

면지

면지

연구보고서 2001-05

私權保護를 위한 警察權 發動에 관한 研究

- 警察公共의 原則에 대한 批判的 檢討 -

《研究陣》

연구위원 : 박 정 훈 (서울대학교 법과대학)

연구관 : 정 초 영 (치안연구소)

목 차

제1절	序說	5
1.	研究의 目的	5
2.	研究의 範圍	6
제2절	私權保護를 위한 警察權 發動의 意義	7
1.	實質的 意味의 警察과 私權保護	7
2.	形式的·制度的 意味의 警察과 私權保護：行政警察	8
3.	私權保護의 對象：‘私權’의 意味	11
4.	私權保護를 위한 警察措置의 內容 및 類型	12
제3절	私權保護를 위한 警察權 發動의 根據	13
1.	獨逸法上 私權保護를 위한 警察權 發動의 法的 根據	13
가.	1945년 이전의 立法과 判例	13
나.	1945년 이후의 立法	15
다.	學說의 對立：公共의 安全과 私權保護	18
2.	우리 實定法上 私權保護를 위한 警察權 發動의 法的 根據	21
가.	問題의 所在	21
나.	警察官職務執行法 제2조 제5호	22
다.	警察官職務執行法 제5조 제1항	28
라.	警察官職務執行法 제6조	30
3.	小結 - 警察公共의 原則의 새로운 意味	32

제4절	私權保護를 위한 警察權 發動의 要件 및 限界	34
1.	私權保護를 위한 警察權 發動의 要件	34
가.	權利侵害의 危險	34
나.	補充性	39
다.	權利者의 要請	46
2.	私權保護를 위한 警察權 發動의 限界	51
가.	限界의 一般的 基準	51
나.	私權保護를 위한 警察措置의 具體的 內容	56
제5절	私權保護措置를 취할 警察의 義務	64
1.	問題의 所在	64
2.	獨逸에서의 判例의 發展	65
3.	우리나라 判例의 檢討	71
4.	小結 - 私權保護措置 義務의 判斷基準	75
제6절	要約 및 結語	76
1.	要約	76
2.	結語	78
참 고 문 헌	80

제1절 序說

1. 研究의 目的

종래 우리나라의 일반적인 견해는 警察權의 限界를 경찰소극목적의 원칙, 경찰공공의 원칙, 경찰책임의 원칙, 경찰비례의 원칙, 경찰평등의 원칙 등에서 찾고 그 중 警察公共의 원칙에 관하여 다시 이를 私生活不可侵의 원칙, 私住所不可侵의 원칙 및 民事關係不干涉의 원칙으로 나누어 설명하고 있다.¹⁾ 이러한 경찰공공의 원칙은 연혁적으로 독일 경찰법상 경찰권 발동근거에 관한 개괄조항인 『公共의 안전과 질서』(öffentliche Sicherheit und Ordnung)에서 비롯된 것으로, 실질적 의미의 경찰 개념 자체를 근거로 하는 것이었으나, 현재 일반적으로 헌법상 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 私經濟의 자유 등 헌법원칙에 의거하는 것으로 설명되고 있다.

이러한 警察公共의 원칙 자체에 대해서, 자유민주주의를 근간으로 하는 우리나라에서 국민의 권리와 자유를 제한하는 경찰권이 공공의 이익을 위해서만 발동되어야 하고 개인의 사사로운 이익을 위해서는 결코 그리되어서는 아니 된다는 점에서 異論의 여지가 없다. 그러나 문제는 무엇이 『公共』인가에 있다. 개인의 사생활과 민사관계라고 해서 모두 무조건 公共性이 없는 것인가? 종래 우리나라에서 경찰공공의 원칙이 경찰권의 개인에 대한 남용가능성을 전제로 그 『限界』를 확정한다는 의미로만 인식된 결과, 경찰이 국민의 사생활과 민사관계에 개입할 수 없다는 점만이 강조되었고, 국민의 사생활과 민사관계도 많은 경우에 공공의 안전과 질서에 직결됨으로써 경찰의 임무와 권한의 범위에 속한다는 점이 소홀히 다루어져 왔다고 할 수 있다. 이는 특히 경찰작용에 관해 국민의 권리와 자유를 제한하는 侵害的·規制的 측면만이 부각되었을 뿐 - 그리하여 국민의 정당한 요구를 질서유지라는 명분으로 진압한다는 부정적인 인상마저 초래하였는데 - 급박한 경우 국민의 권리와 자유를 현실적으로 확보해 줄 수 있는 국가작용이 바로 경

1) 김동희, 행정법 II, 2001, p.188-189; 박윤훈, 행정법강의(하), 2001, p.326-327; 홍정선, 행정법원론(하), 2001, 옆번호 868-871 등 참조.

찰이라는 점, 말하자면 경찰의 對國民 奉仕의 機能이 무시되어 왔기 때문이다. 따라서 이제 경찰이 종래의 국민에 대한 진압적·규제적 기능에서 탈피하여 국민에 대한 奉仕者로서 국민생활 속에 자리잡기 위해서는 警察公共의 원칙을 재검토하여 그것의 진정한 의미와 기능을 밝혀야 한다.

警察公共의 원칙은 근본적으로 『警察의 任務와 權限의 根據』를 이루는 것이다. 따라서 이를 종래와 같이 『警察權 發動의 限界』의 관점에서만 파악하여 개인의 사생활과 사적 영역에 대해서는 무조건 경찰이 개입할 수 없다고 단정해서는 아니 된다. 근본적 문제인 경찰의 公共性으로 돌아가 현대 사회에서 과연 무엇이 『公共』인가, 개인의 사생활과 사적 영역도 어떠한 경우에 공공성을 띠게 되는가를 규명하여야 하는 것이다. 이러한 관점에서 본 연구는 警察公共의 원칙이 갖는 의의와 기능을 재검토하여 국민의 사적인 권리를 보호하기 위한 경찰권발동의 가능성과 그 구체적 범위와 요건을 해명함으로써 국민에 대한 奉仕者로서 새로운 警察像의 확립에 기여하고자 하는 데 그 목적이 있다.

2. 研究의 範圍

본 연구에서는 먼저 예비적 고찰의 일환으로 경찰에 의한 『개인의 사적인 권리의 보호』(이하 ‘私權保護’라고 함)의 意義를 규명한다(제2절). 이를 위해 ‘경찰’의 개념과 관련하여 실질적 의미의 경찰에 있어서의 私權保護作用을 고찰하고 본고의 연구대상이 형식적·제도적 의미의 경찰, 그 중에서도 행정경찰에 관한 것임을 밝힌 다음 私權保護의 대상으로서의 ‘私權’의 의미를 규정한다.

다음으로 본론의 첫째 부분으로서 私權保護를 위한 경찰권 발동의 근거를 고찰한다(제3절). 여기에서는 먼저 독일법상 私權保護를 위한 경찰권 발동에 관하여 살핀 다음 우리 경찰관직무집행법 제2조 제5호, 제5조, 제6조와 관련해 그것이 私權保護를 위한 경찰권 발동의 근거가 될 수 있는가를 검토하고 私權保護의 관점에서 경찰공공의 원칙의 새로운 의미를 정립한다.

본론의 둘째 부분으로서 私權保護를 위한 경찰권 발동의 요건과 한계를 고찰한다(제4

절). 그 요건으로 장해 내지 위협, 권리실현의 좌절 내지 현저한 곤란의 위협, 권리자의 요청 등을 살펴보고, 한계에 관해 보충성의 원칙, 잠정성의 원칙, 주거 및 사생활의 자유, (경찰)행정권과 (민사)사법권의 권력분립의 문제, 私權保護와 다른 경찰임무 사이의 관계를 검토한 다음, 私權保護를 위한 구체적 경찰조치의 예로서 인적사항의 확인과 목적물의 頷置를 살펴본다.

본문의 셋째 부분으로서 私權保護措置를 취할 警察의 義務를 고찰한다(제5절). 이를 위해 警察便宜原則과 재량권의 零으로의 수축에 관해 논의한 다음 우리나라와 독일의 판례를 소재로 하여 구체적 사례를 분석·검토한다.

현재 세계에서 경찰에 의한 私權保護를 명문으로 인정하고 있는 나라는 독일이다. 따라서 본 연구에서는 이에 관한 독일의 입법·판례·학설을 주된 소재로 하면서, 우리나라의 경찰관직무집행법 등 경찰관련규정과 대법원 판례를 대비하여 분석·검토하고자 한다.

제2절 私權保護를 위한 警察權 發動의 意義

1. 實質的 意味의 警察과 私權保護

상술한 바와 같이 일반적으로 경찰공공의 원칙은 원래 「공공의 안전과 질서에 대한 위협의 방지와 장해의 제거」라는 경찰 개념 자체에서 비롯되는 것으로 설명되고 있으므로, 경찰공공의 원칙을 고찰함에 있어 가장 먼저 부딪치는 문제는 경찰의 개념이다. 현대 행정법에서는 건축·도시계획·환경·소음 등을 규율하는 법규에서 볼 수 있는 바와 같이 사인간의 재산권 기타 사적인 권리에 관한 문제도 행정의 규율대상으로 흡수하고 있다.²⁾ 따라서 ‘경찰’을 실질적 의미로 파악하여 「秩序維持를 위한 行政作用 一般」을 의

2) 同旨, 박윤훈, 전게서, p.327.

미하는 것으로 파악하게 되면 경찰공공의 원칙 또한 그 내용이 수정될 수밖에 없다. 예컨대 건축허가의 요건으로서, 인접주민의 소유권 기타 권리의 침해 여부를 심사하는 등 행정은 개인 상호간의 권리 문제에 개입하고 있기 때문이다. 물론 이러한 행정활동이 전통적 의미의 소극적인 질서유지 작용만이 아니라 공동체의 법질서 전체를 형성한다는 점에서 적극적인 공공복리실현 작용의 성격을 함께 갖는다고 할 것이지만, 분명한 것은 현대 행정에서 질서유지 작용과 공공복리실현 작용이 더 이상 엄격한 二分法으로 구분될 수 없다는 점이다. 이는 국가영역과 개인·사회영역을 엄별하고 국가의 활동은 질서유지를 위한 최소한의 작용에 한정되고 개인과 사회 영역은 전적으로 자율적 형성에 맡겨야 한다는 자유방임적 자유주의가 이미 극복되었기 때문이다.

오히려 오늘날 국가는 『基本權 保護義務』에 입각하여, 스스로 개인의 기본권을 침해하지 않는 것만으로 부족하고 개인 상호간의 관계에 개입하여 제3자로부터의 기본권 침해를 방지할 의무까지 지고 있는 것이다. 이러한 국가의 기본권 보호의무의 이행을 위해 일차적으로 제3자에 대한 형사처벌의 방법이 사용되지만, 이에 한정되지 않고 법원에 의한 민사적 권리구제와 — 여기서 한 걸음 더 나아가 — 私權保護를 위한 행정활동도 요구된다. 바로 이러한 私權保護를 위한 행정활동 가운데 일반적인 秩序維持行政 부분은 이미 상당한 범위에서 입법적으로 인정되고 있기 때문에, 『실질적 의미의 경찰』에 관해서는 더 이상 전통적 의미의 경찰공공의 원칙은 타당할 수 없는 것이다.

2. 形式的·制度的 意味의 警察과 私權保護 : 行政警察

본고의 연구 대상은 형식적·제도적 의미의 경찰에 한정된다. 상술한 바와 같이 실질적 의미의 경찰, 즉 일반적인 질서유지행정의 경우 개별입법에 의해 상당 부분 私權保護의 기능을 수행하고 있는데, 이것이 형식적·제도적 의미의 경찰에까지 확대될 수 있는가가 문제의 핵심이다.

일반적으로 형식적·제도적 의미의 경찰³⁾은 行政警察과 司法警察로 나뉜다. 行政警察

3) 형식적 의미의 경찰을 실질적 의미의 경찰과 대비하여 『경찰기관이 담당하는 행정작용』, 즉 행정경찰에 한정하고, 제도적 의미의 경찰은 행정경찰과 사법경찰을 포괄하는 것으로 파악함으로써 형식

은 공공의 안전에 대한 위협을 방지하고 장애를 제거하는 작용인 반면, 司法警察은 범죄의 수사를 임무로 하는 것이다.⁴⁾ 종래 우리나라에서 행정작용으로서의 경찰작용에 대해 법적인 규명이 부족하였던 이유의 하나는 경찰작용을 주로 司法警察에 편중하여 파악한 데에 있다. 경찰관직무집행법 등 경찰관계 법률에서 行政警察과 司法警察을 혼합하여 규율하고 있는데, 특히 경찰관직무집행법 제2조는 경찰관의 직무로서 가장 먼저 “범죄의 예방·진압 및 수사”를 들고 있다.⁵⁾ 여기서 “범죄의 예방·진압”은 司法警察作用이 아니라, 行政警察作用이라는 점이다. 司法警察의 임무인 搜查는 “범인, 범죄사실과 증거의 수사”이다(형사소송법 제195조). 다시 말해, 범인과 범죄사실의 조사, 범인의 체포 및 증거수집으로서, 요컨대 형사소추를 위한 준비활동이다. 반면에, 범죄의 예방과 진압은 곧 범죄로 인한 공공의 안전에 대한 위협을 방지하고 이미 발생한 장애를 제거하는 활동으로서 전형적인 行政警察作用이다.

공공의 안전에 대한 위해, 즉 위험과 장애는 많은 경우 — 특히 고의적인 장애 발생의 경우에는 거의 대부분 — 범죄를 구성하기 때문에, 경찰작용에 있어 행정경찰과 사법경찰이 관련·중복되어 나타나는 것이 오히려 일반적이기는 하지만, 개념적으로는 양자가 명확히 구분된다. 예컨대 경찰관직무집행법 제6조에서 범죄의 예방과 제지를 위한 경찰관의 조치에 관해 규정하고 있는데, 먼저 범죄의 예방에 관해서 보면, 이는 원칙적으로 공공의 안전에 대한 위협의 방지로서 行政警察이다. 그 범죄의 예비·음모도 범죄를 구성할 때에는 行政警察과 司法警察이 중복되지만, 이 때에도 예비·음모의 범인과 범죄사실의 조사 및 증거수집은 司法警察인 반면, 예비·음모죄를 적발함으로써 실행행위로

적 의미의 경찰과 제도적 의미의 경찰을 각각 다른 의미로 사용하는 경우가 있고, 이것이 개념적으로 보다 타당한 것이긴 하지만, 본고에서는 양자를 유사어로 이해하여 행정경찰과 사법경찰을 포괄하는 용어로 사용하고자 한다.

- 4) 경찰관 중 수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서, 경사 및 순경은 사법경찰리로서 범죄의 수사를 담당한다(형사소송법 제196조).
- 5) 독일에서는 경찰법규상 행정경찰과 사법경찰을 명확하게 구분하여 규율하고 있는데, 경찰의 임무로서 가장 먼저 『공공의 안전과 질서에 대한 위협의 방지』를 들고, 이러한 위협방지 임무의 범위 내에서 범죄의 수사도 수행할 수 있다고 규정하고 있는 것이 특징이다. 독일의 통일경찰법모범초안(Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, MEPolG) 제1조 제1항 및 니더작센주 위험방지법(Gefahrenabwehrgesetz) 제1조 제1항 참조.

나아가지 못하게 한 부분은 위협의 방지로서 行政警察이다. 또한 그 예비·음모죄 자체를 미리 예방하는 때에도 마찬가지이다. 이를 행정작용으로서의 『豫防警察』이라 한다. 다음으로, 범죄의 제지의 경우에는, 그 과정에서 범인을 체포하고 증거를 수집하는 것은 司法警察이지만, 이를 통해 범죄의 실행행위를 중단하게 하는 것은 공공의 안전에 대한 장해의 제거로서 行政警察이다. 이를 행정작용으로서의 『鎮壓警察』이라 한다. 경찰관직무집행법 제3조의 불심검문에 있어서도, “죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 자” 또는 “이미 행하여진 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자”에 대한 불심검문은 司法警察인 데 대하여, “죄를 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자” 또는 “행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자”에 대한 불심검문은 豫防警察로서 行政警察이다.

私權保護를 위한 경찰권 발동의 문제는 行政警察과 관련하여 제기된다. 私權侵害를 공공의 안전에 대한 危害로서 이를 예방·제거하는 것이기 때문이다. 물론 私權에 대한 침해가 범죄, 예컨대 절도죄, 사기죄, 상해죄 등을 구성하는 경우에는 이에 대한 司法警察作用이 동시에 鎮壓(行政)警察의 기능을 함으로써 더 이상의 私權侵害가 야기되지 않도록 할 뿐만 아니라 범인·범죄사실·증거의 조사를 통해 기왕의 침해로 인한 손해배상채권이 보전될 수 있기 때문에 사실상 私權保護의 역할을 수행한다. 그러나 이러한 경우에도 개념적으로는 형사소추의 준비활동으로서의 司法警察과 私權保護를 위한 경찰작용은 엄연히 구별되는데, 후자는 行政警察의 영역에 속하는 것이다. 특히 경찰의 책임 문제와 관련하여 司法警察의 측면에서는 잘못이 없었으나 私權保護의 측면에서는 — 경우에 따라서는 司法警察作用을 제대로 하기 위해 부득이 私權保護를 소홀히 함으로써 — 허점이 드러나는 경우 양자의 구별은 실제적 의미를 띠게 된다. 뿐만 아니라 절도죄, 사기죄, 상해죄의 예비·음모죄가 처벌되지 않기 때문에 이러한 범죄의 예방을 통한 私權保護는 순전히 行政警察의 문제가 된다. 나아가 과실손괴와 단순한 채무불이행과 같이 아예 범죄를 구성하지 않는 경우에는 私權侵害의 예방뿐만 아니라 그 결과 발행한 채권의 보전 또한 오직 行政警察을 통해서만 가능하다. 요컨대, 司法警察作用과 私權保護를 위한 行政警察作用은 양자가 사실상 중첩되는 경우에도 별개의 것으로서, 특히 司法警察이 발동될 수 없는 경우 私權保護를 위한 行政警察의 발동이 문제되는 것이다.

3. 私權保護의 對象 : ‘私權’의 意味

私權保護를 위한 경찰권 발동 문제의 범위를 결정하는 것은 그 보호의 대상이 되는 ‘私權’의 의미이다. 후술하는 바와 같이 독일의 대부분의 州경찰법에서는 경찰권 발동에 관해 『공공의 안전에 대한 위협의 방지와 장애의 제거』라는 일반적 개괄조항과 더불어 『私權保護』(Schutz privater Rechte)를 규정하고 있기 때문에, 私權의 의미는 결국 이러한 일반적 概括條項과 私權保護條項의 관계의 문제로 귀결된다. 이에 관해 독일에서는 다음과 같이 견해가 대립된다.

통설은 私權의 의미를 좁게 보아 『순수한 私法上の 권리』, 즉 『오직 私法에 의거하여 발생하는 권리』로 한정하고 있다. 따라서 허가·특허 등 공법상 법률관계에서 발생하는 권리와 처벌법규(형사벌과 행정질서벌)에 의해 담보되는 권리는 私權保護條項의 적용범위에서 제외된다.⁶⁾ 이러한 통설은 후술하는 바와 같이 순수한 私法上の 권리가 일반적 개괄조항에 포함되는가 여부와 관련하여 약간의 뉘앙스 차이가 있다. 전통적·다수설적 견해에 의하면 순수한 私法上の 권리 자체는 공공의 안전(öffentliche Sicherheit)에 해당하지 않고 私權保護條項의 보충성 원칙 — 통상법원에 의한 適時의 권리구제가 불가능하고 경찰의 개입 없이는 권리의 실현이 불가능해지거나 현저히 곤란해질 경우 — 을 충족하는 때에만 예외적으로 공공의 안전에 해당된다고 한다. 반면에 새로운 유력한 견해는 순수한 私法上の 권리라 하더라도 『공공의 안전』에 해당하지만 보충성 원칙에 의한 제한을 명시하기 위해 私權保護條項이 규정되어 있다고 본다. 이에 관해서는 아래 제 3절에서 상론하기로 한다. 여하튼 이러한 뉘앙스의 차이가 있긴 하지만, 독일의 압도적 통설에 의하면 私權保護를 위한 경찰권 발동을 논함에 있어 ‘私權’은 순수한 私法上の 권리에 한정된다고 한다.

6) 형사벌에 의해 담보되는 경우는 형법상 재산적 범익에 관한 죄와 행정형벌 중 私人的 권리를 보호하는 기능을 하는 것, 예컨대 소음·진동규제법 등 환경규제법률상의 위반행위 또는 독점규제및공정거래에관한법률 소정의 불공정거래행위 등이다. 행정질서벌(과태료)에 의해 담보되는 경우는 최근 행정형벌의 상당부분이 과태료로 바뀌면서 그 예가 증가하고 있는데, 소음·진동규제법 제61조 제2의 2호에서 동법 제14조 소정의 배출허용기준을 위반한 자에 대해 과태료를 부과하는 것이 그 예이다.

이에 반하여, ‘私權’의 의미를 넓게 파악하여 국가·지방자치단체·공법인 등 공법상 주체와 대비되는 의미에서 私人이 갖는 일체의 권리를 의미하는 것으로, 私法上 권리뿐만 아니라 공법상 권리와 처벌법규에 의해 담보되는 권리도 포함되는 것으로 보는 소수설이 있다.⁷⁾ 이 견해는 私權保護가 『공공의 안전』에 포함된다는 것을 인정하면서도 私權保護條項에 의한 보충성 원칙의 적용을 순수한 私法上 권리에 한정하지 않고 공법상 권리와 처벌법규에 의해 담보되는 권리를 포함한 私人의 일체의 권리에까지 확대한다는 점에 특색이 있다. 다시 말해, 私人의 권리인 이상 그것이 공법상 권리 또는 처벌법규에 의해 담보되는 권리라고 하여 私權保護에 있어 특별한 지위를 인정받지 못한다는 것이다.

위와 같은 독일에서의 견해 대립은 두 가지 쟁점에서 비롯된다. 즉, 『공공의 안전』에 私權保護가 포함되는가 여부의 문제와 私權保護의 보충성 원칙을 어디까지 적용할 것인지의 문제이다. 이에 관해서는 아래 제3절과 제4절에서 상론한다. 여기서 분명히 하여야 할 것은 이러한 문제들은 독일에서 일반적 개괄조항과 더불어 私權保護에 관한 조항을 별도로 마련하고 있기 때문에 제기되는 것이라는 점이다. 이에 반해 우리나라에서는 실정법상 私權保護에 관한 별도의 조항이 없음은 물론 일반적 개괄조항이 존재하느냐에 관해 견해가 대립되고 있으므로, 문제의 초점을 순수한 私法上的 권리에 한정할 필요가 없다. 오히려 私人이 갖는 일체의 권리를 연구대상으로 포착한 다음 그것이 공법에 의해 특별히 부여된 권리인 경우, 처벌법규에 의해 담보되고 있는 권리인 경우, 이것도 저것도 아니고 단지 사법상의 권리에 불과한 경우로 세분하여 이에 대한 경찰권 발동의 가능성과 근거, 요건과 한계를 논의하여야 할 것이다. 하지만 가장 어려운 문제는 순수한 私法上的 권리에므로 여기에 논의가 집중될 수밖에 없다. 이러한 취지에서 본고의 연구주제로서 ‘私權保護를 위한 경찰권 발동’이라 할 때의 ‘私權’은 광의로, 즉 『私人이 갖는 일체의 권리』를 의미하지만, 이하의 서술에서 아무런 수식 없이 ‘私權’이라는 용어를 사용되는 경우에는 협의, 즉 『순수한 私法上的 권리』를 의미하는 것이다. 광의로 사용하는 경우에는 이를 명시하고자 한다.

4. 私權保護를 위한 警察措置의 內容 및 類型

7) Krüger, Privatrechtsschutz als Polizeiaufgabe, Stuttgart u.a. 1976, S.12-13, 60-62.

私權保護를 위해 발동될 수 있는 경찰조치의 구체적 내용에 관해서는 아래 제4절에서 상론하겠지만, 여기에서 私權保護를 위한 경찰권 발동의 의의를 규명하는 데 필요한 범위 내에서 이를 간략히 살피기로 한다. 핵심은 私權保護를 위해 발동되는 경찰조치도 일반적인 경찰권 발동의 경우와 동일하다는 점이다. 따라서 법적 행위로서 경찰하명(금지하명·수인하명·작위하명) 이외에 권력적 또는 비권력적 사실행위 등 일체의 필요한 행위가 고려될 수 있는데, 특히 전형적인 수단은 권리행사의 보전을 위한 인적사항 확인(Personalienfeststellung, Sistierung)과 목적물 領置(Sicherstellung)이다. 구체적인 조치의 선택에 있어 일반적인 경찰권 발동의 경우와 마찬가지로 비례원칙의 적용을 받지만, 私權保護의 경우에는 보충성 원칙으로 말미암아 원칙적으로 권리보전을 위한 잠정적인 조치에 한정된다는 점이 특징이다. 어려운 문제는 우리나라에서 이러한 구체적 경찰조치들이 개별적 수권조항 없이 私權保護를 위해 발동될 수 있는가, 발동될 수 있다 하더라도 상대방이 불응하는 경우 강제적 수단을 동원할 수 있는가 라는 것인데, 이에 관해서는 아래 제3절과 제4절에서 논의하기로 한다.

제3절 私權保護를 위한 警察權 發動의 根據

1. 獨逸法上 私權保護를 위한 警察權 發動의 法的 根據

가. 1945년 이전의 立法과 判例

19세기말 제정된 프로이센 지방경찰대 직무규정은 관계인의 요청이 있는 경우에도 경찰관이 「민사분쟁」(zivilrechtliche Streitigkeiten)에 관여하는 것을 금지하고 있었는데, 이는 공적 기관인 경찰이 사적인 「해결사」로서 민사분쟁에 개입하여 직권을 남용하는 관행을 근절하기 위한 것이다. 이것이 일제시대 경찰법을 통해 우리나라에 도입된 이후 「民事不介入」은 현재까지 금과옥조처럼 굳어져 버렸다. 그러나 문제는 무엇이 「민사분쟁」인가에 있다. 독일에서도 이미 18세기 말 제정된 프로이센 일반란트법에서는 공공의 평

온·안전·질서(öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung)의 유지뿐만 아니라 또한 대중(Publikum) 또는 그 개개 구성원들에 대한 임박한 위협의 방지를 위해 필요한 조치를 하는 것을 경찰의 임무로 규정하고 있었다. 그런데 프로이센 고등행정재판소는 1878. 9. 18. 판결에서 이러한 개인에 대한 위협으로 생명, 건강에 대한 위협 이외에 개인의 재산에 대한 위협도 포함되는 것으로 실시하면서도, “단순한 私法關係”(lediglich privatrechtliches Verhältnis)에 관해서는 특별법에 의해 개입권한을 부여받지 않는 한 경찰행정청은 이를 잠정적으로라도 규율할 권한이 없다고 판시하였다.⁸⁾ 반면에 1900년대에 들어서 프로이센 고등행정법원은 다수의 판결에서 개인의 재산에 대한 침해가 범죄를 구성하는 경우 이외에도 긴급상황이 존재하는 경우, 즉 경찰의 개입이 目前의 위협을 방지할 수 있는 유일한 방법인 때에는 경찰은 사적 소유권의 보호 내지 재산적 가치의 유지를 위한 조치들을 취할 수 있다고 판시하였다.⁹⁾ 이러한 판례의 취지에 따르면, 경찰이 개입하여서는 아니 되는 「민사분쟁」 내지 「단순한 사법관계」는 개인의 재산에 대한 침해가 범죄를 구성하지도 않고 그러한 침해가 目前에 절박하지도 않은 경우를 의미하는 것이다. 이러한 경우에는 법원의 재판, 특히 가처분 등 보전처분을 통해 재산권을 보호받을 수 있을 뿐 경찰은 개입할 수 없다는 것이다.

이에 관한 중요 판례 2개를 소개하면, 먼저 독일제국시대 프로이센 행정고등재판소 1910. 12. 13. 판결은 한 유락시설 흥행업자가 원고 소유의 과수원 안에 원고의 허가 없이 그네시설을 설치하자 원고가 경찰관에게 원조를 요청한 사건에서 다음과 같이 판시하였다.

“흥행업자의 행위가 범죄를 구성하는 것은 아니기 때문에, 경찰관의 개입이 범죄의 방지를 위한 것은 아니었다. 경찰관이 원고의 소유권에 대한 위협을 제거하기 위하여 개입할 수 있었는지의 문제가 검토되어야 한다. 이는 긍정할 수 있다. . . . 범죄방지의 차원을 넘어, 긴급상황이 존재하는 경우, 다시 말해, 경찰의 개입이 目前에 있는 위협을 방지할 수 있는 유일한 방법인 경우에는, 경찰은 사적 소유권의 보호 내지 재산적 가치의 유지를 위한 조치들

8) PrOVGE 4, 415 (418).

9) 1900. 11. 8. 판결 - PrOVGE 38, 299; 1904. 10. 10. 판결 - PrOVGE 46, 821; 1910. 12. 13. 판결 - PrOVGE 59, 441; 1922. 4. 20. 판결 - PrOVGE 77, 333.

도 취할 수 있음을 인정한 판례들이 있다(1900. 11. 8. 판결 PrOVGE 38, 299; 1904. 10. 10. 판결 PrOVGE 46, 821). 이러한 긴급상황은 사적인 재산상의 이익을 보호하기 위한 통상적인 방법, 즉 민사재판에 의해서는 適時의 보호를 받을 수 없는 특수한 사정이 있는 경우에 인정되었다. 이러한 판례에 따르면, 긴급상황 하에서 재산상의 이익을 보호하기 위해 경찰처분의 방식으로 누군가에 대하여 동인의 권리를 포기하거나 그 권리의 행사를 제한할 것을 요구하는 것이 금지되지 않는다. 따라서 자신의 재산이 손해를 입게 될 위험이 目前에 임박해 있으나 통상법원에 대한 제소를 통해 도움을 받을 수 없는 자의 요청에 의거하여 임박한 손해의 방지를 위하여 필요한 조치를 취하는 것은 경찰관의 직무상 권한의 유월이 아니라고 할 것이다.”¹⁰⁾

다음으로 바이마르 시대 프로이센 행정고등재판소 1922. 4. 20. 판결은 원고가 자신의 남편과 거주하던 주택에서 가구를 반출하다가 남편의 요청에 따라 출동한 경찰에 의해 저지당하자 이를 다투는 행정소송을 제기한 사건에서 다음과 같이 판시하였다.

“원고는 이 사건이 순전한 사법상의 분쟁이므로 이에 관해서는 경찰행정이 개입할 권한이 없다고 다룬다. 개인 상호간의 사법상 관계는 원칙적으로 경찰이 아니라 법원에 의한 보호의 대상이 된다는 점을 인정할 수 있다. . . . 개인의 재산에 대한 위험에 관해서는 일반적으로 문제의 행위가 범죄에 해당하는 경우에만 경찰의 개입권한이 인정된다. 범죄에 해당하지 않는 경우에는 단지 사법적인 관계만이 존재하며, 그에 대한 규율은, 중국적인 것이든 임시적인 것이든 (가압류, 가처분) 원칙적으로 법원의 임무이다. 범죄방지의 차원을 넘어서, 경찰행정청에게는 특수한 긴급상황이 있는 예외적인 경우에 개인의 재산을 보호하기 위한 조치를 취할 권한이 인정되는데, 이러한 긴급상황은 개인의 재산을 보호하기 위해 주어지는 통상적인 도움, 특히 통상법원의 도움을 目前의 위험을 방지하기 위해 適時에 얻을 수 없는 경우에 인정된다.”¹¹⁾

나. 1945년 이후의 立法

10) PrOVGE 59, 441.

11) PrOVGE 77, 333.

위와 같은 판례는 1945년 이후 독일 경찰법에 명문화되기 시작한다. 주지하다시피 독일은 연방국가로서 경찰에 관한 입법권은 州가 보유하고 있어 各州마다 경찰법이 제정되어 있다. 연방차원에서는 각주의 경찰법에 대해 통일적 기준이 되는 『연방과 주의 통일적 경찰법의 모범초안』(Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder)(이하 ‘모범초안’이라고 함)이 제정되어 있는데, 제1조 제1항 제1문의 “경찰은 공공의 안전 또는 질서에 대한 위협을 방지할 임무를 갖는다”¹²⁾라는 개괄적 임무조항에 이어 동조 제2항에서 다음과 같이 규정하고 있다.

“私權의 보호는 법원에 의한 보호가 適時에 이루어질 수 없고 경찰의 개입 없이는 권리의 실현이 불가능하게 되거나 현저히 곤란해질 경우에 한하여 경찰이 이 법률에 따라 이를 행한다.” [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 Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde.]¹³⁾

현재 함부르크주를 제외한 독일의 모든 주의 경찰법은 이와 동일하거나 유사한 조항을 갖고 있는데, 함부르크주에서도 경찰법에 대한 입법이유서에 이러한 내용의 私權保護 임무를 당연히 전제하고 있는 것으로 되어 있다. 1970년대까지 니더작센주, 노르트라인-베스트팔렌주, 자알란트주에서도 私權保護條項이 없었다가 그후 모두 제정되었다. 특기할 점은 바덴-뷔르템베르크주와 작센주에서만 私權保護의 요건으로 권리자의 요청(Antrag)을 명시하고 있고 다른 주에서는 그렇지 않다는 것이다. 1970년대까지는 브레멘주, 쾰른주, 쉬레스비히-홀스타인주에서도 권리자의 요청을 私權保護의 요건으로 명시하고 있었는데, 그 후 이 요건이 문제가 많다는 점이 받아들여져 모두 이를 삭제하였다. 이에 관해서는 아래 제4절에서 재론한다.

우리에게 시사점을 제공하는 것은 상술한 바와 같이 1970년대까지 私權保護條項이 없

12) [Die Polizei hat die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.]

13) 여기서 유의할 것은 제2절에서 지적한 바와 같이 독일에서 ‘私權’(private Rechte)라고 할 때에는 협의, 즉 『오로지 私法에 의해 발생하는 권리』 또는 『순수한 私法上的 권리』를 의미한다는 점이다.

었던 니더작센주, 노르트라인-베스트팔렌주, 자알란트주에서도 경찰에 의한 私權保護가 경찰법의 일반원칙으로 승인되어 경찰법의 일반수권조항에 포함되는 것으로 인정되었다는 점이다. 이에 관해 뮌스터 고등행정법원 1968. 5. 21. 판결은 다음과 같이 판시하고 있다.

“노르트라인-베스트팔렌 주에서 이러한 사안에서 [필자: 사권보호가 문제되는 경우] 경찰의 개입에 관한 규정이 마련되어 있지 않지만, 다른 주의 규정에서 경찰법의 일반원칙과 다른 점을 발견할 수 없고, 경찰법과 질서행정법상의 일반수권의 틀 안에 포함되어 있다.”¹⁴⁾

유의할 것은 독일의 경찰법은 임무조항과 권한조항을 별도로 규정하고 있는데 위와 같이 私權保護를 임무조항에서 규정하고 있을 뿐 권한조항에서는 다시 이를 언급하지 않고 있다는 점이다. 즉, 모범초안 제1조 제1항 제1문의 “경찰은 공공의 안전 또는 질서에 대한 위협을 방지할 임무를 갖는다”라는 개괄적 임무조항에 대응하여 제8조 제1항에서는 다음과 같은 개괄적 수권조항을 두고 있다.

“제8조의 a 내지 제24조에서 경찰의 권한을 특별히 규율하고 있지 않는 한, 경찰은 개별 사안에서 존재하는 공공의 안전 또는 질서에 대한 위협을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다.” [Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, soweit nicht die §§8a bis 24 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.]

그러나 제1조 제2항의 私權保護의 임무조항에 대응하는 수권조항은 마련되어 있지 않다. 독일에서는 경찰법상 임무조항과 권한조항이 별도로 규정되어 있으므로 임무조항이 있더라도 권한조항이 없으면 경찰권 발동의 근거가 없는 것으로 보는 데 異論이 없다. 따라서 私權保護에 관해서는 임무조항만이 있고 권한조항은 없기 때문에 私權保護를 위한 필요한 경찰조치를 취할 수 없는 것이 아닌가 라는 의문이 제기된다. 이 의문을 해결하기 위해서는 결국 私權의 보호가 개괄적 수권조항인 제8조 제1항 소정의 「공공의 안전

14) DÖV 1968, 697.

또는 질서에 대한 위협의 방지』에 포함되는 것으로 보아야 하는데, 그렇다면 무슨 이유로 이와 동일한 내용을 경찰의 임무로 규정하고 있는 제1조 제1항 이외에 동조 제2항의 私權保護條項을 별도로 규정하고 있는가가 문제되는 것이다. 다시 말해, 개괄적 임무조항과 私權保護條項, 그리고 개괄적 수권조항의 관계에 관한 문제이다. 이에 대해서는 項을 바꾸어 고찰하기로 한다.

다. 學說의 對立 : 公共의 安全과 私權保護

독일의 전통적 다수설적 견해에 의하면, 개인의 생명·신체·자유·명예·재산 등 개인적 법익은 공익(öffentliches Interesse)과 관련됨으로써 공법적으로 보호되고 있는 한도 내에서 공공의 안전(öffentliche Sicherheit)에 해당하는 것이라고 한다.¹⁵⁾ 여기서 ‘공법적으로 보호’된다는 것은 개인적 법익에 대한 침해를 형사범 또는 질서범(Ordnungswidrigkeit)으로 처벌하는 경우 이외에도 개인적 법익의 조정을 위한 경찰의 권한을 부여하는 공법적 특별규정이 있는 경우도 포함된다. 위 제2절 1.항에서 강조하였다시피 일반 질서유지행정의 경우 최근 이러한 공법적 특별규정이 증가하고 있지만, 형식적·제도적 경찰행정에 관해서는 그 예를 찾기 어렵다. 따라서 공공의 안전에 해당하는 개인적 법익은 주로 처벌법규에 의해 담보되는 것을 의미하는데, 이를 통상 ‘처벌법규화된 私權’(poenalisiertes Privatrecht)이라고 한다. 개인의 생명·신체에 대한 침해는 故意, 過失을 불문하고 범죄를 구성하고, 자유·명예·재산에 대한 고의적 침해 또한 형사벌 — 또는 최소한 질서벌 — 의 대상이 되므로, ‘공법적 보호’의 대상이 되지 않는 것은 過失에 의한 자유·명예·재산에 대한 침해와 단순한 채무불이행의 경우이다. 결국

15) Drews/ Wacke/ Vogel/ Martens, Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder. 9.Aufl., Köln u.a. 1986, §15 S.238 f.; Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht. Rn.35, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht. 11.Aufl., Berlin 1999, 2. Abschn.; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn.31, in: Steiner (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht. 6.Aufl., Heidelberg 1999, II.; Wolff/ Bachof, Verwaltungsrecht III. 4.Aufl., München 1978, §125 Rn.15 f.; Gusy, Polizeirecht. 4.Aufl., Tübingen 2000, Rn.93; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht. 7.Aufl., München 1998, Rn.97; Waechter, Polizei- und Ordnungsrecht, Baden-Baden 2000, Rn.300; Hans-G. König, Bayerisches Polizeirecht. 2.Aufl., Köln u.a. 1985, S.29-38 등.

이러한 「오직 불법행위 또는 계약관계에 의해서만 발생하는 손해배상 기타 채권」, 혹은 이를 略하여 「순수한 私法上の 권리」는 공익과의 관련성이 결여되어 원칙적으로 「공공의 안전」에 해당하지 않고 따라서 경찰의 임무에서 제외된다는 것이다. 그러나 위에서 인용한 독일제국·바이마르 시대의 판결에서 이미 확립된 바와 같이 이러한 순수한 私法上の 권리라 하더라도 그 침해가 目前에 임박해 있고 경찰의 개입 없이는 그 권리의 실현이 불가능해지거나 현저히 곤란해질 경우에는 예외적으로 「공공의 안전」에 해당하게 되는데, 이를 私權保護條項이 명문으로 규정하고 있다고 보는 것이 독일의 다수설적 견해이다. 다시 말해, 원래는 「공공의 안전」에 해당되지 않는 순수한 私法上の 권리가 私權保護條項에 의해 — 보충성의 요건 하에 — 비로소 「공공의 안전」의 한 요소가 된다는 것이다.

이와 같이 다수설에 의하면 모범초안 제1조 제2항의 私權保護條項은 동조 제1항이 규정하고 있는 「공공의 안전」의 내용을 추가하는 창설적 규정이 되는데, 문제는 이러한 창설적 규정이 경찰의 임무에 관해서만 있고 경찰의 권한에 관해서는 없다는 데 있다. 물론 제8조 제1항 소정의 “공공의 안전”을 — 제1조 제1항 소정의 그것과는 달리 — 제1조 제2항의 私權保護條項에 의해 내용이 추가된 것으로 이해하는 것도 법해석 방법론상 불가능한 것은 아니다. 그러나 이와 같이 동일한 용어를 달리 해석하는 것은 극히 부자연스러운 것이다.

이러한 문제의식 하에서 새로운 유력한 견해에 의하면, 순수한 私法上の 권리라 하더라도 그것이 개인의 법익으로서 법질서의 구성요소를 이루는 것인 이상 제1조 제1항 소정의 “공공의 안전”에 — 따라서 당연히 제8조 제1항 소정의 그것에도 — 해당하는 것이라고 한다.¹⁶⁾ 이 견해의 중요한 논거로는, 첫째 개괄조항에 “공공의 안전”이라고 규정

16) Frotzcher, Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte im Polizei- und Ordnungsrecht, DVBl. 1976 S.695-703 (699); Kowalzik, Der Schutz von privaten und individuellen Rechten im allgemeinen Polizeirecht, Frankfurt a.M. 1987, S.30-97 ; Mussmann, Allgemeine Polizeirecht in Baden-Württemberg. 4.Aufl., Stuttgart u.a. 1994, Rn.123; Scholler/ Schloer, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland. 4.Aufl., Heidelberg 1993, S.76; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht. 12.Aufl., Göttingen 1995, Rn.91-98.

되었을 뿐 “공익”이라는 문구는 전혀 없다는 점, 둘째 만일 공익 관련성이 「공공의 안전」의 필수적 징표이라면 私權保護條項에서도 공익 관련성이 요건으로 규정되어야 할 터인데 緊迫性과 補充性만이 규정되어 있는 점, 셋째 개인적 범익에 공익 관련성을 요구함으로써 경찰작용을 공익보호에 한정하는 것은 「사익」 내지 「개인」 자체의 보호를 배제하는 결과가 된다는 점, 넷째 그러나 개인의 주관적 공권으로서 경찰개입청구권이 인정되는 바와 같이 경찰작용은 사익보호성을 갖는다는 점, 다섯째 헌법상 국가의 기본권 보호의무에서 순수한 私法上의 재산권을 제외할 수 없다는 점을 들 수 있다.¹⁷⁾ 이 견해의 특징은 경찰개괄조항(임무조항과 수권조항을 모두 포함하여)의 요건부분과 효과부분을 구별하는 데 있다. 즉, 「공공의 안전」은 경찰개괄조항의 요건부분으로서 개인의 모든 범익을 포괄하는 것인 반면, 그 요건이 충족된 다음 효과부분에서 경찰의 임무수행 방법을 규정함에 있어 순수한 私法上의 권리인 경우에는 법원과의 관할 경합 때문에 모범초안 제1조 제2항의 私權保護條項을 통해 보충성 원칙을 명시하고 있다는 것이다. 다시 말해, 私權保護條項이 전통적 다수설적 견해에 의하면 「공공의 안전」의 내용을 추가하는 要件創設的 規定이라고 한다면, 위 견해에서는 「공공의 안전」의 보호를 위한 임무수행 방법을 제한하는 效果制限的 規定이라고 할 수 있다. 이러한 효과제한적 규정이 경찰임무에 관해서만 명시되어 있지만 이는 제8조 제1항 수권조항의 “필요한 조치”라는 문구를 통해 권한행사에 대해서도 적용되는 것이다.

이 견해가 전통적 다수설적 견해에 비하여 개괄적 임무조항, 私權保護條項 및 개괄적 수권조항을 체계적으로 모순 없이 해석할 수 있을 뿐만 아니라, 공익과 사익의 엄별을 극복하고 현대 행정작용에 있어 개인의 주체적 지위와 헌법상 국가의 기본권 보호의무를 충분히 고려하고 있다는 점에서 보다 타당한 견해라고 할 것이다. 특히 실정법상 私權保護條項이 없는데다가 개괄적 수권조항의 존재 여부도 불분명한 우리나라에서는 위 견해가 보다 설득력 있는 해결을 가능하게 한다는 점에서 장점을 갖는다.

제2절 3.항에서 언급한 바와 같이, 私權保護條項에서의 ‘私權’을 「私人이 갖는 일체의 권리」로서 순수한 私法上 권리뿐만 아니라 처벌법규에 의해 담보되는 권리 기타 공법상

17) Kowalzik, a.a.O., S.73-85 참조.

권리까지 포함하는 것으로 보는 소수설이 있다.¹⁸⁾ 이 견해는 주로 私權保護條項에 의한 보충성 원칙의 적용 범위와 관련하여 문제되는 것이므로 아래 제4절에서 상론한다. 여기에서 특기할 만한 것은 이 견해에 의하면, 경찰작용에 있어 공익과 사익은 원래부터 — 19세기부터 — 절대적으로 구분되는 것이 아니라 상호 일정부분 중복되는 것이었는데, 오늘날 사회적 법치국가에서는 양자가 접근하여 거의 대부분이 중복되므로, 경찰개괄조항도 헌법합치적 해석을 통해 私權保護를 포함하는 것으로 해석되어야 한다고 강조하고 있는 점이다.¹⁹⁾ 그러나 이와 같이 私權保護가 경찰의 임무라고 하더라도 이를 위한 경찰조치의 법적 구조가 법원에 의한 권리구제와는 다르다고 한다. 이와 같이 위 소수설은 私權保護를 일단 개괄적 임무조항에 포함되는 것으로 보면서 그 임무수행을 위한 조치의 측면에서 특수성을 인정한다는 점에서 위에서 본 새로운 유력한 견해와 동일하다고 할 수 있다.

요컨대, 전통적 다수설적 견해에 의하면 私權保護條項과 개괄적 임무·수권조항이 서로 결합하여 私權保護를 위한 경찰권 발동의 근거가 되는 것인 반면, 새로운 유력한 견해에 의하면 개괄적 임무·수권조항만으로 충분하고 私權保護條項은 그 경찰권 발동의 요건 및 한계가 되는 것이다.

2. 우리 實定法上 私權保護를 위한 警察權 發動의 法的 根據

가. 問題의 所在

우리나라에는 독일의 私權保護條項과 같이 경찰에 의한 私權保護 — 광의의 私權, 즉 「사인이 갖는 일체의 권리」이든, 협의의 私權, 즉 「순수한 私法上の 권리」이든 간에 — 를 명시하고 있는 규정이 없다. 따라서 그 법적 근거를 규명하기 위해 개괄적 임무조항과 개괄적 수권조항을 찾아야 한다. 이것이 우리나라에서 첫 번째로 부딪치는 문제이다. 일체의 개괄적 수권조항을 부정하게 되면 개개의 특별규정에 의해 구체적인 경찰조치가

18) Krüger, Privatrechtsschutz als Polizeiaufgabe, Stuttgart u.a. 1976, S.12-13, 60-62.

19) Krüger, a.a.O., S.21-25.

수권되지 않는 한 경찰권 발동은 불가능하게 되는데 이러한 특별규정은 『순수한 私法上의 권리』에 관해서는 현행법상 찾기 어렵기 때문이다. 개괄적 수권조항으로 고려될 수 있는 것은, 첫째 “공공의 안녕과 질서유지”를 경찰관의 직무로 규정하고 있는 경찰관직무집행법 제2조 제5호, 둘째 위험발생의 방지를 위한 조치를 규정하고 있는 동법 제5조 제1항, 셋째 범죄의 예방과 제지에 관한 동법 제6조이다. 아래에서 차례로 살펴보기로 한다.

나. 警察官職務執行法 제2조 제5호

(1) 概括的 授權條項의 認定 여부

우리나라에 있어 경찰의 개괄적 수권조항에 관하여 학설은 크게 세 방향으로 나뉘어져 있다. 제1설은 경찰권의 발동 근거로서의 법률은 개별적인 규정이어야 하고 포괄적·일반적인 授權法은 허용되지 않기 때문에 우리 실정법상 독일에서와 같은 개괄적 수권조항을 인정할 수 없고, 경찰관직무집행법 제2조 제5호의 규정은 단지 경찰의 직무범위를 정한 조직법적 성질의 규정에 불과한 것으로 파악한다.²⁰⁾ 제2설은 개괄적 수권조항의 필요성과 허용성을 인정하면서도, 위 경찰관직무집행법의 규정을 권한규정이 아닌 단순한 임무규정으로 파악하고, 입법에 의해 개괄적 수권조항을 도입할 필요가 있다고 한다.²¹⁾ 제3설은 개괄적 수권조항은 개별적 규정이 없는 때에 한하여 보충적으로 적용되는 것으로서, 부단히 변화하는 사회사정과 관념 때문에 경찰권 발동의 요건이나 효과를 상세히 정하기 어렵고, 개괄조항으로 인한 경찰권 발동의 남용은 조리상의 한계 내지 법원칙에 의하여 충분히 통제될 수 있으므로, 경찰권 발동의 근거로서 개괄조항이 가능하다고 보고, 위 경찰관직무집행법 규정 소정의 “공공의 안녕과 질서유지”에 관한 규정을 이러한 개괄적 수권조항으로 파악한다.²²⁾

20) 김동희, 행정법 II, 1999, p.164; 이상규, 신행정법론, 1994, p.303; 박윤훈, 행정법강의(하), p.306-307.

21) 洪井善, 行政法原論(下), 1998, p.253-255.

22) 김남진, 行政法 II, 1994, p.255-256; 서원우, 警察法上의 概括的 授權條項, 월간고시 1980/ 6;

생각건대, 私的 領域에 대한 국가권력의 개입을 최소화함으로써 국민의 자유와 권리를 최대한 보장하고자 하는 자유주의 행정법의 시각에서가 아니라, 국민의 자유·권리 보장과 공익 실현의 조화를 추구하는 공동체주의 행정법의 시각에서, 개괄적 수권조항의 필요성과 허용성을 긍정하여야 할 것이다. 현대 사회에 있어서 생활관계의 복잡성과 산업·기술의 진보로 인하여 항상 새로운 종류의 위협이 발생할 가능성이 있는바, 이러한 다양한 모든 위협을 입법자가 개별·구체적으로 규율한다는 것은 기대하기 어렵다. 이러한 상황 하에서 개별적 수권조항만을 고집한다면 공공의 안녕·질서의 확보에 공백이 생길 우려가 있다. 따라서 한편으로는 예측가능한 위협에 대하여 가능한 한 단행법률들에 개별·구체적인 수권조항을 규정하도록 노력하면서도, 다른 한편으로 이에 대한 보충으로서 개괄적 수권조항을 인정하지 않을 수 없다.

독일에서는 전통적인 권위주의적 행정법을 극복하는 과정에서 특히 법률유보의 측면에서 법률에 행정의 권한이 명시되어야 한다는 점이 강조됨으로써 경찰의 임무규정과 권한규정을 구별하여 양자를 별도로 두고 있다. 그러나 독일보다 훨씬 앞서 민주주의와 법치주의가 발전한 영국과 미국에서는 행정의 임무규정과 권한규정을 엄별한다는 의식은 미약하고 오히려 임무규정으로부터 권한을 도출하는 소위 『묵시적 권한 이론』(implied power theory)이 일찍부터 발전되어 왔고, 프랑스에서도 경찰의 임무규정과 권한규정을 구분하지 않고 예컨대 지자체법전(Code des communes) L.131-2조는 “지방경찰은 선량한 공공의 질서, 공공의 안전, 안보 및 건강을 확보하는 것을 대상으로 한다”²³⁾고 규정하고 있다. 따라서 우리 경찰관직무집행법 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 조치(Standardmaßnahme)와 마찬가지로 개괄적 임무·수권규정을 구체화한 것으로 충분히 볼 수 있다. 행정의 권한은 곧 국민에 대한 봉사 의무를 의미한다. 국민생활에 있어 구체적인 위협이 발생한 경우에도 경찰관이 개별적 법률규정이 없

강구철, 경찰권의 근거와 한계, 고시연구, 1991.9.; 남승길, 경찰관직무집행법, 공법연구 제25집 제3호, 1997.6. p.96이하; 류지태, 행정법신론, 718면.

23) [La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques.]

다는 이유로 경찰권 발동을 거부할 수 있다면 이는 국민에 대한 봉사자(헌법 제7조 제1항)로서의 책임을 회피하는 것이다. 이러한 취지에서 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 헌법합치적 해석에 의해 개괄적 임무·수권규정으로 파악할 수 있다.

이는 대법원 판례에 의해서도 뒷받침된다. 대법원 1986. 1. 28. 선고 85도2448 판결은 다음과 판시하고 있다.

“청원경찰법 제3조는 청원경찰은 청원주와 배치된 기관, 시설 또는 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역 내에 한하여 경찰관직무집행법에 의한 직무를 행한다고 정하고 있고 한편 경찰관직무집행법 제2조에 의하면 경찰관은 범죄의 예방, 진압 및 수사, 경비, 요인 경호 및 대간첩작전 수행, 치안정보의 수집작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타공공의 안녕과 질서유지 등을 그 직무로 하고 있는 터이므로, 경상남도 양산군 도시과 단속계 요원으로 근무하고 있는 청원경찰관인 공소의 김차성 및 이성주가 원심 판시와 같이 1984. 12. 29 경상남도 양산군 장안면 임랑리 115에 있는 피고인의 집에서 피고인의 형 공소의 박무수가 허가 없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속한 것은 그들의 정당한 공무집행에 속한다고 할 것이므로 이를 폭력으로 방해한 피고인의 판시 소위를 공무집행방해죄로 다스린 원심조치는 정당하고 이에 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다.”

이에 관해 이 판결은 형법상 공무집행방해죄에 관한 것에 불과하고 경찰관직무집행법 제2조가 개괄적 수권조항임을 정면으로 인정한 것이 아니라는 반론이 있으나, 공무집행방해죄의 성립요건으로서 정당한 공무집행의 핵심 문제가 바로 당해 공무집행의 법적 근거에 관한 것이므로, 위 판결이 비록 유일한 것으로 아직 확립된 판례라고 할 수는 없지만 경찰관직무집행법 제2조를 근거로 정당한 공무집행임을 인정하였다는 점에서 동조를 경찰수권조항으로 보았다는 것은 분명하다.²⁴⁾

여기서 강조하여야 할 것은, 개괄적 수권조항은 어디까지나 개별적 수권규정이 없을

24) 독일에서도 판례상 공무집행방해죄에 관한 형사사건에서 私權保護를 위한 경찰권 발동의 근거가 문제되고 있다. 대표적인 판결은 Stuttgart 고등법원 1972. 2. 2. 판결(NPA 769, private Rechte. Bl.3)인데, 경찰관이 私權保護를 위해 활동하는 경우에도 정당한 공무집행이고 따라서 이에 대해 폭력으로써 저항하는 행위는 공무집행방해죄를 구성한다고 판시하였다.

때 비로소 보충적으로 문제되는 것으로서, 가능성 정도에 있어 가장 높은 단계의 「개별 사안에서 충분히 개연성 있는 구체적인 위험」이 발생한 경우에만, 그것도 경찰소극·경찰공공·경찰책임·비례원칙 등 엄격한 한계 내에서 적용된다는 점이다. 다시 말해, 경찰행정에 대해서는 원칙적으로 요건재량 내지 판단여지가 인정될 여지는 거의 없고 효과재량에 대해서도 철저한 재량통제가 이루어지기 때문에, 개괄적 수권조항을 인정한다고 하여 경찰권의 자의적 행사를 허용하는 것이 결코 아니다. 더욱이 경찰권 발동의 한계에 관한 위 원칙들은 개괄적 수권조항을 전제할 때에만 그 진정한 독자적인 의의를 찾을 수 있다. 개별적 수권규정에 있어서는 이 원칙들은 당해 법률규정의 해석 문제로 귀착되는 데 불과하기 때문이다.²⁵⁾

(2) 公共의 安寧과 秩序維持

이상에서 논의한 바와 같이 경찰관직무집행법 제2조 제5호 소정의 “공공의 안녕과 질서유지”를 개괄적 수권조항으로 볼 수 있다면, 그 구체적인 내용을 살펴볼 필요가 있다. 이에 대비되는 것이 독일법상의 공공의 안전과 질서(öffentliche Sicherheit und Ordnung)인데, 독일의 판례·통설에 의하면, 「공공의 안전」은 국가·국가기관·사회공동체의 존속과 기능보장 및 안전 등 국가적·사회적 법익과, 그리고 개인의 생명·신체·자유·명예·재산 등 개인적 법익에 대하여 어떠한 손해(Schaden)도 없는 상태이고, 「공공의 질서」는 통상적인 사회·윤리개념상 그 준수가 사회에서의 공동생활을 위하여 불가결한 것으로 인정되는 불문규범의 총체를 의미한다. 후자의 「공공의 질서」는 윤리적·가치적 개념으로서 현대 사회에 있어서 가치의 다원성에 비추어 남용의 우려가 있을 뿐만 아니라 그에 해당하는 규범들이 현재는 실정법규에 의해 구체화되어 있으므로, 경찰권 발동의 수권조항으로서 적절하지 못하다는 견해가 독일에서 유력하고,²⁶⁾ 이에 따라

25) 개괄적 수권조항의 필요성과 허용성은 질서행정에 관해서도 마찬가지이다. 경찰과 질서행정은 본질상 아무런 차이가 없기 때문이다. 그러나 경찰관직무집행법은 형식적·제도적 경찰에만 적용되는 것이고 실질적 경찰, 즉 질서행정에는 적용될 수 없으므로 현행법상 질서행정에 관한 개괄적 수권조항은 없는 것으로 보아야 할 것이다.

26) Vgl. Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12.Aufl., 1995, S.52-58.

실제로 경찰법에서 삭제된 예가 있다.²⁷⁾ 이러한 점에 비추어 우리 경찰관직무집행법상의 공공의 “안녕”과 “질서”는 양자가 합하여 독일법상의 『공공의 안전』에 상응하는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다. 우리말의 “안녕”이 독일어의 ‘안전’(Sicherheit)보다 뉘앙스가 약한 반면, 우리말의 “질서”는 — 사회·윤리적 불문규범의 총체를 의미하는 — 독일어의 ‘질서’(Ordnung)보다는 뉘앙스가 강하다고 할 수 있다. 따라서 양자를 합하여 『법익과 법질서』를 의미하는 것으로 새기는 것이 우리말에 보다 충실한 해석이 아닐까 한다.

문제는 공공의 안녕과 질서유지에 있어 앞부분의 “公共의”를 어떻게 이해할 것인가에 있다. 독일에서는 ‘öffentlich’라는 형용사로 말미암아 공익 관련성을 요구하는 것이 전통적 다수설적 견해로서, 개인적 법익, 특히 순수한 私法上的 권리를 포섭하기에 난점이 있음은 상술한 바와 같다. 하지만 우리말의 “公共의”는 순수한 형용사가 아니라 “公共”이라는 체언에 “의”라는 조사가 결합된 것이다. 따라서 “公共”을 국가, 사회, 그리고 國民一般을 포괄하는 의미로 파악하여 결국 “공공의 안녕과 질서유지”를 『국가·사회·개인이 갖는 법익 및 이에 관한 법질서의 보호·유지』로 해석할 수 있을 것이다. 그렇다면 私人的 권리가 형사벌·행정질서벌에 의해 담보되는 경우 및 행정처분 기타 공법상의 수단에 의해 보호되는 경우는 물론 그 이외 『순수한 私法上的 권리』까지, 다시 말해, 私人的 일체의 권리는 공공의 안녕과 질서에 해당하고 따라서 개괄적 수권조항에 의해 포착되는 것이라고 할 수 있다.

뿐만 아니라, “公共의”를 형용사적 의미로 새겨 『公共성을 갖는』으로 해석하는 경우에도 私權保護를 담을 수 있다. 즉, 公共성은 공익 관련성보다 넓은 개념으로서, 그 의미의 핵심은 독일어의 ‘öffentlich’와 영어의 ‘public’에서 알 수 있듯이 폐쇄적으로 감추어져 있지 않고 개방적으로 열려 있다는 데 있다. 경찰권 발동을 통해 보호되는 私權은 『순수한 私法上的 권리』라 하더라도 결코 私人的 폐쇄적인 영역, 말하자면 프라이버시 영역에 속하는 것이 아니다. 민사분쟁에 관한 문제라 하더라도 피해자가 경찰의 개입을 요청하는 순간 公共의 영역으로 나오게 된다고 할 수 있고, 피해자의 명시적인 요청이 없더

27) Niedersachsen주 위협방지법 제2조 1호.

라도 피해자의 요청이 추정되는 경우에도 마찬가지이다. 따라서 경찰에 의한 私權保護는 언제나 — 후술하는 사생활 비밀 및 주거의 자유의 한계 내에서 — 公共性을 갖는다고 할 것이고, 이러한 관점에서 警察公共의 원칙은 재검토되지 않으면 아니 된다.

(3) 私權保護의 補充性

이상과 같은 의미에서 「순수한 私法上の 권리」를 포함하여 私인이 갖는 모든 권리가 경찰의 개괄적 임무·수권조항인 경찰관직무집행법 제2조 제5호 소정의 “공공의 안녕 및 질서유지”에 해당한다고 하더라도, 그 임무수행 내지 권한행사의 방법에 관해 제한이 없는 것이 아니다. 私인의 권리에 대한 침해가 범죄를 구성하는 경우에는 후술하는 동법 제6조의 문제로 되겠지만, 과태료 등 행정질서벌 또는 행정처분의 대상이 되는 경우와 순수한 私法上の 권리에 불과한 경우에는 경찰권이 일반행정청의 권한 및 법원의 민사 재판권과 경합되기 때문에 권한분배 내지 권력분립의 문제가 발생하기 때문이다. 이에 관해서는 아래 제4절에서 상론하겠으나, 이 문제는 경찰권 발동의 요건 및 한계, 특히 보충성과 잠정성 원칙에 관한 것으로서, 경찰권 발동의 근거와는 별개의 문제이다.

이러한 결론은, 전술한 바와 같이 독일에서 私權保護는 원래부터 경찰의 임무·권한에 속하는 것으로 私權保護條項을 통해 그 요건과 한계를 명시한 것에 불과하다고 하는 새로운 유력한 견해에 힘입은 바가 크다. 만일 독일의 전통적 다수설적 견해에 따른다면, 私權保護條項에 의해 비로소 私權保護가 경찰의 임무·권한에 속하게 된 것으로 보아야 하는데, 우리나라에는 이러한 私權保護조항이 없으므로, 私權, 특히 「순수한 私法上の 권리」의 보호는 — 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 경찰의 개괄적 임무·수권규정으로 본다 하더라도 — 경찰의 임무·권한에서 배제되기 때문이다.

요컨대, 경찰관직무집행법 제2조 제5호 소정의 “공공의 안녕 및 질서유지”는 경찰의 개괄적 임무조항일 뿐만 아니라 동시에 개괄적 수권조항으로서, 「순수한 私法上の 권리」를 포함하여 私인이 갖는 일체의 권리가 이에 해당하므로, 私權保護를 위한 경찰권 발동의 근거는 바로 위 경찰관직무집행법의 규정이라고 할 것이다. 그러나 동 규정을 개괄적 수권조항으로 파악하지 않는 것이 우리나라의 통설적 견해인 점을 감안하여, 아래에서

추가적으로 제2의 개괄적 수권조항으로서 私權保護를 담을 수 있는 동법 제5조 제1항을 고찰하기로 한다.

다. 警察官職務執行法 제5조 제1항

(1) 제2의 概括的 授權條項

경찰관직무집행법 제5조 제1항에 의하면, 경찰관은 “인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·奔馬類 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때”에는, 첫째 “그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 필요한 경고를 발”할 수 있고(제1호), 둘째 “특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도 내에서 억류하거나 피난”시킬 수 있으며(제2호), 셋째 “그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를” 할 수 있다고 규정하고 있다(제3호).

위 규정은 경찰관이 “기타 위험한 사태가 있을 때” “위해방지상 필요하다고 인정되는 조치”를 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 전술한 독일 모범초안 제8조 제1항에 가장 가까운 형태의 개괄적 수권조항이라고 할 수 있다. 다만, 인명·신체·재산을 보호 대상으로 하고 있기 때문에 이와 무관한 국가적·사회적 법익은 제외된다. 국가적·사회적 법익에 대한 침해가 범죄를 구성하는 경우에는 후술하는 경찰관직무집행법 제6조가 적용된다. 따라서 동법 제2조 제5호를 개괄적 수권조항으로 보지 않는 경우에도, 동법 제6조와 상술한 동법 제5조 제1항에 의해 국가적·사회적·개인적 법익의 거의 대부분이 포착된다. 단지 범죄를 구성하지 않는 국가적·사회적 법익 및 인명·신체·재산 이외의 개인적 법익이 제외된다. 바로 이 때문에 전술한 바와 같이 동법 제2조 제5호를 개괄적 수권조항으로 파악해야 할 필요가 있지만, 통설에 따라 이를 부정한다면 상술한 동법 제5조 제1항이 — 완벽한 것은 아니지만 — 제2의 개괄적 수권조항의 역할을 할 수 있는 것이다.

(2) 私權保護의 概括的 授權條項

뿐만 아니라, 위 경찰관직무집행법 제5조 제1항이 보호대상으로 “재산”을 명시하고 있으므로 개인의 재산적 법익에 관해서는 오히려 私權保護의 개괄적 수권조항으로서의 기능도 수행하는 것으로 해석될 수 있다. 이를 위해서는 두 가지 점에서 해석상 장애가 있다. 첫째, 위 규정이 위험한 사태의 예로서 “천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·奔馬類 등의 출현, 극단한 혼잡”을 들고 있음으로 말미암아 일견 제3자의 불법행위 또는 외력에 의한 사고에 의한 재산상 손실만을 예견하고 있고 따라서 계약상의 채무불이행은 제외되는 것으로 보인다는 점이다. 그러나 위 규정의 “재산”에 계약상의 채권이 포함되는 것으로 보지 못할 바 없기 때문에, “기타 위험한 사태”라는 문구에 중점을 두어 해석한다면, 「계약상의 채무불이행에 있어 경찰의 개입 없이는 채권 행사가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 될 경우」까지 포함하는 것으로 해석될 수 있을 것이다. 이는 헌법상 국가의 기본권 보호의무를 고려한 헌법합치적 해석을 통해서도 정당화될 수 있다. 두 번째 해석상 장애는 위 규정이 “재산에 중대한 손해를 끼칠 우려”라고 하여 「중대한 손해」에 한정하고 있는 점이다. 그러나 여기서 “중대한” 손해를 양적인 개념으로 본다면 이는 극히 상대적인 것이기 때문에 경찰의 授權條項으로서는 불명확한 내용이 될 수밖에 없다. 따라서 손해의 중대성을 질적인 개념으로 파악하여 「재산이 상실되고 이를 보전할 수 있는 가능성이 없거나 희박한 경우」로 해석하여야 할 것이다. 이 또한 헌법합치적 해석에 의해 정당화될 수 있다.

(3) 民法上の 自力救濟와 刑法上の 自救行爲

이상과 같은 해석은 민법상의 自力救濟 및 형법상의 自救行爲 조항에 의해 뒷받침될 수 있다. 우선 이에 관한 민법 및 형법 조문의 해석을 통해 경찰권 발동의 가능성을 인정할 수 있다. 즉, 우리 민법은 제209조에서 점유권에 기한 자력구제만을 규정하고 있으나 독일 민법 제229조와 같은 본권에 기한 自力救濟를 인정된다는 것이 통설이다.²⁸⁾ 독

28) 박윤직 편집대표, 민법주해 제4권, p.464 참조.

일 민법 제229조는 “공권력에 의한 구제를 適時에 받을 수 없고 즉각적인 조치 없이는 청구권의 실현이 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 될 위험이 있는 경우” 자력구제 (Selbsthilfe)를 허용하고 있다. 여기서 “공권력에 의한 구제”(obligatorische Hilfe)는 ‘obligatorisch’가 널리 공권력 일반을 포괄하는 용어이므로 법원의 재판절차만이 아니라 경찰관의 개입도 의미한다는 것이 독일의 통설이다. 따라서 이러한 민법상 자력구제 조항은 위와 같은 긴급상황 하에서 경찰이 개입할 수 있는 권한이 있음을 전제로 하는 것이고, 경우에 따라서는 개입 의무까지 발생하는 것이다. 또한 형법 제23조 제1항은 自救行爲에 관하여 “法定節次에 의하여 청구권을 보전하기 불능한 경우에 그 청구권의 실행 불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다”라고 규정하고 있다. 여기에서 “法定節次”는 청구권을 보전하기 위한 것이므로 민법상의 자력구제와는 달리 법원의 재판절차만을 의미하는 것으로 해석해야 하지만, 이러한 긴급상황 하에서는 私人이 직접 자구행위를 실행하지 않고 이를 경찰에 대해 요청할 수 있음은 물론이므로, 경찰은 이러한 私人의 요청에 의해 개입할 수 있는 권한이 있다고 보아야 할 것이다.

뿐만 아니라, 위와 같은 민법상의 自力救濟 및 형법상의 自救行爲 조항을 위 경찰관 직무집행법 제5조 제1항의 규정과 연결하면, 『순수한 私法상의 권리』라 하더라도 그 권리 실현이 불가능하게 되거나 현저히 곤란해질 경우에는 민법과 형법이 공히 그 권리의 보전을 위한 폭력적 행위를 허용하고 있는데, 법질서 자체가 폭력을 허용할 정도의 상황이라면 바로 위 경찰관직무집행법 규정상의 “기타 위험한 사태”가 아닐 수 없다는 결론에 이르게 된다.

라. 警察官職務執行法 제6조

(1) 제3의 概括的 授權條項

경찰관직무집행법 제6조는 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하

는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다”고 규정하고 있다. 이미 제2절에서 지적한 바와 같이 이 규정은 범인·범죄사실·증거에 대한 수사로서의 사법경찰작용이 아니라 「공공의 안전에 대한 위협의 방지와 장애의 제거」라는 행정경찰작용에 관한 것이다. 개인적 법익에 대한 침해가 상당부분 범죄를 구성하므로, 이 규정은 광의의 私權, 즉 私人이 갖는 일체의 권리의 보호에 관한 개괄적 수권조항의 역할을 상당부분 할 수 있다. 그러나 위 규정은 결정적인 약점을 갖고 있다. 즉, 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 경우에만 그 행위를 “제지”할 수 있고 그 이외의 경우에는 범죄행위의 예방을 위한 조치로서 “필요한 경고”만을 할 수 있는 것으로 규정하고 있다는 점이다. 따라서 명예 등 인격권을 침해하는 범죄의 경우에는 그 행위를 직접 제지하는 데 필요한 조치를 취할 수 없고 단지 행위의 중지를 경고할 수 있을 뿐이다. 바로 이 점에서 경찰관직무집행법 제2조 제5호 소정의 “공공의 안녕 및 질서유지”를 개괄적 수권조항으로 보아야 할 필요가 있는 것이지만, 이러한 약점에도 불구하고 위 규정은 특히 개인의 재산적 법익에 대한 침해가 범죄를 구성하는 경우에 대해서는 제3의 개괄적 수권조항의 기능을 담당할 수 있을 것이다. 위 규정에서 재산에 대한 “중대한” 손해는 양적인 개념이 아니라 질적인 개념으로서 「재산이 상실되고 이를 보전할 수 있는 가능성이 없거나 희박한 경우」로 해석해야 한다는 점은 동법 제5조 제1항의 경우와 동일하다.

어려운 문제는 위 경찰관직무집행법 제6조에 의해 범죄행위인 개인의 재산적 법익에 대한 침해를 제지하는 데 있어 「순수한 私法上的 권리」의 경우와 마찬가지로 「재산권을 보전하기 위한 법원의 재판절차를 適時에 거칠 수 없을 것」이라는 보충성 원칙의 적용을 받느냐 라는 것인데, 이에 관해서는 아래 제4절에서 논의하기로 한다.

(2) 補充性的의 문제

私人의 권리 내지 개인적 법익이 행정질서벌(과태료)에 의해 담보되는 경우에는 그 위반행위가 경찰관직무집행법 제6조 소정의 “범죄행위”에 해당하는가 라는 문제가 있다. 同條의 취지가 사법경찰작용인 형사벌·행정형벌에 대한 수사와 병행하여 행정경찰작용으로 범죄행위의 예방과 제지를 규정한 것이라고 한다면, 행정질서벌에 대한 조사는 관할 일반행정기관의 임무에 속하는 것으로 사법경찰작용이 아니므로 그와 병행하여 질서

위반행위의 예방과 제지를 행정경찰작용의 하나로 규정할 이유가 없다고 할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 일단 행정질서법 위반행위는 위 제6조 소정의 “범죄행위”에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다. 그러나 상술한 바와 같이 행정질서법에 의해 담보되는 개인적 법익도 동법 제2조 제5호 또는 제5조 제1항의 개괄적 수권조항에 포함되는 것이다. 따라서 위반행위가 목전에 임박했음에도 관할 일반행정기관이 개입하지 않고 있을 때에는 경찰은 위반행위의 중지를 경고할 수 있고, 그 위반행위로 인해 인명·신체·재산에 대한 침해가 급박한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다고 하여야 할 것이다. 이러한 점에서 결국 행정질서법 위반행위에 대해 위 제6조가 유추적용되고 다만 관할 일반행정기관에 대한 보충성 요건이 추가되는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

3. 小結 - 警察公共의 原則의 새로운 意味

이상에서 제1의 개괄적 수권조항으로 경찰관직무집행법 제2조 제5호를, 제2의 개괄적 수권조항으로 동법 제5조 제1항을, 제3의 개괄적 수권조항으로 동법 제6조를 파악하였다. 수권조항의 적용순서는 개별·구체적인 것부터 검토하여 그것으로 포착되지 않는 경우에 점차 일반적인 것으로 나아가는 것이다. 따라서 — 광의의 — 私權保護를 위한 경찰권 발동의 근거에 관해서도 제3의 개괄적 수권조항인 동법 제6조부터 적용되고, 그 다음으로 제2의 개괄적 수권조항인 동법 제5조 제1항이, 마지막으로 제1의 개괄적 수권조항인 동법 제2조 제5호가 적용된다. 다시 말해, 인명·신체·재산에 대한 침해가 범죄행위를 구성하는 경우에는 동법 제6조가 경찰권 발동의 근거가 되고, 범죄행위를 구성하지 않는 인명·신체·재산에 대한 침해의 경우에는 동법 제5조 제1항이 경찰권 발동의 근거가 되며, 인명·신체·재산에 해당하지 않는 개인적 법익, 예컨대 명예 등 인격권에 대한 침해의 경우에는 동법 제2조 제5호가 경찰권 발동의 근거가 되는 것이다. 협의의 私權, 즉 「순수한 私法上の 권리」에 대한 침해, 특히 계약상의 채무불이행의 경우에도 법원의 재판절차에 대한 보충성 원칙의 요건 하에 동법 제5조 제1항 또는 제2조 제5호가 채권 보전을 위한 경찰권 발동의 근거가 된다. 다만 이론적으로 동법 제5조 제1항의 경우에는 동 조항 자체에 이미 보충성 원칙이 내포되어 있는 반면, 동법 제2조 제5호의 경우에는 아무런 제한 없이 「순수한 私法上の 권리」도 공공의 안녕 및 질서에 해당하고

보충성 원칙은 그와 별도로 헌법상 (경찰)행정권과 사법권 사이의 권력분립에 의거하여 적용되는 것이다.

이렇게 보면, 종래 경찰권 발동의 한계로서 주장되어 온 경찰공공의 원칙 중 사생활 불가침의 원칙과 민사불개입의 원칙은 경찰관직무집행법의 여러 규정과 관련하여 다음과 같이 수정되지 않으면 아니 된다. 즉, 경찰은 개인의 사생활 내지 사적 영역에 관한 문제라 하더라도, 첫째 인명·신체·재산에 대한 범죄행위가 목전에 임박하여 긴급을 요하는 경우에는 이를 제지하는 데 필요한 조치를 할 수 있고(제6조 후단), 둘째 인명·신체·재산 이외에 대한 범죄행위, 예컨대 명예훼손죄 등 인격권에 대한 범죄행위가 목전에 임박한 경우에는 이를 예방하기 위한 경고를 발할 수 있는데(제6조 전단), 「適時의 법원에 의한 구제가 불가능하고 경찰의 개입 없이는 권리 실현이 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 될 경우」라는 보충성의 요건이 충족되면, 경고 이외에도, 그 방지를 위해 필요한 조치를 할 수 있고(제2조 제5호), 셋째 범죄행위를 구성하지 않는 인명·신체·재산 — 따라서 채무불이행을 포함하여 — 에 대한 침해행위(제5조 제1항) 그밖에 일체의 개인적 법익에 대한 침해행위(제2조 제5호)가 목전에 임박하고 위와 같은 보충성의 요건이 충족되면 이를 방지하는 데 필요한 조치를 취할 수 있다. 경우에 따라서는 심지어 경찰권 발동의 의무가 발생한다. 거꾸로 말해, 경찰이 개입할 수 없는 사생활과 민사관계는 범죄행위를 구성하지 않고 위와 같은 긴급성과 보충성이 충족되지 않는 경우에 국한된다. 이미 강조한 바와 같이 이러한 경우만이 경찰공공의 원칙에서 말하는 공공성이 결여된 것이고 그 이외 상술한 모든 경우에는 사생활과 민사관계는 공공성을 갖는다고 할 것이다. 私住所不可侵의 원칙도 절대적인 것이 아니다. 위와 같이 사생활과 민사관계에 대한 경찰권의 발동이 가능한 경우에는 경찰은 필요한 범위 내에서 私住所에도 들어갈 수 있는 것이다. 구체적 사례에 관해서는 아래 제4절에서 고찰하기로 한다.

제4절 私權保護를 위한 警察權 發動의 要件 및 限界

1. 私權保護를 위한 警察權 發動의 要件

가. 權利侵害의 危險

광의의 私權保護에 있어 권리의 유형을 막론하고 공통적으로 요구되는 요건은 권리침해의 위험이 존재하여야 한다는 것이다. 경찰권 발동인 이상 그 일반적인 요건으로서 「공공의 안전에 대한 위험」이 발생하여야 하는데, 이에 해당하는 것이 바로 권리침해의 위험이다.

(1) 危險의 概念 및 可能性의 程度

일반적으로 경찰법상 ‘위험’이라 함은 「당해 경찰작용에 의해 보호하고자 하는 개별적인 법익 기타 공공의 안녕·질서에 대한 침해가 발생할 가능성」으로 정의된다. 결국 문제의 초점은 침해발생의 「가능성」의 정도에 있다. 경찰관직무집행법상 가장 높은 정도의 가능성을 요구하는 것은 제11조 제1호(무기의 사용) 소정의 “의심할 만한 충분한 이유가 있는”이고, 그 다음 단계는 제4조(보호조치등) 소정의 “믿을 만한 상당한 이유가 있는”이며, 그 다음은 제3조 제1항(불심검문) 소정의 “의심할 만한 상당한 이유가 있는”이고, 가장 낮은 정도의 가능성을 표현한 것으로 제6조(범죄의 예방과 제지) 전단 소정의 “행하여지려고 하고 있다고 인정될 때”를 들 수 있다.²⁹⁾ 그 대상이 범죄행위이고 이에

29) 여기서 유의할 것은, 다수의 법령에서 행정권의 발동요건으로서 “...라고 인정할 때”라고 규정하고 있는 것이 많은데 이를 행정권이 그렇게 인정하면 충분하다는 식으로 해석해서는 아니 된다는 점이다. 만일 그러한 의미라면 그 요건은 말하자면 隨意條件으로서 위험이 되기 때문에, 이러한 요건들은 — 헌법합치적 해석을 통해 — 원칙적으로 「객관적으로 그러한 사정이 있는 때」라고 해석하여야 한다. 후술하는 바와 같이 위험에 대한 착오에 있어 주의의무를 해태하지 않음으로써 外觀上 危險(Anscheinsgefahr)이 있었던 것으로 인정되는 경우에는 행정권 발동이 적법한 것으로 된다. 따라서 법령상 “...라고 인정할 때”라는 문구는 이러한 외관상 위험까지 포함하는 의미로 해

대한 경찰조치가 警告에 불과한 것이기 때문에 가장 낮은 정도의 가능성을 요구하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 제6조 후단의 인명·신체·재산에 대한 범죄행위의 제지에 관해서는 “인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우”라고 규정하고 있으므로 동조 전단에 비해서 높은 정도의 가능성을 요구하는 것으로 보아야 할 것이지만, 그것이 범죄행위라는 점에서 제2조 제5호 및 제5조 제1항의 개괄적 수권조항의 그것보다는 낮은 단계라고 할 것이다. 개괄적 수권조항은 개별·구체적인 수권조항이 없을 때 보충적으로 적용되는 것임을 고려할 때, 그 위협의 가능성 정도는 개별적 수권조항에서 규정하는 가장 높은 단계의 가능성 정도와 동일한 것으로 이해하여야 한다. 즉, 위 제11조 제1호(무기의 사용) 소정의 “의심할 만한 충분한 이유가 있는”이라는 규정이 바로 그것인데, 이는 통상 독일의 판례·학설이 개괄조항에서의 위협의 개념으로 제시하는 「개별사안에서 충분히 개연성 있는 구체적 위협」 내지 「구체적이고 충분한 개연성」(konkrete hinreichende Wahrscheinlichkeit)과 상응하는 것이라 할 것이다. 따라서 제2의 개괄적 수권조항인 제5조 제1항 소정의 “인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 . . . 위험한 사태”는 이와 같이 가장 높은 단계의 가능성, 즉 구체적이고 충분한 개연성을 의미하는 것으로 보아야 한다. 이러한 개연성이 없는 한 私權保護를 위한 경찰권 발동은 불가능하다. 독일 Münster 고등행정법원 1970. 8. 4. 판결은 원고가 이웃 주민들에 대하여 자신의 소유 토지상의 통로 이용을 거부하다가 그에 관한 소송에서 패소하고 이웃 주민의 통행권이 등기까지 된 상태에서 질서행정청인 지방자치단체장에 대하여 이웃 주민들의 당해 통로의 통행을 금지하는 처분의 발급을 구하였다가 거부되자 행정소송을 제기한 사건에서 다음과 같이 판시하였다.

“질서행정청에게 위험방지조치 의무를 발생시키는 위험상태는 현재 이미 존재하거나 적어도 충분한 확률로 目前에 임박해 있어 현재 이미 구체화된 것으로 볼 수 있는 정도인 경우에만 인정될 수 있다. 질서행정청은 장래에 비로소 발생할 가능성이 있는 공공의 안전·질서에 대한 장해에 대비하여 그것이 구체화되기 이전에 위험방지를 위한 예방적 조치를 할 수 없다. 본 사건에서는 이러한 위험상태가 있다고 인정되지 않는다. 현재 이러한 위험상태가

석함이 타당할 것이다.

존재하지도 않고 장차 이웃 주민들이 통행로를 빈번하게 사용함으로써 충분한 구체적 위험상태가 발생할 것이 충분한 확률로 目前에 임박해 있다고 할 수도 없다.”³⁰⁾

위 판결은 위험, 즉 권리침해의 가능성을 부정하였으나 이미 원고가 민사소송에서 패소하고 이웃 주민의 통행권이 등기까지 된 상태이기 때문에 바로 아래에서 고찰하는 「권리의 존재에 관한 疎明」이 없는 경우에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

(2) 權利의 存在에 관한 疎明

권리침해의 위험은 「권리」의 존재를 전제로 한다. 이에 관해 독일의 통설은 권리의 존재가 「증명」될 필요는 없고 「疎明」(Glaubhaftmachung)만으로 충분하다고 한다.³¹⁾ 이러한 疎明이 없고 권리의 존재 여부가 불명확한 경우에는 私權保護를 위한 경찰권 발동이 불가능하다. 경찰권은 권리의 보전을 위해 발동되는 것이지만 권리의 존재 여부를 확정하기 위한 것은 아니기 때문이다. 권리의 존재 여부의 확정은 법원의 재판절차를 통해서만 가능하다. 이러한 점에서 「권리의 존재에 관한 疎明」요건은 보충성 원칙과 연결된다. 독일 Münster 고등행정법원 1968. 5. 21. 판결은 원고가 호수 일부의 소유자로서 그 소유의 호수부분에서 유료 보트영업을 하고 있는데 그와 이웃한 타인 소유의 야영장에 온 고객들이 원고의 허락 없이 원고 소유의 호수부분에서 낚시, 수영, 보트타기 등을 하게 되자 원고가 경찰에게 그러한 무단이용자들의 인적사항을 확인해 줄 것을 요청한 사건에 있어 다음과 같이 권리의 존재에 관해 소명이 없고 동시에 보충성 원칙에도 반한다는 두 가지 이유를 들어 원고의 청구를 기각하였다.

“본 사건에서 원고 소유의 호수 부분에서 제3자에 대해 수영과 보트타기를 금지할 수 있는 원고의 권리를 충분히 소명하지 못하였다는 점에서 이 사건 청구는 이유 없다. . . . 원심판결은 정당하게도 州의 水관리법(Landwassergesetz) 제31조 및 연방 水관리법(Wasserhaushaltgesetz) 제23조 제1항의 규정에 비추어 보면 다른 사람이 자신의 水域에서 배를 운항하거나 수영하는 것을 금지할 원고의 권리가 인정되지 않는다고 판시하였다.³²⁾ . . . 원

30) NPA 769, Private Rechte, Bl.2 = DÖV 1971, 214.

31) Kowalzik, a.a.O., S.156-165 참조.

고가 인근 호숫가 토지 소유자들에 대해 제기한 민사소송 사건에서 원고의 권리에 관해 . . . 상반되는 판결들이 선고된 점에 비추어 보더라도, 원고는 자신이 주장하였던 청구권, 즉, 경찰의 신원확인조치에 의해 확보하고자 하였던 청구권을 결코 충분히 소명하지 못하였다. . . . 호수 일부에 대한 원고의 소유권에 의거하여 다른 호수이용자에 대하여 어떠한 법률관계가 발생하는지를 판단하는 것은 우선적으로 민사법원의 관할에 속한다. 이러한 법적 분쟁을 판단하는 것은 경찰의 임무가 아니다. . . . 원고는 재판절차를 통해 인접 토지의 소유자에 대해 조치를 취해야만 방해의 근원을 제거할 수 있다. 따라서 보충성 원칙에 의하더라도 원고의 이 사건 청구는 이유없다.”³³⁾

(3) 權利의 存在 및 危險에 대한 錯誤

경찰이 권리의 존재 및 권리침해의 위험 발생을 잘못 판단하여 경찰권을 발동한 경우에는 경찰법에 있어 사실의 착오 문제가 된다. 이에 관해 독일의 판례·학설에서는 세 가지 특수한 위험 개념을 상정하는데, 誤想危險(Scheingefahr), 外觀上 危險(Anscheinsgefahr) 및 危險의 嫌疑(Gefahrenverdacht)가 그것이다.³⁴⁾

첫째, 誤想危險은 ① 경찰이 위험이 존재하는 것으로 판단함에 있어 인식한 사실이 객관적으로 잘못되었거나 불완전하였는데, ② 이를 경찰이 알지 못하지만, ③ 객관적인 관찰자라면 그렇게 판단하지 않았을 경우이다. 이러한 경우에는 경찰권 발동의 요건으로

32) 연방 水관리법 제23조 제1항은 누구든지 타인의 권리를 침해하거나 타인의 소유자 또는 인근주민으로서의 이용을 방해하지 않는 한도 내에서, 주법상 일반사용이 허용된 범위 내에서는 지상의水域을 이용할 수 있다고 규정하고 있다. 州의 水관리법 제31조는, 누구든지 골짜기의 댐을 제외하고는, 타인의 권리를 침해하거나 타인의 소유자 또는 인근주민으로서의 이용을 방해하지 않는 한도 내에서, 수영, 목욕, 가축을 먹이거나 씻기는 것, 휴대용 물통에 물을 길는 것, 스케이팅, 썰매타기 등을 위해서 이용할 수 있다고 규정하고 있다.

33) DÖV 1968, 697.

34) Prümm/ Sigrist, Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsrecht, Neuwied u.a. 1997, Rn. 52-56; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht. 12.Aufl., Göttingen 1995, Rn.154-170; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht. 7.Aufl., München 1998, Rn.69-71; Liskén/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts. 2. Aufl., München 1996, E.36-41 참조.

서의 위험이 존재하지 않았던 것으로 인정되어 위험방지를 위한 조치는 위법한 것이 된다. 주의의무를 다했더라면 위 ①의 사실을 알 수 있었다는 점에서 경찰의 착오가 바로 위법으로 연결되기 때문이다.

둘째, 外觀上 危險은 ① 경찰이 위험이 존재하는 것으로 판단함에 있어 인식한 사실이 객관적으로 잘못되었거나 불완전하였는데, ② 이를 경찰이 알지 못하였고, ③ 객관적인 관찰자도 마찬가지로 그렇게 판단하였을 경우이다. 이러한 경우에는 경찰이 주의의무를 해태하지 않았으므로 경찰의 착오가 경찰권 발동의 적법 여부에 영향을 미치지 않는다. 즉, 외관상 위험의 경우에는 비록 실제로는 위험이 존재하지 않았다고 하더라도 전제된 위험의 방지를 위한 조치는 원칙적으로 적법한 것이 되고 단지 비례원칙 등 경찰·질서행정권 발동의 한계만이 문제된다.

셋째, 危險의 嫌疑는 ① 경찰이 위험의 존재 여부를 판단함에 있어 인식한 사실이 불완전하였는데, ② 이를 경찰이 알고 있었지만 위험의 존재 가능성을 배제할 수 없었고, ③ 객관적인 관찰자도 마찬가지로 판단하였을 것이며, ④ 경우에 따라서는 일정한 방해자(Störer)가 존재한 경우이다. 이러한 경우에는 경찰은 자신의 인식 사실이 불완전하다는 것을 알고 있었으므로 위험의 존재 여부에 관해 조사할 권한과 의무가 있다. 따라서 위험의 존재 여부의 해명에 필요한 조치들은 적법하지만, 위험이 존재하는 것을 전제로 즉시 그 위험을 방지하는 조치를 취할 수는 없다. 위험방지조치는 위험의 혐의만으로는 부족하고 위험의 존재, 즉 「개별사안에서의 충분한 구체적 개연성」이 있어야 하기 때문이다. 위험조사비용에 관해서는 독일의 경우, 특별한 규정이 없는 한, 조사결과 위험이 존재하는 것으로 판명된 경우에는 책임자가 그 비용을 부담하고, 위험이 존재하지 않는 것으로 판명된 경우에는 행정청이 비용을 부담하는 것이 원칙이다. 연방임밋시온방지법(BImSchG) 제26조가 이를 명시하고 있다.

요컨대, 경찰이 주의의무를 다하여 권리의 존재에 관한 소명이 있고 권리침해의 위험이 발생한 것으로 판단한 경우에는 外觀上 危險이 있었던 것으로 인정되어 객관적으로 그러한 권리가 없었거나 위험이 발생하지 않았었다 하더라도 私權保護를 위한 경찰권 발동은 적법한 것이 된다. 이러한 독일의 이론은 우리나라에서도 타당하다고 할 것이며,

특히 “경찰관은 . . . 라고 인정될 때”라는 요건을 가진 경찰관직무집행법 등 경찰법과 기타 질서행정법규는 이러한 外觀上 危險을 표현하기 위한 문구라고 할 수 있을 것이다.

나. 補充性

전술한 바와 같이 독일 경찰법에서는 私權保護條項을 별도로 마련하여 「법원에 의한 구제를 適時에 얻을 수 없고 경찰의 개입 없이는 권리 실현이 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 될 경우」에만 私權保護를 위해 경찰권이 발동될 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 보충성 원칙(Subsidiaritätsprinzip)은 두 단계로 구성되어 있다. 즉, 법원의 재판 절차에 대한 관계에서의 보충성과 기타 다른 수단에 대한 관계에서의 보충성이 그것이다. 이러한 보충성 원칙이 우리법상으로도 인정될 수 있는가에 관해, 광의의 私權, 즉 「私人이 갖는 권리」의 유형에 따라 이하에서 차례로 고찰하기로 한다.

(1) 「순수한 私法上の 권리」인 경우

먼저 협의의 私權, 즉 「순수한 私法上の 권리」에 관해 살펴보면, 독일의 압도적 통설은 私權保護條項에 의한 보충성 원칙을 「순수한 私法上の 권리」에 대해서만 적용되는 것으로 본다는 점은 상술한 바와 같다. 우리나라에서도 「순수한 私法上の 권리」가 경찰관직무집행법 제2조 제5호 소정의 “공공의 안녕 및 질서” 또는 동법 제5조 제1항 소정의 위험발생방지의 대상에 포함되는 것으로 볼 수 있다는 私見에 의하더라도, 헌법상 권력분립원칙 및 법원조직법 제2조 제1항의 “법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 일체의 법률상의 쟁송을 심판하고” 라는 규정에 비추어, 「순수한 私法上の 권리」에 관한 분쟁은 일차적으로 법원의 관할에 속하고 適時에 법원에 의한 권리구제를 받을 수 없는 경우에 한하여 경찰권이 발동될 수 있다고 할 것이다. 이와 같이 우리법상으로 첫 번째 단계의 보충성 원칙, 즉 법원의 재판절차에 대한 관계에서의 보충성은 권력분립 원칙에 의해 인정되는 요건이라고 할 것이다. 반면에 두 번째 단계의 보충성 원칙, 즉 재판 이외의 다른 수단에 대한 관계에서의 보충성은 우리 경찰법의 일반원칙인 비례원칙, 특히 그 하부원칙으로서 필요성의 원칙으로 포섭된다. 즉, 법원의 재판절차에 대한

관계에서 보충성 요건이 충족되면 일단 경찰의 개입권한이 발생하고, 그 권한 행사의 여부 및 방법에 관한 재량의 한계로서, 다른 경미한 수단이 있는 경우에는 경찰의 개입권한은 행사되어서는 아니 된다는 것이다.

법원의 재판절차에 대한 관계에서의 보충성으로 말미암아 채무자의 성명, 주소 등 소송제기에 필요한 인적사항을 알고 있는 한, 채무자가 아무리 완강하게 채무의 존재를 부인하거나 채무이행을 거절하는 등 채무불이행 상태에 있다 하더라도 민사재판, 즉 본안소송과 보전소송(가압류 및 가처분)을 통한 권리구제만이 가능하고, 이에 관해서는 경찰권 발동이 금지된다. 이 점에서는 경찰공공의 원칙 및 민사불개입 원칙이 여전히 타당하다.

그러나 신원미상의 가해자가 예컨대 과실로 인해 피해자의 재산을 손괴하는 등 불법행위를 한 후 현장을 떠나고자 하는 경우에는, 법원의 재판절차, 특히 가압류절차를 適時에 밟을 수 없고 이를 방지한다면 가해자의 인적사항을 전혀 모르기 때문에 손해배상채권의 실현이 불가능하게 되므로, 보충성 요건이 충족된다. 따라서 경찰은 가해자의 인적사항을 확인하는 등 필요한 조치를 할 권한을 갖게 되는 것이다. 고의에 의한 불법행위는 거의 대부분 범죄를 구성하게 되고 과실에 의한 불법행위도 도로교통법 제108조 소정의 자동차 운전자에 의한 업무상 과실손괴죄의 경우와 같이 범죄를 구성하는 경우도 있는데, 이 때에는 「순수한 私法上の 권리」가 아니라 후술하는 「처벌법규에 의해 담보되는 권리」가 된다.

채무자의 인적사항을 알고 있더라도 채무자가 외국으로 도피하는 경우에는 권리 실현이 현저하게 곤란하게 되므로, 예컨대 채무자가 공항에서 출국하고자 할 때에는 보충성 요건은 충족되고 따라서 경찰은 채권의 보전을 위해 필요한 조치를 할 권한이 있다. 다만 경찰이 취할 수 있는 조치가 구체적으로 어떠한 것인가에 관해 출입국관리법 등과 관련하여 어려운 문제가 있는데, 이에 관해서는 아래 3.항에서 검토하기로 한다.

私法上の 권리는 모두 궁극적으로 손해배상채권으로 轉化된다. 따라서 당장 권리의 행사를 방해하는 행위가 있다 하더라도 그로 인해 발생하는 손해배상채권을 장차 실현하는 데 아무런 지장이 없다면 보충성 요건이 충족되지 않는 것이 아닌가 라는 의문이 생긴다. 예컨대 토요일 오후 車庫 출입구 바로 앞 사유지에 타인의 차량이 무단 주차되

어 있는 경우, 주차된 장소가 사유지로서 도로교통법 소정의 도로가 아니기 때문에 동법 제31조 제2항에 의한 견인조치가 불가능하다. 주차된 차량의 번호에 의해 차량소유주의 인적사항을 알 수 있으므로 향후 손해배상청구를 하는 데 지장이 없다고 한다면 보충성의 요건은 충족되지 않는 것인가 라는 문제이다. 생각건대, 만일 경찰권 발동을 통해 보호될 수 있는 「私法上 권리」를 손해배상채권에 한정하게 된다면, 어떤 권리침해에 대해서도 현장에서는 이를 수인하였다가 나중에 손해배상청구만을 할 수 있다는 결과가 되는데, 이는 올바른 「공공의 안녕 및 질서」라고 할 수 없다. 따라서 소유권 등 물권 및 물권적 청구권, 가족법상의 권리, 상법, 특히 회사법상의 권리 등 널리 모든 영역의 사법상의 권리가 보호대상이 되어야 한다. 위에서 예시한 무단주차사례와 같은 사안에 관해 독일 Freiburg 행정법원은 1979. 4. 3. 판결에서 그러한 무단주차행위로 인해 車庫主의 사용권 — 정확하게 말해, 차고 점유자의 점유권 — 의 실현이 침해되고 있고 또한 토요일 오후로서 즉시 법원에 의한 구제를 받을 수 없다는 이유로 車庫主의 요청에 의해 무단주차차량을 견인한 경찰의 조치를 적법하다고 판시하였다.³⁵⁾

그러나 위와 같이 점유권과 소유권 등 물권에 기한 청구권의 행사가 방해받는 경우에도 일률적으로 보충성 요건이 충족된 것으로 볼 수 없다. 즉, 그 방해상태가 지속적으로 계속되어 온 경우에는 법원의 재판절차, 특히 가처분절차에 의한 구제가 당장에는 불가능하더라도 수일 내에 가능하다면, 그동안 계속되어 온 방해상태를 즉시 해소하여야 할 특단의 사정이 없는 한, 보충성 요건이 충족된 것이라고 할 수 없다. 반면에 방해상태가 시작된 최초의 시점에서는 반대로 그 방해상태를 상당 기간 수인해야 할 특단의 사정이 없는 한, 즉시 법원에 의한 구제가 불가능한 경우에는 보충성 요건이 충족된다고 할 수 있다. 이러한 문제는 부부의 불화로 인해 부부의 일방이 주거에 들어오지 못하게 방해받는 경우에 발생하게 되는데, 앞에서 인용한 독일 Stuttgart 고등법원 1972. 2. 2. 판결³⁶⁾은 夜間에 부부싸움으로 일시 가출한 부인이 다시 귀가하고자 하였으나 남편이 문을 열어주지 않아 집에 들어오지 못하고 있던 사안에서, 부인의 「주택에 대한 점유권 및 사용권」의 보호를 위해 경찰이 개입할 권한이 있었고 따라서 이에 대한 남편의 폭력적 저

35) DVBl. 1979, 745.

36) NPA 769, private Rechte. Bl.3.

항은 공무집행방해죄를 구성한다고 판시하였다. 즉, 야간에 가출하였다가 몇 시간 이내에 다시 귀가하고자 하는 경우에는 주택에 대한 점유권 및 사용권이 즉시 실현되어야 하는데, 야간에 법원의 재판절차에 의한 구제가 불가능하기 때문에 보충성 요건이 충족된다는 것이다. 반면에, 부부가 별거 중으로 부인은 종전의 주택에 살고 있는데 他處에 거주하고 있는 남편이 종전의 주택에서 자신의 개인 소유 물품을 갖고 나오하고자 하였으나 부인은 남편이 집에 들어오는 것 자체를 거부하고 있는 경우에는 사정이 다르다.³⁷⁾ 그 때가 夜間으로 즉시 법원에 의한 구제가 불가능하다 하더라도, 그동안 他處에 별거 중이던 남편이 그 시점에 자신의 물품을 반드시 반출해야 할 필요가 있거나 또는 그 물품을 부인이 곧 훼손할 우려가 있는 등 특단의 사정이 없는 한, 경찰은 소유 물품에 대한 남편의 물권적 청구권을 보호한다는 이유로 개입할 수 없다. 수일 내에 법원에 의한 구제가 가능하기 때문이다.

이상은 법원의 재판절차에 대한 관계에서의 보충성에 관해 살펴보았다. 다른 수단에 대한 관계에서의 보충성은 「순수한 私法上的 권리」에 있어 별도로 문제되는 경우가 거의 없다. 법적인 구제수단이 법원의 (민사)재판절차에 한정되기 때문이다. 다만 자력구제 내지 자구행위에 대한 관계에 관해 논의의 여지가 있다. 즉, 권리자 스스로 자력구제를 통해 권리를 보전할 수 있는 상황이라면 경찰이 개입할 수 없지 않느냐 라는 문제이다. 제3절에서 현행법상 私權保護를 위한 경찰권 발동의 근거를 입론함에 있어 私人의 폭력적 행위인 자력구제가 허용되는 상황이라면 경찰의 개입이 당연히 허용되어야 한다는 취지에서 민법상 자력구제 및 형법상 자구행위가 경찰권 발동의 간접적인 근거가 될 수 있음을 강조한 바 있다. 그런데 여기서는 거꾸로 자력구제가 가능한 상황이라면 경찰권 발동이 필요 없는 것이 아닌가 라는 점이 문제되는 것이다. 생각건대, 현대국가의 법질서의 기본이라고 할 수 있는 강제력의 국가독점(Gewaltmonopol des Staates) 및 사회적 제재의 금지 원칙에 비추어 보면, 私人의 폭력적 행위를 허용하는 자력구제는 최후의 수단(ultima ratio)으로서, 私權保護를 위한 경찰권 발동의 보충성 요건에 있어 「가능한 대체적 수단」이 되어서는 아니 된다고 할 것이다. 따라서 자력구제의 가능성은 보충성 여부에 영향을 미치는 것이 아니라고 할 것이다.³⁸⁾ 다시 말해, 보충성의 관점에서 결코

37) 이 사안에 관해서는 H.-G. König, Bayerisches Polizeirecht. 2.Aufl., 1985, S.38 참조.

「자력구제→경찰개입」의 순서가 되어서는 아니 되고, 강제력의 국가독점을 강조한다면 오히려 반대로 「경찰개입→자력구제」의 순서, 즉 먼저 경찰 개입이 고려되어야 하고 그것이 불가능한 경우, 또는 경찰 개입이 있을 때까지, 또는 경찰 개입에 의해 커버되지 않는 부분에 한하여, 자력구제가 허용된다고 할 것이다.

(2) 行政的 監督手段에 의해 보호되는 경우

다음으로 私人的 권리가 관할 행정청의 행정처분 기타 감독수단에 의해 보호될 수 있는 경우에 관해 검토하기로 한다. 이는 처벌법규 이외의 공법적 보호가 이루어지는 경우로서, 私인이 관할 행정청에 대해 감독수단을 요구할 수 있는 권리, 즉 행정개입청구권이 인정된다면, 그에 의해 보호되는 私人的 권리 내지 이익은 「순수한 私法上の 권리」가 아니라 「공법상의 권리」가 된다. 이러한 경우 私權保護를 위한 경찰권 발동의 보충성은 경찰개입과 (일반적) 행정개입 사이의 관계에 관한 문제라고 할 수 있다. 구체적으로 말해, 특허·허가·신고 등 공법적 규제의 대상이 되는 영업 기타 경제적·사회적 활동에 있어 법령에 위반한 행위로서 제3자(다른 영업자 또는 일반인)의 개인적 법익이 침해되는 경우에 피해자가 관할 행정청에게 위반자에 대한 특허·허가의 취소, 영업정지, 영업소폐쇄, 시정명령 등 감독처분을 내려줄 것을 요구할 수 있는 권리(행정개입청구권)를 갖는다면, 먼저 이러한 수단부터 강구되어야 하는 것이 아닌가 라는 문제이다. 이러한 경우 현행법상 대부분 처벌법규(형사벌, 행정형벌 및 행정질서벌)에 의해 담보되고 있기 때문에 아래 (3)의 논의에 해당되지만, 여기서는 행정적 감독수단에 한정하여 논의한다.

독일에서는 私人的 「공법상의 권리」가 공공의 안전에 해당하여 개괄적 수권조항에 포섭된다는 데 異論이 없고, 우리나라에서도 이를 경찰관직무집행법 제2조 제5호의 “공공의 안녕 및 질서” 또는 동법 제5조 제1항의 “재산”에 포함되는 것으로 보기가 「순수한 私法上の 권리」의 경우에 비해 용이하기 때문에, 경찰권 발동의 근거에 관해서는 별다른 어려움이 없다. 문제는 보충성 요건에 있는데, 상술한 바와 같이 독일의 압도적 통설에 의하면 私權保護條項의 적용대상인 ‘私權’은 「순수한 私法上の 권리」에 한정되므로 「공

38) 同旨, Kowalzik, a.a.O., S.140-146.

법상의 권리』에 대해서는 보충성 요건이 요구되지 않는다고 한다. 그러나 생각건대, 독일에서도 경찰권 발동의 일반적 한계로서 비례원칙의 하부원칙인 필요성 원칙으로 말미암아 사실상 행정상 감독수단과의 관계에서 보충성과 유사한 요건이 요구된다고 할 수 있고, 우리나라에서는 일반 행정기관과 경찰기관 사이의 권한배분에 의거하여 경찰권 발동의 보충성이 인정된다고 할 것이다. 다만 이 때의 보충성 요건은 「순수한 私法上の 권리」의 경우 — 법원에 대한 관계에서의 보충성 — 에 비해 완화된 것이다. 행정부 내에서의 일반 행정기관과 경찰기관 사이의 권한배분의 문제는 행정부와 사법부 사이의 권력분립만큼 절대적인 것이 아니기 때문이다. 뿐만 아니라 「공법상의 권리」의 대상과 관련하여 「재산권→인격권→신체·건강→생명」의 순서로 보충성 요건은 단계적으로 더욱 완화되어야 할 것이다.

예를 들어 설명하면, 어떤 공사장에서 소음·진동규제법을 위반하여 소음이 지속적으로 발생함으로써 이웃 주민의 — 민법상 상린관계에 관한 규정에 의해 규율되는 — 소유권 기타 권리가 침해되는 때에는, 먼저 관할 행정청에 대해 허가취소, 조업정지명령, 개선명령 등 감독처분을 내려줄 것을 요구하여야 하고, 이러한 시간적 여유가 없는 급박한 경우에 한해 경찰 개입을 요청할 수 있다고 할 것이다. 예컨대 夜間に 공사장의 급작스러운 소음으로 인해 幼兒가 驚氣를 앓고 있다면 경찰 개입이 허용되겠으나, 晝間に 계속적인 소음에 의해 생활방해가 지속되는 때에는 관할 행정청의 개입 권한이 우선하는 것이다. 어려운 문제는 관할 행정청이 피해자의 요청에 대해 개입을 거부하거나 응답하지 않는 경우 행정소송과에 대한 관계에서 보충성 요건이 요구되는가에 있다. 우리나라에서는 판례상 거부처분의 성립요건으로서 법령상 또는 조리상 신청권이 있을 것이 요구되기 때문에 이론상 행정개입청구권이 인정되더라도 이를 행정소송(거부처분 취소소송)으로 실현시키는 데 실무상 어려움이 있고 또한 행정청의 무응답에 대한 부작위위법확인소송도 판례상 응답의무만을 강제하는 것으로 그 기능이 극히 제한되어 있다. 뿐만 아니라 판례상 행정소송에는 민사소송법상 가처분에 관한 규정이 준용되지 않는다고 하여 보전처분이 실무상 불가능하다. 따라서 행정소송에 대한 관계에서 보충성 요건을 엄격히 요구하여서는 아니 될 것이지만, 다른 한편으로 관할 행정청이 개입을 거부하였거나 응답하지 않은 상태에서 경찰이 독자적 판단에 의해 개입한다는 것도 권한충돌의

문제를 야기한다. 그렇기 때문에 원칙적으로 행정소송을 통해 관할 행정청의 개입을 요구하여야 할 것이고, 새로운 위험이 급박하게 발생한 경우에만 경찰의 개입이 허용되어야 할 것이다. 관할 행정청이 개입의 필요성을 명시적으로 부정하면서 개입을 거부하였다면 — 보충성 요건의 문제 이전에 — 권리침해의 위험에 대한 소명이 없다는 이유로 경찰권 발동의 요건이 부정될 수 있을 것이다.

(3) 處罰法規에 의해 담보되는 경우

마지막으로 처벌법규에 의해 담보되는 권리에 관하여 살펴보면, 이는 다시 형벌(행정 형벌 포함)과 행정질서벌, 즉 과태료가 부과되는 경우로 나뉘어진다. 먼저 형사벌이 부과되는 경우에는 私權保護를 위한 경찰권 발동의 근거를 경찰관직무집행법 제6조에서 쉽게 찾을 수 있다. 여기서 “범죄행위”는 형법 및 특별형법에 규정된 죄뿐만 아니라 행정법규에 규정된 행정형벌까지 포함하는 것으로 보아야 한다. 따라서 형법상 개인적 법익에 관한 죄는 물론, 공익상의 목적과 아울러 私益도 보호하는 취지를 갖는 행정형벌의 경우에도 위 제6조 소정의 범죄의 예방과 제지가 私權保護를 위한 경찰조치의 기능을 하게 되는 것이다. 유의할 것은 이 때의 경찰작용은 수사, 즉 사법경찰과는 구별되는 행정경찰작용이라는 점이다. 상술한 바와 같이 독일의 압도적 통설에 의하면 형벌에 의해 담보되는 권리는 私權保護條項에 의한 보충성 요건의 적용을 받지 않는다고 한다. 그러나 우리 경찰관직무집행법 제6조는 범죄행위에 대한 경찰권 발동의 내용에 관해 제한을 가하고 있는데, 경고조치는 모든 범죄행위에 대하여 단지 目前的 임박성을 요건으로 하여 가능하지만, 범죄행위를 직접 제지하는 조치는 “인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급한 경우”에 한정된다. 따라서 경고조치에 관해서는 보충성 요건이 없음은 명백하지만, 제지조치에 관해서는 “긴급한 경우”라는 문구에 비추어 보충성 요건이 요구되는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 그것이 범죄행위를 구성하는 것이라는 점에서 「순수한 私法上の 권리」에 비해 보충성 요건을 어느 정도 완화할 필요는 있다. 또한 위 제6조에서 인명·신체에 관해서는 「위해를 미칠 우려」라고 한 반면 재산에 관해서는 「중대한 손해를 끼칠 우려」라고 하고 있으므로 보충성은 재산→신체→인명의 순서로 단계적으로 더욱 완화되어야 할 것이다. 재산에 대한 중대한 손해는

질적인 개념으로서, 손해배상채권의 보전이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우, 즉 보충성을 의미하는 것임은 제3절에서 강조한 바와 같다.

예컨대, 가해자가 영업장소에 나타나 威力으로써 업무를 방해하기 시작하는 경우에는 즉시 법원 또는 관할 행정청에 의한 구제를 받을 시간적 여유가 없기 때문에 경찰권 발동이 허용되겠으나, 반면에 경쟁업자의 지속적인 영업행태가 불공정거래행위의 혐의가 있는 경우에는 사범경찰작용, 즉 독점규제및공정거래에관한법률위반죄에 대한 搜查가 개시될 수 있고 또한 행정경찰작용으로서도 문제의 영업행태를 중지할 것을 경고할 수 있을 것이나, 강제력을 사용하여 영업행태를 직접 제지하는 경찰조치는 새로운 급박한 피해가 발생하는 등 특단의 사정이 없는 한 원칙적으로 허용되지 않는다고 할 것이다. 왜냐하면 종전의 영업행태가 지속되고 있다면 법원의 영업금지가처분 또는 손해배상채권의 보전을 위한 가압류 등을 통해 구제를 받으면 충분하고 새삼스럽게 경찰권의 발동이 필요한 것은 아니기 때문이다. 다시 말해, 경찰관직무집행법 제6조 후단의 “급박한 경우”에 해당하지 않는다. 이는 위 (1)에서 부부 중 일방이 가출 후 단시간 내에 귀가하고자 하는 경우와 별거 중에 자신의 소유 물품을 반출하기 위해 종전 주거에 들어가고자 하는 경우 보충성 요건의 충족 여부가 달라진다는 것과 유사한 법리이다.

다음으로 私인의 권리 내지 개인적 법익이 행정질서벌(과태료)에 의해 담보되는 경우에는 그 위반행위가 경찰관직무집행법 제6조 소정의 “범죄행위”에 바로 해당하지는 않지만 동조 소정의 범죄행위의 예방과 제지 조치에 준하여 경찰권이 발동될 수 있는데 다만 — 법원의 재판절차에 대한 관계에서의 보충성 요건에 더하여 — 관할 일반행정기관에 대한 관계에서의 보충성 요건이 추가된다는 점은 위 제3절에서 서술한 바와 같다. 후자의 보충성 요건은 경찰권과 일반행정기관 사이의 권한배분의 문제로부터 인정되는 것이다. 이에 관해서는 앞에서 개인적 법익이 행정감독수단에 의해 보호되는 경우에 관해 논의한 내용이 마찬가지로 타당할 것이다.

다. 權利者의 要請

(1) 독일의 경우

상술한 바와 같이 독일에서는 1970년대까지 브레멘주, 헛센주, 쉴레스비히-홀스타인주, 바덴-뷔르템베르크주 경찰법에서 私權保護의 요건으로 권리자의 요청(Antrag)을 명시하고 있었는데, 그 후 바덴-뷔르템베르크주를 제외한 나머지 주에서는 이를 삭제하였다. 통일 이후 구동독 지역에는 작센주의 경찰법만이 권리자의 요청 요건을 규정하고 있다. 권리자의 요청은 하등의 형식이 필요 없고 구두·전화로는 물론 추단적 행동(konkludentes Verhalten)에 의해서도 인정될 수 있다. 하지만 독일의 대부분의 州에서 권리자의 요청을 경찰권 발동의 요건으로 하지 않는 이유는 보충성 요건이 충족될 정도의 급박한 상황 하에서는 권리자의 요청을 기대할 수 없는 경우가 많다는 데 있다. 권리자가 경찰 개입을 요청할 수 있는 상황임에도 권리자가 이를 요청하지 않는 경우에는 거의 예외 없이 보충성 요건이 충족되지 않는 것이기 때문에, 권리자의 요청 요건은 보충성 요건으로 해소될 수 있다고 한다. 이러한 이유로 1970년대까지 권리자의 요청 요건을 규정하고 있던 위 各州에서도 권리자가 현장에 없거나 아니면 기타의 사유로 경찰 개입을 요청할 수 없는 경우에는 권리자의 요청 요건을 — 합헌적 해석에 의해 — 포기해야 한다는 견해가 다수설이었다.³⁹⁾

(2) 우리나라의 경우

이와 같이 독일 대부분의 州에서 권리자의 요청을 요건으로 하지 않고 있는데다가 이를 요건으로 규정한 州에서도 최대한 완화 해석하고 있다면, 그와 같은 명문의 규정이 없는 우리나라에서도 이를 경찰권 발동의 독립된 요건으로 삼을 필요는 전혀 없다고 할 것이다. 권리자의 태도는 보충성 요건에서 충분히 고려될 수 있다. 『순수한 私法上的 권리』의 경우 권리자가 경찰 개입을 명시적으로 거부하는 때에는 보충성 요건의 문제가 아니라 원천적으로 권리침해의 위험이 없다고 해야 할 것이다. 권리가 포기된 것으로 보아야 하기 때문이다. 예컨대 도로교통법이 적용되지 않는 사유지에서 성명미상의 운전자가 과실로 주차 중인 차량을 손괴한 후 몰래 도망가고자 하는 것을 경찰관이 목격한 경우, 도로교통법 제108조 소정의 업무상 과실손괴죄가 성립하지 않는다는 이유로 경찰관

39) 이상에 관해 Kowalzik, a.a.O., S.147-154; Krüger, a.a.O., S.37-38 참조.

은 이를 방치해야 하는가? 가해자가 그대로 도망하면 피해자는 손해배상채권을 실현할 가능성이 전혀 없기 때문에 권리침해의 위험과 보충성의 요건은 충족되므로 피해자가 현장에 없어 경찰 개입을 요청하지 않더라도 경찰관은 가해자의 신원을 확인하는 등 필요한 조치를 취할 권한이 있으며 대부분의 경우에는 그러한 개입의무를 지게 될 것이다. 반면에 피해자가 즉시 현장에 나타나 가해자와 손해배상에 관한 협의를 하고 있다면 보충성 요건이 흠결된 것이고, 도망하는 가해자를 보면서 피해자가 명시적으로 경찰의 개입을 거부하는 경우에는 권리가 포기됨으로써 이미 권리침해의 위험이 소멸한 것으로 보아야 할 것이다. 다만 이 때의 경찰 개입의 거부는 成年者의 명시적이고 진지한 意思에 기한 것이어야 함은 물론이다.

뿐만 아니라 피해 범익이 「공법상의 권리」로서 私益과 더불어 공익적인 요소가 있는 경우, 그리고 私益이라 하더라도 재산 이외에 인명·신체·자유에 대한 침해로서, 더욱이 그 침해가 범죄를 구성하는 경우에는 권리자의 개입 요청이 필요 없음은 물론, 권리자의 태도가 보충성 요건에 영향을 미치는 정도가 미약할 것이며, 심지어 권리자가 명시적으로 거부하는 때에도 경찰 개입이 허용될 수 있을 것이다. 피해 범익이 공익적인 요소를 함께 갖는 경우에는 권리자가 이를 처분할 수 없으며, 피해자의 승낙이 있더라도 그 승낙이 임의적인 것이 아닐 위험이 존재하고, 설사 명백히 임의적인 승낙이라고 하더라도 인명의 침해는 축락살인죄 등 범죄가 되고 신체·자유에 대한 침해는 위법성의 조각되어 범죄는 성립하지 않지만 공공의 안녕 및 질서, 즉 법질서의 유지에 위험을 초래할 수 있기 때문이다. 親告罪와 反意思不罰罪에 관해서는 주의를 요하는데, 이는 訴追要件에 관한 것으로서, 원칙적으로 이와 무관하게 搜查가 개시될 수 있다.⁴⁰⁾ 더욱이 위험방지를 위한 경찰조치는 搜查와는 별개의 행정경찰작용이다. 따라서 親告罪에서 고소가 아직 없거나 反意思不罰罪에서 피해자의 명시적인 處罰不願意思가 표명되었더라도 — 그것으로 인해 범죄행위 당시 권리침해의 위험이 소멸하였거나 보충성 요건이 흠결되는 경우가 아니라면 — 범죄행위를 방지·제지하기 위해 필요한 경찰조치는 가능하다. 다시 말해, 親告罪와 反意思不罰罪는 私權保護를 위한 경찰권 발동의 요건에 있어 독자적인 의미를 갖지 못하고, 권리침해의 위험 및 보충성의 요건으로 흡수된다고 할 것이다.

40) 독일 형사소송법 제161조 또는 제163조은 이를 명시하고 있다.

이상과 같이 권리자의 요청은 私權保護를 위한 경찰권 발동의 독자적 요건을 이루는 것은 아니지만, 경찰실무상 아직 私權保護에 관한 올바른 직무관행 내지 문화가 정립되지 아니한 상태에서 私權保護를 이유로 私的 領域에 대해 부당한 간섭을 할 우려가 있으므로, 補充性 요건의 관점에서 권리자의 명시적 또는 추정적 의사가 충분히 고려되어야 할 것이다.

(3) 施設保護要請의 문제

최근 우리나라에서 공공기관 내의 집단 폭력사태에 있어 공공기관 측의 경찰에 대한 시설보호요청의 필요성 문제가 제기되고 있다. 즉, 1999. 5. 11. 만민중앙교회 신도들의 MBC방송국 난입사건에서 방송국의 요청이 없었다는 이유로 충분한 경찰력이 즉시 출동하지 않았고, 2000. 3. 9. 개인택시기사들의 제주도 지방의회 난입사건에서는 지방의회 측이 경찰력의 철수를 요구하여 경찰이 소극적인 대처에 그쳤다. 상술한 바와 같이 「순수한 私法上的 권리」의 보호를 위한 경찰권 발동에 있어서도 원칙적으로 권리자의 요청이 필요없다고 할 것인데, 위 사건들은 이러한 협의의 私權保護의 차원을 넘는 것이다. 방송국과 지방의회에 집단 난입하여 방송과 의사진행을 중단시키는 행위는 업무방해죄, 공무집행방해죄 등의 범죄행위에 해당하고 그로 인해 인명·신체에 피해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 긴급한 경우로서, 경찰관직무집행법 제6조 후단이 적용되고, 상술한 — 완화된 — 보충성의 요건이 충족되는 한 피해자의 소위 시설보호요청이 없더라도 경찰권은 발동될 수 있다.

다만 방송국과 지방의회와 같은 건조물내의 출입이 문제되는데, 동법 제7조 제1항은 제5조 제1항의 위협발생, 제2항의 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압, 제6조의 범죄행위의 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이 하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 타인의 토지·건물 또는 船車 내에 경찰관이 출입할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이 조항에도 건물 소유자 내지 권리자의 요청이 요건으로 되어 있지 않고, 위해의 절박성, 출입의 필요성 등을 판단하는 하나의 요소가 될 수 있

을 뿐이며, 후술하는 경찰권 발동의 한계로서 주거의 자유 및 사생활의 비밀과 자유, — 공공기관의 경우에는 — 당해 기관의 자율적 책임⁴¹⁾ 등과의 형량 문제로 포섭되는 데 불과하다. 따라서 종래 타인의 건물, 공공기관 등의 내부에서 범죄행위 기타 위험사태가 있을 때 마치 시설보호요청이 경찰 개입의 절대적 요건으로 인식되고 있다면 잘못이다. 위 제7조 소정의 절박성 및 필요성과 제6조 후단의 — 완화된 보충성으로서의 — 긴급성의 요건만 충족되면 경찰의 개입권한은 인정되고, 다만 개입 여부 및 방법에 관한 재량권 행사에 있어 시설보호요청 여부와 관련하여 주거와 사생활의 자유, 당해 기관의 자율적 책임 등과의 형량이 요구되는 것이며, 경우에 따라서는 개입 의무까지 발생하는데 이에 관해서는 아래 제5절에서 논의한다.

문제는 위 제주도 지방의회 사건에서 국가기관인 지방의회가 명시적으로 경찰 개입을 거부하였다는 데 있다. 상술한 바와 같이 私人の 권리에 대한 침해에 있어서도 『공법상의 권리』로서 공익적인 요소가 있는 경우, 또는 인명·신체·자유에 대한 침해로서, 더욱이 그 침해가 범죄를 구성하는 경우에는 피해자의 명시적인 거부가 있더라도 경찰 개입이 허용될 수 있는데, 위 사건은 국가적 범익에 대한 범죄인 공무집행 방해행위에 관한 것이다. 형사소송법 제234조 제2항은 공무원의 고발의무를 규정하고 있는데, 이는 사법경찰작용에 관한 것이지만 행정경찰작용과도 무관한 것이 아니다. 다시 말해, 당해 국가기관이 그 내부의 범죄행위에 관해 고발의무까지 지고 있다면, 그로 인한 위협의 방지를 위해 경찰이 개입하는 것을 거부할 수 있는 권한은 더더욱 인정되기 어렵다고 할 것이다. 따라서 국가기관의 명시적인 거부가 있더라도, 범죄행위의 경우 완화된 보충성 요건이 충족되는 한, 경찰의 개입 권한에는 영향을 미칠 수 없고, 다만 그 권한 행사에 있어 당해 국가기관의 책임과 자율성이 재량판단의 요소로 참작될 수 있을 뿐이라고 할 것이다.

41) 대학 구내에서 발생한 범죄행위 기타 위험사태의 경우가 좋은 예이다.

2. 私權保護를 위한 警察權 發動의 限界

가. 限界의 一般的 基準

(1) 比例原則

私權保護를 위한 경찰권 발동의 요건이 충족됨으로써 경찰의 개입권한이 인정되는 경우에도 그 권한의 행사 여부 및 방법의 결정·선택에 있어 경찰권 발동의 한계를 준수해야 하는바, 가장 중요한 것은 비례원칙이다. 즉, 私權保護를 위해 적합한 조치이어야 하고(적합성의 원칙), 필요한 최소한도의 조치이어야 하며(필요성의 원칙), 보호되는 이익과 침해되는 이익 사이에 상당성이 인정되어야 한다(협의의 비례원칙).

비례원칙, 특히 두 번째 하부원칙인 필요성의 원칙은 상술한 보충성 원칙과 상당부분 실질적으로 동일한 내용을 담고 있으나, 양자의 본질적인 차이점은 보충성 원칙은 행정권과 사법권 사이의 권력분립과 행정부 내에서의 경찰과 일반행정기관의 권한배분의 문제에 의거한 것으로서 경찰권 발동의 요건이 되는 것인 반면, 비례원칙은 경찰법의 일반원칙에 의거한 것으로서 경찰권 발동의 한계 내지 기준이라는 데 있다. 다시 말해, 보충성은 경찰의 개입권한이 인정되기 위한 요건인 반면, 비례원칙은 보충성 요건이 충족됨으로써 개입권한이 인정된 연후에 그 권한의 행사의 여부 및 방법에 관한 재량의 기준을 이루는 것이다. 그 중 개입 권한의 행사방법에 관한 비례원칙은 아래 나.항에서 논의하는 私權保護를 위한 경찰조치의 구체적인 내용으로 연결된다.

경찰법의 일반원칙으로서의 비례원칙은 私權保護에 있어 여러 가지 특별한 한계·기준을 내포한다. 우선, 경찰에 의한 私權保護는 본질적으로 공공의 안녕 및 질서에 대한 위협을 방지하는 차원에서 인정되는 것이므로 권리의 궁극적인 실현에까지 미치지 못하고 권리의 보전에 한정된다. 따라서 私權保護를 위한 경찰조치는 이러한 권리보전에 필요한 한도 내에서만 이루어져야 한다. 이를 暫定性 원칙이라고 한다면, 이는 필요성의 원칙의 구체화라고 할 것이다. 또한 상술한 바와 같이 개인의 주거 등 사적 공간에 대한 경찰권 발동에 있어서는 헌법상 주거의 자유와 사생활의 비밀 및 자유를, 국가기관

및 일반행정기관 기타 공공기관의 업무영역에 대한 경찰권 발동에 있어서는 당해 기관의 자율적 책임을 고려해야 하는바, 이는 비례원칙의 세 번째 하부원칙인 상당성 원칙 내지 협의의 비례원칙의 관점에서 이해될 수 있다. 뿐만 아니라 私權保護를 위한 경찰권 발동이 같은 경찰의 임무인 공적 위험 내지 국가적·사회적 법익에 대한 위험의 방지 또는 사법경찰작용과 충돌할 수 있다. 이러한 다른 경찰임무와의 관계 역시 — 私權保護만을 고집한다면 다른 이익이 침해될 우려가 있다는 점에서 — 협의의 비례원칙에 관한 문제라고 할 수 있다. 이상과 같은 私權保護에 있어 특별한 한계·기준들을 이하에서 차례로 고찰하기로 한다. [구체적인 경찰조치들의 현행법상 허용 여부 및 그 강제력에 관해서는 아래 나.항에서 별도로 논의한다.]

(2) 暫定性 原則

상술한 바와 같이 경찰에 의한 私權保護는 위험방지 차원에서 이루어지는 것이므로 권리의 궁극적인 실현이 아니라 『權리의 保全』을 목적으로 한다. 다시 말해, 권리 실현이 불가능 또는 현저히 곤란하게 될 위험을 방지하기 위한 것이다. 따라서 私權保護를 위한 구체적인 경찰조치는 이러한 권리보전에 필요한 최소한도 내에서만 이루어져야 한다. 따라서 가장 전형적인 私權保護를 위한 경찰조치는 채무자 또는 가해자의 인적사항 확인(Sistierung, Personalienfeststellung)으로서, 신원미상의 가해자가 현장을 떠나면 향후 법원의 재판절차에 의한 권리구제가 불가능, 또는 현저히 곤란하게 되는 경우 행해진다. 또한 점유권 또는 본권에 관해 분쟁이 있는 動産이 방치됨으로써 멸실·훼손의 우려가 있는 경우 이를 領置(Sicherstellung)할 수 있다. 그러나 이러한 가해자의 인적사항의 확인, 목적물의 영치 이외에 증거의 확보, 특히 목격증인의 신원확인 내지 진술기재 등은 가해행위가 범죄행위에 해당하여 수사가 개시되는 경우가 아닌 한 원칙적으로 순수한 私權保護를 위해서는 행해질 수 없다고 할 것이다. 증거의 확보는 권리자 개인의 책임에 속하는 것일 뿐만 아니라 목격증인들은 특단의 사정이 없는 한 경찰책임을 지지 않기 때문이다. 또한 권리의 귀속 자체에 관해 분쟁이 있는 경우, 경찰은 그 소명이 있는 때에 한해 권리보전을 위한 조치를 취할 수 있으며, 소명이 없으면 경찰 스스로 증거를 수집하여 권리의 귀속에 관한 판단을 할 수 없다. 이러한 판단은 법원의 권한에

속하는 것으로, 권리보전의 차원을 넘는 것이기 때문이다. 반면에, 피해자 또는 목격자가 현장에서 범죄를 고소·고발하였으나 가해자가 범죄사실 또는 고의를 부인하는 등 범죄 행위 여부에 관해 다툼이 있는 경우에는, 경찰은 구체적 사정을 기초로 스스로 이를 판단하여 개입 여부를 결정하여야 한다. 범죄의 수사는 경찰의 — 사법경찰로서의 — 본연의 임무이기 때문이다. 그 판단을 그르쳤을 때에는 상술한 「위험의 착오」의 문제가 된다.

(3) 住居의 自由 및 私生活의 秘密과 自由

일반적인 경찰권 발동에 있어서도 주거의 자유 및 사생활의 비밀과 자유는 중요한 한계로서 기능하는 바, 私權保護를 위한 경우에는 더욱더 중요성을 띠게 된다. 주거와 사생활의 비밀은 인간의 존엄성과 직결되는, 가장 핵심적인 기본권의 하나이기 때문이다. 私權保護를 위한 경찰권 발동의 요건이 충족되는 경우 불가피한 경우에는 필요한 범위 내에서 타인의 주거에 들어갈 수 있고, 상술한 바와 같이 주거의 소유자 또는 관리자의 개입요청이 경찰권 발동의 독립적인 요건은 아니지만, 구체적인 경찰조치의 선택에 있어 주거와 사생활의 비밀은 최우선적으로 고려해야 할 요소임에는 틀림없다. 의식주에 제공되는 주택만이 아니라 공개되지 않은 사무실, 회사, 공장 등에 출입할 때에도 비례원칙에 입각한 엄격한 검토를 거치지 않으면 아니 된다. 이러한 의미에서 종래 경찰공공의 원칙의 내용으로 주장되던 私生活不可侵 및 私住所不可侵의 원칙은 私權保護를 위한 경찰권 발동의 한계로서 여전히 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다. 후술하는 바와 같이 경찰관직무집행법 제7조 제1항에 의거하여 절박성과 보충성의 요건 하에 위해의 방지 또는 피해자의 구조를 위해 타인의 住居에 들어갈 수 있으나, 과거에 종료된 범죄의 수사, 또는 채무자의 신원확인을 위해서는 법관이 발부한 영장에 의하지 않고는 불가능하다(헌법 제12조 제3항). 위 경찰관직무집행법 조항에 의거한 주거 출입의 경우에도 법관의 영장이 필요한가에 관해 논의의 여지가 있는데, 이에 관해서는 아래 나.항에서 재론한다.

(4) 國家機關 및 一般 行政機關 기타 公共機關의 自律的 責任

국가기관과 일반행정기관 기타 공공기관 구내에서 범죄행위 기타 공익상의 위해상태가 발생한 경우 경찰권 발동 권한은 인정되지만 그 권한 행사의 여부 및 방법에 관한 재량에 있어 당해 기관의 자율적 문제해결의 의사와 가능성 등을 고려하여야 할 것이다. 당해 기관의 소위 시설보호요청이 절대적 요건이 아님은 상술한 바와 같다. 私權保護의 경우 피해자가 당해 국가기관 등의 개입을 요청하여 손쉽게 권리를 보전할 수 있는 때에는 아예 「보충성」 요건이 흠결되어 경찰의 개입권한이 부정되겠지만, 보충성 요건이 충족되어 경찰의 개입권한이 인정되는 경우에도 경찰은 — 재량의 고려요소로서 — 당해 국가기관 등의 자율적 책임을 존중하지 않으면 아니 될 것이다. 상술한 바와 같이 국가기관 등의 구내에서 문제되는 私權保護는 거의 예외 없이 동시에 공무집행방해 등의 범죄행위, 또는 원활한 국가기관의 운영을 저해하는 공익침해행위의 성격을 갖게 될 것이므로, 순수한 私權保護의 문제는 아니다. 그렇지만 당해 기관의 자율적 책임을 존중하여 경찰은 먼저 기관의 長에게 의사를 타진하고 개입을 거부하는 경우에는 그 구체적인 이유를 묻고 그 이유가 당해 기관의 위상과 역할에 비추어 상당한 것인 때에는 일단 경찰 개입을 자제하고, 위협의 정도가 급박하여 부득이 개입하게 되는 경우에도 당해 기관의 자율성을 가장 작게 훼손하는 방향으로 그 구체적인 방법을 선택하여야 할 것이다.

(5) 다른 警察任務 사이의 關係

私權保護를 위한 경찰권 발동은 또한 다른 경찰임무와의 관계에서 그 한계를 갖는데, 첫째 일반적인 行政警察, 즉 공익을 위한 위협방지작용과 둘째 司法警察作用과의 충돌이 문제되는 것이다.

먼저 공익을 위한 일반적인 行政警察과 私權保護를 위한 (행정)경찰이 충돌하는 경우를 살펴보면, 그 예로 도심도로상에서 발생한 경미한 접촉사고에 관해 책임소재가 불분명하여 쌍방이 경찰에 대하여 사고차량의 위치, 바퀴자국 및 주변상황의 촬영 등 사건의 철저한 조사를 요구하고 있음으로 인해 심각한 교통장애가 야기되고 있는 경우를 들 수 있을 것이다. 당사자 쌍방이 요구하고 있는 경찰작용은 도로교통법 제108조 소정의 업무상 과실손괴죄에 대한 수사인 동시에 私權保護, 즉 권리보전의 측면을 갖고 있다. 아

무런 조사 없이 현장이 변경된다면 어느 일방의 손해배상채권은 사실상 그 실현이 불가능하게 되기 때문이다. 그러나 동시에 경찰은 동법 제7조 소정의 혼잡완화를 위한 조치를 해야 하는데 이는 공익을 위한 일반적인 행정경찰작용이다. 또 예컨대, 폭력사태로 비화할 가능성이 크지만 아직 평화적인 시위가 진행되고 있는 상황에서 어떤 성명미상의 시위참여자가 플래카드를 잘못 다루어 다른 시위참여자의 옷을 훼손하였음에도 자신의 인적 사항을 밝히기를 거부하여 부득이 피해자가 인근에 출동하여 시위를 감시하고 있는 경찰병력에 대해 가해자의 인적 사항을 확인해줄 것을 요구하는 경우도 마찬가지이다.⁴²⁾ 즉시 가해자의 신원을 파악하지 않으면 피해자의 손해배상채권은 그 실현이 사실상 불가능하게 되는 상태이므로 私權保護를 위한 경찰권 출동의 요건은 충족되지만, 그렇다고 하여 만일 경찰이 가해자를 신원확인을 위해 시위대 밖으로 강제로 끌어낸다면, 이는 평화로운 시위가 이루어지도록 하여야 한다는 경찰의 위험방지 의무와 정면으로 모순되기 때문이다.

위와 같은 상황에서 공익을 위한 위험방지작용이 절대적으로 우선하고 私權保護는 무조건 후퇴해야 한다는 원칙은 인정할 수 없다. 제3절에서 강조한 바와 같이 私權保護도 엄연히 공공의 안녕 및 질서를 유지하기 위한 공적인 경찰작용이기 때문이다. 물론 공익을 위한 위험방지작용이 불특정 다수인의 이익을 위한 것이라는 점에서 一見優越(prima facie-Vorrang)을 인정할 수는 있겠으나, 문제는 결국 개별 사안에서 구체적 사정에 따른 이익형량에 의해 해결되어야 할 것이다.⁴³⁾ 위 첫 번째 가상사례에서는, 교통체증이 있다고 하여 무조건 사고조사를 거부할 수는 없고, 신속히 경찰관이 출동하여 한편으로 사고조사에 필요한 공간을 제외한 나머지 부분에 관해서는 원활한 소통이 되도록 교통정리를 하면서, 다른 한편으로 즉시 사진촬영이 불가능하다면 — 촬영이 가능해질 때까지 무한정 교통체증상태를 방치할 수는 없고 — 차량상태·바퀴자국에 대한 표시 등 현장보존조치만으로 만족하고 신속히 도로의 상황을 정상상태로 복원해야 할 것이다. 두 번째 가상사례에서는, 시위가 평화적으로 진행되도록 해야 한다는 것은 매우 중요한 공익적 요소이므로 시위 도중에는 私權保護가 후퇴되지 않으면 아니 될 것이다. 따라서 피

42) 이상의 두 가지 가상사례는 Krüger, a.a.O., S.63-64 참조.

43) 同旨 Krüger, a.a.O., S.64.

해자는 계속 가해자를 추적하고 있다가 가해자가 스스로 시위대를 이탈하거나 아니면 시위 자체가 종료되면 그 즉시 경찰에게 신원확인을 요구할 수밖에 없을 것이다.

다음으로, 司法警察作用과 私權保護를 위한 경찰작용이 충돌하는 경우에 관해 살펴보면, 이 양자는 사법경찰과 행정경찰로서 본질적으로 상이한 것이므로, 엄격히 말하면 양자가 충돌하는 경우는 없다고 해야 할 것이다. 다시 말해, 搜查가 이루어진다고 하여 그것만으로 바로 私權保護를 위한 경찰작용이라고 할 수 없다. 그러나 搜查를 통해 가해자와 증인의 신원이 확인되는 것은 권리보전에 결정적인 영향을 미치는 것이므로 사실상 양자는 중복되는 것이다. 그런데 문제는 搜查의 방법에 있다. 예컨대, 여러 명이 공동으로 폭행을 가하고 각기 다른 방향으로 도주하고 있는 상황에서 피해자는 손해배상채권의 보전을 위해 경찰에 대해 자력이 충분한 것으로 보이는 신원미상의 從犯을 추적해줄 것을 요구하였지만 경찰은 수사의 편의를 위해 — 피해자가 인적 사항을 알고 있으나 무자력상태인 — 主犯만을 추적, 체포한 경우를 상정할 수 있을 것이다. 그러나 이와 같이 搜查를 위한 일정한 조치가 私權保護를 위한 최선의 조치가 아니라 하더라도, 그것만으로 바로 私權保護가 완전히 포기된 것이라고는 할 수 없다. 私權保護는 권리의 보전 그 자체만을 위한 것이지 권리자로 하여금 실질적으로 가능한 한 충분히 권리의 만족을 얻도록 하는 것은 아니기 때문이다. 이러한 의미에서 私權保護를 위한 경찰작용은 司法警察作用에서 그 한계를 발견한다고 할 수 있겠으나, 司法警察作用의 우선은 절대적인 우선이 아니라 이 또한 결국 개별 사안에서의 구체적인 이익형량의 대상이 되는 것이다. 따라서 특별한 이유가 없음에도 불구하고 피해자의 요청을 묵살하면서까지 私權保護에 지장을 초래하는 방식으로 搜查를 진행하는 것은 위법한 경찰작용이라고 보아야 할 것이다.

나. 私權保護를 위한 警察措置의 具體的 內容

(1) 概括的 授權條項과 個別的 授權條項

무릇 경찰조치의 구체적인 내용은 일률적으로 말할 수 없다. 경찰이 대처해야 할 위

해상태가 천태만상이므로 이를 방지·제거하기 위한 경찰조치 또한 다양할 수밖에 없기 때문이다. 상술한 바와 같이 독일의 모범초안 제8조 제1항은 경찰이 취할 수 있는 조치를 특정하지 않고 개괄적으로 “개별사안에서 존재하는 공공의 안전 또는 질서에 대한 위협을 방지하기 위해 필요한 조치”라고만 규정하고, 우리 경찰관직무집행법 제5조 제1항 제3호도 “위해방지상 필요하다고 인정되는 조치”라고 규정하고 있다. 私權保護를 위한 경찰조치의 구체적 내용도 마찬가지로 일률적으로 말할 수 없다. 위 가.항에서 제시한 한계들을 준수하면서 당해 사안에서 권리보전을 위해 필요한 잠정적인 조치가 무엇 인지를 판단해야 한다.

우리나라에서 私權保護를 위한 경찰조치를 고찰함에 있어 첫 번째로 부딪치는 문제는 현행법상 행정경찰작용인 위협방지를 위한 개별적 경찰조치에 관한 규정이 부족하다는 점이다. 독일 모범초안은 위와 같은 개괄적 수권조항 이외에 신원확인, 소환, 퇴거명령, 보호조치, 물건의 수색 및 영치 등 다양한 개별적 경찰조치들을 소위 “표준조치”(Standardmaßnahme)로 규정하고 있어 수사작용은 물론 일반적인 위협방지작용 전반을 상당히 커버하고 있기 때문에, 私權保護를 위한 경찰조치로도 충분히 활용될 수 있다. 우리 경찰관직무집행법도 개별적 조치로서 불심검문, 보호조치, 위협방지를 위한 출입, 사실확인, 경찰장비·장구·분사기·무기의 사용 등에 관해 규정하고 있으나, 우선 그 종류가 제한되어 있을 뿐만 아니라 대부분 범죄행위와 관련되어 있고 일반적인 위협방지작용을 예상한 것이 아니므로, 私權保護를 위한 경찰조치로 활용하기에는 부족하다. 따라서 특히 신원확인에 관해서는 주민등록법이 원용될 수 있으나, 후술하는 바와 같이 동법 또한 허점이 많다. 바로 이러한 이유 때문에 우리 실정법상 개괄적 수권조항의 필요성이 더욱 절실하고 또한 상술한 바와 같이 경찰관직무집행법 제2조 제5호 및 제5조 제1항을 개괄적 수권조항으로 파악해야 하는 것이다. 다시 말해, 私權保護를 위한 경찰조치로 일차적으로는 경찰관직무집행법 기타 특별법상의 개별적 수권조항이 동원되어야 하지만 그것만으로 부족한 부분이 많기 때문에 위와 같은 개괄적 수권조항이 대폭 활용되지 않으면 아니 되는 것이다. 구체적인 문제는 아래에서 개별조치와 관련하여 논의한다.

(2) 法的 行爲와 事實行爲 및 強制力의 문제

私權保護를 위한 경찰조치의 구체적인 내용에 들어가기 이전에 검토해야 할 문제는 개괄적 수권조항, 특히 경찰관직무집행법 제5조 제1항 제3호 소정의 “위해방지상 필요한 조치”의 범위가 어디까지인가 또한 어느 정도의 강제력을 가질 수 있는가 라는 것이다. 이는 私權保護에 한정된 문제가 아니라 경찰법의 일반문제에 해당하는 것인데, 종래 이에 관해 논의가 부족하였던 것으로 보인다. 이를 법적 행위와 사실행위로 나누어 고찰하기로 한다.

법적 행위로서의 경찰조치는 상대방에게 작위·부작위·수인의 의무를 부과하는 下命으로 나타나는데, 이러한 下命이 개괄적 수권조항에 의한 경찰조치의 범위 속에 포함된다는 점은 분명하다. 경찰이 필요한 범위 내에서 관계인에 대해 작위·부작위·수인 등의 협조를 구하는 것은 전형적인 경찰작용일 뿐만 아니라 오히려 시민의 자유에 대한 침해를 최소화하는 것이기 때문이다. 경찰관직무집행법 제5조 제1항 제1호 및 제6조 전단 소정의 “필요한 경고”는 원칙적으로 禁止下命에 해당하는 것으로 볼 수 있고, 제5조 제1항 제3호에서 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 “하게 하거나”라고 규정한 것은 作爲下命으로 보아야 할 것이다. 문제는 상대방이 이러한 下命에 불응하는 경우 이를 강제적으로 실현할 수 있는가에 있다. 이에 관해 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 경찰권 발동의 제2차적·보충적 수권조항으로 파악하면서 동 조항에 의거하여 경찰관은 위해방지를 위한 下命에 불응할 때에는 直接強制까지 할 수 있다고 보는 유력한 견해가 있다.⁴⁴⁾ 그러나 어떤 권력적 행정작용에 관해 법률의 근거가 있다고 해서 그것이 바로 그 행정작용의 강제집행에까지 미치지 못하고 강제집행에 관해서는 별도의 법률적 근거가 필요하다는 것은 오늘날 행정법이론에서 의문의 여지없이 확립된 이론이다. 독일에서도 경찰법상의 개괄적 수권조항에 의거하여 막바로 강제집행까지 인정되는 것이 아니라, 모든 명령적 행정행위에 대하여 대집행(Ersatzvornahme), 이행강제금(Zwangsgeld), 직접강제(unmittelbarer Zwang)의 순서로 강제수단을 부여하고 있는 모범초안 제29조와 같은 규정이 있기 때문이다. 반면에 우리나라에서는 행정대집행법은 일반법으로 제정되어 있으나 이행강제금과 직접강제에 관해서는 일반법은 없고 특별규정에 의해 개별적으로 인정되고 있을 뿐이다. 따라서 경찰관직무집행법 제2조 제5호 또

44) 김남진, 행정법 II, 2000, p.323, 326.

는 제5조 제1항을 개괄적 수권조항으로 파악하고 또한 동 조항에 의거하여 관계인에게 작위·부작위·수인을 명령하는 警察下命을 내릴 수 있는 권한이 있지만, 상대방이 이에 불응하는 때에는, 대체적 작위의무의 경우 행정대집행법에 의한 대집행절차를 거칠 수 있음은 별론으로, 그 외 비대체적 작위의무 및 부작위·수인의무에 대하여 이행강제금이나 직접강제를 통해 강제할 수는 없다고 할 것이다. 그렇다고 하여 경찰하명의 실제적 의의가 완전히 없어지는 것은 아니다. 비록 강제력이 없다고 하더라도 경찰관의 下命은 적법한 직무행위로서 상대방에게 의무를 부과하는 효력을 가지므로 협박죄나 권리행사 방해죄를 구성하지 아니할 뿐만 아니라 이러한 下命에 대해 폭행·협박으로 항거하는 행위는 공무집행방해죄에 해당하기 때문이다. 이상은 현행법의 해석론이고, 입법론적으로는 우리나라에도 — 특히 경찰관직무집행법상의 下命에 대하여 — 최소한 이행강제금을, 또는 이와 더불어 엄격한 요건 하에 직접강제를 일반적으로 인정하는 법개정이 요청된다고 할 것이다.

다음으로 사실행위에 관해 살펴보면, 누구의 자유도 제한하지 않는 임의적 사실행위는 논외로 하고, 상대방의 저항을 유형력으로써 제압하고 소기의 행정목적 달성하는 소위 권력적 사실행위가 문제인데, 下命에 대한 강제집행수단으로서의 직접강제는 이미 위에서 논의하였고, 여기에서는 독자적인 행정작용인 行政上 내지 警察上 即時強制를 검토하기로 한다. 即時強制라 함은 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 그렇게 하기에 부적합하기 때문에 어떠한 下命도 없이 막바로 행정청이 직접 목적하는 바를 달성하기 위해 타인의 신체·재산에 유형력을 행사하는 것을 의미한다. 우선 이러한 即時強制가 개괄적 수권조항에 의한 경찰조치의 범위 속에 포함되는가에 관해서는, 급박한 危害의 경우 이러한 즉시강제의 수단 없이는 이를 방지·제거할 수 없다는 점에서, 긍정할 수밖에 없을 것이다. 다만 이러한 即時強制가 가장 극단적인 경찰조치라는 점은 분명하다. 다음으로 그 강제력의 법적 근거가 문제되는데, 전술한 下命의 경우에 下命에 대한 법적 근거 이외에 그 강제집행의 법적 근거가 별도로 필요한 것과는 달리, 即時強制的 경우에는 행정권 발동의 근거와 강제력의 근거가 구별되지 않는다. 即時強制 그 자체가 강제력을 가진 독자적인 행정작용이기 때문이다. 요컨대, 권력적 사실행위로서의 警察上 即時強制는 — 물론 엄격한 비례원칙의 요건 하에서 — 개괄적 수권조항에 의한 경찰조치의 일

환으로 인정된다. 경찰관직무집행법 제5조 제1항 제2호 소정의 “위해를 받을 우려가 있는자를 필요한 한도 내에서 억류하거나 피난시키는 것” 또는 제3호 소정의 “위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 . . . 스스로 . . . 하는 것”은 모두 이러한 即時強制를 포함하는 의미라고 볼 수 있고, 동법 제6조 후단의 범죄행위의 “制止”도 마찬가지이다.

이상과 같이 下命(및 그에 대한 강제집행)과 即時強制的 관계를 이해한다면 어려운 문제가 발생한다. 즉, 即時強制的 수단을 택하면 바로 강제력을 사용할 수 있는 반면, 보다 경미한 경찰조치로서 일단 下命을 내리고 상대방의 임의 이행을 기대한 경우에는 상대방이 이에 불응하더라도 강제력을 사용하지 못한다고 한다면, 경찰은 가능한 한 下命의 방법을 피하고 바로 강제력을 사용할 수 있는 即時強制的 수단을 택하게 될 가능성이 있다는 점이다. 이는 警察下命에 대한 이행강제금과 직접강제를 인정하지 않고 있는 실정법의 해석상 부득이한 결론이지만, 또한 바로 그렇기 때문에 即時強制에 관해서는 엄격한 비례원칙의 적용이 요구되는 것이다.

이하에서는 현행법상 私權保護를 위한 구체적 경찰조치로서 허용될 수 있는 것을 차례로 검토하기로 한다. 특히 법적 근거와 강제력 사용가능성 여부에 초점을 맞춘다.

(3) 人的 事項의 確認

상술한 바와 같이 私權保護를 위한 가장 전형적인 경찰조치는 채무자의 인적 사항을 확인하는 것이다. 채무자의 인적 사항은 권리보전을 위해 필요한 최소한의 것이기 때문이다. 독일 모범초안 제9조 제1항 제1호는 “위험방지”를 위해 필요한 때에는 경찰은 관계인의 신원을 확인할 수 있음을 규정하고, 이어 동조 제2항은 신원확인을 위해 “필요한” 조치를 취할 수 있다고 하여, 말하자면, 개별적인 개괄조항을 둔 다음 특히 관계인을 정지시키고 그의 인적사항을 심문하고 소지 중인 신분증명서의 제시를 요구할 수 있으며 신원확인이 불가능 또는 현저히 곤란한 경우에는 심지어 구급까지 시킬 수 있다는 등 신원확인을 위한 개별조치들을 명시하고 있다. 이 조항에 의해 私權保護를 위한 채무자의 인적 사항 확인은 완벽하게 이루어질 수 있고, 상술한 바와 같이 정지명령, 심문, 신분증 제시명령에 불응하면 이행강제금과 직접강제에 의해 강제된다. 반면에 우리 경찰

관직무집행법 제3조 소정의 불심검문은 “어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자” 또는 “이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관해 그 사실을 안다고 인정되는 자”에 대해서만 이루어질 수 있는 것이다. 또한 주민등록법 제17조의 10 제1항도 주민등록증의 제시요구의 요건으로서 “사법경찰관리가 범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 17세 이상인 주민의 신원 또는 거주 관계를 확인할 필요가 있는 경우”라고 규정하고 있는데, 여기에서 「사법경찰관리의 직무」라 함은 사법경찰작용, 즉 범죄의 수사를 의미하는 것이다. 이와 같이 현행법규상 신원 확인은 모두 범죄와의 관련성을 요건으로 하며, 범죄와 무관한 위험방지, 특히 「순수한 私法上的 권리」의 보전을 위한 것은 찾을 수 없다. 따라서 경찰관직무집행법 제2조 제5호 또는 제5조 제1항의 개괄적 수권조항에 의거할 수밖에 없는데, 그 조차도 상술한 바와 같이 관계인이 인적 사항의 심문, 신분증 제시요구, 경찰관서에의 동행요구를 거부하는 경우 강제수단을 전혀 사용할 수 없다. 오히려 경찰관직무집행법 제3조 제2항 제2문은 범죄와 관련된 불심검문에 있어 경찰관서에의 동행요구를 거부할 수 있음을 명시하고 있다. 이러한 입법태도는 종래 불심검문 내지 신원확인이 정치적 탄압수단으로 악용되던 것에 대한 반작용으로 이해할 수 있겠으나, 경찰의 본연의 임무인 — 私權保護를 포함하여 — 위험방지를 위한 가장 기초적인 조치인 신원확인조치도 不備되어 있다는 점은 하루빨리 시정되지 않으면 아니 될 것이다.

이와 관련하여 채무자의 해외도피 문제를 언급하면, 채무자의 인적 사항이 파악되어 있더라도 채무자가 해외로 도피하게 되면 권리의 실현이 사실상 불가능, 또는 현저히 곤란하게 되므로 私權保護를 위한 경찰권 발동의 요건이 충족된다. 문제는 예컨대 공항에서 출국절차를 밟고 있는 채무자에 대해 경찰이 취할 수 있는 조치는 구체적으로 무엇인가이다. 출입국관리법 제4조 제1항에 의해 법무부장관으로부터 출국금지조치를 받지 않은 이상 출국의 자유가 있기 때문에 출국 자체를 종국적으로 금지시킬 수는 없다. 물론 채무자의 해외도피 시도로 인해 소비대차, 매매 등 채권채무의 원인행위에 관해 사기죄의 혐의가 인정되는 경우에는 형사소송법에 의거한 긴급체포를 통해 출국을 저지할 수 있을 것이지만, 순수한 채무불이행의 경우에는 그렇지 않다. 이 문제는 결국 채권자의 자력구제의 범위와 연결되는데, 채권자 자신도 자력구제로써 채무자를 해외도피 현장

에서 붙잡아 채무변제시까지 계속 신병을 확보할 수는 없지만, 상당한 담보를 제공하거나 최소한 외국의 정확한 주소를 알려줄 때까지 출국을 저지할 수는 있을 것이다. 私權保護를 위한 경찰권 발동도 이러한 범위 내에 그쳐야 할 것인데, 당장 비행기에 탑승하고자 하는 채무자를 저지하는 것은 即時強制로서 허용되어야 할 것이고 또한 비행기회사에 연락하여 채무자의 탑승을 다음 비행기로 연기하도록 요청하는 것도 원칙적으로 허용된다고 할 것이다. 그러나 채무자의 출국 자체를 종국적으로 금지할 수도 없고, 외국의 정확한 주소의 제공을 下命하였다가 이에 불응하더라도 강제수단이 없다. 실제로는 이러한 경우 거의 대부분 사기죄의 혐의가 있는 것으로 하여 긴급체포하는 방법으로 문제를 해결하고 있으나, 국제교통이 빈번해진 오늘날 이에 관한 명문의 규율이 시급하다고 할 것이다.

(4) 物件의 領置

독일 모범초안 제21조에 의하면, 경찰은 현재의 위험을 방지해야 할 때(제1호), 또는 소유권자나 적법한 점유자를 물건의 망실이나 훼손으로부터 보호해야 할 때(제2호) 등에는 당해 물건을 영치(Sicherstellung)할 수 있다는 규정을 두고 있는데, 특히 후자의 사유에 기한 영치가 私權保護를 위한 경찰조치로 활용될 수 있다. 반면에 우리 경찰관직무집행법은 제4조 제3항에서 보호조치의 대상자인 피구호자가 휴대하고 있는 무기·흉기 등 위험을 야기할 수 있는 물건을 임시영치할 수 있다는 규정을 두고 있을 뿐 일반적인 위험방지나 소유권자 또는 점유자의 보호를 위해 물건을 영치하는 제도는 없다. 따라서 개괄적 수권조항에 의거하는 수밖에 없는데, 유의할 것은 문제의 물건이 관계인 누구의 점유에도 속하지 않고 방치되어 있는 경우 또는 관계인 일방이 이를 임의 교부하는 경우에만 경찰에 의한 영치가 허용되고, 경찰이 이를 강제로 교부받을 수는 없다는 점이다. 점유자의 신원과 물건의 소재지를 확인하는 것으로 그쳐야 할 것이다.

(5) 犯罪行爲에 대한 警告와 制止

실제적으로 私權保護를 위해 가장 많이 활용되는 경찰조치는 경찰관직무집행법 제6조

소정의 범죄행위에 대한 경고와 제지일 것이다. 사권침해행위가 많은 경우에 범죄행위에 해당하기 때문이다. 동조 전단의 경고조치는 모든 범죄행위에 대해 가능하지만 후단의 제지조치는 인명·신체·재산에 대한 범죄행위의 경우에만 가능하다는 점은 상술한 바와 같다. 경고조치의 법적 성질은 禁止下命으로 파악해야 할 것이지만, 역시 상술한 바와 같이 이에 불응하더라도 강제집행은 불가능하다. 다만 경고에도 불구하고 범죄행위로 나아갈 때에는 현행범 체포의 형식으로, 다시 말해, 사법경찰작용의 일환으로 범죄행위를 저지할 수 있을 것이다. 후단의 범죄행위의 제지조치는 긴급성을 요건으로 하는 것으로서, 그 법적 성질은 경찰상 즉시강제로 파악되어야 할 것이다.

(6) 危險防止를 위한 出入

마지막으로 언급할 것은 경찰관직무집행법 제7조 제1항에 의거하여 위험방지를 위해 타인의 토지·건물 등에 출입하는 조치이다. 이 경우 주거의 자유와 사생활의 비밀 및 자유를 최대한 고려해야 한다는 점은 이미 상술한 바와 같다. 헌법상 영장주의원칙과의 관계에서 논의의 여지가 있는바, 위 경찰관직무집행법 조항에 규정된 절박성 및 보충성의 요건 하에서 위해의 방지 또는 피해자의 구조를 위한 경우에는 영장이 필요 없지만, 여기서 한 걸음 더 나아가 수색의 목적을 가질 때에는 반드시 영장이 발부되어야 할 것이다.

주거에의 출입과 관련하여 특기할 판례는 앞에서 인용한 독일 Stuttgart 고등법원 1972. 2. 2. 판결⁴⁵⁾이다. 夜間에 부부싸움으로 일시 가출한 부인이 다시 귀가하고자 하였으나 남편이 문을 열어주지 않고 있는 상태에서 경찰관은 현관의 유리창을 부수고 현관문을 열었는데, 이러한 행위는 주택에 대한 공동점유권 및 공동사용권을 가진 부인의 동의를 받았다는 점에서 정당한 직무집행으로 평가되었다. 그러나 私權保護를 위한 주거 출입에 항상 거주자의 동의가 필요한 것은 아니다. 예컨대 연휴기간 중에 빈 주택에서 수도관이 파열되어 주택 내부가 침수될 우려가 있는 경우 이를 순찰도중 발견한 경찰관은 그 주택소유자의 동의 없이도 주택 출입문을 부수고서라도 열어 수도관 파열을 막을

45) NPA 769, private Rechte. Bl.3.

수 있다고 할 것인데, 이는 私人인 경우 민법상의 사무관리에 해당하기 때문에, 경찰관의 직무집행으로서도 더더욱 정당한 것으로 보아야 할 것이다.

제5절 私權保護措置를 취할 警察의 義務

1. 問題의 所在

이상에서 私權保護를 위한 경찰권 발동의 법적 근거, 요건 및 한계를 고찰하였다. 법적 근거가 승인되고 요건이 충족되었으며 한계가 준수되었다고 하는 것은 당해 조치를 할 경찰의 권한이 인정된다는 것, 다시 말해, 적법한 직무집행이었음을 의미할 뿐, 경찰이 반드시 그러한 조치를 해야 할 의무가 있다는 것은 아니다. 私權保護措置를 취할 경찰의 의무가 인정되기 위해서는 추가적인 두 개의 문제가 해결되어야 한다. 첫째, 종래 경찰권의 발동은 — 심지어 私權保護를 위한 경우에도 — 공익을 위해 이루어지는 것이므로, 경찰권 발동으로 인해 私人의 권리가 결과적으로 보호되더라도 이는 반사적 이익에 불과하고 私人은 경찰권 발동을 요구할 수 있는 청구권이 없는 것이 아닌가 라는 문제이다. 이를 경찰의 관점에서 보면, 私權保護를 위한 경찰권 발동 문제는 경찰의 권한에 관한 것이지 私人의 청구권에 대응하는 경찰의 의무는 아니라는 것이다. 두 번째의 문제점은 경찰권 발동의 권한이 인정된다고 하더라도 실제로 경찰이 개입할 것인지 여부와 개입한다면 어떠한 구체적인 조치를 취할 것인지에 관해 경찰은 광범위한 재량을 갖는다는 데 있다. 이를 독일에서는 전통적으로 경찰의 便宜裁量原則(Opportunitätsprinzip)이라고 하는데, 여기서 ‘便宜裁量’(Opportunität)이라 함은, 행정행위의 경우 법적 판단의 자유여지를 의미하는 ‘재량’(Ermessen)과는 달리, 모든 가능한 사실상의 조치들을 포괄하는 넓은 개념이다. 그러나 본질적으로 양자가 다른 것은 아니어서 최근 독일의 판례·학설에서 그냥 ‘경찰재량’(polizeiliches Ermessen)이라는 용어가 오히려 많이 쓰이고 있으며, 일반적인 재량이론에서와 같이 경찰개입 여부의 결정에 관한 재량을 결정재량(Entschließungsermessen)이라고 하고 구체적인 경찰조치의 선택에 관한 재량을 선

택재량(Auswahlermessen)이라고 한다. 여하튼 경찰에게 재량의 여지가 남아 있는 한, 위 첫 번째 문제점을 극복하여 私人이 경찰권 발동에 관해 무엇인가를 요구할 수 있는 청구권을 인정한다 하더라도, 이는 소위 無瑕疵裁量行使請求權(Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung)에 불과하고 당해 사건에서 반드시 경찰권이 발동될 것을 요구하는 소위 警察介入請求權(Anspruch auf polizeiliches Einschreiten)은 아니다.

실무상 경찰의 개입의무 내지 경찰개입청구권이 문제되는 것은 두 가지 관점에서인데, 첫째는 사건이 종료된 이후 경찰의 不介入을 문제삼아 행정상 손해배상청구를 하는 경우이고, 둘째는 사건 진행 중 경찰의 개입을 행정소송을 통해 訴求하는 경우이다. 독일에서는 의무이행소송(Verpflichtungsklage)과 그에 대한 보전처분으로서 假命令(einstweilige Anordnung)제도를 두고 있으므로, 이를 통해 경찰의 개입을 訴求할 수 있겠으나, 우리나라에서는 이 양자를 부정하는 것이 확립된 판례이므로 결국 거부처분 취소소송을 통해 경찰의 개입을 訴求하는 수밖에 없는데 그 실익이 전혀 없다. 뿐만 아니라 독일에서조차도 경찰의 개입을 의무이행소송 또는 가명령을 통해 訴求한다는 것은 이미 私權保護를 위한 경찰권 발동의 요건인 補充性이 결여되었음을 의미하는 것이다. 행정소송으로써 私權保護를 위한 경찰권 발동을 訴求할 시간적 여유가 있다면 이런 우회로를 밟지 않고 바로 민사재판(보전소송 또는 본안소송)을 통해 권리를 보전, 나아가 실현시킬 수 있기 때문이다. 이러한 이유로 실제적으로는 경찰의 개입의무 내지 경찰개입청구권의 문제는 거의 대부분 경찰의 不介入으로 인한 행정상 손해배상청구와 관련하여 제기된다.

2. 獨逸에서의 判例의 發展

(1) 상술한 私權保護를 위한 경찰권 발동의무의 첫 번째 이론적 문제점, 즉 반사적 이익의 문제는 원래 독일의 국가배상요건과 관련하여 발생한 것이다. 독일에서 국가배상은 민법 제839조에 의해 발생하는 공무원의 손해배상책임을 기본법 제34조에 의거하여 국가 등 공공주체가 부담함으로써 이루어진다. 그런데 민법과 기본법 모두 책임발생 요건으로 공무원이 “제3자에 대해 부담하는 직무상 의무”(die ihm einem Dritten

gegenüber obliegende Amtspflicht)의 위반을 들고 있다.⁴⁶⁾ 여기서 제3자에 대해 부담하는 직무상 의무라 함은 의무의 상대방이 바로 그 제3자(피해자)라는 것, 다시 말해, 그 직무상 의무가 공익만을 위한 것이 아니라 피해자의 사익을 보호하기 위한 것으로서, 그렇기 때문에 그 직무상 의무에 대응하여 피해자가 공권(subjektives öffentliches Recht)을 갖는 경우를 의미한다. 여기서 ‘공권’은 독일의 전통적인 보호규범이론에 입각하여 — 소위 Bühler의 공권성립의 3요건으로서 — 강행법규에 의한 행정의 의무, 사익 보호성 및 재판상 관철력을 요건으로 성립되는 것인데, 공무원의 직무상 의무가 피해자의 사익을 보호하기 위한 것으로, 그 손해배상을 재판상 청구할 수 있기 때문에, 공권이 인정된다는 것이다. 만일 직무상 의무가 오직 공익을 위한 것이라면 이는 私인에 대해 단순한 반사적 이익에 불과한 것이 되고, 따라서 공무원이 그 직무상 의무에 위반함으로써 私인이 어떤 손해를 입는다 하더라도 공무원이나 국가에 대해 손해배상을 구하지 못한다. 바로 이 점 때문에, 경찰권은 오직 공익을 위해 발동되는 것으로 이해된다면 아무리 경찰권 발동 여부 또는 그 방법에 관해 직무상 의무에 위반하였다고 하더라도 국가 배상은 불가능하게 된다.

독일의 판례는 19세기부터 바이마르시대에 이르기까지 경찰권 발동의 사익보호성을 인정하는 데 소극적이었으나, 2차 세계대전 이후 기본법 제20조 및 제28조에서 천명된 법치국가원리와 국가의 기본권 보호의무를 근거로 하여 일찍부터 경찰 임무의 사익보호적 성격을 인정하는 판례가 확립되었다. 즉, 연방통상법원 1953. 4. 30. 판결⁴⁷⁾은 경찰관들이 어떤 범죄(강도)단체의 활동을 정확히 알면서도 아무런 조치도 하지 않고 오히려

46) 민법 제839조 제1항 제1문: 공무원이 고의 또는 과실로 제3자에 대해 부담하는 직무상 의무에 위반한 때에는 그 제3자에게 그로 인해 발생한 손해를 배상하여야 한다. [Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.]

기본법 제34조 제1문: 누구든지 자신에게 맡겨진 공적 직무를 행함에 있어 제3자에 대해 부담하는 직무상 의무를 위반한 때에는 원칙적으로 국가 또는 그가 종사하는 단체가 그 책임을 부담한다. [Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht.]

47) VerwRspr. Bd.5, 1953 S.832 ff.

법정에서의 허위진술, 장물취득 및 무기의 공급을 통해 이를 지원하여 왔다는 이유로 그 범죄단체에 의해 피해를 입은 원고가 국가배상을 청구한 사안에서 다음과 같이 판시하면서 원고의 청구를 인용한 원심판결을 유지하였다.

“... 공무원이 제3자에 대하여 직무상 의무를 부담하는가 여부의 문제는 당해 공무원의 직무 범위와 수행 업무의 종류를 고려하여 판단되어야 한다. 가장 주된 고려요소가 되는 것이 직무상 의무가 추구하는 목적이다. 직무상 의무가 바로 개인들의 이익을 위해 공무원에게 부과된 경우에는, 직무행위의 특수한 성격상 직무행위에 의해 이익을 침해받는 모든 사람들이 제3자가 된다. 그러나 직무상 의무의 목적이 단지 공공의 질서의 유지 또는 공무원의 정상적인 직무수행에 불과한 경우에는, 직무상 의무의 이행이 간접적으로 제3자의 이익과 관련된다고 하더라도, 공무원이 제3자에 대하여 부담하는 의무가 아니다. 하지만 경찰은 범죄행위를 방지할 의무를 일반대중의 이익을 위해서뿐만 아니라 개인의 보호된 권리영역을 동시에 직접 침해하는 범죄의 경우에는 침해의 위협을 받는 개인에 대해서도 부담한다. 경찰이 이러한 의무를 제대로 이행하지 못하면, 경찰은 일반대중에 대해 부담하는 의무만이 아니라 침해의 위협을 받는 개인에 대해 부담하는 의무도 위반한 것이 된다.”

상고이유에서 독일 형사소송법 제152조 제2항에 의해 검찰이 부담하는 범죄소추 의무는 오직 일반대중의 이익을 위한 임무인 것으로 판단한 제국법원의 판결(RGZ 154, 266)을 원용하면서, 따라서 경찰의 임무도 마찬가지로 판단되어야 한다는 주장이 있었으나, 법원은 이 사건에서 문제되는 것이 검찰 및 경찰의 범죄소추 의무가 아니라, 위험방지(Gefahrenabwehr)의무로부터 직접 도출되는 경찰 임무인 범죄행위 방지의무라는 이유로 위 주장을 배척하였다. 또 다른 상고이유로서, 경찰의 일반적인 보호의무와 범죄방지 의무는 아직 특정한 제3자에 대한 구체적인 관계가 발생하지 않는 한 제3자에 대한 의무가 아니라 단지 일반대중에 대한 의무에 불과하다고 주장한 데 대하여는, 범죄행위를 방지할 경찰의 의무도 그 의무위반으로 인해 자신의 권리영역이 피해를 입을 가능성이 있는 모든 사람에 대해 존재하는 의무로 보아야 한다고 판시하였다.

위 연방통상법원의 판결 이후 국가배상과 관련하여 경찰권 발동이 私人的 개인적 이익과 관련된 한 사익보호성을 갖고 따라서 경찰의 직무상 의무위반이 있으면 국가배상이 성립할

수 있다는 데 의문의 여지가 없게 되었다.⁴⁸⁾ 연방행정법원은 1960년의 소위 띠톱판결(Bandsäge-Urteil)에서 이를 명시하였는데,⁴⁹⁾ 주거지역에 설치된 석탄 제조 및 하역업소에서 사용하는 띠톱에서 배출되는 먼지와 소음으로 피해를 받던 인근주민이 관할 행정청에 대해 건축경찰상의 금지처분을 발령할 것을 청구하였다가 거부되자 의무이행소송을 제기한 사건에서, 경찰법규의 목적은 공익의 보호·증진과 더불어 국민 개개인의 사익도 보호하려는 것으로 해석하여야 한다고 판시하였다. 유의할 것은, 이 사안은 실질적 의미의 경찰, 즉 일반 행정기관에 의한 건축질서법규의 집행에 관한 것으로, 私權保護를 위한 보충성 요건이 적용되지 않는 경우라는 점이다.

(2) 상술한 私權保護를 위한 경찰권 발동의무의 두 번째 이론적 문제점, 즉 경찰 재량의 문제는 「재량권의 零으로의 수축」(Ermessensschumpfung auf Null) 이론에 의해 극복된다. 즉, 경찰권 발동 여부 및 발동 방법에 관해 아무리 광범위한 재량이 인정된다 하더라도, 개별사안의 구체적인 사정에 따라서는 반드시 일정한 방법으로 경찰권이 발동되지 않으면 아니 되는 경우가 발생한다는 것이다. 환언하면, 그와 같은 방법으로 경찰권을 발동하기로 하는 결정만이 하자 없는 적법한 재량권 행사이고, 그와 다른 결정들은 모두 재량의 하자를 범하는 것이 된다. 이와 같은 재량권의 수축을 통해 경찰의 개입의무는 발생하는 것이고, 이를 私人的 입장에서 보면, 無瑕疵裁量行使請求權이 이제 警察介入請求權으로 변화되는 것이다.

문제는 어떠한 구체적 사정 하에서 경찰의 재량이 零으로 수축하는가에 있다. 이는 한편으로 피해법익의 종류와 다른 한편으로 위험 또는 장애의 강도의 문제로 나누어 살펴볼 수 있다. 먼저 피해법익의 종류에 관해서는, 위 1960년의 연방행정법원의 띠톱판결을 포함하여 1970년대까지는 거의 대부분의 판결에서 생명, 신체의 안전, 자유, 인간의 존엄성, 명예만이 문제되었는데, 연방헌법재판소의 1983. 9. 14. 결정⁵⁰⁾에서 처음으로 재

48) 우리나라와 마찬가지로 독일에서도 국가배상청구소송을 통상(민사)법원의 관할로 하고 있기 때문에, 위 판결은 연방통상법원의 것이다. 유의할 것은 우리나라에서는 아무런 명문의 규정 없이 오랜 법원실무관행에 의해 그렇게 굳어진 것인 반면, 독일에서는 기본법 제34조 제3문에서 명문의 규정으로 이를 명시하고 있다는 점이다.

49) BVerwGE 11, 95 (97).

50) NJW 1983, 2931.

산이 언급되었고 그 후의 판례에서는 재산적 법익만의 침해의 경우에도 경찰 재량이 수축될 수 있음을 인정하게 되었다. 위험·장해의 강도에 관해서도, 연방행정법원의 1969. 2. 25. 판결⁵¹⁾에서 “특히 중대한 위험상태”에서만 경찰 재량이 수축하는 것으로 판시하였으나, 동 법원의 1971. 1. 22. 판결⁵²⁾부터는 더 이상 그러한 표현이 나오지 않는다. 요컨대, 피해법익의 종류와 위험의 정도를 엄격하게 보던 태도를 점차 완화하고 있는 것이다. 그리하여 재산을 포함하여 私人的 모든 개인적 법익에 대한 침해가 目前에 임박하거나 또는 그 침해가 이미 행해지고 있는 경우에는 경찰 재량이 零으로 수축하여 경찰권 발동 의무가 발생하는 것이다.

재산적 법익에 관한 대표적인 판례로는 Stuttgart 州고등법원 1972. 11. 8. 판결⁵³⁾을 들 수 있는데, 이는 폭행치상으로 인한 손해배상채권에 관한 것으로, 형벌이 부과되는 것이어서 『순수한 사법상 권리』는 아니지만 손해배상채권이라는 재산권에 초점을 맞추어 私權保護를 위한 전형적인 경찰조치, 즉 신원확인조치의 의무를 인정한 판결이라는 점에서 의의가 크다. 이 사안은 마을축제에 참가한 원고가 신원미상의 남자로부터 폭행을 당해 이빨이 두 개 부러지는 상해를 입은 직후 현장에 출동한 경찰관이 가해자에게 신분증 제시를 요구하였으나 신분증을 소지하지 않고 있다고 대답하여 가해자의 진술대로 성명과 주소를 기재하고 가해자를 방면하였는데 그 성명과 주소가 허위임이 판명되자 원고가 경찰관의 직무상 위반행위를 이유로 국가배상을 청구한 사건이다. 이 사건에서 법원은 다음과 판시하면서 국가배상청구를 인용하였다.

“(바덴-뷔르템부르크주) 경찰법 제2조 제2항에 따르면, 경찰은 국민일반을 법적 평화의 교란으로부터 보호하고 위법하거나 질서에 위반된 상태를 제거할 원래의 임무와 더불어, 권리자가 법원에 의한 보호를 適時에 받을 수 없고 경찰의 도움 없이는 자신의 권리의 실현이 불가능하거나 현저히 곤란해질 위험이 있다는 이유로 권리자가 이를 요청하였을 때에는 사건을 보호할 임무도 맡는다. 이 사건이 이러한 경우에 해당한다. 원고는 정당한 이유 없이 초면의 사람으로부터 상당한 상해를 입었다. 법원에 의한 보호를 適時에 받을 수 없었다는 점

51) DÖV 1969, 465.

52) BVerwGE 37, 112.

53) NPA 769, Private Rechte Bl.5.

은 명백하다. 가해자를 강제로 억류하는 자력구제(Selbsthilfe)는 민법 제229조에 의해 경찰이 출동할 때까지만 허용된다. . . . 추가적인 폭행으로부터의 보호는 더 이상 필요 없었는데, 가해자가 또 다시 폭력을 행사할 태도를 보이지 않았기 때문이다. . . . 이 사건에서 경찰관의 임무는 사건의 경위와 가해자의 인적 사항을 확인하는 것이었다. . . . 경찰법 제20조 제1항에 따르면 경찰은 경찰의 임무 수행을 위해 필요한 경우 인적 사항을 확인할 ‘수 있다’고 규정하고 있다. 이러한 경찰의 신원확인 권한에 상응하여 이 사건의 경우에는 신원확인 의무가 발생한다. 왜냐하면 . . . 채무자의 인적 사항이 완전히 확인되어 언제든지 채무자를 찾을 수 있을 때에만 권리가 실현될 수 있기 때문이다. . . . 경찰법 제3조에 따라 신원확인을 위해 가능한 여러 가지 조치들 중 어떠한 조치를 취할 것인지는 의무에 적합한 재량에 속한다. 그러나 이러한 재량을 정당하게 행사하기 위해서는, 특히 . . . 경찰법 제20조 제2항에 따라 ‘경찰관서로 동행’시켜야 할 것인지를 판단하기 위해서는, 원고가 입은 상해의 정도를 고려하였어야 한다. . . . 경찰관은 원고가 입은 상해의 정도를 조사할 수 있었고 또한 그렇게 할 의무가 있었다. 경찰관이 사건의 진상을 충분히 알았더라면, 의무에 적합한 재량 행사를 통해, 가해자의 진술만으로 만족하지 않고 경찰법 제20조 제1항 소정의 신뢰할 만한 ‘신원확인’을 요구함으로써 원고가 사후에 가해자의 소재를 파악할 수 있도록 하였어야 했다. . . . 경찰관은 가해자의 인적 사항을 확인함에 있어 주의를 결함으로써 원고로 하여금 가해자에 대해 손해배상청구권을 행사하지 못하도록 하였다. 이에 대하여 피고 州는 기본법 제34조에 의해 배상책임이 있다.”

이 사건에서 특기할 만한 것은, 폭행치상은 범죄행위로서 수사의 대상이 되는 것이므로 경찰관의 조치가 수사행위로서도 불완전한 것이었는데 이에 관해서는 아무런 언급이 없고 단지 私權保護를 위한 경찰조치만을 문제삼았다는 점이다. 이는, 위 (1)에서 소개한 연방통상법원의 범죄단체에 관한 판결에서 언급된 바와 같이, 사법경찰작용으로서의 범죄수사는 공익을 위한 임무이지 피해자의 손해배상채권 등 私權을 보호하기 위한 것은 아니라는 생각이 전제되어 있기 때문이 아닌가 한다. 그리하여 가해자의 신원확인을 범죄수사의 일환으로 파악하지 않고 행정경찰작용으로서의 私權保護를 위한 조치로 파악함으로써 이에 대해 바로 — 국가배상의 요건 또는 경찰개입청구권의 발생요건인 — 사익보호성을 부여할 수 있었던 것이다. 또한 위 판결은 私權保護를 위한 경찰의 개입의

무를 인정한 것에 그치지 않고 한 걸음 더 나아가 구체적인 조치의 완전성 여부를 검토하였다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 다시 말해, 경찰권 발동 여부에 관한 결정재량 뿐만 아니라 그 발동 방법에 관한 선택재량까지 쉼으로 수축한 것으로 보았다는 점이다.

피해법익이 생명인 경우에는 재량권의 수축이 가장 용이하게 인정될 수 있을 것이지만 무조건 그렇게 되는 것은 아니라고 할 것이다. 이를 가장 잘 보여주는 판례는 독일 연방헌법재판소 1977. 10. 16. 소위 Schleyer-판결⁵⁴⁾인데, 테러범들이 사용자(기업)연합 단체의 회장인 Schleyer를 납치한 후 연방정부에 대해 현재 구금되어 있는 11명의 테러범들을 석방하지 않으면 동인을 처형하겠다고 협박하자 동인의 가족들이 연방헌법재판소에 연방정부에 대해 현재 구금되어 있는 위 테러범들을 석방할 것을 명하는 가처분(연방헌법재판소법 제32조)을 신청한 사건이다. 연방헌법재판소는 “생명을 보호하기 위한 조치들을 선택할 수 있는 국가기관의 자유는 특수한 사정 하에서 만일 다른 방법으로는 효과적으로 생명을 보호할 수 없다고 한다면 특정한 조치를 취할 의무로 축소될 수 있다”고 전제하고서는 그러나 이 사건에서는 그러한 특수한 사정이 존재하지 않는다는 이유로 신청을 기각하였다. 판결이유 가운데 특기할 만한 것은, 첫째 생명의 위협을 면하기 위해 국가에 대해 테러범의 요구를 받아줄 것을 청구할 수 있는 기본권은 인정하기 어렵다고 판시한 점, 둘째 국가는 모든 국민에 대해 생명·자유 등 기본권을 보호할 의무가 있는데 만일 이 사건에서 구금된 테러범들을 석방한다면 또 다른 납치사건을 조장할 우려가 있음을 지적한 점이다.

3. 우리나라 判例의 檢討

(1) 대법원은 최근 私權保護를 위한 경찰조치의무에 관해 중요한 두 개의 판례를 남겼다. 먼저 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다45927 판결에 관해 살펴보면, 이 사건은 정신질환을 앓고 있는 세입자가 집주인 등에게 모두 죽여버리겠다고 폭언하는 등 위협적인 언동을 하여 경찰이 집주인의 요청에 의해 보호조치 등의 조치를 취했으나 세입자가 귀가하여 결국 집주인 등 5명을 살해한 사안이다. 대법원은 먼저 다음과 같이 일반론을

54) BVerfGE 46, 160 (164 f.).

전개하고 있다.

“사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 수사를 할 책무가 있으므로 범죄의 혐의가 인정되면 親告罪나 反意思不罰罪와 같은 경우를 제외하고는 피해자의 처벌희망의사의 유무에 불구하고 수사를 개시함이 원칙이다. 그러나 경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 등과 기타 공공의 안녕과 질서유지도 직무로 하고 있고 그 직무의 원활한 수행을 위하여 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서 범죄수사뿐만 아니라 범죄의 예방 및 공공의 안녕과 질서유지를 위하여서도 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있는 것이며, 그러한 권한의 하나로서 경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제7항은 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 정신착란 등으로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자임이 명백하고 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는, 보건의료기관 등에 응급구호를 요청하거나 24시간의 범위 내에서 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 취할 수 있다는 내용으로 경찰관의 긴급구호 내지 보호조치의 권한을 규정하고 있다. . . . 위 긴급구호권한과 같은 경찰관의 조치권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이나, 그렇다고 하더라도 구체적 상황 하에서 경찰관에게 이러한 조치권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는, 이러한 불행사는 법령에 위반하는 행위에 해당하게 되어, 국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 이로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상책임을 지게 되는 것이지만”

여기서 알 수 있는 것은 우리 대법원도 경찰의 임무를 사법경찰작용과 행정경찰작용을 분명히 구별하고 경찰의 不介入으로 인한 국가배상책임을 후자에 관한 문제로 파악하고 있다는 점이다. 또한 경찰권 발동 여부 및 방법은 원칙적으로 재량에 위임되어 있는데, 구체적 상황 하에서는 그 재량이 濫으로 수축하여 경찰의 不介入 또는 불충분한 개입으로 인한 국가배상책임이 발생할 수 있음을 명시하고 있는 것이다.

그러나 위 판결은 사건의 구체적 사실관계에 비추어 국가배상책임을 부정하였다. 그

논거는 세 가지로 세분할 수 있는데, 첫째 살인의 구체적 위험이 없었다는 점, 둘째 살인행위를 저지할 수 있는 적절한 조치가 불가능했다는 점, 셋째 그러한 상황 하에서 경찰이 피해자의 요청에 응하여 상당한 조치를 취하였다는 점이 그것이다. 첫 번째 논거인 살인의 구체적 위험이 없었다는 점에 관해서는 다음과 같이 판시하고 있다.

“이 사건에서 원심이 확정한 바와 같이, 피해자인 소외 김○○ 등으로부터 그 집 지하방에 세들어 사는 소외 조○이 정신질환자로서 비정상적인 행동을 하고 이를 제지하는 위 피해자에 대하여 죽여버린다고 고함을 치는 등 소란을 부린다고 여러 차례에 걸쳐 신고를 받고서, 관할 파출소의 경찰관들이 위 조○을 연행하여 입건, 수사하지 아니하고 뚜렷한 죄목이 없다고 훈방하거나 정신병원에 잠시 입원조치하여 위 조○으로 하여금 다시 집에 돌아올 수 있게 하였다고 할지라도, 위 조○의 행동에 포함된 범죄내용이 경미하거나 범죄라고 볼 수 없는 비정상적 행동에 그치고 그 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때, . . . 위 조○이 이 사건 살인범행에 앞서 위 피해자의 집에서 나가기까지 그에 의하여 원심 판시 피해자들의 생명침해에 대한 구체적 위험이 객관적으로 존재하고 있었다고 보기 어렵고, 위 파출소의 경찰관들이 그러한 위험을 알았거나 알 수 있었다고 할 수도 없으며, 이러한 사정은 위 조○이 위 신○○의 집에서 나간 후 다시 위 피해자의 집에 찾아오기까지도 그대로 유지된 것으로 보여지는 바,”

다음으로 두 번째 논거인 살인행위를 저지할 수 있는 적절한 조치가 불가능했다는 점에 관해서는 다음과 같이 판시하고 있다.

“정신병원에의 장기입원이나 사회로부터의 장기격리와 같은 조치는 위 경찰관직무집행법의 규정이 정한 경찰관의 권한을 넘는 것이고, 그밖에 기록에 비추어 보아도 달리 위 조○에 의한 범행가능성을 차단하기 위하여 취할 수 있는 적당한 방법이 없는데다가 . . . ”

마지막으로 세 번째 논거인 피해자의 요청에 대해 경찰이 상당한 조치들을 취했다는 점에 관해서는 다음과 같이 판시하고 있다.

“이러한 구체적 상황하에서 원심이 확정한 바와 같이 관할 파출소의 경찰관들이 위 피해자의 신고에 따라 위 조○을 데려가 정신병원에 입원시키는 등 위 경찰관직무집행법의 규정이 정한 긴급구호 등의 조치를 취하고, 그가 퇴원하자 그로 하여금 정신병원에 입원하여 장

기치료를 받는 데 도움이 되도록 생활보호대상자 지정의뢰를 하는 등 그 나름대로의 조치를 취한 이상, 더 나아가 위 경찰관들이 위 조○에 의한 범행가능성을 막을 수 있을 만한 다른 조치를 취하지 못하였다고 하더라도, 이를 현저하게 불합리한 긴급구호권한 불행사로서 법령에 위반된다고 하기는 어렵다고 할 것이다.”

(2) 반면에 대법원 1998. 5. 26. 선고 98다11635 판결은 경찰의 불충분한 조치로 인한 국가배상책임을 인정하였다. 이 사건은 피해자(여)가 가해자(남)로부터 애정문제로 오랜 기간 수차에 걸쳐 납치·상해·폭행을 당해 오다가 사건 발생 며칠 전 신변의 위협을 느끼고 경찰에 범죄신고와 함께 신변보호를 요청하였으나 경찰이 미온적으로 대처하는 바람에 결국 가해자로부터 살해당한 사안이다. 판결에서 사건의 경위, 특히 피해자와 가해자가 애정문제로 갈등을 빚어온 경위와 수차에 걸쳐 가해자가 피해자에게 상해·폭행·폭언을 가한 사실을 상세히 열거한 다음 결론적으로 다음과 같이 설시하고 있다.

“원심은 . . . 사실을 인정한 다음, 한○○은 최○○을 살해하기 직전까지 오랜 기간에 걸쳐 원한을 품고 집요하게 최○○을 괴롭혀 왔고, 이후에도 최○○의 생명·신체에 계속 위협을 가할 것이 명백하여 최○○의 신변이 매우 위험한 상태에 있었으며, 이러한 상태에서 최○○이 살해되기 며칠 전인 1995. 11. 25. 새벽과 같은 달 27. 오후에 범죄신고와 함께 신변보호요청을 받은 군포경찰서 수리과출소 소속 경찰관들이나 같은 달 28. 고소장 접수에 따라 최○○을 조사한 경기도지방경찰청의 담당경찰관은 사태의 심각성을 깨달아 수사를 신속히 진행하여 한○○의 소재를 파악하는 등 조치를 취하고, 최○○에 대한 범죄의 위험이 일상적인 수준으로 감소할 때까지 최○○의 신변을 특별히 보호해야 할 의무가 있다고 판단하였다. 원심판결 이유를 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 없다.”

위 판결의 사안을 위 (1)의 판결에서 국가배상책임을 부정한 세 가지 논거의 관점에서 판단해 보면, 첫째 그동안의 사건의 경위에 비추어 가해자가 피해자를 살해하거나 아니면 중대한 상해를 입힐 구체적 위험이 인정되고, 둘째 피해자가 납치·상해의 범죄를 신고하였으면 가해자의 소재를 파악하여 체포영장 또는 구속영장을 발부받아 신병을 확

보하는 등 살인행위를 사전에 막을 수 있는 조치가 가능하였으며, 셋째 그럼에도 불구하고 경찰이 적절한 조치를 취하지 않았다는 것이다.⁵⁵⁾ 요컨대, 경찰권 발동의 여부에 관한 결정재량이 零으로 수축하였음은 물론 발동방법에 관한 선택재량도 零으로 수축했다는 것이다.

4. 小結 - 私權保護措置 義務의 判斷基準

이상에서 독일과 우리나라의 판례를 분석한 결과 私權保護措置를 할 경찰의 의무가 발생하였는지 여부를 판단하는 기준으로 크게 세 가지를 들 수 있다. 첫째 피해법익의 성격, 둘째 법익침해의 개연성의 정도, 셋째 위험방지를 위한 조치의 가능성이 그것이다. 즉, 피해법익이 중대한 것일수록, 법익침해의 개연성 내지 절박성이 클수록, 위험방지를 위한 조치가 용이한 것일수록 경찰재량이 수축하여 私權保護措置 의무가 인정될 가능성은 커지는 것이다. 피해법익에 관해 보다 구체적으로 살펴보면, 형벌에 의해 담보되고 있는 개인적 법익, 즉 그에 대한 침해행위가 범죄를 구성하는 경우에는 경찰개입의무가 보다 쉽게 인정된다. 그 중에서도 일응 「생명→신체→자유→재산」인 순서로 피해법익의 중대성이 인정될 것인데, 재산적 법익이라 하더라도 결코 제외될 수 없다. 기타 행정법상 보호대상이 되는 법익, 특히 영업권도 두텁게 보호되어야 한다. 마지막으로 피해법익이 「순수한 사법상의 권리」라 하더라도 나머지 두 가지 판단기준, 즉 법익침해의 개연성이 크고 위험방지를 위한 조치가 용이한 경우에는 私權保護를 위한 경찰권 발동의무가

55) 원심이 확정된 사실에 의하면 경찰이 실제로 취한 조치는 다음과 같다. “최○○은 한○○으로부터 풀려 난 후 같은 달 27. 15:00경 위 파출소에 같은 내용을 신고하면서 파출소 소속 경장 임○○에게 사정을 설명함과 아울러 자신의 신변을 보호해 주도록 요청하였으나, 파출소 소속 경찰관들은 관할 경찰서에 고소하라고 하면서 사건을 수리도 하지 않았으며, 퇴근길의 최○○을 버스정류장까지 순찰차로 몇 번 태워 주는 데 그친 채 가정문제라는 이유로 방관한 사실, 최○○은 같은 달 28. 경기도지방경찰청에 다시 한○○을 고소하였고, 담당경찰관인 이○○는 최○○의 진술조서를 작성하면서 1994년 이후부터 최○○이 위와 같이 위해를 당해 온 사실을 알게 되었음에도 불구하고 사태의 절박성을 호소하는 최○○의 말에 별 관심을 기울이지 아니한 채 목격자인 택시운전사의 소제를 알아 오라고 하면서 한○○에게는 12. 5. 10:00까지 출석하라는 출석요구서만 보내고만 사실 . . .”. 다시 말해, 이러한 조치만으로는 피해자의 피해를 막을 수 있는 적절한 조치가 아니라는 것이다.

인정될 수 있는 것이다. 오히려 『순수한 사법상의 권리』의 경우에는 경찰개입 권한이 가장 엄격한 보충성과 절박성의 요건 하에서 인정되므로, 동시에 경찰개입 의무도 발생하는 것이 일반적이라고 할 것이다. 경찰개입 권한의 발생요건인 보충성과 절박성이 바로 재량권 수축의 요건이 되기 때문이다.

제6절 要約 및 結語

1. 要約

이상에서 논의한 내용 중 우리 실정법의 해석과 관련되는 부분을 다음과 같이 요약할 수 있다.

(1) 일반적인 질서유지행정에서도 공익과 사익의 엄격한 2분법이 극복되고 사익간의 충돌의 조정이 행정의 주된 목적이 되고 있는 것처럼, 형식적·제도적 의미의 경찰작용에서도 私權保護가 중요한 경찰 임무로 인식되어야 한다.

(2) 경찰관직무집행법 제2조 제5호 소정의 “공공의 안녕과 질서유지”는 우리 실정법상 경찰권의 개괄적 수권조항으로 파악될 수 있는바, 이러한 「공공의 안녕과 질서」에 광의의 私權, 즉 「사인이 갖는 일체의 권리·이익」도 해당되고, 따라서 협의의 私權, 즉 「순수한 사법상의 권리」도 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 방지하는 행정경찰작용의 대상에 포함된다. 다만 개별사안에서 私權保護를 위한 경찰권 발동권한이 인정되기 위한 요건은 별도로 요구된다.

(3) 경찰관직무집행법 제5조 제1항은 우리 실정법상 제2의 개괄적 수권조항으로서 기능할 수 있는데, 私權保護를 위한 경찰조치도 동 조항 소정의 위험발생 방지조치에 포함된다. 또한 동법 제6조 소정의 범죄의 예방과 제지조치도 私權保護를 위한 경찰조치의 중요한 법적 근거가 된다. 개별사안에서 私權保護를 위한 경찰권 발동권한이 인정되기

위한 요건은 별도로 요구된다는 점은 위 (2)와 같다.

(4) 私權保護를 위한 경찰권 발동권한이 인정되기 위한 요건은 권리침해의 위험과 보충성이다. 보충성 요건은 행정권과 사법권 사이의 권력분립, 경찰과 일반행정기관 사이의 권한배분에서 유래하는 것이다. 권리자의 보호요청은 원칙적으로 경찰권 발동의 독립적인 요건이 아니다. 그러나 보충성 요건의 관점에서 권리자의 의사를 충분히 고려함으로써 사적 영역에 대한 부당한 간섭이 되지 않도록 해야 한다.

(5) 私權保護를 위한 경찰권 발동권한이 인정되더라도 개별사안의 구체적 사정 하에서 준수되어야 할 한계는 경찰법의 대원칙인 비례원칙, 그리고 그 구체적인 반영으로서 잠정성, 주거의 자유 및 사생활의 비밀과 자유, 국가기관 및 일반행정기관 기타 공공기관의 자율적 책임 등이다. 私權保護의 경찰임무는 개별적인 경우 다른 경찰임무, 특히 공익을 위한 위험방지와 사법경찰작용과 충돌할 수 있는데, 이는 원칙적으로 이익형량에 의해 해결되어야 한다.

(6) 私權保護를 위한 경찰조치의 구체적 내용은 개괄적 수권조항에 의거하여 원칙적으로 제한이 없다. 법적 행위로서의 下命과 권력적 사실행위로서의 警察上 即時強制도 가능하지만, 下命에 불응하는 경우 현행법상 일반적으로 이행강제금과 직접강제를 통해 이를 강제할 수는 없다. 私權保護를 위한 가장 전형적인 경찰조치는 채무자 내지 가해자의 인적 사항의 확인이다. 경찰관직무집행법에 규정된 범죄행위에 대한 경고와 제지, 위험방지를 위한 출입도 중요한 私權保護의 수단이 될 수 있다. 입법론적으로 경찰관직무집행법상 下命에 대한 이행강제금, 직접강제 등 강제수단을 엄격한 요건 하에 도입할 것이 요청된다.

(7) 私權保護措置를 취할 경찰의 의무가 인정될 수 있는 이론적 전제는 반사적 이익론의 극복과 재량권의 零으로의 수축이다. 반사적 이익론의 극복은 현대 법치국가 하에서의 공익과 사익의 상대화, 국가의 기본권 보호의무, 공무원 내지 경찰의 국민에 대한 봉사자로서의 지위 등에 의해 이루어질 수 있다. 재량권의 수축 여부에 관한 판단기준은 피해법익의 중대성, 법익침해의 절박성, 위험방지수단의 가능성이다.

2. 結 語

본 연구에서는 종래 경찰공공의 원칙이라는 이름 아래 말하자면 禁忌視되었던 경찰에 의한 私權保護의 문제를 검토하였다. 전통적으로 경찰의 임무로 인식되어 온 搜查作用에 있어서도 그 대상인 범죄행위의 상당수가 개인적 법익에 대한 것이다. 현대 민주법치주의 국가에서 경찰은 — 항상 검찰의 지휘 문제가 걸려 있는 — 사법경찰작용보다는 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 방지하고 장애를 제거하는 행정경찰작용을 경찰 본연의 고유한 임무로 파악해야 할 것이다. 이러한 행정경찰작용 가운데 私人的 권리·이익에 대한 위협을 방지하는 私權保護作用 또한 국민과 가장 가까운 거리에서 국민에 봉사하는 警察像을 정립함에 있어 결코 빠질 수 없는 임무이다. 따라서 범죄와 무관한 「순수한 私法上の 권리」의 경우에도 경찰의 도움 없이는 권리보전이 불가능한 절박한 상황 하에서는 경찰은 개입할 수 있고 경우에 따라서는 개입할 의무까지 부담하는 것으로 보아야 한다. 뿐만 아니라 범죄행위가 되는 개인적 법익에 대한 침해의 경우에도 이에 대한 경찰작용을 搜查의 관점에서만이 아니라 그 범죄행위로 인한 사익의 침해를 방지, 회복시켜 준다는 행정경찰의 관점에서 파악하여야 할 것이다. 요컨대, 사법경찰보다는 행정경찰, 그 중에서도 私權保護에 초점을 맞추는 경찰작용에 대해 관심이 제고되어야 한다. 이러한 관점에서 행정경찰의 실효성 확보를 위해, 이행강제금, 직접강제 등의 강제수단의 도입을 중심으로 한 경찰관직무집행법의 개정도 검토되어야 할 것이다.

이러한 관점에서 보면, 종래 경찰권의 한계로 주장되어 온 경찰공공의 원칙은 재검토되지 않으면 아니 된다. 이제 경찰의 「공공성」이라는 것은 私人的 권리·이익을 제외한다는 것이 아니라, 오히려 오늘날 국가가 강제력을 독점하고 있는 상황 하에서는 私權의 보호를 경찰의 공적인 임무로 인식해야 한다는 의미를 갖는 것이라고 할 수 있다. 私權의 보호가 사법부만의 임무라고 보는 것은 잘못이다. 사법부와 행정부는 私權保護를 위한 공동 파트너로서, 행정부 중에서도 특히 현장을 중심으로 활동하는 경찰이 바로 그 私權保護의 임무를 떠맡아야 되는 것이다.

다른 한편으로, 역사적으로 볼 때 경찰공공의 원칙은 경찰권의 남용을 방지하고자 하는 데 그 본래적 취지가 있다는 점을 망각해서는 아니 된다. 따라서 경찰실무상 아직

私權保護를 이유로 私的 領域을 부당히 침해할 우려가 있다는 점을 감안하면, — 물론 私權保護의 임무와 사명을 명확히 인식함과 동시에 — 그 요건과 한계, 특히 권리침해의 위험, 보충성, 잠정성, 비례원칙 등을 엄격히 준수해야 한다는 점은 아무리 강조해도 지나침이 없을 것이다.

마지막으로 강조할 것은, 본 연구의 대상인 私權保護를 위한 『경찰작용』을 일반 행정작용의 차원으로 확대하면 私法과 公法의 역할 분담 문제로 귀결된다는 점이다. 종래의 법시스템은 私法에 관한 문제는 법원의 전담사항에 속하고, 공법에 관한 문제는 행정기관이 먼저 결정하고 그에 대한 사법심사를 법원이 맡는다는 구도를 취하고 있었다. 이는 私法의 문제, 다시 말해, 私人간의 문제가 비교적 단순하던 사회에서 가능한 구도이었으나, 고도 산업사회에서 私法의 문제가 정치·사회·경제적 구조와 착종됨으로써 私法의 문제에 대해서도 먼저 행정이 개입하여 결정을 내리고 그에 대한 사법심사를 법원이 맡게 되는 구도로 변화할 필요가 생긴다. 이러한 현상이 위 제2절 1.항에서 지적한 바와 같은 『질서유지행정에 있어서의 私權保護』에 해당하는 것으로, 그 본질은 궁극적으로 『私法이 공동체 법질서로서의 공법에 흡수되는 것』이며, 그 이론적 근거는 『행정의 본질 및 임무가 司法의 그것과 실질적으로 동일하다는 것』 즉 『행정과 司法의 실질적 동일성 체제』⁵⁶⁾에 있는바, 이러한 행정과 司法이 마주치는 最前線이 바로 본고의 연구대상인 — 형식적 의미의 — 경찰에 의한 私權保護作用이며, 最前線이기 때문에 여기에는 補充性 원칙이 지배하는 것이다.

56) 이에 관해서는 拙稿, 行政法과 法哲學 - 現代 行政法에 있어 純粹法學의 意義, 『행정법연구 제7호』 2001.9. p.203-221 (214-216) 참조.

참 고 문 헌

[참고외국문헌]

Fritz Baur, Der polizeiliche Schutz privater Rechte, JZ 1962, S.73-78.

Gerold Buschlinger, Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1965, S.374-378.

Johannes Dietlein, Der Anspruch auf polizei- oder ordnungsbehördliches Einschreiten - Zu den dogmatischen Grundlagen des drittschützenden Charakters der polizei- und ordnungsbehördlichen Generalklauseln, DVBl. 1991, S.685-691.

Drews/ Wacke/ Vogel/ Martens, Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder. 9.Aufl., Köln u.a. 1986.

Karl Friedrich Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht. 11.Aufl., Berlin 1999, 2. Abschn.

Werner Frotscher, Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte im Polizei- und Ordnungsrecht, DVBl. 1976 S.695-703.

Christoph Gusy, Polizeirecht. 4.Aufl., Tübingen 2000.

Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht. 12.Aufl., Göttingen 1995.

Walter von Hellingrath, Der polizeiliche Schutz privater Rechte. Eine Entgegnung, JZ 1962, S.244-245.

Hermann Hill, Abschied von der öffentlichen Ordnung im Polizei- und Ordnungsrecht? DVBl. 1985, S.88-96.

Hans H. Klein, Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“, DVBl. 1971, S.233-243.

- Franz-Ludwig Knemeyer, Der Schutzanspruch im Baurecht - Individualschutz durch die Verwaltung, DVBl. 1978, S.37-42.
- Franz-Ludwig Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht. 7.Aufl., München 1998.
- Wolfgang Kowalzik, Der Schutz von privaten und individuellen Rechten im allgemeinen Polizeirecht, Frankfurt a.M. 1987.
- Ralf Krüger, Privatrechtsschutz als Polizeiaufgabe, Stuttgart u.a. 1976.
- Karl-Heinz von Köhler, Rechtsstaat und Opportunitätsprinzip, DÖV 1956, S.744-748.
- Hans-Günther König, Bayerisches Polizeirecht. 2.Aufl., Köln u.a. 1985.
- Wolfgang Martens, Der Schutz des einzelnen im Polizei- und Ordnungsrecht, DÖV 1976, S.457-463.
- Franz Mayer, Der Rechtswert des Begriffs „Öffentliche Sicherheit und Ordnung“, DVBl. 1959, S.450-455.
- Eike Mussmann, Allgemeine Polizeirecht in Baden-Württemberg. 4.Aufl., Stuttgart u.a. 1994.
- Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Steiner (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht. 6.Aufl., Heidelberg 1999, II.
- Berhard Schlink, Korrektur von Gerichtsentscheidung durch die Polizei? NJW 1988, S.1689-1694.
- Berhard Schlink, Die polizeiliche Räumung besetzter Häuser, NVwZ 1982, S.529-535.
- Heinrich Scholler/ Bernhard Schloer, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland. 4.aufl., Heidelberg 1993.
- Willi Thiele, Bedeutungswandel des polizeirechtlichen Begriffs der „öffentlichen Ordnung“, ZRP 1979, S.7-11.
- Kay Waechter, Polizei- und Ordnungsrecht, Baden-Baden 2000.
- Hans J. Wolff/ Otto Bachof, Verwaltungsrecht III. 4.Aufl., München 1978.

연구보고서 2001-05

私權保護를 위한 警察權 發動에 관한 研究

2001년 12월 발행

2001년 12월 인쇄

발행인 : 이 근 표

발행처 : 치 안 연 구 소

경기도 용인시 구성읍 언남리 88번지

인쇄처 : 대 한 문 화 사

(TEL : (02)2268-0458)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

