

警察權發動의 根據와 限界

金 南 辰

머리말

警察行政과 消防行政은 현재 組織을 달리하고 있다. 그러나 兩 行政作用은 學問上 다 같이 警察(또는 秩序行政作用)로 불리우고 있다. 따라서 學問의으로 論해지고 있는 「警察權發動의 根據와 限界」에 관한 法理는 「消防行政權의 發動의 根據와 限界」에 관한 法理로서 通用될 수 있으리라고 생각한다.

一. 通說的 見解와 批判

우리나라(및 日本)에서는 警察權의 根據와 限界를 論함에 있어서 概括的 授權條項에 의한 경우와 個別的 授權條項에 의한 경우를 구분함이 없이 설명함이 보통이다. 그러나 우리나라의 文獻에서 행해지고 있는 警察權의 條理上의 限界에 관한 설명(警消的 原則 · 警察公共의 原則 · 警察責任의 原則 · 警察比例의 原則 등)을 보게 되면, 그것은 독일에 있어서 概括的 授權條項(Generalklausel)에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우에 적용되는 法原則으로서 발전된 것임을 알 수 있다.¹⁾ 따라서 우리나라에도 그와 같은 概括的 授權條項이 존재하는가 하는 문제부터 검토될 필요가 있다. 著者는 그것을 긍정함을前提로 이 문제에 관해 記述하기로 한다. 동시에 그 警察權의 根據와

* 高麗大 法大教授 · 法博 副會長

1) Vgl. Drews / Wacke / Vogel / Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1985, S. 129ff.; Friauf, in: von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 1985, S. 193ff.; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 1985, 85 f.; Schenke, in: Steiner(Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, S. 18 ff.

限界의 문제는 警察權發動의 要件과 效果의 문제로서 볼 수 있음을 밝혀 두기로 한다.

二. 概括條項에 의한 警察權發動의 要件과 效果(限界)

1. 概括條項의 存在 및 機能과 必要性

(1) 概括條項의 存在

警官職務執行法 제2조는 「警官은 다음 각號의 職務를 행한다.」라고 하며, ① 犯罪의豫防 · 鎮壓 및 搜查, ② 警備要人警護 및 對間諜作戰遂行 ③ 治安情報의 蒐集 · 作成 및 配布, ④ 交通의 團束과 危害의 방지, ⑤ 기타 公共의 安寧과 秩序維持를 경찰관의 職務範圍로서 규정하고 있다.

위와 같은 規定, 그 중에서도 “公共의 安寧과 秩序維持”에 관한 규정을 우리의 實定法上의 警察(官)에 대한 概括的 授權條項으로 볼 수 있다. 그러나 概括條項은 어디까지나 個別的 授權條項이 없는 경우에 있어서의 第2次의 · 補充的 授權條項으로서 이해되어야 한다.

이와 같은 견해는 著者²⁾ 이외에도 다른 學者³⁾에 의해서도 받아들여지고 있으며 判例에 의해서도 뒷받침되고 있다.

[關聯判例] 「청원경찰법 제3조는 청원경찰은 청원주와 배치된 기관, 시설 또는 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역 내에 한하여 경찰

2) 金南辰, 警察權發動의 要件과 效果 — 警察權發動의 根據 · 限界理論의 再照明 —, 考試研究, 1984. 7; 金南辰, 基本問題, 677면 이하; 金 · 李, 行政法演習, 357면 이하.
3) 徐元宇, 警察法上의 概括條項, 月刊考試, 1980. 6; 李鳴九, 警察作用과 公共秩序, 考試研究, 1984. 1; 懷保晟, 警察權의 根據와 限界, 月刊考試, 1987. 12; 姜求哲, 警察權의 根據와 限界, 考試研究, 1991. 9.

관직무집행법에 의한 직무를 행한다고 정하고 있고, 한편 경찰관 직무집행법 제2조에 의하면 경찰관은 범죄의 예방 진압 및 수사, 경비, 요인 경호 및 대간척작전수행, 치안정보의 수집·작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타 공공의 안녕과 질서유지 등을 그 직무로 하고 있는 터이므로 경상남도 양산군 도시과 단속계 요원으로 근무하고 있는 청원경찰관인 공소 외 김창성 및 이성주가 원심판사와 같이 1984. 12. 29 경상남도 양산군 장안명 임광리 115에 있는 피고인의 집에서 피고인의 형 공소 외 박무수가 허가없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속한 것은 그들의 정당한 공무집행에 속한다고 할 것 이므로 이를 폭력으로 방해한 판시 소위를 공무집행방해죄로 다스린 원심조치는 정당하고 이에 소론과 같이 위법이 있다고 할 수 없다.」(大判 1986. 1. 28. 85 도 2448)

(2) 機能과 必要性

概括條項에 의한 警察權의 발동은 어디까지나 第2次의 · 補充의이어야 함은前述한 바와 같다.

한편, 概括條項에 관하여는 法治主義의 觀點에서 疑問을 제기하는 견해가 있다. 그러나 概括條項은 다음과 같은 이유에서 그의 必然性이 긍정되고 있다.

첫째, 概括的 條項은 個別的 規定이 없는 때에 한하여 補充의으로 適用된다.

둘째, 社會事情과 觀念이 부단히 변하기 때문에 警察權發動의 要件이나 效果를 상세히 정한다는 것이 技術의으로 불가능하다.

셋째, 概括條項에 의거한 경찰권발동에 관련된 法原則(條理上의 限界)이 충분히 발달되어 있다.

넷째, 概括條項의 擴大解釋, 그에 根據한 權限의 濫用 등은 法院의 審判을 받는다.⁵⁾

2. 警察權發動의 要件(어떤 경우에)

警察能은 公共의 安寧과 秩序維持를 위한 職務를 行한다.(警察官職務執行法) 2. 5章 職務 이와 같은 概括條項에 의거하여 경찰권을 발동하기 위해서는 다음과 같은 要件이 충족되어야 한다.

(1) 公共의 安寧 · 秩序에 대한 危害의 존재

警察能은 發動하기 위해서는 公共의 安寧 · 秩序에 대한 危險이 있어야 한다. 따라서 “公共의 安寧 · 秩序”라고 하는 不確定概念의 해석이 우선 중

4) 李尚圭(下), 268면 註 8).

5) 上記內容은 獨일에 있어서 概括條項을 正當화하는 論據로서 제시되고 있는 내용이다. 註 1)의 文獻 참조.

요한 의미를 가진다.

(가) 公共의 安寧: 여기에서 公共의 安寧이라고 함은 한편으로 個人的 生命 · 身體 · 健康 · 自由 · 財產과 같은 個個人의 法益이 侵害되지 않으며, 다른 한편으로는 國家的 共同體의 存續과 機能이 방해받지 않고 정상적으로 활동하는 상태를 의미한다. 上記한 바와 같은 個個人의 法益도 公共의 安寧條項의 保護對象이 된다는 점이 중요한 의미를 가진다.

(나) 公共의 秩序: 여기에서 “公共의 秩序”라고 함은 支配의인 社會 · 倫理觀에 비추어 그것을 遵守하는 것이 원만한 共同生活을 위한 前提條件이 되는 法規範 이외의 規範의 總體를 의미한다. 法規範을 제외하는 이유는 그것이 앞서 본 公共의 安寧의 要素를 이루기 때문이다. 다만 輕犯罪處罰法 등에 의하여 國民의 경미한 行動까지 法律되고 있는 현실에 비추어 보아, 그 「公共의 安寧」條項에 의해 커버되지 않음으로 인해 「公共의 秩序」條項이 적용될 여지는 거의 없을 것으로 여겨진다.⁶⁾

(다) 危害: 警察權을 發動하기 위해서는 위에서 본 바와 같은 내용의 公共의 安寧 · 秩序에 대한 危險(Gefahren)이 있거나 이미 危險이 발생하여 그 公共의 安寧 · 秩序에 대하여 障害(Störung)를 일으키고 있어야 한다. 한마디로 “警察上의 危害”가 있어야 한다. 여기에서 危險이라고 함은 그것을 放置하게 되면 公共의 安寧과 損傷을 가져올 蓋然性이 있는 상태를 말한다.⁷⁾

위와 같은 要件이 충족되어야만 警察券을 發動할 수 있는 바, 그와 같은 要件事實이 존재하느냐 여부에 대한 판단에는 裁量(Ermessen)이란 있을 수 있으며 判斷의 餘地(Beurteilungsspielraum)의 存在만이 문제될 수 있다.⁸⁾

6) 同旨: 李鳴九, 前揭論文: Prümm, Die öffentliche Ordnung der polizeilichen Generalklausel in Theorie und Praxis, DVP 1983, S. 129.

7) 學說 가운데에는 明白하고 現存하는 危險(clear and present danger)이 있는 때에 警察權을 發動할 수 있다고 한다(李上圭(下), 274면). 그러나 그와 같은 要件은 지나치게 엄격하다고 보며, 그러한 내용을 警察比例의 原則과 관련시켜 설명하는 것에도 문제가 있다.

8) 裁量과 判斷餘地의 差異에 관하여 金南辰 I, 210면 이하: 金南辰, 警察權發動의 條件과 對象, 考試界, 1982. 7 참조.

(2) 警察公共의 原則

우리나라(및 日本)에서는 이전부터 警察權의 條理上의 한계를 計定하기위한 法原則의 하나로서 “警察公共의 原則”이 거론되어 왔다. 그의 내용 역시 警察權發動의 요건을 例示的으로 설명해주는 것으로 볼 수 있다.

(가) 私生活不可侵의 原則 : 여기에서 “私生活”이란 一般社會와 純粹적인 교섭이 없는 個人的 生活行動을 말하며, 이러한 領域은 公共의 安寧·秩序에 대해 危害를 미치지 않는 領域으로 간주된다. 그러나 個人的 私生活(예컨대 男女關係)일지라도 그것이 公共의 安寧·秩序에 대해 危害를 미치는 때에는 警察權이 발동될 수 있다.

(나) 私住所不可侵의 原則 : 여기에서 “私住所”이란 一般社會와 純粹적인 접촉이 없는 個人的 居住場所를 말한다. 다만 一般公衆에게 개방되어 있는 個人的 居住場所(營業場所)는 公共의 安寧·秩序에 대한 危害가 발생할 蓋然性(危險)이 높다고 말할 수 있다.

(다) 民事關係(經濟關係) 不干涉의 原則 : 個人的 財產權의 行使, 契約關係 등은 公共의 安寧·秩序에 대한 危害가 일어날 蓋然性이 적은 영역이다. 동시에 이러한 領域에서 일어나는 紛爭은 본래는 民事法院에 대한 爭訟提起의 방법으로 해결해야 할 성질의 것이다. 다만 이러한 民事關係의 領域에 있어서도 法院에의 提訴가 때를 놓칠 우려가 있으며 私人的 自力救濟 역시 충분치 않은 때(巨額의 債務者가 外國으로 逃避하려고 할 때 등)에는 警察權이 補充的인 기능으로 발동될 수 있다.

3. 警察權發動의 對象(警察責任의 原則)

(1) 警察責任者에 대한 警察權의 發動

警察危害가 존재하는 경우에는 警察 스스로의 力力を 통해서도 그것을 防止·除去할 수 있는 것이나, 警察危害에 대한 責任者에게義務를 부과함으로써 목적을 달성할 수 있는 우선적으로 그 방법을 택해야 한다.

(가) 行爲責任 : 자기의 行爲 또는 자기의 保護·監督下에 있는 者의 行爲로 인해 危害가 발생한 경우에 있어서의 責任이 行爲責任이다. 障害發生

에 있어서는 故意·過失을 묻지 않는다. 문제는 어떠한 基準에 의하여 그 責任의 歸屬을 결정하느냐 하는 점에 있다.

相當因果關係說(Adäquanztheorie)은 警察責任의 歸屬을 결정하는 데 있어 부적당하다. 그 이유는 “危險”的 세계에서는 經驗法則으로써豫見·測定할 수 없는 이례적인 일이 많이 생기기 때문이다. 이른바 條件說(Bedingungslehre) 또는 等價說(Äquivalenztheorie)도 적당치 않다. 그 이유는 이에 의하게 되면 責任의 歸屬이 무한히 확대되기 때문이다. 결국 直接原因說(Theorie der unmittelbaren Verursachung)이 妥當視된다. 이에 의하면 警察危害에 대한 純粹적인 원인을 惹起시킨 者에게만 行爲責任이 귀속하게 된다. 예컨대 道路邊에서 藥宣傳을 하며 사람을 모이게 한 者에게는 行爲責任이 귀속된다. 이에 반하여 서울運動場에서 축구試合을 개최하였던 바 흥분한 觀衆 사이에서 싸움이 벌어진 경우 그 試合開催者에게 行爲責任을 귀속시킬 수는 없는 일이다.

(나) 狀態責任 : 어떤 物件(植物·家畜 등 포함)이 警察危害를 造成하고 있는 경우에는 그 物件에 대한 實質的인 支配權을 가지고 있는 者에게 警察責任을 지우는 경우를 狀態責任이라고 한다. 여기에 있어서도 故意·過失의 有無는 不問한다.

狀態責任에 있어서도 그 責任의 歸屬 및 範圍를 정하는 것이 중요한 문제로서 등장한다.

첫째, 責任의 歸屬에 있어서는 어떤 者가 物件에 대한 實質的인 支配權내지는 處分權(Verfügungsmacht)을 가지고 있는가의 여부가 중요한 의미를 가진다. 예컨대, 窃取당한 物件이 警察障害를 조성하고 있는 경우에 그 物件의 所有權者에게 警察責任을 귀속시킬 수는 없다.

둘째로, 狀態責任의 範圍를 어느 정도로 한정할 것인가 하는 것이 때때로 문제된다. 예컨대, 燃擊으로 집이 무너져 危險을 조성하고 있는 경우에는 그 障害의 除去責任을 전적으로 家屋의 所有者에게만 귀속시킬 수 있는가 하는 의문이 제기되기도 한다.

(다) 責任의 競合 : 行爲責任과 狀態責任이 競合하는 경우에는 일반적으로 行爲責任이 優先한다고 보고 있다.

(라) 複合的 責任: 多數人の 行爲 또는 多數人の 物件이 합쳐져 警察危害를 일으키고 있는 경우에 누가 이에 대한 責任者인가 하는 문제이다. 決定的인 障害를 일으키고 있는 者나 多數人 전체를 일단 責任者로 볼 수 있다. 그러나 警察은 이러한 경우에 우선 그 警察危害를 제거하는 데 있어서 가장 적합한 상황에 있는 者에게 警察上의義務를 부과할 수 있다고 본다. 그 한도에서 警察機關에選擇裁量이 인정될 수 있는 셈이다.

(2) 國家的 機關의 警察責任

國家(기타의 公權力主體 포함)가 所有 · 管理하는 建物이 老朽하여 危險을 造成한다든가, 軍隊의 機動練習이 他人에게 危害를 가하는 식으로 行政機關의 行爲나 物件이 警察危害를 일으킬 가능성은 충분히 있다. 그러면 이러한 때에 그 國家的 機關에 대하여 警察權을 發動할 수 있는가.

이 문제는 두 가지 각도에서 檢討될 필요가 있다. 첫째는, 國家 또는 國家機關은 公共의 安寧 · 秩序維持에 관한 法(警察法)을 지킬 義務가 있느냐 하는 것이다. 이 점은 肯定되지 않을 수 없다. 그러면 둘째로, 그 警察障害를 일으키는 行政機關에 대하여 警察은 警察權을 發動할 수 있는가? 警察處分을 發할 수 있는 것은 일반적으로 肯定되고 있다. 그러나 기타의 警察措置(即時強制 등)을 통하여 他行政機關의 適法을 權限行使을 妨害해서는 안된다고 생각한다.

(3) 非責任者에 대한 警察權의 發動

警察上의 危害가 존재하는 경우, 警察은 스스로의 人力으로 또는 警察責任者에 대하여 警察上의 義務를 과함으로써 危害를 제거할 수 있음을 당연하다. 그러면 警察責任을 지지 않는 者에 대하여도 필요하다면 警察權을 發動하여 危害의 防止 내지는 除去를 命할 수 있는가.

첫째, 個別條項에 根據가 있는 경우에 그것이 가능함은 말할 것도 없다(警察官職務執行法 5조 참조).

둘째, 警察權發動의 根據로서 概括條項의 存在를肯定하는 입장에서는 그 밖에 條理上 인정되는 일정한 요건하에 非責任者인 제3자에 대한 警察權의 發動(義務의 부과)를 긍정한다. 예컨대 公路上에서 自動車끼리 충돌하여 交通障害를 일으킨 경우를 상상해 보자. 그리고 그 障害를 일으킨 責任

者인 두 自動車의 運轉士가 負傷을 입어 그들에게 危害防止의 義務를 命할 수 없으며 警察 스스로의 힘으로도 危害를 제거할 수 없는 상황인데 마침 隣近에 自動車서비스工場이 위치하고 있다고 假定해 보자. 그리하여 그 서비스工場의 裝備를 사용하여 上記의 警察危害를 제거할 수 있다고 判斷되는 경우에 警察은 明文의 根據가 없음을 이유로 그 제3자에 대하여 警察權을 發動할 수 없다고 할 것인가. 概括條項의 存在를 肯定하는 입장에서 볼 때에는, 바로 그 概括條項에 근거한 警察權의 發動이 가능하다고 보면 그 概括條項의 有用性은 이러한 데에서 발견된다고 말할 수 있다.

다면 概括條項에 근거한 제3자에 대한 警察權의 發動은 다음과 같은 要件下에서만 가능하다고 본다.

- ① 危險이 급하며, ② 다른 方法이 불가능하며,
- ③ 제3자의 生命이나 健康을 害치지 않을 것. ④ 제3자의 본래의 급박한 業務를 방해하는 것이 아닐 것, ⑤ 危害防止를 위한 最少限度의 것일 것, ⑥ 一時的 · 臨時的 方便일 것, ⑦ 그 제3자에게 損失이 발생한 경우에는 補償이 支給되어야 할 것 등이다.⁹⁾

4. 警察權發動의 效果(무엇을)

(1) 警察上의 便宜主義

“公共의 安寧 · 秩序에 대한 危害”라고 하는 要件(Tatbestand)이 충족된다고 판단할 때에는 그效果(Rechtsfolge)로서 警察은 警察權을 發動할 수 있다. 이 단계에서 警察이 고려해야 하는 것은 ① 警察權을 發動할 것인가 안할 것인가, ② 어떻게 發動할 것인가의 문제이다. 前者が 決定裁量(Entschließungsermessen)의 문제이며, 後者が選擇裁量(Auswahlermessen)의 문제이다.¹⁰⁾ 警察에게 진정한 의미의 裁量이 인정되는 것은 바로 이 領域에서이다. 즉, 이 領域에 있어서는 원칙적으로 合法主義(Legalitätsprinzip)가 아니라 便宜

9) 제3자에 의한 損失補償의請求는 이른바 取用類似의 侵害 또는 收用의 侵害에 대한 補償의 法理에 근거하여 가능하다고 보여진다. 이러한 法理에 관하여는 金南辰 I, 447면 이하; 金南辰, 基本問題, 468면 이하 참조.

10) 裁量의 이와 같은 구분에 관하여는 金南辰 I, 210면 이하 참조.

主義(Opportunitätsprinzip)¹¹⁾가 적용된다고 말할 수 있다.

특히 概括條項에 근거하여 警察權을 發動하는 경우에 그 裁量의 領域이 넓은 것을 이유로 學說과 判例는 條理에 의하여 그 裁量權의 限界를 划定하고자 노력해 왔다.

(2) 警察消極의 原則

警察은 社會의 秩序維持를 그 任務로 하고 있다 (警察官職務執行法 2조 참조). 환언하면 公共의 安寧·秩序에 대한 危害의 防止와 그의 任務이다. 따라서 現狀의 유지가 그의 本務이며 現狀을 改善한다든가 나아가서 國民의 福利를 증진한다든가 하는 것은 警察의 本務가 아니다. 警察이 危險防止라고 하는 본래의 任務 또는 目的을 벗어나서 行動하게 되면 目的逸脫 또는 權限濫用으로서 違法視된다. 이와 같은 目的 이외의 權限을 行事하는 데에는 별도의 授權이 필요하다.

5. 過剩禁止의 原則(警察比例의 原則)

(1) 通說의 警察比例原則論에 대한 批判

通說은 法이 警察權에 대하여 包括的인 裁量權¹²⁾을 부여하고 있음을 前提로 그것을 制約하기 위한 條理(法原則)의 하나로서의 警察比例原則을 설명함에 있어, ① 警察權發動의 條件과 ② 警察權發動의 程度에 관하여 설명함이 일반적이다.¹³⁾ 그러나 두 가지 가운데 前者, 즉 “警報權發動의 條件”에 관한 부분은前述한 “警報權發動의 要件”的 내용과 重複된다고 보겠으며, 比例의 原則이라는 본래의 의미와 일치되지도 않는다고 보여진다.

한편, 과거 比例의 原則이라는 이름 아래 설명되었던 내용들은 오늘날 過剩禁止의 原則(Ubermaßverbot) 또는 廣義의 比例原則(Verhältnismäßigkeitsprinzip)이라는 이름의 法原則으로서 발전되고 있다.¹⁴⁾ 이러한 前提 아래, 警察權發動

11) 便宜主義는 合目的性的 原則(Zweckmäßigkeitssprinzip)이라고 말할 수 있다. 자세한 것은 金南辰, 行政上의 便宜主義, 1978. 8 참조.

12) 우리의 通說은 警察權의 限界를 論함에 있어, 裁量과 判斷餘地를 구분하지 않는다. 한편으로 無意味한 自由裁量, 霸束裁量의 구분을 하는 것부터가 問題視된다. 이러한 점에 관하여는 金南辰 I, 213면 이하 참조.

13) 金道純(下), 338면 이하; 朴鉉煥(下), 313면 이하; 李尚圭(下), 276면 이하 등.

14) 詳細는 金南辰, 基本問題, 29면, 39면 참조.

의 限界를 설정하는 同原則의 根據 및 意味·內容 등에 관해 살펴보기로 한다.

(2) 根據 및 適用範圍

특히 警察比例의 原則을 條理上의 原則이라고 한다. 즉 不文法(不文의 法源)의 하나라는 뜻이다. 본래는 不文法으로서 發전된 同原則(比例의 原則)은 현재 實定法(成文法)의 原則으로 되어 있다고 봄이 정당하다. 「國民의 모든 自由와 權利는 필요한 경우에 한하여 法律로써 제한할 수 있으며」하는 憲法規定으로부터 그 比例原則(過剩禁止原則)을 도출할 수 있으며, 특히 「이 法에 규정된 警察官의 職權은 그 職務遂行에 필요한 最小限度 내에서 行事되어야 하며, 이를 濫用하여서는 아니된다.」(警察官職務執行法 1조 2항)라는 규정은 警察比例原則의 직접적인 根據規定으로 볼 수 있다.

한편 그 警察比例의 原則은 概括條項에 근거하여 경찰권을 發動하는 경우뿐만 아니라 個別的授權條項에 의하여 경찰권을 發動하는 경우에도 적용되는 法原則으로서의 성질을 가진다. 이 점, 概括條項으로부터 직접 도출되는 다른 原則과는 구별된다.¹⁵⁾

(3) 종래 警察比例의 原則(警察上의 比例原則)으로 불렸던 法原則은(警察上의) 過剩禁止의 原則 또는 廣義의 比例原則으로 불리고 있으며, 그 내용은 다음과 같이 分說될 수 있다.

(가) 適合性의 원칙(Grundsatz der Geeignetheit): 여기에서 適合性의 원칙이라고 함은, 行政機關이 취한 措置 또는手段이 그가 의도하는 바 目的을 달성하는 데에 適合해야 함을 의미한다. 어떠한 措置 하나만으로 목적을 달성할 수 있는 것이 아니고, 다른 措置·手段과 합쳐져서 목적을 달성할 수 있는 경우에도 同原則은 충족되는 것으로 볼 수 있다. 어떤 措置의 適合性 여부가 불확실한 경우에는 이미 알려져 있는手段 또는 理論에 비추어 그 適合性 여부가 심사될 필요가 있으며, 그러한 審查가 행해졌다면 그 要件은 충족되는 것으로 볼 수 있다.

15) 예컨대, 警察公共의 原則, 警察責任의 原則 등은 概括條項의 存在를前提로 한 適用法原則으로 보아야 한다. 따라서 個別條項에 의한 경찰권 發動에 “일반적으로 타당하다”고 보는 견해(李尚圭(下), 268면)에 대해서는 의문을 가진다.

이미 취해진 措置가 不適合함이 사후에 判明된 경우에는 行政機關은 同措置를 中止해야 하며, 이미 취해진 措置의 原狀回復에 노력하지 않으면 안된다. 완전한 原狀回復이 이루어질 수 없는 경우에는, 關係機關은 최소한 이미 취해진 措置로 발생한 結果를 완화시키도록 노력하지 않으면 안된다.

警察은 한 마디로 危險防止(Gefahrenabwehr)가 그의 職務라고 말할 수 있다. 따라서 警察이 취하는 措置의 適合性 여부는 1次的으로 그것이 구체적인 狀況에서의 危險防止에 적합한 것인가 아닌가 하는 觀點에서 검토될 필요가 있다.

(나) 必要性의 원칙(Grundsatz der Erforderlichkeit) : 이 原則은 行政措置는 설정된 目的을 위하여 필요한 한도 이상으로 나아가서는 안됨을 의미한다. 换言하면, 일정한 目的을 달성할 수 있는 手段이 여러가지 있는 경우에, 行政機關은 關係者에게 가장 적은 負擔을 주는 수단을 선택해야 함을 의미한다. 따라서 必要性의 원칙은 “最小侵害의 原則”(Grundsatz des geringsten Eingriffs)이라고도 일컬어진다.

이러한 必要性의 원칙을 설명해 주는 事例는 無數히 많을 수 있다. 예컨대, 危險한 건물에 대하여 改修命令으로써 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 撤去命令을 발하는 일, 飲食店營業許可의 申請이 있을 경우에 附款으로서의 負擔(Auflage)을 붙이게 되면 公益目的을 달성할 수 있는 경우임에도 불구하고 그 許可를 拒否하는 일, 公共施設의 使用料 등을 부과함에 있어 使用者の 受益을 上廻하는 정도의 使用料를 부과하는 일 등은 그 必要性의 원칙에 위배되는 것으로 보고 있다.¹⁶⁾

과연 어떤 措置가 最少侵害의 原則를 충족하는 것인가 아닌가를 判斷하는 것은 容異하지 않다. 따라서 예컨대, 行政廳이 義務者에게 어떤 作爲 또는 紿付를 命한 경우에 상대방이 代案을 申請한 경우에는, 그 代案이 上述한 “適合性”的 원칙을 충족하는 한 그것을 받아들임이 宜當한 것으로 세겨진다. 이 경우 상대방이 제안한 代案이 客觀的

16) Vg. Mayer /Kopp, a.a.O., S. 298; Erichsen /Martens, a.a.O., S. 428. 公共施設의 使用料가 使用者の 受益의 정도에 比例해야 함을 특히 等價의 原則(Äquivalenzprinzip)이라고도 한다.

으로 보아 상대방에게 原案(行政廳이 명한 措置)보다 不利하다고 판단되는 경우에도, 상대방의 意思를 존중해야 한다고 새겨지고 있다. 예컨대, 行政廳이 建物主에게 어떤 建物의 修理를 命했던 바, 建物主가 同 建物의 撤去를 代案으로 제의한 경우에는 行政廳은 원칙으로 그것을 받아들일 의무가 있다고 보는 것이다. 西獨의 文獻에서 “代替手段의 提供”(Angebot des Austauschmittels)이라는 이름 아래 설명되고 있는 위와 같은 法理는 西獨의 많은 州의 警察法¹⁷⁾에 明文化되어 있는 바, 明文規定이 없는 경우에도 그 最少侵害의 原則에서 유출되는 당연한 法理로서 새겨지고 있다.¹⁸⁾ 또한 義務者가 代案을 제공할 수 있는 기간은 보통 行政爭訟을 제기할 수 있는 期間인 것으로 보고 있다.

(다) 相當性의 원칙(Grundsatz der Angemessenheit) : 어떤 行政措置가 설정된 목적을 위하여 필요한 경우라도 그 行政措置를 취함에 따른 不利益이 그것에 의해 초래되는 效果(또는 利益)보다 큰 경우에는 同 行政措置가 취해져서는 안된다. 오늘날 相當性 또는 受忍可能性의 원칙(Grundsatz der Zumutbarkeit)으로도 불리우는 이 原則은 종래 狹義의 比例原則(Verhältnismäßigkeit ieS)이라고 불리움이 일반적이었다. 「警寳은 大砲로 참새를 쏘아서는 안된다」(Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen) 또는 「버찌 나무에 앉아 있는 참새를 쫓기 위해 大砲를 쏘아서는 안된다. 비록 그것이 唯一한 手段일지라도」라는 例文은 古今의 독일文獻¹⁹⁾에서 자주 발견할 수 있는 것이다. 西獨의 많은 州의 警察法²⁰⁾에는 그 相當性의 원칙(狹義의 比例原則)이 明文化되고 있거니와, 우리의 警察官職務執行法에 있어서의 「警寳은 犯人の 체포·도주의 방지, 자기 또는 他人의 生命·신체에 대한 防護, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 事態를 합리적으로

17) §5 II 2 BAYPAG: §9 II 2 Berl ASOG: §4 II 2 BremPolG: §3 II 2 PhPfDVG.

18) Schenke, a.a.O., S. 173f.: Drews /Wacke /Vogel, a.O., S. 194f.

19) Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungssrechts, 1928, S. 404; Mayer /Kopp, a.a.O., S. 299.

20) §5 II BWPolG: §3 II 2 BremPolG 등.

판단하여 필요한 한도내에서 武器를 사용할 수 있다」(同註)라는 규정 역시 같은 취지의 규정으로 볼 수 있다. 西獨의 判例²¹⁾ 가운데에는, 步道에 駐車하였으므로 法을 어긴 것이지만 그러나 通行에 아무런 지장을 주는 것이 아니었다면, 그 乘用車를 즉시로 견인하는 것(sofortige Abschleppen des PKWs)은 狹義의 比例原則 위반으로서는 違法이 된다고 判示한 것이다.

6. 補充性의 原則

警察이 公共의 安寧·秩序에 대한 危害防止의任務를 맡고 있으나 현실적으로 그와 같은 任務와 權限은 形式的 意味의 警察 이외의 機關의 權限으로 되어 있는 경우가 많다. 衛生警察이 그一例이다. 保健·衛生에 관한 行政이 保健社會部 및 그傘下機關 내지는 地方行政廳의 權限으로 되어 있음은 주지의 사실이다. 그러나 그럼에도 불구하고 形式的 意味의 警察은, 他行政機關의 權限領域에서 警察危害(公共의 安寧·秩序에 대한 危害)가 일어나고 있고 그에 대한 직접적인 權限을 가진 機關이 아직 權限行使를 하지 못하고 있는 동안 및 그 한도에서 警察危害를 防止·除去할 수 있는 權限을 가진다고 볼 수 있다.²²⁾ 이러한 내용의 條理를 補充性의 原則(Subsidiaritätsprinzip)이라고 한다.

7. 警察權發動의 義務化(警察介入請求權)

(1) 裁量權의 零으로의 收縮

上述한 바와 같이 警察權發動의 要件이 충족되면 警察은 警察權을 發動할 수 있다. 그리고 警察權을 發動할 것인가 아닌가, 어떻게 발동할 것인가는 일단 警察의 裁量事項임은前述한 바와 같다. 그러나 경우에 따라서는 警察權의 發動이 義務로 변하는 경우도 있을 수 있다. 예컨대, 公共의 安寧·秩序에 대한 危險이 증대하며 급박한 경우가 이에 해당한다. 이러한 경우에 있어서도 警察에는 여전히 警察權을 發動할 수도 안할 수도 있는 裁量權이 남아 있다고 볼 수 없다. 적어도 警察에게는 이 경우 決定裁量은 사라지고 警察權의 發

21) OVG Münster, MDR 1980, 874.

22) 同旨判例: 大判 1986. 1. 28, 85 도 2448. 아울러 本書 188면 참조.

動만이 유일한 길로서 남아 있다고 보지 않으며 안된다. 裁量權의 零으로의 收縮(Ermessensschrumpfung auf Null)의 理論²³⁾이 여기에도 적용되는 것이다.

(2) 警察介入請求權의 發生

그리면 警察上의 裁量權(決定裁量)이 零으로 收縮된 상황에서 個人에게는 警察權의 發動을 請求할 수 있는 權利가 인정될 수 있는 것인가. 이 문제는 결국 公法上의 權利에 관한 一般理論에 의하여 결정되어야 할 성질의 것이다.²⁴⁾

먼저 個人에게 公法上의 權利가 발생하기 위해서는 최소한도 ① 法規가 公益 이외에 私益을 보호하는 취지를 담고 있어야 하며, ② 그 關係法規에 의한 行政權의 發動이 霸束行爲에 해당해야 한다. 關係法規의 強行法規性(zwingender Rechtsatz)으로서 설명되기도 한다. 결국 個人에게 警察權發動에 대한 請求權이 성립하기 위해서는 警察法規에서 私人的 利益을 보호하는 취지를 읽을 수 있어야 한다.

과거에는 警察은 오로지 公益을 위해서만 봉사하면서 警察作用으로부터 私人이 어떠한 利益을 享有하더라도 그것은 反射的 利益(Rechtsreflex)에 지나지 않는 것으로 보아왔다. 그러나 근래에는 國家觀의 變遷, 個人的 地位向上 등의 추세에 따라 警察法規 역시 私人的 利益을 보호하는 것으로 새기는 경향이 강해지고 있다. 우리의 判例上, 武裝共匪와 激鬪 중에 있는 青年의 家族의 要請을 받고도 警察이 出動하지 않음으로 인해 그青年이 共匪에 의해 射殺된 事件²⁵⁾에 있어서 大法院은 被害者家族의 國家에 대한 賠償請求權을 認容한 바 있다. 이와 같은 大法院의 判旨는 警察法院의 私益保護性을 전제하지 않고서는 성립될 수 없는 일이다. 그리고 警察法規의 私益保護性을 전제하지 않고서는 성립될 수 없는 일이다. 그리고 警察法規의 그와 같은 解釋은 우리와 유사한 警察法規를 가지고 있는 나라에 있어서의 일반적인 추세이다.²⁶⁾ 다만 個人的 그와 같은 警察介入請求權에도 “補充性의 原則”이 적용되는 점에

23) 金南辰 I, 220면 참조.

24) 金南辰 I, 120면 이하 참조.

25) 大判 1981. 4. 6, 71 다 124.

26) Vgl. Friauf, a.a.O., S. 222f.

金南辰

유의할 필요가 있다. 즉, 다른 手段으로써 충분히 목적을 달성할 수 있는 경우에도 私人의 警察介入請求權은 成立되지 않는다.

三. 個別的 授權條理과 標準的 職務行爲

여기에서 個別的 授權條項(Spezialermächtigung)이란 上述한 概括條項 이외의 일체의 警察法上의 授權條項(이하 “個別條項”이라고 함)을 의미한다. 여기에는 警察官職務執行法 제3조(不瀋檢問) 이하 제11조(武器의 사용)의 규정도 당연히 포함된다.

이들 個別條項에 의거하여 경찰권을 발동하는 경우에 있어서의 限界(廣義)는 個別 條項의 解釋을 통해서 얻어질 수 있다. 個別條項에 의거하여 警察權을 발동하는 경우에도 그의 要件에 不確實概念이 사용됨으로써 判斷의 餘地(Beurteilungsspielraum)가 인정되며, 경찰권의 발동(效果)에 있어 決定裁量 또는 選擇裁量이 인정될 수 있다. 그러나 그들 문제는 判斷의 餘地 및 裁量의 문제²⁷⁾를 올바로 이해하는 방법을 통해서 해결될 수 있는 문제이다. 概括條項에 의거하여 경찰권을 발동하는 경우에 있어서와 같이 諸法原則(條理)이 包括的으로 적용되는 것은 아니다.²⁸⁾

27) 이에 관하여는 金南辰 I, 210면 이하 참조.
28) 異說에 관하여는 本書 200면 참조.