩序의 維持(공공의 안녕과 공공의 질서의 개념에 관하여는 제3장 참조)를 목적으로 한다. 한편 외국의 법제에서는 경찰의 목적을 나타내는 개념으로 공공의 안녕과 질서개념외에 公共의 平穩(Ruhe)의 개념이 사용된 바 있지만(프로이센 일반 란트법 제2장제17절제10조) 이것은 특별한 의미는 없으며, 公共의 平穩은 공공의 안녕과 질서에 포함된다고 할 것이다.¹⁵⁾

1) 警察의 社會目的性

목적에 기준으로 한 행정의 분류에 따를 때, 경찰은 사회공공의 안녕 혹은 질서의 유지를 목적으로 하는 사회목적적 행정이다. 경찰의 이와 같은 목적에 비추어 볼 때, 같은 명령·강제작용이라고 하여도 그 목적을 달리하는 작용인 국가목적적 행정(국방·외교·재정 등)과는 구별된다.¹⁶⁾

2) 警察의 消極目的性

또한 경찰은 소극적으로 사회공공의 안녕·질서의 유지를 목적으로 한다. 따라서 경찰권은 이와 같은 소극적인 목적을 위해서만 발동될 수 있으며, 그를 초월하여 적극적으로 공공복리의 증진을 위하여서 경찰권이 발동되었다면 그것은 한계를 일탈한 위법한 작용이라고 할 것

15) 同旨: 田上 穰治, 31項.

16) 국가목적적 행정에 속하기 때문에 실질적 의미의 경찰작용에 포함되지 않는 구체적인 예에 관하여는 vgl. 박윤혼(하), 284면.

이다. 이런 점에서 경찰은 같은 사회목적적 작용인 복리행정, 그 중에서도 특히 명령·강제를 그의 수단으로 하는 공용부담 및 규제행정과 구별된다.

한편, 경찰의 목적을 이처럼 소극적으로 파악하는 통설적 견해(消極目的說)에 대하여는 반대의 견해도 제기된 바 있다. 즉, 경찰이 소극적으로 공공의 안녕 혹은 질서의 유지를 목적으로 한다는 견해는 단지 역사적 의의가 있을 뿐이며, 현대행정의 적극성을 고려할 때 경찰은 적극적으로 공공복리의 증진을 위한 행위를 할 수도 있다는 것이다(積極目的說).¹⁷⁾ 생각컨대 경찰의 목적을 어떻게 이해할 것인가에 관해서는 양자 중 어떤 관념이 학문상의 개념으로서 행정작용을 보다 유효하게 파악하고, 체계를 수립할 수 있는가를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그리고 이러한 견지에서 판단컨대, 통설인 消極目的說이 타당하다고 할 수 있다.

3) 司法作用과의 區別

경찰은 사회공공의 안녕 혹은 질서의 유지를 '직접적인' 목적으로 한다는 점에서 개인 상호간의 법률관계에 관한 법적 질서의 유지를 직접목적으로 하는 民事(司法)作用과 구별된다. 또한 같은 이유에서 과거의 범죄에 대한 응보·교정적 제재로서의 형벌을 과하는 것을 직접 목적으로 하는 刑事(司法)作用과도 구별된다.¹⁸⁾

(2) 警察의 手段

경찰은 권력으로 국민에게 명령·강제하는 작용으로서 警察下命·

17) 美濃部 達吉, 行政法 I, 岩波書店, 174項. 美濃部 교수는 그의 구체적 예로 市街地의 美觀을 목적으로 하는 건축제한과 美觀地區의 설정을 들고 있다. 熊本 信夫, 警察의 概念, in: 成田 頼明, 行政法의 爭點, 有斐閣, 昭和 55年, 234項에서 재인용.

18) 刑事作用이 刑罰을 수단으로 한다는 점에서 경찰과 형사작용과를 '수단'을 기준으로 구분하는 견해도 있다(金南辰 II, 190면).

警察許可·警察強制 등을 그의 수단으로 한다.

한편 경찰이 권력으로 국민에게 명령·강제하는 작용이라는 것은 경찰작용이 반드시 권력적 수단에 의해서 이루어진다는 것을 뜻하는 것이 아니라, 권력적 수단을 주된 요소로 하는 것이 경찰의 특색을 이룬다는 것을 의미한다. 따라서 준법률행위적 행정행위 혹은 비권력적 작용을 통한 경찰작용이 행하여질 수 있음은 의문의 여지가 없다.

(3) 警察의 內容

경찰은 개인의 自然的 自由를 제한하는 작용이다. 여기서 '자연적 자유'란 법률상 개인의 자유에 맡겨진 범위내에서 각자가 자신의 신체 및 정신력을 자유롭게 발휘하여 자기가 지배하는 물건을 자유로이 관리·처분 및 이용할 수 있음을 의미한다. 경찰은 이 같은 자연적 자유를 대상으로 그를 제한하거나 혹은 그 제한을 해제해 주는 작용이라는 점에서, 법률적 능력을 대상으로 하여 권리·능력 기타 포괄적 법률관계를 발생·변경 또는 소멸시키는 행위인 형성적 행위와 구별된다.

그러나 경찰이 자연적 자유를 대상으로 하는 작용이라고 하는 것이 결코 경찰이 법률적 능력과 전혀 관계없다는 의미는 아니다. 즉, 자연적 자유가 제한되는 결과 부수적으로 법률적 능력도 영향을 받게 되는 예가 적지 않은 것이다.¹⁹⁾

(4) 警察의 權力的 基礎

경찰은 일반통치권에 기초를 둔 작용이다. 이처럼 경찰권은 일반통치권에 근거하고 있는 점에서 소위 포괄적 특별권력에 근거하고 있는

19) 경찰상의 철거하명에 따른 건물철거로 인하여 건물에 대한 소유권이 소멸되는 것, 경찰상의 結社의 禁止로 인하여 법인의 해산을 가져 오는 것 등이 그 좋은 예가 될 것이다.

議院警察 및 法廷警察과 구별된다.

또한 경찰은 국가의 일반통치권에 의한 작용이므로, 국가의 일반통치권에 복종하는 자는 자연인·법인, 내국인·외국인을 막론하고 경찰권에 복종하여야 한다.

3. 兩者의 關係

전술한 것으로부터 이미 실질적 의미의 경찰개념과 형식적 의미의 경찰개념이 언제나 일치하는 것이 아님은 밝혀졌다.²⁰⁾ 즉, 형식적 의미의 경찰이 危險防止라는 실질적 의미의 경찰작용을 행하는 경우에는 양자가 일치한다.

그러나 형식적 의미의 경찰이 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 危險防止의 직무 이외에 다른 직무(특히 범죄행위에 대한 수사)를 담당하거나, 이와 반대로 형식적 의미의 경찰에 속하지 않는 행정기관에 의하여 위험방지의 직무가 행해지는 경우(순수한 실질적 의미의 경찰활동)에는 양자는 일치하지 않게 된다.²¹⁾

第2節 警察權發動의 根據

I. 概說

경찰작용은 사회공공의 안녕·질서를 유지하기 위하여 국가의 일반통치권에 근거하여 개인에게 명령·강제하는 작용이기 때문에, 경찰의

20) 오히려 兩者는 '부분적으로 중첩하는' 2개의 영역을 형성하고 있다(Vgl. Friauf, S.210).

21) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.33; Friauf, S.210; Wolff/Bachof III, S.16.

조치는 필연적으로 국민의 권리를 침해하게 된다. 따라서 모든 경찰의 조치는 法律留保의 原則에 따라 법률상의 근거를 필요로 한다.

이 경우 경찰권의 근거를 부여하는 법은 국회에 의해 제정된 形式的 意味의 法律을 원칙으로 하며,²²⁾ 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 예외적으로 行政立法(大統領令·總理令·部令 등)의 형식으로도 경찰권의 근거를 정할 수 있다.²³⁾

II. 職務規範과 權限規範의 區分

경찰이 경찰권을 발동하기 위해서는 職務規範(Aufgabennorm)의 존재로 충분한 것인지, 아니면 경찰권을 발동하기 위하여서는 그와 같은 직무규범외에 별도의 權限規範(Befugnisnorm)이 필요한 것이냐가 문제가 된다.

독일의 경우에는 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험방지의 직무를 경찰에게 부여하고 있는 統一警察法模範草案 제1조제1항을 직무규범으로, 경찰은 의무적합적 재량에 따라 필요한 조치를 취한다고 규정하고 있는 동안 제8조를 權限規範으로 보고, 이와 같은 양자의 구분을 전제로 하여 이것이 긍정되고 있다.²⁴⁾

22) 경찰작용에 관한 일반적 내용을 담고 있는 법으로는 경찰관직무집행법이 있으며, 그 밖에 특정사항에 관한 근거법으로는 총포·도검·화약류등단속법, 「윤락행위등방지법」, 전당포영업법, 도로교통법 등이 있다.

23) 일본의 학자들은 警察權은 議會가 제정한 法律에 근거하여서만 발동될 수 있다고 하면서도, 예외적으로 法規命令·條例에 근거한 경찰권의 발동을 인정하고 있다(Vgl. 小高 剛, 行政法各論, 有斐閣, 平成 2年, 17項; 田上 穰治, 51項 이하; 田中 二郎, 新版 行政法(下), 弘文堂, 平成 3年, 53~54項), 또한 독일에서도 경찰권의 발동은 반드시 국회에 의해 제정되는 形式的 意味의 法律에 근거할 필요는 없으며, 모든 實體的인 法規範에 근거하는 것으로 충분하다고 한다. 이는 法律下位의 法規들도 궁극적으로는 形式的 意味의 法律에 근거한다는 것을 그의 이론적 기초로 한다(Vgl. Möller/Wilhelm, S.18).

24) Franz L. Knemeyer, Deutsches Polizeirecht, DÖV 1975, 34

「조직규범은 당해 행정청 내지 그 구성원인 공무원의 권한을 일반적·포괄적으로 규정하는 것이 보통이며, 행정청의 활동에는 조직규범 외에 구체적인 작용을 위한 수권을 요하게 하는데에 법률류보원칙의 의의가 있으므로 경찰권을 발동하기 위하여서는 특별한 권한규범이 필요하다」, 25) 또는 「경찰권이 경찰작용을 행함에 있어서도 법률에 의한 수권이 있어야 한다. 그 경우 먼저 조직법에 의한 수권이 있어야 하며, 그에 더하여 작용법에 의한 수권이 필요하다」, 26)와 같은 우리나라 학자들의 설명도 같은 취지로 이해할 수 있는 바, 이 같은 견해가 법치국가의 요청에 충실한 것은 의문이 없다고 생각된다.

Ⅲ. 概括的 授權條項의 問題

1. 序

전술한 바와 같이 경찰이 경찰권을 발동하기 위해서는 직무규범 외에 별도의 권한규범이 필요하다는 입장에 서는 경우에도, 경찰권의 근거와 관련하여 경찰법에서 個別的 授權條項(Spezialermächtigung) 외에 '概括的 授權條項'(Generalklausel)의 존재를 인정할 수 있는지, 있다면 개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동할 수 있는지가 다투어지고 있다.

2. 概括的 授權條項의 認定與否

(1) 否定說

경찰작용의 분야가 法律留保의 本領이었음을 근거로 하여 경찰권을

ff.(36 f.): Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.129; Reichert/Röber, S.86; Tettinger, S.82.

25) 李尙圭(下), 265면 註 5).

26) 박운훈(하), 300면.

발동하기 위하여서는 개괄적 수권조항의 존재만으로는 불충분하다는 견해이다. 즉, 법률유보의 원칙상 경찰권을 발동하기 위하여서는 개별적인 작용법에 의한 구체적인 법적 수권을 필요로 한다는 견해²⁷⁾이다.

(2) 肯定說

개괄적 수권조항의 필요성을 긍정하는 견해로서, 그 논거는 다음과 같다.

①기술혁신과 사회상황·가치관의 부단한 변화를 고려할 때, 경찰권 발동의 요건이나 효과를 상세히 정한다는 것이 기술적으로 불가능하다.

②개괄적 수권조항의 내용을 이루는 불확정법개념(公共의 安寧, 秩序, 危險 등)은 학설과 판례에 의하여 상세하게 정해질 수 있으므로, 개괄적 수권조항의 내용·목적 및 범위가 충분히 특정될 수 있다.

③개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우에 적용될 법원칙(우리나라에서 말해지고 있는 경찰권의 조리상의 한계)이 충분히 발달되어 있다.

④끝으로 개괄적 수권조항의 확대해석 및 그에 근거한 경찰권의 남용은 모두 사법심사의 대상이 된다.²⁸⁾

(3) 結 語

概括的 授權條項은 '공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협'이라고 하

27) 이상규, 신행정법론(하), 303면; 박윤훈, 행정법강의(하), 316면 등.

28) Friauf, S.214; Wolff/Bachof, S.47 f.; 洪井善, 警察權의 法的 根據로서 一般條項 -獨逸의 경우를 중심으로, in: 公法理論의 現代的 課題(房山丘秉朔博士 停年紀念論文集), 博英社, 1991, 732면; 김남진, 행정법 II, 255면 이하; 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1992, 25면 이하 등.

는, 일견 막연하고 포괄적인 요건하에 경찰권을 발동할 수 있게 함으로써 경찰권 발동이 남용될 소지를 제공하고 있다. 그러나 후술하는 것처럼 概括的 授權條項은 어디까지나 제2차적·보충적으로만 적용되며, 또한 긍정설이 정당하게 지적하고 있는 것처럼 학설과 판례에 의하여 개괄적 수권조항의 내용·목적·범위가 충분히 상세화되고 그의 의미도 분명해졌다. 더욱이 개괄적 수권조항이란 용어가 법적 용어로 확립되었음을 고려할 때 동 개념의 적용을 주저할 필요는 없다고 생각된다.²⁹⁾ 따라서 불확정법개념을 사용하고 있는 개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 것이 법치국가의 원칙, 특히 법률류보의 원칙에 반한다고 간주하는 것은 타당하지 못하다고 생각한다.

한편 오늘날에는 거의 모든 법률이 많은 적든간에 標準的 職務措置(Stand-ardmaßnahmen)를 행할 수권을 하고 있기 때문에 개괄적 수권조항이 법치국가적 요청을 충족시킬 수 있는지 여부에 관한 논의 자체가 의미가 없다고 하는 견해도 나타나고 있다.³⁰⁾ 그러나 입법보다 앞서가는 기술의 진보·사회의 변화 및 위험발생상황의 다양성 등을 고려할 때 경찰상 개괄적 수권조항의 필요성이 포기될 수는 없다고 생각된다.³¹⁾

3. 우리나라에서의 概括的 授權條項

우리나라의 경찰관직무집행법 제2조는 ①범죄의 예방·진압 및 수사, ②경비·요인경호 및 대간첩작전수행, ③치안정보의 수집·작성 및 배포, ④교통의 단속과 危害의 방지, ⑤기타 공공의 안녕과 질서의 유지를 경찰의 직무범위로 규정하고 있는데, 개괄적 수권조항을 긍정하는 견해에 따르면 동 규정, 그 중에서도 공공의 안녕과 질서의 유지

29) 同旨: BVerfGE 54, 143 ff.(144 f.).

30) Knemeyer, S.67.

31) 同旨: Friauf, S.214; Schenke, S.175.

를 규정하고 있는 제5호를 우리 실정법상의 경찰에 대한 概括的 授權條項으로 볼 수 있다고 한다.

또한 긍정설은, 경찰이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속한 것이 문제가 되었던 사건에 관한 대법원의 판결³²⁾을 대법원이 공공의 안녕과 질서의 유지를 규정하고 있는 동조 제5호를 우리나라의 實定法상의 警察(官)에 대한 概括的 授權條項으로 이해하였다는 것으로 해석하고 있다.

4. 結 語

생각컨대, 개괄적 수권조항의 필요성을 인정하는 것과 경찰관직무집행법 제2조제5호를 職務規範외에 權限規範의 성격도 갖는 개괄적 수권조항으로 보는 것이 논리필연의 관계에 있는 것은 아니라고 보여진다. 즉, 개괄적 수권조항의 필요성을 인정한다고 하여 현행의 경찰관직무집행법 제2조제5호를 권한규범의 성격도 갖는 것으로 보아 그것에만 근거한 경찰권의 발동을 긍정하는 것은 이론상 무리가 있다고 생각된다. 물론 「경찰은 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다」고 규정한 統一警察法模範草案(MEPoIG) 제8조와 같은 권한규범의 성격을 갖는 개괄적 수권조항

32) Vgl. 「請願警察法 제3조는 청원경찰은 청원주와 배치된 기관, 시설 및 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역내에 한하여 경찰관직무집행법에 의한 직무를 행한다고 정하고 있고, 한편 경찰관직무집행법 제2조에 의하면 경찰관은 범죄의 예방진압 및 수사, 경비·요인경호 및 대간첩작전수행, 치안정보의 수집·작성 및 배포, 교통의 단속과 위협의 방지, 기타 공공의 안녕과 질서의 유지 등을 그 직무의무로 하고 있는 터이므로 경상남도 양산군 도시과 단속요원으로 근무하고 있는 청원경찰관인 공소의 김창성 및 이성주가 …… 허가없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속한 것은 그들의 정당한 직무집행에 속한다고 할 것이므로 이를 폭력으로 방해한 판시 소위를 공무집행방해죄로 다스린 원심조치는 정당하고 이에 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다」고 한 大判 1986.1.28. 85 도 2488.

이 존재하지 않는 우리나라의 실정을 고려한다면, 개괄적 수권조항의 필요성을 긍정하는 입장에서는 동조를 권한규범의 성격을 갖는 것으로 이해할 수 밖에 없었을 것이다. 그러나 그와 같은 해석은 직무규범 외에 별도의 권한규범의 존재를 요구하는 법치행정의 원리와 상충된다고 밖에는 볼 수 없다.

결국 이와 같은 문제의 발생은 입법상의 흠결에 기초하는 것으로 생각되는데, 개괄적 수권조항의 필요성을 긍정하는 연구자들의 입장으로는 모쪼록 권한규범의 성격을 갖는 개괄적 수권조항이 정립되어 이 문제가 입법적으로 해결되었으면 한다.

IV. 概括的 授權條項과 個別的 授權條項과의 關係 - 概括的 授權條項의 補充性³³⁾

경찰법의 영역에서는 개괄적 수권조항, 경찰법상의 개별적 수권조항 및 경찰관계법 이외의 법률상의 개별적 수권조항이 경찰권발동의 법적 근거가 될 수 있는 바, 이들이 경합하는 경우에는 언제나 개별적 수권조항이 개괄적 수권조항에 우선하여 적용된다. 따라서 경찰법상의 개괄적 수권조항은 개별적 수권조항이 존재하지 않을 때, 그 한도에서만 적용되는데 이를 概括的 授權條項의 補充性이라고 한다. 즉, 개별적 수권조항이 개괄적 수권조항에 비하여 적용에 있어 우위(Anwendungsvorrang)를 누린다.³⁴⁾

환언하면, 개괄적 수권조항은 예외적으로 다음과 같은 경우에 단지 '補充的'으로만 적용된다.

33) 概括的 授權條項의 補充性의 문제에 관하여 상세한 것은 vgl. Gintzel, Die Generalklausel und die Spezialermächtigungen im Polizeirecht, Diss. Münster, 1965.

34) Götz, S.83.

① 관련 개별적 수권조항이(명시적으로 혹은 의미상) 특별히 그의 적용을 허용한 때, 35)

② 개별적 수권조항이 관련된 사안에 있어서 경찰이 개입하기 위한 요건과 허용되는 조치를 남김없이 규율하고 있지 못한 경우, 36)

③ 개괄적 수권조항이 구체적인 경우를 내용상 분명하게 파악하거나, 일정한 경우를 규율하기 위하여서는 개괄적 수권조항에 의존하는 것이 불가피할 때 37)

第3節 警察權發動의 要件

경찰은 공공의 안녕·질서에 대한 위협의 방지 및 제거를 그의 목적으로 하므로, 공공의 안녕·질서에 대한 위협의 존재가 경찰권발동의 요건이 된다. 한편 우리나라의 경우 경찰권의 조리상의 한계로서 경찰공공의 원칙을 설명하여 왔는 바, 그 역시 경찰권발동의 요건을 예시한 것에 지나지 않는다고 할 것이다.

I. 公共의 安寧

1. 意義

공공의 안녕이란 「개인의 생명·신체(건강)·명예·자유 및 재산과 같은 개인적 법익, 객관적인 성문의 법질서 및 국가와 그 밖의 공권력 주체의 제도와 시설이 아무런 장애도 받고 있지 않은 상태」를 의미한

35) Friauf, S.215; Möller/Wilhelm, S.18; Lüneburg OVGE 11, 408 ff.

36) BVerfGE 28, 310 ff.(312); OVG Münster, DVBl. 1973, 9 22 ff.(924).

37) BVerwGE 10, 164 ff.(165).

다.38) 즉, 공공의 안녕의 개념은 ①개인의 주관적 권리와 법익, ②객관적인 법질서, ③국가와 그 밖의 공권력주체의 제도와 조직과 같은 요소들로 구성되어 있는 바, 이하에서 분설하기로 한다.

2. 個人의 主觀的 權利와 法益

(1) 意義

개인의 주관적 권리와 법익이란 인간의 작위 혹은 부작위, 동물, 자연현상에 의하여 위협을 받는 개인적 이익, 예컨대 생명·건강·자유·재산·명예 등을 말한다.³⁹⁾ 이처럼 개인의 주관적 권리가 공공의 안녕개념의 일부를 형성하고 있다는 사실은 경찰이 公衆에 대한 위협뿐만 아니라 개인에 대한 위협도 방지하여야 한다는 것을 의미한다.⁴⁰⁾

(2) 制限

개인의 주관적 권리와 법익의 보호는 다음과 같은 방식으로 제한을 받는다.

1) 補充性的의 原則

사법상의 권리와 이익의 보호는 원칙적으로 一般法院에 맡겨져 있다. 따라서 경찰은 권리자의 신청이 있는 경우에, 그리고 법원에 의한

38) 한편 公共의 안녕의 개념은 不確定 法概念이지만 전 범위에 걸쳐서 법원의 심사의 대상이 되며, 경찰행정청은 그의 적용에 있어 아무런 判斷餘地도 갖지 못한다(Friauf, S.217; Reichert/Röber, S.92; 홍정선, 경찰권의 법적 근거로서 일반조항 - 독일의 경우를 중심으로, in: 공법이론의 현대적 과제(방산 구병삭박사 정년기념논문집), 박영사, 1991, 733면).

39) Möller/Wilhelm, S.21; Tettinger, S.82; Wolff/Bachof III, S.50.

40) Vgl. W. Martens, Der Schutz des einzelnen im Polizei- und Ordnungsrecht, DÖV 1976, 457 ff.(458).

보호가 적시에 행하여 질 수 없고 경찰의 개입이 없이는 그 권리의 실현이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우에만 사법상의 권리와 이익을 보호할 권한이 있는 바, 이를 補充性的의 原則이라고 한다. 41) 한편 이 같은 요건이 충족된 경우라 하더라도 경찰은 단지 권리보호를 위한 잠정적 조치만을 취할 수 있다고 할 것이므로 경찰의 조치는 권한있는 일반법원이 정상적으로 활동할 수 있을 때까지, 사권의 보호를 위하여 절대적으로 필요한 것에 국한된다. 42)

2) 公共과의 關聯性(Öffentlichkeitsbezug)

경찰에 의한 개인적 법익의 보호는 물론(적어도 우선적으로는) 관제인의 사익을 위하여 행하여지는 것은 아니다. 따라서 개인적 법익의 보호는, 그것이 반드시 “公共의 利益과 關聯性”이 있어야 한다는 것에 의하여 제한을 받는다. 43) 따라서 개인적 법익에 대한 위해가 존재하는 경우에는 그를 방지할 공익이 존재하는지의 여부가 심사되어야만 한다. 44)

3) 自招侵害(Selbstgefährdung)

개인은 사회적으로 상당한 위험을 무릅쓰면서 자신의 법익에 위해를 가할 수 있는데(예: 맹수의 사육, 음주, 운동, 등산, 흡연, 자동차 경주에의 참여), 이로 인하여 발생한 위험을 自招侵害라고 한다. 일반적으로 자초침해의 경우에는 그로 인한 위험을 방지하는 것에 공익이

41) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.238; Schenke, S.176 ff.; Tettinger, S.82; Pr.OVGE 77, 333 ff.(337); OVG Münster, DÖV 1968, 697.

42) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.239; Götz, S.42; Reichert/Röber, S.90; Schenke, S.177.

43) Schenke, S.177.

44) Tettinger, S.82. 개인적 법익 중에서 특히 재산은 거의 공공의 이익과 관련성이 없다고 판단된다(홍정선, 전제논문, 735면).

결여되어 있다고 할 것이므로⁴⁵⁾ 그것이 公衆 또는 第3者에 대해 이른바, '波及效'(Ausstrahlungswirkung)를 가져 공중이나 제3자에 대한 위험을 야기하지 않는 한 경찰의 개입은 정당화될 수 없다.⁴⁶⁾ 다만 스스로 위험을 가하는 개인이 자유로운 의사결정을 할 수 없는 정신상태에 있거나(예: 정신병자, 만취자, 마약중독자), 생명과 같은 고차원의 법익에 대한 중대한 침해가 문제가 되는 경우에는 관계인의 의사에 반하여 경찰이 개입할 것이 요구된다.⁴⁷⁾

한편 자초침해와 관련하여서는 특히 '自殺企圖'의 경우에 경찰이 개입할 필요성이 있는지 여부가 논의되고 있다.⁴⁸⁾

3. 客觀的 法秩序

현행의 공법규범에의 충돌은 공공의 안녕을 해치게 되는데,⁴⁹⁾ 이 같은 모든 성문의 공법규범이 객관적 법질서에 속한다.

이처럼 객관적 법질서가 공공의 안녕의 일부를 형성하고 있다는 설명에 대하여는 「경찰의 직무인 위험방지는 법익을 보호하는 것이지, 법규범을 보호하는 것은 아니므로 법질서에 대한 불가침은 공공의 안녕의 보호이익이 아니다」라는 비판⁵⁰⁾이 행해지기도 하나, 전체로서의

45) Vgl. W. Martens, Der Schutz des einzelnen im Polizei- und Ordnungsrecht, DÖV 1976, 457 ff.(459); Pr.OVGE 39, 390 ff.

46) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.230; Friauf, S.218; Götz, S.43; Tettinger, S.82.

47) Götz, S.55; Möller/Wilhelm, S.23; Schenke, S.178; Tettinger, S.83; Pr.OVGE, 39, 390 ff.(392).

48) 그에 관한 자세한 것은 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대학교 박사 학위논문, 1992, 36면 이하 참조.

49) Vgl. Hans H. Klein, Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, DVBl. 1971, 233 ff.(238); Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.236 f.; Friauf, S.219; Schenke, S.178.

50) M. Oligiges, Polizeirecht, in: Grimm/Papier, Nordrheinwest-

객관적 법질서는 공공의 안녕의 구성요소로 보는 것이 타당하다. 왜냐하면 국가적 공동체내에서 인간의 공동생활의 질서와 형성에 관한 입법기관의 구속적 의사는 법규범 전체에 나타나며, 그 결과 법규범은 그 자체로서 '국가의 제도'라고 이해되므로, 법규범을 위반한 자는 국가의 의사를 부정한 것이고, 그 결과 공공의 안녕에 대한 위험을 가져오게 되기 때문이다. 51)

4. 國家와 그 밖의 公權力主體의 制度와 施設

주권과 영토의 불가침성 및 국민의 권리행사를 포함한 합헌적 질서⁵²⁾를 포괄하는 국가와 그의 제도의 존속이 공공의 안녕의 중요한 요소를 이룬다.

또한 공공의 안녕은 국가제도의 적법한 기능과 운영이 침해되지 않을 것을 요구하는 바,⁵³⁾ 여기에서의 국가제도에는 의회, 정부, 국가의 행정청,⁵⁴⁾ 지방자치단체, 공공의 영조물, 묘지 및 군대의 기동훈련 등이 속한다.⁵⁵⁾

fälisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986, S.252.

51) 同旨: Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.236.

52) 여기에서 '合憲的 秩序'란 「그것이 없는 민주주의는 상상조차 할 수 없을 정도로 민주주의의 본질을 형성하고 있는 것」을 의미한다(Reichert/Röber, S.90).

53) Friauf, S.218; Reichert/Röber, S.90. 따라서 경찰은 외부의 장애로부터 국가제도의 합법적 운영을 보장할 권한을 가지며, 이 경우 외부의 장애가 형법상 범죄의 구성요건을 충족하는지의 여부는 불문한다고 한다(Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.233 f.).

54) 여기서의 행정청에는 경찰-질서행정청 자체가 포함된다(Friauf, S.218; Reichert/Röber, S.90).

55) Friauf, S.218; Möller/Wilhelm, S.25.

II. 公共의 秩序

1. 序 - 公共의 安寧과의 關係

개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하기 위하여서는 단지 공공의 안녕에 대하여 '혹은' 공공의 질서에 대하여 위해가 존재하는 것으로 충분하다. 즉, 양 개념은 附加的으로(additiv) 적용되는 것이 아니라 兩者擇一的으로(alternativ) 적용되어야 하는 것이다.⁵⁶⁾

그러나 실제로는 양자가 동일한 가치를 갖고 병존하는 것이 아니라 공공의 안녕이 관련이 없을 때에서야 비로소 공공의 질서에 대한 심사가 행해진다고 할 것이다.⁵⁷⁾

2. 公共의 秩序의 概念

공공의 질서란 「그때 그때의 지배적인 (헌법상의 가치척도에 따른) 윤리·가치관에 따를 때 그를 준수하는 것이 인간의 원만한 공동생활을 위한 불가결의 전제조건이라고 간주되는, 공중속에서 인간의 행위에 대한 불문규율의 총체」를 의미하는 바,⁵⁸⁾ 그의 개념적 요소를 분설하면 다음과 같다.

(1) 公共의 秩序概念의 構成要素

① 공공의 질서는 공중속에서의 개인의 '外部的 行爲'를 전제조건으

56) Vgl. B. Schloer, Die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im bayerischen Polizei- und Sicherheitsrecht, BayVBl. 1991, 257 ff.; Gusy, S.51.

57) Möller/Wilhelm, S.26.

58) 공공의 질서의 개념은 不確定 法概念이지만 전적으로 법원의 통제하에 놓이며, 따라서 행정청의 判斷餘地는 인정되지 않는다(Reichert/Röber, S.92; Tettinger, S.84; BVerwG, DVBl. 1970, 504 ff.).

로 한다. 따라서 그의 대상은 단지 행위 또는 상태일 뿐이며, 신념·사상·견해·의도 등은 그것이 외부에 표시되지 않는 한, 공공의 질서의 대상은 되지 않는다.⁵⁹⁾

②공공의 질서는 '不文의' 行爲規律만을 그 개념적 요소로 한다. 따라서 공공의 질서개념에 있어서는 국가가 규정한 법규범이 문제가 되는 것이 아니라, 공동체의 가치관에 근거한 사회규범이 문제가 된다.⁶⁰⁾ 이에 반하여 성문의 법규범이 문제가 되는 경우에는 공공의 안녕이 관련될 뿐인데, 이는 만약 공공의 질서가 법규범의 성격을 갖는다면 그에의 충돌은 이미 법질서(따라서 공공의 안녕)를 해치는 것이 되기 때문이다.

③이러한 가치관이 명백히 지배적인 '多數의 國民'에 의해 받아들여져야 하는 바,⁶¹⁾ 그와 같은 다수의 존재가 분명하게 밝혀질 수 없다면 공공의 질서는 위협을 받는 것이 아니다. 따라서 특정한 문제에 관하여 상당수의 소수가 다른 가치관을 갖고 있다면, 공공의 질서의 침해의 문제가 발생하지는 않는다.⁶²⁾

④끝으로 공공의 질서의 개념규정을 정확히 하기 위한 또 하나의 요소는 지배적인 가치관이 질서있는 인간의 공동생활을 위한 '不可缺의 最小限의 要求'로 간주되어야만 한다.

(2) 公共의 秩序概念의 可變性

전체로서 공공의 질서를 형성하고 있는 가치관은 정적인 것이 아니

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

60) 이처럼 공공의 질서는 공공의 안녕과 달리 '不文'의 규율만이 속하며, 따라서 양자의 개념은 서로 배척하는 것이다. 따라서, 공공의 질서에 반하는 행위가 동시에 공공의 안녕에 충돌할 수는 없다(Gusy, S.51; Reichert/Röber, S.90).

61) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.248. 물론, 價値觀의 존재가 만장일치로 받아들여져야만 하는 것은 아니다(Friauf, S.221).

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

고 시간의 흐름에 따라 변화하는 가변적인 성격을 갖는 바, 이를 공공의 질서개념의 '時間的 拘束性'(Zeitbedingtheit)이라고 한다.⁶³⁾

또한 공공의 질서를 형성하고 있는 사회규범은 '지역'에 따라서 다를 수도 있다.⁶⁴⁾ 다만 교통의 발전, 전자동화, 신문·잡지·영화·텔레비전과 같은 대중매체의 영향으로 (특히 도시와 농촌간의) 상이한 지역적 가치관이 점차적으로 같아져 가는 것을 간과할 수는 없을 것이다.⁶⁵⁾

3. 公共의 秩序概念의 認定與否

(1) 公共의 秩序概念에 대한 批判

공공의 안녕외에 공공의 질서를 경찰상 보호이익으로 열거할 실익이 있는지에 대하여는 다음과 같은 3가지 관점에서 비판이 행해지고 있다.

첫째, 현실적 측면에서 「경찰관련입법의 증대에 따른 입법의 완비(Perfektionierung)로 인하여 종래 공공의 질서개념에 속하던 대부분의 것들이 법적 규율의 대상이 되어 있고, 따라서 공공의 질서라는 보호이익의 전통적인 적용영역이 현저하게 축소되고 있다」는 비판이 있다.⁶⁶⁾ 실제로 우리나라의 경우에도 경범죄처벌법이나 가정의례에 관한 법률 등에 의하여 국민의 세세한 활동까지 규율되고 있는 현실에 비추어 볼 때 '공공의 안녕' 조항에 의하여 포섭되지 않음으로 인하여 '공공의 질서' 조항이 적용될 여지는 거의 없을 것으로 여겨진다.⁶⁷⁾

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

64) Vgl. Friauf, S.220; Götz, S.54; Reichert/Röber, S.91.

65) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.249; Götz, S.54.

66) Vgl. Hans P. Prümm, Die öffentliche Ordnung, der polizeiliche Generalklausel in Theorie und Praxis, DVP 1983, 125 ff.; N. Achterberg, in: FS Scupin, 1973, 35 ff.

67) 김남진, 경찰권발동의 요건과 효과, 고시연구, 1984.7. 33면; 이명구, 경

둘째, 이론적 측면에서 「다원적 국가에서는 상이한 가치관이 존재하는 바, 이 경우 다수의 가치관 뿐만 아니라 소수의 가치관도 보호받아야 하며, 따라서 다수 혹은 국가가 자신의 가치관을 타인에게 강요할 수는 없다」는 비판이 행해지기도 한다. 68)

셋째, 법학적 측면에서 「공공의 질서개념에는 헌법상의 요청인 명확성이 결여되어 있으므로 동 개념이 법치주의에 반한다」는 비판이 행해지고 있다. 69)

한편 입법례로는 독일의 브레멘 경찰법 제1조제1항70)이 '공공의 질서'라는 보호이익을 포기하고 있으며, 71) 또한 「경찰과질서행정청의 영역에서정보보호의발전에관한법률」(GFDPol) 역시 공공의 질서에 대한 위협의 방지가 더 이상 경찰의 직무가 아니라고 규정하고 있다.

(2) 公共의 秩序概念의 存置可能性

전술한 비판은 충분히 고려할만한 가치가 있다. 그러나 일정한 위기 상황을 규율하기 위하여는 공공의 안녕이라는 보호이익외에 공공의

찰작용과 공공질서, 고시연구, 1984.1, 62면.

68) E. Denninger, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, 1968, S.22 ff.; Scholler/Broß, Grundzüge des Polizei und Ordnungsrecht in der BRD, 3. Aufl., 1982, S.117 ff.

69) F. J. Peine, Öffentliche Ordnung als polizeirechtliches Schutzgut, DV 1979, 25 ff.(30 ff.). 한편 전술한 바와 같은 비판에 착안하여 "단지 秩序規範에만 근거하여 경찰이 개입하는 경우는 눈을 씻고 찾아봐도 없을 정도이다"(G. Erbel, Der Streit um öffentliche Ordnung als polizeirechtliches Schutzgut, DVBl. 1972, 475 ff.), 혹은 "공공의 질서라는 보호이익은 오늘날 거의 완전히 사라졌다"(M. Oligiges, Polizeirecht, in: Grimm./Papier, Nordrhein-Westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, S.253)라는 표현까지 보이고 있다.

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

71) 이 같은 사정에 관하여 보다 자세한 것은 vgl. Hans W. Albertus, Das neue Bremische Polizeigesetz, NVwZ 1983, 585 ff.

질서의 개념에 의존하는 것이 여전히 불가피하다고 할 것인 바, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 예방적 이유에서, 즉 입법자가 입법을 하기 전에는 공공의 질서의 개념에 의존하는 것만이 새로운 유형의 위협에 대처할 수 있다.⁷²⁾

둘째, 공공의 안녕에 대한 위협은 아니지만 사회적으로 수인될 수 없는 위해도 기술적·사회적 변화를 고려할 때 저지되어야 한다.⁷³⁾

셋째, 예컨대 비키니를 입은 여인이 순례지에서의 행렬에 참가하는 경우처럼 여러 주체간의 기본권이 충돌하는 경우를 공공의 질서의 개념의 적용영역으로 고려할 수도 있다.⁷⁴⁾

실제로도 전술한 바와 같은 것을 이유로 독일의 統一警察法模範草案은 공공의 질서의 개념을 포기하지 않고 있으며,⁷⁵⁾ 유럽공동체법 역시 공공의 질서의 개념을 사용하고 있다.⁷⁶⁾

4. 公共의 秩序의 概念의 適用領域

공공의 질서가 문제가 되었던 많은 영역들이 오늘날에는 거의 예외 없이 법규범에 의하여 규율되게 됨으로써 실제로 공공의 질서의 개념이 적용되는 영역이 상당히 축소되었음은 전술한 바와 같다. 따라서 공공의 질서개념의 적용영역으로 다루어질 내용은 엄격히 말하면, 종래 공공의 질서의 개념의 적용여부가 다루어져 왔던 것들이 될 것이다. 다만 어떤 행위가 공공의 질서에 반하는지의 여부를 판단함에 있어서는 '그때 그때의 지배적인 윤리·가치관'이 기준이 되므로 이와 같은 문제를 구체적으로 다루기 위하여는 「현시점에서의 우리나라 사

72) Knemeyer, S.43; Tettinger, S.84.

73) Wolff/Bachof III, S.51.

74) Vgl. Möller/Wilhelm, S.28; Tettinger, S.84.

75) Tettinger, S.85.

76) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.247.

람들의 지배적인 가치관」에 대한 실증적 연구가 필요하다고 할 것이다.

Ⅲ. 危害⁷⁷⁾

경찰이 개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하기 위하여서는 공공의 안녕 혹은 공공의 질서라는 보호이익 중 어느 하나가 위해에 처할 것을 그 전제조건으로 하므로, 위해의 개념은 경찰법의 중심개념을 이룬다. 이하에서는 동 개념의 내용을 분설해 보기로 하겠다.

1. 危險

(1) 意義

공공의 안녕·질서에 대한 위협이란 「객관적으로 예견되는 사실의 정상적인 진행을 방치하게 되면, 어떠한 상태 혹은 행위가 공공의 안녕 혹은 질서에 손해를 가져올 개연성이 있는 경우」를 말한다.⁷⁸⁾ 이

77) 본 보고서에서는 危險(Gefahr)와 障害(Störung)를 포괄하는 개념으로 危害라는 용어를 사용하기로 하겠다(이 같은 용어례에 관하여는 김남진 II, 203면; 김도창(하), 314면 이하 참조. 따라서 비록 障害라는 개념이 후술하는 바와 같이 독자적인 의미는 갖지 못한다 하더라도 개념상으로는 兩者의 구분이 가능하다고 생각되므로 그와 같은 구분을 전제로 양자를 포괄하여 危害라는 표현을 사용하는 것은 타당한 用語例라고 여겨진다.

한편 독일어의 'Gefahr'를 危害라고 번역하는 예도 있으나(석종현, 경찰의 위해방지책무, 고시계, 1984.4, 127면; 유지태, 행정법에 있어서 위협의 개념, 고시계, 1991.10, 110면 이하), Gefahr에 대해 危害라는 표현을 써야 할 이유는 제시하지 못하고 있다. 생각컨대 일반적으로 危險이란 용어가 통용되고 있는 이상, 뚜렷한 사정없이 危害라는 용어를 사용하는 것은 용어상의 혼란을 가져올 뿐이므로 적당하지 않다고 생각된다.

78) 한편 위협의 개념은 不確定 法概念이지만, 判斷餘地는 인정되지 않는다. 이것은 경찰은 개입의 시점에서 자기에게 맡겨진 인식가능성에 근거하여 위

하에서는 위협의 개념의 내용을 분설해 보기로 한다.

(2) 損害(Schaden)

여기서 손해란 위법한 외부적 영향 등으로 인하여 개괄적 수권조항에 의하여 보호되는 법익의 '현존하는' 정상적인 상태가 객관적으로 감소하는 것을 말한다.⁷⁹⁾ 따라서 소위 期待利益(entgegengener Gewinn)의 감소는 경찰법상의 손해는 될 수 없으며, 단순한 不利益(Nachteil)에 그친다고 하여야 할 것이다.⁸⁰⁾

또한 손해는 예견되는 침해가 일정한 강도에 달했을 때, 즉 공공의 안녕 혹은 질서라는 법익이 '현저하게' (in nicht unerheblich Weise) 침해된 경우에 존재한다. 따라서 단순한 부담(Belästigung), 불이익, 불편함 등에 그치는 것은 여기서의 손해의 개념을 충족하지 못하므로 경찰에 의하여 저지될 수 없다.⁸¹⁾ 한편, 경찰이 방지하여야 할 손해의 영역과 경찰상 중요하지 않은 단순한 부담과의 구분에 있어서는 '正常人'의 판단이 척도가 된다. 다만 여기서의 정상인의 판단은 일률적으로 확정되어 있는 것이 아니라 시간의 흐름, 그때 그때의 지역적 상황에 따라서 달라질 수 있는 것임은 주목을 요한다.⁸²⁾

협발생에 관한 一義的인 예측을 하여야만 하고, 사후에 법원의 완전한 통제에 따른다는 것을 의미한다(F. Ossenbühl, Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV 1976, 463 ff.(466 ff.); Götz, S.59).

79) Götz, S.65; Schenke, S.183; 홍정선, 경찰권의 법적 근거로서 일반 조항 -독일의 경우를 중심으로, in: 공법이론의 현대적 과제(방산 구병삭박사정년기념논문집), 박영사, 1991, 742면.

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

81) A. Wiethaup, Die Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, DVBl. 1950, 240 ff.(243); Friauf, S.222; Tettinger, S.86; BVerwG, DVBl. 1969, 586 f.

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

(3) 損害發生의 충분한 蓋然性

경찰법상의 현존하는 위험이 존재한다는 것이 인정되기 위하여서는 경찰의 개입없이 손해가 발생할 것이라는 충분한 蓋然性이 있어야 한다.⁸³⁾ 따라서 경찰상 위험이 존재한다는 것이 인정되기 위하여는 손해발생의 단순한 推定 혹은 약간의(entfernt) 可能性만으로는 충분하지 않다. 그러나 손해의 발생이 확실하거나 목전에 급박할 것은 요구되지 않는다.⁸⁴⁾

한편 위험의 존재여부를 결정함에 있어 기준이 되는 개연성의 정도는 예견되는 손해의 強度(범위)와, 개입을 하지 않는 경우에 위험받게 되는 경찰상의 보호법익의 중요성 및 보호의 필요성과 같은 요소에 달려 있다.⁸⁵⁾ 즉, 발생가능한 손해가 중대하면 할수록 그의 蓋然性은 덜 요구된다고 할 것이다(소위 Je-desto-Regel).

(4) 客觀的인 危險狀況

공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험이라고 인정될 수 있는지의 여부에 대한 판단은 예측에 근거하는 바, 그 예측에 있어서는 '事前的' (ex ante), 즉 경찰이 개입하는 시점에서의 사실상태와 인식가능성이 기준이 된다.⁸⁶⁾

한편 손해발생의 개연성은 '객관적인' 고찰로부터 밝혀져야 한다. 즉, 경찰개입의 정당성은 행위를 하는 공무원의 주관적인 확신에서 나오는 것이 아니라 객관적으로 존재하는 상태에서 나오는 것이다.⁸⁷⁾

83) Friauf, S.223; Götz, S.66.

84) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.223; Schenke, S.185.

85) O. Schneider, Grundsätzliche Überlegungen zur polizeilichen Gefahr, DVBl. 1980, 406ff. (406).

86) Friauf, S.224; Reichert/Röber, S.94; Wolff/Bachof III, S.55.

87) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.223; Friauf, S.224; Möller/Wilhelm, S.31.

【補論】：危險의 種類

위에서 설명한 일반적인 위험의 개념이외에 학설상 통용되고 있는 위험의 개념으로는 다음과 같은 것이 있다.

1) 誤想危險⁸⁸⁾(Scheingefahr, Putativgefahr)

경찰공무원은 어떤 상황을 '주관적으로' 위험하다고 판단하였으나, 그 상황판단이 잘못되었거나 장래의 예측에 하자가 있어 그런 판단에 상응하는 '객관적인' 위험은 실제로는 존재하지 않는 경우에 오상위험이 존재한다고 할 수 있다. 이와 같은 오상위험이 존재하는 경우에 경찰공무원이 주관적으로 잘못 판단한 사실에 기초하여 개입하는 것은 위법한 것으로, 허용되지 않는다.⁸⁹⁾

2) 外觀上 危險(Anscheingefahr)

경찰행정청이 개입하는 시점에서의 합리적인 판단에 의할 때 위험을 인정할 수 있는 객관적인 근거는 존재하지만, 사후에 위험이 실제로는 존재하지 않았다는 것이 밝혀질 때 외관상의 위험이 존재한다.⁹⁰⁾ 이 경우, 객관적으로 증명될 수 있는 위험의 외관은 경찰법상의 개괄적 수권조항에서 말하는 위험이며, 따라서 그에 대한 경찰의 개입은 적법하다.⁹¹⁾

3) 危險의 嫌疑(Gefahrenverdacht)

어떤 상황을 합리적으로 판단할 때, 경찰이 위험의 존재를 인정하기

88) 誤想危險이란 용어는 Putativgefahr란 독일어의 譯語인 바, 이를 '推測危險'이라고 번역하는 예도 있다(홍정선, 전계논문, 744면).

89) O. Schneider, a.a.O., 408; Friauf, S.224; Knemeyer, S.40 f.; Tettinger, S.88.

90) Möller/Wilhelm, S.32; Reichert/Röber, S.95.

91) Friauf, S.224; Götz, S.68; Reichert/Röber, S.95; Tettinger, S.88.

위한 기준점이 존재하지만 그와 동시에 위험의 존재에 대한 의문도 존재한다는 결론에 도달하는 경우, 즉 현재 상황의 사후적 전개에 대한 불확실성이 존재할 때, 이를 危險의 嫌疑라고 한다.⁹²⁾

4) 潛在的 危險(latente Gefahr, potentielle Gefahr)

처음에는 전혀 위험하지 않던 상황이 사후에 외부적인 사정이 부가됨으로써 비로소 경찰상의 보호이익에 대한 구체적 위험으로 되는 경우를 잠재적 위험이라고 한다.⁹³⁾ 잠재적 위험에 관한 논쟁이 본격화된 것은 무엇보다도 뮌스터 상급행정법원(OVG Münster)의 '養豚業者'(Schweinemäster)判決⁹⁴⁾에 기인한다.⁹⁵⁾

그러나 Hurst⁹⁶⁾가 정당하게 지적한 것처럼 '현존하는' 위험만이

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

93) Friauf, S.239; Knemeyer, S.38; Tettinger, S.87. 이 같은 경우를 특징짓기 위하여 潛在的 危險이란 용어를 사용하는 것에 대하여는, 이 경우에 실제로는 危險도 障害도 존재하지 않기 때문에 오히려 법상황을 모호하게 만들 뿐이라는 비판이 행해진다(Schenke, S.186).

94) 이 사건은 처음에는 주위에 아무것도 없던 땅에서 養豚事業이 행해졌는데, 사후에 그 지역이 주거지역으로 획정되어서 양돈사업장 근처에 주택들이 건축됨으로써 양돈으로 인한 악취와 파리떼가 隣人들의 건강에 危險을 초래하게 되자 행정청이 補償없이 양돈사업의 중지를 명한 것이 문제가 되었었는데, 同 法院은 「양돈업은 필연적으로 惡臭 등을 방출하기 때문에 양돈업자는 처음부터 '潛在的인 責任者'이었다」라고 판시하여 潛在的 危險의 관념을 인정하였던 것이다(Münster OVGE 11, 250 ff.= DÖV 1957, 870 ff.) 同 判決에 대한 비판에 관하여 자세한 것은 vgl. Wolf R. Schenke, Neues zum Schweinemästerfall, JuS 1977, 789 ff.(790 f.).

95) 同旨判例: 처음에는 아무런 건축물도 없었던 곳에서 생선도매상 영업이 행해져 왔는데, 후에 그 곳이 混合住居地域으로 지정되어서 영업장이 주거지역 한가운데 놓여지게 됨으로써 생선도매상 영업이 인근 주민들의 安眠障害가 된 것이 문제되었던 BVerwGE, 38, 209 ff.

96) K. Hurst, Zur Problematik der polizeirechtlichen Handlungshaftung, AöR 83, 43 ff. (57). R. Schnur, Probleme um den Störerbegriff im Polizeirecht, DVBl. 1962, 1 ff.(2)에서 재인용.

경찰법상의 위험이 될 수 있으므로, 위험이 잠재적인 한 그 자체만으로는 개괄적 수권조항에서 말하는 위험은 존재하지 않는다. 이런 이유로 오늘날에는 잠재적 위험의 개념은 포기될 수 있는 것으로 간주되고 있다.⁹⁷⁾

2. 障 害(Störung)

공공의 안녕 또는 질서에 대한 손해가 발생할 개연성이 있는 경우를 '危險'이라고 하는 것에 반하여, 그에 대한 위험이 실현되어 손해가 이미 발생해 있는 상태를 '障害'라고 한다.⁹⁸⁾ 따라서 危險이 예방적(präventive) 수단에 의하여 방지되는 것이라면, 障害는 진압적(repressive) 조치에 의하여서만 제거될 수 있다.⁹⁹⁾ 다만 경찰법은 장래에 손해가 발생하는 것을 저지하는 것을 목적으로 하기 때문에 장해는 그것이 장래에도 영향을 미칠 때에만 경찰법상으로 중요한데, 것처럼 추후의(장기간 계속되는, 혹은 강도의) 위험이 장해에 근거하고 있는 경우에는 이미 발생한 장해도 위험의 개념에 포함된다. 따라서 장해의 개념은 경찰법에 있어서 독자적인 의미를 가질 수 없다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁰⁾

97) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.223; Schenke, S.235; Tettinger, S.88.

98) Reichert/Röber, S.97; Wolff/Bachof III, S.53. 이처럼 危險에도 段階가 있다는 점을 고려하여서 Brand/Schlabach는 위험에 관한 경찰활동을 ①危險의 探索(Gefahrensuche), ②危險의 대비(Gefahrenvorsorge), ③危險의 防止 및 ④障害의 除去로 분류한 바 있다(Brand/Schlabach, Polizeirecht, Recht der Gefahrenabwehr in Bad.Württ., S.44).

99) Schenke, S.189; Wolff/Bachof, S.53.

100) Möller/Wilhelm, S.34; Tettinger, S.85.

第4節 警察責任

I. 概說

1. 警察責任의 原則

이상의 경찰권발동의 요건이 충족되었다면, 다음으로 경찰은 '누구에게' 경찰권을 발동하여야 하는가의 문제가 발생한다. 원래 경찰은 사회공공의 안녕과 질서의 유지라는 직무를 다음과 같은 두가지 방법, 즉 ①경찰 스스로의 인력과 물적 수단을 사용하거나 ②경찰책임자에게 作爲·不作爲·受忍 등의 의무를 부과하는 조치를 취함으로써 수행할 수 있다.

그러나 경찰상의 위험에 대해 직접 책임을 지위에 있는 자, 즉 경찰책임자에게 의무를 부과함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 우선적으로 그 방법을 택해야 하며, 따라서 이 같은 경우에는 경찰권은 경찰책임자에게만 발동될 수 있는 바, 이를 경찰책임의 원칙이라고 한다. 따라서 경찰책임은 위험의 원인을 고려할 때, 行爲責任(Verhaltenshaftung)과 狀態責任(Zustands-haftung)으로 구분될 수 있다.

2. 警察責任의 本質

경찰위반의 상태는 행위 혹은 상태의 특별한 위법성을 요구하지는 않는다.¹⁰¹⁾ 즉, 경찰위반의 상태는 개별적인 경우를 규율하는 法規違

101) Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.293; Wolff/Bachof III, S.64; Pr.OVGE 56, 366 ff.(367).

反(=違法)으로부터 직접적으로 나오는 것이 아니라 공공의 안녕 혹은 질서를 위협하는 행위나 상태에서부터 나오는 것이다. 또한 경찰책임은 행위자의 의사, 행위능력, 불법행위능력, 형사책임능력과는 아무런 관련이 없다.¹⁰²⁾

경찰책임은 경찰책임자에게 (사범 또는 형법상의) 故意·過失(Verschulden)이 있는지의 여부와도 무관하다.¹⁰³⁾ 따라서 어떤 행위가 경찰위반이 되는지의 문제에 있어서는 경찰책임자가 객관적으로 존재하는 위험상황을 실제로 인식하였는지 혹은 인식할 가능성이 있었는지는 중요하지 않으며, 단지 사회공공의 안녕과 질서에 대한 '객관적인' 위험상황이 존재한다는 것이 문제가 될 뿐이다.¹⁰⁴⁾ 이는 경찰책임에 있어서는 위법한 행위에 대한 처벌이 문제가 되는 것이 아니라, 단지 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험이나 장애를 신속하고 효과적으로 제거하는 것이 중요하기 때문이다.¹⁰⁵⁾

3. 警察責任의 主體

(1) 自然人과 私法人

모든 자연인(따라서 어린이나 행위무능력자도)은 경찰책임자가 될 수 있다.

102) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.293; Wolff/Bachof, S.64 f.

103) Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.293; Knemeyer, S.117; Schenke, S.224; Pr.OVGE 67, 308 f.; OVG Münster, DVBl. 1964, 683 ff.(684 f.); 田上 穰治, 73항; 김도창(하), 341면; 박윤훈(하), 310면; 이상규(하), 274면.

104) Vgl. D. Kottmann, Das Abschleppen von Fahrzeugen, DÖV 1983, 493 ff.(496); Reichert/Röber, S.149.

105) Kirchhof는 위험방지는 그 원인에 대한 회고적인 것이 아니라 그의 목적, 즉 법익보호에 대한 效果指向인 것이라고 하여 경찰책임의 이 같은 특성을 잘 지적하고 있다(P. Kirchhof, Sicherungsauftrag und Handlungsvollmachten der Polizei, DÖV 1976, 449 ff.(454).

또한 사법인도 경찰책임자가 될 수 있는 바, 이에 따라 등록된 단체·주식회사·유한회사 등도 경찰책임을 진다. 이처럼 법인이 경찰책임자가 되는 경우에는, 위협방지를 위한 경찰처분은 당해규범에 따를 때 대표의 권한을 가진 법인의 구성원(예: 주식회사의 이사)에게 발해져야 한다. 한편 구체적인 경우에 있어서는 언제나 대표권자의 행위 책임 그 자체가 존재하는지의 여부가 동시에 심사되어야 하는 바, 그것이 인정된다면 그는 개인적으로도 경찰처분의 대상이 된다.¹⁰⁶⁾

(2) 國家 등 高權力主體의 警察責任¹⁰⁷⁾

경찰상의 위해가 국민 개인의 행위 혹은 사소유권의 대상이 되는 물건의 상태로부터만 발생하는 것은 아니며, 국가 등 고권력주체의 행위 또는 공공목적에 제공되어 있는 토지 등의 물건으로부터 발생할 수도 있다.¹⁰⁸⁾ 그리고 그 같은 경우에는 국가 등 고권력주체의 경찰책임이 문제가 되는 바, 이는 다음의 두가지 관점에서 검토할 필요가 있다. 즉, ①고권력주체가 경찰관계 법령에 구속되는지에 관한 實質的 警察責任의 문제와, ②경찰이 고권력주체에 대하여 행정행위의 발급을 통하여 개입할 수 있는지에 관한 形式的 警察責任의 문제가 그것인데, 양자는 엄격하게 구분되어야 한다.¹⁰⁹⁾

1) 實質的 警察責任

먼저 국가 또는 그의 행정기관이 경찰관계 법률·법규명령을 준수

106) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.294; Möller/Wilhelm, S.37.

107) 이 문제에 관하여 상세한 것은 vgl. W. Wagner, Die Polizeipflicht von Hoheitsträgern, 1971; S. Schultes, Die Polizeipflicht von Hoheitsträgern, 1984.

108) 전투기가 의료구역상공을 계속하여 저공비행함으로써 환자들에게 악영향을 미치는 경우 등이 그 예가 될 것이다.

109) Götz, S.108; Knemeyer, S.127; Schenke, S.225; BVerwGE 29, 52 ff.

할 의무가 있는지가 문제되는데, 법률우위의 원칙이 적용되는 결과 이는 긍정되어야 한다. 따라서 법률이 명시적으로 부인하고 있지 않는 한, 국가 등의 고권력주체도 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협이나 장애를 발생하지 않도록 활동할 책임, 즉 소위 實質的 警察責任을 부담한다.110)

2) 形式的 警察責任

실질적 경찰책임이 긍정되는 것에 반하여 경찰상의 위협을 야기하고 있는 국가 및 그의 기관에 대하여 경찰이 경찰권을 발동하여 개입할 수 있는지, 즉 국가 등 고권력주체의 形式的 警察責任이 인정되는지에 관하여는 학설의 대립이 있다.

①制限的 肯定說: 국가 등 고권력주체의 形式的 警察責任을 원칙적으로 인정하지만, 타 행정기관 등에 대하여 경찰이 조치를 취하는 것은 그 조치로 인하여 타 고권력주체에게 할당된 기능의 적법한 행사가 침해되지 않는 한도내에서만 가능하다고 하는 견해이다.111) 이 같은 制限的 肯定說은 경찰은 동일한 행정주체의 다른 기관 혹은 전혀 다른 행정주체의 권한과 관련있는 지시를 발할 권한은 갖고 있지 않으며, 그와 같은 권한은 오직 상급감독청만이 갖는다는 것을 근거로 한다.112) 결국 이 학설은 타 행정기관이 공법적으로 활동하는지, 아니면 사법적으로 활동하는지를 기준으로 하여서 전자의 경우에는 경찰의 개입을 부정하고, 이에 반해 권한있는 기관의 순수한 財政作用의 경우(예: 국유지의 관리 등)에 대해서는 경찰이 개입할 권한을 갖는

110) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.294; Friauf, S. 242; Knemeyer, S.127; Wolff/Bachof III, S.72 f.; BVerwGE 29, 52 ff.(58 f.); 김남진 II, 205면.

111) Friauf, S.243; Knemeyer, S.127; Tettinger, S.95; BVerwGE 29, 52 ff.(59); 이관희, 경찰책임에 관한 연구, in: 현대공법론(桑垣 金伊烈教授 華甲記念論文集, 三英社, 1989, 243면; 김남진 II, 206면.

112) Götz, S.109; Möller/Wilhelm, S.38.

다는 결론에 도달한다.113)

②全面的 肯定說: 국가의 고권적 기능에도 차등이 있으며, 이 경우 공공의 안녕 혹은 질서의 유지라는 경찰의 목적이 타 행정기관의 그것에 비해 우월적이라는 것을 전제로 하여 국가 등 고권력 주체의 形式的 警察責任을 인정하는 견해이다.114)

③結 語: 全面的 肯定說은 국가의 여러 고권적 기능이 그 가치에 있어서는 상이하다는 것을 전제로 하고 있는 바, 그 같은 논거는 타당성이 있다고 보여진다. 그러나, 국가의 여러 고권적 기능이 갖는 상이한 가치의 현실적인 측정은 실제로 용이하지 않으며, 더욱이 경찰의 목적이 타 국가기능에 비하여 언제나 우월하다고 하는 것은 문제가 있다. 따라서 制限的 肯定說이 타당하다고 생각된다.

II. 行爲責任

1. 序

(1) 行爲責任의 意義

공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위해가 인간의 행위에 의하여 발생한 경우 경찰은 원칙적으로 위해를 야기한 사람에게 그의 방지·제거를 위하여 필요한 조치를 취하여야 하는 바, 이처럼 자신의 행위에 의하여 야기된 위험 또는 장애를 제거할 책임을 행위책임, 행위책임을 부담하는 자를 행위책임자라고 한다. 따라서 행위책임자의 책임은 '자신'의 행위로부터 나오는 것이다.115)

113) 이런 관점에서 여기서의 制限的 肯定說을 '否定說'로, 후술하는 全面的 肯定說만을 '肯定說'로 분류하는 견해도 있다(Vgl. 홍정선, 警察義務(警察責任), 고시연구, 1991.4, 122면 이하).

114) S. Schultes, a.a.O., S.96 f.; W. Wagner, a.a.O., S. 97 ff.

115) von Mutius, Der "Störer" im Polizei-und Ordnungsrecht, Jura

다만, 행위책임의 경우 타인의 행위를 지배하는 권한을 가진 자는 자신의 지배를 받는 자의 행위로부터 발생하는 경찰위반의 상태에 대하여서도 경찰책임을 진다. 즉, 형사미성년자 혹은 금치산자의 행위에 대하여는 그들의 보호의무자(부모·후견인 등)도 행위책임자로서 책임을 지며, 또한 사용자는 그의 피용인¹¹⁶⁾이 업무를 수행함에 대하여 행한 적법한 활동에 대하여서 책임을 진다.¹¹⁷⁾ 이 경우 民法 제756조와는 달리 사용자가 피용인의 선임 및 사무감독에 상당한 주의를 하였다는 것을 증명하여도 면책되지 않는다.¹¹⁸⁾ 한편, 이 경우 보호의무자나 사용자의 책임은 代位責任이 아니라, 자기의 지배권의 범위 내에서 공공의 안녕·질서에 대한 위험을 발생케 한 것에 대한 自己責任의 성격을 갖는다.¹¹⁹⁾

(2) 行爲責任을 發生시키는 行爲

행위책임을 발생시키는 행위(Verhalten)에는 작위뿐만 아니라 부작위도 포함된다.¹²⁰⁾ 이 경우 위해의 원인이 되는 부작위는 공공의 안녕 혹은 질서의 유지를 위한 특별한 '法的인 作爲義務'가 존재할 때에만 行爲責任을 발생시키며,¹²¹⁾ 그 같은 작위의무는 명령규범을

1983, 298 ff.(302).

116) 한편, 여기서의 被用人에는 民法 제391조의 '履行補助人'도 포함될 수 있을 것이다(Vgl. Reichert/ Röber, S.151).

117) 이처럼 使用者가 被用人의 행위로 인한 경찰위반 상태에 대하여 책임을 진다고 하여 被用人이 경찰법상의 行爲責任을 부담하지 않는 것은 아니며, 다만 비례의 원칙에 따를 때 被用人의 책임을 물을 필요가 없는 것이 일반적일 뿐이다(田上 穰治, 72項).

118) 왜냐하면 경찰법의 영역에서는 - 민법 제750조 이하의 不法行爲責任의 경우와 달리 - 故意·過失은 문제가 되지 않기 때문이다(Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.310; Friauf, S.234; Schenke, S.234).

119) 이상규, 경찰책임, 고시연구, 1981.5, 166면; 이관희, 전개논문, 240·244면; 박윤혼(하), 310면 등.

120) Friauf, S.231; Schenke, S.226; Tettinger, S.90.

121) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.307; Götz, S.103; Tettinger,

내용으로 하는 공범규범로부터 도출된다.¹²²⁾ 따라서 그 같은 법적 작위의무가 존재하지 않는 '단순한 無爲'(bloße Untätigkeit)는 경찰법상으로는 의미가 없다. 따라서 경찰상의 위협에 직면하여서 그의 방지를 위한 아무런 조치도 취하지 않았다는 것만으로 행위책임자가 되는 것은 아니다.¹²³⁾

한편 행위책임의 경우, 위해발생에 대한 경찰책임자의 故意·過失은 묻지 않는다. 따라서 발작으로 인해 도로교통을 위협하는 간질병자나, 만취상태에서 차도에 누워 있는 자도 행위책임자가 된다. 또한, 행위책임의 존재 여부를 결정함에 있어서는 민법상의 행위능력도 문제되지 않는다고 한다.

(3) 行爲責任의 消滅

행위책임은 '인간'의 행위로부터 발생한 결과에 대한 책임이기 때문에 그 책임을 부담하게 되는 자가 존재하지 않는다는 사실이 행위책임의 가장 중요한 소멸원인이 된다. 즉, 행위책임은 경찰책임을 발생시키는 행위를 행한 자의 사망에 의하여 소멸한다.¹²⁴⁾ 예컨대, 풍속영업의 허가를 받아서 영업을 하는 지위는 그 자의 사망에 의하여 당연히 소멸하고, 상속인이 승계할 수 없는 것이다.

2. 行爲責任의 歸屬

행위책임은 단순한 原因責任(Kausalhaftung)의 성격을 갖는다.¹²⁵⁾

S.90: Wolff/Bachof, S.65. 한편 이처럼 不作爲를 이유로 경찰책임을 부담하는 자를 受動的 責任者(passiver Störer)라고도 한다(Friauf, S.231).
122) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.307. 한편, 여기서의 作爲義務가 私法規範에 의하여서도 발생할 수 있다는 反論도 제기되어 있다(Schenke, S.226 f.).

123) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.307; Friauf, S.231.

124) 이관희, 전제논문, 243면; 小高 剛, 行政法各論, 有斐閣, 平成 2年, 9項.

그러므로 어떤 사람이 행위책임자로 간주되기 위하여서는 그가 위험을 야기하고, 그의 행위가 위험과 인과관계가 있을 것을 전제조건으로 한다. 그런데 경찰상의 위험은 하나의 요소에 의하여 야기되는 것이 아니라, 다수의 인과관계적 요소의 결합에 의하여 야기되는 것이 보통이다. 따라서 누가 위험에 대한 원인을 야기하였는지, 즉 누가 경찰책임자인지를 결정하는 문제에 있어서는 다수의 인과관계의 요소중에 과연 어느 것을 위험에 대한 원인으로 볼 것인가가 문제가 된다. 이 경우에는 어떠한 기준에 의하여 행위책임의 귀속을 결정할 것인가가 문제되는 바, 그 기준으로 제시된 학설로서는 다음과 같은 것이 있다.

(1) 相當因果關係說(Adäquanztheorie)

경험법칙에 따를 때 일반적으로 일정한 결과, 즉 위해를 야기하기에 적합한 조건만을 경찰책임의 원인으로 보는 견해인 바, '危險'의 세계에서는 경험법칙으로 예견·측정할 수 없는 이례적인 일이 많이 생기기 때문에 경찰책임의 귀속을 결정하는 이론으로는 부적당하다고 할 것이다. 또한 상당인과관계설에 대해서는 위험을 가장 강도있는 책임과 관련있는 사람에게 귀속시키는 것이 문제가 되는 경찰법상의 요구를 충족시키지 못한다는 비판이 있다.¹²⁶⁾

(2) 條件說(等價說: Äquivalenztheorie)

그것이 없었다면 경찰상 위험이 발생하지 않았을 것이라고 인정되는 '모든' 조건을 경찰책임의 원인으로 보는 견해인 바,¹²⁷⁾ 이 같은 조건설 역시 경찰책임의 귀속을 결정하는 이론으로는 타당하지 못하다. 왜냐하면 형법에서는 위법성조각사유나 책임조각사유(고의·과실)

125) Friauf, S.231; OVG Münster, DVBl. 1975, 588 f.(589).

126) Tettinger, S.91.

127) 이는 독일 帝國法院에 의해 발전된 "原因 없으면 結果 없다"(conditio sine qua non)라는 公式(RGStE, 44, 230 ff.)을 기초로 한 것이다.

에 의한 책임의 제한이 행해지지만, 경찰법에서는 그와 같은 책임의 한계를 획정하는 장치가 없기 때문에 경찰책임의 범위가 무한히 확장되는 결과를 가져 오기 때문이다.¹²⁸⁾ 더욱이 條件說은 위험에 관련된 사람이 다수인 경우에 그들 간의 책임의 차이를 나타내지 못한다는 단점을 갖고 있다.¹²⁹⁾

이처럼 조건설이나 상당인과관계설에 의해서 해결할 수 없는 경찰법상의 인과관계의 특수성을 고려하여 경찰법의 목적에 타당한 고유한 인과관계의 개념을 발전시키려는 시도가 학설판례상 행해져 왔는바, 다음의 직접원인설이 그것이다.

(3) 直接原因說(Theorie der unmittelbaren Verursachung)

독일의 학설¹³⁰⁾·판례¹³¹⁾에 의하여 광범위한 지지를 받고 있는 직접원인설는 경찰상의 위해에 대하여 '직접적인' 원인을 야기시킨 자에게만 행위책임이 귀속된다는 이론을 말하는 바, 여기서 '직접적으로'란 원인과 결과간의 특별한 近接性을 의미한다.¹³²⁾ 이 경우 일반적으로는 시간적으로 최후에 인과관계의 진행에 관여한 자(원인)가 판단의 기준이 될 것이다. 경찰책임의 특수성을 고려할 때, 直接原因說이 타당시된다.¹³³⁾

따라서 경찰상의 위해에 대해 단지 간접적인 원인을 야기한 사람, 즉 '間接原因提供者'(Veranlasser)¹³⁴⁾는 경찰책임자로서 경찰권 발

128) Friauf, S.233; Schenke, S.227 usw.

129) Tettinger, S.91.

130) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.313; Friauf, S.232; Reichert/Röber, S.154; Schenke, S.228.

131) Pr.OVGE 103, 105 ff.(109 f.); OVG Hamburg, DÖV 1983, 1016 f.(1017); OVG Münster, NVwZ 1985, 355 ff.(356); VGH Hessen, NJW 1986, 1829.

132) P. Kirchhof, Grundfälle zum Polizeirecht, JuS 1975, 237 ff. (238).

133) 김남진 II, 258면; 박윤훈(하), 311면.

동의 대상이 되지 않는다.135)

3. 意圖的 間接原因提供者 理論

전술한 直接原因說의 요청에 대한 중요한 예외를 이루는 것이 소위 '意圖的 間接原因提供者'(Zweckveranlasser)理論인데, 동 이론은 스스로 위험을 직접적으로 실현하지는 않았으나, 행위책임을 지게 되는 제3자로 하여금 경찰법에 위반하는 행위를 하도록 한 자를 의도적 간접원인제공자라 하고, 그를 예외적으로 행위책임자로 간주하려는 이론을 말한다.136)

동 이론을 적용하게 되면 극초단파용송수신기 또는 소형 도청장치로 사용될 수 있는 기기 등의 판매가 문제가 되는 경우에는 이용자가 우선하여 행위책임자가 되는 것이 아니라, 이미 이용을 가능케 만든 사람이 행위책임자가 된다.137) 또한 비 오는 날에 도시의 보도에서 선전용 전단을 행인에게 배부하는 사람은, 만약 압도적인 다수가 그것을 곧 구겨 버려서 미끄러질 위험을 크게 만든다면 행위책임자로서(함께) 도로의 청소비용에 대하여 책임을 질 수도 있는 것이다.138)

Ⅲ. 狀態責任

1. 意義

상태책임이란 물건의 상태로부터 공공의 안녕·질서에 대한 위해가

134) W. Jellinek, S.444. Veranlasser는 '幫助者'로 번역되기도 한다 (Vgl. 김도창(하), 342면).

135) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.314; Reichert/Röber, S.154; OVG Münster, DVBl. 1964, 683; 김도창(하), 342면.

136) Friauf, S.233; Reichert/Röber, S.154; Tettinger, S.91.

137) Vgl. VG Sigmaringen, DÖV 1976, 570.

138) Vgl. BVerwGE 56, 24 ff.(29).

발생한 경우에 그를 방지·제거할 책임을 말하는 바, 이하에서 그의 내용을 분설하기로 한다.

(1) 物 件

상태책임에서 논하는 물건의 개념은 민법 제98조의 물건개념에 근거하고 있다고 할 것이므로, 여기서 물건이란 有體物(동산, 부동산은 불문) 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다. 한편 動物도 여기에서의 물건에 속한다.¹³⁹⁾

(2) 物件의 狀態

상태책임자의 책임은 그런 상태가 누구에 의하여 발생되었는지의 여부, 혹은 상태책임자가 故意·過失로 그런 위험을 야기하였는지의 여부를 고려함이 없이 전적으로 물건의 상태에 의하여 결정된다.¹⁴⁰⁾ 여기서 物件의 狀態란 ‘물건 자체의 상태’(Beschaffenheit) 뿐만 아니라 ‘물건이 어떠한 공간에 놓여 있는 상태’(Lage im Raum)도 포함한다.¹⁴¹⁾

(3) 直接的 危險源

상태책임은 위험 혹은 장애가 ‘직접적으로’ 물건으로부터 발생한

139) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.318; Friauf, S.235; Tettinger, S.92. 아울러 6개월이 넘은 개를 집 밖에서 끌고 다니기 위하여는 끈에 묶고 입마개를 하여야 하며, 나아가서 그 개가 주인의 명령에 복종한다는 교육상태의 증거가 있어야 한다는 행정청의 處分이 문제가 되었던 사건에서 「秩序行政廳이 이유있는 동기(여기서는 개에 의한 어린이의 손상)를 갖고 개의 소유자에게 위와 같은 義務를 부과한 경우에는 異議를 제기할 수 없다」고 판시한 독일의 判例(VG Braunschweig, NJW 1987, 1099) 참조.

140) Reichert/Röber, S.152; 김남진 II, 259면.

141) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.318; Friauf, S.235; 小高 剛, 行政法各論, 有斐閣, 平成 2年, 8項.

경우에, 즉 물건 그 자체가 직접적인 危險源(Gefahrenquelle)을 형성하고 있는 경우에만 인정된다.¹⁴²⁾ 따라서 상태책임의 경우에도 물건의 상태와 경찰상 위해간에는 인과관계가 존재하여야 한다.¹⁴³⁾

2. 狀態責任者

상태책임자는 경찰상 위해를 야기한 물건에 대한 소유권자 및 사실상의 지배권자가 상태책임자가 된다. 실제로 독일의 법률들은¹⁴⁴⁾ 사실상의 지배권자의 책임에 중점을 두고 소유권자의 책임은 부차적으로 규정하고 있는데, 이는 소유관계가 분명히 밝혀질 수 없는 경우 경찰이 소유관계에 관한 조사를 함이 없이 그 물건의 점유자에게 경찰권을 지체없이 발동할 수 있는 장점을 가져다 준다.¹⁴⁵⁾ 결국 사실상의 지배권자의 책임을 우선시키는 것은 책임에 있어서의 법적 우위를 의미하는 것이 아니고, 단지 위험방지의 효율성이란 관점에 기인하는 것일 뿐이다.¹⁴⁶⁾

3. 狀態責任의 連結點

물건의 경찰위반 상태에 대한 소유권자 및 사실상의 지배권자의 상

142) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.318; Wolff/Bachof III, S.68; VGH Bad.Württ., DÖV 1986, 249 ff.

143) J. Pietzcker, Polizeirechtliche Strörerbestimmung nach Pflichtwidrigkeit und Risikospähäre, DVBl. 1984, 457 ff.(458); Reichert/Röber, S.151. 이에 대하여 상태책임과 관련하여서는 因果關係에 대한 고려가 필요하지 않다는 반론이 제기되어 있다(Friauf, S.235; OVG Münster, NJW 1980, 956; 김남진, 경찰책임, 월간고시, 1983.11, 179면).

144) Vgl. §5 Abs.1 MEGPolG; §7 Abs.1 Nds.SOG; §6 Abs.1 BremPolG usw.

145) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.329; Friauf, S.235; 김남진, 전제논문, 79~80면.

146) v. Mutius, Der "Störer" im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1983, 298 ff.(307).

태책임은 소유권이나 사실상의 지배권 그 자체에 근거하는 것이 아니라 그 물건에 대한 법률적·사실적 처분권(Verfügungs macht), 즉 위험을 가져오는 물건에 영향을 미칠 수 있는 가능성에 근거한다.¹⁴⁷⁾ 이는 질취당한 물건에 대하여는 소유자가 경찰책임을 부담하지 않는 사실에서 잘 나타난다.¹⁴⁸⁾

4. 狀態責任의 範圍

(1) 多數說의 立場

상태책임의 범위는 물건의 가치와 책임질 비용간의 관계를 고려함이 없이 원칙적으로 무제한이다. 환언하면 상태책임자는 물건으로부터 발생하는 손해에 대하여 원인 여하를 불문하고 - 자신의 행위, 제3자의 행위, 고권력주체의 행위, 자연현상 및 돌발적 사건 등 - 언제나 완전히 책임을 진다.¹⁴⁹⁾ 따라서 폭탄의 투하로 파괴된 가옥의 소유자는 그 잔해로부터 발생한 위험에 대하여 책임을 져야 하며,¹⁵⁰⁾ 유조차가 노상에서 전복되어 흘러 나온 기름이 스며든 인근 토지의 소유자는 지하수의 오염위험 때문에 상태책임자가 된다.¹⁵¹⁾

147) V. Götz, Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (1981 bis 1983), NVwZ 1984, 211 ff.(215); Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.319; Reichert/ Röber, S.151; OVG Münster, DVBl. 1970, 392 f. (393); BVerwG, DVBl. 1986, 360 ff.(361).

148) 이관희, 경찰책임에 관한 연구, in: 현대공법론(상원 김이열교수 화갑기념논문집, 삼영사, 1989, 240면; 김남진 II, 259면.

149) 이 같은 결론은 물건으로부터 생기는 이익을 향유하는 소유권자는 물건의 사용으로 인하여 발생하는 損害를 스스로 부담할 것이 요구되며, 그 손해가 公衆에게 부과되어서는 안된다는 '재산권의 社會的 拘束性'으로부터 도출된다(Friauf, S.238; Tettinger, S.93; Wolff/Bachof, S.67).

150) BVerwGE 10, 282 ff.(283); Münster OVG 5, 185 ff.(188).

151) Vgl. Münster OVG 19, 101 ff.(102 ff.).

(2) 狀態責任의 範圍를 制限하려는 試圖

한편 전술한 지배적 견해에 따르면 상태책임자의 부담, 특히 그의 경제적 손실이 과중하게 될 염려가 있으므로 상태책임의 범위를 제한하려고 하는 시도가 다음과 같이 다양하게 전개되고 있음은 주목을 요한다.

① 상태책임의 범위를 제한하려는 시도는 우선 Friauf에 의해 행해졌다.¹⁵²⁾ 즉, Friauf는 「자신과 관련되지 않은, 즉 공중과 관련된 위험영역(전쟁, 현대의 대량교통)에서 발생하는 위험을 소유자에게 부담시키는 것은 타당하지 않다」라고 하여 상태책임의 제한에 대한 헌법적 근거를 최초로 제시하였던 것이다.¹⁵³⁾ 그러나 이 같이 소유권자를 非責任者로 보게 되면 경찰상의 긴급상태라고 하는 매우 제한된 조건하에서만 소유권자에게 경찰권을 발동하는 것이 허용되게 되고, 그 결과 위험방지의 직무를 효과적으로 수행하는 것이 현저하게 곤란해지거나 불가능해지므로 Friauf 등의 이론은 지지하기 곤란하다고 생각된다.¹⁵⁴⁾

② 소유권자의 상태책임은 受忍義務에 국한되며, 따라서 그는 위험방지에 소요된 비용을 부담할 의무는 없다는 견해가 나타나고 있다.¹⁵⁵⁾ 다만 이와 같은 견해에 있어서는 1차적인 측면, 즉 실제적 상태책임

152) Friauf, S.238.

153) 同旨: Schenke, S.236.

154) 同旨: Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.320. 독일의 判例 역시 아직까지는 위와 같은 상태책임을 제한하려는 이론에 따르지 않고 있다.

155) H. Hohmann, Einschränkung der Kostentragungspflicht des Grundstückseigentümers beim Ablagern von Giftfässern, DVBl. 1984, 997 ff.(998); Max J. Seibert, Zum Zusammenhang von Ordnungs- und Kostentragungspflicht, DVBl. 1985, 328 f.(328); V. Götz, Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (1984 bis 1987), NVwZ 1987, 858 ff.(862); 김남진, 전개논문, 180면.

그 자체가 문제가 되는 것이 아니라 단지 2차적 측면, 즉 위험제거에 소요된 비용의 상환의무의 제한이 문제될 뿐이라는 것을 유의하여야 한다. 156)

③또한 실제적 상태책임을 분리시킴으로써 상태책임을 제한을 가하려는 시도도 나타나고 있다. 예컨대 유조차의 사고로 기름이 흘러나와 인근 토지를 오염시켜 지하수가 오염될 염려가 있는 경우에는 토지의 소유자는 상태책임자로서 그의 토지상에서의 작업을 수인할 의무는 부담하지만 오염된 토지를 파 낼 의무는 없다는 견해가 그것이다. 157)

IV. 警察責任에 관한 特殊問題

1. 多數의 警察責任者에 관한 問題

(1) 序

경찰책임의 원칙상 경찰은 경찰책임자에게만 경찰권을 발동할 수 있다. 그런데 현대사회에 있어서의 분업의 증가 및 복잡한 생활관계로 인하여 하나의 경찰상 위해에 대하여 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우가 있을 수 있는 바, 그러한 유형으로는 ①다수의 행위책임자가 존재하는 경우, ②다수의 상태책임자가 존재하는 경우 및 ③행위책임자와 상태책임자가 경합하는 경우 등이 있다. 158)

156) Max J. Seibert, a.a.O., 328. 이와 같은 견해에 대한 비판에 관하여는 Schenke, S.236.

157) 이런 논의 및 그에 관한 비판에 관하여는 Schenke, S.236 f.

158) 다만 우리나라의 경우 이 같은 현상을 설명함에 있어, 학자들간 표현상의 차이를 발견할 수 있다. 즉, 多數者責任(박윤훈, 최신 행정법강의(하), 국민서관, 1995, 311면), 責任者의 競合(홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 1995, 275면 이하), 複合的 警察責任(유지태, 행정법신론, 신영사 1995, 800면 이하)이라는 용어가 사용되거나, ①②는 複合的 責任, ③은 責任의 競合이라는 題下에 설명되기도 한다(김남진, 행정법 II, 법문사, 1995, 259면). 그

이처럼 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우, 다음의 두가지가 문제로 제기될 수 있다:159)

①경찰은 경찰상의 위해를 제거하기 위하여 다수의 경찰책임자 중 누구에게 경찰권을 발동할 것인가?

②경찰이 다수의 경찰책임자중에서 오직 한 사람에게만 경찰권을 발동하였다면, 그 자가 내부관계에서 경찰권이 발동되지 않은 다른 경찰책임자에 대하여 費用償還請求(Ausgleichsanspruch)를 할 수 있는가?

(2) 多數의 警察責任者 中 누구에게 警察權을 發動할 것인가?160)

1) 義務適合的 選擇裁量

종래에는 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우에 경찰이 누구에게 경찰상의 조치를 취할 것인가는 원칙적으로 경찰의 義務適合的 選擇裁量에 달려 있다고 설명되어 왔는 바,161) 이에 따르면 경찰행정청은 그의 선택재량에 따라 택일적으로 한 명에게만, 혹은 다수의 경찰책임

런가 하면 「행위책임은 그 책임자의 수에 관계 없을 뿐만 아니라, 상태책임의 경우도 질서위반을 야기한 소유자나 관리자의 수에 직접 관계되는 것이 아니라는 점에서 이들을 따로이 다룰 실익이 없다」고 하면서 제3의 유형인 行爲責任과 狀態責任이 결합되어 질서위반의 상태가 빚어진 경우의 책임을 '混合責任'이라 하고 그만을 문제시 해야 된다는 이론도 있다(이상규, 신행정법론(하), 법문사, 1995, 273면).

159) 따라서 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우를 논할 실익이 없다고 하는 이상규 교수의 견해(註 2 참조)는 무리한 설명이라 생각된다.

160) 이 문제에 관한 자세한 논의는 vgl. H. Fleischer, Die Auswahl unter mehreren Polizeipflichtigen als Rechtsfrage, Diss. 1980.

161) F. Ossenbühl, Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV 1976, 463 ff.(470 f.); v. Mutius, Der "Störer" im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1983, 298 ff.(308); Friauf, S.122; Knemeyer, S.148.

자 전부에게 동시에 경찰권을 발동할 수 있다.¹⁶²⁾

2) 選擇裁量行使의 基準

종래에는 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우에, 경찰은 그 중 누구에게 경찰권을 발동할 것인가에 관하여 무제한의 선택재량을 갖는다고 보았었다. 그러나 근래에는 이 경우의 선택재량도 완전히 자유로운 것이 아니어서 일정한 법적 구속을 받으며, 따라서 법원은 재량권행사에 하자가 있었는지 여부를 심사할 수 있다고 한다.¹⁶³⁾ 그리고 이처럼 선택재량을 축소시키려는 경향은 많은 지지를 받고 있는데, 이 때에 적용되는 일반적인 재량권 행사의 기준으로 독일의 학설과 판례를 통해 나타난 것들로는 다음과 같은 것이 있다.

①原因을 야기한 정도: 위험발생의 원인들에 대한 가치평가에 따를 때 가장 중요한 원인을 제공한 사람에게 우선적으로 경찰권을 발동하는 것이 하자없는 재량행사가 된다.¹⁶⁴⁾

②原因提供의 時點: 경찰은 다수의 경찰책임자 중 시간적으로 최후의 원인을 제공한 자에게 경찰권을 발동하여야 한다.¹⁶⁵⁾

③行爲責任과 狀態責任의 競合: 행위책임과 상태책임이 경합하는 경우에는 행위책임자에게 우선적으로 경찰권이 발동되어야 한다.¹⁶⁶⁾

④소위 二重責任者(Doppelstörer): 여러가지 이유에서 동시에 책임을 지는 사람, 이른 바 이중책임자는 단지 하나의 책임근거만을 갖고 있는 사람에 비해 원칙적으로 우선적으로 경찰권발동의 대상이 된

162) Pr.OVGE 90, 326 ff.(324): VGH Bad.Württ., DVBl. 1950, 475 f.; Friauf, S.136; Götz, S.122; Reichert/ Röber, S.155; Wolff/Bachof III, S.71.

163) 다만 이 경우 재량결정의 하자 여부를 심사함에 있어서는 경찰은 종종 시간에 쫓기어 결정을 하며, 그 결과 事實을 충분히 조사할 만한 시간적 여유가 없다는 사실에 유의하여야 할 것이다(Reichert/Röber, S.155).

164) Vgl. OVG Münster, DVBl. 1973, 924 ff(928).

165) Vgl. VG Bad. Württ., DVBl. 1950, 475 ff.

166) Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1990, 844 ff.

다.167)

⑤給付能力, 故意·過失 등: 경찰행정청은 재량권을 행사함에 있어 경찰책임자가 위험을 제거하기 위하여 투입할 비용이나 재정상의 급부능력을 고려하여야만 하며,168) 보충적이지만 경찰책임자의 주관적 동기, 즉 고의·과실에 대해서도 고려를 하여야 한다.169)

3) 結語

위에서 열거한 선택재량행사의 기준들은 단지 일반적인 경우에 통용되는 지침에 그칠 뿐이며, 엄격히 적용되어야 할 법원칙은 아니다. 즉 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우에 누구에게 경찰권을 발동할 것인가에 관해서는 정형적인 원칙은 존재하지 않는다.170)

그렇다면 과연 구체적 경우에 있어서의 경찰이 다수의 경찰책임자간의 선택을 하여야 할 때, 무엇을 기준으로 할 것인가? 생각컨대, 결국 경찰은 '위험방지의 효율성'과 '비례의 원칙'을 고려하여 다수의 경찰책임자간의 선택을 하여야 할 것이다.171) 이하에서는 그 두가지 기준에 의해 경찰의 선택재량이 어떻게 제한을 받는가, 즉 그 두가지 원칙을 고려하여 결정을 할 때 경찰은 다수의 경찰책임자 중에서 누구에게 경찰권을 발동해야만 하는가를 구체적으로 논해보기로 하겠다.

①危險防止의 效率性(Effektivität): 경찰은 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험방지를 그의 목적으로 한다. 따라서 경찰책임자를 선택하는 데 있어서도 어떤 경찰책임자에게 경찰권을 발동하는 것이 위

167) Vgl. OVG Berlin, NJW 1953, 198 ff.

168) Hans J. Papier, Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht, NVwZ 1986, 256 ff.(262); Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.305; Friauf, S.137; Schenke, S.240.

169) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.305; Knemeyer, S.148.

170) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.303; 유지태, 전거서, 801면.

171) 同旨: Friauf, S.137. 한편, 이에 따르게 되면, 전술한 기준에 따른 설명과 전혀 상이한 결과가 도출될 수도 있을 것이다.

힘을 '가장 효과적이고 신속하게' 제거할 수 있는지에 중점을 두어야만 한다: 효과적이고 신속한 위험방지의 원칙(Der Grundsatz der schnellen und wirksamen Gefahren- bekämpfung).¹⁷²⁾

②比例의 原則: 다수의 경찰책임자 중 누구에게 경찰권을 발동할 것인가의 문제를 전술한 바와 같이 위험방지의 효율성이란 관점에서 해결하려고 하는 경우에도 과연 어떠한 조치를 위험방지에 효율적이라고 볼 수 있는가의 문제가 남는 바, 이는 결국 比例의 原則에 따라 해결하여야 할 것이다. 그렇다면 독일의 판례에 나타났던 경찰의 선택 재량권 행사의 기준들은 궁극적으로 비례의 원칙에 포섭되며, 따라서 비례의 원칙 이외에 다른 몇몇 원칙들에 의한 재량권 행사의 제한을 논하는 것은 비례의 원칙의 의미를 분명히 하는 정도의 의미 밖에 없다고 생각된다.¹⁷³⁾ 이렇게 볼 때, 비례의 원칙은 전술한 위험방지의 효율성을 보완하는 기능을 한다고 할 수 있다.¹⁷⁴⁾ 이하에서는 비례의 원칙의 내용을 좀 더 구체적으로 설명하기로 하겠다.

가) 適合性의 原則: 적합성의 원칙은 여기서는 경찰책임자의 적합성을 문제로 삼게 되는 바, 동 원칙이 구체적으로 표현되는 경우를 유형화하면 다음과 같이 된다.

a) 경찰은 법적으로 불가능한 것을 요구하여서는 아니된다.¹⁷⁵⁾ 따라서 경찰은 그의 시행에 관하여 사법적 권한을 갖고 있지 못한

172) VGH Mannheim, NVwZ 1986, 325 ff.(326); VGH München, NVwZ 1987, 912; Drews/Wacke/ Vogel/Martens, S.303; Schenke, S.240. 한편 독일의 경우 이 같은 危險防止의 效率性은 모든 행정작용에 적용되는 일반적인 법치국가원리의 下位徵表로 이해되고 있다(Möller/Wilhelm, S.47).

173) 同旨: Franz L. Knemeyer, Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei-und ordnungsrechtlichen Handlung- svollmachten der Exekutive, in: VVDStRL 35, 221 ff./248.

174) Möller/Wilhelm, S.47; Wolff/Bachof III, S.71.

175) Lisken/Denninger, S.149.; Götz, S.122.

- 토지의 임차인에게 건축물의 개축을 명할 수는 없다.176)
- b) 위험방지의 긴급한 필요가 있는 경우에는 '현재하는 사람'(Anwesende)에게 '부재중인 사람'(Abwesende)보다 우선적으로 경찰권이 발동되어야 한다.177)
- c) 공동의 행위를 통해 경찰상 위험이 야기된 경우, 그 위험이 공동의 힘으로만 방지 할 수 있는 것일 때에는 그들 모두에게 동시에 경찰권이 발동되어야 한다.178)
- d) 새로운 위험을 야기하지 않는 조치가 새로운 위험을 야기하는 조치보다 먼저 취해져야 한다. 즉 다수의 경찰책임자 중 어느 1인에게 경찰권을 발동하는 것이 새로운 위험을 야기하게 되는 경우에는, 그에게 우선적으로 경찰권이 발동되어서는 아니 된다.179)
- 나) 必要性の原則(最小侵害의原則): 최소침해의 원칙이 다수의 경찰책임자간의 선택에 있어서도 통용되는지에 관해서는 다음과 같은 학설의 대립이 있다.
- a) 否定的見解: Ossenbühl은 「다수의 경찰책임자 중 누구에게 경찰권을 발동할 것인지를 결정함에 있어서도 필요성의 원칙이 적용된다고 하면, 그것은 결국 경찰은 한명의 경찰책임자를 확정하는 것으로 만족하여서는 아니되고, 가능한한 경찰책임자의總數(Gesamtzahl)를 조사하고 나아가서 그들간의 관계를 분명히 할 것이 요구된다는 결론에 달하게 되는 바, 과연 그 같은 요청이 경찰의 목적과 합치하는가가 의문시된다」라고 하여, 최소침해 원칙은 경찰책임자의 선택에 있어서는 커다란 의미를 갖지 못한다는 견해를 제시한 바 있다.180) 즉, 필요성의 원칙의 적용

176) Vgl. BVerwGE 31, 15 ff.

177) Vgl. Hessen VGH, DÖV 1987, 260 ff.

178) Gusy, S.180.

179) Gusy, S.180.

180) F. Ossenbühl(Fn. 4).. 471.

은 위협의 효과적 제거라는 경찰법의 의의 및 목적에 반한다는 것이다.

b) 肯定的 見解: Knemeyer는 「비례의 원칙은 모든 집행권의 작용에 적용되는 것이며, 따라서 개별적 영역에서 편의상 적용을 배제할 수는 없다」는 비난을 가하면서, 181) 최소침해의 원칙이 다수의 경찰책임자간의 선택에 있어서도 통용되어야 한다고 한다.

c) 私 見: 생각컨대, 위협방지라는 경찰과제의 효과적인 이행에 대해서 동일한 가능성이 있는 경우라면, 가장 적은 비용으로 위협을 제거할 수 있는 사람에게 위협방지를 위해서는 보다 많은 비용의 지출(손해)을 요하는 사람보다 우선적으로 경찰권이 발동되어야 할 것이다. 따라서 이 같은 의미에서 최소침해의 원칙은 다수의 경찰책임자간의 선택에 있어서도 나름대로 의미를 갖는다고 볼 수 있다. 182)

다) 狹義의 比例의 原則: 협의의 비례의 원칙은 다수책임자간의 선택에 있어서 중대한 의미를 갖는다. 동 원칙에 따르면 (예컨대, 토지 소유자에게 그 토지상의 항공교통의 위협을 수인하여야 할 의무가 부과되어 있는 것처럼) 법질서가 어느 한 사람에게 불가피한 수인 의무를 부과하고 있는 경우에는 그에게 경찰권을 발동하는 것은 허용되지 않는다. 183) 즉, 그 같은 경우에는 경찰책임이 수인의무자로부터 행위자에게 이전되며, 그 결과 항공교통으로 인한 위협이 현실적으로 발생하였을 때(예: 항공기의 추락, 저공비행으로 인한 손해 등) 경찰은 토지의 소유자가 상태책임자라는 것을 이유로 그에게 경찰권을 발동하여서는 아니된다. 184)

181) Knemeyer, S.148.

182) 同旨: Götz, S.122; Tettinger, S.97.

183) Vgl. BVerwG, DVBl., 1989, 522.

184) Gusy, S.181.

(3) 具體的 問題의 解決

1) 多數의 行爲責任者

다수의 행위책임자가 존재하는 경우에, 경찰행정청은 어떠한 방법이 위험을 가장 신속하고 효과적으로 방지하는지를 고려하여야 한다. 따라서 始原的(originäre) 責任者(심신장애자, 종업원 등)외에 附加的 責任者(감독책임자, 사용자 등)가 존재하는 경우에는 일반적으로 후자에게 경찰권을 발동하는 것이 재량권의 행사에 하자가 없는 것이 된다. 이는 예컨대, 어린이에 대한 조치는 위험방지에 전혀 적합하지 않으며, 종업원에게 경찰권을 발동하는 것보다 사용자에게 경찰권을 발동하는 것이 위험방지에 더욱 효과적일 수 있기 때문이다.¹⁸⁵⁾

2) 多數의 狀態責任者

다수의 상태책임자가 존재하는 경우에도 경찰행정청은 의무적합적 재량에 따라 소유권자 혹은 사실상의 지배권자에게만, 경우에 따라서는 양자 모두에게 경찰권을 발할 수 있으나,¹⁸⁶⁾ 일반적으로는 사실상의 지배권자를 발견하는 것이 쉽고, 또한 그에게 경찰권을 발동하는 것이 물건에 근거한 위험을 가장 신속하게 제거할 수 있다고 할 수 있다.¹⁸⁷⁾

3) 行爲責任과 狀態責任의 競合

甲이란 사람의 行爲責任과 乙이란 사람의 狀態責任이 경합하는 경우, 즉 甲의 行爲로 인하여 乙의 物件이 공공의 안녕·질서에 대한 위험이 되는 狀態에 빠지게 되는 경우(예: 유조차의 사고로 흘러 나온 기름이 인근 토지의 지하수를 오염시키는 경우)가 종종 있다. 종래의

185) Hamann, Bescheidtechnik, 1987, S.151 f.

186) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.303.

187) Möller/Wilhelm, S.48.

지배적인 견해는 이 같은 경우 「行爲責任이 狀態責任에 優先한다」는 원칙이 적용되어, 다른 결정은 재량권의 행사를 하자있게 만든다고 하였다. 188)

그러나 이 경우에 경찰이 누구에게 경찰권을 발동할 것인지를 결정함에 있어서는, 개별적인 경우의 모든 상황을 평가하여야만 할 것이므로 이런 원칙을 일괄적으로 적용할 수는 없다. 189) 특히 위에 든 예에서 행위책임이 상태책임에 우선한다는 원칙을 고집하게 되면 흘러나온 기름의 소유자로서 상태책임자인 석유회사 대신에 행위책임자인 가난한 운송회사직원인 유조차운전사가 경찰책임자로서 지하수의 오염을 방지하기 위하여 지출된 비용을 부담하여야 한다는 결론에 이르게 되는데, 이것은 타당하지 않다고 할 것이다. 190) 따라서 행위책임자에게 경찰권을 발동할 수 없거나 191) 행위책임자가 법적·사실적 및 재정적 관점에서 신속하고 효과적인 위험방지를 할 수 있다는 것이 보장되지 않을 경우 등에는 상태책임자가 행위책임자보다 우선하여 책임을 질 수도 있을 것이다. 192) 결국 이처럼 행위책임자와 상태책임자가 경합하는 경우에도 누구에게 경찰권을 발동할 것인가를 결정함

188) OVG Münster, DVBl. 1964, 683 ff.(684); OVG Münster, DVBl. 1971, 828 ff.; OVG Münster, DVBl. 1981, 841 ff.; VGH Kassel, NJW 1984, 1369 ff.

189) 同旨: Götz, S.123; Möller/Wilhelm, S.49; Reichert/Röber, S.156.

190) 물론 行爲責任者로서의 운전자와 狀態責任者로서의 토지소유자와의 관계에서는, 토지소유자는 단순한 상태책임자가 아니라 그의 소유권에 침해를 받은 희생자(Opfer)라는 점이 경찰의 재량결정에 있어서 상당히 중점적으로 고려되어야만 하므로 행위책임자인 운전자에게 우선적으로 경찰권이 발동되어야 할 것이다(Vgl. Götz, S.123).

191) 경찰행정청이 행위책임자(예: 사고자동차의 운전자)가 누구인지 알 수 없는 경우 및 기타 사실적인 이유로 위험방지를 위하여 행위책임자에게 경찰권을 발동할 수 없는 경우가 그 예이다.

192) Schenke, S.240. 관련판례로는 vgl. OVG Rh.Pf., DÖV 1984, 483 ff.(484); OVG NW, DÖV 1988, 87 f.

에 있어서는 比例의 原則에 의하여 제한을 받는 危險防止의 效率性을 기준으로 하는 것이 타당하다고 생각된다.193)

4) 소위 二重責任者(Doppelstörer)의 問題

사실상의 지배권자이기 때문에 상대책임을 부담하는 자가 동시에 행위책임자인 경우처럼 어떤 사람은 두 가지 관점에서 책임을 지고(즉, 소위 二重責任者이고), 이에 반하여 다른 사람은 오직 한 가지 관점에서만 책임을 지는 경우가 종종 있는 바, 이 같은 경우에도 危險防止의 效率性을 기준으로 경찰권발동의 대상을 결정하여야 할 것이다.

물론 二重責任者에게 경찰권을 발동하는 것이 대부분의 경우 재량권의 행사를 하자없게 만들지만, 그것은 그가 이중의 책임요건을 충족시키기 때문이 아니라 그가 위험에 가장 근접하여 있고, 따라서 그에게 경찰권을 발동하는 것이 위험을 가장 효율적으로 방지할 수 있기 때문이다.194)

(4) 費用償還請求의 問題

1) 問題의 提起

다수의 경찰책임자 중 누구에게 경찰권을 발동하여야 하는가에 관한 선택이 비례의 원칙과 위험방지의 효율성에 의해서도 결정되지 않을 때, 진정한 의미의 경찰의 의무적합적 선택재량이 존재한다고 할 수 있다. 이처럼 경찰의 선택재량이 제한을 받지 않는 경우, 그들 중에 어느 한사람에게 경찰권을 발동한다는 것은 그가 우선 위험제거의

193) Möller/Wilhelm, S.49; Schenke, S.102, 240; OVG NW, DVBl. 1971, 828 f.(829).

194) 同旨: Möller/Wilhelm, S.49. 이런 관점에서 Götz는 二重責任者라는 불필요한 개념을 사용하여 이들의 優先的 責任을 인정하는 것은 전혀 근거가 없다고 하고 있다(Vgl. Götz, S.122).

전 비용을 부담하여야 한다는 것을 의미한다. 따라서 사후적으로 다수의 경찰책임자간의 비용(부담)의 조절문제가 성립한다. 즉, 경찰이 다수의 경찰책임자중에서 오직 한 사람에게만 경찰권을 발동하였다면, 그 자가 내부관계에서 경찰권이 발동되지 않은 다른 경찰책임자에 대하여 費用償還請求(Ausgleichsanspruch)를 할 수 있는지의 여부가 다투어지고 있다. 이 같은 문제는 특히 재정적 부담이 아주 큰 경우에 (예: 소위 Altlasten¹⁹⁵)과 같은 환경에 대한 유해한 영향) 관계인들에게 중대한 의미를 가질 수 있다. 그럼에도 불구하고 실정법상 그에 관한 규율은 볼 수 없으며, 따라서 이 문제는 전적으로 학설과 판례에 맡겨져 있다고 할 수 있다.¹⁹⁶

2) 學說

①肯定說: 다수의 경찰책임자 중에서 어느 한 사람에게만 경찰권이 발동된 경우에는 그 자는 경찰권이 발동되지 않은 다른 경찰책임자에게 비용상환청구권을 행사할 수 있다는 견해로, 연대채무에 관한 민법 규정의 유추적용을 그의 근거로 들고 있다.¹⁹⁷

②否定說: 다수의 경찰책임자 중 어느 한 사람에게만 경찰권이 발동

195) Altlasten에 관해서는 후술참조.

196) 이 문제에 대해 자세한 것은 vgl. J. Petersen, Der gesamtschuldnerische Ausgleich bei einer Mehrheit polizeirechtlich verantwortlicher Personen, 1991.

197) Max J. Seibert, Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich im Polizei- und Ordnungsrecht, DÖV 1983, 964 ff.; R. Breuer, Altlasten als Bewährungsprobe der polizeilichen Gefahren und des Umweltschutzes - OVG Münster, NVwZ 1985, 355, JuS 1986, 359 ff.(364); Kloepfer/Thull, Der Lastenausgleich unter mehreren polizei- und ordnungsrechtlich Verantwortlichen, DVBl. 1121 ff. (1121); Klaus D. Wecker, Altlasten - eine Renaissance der polizeirechtlichen Gefahrenabwehr ?, NVwZ 1987, 781 f.; Friauf, S.138; Götz, S.124.

된 경우에 있어서 그 자는 경찰권이 발동되지 않은 다른 경찰책임자에 대하여 사무관리나 연대채무규정의 유추적용을 통한 비용상환청구권을 행사할 수 없다는 견해로, 198) 그의 근거로는 다음과 같은 것이 들어진다. 즉,

가) 사무관리 규정의 유추적용이 불가능하다는 논거: 이 경우에는 경찰권발동의 대상이 된 경찰책임자는 자신의 일을 하는 것이지 다른 경찰책임자의 사무를 대신 수행하는 것이 아니기 때문에 사무관리규정의 유추적용은 불가능하다. 199)

나) 연대채무 규정의 유추적용이 불가능하다는 논거: 상이한 법적 근거를 이유로 책임을 부담하는 다수의 경찰책임자는 경찰과의 관계에서 연대채무자로서 책임을 지는 것이 아니다. 200)

③折衷說: 비용상환문제를 다음과 같이 경우를 나누어 고찰할 필요가 있다고 주장하는 견해이다. 즉, 「㉠다수의 경찰책임자가 존재함에도 불구하고 그 중의 어느 한 사람이 위험방지를 위한 중요한 책임을 갖고 있어서 그에게 경찰권을 발동하는 것만이 재량권의 행사에 하자가 없는 것으로 인정되는 경우에는 그의 비용상환청구권이 부인되어야 할 것이나, ㉡이에 반하여 다수의 경찰책임자 중에서 누구에게 경찰권을 발동할 것인지가 행정청의 의사 여하에 달려있는 경우에는 민법의 연대채무에 관한 규정의 유추에 따른 비용상환청구가 인정되어야 할 것이다」라고 설명하는 견해가 그것이다. 그 논거로는, 특히 ②의

198) K. Willigmann, Gerichtskontrolle des polizeilichen Ermessens beim Zusammentreffen von Handlungs- und Zustandshaftung, 761 f.(762); Hans. J. Papier, Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht, NVwZ 1986, 256 ff.(263); Tettinger, S.97; BGH, NJW 1981, 2457 ff.

199) Hans J. Papier(Fn. 41), 263; Knemeyer, S.149.

200) Kohler-Gehrig, Der gesamtschuldnerische Innenausgleich zwischen Zustands- und Verhaltensstörer im Polizei- und Ordnungsrecht, NVwZ 1992, 1049 ff.

경우 그와 다른 결론을 인정하게 되면 위험방지를 위해 소요된 비용을 누가 부담할 것인가의 문제가 경찰기관의 순전히 우연한 선택에 의존하게 되어 - 평등의 원칙이란 관점에서 수궁하기 어려운 - 불합리한 결과가 야기되기 때문이라는 것이 들어진다.²⁰¹⁾

한편, 「다수의 교란자가 있는 경우 경찰처분의 상대방인 교란자는 경찰의 하자없는 재량행사에 따라 위험방지를 위한 광범위한 책임있는 자로 판단되었기 때문에 다른 교란자에게 상환청구를 할 수 없다고 볼 것이다. …… 그러나 경찰처분의 대상으로 정해진 것이 오로지 우연에 의한 것이라면 사정이 다를 것이다」라는 설명²⁰²⁾도 입장을 같이 하는 것으로 새겨진다.

3) 結 語

생각컨대, 부정설이 주장하고 있는 바와 같이 다수의 경찰책임자를 둘러싼 법률관계는 틀림없이 事務管理나 連帶債務關係와는 법적 성격을 달리하며, 또 다수의 책임자가 존재하지만 그 중의 어느 한 사람에게 경찰권을 발동하는 것만이 재량권의 행사에 하자가 없는 것으로 인정되는 경우까지도 비용상환청구를 인정할 필요는 없다고 새겨지므로 긍정설을 전면적으로 채용하기에는 무리가 따른다고 생각된다. 한편 다수의 경찰책임자 중 누구에게 경찰권을 발동할 것인지가 전적으로 행정청의 의사에 달려있는 경우에도 부정설에 따라 비용상환청구를 인정하지 않게 되면 평등의 원칙이란 관점에서 수궁하기 어려운 결론에 달하게 될 것이다. 따라서 절충설의 설명이 가장 타당하다고 생각된다.

201) 이상의 설명에 대해서는 vgl. Schenke, S.240.

202) 홍정선, 전제서, 276면.

2. 소위 Altlasten

(1) Altlasten의 意義

Altlasten이란 산업생산과 제 1·2차 세계대전이 환경에 미치는 유해한 영향에 근거하고 있는 토양과 지하수내의 유해물질을 말한다.²⁰³⁾ 한편 독일의 경우 Altlasten란 용어가 사용된 것은 그와 같은 危險源(Gefahrenquelle)이 폐기물처리법(1972.6.11), 수질관리법(1960.3.1) 등 환경관계법률들이 발효되기 이전에 발생해서, 동 법률들이 규정하고 있는 특별한 경찰책임이 적용되지 않았다는 사실에 기인한다.²⁰⁴⁾ 따라서 이처럼 현행 환경관계법률이 적용될 수 없는 경우에는 Altlasten에 관한 문제의 해결은 일반적인 警察秩序法에 근거할 수 밖에 없게 되는데, 이를 Altlasten이란 문제를 통한 경찰법의 예기치 않은 르네상스라고 한다.²⁰⁵⁾

(2) Altlasten과 관련된 法的 問題

Gusy가 지적하고 있는 것처럼 오늘날 Altlasten의 문제는 경찰법상의 거의 모든 문제와 관련이 있는데,²⁰⁶⁾ 특히 ①행위책임, ②상태책임의 범위 및 ③행정청이 발하는 허가가 갖는 소위 合法性效果(Legalisierungswirkung)와 관련된다.²⁰⁷⁾ 한편 Altlasten을 들

203) 이는 1980.3.26의 독일의 Nordrhein-Westfalen 식량·경제장관回覽에서 내린 定義인 바, 이에 관하여는 vgl. NRW MinBl. 1980, 769.

204) Götz, S.112.

205) R. Breuer, Altlasten als Bewährungsprobe der polizeilichen Gefahren und des Umweltschutzes, JuS 1986, 359 ff.(360). 이런 사정에 관하여는 vgl. Klaus D. Wecker, Altlasten - eine Renaissance der polizei-lichen Gefahrenabwehr, NVwZ 1987, 781 f.

206) Gusy, S.182.

207) 한편 Altlasten의 문제를 고찰함에 있어서는 그것이 중요한 環境問題일

러싼 이와 같은 문제에 대한 본격적인 논의의 발단은 1985.1.10의 뮌스터 상급행정법원(OVG Münster)의 決定²⁰⁸⁾에 기인한다고 할 수 있을 것이므로, 이하에서는 우선 동 결정에 관해 알아보도록 한다.

1) 1985.1.10의 뮌스터 上級行政法院의 決定

①事 案: 피청구인인 Dortmund시는 1965.12에 청구인인 Essen 석탄주식회사로부터 토지를 구입하였는 바, 그 토지에서는 1952년부터 1964년까지 석탄부수물인 암모니아, 타르, 벤졸을 얻기 위하여 코우크스제조영업이 행해졌었다. 그 지역이 광업법상의 감독을 받지 않게 되자 Dortmund市는 1979년에 그 지역내의 약 18ha정도를 建設基本計劃에서 주거전용지역으로 지정한 후에, 계획구역내의 몇몇 지역을 단독주택이나 공동주택의 건축주에게 매각하였다. 1984년 4월에 피청구인으로부터 계획구역내의 토양의 오염정도를 조사해 줄 것을 위탁받은 감정인은 그 주거지역이 유동성탄소화합물(DCPD, 벤졸 등)에 의해 심각하게 오염되었음을 확인하였다. 또한 그는 DCPD 등은 지표면에 방출되어 인근 주민의 건강에 유해한 영향을 미칠 수도 있다는 것을 확인 하였다. 그 후 피청구인은 청구인에게 오염이 심한 지역에 놓여 있는 토지로부터 DCPD 등이 방출되는 것을 저지할 것을 명하고, 그를 이행하지 않을 때에는 대집행을 할 것을 계고하였다.

②主 文: 제조과정에서 나오는 유독물질로 인하여 토양을 오염시키는 코우크스 영업은 광업법상의 감독이 해제되고 또한 토지가 매매된 후에도 여전히 위험의 방지를 위하여 경찰권 발동의 대상이 될 수 있다. 한편, 그 기업이 광업법상의 허가를 받아 영업행위를 하였다고 하

뿐만 아니라, 그와 관련된 (경찰)責任때문에 '投資障害'로 기능한다는 사실을 고려하여야 할 것이라는 점이 지적되고 있다(Vgl. Kloepfer/Kröger, Haftungsfreistellung für "Altlasten" in den neuen Bundesländern, DÖV 1991, 989 ff. 이 논문은 제목에서 보듯이, 특히 구 동독지역에서 서의 문제를 다루고 있다).

208) OVG Münster, NVwZ 1985, 355 ff.

여 처음부터 그와 같은 책임이 면제되는 것은 아니다. 또한 그 지역이 建設基本計劃에 따라 주거전용지역으로 지정된 것도 -매매의 시점에 의도되었던 공업지역으로 지정되지 않고- 원칙적으로 책임을 배제하는 것이 아니다.

2) 관련된 法的 問題의 解決

①行爲責任의 成立問題: 행위책임이 성립하기 위하여는 어떤 행위가 공법규범에 위반하고 그로 인하여 손해가 발생할 것을 필요로 하는 바, Altlasten의 경우 그 같은 법규범의 위반이라는 사실이 존재하지 않는다. 그 행위가 당시에 발급된 허가에 의하여 허용되는 경우에 특히 그러하다.²⁰⁹⁾ 즉, 허가를 받은 행위는 (그 허가가 폐지되지 않는 한) 위법성이 배제된다고 보아야 할 것이므로, Altlasten의 경우 행위책임의 성립이 문제가 되는 것이다.

②許可의 合法性效果의 문제: ①에서 지적한 것과 같은 문제점에도 불구하고 뮌스터 상급행정법원은 위의 결정 주문에서 보듯 광업법상의 허가를 받아 코우크스제조 영업행위를 한 Essen석탄주식회사의 행위책임을 인정하였다.²¹⁰⁾

이 같은 뮌스터 상급행정법원의 결정에 대하여는 상이한 평가가 행하여지고 있다. 즉, ①등 법원의 결정은 프로이센 상급행정법원과 연방행정법원에 의하여 발전되어 온 행정청의 허가가 갖는 '合法性效果'를 간과하였다는 비판이 있는가 하면,²¹¹⁾ ②허가가 갖는 合法性效果

209) 이 같은 문제는 일찍이 H. J. Papier에 의해 지적되었었다(H. J. Papier, Altlasten und polizeiliche Störerhaftung, DVBl. 1985, 873 ff).

210) Essen석탄주식회사는 더 이상 토지의 소유권자도, 그에 관한 處分權者도 아니므로 그에 대한 경찰책임을 인정한 것은 行爲責任을 인정한 것이 될 것이다(V. Götz, Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht(1984 bis 1987), NVwZ 1987, 858 ff.(861); Möller/Wilhelm, S.51).

果는 허가절차에 있어 허가권자가 예견·인식할 수 있었던 위험상황을 포함할 뿐이라고 하여 동 법원의 결정을 지지하는 견해도 있다. 212)

후자와 같은 이유에서 뮌스터 상급행정법원의 판지를 지지하고자 한다.

③狀態責任의 範圍의 問題: 경찰상의 위험이 오염된 토지에 근거하는 경우 행위책임자에게 경찰권을 발동할 수 없는 상태라면(예: 행위책임자가 파산했다거나, 아예 이제는 존재하지 않는 경우) Altlasten과 관련하여서도 상태책임의 문제가 발생한다. 즉, 경찰은 오염된 토지의 소유자 혹은 사실상의 지배권자가 Altlasten에 대한 상태책임자라는 것을 이유로 경찰권을 발동할 수 있게 된다. 213) 실제로 독일의 뮌헨 행정법원은 1979년에 설치된 화학공장 인근에 위치한 연립주택의 대지에 위험물질이 발견된 사건에서 그 대지를 구입한 부동산업자의 상태책임을 인정한 바 있다. 214)

이렇게 볼 때, 상태책임자는 어떤 사정에 의하여 위험이 발생하였는지와 상관없이 무제한의 책임을 지게 된다는 종래의 지배적 견해는 결국 Altlasten의 문제에 있어서도 그대로 유지되어 있다고 볼 것이다. 다만, 이처럼 극히 광범위한 상태책임의 범위를 제한하려는 시도가 행해지고 있다는 것에 관해서는 전술한 바 있는 바, 이 같은 논의를 Altlasten의 경우에 적용하여 “소유권자(혹은 사실상의 지배권자)가 오염을 야기하지도 않았고 그를 인식하지도 못하여서 단지 ‘犠牲

211) Hans J. Papier, Altlasten und polizeiliche Störerhaftung, 1985, S.29 f.

212) M. Kloepfer, Altlasten als Rechtsproblem, Rechtsgutachten, Maschinenschrift, 8. Aufl., 1985, S.41 f.

213) Gusy, S.183. 물론 이전의 소유자 등은 현재 물권적 지배권을 상실하였으므로 상태책임자가 될 수 없다(Bay. VGH, BayVBl 1986, 590, 594 f.).

214) VGH München, NVwZ 1986, 942. 동지판례: OVG Münster, DVBl. 1989, 1009.

者の地位'에 있는 경우에는 그의 상태책임이 배제될 수 있다"고 하는 견해도 나타나 있다는 것은 주목할 만하다.²¹⁵⁾

(3) 私見

1960년대 이후 성장일변도의 정책을 추구해 온 우리나라의 경우, 그 같은 정책의 폐해로서의 환경문제가 날로 심각해지고 있는 실정임에도 불구하고 그 같은 문제를 법적인 관점에서 어떻게 해결할 것인가는 아직 관심의 영역밖인 것 같다. 그러나 이 같은 문제가 표면화되는 것은 단지 시간상의 문제일 뿐이라고 생각되는 바, 이는 무엇보다도 입법적으로 해결함이 바람직하다고 여겨진다. 다만 법률의 효력불소급의 원칙상 그런 문제에 대한 입법적 해결을 내용으로 하는 법률이 제정된다고 하더라도, 그 법률이 동법의 제정전에 발생한 사항에 대해서는 적용될 수는 없을 것인 바, 바로 그 경우 독일에서의 Altlasten에 관한 논의가 많이 참고가 되리라고 생각한다.

V. 警察緊急權

1. 警察緊急權의 意義

경찰권은 경찰책임자에게만 발동될 수 있는 것이 원칙이다(警察責任의 原則). 그러나 예외적으로 '경찰상의 긴급상태'²¹⁶⁾하에서는 경찰은 경찰책임이 없는 자, 즉 非責任者(Nichtstörer)²¹⁷⁾에게도 경찰

215) A. Schink, Abfallrechtliche Probleme der Sanierung von Altlasten, DVBl. 1985, 1149 ff.; Hans J. Papier, Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht, NVwZ 1986, 256 ff.(263).

216) '경찰상의 긴급상태'란 경찰책임자에 대한 경찰권발동으로는 공공의 안녕질서에 대한 위험을 방지하기에 적당하지 않은 경우를 말한다(Schenke, S.243; Wolff/Bachof III, S.73).

권을 발동할 수 있는 바, 이 같은 경찰의 권한을 경찰긴급권이라고 한다.218)

2. 非責任者에 대한 警察權發動의 前提條件

전술한 바와 같이 긴급한 경우 非責任者에게 경찰권을 발동하는 것이 허용된다고는 하지만, 이 경우 그들은 자신의 행위에 의하여 위험 상황을 야기하지도 않고, 또한 위험상황에 대한 상태책임도 없다는 것이 고려되어야 한다. 따라서 그것은 경찰책임자에게 경찰권을 발동하는 경우보다 매우 엄격한 전제조건이 충족된 경우에만 가능하다.219) 이하에서는 非責任者에게 경찰권을 발동하기 위한 전제조건에 대하여 알아 보기로 한다.220)

(1) 現在하는 重大한 危險의 存在

1) 危險의 現在性(Gegenwärtigkeit)

非責任者에게 경찰권을 발하기 위하여는 현재하는 위험, 즉 목전에 급박한(unmittelbar bevorstehende) 위험이 존재하여야만 한다.221) 여기서 '目前에 急迫한 危險'이란 고도의 개연성을 가진 긴급

217) 비책임자에는 경찰책임자 이외의 모든 自然人과 法人이 포함된다. 그러나 국가기관은 그에 속하지 않는 바, 이는 그들은 職務援助의 방법으로 관여하기 때문이다(Gusy, S.186).

218) 이 문제에 관한 일본에서의 논의에 관하여는 vgl. 柳瀨 良幹, 警察責任, 警察研究, 25권 11호; 土屋 正三, 警察義務と警察緊急狀態, 警察研究 26권 1호; 東平 好史, 警察責任의 研究(一)·(二)完, 神戸法學, 16권 3·4호; 中谷 敬壽, 所謂警察責任について, 佐佐木博士還曆記念論文集 所收.

219) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.332; Friauf, S.244; Schenke, S.243; Gusy, S.186.

220) 물론 이들 전제조건은 重疊的으로 이해되어야 할 것이다(Möller/Wilhelm, S.53; Tettinger, S.102).

221) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.332; Friauf, S.244; Tettinger,

한 손해의 발생이 예견되는 상태를 말하며,²²²⁾ 따라서 목전에 급박한 위험은 ①손해발생의 시간적 근접성과 ②손해발생의 고도의 개연성을 그의 구성요소로 한다.

①時間的 近接性: 목전에 급박한 위험이 존재한다고 하기 위하여는 손해가 곧 발생할 것이라는 것이 예견되어 위험이 임박하여야 한다. 따라서 예견은 할 수 있지만 긴급하지 않은 위험은 이를 충족시키지 못한다.²²³⁾

②高度의 蓋然性: 목전에 급박한 위험의 존재를 인정하기 위하여서는 시간적 근접성외에 손해발생의 고도의 개연성이 요구된다.²²⁴⁾

2) 危險의 重大性(Erheblichkeit)

위험의 중대성은 예견되는 손해와 손해를 예방하기 위하여 침해되는 법익을 고려하여 판단되어야 한다.²²⁵⁾

(2) 다른 方法을 통한 危險防止가 不可能할 것

나아가서 경찰은 객관적으로 경찰책임자에게 경찰권을 발동하거나 자기 자신의 고유의 수단을 사용하여서는 장해 혹은 위험에 대처할 수 없을 때에만 非責任者에 대하여 경찰권을 발동할 수 있다. 즉, 非責任者에게 경찰권을 발동하는 것은 경찰의 최후의 수단이어야 한다.

1) 警察責任者에 대한 措置를 먼저 취할 것

非責任者에 대한 경찰권발동은 경찰책임자에게 경찰권을 발동하여서는 경찰상의 위험을 방지할 수 없을 때에만 허용된다. ①경찰책임자

S.102; Wolff/Bachof, S.74; 田上 穰治, 71項.

222) Vgl. BVerwGE 45, 51 ff.(58).

223) Vgl. Münster OVG 8, 239 ff.(240).

224) Vgl. BVerwGE 45, 51 ff.(58); OVG Saarlouis, DÖV 1973, 863 ff.(864).

225) Gusy, S.186 f.

가 도대체 존재하지 않을 때, ②경찰책임자에게 경찰권을 발동하는 것이 사실상 불가능할 때(예: 경찰책임자가 부재중이거나, 경찰책임자가 사실상 위험방지를 할 수 없을 때) 및 법적으로 불가능할 때(예: 경찰의 조치로 인하여 의도된 결과와 비례관계에 있지 않는 중대한 손해가 초래될 때,²²⁶⁾ 경찰의 조치로 인하여 공공의 안녕 및 질서에 대한 다른 종류의 위험이 초래될 경우²²⁷⁾) 등이 그러한 경우에 해당한다.

한편 경찰책임자가 그의 의무를 이행하지 않는다고 하여 경찰상의 긴급상태가 존재하는 것으로 판단하여 비책임자에 경찰권을 발동하여서는 아니되며, 그 경우에도 경찰은 非責任者에 대한 조치를 취하기 전에 먼저 경찰책임자에 대한 강제수단을 고려하여야 한다.²²⁸⁾ 예컨대 신고된 평화적 집회에 반대하는 폭력적 반대시위가 신고된 경우에 반대시위자에게 금지·해산을 명하기 전에는 반대시위로부터 발생하는 공공의 안녕·질서에 대한 위험을 방지하기 위하여 적법한 집회의 주최자에게 경찰권을 발동할 수는 없는 것이다.²²⁹⁾

2) 警察 自身の 固有한 手段을 먼저 취할 것

경찰책임자에 대한 조치가 불가능하거나 불충분하다고 하여 경찰이 非責任者에게 조치를 취할 수 있는 것은 아니다. 오히려 그 경우에도 경찰은 非責任者에게 경찰권을 발동하기에 앞서서 자신의 고유한 수단으로 위험을 제거할 수 있는지의 여부, 적시에 제거할 수 있는지의 여부를 확인하여야만 한다.

예컨대, 신고된 평화적 집회에 반대하는 폭력적 반대시위가 신고된 경우에 경찰이 집회의 장소를 반대시위자들을 보다 잘 차단할 수 있

226) VGH Bayern, DVBl. 1979, 737 ff.

227) Vgl. Pr.OVGE 78, 279 ff.(282); VGH Stuttgart, DÖV 1954, 221 f.

228) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.333.

229) Vgl. VGH BW, NVwZ 1987, 237 f.

는 인근 광장으로 이전시킴에 의하여 위험을 제거할 수 있다면 비책임자인 평화적 집회의 주최자 등에게 경찰권을 발동할 수는 없을 것이다.²³⁰⁾

(3) 期待可能性

1) 非責任者の 生命이나 健康을 해치지 않을 것

非責任者에 대한 경찰권의 발동은 그것이 그 자체로서 非責任者の 생명·신체 등에 대한 현저한 위험성을 갖고 있지 않을 때에만 가능하다. 따라서 심장병환자에게 심한 육체적 활동을 할 의무를 부과하여서는 안될 것이다.

2) 非責任者の 본래의 急迫한 業務를 妨害하는 것이 아닐 것

非責任者에 대한 경찰권의 발동은 그것이 비책임자의 다른 고차원의 의무의 이행에 장애를 가져오지 않을 때만 가능하다. 따라서 의사의 자동차를 압류함으로써 중환자에 대한 시급한 왕진을 저해하여서는 안된다.

위의 두가지 경우는 결국 期待可能性의 原則의 문제로 귀착된다고 할 수 있다.²³¹⁾

(4) 기 타

그 밖에 ①일시적·임시적 방편일 것, ②경찰권발동의 대상이 된 제3자가 입은 손실에 대한 보상이 행해질 것 등이 비책임자에 대한 경찰권발동의 요건으로 들어진다.

230) 이에 관하여는 vgl. OVG Saarlouis, JZ 1970, 283 ff.

231) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.335; Reichert/Röber, S.162.

(5) 法的 根據의 問題

1) 個別的 授權條項

우리나라에서는 非責任者에 대하여 경찰권을 발동하기 위하여서는 이하에서 설명하는 요건이 충족되는 외에, 반드시 별도의 법적 근거가 있어야 한다는 것이 강조되고 있다. 그리고 그 예로서 화재현장에 있는 자에 대한 소방종사명령을 발하기 위하여서는 소방법 제77조와 같은 근거규정이 필요하다는 것을 들고 있다.²³²⁾ 그러나 이 같은 개별적 수권조항이 존재하는 경우에는 아래에서 설명할 제 요건이 충족되었는지의 여부를 심사할 것도 없이 당연히 非責任者에 대한 경찰권발동이 인정되어야 할 것이므로, 그 같은 설명에는 찬동할 수 없다.

2) 概括的 授權條項

결국 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권발동을 인정하는 연구자들의 생각으로는, 개별적 수권조항이 없어도 조리상 인정되는 일정한 요건 하에서 非責任者에 대하여 경찰권을 발동할 수 있다고 생각된다. 위에서 논한 제 요건들도 바로 개괄적 수권조항에 근거하여 비책임자에게 경찰권을 발동하는 경우에 문제가 되는 것이다.

3. 權利救濟

비책임자는 경찰상 위험의 발생에 대한 책임이 없기 때문에 위험방지의 부담을 영원히 수인할 필요는 없으며, 따라서 비책임자에 대한 권리구제가 문제된다. 그 같은 권리구제의 수단으로는 結果除去의 請求와 損失補償의 請求가 고려될 수 있다.

232) 이상규, 신행정법론(하), 면 등.

(1) 結果除去의 請求

비책임자에 대한 긴급한 경찰처분은 그의 전제조건이 소멸하게 되면 폐지되어야만 한다. 그러나 처분의 폐지만으로는 비책임자에게 충분한 권리구제가 되지 못하는 경우가 있는 바(예: 경찰이 타인의 승용차를 압류하였다가 압류처분의 폐지후에도 반환하지 않는 경우), 이런 경우 비책임자는 結果除去請求權²³³⁾(Folgenbeseitigungsanspruch)을 행사하여 권리구제를 도모할 수 있다.

(2) 損失補償의 請求

원상회복이 불가능한 손실(예: 압류기간 중의 영업손실, 물건의 손괴 등)에 대해서는 비책임자는 행정청에 금전으로 손실보상을 해 줄 것을 청구할 수 있다.²³⁴⁾

第5節 警察權 發動의 限界

I. 警察公共의 原則

1. 意義

경찰공공의 원칙이란 경찰권은 '사회공공'의 안녕·질서를 유지하기 위해서만 발동될 수 있으며, 따라서 사회공공의 안녕질서와 직접적 관련이 없는 생활관계는 경찰권발동의 대상이 되지 않는다는 원칙을

233) 結果除去請求權 일반에 관해 자세한 것은 vgl. F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., 1991, S.258 ff.; 孟長燮, 行政上 結果除去請求權의 法理, 考試界, 1987. 10, 68면 이하; 金南辰, 554면 이하 등.

234) v. Mutius, Der "Störer" im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1983, 298 ff.(302).

말한다.

우리나라의 경우 이 같은 경찰공공의 원칙은 종래 경찰권의 남용으로 부터 국민을 보호하기 위하여 경찰권의 條理上의 限界를 淸정하기 위한 법원칙의 하나로 다루어 왔다.²³⁵⁾ 그러나 동 원칙의 내용 역시 경찰권발동의 요건을 예시적으로 설명해 주는 것으로 볼 수 있으므로, 본 보고서에서는 이를 경찰권 발동의 요건의 하나로 다루기로 하겠다.

2. 內 容

경찰공공의 원칙은 다시 사생활불가침의 원칙, 사주소불가침의 원칙, 민사관계불간섭의 원칙으로 나누어 볼 수 있다.²³⁶⁾

(1) 私生活不可侵의 原則

경찰은 사회공공의 질서와 직접 관계없는 개인의 사생활에 간섭할 수 없다는 원칙을 말하는 바, 여기서 '私生活'이란 일반사회생활과 직접 관계되지 아니하는 개인의 생활활동을 의미한다. 이 경우 경찰이 관여할 수 없는 사생활의 범위를 어떻게 정할 것인가가 문제시되는데, 이 문제는 결국 사회통념에 따라 결정될 수 밖에 없을 것이다.²³⁷⁾

다만, 개인의 사생활일지라도 그것이 동시에 공공의 안녕·질서에 대해 위해를 미치는 때에는 예외적으로 경찰권이 발동될 수 있다.²³⁸⁾

235) 강구철, 경찰권의 근거와 한계, 고시연구, 1991.9, 81면 이하; 김영훈, 경찰권의 근거와 한계, 사법행정, 1990.10, 51면 이하; 김도창(하), 335면 이하; 박윤혼(하), 306면 이하; 이상규(하), 269면 이하.

236) 이들 이외에 私經濟自由의 원칙을 더 드는 견해가 있으나(김도창(하), 336면), 사경제관계는 民事關係에 속하는 것으로 볼 수 있으므로 경찰공공의 원칙의 내용으로 사경제자유 원칙을 별도로 열거할 실익은 없다고 생각된다(同旨: 박윤혼(하), 307면; 이명구(원론), 647면; 이상규(하), 270면).

237) 田中 二郎, 新版 行政法(下), 弘文堂, 平成 3年, 58項; 김도창(하), 335면; 박윤혼(하), 307면.

238) 滿醉한 까닭에 자기의 생명·신체에 위해를 가할 염려가 있는 자를 경찰관

(2) 私住所不可侵의 原則

경찰은 사주소 내의 생활활동에 대해서는 관여할 수 없다는 원칙을 말하는 바, 이는 헌법상의 Privacy 보호의 요청을 경찰법상으로 확인한 것이라고 볼 수 있다.²³⁹⁾ 여기서 '私住所'란 일반사회와 직접적인 접촉이 없는 장소를 의미한다. 다만 흥행장·여관·음식점·역 등과 같이 일정한 조건하에 不特定多數人의 이용에 개방되어 있는 개인의 거주장소는 그 개방시간 중에는 공공의 안녕·질서에 대한 위험이 발생할 개연성이 높다고 할 수 있으므로, 그 시간 중에는 사주소에 속하지 않는다.

한편 사주소 내의 행위일지라도 그것이 공공의 안녕·질서에 대해 위해를 미치는 때에는(예: 외부로부터 觀望이 가능한 장소에서의 행위 등) 예외적으로 경찰권발동의 대상이 될 수 있다.

(3) 民事關係不干涉의 原則

개인의 재산권의 행사, 계약관계 등은 개인적 이해에 관계되는데 그치고 공공의 안녕·질서에 대한 위해가 발생할 개연성이 적은 영역이며, 또한 이러한 영역에서 일어나는 분쟁은 본래 민사소송의 방법으로 해결해야 할 성질의 것이다. 따라서 경찰권은 이에 관여할 수 없는 바, 이를 民事關係不干涉의 原則이라 한다.

다만 이러한 민사관계의 영역에 있어서도 법원에의 제소가 때를 놓칠 우려가 있거나, 사인의 자력구제 역시 충분치 않은 때²⁴⁰⁾가 있는 바, 이 경우에는 경찰권이 보충적으로 발동될 수 있다.

이 보호하는 것은 그 좋은 예가 될 것이다(경찰관직무집행법 제4조).

239) 小高 剛, 行政法各論, 有斐閣, 平成 2年, 19項; 田上 穰治, 68項.

240) 거액의 채무자가 외국으로 도피하려고 할 때 등이 그 좋은 예가 된다.

II. 警察比例의 原則

1. 警察比例의 原則(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)의 意義

(1) 成立背景

공공의 안녕·질서의 유지를 위하여 경찰이 개인의 권리를 침해할 필요가 있을 수 있다. 그러나 개인의 권리 또는 법질서에 의하여 보장된다. 따라서 양자의 조화를 위하여서는 경찰에게 개인의 권리를 침해할 권한은 인정되지만 이 경우 경찰은 그의 직무수행을 위하여 절대적으로 필요한 것 이외에는 행하지 않을 의무를 부담하게 된다고 해야 할 것인 바, 이것이 경찰비례의 원칙이다.²⁴¹⁾

(2) 警察比例原則의 意義

우리나라의 경우 종래 경찰비례의 원칙은 경찰권발동의 조건 및 정도에 관한 원칙이라고 설명되어져 왔다. 즉, 경찰비례의 원칙은 「경찰권은 사회공공의 안녕 질서의 유지상 목과할 수 없는 위해가 발행한 경우에(경찰권발동의 조건), 그의 유지를 위해 필요한 최소한도 내에서 발동되어야 한다(경찰권발동의 정도)는 것」을 그의 내용으로 하였다.²⁴²⁾ 그러나 그 두 가지 중 전자, 즉 '경찰권발동의 조건'에 관한 부분은 전술한 경찰권발동의 요건과 중복되며, 비례의 원칙의 본래의 의미와도 일치되지 않는다고 생각된다.

따라서 본 보고서에서는 경찰비례의 원칙을 종래와 같이 이해하지 않고, 그를 「경찰이 구체적인 행정목적 실현함에 있어서 그 목적과

241) 이러한 사정에 관해서는 vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.389.

242) 이상규, 신행정법론(하), 313면 이하 등.

수단간에는 합리적인 비례관계가 유지되어야 한다」는 의미로 이해하고자 한다(광의의 비례의 원칙). 한편 이를 過剩(措置)禁止의 原則(Übermaßverbort)이라고 한다.

2. 法的 根據 및 適用範圍

(1) 法的 根據

경찰비례의 원칙은 법치국가의 원리와 기본권 자체의 본질로부터 파생된 것으로, 243) 법치국가의 원리를 채택하고 있는 나라에서는 헌법차원의 법원칙으로서 성질과 효력을 갖는다. 244)

한편 우리나라의 경우 이 같은 내용을 가진 比例의 原則을 명문으로 인정하고 있는 법률은 존재하지 않는다. 다만 「이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다」라고 규정하고 있는 경찰관직무집행법 제1조제2항과 「국민의 모든 권리와 자유 …… 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며……」라고 규정하고 있는 헌법 제37조제2항을 비례의 원칙의 일표현으로 볼 수 있을 것이다. 245) 한편 경찰비례의 원칙은 개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우는 물론 개별적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우에도 적용된다. 이 점에서 개괄적 수권조항의 존재를 전제로 한 법원칙인 경찰공공의 원칙, 경찰책임의 원칙 등과 구별된다. 따라서 이들 원칙을 구체적인 경찰권발동에 관한 재량영역에 '일반적으로' 타당하다고 하는

243) Schenke, S.246; Tettinger, S.97.

244) M. Bullinger, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, JZ 1984, 1001 ff. 한편, 비례의 원칙이 헌법차원의 법원칙이라는 것에 대해서는 의문이 제기된 적도 있다(Vgl. H. Peters, Die Verfassungsmaßigkeit der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße, 1954, S.12 ff.).

245) 김남진 II, 262면 등.

견해²⁴⁶⁾는 의문시된다.

(2) (警察)比例의 原則의 適用範圍

비례의 원칙은 주로 경찰법에서 발전하였지만, 오늘날에는 행정의 활동영역 전부, 나아가서 입법활동 자체에도 적용된다고 이해되고 있다.²⁴⁷⁾ 그러나 경찰작용이 본래 국민의 자연법적 의무를 전제로 하고 또한 임기응변의 조치를 포함하는 성질상, 그것이 발동될 경우 및 정도에 관하여 법률의 규정이 명확하지 않은 경우가 많기 때문에 비례의 원칙의 적용은 여전히 경찰작용과 관련하여 특히 중요한 의미를 갖는다.²⁴⁸⁾

3. 警察比例의 原則의 內容

과잉금지의 원칙이라고도 불리우는 경찰비례의 원칙은 공공의 안녕·질서에 대한 위협의 방지를 목적으로 하는 경찰조치에 대한 가장 중요한 법적 한계를 이룬다.²⁴⁹⁾ 그것은 경찰에 의한 모든 조치에 적용되는 다음과 같은 3가지의 요소, 즉 ①적합성의 원칙(Geeignetheit), ②필요성의 원칙(Erforderlichkeit, 최소침해의 원칙), ③협비의 비례의 원칙(Verhältnismäßigkeit i.e.S., 상당성의 원칙)으로 이루어져 있다.

(1) 適合성의 原則

적합성의 원칙이란 경찰이 사용하는 수단은 공공의 안녕·질서에

246) 이상규(하), 268면 주 8).

247) Vgl. BVerfGE 15, 226 ff.(234); 17, 232 ff.(234); BVerwGE 5, 50 ff.(59); 9, 114 ff.; 26, 305 ff.(309).

248) Vgl. 田上 穰治, 74項.

249) G*tz, S.120; Schenke, S.246.

대한 위험을 방지하기에 적합하여만 한다는 것을 의미한다. 따라서 경찰의 조치는 공공의 안녕·질서에 대한 위험의 방지에 적합하고, 그를 시행하는 것이 사실적 혹은 법적으로 가능하여야 한다. 결국 ①경찰의 직무수행에 적합하지 않거나 무용한 조치, 250) ②사실적 혹은 법적으로 불가능한 조치²⁵¹⁾ 등은 적합성의 원칙에 반한다고 볼 수 있다.

만일 어떤 조치의 適合性 여부가 불확실한 경우에는 이미 알려져 있는 수단이나 이론에 비추어 그의 적합성 여부를 심사하여야만 하며, 그러한 심사가 행하여졌다면 적합성의 요건은 충족된 것으로 보아야 할 것이다.²⁵²⁾ 한편 이미 취해진 조치가 부적합함이 판명된 경우에는 경찰은 동 조치를 취소하여야만 하며, 이미 취해진 조치의 원상회복에 노력하여야 한다. 그리고 완전한 원상회복이 이루어질 수 없는 경우에는 관계기관은 최소한 이미 취해진 조치로 발생한 결과를 완화시키도록 힘써야 한다.²⁵³⁾

(2) 必要性の 原則

필요성의 원칙이란 경찰의 조치는 설정된 목적을 위해 필요한 것 이상으로 행해져서는 안된다는 것을 의미한다. 환언하면 공공의 안녕·질서의 유지라는 경찰목적에 달성할 수 있고 또한 그 목적달성에 적합한 다수의 조치가 있는 경우에는, 경찰은 그 중에서 공중과 경찰

250) 예컨대, 나룻배의 사공에게 단지 한 사람씩만 태우고 다니라는 부담을 내용으로 하는 경찰의 조치는 適合하지 못하다. 왜냐하면 나룻배의 운행으로부터 발생하는 위험은 단지 한 사람씩만 그를 이용하게 함으로써는 제거될 수 없고, 운행을 금지시킴으로써만 제거할 수 있기 때문이다.

251) 사실적으로 불가능한 조치의 예로는 이미 滅絶된 물건의 인도를 요구하는 것을 들 수 있으며, 법적으로 불가능한 조치의 예로는 賃借人에게 발하여진 건물의 철거처분((Vgl. OVG Lüneburg, AgrarR 1977, 241)을 들 수 있다.

252) BVerfGE 50, 334 ff.: 65, 55 ff.

253) Schenke, S.247; BVerfGE 50, 334 ff.(335): 56, 78 ff.: 65, 55 ff.

권발동의 대상이 되는 자에게 가장 적은 피해를 줄 것이라고 예견되는 조치를 선택하여야만 한다는 것을 말한다. 이런 의미에서 필요성의 원칙을 최소침해의 원칙(Grundsatz des geringsten Eingriffs)이라고도 한다.

최소침해의 원칙을 충족시켰는지의 여부는 조치의 방법, 기간의 계속(Dauer)²⁵⁴ 및 대상의 관점에서 파악되어야 한다.²⁵⁵ 따라서 소방도로의 입구에 위법하게 주차되어 있는 자동차를 그로부터 20여미터 떨어진 주차장에 주차시킬 수 있음에도 불구하고 경찰이 그를 차량보관소로 견인해 가는 것이나 공공시설의 사용료를 부과함에 있어서 사용자의 수익을 상회하는 정도의 사용료를 부과하는 것도 필요성의 원칙에 반하는 것이라고 할 수 있다.²⁵⁶

한편 독일의 경우에는, 이 같은 최소침해의 원칙에서 파생되는 당연한 법원리로서 경찰책임자 등에 의한 '代替手段의 提供'(Angebot des Austauschmittels)을 인정하고 있는데, 이것에 관하여는 후술하기로 한다.

(3) 狹義의 比例의 原則

협비의 비례의 원칙이란 어떤 조치가 설정된 행정목적의 실현에 적합하고 필요한 경우라고 하더라도 그 조치를 위함에 따른 불이익이 그것에 의해 초래되는 이익보다 큰 경우에는, 그 조치를 취해서는 안된다는 것을 말한다.²⁵⁷ “경찰은 大砲로 참새를 쏘아서는 안된다”라

254) 따라서 목적달성을 위하여 필요한 기간보다 더 장기간의 조치가 행하여 졌다면 그 조치는 필요성의 원칙에 반하는 것으로 보아야 할 것이다(Vgl. Möller/Wilhelm, S.63; Schenke, S.248).

255) Reichert/Röber, S.126.

256) Vgl. BVerfGE 20, 257 ff.; BVerwGE 26, 308 ff. 이오 같이 公共施設의 사용료는 사용자의 受益에 비례하여야 한다는 것을 특히 '公租法에 있어서의 相當性의 原則'(Grundsatz der Adäquanz im Gebührenrecht)라고 한다.

는 法諺으로 대변되는 이 원칙은 相當性의 原則(Grundsatz der Angemessenheit)이라고도 하는 바, 그것은 경찰은 그의 직무인 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협의 방지를 필요한 모든 수단에 의해, 즉 어떤 희생을 치르더라도 행해야 되는 것은 아니라는 것을 의미한다.258)

이와 같이 협의의 비례의 원칙의 적용에 있어 요구되어지는 이익형량을 함에 있어서는, 특히 그때 그때에 위협을 받는 保護法益의 價値(效果)와 경찰의 개입으로 인하여 경찰책임자 또는 공중에게 발생할 것이 예견되는 損害(不利益)의 重要度 및 損害發生의 蓋然性의 정도가 고려되어야만 한다.259) 그 결과, 그때 그때 위협을 받는 보호법익보다 더 고차원의 이익이 존재하는 경우에는 경찰의 개입이 부적당한 것으로 간주될 수도 있다. 한편 독일의 경우 불법주차된 자동차를 강제적으로 견인하는 것이 협의의 비례의 원칙에 합치하는지의 여부가 다투어져 왔는데, 불법주차가 실제로 교통상의 장애를 발생시키지 않았음에도 불구하고 경찰이 강제로 불법주차된 자동차를 견인하였다면, 그것은 협의의 비례의 원칙을 위반한 것이 될 수도 있다.260)

257) Vgl. 大判 1982.9.28, 82 누 스.

258) Götz, S.123.

259) R. Jahn, Präventiv-polizeiliche Abschleppmaßnahmen bei illegalem Gehwegparken, VG Würzburg, NVwZ - RR 1989, 138, JuS 1989, 969 ff.(971); Friauf, S.226; Möller/Wilhelm, S.64.

260) Vgl. Schenke, S.249; OVG Münster, MDR 1980, 874 ff.; 반대의 입장으로는 vgl. OVG Münster, MDR 1982, 1048 f. 한편, 근자에 독일의 연방행정법원은 그 나라의 교통상황을 고려하여 주차시간이 3시간을 넘어선 경우에는, 일반적으로 비례의 원칙에 반하는 것이 아니라고 판시하였는 바(BVerwG, DVBl. 1983, 1066 f.), 이러한 문제에 관하여 자세한 것은 vgl. D. Kottmann, Das Abschleppen von Fahrzeugen, DÖV 1983, 493 ff.; R. Jahn(Fn. 79), a.a.O., 969 ff.

(4) 受範者의 代替手段의 提供

위험방지를 위한 다수의 수단이 고려되는 경우에는 경찰은 그 중의 한 수단을 결정하면 충분하다. 그러나 경찰책임자는 자신에게 부과된 위험방지를 위한 수단대신에 다른 수단을 사용하여 줄 것을 청구할 수 있다. 물론 그것이 원래 경찰이 의도하였던 결과를 얻기에 적합하고, 공중에게 더 많은 부담이 과해지지 않는 경우에만 그러하다.²⁶¹⁾ 이처럼 신청된 수단이 명령된 것만큼이나 효과적이고, 또한 그것이 명령된 것보다 공중에게 많은 부담을 과하지 않는다면 그것은 허가되어야 한다. 따라서 제공된 효과적인 대체수단의 거절은 경찰처분을 위법하게 만들 수도 있다.²⁶²⁾ 한편 경찰상 조치의 수범자는 경찰이 비례의 원칙에 반한다고 생각하여 요구하지 않은, 즉 객관적으로 보아 수범자에게 原案(경찰이 명한 조치)보다 더 강도의 부담을 과하는 수단을 제공 할 수도 있는 바, 이 경우에도 수범자의 의사가 존중되어야 한다고 새겨지고 있다.²⁶³⁾ 예컨대 가옥의 소유권자는 경찰의 철거명령대신에 붕괴의 위험이 있는 건물을 많은 비용을 들여 재축할 것을 신청할 수 있다.²⁶⁴⁾

한편, 위와 같은 대체수단의 제공신청은 처분의 시행을 위하여 수범자 등에게 허용된 기일내에서만 가능하다. 그와 같은 기일이 정하여지지 않은 경우에는 처분이 불가쟁력을 발생하기 전까지, 즉 당해 처분에 대하여 행정쟁송을 제기할 수 있을 때까지만 그와 같은 신청이 가능하다.²⁶⁵⁾

261) Friauf, S.226; Götz, S.122 f.; Tettinger, S.98.

262) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.428; Schenke, S.248.

263) Götz, S.123; Schenke, S.248; Schenke, S.98. 金南辰, 前掲書(註6), 81면.

264) Tettinger, S.98. 한편 사안에 관하여 자세한 것은 Vgl. OVG Münster, DÖV 1962, 617.

265) Möller/Wilhelm, S.65. 이에 반하여 경찰처분이 強制執行될 때까지는 代替手段의 提供이 가능한 것으로 보는 견해도 있다(Schenke, S.248;

第3章 警察作用法の 現況

경찰관련법은 일반적으로 경찰에 관한 사항을 규율하고 있는 법이 외에 각 행정청이 담당하고 있는 특별한 경찰작용에 관한 법을 포함할 때 이루 헤아릴 수 없을 만큼 많으나, 크게는 경찰조직법과 경찰작용법으로 구분할 수 있다.²⁶⁶⁾

第1節 警察組織法

경찰조직법은 경찰업무를 집행하는 행정기관의 구성 및 관할, 경찰관청상호간의 관계, 경찰행정의 감독 등을 규율하는 법규를 말한다. 이러한 경찰조직법으로는 정부조직법, 경찰법, 경찰공무원법, 전투경찰대설치법 등이 있다.

경찰조직과 관련하여 경찰행정청 상하간의 관계, 경찰행정청과 일반행정청과의 업무분장, 국가경찰이외에 지방경찰의 설치문제 등 많은 문제가 있으나, 본 연구에서는 경찰작용법만을 고찰대상으로 하므로 경찰조직관련법에 대하여는 간단하게 살펴 보기로 한다.

법 률 명	제정년월일	주 요 내 용
경찰법	1991. 5.31.	- 경찰의 기본조직 및 직무범위 기타 필요한 사항을 규정(제1조) - 경찰위원회, 경찰청, 지방경찰, 해양경찰, 경찰공무원에 관한 사항

OVG Bremen, DÖV 1986, 704 ff.(705).

266) 경찰관련법을 경찰조직법, 경찰공무원법, 경찰작용법의 세가지 유형으로 구분하는 견해도 있다(이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구 1990.2, 92면).

第3章 警察作用法の 現況

경찰대학설치법	1979.12.28.	- 국가치안부문에 종사할 경찰간부가될 자에게 학술을 연마하고 심신을 단련 시키기 위하여 경찰청장소속하에 경찰대학을 둠(제1조)
전투경찰대설치법	1970.12.31.	- 간첩의 침투거부·체포·섬멸 기타의 대간첩작전을 수행하고 치안업무를 보조하기 위하여 지방경찰청장 및 대통령령이 정하는 경찰기관의 장소속하에 전투경찰대를 둠(제1조)
경찰공무원법	1982.12.31.	- 경찰공무원의 책임 및 직무의 중요성과 신분 및 근무조건이 특수성에 비추어 그 임용·교육훈련·복무·신분보장 등에 관하여 국가공무원법에 대한 특례를 규정함(제1조)

第2節 警察作用法

경찰작용법은 경찰행정의 내용을 규율하는 법규로서 경찰행정상의 법률관계의 성립, 변경, 소멸에 관련된 모든 법규를 말하며, 경찰의 직무, 경찰권발동의 근거와 한계, 경찰책임, 각종 경찰상 처분, 경찰강제 등을 규율하고 있다. 경찰작용에 관한 일반법으로서는 경찰관직무집행법이 있으며, 그 밖에 경찰직무응원법, 청원경찰법, 용역경비업법, 집회및시위에관한법률, 도로교통법, 경범죄처벌법, 미성년자보호법, 풍속영업의규제에관한법률 등 각종 경찰관련 개별법이 있으며, 그 밖에 식품위생법, 의료법, 전염병예방법 등 개별법상 경찰관련규정이 있다.

I. 一般法

경찰관련법 가운데 일반법적인 기능을 하는 것이 경찰관직무집행법²⁶⁷⁾이다. 즉, 경찰관직무집행법은 개별 경찰작용의 기본원칙과 한계에 관한 통칙적인 규정을 담고 있는 일반법적 성격을 지닌다. 그러나 경찰작용법을 이와 같이 경찰작용의 일반법으로 보는 데 대하여는 찬반양론이 서로 대립하고 있다.

다수설은 경찰관직무집행법을 모든 경찰작용에 대한 일반법으로 파악하지 않고 경찰작용의 하나인 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로 보고 있다. 즉, 경찰작용은 경찰목적에 위하여 개인의 신체나 재산에 실력을 가하여 경찰상 필요한 목적을 달성하는 사실상의 작용과 경찰허가나 경찰명령과 같은 행정행위로 크게 나누어진다. 이 가운데 경찰상의 사실작용은 경찰상의 의무불이행에 대하여 강제적으로 의무를 이행시키거나 이행한 것과 동일한 상태를 실현시키는 “경찰상의 강제집행”과 현재의 급박한 장애를 제거하기 위하여 경찰의무를 명할 시간적 여유가 없거나 성질상 의무를 명하여서는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 경찰상 필요한 상태를 실현시키는 “경찰상의 즉시강제”로 구분된다. 이 가운데 강제집행에 관한 일반법으로 행정대집행법이 있고, 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로 경찰관직무집행법이 있다고 한다.²⁶⁸⁾

그러나 이에 대하여 경찰관직무집행법이 경찰상의 즉시강제에 대한

267) 동법은 1948년에 제정된 일본의 경찰관직무집행법을 거의 그대로 계수하여 1953년 12월 14일 법률 제299호, 전문 9개조로 제정·공포되었으며, 그후 1981년 4월 13일 법률 제3427호, 전문13개조로 전문개정되고, 그후 3차에 걸쳐 부분개정되어 시행되고 있다.

268) 김도창, 일반행정법론(하), 1993, 340면; 박윤훈, 최신행정법강의(하), 1996, 336면.

일반법적 성격이 있다는 점을 긍정하면서도, 동법에 의한 경찰의 직무행위의 전부가 즉시강제가 아니라 그 밖에 의사작용과 사실행위가 결합된 의미의 합성적 행정행위, 의사작용만으로서의 행정행위, 순수 사실행위, 직접강제 등 여러가지가 있으며, 따라서 동법은 여러가지의 경찰의 전형적 직무행위에 관한 근거법으로서의 성질을 가진다고 한다.²⁶⁹⁾ 즉, 경찰에 의한 수상한 자에 대한 정지명령(동법 제3조제1항), 위험발생방지를 위한 경고, 범죄예방을 위한 경고(제6조제1항) 등은 의사작용으로서의 행정행위로서의 성질을 가지며, 위험발생방지를 위한 억류·피난조치(제5조제1항), 범죄의 제지(제6조제1항) 등은 합성적 행정행위로 볼 수 있다고 한다. 그리고 흉기등의 조사(제3조제4항), 미아 등의 보호(제4조제1항)등은 순수 사실행위로 볼 수 있으며, 위험발생방지를 위한 가택출입(제7조), 무기사용(제11조) 등은 대집행 또는 직접강제, 또는 급박한 경우에 계고 등 절차를 거침이 없이 대집행 또는 직접강제에 상당하는 강제조치를 할 수 있다는 의미에서의 즉시강제로서의 성질을 지닌다는 것이다.²⁷⁰⁾

결론적으로 경찰관직무집행법상의 강제수단은 모두 즉시강제로 보기에는 문제가 있고 그 법적 성질은 개별 조치에 대한 규정을 구체적으로 분석하여 파악하여야 한다. 그리고 경찰관직무집행법이 비록 미흡하지만 경찰상의 강제수단 이외에 경찰권행사의 목적과 한계, 직무의 범위 등 경찰작용의 일반적 사항도 아울러 규정하고 있으므로 이를 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로만 보는 것은 문제가 있다고 본다. 따라서 경찰관직무집행법은 경찰작용에 관한 일반법으로 볼 수 있다. 그러나 경찰작용에 관한 일반법으로서 제대로 기능하기에는 전체적인 체계나 규율사항 등에 있어서 많은 문제점을 내포하고 있으므로 이에 대한 근본적인 보완책이 필요하다.²⁷¹⁾

269) 김남진, 행정법Ⅱ, 1996, 268면; 동, 앞의 논문, 91~92면.

270) 김남진, 앞의 논문, 92면.

271) 이에 대하여는 경찰작용법제의 문제점에서 구체적으로 살펴 보기로 한다.

II. 警察作用關聯 個別法

여기에서 경찰작용관련 개별법이란 경찰관직무집행법 이외에 직접 경찰이 관할권을 가지고 경찰작용을 행하는 근거가 되는 법을 말한다. 이러한 경찰관련 개별법으로는 경찰직무응원법, 집회및시위에관한법률, 용역경비업법, 청원경찰법, 수난구호법, 사격및사격장단속법, 총포·도검·화약류등단속법, 전당포영업법, 미성년 보호법, 사행행위등규제및처벌특례법, 풍속영업의규제에관한법률, 도로교통법, 통사고처리특례법 등이 있다. 그 구체적인 내용은 이하의 표와 같다.

법 른 명	제정년월일	주 요 내 용
경찰직무응원법	1955. 6.30 (1991. 5.30)	<ul style="list-style-type: none"> - 지방경찰청장은 돌발사태의 진압 또는 공공질서가 교란되었거나 교란될 우려가 현저한 지역의 경비에 있어서 그 소관경찰력으로는 이를 감당하기 곤란하다고 인정하는 경우 응원을 받기 위하여 다른 지방경찰서장에게 경찰관의 파견을 요구할 수 있음(제1조). - 경찰관으로써 기동대편성, 타 지역 파견(제4조 내지 제7조). - 파견된 경찰관과 기동대는 파견목적 이외의 직무를 행할 수 없음(제8조).
집회및시위에관한법률	1989. 3.29 (전문개정) (1991.11.30)	<ul style="list-style-type: none"> - 적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리를 보장하고 공공의 안녕질서가 작절히 조화되도록 함(제1조).

第3章 警察作用法の 現況

		<ul style="list-style-type: none"> - 집회 및 시위의 관할경찰서장예의 신고제(제6조) - 집회 및 시위에 대한 관할 경찰서장의 해산명령(제18조)
용역경비업법	1976.12.31 (1991. 5.31)	<ul style="list-style-type: none"> - 용역경비업체의 자격을 법인으로 제한(제3조) - 용역경비업에 대한 지방경찰서장으로 부터의 허가제(제4조)
청원경찰법	1973.12.31 (전문개정) (1991. 5.31)	<ul style="list-style-type: none"> - 청원경찰은 請願主와 배치된 기관·시설 또는 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역 내에 한하여 경찰관직무집행법에 의한 경찰관의 직무를 행함(제3조). - 청원경찰배치(제4조), 임용(제5조), 경비(제6조), 제복착용과 무기휴대(제8조), 배치의 중지(제9조), 해산명령(제9조의2), 직권남용금지(제10조)
수난구호법	1994.12.22 (전문개정) (1995. 7.18)	<ul style="list-style-type: none"> - 조난된 사람과 선박 등의 수색·구조 및 보호, 해상에 있어서의 수색및구조에관한협약의 내용을 수용함으로써 조난사고로부터 인명과 재산의 보전에 이바지함(제1조). - 수난대비계획(제4, 5조), 수난구호활동(제3장), 구난통산(제4장), 구호업무(제5장), 표류물 및 침몰품의 처리(제6장) - 해상에서의 수난구호는 해양경찰서장, 하천에서의 수난구호는 소방서장관할
사격및사격장단속법	1980. 1. 4 (전문개정)	<ul style="list-style-type: none"> - 사격과 사격장을 단속하여 공안상의 위해를 미연에 방지함(제1조).

	(1995.12. 6)	- 사격장설치시 경찰서장에의 허가(제6조), 사격장설치제한(제8조), 총기 등의 대여(제12조), 사격제한(제13조)
총포·도검·화약류등단속법	1984. 8 .4 (전문개정) 1995.12. 6	- 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석공의 제조·거래·소지·사용 그밖의 취급에 관한 사항을 규제하여 이로 인한 위험과 재해를 미리 방지함으로써 공공의 안전을 유지함(제1조). - 위 제조업에 대한 경찰청장의 허가제(제4조), 위 판매업에 대한 지방경찰청장의 허가제(제6조), 위 수출입에 대한 경찰청장의 허가제(제9조) - 소지의 금지(제10조), 소지허가(제12조), 휴대·운반·사용 및 개조제한(제17조), 화약류의 사용, 폐기(제18조 내지 제20조), 관리(제4장), 감독(제5장), 총포·화약안전기술협회(제6장)
전당포영업법	1961.11. 1 (1995.12.30)	- 전당포영업에 대한 경찰서장의 허가제(제2조),출입 및 조사(제26조)
미성년자보호법	1961.12.13 (1995.12. 6)	- 미성년자의 흡연·음주 및 선량한 풍속을 해하는 행위를 금지하고 미성년자보호에 필요한 사항을 규정(제1조). - 금지사항(제2조), 불량만화등의 판매금지(제2조의2),영업자의 의무(제4조), 담배 또는 주류 등에 대한 경찰서장의 조치(제5조)
사행행위등처벌특례법	1991. 3. 8 (전문개정) (1994. 8. 3)	- 과도한 사행심의 유발을 방지하고 선량한 풍속을 유지하기 위하여 사행행위관련영업의 지도와 규제 및 사행행

第3章 警察作用法の 現況

		<p>위관련영업외의 사행성 기계·기구 등으로 사행행위를 하게하는 자에 대하여 처벌특례에 간한 사항을 규정함(제1조).</p> <ul style="list-style-type: none"> - 사행행위영업(제2장), 사행기구의 제조, 판매등(제3장), 영업자 등에 대한 지도, 감독(제4장), 사행행위영업 관련 단체(제5장)
<p>풍속영업의규제에관한법률</p>	<p>1991. 3. 8</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 풍속영업을 영위하는 장소에서의 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해하는 행위 등을 규제하여 미풍양속의 보존과 청소년의 보호에 이바지함(제1조). - 풍속영업자의 준수사항(제2조), 풍속영업에 대한 경찰서장예의 신고제(제5조), 위반사항 등의 통보(제6조)
<p>도로교통법</p>	<p>1984.8.4 (전문개정) (1995.12.29)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 도로상에서 일어나는 교통에 대한 모든 위험과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함(제1조). - 지방경찰청장의 통행의 금지 및 제한(제5조), 혼잡완화조치(제7조) - 보행자의 통행방법(제2장) - 車馬의 통행방법(제3장) - 운전자 및 고용주 등의 의무(제4장) - 고속도로 등에 있어서의 특례(제5장) - 도로의 사용(제6장) - 운전면허(제7장) - 국제운전면허증(제8장) - 도로교통안전협회(제9장)

Ⅲ. 個別法上の 警察關聯 規定

경찰목적은 경찰에 의하여 수행되는 것이 아니라, 개별법상의 특별수권에 의하여 그 밖의 행정청에 의하여도 이루어 진다. 이러한 경우는 공공의 안녕과 질서를 위한 위험방지라는 일반적인 경찰목적 이외에 영업, 건강, 환경보호, 교통 등 특별한 행정목적을 위한 경찰기능이 주 목적이다. 경찰목적이 이러한 개별법에 의하여 규율되는 경우에는 일반경찰법의 규정이 적용되지 아니한다.

이와같이 경찰이외에 타 행정청이 관장하는 경찰작용은 특히 질서유지행정이라 하여 경찰행정과 구분하는 학자도 있다. 이러한 타 행정청에 의한 질서유지행정은 실질적 의미의 경찰개념으로 파악하여 경찰의 개념범주에 포함시키는 것이 일반적이다.

타 행정청에 의한 질서유지행정의 수단은 하명, 허가, 강제집행 등의 수단에 의하여 이루어 진다.

1. 環境警察

환경보호와 관련하여 행해지는 경찰규제를 내용으로 담고있는 법률은 자연환경보전법, 소음·진동규제법, 수질환경보전법, 먹는물관리법, 토양환경보전법, 유해화학물질관리법, 대기환경보전법, 해양오염방지법, 폐기물관리법, 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 등이 있다.

법 른 명	관 할 청	규 정 사 항
자연환경보전법	환경부장관	- 자연환경보호지역내에서의 위법행위에 대한 중지 또는 원상회복명령(제24조) - 보호구역내에의 출입제한(제25조) - 야생동·식물에 대한 수거처분 및 반송(제27조의2)

먹는물관리법	환경부장관 환경부장관 및 시·도지사	<ul style="list-style-type: none"> - 먹는샘물제조업을 위한 수원개발허가 (제9조) - 먹는 샘물이외 물등에 대한 판매금지 (제16조) - 먹는샘물제조업의 허가제(제18조), 영업허가의 제한(제21조) - 먹는샘물제조업종사자에 대한 건강진단(제26조) - 먹는물관련영업자에 대한 지도 및 개선명령(제36조), 원상복구명령(제37조), 폐쇄조치(제38조), 폐기처분(제39조), 허가의 취소(제40조), 과징금 처분(제43조)
토양환경보전법	시·도지사	<ul style="list-style-type: none"> - 토양오염유발시설에 대한 신고제(제11조) - 토양오염유발시설 설치자에 대한 시정 등의 조치(제12조) - 토지이용 등의 제한(제20조)
유해화학물질관리법	환경부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 화학물질제조·수입의 신고(제6조) - 유독물영업자의 등록제(제10조) - 유독물품목의 등록제(제12조) - 특정유독물의 제조금지(제13조) - 과징금처분(제15조의2), 개선명령(제16조), 이전명령(제17조) - 유독물의 판매 및 공여의 제한(제22조) - 특정유독물의 사용허가제(제23조) - 환각물질의 흡입 등의 금지(제26조)
대기환경보전법	환경부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 대기오염물질배출시설의 허가제(제10조) - 배출시설에 대한 개선명령(제16조), 조업정지명령(제17조), 시설의 이전 명

第3章 警察作用法の 現況

		<p>령(제18조), 배출부과금(제19조), 허가 의 취소(제 20조), 위법시설에 대한 폐쇄조치(제21조)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 연료의 제조·사용등의 규제(제27조) - 飛散먼지에 대한 규제(제28조) - 운행차의 개선명령(제38조) - 자동차연료, 첨가제의 규제(제41조) - 첨가제에 대한 등록제(제42조)
<p>해양오염방지법</p>	<p>해양관리청</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 오염원인자에 대한 해양수질개선조치 (제4조의5) - 선박으로부터의 기름배출금지(제5조) - 물밸러스트, 기름의 적재제한(제7조) - 선박안의 유성혼합물 및 폐유의 처리 (제8조) - 선박으로부터의 유해액체물질의 배출 금지(제11조) - 선박으로부터의 미평가액체물질의 배 출규제(제14조) - 선박으로부터의 포장유해물질의 배출 금지(제15조의3) - 선박으로부터의 폐기물의 배출금지(제 16조) - 부적합선박에 대한 조치명령(제29조) - 해양시설로부터 기름·유해액체물질· 폐기물의 배출금지(제34조) - 방제·청소업의 등록제(제37조) - 수거된 기름등 폐기물의 처리(제40조) - 대량의 기름등 폐기물이 배출되는 경 우의 신고(제47조) - 기름등 폐기물이 배출되는 경우의 방 제조치(제48조) - 기름 등 폐기물이 배출될 우려가 있 는 경우의 조치(제48조의2)

폐기물관리법	환경부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 폐기물의 投棄禁止(제7조) - 폐기물처리업의 허가제(제26조) - 폐기물의 수입제한(제44조) - 폐기물처리에 대한 조치명령(제45조) - 대집행(제46조) - 폐기물처리시설의 사후관리이행보증금 제도(제48조)
오수·분뇨및축산폐수의처리에 관한법률	<p>환경부장관</p> <p>시장·군수·구청장</p> <p>환경부장관</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 특정공산품의 사용제한(제17조) - 축산폐수배출시설에 대한 설치허가(제24조) - 배출부과금제도(제29조) - 일정한 지역에 대한 가축사육의 제한(제34조) - 분뇨처리관련영업의 허가제(제35조) - 정화조제조업의 등록제(제39조)
산림법	<p>시·도지사 지방산림관리청장</p> <p>시장, 군수 지방산림청장</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 임산물의 사용제한(제54조) - 보안림의 지정(제56조) - 보안림의 해제(제57조) - 보안림안에서의 행위제한(제62조) - 입목벌채 등의 허가, 신고제(제90조) - 채석허가(제90조의2) - 부정임산물의 몰수(제93조) - 입산통제구역의 지정(제97조) - 입산신고(제98조) - 산불예방을 위한 조치(제100조) - 산불예방을 위한 금지행위(제100조의2) - 주민동원명령 및 진화(제102조) - 병충해의 구제예방(제103조)

第3章 警察作用法の 現況

화전정리에 관한 법률	도지사	<ul style="list-style-type: none"> - 화전의 신고(제4조) - 화전정리사후관리(제17조)
조수보호및수렵에 관한 법률	<p>시장, 군수</p> <p>시·도지사 산림청장</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 조수보호구(제4조) - 수렵면허제(제7조) - 수렵조수의 제한(제12조) - 수렵장의 제한(제13조) - 수렵금지장소(제17조) - 총기사용수렵의 제한(제18조) - 타인의 점유지안에서의 수렵제한(제19조) - 위험한 방법에 의한 수렵금지(제20조) - 조수의 학대행위금지(제20조의2) - 특별한 목적을 위한 포획허가(제21조) - 인공사육허가(제22조) - 박제업자의 등록제(제23조) - 불법포획조수(제24조) - 조수수출입허가제(제25조) - 멸종위기에 처한 조수의 수출입허가(제25조의2)

2. 保健 및 衛生警察

국민의 건강보호와 관련하여 경찰규제가 이루어지는 보건 및 경찰 관련법률은 식품위생법, 공중위생법, 매장및묘지등에 한법률, 국민건강증진법, 전염병예방법, 후천성면역결핍증예방법, 결핵예방법, 기생충질환예방법, 검역법, 의료법, 응급의료에 관한 법률, 시체해부및보존에 관한 법률, 혈액관리법, 약사법 등이 있다. 이 가운데 식품위생법과 공중위생법은 영업경찰과도 많은 관련이 있으므로 여기에서는 설명을 생략하기로 한다.

법 률 명	관 할 청	주 요 내 용
매장및묘지등에 관 한법률	<ul style="list-style-type: none"> - 시장, 군수 - 도지사 - 도지사 	<ul style="list-style-type: none"> - 매장 및 화장의 시기제한(제3조) - 매장 및 화장, 개장의 장소제한(제4조) - 매장, 화장의 신고제(제5조) - 사설묘지, 사설화장장, 신설납골당의 설치허가제(제8조) - 일정지역에서의 묘지, 화장장, 납골당의 설치금지(제8조의2) - 시체운반업의 허가제(제17조)
국민건강증진법	<ul style="list-style-type: none"> - 보건복지부 장관 	<ul style="list-style-type: none"> - 국민건강에 유해한 광고의 금지(제7조) - 제조담배에 대한 광고의 금지 또는 제한(제9조제1항) - 담배자판기설치제한(제9조제2항) - 19세미만자에 대한 담배판매금지(제9조제3항) - 금연구역에서의 흡연금지(제9조제5항)
전염병예방법	<ul style="list-style-type: none"> - 시장, 군수 구청장 - 시·도지사 	<ul style="list-style-type: none"> - 제1종전염병 및 제2종전염병환자의 시체검안시 의사 및 기타인의 신고의무(제4조) - 전염병우려가 있는 자에 대한 강제건강진단(제9조) - 예방접종(제10조 내지 제22조) - 전염병환자에 대한 격리치료(제29조) - 전염병환자에 대한 업무종사제한(제30조) - 제1종 傳染病患家에 대한 방역조치(제37조) - 수감중인 환자의 격리수감(제33조) - 의사 또는 담당공무원의 소독의무(제38조) - 제1종전염병예방조치(제39조) - 소독조치(제40조)

第3章 警察作用法の 現況

	<ul style="list-style-type: none"> - 시장, 군수 구청장 - 시·도지사 	<ul style="list-style-type: none"> - 소독업의 허가제(제40조의3) - 제1종전염병에 대한 강제처분(제42조) - 제1종전염병예방조치(제43조)
후천성면역결핍 증예방법	<ul style="list-style-type: none"> - 보건소장 - 보건복지부 장관 - 보건복지부 장관, 도지 사 	<ul style="list-style-type: none"> - 감염자 또는 감염자의 시체검안자의 신고의무(제5조) - 감염자명부의 작성·보고(제6조) - 비밀누설금지(제7조) - 검진실시(제8조), 혈액등의 검사(제9조), 역학조사(제10조) - 감염자에 대한 격리보호(제14조) - 감염자에 대한 강제처분(제15조) - 감염자에 대한 취업의 제한(제18조) - 전염매개행위의 금지(제19조)
결핵예방법	<ul style="list-style-type: none"> - 보건복지부 장관 	<ul style="list-style-type: none"> - 건강진단(제4조 내지 제10조) - 예방접종(제11조 내지 제19조) - 전염성 결핵환자에 대한 취업제한(제23조) - 전염성 환자에 대한 입원명령(제25조)
기생충질환예방 법	<ul style="list-style-type: none"> - 보건복지부 장관, 시· 도지사, 시 장, 군수, 구청장 	<ul style="list-style-type: none"> - 일정지역내에 거주하는 자의 기생충질환검사 및 치료의무(제3조) - 기생충전염우려물건이나 사람에 대한 수거 및 검사(제4조) - 분노의 비료사용의 제한(제7조) - 감염원에 대한 강제관리(제6조)
검역법	<ul style="list-style-type: none"> - 보건복지부 장관 - 검역소장 	<ul style="list-style-type: none"> - 선박 및 항공기에 대한 검역조치(제4조) - 검역시각의 제한(제8조) - 검역전염병의 우려가 있는 경우의 검역조치(제11조) - 회항조치(제12조) - 검역전염병환자에 대한 격리 또는 감시(제13조)

		<ul style="list-style-type: none"> - 수용장소내의 물건반출입금지(제16조) - 소독을 요하는 물건의 보관(제18조) - 물건수입의 제한(제24조) - 검역전염병이외의 전염병에 대한 예방조치 (제25조) - 선박 또는 항공기의 장 등에 의한 요구에 의한 예방조치(제27조) - 검역구역안에서의 보건위생조치(제29조)
의료법		<ul style="list-style-type: none"> - 의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사의 면허제(제5조 내지 제7조) - 의료의 거부금지(제17조) - 적출물 및 세탁물의 처리제한(제17조) - 태아의 성감별행위 등의 금지(제19조의2) - 변사체의 신고(제24조) - 무면허의료행위 등의 금지(제25조) - 의료광고에 대한 제한(제46조, 제47조)
응급의료에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> - 보건복지부장관 	<ul style="list-style-type: none"> - 응급의료의 거부금지(제4조) - 응급의료의 방해금지(제5조) - 응급환자에 대한 우선진료(제6조) - 응급구조사의 자격인정(제15조) - 응급차의 운행제한(제32조) - 응급차의 다른 목적의 사용금지(제33조) - 응급환자이송업의 허가제(제40조)
시체해부및보존에관한법률	<ul style="list-style-type: none"> - 시·도지사 - 시장, 군수, 구청장 	<ul style="list-style-type: none"> - 시체해부허가(제2조) - 시체해부명령(제6조) - 시체에 이상발견시 관할경찰서장에 통보(제 11조) - 인수자가 없는 시체의 교부(제12조) - 시체의 화장(제14조) - 시체에 대한 예의(제17조)

第3章 警察作用法の 現況

<p>혈액관리법</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 보건복지부장관 또는 시·도지사 	<ul style="list-style-type: none"> - 혈액원이 아닌 자의 혈액원업무의 금지(제3조) - 혈액원개설의 허가제(제4조) - 혈액제공자에 대한 건강진단(제6조) - 일정 기준에 의한 혈액관리(제8조)
<p>약사법</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 보건복지부장관 - 시장, 군수, 구청장 - 보건복지부장관 	<ul style="list-style-type: none"> - 약사의 면허제(제3조) - 한약사의 면허제(제3조의2) - 약국개설의 등록제(제16조) - 휴폐업의 신고제(제20조) - 의약품제조업의 허가제(제26조) - 의약품 등의 수입허가(제34조) - 멸종위기에 처한 야생동·식물의 가공품인 의약품의 반입허가(제34조의2) - 의약품판매업의 허가(제35조) - 매약상의 판매품목의 제한(제40조) - 의약품판매방법의 제한(제41조) - 의료용구의 판매업의 등록제(제42조) - 독약과 극약의 취급, 판매제한(제47, 48조) - 일정한 의약품의 판매금지(제55조) - 일정한 의약품의 제조 등의 금지(제56조) - 의약품의 과대광고 등의 금지(제63조) - 폐기명령(제65조), 검사명령(제66조), 개수명령(제67조), 과징금처분(제71조의3)
<p>마약법</p>		<ul style="list-style-type: none"> - 마약취급자아닌 자의 마약취급금지(제4조) - 마약취급의 제한(제5조) - 마약의 사용, 수출 등 일반행위의 금지(제6조)

	<p>- 보건복지부 장관</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 마약취급자의 면허제(제7조) - 마약수수의 제한(제12조) - 마약의 저장, 봉합(제17조, 18조) - 마약수입업의 허가제(제20조) - 마약제조업의 허가제(제23조) - 마약소분업의 허가제(제29조) - 限外麻藥 판매 등의 제한(제46조의3) - 마약사용의 금지(제48조) - 마약중독자의 치료보호(제50조) - 마약취급자에 대한 감시를 위한 출입·검사와 수거(제51조)
<p>향정신성의약품 관리법</p>	<p>- 보건복지부 장관</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 향정신성의약품의 소지, 사용, 제조 등의 금지(제3조) - 향정신성의약품의 취급제한(제4조, 5조) - 향정신성의약품제조업의 허가제(제6조, 제10조) - 제조된 향정신성의약품 판매제한(제12조) - 향정신성의약품수출입허가(제15조) - 향정신성의약품도매업자의 판매제한(제18조) - 일정한 자에 대한 판매제한(제20조) - 광고제한(제29조) - 중독자의 치료보호(제31조) - 보고, 검사, 수거(제33조), 폐기명령(제34조), 과징금처분(제35조의3) - 원료가 되는 물질의 통제(제36조의3)
<p>대마관리법</p>	<p>- 보건복지부 장관</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 대마취급자의 허가제(제5조) - 대마의 폐기처분(제9조) - 대마중독자의 치료보호(제12조의3)

第3章 警察作用法の 現況

식물방역법	수입방역관 농수산장관	<ul style="list-style-type: none"> - 수입식물, 그 용기 및 포장물에 대한 수입제한(제6조) - 수입금지(제7조) - 소독폐기처분(제9조) - 국내검역(제12조) - 폐기처분(제14조) - 유해동물 또는 유해식물에 대한 방제(제17조)
가축전염병예방법	시장, 구청장, 읍장, 면장	<ul style="list-style-type: none"> - 병든 가축의 신고(제4조) - 검사, 주사, 약육, 투약의 실시(제5조) - 소독 등의 실시(제6조) - 가축의 집합시설에 대한 설비명령(제7조) - 격리, 이동제한(제8조) - 殺處分義務, 命令(제9조, 제10조) - 죽은 가축의 신고(제11조) - 사체의 처분제한(제12조) - 사체의 소각(제13조) - 오염물의 소각(제14조) - 사체매장토지의 발굴금지(제15조) - 축사 등의 소독(제16조) - 가축집합시설의 사용정지(제18조) - 제2종전염병에 대한 조치(제18조의2) - 수입금지(제21조) - 수입금지물건에 대한 조치(제22조) - 수입검역(제24조) - 수입장소의 제한(제24조의2) - 수출검역(제28조)
축산물위생처리법	도지사	<ul style="list-style-type: none"> - 작업장의 설치허가제(제4조) - 축산물의 처리방법(제7조) - 학대행위의 금지(제11조) - 미검사축산품의 판매금지(제14조) - 불량용기의 사용금지(제14조의2) - 미검사품의 폐기처분(제17조)

동물보호법		<ul style="list-style-type: none"> - 동물학대의 금지(제6조) - 유기동물 등에 대한 조치(제7조) - 동물의 도살방법(제8조) - 동물의 실험(제10조)
수의사법	농수산장관	<ul style="list-style-type: none"> - 수의사의 면허제(제4조) - 면허의 등록(제6조) - 무면허진료행위의 금지(제10조) - 진료의 거부금지(제11조) - 동물병원의 개설신고 및 허가(제17조의2)

3. 營業警察

영업경찰에 관한 법률은 우리나라의 경우 독일처럼 영업에 관한 일반법인 영업법이 존재하지 않고 각 개별법에 의하여 규율되고 있다. 영업규제를 규정하고 있는 개별법의 입법목적은 경찰목적이외에 보건 위생등의 복리목적이나 경제의 질서의 지도 등의 목적을 아울러 지니는 경우도 있다. 예컨대, 식품위생법은 “식품으로 인한 위생상의 위해 방지”라는 경찰목적과 “식품영양의 질적 향상 및 국민보건증진”이라는 복리 목적을 동시에 규정하고 있으며(법 제1조), “공중위생법은 국민보건을 위한 위생수준을 향상시켜 공공복리의 증진에 기여함”을 입법 목적으로 하여 직접적으로는 복리목적만을 규정하고 있으나(법 제1조) 법해석상 풍속유지나 보건위생상의 위해방지와 같은 경찰목적도 지니고 있다. 이와같은 영업경찰관련 개별법으로는 식품위생법, 공중위생법, 직업안정법, 전당포영업법, 풍속영업의규제에관한법률 등 무수히 많이 있으나 전당포영업법과 풍속영업규제에관한법률상의 영업경찰은 직접 경찰이 관할권을 행사하므로 여기에서는 설명을 생략하기로 한다.

第3章 警察作用法の 現況

법 률 명	관 할 청	주 요 내 용
식품위생법	보건복지부장관 보건복지부장관, 시·도지사, 시장, 군수, 구청장 보건복지부장관 시·도지사 보건복지부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 위해식품 등의 판매나 판매할 목적의 채취, 제조, 수입, 가공, 사용, 조리, 저장, 운반, 진열 등의 금지(제4조) - 病肉 등의 판매나 판매할 목적의 채취, 제조, 수입, 가공, 사용, 조리, 저장, 운반, 진열 등의 금지(제5조) - 기준·규격이 고시되지 아니한 화학적 합성품의 판매 등의 금지(제6조) - 유해기구 등의 판매 등의 금지(제8조) - 식품, 첨가물, 기구 및 용기, 포장의 명칭, 제조방법 및 품질에 대한 허위 표시나 과대광고의 금지(제11조) - 제조검사불합격품의 판매등의 금지(제15조) - 판매할 목적이나 영업상 사용하는 식품 등의 수입시 신고제(제16조) - 영업자나 영업소에 대한 출입, 검사, 수거 등의 조치(제17조) - 영업에 대한 허가제(제22조) - 영업허가의 제한(제24조) - 영업자 및 그 종업원에 대한 건강진단(제26조) - 식품접객영업자에 대한 영업시간 및 영업행위에 대한 제한(제30조) - 조리사의 면허제(제36조) - 영양사의 면허제(제37조) - 시정명령, 허가취소 등의 행정제재(제55조 내지 제65조)
공중위생법	시장, 군수, 구청장	<ul style="list-style-type: none"> - 유기장업의 허가제(제4조제1항) - 위생관련영업 또는 위생접객업의 신고

	<p>시·도지사</p> <p>보건복지부장관</p> <p>보건복지부장관</p>	<p>제(제4조 제2항)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 허가 및 신고의 제한(제5조) - 이용자 및 미용사의 면허제(제9조) - 위생접객업의 영업시간 또는 영업소의 관리, 운영 기타 영업에 관한 제한(제11조) - 위생접객업자 및 위생관련영업자의 준수사항(제12조) - 유기기구 등에 대한 검사제(제12조의2) - 세제제조업 및 기타위생용품의 시장, 군수 및 구청장예의 신고제(제14조제2항) - 위생용품수입업의 신고제(제14조제3항) - 위생용품제조업의 신고제한(제14조의3) - 영업자 등에 대한 지도, 감독(제20조 내지 제25조의2)
직업안정법	<p>시·도지사</p> <p>노동부장관</p> <p>노동부장관</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 무료직업소개사업의 허가제(제18조) - 유료직업소개사업의 허가제(제19조) (국내: 시·도지사, 국외: 노동부장관) - 직업소개사업의 허가제한(제20조) - 명의대여금지(제21조) - 직업정보제공사업의 신고제(제23조) - 직업정보제공사업자의 준수사항(제25조) - 식품위생업, 숙박업, 결혼상담 또는 중개업자의 겸업금지(제26조) - 근로자모집에 종사하는 자의 모집과 관련한 금품수수금지(제32조) - 근로자공급사업의 허가제(제33조) - 허위구인광고 등의 금지(제34조) - 허가취소(제36조), 폐쇄조치(제37조)
주세법	관할세무서장	<ul style="list-style-type: none"> - 주류제조업의 면허제(제5조) - 밀술, 술덧의 면허제(제7조)

第3章 警察作用法の 現況

		<ul style="list-style-type: none"> - 주류판매업의 면허제(제8조) - 면허의 제한(제10조) - 주류의 제조, 출고의 정지(제15조) - 밀술, 술덧의 제조면허취소, 제조, 판매의 정지(제17조) - 주류판매정지 또는 면허취소(제18조)
담배사업법	재무부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 제조담배판매업의 등록제(제13조) - 제조담배소매인의 지정(제16조)
공연법	<p>시·도지사</p> <p>시장, 군수, 구청장</p> <p>문체부장관</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 공연자의 등록제(제3조) - 공연장설치허가제(제7조) - 공연장의 타목적사용제한(제10조) - 공연신고제(제14조) - 주류제조업의 면허제(제5조) - 각본 또는 대본의 문체부장관의 심의(제14조의2) - 연소자관람여부구분(제14조의3) - 공연의 정지 등(제17조) - 외국인의 국내공연의 허가제(제19조) - 외국공연물의 공연제한(제19조의2) - 공연자, 공연장경영자, 관람자의 준수사항(제20조 내지 제23조)
영화법		<ul style="list-style-type: none"> - 영화업의 등록제(제4조) - 영화상영에 대한 공연윤리위원회의 심의(제12조) - 영화상영의 제한(제28조) - 국산영화의 제작신고(제7조)
음반및비디오물에 관한 법률	<p>문체부장관</p> <p>시장, 군수, 구청장</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 음반제작업자 또는 비디오제작업자의 등록(제4조) - 음반·비디오물유통관련업자의 등록제(제7조) - 유통관련업자의 준수사항(제8조)

	공연윤리위원회	<ul style="list-style-type: none"> - 외국음반 또는 비디오물의 수입, 반입 시 추천제(제15조) - 비디오 광고물의 심의제(제19조) - 등록청의 지도, 감독(제21조) - 판매, 대여금지조치(제22조)
문화재보호법	문화재부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 문화재매매 등 영업의 허가제(제61조) - 문화재매매업자의 준수사항(제64조) - 문화재의 수출 등의 금지(제76조)
정기간행물의등록등에관한법률	공보처장관	<ul style="list-style-type: none"> - 일간신문과 통신의 겸영금지(제3조) - 정기간행물의 발행을 위한 외국자본의 유입금지(제4조) - 정기간행물의 등록제(제7조)
농약관리법	농림부장관 시·도지사 식물검역소장	<ul style="list-style-type: none"> - 농약제조업 또는 수입업의 등록제(제7조) - 농약품목의 등록제(제8조) - 원제업의 등록제(제9조) - 판매업의 등록제(제10조) - 방제업의 허가제(제11조) - 수출입식물방제업의 허가제(제11조의2) - 제조업 또는 수입업의 등록취소(제12조) - 수출입식물방제업의 허가취소(제12조의2) - 영업의 정지, 등록의 취소(제13조) - 제조업자 또는 수입업자의 표시의무(제15조) - 진열판매의 금지(제16조) - 허위광고 등의 금지(제17조) - 농약에 대한 수거, 검사(제19조)
수산업법	시·도지사	<ul style="list-style-type: none"> - 면허어업(제8조) - 공동어업의 면허(제9조) - 면허의 금지(제11조)

第3章 警察作用法の 現況

	<p>수산청장 시장, 군수 수산청장</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 어업의 제한 및 조건(제12조) - 어업권의 등록(제16조) - 공익상 필요에 의한 면허어업의 제한(제34조) - 입어 등의 제한(제40조) - 허가어업(제41조) - 신고어업(제44조) - 어업물운반업의 허가(제46조) - 수산제조업의 사전허가(제48조) - 낚시행위의 제한 또는 금지(제56조) - 면허, 허가, 신고어업이외의 어업금지(제57조) - 어업감독공무원의 사법경찰권(제63조) - 보호구역안에서의 공사, 어로의 제한, 금지(제69조) - 유해한 어법에 의한 어획금지(제73조) - 범칙어획물의 판매금지, 방류명령(제75조, 제76조) - 자원보호에 관한 명령(제79조)
<p>낚시어선업법</p>	<p>시·도지사</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 낚시어선업의 신고제(제4조) - 낚시어선업자 등의 안전운항의무(제11조) - 낚시어선승객의 준수사항(제12조) - 안전점검(제13조) - 안전운항을 위한 조치(제14조) - 사고발생의 보고(제15조)
<p>광업보안법</p>		<ul style="list-style-type: none"> - 광업권자, 조광권자의 의무(제5조) - 화약류의 사용시 준수사항(제10조) - 광업의 정지(제14조) - 보안명령(제15조) - 구호명령(제15조의2) - 광산보안관의 사법경찰권(제21조) - 위해발생시 광산종업원의 신고의무(제22조)

도시가스사업법	시·도지사	<ul style="list-style-type: none"> - 도시가스사업의 허가제(제4조) (도매사업 : 통상산업부장관, 일반도시가스사업 : 시·도지사) - 시공자의 등록(제12조의2) - 지정명령(제12조의4) - 가스사용의 제한(제24조) - 가스사용시설에 대한 안전조치(제28조) - 도시가스사업자의 위해방지조치의무(제28조의2) - 도로굴착자의 가스배관손상방지기준의 준수 의무(제30조의6)
고압가스안전관리법	시·도지사	<ul style="list-style-type: none"> - 고압가스의 제조허가(제4조) - 용기, 냉동기, 특정설비의 제조허가(제5조) - 고압가스수입업자의 등록(제5조의2) - 고압가스제조자 또는 판매자의 안전조치의무(제10조) - 시설, 용기의 안전유지(제13조) - 고압가스제조자, 저장자, 판매자, 사용자의 위해방지조치(제14조) - 정기검사, 안전진단(제16조의2, 제16조의3) - 사용신고(제20조) - 수입신고(제21조) - 고압가스의 수거(제27조)
액화석유가스의 안전및사업관리법	시·도지사 시장, 군수, 구청장	<ul style="list-style-type: none"> - 액화석유가스충전사업, 액화석유가스 집단 급사업, 가스용품제조사업의 허가제(제3조) - 저장소의 설치허가(제5조) - 공급자의 의무(제9조) - 시설, 용기의 안전유지(제12조)

第3章 警察作用法の 現況

		<ul style="list-style-type: none"> - 사업자와 액화석유가스사용자의 위해 방지조치의무(제13조) - 시공자의 등록(제15조의2) - 지정명령(제15조의4) - 판매의 제한(제24조) - 액화석유가스의 사용신고(제29조)
관광진흥법	건교부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 여행업, 관광객시설이용업, 국제회의용 역업의 등록제(제4조제1항) - 관광편의시설업의 지정(제4조제2항) - 카지노업의 허가제(제4조제6항) - 카지노기구의 규격 및 기준(제5조의5) - 카지노업의 여업종류 및 영업방법(제6조의4) - 관광사업자의 금지행위(제10조) - 카지노사업자의 준수사항(제10조의2) - 카지노영업소이용자의 준수사항(제10조의3) - 영업소의 폐쇄조치(제18조의2) - 관광지에서의 금지행위(제36조) - 관광종사원의 금지행위(제40조)

4. 交通警察

교통경찰작용은 도로교통, 해상교통, 항공교통, 철도교통 등으로 분류할 수 있다. 이 가운데 도로상에 있는 사람이나 물건의 안전, 유연한 교통소통을 목적으로하는 도로교통에 관한 일반법으로는 도로교통법이 있으며, 도로교통법은 관할이 경찰청에 있으므로 여기에서는 고찰하지 않기로 한다.

그 밖에 도로법, 고속국도법, 유료도로법, 사도법, 교통안전법, 자동차운수사업법, 여객자동차터미널법, 자동차관리법 등이 있다. 그리

고 해상교통에 관하여는 해운법, 선박법, 선박안전법, 선원법, 항만법, 해운운송사업법, 해상교통안전법, 개항질서법, 도선법, 수로업무법, 항로표지법, 해난심판법 등이 있다. 항공교통에 관하여는 항공법, 항공운송사업진흥법, 항공기운항안전법 등이 있다. 철도교통에 관하여는 철도법, 도시철도법, 철도소운송업법, 건널목개량촉진법 등이 있다. 이밖에 삭도·궤도에 관하여는 삭도·궤도법이 있다.

법 률 명	관 할 청	주 요 내 용
도로법	- 관리청	<ul style="list-style-type: none"> - 도로구성부분에 대한 사권제한(제5조) - 도로의 점용허가(제40조) - 주요지하매설물관리자 입회없는 굴착공사의 제한(제40조의2) - 도로에서의 금지행위(제47조) - 비상재해시의 토지등의 사용(제49조) - 공사로 인한 통행의 금지 또는 제한(제53조) - 도로의 구조보전, 운행의 위험방지를 위한 차량의 통행제한(제54조) - 교통의 안전과 차량의 능률적 운행을 위한 고속교통구역지정(제54조의2) - 자동차전용도로에서의 통행제한(제54조의4)
고속국도법		- 고속국도상에서의 통행제한(제9조)
유료도로법		- 유료도로공사의 검사와 검사합격전의 사용금지(제7조)
사도법		<ul style="list-style-type: none"> - 사도설치자의 일반인 통행제한이나 금지의 금지(제6조) - 사도의 보전을 위한 금지행위(제8조)

<p>여객자동차터미널법</p>	<p>- 건교부장관</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 여객자동차터미널사업의 면허제(제4조) - 사용자의 금지행위(제16조) - 여객자동차터미널사업자의 사고시 응급조치의무(제16조의2) - 공동사용명령(제29조) - 여객자동차터미널설치명령(제31조)
<p>자동차관리법</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 건교부장관 (경찰청장과 협의) - 건교부장관, 시도지사 - 시·도지사 - 건교부장관 	<ul style="list-style-type: none"> - 자동차의 등록(제4조) - 자동차차량번호를 지우는 행위의 금지(제20조) - 자동차에 대한 개선명령(제23조) - 자동차의 운행제한(제24조) - 자동차의 강제처리(제25조) - 임시운행의 허가(제26조) - 자동차의 점검 및 정비의무(제34조) - 점검 및 정비명령(제35조) - 자동차의 검사(제41조) - 이륜자동차의 사용신고(제44조) - 자동차관리사업의 허가(제49조) - 자동차관리사업자의 금지행위(제54조) - 자동차의 해체금지 및 폐차(제58조) - 부정사용금지(제65조)
<p>해운법</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 행운항만청장 - 해운항만청장 	<ul style="list-style-type: none"> - 해상여객운송사업의 면허제(제4조) - 선박취항명령(제17조) - 내항화물운송사업의 면허제(제26조제1항) - 외항화물운송사업의 등록제(동조2항) - 선박의 매매 및 용대선의 제한(제54조)
<p>선박안전법</p>		<ul style="list-style-type: none"> - 선박시설 및 운행상의 안전에 대한 확인, 신고, 운항정지조치(제12조) - 위험물의 운송(제16조의2)

第3章 警察作用法の 現況

<p>해상교통안전법</p>	<p>- 해운항만청 장</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 해상교통안전을 위한 교육·훈련의시(제7조) - 선장의 항행안전조치(제8조) - 해난이 발생한 경우의 조치(제9조) - 안전속도의 항행의무(제14조) - 충돌위험에 대한 조치(제15조) - 좁은 수로에서의 항행상 준수사항(제17조) - 선박이 서로 시계내에 있을 때 항법상 준수사항(제19조 내지 제26조) - 제한된 시계에 있어서의 선박의 항법상 준수사항(제27조) - 등화 및 형상물에 대한 준수사항(제28조 내지 제39조) - 음향신호 및 발광신호에 대한 조치(제40조 내지 제44조) - 거대선의 항행안전을 위한 조치(제46조) - 특정해역에서의 어로의 제한(제47조) - 특정해역에서의 공사 또는 작업허가(제48조) - 위험방지를 위한 통항의 제한(제49조)
<p>개항질서법</p>	<p>- 지방해운항 만청장</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 개항의 항계안에서의 입·출항의 신고(제5조) - 계류의 제한(제8조) - 이동명령(제9조) - 항로안의 정박 등의 금지(제12조) - 항법상 준수사항(제13조) - 대피조치(제14조) - 속력 등의 제한(제15조) - 예항의 제한(제18조)

		<ul style="list-style-type: none"> - 위험물에 대한 조치(제20조 내지 제 23조) - 유해물의 투기금지(제24조) - 해난 등의 경우에 있어서의 조치(제25조) - 장애물 등의 제거(제26조) - 등화 및 신호에 대한 조치(제27조 내지 32조) - 선박의 진수 등의 신고(제35조) - 어로의 제한(제37조) - 등화의 제한(제38조) - 선박교통의 제한(제39조) - 출항의 중지(제40조)
도선법	- 해운항만청	<ul style="list-style-type: none"> - 도선사면허(제4조) - 도선의 제한(제19조) - 승·하선시의 안전조치(제25조)
수로업무법		<ul style="list-style-type: none"> - 일반수로업무의 허가(제8조) - 장애물 등의 변경, 제거(제12조) - 수로업무에 지장을 주는 항해금지(제19조)
항로표지법		<ul style="list-style-type: none"> - 항로표지로 오인할 등화의 제한(제9조) - 항로표지기능에 장애가 될 건축공사의 제한(제10조) - 항로표지에 장애가 되는 식물의 식재 제한(제11조) - 선박에 대한 제한(제12조) - 오손행위의 제한(제13조)
항공법		<ul style="list-style-type: none"> - 항공기의 항공일지, 구급용품비치의무(제14조) - 고고도비행 등 특별비행에 필요한 조치(제42조)

第3章 警察作用法の 現況

	<ul style="list-style-type: none"> - 건교부장관 - 건교부장관 	<ul style="list-style-type: none"> - 사고예방조치(제42조의2) - 비행금지구역(제54조) - 폭발물 등의 휴대, 운송의 금지(제61조) - 물건투하의 금지(제64조) - 낙하산강하의 허가(제65조) - 고기비행의 허가(제66조) - 조종연습비행의 허가(제67조) - 장애물의 제한(제82조) - 유사등화의 제한(제84조) - 활주로, 유도로 등에서의 금지행위(제85조) - 외국항공기의 군수품수송의 허가(제146조)
<p>항공기운항안전법</p>		<ul style="list-style-type: none"> - 항공기내에의 무기, 도검류, 폭발물, 독극물 등의 휴대, 탑승, 탑재의 금지(제4조) - 기장의 항공기안전을 위한 권한(제6조)
<p>철도법</p>		<ul style="list-style-type: none"> - 열차의 안전운행에 지장이 있는 경우의 운행의 일시중지(제9조의2) - 역사외의 지역에서의 하차금지(제14조) - 열차안에서의 여객의 금지행위(제17조) - 객차안에서의 휴대물의 금지와 제한(제18조) - 운송금지화약류(제57조) - 철도노선인접지역안에서의 건축, 굴착공사의 제한(제76조) - 철도노선인접지역안에서의 방목의 금지(제77조) - 철도용지내 통행금지(제78조) - 공중 또는 여객에 대한 퇴거명령(제79조)

도시철도법		- 도시철도차량의 안전기준(제22조의2) - 사용내구연한을 초과한 차량의 운행금지(제 22조의5)
삭도·케도법	- 건교부장관	- 삭도 및 케도사업의 면허제(제4조) - 여객의 금지행위(제22조) - 안전검사(제27조)

5. 災難保護를 위한 警察

재난이란 자연현상등에 의하여 야기된 공공의 안녕과 질서에 대한 장애의 일종으로 그 장애의 정도가 일반적인 경우보다 중대하여 이를 방지하거나 극복하기 위하여 단일적인 조직이나 지휘체계가 필요한 경우이다. 이러한 재난보호를 위한 경찰작용에 관한 법체계는 크게 민방위, 소방, 자연재해대책, 재해구호, 재난관리 등으로 나누어 볼 수 있다.

민방위에 관한 법으로는 적의 침공이나 전국 또는 일부지방의 안녕 질서를 위태롭게 할 재난으로부터 주민의 생명과 재산을 보호함을 목적으로 제정된 민방위기본법이 있다.

소방에 관하여는 화재를 예방·경계·진압하여 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호함을 목적으로 제정된 소방법이 있다.

자연재해대책에 관한 법으로는 자연재해로부터 국토와 국민의 생명, 신체, 재산을 보호하기 위한 방재조직 및 방재계획 등 재해예방, 재해응급대책, 재해복구 기타 재해대책에 관하여 규정한 자연재해대책법이 있으며, 272) 이밖에 농어업재해대책법 등이 있다.

재해구호에 관한 법으로는 비상재해가 발생했을 때 응급적인 구호를 행함으로써 재해의 복구, 이재민의 보호와 사회질서를 목적으로 한

272) 종전의 풍수해대책법은 자연재해대책법에 흡수됨.

第3章 警察作用法の 現況

재해구호법이 있으며, 이밖에 조선선박과 인명, 물건의 인양 등 수난으로부터 인명과 재산을 보호하기 위하여 제정된 수난구호법²⁷³⁾이다.

재난관리에 관한 법으로는 재난으로부터 국민의 생명과 재산을 보호하기 위하여 국가 및 지방자치단체의 재해관리체제를 확립하고, 재난의 예방 및 수습과 긴급구조구난 기타 재난관리에 관하여 필요한 사항을 규정한 재난관리법이 있다.

이하에서는 이러한 재난보호와 관련한 법 가운데 경찰작용에 관한 내용을 담고 있는 규정의 내용에 대하여 살펴 보기로 한다.

법 률 명	관 할 청	주 요 내 용
민방위기본법		<ul style="list-style-type: none"> - 민방위대의 동원(제22조) - 민방위사태에 대한 응급조치와 보상(제27조) - 민방위 준비명령(제14조)
소방법	<ul style="list-style-type: none"> - 관할 소방본부장, 소방서장 	<ul style="list-style-type: none"> - 화재의 예방조치(제4조) - 소방대상물의 검사(제5조) - 소방대상물의 개수명령(제6조) - 건축허가의 동의(제8조) - 특수장소의 방화관리(제9조) - 특수장소의 방재(제11조) - 위험물의 취급(제15조 내지 제29조) - 화재의 경계(제66조 내지 제70조) - 화재의 통지의무(제71조) - 관계인 등의 소화의무(제72조) - 소방자동차의 우선통행(제73조) - 소방대의 긴급통행(제74조) - 소방경계구역의 설정(제75조)

273) 이에 대하여는 앞의 일반경찰작용에서 살펴 보았다.

		<ul style="list-style-type: none"> - 소방응원(제76조) - 소방종사명령(제77조) - 소방대상물 등에 대한 강제처분(제78조) - 피난명령(제79조) - 급수유지의 응급조치(제80조)
자연재해대책법	<ul style="list-style-type: none"> - 시장·군수, 구청장, 경찰서장 - 시·도지사, 시장·군수, 구청장 	<ul style="list-style-type: none"> - 방재책임자의 재해예방조치(제22조) - 지진방재대책(제33조 내지 제35조) - 응급재해대책(제36조) - 재해발생우려있는 이상자연징후 등의 발견자의 신고의무(제37조) - 재해예·경보의 발령(제38조) - 재해발생에 대한 응급조치(제39조) - 응급조치를 위한 출동명령(제40조) - 재해발생시 재해지역내의 시설, 물건에 대한 제거·안전조치(제41조) - 재해지역주민 또는 관광객에 대한 퇴거조치(제42조) - 경계구역을 설정하여 일반인의 출입 기타 행위의 제한(제43조) - 재해지역주변거주자 또는 현장에 있는 자에 대한 응급부담조치(제44조) - 응급조치의 지원(제45조) - 응급조치를 위한 종사명령(제46조) - 시설, 물자의 관리, 사용(제47조) - 물자의 긴급수송을 위한 통행제한(제48조) - 응급조치의 대행(제49조) - 지정기관의 장의 응급조치(제50조)
농어업재해대책법	<ul style="list-style-type: none"> - 지방자치단체장 	<ul style="list-style-type: none"> - 재해발생시 응급조치(제7조) - 응급대책의 지원(제8조)

第3章 警察作用法の 現況

재해구호법		<ul style="list-style-type: none"> - 구호의 신고(제11조) - 수용시설의 제공(제12조) - 이재주택의 응급수리(제15조, 제16조)
재난관리법	<ul style="list-style-type: none"> - 시장·군수, 구청장 	<ul style="list-style-type: none"> - 재난의 예방을 위한 조치(제11조) - 안전관리체계의 정비, 보완(제12조) - 재난위험시설의 관리(제13조) - 재난의 수습(제14조 내지 제19조) - 긴급구조구난(제20조 내지 제29조) - 특별재해지역(제30조 내지 제32조) - 재난이 발생하거나 그 우려가 있는 경우 민방위대의 동원 또는 경찰 등의 출동명령 요청(제33조) - 재난지역내 주민이나 체재자에 대한 대피명령(제34조) - 징계구역을 설정하여 일반인의 출입 또는 행위제한(제35조) - 응급조치를 위한 응원요청(제36조) - 재난지역 인근거주자 또는 재해현장에 있는 자에 대한 응급부담(제38조) - 시·도지사가 실시하는 응급조치(제39조) - 재난관리책임기관의 장의 응급조치(제40조) - 재난관리책임기관의 장의 응급조치(제40조) - 재난상황의 보고(제41조)

6. 建築警察

건축물로 인한 경찰상의 위해방지를 위한 건축관련 경찰작용법으로는 건축법이 있다. 그 주요내용은 다음과 같다.

법 률 명	관 할 청	주 요 내 용
건축법	시장, 군수, 구청장 건축부장관 시장, 군수, 구청장	<ul style="list-style-type: none"> - 도시지역, 준도시지역 등과 일정면적이 상 건축물의 건축시 허가제(제8조) - 건축신고(제9조) - 국토관리, 국방·문화재보존·환경보전, 국민제상 필요한 경우 시장·군수·구청장의 건축허가 제한(제12조) - 재해구역에서의 건축제한(제13조) - 공사시공자의 공사현장의 위해방지조치 의무(제24조) - 대지의 안정을 위한 조치(제30조) - 토지굴착부분에 대한 안전조치의무(제31조) - 도로안의 건축제한(제34조) - 방화지구안에서의 건축물의 내화용 건축재료사용의무(제41조) - 건축물의 높이제한(제51조) - 일조 등의 확보를 위한 건축물의 높이 제한(제53조) - 재해위험구역의 지정(제54조) - 기존건축물에 대한 안전점검 및 시정명령(제70조)

7. 外國人 및 在外國民에 관한 警察作用

외국인 및 재외국민에 의하여 야기될 수 있는 국가의 안전과 질서를 예방하기 위 외국인에 관한 경찰작용법으로는 출입국관리법, 재외국민등록법, 해외이주법 등이 있다.

第3章 警察作用法の 現況

법 률 명	관 할 청	주 요 내 용
출입국관리법	- 법무부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 축국의 금지(제4조) - 입·출국시 심사의무(제3조, 제5조) - 입국사증(제7조) - 임국심사(제12조)
	- 출입국관리 공무원	<ul style="list-style-type: none"> - 승무원의 상륙허가(제14조) - 긴급상륙허가(제15조) - 재난상륙허가(제16조) - 재민입시상륙허가(제16조의2) - 외국인의 활동범위와 중지명령(제17, 22조) - 외국인고용의 제한(제18조)
	- 법무부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 외국인출국정지(제29조) - 재입국허가(제30조) - 외국인등록(제31조) - 지문찍기(제38조) - 외국단체등록(제39조) - 강제퇴거(제46조) - 보호(제51조) - 강제퇴거명령을 받은 자의 보호(제63조) - 출국명령(제68조)
	- 주무관청	<ul style="list-style-type: none"> - 강제퇴거(제46조)
	- 사무소장, 출장소장, 외국인보호소장	<ul style="list-style-type: none"> - 보호(제51조) - 강제퇴거명령을 받은 자의 보호(제63조)
	- 출입국관리 공무원	<ul style="list-style-type: none"> - 조사(제47조) - 용의자의 출석요구 및 신문(제48조) - 출국권고(제67조) - 선박 등의 검색 및 심사(제69조) - 출입국의 정지(제71조) - 승선허가(제72조)
	- 사무소장, 출장소장	<ul style="list-style-type: none"> - 선박 등의 검색 및 심사(제69조) - 출입국의 정지(제71조) - 승선허가(제72조)
해외이주법	- 법무부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 난민인정(제8장의2) - 무기의 휴대 및 사용(제77조)
	- 외무부장관	<ul style="list-style-type: none"> - 해외이주신고(제6조) - 해외이주알선자의 금지행위(제10조의4) - 영주귀국의 신고(제12조)

第4章 外國의 警察作用法制

외국의 경찰작용관련법제는 모든 법제도가 그러한 것처럼 그 나라의 법질서의 토양과 문화적·역사적 전통이 반영되므로 이를 무비판적으로 받아 들이는 것은 문제가 있으나, 경찰관련입법의 정비를 추구하는 우리의 현실에서는 외국의 경찰법제가 지니는 장단점을 비교·분석하여 우리제도의 정비에 있어서 참고로 하는 것도 어느 정도 필요하다고 본다. 본 장에서는 외국의 경찰작용법제 가운데 우리나라의 경찰작용법제의 주요 모델이 된 일본과 독일의 경우를 중심으로 하여 살펴 보기로 한다. 영국이나 미국의 경우, "경찰의 주된(primary) 직무는 범죄의 예방이다. 그리고 범죄가 행하여진 경우에 범죄자의 검거 및 처벌이 부차적 직무이다"라고 설명되어져 왔다.²⁷⁴⁾ 즉, 英美에서의 경찰은 우리나라의 행정법학에서 설명하는 司法警察, 환언하면 범죄의 수사 및 피의자의 체포를 목적으로 하는 작용을 의미하는 것이었다. 따라서 본 보고서에 다루고자 하는 경찰과는 그 성격을 달리하므로 영미의 경찰법제에 관해서는 논의를 생략하기로 한다.

第1節 日本의 警察作用法制

일본의 경우 경찰작용에 관한 일반원칙 등을 규정하고 있는 一般法은 존재하지 않는다. 물론 일본의 경우 경찰관련입법은 많이 있다. 그러나 警察法은 주로 경찰의 조직에 관한 사항만을 규율하고 있을 뿐이며, 警察官職務執行法은 경찰작용 중 종래 即時強制로 분류되어 오

274) L. H. Leigh, Police Powers in England and Wales, 2nd. Edition, 1985, p.1.

던 것에 관해 단편적으로 규율하고 있을 뿐이다. 이런 점을 고려해보면 일본의 경찰법제는 한 마디로 우리나라의 경찰법제와 거의 유사하다고 볼 수 있는 바, 이하에서 그 두 가지 법률의 내용을 일별해 보기로 하겠다.

I. 日本의 警察官職務執行法

일본의 경찰관직무집행법은 全文 8개조로 구성되어 있는 바, 그 내용은 다음과 같다.

제1조 (法律의 目的) ①이 법률은 경찰관이 경찰법에 규정한 개인의 생명, 신체 및 재산의 보호, 범죄의 예방, 공안의 유지 외에 타 법령의 집행등의 職權職務를 충실히 수행하기 위하여 필요한 수단을 정하는 것을 목적으로 한다.

②이 법률에 규정한 수단은 전항의 목적을 위해 필요한 최소한도내에서만 행사되어야 하고, 결코 남용되어서는 아니된다.275)

제2조 (質 問)276)

제3조 (保 護)277)

275) 제1조는 우리나라의 경찰관직무집행법 제1조와 거의 동일한 내용을 담고 있는 바, 제1항은 법의 목적을, 제2항은 비례의 원칙의 일 내용을 표현한 것이다. 다만, 일본의 경찰관직무집행법에는 우리나라의 경찰관직무집행법 제2조와 같은 경찰관의 직무범위에 관한 규정이 없는 바, 그런 점을 고려하여 제1항에서 경찰관의 직무범위를 나열하고 있는 것에서 차이점을 발견할 수 있을 뿐이다.

276) 우리나라의 경찰관직무집행법 제3조의 不審檢問에 해당하는 규정인데, 4개항으로 되어 있다. 내용상 제1·2항은 우리나라의 경찰관직무집행법 제1·2항에, 제3항은 제7항에, 제4항은 제3항에 각각 해당한다.

277) 우리나라의 경찰관직무집행법 제4조의 保護措置에 해당하는 규정으로, 5개항으로 되어 있다. 내용상 제1항은 우리나라의 경찰관직무집행법 제4조의 제1항에, 제2항은 제4항에, 제3항의 전단은 제7항의 전단에 각각 해당한다. 한편 일본의 경찰관직무집행법 제3조의 제3항 후단은 인계·보호를 승인한

제4조 (避難등의 조치)278)

제5조 (犯罪의 豫防 및 制止)279)

제6조 (立入)280)

제7조 (武器의 使用)281)

제8조 (他法令에 의한 職權職務) 경찰관은 이 법률의 규정에 의한 것 외에 형사소송 그 밖에 관계법령 및 경찰규칙에 의한 職權職務를 수행할 수 있다.282)

II. 日本의 警察法

일본의 경찰법은 쉰문 79조, 7개장으로 이루어져 있다. 동법은 경찰의 조직에 관한 일반적 내용을 담고 있다는 점에서 1991.5.31. 법률 제4369호로 제정된 우리의 경찰법과 유사하다고 할 수 있는 바, 그 내용을 개간하면 다음과 같다.

제1장 總則

제1장은 3개 조문으로 구성되어 있는 바, 제1조(이 법률의 목적)는

간이재판소의 재판관의 허가가 있는 경우에는 보호조치가 24시간을 초과할 수 있음을 규정하고 있는 점에 특색이 있다.

278) 우리나라의 경찰관직무집행법 제5조의 위험발생의 방지에 해당하는 규정으로 2개항으로 이루어져 있는 바, 제1항은 우리나라의 경찰관직무집행법 제5조의 제1항에 해당하며, 제2항은 제3·4항의 내용을 포괄하고 있다. 對間諜作戰遂行 등을 위하여 필요한 조치를 취할 수 있음을 규정하고 있는 우리나라의 경찰관직무집행법 제5조 제3항과 같은 규정이 없음은 물론이다.

279) 우리나라의 경찰관직무집행법 제6조의 犯罪의 豫防과 制止에 해당하는 규정으로 내용도 거의 동일하다.

280) 우리나라의 경찰관직무집행법 제7조의 危險防止를 위한 出入에 해당하는 규정으로 4개항으로 구성되어 있다. 제1·2항은 우리나라의 경찰관직무집행법 제7조 제1·2항에, 제3·4항은 제3항에 해당한다.

281) 우리나라의 경찰관직무집행법 제11조 武器의 使用에 해당하는 규정으로, 내용 또한 거의 같다.

282) 우리나라의 경찰관직무집행법에서는 찾아 볼 수 없는 규정이다.

第4章 外國의 警察作用法制

우리의 경찰법 제1조에 해당한다. 또한 제2조(경찰의 책무)의 경우 ①항은 우리의 경찰법 제3조에, ②항은 제4조에 해당한다.

제3조(服務의 宣誓의 내용)는 우리의 경찰법에서 발견할 수 없는 조항으로 「이 법률에 의한 경찰의 직무를 집행하는 직원은 일본국헌법 및 법률을 옹호하고, 不偏不黨 또한 公平中立하게 그의 직무를 수행할 것을 취지로 하는 복무의 선서를 해야한다」고 규정되어 있다.

제2장 國家公安委員會

제4조에서 제14조에 이르는 11개 조문으로 이루어져 있는 바, 국가공안위원회의 설치(제4조), 임무 및 權限(제5조)과 동 위원회의 조직(위원장, 위원의 임명, 위원의 임기 등: 제6조 이하)에 관해 규율하고 있다.²⁸³⁾

제3장 警察廳

1절(총칙) · 2절(內部部局) · 3절(부속기관) · 4절(지방기관) · 5절(직원)의 5개절, 21개 조문(15조~35조)이 그 내용을 이루고 있다.²⁸⁴⁾

제4장 都道府縣警察

1절(총칙) · 2절(도도부현공안위원회) · 3절(도도부현경찰의 조직) · 4절(도도부현경찰 상호간의 관계)의 4개절, 26개 조문(36조~61조)으로 구성되어 있다.²⁸⁵⁾

제5장 警察職員

제62조에서 제70조에 이르는 8개 조문으로 되어 있는 바, 우리의

283) 우리나라의 경찰법 제2장 警察委員會 부분에 해당한다.

284) 우리나라의 경찰법 제3장의 警察廳에 해당하는 곳인데, 그 조직에 관하여 상세한 규정을 두고 있는 것이 주목을 끈다.

285) 우리나라의 경찰법 제4장 지방경찰에 해당하는 부분인데, 상세한 규정을 두고 있는 것 외에도 都道府縣公安委員會가 따로 설치되어 있는 것과, 都道府縣警察 상호간의 관계를 규정하고 있는 것이 특기할 만하다고 생각된다.

경찰법 제6장 경찰공무원 부분에 해당한다.

제6장 緊急事態의 特別措置

우리나라의 경찰법에서는 찾아 볼 수 없는 규정으로 다음의 5개조 문으로 되어 있다.

제71조 (布告) ①내각총리대신은 대규모의 재해 또는 소란 그 밖의 긴급사태에 당하여 치안의 유지를 위하여 특히 필요하다고 인정하는 때에는 국가공안위원회의 勸告에 기하여 전국 또는 일부의 구역에 있어서 긴급사태의 布告를 발할 수 있다.

②전항의 布告에는 그 구역, 사태의 개요 및 포고의 효력을 발하는日時를 기재하지 않으면 안된다.

제72조 (內閣總理大臣의 統制) 내각총리대신은 前條에 규정한 긴급사태의 포고가 발해진 때에는 본장에서 정하는 바에 따라 일시적으로 경찰을 통제한다. 이 경우에 있어서 내각총리대신은 이 긴급사태를 수습하기 위하여 필요한 한도내에서 장관을 직접적으로 지휘감독할 수 있다.

제73조 (長官의 命命, 指揮 등) ①제71조에 규정한 긴급사태의 포고가 발해진 때에는 장관은 포고에 기재된 구역을 관할하는 도도부현 경찰의 경시총감 또는 경찰본부장에 대하여, 관구경찰국장은 포고구역을 관할하는 도도부현경찰의 경찰본부장에 대하여 필요한 명령 또는 지휘를 할 수 있다.

②제71조에 규정한 긴급사태의 포고가 발해진 때에는 장관은 포고에 기재된 구역을 관할하는 도도부현경찰 이외의 도도부현경찰에 대하여 포고구역 그 밖의 필요한 구역에 경찰관을 파견할 것을 명할 수 있다.

③제71조에 규정한 긴급사태의 포고가 발해진 때에는 포고구역에 파견된 경찰관은 당해구역내의 어떠한 지역에서도 직권을 행사할 수 있다.

제74조 (國家의 承認 및 布告의 廢止) ①내각총리대신은 제71조의 규정에 의하여 긴급사태의 포고가 발해진 경우에는 그것을 발한 날로부터 20일 이내에 국회에 付議하여 승인을 구하지 않으면 안된다. 다만 국회가 폐회중인 경우 또는 衆議院이 해산된 경우에는 그 후 최초로 소집된 국회에 대하여 즉시 그의 승인을 구하지 않으면 안된다.

②내각총리대신은 전항의 경우에 있어서 不承認의 의결이 있을 때, 국회가 긴급사태의 포고의 폐지를 의결한 때, 또는 단해 포고의 필요가 없어진 때에는 즉시 당해 포고를 폐지하지 않으면 안된다.

제75조 (國家公安委員會의 助言義務) 국가공안위원회는 내각총리대신에 대해 본장에 규정한 내각총리대신의 직권행사에 관해 항상 필요한 조언을 하지 않으면 안된다.

제7장 雜 則

第2節 獨逸의 警察作用法制

연방국가인 독일의 경우 입법권의 행사에 있어 聯邦과 支邦(Land)간의 입법권의 범위를 결정하는 것이 아주 중요한 문제인 바, 현재 그들의 基本法에 따를 때(Art.70 GG) 경찰에 관한 사항에 대한 입법권은 Land에게 부여되어 있다. 다만, Land마다 경찰에 관한 규율을 전혀 달리 할 경우에 발생할 수 있는 문제점을 고려하여 연방차원에서 統一警察法模範草案(MEPolG)을 成案하였고, 실제로 각 Land들은 세부적인 사항에 관하여 약간의 차이를 두고 있을 뿐, 대체로 동草案과 내용을 같이하는 경찰법을 제정해 놓고 있다.

따라서 이하에서는 統一警察法模範草案의 내용을 중심으로 독일의 경찰법제에 관해 일별해 보기로 하겠다.

I. 統一警察法模範草案에 나타난 獨逸의 警察法制的 特色

통일경찰법모범초안에 나타난 독일 경찰법제의 특색으로는 다음과 같은 것을 열거할 수 있다.

첫째, 職務規範(Aufgabennorm, 제1조)과 權限規範(Befugnisnorm, 제8조)을 구분하여 규정함으로써 경찰권발동에 관한 종래의 학설상의 다툼(개괄적 수권조항의 존재가능성 내지 필요성, 직무규범에만 근거한 경찰권발동의 가능성 등)의 문제를 입법적으로 해결하였다.

둘째, 종래 우리나라에서 경찰권의 조리상의 한계로서 설명해 오던 諸原則 들을 다음의 조문들에서 明文化하였다.

①警察比例의 원칙(제2조)

②경찰상의 便宜主義(제3조)

③警察責任의 원칙: 경찰책임의 원칙의 내용을 행위책임(제4조), 상태책임(제5조), 非責任者에 대한 경찰권발동(제6조)이란 제하에서 3개 조문으로 나누어 구체적으로 규율하고 있다.

셋째, 이른 바 標準的 措置(Standardmaßnahme), 즉 실질적 의미의 경찰작용 중에서도 典型的이고 標準的인 직무행위의 유형을 상세히 규정하고 있다(9조~24조).

넷째, 경찰상의 의무이행확보수단(제4장) 및 경찰의 조치로 인한 피해에 대한 구제수단(제5장)에 관한 명문의 규정을 갖고 있다.

이 같은 점을 고려해 볼 때 독일의 統一警察法模範草案은 가히 경찰작용에 관한 일반법이라고 할 수 있으며, 그 내용면에서도 시사하는 바가 많다고 할 수 있다. 따라서 이하에서는 동 草案의 내용에 대하여 살펴 보기로 한다.

Ⅱ. 統一警察法模範草案의 內容

1. 構成

경찰법 모범초안은 제6장 전문 제53개 조문으로 구성되어 있다. 제1장은 임무와 총칙, 제2장은 경찰의 권한, 제3장은 집행협조, 제4장은 강제수단, 제5장은 손실보상, 비용상환, 손해배상청구권, 제6장은 종결규정으로 구성되어 있다.

2. 主要內容

(1) 任務 및 總則

1) 任務

경찰은 공공의 안녕이나 질서에 대한 위협을 방지할 임무가 있으며, 사권의 보호는 법원의 보호가 적시에 이루어지지 않고 동시에 경찰의 협조가 없으면 권리의 실현이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 본법에 따라 경찰의 임무가 된다. 그리고 경찰은 다른 행정기관의 집행을 협조하며, 경찰은 다른 법률에 의하여 경찰에 부여된 임무를 수행하여야 한다(제1조).

그리고 타 행정청과의 관계에 있어서는 경찰은 타행정기관이 위협을 방지할 수 없거나 적시에 할 수 없을 경우에만 관여할 수 있다.

2) 警察比例의 原則

경찰은 가능하고 적절한 다수의 조치 중 개인과 공중에게 침해가 가장 적은 조치라고 예상되는 것을 취하여야 하며, 조치는 추구하는 결과에 비해 명백히 불이익이 큰 경우에는 허용되지 않는다. 또한 조치는 그 목적이 달성되거나 달성될 수 없음이 명백해진 경우에는 허

용되지 않는다(제2조).

3) 警察便宜主義

경찰은 의무에 합당한 재량에 따라 조치를 취하여야 하며, 위험방지를 위하여 다수의 수단이 고려될 수 있는 경우에는 그 중 하나를 선택할 수 있다. 그리고

관계자는 신청을 통하여 사회에 보다 큰 불이익을 주지 않는 한 동일한 효과를 가져오는 다른 수단을 선택할 수 있다(제3조).

4) 警察責任

① 行爲責任

조치는 위험의 원인을 제공한 사람에 대해 취해져야 하며, 14세 미만자, 금치산자 또는 일시적 후견상태에 있는 자의 경우에는 조치는 그 사람의 보호의무자에 대하여도 취해질 수 있다. 그리고 일정한 업무를 위임받은 사람이 업무의 수행중에 위험을 야기한 경우에는 그 업무를 타인에게 위임한 사람에 대해서도 조치를 취할 수 있다(제4조).

② 狀態責任

일정한 物件으로부터 위험이 발생한 경우에는 조치는 사실상의 지배자에 대하여 취해져야 하며, 소유자 또는 기타 권리를 가진 자에게도 조치가 취해질 수 있다. 다만 사실상의 지배자가 소유자 또는 권리자의 의사와 관계없이 지배하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 위험이 무주물로부터 발생한 경우에는 그 물건의 소유권을 포기한 자에게 조치가 취해질 수 있다(제5조).

③ 措置의 直接實施

위에서 언급한 책임자에 대한 요구에 의해 조치의 목적이 달성될 수 없는 경우에는, 경찰은 스스로 또는 수임자를 통해 조치를 직접 실

시할 수 있다. 조치에 앞서 관계자에게는 지체없이 통지하여야 한다. 조치의 직접시행에 의해 경찰에 비용이 발생한 경우에는 행위책임자 또는 상태책임자가 보상의무를 진다. 이 경우에 비용은 행정강제절차에 의해 징수된다.

④非責任者에 대한 警察權發動

현재의 중대한 위험을 방지하여야 하는 경우, 경찰책임자에 대하여 조치가 취해질 수 없거나 적시에 이루어질 수 없을 경우 또는 효과가 기대될 수 없는 경우, 경찰이 스스로 또는 수입자를 통해서도 위험을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없는 경우, 중대한 위험없이 그리고 보다 중대한 의무의 위반없이 그 사람에 대해 요구할 수 있을 경우에는 경찰은 경찰책임자 이외의 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다. 이러한 조치는 위험의 방지가 다른 방법으로는 불가능한 경우에만 인정될 수 있다(제6조).

5) 基本的人權의 制限

생명 및 신체의 불가침(기본법 제2조제2항제1문), 신체의 자유(기본법 제2조제2항제2문), 주거의 불가침(기본법 제13조) 등의 기본권이 이 법에 의하여 제한될 수 있다(제7조).

(2) 警察의 權限

1) 一般的 權限

경찰의 권한을 이 법에서 특별히 규정하지 않는 한, 경찰은 개개의 경우에 존재하는 공공의 안녕이나 질서에 대한 위험을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다. 다른 법령에 의해 지정된 임무(제1조제4항)를 이행하기 위하여 경찰은 그 법규에 규정되어 있는 권한을 가진다. 이러한 법령이 경찰의 권한을 규정하지 않을 경우에는 경찰은 본법이 부여한 권한을 가진다(제8조).

2) 標準措置(個別權限)

경찰의 표준조치로는 신원확인파 자격증의 심사(제9조), 감식조치(제10조), 소환(제11조), 퇴거명령(제12조), 보호조치(제13조), 법관의 결정(제14조), 유치된 자에 대한 처우(제15조), 자유박탈기간(제16조), 신체수색(제17조), 물건수색(제18조), 주거출입 및 수색(제19조), 압수(제21조), 보관(제22조), 환가, 폐기(제23조) 등이 있다.

(3) 職務應援

직접강제가 사용되어야 하지만 타행정기관이 그에 필요한 집행력을 갖지 못하거나 다른 방법으로는 조치가 시행될 수 없는 경우에 타행정기관의 요청에 따라 직무응원을 하며, 경찰은 집행의 종류 및 방법에 대해서만 책임을 부담한다. 그 밖의 점에 관해서는 직무응원의 원칙이 준용된다(제25조).

직무응원요청은 문서로 하여야 하며, 그 문서에는 조치의 사유와 법적 근거를 명시하여야 한다. 긴급한 경우의 요청은 위의 방식에 따르지 않을 수 있다. 그러나 경찰의 요구가 있으면 지체없이 문서로 확인시켜 주어야 한다. 요청행정기관에 요청의 실시여 관하여 통지하여야 한다(제26조).

(4) 警察上的의 強制手段

1) 作爲, 引用 및 不作爲의 強制

①行政強制的 許容

작위, 수인 또는 부작위의 의무를 지우는 행정행위는 그 것이 불가쟁력을 가지거나 불복방법이 집행정지적 효과가 없는 경우에는 강제수단에 의하여 집행될 수 있다. 행정강제는 현존하는 위협을 방어하기 위하여 필요한 경우, 특히 제4조 내지 제6조에 따른 조치가 불가능하

第4章 外國의 警察作用法制

거나 또는 적시에 이루어질 수 없을 때 혹은 그러한 조치의 효과가 기대될 수 없고 그 권한내에서 행위할 경우에는 선행 행정행위가 없더라도 행해 질 수 있다(제28조).

②强制手段

강제수단은 대집행(제30조), 강제금(제31조), 직접강제(제33조) 등이 있다(제29조). 강제수단은 계고되어야 하며, 강제수단에는 형벌 또는 과태료가 병과될 수 있고 행정행위가 준수되거나 다른 방법에 의해 해결될 때까지 반복, 변경될 수 있다(제29조).

③强制手段의 戒告

강제수단은 가능한 한 문서에 의해 계고되어야 하며, 관계자에게는 계고시에 의무이행을 위하여 적당한 기간이 정해져 있어야 한다. 그러나 수인의무 또는 부작위가 의무인 경우에는 기한을 정하지 않아도 무방하다. 계고를 할 수 없는 상황 특히 현재의 위험을 회피하기 위하여 강제수단을 즉시 사용하는 것이 불가피할 경우에는 계고가 생략될 수 있다. 계고는 그를 통해 작위, 수인 또는 부작위의무를 지우는 행정행위와 결합되어 행해질 수 있다. 불복방법이 정지효력을 갖지 않는 경우에는 가능한한 계고는 행정행위와 결합되어야 한다. 계고에는 특정의 강제수단이 지정되어야 한다. 다수의 강제수단이 계고된 경우에는 어떠한 순위에 따라 행사되는가를 적시하여야 한다. 대집행이 계고된 경우에는 예상비용을 적시하여야 한다. 강제금은 정액으로 계고되어야 한다. 계고는 송달되어야 하며, 계고가 그 근거 행정행위와 결합되어 있고 그 행정행위에 대한 송달규정이 없는 경우에도 동일하다(제34조).

2) 武器使用

①一般原則

총기는 직접강제의 여타 조치들이 행사되어도 효과가 없거나 효과

를 기대할 수 없음이 명백히 예견되는 경우에 한하여 사용할 수 있다. 사람에게 대한 총기사용은 물건에 대한 사용으로는 그 목적을 달성할 수 없는 때에 한하여 허용된다. 사람에게 대한 총기사용은 공격방지 또는 도주방지의 경우에 한하여 허용된다. 살해의 개연성이 매우 높은 총기발사는 그것이 현존하는 생명의 위험 또는 신체의 불가침성을 현저히 훼손하는 위험을 방지하기 위한 유일한 수단일 때에만 허용된다. 의견상 14세 미만으로 보이는 사람에게 대하여는 총기사용이 허용되지 아니한다. 다만 총기의 사용이 생명, 신체에 대한 현재의 유일한 위험방지 수단일 때에는 그러하지 아니하다. 경찰관공무원에 의해 명백히 무관한 자로 인정되는 자는 위태롭게 될 고도의 개연성이 있는 경우에도 총기사용이 허용되지 아니한다. 다만 총기의 사용이 현존하는 생명의 위험방지를 위한 유일한 수단일 때에는 그러하지 아니하다(제41조).

②사람에 대한 銃器의 使用

사람에 대한 총기사용은 생명, 신체에 대한 현재의 위험을 방지하기 위한 경우, 실행 직전 또는 실행중인 중죄, 총기 또는 폭발물을 사용 또는 휴대하여 실행하기 직전이거나 또는 실행 중인 경죄를 저지하기 위한 경우, 도주함으로써 체포 또는 신원확인을 피하고자 하는 자를 붙잡으려 할 때에만 허용된다(제42조).

③多衆에 대한 銃器의 使用

다중에 대한 총기의 사용은 경찰공무원에 의해 명백히 무관한 자로 인정되는 자는 위태롭게 될 고도의 개연성이 있는 경우에도 허용되지 아니한다. 다만 총기의 사용이 현존하는 생명의 위험방지를 위한 유일한 수단일 때에는 그러하지 아니하다. 사람이 폭력을 행사하거나 행동으로 폭력을 승인 혹은 협조하는 사람들의 집단내에 있으며, 반복적인 경고에도 불구하고 집단을 이탈하지 아니한 때에는 무관하지 않은 것으로 본다(제43조).

第4章 外國의 警察作用法制

④ 特殊武器, 爆發手段

기관총과 수류탄은 제42조제1항제1호제2호 및 제5호의 경우에 한하여, 내무부장관 또는 개별적 경우의 수명자의 동의를 있으면 총기 또는 수류탄 및 이와 유사한 폭발수단을 사용하는 사람, 다른 무기의 사전사용이 효과가 없을 경우에 대하여 행사될 수 있다. 기관총과 수류탄은 공격이 불가능한 경우에만 사용될 수 있다. 수류탄은 다중 내에 있는 사람에 대하여는 사용되어질 수 없다. 그외의 다른 점에 관해서는 총기사용에 관한 규정이 적용된다. 사람에 대한 폭발수단은 허용되지 아니한다(제44조).

(5) 損失補償, 費用償還 및 賠償請求權

1) 損失補償請求權

① 構成要件

경찰비책임자에 대한 경찰권발동의 결과, 손실을 입은 사람에 대해서는 적당한 보상을 하여야 한다. 경찰의 위법한 조치에 의해 손해를 받은 경우에도 동일하다.

보상은 경찰의 동의를 얻어 경찰임무의 이행시에 자유의사로 협력하거나 물건을 제공함으로써 손실을 입은 자에게도 인정되어야 한다. 특히 직무위반으로부터 발생하는 배상청구권도 마찬가지이다.

② 損失補償의 內容, 種類 및 範圍

보상은 재산손해에 대하여 부여된다. 통상의 임금 또는 사용대가를 초과하는 일실이익 및 경찰조치와 직접 관계가 없는 불이익에 대한 보상은 그 손해가 불공정하여 이를 피하기 위해 필요한 때에 한하여 취해진다. 신체 혹은 건강의 훼손 또는 자유의 박탈의 경우에는 재산손해가 없더라도 적절한 보상을 하여야 한다. 이 청구권은 양도 또는 상속될 수 없지만 그것이 소송계류중이거나 계약에 의해 승인되는 때에는 그러하지 아니하다.

보상은 금전으로 하며, 보상의무를 발생시킨 조치가 생업능력의 정지 및 감소, 수요의 증가, 부양청구권의 소멸 및 침해를 초래한 경우에는 보상은 정기금으로 지불하여야 한다. 민법 제760조가 이에 적용된다. 중대한 사유가 존재하는 때에는 이자대신 원본에 의한 보상을 청구할 수 있다. 청구권은 피해자를 부양하여야 하는 자가 존재하는 경우에도 방지되지 않는다. 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 존재하는 경우에는 이 청구권의 내용과 범위가 보상청구권과 합치되는 한 보상은 이 청구권의 양도를 조건으로 행해진다. 보상의 산정에 있어서는 손해의 종류와 그 예견가능성, 피해자 및 그 재산이 경찰의 조치에 의해 보호되고 있는가 여부 등을 고려하여야 한다. 피해자의 책임에 귀속되는 사정이 손해의 발생 혹은 악화에 영향을 미치는 경우에는 보상의 의무와 더불어 보상의 범위는 손해가 피해자에 의한 정도와 경찰에 의한 정도에 따라 결정된다(제46조).

③ 間接被害者의 請求

살해의 경우에는 제46조제5항의 범위내에서 매장의 비용을 부담하는 자에 이를 보상하여야 하며, 피살해자가 살해시에 제3자에 대하여 법률상 부양의무를 부담하거나 부양의무를 부담하게 되는 관계에 있어 살해의 결과 제3자가 부양받을 권리를 상실한 경우에는 제3자는 제46조제5항의 범위내서 피살해자가 생존추정존속기간내의 부양의무에 해당하는 적정한 보상을 청구할 수 있다. 보상은 제3자가 피해의 시에 태아일 경우에도 요구할 수 있다(제47조).

④ 補償請求權의 時效

보상청구권은 피해자가, 제47조의 경우에는 청구권자가 손해와 보상의무자를 알았던 시점으로부터 3년, 이를 알지 못한 경우에는 훼손사고발생시로부터 30년의 기간으로 시효가 완성된다(제48조).

2) 費用償還請求權

보상의무는 조치를 취한 경찰관이 근무하는 관청이 부담한다. 경찰관이 다른 관청을 위하여 행위한 경우에는 당해 타단체가 보상의무를 진다. 이 경우 그 보상이 조치의 실시종류와 방법으로 인한 경우에는 보상의무를 부담하는 단체는 경찰관이 근무하는 단체에 대하여 그 비용의 상환을 청구할 수 있다. 단 단체 자체가 실시종류 및 방법에 책임을 지는 경우에는 그러하지 아니하다(제49조).

제49조에 의해 보상의무를 지는 단체가 제45조제1항 또는 제2항에 따라 보상하는 경우, 제4조 또는 제5조에 의한 책임자에 대해 그 지출의 상환을 청구할 수 있다.

다수의 자가 동시에 책임을 부담하는 경우에는 상호 연대채무자로서 책임을 진다(제50조).

3) 爭訟手段

손해배상청구권은 통상법원, 제49조제3항 또는 제50조에 의한 상환은 행정법원의 관할에 속한다(제51조).

第5章 警察作用法制的 問題點 및 改善方案

우리나라의 경찰작용법제는 위에서 살펴 본 것처럼 경찰법, 경찰관 직무집행법 등 다양한 개별법이 존로 경찰조직에 관한 일반법으로 기능하고 있고 경찰관직무집행법은 대부분 경찰상 즉시강제에 관한 내용을 담고 있어서 경찰작용에 관한 일반법의 역할을 하기에는 실질적인 내용이나 형식에 있어서는 아직까지 많은 문제점을 내포하고 있다. 이러한 현행 경찰작용관련 법제에 있어서의 경찰관직무집행법의 일반법적 성격의 결여로 인하여 침해행정의 전형적인 예인 경찰작용에 있어서 법적 근거가 미흡하여 위헌적인 경찰조치가 현실적으로 나타날 수 있다. 따라서 경찰작용관련 일반법의 필요성은 누구나 공감하고 있으며, 이는 경찰관직무집행법의 전면적인 개정에 의하든 새로운 경찰작용법의 제정에 의하든 시급하게 이루어져야 할 작업이다. 그리고 개별 경찰관련법의 구체적인 내용에 있어서도 여러가지 측면에서 내용이 미흡하거나 비현실적인 내용을 담고 있어서 문제가 야기되고 있는 경우도 있는 바, 이는 크게 경찰개념의 정립문제, 개괄적 수권조항의 채택, 경찰권발동의 요건, 경찰책임과 관련한 문제, 경찰상의 강제수단, 경찰상의 비용상환 문제 등으로 나누어 볼 수 있다.

따라서 이하에서는 이러한 경찰작용법제가 지니는 문제점을 분석하고 그 개선방안을 제시하고자 한다.

第1節 警察作用法體系의 問題點 및 改善方案

I. 警察作用에 관한 一般法制定의 必要性

경찰관련법은 일반적으로 경찰에 관한 사항을 규율하고 있는 법 이외에 각 행정청이 담당하고 있는 특별한 경찰작용에 관한 법을 포함할 때 이루어야 할 수 없을 만큼 많으나, 크게는 경찰조직법과 경찰작용법으로 구분할 수 있다.

경찰조직법은 경찰업무를 집행하는 행정기관의 구성 및 관할, 경찰관청상호간의 관계, 경찰행정의 감독 등을 규율하는 법규를 말하며, 이러한 경찰조직법으로는 정부조직법, 경찰법, 경찰공무원법, 전투경찰대설치법 등이 있다. 그리고 경찰작용법은 경찰행정의 내용을 규율하는 법규로서 경찰행정상의 법률관계의 성립, 변경, 소멸에 관련된 모든 법규를 말하며, 경찰의 직무, 경찰권발동의 근거와 한계, 경찰책임, 각종 경찰상 처분, 경찰강제 등을 규율하고 있다. 경찰작용에 관하여 일반법적인 기능을 하는 법률로는 경찰관직무집행법이 있다. 그 밖에 경찰직무응원법, 청원경찰법, 용역경비업법, 집회및시위에관한법률, 도로교통법, 경범죄처벌법, 미성년자보호법, 풍속영업의규제에관한법률 등 각종 경찰관련 개별법이 있으며, 그 밖에 식품위생법, 의료법, 전염병예방법 등 개별법상 경찰관련규정이 있다. 여기에서 경찰작용관련 개별법이란 경찰관직무집행법 이외에 직접 경찰이 관할권을 가지고 경찰작용을 행하는 근거가 되는 법을 말한다.

위에서 살펴 본 것처럼 우리나라의 경찰관련법체계는 기본적으로 경찰조직법과 경찰작용법이 나누어져 있다. 이러한 경찰조직관련법과

경찰작용관련법이 나누어 진 것은 연혁적으로 경찰청조직의 독립이 경찰작용관련법의 정비이후에 이루어 진 것에 기인한다고 볼 수 있다. 즉, 종래에는 경찰청조직이 내무부산하에 있어서 경찰업무를 내무부장관이 함께 관장하였으나, 제6공화국출범을 전후하여 경찰중립화의 요청이 강하게 대두되고 이에 따라 경찰사무를 내무부장관의 관장사무에서 분리하여 독립한 외청으로서 경찰청을 신설하여 경찰사무를 관장하도록 한 것에 연유한다고 볼 수 있다. 이러한 경찰청의 독립에 따라 경찰조직에 관한 일반법제정의 필요성이 제기되었고 그에 따라 제정된 것이 경찰법이다. 그러나 경찰조직법의 정비이후 경찰작용관련법에 대하여는 아직까지 체계적 정비가 이루어지지 못하고 있어서 경찰권행사에 있어서 법률적 근거나 행사의 한계, 각종 경찰수단의 체계화, 경찰책임의 획정, 경찰비용의 상환 등과 관련하여 많은 문제를 노정시키고 있다. 물론 경찰관직무집행법이 경찰권의 행사에 있어서 일반법적인 기능을 하고 있다고는 하지만 동법은 주로 경찰수단 가운데 즉시강제에 관한 사항을 규율하고 있기 때문에 사항적 한계를 스스로 지닐 수 밖에 없다. 즉, 동법은 경찰권발동에 대한 일반적인 수권조항, 즉시강제이외의 각종 경찰수단에 대한 사항, 경찰권행사에 있어서 요구되는 원칙, 경찰책임의 세분화, 경찰비용의 상환 등의 문제에 대하여는 규율하고 있지 않거나 규율정도가 미비하여 경찰작용일반에 적용되기에는 일정한 한계를 지닐 수 밖에 없는 것이다. 따라서 경찰조직에 관한 일반법인 경찰법에 상응하는 체계적인 모습을 갖춘 경찰작용에 관한 일반법의 제정이 매우 시급하다고 볼 수 있다.

II. 警察官職務執行法の 一般法的 性格의 缺如 및 補完策

현재 경찰작용에 관한 일반법은 존재하지 않으나 그래도 경찰작용

관련법 가운데 일반법적인 기능을 한다고 볼 수 있는 것이 경찰관직무집행법²⁸⁶⁾이다. 왜냐하면, 경찰관직무집행법은 개별 경찰작용의 기본원칙과 한계에 관한 통칙적인 규정을 어느정도 담고 있기 때문이다. 그러나 경찰관직무집행법을 이와같이 경찰작용의 일반법으로 보는 데 대하여는 앞에서 살펴 본 것처럼 찬반양론이 서로 대립하고 있다.

다수설은 경찰관직무집행법을 모든 경찰작용에 대한 일반법으로 파악하지 않고 경찰작용의 하나인 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로 보고 있다. 즉, 경찰작용은 경찰목적에 위하여 개인의 신체나 재산에 실력을 가하여 경찰상 필요한 목적을 달성하는 사실상의 작용과 경찰허가나 경찰명령과 같은 행정행위로 크게 나누어진다. 이 가운데 경찰상의 사실작용은 경찰상의 의무불이행에 대하여 강제적으로 의무를 이행시키거나 이행한 것과 동일한 상태를 실현시키는 “경찰상의 강제집행”과 현재의 급박한 장애를 제거하기 위하여 경찰의무를 명할 시간적 여유가 없거나 성질상 의무를 명하여서는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 경찰상 필요한 상태를 실현시키는 “경찰상의 즉시강제”로 구분된다. 이 가운데 강제집행에 관한 일반법으로 행정대집행법이 있고, 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로 경찰관직무집행법이 있다고 한다.²⁸⁷⁾

그러나 이에 대하여 경찰관직무집행법이 경찰상의 즉시강제에 대한 일반법적 성격이 있다는 점을 긍정하면서도, 동법에 의한 경찰의 직무행위의 전부가 즉시강제가 아니라 그 밖에 의사작용과 사실행위가 결합된 의미의 합성적 행정행위, 의사작용만으로서의 행정행위, 순수 사

286) 동법은 1948년에 제정된 일본의 경찰관직무집행법을 거의 그대로 계수하여 1953년 12월 14일 법률 제299호, 전문 9개조로 제정·공포되었으며, 그후 1981년 4월 13일 법률 제3427호, 전문13개조로 전문개정되고, 그후 3차에 걸쳐 부분개정되어 시행되고 있다.

287) 김도창, 일반행정법론(하), 1993, 340면; 박윤훈, 최신행정법강의(하), 1996, 336면.

실행위, 직접강제 등 여러가지가 있으며, 따라서 동법은 여러가지의 경찰의 전형적 직무행위에 관한 근거법으로서의 성질을 가진다고 한다. 288) 즉, 경찰에 의한 수상한 자에 대한 정지명령(동법 제3조제1항), 위험발생방지를 위한 경고, 범죄예방을 위한 경고(제6조제1항) 등은 의사작용으로서의 행정행위로서의 성질을 가지며, 위험발생방지를 위한 억류·피난조치(제5조제1항), 범죄의 제지(제6조제1항) 등은 합성적 행정행위로 볼 수 있다고 한다. 그리고 흥기등의 조사(제3조제4항), 미아 등의 보호(제4조제1항) 등은 순수 사실행위로 볼 수 있으며, 위험발생방지를 위한 가택출입(제7조), 무기사용(제11조) 등은 대집행 또는 직접강제, 또는 급박한 경우에 계고 등 절차를 거침이 없이 대집행 또는 직접강제에 상당하는 강제조치를 할 수 있다는 의미에서의 즉시강제로서의 성질을 지닌다는 것이다. 289)

그러나, 경찰관직무집행법상의 강제수단은 모두 즉시강제로 보기는 문제가 있고 그 법적 성질은 개별 조치에 대한 규정을 구체적으로 분석하여 파악하여야 한다. 그리고 경찰관직무집행법이 비록 미흡하지만 경찰상의 강제수단 이외에 경찰권행사의 목적과 한계, 직무의 범위 등 경찰작용의 일반적 사항도 아울러 규정하고 있으므로 이를 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로만 보는 것은 문제가 있다고 본다. 따라서 경찰관직무집행법은 경찰작용에 관한 일반법으로 볼 수 있다. 그러나 경찰작용에 관한 일반법으로서 제대로 기능하기에는 전체적인 체계나 규율사항 등에 있어서 많은 문제점을 내포하고 있으므로 이에 대한 근본적인 보완책이 필요하다. 이는 우리의 경찰작용법제에 많은 영향을 준 독일경찰법 모범초안의 내용과 비교해 보더라도 분명해 지는 바, 현행 경찰관직무집행법상의 전체적인 체계나 규율내용상 일반법적인 모습을 갖추기 위하여 필요한 사항에 관하여 독일 경찰법모범

288) 김남진, 행정법Ⅱ, 1996, 268면; 동, 앞의 논문, 91~92면.

289) 김남진, 앞의 논문, 92면.

第5章 警察作用法制의 問題點 및 改善方案

초안의 내용과 비교하여 보면 다음과 같다. 첫째, 현행 경찰관직무집행법은 개별적인 경찰작용에 대한 수권규정이 없는 경우에 적용될 수 있는 개괄적 수권조항이 결여되어 있다. 이러한 이유로 학설과 판례는 경찰의 임무조항인 경찰관직무집행법 제2조5호를 개별적 근거가 없는 경우에 있어서의 경찰작용의 근거조항으로 보고 있으나 이는 임시방편적일 수밖에 없고 근본적으로는 개괄적 수권조항을 마련하는 것이 바람직하다. 독일의 경우에도 애초에는 임무규정을 개별적 근거가 없는 경우에 있어서의 경찰작용의 근거조항으로 보아 왔으나, 이후 법개정을 통하여 별도의 개괄적 수권조항을 마련하였다.

둘째, 경찰의 개념 및 경찰권발동의 요건에 대한 명확한 규정이 결여되어 있다. 경찰개념에 대하여는 학설상 논란이 있는 바, 경찰관직무집행법상 정의규정 등을 통하여 그 개념적 정의를 하는 것이 바람직하며, 경찰권발동의 요건과 관련하여서도 “공공의 질서”라는 개념요소가 필요한지 여부를 입법적으로 명백히 할 필요가 있으며, 경찰권발동의 대상이 되는 “위해”의 개념도 정의규정에서 분명하게 규정할 필요가 있다. 그리고 경찰권발동에 있어서의 재량행사와 관련하여서도 일정한 원칙이 정립되어 있지 않은 바 이에 대한 일정한 기준을 입법화하는 것도 경찰권행사에 있어서의 남용방지를 위하여 필요한 일이라고 생각된다. 또한 경찰권행사에 있어서의 한계원리로서의 경찰비례의 원칙도 현행법상 일부 규정되어 미흡한 면이 있는 바, 이에 대하여도 보다 세밀한 규정이 필요하다고 본다.

셋째, 경찰책임에 대하여 현행법은 전혀 규정되어 있지 않다. 따라서 경찰책임도 행위책임과 상태책임으로 구분하여, 양자에 대한 일반적인 내용을 정립할 필요가 있으며, 양자가 경합하는 경우나 다수의 경찰책임자가 있는 경우의 조치, 경찰비책임자에 대한 경찰권발동 등에 대하여도 규율하여야 할 것이다.

넷째, 경찰상의 강제수단과 관련하여서도 현행법은 개별적인 경찰강제, 특히 즉시강제에 대한 규정만을 두고 있다. 따라서 경찰관직무집

행법상 불비된 일반적인 경찰상의 강제집행수단을 규정하여 경찰권발동에 대한 근거규정에 상응하는 완결적인 강제수단 및 그 절차를 마련하여야 한다.

다섯째, 경찰상의 비용상환이나 손실보상등과 관련한 규정이 없는바, 이에 대한 규정도 마련하여야 한다.

이와같은 내용이 보완될 경우에 비로서 경찰관직무집행법은 경찰작용에 관한 일반법으로 제대로 기능할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 警察作用法體系의 整備方案

경찰작용법체계의 정비는 여러 가지로 그 방안을 모색하여 볼 수 있으나, 크게는 다음과 같은 방향에서 그 정비방안을 모색하여 볼 수 있다. 첫째, 경찰조직에 관한 일반법인 경찰법을 포함하는 명실상부한 경찰조직 및 경찰작용에 관한 일반법을 제정하는 방안이다. 이러한 방안은 경찰법체계를 일원화하여 법체계나 내용상 모순된 것이 없게 된다는 장점이 있으나, 현재 조직법과 작용법으로 분리되어 있는 법체계를 구태여 통합할 현실적인 필요성이 없다는 점, 법기술적으로 많은 어려움이 있다는 점 등으로 인하여 장기적으로는 고려해 볼 수 있으나 단기적인 방안으로는 부적절한 방안으로 생각된다.

둘째, 경찰작용에 관한 일반법을 제정하거나 경찰관직무집행법을 정비하여 이를 경찰작용에 관한 실질적인 일반법으로 기능하도록 하는 방안이 있을 수 있다. 이 경우에 법의 명칭은 현재의 경찰관직무집행법이 조직법상의 경찰만을 대상으로 함으로 경찰권발동의 주체를 그 밖의 질서행정담당기관까지 확대한다는 의미에서 “경찰작용법” 또는 “경찰직무집행법” 또는 “위험방지법”등으로 하는 것도 생각해 볼 수 있다. 이와같은 법정비를 할 경우 법은 크게 총칙, 경찰책임, 경찰권한, 경찰상의 강제수단, 경찰비용 등으로 나누어서 규정할 수 있다.

첫째, 총칙에서는 경찰목적, 용어정의, 임무조항, 경찰재량, 경찰비례의 원칙 등이 규정될 수 있다.

둘째, 경찰책임에서는 경찰책임의 유형(해위책임, 상대책임), 경찰책임의 경합시의 처리, 경찰비책임자에 대한 경찰권발동 등을 그 내용으로 하여 구성할 수 있다.

셋째, 경찰권한에서는 경찰권발동의 일반적 권한(개괄적 수권조항), 개별적 권한(표준적 직무조치), 경찰응원 등에 관한 사항을 규율할 수 있다.

넷째, 경찰상의 강제수단에서는 경찰강제의 일반원칙, 강제수단의 유형, 강제집행절차 등이 규정될 수 있다.

다섯째, 경찰비용에서는 경찰비용의 상환, 손실보상청구권, 손해배상청구권 등이 규정될 수 있다.

第2節 個別 警察作用法制度上的 問題點 및 改善方案

I. 警察概念의 實定法的 定立의 必要性

제2장에서 살펴 본 것처럼 독일·일본 등 과거에 경찰권이 강대했던 나라들에서는 제 2차세계대전 이후에 경찰의 기능이 축소되어 종래에 경찰의 권한영역에 속해 있었던 광범위한 영역이 脫警察化(Entpolizeilichung) 되었고, 그 한도에서 危險防止의 임무가 대폭 一般行政機關에 이전되었다. 또한 警察行政廳의 직무가 危險防止에 국한되지 않고 그를 넘어서 다른 기능에까지 확대되어 있다.

그 결과 오늘날 경찰의 사실상의 직무범위인 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 危險防止기능은 警察行政廳이외에도 일반행정청도 담당하

게 됨으로써 경찰개념에 대한 재정립의 필요성이 제기되고 있다. 경찰개념은 일반적으로 實質的 意味의 警察概念과 形式的 意味의 警察概念으로 구분되는 바, 양 개념중에서 특히 실질적 의미의 경찰개념을 보다 명확히 규명하여야 할 것이다. 왜냐하면, 전통적 의미에 있어서의 경찰기능은 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 危險의 防止에 기여하는 국가적 활동 전체를 포함하는 實質的 意味의 警察概念에 근거하기 때문이다.²⁹⁰⁾ 그러나 실정법상으로는 경찰의 임무는 형식적 의미의 경찰개념으로 구성되어 있어서 실질적 경찰기능이 무엇인지가 불분명하게 된다. 즉, 실정법상 경찰의 기능은 '組織'을 기준으로 결정되는 바, 그것은 그때 그때의 實定法상 명시적으로 경찰이라고 표현되어 있는 행정기관(즉, 普通警察行政機關)이 관장하는 모든 행정작용을 의미하며, 그 작용이 실질적으로 경찰작용인지를 불문한다.²⁹¹⁾

따라서 형식적 의미의 경찰의 범위를 어떻게 규정할 것인지의 문제는 전적으로 그 나라의 立法政策에 속하는 문제라고 할 수 있을 것이다.²⁹²⁾

일반적으로 實定法上的 形식적 警察개념은 전통적 警察개념에 비해 어떤 의미에서는 넓고, 어떤 의미에서는 좁다. 즉, 전통적 의미의 경

290) W. Martens, Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982, 89 ff.(92).

291) Wolff/Bachof, S.16; 박운혼(하), 279면; 이 상규(하), 240면. 이런 의미에서 이를 組織法的 혹은 制度的 意味의 警察概念이라고도 한다. 이에 반하여 경찰의 조직영역에 속하는 행정기관을 制度的(組織的) 意味의 警察이라 하고, 制度的(組織的) 意味의 警察이 행하는 모든 직무를 形式的 意味의 警察이라고 하여 형식적 의미의 경찰과 제도적 의미의 경찰을 구분하여 사용하는 예도 보인다(Schenke, S.168 f.).

292) 우리나라의 경우, 경찰관직무집행법 제2조는 경찰관의 직무의 범위를 1)범죄의 예방·진압 및 수사, 2)경비·要人警護 및 對間諜作戰遂行, 3)치안정보의 수집·작성 및 配布, 4)교통의 단속과 危害의 방지, 5)기타 공공의 안녕과 질서의 유지로 규정하고 있는 바, 이것이 우리나라에서의 형식적 의미의 경찰개념에 해당한다.

찰은 公共의 安寧과 秩序의 유지작용(保安警察)외에 위생·산업 등에 관한 질서유지작용(狹義의 行政警察)까지 포함하고 있는 것에 대해, 實定法上的의 형식적 경찰개념은 위생·산업 등에 관한 질서유지작용을 他 행정기관의 권한으로 하고 있는 점에서 전통적인 경찰개념보다 좁다. 반면 實定法上的의 경찰에는 범죄수사 등의 司法作用이 포함되어 있는 바, 이 점에서는 전통적 경찰개념보다 넓다.

따라서 경찰작용을 행정청이 행하는 실질적 의미의 경찰까지 포함하고 이러한 경찰작용에 관한 일반법을 제정하는 경우에는 그 대상이 되는 경찰개념을 실질적으로 정립할 필요성이 제기된다. 즉, 경찰작용에 관한 일반법은 그 규율대상을 현재 경찰청이 행하고 있는 실질적 경찰기능(감시행정) 뿐 아니라 탈경찰화 이후에 일반행정청이 담당하고 있는 실질적 경찰기능도 포함시켜서 이러한 실질적 경찰작용에 있어서는 경찰청 뿐 아니라 일반행정청도 이러한 일반법에 구속되도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이 경우 實質的 意味의 警察은 그 작용을 담당하는 행정기관이 경찰청이든 일반행정청이든 관계없이 「공공의 安寧 秩序에 대한 危險을 방지하기 위하여 일반통치권에 기하여 국민에게 命命·強制함으로써 국민의 자연적 자유를 제한하는 작용」을 그 대상으로 하면 될 것이다.

II. 警察權發動의 根據로서의 概括的 授權 條項

1. 現行 警察官職務執行法第2條第5號의 問題點

概括的 授權條項을 인정하는 경우 제2장에서 살펴 본 것처럼 ‘공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협’이라고 하는, 일견 막연하고 포괄적인 요건하에 경찰권을 발동할 수 있게 함으로써 경찰권 발동이 남용될

소지를 제공하고 있다. 그러나 概括的 授權條項은 어디까지나 경찰권 발동에 관한 개별적인 수권조항이 없는 경우 第2次的·補充的으로만 적용되며, 학설과 판례에 의하여 개괄적 수권조항의 내용·목적·범위가 충분히 상세화되고 그의 의미도 분명해졌으므로 이를 인정하는 것은 별다른 문제가 없다고 본다.²⁹³⁾ 따라서 不確定 法概念을 사용하고 있는 概括的 授權條項에 근거하여 경찰권을 발동하는 것이 法治國家의 原則, 특히 法律留保의 原則에 反한다고 간주하는 것은 타당하지 못하다고 생각한다. 더욱이 입법보다 앞서가는 기술의 진보·사회적 변화 및 위험발생상황의 다양성 등을 고려할 때 경찰상 概括的 授權條項의 필요성이 포기될 수는 없다고 생각된다. 그러나 경찰법상의 개괄적 수권조항을 일반적으로 인정할 수 있다는 것은 별론으로 하고, 우리나라의 실정법체계내에서도 이러한 개괄적 수권조항이 인정되고 있는지의 문제는 별도로 살펴 볼 필요가 있다.

우리나라의 경찰관직무집행법 제2조는 ①범죄의 예방·진압 및 수사, ②경비·요인경호 및 대간첩작전수행, ③치안정보의 수집·작성 및 배포, ④교통의 단속과 危害의 방지, ⑤기타 공공의 안녕과 질서의 유지를 경찰의 직무범위로 규정하고 있는 바, 이 가운데 제5호에 규정된 기타 공공의 안녕과 질서의 유지라는 규정을 개괄적 수권조항으로 볼 수 있는가의 문제이다.

이에 대하여 이를 개괄적 수권조항으로 보는 입장은 우리 실정법상의 경찰에 대한 概括的 授權條項으로 볼 수 있다고 한다. 그 근거로 경찰이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속한 것이 문제가 되었던 사건에 관한 대법원의 판결을 대법원이 공공의 안녕과 질서의 유지를 규정하고 있는 동조 제 5호를 우리나라의 實定法上の 警察(官)에 대한 概括的 授權條項으로 이해하였다는 것으로 해석하고 있다.

생각컨대, 개괄적 수권조항의 필요성을 인정하는 것과 경찰관직무집

293) 同旨: BVerfGE 54, 143 ff.(144 f.).

행법 제2조제5호를 職務規範외에 權限規範의 성격도 갖는 개괄적 수권조항으로 보는 것이 논리필연의 관계에 있는 것은 아니라고 보여진다. 즉, 개괄적 수권조항의 필요성을 인정한다고 하여 현행의 경찰관 직무집행법 제2조제5호를 권한규범의 성격도 갖는 것으로 보아 그것에만 근거한 경찰권의 발동을 긍정하는 것은 이론상 무리가 있다고 생각된다. 물론 「警察은 公共의 安寧과 秩序에 대한 危險을 防止하기 위하여 필요한 措置를 취할 수 있다」고 규정한 統一警察法模範草案(MEPoIG) 제8조와 같은 권한규범의 성격을 갖는 개괄적 수권조항이 존재하지 않는 우리나라의 실정을 고려한다면, 개괄적 수권조항의 필요성을 긍정하는 입장에서는 동조를 권한규범의 성격을 갖는 것으로 이해할 수 밖에 없었을 것이다. 그러나 그 같은 해석은 직무규범외에 별도의 권한규범의 존재를 요구하는 법치행정의 원리와 상충된다고 밖에는 볼 수 없다.

결국 이와 같은 문제의 발생은 입법상의 흠결에 기초하는 것으로 생각되는바, 이하에서 개괄적 수권조항의 필요성을 긍정하는 입장에서 이 문제에 대한 입법적 해결방안에 대하여 살펴 보기로 한다.

2. 改善方案

위에서 살펴 본 바와같이 일반적으로 경찰권발동의 근거로서의 개괄적 수권조항은 요건이 불확정법개념으로 구성되어 있어서 법치국가에 있어서의 명확성의 요청에 의하여 문제가 제기되고 있고 또한 특별법의 증대로 인하여 그 중요성은 점점 줄어들고 있기는 하지만, 아직도 경찰상의 위협방지를 위한 근거로서 핵심적인 역할을 담당하고 있는 것은 사실이다. 따라서 개괄적 수권조항의 필요성에 대하여는 일반적으로 공감하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 현행 경찰관직무집행법 제2조제5호의 규정은 다른 행정청과의 직무의 한계를 설정하는 동시에 비침해적인 경찰작용의 근거가 될 수 있는 임무규정으로로서의 성격

이 질으므로 이를 개인의 기본권에 대한 침해작용이 수반되는 경찰작용에 대한 권한규범으로서의 개괄적 수권조항으로 보기에 는 위에서 살펴 본 것처럼 문제가 있다. 따라서 경찰작용에 관한 일반법을 제정하는 경우 현재의 경찰상의 임무규정과 는 별도로 권한규범으로서의 개괄적 수권조항의 제정이 필요하다. 참고로 독일의 경찰법모범초안은 제1조제1항에서 “경찰은 공공의 안녕이나 질서에 대한 위협을 방지할 임무가 있다”라는 임무규정을 둔과 동시에 제8조에서 “①제9조 내지 제24조에서 특별히 규정하지 않는 한, 경찰은 개개의 경우에 존재하는 공공의 안녕이나 질서에 대한 위협을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다. ②다른 법규에 의해 지정된 임무(제1조제4항)를 이행하기 위하여 경찰은 그 법규에 규정되어 있는 권능을 가진다. 이러한 법규가 경찰의 권능을 규정하지 않을 경우에는 경찰은 본법이 부여한 권능을 가진다”라고 규정하여 경찰권발동에 있어서의 개괄적 수권규정을 별도로 규정하고 있다.

Ⅲ. 警察權發動의 要件

경찰권은 개별적 수권조항이 존재하는 경우에는 그에 근거하여 발동할 수 있으나, 이러한 규정이 없는 경우에는 개괄적 수권조항에 근거하여 발동할 수밖에 없다. 따라서 여기에서 언급하고자 하는 경찰권 발동의 요건상의 문제점 및 정비방안은 현재 경찰관직무집행법상에 규정된 개별적 수권조항인 소위 표준적 직무조치에 관한 규정과 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권발동의 요건, ‘공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 발생한 경우’에 관한 것이다. 물론 경찰권발동은 이밖에도 개별법에 그 근거가 있는 경우에도 발동할 수 있으나, 이에 관한 요건에 대한 문제점 및 개선방안은 설명을 생략하기로 한다. 그 밖에 경찰권발동의 한계로서 일반적으로 언급되고 있는 경찰공공의 원칙이나

경찰비례의 원칙 등도 결국은 경찰권발동의 요건으로 볼 수 있으므로 이에 대하여도 살펴 보기로 한다.

1. 概括的 授權條項上의 警察權發動要件의 問題點 및 改善方案

(1) 公共의 秩序概念의 必要性與否

개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하기 위하여서는 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 존재하여야 한다. 이 경우 '공공의 안녕' 또는 '공공의 질서'라는 개념은 附加的으로(additiv) 적용되는 것이 아니라 兩者擇一적으로(alternativ) 적용되며,²⁹⁴⁾ 실제로는 양자가 동일한 가치를 갖고 병존하는 것이 아니라 공공의 안녕이 관련이 없을 때에서야 비로소 공공의 질서에 대한 심사가 행해진다고 할 것이다.²⁹⁵⁾

그러나 현실적으로 '공공의 안녕'이라는 개념이외에 '공공의 질서'라는 개념은 제2장에서 살펴 본 것처럼 立法의 완비로 인하여 종래 공공의 질서개념에 속하던 대부분의 것들이 법적 규율의 대상이 되어 있고, 따라서 공공의 질서라는 보호이익의 전통적인 적용영역이 현저하게 축소되고 있으며, 이론적 측면에서도 다수의 가치관 뿐만 아니라 소수의 가치관도 보호받아야 하며, 따라서 다수 혹은 국가가 자신의 가치관을 타인에게 강요할 수는 없으며, 또한 공공의 질서개념에는 헌법상의 요청인 명확성이 결여되어 있으므로 동 개념이 法治主義에 반한다는 비판이 행해지고 있다.

그러나 입법자가 입법을 하기 전에는 공공의 질서의 개념에 의존하는 것만이 새로운 유형의 위협에 대처할 수 있다는 점, 공공의 안녕에

294) Vgl. B. Schloer, Die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im bayerischen Polizei- und Sicherheitsrecht, BayVBl.~ 1991, 257 ff.: Gusy, S.51.

295) Möller/Wilhelm, S.26.

대한 위해는 아니지만 사회적으로 受忍될 수 없는 위해도 기술적·사회적 변화를 고려할 때 저지되어야 한다는 점, 여러 主體간의 基本權이 충돌하는 경우를 공공의 질서의 개념의 적용영역으로 고려할 수도 있다는 점 등에서 아직까지 공공의 질서개념은 그 현실적 존치필요성이 인정되고 있다. 그러나 구체적으로 어떤 행위가 公共의 秩序에 반하는지의 여부를 판단함에 있어서는 ‘그때 그때의 지배적인 倫理價値觀’이 기준이 되므로 현시점에서의 우리나라 사람들의 지배적인 價値觀에 대한 실증적 연구가 필요하다고 할 것이다.

(2) 危害概念의 具體化

경찰관직무집행법은 경찰임무에 관한 제2조제5호의 규정에서 공공의 안녕과 질서유지만을 규정하고 있을 뿐 ‘위험’이 존재할 것을 규정하고 있지는 않다. 즉, 동 조항은 질서의 ‘유지’라는 표현을 하고 있으므로 이는 공공의 안녕과 질서에 대한 ‘위해’가 전제된 것으로 이해할 수 있다. 그러나 표현에 있어서의 명확성을 기하기 위하여는 ‘공공의 안녕과 질서에 대한 위해의 방지’라는 식으로 규정하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 이러한 표현으로 고치더라도 ‘위해의 방지’에 관하여는 보다 구체적인 규율을 하여야 할 것이다. 즉, ‘위해의 방지’가 구체적으로 의미하는 것이 무엇인지에 대하여는 법률상 보다 명확히 하는 것이 바람직하다고 생각된다. 이 경우 ‘용어의 정의’에 관한 규정에서 이에 대한 규정을 명확히 하는 것이 바람직할 것이다. 이 경우 그 내용적 범주에 포함될 것으로는 ‘구체적인 위험의 존재’와 ‘장해’ 등이 있다. 구체적인 위험이 존재하는 경우란 예컨대 객관적으로 예견되는 사실의 정상적인 진행을 방치하는 경우에 공공의 안녕과 질서에 손해를 가져올 개연성이 있는 경우라고 볼 수 있으며, 장해란 위험이 실현되어 손해가 이미 발생되어 있는 상태를 말한다.

2. 警察權發動의 一般要件으로서의 警察公共의 原則, 警察比例의 原則의 明文化

일반적으로 경찰권의 발동의 한계로서 경찰공공의 원칙 및 경찰비례의 원칙이 언급되고 있다. 전술하였듯이 警察公共의 原則이란 警察權은 ‘社會公共’의 안녕·질서를 유지하기 위해서만 발동될 수 있으며, 따라서 사회공공의 安寧秩序와 직접적 관련이 없는 생활관계는 경찰권발동의 대상이 되지 않는다는 원칙을 말한다. 그리고 경찰비례의 원칙이란 경찰은 가능하고 적합한 여러 가지의 수단 가운데 개인과 일반에게 최소한의 침해를 주는 수단을 선택하여야 하며, 추구하는 목적과 적정한 비례관계가 있지 아니한 조치를 취하여서는 안된다는 것을 말한다.

우리나라의 경우 이 같은 警察公共의 原則 및 경찰비례의 원칙은 종래 경찰권의 남용으로부터 국민의 자유와 권리를 보호하기 위하여 경찰권의 條理上의 限界를 획정하기 위한 법원칙의 하나로 다루어 왔다. 그러나 同 原則의 내용 역시 경찰권발동의 요건을 例示的으로 설명해 주는 것으로 볼 수 있으므로, 이는 경찰권발동에 관한 일반요건으로서의 개괄적 수권조항과 함께 법상 명문화할 필요가 있다.

현행 경찰관직무집행법 제1조제2항은 “경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 한다”라고 하여 경찰비례의 원칙 가운데 필요성의 원칙, 즉 최소침해의 원칙을 규정하고 있다. 그러나 본 조항은 동법의 목적조항에 규정하고 있어서 체계상 맞지 않을 뿐 아니라 경찰비례의 원칙의 일부분만을 규정하고 있어서 내용적으로도 보완할 필요가 있다.²⁹⁶⁾

296) 이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구 1990.2.

3. 警察裁量の 明文化

일반적으로 경찰법과 관련한 학설에서는 경찰권발동의 요건이 충족되는 경우에는 경찰권이 발동할 수 있으며, 이 경우에 경찰권을 발동할 것인지 여부와 어떻게 발동할 것인지 등에 대하여 경찰에 재량이 인정되고 있다고 설명하고 있다. 그러나 현행 경찰관직무집행법은 이러한 경찰상의 재량에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 재량권의 범위확정 등과 관련하여 문제가 될 수 있다. 따라서 이러한 경찰재량에 관한 근거규정을 명문화할 필요가 있으며, 특히 그 재량권행사의 기준 내지 한계를 명확히 할 필요가 있다. 경찰권을 발동할 것인지 여부에 관한 결정재량과 관련하여서는 특히 경찰이 개입할 수밖에 없는 예외적인 상황에 대하여 어느정도 범위를 정함으로써 경찰의 부작위에 의하여 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 초래되는 경우가 없도록 하여야 할 것이다. 그리고 경찰권을 발동하는 경우에 있어서 수단선택에 있어서의 재량과 관련하여서는 위에서 언급한 것처럼 최소침해의 원칙 등 비례의 원칙이 준수되어야 할 것이다.

IV. 警察責任

1. 警察責任에 대한 原則的 規定의 缺如 및 補完策

警察權發動의 要件이 충족되었다면, 경찰은 그 요건에 해당하는 경찰책임을 지는 자에 대하여 경찰권을 발동하여야 한다. 즉, 경찰상의 위험에 대해 직접 책임을 져야 할 지위에 있는 자, 즉 警察責任者에게 義務를 부과함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 우선적으로 그 방법을 택해야 하는 바, 이를 경찰책임의 원칙이라고 한다. 이러한 警察責任은 앞에서 언급한 것처럼 위험의 원인을 기준으로 하여 行爲責

任(Verhaltenshaftung)과 狀態責任(Zustandshaftung)으로 구분할 수 있다. 그러나 현행법은 이러한 경찰책임과 관련하여 명시적인 규정은 전혀 두지 않고 있어서 경찰권발동의 대상과 관련하여 일정한 기준이 없이 경찰이 재량으로 경찰권을 발동함으로써 경찰권남용의 소지를 제공하고 있다. 따라서 경찰책임과 관련하여 학설과 판례에 나타난 내용들을 실제 입법에 반영하는 작업이 매우 시급하다. 이 경우 우선 경찰책임에 있어서의 일반적인 내용과 원칙을 명문화하는 작업이 이루어져야 할 것인 바, 그 구체적인 내용을 예시하면 다음과 같다.

첫째, 경찰은 우선 행위책임자 및 상태책임자에 대하여 발동한다는 것에 대하여 그 내용과 원칙을 정하는 것이 필요하다. 즉, 경찰상의 조치는 직접 위험의 원인을 야기한 자 또는 그에 대하여 감독적 지위에 있는 자, 어떤 물건이 경찰상의 위해를 조성하는 경우에 있어서 그 물건에 대한 사실상의 지배권을 지니는 자에 대하여 이루어 져야 한다는 취지의 내용을 명문화하여야 한다.

둘째, 이러한 경찰책임자가 다수가 있는 경우 어떠한 원칙에 의하여 경찰권을 발동할 것인지에 대하여도 원칙을 정하는 것이 필요하다. 즉, 현대사회에 있어서의 분업의 증가 및 복잡한 생활관계로 인하여 하나의 경찰상 위해에 대하여 多數의 경찰책임자가 존재하는 경우가 있을 수 있는 바, 그러한 유형으로는 ①多數의 行爲責任者가 존재하는 경우, ②多數의 狀態責任者가 존재하는 경우 및 ③행위책임자와 상태책임자가 경합하는 경우 등이 있다.

이처럼 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우 경찰은 경찰상의 위해를 제거하기 위하여 다수의 경찰책임자 중 누구에게 경찰권을 발동할 것인가의 문제가 제기된다.

종래에는 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우에 경찰이 누구에게 경찰상의 조치를 취할 것인가는 원칙적으로 경찰의 義務適合的 選擇裁量에 달려 있다고 설명되어 왔는 바, 이에 따르면 경찰행정청은 그

의 選擇裁量에 따라 擇一的으로 한 명에게만, 혹은 다수의 경찰책임자 전부에게 동시에 경찰권을 발동할 수 있다. 이 경우 선택재량은 原因을 야기한 정도, 원인제공의 時點 등을 기준으로 하여 '危險防止의 效率性'과 '比例의 原則'의 틀내에서 판단하도록 법상 명시하는 것이 바람직하다. 그리고 行爲責任과 狀態責任이 競合하는 경우에는 행위책임자에게 우선적으로 경찰권이 발동될 것, 二重責任者(Doppelstörer)는 단지 하나의 책임근거만을 갖고 있는 사람에 비해 원칙적으로 우선적으로 경찰권발동의 대상이 된다는 것 등도 명시하는 것이 바람직하다.

셋째, 위에서 언급한 경찰책임자에 대하여 경찰권을 발동할 수 없는 경우에는 경찰은 스스로 또는 수임자를 통해 조치를 직접 실시할 수 있으며, 조치의 직접실시에 의해 경찰에 비용이 발생한 경우에는 행위책임자 또는 상태책임자가 비용상환의무를 진다는 것을 명시하는 것이 바람직하다.

2. 警察上の 緊急狀態에서의 非責任者에 대한 警察權發動

경찰권은 警察責任者에게만 발동될 수 있는 것이 원칙이지만 예외적으로 '警察上の 緊急狀態' 하에서는 경찰은 警察非責任者(Nichtstörer)에게도 경찰권을 발동할 수 있다는 것은 제2장에서 전술한 바와 같다. 그러나 非責任者는 자신의 행위에 의하여 위험상황을 야기하지도 않았고 위험상황에 대한 狀態責任도 없기 때문에 매우 엄격한 전제조건이 충족된 경우에만 경찰권이 발동되어야 한다. 일반적으로 非責任者에 대하여 경찰권을 발동하기 위하여서는 반드시 개별법상 法的 根據가 있어야 한다고 설명하고 있으며, 현행법상 이러한 비책임자에 대한 경찰권발동의 법적 근거의 예로서 소방법 제77조, 수난구호법 제8조, 풍수해대책법 제33조 등이 있다. 그러나 개별법상 근거규정이 없

는 경우에 概括的 授權條項에 근거하여 비책임자에 대하여 경찰권발동을 할 수 있는지에 대하여 실정법상 명시적인 규정이 없고 학설상에서도 논란이 되고 있다. 전술하였듯이 현실적으로 개별적 수권조항이 없어도 조리상 인정되는 일정한 요건하에서 非責任者에 대하여 경찰권을 발동할 수 있다고 생각되는 바, 이에 대하여는 앞으로 이를 법상으로 명문화할 필요가 있다고 본다. 그러나 경찰비책임자에게 경찰권을 발동하기 위하여는 엄격한 요건하에서만 이를 인정하여야 하는 바, 그 요건에 반드시 고려해야 할 사항은 다음과 같다.

첫째, 非責任者에게 경찰권을 발하기 위하여는 目前에 急迫한 危險이 존재하여야만 한다. 여기서 '目前에 急迫한 危險'이란 전술하였듯이 고도의 蓋然性을 가진 긴급한 損害의 발생이 예견되는 상태를 말하며, 손해발생의 시간적 近接性과 손해발생의 高度의 蓋然性을 그의 구성요소로 한다.

둘째, 다른 방법을 통하여는 危險防止가 불가능하여야 한다. 그리고 경찰은 객관적으로 경찰책임자에게 경찰권을 발동하거나 자기 자신의 固有의 수단을 사용하여서는 障害 혹은 危險에 대처할 수 없을 때에만 非責任者에 대하여 경찰권을 발동할 수 있다. 즉, 非責任者에게 경찰권을 발동하는 것은 경찰의 最後의 수단이어야 한다.

셋째, 경찰비책임자에 대하여 경찰권을 발동할 수 있는 期待可能性이 있어야 한다.

즉, 경찰권발동에 의하여 非責任者의 생명이나 건강을 해치지 않을 것, 非責任者의 본래의 급박한 업무를 방해하는 것이 아닐 것 등이 요구된다.

그 밖에 경찰비책임자에 대한 경찰권발동이 일시적·임시적 방편일 것, 경찰권발동의 대상이 된 제 3자가 입은 손실에 대한 補償이 행해질 것 등이 비책임자에 대한 경찰권발동의 요건으로 고려될 수 있다.

그리고 非責任者는 경찰상 위험의 발생에 대한 책임이 없기 때문에 위험방지의 부담을 영원히 受忍할 필요는 없으며, 따라서 非責任者에

대한 권리구제가 문제되는 바, 이러한 권리구제의 수단으로는 結果除去請求와 損失補償의 請求가 고려되어야 한다.

참고로 독일경찰법모범초안은 이러한 비책임자에 대한 경찰권발동과 관련하여 제6조에서 “현재의 중대한 위험을 방지하여야 하는 경우, 경찰책임자에 대하여 조치가 취해질 수 없거나 적시에 이루어질 수 없을 경우 또는 효과가 기대될 수 없는 경우, 경찰이 스스로 또는 수임자를 통해서도 위험을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없는 경우, 중대한 위험없이 그리고 보다 중대한 의무의 위반없이 그 사람에 대해 요구할 수 있을 경우에는 경찰은 경찰책임자 이외의 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다. 이러한 조치는 위험의 방지가 다른 방법으로는 불가능한 경우에만 인정될 수 있다”고 규정하고 있는 바, 현행법의 정비작업에 있어서 참고가 될 수 있을 것이다.

V. 警察上の 强制手段

1. 現行 警察官職務執行法上の 强制手段의 問題點

경찰상의 강제수단과 관련하여 경찰관직무집행법은 제3조이하에서 개별적으로 규정하고 있고, 일반적인 강제집행수단은 규정하고 있지 않다. 즉, 경찰관직무집행법은 불심검문(제3조), 보호조치(제4조), 위험발생의 방지(제5조), 범죄의 예방과 제지(제6조), 위험방지를 위한 출입(제7조), 사실의 확인(제8조), 최루탄 및 장구의 사용(제10조), 무기의 사용 등에 관하여 개별적으로 규정하고 있다. 그러나 이는 대부분 즉시강제에 해당하는 수단이며 그 밖의 일반적인 강제집행수단에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 않다. 물론 제3조 이하의 규정내용이 모두 즉시강제적인 수단으로 볼 수는 없다. 일반적으로 즉시강제란 목전의 급박한 장애를 제거하기 위하여 또는 미리 의무를 명하는 것으로는 목적을 달성할 수 없는 성질인 경우에 의무의 불이행을

기다릴 것없이 직접 개인의 신체, 재산 등에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현시키는 작용이라고 설명하고 있는 바, 경찰관직무집행법 제3조이항의 규정 가운데에는 이러한 즉시강제적 요소가 없는 경우가 많다. 예컨대, 위험발생의 방지(제5조)에 있어서처럼 구체적인 처분이 전제되는 경우도 있으며 장구사용, 최루탄사용, 무기사용 등과 같이 일정한 하명에 대한 불응이 있는 경우에 대한 직접강제인 경우도 있다. 따라서 경찰관직무집행법 제3조 이하의 규정을 확일적으로 즉시강제수단으로 보는 것에는 문제가 있으며, 이는 오히려 독일경찰법에서의 표현처럼 개인의 기본권을 침해하는 전형적인 경찰조치를 의미하는 표준적인 직무조치로 표현하는 것이 보다 바람직하다고 본다. 경찰관직무집행법은 이러한 표준적인 직무조치이외에 별다른 경찰상의 강제집행수단은 규정하고 있지않아서 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권발동의 요건이 존재하는 경우에 이에 대한 강제수단으로서 표준적 직무조치가 부적합한 경우에는 이에 대한 구체적인 강제수단을 어떻게 행사할 것인가가 현실적으로 문제가 될 수 있다. 왜냐하면 경찰권발동에 대한 근거규범이 있더라도 이에 대한 강제집행수단은 별도로 존재하여야 하기 때문이다. 따라서 경찰관직무집행법상 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권발동을 허용하는 경우에는 이에 대한 일반적인 강제수단, 즉 대집행, 직접강제, 강제징수, 이행강제금 등의 수단도 동시에 마련하여야 할 것이다. 따라서 이하에서는 이러한 문제에 대하여 보다 구체적으로 살펴 보기로 한다.

2. 改善方案

(1) 一般的인 強制執行手段의 마련

경찰관직무집행법상 불비된 일반적인 경찰상의 강제집행수단을 규정하여 경찰권발동에 대한 근거규정에 상응하는 완결적인 강제수단 및 그 절차를 마련하여야 한다.

이 경우에 우선 경찰강제가 허용될 수 있는 대상에 대하여 그 원칙을 정하여야 하는 바, 작위, 수인 또는 부작위의 의무를 지우는 경찰조치는 불가쟁력이 발생한 경우나 불복방법이 집행정지적 효과가 없는 경우에만 강제수단에 의하여 집행될 수 있도록 하여야 한다.

예컨대, 현재 강제집행의 전형적인 예인 대집행의 경우 우리나라의 행정대집행법은 대집행의 요건으로 그 의무불이행의 전제되는 행정행위가 불가쟁력을 발생하고 있어야 하는지 여부에 대하여 별다른 규정을 두고 있지 않아서 불가쟁력이 없는 행정행위, 즉 아직 재송수단에 의하여 다룰 수 있는 행정행위에 대하여도 대집행할 수 있는지 여부가 논란이 되고 있다. 현재 행정대집행법이 이를 명시적으로 규정하고 있지 않으므로 법해석상 의무를 과한 행정처분이 계쟁상태에 있는 경우에도 대집행을 할 수 있다고 볼 수 있다. 그 결과 재송에 의하여 의무를 과하는 행정처분이 취소되더라도 재송을 하는 동안 집행정지결정이 없는 한 이미 대집행이 실행되어 원상회복불능상태로 되어 상대방은 손해배상을 청구하는 외에 다른 구제방법이 없게 된다. 따라서 이러한 점을 고려한다면 경찰관직무집행법상의 일반적인 강제집행수단의 도입에 있어서는 경찰은 구체적 사정을 고려하여 가능한한 의무를 과하는 경찰처분이 불가쟁력이 발생한 이후에 비로소 강제집행을 실행하도록 규정하여야 할 것이다.

그리고 경찰강제는 현존하는 위험을 방어하기 위하여 필요한 경우, 특히 선행되는 경찰상의 처분이 불가능하거나 또는 적시에 이루어질 수 없을 때 혹은 그러한 조치의 효과가 기대될 수 없고 그 권한내에서 행위할 경우에만 선행 행정행위가 없더라도 행해 질 수 있도록 하여야 할 것이다.

(2) 警察上の 强制手段

경찰상의 강제수단으로는 대집행, 이행강제금, 직접강제, 강제징수

등이 규정될 수 있다. 이러한 강제수단의 행사를 위하여는 상대방에게 계고되는 등 일정한 절차를 거쳐야 한다.

경찰상의 강제수단은 가능한 한 문서에 의해 계고되어야 하며, 관계자에게는 계고시에 의무이행을 위하여 적당한 기간이 정해져 있어야 한다. 그러나 수인의무 또는 부작위가 의무인 경우에는 기한을 정하지 않아도 무방하다. 계고를 할 수 없는 상황 특히 현재의 위협을 회피하기 위하여 강제수단을 즉시 사용하는 것이 불가피할 경우에는 계고가 생략될 수 있다. 계고는 그를 통해 작위, 수인 또는 부작위의무를 지우는 행정행위와 결합되어 행해질 수 있다. 불복방법이 정지효력을 갖지 않는 경우에는 가능한한 계고는 행정행위와 결합되어야 한다. 계고에는 특정의 강제수단이 지정되어야 한다. 다수의 강제수단이 계고된 경우에는 어떠한 순위에 따라 행사되는가를 적시하여야 한다. 대집행이 계고된 경우에는 예상비용을 적시하여야 한다. 강제금은 정액으로 계고되어야 한다. 계고는 송달되어야 하며, 계고가 그 근거 행정행위와 결합되어 있고 그 행정행위에 대한 송달규정이 없는 경우에도 동일하다.

VI. 警察費用에 대한 責任問題

경찰비용에 대한 책임문제는 경찰책임자에 대하여 경찰권이 발동된 경우에는 원칙적으로 문제가 되지 않으나, 다수의 경찰책임자가 있는 경우나 경찰비책임자에 대하여 경찰권이 발동된 경우에 문제가 된다. 즉, 다수의 경찰책임자가 있는 경우에는 누가 경찰비용에 대하여 상환 책임이 있으며, 어떻게 비용을 상환할 것인가 하는 문제가 발생하며, 경찰비책임자에 대하여 경찰권이 발동된 경우에는 손실보상의 문제가 제기된다. 그러나 현행 경찰작용관련법은 이러한 경찰비용과 관련한 문제에 대하여 전혀 규정하고 있지 않아서 실제 문제가 발생한 경우

에 논란의 여지를 가지고 있다. 따라서 이러한 경찰비용에 대한 책임 문제에 대하여 법적으로 명시적인 규정을 둘 필요가 있다.

1. 警察費用의 償還

다수의 경찰책임자가 있는 경우의 경찰상의 비용상환문제는 제2장에서 살펴 보았듯이多數의 警察責任者가 존재함에도 불구하고 그 중의 어느 한 사람이 위험방지를 위한 중요한 책임을 갖고 있어서 그에게 경찰권을 발동하는 것만이 재량권의 행사에 하자가 없는 것으로 인정되는 경우에는 그의 비용상환청구권이 否認되어야 할 것이나,多數의 경찰책임자 중에서 누구에게 경찰권을 발동할 것인가가 행정청의 意思 여하에 달려있는 경우에는 민법의 連帶債務에 관한 규정의 유추에 따른 비용상환청구가 인정되어야 할 것이다. 특히 ②의 경우 그와 다른 결론을 인정하게 되면 위험방지를 위해 소요된 비용을 누가 부담할 것인가의 문제가 경찰기관의 우연한 선택에 의존하게 되어 평등의 원칙이란 관점에서 수긍하기 어려운 불합리한 결과가 야기된다.

독일경찰법 모범초안은 비용상환과 관련하여 “보상의무는 조치를 취한 경찰관이 근무하는 관청이 부담한다. 경찰관이 다른 관청을 위하여 행위한 경우에는 당해 타단체가 보상의무를 진다. 이 경우 그 보상이 조치의 실시종류와 방법으로 인한 경우에는 보상의무를 부담하는 단체는 경찰관이 근무하는 단체에 대하여 그 비용의 상환을 청구할 수 있다. 단 단체 자체가 실시종류 및 방법에 책임을 지는 경우에는 그러하지 아니하다(제49조)”라고 규정하고 있다. 그리고 다수의 자가 동시에 책임을 부담하는 경우에는 상호 연대채무자로서 책임을 진다(제50조).

2. 警察非責任者의 損失補償請求權

경찰비책임자에 의하여 경찰권이 발동된 경우 경찰비책임자는 경찰

상의 위해발생에 책임이 없는 자이므로 만일 이로 인하여 경찰비책임자가 재산상의 손실을 입은 경우에는 이에 대하여 손실보상을 제공하여야 한다. 그러나 아직 이에 대하여 실정법상 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 참고로 독일의 경우 경찰법 모범초안은 “경찰비책임자에 대한 경찰권발동의 결과, 손실을 입은 사람에 대해서는 적당한 보상을 하여야 한다. 경찰의 위법한 조치에 의해 손해를 받은 경우에도 동일하다. 보상은 경찰의 동의를 얻어 경찰임무의 이행시에 자유의사로 협력하거나 물건을 제공함으로써 손실을 입은 자에게도 인정되어야 한다. 이는 직무위반으로부터 발생하는 손해배상청구권에 대하여도 적용된다”고 규정하고 있다.

3. 損害賠償請求權

경찰의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 입은 자에 대하여는 국가배상법이 규정하고 있으므로 이외에 별도의 규정은 필요없다고 본다.

第3節 結 論

지금까지 경찰작용과 관련한 법체계 및 개별제도상의 문제점 및 그 개선방안에 대하여 살펴 보았다. 경찰청의 독립이후 경찰조직에 관한 일반법으로서 경찰법이 제정되었으나 경찰작용관련법에 대하여는 아직까지 체계적 정비가 이루어지지 못하고 있어서 경찰권행사에 있어서 법률적 근거나 행사의 한계, 각종 경찰수단의 체계화, 경찰책임의 획정, 경찰비용의 상환 등과 관련하여 많은 문제를 노정시키고 있다. 특히 지금까지 경찰관직무집행법이 경찰권의 행사에 있어서 일반법적인 기능을 하고 있다고는 하지만 주로 경찰수단 가운데 즉시강제에 관한 사항을 규율하고 있어서 사항적 한계를 스스로 지닐 수 밖에 없

다. 따라서 동법상에 결여된 경찰권발동에 대한 일반적인 수권조항, 즉시강제이외의 각종 경찰수단에 대한 사항, 경찰권행사에 있어서 요구되는 원칙, 경찰책임의 세분화, 경찰비용의 상환 등의 사항에 대한 체계적인 모습을 갖춘 경찰작용에 관한 일반법의 제정이나 경찰관직무집행법의 전면적인 개정작업이 매우 시급하다고 볼 수 있다. 이 경우 이에 담겨질 대강적인 틀은 다음과 같이 크게 총칙, 경찰책임, 경찰권한, 경찰상의 강제수단, 경찰비용, 벌칙, 부칙 등이 될 것이다.

첫째, 총칙에서는 경찰목적, 용어정의, 임무조항, 경찰재량, 경찰비례의 원칙 등이 규정될 수 있다.

①경찰의 목적조항은 공공의 안녕과 질서를 유지함을 목적으로 한다는 내용을 규정한다.

②용어의 정의에서는 경찰, 공공의 안녕, 공공의 질서, 위해 등의 개념을 정의하여 개념의 해석을 둘러싼 논란의 소지를 없애도록 한다.

③경찰임무조항은 기존의 경찰관직무집행법상의 임무조항을 토대로 그 내용을 보완한다.

④경찰재량. 경찰은 의무에 합당한 재량에 따라 조치를 취하여야 하며, 위험방지를 위하여 다수의 수단이 고려될 수 있는 경우에는 그 중 하나를 선택할 수 있다. 그리고 관계인은 신청을 통하여 일반사회에 보다 큰 불이익을 주지 않는 한 동일한 효과를 가져오는 다른 수단을 선택할 수 있다.

⑤경찰비례의 원칙. 경찰은 가능하고 적절한 다수의 조치 가운데 개인과 일반인에게 침해가 가장 적은 조치라고 예상되는 것을 취하여야 하며, 조치는 추구하는 결과에 비해 명백히 불이익이 큰 경우에는 허용되지 않는다. 또한 조치는 그 목적이 달성되거나 달성될 수 없음이 명백해진 경우에는 허용되지 않는다.

둘째, 경찰책임에서는 경찰책임의 유형(행위책임, 상태책임), 경찰책임의 경합시의 처리, 경찰비책임자에 대한 경찰권발동 등을 그 내용

으로 하여 구성할 수 있다.

① 행위책임

조치는 위협의 원인을 제공한 사람에 대해 취해져야 하며, 14세 미만자, 금치산자 또는 일시적 후견상태에 있는 자의 경우에는 조치는 그 사람의 보호의무자에 대하여도 취해질 수 있다. 그리고 일정한 업무를 위탁받은 사람이 업무의 수행중에 위협을 야기한 경우에는 그 업무를 타인에게 위탁한 사람에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

② 상태책임

일정한 物件으로부터 위협이 발생한 경우에는 조치는 사실상의 지배자에 대하여 취해져야 하며, 소유자 또는 기타 권리를 가진 자에게도 조치가 취해질 수 있다. 다만 사실상의 지배자가 소유자 또는 권리자의 의사와 관계없이 지배하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 위협이 무주물로부터 발생한 경우에는 그 물건의 소유권을 포기한 자에게 조치가 취해질 수 있다.

③ 다수의 경찰책임자가 있는 경우

다수의 경찰책임자가 존재하는 경우에는 경찰의 義務適合的 選擇裁量에 따라 擇一的으로 한 명에게만, 혹은 다수의 경찰책임자 전부에게 동시에 경찰권을 발동할 수 있다. 이 경우 선택재량은 原因을 야기한 정도, 원인제공의 時點 등을 기준으로 하여 '危險防止의 效率性'과 '比例의 原則'의 틀내에서 판단하도록 법상 명시하는 것이 바람직하다.

④ 비책임자에 대한 경찰권발동

현재의 중대한 위협을 방지하여야 하는 경우, 경찰책임자에 대하여 조치가 취해질 수 없거나 적시에 이루어질 수 없을 경우 또는 효과가 기대될 수 없는 경우, 경찰이 스스로 또는 수임자를 통해서도 위협을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없는 경우, 중대한 위협없이 그리고 보다 중대한 의무의 위반없이 그 사람에 대해 요구할 수 있을 경

우에는 경찰은 경찰책임자 이외의 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다. 이러한 조치는 위협의 방지가 다른 방법으로는 불가능한 경우에만 인정될 수 있다.

셋째, 경찰권한에서는 경찰권발동의 일반적 권한(개괄적 수권조항), 개별적 권한(표준적 직무조치), 경찰응원 등에 관한 사항을 규율할 수 있다.

①일반적 수권규정

경찰의 권한을 본법에서 특별히 규정하지 않는 한, 경찰은 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다. 다른 법령에서 규정된 임무를 이행하기 위하여 경찰은 그 법규에 규정되어 있는 권한을 가진다. 이러한 법령이 경찰의 권한을 규정하지 않을 경우에는 경찰은 본법이 부여한 권한을 가진다.

②표준조치(개별적 수권규정)

표준적 직무조치에 대하여는 현행법의 내용을 기초로 하여, 그 내용을 보완한다.

③경찰응원

타행정기관이 그에 필요한 집행력을 갖지 못하거나 다른 방법으로는 조치가 시행될 수 없는 경우에 타행정기관의 요청에 따라 협조를 하며, 경찰은 집행의 종류 및 방법에 대해서만 책임을 부담한다. 경찰응원요청은 문서로 하여야 하며, 그 문서에는 조치의 사유와 법적 근거를 명시하여야 한다. 긴급한 경우의 요청은 위의 방식에 따르지 않을 수 있다. 그러나 경찰의 요구가 있으면 지체없이 문서로 확인시켜 주어야 한다. 요청행정기관에 요청의 실시 관하여 통지하여야 한다.

넷째, 경찰상의 강제수단에서는 경찰강제의 일반원칙, 강제수단의 유형, 강제집행절차 등이 규정될 수 있다.

①경찰강제의 일반원칙

작위, 수인 또는 부작위의 의무를 지우는 경찰조치는 그 것이 불가쟁력을 가지거나 불복방법이 집행정지 효과가 없는 경우에는 강제수단에 의하여 집행될 수 있다. 경찰강제는 현존하는 위험을 방어하기 위하여 필요한 경우, 일정한 경찰조치가 불가능하거나 또는 적시에 이루어질 수 없을 때 혹은 그러한 조치의 효과가 기대될 수 없고 그 권한내에서 행위할 경우에는 선행 경찰처분이 없더라도 행해 질 수 있다.

②강제수단

경찰강제의 수단은 대집행, 이행강제금, 직접강제 등이 있다. 강제수단은 계고되어야 하며, 강제수단에는 행정벌이 병과될 수 있고 이행될 때까지 반복될 수 있다.

③강제집행절차

강제수단은 가능한 한 문서에 의해 계고되어야 하며, 관계자에게는 계고시에 의무이행을 위하여 적당한 기간이 정해져 있어야 한다. 그러나 수인의무 또는 부작위가 의무인 경우에는 기한을 정하지 않아도 무방하다. 계고를 할 수 없는 상황 특히 현재의 위험을 회피하기 위하여 강제수단을 즉시 사용하는 것이 불가피할 경우에는 계고가 생략될 수 있다. 계고는 그를 통해 작위, 수인 또는 부작위의무를 지우는 행정행위와 결합되어 행해질 수 있다. 불복방법이 정지효력을 갖지 않는 경우에는 가능한한 계고는 행정행위와 결합되어야 한다. 계고에는 특정의 강제수단이 지정되어야 한다. 다수의 강제수단이 계고된 경우에는 어떠한 순위에 따라 행사되는가를 적시하여야 한다. 대집행이 계고된 경우에는 예상비용을 적시하여야 한다. 강제금은 정액으로 계고되어야 한다. 계고는 송달되어야 하며, 계고가 그 근거 행정행위와 결합되어 있고 그 행정행위에 대한 송달규정이 없는 경우에도 동일하다.

다섯째, 경찰비용에서는 경찰비용의 상환, 손실보상청구권, 손해배상청구권 등이 규정될 수 있다.

①손실보상청구권

경찰비책임자에 대한 경찰권발동의 결과, 손실을 입은 사람에 대해서는 적당한 보상을 하여야 한다. 경찰의 위법한 조치에 의해 손해를 받은 경우에도 동일하다. 보상은 경찰의 동의를 얻어 경찰임무의 이행시에 자유의사로 협력하거나 물건을 제공함으로써 손실을 입은 자에게도 인정되어야 한다. 특히 직무위반으로부터 발생하는 배상청구권도 마찬가지이다. 이러한 손실보상은 재산상의 손실을 대상으로 하며, 통상의 임금 또는 사용대가를 초과하는 일실이익 및 경찰조치와 직접관계가 없는 불이익에 대한 보상은 그 손해가 불공정하여 이를 피하기 위해 필요한 때에 한하여 취해진다. 신체 혹은 건강의 훼손 또는 자유의 박탈의 경우에는 재산상 손실이 없더라도 적절한 보상을 하여야 한다. 이 청구권은 양도 또는 상속될 수 없지만 그것이 소송계류중이거나 계약에 의해 승인되는 때에는 그러하지 아니하다.

보상은 금전으로 하며, 보상의무를 발생시킨 조치가 생업능력의 정지 및 감소, 수요의 증가, 부양청구권의 소멸 및 침해를 초래한 경우에는 보상은 정기금으로 지불하여야 한다.

②비용상환청구권

다수의 자가 동시에 책임을 부담하는 경우에는 상호 연대책무자로서 책임을 진다.

[부 록]

독일연방 및 주의 통일경찰법 표준안

제1장 임무 및 총칙

제1조 (경찰의 임무) ① 경찰은 공공의 안녕이나 질서에 대한 위협을 방지할 임무가 있다.

② 사권의 보호는 법원의 보호가 적시에 이루어지지 않고 동시에 경찰의 협조가 없으면 권리의 실현이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 본법에 따라 경찰의 임무가 된다.

③ 경찰은 다른 행정기관의 집행을 협조한다.

④ 경찰은 다른 법률규정에 의해 경찰에 부여된 임무를 수행하여야 한다.

제1조의a (타행정기관에 대한 관계) 경찰은 타행정기관이 위협을 방지할 수 없거나 적시에 할 수 없을 경우에만 관여할 수 있다.

제2조 (비례의 원칙) ① 경찰은 가능하고 적절한 다수의 조치중 개인과 공중에 해가 가장 적은 조치라고 예상되는 것을 취하여야 한다.

② 조치는 추구하는 결과에 비해 명백히 불이익이 큰 경우에는 허용되지 않는다.

③ 조치는 그 목적이 달성되거나 달성될 수 없음이 명백해진 경우에는 허용되지 않는다.

제3조 (재량, 수단의 선택) ① 경찰은 의무에 합당한 재량에 따라 조치를 취하여야 한다.

② 위협방지를 위하여 다수의 수단이 고려될 수 있는 경우에는 그 중 하나를 선택하면 족하다.

부 록

관계자는 신청을 통하여 일반사회에 보다 큰 불이익을 주지 않는 한 동일한 효과를 가져오는 다른 수단을 택할 수 있다.

제4조 (사람의 행위에 대한 책임) ① 조치는 위험의 원인을 제공한 사람에게 대해 취해져야 한다.

② 14세 미만자, 금치산자 또는 일시적 후견상태에 있는 자의 경우에는 조치는 그 사람의 보호의무자에 대하여도 취해질 수 있다.

③ 일정한 업무를 위탁받은 사람이 업무의 수행중에 위험을 야기할 경우에는 그 업무를 타인에게 위탁한 사람에게 대해서도 조치를 취할 수 있다.

제5조 (물건의 상태에 대한 책임) ① 일정한 물건으로부터 위험이 발생한 경우에는 조치는 사실상의 지배자에 취해져야 한다.

② 소유자 또는 기타 권리를 가진 자에게도 조치가 취해질 수 있다. 다만 사실상의 지배자가 소유자 또는 권리자의 의사와 관계없이 지배하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 위험이 무주물로부터 발생한 경우에는 그 물건의 소유권을 포기한 자에게 조치가 취해질 수 있다.

제5조a (조치의 직접실시) ① 제4조 또는 제5조에 따른 책임자에 대한 요구에 의해 조치의 목적이 달성될 수 없는 경우에는, 경찰은 스스로 또는 수입자를 통해 조치를 직접 실시할 수 있다. 조치에 앞서 관계자에게는 지체없이 통지하여야 한다.

② 조치의 직접실시에 의해 경찰에 비용이 발생한 경우에는 제4조 또는 제5조에 따른 책임자가 보상의무를 진다. 비용은 행정강제절차에 의해 징수된다.

제6조 (비책임자에 대한 조치) ① 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 경찰은 제4조 또는 제5조에 의한 책임자 이외의 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

1. 현재의 중대한 위험을 방지하여야 하는 경우
2. 제4조 또는 제5조에 따른 책임자에 대하여 조치가 취해질 수 없

거나 적시에 이루어질 수 없을 경우 또는 효과가 기대될 수 없는 경우

3. 경찰이 스스로 또는 수임자를 통해서도 위험을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없는 경우

4. 중대한 위험없이 그리고 보다 중대한 의무의 위반없이 그 사람에게 대해 조치할 수 있을 경우

② 제1항에 의한 조치는 위험의 방지가 다른 방법으로는 불가능한 한 인정될 수 있다.

제7조 (기본적 인권의 제한) 본법에 기하여 아래에 열거하는 기본적 인권은 이를 제한할 수 있다.

생명 및 신체의 불가침(기본법 제2조제2항제1문)

인신의 자유(기본법 제2조제2항제2문)

주거의 불가침(기본법 제13조)

제2장 경찰의 권능

제8조 (일반적 권능) ① 제9조부터 제24조까지 경찰의 권능을 특별히 규정하지 않는 한, 경찰은 개개의 경우에 존재하는 공공의 안녕이나 질서에 대한 위험을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다.

② 다른 법규에 의해 지정된 임무(제1조제4항)를 이행하기 위하여 경찰은 그 법규에 규정되어 있는 권능을 가진다. 이러한 법규가 경찰의 권능을 규정하지 않을 경우에는 경찰은 본법이 부여한 권능을 가진다.

제9조 (신원확인 및 신분증의 조사) ① 아래에 열거한 경우에 경찰은 사람의 신원을 확인할 수 있다.

1. 위험방지를 위한 경우

2. 그 사람이 아래에 열거한 장소에 있을 경우.

부 록

- (a) 제반사실에 근거해볼 때 아래에 열거하는 행위가 그 곳에서 행해지고 있다고 인정되는 장소
 - (aa) 범죄의 예비, 음모, 실행행위
 - (bb) 필요한 체류허가 없이 회합하는 행위
 - (cc) 범죄인의 도피행위
 - (b) 매춘부의 뒤를 따르는 행위
3. 사람이 교통시설 내지 복지시설 및 공공의 교통기관, 관공서 혹은 특히 위험한 물건내에 또는 근접한 곳에 있고, 제반정황으로 미루어 볼 때 이러한 종류의 목적물내 또는 이에 인접한 곳에서 범죄행위가 행하여지고 있는 것이 틀림없고, 따라서 이러한 목적물내 또는 인접한 곳에 있는 사람들 또는 이 목적물 자체가 직접적으로 위험에 직면해 있다고 인정될 경우
4. 경찰에 의해 설치된 검문소에서 형사소송법 제100조a 또는 집회법 제27조의 범죄를 방지하기 위하여
- ② 경찰은 신원확인을 위한 필요한 조치를 취할 수 있다. 경찰은 특별한 경우 관계자를 정지시켜 신원에 관한 질문을 하고, 검사하기 위해 휴대한 신분증의 제시를 요구할 수 있다. 신원을 다른 방법으로는 확인할 수 없거나 현저히 곤란한 경우에는 관계자를 유치할 수 있다. 제3문의 전제요건하에 간계자 및 휴대품을 수색할 수 있다.
 - ③ 관계자가 법령의 규정에 따라 자격증을 휴대할 의무를 부담할 때에는 경찰은 검사를 위해 자격증의 교부를 요구할 수 있다.
- 제10조 (감식조치) ① 경찰은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 감식조치를 할 수 있다.
- 1. 제9조에 의해 허용되는 신원확인이 다른 방법으로는 불가능하거나 현저히 곤란한 경우
 - 2. 관계자가 형벌이 부과될 행위를 개시할 의심이 있고 행위의 수단과 수행을 통해 볼 때 반복의 위험이 있어 범죄예방적 진압을

위하여 필요한 경우

② 제1항의 조건이 소멸된 경우에는 관계자는 감식자료의 폐기를 요구할 수 있다.

③ 감식조치는 특히 다음 각호의 1과 같다.

1. 지문 또는 장문의 채취
2. 사진의 촬영
3. 외형적 신체특징의 확인
4. 측정

제11조 (소 환) ① 경찰은 다음 각호의 1의 경우에 문서 또는 구두에 의해 사람을 소환할 수 있다.

1. 일정한 경찰임무의 수행상 필요하고 유용한 진술을 할 수 있다고 인정되는 때

2. 감식조치를 실시하기 위해 필요한 때

② 소환할 때에는 그 이유가 제시되어야 한다. 소환시기를 결정함에 있어서는 피소환자의 직업 및 기타 생활관계를 고려하여야 한다.

③ 피소환자가 정당한 이유없이 소환에 응하지 않을 경우 다음 각호에 해당하면 강제로 소환할 수 있다.

1. 진술이 사람의 신체, 생명 또는 자유에 대한 위협의 방지를 위하여 필요한 경우

2. 감식조치의 실시를 위한 경우

④ 여기에는 형사소송법 136조a가 준용된다.

⑤ 소환에 응하여 증인으로서 출두한 자 또는 감정인으로서 소환된 자의 손실보상에 관하여는 증인및감정인의손실보상에관한법률을 준용한다.

제12조 (퇴거명령) 경찰은 위험방지를 위하여 일시적으로 사람을 어떠한 장소로부터의 퇴거 또는 어떠한 장소에의 입장을 금지할 수 있다. 소방, 원조, 구호업무를 방해하는 사람에 대하여서도 퇴거명

부 록

령을 발할 수 있다.

제13조 (보호조치) ① 경찰은 다음 각호의 경우 사람을 보호조치할 수 있다.

1. 자유로운 의사결정능력을 상실한 상태 혹은 타인의 원조를 필요로 하는 상태 등과 같이 신체 또는 생명의 위험이 있는 경우, 이로부터 사람을 보호하기 위하여 필요한 경우
2. 현저히 위험한 범죄 또는 질서위반행위가 목전에서 실행되거나 계속되고 있어 이를 저지하기 위하여 불가결한 경우

② 경찰은 보호자이 보호에서 이탈된 미성년자를 보호자 또는 소년보호소에 인도하기 위하여 보호조치할 수 있다.

③ 경찰은 미결구금, 자유형 또는 자유를 박탈하는 보안처분의 집행 중 도주하였거나 허가없이 사법집행기관 밖으로 나와 있는 자를 보호조치하여 시설에 재수용할 수 있다.

제14조 (법관의 결정) ① 제9조제2항제3문, 제11조제3항 또는 제13조 등에 의하여 사람이 유치된 경우, 경찰은 지체없이 자유박탈의 허가 및 계속에 관하여 법관의 결정을 얻어야 한다. 법관의 결정이 경찰조치의 근거가 소멸된 후 내려질 것으로 인정되는 때에는 이를 구하지 않아도 된다.

② 제1항에 의한 결정의 관할권은 그 사람이 유치된 지역의 지방법원이 갖는다. 절차는 자유박탈절차에 관한 법률이 규정에 따른다.

제15조 (유치된 사람에 대한 처우) ① 사람이 제9조제2항제3문, 제11조제3항 또는 제13조에 의해 유치된 때에는 그 사람에게 지체없이 유치사유를 알려주어야 한다.

② 자유박탈의 목적이 상실될 위험이 없는 한, 유치된 사람으로 하여금 지체없이 가족 또는 그가 신뢰하는 사람에게 통지할 기회를 부여하여야 한다. 법관에 의한 자유박탈의 경우에도 마찬가지이다. 유치된 사람이 제1문에 의한 권리를 행사하는 것이 불가능하고 통지가 그의 추정적 의사와 상반되지 않을 때에는 경찰이 대신하여

통지의무를 진다. 유치된 사람이 미성년자, 금치산자 또는 일시적 후견상태에 있는 자일 경우에는 지체없이 그 자의 보호의무자에게 통지하여야 한다.

③ 유치된 사람은 그의 동의가 없는 한 기결수 또는 미결수와 같은 방에 수용되어서는 안된다. 남녀는 구분하여 수용하여야 한다. 유치된 사람에게는 자유박탈의 목적 또는 유치상의 질서유지를 위해 필요한 제한만이 허용된다.

제16조 (자유박탈의 기간) 다음 각호의 경우에는 유치된 사람을 석방하여야 한다.

1. 경찰조치의 사유가 소멸된 즉시
2. 자유박탈의 계속이 법간에 의해 불허결정된 경우
3. 법관이 다른 법률에 근거하여 자유박탈의 계속을 결정하지 않는 한, 모든 유치는 늦어도 체포다음 날 종료시까지

제17조 (신체수색) ① 경찰은 제9조제2항제4문의 경우 외에 다음 각호의 경우에는 신체수색을 할 수 있다.

1. 대상자를 본법 또는 타법령에 의해 유치할 경우
2. 대상자가 압수할 물건을 소지하고 있다고 인정할 만한 사정이 있을 경우
3. 대상자가 자유로운 의사결정을 상실한 상태 또는 다른 사람이 도움을 필요로 하는 상태에 있는 것으로 인정될 경우
4. 대상자가 제9조제1항제2호에 열거된 장소에 있는 경우
5. 대상자가 제9조제1항제3호에서 열거한 객체 내에 또는 근접하여 있고, 그 객체 내 혹은 주변에 있는 사람이나 객체 자체에 직접 위해를 가할 범죄행위가 그 객체 내부나 주변에서 범하여 질 것으로 인정할 만한 사정이 있는 경우

② 경찰관은 경찰관 또는 제3자의 신체 또는 생명에 대한 보호를 위하여 필요한 때에는, 무기 기타 위험한 물건 및 폭발물의 발견을 위해 본법 또는 타법령에 따라 신원확인을 하고자 하는 자의 신체

수색을 할 수 있다.

③ 신체수색은 동성자 또는 의사에 의해서만 가능하다 다만 신체 또는 생명에 대한 보호를 위하여 긴급수색이 필요한 경우에는 그러하지 아니하다.

제18조 (물건에 대한 수색) ① 경찰관은 제9조제2항제4문의 경우 외에 각호의 경우에는 물건을 수색할 수 있다.

1. 제17조에 의하여 경찰관이 수색할 수 있는 자가 소지하고 있는 물건인 경우

2. 그 내부에 다음의 사람이 존재한다고 인정할 만한 사정이 있는 경우

a. 구금할 자

b. 불법감금된 자

c. 要扶助者

3. 그 내부에 압수가 허용된 다른 물건이 존재한다고 인정할 만한 사정이 있는 경우

4. 제9조제1항3호 소정의 장소에 있는 경우

5. 제9조제1항제3호에 열거된 객체내 또는 근접하여 물건이 있고, 그 객체내 혹은 주변에 있는 사람이나 객체 자체에 직접 위해를 가할 범죄행위가 그 객체 내부나 주변에서 범하여질 것으로 인정할 만한 사정이 있는 경우

6. 제9조제1항제4호에 의해 그 신원확인이 허용된 자가 타고 있는 육상, 해상, 공중교통수단의 경우. 이 경우 그 안에 적재된 물건에 대하여도 수색할 수 있다.

② 물건의 수색시 물건의 사실상 지배자는 입회할 권리를 가진다. 사실상 지배자가 없는 경우에는 대리인 또는 기타 증인을 입회시켜야 한다. 사실상의 지배자의 요구가 있으면 수색의 취지 및 사유에 관한 증명서를 제시하여야 한다.

제19조 (주거의 출입 및 수색) ① 다음 각호의 경우에는 경찰관은 거

주자의 승락없이도 주거에 출입하여 수색할 수 있다.

1. 제11조제3항에 의해 구인하거나 제13조에 의해 보호조치가 허용된 사람이 그 내에 존재하는 것으로 인정할 만한 사정이 있는 경우.
2. 제21조제1호에 의해 압수가 허용된 물건이 그 내에 있다고 인정할 만한 사정이 있는 경우.
3. 사람의 신체, 생명 혹은 자유에 중요한 가치가 있는 물건에 대한 현재의 위험을 방지하기 위하여 필요한 경우, 주거는 거주공간 및 부속공간, 작업실, 영업소, 사무실 및 기타 그 주위의 부동산을 포함한다.

② 야간(형사소송법 제104조제3항)의 경우, 제1항의 주거출입 및 수색은 사람의 신체, 생명 또는 자유에 대한 현재위험이나 중요한 가치를 가진 물건에 대한 현재위험을 방지하기 위하여서만 허용된다.

③ 다만 다음 각호의 경우에는 급박한 위험을 방지하기 위해 언제든지 출입이 허용된다.

1. 아래에 열거된 행위가 주거내에서 행해진다고 인정할 만한 사정이 있는 경우
 - a. 범죄의 예비, 음모, 실행행위
 - b. 필요한 체류허가 없이 회합하는 행위
 - c. 범죄인의 도피행위

2. 매춘장소로 제공되고 있는 경우

④ 공중이 출입할 수 있거나 출입할 수 있었고 출입자가 체류할 수도 있는 작업실, 영업실 및 사무실 기타 공간 및 토지의 위험방지(제1조제1항)를 위한 작업시간, 영업시간 또는 체류시간중에 출입하는 것이 허용된다.

제20조 (주거수색의 절차) ① 지체하면 위험한 경우를 제외하고는 수색은 법관의 명령에 의해서만 가능하다. 수색의 관할권은 그 주거가

부 록

속한 지역의 지방법원이 갖는다. 그 절차에 대하여는 비송사건절차법이 준용된다.

② 주거의 수색시에는 거주자가 입회할 권리를 가진다. 거주자가 부재중인 경우에는 가능한 한 그 대리인이나 성년가족, 동일세대 거주자 또는 이웃 사람을 입회시켜야 한다.

③ 수색의 목적달성에 장애가 되지 않는 한, 거주자나 대리인에게 수색의 사유를 지체없이 고지하여야 한다.

④ 수색에 대해서는 조서를 작성하여야 한다. 조서는 집행기관, 사유, 수색시간과 장소 및 수색의 결과를 기재하여야 한다. 조서에는 수색공무원의 및 거주자 또는 입회인이 서명하여야 한다. 서명이 거부되면 그에 관하여 부기하지 않으면 안된다. 주거주 또는 그 대리인에게는 요구에 응하여 조서의 등본을 교부하지 않으면 안된다.

⑤ 조서의 완성 또는 등본의 교부가 특별한 사정에 의해 불가능하거나 또는 수색의 목적을 위험하다고 판단하면 관계자에 책임집행기관 및 수색의 때, 장소를 기재하여 문서로써 수색을 확정하지 않으면 안된다.

제21조 (압 수) 경찰관은 아래에 열거된 경우에는 물건을 압수할 수 있다.

1. 현재의 위험을 방지하기 위하여
2. 소유자 또는 합법적인 사실상의 지배자를 물건의 상실 또는 훼손으로부터 보호하기 위하여 또는
3. 물건이 이 법률이나 타법규에 의해 유치된 사람에 의해 휴대되고 동시에 아래에 열거된 사항을 위하여 사용되는 때
 - (a) 자살하거나 自傷하는 때
 - (b) 타인의 생명 또는 건강을 해하는 때
 - (c) 타인의 물건을 훼손하는 때 또는
 - (d) 도주를 가능하게 하거나 용이하게 하는 때

제22조 (보 관) ① 압수된 물건은 보관하여야 한다. 물건의 성질이

보관할 수 없거나 경찰관이 보관하는 것이 부적당한 경우에는 물건을 다른 적당한 방법으로 보관하거나 보존할 수 있다. 이 경우 제3자에게 보관을 위임할 수 있다.

② 관계자에게는 압수의 사유와 압수한 물건을 표시한 증명서를 교부하여야 한다. 교부할 수 없는 사정이 있는 경우에는 그 압수에 관하여 압수증명서를 교부하지 못한 이유를 밝힌 조서를 작성하고 물건의 소유자나 사실상의 지배자에게 지체없이 이를 고지하여야 한다.

③ 압수한 물건을 보관한 경찰관은 그 손상을 가능한한 방지하여야 한다. 권리자의 요구에 따라 제3자가 물건을 보관하는 때에는 그러하지 아니하다.

④ 보관된 물건은 목록을 작성하고 혼동되지 않도록 표시하여야 한다.

제23조 (환가, 폐기) ① 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 압수물의 환가가 허용된다.

1. 그 멸실이나 중대한 가치손상의 우려가 있는 경우
2. 그 보관, 유지, 보존에 부적정한 고가의 비용이 들거나 곤란함이 있는 경우
3. 압수물이 그 성질상 공공의 안녕과 질서에 위협을 야기시킬 수 있는 경우
4. 압수의 요건이 새로이 발생하지 않은 채 1년이 경과하여도 권리자에게 반환할 수 없는 경우
5. 기한을 정하여 기한 내에 압수물을 찾아가지 않으면 환가한다는 뜻을 권리자에게 고지하였음에도 권리자가 상당한 기간내에 이를 찾아가지 아니한 경우

② 환가에 앞서 소유자나 그 물건의 권리자 등 관계당사자의 의견을 들어야 한다. 환가의 사정과 목적상 허용되는 한 환가명령 및 그 시간과 장소를 고지하여야 한다.

부 록

③ 환가는 공경매에 의하여야 한다. 이에는 민법 제979조제1항이 준용된다. 경매가 성립되지 않거나 처음부터 성립가능성이 없는 경우 및 경매비용이 기대되는 수익금을 초과할 가능성이 있는 경우에는 임의로 매각할 수 있다. 수익금은 환가된 물건의 대용물이 된다. 상당한 기간내에 매수인이 나타나지 않을 경우에는 물건은 공익의 목적에 제공될 수 있다.

④ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 압수물을 사용하지 못하게 하거나 폐기할 수 있다.

1. 환가시 압수사유가 존속하고 있거나 새로이 발생한 경우
2. 환가가 다른 사유로 불가능한 경우

이에는 제2항이 준용된다.

제24조 (압수물 또는 수익금의 환부, 비용) ① 압수의 요건이 소멸된 즉시 압수물을 피압수자에게 환부하여야 한다. 피압수자에게 환부할 수 없는 때에는 압수물에 대한 권리를 갖고 있다고 믿을 만한 자에게 환부할 수 있다. 환부함으로써 새로이 압수의 요건이 성립될 경우에는 환부하지 못한다.

② 압수물이 환가된 때에는 그 수익금을 교부하여야 한다. 그 수령권자가 존재하지 아니하거나 수령권자를 확인할 수 없는 때에는 민법규정에 따라 공탁할 수 있다. 수익금교부청구권은 압수물이 환가된 때로부터 3년이 경과하면 소멸한다.

③ 압수 및 보관의 비용은 제4조, 제5조에 의한 책임있는 자의 부담으로 한다. 책임있는 자가 수인인 경우에는 연대책무자로서 부담하며 행정집행법 제77조의 규정이 적용된다. 압수물의 환부는 비용의 상환을 조건으로 할 수 있다. 압수물이 환가된 때에는 그 수익금에서 비용을 충당할 수 있다.

④ 민법 제983조의 규정은 이에 영향을 받지 아니한다.

제3장 집행협조

제25조 (집행협조) ① 직접강제가 사용되어야 하지만 타행정기관이 그에 필요한 집행력을 갖지 못하거나 다른 방법으로는 조치가 시행될 수 없는 경우에 타행정기관의 요청에 따라 집행협조를 한다.

② 경찰은 집행의 종류 및 방법에 대해서만 책임을 부담한다. 그 밖의 점에 관해서는 직무협조의 원칙이 준용된다.

③ 직무협조의 의무는 이에 영향을 받지 아니한다.

제26조 (절 차) ① 집행협조요청은 문서로 하여야 한다. 그 문서에는 조치의 사유와 법적 근거를 명시하여야 한다.

② 긴급한 경우의 요청은 위의 방식에 따르지 않을 수 있다. 그러나 경찰의 요구가 있으면 지체없이 문서로 확인시켜 주어야 한다.

③ 요청행정기관에 요청의 실시에 관하여 통지하여야 한다.

제27조 (자유박탈에 관한 집행협조) ① 집행협조요청이 자유박탈을 내용으로 하는 경우에는 자유박탈의 허용에 관한 법관의 결정을 제시하거나 그 협조요청에 표시하여야 한다.

② 사전에 법관의 결정을 얻지 못한 경우에는 경찰은 요청행정기관이 체포된 자를 넘겨받지 않거나 법관의 결정이 후에 지체없이 이루어지지 않은 때는 유치된 사람을 석방하여야 한다.

③ 제15조 및 제16조는 준용된다.

제4장 강제

제1절 작위, 인용 및 부작위의 강제

제28조 (행정강제의 허용) ① 작위, 수인 또는 부작위의 의무를 지우는 행정행위는 그 것이 불가쟁력을 가지거나 불복방법이 집행정지 효과가 없는 경우에는 강제수단에 의하여 집행될 수 있다.

② 행정강제는 현존하는 위험을 방어하기 위하여 필요한 경우, 특히

부 록

제4조 내지 제6조에 따른 조치가 불가능하거나 또는 적시에 이루어질 수 없을 때 혹은 그러한 조치의 효과가 기대될 수 없고 그 권한 내에서 행위할 경우에는 선행 행정행위가 없더라도 행해 질 수 있다.

제29조 (강제수단) ① 강제수단은 다음 각호의 1과 같다.

1. 대집행(제30조)
2. 강제금(제31조)
3. 직접강제(제33조)

② 강제수단은 제34조 및 제39조에 따라 계고되어야 한다.

③ 강제수단에는 형벌 또는 질서위반금이 병과될 수 있고 행정행위가 준수되거나 다른 방법에 의해 해결될 때까지 반복, 변경될 수 있다.

제30조 (대집행) ① 타인에 의해 실행가능한 작위(대체작위)의무가 이행되지 않는 경우에는 경찰은 관계자의 비용으로 그 의무를 스스로 행하거나 타인에게 위임할 수 있다.

② 관계자는 예상되는 대집행의 비용을 미리 지불하도록 정할 수 있다. 관계자가 대집행의 비용 또는 예상되는 대집행의 비용을 기한 내에 지불하지 아니하는 경우에는 행정강제절차에 따라 이를 징수할 수 있다. 당사자가 요구된 작위의무를 실행하는 즉시 예상비용의 징수는 정지된다.

제31조 (강제금) ① 강제금은 최소 10마르크부터 최대 5000마르크까지 문서로 확정한다.

② 강제금의 확정시에는 간계인에게 적당한 납부기한을 인정하여야 한다.

③ 관계자가 기간내에 강제금을 납부하지 않을 때에는 행정강제절차에 따라 징수한다. 징수는 관계자가 요구된 작위의무를 실행하거나 수인의무를 수행하는 즉시 중지된다.

제32조 (대체구류) ① 강제금이 납부되지 경우, 행정법원은 강제금통

보시 고지한 때에는 경찰관의 신청에 따라 대체구류를 명할 수 있다. 대체구류는 1일 이상 2주 이하이다.

② 대체구류는 경찰관의 신청에 따라 사법행정당국에 의해 민사소송법 제904조부터 제910조까지의 규정에 따라 집행되어야 한다.

제2절 직접강제의 행사

제33조 (직접강제) ① 경찰관은 다른 강제수단이 없는 경우 혹은 효과를 기대할 수 없거나 부적합할 경우에는 직접강제할 수 있다. 직접강제의 종류 및 행사의 방법에 관해서는 제35조 이하의 규정이 적용된다.

② 진술의 청취를 위한 직접강제는 허용되지 않는다.

제34조 (강제수단의 계고) ① 강제수단은 가능한 한 문서에 의해 계고되어야 한다. 관계자에게는 계고시에 의무이행을 위하여 적당한 기간이 정해져 있어야 한다. 그러나 수인의무 또는 부작위가 의무인 경우에는 기한을 정하지 않아도 무방하다. 계고를 할 수 없는 상황 특히 현재의 위협을 회피하기 위하여 강제수단을 즉시 사용하는 것이 불가피할 경우에는 계고가 생략될 수 있다.

② 계고는 그를 통해 작위, 수인 또는 부작위의무를 지우는 행정행위와 결합되어 행해질 수 있다. 불복방법이 정지효력을 갖지 않는 경우에는 가능한한 계고는 행정행위와 결합되어야 한다.

③ 계고에는 특정의 강제수단이 지정되어야 한다. 다수의 강제수단이 계고된 경우에는 어떠한 순위에 따라 행사되는가를 적시하여야 한다.

④ 대집행이 계고된 경우에는 예상비용을 적시하여야 한다.

⑤ 강제금은 정액으로 계고되어야 한다.

⑥ 계고는 송달되어야 한다. 계고가 그 근거 행정행위와 결합되어 있고 그 행정행위에 대한 송달규정이 없는 경우에도 동일하다.

부 록

제35조 (법적 근거) ① 경찰이 본법 또는 타법률에 의해 직접강제를 행사할 권한을 가지는 경우에 행사의 종류와 방법에 관하여는 제36조 내지 제44조까지가 적용되며, 이 규정들로부터도 특단의 규정이 없는 한 본법의 기타규정도 적용된다.

② 정당방위 및 긴급피난에 관한 규정은 이에 영향을 받지 않는다.

제36조 (개념정의) ① 직접강제란 체력, 그 보조수단 및 무기등에 의해 사람 및 물건에 영향을 미치는 것을 말한다.

② 체력이란 사람 및 물건에 대한 직접적 신체적 작용을 말한다.

③ 체력의 보조수단이란 특히 포승, 살수기, 기술적 차단기, 경찰견, 말, 차량, 흥분제, 마취제, 폭발물 등을 말한다.

④ 무기로서는 곤봉, 권총, 연발권총, 소총, 기관총, 기관소총, 수류탄 등이 허용된다.

제37조 (명령에 기한 행위) ① 경찰관은 지휘권자로부터 명령받은 직접강제를 행할 의무가 있다. 다만 명령이 인간의 존엄을 해치거나 직무상의 목적을 위한 경우가 아닌 때에는 그러하지 아니하다.

② 명령에 따를 경우 범죄가 성립할 때에는 따라서는 안된다. 그럼에도 불구하고 경찰관이 명령에 따른 경우, 명령에 따름으로써 범죄가 성립한다는 사실을 경찰관이 인식했거나 그가 알고 있는 사정에 의해 그것이 명백한 경우에만 책임을 진다.

③ 경찰관은 명령의 적법성에 이의가 있을 경우, 사정이 허락하는 한 명령자에게 이를 제출하여야 한다.

④ (여러가지의 공무원법상의 이의신청권에 관한 규정)은 적용되지 아니한다.

제38조 (직접강제의 계고) ① 직접강제는 그 집행전에 계고되어야 한다. 사정이 허용되지 않는 경우, 특히 강제수단의 즉시행사가 위험방지를 위하여 필수불가결할 경우에는, 계고하지 않을 수 있다. 경고사격도 총기사용의 계고로 인정된다.

② 총기와 수류탄은 신체 및 생명에 관한 현재의 위험의 방지를 위

하여 필요한 경우에 한하여 계고없이 사용될 수 있다.

③ 다중에 대한 직접강제의 행사는 관계없는 사람들이 이탈할 수 있도록 가능한한 적시에 계고되어야 한다. 다중속에 사람에 대한 총기의 사용은 항상 계고되어야 한다. 계고는 사용전에 반복되어야 한다. 기술적 차단기와 말의 사용시에는 계고가 생략될 수 있다.

제40조 (사람의 포박) 본법 또는 타법령에 의해 유치된 자는 아래에 열거된 사항이 인정될 경우 구속할 수 있다.

1. 집행공무원인 경찰관 또는 제3자를 공격 혹은 저항하거나, 기물을 훼손하는 경우
2. 도주하거나 탈주하려고 하는 경우
3. 자살 혹은 자상하는 경우

제41조 (무기사용에 관한 일반규정) ① 총기는 직접강제의 여타 조치들이 행사되어도 효과가 없거나 효과를 기대할 수 없음이 명백히 예견되는 경우에 한하여 사용할 수 있다. 사람에 대한 총기사용은 물건에 대한 사용으로는 그 목적을 달성할 수 없는 때에 한하여 허용된다.

② 사람에 대한 총기사용은 공격방지 또는 도주방지의 경우에 한하여 허용된다. 살해의 개연성이 매우 높은 총기발사는 그것이 현존하는 생명의 위협 또는 신체의 불가침성을 현저히 훼손하는 위협을 방지하기 위한 유일한 수단일 때에만 허용된다.

③ 외견상 14세 미만으로 보이는 사람에 대하여는 총기사용이 허용되지 아니한다. 다만 총기의 사용이 생명, 신체에 대한 현재의 유일한 위협방지 수단일 때에는 그러하지 아니하다.

④ 경찰관공무원에 의해 명백히 무관한 자로 인정되는 자는 위태롭게 될 고도의 개연성이 있는 경우에도 총기사용이 허용되지 아니한다. 다만 총기의 사용이 현존하는 생명의 위협방지를 위한 유일한 수단일 때에는 그러하지 아니하다.

제42조 (사람에 대한 총기의 사용) ① 사람에 대한 총기사용은 다음

부 록

각호의 경우에 한하여 허용된다.

1. 생명, 신체에 대한 현재의 위험을 방지하기 위한 경우
 2. 실행 직전 또는 실행중인 중죄, 총기 또는 폭발물을 사용 또는 휴대하여 실행하기 직전이거나 또는 실행 중인 경죄를 저지하기 위한 경우
 3. 도주함으로써 체포 또는 신원확인을 피하고자 하는 자를 붙잡으려 할 때
 - (a) 중죄를 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있거나
 - (b) 경죄를 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고 총기나 폭발물을 소지하고 있다고 인정되는 사정이 있는 경우
 4. 다음에 해당하는 자가 공권력에 의해 구금되어 있거나 구금을 위해 연행중일 경우, 그 자의 도주방지나 체포를 위한 경우
 - (a) 중죄를 범하였다는 법원의 판결을 받았거나, 중죄의 혐의에 대한 의심할만한 충분한 이유가 있거나
 - (b) 경죄를 범하였다고 법원의 판결을 받았거나 경죄의 혐의에 대한 의심할만한 충분한 이유가 있고 총기나 폭발물을 소지하고 있다고 인정되는 사정이 있는 경우
 5. 공권력에 의해 구금된 자를 폭력을 사용하여 도주시키려는 행위를 저지하기 위한 경우
 - ② 소년구금이나 형벌구금의 경우 또는 개방된 시설로부터 도주하는 것을 방지하기 위한 경우에는 제1항 4호에 의거하여 총기를 사용해서는 안된다.
- 제43조 (다중에 대한 총기의 사용) ① 다중에 대한 총기의 사용은 경찰관공무원에 의해 명백히 무관한 자로 인정되는 자는 위태롭게 될 고도의 개연성이 있는 경우에도 허용되지 아니한다. 다만 총기의 사용이 현존하는 생명의 위험방지를 위한 유일한 수단일 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 사람이 폭력을 행사하거나 행동으로 폭력을 승인 혹은 협조하는

사람들의 집단내에 있으며, 제39조제3항에 의한 반복적인 경고에도 불구하고 집단을 이탈하지 아니한 때에는 무관하지 않은 것으로 본다.

제44조 (특수무기, 폭발수단) ① 기관총과 수류탄은 제42조제1항제1호제2호 및 제5호의 경우에 한하여, 내무부장관 또는 개별적 경우의 수명자의 동의가 있으면 다음 각호의 사람이나 경우에 행사할 수 있다.

1. 총기 또는 수류탄 및 이와 유사한 폭발수단을 사용하는 사람
2. 다른 무기의 사전사용이 효과가 없을 경우
- ② 기관총과 수류탄은 공격이 불가능한 경우에만 사용될 수 있다. 수류탄은 다중 내에 있는 사람에 대하여는 사용되어질 수 없다.
- ③ 그외의 다른 점에 관해서는 총기사용에 관한 규정이 적용된다.
- ④ 사람에게 대한 폭발수단은 허용되지 아니한다.

제5장 손실보상, 상환 및 배상청구권

제45조 (손실보상의무의 구성요건) ① 제6조에 따른 적법한 요구의 결과, 손실을 입은 사람에 대해서는 적당한 보상을 하여야 한다.

경찰의 위법한 조치에 의해 손해를 받은 경우에도 동일하다.

② 보상은 경찰의 동의를 얻어 경찰임무의 이행시에 자유의사로 협력하거나 물건을 제공함으로써 손실을 입은 자에게도 인정되어야 한다.

③ 특히 직무위반으로부터 발생하는 배상청구권도 마찬가지이다.

제46조 (손실보상의 내용, 종류 및 범위) ① 제45조에 의한 보상은 재산손해에 대하여 부여된다. 통상의 임금 또는 사용대가를 초과하는 일실이익 및 경찰조치와 직접 관계가 없는 불이익에 대한 보상은 그 손해가 불공정하여 이를 피하기 위해 필요한 때에 한하여 취해진다.

부 록

② 신체 혹은 건강의 훼손 또는 자유의 박탈의 경우에는 재산손해가 없더라도 적절한 보상을 하여야 한다. 이 청구권은 양도 또는 상속될 수 없지만 그것이 소송계류중이거나 계약에 의해 승인되는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 보상은 금전으로 한다. 보상의무를 발생시킨 조치가 생업능력의 정지 및 감소, 수요의 증가, 부양청구권의 소멸 및 침해를 초래한 경우에는 보상은 정기금으로 지불하여야 한다. 민법 제760조가 이에 적용된다. 중대한 사유가 존재하는 때에는 이자대신 원본에 의한 보상을 청구할 수 있다. 청구권은 피해자를 부양하여야 하는 자가 존재하는 경우에도 방지되지 않는다.

④ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 존재하는 경우에는 이 청구권의 내용과 범위가 보상청구권과 합치되는 한 보상은 이 청구권의 양도를 조건으로 행해진다.

⑤ 보상의 산정에 있어서는 손해의 종류와 그 예견가능성, 피해자 및 그 재산이 경찰의 조치에 의해 보호되고 있는가 여부 등을 고려하여야 한다. 피해자의 책임에 귀속되는 사정이 손해의 발생 혹은 악화에 영향을 미치는 경우에는 보상의 의무와 더불어 보상의 범위는 손해가 피해자에 의한 정도와 경찰에 의한 정도에 따라 결정된다.

제47조 (간접피해자의 청구) ① 살해의 경우에는 제46조제5항의 범위내에서 매장의 비용을 부담하는 자에 이를 보상하여야 한다.

② 피살해자가 살해시에 제3자에 대하여 법률상 부양의무를 부담하거나 부양의무를 부담하게 되는 관계에 있어 살해의 결과 제3자가 부양받을 권리를 상실한 경우에는 제3자는 제46조제5항의 범위내에서 피살해자가 생존추정존속기간내의 부양의무에 해당하는 적절한 보상을 청구할 수 있다.

제46조제3항제3문은 이를 준용한다. 보상은 제3자가 피해의 시에 태아일 경우에도 요구할 수 있다.

제48조 (보상청구권의 시효) 보상청구권은 피해자가, 제47조의 경우에는 청구권자가 손해와 보상의무자를 알았던 시점으로부터 3년, 이를 알지 못한 경우에는 훼손사고발생시로부터 30년의 기간으로 시효가 완성된다.

제49조 (보상의무자, 상환청구권) ① 보상의무는 조치를 취한 경찰관이 근무하는 관청이 부담한다.

② 경찰관이 다른 관청을 위하여 행위한 경우에는 당해 타단체가 보상의무를 진다.

③ 제2항의 경우 그 보상이 조치의 실시종류와 방법으로 인한 경우에는 보상의무를 부담하는 단체는 경찰관이 근무하는 단체에 대하여 그 비용의 상환을 청구할 수 있다. 단 단체 자체가 실시종류 및 방법에 책임을 지는 경우에는 그러하지 아니하다.

제50조 (책임자에 대한 소급) ① 제49조에 의해 보상의무를 지는 단체가 제45조제1항 또는 제2항에 따라 보상하는 경우, 제4조 또는 제5조에 의한 책임자에 대해 그 지출의 상환을 청구할 수 있다.

② 다수의 자가 동시에 책임을 부담하는 경우에는 상호 연대채무자로서 책임을 진다.

제51조 (쟁송수단) 손해배상청구권은 통상법원, 제49조제3항 또는 제50조에 의한 상환은 행정법원의 관할이다.

제6장 최종규정

제52조 (타주 및 연방의 경찰관의 직무행위) ① 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 다른 주의 경찰관은 당해주에 있어서 직무행위를 행할 수 있다.

1. 관할행정기관의 요청이 있거나 그 동의를 얻은 경우
2. 기본법 제35조2항 및 제3항, 제91조제2항의 경우
3. 현재의 중대한 위협방지를 위해 현행법을 추적하거나 관할행정

부 록

기관이 필요한 조치를 적시에 채택할 수 없을 경우 도주자를 재 체포하기 위한 경우

4. 범인호송상의 경찰임무 수행을 위한 경우

5. 타주와의 행정협정에 의해 규제된 경우에 있어서의 범죄, 질서위 반행위의 수사 및 위협방지를 위하여 제3호로부터 제5호까지의 경우에 있어서는 관할행정기관에 지체없이 통지하여야 한다.

② 타주의 경찰집행관이 제1항에 의해 행동하는 경우에는 그들은 타주의 경찰집행관과 같은 권능을 가진다. 그들의 조치는 그 토지 및 사물관할내에서 그들이 행동하는 경찰행정기관의 조치로 인정한다. 그에 관하여 상대방은 그 행정기관의 지위에 복종한다.

③ 제1항 및 제2항은 연방의 경찰집행관에 준용한다.

제53조 (주의 관할구역외에 있어서의 경찰집행관의 직무행위) ① 주의 경찰집행관은 타주 또는 연방의 관할구역내에 있어서 제52조제1항제1문 및 기본법 제91조제2항의 경우에 있어서 각각의 주법 또는 연방법이 허용하는 바에 따라 행동할 수 있다.

② 타주의 경찰집행관의 요청이 있을 경우 자기 주내의 사용이 타주의 경찰의 협조보다도 긴박하지 않는 한 이에 응하여야 한다. 요청은 출동위탁의 본질적 표지를 결정하는 모든 사항을 포함하여야 한다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 한국형사정책연구원, 경찰관직무집행법에 대한 연구, 1995. 3.
- 福壽弘芳, 한일 경찰관직무집행법에 있어서의 비교연구, 서울대 석사학위논문, 1993.
- 이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990. 2.
- 이기우, 경찰작용에 대한 특별수권조항, 수사연구 1991. 1.
- 이운우, 경찰법규의 체계화에 관한 연구, 연세대 석사학위논문, 1991.
- 정하중, 독일 경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향, 사법행정 1994. 2, 3.
- 김남진, 지방자치와 경찰법 - 경찰작용법을 중심으로,公安행정논총 제4호, 동국대公安행정연구소, 1987, 87면.
- 홍정선, 경찰권의 법적 근거로서 개괄조항, 공법이론의 현대적 과제, 구병삭 박사 정년기념논문집, 1991, 731면 이하.
- 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대 박사학위논문, 1992.
- 강구진, 경찰관직무집행법 제3조, 현대공법의 이론, 1982.
- 강구철, 즉시강제로서의 불심검문에 관한 고찰, 사법행정 1982.6.
강구철, 경찰권의 근거와 한계, 고시연구 1991. 10.
- 강동욱, 불심검문에 관한 연구, 한양대 박사학위논문, 1991.
- 김재덕, 신경찰법, 서울고시각, 1992.
- 송달룡, 경찰관의 무기사용의 한계, 서울대 석사학위논문, 1984.
- 신보성, 경찰권의 근거와 한계, 월간고시 1987. 12.
- 이태진, 경찰관직무집행법 해설, 수사연구 1991. 5.

참고문헌

- 김영훈, 경찰권의 근거와 한계, 사법행정 1990. 10.
- 이관희, 경찰책임에 관한 연구, 현대공법론(김이열 교수 화갑기념논문집), 1989.
- 이순용, 경찰의 부작위와 개입청구권, 사법행정 1990.10.
- 홍정선, 경찰의무, 고시계 1991. 4.
- 서정범, 경찰개입청구권, 안암법학 제2집, 1994.

2. 외국문헌

- 독일문헌

- Drews/Wacke/Vogel/Martens: Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986.
- Fleischer, Herbert: Die Auswahl unter Mehreren Polizeipflichtigen als Rechtsfrage, Diss. Frankfurts, 1980.
- Friauf, Karl-Heinrich: Polizei-und Ordnungsrecht, in: von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988.
- Götz, Volkmar: Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 1985.
- Hänsel, Gerald: Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht, in: R. Fritz (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 1986.
- Keidel, Dieter: Polizei und Polizeigewalt im Notstandsfall, 1973.
- Knemeyer, Franz-Ludwig: Polizei-und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 1985.
- Möller/Wilhelm: Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 1990.
- Reichert/Röber: Polizeirecht, 3. Aufl., 1988.

- Schenke, Wolf-Rüdiger: Polizei-und Ordnungsrecht, in: U.Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1988.
- Schmatz, Hans Peter: Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht, Diss., München, 1966.
- Albertus, Hans-Werner: Das neue Bremische Polizeigesetz, NVwZ 1983, 585 ff.
- Becker, Klaus D.: Altlasten-eine Renaissance der polizeirechtlichen Gefahrenabwehr, NVwZ 1987, 781 ff.
- Bottke, Wilfried: Grundlagen des polizeilichen Legalitätsprinzips, JuS 1990, 81 ff.
- Breure, Rüdiger: "Altlasten" als Bewährungsprobe der polizeilichen Gefahren und des Umweltschutzes- OVG Münster, NVwZ 1985, 355, JuS 1986, 359 ff.
- —————: Rechtsprobleme der Altlasten, NVwZ 1987, 751 ff.
- Broß, Siegfried: Zur Erstattung der Kosten von Einsätzen der Polizei, Verw. Archiv, 1983(Heft 4), 388 ff.
- Czychowski, Manfred: Ordnungsbehörliche Maßnahmen nach Ölunfällen, DVBl. 1970, 379 ff.
- Degenhart, Christoph: Öffentlichrechtliche Fragen der Hausbesetzungen, JuS 1982, 330 ff.
- Denninger, Erhard: Polizei und demokratische Politik, JZ 1970, 145 ff.
- Discher, Thomas: Die Peep-Show-Urteil des BVerwG-BVerwGE 64, 274 udn BVerwG, NVwZ 1990, 668, JuS 1991, 642 ff.

참고문헌

- Erbel, Günter: Der Streit um "öffentliche Ordnung" als polizeirechtliches Schutzgut, DVBl. 1972, 475 ff.
- —————: Zur Polizeipflichtigkeit des sog. Zweckveranlasser, JuS 1985, 227 ff.
- —————: Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten, in: VVDStRL 35 (1977), 172 ff.
- Franßen, Everhardt: Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die Auslegung der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung (Festgabe 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht), 1978, 201 ff.
- Franz, Fritz: Obdachlose sind Hilfsbedürftige und nicht Störer, DVBl. 1971, 249 ff.
- Gern, Alfons: Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1985 f.
- Götz, Volkmar: Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (1981 bis 1983), NVwZ 1984, 211 ff.
- Greifeld, Andreas: Obdachlose zwischen Polizei und Sozialhilfe- OVG Berlin, NJW 1980, 2484, JuS 1982, 819 ff.
- Henke, W.: Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei, DVBl. 1964, 649 ff.
- Hill, Hermann: Abschied von der öffentlichen Ordnung im Polizei- und Ordnungsrecht, DVBl. 1985, 88 ff.
- Hoerster, Norbert: Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, 93 ff.

- Hohmann, Harald: Einschränkung der Kostentragungspflicht des Grundstückseigentümers beim Ablagern von Giftfässern, DVBl. 1984, 997 ff.
- Hurst, Karl: Probleme der Zustadshaftung nach dem Polizei- und Ordnungsrecht im Falle der Rechtsnachfolge, DVBl. 1963, 804 ff.
- Ihmels, Karl: Zur Vererblichkeit von Polizei- und Ordnungspflicht, DVBl. 1972, 481 ff.
- Jahn, Ralf: Präventiv-polizeiliche Abschleppmaßnahmen bei illegalem Gehwegparken, VG Würzburg, NVwZ-RR 1989, 138, JuS 1989, 969 ff.
- Jakobs, Michael Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, DVBl. 1985, 97 ff.
- Kirchberg, Christian: Zur Sittenwidrigkeit von Verwaltungsakt, NVwZ 1983, 141 ff.
- Kirchhof, Paul: Grundfälle zum Polizeirecht, JuS 1975, 237 ff.; 1975, 509 ff.
- ————— : Sicherungsauftrag und Handlungsvollmachten der Polizei, DÖV 1976, 449 ff.
- Klein, Eckart: Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 ff.
- Klein, Hans H.: Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung", DVBl. 1971, 233 ff.
- Kloepfer/Kröger: Haftungsfreistellung für Altlasten in den neuen Bundesländern, DÖV 1991, 989 ff.
- Knemeyer, Franz-Ludwig: Polizeibegriffe in Gesetzen des 15 bis 18 Jahrhunderts, AöR 92(1967), 153 ff.
- ————— : Deutsches Polizeirecht, DÖV

참고문헌

- 1975, 34 ff.
- —————: Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, in: VVDStRL 35(1977), 221 ff.
 - —————: Folgenbeseitigungsanspruch oder Anspruch auf polizeilichen Einschreiten-VGH Mannheim, NVwZ 1987, 1101, JuS 1988, 696 ff.
 - Kohl, Wolfgang: Zulässigkeit ordnungsrechtlicher Maßnahmen gegen Obdachlose in den Städten, NVwZ 1991, 620 ff.
 - Kottmann, Dietmar: Das Abschleppen von Fahrzeugen, DÖV 1983, 493 ff.
 - Krüger, Ralf: Verfassungsrechtliche Aspekte einer gesetzlichen Pflicht zur Eigentumssicherung von Betrieben, DÖV 1977, 263 ff.
 - Lange, Richard: Der "gezielte Todesschuß", JZ 1976, 546 ff.
 - Lohmann, Hans Henning: Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als Verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, 1972.
 - Loschelder, Wilhelm: Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung DVB, 1957, 819 ff.
 - Lücke, Jörg: Die Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, DÖV 1974, 769 ff.
 - Lüdtke, von Alf: Von der "Tätigen Verfassung" zur

- Abwehr von Störern, Staat 20, 201 ff.
- Martens, Jochaim: Rechtsnachfolge und Bestandsschutz im Bauordnungsrecht- BVerwG, NJW 1971, 1624, JuS 1972, 190 ff.
- Martens, Wolfgang: Der Schutz des einzelnen im Polizei- und Ordnungsrecht, DÖV 1976, 457 ff.
- —————: Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982, 89 ff.
- Maunz, Theodor: Selbstbindung der Verwaltung, DÖV 1981, 497 ff.
- Maurer, Hartmut: Streit um Glockengeläut, JuS 1972, 330 ff.
- Olidiges, Martin: Kostenerstattung einer Gemeinde für polizeiliche Gefahrenabwehr-OVG Münster, NJW 1986, 2526, JuS 1989, 616 ff.
- Ossenbühl, Fritz: Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV 1976, 463 ff.
- —————: Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts DÖV 1981, 1 ff.
- —————: Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, NVwZ 1982, 465 ff.
- Papier, Hans Jürgen: Altlasten und polizeiliche Störerhaftung, DVBl, 1985, 873 ff.
- —————: Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht, NVwZ 1986, 256 ff.
- Pietzcker, Jost: Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, JuS 1982, 106 ff.
- —————: Polizeirechtliche Störerbestimmung nach

참고문헌

- Pflichtwidrigkeit und Risikosphäre, DVBl. 1984, 457 ff.
- Riegel, Reinhard: Das Gesetz zur Fortentwicklung des Datenschutzes im Bereich der Polizei und der Ordnungsbehörden (GFDPol) in Nordrhein-Westfalen: Anspruch und Wirklichkeit, DÖV 1990, 651 ff.
 - Rott, Joachim: 100 Jahre, Kreuzberg-Urteil des Pr.OVG, NVwZ 1982, 364 f.
 - Schenke, Wolf-Rüdiger: Neues zum Schweinmästerfall, JuS 1977, 789 ff.
 - Schink, Alexander: Abfallrechtliche Probleme der Sanierung von Altlasten, DVBl. 1985, 1149 ff.
 - Schlink, Bernhard: Die polizeiliche Räumung besetzter Häuser, NV2Z 1982, 529 ff.
 - —————: Korrektur von Gerichtsentscheidungen durch die Polizei, NJW 1988, 1689 ff.
 - Schloer, Bernhard: Die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im bayerischen Polizei- und Sicherheitsrecht, Bay VBl. 1991, 257 ff.
 - Schmidt, Ferdinand: Passivrauchen als Gesundheitsgefahr, NJW 1976, 358 f.
 - Schnur, Roman: Probleme um den Störerbegriff im Polizeirecht, DVBl. 1962, 1 ff.
 - Schroller/Bro : Entschädigungsleistungen an den Störer, DÖV 1976, 472 ff.
 - Schrödter, Hans: Vom Kreuzberg-Urteil zur bauregelungssordnung, DVBl. 1975, 846 ff.
 - Schwabe, Jürgen: Die Polizei der Polizei. Oder: Begriffsschwächen im Polizeirecht, DVBl. 1991, 257 f.

- Schwachheim, Jürgen F.: Zum Gesamtschuldnerausgleich unter mehreren Störer, NVwZ 1988, 225 ff.
- Schulz, Burkhard: Musterentwurf eines einheitlichen Polizei- gesetzes, ZRP 1976, 251.
- Seibert, Max Jürgen: Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich im Polizei-und Ordnungsrecht, DÖV 1983, 964 ff.
- —————: Zum Zusammenhang von Ordnungs- und Kostentragungspflicht, DVBl. 1985, 328 f.
- Steckert, Uwe: Zulässigkeit und Kosten polizeilich veranlaßter Abschleppmaß-nahmen von verkehrswidrig abgestellten Kraft- fahrzeugen, DVBl. 1971, 243 ff.
- Vogel, Klaus: Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24, 125 ff.
- von Mutitus: Der "Störer" im Polizei-und Ordnungsrecht, Jura 1983, 298 ff.
- von Unruh, Georg-Christoph: Polizei als Tätigkeit der leistenden Verwaltung, DVBl. 1972, 469 ff.
- Wagner, Hellmut: Schadensvorsorge bei der Genehmigung umwel- trevanter Großanlagen, DÖV 1980, 269 ff.
- Wiethaup, A.: Die Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, DVBl. 1950, 240 ff.
- Willigmann, Klaus: Gerichtskontrolle des polizeilichen Ermessens beim Zusammentreffen von Handlungs-und Zustandshaftung, DVBl. 1965, 761 f.
- Wolff, Hans J.: Die Gestaltung des Polizei-und Ordnungsrechts insbesondere in der britischen Besatzungszone, in: VVDStRL 9, 134 ff.

참고문헌

- 일본문헌

- 雄川一郎·鹽野 宏·園部逸夫, 現代行政法大系 6, 有斐閣, 昭和 58年.
- 川西 誠, 判例 行政作用法論, 評論社, 昭和 46年.
- 小高 剛, 行政法各論, 有斐閣, 平成 2年.
- 杉村章 三郎·山内 一夫(編), 精解 行政法(下), 光文書院, 昭和 50年.
- 田上 穰治, 新版 警察法, 有斐閣, 平成 元年.
- 田中 二郎, 新版 行政法(下), 弘文堂, 平成 3年.
- 藤田 宙靖, 行政法 I (總論), 青林書院新社, 昭和 56年.
- 新倉 修, フランス의 警察, JURIST No.733, 65項 이하.
- 遠藤 博也, 宅地法上の規制制限の不行使と國家責任, 昭和 49年度 重要判例解説, JURIST, No.590, 42項 이하.
- 渥美 東洋, 米國의 警察, JURIST No.733, 42項 이하.
- 川崎 英明, 西ドイツ 警察의 動向, JURIST No.733, 57項 이하.
- 菊井 康郎, 民事不介入, in: 成田 頼明, 行政法의 爭點, 有斐閣, 昭和 55年, 238項 이하.
- 態本 信夫, 警察의 概念, in: 成田 頼明, 行政法의 爭點, 有斐閣, 昭和 55年, 234項 이하.
- 庭山 英雄, イギリス의 警察, JURIST No.733, 50項 이하.
- 松鳥 鎔吉, 警察法의 分野での行政裁量について, 公法研究, 33號 (1971), 214項 이하.

- 영국문헌

- Leigh, L.H.: Police Powers in England and Wales, 2nd. Edition, 1985.
- Sloan, Kenneth: Police Law Primer, 3rd. Edition, 1987.

- Schwachheim, Jürgen F.: Zum Gesamtschuldnerausgleich unter mehreren Störer, NVwZ 1988, 225 ff.
- Schulz, Burkhard: Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, ZRP 1976, 251.
- Seibert, Max Jürgen: Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich im Polizei- und Ordnungsrecht, DÖV 1983, 964 ff.
- —————: Zum Zusammenhang von Ordnungs- und Kostentragungspflicht, DVBl. 1985, 328 f.
- Steckert, Uwe: Zulässigkeit und Kosten polizeilich veranlaßter Abschleppmaßnahmen von verkehrswidrig abgestellten Kraftfahrzeugen, DVBl. 1971, 243 ff.
- Vogel, Klaus: Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24, 125 ff.
- von Mutitus: Der "Störer" im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1983, 298 ff.
- von Unruh, Georg-Christoph: Polizei als Tätigkeit der leistenden Verwaltung, DVBl. 1972, 469 ff.
- Wagner, Hellmut: Schadensvorsorge bei der Genehmigung umweltrelevanter Großanlagen, DÖV 1980, 269 ff.
- Wiethaup, A.: Die Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, DVBl. 1950, 240 ff.
- Willigmann, Klaus: Gerichtskontrolle des polizeilichen Ermessens beim Zusammentreffen von Handlungs- und Zustandshaftung, DVBl. 1965, 761 f.
- Wolff, Hans J.: Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts insbesondere in der britischen Besatzungszone, in: VVDStRL 9, 134 ff.

참고문헌

- 일본문헌

- 雄川一郎·鹽野 宏·園部逸夫, 現代行政法大系 6, 有斐閣, 昭和 58年.
- 川西 誠, 判例 行政作用法論, 評論社, 昭和 46年.
- 小高 剛, 行政法各論, 有斐閣, 平成 2年.
- 杉村章 三郎·山内 一夫(編), 精解 行政法(下), 光文書院, 昭和 50年.
- 田上 穰治, 新版 警察法, 有斐閣, 平成 元年.
- 田中 二郎, 新版 行政法(下), 弘文堂, 平成 3年.
- 藤田 宙靖, 行政法 I (總論), 青林書院新社, 昭和 56年.
- 新倉 修, フランス의 警察, JURIST No.733, 65項 이하.
- 遠藤 博也, 宅地法上の規制制限の不行使と國家責任, 昭和 49年度 重要判例解説, JURIST, No.590, 42項 이하.
- 渥美 東洋, 米國의 警察, JURIST No.733, 42項 이하.
- 川崎 英明, 西ドイツ 警察의 動向, JURIST No.733, 57項 이하.
- 菊井 康郎, 民事不介入, in: 成田 賴明, 行政法의 爭點, 有斐閣, 昭和 55年, 238項 이하.
- 態本 信夫, 警察의 概念, in: 成田 賴明, 行政法의 爭點, 有斐閣, 昭和 55年, 234項 이하.
- 庭山 英雄, イギリス의 警察, JURIST No.733, 50項 이하.
- 松鳥 鎔吉, 警察法의 分野での行政裁量について, 公法研究, 33號 (1971), 214項 이하.

- 영국문헌

- Leigh, L.H.: Police Powers in England and Wales, 2nd. Edition, 1985.
- Sloan, Kenneth: Police Law Primer, 3rd. Edition, 1987.

- Schwachheim, Jürgen F.: Zum Gesamtschuldnerausgleich unter mehreren Störer, NVwZ 1988, 225 ff.
- Schulz, Burkhard: Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, ZRP 1976, 251.
- Seibert, Max Jürgen: Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich im Polizei- und Ordnungsrecht, DÖV 1983, 964 ff.
- —————: Zum Zusammenhang von Ordnungs- und Kostentragungspflicht, DVBl. 1985, 328 f.
- Steckert, Uwe: Zulässigkeit und Kosten polizeilich veranlaßter Abschleppmaßnahmen von verkehrswidrig abgestellten Kraftfahrzeugen, DVBl. 1971, 243 ff.
- Vogel, Klaus: Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24, 125 ff.
- von Mutitus: Der "Störer" im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1983, 298 ff.
- von Unruh, Georg-Christoph: Polizei als Tätigkeit der leistenden Verwaltung, DVBl. 1972, 469 ff.
- Wagner, Hellmut: Schadensvorsorge bei der Genehmigung umweltrelevanter Großanlagen, DÖV 1980, 269 ff.
- Wiethaup, A.: Die Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, DVBl. 1950, 240 ff.
- Willigmann, Klaus: Gerichtskontrolle des polizeilichen Ermessens beim Zusammentreffen von Handlungs- und Zustandshaftung, DVBl. 1965, 761 f.
- Wolff, Hans J.: Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts insbesondere in der britischen Besatzungszone, in: VVDStRL 9, 134 ff.

참고문헌

- 일본문헌

- 雄川一郎・鹽野 宏・園部逸夫, 現代行政法大系 6, 有斐閣, 昭和 58年.
- 川西 誠, 判例 行政作用法論, 評論社, 昭和 46年.
- 小高 剛, 行政法各論, 有斐閣, 平成 2年.
- 杉村章三郎・山内 一夫(編), 精解 行政法(下), 光文書院, 昭和 50年.
- 田上 穰治, 新版 警察法, 有斐閣, 平成 元年.
- 田中 二郎, 新版 行政法(下), 弘文堂, 平成 3年.
- 藤田 宙靖, 行政法 I (總論), 青林書院新社, 昭和 56年.
- 新倉 修, フランス의 警察, JURIST No.733, 65項 이하.
- 遠藤 博也, 宅地法上の規制制限の不行使と國家責任, 昭和 49年度 重要判例解説, JURIST, No.590; 42項 이하.
- 渥美 東洋, 米國의 警察, JURIST No.733, 42項 이하.
- 川崎 英明, 西ドイツ 警察의 動向, JURIST No.733, 57項 이하.
- 菊井 康郎, 民事不介入, in: 成田 頼明, 行政法의 爭點, 有斐閣, 昭和 55年; 238項 이하.
- 態本 信夫, 警察의 概念, in: 成田 頼明, 行政法의 爭點, 有斐閣, 昭和 55年; 234項 이하.
- 庭山 英雄, イギリス의 警察, JURIST No.733, 50項 이하.
- 松鳥 諄吉, 警察法의 分野での行政裁量について, 公法研究, 33號 (1971), 214項 이하.

- 영국문헌

- Leigh, L.H.: Police Powers in England and Wales, 2nd. Edition, 1985.
- Sloan, Kenneth: Police Law Primer, 3rd. Edition, 1987.

연구보고 96-8 警察作用法制의 改善方案

1996년 12월 25일 印刷

1996년 12월 31일 發行

發行人 朴 松 圭
發行處 **한국법제연구원**
印刷處 東 洋 商 社

서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103

전화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981. 8.11. 제1-190호

값 5,600 원

1. 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 89-8323-016-9 93360

