
국제화 시대의 경찰작용 통제법리에 관한 연구

-경찰권발동의 한계를 중심으로-

A Study on the Regulative Principle of Law in Respect to Police Function in Internationalized Age

- Centering on Limitation to Police Authority Exercise -

김동복*, 오태곤**

남부대학교 경찰행정학과*, 전남도립남도대학 경찰행정경호과**

Dong-Bok Kim(packdb@nambu.ac.kr)* · Tae-Kon Oh(otk@korea.com)**

요약

경찰은 위험방지의 영역에 있어서 경찰권을 발동할 책무를 가지지만, 위험방지를 위해 개입을 하여야만 하는지의 여부, 어떠한 개입 및 어느 정도의 개입을 하여야만 하는가에 관하여 재량에 의하여 결정할 수 있다. 그러한 재량에 따른 경찰의 조치는 침해적인 명령·강제를 내용으로 하기 때문에 국민의 권리를 침해하기 마련이다. 따라서 경찰권의 발동에는 법치주의의 원리에 따른 법률유보의 원칙에 따라 필연적으로 법적 통제장치가 따라야 한다.

본 연구는 경찰작용의 통제법리로서 경찰권 발동의 한계를 중심으로 공공의 안녕과 질서를 유지하면서도 국민의 자유와 권리를 최대한 보장할 수 있는 합리적인 방안을 강구하여 경찰작용의 바람직한 방향을 모색하고자 한다.

■ 중심어 : |경찰작용| 경찰권발동| 통제법리| 위험방지영역| 경찰권 발동의 한계|

Abstract

The police have a responsibility to exercise the police authority in the sphere of peril prevention. Such right may be decided at their discretion. So, as a management according to the police's discretion is based on order and compulsion, it can not help infringing the rights of the people. Therefore, the exercise of the police authority has to be accompanied by a legal management policy according to the principle of legal reservation based on the principle of constitutionalism. This study is to find proper directions of the police function through preparing reasonable plans to guarantee freedom and rights of the people at its maximum while maintaining the public peace and order.

■ keyword : |Police Function|Police Power|Regulative Principle of law|Sphere of Peril Prevention|
Limitation of Police Power|

1. 서론

최근 마스크를 뜨겁게 달구며 우리 사회에 큰 파장을 남겼던 일련의 강력사건들을 접하면서 경찰권의 무능함에 많은 지탄이 쏟아지고 있다. 이에 대응하여 경찰이 마련한 경찰관직무집행법 개정안은 상당한 논란의 소지를 안고 있다[1]. 강력범죄 대처능력을 높여 치안상황을 개선하겠다는 원칙에는 이의가 있을 수 없으나 그렇더라도 이 개정안은 인권침해요소가 크다. 더구나 내용이 지나치게 포괄적이어서 대상을 구체화 시켜 권한의 남용을 막고자 하는 현대입법의 조류와도 배치된다. 개정안의 핵심은 불심검문의 불응시 처벌하고 경찰이 공무중 생명의 위협을 느꼈을 경우 총기를 사용할 수 있도록 하는 두 가지이다. 우선 불심검문의 경우 피검문자의 거부로 인한 것 보다는 경찰의 자의적 권한행사가 여전히 더 큰 문제임을 인식할 필요가 있다. 불심검문은 수사가 아니라 경찰관의 직무수행상 필요한 직무질문이다. 그러나 우월적인 권한행사 과정에서 권리침해의 우려가 있으므로 법률에서 그 요건과 행사방법을 엄격히 제한하는 것이다. 이런 현실에서 강제규정이 추가될 경우 이와 관련한 인권침해 사례가 더욱 더 늘어날 가능성이 있다. 더욱이 개정안의 총기사용 규정은 훨씬 포괄적이어서 이 역시 남용에 따른 무고한 시민의 희생으로 직결될 수도 있다. 이 경찰관직무집행법 개정안은 최근에 발생한 일련의 강력사건을 계기로 졸속추진 되는 것이라는 인상을 지우기 어렵다. 결국 시류에 편승한 대중적 조치는 대개 원칙을 벗어난 무리수가 되기 십상이라는 것을 알아야 할 것이다. 경찰권은 반드시 법률의 근거하에서만 발동되어야 한다. 법치주의는 헌법 및 구체화된 헌법인 행정법의 기본원리가 되고 있으며 국민의 자유와 권리의 보장을 목적으로 하기 때문이다. 특히 권력적인 명령 강제작용으로서 국민의 자유와 권리를 침해할 가능성이 크고 가장 전형적 권력작용인 경찰작용은 법치행정의 원칙의 적용이 강하게 요청된다. 그러나 실제에 있어서 경찰법규는 경찰권발동의 법적 기초가 되는데 불과하며 경찰권발동의 대상, 조건, 정도, 방법 등에 관한 사항은 구체적으로 규정하지 아니하고 추상적인 수권규정만을 둬으로서 경찰행정기관에 광범위한 재량권을 부여하는 경우가 많아서 경찰권발동의 법률에

의 기속이라는 것에 일정한 한계가 있을 수 밖에 없다. 현행 경찰법, 경찰공무원법은 주로 경찰의 조직에 관한 것에 불과하며 경찰관직무집행법은 경찰작용 중에서 종래의 분류에 따를 때, 주로 즉시강제에 해당하는 것만을 규율하고 있을 뿐이다. 따라서 경찰이 어떠한 요건하에서 누구에게 경찰권을 발동해야 되는 것인지와 같은 경찰작용의 근본적인 문제를 둘러싼 기본적인 사항에 관한 일반법적 규정은 없다고 할 수 있다. 결국 현 시점에서 이들 제 문제는 전적으로 학설·판례에 의존하고 있음이다.

따라서 본고는 경찰권의 발동이 법률상의 근거를 가지고 있다고 하더라도 경찰권의 구체적인 행사에 있어서는 일정한 한계가 있다는 경찰작용의 통제법리를 연구하는 것을 목적으로 한다. 이에 따라 경찰권발동의 한계를 중심으로 공공의 안녕과 질서를 유지하면서도 국민의 자유와 권리를 최대한 보장할 수 있는 경찰권의 합리적인 통제방안을 강구하여 경찰작용의 바람직한 방향을 모색하고자 한다.

II. 경찰권발동의 소극적 한계

경찰행정의 발동은 법규에 의거하여 권력으로써 명령·강제하는 작용이며 합법성과 편의성에 의해 지배되고 있다. 그러므로 경찰권의 발동은 법령의 근거를 필요로 하지만, 경찰법규는 단지 경찰권의 발동에 관한 근거를 제시할 뿐 구체적으로 경찰권의 발동정도나 발동조건 등에 관해서 규정하지 않는 경우가 많다. 따라서 일단은 법규에 의해 경찰권을 제약하고, 이것이 불충분할 때는 일정한 조리상의 원칙에 의해 경찰작용의 한계가 있게 된다. 이러한 한계는 기본권보장을 최우선으로 하는 자유주의적 법치국가에 있어서는 구체적인 법률이 없어도 당연히 인정되는 조리상의 원칙이며, 이에 위반한 경우에는 위법이 됨은 당연하다[2].

1. 법규상의 한계

경찰작용은 주로 권력적 명령·강제작용으로서 국민의 권리와 자유를 침해하는 가장 전형적 행정작용인 까닭에 법치행정의 원칙에 따라 법률의 수권에 의해 또는 법규가 허용하는 한도 안에서만 발동되어야 한다. 따라

서 경찰법규는 경찰권의 근거인 동시에 한계가 되고 있다[3-7].

2. 조리상의 한계

경찰권은 위에서 논의한 바와 같이 엄격한 법규의 한계 내에서만 행해져야 하나, 경찰법규는 주로 장래에 발생 가능한 천차만별의 위해에 대처하기 위해 구체적인 발동대상, 요건, 정도, 방법, 태양 등을 규정하지 않고 '필요하다고 인정 할 경우' 등과 같은 개괄적·포괄적·추상적 법개념을 사용하고 있기 때문에 경찰기관에게 매우 넓은 재량판단을 인정하고 있다. 따라서 법규상의 제약은 형식적인 것에 그치는 경우가 많으므로 구체적인 상황에 따라 경찰권이 발동될 때 이에 대한 통제를 위해서는 경찰권발동에 대한 제2단계적 제약으로서 조리상의 한계에 의한 제약이 불가피하다. 경찰권의 조리상의 한계는 합법적 재량권 행사를 기속하는 헌법원칙에 바탕을 둔 조리법이라고 할 수 있는 것이기 때문에, 경찰권 행사의 한계로서의 구실을 하는데 그치는 것이 아니라 경찰작용에 관한 입법의 지침적 구실을 한다. 따라서 조리상의 한계를 넘는 경찰권의 발동은 재량권의 남용으로 위법이 된다.

우리 경찰관직무집행법 제1조 2항은 「이 법에 규정된 경찰관의 직무는 그 직무수행에 필요한 최소한도에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다.」라고 규정하여 조리상의 한계를 인정하고 있다고 볼 수 있고, 기타 많은 법률에서 '필요최소한'이라는 재량한계를 인정하고 있다. 경찰권발동을 제약하는 재량한계 내지 조리상의 한계로는 ① 경찰소극목적의 원칙, ② 경찰공공의 원칙, ③ 경찰책임의 원칙, ④ 경찰비례의 원칙, ⑤ 경찰평등의 원칙 등이 있다. 따라서 경찰권의 발동에서 재량한계 내지 조리상의 한계를 벗어난 경우 그것은 위법이 된다[4,6-7].

(1) 경찰소극목적의 원칙

경찰은 직접 사회공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 이에 대한 위해가 되는 행위나 상태를 예방하고 제거함을 목적으로 하는 작용이다. 따라서 명시적 법률규정이 없는 한 적극적으로 사회공공의 복리를 증진하

고, 사회경제질서를 일정한 방향으로 유도하는 작용을 할 수 없다. 이런 목적을 벗어나게 되면 목적일탈 또는 권한남용으로 위법이 된다. 이는 경찰의 실질적 개념 및 경찰목적으로부터 당연히 발생하는 원칙이다. 그러나 오늘날의 복리국가에 와서는 소극적인 질서유지행정작용과 소극적인 복리행정작용과의 구별이 반드시 명확한 것은 아니다. 예컨대, 위법건축의 규제, 공해의 규제, 위생관계법에 대한 규제·강제 등의 질서유지행정작용은 질서유지의 행정목적뿐 아니라 궁극적으로 생활환경의 유지향상·피해자의 보호와 같은 복리목적에도 기여하게 되는 것이다[4,6]. 사회공공의 안녕과 질서라는 건전한 사회상태를 교란하는 원인이 되는 인위적·자연적 위해를 예방 또는 제거하는 것이 경찰의 목적인바, 이하에서는 그 구성요소인 공공의 안녕과 질서의 개념을 확인함으로써 경찰권발동의 목적을 확실하게 하고자 한다.

(2) 경찰공공의 원칙

경찰은 사회공공의 안녕과 질서유지를 목적으로 한다. 따라서 경찰권은 사회공공의 안녕과 질서의 유지를 위해서만 발동될 수 있으며, 그와 직접 관계되지 아니하는 생활관계는 경찰권발동의 대상이 되지 않는다. 이처럼 경찰권은 공공의 안녕과 질서유지를 위하여서만 발동될 수 있다는 것을 우리나라 및 일본에서는 예전부터 '경찰공공의 원칙'이라고 하여, 경찰권의 조리상의 한계를 확정하기 위한 법원칙의 하나로 다루어 왔다 [3-4,7-9]. ① 사생활불가침의 원칙 : 경찰은 원칙적으로 사회공공의 생활관계를 그의 대상으로 하는 것이기 때문에 사회공공의 안녕과 질서에 직접 관계없는 개인의 생활이나 행동에 간섭하여서는 안된다는 원칙을 사생활불가침의 원칙이라고 한다. 여기서 '사생활'이란 개인의 생활활동의 영향이 사적인 생활범위에 그치고 사회의 다른 사람들에게 영향을 미치지 않는다고 판단되는 개인의 생활활동을 말하며, 이러한 영역은 공공의 안녕과 질서에 대해 위해를 미치지 않는 영역으로 간주된다. 이 경우 경찰이 관여할 수 없는 사생활의 범위를 어떻게 정할 것인가가 문제시되는데, 이 문제는 결국 사회통념에 따라 결정 될 수밖에 없을 것이다 [3-4,7,10-11]. 다만 사회가 개인의 집합으로 구성되

어 있으므로 개인의 사생활이라 할지라도 그것이 동시에 공공의 안녕과 질서에 대해 영향을 미치는 경우도 있을 수 있는바, 그 경우에는 예외적으로 경찰권이 발동될 수 있다[3-5,7,10]. ② 사주소불가침의 원칙 : 사주소불가침의 원칙이란 사주소 내의 행동은 사회공공의 질서에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 원칙적으로 경찰이 관여할 수 없다는 것을 말한다[4,7]. 여기의 사주소란 직접 공중과 접촉되지 않는 장소를 의미하므로 사인의 주택에 한하지 않고, 공장·사무소·창고 등과 같은 비주거건축물도 이에 포함된다[12]. 사주소의 개념은 사회통념에 따라 정해질 수 밖에 없다. 그러나 사주소 내의 행위라도 사회공공의 안녕과 질서에 영향을 미치면 그 한도에서 경찰권이 발동하는데, 예컨대, 공중의 눈에 뜨이는 장소에서 신체를 과도하게 노출시키는 행위가 금지되고(경범죄처벌법 제1조(41)), 건물의 소유주 등은 시장·군수가 정하는 계획에 따라 대청소를 실시하여야 할 의무를 지는 것(폐기물관리법 제6조 2항), 화재의 경우 등을 들 수 있다. ③ 민사관계불간섭의 원칙 : 개인의 재산권의 행사, 민사상의 계약, 친권의 행사 등과 같은 단순한 민사관계는 당해 특정한 개인적 이익에만 관계되고, 직접 사회공공의 안녕과 질서에 대한 위험이 발생할 개연성이 적은 영역이므로 경찰이 관여 할 사항이 아니다[4]. 그러나 민사상의 법률관계라 하더라도 예컨대, 경기장 등 일정한 요금을 받고 입장시키는 장소에서 입장료를 초과한 가격으로 입장권을 전매, 미성년자에 대한 술·담배의 판매 등과 같이 그것이 동시에 사회공공의 안녕과 질서에 영향을 미치는 경우에는 경찰권이 개입할 수 있다. 더욱이 최근의 행정법규는 건축·택지조성·소음·진동을 규율하는 법규 등에서 볼 수 있는 바와 같이 과거에는 사인간의 지주적·민사적·사법적 해결에 맡겨왔던 영역에 직접 행정권이 개입하도록 하고 있는 경향이 있다.

(3) 경찰책임의 원칙

① 의의 : 경찰권은 원칙적으로 질서위반의 상태(Polizeiwidriger Zustand)에 대하여 책임이 있는자, 즉 경찰책임자에 대하여만 발동할 수 있다. 이와 같이 경찰권은 원칙적으로 경찰책임자에 대해서만 발동될 수 있다는 경찰권발동의 한계를 경찰책임의 원칙이라 한다

[13]. ② 경찰책임의 종류 : 경찰책임에는 행위책임과 상태책임 및 혼합책임이 있는데, 첫째 행위책임은 자기의 행위로 인한 경우뿐만 아니라, 타인의 행위를 지배하는 기능을 가지는 자(예, 친권자·사용자)는 그의 범위 안에서 지배자로서 그 피지배자의 행위로 인하여 발생하는 질서위반에 대하여 지는 책임이고(예, 각종 특별법상의 양벌규정), 危害발생에 대한 고의·과실은 묻지 않는다. 그 성질은 대위책임이 아니라 자기의 지배권 내에서 질서위반의 상태가 발생한 데에 대한 '自己責任'인 것이다[14]. 즉 책임의 귀속을 결정하는 기준에 관하여는 질서위반에 대하여 직접적인 원인을 제공한 자에게 행위책임이 귀속된다고 할 수 있다(이때 그 책임귀속의 기준으로서 상당인과관계설, 조건설, 등가설 등이 논의되고 있으나 직접원인설이 타당하다고 본다)[5]. 예컨대, 자녀의 행위에 대한 보호자의 책임, 사용인의 행위에 대한 사업주의 책임 등이 있다. 둘째 상태책임은 물건 또는 동물의 소유자·점유자 기타 이를 사실상 관리하고 있는 자는 그 범위에서 그 물건 또는 동물로 말미암아 질서위반의 상태가 발생하는 경우에 지는 책임이다. 이 경우에도 고의·과실의 유무는 불문한다. 상태책임에 있어서도 그 책임의 귀속 및 범위를 정하는 것이 중요한 문제인데 첫째, 책임의 귀속에 있어서는 어떤 자가 물건에 대한 실질적인 지배권 내지는 처분권을 가지는가가 중요하고, 둘째, 상태책임의 범위를 어느 정도로 한정할 것인가 하는 것이 문제된다[5]. 셋째 혼합책임은 다수인의 행위 또는 다수인의 물건이 합쳐져 경찰위해를 일으키고 있는 경우에 누가 이에 대한 책임자인가 하는 문제이다. 결정적인 위해를 일으키고 있는 경우에 누가 이에 대한 책임자인가 하는 문제이다. 결정적인 위해를 일으키고 있는 자나 다수인 전체를 일단 책임자로 볼 수 있다. 그러나 경찰은 이러한 경우에도 우선 그 경찰위해를 제거하는 데 있어서 가장 적합한 상황에 있는 자에게 경찰상의 의무를 부과할 수 있다고 본다. 그 한도에서 경찰기관에 선택재량이 인정될 수 있는 셈이다. ③ 경찰책임에 대한 예외 : 경찰권은 위에서 설명한 바와 같이 경찰책임자에 대하여만 발동되는 것이 원칙이나, 예외적으로 긴급할 필요가 있는 경우에는 질서위반 책임이 없는 자에게도 경찰권이 발동된다. 종래에는 이를 경찰긴급권이라고 하였다. 제3자에 대한 경찰권발동

은 극히 예외적인 것으로, 목전에 급박한 위해를 제거하는 경우에 한하여 반드시 법령에 근거하여 행하여져야 한다[5]. 예컨대 화재 등의 현장에 있는 자에 대한 소화작업 등에의 동원(소방법 제77조, 경범죄처벌법 제1조(36), 경직법 제5조(3), 수난구호를 위한 징용(수난구호법 제8조)등이다. ④ 국가기관 등의 경찰책임 : 국가나 공공단체가 소유·관리하는 건물이 노후하여 위험을 조성한다든가, 군대의 기동연습이 타인에게 위해를 가하는 식으로 행정기관의 행위나 물건이 경찰위해를 일으킬 경우에 이에 대하여 경찰권을 발동하여 명령·강제를 할 수 있는지가 문제된다. 이 경우 국가 등도 경찰의무를 지켜야 하고, 국가 등도 경찰위해를 야기할 수 있으므로 경찰권을 발동할 수 있다. 그러나 경찰권발동을 통하여 타행정기관의 적법한 권한행사를 방해해서는 안된다고 생각한다.

(4) 경찰비례의 원칙

① 의의 : 경찰비례의 원칙이란 경찰권의 발동은 사회공공의 질서유지를 위하여 참을 수 없는 위해 또는 위해발생의 위험을 제거하기 위하여 필요한 경우에 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에 국한되어야 한다는 원칙이다[4]. 이 원칙에는 넓은 의미에서는 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙이 포함되는데, 이들 원칙은 경찰권발동의 조건과 수단 및 정도의 두 가지 점에서 문제되는데, 주로 경찰권발동의 수단 및 정도에 대하여 적용된다. 다만 적합성의 원칙과 필요성의 원칙은 경찰권발동의 조건에 대하여도 적용된다 할 것이다[3]. 비례의 원칙도 조리상의 범원칙으로 발전되었으나, 오늘날은 실정법상의 원칙으로 되었다고 할 것이다. 헌법 제37조 2항의 「국민의 모든 자유와 권리는…필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며」라고 규정하고 있고, 경찰관직무집행법 제1조 2항이 「이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며, 이를 남용하여서는 아니 된다」라고 규정하여 비례의 원칙의 직접적인 근거규정으로 볼 수 있다[4-5]. ② 경찰권발동의 조건 : 경찰권에 의한 개인의 자유·권리의 제한은 사회질서유지상 목과할 수 없는 장해[15]를 제거하기 위해서만 허용된다. ‘목과할 수 없는 장해’란 사회통념상 그

장해를 방지함으로써 생기는 사회적 불이익의 정도가 그 장해를 제거함으로써 생기는 사회적 불이익이 커서 경찰권의 발동이 부득이하다고 평가되는 장해를 말한다. 진압경찰의 경우에는 경찰권에 의하여 제거하려는 장해의 정도와 그것을 제거함으로써 생기는 사회적 불이익과의 사이에 언제나 정당한 비례가 있어야 한다. 따라서 다소 사회에 해로운 영향을 주더라도 그 보다 더 큰 이익을 사회에 주게 되는 장해의 경우에는 경찰권을 발동할 수 없으며, 사회는 그 장해를 묵과 또는 인용하여야 한다[16]. 예방경찰의 경우에는 공공의 안녕과 질서에 대한 장해가 발생할 가능성이 있다는 정도가 아니고 일반경험률에 의하여 묵과할 수 없는 장해가 발생한 것이 객관적으로 확실하게 예측될 수 있는 경우에 한하여 발동되어야 하며, 단순히 미필적 가능성이 존재하거나 보통 사정으로는 장해발생의 여부가 반드시 확실한 것이 아닐 때에는 발동하지 못한다. 이 경우에도 사회통념에 따라 의무에 합당한 재량으로 판단하여야 한다. ③ 경찰권발동의 정도 : 경찰권이 공공의 안녕과 질서유지상 용인될 수 없는 장해발생의 직접적 위험을 제거하기 위하여 발동되는 경우에도 그 발동의 정도는 장해 또는 위험의 정도와 반드시 적절한 비례를 유지하여야 하며, 그 구체적인 판단은 경찰기관이 성실한 재량에 따라 행하여야 할 것이다[4,17]. (a) 적합성의 원칙(Grundsatz der Geeignetheit) : 이 원칙은 경찰기관이 취한 조치 또는 수단이 그가 의도하는 목적달성에 적합해야 함을 의미한다. 이는 하나의 수단만이 아니고 둘 또는 셋 모두가 요건을 충족하는 경우도 있을 것이다. 어떤 조치의 적합성여부가 불확실한 경우에는 이미 알려져 있는 수단 또는 이론에 비추어 그 적합성여부가 심사될 필요가 있으며, 그러한 심사가 행해졌다면 그 요건은 충족되는 것으로 볼 수 있다. 이미 취하여진 조치가 부적합함이 사후에 판명된 경우에는 경찰기관은 당해 조치를 중지해야 하며 최대한으로 원상회복에 노력하여야 한다. (b) 필요성의 원칙(Grundsatz der Erforderlichkeit) : 이 원칙은 경찰의 조치는 설정된 목적을 위해 필요한 것 이상으로 행해져서는 안된다는 것을 의미한다[18]. 이 원칙에서 행정청이 의무자에게 어떤 작위·수인의무를 명한 경우에 상대방이 대안을 신청한 경우에는 그것이 적합성의 원칙에 맞는 한 받아들여야 한다고 본다.

의무자가 대안을 제공할 수 있는 기간은 보통 행정쟁송을 제기할 수 있는 기간인 것으로 본다[5,19]. (c) 상당성의 원칙(Grundsatz der Angemessenheit) : 이 원칙은 어떤 행정조치가 설정된 목적을 위하여 필요한 경우라도 그 행정조치를 취함에 따른 불이익이 그것에 의해 초래되는 효과보다 큰 경우에는 동 행정조치가 취해져서는 안된다는 것을 의미한다[20] 즉, 경찰상 규제의 필요(장해제거)와 경찰권행사의 정도(자유제한)간에 정당한 비례가 유지되어야 한다는 원칙이다. 우리 경찰관직무집행법 제11조에서 「경찰관은 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서 무기를 사용할 수 있다」고 규정하여 상당성의 원칙을 규정하고 있다[5,19].

(5) 경찰평등의 원칙

경찰평등의 원칙이란 경찰권을 행사함에 있어서는 모든 국민에 대하여 성별·종교·인종적·사회적 신분 등을 이유로 하는 불합리한 조건에 의한 차별대우를 의미하는 자유제한을 할 수 없다는 원칙을 말한다[5,21]. 헌법 제11조가 다만 법앞의 평등원칙만을 규정하였을 뿐 행정법상 평등원칙의 내용을 이루는 공공부담 앞의 평등원칙, 공역무 앞의 평등의 원칙등에 대하여는 직접 규정하지 않는 탓으로 평등원칙을 제11조의 기본이념으로부터 도출되는 불문법원리로 보는 학자도 있다[22]. 그러나 동조가 말하는 법이란 행정법 역시 포함하는 것이므로 헌법 제11조는 평등원리가 행정법에도 직접 적용되게 하는 成文法的인 근거가 된다고 할 수 있다[22].

III. 경찰권발동의 적극적 한계

1. 개설

전통적으로 경찰권의 근거와 한계에 관한 논의는 경찰작용이 권력적인 명령·강제 작용으로서 국민의 권리와 자유를 침해하는 가장 전형적인 권력작용인 까닭에 반드시 법률에 근거하여 그리고 일정한 재량한계 안에

서만 발동되어야 하며, 법률의 근거와 재량한계를 넘어서 발동하여서는 아니 된다는 소극적 한계에 관한 것이었다. 그런데 오늘날은 이러한 소극적 한계와 더불어 개인의 생명·자유·재산이 중대한 위협을 받고 있는 경우 등에는 경찰은 적극적으로 경찰권을 발동하여야 한다는 적극적 한계에 대한 논의가 포함되게 되었다[7,23]. 즉 경찰재량권의 영으로의 수축[4]로 말미암아 경찰개입의 의무가 성립되고, 그것에 대응하여 개인에게 개입청구권이 발생하는 경우이다.

2. 재량권의 영으로의 수축과 개입의무의 발생

공공의 안녕과 질서에 대한 위협이 존재하는 경우에도 원칙적으로 경찰의 개입의무는 인정되지 아니하며, 경찰의 개입여부는 그의 의무적합적 재량에 달려있다. 따라서 원칙적으로 관련된 개인은 제3자에 대하여 경찰권을 발동해 줄 것을 청구할 권리를 갖지 못하며, 단지 형식적인 주관적 공권으로서의 무하자재량행사청구권[24]만을 갖는다. 그러나 경찰이 개입할지의 여부, 혹은 개입한다면 어떠한 조치를 취할 것인지의 여부에 관한 결정에 있어 경찰의 재량이 결코 무제한적인 것은 아니다. 따라서 예외적으로 경찰이 행한 결정외에는 다른 결정을 행할 사실상의 전제조건이나 법적근거가 존재하지 않는 경우에는 단지 하나의 결정만이 의무적합적 재량행사의 요구를 충족시킨 적법한 것으로 간주되고, 다른 모든 결정은 위법한 것이 된다. 이러한 재량권의 영으로의 수축에 대한 결과는 ① 재량권이 영으로 수축된 결과 경찰이 개입하지 않는 것이 단지 유일하게 허용되는 재량결정일 수 있다. 그럼에도 불구하고 경찰이 개입하였다면 재량행사의 瑕疵가 존재하는 것이고, 따라서 관계인이 취소소송을 제기한 경우에는 취소되어야 하며[24], ② 이에 반하여 경찰이 개입하는 것만이 단지 유일하게 허용되는 재량결정인 경우에는 경찰의 개입의무가 인정되는 바, 이처럼 경찰의 개입의무가 인정되는 경우에는 개인의 경찰개입청구권이 인정될 수 있다[25]. 그러면 어떠한 경우에 경찰에게 인정된 결정재량권이 영으로 수축되어 羈束行爲로 변하여 경찰에게 개입의무가 발생하게 되는가가 문제되는 바, 그것은 어떤 사람의 생명이나 신체 등이 크게 위협받고 있으며,

만일에 경찰이 개입하게 되면 그 사람은 구제할 수 있는 개연성이 있는 경우라고 말할 수 있다. 이러한 경우에 있어서도 경찰이 개입하지 않고 방관하고 있다고 하게 되면, 그것은 재량행위를 그르친 부당의 경우가 아니라 기속행위를 그르친 위법이 되는 것이라고 표현할 수 있다[25].

3. 경찰개입청구권

경찰개입청구권이란 경찰행정청의 부작위로 인하여 자신의 권익을 침해당한 자가 당해 경찰행정청에 대하여 경찰권의 발동을 청구할 수 있는 권리를 말한다[26]. 독일의 경우 이와 같은 경찰개입청구권의 성립근거는 그들의 기본법이 규정하고 있는 국가의 배려의 객체가 아니라 적어도 자기의 중대한 이익이 문제가 되는 경우에는 국가에 대한 주관적 권리의 주체이며, 그 한도에서 국민은 자기의 생활이익을 보호하기 위하여 경찰권을 발동해 줄 것을 경찰에 청구할 권리를 갖는다고 한다[27]. 경찰개입청구권도 개인적 공권의 일종이므로 그의 일반적 성립요건이 충족될 때 비로소 성립할 수 있는 바, 개인적 공권의 성립요건으로는 행정주체에 게 일정한 행정의무를 부과하는 강제법규의 존재와 행정법규가 공익의 실현 외에 사익의 보호도 목적으로 하여야 한다는 사익보호성이 들어지고 있다[4-5]. 즉, 국민에게 경찰개입청구권이 인정되기 위해서는 먼저 경찰행정청에게 공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 방지를 위하여 그에 개입할 개입의무가 발생하여야만 하고, 구체적인 경우에 재량권이 영으로 수축되어 경찰에게 객관적으로 개입할 의무가 인정된다는 것으로부터 국민이 법원에 의하여 집행될 수 있는 경찰개입청구권이라는 주관적 공권을 갖는다는 결론이 필연적으로 도출되는 것은 아니다. 오히려 경찰개입청구권은 적용될 법규범이 단지 공익을 보장할 뿐만 아니라 관계인의 개인적 법익을 보호하는 경우에만 인정된다[28]. 위와 같은 조건이 충족된 경우라 하더라도 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위협 또는 장애가 여러 가지 방법에 의해 가능하다면, 경찰은 특정한 조치를 취할 의무를 갖지는 않는다. 따라서 그 한도에서는 경찰에게 여전히 선택재량이 인정된다. 이처럼 경찰에게 선택재량이 인정되는 경우

에는 경찰개입청구권은 무하자재량행사청구권의 형태로만 존재하게 된다. 그러나 예외적으로 공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 방지를 위해 오직 하나의 조치만이 고려될 수 있다면, 선택재량도 인정되지 않는다. 따라서 이 경우에는 경찰에게 일정한 방식으로 개입해 줄 것을 청구할 수도 있다.

IV. 결론

현대 국가에 있어서 모든 권력은 국민으로부터 나오며, 또한 그 권력은 국민을 위하여 사용되어야 한다. 권력분립원칙에 기초하여 생성된 법치주의는 연혁적으로는 행정법 성립의 토대가 되었을 뿐 아니라 현대국가의 기본적 원리를 이루는 것으로서, 이러한 법치주의의 이념에 따라 모든 행정도 법에 근거하고 그에서 정한 범위와 한계 내에서만 행사 되도록 하는 법치행정의 원리를 파생시켜 모든 행정작용을 통제하는 역할을 하고 있다. 공공의 안녕과 질서에 대한 위협이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우 이를 방지하는 것을 목적으로 하는 경찰작용은 현대의 모든 국가에서 가장 필수적이고, 기본적인 국가기능의 하나로서 자리 잡고 있다. 시대의 급속한 변화와 과학기술의 발달에 따라 새로운 위협이 계속 증가하고 있으므로 경찰개념의 변화와 경찰기능의 확대를 수반하게 되었음을 부인할 수 없다. 현대의 경찰작용을 이해하기 위해서는 형식적 의미의 경찰개념과 실질적 의미의 경찰개념으로 구분하여 양자의 관계를 파악하는 것이 중요시되고 있다. 특히 현대의 경찰작용은 공공의 안녕과 질서에 대한 위협방지에 기여하는 국가적 활동전체를 포함하는 실질적 의미의 경찰개념에 근거한다. 경찰권 발동에 있어서 공공의 안녕과 질서의 유지라는 요청과 국민의 자유와 권리보장이라는 두 가지 상충된 요청이 항상 충돌하게 되는데 이 경우에는 철저하게 법에 근거 하여야 하며, 그 구체적인 작용에 있어서는 조리상의 한계인 경찰공공의 원칙, 경찰소극의 원칙, 경찰비례의 원칙 등 여러 가지 제한을 받는다. 이것은 독일에서 발전된 개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우에 적용되는 법원칙이며, 우리의 경찰관직무집행법과 경찰법에서도 개괄적

수권조항으로 보여지는 공공의 안녕과 질서유지를 위한 경찰권발동을 명문으로 규정하고 있으며, 판례도 이를 인정하고 있음을 알 수 있었다. 이와 같은 조리상의 한계에 위반하여 경찰권이 발동되면 이는 위법이며, 국민은 행정소송 및 국가배상을 통해 권리구제를 다룰 수 있다. 그러나 경찰조치에 의한 국민의 권리침해는 회복하기 불가능한 경우가 존재하는 바, 행정절차법과 같은 사전적 구제제도의 현실화가 필요할 것이다.

또한 경찰편의주의에 의해 경찰권이 재량권을 가지는 경우에는 개인이 경찰권의 발동을 청구할 수 있는 권리를 가질 수 없는 것이지만, 재량권이 0 또는 1로 수축되는 특수한 상황에 있어서는 경찰권의 발동이 의무로 되고, 그에 따라 개인에게 경찰개입청구권이 발생한다. 따라서 경찰이 개입하지 않음으로 발생한 손해는 국가배상청구권을 통해서 구제 받을 수 있다. 따라서 헌법에 적합한 법률의 제정, 이를 보장하기 위한 헌법보장제도의 완비 및 인권보장을 위한 행정기관, 법관, 국민의식이 서로 유기적 시스템을 구축할 때에만 국민의 자유와 권리 보장을 충실히 실현하는 실질적 법치행정이 가능할 것이다. 아울러 지방자치시대에 부응하여 2006년부터 시행이 예고되는 자치경찰제를 효과적으로 정착시켜 국민들에게 선진국형 치안서비스를 제공 받게 하는 것도 앞으로 경찰권이 추구해야 할 가치라고 생각된다. 결론적으로 경찰권은 통치자의 뜻이 아닌 국민의 뜻을 받들고 국민을 위하여 행사를 할 때에 국민이 납득하고 수용하여 그 권위를 인정하여 줄 것이다. 경찰권은 국민에 대한 봉사자임을 명심하고 공평무사한 경찰권 집행이 이루어지기 위해 꾸준히 노력하며 거듭나기를 바란다.

참고 문헌

[1] <http://www.donga.com/fbin/output?n=200408270287> 2004년 8월 27일자 동아일보

[2] 김영훈, “경찰권의 근거와 한계”, 사법행정, Vol.10, pp.49-50, 1990.

[3] 김도창, 일반행정법론(하), 청운사, 1993.

[4] 박윤흔, 행정법강의(하), 박영사, 2002.

[5] 김남진, 행정법II, 법문사, 2003.

[6] 석종현, 일반행정법(하), 삼영사, 2003.

[7] 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2004.

[8] 강구철, “경찰권의 근거와 한계”, 고시연구, p.81, 1991.

[9] 김영훈, “경찰권의 근거와 한계”, 사법행정, p.51, 1990.

[10] 田中二郎, 신판 행정법(하), 홍문당, 평성 3年, p.58

[11] 한건우, 행정법(II), 홍문사, 1996, 267면.

[12] 경찰관직무집행법 제7조 2항.

[13] 이상규, 신행정법론(하), 법문사, 309면, 1991.

[14] 대법원, 1977. 5. 24 선고, 77도412 판결.

[15] 대법원, 1986. 2. 25 선고, 85누664 판결.

[16] 대법원, 1977. 9. 28 선고, 76누243 판결.

[17] Drews-Wacke, Allgenmeines Polizeirecht, S, 74ff

[18] Vgl. Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 428.

[19] §9 II 2 Berl ASOG; § 4 II 2 BrepmpolG; §3 II 2 RhPfdVG.

[20] Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S, p.4404, 1928.

[21] OVG Münster, MDR, p.874, 1980.

[22] 김동희, 행정법II, 박영사, 2004.

[23] 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1997.

[24] 박규하, 행정법학(상), 한국의국어대학교 출판부, 2001.

[25] Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S.397.

[26] VGH Kassel, NJW 1984, 2305ff.

[27] 이순용, “경찰의 부작위와 개입청구권”, 사법행정, pp.42-43, 1990.

[28] 서정범, “경찰개입청구권”, 안암법학 제2집, p.301. 1994.

