

2006-01 | 책임연구보고서

**경찰관직무집행법상의
위험방지조치에 관한 연구**

치안정책연구소
POLICE SCIENCE INSTITUTE

**경찰관직무집행법상의
위험방지조치에 관한 연구**

치안정책연구소 정책기획연구실

연구관 백 창 현

<제목 차례>

| | |
|-----------------------------|----|
| 제1장 서론 | 1 |
| 제2장 위협의 개념과 유형 | 2 |
| 제1절 위협의 개념과 구성요소 | 2 |
| 1. 위협의 개념 | 2 |
| 2. 위협의 구성요소 | 3 |
| 3. 소결 | 8 |
| 제2절 위협의 유형 | 9 |
| 1. 서 | 9 |
| 2. 구체적 위협과 추상적 위협 | 10 |
| 3. 개별적 위협 | 17 |
| 제3절 경직법상의 위협과 위해 | 26 |
| 1. 현황 | 26 |
| 2. 검토 | 27 |
| 제3장 경직법상의 위협방지의 수단 | 28 |
| 제1절 서 | 28 |
| 제2절 개괄적 수권에 의한 위협방지수단 | 29 |
| 1. 경찰권 발동근거로서의 수권조향성 | 29 |
| 2. 학설 동향 | 31 |
| 3. 소결 | 48 |

| | |
|-------------------------------|----|
| 제3절 개별적 수권에 의한 위험방지수단 | 49 |
| 1. 경직법 제5조(위험발생의 방지) | 49 |
| 2. 경직법 제6조(범죄의 예방과 제지) | 49 |
| 3. 경직법 제7조(위험방지를 위한 출입) | 72 |
| | |
| 제4장 결론 | 86 |
| | |
| 참고문헌 | 90 |

제1장 서론

일반적으로 경찰의 목적은 사회공공의 안녕과 질서에 대한 위해(위협과 장애)의 방지 및 제거에 있다고 할 수 있으며, 따라서 국민의 생명·신체·재산에 대하여 긴급한 위험이 있는 경우 그 위험의 발생을 방지하거나 장애를 배제하는 것이 경찰의 중요한 책무중의 하나라고 할 것이다.

독일의 통일경찰법모범초안(MEPoIG) 제1조 제1항을 보면, “경찰은 공공의 안전 혹은 질서에 대한 위험을 방지하는 것을 그의 직무로 한다. 경찰은 이러한 직무의 범위내에서 범죄행위에 대한 수사를 하기 위한 준비를 하여야 한다”고 규정하고 있으며, 우리의 경찰관직무집행법(이하 “경직법”이라고 한다)에서도 제2조 제5호에서 경찰의 직무의 범위중의 하나로 “기타 공공의 안녕과 질서유지”를 규정하여 경찰의 목적이 공공의 안녕과 질서에 대한 위해의 방지와 제거에 있음을 알 수 있다.

이와 같은 경찰의 목적달성을 위한 경찰의 임무수행은 주로 개개의 위험방지조치를 통하여 이루어진다. 경직법 제5조는 “경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 …… 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다.”고 규정하여 이를 뒷받침하고 있으며, 이외에도 제6조 범죄의 예방과 제지, 제7조 위험방지를 위한 출입 등을 규정하고 있다. 이러한 규정의 내용들은 주로 개인에게 명령·강제하는 방법에 의존하고 있는 권력적·침익적 작용이라고 할 수 있으며, 따라서 법치주의 내지는 법률에 의한 행정의 원리에 따라 반드시 법적 근거가 있어야 한다. 그러므로 경찰권의 행사는 개별적인 작용법에 의거하여 엄격하게 행사되어야 하는 것이 원칙이지만 경직법 규정의 대부분이 불확정적이고 추상적으로 되어 있어 권한행사에 어려움과 혼란을 초래하고 있다. 이러한 현상은 경찰권 행사가 장래 발생이 예상되는 공공의 안녕과 질서에 대한 위험을 예방하거나 장애를 제거하는 작용이므로 사전에 장래 발생 가능성이 있는 다양한 위해를 모두

예견하여 그 대책을 구체적으로 규정하는 것이 입법 기술적으로 불가능하기 때문이다. 경직법 제5조의 규정도 예외가 아니며, 따라서 경찰권 행사에 있어서 혼란과 어려움이 발생할 것이라는 것은 쉽게 이해될 수가 있다.

본고는 앞에서 언급한 경찰권 행사시에 경찰관들이 느낄 수 있는 혼란과 어려움을 조금이나마 덜어주고자 하는데 있다. 즉 불확정개념으로 규정되어 있는 위험의 의미와 위험을 방지하기 위한 경직법상의 여러 가지 조치수단중 제5조, 제6조, 제7조를 중심으로 하여 살펴보고자 한다.

제2장 위험의 개념과 유형

제1절 위험의 개념과 구성요소

1. 위험의 개념

경찰의 목적이 공공의 안녕과 질서에 대한 위험의 방지와 장해를 제거하는데 있다는 것은 주지의 사실이다. 따라서 경찰권이 행사되기 위해서는 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 존재하여야 한다.

여기서 위해는 위험과 장해를 합친 개념으로서, 이 가운데 위험¹⁾은 만일에 그것을 방지하게 되면 가까운 장래에 공공의 안녕과 질서에 손해(법익이나 가치의 감소)를 가져올 개연성(또는 구체적 위험)이 있는 상태를 의미하고, 장해라고 함은 위험이 현실적으로 발생한 상태를 의미한다

1) 통상 위험이라고 번역되는 'Gefahr'를 위해라고 번역하여 사용하는 견해가 있으나(류지태, 행정법신론, 신영사, 2004, 771면; 동인, 행정법에 있어서의 위험의 개념, 고시계, 1991, 10, 110면; 김성수, 개별행정법, 법문사, 2001, 465면), 이미 손해가 현실화되었다는 의미의 장해(Störung)와의 구별을 고려하여 '위험'이라고 사용하기로 하며, 이것이 전체적인 위해를 이해하는데 도움이 된다고 본다.

고 말해지고 있다. 결국 위와 같은 요건이 충족될 때에 일반적으로 경찰권을 발동할 수 있는 셈인데, 이 가운데 가장 어려운 문제를 제공하는 것이 위협의 문제이다. 장해는 위협이 이미 발생한 상태를 의미하므로 그의 판단이 그리 어렵지 않다고 말할 수 있다. 그러나 위협은 예측의 성질을 가지므로 그의 판단이 용이하지 않다.²⁾ 이하에서는 위협의 개념의 내용을 분설해 보기로 한다.

2. 위협의 구성요소

가. 손해(Schaden)

경찰법상의 손해(이를 손상³⁾이나 침해⁴⁾로 표현하기도 한다)⁵⁾란 공공의 안녕과 질서의 개념에 포함되는 규범, 권리, 법익이 외부로부터의 영향으로 훼손되는 것을 말한다.⁶⁾ 손해는 보호되는 개인 또는 공동체의 이익의 통상적인 현재상태가 객관적으로 감소되는 경우에 있게 된다. 다만 법익이 완벽하게 불이익을 입지 않고 있는 경우는 현실적으로 상정하기 어렵기 때문에 모든 침범을 손해라고 할 수는 없다.⁷⁾

또한 손해는 예견되는 침해가 일정한 강도에 달했을 때, 즉 공공의 안녕 혹은 질서라는 법익이 ‘현저하게’(in nicht unerheblich Weise) 침해된 경우에 존재한다. 따라서 단순한 부담, 불이익, 불편함 또는 마음에 들지 않음에 그치는 것은 일반적인 생활위험과 마찬가지로 여기서의 손

2) 김남진, 경찰상의 위협과 위협의 혐의 등, 고시연구, 2001.9, 88면.

3) 김성태, 위협방지조치와 구체적 위협, 법학연구 제5집, 홍익대학교 법학연구소, 2003, 69면.

4) 이호용·김중세, 경찰권 발동의 근거로서 ‘위협’의 개념과 양태, 한국공안행정학회보 제19호, 한국공안행정학회, 2005.2, 425면.

5) 따라서 이하에서는 인용논문에서 손상과 침해로 표현된 것을 본고에서는 손해로 표현하기로 한다.

6) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2001, 61면(열번호 141).

7) 김성태, 앞의 논문, 70면.

해의 개념을 충족하지 못하므로 경찰에 의하여 저지될 수 없다.⁸⁾ 그러나 그 자체로는 손해가 될 수 없는 단순한 부담도 그것이 빈발하게 되면 전체로써 여기서의 손해가 될 수 있다는 것에 유의하여야 한다. 또한 단순한 부담들이 결합되어 그것이 수인할 수 있는 정도를 넘어서게 되면 손해로 평가될 수도 있다.⁹⁾

위험은 엄밀한 의미에서 미래의 손해에 대한 개연성이 인정될 때 성립하는 것이기 때문에 위험개념에 있어서의 손해는 미래의 손해(künftiger Schaden)를 의미한다. 위험을 미래의 손해로 파악하는 것은 경찰의 관념을 미래의 손해에 대한 방지로 이해한 18세기 말경의 Karl Friedrich Häberlin에서부터 이미 유래한다. Häberlin은 1770년에 Johan Stefan Pütter가 후학자들에 의해서 미래의 악의 방지를 위한 고려 또는 미래의 위험에 대한 방어로 설명되는 cura avertendi mala futura의 원칙을 가지고 경찰의 개념을 한정하는 것을 받아들이면서, 바로 지금의 악이 아닌 오직 미래의 악을 방지하는 것이 경찰의 임무라고 설명하여 위험개념에 있어서의 시간적 요소에 대한 언급을 한 바 있다.¹⁰⁾

위험의 성립에 있어서 손해의 발생이 목전에 급박할 필요는 없다는 점에 이론이 없다. 다만 위험이 존재하기 위해서 시간적으로 언제까지 손해가 발생할 수 있는 것이어야 하는가에 대해서는 명확히 설명하기 어렵다. 독일의 문헌에서 손해가 가까운 미래에(in naher Zukunft) 발생가능함을 요한다고 설명되기도 하고,¹¹⁾ 조망할 수 있는 미래의 언젠가(irgendwann in überschaubarer Zukunft)의 손해발생이면 충분하다¹²⁾고 하는 식으로 달리 표현되어 통일적이지 않은 것도 이러한 이유 때문

8) 서정범, 경찰권 발동에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1992, 56면.

9) 서정범, 앞의 논문, 56면.

10) Häberlin, Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter Bd. 1, 1794, Vorrede S. VIII(김성태, 앞의 논문, 70면 재인용).

11) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in:Steiner(Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999, 202면(열번호 56).

12) Götz, 앞의 책, 61면(열번호 142).

일 것이다.

위험에 있어서의 손해가 미래의 손해를 의미하더라도 여하튼 시간상 극단적으로 멀리 떨어져 있는 손해의 경우에는 위험의 성립여부에 대한 논란을 크게 한다. 실제에 있어서는 손해가 먼 미래에 발생한다는 것은 상정될 수 있는 경찰상 개입이 먼 미래에 속할 수 있음을 의미하며, 이러한 경찰상 개입의 시점이 점점 더 먼 미래에 속할수록 집행경찰의 관할은 예상될 수 있는 질서행정청에 의한 작용보다 점점 더 적게 고려될 것이다.¹³⁾

결국 실제로 현존하는 정상적인 상태의 존속이 외부로부터의 불규칙한 침해에 의하여 객관적으로 감소될 때에만 손해가 존재한다고 할 수 있는 것이다. 따라서 어떤 물건의 정상적인 소모는 여기서의 손해로 볼 수 없다. 경찰이 이러한 손해의 존재에 대한 판단은 ‘정상인’의 판단이 적도가 된다고 할 수 있는데, 정상인의 판단은 일률적으로 확정되어 있는 것은 아니며, 시간의 흐름, 그때 그때의 지역적 상황에 따라서 달라질 수 있는 것이다. 즉 주간에는 단순한 부담으로서 수인하여야만 하는 소음수치가 야간에는 건강에 유해한 부담이 될 수도 있으며, 시골생활에서는 일상적인 냄새가 도시에서는 위험원이 될 수도 있는 것이다.¹⁴⁾

따라서 손해의 존재에 대한 판단은 주위의 환경, 손해의 성질과 반복성, 손해를 받는 인적범위 등을 고려해서 모든 이익을 비교형량을 통해 가치판단에 의해 결정할 수 밖에 없다. 이렇게 본다면 손해의 존재에 대한 판단을 잘 할 수 있도록 교육이나 연수, 훈련의 실시 등 경찰의 부단한 노력이 필요하다고 할 것이다.

나. 손해발생의 충분한 개연성

13) 김성태, 앞의 논문, 71면.

14) 서정범, 앞의 논문, 56면.

충분한 개연성이란 법익이 통상적으로 위협받는 정도를 넘어서는 경우, 다시 말해서 보통의 감수할 수 있는 손해가능성을 넘어서는 경우에 손해발생에 대한 충분한 개연성(hinreichende Wahrscheinlichkeit)이 있다고 말한다. 즉 손해의 발생이 일반적인 생활상의 리스크(Risiko)를 넘어서는 경우에 충분한 개연성이 있는 것이며 결국 경찰법상의 위험은 특별한, 사회적으로 상당하지 않은 리스크를 뜻하게 된다.¹⁵⁾ 따라서 손해발생의 단순한 추정 혹은 약간의 가능성만으로는 충분하지 않다. 그러나 손해의 발생이 확실하거나 목전에 급박할 것은 요구하지 않는데, 이는 단순한 개연성 혹은 손해발생과 동떨어지지 않은 가능성의 경우에도 위험이 인정될 수 있다고 설명하는 견해¹⁶⁾에서도 알 수 있다.

결국 경찰법상의 위험을 예측되는 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상태로 정의한다면 어느 정도의 개연성이 있어야 위험이라고 말할 수 있고 또한 개연성을 어떻게 판단해야 하느냐 등이 문제가 된다고 할 것이다. 이러한 위험판단에서 요구되는 개연성의 정도는 위험의 강도에 따라 달라진다는 점을 유의해야 한다. 즉 위험이 증대할수록 약한 개연성에도 경찰권이 발동될 수 있다.¹⁷⁾ 따라서 발생가능한 손해가 매우 중대하여서, 특히 생명·건강과 같은 고차원의 보호법익이 위협을 받는 경우라면 손해발생의 개연성은 최소한으로 족하다고 할 것이다. 이렇게 볼 때, 위험의 개념에 있어서 개연성의 정도와 손해는 반비례관계에 있다고 할 수 있을 것이다.¹⁸⁾

다. 객관적인 위험상황

15) Gusy, Polizeirecht, 4.Aufl.,2000, 110면(열번호 110).

16) Götz, 앞의 책, 61면(열번호 142).

17) 이를 반비례정식이라고 할 수 있을 것이며, 독일연방행정재판소는 여러 판례를 통하여 이러한 정식을 세우고 있다(BVerwGE 45, 51(61)).

18) Wolff·Bachof·Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, 55면(서정범, 앞의 논문, 58면 재인용).

위험방지를 위한 경찰작용은 항상 미래의 손해에 대한 것이기 때문에 위험을 방지하는 조치들에 있어서는 손해에 대한 예측이 행해진다. 예측에 의하여 과거와 현재의 사정으로부터 미래의 사건을 추론하게 되며, 이러한 의미에서 예측은 ‘미래에 대한 정신적 선취’라고 표현되기도 한다.¹⁹⁾ 따라서 어떤 상황으로부터 손해가 발생할 개연성이 있다는 예측은 학문적 인식 혹은 경험지식에 의거한다.²⁰⁾ 미래의 손해에 대한 추론을 이유있게 하는 근거가 그 언급의 시점에 현존하는 경우에 예측은 정당하며, 추후에 실제 손해가 발생하였는지의 여부는 예측의 정당성과는 관계가 없다고 보아야 한다.

이와 같이 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협이라고 인정될 수 있는지의 여부에 대한 판단은 예측에 근거하는 바, 그 예측에 있어서는 ‘사전적(ex ante)’, 즉 경찰이 개입하는 시점에서의 사실상태와 인식가능성이 기준이 된다.²¹⁾ 따라서 경찰이 개입하는 시점에서 상황을 정당하게 평가하였다면, 사건의 전개가 시간의 흐름에 따라 예측한 것과 달리 진행된다고 하더라도 경찰이 위협의 존재를 이유로 개입한 것은 위법하지 않다.

한편 손해발생의 개연성은 ‘객관적인’ 고찰로부터 밝혀져야 한다. 즉 경찰개입의 정당성은 행위를 하는 공무원의 주관적인 확신에서 나오는 것이 아니라 객관적으로 존재하는 상태에서 나오는 것이다. 그러나 객관적으로는 아무런 손해도 발생할 수 없거나 손해의 발생이 분명하지 않지만, 행정청의 관점에서는 위험상황이라고 받아들여지거나 추정될 수 있는 경우가 있으므로 객관적 관점에 따른 판단이 언제나 만족할만한 것은 아니라고 할 수 있다.²²⁾

19) Ossenbühl, die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: von Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1998, 458(501)면(김성태, 앞의 논문, 72면 재인용).

20) Götz, 앞의 책, 63면(열번호 151).

21) Wolff·Bachof·Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, 55면(서정범, 앞의 논문, 58면 재인용).

3. 소결

앞에서 살펴본바와 같이 실질적 의미에 있어서의 경찰은 공공의 안녕과 질서에 대한 위해(위험과 장애)를 방지함을 임무 또는 목적으로 한다고 말해지고 있다. 여기에서 ‘공공의 안녕’이라고 함은, 한편으로 개인의 생명·신체·자유·재산과 같은 개인적 법익이 침해받지 않으며, 다른 한편으로는 국가적 공동체의 존속과 기능이 방해받지 않고 정상적으로 활동하는 상태를 의미하고, 공공의 질서라고 함은 사회의 지배적인 가치관에 비추어 그것을 준수하는 것이 원만한 공동생활을 위한 전제요건이 되는 법규범 이외의 규범의 총체를 의미한다고 새겨지고 있다.

위해는 위험과 장애를 합친 개념으로서, 이 가운데 위험은 만일에 그것을 방지하게 되면 가까운 장래에 공공의 안녕과 질서에 손해(법익이나 가치의 감소)를 가져올 개연성이 있는 상태를 의미하고, 장애라고 함은 위험이 현실적으로 발생한 상태를 의미한다고 말할 수 있다.

결국 위와 같은 요건이 충족될 때에 일반적으로 경찰권을 발동할 수 있는데, 이 가운데 가장 어려운 문제를 제공하는 것이 위험의 문제임은 앞서 살펴보았다. 그러나 위험은 예측의 성질을 가지므로 그의 판단이 용이하지 않는데, 이를 정리해 보면 다음과 같다.²²⁾

첫째, 법령의 위반은 법익의 침해가 없더라도 위험의 요건이 충족되는 것으로 본다. 따라서 교통법규의 위반은 그로 인하여 교통의 방해가 현실적으로 발생하지 않더라도 위험이 존재하는 것이다.

둘째, 위험은 외부적인 영향에 의하여 초래될 것이 요구된다. 따라서 예컨대 개인이 가지고 있는 음식이 오래되어 부패되었다는 사실만으로는 아직 위험이 있다고 할 수 없으며, 그 음식이 유통의 대상이 되어 타인에게 손해를 가할 개연성이 있는 경우에 비로소 위험이 있는 것이 된다.

22) 서정범, 앞의 논문, 59면.

23) 김남진, 앞의 논문, 88면.

셋째, 가치 또는 법익의 감소를 가져오는 손해가 발생할 개연성이 있어야 하며, 단순한 불이익 또는 부담이 있는 것만으로는 부족하다.

넷째, 손해는 가까운 장래에 발생할 개연성이 있어야 하며, 먼 훗날에 손해가 발생할 가능성이 있는 것, 이른바 잠재적 장애(latente Störung)는 위험 또는 장애로 볼 수 없다.

다섯째, 예컨대 친구끼리 장난으로 칼싸움을 하고 있는데, 경찰관이 진짜 싸움으로 판단한 경우 등은 외관상 위험으로서 위험의 일종으로 볼 수 있다.

여섯째, 예컨대 “촬영중 접근금지”라는 표지판을 옆에 세워놓고 살인극을 촬영중인데, 경찰관이 표지판을 보지 못하여 살인사건으로 오인한 경우 등은 오상의 위험으로서 위험에 속하지 않는다.

일곱째, 위험의 혐의도 위험으로 볼 수 있는가는 좀 더 논의가 필요하다고 할 것이다.

이와 같이 정리할 수 있는데, 이에 대하여 위험의 유형에서 좀더 심도 있게 다루어 보기로 한다.

제2절 위험의 유형

1. 서

위와 같은 분석을 기초로 하여 위험의 유형을 살펴보기로 한다. 이미 앞에서 언급한 바와 같이 위해는 위험과 장애를 합친 개념으로서, 장애는 위험이 현실적으로 발생한 상태를 의미하기 때문에 경찰권의 행사의 판단에 큰 어려움은 없다. 그러나 일반적으로 경찰권을 행사하는데 있어서 가장 어려운 문제를 제공하는 것이 위험의 문제이다. 그 이유는 위험이 나타나는 모습은 여러 가지로 인식할 수 있기 때문이다. 이것이 위험의 유형이라고 할 수 있다. 경찰권 행사에 의미 있는 위험을 알아보기

위해 먼저 경찰상의 위험을 구체적 위험과 추상적 위험으로 구분하여 살펴보고, 이에 대한 개별적인 위험의 유형을 알아보기로 한다.

2. 구체적 위험과 추상적 위험

가. 의의

위험은 구체적인 위험과 추상적인 위험으로 구분할 수 있으며, 경찰이 처분을 하기 위해서는 위험이 존재해야 하는데 그 위험에는 원칙적으로 구체적인 위험의 존재를 전제조건으로 한다. 이는 구체적인 시간과 장소에 따라서 확정되는 혹은 확정될 수 있는 상황으로부터 성립하는 위험을 말한다.²⁴⁾ 이에 비해 추상적 위험이란 특정한 행위 혹은 상태를 일반적·추상적으로 고찰했을 때 손해가 발생할 충분한 개연성이 있다는 결론에 도달하게 되는 경우에 존재한다.²⁵⁾ 간단히 말하면 구체적 위험이 발생할 것이라는 예견가능성을 어느 정도 미루어 짐작할 수 있는 상황을 의미한다. 개별적 수권조항이 있는 경우 추상적 위험의 경우에도 경찰권이 발동될 수 있으나, 개괄적 수권조항에 의한 경찰권 발동의 경우에는 추상적 위험으로는 할 수 없으며, 구체적 위험이 반드시 존재하여야 한다.

이와 같은 구체적 위험과 추상적 위험의 구분은 독일의 경우 Scholz에 의해서 주장되었으나 별 호응을 얻지 못하다가²⁶⁾ Drews에 의해서 비로소 보다 확고해진다. Drews는 일반적으로 구속적인 경찰명령에 있어서에는 그에 추상적으로 규정된 구성요건에서 도출된 위험의 장래발생의 충분한 개연성으로 족하지만, 경찰처분은 위험이 관련된 개별적인 사례에 있어서 실제로 존재하는 경우에 적법하다고 하여 추상적 위험과 구체

24) 서정범, 앞의 논문, 65면.

25) Schenke/서정범역, 경찰법사례연습, Book Plus, 2006, 40면.

26) Walker, Abstrakte und konkrete Gefahr, Diss., Tübingen, 1994, 57면(구형근, 경찰법상 위험방지에 관한 연구, 조선대 박사학위논문, 2005, 28면 재인용).

적 위험을 구별하고 있다.²⁷⁾

추상적 위험과 구체적 위험에 대한 관념은 1929년 프로이센고등법원의 이른바 양돈업자 판결²⁸⁾의 잠재적 위험·현실적 위험의 구분에서도 나타난다고 설명되기도 한다. 이 판결에 따르면 잠재적인 위험은 ‘공중’ 및 ‘모든 사례들’과 연결되어 언급되고 있고, 잠재적인 양돈에 존재하는 위험은 개별사례에서 현실적 위험으로 인정되어 방지되어야 하는 것이 된다.²⁹⁾ 따라서 잠재적 위험을 모든 사례에서 일반적으로 고려될 수 있는 위험으로, 현실적 위험을 개별사례에서의 위험으로 파악할 수 있다고 보는 경우에는 ‘잠재적’과 ‘현실적’이라는 표현은 결과적으로 ‘추상적’ 및 ‘구체적’과 같은 의미를 갖는 것으로 이해할 수도 있게 된다.

결국 양자의 차이를 간단히 말하면, 구체적 위험이 구체적인 사태와 관련된 것임에 반하여, 추상적 위험은 전형적인 추상적 내지 일반적인 사태와 관련이 있다. 또 구체적 위험은 경찰이 처분을 하기 위하여 원칙적으로 구체적인 시간과 장소에 따라서 확정되거나 확정될 수 있는 상황으로부터 성립하는 것인데 반하여 추상적 위험은 경찰명령을 받기 위하여 경험칙에 따를 때 특정한 유형의 행위 양식 혹은 상태로부터 개별적 경우에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 경우³⁰⁾라고 할 수 있을 것이다.

나. 개별사례에 존재하는 구체적 위험

예방적 경찰조치와 관련된 우리의 대법원 판례에서는 구체적 위험이라는 용어가 사용되고 있다.³¹⁾ 경찰법상의 위험개념에 대한 논의를 활발하

27) Drews, preußisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil, 2. aufl., 1995, 7면(구형근, 앞의 논문, 28면 재인용).

28) ProVGE 85, 272.

29) ProVGE 85, 272(273).

30) 서정범, 앞의 논문, 65면.

31) 경찰관들의 시위진압에 대하여 시위자들이 던진 화염병에 의하여 발생한 화재로 인하여 손

게 진행해 온 독일 경찰법학은 구체적 위험을 기본적으로는 개별사례에 (im einzelnen Falle) 존재하는 위험으로 이해하고 있다. 즉 구체적 위험(konkrete Gefahr)·추상적 위험(abstrakte Gefahr)의 관념이 구분된 이래 독일의 판례와 학설은 양개념을 구별하기 위한 다양한 시도를 해왔고,³²⁾ 개별사례에서의 위험을 구체적 위험으로 파악하는 이른바 양적 요소를 통한 이해가 주류를 이루고 있는 바, “개별사례에 존재하는 손해발생의 충분한 개연성”,³³⁾ “개별사례에 존재하는 위험 또는 생활현실에 존재하는 구체적 사정에서 발생하는 위험”³⁴⁾ 등의 설명이 그것이다.

구체적 위험을 이와 같이 이해하는 것은 구체적 위험이 추상적 위험을 요건으로 하는 경찰명령(Polizeiverdrdnung)과 구별되는 개념으로서의 경찰처분(polezeiverfügung)의 요건을 설명하면서 정립된 관념이라는 데에 기인한다. 경찰처분은 판단이 가능한 구체적인 개별경우에 언젠가는, 그러나 조망할 수 있는 미래에 상당한 개연성을 가지고 손해가 예상되는 경우에 행해지는 것으로서 경찰처분의 요건이 되는 위험은 개별사례에 실재하는 위험이다. 이러한 개별사례에 실재하는 위험이 구체적 위험이 된다. 그에 비해서 경찰명령은 특정한 행위방식 혹은 상태에 대한 일반·

해를 입은 주민이 국가배상을 청구한 사건에서, “경찰관은 공공의 안녕질서유지와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호도 그 임무로 하고 있으므로 이 사건과 같은 불법시위가 발생하는 경우 공공의 안녕질서유지를 위해 이를 저지하는 한편, 그로 인하여 국민의 생명, 신체 및 재산에 대한 손해가 발생하지 않도록 적절한 조치를 취할 의무가 있음은 원심이 판시한 바와 같으나, 국가배상책임은 공무원의 직무집행이 법령에 위반한 것임을 요건으로 하는 것으로서, 공무원의 직무집행이 법령이 정한 요건과 절차에 따라 이루어진 것이라면 특별한 사정이 없는 한 이는 법령에 적합한 것이고 그 과정에서 개인의 권리가 침해되는 일이 생긴다고 하여 그 법령적합성이 곧바로 부정되는 것은 아니라고 할 것이며, 불법시위를 진압하는 경찰관들의 직무집행이 법령에 위반한 것이 라고 하기 위하여는 그 시위진압이 불필요하거나 또는 불법시위의 태양 및 시위 장소의 상황 등에서 예측되는 피해 발생의 **구체적 위험성**의 내용에 비추어 시위진압의 계속수행 내지 그 방법 등이 현저히 합리성을 결하여 이를 위험하다고 평가할 수 있는 경우이어야 할 것이다.”고 판시하여 구체적 위험의 존재가 경찰에 의한 권리침해적인 예방적 경찰조치의 요건임을 밝히고 있다.(대법원 1997. 7.25 선고, 94다 2480)

32) Walker, 앞의 논문, 96면(김성태, 앞의 논문, 74면 재인용).

33) Denninger, Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger(Hrsg), Handbuch des Polizeirechts, 3.Aufl., 1992, 215면(열번호 32).

34) Götz, 앞의 책, 62면(열번호 144).

추상적 고찰에 의하면 개별사례에서 손해가 발생하곤 하여 재차 개별사례에서의 손해발생에 대한 판단없이 범규범에 의하여 이를 퇴치할 필요가 있는 경우에 발령되는 것으로서, 불특정수의 사례에서 불특정수의 사람에 대하여 발하여지는 추상적·일반적 규율이며 그의 발령요건이 되는 위험은 존재하는 현실사건에 따른 위험이 아니라 단지 가정적인, 상상된, 비실재적인 위험이다.³⁵⁾ 이처럼 경찰명령의 규율대상이 되는 불특정 다수의 사례에 있어서의 위험이 추상적 위험이 된다.³⁶⁾

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

우선 개별사례라고 하는 것이 규율되는 사정에 대한 것인지 관련된 수범자에 대한 것인지 아니면 양자 모두에 있어서 그런 것인지 다루어질 수 있고, 어떠한 사정이라고 하는 것이 여러 구성요소에 의해서 이루어져 있어 보는 관점에 따라서는 각기 다른 사정으로 파악될 수도 있기 때문이다.³⁷⁾ 또한 양적 요소를 강조하여 개별사례에 대한 규율인 경찰처분

35) Götz, 앞의 책, 263면(열번호 632)

36) 이처럼 추상적 위험이 존재하고 이를 경찰명령으로 규율하는 경우, 경찰명령의 일반적 명령 또는 금지가 과잉금지원칙에 반하지 않는 한, 개별사례에서 경찰명령상의 보호법익에 대한 구체적 위험이 확인되지 않는다 하더라도 경찰명령에 근거하여 행해지는 경찰조치는 단지 추상적 위험의 방지를 위해 발하여진 명령 또는 금지에 대한 위반임을 적시하면 충분하고 구체적 인 사례에서 보호법익에 대한 위험이 존재할 것을 요하지는 않는다고 한다. 예컨대 적색신호에 차도를 횡단하는 자는 야간에 주변에 소통하는 차량이 없더라도 교란자가 된다는 설명이 그것이다. Denninger, 앞의 책, 216면(열번호 33); 그러나 엄밀히 고찰해보면 그와 같은 경우에도 구체적 위험 혹은 장애가 존재한다고 할 수 있다. 즉 범령위반 또는 공공의 안녕의 보호법익으로서의 도로교통에 대한 훼손이라는 구체적 위험 내지 장애가 존재하는 것이다. Schenke, 앞의 책, 199면(열번호 47).

37) 화력발전소의 냉각탑에서 나오는 수증기로 인하여 발전소 주변의 도로가 일정한 기온하에서 결빙될 가능성이 존재하여 행정청이 화력발전소의 경영자에게 오직 냉각탑에서 나오는 수증기로 인하여 빙판이 만들어지는 경우에는 그를 제거할 의무를 부과하는 경우 시간적 관점에서 보면 매번 빙판이 만들어질 때마다의 불특정 다수의 경우가 되고 공간적 관점에서 보면 개별 경우에 대한 조치가 되며, 이와 같은 규율이 이루어지는 수범자는 특정인이 되므로 양적 관점

의 발령요건이 구체적 위험이라고 설명하는 경우, 일반처분에 해당하는지 혹은 법률에 해당하는지 논란의 소지가 있는 규율에 있어서는 그러한 규율의 형식을 무엇으로 파악하느냐에 따라서 위험의 종류가 유동적일 수 있는 모순이 발생할 수도 있다.³⁸⁾ 이와 같은 문제점 때문에 구체적 위험에 대한 보다 정확한 이해를 위해서는 양적 요소 이외의 다른 개념 징표에 대한 고찰도 필요하다.

다. 구체적 위험에서의 예측적·시간적 요소

위험의 개념요소로서의 손해발생의 개연성은 구체적 위험에서만 요구되는 것이 아니라 추상적 위험에서도 요구되는 것이다.³⁹⁾ 또한 단순한

에서의 구별에 의존하는 경우 그것이 구체적 위험인지 추상적 위험인지 명확하지 않게 된다. 위험의 종류에 대한 논란에도 불구하고 이와 같은 규율은 특정의 상대방에 대한 조치라는 점에서 행정행위의 성격을 갖는 경찰처분으로 파악되고 있다. 서정범(I), 경찰의 행위형식으로서의 경찰명령과 경찰상의 행정행위, 안암법학 제8호, 1998, 111면.

38) 예컨대 전염병위험으로 방송을 통한 상치의 판매금지 혹은 사고 위험으로 표지판을 설치하여 호수의 특정지역에 대한 수영을 금지하는 경우에 있어서 전자의 경우 기존의 야채와 생필품상을 생각하면 수범자 범위가 특정될 수 있는 것으로 보아 일반처분으로 볼 수 있지만 저렴한 판매를 이용하여 고객이 상치를 이웃과 친구에게 다시 팔수 있다는 점을 고려하면 특정가능성에 대한 의문이 제기될 수 있고, 후자의 경우에도 당해 호수 어귀의 폭발에서 즐기는 사람을 생각한다면 금지가 발하여진 특정된 인적 범위를 생각할 수 있지만 그 누구도 이 장소에서 수영할 수 없다는 점을 전면에 내세우면 그러한 금지는 불특정한 수의 사람에 대한 것으로서 법규로 볼 수도 있다. 이 경우 개별사례에서의 처분에 대한 요건이 구체적 위험, 불특정다수의 경우에 대한 법규로서의 경찰명령의 요건이 추상적 위험이 된다고 하면 작용형식에 대한 판단 결과에 따라서 규율이 이루어지는 사정이 구체적 위험으로도 추상적 위험으로도 될 수 있게 되는데 이는 수궁할 수 없다. 오히려 규율대상이 되는 위험이 구체적인지 추상적인지에 따라 법효과로서의 두 측면이 경찰처분 혹은 경찰명령이 결정되어야 할 것이다. 이 점에서 Rachor가 인적범위의 특정가능성을 구체적 사정에 대한 개인의 연관성으로부터 도출하여, 구체적으로 존재하는 위험에 원인을 제공할 수 있는 모든 자가 수범자의 범위에 포함되고 위험의 구체성이 수범자범위의 특성에 대해서 의미를 가질 수 있다고 설명하는 것은 경청할 만하다. Rachor, Polizeihandeln, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3.Aufl., 2003, 321면 (열번호 32)(김성태, 앞의 논문, 76면 각주 43 재인용).

39) 양적 요소에 의한 구별에 반대하는 견해로는 Walker, 앞의 논문, 128면; Knemeyer교수는 구체적 위험을 “구체적인 장소와 시간에 의하여 특정되거나 특정될 수 있는 사정으로부터 발생하는 위험”이라고 표현하고 있는 바 논란의 소지가 보다 적은 개념정의라고 볼 수 있을 것이다. Knemeyer, 앞의 책, 40면(열번호 62).

개연성 혹은 충분한 개연성 등의 기준이 명확하게 설정될 수 있는 것도 아니기 때문에 개연성의 정도와 관련하여 추상적 위험과 구별되는 의미에서의 구체적 위험의 관념을 파악하기는 어려울 것이다. 그러나 예측의 방식에 있어서는 추상적 위험과 구별되는 구체적 위험의 특징을 파악할 수 있다.

먼저 구체적 위험의 판단에 있어서는 현재에 행하여지는, 미래의 ‘손해’에 대한 개연성 판단이라는 단일예측(Einzelprognose)이 이루어진다. 그에 비해서 추상적 위험은 장래 일정한 사정이 존재하는 경우 그것이 위험을 야기할 것이라고 현재 판단되는 경우로서, 그의 판단에 있어서는 장래 일정한 사정이 존재하는지에 대한 현재의 판단(예측)과 더불어 그러한 일정한 사정의 존재가 (더 먼 장래의) 법익손해 초래의 개연성을 갖는가에 대한 판단이 함께 이루어지는 구조를 갖는다. 즉 추상적 위험에 있어서는 현재에 행하여지는 미래의 ‘위험’에 대한 예측인 이른바 이중예측(Doppelprognose)이 이루어진다.⁴⁰⁾

추상적 위험개념에 대한 국내 문헌에서의 ‘구체적 위험의 예견 가능성’,⁴¹⁾ 독일 문헌들에서의 ‘구체적 위험의 관념적 가능성’ 혹은 ‘일반적 생활경험 또는 전문지식을 지닌 기관의 인식에 따르면 존재할 수 있는 사정의 발생이 위험을 구성하는 경우’,⁴²⁾ ‘생활현실에서 발견되는 것이 아닌, 일반화 혹은 추상화에 의하여 관념적으로 형성된 일반적이고 추상적으로 묘사된 사정에 근거한 위험’,⁴³⁾ ‘일반적으로 특정한 행위양식 혹은 상태로부터 발생하곤 하는 손해발생의 충분한 개연성’,⁴⁴⁾ ‘공공의 안녕과 질서의 손해에 대한 충분한 개연성이 일반적으로 고려되는 관념적이고 추상적인 사정’⁴⁵⁾ 등의 설명은 추상적 위험을 장래 일정한 사정이

40) Walker, 앞의 논문, 42면.

41) 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2004, 193면.

42) Denninger, 앞의 책, 216면(열번호 32).

43) Götzt, 앞의 책, 62면(열번호 145).

44) BayVerfGH in Bay VBl. 1995, 76(80).

45) Knemeyer, 앞의 책, 43면(열번호 65).

존재하는 경우 그것이 위험을 야기할 것이라고 현재 판단되는 경우로 이해하는 것으로서 위험판단에서의 이중예측의 모습을 상정하고 있음을 보여주고 있다. 추상적 위험을 그것이 발생하는 경우 구체적 위험이 되는, 일반적인 생활경험 혹은 전문적인 기관의 인식에 의하면 있을 수 있는 사정이라고 정의하고 있는 몇 개 주의 입법에서도⁴⁶⁾ 추상적 위험의 개념적 징표로서의 이중예측을 발견할 수 있다.

앞서 위험개념의 설명에서 본 바와 같이 위험성립을 위한 손해발생의 시간적 근접성이 명확하게 설명될 수 있는 것은 아니기 때문에 순전히 시간적 관점에서 구체적 위험을 파악할 수는 없을 것이다.⁴⁷⁾ 다만 현재의 위험·미래의 위험이라는 시간적 요소를 예측방식과 연결지어 구체적 위험을 파악하는 기준으로 활용할 수는 있을 것이다. 즉 구체적 위험은 손해를 유발하는 요인이 현재 발견되는 경우, 다시 말해서 손해를 일으키는 현존하는 요소가 고려되는 경우-현재의 위험-에 인정될 수 있다. 요컨대 이미 발생된 사정으로부터 존재하는 현재의 위험에 대한 처분에 있어서는 구체적 위험이 문제되는 것이다. 현재의 위험으로서의 구체적 위험 관념은 시간적으로 가장 급박한 형태의 현재의 위험으로 설명되는 장해의 경우에 있어서 뚜렷이 나타난다.⁴⁸⁾

그에 비해서 손해를 일으키는 요인이 현재 존재하지 않고 미래에 존재한다는 사유법칙(思惟法則)에 의해서 추론되는 경우-미래의 위험-에는 추상적 위험이 존재하게 된다. 즉 경찰명령의 발령, 미래의 범죄를 피하기 위한 경찰작용, 위험의 사전대비에서처럼 손해를 일으키는 요인의 장래 존재가 문제되는 경우 그때의 위험은 미래의 위험으로서 추상적 위험이 된다.⁴⁹⁾

46) §§ 2 Nr. 2 NGefAG, 3 Nr. 3f SOG LSA, 54 Nr. 3e ThürOBG(김성태, 앞의 논문, 78면 재인용).

47) Denninger, 앞의 책, 216면(열번호 32).

48) Götz, 앞의 책, 263면(열번호 632).

49) Walker, 앞의 논문, 133면, 143면, 218면.

3. 개별적 위험

가. 오상위험

오상위험이란 실제로 위험이 존재하지 않음에도 불구하고 행정청이 객관적인 주의의무를 다하지 못함으로써 위험이 존재하는 것으로 잘못 판단한 경우를 말한다.⁵⁰⁾ 경찰이 오상위험으로 판단하여 경찰권을 발동하는 것은 정당하지 못하다. 따라서 경찰이 이러한 판단에 의하여 위험방지조치를 한 것은 위법한 집행이다. 따라서 오상위험은 경찰법상의 위험이 아니다.⁵¹⁾

결국 오상위험은 경찰행정청의 공무원이 어떤 상황을 ‘주관적으로’ 위험하다고 판단하였으나, 그 상황판단이 잘못되었거나 장래의 예측에 하자가 있어 그런 판단에 상응하는 ‘객관적인’ 위험은 실제로는 존재하지 않는 경우에 오상위험이 존재한다고 할 수 있다.⁵²⁾

이와 같은 오상위험이 존재하는 경우에 경찰관이 주관적으로 잘못 판단한 사실에 기초하여 개입하는 것은 위법한 것으로 허용되지 않는다. 따라서 오상위험의 경우에는 경찰관의 위법한 행위로 인한 손해배상청구권이 발생할 수 있다.⁵³⁾

예를 들어 약간의 물적 손해를 일으킨 화재가 있는 후에, 과민한 경찰관이 가옥이 붕괴될 위험을 두려워하여 즉시 퇴거할 것을 명하는 경우를 들 수 있다.⁵⁴⁾ 이 경우에 가옥이 붕괴될 위험은 실제로는 존재하지 않는다. 객관적인 기준에 따를 때 사례의 경우는 단지 경찰관의 주관적 판단에 따른 위험이 존재할 뿐이다. 이는 위험이 존재한다는 잘못된 주관적

50) Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Polizei-und Ordnungsrecht, 2002, 84면(김동희, 앞의 책, 196면 재인용).

51) 이호용·김중세, 앞의 논문, 437면.

52) 서정범, 앞의 논문, 60면.

53) 서정범, 앞의 논문, 60면.

54) Knemeyer/서정범 역, 앞의 책, 23면.

판단에 근거하고 있기 때문이며, 이러한 판단의 오류는 의무 위반적 행위에 근거하여 성립하는 바, 예컨대 공무원이 비난받아 마땅할 정도로 잘못된 사안판단에 기초하고 있는 경우가 그러하다.

이와 같이 오상위험은 경찰법적으로 중요한 위험이 아니다. 따라서 경찰의 활동영역이 인정되지 아니하며, 오상위험의 방지를 위하여 행해진 조치는 위법하다고 할 것이다.

나. 외관상 위험

1) 개념

외관상 위험이란 경찰행정청이 개입하는 시점에서의 합리적인 판단에 의할 때 위험을 인정할 수 있는 객관적인 근거는 존재하지만, 사후에 위험이 실제로는 존재하지 않았다는 것이 밝혀질 때의 위험⁵⁵⁾을 말한다. 즉 실제로는 위험이 존재하지 않음에도 불구하고 경찰행정청이 위험이 존재하는 것으로 판단하였는데, 경찰행정청이 객관적인 관찰자로서 주의 의무를 다하였더라도 마찬가지로 판단하였을 경우의 위험을 말한다. 예를 들면 자동차열쇠를 잃어버린 자동차소유주가 한 밤중에 자신의 자동차의 문을 철사로 열려고 하고 있을 경우에 경찰관이 이를 자동차 절도로 판단한 경우⁵⁶⁾를 들 수 있다. 사례의 경우 공공의 안녕에 대한 실제의 위험은 존재하지 않으며, 이른바 외관상 위험이 문제될 뿐이다. 경찰이 개입하는 시점에서 행위를 하는 경찰관이 그 상황을 위험한 것으로 판단하였을 뿐만 아니라 위험의 존재에 대한 객관적 근거가 있고, 나중에야 비로소 위험이 실제로는 존재하지 않았다는 것이 밝혀질 때 외관상 위험이 존재한다고 할 것이다.

55) 서정범, 앞의 논문, 60면.

56) Knemeyer/서정범 역, 앞의 책, 22면.

이러한 외관상 위험은 진정한 위험이다. 위 사례의 경우 경찰이 위험 방지를 위하여 조치하는 것은 원칙적으로 적법하다. 따라서 경찰작용의 적법성을 판단함에 있어서 손해발생의 개연성 예측과 관련하여서는 위험 예측의 시점이 기준이 되어야 하며, 판사의 관점에 따라서는 아니되므로 외관상 위험은 경찰법적으로 매우 중요한 위험이라고 할 수 있다.

2) 경찰법적 판단

가) 의의

앞에서 언급한 바와 같이 경찰직무의 목적은 공공의 안녕과 질서유지를 위한 위험방지에 있다고 할 것이다. 외관상 위험은 공공의 안녕과 질서유지에 대한 실제의 위험은 존재하지 않고 단지 시각적으로 보이는 현상이다. 사전적(ex-ante)관점에 따라 개입의 시점에서 행위를 하는 경찰관이 그 상황을 위험한 것으로 판단하였을 뿐만 아니라 위험의 존재에 대한 객관적 근거가 있고, 그리고 나서 사후적(ex-post) 관점에 따라 나중에야 비로소 위험이 실제로는 존재하지 않는다는 것이 밝혀질 때 외관상 위험으로 판단해야 한다.⁵⁷⁾

나) 적법성 판단시점과 책임

외관상 위험에 대하여 경찰권 행사의 적법성 여부가 중요한 문제라고 볼 수 있는데, 이는 사후적으로 경찰비례의 원칙이 중요해 진다. 이러한 경찰권 행사의 적법성 여부를 판단할 때 손해발생의 개연성 예측과 관련하여서는 위험예측의 시점이 판단의 기준이 되어야 한다는 것이다. 사법

57) Möller/Wilhelm, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 1990, 32면(서정범, 앞의 논문, 61면 재인용).

기관인 재판관의 관점(사후적 관점)에서 판단해서는 아니 되므로 외관상 위험은 경찰법적으로 매우 중요한 개념이다.⁵⁸⁾

이와 같은 외관상 위험은 경찰의 직무영역으로 인정될 수 있는지에 대한 심사와 관련하여서, 그리고 경찰의 권한의 존부에 대한 심사와 관련하여서도 매우 중요하다.⁵⁹⁾ 또한 경찰권 발동의 대상이 된 외관상 경찰책임자는 경찰법에 있어서 규범적인 경찰책임자이다.⁶⁰⁾ 따라서 경찰법상 경찰책임자 뿐만 아니라 외관상 경찰책임자에게는 손실보상청구권이 인정되지 않는다고 하겠다.

다) 시간적 측면

외관상 위험이 존재하는 경우에는 비례의 원칙에 따라서 경찰은 위험이 존재하지 않는다는 것이 분명해질 때까지만 적법하게 개입할 수 있으며, 위험이 실제로는 존재하지 않는다는 것을 인식한 시점부터는 그 조치를 중단하여야 한다.⁶¹⁾ 이는 시간적 판단에 있어서 경찰행정의 과잉금지의 원칙에 해당되기 때문이다. 시간적 측면에서 과잉금지의 원칙은 경찰법상 중요한 의미가 있다. 이에 따르면 경찰법상 경찰의 조치는 그 목적이 달성될 때까지 혹은 목적이 달성될 수 없음이 명백해질 때까지만 허용된다. 이러한 규정은 경찰의 조치가 적법했었다는 것에 근거하고 있으며, 따라서 외관상 위험의 경우에도 적합한 것이다. 그럼에도 불구하고 외관상 위험이라는 것이 밝혀진 경우에 계속적 조치를 중지하는 것도 경찰법상 근거를 두고 있어야 한다.⁶²⁾ 외관상 위험이라는 것이 밝혀짐으로써 경찰법상의 위험은 사라지게 되며, 경찰이 활동할 수 있는 영역은

58) Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, 앞의 책, 80면.

59) Knemeyer/서정범 역, 앞의 책, 22면.

60) Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, 앞의 책, 83면.

61) Möller/Wilhelm, 앞의 책, 32면.

62) 독일의 경우 통일경찰법모범초안 제1조 제1항, 바이에른 경찰직무법 제2조 제1항 및 놀트라인-베스트팔렌경찰법 제1조 제1항이 있다.

자동적으로 없어진다.⁶³⁾

라) 소결

이러한 외관상 위험을 경찰법적 쟁점으로 다시 살펴보면 다음과 같다. 먼저 외관상 위험에 대한 대응조치로서 사실상황의 해명조치만이 허용되는가, 아니면 구체적 위험과 마찬가지로 종국적조치도 허용되는 것인가에 관해서는 이론이 있다고 보여진다. 또한 외관상 위험이 독일의 경찰 관련법제상 진정한 위험에 있다면, 실제로는 위험이 없음에도 불구하고 외관상 위험에 대하여 경찰책임을 지는 자가 진정한 장해자이며 보상청구권도 갖지 아니한다는 것이다. 그러나 이같은 주장은 외관상 위험을 방지하거나 단순한 위험의 혐의가 있을 때 일시적 사전조치를 모색할 것이 증대되므로 설득력이 부족하다고 본다. 그러한 이유로 사후적으로 위험예측결과가 잘못된 것으로 판명된 경우에는, 곧 여기서 보상청구권의 발생여부가 중요한 문제로 된다.⁶⁴⁾

다. 위험의 혐의

어떤 상황을 합리적으로 판단할 때, 경찰이 위험의 존재를 인정하기 위한 기준점이 존재하지만 그와 동시에 위험의 존재에 대한 의문도 존재한다는 결론에 도달하는 경우, 즉 현재 상황의 사후적 전개에 대한 불확실성이 존재할 때, 이를 위험의 혐의라고 한다.⁶⁵⁾ 예를 들면 익명의 자에 의한 폭파위험이 있음을 이유로 경찰이 국회의사당내의 사람을 모두 대피시킬 수 있는가의 문제이다. 위험개념의 본질적 요소는 손해발생의

63) Knemeyer/서정범 역, 앞의 책, 23면.

64) 보상의 문제는 좀더 심도있는 연구가 필요하므로 차후의 과제로 남겨두고 본고에서는 다루지 않기로 한다.

65) Götz, 앞의 책, 64면(열번호 154).

개연성이다. 익명의 자에 의한 폭과위협이 (경험칙에 따를 때) 종종 ‘허위(Finten)’로 밝혀지는 경우가 많음을 고려할 때 사례의 경우 손해발생의 개연성은 없으며, 단지 손해발생의 최소한의 가능성이 존재할 뿐이다. 사례와 같이 위협의 개념적 징표가 충족되지 못하는 경우에는 경찰은 활동할 수 없으며, 따라서 사례의 경우에 있어 경찰의 조치는 위법한 것이 될 것이다. 조치를 취하는 경찰관이 현재 자신이 알고 있는 사실만으로 손해가 발생할 충분한 개연성이 있다고 판단하기에는 부족하다는 것을 ‘인식하고 있을 때’ 위협의 혐의가 있다고 할 수 있다.⁶⁶⁾

위협의 혐의는 입법자가 사용하는 개념이 아니지만 학설상 주로 사용하는 개념으로 어떤 의미를 갖는지 확실하지 않다. 위협의 혐의는 위협이 있다고 판단할 근거를 가지고 있지만 그 근거가 불충분하고, 따라서 위협이 존재하지 않을 수도 있다는 것을 경찰기관 스스로 알고 있는 경우이다. 이 경우에는 위협의 존재 여부가 명백해질 때까지 예비적 조치로서 위협의 존재여부에 관하여 조사할 의무와 권한을 가진다.⁶⁷⁾ 그러나 위협의 혐의의 존재만으로 경찰이 위험방지를 위하여 조치하는 것은 문제의 소지가 많다. 이러한 경우 경찰비례의 원칙을 적용하여 판단해야 한다. 즉 한편으로는 개연성하에서의 손해발생, 다른 한편으로는 손해의 중대성 및 위협을 받는 법익의 우열이 심사되어야 한다.

경찰이 위협의 혐의가 있다고 판단한 것이 이유있는 경우에는 위협의 혐의는 경찰의 활동을 가능케 하는 위협이다. 따라서 사례의 경우 경찰은 그러한 조치를 취할 권한을 갖는다고 할 것이다.

위협의 혐의와 관련하여서는 위협의 존재여부에 대한 조사가 완료된 후에 경찰행정청이 추정책임자⁶⁸⁾에게 조사에 소요된 비용을 부담시킬

66) Knemeyer/서정범 역, 앞의 책, 20면.

67) 김동희, 앞의 책, 197면.

68) 위협의 혐의가 확인되지 않은 경우에 위협을 조사하기 위한 경찰의 조치의 대상이 된 자는 엄밀히 말하면 비책임자이기 때문에 추정책임자라는 용어 자체에도 문제가 있으나, 위협의 조사를 위한 경찰조치의 수범자를 지칭하는데 큰 무리는 없다고 생각되므로 이 용어를 사용하기로 한다(서정범, 앞의 논문, 63면, 각주 53).

수 있는지가 특히 문제가 되는 바, 즉 위험존재의 확인조치에 소요된 비용은 누가 부담할 것인가의 문제에 관하여 다툼이 있다.

경찰행정청이 명령을 발하기에 앞서 사안을 분명히 하는 것이 필요한 경우-예컨대 현재는 단지 위험의 혐의만이 존재하고 향후의 조사에 의하여 비로소 객관적 위험의 존재 여부가 밝혀지게 될 경우에 있어서의 시추(Probebohrungen)-가 종종 있다. 지배적인 견해에 따르면 단지 사실을 통해 확인된 위험의 혐의만이 법적 의미에서의 위험으로 성격지워진다. 이러한 사실을 조사하기 위하여 행정청은 사안을 분명히 하는데 절대적으로 필요한 조치를 필요로 하고 취할 수 있다. 행정청은 단지 잠정적 조치만을 명할 수 있으며, 그 대신에 행정청은 법적 근거⁶⁹⁾에 의하여 스스로 사안을 조사할 의무를 지며 경찰책임자에게 그 의무를 부과할 수는 없다. 경찰책임자는 단지 행정청의 조치를 수인하여야 할 뿐이다.⁷⁰⁾

독일의 경우 이러한 경찰행정청의 조치에 대하여 직권조사주의를 근거로 하여 경찰책임자의 비용부담의무를 부정하는 견해⁷¹⁾가 있는가 하면, 경찰책임자의 비용부담의무를 인정하기 위하여 통일경찰법모범초안 제5조의 a 제2항에 상응하는 규범을 끌어들이는 견해⁷²⁾도 있다. 경찰책임자가 누구인지 아직 확인되지 않기 때문에 행정청은 위험존재의 확인을 위한 조치를 직접 시행의 방법으로 행하여야 할 것이며, 직권조사주의 그 자체는 비용부담의 문제에 관하여는 함구하고 있다. 또한 경찰-질서법에 있어서 위험방지 비용은 경찰책임자에게 부과될 수 있는바, 이것은 위험존재의 확인조치에도 적용되어야 할 것이다.⁷³⁾

69) 독일의 경우 행정절차법 제24조에 직권조사주의(amtsermittlungsgrundsatz)를 규정하고 있다.

70) Papier, Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1986, 256면(서경법, 앞의 책, 21면 재인용).

71) Papier, 앞의 책, 257면.

72) Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1986, 325, 326.

생각컨대 경찰행정의 수행과정에서 불분명한 위험을 조사 등을 통하여 분명히 밝히는 것은 경찰행정청의 우선적 과제이고 위험의 혐의자에게는 조사의 수행을 가능케하는 일정한 협력의무만이 존재하는 것으로 판단하여 추정적 경찰책임자의 비용부담의무는 인정되어서는 안 될 것이다.

라. 잠재적 위험

잠재적 위험이란 처음에는 전혀 위험하지 않던 상황이 사후에 외부적인 사정이 부가됨으로써 비로소 경찰상의 보호이익에 대한 구체적 위험으로 되는 경우를 말한다.⁷⁴⁾ 잠재적 위험은 위험이 예측되는 상황에서 사후의 구체적 위험이 전제조건이다. 다시 말해서 그 밖의 특정의 사정이 덧붙여짐으로써 비로소 구체적 위험이 성립할 때 잠재적 위험이라고 한다. 토지의 경작이 이웃 도로의 교통이 악화됨으로써 교통상의 장애로 되는 경우 등이 그 예가 된다.⁷⁵⁾

잠재적 위험의 존재여부에 대한 판단은 구체적 위험이 전제조건이다. 즉 잠재적 위험은 오랜 시간 후에 위험이 예측되는 상황에서 사후의 구체적 위험이 발생할 가능성이 있다. 사후에 장애가 되는 대상 자체는 본질적으로 아무런 변화가 없어도 상황이 완전히 바뀔수 있다. 어떤 물건의 위험성은 나중에 뒤돌아 보아야만 비로소 인정되는 것이다. 하지만 경찰법적으로 그 물건은 이미 위험한 것처럼 다룬다. 독일의 양돈업자 사건에서와 같은 경우가 그러하다.

73) Knemeyer/서정범 역, 앞의 책, 21면.

74) 서정범, 앞의 논문, 64면.

75) 잠재적 위험에 관한 논쟁이 본격화 된 것은 무엇보다도 뮌스터 상급행정법원(OVG Münster)의 ‘양돈업자’판결에 기인한다. 이 사건은 처음에는 주위에 아무것도 없던 땅에서 양돈사업이 행해졌는데, 사후에 그 지역이 주거지역으로 확정되어서 양돈사업장 근처에 주택들이 건축됨으로써 양돈으로 인한 악취와 파리떼가 인인(隣人)들의 건강에 위험을 초래하게 되자 행정청이 보상없이 양돈사업의 중지를 명한 것이 문제가 되었었는데, 동 법원은 “양돈업은 필연적으로 악취 등을 방출하기 때문에 양돈업자는 처음부터 ‘잠재적인 책임자’이었다”라고 판시하여 잠재적 위험의 관념을 인정하였던 것이다(서정범, 앞의 논문, 64면).

잠재적 위험과 관련하여서는 원래는 위험하지 않은 물건의 소유자 등이 사후에 현실화될 위험 때문에 경찰책임자로서 과연 경찰법적 위험방지조치의 대상이 될 수 있는가가 문제가 되는데, 독일의 양돈업자 사건 등에서 이를 긍정적인바 있으나, 이는 단지 자신에게 귀속된 권한을 사용하고 있을 뿐이므로 경찰책임자라 할 수 없다고 본다. 이러한 잠재적 위험에 대한 경우에는 개별법의 규정이 있는 경우에만 조치를 취할 수 있다고 할 것이다.⁷⁶⁾

결국 손해는 가까운 장래에 발생할 개연성이 있어야 하며, 먼 훗날에 손해가 발생할 가능성이 있는 것, 이른바 잠재적 위험은 경찰법상의 위험으로 볼 수는 없을 것이다.

마. 소결

경찰법상의 위험의 유형은 다양하게 파악할 수 있다. 이러한 위험의 유형 분류는 경찰책임을 규명하는데 크게 기여한다. 경찰권의 행사에 있어 위험의 존재 여부에 대한 판단은 그리 용이하지 않다. 위험의 현상에 따라 경찰재량의 적부와 경찰책임을 문제되기 때문이다. 따라서 현행법상 경찰권 행사에 관한 개괄적 수권조항의 인정여부를 별론으로 하더라도 경찰권 행사의 요건으로서 ‘위험’에 대한 개념적 연구는 경찰의 직무활동에 중요하다고 할 것이다. 이는 위험이라는 개념 자체가 불확정적인 측면에서 더욱 그러하다. 특히 위험의 혐의를 경찰권 행사의 근거로서 볼 수 있는가의 문제는 매우 어려운데, 집행현장에서의 경찰관들의 곤란을 해결하기 위해서라도 좀 더 많은 연구가 필요한 분야라고 하겠다.

76) 서정범, 앞의 논문, 65면.

제3절 경직법상의 위험과 위해

지금까지의 논의를 바탕으로 하여 경직법상에서 나타나고 있는 위험과 위해의 개념을 좀 더 심도 있게 살펴볼 필요가 있다.

1. 현황

경직법은 경찰작용을 규율하면서 위험이라는 용어를 사용하고 있다. 그 사용현황을 살펴보면, 동법 제4조 제3항의 ‘무기·흉기 등 위험을 야기할 수 있는’, 제5조의 제목 ‘위험발생의 방지’ 및 제1항 본문의 ‘위험물’, ‘위험한 사태’, 제7조의 제목 ‘위험방지를 위한 출입’, 제7조 제1항의 ‘위험한 사태’ 그리고 제10조의4 제1항 제3호의 ‘위험한 물건’에서 위험이라는 용어를 사용하고 있다.

이와 함께 동법은 제2조 제4호의 ‘위해의 방지’, 제4조 제1항 제1호의 ‘타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려’, 제5조 제1항 본문의 ‘인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려’, 제2호의 ‘위해를 받을 우려가 있는 자’ 및 제3호의 ‘위해 방지상 필요하다고 인정되는’, 제6조 제1항의 ‘인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려’, 제7조 제1항의 ‘인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에는 그 위해를 방지하거나’ 및 제2항의 ‘인명·신체와 재산에 대한 위해 예방’, 제10조 제1항의 ‘인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는’ 및 제3항의 ‘타인의 생명·신체에 위해를’, 제10조의 3 제1항의 ‘자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위해의 발생을 억제하기 위하여’, 그리고 제10조의4 제1항의 ‘사람에게 위해를 주어서는’ 및 제2항의 ‘인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있도록’ 등에서 위해라는 용어도 사용하고 있다.

이러한 위험과 위해의 사용이 어떠한 의미를 가지는지를 검토해 보기

로 한다.

2. 검토

위에서 살펴본 바와 같이 경직법은 위험보다는 위해라는 표현을 더 많이 사용하고 있다. 또한 국내문헌들은 위해에 대해서 대개 위험과 장해를 포괄하는 개념으로 설명하고 있다. 그러나 경직법에서의 위해라는 표현 가운데 상당수는 위험의 개념요소에서 살펴본 손해 그 자체를 의미하는 경우가 많다. 즉 제4조 제1항 제1, 제5조 제1항 본문 및 제2호, 제6조 제1항의 위해는 법익에 대한 손해를 의미한다고 할 것이다. 이때의 손해의 판단의 시점에서 시간적으로 장래에 발생하는 손해이며 그에 대한 우려가 있는 경우가 위험이 된다. 특히 경찰장비 및 무기의 사용과 관련하여 위해를 가하거나 위해를 준다는 표현을 규정한 제10조 제1항 및 제3항, 제10조의4 제1항 및 제2항에서의 위해는 이를 손해 또는 침해 그 자체만을 의미하는 것으로 이해하는 것이 옳다고 본다.

이와는 달리 제5조 제1항 제3호, 제7조 제1항 및 제2항, 그리고 제10조의 3 제1항의 위해는 손해로 해석될 수도 있지만 위험과 동일한 개념으로 해석하더라도 무리가 없을 것이다. 제7조 제1항의 위해에서는 특히 장해의 관념도 두드러진다. 동 규정의 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에의 위해는 이미 법익에 대한 손해가 발생하여 법익침해가 계속되거나 혹은 발생된 손해가 또 다른 손해를 초래할 개연성이 있는 경우를 의미한다고도 볼 수 있기 때문이다.

또한 임무규범으로서의 동법 제2조 제4호 위해의 방지에서의 위해는 규정된 바 자체로서는 그것이 위험을 의미하는지 혹은 손해를 의미하는지 불분명하지만 위에서 본 바와 같이 경직법에서의 위해는 위험, 손해, 장해 등의 의미를 포괄하고 있어 다양하게 사용되고 있으므로 이를 위험과 동일한 것으로 보아도 무방할 것이다. 즉 위해의 방지는 ‘위험’의 방

지의 다른 표현으로 이해될 수 있다. 다만 동호의 위해의 방지가 일반적으로 위험의 방지를 규정한 것인지 아니면 교통에 대한 위험의 방지만을 의미하는 것인지 반드시 명확한 것은 아니다. 문언상으로 보면 경찰상 보호이익에 대한 위험의 방지를 일반적으로 규정한 것으로 볼 수도 있지만 동호가 교통의 단속을 경찰관의 직무범위로서 별도로 규정하면서 위해의 방지를 규정하고 있으므로 이를 교통에 대한 위험의 방지로 이해할 수도 있기 때문이다.⁷⁷⁾

결국 경직법에서 명시적으로 사용하고 있는 위험이라는 표현은 대부분의 강학상의 위험관념과 같은 의미로 파악될 수 있으며, 따라서 동법 제 5조의 제목 ‘위험발생의 방지’는 동조 제1항의 내용과 관련하여 엄격히 살펴보면 조금 문제가 있음을 알 수 있다. 제5조 제1항은 급박한 위험에서의 경찰조치를 규정하고 있는 것으로서 ‘위험발생의 방지’라는 제목은 마치 제5조가 규율하는 것이 ‘미래의 위험 혹은 시간적으로 상당히 멀리 떨어진 손해에 대한 방지’를 규정한 것과 같은 오해를 불러일으킬 수 있다. 따라서 5조의 제목은 ‘위험의 방지’정도로 규정되는 것이 옳다고 본다.

제3장 경직법상의 위험 방지의 수단

제1절 서

지금까지 위험의 의미에 관하여 살펴보았듯이 위험은 경찰의 업무영역에서 결코 배제될수 없음은 다시 강조할 필요성을 느끼지 않는다. 경찰

77) 교통상 발생할 수 있는 인명이나 재산상의 위험과 장애를 방지하는 것으로 좁혀서 해석하는 견해로는 장영민·박기석(앞의 보고서, 58면)이 있으며, 위해를 일반적인 위해로 이해하는 견해로는 이수일(신경찰관직무집행법, 정문출판사, 1983, 30면)이 있다.

의 직무는 그 범위가 매우 넓고 취급하는 사안이나 대상도 매우 다양하다. 또한 대처해야 할 상황도 예상할 수 없는 경우가 많다. 업무영역별로 보면 행정경찰의 경우에는 범죄의 예방과 진압, 경비, 요인경호, 치안정보의 수집 작성 및 배포, 교통단속과 위해방지, 기타 공공의 안녕과 질서유지 등의 업무를 담당한다. 아울러 사법경찰의 경우에는 일선 수사업무를 담당한다. 이를 통해 볼때 경찰의 직무상황은 시민의 생활현장에서 현실적으로 맞부딪히면서 활동하는 것이라 할 수 있다. 예측불허의 상황에 처하여 순간순간 적절한 경찰권을 발동하기 위해서는 경찰에 재량의 인정이 필요하다는 것이 일반적인 견해이다. 그러나 한편으로는 경찰권발동의 대상이 되는 시민의 자유와 권리를 보장하기 위해서는 적절한 범위내에서 경찰권이 발동될 것이 요구된다. 이러한 양자의 요구를 모두 충족시키기가 매우 어렵다는데 경찰권을 행사하는 경찰관들의 어려움이 있다고 하겠다. 이하에서는 경찰권 발동의 근거가 되는 법적 규정의 의미와 구체적인 위험발생방지 수단에 대하여 살펴보기로 한다.

제2절 개괄적 수권에 의한 위험방지수단

1. 경찰권 발동근거로서의 수권조항성

경찰은 사회공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 위하여 국민에게 명령·강제 등을 하는 권력적·침익적 작용을 주된 수단으로 사용하기 때문에 그 경찰권 발동을 수권하는 입법은 법률로써만 가능하며, 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 부분은 침해할 수 없다는 것이 헌법 제37조 제2항의 요구이다. 따라서 경찰권 발동에 관한 법적 근거를 마련하는 경우에도 가급적 그 요건과 효과 및 한계가 명확하게 설정되는 특별수권조항 방식이 민주적 법치국가에 적합하다는 것에 대하여는 두말할 필요성을 느끼지 않는다. 그러나 오늘날 사회의 급속한 변화와 위험사회의

심화에 따라 입법자의 예측과 상상을 초월하는 각종 위험이 빈발하고 있어 모든 것을 특별수권 방식으로만 해결하기는 입법기술상 불가능하다고 해도 과언이 아니다.

이에 따라 특히 경찰작용 분야에 있어서는 개괄수권조항에 의한 수권 방식이 필요하다는 점에 대해서는 일반적으로 인식을 같이하고 있는 듯하다. 다만 법치주의 원칙상 규범 명확성을 요구하는 헌법정신을 고려할 때, 과연 개괄수권조항이 허용되는가에 대해서는 학설이 나뉘고 있다. 특히 1981년의 제1차 경직법 개정으로 제2조⁷⁸⁾의 직무조항이 신설되고, 1991년에는 경찰법이 제정되면서 제3조⁷⁹⁾에서 경찰의 임무규범이 마련되면서, 과연 이들 조항이 개괄수권조항성을 가지는가의 문제가 제기되고 있다.

이러한 조항에 대한 해석은 다양하게 나뉘고 있는 바, 결국 쟁점은 경직법 제2조가 조직법적인 임무규범이냐, 아니면 작용법적인 권한규범이냐의 문제로 귀착된다고 본다. 특히 그 제5호가 ‘기타 공공의 안녕과 질서유지’를 경찰의 직무로 설정하고 있으므로, 과연 이를 어떻게 해석할 것인가가 문제된다. 만약 이를 순전한 임무규정이라고 본다면 이는 경찰권이 발동될 수 있는 범위, 즉 사물관할을 규정한 데 불과한 것이나, 반대로 이를 권한규정으로 인정한다면 법치주의가 요구하는 법률유보 원칙을 충족하는 것이 된다. 문제는 이 원칙상 경찰의 개입 내지 침해 권한은 임무규정으로부터 바로 도출되지 아니하고, 이를 가능케 하는 수권규정이 별도로 필요하다는 것이라는 점에서 이 조항의 성격이 논란이 되는

78) 제2조 【직무의 범위】 경찰관은 다음 각호의 직무를 수행한다.

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

79) 제3조 【경찰의 임무】 경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다.

것이다.⁸⁰⁾

한편 직무의 범위만을 정한 경직법 제2조와는 달리 수권규범성을 가지고 있는 경직법 제5조 제1항이나 제6조 등의 규정이 있어 이에 대해서도 개괄수권조항성이 논의되고 있다. 특히 제5조는 제1항에서 위험발생의 방지를 위한 조치들을 규정하고 있는 바, 이를 정리해 보면 ‘경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 위해방지상 필요한 조치를 취할 수 있다’고 정리될 수 있다.⁸¹⁾ 따라서 이하에서는 위해방지상 필요한 경직법상의 근거 규정들을 개괄적 수권조항의 성격을 부여할 수 있는지에 대하여 논의되고 있는 견해들을 중심으로 살펴보고자 한다.

2. 학설 동향

가. 허용성 자체를 부정하는 견해

이 견해는 주로 경찰권이 가지는 침해적·권력적 성격상 그 근거는 개별규정에 의하여야 한다고 보면서, 우리 헌법이 표방하고 있는 법치주의 원리, 특히 명확성 원칙에 반하는 개괄수권조항 자체의 허용성을 부정하는 견해이다.

이상규 교수는 이에 대해서, “경찰작용 분야는 법률유보의 본령이라는 것은 의심의 여지가 없으므로, 경찰권은 법치주의 원리상 개별적인 작용법에 의한 구체적인 법적 수권을 필요로 한다.”⁸²⁾고 함으로써, 법치주의 원칙의 침해유보설적 관점에서 침해행정의 전형이라고 할 수 있는 경찰작용이야 말로 개별적이고 구체적인 수권만이 허용된다고 함으로써 처음

80) 홍준형, 경찰통합법에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 97-3, 1997, 20~21면.

81) 이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004.12, 177면.

82) 이상규, 신행정법론(하), 법문사, 1997, 229면.

부터 포괄적 수권의 허용성을 부정하고 있다.

박윤훈 교수도 “경찰권을 포함한 권력적 행정작용에는 법률의 근거를 요한다는 점에서는 견해가 일치되어 있으며, 또한 그 경우의 법률은 당연히 개별적인 작용법률을 의미한다고 본다. 따라서 우리 헌법상의 경찰권 발동의 수권조항으로서 개괄조항을 인정하기는 어렵다.”⁸³⁾고 하면서, 역시 법률유보와의 관점에서 개괄조항, 즉 개괄수권조항 자체의 허용성을 부정하고 있다.

이 견해는 침해적이고 규제적인 경찰작용에 대해서는 특별수권규정에 의한 법률유보만을 인정하고, 포괄적 수권규정은 부인한다는 점에서 법치주의 요청에 가장 철저하다는 평가를 내릴 수 있다. 그러나 이 견해는 다음과 같은 점에서 비판을 받고 있다.⁸⁴⁾

첫째, 오늘날 위험의 불가예측성, 복잡 다양성, 위해기술의 발달 가능성 등을 모두 고려하여 모든 법규를 미리미리 입법한다는 것은 불가능하고, 더욱이 위험사회가 심화될수록 더욱 그러하다.

둘째, 법치주의에 철저한 독일에서도 판례와 학설이 이미 100여년에 걸쳐 경찰법상의 개괄수권조항에 내포된 불확정 법개념의 사법적 심사를 통해서 그 의미와 내용을 확정하고 있어, 개괄수권조항이라고 해서 법치주의를 훼손한다는 평가를 내리기는 어렵다.

셋째, 오늘날은 사회적 법치국가이므로 국민의 안전확보는 국가의 본질적 책무라고 할 수 있으며, 따라서 법치주의의 기계적 경직성에 안주하여 법의 불비를 이유로 국가의 의무를 회피하는 것이 오히려 개인의 권리와 법익에 침해적인 결과를 초래할 수도 있다.

넷째, 개괄수권조항이라고 하더라도 구체적 위험하에서 단지 보충적으로만 적용되고, 재량원칙과 비례원칙 등의 적용을 통한 사법적 통제와 그밖의 민주적 통제장치가 오늘날 잘 발달되어 있어, 그 남용가능성에

83) 박윤훈, 행정법강의(하), 박영사, 2004, 324~325면.

84) 이운주, 앞의 논문, 178면.

대해서는 충분한 통제가 가능하다.

나. 긍정설

1) 제2조설

가) 의의

경찰이 경찰권을 발동하기 위해서는 직무규범(Aufgabennorm)의 존재 이외에 별도의 특별한 권한규범(Befugnisnorm)이 필요하다고 하는 것에 는 누구나 공감하는 사항이다. 이러한 것은 특히 경찰이 권력적 수단으로 국민의 권리영역을 침해하는 경우에 더욱 그러하다. 다만 경찰의 조치가 국민의 권리영역을 침해하지 않는 경우라면 직무규범에만 근거하여서도 경찰권을 발동할 수 있다고 할 것이다.

이러한 권한규범은 개별적 수권조항 또는 개괄적(일반적) 수권조항의 형식으로 규정된다. 개괄적 수권조항형식의 경우 행정의 법률적합성의 관점에서 허용될 수 없다고 주장되기도 한다.⁸⁵⁾ 그러나 사전에 구체적으로 모든 개별적 수권규정을 든다는 것이 사실상 불가능하고, 개괄적 수권조항은 개별적 수권조항이 적용되지 않는 경우에만 보충적으로만 적용될 수 있는 것이며, 개괄적 수권조항에서의 불확정 개념에 대한 학설 등에서의 상당정도의 내용정립이 이루어지고 있으므로 개괄적 수권조항의 형식을 허용할 수도 있다.

나) 내용

경직법 제2조를 개괄적 수권조항으로 보는 견해의 주장은 다음과 같

85) 박윤훈, 앞의 책, 322면.

다.

이 견해는 우리 헌법질서하에서 개괄적 수권조항의 허용성과 함께 필요성을 인정하고, 경직법 제2조 특히 그 제5호를 권한규범으로 파악하면서 개괄적 수권조항으로 인정하는 학설이다.⁸⁶⁾ 그 대표자인 김남진 교수에 의하면,

“독일에서는 이전부터 공공의 안녕·질서에 대한 위험방지를 경찰의 직무로서 정하고 그 직무조항을 보충적인 수권조항으로서 새기는 전통이 확립되어 있는 바, 우리 역시 그와 같은 개괄조항의 존재를 긍정할 수 있느냐 하는 것이다. 저자는 경직법 제2조 제5호의 규정, 즉 ‘공공의 안녕과 질서유지’를 독일식의 개괄조항으로 간주하고 있다.”⁸⁷⁾

라고 밝히면서, 우리나라의 경우에도 개괄적 수권조항이 있다고 보고, 개별적인 근거규정이 없을 때에는 이 조항에 의거하여 경찰권을 발동할 수 있다고 주장하고 있다.

이 설의 논거로는, 경찰권의 성질상 입법기관이 미리 경찰권의 발동사태를 상정해서 모든 요건을 법률에 규정하는 것은 불가능하기 때문에 개괄적 수권조항이 필요하다는 점, 개괄적 수권조항은 특별수권규정에 의한 조치로도 대응할 수 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 것이라는 점, 개괄적 수권조항으로 인한 경찰권 발동의 남용의 가능성은 조리상의 한계 등으로 충분히 통제될 수 있다는 점, 독일에서는 개괄적 수권조항을 인정하는 것이 학설과 판례를 통하여 확립된 전통이며 경찰권발동의 조리상의 한계이론을 논하는 것 자체가 개괄적 수권조항을 전제로 한 것이라는 점 등을 주장한다.

86) 류지태, 행정법신론, 신영사, 2004, 767면; 서정범, 앞의 논문, 26~27면; 설계경, 경찰권발동의 근거와 한계, 외대논집(제11집), 2001.12, 335~337면; 김재호, 경찰권의 근거로서의 일반적 수권조항, 충남대 법학연구(제10권 제1호), 충남대학교 법학연구소, 1998, 967~968면.

87) 김남진, 행정법의 기본문제, 법문사, 1994, 698면.

다) 평가

경직법 제2조가 개괄적 수권조항임을 인정하는 견해는 개괄적 수권조항의 허용성과 필요성을 인정함과 동시에, ‘경찰의 직무’를 정한 경직법 제2조, 특히 그 제5호를 경찰권 수권규정으로 파악함으로써, 개괄적 수권조항의 인정에 있어 가장 전향적인 입장을 취하고 있으나, 다음과 같은 비판이 따른다.⁸⁸⁾

첫째, 법치주의의 기본원칙인 법률유보에 충실하려면 사람의 자유와 권리에 개입하는 경찰권의 발동은 법률의 근거가 있어야 하고, 여기서 법률은 조치권한을 수권하는 작용법이어야 하나, 이 견해에 의하면 행정기관의 사물관할을 정한 조직법상의 임무규범으로부터 권한규범을 도출해내고 있다. 이에 대해서는 경직법은 작용법이지 조직법이 아니라고 반론할 수 있으나, 경직법 제2조는 조직법인 ‘경찰법’이 제정된 1991년 이전인 1981년 경직법 제2차 개정을 통해 신설된 조항이고, 제2조 자체가 ‘경찰의 직무’를 규정하고 있다는 점에서 조직법적 성질을 면하기 어렵다.

둘째, 독일에서는 임무규범으로부터 권한규범을 도출하는 전통이 있었다고 하나, 그것은 어디까지나 임무규범만을 규정했던 1794년 ‘프로이센 일반란트법’하에서만 그러했던 것이고, 임무규범과 권한규범이 통합된 1931년 ‘프로이센경찰행정법’이나 임무규범과 권한규범이 완전히 분리된 경찰법 모범초안 시스템하에서는 그러하지 아니하다는 점이다. 즉 현행 경찰법 모범초안하에서도 제1조에서 임무에 관한 일반조항을 규정하고 있으나, 거기서 권한조항성을 도출하지는 않는다는 점이다. 물론 우리나라에서도 ‘행정경찰장정(行政警察章程)’이나 각종 관제(官制)의 임무규정에서 개괄적 수권조항성을 도출하였으나, 그것은 경찰국가시대였기에 가

88) 이운주, 앞의 논문, 180~181면.

능한 일이었다. 지금은 그러한 시대가 아니다.

셋째, 조리상의 한계론이 있는 것 자체가 개괄적 수권조항이 있다는 반증이 아니라, 독일에서는 개괄적 수권조항에 의한 포괄적 수권이 전제되기 때문에 한계론이 대두되었다는 점에서, 논리의 전후가 바뀐 것이다. 더욱이 오늘날에는 독일에서 적어도 조리상이라고 인정되는 한계론은 존재하지 않는다.

넷째, 독일의 ‘공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지’와 경직법의 ‘공공의 안녕과 질서 유지’는 명백히 다른 것이어서, 후자의 개괄적 수권조항성을 인정하게 되면 경찰권을 지나치게 확장할 위험이 있다. 즉 후자는 1894년의 ‘공공의 평온·안녕 및 질서 유지’와 같은 수준으로, 그것이 거의 유일한 수권규정으로 인정되었고, 나아가 추상적 위험을 전제로 하는 경찰명령을 가능케 했다는 점에서, 오늘날 구체적 위험을 전제로 하는 개괄적 수권조항 보다 훨씬 폭넓은 수권이 이루어질 위험이 있는 것이다.

2) 제2조와 제5조의 유추적용설

이 견해는 개괄수권조항이 헌법상 보장된 법치주의원칙에 어긋난다는 주장을 배척하나, 경직법 제2조 제5호는 경찰의 사물적인 관할에 관한 직무의 범위를 정한 것이지, 경찰처분에 대하여 권한을 부여하는 수권규정이 아니라고 보면서,

“본 조항은 경찰의 직무에 관한 일반조항으로 볼 것이지, 경찰권의 발동에 관한 일반수권조항으로 볼 수는 없다.”⁸⁹⁾

는 주장과 함께, 경찰권 발동에 관한 포괄적 수권조항으로는 개인적 범

89) 이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990.2, 97면.

익의 위험에 대하여 개괄적인 수권을 하고 있다는 점에서 불완전하기는 하지만 경직법 제5조 제1항 제3호에서 찾을 수 있다고 하고 있다. 이 견해는 여기서 더 나아가 경직법 제5조 제1항이 경찰권의 발동근거를 개인적인 법익에 대한 위험방지 처분에만 두고 있는 것은 명백한 법의 흠결이라고 보면서, 경직법 제2조 제5호와 제5조 제1항 제3호의 유추해석에 의하여 독일에서와 같은 포괄적인 개괄수권조항을 완성하려는 시도를 보이고 있다. 즉 경직법의 해석적 보완을 통해서 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 위해 필요한 조치를 취할 수 있다는 주장이다.⁹⁰⁾

이 견해는 다음과 같은 비판을 받고 있다.⁹¹⁾

첫째, 제5조 제1항이 개인적 법익에 대해서만 개괄적 수권을 하고 있다는 주장이나, 국가적 법익이나 사회적 법익이 제외된다고 보기 어렵지 않나 하는 생각이 든다. 즉 제5조 제1항은 사람의 생명과 신체 및 재산을 보호법익으로 한다는 점에서 기본적으로 개인적 법익의 보호를 지향하고 있으나, 국가적 법익과 사회적 법익도 보호대상으로 한다고 본다. 왜냐하면 경직법 제5조 제1항은 ‘인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해’를 상정하고 있으나, 천재와 사변, 공작물의 손괴 등의 예시적 열거사항을 포함해 ‘기타 위험한 사태’를 규정함으로써, 위험사태의 포섭 범위를 열어 놓고 있으므로, 굳이 이를 개인적 법익에 대한 위험방지만을 포괄적으로 수권하고 있다고 볼 일은 아니고, 예컨대 ‘사변’에는 전쟁을 포함하여 폭동, 소란, 인위적 화재 등 국가적 법익이나 사회적 법익에 대한 침해도 예상하고 있는 것이고, ‘공작물의 손괴’의 경우에도 건물이나 도로, 교량, 철도, 터널, 제방, 전기·수도·가스 공급시설 등이 모두 포함되므로, 사회적 법익과 직접적 관련이 있는 위험사태에 해당한다.

둘째, 유추해석의 문제이다. 즉 법치주의 원칙상 법률유보가 요구되는,

90) 이기우, 앞의 논문, 98면.

91) 이운주, 앞의 논문, 182면.

그것도 가장 전형적인 침해 내지 규제행정이라고 평가되는, 경찰행정에 유추해석을 통해 권한을 확장하는 것이 가능한가 하는 문제가 제기될 수 있다. 경찰상의 조치는 법치주의 원칙에 따라 법적 근거를 요하고, 개인의 권리를 침해하는 경찰상의 처분은 그 처분권한을 정당화하는 별도의 법적 근거가 있어야 비로소 허용된다는 법률유보의 원칙상 경찰행정 작용에 유추해석의 길을 열어 놓는 것은, 형법상의 죄형법정주의 원칙상 유추해석이 금지되는 것과 마찬가지로 엄격하게 제한해야 한다는 생각이다.

3) 제2조·제5조·제6조의 결합설

이 견해는 개괄수권조항의 필요성과 허용성을 긍정하고, 제2조 제5호의 개괄수권조항성을 일단 인정한 다음, 제5조를 제2의 개괄수권조항, 제6조를 제3의 개괄수권조항으로 인정하는 견해이다. 먼저 제2조의 개괄수권조항성에 대해서는 임무규정과 권한규정을 분리하는 독일보다 민주주의와 법치주의가 발전한 영국과 미국에서는 임무규정으로부터 권한규정을 도출하고, 또 프랑스에서도 경찰의 임무규정과 권한규정을 구분하지 않는다는 점을 들어,

“우리 경직법 제2조 제5호의 ‘공공의 안녕 및 질서유지’를 반드시 권한규정이 아닌 임무규정에 불과한 것으로 해석할 필요는 없다고 할 것이다. 위 조항에 독일에서의 임무규정과 권한규정이 통합되어 있고, 제3조 이하에서 독일의 소위 표준적 조치와 마찬가지로 개괄적 임무·수권 규정을 구체화한 것으로 충분히 볼 수 있다.”⁹²⁾

92) 박정훈, 사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 2001-05, 2001, 22~25면.

고 함으로써 제2조 제5호의 개괄수권조항성을 일단 긍정적인 다음, 제5조에 대해서는 독일의 경찰법 모범초안 제8조 제1항에 가장 가까운 제2의 개괄적 수권조항으로 인정하면서도, 국가적·사회적 법익은 제외된다고 보고 있고, 제6조에 대해서도 명예 등 인격권을 침해하는 범죄를 제외하고, 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 경우에만 제지할 수 있고, 그 이외의 경우에는 필요한 경고만 발할 수 있는 약점이 있지만, 제3의 개괄적 수권조항의 기능을 담당하고 있다고 보고 있다. 따라서 제2조와 제5조 및 제6조의 관계는 제5조가 개인적 법익을, 제6조가 국가적·사회적 법익을 거의 대부분 포착한다고 보고, 제2조는 단지 범죄를 구성하지 않는 국가적·사회적 법익과 인명·신체·재산 이외의 개인적 법익에 대한 보호를 위해서 개괄수권조항으로 기능할 수 있다고 보고 있는 것이다.⁹³⁾ 즉 제5조는 개인적 법익에 대한 개괄수권조항, 제6조는 국가적·사회적 법익에 대한 개괄수권조항, 제2조는 제5조와 제6조에서 포착되지 않는 부분에 대한 개괄수권조항으로 인정하고 있는 것이다.

이 견해에 대해서도 개괄수권조항의 필요성과 허용성의 긍정 그리고 제5조의 개괄수권조항성의 인정에 대해서는 동의할 수 있으나, 다음과 같은 비판이 제기되고 있다.⁹⁴⁾

첫째, 제2조 제5호의 임무규범으로부터 권한규범을 도출하는 문제는 우리나라의 법치주의의 역사와 과거 경찰권 남용의 역사를 고려할 때, 쉽게 수긍할 문제는 아니라고 본다.

둘째, 제5조는 앞서서도 밝힌 것처럼, 기본적으로는 개인적 법익을 지향한 조항이라고 볼 수 있으나, 국가적 법익과 사회적 법익도 포섭하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

셋째, 제6조의 개괄수권조항성은 동조항이 예정하는 보호법익의 문제

93) 박정훈, 앞의 보고서, 28~31면.

94) 이운주, 앞의 논문, 184면.

보다는, ‘제지’라고 하는 조치의 내용에 초점을 맞추어야 할 것으로 본다. 즉 개괄수권조항이 예정하는 조치는 ‘필요한 조치’와 같이 포괄적인 수단이 동원될 수 있는 데 비하여, ‘제지’는 제한적인 조치에 불과하기 때문이다. 판례상으로는 집회장소 사용승낙을 받지 않고 출입하려는 시위참가자를 저지해 달라는 학교측의 요청에 따라 대학교 출입문에서 출입을 저지한 행위는 제지조치에 해당하지만,⁹⁵⁾ 집회해산명령에 응하지 않은 집회참가자들을 경찰서에 억류하는 조치는 인정되지 않는 데서 알 수 있는 것처럼, 제지는 제한적으로만 인정된다고 할 수 있다.⁹⁶⁾

4) 제5조설(유추적용설)

이 견해도 개괄수권조항의 허용성과 필요성을 긍정한다는 전제로, 경직법 제2조는 임무규범일 뿐 권한에 관한 개괄수권조항은 아니라고 보면서, 경직법 제5조에서 개괄수권조항성을 찾는 것은 마찬가지로 보인다. 다만 제5조를 직접 적용하는 것이 아니라 유추하여 수권할 수밖에 없다는 주장이다. 즉

“제5조 제1항 제3호가 비록 보호이익을 국가의 기본적 시설, 법질서와 같은 이른바 집단적 법익을 포함하지 않고, 주로 생명, 신체 등의 개인적 법익에 한정하고 있으며, 또한 그에 대한 목전의 위험 혹은 급박한 위험을 방지하는 경찰조치만을 수권하는 데에 그치고 있지만, 동 규정을 유추하여 별도의 수권이 마련되지 않은 권리침해적 위험방지조치를 정당화할 수밖에 없지 않나 생각한다.”⁹⁷⁾

95) 대법원 1990.8.14 선고, 90도870 판결; 대법원 2004.9.23 선고, 2003다49009 판결(감금 및 윤락강요행위의 제지) : 우리나라와 같은 조문을 가지고 있는 일본의 판례로는 범죄를 행하려는 자를 겨냥아 말리는 행위(東京高判 昭和34, 4.25), 손을 잡고 과출소로 데리고 가는 행위(大阪高判 昭和34, 9.30), 범죄를 행하려는 자의 앞을 가로막으며 떠미는 행위(東京高判 昭和38, 7.30) 등을 허용하고 있는 정도이다(이운주, 앞의 논문, 각주584 재인용).

96) 서울고등법원 2003.3.21 선고, 2002다56743 판결.

고 하고 있다. 이는 경직법에는 개괄수권조항이라고 볼 만한 규정이 없다는 점을 전제로 한다.

이 견해는 경직법 제2조를 임무규범이라고 평가하고, 제5조에서 개괄수권조항성의 가능성을 찾았다는 점에서는 평가할 수 있으나, 다음과 같은 점에서 비판을 받고 있다.⁹⁸⁾

첫째, 경직법에는 개괄수권조항이 존재하지 않는다는 전제로 제5조를 직접 적용하는 것이 아니라 유추해서 개괄수권조항성을 도출한다고 하고 있으나, 제5조를 제한적인 보호법익에 한정하는 개괄수권조항으로도 볼 수 있는 것이고, 경찰작용의 침해적인 성질상 유추적용이 오히려 더 위험할 수 있다.

둘째, 보호법익을 개인적 법익에 한정하고 있다는 평가에 대해서는, 기본적으로 개인적 법익을 지향하고 있으나 국가적 법익과 사회적 법익을 완전히 배제하는 것은 아니라는 점을 지적할 수 있다.

셋째, 제5조가 목전의 위험 혹은 급박한 위험을 방지하는 경찰조치만을 수권하고 있다고 하고 있으나, 이러한 위험이야말로 개괄수권조항이 요구하는 구체적 위험에 해당하는 점에서 문제가 없다고 본다.

5) 제5조설(시기상조설)

가) 의의

경직법 제5조 제1항 제3호에서 위해방지조치로써, 경찰관은 위험한 사태가 발생한 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 할 수

97) 김성태, 앞의 논문, 79~80면.

98) 이운주, 앞의 논문, 185면.

있다. 동법 제5조 제1항 제3호는 위험방지조치의 내용을 특정하지 아니하고 개괄적으로 규정하고 있다. 따라서 경찰권은 개별적인 수권조항에 의한 구성요건의 충족이 없는 경우에도, 그것이 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 즉 위험방지를 위하여 필요로 되는 경우에는 개괄조항에 근거하여 행해질 수 있게 된다. 이에 따라 경직법 제5조를 개괄조항으로 인정할 수 있다는 것이다.

나) 내용

이 견해는 개괄적 수권조항이 법률유보 원칙에 반드시 위반되는 것으로 볼 수는 없다고 하면서도, 이를 허용하는 것은 법치행정의 원칙의 실질적 목적인 국민의 기본권 보장을 위태롭게 할 수 있기 때문에, 경찰법제가 정비되고 경찰권 남용의 현실적인 위험이 줄어든 후에야 그것이 허용될 수 있다는 입장이다.⁹⁹⁾ 즉 경찰법상의 개괄적 수권조항은 경직법 제2조가 아니라 “제5조 제1항 제3호는 일반적인 수권조항으로 인정될 여지가 있다.”고 하고 있으면서도, 그 인정에 대해서는 시기상조론을 펴고 있는바, 그것은 경찰재량권의 통제에 관한 법이론 및 판례가 정립되지 못했기 때문이라고 한다.

그밖에 이와 유사한 견해로는 개괄수권조항을 통제하는 법규정이 완비되지 않은 현실에서는 일반법으로서의 인정이 시기상조이므로 입법적 보완이 필요하다는 견해가 있다.¹⁰⁰⁾ 즉 독일의 개괄수권조항과 경직법제5조 제1항을 비교해 보았을 때, 양자간에는 공공의 안전 및 질서라는 보호이익요건 측면에서 경직법 제5조가 국가적 법익부분이 흠결되어 있으나 일단 유추의 방법으로 보완하면 족하다고 보고, 그밖의 위험요건이나

99) 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2004, 400~404면.

100) 이기춘, 경찰관직무집행법 제5조 1항과 독일경찰질서법상 개괄적 수권조항간의 비교, JURIST(통권 제394호), 2004.7, 112면.

경찰권 발동 단계에서 문제되는 수범자에 관련하여서도 큰 차이를 발견할 수 없다고 보면서, 제5조가 문언이 완벽한 개괄적 수권조항의 위상을 갖는다고 보는 것은 무리이지만, 개괄수권조항에 가장 근접해 있음을 확인하고 있다. 즉

“개괄적 수권조항의 적용에 따른 비용상환 및 손실보상이라는 이익조정규범이 없는 상태에서 이 조항을 개괄적 수권조항으로 간주하게 되면 법치국가원리에 반하는 인권침해가 이루어질 소지가 존재한다.”

고 하고 있다. 따라서 제5조 제1항을 개괄적 수권조항으로서 일반법으로 적용되는 것은 시기상조라고 보면서, 보호이익측면과 수범자측면, 비용상환 및 손실보상측면 등의 법개정을 통해 보완될 때까지 그 인정이 유보되어야 한다는 입장이다.

다) 평가

이 견해에 대해서는 경직법 제5조에서 개괄수권조항성의 가능성을 찾았다는 점에서는 일단 긍정적으로 평가할 수 있으나, 다음과 같은 문제점이 존재한다.¹⁰¹⁾

첫째, 경직법 제5조가 개괄적 수권조항에 근접해 있지만, 법규적 보완이 이루어질때까지 인정할 수 없다는 것은 논리적으로 성립되기 어렵다고 본다. 이미 존재하는 경직법의 규정을 법개정을 통해 보완될 때까지 유보한다는 것은 법규정의 존재 자체를 부정하는 견해에 다름 아니기 때문이다.

둘째, 경찰재량의 통제에 관한 법이론이나 판례는 이미 우리나라에서도 축적되고 있으며, 더욱이 독일에서 그러한 이론이나 판례가 활발하게

101) 이운주, 앞의 논문, 186~187면.

축적된 것은 개괄수권조항을 매개로 했다는 점에서 논리가 뒤바뀐 느낌이다. 또한 독일경찰법의 비용상환이나 손실보상의 문제는 개괄수권조항의 적용을 전제로 하는 것이 아니라, 경찰권 발동 일반에 관한 문제이다. 특히 비용상환은 경찰책임자와 관련한 문제이고, 손실보상은 행정청의 책임 문제로서, 양자가 도입된 것은 개괄수권조항에 따른 이익조정만을 위한 것이 아니라, 이른바 표준조치를 취했을 경우에도 같은 문제가 발생할 수 있다. 그리고 비용상환의 문제는 설령 명시적 규정이 없더라도 부득이한 경우에는 민사법적으로도 해결이 가능하고, 적법한 공권력 발동에 따른 손실보상의 문제는 행정법 일반론이 인정하고 있는 바이다.

셋째, 보호이익의 측면에서도 국가적 법익부분이 흡결되어 있다고 하나, 예컨대 인명에 위해를 미치는 사변에는 형법 제88조의 내란목적의 살인과 같이 국가적 법익에 대한 침해도 포섭된다는 점에서, 그렇게 해석할 이유는 없다고 본다. 또한 설령 흡결을 인정한다고 하더라도 경찰작용의 침해적인 성질상 이를 유추의 방법으로 보완하는 것이야말로 법치주의원칙을 훼손할 가능성이 있다고 판단된다.

6) 입법필요설

입법필요설은 개괄조항의 필요성과 허용성을 인정하면서도, 경직법 제2조는 권한규정이 아닌 단순한 임무규정으로 파악하고, 입법을 통해 개괄수권조항을 도입할 필요가 있다는 견해이다.¹⁰²⁾

이 견해는 비록 개괄수권조항의 요건이 불확정개념으로 구성되어 법치주의적 관점에서 이의가 제기될 수 있으나, 개괄수권조항은 여전히 위해방지 임무에 있어서 핵심적인 역할을 담당하고 있고, 개괄수권조항의 요건인 공공의 안녕과 질서의 개념은 관례와 학설에 의하여 구체화 되었

102) 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2004, 349~352면; 김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2004, 235면.

고, 현대산업기술사회에서는 항상 새로운 종류의 위험이 발생하고 있으며, 이러한 모든 형태의 위험을 입법자가 규율한다는 것은 거의 불가능하므로 흠결없는 위해방지작용을 위하여 불가피함은 재언을 요하지 않는다고 하면서 개괄수권조항의 필요성을 역설하되, 임무규정과 수권규정의 역할과 기능의 차이를 인정하고, 즉 임무규정은 다른 행정청과의 직무의 한계를 설정하는 동시에 비침해적인 경찰작용에 대한 근거가 된다고 보는 반면, 개인의 기본권을 침해하는 작용은 전통적인 침해유보설에 입각하여서도 별도의 수권규정을 요한다고 보면서,

“ 경직법 제2조 제5호는 단순히 경찰의 임무를 규정한 임무규정이 다.…… 따라서 한국의 경직법에 대한 개괄수권조항의 문제는 질서법의 제정과 더불어 입법적으로 해결되어야 할 문제이다.”¹⁰³⁾

는 견해로, 경직법 제2조의 개괄수권조항성은 부정하고, 입법에 의한 해결, 즉 입법필요설을 주장하고 있다.

이 견해에 대하여는 다음과 같이 비판¹⁰⁴⁾이 제기되고 있다.

개괄수권조항의 허용성과 필요성을 긍정하고, 임무규범과 권한규범의 역할과 기능이 다르다는 점을 인정한 데 대해서는 평가할 수 있다. 그리고 궁극적으로는 명확한 개괄수권조항을 포함한 경찰작용법의 재정비 내지 개선의 필요성을 제기한 점에 대해서도 동의할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 그러나 개괄수권조항의 필요성을 강하게 주장하면서도, 경직법 제5조가 가지는 개괄적 구성요건과 포괄적 권한 부여에 대해서는 검토하지 않고 있다는 점에서 지나치게 입법정책적 해결에만 기대고 있지 않나 생각한다.

103) 정하중, 독일경찰법의 체계와 한국경찰관직무집행법의 개선방향(하), 사법행정, 1994.3, 10~11면.

104) 이운주, 앞의 논문, 188면.

105) 정하중, 앞의 논문, 12면.

7) 제5조의 보완적 적용설

이 견해는 법치주의를 요구하고 있는 우리나라의 헌법질서하에서 예외적으로 개괄수권조항의 허용성과 함께 필요성은 인정된다고 하면서도, 경직법 제2조 제5호는 임무규범에 불과하여 권한규범으로서의 개괄수권조항성을 인정할 수 없다는 견해이다. 그리고 경직법 제5조 제1항을 특별수권 규정이라고 해석하고, 그 규정을 통해서 개괄수권조항의 필요성을 채울 수 있다고 본다.

이 견해는 헌법질서에 따르면 경찰권의 발동은 반드시 법률에 근거하여야 한다고 전제한 다음, 여기서 근거 법규범은 오늘날과 같이 법치주의원칙이 발달된 상황하에서는 이른바 임무규범과 권한규범을 엄격히 분리하여야 하고, 권한규범과 관련하여서도 경찰권의 발동은 특별수권규범에 근거하여야 하는 것이 기본원칙이라고 밝히고 있다. 다만 특별수권규범이 존재하지 아니하는 예외적인 경우에 공공의 안녕 혹은 공공의 질서에 대한 위험을 방지하기 위해서 개괄수권조항 내지 개괄조항이 허용되고 또 필요한가, 또한 그것이 허용된다고 할 때, 현행법상 그러한 조항이 존재하는가 하는 문제를 나누어서 고찰하고 있다.¹⁰⁶⁾

먼저 허용성과 필요성에 대해서는 법률에 의한 수권은 개별적·구체적인 것이어야 하고, 포괄적·일반적 수권은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 본다. 그러나 경찰권의 발동이 필요한 모든 사태에 대비하여 법률에서 이에 대한 구체적인 수권조항을 두는 것은 불가능한 것이고 보면, 경찰작용의 개괄적 수권조항의 필요성은 일단 인정된다고 함으로써 예외적인 경우에 한해 개괄조항이 필요하고 허용된다는 점을 긍정하고 있으나, 이와는 별도로 과연 우리 경직법 제2조가 개괄수권조항인가의 문제에 대해서는

106) 김동희, 앞의 책, 181~183면.

“그러한 경우에도 그 수권은 경찰작용법에 의한 수권이어서 하는 것으로서, 단순한 조직법적인 경찰의 임무조항은 경찰권 발동의 개괄적 근거가 될 수는 없다고 본다. 그런데 경직법 제2조나 경찰법 제3조는 단지 경찰의 일반적 직무의 범위를 규정한 조직법적 규정이라고 보면, 이 규정이 경찰권 발동에 대한 개괄적 수권조항의 성격을 가지는 것은 아니라고 할 것이다.”¹⁰⁷⁾

라고 하면서 일반수권조항성을 부정하고 있다. 그리고 경직법상의 특별수권조항들이 경찰상의 위험에 해당하는 대부분의 경우를 포괄하고 있고, 특히 제5조 제1항은 다른 규정에서 규정하고 있지 않은 공백상태를 상당부분 규율하고 있어서 실무상 개괄수권조항의 필요성은 그리 크지 않다고 보고 있다.

이 학설은 우리나라의 헌법질서하에서 극히 예외적인 경우에 한해서만 개괄수권조항의 허용성이 인정되고 또 필요하다고 판단한다는 점에서, 개괄수권조항의 허용성을 부정하는 견해 다음으로 법치주의 원칙에 철저하려는 입장을 보이고 있는 것으로 해석된다.

그러나 경직법 제5조를 특별수권으로만 해석하는 데 대해서는 문제점이 있다고 보는데, 즉 경직법 제5조는 ‘위험한 사태에 대해서 필요한 조치를 취할 수 있다’는 형식을 취하고 있어 개괄적 요건과 포괄적 수권을 모두 갖추고 있고, ‘다른 규정에서 규정하고 있지 않은 공백상태를 상당부분 규율’하는 것은 다른 아닌 개괄수권조항적 성질을 가지고 있기 때문이라고 하면서 비판¹⁰⁸⁾을 받고 있다.

107) 김동익, 앞의 책, 194~196면.

108) 이운주, 앞의 논문, 190면.

3. 소결

개팔수권조항과 관련한 학설은 세가지 측면에서 논의되고 있다. 첫째로는 개팔수권조항 자체의 헌법적 허용성에 관한 문제, 둘째로는 개팔수권조항이 과연 필요한가의 문제, 그리고 마지막으로 우리나라 경직법에 개팔수권조항이 존재하는가의 문제이다.

먼저 첫 번째 문제와 관련해서는 법치주의가 요구하는 명확성의 원칙을 근거로 개팔수권조항 자체의 허용성을 부정하는 견해가 존재하나, 최근에는 개팔수권조항 자체를 부정하는 견해는 거의 없는 것으로 보여 다수설은 개팔수권조항의 허용성을 긍정한다고 볼 수 있다.

두 번째의 개팔수권조항의 필요성의 문제는 허용성을 인정하는 학자들은 모두 필요성도 긍정하고 있다. 즉 급격히 변화하는 사회에서 공공의 안녕과 질서에 대한 경찰상의 위험을 방지하기 위해서는 특별수권 방식만으로는 대응이 곤란하다는 데 공감한다.

문제는 역시 우리 경직법에 개팔수권조항이 존재하는가, 그리고 존재한다면 어느 조항이 개팔수권조항인가 하는 문제인데, 이에 대해서는 견해가 갈리고 있다. 이는 크게 ① 개팔수권조항성에 대해서는 허용성과 존재를 모두 긍정하는 견해와 ② 허용성은 긍정하되 존재는 부정하는 견해로 나눌 수 있다. 먼저 전자에 속하는 견해는 현행법상 개팔수권조항이 허용되고 또 존재한다는 견해로, 그 존재에 대해서는 경직법 제2조설, 제2조와 제5조의 유추해석설, 제2조·제5조·제6조의 결합설, 제5조의 유추적용에 의한 개팔수권조항성 도출설, 제5조의 개팔수권조항성은 인정하되 시기상조설 등으로 나뉘고, 후자에 속하는 견해는 현행법상 개팔수권조항을 허용할 수 있으나 현행법에는 존재하지 않거나 필요하지 않

다는 견해로, 입법을 통해 해결하자는 입법필요설과 특별수권조항인 제5조를 통해서 보완이 가능하다고 보는 제5조의 보완적용설 등으로 나뉜다. 이러한 견해차의 핵심은 역시 임무규범으로부터 권한규범성을 도출할 수 있느냐에 관한 문제라고 볼 수 있는데, 제2조 자체의 권한규범성에 대해서는 찬반이 대립하는 것으로 보인다.

생각건대 제2조의 권한규범성을 인정한다는 것은 개괄수권조항의 필요성으로 인하여 임무규범인 것을 법의 흠결을 메우기 위한 방편으로 하고 있기 때문에 이는 옳지 않다고 본다. 법집행의 효율성과 필요성으로 인하여 그 본래적 성질을 변경시켜서는 안될 것이며, 특히 국민의 기본권을 강하게 제한하는 성질을 갖는 경찰작용의 성질상 이는 더욱 허용되어서는 안될 것이다. 따라서 개괄수권조항의 필요성을 인정하면서도 지나치게 입법정책적 해결에만 기대고 있다는 비판을 받고 있기는 하지만, 현재의 경직법의 해석으로 개괄수권조항을 인정하기는 곤란하며 입법을 통해 명문화함으로써 보충적 경찰권발동의 법적 근거를 마련하여야 한다고 본다.

제3절 개별적 수권에 의한 위험방지수단

1. 경직법 제5조(위험발생의 방지)

가. 일반적 위험발생방지 조치

1) 의의

위험발생의 방지조치란 경찰관이 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 발생한 경우에 위험을 방지하기 위하여 경찰관이 취하는 조치를 말한다.

경직법 제5조¹⁰⁹⁾는 위험발생의 방지에 대하여 규정하고 있다. 이는 위험발생 방지를 위하여 경찰관이 취해야 할 수단과 요건을 규정하고 직무를 명확하게 하여 이것을 공무로서 보장함과 아울러 그 권한의 남용을 방지하고자 하는 것이 그 취지라고 할 것이다. 또한 경직법은 대간첩작전의 수행이나 소요사태의 진압을 위하여 필요한 경우의 대간첩작전 지역이나 국가중요시설에 대한 접근·통행의 제한·금지를 함께 규정하고 있다.

위험발생방지조치는 일반적으로 경찰상 즉시강제의 일종이며, 대인적·대물적·대가택적 강제수단으로 본다.¹¹⁰⁾ 그러나 이 위험발생방지조치의 성질은 일률적으로 말할 수 없고, 그 구체적인 내용에 따라 경찰지도, 경찰하명, 경찰상 즉시강제 등의 성질을 가진 것이 혼합되어 있다고 보아야 할 것이다.

경직법 제5조는 위험발생방지조치의 요건이 충족되는 경우에 “경찰관은 …… 조치를 할 수 있다”고 규정하여 방지조치를 재량행위로 규정하고 있다. 그러나 위험이 중대하고 급박하여 방지조치를 취하지 않고는 위험을 방지할 수 없다고 판단되는 경우에는 경찰관의 재량권이 축소되

109) 제5조 (위험발생의 방지) ① 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 한도 내에서 억류하거나 피난시키는 것
3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것
- ② 경찰관서의 장은 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.
- ③ 경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체없이 이를 소속경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.
- ④ 제2항의 조치를 하거나 제3항의 보고를 받은 경찰관서의 장은 관계기관의 협조를 구하는 등 적당한 조치를 하여야 한다.

110) 김남현외, 경찰행정법, 경찰대학, 2002, 326면; 장영민·박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 127면.

어 방지조치를 취할 의무가 있다고 보아야 한다.¹¹¹⁾ 이러한 법리는 판례도 인정하고 있다. 즉 대법원은 다음과 같이 판시하고 있는 바, 이는 경찰관이 도로상에 방치된 트랙터에 대하여 충분한 위험발생방지조치를 취하지 않은 결과 발생한 교통사고에 대하여 국가배상책임을 인정하였다.

“경찰관직무집행법 제5조는 …… 형식상 경찰관에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있으나, 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 위험발생방지조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상 의무를 위반하는 것이 되어 위법하게 된다.”¹¹²⁾

2) 요건

경직법 제5조 제1항에서 규정하고 있는데 이를 분설하여 보면 다음과 같다.

가) 위험한 사태가 존재할 것

여기에서의 ‘위험한 사태’라 함은 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험이 절박한 사태로서, 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단의 혼잡 등과 같은 위험한 사태를 말한다. 이는 인명·신체·재산에 대한 구체적으로 현존하는 위해의 가능성이 있는 상황을 말하므로 단순히 위해가 있을지도 모른다는 막연한 추측만으로는 부족하다. 즉 현존하는 위해의 가능성 중에서 현실적으로 사람의 생명·신체·재산에 위해를 미칠 우려가

111) 최영규, 경찰행정법, 법영사, 2005, 286면.

112) 대법원 1998. 8. 25 선고, 98다16890판결.

있는 상황을 말한다.¹¹³⁾

여기에서의 ‘천재’란 자연현상에 의한 재해를 의미하며 해일·폭우·폭설·태풍·지진·낙뢰·홍수·화산폭발 등을 예로 들 수 있다.

‘사변’이란 인위적으로 발생한 사회질서나 국가질서의 극심한 혼란을 의미하며 전쟁·내란·폭동·소란·대화재 등을 예로 들 수 있다.¹¹⁴⁾

‘공작물’이란 토지에 고착된 인공시설로서 건물·교량·철도·궤도·케이블·재방·우물·전주·터널·기념비·광고탑 등을 예로 들 수 있다.

‘손괴’란 그 물건의 일부 또는 전부가 손상되어 불완전한 상태로 된 것으로서 파괴를 포함한다. 손괴와 파괴를 구분하여 손괴는 그 물건의 일부 효용을 해하는 것을 말하고, 파괴는 그 물건의 주요한 효용을 해하는 것으로 볼 수도 있으나 경찰작용에 관한 동법에 있어서는 형법상의 구분과 관계없이 손괴와 파괴를 동일하게 이해함이 타당하다.¹¹⁵⁾

‘교통사고’란 교통수단인 항공기·기차·전철·선박·자동차·자전거·오토바이 등에 의하여 인명이 살상되거나 물건이 손괴되는 상황을 말하며, 그 사고의 발생원인에 대하여 고의·과실을 불문한다.

‘위험물의 폭발’이란 그 자체가 폭발성이 있는 물건의 폭발을 말한다.

‘위험물’이란 그 자체가 폭발성을 가진 것으로서 화약류·가스류·휘발유·폭발성화약약품·기관·핵물질·원자로 등을 말하며, 이러한 위험물의 개념은 현행법상 총포화약류단속법 제3조의 화약류와 형법 제119조의 폭발물을 포함하는 개념이라고 보아야 한다.

‘광견·분마류 등의 출현’이란 광견, 사람을 공격하는 포악한 야생견이나 축견, 날뛰고 있는 소나 말, 기타 동물원에서 탈출한 맹수 등을 말한다.

113) 장영민·박기석, 앞의 보고서, 130면.

114) 일본의 경범죄법 제1조 제8호는 ‘변사(變事)’라는 용어를 사용하고 있는데, 동법의 변사라는 개념은 경미한 사태도 포함한 것으로서 일반적으로 사변보다는 그 범위가 넓은 개념이므로 경미한 범죄·교통사고 등은 사변이라고 할 수 없다고 한다.

115) 장영민·박기석, 앞의 보고서, 129면.

‘극단한 혼잡’이란 다중의 무질서한 집합으로 정상적인 업무수행이 불가능할 정도로 혼란을 이루고 있는 상태를 말하며, 즉 극장·영화관·경기장 등의 장소와 도로상의 집회 등으로 많은 사람들이 모인 가운데 무질서로 인하여 현저한 혼란이 초래되고 있으며 또한 그 장소의 수용능력을 현저하게 과도한 상태로 군중들이 모인 상태를 말한다.

또한 동조의 ‘기타’에는 동조에 예시된 경우와 유사성을 가지면서 사람에게 위험을 초래할 듯한 다양한 자연현상 또는 사회현상이 포함된다. 즉 현저하게 다량으로 방사능을 함유한 강으로 인하여 식수가 오염된 경우, 야구장 등에서 참관인간에 분쟁이 발생하여 서로 폭행을 가하는 경우, 폭력배 등이 폭력등의 행사로 공포상태를 야기하고 있는 경우, 사격 연습장에서 실탄으로 사격연습을 행하는 경우 등이다. 이 경우에는 그러한 사태의 발생원인 및 그러한 상태 및 행동이 법률상 또는 사회상 정당한 것인지의 여부를 불문하고 현실적으로 사람에게 위험을 가할 우려가 있는 현상 모두를 포함하는 것이다. 동조의 ‘위험한 사태가 있을 때’란 위험의 발생이 가까운 상태를 말한다. 그중에서도 동조 제1항 제2호의 ‘특히 긴급을 요할 때’는 이러한 사태 중에서도 위험의 발생이 현실적으로 긴급한 상태를 말하는데 비해 동조 제1항 제1호의 ‘경고’단계는 이 긴급성의 정도가 동조 동항의 제2호 보다는 약한 경우를 의미한다. 물론 재해 등이 이미 발생하여 현실적으로 피해를 받고 있는 경우는 당연히 포함될 것이다.¹¹⁶⁾

따라서 위와 같은 위험한 사태가 존재하지 않을 시에는 경찰은 위험방지조치를 할 수 없으므로 위험방지조치를 위해서는 이러한 위험한 사태의 존재가 필수적이라고 하겠다.

나) 인명 또는 신체에 피해를 미치거나 또는 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있을 것

116) 장영민·박기석, 앞의 보고서, 130면.

‘인명 또는 신체에 위해를 미치거나 또는 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는’이라고 함은 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태 중에서 경찰의 위험방지조치가 인정되는 경우를 한정하기 위한 상황요건이다.¹¹⁷⁾ 이러한 상황요건은 동법 제6조 및 제7조에도 규정되어 있는데, 이것은 국민의 생명·신체·재산에 직접적인 위해를 끼치지 않은 추상적인 공공의 위험, 즉 사회공공질서를 교란하는 사태를 배제하려는 취지에서 규정된 것이다.¹¹⁸⁾

여기에서 ‘인명’이란 불특정다수자, 즉 공중에 한정되지 않고 개인도 포함한 모든 사람의 생명을 말한다. 다만 동조의 ‘인명’은 경찰관의 입장에서 보면 타인의 생명을 의미하므로 경찰관 자신의 생명은 포함되지 않는다고 보아야 한다. 그러면 이때 경찰관의 생명을 구하기 위해서 경찰관이 조치할 수 있는 사항으로 생각해 볼 수 있는 것은 형법상의 정당행위나 정당방위 이론을 적용하여야 할 것이다.

인명에 대한 위해(개인의 행위 또는 상태)가 특정한 관리자 또는 관계자에 의하여 질서가 유지되는 생활영역에서 발생한 경우(예: 학교, 회사 등)에는 그 범위내에서 일반적으로 경찰관이 직접 관여하지 않는 것이 원칙이다.¹¹⁹⁾ 그러나 그 위해의 급박한 방지를 위해서는 본인의 이익을 위하여 경찰관이 이에 관여할 수 있다고 보아야 할 것이다.

‘위해를 미칠 우려’란 장래 위험한 사태의 발생이 단순히 예상되는 정도를 넘어, 목전에서 발생할 가능성이 매우 높은 경우를 말한다. 즉 현실적 위험의 정도가 명백한 경우라야 한다.

‘재산에 중대한 손해’의 정도는 사회통념을 기준으로 판단되어야 하는

117) 이수일, 신경찰관직무집행법, 정문출판사, 1983, 54면.

118) 장영민·박기석, 앞의 보고서, 127면.

119) 이러한 경우를 경찰공공의 원칙이라고 한다.

데, 이 경우에 재산의 손해가 경미하면 경찰관이 그 위험한 상태를 방지하기 위하여 동조의 조치를 취할 수 없다고 본다. 왜냐하면 그 재산의 보호가치는 즉시강제수단으로 인한 인신구속 및 개인의 자유침해와 비교하여 판단되어야 하기 때문이다.

3) 대상

경직법 제5조 제1항은 위험방지조치의 대상으로서 ‘그 장소에 집합한 자’, ‘사물의 관리자’, ‘기타 관계인’, ‘특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자’를 규정하고 있다. 이에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

첫째, ‘그 장소에 집합한 자’란 위험이 발생하려는 장소, 현재 발생한 장소, 또는 그에 가까운 장소에 있는 모든 사람을 말한다. 그 범위는 구체적 위험의 정도, 파급범위, 주위의 상황 등을 종합적으로 고려하여 결정된다.

둘째, ‘사물의 관리자’란 위험한 사태를 발생시킨 직접적 원인이 되는 물건·동물 등을 직접 지배하거나 모임 등을 주관하는 사람을 말한다. 즉 경기장·운동장 관리인, 흥행의 주최자, 역장, 극장주, 동물의 주인, 운전기사, 위험물의 운반자 등이 여기에 해당한다고 하겠다.

셋째, ‘기타 관계자’란 위험한 사태에 직접 또는 간접으로 관계가 있는 자로서 관계사물관리자의 보조인·조수·부하, 위험방지 또는 피난에 대하여 협력해야 할 자, 그 위험한 사태로 인하여 피해를 받을 우려가 있는 자 등이 여기에 해당한다.

넷째, ‘특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자’란 경고로써는 목적을 달성할 수 없고, 즉시강제의 수단을 사용하지 않고서는 위해를 피할 수 없거나, 이미 다소의 위해를 받았으나 방치해 두면 위해가 가중될 상태에 있는 자를 포함한다. 여기에는 일단 경고를 행하였지

만 상대방이 경고에 따르지 않아 사태가 진전된 경우도 포함된다.

4) 수단

가) 경고조치

경찰관은 위험한 장소에 집합한자, 사물의 관리자에게 필요한 경고를 발할 수 있다(경직법 제5조 제1항 제1호). 우선 경고를 발함으로써 관계자가 스스로의 판단으로 위험방지의 조치를 취할 것을 기대하며 가능한 강제력의 행사를 피하고자 하는 것이다.

여기에서의 ‘경고’란 위험으로부터 피난시키거나 위험을 방지하기 위하여 필요한 예고를 하거나 주의를 주는 것을 말한다. 예컨대 무너질 우려가 있는 건물의 입주자에게 대피를 권고하는 경우, 홍수로 도로가 단절되었을 때에 피해가도록 위험표시 등을 설치하는 경우, 폭우로 제방이 파괴될 우려가 있을 때에 인근 주민들을 대피하도록 주의를 주는 경우, 도심내의 광고탑이 무너지려고 할 때에 그 관리자에게 수리를 권고하는 경우 등이 그 예이다. 이러한 경고는 경찰관의 의사통지에 불과하므로 경찰하명과는 다르고 경고로 인하여 법적 의무가 발생하는 것도 아니므로 관계인은 경찰관의 경고를 수인할 의무는 없다는 견해도 있으나,¹²⁰⁾ 정당한 경고에 대하여는 응할 의무가 있다고 본다. 즉 상대방이 정당한 경고에 응하지 아니할 때에는 조치명령을 내릴 수 있고 이 명령에 불응할 시에는 강제조치의 단계로 이행할 수 있기 때문에 정당한 경고에 응할 의무가 있다고 볼 수 있으며, 또한 그 사태에 적합한 방법을 사용할 수 있다고 본다.

경고의 방법으로는 보통 구두·문서·게시 등이 사용되고 있지만, 이것에 한정되지 않고 그 사태에 적당한 방법을 사용할 수 있다. 예컨대 경

120) 이수일, 앞의 책, 57면.

적·사이렌 등을 울리거나, 깃발 등의 신호를 보내거나, 라디오·TV 등으로 방송하거나, 경우에 따라서는 헬리콥터 등의 교통수단을 이용하여 알릴 수 있다. 다만 경고는 상대방의 신체에 실력을 가하는 등의 방법 등은 인정될 수 없고 설득의 정도에 그쳐야 한다. 경고는 위험발생방지의 기본적 대응조치로서 가능한 한 강제수단을 동원하지 않고 임의적 수단에 그치고자 하는 취지라고 생각된다. 따라서 경고로서 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 강제적 방법을 동원하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

나) 억류 또는 피난조치

경찰관은 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자에 대하여 필요한 한도에서 이를 억류하거나 피난시킬 수 있다(경직법 제5조 제1항 제2호).

여기에서 ‘필요한 한도’란 경찰관이 사용하는 수단과 정도가 경찰상의 필요성(이 경우 위해를 면하는 것)과 비례하여야 한다는 것(경찰비례의 원칙)을 말한다.

‘억류’란 위험한 장소에 들어가지 못하도록 상대방의 의사에 불구하고 실력으로 저지하는 것을 말하고, ‘피난’이란 위험한 장소로부터 물러서게 하는 것을 말한다. 어느 것이나 필요한 경우에는 필요한 한도에서 상대방의 의사에도 불구하고 실력으로써 행할 수 있다.

‘특히 긴급을 요할 때’란 위험한 사태 중에서도 현실적으로 그 위험이 한층 절박한 경우를 말한다. 즉 이제는 경고로써는 목적을 달성할 수 없고 즉시강제의 수단을 사용하지 않고서는 위해를 받지 않은 자만이 아니라 이미 다소의 위해를 받았으나 방치해 두면 위해가 가중될 상태에 있는 자도 포함된다.

동조의 경고·억류·피난은 피해 우려가 있는 자를 긴급구호하려는 보호

적 행위인 점에서 동법 제4조의 ‘보호조치 등’과 동일한 성질을 갖는다. 즉 경찰작용은 보통 사회공공의 질서유지를 위하여 국민의 권리를 제한하는 것임에 반하여 ‘억류’와 ‘피난’조치는 경우에 따라 상대방에 대해 실력이 행사되지만, 그것은 그 사람의 자연적 자유를 제한을 통하여 관계인의 신체·생명을 보호하려는 것이다.

다) 기타 필요한 조치

경찰관은 위험한 사태가 발생한 경우에 그 장소에 있는자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 취할 수 있다(경직법 제5조 제1항 제3호). 이 조항으로부터 경찰관은 위험발생방지를 위하여 조치명령을 내리거나 직접 조치할 수 있는 권한을 도출할 수 있다.

(1) 조치명령

‘위해방지상 필요하다고 인정되는 조치’란 이미 발생한 위해를 제거하거나 그 확대를 방지하기 위하여 또는 급박한 위험의 예방을 위하여 하지 않으면 안되는 조치를 말하며, 퇴거·출입제한, 위험한 시설의 폐쇄나 사용정지와 같은 소극적인 조치만이 아니라 위험물의 제거·수리와 같은 적극적인 조치도 포함된다고 해석된다.¹²¹⁾ 그 필요성은 평균인의 합리적인 판단에 의하여 인정되어야 한다. 또한 관계인의 능력으로 실현가능한 조치이어야 하며, 위해방지의 필요성에 비추어 경찰비례의 원칙상 관계인에게 과도한 불이익을 주어서는 안된다. 이는 현실의 사태에 대해서 위해를 받을 우려가 있는 법익과 이 조치를 취함으로써 해를 받을 법익과를 비교 판단하여야 한다는 의미이다. 구체적으로 보면 일정한 지역에

121) 최영규, 앞의 책, 287면.

들어가는 것을 금지하거나 혹은 일정한 지역으로부터의 피난을 명하거나 사람에게 역무를 과하거나 또는 교각이나 도로의 응급공사, 파손된 광고탑의 철거, 광견의 사살, 극장·경기장예의 입장정지 등 경찰관의 재량으로 판단할 것이다.¹²²⁾

조치명령의 상대방은 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자, 기타 관계인이다. 그 중에는 위험의 발생에 책임이 있는자(자신 또는 자신의 지배하에 있는 타인의 행위나 자신이 관리하는 물건의 상태에 의하여 위험이 발생한 경우)도 있겠지만, 우연히 그 장소에 있을 뿐 위험발생에 책임이 없는 자도 포함된다. 후자에 대한 조치명령은 경찰책임 없는 자에 대한 경찰권 발동으로서, 법률의 규정에 의한 경찰책임원칙의 예외에 해당한다.¹²³⁾

이러한 조치명령을 할 경우 경제적 부담에 대한 손실보상규정이 존재하지 않기 때문에 타인의 토지·물건의 사용·수용 등에 대한 공공부담의 권한은 없다고 보아야 한다. 공공부담의 조치가 필요한 경우에는 그러한 규정이 구비되어 있는 다른 특별법을 적용하여야 한다. 따라서 경찰책임의 원칙하에 자기에게 귀책사유가 없는 경제적 손실에 대한 보상은 “재해구호법”상의 손실보상에 의하여 해결해야 할 것이다.¹²⁴⁾

또한 ‘관계인에게 필요한 조치를 하게 하는 것’은 상대방이 필요한 조치를 하도록 명하는 행위로서 경찰하명의 성질을 가진다. 조치명령에 의하여 상대방에게는 필요한 조치를 할 의무가 부과된다. 관계인이 조치명령을 이행하지 않는 경우에는 일반적 벌칙은 없으나, 경범죄처벌법상의 원조불응죄(제1조 제36호)에 해당하는 경우가 많을 것이다.

이러한 조치명령에 상대방이 이를 이행하지 않을 경우에 대인적 직접강제가 가능한지, 즉 상대방의 신체에 실력을 행사하여 그러한 조치를

122) 경찰법령연구회편, 경찰권한실무집, 경찰시보사, 1992, 119면.

123) 최영규, 앞의 책, 288면.

124) 이수일, 앞의 책, 58면.

취하도록 강제할 수 있는지가 문제된다. 조치명령의 급박성에 비추어 긍정할 수 있는 소지도 있고, 이 경우에는 경직법 제5조 제1항 제3호가 직접강제의 근거규정이 된다고 해석할 수 있다. 그러나 대인적 직접 강제의 내용은 상대방의 신체를 억류하거나 추방하는 등의 소극적인 것에 한정되고, 적극적으로 어떠한 행위를 하도록 하는 것은 직접강제의 내용이 되기 어렵다. 따라서 상대방이 조치명령을 불이행하는 경우에는 경찰관 스스로 그 조치를 하는 것으로 목적을 달성하여야 하고, 상대방에 대한 직접강제는 불가능하다고 해석된다.¹²⁵⁾

(2) 직접조치

직접조치란 경찰관이 위해방지상 필요한 조치를 적극적으로 행하는 것을 말한다. 관계인 등의 조치를 기다릴 여유가 없거나 관계인 등이 당황하여 경찰관이 지시한 조치를 취할 수 없는 때에는 경찰관이 1차적으로 독자적인 조치를 취하며, 관계인 등의 힘만으로는 조치를 취하기에 부족한 경우에는 경찰관이 이에 협력하여 보충적으로 조치를 취하게 된다.

따라서 직접조치는 대인적·대물적 또는 대가택 즉시강제의 성질을 가진다. 그러나 관계인에게 조치명령을 하였으나 상대방이 불응하여 경찰관이 위험을 발생시킨 물건이나 가택에 대하여 스스로 그 조치를 하는 경우에는 대물적 또는 대가택 직접강제의 성질을 가진다.¹²⁶⁾

나. 대간첩작전 등의 통행제한조치 등

1) 의의

125) 최영규, 앞의 책, 288면 각주 69.

126) 최영규, 앞의 책, 288면.

경찰관서의 장은 대간첩작전 수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고 등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.

‘대간첩작전지역’이란 실제로 적토벌작전을 시행하고 있는 지역으로서 적의 많고 적음이나 전략에 의하여 극히 전술적인 차원에서 결정되겠지만 대개는 몇 개의 읍·면 또는 군 단위로 결정될 것이다. ‘경찰관서’는 출장소, 파출소, 지구대, 경찰서, 지방경찰청, 경찰청은 물론 경찰대학 등 각급학교, 해양경찰청 및 그 산하 기관, 해경정, 각급 기동대 등이 그 직무를 집행하기 위하여 설치한 공무소를 포함한다고 보아야 한다. ‘무기고’는 총기·탄약의 저장소를 말하고, ‘국가중요시설’이란 국가중요공무소는 물론 그 시설의 소유주체가 국가가 아니라고 할지라도 철도청, 발전소, 방위산업체 등 국가안전보장에 직결되어 있는 시설을 포함한다고 하겠다.

이 규정은 대간첩작전을 수행하거나 소요사태를 진압할 때 무장공비나 소요군중으로부터 일반인을 분리시키고, 특정중요지역을 보호하기 위한 소요군중의 진입저지선을 설정할 수 있도록 하며, 작전이나 소요사태의 진압과정에서 파생될 우려가 있는 일반국민의 피해를 막고 무기탈취나 국가중요기관의 피습을 방지하여 작전 및 진압의 효율적 수행을 보장할 수 있도록 함으로써 대규모 피해상황을 방지하기 위한 초기단계의 대책이다.¹²⁷⁾

2) 조치권자

경찰법 제5조 제2항은 접근·통행제한, 금지의 주체는 개개경찰관이 아

127) 이수일, 앞의 책, 59면.

니고 경찰관서의 장으로 표현되어 있다. 이는 통행제한조치가 다수국민의 일상생활에 광범위한 제약을 가하는 것이므로 이의 신중한 행사를 위해 파출소장 이상의 각급 경찰관서의 장만이 할 수 있도록 한 것이라고 보아야 한다.

3) 조치의 요건

대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때이다(경직법 제5조 제2항). 즉 간첩 및 무장간첩의 침투분쇄와 체포를 위한 작전수행시 또는 공공의 안녕을 해치는 시위·소요·폭동 등의 집단적 불법사태로 인한 소요사태의 진압을 위하여 경찰서장이 필요하다고 객관적으로 인정되는 경우를 뜻한다.

여기에서 ‘대간첩작전수행’이란 무장간첩에 의한 침공을 격퇴하는 것을 말한다. 따라서 전쟁으로 인한 계엄의 선포에 따른 통행제한과는 다르다. 동조의 대간첩작전은 계엄이 선포되기 전단계의 경찰 단독 또는 군과 합동으로 하는 모든 대적작전이 포함된다고 보아야 한다.¹²⁸⁾

‘소요사태의 진압’이란 대간첩작전수행과 유사한 정도로 무질서한 소요사태를 진정시키기 위한 경우이다. 따라서 평화시위는 물론 절차의 위법이 있었다 하더라도 질서를 심하게 교란시키지 않는 경우에는 이 조치를 행사할 수 없다. 결국 폭도화된 다수 군중에 의해 한 지방의 평온한 사회상태가 교란된 상태를 진정시키기 위해서만 가능하다고 본다. 이는 집회및시위에관한법률의 적용을 할 수 없을 시에만 제한적으로 가능하다고 볼 것이다.

4) 수단

128) 이수일, 앞의 책, 60면.

경직법 제5조 제2항에서는 그 수단으로 ‘접근 또는 통행의 제한·금지’와 ‘고지’를 규정하고 있다.

‘접근 또는 통행의 제한·금지’란 대간첩작전지역이나 국가중요시설에 가까이 다가오는 것을 막기 위한 조치로서 제한·금지의 범위는 당해 사태의 특수성을 고려하여 필요한 한도를 넘지 않도록 하되, 그 구체적인 시각과 장소를 분명히 하도록 유의하여야 한다.

‘고지’란 이러한 접근 또는 통행의 제한·금지조치를 일반국민들에게 사전에 알려주는 것을 말한다. 이는 통행의 제한·금지가 국민의 일상생활에 직접 영향을 미치므로 국민이 사전에 알 수 있도록 충분히 알려야 한다. 그 방법으로는 방송·벽보·전단 등의 방법을 생각해 볼 수 있다.

5) 대상

접근 또는 통행의 제한 또는 금지의 대상은 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고 등 국가중요시설이다.

대간첩작전지역은 무장간첩의 생포나 사살을 위해 상황에 따라 설정한 일정구역이다. 이 구역의 범위는 간첩의 수, 무장정도, 지리적 상황 등을 통합하여 필요 최소한도내에 그쳐야 할 것이다. 또한 경찰관서·무기고 등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행의 제한·금지는 이러한 조치를 취하지 않을 경우 대간첩작전의 수행이나 소요진압에 어려움이 명백히 예상되거나 현재상태보다 위험이 확대될 것이 명백한 경우를 말한다. 따라서 소요사태의 진압에 어려움을 가져오거나 확대시킬 염려가 있는 시설이 아닌 경우에는 그 접근 또는 통행의 제한을 가해서는 아니된다. 따라서 일반 행정관서나 민원기관 등은 제한대상이 아니다. 다만 무기고 등 무력으로 소요를 확대시킬 염려가 있는 관서뿐 아니라 국가기밀의 누설 등에 의해 소요가 확대되거나 진압의 어려움을 가져올 염려가 있는 경우에는 일반 행정관서에의 접근통행금지도 허용된다고 본다.¹²⁹⁾

다. 사후조치

경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체없이 이를 소속경찰관서의 장에게 보고하여야 한다(경직법 제5조 제3항). 또한 제2항의 조치를 하거나 제3항의 보고를 받은 경찰관서의 장은 관계기관의 협조를 구하는 등 적절한 조치를 하여야 한다(경직법 제5조 제4항).

여기에서 ‘협조를 구하는 등 적당한 조치’란 경찰로서 취한 조치의 내용, 즉 위험한 사태의 발생시간, 장소, 상황 등을 관계기관에 알려주고, 또한 그 후 사태추이에 대한 적당한 정보를 제공하는 것을 의미한다고 할 것이다.

라. 소결

경직법 제5조는 동조상의 위험발생방지조치의 요건으로 “인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견(狂犬)·분마류(奔馬類)라는 일본의 경직법상의 조항을 아무런 자구 수정없이 받아들인 것으로서 오늘날 우리나라에서 일반적으로 사용되는 것이 아니며, 또한 광견·분마 이외의 다른 동물의 출현이 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 경우도 있는 것이다. 따라서 광견·분마류 등의 출현이라는 표현보다는 ‘위험한 동물의 출현’이란 표현을 사용하는 것이 필요하다.

또한 경직법 제5조는 위험발생방지조치의 수단으로 경고, 억류 또는 피난, 위험방지조치 등을 규정하고 있을 뿐, 이러한 조치에 불응하는 자에 대한 처벌규정이 없다. 따라서 이러한 조치에 불응할 시에는 경찰의

129) 장영민·박기석, 앞의 보고서, 137면.

강제력 행사를 담보할 수 있도록 접근금지, 퇴거명령과 같은 처벌규정의 신설이 필요하다고 본다.¹³⁰⁾

따라서 위험발생방지조치에 관한 규정은 약간의 자구수정과 더불어 처벌규정의 신설이 필요하다고 생각된다.

2. 경직법 제6조(범죄의 예방과 제지)

가. 의의

범죄의 예방과 제지란 경찰관이 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고조치를 하고, 또 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에 그 행위를 제지하는 것을 말한다(경직법 제6조).

범죄의 예방과 제지는 경직법 제2조 제1호에 규정된 경찰직무로서 중요한 비중을 차지하고 있다. 범죄는 사회질서 교란의 가장 직접적인 원인이므로 사회질서유지 책무의 핵심적 주체인 경찰이 범죄를 사전에 예방하고, 진행 중인 범죄를 제지하여야 함은 당연한 직무이다.

동조는 다른 조항의 불심검문·동행요구·범죄정보의 수집 등의 직무와 관련이 있으나, 불심검문등이 범죄의 발생을 미연에 방지하려는 간접적이고 일반적인 조치라면, 본조의 조치는 바로 범죄가 행하여지려고 하는 절박한 사태에 직면하여 직접적으로 범죄를 저지하는 조치이다. 따라서

130) 서정범 박사는 “경찰이 취하는 위험발생방지조치에 적극적으로 항거하는 자에 대하여는 공무집행방해죄로, 단순한 불응에 대하여는 경범죄처벌법 제1조 36호의 공무원 원조불응을 이유로 처벌할 수 있으며, 또한 경찰관이 위험발생방지조치를 하게 한 경우 그러한 의무를 이행하지 않은 경우에는 경찰상 강제집행의 수단을 통해 의무를 확보할 수 있을 것이므로 경찰관직무집행법에 별도의 처벌규정을 둘 실익은 발견하기 어렵다고 할 것이다.”고 주장하면서 처벌규정의 신설이 불필요하다고 주장하고 있다. 서정범, 경찰관직무집행법 개정방향에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 2003-05, 55면.

본조는 모든 범죄의 예방과 제지에 관한 일반적인 근거규정이라고 볼 수 있다.

이 규정의 성질은 예방조치로서의 경고는 비권력적 사실행위, 즉 경찰 지도의 성질을 가진다. 이에 반하여 제지조치는 대인적 즉시강제의 성질을 가진다.¹³¹⁾

나. 요건

경찰법 제6조의 규정을 살펴보면 다음과 같은 요건이 필요함을 알 수 있다.

1) 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 것

여기서 ‘범죄행위’란 실정법상 범죄로 규정된 모든 범죄를 가리키며, 그것이 구성요건 해당성, 위법성만 갖추면 되고, 유책성의 구비여부는 불문한다. 이는 경찰목적은 범죄의 발생을 예방하여 사회공공의 질서유지에 있는 것이지 반드시 범인을 형사처벌하는데 있는 것은 아니기 때문이다. 또한 범죄행위의 주체가 책임능력을 구비하고 있느냐 하는 것도 경찰관이 그와 같은 내적 인격사항까지 위험방지의 현장에서 즉각 판별하도록 기대한다는 것은 불가능하며 경찰목적상 불필요하다. 아울러 객관적으로 보아 형벌부과대상행위인 경우에는 심신상실자나 14세 미만자의 행위, 고의나 과실에 의한 행위를 불문한다. 그러나 법령에 의한 행위, 정당한 업무를 수행하는 행위, 정당방위, 긴급피난, 자구행위 등은 위법성을 결하는 것이므로 본조의 경고나 제지대상이 아니다.¹³²⁾

또한 ‘목전에 행하여지려는 행위’란 어떤 행위가 범죄구성요건에 해당하는 실행행위에 도입하려는 직전을 말한다. 따라서 범죄실행에 절박해

131) 최영규, 앞의 책, 289면.

132) 장영민·박기석, 앞의 보고서, 140면.

있음이 객관적으로 명백한 경우까지 포함한다고 보아야 하므로 예비·음모의 직전도 여기에 해당한다고 본다.

2) 목전에 행하여지려고 하는 범죄행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나, 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요할 것

여기에서 ‘목전에 행하여지려고 하는’이란 어떤 행위가 범죄구성요건에 해당하는 행위 직전의 상태를 말한다. 따라서 이미 범죄가 범하여지거나 범죄가 종료된 후에도 본조에 의한 경고나 제지가 가능하다는 견해¹³³⁾도 없지 않으나 타당하지 못하다. 그러한 경우에는 수사절차에 의해 현행범체포나 긴급구속의 법리에 의하고 본조의 경고와 제지는 범죄행위의 전단계에서만 인정되는 것으로 보아야 한다.

‘목전에’라 함은 사회통념상, 범죄의 발생이 상당한 정도로 명백하게 드러났거나, 범죄구성요건에 해당하는 직전의 단계라고 볼 수 있을 것이다. 또한 ‘인정될 때’의 판단기준은 경찰관 개인의 자의적·독단적인 판단을 말하는 것이 아니고, 사회평균인이라면 그렇게 판단했을 것이라고 생각되는 객관적인 것이어야 한다.¹³⁴⁾ 다만 이와 같은 경찰관의 인정은 객관적 사실과 정확히 합치할 필요는 없다. 예컨대 절도행위에 이르는 줄 알고 경고를 하였는데 사실은 강도나 폭행행위를 범하려고 한 경우라 할지라도 무방하다.¹³⁵⁾

3) 경고와 제지의 목적은 예방하기 위한 것일 것

‘예방’이라 함은 범죄행위의 실행 그 자체를 방지함을 목적으로 하는

133) 日, 横浜地裁判決 昭和 38. 6. 28.

134) 경찰법령연구회편, 앞의 책, 130면.

135) 日 大阪高裁判決 昭和 34. 9. 30.

것뿐만 아니라 범죄로 인한 피해의 발생을 예방하는 것도 포함된다. 왜냐하면 경찰목적으로서의 범죄예방은 국민에 대한 위해를 줄이는 데에 그 주안을 두고 있기 때문이다.¹³⁶⁾

다. 대상

1) 경고의 대상은 관계인이다.

경고의 목적이 범죄의 예방과 범죄피해의 예방의 양자이니 만치 이러한 목적을 달성하기 위한 필요한 범위내의 사람이 경고의 대상이 된다. 따라서 범죄를 행하고 있는 자, 범죄에 의해 피해를 받는 자가 주된 대상이나 이들이 보호를 요하는 요부조자들일 경우에는 그 보호자들도 경고의 대상이 된다. 또한 장소, 건물 기타 공작물에 관련된 범죄일 경우에는 건물등의 관리자, 소유자, 점유자 및 그 장소에 거하는 자도 대상자가 될 수 있다.¹³⁷⁾

2) 제지의 대상은 ‘인명, 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 행위’이다.

그러나 현실적으로 제지의 효력이 미치는 자는 목전의 범죄를 범하려는 자이다. 경고의 대상과 달리 당해행위자에 한정되고 피해를 받거나 받고 있는 자에 대한 경찰관의 행위는 경직법 제4조 또는 긴급피난의 대상이 된다. 판례는 집회장소의 사용승낙을 하지 않은 甲대학교측의 집회저지 협조요청에 따라 경찰관들이 甲대학교 출입문에서 집회에 참가하려는 자의 출입을 저지한 것은 경직법 제6조의 주거침입행위에 대한 사

136) 박평준·박창석, 경찰행정법, 고시연구사, 2004, 288면.

137) 경찰법령연구회편, 앞의 책, 135면.

전 제지조치로 볼 수 있다는 판결을 내린 바 있다.¹³⁸⁾

라. 수단

경직법 제6조는 범죄의 예방과 제지를 위한 수단으로써 경고와 제지를 규정하고 있다.

1) 경고

‘경고’란 범죄의 예방을 위하여 범죄행위로 나아가려고 하는 것을 중지하도록 통고하는 것을 말한다. 즉 주의를 환기시키려는 것으로서 경고에 따르지 않으면 제지 또는 진압 등의 실력을 행사하겠다는 뜻이 내포되어 있다. 본조의 경고는 범죄예방을 위한 것이므로 경직법 제5조의 위험발생방지를 위한 경고와 구별된다. 그러나 피해자 입장에서 보면 ‘인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태’인 경우에는 본조의 경고와 경직법 제5조의 경고가 경합한다고 볼 수 있다. 이러한 경고의 법적 성질은 가해자·피해자 기타의 관계인에게 주의촉구·설득·지시·권고 등을 하는 것을 의미하므로 사실행위인 의사의 통지 내지는 중지할 것을 요구하는 중지하명이라고 볼 수 있다.

경고의 구체적 형태로서는 구두, 확성기의 사용, 경고장의 교부, 게시·고시, 손짓 등의 몸짓, 경적·사이렌 취명, 旗의 사용, 신호, 방송, 새끼줄의 설치, 연막탄 발사, 경찰관의 대오 등 그때 그때의 상황에 따라 적절한 방법을 취할 수 있다.¹³⁹⁾

나) 제지

138) 대법원 1990. 8.14선고, 90도870판결.

139) 장영민·박기석, 앞의 보고서, 143면.

‘제지’라 함은 실력의 행사에 의한 범죄예비행위 및 범죄에 밀접하게 접근된 행위를 저지하는 것을 말한다. 즉 실력에 의한 행위의 강제적 중지 또는 중지하지 않을 수 없는 상태로 만드는 것을 의미한다. 제지는 반드시 경고를 한 후 그 경고에 불응하는 경우에만 할 수 있는 것이 아니고, 처음부터 행위를 제지시키거나 또는 경고를 발할 시간적 여유가 없을 때에는 즉시 제지를 할 수 있음은 물론이다. 제지에는 반드시 무기의 사용을 수반하지는 않는다.

제지의 형태에는 아무런 제한이 없다. 예컨대 싸움이 벌어진 상황이면 달려들어 흉기를 빼앗고 당사자들에 해산을 명한다든지, 기물파괴의 행위가 시작되는 경우라면 당사자의 팔을 붙들어 파괴를 저지한다든지 하는 식으로 범죄행위의 양상에 따라 제지의 모습도 달라질 수 있다. 그러나 주의할 것은 제지는 즉시강제의 수단이기 때문에 여기서는 경찰비례의 원칙이 적용되어야 한다는 것이다. 즉 경미한 범죄행위에 대하여 제지의 방법이 과격하다든가 폭력적이고 난폭할 경우에는 제지 자체가 위법일 수도 있다는 것이다.¹⁴⁰⁾

여기에서 ‘그 행위로 인하여’의 ‘그 행위’란 그대로 방치할 경우 범죄로 나아갈 것이 명백한 경우를 말하므로 범죄행위직전의 행위를 말하고, ‘... 로 인하여’라는 것은 그 다음의 요건으로 표시된 ‘인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는’ 결과와 직접적 관련을 갖는 경우를 의미한다. 따라서 이러한 결과에 미치지 못하는 경미한 결과가 예상되는 경우에는 제지가 허용되지 않는다. 또한 긴급성이 제지의 요건이므로 긴급하지 않아 다른 수단에 의해 예방이 가능한 경우에는 제지가 허용되지 않는다.

제지할 수 있는 예로서는 사람이 현존하는 주거에 큰 충격을 줌으로써 가옥이 손괴되거나 그 안의 사람이 살상당하게 될 것이 명백한 경우 주

140) 박평준·박창석, 앞의 책, 289면.

거에 큰 충격을 주는 행위(큰 망치로 기둥을 치는 행위)가 목전에 행해 지려 하는 때 등을 들 수 있다.

제지의 수단으로서는 구체적 상황에 즉응하여 타당한 방법으로 하여야 한다. 예컨대 범죄를 행하려고 하는 자를 뒤에서 껴안는 행위, 손을 잡고 과출소로 데리고 가는 행위, 그의 앞을 가로막으면서 떠미는 행위, 집단행동과 관련하여 집단행진을 호위하여 따르거나 집단을 갈라놓거나 해산시키는 행위, 집단폭력에 대해 방수 또는 최루가스를 사용하는 행위, 쥐고 있는 흉기를 빼앗는 행위, 범죄장소로 접근하고 있는 자를 가지 못하게 저지하는 행위 등이 있다. 또한 제지는 ‘긴급을 요하는 경우’에만 할 수 있기 때문에 사태가 절박한 경우에만 제지를 행할 수 있으므로 ‘경고’로서는 이미 때가 늦어 곧 제지하지 않으면 범죄가 곧 발생할 수 있는 경우에 한하여 행해야 한다. 다만 이러한 제지는 상대방의 의사에 반하여 실력을 행사하는 것이므로 경찰비례의 원칙에 적합하도록 사태에 따라 필요한 한도내에서 행해야만 할 것이다. 또한 제지의 목적을 감안하여 사람의 생명 혹은 신체에 위험이 미치지 않는다면 재산에 중대한 손해를 받지 않을 경우에는 강제력을 사용하는 제지는 허용되지 않는다고 할 것이다.¹⁴¹⁾

마. 소결

경찰법 제6조의 범죄의 예방과 제지와 관련하여 법집행을 담당하고 있는 경찰관들은 국민들의 법집행에 대한 불응으로 국민의 생명과 신체 및 재산을 보호하는데 지장을 초래하고 있어 동법 제5조와 더불어 처벌 규정의 신설을 주장한다. 그러나 현 조항만을 놓고 살펴본다면 경찰이 취하는 조치에 적극적으로 항거하는 자에 대하여는 공무집행방해죄로, 단순한 불응에 대하여는 경범죄처벌법 제1조 제36호의 공무원 원조불응

141) 장영민·박기석, 앞의 보고서, 144면.

을 이유로 처벌이 가능하므로 별도로 처벌규정까지 신설할 필요는 없어 보인다. 그러나 경범죄처벌법의 실효성에 의문이 드는 만큼 경범죄처벌법을 적용하여 경찰의 법집행을 담보하기에는 무리가 따른다고 본다. 따라서 단순한 불응시에는 좀더 강력한 법집행의 의지를 보여 본래의 목적을 달성하려는 경찰관들의 적극적인 자세가 필요하며, 그렇게 된다면 단순한 불응의 사례는 거의 없을 것이며 대부분 공무집행방해죄의 구성요건에 해당하게 될 것이다.

3. 경직법 제7조(위험방지를 위한 출입)

가. 의의

위험방지를 위한 출입이란 경직법 제5조 제1항·제2항 및 제6조 제1항에 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이 하다고 인정할 경우 필요한 한도내에서 타인의 토지·건물 또는 선차내에 출입하거나, 대간첩작전수행에 필요한 때에는 작전지역 안에 있어서의 흥행장·여관·음식점·역 등의 공개된 장소를 공개시간내에 검색하기 위하여 출입하는 것을 말한다(경직법 제7조). 그런데 이 위험방지를 위한 출입은 긴급출입, 예방출입 및 대간첩작전수행을 위한 검색으로 구분된다. 그 어느 것이나 대가택적 즉시강제의 성질을 가진 작용이지만, 예방출입은 비권력적 조사의 성질을 하고 있다.¹⁴²⁾

나. 긴급출입

1) 의의

142) 최영규, 앞의 책, 291면.

긴급출입이란 경직법 제5조 제1항·제2항 및 제6조 제1항에 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 경찰관이 타인의 토지·건물 또는 선차(船車)내에 출입하는 것을 말한다(경직법 제7조 제1항).

2) 요건

가) 위험한 사태의 발생이 있어야 한다.

여기에서 위험한 사태란 경직법 제5조 제1항·제2항 및 제6조 제1항에 규정한 위험한 사태를 말한다. 첫째로 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 수 있는 천재·사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현 및 극단한 혼잡 등의 발생, 둘째로 대간첩작전의 수행중이거나 소요사태가 발생한 경우, 셋째로 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하는 것을 인정한 때 등을 말한다.

이러한 종류의 위험한 사태가 발생한 경우에만 동조 제1항의 출입이 인정되기 때문에 동법 제4조(보호조치)에 규정된 ‘응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자’를 발견했다는 이유로 동조 제1항의 출입을 인정할 수는 없다. 이 경우에 관리자의 승낙이 있거나 관리자의 요구가 있으면 경찰관의 출입이 인정될 수 있지만 이것은 동조 제1항에 의한 출입은 아니다. 그러나 정신착란자 또는 술취한 상태에 있는 자가 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미치고 있는 경우는 동법 제6조(범죄의 예방과 제지)의 ‘범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정되는’ 경우이기 때문에 동조 제1항에 의한 긴급출입이 가능하므로 그러한 자의 주거에 출입하여 경고 또는 제지를 행할 수 있고, 또한 응급의 구호를 요한다는 상태에는 동법 제4조(보호조치)에 의한 보호조치

를 행할 수도 있다.¹⁴³⁾

나) 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박해야 한다.

이는 경직법 제5조 제1항·제2항 및 제6조 제1항에 규정된 위험한 사태가 발생한 경우 가운데 이러한 요건에 충족하고 있는 경우에 한정된다는 취지이다. 동법 제5조(위험발생의 방지)의 위험한 사태는 모두 이 요건을 충족하고 있지만, 동법 제6조(범죄의 예방과 제지)의 경우에는 반드시 동조의 요건을 충족하고 있다고 할 수 없다. 왜냐하면 여기서의 위해는 현실적으로 사람의 생명, 신체 또는 재산에 위해를 미치는 상황이 구체적으로 발생한 것을 요하고(구체적 위험), 위해발생의 가능성이 추상적인 상태에 그치는 경우(추상적 위험)로는 족하지 않기 때문이다. 동조의 출입이 허용되는 범죄행위는 그 범죄가 이른바 자연범 중에서도 개인의 생명·신체·재산에 직접 위해를 가하는 범죄만이 포함된다.

다) 위해방지나 피해자 구조상 부득이 하여야 한다.

이 요건은 출입의 목적을 한정한 것으로서, 예컨대 범죄수사나 기타 다른 행정목적에 위해서는 본조에 정한 출입이 허용되지 아니한다. 또한 경직법 제5조(위험발생의 방지) 또는 제6조(범죄의 예방과 제지)의 사태에 해당하여 경찰관이 출입하였으나 그 행위를 유효적절하게 행할 수 없다고 예상되는 경우나 목적달성이 불가능하다고 분명히 판단되는 경우에는 출입이 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

‘부득이 하다고 인정할 때’란 보충성의 원칙을 말하는 것으로서 그 장소에 출입하는 방법 이외에는 달리 적당한 수단이 없다고 인정될 때를 의미한다. 즉 경찰관이 직접 긴급출입하지 않더라도 건물밖에서 주의 및

143) 장영민·박기석, 앞의 보고서, 147면.

경고를 하기에 충분한 여건이 되는 경우에는 출입하지 않는 것이 타당하다. 이에 대한 판단은 현장에 출동한 경찰관 스스로의 판단에 의하는데, 이 경우에 그 판단은 다른 경우와 마찬가지로 사회통념상 객관적으로 타당성이 있는 판단이어야 한다.¹⁴⁴⁾ 즉 건전한 사회인으로서의 경찰관의 양식에 의존하게 되는 것이 일반적이다.

라) 한계

긴급출입의 한계에 관하여 경직법 제7조 제1항은 ‘합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서 출입할 수 있다’고 규정하고 있다. 여기에서 ‘합리적으로 판단하여 필요한 한도내’란 긴급출입함으로써 발생하는 불이익과 긴급출입을 통해 이루어지는 장애제거의 이익 사이에 정당한 비례가 유지되어야 한다는 것을 말하는데, 이것은 소위 ‘경찰비례의 원칙’을 주의적으로 규정한 것으로 볼 수 있다. 따라서 경미한 장애제거를 위하여 필요한 한도 이상의 출입권 행사는 허용되지 아니한다. 예컨대 위험물폭발의 우려가 있는 경우에 그 위험물을 모아둔 창고에 출입하는 것은 이 한도내의 것으로서 정당한 것이지만, 위험에 직접 관계가 없는 공원(工員)의 기숙사에 출입하는 것은 이 한도를 초과한 것으로 된다.¹⁴⁵⁾ 또한 판례의 경우 비행장 확장공사를 위한 측량을 위해 타인의 농지에 출입한 것을 적법하다고 하였으나 생명·신체·재산에 대한 위해가 절박하지 않은 상황이라면 이는 위법한 것으로 봄이 타당할 것이다.

3) 객체

144) 福壽弘芳, 한·일경찰관직무집행법에 있어서의 비교검토, 서울대학교 석사학위논문, 1993, 55면.

145) 대법원 1991. 12. 10 선고, 91도2395판결.

경찰관이 출입할 수 있는 장소, 즉 긴급출입의 객체로서 동법은 타인의 토지·건물·선차를 규정하고 있다. 본항은 사생활의 자유와 공공의 안전·질서의 유지를 비교형량하여 엄격한 요건하에 사생활의 자유와 침해를 인정하는 것이기 때문에 그 객체의 범위는 경찰권이 발동됨으로써 일정한 자유가 침해되는 장소이면 모두 포함된다고 할 것이다. 따라서 건물 이외의 시설, 수면(水面)상의 일정공간, 항공기 등도 포함된다.

여기에서 ‘타인의’ 것이라 함은 그 물건이 소유자·점유자·기타 관리자의 지배하에 있다는 의미이다. 긴급출입의 객체와 관련하여 소유권의 유무를 불문하고 그 출입을 인정해야 경찰목적을 달성할 수 있기 때문에 동조가 타인의 토지·건물 또는 선차내라고 규정하고 있지만 그 물건들은 반드시 소유자·점유자·기타 관리자의 지배하에 놓여 있음을 요하지 않고, 무주물이라도 무방하다고 보아야 한다는 견해도 있다.¹⁴⁶⁾

동조 제1항에 의한 출입권의 객체는 본래 사주거의 자유가 인정되는 장소이지만, 예외적으로 동조 제1항의 요건하에서 자유가 제한되는 것이다. 또한 동조의 ‘타인’에는 자연인뿐만 아니라 법인도 포함된다.

‘토지·건물 또는 선차’란 타인이 관리하는 장소를 예시한 것으로서 이러한 장소에만 한정된다고 해석할 필요는 없다. 주거의 자유가 인정되는 사주거는 모두 그 보호의 객체가 되어야 하기 때문이다. 동조의 ‘토지·건물’에는 공작물, 기타 시설 등이 포함되고, ‘선차’에는 선박, 기타, 전철, 자동차 등의 차량이외에도 항공기·우주선 등이 포함된다. 따라서 우리나라의 경찰권이 미치는 범위내에서는 긴급출입의 객체로서 실질적으로 장소적 제한은 없다고 할 수 있다. 다만 제2항의 내용을 고려해 볼 때 공개된 장소는 동조 제2항의 대상으로 하고, 동조의 제1항의 경우는 사회공공의 복지를 위하여 사주거의 자유를 제한하는 경우로서 비공개된 장소를 대상으로 한다. 이에 대하여 동조 제2항의 경우도 동조 제1항의 객체로 된다는 견해¹⁴⁷⁾도 있다.

146) 이수일, 앞의 책, 76면.

4) 내용

경찰법 제7조 제1항의 긴급출입권에는 출입뿐만 아니라 정차권·정선권이 포함된다. 이는 출입의 전단계로서 출입을 실현하기 위한 수단이고, 또 긴급한 경우에 선차에 대한 출입권이 인정되는 이상 그 전제인 정차권·정선권도 당연히 인정되어야만 경찰관은 그 목적을 달성할 수 있고, 그것이 동조의 취지에도 부합하기 때문이다.¹⁴⁷⁾ 아울러 동조 제1항의 출입권에는 통행권도 포함된다. 예컨대 甲지역에 범죄 등의 위험한 사태가 발생하였는데, 甲지역으로 통하는 도로가 차단되어 막혀있는 경우에는 사인소유의 乙지역을 경유하여 甲지역으로 가는 것이 허용된다. 왜냐하면 이러한 경우에 乙지역에는 직접적인 위험사태가 없다고 할지라도 甲지역으로 이동해 가는 다른 방법이 없다면 이러한 통행도 인정되어야 하기 때문이다. 다만 그러한 경우 乙지역에 피해가 가장 적은 수단과 방법을 택해야 한다.

또한 경찰관이 이러한 출입대상지역에 들어간 후에는 절박한 위해를 예방하고 인명을 구조하기 위한 활동을 할 수 있어야 하므로 불심검문, 동행요구, 현행범인의 체포, 범죄의 제지 등의 직무를 행할 수 있을 것이다. 그러나 범죄수사의 목적을 위하여 경찰관이 긴급출입을 행하는 것은 허용되지 아니하고, 강제적인 수색·압수에 대하여는 영장주의가 적용된다고 할 것이다.

다. 예방출입

1) 의의

147) 이수일, 앞의 책, 76면.

148) 福壽弘芳, 앞의 논문, 55면.

경직법 제7조 제2항은 경찰관의 공개된 장소에 대한 출입에 대하여 ‘홍행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소의 관리자 또는 이에 준하는 관계인은 그 영업 또는 공개시간에 경찰관이 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 위해예방을 목적으로 그 장소에 출입할 것을 요구한 때에는 정당한 이유없이 이를 거절할 수 없다’라고 규정하고 있는 바, 이와 같은 경찰관이 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 위해예방을 목적으로 다수인이 출입하는 장소에 출입하는 것을 말한다.

2) 요건

가) 출입의 대상이 되는 장소는 홍행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소이어야 한다.

여기에서 ‘다수인’은 불특정 다수인을 의미하며 특정한 다수인이 출입하는 장소(예컨대 초청된 다수인을 상대로 하는 강연회장, 동창회·향우회·친목회 등의 회관 또는 집회장소)는 포함되지 않는다.

홍행장·여관·음식점·역 등은 다수인이 출입하거나 집합하는 장소의 예시에 불과하다고 볼 것이며, 이는 그 영업시간 또는 공개된 시간 내에는 누구나 관리자의 승낙을 받지 않고 출입할 수 있는 이른바 ‘경찰상 공개된 장소’로서 사주소불가침의 원칙이 적용되지 않는다고 하겠다. 그러나 경찰관의 출입의 목적은 그러한 장소의 본래의 용도에 따른 이용(관람·숙박·식사·승차 등)이 아니므로, 관리자의 추정적 승낙의사에 반한다고 볼 수 있다. 따라서 범죄예방이나 위해예방의 목적을 위해서만 시간적 제한 하에 관리자의 의사에 관계 없이 출입할 수 있도록 한 것이다.

나) 출입의 목적은 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 위
해의 예방을 위한 것이어야 한다.

여기에서 범죄의 예방이나 인명·신체·재산에 대한 위해의 예방은 일반
적인 예방의 목적을 의미하며, 반드시 그 장소에서 현재 범죄가 진행중
이거나 현존할 것을 요하지는 않는다고 본다.

다) 출입은 그 장소의 영업시간 또는 공개시간 중에만 허용된다.

‘공개시간내’란 현실적으로 그 장소를 일반의 사용에 제공하고 있는
시간내의 의미이므로 그 시간내에만 경찰관은 동조 제2항의 요건에 따
라 출입할 수 있다. 그 시간 외에는 동조 제1항에 따라 출입의 요건이
정해진다. 다만 그 시간은 형식적 영업시간 등에 따를 것이 아니라 실질
적으로 영업여부에 따른 시간에 의해야 할 것이다. 따라서 공개시간내이
면 제한된 영업금지시간이나 영업휴일에도 출입할 수 있고, 일반적으로
는 영업시간이라 할지라도 특별히 휴업하고 있는 경우에는 이 요건에 따
른 출입은 허용되지 않는다.

3) 내용

경직법 제7조 제2항에 있어서 ‘이에 준하는 관계인’은 그 장소의 관리
를 위임받고 있는 자나 관리권을 위임받지 않았더라도 현실적으로 그 장
소를 지배하고 있는 자이면 될 것이므로 관리자나 소유자의 사용인이라
도 무방하다. 그 예로서 음식점의 주인이 부재중인 때에는 그 사용인이
관리자에 준하는 자이고, 역과 야구장의 출입구 개찰자도 현실적으로 그
장소를 지배하고 있는 자로서 여기에 해당한다 할 것이다.

또한 ‘범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 위해예방’이란 동법

동조 제2항에 의한 출입요구권의 목적 또는 요건을 규정한 것이다. 이에 관하여 동법 동조의 제1항이 인명·신체·재산에 구체적으로 위해가 절박한 경우의 출입권을 규정한 것임에 반하여 동법 동조의 제2항은 생명·신체에 대하여 위해 또는 범죄발생의 추상적인 위험성이 있는 경우의 출입을 규정하고 있다고 보는 견해가 있다.¹⁴⁹⁾ 그러나 공개시간내의 공개된 장소에는 항상 위험발생의 가능성은 존재한다. 따라서 이러한 가능성에 초점을 맞추어 경찰의 출입을 허용할 경우 무제한적 출입권을 인정하는 결과가 되므로 타당하다고 할 수 없다. 따라서 일반적인 공개장소의 범죄발생가능성을 넘어 객관적으로 구체적인 위험성이 존재할 필요가 있을 경우에만 출입이 가능하다고 보아야 할 것이다.

동조의 제2항은 또한 ‘출입할 것을 요구한 때’로 규정하고 있으므로 여기에 규정한 것은 출입권 그 자체가 아니라 출입요구권이다. 동조 동항은 범죄의 예방·위해예방 등의 사회 또는 개인에 대한 추상적인 위험의 배제를 목적으로 한 것이고 구체적인 위해가 절박한 경우는 아니므로 즉시강제로서 강제출입권을 인정할 필요가 없기 때문이다.

여기에서 제기되는 문제는 경찰관의 요구의 강제성 정도의 문제이다. 경찰관의 요구가 실력에 의해 강제될 수 없음은 명백하다. 이는 제1항의 규정과 대비해 볼 때 알 수 있다. 결국 문제는 철저하게 임의적인 수단에 의해서만 가능한가, 아니면 강한 설득 정도는 허용되는가이다. 생각건대 상대방이 승낙권을 가진만큼 본질적으로 이 권리를 침해하는 정도가 되어서는 안되지만, 완전한 승낙권이 아니고 그 목적이 수사목적이 아닌 범죄예방 및 위해예방에 있다는 점을 고려할 때 일면 즉시강제적 성질을 내포하고 있다고 보아 강한 설득 정도는 허용된다고 봄이 타당하다.

‘정당한 이유없이 이를 거절할 수 없다’라는 규정에 대하여 상대방의 승낙의 의무를 규정한 것인지 거절권을 규정한 것인지에 대한 견해의 대

149) 경찰법령연구회편, 앞의 책, 189면.

립이 있다. 일설은 상대방이 거절할 수 있는 정당한 이유의 내용에는 영업장소 공개시간중이 아니라는 이유외에 범죄 및 위해예방의 조건이 형성되지 않았다는 것도 포함되어야 하고, 이 경우 관리자만이 알고 있는 사실도 그 판단근거로서 인정되어야 한다고 한다. 또한 다수인이 출입하는 장소라도 사적인 이익을 가지며 공권력인 경찰권이 발동됨으로써 예상되는 불이익이 있는 만큼 사주소 불가침의 원칙은 기본적으로 지켜져야 하는 것으로 봄이 타당하기 때문이라고 한다. 따라서 정당한 거절에도 불구하고 경찰의 강제출입을 막는 과정에서의 폭행·협박은 정당한 공무에 대한 방해가 아니라고 보아 공무집행방해죄를 부인함이 타당하다고 주장한다.¹⁵⁰⁾ 그러나 장소관리자의 거절은 정당한 이유가 있을 때에만 가능한 것으로서, 정당한 이유란 경찰관의 출입요구의 타당성의 심사가 아니라 그 장소가 경찰상 공개된 장소가 아니라는 점, 즉 영업장소 혹은 공개시간중이 아니라는 이유의 제기만을 할 수 있을 뿐이다. 공개시간내의 공개된 장소는 범죄 또는 위해발생의 개연성이 항상 존재하는 것으로 볼 수 있다. 뿐만 아니라 공개장소는 그곳을 출입하는 모든 사람에게 포괄적으로 사전 승낙한 것으로 이해할 수 있기 때문에 유독 경찰관에 대해서만 출입을 거절하는 것은 타당하지 못하다. 따라서 정당한 이유없이 출입거절하면서 경찰관에게 폭행·협박의 수단을 써서 저지한 때에는 공무집행방해죄가 성립할 수 있다고 본다.

라. 대간첩작전을 위한 검색

1) 의의

경찰관은 대간첩작전수행에 필요한 때에는 작전지역 안에 있어서의 흥행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소 안을 검색할 수 있다

150) 장영민·박기석, 앞의 보고서, 156면; 福壽弘芳, 앞의 논문, 58면.

(경직법 제7조 제3항). 이는 국토분단의 특수한 상황 때문에 우리나라의 경찰은 국내치안업무와 더불어 국토방위임무를 동시에 수행함에 따라 경찰의 대간첩작전수행에 관해서는 업무의 중대성이나 위험성 등을 고려하여 보다 폭넓은 권능을 부여하고 있기 때문이다.

대간첩작전은 국가안전보장업무로서 국가의 위기를 극복하기 위한 긴급방위권의 발동이기 때문에 개인의 기본권을 강하게 제한할 수 있다고 보기 때문이다. 이러한 점에서 공개된 장소에의 출입과 더불어 검색할 수 있도록 규정하고 있는 것이다.

2) 요건

가) 대간첩작전에 필요하여야 한다.

이 필요성은 전술적·전문적 극히 군사적 차원의 판단이기 때문에 당해 대간첩작전을 지휘하는 지휘관의 판단에 맡길 수 밖에 없다고 할 것이다. 그러나 대간첩작전이 실제 진행되고 있어야 한다. 이러한 필요성은 엄격하게 해석되어야 하는 바, 이는 상당한 이유나 부득이한 사정의 개념을 포함하지 않고 있으므로 알 수 있다.

나) 작전지역내이어야 한다.

작전지역의 범위는 군사적인 고려하에 그때 그때의 작전명령에 의해 결정될 것이나 주로 전투경찰대설치법 제2조의 2로 규정되어 있는 경비구역내와 같은 의미라고 볼 수 있을 것이다.

다) 영업시간이나 공개시간 외에도 가능하다.

본조 제2항의 긴급출입과는 달리 대간첩작전을 위한 출입은 시간의 제한을 받지 않는다. 그러므로 작전지역 내에서의 야간통행금지시간 중이라도 일정한 장소에 대한 검색을 할 수 있다.

라) 장소관리자의 동의를 필요하지 않다.

즉 대간첩작전수행시에 있어서의 검색에는 그 장소관리자의 동의를 요하지 않는다고 할 것이다.

3) 대상 및 내용

경직법 제7조 제2항에서 예시한 경찰상 공개된 장소에 한정된다. 따라서 순수한 사인의 가옥 등에 대해서는 검색할 수 없다.¹⁵¹⁾ 그러나 개인이 자기집에 간첩이 침투하였음을 신고하였을 때에는 출입과 검색의 승낙을 포함하고 있다고 보아야 할 것이다.

‘검색’이란 당해 목적물 내부에서 특정인이나 특정물건을 찾는 목적지향적 행위를 말한다. 그러나 검색은 간첩을 발견하는 것에 한하지 아니며, 발견하였을 때 이를 체포·진압하는 작용도 당연히 포함된다 할 것이다. 그런데 여기의 검색은 그 실질에 있어서 수색과 다를 바 없으므로 영장을 그 요건으로 하여야 할 것이나, 현행법은 간첩작전수행이라는 특수한 목적의 필요시에 작전지역 안에 있는 다수인이 출입하는 장소에 대하여 영장없이 행해질 수 있도록 규정하고 있다. 이때의 요건은 간첩대책작전이라는 이유만으로 정당화하고 있는 것으로 생각된다.

마. 출입시의 주의사항

151) 박평준·박창석, 앞의 책, 293면.

경직법 제7조 제4항은 경찰관의 출입시의 주의사항에 대하여 “제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 경찰관이 필요한 장소에 출입할 때에는 그 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 하며, 함부로 관계인의 정당한 업무를 방해하여서는 아니된다”고 규정하고 있다.

여기에서 ‘신분을 표시하는 증표’란 경찰관이라는 신분을 공적으로 증명할 수 있는 기관이 발행한 증표를 의미한다. 즉 경찰공무원증 등이 여기에 해당한다. 이러한 규정의 취지는 경찰관의 출입시 상대방에게 본인이 경찰관이라는 것을 증명하여 그 행위가 정당한 직무에 의한 것임을 확인하고, 동시에 경찰관의 출입은 행정목적에 위하여 행하여지는 것이 범죄수사를 위한 것이 아님을 명확히 하며, 또한 행정절차에도 형사절차의 경우와 마찬가지로 영장주의의 취지를 가능한 한 준용하여 영장에 대응하는 증표를 휴대하여 제시하게 함으로써 경찰관의 권한남용을 가능한 한 방지하고자 함에 그 목적이 있다.

‘함부로’란 ‘정당한 이유가 없이’와 동일한 의미라고 볼 것인데, 사회통념에 비추어 상당한 이유가 있다고 인정될 수 없는 경우이다. 동법 제7조 제1항과 제2항의 출입은 공공의 복리를 위하여 인정되는 정당한 직무행위로서 이 경우에 관계자의 자유는 어느 정도 제한되지만, 그 영업의 수행이 방해되어서는 안된다. 즉 동 규정은 사회통념상 용인되는 정도를 초월하여 관계자의 업무를 방해한다면 위법하다는 취지를 특히 주의적으로 규정한 것이다. 따라서 함부로 업무를 방해한 경우에는 그 한도에서 정당한 직무행위로 되지 아니하고, 형법 등에 의한 형사책임·민법 및 국가배상법 등에 의한 민사책임·공무원법 등에 의한 행정책임을 부담하게 된다.

여기에서의 ‘관계인’이란 동법 제7조 제2항의 관리자 또는 이에 준하는 관계인을 포함하는 것은 물론이고, 그 이외의 종업원 기타 그 장소의 업무에 관계있는 자를 넓게 포함한다.

‘정당한 업무’란 법령의 규정에 근거하여 수행되고 있는 업무는 물론

이고, 사회통념에 의해 정당화되는 업무를 포함한다. 반면에 법령에 의하여 금지되고 있는 업무 또는 사회통념상 정당한 것으로 인정되지 않는 업무는 동법 제7조 제5항의 보호대상으로 되지 않는다. 예컨대 여관에서 매춘행위를 행하는 경우, 음식점에서 도박을 행하는 경우 등에는 정당한 업무가 아니므로 그 행위는 경찰관의 출입에 의해 제지될 수 있다.

바. 소결

경직법 제7조 제1항은 “경찰관은 제5조 제1항·제2항 및 제6조 제1항에 규정된 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때”를 긴급출입의 요건으로 규정하고 있으므로, 현행법 체계하에서는 동법 제4조의 보호조치를 위한 긴급출입은 허용되지 않게 된다. 그러나 제7조 제1항의 위험방지를 위한 출입은 출입 그 자체가 목적이 아니라 다른 조치(예컨대, 위험발생방지조치 등)를 위한 준비적·보조적 수단의 성격을 갖고 있다는 점을 고려할 때 유독 제4조의 보호조치를 목적으로 한 출입만 배제할 논리적인 이유는 없다고 할 것이므로, 경직법 제4조의 보호조치를 위한 경우에도 긴급출입이 허용가능한 것으로 규정해야 한다고 본다.¹⁵²⁾

또한 동법 제7조 제2항의 예방출입시에 장소의 관리자 또는 관계인이 정당한 이유없이 거절한 경우에 대한 강제조치의 규정이 없어 효율적인 경찰업무수행이 곤란하다. 따라서 “정당한 이유없이 출입요구를 거절할 수 없다”는 규정의 의미를 관계인에 대한 의무규정으로 보아야 하고, 그에 기초하여 동 의무위반을 이유로 벌칙규정을 신설하는 방안도 고려해

152) 독일의 통일경찰법모범초안 제19조 제1항 제1호는, “제11조 3항에 따라 구인될 수 있거나 혹은 제13조에 따라 보호조치가 취해질 수 있는 자가 그 안에 있다는 사실이 인정될 수 있을 때”에 소유자의 동의 없이 가택에 출입하여 수색을 행할 수 있도록 규정하고 있다.

보아야 한다.

가택수색의 경우에 현행 경직법은 가택출입에 관하여만 규정할 뿐 그 후속조치에 대하여는 아무런 규정이 없다. 그러나 가택출입후 가택수색 등 후속조치가 허용되지 않는다면 가택출입은 아무런 의미가 없어지게 되므로 제7조의 제목을 ‘위험방지를 위한 가택출입과 수색’으로 규정하고,¹⁵³⁾ 가택출입의 요건이 갖추어진 경우 가택에 출입하여 수색을 행할 수 있다는 취지의 규정마련이 필요하다고 본다.

제4장 결론

경찰의 존재목적은 사회공공의 안녕과 질서에 대한 위험과 장애의 방지 및 제거에 있다. 장애의 제거는 진압작용으로 위험의 방지작용에 비하여 보다 명확하게 행하여지기 때문에 별다른 문제가 없어 보이지만, 위험의 방지작용은 예방작용으로서 행해지기 때문에 예측이 어렵다는 데에 문제가 있다. 그리고 어디까지를 경직법상의 위험방지영역상의 예방의 대상으로 할 것인지와 그 위험개념이 무엇인지에 대한 학설상의 논란이 있다. 특히 위험의 개념과 관련하여, 즉 외관상 위험과 위험의 혐의에 대한 경찰권 행사의 문제, 나아가서는 경직법상 위험개념을 둘러싸고 이러한 것들이 최근 논의의 주제 중심으로 부각되어 지고 있다.

이러한 문제는 오늘날 환경법분야 및 과학기술 분야에 있어 새로운 위험개념의 등장과 함께 위험방지의 임무가 있는 행정기관의 적극적 개입이 요구되어지게 되었다.

결국 경찰에 의한 공공의 안녕과 질서유지라는 임무수행은 주로 개개의 위험방지조치를 통하여 이루어 질 수 밖에 없으며 예방적 경찰작용은 경찰상의 보호이익에 대한 위험의 방지를 그 내용으로 하는 것이므로 적

153) 서정범, 앞의 보고서, 59면.

법한 예방적 경찰작용의 수행을 위해서는 위험에 대한 정확한 이해가 전제되어야 한다. 그리고 경직법상 위험은 장래 사실상황의 전개에 관련한 예측을 중심으로 하고 그 예측에는 불확실성이 부가되지만 이 불확실성을 없애기 위해서는 사실상황의 전개에 관련한 예측에 대하여 반드시 사후에 법원에 의한 사후적 평가를 받아야 한다.

또한 오늘날 경찰 위험은 과거와는 달리 피해의 광범위성, 대규모성으로 인하여 국가법익, 사회법익, 개인법익 등에 커다란 침해를 초래하기 때문에 경직법상 위험방지의 구체화 혹은 효율화하는 방향으로 나아가야 한다. 물론 이로 인하여 경찰권 행사의 남용으로 인한 권리침해의 우려도 없지 않지만, 이는 오랜 판례의 축적과 경찰권 이론의 발전으로 인한 경찰권 한계이론의 정치화 등으로 그 통제가 가능해지고 있으며, 특히 법원의 통제가 활성화되어지고 있기 때문에 그다지 커다란 문제는 되지 않는다고 생각된다. 따라서 경찰의 적극적인 위험방지를 위한 경찰작용을 통하여 국가법익, 사회법익, 개인법익 등의 보호를 위한 정책방향 설정이 필요하다고 하겠다.

이를 위한 가장 시급한 문제는 경찰상의 위험개념을 명확히 하고 구체적인 해석기준을 확립하는 것이다. 물론 경찰상 위험은 예측의 성질을 가지므로 이에 대한 해석은 어려운 문제이기는 하지만 대체로 다음과 같이 정리해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 법령의 위반은 법익의 침해가 없더라도 위험의 요건이 충족되는 것으로 본다. 따라서 교통법규의 위반은 그로 인하여 교통의 방해가 현실적으로 발생하지 않더라도 위험이 존재하는 것이다.

둘째, 위험은 외부적인 영향에 의하여 초래될 것이 요구된다. 따라서 예컨대 개인이 가지고 있는 음식이 오래되어 부패되었다는 사실만으로는 아직 위험이 있다고 할 수 없으며, 그 음식이 유통의 대상이 되어 타인에게 손해를 가할 개연성이 있는 경우에 비로소 위험이 있는 것이 된다.

셋째, 가치 또는 법익의 감소를 가져오는 손해가 발생할 개연성이 있

어야 하며, 단순한 불이익 또는 부담이 있는 것만으로는 부족하다.

넷째, 손해는 가까운 장래에 발생할 개연성이 있어야 하며, 먼 훗날에 손해가 발생할 가능성이 있는 것, 이른바 잠재적 장애(latente Störung)는 위험 또는 장애로 볼 수 없다.

다섯째, 예컨대 친구끼리 장난으로 칼싸움을 하고 있는데, 경찰관이 진짜 싸움으로 판단한 경우 등은 외관상 위험으로서 위험의 일종으로 볼 수 있다.

여섯째, 예컨대 “촬영중 접근금지”라는 표지판을 옆에 세워놓고 살인극을 촬영중인데, 경찰관이 표지판을 보지 못하여 살인사건으로 오인한 경우 등은 오상의 위험으로서 위험에 속하지 않는다.

일곱째, 위험의 혐의도 위험으로 볼 수 있는가는 좀 더 논의가 필요하다고 할 것이다.

다음으로는 현행 경직법의 관련된 규정들을 변화된 현실에 부합하도록 개정하여야 한다. 여기에는 개괄수권조항과 직무범위의 구체적 명시, 개별적 수권조항의 수정보완 등을 생각해 볼 수 있다. 특히 개괄수권조항의 구체적 명시는 조속히 이루어져야 한다. 물론 개별법의 발전에 따라 경직법의 적용영역이 축소되어지고 있기는 하지만 장래 발생할 위험을 개별법 체제로 포괄 할 수 없는 경우가 많고 경직법상 개괄수권조항을 방기할 수 없는 것 또한 부정할 수 없다.

개괄수권조항의 필요성을 긍정하는 입장에서는 경직법 제2조 제5호 또는 제5조 등 여러 조항을 중심으로 개괄수권조항의 존재를 인정하고 있으나, 법집행에 있어서 직무규범이외에 권한규범의 존재를 요구하는 법치행정의 원리와 상충되는 측면이 많다. 따라서 이와 같은 논란을 종식시키기 위해서라도 직무규범과 권한규범을 분리하는 개정작업이 필요하다.

이러한 방법만이 개괄수권조항이 법률유보원칙을 충족시키면서 동시에 사회와 개인의 보호의무를 다 할 수 있다. 개괄수권조항은 요건과 효과

의 형식을 모두 갖춘 법규에 해당하고 아울러 위험의 포괄성과 함께 효과로서 필요한 위험방지조치를 가능하게 하기 때문이다. 다만 그 존재를 인정하는 경우에도 법치국가의 원칙상 개괄수권조항의 내용·목적·범위 등을 명확하게 정하려는 노력이 입법정책뿐만 아니라 학문적으로도 필요하며 관례상으로도 끊임없이 요구된다.

오늘날 우리는 고도의 위험사회 속에서 살고 있으며 따라서 경찰의 위험방지작용은 그 중요성이 더욱 높아가고 있음은 부연할 필요성을 느끼지 않는다. 따라서 국가기관의 책임은 더욱 막중해지며 그 개개 구성원으로서 집행기관역할을 하고 있는 경찰관 개개인의 능력의 중요성 또한 매우 중요하다고 할 것이다. 다만 국가기관의 권한이 강화되어지면서 상대적으로 약화되어질 수 있는 국민의 기본권 보호를 아울러 고려해야 함은 당연하다고 할 것이고, 따라서 이 양자의 조화를 어떻게 추구할 것인지에 대한 노력이 지속적으로 이루어져야 할 것이다.

<참고문헌>

I. 단행본

1. 국내문헌

- 김남현외, 경찰행정법, 경찰대학, 2002
김남진, 행정법의 기본문제, 법문사, 1994
김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2004
김성수, 개별행정법, 법문사, 2001
김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2004
류지태, 행정법신론, 신영사, 2004
박균성, 행정법론(하), 박영사, 2004
박윤훈, 행정법강의(하), 박영사, 2004
박평준·박창석, 경찰행정법, 고시연구사, 2004
이상규, 신행정법론(하), 법문사, 1997
이수일, 신경찰관직무집행법, 정문출판사, 1983
홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2004
최영규, 경찰행정법, 법영사, 2005
Schenke/서정범역, 경찰법사례연습, Book Plus, 2006

2. 구미문헌

- Drews, preußisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil, 2. aufl., 1995
Denninger, Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger(Hrsg), Handbuch
desPolizeirechts, 3.Aufl., 1992
Gusy, Polizeirecht, 4.Aufl., 2000

- Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2001
- Häberlin, Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter Bd. 1, 1794
- Möller/Wilhelm, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 1990
- Ossenbühl, die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: von Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1998
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Polizei- und Ordnungsrecht, 2002
- Papier, Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1986
- Rachor, Polizeihandeln, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3.Aufl., 2003
- Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Steiner(Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999
- Verwaltungsgerichtsh of Mannheim, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1986
- Wolff·Bachof·Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987

II. 논문

1. 국내문헌

- 김남진, 경찰상의 위험과 위험의 혐의 등, 고시연구. 2001.9
- 김성태, 위험방지조치와 구체적 위험, 법학연구 제5집, 홍익대학교 법학연구소, 2003
- 김재호, 경찰권의 근거로서의 일반적 수권조항, 충남대 법학연구(제10권 제1호), 충남대학교 법학연구소, 1998

- 구형근, 경찰법상 위험방지에 관한 연구, 조선대 박사학위논문, 2005,
- 류지태, 행정법에 있어서의 위험의 개념, 고시계, 1991.10
- 박정훈, 사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 2001-05, 2001
- 서정범, 경찰권 발동에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1992
- 서정범, 경찰의 행위형식으로서의 경찰명령과 경찰상의 행정행위, 안암법학 제8호, 1998
- 서정범, 경찰관직무집행법 개정방향에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 2003-05, 2003
- 설계경, 경찰권발동의 근거와 한계, 외대논집(제11집), 2001.12
- 이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990.2
- 이기춘, 경찰관직무집행법 제5조 1항과 독일경찰질서법상 개괄적 수권조항간의 비교, JURIST(통권 제394호), 2004.7
- 이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004.12
- 이호용·김중세, 경찰권 발동의 근거로서 '위험'의 개념과 양태, 한국공안행정학회보 제19호, 한국공안행정학회, 2005.2
- 정하중, 독일경찰법의 체계와 한국경찰관직무집행법의 개선방향(하), 사법행정, 1994.3
- 장영민·박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995
- 홍준형, 경찰통합법에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 97-3, 1997

2. 일본문헌

- 경찰법령연구회편, 경찰권한실무집, 경찰시보사, 1992
- 福壽弘芳, 한·일경찰관직무집행법에 있어서의 비교검토, 서울대학교 석사학위논문, 1993

3. 구미문헌

Walker, Abstrakte und konkrete Gefahr, Diss., Tübingen, 1994

책임연구보고서 2006-01

경찰관직무집행법상의 위험방지조치에 관한 연구

2006년 12월 발행

발행처 : 치안정책연구소

경기도 용인시 기흥구 언남동1길 29

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식견해가 아님을 밝혀드립니다.



Police Science Institute