

研究報告書 95-19

# 警察作用法에 관한 研究

연구 : 남승길(경찰대학교수)

본 연구보고서는 치안정책용역연구에 참여한 연구자의 최종보고서로서, 게재된 내용은 저자 개인의 의견이며 치안연구소의 공식 견해가 아님을 밝혀 둡니다.

# 目 次

I . 序 論(研究의 目的과 範圍) .....	9
II . 先進制度(統一警察法)에 관한 考察 .....	12
1. 警察의 任務 및 一般規定 .....	15
2. 警察의 權限 .....	24
3. 執行協助 .....	35
4. 強 制 .....	37
가. 作爲·受忍·不作爲의 強制 .....	37
나. 直接強制的 實行 .....	40
III . 一般的 授權條項의 문제 .....	48
1. 序論(一般的 授權條項과 個別的 授權條項) .....	48
2. 一般的 授權條項의 成立·發展 .....	53
3. 우리 나라에 있어서의 一般的 授權條項 .....	54
가. 警察比例의  원칙(警察過剩禁止의  원칙)과 平等의  원칙 .....	59
나. 기타의  원칙(경찰 공공의  원칙·경찰 책임의  원칙·경찰 소극 목적의  원칙 등) .....	60
4. 判 例 .....	64
IV . 기타 警察官職務執行法上의 問題 .....	66
1. 序 論 .....	66
2. 警察의 職務 및 總則的 規定 .....	67
가. 警察의 職務 .....	67
나. 比例의 原則(過剩禁止의 原則) .....	67
다. 警察責任 .....	68
3. 警察의 權限 .....	69

가. 一般的 授權條項 .....	69
나. 不審檢問 .....	69
다. 保護措置 .....	69
4. 警察強制 .....	70
5. 損害填補와 費用償還 .....	72
가. 損失報償 .....	72
나. 費用償還 .....	73
다. 損害賠償 .....	73

## 國文要約

國民의 基本的 人權保障의 要請과 警察權(公權力) 發動에 의한 警察(國家)目的 達成의 必要性은 法治主義의 原理에 의하여 調和를 이루어야 하는 바, 國民의 基本權을 最大한 保障하면서도 警察權 發動에 의한 警察 目的을 效率的으로 達成하기 위해서는 警察官職務執行法 등 警察權 發動에 관한 根據法이 體系的으로 整備되어 있어야 한다.

現行 警察官職務執行法에는 警察權發動에 관한 一般的 授權條項이 없는데, 明文으로 規定할 必要가 있으며, 現行法下에서도 一般的 授權條項을 認定하도록 解釋論的 努力을 기울여야 할 것이다. 緊迫性·多樣性·狀況適應性이 두드러지게 나타나는 警察作用에 있어서 豫測하기 어려운 將來狀況에 대하여 일일이 具體的인 個別的 授權條項을 마련해 둔다는 것은 거의 不可能에 가까운 일이다. 現行法 解釋論에 있어서, 만약 一般的 授權條項을 否認하게 되면 一般的으로 認定하고 있는 警察權의 條理上 限界理論(警察責任의 原則 등)이 거의 無意味하게 된다. 왜냐하면, 警察責任의 原則 등 警察權의 條理上 限界理論은 一般的 授權條項에 의해서 警察權을 發動할 때의 限界問題로서 論議되어야 하는 것이며, 個別的 授權條項에 의해서 警察權을 發動할 때의 限界問題는 窮極的으로는 그 個別的 授權條項의 解釋問題에 歸着하기 때문이다. 不審檢問에서 停止시킬 때 어느 정도의 實力行使가 許容되는가 하는 것은 결국 그 個別的 授權條項(“停止시켜”)의 解釋에 의하여 決定되는 것이지, 警察責任의 原則 등에 의하여 決定되는 것은 아니다.

先進制度라 할 수 있는 獨逸 統一警察法模範草案에서는 一般的 授權條項을 인정하고, 警察責任에 관하여 狀態責任·行爲責任·非責任者에 대한 措置·直接施行을 規定하고, 身元確認·強制召喚·保護措置에서 사람을 留置하는 경우를 규정하며, 警察 強制에 관하여도, 直接強制·代執行·強制金으로 나누어 구체적으로 규정하며, 緊急事態에서 警察 非責任者 등이 입은 損失報償에 관한 규정도 두고 있는 바, 이러한 內容 등을 參考로 하여, 우리나라 警察官職務執行法도 좀 더 體系的으로 整備할 必要 있다고 본다. 그 概括的 내용은 다음과 같다.

1. 一般的 授權條項：明文規定을 둔다.
2. 警察責任：狀態責任·行爲責任·非責任者에 대한 措置·直接施行을 규정한다.
3. 不審檢問：檢問所 等에서의 一齊檢問, 指紋檢査 등을 규정한다.
4. 保護措置：迷兒·病者·負傷者를 意思에 反해서도 保護할수 있게 改正한다.
5. 사람 留置：일정한 경우 法官의 關與하에(예외 인정) 가능토록 규정한다.
6. 警察強制：模範草案처럼, 直接強制·代執行·履行強制金(執行罰)으로 구체적으로 규정하고, 긴급한 경우 事前節次없이 即時執行(即時強制)할 수 있게 한다. 刑事處罰과의 併科, 強制金 不履行 등의 경우 代替拘留을 규정한다. 武器使用에 대해서도 보다 자세한 규정을 둔다.
7. 損失報償：災難등 緊急(非常)狀況의 경우 警察 非責任者에 대하여도 警察權을 發動할 수 있도록 보다 確實한 法的 법적 뒷받침을 해 주고, 適法한 公權力의 행사로 인한 犧牲에 대해서는 報償을 해 주도록 규정한다.

## ABSTRACT

### A Study on the Establishment of an Improved Legal Basis for Police Action

*Nahm, Sung-Kihl ; National Police College*

The police constitutes the daily manifestation of state authority more than any other institution for the average citizen. The task of the police is to prevent dangers which threaten public security or order: the protection of the citizens from danger, but thereby the police will also impinge on the rights of other citizens. The potential conflict between the maintenance of public security and the use of police powers is traditionally seen as the locus of police laws.

The "polizeiliche general Klausel" (police general clause: police law in Germany) will be a good guide to 're-establish an improved legal basis for police action.

The Model Draft of a Unified Police Law ("Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der L nde", 1977) reads: (§ 1 Aufgaben der Polizei) ① Die Polizei hat die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. ④ Die Polizei hat ferner die Aufgaben zu erfüllen, die ihr durch andere Rechtsvorschriften übertragen sind. (§ 8 Allgemeine Befugnisse) ① Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 9 bis 24 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

The Prussian Police Administrative Law (Polizeiverwaltungsgesetz) reads: (§ 14) Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetz nach pflichttmäßigen Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Si-

cherheit oder Ordnung bedroht wird.

The 『public security or order』(“öffentliche Sicherheit oder Ordnung”) are both vague legal terms(“unbestimmter Rechtsbegriff”). Model Draft(“Musterentwurf”) has generated a comprehensive debate, mainly conducted by academics on issue of police law. A group of academics presented the Alternative Draft(“Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder”) which attacks the “Musterentwurf” on the basis that it goes too far in terms of police powers which would place the police outwith the constitutions.

The inadequacy of legal terminology, however, not the only instance of obfuscation as regards police actions and public order issues. If such terms were not used the legislators would be unable to control the complexity of life.

## I . 序 論(研究의 目的과 範圍)

어느 나라에 있어서나 그 社會가 先進化·民主化될수록 法治國家의 要請에 따라, 警察權을 비롯한 公權力 發動에 따른 法的 問題가 銳敏한 問題點으로 등장하는 것이 일반적인 常例인 바, 국민의 基本權을 최대한 보장해야 하는 法治國家의 요청에 副應하면서도 警察權 發動에 의한 公共의 安寧·秩序의 維持라는 警察의 목적을 효율적으로 달성하기 위하여는, 概括的 授權條項의 問題나 警察強制制度 등 警察權의 發動에 關連되는 警察官職務執行法 등에 대하여 立法的 整備까지 필요한 부분이 적지 아니하다.

警察作用에 있어서 命令·強制하는 權力的 側面 못지않게 啓蒙·指導하고 奉仕하는 側面이 강조되어야 하고 國民의 自由와 權利에 대한 侵害·制限의 側面 못지않게 國民의 自由와 權利를 지켜 주고 保護해 주는 守護(Wahrung)의 側面이 重視되어야 한다는 것은 아무리 強調해도 지나침이 없을 것이다.

그러나 警察作用의 活動形態面(Tätigkeitsform)에서 國民의 基本權 侵害危險의 角度에서 파악할 때에는, 警察上의 強制權 기타 警察權을 發動하여 命令·強制하는 작용에 있어서 根據·限界 등이 특히 문제가 되는 점을 또한 否認할 수 없다.

警察組織法의 경우에는 警察法의 制定에 의하여 일단은 警察의 發展을 위한 기틀이 마련되었다고 볼 수 있으나, 警察作用法의 경우에는 많은 부문에 걸쳐 그 理論的 探究나 體系의 定立, 立法的 整備가 요청되고 있다고 할 것이다.

警察作用法에 관한 여러 문제 중에서 本稿에서는 警察權發動의 根據에 관한 문제, 특히 警察官職務執行法上 警察權發動의 一般的 根據(一般的 授權條項)에 관한 問題를 重點的으로 考察하고, 기타 警察權發動과 關連되는 警察官職務執行法上의 여러 문제에 대하여도 概括的으로 考察하기로 한다.

警察權, 특히 所謂 警察上 即時強制權과 같은 警察上의 強制權을 發動하는 경우에는 急迫한 危險에 對處하는 경우인데, 豫測하기 어려운 未來狀況에 대하여 그 狀況의 具體的 內容과 그에 대한 具體的 對處方法을 類型化하는 것은 不可能

에 가깝다고 보아야 할 것이다. 危險의 성질상 장래 발생할 수 있는 모든 경우를 다 豫想하여 그에 따른 措置를 일일이 具體的으로 규정하는 것은 어려운 일이다.

물론 그러한 具體的 規定(個別的 授權條項)을 두도록 항상 立法的 노력을 기울여서는 안되지만, 한편으로는 具體的 規定인 個別的 授權條項(예: 우리나라 警察官職務執行法 제3조 不審檢問 규정, 제4조 保護措置 규정, 제5조 危險發生防止 措置 규정, 제6조 犯罪의 豫防과 制止 措置 규정, 제7조 危險防止를 위한 出入 措置 등의 규정)이 없어서 그러한 個別的 授權條項에 依據할 수 없는 경우에도, 『公共의 安寧과 秩序』의 維持를 任務·職務로 하는 警察이, 「公共의 安寧과 秩序」를 維持하기 위하여는 一般的·概括的인 規定에 依據하여 警察權을 發動할 수 있게 되어야 할 것이다.

公共의 安寧과 秩序가 危險한 狀況인데도, 個別的 措置規定이 마련되어 있지 못한 경우— 個別的 授權條項의 缺如를 이유로, 危險防止의 任務를 소홀히 하는 것은, 國家와 警察의 任務를 소홀히 하는 結果로 歸着될 수도 있을 것이다.

『一般的 授權條項 의한 警察權發動』을 인정하는 방향으로 現行法 아래서도 解釋論的인 努力을 기울일 필요가 있다고 보지만, 窮極的으로는 立法的인 整備를 함으로써 해결을 하도록 해야 한다.

一般的 授權條項 등 警察權發動에 관한 授權(根據)法을 體系化, 整備함에 있어서는 先進制度라 할 수 있는 獨逸 統一警察法模範草案이 중요한 참고 자료가 될 수 있다. 本稿에서는 먼저 獨逸 統一警察法模範草案에 관하여 살펴 보고 이를 참고로 하여 一般的 授權條項 등 우리나라 警察官職務執行法上的의 문제에 관하여 고찰한다.

독일의 模範草案에서는 明文 規定을 두어 一般的 授權條項을 인정하고 있으며 이에 따라 각 州도 警察法에 一般的 授權條項에 관하여 명문 규정을 두고 있으며, 警察責任에 관하여도 狀態責任·行爲責任·非責任者에 대한 措置(緊急時) 등 具體的으로 規律하고 있고, 狀態責任·行爲責任을 묻는 방법으로는 목적을 달성할 수 없을 때에 警察이 直接 措置를 取하는 直接施行에 관하여도 규정을 두고 있다. 또 身元確認(不審檢問)·強制召喚·保護措置에서는, 사람을 留置하는 것도 허용되지만, 원칙으로 지체 없이 法官의 決定을 받아야 한다(釋放 後에야 법관의

결정이 있을 것으로 인정되는 때 등의 경우에는 법관의 판단이 필요없다). 그 외에 사람에 대한 留置에 관하여는 留置의 期間, 留置人의 處遇 등에 관하여 자세한 규정을 두고 있다.

模範草案에서는 警察 強制에 관하여도, 直接強制·代執行·強制金으로 나누어 구체적으로 규정하고 있는데, 일정한 경우에는 戒告 등 節次 없이 直接強制와 代執行을 하는 것이 허용되며(即時執行-即時強制), 強制와 刑事處罰은 併科될 수 있고, 強制金を 履行하지 아니한 경우에는 代替拘留도 인정되고 있으며, 直接強制의 수단으로서 身體의 束縛(留置)도 인정되고, 또 武器使用에 대해서는 總則, 사람에 대한 사용, 多衆에 대한 사용 등으로 나누어 자세한 규정을 두고 있으며, 緊急事態로 警察 非責任者 등이 입은 損失報償에 관한 규정도 두고 있다.

이와 같은 獨逸 統一警察法模範草案의 內容을 참고로 하면서, 우리 나라의 警察權發動의 代表的 根據法인 警察官職務執行法을 體系的으로 整備할 필요가 있는 바, 특히 一般的 授權條項에 관하여는 明文 規定에 의한 立法的 整備가 있기 前이라도 現行法 解釋上으로도 이를 認定할 수 있다고 본다.

## II. 先進制度(統一警察法)에 관한 考察

獨逸 統一警察法模範草案(Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetz—es des Bundes und der Länder, 1977)은 당시 독일의 治安事情(犯罪의 激增, 頻繁한 테러, 데모의 蔓延 등)에 대비하기 위하여 州 內務部長官會議의 決議로 각 州의 警察法 統一을 위한 모델로서 작성된 것으로서, 우리나라의 警察官職務執行法 등 警察權의 根據法 整備에 중요한 참고 자료가 될 수 있을 것이다.

獨逸 統一警察法模範草案에 대하여는 독일에서도 批判이 없지는 않다. 특히 一般的 授權條項상의 公共의 「秩序」 등에 대하여는 liberal한 학자 들에 의하여 民主主義와 法治主義의 觀點에서 내용이 明確하지 아니한 不確定 概念때문에 法治主義에 違背되는 結果를 가져오게 된다는 批判이 가해진다.<sup>1)</sup> 그리하여 公共의 安寧과 秩序의 區分을 拋棄하고 一元的으로 파악해야 한다는 提案도 나왔으며, 이 영향으로 1983년의 Bremen의 새 警察法에서는 「公共의 秩序」를 삭제하고 「公共의 安寧」으로 一元化하여, 경찰의 임무와 권한에 관하여 「公共의 安寧」에 대한 危險防止라 규정하였으며,<sup>2)</sup> Saarlandes(1989), Nordheim-Westfalens(1989), Schwig-Holsteins(1992) 등도 Bremen을 따랐다.

그러나 代替草案(Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und de Länder)에 따른 新Bremen警察法(neue Bremische Polizeigsets vom 21.3. 1983)등도 模範草案처럼 一般的 授權條項을 인정하고 있는 점은 다르지 아니하며, 다른 대다수의 州는 그 表現內容도 模範草案에 따라 公共의 秩序를 포함시키

1) 8명의 학자들이 Arbeitskreis Polizeirecht를 만들어 1979년에 Alter—nativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder를 발표하였다.

2) § 1-Aufgabe : Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren § 10-Befugnis : die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um eine einzehlnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheits abzuwehren, sowe-it nicht die § § 11 bis 33 die Befugnisse der Polizei besonders regeln

고 있다. 대다수의 학자들도 公共의 秩序를 公共의 安寧에 대한 補完的 기능을 가지는 獨自的 概念으로 보고 있고<sup>3)</sup> 독일 基本法에서도 이 개념을 사용하고 있다(13 ③ GG, 35 ② GG: 우리 憲法 에서도 제47조에서 ‘國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利’라 하여 비슷한 표현을 사용하고 있다).

獨逸 統一警察法模範草案<sup>4)</sup>에 관하여 우리나라 警察官職務執行法의 整備에 참고

- 3) 模範草案 내지 公共의 秩序에 대한 비판과 이에 대한 反論 및 代替草案 등의 문제에 관하여는 다음 문헌 참조.

Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1993, S.52 ff

Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 1986, S.20ff

Gusy, Polizeirecht, 1993, S.15ff

鄭夏重, 獨逸警察法の 體系와 韓國警察官職務執行法의 改善方向, 司法行政, 199, 4.2, 15면 이하.

- 4) Vgl. Heise/Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, 1977, S.13ff.

獨逸統一警察法模範草案의 概要는 다음과 같다.

#### Erster Abschnitt

Aufgaben und allgemeine Vorschriften

§ 1 Aufgaben der Polizei

§ 1a Verhältnis zu anderen Behörden

§ 2 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

§ 3 Ermessen, Wahl der Mittel

§ 4 Verantwortlichkeit für das Verhalten von Personen

§ 5 Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen

§ 5a Unmittelbare Ausführung einer Maßnahme

§ 6 Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen

§ 7 Einschränkung von Grunderchten

#### Zweiter Abschnitt

Befugnisse der Polizei

§ 8 Allgemeine Befugnisse

§ 9 Identitätsfeststellung und Prüfung von Berechtigungsscheinen

§ 10 Erkennungsdienstliche Maßnahmen

§ 11 Vorladung

§ 12 Platzverweisung

§ 13 Gewahrsam

§ 14 Richterliche Entscheidung

- § 15 Behandlung festgehaltener Personen
- § 16 Dauer der Freiheitsentziehung
- § 17 Durchsuchung von Personen
- § 18 Durchsuchung von Sachen
- § 19 Betreten und Durchsuchung von Wohnungen
- § 20 Verfahren bei der Durchsuchung von Wohnungen
- § 21 Sicherstellung
- § 22 Verwahrung
- § 23 Verwertung, Vernichtung
- § 24 Herausgabe sichergestellter Sachen oder des Erlöses, Kosten

Dritter Abschnitt

Vollzugshilfe

- § 25 Vollzugshilfe
- § 26 Verfahren
- § 27 Vollzugshilfe bei Freiheitsentziehung

Vierter Abschnitt

Zwang

Erster Unterabschnitt

Erzwingung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen

- § 28 Zulässigkeit des Verwaltungszwanges
- § 29 Zwangsmittel
- § 30 Ersatzvornahme
- § 31 Zwangsgeld
- § 32 Ersatzzwangshaft
- § 33 Unmittelbarer Zwang
- § 34 Androhung der Zwangsmittel

Zweiter Unterabschnitt

Ausübung unmittelbaren Zwanges

- § 35 Rechtliche Grundlagen
- § 36 Begriffsbestimmung
- § 37 Handeln auf Anordnung
- § 38 Hilfeleistung für Verletzte
- § 39 Androhung unmittelbaren Zwanges
- § 40 Fesselung von Personen
- § 41 Allgemeine Vorschriften für den Schußwaffengebrauch
- § 42 Schußwaffengebrauch gegen Personen
- § 43 Schußwaffengebrauch gegen Personen in einer Menschenmenge
- § 44 Besondere Waffen, Sprengmittel

가 될 수 있는 조항들을 중심으로 하여 살펴보기로 한다.<sup>5)</sup>

## 1. 警察의 任務 및 一般規定

### # 제1조 (警察의 任務)<sup>6)</sup>

公共의 安寧과 秩序에 대한 危險防止를 警察의 임무로 규정하고, 특수한 경우

---

#### Fünfter Abschnitt

Schadensausgleich, Erstattungs- und Ersatzansprüche

§ 45 Zum Schadensausgleich verpflichtende Tatbestände

§ 46 Inhalt, Art und Umfang des Schadensausgleichs

§ 47 Ansprüche mittelbar Geschädigter

§ 48 Verjährung des Ausgleichsanspruchs

§ 49 Ausgleichspflichtiger, Erstattungsansprüche

§ 50 Rückgriff gegen den Verantwortlichen

§ 51 Rechtsweg

#### Sechster Abschnitt

Schlussbestimmungen

§ 52 Amtshandlungen von Polizeivollzugsbeamten anderer Länder und des Bundes

§ 53 Amtshandlungen von Polizeivollzugsbeamten außerhalb des Zuständigkeitsbereiches des Landes……

5) 獨逸統一警察法模範草案에 관하여는 拙稿 『獨逸統一警察法模範草案』, (治安論叢, 제9집, 1992)에서 그 일부(§ 1에서 § 7까지)를 고찰한 바 있지만, 本稿는 模範草案全體에 대하여(제5장 및 제6장 제외) 고찰하고 있으므로 一部分을 다른 그 내용을 本稿에서는 引用 표시 없이 引用하기로 하며, 기본적으로는 前掲 『Heise/Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, 1977』을 참고 자료로 하였다.

6) § 1 Aufgaben der Polizei

(1) Die Polizei hat die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.

(2) Der Schutz privater Rechte obliegt der Polizei nach diesem Gesetz nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Vorwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden.

(3) Die Polizei leistet anderen Behörden Vollzugshilfe (§ § 25 bis 27).

(4) Die Polizei hat ferner die Aufgaben zu erfüllen, die ihr durch andere Rechtsvorschriften übertragen sind.

私人에 대한 권리 보호, 다른 기관의 執行에 대한 협조 및 다른 법령에 의한 임무 수행 등을 규정하고 있다.

一般的 授權條項은 제8조에 의해서 인정되며 여기의 任務規定이 바로 一般的 授權條項으로 해석되지는 않는다. 그리고 일반적 수권조항은 개개의 경우에 발생하는 구체적 위험에 국한되지만, 여기 任務規定에서의 危險防止에는 抽象的 危險과 具體的 危險이 포함되며, 介入·干涉을 수반하지 않는 巡察과 같은 「單純」行政에 속하는 行爲나 活動도 이 1항에 의거하지만 이 경우에는 『다른 행정 기관에 의한 危險防止가 適切하게 이루어질 수 없을 때에 警察이 危險防止』를 하도록 규정한 1조 a의 제한(補充性的 원칙에 의한 제한)을 받지 아니한다.

警察의 다른 기관에 대한 協助는 다른 機關에 대한 警察의 行政 應援(職務共助)의 특수한 한 종류인데, 경찰업무의 부담과중을 방지하기 위하여, 여기 집행 협조는 直接強制에 한정된다(제25조 내지 제27조의 개별적 조문 참조).

『경찰이 다른 法務이 부여한 임무를 수행』하도록 규정한 것은 특별한 의미는 없고 선언적인 규정에 불과하다.

#### # 제1조a 다른 行政機關에 대한 關係<sup>7)</sup>

다른 行政機關에 의한 危險防止가 不可能하거나 適時에 이루어질 수 없다고 인정되는 경우에는 警察이 危險防止를 한다.

다른 行政機關도 危險防止의 임무를 담당하므로 다른 행정기관에 의한 위험방지가 불가능하거나 적시에 이루어질 수 없을 때(그러한 것으로 인정될 때) 경찰의 간여 권한을 인정한 것으로(補充性的 원칙) 이 조문이 제1조의 a로 삽입된 것은, 각 주의 위험방지에 관한 행정기관의 조직이 구구하므로 모든 州가 다 採擇하기는 어렵기 때문에 그렇게 한 것이다.

7) § 1 a Verhältnis zu anderen Behörden

Die Polizei wird tätig, soweit die Abwehr der Gefahr durch eine andere Behörde nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint.

# 제2조 比例의 原則<sup>8)</sup>

(1) 警察은 다수의 가능하고 적정한 措置 중에서 개인과 일반사회를 가장 적게 침해하는 措置를 하여야 한다.

(2) 얻는 效果에 비해 현저하게 比例關係를 잃은 불이익을 초래하게 하는 措置를 해서는 안된다.

(3) 目的이 達成되거나 目的 達成의 不可能이 判明된 후에는 措置가 허용되지 아니한다.

比例의 原則 혹은 過剩禁止의 原則은 憲法上的 原則으로까지 고양된 自由民主 · 法治主義의 중요한 原理의 하나인 바, 제1항에서는 最小侵害 내지 必要性的의 원칙을 규정하고 제2항에서는 狹義의 比例의 原則 내지 相當性的의 原則을 규정하였으며 제3항에서는 비례의 원칙의 발로 내지 그 내용으로서 경찰조치의 시간적 한계를 규정하였다.

# 제3조 裁量, 手段의 選擇<sup>9)</sup>

(1) 警察이 措置를 함에 있어서는 義務에 相當한 裁量에 따라 하여야 한다.

(2) 동일한 危險防止를 위한 手段이 여러가지가 있는 경우에는 그 중 하나를

8) § 2 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

(1) Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen hat die Polizei diejenige zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt.

(2) Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht

(3) Eine Maßnahme ist nur solange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, daß er nicht erreicht werden kann.

9) § 3 Ermessen, Wahl der Mittel

(1) Die Polizei trifft ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen.

(2) Kommt zur Abwehr einer Gefahr mehrere Mittel in Betracht, so genügt es, wenn eines davon bestimmt wird. Dem Betroffenen ist auf Antrag zu gestatten, ein anderes ebenso wirksames Mittel anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird.

선택하면 된다. 동일한 효과가 있는 다른 수단을 사용해도 일반사회에 더 불이익을 주지 않는 경우에는 관계인의 신청에 의해 그 다른 수단을 사용하는 것이 허용된다.

일반적으로 보면, 위험방지는 裁量이 인정되는 등 便宜主義의 원리가 적용되는 분야이다. 그러나, 특히 중요한 법익에 대한 중대한 위험방지에 있어서, 경찰의 干與·介入의무의 한계가 어디인가에 대한 실질적·구체적인 기준·관념에 대하여는 판례도 학설도 기준·관념에 대한 이론을 발전시키지 못하고 있다.

이러한 문제는 구체적인 개개 경우의 상황에 따라 결정될 문제이므로 이러한 문제에 대한 일반적이고 법률적인 규정은 가능하지도 않고 필요하지도 않다.

刑事司法의 경우 合法主義의 원리가 적용되는 것과는 다르게 위험방지에 있어서는 종래부터 便宜主義의 원리가 적용되어 왔으며, 최근에는 秩序違反行爲法에서도 위험방지법과 마찬가지로 질서위반행위도 경찰이 의무에 적합한 재량에 따라 하도록 하는 경향이 있다.

경찰은, 裁量이 인정될 때에는 合理的으로 裁量權을 행사하여(義務에 合當한 裁量에 따라) 위험방지에 있어서 介入(行爲)할 것인가 안할 것인가(결정재량: Entschließungsermessen), 어떤 介入(行爲)을 할 것인가(wie, 선택재량: Auswahlermessen)를 결단한다. 다만, 이러한 선택·결정 재량권의 행사는 현행법의 범위 내에서 이루어져야 하며, 특히 비례 원칙의 규정과 평등원칙의 규정을 지키지 않으면 안된다.

便宜主義는 決定裁量의 측면에서 보면 다음과 같은 중요한 의미가 있다. 즉, 경찰은 그 인적·물적 수단의 한계를 고려하여 중요한 것을 우선시키고 사소한 것을 무시할 수 있다는 것이다. 또 選擇裁量은, 경찰위반 상태에 대하여 다수인이 책임이 있는 다수자 책임의 경우와 경찰위반 상태에 대하여 책임이 없는 자에 대하여 조치를 하는 非責任者에 대한 조치의 경우에 특히 중요한 의미가 있다.

재량권을 잘못 행사한 裁量過誤(Ermessensfehler)의 경우(裁量濫用(Ermessensmissbrauch)과 裁量逸脫(Ermessensüberschreitung)포함)에는 재판에 의한 심사가

인정된다. 재량권은 그 권한을 부여한 목적에 따라 행사되어야 하며 그 법적 한계를 지키지 않으면 안되기 때문이다.

# 제4조 (사람의 행위에 대한 책임)<sup>10)</sup>

(1) 사람이 위험을 야기한 경우에는 그 사람에 대하여 조치를 할 수 있다.

(2) 14세 미만자, 금치산자, 假後見 상태에 있는 자 등의 경우에는 監護 義務 者에게도 조치를 할 수 있다.

(3) 업무를 맡은 사람이 그 업무 수행중에 위험을 야기한 경우에는 그 업무를 맡긴 사람에 대해서도 조치를 할 수 있다.

제4조 내지 제6조는 제8조 이하에 의한 권한행사의 총칙 규정이므로 제8조 이하에 의한 具體的 危險이 있을 때에만 제4조 내지 제6조가 적용될 수 있다.

제2항에서 「14세 미만자」로 규정한 것은 刑事責任(刑罰免責)의 연령과도 일치하는 것으로, 이 규정은 각 州의 警察法 統一에 공헌이 크다.

# 제5조 (물건의 狀態에 대한 책임)<sup>11)</sup>

10) § 4 Verantwortlichkeit für das Verhalten von Personen

(1) Verursacht eine Person eine Gefahr, so sind die Maßnahmen gegen sie zu richten.

(2) Ist die Person noch nicht 14 Jahre alt, entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt, können Maßnahmen auch gegen die Person gerichtet werden, die zur Aufsicht über sie verpflichtet ist.

(3) Verursacht eine Person, die zu einer Verrichtung bestellt ist, die Gefahr in Ausführung der Verrichtung, so können Maßnahmen auch gegen die Person gerichtet werden, die die andere zu der Verrichtung bestellt hat.

11) § 5 Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen

(1) geht von einer Sache eine Gefahr aus, so sind die Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu richten.

(2) Maßnahmen können auch gegen den Eigentümer oder einen anderen Berechtigten gerichtet werden. Das gilt nicht, wenn der Inhaber der tatsächlichen Gewalt diese ohne den Willen des Eigentümers oder Berechtigten ausübt.

(3) Geht die Gefahr von einer herrenlosen Sache aus, so können die Maßnahmen gegen denjenigen gerichtet werden, der das Eigentum an der Sache aufgegeben hat.

(1) 물건으로부터 위험이 발생하는 경우에는 그 물건을 실제로 지배하는 점유자에 대하여 조치를 취해야 한다.

(2) 소유권 또는 기타 권리를 가진 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다. 물건을 실제로 지배하는 점유자가 소유권자 또는 다른 권리를 가진 자의 意思와 관계없이 이를 행사하는 경우에는 그러하지 아니하다.

(3) 無主物로부터 위험이 발생하는 경우에는 그 물건의 소유권을 포기한 사람에 대해서도 조치를 할 수 있다.

제1항은 물건을 실제로 지배하는 점유자(Inhaber der tats chlen Gewalt)에게 경찰책임을 인정하는 이른바 狀態責任에 관한 규정인데, 경찰로서는 所有관계를 조사하기 어려운 경우가 많고 실제로 물건을 지배하는 점유자가 그 물건으로부터 발생하는 위험을 가장 빨리 처리할 수 있기 때문에 이러한 규정을 둔 것이다. 그리고 행위책임과 마찬가지로 고의·과실과는 관계가 없으며, 브레이크 결함이 있는 자동차의 경우처럼 물건의 성질로부터 위험이 발생하는 경우도 있을 수 있다. 동물의 움직임이나 상태에 대한 책임도 여기에 속한다.

제2항에서는 물건을 실제로 지배하는 점유자 대신에 의무에 합당한 재량에 따라(選擇裁量) 소유자 기타 권리자에 대하여도 조치를 취할 수 있음을 규정하고 있는데, 재량에 있어서는 무엇보다도 먼저 누가 최소의 비용으로 위험을 제거할 수 있는가 여부에 초점을 맞추어야 한다. 소유자의 의사와 관계없이(소유자 등의 의사에 반드시 反해야 하는 것은 아니다) 점유자가 물건을 지배하는 경우에는 소유자 기타 권리자가 영향력을 행사할 수 없는 경우가 있을 것이므로 점유자에 대하여만 경찰책임을 인정하고 있다.

행위책임(제4조)과 상태책임(제5조)이 경합하는 경우에는 의무에 합당한 재량(선택재량)에 따라 결정하지 않으면 안된다. 일반적인 경우 행위책임을 먼저 물어야 할 것이다. 먼저 행위책임을 물어야 한다는 규정이 초안에 채택되지 않았지만, 많은 경우에 행위책임을 먼저 묻는 것이 재량권 행사의 기준으로 적합할 것이다.

제5조 a(措置의 直接 施行)<sup>12)</sup>

(1) 제4조와 제5조에 의하여 책임이 있는 자에게 요구를 해서는 措置의 목적이 달성될 수 없거나 適時에 달성되기 불가능한 경우에, 경찰은 스스로 또는 受任者를 통하여 직접 시행할 수 있다. 조치를 직접 시행한 경우에는 지체없이 관계자에게 통지하여야 한다.

(2) 措置의 직접 시행으로 생긴 費用은 제4조와 제5조에 의하여 責任을 지는 자가 償還하여야 한다.

비용은 行政強制節次法에 의하여 징수할 수 있다.

일찍이 프로이센 警察行政法은 「警察措置의 直接施行」의 개념을 인정하고 있었는데, 당시 列舉主義下에서 이러한 直接施行에 대하여 法院에 의한 권리 보호의 길을 열어주기 위하여 直接施行을 「警察處分」으로 파악하였다. 또 Baden-Württemberg, Bayern, Rheinland-Pfalz, Saar-land, 聯邦에서도 直接施行에 관하여 규정을 두고 있다.

Schleswig-Holstein에서도 直接施行에 관하여 규정을 두고 있는데, 여기에서는 直接施行을 代執行(Ersatzvornahme)이나 直接強制(unmittelbare Zwang)의 형식으로 強制執行을 함에 있어서 即時로 執行하는 경우의 한 종류로 파악하고 있으며, Nordrhein-Westfalen에 있어서도 直接施行을 即時執行의 방법으로 強制執行을 하는 것으로 파악하고 있다.

직접시행과 즉시집행의 구별·한계 문제는 行政強制的 本質에 관한 국한 論議·概念과 관련해서 어려운 문제점을 던져주고 있다.

## 12) § 5a Unmittelbare Ausführung einer Maßnahme

(1) Die Polizei kann eine Maßnahme selbst oder durch einen Beauftragten unmittelbar ausführen, wenn der Zweck der Maßnahme durch Inanspruchnahme der nach den §§ 4 oder 5 Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig erreicht werden kann. Der von der Maßnahme Betroffene ist unverzüglich zu unterrichten.

(2) Entstehen der Polizei durch die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme Kosten, so sind die nach den §§ 4 oder 5 Verantwortlichen zum Ersatz verpflichtet. Die Kosten können im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden.

強制라는 概念은 關係者의 意思에 反한다는 것을 전제로 한다고 하는데, 그렇게 전제를 하게 되면 관계자가 나타나지 않아서 관계자의 反對意思를 전혀 確認할 수 없을 때에는 強制라고 말할 수 없게 되는 것이다. 다음과 같은 경우가 그 예이다. 즉, 폭풍으로 인해 庭園으로부터 도로에 쓰러진 나무를 제거하거나 사납게 날뛰는 家畜을 射殺하는 경우이다.

意思에 反하는 경우가 強制란 見解에 의하면, 強制가 없는 경우, 強制執行(Zwangsanwendung)에 관하여 그 종류·수단을 규정한 조항이 적용 안되는 것이 아닌가 하는 것이 문제점이 된다.

그러나 그러한 문제는 다음과 같이 파악하기도 한다. 앞의 例에서, 경찰은 關係者의 意思가 없는 가운데「불가피한 즉각적인 집행」(“sofortige Vollzug”)의 방법으로 強制行使를 하는 것으로 보는 것이다.

하여튼, 이러한 문제에 대하여는, 強制執行上의 即時強制(即時執行)으로 보는 說, 事實行爲로 보는 說, 원칙으로는 事實行爲이지만 特定 受範者와 關聯이 인정될 때에는 警察處分으로 보는 說, 警察處分과 事實行爲가 併合되어 있는 것으로 보는 說, 여러가지로 학설이 나누어지고 見解가 일치되지 못하므로, 제5조의 a로 초안에 규정된 것이다.

#### # 제6조(非責任者에 대한 조치)<sup>13)</sup>

##### 13) § 6 Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen

(1) Die Polizei kann Maßnahmen gegen andere Personen als die auch den §§ 4 oder 5 Verantwortlichen richten, wenn

1. eine gegenwärtige erhebliche Gefahr abzuwehren ist,
2. Maßnahmen gegen die nach §§ 4 oder 5 Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen,
3. die Polizei die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch Beauftragte abwehren kann und
4. die Personen ohne erhebliche eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden können

(2) Die Maßnahmen nach Absatz 1 dürfen nur aufrechterhalten werden, solange die Abwehr der Gefahr nicht auf andere Weise möglich ist.

(1) 경찰은 다음의 경우에 제4조·제5조에 의한 責任者 이외의 者에 대해서도 조치를 할 수 있다.

1. 현재의 중대한 위협을 防止하여야 하는 경우
  2. 제4조·제5조에 의한 책임자에 대하여 조치를 할 수 없거나 適時에 조치를 하는 것이 불가능한 경우 또는 아무런 효과도 기대할 수 없는 경우
  3. 경찰이 스스로 또는 受任者를 통해서 위협을 방지할 수 없거나 適時에 방지하는 것이 불가능한 경우
  4. 중대한 위협없이 중요한 의무를 위반하지 않고 조치를 할 수 있는 경우
- (2) 제1항에 의한 조치는 다른 방법으로 위협방지를 할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

이 규정은 警察責任이 없는 자에 대한 조치를 규정한 것으로 이른바 非侵害者(非妨害者: Nichtstöres)에 대한 措置(要求)는 종래부터 엄격히 제한된 조건하에서만 인정되어 왔다(警察 緊急避難權: Polizeilicher Notstand). 제1항 제1호에서는 現存하는 위협 외에 重大한 위협까지 전제로 하고 있으며, 제2호는 自然災害의 경우처럼 책임자가 전연 존재하지 아니하는 경우 등이 그 해당하는 예가 된 것이다.

그리고 제2항은 대부분의 경찰법이 이미 규정해 오고 있던 것이며 比例原則(제2조)의 한 표현이라 할 수 있다.

#### # 제7조 (基本權의 制限)<sup>14)</sup>

이 法에 의하여 生命·身體의 不可侵(Art.2 Abs.2 Satz 1 des Grundgesetzes), 自由(Art.2 Abs.2 Satz 2 des Grundgesetzes), 住居의 不可侵(Art.13 des Grundgesetzes)에 관한 기본권이 제한된다.

14) § 7 Einschränkung von Grundrechten

Aufgrund dieses Gesetzes können die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes), Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes) und auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 des Grundgesetzes) eingeschränkt werden.

기본법(GG) 제19조 제1항에 의하여 기본권을 제한하는 데는 이와같은 규정이 필요하며, 특히 “生命”·身體의 不可侵에 대한 제한 규정은 사람이 死亡하는 경우도 있을 수 있는 사람에 대한 총기 사용의 경우 (제41조 제2항)를 위해서 필요하다. 즉, 生命·身體·自由·住居 등 基本的人權이 이 법에 의하여 제한 될 수 있음을 직접 규정함으로써 武器使用 등에 의해서 사람이 사망하는 경우 등에 야기될 수 있는 헌법의 基本的人權과의 문제를 해결하였다.

## 2. 警察의 權限

### # 제8조 一般的 權限<sup>15)</sup>

(1) 제9조 내지 제24조에서 警察의 職務權限으로 특별히 規定하지 아니한 경우, 警察은 公共의 安寧과 秩序에 대한 個別的 危險을 防止하기 위하여 필요한 措置를 할 수 있다.

(2) 警察은 다른 法令이 부여한〈제1조 제4항〉 任務를 수행하기 위하여 그 法令이 規定한 權限을 행사한다. 다른 法令이 경찰의 권한을 규정하지 아니한 경우에는 이 법에 의하여 권한을 행사한다.

라고 규정하여 明文으로 一般的 授權條項을 인정하고 있다.

### # 제9조 身元確認과 資格證 檢査<sup>16)</sup>

#### 15) § 8 Allgemeine Befugnisse

(1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die § § 9 bis 24 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

(2) Zur Erfüllung der Aufgaben, die der Polizei durch andere Rechtsvorschriften zugewiesen sind (§ 1 Absatz 4), hat sie die dort vorgesehenen Befugnisse. Soweit solche Rechtsvorschriften Befugnisse der Polizei nicht regeln, hat sie die Befugnisse, die ihr nach diesem Gesetz zustehen.

#### 16) § 9 Identitätsfeststellung und Prüfung von Berechtigungsscheinen

(1) Die Polizei kann die Identität einer Person feststellen,

1. zur Abwehr einer Gefahr,

기본법(GG) 제19조 제1항에 의하여 기본권을 제한하는 데는 이와같은 규정이 필요하며, 특히 “生命”·身體의 不可侵에 대한 제한 규정은 사람이 死亡하는 경우도 있을 수 있는 사람에 대한 총기 사용의 경우 (제41조 제2항)를 위해서 필요하다. 즉, 生命·身體·自由·住居 등 基本的人權이 이 법에 의하여 제한 될 수 있음을 직접 규정함으로써 武器使用 등에 의해서 사람이 사망하는 경우 등에 야기될 수 있는 헌법의 基本的人權과의 문제를 해결하였다.

## 2. 警察의 權限

### # 제8조 一般的 權限<sup>15)</sup>

(1) 제9조 내지 제24조에서 警察의 職務權限으로 특별히 規定하지 아니한 경우, 警察은 公共의 安寧과 秩序에 대한 個別的 危險을 防止하기 위하여 필요한 措置를 할 수 있다.

(2) 警察은 다른 法令이 부여한〈제1조 제4항〉 任務를 수행하기 위하여 그 法令이 規定한 權限을 행사한다. 다른 法令이 경찰의 권한을 규정하지 아니한 경우에는 이 법에 의하여 권한을 행사한다.

라고 규정하여 明文으로 一般的 授權條項을 인정하고 있다.

### # 제9조 身元確認과 資格證 檢査<sup>16)</sup>

#### 15) § 8 Allgemeine Befugnisse

(1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die § § 9 bis 24 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

(2) Zur Erfüllung der Aufgaben, die der Polizei durch andere Rechtsvorschriften zugewiesen sind (§ 1 Absatz 4), hat sie die dort vorgesehenen Befugnisse. Soweit solche Rechtsvorschriften Befugnisse der Polizei nicht regeln, hat sie die Befugnisse, die ihr nach diesem Gesetz zustehen.

#### 16) § 9 Identitätsfeststellung und Prüfung von Berechtigungsscheinen

(1) Die Polizei kann die Identität einer Person feststellen,

1. zur Abwehr einer Gefahr,

일정한 경우(우리나라의 警察官職務執行法上 不審檢問의 경우와 비슷한 점도 있으나, 危險防止, 不法滯留, 集會法違反 防止, 檢問所 등 구체적으로 규정하고 있다) 정지시켜 質問, 신분증 검사, 자격증 제시 요구 등을 할 수 있다.

身元確認이 현저하게 困難할 때에는 留置도 인정되며, 휴대한 물건의 수색도 인정되고 있다.

#### 제10조 鑑識<sup>17)</sup>

2. wenn sie sich an einem Ort aufhält,

a) von dem aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte erfahrungsgemäß anzunehmen ist, daß dort

aa) Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben,

bb) sich Personen ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis treffen oder

cc) sich Straftäter verbergen, oder

b) an dem Personen der Prostitution nachgehen,

3. wenn sie sich in einer Verkehrs- oder Versorgungsanlage oder -einrichtung, einem öffentlichen Verkehrsmittel, Amtsgebäude oder einem anderen besonders gefährdeten Objekt oder in unmittelbarer Nähe hiervon aufhält und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß in oder an Objekten dieser Art Straftaten begangen werden sollen, durch die in oder an diesen Objekten befindliche Personen oder diese Objekte selbst unmittelbar gefährdet sind, oder

4. an einer Kontrollstelle, die von der Polizei eingerichtet worden ist, um Straftaten im Sinne von § 100 a der Strafprozeßordnung oder § 27 des Versammlungsgesetzes zu verhindern.

(2) Die Polizei kann zur Deststellung der Identität die drforderlichen Maßnahmen treffen. Sie kann den Betroffenen insbesondere anhalten, ihn nach seinen Personalien befragen und verlangen, daßer mitgeführte Ausweispapiere zur Prüfung aushändigt. Der Betroffene kann festgehalten werden, wenn die Identität auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann. Unter den Voraussetzungen von Satz 3 können der Betroffene sowie die von ihm mitgeführten Sachen durchsucht werden.

(3) Die Polizei kann verlangen, daß ein Berechtigungsschein zur Prüfung ausgehändigt wird, wenn der Betroffene aufgrund einer Rechtsvorschrift verpflichtet ist, diesen Berechtigungsschgein mitzuführen.

17) § 10 Erkennungsdienstliche Maßnahmen

(1) Die Polizei kann erkennungsdienstliche Maßnahmen vornehmen, wenn

身元確認이 어렵거나 犯罪豫防 措置가 필요한 경우에는 指紋採取, 寫眞撮影 등의 措置를 할 수 있다.

### 제11조 召喚<sup>18)</sup>

鑑識을 위해서 필요하거나 타인의 생명, 신체에 대한 危險防止를 위하여 필요

- 
1. eine nach § 9 zulässige Identitätsfeststellung auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich ist oder
  2. dies zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich ist, weil der Betroffene verdächtig ist, eine Tat begangen zu haben, die mit Strafe bedroht ist und wegen der Art und Ausführung der Tat die Gefahr der Wiederholung besteht.
  - (2) Sind die Voraussetzungen nach Absatz 1entfallen, kann der Betroffene die Vernichtung der erkennungsdienstlichen Unterlagen verlangen.
  - (3) Erkennungsdienstliche Maßnahmen sind insbesondere
    1. die Abnahme von Finger- und Handflächenabdrücken,
    2. die Aufnahme von Lichtbildern,
    3. die Feststellung äußerer körperlicher Merkmale
    4. Messungen.

#### 18) § 11 Vorladung

- (1) Die Polizei kann eine Person schriftlich oder mündlich vorladen, wenn
  1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die Person sachdienliche Angaben machen kann, die für die Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich sind, oder
  2. das zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen erforderlich ist.
- (2) Bei der Vorladung soll deren Grund angegeben werden. Bei der Festsetzung des Zeitpunkt soll auf den Beruf und die sonstigen Lebensverhältnisse des Betroffenen Rücksicht genommen werden.
- (3) Leistet ein Betroffener der Vorladung ohne hinreichenden Grund keine Folge, so kann sie zwangsweise durchgesetzt werden,
  1. wenn die Angaben zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit der Person erforderlich sind, oder
  2. zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen.
- (4) § 136a der Strafprozeßordnung gilt entsprechend.
- (5) Für die Entschädigung von Personen, die auf Vorladung als Zeugen erscheinen oder die als Sachverständige herangezogen werden, gilt das Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen entsprechend.

한 경우에는 強制召喚까지도 인정되고 있다.

제12조 退去命令<sup>19)</sup>

危險防止, 소방·구조 등의 妨害防止를 위해서 退去·出入禁止 등의 조치를 취할 수 있다.

제13조 保護留置<sup>20)</sup>

(1) 警察은 다음 각 호의 경우에 保護留置할 수 있다.

1. 신체·생명의 危險으로부터 보호하기 위하여, 특히 자유로운 意思決定을 할 수 없는 상태에 있거나 타인의 도움을 받을 수 없는 상태에 있기 때문에 保護留置가 필요한 때

2. 현저하게 危險한 범죄나 秩序違反行爲를 沮止하기 위하여 부득이 할 때

(2) 경찰은 보호자의 보호로부터 벗어난 미성년자를 보호자 또는 소년보호소

19) § 12 Platzverweisung

Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten. Die Platzverweisung kann ferner gegen Personen angeordnet werden, die den Einsatz der Feuerwehr oder von Hilfs- oder Rettungsdiensten behindern.

20) § 13 Gewahrsam

(1) Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen wenn

1. das zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, insbesondere weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet oder

2. das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Gefahr zu verhindern.

(2) Die Polizei kann Minderjährige, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen haben, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen.

(3) Die Polizei kann eine Person, die aus dem Vollzug von Untersuchungshaft, Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehenden Maßnahmen der Besserung und Sicherung entwichen ist oder sich sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Justizvollzugsanstalt aufhält, in Gewahrsam nehmen und in die Anstalt zurückbringen.

에 인도하기 위하여 保護留置를 할 수 있다.

(3) 警察은, 未決拘禁이나 自由刑 또는 자유를 박탈하는 保安處分의 집행으로부터 逃走한 者 또는 許可 없이 司法執行施設로부터 벗어난 者를 保護留置하고 그 시설에 되돌려 보낼 수 있다.

#### 제14조 法官의 결정<sup>21)</sup>

(1) 9조 2항 3文(신원확인을 위한 유치), 11조 3항(강제 소환), 13조(보호유치)에 의하여 사람을 留置한 경우, 警察은 지체없이 자유박탈의 허가 및 계속 여부에 관하여 법관의 결정을 求하지 아니하면 안된다.

다만, 警察措置의 理由가 없어지고 난 후에야 비로소 법관의 결정이 있을 것으로 인정될 때에는 법관의 決定을 求할 필요가 없다.

(2) 제1항에 의한 決定은 留置되어 있는 지역의 法院이 관할한다.

절차는 자유박탈에 관한 법률의 규정에 따른다.

#### 제15조 留置人の 處遇<sup>22)</sup>

##### 21) § 14 Richterliche Entscheidung

(1) Wird eine Person aufgrund von § 9 Abs. 2 Satz 3, § 11 Abs. 3 oder § 13 festgehalten, hat die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. Der Herbeiführung der richterlichen Entscheidung bedarf es nicht, wenn anzunehmen ist, daß die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahmen ergehen würde.

(2) Für die Entscheidung nach Absatz 1 ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Person festgehalten wird. Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen.

##### 22) § 15 Behandlung festgehaltener Personen

(1) Wird eine Person auf Grund von § 9 Abs. 2 Satz 3, § 11 Abs. 3 oder § 13 festgehalten, ist ihr unverzüglich der Grund bekanntzugeben.

(2) Der festgehaltenen Person ist unverzüglich Gelegenheit zu geben, einen Angehörigen oder eine Person ihres Vertrauens zu benachrichtigen, soweit dadurch der Zweck der Freiheitsentziehung nicht gefährdet wird. Unberührt bleibt die Benachrichtigungspflicht bei einer richterlichen Freiheitsentziehung. Die Polizei soll die

(1) 9조 2항 3文(신원확인을 위한 유치), 11조 3항(강제 소환), 13조(보호유치)에 의하여 사람을 留置한 경우, 警察은 지체없이 그 이유를 알려 주어야 한다.

(2) 警察은 지체없이 留置人의 가족 또는 그가 신뢰하는 사람에게 통지할 기회를 주어야 한다(다만, 통지 기회를 줌으로써 留置의 목적을 沮害할 경우에는 예외이다) 법관에 의한 자유박탈의 경우에도 통지기회는 마찬가지로 부여되어야 한다. 留置人이 통지를 할 수 없는 상황인 경우에는〈留置人의 推定的 意思에 반하지 않을 때〉경찰이 유치인의 가족 등에게 통지를 해 주어야 한다.

留置人이 미성년자·금치산자·假後見 상태인 경우에는 어떤 경우에도 즉시 그 保護監護 의무자에게 통지해 주어야 한다.

(3) 留置人은 구분하여 留置하여야 하며, 留置人의 승낙 없이 既決囚나 未決拘禁人と 같은 방에 收容하여서는 아니된다.

男女는 區分 收用되어야 한다. 留置人에게는 留置목적과 留置秩序를 위한 필요한 제한만이 과해질 수 있다.

### 제16조 自由剝脫의 기간<sup>23)</sup>

Benachrichtigung übernehmen, wenn die festgehaltene Person nicht dazu in der Lage ist, von dem Recht nach Satz 1 Gebrauch zu machen und die Benachrichtigung ihrem mutmaßlichen Willen nicht widerspricht. Ist die festgehaltene Person minderjährig, entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt, so ist in jedem Falle unverzüglich derjenige zu benachrichtigen, dem die Sorge für die Person obliegt.

(3) Die festgehaltene Person soll gesondert, insbesondere ohne ihre Einwilligung nicht in demselben Raum mit Straf- oder Untersuchungsgefangenen untergebracht werden. Männer und Frauen sollen getrennt untergebracht werden. Der festgehaltenen Person dürfen nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die der Zweck der Freiheitsentziehung oder die Ordnung im Gewahrsam erfordert.

23) § 16 Dauer der Freiheitsentziehung Die festgehaltene Person ist zu entlassen

1. sobald der Grund für die Maßnahmen der Polizei weggefallen ist,

2. wenn die Fortdauer der Freiheitsentziehung durch richterliche Entscheidung für unzulässig erklärt wird,

3. in jedem Falle spätestens bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen, wenn nicht vorher die Fortdauer der Freiheitsentziehung aufgrund eines anderen Gesetzes durch richterliche Entscheidung angeordnet ist.

(1) 留置人은 다음 각 호의 경우에는 석방되어야 한다.

1. 警察 措置의 이유가 소멸한 경우에는 바로 즉시
2. 自由剝脫의 계속 여부에 관해 법관이 그 것을 허용하지 아니하는 결정을 한 때
3. 법관이 다른 법률에 근거하여 自由剝脫의 계속을 결정하지 않는 한, 어떤 경우에도 늦어도 유치된 날의 다음날 종료시 까지

(2) 신원확인을 위한 留置는 총 12 시간을 초과할 수 없다.

#### 제17조 신체의 수색<sup>24)</sup>

신원확인을 위한 留置時의 수색의 경우(9조 2항 4文) 외에도 신체를 수색할 수 있는 여러 경우를 자세하게 규정하고 있다.

#### 24) § 17 Durchsuchung von Personen

(1) Die Polizei kann außer in den Fällen des § 9 Abs. 2 Satz 4 eine Person durchsuchen, wenn

1. sie nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften festgehalten werden kann,
2. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß sie Sachen mit sich führt, die sichergestellt werden dürfen,
3. sie sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet,
4. sie sich an einem der in § 9 Abs. 1 Nr. 3 oder in dessen unmittelbarer Nähe aufhält und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß in oder an Objekten dieser Art Straftaten begangen werden sollen.

(2) Die Polizei kann eine Person, deren Identität nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften festgestellt werden soll, nach Waffen, anderen gefährlichen Werkzeugen und Explosivmitteln durchsuchen, wenn dies nach den Umständen zum Schutz des Polizeibeamten oder eines Dritten gegen eine Gefahr für Leib und Leben erforderlich ist.

(3) Personen dürfen nur von Personen gleichen Geschlechts oder Ärzten durchsucht werden; dies gilt nicht, wenn die sofortige Durchsuchung zum Schutz gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist.

제18조 물건에 대한 수색<sup>25)</sup>

역시 신원확인을 위한 留置時의 수색의 경우(9조 2항 4文) 외에도 물건에 대하여 신체를 수색할 수 있는 여러 경우를 자세하게 규정하고 있다.

제19조 住居 進入 및 수색<sup>26)</sup>

25) § 18 Durchsuchung von Sachen

(1) Die Polizei kann außer in den Fällen des § 9 Abs. 2 Satz 4 eine Sache durchsuchen, wenn

1. sie von einer Person mitgeführt wird, die nach § 17 durchsucht werden darf,
2. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß sich in ihr eine Person befindet, die
  - a) in Gewahrsam genommen werden darf,
  - b) widerrechtlich festgehalten wird oder
  - c) hilflos ist,
3. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß sich in ihr eine andere Sache befindet, die sichergestellt werden darf,
4. sie sich an einem der in § 9 Abs. 1 Nr. 3 genannten Orte befindet oder
5. sie sich in einem Objekt im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 3 oder in dessen unmittelbarer Nähe befindet und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß Straftaten in oder an Objekten dieser Art begangen werden sollen,
6. es sich um ein Land-, Wasser- oder Luftfahrzeug handelt, in dem sich eine Person befindet, deren Identität nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 festgestellt werden darf; die Durchsuchung kann sich auch auf die in dem Fahrzeug enthaltenen Sachen erstrecken.

(2) Bei der Durchsuchung von Sachen hat der Inhaber der tatsächlichen Gewalt das Recht, anwesend zu sein. Ist er abwesend, so sollen sein Vertreter oder ein anderer Zeuge hinzugezogen werden. Dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist auf Verlangen eine Bescheinigung über die Durchsuchung und ihren Grund zu erteilen.

26) § 19 Betreten und Durchsuchen von Wohnungen

(1) Die Polizei kann eine Wohnung ohne Einwilligung des Inhabers Betreten und durchsuchen, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß sich in ihr eine Person befindet, die nach § 11 Abs. 3 vorgeführt oder nach § 13 in Gewahrsam genommen werden darf,
2. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß sich in ihr eine Sache befindet, die nach § 21 Nr. 1 sichergestellt werden darf, oder
3. das zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert erforderlich ist. Die Wohnung umfaßt

강제로 주거에 진입하여 수색할 수 있는 여러 가지 경우를 자세하게 규정하고 있다.

### 제20조 住居 搜索의 절차<sup>27)</sup>

die Wohn- und Nebenräume, Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie anderes befriedetes Besitztum.

(2) Während der Nachtzeit (§ 104 Abs. 3 der Strafprozeßordnung) ist das Betreten und Durchsuchen einer Wohnung in den Fällen des Absatzes 1 nur zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert zulässig.

(3) Wohnungen dürfen jedoch zur Abwehr dringender Gefahren jederzeit betreten werden, wenn

1. aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte erfahrungsgemäß anzunehmen ist, daß dort

- a) Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben,
- b) sich Personen ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis treffen oder
- c) sich Straftäter verbergen, oder

2. sie der prostitution dienen.

(4) Arbeits-, betriebs und Geschäftsräume sowie andere Räume und Grundstücke, die der Öffentlichkeit zugänglich sind oder zugänglich waren und den Anwesenden zum weiteren Aufenthalt zur Verfügung stehen, dürfen zum Zwecke der Gefahrenabwehr (§ 1 Abs. 1) während der Arbeits-, Geschäfts- oder Aufenthaltszeit betreten werden.

#### 27) § 20 Verfahren bei der Durchsuchung von Wohnungen

(1) Durchsuchungen dürfen, außer bei Gefahr im Verzug, nur durch den Richter angeordnet werden. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Wohnung liegt. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend.

(2) Bei der Durchsuchung einer Wohnung hat der Wohnungsinhaber das Recht, anwesend zu sein. Ist er abwesend, so ist, wenn möglich, sein Vertreter oder ein erwachsener Angehöriger, Hausgenosse oder Vachbar zuzuziehen.

(3) Dem Wohnungsinhaber oder seinem Vertreter ist der Grund der Durchsuchung unverzüglich bekanntzugeben, soweit dadurch der Zweck der Maßnahmen nicht gefährdet wird.

(4) Über die Durchsuchung ist eine Niederschrift zu fertigen. Sie muß die verantwortliche Dienststelle, Grund, Zeit und Ort der Durchsuchung und das Ergebnis der Durchsuchung enthalten. Die Niederschrift ist von einem durchsuchenden Beamten und dem Wohnungsinhaber oder der zugezogenen Person zu unterzeichnen. Wird die

원칙으로 법관의 명령에 의해서 행해져야 하는 등 주거 수색의 절차에 관한 자세한 규정을 두고 있다.

제21조 保全<sup>28)</sup>

일정한 경우에는 물건에 대하여 保全措置(假押收)할 수 있음을 규정하고 있다.

제22조 假領置<sup>29)</sup>

Unterschrift verweigert, so ist hierüber ein Vermerk aufzunehmen. Dem Wohnungsinhaber oder seinem Vertreter ist auf Verlangen eine Abschrift der Niederschrift auszuhändigen.

(5) Ist die Anfertigung der Niederschrift oder die Aushändigung einer Abschrift nach den besonderen Umständen des Falles nicht möglich oder würde sie den Zweck der Durchsicherung gefährden, so sind dem Betroffenen lediglich die Durchsicherung unter Angabe der verantwortlichen Dienststelle sowie Zeit und Ort der Durchsicherung schriftlich zu bestätigen.

28) § 21 Sicherstellung

Die Polizei kann eine Sache sicherstellen,

1. um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren,
2. um den Eigentümer oder den rechtmäßigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt vor verlust oder Beschädigung einer Sache zu schützen, oder
3. wenn sie von einer Person mitgeführt wird, die nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften festgehalten wird, und die Sache verwendet werden kann, um
  - a) sich zu töten oder zu verletzen,
  - b) Leben oder Gesundheit anderer zu schädigen,
  - c) fremde Sachen zu beschädigen oder
  - d) die Flucht zu ermöglichen oder zu erleichtern.

29) § 22 Verwahrung

(1) Sichergestellte Sachen sind in Verwahrung zu nehmen. Läßt die Beschaffenheit der Sachen das nicht zu oder erscheint die Verwahrung bei der Polizei unzweckmäßig, sind die Sachen auf andere geeignete Weise aufzubewahren oder zu sichern, In diesem Falle kann die Verwahrung auch einem Dritten übertragen werden.

(2) Dem Betroffenen ist eine Bescheinigung auszustellen, die den Grund der Sicherstellung erkennen läßt und die sichergestellten Sachen bezeichnet. Kann auch den Umständen des Falles eine Bescheinigung nicht ausgestellt werden, so ist über die Sicherstellung eine Niederschrift aufzunehmen, die auch erkennen läßt, warum eine

保全措置(假押收)된 물건에 대한 假領置(保管)에 관하여 자세한 규정을 두고 있다.

### 제23조 換價, 廢棄<sup>30)</sup>

Bescheinigung nicht ausgestellt worden ist. Der Eigentümer oder der rechtmäßige Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist unverzüglich zu unterrichten.

(3) Wird eine sichergestellte Sache verwahrt, so hat die Polizei nach Möglichkeit Wertminderungen vorzubeugen. Das gilt nicht, wenn die Sache durch den Dritten auf Verlangen eines Berechtigten verwahrt wird.

(4) Die verwahrten Sachen sind zu verzeichnen und so zu kennzeichnen, daß Verwechslungen vermieden werden.

#### 30) § 23 Verwertung, Vernichtung

(1) Die Verwertung einer sichergestellten Sache ist zulässig, wenn

1. ihr Verderb oder eine wesentliche Wertminderung droht,

2. ihre Verwahrung, Pflege oder Erhaltung mit unverhältnismäßig hohen Kosten oder Schwierigkeiten verbunden ist,

3. sie infolge ihrer Beschaffenheit nicht so verwahrt werden kann, daß weitere Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeschlossen sind,

4. sie nach einer Frist von einem Jahr nicht an einen Berechtigten herausgegeben werden kann, ohne daß die Voraussetzungen der Sicherstellung erneut eintreten würden, oder

5. der Berechtigte sie nicht innerhalb einer ausreichend bemessenen Frist abholt, obwohl ihm eine Mitteilung über die Frist mit dem Hinweis zugestellt worden ist, daß die Sache verwertet wird, wenn sie nicht innerhalb der Frist abgeholt wird.

(2) Der Betroffene, der Eigentümer und andere Personen, denen ein Recht an der Sache zusteht, sollen vor der Verwertung gehört werden. Die Anordnung sowie Zeit und Ort der Verwertung sind ihnen mitzuteilen, soweit die Umstände und der Zweck der Maßnahmen es erlauben.

(3) Die Sache wird durch öffentliche Versteigerung verwertet; § 979 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches gilt entsprechend. Bleibt die Versteigerung erfolglos, erscheint sie von vornherein aussichtslos oder würden die Kosten der Versteigerung voraussichtlich den zu erwartenden Erlös übersteigen, so kann die Sache freihändig verkauft werden. Der Erlös tritt an die Stelle der verwerteten Sache. Läßt sich innerhalb angemessener Frist kein Käufer finden, so kann die Sache einem gemeinnützigen Zweck zugeführt werden.

(4) Sichergestellte Sachen können unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden, wenn

保全措置(假押收)된 물건이 멸실 우려가 있을 때 등의 경우에 하는 換價, 환가가 불가능 할 때 등의 경우에 하는 폐기 등에 관하여 역시 자세한 규정을 두고 있다.

제24조 保全措置(假押收)된 물건 또는 賣却金의 還付, 費用 負擔<sup>31)</sup>

保全措置(假押收)된 물건이 그 요건이 소멸되었을 때에 還付하는 문제, 換價했을 때의 매각금 교부, 保全措置(假押收)·假領置(保管)의 비용 문제 등에 관하여 규정을 두고 있다.

3. 執行協助

제25조 執行 協助<sup>32)</sup>

1. im Falle einer Verwertung die Gründe, die zu ihrer Sicherstellung berechtigten, fortbestehen oder Sicherstellungsgründe erneut entstehen würden, oder
2. die Verwertung aus anderen Gründen nicht möglich ist. Absatz 2 gilt sinngemäß

31) § 24 Herausgabe sichergestellter Sachen oder des Erlöses, Kosten

(1) Sobald die Voraussetzungen für die Sicherstellung weggefallen sind, sind die Sachen an denjenigen herauszugeben, bei dem sie sichergestellt worden sind. Ist die Herausgabe an ihn nicht möglich, können sie an einen anderen herausgegeben werden, der seine Berechtigung glaubhaft macht. Die Herausgabe ist ausgeschlossen, wenn dadurch erneut die Voraussetzungen für eine Sicherstellung eintreten würden.

(2) Sind die Sachen verwertet worden, ist der Erlös herauszugeben. Ist ein Berechtigter nicht vorhanden oder nicht zu ermitteln, ist der Erlös nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu hinterlegen. Der Anspruch auf Herausgabe des Erlöses erlischt drei Jahre nach Ablauf des Jahres, in dem die Sache verwertet worden ist.

(3) Die Kosten der Sicherstellung und Verwahrung fallen den auch den §§ 4 oder 5 Verantwortlichen zur Last. Mehrere Verantwortliche haften als Gesamtschuldner. Die Herausgabe der Sache kann von der Zahlung der Kosten abhängig gemacht werden. Ist eine Sache verwertet worden, können die Kosten aus dem Erlös gedeckt werden. Die Kosten können im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden.

(4) § 983 des Bürgerlichen Gesetzbuches bleibt unberührt.

保全措置(假押收)된 물건이 멸실 우려가 있을 때 등의 경우에 하는 換價, 환가가 불가능 할 때 등의 경우에 하는 폐기 등에 관하여 역시 자세한 규정을 두고 있다.

제24조 保全措置(假押收)된 물건 또는 賣却金의 還付, 費用 負擔<sup>31)</sup>

保全措置(假押收)된 물건이 그 요건이 소멸되었을 때에 還付하는 문제, 換價했을 때의 매각금 교부, 保全措置(假押收)·假領置(保管)의 비용 문제 등에 관하여 규정을 두고 있다.

3. 執行協助

제25조 執行 協助<sup>32)</sup>

1. im Falle einer Verwertung die Gründe, die zu ihrer Sicherstellung berechtigten, fortbestehen oder Sicherstellungsgründe erneut entstehen würden, oder
2. die Verwertung aus anderen Gründen nicht möglich ist. Absatz 2 gilt sinngemäß

31) § 24 Herausgabe sichergestellter Sachen oder des Erlöses, Kosten

(1) Sobald die Voraussetzungen für die Sicherstellung weggefallen sind, sind die Sachen an denjenigen herauszugeben, bei dem sie sichergestellt worden sind. Ist die Herausgabe an ihn nicht möglich, können sie an einen anderen herausgegeben werden, der seine Berechtigung glaubhaft macht. Die Herausgabe ist ausgeschlossen, wenn dadurch erneut die Voraussetzungen für eine Sicherstellung eintreten würden.

(2) Sind die Sachen verwertet worden, ist der Erlös herauszugeben. Ist ein Berechtigter nicht vorhanden oder nicht zu ermitteln, ist der Erlös nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu hinterlegen. Der Anspruch auf Herausgabe des Erlöses erlischt drei Jahre nach Ablauf des Jahres, in dem die Sache verwertet worden ist.

(3) Die Kosten der Sicherstellung und Verwahrung fallen den auch den §§ 4 oder 5 Verantwortlichen zur Last. Mehrere Verantwortliche haften als Gesamtschuldner. Die Herausgabe der Sache kann von der Zahlung der Kosten abhängig gemacht werden. Ist eine Sache verwertet worden, können die Kosten aus dem Erlös gedeckt werden. Die Kosten können im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden.

(4) § 983 des Bürgerlichen Gesetzbuches bleibt unberührt.

直接強制 등의 경우에 다른 행정기관의 요청에 따라 집행을 협조하는 문제 등에 관하여 규정을 두고 있다.

#### 제26조 節次<sup>33)</sup>

執行 協助의 요청은 원칙으로 이유를 명시해서 문서로 해야 하는 등 執行 協助와 관련된 절차에 관해서 규정을 하고 있다.

#### 제27조 自由剝脫에 있어서의 執行 協助<sup>34)</sup>

執行 協助의 요청이 自由剝脫을 내용으로 할 때에는 그 허용성에 대한 법관의 결정이 먼저 있어야 하는 등 自由剝脫에 있어서의 執行 協助에 관한 문제를 규정하고 있다.

---

#### 32) § 25 Vollzugshilfe

(1) Die Polizei leistet anderen Behörden auf Ersuchen Vollzugshilfe, wenn unmittelbarer Zwang anzuwenden ist und die anderen Behörden nicht über die hierzu erforderlichen Dienstkräfte verfügen oder ihre Maßnahmen nicht auf andere Weise selbst durchsetzen können.

(2) Die Polizei ist nur für die Art und Weise der Durchführung verantwortlich. Im übrigen gelten die Grundsätze der Amtshilfe entsprechend.

(3) Die Verpflichtung zur Amtshilfe bleibt unberührt.

#### 33) § 26 Verfahren

(1) Vollzugshilfeersuchen sind schriftlich zu stellen; sie haben den Grund und die Rechtsgrundlage der Maßnahme anzugeben.

(2) In Eilfällen kann das Ersuchen formlos gestellt werden. Es ist jedoch auf Verlangen unverzüglich schriftlich zu bestätigen.

(3) Die ersuchende Behörde ist von der Ausführung des Ersuchens zu verständigen.

#### 34) § 27 Vollzugshilfe bei Freiheitsentziehung

(1) Hat das Vollzugshilfeersuchen eine Freiheitsentziehung zum Inhalt, ist auch die richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung vorzulegen oder in dem Ersuchen zu bezeichnen.

(2) Ist eine vorherige richterliche Entscheidung nicht ergangen, hat die Polizei die festgehaltene Person zu entlassen, wenn die ersuchende Behörde diese nicht übernimmt oder die richterliche Entscheidung nicht unverzüglich nachträglich beantragt.

(3) Die §§ 15 und 16 gelten entsprechend.

## 4. 強 制

### 가. 作爲 · 受忍 · 不作爲의 強制

#### 제28조 行政強制的 許容<sup>35)</sup>

(1) 作爲 · 受忍 · 不作爲 義務를 지우는 行政行爲는 〈원칙으로〉 強제로 집행될 수 있다.

(2) 일정한 경우에는〈행위책임 · 상태책임 · 비책임자에 대한 조치 등에 관한 4조 내지 6조에 따른 措置가 實效의이 못 될 경우 등〉 行政行爲가 先行되지 아니한 경우에도 행정강제를 할 수 있다.

#### 제29조 強制手段<sup>36)</sup>

(1) 強제 수단은 代執行(30조) · 強制金(31조) · 直接強制(33조)로 한다.

#### 35) § 28 Zulässigkeit des Verwaltungszwanges

(1) Der Verwaltungsakt, der auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist, kann mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn er unanfechtbar ist oder wenn ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat.

(2) Der Verwaltungszwang kann ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden, wenn wenn das zur Abwehr einer Gefahr notwendig ist, insbesondere weil Maßnahmen gegen Personen nach den §§ 4 bis 6 nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen, und die Polizei hierbei innerhalb ihrer Bejurnisse handelt.

#### 36) § 29 Zwangsmittel

(1) Zwangsmittel sind:

1. Ersatzvornahme( § 30),
2. Zwangsgeld( § 31),
3. unmittelbarer Zwang( § 33).

(2) Sie sind nach Maßgabe der §§ 34 und 39 anzudrohen.

(3) Die Zwangsmittel können auch neben einer Strafe oder Geldbuße angewandt und solange wiederholt und gewechselt werden, bis der Verwaltungsakt befolgt worden ist oder sich auf andere Weise erledigt hat.

(2) 강제 수단은 34조와 39조에 따라 미리 戒告되어야 한다.

(3) 강제 수단은 刑罰·過怠料와 併科될 수 있다.

### 제30조 代執行<sup>37)</sup>

代替的 作爲義務의 不履行이 있을 때에 義務者의 비용으로 行政機關이 직접 또는 제 3자에게 시켜 의무의 내용을 강제적으로 실현시키는 代執行에 관하여 규정을 하고 있다.

### 제31조 強制金<sup>38)</sup>

강제금의 최고액(5000 DM)과, 이행하지 아니했을 때의 강제징수에 관하여 규정을 하고 있다.

---

#### 37) § 30 Ersatzvornahme

(1) Wird die Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist (vertretbare Handlung), nicht erfüllt, so kann die Polizei auf Kosten des Betroffenen die Handlung selbst ausführen oder einen anderen mit der Ausführung beauftragen.

(2) Es kann bestimmt werden, daß der Betroffene die voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme im voraus zu zahlen hat. Zahlt der Betroffene die Kosten der Ersatzvornahme oder die voraussichtlich entstehenden Kosten der Ersatzvornahme nicht fristgerecht, so können sie im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden. Die Beitreibung der voraussichtlichen Kosten unterbleibt, sobald der Betroffene die gebotene Handlung ausführt.

#### 38) § 31 Zwangsgeld

(1) Das Zwangsgeld wird auf mindestens zehn und höchstens fünftausend Deutsche Mark schriftlich festgesetzt.

(2) Mit der Festsetzung des Zwangsgeldes ist dem Betroffenen eine angemessene Frist zur Zahlung einzuräumen.

(3) Zahlt der Betroffene das Zwangsgeld nicht fristgerecht, so wird es im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben. Die Bertreibung unterbleibt, sobald der Betroffene die gebotene Handlung ausführt oder die zu duldende Maßnahme gestattet.

제32조 代替拘留<sup>39)</sup>

강제금을 이행하지 아니한 경우에는 警察官의 신청에 의하여 행정법원이 2주 이하의 代替拘留를 명할 수 있음을 규정하고 있다.

제33조 直接強制<sup>40)</sup>

다른 수단으로 목적을 달성하기 어려운 경우에 警察이 直接強制의 수단을 사용할 수 있음을 규정하고 이 直接強制에 대하여는 35조 이하의 규정이 적용됨을 밝히고 있다.

그러나 陳述에 대한 直接強制는 허용될 수 없으므로 陳述에 대하여는 直接強制를 인정하지 아니하고 있다.

제34조 強制手段의 戒告<sup>41)</sup>

39) § 32 Ersatzzwangshaft

(1) Ist das Zwangsgeld uneinbringlich, so kann das Verwaltungsgericht auf Antrag der Polizei die Ersatzzwangshaft anordnen, wenn bei Androhung des Zwangsgeldes hierauf hingewiesen worden ist. Die Ersatzzwangshaft beträgt mindestens einen Tag, höchstens zwei Wochen.

(2) Die Ersatzzwangshaft ist auf Antrag der Polizei von der Justizverwaltung nach den Bestimmungen der §§ 904 bis 910 der Zivilprozeßordnung zu vollstrecken.

40) § 33 Unmittelbarer Zwang

(1) Die Polizei kann unmittelbaren Zwang anwenden, wenn andere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen oder keinen Erfolg versprechen oder unzweckmäßig sind. Für die Art und Weise der Anwendung unmittelbaren Zwanges gelten die §§ 35 ff.

(2) Unmittelbarer Zwang zur Abgabe einer Erklärung ist ausgeschlossen.

41) § 34 Androhung der Zwangsmittel

(1) Zwangsmittel sind möglichst schriftlich anzudrohen. Dem Betroffenen ist in der Androhung zur Erfüllung der Verpflichtung eine angemessene Frist zu bestimmen; eine Frist braucht nicht bestimmt zu werden, wenn eine Duldung oder Unterlassung erzwungen werden soll. Von der Androhung kann abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer Gefahr notwendig ist.

(2) Die Androhung kann mit dem Verwaltungsakt verbunden werden, durch den die Handlung, Duldung oder Unterlassung aufgegeben wird. Sie soll mit ihm verbunden

- (1) 戒告는 適切한 履行期間을 정해 가능한 한 문서로 하여야 한다. 그러나 危險防止를 위해 부득이 한 경우에는 이 계고를 생략하는 것이 허용된다.
- (2) 계고는 作爲 등 의무를 명하는 行政行爲와 결합될 수 있다.
- (3) 戒告를 함에 있어서는 특정한 강제 수단을 지정하여야 한다.
- (4) 代執行의 戒告에는 예상비용을 적시하여야 한다.
- (5) 강제금을 戒告함에 있어서는 일정한 금액을 정하여 戒告하여야 한다.
- (6) 戒告는 送達되어야 한다.

#### 나. 直接強制的 實行

##### 제35조 法的 根據<sup>42)</sup>

警察은 이 법의 규정 등에 의하여 직접강제를 실행한다. 그러나 민법·형법의 正當防衛·緊急避難 규정에 의하여 그러한 긴급행위를 하는 것은 별개의 문제이다.

---

werden, wenn ein Rechtsmittel keine auschiebende Wirkung hat.

(3) Die Androhung muß sich auf bestimmte Zwangsmittel beziehen. Werden mehrere Zwangsmittel angedroht, ist anzugeben, in welcher Reihenfolge sie angewandt werden sollen.

(4) Wird Ersatzvornahme angedroht, so sollen in der Androhung die voraussichtlichen Kosten angegeben werden.

(5) Das Zwangsgeld ist in bestimmter Höhe anzudrohen.

(6) Die Androhung ist zuzustellen. Das gilt auch dann, wenn sie mit dem zugrunde liegenden Verwaltungsakt verbunden ist und für ihn keine Zustellung vorgeschrieben ist.

##### 42) § 35 Rechtliche Grundlagen

(1) Ist die Polizei nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften zur Anwendung unmittelbaren Zwanges befugt, gelten für die Art und Weise der Anwendung die §§ 36 bis 44 und, soweit sich aus diesen nichts Abweichendes ergibt, die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes.

(2) Die zivil- und strafrechtlichen Wirkungen nach den Vorschriften über Notwehr und Notstand bleiben unberührt.

제36조 概念 定義<sup>43)</sup>

(1) 直接強制란 體力, 그 보조수단, 무기에 의하여 다른 사람 또는 물건에 대하여 영향을 주는 것을 말한다.

(2) 體力이란 다른 사람 또는 물건에 대한 모든 직접적인 신체적 영향력을 말한다.

(3) 體力의 보조수단이란, 특히 수갑·살수기·기술적 교통 차단기·경찰견·폭발물 등을 말한다.

(4) 무기로는 警棒·권총·연발 권총·소총·경기관총·기관소총·수류탄이 허용된다.

제37조 命令에 基한 行爲<sup>44)</sup>

43) § 36 Begriffsbestimmung

(1) Unmittelbarer Zwang ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel und durch Waffen.

(2) Körperliche Gewalt ist jede unmittelbare körperliche Einwirkung auf Personen oder Sachen.

(3) Hilfsmittel der körperlichen Gewalt sind insbesondere Fesseln, Wasserwerfer, technische Sperren, Diensthunde, Dienstpferde, Dienstfahrzeuge, Reiz- und Betäubungsmittel sowie zum Sprengen bestimmte explosionsfähige Stoffe (Sprengmittel).

(4) Als Waffen sind Schlagstock, Pistole, Revolver, Gewehr, Maschinenpistole, Maschinengewehr und Handgranate zugelassen.

44) § 37 Handeln auf Anordnung

(1) Die Polizeibeamten sind verpflichtet, unmittelbaren Zwang anzuwenden, der von einem Weisungsberechtigten angeordnet wird. Dies gilt nicht, wenn die Anordnung die Menschenwürde verletzt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist.

(2) Eine Anordnung darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. Befolgt der Polizeibeamte die Anordnung trotzdem, so trifft ihn eine schuld nur, wenn er erkennt oder wenn es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, daß dadurch eine Straftat begangen wird.

(3) Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Anordnung hat der Polizeibeamte dem Anordnenden gegenüber vorzubringen, soweit das nach den Umständen möglich ist.

(4) § (Angabe der Vorschrift über das Remonstrationsrecht im jeweiligen Beamtengesetz) ist nicht anzuwenden.

(1) 警察官은 指揮官이 명령한 直接強制를 실행하여야 한다. 다만, 인간의 존엄성을 해하거나 직무상 명령이 아닌 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 警察官은 犯罪命令에 따라서는 아니된다.

犯罪命令을 수행한 경우에는, 범죄라는 것을 알았거나 주위 사정상 범죄라는 것이 명백한 경우에 한하여 책임을 진다.

(3) 명령의 적법성에 관하여 의문이 있을 경우에는, 사정이 허용되는 한도 내에서 異議를 제기하여야 한다.

#### 제38조 부상자에 대한 원조<sup>45)</sup>

直接強制의 실행으로 인한 負傷者에 대하여는 사정이 허용되는 한 필요한 援助·醫療援助가 제공되어야 한다.

#### 제39조 直接強제의 警告(警告)<sup>46)</sup>

(1) 미리 警告(警告)를 한 후라야 직접강제를 실행할 수 있다. 다만, 위험방지를 위해서 부득이 한 경우에는 警告를 생략할 수 있다.

45) § 38 Hilfeleistung für Verletzte

Wird unmittelbarer Zwang angewendet, ist Verletzten, soweit es nötig ist und die Lage es zuläßt, Beistand zu leisten und ärztliche Hilfe zu verschaffen.

46) § 39 Androhung unmittelbaren Zwanges

(1) Unmittelbarer Zwang ist vor seiner Anwendung anzudrohen. Von der Androhung kann abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer Gefahr notwendig ist. Als Androhung des Schußwaffengebrauchs gilt auch die Abgabe eines Warnschusses.

(2) Schußwaffen und Handgranaten dürfen nur dann ohne Androhung gebraucht werden, wenn das zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist.

(3) Gegenüber einer Menschenmenge ist die Anwendung unmittelbaren Zwanges möglichst so rechtzeitig anzudrohen, daß sich unbeteiligte noch entfernen können. Der Gebrauch von Schußwaffen gegen Personen in einer Menschenmenge ist stets anzudrohen; die Androhung ist vor dem Gebrauch zu wiederholen. Bei Gebrauch von technischen Sperrern und Dienstpferden kann von der Androhung abgesehen werden.

警告發射도 총기 사용의 警告로 인정된다.

(2) 生命·身體에 대한 현재의 危險을 防止하기 위하여 부득이 한 경우에는 警告없이 총기와 수류탄을 사용할 수 있다.

(3) 群衆에 대하여 直接強制를 실행함에 있어서는 관계없는 사람들이 빠져나올 수 있도록 가능한 適時에 警告를 하여야 한다.

#### 제40조 사람에 대한 束縛<sup>47)</sup>

다음과 같은 사유가 있을 때에는 신체를 束縛(留置)할 수 있다.

1. 警察官 등에 대하여 공격·저항하거나 재물을 損壞한 경우
2. 逃走·脫走
3. 自殺·自傷

#### 제41조 銃器使用에 관한 總則<sup>48)</sup>

##### 47) § 40 Fesselung von Personen

Eine Person, die nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften festgehalten wird, darf gefesselt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß sie

1. Polizeibeamte oder Dritte angreifen, Widerstand leisten oder Sachen beschädigen wird,
2. fliehen wird oder befreit werden soll oder
3. sich töten oder verletzen wird.

##### 48) § 41 Allgemeine Vorschriften für den Schußwaffengebrauch

(1) Schußwaffen dürfen nur gebraucht werden, wenn andere Maßnahmen des unmittelbaren Zwanges erfolglos angewendet sind oder offensichtlich keinen Erfolg versprechen. Gegen Personen ist ihr Gebrauch nur zulässig, wenn der Zweck nicht durch Schußwaffengebrauch gegen Sachen erreicht werden kann.

(2) Schußwaffen dürfen gegen Personen nur gebraucht werden, um angriffs- oder fluchtunfähig zu machen. Ein Schuß, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist.

(3) Gegen Personen, die dem äußeren Eindruck nach noch nicht 14 Jahre alt sind, dürfen Schußwaffen nicht gebraucht werden. Das gilt nicht, wenn der Schußwaffengebrauch das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib

(1) 다른 直接強制的 수단들이 實效가 없거나 實效가 없을 것으로 명백히 인정되는 경우에 한해서 銃器使用을 할 수 있다.

물건에 대한 銃器使用만으로는 목적을 달성할 수 없는 경우에 한해서 사람에게 대한 銃器使用이 허용된다.

(2) 사람에게 대한 銃器使用은 공격이나 도주의 방지를 위해서만 허용된다.

사람을 殺傷할 수 있는 銃器使用은, 현재의 生命에 대한 危險 또는 身體에 대한 중대한 侵害를 일으킬 수 있는 현재의 危險을 배제하는 유일한 수단일 때에만 허용될 수 있다.

(3) 14세 未滿者(外觀上)에 대하여는 銃器使用이 허용되지 아니한다.

다만 生命.身體에 대한 현재의 危險을 防止하기 위한 유일한 수단일 경우에는 그러하지 아니하다.

(4) 제3의 非關係者(警察障礙狀態를 惹起한 者가 아닌 者:人質로 잡힌 자 등이 그 例)가 危險하게 될 것이(警察官의 판단으로) 확실한 경우에는 총기를 사용할 수 없다.

生命에 대한 현재의 危險을 防止하기 위하여 유일한 수단일 경우에는 그러하지 아니하다.

#### 제42조 사람에게 대한 銃器使用<sup>49)</sup>

oder Leben ist.

(4) Der Schußwaffengebrauch ist unzulässig, wenn für den Polizeibeamten erkennbar Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährden werden. Das gilt nicht, wenn der Schußwaffengebrauch das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr ist.

#### 49) § 42 Schußwaffengebrauch gegen Personen

(1) Schußwaffen dürfen gegen Personen nur gebraucht werden

1. um eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben abzuwehren,
2. um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung eines Verbrechens oder eines Vergehens unter Anwendung Oder Mitführung von Schußwaffen oder Explosivmitteln zu verhindern,
3. um eine Person anzuhalten, die sich der Festnahme oder Identitätsfeststellung durch Flucht zu entziehen versucht, wenn sie

(1) 사람에 대한 銃器使用은 다음 경우에 한해서 허용된다.

1. 生命·身體에 대한 현재의 危險을 防止하기 위한 때
  2. 重罪를 阻止하기 위한 때, 또는 총포나 爆發物을 사용하여 犯하는(犯하려는) 輕罪를 阻止하기 위한 때
  3. 다음에 해당하는 者가 逮捕. 身元確認을 免하려고 逃走하려 할 때 도주를 막기 위하여
    - a. 重罪의 혐의가 농후한 때
    - b. 輕罪의 혐의가 농후하고, 銃砲나 爆發物을 가지고 있다고 인정될 때
  4. 다음에 해당하는 자에 대하여 拘禁(拘禁護送) 中の 逃走방지나 逮捕를 위한 경우
    - a. 重罪의 有罪判決을 받았거나 重罪의 嫌疑가 충분한 때
    - b. 輕罪의 有罪判決을 받았거나, 輕罪의 嫌疑가 충분하고 銃砲나 爆發物을 가지고 있다고 인정될 때
  5. 拘禁되어 있는 자를 逃走시키기 위해 暴力을 사용하는 것을 阻止하기 위한 경우
- (2) 少年拘禁. 軍事自由刑 또는 公共施設로부터 도주하는 것을 방지하기 위한

- 
- a) eines Verbrechens dringend verdächtig ist oder
  - b) eines Vergehens dringend verdächtig ist und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß sie Schußwaffen oder Explosivmittel mit sich führt,
  4. zur Vereitelung der Flucht oder zur Ergreifung einer Person, die in amtlichem Gewahrsam zu halten oder ihm zuzuführen ist
    - a) aufgrund richterlicher Entscheidung wegen eines Verbrchens oder aufgrund des dringenden Verdachts eines Verbrechens oder
    - b) aufgrund richterlicher Entscheidung wegen eines VERgehens oder aufgrund des dringenden Verdachts eines Vergehens, sofern Tatsachen die Annahme Rechtfertigen, daß sie Schußwaffen oder Explosivmittel mit sich führt,
  5. um die gewaltsame Befreiung einer Person aus amtlichem Gewahrsam zu verhindern.
- (2) Schußwaffen dürfen nach Absatz 1 Nr. 4 nicht gebraucht werden, wenn es sich um din Vollzug eines Jugendarrestes oder eines Strafarrrestes handelt oder wenn die Flucht aus einer offenen Anstalt verhindert werden soll.

경우에는 제1항 제4호에 의한 銃器使用은 허용되지 아니한다.

#### 제43조 多衆에 대한 銃器使用<sup>50)</sup>

(1) 제3의 非關係者가 危險하게 될 것이(警察官의 판단으로) 확실한 경우에는 多衆에 대한 銃器使用이 허용되지 아니한다.

다만, 生命에 대한 현재의 危險을 防止하기 위하여 유일한 수단일 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 暴力이 행해지고 있거나 그 暴力이 承認.幫助되고 있는 그러한 多衆속의 한 사람이 제39조 제3항에 의한 反復되는 警告에도 그 多衆集團으로부터 이탈하지 아니하는 경우에는 다중속의 사람으로 보지 아니한다.

#### 제44조 特殊武器,爆發物<sup>51)</sup>

50) § 43 Schußwaffengebrauch gegen Personen in einer Menschenmenge

(1) Der Schußwaffengebrauch gegen Personen in einer Menschenmenge ist unzulässig, wenn für den Polizeibeamten erkennbar Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden. Dies gilt nicht, wenn der Schußwaffengebrauch das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr ist.

(2) Unbeteiligte sind nicht Personen in einer Menschenmenge, die Gewalttaten begeht oder durch Handlungen erkennbar billigt oder unterstützt, wenn diese Personen sich aus der Menschenmenge trotz wiederholter Androhung nach § 39 Abs. 3 nicht entfernen.

51) § 44 Besondere Waffen, Sprengmittel

(1) Maschinengewehre und Handgranaten dürfen gegen Personer nur in den Fällen des § 42 Abs. 1 Nrn. 1, 2 und 5 und zur mit Zustimmung des Innenministers (—senators) oder einer von ihm im Einzelfall Beauftragten angewendet werden, wenn

1. diese Personen von Schußwaffen oder Handgranaten oder ähnlichen Explosivmitteln Gebrauch gemacht haben und

2. der vorherige Gebrauch anderer Schußwaffen erfolglos geblieben ist.

(2) Maschinengewehre und Handgranaten dürfen nur gebraucht werden um angriffsunfähig zu machen. Handgranaten dürfen gegen Personen in einer Menschenmenge nicht gebraucht werden.

(3) Im übrigen bleiben die Vorschriften über den Schußwaffengebrauch unberührt.

(4) Sprengmittel dürfen gegen Personen nicht angewendet werden.

(1) 사람에 대한 機關銃.手榴彈의 사용은, 제 42조 제 1항 제1호.제2호.제5호의 경우에, 내무부 장관(또는 구체적 상황에서 내무부 장관으로부터 위임받은 자)의 승인이 있는 때에 한하여, 그리고 다음과 같은 경우에만 허용된다.

1. 사람이 총기나 수류탄 또는 이와 유사한 폭발 수단을 사용하고 있고
2. 다른 무기를 계속 사용해도 효과가 없을 때

(2) 사람에 대한 機關銃.手榴彈의 사용은 攻撃을 못하도록 하기 위해서만 허용된다.

집단내의 사람(多衆)에 대한 수류탄의 사용은 허용되지 아니한다.

(3) 기타 사항에 대하여는 총기 사용에 관한 규정을 적용한다.

(4) 사람에 대하여 爆發物을 사용하여서는 아니된다.<sup>52)</sup>

Fünfter Abschnitt

Schadensausgleich, Erstattungs- und Ersatzansprüche

52) 45조 이하에서는 제 5장 損害填補(제 45조:損害填補의 요건, 제 46

조:손해전보의 내용.종류.범위, 제47조:간접피해자의 청구, 제48조:보상청구권의 시효, 제49조:보상의무자.상환청구권, 제 50조:책임자에 대한 求償, 제 51조 爭訟), 제6장 最終規定(제 52조:다른 州 및 연방 경찰의 직무, 제 53조:州 관할 구역 외에서의 집행 경찰의 직무) 등을 규정하고 있으나 여기서는 省略하기로 한다.

### Ⅲ. 一般的 授權條項의 문제

#### 1. 序論(一般的 授權條項과 個別的 授權條項)

警察은 『1. 범죄의 예방·진압 및 수사, 2. 경비·요인경호 및 대간첩작전 수행, 3. 치안정보의 수집·작성 및 배포, 4. 교통의 단속과 위해의 방지』 기타 공공의 안녕과 질서유지<sup>53)</sup>의 任務를 수행하지만, 이 規定은 條文 題目의 표현처럼 職務의 範圍를 規定한 것이며, 이러한 직무를 遂行하기 위하여 警察權을 發動함에 있어서는 授權(根據)規定이 있어야 함이 원칙이다. 즉, 任務規定과 授權規定은 일단 區分하여야 한다.

그리고 警察作用 등 行政作用에 대한 法律留保 原則의 適用範圍에 관하여는 학설이 나누어 지지만, 警察上의 強制와 같은 警察權發動의 경우에는 法律의 授權이 필요하다고 보는 것이 오늘날 法治國家의 基本原則으로 되고 있다.

그런데 警察權發動 등 警察作用에 관한 授權을 하는 方式에는 一般的 授權條項에 의한 경우와 個別的 授權條項에 의한 경우가 있는데,<sup>54)</sup> 個別的 授權條項은 警察官職務執行法 제3조 不審檢問, 제4조 保護措置, 제5조 危險發生防止措置, 제6조 犯罪의 豫防과 制止 措置, 제7조 危險防止를 위한 出入 措置 등의 경우처럼 특정한 사항에 警察權을 發動할 수 있도록 授權한 조항을 말하며, 一般的 授權條項은 一般的·概括的으로 警察(官)의 職務를 規定해 놓은 조항에 의하여 警察權을 發動할 수 있는 경우를 말한다.

警察權發動의 根據가 되는 授權法規는 『具體的으로 또 明確하게』 規定되어 있는 『個別的 授權條項』으로 되어 있는 것이 理想的이다.

그러나 個別的 授權條項에 있어서도 警察作用의 성질상 不確定的인 概念을 사

53) 警察官職務執行法 제2조

54) 도로교통법 등 警察官職務執行法 외의 법률에서도 警察權에 관한 授權規定을 둘 수 있음은 물론, 법률의 범위 내에서 규정하는 法規命令에서도 授權規定을 둘 수 있다.

용하거나 裁量을 인정하는 것이 不可避하므로 不確定概念을 사용하거나 裁量을 인정하는 個別的 授權條項도 인정되는 바, 우리 實定法에도 그러한 規定들이 적지 아니한데, 警察官職務執行法上 不確定概念을 사용하고 있는 규정은 다음과 같은 것이 그 예이다.

제2조 【직무의 범위】 경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다.

1. 범죄의 예방·진압 및 수사
2. 경비·요인경호 및 대간첩작전 수행
3. 치안정보의 수집·작성 및 배포
4. 교통의 단속과 위해의 방지
5. 『기타 공공의 안녕과 질서유지』

제3조 【불심검문】 ①경찰관은 「수상한 거동」 기타 주위의 사정을 「합리적으로 판단」하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 「상당한 이유」가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여 지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다.

제4조 【보호조치등】 ①경찰관은 「수상한 거동」 기타 주위의 사정을 「합리적으로 판단」하여 다음 각호의 1에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 「상당한 이유」가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 「적당한 조치」를 할 수 있다.<개정 88.12.31>

1. 정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 「위해를 미칠 우려」가 있는 자와 자살을 기도하는 자

2. 미아·병자·부상자 등으로서 「적당한 보호자」가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자. 다만, 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다.

② 제1항의 긴급구호요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 「정당한 이유」없이 긴급구호를 거절할 수 없다.

④ 경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체없이 이를 피구호자의 가족·친지

기타의 연고자에게 그 사실을 통지하여야 하며, 연고자가 발견되지 아니할 때에는 피보호자를 「적당한」 공중보건의료기관이나 공공구호기관에 즉시 인계하여야 한다.

제5조 【위험발생의 방지】 ①경찰관은 인명 또는 신체에 「위해」를 미치거나 재산에 「중대한」 손해를 끼칠 「우려」가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 「기타 위험한 사태」가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다.

1. 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자 「기타 관계인」에게 「필요한 경고」를 발하는 것

2. 특히 긴급을 요할 때에는 「위해를 받을 우려」가 있는 자를 「필요한 한도」내에서 억류하거나 피난시키는 것

3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 「기타 관계인」에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것

② 경찰관서의 장은 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 「필요하다」고 인정되는 「상당한 이유」가 있을 때에는 대간첩 작전지역 또는 경찰관서·무기고 등 국가 중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.

④ 제2항의 조치를 하거나 제3항의 보고를 받은 경찰관서의 장은 「관계기관」의 협조를 구하는 등 적당한 조치를 하여야 한다.

제6조 【범죄의 예방과 제지】 ①경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여 지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 「관계인」에게 「필요한 경고」를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 「위해」를 미치거나 재산에 「중대한 손해」를 끼칠 우려가 있어 「긴급을 요하는 경우」에는 그 행위를 제지할 수 있다.

제7조 【위험방지를 위한 출입】 ①경찰관은 제5조 제1항·제2항 및 제6조제1항에 규정한 「위험한 사태」가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 「위해가 절박」한 때에 그 「위해」를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 「부득이 하다」고 인정할 때에는 「합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서」 타인의 토지·건물 또

는 선차내에 출입할 수 있다.

② 흥행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소의 관리자 또는 「이에 준하는 관계인」은 그 영업 또는 공개시간내에 경찰관이 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 「위해 예방」을 목적으로 그 장소에 출입할 것을 요구한 때에는 「정당한 이유없이」 이를 거절할 수 없다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 경찰관이 「필요한 장소」에 출입할 때에는 그 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 하며, 함부로 관계인의 「정당한 업무」를 방해하여서는 아니된다.

제8조 【사실의 확인등】 ①경찰관서의 장은 직무수행에 「필요하다」고 인정되는 「상당한 이유」가 있을 때에는 국가기관 또는 공사단체 등에 대하여 직무수행에 관련된 사실을 조회할 수 있다. 다만, 「긴급을 요할 때」에는 소속 경찰관으로 하여금 현장에 출장하여 당해 기관 또는 단체의 장의 협조를 얻어 그 사실을 확인하게 할 수 있다.

② 경찰관은 미아를 인수할 보호자의 여부, 유실물을 인수할 권리자의 여부 또는 사고로 인한 사상자를 확인하기 위하여나 행정처분을 위한 교통사고 조사상의 사실을 확인하기 위하여 「필요한 때」에는 관계인에게 출석을 요하는 사유.

일시 및 장소를 명확히 한 출석요구서에 의하여 경찰관서에 출석할 것을 요구할 수 있다.

제10조 【장구의 사용】 경찰관은 현행범인인 경우와 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 「필요하다」고 인정 되는 「상당한 이유」가 있을 때에는 그 사태를 「합리적」으로 판단하여 「필요한 한도」내에서 수갑·포승·경찰봉등 경찰장구를 사용할 수 있다.  
(개정 91.3.8)

제10조의2 【최루탄의 사용】 ①경찰관은 범인의 체포·도주의 방지 또는 불법 집회·시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에

대한 「현저한 위해발생」을 억제하기 위하여 「부득이 한 경우」, 현장책임자의 합리적인 판단하에 신체에 직접 「위해」를 가하지 않는 범위 내에서 최루탄을 사용할 수 있다.

제11조 【무기의 사용】 경찰관은 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 「필요하다」고 인정되는 「상당한 이유」가 있을 때에는 그 사태를 「합리적으로 판단」하여 「필요한 한도」내에서 무기를 사용할 수 있다. 다만, 형법에 규정한 정당방위와 긴급피난에 해당하는 때 또는 다음 각호의 1에 해당하는 때를 제외하고는 사람에게 「위해」를 주어서는 아니 된다.〈개정 88.12.31〉

1. 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 「의심할만한 충분한 이유」가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 「상당한 이유」가 있을 때

2. 구속영장과 압수·수색영장을 집행할 때에 본인이 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 「상당한 이유」가 있을 때

3. 범인 또는 소요행위자가 무기·흉기등 「위험」한 물건을 소지하고 경찰관으로부터 3회 이상의 투기명령 또는 투항명령을 받고도 이에 불응하면서 계속 항거하여 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 「상당한 이유」가 있을 때

위의 예에서 보듯이, 이른바 警察上 即時強制에 특히 不確定概念이 많이 사용되고 있는데, 이러한 현상은 法治主義 精神의 관점에서 볼 때 문제가 없지 아니하다.

가능한 한, 어떠한 경우에 어떠한 措置를 할 것인가를 구체적이고도 명확하게 規定하도록 해야 할 것이나, 이에도 立法技術上의 限界가 있으며, 이러한 不確定

概念의 사용은 어느 行政作用 분야에서나 공통적으로 인정되고 있다.

다만, 이른바 警察上 即時強制등 警察作用의 根據法에서 특히 많이 사용되고 있는 것은 警察作用의 특성 및 立法技術的 限界가 다른 行政作用에 비해 더욱 두드러지게 나타나는 데 基因한다.

個別的 授權條項에서조차 不確定概念에 의한 法的羈束의 緩和(法治主義의 制約)를 인정하는 것이 부득이 하다는 점에 비추어 볼 때, 警察作用의 특성 및 立法技術的 限界가 다른 行政作用에 비해 더욱 두드러지게 나타나는 警察行政作用 法 分野에서는 一般的 授權條項도 이를 인정할 수 있다고 본다.

## 2. 一般的 授權條項의 成立·發展

일찍이 프러시아에서는 高等行政裁判所 判例를 통하여, 一般州法(Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30.7.1883) 10조 2항 17호 의 警察職務에 관한 任務規定(Aufgaben-zuweisungsnorm)을 權限·授權規定(Befugnisnorm)으로 인정하여 오다가, 마침내 1931년 프러시아 警察行政法(Polizeiverwaltungsgesetz) 제14조 제1항<sup>55)</sup>에서 一般的 授權條項이 明文으로 규정되기에 이르렀다.

警察事務가 각 州(Land)의 사무로 되어 있는 독일에서는 2차 대전 후 각 주가 프러시아 警察行政法의 一般的 授權條項을 도입하였는데, 바이에른 州의 경우에는, 임무규정과 수권규정이 한개의 조문에 규정되어 있는 프러시아 警察行政法의 경우와는 달리 임무규정과 수권규정이 별개의 조문으로 분리되어 있었는데, 이것이 獨逸統一警察法模範草案에 反影되었다.

模範草案에서는 제1조에서 警察의 職務(공공의 안녕질서에 대한 위협의 방지)

55) Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetz nach pflichtmäßigen Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

(警察機關은, 一般 또는 個人에 대한 公共의 安寧과 秩序를 위협하는 危險을 防止하기 위하여, 現行法의 範圍內에서 義務的 裁量에 따라 必要한 措置를 取하지 않으면 안된다)

概念의 사용은 어느 行政作用 분야에서나 공통적으로 인정되고 있다.

다만, 이른바 警察上 即時強制등 警察作用의 根據法에서 특히 많이 사용되고 있는 것은 警察作用의 특성 및 立法技術的 限界가 다른 行政作用에 비해 더욱 두드러지게 나타나는 데 基因한다.

個別的 授權條項에서조차 不確定概念에 의한 法的羈束의 緩和(法治主義의 制約)를 인정하는 것이 부득이 하다는 점에 비추어 볼 때, 警察作用의 특성 및 立法技術的 限界가 다른 行政作用에 비해 더욱 두드러지게 나타나는 警察行政作用 法 分野에서는 一般的 授權條項도 이를 인정할 수 있다고 본다.

## 2. 一般的 授權條項의 成立·發展

일찍이 프러시아에서는 高等行政裁判所 判例를 통하여, 一般州法(Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30.7.1883) 10조 2항 17호 의 警察職務에 관한 任務規定(Aufgaben-zuweisungsnorm)을 權限·授權規定(Befugnisnorm)으로 인정하여 오다가, 마침내 1931년 프러시아 警察行政法(Polizeiverwaltungsgesetz) 제14조 제1항<sup>55)</sup>에서 一般的 授權條項이 明文으로 규정되기에 이르렀다.

警察事務가 각 州(Land)의 사무로 되어 있는 독일에서는 2차 대전 후 각 주가 프러시아 警察行政法의 一般的 授權條項을 도입하였는데, 바이에른 州의 경우에는, 임무규정과 수권규정이 한개의 조문에 규정되어 있는 프러시아 警察行政法의 경우와는 달리 임무규정과 수권규정이 별개의 조문으로 분리되어 있었는데, 이것이 獨逸統一警察法模範草案에 反影되었다.

模範草案에서는 제1조에서 警察의 職務(공공의 안녕질서에 대한 위협의 방지)

55) Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetz nach pflichtmäßigen Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

(警察機關은, 一般 또는 個人에 대한 公共의 安寧과 秩序를 위협하는 危險을 防止하기 위하여, 現行法의 範圍內에서 義務的 裁量에 따라 必要한 措置를 取하지 않으면 안된다)

를 규정하고 제8조에서 警察의 직무수행을 위한 포괄적인 授權을 하는 형식으로 규정하여 職務規定(任務規定)과 權限規定을 분리하여 규정함으로써 進一步된 立法의 태도를 보여주고 있는데 이에 따라 각 Land는 警察法을 制定하게 되었다.<sup>56</sup>

물론 模範草案에 따르지 않고 그것을 비판적으로 검토하여 제안한 代替草案에 따라 警察法을 제정한 州도 있으나, 代替草案 自體가 模範草案을 참고한 것이며, 각 州의 警察法도 一般的 授權條項에 관한 한 그것을 인정하고 있다는 점에서는 차이가 없다. 다만 公共의 「秩序」부분을 빼고 公共의 安寧에 吸收, 一元化시킨 것이다.<sup>57)</sup>

### 3. 우리 나라에 있어서의 一般的 授權條項

一般的 授權條項에 대한 批評論은 法治國家의 基本權保障의 이념에 입각하여 法治主義를 徹底하게 그 理想的 形態로 實現하려는 데 그 趣旨가 있는 것으로 보여지는데, 國家 基本法인 憲法の 「人間의 尊嚴과 價値를 위한 基本的 人權保障」의 精神에 비추어 볼 때 충분히 理解할 수 있다.

警察權의 發動에 있어서도 일일이 個別的 授權條項을 마련하고 個別的 授權條項을 規定함에 있어서도 가능한 한 漠然한 不確定概念을 피하고 가능한 한 具體的으로 명확히 그 要件과 行爲(效果:措置)를 規定하도록 努力하여야 함은 當然하다.

그러나 그렇다고 하여 警察權發動에 一般的 授權條項을 인정하는 것이 基本權保障이라는 法治國家制度에 正面으로 背馳되는 것(合憲性を 상실하는 것)이라 볼 수는 없을 것이다. 다음과 같은 여러가지 점에서 볼때 警察權發動에 관한 --

56) 一般的授權條項과 이를 중심으로 하는 警察行政法の 발전 등에 대하여는 Drews/Wacke/Vogel/Martens, aaO, S.10ff, 129ff;

Friauf, Polizei-und Ordnunsecht, in: von Münch(hg.), Besonderes Verwaltungs recht, 1979, S.179 등 참조.

57) 제2장의 앞 부분(序說的 部分) 참조.

를 규정하고 제8조에서 警察의 직무수행을 위한 포괄적인 授權을 하는 형식으로 규정하여 職務規定(任務規定)과 權限規定을 분리하여 규정함으로써 進一步된 立法의 태도를 보여주고 있는데 이에 따라 각 Land는 警察法을 制定하게 되었다.<sup>56</sup>

물론 模範草案에 따르지 않고 그것을 비판적으로 검토하여 제안한 代替草案에 따라 警察法을 제정한 州도 있으나, 代替草案 自體가 模範草案을 참고한 것이며, 각 州의 警察法도 一般的 授權條項에 관한 한 그것을 인정하고 있다는 점에서는 차이가 없다. 다만 公共의 「秩序」부분을 빼고 公共의 安寧에 吸收, 一元化시킨 것이다.<sup>57)</sup>

### 3. 우리 나라에 있어서의 一般的 授權條項

一般的 授權條項에 대한 批理論은 法治國家의 基本權保障의 이념에 입각하여 法治主義를 徹底하게 그 理想的 形態로 實現하려는 데 그 趣旨가 있는 것으로 보여지는데, 國家 基本法인 憲法の 「人間의 尊嚴과 價値를 위한 基本的 人權保障」의 精神에 비추어 볼 때 충분히 理解할 수 있다.

警察權의 發動에 있어서도 일일이 個別的 授權條項을 마련하고 個別的 授權條項을 規定함에 있어서도 가능한 한 漠然한 不確定概念을 피하고 가능한 한 具體的으로 명확히 그 要件과 行爲(效果:措置)를 規定하도록 努力하여야 함은 當然하다.

그러나 그렇다고 하여 警察權發動에 一般的 授權條項을 인정하는 것이 基本權保障이라는 法治國家制度에 正面으로 背馳되는 것(合憲性を 상실하는 것)이라 볼 수는 없을 것이다. 다음과 같은 여러가지 점에서 볼때 警察權發動에 관한 --

56) 一般的授權條項과 이를 중심으로 하는 警察行政法の 발전 등에 대하여는 Drews/Wacke/Vogel/Martens, aaO, S.10ff, 129ff;

Friauf, Polizei-und Ordnunsecht, in: von Münch(hg.), Besonderes Verwaltungs recht, 1979, S.179 등 참조.

57) 제2장의 앞 부분(序說的 部分) 참조.

一般的 授權條項을 인정할 수 있다고 보며, 우리 나라에서도 이를 인정 할 수 있다고 본다.

憲法에서 「國民의 모든 自由와 權利는 國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로써 제한할 수 있으며……」(제37조 2항)라고 하여 國民의 基本的人權保障과 國家目的·公益의 實現이 합리적으로 調和를 이루도록 하고 있는 바, 不確定概念 내지 裁量 問題·特別行政法關係·法規命令制度 등은 모두 徹底한 法治主義의 理想的 形態와는 어느 정도 거리가 있는 法的(특히 法律的)羈束이 緩和되는 領域이지만 行政作用의 特殊性·合理的 行政目的(公益)의 達成·立法技術의 限界 등을 고려하여 우리 基本法秩序 아래서도 適正한 制度로서 인정되고 있으며, 徹底한 法治主義의 理想的 形態의 實現에 의한 完璧한 基本權保障만이 國家·行政·警察」의 目標일 수는 없으며, 警察作用이 다른 行政作用 분야보다 緊迫性·多樣性·狀況適應性 등이 두드러지게 나타나는 점 등을 고려해 볼 때, 우리 나라에서 警察權發動에 一般的授 權條項을 인정하더라도 法治主義의 基本權保障과의 관계에 있어서〈容認될 수 없는〉無理는 아니랄 것이다.

一般的 授權條項 否認論은 지나치게 「基本權保障을 위한 法治主義」에 形式的으로 치우친 見解라 할 것이다.

危急한 緊急狀況의 경우 公共의 安寧과 秩序에 대한 危險이 除去되지 아니하면 基本的人權 중에서도 가장 기초라 볼 수 있는 生命權·尊嚴權·身體自由權마저 實質的으로 보장될 수 없는 경우가 있을 수 있으며, 國家 公權力의 發動을 基本權保障과의 拮抗關係로만 파악할 수는 없을 것인 바 警察權의 發動도 예외가 아니다.

특히, 警察官職務執行法上の 保護措置·危險發生防止措置·犯罪의 豫防과 制止措置 등의 경우는, 警察權發動과 基本權保障과의 拮抗關係라는 側面보다는 國民의 基本的人權을 直接的으로 지켜 주고 保護해 주는 側面이 無視되어서는 아니 될 것이다.

法治主義의 基本權保障이라는 측면에서 보면, 不確定概念을 사용하거나 裁量을 인정하지 아니하고 어떠한 경우에 어떠한 조치(행위)를 할 것인가를 구체적으로

명백히 규정할 것이 요청되는데도 이러한 것이 法治主義下에서 容認되고, 위의 警察官職務執行法의 規定 내용에서 보듯이 특히 警察權發動의 경우 두드러지게 많이 나타나는 것은 危險에 대처하는 警察作用의 特性 때문에 그러한 것이다.

그렇다면 危險의 緊急性·多樣性·狀況適應性 등 警察作用의 特殊性을 고려하여 警察權發動의 근거와 관련하여 一般的 授權條項을 인정하여도 法治主義에 違背되는 것은 아니라고 본다.

一般的 授權條項을 인정했을 때에 一般的 授權條項에 의한 警察權發動의 濫用, 그로 인한 基本權侵害의 危險을 염려하기도 하지만(이는 아주 중요한 문제점으로 생각되어야 할 것이지만), 이에 대해서는 警察權의 限界(警察過剩禁止의 원칙 또는 警察比例의 원칙, 警察責任의 원칙 등)의 法理, 그러한 法理를 통한 司法的 統制 등의 문제로 해결 할 수 있을 것이다.

一般的 授權條項에 관련된 「公共의 安寧과 秩序」는 不確定概念이기는 하지만 어디까지나 法的 概念으로서 학설·판례를 통해서 그 의미·내용·범위가 具體化될 수 있는 것이다. 일찍부터 각 州에서 一般的 授權條項을 명문으로 규정해 온 독일서는 오랜동안의 학설·판례를 통해서 그 의미·내용이 충분히 밝혀지고 있다.

公權力의 濫用에 의한 基本權侵害의 危險의 問題는 警察權에 한정된 問題가 아니며 一般的 授權條項에 한정된 問題는 더욱 아니다.

個別的 授權條項에 의한 警察權發動의 경우에도 그러한 문제가 생기지만 어느 경우나 公權力의 限界, 法規定의 解析, 爭訟·塡補 등에 의한 救濟, 制裁·責任 등의 문제로 一法的으로는 一 해결되어야 하는 것이다.

그리고 個別的 授權條項이 一般的 授權條項보다 基本的人權保障의 면에서 항상 더 우수한 기능을 하는 것도 아니다. 警察의 權限을 縮小시키기 위해 어떤 事項에 대해 一般的 授權條項보다 그 요건을 엄격히 규정할 수도 있지만, 반대로 警察의 권한을 확장하기 위하여 어떤 事項에 대해 一般的 授權條項의 制約을 緩和·解消시키도록 요건을 定할 수도 있기 때문이다.

一般的 授權條項은 補充的(subsidiær)·제2차적인 授權規定으로서의 意義를 가지고 있어서, 確定的 意義를 가지는 個別的 授權條項이 있을 때에는 一般的授

權 條項은 적용되지 아니하고, 個別的 授權條項이 없거나, 個別的 授權條項에서 一般的 授權條項이 적용될 餘地를 남겨놓은 경우에는 一般的 授權條項이 보충적으로 적용되는데, 그 어느 경우에 해당하느냐 하는 것은 個別的 授權條項의 解釋 문제에 귀착하는 것이다.

우리나라 現行法에는 독일에서와 꼭 같은 一般的 授權條項에 관한 規定은 없다. 그리하여, 傳統的으로 一般的 授權條項을 부인해왔으나,<sup>58)</sup> 요즈음에는 巡察·弘報등 非侵害的 單純警察에 一般的 授權條項을 인정하는 說,<sup>59)</sup> 警察官職務執行法 제52조 5호와 5조 1항 3호의 類推解釋에 의하여 인정하는 一般的 授權條項을 인정하는 說,<sup>60)</sup> 一般的 授權條項을 인정하는 說<sup>61)</sup> 등이 주장되고 있다.

警察官職務執行法은 제1조에서 警察官職務執行法의 목적과 관련하여 「국민의

58) 김동희, 행정법11, 1994, 147면.

박윤훈, 최신행정법강의(하), 1994, 316면.

이상규, 신행정법론(하), 1994, 303면.

59) 정하중, 전계논문(하), 11면.

홍정선, 행정법론(하), 1995, 244면.

60) 이기우, 警察作用法の 체계, 수사연구, 1990. 2, 98면에서는 다음과 같이 類推解釋에 의한 一般的 授權條項을 인정하고 있다.

警察官職務執行法 제5조는 위험발생의 방지로서 『①경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음 의 조치를 할 수 있다.

3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것』이라고 규정하고 있는바

제1항 제3호는 個人的法益에 대한 一般的授權條項이라 할 수 있는데, 共同體의 法益·法秩序全體·公共의 秩序에 대한 위험방지의 경우에는 一般的授權條項이 缺如되어 있다. 이러한 法의 欠缺을 立法者가 알았더라면 방치하지 않았을 것이다. 위험방지의 필요성은 개인적 경우와 다를바 없다. 따라서 警察官職務執行法 2조 5호(公共의 安寧과 秩序)와 5조 1항 3호의 類推解釋에 의하여 一般的 授權條項을 인정할 수 있다.

61) 김남진, 행정법11, 1995, 253면.

김남진, 행정법의 기본문제, 1994, 698면.

신보성, 현대행정법의 이론, 1988, 330면.

석종현, 일반행정법, 1994, 312면.

이명구, 경찰권 발동의 근거와 범위, 고시연구, 1986. 5, 174면.

자유와 권리의 보호 및 사회 공공의 질서 유지를 위한 경찰관의 직무」라 規定하고, 제2조에서는 다음과 같이 規定하고 있는데,

『제2조 【직무의 범위】 경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다.

1. 범죄의 예방·진압 및 수사
2. 경비·요인경호 및 대간첩 작전수행
3. 치안정보의 수집·작성 및 배포
4. 교통의 단속과 위해의 방지
5. 기타 공공의 안녕과 질서 유지』

「기타 공공의 안녕과 질서 유지」라고 한 것을 보더라도 警察의 기본적인 職務가 公共의 安寧과 秩序維持임을 알 수 있으며<sup>62)</sup> 바로 警察官職務執行法 제2조 5호 「기타 공공의 안녕과 질서 유지」조항을 一般的 授權條項으로 볼 수 있으리라고 본다.

만약 警察官職務執行法 제2조 5호 「기타 공공의 안녕과 질서 유지」조항을 一般的 授權條項으로 인정하지 아니한다면, 一般的으로〈누구나, 오랫동안, 異議없이〉인정해 오고 있는 警察權의 限界, 특히 「條理上의 限界」에 관한 論議의 意義가 半減되고 말게 된다.

警察權 發動의 條理上 限界로서 논의되고 있는 경찰 책임의 원칙·경찰 공공의 원칙 등 여러 원칙은 독일에서는 一般的 授權條項에 의해서 警察權이 發動될

62) 『1. 범죄의 예방·진압 및 수사 2. 경비·요인경호 및 대간첩 작전수행 3. 치안정보의 수집·작성 및 배포 4. 교통의 단속과 위해의 방지 5. “기타 공공의 안녕과 질서 유지”』라 하였으므로, 警察의 基本的인 職務가 “公共의 安寧과 秩序維持”이고 『1. 범죄의 예방·진압 및 수사 2. 경비·요인경호 및 대간첩 작전수행 3. 치안정보의 수집·작성 및 배포 4. 교통의 단속과 위해의 방지』는 그 例示라 볼 수 있는바, 犯罪 搜查·交通團束 등은 “公共의 安寧과 秩序를 維持하는 警察이 固有의 基本的인 職務를 遂行하는 것이며, 다른 法令에 의하여 委任된 職務를 수행하는 것이라고 보는 것은(이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990. 2, 93면; 김남진, 경찰집행법의 정비, 치안논총, 1992, 25면) 疑問이다. 자세한 것은 警察의 概念 定立 문제 등과 관련하여 다른 기회에서 다루어진다.

때의 限界 문제로서 論議되고 있는데,<sup>63)</sup> 우리 나라에서는, 警察權의 限界問題가 보통 다음과 같이 논의되고 있다. 『警察作用의 特殊性때문에 警察機關에는 포괄적인 裁量權이 인정되지만 어느 國家작용보다 基本權侵害의 危險이 크므로, 第一段階的 制約으로서 法規上의 限界가 있고 第二段階的 制約으로서 條理上의 限界가 중요한 意義를 가지게 되는데, 警察公共의 원칙·警察責任의 원칙·警察比例의 원칙 또는 警察過剩禁止의 원칙 등 警察權發動에 관한 條理上의 限界는, 警察에 부여된 包括的인 裁量權의 濫用을 방지하기 위하여 理致로써 裁量權의 限界를 設定해 制約을 해야 하므로 특히 중요한 意義를 가지게 되는 것이다』<sup>64)</sup>

그러나 條理上 限界의 내용이 適用되는 범위에 관하여는 다음과 같이 보아야 할 것이다.

#### 가. 警察比例의 원칙<警察過剩禁止의 원칙>과 平等의 원칙

個別的 授權條項에 의해서 警察權을 發動할 때이든, 一般的 授權條項을 인정하여 一般的 授權條項에 의하여 警察權을 發動할 때이든 모두 적용된다.

警察官職務執行法도 제1조 2항에서 「②이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된

63) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in Steiner(Hg), Besonderes Verwaltung, 1984, S. 175f;

Gusy, aao, s.152ff;

Schipper, Gefahrenabwehr und Zwangsmittel der Polizei, 1981, s.94;

Küchenhoff, Polizei- und Ordnungsrecht, 1973, s.18ff;

Scholler/Broß, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 1981, s.105ff;

Drews/Wacke/Vogel/Martens, aaO, S.199ff;

Gotz, aaO, S.89ff;

Friauf, aaO, S.109ff;

김남진, 전계 행정법11, 254면;

정하중, 전계 논문(상), 12면;

이기우, 전계논문, 98면;

64) 김도창, 일반행정법론, 1992, 307면 이하 참조.

다」고 규정하고 있다.

比例의 원칙 또는 過剩禁止의 원칙은 警察權 發動 뿐만 아니라, 모든 公權力 發動, 나아가 모든 行政作用, 더욱 나아가 모든 國家作用에 적용되는 憲法에 까지 高揚된 중요한 法原則이다.

나. 기타의 원칙(경찰 공공의 원칙·경찰 책임의 원칙·경찰 소극 목적의 원칙 등)

個別的 授權條項에서 裁量을 인정하고 있거나,<sup>65)</sup> 不確定概念을 사용하고 있는 경우에<sup>66)</sup> 기타의 원칙들이 재량권의 한계 또는 이른바 判斷(餘地)의 한계로서 적용될 수는 있을 것이다.

그러나 個別的 授權條項에서 재량을 인정하지 아니하고 있거나(羈束行爲) 不確定概念을 사용하고 있지 아니한 경우에는 기타의 원칙이 적용될 여지가 없을 뿐만 아니라, 個別的 授權條項의 경우에는 窮極的으로는 個別的 授權條項의 法解釋 問題에 歸着하는 것으로 보인다.

一般的 授權條項을 인정하여 一般的 授權條項에 의하여 警察權을 發動할 때에 이 기타의 원칙이 적용될 수 있으며 이 때에 이 원칙들이 참된 意義를 가지게 된다.

個別的 授權條項인 警察官職務執行法의 예를 들어 보기로 하자.

제3조 【불심검문】 ①경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다.

②그 장소에서 제1항의 질문을 하는 것이 당해인에게 불리하거나 교통의 방해

65) 뒤에서 보는 바와 같이 우리 나라 警察官職務執行法은 決定裁量을 인정하는 경우가 많다.

66) 역시 위에서 본 바와 같이 우리 나라 警察官職務執行法은 不確定概念을 사용하는 경우가 많다.

가 된다고 인정되는 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰서·지서·파출소 또는 출장소 (이하 “경찰관서”라 한다)에 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다.〈개정 88.12.31〉

③경찰관은 제1항에 규정된 자에 대하여 질문을 할 때에 혐의의 소지여부를 조사할 수 있다.

④제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 질문하거나 동행을 요구할 경우 경찰관은 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 『설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행장소를 밝혀야 한다.』〈개정 91.3.8〉

⑤제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우 경찰관은 당해인의 가족 또는 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 『즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다.』〈신설 88.12.31〉

⑥제2항의 규정에 의하여 동행을 한 경우 경찰관은 당해인을 『6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다.』〈신설 88.12.31, 개정 91.3.8〉

⑦제1항 내지 제3항의 경우에 당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 『그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.』〈신설 88.12.31〉

제4조 【보호조치등】 ①경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 다음 각호의 1에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다.〈개정 88.12.31〉

1. 정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자

2. 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자. 다만, 『당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다.』

②제1항의 긴급구호요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이

유없이 『긴급구호를 거절할 수 없다』.

③제1항의 경우에 피구호자가 휴대하고 있는 무기·흉기 등 위험을 야기할 수 있는 것으로 인정되는 물건은 경찰관서에 임시영치할 수 있다.

④경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체없이 이를 피구호자의 가족·친지 기타의 연고자에게 그 사실을 통지하여야 하며, 연고자가 발견되지 아니할 때에는 피보호자를 적당한 공중보건의료기관이나 『공공구호기관에 즉시 인계하여야 한다』.

⑤경찰관은 제4항의 규정에 의하여 피구호자를 공중보건의료기관 또는 공공구호기관에 인계한 때에는 『즉시 그 사실을 소속 경찰서장에게 보고하여야 한다』.  
(신설 88.12.31)

⑥제5항의 보고를 받은 소속 경찰서장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 피구호자를 인계한 사실을 지체없이 당해 공중보건의료기관·공공구호기관의 장 및 그 감독 『행정청에 통보하여야 한다』.(신설 88.12.31)

⑦제1항의 규정에 의한 경찰관서에서의 『보호는 24시간을, 제3항의 임시영치는 10일을 초과할 수 없다』.(개정 88.12.31)

3조 不審檢問의 경우:「정지시켜 질문할 수 있다」「동행할 것을 요구할 수 있다」「흉기의 소지여부를 조사할 수 있다」라고 하여 決定裁量을 인정하고 있으나 「당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다」「그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다」라고 하였으므로 意思에 反한 同行요구나 答辯요구는 하지 못한다(裁량이 아니고 羈束된다).

「동행의 경우에는 동행장소를 밝혀야 한다」「즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하여야 한다」「6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다」; 이러한 경우도 재량이 인정되지 아니하는 羈束行爲이다.

이와 같이 裁량이 인정되는 경우에도 「재량권의 한계」—「조리상 한계」— 『其他의 원칙』(警察責任의 原則 등)이 適用될 餘地가 거의 없고 個別的 授權條項의 法解釋이 核心的인 問題點이 된다. 예컨대, 停止를 시킴에 있어서 어느 정도의

實力行使가 인정되는가 하는 것은 이 不審檢問 조항의 解釋問題에 歸着하는 것이 「재량권의 한계」-「조리상 한계」-기타의 원칙에 依해서 解決될 수 있는 것이 아니다.

4조 保護措置의 경우:「조치를 할 수 있다」라고 하여 決定裁量을 인정하였으나 「당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다」라고 하여 미아·병자·부상자 등의 意思에 反한 保護措置를 할 수 없도록 羈束하고 있다(그러나 이 規定은 뒤에서 보는 바와 같이 立法論적으로 문제가 된다고 본다). 「긴급구호를 거절할 수 없다」 「공공구호기관에 즉시 인계하여야 한다」 「즉시 그 사실을 소속 경찰서장에게 보고하여야 한다」 「보호는 24시간을, 제3항의 임시영치는 10 일을 초과할 수 없다」;재량이 인정되지 아니하는 기속행위이다.

3조 不審檢問의 경우와 마찬가지로 個別的 授權條項의 法解釋이 핵심적인 문제점이 된다.

위의 예에서도 본 바와 같이 우리 나라에서 일반적으로 인정되는 警察權의 한계-條理상의 한계로서 인정되고 있는 원칙들, 특히, 비례의 원칙·평등의 원칙을 제외한 기타의 원칙들은, 一般的 授權條項을 인정하여 一般的 授權條項에 의해서 警察權을 發動할 때에 적용되는 원칙으로서 참다운 意義가 있는 것인데, 우리 나라에서 오랜동안 그러한 원칙들을 警察權發動에 관한 조리상의 원칙으로 인정하여 왔으므로, 우리 나라에서도 一般的 授權條項을 인정하여 警察官職務執行法 제2조 5호 「기타 공공의 안녕과 질서 유지」조항을 一般的 授權條項으로 볼 수 있을 것이다.

즉, 不審檢問·保護措置·危險發生防止措置·犯罪의 豫防과 制止 措置·危險防止를 위한 出入 措置 등 個別的 授權條項이 없는 경우에도, 警察官職務執行法 제2조 5호 「기타 공공의 안녕과 질서 유지」規定을 補充的 授權規定으로 보아 이 規定에 의하여 公共의 安寧과 秩序라는 警察의 職務를 遂行할 수 있도록 하는 것이다.

그러나 立法論적으로 볼 때 가장 바람직한 방법은 明文의 명확한 規定을 두어

概括的 授權條項을 인정하는 것인데, 警察官職務執行法 제2조를 다음과 같이 고치는 것이 한 방법이 될 것이다.

현재 아래와 같은 내용으로 되어 있는 것을

제2조【직무의 범위】경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다.

1. 범죄의 예방·진압 및 수사
2. 경비·요인경호 및 대간첩작전수행
3. 치안정보의 수집·작성 및 배포
4. 교통의 단속과 위해의 방지
5. 기타 공공의 안녕과 질서유지

다음과 같이 개정하는 것이다.<sup>67)</sup>

제2조【경찰관의 직무와 권한】1) 경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다.

1. 범죄의 예방·진압 및 수사
2. 경비·요인경호 및 대간첩작전수행
3. 치안정보의 수집·작성 및 배포
4. 교통의 단속과 위해의 방지
5. 기타 공공의 안녕과 질서유지

2) 경찰관은 공공의 안녕과 질서에 대한 구체적인 위험이 있을 때에는 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위한 필요한 조치를 할 수 있다.

3) 경찰관은 이 법 및 다른 법령의 규정에 의하여 그 직무를 수행한다.

#### 4. 判 例

一般的 授權條項에 관한 判例, 특히 論據·理由까지 제시하여 一般的 授權條項

67) 獨逸統一警察法模範草案의 경우처럼 警察의 職務(任務)規定과 權限(授權)을 分離하여 규정하는 것이 進一步된 立法으로 評價되고 있으나, 現實의인 문제점 등을 고려하여 한 조문에 묶어 보기로 하였다.

概括的 授權條項을 인정하는 것인데, 警察官職務執行法 제2조를 다음과 같이 고치는 것이 한 방법이 될 것이다.

현재 아래와 같은 내용으로 되어 있는 것을

제2조【직무의 범위】경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다.

1. 범죄의 예방·진압 및 수사
2. 경비·요인경호 및 대간첩작전수행
3. 치안정보의 수집·작성 및 배포
4. 교통의 단속과 위해의 방지
5. 기타 공공의 안녕과 질서유지

다음과 같이 개정하는 것이다.<sup>67)</sup>

제2조【경찰관의 직무와 권한】1) 경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다.

1. 범죄의 예방·진압 및 수사
2. 경비·요인경호 및 대간첩작전수행
3. 치안정보의 수집·작성 및 배포
4. 교통의 단속과 위해의 방지
5. 기타 공공의 안녕과 질서유지

2) 경찰관은 공공의 안녕과 질서에 대한 구체적인 위험이 있을 때에는 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위한 필요한 조치를 할 수 있다.

3) 경찰관은 이 법 및 다른 법령의 규정에 의하여 그 직무를 수행한다.

#### 4. 判 例

一般的 授權條項에 관한 判例, 특히 論據·理由까지 제시하여 一般的 授權條項

67) 獨逸統一警察法模範草案의 경우처럼 警察의 職務(任務)規定과 權限(授權)을 分離하여 규정하는 것이 進一步된 立法으로 評價되고 있으나, 現實의인 문제점 등을 고려하여 한 조문에 묶어 보기로 하였다.

을 직접적으로 인정하는 판례는 찾아 보기 어려우나, 『1986.1.28. 판결 85도2448, 85감도356 상고기각』 판결에서는 一般的 授權條項을 認定하는 態度를 보이고 있다.<sup>68)</sup>

이 사건은 청원경찰관의 직무집행을 방해한, 특수공무집행방해, 상해, 특수강도, 특수강도미수, 폭력행위등 처벌에 관한 법률위반, 절도, 보호감호 등과 관련된 사건인데 다음과 같이 판결하고 있다.

…… 청원경찰법 제3조는 청원경찰은 청원주와 배치된 기관, 시설 또는 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역 내에 한하여 경찰관 직무집행법에 의한 직무를 행한다고 정하고 있고 한편 경찰관직무집행법 제2조에 의하면 경찰관은 범죄의 예방, 진압 및 수사, 경비, 요인경호 및 대간첩작전수행, 치안정보의수집·작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타 공공의 안녕과 질서유지 등을 그 직무로 하고 있는 터이므로 경상남도 양산군 도시과 단속계 요원으로 근무하고 있는 청원경찰관인 공소의 김 차성 및 이 성주가 원심 판시와 같이 1984.12.29 경상남도 양산군 장안면 임량리 115에 있는 피고인의 집에서 피고인의 형 공소의 박 무수가 허가없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속한 것은 그들의 정당한 공무집행에 속한다고 할 것이므로 이를 폭력으로 방해한 피고인의 판시 소위를 공무집행방해죄로 다스린 원심조치는 정당하고 ……

68) 김남진, 행정법의 기본문제, 1992, 1160면 이하 참조.

## Ⅳ. 기타 警察官職務執行法上的의 問題

### 1. 序 論

警察官職務執行法上的의 여러 措置<sup>69)</sup>들에 대하여 우리나라에 있어서는 그것을 即時強制로 把握하고 對人的 即時強制·對物的 即時強制·對家宅 強制로 나누는 것이 전통적인 견해이다.

그러나, 警察官職務執行法上的의 措置를 「目前에 급박한 障礙를 제거하기 위하여, 의무를 命할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법에 의해서는 목적을 달성할 수 없을 때에, 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 필요한 상태를 實現하는 작용」으로서의「即時強制」로 一律적으로 把握하는 것은 충분하지 못하다고 본다.」

不審檢問을 함에 있어서 停止命令을 했을 때의 停止命令, 危險發生防止나 犯罪豫防을 위한 警告, 接近·通行의 制限·禁止命令( 5조 2항 ), 事實確認을 위한 出席要求 등은 意思作用으로서의 行政行爲로서 警察處分으로 볼 수 있으며, 不審檢問에서의 停止, 위험발생방지를 위한 抑留·避難措置, 接近·通行의 制限·禁止, 犯罪의 制止 등은 行政處分과 事實行爲가 결합된 合成的行爲로 볼 수 있으며,

凶器 所持與否의 調査, 酒醉者·迷兒 등의 保護 등은 事實行爲로 볼 수 있고, 미리 警告를 하였음에도 불구하고 不應할 때에 하는 抑留·避難措置나 犯罪制止措置는 強制執行으로서의 直接強制라 할 수 있으며,

裝具·催淚彈·武器의 사용은 直接強制 등 強制執行의 한 방법으로(急迫한 경우 戒告 등의 절차 없이 即時로 執行하는 경우—即時執行: 即時強制를 포함하여) 행하여 지는 경우가 많다.<sup>70)</sup> 또, 任意同行·質問 등은 法的으로 即時「強制」라고

69) 이를 독일에서는 標準的措置(Standardmaßnahme, typische Maßnahme)라고 부른다.(Götz, aaO, S.161ff)

70) 김남진, 전제논문, 22면 참조.

볼 수 없다.

이와같이 多様な 性質을 갖는 여러가지 措置들을 규정하고 있는 警察官職務執行法에 관하여 一般的 授權條項의 문제에 대하여는 제3장에서 고찰하였으므로, 이 장에서는 그 이외의 문제에 대하여 제2장의 獨逸統一警察法模範草案을 참고로 하면서 立法論의 方向에 중점을 두고 보기로 한다.<sup>71)</sup>

## 2. 警察의 職務 및 總則的 規定

### 가. 警察의 職務

警察의 職務 및 一般的 授權條項과 관련된 문제 등에 관하여는 앞에서 고찰한 바와 같다.

### 나. 比例의 原則 (過剩禁止의 原則)

警察官職務執行法은 『제1조 【목적】 ① 이 법은 국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 警察官의 직무수행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다. ② 이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다.』라고 규정하여, 警察官職務執行法의 목적을 규정한 조항에 「비례의 원칙」과 주로 裁量權 行使와 관련되

71) 本稿는 一般的 授權條項을 중심으로 한 警察權에 관한 근거법의 整備에, 중점을 두고 고찰하기 위하여, 一般的 授權條項을 규정함으로써 중요한 참고 자료가 되는 逸統一警察法模範草案의 내용을 概括적으로 살펴보고, 그 내용을 참고로 하여 우리 나라 警察官職務執行法上 다른 부분까지도 立法的 整備에 관하여 고찰하는바, 一般的 授權條項 문제 外의 다른 부분에 대한 고찰은 立法的 整備에 관하여도 概略的이다. 예컨대, 警察上의 強制에 관한 부분의 경우, 그에 대한 深度 있는 理論的 考察을 바탕으로 一般 行政強制에 관한 考察과 더불어 행해져야 하나, 本稿에서는 概略적으로 다루어지게 된다. 警察上의 強制 등 警察作用에 대한 보다 具體的인 考察이나 立法論, 獨逸統一警察法模範草案에 대한 보다 精密한 具體的인 考察 등은 다른 기회에 다루어진다.

볼 수 없다.

이와같이 多様な 性質을 갖는 여러가지 措置들을 규정하고 있는 警察官職務執行法에 관하여 一般的 授權條項의 문제에 대하여는 제3장에서 고찰하였으므로, 이 장에서는 그 이외의 문제에 대하여 제2장의 獨逸統一警察法模範草案을 참고로 하면서 立法論의 方向에 중점을 두고 보기로 한다.<sup>71)</sup>

## 2. 警察의 職務 및 總則的 規定

### 가. 警察의 職務

警察의 職務 및 一般的 授權條項과 관련된 문제 등에 관하여는 앞에서 고찰한 바와 같다.

### 나. 比例의 原則 (過剩禁止의 原則)

警察官職務執行法은 『제1조 【목적】 ① 이 법은 국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 警察官의 직무수행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다. ② 이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다.』라고 규정하여, 警察官職務執行法의 목적을 규정한 조항에 「비례의 원칙」과 주로 裁量權 行使와 관련되

71) 本稿는 一般的 授權條項을 중심으로 한 警察權에 관한 근거법의 整備에, 중점을 두고 고찰하기 위하여, 一般的 授權條項을 규정함으로써 중요한 참고 자료가 되는 逸統一警察法模範草案의 내용을 概括적으로 살펴보고, 그 내용을 참고로 하여 우리 나라 警察官職務執行法上 다른 부분까지도 立法的 整備에 관하여 고찰하는바, 一般的 授權條項 문제 外의 다른 부분에 대한 고찰은 立法的 整備에 관하여도 概略的이다. 예컨대, 警察上의 強制에 관한 부분의 경우, 그에 대한 深度 있는 理論的 考察을 바탕으로 一般 行政強制에 관한 考察과 더불어 행해져야 하나, 本稿에서는 概略적으로 다루어지게 된다. 警察上의 強制 등 警察作用에 대한 보다 具體的인 考察이나 立法論, 獨逸統一警察法模範草案에 대한 보다 精密한 具體的인 考察 등은 다른 기회에 다루어진다.

는 「權限濫用 禁止」에 관한 규정을 두고 있으나, ①·② 항을 분리하여 규정하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>72)</sup>

#### 다. 警察 責任

우리나라에서는 警察權發動의 條理(法)上 限界로서(警察責任의 原則) 狀態責任, 行爲責任, 非責任者에 대한 警察權發動 등을 論하는 것이 傳統的 見解이나, 누구에게 警察權을 발동할 수 있는가 하는 문제는 法으로 規定하여야 한다.

警察官職務執行法 제5조 위험발생의 방지에 관한 규정 제1항은 다음과 같이 규정하여

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

1. 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 필요한 경고를 발하는 것
2. 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도내에서 억류하거나 피난시키는 것
3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것』

어느 정도 直接施行과 非責任者에 대한 措置 등에 관하여 規律을 하고 있으나, 이 規定만으로는 충분치 못하므로,<sup>73)</sup> 獨逸統一警察法模範草案을 참고로 하여 行爲責任·狀態責任, 非責任者에 대한 措置, 直接施行(費用徵收 포함), 非責任者에 대한 措置(損失報償規定 포함) 등에 관하여 規定을 두는 것이 바람직하다고 본다.

72) 이기우, 전계 논문, 95면 참조.

73) 이기우, 전계 논문, 96면 참조.

### 3. 警察의 權限

#### 가. 一般的 授權條項

警察의 職務 및 一般的 授權條項과 관련된 문제 등에 관하여는 역시 앞에서 고찰한 바와 같다.

#### 나. 不審檢問

警察官職務執行法 제3조는 『不審檢問』이라고 제목을 붙이고 있으나, 이러한 威壓的 表現<sup>74)</sup>보다는, 獨逸統一警察法模範草案처럼 「身元確認」이나 日本 警察官職務執行法처럼 「質問」으로 하는 것이 좋을 것이다.

警察官職務執行法上은 『수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자』에 대하여만 不審檢問이 인정되는데, 一齊檢問(檢問檢索) 등을 고려하여 明確한 根據 規定을 마련하는 것이 바람직하다고 본다. 이 경우 獨逸統一警察法模範草案 제9조의 檢問所에 관한 규정이 참고가 될 수 있을 것이다. 또 同草案 10조처럼 身元確認이 어려울 때의 指紋檢査·寫眞撮影 등에 관하여도 채택을 신중히 고려해 보아야 할 것이다.

#### 다. 保護措置

保護措置에 관하여 警察官職務執行法은 제4조에서 『①경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 다음 각호의 1에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보

74) 김남진, 전계 논문, 29면 참조.

건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다.(개정 88.12.31)

1. 정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자

2. 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자. 다만, 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다.』라고 규정하여, 迷兒·病者·負傷者 등에 대하여는 意思에 반한 保護措置를 허용하지 아니하고 있다.

迷兒·病者·負傷者 등의 경우에는 완전히 자유로운 意思決定을 할 수 없는 경우가 많은데, 당해인이 保護措置를 거절하는 경우에 保護措置를 못하도록 규정한 것은 타당한 立法이 아니라고 본다. 1988년 改正<sup>75)</sup> 以前의 규정처럼 『다만, 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다.』 부분은 削除되어야 한다고 본다.

獨逸統一警察法模範草案에서는 『자유로운 意思決定을 할 수 없는 상태에 있거나 타인의 도움을 받을 수 없는 상태에 있기 때문에 신체·생명의 危險으로부터 보호하기 위하여 필요한 때』에는 保護留置까지 허용하고 있다. 물론, 법관의 판단을 받도록 하고 있지만, 『警察措置의 理由가 없어지고 난 후에야 비로소 법관의 결정이 있을 것으로 인정될 때에는 법관의 決定을 求할 필요』가 없도록 하여 警察의 판단만으로 保護『留置』가 가능하도록 하고 있다.

同草案에서는 13조에서 16조까지 保護留置에 관하여 비교적 자세한 규정을 두고 있는데 이러한 규정들은 警察官職務執行法을 정비함에 있어서 좋은 참고 자료가 되리라 본다.

#### 4. 警察 強制

75) 이른바 박종철군 사건 이후 「警察權으로부터 基本的人權의 保障」을 취지로 警察官職務執行法이 개정될 때 그 일환으로 이와 같이 개정되었으나 이 부분은 拙速立法이었다고 본다.

건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다.(개정 88.12.31)

1. 정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자

2. 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자. 다만, 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다.』라고 규정하여, 迷兒·病者·負傷者 등에 대하여는 意思에 반한 保護措置를 허용하지 아니하고 있다.

迷兒·病者·負傷者 등의 경우에는 완전히 자유로운 意思決定을 할 수 없는 경우가 많은데, 당해인이 保護措置를 거절하는 경우에 保護措置를 못하도록 규정한 것은 타당한 立法이 아니라고 본다. 1988년 改正<sup>75)</sup> 以前の 규정처럼 『다만, 당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다.』 부분은 削除되어야 한다고 본다.

獨逸統一警察法模範草案에서는 『자유로운 意思決定을 할 수 없는 상태에 있거나 타인의 도움을 받을 수 없는 상태에 있기 때문에 신체·생명의 危險으로부터 보호하기 위하여 필요한 때』에는 保護留置까지 허용하고 있다. 물론, 법관의 판단을 받도록 하고 있지만, 『警察措置의 理由가 없어지고 난 후에야 비로소 법관의 결정이 있을 것으로 인정될 때에는 법관의 決定을 求할 필요』가 없도록 하여 警察의 판단만으로 保護『留置』가 가능하도록 하고 있다.

同草案에서는 13조에서 16조까지 保護留置에 관하여 비교적 자세한 규정을 두고 있는데 이러한 규정들은 警察官職務執行法을 정비함에 있어서 좋은 참고 자료가 되리라 본다.

#### 4. 警察 強制

75) 이른바 박종철군 사건 이후 「警察權으로부터 基本的人權의 保障」을 취지로 警察官職務執行法이 개정될 때 그 일환으로 이와 같이 개정되었으나 이 부분은 拙速立法이었다고 본다.

警察官職務執行法上的 措置(이른바 標準的 措置라 할 수 있다)에는 여러 가지 성질이 다른 警察作用이 있는데,<sup>76)</sup> 이 중에는 直接強制 등 強制執行도 포함되어 있으나, 體系的으로 整備되어 있지 못하다.

일반 行政作用의 경우에도 非代替的 義務를 強制하는 直接強制와 執行罰(履行 '強制金')은 一般化되어 있지 못하고 각 單行法에서 특별히 규정하는 경우에 한해서 인정되고 있어 행정의 實效性 確保에 문제가 많은 바, 일반 行政作用에 대한 強制制度의 整備와 並行하여 警察官職務執行法의 強制制度를 整備하는 것이 理想的이다.

그러나, 警察作用은 緊急性·多樣性·狀況適應性 등 일반 行政作用과는 다른 特殊性이 두드러지게 나타나는 분야이므로, 우선 警察法 분야에서라도 獨逸統一 警察法模範草案처럼 強制制度를 體系的으로 整備하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>77)</sup>

模範草案에서는 28조에서 44조까지, 直接強制에 관한 直接的인 규정만도 33조에서 44조까지 12개 조문에 걸쳐 자세하게 規律을 하고 있는데 그 내용을 일별하면 다음과 같다.

代執行은 代替的 作爲義務의 不履行에 대하여 義務者의 費用으로 行政機關이 直接<sup>78)</sup> 또는 제3자에게 시켜 義務의 내용을 強制的으로 實現시키는 것이고, 直接強制는 體力, 그 보조수단, 무기에 의하여 다른 사람 또는 물건에 대하여 영향을 주어 의무의 내용을 강제로 실현시키는 것인데, 다른 수단으로 목적을 달성하기 어려운 경우에 인정되나, 陳述에 대한 直接強制는 허용되지 아니한다. 그리고 代執行의 경우는 의무자가 비용을 부담하지만 直接強制的 경우는 원칙으로—특별

76) 앞에서 고찰한, 제4장 기타 警察官職務執行法의 整備, 1.序論 부분 참조

77) 김남진, 전계 논문, 32면.

78) 독일에서는 獨逸統一警察法模範草案과는 달리 행정기관이 「直接」하는 경우만은—代替的 義務의 경우에도— 直接強制로 파악하는 州 立法例도 적지 않다. 연방행정집행법도 마찬가지이다.

우리 나라는 模範草案의 경우와 같이 행정기관이 直接하는 경우도 代執行으로 보고 있다 (행정대집행법 제2조)

한 규정이 없는 한 -행정 기관이 비용을 부담한다.<sup>79)</sup>

긴급한 경우에는 戒告 등 事前節次 없이 強制(直接強制 및 代執行)하는 것이 허용되며, 이를 即時執行(即時強制)이라고 한다.

強制와 刑事處罰은 併科될 수 있으며, 強制金은 원칙으로 非代替的 義務에 관해서 인정되는데, 강제금을 이행하지 아니한 경우에는 代替拘留도 인정되고 있다.

直接強制的 수단으로서는 身體의 束縛(留置)도 인정되며, 또 武器使用에 대해서는 총칙, 사람에 대한 사용, 多衆에 대한 사용 등으로 나누어 자세한 규정을 두고 있다.

이와 같은 구체적인 내용을 담고 있는 獨逸統一警察法模範草案은 警察 強制에 관한 警察官職務執行法의 규정을 整備함에 있어서 좋은 참고 자료가 되리라고 본다.

## 5. 損害填補와 費用償還

### 가. 損失報償

警察責任者(警察 障礙를 惹起한 자 등 秩序 攪亂者)에 대한 警察權 발동의 경우에는 報償의 문제가 생기지 아니하지만, 非侵害者에 대한 警察權의 發動은 特別한 犧牲이 되므로 報償을 해야 한다. 그러나 警察官職務執行法 등 警察 關聯法律에는 報償에 관한 규정을 찾아보기 힘들다. 報償에 관한 法律 規定이 없는 경우에도 보상을 해주도록 하는 報償理論上的 노력 내지 憲法 解釋上的 노력이 없는 것은 아니지만, 法律에 報償에 관한 明文規定을 두어 해결하는 것이 가장 바람직한 해결 방법이다. 災難 등 緊急狀況(非常事態)의 경우에 警察 非責任者에 대하여도 警察權을 發動할 수 있도록 규정을 두어<sup>80)</sup> 확실한 法的 뒷받침을 해

79) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, S.389f, 397f

80) 앞 2. -(3) 警察 責任 부분 참조

한 규정이 없는 한 -행정 기관이 비용을 부담한다.<sup>79)</sup>

긴급한 경우에는 戒告 등 事前節次 없이 強制(直接強制 및 代執行)하는 것이 허용되며, 이를 即時執行(即時強制)이라고 한다.

強制와 刑事處罰은 併科될 수 있으며, 強制金은 원칙으로 非代替的 義務에 관해서 인정되는데, 강제금을 이행하지 아니한 경우에는 代替拘留도 인정되고 있다.

直接強制的 수단으로서는 身體의 束縛(留置)도 인정되며, 또 武器使用에 대해서는 총칙, 사람에 대한 사용, 多衆에 대한 사용 등으로 나누어 자세한 규정을 두고 있다.

이와 같은 구체적인 내용을 담고 있는 獨逸統一警察法模範草案은 警察 強制에 관한 警察官職務執行法의 규정을 整備함에 있어서 좋은 참고 자료가 되리라고 본다.

## 5. 損害填補와 費用償還

### 가. 損失報償

警察責任者(警察 障礙를 惹起한 자 등 秩序 攪亂者)에 대한 警察權 발동의 경우에는 報償의 문제가 생기지 아니하지만, 非侵害者에 대한 警察權의 發動은 特別한 犧牲이 되므로 報償을 해야 한다. 그러나 警察官職務執行法 등 警察 關聯法律에는 報償에 관한 규정을 찾아보기 힘들다. 報償에 관한 法律 規定이 없는 경우에도 보상을 해주도록 하는 報償理論上的 노력 내지 憲法 解釋上的 노력이 없는 것은 아니지만, 法律에 報償에 관한 明文規定을 두어 해결하는 것이 가장 바람직한 해결 방법이다. 災難 등 緊急狀況(非常事態)의 경우에 警察 非責任者에 대하여도 警察權을 發動할 수 있도록 규정을 두어<sup>80)</sup> 확실한 法的 뒷받침을 해

79) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, S.389f, 397f

80) 앞 2. -(3) 警察 責任 부분 참조

중으로써 警察 목적을 效率的으로 달성할 수 있도록 하고, 適法한 公權力의 행사로 인한 犧牲에 대해서는 보상을 해 주도록 하여야 할 것이다. 이렇게 하는 것이 公權力의 發動에 의한 국가 목적의 달성과 基本的 人權보장의 이념을 法治主義의 原理에 의해 調和시키는 것이라고 본다.

아울러 제3자가 입은 피해의 보상, 人身侵害에 대한 보상, 直接施行을 위해 경찰이 지출한 비용의 求償 문제 등도 앞으로는 考慮의 대상이 되어야 할 것이라고 본다.<sup>81)</sup>

#### 나. 費用 償還

現行法令에도 代執行내지 直接強制에 소요된 비용의 徵收에 관한 규정(행정대집행법 제2조·제6조, 도로교통법 제31조 6항 등)이 있는데, 앞으로는 政治 集會나 示威 또는 收益性 行使 등과 관련하여 所要된 經費의 徵收 문제나 收益性 行使의 警備도 일정 부분 開催者가 책임을 지도록 하는 문제 등에 관하여도 이를 고려해 볼 만하다고 본다.<sup>82)</sup>

#### 다. 損害賠償

警察官의 職務상 不法行爲로 손해를 입힌 경우 등에 있어서는 국가가 損害賠償 책임을 지는데, 損害賠償에 관하여는 國家賠償法이 마련되어 있으므로, 損害賠償 책임의 擴大 문제 등도 그 법의 解釋論·立法論의 문제로 해결될 수 있으며, 警察官職務執行法 등에서 별도로 규율할 필요는 없다고 본다.

81) 김남진, 전계 논문, 36면 참조.

82) 김남진, 전계서, 313면 이하 참조.



연구보고서 95-19

## 警察作用法에 관한 研究

---

---

1995年 12月 日 印刷  
1995年 12月 日 發行

發 行 金 本 植  
編 輯 治 安 研 究 所  
印 刷 大 韓 文 化 社

---

---

