

(사)행정법이론실무학회·(사)한국경찰법학회·이화여대 법학연구소 공동학술대회
(사)행정법이론실무학회 제235회 정기학술발표회

경찰행정법의 현재와 미래

- ❖ 일 시 : 2016년 10월 8일 (토) 14:00
- ❖ 장 소 : 이화여자대학교 법학관 405호
- ❖ 주 최 : (사)행정법이론실무학회·(사)한국경찰법학회·이화여대 법학연구소

(사)행정법이론실무학회·(사)한국경찰법학회·이화여대 법학연구소 공동학술대회
(사)행정법이론실무학회 제235회 정기학술발표회

경찰행정법의 현재와 미래

- ❖ 일 시 : 2016년 10월 8일 (토) 14:00
- ❖ 장 소 : 이화여자대학교 법학관 405호
- ❖ 주 최 : (사)행정법이론실무학회·(사)한국경찰법학회·이화여대 법학연구소

(사)행정법이론실무학회·(사)한국경찰법학회·이화여대 법학연구소 공동학술대회
(사)행정법이론실무학회 제235회 정기학술발표회

경찰행정법의 현재와 미래

- 일 시 : 2016년 10월 8일 (토) 14:00
- 장 소 : 이화여자대학교 법학관 405호
- 주 최 : (사)행정법이론실무학회·(사)한국경찰법학회·이화여대 법학연구소

..... ◇ ◇ ◇

초대의 말씀

회원 여러분, 안녕하십니까.

유난히 무더웠던 여름이 물러가고 가을이 성큼 다가왔습니다.

우리 학회는 연간계획에 따라 제235회 정기학술발표회를 (사)한국경찰법학회·이화여대 법학연구소와 공동으로 개최하려 합니다.

이번 학술발표회에서는 ‘경찰행정법의 현재와 미래’라는 주제로 심도 있는 학술적 성과가 공유될 예정입니다.

각 주제별로 발표, 사회, 토론을 맡아주신 회원님들께 진심으로 감사의 말씀을 드리며, 부디 바쁘시더라도 많은 회원님들께서 참석하시어 유익하고도 즐거운 시간 나누시길 바랍니다.

그럼 10월 8일, 가을빛으로 아름답게 물든 이화여대 교정에서 다시 뵙겠습니다.

그동안 회원 여러분 모두 더욱 강건하시기를 기원합니다.

감사합니다.

2016. 10. 4.

(사)행정법이론실무학회 회장 이 희 정 배상

프 로 그 램

- (14:00-14:10) **개 회 사**
김 성 태 ((사)한국경찰법학회 회장)
- (14:10-14:40) **기조발제 : 한국 경찰행정법의 역사와 과제**
최 영 규 (경남대학교 명예교수)
- (14:40-15:30) **주제 1. 행정경찰과 사법경찰**
사 회 : 서 정 범 (경찰대학교 교수)
발 표 : 이 진 수 (영남대학교 교수)
토 론 : 박 병 옥 (경찰대학교 교수)
- (15:30-15:50) **휴 식**
- (15:50-16:40) **주제 2. 세관공무원에 의한 마약류 압수의 절차적 문제점과 해결방안**
사 회 : 김 재 봉 (한양대학교 교수)
발 표 : 김 택 수 (계명대학교 교수)
토 론 : 김 대 인 (이화여자대학교 교수)
- (16:40-17:30) **주제 3. 독일경찰법상 손해보전에 관한 연구**
사 회 : 박 균 성 (경희대학교 교수)
발 표 : 이 기 춘 (부산대학교 교수)
토 론 : 이 계 수 (건국대학교 교수)
- (17:30-17:50) **종합토론**
- (17:50-18:00) **폐 회 사**
이 희 정 ((사)행정법이론실무학회 회장)

목 차

- **기조발제** 한국 경찰행정법의 역사와 과제 1
최 영 규 (경남대학교 명예교수)

- **주제 1** 행정경찰과 사법경찰 23
이 진 수 (영남대학교 교수)

- **주제 2** 세관공무원에 의한 마약류 압수의 절차적 문제점과 해결방안 49
김 택 수 (계명대학교 교수)

- **주제 3** 독일경찰법상 손해보전에 관한 연구 81
이 기 춘 (부산대학교 교수)

기조발제

한국 경찰행정법의 역사와 과제

최 영 규
(경남대학교 명예교수)

韓國 警察行政法の 歴史와 課題

최영규 (경남대학교 법학과 명예교수, 법학박사)

I. 서론

경찰행정은 행정의 한 영역이고, 경찰행정법은 특별행정법(개별행정법)의 하나이다. 현대국가에서 국가임무의 확대에 따른 행정의 양적 팽창과 다양화로 말미암아 행정의 영역은 매우 다기해졌고, 이에 따라 일반행정법과는 별도로 각 행정영역을 규율하는 특별행정법이 지속적으로 분화·발전하는 현상을 보이고 있다. 조세법, 경제법, 토지공법, 사회보장법, 환경법, 소비자법 등이 그 대표적인 예이다. 그리고 이러한 특별행정법들은 기본적으로 행정법의 일부이면서도 일정한 정도로 일반행정법과는 구별되는 고유의 원리와 방법론을 발전시켜서, 오늘날 이들을 모두 강학상 ‘행정법각론’이라는 이름 아래 묶어서 행정법의 일부로 취급하는 것이 여전히 적절한 것인가에 관해 의문이 제기되기도 한다.

그러나 우리나라의 경우, 경찰행정법에 관한 논의는 오랫동안 ‘행정법각론’의 일부로서만 이루어져 왔고, 특별행정법의 하나로서 경찰행정법에 대한 체계적인 연구와 저술이 이루어지기 시작한 것은 비교적 근래의 일인 듯하다. 경찰행정법이 최근까지도 (일반)행정법과 구별되는 독자적 영역으로 인식되지 않았다는 것은, 우리나라 (일반)행정법의 발전과정에 관한 시대구분과 평가가 1980년대부터 이루어져 왔음에 비하여¹⁾ 경찰행정법에

1) 우리나라 행정법의 발전과정에 관해서는 1980년대부터 다양한 분석이 이루어져 왔다. 대표적인 것으로는, ① 1985년까지의 한국 행정법학 발전과정을 헌법 변천에 맞추어 제1공화국시대, 제2·3공화국시대, 제4공화국시대, 제5공화국시대로 5분하는 견해(金道稔, “行政法學의 回顧와 展望 I·II·III,” 司法行政, 293호(1985.5), 32면 이하; 294호(1985.6) 33면 이하; 296호(1985.8)

관해서는 아직 그러한 논의가 거의 보이지 않는다는 점에서도 방증된다고 할 수 있다.

사실 경찰행정은 행정의 가장 오래되고 핵심적인 영역으로서, 경찰행정에 관한 법제와 법이론은 행정법이 생성된 초기부터 존재해 왔다. 따라서 경찰행정법의 역사는 행정법의 역사와 같다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 특별행정법의 하나로서 경찰행정법의 발전이 늦었다는 것은, 경찰행정법이 행정법의 필수적이고 핵심적인 구성부분으로 인식되어 일반행정법에서 분리될 수 없는 것이라는 생각이 지배적이었기 때문이고 생각된다.

이 글에서는 우리나라에서 특별행정법으로서의 경찰행정법이 어떻게 발전해 왔으며 오늘날 우리 경찰행정법은 어떠한 과제를 무엇인가를 개관해 보고자 한다.

II. 경찰행정법의 발전

원래 ‘경찰행정법’이라고 하면, 엄밀하게는 경찰행정법의 실정 법제를 가리키는 것으로서, 경찰행정에 관한 법이론, 즉 ‘경찰행정법학’과는 구별하여야 할 것이다. 그러나 오늘날 학술대회의 대주제로서의 경찰행정법은 좁은 의미의 경찰행정법과 경찰행정법학을 포괄하는 의미로 이해되며, 이 발표에서도 특별히 의미를 한정하지 않는 한 그러한 의미로 사용하기로 한다.

47호 이하), ② 1995년까지의 행정법학 50년을 초창기(整備期: 1950년대 말까지), 개발기(整地期: 1960년대), 전환기(1970년대 이후)로 3분하는 견해(徐元宇, “韓國行政法學의 回顧와 展望,” 公法學의 諸問題(玄齋金英勳博士華甲紀念論文集), 法文社, 1995, 1면 이하), ③ 특별한 명칭을 붙이지 않고 전사(前史: 해방 이전), 해방 이후 장면 정부(제2공화국) 시대까지, 5·16 이후 박정희 정부(제3공화국) 시대까지, 10월유신 이후 전두환 정부(제5공화국) 시대까지, 현행헌법(1987년 헌법) 이후 현재(1995년)까지로 5분하는 견해(崔松和, “韓國行政法學 50年の 成果와 21世紀 的 課題,” 서울대 법학, 36권 2호(1995), 134면 이하), ④ 정부수립 50주년인 1998년까지의 행정법제 변천과정을 전사(前史: 일제하 및 미군정기), 초창기(제1공화국 및 제2공화국 시기), 위축소강기(박정희 정권 및 전두환 정권 시기), 과도기(노태우 정권 시기), 발전기(김영삼 문민정부 시기)로 5분하는 견해(洪準亨, “행정법제의 변천—그 평가와 전망,” 법제연구, 제14호(1998), 130면 이하) 등이 있다.

1. 경찰행정법제의 발전

우리나라의 실정 경찰행정법제²⁾의 역사를 완전히 이해하기 위해서는, 근대적 경찰제도가 도입되기 시작한 구한말이나 일제하에서의 법제는 물론, 그 이전 고대로부터 조선말에 이르기까지의 전통적 경찰법제의 변천과정까지도 파악해야 할 것이지만, 여기에서는 우리나라의 현행 경찰행정법제의 발전과정이 논의의 대상이므로, 1948년 정부수립 후 우리 법제가 갖추어지기 시작한 때를 기점으로 보기로 한다.

1) 경찰조직법제의 발전

경찰행정법제를 경찰조직법제와 경찰작용법제로 나누어볼 때,³⁾ 우리나라의 경찰조직법제는 1948년 7월 17일 제헌헌법 공포와 동시에 공포된 법률 제1호 「정부조직법」에 의하여 시작되었다. 동법은 제15조에서 “내무부장관은 치안·지방행정·의원선거, 토목과 소방에 관한 사무를 장리하고 지방자치단체를 감독한다”고 규정하여 경찰행정을 내무부장관의 사무로 규정하였다. 그 외에 경찰의 조직에 관한 일반법적 규정은 없었으나,⁴⁾ 실제로 중앙정부 차원의 경찰사무는 내무부장관의 보조기관인 내무부 치안국장이 관장하였으며, 지방 차원에서는 시·도지사에게 경찰사무를 위임하되 실제로는 시·도지사의 보조기관인 경찰국장이 시·도 단위의 경찰사무를 관장하였다. 그 산하에 있는 경찰서장은 형식상 시·도지사의 하급행정청이었지만 실제로는 시·도 경찰국장의 지휘하에 있었다. 이는 결국, 1961년까지 지방의회만이 아니라 지방자치단체장도 주민이 선거하는 지방자치

- 2) 경찰행정법의 범위에 관해서는 제도적 의미의 경찰(협의의 경찰, 보안경찰)에 국한할 것인가 이른바 협의의 행정경찰을 포함할 것인가에 관하여 이론이 있으나, ‘경찰행정법제’를 대상으로 한 논의에서는 협의의 경찰이 중심이 될 수밖에 없다. 여기에서도 협의의 경찰행정법제에 논의를 국한하기로 한다.
- 3) 경찰구제법제도 경찰행정법제의 한 부분으로 볼 수 있지만 우리나라에서 행정구제법제는 모든 행정영역에 공통되고 경찰행정에 고유한 구제제도는 따로 존재하지 않으므로 논외로 한다.
- 4) 경찰조직에 관한 특별법으로는 「서남지구 전투경찰대 설치법」(1953.4.18., 법률 제282호)이 있었다. 동법은 1955.6.30. 제정된 「경찰직무 응원법」(법률 제358호) 부칙에 의하여 1955.7.1.자로 폐지되었다.

가 실시되고 있었음에도 불구하고, 경찰사무는 국가가 독점하고 지방자치단체의 경찰권을 인정하지 않는 국가경찰 일원주의가 우리 경찰조직법의 기본원칙이었음을 의미한다.

경찰조직법제의 획기적 변화는 1991년 5월 31일 「경찰법」이 제정되어(법률 제4369호) 그해 7월 31일 시행됨으로써 이루어졌다. 동법은 내무부(현재의 행정자치부) 산하에 경찰청을 설치하여 경찰청장이 중앙행정기관으로서 경찰사무를 관장하도록 하고, 각 시·도에도 지방경찰청을 설치하여 지방경찰청장이 시·도 단위의 경찰사무를 관장하도록 하였다.⁵⁾ 경찰서장도 시·도지사 소속이 아니라 지방경찰청장 소속의 하급행정청으로 되었다. 또한 경찰청 산하에 해양경찰청을 두어 해양경찰청장이 해양경찰사무를 관장하게 하였다.⁶⁾ 이로써 경찰조직에 관한 일반법이 출현하여 경찰조직의 법률적 근거와 각급 행정청기관의 권한과 책임이 명확해진 것은 우리나라 경찰조직법제의 일대 진전으로 평가된

- 5) 지방경찰청장은 과거의 경찰국장과 같이 시·도지사의 보조기관이 아니라 경찰청장 소속하의 하급행정청이다. 동법 제14조 제2항은 “지방경찰청장은 경찰청장의 지휘·감독을 받아 관할구역안의 경찰사무를 관장하고……”라고 하여 이를 명시하고 있다. 그러나 동시에 동법 제2조 제2항은 “경찰청의 사무를 지역적으로 분담 수행하게 하기 위하여 서울특별시장·직할시장 및 도지사 소속하에 지방경찰청을 두고……”라고 규정하여, 지방경찰청장이 시·도지사 소속인 것으로 오해할 소지가 있다. 이 조항의 취지에 관해서는 경찰사무를 시·도지사 통할 하에 다른 지방행정과 연계시켜 수행하도록 하고 또한 장래 자치체경찰로 전환하는 경우에 대비하기 위한 것이라는 해석이 유력하였고, 지방자치단체로부터 재정지원을 확보하기 위하여 그와 같이 규정한 것이라는 견해도 있다. 그러나 이러한 이유로 실정법상 경찰의 조직구조에 명백하게 반하는 규정을 의식적으로 두었다고는 해석하기 어렵고, 과거에 시·도 경찰국장이 시·도지사의 보조기관이었던 타성에서 비롯된 입법상의 실수라고 보아야 할 것이다.
- 6) 해양경찰청은 1996년 해양수산부가 신설되면서 해양수산부 소속으로 변경되어 해양경찰청장도 경찰청장의 하급행정청이 아니라 그와 동급의 해양수산부장관의 하급행정청으로 변경되었다. 그러나 2014년 세월호 침몰사고 수습과정에서 해양경찰의 조직상 문제점이 드러나자, 정부는 해양경찰을 폐지하겠다는 대책을 발표하였고, 그해 11월 19일 공포·시행된 정부조직법 일부개정법률(법률 제12844호)에 따라 해양수산부 소속의 해양경찰청이 폐지되고 국무총리 소속 기관인 국민안전처 소속으로 해양경비안전본부를 신설하였다. 해양경비안전본부는 형식상 신설되었지만 실제로는 종래의 해양경찰청의 인력을 약간 감축하여 이관받았고, 그 구성원은 여전히 경찰공무원이며, 임무도 해양경찰청 당시의 그것과 기본적으로 같고, 해양경비안전본부 - 지방해양경비안전본부 - 해양경비안전서라는 3단계 조직구조도 명칭을 제외하고는 종래의 해양경찰과 동일하다. 따라서 명칭과 소속의 변경에 불구하고 해양경비안전본부와 그 산하 지방해양경비안전관서는 해양을 관할 구역으로 하는 일반경찰관서로 이해된다.

다. 나아가 경찰의결기관으로서 내무부에 경찰위원회를 두어 경찰청장의 임명제청 동의 를 포함한 경찰행정에 관한 중요사항을 심의·의결하도록 한 것은 경찰행정의 민주화를 위하여 중요한 의미가 있는 발전이었다.⁷⁾

그러나 국가경찰 일원주의는 남북 분단이라는 특수상황을 이유로 변함없는 철칙으로 유지되었다. 1991년에 시작되어 1995년에 완성된 지방자치의 부활과 더불어 ‘민주화와 지방자치의 완성’으로서 경찰의 지방분권에 대한 욕구가 분출되어, 2000년대에 들어서면서 자치경찰제의 도입은 정치권과 정부에서도 거스를 수 없는 시대적 흐름으로 인식되었다. 이에 부응하여 2003년 출범한 노무현 정부는 정부 차원에서 1년여의 준비를 거쳐 「자치경찰법안」을 작성하여 2005년 11월 3일 정부제출법안으로 국회에 제출하였다. 동 법안은 광역자치단체가 아닌 기초자치단체에 소규모의 자치경찰대를 설치하여 극히 제한된 경찰사무만을 담당하도록 하여 자치‘경찰’이라는 명칭이 무색할 정도로 약화된 내용을 담고 있었으나,⁸⁾ 이마저도 국회에서 심의도 이루어지지 않은 채 2007년 제17대 국회의 임기만료로 자동 폐기되었다. 이로써 경찰의 지방분권 욕구는 좌절되었고, 그 이후 자치경찰제 도입운동은 동력을 상실하였다.

다만 2006년에 제정·공포된 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(법률 제7849호)에 의하여 제주특별자치도에 한하여 특별자치도의 위상에 부응하는 자치권 확대의 일환으로 자치경찰제가 도입되어, 국가경찰 일원주의 유일한 예외로 되었다.⁹⁾ 그러나 동법상의 자치경찰은, 자치경찰조직의 소속과 명칭(광역자치단체 소속의 자

7) 이와 함께, 각 시·도에는 치안행정협의회를 두어 지방행정과 치안행정의 업무협조 기타 필요한 사항을 협의·조정하도록 하였다(경찰법 16조①). 그러나 치안행정협의회는 기본적으로 시·도청과 지방경찰청 업무협조를 위한 협의·조정기관이지, 경찰행정에 시·도 주민의 의사를 반영하여 경찰행정의 민주화를 기하려는 것은 아니다.

8) 동 법안의 작성 경위와 내용 및 그에 대한 비판은, 최영규, “警察概念의 混亂과 自治의 失蹤—行政自治部の 自治警察法案 비판—”, 慶南法學 第21輯(慶南大學校 法學研究所, 2006.2.28.), 5면 이하 참조.

9) 소방사무도 원래는 국가사무였으나 1973년부터는 서울특별시와 직할시에 한해서 소방사무가 이관되고(1973.2.8. 소방법 전부개정법률[법률 제2503호] 3조, 부칙 ① 단서), 1992년부터는 모든 광역자치단체에 소방사무가 이관되었다(1991.12.14. 소방법 전부개정법률[법률 제4419호] 3조). 소방도 이론적으로는 일반경찰에 속하지만, 기술적 특성이 강하고 공권력 행사의 성질이 약하여 보통경찰과 별개의 조직에 의하여 별개의 작용법적 근거에 따라 활동하는 것이 현대국

치경찰단)을 제외하고는 2005년의 「자치경찰법안」과 동일한 내용으로 되어 있어서, 명실상부한 자치체경찰로 보기에 매우 미흡한 것이 현실이다.¹⁰⁾

경찰조직법에 속한 법률로는 이 밖에 「경찰직무 응원법」, 「경찰대학 설치법」, 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」, 「경찰공무원법」, 「경찰공무원 보건안전 및 복지 기본법」, 「경찰공제회법」, 「대한민국재향경우회법」 등이 있는바, 이들은 1955년에 제정된 「경찰직무 응원법」과 「경찰공무원법」을 제외하고는 모두 1970년대 이후에 제정되었다.¹¹⁾ 특히 「경찰직무 응원법」은 경찰조직법 중의 통칙적 사항에 속하는 경찰관서 상호간의 직무응원(파견과 이동근무) 및 경찰기동대의 편성·파견 등을 정하고 있는데, 1955년 제정 후 타법개정을 제외하면 단 한 차례 2010년에 ‘알기 쉬운 법령 만들기’의 일환으로 표현과 표기를 바꾸는 개정이 있었을 뿐, 내용상의 변화 없이 지금까지 시행되고 있다.

2) 경찰작용법제의 발전

그러나 경찰작용법제는 1960년대에 골격이 마련된 후 지금까지 50년여년간 정치·경제·사회·기술적인 격변 속에서도 근본적인 변화 없이 유지되고 있다.

경찰작용의 헌법적 근거로는, 질서유지를 위하여 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있도록 한 현행 헌법 제37조 제2항 전단을 드는 것이 보통이다. 이 헌법조항은 제헌헌법이 제헌헌법 제28조 제2항에서 “국민의 자유와 권리를 제한하는 법률의 제정은 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한한다”고 규정한 이래, 현행 헌법에 이르기까지 9차례의 개정을 통하여 표현상의 변화는 있으나 기본적인 내용의 변화 없이 유지되고 있다.

가의 상례이므로, 여기에서는 논외로 한다.

10) 제주특별자치도 자치경찰제의 도입 경위와 내용 및 그에 대한 비판은, 최영규, “自治警察機能의 再定立 및 活性化方案—濟州特別自治道 自治警察團을 소재로—,” 地方自治法研究 제7권 제3호(통권 제15호)(韓國地方自治法學會, 2007.9.20.), 571면 이하 참조.

11) 구체적으로 「경찰직무 응원법」은 1955.6.30.에(법률 제358호), 「경찰대학 설치법」은 1979.12.28.에 제정되었고(법률 제3172호), 「전투경찰대 설치법」은 1970.12.31.에 제정되어(법률 제2248호) 2015.7.24. 개정(법률 제13425호)에 의하여 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」로 개칭되었다. 「경찰공무원법」은 1969.1.7.에(법률 제2077호), 「경찰공무원 보건안전 및 복지 기본법」은 2012.2.22.에(법률 제11334호), 「경찰공제회법」은 1973.12.31.에(법률 제4403호), 「대한민국재향경우회법」은 1973.12.31.에(법률 제2665호) 각각 제정되었다.

협회의 경찰에 속하는 작용의 근거법률은 예상 외로 많지 않다. 경찰청 홈페이지 (<http://www.police.go.kr/>)를 검색하면 2016.10.4. 현재 경찰청의 소관 법령 중 경찰작용법에 속한 것은 「경찰관 직무집행법」 외에 「경비업법」, 「도로교통법」, 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 「사격 및 사격장 안전관리에 관한 법률」, 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」, 「유실물법」, 「집회 및 시위에 관한 법률」, 「청원경찰법」, 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 등 9건에 지나지 않는다.¹²⁾ 이 중 「경찰관 직무집행법」을 제외한 9건은 경찰작용의 개별적 근거를 정한 법률이며, 그 중 6건은 1960년대에 최초 제정되었다.¹³⁾

그러나 관심의 초점은 일반법인바, 「경찰관 직무집행법」이 사실상 경찰작용에 관한 일반법이라는 점에 대해서는 이견이 없다. 그러나 한국전쟁이 마무리된 직후인 1953년에 제정된 동법은 사실상 일본의 1948년 警察官職務執行法을 번역한 것으로서, 전문 9개조에 불과하고 단편적이어서 경찰작용 전반을 체계적으로 망라한 명실상부한 일반법이라고

12) 이 밖에 「경범죄 처벌법」(1954.4.1. 제정, 법률 제316호)과 「화염병 사용 등의 처벌에 관한 법률」(1989.6.16. 제정, 법률 제4129호)도 경찰청의 소관법령으로 등재되어 있는바, 이들은 기본적으로 형사법에 속한다. 그러나 이 중에서 「경범죄 처벌법」은, 구성요건 중 상당수가 이른바 행정범의 성질을 가진다는 점에서, 경찰작용법의 성질도 아울러 가진다고 볼 수 있을 것이다.

13) 이들을 최초의 제정 순서대로 정리하면 다음과 같다.

- ① 「경찰관 직무집행법」: 1953.12.14. 제정(법률 제299호).
- ② 「집회 및 시위에 관한 법률」: 「집회에 관한 법률」(1960.7.1. 제정[법률 제554호])과 「집회에 관한 임시조치법」(1961.9.9. 제정[법률 제713호])을 통합하여 1962.12.31. 제정(법률 제1245호).
- ③ 「유실물법」: 1961.9.18. 제정(법률 제717호).
- ④ 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」: 1961.11.1. 「복표발행·현상 기타 사행행위 단속법」으로 제정되어(법률 제762호) 1993.12.27. 개칭(법률 제4607호).
- ⑤ 「사격 및 사격장 안전관리에 관한 법률」: 1961.12.30. 「사격 및 사격장 단속법」으로 제정되어(법률 제893호) 2011.8.4. 개칭(법률 제11033호).
- ⑥ 「도로교통법」: 1961.12.31. 제정(법률 제941호).
- ⑦ 「청원경찰법」: 1962.4.3. 제정(법률 제1049호).
- ⑧ 「경비업법」: 1976.12.31. 「용역경비업법」으로 제정되어(법률 제2946호) 1999.3.31. 개칭(법률 제5940호).
- ⑨ 「풍속영업의 규제에 관한 법률」: 1991.3.8. 제정(법률 제4337호).
- ⑩ 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」: 2010.1.25. 제정(법률 제9944호)

하기에는 미흡하며, 그 문언도 일본식의 구식 한자어가 남용되어 이해하기 어렵고 우리 말 어법에도 맞지 않는 경우조차 있었다.¹⁴⁾

동법은 30년 가까이 변화 없이 시행되다가 1981년에 이르러서야 전문개정되어(법률 제3427호), 경찰관의 직무를 규정한 제2조와 사실의 확인등(8조), 유치장(9조), 장구의 사용(10조)에 관한 규정이 신설되었으며, 일부 기존 조항의 내용을 개정하여 인권침해의 소지를 줄였고, 또한 각 조의 문언이 상당한 정도로 순화되어 정확하고 논리적인 표현으로 되었다. 나아가 2014년에는 ‘알기 쉬운 법령 만들기’의 일환으로 전 조문이 개정되어, 표현이 쉬운 우리말로 바뀌고 표기도 한글화되었다(2014.5.20. 개정, 법률 제12600호).

그러나 이러한 부분적인 개선에도 불구하고 전반적인 골격에는 변화가 없었다. 그 후에도 8차례의 부분적인 개정(5차례의 타법 부칙에 의한 개정은 제외함)을 통하여 지속적으로 경찰권의 경찰관의 권한 행사의 요건을 엄격화하고 국민의 인권을 보호하는 방향으로 개선이 이루어졌으나, 모두 부분적이고 단편적인 개정이었고, 혁신적인 변화는 없었다. 다만, 2014년의 일부개정시에 경찰관의 적법한 직무집행으로 인한 손실에 대한 보상규정(11조의2)을 신설한 것은, 경찰행정 전반에 영향을 미치는 중요한 변화라고 할 것이다.

2. 경찰행정법학의 발전

우리나라에서 행정법학이 태동하여 양적으로나 질적으로 상당한 발전을 보이는 동안에도, 경찰행정법에 관한 관심은 강학상 행정법각론의 일부로서 구색을 맞추기 위한 수준에 불과했던 것으로 보인다. 1990년대 전반까지 경찰행정법을 대상으로 한 논문도 적었거니와, 특히 경찰행정법을 체계적으로 해설한 교과서나 전문연구서가 거의 없었던 것이 이를 방증한다.¹⁵⁾ 1990년대 후반부터 경찰행정법에 관한 연구성과가 눈에 띄게 증가

14) 예컨대, 동법 제3조 제2항은 “前項의 措置를 하였을 때에는 警察官은 遲滯없이 被救護者의 家族, 親知 其他의 緣故者에게 이를 通知하고 引受에 對한 方法을 取하여야 한다”고 규정하였는데, 후단의 “인수에 대한 방법을 취한다”라는 문언은 의미를 이해하기 어려우며 우리말의 어법에도 맞지 않는다.

하고, 특히 경찰행정법 분야의 박사학위논문이 1999년부터 나오기 시작하여 2004년 이후 지속적으로 나오고 있다.¹⁶⁾ 교과서나 전문연구서(번역서를 포함하여)도 1997년 이후 현저하게 증가하여, 1999년까지 3종, 2000년부터 2004년까지 11종, 2005년부터 2009년까지 20종, 2010년 이후 32종이 간행되었다.

이처럼 경찰행정법 분야의 체계서—특히 교과서—가 이 시기에 급증한 것은, 전국의 각 대학에 경찰 관련 학과가 1990년대 말부터 급증한 것과 직접적인 관련이 있다고 생각된다. 1962년에 설치된 동국대학교의 경찰행정학과는 오랫동안 우리나라 유일의 경찰 관련 학과로 존속해 왔고, 1981년에 국립의 특수대학으로 경찰대학이 발족한 이후에도 대학 경찰은 관계가 먼 것으로 생각되었다. 그러나 1990년대 말 이후 전국에 경찰 관련 학과 설치가 유행처럼 번져, 2016년 현재에는 4년제 대학의 경찰 관련 학과—경찰학과, 경찰행정학과, 경찰법학과, 해양경찰학과 등—가 경찰대학을 제외하고도 67개 대학 76개 학과에 이르며, 2-3년제 전문대학에도 12개 대학에 경찰 관련 학과가 설치되어 있다. 경찰 관련 학과에서는 경찰행정법을 필수로 교육하여야 하므로, 경찰행정법 전공자와 강의 를 위한 교과서의 수요가 급증하였던 것이다.

나아가 2002년에는 경찰행정법과 형사법을 전문적으로 다루는 (사)한국경찰법학회도 설립되어 2015년까지 70차례의 학술회의를 개최하고 22회에 걸쳐 논문집(「경찰법연구」)을 발간하였으며, 2016년 9월 30일 현재 회원은 276명에 이른다.¹⁷⁾ 어떤 학문영역이 독자성을 인정받기 위한 요소가 일정 정도의 연구자의 존재와 연구성과의 공간(公刊), 교과서 등 체계서의 간행, 관련 학회의 설립 및 활동이라고 보면, 경찰행정법학은 이제 그 독

15) 국립중앙도서관의 홈페이지(<http://www.nl.go.kr/nl/index.jsp>)에서 2016년 9월 28일자로 “경찰 행정법” 및 “경찰법”을 키워드로 1945년 이후 간행된 단행자료를 검색한 결과, 수험서나 연구 보고서를 제외한 체계서는 모두 80종이었다(이 중에는 제목만으로 수험서 여부를 알 수 없는 것도 일부 포함되어 있으므로, 실제로는 이보다 적을 것으로 보인다). 그 중 1995년 이전에 간행된 것은 15종이었으나, 그 대부분은 경찰공무원을 위한 해설서로 보이며, 교과서나 연구서는 거의 없는 듯하다.

16) 같은 날 같은 홈페이지에서 “경찰”을 키워드로 박사학위논문을 검색한 결과, 행정학이나 형사법학 분야를 제외한 공법학 분야의 논문은 모두 20건으로, 1999년에 1건, 2004년부터 2010년까지가 12건, 2011년 이후가 7건이었다.

17) 한국경찰법학회 홈페이지(<http://kapol.zerois.net/>).

자성을 인정받기에 충분한 단계에 이르렀다고 평가되는 것이다.

그러나 우리나라의 경찰행정법학은 이제 태동기를 지나 유아기에 들어선 것에 불과하며, 본격적인 성숙기를 맞이하기에는 아직 많은 여정이 남아 있다고 생각된다. 무엇보다도, 경찰행정법 분야의 연구성과의 대부분이, 선진 외국—특히 우리 경찰행정법제의 모국인 독일—의 이론을 도입·소개하는 수준에 머무르고, 우리 나름의 독자적인 이론의 개발에 미치지 못하는 것은 물론, 우리나라의 실정 법령과 실무의 정확한 분석에 입각한 것으로 보이지 않는다는 점을 지적할 수 있다.¹⁸⁾ ‘한국 경찰행정법학’이 성숙하였다고 평가받기 위해서는, 외국의 법제도와 법이론의 수입에 그치지 않고, 우리의 현실—사회·문화·기술적 상황과 경찰기관의 실무 관행 및 실정 법령의 규정 내용—에 대한 정확한 인식에 기초하여 그에 적합한 법이론을 구성하고 나아가 그에 맞는 법제도의 개선을 제안할 수 있어야 할 것이다.

Ⅲ. 경찰행정법의 과제

우리 경찰행정법의 발전과정을 개관해 보았거니와, 오늘날 우리 경찰행정법이 안고 있는 과제는 무엇인가. 역시 실정 경찰행정법제가 해결해야 할 과제와 경찰행정법학이 해결해야 할 과제를 구분하여 살펴보고자 한다.

18) 예컨대, 대부분의 경찰행정법 교과서가 비상경찰기관의 예로 위수사령관을 들고 있다. 그러나 위수사령관은 대통령령인 위수령에 근거하여 재해 또는 비상사태에 즈음하여 서울특별시장·부산시장 또는 도지사로부터 병력출동의 요청을 받았을 때 이에 응하여 출동할 수 있을 뿐이며(동령 12조), 이 경우에도 위수사령관은 독자적인 권한으로서 경찰사무를 수행하는 것이 아니라 시·도지사의 요청에 의하여 일반경찰기관의 경찰사무 집행을 보조할 뿐이다. 따라서 위수령에 의한 병력출동은 계엄이 선포된 경우와 달리 행정우원의 일종일 뿐이며, 위수사령관을 특별경찰행정청으로 볼 수는 없다. 더욱 중요한 것은 위수령은 법률의 근거 없이 병력출동을 규정하고 있어서 위헌으로 보아야 한다는 점이다(최영규, 경찰행정법, 제4판, 법영사, 2013, 76-78면 참조). 위수사령관을 비상경찰기관으로 보는 대부분의 견해는 우리 법제에 대한 분석 없이 기존의 다수의 견해를 따른 것으로 보인다.

1. 경찰행정법제의 과제

1) 「경찰관 직무집행법」을 대체하는 일반법의 제정

현재의 실정 경찰행정법제는 일반법이 없거나, 있어도 너무 낡고 단편적이어서 일반법으로서의 기능을 충분히 발휘하지 못한다는 치명적 결함을 지니고 있다. 「경찰관 직무집행법」은 1953년 제정 이래 한 번의 전부개정과 여덟 번의 일부개정을 거쳤으나, 모두 부분적이고 단편적인 개정에 그쳤고, 여전히 경찰작용 전반에 걸친 포괄적이고 체계적인 일반법이라고 하기에는 대단히 미흡하다. 일본 警察官職務執行法の 그늘에서 벗어나 보다 포괄적이고 체계적이며 합리적이고 국민의 기본권 보호에 충실한 내용의 경찰작용 일반법을 새로 제정하는 것이 바람직하다.¹⁹⁾

다만, 「경찰관 직무집행법」의 개정에 의하든 새로운 일반법의 제정에 의하든 간에, 경찰권 발동의 개괄적 근거규정을 신설하는 문제에 대해서는 신중을 기할 필요가 있다. 현재 국내 학설상황은 개괄적 근거조항의 존재를 부인하는 견해가 압도적 다수설이지만, 그 필요성에 관해서는 긍정하는 견해가 오히려 다수설이다. 그리하여 다수설은 입법을 통하여 개괄적 근거조항을 신설할 필요가 있다고 주장한다. 그러나 개괄적 수권조항이 만들어지면 경찰기관은 그것을 근거로 사실상 모든 경우에 경찰권을 발동할 수 있게 되며, 이는 경찰권의 지속적인 축소라는 역사의 흐름에 역행하여 경찰권의 부당한 확대를 가능하게 할 우려가 있다. 다수설은 개괄조항에 의거한 경찰권 발동에 관련된 법원칙이 충분히 발달해 있고 또한 개괄조항의 확대해석 및 그에 근거한 권력남용은 법원의 심사를 통하여 억제될 수 있다고 주장한다. 그러나 경찰권 발동의 한계에 관한 여러 법원칙이 실제 적용에 있어서 의문의 여지가 없을 만큼 명확하다고 볼 수 없고, 법원의 심사를 통한 권력남용의 억제도 우리 국민과 법원의 사법소극주의적 행태를 고려하면 크게 기대하

19) 이러한 점을 지적하고 새로운 일반법의 제정 또는 「경찰관 직무집행법」의 대폭 개정을 촉구하는 주장으로는, 朴尙熙·徐廷範, 警察作用法制的改善方案, 한국법제연구원, 1996, 154-160면; 김재광, 경찰관직무집행법, 초판, 도서출판 學林, 2012, 15-16면 등. 서정범·이영돈, 경찰관직무집행법 개정방향에 관한 연구, 치안연구소, 2003은 나아가 새로운 경찰관 직무집행법 초안을 제안하기도 하였다(80-94면).

기 어렵다. 무엇보다도 오늘날 경찰권 발동의 개별적 근거법규가 이미 상당한 정도로 정비되어 있을 뿐만 아니라, 현재에도 「경찰관 직무집행법」 제3조 이하의 표준적 수권조항은 경찰권 발동의 요건과 효과를 폭넓게 규정하고 있어서, 굳이 개괄조항을 두지 않더라도 근거법규가 없어서 위해를 방지하지 못하는 경우는 거의 없고, 근거법규가 없는 경우는 오히려 입법자가 그러한 경우의 경찰권 행사를 바람직하지 않은 것으로 판단한 결과라고 해석해야 할 경우가 많다. 그렇다면 경찰권 남용의 빌미를 제공하는 개괄조항은 필요하지도 않고 두어서도 안 된다고 보아야 한다.

2) 경찰조직의 민주화

1980년대 이후 우리 정치·사회 전반의 민주화가 상당한 정도로 진전되고, 그 일환으로 1990년대에 들어서 지방자치가 부활하고 실질적인 의미의 지방분권도 어느 정도 진행되었다. 그러나 경찰조직의 민주화와 그 일환인 경찰권의 지방분권은 거의 이루어지지 않았다.

경찰조직의 민주화와 관련하여, 「경찰법」은 경찰의 민주적 의사결정을 위하여 경찰위원회를 설치하고 국가경찰의 인사, 예산, 장비, 통신 등에 관한 주요정책 및 국가경찰 업무 발전에 관한 사항 등 일정한 사항은 반드시 경찰위원회의 심의·의결을 거치도록 하고 있지만(5조, 9조), 경찰위원회의 구성에 국민의 의사가 반영될 길은 막혀 있으며,²⁰⁾ 실제로 경찰위원회가 국민의 편에서 민주적으로 의사결정을 하고 있는지도 의문이다. 경찰청장은 경찰위원회의 동의를 받아 행정자치부장관의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명하고 국회의 인사청문을 거쳐야 한다는 규정(11조②)도, 사실상 위에서 지명된 후보자를 경찰위원회가 기계적으로 동의하고, 국회가 인사청문을 거쳐 부적격 의견을 제시한 지명자도 대통령이 임명을 강행하는 것이 현실이다. 이는 기본적으로 법제의 문제가 아니라 운용의 문제라고 하겠지만, 운용에 문제가 있다면 그러한 문제를 방지할 수 있도록

20) 현행 경찰법은 “위원은 행정자치부장관의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명한다”고 규정하여(경찰법 5조 ①), 경찰위원회의 구성은 오로지 행정자치부장관의 의사—또는 국무총리와 대통령의 의사—에 맡겨져 있다. “행정자치부장관은 위원 임명을 제청할 때 국가경찰의 정치적 중립이 보장되도록 하여야 한다”는 제한도 있으나(동조 ②), 선언적 조항일 뿐이다.

법제를 개선할 필요가 있다. 구체적으로는 경찰위원회의 구성에 시민단체의 추천이나 국회 소관 위원회의 동의를 받도록 하는 등의 방법으로 국민의 의사가 반영되도록 하고, 경찰위원회의 심의·의결권을 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 절차적 규정을 마련하며, 경찰위원회의 구성과 활동 내역을 인터넷 등을 통하여 공개하는 방안 등을 생각해볼 수 있다.

그 밖에도 경찰청, 지방경찰청, 경찰서 등 각급 경찰관서에 시민이 참여하는 각종 위원회가 많이 설치되어 있지만, 그러한 위원회들이 얼마나 원래의 취지대로 시민의 의사를 경찰행정에 반영하고 있는지, 검증해 볼 필요가 있다. 그러한 위원회들을 대체하여, 또는 별도로, 지방경찰청에도 중앙의 경찰위원회에 상응하는 주민 대표가 참여하는 심의·의결기관을 구성하여, 지방경찰 운영에 관한 중요사항을 심의·의결하도록 하는 방안을 생각해 볼직하다.

경찰의 민주화의 핵심적 방안 중 하나인 경찰권의 지방분권은, 2000년대의 자치경찰 도입 노력이 허무하게 무산된 뒤 이제 그에 관한 논의조차 사라진 것으로 보인다. 그러나 모든 권력의 독점은 남용의 결과를 초래한다는 점에서, 경찰권의 분산은 반드시 필요하며, 그것을 위한 가장 유용한 방법이 자치체경찰의 도입, 즉 경찰권을 국가가 지방자치단체가 나누어 보유하고 행사하는 것이다. 자치체경찰의 구체적 도입 방법은 신중한 연구·검토를 거쳐 국민적 합의를 얻어 결정되어야 하겠지만, 그 도입 자체는 경찰의 민주화와 경찰권의 남용 방지를 위하여 반드시 실현되어야 한다. 이 점에서 자치체경찰의 도입은 우리 경찰법제에서 여전히 가장 중요하고 시급한 과제라고 보아야 할 것이다.

2. 경찰행정법학의 과제

경찰행정법제의 과제는 입법자에게 지워진 것이지만, 연구자들에게 더 중요한 것은 경찰행정법학의 과제일 것이다. 실정법제의 개선은 입법자에 의하여 실현된다고 하더라도, 그 이론적 근거를 제공하고 개선의 방향을 제시하는 것은 관련 학계의 일이기 때문이다. 우리 경찰행정법학은 위에서 제시한 경찰행정법제의 과제를 해결하기 위한 논거와 방향

을 제시할 책무가 있으며, 그것은 바로 경찰행정법학의 과제라고 할 수 있다. 그러나 이러한 실천적 과제 외에, 순수한 이론적 측면에서 우리 경찰행정법학은 다음과 같은 과제를 안고 있다고 생각된다.

1) 경찰행정법의 성격 규정

경찰은 행정의 한 영역이고, 경찰행정법은 특별행정법의 하나라는 것이 경찰행정법에 관한 통설적 설명이다. 그러나 경찰이 구체적으로 무엇을 가리키는지에 관해서는, 명확하지 않은 점이 있다. 대륙법계 국가, 특히 독일에서 19세기 말, 20세기 초에 확립된 실질적 의미의 경찰 개념은 경찰을 담당 기관과 관계없이 “공공의 안녕과 질서를 유지하기 위한 권력적 명령·강제작용,” 즉 위해방지작용²¹⁾으로 정의한다. 그런데 이러한 위해방지는 일반경찰기관만이 담당하는 것이 아니라 그 밖의 일반행정기관도 그 고유임무를 수행하는 과정에서 발생하는 위해를 방지하는 역할을 수행하며, 이것도 또한 실질적 의미의 경찰이라고 한다. 일반경찰기관이 담당하는 위해방지작용인 협의의 경찰(제도적 의미의 경찰, 보안경찰)에 대하여 일반행정기관이 그 임무영역에서 부수적으로 수행하는 위해방지작용을 협의의 행정경찰이라고 부르고, 양자를 합하여 광의의 경찰이라고 하는 것이 전통적인 용례였다.

그런데 이러한 용례에 따르면, 경찰은 특정한 행정영역이 아니라 모든 행정영역에 많은 적든 내재하는 일정한 성질의 작용을 가리키는 것이 된다. 예컨대, 건축행정은 건축을 통한 미관 보호나 토지 이용의 효율성 확보와 같은 적극적 복리증진작용과 건축물의 안전성 확보를 위한 명령·강제하는 소극적 위해방지작용(건축경찰)을 포함하며, 조세행정도 국가의 재정수입 확보라는 재정목적작용과 탈세 등 조세와 관련된 범죄의 예방·제지

21) 위험(Gefahr)과 장애(Störung)를 구별하면서도 경찰작용의 내용을 ‘위험방지’로 규정하는 것이 일반화되어 있다. 그러나 위험이 경찰의 개입 대상이라면 위험이 현실화된 장애는 더욱 경찰의 개입 대상이 되어야 한다. 필자는 위험과 장애를 포괄하여 ‘위해’로 일컫는 고 金道稔 박사의 용례(一般 行政法論(下), 第4全訂版, 靑雲社, 1992, 290면. 金南辰·金連泰, 行政法 II, 제19판, 法文社, 2015, 290면; 김철용, 행정법, 초판, 박영사, 2011, 988면; 朴鈺旿·鄭亨根, 最新行政法講義(下), 改正28版, 博英社, 2009, 292면도 같다)를 따라 경찰의 내용을 ‘위해방지’로 규정한다.

및 진압이라는 위해방지작용(조세경찰)을 포함한다. 그렇다면 특별행정법으로서의 경찰행정법은 성립할 여지가 없고, 경찰은 특정한 행정영역이 아니라 모든 행정영역에서 많은 적든 공통적으로 사용하는 행정작용의 한 기법을 가리키는 데 불과하며, 경찰행정법은 특별행정법이 아니라 일반행정법 중의 행정작용법 중에 용해되어야 할 것이다.

특별행정법의 하나로서 경찰행정법이 존립하기 위해서는, 환경행정법이나 토지공법, 나아가서 최근에 부상되고 있는 과학기술법이나 원자력법 등과 같이, 고유의 행정영역을 규율 대상으로 확보하여야 한다. 그러나 그렇게 되면, 종래에 경찰행정법의 내용으로 인정돼 왔던 협의의 행정경찰을 포기해야 되는 문제가 발생한다. 이는 아래에서 보는 경찰행정법의 범위 확정의 문제이기도 하지만, 그 이전에 경찰행정법의 성격 내지 본질을 무엇으로 볼 것인가의 문제로서, 심도 있는 논의가 필요하다고 생각된다.

2) 경찰행정법의 범위 확정

현재 경찰행정법의 범위는 두 가지 차원에서 논의의 여지가 있는 것으로 보인다.

첫째는 위에서 본 규율 대상의 문제—협의의 경찰만을 대상으로 할 것인가, 협의의 행정경찰을 포함한 광의의 경찰을 대상으로 할 것인가—이다. 우리의 통설은 아직도 독일에서 20세기 초에 확립된 근대적 경찰개념에 입각하여 광의의 경찰을 대상으로 하는 것이 당연하다고 보고 있다. 그 주된 이유는, 담당 기관이 다르더라도 같은 성격의 작용에는 같은 법규 및 법원리가 적용되어야 한다는 것, 즉 건축경찰이나 위생경찰·공물경찰·조세경찰 등에도 그 분야에 고유한 규정이 없는 경우에는 경찰행정법의 규정과 원리가 적용되어야 한다는 데 있는 것으로 보인다.

그러나 오늘날 경찰 이외의 모든 행정영역에서는 그 영역에 고유한 실정법규와 법원리가 거의 완비되어 있어서 협의의 경찰에 적용되는 법규와 원리가 적용될 필요는 크게 감소하였고, 설사 고유의 법규와 원리가 없는 경우에도 경찰행정법의 규정과 원리는 준용이라는 방식으로 적용하면 족하고, 굳이 그러한 영역에서의 행정활동을 경찰행정으로 이름붙일 필요는 없다고 생각할 수도 있다. 그렇다면 차라리 광의의 경찰개념을 포기하고 경찰만을 협의의 경찰행정법의 규율 대상으로 하는 것이 바람직하다는 입론도 가능

하다.²²⁾

둘째는 보다 근본적(radical)인 문제로서, 경찰행정법이라는 이름으로 사법경찰작용을 배제하는 것이 과연 바람직한 것인가의 문제이다. 주지하다시피 같은 경찰기관이 담당하더라도 목적에 따라 행정경찰과 사법경찰을 구별하고, 사법경찰은 행정이 아니라 사법작용에 속하며, 행정작용으로서의 경찰은 행정경찰만을 의미한다는 것이 대륙법계 국가의 전통이다. 이에 따르면 경찰과 경찰행정은 동의어이며, 경찰법과 경찰행정법도 동의어이다. 그러나 경찰기관의 실무상 행정경찰과 사법경찰은 최대한 분리되어 있지만 완전한 분리는 불가능하며, 행정경찰작용(위해방지)과 사법경찰작용(범죄피의자의 체포, 수사, 증거수집)은 동일인에 의하여 동시에 이루어지기도 한다. 나아가 실정법규도 행정경찰과 사법경찰에 동시에 적용되기도 한다. 「경찰관 직무집행법」 제3조에 의한 불심검문이 대표적인 예이다.

그렇다면 영미와 같이 행정경찰과 사법경찰의 구별을 배제하고 경찰의 내용은 위해방지작용과 수사작용을 포함하는 것으로 보아 양자에 관한 법규와 법원리의 총체를 경찰법으로 명명하는 것도 생각해 볼직하다. 현재로서는 혁명적인 발상이라고 평가되겠지만, 그것이 경찰기관 구성자인 경찰공무원의 입장에서나 일반 국민의 입장에서 더 알기 쉽고 편리하다면, 일소에 부쳐야 할 일만은 아닐 것이다.

22) 제2차 세계대전 후 독일의 대부분의 주에서는 탈경찰화(Entpolizeilichung)가 이루어져, 경찰은 보안경찰만을 의미하고, 종래 경찰에 포함시켰던 협의의 행정경찰은 질서행정(Ordnungsverwaltung)으로 부르는 것이 일반화되었다. 그러나 그러한 경우에도 경찰과 질서행정은 영역상 구분될 뿐, 같은 법원리가 적용되는 것으로 보는 듯하다. 우리나라에서 경찰개념의 협의설을 주장하는 대표적인 학자로는 고 김도창 박사가 있다. 김 박사는 “① ……[광의의 경찰개념이] 반민주적인 경찰권의 비대화를 위한 구실을 제공했던 독일·일본의 전철을 잊어서는 안되고, ② 일반공안유지에만 당하는 영·미 경찰개념의 민주적 성격을 도입할 필요가 있으며, ③ 뿐만 아니라 사회국가 체제 아래서 과거 협의의 행정경찰작용으로 간주되던 것이 이제는 福利行政部門(예컨대 환경행정·위생행정·산업행정 등)에 흡수되어 그 부문의 권력작용인 보안행정이라는 시각에서 논의되게 되었음을 감안할 때, 현대적인 민주국가적·사회국가적 보안경찰에 국한하는 狹義의 秩序行政 개념이 타당할 것으로 생각된다”고 역설하고 있다(金道稔, 위의 책, 291-292면. 다만, 여기에서 ‘질서행정’은 ‘경찰’과 동의어로 사용됨).

3) 경찰행정법의 권력성 완화

전통적으로 경찰행정법학은 시민적 법치국가적 경찰개념에 입각하여 공공의 안녕·질서 유지를 위한 권력적 명령·강제작용만을 경찰로 이해하였다. 그러나 이러한 경찰개념은 현실의 경찰작용 중 반 이상을 차지하는 비권력적·보호적 작용을 경찰행정법의 규율 대상에서 제외함으로써 경찰에 대한 법적 통제의 길을 봉쇄하는 결과를 초래하였다. 물론 이러한 경찰개념이 경찰의 권력성에 주목하여 권력행사의 요건과 절차를 엄격히 규제함으로써 권력행사를 통제하고 국민에게는 권력행사에 대한 대처수단을 제공하려는 목적이었고, 그러한 목적이 상당 부분 달성되었다는 점은 높이 평가되어야 한다. 그럼에도 불구하고, 이러한 권력적 경찰개념은 거꾸로 경찰기관 구성원과 국민에게 “질서유지가 목적이니까 권력행사가 당연하다”는 고정관념을 고착화한다는 점도 무시할 수 없다. 이미 경찰 실무에서는 ‘질서경찰’·‘권력경찰’보다는 ‘봉사경찰’·‘서비스경찰’의 측면이 강조되고 있는 오늘날, 권력작용만을 경찰행정법의 규율 대상인 경찰이라고 하는 것은 현실적합성을 결여한 것이라고 생각된다.

보다 중요한 것은 국가와 국민 간의 관계를 권력적 명령·복종관계가 아니라 본질적으로 대등한 권리·의무의 주체로서 때로는 경쟁하고 때로는 협력하는 관계로 이해하는 것이 현대국가의 민주주의 헌법구조에 적합하다는 점이다. 경찰이 위해방지를 위하여 국민에게 권력을 행사하는 경우가 있더라도, 그것은 어디까지나 비권력적인 방법으로 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 허용되는 것이며, 일차적으로는 경찰기관과 시민 간의 협의와 협력을 통하여 위해방지의 목적을 실현하도록 노력하여야 한다는 점이 분명히 인식되고 강조될 필요가 있다. 물론 기존의 경찰행정법학에서도 이를 경찰비례의 원칙이라는 이름 아래 중요한 법원칙의 하나로 인정해 왔지만, ‘경찰권 행사의 조리상 한계’ 차원을 넘어서서 처음부터 경찰의 개념 자체를 재구성하여 이러한 원칙이 구현되도록 할 필요가 있다.

IV. 결 론

우리 손으로 우리 법을 만들기 시작한 지 70년 가까운 세월이 흐르는 동안, 우리나라의 실정 법제와 법학은 전반적으로 놀랄 만한 변화와 발전을 보여주었다. 그러나 경찰행정법의 경우, 이러한 일반론은 적용되지 않는다. 경찰행정의 실정 법제는 1960년대 수준에서 크게 벗어나지 못하고 있고, 경찰행정법학은 이제 시작하는 단계에 와 있을 뿐이다.

우리나라의 실정 경찰행정법제를 조직법과 작용법으로 나누어 볼 때, 조직법은 외형상으로는 상당한 발전이 있었지만 내용상으로는 경찰조직의 민주화라는 이념을 실현하지 못하고 있다. 작용법의 경우에도 가장 중요한 일반법은 1950년대의 수준에서 크게 발전하지 못하고 있다. 그리하여 우리의 실정 경찰행정법제는, 경찰작용의 체계적이고 포괄적인 새로운 일반법 제정과 경찰조직의 민주화—지방분권을 포함하여—를 과제로 안고 있다.

경찰행정법학의 경우, 1990년대 후반 이후 양적으로 괄목할 만한 성장을 이루어, 이제 일반행정법학으로부터 독립한 특별행정법학의 하나로 공인받기에 이르렀다. 그러나 우리 경찰행정법학의 발전단계는 이제 첫걸음을 내디딘 것에 불과하고, 성숙 단계에 들어서기 위해서는 많은 노력이 필요한 것으로 보인다. 우리 경찰행정법학이 시급히 풀어야 할 과제로서는, 경찰행정법의 성격을 명확하게 규정하는 것, 경찰행정법의 범위를 확정하는 것, 경찰행정법의 권력성을 완화하여 경찰행정의 민주화를 달성하는 것 등을 들 수 있다. 그러나 우리 경찰행정법학의 가장 중요한 과제는, 현재의 우리나라 경찰행정과 경찰행정법의 현실에 입각한 법이론을 구축하여 ‘한국 경찰행정법학’을 정립하는 일일 것이다.

1990년대 후반부터 경찰행정법 연구자와 연구성과가 증가하고 관련 학회가 설립되어 활발하게 활동하는 등, 우리 경찰행정법학의 외형은 괄목할 만큼 확대되었다. 그러나 이러한 양적 성장에도 불구하고, 아직은 연구성과의 대부분이 외국의 법제와 법이론의 도입·소개를 내용으로 하고, 우리 경찰행정의 현실에 기초한 이론의 개발이나 제안에는 이르지 못하고 있는 것도 사실이다. 물론 외국의 선진 제도와 이론을 도입·소개하는 것은 학문의 발전단계에서 필수적이며, 학문의 초창기에는 물론이고 고도의 성숙 단계에 들어

선 뒤에도 게을리해서는 안 될, 가치 있는 작업이다. 그러나 그 목적은 단순한 호기심의 충족이 아니라 우리 현실—행정의 실무와 법제의 현상—의 이해와 개선에 있어야 한다.

우리 경찰행정법학이 우리 경찰행정의 이해와 개선에 기여하려면, 외국 경찰행정법학의 복사판이 아니라 ‘한국 경찰행정법학’이 되어야 한다. 여기에서 ‘한국 경찰행정법학’이란 외국에서 유래하지 않은 한국 고유의 방법론에 입각하여 외국에서 볼 수 없는 독특한 내용의 법이론을 구성하여야 한다는 의미로 이해되어서는 안 된다. 외국의 이론을 적용하더라도, 그 대상은 우리의 현실이어야 하며, 우리 경찰행정의 실무와 법제를 개선하는 데 기여할 수 있어야 한다는 의미일 뿐이다.

그러한 의미에서, 경찰행정법학계 최대의 난제라고 할 개괄적 수권조항의 입법 문제를 되돌아볼 필요가 있다. 다수설인 입법 필요론은 그 논거가 대부분 독일에서의 논의를 차용하고 있다. 그리고 그 배경에는 독일 대부분의 주가 개괄적 수권조항을 가지고 있다는 것이 중요한 영향을 미친 것으로 보인다. 그러나 그 논거를 수궁할 만하더라도, 독일에서는 이미 나치 치하에서의 혹독한 경험과 종전 후의 뼈아픈 반성을 거쳐, 개괄적 수권조항이 존재하더라도 남용되어 인권침해와 경찰국가로 이어질 가능성이 거의 사라졌다는 점이 고려되어야 한다. 그렇다면 우리의 경찰 실무와 경찰기관 종사자의 의식 및 행태도 그러한 수준에 이르렀는지, 철저한 검증과 확인이 필요하다. 그러한 확신이 설 때까지는, 선불리 경찰국가화의 위험을 무릅쓰고 개괄적 수권조항을 도입하는 우를 범해서는 안 될 것이다.

신진기예의 행정법학자와 경찰법학자들이 모여 우리나라 행정법학과 경찰법학의 발전을 이끌고 있는 (사)행정법이론실무학회와 (사)한국경찰법학회의 첫 공동학술대회를 통하여, 우리나라 경찰행정법제와 경찰행정법학의 현상과 과제가 명확하게 인식되고 그 개선을 위한 토론이 활발하게 진행되어, 우리 경찰행정법이 한 걸음 성숙해지는 계기가 되기를 기대한다.

주제 1

행정경찰과 사법경찰

이진수
(영남대학교 교수)

行政警察과 司法警察¹⁾

－ 警察의 擴大·集中 定向과 이에 대한 法治主義的 牽制의 觀點에서 －

이진수 (영남대학교 교수)

I. 서 론

최근 국민 생활 전반에 대하여 국가의 역할을 강조하고 국가의 개입을 당연시하는 경향과 예방·안전을 명분으로 하는 국가의 확대 경향에 맞물려, 종래 경찰법의 핵심 개념인 위험방지의 영역이 점차 확대되어 가고 형식적 의미의 경찰이 수행하는 사법경찰 역시 확대되어 그 결과 전체로서의 경찰의 확대는 물론, 형식적 의미의 경찰의 확대·집중되는 정황이 나타나고 있다는 우려가 본 연구의 출발점이다.

이러한 우려에 대한 해답을 얻기 위해서는, 전체로서의 경찰 그리고 우리나라에서의 형식적 의미의 경찰에 대한 이해가 필요하고, 이를 위하여 먼저 전체로서의 경찰과 형식적 의미의 경찰을 구성하는 각 개념요소들에 대하여 살펴볼 필요가 있게 된다.

본 연구의 목적은 프랑스에서 유래된 행정경찰과 사법경찰의 개념을 밝히고자 하는 것에 있는 것은 아니다. 행정경찰과 사법경찰의 구분, 독일에서의 탈경찰화를 통한 행정경찰의 분화, 그러한 개념들을 받아들인 우리나라의 경찰법에서의 행정경찰과 사법경찰, 그리고 그에 따른 제도화의 결과인 형식적 의미의 경찰에 대하여 살펴봄으로써 경찰작용에 대한 우리나라의 제도를 살펴보고자 하는 데에 연구의 1차적 목적이 있다.

1) 본 연구는 박정훈, “컴퓨터프로그램 보호를 위한 행정법적 제도”, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2010, 381-419면; 박정훈, “협회의 행정벌과 광의의 행정벌”, 앞의 책, 319-379면에서의 논의를 단초로 하여, 본고에서 인용한 다수의 훌륭한 선행연구를 기반으로 한 것임을 미리 밝힙니다.

이러한 개념적 논의를 시작으로, 위협방지영역(행정경찰)의 확대경향, 형사소추영역(사법경찰)의 확대 및 집중경향의 원인과 그에 대한 법치주의적 견제의 방안을 모색해 보는 데에 본 연구의 2차적 목적이 있다.

이하에서는 이러한 연구의 목적에 따라, 먼저 행정경찰과 사법경찰을 중심으로 개념적으로 구분하고(Ⅱ), 경찰의 확대·집중 경향의 원인을 살펴본 후(Ⅲ), 그에 대한 법치주의적 견제방안을 제시해보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 행정경찰과 사법경찰

1. 행정경찰과 사법경찰

경찰작용은 그 목적에 따라 행정경찰과 사법경찰로 나눌 수 있다. 행정경찰이란 공공의 안녕과 질서를 유지하는 권력작용으로 가장 전형적인 경찰행정작용을 말하고, 사법경찰은 범죄의 수사과 범인의 체포를 위한 권력작용을 말한다.²⁾ 행정경찰과 사법경찰의 구분은 프랑스에서 비롯된 것으로, 대륙법계 여러 국가에서는 일반화된 것으로 설명³⁾되고 있으나, 영미의 경우에는 “양자의 구별을 인정하지 않고 사법경찰사무는 일반경찰기관의 고유사무이자 주된 사무로 이해되고 있다”고 한다.⁴⁾

2. 외국에서의 논의

(1) 프랑스⁵⁾

일반적으로 행정경찰과 사법경찰의 구별은 프랑스에서 유래된 것으로 설명되고 있

2) 박윤훈, 최신행정법강의(하), 박영사, 2001, 310면; 박정훈, 앞의 책, 387-388면.

3) 박윤훈, 각주2의 책, 310면.

4) 박윤훈, 각주2의 책, 310면.

5) 프랑스에서의 행정경찰과 사법경찰의 구별에 대하여 상세하게 논의한 문헌으로는 강지은, “공생 발전을 위한 경찰의 임무- 프랑스의 행정경찰법제와 그 시사점”, 『법학논고』 제42호(2013.5),

다.6) 프랑스에서의 행정경찰과 사법경찰의 구별은 프랑스에 특유한 ‘행정기관과 사법기관의 분리원칙’⁷⁾에 따른 행정권과 사법권의 구분에서 비롯된 것으로, 수행하고자 하는 임무의 목적에 따라 구별된다고 한다.⁸⁾ 프랑스에서는 일반적으로 행정경찰에 대하여 “공공질서를 위하여 개인의 자유를 제한하는 일정한 행정청이 행사하는 간섭형태” 또는 “사회생활의 여러 부문에서 질서의 교란을 예방하거나 중식시키는 공공질서의 유지를 위한 공역무활동” 등으로 설명⁹⁾되는 등, “공공질서의 유지작용”으로 보고 있다고 한다.¹⁰⁾

행정경찰은 위와 같이 공공질서 유지를 위한 예방적 경찰작용¹¹⁾을 의미하는데 반해, 사법경찰은 범죄를 전제로 범죄자를 밝혀내고 이들을 관할 형사법원에 넘기는 것을 목적으로 하는 경찰작용¹²⁾으로 설명된다. 프랑스 국사원은 “행정경찰은 공공질서에 대한 장애의 발생을 막기 위한 예방적”¹³⁾ 목적을 갖고, “사법경찰은 범죄를 확인한 다음 범인을 찾아내어 재판에 회부하게 된다는 점에서 처벌적인”¹⁴⁾ 목적을 갖는 것으로 보았고, 관할 재판소도 목적에 따른 구별을 수용하였다고 한다.¹⁵⁾

프랑스에서 행정경찰과 사법경찰을 구별하는 실익으로 첫째 법원의 관할이 다르다는 것, 즉 행정경찰은 행정법원의 관할에, 사법경찰은 일반사법법원의 관할에 속한다¹⁶⁾는 점, 둘째, 행정경찰작용에 의하여 발생한 손해에 대한 배상책임의 인정과 사법적 역무의 수행으로 인한 사법경찰작용에 의하여 발생한 손해에 대한 배상책임의 인정에는 차이가

69-94면; 박재현, “프랑스의 행정경찰에 관한 연구”, 「법학연구」 제27권 제1호(2016.6), 377-399면; 오승규, “프랑스 행정경찰 개념의 역사적 변천과 시사점”, 「경찰법연구」 제14권 제1호(2016), 235-249면; 이광윤, “행정경찰개념의 재검토”, 「사법행정」, 31권 11호(1990.11), 67-73면; 이승민, 프랑스의 경찰행정, 경인문화사, 2014; 전훈, “행정경찰개념과 공공질서의 의미-프랑스 행정관례와 그 시사점-”, 「한국프랑스학논집」, 제51호(2005.8), 435-452면 등 참조.

6) 김재광, 경찰법각론, 한국법제연구원, 2007, 30면.

7) 이승민, 앞의 책, 36면.

8) 오승규, 앞의 논문, 240면.

9) 이광윤, 앞의 논문, 69면.

10) 이광윤, 앞의 논문, 69면.

11) 오승규, 앞의 논문, 240면.

12) 강지은, 앞의 논문, 80면.

13) 이승민, 앞의 책, 42면.

14) 이승민, 앞의 책, 42면.

15) 이승민, 앞의 책, 42면.

16) 박재현, 앞의 논문, 382면.

있다¹⁷⁾는 점 등으로 설명되고 있다.

프랑스에서는 대체로 행정경찰을 일반행정경찰과 특수행정경찰로 구별한다. 일반행정경찰은 전통적인 행정경찰로 공공질서를 확보할 목적으로 모든 활동과 모든 권리의 주체에게 적용되는 경찰작용이다.¹⁸⁾ 일반행정경찰은 주로 자치경찰에 의하여 수행된다.¹⁹⁾ 특별행정경찰은 특정한 활동만 규율하며 기정된 무질서의 제거를 위한 조치만 취할 수 있는 경찰작용을 말한다.²⁰⁾ 이러한 특별경찰은 그 목적에 있어서는 일반경찰과 크게 다르지 않으나, 이를 창설한 법률의 명시적 규정에 따라 작용하게 된다는 점에서 차이가 있다고 설명된다.²¹⁾

다만, 프랑스에 있어서 하나의 기관이 동시에 행정경찰과 사법경찰의 임무를 담당하는 등 행정경찰과 사법경찰의 구별은 조직법적으로는 큰 의미가 없다고 설명되고 있다.²²⁾

(2) 독일

독일에서도 행정경찰과 사법경찰이 구분되어 규율되고 있다고 설명²³⁾되고 있으며, 주로 경찰의 주된 임무를 위험방지(Gefahrenabwehr)로 보면서, 위험방지 영역 외의 경찰임무로 형사소추(Strafverfolgung)를 설명하고 있는 것으로 보인다.²⁴⁾ 위험방지와 형사소추는 적용되는 원칙²⁵⁾, 조직상 지위(검사의 지휘권 관련), 경찰작용의 전제가 되는 구성요

17) 강지은, 앞의 논문, 82-83면.

18) 이광윤, 앞의 논문, 70면.

19) 오승규, 앞의 논문, 244면.

20) 이광윤, 앞의 논문, 71면.

21) 오승규, 앞의 논문, 244면; 이광윤, 앞의 논문 71면.

22) 강지은, 앞의 논문, 77면; 박재현, 앞의 논문, 387면; 오승규, 앞의 논문, 244면 등

23) 김재광, 앞의 책, 30면.

24) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9.Aufl., 2016, S.252-265. Schenke 교수는 경찰에 있어서 위험방지 외의 권한으로, 집행의 원조(Vollzugshilfe), 형사소추(刑事訴追)와 관련된 경찰권한(Polizeiliche Befugnisse bei der Verfolgung von Straftaten), 질서위반행위의 소추와 관련된 경찰권한(Polizeiliche Befugnisse bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten) 등으로 구분하여 설명하고 있다.

25) 위험방지의 경우에는 편의주의(便宜主義:Opportunitätsprinzip)가 적용되는데 반하여 형사소추에는 법정주의(Legalitätsprinzip)가 적용된다고 한다.

건, 권리구제 등에 있어 차이가 있다고 설명된다.²⁶⁾

독일의 행정경찰과 관련하여, 논의의 필요상 독일의 행정경찰에 있어서 특징적인 이른바 ‘탈경찰화’(Entpolizeilichung)에 대하여 살펴보기로 한다. 독일에서는 모두 세 차례에 걸친 탈경찰화가 진행되었는데,²⁷⁾ 제2차 세계대전 이후의 탈경찰화(두 번째 탈경찰화)가 핵심이다. 제2차 대전 이후 독일에서는 나치 시대에 대한 반성으로 탈경찰화가 진행되어, 대부분의 질서유지작용이 일반 행정기관으로 이관되고 경찰의 직무권한은 집행경찰에 국한되게 되었다.²⁸⁾²⁹⁾ 현재의 독일 경찰체제는 1945년 2월의 알타회담에서 연합군이 합의한 것을 기초로 하고 있는데, 당시의 경찰 조직을 해산하고, 경찰을 조직을 새롭게 구성하면서 동시에 그 권한을 축소하는 것이었다고 한다.³⁰⁾ 독일에서는 2차 대전 이후에 경찰조직의 권한을 축소하는 방향으로 조치가 이루어졌는데, 이는 탈나치화(entnazifizieren), 민주화(demokratisieren), 비무장화(entmilitarisieren), 그리고 분권화(dezentralisieren)를 목표로 하였다고 한다.³¹⁾ 지금까지는 모든 공공의 안녕과 질서와 관계되는 것들을 경찰이라고 지칭하였다면, 이제는 경찰이라는 개념은 단지 집행역무만을 위한 것으로 사용되어야 했고,³²⁾ 이러한 관념에 상응하게, 많은 란트에서 위험방지라

26) 국내문헌에서도 독일의 경우 경찰의 사전예방 경찰작용으로서의 위험방지활동과 사후진압 경찰작용으로서의 범죄수사활동을 구분하여, 적용되는 법에 있어 전자는 경찰관직무집행법 후자는 형사소송법이 적용되고, 지휘권한은 전자는 경찰청장에 후자는 검사에 있으며 경찰작용의 요건이 전자는 구체적 위험의 존재인 반면 후자는 충분한 범죄혐의의 존재에 있고 권리구제절차에 있어서도 각각 행정소송과 형사소송에 따른다는 점에서 구별의 필요성을 긍정하고 있다고 설명하고 있다. 손재영, 경찰법, 박영사, 2014, 11-12면.

27) 제1차 탈경찰화는 18세기에 진행된 “경찰 개념에서 복리증진이 탈락되는 과정”을, 2차 탈경찰화는 제2차 세계대전 이후에 진행된 “위험방지 영역의 분리”에 따른 탈경찰화를, 제3차 탈경찰화는 위험방지의 민영화(Die dritte Entpolizeilichung - Privatisierung der Gefahrenabwehr) 경향을 말한다. 독일에서의 세 차례에 걸친 탈경찰화 과정을 소개하고 있는 문헌으로 Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11.Aufl., 2007, S. 3-17. 국내문헌으로는 서정범/박병욱 역, 쿠겔만의 독일경찰법, 세창출판사, 2015, 40면 참조.

28) 박정훈, 앞의 책, 388면.

29) 독일 경찰법전통에 있어 행정경찰에 속하였던 영역들을 경찰에서 분리하여 새롭게 질서행정으로 전환시키는 조치로 이해하여 ‘경찰의 행정화’로 설명하는 견해도 있다. 권배근, “독일경찰의 행정화 과정에 관한 역사적 고찰”, 「중앙법학」, 제9집 제3호(2007.10), 80면 참조.

30) Knemeyer, POR, S. 6.

31) Knemeyer, POR, S. 6.

는 일반적 임무는 경찰로부터 분리되게 되었다. 결론적으로 독일에 있어 행정경찰작용은 일반경찰기관이 수행하는 작용과 탈경찰화에 따라 질서행정청이 수행하는 작용으로 나뉘게 된다.

(3) 일본

일본의 경우, 행정경찰과 사법경찰의 구별 개념이 존재하는데, 행정경찰은 행정상의 목적을 위한 경찰을 의미하고, 범죄의 수사나 피의자의 체포 등을 목적으로 하는 사법경찰에 대응되는 의미로 사용되기도 하고 한편으로는 사회 공공의 안전과 질서의 유지라는 보안경찰에 대응되는 의미로 사용되기도 한다고 설명된다.³³⁾

3. 우리나라에서의 논의

(1) 행정경찰과 사법경찰의 구분

우리나라의 학설은 대체로 행정경찰과 사법경찰을 구별하고 있다. 행정경찰에 대하여는 사회공공의 안녕과 질서를 유지하기 위한 권력적 행정작용으로 이해하면서, 범죄의 수사, 범인의 체포 등 형사소추를 목적으로 하는 권력작용인 사법경찰과 구분하고 있는 것으로 보인다.

행정경찰은 실질적 의미의 경찰개념 즉, 사회 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위한 위험방지활동을 의미한다.

사법경찰의 성격은 형사사법작용³⁴⁾ 또는 법원의 형사사법작용의 보조활동³⁵⁾으로 설명되고 있다.³⁶⁾ 한편, 범죄의 수사, 피의자의 체포와 같은 직무는 본래 사법작용으로서의

32) Knemeyer, POR, S. 6.

33) 田中二郎, 行政法(下), 弘文堂, 1960, 439-441면; 박윤훈, 각주2의 책, 298면.

34) 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2015, 199면; 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2016, 590면; 정하중, 행정법개론, 법문사, 2015, 1074면; 최영규, 경찰행정법, 법영사, 2013, 19면.

35) 박정훈, 387면; 홍준형, 행정법, 법문사, 2011, 1279면.

36) 일본에서는 행정기관인 경찰이 실질적으로 수행하고 있다는 측면을 중시하여 범죄의 수사도 행정경찰에 포함된다는 견해도 주장되고 있으나(田村 正博, 警察行政法解説, 東京法令出版,

성질을 가지는 것이지만, 공공의 안녕·질서의 유지를 담당하는 기관에 맡기는 것이 편리한 탓으로 행정경찰기관에 위탁되어 있고, 이에 의하여 행정기관으로서의 경찰이 범죄수사 등의 직무를 수행할 때, 이를 사법경찰이라고 설명하는 견해³⁷⁾도 있다.

우리나라에서는 이론상 행정경찰과 사법경찰을 구별하고, 행정경찰에 대하여는 행정법규(또는 경찰법규)와 행정법의 원리가 적용되고, 사법경찰은 형벌권의 작용이므로 형사소송법이 적용되어 적용법규가 다르고, 사법경찰은 검사의 지휘를 받아 수행하게 된다는 점, 그리고 그에 따라 각각 소송절차도 다르게 된다는 점에서 구별의 실익이 있다고 한다.³⁸⁾

우리나라에서는 조직상으로는 행정경찰과 사법경찰을 구분하지 않고, 일반경찰기관이 양자를 아울러 관장하고 있다.³⁹⁾ 사법경찰은 형사사법권의 일환으로서 검사의 지휘를 받아 형사소송법의 규정에 따라 행하여진다는 점에서 실질적 의미의 경찰과는 다르지만, 조직상으로는 일반경찰기관의 권한으로 되어 있으므로 형식적 의미의 경찰이라고 할 수 있다.⁴⁰⁾

(2) 협의의 행정경찰과 보안경찰(집행경찰)

우리나라의 일반적 견해는 실질적 의미의 경찰개념은 광의의 행정경찰을 의미하는 것으로 보고, 광의의 행정경찰 속에 보안경찰(집행경찰)과 협의의 행정경찰이 포함되는 것으로 보고 있다.⁴¹⁾ 협의의 행정경찰과 보안경찰은 작용의 성질이 동일하므로 기본적으로 동일한 경찰행정의 법리에 구속되나,⁴²⁾ 해당 경찰작용의 담당기관에 따라 구분하는 것이다. 일반행정청에 의하여 행사되는 위해방지업무를 협의의 행정경찰로, 경찰청에 의하여

2015, 221項 참조), 범죄의 수사는 기능적으로 형사사법작용의 수행이므로 사법작용으로 보는 것이 적절할 것으로 생각된다.

37) 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 2013, 265면; 정하중, 앞의 책, 1074-1075면.

38) 박균성, 앞의 책, 591면; 박윤훈, 각주2의 책, 311면.

39) 김동희, 앞의 책; 류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2016, 1018면; 박윤훈, 각주2의 책, 311면.

40) 김동희, 앞의 책, 199면.

41) 김도창, 일반행정법론(하), 청운사, 1993, 273면.

42) 박균성, 앞의 책, 590면.

행사되는 위해방지작용을 보안경찰로 부른다.⁴³⁾

보안경찰이란 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 일반경찰기관이 수행하는 위해 방지작용을 말하는데, 다른 종류의 행정작용에 부수하지 아니하고 그 자체가 독립적으로 행하여지는 경찰작용을 말한다.⁴⁴⁾ 교통경찰, 소방경찰, 해양경찰, 풍속경찰 등이 여기에 해당한다.⁴⁵⁾

협회의 행정경찰은 고유한 행정임무를 가진 일반행정기관이 그 임무와 관련하여 자신이 관장하는 행정영역에서 그 행정작용에 부수하여 수행하는 위해방지작용으로서의 행정경찰을 의미하는 것으로, 위생경찰, 건축경찰, 산림경찰, 어업경찰, 보건경찰 등이 여기에 해당한다.⁴⁶⁾

앞에서 살펴본 대로, 과거 독일에서는 양 작용을 모두 보통경찰기관이 담당하여 오다가 제2차 탈경찰화로 인하여 협회의 행정경찰은 보통경찰기관의 관할에서 제외되어 일반행정기관이 담당하게 되었다.⁴⁷⁾ 우리나라의 경우에도 대부분의 위해방지업무는 일반행정기관에서 수행하고 있는 것으로 보고 있다.⁴⁸⁾

(3) 소결

우리나라에서의 논의를 정리하면, 경찰작용을 그 목적에 따라 행정경찰과 사법경찰로 구분하고, 행정경찰은 다시 그 담당기관에 따라 협회의 행정경찰과 보안경찰로 구분하고 있다.

43) 정하중, 행정법의 이론과 실제, 법문사, 2012, 756면.

44) 최영규, 앞의 책, 19면.

45) 박균성, 앞의 책, 590면.

46) 김유환, 현대행정법강의, 법문사, 2016, 566면; 박균성, 앞의 책, 590면; 최영규, 앞의 책, 19면.

47) 박윤훈, 각주2의 책, 312면.

48) 정하중, 각주43의 책, 756면. 여기에서는 보안경찰의 예로 교통·집회·위험물단속·사행행위 및 풍속영업규제 등을, 협회의 행정경찰의 예로 건축, 위생, 환경, 산림행정 등과 관련된 위해방지작용 등을 들고 있다.

〈표 1〉 행정경찰과 사법경찰의 구분⁴⁹⁾

행 정 경 찰		사 법 경 찰
협의를 행정경찰	보안경찰	
실질적 의미의 경찰		형사사법

4. 행정경찰과 사법경찰의 제도화: 형식적 의미의 경찰과의 관계

앞에서 간략히 언급하였지만, 우리나라에서의 행정경찰과 사법경찰의 제도화 결과인 형식적 의미의 경찰의 범위를 살펴본다. 우리나라에서의 형식적 의미의 경찰의 범위는, 일제 강점기에 대한 반성으로 인하여 탈경찰화를 거친 결과로, 실질적 의미의 경찰에서 탈경찰화 이후 남아 있는 부분(보안경찰)과 범죄수사를 위한 사법경찰을 합한 것이 된다.⁵⁰⁾

관련하여 우리나라의 경찰법 및 경찰관직무집행법의 규정을 살펴본다. 치안에 관한 사무를 관장하기 위하여 행정자치부장관 소속으로 경찰청을 둔다(경찰법 제2조 제1항). 국가경찰의 임무는 ①국민의 생명·신체 및 재산의 보호, ②범죄의 예방·진압 및 수사, ③경비·요인경호 및 대간첩·대테러 작전 수행, ④치안정보의 수집·작성 및 배포, ⑤교통의 단속과 위해의 방지, ⑥외국 정부기관 및 국제기구와의 국제협력, ⑦그 밖의 공공의 안녕과 질서유지이다(경찰법 제3조). 형식적 의미의 ‘경찰관’에 한정되어 적용⁵¹⁾되는 경찰관 직무집행법 제2조에서는 경찰관의 직무로 ①국민의 생명·신체 및 재산의 보호, ②범죄의 예방·진압 및 수사, ③경비, 주요 인사(人士) 경호 및 대간첩·대테러 작전 수행, ④치안정보의 수집·작성 및 배포, ⑤교통 단속과 교통 위해(危害)의 방지, ⑥외국 정부기관 및 국제기구와의 국제협력, ⑦ 그 밖에 공공의 안녕과 질서 유지를 규정하고 있다. 현재 우

49) 최영규, 앞의 책, 19면의 [표]를 일부 수정한 것임.

50) 박정훈, 앞의 책, 388면.

51) 박정훈, 앞의 책, 388면.

리나라의 경찰법 제3조에서 규정하는 경찰의 임무에는 행정경찰과 함께 일부 사법경찰의 업무가 규정되어 있으며, 경찰관직무집행법도 마찬가지이다.⁵²⁾

협의를 행정경찰 영역을 살펴보면, 건축, 위생, 환경, 산림행정 등과 관련된 위해방지작용을 수행하는 협의의 행정경찰은 탈경찰화로 인하여 형식적 의미의 경찰에서 제외되어 일반행정기관이 담당하도록 분리되어 있다. 이를 통하여 국가 전체의 행정경찰권이 일반경찰기관과 일반행정기관 사이에 나누어지게 되어 국가기관 내부적인 분권이 제도화되는 결과가 되고, 또는 일부 행정경찰의 업무가 지방자치단체장에게 부여되는 경우에는 국가와 지방 사이의 내부적 분권이 제도화될 수도 있다.

그리고 사법경찰 영역에서 물론 일반행정기관에 소속된 공무원들이 특별사법경찰관으로 수행하는 사법경찰작용은 형식적 의미의 경찰에서 제외될 것이다.

앞에서 살펴본 행정경찰과 사법경찰의 구분에 더하여 우리나라의 현재 제도화된 상황을 정리하면 아래의 표와 같다.

〈표 2〉 우리나라에서의 행정경찰, 사법경찰, 형식적 의미의 경찰의 관계⁵³⁾

행 정 경 찰		사 법 경 찰
협의의 행정경찰	보안경찰	
실질적 의미의 경찰		형사사법
일반행정기관 (탈경찰화)	형식적 의미의 경찰	특사경

52) 김성수, 개별행정법, 법문사, 2004, 457면.

53) 최영규, 앞의 책, 19면의 [표]를 일부 수정한 것임.

Ⅲ. 경찰의 확대·집중 정향

행정경찰과 사법경찰의 영역이 확대되고, 형식적 의미의 경찰 그 중에서도 특히 사법경찰이 탈경찰화에도 불구하고 협의의 행정경찰로 확대되어, 결과적으로 형식적 의미의 경찰로 집중되는 정향이 나타나고 있는 것으로 보인다. 본고에서는 그 원인으로 행정경찰 영역에 있어서 위험개념의 확대와 위험에 대한 예방기능의 강조를, 사법경찰 영역에 있어서 과잉범죄화를 살펴본다. 아울러 형식적 의미의 경찰은 현재 우리나라의 경찰제도와 밀접한 관련이 있으므로, 이에 대하여도 검토한다.

1. 위험개념의 확대 및 위험에 대한 예방기능의 강조

먼저, 행정경찰 영역의 확대 원인으로 ‘위험’ 개념의 확대⁵⁴⁾와 위험에 대한 예방적 기능의 강조 경향을 지적하고자 한다.

위험방지의 측면에서 경찰관청의 직무가 구체적 위험이 발생하기 전단계로 확장되는 정향이 나타나고 있다.⁵⁵⁾ 경찰권 발동의 요건으로서 ‘위험’이란 구체적이고 충분한 개연성을 말하고, 반드시 침해행위가 현실적으로 행해지고 있음을 목격할 필요는 없지만, 단순한 추측만으로 부족하고, 구체적 사정에 비추어 현재 침해행위가 행해지고 있거나 곧 행해질 것이라는 가능성이 충분하여야 한다는 것이 경찰법상 위험에 대한 일반적 견해라고 할 수 있다.⁵⁶⁾

자유주의적 법치국가에서 급부국가로 이행하면서, 종래 경찰행정의 영역으로 인식되어 오던 ‘위험방지’에 대하여도 국가의 적극적인 사전배려의 대상으로 보는 인식이 확산되었다.⁵⁷⁾ 이른바 ‘리스크 사회’로 불릴 만큼 복잡하고 여러 가지 위기에 노출되어 있는

54) 위험개념에 관한 독일에서의 논의에 대하여는 이기춘, "경찰질서법상 위험개념 및 표현위험과 위험의 의심-독일경찰법학의 위험개념 검토를 중심으로-", 「공법연구」, 제31권 제4호, 363-392면 참조.

55) 서정범/박병욱 역, 앞의 책, 3면.

56) 박정훈, 앞의 책, 394면.

오늘날의 현실에서는 이러한 구체적 위험개념만으로는 국가와 사회에 대한 위험에 충분히 대비할 수 없다는 문제의식에 따라, 구체적 위험 개념이 약화되고 경찰의 책무가 전통적인 위험방지에 머무르지 않고 위험의 사전배려로 발전하고 있다고 한다.⁵⁸⁾ 종래의 자유주의적 이론에 따르면 위험 발생 이전에는 국가가 개입하는 것은 허용될 수 없을 것이나, 사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip)이 인정됨으로써 사적 영역에 대한 국가의 개입 시기가 앞당겨지게 되었다.⁵⁹⁾

이러한 경향에 따라, 종래의 법치국가에 대응하는 “예방국가”(Präventionsstaat)의 관념이 등장하게 되었다. 예방국가의 관점에서는 경찰의 임무를 위험방지(Gefahrenabwehr), 형사소추(Strafverfolgung), 예방(Prävention)의 세 가지의 삼위일체로 파악하고 있다.⁶⁰⁾ 법치국가가 전통적인 위험방지와 형사소추를 다루었다면, 예방국가는 방지하여야 하는 위험을 구체적 위험의 전단계인 ‘위험의 혐의’까지 확장함으로써 범죄예방, 형사소추에 대한 사전배려(대비), 공공안전에 대한 사전배려(위험방지에 대한 대비) 등을 경찰임무의 범위로 보고 있다.⁶¹⁾

이러한 경향은 비단 위험방지 역할 뿐만 아니라 형사소추의 영역에서도 나타나고 있다. 범죄로부터 국민을 보호하기 위하여 사법경찰의 개입요건인 충분한 범죄 혐의라는 요건이 충족되지 않더라도 경찰의 개입가능성을 인정할 필요성이 강조되고 있고,⁶²⁾ 이른바 '범죄행위에 대한 예방적 대처' 개념을 통하여 범죄행위에 대한 예방적 대처를 일반적인 위험방지임무로 경찰에 위임하여 경찰기관의 임무가 확장되는 결과를 가져오게 되었다고 한다.⁶³⁾

57) 서정범, “경찰개념의 역사적 발전에 관한 고찰”, 『중양법학』 제9집 제3호(2007.10), 129-146면.

58) 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 세창출판사, 2012, 204-211면.

59) 이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010, 921면.

60) Denninger, Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger, 『Handbuch des Polizeirechts』, 5.Aufl., 2012, S. 189

61) Denninger, Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger, 『Handbuch des Polizeirechts』, 5.Aufl., 2012, S. 189. 이러한 경향에 대하여 국내문헌에서도 “전통적 영역인 위험방지, 형사소추 이외에 위험방지에 대한 대비활동과 형사소추에 대한 대비활동 역시 경찰의 영역으로 확대되고 있는 경향”으로 설명하고 있다. 손재영, 앞의 책, 20면.

62) 손재영, 앞의 책, 20면.

63) 서정범/박병욱 역, 앞의 책, 157면. 범죄행위에 대한 예방적 대처에 대한 상세한 설명은 서정

정리하면, 위험 개념의 확대와 국가의 예방적 기능의 강조로 인하여, 경찰 개념 특히 위험방지 영역에서의 행정경찰의 직무범위가 확대되는 결과를 가져오게 된 것으로 보인다.

2. 행정법의 과잉범죄화

(1) 행정형벌의 과잉현상

다음으로, 사법경찰의 확대를 가져오는 원인으로 ‘행정법의 과잉범죄화’를 지적하고자 한다. 비단 행정형벌뿐만 아니라 형벌의 정책화에 따른 형사처벌 조항의 과잉현상도 지적할 수 있을 것이나, 특히 행정법의 영역에서 “행정형벌법규의 과잉현상”⁶⁴⁾은 우리의 행정현실에서 지속적으로 제기되어 온 대표적인 문제점 중의 하나이다.

행정법규 위반에 대한 행정형벌의 부과는 행정의 실효성 확보수단의 하나로, 그 중에서도 간접적 강제수단으로 인정되고 있다.⁶⁵⁾ 행정법규를 위반한 경우에 대체적 작위의무 위반의 경우에는 행정대집행을 통하여 손쉽게 의무이행상태에 도달할 수 있다. 반면, 비대체적 작위의무나 부작위의무의 위반의 경우에는 직접강제 또는 집행벌이 적용될 것인데, 이러한 강제수단은 개별 법률에 의하여 예외적으로 인정되고 있고⁶⁶⁾, 이러한 의무들에 대하여는 대부분 행정형벌에 의존하고 있는 현실이다.⁶⁷⁾ 이러한 현상의 원인에 대하여, “안이하게 의무확보수단으로 위하력이 큰 형벌을 사용하려고 하는 입법자의 태도에 있다”거나⁶⁸⁾, 불이익한 행정처분과 행정형벌을 “이중처벌에 해당하지 않는다고 판례가 보고 있으므로, 모든 경우에 형벌에 의한 담보를 하는 것이 가능해진다”고 설명⁶⁹⁾, 그리

범/박병욱 역, 앞의 책, 156-165면 참조.

64) 박윤훈, “행정법규위반의 탈범죄화”, 『現代公法學의 課題(晴潭 崔松和 教授 華甲紀念)』, 박영사, 2002, 13-32면.

65) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2015, 464면; 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 1998, 586면.

66) 박정훈, 앞의 책, 322면.

67) 박정훈, 앞의 책, 322면.

68) 박윤훈, 각주65의 책, 594면.

69) 박윤훈, 각주65의 책, 595면.

고 “직접강제와 집행벌은 국민의 자유에 대한 속박이 크고 그 남용가능성이 크기 때문에 간접적인 심리적 강제를 통해 국민의 임의이행을 기대하는 것이 법치주의에 부합한다는 취지”라는 설명⁷⁰⁾ 등이 제시되고 있다.⁷¹⁾

한편, 행정형벌의 문제점으로는 일반적인 형사벌과는 달리 행정형벌의 경우 자기 행위의 가벌성이나 위법성에 대한 인식이 없는 상태에서 처벌을 받게 되어 국민의 기본권이 침해된다는 점, 행정형벌의 기능적 측면이 강조됨으로써 그 활용영역이 점점 확대되고 벌칙도 강화되고 있다는 점 등이 지적되고 있다.⁷²⁾

형벌규정의 과잉은 사법경찰 자체의 확대를 가져오는 것은 당연하다. 또한, 행정형벌의 과잉화는 행정법의 형사사법화를 가져올 수 있다. 더 나아가, 탈경찰화로 인하여 형식적 의미의 경찰의 범위 밖에 있는, 그래서 일반 행정청의 권한에 맡겨져 있는 협의의 행정경찰 영역(질서행정 영역)에 있어 행정형벌의 과잉현상화가 나타날 경우에는 협의의 행정경찰 영역이 사법경찰화됨으로써 결과적으로 탈경찰화의 취지가 몰각되고 다시 경찰국가로 회귀할 위험성도 분명히 존재하고 있다고 생각된다. 김도창 선생께서는 “실질적 의미의 경찰개념의 외연을 확대하여 이해함에 따라서, 운영상 제도적 경찰작용을 담당한 일반경찰기관이 차츰 실질적 경찰로 이해된 행정 각 부문에 부수된 질서유지작용을 자기 소관사무로 잠식하여 경찰국가화 경향이 생기게 되었다.”⁷³⁾고 지적하신 바 있다. 이러한 지적은 일반경찰기관이 행정 각 부문에 부수된 질서유지작용과 관련한 형사처벌 조항을 매개로 행정의 영역을 자기 소관사무로 잠식하는 경우에도 유효하다고 생각된다.

(2) 이른바 ‘예방형벌’, ‘안전형벌’의 확대경향

앞에서 살펴본 바와 같이 종래의 법치국가에서 예방국가로 전환되는 경향이 나타나고 있는데, 이러한 예방국가·안전국가로의 전환현상은 형사법 분야에서도 나타나고 있는바,

70) 박정훈, 앞의 책, 322면.

71) 이에 더하여, 현실적으로는 정부입법의 실무관행도 행정형벌 과잉현상의 하나의 원인이 되고 있는 것으로 보인다.

72) 최봉석, “行政刑罰에 대한 一考”, 「법조」, 제555호(2002.12), 109-143면.

73) 김도창, 앞의 책, 272면. 김도창 선생께서는 협의의 행정경찰 영역을 실질적 의미의 경찰에서 제외하신다.

예방형법과 안전형법의 논의가 바로 그것이다.⁷⁴⁾ 이른바 “위험에 대한 예방과 안전 확보”라는 명목 하에 위험예방과 규제의 효율성과 실효성을 높이기 위해 형법을 투입하려는 경향이 강하게 나타나고 있고, 그 결과 형법은 본래의 진압적 기능으로부터 “문제상황에 대비한 광범위한 예방의 도구”⁷⁵⁾로 변환된다. 예방형법, 안전형법은 미래의 불법에 대한 예방 도구로서 형사제재를 동원함으로써, 결국 최후수단이어야 할 형법이 위험예방의 최우선 수단이 되는 결과를 가져온다.⁷⁶⁾

이와 같은 위험 및 안전 분야에서의 예방형법과 안전형법이 확대됨으로써, 종래 행정경찰과 경찰법의 영역인 ‘위험방지’가 사법경찰과 형사법의 영역으로 점차 바뀌어나가게 되고,⁷⁷⁾ 결과적으로 행정경찰의 영역 특히 협의의 행정경찰의 영역에 사법경찰이 형법 규정을 매개로 진입하게 됨으로써, 경찰의 분권화⁷⁸⁾라는 탈경찰화의 움직임에 역행하여 경찰권의 확대·집중을 가져오는 결과가 초래될 것이다. 여기에서도 다시 경찰국가로 회귀할 위험성이 마찬가지로 존재한다 할 것이다.

3. 조직법적 특성

위의 두 가지 현상이 가져올 수 있는 경찰의 확대·집중의 문제는, 연방경찰과 주(Land) 경찰로, 경찰기관과 질서행정청으로, 연방 경찰기관의 경우 다시 연방경찰청(Bundespolizei), 연방범죄수사청(Bundeskriminalamt), 연방헌법보호청(Bundesamt für

74) 하태훈, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제-최근 형사 관련법 개정경향을 중심으로-”, 「고려법학」, 제62호(2011.9), 19-51면.

75) 하태훈, 앞의 논문, 26면.

76) 하태훈, 앞의 논문, 27면.

77) 이에 대하여 이상돈 교수는 예방적 범죄투쟁 정책에 의하여 경찰작용의 대상인 위험을 범죄화하여 처벌하게 되면 형법과 경찰법 사이의 경계가 소멸된다고 지적한다. 이상돈, 기초법학, 법문사, 2010, 578면; 하태훈, 앞의 논문, 28면.

78) 김도창 선생께서는 협의의 행정경찰이 형식적 의미의 경찰로부터 분리되는 탈경찰화를 민주화(demokratisieren)의 측면으로 보고 계신다. 김도창, 앞의 책, 289면: “2차 대전 후 형식적 경찰 임무 중 민주화의 견지에서 비경찰화로 주무부서에 이관시키는 일이 진행된 사실을 직시하지 않으면 안 된다.”

Verfassungsschutz) 등으로 철저하게 분권화되어 있는 독일⁷⁹⁾보다, 고도로 지방분권화 되어 있고 상호간에 독립성이 인정되는 다수의 경찰조직으로 구성되어 있는 미국⁸⁰⁾보다, 단일한 중앙집권적 국가경찰체제를 택하고 있는 우리나라에 있어 보다 발생할 수 있는 가능성이 높을 것으로 생각된다.

IV. 경찰의 확대·집중 정향에 대한 법치주의적 견제

위에서 제시한 경찰의 확대·집중 정향에 대하여 법치주의적 측면에서의 견제방안을 살펴본다.

1. ‘위험개념의 확대 및 위험에 대한 예방기능의 강조’에 대하여

오늘날의 국가와 사회의 현실 속에서 위험 개념의 확장을 전적으로 부정하거나, 사전 배려의 필요성을 전적으로 부인하기는 어려울 것이다. 특히 급부국가의 등장으로 국가의 기능이 강화되는 시기를 거쳐, 예방국가와 안전국가로 나아가는 행정현실에서 전통적 법치국가의 방법론적 관점에서 ‘구체적 위험’과 ‘충분한 범죄 혐의’라는 경찰의 개입요건을 유지할 것인가, 아니면 행정현실을 반영하여 예방과 안전 등 공익 목적 달성을 위해 법치국가적 요청을 완화할 것인가는 결국 이익형량의 문제가 될 것이고, 위험 전 단계에 있어 경찰에게 침익수권을 허용할 것인가의 문제와 관련하여 특히 입법 단계에서의 이익형량의 문제가 될 것이다. 그리고 그러한 이익형량에 있어 최종적 판단기준은 결국 국민의 기본권 보장이 되어야 할 것이다.

한편, 공익 필요상 위험예방과 방지를 위한 적극적 경찰작용을 허용하는 경우에는, 그에 대한 사법적 통제 역시 경찰의 확대에 비례하여 강화하여야 할 것으로 본다. 경찰작용

79) 독일의 연방 경찰-행정기관에 대하여는 Knemeyer, POR, S. 26-31; Schenke, POR, S. 266-274

참조. 독일의 경찰제도에 대하여는 신현기 외, 비교경찰제도론, 법문사, 2015, 377-464면 참조.

80) 미국의 경찰제도에 대하여는 신현기 외, 앞의 책, 303-376면 참조.

에 대한 재판통제는 경찰의 작용형식에 따라 차이가 있게 된다.⁸¹⁾ 위험 개념과 경찰 작용의 특성상, 경찰작용에 대한 항고소송으로 다투는 것은 처분성 또는 소의 이익의 문제로 한계가 있을 것이다. 이에 대하여는 처분성과 소의 이익 개념을 넓게 인정하여야 한다는 행정법학계의 지속적 주장이 여전히 유효하다고 본다. 또한 위험 개념 및 경찰의 확대에 비례하여 국가배상의 인정범위도 확대될 수 있을 것이다. 그리고 경찰작용으로 인한 손실보상의 역할도 역시 확대되어야 할 것이다.

아울러, 위험방지 영역의 특성상, 경찰작용에 대한 절차적 통제가 더 실효성이 있을 수 있으므로, 구체적 위험 전 단계에서의 예방 목적의 경찰작용에 있어서는 보다 강화된 절차적 보장을 국민에게 제공하는 방안도 검토가 필요할 것이다.⁸²⁾

2. ‘행정법의 과잉범죄화’에 대하여

앞에서 살펴본 행정법의 과잉범죄화에 대하여는 종래 행정법의 비범죄화, 행정형벌의 행정질서벌로의 전환이 학계를 중심으로 지속적으로 주장되어 왔다.⁸³⁾ 행정법은 “국가의 제정법 없이도 그 행위의 반윤리성·반사회성에 의거하여 처벌되는 자연법”인 형사법⁸⁴⁾과는 달리 행정목적 달성을 위하여 부과된 행정상 의무의 불이행에 대하여 부과되고 그 목적 역시 간접적인 의무이행수단으로, 사실상 행정의 실효성 확보수단으로서 작동한다는 점에서, 그 입법에 있어 보다 엄격한 기준이 적용되어야 할 것으로 본다. 그 기준으로 헌법 제37조 제2항에서 정하는 기본권 제한의 합헌성에 대한 심사기준을 제시하는 건

81) 경찰행정의 작용형식과 그에 대한 권리구제에 관하여는 김성태, “경찰행정의 작용형식”, 김동희 編, 「행정작용법」, 박영사, 2005, 975-998면 참조.

82) 행정영장제도의 도입에 대하여 논하고 있는 문현으로 금태환, “영장 없는 현장조사의 가능성”, 「행정법연구」, 제46호(2016.8), 105-129면.

83) 박윤훈, 앞의 논문, 27면; 박정훈, 앞의 책, 347면. 예방형벌, 안전형벌의 경우에는 형법의 최후수단성에 기초한 법치국가적 형법을 기초로 “위험예방과 안전은 경찰법이나 위험방지 관련 행정법에 맡기고 제한된 범위 내에서 위험예방과 상대적 안전 확보의 목표달성을 위해서만 형법이 투입되는 것이 바람직하다”는 견해(하태훈, 앞의 논문, 41-42면) 역시도 형법의 개입을 축소하자는 측면에서 맥을 같이 하는 주장으로 생각된다.

84) 박정훈, 앞의 책, 330면.

해⁸⁵⁾에 찬동한다. 동 견해에 따르면, 행정형벌을 입법함에 있어 “처벌의 전제가 되는 행위규범에 관한 목적의 정당성” 요건이 심사기준으로 작용하게 될 것이다.⁸⁶⁾

이러한 논의에 더하여, 필자는 탈경찰화의 목적인 분권화, 특히 국가경찰권 내부에서의 분권화를 실현하기 위한 중요한 정책 수단으로, 행정형벌의 축소가 필요하다는 생각이다. 만약, 행정형벌을 축소할 경우에는 행정의 실효성 확보수단으로 이른바 “광의의 행정벌” 개념⁸⁷⁾을 입법적으로 도입하여 활용할 필요가 있을 것으로 본다. 행정의 실효성 확보를 위하여 의무위반자에게 곧바로 행정형벌을 과할 것이 아니라, 의무위반의 경중에 따라 단계화된 행정벌 체계에 따라 행정제재를 부과하는 것이다. 이를 통하여 형사처벌 규정을 매개로 하는 사법경찰의 확대로부터 행정의 자율성, 일반행정기관(협회의 경찰행정기관)의 1차적 판단권을 보장할 수 있을 것으로 본다. 그리고 이러한 경우에 부득이 행정형벌을 부과하게 되는 경우에도 소관 행정청에 전속고발권을 부여하거나, 협회의 행정경찰기관의 판단을 우선하여야 하는 사무에 대하여는 특별사법경찰관리제도를 확대하는 등, 협회의 행정경찰 영역에 대한 형식적 의미의 경찰의 보충성을 입법적으로 적용하는 것도 대안으로 고려할 수 있을 것이다.

3. ‘조직법적 특성’에 대하여

“모든 행정작용은 조직을 통해 집행되고, 동일한 권한을 행사하더라도 그것이 어떠한 조직에 의해 이루어지느냐에 따라 그 결과에 커다란 차이를 가져올 수 있기 때문에”⁸⁸⁾ 조직법적 측면에서의 검토는 반드시 필요하고 또한 대단히 중요한 부분이라고 할 수 있

85) 박정훈, 앞의 책, 331면.

86) 박정훈, 앞의 책, 331면.

87) 협회의 행정벌이 행정형벌과 행정질서벌을 의미한다면, 광의의 행정벌은 협회의 행정벌 이외에도 의무위반에 대한 제재로서의 수익적 행정행위의 취소·효력 제한이나 새로운 의무이행확보수단으로서 과징금, 위반사실 공표, 공급거부, 허가사업의 제한 등을 모두 포괄하는 개념이다. 박정훈, 앞의 책, 325면.

88) 이원우, “행정조직의 구성 및 운영절차에 관한 법원리 - 방송통신위원회의 조직성격에 따른 운영 및 집행절차의 쟁점을 중심으로”, 『경제규제와 법』, 제2권 제2호(2009.11), 96면.

을 것이다.⁸⁹⁾ 우리나라에서 형식적 의미의 경찰의 범위를 설정함에 있어서, 특히 경찰권의 확대나 집중을 가져오는 이론의 도입의 경우에는 중앙집권적 국가경찰체제를 가지고 있는 우리나라에서는 다른 나라의 경우보다 훨씬 더 비대해진 경찰을 만들어 낼 수도 있으므로, 제도적·조직적 의미의 경찰에 대한 고려가 더욱 중요하고 또한 필요할 것이다.⁹⁰⁾

중앙집권적인 단일조직으로 구성되어 있는 우리나라의 경찰기관의 특성을 고려할 때, 결국에는 ‘탈경찰화’, 그 중에서도 협의의 행정경찰 영역의 분리를 통한 형식적 의미의 경찰의 분권화가 중요하다고 생각된다. 이러한 분권화의 목적은 여러 학자들이 고민하고 경고한 것처럼 ‘경찰국가로의 회귀’를 막기 위한 것이고, 경찰국가로의 회귀를 막는 것은 결국 그로 인하여 국민의 기본권이 침해되었던 역사적 교훈을 바탕으로 한다는 점에서 결국 경찰의 분권적 제도화는 국민의 기본권 보장을 목적으로 하는 것이 된다. 따라서 형식적·제도적 의미의 경찰권의 확대·집중을 가져오는 입법을 함에 있어서는, 효율성, 예방, 안전보장 등 공익 목적의 관점에서뿐만 아니라 국민의 기본권 보장이라는 관점에서 제도적 의미의 경찰 제도의 설계를 고민하여야 할 것이다.⁹¹⁾ 아울러, 헌법상 기본원리인 민주주의 원리, 법치주의 원리도 조직법에서 구현되도록 하여야 할 것이다.⁹²⁾

89) “경찰법은 제도적 의미의 경찰만을 대상으로 하는 것으로 한정하고, 일반경찰기관의 권한과 그 행사방법 및 통제에 관한 법제도와 이론의 개발 및 해명에 주력하는 것이 훨씬 실무에 봉사하는 법을 형성하는 길이 될 것”이라는 주장으로 최영규, “경찰의 개념과 경찰법의 범위”, 『행정법연구』, 제25호(2009.12), 368면 참조.

90) 독일은 경찰의 임무가 주 경찰에 주어지는 것을 원칙으로 하는 (우리나라의 시각에서 보면) 자치경찰제를 시행하고 있고, 연방경찰작용 역시 연방경찰청, 연방범죄수사청, 연방헌법보호청 등으로 내부적으로 분립되어 있다는 점, 프랑스의 경우에는 우리나라와 유사한 국가경찰제를 채택하고 있다고 평가되나, 경찰청장이 민간인인 내무부장관의 소속으로 직접적인 지휘를 받고, 경찰청장 역시 민간인 신분이고 경찰청의 주요 국장 보직에는 대부분 경찰관의 계급을 갖고 있지 않은 내무부 관료가 임명되는 등 민간인에 의한 실질적 통제를 받고 있는 점 등을 감안한다면, 이러한 우려가 반드시 기우에 그치는 것이라고 하기는 어려울 것이다.

91) ‘기본권적 논증’이 국가의 내부구조에 영향을 미치고 행정조직법에도 중대한 영향을 미치고 있으며 기본권의 영향으로 행정제도에 대한 이해가 변하고 있다는 설명으로 이계수, “행정작용법과 기본권”, 김동희 編, 『행정작용법』, 박영사, 2005, 1001-1019면.

92) 이원우, 앞의 논문, 96면.

V. 결 론

경찰법의 영역은 결국 현대 민주법치주의 국가에서의 상반된 요구⁹³⁾ - “엄격한 형식적 권력분립과 형식적 법치주의 원칙의 관철의 요구”와 “기능적 권력분립과 실질적 법치주의 원칙의 제도화와 실현의 요구” -에 직면한 대단히 어려운 영역이라고 할 수 있을 것이다. 위험에 대한 예방과 안전, 효율성, 공익의 달성 등의 요구는 필연적으로 법치국가 원칙에 대한 완화를 요구하게 된다. 이러한 요구에 부응하기 위하여는 국가의 임무와 역할이 확대 될 수밖에 없고, 그에 따라 경찰권이 확대되는 것은 어찌 보면 필연적인 결과일 수도 있다. 그러나 그러한 상황일수록 新경찰국가로의 회귀에 대한 끊임없는 경계와 법치주의적 견제가 필요할 것이고, 경찰권의 확대에 상응하는 법치주의적 견제장치의 마련이 필요할 것이다.

오토 마이어는 경찰국가와 법치국가를 구별하면서, 법치국가의 특징으로 ‘잘 정돈된 행정법을 가진 국가’라고 하였다. 그리고 그는 행정법 각론에서 가장 먼저 경찰법에 대하여 서술하면서, 법치국가의 징표인 ‘행정의 사법형식성’이 적용되는 첫 번째 작용으로 경찰작용을 설명한 바 있다. 그리고 경찰법의 서술에 있어서는 가장 먼저 경찰권을 서술한 후, 곧바로 경찰권의 한계에 대하여 서술하였다. 이를 오늘날의 시각에서 다시 설명해 보면, 결국 법치국가란 ‘잘 정돈된 경찰법을 가진 국가’이고, ‘경찰법의 핵심은 그 한계를 설정하는 것에 있다’라는 결론을 도출할 수 있을 것이다. 그리고 오늘날의 관점에서는 ‘잘 정돈된 경찰법’은 개개의 경찰작용과 그로 인한 권리침해, 그리고 이에 대한 사법적 권리구제에 대한 내용뿐만 아니라, 국민의 기본권 보장을 위하여서는, 그에 더하여 국가 전체의 경찰권의 범위, 그 경찰권의 기관간 분배와 기관 상호간의 견제와 균형 등을 포함 하는 권력분립과 법치주의에 부합하는 경찰제도의 설계까지를 내용으로 하는 경찰법이 되어야 할 것이다. ‘제도로서의 경찰’에 대한 연구가 필요하고 중요한 이유이다.⁹⁴⁾

93) 이원우, “현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점”, 『행정법연구』, 제 29호(2011.4), 129면.

94) 제도적 연구의 중요성에 대하여는 김종보, “행정법학의 개념과 그 외연(外延)- 제도중심의 공법학방법론을 위한 시론(試論)”, 『행정법연구』, 제21호(2008.8), 1-22면; 문상덕, “현대의 행정 변화와 행정법학 방법론 연구 - 전통적 행정법학의 방법론 분석과 그 보완을 위한 시론(試論)”, 『행정법연구』, 제14호(2005.10), 115-146면 참조.

참 고 문 헌

[국내문헌]

- 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 2013
- 김도창, 일반행정법론(하), 청운사, 1993
- 김동희, 행정법Ⅰ, 박영사, 2015
- 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2015
- 김동희 편, 「행정작용법」, 박영사, 2005
- 김성수, 개별행정법, 법문사, 2004
- 김유환, 현대행정법강의, 법문사, 2016
- 김재광, 경찰법각론, 한국법제연구원, 2007
- 류지태/박종수, 행정법신론, 박영사, 2016
- 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2016
- 박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 1998
- 박윤흔, 최신행정법강의(하), 박영사, 2001
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2010
- 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 세창출판사, 2012
- 서정범 역, 독일경찰법론, 세창출판사, 2010
- 서정범/박병욱 역, 쿠겔만의 독일경찰법, 세창출판사, 2015
- 손재영, 경찰법, 박영사, 2014
- 신현기 외, 비교경찰제도론, 법문사, 2015
- 이상돈, 기초법학, 법문사, 2010
- 이승민, 프랑스의 경찰행정, 경인문화사, 2014
- 이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010
- 정하중, 행정법개론, 법문사, 2015

- 정하중, 행정법의 이론과 실제, 법문사, 2012
- 최영규, 경찰행정법, 법영사, 2013
- 홍준형, 행정법, 법문사, 2011
- 강지은, “공생발전을 위한 경찰의 임무- 프랑스의 행정경찰법제와 그 시사점”, 「법학논고」, 제42호(2013.5), 69-94면
- 권배근, “독일경찰의 행정화 과정에 관한 역사적 고찰”, 「중앙법학」, 제9집 제3호(2007.10), 77-99면
- 금태환, “영장 없는 현장조사의 가능성”, 「행정법연구」, 제46호(2016.8), 105-129면
- 김성태, “경찰행정의 작용형식”, 김동희 編, 「행정작용법」, 박영사, 2005, 975-998면
- 김종보, “행정법학의 개념과 그 외연(外延)- 제도중심의 공법학방법론을 위한 시론(試論)”, 「행정법연구」, 제21호(2008.8), 1-22면
- 문상덕, “현대의 행정 변화와 행정법학 방법론 연구 - 전통적 행정법학의 방법론 분석과 그 보완을 위한 시론(試論)”, 「행정법연구」, 제14호(2005.10), 115-146면
- 박윤훈, “행정법규위반의 탈범죄화”, 「現代公法學의 課題(晴潭 崔松和 教授 華甲紀念)」, 박영사, 2002, 13-32면
- 박재현, “프랑스의 행정경찰에 관한 연구”, 「법학연구」 제27권 제1호(2016.6), 377-399면
- 서정범, “경찰개념의 역사적 발전에 관한 고찰”, 「중앙법학」 제9집 제3호(2007.10), 129-146면
- 오승규, “프랑스 행정경찰 개념의 역사적 변천과 시사점”, 「경찰법연구」 제14권 제1호(2016), 235-249면
- 이계수, “행정작용법과 기본권”, 김동희 編, 「행정작용법」, 박영사, 2005, 1001-1019면
- 이광윤, “행정경찰개념의 재검토”, 「사법행정」, 31권 11호(1990.11), 67-73면
- 이기춘, “경찰질서법상 위험개념 및 표현위험과 위험의 의심-독일경찰법학의 위험개념 검토를 중심으로-”, 「공법연구」, 제31권 제4호, 363-392면
- 이원우, “행정조직의 구성 및 운영절차에 관한 법원리 - 방송통신위원회의 조직성격에 따른 운영 및 집행절차의 쟁점을 중심으로”, 「경제규제와 법」, 제2권 제2호(2009.11), 96-119면

- 이원우, “현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점”, 「행정법연구」 제29호(2011.4), 105-133면
- 전 훈, “행정경찰개념과 공공질서의 의미 -프랑스 행정관례와 그 시사점-”, 「한국프랑스 학논집」, 제51호(2005.8), 435-452면
- 최봉석, “行政刑罰에 대한 一考”, 「법조」, 제555호(2002.12), 109-143면
- 최영규, “경찰의 개념과 경찰법의 범위”, 「행정법연구」, 제25호(2009.12), 351-370면
- 하태훈, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제 - 최근 형사 관련법 개정경향을 중심으로 -”, 「고려법학」, 제62호(2011.9), 19-51면.

[외국문헌]

- Denninger, Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger, 「Handbuch des Polizeirechts」, 5.Aufl., 2012
- Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11.Aufl., 2007
- Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9.Aufl., 2016
- 田中二郎, 行政法(下), 弘文堂, 1960
- 田村正博, 警察行政法解説, 東京法令出版, 2015

주제 2

세관공무원에 의한 마약류 압수의 절차적 문제점과 해결방안

김 택 수
(계명대학교 교수)

세관공무원에 의한 마약류 압수의 절차적 문제점과 해결방안

- 행정조사와 범죄수사의 구별론을 중심으로 -

김택수 (계명대학교 교수)

I. 문제제기

대법원은 2013년 우편물 통관검사절차에서 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료 채취, 성분분석 등의 검사를 진행하여 마약류를 발견한 후 압수절차 없이 범인의 신원을 확인하기 위하여 통제배달을 실시하여 피의자를 특정 후 임의제출 받아 압수한 사안(사안 1)과 관련하여 이와 같은 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로 수사기관의 강제처분에 해당하지 않으며, 우편물에 대한 통제배달의 과정에서 수사관이 사실상 점유를 확보하고 있더라도 강제로 점유를 취득하고자 하는 강제처분으로서의 압수에 해당하지 않는다고 판시한 바가 있다.¹⁾

세관공무원에 의한 통관검사절차에서 영장없는 우편물의 개봉, 시료채취 및 성분분석의 행위와 통제배달을 통한 마약류 사범의 검거를 적법한 것으로 평가한 대법원 판결에 대한 학계의 평가는 다양하게 나타났다. 일부는 대법원의 입장을 지지하거나²⁾ 일부는 적

1) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718판결; 이 판결에 대한 평석으로는 심희기, “세관직원의 국제우편물 개봉·시료채취와 수사기관의 통제배달”, 비교형사법연구 제16권 제2호(2014), 49-71면; 예상균, “마약수사에서의 통제배달기법 고찰”, 법과 정책연구 제15집 제2호(2015.6), 665-689면; 전승수, “국제우편물에 대한 세관 검사와 통제배달”, 형사판례연구 제23권 (2015.6), 651-683면.

법절차의 원리를 적용하여 영장주의를 도입하여야 하나 통관검사절차라는 현실적 한계로 인하여 영장주의의 예외를 인정하자는 주장³⁾도 있었으며, 대법원의 입장과 정반대로 통관검사절차에서 범죄혐의가 드러난 경우에 특별사법경찰관으로 하여금 검사에게 신청하여 법관이 발부한 영장에 의한 압수수색을 하도록 함이 타당하며, 증거에 대하여는 위법수집증거배제법칙에 의하여 증거능력을 부정하여야 한다는 주장⁴⁾이 제기되기도 하였다.

그런데 2016년 대법원은 세관공무원이 자동차부품 제조업체 S사가 중국 공장에서 한국으로 보내는 화물컨테이너에 가짜 발기부전치료제와 필로폰을 숨겨 들여온 사실을 통관검사 과정에서 발견하여 특별사법경찰관인 세관공무원에게 필로폰을 인계하고, 이를 인수받은 세관공무원이 검찰에 임의제출한 사안(사안 2)과 관련하여 세관공무원이 필로폰 등을 가져간 것은 범죄수사 목적의 압수가 아니라 행정조사라며 세관공무원이 검찰에 임의제출하는 것은 가능하다고 본 1심 법원과 달리, 세관공무원의 수출입물품 검사, 보관 등 행위가 통상적인 통관업무가 아닌 구체적인 범죄사실에 대한 수사에 이르렀다고 인정되는 경우에는 압수·수색영장이 필요하다며 임의제출되어 압수된 필로폰에 대한 증거능력을 배척한 항소심 판결⁵⁾을 확정하였다.⁶⁾ 이는 앞서 본 2013년 대법원이 통관검사절차에서 행해진 우편물 개봉 등이 행정조사의 성격을 가지는 것으로 수사기관의 강제처분에 해당하지 않는다고 판단한 것과 외형상 대비되는 판결이라고 하겠다.

일응 이 판결은 행정조사 과정에서 범죄와 관련된 증거물에 대한 점유를 취득하고자 하는 경우 수사절차에 따라 압수수색영장을 발부받아야 하는 것으로 해석될 여지가 있으나, 대법원이 수긍하고 있는 항소심 판결은 세관공무원이 통관검사를 위하여 직무상 소지 또는 보관하는 우편물을 수사기관에 임의로 제출한 경우에는 비록 소유자의 동의를

2) 예상균, 앞의 글, 672-677면.

3) 심희기, 앞의 글, 59-62면.

4) 송진경, “압수, 수색으로서의 실질적 의미를 가지는 행정조사에 있어서 영장주의의 준수필요성에 대한 소고”, 법과 정책 제20집 제3호(2014.12), 133면.

5) 서울고등법원 2016. 4. 14. 선고 2015노2962판결(미공개).

6) 대법원 2016. 7. 27. 2016도6295판결(미공개); 이 판결에 대한 언론보도 내용은 “대법 세관공무원이 영장 없이 밀수품 압수하면 위법”(2016.08.04), <http://bikini07699.tistory.com/45> 참조.

받지 아니하였다 하더라도 수사기관이 강제로 점유를 취득하지 아니한 이상 해당 우편물을 압수하였다고 할 수 없다는 2013년 대법원의 입장을 재확인함으로써 확대해석이 여지를 줄여 세관실무 더 나아가 다른 행정조사분야에 미치게 될 파장을 축소하고 있다.⁷⁾ 두 사안의 실질적 차이는 특별사법경찰관의 지위를 가지는 세관공무원의 개입이 있었다는 점에서 찾을 수 있으므로, ①통관검사절차의 어느 시점에서 행정조사가 범죄수사로 이행되었다고 보아야 할 것인지, ②그 이행과정에서 마약류를 압수하기 위하여 영장을 발부받아야 하는 것인지, ③더 나아가 밀수품에 대하여 특별사법경찰관의 자격을 가진 세관공무원이 압수를 하는 것이 법리적 문제가 없는지에 대한 의문을 제기케 한다.

따라서 본 연구에서는 이러한 의문들에 대한 해결의 실마리를 찾기 위한 작업으로 행정조사 및 형사절차에 관련된 법리의 분석을 통하여 세관공무원에 의한 마약류 압수의 법적 성격과 영장주의의 적용여부를 검토하고(Ⅱ), 사법경찰관제도의 모태가 되면서 행정작용과 사법작용을 엄격히 구분하는 프랑스에서의 세관공무원에 의한 마약류 압수 및 행정조사와 범죄수사의 관계에 대한 분석을 토대로 행정조사와 범죄수사절차를 구분해야 할 필요성과 두 절차를 연계시킬 수 있는 방안을 제시하고자 한다(Ⅲ).

Ⅱ. 세관 공무원에 의한 마약류 압수의 법적 성격과 영장주의

1. 세관 공무원 조사행위의 법적 성격에 대한 판단

가. 행정조사로서의 통관검사

2013년 대법원은 비록 우편물에 한정된 것이지만 통관검사의 법적성격을 행정조사로 규정하고 범죄수사와 구분하는 입장을 취하였으며, 이러한 입장은 2016년의 판결에서 그대로 유지되고 있다. 따라서 세관공무원의 마약류 압수에 대한 영장주의의 적용여부의

7) 만일 행정조사차원에서 범죄혐의를 발견한 경우 임의로 제출된 자료 또는 수거된 자료에 대한 점유취득을 영장에 의하여 가능하다고 해석하는 경우에는 행정조사에서 범죄수사로 이어지는 많은 사례에서 영장발부가 요구되어 큰 혼란이 발생할 소지가 있다.

판단에 앞서 또는 이와 병렬하여 수사기관에 의한 강제처분과 구분해야 할 개념으로서 행정조사의 법리에 대하여 살펴보아야 하겠다.

종래 행정법학계를 중심으로 제시되던 행정조사의 개념⁸⁾은 2007년 행정조사기본법의 제정으로 법적 정의가 내려졌다. 행정조사에 관한 기본원칙·행정조사의 방법 및 절차 등에 관한 공통적인 사항을 규정함으로써 행정의 공정성·투명성 및 효율성을 높이고, 국민의 권익을 보호함을 목적으로 제정된 ‘행정조사기본법’ 제2조 제1호는 행정조사의 개념을 “행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다.”고 규정하고 있다. 이러한 행정조사는 그 수단의 강제성 여부에 따라 임의조사와 강제조사로 구분할 수 있다. 행정조사기본법 제5조는 임의적 수단에 의한 행정조사를 원칙으로 하고 있으며, 각 행정영역을 규율하고 있는 개별법률⁹⁾에 별도의 근거가 있는 경우에 한하여 강제조사를 허용하고 있다.

세관에 의한 통관절차는 공항만 여행자 통관, 특송화물 및 우편물 통관¹⁰⁾, 화물 통관¹¹⁾ 등으로 구분되며, 각각의 경우에 세부적인 통관절차는 다소 차이가 있을 수 있으나, 관세법 제265조는 “물품 또는 운송수단 등에 대한 검사 및 필요한 조치를 할 수 있다”고 규정하여 검색에 관한 일반조항을 두고 있으며, 제246조 및 제257조는 각각 수출입 물품과 우편물에 대한 검색절차를 규정하고 있다. 통관물품에 대한 검사는 세관공무원이 검색권한을 근거로 대상자 또는 물품 선별, 개장(수색), 시료채취, 성분분석의 일반적 절차를 따르게 되며, 관세법 제246조 제2항의 위임에 따라 관세청훈령과 관세청고시가 검사

8) “행정조사의 정의는 학자마다 매우 다르다. 그 주된 이유는 행정조사의 독자성 및 성질에 관한 견해의 상이함에 있다. 행정조사의 독자성을 부인하고 행정조사를 즉시강제의 일종으로 보는 견해, 행정조사의 독자성을 인정하면서 권력적 조사만을 행정조사로 정의하는 견해, 행정조사를 권력 조사에만 국한하지 않고 비권력적 조사를 포함하는 것으로 보며 행정조사의 독자성을 인정하는 견해가 있다”, 김정순, 행정학전자사전, 한국행정학회 사이트(<http://www.kapa21.or.kr/>) 참조.

9) 환경, 보건, 풍속, 건축, 교통법규 등의 다양한 분야에서 행정조사에 관한 규정들을 찾아 볼 수 있다.

10) 이에 대하여는 ‘국제우편물 수입통관 사무처리’(2014. 7. 8. 관세청고시 제2014-85호) 참조.

11) 이에 대하여는 ‘수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙’(관세청훈령 제1338호) 참조.

대상, 검사범위, 검사방법 등에 관한 필요한 기준을 정하고 있다.¹²⁾ 그런데 행정조사절차를 포함하고 있는 개별법률은 해당 법률의 위반을 내용으로 하는 범칙행위에 대한 조사절차를 별도로 규정하는 경우가 있으며, 이는 임의조사의 형태로 행해지는 일반적인 행정조사절차와 구분된다. 관세법의 경우에도 통상적인 통관검사 차원에서의 검색권한과는 별도로 ‘제12장 조사와 처분’에서 범칙조사를 위한 임의적 및 강제적 조사권한을 마련하고 있다. 다만 마약류의 밀수입 행위는 관세법상의 범칙행위에 해당하지 않는다.

나. 행정조사에서 범죄수사로의 이행 판단기준

사안 2에서 항소심은 2013년 대법원 판결의 취지에 따라 세관공무원이 통관검사를 위하여 직무상 소지 또는 보관하는 우편물을 수사기관에 임의로 제출할 수 있다는 점을 확인하고 있다. 그러나 항소심은 여기에 그치지 않고 세관공무원이 통관업무 담당자로서의 지위 외에도 특별사법경찰관리의 직무를 수행한다는 점에 주목하여 “세관공무원이 관할 구역 내에서 수출입물품을 검사하고 점유를 취득하는 모든 행위에 대하여 일률적으로 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분에 해당하지 아니하는 것으로 보아서는 아니 되고, 세관공무원이 해당 수출입물품을 검사하는 목적, 검사 대상 수출입물품을 특정하게 된 경위, 구체적인 검사의 방법 및 검사 이후의 조치 등에 비추어 세관공무원의 수출입물품 검사, 보관 등 행위가 통상적인 통관업무가 아닌 관세법위반 사범, 마약 사범 등 구체적인 범죄사실에 대한 수사에 이르렀다고 인정되는 경우에는 적법절차의 원칙과 영장주의를 규정하고 있는 헌법 제12조, 형사소송법 제215조 및 관세법 제296조에 따라 당연히 압수, 수색영장이 필요하다고 보아야 한다.”고 판시하고 하고 있다.

항소심은 수출입물품의 검사행위와 물품에 대한 점유취득이 경우에 따라 형사소송법상 각각 수색 및 압수에 해당하는 수사상의 강제처분이 될 수 있으며, 결과적으로 영장주의의 적용을 받는다는 점을 지적하고 있다. 항소심 판결의 내용을 분석하면 세관공무원이 통관검사과정에서 마약류를 발견하여 이에 대한 점유를 취득하는 일련의 과정은 법적 성격에 따라 행정조사와 범죄수사로 구분되며, 그에 따라 적용되는 법리가 다르다는 입

12) 전승수, 앞의 글, 665면.

장을 취하고 있다. 그렇다면 항소심은 구체적으로 어떤 기준을 사용하여 행정조사가 범죄수사로 이행되었다고 보았는지를 검토할 필요가 있다. 수사활동의 개시시점을 판단하는 기준으로 학계에서는 행위의 주체, 혐의의 정도, 수사대상의 특정성, 행위의 목적 등을 제시하고 있다.¹³⁾

항소심이 세관공무원에 의한 마약류에 대한 점유취득을 영장을 요하는 범죄수사상의 강제처분으로 본 주된 이유는 특별사법경찰관리의 자격을 가진 세관공무원이 점유를 취득하였다는 점과 마약류에 대한 점유취득이 범죄에 대한 증거수집이라는 목적에 있었다는 점에 있다. 그러나 묵시적으로 수사의 개념에서 도출되는 수사기관에 의한 범죄혐의의 인식여부도 고려되고 있다고 하겠다. 따라서 항소심의 판단기준을 주체면, 범죄혐의의 인식(특정성)면, 조사(처분)의 목적면으로 구분하여 살펴보겠다.

첫째 행정공무원의 법적 지위가 무엇이나의 여부이다.¹⁴⁾ 주체면에서 행정공무원이 행정조사의 권한 특히 강제조사권을 통하여 소관법령위반 여부를 확인하는 활동은 일반적으로 범죄수사에 해당하는 것으로 보지 않는다. 반면에 ‘사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률’(이하 ‘특사경법’으로 약칭한다)에 따라 사법경찰관리의 지위를 부여받은 행정공무원의 경우 행정조사 또는 범죄수사의 해당여부에 대한 판단은 불분명해진다. 이는 형사소송법상의 강제처분과 행정법상의 조사행위 사이에 실질적인 차이를 찾기 어렵다는 점에 기인한다. 예를 들어 사업장에 대한 출입검사는 형사소송법상

13) “특별사법경찰관리가 개인의 주거 및 사업장에 들어가 조사활동을 하는 경우 수사활동과 구분하는 구체적인 기준은 수사기관이 수사대상을 구체적으로 특정하였는지, 수사기관이 가진 범죄혐의의 정도는 어느 정도인지, 조사활동을 벌이는 공무원의 조사목적이 무엇인지 등을 종합적으로 판단하여 결정하여야 할 것이[다]”, 이현철, 위법수집증거배제의 적용범위 및 실무상 한계 고찰: 非진술증거에 대한 위법수집증거배제를 중심으로, 사법연수원논문집 제7집(2010년), 445면 ; 이와 유사한 의견으로는 기노성, 앞의 글, 15-16면 ; 해당 개별법의 목적, 주체, 수단과 절차적 통제 규정의 적정성 등을 기준으로 수사와 행정조사를 구별함이 상당하다는 의견으로는 전승수, 앞의 글, 671면.

14) “특별사법경찰관리로서 자격을 부여받은 세관공무원 등의 수색, 압수 등 강제수사에 있어서도 영장주의 준수가 요청된다”, 송진경, 124면 ; 행정공무원이 특별사법경찰관리로서 압수·수색을 하는 경우에는 경우에 따라 행정조사활동이 아닌 수사활동으로 보아야 할 경우가 있다는 주장으로는 기노성, “행정기관의 압수수색에 대한 헌법적 통제”, 형사법의 신동향 통권22호(2009.10.), 13면.

압수수색의 절차와 유사하다.¹⁵⁾ 따라서 행정공무원이 특별사법경찰관리의 지위를 가지는 경우에는 범죄수사 차원에서의 행위로 간주될 개연성이 있으며, 다른 기준들을 고려하여 법적 성격을 확정하는 작업이 필요하다.

둘째 행정공무원이 범죄에 대한 혐의를 가진 상태에서의 조사활동이냐의 여부이다. 이 기준은 범죄혐의가 없는 경우 특정인에 대한 수사가 허용되지 않는다는 점에서 대상의 특정성 문제와도 결부된다고 하겠다.¹⁶⁾ 수사의 개시여부는 형식적으로 평가되는 것이 아니라 실질적으로 평가된다. 즉 대법원 판례에 따르면 아직 사건수리(입건 또는 인지)절차를 밟지 아니하였더라도 수사기관이 범죄혐의 있음을 객관적으로 외부에 표시할 때 수사가 개시되었다고 할 수 있다.¹⁷⁾ 세관에 의한 마약류 검색과 관련하여 우편물 또는 화물에 대한 엑스선 검사과정에서 이상 음영이 나타나 개장검사를 한 것에 대하여 실질적 의미의 수사개시에 해당한다는 의견¹⁸⁾이 있으나, 아직 개장을 통하여 마약류가 확인되기 이전까지는 수사를 위한 혐의가 충족되었다고 보기 어렵다. 이러한 기준에 따르면 사안 2에서 수사기관인 특별사법경찰관이 의심스러운 화물에 대한 개장을 통하여 마약류를 발견한 시점에 마약류의 밀수행위(‘마약류관리에 관한 법률’위반)에 대한 혐의를 가졌다고 인정할 수 있으므로 이 시점에 행정조사가 아닌 범죄수사가 개시되었다고 보게 된다.¹⁹⁾

- 15) 출입국관리공무원 등이 출입국관리법 외국인 동향조사권한에 근거하여 제3자의 주거 또는 일반인의 자유로운 출입이 허용되지 아니한 사업장 등에 들어가 외국인을 상대로 조사하기 위해서는 그 주거권자 또는 관리자의 사전 동의가 있어야 한다(대법원 2009.03.12. 선고 2008도 7156 판결).
- 16) 잠재적 혐의의 경우에는 불특정 다수 또는 불특정 사업장(물품)에 대한 조사활동이 이루어지지만, 구체적 혐의를 가진 경우에는 특정인 또는 특정된 사업장(물품)에 대한 조사활동이 이루어진다.
- 17) 수사의 대상으로 삼고 있음을 외부적으로 표현한 때에 비로소 피의사실의 존재를 인정할 수 있다(대법원 1989.6.20. 선고 89도648 판결).
- 18) 세관공무원 A가 엑스선 검사를 하다가 이상 음영이 있는 X우편물을 발견한 것은 범죄혐의의 포착이며 그 이후 세관공무원 B가 우편물 개장검사를 한 것은 실질적 의미에서 수사의 개시로서 포섭할 수 있다는 의견으로는 송진경, 앞의 글, 117면.
- 19) 마약 밀수범죄에서 수사의 단서란 통관절차 중에 이루어지는 검사에서 발견된 마약류라고 할 수 있으며, 세관 검사결과 마약류가 확인되었을 때에 이르러서야 마약 범죄와 관련된 수사개시가 될 수 있다는 의견으로는 예상균, 앞의 글, 674면.

셋째 조사활동의 목적이 무엇이나의 여부이다. 앞서 언급한 범죄혐의에 따른 기준의 난점은 관련 행정법규의 위반은 그에 대한 제재가 형사처벌이 예정된 경우 그 실현을 위한 조사행위는 수사로 평가될 수 있지만, 일반적으로 징역 또는 벌금의 형사처벌뿐만 아니라 통고처분의 행정제재가 예정되어 있어 이를 위한 조사행위는 행정조사로 평가될 수 있어 막연히 법규위반의 혐의만으로는 수사개시의 여부에 대한 판단이 어렵다는 불완전성이 있다. 즉 단순히 형사처벌만을 전제로 한 조사의 경우에는 명확히 범죄수사에 해당한다고 할 수 있지만, 관세법의 경우처럼 징역 또는 벌금의 형사처벌뿐만 아니라 사전단계로서의 통고처분의 대상이 되어 목적을 특정하는 것이 어렵다. 다만 마약류의 밀수행위는 ‘마약류관리에 관한 법률’위반에 해당되어 통고처분의 대상이 되지 않으며, 오로지 형사처벌의 대상이 된다는 점에서 특별사법경찰관리의 지위를 보유한 세관공무원이 필로폰에 대한 점유를 강제로 취득하는 행위는 바로 범죄수사상 압수행위에 해당한다고 하겠다. 그러나 이상에서 제시된 기준들은 독립적으로 사용되는 것이 아니라 대법원의 입장처럼 종합적으로 고려되어야 할 것이다.

2. 압수행위와 영장주의 적용의 문제

가. 범죄수사차원의 영장주의 적용문제

범죄수사의 개시시점에 대한 판단기준을 토대로 대법원의 입장처럼 특별사법경찰관리의 지위를 보유한 세관공무원이 밀수품을 인수하는 행위(점유취득행위)가 범죄수사에 해당한다고 보더라도 과연 영장을 요하는 수사상의 강제처분인 압수에 해당하는지를 살펴 보아야 하겠다.

사안 2에서 문제되고 있는 마약류에 대한 점유취득과정을 구체적으로 살펴보면, 세관공무원이 화객선에 선적되어 항만에 도착한 컨테이너에 대하여 선별, 엑스레이 검색 중 이상 음영을 발견하고 개장 검사를 하여 발기부전치료제가 적재된 것을 발견하여 세관조사팀에 연락하였으며, 세부 수량 파악과정에서 별도 포장이 되어 있는 흰색가루를 발견하여 시약검사키트를 이용하여 검사한 결과 필로폰으로 확인되어 특별사법경찰관이

밀수품을 인계받아 관할 지청 소속 검찰수사관에게 인계하고 검찰수사관은 이 사건 밀수품을 임의로 제출받아 영장 없이 압수하였다는 취지의 압수조서를 작성하였다.

위 사안에서 영장주의가 적용될 소지가 있는 단계는 통관업무를 수행하는 세관공무원이 필로폰을 발견하는 단계(1단계), 세관공무원으로부터 조사계 소속 특별사법경찰관이 인계받는 단계(2단계), 특별사법경찰관이 필로폰을 검찰에 인계하는 단계(3단계)로 구분할 수 있다. 그런데 항소심 판결에서는 3단계에서 행해진 임의제출물의 압수행위와 1단계에서의 세관공무원에 의한 밀수품의 최초 발견과정에 대한 다툼을 찾을 수 없다. 오히려 초점은 통관업무를 수행하는 세관공무원이 밀수품을 발견한 이후 특별사법경찰관이 개입하여 필로폰을 인계받는 과정에서의 적법성에 맞춰져 있다.

이 사안에서 1심 법원은 세관공무원이 특별사법경찰관리의 직무를 수행할 수 있는 자라고 하더라도 밀수품에 대한 점유취득이 통관업무를 수행하는 행정조사차원에서 이루어진 것으로서 소지자 또는 보관자에 해당하여 검찰에 필로폰을 임의제출한 것은 적법하다는 입장을 취하였다.²⁰⁾ 그러나 항소심은 점유자의 지위를 부정하고 점유취득자로서의 지위를 인정하여 형사소송법상의 영장주의가 적용된다는 입장을 취하게 된다. 그렇다면 우선적으로 항소심의 입장처럼 점유취득이 있었다는 것을 인정하더라도 영장주의의 예외가 인정되는 임의제출물의 압수 또는 현행범죄 장소에 대한 압수·수색으로 볼 여지가 없는지를 검토해야 하겠다.

먼저 임의제출물의 압수의 해당여부는 최초에 밀수품을 발견한 세관공무원을 점유자(보관자)로 볼 수 있는가의 여부에 따라 달라진다.²¹⁾ 사안 1에서는 대법원이 통관업무를

20) “컨테이너 및 그 안의 밀수품을 검사한 세관공무원들과 특별사법경찰관은 모두 세관 조사과 공무원들인 점 등에 비추어 보면, 특별사법경찰관의 지위를 보유한 세관공무원이 밀수품의 점유를 취득한 것을 통관업무 담당자로서의 행정조사가 아니라 검사의 지휘에 따라 특별사법경찰관리의 지위에서 범죄수사의 목적으로 압수를 한 것이라고 보기 어려우므로, 세관공무원이 특사경의 직무를 수행할 수 있는 사람이라는 이유만으로 형소법 제218조 소정의 소지자 또는 보관자에 해당하지 않는다고 할 수 없다.”(수원지법 2015. 10. 2. 선고 2015고합40판결).

21) 예를 들어, 경찰관이 간호사로부터 진료 목적으로 이미 채혈되어 있던 피고인의 혈액 중 일부를 주취운전여부에 대한 감정을 목적으로 임의로 제출 받아 압수한 것은 적법하다는 판결로는 대법원 1999. 9. 3. 선고 98도968 판결 ; 이와 달리 피고인 소유의 쇠파이프를 피고인의 주거지 앞 마당에서 발견하였으면서도 그 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 피해자로부터 임

수행하는 세관공무원에게 통제배달 중인 우편물에 대한 사실상의 점유를 인정하고 있다 면²²⁾, 사안 2에서는 통관검사절차에서 밀수품을 적발한 세관공무원에게 점유를 인정하고 있지 않다는 차이점이 있다. 이러한 차이점은 적발과정과 밀수품을 특별사법경찰관에게 인계하는 과정이 절차상 명확하지 않고²³⁾ 혼재되어 나타나고 있다는 데서 비롯된 측면 이 있다. 만일 세관공무원에게 점유자의 지위를 인정한다면 비록 동일 기관에 소속되었 더라도 행정공무원과 수사기관이라는 관계가 설정되어 고발의 절차 또는 임의제출물의 압수절차를 필요로 한다. 그러나 이 사안에서는 고발절차나 엄격한 형식에 따른 인계가 이루어졌다는 근거를 찾을 수 없다. 반면에 국제우편물에 대한 통관절차나 화물에 대한 통관 절차에 본질적인 차이점이 없으며, 공항만 및 보세구역에서 통관절차를 밟고 있는 화물은 민법 또는 형법상의 점유개념을 떠나 세관에게 포괄적인 점유권을 인정할 수 있 다고 하겠다. 따라서 통관보류의 사유²⁴⁾에 해당하는 불법행위가 적발된 경우 해당 화물 의 점유는 통관업무를 담당하는 세관공무원에게 있으며, 이 지위에 기하여 수사기관에 해당하는 특별사법경찰관에게 임의제출하는 것은 적법하다고 할 수 있으므로 대법원과 향소심 판결은 비판의 소지가 있다.

다음으로 현행범죄의 장소에 대한 영장없는 압수수색에 해당하는지를 보겠다. 형사소 송법 제216조 제3항에 따라 범행 중 또는 범행직후의 장소, 즉 현행범죄의 장소에서 긴 급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 다만 이 경우 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다. 그런데 이 규정은 현행

의로 제출받는 형식으로 위 쇠파이프를 압수한 것은 위법수집증거로서 증거능력이 부정된다 는 판결로는 대법원 2010.01.28. 선고 2009도10092 판결.

- 22) 사안 1에서 향소심과 대법원이 통제배달의 과정에서 수사관이 해당 우편물에 대한 사실상 점 유를 확보한 상태라고 판단한 것은 사실상 점유로 보면서도 압수로 인정하지 않아 그 논증이 자연스럽지 못하다면서, 발송인 및 수취인의 점유를 강제적으로 배제하는 처분이 행하여지지 아니한 점에 비추어 그 배달과정에 대한 수사기관의 감시를 강제처분으로서의 압수라고 볼 수 없다는 견해로는 전승수, 앞의 글, 670-671면.
- 23) 그러나 판결문의 내용만으로는 정확히 밀수품을 직접 인계받은 것인지 아니면 아무런 조치없 이 특별사법경찰관에게 연락하여 적발현장을 인계한 것인지를 알 수 없다.
- 24) 참고로 관세법 제237조 제3호에 따라 국민보건 등을 해칠 우려가 있는 경우 해당 물품의 통 관을 보류할 수 있다.

범죄의 장소라는 사실을 전제로 하기 때문에 화물에 대한 통관검사절차에서 마약류가 발견된 경우 ‘현행범죄’의 해당여부와 발견장소를 현행범죄의 ‘장소’로 볼 수 있는지를 따져보아야 한다. 범죄의 성립은 행위를 중심으로 파악되나 가시적인 행위가 없이 행위의 객체만이 존재한다는 점에서 논리구성의 어려움이 따른다. 그러나 마약류의 밀수행위는 ‘마약류관리에 관한 법률’ 위반의 범죄를 구성하며, 아직 보세구역에 통과하지 못한 경우에는 범죄가 기수에 이르지 못한 상태로서 범행 중이라고 할 수 있으며, 범행 중에 있는 범죄의 객체가 위치하고 있는 장소는 곧 현행범죄의 장소라고 볼 수 있다. 따라서 특별사법경찰관은 긴급한 경우 사전영장 없이 마약류를 압수할 수 있으며 사후에 영장을 청구하면 족하다고 할 것이다. 그러나 해당 사안에서 사후영장을 청구하였다고 볼 만한 근거가 없으며, 항소심이 이 부분에 대한 직접적인 검토 없이 관할 지청 및 세관이 사후에 영장을 발부받지 않았다고 지적하고 있어 간접적으로 현행범죄의 장소에 대한 압수로서의 해석여지를 남기고 있다.

그런데 이 사안에서 밀수품을 발견한 세관공무원이 현행범임을 인지하고 직접 압수의 조치를 취할 수 없었는가라는 의문이 제기된다. 그러나 형사소송법상 현행범인에 대한 체포와 달리 현행범죄 장소에서의 압수수색은 수사기관인 검사와 사법경찰관에게만 부여된 권한으로서, 관세법상 통관검사절차에서 세관공무원이 마약류를 발견하더라도 직접 압수할 수 없다고 하겠다.

나. 행정조사차원의 영장주의 적용문제

사안 2에서 항소심은 특별사법경찰관의 지위를 보유한 세관공무원이 점유를 취득한 행위는 증거수집 목적의 강제처분으로서의 압수에 해당한다고 보았다. 그러나 세관공무원에 의한 점유취득행위는 행정조사 차원에서의 압수행위로 보는 경우 영장주의의 적용여부에 대한 판단이 달라질 수 있다.²⁵⁾ 압수를 포함한 행정조사에 대한 영장주의의 적용여부의 문제는 두 가지 관점에서 고찰될 수 있다.

25) 행정조사에 있어서 영장주의의 적용여부에 대한 다양한 견해의 소개로는, 전승수, 앞의 글, 661-662면 참조.

첫 번째 관점은 행정조사의 경우에도 적법절차의 요구에 비춰볼 때 영장주의가 적용되어야 한다는 입장이다. 헌법은 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있으며, 이는 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에 적용되며²⁶⁾, 따라서 행정조사의 경우, 특히 불이익한 행정처분이나 행정형벌 부과를 위한 사전조사행위에 해당하는 범위반 사실에 대한 조사의 경우에 행정조사 과정에서 발생할 수 있는 권리침해를 방지하기 위하여 적법절차의 원칙 및 개별법에 따른 절차적 규제의 필요성은 충분히 인정된다는 것이다.²⁷⁾ 만약 압수의 개념을 수사기관의 그것으로 한정짓게 된다면 행정기관의 조사활동 등의 명목으로 사실상 강제적으로 물건의 점유를 취득함으로써 개인의 재산권 및 프라이버시를 침해하는 행태에 대하여 유효 적절히 대처하지 못하는 결과를 불러오게 된다.²⁸⁾ 이러한 입장에 의하면 헌법 제12조 제3항 및 제16조 제2문이 규정하고 있는 압수수색에 있어서의 영장주의는 수사가 아닌 행정조사에 있어서도 적용되는 것이 당연하다고 할 것이다.²⁹⁾

그러나 권력적 성격의 행정조사와 관련하여 영장주의가 적용된다는 원칙을 따르는 경우에도 현실적인 문제로 그 예외를 인정하여야 한다는 입장이 있다. 세관에 매일 통관검사를 받는 우편물의 양³⁰⁾, 신속한 통관으로 인한 국민편익 등에 비추어 시료채취, 성분분석 등을 할 때마다 영장주의가 적용되도록 하는 것은 지나치게 절차를 복잡하게 함으로써 세관의 통관업무를 지연시킴과 동시에 국민 불편을 가중시킨다는 것이 근거이다.³¹⁾ 또 다른 영장주의 예외의 근거는 행정조사 중에서도 급박성을 요건으로 하는 즉시강제에 대하여는 영장주의가 적용되지 않는다는 것이다.³²⁾

26) 헌법재판소 1992.12. 24. 선고 92헌가8결정.

27) 오명신, “경찰행정조사와 수사의 구별”, 경찰학연구 제14권 제1호(통권 제37호), 2014, 177면.

28) 기노성, 앞의 글, 7면.

29) 김성태, “통신법상의 행정조사”, 행정법연구 제17호, 행정법이론실무학회, 2007, 187면.

30) 미국의 사례를 토대로 국가적 이익의 요청이 크게 작용되어야 할 좁은 영역, 외국인의 입국이나 화물통관이 문제되는 국경수색(border searches), 이민수색(immigration searches)의 범리는 명시적 또는 묵시적으로 영장주의에 대한 특별한 예외가 인정되는 방향으로 발전하고 있다는 설명으로는 심희기, 앞의 글, 62면 참조.

31) 전승수, 앞의 글, 666면.

32) 문화관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장이 ‘음반·비디오물및게임물에관한법률’ 제18조 제5항의 규정에 의한 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게

두 번째 관점은 행정조사에 수집된 자료가 범죄에 대한 증거로 활용될 소지가 있어 영장주의를 통한 사전적 통제가 필요하다는 입장이다. 즉 형벌이라는 법적 효과를 초래하며, 궁극적으로 형사절차로 이행될 수 있는 경우의 조사는 행정법적 절차보장을 넘어서 형사법상의 수사라는 그 실질에 부합하는 형사절차법상의 제 원칙을 준수하여야 한다는 입장이다.³³⁾ 특히 위험방지를 위한 (경찰)행정조사와 형사소추를 위한 범죄수사는 이론적으로는 구별되나 실제에 있어서는 (경찰)행정조사를 바탕으로 수집된 자료가 이후 수사기관에 접수될 고발의 증거자료로 활용되는 등 형사절차와의 관련성이 적지 않으므로 그 실질에 상응하는 정도로 헌법과 형사소송법이 정하는 적법절차 원리에 따라야 한다는 것이다.³⁴⁾ 이러한 주장의 근거는 만약 행정조사의 이름을 빌린 범죄수사가 허용될 경우에는 헌법 및 형사소송법에 의해 규정된 범죄수사를 위한 엄격한 적정절차를 침탈할 우려가 있기 때문이라는 것이다.³⁵⁾³⁶⁾ 여하튼 영장주의의 적용문제를 다룸에 있어서 권력적 조사가 행해진다는 면에서 법률에 그 근거가 있어야 한다는 것은 당연히 전제된다고 하겠다. 그러나 관세법은 관세법에 대한 범칙조사 차원에서의 압수수색에 관하여는 규정하고 있으나 통관검사절차에서의 압수에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않아, 세관공무원에 의한 압수에 있어서 영장주의의 적용 논의는 제한적이라고 하겠다.³⁷⁾

사안 2에서 대법원 및 항소심이 영장주의를 요구한 맥락도 세관공무원으로서의 지위

임물을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있게 한 것에 대하여, 헌법재판소는 행정상 즉시강제는 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아 위헌이 아니라고 판단하였다(헌법재판소 2000헌가12, 2002.10.31.결정).

33) 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학 제72호(2014. 3.), 361면

34) 오명신, 앞의 글, 174면

35) “실제로 일본의 다수 법률(어업법, 비료단속법 등)에서는 이러한 문제점을 근절하고자 ‘출입, 검사, 질문의 권한을 범죄수사를 위한 것으로 해석할 수 없다’는 명문의 규정을 두고 있다.”, 오명신, 앞의 글, 174면.

36) 동일한 취지 송진경, 앞의 글, 120면 : 이와 달리 압수수색에 있어 영장주의 원칙은 수사가 개시되었을 전제로 하는 것으로 그 이전의 단계에서까지 영장주의의 원칙을 고수한다면 이는 모든 침해적 행정작용의 사법화로의 이행을 강제할 수도 있다는 지적이 있다. 예상균, 앞의 글, 674면.

37) 이러한 점에서 통관검사과정에서의 세관공무원에 의한 압수절차가 마련되어야 하겠다. 이에 대하여는 후술 참조.

와 특별사법경찰관으로서의 지위를 이중적으로 갖는 자가 행정조사를 명목으로 영장없이 밀수품에 대한 점유를 취득하여 보관자로서 수사기관에 증거물을 제출한 경우 사법적 통제가 불가능하며, 행정조사가 범죄에 대한 증거수집의 수단으로 악용될 소지가 있다는 문제인식이 내재되었다고 평가할 수 있다.³⁸⁾

다. 범칙조사상의 압수수색과의 관계

행정조사에 대한 영장주의를 논함에 있어 범칙조사차원에서의 조사행위(범칙조사)인지 아니면 구체적인 범칙혐의를 전제로 하지 않는 일반 행정조사(임의조사)인지에 대한 구분이 필요하며³⁹⁾, 세관공무원에 의해 수행될 수 있는 조사행위는 통상적인 통관검사절차로서의 일반적 물품검사, 관세법에 대한 범칙조사, 마약류 사범에 대한 수사로 그 영역을 나뉠 수 있다. 사안 2에서 항소심이 형사소송법 제215조와 관세법 제296조의 규정을 언급하고 있어 세관공무원의 마약류에 대한 점유취득이 관세법에 따른 압수수색에 해당하는지의 여부를 살펴보아야 하겠다.

관세법 제296조⁴⁰⁾가 영장주의를 규정하고 있음에도 불구하고 법적 근거가 이원화된 이유는 관세법의 구조에서 비롯된다. 관세법 제296조 제1항은 “이 법에 따라 수색·압수를 할 때에는 관할 지방법원 판사의 영장을 받아야 한다. 다만, 긴급한 경우에는 사후에 영장을 발급받아야 한다.”고 규정하고 있으나, 이는 제290조가 규정하고 있는 관세법에 적용되는 것으로 마약류 사범은 관세법에 해당하지 않아 이 법의 적용을 받지 않는다. 이와 관련하여 ‘세관공무원의 범칙조사에 관한 시행세칙’ 제7조 제1항은 “관세사범 조사는

38) 이와 관련하여 경찰관이 음주운전자에 대한 보호조치 후 음주측정을 요구하는 것은 적법하지 않다고 본 대법원 판결(대법원 2012. 12. 13. 선고 2012도11162판결)도 유사한 맥락이라고 하겠다. 이 판결에 대한 평석으로는 김택수, “음주운전자에 대한 보호조치와 음주측정불응죄의 성립관계”, 형사판례연구 제22호(2014.6), 267-302면.

39) 행정조사와 범칙조사를 구분하는 입장으로는 오경식, “공정거래법상 범칙조사권의 강제성 부여 방안에 대한 연구”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 279-306면.

40) 제296조(수색·압수영장) ① 이 법에 따라 수색·압수를 할 때에는 관할 지방법원 판사의 영장을 받아야 한다. 다만, 긴급한 경우에는 사후에 영장을 발급받아야 한다.

② 소유자·점유자 또는 보관자가 임의로 제출한 물품이나 남겨 둔 물품은 영장 없이 압수할 수 있다.[전문개정 2010.12.30.]

관세법 및 관세법 관련 법령을 적용하고, 대외무역법 위반사범·상표법 등 지적재산권 침해사범, 외국환거래법 위반사범, 마약류 위반사범 등에 대한 조사는 형사소송법 등에서 정하는 법령을 적용한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 특별사법경찰관리로 지정된 세관공무원의 압수수색의 절차는 관세법상의 압수수색과 형사소송법상의 압수수색 절차로 이원화 되었다고 할 수 있다.

이러한 법적구조는 특사경법이 특별사법경찰관리로 지명된 세관공무원에 대하여 외국을 왕래하는 항공기 또는 선박이 입·출항하는 공항·항만과 보세구역에서 발생하는 마약류사범에 대한 수사권한을 부여하고 있음에도 불구하고 정작 관세법에 의한 압수수색의 대상사건을 관세법으로 한정시키는 모순성을 보여준다. 그런데 이와 같은 모순성은 관세법에 대한 처리절차와 관련되어 있다. 즉 마약류 사범을 관세법에 포함시켜 영장주의에 관한 제296조 제1항의 적용을 고려할 수 있으나, 관세법에 통고처분제도와 전속고발권이 결합되어 있어 마약류 사범의 특성을 고려할 때 관세법에 포함시키는 것이 어렵다.

따라서 사안 2에서 항소심이 관세법에 의한 압수수색의 가능성을 언급하였지만 마약류 사범의 경우에는 그 적용이 배제되며, 더욱이 세관공무원에 의한 마약류 점유취득의 문제를 특별사법경찰관리에 의한 압수의 문제로 한정시킨 것은 통관검사절차에서 세관공무원에 의해 일반적으로 행해지는 마약류를 포함한 밀수품에 대한 적발절차를 도외시한 것이라는 비판을 면하기 어렵다. 즉, 특별사법경찰관인 세관공무원이 개입하게 된 경우를 보면 이미 세관공무원이 통관검사절차를 통해 밀수품을 적발하고 사실상 해당 물품에 대한 점유가 이루어지고 있는 시점에서 이를 인계한 것이기 때문이다. 따라서 특별사법경찰관이 개입하여 밀수품을 인수한 단계에 앞서 세관공무원에 의하여 마약류를 발견하여 범죄를 적발한 시점에서의 마약류에 대한 점유취득의 여부와 그 적법성에 대한 검토가 선행되어야 한다고 하겠다.

세관공무원에 의한 마약류의 적발은 통상 통관검사절차에서 이루어진다는 점에서 범죄 또는 범칙 혐의를 전제로 하지 않으며, 통관검사절차에서 마약류 등의 밀수품을 발견한 경우 즉시 압수할 수 있어야 함에도 불구하고 관세법은 이러한 절차를 마련하고 있지 못하며⁴¹⁾, 실무상 통관보류⁴²⁾의 조치 또는 특별사법경찰관의 지위를 가지는 세관공무원

을 호출하여 인계하는 형태를 취하게 된다. 다시 말하자면 통관검사를 행하는 세관공무원이 마약류를 발견한 경우에도 직접적인 조치를 취할 수 없는 중대한 입법상의 흠결이 존재한다.

Ⅲ. 행정조사절차와 범죄수사절차의 구분론

1. 프랑스와의 비교법적 고찰

가. 세관공무원에 의한 관세법 적발권과 법적 성격

우리나라 특사경법에 따라 관세법상 공항만 및 보세구역에서의 마약류 사범에 대한 적발과 마약류의 압수는 특별사법경찰관으로 지명을 받은 세관공무원에 의해 이루어진다.⁴³⁾ 이 점에서 사법경찰관제도의 모태가 되고 있는 프랑스에서는 어떤 방식으로 통관검사 과정에서 마약류에 대한 적발과 압수가 이루어지는지에 대하여 살펴보겠다. 일반사법경찰관제도의 원류는 프랑스의 사법경찰관제도에서 찾을 수 있지만, 특별사법경찰관제도는 일제 강점기에 일본에 의해 이식되었다는 특징이 있다. 일본이 특별사법경찰관의 종류를 매우 제한적으로만 인정하고 있다면 우리나라는 반대로 대폭 확대하는 추세에 있다는 특징이 있다.⁴⁴⁾ 원칙적으로 프랑스는 우리나라와 유사한 형태의 특별사법경찰관제도를 두고 있지 않으며, 우리나라 및 일본과 달리 별도의 단일법으로 규율하고 있지도 않

41) 제295조(사법경찰권) 세관공무원은 관세법에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행한다.

42) 제237조(통관의 보류) 세관장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 물품의 통관을 보류할 수 있다. 3. 이 법에 따른 의무사항을 위반하거나 국민보건 등을 해칠 우려가 있는 경우

43) 프랑스 세관에 의한 통관검사 및 마약류 단속에 대한 보도영상으로는 <https://www.youtube.com/watch?v=bvXak8e416c> 참조.

44) 일본의 경우 현재 13개 종류의 특별사법경찰관리가 존재하고 있으며, 반면에 우리나라는 특별사법경찰관리의 종류가 50여개에 이르고 있어 특별사법경찰관리의 폭증현상을 보인다. 김택수, “사법경찰관제도의 구조에 관한 비교법적 고찰”, 경찰법연구(2012.6), 3-29면.

다. 다만 프랑스 형사소송법 제28조 제1항은 다른 법률에 의해 일정한 사법경찰권을 부여받은 행정기관 및 공공기관의 관리가 그 법률이 정한 요건 및 범위 내에서 이 권한을 행사할 수 있다는 원칙을 규정하고 있다. 이에 따라 개별법률은 이들 행정 공무원에 대하여 범죄적발의 권한과 이에 필요한 최소한의 강제조사권만을 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 세관공무원에 대하여도 마찬가지로 관세법(Code des douanes)은 행정조사의 권한과 함께 범죄적발의 권한을 부여하고 있다.

프랑스 관세청은 물품경찰(police des marchandises)로서 관세법 제60조⁴⁶⁾에 근거하여 물품, 운송수단, 사람에 대한 일반적 검색권한을 보유하고 있으며, 세관공무원은 국경지역에서의 통관을 위한 물품검사뿐만 아니라, 전 국토상에서 물품, 운송수단, 사람에 대하여 검색(visite)과 경우에 따라 물품에 대한 유치 및 압수 등을 할 수 있다.⁴⁷⁾ 특히 주목할 점은 관세법 제323조 제1항에 따라 세관공무원과 기타 행정청은 관세법령을 위반한 범죄를 적발할 수 있으며, 같은 조 제2항에 따라 물수의 대상이 되는 모든 물건에 대하여 압수할 수 있으며, 더 나아가 제323-1조에 따라 세관공무원은 1년 이상의 구금형에 처해지는 현행범인에 대하여 세관조사를 위하여 필요한 경우 체포 및 세관유치(retenu douanière)를 할 수 있다.⁴⁸⁾ 그런데 세관공무원에게 부여된 관세법에 대한 적발권은 특별사법경찰권에 근거한 것이 아니라 행정조사권에 근거하고 있다.

우리나라가 마약류 밀수사범을 관세법에 포함시키지 않고 있는 것과 달리 프랑스는 마약류 밀수사범에 대하여도 관세법 제414조⁴⁹⁾의 규정을 적용하여 관세법으로 분류하

45) 개별법률에 의하여 이러한 권한을 보유한 공무원 및 관리의 종류에 대하여는 Bernard Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 24éd(2014). 387-388면 참조.

46) 제60조 본 법률의 규정을 적용하고 부정행위에 대한 발견을 목적으로 세관 공무원은 물품 및 운송수단에 대한 검색 및 사람에 대하여도 검색할 수 있다.

47) Rozenn CREN, Poursuites et sanctions en droit pénal douanier, Université Panthéon-Assas (thèse), 2011, 46-47면.

48) 세관유치가 되면 즉시 관할 지방검찰청 검사장에게 보고를 하여야 하며(제2323-3조), 24시간의 유치기간이 종료되면 검사는 자신 또는 세관사법경찰관에게 인치할 것을 명할 수 있으며, 경우에 따라 수사를 개시하여 피의자를 경찰유치(garde à vue)할 수 있다(제323-9조).

49) 프랑스 관세법(Code des douanes) 제414조는 관세법에 의하여 수출입이 금지된 물품을 신고 없이 수출입하는 행위를 관세법으로 규정하여 3년 이하의 구금형 및 가액의 2배 이하의 벌금형에 처하도록 규정하고 있으며, 마약류에 대한 밀수입의 경우 이 규정에 따라 처벌된다.

고 있으며, 마약류에 대한 적발은 다른 관세법과 동일한 방식을 따른다. 세관공무원이 관세법을 적발하는 방식은 두 가지이며, 현행법의 상황과 비현행법의 상황으로 구분된다. 먼저 관세법은 현행범죄에 대하여 압수조서(*procès-verbal de saisie*)에 의한 적발방식을 마련하고 있으며, 이 경우 압수조서라는 명칭에도 불구하고 반드시 압수를 요하는 것은 아니다.⁵⁰⁾ 압수조서는 장소를 불문하고 작성될 수 있으며(적발하는 장소, 압수물의 영치장소, 세관 사무실 등), 다만 적발과 동시에 또는 압수물의 운반 및 영치 직후에 작성되어야 한다(관세법 제324조 제2항). 관세법은 몰수의 대상이 되는 물건의 압수를 수반한 범죄적발의 경우에 좀 더 엄격한 조서의 기재사항을 요구하고 있다(관세법 제325조 내지 제327조에서 규정).⁵¹⁾ 관세법 제241조 제3항에 따라 관세법의 현행범인으로 체포를 한 경우 지방검찰청 검사장에게 인치할 수 있으며, 실무상 현행범죄를 적발한 세관공무원은 즉시 지방검찰청 검사장에게 보고를 하여 현행범수사의 개시여부에 대한 지휘를 받는다.⁵²⁾

다음으로 관세법은 실황조서(*procès-verbal de constat*)에 의한 적발방식을 규정하고 있다. 이 조서는 현행범의 상황에서 작성되는 압수조서와 달리 관세법 제65조에 규정된 서류제출요구(예를 들어 서류에 대한 압수가 행해진 경우 포함)의 시행 이후에 행해지는 단속의 결과 및 세관공무원에 의해 수행된 조사, 심문 등의 결과를 기록하기 위하여 작성된다. 이외에도 관세법 제63조의3에 규정된 영업의 장소 또는 시설에 대한 출입권의 시행, 관세법 제64조에 의해 규정된 가택조사의 시행, 조사가 결과가 없거나 제63조의3에 근거한 시료채취 등의 경우에 작성된다. 관세법 제334조를 적용하여 실황조서에는 단속의 일시, 적발 및 수집된 정보의 성격, 경우에 따라 압수된 서류, 관리의 성명, 자격, 소재지를 기재하여야 한다. 조서에는 관련인에 대한 심문의 결과가 기재될 수 있다(관세법 제334조). 또한 관련인은 변호인의 조력을 받을 수 있다.⁵³⁾ 특히 현행범에 세관유치(*retenue douanière*)의 각 과정을 조서에 기재하도록 함으로써 사법기관으로 하여금 인간의 존엄

50) Rozenn CREN, 앞의 글, 138면.

51) Douanes & Droits Indirects, Charte des contrôles douanes, 2015, 20-22면.

52) Circulaire de la direction des Affaires criminelles et des Grâces Signalisation des circulaires du 1er avril au 30 juin 2001

53) Douanes & Droits Indirects, 앞의 글, 20-22면.

성을 준수하는 상태하에서 실시되었는지를 확인하고 증거의 신의칙 원칙에 따라 증거자료가 수집되었다는 것을 보장토록 한다.⁵⁴⁾ 이와 같이 엄격한 형식과 요건을 갖춘 조서는 위경죄에 대하여는 일정부분 법관의 판단을 구속하는 효력을 가진다.⁵⁵⁾

범죄적발에 따른 압수는 형사소송법의 적용을 받는 압수가 아니라 관세법상 몰수를 전제로 하여 세관공무원에게 인정된 행정상의 조사행위라는 점에 주의해야 한다. 따라서 압수를 통한 범죄적발은 범죄수사에 포함되는 행위가 아니라 행정조사의 일환으로서 범죄수사의 개시를 위한 전(前)단계로서의 의미를 갖는다고 하겠다. 관세법은 위경죄(délit)와 경죄(contravention)로 구분되며, 경죄의 경우에는 원칙적으로 검사가 수사개시여부를 판단한다. 이 경우 검사는 통상적인 형사절차에 따라 예심을 청구하거나 세관사법경찰을 포함한 수사기관을 지휘하여 수사를 진행하도록 하며, 최종적으로 검사에 의해 공소(action publique)가 제기된다. 반면에 위경죄 및 경죄의 경우 관세청은 화해(transaction)⁵⁶⁾ 절차를 밟거나 관세벌금(amende douanière)의 부과 또는 몰수(confiscation)를 위한 세무의 소(action fiscale)를 제기한다. 이처럼 프랑스 관세법은 범죄의 적발방식과 범죄수사로의 이행절차를 명확히 함으로써 세관공무원의 행위가 행정조사로서의 성격을 가지는지 아니면 범죄수사로서의 성격을 가지는지에 대한 논란을 발생시키지 않는다.

나. 행정조사권과 수사권의 중복금지 원칙

프랑스는 원칙적으로 우리나라와 유사한 특별사법경찰관제도를 운영하고 있지 않지만 중대범죄 및 조직범죄에 대처하기 위한 차원에서 그 예외를 인정하고 있다. 즉 형사소송법 1999년 6월 23일자 법률에 의해 신설된 제28-1조는 지명을 받은 세관공무원에 대하여, 2009년 12월 30일자 법률에 의해 신설된 제28-2조는 마찬가지로 일부 세무공무원에 대하여 사법경찰권을 부여하고 있다. 따라서 특별사법경찰관리는 두 종류에 불과하다.

54) Rozenn CREN, 앞의 글, 139면.

55) 조서의 증명력에 대하여는 관세법 제336조 제1항 참조.

56) 행정처분의 하나로서 법적 근거는 민법 제2044조 이하에 규정된 화해절차를 근거로 한다. 일정부분 우리의 통고처분제도와 유사한 면이 있으나, 화해금을 지불하더라도 상급 관청의 승인을 받아야 하며, 동일 사안에 대하여 다른 법률에 의한 벌금과 병과될 수 있다는 특징이 있다. 이에 대하여는 Rozenn CREN, 앞의 글, 2011, 257-258면 및 312면 참조.

세관공무원에 대한 사법경찰권 부여에 관한 규정을 살펴보면, A, B(공무원 직급분류) 카테고리에 해당하는 세관공무원으로서 법무부장관 및 재무부장관의 공동부령에 의해 특별히 지명된 자는 지방검찰청 검사장 또는 예심판사의 청구에 의하여 수사할 수 있다(형사소송법 제28-1조). 이들은 사법세관공무원(officiers de la douane judiciaire)⁵⁷⁾으로 불려지며, 부정통관물품, 관세부정, 상표권침해 및 이러한 행위와 결합된 행위에 대하여 형사소송법의 규정에 따른 수사권한을 행사한다. 사법세관공무원은 전 국토상에서 수사를 할 수 있으며, 다만 마약류 범죄에 대한 수사 및 불법 총기 및 화약류 범죄에 대한 수사에 있어서는 단독으로 수사할 수 없으며, 지방검찰청 검사장 또는 예심판사가 일반사법경찰과 사법세관공무원으로 구성된 합동수사팀을 조직하여 수사하게 한다.

주목할 점은 형사소송법 제28-1조는 관세법상의 권한과 형사소송법상의 권한이 중복되는 것을 방지하도록 하는 규정을 두고 있다는 것이다. 즉 사법세관공무원은 검사 또는 예심판사가 수사를 요구한 범죄사실의 범위 내에서 형사소송법에 규정된 권한만을 보유하고 행사할 수 있으며, 이 규정을 위반한 경우 수사행위는 무효(nullité)의 제재를 받는다. 따라서 사법세관공무원이 수사절차를 진행하는 경우에는 관세법 또는 세무절차상의 권한을 행사하는 것이 금지된다.⁵⁸⁾ 같은 맥락에서 사법세관공무원은 관세법을 적용하여 범죄를 적발한 경우에 곧바로 범죄수사를 개시, 진행할 권한이 없으며, 검사 또는 예심판사의 청구에 의해서만 수사가 가능하다.⁵⁹⁾ 입법자들은 세관공무원에 대한 사법경찰권을 도입하면서 어떠한 권한 또는 기능이 세관 행정기관에 의해 중복되지 않도록 강력하게 희망하였다.⁶⁰⁾

입법자들은 이러한 권한의 중복이 국민의 자유에 대한 중대한 침해를 보여 준다고 판단하였다. 심지어 세관공무원이 마약류 사범을 적발한 경우에 세관사법공무원이 수사를 할 수 없도록 하는 규정까지 두었다. 그러나 2004년 3월 9일의 법률에 의해 이 제한은 폐지되었으며, 현재 권한중복의 금지는 사법경찰관리의 자격을 부여받은 세관공무원이

57) Hervé Vlamynck, Droit de la police, Vuibert, 2009, 42면.

58) <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg82c3.htm>

59) <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg82c3.htm>

60) <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg82c3.htm>

예비수사, 현행범 수사, 위임수사의 과정에서 관세법상의 권한을 행사할 수 없다는 것을 의미한다. 경찰 및 군경찰(gendarmerie)이 종종 세관과 협력을 하지만 이러한 협력이 사법경찰의 목적을 위하여 세관의 권한을 사용하는 것을 허용하는 것은 아니다. 이 경우 사법경찰에 인정된 권한에 대한 사실상의 불법적 확대를 의미하기 때문이다.⁶¹⁾ 행정조사의 권한과 수사권한의 중복금지의 원칙은 조세분야에도 동일하게 적용된다. 즉 형사소송법 제28-2조의 규정에 따라 사법세무공무원은 어떠한 경우에도 세무조사에 참여할 수 없으며, 형사소송법에 명시된 권한만을 행사할 수 있으며, 더 나아가 세무조사의 차원에서 알게 된 사안에 대하여 관련 사건의 수사에 참여할 수 없다.⁶²⁾ 행정조사의 권한과 수사권한의 중복금지는 사법세관공무원에 의해 수행되는 세무의 소(action fiscale)에도 일정한 영향을 주며, 검사가 형사소추를 하는 경우에는 동일 사안에 대하여 관세청은 세무의 소를 제기할 수 없다(관세법 제343조). 또한 권한중복의 금지 원칙은 관세청의 조직구조에도 반영되어 있다. 즉 관세법에 대한 조사행위를 수행하는 조사부서(DNRED)와 검사 또는 예심판사의 수사개시 요구를 받아 수사를 실시하는 사법수사부서(SNDJ)가 분리되어 운영되고 있다.⁶³⁾

2. 범죄적발권을 통한 범죄수사 이행절차 도입방안

가. 특별사법경찰관리에 의한 권한중복의 문제

(1) 관세법 범칙조사의 구조

마약류 밀수사범에 대한 프랑스 관세법과 우리나라 관세법의 규정방식에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 프랑스의 경우 마약류의 밀수는 형법상의 범죄를 구성할 뿐만 아니라 몰

61) Hervé Vlamynck, Droit de la police, Vuibert, 2009, 373면.

62) http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/01/cir_32317.pdf

Circulaire du 15 decembre 2010 relative a la lutte contre la grande fraude fiscale ; mise en place d'une procedure judiciaire d'enquete fiscale NOR : JUSD1032427C

63) 프랑스 관세청의 조직구조 및 인력편성에 대하여는, Douanes & Droits Indirects, Douane Résultats 2014, 29면, 36면 및 관세청 사이트(<http://douane.gouv.fr/>) 참조.

수의 대상으로서 관세법의 위반인 관세범에 해당한다. 따라서 형법에 따른 형사처벌의 대상이 됨과 동시에 관세벌(sanction douanière)의 대상이 되며, 이들 간에는 실제적 경합 관계가 인정된다.⁶⁴⁾ 다만 세관공무원은 마약범죄에 대하여 압수조서 또는 실황조서에 의한 적발을 할 수 있지만 직접 수사를 개시할 수 없으며 검사의 지휘를 받아야 하는 제약이 따른다. 반면에 우리나라의 경우 마약류 밀수는 ‘마약류관리에 관한 법률’ 위반에 해당하는 범죄로서 관세범에 해당하지 않는다. 그런데 관세범에 해당하는지의 여부는 마약류 밀수사범에 대한 단속, 수사, 처벌에 있어 매우 다른 결과를 가져온다.

우리나라 관세법상 관세범은 관세법 또는 관세법에 따른 명령을 위반하는 행위로서 관세법에 따라 형사처벌되거나 통고처분되는 것을 말하며(제283조 제1항), 다른 기관이 관세범에 관한 사건을 발견하거나 피의자를 체포하였을 때에는 즉시 관세청이나 세관에 인계하여야 하며(제284조 제1항), 즉시고발사건으로서 관세청장이나 세관장의 고발이 없으면 검사는 공소를 제기할 수 없다(같은 조 제2항). 관세법은 범칙조사에 있어서 형사소송법상 수사권에 준하는 권한을 세관공무원에게 부여하고 있으며, 강제조사권과 관련하여 관할지방법원 판사의 영장을 받아 수색·압수할 수 있으며(제296조 제1항), 소유자·점유자 또는 보관자가 임의로 제출한 물품이나 남겨 둔 물품은 영장 없이 압수할 수 있다(같은 조 제2항). 또한 선박·차량·항공기·창고 또는 그 밖의 장소를 검증하거나 수색할 수 있으며(제300조), 물품은닉 여부를 확인하기 위하여 신변을 수색할 수 있다(제301조). 특히 세관공무원은 관세범 조사에 의하여 발견한 물품이 범죄의 사실을 증명하기에 충분하거나 몰수 하여야 하는 것으로 인정될 때에는 이를 압수할 수 있다(제303조 제1항).

그런데 위에 열거된 관세범에 대한 조사권한은 세관공무원으로서 특별사법경찰관리의 자격을 부여받은 자가 가지는 권한이며⁶⁵⁾, 그 외 일반 세관공무원은 관세법 제265조 내지 제267조의2에 규정된 것과 같이 임의적 방법에 의하여 물품 또는 운송수단 등에 대한 검사(제265조)와 장부 또는 자료의 제출 등을 요구할 수 있을 뿐이다(제266조). 결과적으로 세관공무원이 통관검사 과정에서 마약류를 발견한 경우에도 이를 압수할 권한이 없으

64) Rozenn CREN, 앞의 글, 312면.

65) 제295조 “세관공무원은 관세범에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행한다.”

며, 반면에 프랑스의 경우 범칙조사에 대한 권한은 특별사법경찰관리가 아닌 일반 세관 공무원에게 부여되어 있다는 큰 차이점이 있다.

(2) 범칙조사의 이중적 성격

관세법에서 보듯이 우리나라는 범칙조사권과 특별사법경찰권이 밀접하게 결합되어 있는 형태를 보인다. 관세법에 대한 범칙조사차원에서 다양한 강제조사권이 인정되며 이러한 권한이 특별사법경찰관리에 의해 행사되는 구조를 취함에 따라 특별사법경찰관의 직무범위에 속하는 한 형사소송법이 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리에게 동등한 권한을 부여하고 있음에도 관세법 제12장 ‘조사와 처분’은 별도의 범칙조사의 권한을 마련하고 있는 왜곡된 모습을 보인다. 이는 결국 적용법률에 대한 혼선을 초래하기도 하며⁶⁶⁾, 범칙조사의 법적성격의 규명을 어렵게 만드는 요인이 된다. 그런데 범칙조사의 법적성격은 통고처분의 법적 성격과 연관되어 있다. 즉 관세법상 관세법은 형사처벌 또는 통고처분의 대상이 되는 행위를 의미하며, 범칙조사의 주된 목적이 통고처분에 있다는 점에 비추보면, 통고처분의 법적 성격이 명확히 규명되지 않은 상태에서 특별사법경찰관리에 의한 조사권한의 법적성격을 판단하는 것은 용이하지 않다.⁶⁷⁾

따라서 범칙조사의 성격에 대한 판단에 앞서 통고처분의 성격⁶⁸⁾에 대한 검토가 선행되어야 한다. 행정의 실효성을 확보하는 수단으로서 행정의무위반에 대하여 행해지는 통고처분은 범칙자에게 과해지는 행정형벌과 행정질서벌 사이의 중간적인 성질을 갖는 행정조치라고 하겠다.⁶⁹⁾ 그러나 범칙조사가 통상의 경우 통고처분을 예정하고 있어 그 연

66) 예를 들어 세관공무원의 범칙조사에 관한 훈령은 관세법의 규정과 달리 제41조에서 압수·수색 검증영장의 신청에 대하여 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 현행범죄 장소에서의 영장없는 압수수색이 허용되는지 파악이 어렵다. 또한 범칙조사에 검사의 지휘가 가능한지도 파악이 어렵다.

67) 관세법 제296조에 따른 압수수색의 성격을 수사로 보면서 그 근거로 특별사법경찰관리에 의해서 수행된다는 점을 지적하는 견해로는, 전승수, 앞의 글, 663-664면 ; 범위반사실의 조사로서 행정조사는 실질적으로 사법경찰작용으로서의 ‘범죄수사’에 해당된다고 보는 견해로는, 이근우, “사실상 수사로서 행정조사의 형사절차적 한계”, 고려대학교 석사학위논문, 2004, 74면.

68) 배순기, “통고처분- 행정강제로서 통고처분의 문제점을 중심으로”, 법학연구제29집(2009.12), 334-346면.

관성을 인정할 수 있지만, 통고처분의 성격이 범칙조사의 성격을 결정짓는 것은 아니다. 거시적 관점에서 보면 범칙행위는 궁극적으로 형사처벌의 대상으로서 행정청에 의한 통고처분의 가능성이 마련되어 있으므로, 그에 대한 조사행위는 수사로서의 성격을 배제하기 어렵다고 하겠다.⁷⁰⁾ 반면에 미시적 관점에서 보면 행정조사로 볼 여지가 크다. 이는 범칙조사의 절차적 특징을 고려하는 경우에 분명하게 드러난다. 우선 관세범의 경우 범죄의 정상이 징역형에 처해질 것으로 인정될 때에는 통고처분 없이 즉시 고발이 이루어지며(제312조), 통고처분을 이행하지 아니하거나(제316조), 무자력의 경우(제318조)에도 고발이 이루어진다. 행정기관의 고발권은 형사소송법상의 공무원의 고발의무(제234조 제2항)⁷¹⁾에 근거하며, 고발이 수사의 개시원인인 수사단서에 해당한다는 점에서, 범칙조사에 수사로서의 성격을 부여하는 경우 수사개시 이전에 수사가 이루어졌다는 논리가 성립되어 그 설명이 어렵다. 더욱이 관세범에 대한 범칙조사를 수사로 보는 경우에는 형사소송법 제196조 제1항에 따라 사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받아야 함에도 불구하고 전속적 고발권으로 인하여 범칙조사에 있어서 검사의 지휘가능성이 부정된다는 사실을 설명하기 어렵다.⁷²⁾ 이처럼 범칙조사의 성격은 행정조사의 성격이 강하다고 할 것이지만, 관세법상 범칙조사의 권한을 사법경찰권을 보유한 세관공무원에게 인정하고 있어 결과적으로 수사기관에 의한 행정조사라는 형태를 취하게 되며, 범칙조사는 일반적인 행정조사와 수사의 중간에 위치하는 “제3의 영역”이라고 할 수 있다. 수사기관에 의한 행정조사의 수행은 바로 프랑스가 금지하고 있는 수사권과 행정조사권의 권한충복에 해당한다고 하겠다.⁷³⁾

69) 1949년 관세법을 시초로 마련된 통고처분제도는 현재 5개의 행정 영역에 걸쳐 13개 법률들에 확산되어 시행되고 있다. 조만형, “총칙 마련을 위한 통고처분의 입법현황과 문제점 분석”, 토지공법연구 제68집(2015. 2.), 285-286면.

70) 통관과정에서 행하여지는 행정조사와 달리 세관공무원의 관세범 조사절차 세관공무원이 특별사법경찰관으로서 행하는 범죄수사에 해당한다는 의견으로는, 전승수, 앞의 글, 666면 ; 동일한 취지로는 김용주, 행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정, 경찰학연구 제14권 제4호(통권 제40호), 97면.

71) 공무원은 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다.

72) 다만 마약류 사범의 경우에는 관세범에 해당되지 않아 검사의 지휘가 허용된다.

73) 이러한 관점에서 범칙사건의 조사와 특별사법경찰관제도를 결합하여 운영하고 있는 기타 형

나. 세관공무원에 대한 적발권 및 압수권 도입론

사안 2에서 항소심이 세관공무원이 통관검사절차에서 마약류를 포함한 밀수품을 발견 하였음에도 불구하고 사법경찰권을 보유한 세관공무원의 점유취득 행위에 초점을 맞춘 것은 결과적으로 통관검사 세관공무원에게 마약류에 대한 적발 및 압수권한이 없었다는 점에서 비롯된 것이다. 이러한 입법상의 불비로 인하여 실무상 특별사법경찰관의 개입을 요청하여 범인에 대한 체포 및 마약류를 압수하는 현재의 방식은 그에 대한 합리적 이유를 찾기 어려우며 효과적인 마약류 범죄의 대응이라는 측면에서도 문제라고 하겠다. 더 나아가 법적 성격이 다른 행정조사에서 범죄수사로 연계되는 과정에 대하여 법률에 의한 규율이 이루어지고 있지 못하다는 것은 권한중복으로 인한 남용의 우려를 낳기도 한다.

이러한 문제점들에 대한 해결방안⁷⁴⁾으로 먼저 통관검사업무를 수행하는 일반 세관공무원에 대하여 마약류 및 밀수품에 대한 압수권을 부여할 필요가 있다. 이와 관련하여 수출입 금지품목을 지정하고 있는 관세법 제234조에 마약류를 포함시켜 제237조에 따른 통관보류 또는 제206조에 따른 유치 또는 예치의 방안을 고려할 수 있으나, 이는 몰수대상물⁷⁵⁾에 대한 강제적 점유취득의 수단으로서의 압수로 보기는 어렵다. 더욱이 제234조의 위반은 관세법에 해당되어⁷⁶⁾ 제296조에 따른 압수절차를 밟아야 하는 순환논리에 빠진다. 따라서 관세법 제246조 및 제265조가 물품 및 운송수단 등에 대한 검사를 허용하고 있어 해당조항 또는 별도의 조항을 마련하여 마약류를 포함한 밀수품을 적발한 경우 직접 압수할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 다만 이 경우 영장주의의 적용여부와 관련하여 세관공무원에 의한 압수의 법적 성격을 명확히 할 필요가 있다.

정분야에 대해서도 냉철한 비판이 요구된다고 하겠다. 특별사법경찰관리가 법 위반사실의 행정조사를 하는 경우 그 행위가 행정조사인지 수사인지의 여부와 수사로 전환되는 경우에 있어 구별의 문제점에 대한 지적으로는 김용주, 앞의 글, 103면.

74) 특별사법경찰관리를 현재의 광역시도에 설치한 전담부서와 같이 일반부서와 분리하자는 주장으로는 김용주, 앞의 글, 109-110면 참조. 그러나 권한중복의 문제는 단순히 조직을 분리하는 것으로는 해결될 수 없다고 할 것이다.

75) 관세법 제282조는 몰수·추징에 관한 규정을 두고 있으나, 행정상의 압수규정은 두고 있지 않다.

76) 제269조(밀수출입죄) ① 제234조 각 호의 물품을 수출하거나 수입한 자는 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.

세관공무원에게 부여하는 압수권은 범죄수사에 있어서 증거수집을 위한 수단으로서의 수사상의 압수가 아니라, 몰수대상물⁷⁷⁾인 밀수품(마약류)의 보존을 위한 행정상의 압수로 평가되어야 한다.⁷⁸⁾ 이와 관련하여 2002년 헌법재판소는 불법게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 규정에 대하여, “불법게임물은 불법현장에서 이를 즉시 수거하지 않으면 증거인멸의 가능성이 있고, 그 사행성으로 인한 피해를 막기 어려우며, 대량으로 복제되어 유통될 가능성이 있어, (...) 직접강제 등 행정상의 강제집행으로 나아가는 원칙적인 방법으로는 목적달성이 곤란하다고 할 수 있으므로, (...) 위와 같은 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 인정된다.”⁷⁹⁾고 판시한 바 있다.

이러한 헌법재판소의 결정취지에 따르는 경우 세관공무원에 의한 통관검사과정의 압수⁸⁰⁾는 관세 부과·징수 및 수출입물품 통관의 적정성 확보와 함께 사회안전 및 국민보건 등 관세법의 목적을 위한 행위로서 부정물품의 국내유입을 차단하고 국고환수를 위한 긴급한 조치로서 평가될 수 있다. 즉, 세관공무원에 의한 압수는 행정상 즉시강제에 해당하며 그 성격상 영장적용이 배제된다고 하겠다. 만일 마약류에 대한 압수 후에 영장을 발부 받아야 한다고 하더라도 이는 사후영장의 문제로서 사전 영장을 원칙으로 하는 영장주의의 본질에 비춰볼 때 그 의미는 크지 않다고 하겠다.

또한 압수에 대한 규정과 함께 범죄적발권에 대하여도 명시적인 규정을 두어야 한다. 현재의 관세법 체계에 따르면 마약류를 발견한 경우 세관공무원이 아닌 특별사법경찰관의 자격을 보유한 세관공무원이 행하도록 하고 있다.⁸¹⁾ 그러나 통관검사를 실시하는 세

77) 압수행위가 몰수를 위한 것이므로 궁극적으로 마약류도 몰수·추징에 관한 관세법 제282조의 적용대상에 포함시키는 것이 타당하다.

78) 프랑스에서 세관공무원에 의한 압수(saisie)는 몰수의 대상이 되는 물품 또는 증거를 구성할 수 있는 서류에 대한 보관을 허용하는 보존적 성격의 조치로서 정의된다(관세법 제65조). 프랑스 관세청 사이트(<http://www.douane.gouv.fr/articles/a11055-lexique-du-contentieux-douanier>) 참조.

79) 헌법재판소 2000헌가12, 2002.10.31.결정.

80) 압수라는 용어의 선택은 오히려 수사상 압수와의 구별에 있어 혼동을 초래할 우려가 있어, 압류 또는 차압 등 다른 용어로 대체될 필요성도 있다.

81) 마약류 등 정보업무 수행에 관한 훈령(관세청훈령 제1711호) 제11조는 제1항에서 마약조사요

관공무원에게 직접적인 적발권을 부여하고 이에 대한 사항을 조서로 작성하도록 할 필요가 있다. 조서는 범죄수사 및 형사재판에 있어서 마약류의 압수와 범죄적발의 절차적 객관성과 투명성을 보장하도록 하고 동시에 증거로서 활용하기 위한 것이다. 이에 덧붙여 현행범인에 대한 체포의 권한을 명시하는 것도 필요하다. 일반인이 현행범인에 대한 체포권한을 보유하고 있다는 점에서 정당성의 논란은 없을 것으로 보이나 이를 명확히 규정할 필요가 있으며 다만 경미한 사안에 대하여는 체포를 배제하도록 하는 것이 타당하다.

마지막으로 위와 같은 범죄적발권 및 그에 따른 압수권을 신설하는 경우 수사기관에 인계하여 수사를 하도록 하는 이행절차를 마련해야 한다. 마약류 사범의 경우에는 관세법에 해당하지 않으며, 통고처분의 대상도 아니라는 점에서 즉시 고발의 절차를 통하여 검찰 또는 경찰에 인계를 하거나 공항만 및 보세구역에서의 수사에 한정하는 경우에는 일정한 형식을 갖추 내부적으로 특별사법경찰관에게 인계를 하도록 해야 한다.

IV. 결 론

2013년 대법원과 항소심은 국제우편물에 대한 통관검사절차에서 엑스레이 검사 중 이상음영이 나타난 우편물을 개장하여 시료채취, 성분분석을 통하여 마약류임을 확인하여 통제배달을 실시한 사안에 대하여 세관공무원은 행정조사차원에서 보관자로서 마약류를 수사기관에 임의로 제출할 수 있다고 보았다. 반면에 2016년 대법원과 항소심은 화물에 대한 통관검사과정에서 세관공무원이 컨테이너에 은닉된 밀수품과 마약류를 발견하여 특별사법경찰관에게 인계한 사안에서 특별사법경찰관의 직무를 수행하는 세관공무원은 보관자의 지위에 있지 않으며 마약류에 대한 점유취득이 증거수집을 위한 강제처분에 해당하여 영장을 발부받아야 한다고 보아 이를 위반하여 수집한 증거에 대한 증거능력을

원이 마약류 등을 적발했을 경우 마약류적발보고서를 작성하여 즉시 관세청장에게 보고하도록 하고 있으며, 제2항은 적발된 마약류 등에 대한 조사 결과 혐의점이 밝혀진 때에는 「세관공무원의 범칙조사에 관한 훈령」에 따라 범죄인지보고를 하도록 규정하고 있다.

배척하였다.

위 두 사안은 공통적으로 세관공무원이 통관검사절차에서 마약류 등을 발견한 상황에서 세관공무원이 수사기관에 임의로 제출할 수 있는 보관자인지 아니면 점유취득자인지의 여부가 쟁점이 되고 있다. 사안 1에서 세관공무원에게 보관자로서의 지위를 인정 한 것과 달리, 사안 2에서 항소심은 특별사법경찰관의 지위를 보유한 세관공무원에 대하여 보관자의 지위를 인정하지 않고 점유취득자의 지위를 인정하였다. 이러한 상반된 판결의 배경에는 특별사법경찰관리의 지위를 보유한 세관공무원의 점유취득행위의 법적 성격이 불분명하며, 행정조사의 수단이 범죄수사의 수단으로 악용될 소지가 있다는 문제인식이 깔려있다고 하겠다. 그러나 이러한 취지에도 불구하고 항소심과 대법원이 최초 통관검사절차를 통하여 마약류를 적발한 세관공무원의 역할을 간과하였다는 비판을 면하기 어렵다.

행정조사에서 범죄수사로의 이행과정에서 발생하는 이러한 문제의 근원적 원인에는 통관검사라는 행정조사와 마약류 사범에 대한 증거물 획득이라는 법적 성격이 중복 또는 교차하는 상황에서 발생한 것으로, 강제조사권을 포함한 범칙조사의 권한을 사법경찰권과 결합시킨 특사경제도의 구조에서 근본적 원인을 찾을 수 있다. 통관검사절차에서 특별사법경찰관리가 마약류의 점유를 취득하는 경우 영장주의를 적용한다고 하더라도 법적 성격의 불분명성이 완전히 해소되는 것은 아니다. 왜냐하면 특사경의 개입이 반드시 범죄수사를 전제로 하는 것은 아니며, 통고처분을 전제로 한 범칙조사와 관련되어 있다는 점에서 여전히 범죄수사와 행정조사의 권한이 중복되고 있다고 하겠다. 이처럼 행정공무원에 대하여 사법경찰권을 부여하고 범칙조사를 하도록 하는 체계는 행정조사와 범죄수사의 경계를 확정하는데 장애요소가 되고 있으며, 더 나아가 수사기관에 의한 행정조사라는 권한중복의 본질적 문제점을 내포하고 있다고 하겠다.

이와 관련하여 프랑스의 사례를 살펴보면, 통관검사를 실시하는 세관공무원에게 마약류를 포함한 밀수품을 발견한 경우 조서에 의하여 범죄를 적발하고 직접 압수할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 또한 수사의 개시여부는 검사가 결정하도록 하고 있다. 더 나아가 사법경찰권을 보유한 세관공무원은 범죄수사를 목적으로 행정조사의 권한을 행사할 수

없도록 하는 권한중복 금지의 규정을 두어 행정조사절차와 수사절차를 엄격히 구분하고 있다.

수사기관에 의한 행정조사의 권한중복의 문제점을 근원적으로 해결하는 것은 특사경 제도 전반에 대한 개혁을 요하는 사항이라고 할 것이다. 그러나 이러한 개혁은 장래에 맡기더라도 우선적으로 통관검사 업무를 수행하는 세관공무원에게 범죄적발권을 부여하여 행정조사에서 수사로 이행하는 절차를 마련하고 그에 수반하여 수사상의 압수와 구별되는 행정상의 압수절차를 마련하여야 할 것이다.

주제 3

독일경찰법상 손해보전에 관한 연구

이 기 춘
(부산대학교 교수)

독일경찰법상 손해보전에 관한 연구¹⁾

이기춘 (부산대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사)

I. 경찰관직무집행법 제11조의2의 의의와 연구의 목적

2013. 4. 5. 우리나라 경찰관직무집행법에 아래와 같은 손실보상 규정이 도입되었고, 2014. 4. 6.부터 제도가 시행된 것은 주지의 사실이다.

제11조의2(손실보상) ① 국가는 경찰관의 적법한 직무집행으로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 손실을 입은 자에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다.

1. 손실발생의 원인에 대하여 책임이 없는 자가 재산상의 손실을 입은 경우(손실발생의 원인에 대하여 책임이 없는 자가 경찰관의 직무집행에 자발적으로 협조하거나 물건을 제공하여 재산상의 손실을 입은 경우를 포함한다)
2. 손실발생의 원인에 대하여 책임이 있는 자가 자신의 책임에 상응하는 정도를 초과하는 재산상의 손실을 입은 경우

② 제1항에 따른 보상을 청구할 수 있는 권리는 손실이 있음을 안 날부터 3년, 손실이 발생한 날부터 5년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다.

③ 제1항에 따른 손실보상신청 사건을 심의하기 위하여 손실보상심의위원회를 둔다.

④ 제1항에 따른 손실보상의 기준, 보상금액, 지급절차 및 방법, 손실보상심의위원회의 구성 및 운영, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[본조신설 2013.4.5.]

1) 이 발제문은 2016.10.8. 경찰법학회와 행정법이론실무학회 공동학술대회 발표용으로서, 인용에 적합하지 않습니다. 필요한 문헌 및 자료 정보가 있으시면 필자에게 개별적으로 연락을 주시고, 사후 논문심사를 거쳐 게재가 되면 인용을 부탁드립니다. 그리고 발제문 작성과 관련하여 사정상 우리 공법학계 논문작성 관행과는 달리 문헌인용은 뒤 참고문헌의 도움을 받는 다른 사회과학계의 방식을 채택하였음을 알려드립니다. 물론 내용적인 참고가 필요할 경우에는 각주를 이용하였습니다.

개선되어야 할 본질적인 점들이 존재하기는 하지만, 이 규정의 도입은 매우 긍정적이라고 할 수 있다. 「경찰관직무집행법」이라는 범명과 일반조항적 성격이 매우 강한 표준적 경찰조치권능들의 나열에서도 드러나듯이 위협방지의 효과성, 각 개별조치권능의 수권 중심에서 공평부담원칙, 비례성원칙이라는 범치국가적 경찰권 제한원칙을 통해 시민의 방어이익을 기할 수 있는 창구가 드디어 열렸다는 점, 논의의 장이 경찰권 발동으로 인한 손실의 검토라는 결과적 측면이어서 아쉬운 점이 있지만 경찰법상 ‘책임’을 논할 수 있는 기틀이 만들어졌다는 것에 큰 의의를 부여하고 싶다.

현실적으로도 적법한 직무집행 중 발생한 손실에 대하여 경찰관들이 개인비용으로 보상하는 사례가 빈번하다고 한다.²⁾ 또한 시민의 피해구제를 위해 법원판례가 국가배상법의 위법성 개념을 넓게 인정함으로써 국가배상소송도 증가추세에 있음도 확인된다.³⁾ 이러한 사정을 기초로 경찰관직무집행법상 손실보상 규정의 도입을 국회에서 다루기 시작하여 2014년에 드디어 현재의 모습을 갖고 경찰관직무집행법 안에 들어오게 된 것이다.⁴⁾ 경찰청 내부자료에 의하면, 손실보상심의위원회는 2014년도(4.6~12.31.)에 총 84건을 심의하여 74건 보상되어 39,461,546원이 집행되었고 10건이 기각되었으며, 2015년도(1.1~12.31.)에는 총 259건을 심의하여 235건이 보상되어 86,890,130원이 집행되었고, 따라서 두 해에 걸쳐서 총계 126,351,676원이 집행되었다고 한다. 그리고 심의건수로는 2014.4.6.~2015.12.31. 기준으로 경기청이 111건, 서울청이 57건, 인천청이 39건, 부산청이 26건이었고, 보상금액도 그 순위에 유사하였다.

이하에서 서술하겠지만, 우리의 이 손실보상 규정은 경찰위험, 경찰책임, 경찰비용 문제과 함께 체계적으로 연계하여 100여 년 전개해온 독일 경찰법적 도그마틱, 실정 경찰법률, 판례들이 기초가 되어 형성된 독일 경찰법상 손해보전에 관한 지배법리를 일부 수

2) 경찰관이 개인비용으로 보상한 것이 실제 보상건수 32건 중 16건이나 된다고 한다. 경찰청 내부자료 참고. 이러한 자료에 대해서는 별도로 김태진, 2013, 43면 표1(출처: 국회 안전행정위원회, 2013, “「경찰관직무집행법」 일부 개정법률안 심사보고서”, <http://www.assembly.go.kr/2013.7.15>.)에서 확인할 수 있다.

3) 국가 및 경찰관 상대 손해배상소송 사례도 2010년에 335건, 2011년에 370건, 2012년에 397건이라고 한다. 경찰청 내부자료 참고.

4) 자세한 입법경과에 대해서는 김태진, 2013, 45면 이하 참고.

정하여 도입한 것임은 분명하다. 그런데 문제는 독일의 전통적인 경찰법 지배설과 판례는 독일 자체의 법질서에 관한 문화, 관습을 중심으로 발전되어 온 것인데, 그 해석법리들을 그대로 수용하는 자세에는 문제가 있다. 우리가 후발주자로서의 이익을 누리려면 독일 경찰법리의 지배설과 판례법리를 전제해놓고 논의를 시작할 것이 아니라 그 정확한 내용을 파악하고 우리 법제원형에 접목시키려는 노력이 필요할 것이다(김중권, 2009, 202).

따라서 독일 경찰법의 ‘손실보상’ 그 자체에 관한 우리나라 선행연구물들이 존재하고 있고 사실 큰 비판을 할 필요 없이 너무나 유익한 것이라고 평가할 수도 있지만, 그 논의들에서 보이지 못한 독일 실정경찰법률들의 ‘날 것’으로의 고찰과 함께 독일 경찰법상 손실보상규정의 전제가 된 경찰책임론에 관한 비판적 접근을 함으로써 장래 우리 경찰관 직무집행법 손실보상 자체의 올바른 해석방향에 기여하고 싶고 또한 장래 보다 확충된 경찰법제 마련에 유익한 한 방향을 제시하고 싶은 것이 본 연구발표의 목적이다.

II. 국내 선행연구의 검토

특히 적법한 경찰작용에 따른 피해의 보상이라는 주제로 독일 경찰법제의 손실보상 제도를 소개하고 논의의 본질적인 부분의 도입을 주장한 문헌이 있었다(조태제, 2000, 57면 이하). 이 문헌은 독일의 비책임자, 국외자, 장해자, 만인, 경찰협조자의 손실보상청구권 논의를 소개하고 우리 형태로의 전용가능성을 검토한 바 있다. 독일의 희생보상사상의 헌법적 지위를 주장하고, 특히 자발적 경찰협조자의 보상청구권의 근거를 희생보상이 아니라 ‘사회국가사상’에서 찾고자 한 점이 발전적인 지적이라고 할 수 있다. 그리고 2013년 경찰관직무집행법 개정 직전 이 보상규정 도입논의가 진행되고 있을 때 독일 법제를 비판적으로 검토하고 규정예시사례까지 구성하여 제시한 문헌도 주목할 만하였다(김병기, 2008, 105면 이하)⁵⁾.

5) 이 논문에서 저자는 이 제도가 특별한 손해에 대하여 전체적인 평등부담의 견지에서 행해지는 재산적 보상임을 밝히고, 안전확보나 위험방지라는 소극적 목적을 위해 불가피하게 발생한 재

그리고 경찰관직무집행법 제11조의2가 도입되고 난 이후 이 개정조항의 문제점을 피력한 논문이 가장 주목할 만하고 매우 적절한 주장을 하고 있다(정남철, 2015, 141면 이하). 이 논문의 비판적 접근을 정리하면, ①모델이 된 독일경찰법 법리상 보상에서 배제되어 온 ‘경찰책임자’에 대한 보상가능성의 문제점과 개괄적 수권조항의 허용, ② 행위책임인지 상태책임인지 불문하고 ‘책임’을 논하고 있는 점과, 비책임자에 대한 보상에서 법률행위가 아닌 사실행위로 인한 권리제한행위가 포함될 수 있는지의 경계/분리이론을 통한 검토와 분리이론에 따를 때 의도되지 않은 재산권침해와 관련된 사례에서 이 법조항의 도입을 통해 재산권의 내용한계규정에 해당하는 조정적 보상문제(Ausgleichsentschädigung)로 해결되었음을 보인 점, 경찰책임자에 대해서도 비례원칙을 초과한 부분에 대한 보상가능성의 검토, ③‘재산상 손실’ 개념의 불명확성, ④‘외관상 책임자’ 개념과 관련된 새로운 이해의 도입필요성, ⑤위법한 경찰작용을 배제하고 있는 규율태도에서 ‘위법/적법’ 구분의 곤란하고, 공법상 위험책임론, 수용유사침해보상이나 희생보상청구권으로 구제흡결을 보충하여야 한다는 ‘위법·무책’의 침해에 대한 손해전보는 그러한 희생보상의 관습법을 갖고 있지 못한 우리 법제에서는 경찰관직무집행법 제11조의2를 유추하는 것도 의문이므로, 개별 법률규정이 별도로 필요하다는 점, ⑥비재산적 권리침해나 정신적 피해보상이 불가능하고, 이를 위한 독일식 ‘희생보상청구권’의 헌법에서의 도출은 우리 법제에서는 무리이고 역시 전통적으로 보상의 이념적 근거가 된 ‘공평부담’의 원칙도 헌법상 법치국가원리, 사회국가원리, 평등원칙의 근거설명을 통해서도 그 구체적 보상을 인정하기 위한 근거로 삼기에는 역부족이므로, 역시 별도의 규정도입이 중요하다는 의견제시를 하고 있다.

산상의 침해이거나 적법한 경찰조치 과정에서 발생한 의도하지 않은 부수적 피해, 수용유사침해/수용적 침해보상, 비재산적 법익에 대한 희생보상청구권에 관한 논의를 전개하였다. 그리고 주목할 만한 대법원 2000.11.10. 선고, 2000다26870,26814 판결을 평가하고, 공적 부담 앞의 평등, 헌법 제10조, 특히 제11조 등에 근거하여 특별희생에 대한 보상원칙의 헌법상 일반원칙으로서의 기능이 가능함을 보였다. 더 나아가 소위 ‘표현책임자’(일반적으로는 ‘외관상 책임자’)의 보상청구권, 비경찰책임자의 보상청구권, 국외자의 보상청구권-수용적 침해/희생보상, 경찰협조자의 보상청구권을 논의하고, 이 제도 도입을 위해 개괄적 수권조항 및 경찰책임에 관한 입법론적 해결이 선행될 것을 요청하였다. 마지막으로, 보상규정의 대안으로서 독일입법례를 참고한 우리의 보상규정이 될 모델을 제시하였다.

세부적인 견해의 차이를 별론으로 한다면, 현재 경찰관직무집행법 제11조의2가 갖고 있는 본질적인 문제점들을 그대로 노출시켜서 그에 대한 논의필요성과 현재 상태의 대안적 결론을 도출한 - 현재로서 필자가 판단하기에는 - 제일 유익한 논문이라고 생각된다.

더 나아가 경찰의 무기사용과 관련하여 적법한 총기사용에 대한 손실보상이론의 필요성을 강조한 문헌(김기재, 2012, 3면 이하)⁶⁾, 역시 무기사용과 관련된 희생보상청구권의 적용가능성을 밀도 있게 검토한 선행연구들이 있다(박병욱, 2015, 67면 이하). 그리고 미국에서는 판례로 공평과 정의(fairness and justice)를 실현하는 차원에서 손실보상을 실천해왔다는 유익한 정보를 제공하는 문헌(김태진, 2013, 42면)도 있다.

그리고 우리 일반 경찰법교과서들은 규정도입 이전에는 보상규정 없는 경우 보상가능성 논의로서 행정법학설들인 직접효력설, 유추적용설, 위헌무효설 등과 수용유사침해/수용적 침해보상법리와 희생보상청구권 법리를 제시하는데 그쳤고, 그나마 최근 독일 경찰법제의 손해보전 법리를 소개하는 문헌들이 출현하고 있었다(대표적으로 홍정선, 2013, 384면 이하). 하지만 이 규정 도입 이후 경찰법교과서에서도 이 규정의 요건과 효과에 대하여 규정중심이기는 해도 고찰하고 기존 보상법리와의 결합가능성을 검토하는 문헌들이 출현하고 있다(최영규, 2013, 433면; 홍정선, 2016, 505면).

Ⅲ. 독일 경찰법상 손해보전 입법연혁⁷⁾

1. 프로이센 주법(Preußen Landrecht)

발전의 시초는 모든 시민의 부담공평이라는 자연법적 원칙에 근거한 프로이센 일반관

6) 특히 이 논문 23면에서 대법원 2008.2.1. 선고, 2006다6713 판결, 24면에서 대법원 2004.3.25. 선고, 2003도3842 판결, 25면 대법원 2008.2.1. 선고, 2006다6713 판결 등을 제시하여 평석하면서 우리 판례의 진전사항을 보여주면서, 보상의 필요성을 강조하였다.

7) 이 부분에 관해서는 Vogel, Klaus, §33 Sonstige Ausgleichansprüche, in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 649ff.; Treffer, Christian, Staatshaftung im Polizeirecht, Duncker & Humblot, SÖR Bd. 641, 1993, S. 11ff.; Naas, Stefan, Die Entstehung des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931, Mohr Siebeck, 2003, S. 162ff.(프로이센

트법 규정이 있었다. 1794년 2월 5일 프로이센일반란트법 제75조 도입부(§75 Einleitung ALR)에서 “국가는 자신의 특별한 권리와 이익을 공동체이익을 위해 희생한 사람에게 보상을 행하여야 한다.”라고 규정된 바 있다. 그리고 1842년 5월 11일 경찰처분에 관한 소송의 허용성에 관한 법률 제4조는 “경찰처분으로 인해 공동체이익을 위해 개인의 권리와 이익을 희생한 사람이 있다고 할 때, 이에 관한 소송은 침해나 개입(Eingriff)⁸⁾이 현존하는지 여부와 보상이 어떠한 기여에 대하여 지급되어야 하는지에 관하여 행해진다. 이런 결정이 경찰행정청의 재량에 따라 허용되지 않을 경우에 이러한 사안에서 과거상태의 원상회복은 청구될 수 없다.”고 규정하였다.

이에 따를 때 그리고 판례와 학설의 형성을 통해 다음과 같은 공식이 도출되었다.

관계인은 국가에 대하여 금전의 보상청구권을 갖는다.

- 현재의 그러나 달리 방지할 수 없는 위협에 근거한 적법한 개입조치(Eingriff)의 경우
- 재산적 손해에 대하여
- 독립적인 즉 일반조항(Generalklausel)(직무조항으로서 그 유명한 프로이센일반란트법[ALR] 제10조 제2항 17)에 근거한 경찰처분에 의하여
- 실제로 희생된 가치를 한도로 함.

2. 튀링엔 주행정법(LVwO) 제50조, 프로이센경찰행정법(PVG) 제70조

1926년 6월 10일 튀링엔 주행정법 제50조 제1항과 1931년 6월 1일 프로이센경찰행정

일반란트법 이전 상황), S. 166f.(Bill Drews의 성문화노력), S. 327ff.(1931년 프로이센경찰행정법 제70-73조 손해보전 규정 도입)의 문헌의 도움을 받은 것이다.

- 8) ‘Eingriff’란 독일용어가 중요함은 다언을 요하지 않는데, 이를 그 동안 ‘침해’라고 번역하여 사용함에서 여러 혼동이 움을 고려하여, ‘개입’이라고 사용해야 한다는 견해가 설득력을 갖는다(김중권, 2009, 177면, 각주1. 예, 과거 수용유사적 침해를 공용개입유사적 개입으로 사용.). 그러나 전문가들 사이에서는 ‘침해’라는 용어라고 사용되어도, 그것이 권리에 대한 고권적 개입이나 제한이라는 의미를 갖는다는 점이 널리 알려져 있다고 생각되므로, 그때그때 어감에 맞게 ‘침해’ 내지 ‘개입’이라는 용어를 혼용하기로 한다.

법 제70조 제1항 1문에 이 법상황이 규범화되었다(Treffer, 13면).

- 튀링엔주행정법 제50조 제1항.

“경찰처분에 의해 야기된 손해에 대하여 피해자는 - 민법전(BGB) 제839조(*공무원의 직무상 의무위반으로 인한 손해배상청구권)이 적용되지 않는 한 - 그 방지를 위하여 경찰처분을 발령하게 만든 위협이 자신의 행위에 의하여 또는 자신이 책임을 져야 할 사람의 행위에 의하여 또는 자신이 책임져야 할 물건을 통해 야기된 것이 아닌 경우에만 보상을 청구할 수 있다.”

- 프로이센경찰행정법 제70조 제1항 1문.

“제21조(*경찰긴급상태에서 비책임자에 대한 위해제거요구조치[Maßnahmen])의 사안에서 다른 법률에서 보상의무를 규정하지 않는 한 경찰조치의 상대방이 된 사람은 그에 게 그 조치로 인해 발생한 손실의 보상을 청구할 수 있다. 그러나 그 사람이나 그의 재산의 보호를 위해 조치가 행해진 경우에는 그렇지 않다.”

위 튀링엔 주 행정법 제50조 제1항 그리고 프로이센경찰행정법 제70조 제1항 1문도 비경찰책임자에 대한 적법한 조치만을 포함시켰다. 애초에 조치들이 아직 관할기관에서 취소되지 않는 동안 민사법관은 조치의 적법성을 전제한다는 견해가 피력되었지만, 민사법원은 행정법원의 선행 위법/적법여부 판단이 없어도 보상을 위한 진정한 요건징표인 조치의 적법성을 판단할 수 있는 것으로 극복되었다고 한다(Treffer, 13면). 그리고 손해 발생행위로 ‘경찰처분’만이 고려되었음을 알 수 있는데, ‘경찰법규명령’도 포함시키려는 견해와 그 반대견해 사이에 논쟁이 있었으나, 비경찰책임자의 경우 그러한 경우를 상정하기 곤란하다는 논거가 설득력을 얻어서 개별구체적 규율로서의 조치만이 여기에 속하는 것으로 되었다.

그리고 독일통상법원(BGH)은 ‘주관적 권리’에 대한 개입(침해)임을 요구하였다(BGHZ 7, 96, 98; DVBl. 1953, 367, 368.) 이에 해당하지 않으면 손실이 경찰조치에 의해 야기되

었던 경우라고 하여도 특별희생 또는 비책임자로서의 협력요구(Inanspruchnahme)는 인정되지 않았다고 한다.

더 나아가 문구와 보상역사도 불명확한 채로 진행되었기 때문에, 보상의 내용, 종류, 범위에 대하여 다투어졌다. 프로이센경찰행정법(PVG) 제70조 제1항 2문은 비책임자의 신체나 재산의 보호를 위해 조치가 취해졌던 사례에 대해서만 한정하였다. 또한 프로이센 주의회의 헌법문제위원회 제1차해결에서 보상을 “직접적” 손해에 한정하는 것만에 합의가 이루어졌다. 그리고 기대이익이나 위자료는 제외되었다.

3. 확대경향과 개혁노력

위 튀링엔 주 행정법 제50조 제1항 그리고 프로이센경찰행정법 제70조 제1항 1문은 여러 관점에서 너무 좁게 느껴진다. 따라서 희생보상사상과 수용유사침해의 판례에 기대어 확대논의가 이루어지게 되었다(Treffer, 16면 이하).

- 물론해석방법(Erst-Recht-Argument)을 통한 비책임자(Nichtstörer)에 대한 위법/무책의 협력요구(혹은 조치)로의 구성요건의 확대(OLG Celle, DVBl. 1958, 549, 550).
- 조치의 위법성을 통한 특별희생 인정을 통해 경찰책임자(Störer)에 대한 위법/무책의 협력요구로의 확대(Vogel, 1986, 666면⁹⁾).
- 유책/위법의 침해의 (역시) 물론 해석을 통한 포함시킴.
- 자발적 협력인의 포함(행정행위를 통해 비책임자로 고려되는 협력과 동일시함).
- 그리고 사건발생과 무관한 사람의 손해를 포함시킴. 즉 비목적적 침해에 근거한 우연손해 포함경향(결과불법론, 예컨대 유탄사고로 인한 피해).

이러한 확대논의가 포괄적 입법에 대한 자극제가 되어 경찰법초안작성을 위한 1952년

9) 또한 Schenke, von Rüdiger, Staatshaftung und Aufopferung - Der Anwendungsbereich des Aufopferungsanspruchs, NJW 1991, 1777 (1789) 참고.

연방과 주들 법사위원회가 열리게 되었다. 더 나아가 집행경찰/행정경찰의 분리, 표준조치들과 강제조치들 및 경찰명령 상호간을 정리할 것이 Hans Peters가 의장인 위원회에 위임되었고 프랑크푸르트모델이 만들어져서 두 개의 초안이 만들어졌다¹⁰⁾.

내무부장관 초안 제38조 제1항 :

“제34조¹¹⁾에 따라 협력요구(조치)를 받은 사람이 손해를 입거나 제30조-제32조¹²⁾에 따라 책임이 없거나 제34조에 따라 요구를 받은 사람이 사망하거나 상해를 입거나 형평성 있게 수인기대가능하지 않은 기타 손해를 입은 경우에, 경찰의 조치에 의해 발생한 손해는 피해자가 다른 방법으로 보상을 가질 수 없는 한도에서 보상된다.”¹³⁾

그리고 프랑크푸르트모델 제52조 제1항은 다음과 같다:

“제24조¹⁴⁾에 따라 협력요구를 받은 사람은 질서/경찰관청의 조치에 의해 손해를 입은 경우에, 이러한 손해는, 피해자가 다른 방법으로는 보상받을 수 없는 경우에 한하여 보상받을 수 있다. 이것은 유책 또는 무책의 위법한 요구에도 적용된다.”¹⁵⁾

여기서 더 나아가 프랑크푸르트 모델 제52조 제2항은,

“제21-23조¹⁶⁾에 따라 책임이 없는 그리고 제1항의 요건이 존재하지 않은 사람이 그의 권리의 침해를 통해 손해를 입은 경우에, 이러한 손해는 상당한 보상이 이루어져야 한다 (Schaden angemessen zu ersetzen). 단 피해자에게 그 조치를 통하여 특별희생이 가해졌

10) 이 초안에 대해서는 Peters, Hans, Ein Modell-Polizeigesetz, DÖV 1953, 385ff.; Wacke, Gerhard, Das Frankfurter Modell eines Polizeigesetzes, DÖV 1953, 388ff. 참조.

11) 동 초안 제34조는 비책임자에 대한 협력요구(조치)를 규정한다(과거 프로이센경찰행정법 제21조).

12) 제30-32조는 자신의 행위와 물건의 상태에 대한 책임(행위책임/상태책임)을 규정한다(과거 프로이센경찰행정법 제18-20조).

13) 이러한 초안의 제안은 먼저 1954년 10월 16일 바이에른 경찰직무법 제56조에서 실천되었다.

14) 동 초안 제24조는 경찰긴급상태와 비책임자에 관한 것이다(과거 프로이센경찰행정법 제21조).

15) 이 제안은 1954년 11월 10일 헤센주 경찰법 제40조 제1항에 의해 받아들여졌다.

16) 이 제21-23조는 프로이센경찰행정법 제18-20조의 경찰책임규정에 상응하는 것이다.

던 경우에 한한다.”라고 규정하였다.

이러한 경향에 따라 일반적인 무과실의 결과불법책임을 도입한 첫 번째 주는 노르트라인-베스트팔렌이다¹⁷⁾. 브레멘이 뒤를 이었고¹⁸⁾, 그 다음이 연방국경보호법이었다¹⁹⁾(경찰/질서관청의 ‘위법한 조치’를 통해 발생한 손실의 보상). 그런데 이러한 광범위한 진보를 위한 근거는 수용유사침해보상의 판례, 법치국가적 사고나 법정책적 필요성, 개인주의적 사고에 입각한 불법행위에 따른 손해배상청구권인 직무책임청구권의 ‘과실’요건으로 인해 불리한 점 등 좀 진부한 것들이었다고 비판한 Papier는 더 나아가, “경찰법적으로 특별한 책임요건의 범위확대는 최고법원법관들의 선의에 따라 받아들여졌던 것일 뿐이다. 경찰질서법 입법자들은 직무책임을 통한 일반적인, 연방법적 국가불법책임의 의의를 약화시키고, 연방통상법원(BGH)에게 실패한 시도를 승인한 것이 된다. 법정책적으로 시급하게 필요한 연방법적 국가책임규범의 개혁 자체를 착수한 노력을 간과하였다.”고 하였다²⁰⁾.

경찰의 불법행위책임은 특별희생론, 수용유사침해보상 판례법리와 분리되어 멀어졌고, 1981년의 「국가책임법」이 사후에 입법관할문제로 위헌(BVerfGE 61, 149ff.)이 된 이후 위와 같은 경찰/질서법률상 보상요건규정의 도입노력은 입법적으로는 ‘위법’한 고권적 경찰활동에 대한 직접적인 단체주의적 공평부담책임사상의 창조를 위한 유일한 가능성을 의미했다(Treffer, 19면).

4. 모범초안/대안(Muster- und Alternativentwurf)

마지막으로 경찰법모범초안이 책임의 확대를 촉발시켰다. 1973년 연방과 주의 내무부 상설위원회와 연방과 주 상원의원들은 “독일연방공화국의 내적 안전을 위한 프로그램”

17) 1956년 10월 16일 노르트라인-베스트팔렌 질서관청법(OBG) 제42조 제1항.

18) 1960년 7월 5일 브레멘 경찰법(PolG) 제52조 제1항 lit. b.

19) 1972년 8월 18일 연방국경보호법(BGSG) 제34조 제2항 1호. 현재는 폐기되어 있다.

20) Papier, Hans-Jürgen, Die Entschädigung für Amtshandlungen der Polizei, DVBl. 1975, 567 (575) 참고.

에서, 각 주들이 받아들일 초안을 제출할 것을 요구하였다. 이를 통해 모든 주를 초월한 제도적 의미의 경찰들 간의 협력이 개선될 것이고 그들의 권능이 법치국가적으로 구체화 될 것이라는 희망을 내포한 것이다. 논의의 대상은 특히 개팔조항, 무기사용, 개인통제 및 정보처리였다.

1974년, 1976년과 1977년 초안들은 발전적으로 그리고 베를린(1975년 2월 11일 일반 안전질서법[ASOG]), 바덴-뷔르템베르크(1976년 경찰법[PolG]의 다수개정), 바이에른(1978년 8월 24일 경찰직무법[PAG]), 노르트라인-베스트팔렌(1980년 3월 25일 경찰법[PolG]), 라인란트-팔츠(1981년 8월 1일 경찰행정법[PVG]), 니더작센(1981년 11월 17일 안전질서법[ASOG]) 등의 일정한 수정/변형을 통해 실현되었다.

연방과 각 주들의 내무부장관과 상원의원들은 경찰법의 보상급부영역에서 법의 분산을 확인하고, 통일적이고 시의적절한 규정들로 보완하고자 했다.

모범초안(MEPolG) 제45조 이하들은 위험방지를 위해 편입된 비책임자(Nichtstörer)의 손실보상청구권(제45조 제1항 1문) 외에 아래의 것을 담고 있었다.

- (무과실의) 위법한 경찰조치에 대한 보상의 명시적 규율(제45조 제1항 2문)
- 또한 행정관청의 동의로 활동하는 자발적 협력인의 청구권(제45조 제2항)
- 통상적 임금을 초과하는 한도에서 기대이익에 대한 보상가능성(제46조 제1항 2문). 물론 가혹한 경우에만 긍정됨.
- 민법전 제847조에 근거하여 신체, 건강의 침해 또는 자유박탈의 사례에서 비물질적 손해의 보상(제46조 제2항)
- 민법전 제843조에 근거하여 생계능력이나 부양권 침해 시 (연금형태의) 정기금(Geldrente) 지급의무의 성문화(제46조 제3항 2문)
- 민법전 제844조, 제846조에 근거하여 살해사건에서 간접적 피해자의 청구권 규정(제47조).

1977년 이래로 Denninger, Hoffmann-Riem 등이 중심이 된 경찰법연구회가 위 모범초안에 비판을 가하였다. 이 집단은 1979년에 대안(Alternativentwurf)을 공표하였다. 1983

년 3월 21일 브레멘 경찰법이 본질적으로 이 대안을 따랐다. 모범초안에 상응한 규정들을 뛰어 넘어 위 교수들의 대안은 아래의 특별한 점들을 담고 있었다.

- 대안 제65조 제1항 2호 사고 시 협력자에게 (형법전 제323c조[구조의무의 위반]) 보상청구권을 부여한다. 사회부조적 국가보험급여가 너무 미미하고 사무관리에 근거한 청구권은 그 실현에서 불확실하다고 판단되기 때문이라고 한다²¹⁾.
- 객관적 (결과)불법책임은 주관적 권리의 침해에 대한 책임에서 실현된다(대안 제65조 제1항 4호: “경찰조치를 통하여 자신의 권리에 침해를 받은” 사람이 보상받는다). 이 책임은 이 요건 하에서 행위 및 결과불법의 모든 사례들을 포함한다.²²⁾
- 대안 제66조 제1항에 따라 원칙적으로 금전보상은 전액수를 한도로 개입조치에 따른 비용부분과 기대이익을 포함하여 지급된다.
- 대안 제66조 제3항 1문에 따라 피해자가 유책하게, 형식적 권리구제방법 즉 소송제기 등을 손해방지를 소홀히 한 경우에는 청구권이 인정되지 않는다²³⁾. 이때 소송이 종료되어 있을 필요는 없다.
- 대안 제67조에 따라 자신의 권리가 행정청에 의해 개인정보의 위법한 취급으로 침해된 사람은 보상을 청구할 수 있다. 이에 상응한 규정들은 이제 연방과 각 주들의 정보보호법률들(예, 연방정보보호법[BDSG] 제7조, 제8조, 노르트라인-베스트팔렌 정보보호법[DSG] 제20조)에서 발견된다. 일부 실정 경찰법률들은 정보보호를 직접 원용하고 있다(메클렌부르크-포어폼메른 DSG 제23조를 원용하는 메클렌부르크-포어폼메른 안전질서법(SOG) 제76조; 쉴레스비히-홀슈타인 DSG 제21조를 원용하는 쉴레스비히-홀슈타인 주행정법(LVwG) 제225조).
- 대안 제69조 제1항은 마지막으로 보상의무를 부담하는 공공단체로 하여금 다른 보상의무자들과 함께 연대채무로 책임을 지게하고, 반면에 대안 제46조 제4항은 민법전 제225조를 모델로 따라 한 것이다(다른 방법의 청구권의 포기에 따른 청구권).

21) 연방과 주들의 통일경찰법 대안 1979 - 대안 제65조 이유서 제6호.

22) 대안 1979 제65조 이유서 제13, 14호.

23) 대안 1979 제66조 이유서 제7호.

위 양 초안은 모두 불법책임과 관련하여 70년대에 공격된 국가책임법의 개혁보다 앞선다는 것이 주지의 사실이다. 왜냐하면 그것의 실현은 예견될 수 없는 것이었기 때문이라고 한다. 그러나 경찰질서관청의 손실발생이라는 결과불법이 다른 고권주체들의 불법보다 더 보상이 필요하다는 것이 분명하지 않음에도 불구하고, 왜 이러한 특별책임이 경찰법에서만 자리를 확실히 잡았는지는 입법자의 비밀로 남아 있다고 한다(이하 Treffer, 22면). 하지만 연방과 주의 입법자는 실정 경찰/질서법률을 일반적 희생보상사상에 입각한 기존 연방통상법원(BGH) 판결들과 조화시키려는 입장에서 서 있음이 분명했다.

IV. 독일 경찰법상 손해보전 제도에 관한 일반적 고찰

사례 1:

A는 무숙자 수용기간 도과 후 압류된 가옥을 비워주고, 그러나 그 가옥은 심하게 훼손된 상태였다. B는 이제 질서행정청에게 압류기간 동안의 차임손실부분의 보상과 수선비용으로 30,000유로 이상을 청구하려고 한다.²⁴⁾

사례 2:

C의 승용차가 미지의 제3자에 의하여 도난당했다. 경찰은 도난신고된 차량을 파악한 후에, 경찰차를 도로에 횡으로 세워둔 채 이루어진 도로검문을 통해 범인을 정지시키고 그 자동차를 확보하고자 시도했다. 물론 범인은 정지명령을 한 경찰공무원들에 의해 인도되었는데, 그리고 그 범인은 점프를 하여 안전하게 빠져나가려고 했는데, 횡으로 서 있는 경찰차량을 치어 넘어뜨렸다. 이때 경찰관이 세우기 위하여 D의 승용차에 발포하였다. 이로 인해 그 자동차는 손상을 입었다. 두 개의 총탄에도 불구하고 범인은 도피에 성공한 후에, 몇 시간 후 다른 장소에 버려진 채로 그 승용차를 발견할 수 있었다. D는 수선비로 1,000유로와 대체차량 렌트비 500유로의 배상을 청구하였다. 경찰관청은 D가 소유자로서 상태책임자였다는 항변을 하였다.²⁵⁾

24) BGHZ 131, 163; BGH, NVwZ 2006, 963; OLG Schleswig-Holstein, SchlHA 2006, 358.

25) OLG Dresden, LKV 2003, 582; OLG Koblenz, NZV 1997, 180.

1. 경찰/질서행정법적 손해보전청구권과 국가책임법

경찰/질서관청들의 위험방지조치들은 여러 측면에서 권리침해(Eingriffen in Rechte)를 수반할뿐더러, 법익에 대한 손해와 물질적 또는 정신적 손해를 일으키는 경우가 많다. 권리의 침해는 정당화될 수 있고 관계인에 의해 받아들여질 수 있는 것이지만, 그 정도를 초과하면 문제된 침익적 조치(Eingriffsmaßnahme)는 위법하고, 물론 행정법원에 의해 취소될 수 있다. 종료된 사안이라면 계속적 확인소송을 통해 그 조치의 위법성이 확인된다.

하지만 여기의 관심대상인 법익에 대한 손실이 발생한 경우에는 또 다른 문제가 제기되는데, 발생한 손실을 보전해야 하는지 또 어떻게 해야 하는지에 관한 의문이다. 그것은 일반적으로 국가책임법의 규율대상인데, 그것은 일련의 요건과 효과에 따라 구분되는 책임제도로 구성되는데, 그 책임제도 자체가 완결되거나 특별히 조화된 시스템이라고 말할 수 없다.

독일에서 판례법적으로 형성되고 - 기본법 제34조와 민법전 제839조에 따른 직무책임은 별론으로 하더라도 - 특히 관습법에 의해 효력을 갖는 국가적 손실보전급부는 상술한 입법과정을 거쳐 일반 경찰/질서법률들에서 규정되어 있다.

독일의 일반적 경찰/질서법률들의 손실보전법(Schadensausgleichsrecht)은 구성요건적으로 ‘과실’을 전제하지 않는다. 그리고 법효과로서 금전의 보상만이 규정되어있다. 따라서 이와 무관한 공법적 보전청구권들과는 무관하고 그 예로 공법적 상환청구권(öffentlichrechtliche Erstattungsanspruch), 또는 결과제거청구권과 같은 특정사실상태의 원상회복청구권 같은 것들을 들 수 있다.

독일에서 주장되는 이 경찰/질서법률상 손실보전청구권의 근거는 본질적으로 희생보상(Aufopferung) 사상으로 소급하는 것이고, 이에 대해서는 위에서 본 바와 같다. 손해보전법을 통하여 공정한 부담배분 사상(Gedanken der gerechten Lastenverteilung)이 고려되는 것인데, 이것이 바로 경찰법상 책임(Verantwortlichkeit)과 비용상환에 관한 규정들의 해석기초가 되는 것으로 기능하고 있다. 그러므로 항상 관련자가 특별희생자(Sonderopfer)였다는 것이 중요한데, 그 사례로, 손해들이 위법한 위험방지조치들로부터

귀결된 경우 아니면 피해자가 적법한 조치에서 위험에 책임이 없는 경우를 들 수 있다.

* 독일 경찰/질서법률들의 손실보상규정들에 관한 개요²⁶⁾



2. 적법한 조치의 경우에서 손실보전청구권

독일에서 적법한 조치에 기인한 손해들은 원칙적으로 피해자가 위험에 책임져야 하지 않는 경우에만 보상이 이루어진다. 이때 동 법률들은 (대개) 누군가가 비책임자로서 공권력대상이 되었는지 혹은 비관련자로서 손해를 입었는지에 따라 구분하고 있다. 일부 주에서 자발적으로 수행한 경찰보조인들에게도 보상청구권이 인정된다.

(1) 비책임자로서 긴급상태의무자의 청구권

독일의 모든 주 경찰/질서법률들은 경찰긴급상태에서 비책임자로서 공권력발동대상이 된 자에 대한 손실보상청구권을 규정해놓고 있다. 규정 안에서 행위책임자나 상태책임자의 언급으로 인하여 이 규정들의 적용범위는 행위책임자로서 원인자나 상태책임자가 아닌 모든 피해자에게로 확대되지 아니한다. 오히려 ‘공권력발동으로서의 협력요구(조치)(Inanspruchnahme)’이나 비책임자에 대하여 취해진 조치임이 요구된다.

26) Pieroth/Schlink/Kniesel, 2008, 438면, §26 Rn. 6에서 옮겨온 것임.

사례 1은 문제없이 이에 해당한다. 압류처분의 수범자는 비책임자로서 B가 되었고, 그는 의도적으로 공권력발동이 대상이 되었다. 그러나 사례 2의 D와 관련해서는 그것이 의문시될 수 있다. 사례의 경찰관청의 관점과는 달리 D는 이미 상태책임자가 아니다. 왜냐하면 그는 자기 승용차를 도난당하여 사실상 지배력을 상실하였기 때문이다. 그 자동차에 행해졌던 사격은 그 시점에서 미지의 운전자에 대한 것이었다. 그에 대하여 의도적 조치는 명확하게 취해진 정지명령의 관철을 위한 직접강제를 행한 것이다. 따라서 D를 피해를 입은 아래의 국외자나 소위 간접적 피해자로 간주할 수 있을 것이다.²⁷⁾

다른 측면에서 볼 때 경찰은 그 차량이 도난 되었다는 것을 알고 있었으며, 따라서 그 자동차에 대한 발포로 자동차승객으로서 다른 사람이 피해를 입을 것임을 알고 있었다. 이러한 점에서 그 발포행위는 동시에 비책임자에 대한 의도적 공권력발동이라고 간주될 수 있는 소지가 없는 것은 아니다.²⁸⁾

(2) 외관상 위험과 위험의 의심에서 청구권

비용부담의 문제에서 공정한 부담배분과 관련하여 외관상 위험과 위험의 의심 사례들에서 제기되는 고찰들은, 손실보상의 문제와 관련해서도 중요하다. 외관책임자 혹은 의심책임자의 요건 하에서 비용부담의무로부터 면제받게 되는 그러한 자는 비책임자와 같이 취급되며 그와 같이 손실보상청구권을 보유한다는 것이 지배적 견해와 독일 판례의 태도이다.

그러나 이에 대해서는 이렇게 도식적으로 이해해서는 안 된다는 반대논의가 유력하다. 이에 대해서는 후술한다.

(3) 국외자(Unbeteiligten) 혹은 간접적 피해자(mittelbare Geschädigten)의 청구권

많은 위험방지법률들은 피해를 입은 위험비관련자에 대한 보상청구규정들을 갖고 있는데, 이 위험비관련자란 의도적으로 비책임자로서 공권력수범자로 취급되었던 사람이

27) OLG Koblenz, NZV 1997, 180 참고.

28) OLG Dresden, LKV 2003, 582 (583).

아닌 사람을 말한다. 따라서 적법한 조치의 비의도적 부수결과(unbeabsichtige Nebenfolge)가 여기에 포섭된다. 경찰에 의해 발사된 유탄으로 피해를 입은 사람이 그 사례이다.

특별한 보상규정들이 존재하지 않으면, 이해관계상황의 유사성으로 말미암아 비책임자 보상에 관한 규정들이 유추적용될 수 있다는 것이 중론이다. 양자택일적으로 생명과 신체건강에 대해서는 일반적 희생보상청구권이 또는 재산권침해의 경우에는 수용유사적 침해에 근거한 청구권이 인정될 것이다(Pieroth/Schlink/Kniesel, 2008, 440면, §26 Rn. 11.). 이러한 희생보상사상에 입각한 견해는 독일 경찰법리와 판례뿐만 아니라 일반행정법에서도 긍정되고 있다(Maurer, 2011, 765, 778).

(4) 자발적 경찰보조인의 청구권

자발적으로 그리고 위험방지청의 동의를 통해 자기에게 부여된 임무의 실현에 기여하고 그 때 손해를 입은 사람도 청구권을 갖게 된다고 일부 주가 도입하고 있다. 이때 중요한 것은 명시적 규정 없는 보상청구권은 고려될 수 없으며, 또한 희생보상사상에 근거해서도 고려될 수 없다는 점이다. 따라서 앞에서 사회국가사상에 근거한 보상으로 정당화하는 견해(조태제, 59)가 주목된다.

(5) 경찰책임자(Störer)의 청구권

책임자는 원칙적으로 보상청구권을 갖지 못한다. 그는 위험방지의 사실적 그리고 재정적 부담을 져야만 한다. 그러나 특별한 입법정책적 이유를 근거로 특별규정으로 원인자나 상태책임자를 위해서도 보상규정들을 들 가능성이 배제되지는 않는다. 그러한 사례로 독일감염병예방법(제56조), 구 가축전염병예방법(제66조 제1호)을 들 수 있는데, 현 동물건강보호법(제15조)은 귀책사유 있는 자에 대한 보상에외규정을 둬으로써 그 보상가능성은 매우 적어졌다고 한다(정남철, 2015, 148면 참고).

3. 위법한 조치에서 손실보전청구권

위법한 국가조치의 결과로 손해를 입은 사람은 항상 특별한 희생자라고 간주하는 것이 독일 법제의 태도이다. 그것은 책임자, 비책임자, 관련자 및 비관련자도 동일하다고 한다. 특별한 청구권적 근거가 없는 경우에도, 배상청구권의 존재는 긍정되고 있다.

그 손실보전청구권의 근거를 비책임자에 대한 청구권근거의 유추적용에서 찾든지 아니면 일반적인 국가책임법상 청구권근거에서 찾든지 하는 것에 관해서는 다툼이 있다. 유추를 위한 전제조건으로서 이해관계상황의 충분한 유사성은 의문시될 수 있기 때문이다. 위법하게 피해를 입은 자에게는 원칙적으로 손해를 가한 조치에 대하여 방어할 수 있는 가능성이 열려져 있다. 반면에 비책임자는 상당보상(angemessene Entschädigung)만을 받게 된다. 그러나 만약 위법한 유책의 손해발생의 경우 원칙적으로 완전한 손해배상이 주어져야 한다. 이것은 희생보상청구권 또는 수용유사침해 보상청구권에도 동일하다.

4. 배상가능 손해와 손해보전청구권의 범위

독일경찰/질서법률들은 원칙적으로 재산적 손해에 한정하고 있다. 더 나아가 일부 주에서 자유침탈(Freiheitsentziehung)의 경우 비물질적 손해나 생명·신체 손해도 보전되는 것으로 규정되고 있다.

(1) 손해의 귀속

손해에 대한 보전청구권의 전제요건은 발생한 손해가 조치를 통해 야기되었고 따라서 경찰/질서관청에 귀속될 수 있어야 한다는 점이다. 이때 ‘조치(Maßnahme)’란 개념이 그 손해귀속가능성의 판단을 위한 1차적 ‘필터’가 된다. 더 나아가 보상이 이루어지는 손해는 원칙적으로 보상이 되어야 할 조치와 직접적으로 관련된 재산적 불이익에 국한된다고 대개 명시되고 있다. 이 “직접성(Unmittelbarkeit)” 징표는 연방통상법원(BGH)에 의하여 수용적 침해 및 수용유사침해에 따른 보상청구권을 또한 제한하는 책임과 리스크영역에

따른 손해결과의 가치판단적 귀속을 위한 인과관계기준으로 이해되고 있다²⁹⁾.

사례 1에서 B는 자신의 가옥압류 기간 동안 어쨌든 통상적 이용대가에 대한 보상청구권을 갖게 되는데, 그것은 일반적인 집세에 해당하는 부분이 될 것이다. 그러나 의문시될 수 있는 것은, 무숙자 수용조치 기간 동안 A의 파괴행위에 의해 야기된 손해도 행정청에게 귀속될 수 있는 것인지, 즉 그 조치와 직접원인관계로 결합되는지 여부이다. 독일연방통상법원(BGH)의 판례에 따르면 이미 A의 강제적 수용조치에 따른 리스크가 현실화된 것이라고 하였다. 왜냐하면 B와 A간의 관계는 전형적으로 지불무능력 - 가옥임대계약해지통고 - 퇴거소송과 그 강제집행 준비로 이어진 사전의 진행과정으로 인하여 상황에 따라 고의의 가옥손상으로까지 부적절한 사용이 동반된 ‘현저한 긴장상태’의 모습을 띄었다고 보았기 때문이었다.³⁰⁾ 이러한 직접적 연결과정을 통해 리스크를 부담하는 것은 행정청의 몫이지 가옥소유자 B의 몫이 아니라고 한다.

이와 달리 연방통상법원은 유사한 다른 사례에서 직접성 흠결을 이유로 이러한 손해를 부인하였다. 왜냐하면 그 사실관계를 볼 때 B와 A 사이의 관계 그 자체는 “정상적”이었으므로 그러한 손해가 행정청에게 귀속되어야 할 것은 아니라는 것을 시사하였기 때문이다.³¹⁾

(2) 손해보전의 한계

근본적으로 존재하는 보상청구권은 개별사례에서 특별한 사정들로 인하여 제한되거나 아니면 완전히 부정될 수도 있다.

1) 공동과실(Mitverschulden)

공평부담원칙에 입각하여 모든 사례에서 피해자가 받아들여야 하는 사정이 손해발생에 기여했는지 또 어느 정도까지 그랬는지가 고려되고 있다. 이것은 어쨌든 특별히 규율

29) BGHZ 100, 335 (338); 131, 163 (166). 경찰책임 특히 행위책임에서 행위와 위협야기 사이에서 위협을 귀속하기 위한 지배적 기준으로 직접원인설이 통용되고 있는 것과 무관하지 않다.

30) BGHZ 131, 163 (168f.).

31) BGH, NVwZ 2006, 963 (964) zu OLG Schleswig-Holstein, SchIHA 2006, 358.

되고 있지 않는 경우라도(대표적으로 바덴-뷔르템베르크경찰법 제55조 제1항 3호) 독일 민법전 제254조가 유추적용되고 있다. 위법한 조치로 인한 청구권의 경우에는 1차적 권리구제의 우위원칙(Vorrang des Primärrechtsschutz)으로 인하여 특히 취소소송 등을 통한 방어의 기회를 행사함으로써 손해발생을 저지하는 것이 기대가능했음에도 불구하고 하지 않았는지도 고려되어야 한다.

또한 외관상 위험의 사례들이 보전청구권의 제한을 위한 한 사례를 제공한다. 도둑방지 가옥 내 불빛 타이머사건³²⁾이라는 유명한 교과서사례에서 경찰의 보호조치를 위한 진입을 위한 외관을 제공한 사람은 사실 사후적 관점으로서 경찰책임자로 간주될 수 없다. 왜냐하면 그는 외관상 책임자도 아니었고 또한 사실상 위험이 존재하지도 않았기 때문이다. 그러나 그는 타이머 가동을 통해 위험의 외관을 불러일으키는데 주된 기여를 하였다. 그는 배려심 있는 이웃들이 경찰에게 신고를 했다는 것을 고려할 수 있었을 것이고 또 해야만 했을 것이다. 따라서 그가 취해진 보호조치에 관한 그의 주거근방의 정보를 제공할 책무를 가졌는지 여부는 분명히 구체적 사정 예컨대 인근의 접촉의 유형과 정도에 달려있다. 서로 잘 모르는 사람들이 사는 주택가에서 사람들에게 보호조치에 관하여 그들이 자신들의 목적을 달성할 수 있을 것이 배제되지 않을 것임을 알리는 것은 기대불가능한 일임이 확실하다. 쾰른고등행정법원(OLG Köln)은 이 사례에서 조치대상자의 공동과실을 긍정하였고, 그의 보상청구권을 2/3 가량 감축시켰다고 한다.³³⁾

2) 조치로 인해 이득이나 보호를 받은 사람의 보상감면

이를 이익조정(Vorteilsausgleich)라고 하는데, 우리의 공평부담이념에 따른 손익상계규율이라고 보면 되겠다. 독일 경찰법률들은 조치에 의해 취득한 이득을 손해보전 시 고려

32) OLG Köln, DÖV 1996, 86에서의 사건인데, 문제된 관계인 휴가를 떠난 것으로 알고 있는데 그의 집 안에서 불빛이 켜지고 소음이 난 것을 인지한 이웃주민이 신고하여 밤 23시경 순찰 중인 경찰관이 방문했는데 그때는 불이 꺼지고 소리가 나지 않았음을 파악하고, 경찰관은 집 안에 도둑이 침입했다고 판단하고 잠긴 문을 부수고 들어갔다. 그런데 집 안에는 아무도 없었고, 사후에 알고 보니 자동 타이머로 도둑방지 장치를 해놓고 간 것이었다. 이 사례에 대해서는 Wehr, 2015, 35면 참고.

33) OLG Köln, DÖV 1996, 86 (87f).

하고 있다. 일부 경찰/질서법률들의 문구에 따라 조치의 피해자의 보호를 위하여 행해졌는지 여부가 관건이 되고 있고(예, 바덴-뷔르템베르크경찰법 제55조 제1항 2문), 또 다른 법률들에 의하면 조치가 피해자의 보호에 기여했는지 여부가 중요하다(예, 바이에른 경찰직무법 제70조 제4항). 또 나머지 주 경찰법률들의 경우 피해자가 보호되었는지 여부 자체만이 기준이 된다(예, 베를린일반안전질서법 제60조 제5항 1문). 일부 주들의 경찰법에서 위와 같은 피해를 입게 된 조치를 통한 별도의 이익보호결과는 오직 손실평가 시 고려될 뿐인 사정들이다.

사례 2에서 드레스덴고등행정법원(OLG Dresden)은 조치가 범인의 연쇄범죄를 저지하고 형사소추로 이어지게끔 공익에도 기여했다는 것을 고려하였다. 결론적으로 D는 자신의 손해의 반만 보상으로 인정받았다.³⁴⁾

3) 소멸시효

손해보전의 시간적 한계로 소멸시효(Verjährung) 규정들을 들 수 있다. 대부분의 위험방지법률들은 손해와 보상의무자를 안 날로부터 3년(메클렌부르크-포어폼메른, 실레스비히-홀슈타인 주만 1년)으로 규정하고 있고, 일부 주의 경우 민법전 제195조를 원용한다. 또 다른 주의 경우 이 규정의 유추적용으로 해결한다.

5. 보상의무주체와 구상, 소송관할

보상의무의 주체는 조치를 행한 경찰공무원이 속한 공공단체가 부담한다. 타 기관의 요청으로 경찰이 개입한 경우라면 그 타 기관이 부담하는 것이 된다. 청구권은 쟁점사안에서 통상적 권리구제의 길에서 관철될 수 있다고 하여, 즉 민사법원으로 간다는 의미이다. 그러나 행정청의 다른 기관에 대한 구상청구권이나 경찰책임자에 대한 구상청구권행사는 행정법원의 관할이 된다.

34) OLG Dresden, LKV 2003, 582 (583).

V. 경찰손해보전과 직결된 경찰법상 위험과 책임론의 검토

본래 깊이 있게 준비하려던 부분이었는데, 여력의 불비함과 천학의 이유로 주장을 완결하지 못하고, 필수내용만 간추려 정리해보기로 한다. 이 부분은 학술대회 발표기회에서 발표를 통해, 또 내용적으로, 근거제시 측면으로 부족한 부분은 사후에 학술논문으로 만들면서 보완하고자 한다.

1. 개괄조항의 문제

경찰/질서행정법상 개괄적 수권조항 또는 개괄조항, 일반조항이 필요한지, 우리나라 경찰관직무집행법과 각종 질서행정법의 일반법상 존재하는지 여부에 관하여 법률유보원칙에 담겨있는 명확성원칙과 충돌하여 위헌성이 강하고 경찰공권력의 부적절한 강화를 우려하는 부정설(대표적으로 박윤훈), 긍정설로서 직무규범으로부터 개괄적 수권을 이끌어낸 독일 프로이센 일반란트법(ALR)의 역사를 논거로 한 경찰관직무집행법 제2조 제6호 ‘기타 공공의 안녕과 질서유지’라는 직무규정설(대표적으로 김남진), 제5조설(위험발생의 방지)(대표적으로 홍준형), 제5조-제6조(범죄의 예방과 제지)-보충적으로 제2조 제6호설(대표적으로 박정훈)³⁵⁾, 필요하지만 우리나라에 독일식 개괄조항은 존재하지 않는다는 부정설(대표적으로 홍정선) 등의 다툼이 존재한다는 것은 주지의 사실이다(정남철, 2015, 145³⁶⁾ 참고).

필자는 일단 경찰관직무집행법에 한도에서만 볼 때, 구체적 위험을 유형화하여 표준적 조치권능을 부여하고 있는 경찰관직무집행법에 이미 존재하고 있는 일반조항적 성격의 규정의 요건들과 일부 규정의 효과측면³⁷⁾을 종합하여 볼 때 우리나라에는 불완전하지만

35) 이 학설은 사실상 위 제2조 제6호설과 차이가 없다고 본다.

36) 정남철교수는 여기서 사회의 다양하고 신속한 변화에의 행정적 대응필요성과 비례성원칙에 의한 통제가능성, 사법심사가능성 등을 들어 허용된다고 보고 있다.

37) 경찰관직무집행법 제3조(불심검문) 제1항의 불확정법개념의 요건(수상한 거동, 상당한 이유 등), 제4조(보호조치) 제1항의 요건(수상한 거동 기타 주위의 사정, 상당한 이유), 제5조 제1항

개괄적 수권조항을 갖고 있는 나라라고 볼 수 있겠다.³⁸⁾ 만약 전통적 ‘공공의 질서’ 개념으로 포용되는, 실정법질서에 의해 포함되지 않는 새로운 보호되어야 할 다수인의 사회 가치관 또는 현대적 ‘공공의 질서’ 개념³⁹⁾으로 포용되는 객관적 법령에 의해 보호되지 않는 이익이지만 헌법적으로 보호가치성이 있어서 보호되어야 할 이익(전통적 공공의 안녕개념에 포섭가능함)에 대한 구체적 침해상황이 있어서 잠정적으로나마 위험방지조치가 필요할 경우에 한하여 직무규범인 경찰관직무집행법 제2조 제6호 직무규범을 근거로 조치권능의 정당성을 가져올 수 있다고 본다.

여하간 우리나라 경찰관직무집행법에 개괄조항의 존재여부에 대한 논쟁이 끊이지 않고, 독일식 입법이 필요함을 제기한지도 수십 년이 지나는데도 입법자가 꼼짝하지 않고 있는 이유는 이미 일반조항적 성격이 많은 것에도 이유가 있지만, 공권력 확장에 대한 우려를 숨기지 않는 일반시민들의 법감정도 또 하나가 이유가 되겠지만, 개괄조항의 포괄적 수권에 따른 불필요한 권능확대를 비례성이나 공평부담요청으로 균형지을 범치국가적 필터역할을 할 ‘구체적 위험’, ‘수범자로서의 실질적 책임과 비용책임’, ‘보상규정’을 갖고 있지 못했었기 때문일 것이다.

그래서 필자는 경찰법연구자로서 출발하면서 ‘행위/상태책임/비책임’을 논하기 시작하였고, ‘구체적 위험과 표현위험, 위험의 의심’의 도그마틱적 이해를 발표하였고, 개괄조항 도입의 최대걸림돌인 ‘공공의 질서’ 개념의 현대적 이해를 보였으며, 집회법을 통하여

의 요건(기타 위험한 사태라는 포괄적 개념)과 동 조 제3호의 효과(기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치), 동 조 제2항의 요건(진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때), 제4항의 효과(적당한 조치), 제6조(범죄의 예방과 제지) 제1항의 요건과 효과(범죄행위가 목전에, 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고), 제7조(위험방지를 위한 출입)의 요건(제5조제1항·제2항 및 제6조제1항에 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박할 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때), 제8조(사실의 확인등)의 요건(직무수행에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때), 제10조(경찰장비의 사용등) 제1항에는 아예 요건규정이 없고 효과로서 직무수행 중 경찰장비를 사용할 수 있다고만 규정하고 있다.

38) 종합적 긍정설이라고 할 수 있을지 모르겠지만, 거의 경찰권발동과 관련된 일반조항의 근거는 이미 가지고 있다고 보는 것이 필자의 견해이다.

39) 줄고, 독일경찰질서법상 공공의 질서개념에 관한 논쟁의 개관과 평가, 토지공법연구 제30집, 한국토지공법학회, 2006, 369면 이하 참고.

‘경찰비용’ 부분을 검토해왔다. 그 본질적 과정에서 마지막이 바로 여기 손실보상 부분인데, 이 손실보상 규정의 도입은 불완전할지 몰라도 위와 같은 이해에서 볼 때 위험방지의 효과성에 몰입된 기존 경찰관직무집행법질서에 공평부담원칙과 비례성원칙으로 균형을 맞추게 되는 법치국가적으로 엄청나게 큰 의의를 갖게 된다. 또한 비경찰책임자 중심의 보상문제에서 전제가 되는, 꼭 법률행위가 아니라 딱히 표준화할 형체가 없는 많은 사실 행위들을 통해서도 의도적으로 협력조치를 ‘요구’하는 비경찰책임자에 대한 경찰권발동과 외관상 경찰책임자에 대한 조치권능의 근거문제의 흠결을 보충하게 되는 실천적 의의도 역시 인정된다.

2. ‘외관상 위험-책임법리와 경찰/질서공권력 발동의 제1차원(단계) 혹은 제2차원(단계) 구분론 그리고 경찰책임자(Störer)-비용책임자-손실보상청구권 불허라는 전통적 연계원칙과의 단절

경찰/질서행정법의 제1원칙이라고도 하는 효과적 위험방지원칙에 입각하여 형성된 외관상 위험개념에 관한 독일경찰법리를 ‘표현(表見)’위험으로 부르며 독일의 지배설인 (객관적 사실에 입각한) 주관설과 ‘정의’·‘형평’을 주된 이념으로 하는 공평부담배분원칙을 상대적으로 강조하는 객관설을 비판적 시각으로 소개하고 나름의 주장을 편 바 있었다⁴⁰⁾.

이 외관상 위험사례의 경찰법리적 이해의 어려움 때문에 후술할 경찰/질서공권력 발동의 제1차원(단계)(Primärebene)/제2차원(단계)(Sekundärebene) 체계론⁴¹⁾이 등장하였고, 그 도움으로 외관상 위험은 공권력발동의 현장에서의 합리적 근거에 따른 보호이익침해의 충분한 개연성이라는 구체적 위험요건 존재에 관한 주관적 판단은 사후에 객관적 의미의 위험이 존재하지 않은 상황에서의 조치였다고 하여도 ‘적법’의 세계로 편입되고, 그 요건

40) 졸고, 경찰질서법상 위험개념 및 표현위험과 위험의 의심 - 독일경찰법학의 위험개념 검토를 중심으로, 공법연구 제31집 제4호, 한국공법학회, 2003, 363면 이하.

41) 현재 독일과 우리나라 경찰/질서행정법학자 지배적 다수가 이 단계구분론을 따르고 있다. 이에 대해서는 대표적으로 Poscher, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, 2008, 79면 이하 참고.

충족에 후속논리소재인 경찰책임자 인정으로 나아갈 수 있었다(제1단계 공권력현장에서
의 위험-책임판단). 위험상황이 종료된 후 납득할 수 있는 착오였던 경우에는 ‘적법’함은
유지되지만, 경찰비용책임을 부과받지 않게 되고 ‘비책임자’에 준한 취급을 하게 오히려
손실보상청구권을 행사할 수 있는 지위로 바뀌게 된다(제2단계 즉 위험종료 이후 비용/
보상결정단계에서의 위험-책임판단). 이러한 판단은 위험 자체가 아니라 경찰책임과 관
련해서도 그대로 통용된다(제1단계 외관상 책임자-제2단계 비책임자).

그러나 이 절대적 지배설에 대한 반대의 견해로 위험과 책임의 판단에 착오가 있으면
법치국가원리, 법률적합성원칙, 정의를 추구하는 공평부담배분원칙에 근거하여 처음부터
잘못된 공권력발동으로서 ‘위법’하고 그에 대해서는 제1차적 권리구제로서 취소소송으로
해결하고 소의 이익이 없으면 무과실의 경우 ‘보상(Entschädigung)’, 과실이 인정되는 경
우 직무책임의 효과로서 ‘손해배상(Schadensersatz)’ 청구권으로 해결한다는 ‘객관설’이
존재해왔고, 현재도 매우 유력한 학자(Poscher, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, 2008, 69면 이
하, 특히 79면)가 주장하고 있다. 그는 위 주관적 위험개념 하에서는 위험이 존재한 바
없었는데도 경찰/질서관청의 활동은 적법하게 되며, 시민들이 위험야기행위와 물적 위험
상태에 책임을 부담할 필요가 없음에도 불구하고 시민들의 자유와 재산은 ‘적법’하게 제
한된다는 문제점을 지적하고 있다. 그는 외관과 현실의 분리, 위험의 외관 및 의심과 현
실적 위험의 분리가 객관적 위험개념에 입각하면 국가의 부담이 되는 반면에, 주관적 위
험개념 하에서는 시민의 부담이 된다는 점을 강조한 것이다.

결국 효과적 위험방지의 이념과 결합되는 공동체 및 그 개별시민의 안전과 공평한 부
담배분의 이념이 결합되는 경찰조치의 상대방의 방어이익 간의 형량부분으로 귀결되는데,
일단 하나를 선택해야 한다면 전자를 꼽겠지만, 후자를 고려하지 않을 수 없으므로
이에 대해서는 지극히 엄격하고 예외적인 현상으로 다루어져야 할 것이고, 위험외관형성에
책임이 없다면 즉 그 외관형성에 기여한 바 없어서 비난할 수 없다면 사후에 즉 제2단계
에서 손실발생 부분에 보상이 이뤄져야 할 것이고, 그 기여책임이 있다면 보상에서 배제
되든지 보상액이 감액될 수 있을 것이다. 어쨌든 이러한 의미로 주관설에 따르면 전통적
인 한 번 경찰책임자면 끝까지 책임자로 취급되어야 한다는 연계원칙은 차단되게 된다.

마지막으로 외관상 위험-책임사례에서 위험의 외관형성에 기여한 사람은 경찰책임자가 되고 상황이 종료된 이후에도 그는 보상청구를 할 수 없을 뿐만 아니라 오히려 경찰비용책임자가 되고, 외관상 위험사례에서 외관형성에 비난가능한 기여를 하지 않았다면 처음부터 비경찰책임자(Nichtstörer)가 되어 경찰긴급상태요건을 충족하여야 경찰권발동의 대상이 되고, 사후에는(ex-post) 완전한 손실보상청구권을 부여받을 수 있다는 유력한 견해도 있다(Schenke, Ruthig, 손재영, 2010, 21면). 이 견해는 외관상 경찰책임자라는 개념의 사용을 지양하고, 경찰책임자-비책임자 이분법, 경찰책임자에 대한 무보상원칙 즉 전통적인 경찰책임자-경찰비용책임자-손실보상청구 불가라는 연계원칙을 유지하려는 이론이다. 특히 위험의 외관형성에 기여한 사람은 진정한 위험을 야기한 자로서 진정한 경찰책임자이므로 보상이 아니라 경찰비용을 부과받아야 할 사람인데, 주관설이나 지배설에 따르면 위험방지에 소요된 경찰비용의 상환을 청구할 수 없게 된다는 논거를 강조하고 있다(손재영, 2010, 22면). 그러나 이 견해에 대해서는 효과적 위험방지와 정의에 입각한 공평부담배분사상을 균형 있게 기하려면 - 물론 인위적이고 비현실적일 수 있다는 비판은 일원적 접근법인 객관설(처음부터 끝까지 위법)과 외관형성책임기준설(처음부터 비/책임자면 끝까지 비/책임자)을 설득력 있게 만들지만 - 이원적 단계접근이 타당하다는 반론을 무시할 수가 없다(Ossenbühl/Cornil의 태도, 2013, 503면 이하).

이러한 사전적/사후적 관찰방법(ex-ante/ex-post Betrachtung) 또는 제1단계/제2단계 구분론이 필요하다는 것은 전자단계에서는 위험방지의 효과성이, 후자단계에서는 공적 부담의 평등이 강조되어야 한다는 논리에서 긍정되지만, 더 나아가 사실 우리 경찰관직무집행법 제11조의2 규정을 보면 ‘위험야기자’로서의 행위책임과 위험야기물건의 지배권자로서의 상태책임을 규정한 독일경찰법과 달리 ‘손해발생의 원인에 대하여 책임이 없는 자’ 그리고 ‘손해발생의 원인에 대하여 책임이 있는 자가 자신의 책임에 상응하는 정도를 초과하는 재산상의 손실을 입은 경우’라 하여 ‘손해발생의 원인에 대하여 책임’이라는 사후적 관점의 요건을 두고 있기에 이 규정의 이해를 위해서 더욱 필요할 것으로 보인다⁴²⁾. 예컨대 위험-책임의 사전적 관찰방법이 강조되는 제1단계에서는 경찰책임 성립에

42) 자세한 근거설명은 없지만, 위험야기자로서의 책임자와 우리 경찰관직무집행법 제11조의2 제1항의 ‘손해발생의 원인에 대하여 책임이 있는 자’ 개념이 과연 동일한지 의문을 표시한 문헌

‘과실(Verschulden)’은 전혀 문제되지 않는다는 점에는 독일과 우리 학설/판례에서 아무런 의문이 없지만, 사후적, 제2단계에서는 자신의 리스크지배영역의 법익보호의무나 안전확보의무의 소홀함을 통한 (객관적) 의미의 과실은 손실보상책임의 성립 자체나 보상액 결정에 큰 작용을 하게 될 것이다. 위 쾰른고등행정법원(OLG Köln)이 외관상 위협야기에 유책하게 기여하여 공동과실(Mitverschulden)을 인정함으로써 보상액이 2/3 감면된 자동타이머 사건이 이러한 사례가 될 것이다.

3. 상태책임의 존재에 대한 의문

독일과 우리나라 헌법재판소에 의하여 직/간접적으로 확인된 바에 따르면, 경찰/질서법상, 환경법상 상태책임규정과 법리는 공법상 위험책임사상을 가미한 재산권의 사회적 기속규정으로부터 근거지워지고 있다고 볼 수 있다. 즉 자신이 법적/사실적으로 지배하는 물건으로부터 이득을 거두고 있는 사람은 그 물건의 위험으로부터의 책임의 귀속자가 되어 그에 따른 부담이나 불이익도 함께 져야 한다는 사상에 입각한 것이다⁴³⁾. 그리고 상태책임으로써 비용부담자가 되어 과도한 위해제거비용책임의 부담자가 될 경우 비례성원칙 내지 수인한도원칙으로 통제하면 된다는 생각이다. 이러한 상태책임법리가 Friaur로부터 시작되어 현재에 이르는 지배적 이해라고 할 수 있다.

그러나 독일에서 특유하게 효과적 위험방지라는 미명 하에 현실적으로는 시민에게 위해제거의 부담을 전가하기 위하여 형성된 경찰/질서법적 개념인 발전된 상태책임 제도는 요건측면에서 재산권을 보유하지 않은 사람이 지배하고 있을 경우 모순이 발생하며, 또한 효과측면에서 과도한 위해제거비용책임으로 연결되어 희생자(Gestörte) 문제로 비화할 가능성이 커서 독일 경찰법학자들 내부에서도 이 문제가 완전히 해결되지 못한 상태로

이 있어서 주목된다. 김태진, 2013, 60면 참고.

43) 이에 대해서는 줄고, 독일경찰법상 상태책임의 근거 및 제한에 관한 고찰, 토지공법연구 제18집, 한국토지공법학회, 2003, 405면 이하; 판례를 통해서 본 토지임대인에 대한 폐기물처리책임 귀속의 문제, 환경법연구, 제34권 제3호, 한국환경법학회, 107면 이하; 김현준, 경찰법상의 상태책임, 토지공법연구, 제22집, 한국토지공법학회, 2004, 363면 이하 참고.

남아 있다.

더 나아가 자신의 지배물건에 대하여 위험방지의무를 부담하고 그 위험방지의무 내지 안전확보의무를 이행하지 않은 부작위상태로 인하여 위험을 야기하였다면, ‘부작위’라는 ‘행위’에 대한 경찰책임으로서 행위책임자로 다루면 충분할 것인데 별도로 이러한 입법을 하고 있는 독일의 태도를 순수하게 이해하기 곤란하다.

따라서 독일 경찰/질서법의 전통적 법리인 책임자-비책임자 이분법사고, 책임자-비용 책임자-손실무보상원칙, 다수 행위/상태책임자 중 행위책임자우선의 원칙을 부정하는 현대적 태도에서 벗어나, 별도의 입법이 되어 있는 독일경찰/질서법률과 우리의 토양환경 보전법상 ‘원인자’개념조항과 같이 입법자의 재량으로 효과적 위험방지/안전 또는 토양 환경보호라는 입법목적을 달성하기 위하여 도입한 경우를 제외하고는, 행위책임자로 간주될 수도 있는 위험방지의무나 안전확보의무를 이행하지 못한 상태책임자는 행위책임자로 취급하고, 그렇지 않은 위해제거수단과 능력을 갖춘 상태책임자는 비경찰책임자로서 취급하여 엄격한 경찰긴급상태요건 하에서만 협력요구의 대상으로서 형식적 경찰의 무자가 되며, 그에게는 경찰비용이 아니라 오히려 손실보상청구권을 인정하는 방향으로 나아가야 할 것이다.⁴⁴⁾

Ⅵ. 결론 - 우리나라 경찰관직무집행법 제11조의2에 대한 시사점

공간과 현실의 지배로 인해 더 진행하지 못한 시사점으로 아래와 같은 것들이 있다. 역시 학술대회 발표장과 추후 논문작성의 기회에서 추가보완하도록 할 것이다.

- ‘원인’ 즉 인과관계와 규범적 책임귀속의 문제 - ‘직접원인설’의 규범보호목적을 고려한 이해의 필요성, 민법상 상당인과관계와의 구분.

44) 이에 대해서는 즐고, 다수의 경찰질서책임자이론의 역사적 개관 및 선택재량지도원칙에 관한 연구, 토지공법연구, 제73집 제2호, 2016, 417면 이하 참고.

- 경찰법상 책임의 본질과 근거에 관한 현대적 변화에 관한 논의의 필요성 - Thoman, Merk의 전통적 일반적 교란금지의무(Nichtstörungspflicht)⁴⁵⁾에서 Griesbeck, Lindner의 협력의무(Mitwirkungspflicht)로, 다시 현대적 기본의무론인 Wehr(2005)의 법익보호의무(Rechtgüterschutzpflicht), Ossenbühl/Cornil(2013)의 일반적 위험사전대비의무, Nitschke(2014)의 위험방지의무(Gefahrenabwehrpflicht)로.
- 독일 경찰법상 ‘Störer’와 ‘손실발생의 원인에 대하여 책임이 없는 자’라는 요건의 동일함?
- 독일의 ‘Maßnahme’, ‘Inanspruchnahme’와 우리의 ‘직무집행’
- 위법한 경찰권발동 시 손해보전의 문제
- 생명·신체에 대한 보상규정의 도입과 그 흡결 시 현재로서의 해석을 통한 도입가능성
- 경찰비용법 도입도 손실보상제도 도입과 함께 정합적으로 논의를 해야 하는가?
- 형사소송법 사례에도 적용될 수 있는가? (Ossenbühl/Cornil, 2013, 488면 이하)

다른 문헌들과도 함께, 먼 장래를 보고 입법적 개선안을 제시한다면 가장 시급한 것은 경찰책임규정의 도입이고, 생명·신체에 대한 보상규정의 보완이 요구되며, 경찰비용청구의 도입논의가 이루어진다면 그와 함께 이 보상규정 안에 책임자에 대한 구상청구권 규정 도입가능성이 함께 검토되어야 할 것이다. 그리고 손실보상의 범위와 보상액의 구체적 기준을 제시하여야 한다는 것까지 설득력이 있는 개선방안을 제시하는 문헌(김태진, 2013, 53면 이하)이 주목된다. 어쨌든 너무 간략해서 문제가 될 수 있지만, 오히려 선불리 체계에 안 맞는 제도가 일제히 수입되는 것보다는 좋다는 생각이 든다.

45) 이에 대해서는 Wehr, 2005, 184-185면.

참 고 문 헌

[국내문헌]

- 김기재, 경찰상 무기사용에 관한 연구, 영산법률논총 제9권 제2호, 영산대학교법학연구소, 2012, 3-33면
- 김동률, 환경범죄에 있어 인과관계 확정의 문제점 - 독일 피혁스프레이 사건에 나타난 문제점을 중심으로, 환경법연구 제36권 제1호, 한국환경법학회, 2014, 241-270면
- 김민섭, 공법상 위험책임, 법학논총 제24권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2011, 63-104면
- 김병기, 경찰상 권리구제 확대방안으로서의 손실보상제도의 법제화, 행정법연구 제22호, 행정법이론실무학회, 2008, 105-131면
- 김성태, 독일경찰법 임무규범에서의 새로운 개념에 관한 고찰, 행정법연구 제8호, 행정법이론실무학회, 2002, 267-286면
- 김성태, 위험방지작용의 이해, 홍익대학교출판부, 2007
- 김연태, 경찰비용의 부담, 공법연구 제34집 제4호 제2권, 한국공법학회, 2006, 331-356면
- 김영환, 위험사회에서의 책임구조 - 자연 재해에 대한 법적 담론, 홍익법학 제14권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 821-842면
- 김중권, 행정법기본연구 II, 법문사, 2009
- 김중권, 김중권의 행정법, 제2판, 2016
- 김태진, 경찰관직무집행법상 손실보상의 정책적 개선방안, 한국공안행정학회보 제52호, 한국공안행정학회, 2013, 37-66면
- 박병욱, 위해수반 총기사용의 요건으로서의 정당방위, 긴급피난 규정의 문제점과 총기사용으로 인한 비재산적 피해에 대한 손실보상, 경찰학연구 제15권 제1호, 경찰대학, 2015, 67-102면
- 박주민, 미신고 집회주최자의 민사상 손해배상책임, 고려법학 제64권, 고려대학교 법학연구원, 2012, 101-138면
- 박희호, 책임법에 있어서 인과관계의 구체적 척도에 관한 연구 - 대법원 판례에서 사용

- 되는 척도를 중심으로, 동아법학 제56호, 동아대학교 법학연구소, 2012, 289-323면
- 박희호, 원인론의 형성에 관한 연구, 법학논총 제33권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2013, 91-112면
- 서정범, 경찰법 사례연구 - 독일이론을 중심으로(역서), 고시연구원, 2001
- 서정범/박병욱, 쿠겔만의 독일행정법, 세창출판사, 2015
- 손재영, 외관상 경찰책임자의 경찰법상 책임, 경찰학연구 제10권 제1호, 경찰대학, 2010, 3-29면
- 위계찬, 독일민법상 인과관계 및 손해의 귀속, 재산법연구 제31권 제2호, 한국재산법학회, 2014, 83-113
- 이기춘, 위험방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구, 고려대학교박사학위논문, 2003
- 이기춘, 집회의 자유와 경찰비용, 공법학연구 제11권 제4호, 한국비교공법학회, 2010, 271-299면
- 이동희/손재영/김재운, 경찰실무 경찰과 법, 경찰대학 출판부, 2015, 253
- 이상천, 경찰책임의 재구성, 법학논총 제33집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2016, 37-71면
- 이상학, 최근 경찰법상의 변화와 주요 쟁점, 법학논고 제46집, 경북대학교 법학연구원, 2014, 165-192면
- 이성용, 경찰책임자의 비용상환에 관한 연구, 경찰학연구 제8권 제1호, 경찰대학, 2008, 59-80면
- 이제우, 위험책임에서 일반조항의 도입가능성과 그 과제, 강원법학 제43권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014, 515-551면
- 이호용, 국가 행정측면에서의 보상체계의 구분과 예방접종사고보상의 법률관계, 한양법학 제23집, 한양법학회, 2008, 457-478면
- 정남철, 경찰작용과 손실보상 - 특히 경찰관직무집행법 개정조항의 문제점을 중심으로, 행정법연구 제41집, 행정법이론실무학회, 2015, 141-162면
- 정연부, 일본 손실보상 법제와 그 흠결 및 대응, 공법학연구 제12권 제4호, 한국비교공법학회, 2011, 437-472면

- 정태윤, 민법상의 원인의 개념과 로마법에서의 카우사, 비교사법 제14권 제3호, 한국비교사법학회, 2007, 399-431면
- 정태윤, 프랑스와 독일민법에서의 원인론에 관한 연구, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008, 623-708면
- 조태제, 적법한 경찰작용에 따른 피해의 보상, 한양법학 제11집, 한양법학회, 2000, 57-72면
- 최영규, 경찰행정법, 제4판, 법영사, 2013
- 홍정선, 경찰행정법, 제3판, 박영사, 2013
- 홍정선, 행정법원론(하), 제24판, 박영사, 2016

[외국문헌]

- Baldus, Manfred/Grzeszick, Bernd/Wienhues, Sigrid, Staatshaftungsrecht – Das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen, 4. Aufl., C.F.Müller, 2014
- Bonk, Heinz Joachim, Betrachtung zum Staatshaftungsrecht in Deutschland, in: Breuer, Marten/Epiney, Astrid/Haratsch, Andreas (Hrsg.), Der Staat im Recht, FS für Klein, zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, 2013, S. 17-36
- Götz, Volkmar, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2013
- Gromitsaris, Athanasios, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht - Eine Untersuchung auf europarechtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Habil.(Jena Univ.), Duncker & Humblot, 2006
- Grzeszick, Bernd, Kausalität und normative Verantwortlichkeitszuordnung im Rahmen der außervertraglichen Haftung der Europäischen Union, in: Baumeister, Peter/Roth, Wolfgang/Ruthig, Josef (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, FS für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, 2011, S. 739-757
- Gusy, Christoph, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., Mohr Siebeck, 2014, 300
- Hartmann, Bernd J., Öffentliches Haftungsrecht, Habil.(Münster Univ.), Mohr Siebeck, 2013

- Henzler, Katharina, Folgenbeseitigung und Folgenersatz als negatorische Leistungsansprüche, Diss.(Erlangen-Nürnberg Univ.), Peter Lang, 2015
- Hoefl, Martin, Die Entschädigungsansprüche des Störers im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, Diss.(Hamburg, Univ.), LIT Verlag, 1995
- Hollands, Martin, Gefahrenzurechnung im Polizeirecht, Diss.(Bonn Univ.), Duncker & Humblot, 2005
- Kugelmann, Dieter, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., Springer, 2012, 291
- Kümper, Boas, Risikoverteilung im Staatshaftungsrecht, Diss.(Freiburg Univ.), Mohr Siebeck, 2011
- Lange, Moritz, Zweckveranlassung – Ein Beitrag zur Zurechnung des Verhaltens Dritter im Öffentlichen Recht, Diss.(Freiburg Univ.), Duncker & Humblot, 2014
- Rachor, Frederik, Ausgleichs- und Ersatzansprüche des Bürgers, in: Lisken, Hans/Denninger, Erhard, Handbuch des Polizeirecht, Kap. M., 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2012, 1315 이하
- Mauer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2011
- Meixner, Kurt/Fredrich, Dirk, Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung – HSOG – mit Erläuterungen und ergänzenden Vorschriften, 12. Aufl., Verlag Boorberg, 2016
- Morlok, Martin, Staatshaftungsrecht als öffentliches Sekundärrecht, in: Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Wissenschaftsrecht und Wissenschaftspraxis, für Professor Ulf Pallme König zum 65. Geburtstag, 2014, S. 291-317
- Naas, Stefan, Die Entstehung des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931, Mohr Siebeck, 2003
- Nitschke, Andreas, Die materielle Polizeipflicht im Sinne einer Gefahrenabwehrpflicht als verfassungsrechtliche Grundpflicht – Zum Inhalt dieser Pflicht auf Primär- und Sekundärebene sowie zum Einfluss ihrer rechtlichen Einordnung auf ihren Umfang und die Frage nach einem möglichen Innenausgleich bei einer Störermehrheit, Diss.(Hamburg Univ.), Peter Lang, 2014
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2013

- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht – mit Versammlungsrecht, Verlag C. H. Beck, 2008, 436
- Sailer, Christian, Examens-Repetitorium Verwaltungsrecht, 5. Aufl., C.F.Müller, 2014
- Schoch, Friedrich, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schoch, Friedrich (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 2., 15. Aufl., De Gruyter, 2013, 304
- Seiler, Christian, Examens-Repetitorium Verwaltungsrecht, 5. Aufl., C.F.Müller, 2014
- Stein, Christoph/Itzel, Peter/Schwall, Karin, Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts, 2. Aufl., Verlag Springer, 2012
- Treffer, Christian, Staatshaftung im Polizeirecht, Duncker & Humblot, SÖR Bd. 641, 1993
- Trubel, Hans, Das Preussische Polizeiverwaltungsrecht, 5. Aufl., Verlag Deutsche Polizei GmbH, 1956, 109면, 제70-73조
- Vogel, Klaus, Rechtsschutz und Ausgleichsansprüche, in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 1986
- Wehr, Matthias, Rechtspflichten im Verfassungsstaat - Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte der Dogmatik öffentlich-rechtlicher Pflichten Privater, Duncker & Humblot, 2005
- Wehr, Matthias, Examens-Repetitorium Polizeirecht - Allgemeines Gefahrenabwehrrecht, C.F.Müller, 2015
- Zeitler, Stefan/Trurnit, Christoph, Polizeirecht Baden-Württemberg, 3. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, 2014

[참고부록] 독일 각 주들의 경찰실정법률 중 손실보상규정

<0-프로이센경찰행정법(1931)-손해보전70조이하>

Trube, Hans, DAS PREUSSISCHE Pieroth/Schlink/Kniesel, PolizeiVERWALTUNGSGESETZ - vom 1. 6. 1931, 5. Aufl., 1956, Verlag Deutsche Polizei GmbH, Hamburg, S. 109ff. 참고.

제12장 경찰명령에 따른 손실보상청구권(Schadensersatzansprüche)

* 본래 각 조문의 제목은 없으나, 독자의 이해를 위하여 현대사례에 맞춰 임의로 기재한 것임.

제70조 (*손실보상)

① 제21조(*경찰긴급상태에서 비책임자에 대한 위해제거요구조치[Maßnahmen])의 사안에서 다른 법률에서 보상의무를 규정하지 않는 한 경찰조치의 상대방이 된 사람은 그에게 그 조치로 인해 발생한 손실의 보상을 청구할 수 있다. 그러나 그 사람이나 그의 재산의 보호를 위해 조치가 행해진 경우에는 그렇지 않다.

② 제1항은 산림경찰영역의 예외를 가진 제42조 제1항 c), d)의 사안에도 준용된다.

* BGH, 14. 2. 1952 - DVBl. 52, 384

경찰위험의 외관을 유책하게(schuldhaft) 야기한 사람은 그 원인이 된 조치로부터 그에게 발생한 재산상 불이익에 대한 보상청구권을 갖지 못한다(Trube, a.a.O., S. 109).

제71조 (*손실보상의무주체)

제70조의 사례에서 경찰조치가 실행된 경찰관구(Polizeibezirk)의 간접적 경찰비용의 부담주체가 손실보상의 의무를 부담한다.

제72조 (*경찰비용상환청구-구상권)

제70조 제1항의 사안에서 손실보상의 의무주체는 사무관리에 관한 민법전 규정에 따라 이 법 제18-20조에 따른 경찰의무자(*제18조 - 행위/상태책임자에 대한 경찰의 조치; 제19조 - 경찰위반적 행위에 대한 행위책임(자) 규정; 제20조 - 물건의 경찰위반상태에 대한 상태책임(자) 규정)에게 자신의 비용의 구상을 청구할 수 있다.

제73조 (*권리구제의 길[Rechtsweg *관할])

제70-72조에 근거한 청구권에 관해서는 통상적 권리구제의 길에서(*통상법원[BGH 등]이) 결정한다.

[통일경찰법모범초안(MEPolG)⁴⁶⁾]

46) 이에 관한 문헌으로는 서정범, 경찰법사례연구 - 독일이론을 중심으로 -, (도서출판)고시연구원, 2001, 191면 이하.

제45조 (손실보상의무의 요건) * 브레멘경찰법과 유사함.

- ① 1 제6조에 따른 적법한 협력요구를 통해 손해를 입은 사람에게는 상당한 보상이 보장된다. 2 경찰의 위법한 조치를 통해 손해를 입은 경우에도 동일하다.
- ② 경찰의 동의에 따라 자발적으로 경찰의 직무수행에 협력하거나 물건을 처분하고 이 때 손해를 입은 사람에게도 보상이 보장된다.
- ③ 그 밖의 배상청구권 특히 직무상 의무위반에 따른 배상청구권에 영향을 미치지 아니한다.

제46조 (손실보상의 내용, 종류, 범위) * 이하 베를린안전질서법과 거의 일치

- ① 1 제59조에 따른 손해보전은 원칙적으로 재산적 손해에 대해서만 보장된다. 2 통상적인 임금이나 사용대가의 상실분을 초과하는 기대이익과 질서관청이나 경찰의 조치와 직접적으로 무관한 불이익에 대해서는 가혹함을 방지하기 위하여 필요한 경우에 한해서만 손해보전이 행해진다.
- ② 신체나 건강의 침해 시 또는 자유박탈 시 재산적 손해가 아닌 손해도 상당한 보상이 행해진다; 이 청구권은 양도나 상속이 될 수 없다. 단 이 청구권이 소송계속 중이었거나 계약에 의해 승인되었다면 그러하지 아니하다.
- ③ 1 손해보전은 금전으로 행해진다. 2 보전의무를 발생시키는 조치가 생계능력의 상실이나 감소 또는 생필품의 증대를 가져오거나 혹은 부양권의 상실 또는 침해를 가져오는 경우, 손해보전은 (*연금식)定期金(Rente)의 지불을 통해 보장된다. 3 민법전(BGB) 제760조(*중신정기금[Leibrente])가 적용된다. 4 중대한 사유가 존재하면 정기금 대신에 일시불로 지급할 수 있다. 5 타인이 피해자에게 부양을 보장하여야 함에 의하여 청구권이 배제되지 않는다.
- ④ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 인정되는 경우, 이 청구권이 그 내용과 범위에 따라 보상청구권에 합치하는 한도에서, 제3자에 대한 청구권을 포기한 경우에만 보상이 보장된다.
- ⑤ 1 보상액 산정에서 특히 손해의 종류와 예견가능성과 피해자 또는 그의 재산이 질서관청이나 경찰의 조치에 의하여 보호된 것이 있는지 등 모든 사정이 고려되어야 한다. 2 피해자가 주장하여야 할 사실들이 손해의 발생 또는 확대에 영향을 끼쳤다면, 보상의 의무와 범위는 특히 손해가 주로 피해자에 의하여 또는 질서관청이나 경찰에 의해 야기되었는지에 달려있다.

제47조 (간접적 피해자의 청구권)

- ① 살해의 경우 제46조 제5항의 범위에서 매장비용을 부담할 의무를 부담하는 주체에게 장례비용이 보상되어야 한다.
- ② 1 피살해자가 침해의 시점에 그가 제3자에 대하여 법률에 따라 부양의무가 있었거나 또는 부양의무자로 될 수 있었던 관계에 있는 경우에는, 그 제3자는 제46조 제5항의 범위에서 그 피살해자가 그의 생존추정기간 동안 부양의 보장의무를 부담할 경우에 한도에서 상당한 보상을 청구할 수 있다. 제46조 제3-5항은 준용된다. 손해발생 시에 태아였던 사람도 보상(*아직 태어나지 않았어도)을 청구할 수 있다.

제48조 (보상청구권의 소멸시효)

피해자가 - 제47조의 사안에서는 청구권자가 - 손해와 보상의무자를 안 날로부터 3년, 손해발생으로부터 30년이 지나면 시효로 소멸한다.

제49조 (보상의무주체, 상환청구권)

- ① 조치를 취한 사람이 직무상 소속한 공공단체(Körperschaft)가 보상의무를 부담한다(*임용주체 [Anstellungskörperschaft]).
- ② 공무원이 다른 공공단체의 관청을 위해 행동한 경우라면, 그 타 공공단체가 보상의무를 부담한다.
- ③ 제2항의 사안에서 오직 문제된 조치의 실행종류와 방법만을 원인으로 보상이 보장되는 경우라면, 보상의무를 부담하는 (*타) 공공단체는 (*공무원의 본래) 소속 공공단체에 대하여 그의 비용의 구상을 청구할 수 있다. 단 그 공공단체 스스로 (*조치)실행의 종류와 방법에 관하여 책임을 부담하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제50조(경찰책임자에 대한 구상[Rückgriff])

- ① 공공단체가 제45조 제1항 1문 또는 제2항에 근거하여 보상을 한 경우에, 제49조에 따라 보상의무를 부담한 공공단체는 제4조(*행위책임[자]) 또는 제5조(*상태책임[자])에 따른 책임자에 대하여 비용의 구상을 청구할 수 있다.
- ② 다수인이 병존적으로 책임을 부담하는 경우에, 그 다수인은 연대책무자로서 책임을 부담한다.

제51조 (권리구제의 길[Rechtsweg *관할])

손실보상청구권에 관해서는 통상법원이 결정하고, 제49조 제3항 또는 제50조에 따른 비용의 상환이나 구상청구권에 관해서는 행정법원이 결정한다.

[Ossenbühl/Cornil, 2013, 487-488]

청구권제도의 스펙트럼은 이러한 지극한 다양함에도 불구하고 개관해볼 수 있다. 왜냐하면 경찰법률들은 동 법률들은 이미 시사된 두 가지 기본형에 몇 가지 변형체들을 포함시켜 구분해볼 수 있으며, 몇 가지 차이점 외에는 각 유형 안에서 상당부분 일치한다. 이러한 의미에서 아래와 같은 범주화가 이루어진다.

- 1유형: 협의의 희생과 불법책임(Unrechtshaftung) 유형

a) 광의의 요건형태: 권리자(Berechtigte)로서 제3자와 경찰협력인의 포함; 법효과: 재산상 손해와 기본법 제2조 제2항의 보호이익에서 정신적 손해

BPolG 제51-56조(1994.10.19.시행); ASOG Bln 제59-65조(1992.4.14.시행)

b) 협의의 요건형태: 오직 경찰협력인만, 비관여제3자는 안 됨; 법효과: 재산상 손해와 기본법 제2조 제2항의 이익에 대한 정신적 손해

POG Rhld.-Pf.(1993.11.10.시행) 제68-74조; HSOG 제64-70조(2005.1.14.시행); Nds.SOG 제80-86조(2005.1.19.시행); SPolG 제68-74조(1989.11.8.시행); ThürPAG 제68-74조(1992.6.4.시행) 및 ThürOBG 제52조; SOG LSA 제69-75조(2003.9.23.시행); BremPolG 제56-62조(2001.12.6.시행).

c) 최협의의 요건형태: 경찰보조인조차 인정안 함; 법효과: 오직 재산상 손해만.

OBG NRW 제39-43조(1980.5.13.시행), PolG NRW 제67조(2003.7.25.시행); BbgOBG 제38-42조

(1996.8.21.시행), BbgPolG 제70조(1996.3.19.시행).

- 2유형: 협의의 희생보상만, 불법책임은 없는 유형

a) BayPAG 제70-73조(1990.9.14.시행), BayLStrVG 제11조: 비경찰책임자, 비관여제3자의 청구권, 법효과: 재산상 손해와 위자료(Schmerzensgeld) - StrEG 제7조를 유추한 자유박탈에 대한 배상금.

b) SOG M-V 제72-77조(1998.3.25.시행): 비경찰책임자, 비관여제3자의 청구권, 법효과: 오직 재산상 손해만; SOG HH 제10조 제3-5항(1966.3.14.시행): 비경찰책임자, 경찰협력인의 청구권, 법효과: (구체적으로 정하지 않고) “상당한 보상(angemessene Entschädigung)”.

c) LVwG Schl.-H 제221-226조(1992.6.2.시행): 비경찰책임자, 비관여제3자의 청구권, 법효과: 오직 재산상 손해만; LDSG Schl.-H. 제30조와 결합된 LVwG 제225조에 따른 위법한 정보수집 또는 처리에 대한 손해배상청구권에 의해 보완됨.

d) SächsPolG 제52-58조(1999.8.13.시행): 비경찰책임자의 청구권만, 법효과: 재산상 손해와 기본법 제2조 제2항의 침해 시 정신적 손해.

e) PolG BW 제55-58조(1992.1.13.시행): 비경찰책임자만, 법효과: “발생한 손해에 대한 상당한 보상”; LDSG BW 제25조와 결합된 PolG 제48조에 의해 보완됨 : 위법한 정보처리의 경우 부분적 손해배상청구권.

<1-바덴-뷔르템베르크경찰법-손해보전>

제3장 손실보상(Entschädigung)

제55조 (요건)

- ① 1 제9조(원인자로서 행위책임자/물건상태책임자 외 위험비관련자[비경찰책임자]) 제1항의 사안에서 경찰에 의하여 조치(Maßnahmen)를 당한 사람은 그 조치에 의하여 발생한 손해에 대하여 상당한 보상을 청구할 수 있다. 2 산정함에 있어서 특히 손해의 종류와 예견가능성 및 피해자나 그의 재산이 경찰의 조치에 의하여 (*오히려) 보호를 받았는지 여부 등 모든 사정이 고려되어야 한다. 3 피해자가 주장하여야 하는 사정이 손해의 발생이나 증대에 영향을 끼쳤다면, 보상(Ausgleich)의 범위는 특히 손해가 주로 피해자에 의해 야기되었는지 아니면 경찰에 의해 야기되었는지의 범위에 따라 결정한다.
- ② 제9조 제1항에 따른 조치로 인한 손실보상의무가 특별한 법률규정에서 규율되고 있다면, 이 규정들이 적용된다.

제56조 (손실보상의무자)

1 조치를 취한 공무원이 속한 국가나 공공단체가 보상의무를 부담한다. 2 경찰공무원의 조치가 경찰청의 지시에 따라 취해진 것이라면, 경찰청이 속한 국가나 공공단체가 보상의 의무를 부담한다.

제57조 (구상[Ersatz])

제56조에 따라 보상의무를 부담하는 자는 사무관리에 관한 민법전(BGB) 규정들을 준용하여 제6조(*행위책임자로서 원인자)와 제7조(*상태책임자로서 원인자)의 경찰책임자에게 구상할 수 있다.

제58조 (권리구제의 길[Rechtsweg *관할])

제55조 및 제57조에 따른 청구권에 관해서는 통상법원(*예, BGH)이 결정한다.

<2-바이에른경찰직무법-손해보전>

제6장 보상, 상환청구권(Entschädigungs-, Erstattungs- und Ersatzansprüche)

제70조 (손실보상청구권[Entschädigungsanspruch])

- ① 제10조(제7조[행위원인자로서 행위책임자]/제8조[물건상태책임자] 책임자 외 비책임자에 대한 협력 요구[Inanspruchnahme])에 따라 조치(Maßnahmen)를 당한 사람이 물적 피해를 입은 경우에, 그 피해자에게는 손실보상이 이루어져야 한다. 단 그 손해가 경찰의 조치에 의하여 발생하였고 피해자가 다른 배상을 받을 수 없는 경우에 한한다.
- ② 1 제7조 또는 제8조에 따라 책임이 없고 제10조에 따른 조치의 상대방이 아닌 사람이 경찰의 조치에 의하여 살해 또는 부상당했거나 기대불가능한 그 밖의 손해를 입은 경우에도 동일하다. 2 조치가 법관의 명령에 기인하는 경우에도 보상이 행해져야 한다.
- ③ 살해의 경우에는 민법전 제844조 제2항을 준용하여 부양권자에게 보상을 한다.
- ④ 제1항부터 제3항까지에 따른 손실보상청구권은 조치가 직접적으로 피해자의 보호나 재산의 보호에도 기여했던 한도에서 인정되지 아니한다.
- ⑤ 경찰의 조치발령에 기초한 손실보상의무가 특별한 법률규정에서 규율되고 있는 경우에 이 규정들은 적용되지 아니한다.
- ⑥ 보상의무를 발생시킨 조치를 취한 경찰주체가 보상의무자가 된다.
- ⑦ 1 제1항부터 제3항까지에 따른 손실보상은 재산적 손해에 대하여 보장된다; 이 경우 권리자에게 보상의무를 발생시킨 조치로부터 발생한 재산적 이득이 고려되어야 한다. 2 자유박탈의 경우 비재산적 손해에 대해서도 독일연방형사소추조치에관한보상에관한법률(StrEG) 제7조 제3항을 준용하여 보상한다. 3 권리자의 공동과실은 고려되어야 한다. 4 보상은 금전으로 한다.

제71조 (구상청구권[Erstattungsanspruch])

- ① 경찰이 비국가적 관청의 지시나 요청에 따라 행동한 경우에, 그 관청이 속한 공공단체는 제70조 제6항에 따른 보상의무자에게 상환의무를 부담한다. 단 조치실행 시 경찰의 과실에 의하여 손해가 발생하지 않은 경우에 한한다.
- ② 상환의무를 부담하는 공공단체는 보상의무를 부담하는 경찰주체에게 제70조에 근거하여 지급되는 필요비를 상환하여야 한다.

제72조 (경찰책임자에 대한 구상청구권[Ersatzanspruch])

- ① 제70조 제6항에 따른 보상의무자인 경찰주체가 제71조에 따른 상환청구권을 갖지 못하는 경우에, 경찰주체는 제7조 또는 제8조에 따른 경찰책임자에 대하여 필요비용(notwendige Aufwendungen)을 청

구할 수 있다.

② 제71조에 따른 상환의무를 부담하는 공공단체가 보상의무를 이행한 경우에, 그 공공단체는 제7조 또는 제8조에 따른 경찰책임자에게 필요비용을 청구할 수 있다.

제73조 (권리구제의 길[Rechtsweg *관할])

- ① 제70조에 따른 보상청구권의 분쟁에 관해서는 통상법원이 결정한다.
- ② 제71조에 따른 상환청구권과 제72조에 따른 상환청구권의 분쟁에 관해서는 행정법원이 결정한다.

<3-베를린안전질서법-손해보전>

- * 기본적으로 프로이센경찰행정부 제70조 이하 규정이 토대가 된 것으로 보임.
- * MEGPol과 유사함. 제59조 외에는 거의 동일함.

제5장 손실보상, 상환청구권(Schadensausgleich, Erstattungs- und Ersatzansprüche)

제59조 (손실보상의무의 요건)

- ① 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 상당한 보상을 받는다.
 1. 제16조(행위원인책임자/물건상태책임자 외 비경찰책임자 및 비의심자에 대한 협력요구 [Inanspruchnahme])에 따른 적법한 협력요구로 인해 손해를 입은 사람,
 2. 위험과 무관한 제3자로서 질서관청이나 경찰의 적법한 조치에 의해 손해를 입은 사람,
 3. 자신에게 형법전(StGB) 제323c조(구조불이행)*에 따른 협력의무를 이행함으로써 손해를 입은 사람

*독일형법전(StGB) 제323조c (구조불이행[Unterlassene Hilfeleistung])
사고나 공동체의 위험이나 곤경이 있을 때 이것이 필요하고 사정에 따라 특히 현저한 위험과 다른 중대한 의무의 위반 없이 기대가능함에도 불구하고 협력을 하지 않은 사람은 1년 이하의 징역이나 벌금에 처한다.

- ② 적법한 조치에 의해 손해를 입은 사람에게 동일하다.
- ③ 질서관청이나 경찰의 직무수행 시에 이들의 동의에 따라 자발적으로 협력하거나 물건을 처분함으로써 손해를 입은 사람에게도 보상이 행해진다.
- ④ 그 밖의 손해보전청구권 특히 직무상 의무위반에 따른 배상청구권에 영향을 미치지 아니한다.

제60조 (손실보상의 내용, 종류 및 범위)

- ① 1 제59조에 따른 손해보전은 원칙적으로 재산적 손해에 대해서만 보장된다. 2 통상적인 임금이나 사용대가의 상실분을 초과하는 기대이익과 질서관청이나 경찰의 조치와 직접적으로 무관한 불이익에 대해서는 가혹함을 방지하기 위하여 필요한 경우에 한해서만 손해보전이 행해진다.
- ② 신체나 건강의 침해 시 또는 자유박탈 시 재산적 손해가 아닌 손해도 상당한 보상이 행해진다; 이 청구권은 양도나 상속이 될 수 없다. 단 이 청구권이 소송계속 중이었거나 계약에 의해 승인되었다면

그러하지 아니하다.

- ③ 1 손해보전은 금전으로 행해진다. 2 보전의무를 발생시키는 조치가 생계능력의 상실이나 감소 또는 생필품의 증대를 가져오거나 혹은 부양권의 상실 또는 침해를 가져오는 경우, 손해보전은 (*연금식)定期金(Rente)의 지불을 통해 보장된다. 3 민법전 제760조(*종신통기금[Leibrente])가 적용된다. 4 중대한 이유가 존재하면 정기금 대신에 일시불로 지급할 수 있다. 5 타인이 피해자에게 부양을 보장하여야 함에 의하여 청구권이 배제되지 않는다.
- ④ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 인정되는 경우, 이 청구권이 그 내용과 범위에 따라 보상청구권에 합치하는 한도에서, 제3자에 대한 청구권을 포기한 경우에만 보상이 보장된다.
- ⑤ 1 보상액 산정에서 특히 손해의 종류와 예견가능성과 피해자 또는 그의 재산이 질서관청이나 경찰의 조치에 의하여 보호된 것이 있는지 등 모든 사정이 고려되어야 한다. 2 피해자가 주장하여야 할 사정들이 손해의 발생 또는 확대에 영향을 끼쳤다면, 보상의 의무와 범위는 특히 손해가 주로 피해자에 의하여 또는 질서관청이나 경찰에 의해 야기되었는지에 달려있다.

제61조 (간접적 피해자의 청구권)

- ① 살해의 경우 제60조 제5항의 범위에서 장례비용이 이 비용을 부담할 의무를 부담하는 주체에게 보상되어야 한다.
- ② 1 피살해자가 침해의 시점에 그가 제3자에 대하여 법률에 따라 부양의무가 있었거나 또는 부양의무자로 될 수 있었던 관계에 있는 경우에는, 그 제3자는 제60조 제5항의 범위에서 그 피살해자가 그의 생존추정기간 동안 부양의 보장의무를 부담할 경우에 한도에서 상당한 보상을 청구할 수 있다.

제62조 (보상청구권의 소멸시효)

피해자가 - 제61조의 사안에서는 청구권자가 - 손해와 보상의무자를 안 날로부터 3년, 손해발생으로부터 30년이 지나면 시효로 소멸한다.

제63조 (보상의무주체, 상환청구권)

- ① 조치를 취한 자가 직무상 소속한 공공단체(Körperschaft)가 보상의무를 부담한다(임용주체 [Anstellungskörperschaft]).
- ② 공무원이 다른 공공단체의 관청을 위해 행동한 경우라면, 그 타 공공단체가 보상의무를 부담한다.
- ③ 제2항의 사안에서 보상이 오직 조치의 실행의 종류와 방법으로 인해서만 보장되는 경우라면, 보상의무를 부담하는 (*타) 공공단체는 그의 비용의 상환을 (*공무원의 본래) 소속 공공단체에 대하여 청구할 수 있다. 단 그 공공단체 스스로 (*조치)실행의 종류와 방법에 관하여 책임을 부담하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제64조(경찰책임자에 대한 구상[Rückgriff])

- ① 공공단체가 제59조 제1항 또는 제3항에 근거하여 보상을 한 경우에, 제63조에 따라 보상의무를 부담한 공공단체는 제13조(행위책임[자]) 또는 제14조(상태책임[자])에 따른 책임자에 대하여 비용의 상환을 청구할 수 있다.

② 다수인이 병존적으로 책임을 부담하는 경우에, 그 다수인은 연대책무자로서 책임을 부담한다.

제65조 (권리구제의 길[Rechtsweg *관할])

손실보상청구권에 관해서는 통상법원이 결정하고, 제63조 또는 제64조에 따른 비용의 상환이나 구상청구권에 관해서는 행정법원이 결정한다.

<4-1-브란덴부르크_질서관청법-손해보전>

제3장 일반규정

제38조 (손실보상의무를 발생시킨 조치)

- ① 다음 각호의 1의 경우에 질서관청의 조치에 의하여 손해를 입은 사람은 손실의 보상을 받는다.
 - a. 제18조(비경찰책임자에 대한 협력요구[Inanspruchnahme])에 따른 협력요구를 통해 손해가 발생한 경우
 - b. 질서관청이 과실로 했는지 여부와 무관하게 위법한 조치를 통해 손해가 발생한 경우
- ② 다음 각호의 1의 경우에 보상청구권은 인정되지 않는다.
 - a. 피해자가 다른 방법으로 보상을 받았던 경우
 - b. 조치에 의하여 피해자의 신체나 재산이 보호된 경우
- ③ 질서관청의 적법한 조치로 인한 보상의무가 다른 법률규정에서 규정되어 있는 경우 그 다른 법률규정이 적용된다.

제39조 (손실보상이행의 종류, 내용 및 범위) * 베를린안전질서법, 노르트라인-베스트팔렌질서관청법 보상규정과 본질적 부분에서 거의 유사함.

- ① 1 제38조 제1항에 따른 보상은 재산적 손해에 대해서만 보장된다. 2 그러나 통상적인 임금이나 사용대가의 상실분을 초과하는 기대이익과 질서관청이나 경찰의 조치와 직접적으로 무관한 불이익에 대해서는 가혹함을 방지하기 위하여 필요한 경우에 한해서만 손해보전이 행해진다.
- ② 1 손해보전은 금전으로 행해진다. 2 보전의무를 발생시키는 조치가 생계능력의 상실이나 감소 또는 생필품의 증대를 가져오거나 혹은 부양권의 상실 또는 침해를 가져오는 경우, 손해보전은 (*연금식)定期金(Geldrente)의 지불을 통해 보장된다. 3 증대한 이유가 존재하면 정기금 대신에 일시불로 지급할 수 있다.
- ③ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 인정되는 경우, 이 청구권이 그 내용과 범위에 따라 보상청구권에 합치하는 한도에서, 제3자에 대한 청구권을 포기한 경우에만 보상이 보장된다.
- ④ 손해의 발생 시에 질서관청의 조치 관련자의 공동과실이 있는 경우에, 그 공동과실은 보상액 산정에서 고려되어야 한다.
- ⑤ 보상의무를 발생시킨 조치가 직무상 의무위반(Ampflichtverletzung)이라면, 그 배상청구권에는 영향을 미치지 아니한다.

제40조 (소멸시효) * 베를린안전질서법과 동일함.

피해자가 - 제61조의 사안에서는 청구권자가 - 손해와 보상의무자를 안 날로부터 3년, 손해발생으로부터 30년이 지나면 시효로 소멸한다.

제41조 (보상의무주체)

- ① 1 질서관청의 비용부담주체가 보상의무를 부담한다. 2 조치가 질서관청의 요청에 따라 경찰에 의해 실행된 경우에도 동일하다. 3 손실보상의무가 오직 그 요청의 실행유형에 의해서만 발생한 경우에, 경찰비용의 주체가 질서관청의 비용주체에게 상환의무를 부담한다.
- ② 제38조 제1항의 a에 따라 보상의무를 부담하는 자는 사무관리에 관한 민법전(BGB) 규정을 준용하여 법 제16조(행위책임자)와 제17조(상태책임자)에 대하여 비용의 상환을 청구할 수 있다.

제42조 (손실보상 및 상환청구권의 권리구제의 길[Rechtsweg *관할])

- ① 제38-41조에 따른 손실보상에 관한 분쟁에 관해서는 통상법원이 결정한다.
- ② 제41조 제1항 3문에 따른 상환청구권과 제41조 제2항에 따른 상환청구권에 관해서는 행정법원이 결정한다.

<4-2-브란덴부르크_경찰법-손해보전>

제5장 손실보상청구권(Entschädigungsansprüche)

제70조 (손실보상청구권)

질서관청법의 제38-42조를 준용한다.

<5-브레멘경찰법-손해보전56조이하>

* 1983년 MEPolG를 수정한 대안(Alternativentwurf)을 따른 법률.

제6장 손실보상, 상환청구권(Schadensausgleich, Erstattungs- und Ersatzansprüche)

제56조 (손실보상의무의 요건) * MEPolG과 유사함.

- ① 1 제7조에 따른 적법한 협력요구(Inanspruchnahme)를 통해 손해를 입은 사람에게는 상당한 보상이 보장된다. 2 경찰의 위법한 조치를 통해 손해를 입은 경우에도 동일하다. 3 조치가 피해자의 신체나 재산의 보호를 위해 취해진 경우에는 보상청구권(Anspruch auf Ausgleich)이 인정되지 아니한다.
- ② 경찰의 동의에 따라 자발적으로 경찰의 직무수행에 협력하거나 물건을 처분하고 이 때 손해를 입은 사람에게도 보상이 보장된다.

③ 그 밖의 배상청구권 특히 직무상 의무위반에 따른 배상청구권에 영향을 미치지 아니한다.

제57조 (재산적 손해 및 자유박탈에 따른 손실보상) * 위 베를린, 브란덴부르크 법과 유사함.

- ① 1 재산적 손해에 대한 제56조 제1항에 따른 보상은 통상적인 임금이나 사용대가의 상실분을 초과하는 기대이익과 질서관청이나 경찰의 조치와 직접적으로 무관한 불이익을 포함한다. 단 가혹함을 방지하기 위하여 필요해 보이는 경우에 한한다. 2 자유박탈의 경우 재산적 손해가 아닌 손해도 보상된다. 3 이 청구권은 소송계속 중이거나 계약에 의해 승인된 경우에만 양도와 상속이 가능하다.
- ② 자유박탈로 인한 보상은 금전으로 지급된다.
- ③ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 인정되는 경우, 이 청구권이 그 내용과 범위에 따라 배상청구권에 합치하는 한도에서, 제3자에 대한 청구권을 포기한 경우에만 보상이 보장된다.
- ④ 1 재산적 손해와 자유박탈로 인한 보상액의 산정에서 특히 손해의 종류와 예견가능성과 경찰조치에 의하여 이루어진 피해자나 그의 재산의 보호 등 모든 사정이 고려되어야 한다. 2 민법전(BGB) 제254조 (공동과실[Mitverschulden])가 준용된다.

제58조 (건강손해의 경우 손실보상)

- ① 제56조 제1항의 요건 하에서 또는 경찰의 동의를 통해 경찰의 직무수행 시 자발적으로 협력하거나 물건을 처분하였기 때문에 건강상 피해를 입은 사람은 건강과 경제적 손해결과로 인하여 신청에 따라 연방원호법(Bundesversorgungsgesetz)의 규정을 준용하여 원호급부를 받는다.
- ② 제1항에 따른 손해는 연방원호법의 제1조 제2항 e. 또는 f.의 요건 하의 사고에 의하여 야기된 손해와 동일하다.
- ③ 피해자의 유족은 신청에 따라 연방원호법의 규정을 준용하여 원호급부를 받는다.
- ④ 손해에 근거하여 연방원호법 또는 연방원호법을 적용가능하다고 선언한 다른 법률에 따른 청구권이 존재한다면, 이 법률에 의한 청구권은 탈락된다.
- ⑤ 연방원호법 제1조에 따른 손해나 또는 연방원호법을 적용가능하다고 선언한 다른 법률에 따른 손해에 기초한 청구권과 이 법률에 따른 청구권이 결합한다면, 전체 손해결과에 의해 조건지워진 생계활동 능력(Erwerbstätigkeit)의 감축의 고려 하에서 단일한 정기금(Rente)이 확정된다.
- ⑥ 제5항의 사안에서 기타 손해의 공동발생으로 인해 야기된 비용은 그 기타 손해로 인한 원호급부 관할권을 갖는 급부주체에 의하여 인수된다.
- ⑦ 연방원호법 제1조 제3항, 제64-64f조 및 제89조는 전쟁희생원호관할 주 관청(die Kriegsoferversorgung zuständigen obersten Landesbehörde)의 동의가 연방노동및사회질서장관의 동의에 갈음한다는 규준을 가지고 적용된다.
- ⑧ 연방원호법 제81a조는 제3자에 대하여 존재하는 법률적 손해배상청구권이 브레멘주에게 이전된다는 규준을 가지고 적용된다.
- ⑨ 1 사회법전(SGB) 제1장과 제10장이 적용된다. 2 전쟁희생자원호의 행정절차에 관한 법률은 동 법률의 제3조와 제4조 및 그 사전절차에 관한 사회법원법(Sozialgerichtsgesetz)의 규정의 예외를 가지고 적용된다. 3 연방원호법 제25-27e조에 따른 전쟁희생원호의 급부와 일치하는 급부의 보장이 되는 한 제2문은 적용되지 아니한다.
- ⑩ 건강손해로 인한 보상은 연방원호법의 실행책무도 부담하는 관청에 의해 실행된다.

제59조 (보상청구권의 소멸시효) * 소멸시효 3년, 30년은 위 법제들과 동일.

보상청구권은 피해자나 제58조 제3항의 경우에는 유족이 손해와 보상의무자를 안 날로부터 3년으로 시효가 완성된다. 단 이러한 인식과 상관없이 손해결과발생 후 30년이 지나도 시효가 완성된다.

제60조 (보상의무주체; 상환청구권) * 베를린안전질서법과 동일.

- ① 조치를 취한 자가 직무상 소속한 공공단체(Körperschaft)가 보상의무를 부담한다(임용주체 [Anstellungskörperschaft]).
- ② 조치를 취한 공무원이 다른 공공단체의 관청을 위해 행동한 경우에, 그 타 공공단체가 보상의무를 부담한다.
- ③ 제2항의 사안에서 보상이 오직 조치의 실행의 종류와 방법으로 인해서만 보장되는 경우라면, 보상의무를 부담하는 (*타) 공공단체는 그의 비용의 상환을 (*공무원의 본래) 소속 공공단체에 대하여 청구할 수 있다. 단 그 공공단체 스스로 (*조치)실행의 종류와 방법에 관하여 책임을 부담하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제61조 (경찰책임자에 대한 구상) * 베를린안전질서법과 동일함.

- ① 공공단체가 제56조 제1항 또는 제2항에 근거하여 보상을 한 경우에, 제60조에 따라 보상의무를 부담한 공공단체는 제5조(행위책임[자]) 또는 제6조(상태책임[자])에 따른 책임자에 대하여 비용의 상환을 청구할 수 있다.
- ② 다수인이 병존적으로 책임을 부담하는 경우에, 그 다수인은 연대책무자로서 책임을 부담한다.

제62조 (권리구제의 길[Rechtsweg *관할])

1 재산적 손해와 자유박탈로 인한 손실보상청구권에 관해서는 통상법원이 결정하고, 건강손해로 인한 청구권에 관해서는 사회법전(SGB) 제51조 제1항과 제2항이 적용된다. 2 제60조 제3항 또는 제61조에 따른 비용의 상환에 대해서는 행정법원이 결정한다.

<6-함부르크_안전질서법-손해보전-10조3항1문>

제10조 (제3자에 대한 조치) * 가장 단순한 형태.

- ① 다른 방법으로는 직접적으로 현존하는 공공의 안녕/질서에 대한 위험이 방지될 수 없거나 공공의 안녕/질서의 장애가 제거될 수 없는 경우에만 그리고 행정관청이 충분한 자신의 능력/수단을 활용하지 못하는 한도에서, 제8조(행위책임자)/제9조(상태책임자)에 열거된 사람들과 다른 사람은 조치의 상대방이 될 수 있다.
- ② 제1항의 요건 하에서 행정청은 특히 신체적 협력자로 삼을 수 있고 숙박처, 의약/의료품, 지원도구, 건축재료 및 운반수단의 급부협조요구를 할 수 있다.
- ③ 1 사람에게 대한 조치와 물건의 협력요구에 대해서는 신청에 따라 상당한 금전보상이 지급된다. 2 관 계인이나 그의 재산이 보호되거나 불이익을 스스로 부담하는 것이 그에게 기대가능한(*수인한도 내의)

한도에서 보상청구권은 인정되지 아니한다. 3 보상은 행정청에 의해 확정된다.

④ 행정청은 제3항에 따라 보상을 하면, 제8조(행위책임자)/제9조(상태책임자)에 따른 책임자에게 행정 행위를 통하여 1986년 3월 5일자 수수료(*비용징수)법 제5조 제5항(함부르크법률/시행령 공보 37면)에 따른 공동체비용가산금을 더하여 청구할 수 있다.

⑤ 제8조/제9조 책임자와 다른 사람이 자발적으로 그리고 주무관청의 동의로 위험방지에 협력하거나 물건을 처분한 사람에게 제3항과 제4항을 준용한다.

<7-헤센_안전질서법-손실보상64조이하>

* 매우 자세한 규정. MEPOlG, 베를란안전질서법과 유사함.

제64조 (손실보상의무의 요건)

① 제9조(비경찰책임자에 대한 협조요구[Inanspruchnahme])에 따른 적법한 요구를 통해 어떤 사람이 손실을 입은 경우에, 상당한 보상(angemessener Ausgleich)이 지급된다. 2 위험방지청/경찰청의 위법한 조치를 통해 손실을 입은 경우에도 동일하다.

② 조치가 그 사람이나 피해를 입은 사람의 재산의 보호를 위해 취해진 한도에서 보상청구권은 인정되지 아니한다.

③ 손실보상청구권은 위험방지청/경찰청의 동의로 이 관청들의 직무수행 시에 자발적으로 협력하거나 물건을 처분하고 그로 인해 손해를 입은 사람들에게도 보상이 보장된다.

④ 그 밖의 보전청구권 특히 직무상 위반에 따른 손해배상청구권에는 영향을 미치지 아니한다.

제65조 (손실보상의 내용, 종류 및 범위)

① 1 제64조에 따른 보상은 원칙적으로 오직 재산적 손해에 대해서만 보장된다. 2 통상적인 임금이나 사용대가의 상실분을 초과하는 기대이익에 대해서는 그리고 위험방지청/경찰청의 조치와 직접적 관계가 없는 불이익에 대해서는, 이것이 지나친 가혹함을 방지하기에 필요해 보이는 한도에서 보상이 보전된다.

② 신체나 건강의 침해의 경우 또는 자유박탈의 경우에 재산적 손해가 아닌 손해에 대해서도 상당한 보상이 행해진다.

③ 1 보상은 금전으로 지급된다. 2 보상의무 있는 조치가 생계능력의 상실이나 감소 또는 생필품의 증대를 가져오거나 혹은 부양권의 상실 또는 침해를 가져오는 경우에, 손해보전은 (*연금식)定期金(Rente)의 지불을 통해 보장된다. 민법전 제760조(*종신정기금[Leibrente])가 적용된다. 3 중대한 이유가 존재하면 정기금 대신에 일시불로 지급할 수 있다. 4 타인이 피해자에게 부양을 보장하여야 함에 의하여 청구권이 배제되지 않는다.

④ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 인정되는 경우, 이 청구권이 그 내용과 범위에 따라 보상청구권에 합치하는 한도에서, 제3자에 대한 청구권을 포기한 경우에만 보상이 보장된다.

⑤ 1 보상액 산정에서 특히 손해의 종류와 예견가능성과 피해자 또는 그의 재산이 위험방지청/경찰청의 조치에 의하여 보호된 것이 있는지 등 모든 사정이 고려되어야 한다. 2 피해자가 주장하여야 할 사정들이 손해의 발생 또는 확대에 영향을 끼쳤다면, 보상의 의무와 범위는 특히 손해가 주로 피해자에

의하여 또는 위험방지청/경찰청에 의해 야기되었는지에 달려있다. 민법전 제254조(*공동과실 [Mitverschulden])가 준용된다.

제66조 (간접적 피해자의 청구권(Ansprüche mittelbar Geschädigter))

- ① 1 살해의 경우 장례비용이 이 비용을 부담할 의무를 부담하는 주체에게 보상되어야 한다. 2 보상액 산정의 경우 제65조 제5항이 준용된다.
- ② 1 피살해자가 제3자와 침해의 시점에서 법률에 근거하여 부양의무가 있었거나 부양의무가 있게 될 수 있는 관계에 있고 그 제3자로부터 부양권이 도출되는 경우에, 그 제3자는 이러한 점에서 살해에 이른 자가 그의 추정적 기간 동안에 부양보장의 의무를 질 수 있다. 제65조 제3항 3-5문과 제5항이 준용된다. 2 그 제3자가 침해의 시점에 태아였고 아직 탄생하지 않을 경우에도 보상은 청구될 수 있다.

제67조 (보상청구권의 소멸시효)

보상청구권의 시효는 3년으로 완성된다. 민법전 제199조가 준용된다.

제68조 (보상의무주체, 상환청구권)

- ① 조치를 취한 공무원이 속한 공공단체가 보상의무를 부담한다(Anstellungskörperschaft).
- ② 공무원이 다른 공공단체의 행정청을 위해 행동한 것이라면, 그 다른 공공단체가 보상의무를 부담한다.
- ③ 제2항의 사안에서 오직 조치의 실행의 종류와 방법을 원인으로만 보장되는 것이라면, 보상의무 있는 공공단체는 본래 공무원이 속한 공공단체에 대하여 그 비용의 상환을 청구할 수 있다. 보상의무 있는 공공단체가 실행의 종류와 방법에 책임을 부담하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제69조 (책임자에 대한 구상)

- ① 1 제68조에 따라 보상의무 있는 공공단체는 제6조나 제7조에 다른 책임자(행위책임자/상태책임자)에 대하여 비용의 상환을 청구할 수 있다. 그 공공단체가 제64조 제1항 1문 또는 제3항에 근거하여 보상을 보상할 경우에 그러하다.
- ② 다수인이 병존적으로 책임을 부담할 경우에, 그들은 연대책임을 부담한다.

제70조 (권리구제의 길[Rechtsweg *관할])

손실보상에 관해서는 통상법원이, 제68조 제3항 또는 제69조에 따른 비용의 상환에 관한 청구권에 관해서는 행정법원이 결정한다.

<8-메클렌부르크-포어폼메른_안전질서법-손해보전72조이하>

* 베를린안전질서법과 유사함.
제6장 손실보상청구권

제72조 (비책임자에 대한 손실보상청구권)

- ① 제71조(비책임자에 대한 협력요구[Inanspruchnahme])에 따라 요구를 받은 사람은 그에게 이로 인해 발생한 손실의 보상을 청구할 수 있다.
- ② 그러나 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 손실보상청구권이 인정되지 아니한다.
 - 1. 피해자가 다른 방법으로 이득을 취득한 경우
 - 2. 피해자나 그의 재산이 문제된 조치를 통해 보호를 받은 경우
- ③ 적법한 조치로 인한 보상의무가 다른 법률규정에 규율되어 있거나 배제되어 있는 경우 제1항과 제2항은 적용되지 아니한다.

제73조 (비관여제3자[unbeteiligter Dritten])

제68-70조에 따라 (*행위/상태)책임자로서도 아니고 제71조에 따라서도 협력요구를 받지 않은 제3자는 위험방지를 위한 조치를 통하여 생명을 잃거나 상해를 입거나 형평성 있게 기대불가능한(*수인한도 밖의) 손해를 입은 경우에 제72조가 준용된다.

제74조 (보상급여의 종류, 내용, 범위)

- ① 1 보상은 재산적 손해에 대해서만 보장된다. 2 그러나 통상적인 임금이나 사용대가의 상실분을 초과하는 기대이익과 질서관청이나 경찰의 조치와 직접적으로 무관한 재산적 불이익에 대하여 형평에 반한 가혹함을 방지하기 위하여 필요해 보이는 경우에 한해 보상이 보장된다.
- ② 1 보상은 금전으로 보장된다. 2 손해가 생계능력의 상실이나 감소 또는 생필품의 증대에서 발생하거나 혹은 부양권의 상실 또는 침해에서 발생하는 경우, 손실보상은 (*연금식)定期金(Geldrente)의 지불을 통해 보장된다. 3 중대한 이유가 존재하면 정기금 대신에 일시불로 지급할 수 있다.
- ③ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 인정되는 경우, 이 청구권이 그 내용과 범위에 따라 보상청구권에 합치하는 한도에서, 제3자에 대한 청구권을 포기한 경우에만 보상이 보장된다.
- ④ 손해의 발생에 관련자의 과실이 함께 작용한 경우, 공동과실(Mitverschulden)이 고려되어야 한다.
- ⑤ 보상청구권은 1년 이내에만 주장될 수 있다; 피해자가 손해와 보상의무 있는 공행정주체를 알게 된 즉시 그 기간이 개시된다. 이러한 인식과 상관없이 청구권은 청구권이 발생한 후 30년 내에만 주장될 수 있다.
- ⑥ 그 밖의 손해보전청구권을 보장하는 법률들에는 아무 영향을 미치지 아니한다.

제75조 (보상의무자의 구상[Rückgriff])

- ① 조치를 취한 사람이 직무적으로 소속된 공행정주체가 보상의무를 부담한다.
- ② 1 다른 주체의 행정관청을 위해 공무원이 행동한 경우, 후자(*그 타 주체)가 보상의무를 부담한다. 2 제1문의 사안에서 보상은 조치실행의 유형과 방법을 이유로 해서만 보장된다면, 공무원이 직무상 속한 주체에 대하여 보상의무주체는 비용의 상환을 청구할 수 있다. 그 자신이 실행의 유형과 방법에 대하여 책임을 부담하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제72조의 사안에서 보상의무자는 민법전(BGB)의 사무관리규정을 준용하여 비용의 상환을 제68-70조 (*경찰)책임자에 대하여 행정행위를 통해 청구할 수 있다.

제76조 (정보의 처리에 기초한 손실보상청구권) * 특이한 사례

제25-48조에 따라 관련된 사람의 보상청구권에 대해서는 주정보보호법 제27조가 준용된다.

제77조 (권리구제의 길[Rechtsweg *관할])

제72-74조와 제76조의 청구권에 관한 분쟁에 대하여 통상법원이 결정한다.

<9-니더작센_안전질서법-손해보전80조이하>

* MEPolG, 베를린안전질서법과 거의 동일함.

** 2조-개념정의

제7장 손실보상, 상환-구상청구권

제80조 (요건)

제81조 (보상의 내용, 종류, 범위)

제82조 (간접적 피해자의 청구권)

제83조 (청구권의 소멸시효)

제84조 (보상의무자; 구상청구권)

제85조 (책임자에 대한 구상)

제86조 (권리구제의 길[관할])

[참고]

제2조 (정의)

1. a) 위험(Gefahr): 구체적 위험. 즉 개별구체적 사안에서 예견가능한 시간 내에 공공의 안녕/질서에 대한 손해가 발생할 충분한 개연성이 존재하는 상황을 의미함.
 b) 현재의 위험(gegenwärtige Gefahr): 손해야기사건의 영향력이 이미 시작되었거나 또는 매우 근접한 시간 내에 안녕상태에 인접한 개연성을 가지고 현존하는 위험.
 c) 현저한 위험(erhebliche Gefahr): 국가의 존립, 생명, 건강, 자유, 본질적으로 중요한 재산가치 및 타 형법적 보호이익과 같은 중대한 법익에 대한 위험.
 d) 신체 또는 생명에 대한 위험(Gefahr für Leib oder Leben): 가볍지 않은 신체손상이나 사망이 발생할 우려가 있는 위험.
2. 추상적 위험(abstrakte Gefahr): 일반적 생활경험 또는 전문기관의 인식에 따라 가능한, 실현될 경우 위 (제1호의) 위험을 의미하는 상황.
3. 조치(Maßnahme): 법령(Verordnungen), 행정행위, 기타 개입(Eingriff)
4. 임박한 위험(Gefahr im Verzug): 관할관청이나 사람을 대신하여 다른 관청이나 사람이 활동하지 않으면 손해가 발생할 상황.
5. 경찰(Polizei): 경찰관청(제87조 제1항),
6. 경찰공무원(Polizeibeamtin oder Polizeibeamter): 일반적으로 또는 개별사안에서 경찰직무의 수행을

위해 수권을 받은 경찰(집행)서의 공무원.

7. 행정관청(Verwaltungsbehörde): 제97조에 따라 관할 행정청 또는 이를 위한 행정집행공무원.
8. 행정집행공무원(Verwaltungsvollzugsbeamtinnen oder -beamte): 행정관청의 직무에서 또는 그밖에 그들의 지시로 독립한 사람인데, 일반적으로 또는 개별사안에서 위험방지직무 직무집행을 임명행위에 의해 수권받은 사람.
9. 범죄(행위)(Straftat): 형법전의 구성요건을 실현하는 위법한 행위.
10. 특히 중대한 범죄(besonders schwerwiegende Straftat):
 - a) 범죄단체조직
 - b) 성적 자기결정에 대한 범죄
 - c) 살인 및 중상해
 - d) 개인적 자유에 대한 범죄
 - e) 공동체위해 범죄
 - f) 유독물질 살포를 통한 심각한 위태화
 - g) 국제살인(Völkermord) * 국가적, 윤리적, 인종적, 종교적 집단 일부나 전체를 말살하기 위한 범죄적 행위
 - h) 전쟁무기 통제에 관한 법률 제 조항에 따른 범죄
 - i) 총포 등 무기에 관한 법률 제 조항에 따른 범죄
 - j) 마취제법 제30a조에 따른 범죄
 - k) 난민신청 남용을 위한 영업적, 조직적 유인
11. 현저히 중대한 범죄:
 - a) 제10호에 따른 행위
 - b) 형법전 제154조, 제155조에 따른 범죄의 예외를 가진 범죄
 - c) 형법전 제 조항에 따른 범죄의 시도
 - d) 조직적 또는 영업적으로 범죄실행 및
 - e) a-b) 범죄 가담.
12. 접촉자 또는 동행자(Kontakt- oder Begleitperson) : 방조자

<10-1-노르트라인-베스트팔렌_경찰법-손해보전67조(OBG39조이하준용)>

제67조 (손실보상청구권)

질서관청법 제39-43조가 준용된다.

<10-2-노르트라인-베스트팔렌_질서관청법-손해보전39조이하>

* 베를린일반안전질서법, 브란덴부르크질서안전법 등과 매우 유사함.

제3장 일반규정

제39조 (손실보상의무를 발생시키는 조치)

- ① 질서관청의 조치에 의해 어떤 사람이 입은 손해는 다음 각호의 1에 해당할 경우에 보상된다.
 - a) 제19조(*비책임자에 대한 협력요구[Inanspruchnahme])에 따른 협력요구를 통해 손해가 발생한 경우
 - b) 질서관청에게 과실이 있건 없건 무관하게 위법한 조치에 의해 손해가 발생한 경우.
- ② 보상청구권은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 인정되지 아니한다.
 - a) 피해자가 다른 방법으로 보상을 받은 경우
 - b) 조치를 통하여 피해자의 신체나 재산이 보호된 경우
- ③ 질서관청의 적법한 조치로 인한 보상의무가 다른 법률에 규정되어 있는 경우 이 규정은 적용된다.
(?)

제40조 (보상의 종류, 내용, 범위)

- ① 1 제39조 제1항에 따른 보상은 재산적 손해에 대해서만 보장된다. 2 통상적인 임금이나 사용대가의 탈락을 초과하는 기대이익과 보상원인인 조치와 직접적 관계가 없는 재산적 불이익에 대해서는 비합리적인 가혹함의 방지를 위해 필요해보이는 경우에 한해 보상이 지급된다.
- ② 1 보상은 금전으로 지급된다. 2 보전의무를 발생시키는 조치가 생계능력의 상실이나 감소 또는 생필품의 증대를 가져오거나 혹은 부양권의 상실 또는 침해로 가져오는 경우, 손해보전은 (*연금식)定期金(Geldrente)의 지불을 통해 보장된다. 3 중대한 이유가 존재하면 정기금 대신에 일시불로 지급할 수 있다.
- ③ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 인정되는 경우, 이 청구권이 그 내용과 범위에 따라 보상청구권에 합치하는 한도에서, 제3자에 대한 청구권을 포기한 경우에만 보상이 보장된다.
- ④ 손해의 발생 시에 질서관청의 조치 관련자의 공동과실이 있는 경우에, 그 공동과실은 보상액 산정에서 고려되어야 한다.
- ⑤ 보상의무를 발생시킨 조치가 직무상 의무위반(Ampflichtverletzung)이라면, 그 배상청구권에는 영향을 미치지 아니한다.

제41조 (소멸시효) * 다른 법제와 달리 민법전의 손해배상청구권의 소멸시효규정을 준용하고 있지만, 동일하게 3년/30년이다.
보상청구권의 소멸시효에 대해서는 민법전(BGB)의 손해배상청구권의 소멸시효에 관한 규정을 준용한다.

제42조 (보상의무주체)

- ① 1 질서관청의 비용부담주체가 보상의무를 부담한다(제45조). 2 조치가 질서관청의 요청에 따라 경찰에 의해 실행된 경우에도 동일하다. 3 손실보상의무가 오직 그 요청의 실행방법에 의해서만 발생한 경우에, 경찰비용의 주체가 질서관청의 비용주체에게 구상의무를 부담한다.
- ② 제39조 제1항의 a에 따라 보상의무를 부담하는 자는 사무관리에 관한 민법전(BGB) 규정을 준용하여 법 제17조(행위책임자)와 제18조(상태책임자)에 대하여 비용의 상환을 청구할 수 있다.

제43조 (손실보상 및 상환청구권의 권리구제의 길[Rechtsweg *관할])

- ① 제39-42조에 따른 손실보상에 관한 분쟁에 관해서는 통상법원이 결정한다.
- ② 제42조 제1항 3문에 따른 상환청구권과 제42조 제2항에 따른 상환청구권에 관해서는 행정법원이 결정한다.

제45조 (비용)

- ① 1 주 질서관청들의 활동에 의해 발생한 비용은 주(Land)가 부담한다. 2 크라이스질서관청과 지역 질서관청들의 활동에 의해 발생한 비용은 크라이스, 크라이스자유도시 및 게마인데가 부담한다.
- ② 외국인의 추방이나 재추방의 비용은 제1항 2문의 사안에서도 주가 부담한다.

<11-라인란트-팔츠_경찰질서법-손해보전68조이하>

* MEPolG와 거의 동일.

제5장 손실보상청구권

- 제68조 (보상의무요건)
- 제69조 (보상의 내용, 종류, 범위)
- 제70조 (간접적 피해자의 보상청구권)
- 제71조 (보상청구권의 소멸시효)
- 제72조 (보상의무주체, 구상청구권)
- 제73조 (책임자에 대한 구상)
- 제74조 (권리구제의 길)

<12-자르란트_경찰법-손해보전68조이하>

* MEPolG와 거의 동일. 위 라인란트-팔츠와 조항까지 동일.

제6장 손실보상청구권

- 제68조 (보상의무요건)
- 제69조 (보상의 내용, 종류, 범위)
- 제70조 (간접적 피해자의 보상청구권)
- 제71조 (보상청구권의 소멸시효)
- 제72조 (보상의무주체, 구상청구권)
- 제73조 (책임자에 대한 구상)

제74조 (권리구제의 길)

<13-작센_경찰법-손해보전52조이하>

* MEPoIG에 약간의 수정을 가함 - 위법에 대한 보상을 규정하지 않음. 소멸시효 규정이 없음.

제4장 손실보상

제52조 (요건)

제53조 (보상의 내용, 종류, 범위)

제54조 (간접적 피해자의 보상청구권)

제55조 (폐지)

제56조 (보상의무주체)

제57조 (책임자에 대한 구상)

제58조 (권리구제의 길[관할])

<14-작센-안할트_안전질서법-손해보전69조이하>

* 역시 MEPoIG 체제를 그대로 따르고 있음.

제5장 손실보상청구권

제69조 (보상의무요건)

제70조 (보상의 내용, 범위)

제71조 (간접적 피해자의 청구권)

제72조 (보상청구권의 소멸시효)

제73조 (보상의무주체, 구상청구권)

제74조 (책임자에 대한 구상)

제75조 (권리구제의 길)

<15-슐레스비히-홀슈타인_란트행정법-손해보전221조>

* MEPoIG와는 편제에서 좀 차이가 남. 그리고 위법의 경우에 적용하는 규정도 없음.

** 메클렌부르크-포어폼메른_안전질서법-손실보상 제72조 이하와 거의 동일함.

*** 정보처리에 관한 보상청구권을 규정함.

제4절 손실보상청구권

- 제221조 비책임자(Nichtstörer)의 보상청구권
- 제222조 비관련 제3자의 보상청구권
- 제223조 보상급여의 종류, 내용, 범위
- 제224조 보상의무주체, 구상
- 제225조 정보처리에 따른 보상청구권
- 제226조 권리구제의 길[관할]

<16-1-튀링엔질서관청법-손해보전52조(PAG68조이하준용)>

제52조 (손실보상, 각종 상환 및 구상청구권)
튀링엔경찰직무법 제68-74조가 준용된다.

<16-2-튀링엔_경찰직무법-손해보전68조이하>

제5장 손실보상, 상환 및 구상청구권

- 제68조 (보상의무요건)
- 제69조 (보상의 내용, 범위)
- 제70조 (간접적 피해자의 청구권)
- 제71조 (보상청구권의 소멸시효)
- 제72조 (보상의무주체, 구상청구권)
- 제73조 (책임자에 대한 구상)
- 제74조 (권리구제의 길)

제75조 (비용상환)

- ① 이 법률에 규정된 한도에서, 경찰의 조치를 위하여 비용(Gebühren[수수료비용] & Auslagen[타자비용으로서 경비]47)이 징수될 수 있다. 이 사안에 대하여 튀링엔행정비용법의 상응하는 규정들은 적용되지 않는다.
- ② 1 경찰에 관할권 있는 장관(*내무부장관)은 재정관할권 있는 장관(*재정부장관)과의 협의에 따라 법규명령을 통해 비용의 징수를 결정할 수 있고 경비의 총변제를 규정할 수 있는 권능을 갖는다. 2 수수

47) Wehr, Matthias, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., S. 149. Gebühren(수수료/사용료)은 직무행위의 실행 또는 행정시설의 이용을 대하여 징수되는 것이다. Auslagen(경비)은 타자비용(Fremdkosten)인데, 행정관청이 위험방지조치와 관련하여 제3자에게 상환되어야 하는 비용을 말한다.

료비용(Gebühren)은 행정비용(Verwaltungsaufwand)과 직무책임의 의미에 맞추어 산정된다. 3 형평성(Billigkeit)에 근거하여 비용징수는 포기될 수 있다.

③ 1 금지된 집회나 행진은 그 금지를 알고 실행 또는 조직하였거나 그에 참가하였거나 그것을 선동하였고 경찰이 그것을 통해 위험방지활동을 하도록 한 사람은 경찰력투입으로 발생한 특별비용, 특히 이동비용, 별거수당(Trennungsgeld), 초과수당(Mehrarbeitsvergütung)의 상환이 고려된다. 2 금지처분을 대상으로 한 재송의 집행정지효(*독일의 집행정지의 원칙)가 회복되거나 또는 본안의 법원이 금지의 위법성을 확정할 경우에는 그러하지 아니하다. 3 비용상환(Aufwendungsersatz)은 5,000 유로를 초과할 수 없다. 4 튀링엔행정비용법이 준용된다.

④ 비용은 행정강제집행절차에서 강제징수될 수 있다.

(사)행정법이론실무학회·(사)한국경찰법학회·이화여대 법학연구소 공동학술대회
(사)행정법이론실무학회 제235회 정기학술발표회

경찰행정법의 현재와 미래

2016년 10월 8일

발행처 : (사)행정법이론실무학회
(사)한국경찰법학회
이화여대 법학연구소

인쇄처 : 도서출판 새로문화
전화: (02) 313-1431(代)
E-mail: sero31@hanmail.net
