

경찰관직무집행법의 개선방안 연구

A Study of the Improvement of the Act
on the Performance of Duties by Police Officers

연구자 : 김재광 (한국법제연구원 부연구위원)

한자성명: 金載光

영문성명: Kim, Jae-Kwang

국 문 요 약

경찰관직무집행법은 경찰작용에 있어 거의 일반법적인 역할을 하고 있을 정도로 매우 중요한 법률이다. 그런데 경찰관직무집행법은 개별적 수권조항이 행정상 즉시강제의 성질을 가지기 때문에 기본권 침해를 야기할 소지가 많고 법현실적으로도 적지 않은 문제점이 제기되고 있다.

보다 본질적으로는 현행법은 실질적 의미의 경찰개념의 본질적인 요소를 이루고 있는 개괄적 수권조항과 경찰책임에 대한 근거규정을 결여하고 있어 경찰작용에 관한 일반법으로서 그 체계상 중대한 문제를 안고 있다.

따라서 이러한 문제점들을 중심으로 개선방안을 제시하였다. 개선방안은 단기적인 개선방안과 장기적인 개선방안으로 나누어 제시하였는데, 단기적인 개선방안은 현행 경찰관직무집행법의 문제점 - 개별적 수권조항 - 을 중심으로 검토하였고, 장기적인 개선방안은 경찰작용에 관한 일반법으로서의 경찰관직무집행법을 새롭게 제정하는 방안과 경찰조직에 관한 경찰법과 경찰작용법 등을 통합적으로 아우르는 통합경찰법 제정방안을 제시하였다.

다만, 입법안의 마련에 있어서는 우리 고유의 경찰법문화가 담길 수 있도록 신중하고 심층적인 검토와 연구가 필요함을 강조하였다.

※ 키 워 드 : 경찰, 경찰관직무집행법, 경찰작용, 개괄적 수권조항, 경찰책임

Abstract

The current provisions of the Act on the Performance of Duties by Police Officers, which governs the exercise of power by the police, has grave problems in its system, such as lack of provisions supporting the general delegation of power and the responsibility of the police which constitute intrinsic factors of the police operation in a material sense. It may be said that these problems arose from serious legislative errors.

Accordingly, this study aims to present policy measures for solving such problems. The policy measures consist of short-term and long-term measures. The short-term measures are focused on solving the problems of the current Act on the Performance of Duties by Police Officers, and the long-term measures, on enacting a new law on the performance of duties by police officers as a general law on the police operation or on making an integrated Police Act covering both the organization and operation of the police. However, a legislative bill therefor should be prepared through careful and deep review and research to contain our native culture of police regulation.

※ Key Word : Police, Act on the Performance of Duties by Police Officers, operation of the police, general delegation of power, responsibility of the police

목 차

제 1 장 문제의 제기	11
제 1 절 연구의 필요성 및 연구목적	11
제 2 절 연구내용·범위 및 방법	13
제 2 장 주요국가의 경찰관직무집행법의 입법체계와 적용범위	15
제 1 절 개 설	15
제 2 절 우리나라의 경찰관직무집행법	16
1. 연혁 및 입법체계	16
2. 적용범위	19
제 3 절 일본의 경찰관직무집행법	20
1. 연혁 및 입법체계	20
2. 적용범위	22
제 4 절 독일의 경찰관직무집행법	24
1. 연혁 및 입법체계	24
2. 적용범위	26
제 5 절 미국의 경찰관직무집행법	31
1. 연혁 및 입법체계	31
2. 적용범위	35
제 6 절 소 결	35
제 3 장 경찰관직무집행법의 구체적 검토	37
제 1 절 경찰개념	37

1. 형식적 의미의 경찰	37
2. 실질적 의미의 경찰	38
제 2 절 경찰관직무의 범위	42
1. 직무규범과 수권규범의 구분	42
2. 현행법상 직무의 범위	44
제 3 절 경찰권 발동의 근거	49
1. 독일경찰법상의 개괄적 수권조항	49
2. 우리나라 경찰관직무집행법 제2조 제5호의 개괄적 수권조항 여부	51
3. 개별적 수권조항	51
4. 개괄적 수권조항과 개별적 수권조항의 관계	59
제 4 절 경찰권의 한계	60
1. 경찰권의 한계론의 형성과 내용	60
2. 경찰권의 한계론의 평가	72
제 5 절 즉시강제에 해당하는 조치	72
1. 소지품(흉기소지)검사	72
2. 보호조치	80
3. 위험발생의 방지조치	90
4. 위험방지를 위한 출입 등	93
5. 범죄의 제지	100
6. 경찰장구의 사용	101
7. 분사기 등의 사용	103
8. 무기의 사용	105
제 6 절 명령의 성질을 가진 권한	120
1. 위험한 사태에 있어서 관리자 등에 대한 조치명령	120
2. 공개장소에의 출입요구	121

제 7 절 국민에 사실상의 불이익을 줄 수 있는 임의활동	122
1. 임의활동과 경찰관직무집행법	122
2. 불심검문	123
3. 임의동행	154
4. 미아·병자·부상자 등의 보호조치	159
5. 사실의 확인 등	160
6. 경찰의 정보활동	162
7. 위험발생에 있어서 경고	168
8. 범죄의 예방을 위한 경고	169
제 8 절 유치장	170
1. 유치장의 의의	170
2. 유치장 수용요건	170
3. 수용기간	171
4. 유치장 수용과정에서의 신체수색행위	171
5. 유치장 감찰	172
제 4 장 경찰관직무집행법의 개선방안	175
제 1 절 개 설	175
제 2 절 단기적인 개선방안(현행법의 개정방안)	176
1. 직무범위	176
2. 불심검문	177
3. 임의동행	181
4. 보호조치	183
5. 위험방지를 야간출입	184
6. 유치장	184
7. 무기사용	185
8. 벌칙	187
9. 훈방	187

제 3 절 장기적인 개선방안	187
1. 경찰작용에 관한 일반법의 제정방안	187
2. 통합경찰법의 제정방안	195
제 5 장 결론 및 요약	197
참고문헌	201
부 록	209
1. 일본 경찰관직무집행법	209
2. 독일 통일경찰법모범초안	213
3. 독일 통일경찰법모범초안 개정시안	236
4. 미국의 1942년 통일체포법	269
5. 미국 법률협회 모범법전	273

제 1 장 문제의 제기

제 1 절 연구의 필요성 및 연구목적

사회생활을 영위하는 인류가 최초로 출현하였을 때부터 경찰제도는 이미 존재하였다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 그것은 시대를 초월하여 한 집단, 한 국가에 있어서 법과 질서의 유지는 집단이나 국가행정구조의 초석을 이루기 때문이다. 따라서 국가는 불가결한 제도의 하나로써 반드시 상설의 경찰조직을 두고 있다.¹⁾

공공의 안전과 질서를 유지하기 위해서 일반통치권에 기초하여 국민에게 명령·강제하고 자연적 자유를 제한하는 행정작용을 경찰이라 한다. 이와 같은 작용으로서 발동되는 권력을 경찰권이라 한다.

공공의 안녕과 질서유지라는 이념을 구체화하는 것으로서의 경찰개념과 이를 보장하기 위한 유효한 기관을 의미하는 제도로서의 경찰은 한 국가의 정부 및 통치구조의 정신(spirit)과 질(quality)을 시험하는 시금석으로 되어 있다.

오늘날 경찰행정의 양상은 정보화·세계화가 급속도로 진전됨에 따라 경찰의 역할과 기능에 대한 국가·사회적 요구가 계속 확대되고 있으므로 경찰활동의 근거가 되는 경찰작용법의 정비가 시급히 요청된다. 또한 경찰활동은 활동범위가 다양할 뿐 아니라 그 권한의 발동으로 인해 국민의 자유와 권리가 크게 제한되므로 그 발동의 한계를 엄격하게 할 필요가 있다.

현행법상 경찰작용에 관한 법으로는 경찰관직무집행법을 비롯하여 많은 법률들이 있다. 경찰관직무집행법의 지위에 관해 다수설은 모든 경찰작용의 기본법으로 파악하지 않고, 경찰작용 중의 하나인 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로 파악하고 있다. 즉, 불심검문, 보호조치, 위험발생의 방지, 위험방지를 위한 출입, 사실의 확인, 장구의 사용, 무기의 사

1) 경찰이라는 말은 그리스어의 politeia(국가관리)로부터 라틴어의 politia, policia를 거쳐 프랑스어의 police를 통하여 독일어의 Polizei가 되었다고 한다. 경찰은 행정법의 가장 오래된 제도이고 경찰개념의 내용은 국가관의 변천에 따라 크게 변화하여 왔다.

용 등을 대인적 강제, 대물적 강제, 대가택강제로 나누어 일괄적으로 즉시강제로 보고 있다. 그런데 상기의 경찰작용들을 구체적으로 살펴보면 각 작용들이 상당히 다양한 성질들을 가지고 있어서 경찰관직무집행법을 다수설과 같이 즉시강제에 관한 일반법으로만 보는 것은 타당하지 아니하다고 본다.²⁾ 그것은 경찰관직무집행법을 구체적으로 살펴보면, 제3조부터 제10조의 4까지 국민의 권리자유를 제한하거나 또는 국민에게 의무를 부과하는 행위(즉시강제 및 명령) 및 국민에게 사실상의 불이익을 줄 수 있는 임의활동 등으로 복합적으로 구성되어 있기 때문이다.

경찰관직무집행법은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 모든 경찰작용에 적용되는 일반법으로서의 지위를 가진다고 보기에는 실제 경찰작용과 관련하여 볼 때 경찰관직무집행법은 일반법으로서의 체계나 내용에 있어 문제점을 안고 있음을 부인하기 어렵다.

무엇보다도 실질적 의미의 경찰개념의 본질적인 요소를 이루고 있는 개괄적 수권조항과 경찰책임에 대한 근거규정의 결여가 경찰책임의 이론과 실무의 발전에 있어 큰 장애가 되고 있다. 즉, 우리나라의 행정법학에 실질적 경찰개념이 도입된 지 이미 반세기 이상이 지났으나 그 핵심개념을 이루고 있는 개괄적 수권조항의 존부 여부는 아직 학설에서 여전히 논란이 계속되고 있으며 경찰책임의 이론은 단지 경찰권발동을 제한시키는 조리의 한 형태로 설명되고 있는 실정이며 실무에서는 경찰책임에 관한 판례를 찾아보기 어려운 실정에 있다. 현대와 같이 고도의 정보사회, 복잡한 산업사회에서 입법자는 모든 위험을 미리 예측하여 상세히 규율할 수는 없으며 개괄적 수권조항이 없는 경우에는 국가는 새롭게 발생하는 위험에 대하여는 속수무책일 수밖에 없다. 따라서 위해방지임무를 목적으로 하는 질서행정에 있어서 개괄적 수권조항의 결여는 중요한 입법정책적 하자에 해당한다고 볼 수 있다.³⁾

그리하여 경찰작용에 관한 일반법을 제정하여 경찰관직무집행법을 이에 흡수하던지 아니면 경찰관직무집행법의 내용을 대폭 손질하여 일반법

2) 같은 견해로는 정하중, 독일경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향(상), 12면.

3) 정하중, 경찰법상의 책임, 141면.

적인 기능을 보다 명확히 하던지 하여 경찰작용에 관한 일반법을 마련하는 것이 중요한 과제의 하나로 지적되어 왔다.⁴⁾

현행법은 앞서도 말한 바와 같이 개괄적 수권조항의 인정문제, 경찰책임문제, 개별적 수권조항과 관련해서도 규율하고 있지 않거나 규율정도가 미비하여 경찰작용의 일반법으로 자리매김하기에는 일정한 한계를 지니고 있다.

따라서 본 보고서는 현행 경찰관직무집행법이 안고 있는 본질적인 문제점과 한계들을 깊이 인식하여 경찰관직무집행법이 목적으로 하는 공공의 안녕·질서유지와 인권보장이라는 이율배반적인 속성이 규범조화적으로 기능할 수 있도록 적절한 개선방안을 제시하려는 데 그 주된 목적이 있다.

제 2 절 연구내용·범위 및 방법

연구의 구체적인 내용과 범위는 다음과 같다. 먼저 제2장에서는 주요 국가 - 일본, 독일, 미국, 우리나라 - 의 경찰관직무집행법의 체계와 내용에 대해 고찰하였다. 프랑스, 스위스 그리고 영국의 경찰법제는 관련되는 부분들, 예를 들면, 불심검문과 신원확인 등에서 부분적으로 언급하였다. 제3장에서는 경찰관직무집행법의 내용을 구체적으로 검토하였는데, 제1절에서는 경찰개념, 제2절에서는 경찰직무의 범위, 제3절에서는 경찰권 발동의 근거, 제4절에서는 경찰권의 한계를 고찰하였다. 그리고 제1절의 연구목적에서 언급한 바와 같이 우리 경찰관직무집행법이 제3조부터 제10조의 4까지 국민의 권리자유를 제한하거나 또는 국민에게 의무를 부과하는 행위(즉시강제 및 명령) 및 국민에게 사실상의 불이익을 줄 수 있는 임의활동에 대해 규정하고 있음에 착안하여, 제5절에서는 그 중 즉시강제에 해당하는 것 - 불심검문에 따른 흉기소지여부조사(제3조 제3항), 정신착란자 및 주취자의 보호(제4조 제1항 제1호), 위험발생의 방지를 위한 피난등의 조치(제5조 제1항), 범죄의 방지(제6조 제2항), 위험방지를 위한 출입(제7조 제1항), 경찰장구의 사용(제10조의 2), 분사기 등의 사용(제10조의 3), 무기의 사용(제10조의 4) - 을 고찰하였으

4) 박상희·서정범, 경찰작용법제의 개선방안, 12면.

제1장 문제의 제기

며,⁵⁾ 제6절에서는 명령의 성질을 가진 권한 - 위험발생의 방지에 있어서 관리자등에 대한 조치명령(제5조 제1항 제3호), 위험방지를 위한 공개장소에의 출입요구(제7조 제2항) - 에 대해 고찰하였으며, 제7절에서는 국민에게 사실상의 불이익을 부과할 수 있는 임의활동 - 불심검문(제3조 제1항), 임의동행(제3조 제2항), 미아, 병자, 부상자 등의 보호(제3조 제1항 제2호), 위험발생을 방지하기 위한 경고(제5조 제1항 제1호), 사실의 확인(제8조), 경찰의 정보활동 -을 고찰하였으며, 제8절에서는 유치장(제9조)에 대해 고찰하였다.

그리고 제4장에서는 현행 경찰관직무집행법의 개선방안에 대해 고찰하였다. 개선방안은 단기적인 개선방안과 장기적인 개선방안으로 나누어 제시하였다. 먼저 단기적인 개선방안은 현행 경찰관직무집행법의 문제점, 주로 개별적 수권조항에 대한 개선방안을 주로 제시하였고, 장기적인 개선방안으로는 현행법을 대체하는 경찰작용에 관한 일반법 제정방안과 경찰조직과 경찰작용을 아우르는 통합경찰법 제정방안을 제시하였다.

연구방법으로는 문헌 조사 및 분석, 법제 조사 및 분석, 판례 조사 및 분석, 비교법적 고찰 등을 주로 하였다.

5) 이러한 사항에 대해서 다른 법률이 경찰관의 즉시강제의 권한을 규정하고 있는 경우에는 원칙적으로 경찰관직무집행법은 일반법이 되어 당해 다른 법률규정이 특별법으로서 우선적으로 적용되는 것이다.

제 2 장 주요국가의 경찰관직무집행법의 입법체계와 적용범위

제 1 절 개 설

경찰관직무집행법은 국가의 질서유지를 위해 반드시 필요한 법률로서 자리매김하고 있다. 거의 모든 국가들이 경찰관직무집행법을 가지고 있지만 경찰관직무집행법이라는 동일한 법률명을 가지고 있는 것은 아니며 프랑스와 같이 형사소송법전 속에 존재하기도 하고, 미국 및 독일과 같은 연방제 국가의 경우에는 주(state, Land)에 입법권이 위임되어 있기 때문에 경찰입법의 지나친 다양성을 방지하기 위해서 연방차원의 모범법전(Model Code)을 제정하여 통일성을 도모하고 있기도 하고, 일본이나 우리나라와 같이 경찰관직무집행법이라는 단행법의 모습으로 존재하기도 하는 등 매우 다양한 형태를 띠고 있다. 그런 까닭으로 각국의 경찰관직무집행법은 입법체계나 구성 및 적용범위에 있어서 상당히 다양한 모습을 보여주고 있다. 그것은 상이한 법전통⁶⁾과 법현실에 비추어볼 때 지극히 자연스런 모습이라 할 수 있다.

경찰에 관한 최초의 실정법으로서 1794년의 프로이센 일반란트법을 들 수 있고, 뒤이어 1795년에 프랑스 경죄처벌법이 제정되었다. 경찰작용의 소극적 목적성, 그 수단의 권력성에 있어 이들 규정에는 공통성이 있었다. 1794년의 프로이센 일반주법, 1931년의 프로이센 경찰행정법은 프로이센 일반주법 제10조상의 경찰관념을 재확인하여 경찰은 기본적으로 위해방지작용에 한정되는 것으로 규정하였는데, 1976년의 모범초안에 계승되었다. 한편 연방차원의 미국의 경찰관직무집행 관련법제로는 1942년에 전미국경찰위원회가 제안한 통일체포법과 1975년에 미국 법률협회의 모범법전이 있다. 일본은 소화 23년에 경찰관직무집행법을 제정하였고, 우리나라는 1953년에 제정하였다.

독일과 일본은 제2차 세계대전 이후에 영미점령 당국의 통치하에 비경찰화정책이 강력히 행해진 공통된 경험을 가지고 있으며 우리나라의 경

6) 세계의 법전통에 대해서는 김재광, 법학, 73~79면 참조.

찰관직무집행법은 일본의 경찰관직무집행법을 모델로 하여 제정된 사정 등을 감안하면, 이들 국가 상호간에 입법에 있어 적지 않은 영향을 주고 받았다고 볼 수 있다.

이하에서는 우리나라, 일본, 독일 및 미국의 경찰관직무집행법의 연혁, 입법체계 및 적용범위를 간단히 살펴보고자 한다.

제 2 절 우리나라의 경찰관직무집행법

1. 연혁 및 입법체계

우리나라의 경찰제도는 일제강점기를 거치면서 주체적인 발전이 중단됨으로써 식민지 지배라는 목적 수행을 위한 편의적인 통제, 폭압장치로서 외세에 의한 강제적인 이식이었으며, 광복 이후 일제경찰의 폐해가 완전히 일소되지 못하고 상당한 부분 건국과정에서 그대로 이식됨으로써 한국경찰의 모습(법령, 용어, 기구 등)이나 제도가 일본경찰의 모델을 닮아 버린 근본적인 문제가 있다. 일본경찰의 역사를 거슬러 올라가면 독일 프로이센 경찰제도가 많이 이식되었으므로⁷⁾ 우리의 경찰제도는 특히 독일의 경찰제도에 바탕을 두고 있다고 할 수 있다. 따라서 경찰권을 중앙에 집중시키고 있는 국가경찰제도를 유지하고, 자치제경찰을 인정하지 않고 있다. 이와 같은 중앙집권적 국가경찰인 우리나라의 경찰은 헌법을 비롯하여 정부조직법에 법적 기초를 두고 있을 뿐만아니라 구체적인 경찰의 조직과 직무에 대하여는 경찰법에서 규정하고 있고, 구체적 직무집행권에 대해서는 경찰관직무집행법에서 규정하고 있다. 일본과 같은 공안위원회나 보통법전통 국가와 같은 강력한 지방자치경찰도 갖고 있지 못하고 있는 우리나라의 경찰조직은 중앙집권적인 국가행정기관에 의하여 행하여짐을 원칙으로 하고 지방자치단체가 그의 자치권에 의하여 행하는 경우는 없다. 이와 같이 경찰작용은 모두 국가집행기관에 의하여 관장·시행되는 결과, 적극적인 복지행정기능이 확대·강화된 현대국가

7) 2차 대전후 일본에 진주한 미국이 일본경찰의 탈경찰화를 추진하면서 보통법전통에 기초한 경찰제도를 강하게 이식하여 양 법전통의 교차가 이루어진 측면이 있다.

에 있어서 사회공공의 안녕·질서의 유지라는 경찰본래의 기능보다는 여러 가지 규제적 기능으로서의 의미를 나타내는 경우가 적지 않다.⁸⁾

경찰관직무집행법은 1948년에 제정된 일본의 경찰관직무집행법을 모델로 하여 1953년 12월 14일 법률 제299호, 전문 9개조로 제정되었다. 1953년의 경찰관직무집행법은 국민의 생명, 신체, 재산의 보호와 범죄의 예방, 공안의 유지 기타 법령집행등의 직무를 충실히 수행하기 위하여 필요한 조치를 규정함을 목적으로 하여 불심검문(제2조), 보호조치(제3조), 위협발생의 방지(제4조), 범죄예방과 제지(제5조), 위협방지를 위한 출입(제6조), 무기의 사용(제7조) 등을 규정하였다.

1981년 4월 13일에 제1차 개정이 이루어졌다. 개정법률은 전문 13개조로 확대되었다. 그 주요내용으로는 경찰관의 직무범위를 명시하여 구체화하였고(제2조), 범죄예방을 위한 가택방문·계도(제6조 제2항), 사실의 확인(제8조), 유치장(제9조), 장구의 사용(제10조) 등을 새로이 신설하였으며, 정신착란자, 미아, 주취자 등의 보호조치에 관해, 제정 당시에 규정하였던 ‘수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여’라는 요건과 본인이 이를 거절할 경우 보호조치를 하지 못하도록 하는 예외규정을 삭제하였다. 또한 당시의 소요사태를 반영하여 과격한 소요진압을 위한 경찰관의 무기사용에 관한 규정을 추가하였다.

1988년 12월 31일 제2차 개정이 이루어졌다. 국회에서 발의되어 개정된 경찰관직무집행법의 주요내용은 경찰권의 남용으로 인한 기본권침해의 소지가 있는 사항에 대하여 경찰권 행사의 요건과 한계를 엄격히 함으로써 경찰권 행사의 적정을 도모하려는 취지 하에 임의동행에 대하여 동행요구거절권을 명시하고, 동행시간을 3시간 이내로 하여 시간제한 규정을 두었으며, 경찰관에 대하여는 임의동행 거부자유를 반드시 사전에 고지하도록 의무화하였고, 동행한 사람에게 연락할 수 있는 기회의 부여 및 변호인의 조력을 받을 권리를 명시하는 한편, 직권을 남용하거나 의무를 위반한 경찰관에 대한 벌칙을 강화하였다. 또한 방범방문 조항을 삭제하고, 보호조치 및 무기사용요건을 엄격히 규정하였다.

8) 김형만 외, 비교경찰제도론, 60면.

1989년 6월 16일에 제3차 개정이,⁹⁾ 1991년 3월 8일에 제4차 개정이 이루어졌다. 제4차 개정의 주요내용은 임의동행시 동행을 거부할 자유와 동행 후 언제라도 퇴거할 자유가 있음을 사전에 고지하도록 되어 있는 경찰관의 사전고지의무규정을 삭제하였으며, 임의동행시 사전적 제한을 3시간에서 6시간으로 연장 및 경찰장구 사용대상에 있어 현행범인 경우에도 사용할 수 있도록 하여 요건을 완화하였다.

그 동안 수 차례의 개정이 이루어졌으나 기본골격에는 큰 변화가 없다고 할 수 있다. 그리하여 실질적 의미의 경찰의 개념에 대한 충분한 사전적 연구없이 당시의 국가현실의 필요에 따라 일본법을 복제한 현행법은 점차적으로 위해방지의무의 기능적 측면에서 뿐만아니라 개인의 권리 보호적인 측면에 있어서도 그 타당성이 점차 문제시되어가고 있다는 비판을 받고 있다. 또한 정보화사회의 대두에 따른 새로운 위협의 증대, 사회집단간의 복잡한 이해관계의 첨예한 갈등은 행정의 개입을 점차적으로 확대하고 있으며, 이에 따른 개인의 기본권의 심각한 침해현상은 종래의 위해방지 행정체계에 대한 근본적인 반성을 요구하고 있다는 지적도 제기되고 있다.¹⁰⁾

우리나라의 경찰관련법제는 기본적으로 경찰조직법과 경찰작용법으로 나누어져 있다. 이러한 경찰조직관련법과 경찰작용관련법이 나누어진 것은 연혁적으로 경찰청조직의 독립이 경찰작용법의 정비 이후에 이루어진 것에 기인한다. 경찰조직법은 경찰업무를 집행하는 행정기관의 구성 및 관할, 경찰관청 상호간의 관계, 경찰행정의 감독 등을 규율하는 법규를 말하며, 경찰작용법은 경찰행정의 내용을 규율하는 법규로서 경찰행정의 법률관계의 성립, 변경, 소멸에 관련된 모든 법규를 말한다.

우리나라의 경찰은 정부조직법 제32조에 경찰청의 설치근거를 두고 경찰법에서 조직과 인사 및 직무에 관한 대강의 규정을 두고 있다. 즉, 경찰법 제3조는 “경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질

9) 국회에서 발의되어 개정된 경찰관직무집행법의 주요내용은 최루탄의 사용요건을 엄격히 하고 사용기록보관을 의무화시켰다.

10) 정하중, 전계논문(상), 5면.

서유지를 그 임무로 한다”고 규정하고 있다. 종래의 입헌주의적 학설에 의하면 경찰의 주된 임무는 공공의 안전과 질서에 대한 위협방지라고 보아, 공공의 안전과 질서에 대한 위협의 방지를 전면에 제시하고 개인의 생명, 신체 및 재산의 보호는 “공공의 안전과 질서” 속에 이미 포함되어 있다고 하여 그것을 후퇴시켜 왔다. 그러나 민주주의 헌법에 있어서의 경찰의 임무는 개인의 생명, 신체 및 재산의 보호에 중점을 두지 않으면 안된다.

그리고 인사에 관하여는 경찰공무원법, 직무에 관하여는 경찰관직무집행법에 일반적인 규정을 두고 있다.¹¹⁾ 경찰작용에 관한 일반법적인 성격을 지니고 있다고 평가를 받는 대표적인 법률이 바로 경찰관직무집행법이다. 경찰청의 독립에 따라 경찰조직에 관한 일반법 제정의 필요성이 제기되었고 그에 따라 제정된 것이 경찰법이다. 그러나 경찰조직법의 정비 이후 경찰작용관련법에 대하여는 아직까지 체계적 정비가 이루어지지 않고 있다.

2. 적용범위

현행 경찰관직무집행법은 제1조에서 목적으로 “국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위하여 경찰관의 직무수행에 필요한 사항을 규정한다”고 입법의 목적을 명시하고, “경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 안된다”고 경찰권발동의 한계를 명시하고 있다.

제3조부터 제10조의 4까지 국민의 권리자유를 제한하거나 또는 국민에게 의무를 부과하는 행위(즉시강제 및 명령) 및 국민에게 사실상의 불이익을 줄 수 있는 임의활동에 대해 규정하고 있다. 첫째, 즉시강제에 해당하는 것으로는 불심검문에 따른 흥기소지여부조사(제3조 제3항), 정신착란자 및 주취자의 보호(제4조 제1항 제1호), 위험발생의 방지를 위한 피난등의 조치(제5조 제1항), 범죄의 방지(제6조 제2항), 위험방지를 위한 출입(제7조 제1항), 경찰장구의 사용(제10조의 2), 분사기 등의 사

11) 경찰작용에 관한 관련 규정은 각종 법률에 산재되어 있다. 경범죄처벌법, 도로교통법, 식품위생법 등이 그 예이다.

용(제10조의 3), 무기의 사용(제10조의 4) 등이 있고,¹²⁾ 명령의 성질을 가진 권한으로는 위험발생의 방지에 있어서 관리자등에 대한 조치명령(제5조 제1항 제3호), 위험방지를 위한 공개장소에의 출입요구(제7조 제2항) 등이 있으며, 국민에게 사실상의 불이익을 부과할 수 있는 임의 활동으로는 불심검문(제3조 제1항), 임의동행(제3조 제2항), 미아, 병자, 부상자 등의 보호(제3조 제1항 제2호), 위험발생을 방지하기 위한 경고(제5조 제1항 제1호), 사실의 확인(제8조) 등이 있다. 그 외에 유치장(제9조), 벌칙 등으로 구성되어 있다.

따라서 우리 현행 경찰관직무집행법은 독일경찰법의 적용범위에 속하는 ①개괄적 수권조항, ②경찰책임, ③집행원조, ④경찰강제, ⑤손실보상·구상·배상청구 등에 관한 규율이 제외되어 있는데, 이들 규정의 흠결로 인해 현행 경찰관직무집행법의 경찰작용에 관한 일반법적 성격에 대한 시비가 끊이지 않는 것이다. 이는 일본 경찰관직무집행법의 경우도 마찬가지이다.

제 3 절 일본의 경찰관직무집행법

1. 연혁 및 입법체계

경찰법은 경찰의 조직을 정한 일반법이며 경찰관직무집행법은 경찰상의 수단을 정한 것이다. 즉 경찰관직무집행법은 경찰의 직무를 수행하기 위하여 사용하는 수단에 관하여 규정하고 있으나, 경찰법은 주로 조직법으로서의 성격을 가지고 있지만 동시에 권한에 관한 기본적인 조항도 두고 있다. 특히 신형사소송법에 따라 경찰법상의 사무분장이 재편되어 제 89조 제2항에 “사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료되는 때에는 범인 및 증거를 수사한다”라고 규정함과 동시에, 동법 제191조 제1항에 “검사는 필요하다고 인정하는 때는 스스로 범죄를 수사할 수 있다”고 규정하여 경찰이 제1차적 수사기관임을 명백히 하여 일본의 사법경찰이 탄생되었다.

12) 이러한 사항에 대해서 다른 법률이 경찰관의 즉시강제의 권한을 규정하고 있는 경우에는 원칙적으로 경찰관직무집행법은 일반법이 되어 당해 다른 법률규정이 특별법으로서 우선적으로 적용되는 것이다.

세계 2차 대전 이전에는 경찰권을 국가에 통일하여 중앙집권적인 경찰 조직에 의하여 일체의 경찰작용 이외에 널리 권력행사를 내용으로 하는 행정작용(과세·공용부담 등은 제외)을 집중적으로 담당하였다. 그러나 제2차 대전 후에는 경찰권의 지방에의 분권과 각종 행정기관에의 분산을 이룩하였다. 1947년의 경찰법은 행정의 지방분권화의 일환으로 종래의 중앙집권적·통일적 국가경찰을 분산하여 시정촌자치체경찰을 원칙으로 하고, 자치체경찰을 두지 아니한 구역에 대하여서만 국가지방경찰을 두었다. 그후 1954년의 신경찰법은 시정촌경찰이 약체이고 비능률적이며 재정상으로도 시정촌에 대하여 중압이 된다는 이유로, 시정촌자치체경찰과 국가지방경찰을 통합·일원화하여 새로이 도도부현자치체경찰을 설치하였다. 다만, 경찰에 관한 사무는 국가의 이해에도 밀접한 관련이 있으며, 특히 국가의 공안에 관한 특정사항에 대하여는 일정한 범위 안에서 국가가 도도부현경찰에 대하여 지휘권을 가질 필요가 있고, 또한 긴급사태에 있어서는 국가가 스스로 치안상의 책임을 다할 필요가 있다는 이유로 국가의 경찰관리기관으로 수상 소속 아래에 국가공안위원회를 두고, 국가공안 위원회에 경시청을 두어 국가의 중앙기관에게 국가의 공안에 관한 경찰의 관리운영권과 도도부현경찰에 대한 지휘·감독권을 인정하고 있다.

한편 경찰관직무집행법은 소화 23년 7월에 제정되었다. 종래의 내무대신을 정점으로 하였던 중앙집권적인 경찰조직을 해체하고 30,000명의 국가지방경찰과 95,000명의 시정촌자치경찰이 조직되었다. 이것이 구경찰법으로 소화 22년 12월에 제정되어 소화 23년 3월부터 시행되었다. 그리고 이 조직법에 대응하는 경찰권한법으로써 그 해 7월에 제정, 시행되었던 것이 경찰관직무집행법이었다. 경찰관직무집행법은 위와 같은 정치적, 사회적 사정을 배경으로 하여 제정되었기 때문에 내용에 있어서 다음과 같은 특색이 있다. 첫째, 戰前의 경찰의 운용에 대한 피해의식과 그 부활에 대한 경계심이 강하게 밑바탕에 깔려 있다. 둘째, 개인의 인권 보호에 관해서는 주의 깊은 규정을 두고 있다. 셋째, 사회공공의 안전과 질서의 유지를 위한 규정은 충분히 정비되어 있지 않다. 경찰관직무집행법이 이러한 특색을 가지게 된 것은 제정 당시의 사회적 배경을 고려하

면 부득이한 일이었다. 그러나 현재는 사정이 크게 달라졌다. 즉 첫째, 헌법적 사고방식이 일본의 사회민주주의적 기반을 공고하게 하고 있다. 둘째, 경찰조직은 민주성 및 정치적 중립성이 강하게 보장되어 그 실제 운영에 있어서도 새로운 경찰이념을 일탈한 것은 아니고 전전에 있어서와 같은 경찰운영이 부활할 우려는 전혀 없다. 이와 같은 상황변화를 고려하면 경찰관직무집행법의 내용은 현재 일본의 상황에 대응하는 것으로서는 충분한 것으로 볼 수 없기 때문에 상황에 맞게 정비를 할 필요가 있다는 지적이 제기되고 있다.¹³⁾

2. 적용범위

일본의 경찰관직무집행법은 전문 8개조의 간단한 법률이고 그 내용은 장별로 나누어 체계화되어 있지 않다. 본법 중에서 제1조는 목적을 규정하고 제8조는 다른 법령에 의한 직권의무에 관하여 규정하고 있다. 따라서 본법에 의한 경찰상의 수단은 제2조부터 제7조까지의 6개조에 규정되어 있다.

일본의 경찰관직무집행법은 경찰작용 중 종래 즉시강제로 분류되던 것에 관해 단편적으로 규율하고 있을 뿐인데, 이런 점을 고려해보면 일본의 경찰관직무집행법은 우리나라의 그것과 거의 유사하다고 볼 수 있다. 즉, 일본의 경찰관직무집행법은 주로 행정목적 실현하기 위한 수단을 규정한 것이다. 경찰은 경찰법 제2조가 정하는 바에 따라 “개인의 생명, 신체 및 재산을 보호하고, 범죄의 예방, 진압 및 수사, 피의자의 체포, 교통의 단속 기타 공공안전과 질서유지를 그 책무로 한다”는 것이고, 인명의 보호, 범죄의 예방 등의 행정목적과 함께 범죄수사라는 사법목적 실현하는 임무를 진다. 이 중에서 사법목적 실현을 위한 경찰수단에 관해서는 일반법으로서 형사소송법이 있지만 경찰관직무집행법은 주로 인명보호, 범죄예방 등의 행정목적 실현을 위한 경찰상의 수단에 관한 일반법이다. 여기서 “주로” 라는 말은 경찰관직무집행법 중에서는 제2조의 직무질문, 제7조의 무

13) 宋戸基男・宮脇磊介, 註解警察官職務執行法, 17~18面.

기사용제한과 같이 행정목적을 위해서만이 아니라 사법목적을 위한 수단으로서의 역할을 부담하는 것도 있기 때문이다.¹⁴⁾

일본의 경찰관직무집행법의 적용범위를 보면, 제1조(경찰관직무집행법의 목적), 제2조(질문), 제3조(보호), 제4조(피난등의 조치), 제5조(범죄의 예방 및 제지), 제6조(출입(立入)), 제7조(무기의 사용), 제8조(타법령에 의한 직권직무) 등으로 구성되어 있다. 즉, 제1조는 목적을 분명히 밝힘으로써 권한의 남용금지를 확인적으로 규정하고 있다. 제2조부터 제7조까지는 국민의 권리자유를 제한하거나 또는 국민에게 의무를 부과하는 행위(즉시강제 및 명령) 및 국민에게 사실상의 불이익을 줄 수 있는 임의활동에 대해 규정하고 있다. 그 중 즉시강제에 해당하는 것으로는 체포된 자의 신체수검(제2조 제4항), 정신착란자 및 주취자의 보호(제3조 제1항 제1호), 위험한 사태에 있어서 피난등의 조치(제4조 제1항), 범죄의 제지(제5조 후단), 위험한 사태에 있어서 출입(제6조 제1항), 무기의 사용(제7조) 등이 있고, 명령의 성질을 가진 권한으로서 위험한 사태에 있어서 관리자등에 대한 조치명령(제4조 제1항), 공개장소에서의 출입요구(제6조 제2항), 그리고 국민에게 사실상의 불이익을 부과할 수 있는 임의활동으로서는 ①직무질문(제2조 제1항), ②임의동행(동행요구)(제2조 제2항), ③병자, 부상자 등의 보호(제3조 제1항 제2호), ④위험한 사태에 있어서 경고(제5조 전단) 등의 규정이 있다. 제8조는 경찰관이 경찰관직무집행법의 규정에 의하는 외에 다른 법령에 의한 직권직무를 수행할 것을 규정한 것이다. 경찰관직무집행법이 없더라도 다른 법령에 따라 권한을 행사하는 것이 가능한 것 및 경찰관이 경찰관직무집행법 그 밖의 법령에 의한 직권직무를 충실히 수행해야 하는 입장에 있는 것을 확인적으로 규정한 것도 있다.¹⁵⁾ 일본의 경찰관직무집행법도 우리나라와 마찬가지로 현행 경찰관직무집행법이 경찰작용의 일반법으로 기능하기에는 그 적용범위가 한정되어 있다.

14) 宋戸基男・宮脇磊介, 前掲書, 1~2面.

15) 古谷洋一, 註釋警察官職務執行法, 16面.

제 4 절 독일의 경찰관직무집행법

1. 연혁 및 입법체계

1794년의 프로이센 일반주법(제2장 제7절 제10조)은 “공적 평온·안전 및 질서를 유지하고 공공단체 또는 그 구성원에 발생하는 위험을 제거하기 위하여 필요한 조치를 하는 것이 경찰의 직무”라고 규정하고, 이 법은 경찰을 “위해의 방지·제거”를 위한 소극적 작용에 한정하였으나, 그 후 경찰관념은 실정법상 다시 확대되어 1850년의 프로이센 경찰행정법에서 볼 수 있는 것처럼 소극적 질서유지작용 뿐만 아니라 복지증진작용도 경찰임무의 일부로 되었다. 1931년의 프로이센 경찰행정법은 프로이센 일반주법 제10조상의 경찰관념을 재확인하여 경찰은 기본적으로 위해방지작용에 한정되는 것으로 규정하였으며, 그를 기초로 모범초안 제8조는 “경찰은 공공의 안녕·질서에 대한 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다”고 규정하고 있다.

독일에 있어 경찰법은 전통적으로 프러시아를 중심으로 한 중북주의 독일지역과 남독지역은 서로 상이한 전통과 내용을 가지고 출발하였으며, 또한 제2차 세계대전 이후에도 빈번한 경찰관계법의 개정으로 인하여 그 체계와 적용범위에 있어 적지 않은 차이를 내포하고 있었다. 독일 기본법상 경찰법은 주의 관할사항으로 되어 있는 관계로 각 주간의 경찰법의 이질적인 내용은 증대되는 연방과 각 주간에 경찰업무의 통일적 수행 또는 협력에 적지 않은 장애가 되었다.¹⁶⁾ 즉, 일반적인 경찰-질서법에 대해서는 그것이 기본법(Grundgesetz) 제73조 이하가 정하는 연방의 입법권한의 범주에 포함되지 않기 때문에 전적으로 주가 입법권을 가지고 있다(기본법 제30조, 제70조). 독일에서는 각 주별로 별도의 경찰법전(Polizeigesetz)이 제정되어 있다. 각주가 가지고 있는 경찰고권은 연방국가체제 하에서 각주의 다양성을 유지하는데 기여를 하고 있다. 그러나 동시에 여러 주들 사이에 경찰법상의 규율이 서로 달라질 우려도 없지

16) 정하중, 전계논문(상), 8면.

않다. 이 때문에 독일 전영역에 걸쳐서 통일적인 경찰법을 수립하려는 노력이 계속적으로 경주되어 왔다.

그리하여 1972년 연방 및 각 주의 내무부장관들로 구성된 연석회의(Innenministerkonferenz ; IMK)는 “독일연방공화국의 국내치안에 관한 강령(Programm für die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland)”을 결의하였다. 이 강령은 연방과 주 경찰관의 공동활동이 증가해짐에 따라 그 당시 이미 내용상 거의 일치하고 있었던 강제수단과 직접강제를 포함한 각 주의 경찰법에 통일적인 틀을 부여하려는 것으로 집행 경찰에 관한 실정법제의 통일을 과제로 하는 것이었다.¹⁷⁾ 이를 위하여 모범 초안(Musterentwurf eines einheitliches Polizeigesetzes)을 성안하기로 하였다. 연석회의에 설치된 “공공의 안전과 질서”의 검토부회는 이 강령에 기하여 1972년 6월 20일 회의에서 6인의 상임위원으로 구성된 특별위원회의 설치를 결의하고 그것에 모범초안의 작성임무를 부여하였다. 당 위원회에서 작성된 원안은 1974년 6월 14일에 연석회의에 제출되어 연석회의는 이 위원회안에 대하여 “모범초안의 기초로서 적절하다”는 판단을 내리고, 나아가 사살(§41②), 총, 수류탄, 폭발물의 사용(§44) 등의 문제를 심사할 것을 차관위원회(Staatssekretär Kommission)에 명하였다. 차관위원회는 P. Bockelmann, R. Lange, P. Lerche, D. Merten, E. Schmidhäuser 등의 교수, 법무장관연석회의와 경찰실무측으로부터의 전문적 의견을 청취하였다. 이와 같은 절차를 거쳐 제출된 수정안은 내무장관연석회의에서 심의되어, 1975년 6월 20일에 “모범초안의 기초로서 적절하다”고 인정되었다. 이 모범초안은 다시 폭넓은 의견을 청취하기 위하여 공표되었고, 그에 따른 다양한 견해를 분석하여 새로운 수정안이 마련되었다. 이 수정안은 1976년 6월 11일의 내무장관연석회의의 결정으로 승인되었다. 그러나 내무장관연석회의는 그 결정에서 모범초안과 형사소송법과의 관계를 조속히 조정할 필요성을 인정하였다. 그리하여 연방 및 특정 주 내무부 및 법무부의 대표로 구성된 조정검토부회가 설치되어, 모범초안과 형사소송법과의 조정작업이 시작되었다. 조정검토부회는 1976년 12월부터 1977년 10월까지 작업을 계속하여 그 결

17) 이관희, 독일의 통일경찰법모범초안에 있어서 몇 가지 법적 문제, 670면.

과를 내무장관연석회의에 보고하였다. 그리하여 1977년 11월 25일 내무장관연석회의는 그 검토작업의 성과로서 새롭게 형사소송법에 보충해야 할 규정을 제시하면서 1976년 모범초안에 11조의 수정을 가하여 최종모범초안을 결정하였다.¹⁸⁾

그 후 내무장관연석회의는 전문위원회에서 검토한 여러 안들을 토대로 하여 1977년 12월 25일 “연방과 각 주의 단일경찰법전을 위한 모범초안 (Musterentwurf eines Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, MEPolG)을 결의하였다.

이 모범초안은 연방과 각 주를 망라하여 적용되어야 할 유일한 경찰법전으로 제안된 것은 아니며 독일 전역에 걸쳐서 가능한 한 통일적인 법적 기초를 확보하기 위하여 권고적 의견으로 마련된 것이라는 점에 유의할 필요가 있다. 어쨌든 모범초안은 특히 브레멘, 니이더작센, 노르트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠와 짜르란트의 새로운 경찰-질서법과 거의 일치한다.

이와 같은 모범초안이 제안되면서 대부분의 주들은 각 주별로 자신들의 경찰법전을 정비하였으며 특히 컴퓨터에 의한 정보의 수집과 가공에 관한 관계규정들을 모범초안에 맞추어 개정하였다.

독일은 경찰법의 통합, 특히 수직적 통합을 위한 가장 현저한 노력을 기울였다는 평가를 받고 있다. 즉, 연방국가이면서도 각 주 수준에서의 경찰법이 모범초안 및 모범초안개정시안 등과 같은 공통적 모델을 통하여 각 주의 경찰법들이 서로 수렴하는 양상을 보이고 있다. 그리고 한가지 간과해선 안될 것은 모범초안은 당시 독일의 치안사정(범죄의 격증, 빈번한 테러, 데모의 만연 등)에 대비하기 위하여 각 주의 경찰법 통일을 위한 모델로서 작성되었다는 사실이다.¹⁹⁾

2. 적용범위

독일의 모범초안은 제1절에서 직무와 총칙을, 제2절에서 경찰의 권한, 제3절 집행원조, 제4절 강제, 제5절 손실보상·구상·배상청구, 제6절에서 종결규정을 두고 있다. 제1절 직무와 총칙에서는 경찰의 직무(제1

18) 이관희, 전계논문, 671면 참조.

19) 남승길, 경찰관직무집행법, 공법연구 제25집 제3호, 94면.

조), 다른 행정청과의 관계(제1조의a), 비례의 원칙(제2조), 재량, 수단
 의 선택(제3조), 행위책임(제4조), 상태책임(제5조), 조치의 직접시행
 (제5조의a), 비책임자에 대한 조치(제6조), 기본권의 제한(제7조) 등의
 규정을 두고 있다. 제2절 경찰의 권한에서는 일반적 권한(제8조), 신원
 확인과 신분증명서의 심사(제9조), 감식조치(제10조), 소환(제11조), 퇴
 거명령(제12조), 보호조치(제13조), 법관의 결정(제14조), 구금된 자에
 대한 조치(제15조), 자유박탈의 기간(제16조), 신체의 수색(제17조),
 물건의 수색(제18조), 가택출입과 수색(제19조), 가택수색의 절차(제20
 조), 영치(제21조), 입치(제22조), 제23조(환가, 폐기), 영치된 물건 또
 는 경락대금의 환부, 비용(제24조)의 규정을 두고 있다. 제3절 집행원조
 에서는 집행원조(제25조), 절차(제26조), 자유박탈에 있어서의 집행원조
 (제27조)의 규정을 두고 있다. 제4절의 강제에서는 제1관에서 작위, 수
 인, 부작위의 강제를, 제2관에서는 직접강제의 시행을 두고 있다. 먼저
 제1관에서는 행정강제의 허용성(제28조), 강제수단(제29조), 대집행(제
 30조), 강제금(제31조), 대체강제구류(제32조), 직접강제(제33조), 강
 제수단의 계고(제34조)의 규정을 두고 있고, 제2관에서는 법적 근거(제
 35조), 개념의 정의(제36조), 명령에 따른 행위(제37조), 부상자에 대
 한 구조(제38조), 직접강제의 계고(제39조), 수갑의 사용(제40조), 총
 기사용에 관한 일반규정(제41조), 사람에 대한 총기사용(제42조), 다중
 속에 있는 사람에 대한 총기사용(제43조), 특수무기, 폭발물(제44조) 등
 의 규정을 두고 있다. 제5절 손실보상, 구상, 배상청구에서는 손해전보
 의무의 요건(제45조), 손해전보의 내용, 종류, 범위(제46조), 간접적 피
 해자의 청구권(제47조), 손해전보청구권의 시효(제48조), 손해전보의무
 자, 구상권(제49조), 경찰책임자에 대한 구상(제50조), 쟁송수단(제51
 조) 등을 규정하고 있다. 마지막으로 제6절 종결규정에서는 다른 주와
 연방의 경찰공무원의 직무행위(제52조), 주의 권한영역밖의 경찰집행공
 무원의 직무행위(제53조) 등을 규정하고 있다.

내무부장관연석회의가 결의하여 제안한 모범초안은 독일의 학계는 물
 론 일반여론에 있어서 격렬한 논쟁을 야기하였다. 논의의 주요쟁점을 몇
 가지 들어보면, 민주주의와 법치주의의 관점에서 집행결정에 대하여 일

반적 수권조항으로 가능하게 하는 공공질서의 개념이 명확하지 아니한 불확정개념 때문에 법치주의에 위배되는 결과를 가져오게 된다는 비판이 가해졌고, 그 외에도 조준사살행위, 범죄예방을 위한 정보수집활동의 범위 등도 문제가 되었다.²⁰⁾ 그리하여 공공의 안녕과 질서의 구분을 포기하고 일원적으로 파악해야 한다는 제안도 나왔으며 이 영향으로 1983년의 브레멘의 새 경찰법에서는 공공의 질서를 삭제하고 공공의 안녕으로 일원화하여 경찰의 임무와 권한에 관하여 “공공의 안녕”에 대한 위협방지구정하였으며, 노르트라임-베스트팔렌(1989) 등도 브레멘을 따랐다.²¹⁾

1977년에는 8인의 학자들이 “연방 및 각주의 단일경찰법전을 위한 대체초안”을 제안하였다. 그리고 1986년 3월 12일 모범초안의 개정을 위한 예비초안(VEMEPolG, 이하 모범초안개정시안이라 한다)이 제안되었다.²²⁾ 이 모범초안개정시안은 컴퓨터를 이용한 경찰정보의 수집과 가공에 있어서 가능한 한 통일적인 업무수행을 확보하려는데 그 목적을 두고 있었다.²³⁾ 모범초안을 따르지 않고 그것을 비판적으로 검토하여 제안한 개정시안에 따라 경찰법을 제정한 주도 있으나, 개정시안 자체가 모범초안을 참고한 것이며, 각 주의 경찰법도 개괄적 수권조항에 관한 한 그것을 인정하고 있다는 점에서는 차이가 없다. 다만 공공의 질서 부분을 빼고 공공의 안녕에 흡수, 일원화시킨 것이라 볼 수 있다.

통독으로 독일연방에 귀속된 신연방주에서는 주의회선거 및 주헌법 등의 제정 이후, 자매주 경찰법²⁴⁾과 모범초안을 모델로 고유한 경찰법 및

20) 치안연구소, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도, 88면.

21) 그러나 모범초안개정시안에 따른 신브레멘경찰법(1983) 등도 모범초안처럼 개괄적 수권조항을 인정하고 있는 점은 다르지 아니하며 다른 대다수 주는 그 표현내용도 모범초안에 따라 공공의 질서를 포함시키고 있다. 대다수의 학자들도 공공의 질서를 공공의 안녕에 대한 보완적 기능을 가지는 독자적 개념으로 보고 있고, 독일 기본법에서도 이 개념을 사용하고 있다(제13조 제3항, 제35조 제2항). 남승길, 전계논문, 95면.

22) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 10.

23) 모범초안개정시안에 추가된 것은 제2장 경찰의 권한 중 제8조의 a(정보수집), 제8조의 b(공개행사, 군집 및 집회에 있어 정보의 수집, 제8조의 c(특별한 정보수집방식), 제8조의 d(경찰감시)와 제10조의 a(정보의 보관, 변경, 이용), 제10조의 b(선례행정과 문서작성), 제10조의 c(정보전달), 제10조의 d(자동소환절차), 제10조의 e(정보대조), 제10조의 f(정보대조의 특별형식), 제10조의 g(정보의 정정, 삭제, 차단), 제10조의 h(등재대장의 작성) 등이다.

24) 예를 들면, 신연방의 작센주는 서독의 바이에른주 및 바덴-뷔르템베르크주와 자매

경찰조직법 등을 제정하기 시작하였다. 1977년의 모범초안과 1986년의 모범초안개정시안과 같은 가시적인 통합경찰법의 모델을 제시하고 있는 점에서 우리나라의 경찰법제의 정비에 많은 시사점을 제공하고 있다.²⁵⁾

모범초안은 경찰행정청의 임무를 비록 집행경찰에 제한시켜 제2차 세계대전 이후의 비경찰화를 반영하고 있으나,²⁶⁾ 개괄적 직무규정과 개괄적 수권조항을 두어 질서행정청이 공공의 안녕과 질서에 대한 위해방지를 적시에 행할 수 없는 위급한 상황에 있어 경찰청으로 하여금 포괄적인 위해방지업무를 행할 수 있는 근거와 권한을 부여하였다. 따라서 동 법전은 19세기말 이래로 발전되어온 실질적 의미의 경찰개념의 변경을 의미하기보다는 그대로 보다 보존, 발전시키려고 한 노력의 결실이라고 볼 수 있다.²⁷⁾

모범초안에 나타난 독일 경찰법제의 특징²⁸⁾은 첫째, 직무규범(제1조)과 수권규범(제8조)을 구분하여 규정함으로써 경찰권발동에 관한 종래의 학설상의 다툼(개괄적 수권조항의 존재가능성 내지 필요성, 직무규범에만 근거한 경찰권발동의 가능성 등)의 문제를 입법적으로 해결하였다. 둘째, 경찰비례의 원칙(제2조), 경찰상의 편의주의(제3조), 경찰책임의 원칙의 내용을 행위책임(제4조), 상태책임(제5조), 비책임자에 대한 경찰권발동(제6조)이란 제하에서 3개 조문으로 나누어 명문화하고 구체적으로 규율하고 있다. 셋째, 표준적 직무행위(Standardmaßnahme)²⁹⁾의 유형을 상세히 규정하고 있다(제9조-제24조). 즉, 실질적 의미

결연을 맺었는바, 경찰법의 경우는 바이에른주와 바덴-뷔르템베르크 주경찰법을 상당 부분 참고하였다. 김형만 외, 전계서, 518면.

25) 홍준형 외, 경찰통합법에 관한 영구, 48면.

26) 독일에서는 2차 세계대전이 연합국 당국의 비경찰화정책으로 위해방지의 대부분의 업무는 일반행정청에 이관되었고, 경찰행정청의 임무는 단지 집행경찰의 임무와 기타 특별법에 의하여 부여된 임무를 담당하고 있다. 특별법에 의하여 부여된 임무에는 형사소송법에 의한 수사업무 이외에 집회시위에 관한 업무, 총포화약류단속에 관한 업무 등 일련의 위해방지업무가 속하고 있다. 제도적 의미의 경찰은 원칙적으로 일반 질서행정청이 위해방지를 적시에 행할 수 없는 급박한 경우의 위해방지업무를 담당하고 있다. 일반적 위해방지업무는 경찰로부터 조직상으로 독립된 일반 내부행정에 귀속되고 지방자치단체장에 의하여 주의 위임사무 또는 지시에 따른 의무적 사무의 형식으로 수행되고 있다.

27) 정하중, 전계논문(상), 9면.

28) 박상희·서경범, 전계보고서, 143면.

29) Schenke교수는 독일경찰법상 이러한 표준적인 경찰작용으로서 ①검문 및 면허증

의 경찰작용 중에서도 전형적이고 표준적인 직무행위의 유형을 상세히 규정하고 있다. 일반 경찰-질서법에는 경찰의 개별적 조치(이를 경찰상의 표준적 직무조치라고 한다)를 위한 일련의 개별적 수권조항이 존재한다. 시민의 자유와 재산에 대한 이 같은 경찰의 침해조치 중 일부는 이미 프로이센 경찰법에 명문으로 규정되었었다. 최근의 경찰-질서법은 모범초안에 따라 개별적 수권조항을 상세하게 규율하는 경향이 강해지고 있다. 표준적 직무조치는 대부분 행정행위로서의 성격을 갖는다.³⁰⁾ 넷째, 경찰상의 의무이행확보수단(제4장) 및 경찰의 조치로 인한 피해에 대한 구제수단(제5장)에 관한 명문규정을 가지고 있다.

이 같은 점을 고려해볼 때 독일의 모범초안은 경찰작용에 관한 일반법이라고 할 수 있으며 그 내용면에서도 시사하는 바가 크다고 할 수 있다. 그리고 독일의 경우 우리나라의 불심검문에 일치하는 조문이 경찰법에 독립적으로 존재하는 것이 아니라 질문과 신문, 소환과 유치, 신원확인, 감식조치, 수색 등이 경찰법과 형사소송법에 각각 규정되어 있다.

독일의 경우 신원확인 등 경찰관의 예방경찰활동을 목적으로 하는 신원확인 등의 직무활동은 경찰법에 의하며 형사소추의 목적을 위하여 행하는 신원확인 등의 직무활동은 오로지 형사소송법에 따르고 있다.³¹⁾

그리고 경찰법 개혁은 경찰 및 질서행정에 의한 개인정보의 수집 및 처리를 특별한 경찰 및 질서행정법의 권한의 대상으로 만드는 결과를 가져왔다. 그러나 이러한 수권규범들 외에도 연방과 각 주의 데이터보호법을 통하여 구체화되어 있는 데이터보호법의 일반적인 단면이 경찰과 관련된 정보처리에 관한 법에 대해서도 여전히 중요한 요소로 영향을 미치게 되었다.

독일의 각 주에서 진행된 경찰 및 질서행정법에 관한 입법은 크게 세 가지 부분을 적용범위로 하고 있다. 첫째 부분은 고전적인 법치국가적 경찰법으로서, 그 가장 기본적인 요소라고 할 수 있는 개괄적 수권조항,

소지 여부의 검사, ②지문의 채취, 사진의 촬영 등 특정인 인식활동, ③출두명령, ④퇴장조치, ⑤보호조치, ⑥대인 또는 대물적 조사, ⑦주거에의 출입 및 수색, ⑧물건의 압수 및 영치, ⑨폐기조치, ⑩정보처리 등을 들고 있다. 김성수, 전거서, 개별행정법, 474면 각주 32) 참조.

30) Schenke, a.a.O., S. 50.

31) Christoph Gusy, Polizeirecht, S. 111.

질서교란자의 책임, 비례원칙 및 경찰특유의 손실보상규정들이 그 내용을 이루고 있다. 둘째 부분은 경찰작용에 부응하여 만들어진 이른바 표준적 권한의 확대된 목록을 포함하고 있다. 셋째 부분은 데이터수집 및 처리에 관한 방대한 권한들을 규정하고 있다.³²⁾

연방국가 구조하에서 경찰법의 분권화를 토대로 하면서도 각 주의 경찰법이 전체적인 법적 통일을 이루어냈다는 점에 독일 경찰법제의 특징이 있다.

제 5 절 미국의 경찰관직무집행법

1. 연혁 및 입법체계

미국의 경찰제도는 영국의 전통과 제도를 배경으로 하여 300여년 동안에 독자적인 발전을 하여 왔다. 미국에서 경찰은 좁은 의미로는 공공의 건강·안전·도덕을 촉진·보호하기 위한 강제작용을 의미하나, 넓은 의미로는 그 밖에 공공복리의 촉진을 위한 강제작용을 포함하여 사용한다.

건국 초기에는 경찰은 범인체포자(theif-taker)로서 순찰하는 것이었으나, 사회적·경제적 정세의 변동에 따라 19세기 말 이래 각 행정부문에 걸친 행정경찰작용에까지 그 임무가 확대되어 경찰은 사법경찰 외에 교통경찰·산업경찰·소방경찰·집회경찰·위생경찰·도덕경찰·출판경찰·광고경찰·복지경찰·경제경찰 등을 포함하게 되었다.

미국의 경찰조직에는 연방경찰·주경찰 및 지방경찰의 3종이 있다. 미합중국 헌법은 경찰의 설치와 운영에 관한 아무런 규정을 두고 있지 아니할 뿐만 아니라 그와 같은 것을 금지하는 조항도 두고 있지 않다. 그러나 통설은 연방의회에 국민의 공동방위와 일반복리의 증진을 위한 입법을 할 수 있도록 포괄적인 권한을 부여한 Article I, Section 8, clause 18의 규정이 연방정부로 하여금 연방수사기관을 설치할 수 있도록 하는 규정으로 해석하고 있다. 그러나 동규정은 연방수사기관을 설치할 수 있는 이론적 기초에 불과하고 실제로 어떤 연방수사기관을 설치하

32) 홍준형 외, 전계보고서, 32면.

기 위하여는 개개의 기관의 설치 및 운영에 관한 구체적인 입법이 필요하므로 연방수사기관의 법적 근거는 연방의회인 셈이다. 그러나 주 및 지방정부 수준의 수사기관은 연방수정헌법 제10조에 의해 연방헌법에 의하여 합중국에 위임하지 않고 각 주에 금지하지 않은 권한은 각기 각 주 또는 국민에 유보하도록 되어 있어 각 주의 입법에 의하여 다양하게 설치·운영되고 있으며, 몇몇 주에서는 주헌법에 수사기관으로 Sheriff³³⁾나 Constable³⁴⁾을 두도록 명시하고 있다.³⁵⁾ 즉, 미국은 연방제도의 결과로서 연방헌법 제10조에 의하여 경찰권은 주에 유보되어 있으므로 주경찰이 중심이다. 그러나 연방은 연방헌법에 의하여 부여된 과세권, 주간통상규제권, 대외통상권, 우체국·우편철도건설권 등을 행사하여 사실상 전국적인 사항에 관하여 경찰입법·경찰행정을 수행하는 일이 증가하고 있다. 그리하여 연방경찰조직에 속하는 것으로는 재무부비밀근무부·법무부수사국·우정부검열부 등이 있다. 주는 그 고유한 권한으로 경찰권을 가진다. 주는 경찰권을 주의 지방조직이나 관내의 지방자치단체에 위임하여 행사하나 주자체가 전 주지역을 관할구역으로 하는 주경찰력을 가진다. 다만, 일부 주에서는 이러한 주경찰력을 가지지 아니한다. 주에 따라 다르기는 하지마는 보통 주의 지방경찰조직으로는 군(county)의 치안관(sheriff)·검시관(coroner) 등이 있다. 자치체경찰로는 시(city)·읍(town)·면(borough) 경찰이 있다. 미국경찰은 통제되지 않은 철저한 지방분권주의를 채택하고 있으므로 시·읍·면경찰이 기본적인 경찰이 되고 있다.³⁶⁾

33) Sheriff란 용어는 영국에서 미국으로 전래된 것이다. 이 용어는 앵글로색슨 정착기로 거슬러 올라가는데, 10가구씩 자연스레 모여 형성된 부락인 10호반(tything)이 모여 100호반(hundreds)으로. 100호반들을 모아서 다시 shire를 구성하였으며, 이 shire의 수장으로 왕으로부터 재판권과 행정권을 부여받은 지역 귀족을 reeve라고 칭하였고, 이 shire의 reeve를 1066년 이후 왕이 직접 임명·파견하면서 sheriff라고 칭하게 되었다. M. Brogden, et al., *Introducing Policework*, Chap. 4. 참조.

34) 이 용어는 영국에서 유래한다. 영국에서 경찰관을 지칭하는 용어로 가장 일반적으로 사용되어 온 Constable은 주민들이 스스로 뽑은 자치치안의 대표자에서 유래한다. 지역 귀족 내지는 왕이 파견한 중앙 귀족인 shire-reeve 또는 sheriff에 비해 평민 치안수행자인 constable은 100호반 내에서 선출한 마을 자치치안의 대장으로 범법자의 추적과 체포 및 마을 전체의 말과 무기관리의 책임을 지는 역할을 수행하였다.

35) 법무부, *각국의 사법경찰제도*, 405면.

일반적으로 미국경찰은 관료가 아니라 다른 시민을 위하여 봉사하는 시민의 일원으로 생각되고 시민자유와 존중과 법집행의 능률을 겸유하는 이상적 경찰로 알려진 영국경찰의 정신과 전통을 이어받은 것으로 알려지고 있다.³⁷⁾ 그 임무의 근거는 보통법(Common Law)과 형평법(Equity Law)³⁸⁾에 두고 있으며, 범위는 전통적으로 일반치안과 범죄수사에 국한되고 있다. 이는 경찰의 임무를 소극적으로 이해하는 것으로서 시민의 자유를 침해하지 않는 민주적 개념이라고도 볼 수 있다.³⁹⁾ 연방차원의 미국의 경찰관직무집행 관련법제로는 1942년에 전미국경찰위원회가 제안한 통일체포법(Uniform Arrest Act)과 1975년에 미국법률협회(The American Law Institute)의 모범법전(A Model Code of Pre-Arrestment Procedure)이 있다.

통일체포법은 1930년대에 있어서 경찰의 수사관행을 정리하고, 합리적인 범위에서 이를 성문화하려고 한 것이었다. 이 모델안을 모범으로 입법을 한 주는 델라웨어(Delaware), 뉴 햄프셔(New Hampshire), 로드 아일랜드(Rhode Island) 등 3개 주에 불과하였다. 왜냐하면 법률상의 “합리적 혐의”의 내용이 모호하고, “상당한 이유”와의 구별도 불명확하여 당시 위법하게 행하여지고 있던 경찰실무에 법적 근거를 부여할 위험이 있었기 때문이다. 또 통일체포법에서 인정하고 있는 것이 상으로 행하여지고 있는 현행실무의 대부분을 방지할 우려가 있으며, 비록 2시간으로 한정한다고 하더라도 구속임에는 틀림없으므로 결국 수정헌법 제4조를 개정하는 것으로 되지만, 그 정도의 필요성은 실증되지 않았기 때문이었다.

36) 박윤훈, 최신행정법강의, 297면.

37) 그러나 영국경찰의 경우에 내무부의 영향력이 지나치게 커서 ‘지방자치경찰’을 표방하는 영국경찰이 “실제로는 중앙집권적 국가경찰(a de facto national police force)이 아니냐”는 비판이 현대영국경찰 제도를 둘러싼 가장 큰 논쟁거리 중의 하나이다. Robert Reiner, The Politics of The Police, Harvester Wheatsheaf, 1992, Chap. 6 참조.

38) 형평법은 공정과 정의면에서 보통법과 제정법(Statue Law)의 불비를 보충하는 법인데, 보통법과 유사한 과정을 거쳐 판례의 축적으로 형성된다.

39) 정진환, 영국의 경찰제도, 28~29면.

미국법률협회는 1963년부터 수사절차에 관한 모범법전의 작성에 착수해, 1966년에 예비초안 제1호(Tentative Draft No. 1)를 공표하였다. 이 초안은 수사관계자의 기대를 부풀게 하였지만, 이 초안이 발표된 날로부터 1개월도 지나지 않아 연방대법원이 미란다(Miranda) 판결을 선고하여 동초안의 기본적인 사고방식에 일격을 가함으로써 검토의 여지를 없게 만들었다. 그러나 그 후 동협회는 계속해서 제2호(1969년), 제3호(1970년), 제4호(1971년), 제5A호(1972년), 제5호(1973년), 제6호(1974년)를 잇달아 공표하였으며, 1972년에는 그때까지의 성과를 정리하여 공식초안 제1호(Official Draft No.1)를 공표하였다. 이러한 경과를 거쳐 1975년에 완성한 확정안이 최종초안(Proposed Official Draft)이다. 이것은 제한적이지만 통일체포법의 취지가 계승된 것으로 볼 수 있다.⁴⁰⁾

한편 이것은 경찰관에 의해 행하여지고 있었던 법집행의 실체를 잘 알고 있지 못함으로써 그 법집행의 영향이라든가, 법적 통제 of 필요성 등이 거의 의식되지 않았던 것에도 기인한다고 볼 수 있다.⁴¹⁾ 수정헌법 제4조와 관련하여 stop & frisk를 입법상 정면으로 인정하는 것보다는 기능적으로 인정했다고 평가되는 법률들⁴²⁾이 등장하게 되었다.⁴³⁾

40) 강동욱, 불심검문, 98면.

41) 강동욱, 상계서, 94면.

42) 뉴욕주에서는 1964년에 소위 정지·소지품검사법(Stop and Frisk Act)(형소법 제180조 a)이 시행되었다. 이 규정은 연방헌법상의 인권보장조항을 근거로 하여 경찰권능을 축소시키려는 연방대법원의 판례(Mapp v. Ohio, 367 U.S.643(1961) 등)에 대하여 '경찰의 손을 결박하지 말라'(Don't Hand Cuff Police)는 반발적 충동에서 나온 것으로 볼 수 있다.

43) 미 연방법무부 산하 범죄통계실이 발표한 '93~'99년 직업·업종별 범죄발생 및 희생자 현황조사에 따르면, 이 기간동안 경찰관은 1,000명당 260.8명이 사상당해 가장 위험한 직종으로 꼽혔고 기결수들을 관리하는 교도관들이 155.7명으로 두 번째를 택시운전사가 128.3명으로 세 번째를 차지한 것으로 집계되었으며, 이 밖에 경비원(86.6명), 바텐더(81.6명), 정신병원 근무자(68.6명), 특수교육교사(68.4명), 주유소 종업원(68.3명)의 순으로 나타났다 한다. 또한, 업종별로는 치안관련 업종이 1,000명당 127명이 범죄피해를 당해 가장 위험했고 다음은 정신병원(55명), 소매업(20명), 운수업(16명)의 순이었다 한다. 가장 안전한 직종은 대학교수로 직장에서의 범죄 희생율이 1,000명당 1.6명에 그쳤다고 한다.<http://www.police.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp>.

2. 적용범위

통일체포법 제2조는 불심검문과 피의자의 신체구속에 대해 규정하고 있으며, 제3조는 무기의 수색에 대해, 제4조는 체포 - 허용되는 무력에 대해 규정하고 있다. 제5조는 체포에 대한 저항에 대해 규정하고 있으며, 제6조는 영장없는 체포에 대해, 제7조는 부당한 근거에 기한 체포에 대해, 제8조는 경찰관이 영장을 소지하지 않은 경우에 영장에 의한 체포에 대해, 제9조는 체포를 대신한 호출에 대해, 제10조는 피체포자의 석방에 대해, 제11조는 치안판사에 송치가 허용된 유예기간에 대해, 제12조는 증인의 신원조사에 대해, 제13조는 효력의 분할에 대해 규정하고 있다.

한편 미국 법률협회 모범법전은 제110조에서 “경찰관에 의한 체포전 접촉(pre-arrest contact)”에 대해 규정하고 있다. 제1항은 법집행관에 의한 협력의 요청을 규정하고 있는데, ①협력요청권과 ②피의자의 질문과 권리고지의 요건, ③경찰서에 출두 요청을 받은 자에 대한 권리고지 등이 주요내용을 이룬다. 제2조는 정지(stopping of persons)에 대해 규정하고 있는데, ①정지를 인정할 수 있는 요건, ②자동차검문, ③실력행사, ④위험한 무기의 행사, ⑤피의자의 질문, ⑥정지기간의 종료 후의 조치, ⑦정지시킨 자에 대한 기록 등에 대한 것이 주요 적용범위이다.

제 6 절 소 결

일반적으로 시민법전통 국가 - 독일, 일본 및 한국 등 - 는 경찰의 주체가 국가이지만, 보통법전통 국가 - 영국, 미국 등 - 에서는 지방자치단체가 곧바로 경찰의 주체가 되는 자치체경찰을 위주로 하고 있다. 그리고 기능면을 보더라도 시민법전통 국가의 국가경찰제도는 광의의 경찰개념을 채택하고 있는 반면에 보통법전통 국가의 자치체경찰은 협의의 경찰개념을 취하고 있다. 보통법전통 국가의 경찰관념은 자위제도에 대신하여 전문적 직업인을 채용하여 그에게 생명·신체·재산의 보호 및 사회질서의 유지에 관한 임무를 맡기는 것이고 경찰조직도 지방분권적인 자치체경찰제도를 유지하고 있다. 반면에 시민법전통 국가에 있어서는

개인의 생명·신체·재산의 보호 뿐만아니라 국가의 정책을 촉진하기 위하여 필요한 행정까지 경찰개념 속에 포함시키고 경찰은 곧 국가경찰로서 중앙집권적 조직을 갖게 되었다.⁴⁴⁾ 결국 경찰관직무집행법은 각국의 상이한 법전통과 법의식을 반영함으로써 독특한 모습으로 발전을 하었다고 볼 수 있다.

위에서 살펴본 주요국가의 경찰관직무집행법은 나름대로 특징을 가지고 있는데, 시민법전통 국가 중 독일은 경찰법의 적용범위가 개괄적 수권조항, 경찰책임, 신원확인, 보호조치, 총기사용, 행정강제, 손실보상·구상·배상청구 등에 미쳐 일반법으로서의 체계를 갖추고 있는 반면에, 일본과 우리나라의 경찰관직무집행법은 적용범위가 제한적이어서 일반법으로서의 체계나 역할을 하지 못하고 있다. 따라서 독일의 입법은 일본이나 우리나라의 법제개선에 많은 시사점을 제공하고 있다.

보통법전통 국가 중 미국은 국민들의 총기소지가 허용되는 관계로 인해 무기의 수색과 체포에 대한 상세한 규정을 두고 있으며 그 동안 관행적으로 인정되어 오던 stop & frisk에 대해서도 구체적인 규율을 하고 있는 것이 특징이며 이에 대한 판례법도 우리 법제의 정비에 많은 시사점을 제공하고 있다.

사실 독일과 일본이 2차대전 후에 미국의 점령하에 경찰에 있어서 보통법전통을 강하게 이식받는 계기가 되었으며 특히 일본의 경찰관직무집행법은 미국의 영향을 강하게 받았다고 볼 수 있다. 그런 점에서 본다면 일본법제를 참고하여 제정한 우리 경찰관직무집행법도 보이지 않게 보통법전통의 영향을 적지 않게 받았다고 볼 수 있는 바, 이러한 측면에서 비교법적 고찰은 필요하고 또한 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.

44) 김형만 외, 전거서, 44면.

제 3 장 경찰관직무집행법의 구체적 검토

제 1 절 경찰개념

경찰개념은 논리적인 개념이 아니라 역사적으로 발전·형성된 개념⁴⁵⁾이기 때문에 근대국가에서의 일반적인 경찰개념, 즉 “사회의 안녕과 질서 유지를 위한 권력작용”은 반드시 각국의 실정법상 경찰개념과 일치되는 것은 아니다. 세계 각국의 경찰제도는 형식적 의미의 경찰과 실질적 의미의 경찰이, 그리고 각종 경찰의 종류가 혼재되어 형성되고 있으므로 그 개념을 사전에 명확히 파악할 필요가 있다. 또한 경찰이 실제로 수행하는 과제와 기능이 매우 다양하기 때문에 경찰의 개념에 대한 올바른 이해를 위하여 다양한 접근방법이 요청된다.⁴⁶⁾

1. 형식적 의미의 경찰

형식적 의미의 경찰은 실질적 의미의 경찰과 그 내용이 반드시 일치하지 않으며, 이 의미에서의 경찰은 실정법상 제도적 의미의 경찰이 수행하는 모든 사무 즉, 실정법상 보통경찰행정기관(경찰청장·지방경찰청장·해양경찰청장·경찰서장·해양경찰서장)의 권한으로 되어 있는 모든 작용을 말한다. 즉, 실질적 성격 여하를 불문하고 제도적(조직적) 의미의 경찰에 의해 수행되는 모든 직무를 의미한다. 따라서 형식적 의미의 경찰의 개념에는 위험방지의 직무 뿐만아니라 그 밖의 다른 행정활동(예컨대, 복리증진), 나아가 범죄행위와 질서위반행위에 대한 수사예의 공조 등도 포함되게 된다.

우리나라에 있어서도 경찰의 실제개념(실질적 의미의 경찰, 학문적 의미의 경찰)과 경찰법, 경찰공무원법, 경찰관직무집행법 등 실정법상의 경찰개념은 일치하지 않는다.

45) Schenke, a.a.O., S. 1.

46) 김성수, 전계서, 451면.

우리 경찰에 관련된 제반 법규 중 가장 기본법인 경찰법에서는 경찰의 임무를 “국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지”로 규정하고 있고(제3조), 경찰관직무집행법 역시 경찰관의 직무로 “범죄의 예방·진압 및 수사, 경비·요인경호 및 대간첩작전수행, 치안정보의 수집·작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타의 공공의 안녕과 질서유지”를 규정하고 있다(제2조).

이와 같은 실정법상 규정에 따라 실질적 의미의 경찰개념에는 해당하지 않는 범죄의 수사·범인 체포 등의 사법경찰작용과 비권력적 작용인 치안정보의 수집 등도 경찰기관의 소관사무로 되어 있는 반면, 위생·산업·건축·노동 등 분야에 있어서의 질서유지작용은 타행정기관의 권한으로 두게 된다.

2. 실질적 의미의 경찰

(1) 의 의

반면 실질적 의미의 경찰은 실제 경찰기관의 소관사무와는 무관하게 “공공의 안녕·질서를 유지하기 위하여 일반통치권에 근거하여 국민에 대해 명령·강제함으로써 그의 자연적 자유를 제한하는 작용”을 의미한다고 한다. 그러므로 경찰은 소극적 작용, 사회목적적 작용, 권력적 작용이라는 법적 근거를 확보할 수 있게 되며, 일정한 행정작용의 성질에 착안하여 학문적으로 정립된 개념이 곧 실질적 의미의 경찰개념이다. 실질적 의미의 경찰개념을 규정함에 있어서는 국가의 활동이 갖는 내용적 성격, 정확히 말하면 그의 목적이 기준이 된다. 이 경우 그 같은 국가적 활동이 국가의 어떤 행정청에 의해 수행되는지는 중요하지 않다.⁴⁷⁾ 즉, 그 작용의 소관기관 여하를 불문하고 국가작용의 성질을 표준으로 하여 보통경찰기관의 소관에 속하거나 다른 행정기관의 소관에 속하거나 간에 일정한 성질의 작용을 경찰이라 한다.⁴⁸⁾ 직접 사회공공의 안녕·질서를

47) Schenke, a.a.O., S. 1.

48) 박윤훈, 전계서, 302면.

유지하기 위하여 일반통치권에 의거하여 개인에게 명령·강제하는 작용이다.⁴⁹⁾ 실질적 의미의 경찰은 행정경찰이라고도 한다.⁵⁰⁾

다만 우리 학자 중에는 성질상으로는 다 같은 질서유지작용이라도 보통경찰기관에 의한 일반공안유지만을 경찰이라 하여 그 작용의 성질과 소관기관(담당기관)과를 표준으로 하여 실질적 경찰개념을 정립하려는 견해가 있음을 유념할 필요가 있다. 그 이유는 보통경찰기관이 실질적 경찰로 이해된 복리행정에 부수된 질서유지작용(예:위생경찰·산림경찰·건축경찰 등)을 침식하는 것을 방지하려는 데 있다고 보기 때문이다.

독일·일본 등 과거 경찰의 권력이 강대했던 나라들에서는 제2차 대전 후에 경찰기능이 축소되어 실질적 의미의 경찰임무가 대폭 일반행정기관에 이양되었다(위생·건축·산업·경제경찰 등). 이와 같은 현상을 두고 독일에서는 종래의 실질적 의미의 경찰을 감시행정이라고 부르고, 그 중 조직법상의 경찰이 장악하고 있는 것만을 경찰이라고 하는 동시에, 기타의 행정기관에서 관장하고 있는 실질적 의미의 경찰을 질서유지행정이라고 부르기도 한다.⁵¹⁾

형식적 의미의 경찰에는 실질적 의미의 경찰 외에 사법경찰이 포함되어 있고, 실질적 의미의 경찰에는 보통경찰기관에 의한 경찰작용 뿐만 아니라 일반행정기관에 의한 경찰작용도 포함되어 있으므로 형식적 의미의 경찰과 실질적 의미의 경찰은 그 내용이 일치하지 아니한다.

(2) 행정경찰과 사법경찰의 구별

경찰관직무집행법은 경찰관의 직무범위에 대하여 규정하고 있으나 경찰기능에 따른 구별을 명백히 하고 있지 않으며, 조직상으로도 일반경찰기관으로 하여금 사법경찰사무를 겸하도록 하고 있다. 즉, 동일한 기관 또는 공무원이 종종 행정경찰업무와 사법경찰업무를 동시에 담당하는 경

49) 종래에는 공공의 안녕의 보장뿐만 아니라 광범위한 공공의 복리증진을 포괄하였다. 독일에서는 1882년 6월 14일의 프로이센 상급행정법원의 판결, 즉 크로이쯔베르크 판결(Kreuzberg-Urteil)에 의하여 경찰의 권한은 복리증진이 아닌 위험방지에 국한되게 되었다. Schenke, a.a.O., S. 2.

50) 박균성, 행정법론(하), 394면.

51) 김형만 외, 전계서, 10면.

우가 있고 이 경우에는 양자의 구분이 쉽지 않다. 현행법상 경찰기관은 행정경찰과 사법경찰을 함께 관장하고 있다고 볼 수 있다.

행정경찰(Verwaltungspolizei)과 사법경찰(Justizpolizei)의 구별은 시민법전통 국가, 프랑스로부터 전래된 것이며,⁵²⁾ 독일에서도 경찰법규상 행정경찰과 사법경찰을 명확하게 구분하여 규율하고 있다.⁵³⁾ 그러나 보통법전통 국가에서도 경찰의 기능에 이 두 가지 종류가 있음은 충분히 의식되고 있다.⁵⁴⁾

경찰관의 활동을 위와 같이 양자로 구별하는 이론적 기원은 3권 분립과 법치주의의 요청 아래에서 형벌권 실현이라고 하는 통치작용을 그 형벌의 중대성을 고려하여 특별한 법적 규율에 따르게 하려는 데 있다.⁵⁵⁾

그러나 행정경찰작용과 사법경찰작용은 그 이념, 내용, 절차면에서 상이하기 때문에 사법경찰작용과 행정경찰작용을 혼합적인 형태로 규정하고 있는 것은 타당하지 않으며 경찰관직무집행법에는 사법경찰작용을 제거하고 될 수 있는 한 순수한 행정경찰작용만을 규정하는 것이 바람직하다는 견해가 제기되고 있다.

사법경찰과 행정경찰의 구별점에 대해서는 세 가지 측면에서 설명되고 있다. 첫째, 목적 및 성질이 다르다. 사법경찰은 범죄자를 재판에 넘기기 위하여 범죄자를 추적, 체포하는 것을 목적으로 하는 반면에 행정경찰은 공공질서에 대한 모든 혼란의 억제와 예방조치를 취하는 것을 목적으로 한다. 둘째, 행정경찰은 그 성질이 행정작용인 데 반하여 사법경찰은 그 성질이 사법작용이다. 그리고 마지막으로 사법경찰은 사후적·제재적 작용인 반면에 행정경찰은 예방적 작용이다.

행정경찰과 사법경찰의 구별기준은 기본적으로 결정이나 활동의 목적에 있다. 동일한 기관이 행정경찰권과 사법경찰권을 갖고 있는 경우에는 당해 기관의 의도가 중요한 구별기준이 된다. 그 결과 실제에 있어 문제의 결정이나 활동이 특정의 형사범죄와 관련이 있는지가 행정경찰과 사

52) 田上穰治, 警察法, 43面.

53) 독일의 모범초안 제1조 제1항은 경찰의 임무로서 가장 먼저 “공공의 안전과 질서에 대한 위협의 방지”를 들고, 이러한 위협방지임무의 범위 내에서 범죄의 수사도 수행할 수 있다고 규정하고 있다.

54) 강구철, 경찰관직무집행법 제3조 - 행정법과 형사법의 교차 -, 377면.

55) 강동욱, 전계서, 27면.

법경찰의 기준이 된다. 즉, 그 어떤 범죄와 관련이 있으면 사법경찰에 속하고 그렇지 않으면 행정경찰에 속하게 될 것이다.⁵⁶⁾

그러나 경찰의 활동 중 범죄수사에 관한 것을 사법경찰이라 하고, 그 이외의 활동을 행정경찰로 단순히 구별하는 것은 일정한 검토가 필요하다고 본다.

먼저 조직법적인 관점에서 보면, 현행법하에서의 범죄수사의 주체는 검찰이기 때문에, 범죄수사를 사법의 일부로 보는 견해는 타당하다. 그러나 경찰의 수사권독립이 이루어지게 되면 이러한 전제가 타당하지 않은은 두말할 나위가 없을 것이다.

그리고 보다 본질적인 문제로서 행정경찰이란 말을 사용함으로써 범죄수사를 위한 경찰관의 활동에 관한 정확한 이해가 방해받고 있는 것은 아닌가 한다. 예를 들어, 경찰관직무집행법을 행정목적의 실현하기 위한 수단을 정한 것으로 보는 입장에서 불심검문에 따른 질문에 대해 그것을 행정경찰작용이고, 사법경찰작용인 범죄수사를 위한 것은 아니라는 견해가 일반적이거나, 경찰관직무집행법을 오로지 행정목적의 것으로 보는 것은 적합하지 않기 때문에 제3조의 불심검문의 경우에 어떠한 죄를 범하려하고 있다고 의심되는 자에 대한 불심검문은 범죄의 예방을 목적으로 하는 불심검문으로 행정경찰에 속하지만, 어떠한 죄를 범하였다고 의심되는 자에 대한 불심검문은 사법경찰에 속한다고 설명하는 것은 타당하지 않다.

그리고 소지품검사에 대해서도 그것이 인정되는 이유로서 행정경찰작용이라고 일반적으로 보고 있으나, 소지품검사가 인정되는 실질적 이유는 수색에 이르지 않는 정도의 행위로서 강제되는 것이 아니며, 그 필요성, 긴급성, 법익의 균형등을 고려해서 구체적인 상황하에서 상당하다고

56) 참고로 프랑스의 경우에 행정경찰이라 함은 공공질서의 유지를 보장하는 것을 목적으로 하는 공역무활동을 말한다. 공공질서는 공익보다는 좁은 개념으로 전통적으로 공공의 안전, 공공의 평온 및 공공의 위생을 포함한다. 그런데, 오늘날 이 이외에도 미관, 환경의 보호, 역사적 유물의 보호 등 일정한 "선량한 질서(bon ordre)" 도 공공질서의 개념에 포함되는 것으로 본다. 또한, 일정한 도덕질서와 인간의 존엄성의 존중도 공공질서에 포함될 수 있다((RENE CHAPUS, Droit administratif général Tome 1, Monchrestien, 15ème éd. 2002, p.706). 사법경찰이라 함은 범죄로부터 국민을 보호하기 위하여 행하여지는 범죄의 수사 등의 활동을 말한다. 범죄가 이미 성립한 경우뿐만 아니라 범죄가 예견되는 경우도 사법경찰의 대상이 될 수 있다.

인정되는 한도내이라는 것이라 할 수 있는데, 그 필요성등의 판단에 있어서는 범죄혐의의 내용, 혐의의 정도등의 범죄수사의 관점이 반영된 것이기 때문에 소지품검사를 행정경찰작용이라고 설명하는 것은 그것이 인정된 이유를 몰각한 것이라고 보지 않을 수 없고, 범죄수사의 수단이 되는 소지품검사의 성격에 대한 오해를 한 것이라고 볼 수 있다.

참고로 경찰관직무집행법에서의 ‘경찰관’은 경찰법 제23조(경찰공무원) 및 경찰공무원법 제2조(계급구분)에 열거된 치안총감에서 순경까지의 경찰공무원과 전투경찰대설치법에 의해 임용된 전투경찰순경, 사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률 및 국가정보원법에 규정된 직무를 수행하는 특별사법경찰관리, 경찰공무원법에 의거 해양경찰사무를 수행하는 해양경찰, 청원경찰법에 의해 경비구역내에서 경비임무를 수행하는 청원경찰⁵⁷⁾을 모두 포함하는 개념이다. 그러나 경비업법에 의거 설립된 경비업체의 경비원은 그들이 수행하는 임무와 상관없이 경찰관직무집행법에 규정된 경찰관의 범위에 포함되지 않는다.

제 2 절 경찰관직무의 범위

1. 직무규범과 수권규범의 구분

경찰이 경찰권을 발동하기 위해서는 직무규범(Aufgabennorm)⁵⁸⁾의 존재로 충분한 것인지, 아니면 경찰권을 발동하기 위해서는 직무규범 외에 별도의 수권규범(Befugnisnorm)이 필요한 것인지가 문제가 된다.⁵⁹⁾

57) 대판 1986. 1. 28, 85도2448.

58) 경찰의 직무규범은 경찰이 활동하는 권한을 가지고 경우에 따라서는 활동이 의무지워지는 직무영역을 나타내는 것으로, 예컨대 경찰은 무엇을 하는가 하는 문제를 규제하는 규범이다. 직무규범은 경찰에 대해 그 직무영역에 있어서는 특별한 법률의 수권을 필요로 함이 없이 비권력적인 행위 내지 조치를 할 수 있는 권한을 승인한다. 그와 같은 행위로서는 ①순찰, 통보의 수령, 긴급전화에의 대응, 교통의 감시, 침해적 내용에 이르지 않는 정보수집 등에 의한 내사, ②도로의 장애물의 제거, 행방불명자의 수색, ③개인적인 관련이 없는 정보수집, ④경찰의 책무에 관한 홍보활동 등이 있다. 宮田三郎, 警察法, 59면 ; 宮田三郎(한귀현 역), 일본경찰법, 54면.

59) 경찰의 수권규범은 경찰의 직무를 어떻게 이행하는가 하는 문제, 즉 경찰의 수단에 관하여 규제한다. 위험방지를 위한 개인의 권리의 침해는 그것에 속한다. 그와 같은 경찰의 조치는 침해적인 명령·강제를 내용으로 하는 경찰의 조치이고 법률유보의 원

직무규범은 경찰이 활동하는 권한을 가지고 경우에 따라서는 활동이 의무지워지는 직무영역을 나타내는 것이며, 요컨대 경찰은 무엇을 하는가 하는 문제를 규제하는 규범이다. 직무규범은 경찰에 대해 그 직무영역에 있어서는 특별한 법률의 수권을 필요로 함이 없이 비권력적인 행위 내지 조치를 할 수 있는 권한을 승인한다.

한편 수권규범은 경찰의 직무를 어떻게 이행하는가 하는 문제, 즉 경찰의 수단에 관하여 규제한다. 위협방지를 위한 개인의 권리의 침해는 그것에 속한다. 그와 같은 경찰의 조치는 침해적인 명령·강제를 내용으로 하는 경찰의 조치이고 법률유보의 원칙에 따라 특별한 법률의 수권에 기초하여서만 허용된다. 특별한 법률의 수권규정으로서의 이른바 직무규범만으로는 근거규범일 수 없고 직무규범 외에 구체적인 수권규범이 있어야 한다. 수권규범은 경찰의 침해의 요건 및 침해조치를 규정하고 또한 침해에 대한 재량을 한정한다.

독일의 경우에는 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협방지의 임무를 경찰에게 부여하고 있는 모범초안 제1조 제1항을 직무규범으로, 경찰은 의무적합적 재량에 따라 필요한 조치를 취한다고 규정하고 있는 모범초안 제8조를 수권규범으로 보고 이와 같은 양자의 구분을 전제로 하여 이것이 긍정되고 있다. 독일에서 이들을 엄별하는 배경에는 전통적인 권위주의적 행정법을 극복하는 과정에서 특히 법률유보의 측면에서 법률에 행정의 권한이 명시되어야 한다는 점이 강조된 것이라는 점을 이해할 필요가 있다.

그러나 독일보다 훨씬 앞서 민주주의와 법치주의가 발전한 영국과 미국 등의 보통법전통 국가에서는 행정의 직무규범과 수권규범을 엄별한다는 의식은 미약하고 오히려 직무규범으로부터 권한을 도출하는 이른바 “묵시적 권한이론”(implied power theory)이 일찍부터 발전되어 왔고 프랑스에서도 경찰의 직무규범과 수권규범을 구분하지 않는데, 예컨대 지자체법전(Code des communes) L. 131-2조는 “지방경찰은 선량

칙에 따라 특별한 법률의 수권에 기초하여서만 허용된다. 예를 들면, 특정한 음식품에 관하여 위협의 의심이 있다는 경고는 위협방지로서 미묘한 문제를 포함하고 있다. 특히 생산자가 행정기관에 의한 부주의한 경고에 의해 중대하고 수인하기 어려운 손해를 입은 경우에는 국가배상이 문제된다. 손해가 경미한 때에는 단지 성가심을 받은 것으로 될 것이다. 宮田三郎, 行政訴訟法, 118面 주) 18 참조.

한 공공의 질서, 공공의 안전, 안보 및 건강을 확보하는 것을 대상으로 한다”고 규정하고 있다.⁶⁰⁾

2. 현행법상 직무의 범위

경찰관직무집행법 제2조는 경찰관의 직무의 범위를 ①범죄의 예방·진압 및 수사, ②경비·요인경호 및 대간첩작전수행, ③치안정보의 수집·작성 및 배포, ④교통의 단속과 위해의 방지, ⑤기타 공공의 안녕과 질서의 유지로 규정하고 있다.

반면 일본의 경우에 경찰의 직무는 개인의 생명, 신체 및 재산의 보호, 범죄의 예방, 진압 및 수사, 피의자의 체포, 교통의 단속, 공공의 안전의 유지, 공공의 질서유지, 위험방지, 권력남용의 방지 등이 있다.⁶¹⁾ 범죄의 진압·수사, 피의자의 체포에 대해서는 형사소송법, 교통의 단속에 대해서는 도로교통법이 규정하고 있다. 공안유지에 필요한 한도내에서 경찰관직무집행법이 보충적으로 적용되는 것에 불과하다.⁶²⁾ 여기서 권력남용의 금지라는 것은 경찰의 활동은 엄격히 경찰의 직무의 범위에 한정되어야 하는 것이고 그 직무의 수행에 있어서는 불편부당 및 공평을 취지로 하여 적어도 일본헌법이 보장하는 개인의 권리 및 자유의 간섭에 이르는 등 그 권한을 남용하는 일이 있어서는 아니된다는 것을 말한다(경찰법 제2조 제5호).

독일의 모범초안 제1조는 경찰의 임무를 “공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지, 예외적인 사권의 보호, 다른 행정기관의 집행에 대한 협력, 다른 법률에 의해서 경찰에 위임된 사무” 등을 규정하고 있다. 동시에 제1조의 a에서 “경찰은 다른 행정관청이 위험방지를 할 수 없거나 적시에 할 수 없을 때 활동한다”고 규정하여 경찰업무수행의 보충성을 규정하고 있다. 이러한 모범초안의 태도는 두 가지 기준에 의해서 경찰의 직무를 규정하고 있다고 볼 수 있다. 하나는 실질적인 경찰개념에 근거한 본래의 경찰업무, 즉 위험방지업무를 규정하고 있으며, 다른 한편으로는 실질

60) 박정훈·정초영, 사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구, 23면.

61) 宮田三郎, 警察法, 54~57面.

62) 田上穰治, 警察法, 135面.

적인 경찰개념에 해당하지는 않으나 법률에 의해서 경찰에 위임된 사무를 규정하고 있다. 모범초안에서 공공의 안녕과 사회질서에 대한 위협방지를 경찰의 직무로 규정한 것은 경찰의 직무에 관한 개괄적 수권조항으로서 기능한다. 즉 실질적인 경찰개념상 경찰의 임무를 일일이 열거하는 것은 불가능하기 때문에 “공공의 안녕과 질서에 대한 위협방지”라는 법률상의 불확정개념을 사용하여 경찰의 직무를 포괄적으로 규정한 것이다. 그러나 이러한 개괄적 수권조항에 의한 경찰의 직무의 포괄성은 모범초안 제1조의 a에 규정된 보충성의 원칙에 의해서 제한된다.⁶³⁾ 한편, 바덴-뷔르템베르크의 경찰법 제1조도 “경찰은 공공의 안녕과 질서를 위협하는 개별적 또는 단체적인 위협의 방지와 공공의 이익이 존재하는 영역에서 공적인 안전과 질서를 교란하는 행위를 제거할 임무를 진다. 특별히 경찰은 헌법합치적 질서와 시민권의 행사가 제한받지 않도록 보장할 임무를 진다(제1항)”고 규정하고 있다.⁶⁴⁾

생각건대, 우리나라의 경찰관직무집행법에서 열거한 내용들은 예시적 항목으로서 모두 “공공의 안녕과 질서유지”에 포함되는 것이라 할 수 있을 것이다. 경찰권의 분산에 관한 일반적인 규정은 두고 있지 않으나 특별법의 규정으로 특정한 위협방지에 관한 업무를 다른 행정관청에 귀속 시킴으로써 경찰권의 분산을 도모하고 있다고 볼 수 있다.

이하에서는 우리 경찰관직무집행법상 직무에 대해 구체적으로 고찰하기로 한다.

(1) 범죄의 예방·진압 및 수사

1) 범죄의 예방·진압 및 수사의 의의

(가) 범죄의 예방과 진압

범죄의 예방과 진압은 사법경찰작용이 아니라 행정경찰작용이다. 범죄의 예방과 진압은 곧 범죄로 인한 공공의 안전에 대한 위협을 방지하고 이미 발

63) 홍준형 외, 전계보고서, 187면.

64) Baden-Württemberg Polizeigesetz in der Fassung vom 13. Jan. 1992, geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 7. Feb. 1994(GBl. s. 73).

생한 장애를 제거하는 활동으로서 전형적인 행정경찰작용이라 할 수 있다.

범죄란 법률에 의해 형벌이 가해지는 행위를 말한다. 다만, 범죄의 예방·진압 및 수사에 따라 각 범죄의 범위가 달라질 수 있다. 즉 예방의 경우 형법 제41조의 9가지 형벌 외에 보안처분이 과해질 행위도 포함된다. 그러나 단순히 행정질서벌이 과해질 행위는 포함되지 않는다. 또한 구성요건에 해당하고 위법하기만 하면 책임이 없는 경우에도 예방은 가능하다. 또한 어떠한 범죄인가가 구체적으로 특정되지 않더라도 일반적으로 범죄발생이 예견, 인식될 수 있기만 하면 예방은 가능하다.

범죄의 진압은 구체화된 행위로서 현재 발생하고 있는 상태에 대한 제지를 말한다. 이때의 범죄의 범위는 예방의 대상으로서의 범죄의 범위보다 좁다. 따라서 불특정한 범죄에 대해서 진압활동을 할 수 없고 구체적으로 법익의 침해가 진행되고 있는 범죄행위에 대해서만 가능하다.

(나) 범죄의 수사

① 의의

범죄의 수사는 사법경찰작용이다. 수사의 개념에 대해서는 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동이라고 정의되고 있다.⁶⁵⁾ 다시 말해서 범인과 범죄사실의 조사, 범인의 체포 및 증거수집으로서 요컨대 형사소추를 위한 준비활동이다.

이러한 수사의 대상으로서의 범죄의 범위는 예방이나 진압의 대상으로서의 범죄의 범위보다 더욱 좁아 구성요건에 해당하고, 위법·유책하고 공소제기의 가능성이 있는 행위만을 포함한다.

② 경찰관직무집행법이 규정하는 범죄수사를 위한 권한

경찰관직무집행법은 제2조 제1호에서 “범죄의 예방·진압 및 수사”에 대해 규정하고 있다. 그리고 제3조(불심검문) 제1항에서 “경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행

65) 이재상, 형사소송법, 184면.

하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사정을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다”고 규정하고 있다.

또한 무기의 사용에 대해서도 그 목적의 하나로 범인의 체포를 들 수 있기 때문에 어떠한 범죄수사를 위해 행해지는 것으로 볼 수 있다. 또한 보호조치, 범죄의 예방과 제지 및 위험방지를 위한 출입 등에 대해서는 범죄수사를 위해 인정된 것으로 이해해서는 안되기 때문에, 이러한 권한을 범죄수사를 위해 사용하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 다만, 권한을 법정요건하에서 본래의 목적을 위해 행사할 때에 지득한 정보에 기초하여 범죄수사활동을 행하는 것은 금지되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

(2) 경비·요인경호 및 대간첩작전수행

1) 경비

경비는 인명과 재산을 인위적·자연적 위해로부터 보호하기 위하여 특정한 지역, 국가시설 및 중요시설을 경계·순찰·경비하는 것을 말한다.

2) 요인경호

요인경호는 국가·사회적으로 중요한 직책에 있거나 기밀 등을 알고 있어 보호를 요하는 자에 대한 경계와 보호를 말한다. 경호는 경찰상 즉 시각제의 성격을 띠고 있다는 견해⁶⁶⁾도 있으나, 단순한 사실작용으로 보는 견해⁶⁷⁾가 타당하다.

3) 대간첩작전수행

대간첩작전수행은 적국을 위하여 국가기밀을 탐지·수집하는 간첩활동의 방지·억제와 간첩활동을 하는 자의 체포 및 항거의 억제 등의 일련의 활동을 의미한다.

대간첩작전수행을 일반적 경찰작용법에 명시한 것은 분단국가인 우리나라의 법현실에 맞도록 경찰직무를 확장한 것으로 볼 수 있다. 그러나 역할

66) 이수일, 신경찰관직무집행법, 28면.

67) 장영민·박기석, 전계보고서, 56면.

에 있어서는 군에 대한 보조적 성격이 강한 것으로 보는 것이 타당하다.

(3) 치안정보의 수집·작성 및 배포

치안정보의 수집·작성 및 배포는 치안에 관한 정보활동을 말한다. 치안정보로 명시되어 있으므로 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위한 정보에 한정된다고 보는 것이 타당하다.

(4) 교통의 단속과 위해의 방지

교통의 단속은 도로에 있어서의 위험방지, 교통에 관한 안전과 원활함을 유지하기 위한 작용으로 도로에서의 차량, 보행자 등 교통의 규제, 운전면허에 관한 사무, 교통법령위반의 방지 및 수사 등이 이것에 해당한다. 이에 관한 중요법률로는 도로교통법과 교통사고처리특례법이 있다. 위해의 방지는 여기서는 구체적으로 교통상의 위해의 방지에 국한된다.

(5) 기타 공공의 안녕과 질서의 유지

1) 공공의 안녕

공공의 안녕은 개인의 생명·건강·명예·자유 및 재산 그리고 국가 및 지방자치단체와 그 시설의 존립 및 운영을 온전하게 하는 것을 말한다. 요컨대, 공공의 안녕의 구성요소는 개인적 법익과 집합적 법익이다. 환경재의 보호, 도로교통의 안전과 원활, 식료품의 유통에 있어서의 소비자의 보호, 과학기술시설의 위험에 대한 보호 등은 공공의 안녕의 주요한 문제이다. 그것은 헌법, 법률 및 조례 등의 준수 내지 적정한 집행에 의해 확보된다. 공공의 안녕의 보호는 법적으로 보호된 이익에 대한 위법한 침해에 대하여 행해진다.

2) 공공의 질서유지

공공의 질서란 불문의 질서관념의 전체이고, 그 준수가 다수자의 의사에 의해 사회공동생활의 불가결한 전제라고 생각되는 것을 말한다. 전통적인 공공의 질서라는 관념은 법규범으로서의 성질을 가지지 않음에도

불구하고 그때 그때의 사회통념 내지 압도적 다수자의 가치관을 경찰권에 의해 실현할 수 있다는 이론구성을 가능하게 하고 또한 사회생활의 법적 질서가 완전하지 않았던 시대에 법질서를 보완하는 역할을 가졌다는 점에서 문제가 있다.

3) 소결

이상에서 열거한 (1)에서 (4)까지의 직무내용들은 예시적 항목으로서 모두 “공공의 안녕과 질서유지”에 포함되는 것이라 할 수 있다. 경찰작용은 그 목적이나 영역에 있어 일의적으로 규정할 수 없는 다양한 형태를 띠게 되므로 이를 포괄할 수 있는 규정을 요하게 된다. 이러한 규정을 이른바 개괄적 수권조항(Generalklausel)(일반적 수권조항, 일반조항, 개괄조항)이라고 한다.

개괄적 수권조항의 문제와 관련하여서는 경찰작용의 엄격한 범위를 설정하지 못함으로써 발생하는 권한남용의 위험성을 감안하여 이러한 규정을 둘 것인가에 관한 견해의 대립과 경찰작용법과 관련하여 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 개괄적 수권조항에 해당하는 것으로 볼 것인가에 관한 견해의 대립이 있다. 이에 대해서는 항을 바꾸어 “제3절 경찰권 발동의 근거”라는 이름으로 살펴보기로 한다.

제3절 경찰권 발동의 근거

1. 독일경찰법상의 개괄적 수권조항

경찰상의 개괄적 수권조항의 고전적인 형태는 프러시아 일반주법 제10조 제2항 및 프러시아 경찰법 제31조에서 찾아볼 수 있다. 동조항이 규정된 지 100년 후 프러시아 고등행정법원은 크로이쯔베르크(Kreuzberg)판결에서 동조항에서 경찰권행사에 대한 수권조항을 도출하였다. 일반적 직무규정으로부터 수권조항의 추론이라는 과감한 해석을 통하여 고등행정법원은 당시의 경찰행정청에게 이른바 개괄적 수권조항이라고 불리우는 포괄적인 수권조항을 마련하여 주었다. 판례는 직무와 직무를 실현시키

기 위한 수단 사이에 항상 일정한 관계가 존재하는 것으로 간주하였으며, 그 수단이 직무수행을 위하여 필요한 것인지, 또는 긴급성을 요구하는 것인지, 목적에 비교하여 볼 때에 상당한 것인지를 검토하여 법치주의적 관점에서 수단의 제한을 시도하였다. 당시의 개괄적 수권조항은 성문의 수권규정의 결여에서 기인된 판례법적 성격을 갖고 있다고 볼 수 있으며, 따라서 응급처방의 성격을 면하기가 어려웠다. 고등행정법원의 판례에 의하여 발전된 개괄적 수권조항은 1931년의 프로이센 경찰행정법 제14조 제1항에 성문화되었다.⁶⁸⁾ 동조는 다음과 같이 규정하고 있다. “경찰행정청은 실정법의 범위 내에서 공공의 안녕 혹은 질서를 위협하는 공중 혹은 개인에 대한 위협을 방지하기 위하여 필요한 조치를 의무적합적 재량에 따라 취하여야 한다”.

독일의 모범초안이나 모범초안개정시안 및 각 주의 경찰법은 개괄적 수권조항을 명시적으로 규정하고 이를 통하여 경찰직무의 적절하고 효율적인 수행을 가능케 하는 동시에 그 요건과 한계를 명확히 함으로써 경찰권의 남용을 방지하고 있다.

모범초안 제8조(일반적 권한)는 제1항에서 “경찰은 제9조 내지 제24조가 경찰의 권한을 특별히 규율하지 않는 한, 구체적인 경우에 존재하는 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “다른 법률에 의하여 경찰에게 부여된 직무의 수행을 위하여(제1조 제4항) 경찰은 그 곳에 규정된 권한을 갖는다. 그러한 법규가 경찰의 권한을 규율하지 않는 한, 경찰은 이 법률에 따라 그에게 귀속되는 권한을 갖는다”고 규정하고 있다.

그리고 1986년의 모범초안개정시안 제8조(일반적 권한)는 제1항에서 “제8조의 a 내지 제24조에서 경찰의 직무권한으로 특별히 규정하지 않는 한, 경찰은 공공의 안녕과 질서에 대한 개별적 경우에 존재하는 위협을 방지하기 위하여 필요한 조치를 행할 수 있다”고 규정하면서, 제2항에서는 “경찰은 다른 법령이 부여한(제1조 제4항) 임무를 수행하기 위하여 그 법령이 규정한 권한을 행사한다. 그러한 법령이 경찰의 권한을 규정하지 아니

68) 정하중, 전계논문, 11면.

한 경우에는 이 법에 의하여 귀속되는 권한을 행사한다”고 규정하고 있다.

독일에서는 2차 대전 이후에 개괄적 수권조항이 헌법상의 법치국가원리에 합치될 수 있는 것인가에 대해 논란이 있었으나, 다수 학설과 판례는 개괄적 수권조항의 합헌성을 인정하고 있다.⁶⁹⁾

2. 우리나라 경찰관직무집행법 제2조 제5호의 개괄적 수권조항 여부

경찰권은 입법기관인 국회가 제정한 법률에 근거해서만 발동될 수 있다. 다만, 예외적으로 지방자치단체의 조례 또는 법률의 위임을 받거나 법률을 집행하기 위한 명령(위임명령 또는 집행명령)을 근거로 하는 것도 인정되고 있다.

특별한 법률의 수권규정으로서의 이른바 직무규범만으로는 근거규범일 수 없고 직무규범 외에 구체적인 수권규범이 있어야 한다.⁷⁰⁾ 수권규범은 경찰의 침해의 요건 및 침해조치를 규정하고 또한 침해에 관한 재량을 한정한다.

경찰이 경찰권을 발동하기 위해서는 직무규범 외에 별도의 수권규범이 필요하다는 입장에 서는 경우에도 경찰권의 근거와 관련하여 현행 경찰관직무집행법에서 개별적 수권조항 외에 개괄적 수권조항의 존재를 인정할 수 있는지가 다투어지고 있다. 보다 근본적인 문제로서 개괄적 수권조항의 위헌성 여부도 검토할 필요가 있다.

(1) 현행법상 개괄적 수권조항의 존부여부

경찰관직무집행법 제2조 제5호가 그 해석상 경찰권 행사의 개괄적 수권조항인가를 둘러싸고 부정설, 전면적·일반적 수권조항인정설, 부분적·일반적 수권조항인정설, 유추적용설 등의 학설 대립이 있다.⁷¹⁾

69) 장영민·박기석, 전계보고서, 59면 각주 16) 참조.

70) 宮田三郎, 行政法總論, 108면.

71) 학설분류는 박균성, 전계서, 400~402면에 따른 것이다.

1) 부정설

현재 부정설이 다수설의 입장이라고 할 수 있는데, 경찰권이 가지는 침해적·권력적 성격상 그 근거는 개별규정에 의하여야 하고, 개괄적 수권조항과 같은 방식에 의한 수권은 법치국가원리, 특히 명확성 원칙에 반하기 때문에 허용될 수 없다는 입장이다. 즉, 우리 헌법상의 법률유보의 원칙은 수권이란 작용법상의 개별적 수권을 말한다고 한다. 또한 개괄적 수권조항을 인정하게 되면 경찰권의 행사에 관하여 백지의 포괄적 재량권(백지위임)을 부여하는 것이 되어 경찰권의 남용으로 국민의 기본권이 침해될 우려가 크다고 주장한다.⁷²⁾ 따라서 경찰관직무집행법 제2조 제5호는 직무규범에 불과하고, 수권규범이 아니라고 본다.

특히 경찰재량권의 통제에 관한 법이론 및 판례가 정립되지 못한 현재로서 개괄적 수권조항을 인정하는 것은 법치행정의 원칙의 실질적 목적이 되는 국민의 기본권의 보장이 위태롭게 될 수 있기 때문에 이러한 상황에서 우리나라에서 개괄적 수권조항을 인정하는 것은 타당하지 않다고 한다.⁷³⁾ 즉, 개괄적 수권조항이 법률유보의 원칙에 반드시 위배되는 것은 아니지만, 현재로서는 시기상조인 바, 그것은 법규정의 미비, 재량권 행사의 이론·판례의 미정립 등으로 인해 그 남용의 위험성이 줄어들어 후에 이 조항을 두어야 한다는 입장도 있다.⁷⁴⁾

또한 현행 경찰관직무집행법상의 개별적 수권조항들은 경찰상의 위험에 해당하는 경우를 포괄하고 있고, 특히 제5조 제1항은 다른 규정에서 규정하고 있지 않은 공백상태를 상당부분 규율하고 있어서 실무상 개괄조항의 필요성이 그리 큰 것은 아니라고 본다.⁷⁵⁾

2) 전면적·일반적 수권조항인정설

이 견해는 개괄적 수권조항의 필요성과 허용성을 인정하고 나아가 경찰관직무집행법 제2조가 규정하고 있는 경찰의 직무에 관한 규정 중에서

72) 박윤훈, 전계서, 322~323면.

73) 박균성, 전계서, 402면.

74) 박균성, 상계서, 399면.

75) 김동희, 행정법Ⅱ, 190면.

“공공의 안녕과 질서유지에 관한 조항”(제5호)을 수권규범으로 파악함으로써 이를 현행법상 개괄적 수권조항으로 보아 개별적인 근거규정이 없을 때에는 이 조항에 근거하여 경찰권을 발동할 수 있다고 보고 있다.⁷⁶⁾ 즉, 개괄적 수권조항이 입법되기 전까지는 직무규정 속에 포함되어 있는 제2조 제5호를 수권규범으로서의 개괄적 수권조항으로 인정하여 경찰권의 발동을 가능하게 하여야 한다고 보는 견해이다.⁷⁷⁾

경찰관직무집행법 제2조 제5호는 독일에서의 직무규정과 권한규정이 통합된 것이고 제3조 이하에서 독일의 이른바 표준적 조치와 마찬가지로 개괄적 직무·수권규정을 구체화한 것으로 충분히 볼 수 있다고 본다. 행정의 권한은 곧 국민에 대한 봉사 의무를 의미하기 때문에 국민생활에 있어 구체적인 위험이 발생한 경우에도 경찰관이 개별적 법률규정이 없다는 이유로 경찰권 발동을 거부할 수 있다면 이는 국민에 대한 봉사자(헌법 제7조 제1항)로서의 책임을 회피하는 것이 되므로 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 헌법합치적 해석에 의해 개괄적 직무·수권규정으로 파악할 수 있다고 한다.⁷⁸⁾

이 견해에 따르면 사회의 발전과 기술의 진보라는 관점에서 개괄적 수권조항의 필요성이 인정되고 개괄적 수권조항에 의하여 경찰권의 발동을 근거짓는다고 하더라도 그것은 법치주의원칙에 반하지 아니하므로 개괄적 수권조항은 허용된다고 본다.

76) 김남진, 행정법Ⅱ, 201면 ; 관할구역의 주민이 허가없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 청원경찰이 단속한 사건을 다룬 대판 85 도 2448이 경찰관직무집행법 제2조 제5항을 개괄적 수권조항으로 인정하였다고 주장하는 견해도 있으나(김남진, 전게서, 255면), 판례는 단순히 위법건축물의 단속이 청원경찰의 직무범위에 속한다는 것을 판시하였을 뿐 단속조치가 구체적으로 어떤 수권규정에 근거하고 있는지는 밝히지 않고 있다. 정하중, 경찰법상의 책임, 140면. 각주 73) 참조.

77) 유지태, 행정법신론, 759면.

78) 박정훈·정초신, 전게보고서, 24면. 이들은 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 개괄적 수권조항으로 파악해야 할 필요가 있지만, 이를 부정한다면 동법 제5조 제1항이 - 완벽한 것은 아니지만 - 제2의 개괄적 수권조항의 역할을 할 수 있다고 주장하면서(상게보고서, 28면 참조), 동법 제6조를 제3의 개괄적 수권조항으로 이해하고 있다(30면 참조).

3) 부분적·일반적 수권조항인정설

이 견해는 개괄적 수권조항의 필요성과 허용성을 인정하면서도 경찰관직무집행법의 규정(제2조 제5호)을 수권규범이 아닌 단순한 직무규범으로 파악하고 입법에 의해 개괄적 수권조항을 도입할 필요가 있다고 한다.⁷⁹⁾

4) 유추적용설

이 견해는 개괄적 수권조항을 경찰관직무집행법 제2조 제5호와 제5조 제1항 제3호의 유추해석에 의해 인정하는 견해이다. 제5조 제1항 제3호는 개인적 범익에 대한 개괄적 수권조항으로 이해하면서 공동체적 범익·법질서전체·공공의 질서에 대한 위협방지에 대하여는 개괄적 수권조항이 결여되어 있는데, 이는 법의 흠결이며 이를 입법자가 알았다라면 방지하지 않았을 것이라고 보고 경찰관직무집행법 제2조 제5호와 제5조 제1항 제3호의 유추해석에 의하여 개괄적 수권조항을 인정할 수 있다고 한다.⁸⁰⁾

5) 소 결

개괄적 수권조항에 대해서는 법규의 내용이 보통 경찰임무를 통한 불확정개념을 사용하고 있는 결과 경찰권이 남용될 소지를 안고 있다는 비판이 제기된다. 그러나 경찰의 임무가 위해방지에 있는 한, 그 위해를 사전에 예측하여 그에 대비한 경찰조치를 상세히 규정한다는 것은 입법기술상 불가능하다는 현실적인 이유와 반면 법리적으로도 개괄적 수권조항은 어디까지나 2차적·보충적 수권규정이며 동 조항에 입각하여 경찰권을 발동하는 경우에 적용될 법리가 충분히 발달되어 이를 통한 사법적 통제(헌법소원, 행정쟁송, 손해배상청구권)가 가능하다는 법리적인 이유로 개괄적 수권조항으로 인한 경찰권남용의 우려는 그다지 크지 않다고 보는 것이 타당하다.⁸¹⁾ 다만, 개괄적 수권조항을 두는 경우에도 경찰권의 무제한

79) 홍정선, 행정법원론(하), 286~288면.

80) 이기우, 경찰작용법의 체계, 98면.

81) 신보성, 경찰권의 근거와 한계, 173면.

의 발동의 근거는 될 수 없으며, 비례원칙 등에 의한 경찰권 발동의 한계에 관한 규율이 수반되어야 한다.⁸²⁾

생각건대, 개괄적 수권조항의 필요성을 인정하는 것과 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 직무규범 외에 수권규범의 성격도 갖는 개괄적 수권조항으로 보는 것이 논리필연의 관계에 있는 것은 아니다.

개괄적 수권조항의 필요성을 인정한다고 하여 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 수권규범의 성격도 갖는 것으로 보아 그것에만 근거한 경찰권의 발동을 긍정하는 것은 이론상 무리가 있다는 지적⁸³⁾이 있는데 타당하다고 본다. 왜냐하면 그렇게 해석하는 것은 직무규범 외에 별도의 수권규범의 존재를 요구하는 법치행정의 원리와 상충되기 때문이다.

(2) 개괄적 수권조항에 의한 경찰권발동의 요건

- 1) 공공의 안녕 또는 질서에 위해 또는 장애가 존재하여 이를 예방하거나 제거할 필요가 있을 것

(가) 공공의 안녕

우리나라에서는 대체로 공공의 안녕(öffentliche Sicherheit)을 개인의 생명·건강·자유 및 재산의 안전과 국가와 그 기관의 온전성으로 정의하나, 독일의 판례·통설은 국가·국가기관·사회공동체의 존속과 기능보장 및 안전 등 국가적·사회적 법익과 그리고 개인의 생명·신체·자유· 명예·재산 등 개인적 법익에 대하여 어떠한 손해(Schaden)도 없는 상태를 말한다.⁸⁴⁾ 여기서 우리는 공공의 안녕개념은 개인의 법익 뿐만아니라 공동체의 법익도 경찰상 보호의 대상이 되는 것으로 이해할 수 있다.

① 개인적 법익의 보호

개인의 생명·건강·자유 및 재산 등 개인적 법익도 경찰상 보호의 대상이 된다. 그러나 이에는 다음과 같은 제한이 존재한다.

82) 홍준형 외, 전계보고서, 64면.

83) 박상희·서정범, 전계보고서, 31면.

84) Volkmar Götz, Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht, S. 52~58.

첫째, 개인의 법익이 타인에 의해 침해된 경우에 법원에 의해 구제될 수 없거나 법원에 의한 구제가 현저히 곤란한 경우에 한하여 보충적으로 경찰에 의한 보호의 대상이 된다. 또한 경찰권에 의한 개인의 권익의 보호는 잠정적인 것이어야 한다. 이를 경찰권 행사의 보충성의 원칙이라 한다.

둘째, 개인적 법익의 보호가 공익을 위하여 필요한 경우이어야 한다. 경찰권은 순수하게 사익의 보호만을 위하여는 행사될 수 없다. 예를 들면, 낭비벽이 있는 알콜중독자의 경우 그 가족이나 알콜중독자의 재산을 보호하기 위하여는 경찰권이 행사될 수 없으나, 알콜중독자가 판단력을 상실하고 알콜중독자 자신의 생명 또는 신체에 큰 위해가 발생한 경우에는 일시적으로 보호조치를 취할 수 있다. 이 경우에도 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호의 요건에 해당하는 경우에는 개괄적 수권조항의 보충성의 원칙에 비추어 당해 개별조항에 의한 경찰권이 발동되어야 하며, 개괄적 수권조항에 의한 경찰권의 발동은 인정되지 않는다.⁸⁵⁾

② 공동체 법익의 보호

경찰권은 국가와 그 기관의 온전성을 보호하기 위하여 행사될 수 있다. 보호의 대상이 되는 기관에는 의회, 정부, 법원, 국가의 행정청, 지방자치단체 및 공공시설(영조물)이 포함된다.

공동체 법질서(객관적 법질서)의 보호도 경찰권의 대상이 될 수 있다. 즉 공법규정의 위반은 공공의 안녕에 대한 위해가 된다고 본다. 따라서 공법규정에 의한 명령이나 금지규범들 중 그 의무위반시에 그 의무이행을 강제하기 위하여 행정행위를 발할 수 있는 권한이 개별법에 의해 수권되어 있지 않은 경우에 경찰권은 경찰법상의 일반조항에 근거하여 집행력있는 행정행위의 수단에 의하여 법률상의 의무이행을 강제할 수 있다. 또한 개괄적 수권조항은 범죄행위의 예방과 억제를 위한 경찰권 발동의 근거가 될 수 있다.⁸⁶⁾

85) 박균성, 전계서, 403면.

86) 유지태, 전계서, 750면.

(나) 공공의 질서

공공의 질서(öffentliche Ordnung)란 불문의 질서관념의 전체이고, 그 준수가 다수자의 의사에 의해 사회공동생활의 불가결한 전제라고 생각되는 것을 말한다. 이에 대해 독일의 판례·통설은 통상적인 사회·윤리개념상 그 준수가 사회에서의 공동생활을 위하여 불가결한 것으로 인정하는 불문규범의 총체를 의미하는 것으로 이해하고 있다.⁸⁷⁾

공공의 질서를 구성하는 규율은 시간적, 공간적으로 상당한 변화를 겪게 마련이다. 특히 다원적 국가에 있어서 지배적인 사회관과 윤리관은 관련된 가치관의 다양성을 고려할 때 필연적으로 사라지게 된다.⁸⁸⁾

다만, 도덕적·윤리적 질서는 경찰의 목적인 공공질서의 유지와 관계 있는 한에서만 경찰권 발동의 대상이 된다. 그런데 공공의 질서는 윤리적·가치적 개념으로서 현대사회에 있어서 가치의 다원성에 비추어 남용의 우려가 있을 뿐만아니라 그에 해당하는 규범들이 현재는 실정법규에 의해 구체화되어 있으므로, 경찰권 발동의 수권조항으로서 적절하지 못하다는 견해도 없지 않다.

동성애, 이성간의 동거, 스트리킹 등 도덕적 무질서는 ‘지배적인 다수의 국민의 윤리관·가치관’에 비추어 공공의 질서에 대한 위해가 된다고 여겨지는 경우에 한하여 경찰권 발동의 대상이 될 수 있으므로 상당수의 소수가 다른 가치관을 가지고 있다면 공공의 질서에 침해가 된다고 보는 견해가 있으며,⁸⁹⁾ 성년자의 동성애, 이성간의 동거는 공공의 질서에 반하는 것으로 보기 어렵지만, 미성년자의 동성애, 스트리킹은 공공의 질서에 반하는 것으로 분리하여 이 문제를 인식하는 견해도 있다.⁹⁰⁾

(다) 위해 또는 장애의 존재

공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위해는 공공의 안녕이나 공공의 질서를 침해할 위험성을 말한다. 그런데 경찰권의 발동요건이 되는 공공

87) Volkmar Götz, a.a.O., S. 52~58.

88) Schenke, a.a.O., S. 26.

89) 박상희·서경범, 전계보고서, 39면.

90) 박균성, 전계서, 404면.

의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위해는 구체적인 위해(konkrete Gefahr)이어야 한다. 구체적 위해란 구체적인 경우에 있어서 실제로 혹은 일반적으로 사전적 관점에서 경찰공무원의 합리적 판단에 따를 때 가까운 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상태를 의미한다. 이 경우 손해란 외부적 영향 혹은 공공의 질서의 개념에 속하는 불문의 사회규범에의 위반에 의한 현존하는 법익의 객관적 감소를 의미한다.⁹¹⁾

그런 의미에서 오상위험(Schein- oder Putativgefahr)⁹²⁾이나 잠재적 위험(latente Gefahr)⁹³⁾에 있어서는 경찰권이 발동될 수 없고, 외관상 위험(Anscheingefahr)⁹⁴⁾에 있어서는 경찰권의 개입이 가능하다.⁹⁵⁾

그리고 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 장애란 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위험이 실현되어 손해가 이미 발생하여 계속되고 있는 상태를 말한다. 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 장애에 대한 경찰권 발동도 이미 발생한 손해를 제거하는 것을 내용으로 하지만 실질적으로는 예방적인 성격을 갖는다고 할 수 있다.

(라) 위해나 장애를 예방하거나 제거할 필요

공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위해 및 장애라는 불확정개념은 원칙상 법개념이며 경찰권 발동기관에게 판단여지가 인정되지 않는다. 그러나 위해나 장애를 예방하거나 제거할 필요의 판단에는 경찰권 발동기관에게 판단여지 내지 재량권이 인정된다고 보아야 한다. 경찰재량은 통상 위해나 장애를 예방하거나 제거할 필요, 즉 경찰권발동의 필요성 여부의 결정에 의한다.⁹⁶⁾

91) Schenke, a.a.O., S. 29.

92) 오상위험이란 경찰공무원이 어떤 상황을 주관적으로 위험하다고 판단하였으나, 그 상황판단이 잘못되었거나 장래의 예측에 하자가 있어 그런 판단에 상응하는 객관적인 위험은 실제로 존재하지 않는 경우를 말한다.

93) 잠재적 위험은 처음에는 구체적인 위험이 존재하지 않고 장래의 외부적 사정이 부가됨으로써 비로소 경찰상의 보호이익에 대한 구체적인 위험이 발생하는 경우를 말한다.

94) 외관상 위험이란 행정청이 개입하는 시점에서의 합리적인 판단에 의할 때 위험을 인정할 객관적인 근거는 존재하지만, 사후에 위험이 실제로는 존재하지 않았다는 것이 밝혀질 경우를 말한다.

95) 박균성, 전계서, 405면 ; 박상희·서정범, 전계보고서, 46~48면.

96) 박균성, 전계서, 405면.

2) 개별조항에 의한 수권의 불비(보충성의 원칙)

공공의 안녕이나 공공의 질서에 위해 또는 장애가 존재하여 이를 예방하거나 제거할 필요가 있는 경우에도 이에 관하여 개별조항에 의해 경찰권발동의 근거가 규정되어 있는 경우에는 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권 발동이 인정될 수 없다.

3. 개별적 수권조항

경찰권 발동의 근거로는 개괄적 수권조항 이외에 개별적인 경우에 구체적인 경찰조치를 취할 수 있는 권한을 수여하는 개별적 수권조항이 있다.

경찰직무집행법 및 여러 개별법에서 경찰권 발동에 대한 개별적인 수권규정(Spezialermächtigung)을 두고 있다. 경찰관직무집행법상 개별적 수권조항으로는 제3조(불심검문), 제4조(보호조치 등), 제5조(위험발생의 방지조치), 제6조(범죄의 예방과 제지조치), 제7조(위험방지를 위한 출입) 제8조(사실의 확인) 등이 있다.

우리나라의 경찰관직무집행법은 독일 모범초안에 비해 개별적 수권에 있어서도 경찰의 직무로 규정된 위험방지를 위하여 필요한 처분의 요건과 한계를 충분히 규율하지 못하고 있다는 비판을 받고 있다. 경찰처분에 대한 특별수권의 확대는 일면으로는 특정분야에 대한 경찰권한을 확대하는 효과를 가져오지만, 이를 엄격한 요건하에서 인정하게 되면 오히려 한편으로는 경찰권의 남용으로부터 국민의 자유와 권리를 보호하는 긍정적인 효과를 가져올 수 있다는 점에서 이에 대한 구체적인 보완이 요구된다.⁹⁷⁾

4. 개괄적 수권조항과 개별적 수권조항의 관계

경찰법의 영역에서 개괄적 수권조항, 경찰법상의 개별적 수권조항 및 경찰관계법 이외의 법률상의 개별적 수권조항이 경찰권 발동의 법적 근거가 될 수 있는 바, 이들이 경합하는 경우에는 언제나 개별적 수권조항이 개괄적 수권조항에 우선하여 적용된다.

97) 홍준형 외, 전계보고서, 26면.

개별적 수권조항은 그의 중극적 성격 때문에 구체적인 경우 그의 구성요건이 충족되지 않은 경우에 있어서조차 개괄적 수권조항에 근거하는 것을 배척한다(따라서 예컨대, 위해방지를 위한 경찰의 가택수색은 경찰법에 특별법적으로 규율되어 있는 요건이 존재할 때에만 허용된다).

물론 이 경우에 있어서도 그것이 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위해방지에 기여한다는 것이 개별적 수권조항에 근거한 경찰작용의 전제조건이 된다.⁹⁸⁾ 따라서 경찰법상의 개괄적 수권조항은 개별적 수권조항이 존재하지 않을 때, 그 한도에서만 적용되는데 이를 개괄적 수권조항의 보충성이라고 할 수 있다.⁹⁹⁾

개별적인 경찰상 위험을 제거하기 위한 특별법을 제정하려는 경향이 두드러지고 있음에도 불구하고 기술의 진보에 따라 끊임없이 나타나는 입법자가 예측할 수 없는 위험 및 사회사정이나 가치관의 변화를 고려할 때 경찰상의 개괄적 수권조항이란 도구를 완전히 포기할 수는 없다. 개괄적 수권조항에 대해 끊임없이 - 특히 법치국가원리에 따른 명확성의 원칙이란 관점에서 - 제기되는 헌법적 의문(verfassungsrechtliche Bedenken)은 적절하지 못하다고 생각한다. 개괄적 수권조항은 오늘날 학설과 판례(특히 독일의 경우)에 의하여 그 내용이 상세히 설명되어 그 속에 담겨있는 수권의 내용, 목적, 범위가 충분히 명확해졌다고 할 수 있다.

제 4 절 경찰권의 한계

1. 경찰권의 한계론의 형성과 내용

(1) 경찰권의 한계론의 형성

경찰권의 한계론은 경찰권의 정의 및 그 한계의 구체적 내용에 대해서는 반드시 견해가 일치하는 것은 아니나, 어떠한 국민에 대해 명령·강제하는 권력 또는 행정작용으로서의 경찰권이라는 개념을 인정하고 그의 발동에 관한 행정기관의 재량을 통제하여야 한다는 주장으로서 기본적인

98) Schenke, a.a.O., S. 16.

99) 박상희·서정범, 전계보고서, 32면.

인권의 보장 및 법치주의의 원리가 철저하지 않은 시대상황에서는 국민의 권리자유를 확보하는 과정에서 일정한 의의를 가졌다.

그러나 시간이 흐르면서 경찰을 둘러싼 법상황은 크게 변화하였다. 이러한 변화는 경찰권의 한계론에 관해 종래의 경찰권개념을 유지하는 것의 타당성 및 기본적 인권과 법치주의의 보장원리로서의 동이론의 유효성에 의문을 제기하기에 이르렀다. 그러나 경찰권의 한계론의 기본정신은 오늘날에도 여전히 유효하다고 할 수 있다.

(2) 경찰권의 한계

1) 경찰비례의 원칙

(가) 내 용

경찰권행사는 성문의 법규정에 구속될 뿐만아니라 불문법인 행정법의 일반원칙에도 구속된다. 경찰행정분야에서는 행정법의 일반원칙 중 특히 비례의 원칙이 중요하다.

비례의 원칙은 오래전부터 독일경찰법의 영역에서 전개되어 왔다. 그것은 위험방지의 목적을 위한 침해에 가장 중요한 법적 한계이다. 비례의 원칙은 헌법적 효력을 갖는 법의 일반원칙으로서 경찰권의 발동에도 적용된다.

경찰관직무집행법은 제1조 제2항, 제7조 제1항, 제10조의2 제1항 등에서 비례의 원칙을 규정하고 있다. 즉, “이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 안된다”는 제1조 제2항 규정이 그것이다. 이 비례원칙은 실정법률의 규정과 관계없이 경찰권 행사를 구속하는 헌법적 효력을 갖는 법원칙이다.¹⁰⁰⁾

100) 일본에서는 경찰비례의 원칙이 명치헌법하에서는 조리법상의 원칙으로서 인정되고 있었지만, 오늘날에는 헌법 제13조에 근거를 가지는 실정법상의 일반법원칙이며 경찰권에 관해서만 타당한 것이 아니라 모든 권력적 행정작용에 관하여 적용되는 법원칙이라고 할 수 있다. 비례원칙을 구체적으로 규정한 법률의 규정으로서 경찰관 직무집행법 제1조 제2항 “이 법률에서 규정하는 수단은 전항의 목적을 위해 필요한 최소의 한도내에서 사용되어야 하는 것이고, 적어도 그 남용에 걸치는 것과 같은 것이어서는 아니된다” 등 많은 규정이 있다. 宮田三郎, 警察法, 73面.

비례의 원칙은 세 가지의 부분적 원칙으로 구성되어 있다. 즉 수단(=국민의 권리·자유 침해)은 추구하는 목적(=결과)에 대하여 적합적이고 필요하며 비례하는 것이지 않으면 안된다. 즉, 비례의 원칙은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙(최소침해의 원칙) 및 협의의 비례원칙(상당성의 원칙)을 그 내용으로 한다.

적합성의 원칙은 경찰권은 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 예방하고 제거하기 위하여 필요한 경우에 한하여 또한 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 예방하고 제거하기에 적합한 수단을 행사하여야 한다는 것을 의미한다. 적합성(Geeignetheit)이란 선택되는 조치가 목적달성을 위해 유용한(tauglich) 것이지 않으면 안된다는 것을 의미한다. 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 예방하고 제거하기에 적합하지 않은 경찰권 발동은 비례의 원칙위반으로 위법하다.

필요성의 원칙(최소침해의 원칙)은 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 예방하고 제거하기에 적합한 수단이 여러 가지인 경우에 당사자의 권익을 가장 적게 침해하는 수단을 선택하여야 한다는 것을 의미한다. 필요성(Erforderlichkeit)이란 위험방지라는 목적의 실현을 위해 고려되는 복수의 마찬가지로 적합한 조치들 중 최소한도의 침해의 조치, 상대방에 관하여 배려가 있는 조치를 취하여야만 하는 것을 말한다. 필요성이라는 기준은 경찰작용에 관한 가장 중요한 한계라고 할 수 있다.

그리고 협의의 비례원칙(상당성의 원칙)은 경찰권의 발동으로 인하여 달성되는 공익보다 당사자에게 가해지는 불이익이 큰 경우에는 당해 경찰권의 발동은 비례의 원칙위반으로 위법하다는 것을 의미한다. 이 원칙의 실천적 의의는 크지 않다. 비교형량은 이미 입법권자가 수권규범의 법률요건에서 나타내고 있기 때문이다.

(나) 비 판

경찰비례의 원칙은 체계적으로는 일반행정법상의 비례원칙이 경찰권에 관하여 적용된 구체적인 결과이지만, 이론적으로는 일반행정법이론으로서의 “재량권의 한계”의 이론으로 해소되어 독자적인 존재의의를 상실한 측면도 없지 않다.

그럼에도 불구하고 경찰비례의 원칙이 강조되는 것은 경찰권의 남용을 저지하기 위해 경찰법의 영역에서 비례원칙을 발동하는 경우가 많다는 실제상의 이유가 있기 때문이다.

2) 소극목적의 원칙

경찰은 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 방지하고 제거하는 것을 목적으로 하는 소극적인 행정작용이다. 따라서 경찰기관은 법령에 특별한 규정이 없는 한 이러한 소극적인 경찰목적은 넘어 공공의 복리를 증진시키거나 사회경제질서를 유도할 목적으로 경찰권을 행사할 수 없다. 소극적인 경찰목적은 넘는 경찰권의 행사는 권한남용금지의 원칙위반으로 위법하다.

경찰소극목적의 원칙은 경찰을 소극적인 재해방지나 치안의 유지에 한정하려고 하는 것이지만, 오늘날 경찰작용의 범위는 실정법, 따라서 개별의 법률의 해석에 의해 정해진다고 할 수 있다.

3) 경찰공공의 원칙

(가) 내 용

경찰은 공공의 안녕과 질서의 유지를 목적으로 하는 작용이다. 따라서 개인의 활동에 대하여는 원칙상 개입할 수 없고, 예외적으로 그 개인의 활동이 공공의 안녕과 질서에 위해를 가하는 경우에 한하여 경찰권을 발동할 수 있다. 이를 경찰공공의 원칙이라 한다. 경찰공공의 원칙은 사생활불가침의 원칙, 사주소불간섭의 원칙 및 민사관계불간섭의 원칙을 그 내용으로 한다.

① 사생활불가침의 원칙

사생활불가침의 원칙은 경찰기관은 사회공공의 안녕 및 질서와 관계없는 개인의 생활이나 행동에 간섭하여서는 안된다는 원칙을 말한다. 사회공공의 안녕 및 질서와 관계없음에도 경찰이 사생활에 개입하는 것은 헌법상의 프라이버시권리를 침해하고 권한남용이 되어 위법하다.

사생활의 범위는 사회통념에 따라 구체적으로 결정될 문제이나 보통 일반사회생활과 교섭이 없는 개인의 생활활동을 말한다. 다만, 개인의 사생활이라 하여도 미성년자의 음주·깃연과 같이 그것이 동시에 사회공공의 안녕·질서에 영향을 미치는 경우에는 경찰권 발동의 대상이 된다.¹⁰¹⁾

② 사주소불간섭의 원칙

사주소불간섭의 원칙은 경찰기관은 사회공공의 안녕 및 질서와 관계없이 개인의 사주소를 침해해서는 안된다는 원칙을 말한다. 사주소란 일반사회와 직접적인 접촉이 없는 주거를 말하며, 개인의 주거용의 가택 뿐만아니라 회사·사무소·연구실 등도 여기에 포함된다. 그러나 경찰상 공개된 장소, 즉 흥행장·여관·음식점 등과 같이 일반공중이 자유로이 드나들 수 있는 장소는 사주소에 해당하지 않는다고 보아야 한다.

사주소 안의 행동은 사회공공의 질서에 직접 영향을 미치지 않으므로 경찰권은 원칙적으로 그에 관여할 수 없으며, 공공장소에서는 금지된 행위(예컨대, 나체생활)일지라도 사주소 안에서 행하여질 때에는 개인의 자유에 속하는 것이 원칙이다. 다만, 사주소 안의 행위라도 그것이 公道에 불어 있어 외부에서 공공연히 바라볼 수 있는 장소에서의 행위나 인근에 불편을 주는 과도한 소음의 발생행위는 경찰권 발동의 대상이 된다.¹⁰²⁾

그리고 사회공공의 안녕 및 질서와 관계없음에도 경찰이 사주소에 들어가는 것은 헌법상의 프라이버시권리 및 주거의 자유를 침해하고, 권한남용이 되어 위법하다.

③ 민사관계불간섭의 원칙

민사관계불간섭의 원칙은 경찰기관은 사회공공의 안녕 및 질서와 관계없이 민사관계에 개입해서는 안된다는 원칙을 말한다. 개인의 재산권의 행사·친족권의 행사·민사상의 계약 등은 개인 사이의 사적 관계에 그치고, 그 권리의 침해나 불이행에 대하여는 사법권에 의하여 보호되므로 경찰권이 관여할 사항은 아니다. 다만, 이러한 민사상의 법률관계라도 그

101) 김동희, 전제서 192면.

102) 김동희, 상계서, 193면.

것이 개인적 이해에 그치지 않고 사회공공의 질서에 영향을 미치는 경우에는 그 범위 안에서 경찰권 발동의 대상이 된다. 암표 매매행위의 단속(경범죄처벌법 제1조의 47)이나 미성년자에 대한 술·담배의 판매제한(청소년보호법 제26조) 등이 그 예이다.

그리고 사회공공의 안녕 및 질서와 관계없음에도 경찰이 민사문제에 개입하는 것은 헌법상의 사경제자유 원칙을 침해하고, 권한남용이 되어 위법하다.

(나) 비 판

종래 경찰권의 한계의 하나로서 민사불개입의 원칙이 부당하게 너무 강조되었던 감이 없지 않다. 대도시에 있어서 이른바 요금횡포, 소란, 차내 폭력 및 폭력단의 민사개입 등의 부당한 강압적·폭력적인 행위에 관하여는 경찰은 예방적인 시민의 권리보호와 평화적 내지 규제적인 해결을 바라는 사회적 요청에 대해 적극적으로 대응하지 않으면 안된다.

3) 경찰책임의 원칙

(가) 경찰책임의 의의

경찰권은 사회공공의 안전·질서에 대한 장해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우, 바꾸어 말하면 경찰위반상태(Polizeiwidrigkeit)가 있는 경우에 그러한 상태의 발생에 책임이 있는 자, 즉 경찰책임자에 대해 여만 발동할 수 있다. 이것을 경찰책임의 원칙이라 한다.

그러나 경찰책임자에 대한 경찰권의 발동이 어려운 경우에는 예외적으로 경찰책임이 없는 자(경찰비책임자)에게도 경찰권이 발동될 수 있다. 그러나 비책임자는 자신의 행위에 의하여 위험상황을 야기하지도 않았고 위험상황에 대한 상태책임도 없기 때문에 매우 엄격한 전제조건이 충족된 경우에만 경찰권이 발동되어야 한다(예컨대 소방법 제72조·제77조).

행위책임과 상태책임이 경합하는 경우, 다수의 책임자가 존재하는 경우 등에 대한 규정은 결여되어 있으며 특히 긴급한 상황하에서 비책임자에 대하여 경찰권이 발동하는 경우 등 새로운 위험에 대한 경찰상의 책임 등과 관련한 문제에 대하여는 거의 명문규정이 없는 실정이다.

(나) 경찰책임자

경찰은 각 개인을 사회적 존재로서 파악하여 개인의 주관적·내면적 심정과는 무관하게 자기의 생활범위 안에서 발생한 객관적·외면적 상태를 판단하여 그에 적절하게 대처하는 것을 원칙으로 한다. 그에 따라서 자기의 생활범위 안에서 객관적으로 경찰위반상태가 생긴 경우에는 그 위반상태의 발생에 대한 고의·과실의 존부와는 무관하게, 또한 자연인인가 법인인가를 가리지 않고 그 자는 경찰책임을 지게 된다. 여기서 '자기의 생활범위'란 자기가 지배하는 사람 및 물건의 전체를 말한다. 그에 따라 자신의 행위는 물론이고, 자기의 지배범위에 속하는 타인의 행위 또는 물건의 상태가 경찰위반상태를 구성하는 경우에도 경찰책임을 진다.¹⁰³⁾

(다) 경찰책임의 종류

① 행위책임과 상태책임

이는 경찰책임의 원인을 기준으로 한 구별이다.

㉠ 행위책임

먼저 행위책임(Verhaltensverantwortlichkeit)이란 자기 또는 자기의 보호·감독하에 있는 사람의 행위로 인하여 질서위반의 상태가 발생한 경우에 지는 경찰상의 책임을 말한다. 일반적으로 행위책임은 자신 또는 타인의 행위로 인하여 타인의 생명이나 재산에 위해를 가한 경우에 인정된다.

행위책임은 작위(Handeln)에 의해서 뿐만아니라 관계인에게 위협의 회피에 기여하는 행위를 할 법적 의무(예컨대 공법상의 도로청소의무)가 존재하는 경우에는 부작위(Unterlassen)에 의해서도 발생할 수 있다. 이 경우 통설은 작위의무는 공법규범에만 근거하는 것으로 보고 있으나, 일부 견해는 공법규범 뿐만아니라 사법규범에 근거할 수도 있다고 본다.¹⁰⁴⁾ 실질적인 경찰책임 그 자체는 다툼이 없이 공법적인 것이지만, 그렇다고 하여 그것이 동등한 법익 사이의 이해조절에 기여하는 민법상

103) 김동희, 전게서, 194면.

104) Schenke, a.a.O., S. 115.

의 작위의무의 존재와는 관련될 수 없다고 말할 수는 없기 때문이다.

여기서 행위자의 통찰력이나 과실 여부는 불문하기 때문에 미성년자나 심신박약자에게도 경찰책임이 미친다(예 : 주취자가 도로에 누워 도로교통을 위태롭게 한 경우). 그러나 미성년자가 14세 미만인 경우나, 금치산자나 한정치산자에 있어서는 이들 행위자 이외에 추가적으로 법정대리인이 책임을 진다. 피용자에 대한 사용자의 책임은 피용자의 행위가 사용자에게 의하여 위임된 정상적인 사무집행에 귀속되고 있는가에 달려 있다고 보는 것이 타당하다.¹⁰⁵⁾

행위책임은 행위와 공공질서에의 위해 사이의 인과관계의 결정기준이 문제되는 바, 이에 대하여는 조건설(등가설), 상당인과관계설, 직접원인설 등이 제시되고 있다.¹⁰⁶⁾ 조건설에 따르면 책임의 귀속이 한없이 확대되는 문제점이 있으며, 상당인과관계설에 따르면 귀책사유(고의·과실)가 중요한데, 이러한 주관적 요소는 경찰법에서는 의미가 없다는 문제점이 있으며, 직접원인설은 공공질서에 대한 위험 또는 직접적 원인이 되는 행위를 한 자만이 책임을 진다는 것인데, 타당하다고 본다.

독일의 모범초안 제4조는 “조치는 위험의 원인을 제공한 사람에 대해 취해져야 하며 14세 미만자, 금치산자 또는 일시적 후견상태에 있는 자의 경우에는 조치는 그 사람의 보호의무자에 대하여도 취해질 수 있다. 그리고 일정한 업무를 위임받은 사람이 업무의 수행 중에 위험을 야기한 경우에는 그 업무를 타인에게 위임한 사람에 대하여도 조치를 취할 수 있다”고 규정하고 있다.

㉠ 상태책임

상태책임(Zustandsverantwortlichkeit)은 물건의 소유자 및 물건을 사실상 지배하는 자는 그의 지배범위 안에서 그 물건으로부터 경찰위반의 상태가 발생한 경우 물건의 소유자 또는 사실상 지배자가 지는 책임을 말한다. 여기서 물건은 동산, 부동산을 가리지 않는다. 상태책임은 물건의 위험한 상태가 경찰상 위해를 야기하고 있는 경우에 당해 물건에

105) 정하중, 전계논문(하), 4면.

106) 김동희, 전계서, 194면.

대하여 지배력이 있는 자에게 경찰상 위해를 제거하도록 하는 것이 타당하다는 데 근거한다. 도로교통법 제68조 제1항에 의한 교통장애물의 제거의무가 그 대표적인 예이다.

결정적인 것은 위험을 야기시키는 물건에 대한 사실적인 지배력의 존부 여부이다. 소유자에게는 사실적 지배자인 전세자, 임차인, 보관인에 별도로 추가적인 책임이 뒤따를 뿐이다. 사실상의 지배자가 그의 물건에 대한 지배력을 소유자의 동의없이 또는 의사에 반하여 행사하는 경우에는 소유자의 책임은 탈락한다. 반면 사실상의 지배자가 소유자의 의사에 따라 지배력을 행사하는 경우에는 소유자는 사실상의 지배자와 함께 책임을 부담하여야 한다. 이 경우에 누구에게 경찰권을 행사할 수 있는가는 적합성과 효율성의 원칙에 따라 결정한다.

독일의 모범초안 제5조는 “일정한 물건으로부터 위험이 발생한 경우에는 조치는 사실상의 지배자에 대하여 취해져야 하며, 소유자 또는 기타 권리를 가진 자에게도 조치가 취해질 수 있다. 다만 사실상의 지배자가 소유자 또는 권리자의 의사와 관계없이 지배하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 위험이 무주물로부터 발생한 경우에는 그 물건의 소유권을 포기한 자에게 조치가 취해질 수 있다”고 규정하고 있다. 즉, 사실상의 지배권자(임차인, 보관인 등)의 책임을 소유자의 책임보다 우선적으로 규정하고 있는바, 법적 우선권보다는 위해방지의 효율성의 관점이 이들 규정의 기초가 되고 있다.¹⁰⁷⁾ 즉 소유권관계가 확인되기 어려운 경우에는 경찰행정청은 사실상의 지배권자에게 즉시 경찰권을 발동할 수 있기 때문이다. 한편 독일 모범초안 제5조의 a는 위에서 언급한 책임자에 대한 요구에 의해 조치의 목적이 달성될 수 없는 경우에는 경찰은 스스로 또는 수임자를 통해 조치를 직접 실시할 수 있다. 조치에 앞서 관계자에게는 지체없이 통지하여야 한다. 조치의 직접시행에 의해 경찰에 비용이 발생한 경우에는 행위책임자 또는 상태책임자가 보상의무를 진다. 이 경우에 비용은 행정강제절차에 의해 징수된다고 규정하고 있다.

107) 정하중, 경찰법상의 책임, 119면.

② 다수자책임(복합적 책임)

이것은 경찰책임의 특수한 형태로서 단일 경찰위반사실이 다수인의 행위 또는 다수인이 지배하는 물건의 상태에 기인하거나, 행위책임과 상태책임이 경합되는 경우¹⁰⁸⁾ 등에 제기된다. 경찰책임자가 다수인 경우에는 경찰상 위해제거의 효율성과 비례의 원칙을 고려하여 경찰권발동의 대상자를 결정하여야 한다. 일차적으로는 경찰상 위해제거의 효율성을 고려하여야 하고 2차적으로는 경찰상 위해에 보다 중요한 원인을 제공한 자에게 우선적으로 경찰권이 행사되어야 한다.

행위책임과 상태책임이 경합하는 경우(갑이 폐기물을 을의 토지에 방치하는 경우)에는 종래 독일의 판례는 우선적으로 행위책임자에 대하여 경찰권이 발동되어야 하며 이와 다른 결정은 하자있는 재량권행사가 되어 위법하다고 보았다. 그러나 이러한 판례의 태도는 학설에 의하여 일반적으로 비판을 받고 있다. 비록 상태책임자에 우선하여 행위책임자에게 경찰권을 발동하는 것은 결과적으로 볼 때에 정의에 상응하는 경우가 많으나 그렇다고 하여 행정청이 상태책임자를 선택하였다 하여 반드시 재량의 하자가 발생하는 것은 아니기 때문이다. 예를 들어, 행위책임자를 파악하기가 매우 힘들거나 확인된다고 하더라도 위해를 즉시 제거할 수 없다고 판단된다면, 상태책임자에 대하여 경찰권을 발동하여야 한다. 또한 필요한 처분을 하는데 있어서도 사안에 따라 개인적인 이행능력과 여타의 적합성을 고려하여야 한다. 아울러 위험의 긴급성 및 책임자에게 나타날 경제적 부담도 고려하여야 한다. 이에 따라 상태책임의 보충성의 원칙은 항상 엄격하게 적용되는 것은 아니며 이와 다른 결정도 구체적으로 객관적인 타당성이 있다면 가능한 것이다.¹⁰⁹⁾ 그리고 동일인이 복합적인 책임을 지는 경우에는 하나의 책임을 지는 자보다는 복합적 책임을 지는 자가 우선적으로 경찰권 발동의 대상이 되어야 한다.¹¹⁰⁾

108) 유조차의 사고로 기름이 흘러나와 인근토지를 오염시켜 지하수가 오염될 염려가 있는 경우에 기름의 소유자로서 상태책임자인 석유회사와 행위책임자인 운송회사직원인 유조차운전자 중 누구를 경찰책임자로 하여야 하는가의 문제이다.

109) 정하중, 전계논문, 128면.

110) 박균성, 전계서, 430면.

(라) 행정기관의 책임

경찰상의 위해는 국가기관 또는 다른 행정주체의 기관의 행위나 그들이 사용하고 있는 물건에 의하여 야기될 수 있다(예를 들어, 비행장, 사격장 등에서 발생하는 소음 등). 여기서 경찰행정청이 위해방지를 위하여 일반개인과 똑같이 다른 행정기관에 대하여 경찰권을 발동할 수 있는지가 문제가 된다. 구체적인 경우에 이익형량에 따라 행정기관에 의하여 추구되는 공적 임무에 우선성이 부여되기도 하고 행정작용에 의하여 침해되는 개인적 법익이 우선성을 갖는 경우도 있다. 그리고 독일의 지배적인 학설과 판례에 따르면 다른 행정청의 고권적인 작용에 의하여 경찰상의 위해가 발생된 경우에 경찰행정청은 그에 대하여 구속적인 명령을 발하여 그의 관할권을 침해하여서는 안된다.¹¹¹⁾

(마) 다수책임자 사이의 비용부담

다수책임자의 경우에 경찰권발동이 적법한 경우에 경찰책임의 이행에 드는 비용의 부담을 어떻게 할 것인가가 문제된다. 이에 대해서는 긍정설, 부정설과 절충설이 대립되고 있으나,¹¹²⁾ 경찰권의 발동의 문제와 다수책임자 사이의 비용부담의 문제는 별개의 문제로 보는 것이 타당하다. 즉, 경찰권 발동은 경찰상 위해의 효율적인 제거가 주된 기준이 되는데 반하여 다수책임자 사이의 비용부담의 문제는 책임분담의 원리에 따라 결정되는 것이 정의의 원칙에 비추어 타당하다(긍정설의 입장).

(바) 경찰책임의 승계

통설은 경찰책임은 그것이 행위책임이든 상태책임이든 일신전속적인 것으로 보고 있다. 이에 따르면 경찰책임자에 대하여 발해진 행정행위(예컨대, 철거명령)는 실정법상 특별규정이 없는 한 승계인에 대하여는 효과가 없다. 독일연방행정법원은 처분에 의하여 구체화된 경찰의무의 승계가능성을 행정행위의 물적 성격(Dinglichkeit)에서 찾고 있다. 즉, 처분에 의하여 특정한 부동산에 대하여 상태책임이 확정되었다면 경찰처

111) 정하중, 전계논문, 130면.

112) 박균성, 전게서, 431면.

분은 전적으로 부동산에 관련되고 있으며 그로부터 그는 물적 성격을 획득하게 된다. 이러한 처분의 물적 성격은 소유자의 변경에도 불문하고 존속되기 때문에 모든 새로운 소유자에게 그 효력을 미친다.

오늘날 학설과 판례에 따르면 경찰의무의 승계가능성에 있어서 의무의 내용이 결정적인 역할을 한다. 그것이 일신전속적인 성격을 갖고 있어 특정한 개인에 의하여만 이행될 수 있다면 의무의 승계가능성은 부인되는 반면에 의무의 내용이 대체가능한 행위의 이행에 있다면 의무의 승계는 가능하다.¹¹³⁾

(사) 경찰책임의 예외 - 비책임자에 대한 경찰권발동

현재의 중대한 위험을 방지하여야 하는 경우 경찰책임자에 대하여 조치가 취해질 수 없거나 적시에 이루어질 수 없을 경우 또는 효과가 기대될 수 없는 경우, 경찰이 스스로 또는 수입자를 통해서도 위험을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없는 경우, 중대한 위험없이 그리고 보다 중대한 의무의 위반없이 그 사람에게 대해 요구할 수 있을 경우에는 경찰은 경찰책임자 이외의 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다. 이러한 조치는 위험의 방지가 다른 방법으로는 불가능한 경우에만 인정될 수 있다. 이것은 경찰긴급상태(Polizeilicher Notstand)에 의해서 정당화되고 있다. 현재 독일의 각 주의 경찰법은 이에 대하여 예외없이 규율하고 있다. 경찰긴급상태는 위해방지를 위하여 경찰책임자 이외에 제3자에 대하여 경찰권발동을 허용하여 그들의 권리를 침해하는 예외적인 제도이기 때문에 각 주의 경찰법은 이를 매우 제한된 요건하에서 허용하고 있으며 이들 규정은 실무에서 아주 제한적으로 해석되고 있다.

그리고 자신에 의하여 야기되지 않은 위해에 대하여 경찰권발동의 대상이 된 비책임자는 재산상 또는 신체상의 손실을 당한 경우에는 경찰처분이 적법하다고 할지라도 특별한 희생을 입었기 때문에 이에 대하여 보상청구권이 인정된다. 과거의 판례에서는 관습법적인 효력을 가진 희생보상제도 하에서 보상을 하여 왔으나, 프러시아 경찰행정법 제70조에서 보상규정을 둔 이래로 현행 경찰법에서는 예외없는 보상규정을 두고 있다.

113) 정하중, 전계논문, 133면.

2. 경찰권의 한계론의 평가

경찰권의 한계론은 성문법의 불명확성 내지 광범위한 자유재량에 관하여 불문법에 의한 제약을 과하는 것으로서 기능해야 하는 법이론이었지만, 이제 그 역사적 역할을 다하였다는 평가를 받고 있기도 하다.¹¹⁴⁾

주의해야 할 것은 경찰권의 한계론은 오늘날에는 단순한 이론으로의 의미를 잃어버린 것은 아니나, 많은 점에서 실정법의 해석과는 달리 그릇된 결론을 내도록 할런지도 모른다는 점이다. 특히 경찰소극목적의 원칙 및 경찰공공의 원칙(특히, 민사불개입의 원칙)의 이름하에 소비자보호 그 밖의 사회적인 요청에 응하기 위한 경찰의 활동을 부당하게 보는 논의 및 오해가 다소 생기는 것은 경찰이 그 책무를 정확하게 수행해 가는 과정에서 간과해서는 아니되는 문제이다.

제 5 절 즉시강제에 해당하는 조치

1. 소지품(흉기소지)검사

(1) 소지품검사의 의의

소지품검사는 경찰관이 질문에 부수하여 상대방의 협력에 기초함이 없이 소지품의 내용의 제시·개시를 요구하여 소지품을 점검하는 것을 말한다.

우리 경찰관직무집행법은 불심검문시에 흉기의 소지여부에 대한 조사를 규정하고 있으며(제3조 제3항) 흉기를 발견한 때에는 경찰관서에 입시영치를 할 수 있도록 규정하고 있다(제4조 제3항). 여기서의 조사의 성격은 경찰관의 불심검문에 수반하는 부수적 처분으로서의 소지품검사를 의미하는 것으로 수사 자체는 아니고 수사의 전단계적 처분이라고 할 수 있다. 흉기소지 여부를 조사하기 위하여는 상대방의 신체 및 소지품에 대하여 접촉을 하게 되므로 신체의 자유에 대한 제한의 측면이 있다.

검문대상자의 소지품은 판단의 유력한 실마리를 제공하는 까닭에 질문

114) 이를테면, 宮田三郎, 警察法, 74面 각주 6) 참조.

자는 흔히 그것에 관심을 가지고 질문의 화살을 던지기 마련이다. 상대방이 질문에 응하지 아니하는 경우에 그 복장이나 휴대품의 바깥면을 가볍게 만져 그 이상의 유무를 확인하는 것은 경찰관직무집행법 제3조의 정지·질문에 부수하는 행위로서 적법하다고 할 수 있다.¹¹⁵⁾

일본의 최고재판소도 “경찰관직무집행법은 그 제2조 제1항에서 동항 소정의 자를 정지시켜 질문할 수 있다고 규정할 뿐이고 소지품의 검사에 관해서는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 소지품의 검사는 구두에 의한 질문과 밀접히 관련되고 또한 직무질문의 효과를 올림에 있어서 필요성, 유효성이 인정되는 행위이므로 동 조항에 의한 직무질문에 부수하여 이것을 행할 수 있는 경우가 있다고 해석하는 것이 상당하다”라고 판시하였다.¹¹⁶⁾

또 상대방에게 그 내용의 제시를 요구하는 것도 강요적인 언동을 수반하지 않는 한 문제가 되지 않는다. 그러나 제시요구에 따르지 않는 경우에 실력을 행사하여 소지품의 내용을 조사하는 것은 비록 작은 부분이라고 하더라도 원칙적으로 부적법하다고 할 것이다. 또한 신체의 수색에 관하여도 마찬가지이다.

일본의 경우 흉기소지 여부에 대한 조사는 형사소송에 관한 법률에 의해 체포된 자에 한하고 있다. 즉 일본 경찰관직무집행법 제2조 제4항은 “경찰관은 형사소송에 관한 법률에 의해 체포당한 자에 대해서는, 그 신체에 대해 흉기를 소지하고 있는지를 조사할 수가 있다”고 규정하고 있다. 조문상 분명하지는 않으나 질문을 허용하는 것의 논리적 귀결로서 질문받는 자가 소지하는 물품에 대해서도 그 내용을 일정한 경우에 검사하는 것(소지품검사)을 인정하는 규정이다. 우리의 경우와 마찬가지로 주된 소지품검사 대상은 흉기이다. 물론 이 조문은 상대방의 임의의 의사를 전제로 하고, 질문에 대한 답변을 강요하거나 일정한 장소로의 동행을 강요하는 것을 허용하는 것은 아니다. 다만, 질문을 위한 정지, 질문, 동행요구라는 행정행위의 성질로부터 상대방의 의사 및 행동을 일정

115) 강구진, 경찰관직무집행법 제32조, 385면.

116) 最判 소화 53. 6. 20, 刑集 32권 4호, 670면(=米子銀行強盜事件) ; 이 판례에 대하여는 질문과 소지품검사는 별개의 조치로 보아야 하며, 각기 별개의 법적 근거를 요한다는 비판도 제기되고 있다.

한 한도에서 제약하는 것은 논리상 내포되어 있고, 그러한 의미에서 경찰강제적 측면을 가지고 있다는 것은 부정하기 힘들다. 제4항에서는 형사소송법상 체포될 자에 대해서는 그의 신체에 흉기를 소지하고 있는지 여부를 영장없이 강제적으로 검사할 수 있다는 취지를 보충적으로 규정하고 있는 셈이다.¹¹⁷⁾

독일 모범초안 제9조 제2항은 “...관계인이 소지하고 있는 물건에 대해서도 수색을 행할 수 있다”고 규정하고 있으며, 물건의 수색(Durchsuchung von Sachen)은 모범초안 제18조 제1항에 따를 때 동초안 제9조 제2항 제4문의 경우(신원확인을 위하여 구금된 자가 휴대하고 있는 물건의 수색)를 제외하면 모범초안 제17조 제1항에 따라 수색을 받을 자가 휴대하고 있는 경우(제1호), 그 물건 안에 보호조치를 받을 자가 있거나, 사람이 부당하게 구금되어 있거나 타인의 조력이 필요한 상태에 놓여있다는 사실이 인정될 때(제2호) 또는 그 안에 영치될 수 있는 다른 물건이 존재한다는 사실이 인정될 때(제3호)에 허용된다. 그 한도에서 이 규정은 실정법과 광범위하게 일치한다. 모범초안 제18조 제1항 제4호 내지 6호에 따르면 물건의 수색은 전술한 조건하에서 가능하며, 나아가서 일제단속이나 물건의 보호를 위한 경우 혹은 검문소에서의 수색은 명문에 의해 허용된다.¹¹⁸⁾

117) 일본의 경우에 1958년 소지품검사의 법적 근거를 마련하고자 경찰관직무집행법 개정안이 제출되기도 하였다. 그 내용을 보면 다음과 같다.

제2조 제3항 “경찰관은 이상한 거동, 그외 주위의 사정으로부터 합리적으로 판단해서...무엇인가의 범죄를 범하거나 범하려고 하고 있다고 의심함에 충분한 상당한 이유 있는 자가 흉기 그외 타인의 생명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 물건을 소지하고 있는 때에는 일시 보관하기 위해 이것을 제출시킬 수 있고, 또 이것을 소지하고 있다고 의심함에 충분한 상당한 이유가 있다고 인정되는 때에는 그 자가 몸에 부착 또는 휴대하고 있는 소지품을 제시시켜 조사할 수 있다.”

제3조 제2항 “...보호를 받는 자가 흉기 또는 그외 ...의 ...물건을 소지하고 있는가 여부를 명백히 하기 위하여 필요가 있는 때에는 ...소지품을 조사할 수 있다.”

제3조 제3항 “...보호를 받고 있는 자가 흉기 또는 그외 ...의 ...물건을 소지하고 있는 때에는 경찰관은 일시 보관하기 위해 이것을 빼앗을 수 있다.”

그러나 이 개정안은 법제정으로 인해 오히려 경찰권의 확대를 초래하고, 현실적으로 강제적 요소를 포함한 위협성이 크다는 이유로 격렬한 반대에 부딪쳐 확정되지 못하였다. 강동욱, 전거서, 148면 참조.

118) Schenke, a.a.O., S. 69.

소지품검사의 주된 대상인 흉기는 사람의 살상을 목적으로 제작되고 그 목적을 달성하는데 적합한 물건을 말한다.¹¹⁹⁾ 일반적으로 흉기에는 총, 칼, 도끼, 쇠파지, 곤봉, 폭발물, 화염병 등 주로 용법상의 흉기¹²⁰⁾가 아닌 성질상의 흉기¹²¹⁾가 해당한다.

(2) 소지품검사(흉기소지여부조사)의 성질

경찰관직무집행법상의 불심검문시 행해지는 소지품검사의 성질에 대하여는 견해가 대립되고 있다. 수색에 해당한다는 견해는 불심검문은 거동이 수상한 자의 의복이나 휴대품을 가볍게 손으로 만지면서 행해지므로 그 실질이 수색에 해당한다고 보고, 수색을 법관의 영장없이 행하도록 한 경찰관직무집행법은 문제가 있다고 한다.¹²²⁾ 그리고 수색에 해당하지 않는다는 견해는 소지품검사는 장래의 위해발생을 예방하기 위하여 행하여지며, 범죄행위가 행하여진 후 행하여지는 경우에도 증거물 발견목적도 있기는 하지만 주로는 당해 흉기의 사용으로 다시 범죄가 범하여지는 것을 예방하기 위한 것이라 할 것이며, 시간적으로 급박한 반면 상대방에게 미치는 피해가 일시적이며 비교적 경미하다는 점을 감안할 때 헌법 제12조 제3항의 수색에 해당하지 않는다고 본다.¹²³⁾ 강제조사에 해당한다는 견해는 흉기조사는 영장없이 이루어지는 강제조사의 성격을 갖는다고 본다.¹²⁴⁾ 경찰상 즉시강제라는 견해는 소지품검사는 주로 경찰상 위해방지의 차원에서 행해지고 시간적으로 급박한 상황에서 행해지므로 경찰상 즉시강제로서의 성질을 가지며 수색에 요구되는 영장은 요구되지 않는다고 본다.¹²⁵⁾ 권력적인 행정조사라는 견해는 흉기조사를 어느 정도의 강제력이 수반되는 권력적인 행정조사로 보고 있다.¹²⁶⁾

119) 이재상, 형법각론, 255면.

120) 용법상의 흉기란 철봉, 곤봉, 가위 등과 같이 그 물건의 본래의 성능이 사람을 살상하는 것이 아니지만, 그 용법에 따라서는 사람을 살상할 수 있는 것을 포함한다.

121) 성질상의 흉기는 본문에서 제시하는 것과 같이 그 물건의 본래의 성능이 사람을 살상함에 충분하거나 그 용도가 사람을 살상하는 것을 말한다.

122) 이상규, 신행정법론(하), 92면.

123) 박윤훈, 전계서, 361면.

124) 홍정선, 전계서, 289면.

125) 유지태, 전계서, 758면.

126) 박균성, 전계서, 410면.

생각건대, 소지품검사는 경찰상 즉시강제라고 보는 것이 타당하다고 본다. 따라서 신체의 자유에 대한 제한을 수반하므로 엄격한 요건과 절차하에 행해져야 할 것이다.

(3) 소지품검사의 진행단계와 허용범위

소지품 검사는 그 진행단계에 따라 ①외부에서 소지품을 관찰하는 행위, ②소지품에 대하여 질문하는 행위, ③소지품의 임의제시를 요구하는 행위, ④옷이나 휴대품의 외부에 손을 가볍게 대어 소지품을 조사하는 행위, ⑤소지품을 경찰관 스스로 열어보거나 주머니 속의 소지품을 점검하는 행위로 구분할 수 있다.¹²⁷⁾

여기서 문제되는 것은 ④와 ⑤이다. 현행법에서 ‘질문할 때에 흉기의 소지여부를 조사할 수 있다’고 규정한 것은 불심검문의 질문을 할 때에는 언어로써 하는 질문을 대신하여 흉기의 소지여부에 대하여 조사할 수 있고, 질문을 종료한 경우에는 허용되지 않는 것이라고 해석하여야 할 것이다.

⑤의 경우에는 소지자의 승낙없이 휴대품을 빼앗거나 옷의 주머니에 손을 넣거나 가방을 열어서 소지품을 끄집어내는 등의 행위는 허용되지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다.

(4) 소지품검사의 한계

결국 현행법하에서의 소지품검사의 한계는 위에서 본 바와 같이 이해할 것이지만, 그러나 예외적으로 실력행사가 허용되는 경우로서는 질문을 위한 정지에 관한 실력행사에 관하여 설명한 것과 마찬가지로 질문의 필요성 및 상당성(범죄의 중대성·혐의의 농후성)에 유의하여 그 적부를 판단할 것이다. 그리고 흉기를 소지하고 있다고 의심되는 때에는 질문자 및 본인의 생명·신체의 안전의 확보라는 관점에서 다소간 융통성 있게 해석할 필요가 있을 것이다.¹²⁸⁾

일본에서 소지품검사의 한계문제는 질문 및 내용의 제시·개시의 요구에 따르지 않는 경우에 상대방의 승낙없이 어느 정도의 실력을 행사할

127) 熊谷 弘 外 3人編, 捜査法大系 I, 36面.

128) 강구진, 전개논문, 385면.

수 있는가 하는 문제로 이해하고 있다. 판례의 기본입장은 강제에 이르지 않는 한 소지품검사의 필요성, 긴급성, 상당성의 판단에 기초하여 일정한 유형력의 행사를 인정한다는 것이다. 즉 판례는 “경찰관직무집행법에 의한 소지품검사는 경찰관직무집행법 제2조 제1항에 근거하는 직무질문에 부수하여 행해지는 소지품검사는 임의수단으로서 허용되는 것이므로 소지인의 승낙을 얻어 그 한도에서 이것을 행하는 것이 원칙이지만, 직무질문 내지 소지품검사의 목적, 성격 및 그 작용 등에 비추어 보면 소지인의 승낙이 없는 한 소지품검사는 일체 허용되지 않는다고 해석하는 것은 상당하지 않고 수사에 이르지 않는 정도의 행위는 강제에 이르지 않는 한 설령 소지인의 승낙이 없더라도 소지품검사의 필요성, 긴급성, 이것에 의해 침해되는 개인의 법익과 보호되어야만 하는 공공의 이익과의 균형 등을 고려하여 구체적 상황하에서 상당하다고 인정되는 한도내에서 허용되는 경우가 있다고 해석하여야 한다”고 판시하였다.¹²⁹⁾

이러한 태도는 경찰실무의 실태를 추인하는 것으로 이해되고 있다. 그러나 강제에 이르지 않는 유형력의 행사라는 표현은 자기모순을 포함하고 있으며, 실천가능한 납득이 가는 판단기준이라고는 할 수 없다. 결국 위의 ④⑤의 행위는 상대방의 승락없이 직무질문에 부수하여 행하는 것은 허용되지 않고 부적법하다는 평가를 받고 있다.¹³⁰⁾

(5) 소지품검사와 신체의 수색

신체의 수색(Durchsuchung von Personen)은 단지, 의복, 신체의 표면과 어려움 없이 접촉가능한 신체의 입이나 귀 등을 수색하는 것을 말한다. 신체의 수색은 적법하게 구류 또는 구속당한 자에 있어서 공격이나 도주를 방지하거나 압수의 목적으로 활용되거나 보호조치를 한 사람의 경우 신분을 확인하기 위한 수단으로 허용된다.

모범초안 제17조 제1항 제1호는 “신체의 수색은 동 초안 제9조 제2항 제4문의 경우를 제외하고는 “이 법률 혹은 다른 법규에 따라서 사람을 구금(festhalten)할 수 있는” 모든 경우에 허용된다“고 규정하고 있

129) 最判 昭和 53. 9. 7, 刑集 32卷 6號, 1672面.

130) 上掲判例, 1672面.

다.¹³¹⁾ 그러나 연방법적 규율이 갖는 종국성을 고려할 때 이에 의하여 범죄와 질서위반행위의 수사를 위한 수색이 정당화되는 것은 아니다.

모범초안 제17조 제1항 제4호와 제5호에 따르면 수색은 모범초안 제9조 제1항 제2호에 따른 일제단속이 행하여질 장소에 있거나, 모범초안 제9조 제1항 제3호상의 특히 위험한 시설에 근접한 곳에 있는 자에 대해서도 허용된다, 다만, 후자의 경우에는 사정상 그러한 종류의 물건에 근접하여 혹은 그 안에서 범죄가 행하여질 것이라는 것이 인정될 수 있어야만 한다.

그리고 모범초안 제17조 제1항 제2호와 제3호에 따른 신체의 수색은 그 자가 영치되어야 할 물건을 소지하고 있거나 혹은 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태 및 타인의 조력이 필요한 상태(hilflose Lage)에 있다는 것이 인정될 때에만 행해질 수 있다.

그리고 모범초안 제17조 제2항에 따르면 경찰은 사정상 경찰공무원 혹은 제3자의 신체나 생명에 대한 위협을 보호하기 위하여 필요한 경우에는 신원확인을 받아야 할 사람이 무기 기타 위험물 혹은 폭발물을 소지하고 있는지 여부를 수색할 수 있다.¹³²⁾

수색과 신체수색(Untersuchung)은 구분되어야 한다. 후자와 달리 수색은 단지 의복, 신체의 표면과 어려움없이 접촉가능한 입이나 귀 등과 같은 곳(Körperhöhle)¹³³⁾에만 관련된 것이다. 중요한 검사(혈액검사, 사진촬영과 지문날인, 유전자검사 등)는 개괄적 수권조항에 근거하여 행해 질 수는 없다.¹³⁴⁾ 한편 스위스의 경우 신체의 수색은 신체의 표면과 신체의 입이나 귀 등과 같은 곳에 대해서 행하여지는데, 범죄행위자나 피해자의 신체에 나타난 상처나 핏자국 혹은 입이나 항문 등에 숨겨진 물건을 찾는 것이 그 예이다. 한편 신체의 수색은 필요한 경우 실력으로 강제될 수 있으며 위험한 행위의 예방을 위하여 구금된 자에 대하여는 실력행사가 언제나 허용된다고 한다.¹³⁵⁾

131) § I 17 MEPOlG

132) Schenke, a.a.O., S. 68.

133) 항문이나 여성의 질이 이에 해당하는지에 대해서는 학설상 다툼이 있다.

134) Schenke, a.a.O., S. 68.

135) 베른(Bern) 형사소송법 제146조 제2항과 제147조 제3항 참조.

한편 프랑스법에 있어서는 사람의 외관 또는 거동에 의해 경찰의 의심을 야기시킨 자의 신체수색(fouille a corps)이 어느 범위까지 허용되는가는 명백하지 않다. 일반적으로 사람의 신체수색은 가택수색과 같아야만 하고, 동시에 가택수색 자체가 불가능한 때에는 법률상 불가능하다는 것이 기본원칙이다. 한편 사법경찰관이 가택수색의 권리를 가지는 때에는 신체를 수색할 수 있다.¹³⁶⁾ 그러나 단순한 혐의만으로는 그 범죄가 현행범으로 되는 것이 아니므로 체포 및 신체수색을 정당화할 수 없다. 따라서 사법경찰관은 예심판사의 영장이 없으면 경마부정도금을 모으거나, 위법무기휴대의 의심이 있음에 지나지 않는 자를 노상에서 체포하거나 신체를 수색할 수 없다. 결국 프랑스에 있어서는 경찰권으로써 소지품검사의 범위는 명백하지 않지만, 사법경찰권한의 범위에서 자신의 안전확보를 위해 소지품검사를 인정하고 있는 것으로 보인다.¹³⁷⁾

(7) 소지품검사와 적법절차

미 대법원은 지난 2003. 6. 17. 수사관들이 압수·수색영장을 청구하기 어려운 경우, 대중교통수단 내에서 승객에게 “협력을 거부할 권리가 있다”는 말을 하지 않고 수색할 수 있다고 6:3의 다수 의견으로 수사권 옹호 판결을 내렸는데, 대법원의 이번 판결은 지난 1999년 플로리다주 텔러해市에서 3명의 경찰관이 그레이하운드 버스에 탑승, 마약과 무기 소지 검사를 위해 한 승객의 짐을 수색한 것이 적법한지 여부에 관한 것으로, 9. 11 테러 이후 대중교통의 안전 보장이 절박해졌다는 논리를 앞세워 이번 사례를 다뤄줄 것을 요청한 부시행정부의 개가로 평가되고 있다.

이번 판결과 관련, 찬성 의견을 낸 앤터니 M 케네디 대법관은 “경찰관이 승객에게 수색 동의를 구했기 때문에 적법절차를 거쳤다”고 판시하고, “경찰과 시민 사이에 양해가 이뤄졌을 경우 강제행위가 아니다”라고 말했으나 소수 의견을 낸 데이비드 H. 수터 대법관은 3명의 경찰관들은 정지된 버스 안에서 승객들을 “끔찍 못하게 했다”고 지적하고 문제의 시민

136) 강동욱, 전계서, 130면.

137) 阪村幸男, 前掲論文, 61~62面.

들은 마치 막다른 골목에 몰린 것과 같아서 동의할 수밖에 없는 상황이었다고 언급했다고 한다.

이와 관련, 당시 수사관중 한명이 버스 승객 2명에게 신분을 밝힌 뒤 소지품 수색을 요청하고 이들의 동의를 얻었으며, 수색결과 이들의 몸에서 코카인이 나와 이들은 마약소지 혐의로 기소돼 1심에서 유죄판결을 받았으나, 제11회 순회 항소법원이 수사관들이 용의자 수색시 “협력을 거부할 수 있다”는 말을 하지 않았다는 것을 이유로 들어, 수사관들의 조치가 “부당한 압수·수색을 금지하는 헌법조항”에 위배된다며 이들의 몸에서 발각된 코카인을 증거로 인정할 수 없다고 판결함으로써 문제가 되어 대법원에 제기되었다.¹³⁸⁾

2. 보호조치

(1) 보호조치의 의의

일반적으로 보호조치(ingewahrsamnahme von Personen)는 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자에 대해 그 위해를 방지하기 위하여 잠정적으로 신체의 자유를 제한하여 보호하는 조치를 말한다. 보호조치는 예방적 이유에 의한 경찰의 자유박탈이라 할 수 있다. 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호에서 규정하고 있다. 일본이나 독일에서 보호란 경찰권으로서 사람의 신체를 구속하여 경찰서 기타 일정한 장소에 유치하는 것을 말한다. 보호조치는 경찰상의 즉시강제에 해당하는 것으로, 신체의 자유에 대한 제한을 수반하므로 엄격한 요건과 절차 하에 행해져야 한다.

보호는 예방적 이유에 의한 경찰의 자유박탈이다. 따라서 보호의 실태는 형사소송법상의 구류와 동일하지만, 범죄의 수사 또는 범죄에 대한 제재로서 행해지는 것이 아닌 점에서 구별된다. 보호는 자유로운 의사형성이 불가능한 상태 또는 무력하여 의지할 바가 없는 상태에 있는 경우에 허용되고, 보호의 목적은 개인의 생명, 신체 등의 법익의 보호에 제한

138) <http://www.police.go.kr/dqda/dataForeignNewsView.jsp>.

된다. 자유로운 의사에 의해 경찰의 신체를 질 것을 구하는 경우는 보호에 해당하지 아니한다.

독일의 경우에 보호조치 역시 강제구인과 마찬가지로 그 허용성과 지속기간에 대하여 법관의 결정이 필요하다. 모범초안 제13조상의 보호조치는 사람이 상당히 장기간에 걸쳐 보호되고, 그 곳으로부터의 이탈이 저지되는 경우에 존재한다. 그것은 자유의 박탈로서 기본법 제2조 제2항 제3문에 따른 자유제한이 특히 강화된 형태이다. 한편 그러한 자유의 박탈을 위하여서는 기본법 제104조 제2항이 추가적인 요구를 규정하고 있는 바, 그와 관련하여서는 비례의 원칙이 특히 고려되어야 한다.

(2) 보호조치의 요건과 대상

1) 보호조치의 요건

보호조치의 대상을 판단함에 있어서는 일반적 사회통념에 비추어 판단해야 한다. 따라서 합리적 판단에 의하지 않고 개인적 독단에 의한 강제조치는 위법하다.

우리 경찰관직무집행법은 보호조치의 요건으로서 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여, 정신착란자 또는 술 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자로서 보호대상자에 대하여 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우를 규정하고 있다(제4조 제1호).

일본의 경우 보호를 요하는 것은 경찰관이 이상한 거동 기타 주위의 사정으로부터 합리적으로 판단하여 정신착란 또는 만취로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체 또는 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자에 해당하는 것이 명백하고, 또한 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 경우이다(경찰관직무집행법 제3조 제1항 제1호).

2) 보호조치의 대상

경찰관직무집행법은 본인의 의사와 관계없이 강제보호조치를 취할 수 있는 대상자로서 정신착란자, 술 취한 상태에 있는 자, 자살을 기도하는

자를 규정하고 있다. 정신착란자란 정신적으로 이상이 있는 자를 말하며, 술 취한 상태에 있는 자란 과음하여 사리분별력을 상실한 상태에 있는 자를 말한다. 한편 자살을 기도하는 자란 극약을 소지하였거나 투신목적으로 강변에서 방황하는 등 주위의 상황과 본인의 거동 등을 합리적으로 판단할 때에 자살을 결행할 위험성이 있는 자를 말한다.

일본의 경우에 자살의 우려가 있는 자에 관하여는 戰前 행정집행법 제 1조에 의해 “자살을 기도하는 자”가 보호검색의 대상으로 되고, 이것이 남용되었기 때문에 현행법에서는 보호의 대상으로 받아들이지 않고 있다. 그러나 자살의 방지는 그 필요성 및 긴급성이 높은 것에서 계속적인 신체구속은 할 수 없지만 상황에 따라서는 극히 강한 태양에서의 설득이나 실력에 의한 제지가 허용된다고 한다.¹³⁹⁾ 또한 자살의 방지는 경찰관 직무집행법에 의한 것이 아니라 경찰법 제2조의 직무의 수행이라고 보는 견해도 있다.¹⁴⁰⁾

일본의 경우에는 정신착란이란 정신이 사회통념상 명확히 정상이 아닌 상태·정상적인 판단능력이나 의사능력을 결한 상태에 있는 것을 말한다. 판례에서는 만취나 경찰관에게 제압된 것에 의한 이상한 흥분,¹⁴¹⁾ 각성제의 사용에 기인하는 환각·피해망상·감정마비 및 이상행동,¹⁴²⁾ 각성제의 영향에 의한 이상한 정신상태¹⁴³⁾ 등이 정신착란에 해당한다고 보며, 정신에 불안정한 면이 있는 것,¹⁴⁴⁾ 정신에 약간 變調(말이나 행동이 먼저와 다름)를 일으킨 것,¹⁴⁵⁾ 각성제단속범위반에서의 검거를 면하기 위해 큰 소리를 내거나 저항한 것¹⁴⁶⁾ 등은 정신착란으로는 인정되고 있지 아니하다.

만취란 알코올의 영향에 의해 사회통념상 심취하여 정상적인 판단력이나 의사능력을 결할 정도로 취한 상태를 말한다.¹⁴⁷⁾ 판례는 만취란 심신

139) 古谷洋一 編著, 前掲書, 186面.

140) 警察法令研究會編, 新版註解警察官職務執行法, 80面.

141) 高知地判 昭和 48. 11. 14, 下民集 24卷 9~12號, 836面.

142) 岡山地判 昭和 54. 9. 28, ジュリスト 712號, 判例카드 97.

143) 札幌高判 平成 4. 7. 21, 高檢速報 144號.

144) 大阪地判 昭和 61. 5. 8, 判時 1219號, 143面.

145) 浦和地判 平成 3. 9. 26, 判時 1410號, 121面.

146) 千葉地松戸支判 平成 5. 2. 8, 判時 1458號, 156面.

147) 大阪地判 平成 5. 7. 12, 判時 1478號, 146面.

상실의 상태에 달하여 있을 것을 요하지 아니한다¹⁴⁸⁾고 하며, 약간 음주 명정한 것에 지나지 않는 것,¹⁴⁹⁾ 음주 때문에 거칠고 난폭하고 반발적 태도를 보이는 것¹⁵⁰⁾ 등은 만취에 해당하지 아니한다고 본다.

모범초안 제13조 제1항에 따르면 사람에 대한 보호조치는 ① 보호조치의 대상이 되는 자 자신의 생명과 신체의 보호를 위하여(1호), ② 범죄 행위나 중대한 위협을 저지하기 위하여 필요한 경우에만(제2호) 행해질 수 있다. 이른바 협의의 보호조치는 지금까지의 모든 경찰법률에 이미 규정되어 있었다. 협의의 보호조치는 자살의 위험이 있는 경우 혹은 보호조치가 필요한 자 자신의 요구에 근거하여서도 허용된다는 것이 명문으로 규정되어 있기도 하다.

모범초안 제13조 제2항에 따르면 경찰은 보호자의 보호를 벗어난 미성년자를 보호자 혹은 청소년보호시설에 인계하기 위하여 보호할 수 있다. 모범초안 제13조 제3항은 미결구금(Untersuchungshaft), 자유형 혹은 교정·안녕을 위한 자유박탈조치의 집행을 면한 자 또는 허가없이 행형시설 밖에 거주하는 자에 대하여 보호조치를 규정하고 있다.

3) 보호조치의 방법

경찰관직무집행법은 보호조치의 방법으로서 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다(제4조 제5항). 보건의료기관이란 보건소, 병원, 한의원, 조산소 등 응급조치로 생명·신체의 구조를 행할 수 있는 공·사 기관을 말하고, 공공구호기관이란 국가나 지방자치단체가 설립한 아동보호소, 부녀보호소, 양로원 등의 일체의 사회보장시설을 말한다.

그리고 적당한 조치와 관련하여 본인의 의사에 반하여 할 수 있는가가 문제가 된다. 본인의 의사와 관계없이 강제보호조치를 취할 수 있는 대상자인 정신착란자, 술 취한 상태에 있는 자, 자살을 기도하는 자는 가능하다.

148) 福岡高判 昭和 36. 7. 14, 高檢速報 851號.

149) 福岡高判 昭和 30. 6. 9, 高刑集 8卷 5號, 643面.

150) 廣島地判 昭和 41. 10. 27, 判時 472號, 60面.

일본의 경우 경찰관은 보호의 요건에 해당하는 자를 발견한 때에는 우선 경찰서, 병원, 장신병자수용시설, 구호시설 등의 적당한 장소에서 이를 보호하여야 한다(동법 제3조 제1항).

적당한 장소란 보호를 요하는 구체적 상황에 따라 공공시설, 민가라도 상관없다.

응급을 요하는 구호조치는 즉시강제이며 상대방에게 수인의무가 있다. 본인이 거절하는 경우에도 법률의 규정을 확일적으로 적용함이 없이 충분한 의사능력이나 판단능력을 결한다고 인정되는 경우에는 저항을 배제하여 강제적으로 보호할 수 있다고 해석하여야 한다.¹⁵¹⁾

일본판례에서는 폭언을 하고 침을 뱉는 등을 한 만취자의 양발에 수갑을 채워 제압한 행위¹⁵²⁾를 적법하다고 하고, 등수갑의 사용¹⁵³⁾은 위법이라고 한다.

독일의 경우 보호조치는 필연적으로 그를 위해 준비된 장소에서만 행해질 필요는 없다. 따라서 예컨대, 자동차안에서의 장기간에 걸친 구급이나 시위대를 포위하는 것도 보호조치에 속한다.

그러나 행정행위의 강제적 실현을 위하여 행해지는 이른바 잠정적인 이송조치는 그것이 단지 단기간에 행하여지고 행정행위의 강제적 실현을 위하여 필요한 것에 국한되는 한 보호조치에 해당하지 않는다.

신원확인을 위하여 혹은 소환에 응하지 않는 것과 관련하여 사람을 단기간 구급하는 것도 모범초안 제13조와 기본법 제104조 제2항상의 보호조치는 아니다.¹⁵⁴⁾

4) 긴급구조요청의 거부금지

경찰관직무집행법은 “긴급구조요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유없이 긴급구호를 거절할 수 없다”고 규정하고 있다(제4조 제2항).

151) 田村正博, 前掲書, 209面.

152) 岡山地判 平成 6. 4. 21, 判時 127號, 95面.

153) 高知地判 昭和 48. 11. 14, 下民集 24卷 9~12號, 836面.

154) Schenke, a.a.O., S. 64.

정당한 이유란 의사의 장기출장이나 병원의 수리 등과 같이 객관적으로 보아 진료가 불가능한 상태를 말하므로 의사가 취침중이라든가 병원 시설이 일부 부족한 상태와 같은 상황은 적절한 조치하에서 진료가 가능하므로 정당한 이유있는 때에 포함되지 않는다.

5) 위협야기물건의 임시영치

그리고 보호조치의 경우 피구호자가 휴대하고 있는 무기·흉기 등 위협을 야기할 수 있는 것으로 인정되는 물건은 경찰관서에 임시영치할 수 있다(제4조 제3항).

임시영치란 물건의 소지가 경찰상 위협을 발생케 할만한 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에 일시 그 소지를 박탈하여 경찰관서에서 강제적으로 보관하는 것을 말한다. 이 경우에 임시영치를 한 경찰관서의 장은 상대방에게 그 증명서를 교부하여 임시영치한 사실을 증명하고 그 반환이 원활하게 이루어지도록 하여야 한다.¹⁵⁵⁾

독일의 모범초안 제21조에 따르면 현재의 위협을 방지하고 소유권자 혹은 적법한 점유자를 물건의 망실 혹은 훼손으로부터 보호하기 위하여 물건을 영치(Sicherstellung)할 수 있다. 나아가서 적법하게 구금된 자가 휴대하고 있는 물건은 그것이 자살 혹은 자상을 하거나, 타인의 생명 혹은 건강을 해하거나, 타인의 물건에 손상을 가하거나, 도주를 가능 내지 용이하게 할 목적으로 사용될 수 있을 때에 영치될 수 있다. 이것은 약간의 예외를 제외하고는 실정법과도 일치한다. 영치의 사유가 소멸한 경우에는 - 결과제거청구권의 결과 - 물건은 정당한 권원을 가진 자에게 반환되어야 한다(동초안 제24조).

영치는 원칙적으로 공적 영치행위(amtliche Verwahren, 모범초안 제24조)에 의하여 행해진다. 이로 인한 공법상의 임치관계가 발생하며, 그에는 민법상의 임치계약에 관한 규정이 유추적용된다. 이러한 임치관계로부터 발생하는 계약에 준하는 공법적 의무의 위반이 있는 경우에는 공행정주체는 그의 유책행위에 대하여 책임을 지는 바, 이 경우 그 한도 내에서 민법상의 과실의 추정 또는 유추적용될 것이 고려된다.¹⁵⁶⁾

155) 장영민·박기석, 전계보고서, 118면.

156) Schenke, a.a.O., S. 73.

일본의 경우에 일시보관·가영치는 현재의 위협의 방지를 위해 허용된다. 위협이 물건(광견), 물건의 사용의 추상적인 위협가능성(권총) 혹은 구체적인 위협가능성(만취자가 사용하려고 하고 있는 자동차의 열쇠)에서 발생하는가 어떤가는 중요하지 않다. 체포자에 관하여 흉기검사를 인정하는 일본 경찰관직무집행법 제2조 제4항의 규정은 우리 경찰관직무집행법(제4조 제3항)과는 달리, 흉기를 발견한 때의 조치에 관해서는 규정하고 있지 않지만, 흉기를 빼앗아 이것을 일시보관하는 것을 인정하는 취지라고 해석되고 있다.¹⁵⁷⁾ 경찰관은 총포도검류 등을 휴대하거나 또는 운반하고 있는 자가 이상한 거동 기타 주위의 사정으로부터 합리적으로 판단하여 타인의 생명 또는 신체에 위해를 미칠 우려가 있다고 인정될 경우에는 그 위해를 방지하기 위해 필요가 있는 때에는 이것을 제출하게 하여 일시보관할 수 있다(총포도검류소지등단속법 제24조의 2 제2항). 도도부현공안위원회는 총포 등의 수수·운반 및 휴대를 금지 또는 제한한 경우 혹은 총포 등의 소지의 허가를 취소해야 할 사유가 발생하고 또한 사람의 생명 또는 재산에 대한 위해의 방지를 위해 필요가 있는 경우, 총포 등의 제출을 명하여 이것을 가영치를 할 수 있다(총포도검류소지등단속법 제11조, 제26조).

6) 보호조치의 결정권자

모범초안 제14조 제1항 제2문에 의하면, 보호조치의 결정권자는 원칙적으로 경찰이다. 다만, 보호조치에 근거하여 사람을 구금한 경우에는 경찰은 지체 없이 지위박탈의 허용성과 계속성에 관한 법관의 결정을 받도록 하고 있으며, 자유박탈의 근거가 소멸된 이후에야 비로소 법관의 결정이 행해질 것이라는 것이 인정될 수 있을 때에는 법관의 결정을 요하지 않는다고 규정하고 있다. 또한 모범초안 제14조 제2항은 모범초안 제14조 제1항에 따른 결정을 지방법원지원의 권한으로 하고 있다.

157) 田宮 裕·河上和雄, 大コンメンタル警察官職務執行法, 232面.

7) 보호조치기간

우리나라나 일본의 경찰관직무집행법상 보호는 24시간을 초과하여서는 안 된다고 규정하고 있다. 일본의 경우에는 부득이한 사정이 있다고 인정하여 계속해서 보호하는 것을 승인하는 간이재판소의 재판관의 허가장이 있는 경우에는 그러하지 아니하다(동조 제3항). 이 경우에도 5일을 초과하여 보호의 기간을 연장할 수는 없다(동조 제4항). 24시간 이내라도 보호의 요건이 없게 된 경우에는 그 시점 이후는 보호를 계속할 수 없다.

일본판례는 만취상태를 벗어난 후에 있어서의 보호의 계속은 필요 이상의 신체의 구속으로 위법이고,¹⁵⁸⁾ 또한 피보호자의 상태에서 보아 가족 등에게 인도하는 것이 적당하지 않는 경우에는 신체구속으로부터 24시간 이내의 한도에서 친족 등의 면회·인도요구를 거절할 수 있다고 판시하고 있다.¹⁵⁹⁾

모범초안 제16조 제1항에는 자유박탈의 기간이 규율되어 있는데, 보호조치의 근거가 소멸하거나 계속적인 자유박탈이 법관의 결정에 의하여 허용되지 않는 것으로 판명되었을 때는 피구금자를 석방하여야 한다. 또한 어떠한 경우에도 법관이 다른 법률에 근거하여 보호조치의 계속을 명하지 않는 한 늦어도 다음날 자정까지는 피구금자를 석방하여야 한다.¹⁶⁰⁾

(3) 보호조치와 적법절차

경찰관직무집행법은 보호조치로 인한 개인의 권익침해를 방지하기 위하여 일정한 적법절차조항을 두고 있다. 즉, 경찰관직무집행법은 “경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체없이 이를 피구호자의 가족·친지 기타의 연고자에게 그 사실을 통지하여야 하며, 연고자가 발견되지 아니할 때에는 피보호자를 적당한 공중보건의료기관이나 공공구호기관에 즉시 인계하여야 한다”고 규정하고 있다(제4조 제4항).¹⁶¹⁾ 여기서 “가족·친지 기타의 연

158) 大阪地判 平成 5. 7. 12, 判時 1478號, 146面.

159) 福岡地判 昭和 56. 11. 20, 判タ 460號, 123面.

160) Schenke, a.a.O., S. 67.

161) “경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제4항에 의하면 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자에 해당함이 명백하여 응급의 구호를 요한다

고자⁸⁾란 민법규정에 의해 그 범위가 정해지는데 가족·친지는 민법상의 家の 소속구성원 및 인척 등을 포괄적으로 말하고, 연고자란 본인과 사회적·심리적으로 긴밀한 관계자 - 예컨대, 내연의 처 등 -를 말한다.

그리고 “적당한 공중보건 의료기관이나 공공구호기관”이란 법령에 의해 요부조자를 구호할 의무를 지는 기관 및 법령에 의해 규정되어 있지는 않지만 사회통념상 보호에 적당한 시설로 인정되는 기관이 포함된다. 일본 경찰관직무집행법 제3조 제2항은 “적당한 공중보건 혹은 공공복지를 위한 기관 또는 법령에 의해 책임을 부담하는 다른 기관”으로 규정되어 있는데, 우리보다는 보다 구체적으로 명시하고 있다.

그리고 경찰관직무집행법은 “경찰관은 제4항의 규정에 의하여 피구호자를 공중보건의료기관 또는 공공구호기관에 인계한 때에는 즉시 그 사실을 소속경찰서장에게 보고하여야 한다”고 규정하고 있다(제4조 제5항).

또한 경찰관직무집행법은 “제5항의 보고를 받은 소속경찰서장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 구호보호자를 인계한 사실을 지체없이 당해 공중보건의료기관·공공구호기관의 장 및 그 감독행정청에 통보하여야 한다”고 규정하고 있다(제4조 제6항).

일본의 경우에 경찰관이 보호조치를 취한 경우에는 가능한 산 신속히 그 자의 가족, 친지, 그 밖의 관계자에게 이를 통지하고 그 자의 인수방법에 관하여 필요한 준비를 하여야 한다. 책임있는 가족, 친지 등의 발견되지 않을 때에는 신속히 그 사건을 적당한 공중보건 혹은 공공복지를 위한 기관 또는 이러한 자의 처리에 대하여 법령에 의해 책임을 지는 다른 공공기관에 그 사건을 인계하여야 한다(동조 제2항). 일반적으로 보호되어야 하는 자에 관하여는 생활보호법, 아동복지법 등이 보호를 맡을 기관을 정하고 있다. 복지사무소(생활보호법 제19조, 아동복지법 제25조), 아동상담소(아동복지법 제25조) 등이 그것이다. 경찰관은 경찰에서 보호하고 있는 자의 성명, 주소, 보호의 이유, 보호 및 인도의 일시 등을 매주 간이재판소에 통지하여야 한다(경찰관직무집행법 제3조 제5항).

고 믿을만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 동인을 경찰관서에 보호하는 등 적절한 조치를 취할 수 있으나, 이 경우에도 경찰관이 이러한 조치를 한 때에는 지체없이 이를 피구호자의 가족, 친지, 기타의 연고자에게 그 사실을 통지하여야 한다“. 대판 1994. 3. 11, 93도968.

모범초안 제15조에 따르면 보호조치의 대상이 된 자에게는 지체없이 그 이유를 고지하여야만 한다. 나아가 그로 인하여 자유박탈의 목적이 위협받지 않는 한, 보호조치의 대상이 된 자에게 친족 혹은 신뢰할 수 있는 사람에게 연락을 취할 가능성을 제공하여야만 한다. 미성년자 혹은 성년자라도 행위능력이 없는 자의 경우에는 언제나 지체없이 그의 보호자에게 통지하여야 한다. 보호자의 동의가 없이는 그들을 기결수 혹은 미결수와 함께 수용하여서는 아니된다.

모범초안 제13조에 따른 보호조치가 기본법 제104조상의 자유의 박탈이기 때문에 그 한도에서 필요한 절차는 모범초안 제14조 내지 제16조에서 규율되고 있다. 이들 규정은 비사법적 자유의 박탈에 관하여는 지체없이 법관의 결정을 받아야 한다는 사정을 고려하고 있다.

(4) 범죄수사와의 관계

일본의 경우에 보호는 이것을 범죄의 예방이나 수사를 위해 이용하는 것은 허용되지 아니한다. 그러나 판례는 “피고인은 착란상태에 빠져 있어 임의의 소변의 제출을 기대할 수 없는 상황에 있었던 것으로 인정되고 본건 피의사실의 중대성, 혐의의 존재, 당해 증거의 중요성과 그 취득의 필요성, 적당한 대체수단의 부존재 등의 사정에 비추어 보면, 본건 강제채뇨는 범죄의 수사상 실로 부득이한 경우에 실시되는 것이라 할 수 있으므로 위 절차에 위법은 없다”라고 판시하여 보호중인 정신착란자로부터의 강제채뇨가 범죄의 수사상 부득이한 경우는 위법하지 않다고 본다.¹⁶²⁾

(5) 임시영치의 기간

경찰관직무집행법은 사인의 소유권 보호 차원에서 경찰관서에서의 임시영치는 10일을 초과할 수 없다(제4조 제6항)고 규정하고 있으나, 총포·마약 등의 금제품의 경우에는 법정절차에 따라 영치·몰수 등의 조치가 취해진다.¹⁶³⁾

162) 最決 平成 3. 7. 16, 刑集 45卷 6號, 201面.

163) 이수일, 전게서, 51면.

모범조안은 ①현재의 위험을 방지해야 할 때, ②소유권자 혹은 적법한 점유자를 물건의 망실 혹은 훼손으로부터 보호하기 위하여, ③이 법률 혹은 다른 법규에 의하여 구금된 자가 휴대하고 있는 물건이 자살 혹은 자상, 타인의 생명 혹은 건강의 훼손, 타인의 물건에 대한 손상, 도주를 가능 내지 용이케 할 목적으로 사용될 수 있을 때는 물건을 영치할 수 있다고 규정하고 있다(제21조).

(6) 보호실

1) 보호실의 의미

보호실이라 함은 경찰서 내에 일정한 자를 사실상 유치하기 위해 설치한 구역을 말한다. 이는 보호조치된 자를 수용하기 위해 설치·운영되고 있는 시설이다. 따라서 피보호자 외에 형사절차상의 연행자든가 불구속 피의자, 임의동행자 등은 보호실에 유치될 수 없다.

보호실은 각 경찰서 수사과와 형사과에서 사용하는 형사대기실과 보안과에서 사용하는 즉결대기실의 두 가지로 나눌 수 있다.

2) 유치장과의 구별

유치장은 법률이 정한 절차에 따라 구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위한 시설(경찰관직무집행법 제9조)로서 보호시설인 보호실과는 그 법적 성격을 달리한다.

3. 위험발생의 방지조치

(1) 의 의

위험발생의 방지조치는 인명 또는 신체에 피해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에 그 위험을 방지하기 위하여 취하는 조치를 말한다.

경찰관직무집행법 제5조는 위험발생의 방지에 대해 규정하고 있다. 위험발생의 방지를 위하여 경찰관이 취해야 할 수단과 요건을 규정하고,

직무를 명확하게 하여 이것을 공무로써 보장함과 아울러 그 권한의 남용을 방지하고자 하는 것이 본 규정을 둔 취지이다.

위험발생 방지조치는 경찰상 즉시강제수단의 일종이며 대인적·대물적·대가택적 강제수단이라 할 수 있다.

(2) 위험발생의 방지조치의 종류

일반적 위험방지조치와 대간첩 작전수행과 소요사태진압을 위한 통행제한조치로 나눌 수 있다.

1) 일반적 위험방지조치

(가) 요건

경찰관직무집행법은 “인명 또는 신체에 위해를 가하거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극심한 혼란 기타 위험한 사태가 있을 때”를 일반적 위험방지조치의 요건으로서 들고 있다(제5조).

(나) 대상

경찰관직무집행법은 위험방지조치의 대상으로서 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자, 기타 관계인, 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 규정하고 있다(제5조 제1항).

(다) 수단

① 억류조치 또는 피난조치 및 위험방지의 조치

경찰관직무집행법은 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자에 대하여 필요한 한도 내에서 억류하거나 피난시킬 수 있다고 하여(제5조 제1항 제2호), 억류와 피난조치를 위험발생의 방지조치의 하나로 들고 있다. 억류조치나 피난조치는 당사자의 의사에 반하여 강제로 행해질 수 있다.

여기서 억류란 위험한 장소에 들어가지 못하도록 상대방의 의사에 불구하고 실력으로 저지하는 것을 말하는데, 그 예로는 화재가 난 건물에

들어가려는 건물주인을 들어가지 못하도록 제지하는 것을 들 수 있고, 피난이란 위험한 장소로부터 물러남을 실력으로 가능케 하는 것을 말하는데, 예로는 하천이 범람하여 주민의 생명에 위험이 될 때 주민의 생명을 보호하기 위하여 주민을 대피시키는 것을 들 수 있다.

경찰관은 위험사태가 발생한 경우 스스로 그 조치를 취할 수 있다(제5조 제1항 제3호).

대법원은 "경찰관직무집행법 제5조는 경찰관은 인명 또는 신체에 피해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 그 각호의 조치를 취할 수 있다고 규정하여 형식상 경찰관에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있으나, 경찰관에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다...경찰관이 농민들의 시위를 진압하고 시위과정에 도로상에 방치된 트랙터 1대에 대하여 이를 도로 밖으로 옮기거나 후방에 안전표지판을 설치하는 것과 같은 위험발생 방지조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하고 트랙터를 피하려다가 다른 트랙터에 부딪혀 상해를 입었으므로 국가배상책임이 인정된다"고 판시하였다"¹⁶⁴⁾

일본의 경우에 피난강제란 사람의 생명·신체 또는 재산에 피해를 미칠 우려가 있는 위험한 사태가 있는 경우에 특히 긴급을 요하는 때, 위해를 받을 자에 대해 이것을 만류 혹은 피난하게 하거나 또는 스스로 위해방지를 위해 필요한 조치를 취하는 것을 말한다.

일본 경찰관직무집행법 제4조 제1항에 의하면, 조치의 요건은 ①사람의 생명·신체 또는 재산에 손해를 미칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견, 奔馬 등의 출현, 극단적인 혼잡 등 위험한 사태가 있는 경우 및 ②특히 긴급을 요하는 경우이다.

경찰관이 스스로 취하는 조치는 즉시강제이다.

164) 대판 1998. 8. 25, 98다16890.

② 대간첩작전수행과 소요사태진압을 위한 통행제한조치

경찰관서의 장은 대간첩 작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩 작전지역 또는 경찰관서·무기고 등 국가중요시설에 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다(제5조 제2항).

이 규정은 대간첩작전을 수행하거나 소요사태를 진압할 때에 무장공비나 소요군중으로부터 일반인을 분리시키고, 특정중요지역을 보호하기 위한 소요군중의 진입저지선을 설정할 수 있도록 하며, 작전이나 소요사태의 진압과정에서 파생될 우려가 있는 일반국민의 피해를 막고 무기탈취나 국가중요기관의 피습을 방지하여 작전 및 진압의 효율적 수행을 보장할 수 있도록 함으로써 대규모 피해상황을 방지하기 위한 초기단계의 대책이라 할 수 있다.¹⁶⁵⁾

통행제한조치 등의 수단으로서는 접근 또는 통행의 제한·금지와 고지를 규정하고 있다(제5조 제2항). 접근 또는 통행의 제한 또는 금지의 대상은 대간첩 작전지역 또는 경찰관서·무기고 등 국가중요시설이다.

④ 사후절차

일본의 경우 경찰관이 취한 피난 등의 조치에 관하여는 순서를 거쳐 공안위원회에 보고하여야 한다. 이 경우 공안위원회는 다른 공공기관에 대해 그 후의 처리에 관하여 필요하다고 인정하는 협력을 구하기 위해 적당한 조치를 취하여야 한다(동조 제2항).

4. 위험방지를 위한 출입 등

(1) 의 의

경찰관은 경찰상 위해의 예방을 위하여 타인의 토지·건물 또는 선차 등 장소에 출입하여 조사할 필요가 있다. 그래서 경찰관직무집행법 제7조는 위해의 방지, 피해자의 구조와 대간첩작전의 수행을 위하여 경찰관

165) 이수일, 전게서, 59면.

이 일정한 요건하에서 일정한 장소에 출입할 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 이는 주거의 자유를 제한하는 것이므로 엄격한 요건하에서 인정되어야 한다. 즉, 비공개된 장소에 대한 예외적 출입이므로 기본권과의 관련상 보다 엄격한 요건이 요구된다.

판례는 “경찰관들이 한양대학교 출입문에서 집회참가자의 출입을 저지한 것은 집회장소 사용승낙을 하지 않은 한양대학교 당국의 집회저지요청에 따른 것임을 알 수 있어서 이는 경찰관직무집행법 제6조의 주거침입행위에 대한 사전제지조치로 보지 못할 바 아니다”고 판시하였다.¹⁶⁶⁾

경찰관직무집행법 제7조의 “위험방지를 위한 출입 등”은 대가택적 직접장제 또는 즉시강제수단으로서 동조 제1항은 긴급출입을, 동조 제3항은 대간첩작전을 위한 검색을, 동조 제4항은 출입·검색시의 주의사항을 규정하고 있다.

일본 경찰관직무집행법 제6조는 출입에 대해 규정하고 있다. 제1항은 “경찰관은 전 2조에 규정하는 위험한 사태가 발생하여 사람의 생명, 신체 또는 재산에 대해 위해가 절박한 경우에 그 위해를 예방하고 손해의 확대를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때에는 합리적으로 필요하다고 판단되는 한도내에서 타인의 토지, 건물 또는 船車내에 출입할 수 있다”고 규정하고 있으며, 제2항은 “홍행장, 여관, 음식점, 역 기타 다수인 출입하는 장소의 관리자 또는 이에 준하는 자는 그 공개 시간중에 있어서 경찰관이 범죄의 예방 또는 사람의 생명, 신체 혹은 재산에 대한 위해예방을 위하여 그 장소에 출입할 것을 요구한 경우에는 정당한 이유 없이 이를 거절할 수 없다”고 규정하고 있다. 제3항은 “경찰관은 전 2항의 규정에 의한 출입에 있어서는 함부로 관계자의 정당한 업무를 방해해서는 안 된다”고 규정하고 있으며 제4항은 “경찰관은 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 출입에 있어서 그 장소의 관리자 또는 이에 준하는 자로부터 요구받은 경우에는 그 이유를 고지하면서 그 신분을 표시하는 증표를 제시해야 한다”고 규정하고 있다. 여기서 제2항은 명령의 성질을 가진 권한으로 뒤에서 별도로 논하고자 한다.

166) 대판 1990. 8. 14, 90도870.

여기서 출입이란 공무원이 토지 또는 건물의 관리자의 동의없이 또는 그 의사에 반하여 사람의 생명, 신체 또는 자유에 대한 현실의 위험을 방지하기 위해 또는 물건의 검사·조사 등 정보수집을 위해 개인이나 사업소의 토지나 건물에 들어가는 것을 말한다. 출입은 사실행위이고 실력 행사에 의해 강제할 수가 있다. 출입을 함이 없이 가옥의 파수, 도청, 적외선카메라에 의한 감시는 프라이버시를 침해하는 것으로서 허용되지 아니한다.

출입은 위험방지를 위한 출입과 검사·조사를 위한 출입으로 구별할 수 있다. 경찰관직무집행법은 위험방지를 위한 출입에 대해서만 규정하고 있고 조사·검사를 위한 출입에 대해서는 소방법, 영업법, 환경법 등에서 규율하고 있다.

경찰관직무집행법 제6조 제1항은 경찰관은 전 2조에 규정하는 위험한 사태가 발생하여 사람의 생명, 신체 또는 재산에 대해 위해가 절박한 경우에 그 위해를 예방하고 손해의 확대를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때에는 합리적으로 필요하다고 판단되는 한 도내에서 타인의 토지, 건물 또는 船車내에 출입할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 벌칙의 규정이 없다.

즉, 제3항은 경찰관은 전 2항의 규정에 의한 출입에 있어서는 함부로 관계자의 정당한 업무를 방해해서는 안 된다고 규정하고 있다.

그리고 제4항은 경찰관은 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 출입에 있어서 그 장소의 관리자 또는 이에 준하는 자로부터 요구받은 경우에는 그 이유를 고지하면서 그 신분을 표시하는 증표를 제시해야 한다고 규정하고 있다.

(2) 긴급출입

긴급출입이 가능한 경우는 경찰관직무집행법 제5조 제1항(인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 수 있는 천재·사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현 및 극심한 혼잡 등의 발생)·제2항(대간첩작전의 수행중이거나 소요사태가 발생한 경우) 및 제6조 제1항(범죄행위가 목전에 행하여지려고 하는

것을 인정한 때)에 규정한 위험한 사태의 발생, 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때, 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때 등이며, 긴급출입은 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 출입할 수 있다(제7조 제1항).

긴급출입장소에 대해 법은 타인의 토지, 건물, 선차를 예시적으로 규정하고 있는데(제7조 제1항), 경찰권이 미치는 범위 내에서는 긴급출입의 객체로서 실질적으로 장소적 제한은 없다고 할 수 있다.

그러나 범죄수사의 목적을 위하여 경찰관이 긴급출입을 행하는 것은 허용되지 아니하고, 강제적인 수색·압수에 대하여는 영장을 필요로 한다.

독일에서 주거에의 출입과 관련하여 특기할 판례는 슈투트가르트(Stuttgart)고등법원 1972. 2. 2 판결이다.¹⁶⁷⁾ 야간에 부부싸움으로 일시 가출한 부인이 다시 귀가하고자 하였으나 남편이 문을 열어주지 않고 있는 상태에서 경찰관은 현관의 유리창을 부수고 현관문을 열었는데, 이러한 행위는 주택에 대한 공동점유권 및 공동사용권을 가진 부인의 동의를 받았다는 점에서 정당한 직무집행으로 평가되었다. 그러나 사권보호를 위한 주거출입에 항상 거주자의 동의가 필요한 것은 아니다. 예컨대, 연휴기간 중에 빈 주택에서 수도관이 파열되어 주택 내부가 침수될 우려가 있는 경우 이를 순찰 도중 발견한 경찰관은 그 주택소유자의 동의없이도 주택출입문을 부수고서라도 열어 수도관 파열을 막을 수 있다고 할 것인데, 이는 사인인 경우 민법상의 사무관리에 해당하기 때문에 경찰관의 직무집행으로서도 더욱 정당한 것으로 볼 수 있다.¹⁶⁸⁾

(3) 대간첩작전을 위한 검색

경찰관직무집행법 제7조 제3항은 우리나라 경찰의 특유한 임무로서 경찰상 공개된 장소에 필요한 경우에 대간첩작전을 위한 검색에 대하여 규정하고 있다.

검색이란 검사·수색하는 것을 말하는데, 간첩을 발견하는 것에 한하지 않고 간첩을 발견하였을 때에 체포 및 진압하는 작용(사격 등의 전투

167) NPA 769, private Rechte, B 1. 3.

168) 박정훈·정초신, 전계보고서, 64면.

행위)도 포함한다. 대간첩작전의 수행을 위한 검색에 있어서는 그 장소 관리자의 동의를 요하지 않는다.

검색의 대상은 제7조 제2항에서 설명한 경찰상 공개된 장소에 대해서만 검색을 할 수 있으므로, 순수한 사인의 가옥 등에 대해서는 검색할 수 없다고 보아야 한다.

(4) 출입·검색시의 증표제시 등

경찰관직무집행법 제7조 제4항은 경찰관이 필요한 장소에 출입할 때에는 그 신분을 표시하는 증표(경찰공무원증 등)를 제시하여야 하며, 함부로 관계인의 정당한 업무(법령의 규정에 근거하여 수행되고 있는 업무와 사회통념에 의해 정당화되는 업무 포함)를 방해하여서는 아니된다고 규정하고 있다.

(5) 가택출입과 수색

가택출입과 수색(Betreten und Durchsuchung von Wohnungen)은 독일의 모든 실정 경찰-질서법률에 규정되어 있다. 가택의 출입 뿐만아니라 수색의 경우에도 독일기본법 제13조에 의하여 보호되는 주거 불가침의 자유에 대한 침해가 존재한다. 여기서의 출입이란 가택에의 침입(Eintreten), 가택 내에서의 체류(Verweilen)와 조사(Besichtigung)를 모두 포함한다. 이에 대하여 수색은 가택 내의 사람과 물건에 대한 특정한 목표 내지 목적을 가진 수색을 말한다. 그것은 기본법 제13조 제2항 때문에 단지 임박한 위협이 존재하는 경우와는 달리 법관의 영장에 근거하여서만 허용된다. 가택출입을 포함하는 그 밖의 침해는 기본법 제13조 제3항의 전제조건하에서 허용된다. 지배적인 견해에 따를 때 기본법 제13조 제3항 제1단은 그 밖에 권한있는 경찰행정청에 대한 주거의 자유에 대한 침해 및 제한에 관한 직접적 수권을 내용으로 한다. 물론 그 같은 침해 내지 제한은 공공의 위험 혹은 개개인의 생명에 대한 위협의 방지에 기여하는 것이어야 한다.¹⁶⁹⁾

169) Schenke, a.a.O., S. 69.

모범초안 제19조 제1항에 따르면 경찰은 어떤 주거 안에 구인 혹은 보호조치의 대상이 될 사람이 존재하거나 영치될 수 있는 물건이 존재한다는 것을 인정할 수 있는 사실적 근거가 존재하는 경우에는 소유자의 동의없이도 가택에 출입하여 수색할 수 있다. 그 같은 가택의 출입·수색은 사람의 신체, 생명, 자유 또는 중요한 가치있는 물건에 대한 현재의 위협의 방지를 위하여 필요한 경우에도 허용된다. 여기서의 주거의 개념은 모범초안 제19조 제1항 제3호 제2문에 광의로 규정되어 있는 바, 그것은 연방헌법재판소의 판례와 일치한다.¹⁷⁰⁾ 그것은 거실(Wohnraum)과 그밖의 공간(Nebenraum), 작업실(Arbeitsraum), 사무실(Geschäftsraum) 및 그것이 인성의 계발을 위한 매개물로서 기여하는 한 평온이 보호되어야 하는 그 밖의 일체의 물건(이에는 예컨대, 캠핑용 자동차, 텐트, 수상주택도 포함된다)을 포함한다. 단지 토지(예컨대, 경작지)에 울타리를 두른 것만으로는 주거공간으로서의 성격이 결여되어 있기 때문에 여기서의 주거의 요건을 충족시키지 못한다. 모범초안 제19조 제2항은 야간의 가택출입 및 수색에 대하여는 특별규정을 두고 있다. 모범초안 제19조 제3항은 일정한, 특히 위협이 빈발할 가능성이 높은 곳으로 악명높은(verrufene) 주거에는 급박한 위협의 방지를 위하여 출입할 수 있지만, 물론 수색을 할 수는 없다는 것을 규정하고 있다. 모범시안 제19조 제4항에는 공중에게 개방되어 있거나 있었고 체재하는 사람들이 더 머무를 수 있는 작업실, 사무실 및 그 밖의 토지와 공간에는 작업시간 및 체재시간 중에는 침입할 수 있음이 규정되어 있다. 따라서 모범초안 제19조 제4항에 열거되어 있는 장소의 경우 그 장소가 갖는 고도의 공중관련성 때문에 동조가 열거하고 있는 조건하에서는 기본법 제13조 제3항의 제한된 조건을 갖추지 못한 경우에도 출입, 조사권이 허용되어야 한다는 연방헌법재판소의 판례¹⁷¹⁾는 고려를 요한다.

모범초안 제20조는 주거의 수색절차를 규율하고 있다. 판례¹⁷²⁾에 따르면 그것이 위협방지의 목적으로 행하여지는 경우에도 주거의 수색은

170) BVerfGE 32, 54, 68 ff.

171) BVerfGE 32, 54, 75 ff.

172) BVerfGE 28, 285 ff ; BVerfGE 51, 97, 106

기본법 제13조 제2항에 따라야 하고, 따라서 급박한 위험이 있는 경우 외에는 단지 법관의 명령에 의하여서만(모범초안 제20조 제1항 제2문에 따르면 지방법원지원) 행해질 수 있으며, 수색이 종료된 후에는 법원의 결정은 더 이상 필요치 않으며, 더욱이 관계인에게는 행정법원법 제113조 제1항 제4문의 유추적용하에 수색의 위법성확인을 구할 일반적 가능성이 존재한다. 모범초안 제20조 제2항은 수색의 경우에 주거의 소유자가 참여할 권리가 있음을 규정하고 있다. 그의 부재중에는 가능한 한 그의 대리인, 성년인 친척, 동거인 혹은 이웃이 참석하여야 한다. 주거의 소유자 혹은 그의 대리인에게는 그로 인하여 수색의 목적달성이 현저히 곤란해지지 않는 한, 수색의 이유가 지체없이 통지되어야 한다. 그 밖에 모범초안 제20조 제4항과 제5항은 수색에 대한 조서의 작성을 규율하고 있다.¹⁷³⁾

한편 스위스의 경우에 가택수색은 수색 중에서 가장 강력한 형식으로 평가받고 있다. 그것은 가택·상점·공장 및 그 안에 있는 집기까지 미치기 때문이다. 가택수색을 행함에 있어서는 피의자, 범죄의 흔적(예: 핏자국, 지문, 발자국 등), 증거방법(예; 교환한 서신, 회계장부 등)에 대하여 수색이 행해진다. 가택수색을 행하기 위해서는 범죄의 혐의가 존재할 것이 필요한 바, 따라서 그 속에 피의자 혹은 압수할 물건이 존재할 개연성이 있어야 한다. 그리고 그러한 사정하에서는 피의자 아닌 자에 대해서도 수색이 행해질 수 있다. 한편 가택의 소유자가 항거하는 경우에는 실력을 행사할 수도 있다.¹⁷⁴⁾

(7) 위험방지를 위한 퇴거명령

독일 모범초안 제12조에 따라 경찰은 위험방지를 위하여 퇴거명령(Platzverweisung), 즉 잠정적으로 어떤 장소로부터의 퇴거를 명하거나 어떤 장소에의 출입을 금지시킬 수 있다. 소방대(Feurwehr) 혹은 응급구조대(Hilfs - oder Rettungsdiensten)의 출입에 장애가 되는 것에 대해서도 동일한 조치가 행해질 수 있다.

173) Schenke, a.a.O., S. 71.

174) 서정범, 스위스의 경찰제도와 수사구조에 관한 연구, 85면.

퇴거명령은 개념정의상 단지 잠정적 조치(vorübergehende Maßnahme)의 성격을 가지기 때문에 어떤 장소에의 체재를 계속적으로 금하는 것은 모범초안 제12조에 근거하여 행해질 수 없다. 따라서 모범초안 제12조는 예컨대 도시부랑자에게 특정한 장소에의 체재를 영구적으로 금지하는 것에 대한 법적 근거가 되지 못한다. 나아가서 특정한 장소로의 이전요청은 여기서의 퇴거명령이 아니다. 모범초안이 명시적으로 퇴거명령의 수범자를 열거하고 있지 않는 한, 경찰책임에 관한 일반원칙이 적용된다. 퇴거명령에 관한 특별법적 규율이 결여되어 있는 경우에는 동 조치는 단지 개괄적 수권조항에 근거하여 행해질 수도 있다.¹⁷⁵⁾

문제는 퇴거명령이 헌법상의 거주이전의 자유를 침해하는 것인가 하는 점이다. 거주이전의 자유는 상당한 기간에 걸친 체재의 제한으로부터 주민을 보호하기 위한 것이기 때문에 퇴거명령은 이를 침해하는 것은 아니라고 보아야 한다. 따라서 장기간에 걸친 제한은 독일의 경우에 기본법 제73조 제3호를 고려할 때 그때 그때의 주법인 경찰법상의 개괄적 수권조항에 근거하여 행해질 수는 없다.

예컨대 승용차로 시위군중을 다른 곳으로 이송하는 것과 같은 잠정적인 이송조치(Verbringungsgewarsam)의 방식에 의한 퇴거명령의 강제적 시행은 그것이 단기간에 행해지기 때문에 긍정할 수 있으나, 퇴거명령을 받은 자를 그 장소로부터 아주 먼 곳으로(예컨대 다른 지방자치단체) 이송하는 것은 더 이상 퇴거명령에 대한 수권에 근거하여 행해질 수 없다.

5. 범죄의 제지

(1) 의 의

경찰관직무집행법 제6조는 범죄의 제지에 대해 규정하고 있다. 범죄의 제지는 범죄가 행하여지려고 하는 절박한 사태에 직면하여 직접적으로 범죄를 저지하는 조치를 말한다. 그 법적 성질은 경찰상 대인적 직접강제 및 즉시강제라고 할 수 있다.

175) 퇴거명령에 대한 특별법적 수권조항은 예컨대 독일의 집회및시위에관한법률 제11조, 제13조, 제18조, 제19조와 청소년보호법 제1조 제2문 제1호와 같은 연방법에서 찾을 수 있다. Schenke, a.a.O., S. 59.

(2) 범죄의 제지의 요건

경찰관직무집행법 제6조 제1항은 범죄의 제지의 요건으로서 “범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때”, “목전에 행하여지려고 하는 범죄행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우”를 요건으로 규정하고 있다.

(3) 범죄의 제지의 대상

제지란 실력의 행사에 의한 범죄예비행위 및 범죄에 밀접하게 접근된 행위를 저지하는 것을 말한다. 제지의 대상은 인명, 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 행위이다. 현실적으로는 제지의 효력이 미치는 자는 목전의 범죄를 행하려는 자가 될 것이다.¹⁷⁶⁾

그리고 개인의 생명, 신체 및 재산에 대하여 직접 위해를 주지 않는 위조, 증·수뢰, 배임, 횡령 등의 지능범이나 행정법규위반의 죄는 원칙적으로 제지대상이 아니다.¹⁷⁷⁾

6. 경찰장구의 사용

(1) 장구사용의 의의

경찰장비란 경찰관이 직무를 수행하기 위하여 사용할 수 있는 물건을 말한다. 무기, 경찰장구, 최루제 및 그 발사장치, 감지기구, 해안감시기구, 통신기기, 차량·선박·항공기 등 경찰의 직무수행을 위하여 필요한 장치와 기구를 말한다(제10조 제2항).

경찰장비를 임의로 개조하거나 임의의 장비를 부착하여 통상의 용법과 달리 사용함으로써 타인의 생명·신체에 위해를 주어서는 안된다.

176) 대판 1992. 3. 10, 91도3172.
177) “집회장소 사용승낙을 하지 않은 갑대학교 측의 집회저지 협조요청에 따라 경찰관들이 갑대학교 출입문에서 신고된 갑대학교에서의 집회에 참가하려는 자의 출입을 저지한 것은 경찰관직무집행법 제6조의 주거침입죄에 대한 사전 제지조치로 볼 수 있고, 바록 그 때문에 소정의 신고없이 을대학교로 장소를 옮겨서 집회를 하였다하여 그 신고없이 한 집회가 긴급피난에 해당한다고도 할 수 없다” 대판 1990. 8. 14, 90도870.

경찰장구라 함은 경찰관이 휴대하여 범인검거와 범죄진압 등 직무수행에 사용하는 수갑·포승·경찰봉·방패를 말한다(제10조의 2 제2항).

(2) 사용요건 및 한계

경찰관직무집행법은 장구사용의 요건으로 ①현행범인인 경우, ②사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인의 체포·도주의 방지를 위한 경우, ③자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호를 위한 경우, ④공무집행에 대한 항거의 억제를 위한 경우 등을 들고 있다. 그리고 상당한 이유가 있어야 한다. 즉, 장구를 사용하지 않고는 다른 수단이 없는 경우에 한한다.

대법원은 “무죄추정을 받는 피의자라 하더라도 그에게 구속의 사유가 있어 구속영장이 발부, 집행된 이상 신체의 자유가 제한되는 것은 당연한 것이고, 특히 수사기관에서 구속된 피의자의 도주, 항거 등을 억제하는데 필요하다고 인정할 상당한 이유가 있는 경우에는 필요한 한도내에서 포승이나 수갑을 사용할 수 있는 것이며, 이러한 조치가 무죄추정의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수는 없다”고 판시를 하였다.¹⁷⁸⁾

경찰관직무집행법은 장구의 사용은 사람의 신체나 재산에 손상을 줄 수 있으므로 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서 사용하도록 규정하고 있다.

일본판례는 시위대와 200미터 거리를 두고 평온하게 대치하고 있는 상황에서 몇몇 시위자를 잡아 경찰봉으로 폭행을 가한 경우에 대해 직접성을 부인한 예가 있다.¹⁷⁹⁾

또한 우리의 하급심판례 중에는 파출소에서 수갑을 딱 채워 손목신경이 손상됐다며 국가를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 원고 일부승소판결을 내린 예가 있다. 법원은 “수갑은 사람의 생명, 신체에 위해를 가할 우려가 있는 경찰장구로 손목에 딱 채워 손을 움직일 수 없을 정도로 조이지 않도록 해야 하는 등 안전수칙을 지켜야 한다…원고의 손해는 파출소 경찰

178) 대판 1996. 5. 14, 96도561.

179) 日 東京高裁判決 昭和 30. 10. 21.

관들이 원고의 행동을 제지하는데 주안을 둔 나머지 안전수칙을 제대로 이행하지 않아 발생했기에 국가는 손해배상책임이 있다” 고 판시하였다.¹⁸⁰⁾

7. 분사기 등의 사용

(1) 의 의

우리 경찰관직무집행법 제10조의 3은 “경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 또는 불법집회, 시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위해발생을 억제하기 위하여 부득이한 경우 현장책임자의 판단으로 필요한 최소한의 범위 안에서 분사기(총포·도검·화약류등단속법의 규정에 의한 분사기와 최루 등의 작용제) 또는 최루탄을 사용할 수 있다”고 규정하고 있다.

분사기는 총포·도검·화약류등단속법의 규정에 의한 분사기와 최루 등의 작용제를 말한다.

경찰관은 범인의 체포 또는 도주방지, 타인 또는 경찰관의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요한 때에는 최소한의 범위 안에서 가스발사총을 사용할 수 있다. 이 경우 경찰관은 1미터 이내의 거리에서 상대방의 얼굴을 향하여 이를 발사하여서는 아니된다(경찰장비의사용기준등에관한규정 제12조 제1항).

최루탄은 최루가스를 발생시켜 신체·정신적 기능의 장애를 주는 화학탄의 일종이다. 최루탄을 본래의 기능이 아닌 인명살상이나 위해의 수단으로 사용할 경우에는 무기사용에 해당하는 것으로 보아야 한다.

미국에서는 후추가루 분사기(pepper spray)를 일부 경찰서에서 사용하고 있다. 후추가루 분사기는 후추가루를 범인의 안면에 발사하여 범인이 눈을 뜨지 못하고 재채기를 하게 하여 상대방을 제압하는 장비이다.¹⁸¹⁾

180) 서울지법 남부지원 민사5단독 2003년 7월 23일 판결. 지난 2001년 10월 술집에서 소란을 피운 혐의로 파출소에 연행된 김모씨는 파출소에서도 소란을 피운다는 이유로 양손을 뒤로 한 채 수갑에 채워졌다가 손목신경을 다쳐 전치 4개월의 상해를 입자, 국가를 상대로 3천만원의 손해배상청구소송을 냈다.

181) 지난 2003. 5. 4 미 연방 제9 순회항소법원은 캘리포니아주 북부 헤드워터스 산 립지역의 벌목 반대 시위자들이 제기한 소송에서, 경찰의 후추가루 분사기(Pepper

(2) 분사기 및 최루탄사용의 요건

경찰관직무집행법은 최루탄사용의 요건으로 ①범인의 체포와 도주의 방지 또는 불법집회와 시위, ②자기 또는 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 중대한 위해발생의 억제 등을 들고 있다.

(3) 한 계

경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 또는 불법집회, 시위로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위해발생을 억제하기 위하여 부득이한 경우에 필요한 최소한의 범위 안에서 사용하여야 한다.

대법원은 “국가 소속 전투경찰들이 시위진압을 함에 있어서 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도로 가능한 한 최루탄의 사용을 억제하고 또한 최대한 안전하고 평화로운 방법으로 시위진압을 하여 그 시위진압 과정에서 타인의 생명과 위해를 가하는 사태가 발생하지 아니하도록 하여야 하는데도, 이를 게을리한 채 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도를 넘어 지나치게 과도한 방법으로 시위진압을 한 잘못으로 시위 참가자로 하여금 사망에 이르게 하였다는 이유로 국가의 손해배상책임을 인정하되, 피해자의 시위에 참가하여 사망에 이르기까지의 행위를 참작하여 30% 과실상계를 한 원심판결은 타당하다”고 판시하였다.¹⁸²⁾

Spray) 사용을 금지시키지 않았으나 이를 사용할 경우 그럴만한 이유가 있어야 한다고 판결하였다. 이 사건에서 원고 9명은 97년 가을 한 목재회사의 삼나무 벌목을 막기 위해 시위를 벌였으며, 출동한 보안관들이 지근거리에서 화학성이 강한 최루가스 분무기를 이들의 눈에 쬐, 1심에서 피해배상 청구소송을 제기했으나 기각되자 샌프란시스코 연방지법에 항소, 同 판결문은 수정헌법 제4조(수색·체포·압수)가 경찰이 무력을 사용할 수 있는 상황을 체포 등 '합당한' 경우로만 제한하고 있다며 '시위자들이 심한 고통을 받고 있는데다 사건 당시 누구에게도 위협을 가하지 않은 만큼 배심원은 무력사용의 부당성을 판정해야 할 것'이라고 밝혔다. <http://www.poli->

[ce.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp.](http://www.poli-)

182) 대판 1995. 11. 10, 95다23897.

8. 무기의 사용

(1) 무기사용의 의의

정보통신이 발달됨에 따라 범죄의 형태가 지능화·다양화 되어가고 있다. 뿐만 아니라 포악해지는 범죄성격은 이제 공권력에 정면도전하는 행태에 이르러 일선에서 치안을 담당하는 외근경찰들에게 그 대책이 절실하다. 강력·흉악범죄가 증가하고, 범죄자 또는 시위자에 의한 경찰관의 피습사례가 속출하고 있는 현시점에서, 그리고 IMF 이후 대량실직 등에 따른 범죄의 증가추세를 고려할 때 국민의 안녕과 질서유지, 사회안정을 도모하기 위해 범죄현장의 최일선에서 대응하고 있는 경찰관의 역할과 의무는 막중하다 할 것이다. 그 중 가장 큰 어려움은 강력범 또는 흉악범 검거시 경찰이 코앞에 닥친 상황을 얼마만큼 합리적으로 판단하여 범인을 검거하고 치안을 확보할 수 있는가 하는 것일 것이다. 경찰의 범인검거 노력은 강화되고 있으나 이에 대한 범인들의 흉포화, 특히 무기 및 흉기의 휴대등에서 볼 때 경찰관의 총기사용은 어쩌면 불수불가결한 것으로 생각된다.

순찰을 도는 일선 경찰관에게 권총이 지급되고 있으나 총기사용에 있어 까다로운 규제사항 때문에 막상 총기를 사용해야 할 상황임에도 여간해서는 총을 꺼내들지 못하는 실정이다. 총기사용의 필요충분조건 하에 사용했다라도 피의자의 부상 정도에 따라 언론이나 각종 단체에서 인권 문제를 들고 나온다. 이렇게 정당한 공무수행이 여론에 따라 징계를 받아야 하는 실정이다 보니 경찰에게 총기는 더 이상 장비가 아니라 장신구가 되고 말았다는 비판도 제기되고 있다.

(2) 총기소지 및 사용실태

일반인의 총기 휴대가 금지되어 있는 우리나라나 일본의 경우에 외국에 비해 경찰관의 총기사용 규정이 상대적으로 엄격한 편이다. 가령 무기나 흉기를 지닌 범인이 3회 이상 투항명령을 듣지 않을 경우, 경찰관이 심각하게 생명의 위협을 받을 경우, 총기 사용 외에는 사태해결방법이 없다고 합

리적으로 판단될 경우에 한해 비로소 허벅지 아래를 겨냥해 사격할 수 있게 되어있다. 그러나 다급한 현장에서 합리적인 상황판단과 침착한 하향사격을 하기란 쉽지 않다. 이를 가능케 하는 것은 평상시의 부단한 교육과 반복 훈련뿐인데, 법현실적으로 여건이 마땅찮아 그러하지 못한 것 같다.¹⁸³⁾

사용한도와 범위에 있어서 그리고 관련법규의 미비로 인하여 정당하게 총기를 사용한 경찰관도 결국은 형사처벌 내지 민사상의 손해배상책임을 피할 수 없는 것이 우리나라의 현실임을 볼 때 경찰관의 총기사용에 따른 관련법규의 정비 및 그 범위의 명확화 작업이 다른 어느 때 보다는 절실히 요구된다고 본다.

시민법전통 국가들의 경우에는 규제가 비교적 엄격하게 이루어지고 있는 반면에 보통법전통 국가, 특히 미국의 경우에는 규제가 쉽지 않은 상황에 있다. 독일은 각주의 경찰법에서 총기 사용의 여건 및 한계를 상세하게 규정하고 있으며 모범초안 제35조~제44조에서 무기사용에 대해 규정하고 있다. 제41조에서는 총기사용에 관한 총칙을, 제42조는 사람에게 대한 총기사용을, 제43조는 다중에 대한 총기사용을 규정하고 있다. 한편 일본의 경우는 우리와 총기사용에 대한 규율체계가 비슷하다.

건국사적 또는 문화적 배경에 기인한 개인의 자위권으로서 무장할 권리를 보장하는 수정헌법 제2조 및 총기에 대한 미국인 특유의 정서 및 엄청난 규모의 민간보유 총기는 미국 경찰관에게 독특한 근무환경을 조성하는데, 합법 또는 불법적으로 휴대되는 각종 무기가 경찰관을 위협하고, 이는 반사적으로 총기사용을 포함, 경우에 따라 과도한 경찰관의 물리력 사용(the use of excessive police force)문제를 야기한다.¹⁸⁴⁾

183) 프랑스에서는 94년 이래 경찰관의 총기 사용으로 사망한 사람은 24명이며 2000년 상반기에 2명이 사망 조사에서는 아무런 안전장치 없이 방아쇠만 당기면 발사되는 리벌버 권총보다 안전장치가 부착된 탄창장전식(Pistolet)권총이 바람직하다는 인식과 경찰과 함께 치안을 담당하는 '잔다메리'(국방부소속)도 리벌버에서 탄창장전식 권총으로 바꿨으며, 탄창장전식 권총의 기능이 개선되어 고장률이 저하되었다는 점 등이 고려되고 있다 한다. 현재 방범경찰에게 지급되어 있는 리벌버 권총은 1982년 지급당시 탄창 장전식보다 정확도가 높고 고장률이 적어 채택되었다 한다. 현행 규정상 일선근무 경찰관은 최소한 1년에 3번 사격훈련을 받을 수 있으며 60통의 탄약을 사격할 수 있으나 실제로는 그렇지 못하다고 한다. <http://www.police.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp>.

184) J. Michael McGuinness, "Law Enforcement Use of Force : The

미국은 일반시민들이 자유롭게 총기를 소유하고 있기 때문에 이로 인한 사고가 자주 발생한다. 심지어 M16소총이나 중국제 기관단총도 쉽게 구입할 수 있다. 최근 미국의 민간단체인 해리스 인터랙티브(Harris Interactive)가 성인 1,014명을 대상으로 조사, 공개한 내용에 따르면, 가정에 1정 이상의 총기를 가진 미국인은 지난 80년의 48%에 비해 크게 감소한 39%로 '96년 이후 변동을 보이지 않고 있으며 특히, 가정내 총기보유율은 소득이 높을수록 높아 연 소득 5만~7만 달러의 가구 중 51%, 3만5천~5만 달러 가구의 47%가 집안에 총기를 갖고 있는 데 비해 소득 1만5천 달러 미만의 가구는 17%에 불과한 것으로 나타났고 이 밖에 정치적으로는 보수 성향의 공화당 가구에서는 49%나 총기를 보유하고 있으며, 진보 성향의 민주당 가구는 28%, 중도계 가구는 41%가 총기를 보유하고 있는 것으로 밝혀졌다.¹⁸⁵⁾

미국 연방수사국인 FBI의 통계조사에 의하면 2000년 한해동안 발생한 총 12,943건의 살인사건들 중에서 총기에 의한 것이 8,493건으로 전체 살인무기 중에서 65.6%나 차지하였다. 그 총기 중에서도 권총에 의한 살인사건이 6,686건(79%)으로서 대부분을 차지하였다.¹⁸⁶⁾

그래서 1993년 클린턴대통령이 일명 Brady Bill을 통과시켜서 총기를 구입하기 전 5일 동안의 대기기간을 두어 구입예정자의 전과기록과 정신이상 유무등을 조사하도록 하였다. 또한 1994년에는 미국 하원이 공격용 총기(assult weapons)에 대한 판매금지법을 통과시켰으나,¹⁸⁷⁾ 전미총기협회(National Rifle Association, NRA)의 거센 반발과 미국 수정헌법 제2조가 개인의 총기소지를 보장하고 있어 미국정부가 총기를 규제하기 매우 어려운 상황에 있다.

미국 경찰관은 비번 근무 중에도 범행을 목격하였다면 총기를 사용하여 범인을 체포할 수도 있다. 모든 경찰관들이 총기를 휴대하고 사용하

Objective Reasonableness Standard Under North Carolina And Federal Law[†], pp.5~6.

185) <http://www/police.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp>.

186) Federal Bureau of Investigation, Uniform Crime Reports(Washington, D.C; U. S. Governmental Printing Office, 2002).

187) Larry Siegel & Joseph Senna, Juvenile Delinquency, p. 41.

기 때문에 경찰관의 총기남용문제가 더욱 대두되고 있다.¹⁸⁸⁾ 한 조사에 의하면 미국 경찰관에 의해서 죽은 사람이 하루 평균 1명이라고 한다. 그런데 경찰관들의 총기사용 중에서 5분의 1에 해당하는 사례는 그 적법성이 논란이 될 만한 경우이고, 5분의 2가량은 정당화될 수 없는 사건이라는 보고가 있다.¹⁸⁹⁾

한편 총기사용범죄가 증가하고 있음을 감안하여 영국은 중앙정부 차원에서 이른바 ‘국가총기추적실(National Firearms Tracing Service)’을 설치하여 범죄 등에 사용되는 총기관련 정보를 추적하고 있다. 총기추적실은 ①회수총기의 추적을 통해 경찰의 수사지원, ②총기관련 전국적 상황 파악, ③불법 총기관련 경향 파악 및 평가제시, ④법집행기관에 대해 불법 무기거래 관련정보제공, ⑤국내적 및 국제적 정보교환 등의 업무를 관장하고 있다.

(2) 무기의 개념과 무기사용의 요건

1) 무기의 개념

무기사용의 법적 근거는 경찰공무원법 제20조 제2항의 “무기휴대”, 경찰관직무집행법 제10조의 4의 “무기사용”, 경찰장비관리규칙 제173조의 “무기·탄약 취급상의 안전관리“에 관한 규정을 들 수 있다.

무기는 사람을 살상하는 성능을 가진 기구 일반을 총칭하는 것으로 볼 수 있다. 무기를 성질상의 무기와 용법상의 무기로 분류하는 견해도 있다.¹⁹⁰⁾ 전자는 사람을 살상하는 용도에 사용할 목적으로 제작된 기구를

188) 美 시카고 경찰국은 경찰관들의 과잉진압으로 인한 무력사용 남용으로 소송이 증가함에 따라 18개월간의 연구조사를 실시한 끝에 새로운 “무력사용규제안”을 2003년 9월 10일 마련하였다. 새 규제안에 따르면 경찰관은 혐의자 체포시 사용한 무력사용 형태 및 무력을 사용한 이유 등을 기술하는 2페이지 분량의 보고서를 작성해야 하며 담당 감독관은 혐의자를 인터뷰해 경찰관의 무력사용이 적절한 것이었는지 보고서를 작성해야 하고 경찰국은 경찰 개인의 무력 사용에 대한 기록을 컴퓨터화해 기록을 추적할 수 있게 되는데, 과도하게 무력을 사용한다고 판단되는 경찰관은 재훈련을 받도록 하고 있다고 한다. <http://www.police.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp>.

189) Harry Moore, Jr., *Critical Issues in Law Enforcement*, pp. 71-72.

190) 장명민·박기석, *전계보고서*, 188면.

말하고, 후자는 제작목적은 살상목적이 아니나 그 용법에 따라 사람의 살상에 이용할 수 있는 기구를 말한다.

무기라 함은 인명 또는 신체에 위해를 가할 수 있도록 제작된 권총·소총·도검 등을 말한다(제10조의 4의 제2항).¹⁹¹⁾ 일본의 경우 경찰관 직무집행법 제7조에서 규정하는 무기는 권총 등의 소형총기, 도검 및 폭약의 3종류를 말하고, 그것 이외의 새로운 특별한 무기, 예를 들면 기관총, 수류탄 등의 도입은 특별한 법률의 근거를 필요로 한다.¹⁹²⁾ 경찰봉, 최루가스는 본래의 무기에 해당하지 않지만 무기에 준한 취급을 요한다. 독일 모범초안 제36조는 무기의 종류로 곤봉, 권총, 연방권총, 소총, 기관총, 기관소총 및 수류탄 등을 열거하고 있다.

우리의 경찰관직무집행법 제10조의 4에서 규정하는 무기의 사용은 즉시강제의 특별한 형식 및 궁극적 수단이라고 볼 수 있다. 무엇이 무기인가의 여부는 살상력 정도에 의해 결정된다고 보아야 한다.

2) 무기사용의 요건

무기사용의 요건은 ①위해를 수반하지 않는 무기의 사용과 ②위해의 수반이 허용되는 무기의 사용으로 대별할 수 있다.¹⁹³⁾

191) “경찰공무원법 제20조 제2항은 경찰관은 직무수행을 위하여 필요한 때에는 무기를 휴대할 수 있다고 규정하고 있고, 경찰관직무집행법 제11조는 경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지 등을 위하여 상당한 이유가 있는 때에는 필요한 한도내에서 무기를 사용할 수 있다고 규정하고 있으나, 위 각 규정은 경찰공무원이 직무수행상 필요성이 있다고 인정되는 경우에 한하여 별도의 허가없이 총포 등의 무기를 휴대 또는 사용할 수 있다는 것일뿐, 경찰관이라 하더라도 관할관청의 허가없이 개인적으로 가스분사기를 구입하여 소지하는 것을 허용하는 취지는 아니라고 해석함이 상당하므로, 피고인이 자신이 근무하는 경찰서에서 그 경찰서장이 권장하는 가스분사기를 구입하라는 구 내방송을 듣고 이를 구입하였다 하더라도 이러한 사정만으로는 총포·도검·화약류등 단속법 제12조 제1항 소정의 허가를 받은 것으로 볼 수는 없다” 대전지판 1995. 9. 27, 95노260.

192) 2002년 5월 전국의 기동대 및 황궁경찰본부에 단기관총이 비치되었다. 경찰청은 단기관총 및 자동소총, 라이플총 등의 특수총의 사용규범을 정하였지만, 법률의 근거 없이 이와 같은 개인의 신체·생명을 위협하는 특수총을 도입하는 것은 문제라는 지적이 제기되고 있다. 宮田三郎, 前掲書, 85面 각주 (1) 참조.

193) 이 분류방법에 대해서는 장영민·박기석, 전계보고서, 190면 참조.

(가) 위해를 수반하지 않는 무기의 사용

우리나라와 일본 경찰관직무집행법은 위해를 수반하지 않는 무기를 사용할 수 있는 경우를 “범인의 체포 혹은 도주의 방지, 자기 혹은 타인에 대한 방호 또는 공무집행에 대한 저항의 억제를 위해 필요하다고 인정하는 상당한 이유가 있는 경우”(제7조 본문)에 한정하고 있다.

① 범인의 체포·도주의 방지를 위해 필요한 경우

여기서 범인은 피의자와 피고인 및 유죄판결이 확정된 자로서 체포·구속 및 수감의 대상이 되는 자를 말한다. 체포란 본인의 의사에 관계없이 강제적으로 그 신체를 구속하는 것을 말한다. 도주라 함은 경찰관에 의해 신체의 자유가 구속된 자 또는 구속되려고 하는 자가 경찰관의 직무상 실력에 의한 지배로부터 이탈하거나 이탈하려고 하는 것을 말한다. 도주의 방지만 범인이 신체의 구속으로부터 이탈하려고 하는 것을 방지하는 것을 말한다.

범인의 체포, 도주의 방지 등만을 위하여 무기사용이 정당화되므로 물증의 확보나 증인의 출석을 수단으로서의 무기사용은 인정되지 않는다.

독일 모범초안 제41조 제2항은 “사람에 대한 총기의 사용은 공격 혹은 도주를 못하게 하도록 하기 위하여서만 허용되나, 사망의 결과를 가져올 개연성이 높은 총기의 사용은 그것이 생명 혹은 신체의 불가침성에 대한 중대한 침해에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에 허용된다”고 규정하고 있다.

② 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호를 위해 필요한 경우

본호에서 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호란 사람에게 위해를 수반하지 않는 무기사용인 만큼 위협의 상황은 조성되었지만 직접적·현실적으로 생명·신체에의 침해가 가해지지 않은 경우를 말한다고 보아야 한다.¹⁹⁴⁾ 현실적으로 생명·신체에의 침해가 가해지는 경우에는 사람에게 위해를 가할 수 있는 무기사용이 허용될 것이다.¹⁹⁵⁾

194) 古谷洋一 編著, 前掲書, 341面.

195) 장영민·박기석, 전계보고서, 191면.

③ 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요한 경우

공무집행이란 법령에 의하여 공무(국가 또는 지방자치단체의 사무)에 종사하는 공무원의 적법한 직무집행을 말한다. 형법상 공무집행방해죄(제136조)에서의 직무와 동일하게 파악할 수 있다. 다만, 여기에서의 직무는 일반적인 공무 중 실행행사가 인정되고 강제적인 태양으로부터 행해지는 것에 한한다고 볼 것이다.

항거란 적법한 공무집행을 적극적 또는 소극적으로 방해하거나 거부 내지 저항하여 그 집행의 목적을 달성하는 것이 불가능 또는 곤란하게 만드는 것을 말한다. 다만 소극적인 항거의 경우에는 무기사용이 일반적으로는 허용되지 않겠지만 그 소극적 항거를 배제하지 아니하고는 다른 중요한 법익이 심히 침해될 경우에는 무기사용이 허용된다고 할 것이다.

그리고 억제란 적극적 또는 소극적으로 항거하는 행위를 경찰관이 무기를 사용하여 제지하거나 배제·해산·이동시킴으로서 이를 제압하는 것을 말한다.

법률이 규정하는 “공무집행에 대한 항거의 억제를 위해”라는 요건은 거의 모든 경우에 무기의 사용을 허용하는 것이고 무기사용의 요건을 한정할 것으로는 볼 수 없지 않다는 견해도 있다.

④ 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때

무기의 사용은 그 목적달성을 위한 상당한 필요성이 있어야 한다. 필요성이 충분한가에 대한 판단은 사회통념에 비추어 객관적으로 판단하여야 한다.

(나) 위해의 수반이 허용되는 무기의 사용

경찰관직무집행법은 위해의 수반이 허용되는 무기의 사용의 경우로 ① 정당방위, ②긴급피난, ③중범인의 체포와 이를 위한 경찰관의 직무집행에 항거할 때, ④영장을 집행하는 경우, ⑤위험한 물건을 소지한 범인인 경우, ⑥대간첩작전을 수행하는 경우, ⑦무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없는 경우 등을 들고 있다.

일본 경찰관직무집행법은 경찰관은 정당방위, 긴급피난 또는 흉악범인의 체포·체포영장에 의한 체포 등의 어느 것에 해당하는 경우가 아니면

사람에게 위해를 주어서는 안된다(제7조 단서). 사람에게 위해를 주어서는 안된다란 위해를 주는 것과 방법으로 무기를 사용하여서는 아니된다는 취지이고, 권총의 경우라면 상대방을 향해 권총을 쏘아서는 안되는(권총규범 제7조) 것을 의미한다. 권총을 사람을 향해 자세를 취하여 위하하는 것, 위하사격을 하는 것, 물건을 향하여 발사하는 것 등은 사람에게 위해를 가하는 무기의 사용에 해당하지 아니한다. 또한 무기의 사용에 관하여는 비례원칙 - 필요최소한도의 침해의 원칙이 타당하다는 것이 일반적으로 승인되고 있다. 그러나 법률에는 비례원칙을 구체화한 무기의 기준 내지 방법에 관한 규정은 두어져 있지 않다.

① 정당방위

무기의 사용이 형법 제21조 제1항의 정당방위에 해당될 때는 위해를 수반하는 무기사용이 허용된다. 다만, 경찰관직무집행법상의 무기사용의 정당화사유인 정당방위의 대상으로서 국가적 법익이나 사회적 법익의 침해상황은 포함되지 않는다고 보는 견해도 있으나, 상당성의 요건을 엄격히 하는 조건에서 긍정할 필요가 있다.¹⁹⁶⁾ 판례는 정당방위에 있어서는 반드시 방위행위에 보충성의 원칙은 적용되지 않으나 방위에 필요한 한도내의 행위로서 사회윤리에 위배되지 않는 상당성있는 행위임을 요한다고 판시하고 있다.¹⁹⁷⁾

② 긴급피난

형법 제22조 제1항의 긴급피난의 법리가 원칙적으로 이에 적용된다. 긴급피난은 정당방위와는 달리 위법하거나 부당한 위난에 한정되는 것은 아니다.

③ 중범인의 체포와 이를 위한 경찰관의 직무집행에 항거할 때

위해수반의 무기사용은 사형·무기 또는 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였거나 범하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대해 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제3

196) 장영민·박기석, 전계보고서, 196면.

197) 대판 1991. 9. 10, 91다19913.

자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위한 경우에도 허용된다(제10조의 4).¹⁹⁸⁾

④ 영장집행

영장집행의 경우에도 무기사용이 가능하다. 다만, 이 경우에도 명문화되어 있는 필요성과 보충성은 물론이고 균형성도 요구된다.

⑤ 위험한 물건을 소지한 범인인 경우

범인 또는 소요행위자가 무기·흉기 등 위험한 물건을 소지하고 경찰관으로부터 3회 이상의 투기명령 또는 투항명령을 받고도 이에 불응하면서 계속 항거하여 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 무기사용이 가능하다.

⑥ 대간첩작전을 수행하는 경우

대간첩작전수행에 있어 무장간첩이 경찰관의 투항명령을 받고도 이에 불응하는 경우에 무기사용이 가능하다. 투항명령이 있기 전이라도 무장간첩이 타인의 신체나 공공질서에 위해를 가할 위험성이 명백해진 경우, 도주상태에서 이를 놓칠 경우 다시 체포하기 심히 어려운 경우 등에는 신체위해를 수반한 무기사용이 허용된다. 따라서 비무장간첩이라든가 위해의 위험성이 명백하지 않는 경우에는 타수단으로 대처할 필요가 있으나, 법현실에서는 그것을 판단하기가 쉽지 않을 것이다.¹⁹⁹⁾

198) 대법원은 “타인의 집대문 앞에 은신하고 있다가 경찰관의 명령에 따라 순순히 손을 들고 나오면서 그대로 도주하는 범인을 경찰관이 뒤따라 추격하면서 등부위에 권총을 발사하여 사망케 한 경우, 위와 같은 총기사용은 현재의 부당한 침해를 방지하거나 현재의 위란을 피하기 위한 상당성있는 행위라고 볼 수 없는 것으로서 범인의 체포를 위하여 필요한 한도를 넘어 무기를 사용한 것”이라고 하여 국가의 손해배상책임을 인정하였다. 대판 1991. 5. 28, 91다10084.

199) “경찰관으로서 민간인으로부터 간첩출현신고를 받았을 때에는 신고인이 간첩으로 단정하게 된 경위와 무기를 가지고 있는지 여부를 확인하고, 또 출현현장에 근접해서도 그 동태를 세심히 살피 간첩으로 인정할 만한 상당한 이유가 있더라도 그가 경찰관 직무집행에 항거하거나 도주하려고 할 때 이를 방지하거나 체포하기 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 무기를 사용할 주의의무가 있다”. 대판 1974. 2. 12, 73다849.

⑦ 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없는 경우

무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없는 경우는 무기사용의 보충성의 원칙을 명시한 것이다. 판례는 범인체포를 위하여 필요한 한도를 넘어 무기를 사용한 경우 위법이라고 판단하고 국가의 배상책임을 인정하고 있다.²⁰⁰⁾

독일 모범초안 제41조 제1항은 “총기는 직접강제의 다른 수단으로는 목적을 달성할 수 없거나 달성할 수 없음이 명백히 예견되는 경우에 한하여 사용할 수 있다. 사람에게 대한 총기의 사용은 물건에 대한 총기의 사용에 의하여서는 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 허용된다”고 규정하면서, 그리고 제3항은 “외견상 14세 미만으로 보이는 자에 대한 총기의 사용은 허용되지 아니한다. 총기의 사용이 생명 혹은 신체에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있으며, 제4항은 “경찰공무원이 인식할 수 있는 비관여인이 위협에 처할 고도의 개연성이 있는 경우에는 총기의 사용이 허용되지 아니한다. 총기의 사용이 생명에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.

실력행사로서의 총기사용은 그 자체가 목적이 아니며 정당한 고권적인 처분과 명령상의 특정목적의 실현을 위한 도구일 뿐이다. 즉 그것은 오로지 목적을 위한 수단이며, 특정한 고권적 목적이 없는 총기사용은 예상할 수 없다. 이는 총기사용에 대한 비례원칙의 구체적 표현이며 일반적으로 말한다면 총기사용은 경찰책임자의 공격이나 도주시에 가능하다고 할 것이며 그 경우에도 엄격하게 제한적으로 보아야 할 것이다.²⁰¹⁾

200) 대판 1991. 5. 25, 91다10084.

201) 대판 1991. 9. 10, 91다19913. “칼을 들고 항거하였다 하더라도 공포를 발사하거나 소지한 가스총과 경찰봉을 사용하여 위 망인의 항거를 억제할 시간적 여유와 보충적 수단이 있었다고 보여지고, 또 복도 끝에 밀려 부득이 총을 발사하여 위해를 가할 수밖에 없었다고 하더라도, 가슴부위가 아닌 하체부위를 향하여 발사함으로써 그 위해를 최소한도로 줄일 수 있었다고 보여지므로, 위와 같은 총기사용행위는 경찰관 직무집행법 제11조 소정의 총기사용한계를 벗어났다.”

3) 치명적 사격(사살)의 허용성

우리나라나 일본 경찰관직무집행법의 경우에 치명적 사격의 허용성에 대하여는 명문의 규정이 없고 명문의 허용 또는 금지에 관해서도 규정되어 있지 않다.

그러나 무기사용의 목적은 범인 등의 살해가 아니라 위협방지에 있고, 치명적 사격은 생명·신체의 중대한 침해이므로 법률유보의 원칙에 따라 입법자는 그 허용성에 관하여 명확한 규정을 할 필요가 있다.

치명적 사격은 인질을 구출하는 경우와 같이 그것이 현재의 생명의 위협 또는 신체에 대한 중대한 침해의 방지를 위한 유일한 수단인 경우에만 허용된다고 해야 할 것이다.

일본 통설에 의하면 “위해를 가하는 무기의 사용”에서 말하는 “위해”란 생명·신체에 대한 침해를 말하고, 살해를 포함한다고 해석되고 있다.²⁰²⁾ 또한 치명적 사격의 정당화근거는 형법이나 민법의 정당방위, 긴급피난 및 경찰긴급권에서 찾고 있지만, 그와 같은 정당방위 및 긴급피난의 법리는 시민상호의 관계에 있어서 타당하고 국가권력과 국민과의 관계에 적용하는 것은 적절하지는 아니하고, 경찰의 조치는 시민의 행동보다도 엄격한 법적 기준에 따른다고 해야 할 것이다. 정당방위나 긴급피난의 법리에 의한 권력억제라는 방법은 시대에 뒤떨어지고, 경찰관의 과잉적인 권력행사에 대한 제어장치로는 되지 않고 헌법의 비례원칙 - 과잉금지의 원칙 - 을 공동화할 우려가 있다.²⁰³⁾

4) 특수무기, 폭발물의 사용

우리 경찰관직무집행법은 “대간첩·대테러작전 등 국가안전에 관련되는 작전을 수행할 때에는 개인화기 외에 공용화기를 사용할 수 있다”고 규정하고 있다(제10조의 4 제3항). 공용화기란 기관총 등을 말한다.

독일 모범초안은 기관총과 수류탄은 총기 또는 수류탄 혹은 그와 유사한 폭발물을 사용한 자에 대하여, 사전에 다른 총기를 사용했으나 효과

202) 田宮 裕·河上和雄 編, 前掲書, 35面 등

203) 宮田三郎, 前掲書, 84面.

가 없는 경우에 해당하는 경우 사용할 수 있다고 규정하고 있다(제44조 제1항). 그리고 기관총과 수류탄은 공격을 못하게 하기 위하여서만 사용할 수 있으며(제2항), 수류탄은 다중에 대하여는 사용할 수 없으며 폭발물은 사람에 대하여 사용할 수 없다(제4항).

6) 무기사용의 한계

판례상 경찰관 물리력 행사의 한계를 무기사용과 관련하여 살펴본다.

(가) 우리나라 판례상 경찰관 물리력 행사의 한계

① 대법원1999. 6. 22.선고 98다61470판결

대법원은 신호위반단속을 피해 도주하던 피해자가 차량을 버리고 도주하자 추적하던 경찰관이 계속 추적이 어려워져 2회 공포탄 사격 후, 경고 뒤에 정지를 명하였으나, 계속 도주하자 하반신을 향해 1회 권총사격하여 저혈량성 쇼크 등으로 사망한 사례에서 피해자가 도주 중인 상태로 정당방위 또는 긴급피난에 해당할 여지가 없고, 장비휴대 등으로 계속 추적이 어려워 거리가 멀어지더라도 장비를 놓아둔 후 추적하거나, 추가적인 공포탄 사격 등 다른 방법이 없다고 보기 어려워, 경찰관직무집행법상 총기사용한계를 일탈, 국가배상책임을 긍정한 사례가 있다. 즉, 대법원은 경찰관직무집행법 제11조의 규정에 비추어 보면 경찰관은 범인의 체포, 도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 상당한 이유가 있을 때에는 필요한 한도내에서 무기를 사용할 수 있으나, 형법이 정하는 정당방위와 긴급피난에 해당할 때 또는 체포, 도주의 방지나 항거의 억제를 위하여 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에 한하여 필요한 한도 내에서만 무기를 사용하여 사람에게 위해를 가할 수 있음이 명백하다“고 판시하였다.

② 대법원1999. 3. 23.선고 98다63445판결

대법원은 차량절도범을 검거 중 흉기를 들고 항거, 도주하는 피해자에 대하여 추적중인 경찰관이 흉기 투기 및 정지를 명하였으나 이를 무시, 계속 도주하는 가운데, 흉기의 위협에 다급함을 느낀 경찰관이 조작실수

로 공포탄이 아닌 실탄이 장전, 도주중인 피해자에게 사격하여 사망한 사례에서, ‘사회통념’의 기준 하에 총기사용의 허용범위를 벗어난 위법 행위라 판단한 바 있다.

③ 판례가 제시하는 무기사용의 한계

판례는 경찰관직무집행법상의 무기사용 한계(정당행위), 정당방위 및 긴급피난 해당여부를 기준으로 하되, 정당행위 판단시, 가스총 등 다른 비치명적 경찰장구류 사용을 통한 진압가능성 등을 고려, 무기사용의 필요성에 관한 상당한 이유를 검토하되, 단순히 주력(走力)의 부족 등에 기인한 계속 추격의 불가능성 등은 고려하지 않는 것으로 파악되어 정당 행위 요건으로서의 ‘상당성’을 엄격하게 판단하는 것으로 이해된다.

또한 정당방위 요건검토에서도 흉기를 사용하면서 도주를 계속하는 경우에도 구체적인 무기사용시 흉기에 의한 저항여부 및 강도를 고려, ‘침해의 현재성’을 부정 또는 설사 침해의 현재성이 긍정되고 보충성을 강조하지 않는 정당방위임에도 경한 다른 수단의 선택가능성 등을 고려하여 ‘상당성’을 부정하는 등, 경찰관의 물리력 행사에 관하여 매우 신중한 판단태도를 취하고 있다²⁰⁴⁾.

그러나 전체적으로 정당행위, 정당방위 내지 긴급피난 상의 추상적인 침해의 현재성, 상당성 등에 판단이 집중, 실무 경찰관에게 명확한 물리력 사용의 한계선을 확정해주지 못하는 것으로 판단된다.²⁰⁵⁾

(나) 미국 판례상의 경찰관 물리력 행사의 한계

종래 보통법상 경찰관이 중범죄인의 도주를 방지하기 위한 수단으로 치명적 실력행사(권총사용)가 가능하다고 인정되어 왔다.

경찰관 물리력 행사의 한계에 대한 기준으로 1973년 미연방항소법원의 Johnson v. Glick판례에서는 “실질적 적정절차 기준”(substantive due process standard)을 제시하였다. 그러나 1985년 미연방대법원의

204) 대법원 1994. 11. 8. 선고 94다25896판결, 대법원1993. 7. 27. 선고 93다9163판결, 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다19913판결, 대법원 1991. 5. 28. 선고 91다10084판결 참조.

205) 권창국, 경찰관의 물리력 행사와 그 한계, 법률신문 제3124호 참조.

Tennessee v. Garner판례는 “객관적 합리성 기준”(objective reasonableness standard)을 사실상 활용하였으나, 1989년 미연방대법원은 Graham v. Connor판례에서 “객관적 합리성 기준”을 판단기준으로 확립하였다.

① 1973년 미연방항소법원의 Johnson v. Glick판례

- 실질적 적정절차 기준

이는 구치소에 수감된 피해자에 대하여 가해자인 교도관이 폭행 및 가혹행위를 하자, 이에 손해배상을 제기한 경우로, 동 사건에서 수정헌법 제8조와 적정절차원리(due process of law)를 규정한 수정헌법 제14조를 바탕으로, 교도관의 물리력 행사는 실제적인 적정성을 갖추어야 그 적법성을 긍정할 수 있다는 논리 하에, ①당해 물리력 행사의 필요성, ② 필요성과 행사된 물리력의 형태 및 강도간의 관계, ③침해의 정도, ④당해 물리력을 행사한 법집행기관의 목적과 의도를 제시하고, 이후 법집행기관의 물리력 행사의 한계판단기준으로 연방 및 주법원에서 원용되었다(실질적 적정절차 기준).

그러나, 이 판단기준은 법집행기관의 주관적 태도에 따라, 물리력의 적법성 한계를 판단하여 부적절한 점, 수정헌법 제8조의 ‘참혹하고 이상한(cruel and unusual)’이라는 규정은 형벌규정 및 집행과정과 관련하여 적용되는 기준으로, 경찰관의 범인 체포, 도주방지, 기타 직무집행에 대한 항거제압의 경우는 수정헌법 제4조의 문제로 판단기준을 달리하여야 하는 점 등을 이유로 비판받게 되는데, 1989년 미연방대법원은 Graham v. Connor판례를 계기로 객관적 합리성 기준으로 설정하게 된다.

② 1985년 미연방대법원의 Tennessee v. Garner판례

총기 등 치명적 물리력 행사의 사용사례로, 1989년 Graham사건에 앞서 1985년 미연방대법원의 Tennessee v. Garner판례를 들 수 있다.²⁰⁶⁾

Tennessee v. Garner사건에서 연방대법원은 “중범죄의 도주를 방지하기 위하여 사정여하를 막론하고 치명적 실력행사를 허용하는 것은 헌법

206) Tennessee vs. Garner 471 U.S., 85L Ed 2d 참조.

상 불합리하며, 체포에 임하는 경찰관이나 제3자에게 위험이 없는 무기를 갖지 않은 피의자를 체포하기 위하여 치명적 실력을 행사하는 것은 허용되지 않는다”고 판시하여 새로운 견해를 보이고 있다. 이 판결은 Graham사건 이전이지만 사실상 객관적 합리성 기준을 활용하고 있다는 점에 의미가 있다.

사안은 강도발생 신고를 받고 출동한 경찰관이 강도가 침입한 집 주변을 수색 중, 도주하는 범인을 확인, 추적하며 정지를 명하였으나, 불응하며 담을 넘어 계속 도주하는 범인에게 사격, 사망한 사례이다. 추적중인 경찰관은 플래시 라이트 등에 의하여 도주중인 범인의 용모와 비무장상태를 확인하였으나, 정지명령에 불응하고 담장을 넘어 도주하면, 다시 체포할 수 없다고 판단, 사격을 가한 것이다.

연방대법원은 피해자의 생명, 신체의 안전과 범인의 검거라는 법집행의 이익을 형량함에 있어서, 생명의 이익형량은 불가능함을 전제로, 경찰관이 직무를 수행하기 위해 사용하는 물리력 중, 총격과 같은 소위 치명적 물리력 행사의 활용은 중범죄자의 검거만을 위해서 활용할 수 있되, 그 경우라도 경찰관 자신이나 제3자의 생명, 신체에 구체적·실질적 위해를 야기할 수 있는 개연성이 있는 가운데, 이를 방어하기 위하여만 활용할 수 있다 하여, 단순히 범인을 체포하거나 도주를 방지하기 위함은 총기사용과 같은 치명적 물리력 사용을 정당화할 수 없다고 판단하여, 이와 달리 광범위한 총기활용을 긍정한 테네시주 법률의 위헌을 확인한 바 있다.²⁰⁷⁾

③ 1989년 미연방대법원은 *Graham v. Connor*판례
- 객관적 합리성 기준

사안은 당뇨병 환자인 피해자가 인슐린 부작용(*insulin reaction*) 증세에 응급대처하기 위하여, 쥬스 구매를 위해 상점에 들어갔으나, 손님이 많아 즉시 구매하기 어렵자, 밖으로 나와 운전중인 친구에 귀가를 재촉하였으나, 이 광경을 목격한 순찰 경찰관이 단시간에 상점을 출입한 행위를 수상하게 판단, 불심검문(*investigative stop*) 목적으로 정지시키고, 상점을 확인할 동안 대기하도록 하고, 지원 온 다른 경찰관은 당뇨병환자라는 이유

207) 자세한 것은 *Kamisar · LaFave · Israel · King, op. cit, p. 227* 이하 참조.

의 항의에도 불구하고, 피해자에게 수갑을 채우는 등 물리력을 가하고, 저항하는 과정에서 피해자가 이마에 멍이 드는 등 피해가 발생하였다.

미연방대법원은 법집행기관의 물리력 행사의 적법성 판단은 획일적 기준이 아닌, 당해 물리력 행사로 인해 침해되는 권리의 유형 등에 따라 개별·구체적 기준에 따라 판단되어야 하므로, 이 경우는 체포, 불심검문 등 신체의 자유를 제한할 수 있는 각종 수단에 대하여 합리성(reasonableness)을 요구하는 수정헌법 제4조를 기준으로, 당해 물리력을 행사하는 경찰관 등의 주관적 태도는 판단기준이 될 수 없고, 법집행을 통해 확보되는 공익적 측면과 이에 수반하는 침해를 형량하여 전자가 우월한 경우에 그 적법성이 긍정될 수 있다고 하였다.

다만, 이러한 '합리성' 판단은 구체적 상황하의 합리적 경찰관의 시각에서 판단하되, 즉각적 판단을 요하는 경찰관의 근무환경을 고려하여야 한다는 객관적 합리성 기준을 제시하였다.²⁰⁸⁾

제 6 절 명령의 성질을 가진 권한

1. 위험한 사태에 있어서 관리자 등에 대한 조치명령

경찰관직무집행법 제5조는 위험한 사태에 있어서 관리자 등에 대한 조치명령을 취할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 경찰관은 위험사태의 발생 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 취하게 할 수 있다(제1항 제3호).

일본 경찰관직무집행법은 특히 긴급을 요하는 경우에는 위해를 받을 우려가 있는 자에 대해 이것을 만류, 피난시키거나 혹은 그 장소에 있는 자, 그 사물의 관리자, 기타 관계자에 대하여 위해방지를 위해 통상 필요하다고 인정되는 조치를 취할 것을 명령할 수 있다고 규정하고 있다(제4조 제1항 후단). 위해방지를 위한 통상 필요한 조치는 예를 들면, 위험구역에 들어오는 것을 금지하거나 또는 위험구역에서의 퇴거를 강제하는 것이다. 이들 조치는 어느 것이나 일시적인 지시·금지 혹은 명령이다.

208) 권창국, 전개논문 참조.

2. 공개장소에의 출입요구

경찰관직무집행법 제7조 제2항은 공개장소에의 출입요구를 규정하고 있다. 경찰관의 공개된 장소에 대한 출입에 대하여 “홍행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소의 관리자 또는 이에 준하는 관계인은 그 영업 또는 공개시간 내에 경찰관이 범죄의 예방 또는 인명·신체와 재산에 대한 위해예방을 목적으로 그 장소에 출입할 것을 요구한 때에는 정당한 이유없이 이를 거절할 수 없다”라고 규정하고 있다. 이러한 경우에는 그 장소의 공개적 성격으로 인해 그 요건이 완화됨은 물론 수인의 정도도 보다 크다고 할 것이다.

경찰상 공개된 장소란 홍행장·여관·음식점·역 기타 불특정다수인이 출입하거나 집합하는 장소를 말한다. 그리고 공개시간내이면 제한된 영업금지시간이나 영업휴일에도 출입할 수 있고,²⁰⁹⁾ 일반적으로는 영업시간이라 할지라도 특별히 휴업하고 있는 경우에는 이 요건에 따른 출입이 허용되지 않는다.²¹⁰⁾ 여기에서 문제되는 것은 경찰관의 요구의 강제성 정도인데, 강한 설득 정도는 허용된다고 보는 것이 타당하다.

그리고 “정당한 이유없이 이를 거절할 수 없다”는 규정은 정당한 거절에도 불구하고 경찰의 강제출입을 막는 과정에서의 폭행·협박은 정당한 공무에 대한 방해가 아니라고 보아 공무집행방해죄를 부인하는 것이 타당하다.

다만, 관리자가 이것을 거절한 때에는 경찰관은 실력을 행사하여 출입할 수 있다.²¹¹⁾ 따라서 벌칙의 규정이 없다.

독일의 모범초안 제19조 제4항에는 공중에게 개방되어 있거나 있었고 체재하는 사람들이 더 머무를 수 있는 작업실, 사무실 및 그 밖의 토지와 공간에는 작업시간 및 체재시간 중에는 침입할 수 있음이 규정되어 있다.

209) 경찰법령연구회편, 경찰권한실무집, 79면.

210) 장영민·박기석, 전게서, 154면.

211) 古谷洋一 編著, 前掲書, 309面.

제 7 절 국민에 사실상의 불이익을 줄 수 있는 임의활동

1. 임의활동과 경찰관직무집행법

(1) 행정기관의 활동과 개별법률의 근거

일반적으로 행정기관의 활동에 있어서는 개별법률의 근거가 필요한 것은 국민의 권리와 자유를 제한하거나 국민에게 의무를 부과하는 것에 한하며, 그에 해당하지 아니하는 활동(임의활동)에 대해서는 개별법률의 근거를 요하지 않는다.

행정기관은 각기 고유한 임무를 달성하기 위해 설치된 것이기 때문에 그 활동은 부여된 임무를 달성하기 위하여 필요한 것에 한한다. 따라서 임의활동에 있어서 행정기관이 법률에서 정한 임무의 범위 외의 활동을 행하는 것은 불가능하다.

행정기관의 활동일반에 관한 이러한 기본입장은 경찰활동에 있어서도 다른 것은 아니다. 일반적으로 상대방의 권리와 자유를 제한하지 않고, 의무를 부과하지 않는 것에 대해서는 경찰관은 개별법률의 근거가 없더라도 법률에 정한 임무를 달성하기 위하여 필요한 활동을 행할 수 있다.

(2) 임의활동을 법률에서 규정하는 의미

경찰관직무집행법은 국민의 권리·자유를 제한하거나 국민에게 의무를 부과하는 행위만이 아니라 국민에게 사실상의 불이익을 주는 것과 같은 일정한 임의활동에 대해서도 그 요건등을 규정하고 있다.

그러나 이러한 규정들은 광범위한 경찰활동 중에 극히 한정된 국면을 파악한 것이고 또한 행정기관은 개별법률의 근거가 없더라도 법률에서 부여된 임무를 달성하기 위해 필요한 임의활동을 행하는 것이 가능하기 때문에 경찰관직무집행법이 임의활동에 대해 규정을 두는 것은 그것에 규정한 유형 및 요건에 해당하지 않는 임의활동을 배제하는 취지가 아니라, 확인적인 취지에 의한 것이라 할 수 있다.

즉 경찰관직무집행법은 불심검문을 통한 질문, 보호조치 등 경찰관이 일상적으로 행할 가능성이 높은 임의활동에 있어서도 국민에게 사실상의 불이익을 미치는 것에 대해서는 소정의 규정을 둬으로써 그것이 임의활동으로서 행해 얻어진 것이라는 것을 법률상으로 명확히 하여 국민의 협력을 얻는 것뿐만 아니라 경찰관이 적정하게 직무를 집행할 수 있도록 하는 것이다.²¹²⁾

2. 불심검문

(1) 불심검문의 의의

재산의 자유, 정신의 자유 등 자유권적 기본권을 비롯한 모든 인권은 신체의 자유를 전제로 한다. 이러한 자유권이 수사 내지 행정경찰활동을 위하여 부득이한 경우 헌법에 근거해서 제한되는 경우가 있는데, 가장 대표적인 것 중의 하나가 불심검문이다.²¹³⁾

검문활동은 경찰의 업무 중 빼놓을 수 없는 중요한 업무의 하나이며 각종 범죄를 예방하고 범인을 검거하는데 있어서 중요한 역할을 하고 있다. 경찰의 검문검색활동은 범죄인에게 심리적인 제약으로 작용하여 범죄활동을 저지하거나 둔화시킴으로써 범죄예방의 실효를 거둘 수 있다. 또한 경찰의 성실한 검문활동은 시민들로 하여금 범죄로부터의 불안을 해소시켜 사회의 치안유지 및 안정에 큰 기여를 함으로써 공권력에 대한 신뢰감을 향상시키는데 큰 역할을 할 수 있다.

일반적으로 불심검문은 교통의 단속, 흉악하고 중요한 사건발생시 범인의 체포, 경찰활동에 수반하는 위험물의 발견, 그 외 일반범죄의 예방·검거 등 경찰상의 목적을 달성하기 위해 통상 복수의 경찰관이 일정한 장소에서 경계함에 있어서 거동이 수상한 자 또는 통행인에 대하여 질문하거나 소지품검사를 하여 소정의 경찰목적의 달성과자 하는 경찰활동의 총체를 의미하는 것으로 정의되고 있다.²¹⁴⁾

212) 古谷 洋一 編著, 前掲書, 19面.

213) 강동욱, 전계서, 15면.

214) 차용석, “경찰관리의 소지품검사에 관한 소고”, 1983. 12 ; 이러한 검문활동은 일정한 장소에서 복수의 경찰관이 협동하여 경계에 임하는 ‘검문체제’와 질문이나 소지품검사 등을 위해 상대방을 정지시키는 ‘검문행위’를 포함한다. 강동욱, 상계서, 19면.

경찰관에 의한 불심검문에 대하여는 시민법전통 국가에서는 국가적·행정적 요청이 우선한다. 즉, 체포와 질문을 위한 유치를 구별하여 질문을 위한 유치의 경우에는 합리적 혐의나 고발없이 혐의자를 구속하는 것이 일반적으로 인정되고 있다.²¹⁵⁾

보통법전통, 특히 영국과 미국에서는 오래전부터 경찰관이 거리에서나 공공장소에서, 다른 수사를 위하여 또는 정지에 부수하여 위험한 무기를 찾을 목적으로 의심스러운 사람을 정지시키는 관행이 있었다. 즉, 영국에서는 경찰관이 체포절차에 의하지 않고 사람 또는 차량을 정지시켜 그 사람의 신체 내지 차량을 수색하는 권한이 비교적 일찍부터 인정되어왔다. 수사활동이 개시되기 이전의 이러한 경찰관의 활동은 이른바 stop & frisk의 문제로서 논하여지고 있었다.²¹⁶⁾

경찰관에 의한 불심검문에 대하여는 보통법전통에서는 사법적 억제가 강한데, 본인의 자유로운 의사를 중시하고 합리적 혐의(reasonable suspicion)를 요건으로 하고 있다.

보통법전통에 있어서 stop & frisk는 대체로 우리나라에서의 질문을 위한 정지와 소지품검사에 상응하는 것이라고 생각할 수 있다. 일반적으로 stop은 정지에 상응하는 개념으로서 영장 등에 의한 정식체포에 이르지 않은 사전적이고 일시적인 행동의 자유에 대한 제약을 의미하였다. 그리고 frisk에 대해서는 미국연방대법원이 헌법상의 수색의 개념 속에 들어간다고 판시한 바 있다.²¹⁷⁾ frisk는 소지품검사의 의미로서 소지품검사의 태양 중의 하나이다. 통상은 숨겨진 무기를 탐색하기 위해 입은 옷의 바깥쪽(outer clothing)을 가볍게 두드리는(patting down) 것으로서 수색(search)²¹⁸⁾에 이르지 않는 정도의 일시적 무기소지검사(feeling for a weapon)를 의미하고 있다.²¹⁹⁾

215) 강동욱, 전게서, 37면.

216) 강동욱, 상게서, 37면.

217) Terry v. Ohio 392 U. S. 1(1968) ; Sibron v. New York 392 U. S. 40(1968).

218) Search : reaching inside a suspect's pockets or other interior parts of clothing to determine if an object felt is a weapon.

219) <http://dictionary.law.com/definition2.asp?selected=2025&bold>.

보통법전통에서 stop & frisk는 반드시 행정법상의 처분에 그치지 않고 오히려 강제적 처분이라고 할 수 있는 점에서, 형식논리적으로 본다면 우리 법의 경우와는 다르다. 그러나 실질적으로는 대체로 유사한 처분임을 생각할 때, 그것을 헌법상의 문제로서 고찰한 점은 높이 평가할 만하다. 구속 등과 같은 고유한 강제처분에 대한 법적 규제가 정비되면 논점이 그 전단계에로 나아가는 것은 당연하고, 그러한 맥락에서 절차의 적정의 한계를 찾는 것은 의미있다고 볼 수 있다.²²⁰⁾

미국에서 불심검문은 그 동안 실무상의 필요에 의해 주로 피검문자의 동의에 의존한 경찰관행으로서 인식되어 왔으나 일각에서는 입법을 통해 문제를 해결하고자 시도하였다.²²¹⁾ 그 후 1942년에는 대체로 보통법을 정리한 통일체포법(Uniform Arrest Act)을 제정하여 질문을 위한 정지권과 무기검사를 인정하는 규정을 두었는데, 보통법상의 제약을 완화하고 경찰관의 직무권한을 확대한 것이 많았다. 그리고 모범법전은 정지·소지품검사를 罪種에 의하여 한정하고 시민에게 권리고지의무를 규정하였으며, 정지시간 및 소지품검사의 태양을 옷 위를 가볍게 두드리는 것에 한정하는 등, 정지·소지품검사의 권한범위를 명확히 규정함으로써 법과 현실의 일치, 인권과 질서의 조화를 달성하고자 하였던 것이다.²²²⁾

미국에 있어서 stop & frisk는 경찰과 시민 사이의 긴장관계를 전제로 해서 이해해야만 한다. 경찰관들에게는 自警主義(Vigilantism)가 저변에 깔려있고, 시민들에게는 수정헌법 제2조가 보장하는 무기소지권과 이른바 불법체포저항권에 의해 시민의 자유가 국가적 법질서의 우선가치라고 생각하는 미국헌법과 그 사회의 법전통이 유지되어 있다.²²³⁾

220) 강구진, 전계논문, 378면.

221) 가령 예를 들면, 매사추세츠주는 주법에 의해 “야간에 경찰관이 적법한 의도를 가지고 있다고 의심함에 충분한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 질문을 하고, 직업·행선지 등을 물을 수 있다.…그같은 혐의를 받은 자가 충분한 해명을 하지 않을 때에는 체포할 수 있다”고 규정하고 있었다 (Mass. Gen. Law(1932) c. 41,§98).

222) 강동우, 전계서, 98면.

223) 渡邊 修, 「職務質問의 研究」, 255면.

(2) 시민법전통 주요국가의 불심검문

1) 불심검문에 관한 법률규정

우리나라 경찰관직무집행법 제3조 제1항은 “경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사정을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다”고 규정하고 있다.²²⁴⁾ 일본의 경찰관직무집행법 제2조 제1항도 같은 내용이다. 즉, “경찰관은 이상한 거동 기타 주위의 사정으로부터 합리적으로 판단하여 어떠한 범죄를 범하거나 범하려고 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행해진 범죄나 범죄가 행하여지려고 한다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다”. “질문”규정이 우리나라의 불심검문과 매우 유사하다고 할 수 있다. 이를 일본에서는 “직무질문”이라고 한다. 경찰관의 직무질문은 경찰관직무집행법의 목적을 위해 질문의 상대방의 의사에 구애됨이 없이 또는 그 의사에 반하여 상대방을 정지시켜 행할 수 있는 직무상의 질문이다.

독일의 경우 우리나라의 불심검문에 일치하는 조문이 경찰법에 독립적으로 존재하는 것이 아니라 질문과 신문, 소환과 유치, 신원확인, 감식조치, 수색 등이 경찰법과 형사소송법에 각각 규정되어 있다. 독일의 경우 신원확인 등 경찰관의 직무활동들이 그 목적에 따라 법적 근거를 달리하고 있기 때문이다. 즉 예방경찰활동을 목적으로 하는 신원확인 등의 직무활동은 경찰법에 의하며, 형사소추의 목적을 위하여 행하는 신원확인 등의 직무활동은 오로지 형사소송법에 따르고 있다.²²⁵⁾ 독일의 모범초안

224) 불심검문의 근거법으로는 경찰관직무집행법(제3조), 형사소송법(제211조), 주민등록법(제17조) 등이 있다.

225) Christoph Gusy, Polizeirecht, s. 111 ; 형사소송법 제163조b(신원확인) 제1항은 “범죄행위의 혐의를 받는 자에 대하여 검사와 경찰직 공무원은 그 신원을 확인하기 위한 조치를 취할 수 있다. 혐의자의 신원을 확인할 수 없거나 이를 확인하는 일에 현저한 장애가 있는 경우 혐의자를 구금하는 것이 허용된다”고 규정하고 있으며 제2항은 “범죄행위의 해결을 위하여 필요한 것인 한 범죄혐의가 없는 자의 신원도 확인할 수 있으며, ...기술된 종류의 처분들은 이들이 사건의 중요성에 비추어 상당하지 않은 경우

제9조 제1항은 경찰은 “위험의 방지를 위한 경우(제1호)”와 그 사람이 다음의 장소 - a)사실상의 근거를 토대로 그 장소에서 다음과 같은 행위 [aa)사람들이 범행을 예비하고 음모하고 실행하며, bb)사람들이 필요한 체류허가없이 만나거나, cc)범인을 은닉하거나]를 한다는 것을 경험적으로 판단할 수 있는 경우], b)매춘을 하는 사람들을 뒤따르는 경우 - 에 체류하고 있는 경우(제2호) 및 “그 사람이 교통시설, 구호시설 및 공공교통수단, 공공건물 또는 그 외의 특별히 위험한 목적물 안이나 여기에 직접적으로 인접한 곳 안에 체류하고 있고, 여러 사실들이 이러한 유형의 목적물 안이나 이에 인접한 곳에서 범행이 행해짐에 틀림이 없고, 이러한 목적물 안이나 이에 인접한 곳에 있는 사람들 또는 이 목적물 자체가 직접적으로 위험에 직면해 있다고 하는 가정을 정당화하는 경우(제3호)” 그리고 “경찰에 의해 설치된 검문소에서 형사소송법 제100조 a 또는 집회법 제27조에서 규정하고 있는 범행을 저지하기 위한 경우(제4호)”에 사람의 신원을 확인할 수 있다고 규정하고 있다. 제9조 제2항은 “경찰은 신원확인을 위한 필요한 조치를 취할 수 있다. 경찰은 특별한 경우 관계자를 정지시켜 신원에 관한 질문을 하고, 검사하기 위해 휴대한 신분증의 제시를 요구할 수 있다. 신원을 다른 방법으로는 확인할 수 없거나 현저히 곤란한 경우에는 관계자를 유치할 수 있다”고 규정하고 있다. 모범초안 제10조 제1항은 경찰은 “제9조에 따라 허용되는 신원확인이 다른 방법으로는 불가능하거나 현저히 곤란할 개연성이 있는 경우(제1호)”와 “당해인이 형벌로 위하되는 행위를 할 혐의를 받고 있고, 그

에는 허용되지 않으며, ...기술된 종류의 처분은 피처분자의 의사에 반하여서는 행하여질 수 없다”고 규정하고 있다. 제163조 c(신원확인을 위한 유치) 제1항은 “제163조에 의한 피처분자는 어떠한 경우에도 신원확인을 위하여 필요한 기간 이상 구금되어서는 안 된다. 신원확인을 위하여 필요한 기간보다 법관의 판단을 의해 예상되는 소요기간이 장기간이 될 것이라고 인정하는 경우가 아니라면 그 자유박탈의 허용과 지속에 관한 판단을 위하여 즉시 피구금자가 체포된 지역의 지방법원판사에게 그를 구인하여야 한다”고 규정하고 있으며, 제2항은 “처분청이 피구금자의 친족이나 피구금자가 신뢰하는 자에 대하여 즉시 구금사실을 통지하도록 할 권리가 피구금자에게 있다. 피구금자가 범죄행위의 혐의를 받고 있지 않고 통지에 의하여 조사목적을 해할 위험이 없다고 여겨지는 때에는 그가 직접 자신의 친족이나 자신이 신뢰하는 자에게 통지할 기회를 부여하여야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 제3항은 “신원확인목적의 자유박탈은 총 12시간 이상 계속될 수 없다”고 규정하고 있고 제4항은 “신원이 확인되면 제163조b제2항의 확인과 관련된 자료를 폐기하여야 한다”고 규정하고 있다.

행위의 방식과 수행이 반복의 위험이 있기 때문에 예방적인 범죄의 진압을 위해 필요한 경우(제2호)”에 감식조치를 행할 수 있다고 규정하고 있다. 제2항은 “신원이 확인되며 제1항 제1호의 경우 확인과 관련하여 조사된 자료를 계속 보존하는 것이 제1항 제1호 또는 다른 법규정에 의해 허용되지 않는 경우에는 그 자료를 폐기해야 한다”고 규정하고 있으며, 제3항은 감식조치가 “지문 또는 장문의 채취(제1호), 사진촬영(제2호), 외형적 신체특징의 확인(제3호), 측정(제4호)”에 행해질 수 있다고 규정하고 있다. 모범초안 제11조 제1항은 경찰은 “그 사람이 일정한 경찰의 임무수행에 필요한 적절한 진술을 할 수 있다는 사실이 인정되는 경우(제1호), 그것이 감식조치를 시행하기 위해서 필요한 경우(제2호)”에는 사람을 서면 또는 구두로 소환할 수 있다고 규정하고 있다. 제2항은 “소환시 그 이유가 제시되어야 한다. 소환의 시점을 결정하는 경우에 당해인의 직업과 그 밖의 생활상황이 고려되어야 한다”고 규정하고 있으며, 제3항은 “당해인이 충분한 이유없이 소환에 응하지 않으면 다음의 경우 - 그 진술이 사람의 생명, 신체 또는 자유에 대한 위험의 방지를 위해 필요한 경우(제1호), 또는 감식조치를 시행하기 위한 경우(제2호)에 강제로 구인할 수 있다고 규정하고 있다.

한편 프랑스의 형사소송법전 법률 제78-2조 제1항은 “사법경찰관과 그의 명령을 받거나 그의 책임 아래 사법경찰리는 다음과 같은 의심을 하게 하는 정당한 근거가 있는 자에게 어떠한 수단에 의하든지 그의 신원을 증명할 것을 요구할 수 있다 : 1)그가 어떠한 범죄를 범하였거나 범하려고 하였다는 것, 2)그가 어떤 범죄를 범하려고 준비하고 있다는 것, 3)그가 범죄시 조사에 유익한 정보를 제공할 수 있다는 것, 4)사법기관에 의해 발령된 체포의 대상이 되고 있다는 것”²²⁶⁾으로 규정하고 있고, 제3항은 “누구든지 그의 행태가 어떠한지 사람 또는 재산의 안전 등 공공질서에 대한 침해를 예방하기 위하여 제1항에 규정된 방식에 따라 그 신원의 증명을 요구받을 수 있다”고 규정하고 있다.²²⁷⁾ 프랑스의 규정내용도 우리의 불심검문 조항과 별반 차이가 없다고 볼 수 없으나, 신

226) 이 신원통제는 사법경찰작용에 속하는 경찰작용이다.

227) 이 신원통제는 행정경찰작용에 속한다.

원통제의 성질이 사법경찰작용과 행정경찰작용으로 혼재되어 규정되어 있는 점에서 특징을 보이고 있다.

2) 불심검문의 법적 성질과 대상

(가) 불심검문의 법적 성질

경찰관직무집행법상의 불심검문의 법적 성질은 그 대상이 특정되지 않은 불특정범죄를 대상으로 한다는 점에서, 경찰관이 독자적으로 행한다는 점에서, 목적이 범죄의 예방과 이를 통한 질서유지에 있으면 행정경찰작용으로 보는 것이 타당하다.²²⁸⁾

그러나 이에 대하여 경찰관직무집행법 제3조의 규정에 비추어 볼 때 불심검문은 “이미 범죄의 혐의가 있다”는 판단을 전제로 하고 있기 때문에 이를 행정경찰작용으로만 파악할 수 없고, 동 법률에 경찰관의 직무범위로서 범죄의 예방, 진압 이외에 수사까지 함께 규정하고 있는 점에서 비추어볼 때, 사법경찰작용도 포함하고 있다고 보아야 한다는 반론이 제기되고 있다.

그 외에도 준사법경찰작용설,²²⁹⁾ 병유설,²³⁰⁾ 이원설²³¹⁾ 등이 주장되고 있다.

(나) 불심검문의 대상

우리나라 경찰관직무집행법은 불심검문의 대상자로 ①어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자, ②이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 들고 있다(제3조 제1항).²³²⁾

228) 이재상, 전거서, 181면.

229) 강동욱, 전거서, 35면. 준사법경찰작용설은 불심검문의 현실을 감안하여 개인의 자유와 권리에 대한 침해가능성을 방지하기 위하여 준사법경찰작용으로 파악하는 것이 타당하다는 견해이다.

230) 신동운, 형사소송법 I, 82면. 병유설은 말그대로 불심검문을 행정경찰작용과 사법경찰작용의 성질을 가지고 있다고 보는 견해이다.

231) 가령 표성수, “경찰관직무집행법의 불심검문과 강제처분에 관한 고찰”, 7면 참조. 이원설은 불심검문을 검문목적에 따라서, 경찰관의 범죄혐의의 정도에 따라서, 범죄의 특정여부에 따라서 행정경찰작용 또는 사법경찰작용으로 구분하여 해석하는 견해이다.

232) “형사소송법 제211조가 현행범인으로 규정한 범죄의 실행의 직후인 자라고 함은

따라서 법률상 불심검문의 대상은 반드시 직접적으로 범죄행위를 한 자에 국한하지 않고 이에 가세하거나 또는 이를 목격한 자 등에 대하여 광범위하게 행하여질 수 있는 것으로 볼 수 있다.²³³⁾ 이는 시민법전통 주요국가들의 입법례와 거의 일치하고 있다. 나누어 살펴보면 다음과 같다.

- ① 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자

“어떠한 범죄”로 규정한 취지는 일응 어떠한 죄에 해당하는 것이면, 구체적인 범죄사실이 특정될 필요는 없다는 것이다. 범죄의 종류가 특정될 필요도 없다. 따라서 “어떠한 범죄”에는 형법 제41조의 형벌의 대상이 되는 행위가 모두 포함된다. 그러므로 행정형벌은 불심검문의 대상이 되지만 행정질서벌은 범죄를 대상으로 하지 않으므로 그 행위자는 불심검문의 대상이 되지 않는다. 그리고 불심검문에서의 상당한 이유는 합리적인 가능성(reasonable possibility)으로 족하다고 보아야 할 것이다.

- ② 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자

범죄의 피해자, 범죄현장의 목격자나 교통사고시의 승객 등이 이에 해당할 수 있을 것이다. 이들은 경찰위반상태에 대하여 직접적으로 책임이 있는 자가 아니라 제3자의 입장에 있는 자들이라고 할 수 있다. 이들에 대한 불심검문은 경찰책임의 원칙에 대한 예외라고 할 수 있다.

제3자에 대한 불심검문은 범죄예방이나 수사단서를 얻기 위한 목적으로 행해지므로 현실적 필요성을 부정할 수 없으나, 미국의 경우에 합리적인 혐의가 있는 자에 대해서만 정지와 질문을 인정하고 있고,²³⁴⁾ 독일의 경우에도 원칙적으로 범죄의 혐의가 있는 자 혹은 위협의 방지를 위

범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 체포자의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 일컫는 것으로서, 범죄의 실행을 종료한 직후라고 함은 범죄행위를 실행하여 끝마친 순간 또는 이에 아주 접촉된 시간적 단계를 의미하는 것으로 해석되므로 시간적으로나 장소적으로 보아 체포를 당하는 자에게 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우에만 현행범인으로 볼 수 있다”. 대판 1995. 5. 26, 94다37226.

233) 김성수, 전게서, 474면.

234) Roraldo V. Del Carmen, Criminal Procedure, p, 102.

한 대상자에 대해서만 신원확인을 인정하고 있는 것을 볼 때, 제3자에 대한 불심검문을 인정하고 있는 우리 법의 태도는 비판의 여지가 있다.

3) 불심검문의 판단요소와 판단기준

(가) 불심검문의 판단요소

① 수상한 거동

수상한 거동이라 함은 언행이나 차림새 따위가 보통과 달리 이상하거나 자연스럽지 못한 것을 말한다.²³⁵⁾ 경찰관을 보고 도망하거나 골목길을 배회한다거나 아파트 복도를 이리저리 서성거린다는가 하는 것들이다.²³⁶⁾

수상한 거동을 불심검문의 판단요건으로 하는 것에 대해 오늘날 불심검문을 피하기 위하여 치밀하게 준비하는 현실에 비추어 볼 때 회의적인 견해를 표명하기도 하나,²³⁷⁾ 판단요건으로 큰 문제가 될 수는 없다고 본다.

② 주위의 사정

주위의 사정이란 불심검문 상대방의 직접적인 거동을 제외한 주변사정을 말하는 것으로 주위의 사람이나 검문시간·검문장소 등이 고려될 수 있을 것이다.

주위의 사람들이 다수인가 소수인가의 여부(인적 상황), 위험한 물건이 있는가의 여부(물적 상황), 주간인가 야간인가의 여부(시적 상황), 변화한 거리인가 으스스한 골목인가의 여부(장소적 상황) 등은 주위의 사정의 대표적인 예들로 들어지고 있다.

235) “교통법규 위반차량이 순찰차의 정지지시를 무시하고 그 추적을 피하여 과속으로 신호를 위반하면서 도주하다가 교통사고를 일으킨 경우, 교통법규위반 차량이 정지지시를 무시하고 도주한 것은 소위 거동수상자로서 다른 어떤 범죄에 관계가 있는 것이라고 판단할 수 있는 상황으로서 추적의 필요성 및 상당성이 인정되고 또한 사고 당시는 야간으로서 인적이나 차량의 통행이 한산하여 제3자의 피해가 발생할 수 있는 구체적 위험성을 예측할 수 있었다고 볼 수 없고, 다른 순찰차량과의 공조체제 등 다른 조치를 취할 가능성이 희박한 점 등을 고려할 때 경찰관의 위 추적행위는 직무를 벗어난 위법한 과잉추적으로 보기 어려우며 피해자에 대한 국가의 손해배상책임은 인정되지 않는다” 광주지판 1999. 4. 22, 97가합9989, 98가합187.

236) 이 밖에 혈흔이 묻어있는 옷을 입고 있다든지 하는 경우를 들 수 있다. 綱川政雄·半田嘉弘, 「不審檢問」, 27~28面.

237) 경찰청, 경찰관직무집행법 해설, 28면.

이 판단요건과 관련하여 문제되는 것은 수상한 거동이 없는 경우에도 주위의 사정만으로 불심검문의 요건이 채워졌다고 볼 수 있느냐이다. 법문상으로는 가능한 것으로 해석될 여지가 있으나, 수상한 점이 전혀 없는 사람을 주위의 사정만으로 그의 자유를 제한하는 것은 불가하다고 보아야 한다.

(나) 불심검문의 판단기준

경찰이 불심검문을 행함에 있어서 그 정황과 대상자를 판단하는 기준은 합리적인 것이어야 한다. 판단이 합리적이라고 하기 위해서는 당해 직무를 행하는 경찰관의 주관적이고 자의적인 판단이 아닌 사회통념에 비추어 객관적인 합리성이 담보되는 판단이어야 한다.

그러나 이것은 일반인의 지식 및 경험의 수준에 서서 판단하는 것을 의미하는 것이 아니라, 추론과정에 있어서 객관적인 합리성이 있으면, 그 과정에서 경찰관의 직업적인 전문지식 및 경험을 반영하는 것은 당연히 인정될 수 있다.²³⁸⁾

미국 판례는 혐의자를 정지(stop)시킬 수 있기 위한 요건으로 “합리적인 혐의”(reasonable suspicion)를 들고 있다. 확실성의 정도는 경찰이 그의 경험에 비추어 “막연한 혐의”(vague suspicion)만으로는 부족하지만,²³⁹⁾ 체포의 요건으로 되는 범죄혐의의 “상당한 이유”(probable cause)보다는 낮다²⁴⁰⁾고 한다.

3) 불심검문의 방법

(가) 정 지

① 정지의 법적 성질

정지란 보행자일 경우에는 불러 세우는 것, 자동차나 자전거에 타고 있는 자의 경우에는 정차시키는 것을 말한다.

그런데 움직이고 있는 상대방의 어깨에 손을 얹는다든가 상대방의 앞에서 팔을 벌리고 서는 등의 실력을 사용하여 정지시키는 것이 허용될 것인

238) 古谷 洋一, 註釋警察官職務執行法, 55面.

239) Brown v. Texas, 443 U.S. 47(1979).

240) Alabama v. White, 58 L.W. 4747(1990).

가가 문제된다. 학설은 강제행위설, 임의처분설, 중간단계설 등으로 나뉘어져 있으나, 법문이 “정지시켜”라고 규정하고 있는 취지를 감안하면 정지에 대해 강제성을 인정하는 것으로 이해할 여지도 있으나, “정지시켜”의 의미를 불러 세운다고 하는 정도의 의미로 파악하는 것이 타당하기 때문에 임의처분설이 타당하다고 생각한다. 한편 일본의 통설에 의하면 정지는 임의수단이고 실력을 행사하여 정지시키는 것은 원칙적으로 부적법하다.²⁴¹⁾

② 정지의 허용 한계

일본 판례는 ①도주하려고 하는 자의 앞에 가로막아 서는 행위,²⁴²⁾ ② 직무질문 중에 도망친 자를 추적하는 행위,²⁴³⁾ ③임의동행을 거부하고 도망친 자를 추적하는 행위,²⁴⁴⁾ ④추적하여 배후에서 팔에 손을 걸어 정지시키는 행위,²⁴⁵⁾ ⑤앞가슴을 붙잡고 보도로 밀어올리는 행위²⁴⁶⁾ 등은 적법하다고 보았다.²⁴⁷⁾

그러나 판례는 ①멈추지 않으면 체포한다, 도망가면 쏜다고 겁주는 행위,²⁴⁸⁾ ②몇 분 동안에 걸쳐 양복바지의 뒤를 벨트와 함께 쥐고 목덜미를 잡고 순찰차에 승차시키는 행위,²⁴⁹⁾ ③경찰관 3명이 신체에 접촉하여 꼼짝 못하게 하는 행위²⁵⁰⁾ 등은 위법하다고 보았다.

(나) 질문

① 질문의 의의

질문이란 피검문자에 대해 경찰관이 의심을 품은 사항을 해소하기 위하여 혹은 경찰목적상 필요한 사항을 알기 위하여 행하는 것을 말한다.

241) 松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 42面.

242) 廣島高判 昭和 51. 4. 1, 高刑集 29卷 2號, 240面.

243) 廣島高判 昭和 29. 5. 18, 高刑集 7卷 2號, 483面.

244) 最決 昭和 30. 7. 19, 刑集 9卷 9號, 1908面.

245) 最判 昭和 29. 7. 1, 刑集 8卷 7號, 1137面.

246) 最決 平成 元年. 9. 26, 刑集 8卷 7號, 1137面.

247) 姜川政雄·半田嘉弘, 前掲書, 133~137面 참조.

248) 大阪地判 昭和 43. 9. 20, 判タ 228號, 229面.

249) 大阪地判 平成 2. 11. 9, 判タ 759號, 268面.

250) 東京地判 平成 4. 9. 3, 判時 1453號, 173面.

질문의 법적 성질에 대해서는 대체로 임의수단으로 보고 있다. 그러나 임의수단의 한도내에 질문에 응하도록 설득을 하는 것은 가능하다.

② 질문의 내용

질문사항은 선행지, 출발지, 용건, 출생지, 주소, 직업, 이름, 소지품의 유무 또는 내용, 의심나는 점 등이 통상적으로 거론된다.

질문을 권력적 사실행위로 보는 견해²⁵¹⁾도 있으나 불심검문을 당한 자는 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니하므로(제3조 제7항) 질문은 비권력적인 사실행위라고 보는 것이 타당하다.²⁵²⁾

상대방이 경찰관의 질문을 위한 정지요구에 응하지 않거나 질문 도중 현장을 떠나려고 하는 경우 경찰관은 물리력을 행사하여 이를 저지할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 상대방의 의사를 제압하지 않는 정도의 물리력의 행사(정지를 위하여 길을 막아서거나 추적하거나 팔을 붙잡는 행위)는 허용된다고 보는 것이 일반적 견해이다.

4) 불심검문과 적법절차

불심검문은 적법한 사전영장없이 상대방의 신체를 수색하는 것이므로 신체의 자유와 인권의 보장을 위하여 경찰관직무집행법은 이러한 불심검문에 대한 절차적 요건을 규정하고 있다. 즉 경찰관은 질문하는 경우 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 한다(제3조 제4항).

그리고 불심검문시에 당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다(제7항). 만약 경찰관의 불심검문이 고지의무나 시간적 제약 등 절차적인 규정을 준수하지 않은 경우에는 위법한 권력적 사실행위로 평가되며 당해인은 국가를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.²⁵³⁾

251) 김성수, 전게서, 475면.

252) 박균성, 전게서, 409면.

253) 김성수, 상게서, 476면.

5) 신원확인을 위한 감식조치

피의자의 신원을 확인하기 위한 감식조치(erkennungsdienstliche Maßnahme)(지문과 손바닥의 채취, 사진촬영, 신체적 특성의 확인 및 신장이나 체중의 측정 등)를 취하는 것은 불가피하다.

독일 모범초안 제10조에 따르면 감식조치는 다음과 같은 두 가지 경우에 행해질 수 있다. 우선 감식조치는 모범초안 제9조에 따라 허용되는 신원확인이 다른 방법으로는 불가능하거나 현저히 곤란할 때 행해진다. 다음으로 그것이 범죄행위의 예방을 위하여 필요할 때 행해진다. 물론 이 경우에 있어서는 관계인이 범죄를 행하였다는 혐의를 받고 있고, 행위의 종류나 성질상 반복될 위험이 존재할 것이 전제조건이 된다.

즉, 모범초안 제10조 제1항은 경찰은 “제9조에 따라 허용되는 신원확인이 다른 방법으로는 불가능하거나 현저히 곤란할 개연성이 있는 경우(제1호)”와 “당해인이 형벌로 위하되는 행위를 할 혐의를 받고 있고, 그 행위의 방식과 수행이 반복의 위험이 있기 때문에 예방적인 범죄의 진압을 위해 필요한 경우(제2호)”에 감식조치를 행할 수 있다고 규정하고 있다. 제2항은 “신원이 확인되며 제1항 제1호의 경우 확인과 관련하여 조사된 자료를 계속 보존하는 것이 제1항 제1호 또는 다른 법규정에 의해 허용되지 않는 경우에는 그 자료를 폐기해야 한다”고 규정하고 있으며, 제3항은 감식조치가 “지문 또는 손바닥의 채취(제1호), 사진촬영(제2호), 외형적 신체특징의 확인(제3호), 측정(제4호)”에 행해질 수 있다고 규정하고 있다.

그런데 한가지 주의할 것은 형사소송법 제81조의 b는 모범초안 제10조 및 그와 동일한 효력을 갖고 있는 주법상의 규율에 아무런 영향을 받지 않는다는 점이다. 그것은 형사소송법 제81조의 b에 의한 감식조치는 계류중인 형사절차의 목적을 위하여 집행될 때에는 사후진압적 형사소추로, 피의자에 대하여 형사절차의 기회(오로지 감식목적을 위한)에 이루어질 때에는 예방경찰적 활동으로 분류할 수 있기 때문이다. 형사절차적 이유에서 형사소송법 제81조의 b의 소정 조치는 범인의 유죄를 인정하기 위하여 지문채취가 필요한 경우에만 가능하고, 예방경찰적 감식의 불

가결성은 피의자의 인적 사항과 피의자의 책임으로 귀속된 범행의 종류를 파악하여 현재 또는 장래에 다른 범죄행위로 인하여 추적되어야 할 경우에 대비하여 존재한다.²⁵⁴⁾

따라서 그것이 형사절차의 시행을 위하여 혹은 감식업무의 수행을 위하여 필요한 경우에는 피의자의 사진과 지문을 그의 의사에 반하여서도 채취할 수 있고, 신장이나 체중의 측정 및 그와 유사한 조치가 행해질 수 있다. 위협방지를 위한 내용을 담고 있는 이 규정에 대하여는 그것이 감식자료의 보관을 대상으로 하는 한 학설이 다양하게 주장되는 견해에도 불구하고 권한법적 관점에서 아무런 의문도 있을 수 없다. 형사소송법 제81조의 b에 규정된 감식조치는 형사절차와 밀접한 관련이 있다는 점을 고려할 때, 연방의 입법자의 권한은 내용상의 관련성(Sachzusammenhang)이라는 관점으로부터 나오는 것이다.²⁵⁵⁾

6) 신원확인을 위한 억류 등

관계인이 신원을 증명하기를 거부하거나 증명할 수 없는 경우에는 필요한 경우 현장에서 또는 그의 신원을 확인하기 위하여 동행된 경찰서에서 그를 기다리게 할 수 있다. 이 경우 그는 즉시 경찰관에게 인계되고 당해 경찰관은 그로 하여금 모든 수단을 동원하여 그의 신원을 확인할 수 있는 자료를 제시하도록 하고 필요한 경우 필요한 확인을 행한다. 그는 즉시 당해 경찰관으로부터 그가 받고 있는 신원확인에 대하여 검사에게 통보하고 그의 가족과 그가 원하는 사람에게 언제든지 알릴 수 있는 권리가 있다는 것을 통보받는다. 특별한 상황에 의해 필요한 경우에는 사법경찰관 자신이 가족 또는 선정된 사람에게 알릴 수 있다(프랑스 형사소송법 제78-3조 제1항). 그가 18세 이하의 미성년자인 때에는 억류시부터 검사에게 알려야 하고 불가능한 경우를 제외하고는 그 미성년자는 그의 법정대리인으로부터 조력을 받아야 한다(동법 제78-3조 제2항).

신원확인을 받는 자는 그의 신원확인을 위하여 요구되는 시간 동안만 억류될 수 있다. 그 억류는 제78-2조의 적용에 따른 통제로부터 4시간

254) 법무부, 각국의 사법경찰제도, 132면.

255) Shenke, a.a.O., S. 55.

을 초과할 수 없고 검사는 언제든지 그 억류를 종료할 수 있다(동법 제78-3조 제3항).

질문을 받은 자가 그의 신원을 입증하는 것을 계속 거부하거나 명백하게 틀린 신원정보를 제공하는 경우에는 검사 또는 예심판사의 하가를 받은 후 전자지문 또는 사진을 그것이 관계인의 신원을 확인하기 위한 유일한 수단인 경우에는 찍을 수 있다(동법 제78-3조 제4항).

사법경찰관은 지문 또는 사진의 촬영에 관한 사항 등을 포함하는 조서를 작성하여야 한다(동법 제78-3조 제5항 이하).

사법경찰은 억류과정등을 조서에 기록하여야 하며 이 조서는 검사에게 송치하여야 한다. 그리고 이 신원확인사실은 전과기록에 등재되지 않으며, 조서와 부속서류등은 검사의 통제하에 6개월내에 파기된다(동법 제78-3조 제10항).

그리고 신원확인이 보호유치를 동반하는 경우에는 신원확인하는 동안 억류된 기간은 보호유치기간에 산입된다(동법 제78-4조).

7) 신원확인을 위한 사무실 등에서의 출입

검사 또는 사법경찰관의 요구 및 이들의 명령 또는 책임 아래 사법경찰관은 다음의 목적을 위하여 건설, 생산, 개조, 수선, 서비스제공 또는 상업활동중인 사무실 및 그 부속장소에 들어갈 수 있다. 그 장소가 거주장소인 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제78-2-1조 제1항). 1)이들 활동이 의무적인 직업등록부 또는 상업 및 회사등록부에 등록되었다는 것 및 사회보장기관 및 조세행정기관에 의해 요구되는 신고를 하였다는 것을 확인할 목적, 2)직원명부 및 채용신고가 사전에 되었다는 것을 증명하는 서류를 제출하도록 할 목적, 3)사용중인 사람(personnes occupées)의 신원을 그가 등록부에 등록되어 있는지 또는 전항의 신고를 했는지를 확인하기 위하여 통제할 목적

검사의 요구는 서면으로 하고 노동법전 법률 제324-9조 및 제341-6조에 규정된 범죄 중 그가 수사하고자 하는 범죄 및 신원통제가 행해질 장소를 명시하여야 한다. 이 요구는 최대 1개월로 하며 당해 장소를 관리하는

자 또는 그를 대표하는 자에게 제시되어야 한다 (동법 제78-2-1조 제2항).

본조 규정의 적용상 취해진 조치는 관계인에 대한 조서로 작성된다 (동법 제78-2-1조 제3항).

8) 불심검문으로서의 자동차검문

(가) 자동차검문의 의의

자동차검문은 주행중인 자동차의 정지를 요구하거나 또는 자동차를 정지시켜 그 자동차의 상황(자동차의 외관이나 내부상황 및 탑승자 등)을 살펴봄과 동시에 단속 또는 수사상 필요한 사항에 관하여 운전자나 동승자에게 질문함으로써 자동차 주행에 수반하는 위험의 방지 및 교통위반을 포함한 범죄의 예방·적발을 꾀하려는 것이다.²⁵⁶⁾

이러한 형태의 검문은 구체적으로는 ①범행현장으로부터 도주하는 범인의 발견, ②교통위반단속, ③일반범죄의 발견, ④출입국경비, ⑤위험성 있는 도로나 지역으로의 접근방지 등의 목적을 위해 실시되고 있다.

특히 주행 중의 자동차를 대상으로 하는 자동차검문은 우선 상대방을 정지시키지 않으면 행할 수 없고, 말하자면 무차별적으로 정지시켜 질문을 행하는 점에서 보통의 불심검문과 구별된다.²⁵⁷⁾

자동차검문은 1차적으로 불심검문의 요건을 확인하기 위한 질문을 위한 활동, 즉 불심검문의 전단계적 조치로서의 성질을 가지게 된다.²⁵⁸⁾

(나) 자동차검문의 유형별 고찰

자동차검문에는 그의 목적에 따라 특정범죄의 범인검거등을 목적으로 하는 긴급배치검문, 불특정 범죄의 예방과 검거를 목적으로 하는 경계검문 및 교통단속을 목적으로 하는 교통검문의 3가지 유형이 있다. 또한 그 형태에 따라 통행차량을 무차별적으로 정지시키는 일제검문과 특정의 차량만을 정지시키는 개별검문이 있으나, 법적으로 경찰관직무집행법으로서 행해지는 것과 그 밖의 것으로 구분할 수 있다. 프랑스는 테러, 마

256) 강동욱, 전게서, 263면.

257) 강구진, 전계논문, 383면.

258) 강동욱, 상게서, 164면.

약 등에 관한 차량조사, 일반 차량의 조사, 사람과 재산의 안전에 대한 중대한 침해를 예방하기 위한 차량조사 등으로 구분하여 규율하고 있다.

① 목적에 따른 분류

㉠ 긴급배치검문

대개 긴급배치검문을 하는 경우는 탈영병 발생이나 중범죄자의 탈주 등인데, 이에 대해서는 적법성 여부가 논란되고 있는데, 긍정하는 것이 다수설의 입장이다.

프랑스에서는 테러행위, 무기 및 폭발물 관련 범죄 및 마약범죄의 수사목적에 위한 검사의 요구가 있는 경우에 필요한 경우 사법경찰리의 조력을 받는 사법경찰관은 검사가 정하는 장소 및 시간에 제78-2조 제6항에 규정된 신원통제뿐만 아니라 도로 및 공중이 접근할 수 있는 장소에 운행중이거나 정차하고 있는 차량에 대한 조사를 할 수 있다(형사소송법 제78-2-2조 제1항).

본조의 적용을 위하여 운행중인 차량은 운전자의 입회하에 실시되어야 하는 조사의 진행에 엄밀하게 필요한 시간내에서만 정지될 수 있다. 정차중인 차량에 대한 조사에 있어서는 그 조사는 운전자 또는 차량소유자 또는 운전자나 차량소유자가 없는 경우에는 사법경찰관 또는 사법경찰리에 의해 지정된 그 행정기관에 속하지 않는 사람의 입회하에 진행되어야 한다. 다만, 조사에 있어 사람과 재산의 안전에 중대한 위험이 있는 경우에는 외부인의 입회는 요구되지 않는다(동법 제78-2-2조 제2항).

범죄의 발견시 또는 차량의 운전자 또는 소유자가 요구하는 경우 및 조사가 그들이 없는 가운데 진행되는 경우에는 이 조사활동의 장소 및 시작일시와 종료일시를 적은 조서를 작성하여야 한다. 관계인에게 사본을 주고 검사에게도 지체없이 사본을 송부하여야 한다(동법 제78-2-2조 제3항). 그러나, 주거용 차량 또는 실제로 주거용으로 사용되는 차량의 조사는 주거의 압수 및 주거에 대한 조사에 관한 규정에 따라 행해져야 한다(동법 제78-2-2조 제4항).

이 조사활동이 검사의 압수에서의 범죄 이외의 범죄에 속하는 경우에도 그 사실이 부대절차의 무효의 원인이 되지 않는다(동법 제78-2-2조 제5항).

또한 사법경찰관은 필요한 경우 사법경찰리의 도움을 받아 도로 또는 접근할 수 있는 장소에서 운행중이거나 정차한 차량을, 운전자 또는 승객에 대하여 그가 정범 또는 공범으로서 현행범이라고 의심할 정당한 이유가 있는 때에는 조사할 수 있다. 이 규정은 범죄의 시도에 대하여도 적용된다(동법 제78-2-3조 제1항). 제78-2-2조 제2항, 제3항 및 제4항은 본조의 규정에 적용된다(동법 제78-2-3조 제2항).

㉠ 경계검문

일본에서 경계검문은 경찰관직무집행법 제2조 제1항의 요건을 충족하고 당해 차량에 불심사유가 인정되는 경우 자동차의 정지를 요구할 수 있으며, 또한 형사소송법 제199조 제1항에 의해 피의자의 차량을 정지시킬 수도 있다.

도난차량의 경우 수배차량과 비슷한 차량의 경우 범죄현장의 방향에서 주행하여 왔다고 생각되는 경우 그 차량의 외형·주행방법에 의심스러운 점이 있는 경우 등이 이에 해당한다. 그러나 이들 규정은 전차량의 일제 검문을 근거지우는 것은 아니다.

프랑스의 경우에 사람과 재산의 안전에 대한 중대한 침해를 예방하기 위하여 사법경찰관과 그의 명령 또는 책임하에 사법경찰리는 형사소송법 제78-2조 제7항에 규정된 신원통제를 할 수 있을 뿐만 아니라 운전자의 동의하에 또는 운전자의 동의가 없는 경우에는 모든 수단에 의해 연락된 검사의 지시에 의해 도로 또는 공중이 접근할 수 있는 장소에서 운행중이거나 정차하고 있는 차량을 조사할 수 있다(형사소송법 제78-2-4조 제1항). 검사의 지시를 기다리는 동안 30분을 초과하지 않는 기간동안 정차될 수 있다(동조 제2항). 제78-2-2조 제2항, 제3항 및 제4항은 본조 규정에 적용된다(동조 제3항).

㉡ 교통검문

일본에서 교통검문은 부분적으로는 도로교통단속법이 정하는 정지권 등의 행사로 볼 수 있다고 한다(도로교통법 제61조 : 위험방지의 조치, 동법 제63조 제1항 : 정비불량차량, 동법 제67조 : 무면허운전·음주운

전·과로운전 등). 그러나 도로교통단속법상 전차량의 일제검문을 근거지우는 규정은 없다.

② 형태에 따른 분류

㉠ 일제검문

일제검문에 대해서는 위법하다는 주장도 있으나 다수설은 주행 중 혐의사유를 수반하지 않는 자동차 본래의 성질을 고려하여 위법하지 않다고 주장한다. 그러나 음주운전자가 운전하는 자동차의 경우에는 혐의사유를 수반하는 경우도 없지 않다.

일본에서 일제검문의 법적 근거에 대해서는 세 가지의 견해가 있다. 첫째는 경찰관직무집행법 제2조 제1항을 그 근거로 드는 견해이다.²⁵⁹⁾ 즉 직무질문의 전제요건의 충족의 유무를 조사하기 위해 통과자동차의 무차별·일제정지가 인정된다고 한다. 둘째는 경찰법 제2조 제1항을 그 근거로 드는 견해이다. 경찰의 책무인 교통의 단속을 수행하는데 필요하고 또한 합리적인 범위내에서 일제자동차검문이 허용된다고 본다.²⁶⁰⁾ 셋째는 전차량의 검문이나 경계검문에서는 직접적인 법적 근거가 없고 오로지 상대방의 임의의 협력을 전제로 하여 실시하여야 한다고 보는 견해이다.²⁶¹⁾

㉡ 개별검문

개별검문은 특정차량만을 정지시켜 검문하는 것을 말한다.

(다) 검문방법

차량정지 후 경찰관이 할 수 있는 행위는 질문과 수색인데, 자동차를 정차 후 운전자 또는 동승자에 대한 질문, 차체 등의 외관상의 조사 및 운전면허증의 제시요구 등은 일반적으로 인정된다.²⁶²⁾

259) 관련 판례로는 大阪高判 昭和 38. 9. 6, 高刑集 16卷 7號, 526面.

260) 小早川光郎, “交通檢問と法律の根據”, 44面. 관련 판례로는 最判 昭和 55. 9. 22, 刑集 34卷 5號, 272面.

261) 松尾浩也, 前掲書, 44面. 관련 판례로는 大阪地判 昭和 37. 2. 28, 判時 296號, 6面.

262) 경찰청, 전게서, 43면.

그러나 트렁크 내부등의 수색에 대해서는 소지품검사의 원리를 적용하여 사회공공의 위험이 큰 경우라면 제한적으로 경찰상 즉시강제의 법리에 따라 긍정하는 것이 타당하다. 그러나 공공장소에서 휴대용 사물함에 대한 영장없는 수색²⁶³⁾이나 사유지에 있는 미운행 차량에 대한 수색은 정당하지 않다.²⁶⁴⁾

(라) 자동차의 정지와 실력행사와의 관계

자동차의 정지행위는 임의수단이지 않으면 안된다. 이것은 학설·판례가 일치하여 인정하는 바이다. 일본판례는 다음과 같은 행위는 정지행위로서 적법하다고 한다. ①적색등을 깜빡이고 경적을 울리는 것, ②자동차의 전후에 어느 정도의 간격을 두고 수사용 자동차를 접근시키는 협공검문,²⁶⁵⁾ ③좌측 운전수석 문을 양손으로 잡는 것, ④핸들과 문을 잡는 것,²⁶⁶⁾ ⑤차내에 손을 넣어 엔진을 꺼는 것,²⁶⁷⁾ ⑥엔진의 스위치를 꺼려고 하거나 발진한 자동차의 핸들을 왼손으로 잡고 자동차를 노변으로 바짝 붙이려고 하는 것,²⁶⁸⁾ ⑦엔진키를 빼앗는 행위,²⁶⁹⁾ ⑧운전면허증을 반환하지 않는 행위,²⁷⁰⁾ ⑨도주하는 차량을 경찰봉으로 파손하는 행위²⁷¹⁾ 등이 그것이다. 그러나 ②~⑨의 행위를 임의수단으로 보는 것에 대해서는 의문이 있을 수 있다.

(3) 미국에서의 Stop & Frisk

1) Stop & Frisk의 의의

우리의 경찰관직무집행법상 불심검문에 대하여 미국에서는 정식의 수사절차가 개시되기 이전의 경찰작용을 가두검문(field interrogation)

263) U.S. v. Chadwick, 433 U.S. 1, 1977

264) Coolidge v. New Hampshire 403 U.S. 433, 1971

265) 名古屋金澤支判 昭和 52. 6. 30, 判時 878號 118面 ; 東京高判 平成 9. 4. 3, 東京時報 1-12號 32面 ; 大阪高判 平成 11. 12. 15, 判夕1063號 269面.

266) 東京高判 昭和 45. 11. 12. 東高時報 21卷 11號 390面.

267) 東京高判 昭和 48. 4. 23. 高刑集 26卷 2號 180面.

268) 東京高判 昭和 54. 7. 9. 刑裁月報 11卷 7~8號 753面.

269) 最三決 平成 6. 9. 16, 刑集 48卷 6號 420面.

270) 東京高判 平成 5. 7. 7, 東高時報 44卷 1~12號 56面.

271) 奈良地判 平成 3. 3. 27, 判時 1389號 111面. 경찰관의 위법성을 인정하였다.

의 문제로 다루고 있다. field interrogation는 정지(stop), 신체수색(frisk), 질문(question)을 총칭하는 것으로 그 중 시민에 대한 억압적 요소가 강한 stop & frisk의 문제로 다루는 것이 보편적이다.²⁷²⁾

이 방법은 보통 혐의자를 체포하거나 체포에 부수하여 수색할 권한이 없을 때 채택되었기 때문에 그 관행²⁷³⁾이 수정헌법 제4조로 포괄될 수 있는가가 의문시되어 왔다. 즉, 가두검문은 경찰관이 수상한 정황에 있는 자를 정지시켜 그의 특정한 행위에 대하여 만족할 만한 설명을 요구하는 것이다. 이와 같이 경찰관이 공공장소에 있는 사람을 정지시켜 그 사람의 신원과 그 시각의 행동에 대해서 질문을 할 수 있는가 그리고 위험한 무기를 찾기 위해 그 사람의 신체의 소지품을 검사할 수 있는가의 여부가 수정헌법 제4조로 포괄될 수 있는가 하는 점에서 법률상 쟁점이 되었다.

따라서 몇몇 주들은 만약 경찰관이 그 사람이 중죄를 범했거나 범하려고 한다는 “합리적인 혐의”를 갖는 경우에는 공공장소에서 그 사람을 정지시켜 그 사람의 이름과 주소, 그의 행동에 대한 설명을 요구할 수 있도록 허용하는 Stop & Frisk Law를 통과시켰다.

실정법상 권한을 부여하고 있지 않은 다른 주와 몇몇 연방법원들도 판결에 있어서는 stop & frisk의 관행을 지지했다. 현재에는 이러한 관행이 비록 수정헌법 제4조에 해당할지라도 체포를 구성하는 것이 아니므로 체포를 위한 상당한 이유보다 낮은 정도에서 정당화될 수 있다는 사고가 stop & frisk에 대한 실정법과 판례의 근간을 이루고 있다.²⁷⁴⁾

2) “합리적인 혐의” - Stop & Frisk의 기준

연방하급법원은 1960년대 전까지는 체포 또는 수색의 “상당한 이유”(probable cause)가 있는가라고 하는 점에서 stop & frisk문제를 파악하려고 하였다. 미국 수정헌법 제4조가 경찰관이 상당한 이유가

272) 표성수, 전계학위논문, 10면.

273) 영미에서는 오래전부터 경찰관이 거리에서나 공공장소에서 질문하거나, 다른 수사를 위하여 또는 정지에 부수하여 위험한 무기를 찾을 목적으로 의심스러운 사람을 정지시키는 관행이 있었다.

274) Rolando V. del Carmen, op. cit, p. 109.

없이 수색(search)과 체포(seizure)를 하는 것을 금지하고 있는 것으로 이해한 것이다.²⁷⁵⁾

이 “상당한 이유” 기준은 미국 헌법구조하에서 자의적인 체포에 대한 필수적인 보루(essential bulwark)로 인식되고 있었다. 그런데 1968년에 연방대법원은 “상당한 이유” 조건에 대한 예외를 아로새겼다.

1968년의 기념비적인 Terry v. Ohio사건²⁷⁶⁾에서 연방대법원은 범죄의 “합리적인 혐의”(reasonable suspicion)가 있으면 상대방을 강제적으로 정지시킬 수 있고 그때 상대방이 무기를 소지하여 위해를 가할 우려가 있다고 합리적으로 의심되는 때에는 무기검색을 행할 수 있다고 판시한 것이다.²⁷⁷⁾

아래에서 Terry사건에 대한 연방대법원의 판결에 대해 자세히 살펴보고자 한다.

3) Stop & Frisk과 Terry판결

(가) 사건개요

경찰관 McFadden이 테리와 두 남자가 한 가게를 반복적으로 오가는 모습을 주시하고 있었다. 그 경찰관은 39년의 베테랑(veteran)이었고 세 사람이 매우 의심스러운 행동(extremely suspicious behavior)을 하고 있는데, 그 행동이 “강도를 위한 탐색(caseing a store for a robbery)”²⁷⁸⁾을 하는 것으로 짐작하였다. 경찰관은 세 사람에게 다가가서 그들의 이름을 물어보았으나 중얼중얼거리는 답변을 해서 테리를 뒤로 돌아서게 하여 가볍게 옷을 두드리보니(pat down) 그의 옷 속에 권총이 있었다. 그런 다음에 다른 두명에 대해서도 옷을 검사해본 결과 한

275) 수정헌법 제4조 “불합리한 수색과 압수에 대하여 인민의 신체·가택·서류 및 재산을 보장받는 권리는 침해할 수 없다. 영장은 선서 또는 확약에 의하여 지지되는 진실이라고 믿을 만한 원인에 기하여 발할 수 있고 특히 수색할 장소와 체포·압수할 사람 또는 물품을 기재하여야 한다.”

276) John W. Terry v. State of Ohio 392 US 1, 20 L Ed 889, 88 S. Ct. 1968 ; “Stop & Frisk” Report, <http://www/oag/state.ny.us/press/reports/stop-frisk/ch1-part1.html>

277) Robert M. Bloom·Mark S. Brodin, Criminal Procedure, p. 73.

명에게서는 권총을 찾아내었으나 다른 한 명에게서는 발견하지를 못하였다. 경찰관은 그의 행위를 옷외피를 검색하는 것에 국한하였었다.²⁷⁸⁾

(나) Terry판결의 내용의 분석

연방대법원은 범죄의 “합리적 혐의”가 있으면 상대방을 강제적으로 정지시킬 수 있고 그때 상대방이 무기를 소지하여 위해를 가할 우려가 있다고 합리적으로 의심되는 때에는 무기검색을 행할 수 있다고 판시하였다. 수색(patdown frisk)이 정당화되기 위해서는 경찰관은 “무기를 가진 그리고 위험한 상대방을 다루는데” 합리적인 두려움(reasonable fear)을 반드시 가져야 한다. 모든 경찰-시민간 상호작용이 수정헌법 제 4조의 “상당한 이유” 또는 “합리적인 혐의” 기준을 함축하는 것은 아니다. 예를 들어, 경찰과 시민간의 비강제적인 대화는 수정헌법 제 4조의 분명한 근거를 요구하지 않는다. 수정헌법 제 4조의 분석을 위해서는 “사람의 체포”가 반드시 발생하여야 한다. 적어도 헌법적 체포의 강제적인 형태는 여전히 최소한 “합리적인 혐의”를 요구한다는 것이 Terry판결에서의 stop이라 할 수 있다.²⁷⁹⁾

Terry사건에서 물리적인 강제수단이나 위력(authority)을 보여줌으로써 stop은, 경찰관은 합리적인 사람이라면 그가 자유롭지 않다는 것을 믿을 수 있게끔 시민을 짧은 시간 억류하면서 일어났다. 여러 경찰의 위협의 존재, 경찰에 의한 무기의 전시, 시민에 대한 물리적 접촉, 또는 경찰의 요구에 따라야만 한다는 강제를 암시하는 언어 또는 목소리의 사용 등은 수정헌법 제 4조상의 체포와 구별되는 요소들이다.²⁸⁰⁾

Terry사건에서 stop이 적절하려면 경찰관은 “합리적인 혐의”를 분명히 밝힐 수 있어야 한다는 점을 분명히 하였다. “합리적인 혐의”란 - 경협, 관찰, 그리고 다른 사람으로부터의 정보에 근거한 - 범죄행위가 경찰 간섭이 충분한 “진행 중”(afoot)에 있다는 것이 경찰관의 입장에서 볼 때의 합리적인 믿음을 말한다.²⁸¹⁾

278) Robert M. Bloom · Mark S. Brodin, Criminal Procedure, p. 73 ; <http://optimism.cc/college/ps157b/terry.html>.

279) Terry, 392 U. S. p. 21.

280) United States v. Mendenhill, 446 U. S. 544, 554(1980).

281) Terry, 392 U. S. p. 30.

Terry판결에 의해 범죄의 “합리적 혐의”가 있으면 상대방을 강제적으로 정지시킬 수 있고, 그때 상대방이 무기를 소지하여 위해를 가할 우려가 있다고 합리적으로 의심되는 때에는 무기수색을 행할 수 있다고 하는 원칙이 확립되었다.

Terry원칙은 1968년의 Peters사건,²⁸²⁾ 1972년의 Williams사건²⁸³⁾ 등에서 확인되면서 원칙으로 확립되기에 이르렀다.

(다) Terry판결 이후의 판례 경향

stop & frisk에 대해서는 연방하급법원에서는 테리원칙이 유지되고 있다. 즉 이미 발생했거나 현재 진행중인 범죄수사를 목적으로 정지·질문하는 것도 인정하고 있다. 다만, 용의자나 피의자에 대한 요건을 증인이나 참고인의 정지에까지 확대적용하는 것에 대하여는 부정적 태도를 취하고 있는 것으로 보인다.

그리고 소지품검사에 대해서는 판례의 전반적인 경향은 위해를 미칠 우려의 인정 및 실제로 허용되는 소지품검사의 태양과 범위의 양면에 걸쳐 적법성의 범위를 확대하는 경향에 있다고 한다. 즉, 시민의 무기소지가 자유로우므로 경찰관의 안정을 확보하기 위해 소지품검사의 개시요건은 다소 넓혀가면서도 그 태양은 엄격하게 규제하는 것으로 보인다.²⁸⁴⁾

한편 연방대법원은 범죄의 증가, 직무집행중의 경찰관의 사상인원의 증가 등으로 인해 흉기의 발견목적으로 허용되는 처분의 태양이 넓어지는 경향에 있음을 보여주고 있으나, 소지품검사는 어디까지나 무기의 발견목적에 한정되어 있고, stop & frisk에 밀접히 관련해서 질문을 실효 화함에 유효하고 필요한 때에 증거나 단서의 발견을 목적으로 하는 소지품검사는 허용하지 않고 있다.²⁸⁵⁾

뉴욕 브롱스지방법원의 로버트 코헨판사는 최근 에이프럴 포프라는 사람이 지난 2,000년 경찰의 불심검문을 받는 과정에서 가짜 운전면허증

282) Peters v. New York, 392 U. S. 40(1968)

283) Adams v. Williams, 407 U. S. 143(1972). 이에 대해서는 Robert M. Bloom · Mark S. Brodin, op. cit. p. 75.

284) 이에 대해서는 강동욱, 전게서, 53~63면 참조.

285) 연방대법원의 판례경향에 대해서는 강동욱, 상게서, 87면 참조.

을 소지한 혐의로 체포되자 헌법상의 권리를 침해당했다며 제기한 위헌 심사소송에서, 경찰의 불심검문은 “부당한 검문과 압류로부터 보호받을 권리”를 보장한 수정헌법 제4조에 위배된다고 판결했다. 이에 대해 레이몬드 켈리 뉴욕시경국장은 “당장 불심검문 제도를 중단할 계획은 없으며, 판결문의 내용을 검토 중”이라고 밝히고, “불심검문은 지역사회 요청에 따른 것”이라면서 위헌판결에 대해 간접적인 불만을 나타냈다고 한다. 뉴욕시경은 지난 '98년부터 마약 거래와 매춘 등을 단속하기 위해 불심검문지역을 지정, 보행자들에게는 신분증을, 운전자들에게는 면허증과 차량등록증 등을 요구해 왔었다.²⁸⁶⁾

4) 통일체포법상의 Stop & Frisk

통일체포법에서는 질문을 위한 정지권과 무기수색을 인정하고 있다. 이것은 대체로 보통법을 정리한 것이다. 불심검문에 대해서는 통일체포법 제2조에서 규정하고 있다. 제1항은 “경찰관은 집박에서 현재 범죄를 범하고 있거나, 범하였거나 또는 범하려 하고 있다고 의심함에 충분한 합리적인 이유가 있을 때에는 그 자를 정지시켜 성명, 주소, 밖에 있는 이유 및 행선지를 물을 수 있다”고 규정하고 있고, 제2항은 “이 질문을 받은 자가 신원을 명백히 하지 않거나 또는 자기의 행위에 대해 경찰관이 납득하는 해명을 하지 못한 때에는 신체를 구속하고 나아가 질문·조사할 수 있다”고 규정하고 있으며, 제3항은 “본 조에서 규정하는 신체구속은 전부 합쳐서 2시간을 초과해서는 안된다. 구속기간의 종료 후 피구속자는 체포된 범죄로 소추를 받지 않는 한 석방되어야만 한다”고 규정하고 있다.

그리고 제3조는 무기의 수색에 대해 규정하고 있는데, “경찰관은 제2조의 규정에 의하여 정지시키거나 또는 구속하고 있는 자가 위험한 무기를 가지고 위해를 가할 우려가 있다고 하는 믿음에 충분한 합리적인 이유가 있을 때에는 이러한 무기를 수색할 수 있다. 무기를 발견한 경우에는 질문의 종료시까지 이것을 영치·보관할 수 있다. 그 후 체포하지 않는 한 이것을 반환해야만 한다. 또 이 경우에 무기의 불법소지를 이유로 체포할 수 있다”고 규정하고 있다.

286) <http://www.police.go.kr.data/dataForeignNewsView.jsp>.

5) 모범법전상의 Stop & Frisk

(가) 정지를 인정할 수 있는 요건

모범법전 제2조는 “법집행관은 적법하게 현재 있는 장소에서 이하의 사정이 있는 때에는 다음의 각 호가 정하는 목적을 달성함에 합리적으로 필요한 시간동안 그 장소부근에서 집행관의 면전에 머물 것을 명할 수 있다. 단 어떠한 경우에도 20분을 초과해서는 안된다”고 규정하고 있다.

모범법전에서 정하는 대상자로는 ①특정한 범죄 또는 중죄에 관해 의심스러운 사정이 인정되는 자(a항)와 ②특정한 경죄 또는 중죄의 범행장소 부근에 있는 목격자(b항) 및 ③이미 범하여진 특정한 범죄에 관해 수배되어 있는 피의자(c항)를 들 수 있다.

① 특정한 범죄 또는 중죄에 관해 의심스러운 사정이 인정되는 자

“특정한 범죄 또는 중죄에 관해 의심스러운 사정이 인정되는 자”에 해당하는 자로는 ①법집행관이 신체에 대한 상해 또는 재산의 절취나 손해 야기의 우려가 있는 경죄 또는 중죄를 범하였거나 범하고 있거나 혹은 범하려고 하고 있다고 합리적으로 의심함에 충분한 사정이 있다고 인정되는 자이고(i 호), 동시에 ②그 자의 신원에 관한 정보를 입수하거나 또는 명백히 하고, 그 자가 그 장소에 있는 이유 또는 행동에 관한 해명을 얻거나 혹은 이것을 명백히 하기 위해 또는 그 자의 체포여부를 판단함에 합리적으로 필요한 경우(ii 호)이다.

② 특정한 경죄 또는 중죄의 범행장소 부근에 있는 목격자

“특정한 경죄 또는 중죄의 범행장소 부근에 있는 목격자”에 해당하는 자로는 ①법집행관이 신체에 대한 상해 또는 재산의 절취나 손해 야기의 우려가 있는 경죄 또는 중죄가 범하여진 직후라는 믿음에 충분한 합리적 이유가 있고, 그 장소부근에서 발견한 자로서(i 호), 동시에 ②법집행관이 당해 범죄의 수사상 중요한 단서가 될 지식을 가지고 있는 자라는 믿음에 충분한 합리적 이유를 가지고 있는 때로(ii 호), ③그 자의 신원을 명백히 하거나 또는 당해 범죄의 정보를 얻기 위해 합리적으로 필요한 경우(iii 호)이다.

③ 이미 범하여진 특정한 범죄에 관해 수배되어 있는 피의자

“이미 범하여진 특정한 범죄에 관해 수배되어 있는 피의자”에 해당하는 경우에는 ①법집행관이 신체에 대한 상해 또는 재산의 절취나 손해야기의 우려가 있는 중죄가 범하여졌다는 믿음에 충분한 합리적 이유가 있고 (i 호), ②합리적으로 생각해서 그 자가 위 범죄를 범했다는 의심이 있는 때(ii 호), ③그 자를 당해 중죄로 체포할 것인가를 판단할 목적으로서 그 신원에 관한 정보를 입수하거나 또는 이것을 명백히 하기 위해 합리적으로 필요한 경우(iii 호) 등이다.

이것이 긴급배치의 정지·질문인데, 순찰 중의 경찰관이 특정범죄(강도, 침입절도 등)의 발생연락을 받고 현장부근으로 급히 가서 연락받은 범인의 특징 등을 단서로 하여 이와 일치하는 사람과 차량을 중심으로 정지·질문을 하는 것이다. 이 경우에는 범행 직후에 범인이 아직 주변에 있을 가능성이 크다고 하는 긴급성과 주위의 사정에 역점을 두고 합리성 판단이 이루어진다. 즉 일선경찰관의 경험에 근거한 직감적 판단²⁸⁷⁾이나 상대방의 행위에 미심쩍은 점이 없더라도 위의 긴급성과 심야이고, 사람이 다니지 않는 지역이라고 하는 특징만에 근거한 차량의 정지²⁸⁸⁾를 합리적이라고 하였다. 나아가 경찰관은 정보수집을 하는 동안 잠시 현상을 유지할 권한이 있다고 하면서 그를 위해 합리적인 실행사가 허용된다고 하였다.²⁸⁹⁾

287) United States v. Jackton, 448 F. 2d 963(9th Cir. 1971).

288) Orricer v. Erickson, 471 F. 2d 1204(8th Cir. 1973).

289) United States v. Purry, 545 F. 2d 217(D.C.Cir. 1976) ; 한편 미연방 대법원은 “익명 제보에 따른 경찰의 불심검문을 금지”하는 판결을 내렸다. 최근 연방 대법원은 지난 95년 마이애미 경찰이 익명의 전화제보에 의거, J. L로 알려진 청소년을 무기소지 혐의로 불심검문, 체포한 것은 경찰의 불합리한 압수·수색행위를 금지한 수정헌법 제4조에 위반된다고 만장일치로 판결하였다. 수정헌법 제4조(수색·체포·압수)는 부당한 수색과 체포·압수에 대하여 신체·가택·서류·재산을 보호받는 국민의 권리를 침해할 수 없다고 규정하고 있는데, 이와 관련 루스바더긴스버그 판사는 ‘익명의 제보만 가지고 경관이 그 사람을 붙잡아 몸수색하는 것이 정당화될 수 있는지 여부가 문제’ 라면서 ‘최소한의 제보’가 불심검문 수사를 정당화할 정도로 범죄행위에 대한 합리적인 의혹을 준다고 보기 어렵다고 설명하였다. 한편 이번 판결에 대해 시민단체들은 시민들의 자유권을 보장하는 것이라며 환영을 표시했으며, 미국총기협회도 무기의 평화적인 소지권리를 보장하는 것이라면서 환영했으나 전국경찰조직

(나) 자동차검문

중죄가 범하여졌다는 믿음에 충분한 합리적 이유가 있고(a항), 특정 방향으로 달리는 자동차, 트럭, 버스 및 그 밖의 차량전부 또는 대부분을 정지하는 것이 당해 범죄의 중대성 및 특별한 사정에 비추어 범인 또는 피해자를 발견함에 합리적이고 필요한 경우에는 이러한 차량의 운전자에게 정지를 명령하고, 이러한 목적을 달성함에 필요한 범위 내에서 차량을 수색할 수 있다. 이러한 처분은 당해 사정하에서 가능한 한 신속하게 이루어져야만 한다(b항).²⁹⁰⁾

(다) 실력행사

법집행관은 본항 제1호, 제2호에서 규정하는 권한을 행사할 목적으로 사람 또는 차량을 정지시키거나 집행관의 면전에 머물도록 하기 위해 합리적으로 필요한 실력을 행사할 수 있다. 단 상대방을 죽음에 이르게 하는 실력은 제외한다.

(라) 위험한 무기의 검사

본항에 의해 사람을 정지시킨 법집행관이 자기의 안전 또는 현재 그 장소에 있는 다른 사람의 안전상 필요하다고 합리적으로 판단되는 경우에는 정지시킨 자가 입고 있는 옷의 외부를 손으로 두드려 위험한 무기를 수색할 수 있다(frisk for dangerous weapons). 이러한 수색 중

협회는 '법원의 결정에 크게 실망했으며, 당황스럽다'면서 '이번 판결로 더 많은 경찰관과 시민들이 공격·살해당하게 될 것이라는 점이 두렵다'고 비판하였다.
<http://www.police.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp>.

290) 뉴욕주 대법원은 지난 2002년 12월 12일, 1996년에 뉴욕시 도로범죄반 소속 경찰관들이 아무런 혐의가 없는 찰스 잭슨씨를 마약소지 혐의로 체포한 것은 수정헌법 제4조를 위반한 것이라며 검찰의 찰스씨에 대한 기소를 기각한다고 판결했다. 주 대법원이 이번 판결문을 통해 '경찰이 당시 할렘 도로를 통제하고 의심할 만한 사항이 발견되지 않은 시민을 마구잡이로 수색했다'며 '찰스씨의 차에서 마약이 발견됐다 해도 경찰이 피고의 헌법적 권리를 위반한 만큼 기소 자체가 무효'라고 지적함으로써 뉴욕시 경찰이 특별한 이유 없이 지나가는 자동차를 세우고 차량 내부를 뒤지는 등의 임의수색 행위관행에 제동이 걸리게 되었다. <http://www.police.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp>.

에 위험한 무기라고 합리적으로 판단되는 물건을 감지한 때에는 이것을 검사함에 필요한 처분을 할 수 있다.

(마) 긴급유치의 적법성

Terry원칙에서는 불심검문의 안전한 집행이라고 하는 소극적인 행정경찰목적을 달성함에 필요한 한도에서 흥기에 한하여 강제적 소지품검사를 허용하였다.

그러나 최근 약물단속과 관련하여 상당한 이유가 없더라도 마약발견을 목적으로 소지품검사를 할 필요성이 증대됨에 따라 수정되고 있다.²⁹¹⁾

Place사건에서 연방대법원은 혐의를 불러일으키게 한 사정에 대하여 신문하기 위해 흥기 이외의 물건인 가방을 단기간 유치하는(detain) 것이 허용된다고 판시하였다.²⁹²⁾ 법원은 유치의 허용범위는 경찰관이 단기간 당해 물건의 배타적 권리를 취득함에 그치므로 현장에서 강제적으로 행하여지는 소지품검사의 대상은 흥기에 한정한다고 하는 원칙은 유지하였다. 다만, 소지품검사가 허용되는 범위가 확대되는 경향에 있는 것은 사실이다.²⁹³⁾

(바) 피의자의 심문

① 권리고지

권리고지에 대해서는 a항이 규정하고 있다. “법집행관이 범죄를 범했다고 의심하거나 또는 의심함에 충분한 합리적 이유를 가지고 있는 자를 정지시킨 경우에 당해 사정하에 합리적으로 생각하더라도 가장 빠른 시기에 또 어떠한 경우에도 질문을 계속하기 전에 다음의 경고를 해야 한다. (i) 아무 것도 진술할 의무는 없고, 진술한 것은 불리한 증거로 이용될 수 있다는 것, (ii) 체포되는 경우를 제외하고 20분 이내에 석방되는 것, (iii) 체포된 경우에는 경찰서로 연행되지만 즉시 변호인, 친척 또는 친구에게 전화로서 연락할 수 있다는 것, (iv) 그 뜻에 반해서 질문되지 않는 것, 변호

291) United States v. Place, 103 Ct. 2637(1983).

292) United States v. VanLeeuwen, 397 U. S. 249(1970).

293) 강동욱, 전개서, 92면.

인과의 상담 또는 질문 중에 변호인의 입회를 요구한 때에는 그 시점에서 질문은 행해지지 않는다는 것, 경찰서로 연행한 후 질문에 앞서 스스로 변호인을 고용할 수 없는 때에는 변호인이 선임되는 것(a항)

② 질문의 제한

질문의 제한에 대해서는 b항에서 규정하고 있다. “법집행관이 범죄를 범했다고 의심하거나 또는 의심함에 충분한 합리적 이유를 가지고 있는 자로서 본항의 권한에 근거하여 신체를 구속당하고 있는 자가 질문을 받고 싶지 않다거나 또는 질문에 앞서서 변호인과 상담하고 싶다는 것을 어떠한 형태로든지 나타낸 경우에는 질문을 해서는 안된다”.

(사) 정지기간의 종료 후의 조치

자기의 면전에 정지할 것을 요구할 수 있는 기간내에 법집행관이 체포하는 경우를 제외하고는 위 기간이 종료한 때에 그 자에 대해 자유로이 퇴거할 수 있다는 것을 고지해야만 한다.

(아) 정지시킨 자에 관한 기록

본항에 따라 자기의 면전에 정지하도록 명령한 법집행관은 제10조 제3항에 의해 발령된 규칙에 따라 합리적으로 생각해서 가장 빠른 시기에 정지의 정황과 목적에 관한 기록을 작성해야만 한다.

6) 자동차검문

미국에 있어서도 범죄현장으로부터 도주하는 범인의 발견·검거를 위한 자동차검문은 법집행관의 고유한 권한이자 의무라고 인식하고 있으며 교통위반단속을 위한 자동차검문도 당연히 인정되고 있다. 거의 모든 주에서 운전자에게 운전중에는 면허증 휴대가 의무로 되어 있고, 법집행관의 요구에 의해 그것을 제시하도록 주법으로서 규정하고 있다. 예를 들면, 일리노이주에서는 “모든 운전면허취득자 또는 허가취득자는 자동차를 운전하는 때에 항상 운전면허증 혹은 운전허가증을 휴대해야만 한다. 나아가 이 요구에 따르고 있음을 나타내기 위해 그들이 그것들을 휴대하고 있으면 제목을 입고 있든가, 기장 등 권위를 나타내는 證章을 가진 주경

찰관, 군보안관, 그 외의 경찰관 혹은 국무장관이 지정한 관리의 지시에 따라서 그들에게 그것들을 제시해야 할 것이다”라고 규정하고 있다.²⁹⁴⁾ 또한 음주운전을 발견하기 위한 검문에 대해서도 인정하고 있다.

우리나라와 마찬가지로 통상 음주운전을 발견하기 위한 검문에 있어서 검문소의 설치장소, 시간 및 그 규모는 경험적 데이터에 근거하여 검문 담당관 이외의 경찰관 - 통상은 상급경찰관 - 에 의해서 결정된다. 운전자나 탑승자에게는 정지되는 것과 그 목적 등에 대하여 어떤 표시를 통해 검문을 하고 있다는 것을 경고한다. 정지시킨 차량에 대해서는 운전면허증과 차량등록증의 제시를 요구하고, 몇 마디 대화를 주고 받는 가운데 취기여부를 관찰하여 없으면 통과시키고 의심스러운 경우에는 제2차 검문소로 가게 한다. 이 경우에는 차 바깥으로 나오게 하여 술이 취했는지 여부를 도로면에서 검사하거나 呼氣檢査를 하기도 한다. 그리고 이 검사에 합격하지 않으면 음주운전으로 체포된다.²⁹⁵⁾

미국에서는 음주운전을 하고 있다고 의심받을만한 짓을 전혀 하지 않은 정상운행의 무고한 시민의 검문은 인권침해에 다름아니라는 의견도 있지만, 대체로 음주운전을 막아야 할 공익, 그리고 일체검문제도가 음주운전 적발에 이용되어야 할 필요성과 잠시 정차해야 하는 운전자의 불편함을 비교형량해 보면 그 합헌성이 인정되어야 한다는 입장을 취하고 있다.

또한 일반범죄를 발견하기 위한 검문은 부근에서 특정범죄가 발생하고 그 범인이 도망중이라고 하는 사정이 존재하지 않는 경우에 중요범인을 발견하기 위해 실시되고 있다. 이 검문은 수정헌법 제4조에 위반될 우려가 크고, 모범법전에도 규정되어 있지 않다.

그리고 국경경비담당관에 의한 검문도 있다. 국경경비라고 하는 직무 목적으로부터 국경경비담당관에게 광범한 재량권을 인정해 둘 필요성은 면허·등록검사를 행하는 경찰관에 비해 훨씬 높지만, 차량의 정지·수색에 관해서는 정차 일정한 틀이 과하여지고 있다. 국경경비담당관은 국경으로부터 10평방 마일 이내에서는 영장없이 외국인 유무의 확인을 위

294) III. Rev. Stat. ch. 95 1/2§6-112.

295) LaFave, Search and Seizure, p. 69.

해 차량, 그 외 운반수단을 수색할 권한을 가지고 동시에 외국인 또는 외국인이라고 생각되는 자에게 미국에 머물 수 있는 권리유무에 대하여 질문할 권한을 갖고 있다.²⁹⁶⁾

Mickelson사건²⁹⁷⁾에서 주대법원은 “본 주에 있어서는 체포를 위한 상당한 이유에 이르지 않는 상황에 있더라도 질문을 위해 가로상에 있어서 경찰관이 통행인을 정지시키거나 자동차를 정지시키는 것은 정당하다”고 판시하였다.²⁹⁸⁾

미국에서는 자동차검문에 대하여 그것이 일시적일지라도 각 개인의 프라이버시의 안전 또는 이동의 자유에 간섭하는 것이므로 이 문제를 헌법 문제로서 파악하고, 수정헌법 제4조의 보장과 관련하여 논하고 있음을 유의할 필요가 있다.²⁹⁹⁾

3. 임의동행

(1) 임의동행의 의의와 법적 성질

1) 임의동행의 의의

경찰관직무집행법에는 임의동행이란 말은 나오지 아니한다. 다만 경찰관직무집행법 제3조 제2항이 “질문하기 위하여…동행할 것을 요구할 수 있다”고 규정하고 있는 까닭에, 이것을 경찰관직무집행법상의 임의동행이라 한다. 이것은 불심검문에 있어서 질문을 충실히 수행하기 위한 보조수단으로서의 성격을 갖는 것이지만, 질문의 편의보다는 피질문자 등을 보호하기 위하여 마련된 제도이다.³⁰⁰⁾

296) 8 U.S.C.§1357(a)1.

297) *People v. Mickelson*, 59 Cal. 2d 448, 380 P. 2d 658.

298) 한편 펜실베니아주는 지난 2003년 6월 11일 “경찰관들이 차량을 세웠을 때 운전자와의 대화를 녹음할 수 있게 하는 법”을 승인하였다. 이 법의 통과로 그간 경찰관이 차량을 세웠을 때 필요한 경우 비디오 테이프만으로 녹화할 수 있었던 것에서 나아가 소형 마이크나 무선 송신기를 이용해 대화 내용까지 녹음할 수 있게 되어, 앞으로 범인 검거(더 나아가서는 테러예방)에 중요한 증거 역할을 할 수 있게 되었다고 한다. <http://www.police.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp>.

299) 강동욱, 전게서, 284면.

300) 강동욱, 상게서, 196면.

여기서 임의란 물론 강제에 대한 개념으로서 본인의 의사에 의한다는 의미이지만, 반드시 본인이 자발적으로 스스로 동행하고자 하는 경우에만 한정되는 것은 아니다. 내심으로는 내키지 않는다고 생각하면서 마지못해 동행한 경우에도 임의라고 할 수 있는 것과 같이, 결국 사회통념에 비추어 신체의 속박이나 강한 심리적 압박에 의한 자유의 구속이 있다고 할 수 있는 것과 같은 제반의 객관적 상황이 없는 한 임의라고 할 수 있을 것이다.

2) 임의동행의 법적 성질

임의동행은 피질문자 등의 편의를 위해 인정되고 경찰관직무집행법 제3조 제2항 단서에서 동행요구거절권을 규정하고 있는 것을 볼 때 임의처분으로 보는 것이 타당하다.

동행에 대한 임의성판단은 평균인을 기준으로 하여 본인의 의사로서 동행에 응하는가의 여부를 판단해야 한다.

임의동행에 관하여 경찰관직무집행법에서 말하는 질문을 위한 임의동행과 수사의 필요에 따른 임의동행으로 구분하는 견해와 구분을 부인하는 견해로 나뉘어져 있다. 경찰관직무집행법상의 임의동행은 불심검문의 후속조치로서 이루어지는 것인 만큼 불심검문의 법적 성질과 밀접한 관련을 가지는 것으로 보는 것이 타당하다. 불심검문은 행정경찰작용으로서 불심검문에 이은 임의동행은 요건이나 동행의 목적에 분명한 차이가 있는 만큼 일반적 수사로서의 임의동행과 차이가 있다고 보아야 할 것이다.

문제는 임의동행의 형태가 현실적으로 다양하고 동시에 경찰관 자신이 스스로의 행위에 대한 인식에 있어서 불명확한 경우가 많으므로 구별을 위한 객관적 기준을 설정하는 것은 사실상 곤란하다는 점이다. 더구나 피동행자의 입장에 볼 때에는 경찰관의 주관적 의도나 목적과 상관없이 실제적으로는 체포와 다름없는 처분이므로 본질적으로 내재하는 인권침해적 요소의 불식을 위해서도 체포나 구속에 준하는 사법절차상의 보장이 요구된다. 이것은 경찰관직무집행법에 의한 임의동행과 임의수사로서의 임의동행의 주체에 차이가 없고, 불심검문과 수사의 한계가 명확하지 않을 뿐만 아니라 수사에 대한 법적 규제를 경찰관직무집행법에 의하여 피할 수 있는 일을 열어주는 것은 허용될 수는 없기 때문이다.³⁰¹⁾

301) 강동욱, 전게서, 201면 ; 이재상, “임의동행과 보호유치”, 17면.

3) 동행사유

경찰관직무집행법 제3조 제2항은 동행사유에 대하여는 “당해인에게 불리하거나”, “교통의 방해”가 되는 경우를 규정하고 있다. 당해인에게 불리한 경우로서는 사람이 많이 있는 장소에서 본인의 명예나 수치심을 해하는 경우, 계절적으로 혹서, 혹한 등의 경우 등과 같이 객관적으로 볼 때 물리적, 심리적 및 경제적으로 본인에게 불리한 것이 명백한 경우이다.

또한 일본 경찰관직무집행법 제2조 제2항은 “그 장소에서 진항의 질문을 하는 것이 본인에 대해서 불리하고, 또는 교통의 방해가 된다고 인정되는 경우에는 질문하기 위하여 그 사람에게 부근의 경찰서, 출장소 또는 주재소에 동행하는 것을 요구할 수가 있다”고 규정하고 있다.

직무질문의 이점은 일반적 질문과 달리 직무질문을 하고 있는 동안에 심리적 압박을 가하여 상대방을 불안하게 하는 점에 있다. 따라서 직무질문에는 질문장소의 비일상적 분위기, 질문사항의 일반적인 고정, 표면에 나타나지 않는 위하 등이 유효하고, 그것에 의해 암묵리에 일종의 진술강제가 행해진다.

그러므로 경찰서, 파출소 또는 주재소에 동행을 요구하는 것이고, 임의동행은 경찰의 입장에 보아 유리하므로 반드시 “본인에 대하여 불리하거나 또는 교통의 방해가 되는 경우”에 요구된다고는 할 수 없다. 예를 들면, 시민이 에워싼 상태에서의 직무질문은 본인의 명예, 프라이버시 등을 훼손하는 측면도 있지만, 동시에 경찰관의 강압적인 태도를 시민이 컨트롤하여 “본인에게 유리”하게 하는 측면도 있다는 점에 주의할 필요가 있다.³⁰²⁾ 임의동행은 직무질문의 중요한 요소이다.

4) 임의동행과 신체구속

법의 취지는 원칙적으로 실력행사를 허용하지 않는다. 따라서 동행이 강제되어서는 안된다. 경찰관직무집행법 제3조 제7항은 임의동행의 경우에 법률의 근거 없는 신체구속이나 의사에 반한 답변강요를 금지하고 있다. 동행은 정지와 달리 반드시 상대방의 장소적 이동을 수반하는 것으로서 질

302) 宮田三郎, 『警察法』, 91面. 각주 (3) 참조

문을 위해 불가결한 것도 아니다. 더구나 정지에 있어서는 법문이 “정지시켜”라고 규정하고 있음에 반해, 임의동행에 대해서는 “동행할 것을 요구할 수 있다”라고 규정하고 있을 뿐이다. 그러므로 명확히 동행을 거부하고 있는 경우에 실력을 행사하여 동행시키는 것은 위법이 된다.³⁰³⁾

불법적인 신체구속인가의 여부는 동행시의 제반상황을 종합적으로 판단해서 통상인이 거부하기 곤란한 태양으로 동행·신문이 이루어지거나 또는 자유로운 의사에 따른 시민의 행위라고는 통상 생각하기 어려운 형태로 상대방이 동행·신문에 응하고 있는 경우로서 퇴거의 자유가 없는 상태에 두어졌음이 당시의 구체적 사정에 비추어 객관적으로 인정될 수 있는가 여부를 기준으로 판단해야 할 것이다.³⁰⁴⁾

결국 임의동행에는 거부의 자유가 있는 만큼 본인이 거절하는 경우에는 행할 수 없다는 것을 고려하면 동행에 있어서 실력행사는 일체 허용되지 않는다고 보아야 한다. 따라서 동행에 있어서는 피동행자에 대한 이해와 설득을 통해 사전동의를 얻은 후에 피동행자가 자연스럽게 걸어가도록 해야지, 다수의 경찰관이 에워싸고 동행하거나 손이나 어깨 등을 붙잡고 걸어가거나 또는 경찰차량에 태워 동행하게 되면 임의성을 의심받게 될 것이므로 유의하여야 할 것이다. 다만, 경찰차량에 승차하는 것도 본인이 승낙한 후에 자연스럽게 스스로 승차한 경우는 그러하지 아니하다.³⁰⁵⁾

그리고 경찰관직무집행법에 의한 임의동행에서 상황의 변화에 따라 상대방의 혐의가 농후하게 되는 경우에는 어느 시점에서 형사소송법상의 체포로 되는지 판단하기 어렵다. 경찰관직무집행법상의 임의동행도 보장적인 측면에서는 사법경찰작용의 일환으로 평가되는 것이다, 그러므로

303) 原田國南, “時の판례”, *ジュリスト* 924(1988. 12. 15), 50面.

304) 장영민·박기석, *전계보고서*, 102면 참조 ; “경찰관이 임의동행을 요구하며 손목을 잡고 뒤로 꺾어 올리는 등으로 제압하자 거기에서 벗어나려고 몸싸움을 하는 과정에서 경찰관에게 경미한 상해를 입힌 경우, 위법성이 결여된 행위이다” 대판 1999. 12. 28, 98도138 ; “임의동행은 상대방의 동의 또는 승낙을 그 요건으로 하는 것이므로 경찰관으로부터 임의동행요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다 할 것이고, 경찰관직무집행법 제3조 제6항이 임의동행한 경우 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다” 대판 1997. 8. 22, 97도1240.

305) 강동욱, *전계서*, 218면.

임의동행에 계속하여 체포가 이루어진 경우에는 애초의 임의동행의 위법성이 그 이후의 모든 단계에 당연히 그대로 승계된다고 보아야 한다.

일본 경찰관직무집행법 제2조 제3항은 직무질문과 관련하여 형사소송에 관한 법률의 규정에 의하지 아니라고는 신체를 구속당하지 아니하며 그 뜻에 반하여 경찰서, 출장소 혹은 주재소에 연행되거나 혹은 답변을 강요당하지 아니한다”고 규정하고 있다.

당사자는 직무질문을 수인할 의무가 있고, 그 때문에 정지하게 되지만, 그 이상의 의무는 없다. 즉 이 경우 경찰관은 형사소송법의 규정에 의하지 않으면 강제연행을 할 수는 없고, 또한 상대방에게는 직무질문에 대한 진술의무는 없다고 보고 있다. 다만, 직무질문을 하는 경찰관에게는 묵비권의 고지의무가 없지만, 범죄의 증거수집을 목적으로 질문하는 경우에는 진술거부권의 고지를 요한다.

5) 임의동행과 체포

우리 경찰관직무집행법 제3조 제7항은 “제3항의 경우에 당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니한다”고 규정함으로써 임의동행이 체포로 이르러서는 안된다는 것을 명백히 하고 있다.

체포는 실력을 행사하여 피의자의 신체의 자유를 구속하는 것을 그 내용으로 하고, 이 때 피의자는 신문에 대한 출두거부 및 퇴거의 자유가 없는 상태에 놓이게 된다.

따라서 양자는 동행시의 제반상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

미국에서는 임의동행형식에 의한 신문에 대해 실질체포에 해당한다고 한 판례³⁰⁶⁾도 있으나, 연방대법원은 이것이 체포에 해당하는 것은 아니라고 하였다.³⁰⁷⁾

6) 임의동행과 적법절차

경찰관직무집행법에서는 제3조 제4항에서 동행 전에 경찰관의 신분증명과 동행의 목적과 이유 및 동행장소의 고지의무를, 제5항에서는 동행

306) United States v. Middleton, 344 F. 2d 78(2d Cir. 1965).

307) Fla. v. Royer, 460 U. S. 491(1983).

후에 가족에게 고지할 의무와 본인에게 연락기회의 부여의무 및 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지할 의무를 부과하고 있다.

제3조 제6항은 동행시간을 6시간으로 제한하고 있다. 미국의 1942년의 통일체포법이 2시간으로 정하고 있는 것은 시사하는 바가 크다. 경찰관직무집행법이 6시간으로 정한 것은 신원파악 등에 많은 시간이 필요하기 때문으로 설명되고 있으나 인권침해라는 지적도 제기되고 있다.

4. 미아·병자·부상자 등의 보호조치

(1) 보호조치의 대상

경찰관직무집행법은 본인의 의사를 존중하여 임의보호조치를 취할 수 있는 대상자로 미아, 병자, 부상자 “등”을 규정하고 있다. 즉, 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없는 자로서, 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우를 규정하고 있다(제4조 제1항 제2호).

일본의 경우 미아, 병자, 부상자 등으로서 적당한 보호자를 동반하지 않아 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자를 말한다(제3조 제1항 제2호).

여기서 미아란 보호자의 보호범위를 벗어나 스스로 안전을 도모할 수 없는 아동을 말한다. 부상자란 자상을 포함하여 부상을 입은 사람으로서 본인의 자력으로 병원을 찾아가거나 귀가할 수 없는 정도에 이른 사람을 말한다. “등”에 해당하는 것으로는 버려진 아이, 기아상태에 있는 자, 조난을 당한 자, 도로에서 길을 잃은 병약한 노인, 도로 또는 승차상태에서 산기로 고통받는 임산부 등을 들 수 있다.

(2) 보호조치의 방법

경찰관직무집행법은 보호조치의 방법으로서 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다(제4조 제5항). 보건의료기관이란 보건소, 병원, 한의원, 조산소 등 응급조치로 생명·신체의 구조를 행할 수 있는 공·사 기관을 말하고, 공공구호기관이란 국가나 지방자치단체가 설립한 아동보호소, 부녀보호소, 양로원 등의 일체의 사회복지시설을 말한다.

본인의 의사를 존중하여 임의보호조치를 취할 수 있는 대상자인 미아, 병자, 부상자 등에 대해서는 그들의 의사를 존중하여야 한다.

일본의 경우 경찰관은 보호의 요건에 해당하는 자를 발견한 때에는 우선 경찰서, 병원, 장신병자수용시설, 구호시설 등의 적당한 장소에서 이를 보호하여야 한다(동법 제3조 제1항).

적당한 장소란 보호를 요하는 구체적 상황에 따라 공공시설, 민가라도 상관없다.

(3) 긴급구조요청의 거부금지

경찰관직무집행법은 “긴급구조요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유없이 긴급구조를 거절할 수 없다”고 규정하고 있다(제4조 제2항).

정당한 이유란 의사의 장기출장이나 병원의 수리 등과 같이 객관적으로 보아 진료가 불가능한 상태를 말하므로 의사가 취침 중이라든가 병원 시설이 일부 부족한 상태와 같은 상황은 적절한 조치하에서 진료가 가능하므로 정당한 이유있는 때에 포함되지 않는다.

5. 사실의 확인 등

(1) 의 의

경찰관서의 장은 직무수행에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 국가기관 또는 공사단체 등에 대하여 직무수행에 관련된 사실을 조회할 수 있다. 경찰관직무집행법 제8조는 직무수행에 필요한 경우에 사실의 확인 등을 할 수 있도록 규정하고 있다.

이러한 사실의 확인 등은 경찰직무를 위한 예비적인 조치로서 기본권과의 관련성이 크지 않으며, 개념상 예방경찰상의 동일인확인(인정신문)과는 구분되는 것이므로 엄격한 규제가 필요한 것은 아니라고 할 수 있다.³⁰⁸⁾

308) 홍준형 외, 전계보고서, 93면

(2) 사실조회 및 직접확인

경찰관직무집행법상 사실조회는 사람, 동산, 부동산, 기타 모든 유체물 및 무체물에 대해 물어보는 것을 말한다(제8조 제1항 본문).

경찰관직무집행법상 직접확인이란 긴급을 요할 때에 경찰관서의 장의 지시에 의해 소속 경찰관이 현장에 출장하여 당해 기관 또는 단체의 장의 협조를 얻어 그 사실을 확인하는 것을 말한다(제8조 제1항 단서).

법은 사실조회와 직접확인 모두에 대해 경찰관서의 장으로, 직접확인만 주체로 개개의 소속경찰관을 규정하고 있다.

그리고 “직무수행에 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때”를 사실조회와 직접확인 모두의 요건으로 규정하고 있으며, 특히 이 경우에 “긴급을 요할 때”를 직접확인만의 요건으로 규정하고 있다.

그리고 사실조회 및 직접확인 대상 중 “공·사의 모든 단체”는 지방자치단체와 공·사의 모든 단체를 말한다. 사실조회와 직접확인 모두의 수단으로서의 조회는 서면문의 또는 전화문의에 의하는 것이고, 현장출장확인만은 구두 또는 서면에 의하여 확인한다.³⁰⁹⁾

(3) 출석요구

경찰관직무집행법은 “경찰관은 미아를 인수할 보호자의 여부, 유실물을 인수할 권리자의 여부 또는 사고로 인한 사상자를 확인하기 위하여거나 행정처분을 위한 교통사고 조사상의 사실을 확인하기 위하여 필요한 때에는 관계인에게 출석을 요하는 이유·일시 및 장소를 명확히 한 출석요구서에 의하여 경찰관서에 출석할 것을 요구할 수 있다”고 규정하고 있다(제8조 제2항).

출석요구 자체가 국민에게 실질적 위협이 될 수 있기 때문에 출석요구서 발부는 명문의 규정이 있는 경우에 한하도록 하는 것이 옳다고 본다. 따라서 이 규정은 열거적·제한적 규정으로 보아야지 예시적 규정으로 보아서는 안될 것이다.

309) 장영민·박기석, 전계보고서, 165면.

6. 경찰의 정보활동

(1) 의 의

정보경찰이란 형식적 의미로는 경찰청 정보국·지방경찰국 및 경찰서 정보과 소속 경찰관을 말하며 실질적 의미로는 국가안전보장, 사회질서 유지, 국민의 생명·신체·재산보호 등 치안상 필요한 정보를 수집·작성하고 이를 배포하는 것을 주임무로 하는 경찰활동이라고 할 수 있다.

정보(intelligence)라고 하면 일반적으로 정보기관이 조직활동을 통하여 수집된 첩보를 평가·분석·종합·해석하여 얻어진 지식이라고 정의한다.³¹⁰⁾

정보통신기술의 비약적 발전에 따라 경찰 역시 종래와는 완전히 다른 방식으로 정보를 수집·저장·처리하고 있다. 당연히 종래의 경찰법은 새로운 유형의 경찰활동에 대한 구체적인 법적 규율을 결여할 수밖에 없는 형편에 이르렀다.

독일의 경우에는 1983년 독일연방헌법재판소의 인구조사판결(Volkszählungsurteil)과 동 판결에서 연방헌법재판소가 인정한 기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항에 근거한 개인관련 데이터(Daten)에 관한 정보의 자기결정권(informationelle Selbstbestimmung)의 결과 최근의 경찰·질서법률들은 경찰의 정보수집과 처리(데이터처리)에 관한 포괄적 규율을 갖고 있는 바, 그럼으로써 동 법률들은 개별적 영역에서 데이터보호규정을 둘 것을 요구하는 연방헌법재판소의 요구³¹¹⁾에 따르고 있다.

이들 규정들은 어느 정도는 상당한 범위에서 모범초안개정시안에 따르고 있다. 그것들은 연방이 그에 유사한 규정을 제정하지 않았기 때문에 범죄행위의 수사를 위한 사전조치(동개정초안 제1조 제1항 제2문)에 포함되어 있는 권한을 넘어서서 더 광범위한 정보의 수집과 그에 관련된 조치를 위한 수권규정들이 발견된다. 이 경우 경찰의 정보수집과 처리에

310) 경찰청, 2000년 전정판 경찰실무전서, 1085면.

311) BVerfGE 65, 1, 46. 인구조사판결은 행정의 정보활동에 대한 법적 근거를 요구하였다.

관한 법률규정들은 매우 상세하고 광범위해서 이미 규율의 홍수를 이루고 있다.³¹²⁾

구체적인 규율대상으로는 정보의 수집활동, 정보의 저장·변경·이용, 기관간 정보의 교환, 자동화된 정보검색 등을 들 수 있다.

(2) 경찰정보활동의 유형

1) 정보의 수집활동

(가) 개인관련정보 조사대상

경찰은 그 임무수행을 위하여 필요한 경우, 경찰책임을 지거나 비경찰 책임자로서 경찰목적상 일정한 의무를 부과받는 자, 피해자, 무의탁자 또는 실종자 및 그 친족, 법정대리인 또는 친지, 위협에 처한 자, 증인, 단서제공자 또는 기타 정보제공자 등에 관한 개인관련정보를 문서 또는 파일에 보관, 변경하거나 그 밖의 방법으로 이용할 수 있도록 수권하고, 또한 구체적 사실을 기초로 판단할 때 경험칙상 범죄행위의 예방에 필요하다고 인정하는 경우에는 구체적 정황으로 보아 장래 범죄행위를 범할 우려가 있다고 인정되는 자, 그러한 자와 접촉하거나 동반하는 자, 범죄의 피해자가 될 근거가 있는 자, 증인, 단서제공자 또는 기타 정보제공자 등에 관한 개인관련정보를 조사할 수 있도록 수권하는 것이 바람직하다(모범초안개정시안 제8조의 a).

(나) 공개행사, 집회 및 다중집합에 대한 정보수집

모범초안개정시안 제8조의 b는 공개행사, 집회 및 다중집합에 대한 정보수집에 대해 규정하고 있다. 제1항은 “경찰은 공공의 안녕과 질서에 대한 위협이 발생하리라고 인정할 만한 사실상의 근거가 있는 때에는 집회법이 적용되지 않는 공개행사 또는 다중집합이 진행되는 동안 또는 그와 관련하여 개인관련정보를 수집할 수 있다”고 규정하고 있으며, 제2항은 “경찰은 공공의 안녕과 질서에 현저한 위협이 발생하리라고 인정할만

312) Schenke, a.a.O., S. 80.

한 사실상의 근거가 있는 때에는 공개행사가 진행되는 동안 또는 그와 관련하여 개인관련정보를 수집할 수 있다. 공공의 안녕과 질서가 교란되지 않은 때에는 그 수집결과 작성된 서류를 집회가 종료된 후 지체없이 소멸시켜야 한다”고 규정하고 있으며, 제3항은 “제10조의 a 제6항 및 제10조의 g 제4항은 본조에 영향을 받지 않는다”고 규정하고 있다.

(다) 특별한 정보수집방식

그리고 새로운 경찰법률들은 정보수집을 위한 새로운 수단, 예컨대 장기간에 걸친 관찰, 사진촬영과 비디오녹화를 위한 기계시설의 설치 및 대화의 도청과 녹음을 위한 기계시설의 설치 혹은 신분을 위장한 경찰관(verdeckter Ermittler)의 배치와 같은 수단을 규정하고 있다. 관찰, 기계시설의 설치와 신분을 위장한 경찰관의 배치와 같은 수단을 규정하고 있다. 관찰, 기계시설의 설치와 같은 신분을 위장한 경찰공무원의 배치는 사실행위이고, 수인의무를 내용으로 하는 행정행위가 아니다. 그 같은 조치가 비밀리에 혹은 은폐하에 행하여지고 따라서 통지가 결여되어 있다는 것만으로도 행정행위가 존재하지 않는 것이 되는 경우에는 그러한 조치가 사실행위라는 것은 반드시 인정되어야만 한다(동개정시안 제8조의 c).

(라) 정보수집을 위한 소환

경찰은 위해방지를 위하여 정보를 수집할 수 있으며 이러한 목적을 위하여 관계인을 소환(Vorladung)할 수 있다. 이러한 소환이 명령과 강제적 형식을 피하고 관계인 역시 자발적으로 응한다면 이러한 정보수집은 경찰의 임무수행의 범위 내에서 이루어지며 따라서 특별한 수권이 별도로 요구되지 않는다. 반면 소환이 명령의 형식을 띠고 필요한 경우 이를 강제로 실현시켜야만 하는 경우에는 특별한 수권이 필요하다.

모범초안 제11조 제1항은 경찰은 “그 사람이 일정한 경찰의 임무수행에 필요한 적절한 진술을 할 수 있다는 사실이 인정되는 경우(제1호), 그것이 감식조치를 시행하기 위해서 필요한 경우(제2호)”에는 사람을 서면 또는 구두로 소환할 수 있다고 규정하고 있다. 제2항은 “소환시 그 이유가 제시되어야 한다. 소환의 시점을 결정하는 경우에 당해인의 직업과 그

밖의 생활상황이 고려되어야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정은 실정법과 광범위하게 일치하며, 특히 수사목적(Zwecke der Ausforschung)을 위한 소환은 허용되지 않는다는 것을 명백히 하고 있다. 제3항은 “당해인이 충분한 이유없이 소환에 응하지 않으면 다음의 경우 - 그 진술이 사람의 생명, 신체 또는 자유에 대한 위협의 방지를 위해 필요한 경우 또는(제1호) 감식조치를 시행하기 위한 경우(제2호)에 강제로 소환될 수 있다고 규정하고 있다(이른바 구인(Vorfürung)).³¹³⁾ 여기서 감식조치를 위한 강제구인은 일반적인 경우 단지 자유의 제한(Freiheitsbeschränkung)이지 기본법 제10조 제2항에 따라 법관의 영장이 필요한 자유의 박탈(Freiheitsentziehung)은 아니다. 모범초안 제14조 제1항 제1문에 따르면 경찰은 자유박탈의 허용성 및 계속성에 대하여 법관의 결정을 지체없이 받아야 한다. 소환에 응할 의무로부터 진술의무(Pflicht der Aussage)가 도출되는 것은 아니다.

정보의 수집의 영역에 있어서는 무엇보다도 경찰의 정보수집의 전통적 형식인 개인에 대한 심문(Befragung von Personen)에 관한 규정이 언급되어야 한다. 경찰법률에 따를 때 그 같은 심문은 객관적 사정이 피심문자가 경찰의 직무수행에 필요한 적절한 진술을 할 수 있다는 것이 인정될 것을 전제조건으로 한다. 이 경우 심문권이 피심문자의 정보제공의무(Auskunftspflicht)와 어느 정도까지 일치하는지가 문제된다. 이 경우는 다음과 같이 구분될 수 있다. 피심문자는 성명, 출생지와 출생년월일, 주소, 국적에 대해서는 진술하여야만 한다. 이에 대하여 사실에 대한 진술은 그것이 특별히 규정되어 있을 때에만 행해져야 한다.

정보의 제공은 법률에 다른 규정이 없는 한 공개적으로 행해져야 하고, 또한 부분적으로는 자세한 내용상의 제한에 따른다. 관계인에게는 원칙적으로 정보수집의 법적 근거 및 구체적인 경우에 존재할 수 있는 정보제공의무 혹은 정보제공 여부의 자유를 적절한 방법으로 알려주어야 한다.

313) §11 MEPOlG

2) 정보의 저장·변경·이용

정보의 저장(Speicherung)은 정보의 판단과 처리의 일부를 이룬다. 정보의 저장은 그 정보가 수집된 혹은 수집될 수 있는 목적의 수행을 위하여서만 허용된다. 저장의 기간은 경찰과제의 수행에 따라 결정된다. 이 같은 원칙은 정보의 이용에도 적용된다. 이용의 가능성이 수반되지 않는다면 단순한 정보의 저장만으로는 경찰의 작업에 아무런 이득도 제공하지 못할 것이다.

정보의 이용에 있어서는 정보의 변경에 관련된 문제가 중요한 의의를 가진다. 무엇보다도 원래의 목적 이외의 다른 목적으로 정보를 사용할 수 있도록 함으로써 이중수집으로 인한 경찰업무의 침해를 피해야 할 것이다. 이 경우 예방경찰적으로 얻어진 정보를 다른 예방경찰적 목적으로 사용하는 것과 진압적으로 얻어진 정보를 예방적으로 혹은 예방적으로 얻어진 정보를 진압적으로 사용하는 것과는 구분되어야 한다.

정보의 저장·변경·이용에 관하여 경찰이 그 임무를 수행하는데 필요한 경우에 한하여 수권규정을 두되, 당초 경찰이 당해 정보를 입수한 목적과 동일한 목적을 달성하기 위한 경우에만 이용할 수 있도록 제한하는 것이 바람직하다. 또한 경찰이 범죄행위의 예방을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 형사피의자에 대한 조사과정에서 획득된 개인관련정보를 파일에 보관하거나 변경하고 그 밖의 방법으로 이용할 수 있도록 하는 한편, 특히 중대한 범죄로서 집단 또는 조직에 의하여 상습적으로 행해지는 범죄행위를 예방하기 위하여 불가피한 경우에는 그 범죄예방의 범위 안에서 우범자와 접촉하거나 동반하는 자, 범죄의 피해자가 될 것으로 우려할 만한 사유가 있는 자, 증인, 단서제공자 또는 기타 정보제공자에 대한 개인관련정보를 파일로 저장하거나 변경하고 그 밖의 방법으로 이용할 수 있도록 하여야 할 것이다(동개정시안 제10조의 a).

3) 기관간 정보의 교부 등

경찰관청 및 경찰관서들로 하여금 서로 경찰임무의 수행을 위하여 필요한 경우 개인관련정보를 교부할 수 있도록 하고, 다른 행정기관 또는 공공

기관이 위험방지를 위한 권한을 가지는 경우, 경찰이 이들 기관이 임무를 수행하는데 경찰이 보유하는 개인정보를 인지하는 것이 필요하다고 인정하는 때에는 당해 개인정보를 교부할 수 있도록 하고, 정보의 수령인이 임무를 수행하도록 하기 위하여 불가피하다고 인정되면 다른 방법으로는 수령인이 정보를 얻을 수 없거나 적기에 얻을 수 없고, 또는 정보를 얻는데 지나치게 과도한 비용이 든다고 인정되는 경우에 한하여 정보를 교부할 수 있도록 하여야 할 것이다(동개정시안 제10조의 c).

가령 노르트라인-베스트팔렌 경찰법 제27조 이하와 같은 규정은 경찰이 개인정보를 다른 경찰행정청에 대하여, 국내외의 공공기관에 대하여, 초국가적 기구 내지 국제기구에 대하여 제공하는 것에 관한 자세한 규정을 갖고 있다. 이 경우 정보의 침해와 관련된, 심지어 그의 하부조직이 상이한 직무를 담당하고 있는 하나의 행정청 내에서 행해지는 경우에도 존재할 수 있다. 자료의 다른 기관에의 제공과 관련하여 개인정보를 컴퓨터로 검색하는 것(Rasterfahndung) 또한 규정되어 있다.³¹⁴⁾ 그에 따르면 경찰은 정보의 제공이 특히 중요한 법익에 대한 현저한 위험방지를 위하여 필요한 경우에는 공공기관과 공적 영역밖에 있는 기관에 대하여 다른 데이터의 내용과 비교·조정할 목적으로 파일상의 특정한 인적 집단의 개인정보의 제공을 요구할 수 있다.

4) 자동화된 정보검색

개인관련정보에 대한 자동화된 정보검색절차(Automatisiertes Ab-rufverfahren)는 당사자의 정당한 법익과 경찰임무의 달성에 비추어 그와 같은 정보교부의 방식이 적절하다고 인정되는 경우에 한하여 개설될 수 있도록 하고, 경찰관청 및 경찰관서 이외의 다른 기관에 의한 정보의 자동검색은 금지되며, 경찰로 하여금 개인정보관련정보에 대한 자동화된 정보검색 절차를 운용함에 있어 정보보호법의 규정에 의하여 요구되는 보호조치들을 강구하도록 하는 것이 바람직하다(동개정시안 제10조의 d).

314) 예컨대, §§40BWpolG

5) 정보의 대조

경찰은 경찰책임자 및 경찰의무를 부과받는 비경찰책임자, 범죄행위를 범할 우려가 있는 자에 대한 개인관련정보를 경찰이 보유하고 있는 파일의 내용과 대조할 수 있도록 하되, 그 이외의 자에 대한 개인관련정보는 이를 대조하는 것이 사실상의 근거에 의하여 경찰임무의 수행을 위해 필요하다고 인정되는 때에 한하여 허용하여야 할 것이다(동개정시안 제10조의 e).

6) 정보의 정정·삭제·차단

독일 모범초안개정시안 제10조의 g는 “정보의 정정, 삭제, 차단”에 대하여 규정하고 있다. 파일로 저장된 개인관련정보가 정확하지 않을 때에는 정정할 수 있다(제1항). 그리고 저장에 허용되지 않는 경우(제1호)와 일정기간이 경과한 후 행해지도록 되어 있는 재심사(제10조의h제1항 제1문 제8호)에 의한 경우 혹은 개별적 사무처리를 계기로 당해 정보를 인지하는 것이 저장기관의 권한범위에 속하는 임무의 수행을 위하여 더 이상 필요하지 않다고 확인되는 경우(제2호)에는 파일로 저장된 개인관련 정보는 삭제하고, 그에 속하는 문서들은 폐기하여야 한다(제2항).

그리고 경찰이 부정확하거나 삭제되어야 할 개인관련정보가 교부된 것을 확인하고 또한 수령인을 알고 있는 경우에는 수령인에게 그 정정 또는 삭제의 사실을 통지하여야 하며, 다만 이를 통지하는 것이 당해인이나 사안을 평가하는데 중요하지 않거나 더 이상 중요하지 않게 된 경우에는 그러하지 아니하다(제3항).

한편 정보가 이미 삭제된 경우에는 열람청구는 허용되지 않는다. 그 경우에는 저장목적과 다른 기관에의 제공이 있었는지 여부에 관한 청구가 고려될 수 있다.

7. 위험발생에 있어서 경고

경찰관직무집행법은 경찰관은 위험한 장소에 집합한 자, 사물의 관리자에게 필요한 경고를 발할 수 있다고 규정하여(제5조 제1항 제1호), 경

고조치를 위험발생의 방지조치의 하나로 들고 있다.

여기서 경고란 위험으로부터 피난시키거나 위험을 방지하기 위하여 필요한 예고를 하거나 주의를 주는 것을 말한다. 예를 들면, 경찰관은 통행인에게 붕괴위험이 있는 건물의 존재를 알려 건물 근처로 통행하지 말도록 주의를 줄 수 있다.

일본의 경우 피난강제조치 요건 중 그 장소에 있는 자, 그 사물의 관리자, 그 밖의 관계자에게 필요한 경고를 발할 수 있다(제4조 제1항 전단). 이 경우의 경고는 위험방지를 위해 필요한 조치 등에 관하여 주의, 지도 및 권고 등을 하는 것을 말한다.

일본의 경우 경찰관이 취한 경고 등의 조치에 관하여는 순서를 거쳐 공안위원회에 보고하여야 한다. 이 경우 공안위원회는 다른 공공기관에 대해 그 후의 처리에 관하여 필요하다고 인정하는 협력을 구하기 위해 적당한 조치를 취하여야 한다(제4조 제2항).

8. 범죄의 예방을 위한 경고

경찰관직무집행법 제6조는 경찰관은 범죄가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때는 관계인에게 필요한 경고를 발할 수 있다고 규정하고 있다(제1항 전단). 일본의 경우에도 경찰관은 범죄가 목전에 행하여지려고 하고 있는 것을 인정하였을 때는 그 예방을 위하여 관계자에게 필요한 경고를 발할 수 있다고 규정하고 있다(제5조 전단).

경고란 범죄의 예방을 위하여 범죄행위로 나아가려고 하는 것을 중지하도록 통고하는 것을 말한다. 동법 제5조(위험발생의 방지)의 경고와는 구별된다. 경고의 대상은 관계인이다. 따라서 범죄를 행하고 있는 자, 범죄에 의해 피해를 받는 자가 주된 대상이나 이들이 보호를 요하는 자인 경우에는 그 보호자들도 경고의 대상이 될 수 있다. 그리고 장소, 건물 기타 공작물에 관련된 범죄일 경우에는 건물등의 관리자, 소유자, 점유자 및 그 장소에 거주하는 자도 대상자가 될 수 있을 것이다.³¹⁵⁾

315) 경찰법령연구회편, 경찰권한실무집, 135면.

제 8 절 유치장

1. 유치장의 의의

유치장은 법률이 정한 절차에 따라 구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 경찰서에 두는 시설을 말한다.

유치장에 수용될 자는 경찰의 적법절차에 따라 구속(긴급구속 포함)된 자, 구류형의 선고를 받은 자, 다른 수사기관에서 구속하여 입감이 의뢰된 자가 주가 될 것이다.

국가인권위원회는 2003년 3월 18일 지난해 10월부터 4개월간 유치장 유치인 100명에 대한 면접조사와 서울·경기 지역 경찰서 10곳에 대한 방문조사 결과, 유치장 설계표준 규칙에 명시된 의무실과 운동장을 둔 유치장은 한 곳도 없고 조명·냉난방·습도시설 등도 매우 열악한 것으로 드러났다고 밝혔다. 또 수도시설이 열악해 샤워나 목욕을 전혀 못했다는 대답이 31.9%나 되고 화장실의 차폐막 높이가 매우 낮아 처음 며칠간은 용변을 참거나 몸을 구부려 옷을 내리는 등 유치인들이 큰 어려움을 겪는 것으로 조사됐다. 별도로 마련된 변호인 접견실에서 접견한다는 응답은 59.3%였으나 '수사과장실 등 수사과 사무실에서 접견한다'는 응답도 37%에 달했다. '아플때 의사의 진료를 받을 수 있었는가'라는 질문에 '그렇다'고 대답한 응답자는 5.7%에 불과했다. 대부분 유치인들은 여전히 신체검사시 '수치심과 모멸감을 느꼈다'고 부정적으로 대답했고, '권리구제 방식에 대한 고지여부'에 대해서는 '고지를 받았다'는 대답이 절반에 불과해 기본적인 조치조차 미흡한 것으로 드러났다.³¹⁶⁾

2. 유치장 수용요건

유치장 수용요건으로는 첫째, 법률이 정한 절차에 따라 구속(긴급구속 포함)된 자일 것, 둘째, 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자일 것 등이다.

316) hankook I. com 2003. 3. 18. 사회면.

판례는 “구속영장에는 청구인을 구금할 수 있는 장소로 특정 경찰서 유치장으로 기재되어 있었는데, 청구인에 대하여 위 구속영장에 의하여 1995. 11. 30. 07:50경 위 경찰서 유치장에 구속이 집행되었다가 같은 날 08:00에 그 신병이 조사차 국가안전기획부직원에게 인도된 후 위 경찰서 유치장에 인도된 바 없이 계속하여 국가안전기획부 청사에 사실상 구금되어 있었다면, 청구인에 대한 이러한 사실상의 구금장소의 임의적 변경은 청구인의 방어권이나 접견교통권의 행사에 중대한 장애를 초래하는 것이므로 위법하다”고 판시하였다.³¹⁷⁾

3. 수용기간

수용기간은 적법한 수용기간이다. 구류판결의 경우에는 판결직후부터 구류기간 만료일까지이고, 구속영장의 집행의 경우에는 구속영장에 명시적으로 기재된 기간이다.

4. 유치장 수용과정에서의 신체수색행위

헌법재판소 전원재판부는 재판관 전원의 일치된 의견으로 유치장에 수용하는 과정에서 청구인들로 하여금 경찰관에게 등을 보인 채 상의를 속옷과 함께 겨드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서게 하는 방법으로 실시한 신체수색은 청구인들의 인격권 및 신체의 자유를 침해한 것으로 위헌임을 확인하는 결정을 선고하였다. 헌법재판소는 이러한 신체과잉수색행위는 그 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어나 청구인들로 하여금 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으로 수인하기 어렵고 비례성의 원칙을 넘은 과도한 것으로서 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권과 신체의 자유를 침해한다고 그 이유를 밝혔다.³¹⁸⁾

317) 대판 1996. 5. 15, 95모94.

318) 헌재결 2002. 7. 18, 2000헌마327.

5. 유치장 감찰

(1) 의 의

유치장은 그 동안 인권의 사각지대로 인식되어 왔다. 형사소송법상의 검사의 체포·구속장소 감찰제도는 이러한 유치장의 실상과 매우 밀접한 관련을 가지고 있으며 인권보장이라는 측면에서 제도화된 것이다.³¹⁹⁾

형사소송법 제198조의2 제1항에서는 “지방검찰청검사장 또는 지청장은 불법체포·구속의 유무를 조사하기 위하여 검사로 하여금 매월 1회 이상 관할 수사관서의 피의자의 체포·구속장소를 감찰하게 하여야 한다. 감찰하는 검사는 체포 또는 구속된 자를 심문하고 관련서류를 조사하여야 한다”고 규정하고 있으며, 제2항은 “검사는 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명하여야 한다”고 규정하고 있다.

(2) 유치장 감찰의 대상

형사소송법 제198조의 2 제1항은 “피구속자”라고 규정하고 있어 적법한 절차가 구속영장이나 구류판결에 의해 구속된 자만을 포함하는 하는 것으로 해석할 수 있으나, 유치장 감찰의 대상은 유치장, 보호실, 조사대기실 등 형식적 명칭에 구애받지 않고 모든 인신의 구속시설이나 장소가 해당한다고 보는 것이 인신의 자유 제한장소에 대한 통제적 측면에서 볼 때 타당하다고 본다.

319) 최근에 와서 유치장의 시설과 처우형태를 대폭 개선하여 유치인 입감시 “인권위 진정절차 및 방법”에 대한 고지를 명문화하고 여성 및 장애인에 대한 유치에 있어 우선 배려하고 있으며 특히 여성 유치인의 신체검사에 대하여 여성부, 인권위원회 등의 관계자가 참석하는 간담회를 통하여 신체검사용 차단막을 설치하고, 피의자유치및호송규칙을 대폭 개정, 외표검사를 신설하여 인권침해요소를 사전방지하는 등 유치인의 인권이 충분히 보장될 수 있도록 하였다. 경찰청, 2003 경찰백서, 268면.

(3) 유치장 감찰의 내용과 한계

유치장 감찰의 내용은 불법구속의 유무를 조사하기 위한 피구속자의 심문과 구속관계서류의 조사이다.

형사소송법 제198조의 2에 의거 매월 1회 이상 관할 지방검찰청의 검사는 유치장을 감찰하고 관련 서류조사 및 구속된 자에 대한 심문을 행하여야 한다.

판례는 사법경찰관들의 피의자 불법감금과 가혹행위에 대하여 그 사법경찰관들을 지휘·감독할 지위에 있는 검사에게 손해배상책임을 인정하였다.³²⁰⁾

320) 서울지판 1997. 4. 29, 95가합11219.

제 4 장 경찰관직무집행법의 개선방안

제 1 절 개 설

지금까지 주요 국가의 경찰관직무집행법의 주요 내용을 살펴보았다. 이러한 비교법적 고찰은 궁극적으로 보다 나은 우리 경찰관직무집행법의 개선방안을 제시하기 위함이다.

경찰관직무집행법의 개선방안에는 단기적인 개선방안과 장기적인 개선방안이 있을 수 있다.

단기적인 개선방안은 실무상 및 판례상 현저한 문제가 드러나 즉각적인 개정이 필요한 것으로 비교적 쉽게 개정안을 마련할 수 있는 부분에 대한 방안을 말한다. 불심검문, 보호조치, 무기사용 등 현행법상의 개별적 수권조항이 주된 검토대상이 될 것이다. 전체적으로 볼 때, 개별적 수권조항에 의한 경찰권의 행사는 반드시 국민의 신체의 자유를 제한하게 되므로 권리보호에 만전을 기하기 위해 그 행사요건을 엄격하게 규정하는 동시에, 그 절차를 명확하게 구체화하여야 하며, 인권침해시 이를 구제할 수 있는 제도적 장치가 강구되어야 한다. 이는 법치주의의 실현, 인권의 실질적 보장, 민주적 경찰상의 확립을 위해 현 단계에서 입법적으로 해결하여야 할 과제이다.

장기적인 개선방안은 외국의 경찰관직무집행법의 적용범위를 고려할 때 우리의 경찰관직무집행법상 흠결되어 있는 것으로 비교적 중·장기적인 집중적인 연구가 필요한 부분이 그 대상이 될 수 있다. 현행 경찰관직무집행법은 경찰수단 가운데 주로 즉시강제에 관한 사항을 규율하고 있어 사항적 한계가 존재하고 경찰작용에 관한 일반적인 사항을 규율하지 않아 경찰작용에 관한 일반법으로 기능하기에는 전체적인 체계나 규율사항 등에 있어서 많은 문제점을 지니고 있다고 본다. 그러므로 경찰조직에 관한 일반법인 경찰법에 상응하는 경찰작용에 관한 일반법의 제정이 필요하다. 그리고 경찰조직에 관한 일반법인 경찰법을 포함하는 경찰조직 및 경찰작용에 관한 통합법을 제정하는 방안이 있다.

여기서는 장기적인 개선방안으로는 통합경찰법을 제정하는 방안과 경찰작용에 관한 일반법을 별도로 제정하는 방안을 제시하고, 단기적인 과제로는 현행 경찰관직무집행법 중 개선이 시급한 조항을 중심으로 개정방안을 제시하는 것으로 분류하여 서술하고자 한다.

제 2 절 단기적인 개선방안(현행법의 개정방안)

1. 직무범위

경찰관직무집행법 제2조가 경찰관의 직무범위를 규정하면서 제5호에서 “기타 공공의 안녕과 질서유지”를 경찰직무의 범위에 포함시키고 있으나, 위 조항은 원칙적으로 경찰관의 직무집행에 대한 규정이지 개인의 자유와 권리를 제한할 수 있는 경찰권발동의 일반적인 수권규정으로 보기에 그 요건이나 내용이 불명확한 것이 사실이다.

그러나 경찰작용의 특수성을 고려하여 보면 개별수권조항에서 예상하거나 처리하기 어려운 경찰책임상태가 발생하였을 경우 이에 대한 경찰권행사를 인정하는 조항이 어떠한 형태로든 필요한 것이 현실이다. 따라서 위 조항은 예상하기 어렵고 대처하기 어려운 위해의 방지를 위하여 “조리상 또는 자연법적 경찰권발동”이라는 초법적인 근거를 정당화하는 논리보다는 보다 개선된 입법형식으로 평가할 수 있다고 본다.³²¹⁾

따라서 현실적으로 경찰행정청은 이 조항을 근거로 경찰관직무집행법의 다른 규정에 의하여 해결할 수 없는 공공의 안녕과 질서에 대한 위해의 방지 및 이미 발생한 침해행위를 제거하기 위하여 조리상의 한계를 준수해가면서 경찰권을 발동할 수 있을 것이다.

독일의 모범초안 제1조(경찰직무)에서 규정하고 있는 바와 같이 경찰직무의 한계로서 타기관간의 관계에 대한 규정과 민사관계에 대한 경찰의 개입한계를 규정할 필요가 있다.³²²⁾

그리고 현행법은 사이버범죄에 대해 아무런 규율을 하고 있지 않다. 따라서 사이버공간에서도 실세계와 동일하게 경찰권은 행사되어야 하므로 이

321) 김성수, 전게서, 461면.

322) 같은 의견으로는 홍준형 외, 전계보고서, 54면 참조.

에 관한 조항을 신설하는 것이 급선무이다. 특히 컴퓨터해킹에 대해 영장이 없어도 범인추적이 가능하도록 사이버범죄에 대한 실시간 대응권을 규정할 필요가 있다. 또한 정보활동을 토대로 경찰활동이 전개되거나 첨단 컴퓨터기술과 정보통신기술이 경찰활동에 응용되는 사례가 급증하고 있으므로 현행법이 이에 대해 침묵하고 있는 것은 타당하지 않으며 이에 대해 법적 근거와 요건 및 절차를 둘 필요가 있다.³²³⁾

입법론으로는 경찰의 직무범위에 ‘가상공간의 범질서확립’을 추가할 필요가 있다.

2. 불심검문

우리나라는 미국과 비교해서 범죄상황이 그다지 심각하지 않고, 일반적으로 무기소지가 금지되고 있다. 현실적으로도 무기소지가 일반화되어 있지도 않고, 무기를 이용한 범죄나 범죄자의 무기사용에 의해 경찰관이 피해를 입는 경우도 상대적으로 볼 때 아직 많지 않다. 이러한 우리나라의 실정을 감안한다면 불심검문의 필요성과 한계 등에 있어서 미국에 있어서 보다 엄격하게 해석되고 운용될 것이 요청된다.

그리고 순찰경찰활동이 일반화되어 있고 무기소지가 일상화되어 있다 시피한 미국에 있어서는 경찰관의 안전 등과 관련하여 소지품검사에 중점이 두어져 있지만, 우리나라에서는 오히려 정지·질문에 중점을 두고 고찰할 필요성이 크다고 본다.³²⁴⁾

불심검문은 범죄의 예방 및 진압이라는 행정경찰작용과 인권보장적 측면을 함께 고려하여야 한다는 측면에서 그 한계를 정하는 것에 어려움이 있는 것이 사실이다.

경찰관직무집행법 제3조의 불심검문과 관련한 개선방안으로는 ①용어의 순화, ②불심검문의 사실상의 주체인 전·의경에 대한 규정보완, ③제3자에 대한 불심검문, ④흉기 이외의 물건에 대한 소지품검사의 허용여부, ⑤자동차검문, ⑥신분증제시 요구규정의 명시 등을 들 수 있다.

323) 이황우·조병인·최용렬, 경찰학개론, 237면.

324) 강동욱, 전게서, 104면 참조.

(1) 용어의 순화

입법론적으로 경찰관직무집행법에서 사용하고 있는 ‘검문’이라는 용어는 신체구속, 의사에 반한 연행과 답변의 강요를 포함하는 권위주의적 인상을 줄 우려가 있으므로 민주화된 ‘협의에 의한 행정’이라는 시대흐름에 맞게 일본의 경찰관직무집행법과 같이 ‘직무질문’으로 개정하는 것이 타당하다고 생각한다.³²⁵⁾

(2) 불심검문의 사실상의 주체인 전·의경에 대한 규정보완

대부분의 불심검문은 시위·집회현장에서 전·의경에 의하여 집행되고 있으며 범죄예방 및 진압활동의 수단으로서 불심검문은 사실상 활용도가 낮다. 불심검문의 사실상의 주체인 전·의경에 대한 규정이 미비하여 그 실효성이 반감되고 있다. 따라서 불심검문의 주체인 경찰관의 범위에 전·의경이 포함되도록 규정하는 방안을 검토할 필요가 있다.

(3) 제3자에 대한 불심검문

경찰관직무집행법 제3조 제1항은 “경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다”고 규정하고 있다.

불심검문의 대상 중 제3자에 대한 불심검문은 범죄예방이나 수사단서를 얻기 위한 목적으로 행해지므로 현실적 필요성을 부정할 수 없으나, 미국의 경우에 합리적인 혐의가 있는 자에 대해서만 정지와 질문을 인정하고 있고,³²⁶⁾ 독일의 경우에도 원칙적으로 범죄의 혐의가 있는 자 혹은 위협의 방지를 위한 대상자에 대해서만 신원확인을 인정하고 있다(모범초안 제9조).

325) 같은 생각으로는 강동욱, 전계서, 19면.

326) Roraldo V. Del Carmen, Criminal Procedure, 1991, p, 102 이하 참조.

따라서 우리의 경우에도 원칙적으로 범죄의 혐의가 있는 자 혹은 위험의 방지를 위한 대상자에 대해서만 불심검문을 하고 제3자에 대한 불심검문은 원칙적으로 인정하지 않는 것이 타당하다.

(4) 흉기 이외의 물건에 대한 소지품검사의 허용여부

현행법(제3조 제3항)에 의하면 불심검문시 소지품검사의 대상이 흉기에 제한되어 있다. 즉, 원칙적으로 흉기 이외의 물건에 대하여는 소지품검사가 허용되지 않고 있다. 그러나 경찰실무에서는 현실적으로 불심검문시 경찰은 흉기여부와 상관없이 일반소지품에 대해서도 검사를 실시하고 있고, 소지품검사의 범위를 흉기로 제한하면 마약류, 음란물, 위조지폐, 장물, 기타 금제품 등과 같이 소지 자체가 범죄인 대상물들을 검사할 수 없는 모순이 생기므로 소지품검사 대상을 확대하는 조치가 시급하다는 주장도 제기되고 있다.³²⁷⁾

이에 대해 소지품검사 대상을 확대하는 조치는 법을 지나치게 확대해석하여 적용하는 것이며 더욱이 경찰의 소지품검사가 문제가 되는 것은 흉기가 아님은 물론이고 도저히 범죄와 연관지어 생각할 수 없는 개인의 사적인 물건에 대해서조차 경찰이 너무나 쉽게 생각하고 검사를 하는 문제가 있다는 반론도 제기되고 있다. 즉, 이는 직무활동의 범위를 벗어난 공권력행사의 남용이며 개인의 프라이버시권에 대한 명백한 침해라는 것이다.

생각건대, 현행법이 소지품검사 대상을 흉기roman 제한하고 있는 것은 법현실과 괴리를 깊게 하므로 확대하는 것이 타당하다고 본다. 따라서 흉기와 흉기 이외의 타인의 생명 또는 신체에 위해를 가할 수 있는 위험한 물건을 소지하고 있다는 의심에 합리적인 이유가 있는 때에는 소지품검사를 할 수 있도록 규정하여야 하며, 또한 마약 등 소지가 금지된 물건에 대해서도 압수를 할 수 있도록 할 필요가 있다.

327) 이영란 외, 불심검문 실태와 개선에 관한 연구, 168~172면.

(5) 자동차검문

현실적인 필요에 의해 자동차검문이 허용되고는 있지만 이는 법률상 근거규정이 없이 행해지고 있는 것이므로 극히 제한적으로 엄격히 해석·적용되어야 함에도 불구하고 법현실적으로 너무나 보편적·강제적으로 행해지고 있어서 문제가 되고 있다. 경찰이 법적 근거로 들고 있는 도로교통법 제43조는 도로운행상의 위험방지를 위하여 인정되는 정지와 운전면허증 제시이지, 불심검문과 같은 종류의 검문을 행하기 위하여 인정되는 정지와 운전면허증제시에 관한 규정이 아니다.

또한 불심검문에 관한 규정을 준용하기에도 차량의 특성상 많은 무리가 따른다. 자동차검문의 필요성을 인정할 수밖에 없다면 법적 근거없이 관련 법해석에만 의존하기보다는 자동차검문이 국민의 권리의무와 밀접한 관련이 있는 처분이며, 보행자에 대한 불심검문보다 자동차검문이 더 큰 법익침해를 수반한다는 점과 원활한 교통소통이 필요하다는 점 등을 고려할 때 그 근거와 요건 및 한계를 입법적으로 명확히 규정할 필요가 있다. 아울러 자동차검문에 관한 한 일제검문을 허용할 것인지, 트렁크검사까지 허용할 것인지에 대해 신중한 검토가 필요하다. 다만, 자동차 검문의 남발을 방지하여 국민생활의 불편을 줄이기 위해 그 요건·절차·한계 등을 입법화해야 한다.³²⁸⁾

따라서 경찰관이 객관적 사정을 합리적으로 판단하여 범죄를 범하였거나 범하려고 하고 있는 자가 차량을 이용하고 있다는 의심이 들만한 합리적인 이유가 있는 때에는 그 차량을 정지시켜 검문할 수 있고 범인검거와 테러예방 등을 위해 운전자와의 대화를 녹음할 수 있도록 하는 방안도 검토할 필요가 있다.

아울러 일제검문의 경우 경찰청장이나 지방경찰청장의 허가를 얻어 실시하도록 하여야 하며 범행현장으로부터 도주하는 범인의 발견, 교통위

328) 참고로 도로교통법 제43조(위험방지조치) 제1항은 “경찰공무원은 자동차등의 운전자가 제40조(무면허운전등의 금지), 제41조(주취 중 운전금지), 제42조(과로한 때 등의 운전금지)의 규정을 위반하여 자동차 등을 운전하고 있다고 인정하는 때에는 그 차를 일시정지시키고, 그 운전자에게 운전면허증의 제시를 요구할 수 있다”고 규정하고 있다.

반단속, 출입국경비, 위험성있는 도로나 지역으로의 접근방지 등의 목적을 위한 경우에 실시할 수 있도록 규정할 필요가 있다. 다만, 일반범죄의 발견을 위한 검문은 허용해서는 안될 것이다.

(6) 신분증제시 요구규정의 명시

현행 경찰관직무집행법은 불심검문시 피검문자에게 신분증 제시를 요구할 수 있는 규정을 두고 있지 않다. 그리하여 경찰실무에서는 주민등록법 제17조의 10³²⁹⁾을 적용하여 행하고 있으므로 이를 명문으로 규정할 필요가 있다. 다만, 경찰이 신원확인행위를 할 때 그것이 행정목적에 위한 것인지 수사목적에 위한 것인지는 구별하기 어려우므로 이 제도는 사실상 남용의 여지가 있으므로 목적을 분명히 할 필요가 있다.

따라서 불심검문시 피검문자에게 신분증이나 차량등록증의 제시를 명시하는 것이 타당하다.

3. 임의동행

경찰관직무집행법 제3조 제2항의 임의동행과 관련한 개선방안으로는 ①동행을 거부할 자유와 동행 후 퇴거할 자유의 고지, ②동행시간의 단축, ③체포장 또는 가체포제도의 도입 등이 필요하다.

(1) 동행을 거부할 자유와 동행 후 퇴거할 자유의 고지

개정 전의 경찰관직무집행법 제3조 제4항 후단은 “동행의 경우에는 동행장소를 밝힌 후 거부할 자유와 동행 후 언제든지 경찰관서로부터 퇴거할 자유가 있음을 고지하여야 한다”고 규정하고 있었으나, 경찰관들의 효율적인 업무처리를 위해 삭제되었다. 문제는 이 규정의 삭제로 인해 임

329) 주민등록법 제17조의 10(주민등록증의 제시요구) 제1항은 “사법경찰관리는 범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 주민의 신원 또는 거주관계를 확인할 필요가 있는 경우에는 17세 이상의 자에 대하여 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니한 자로서 신원을 증명하는 증표나 기타 방법에 의하여 그 신원이나 거주관계가 확인되지 아니한 자에 대하여는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한하여 인근 관계관서에서 그 신원이나 거주관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다”고 규정하고 있다.

의동행이 강제동행, 즉 체포나 강제연행 또는 구금으로 전용될 가능성이 매우 높아졌다는 점과 수사목적으로 악용될 소지가 높아졌음은 부인할 수 없다.

따라서 동행을 거부할 자유와 동행 후 퇴거할 자유의 고지를 법률에 명시하는 것이 임의동행의 법적 성격에 부합된다고 할 수 있다.

(2) 동행시간의 단축

현행 경찰관직무집행법 제3조 제6항은 동행시간을 6시간으로 규정하고 있다. 이 규정은 개정 전에 3시간으로 되어 있던 것을 두 배로 늘린 것이다. 심지어 미국의 1942년의 통일체포법에서도 2시간으로 정하고 있는 것과 비교해볼 때 현행법이 동행시간을 6시간으로 정하고 있는 것은 신원과약 등에 많은 시간이 필요하기 때문이라고는 하나, 전자정부가 본격가동된 현실에 있어서는 각종 정보나 자료의 디지털화로 인하여 신원 확인 등에 그리 많은 시간이 소요되는 것은 아니므로 신체의 자유를 제한하고 인권침해의 소지가 큰 동행시간을 법현실에 맞게 단축할 필요가 있다고 본다. 개정 전과 같이 3시간으로 하는 것이 타당하다고 본다.

(3) 체포장 또는 가체포제도의 도입

임의동행의 경우에 사실상 체포에 준하여 신체의 자유를 침해하므로 일정한 경우에는 체포장제도를 도입하여 임의를 가장한 강제연행의 폐해를 방지할 필요가 있다. 여기서 체포장제도는 구금 이전에 피의자의 신체를 보전하기 위한 신병확보제도를 말한다. 현행 구속제도는 그 요건이 엄격하여 수사를 종결한 후에 행하는 강제처분의 성격을 띠고 있기 때문에 탈법적인 임의동행과 보호실 유치가 공공연히 행해지고 있음은 주지의 사실이다.

따라서 일정한 요건하에서 수사초기의 피의자 신병확보제도를 둠으로써 법적 통제의 강화와 수사의 효율성을 기할 필요가 있다.

또 달리 도입여부를 생각해 볼 수 있는 방안으로는 스위스경찰법상의 가체포제도가 있다. 스위스법은 경찰의 가체포제도(Die vorläufige Festnahme)를 도입하고 있는데, 이는 급박한 경우에는 구속영장 없이

도 용의자의 인신의 자유를 잠정적으로 박탈할 수 있는 제도이다. 이 제도는 우리나라의 긴급체포와 현행법 체포를 포함하는 개념에 해당한다고 볼 수 있으며 경찰은 구속영장없이도 용의자를 가체포할 수 있는 권한을 가진다. 스위스의 대부분의 형사소송법은 경찰이 직접 범죄를 인지하거나 혹은 사인의 신고 등에 근거하여 용의자가 범죄를 저질렀다는 것을 인정할만한 근거를 가지고 있다는 것만으로 가체포를 행할 수 있다고 규정하고 있으나³³⁰⁾ 경찰이 가체포를 하기 위해서는 별도의 요건, 예컨대 급박한 위험(Gefahr im Verzug)이 존재할 것이 필요하다고 보는 것이 타당하다고 본다.

4. 보호조치

보호조치와 관련한 개선방안으로는 ①보호실의 개선, ②보호조치자의 처우개선 등을 들 수 있다.

(1) 보호실문제

보호실이 현행법상 그 설치근거나 운영 및 규제에 관한 법령의 규정이 없이 형사피의자 등의 수용시설로 이용되고 있는 것은 악성전파의 위험 방지라는 차원에서 시급히 개선되어야 할 것이다. 보호실은 그 시설 및 구조에 있어 통상 철창으로 된 방으로 되어 있어 그 안에 대기하고 있는 사람이나 가족들의 출입이 제한되는 등 일단 그 장소에 유치되는 사람은 그 의사에 기하지 아니하고 일정장소에 구금되는 결과가 된다.

따라서 정신착란자 등 본조의 피보호자가 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되어야 한다.³³¹⁾ 판례는 구속영장을 발부받지 않고 피의자를 보호실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금으로서 적법한 공무수행이라고 볼 수 없다고 판시하였다.³³²⁾

330) 서정범, 스위스의 경찰제도와 수사구조에 관한 연구, 79면.

331) 경찰청, 전계서, 59면.

332) 대판 1994. 3. 11, 93도958.

(2) 보호조치자의 처우문제

보호조치된 자는 비록 24시간 이내로 구금된다하더라도 그 구체적 처우와 관련하여 인권차원의 문제가 많이 발생할 것이므로 그 처우에 관한 상세한 규정을 둘 필요가 있다.

5. 위험방지를 야간출입

현행법은 위험방지를 가택 등 출입에 있어 주·야간의 구분을 두고 있지 않다. 주간과 야간이 가지는 헌법상의 주거의 자유의 실질적 차이를 고려할 때 야간의 경우에는 보다 엄격한 조건하에서 출입이 가능하도록 명시할 필요가 있다. 독일 모범초안 제19조와 같이 “야간에는 사람의 생명, 신체 혹은 자유 또는 중요한 가치있는 물건에 대한 현재의 위험의 방지를 위하여 필요한 경우에만 가택의 출입이 허용된다”고 규정할 필요가 있다.

6. 유치장

현행법은 제9조에서 유치장에 대해 규정하고 있다. 그런데 유치장 감찰에 대해서는 아무런 규율을 하지 않고 있어 인권보장과 관련하여 적지 않은 문제점을 드러내고 있다. 무엇보다도 신체과잉수색행위는 그 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어나 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으로 수인하기 어렵고 비례성의 원칙을 넘은 과도한 것으로서 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권과 신체의 자유를 침해하므로 허용해서는 안 될 것이다.

그리고 형사소송법상 검사의 유치장 감찰정도도 매우 미흡한 실정이다. 따라서 유치장에서의 인권침해를 막기 위해서라도 유치장 감찰이 실질화될 필요가 있다. 따라서 검사들에 의한 유치장 감찰을 현행보다 강화하는 외에 경찰자체 감찰에 보다 많은 비중을 둘 필요가 있고, 유치장에서 가혹행위를 하는 경찰관에 대해서는 인권침해사범으로 처리하여 중징계를 하는 등 강력한 방안이 요구된다.

7. 무기사용

현행법은 제10조의 4에서 무기의 사용에 대해 규정하고 있다. 그러나 독일의 모범초안에 비추어보면 규율정도가 대단히 미흡함을 알 수 있다. 문제는 최근 경찰관의 총기사용례가 빈번하여 일반의 관심을 고조시켜 사회문제화되고 있음에도 불구하고 일반인이 알고 있는 것과는 달리 보통의 경찰관은 실탄사격훈련을 충실히 받고 있지 못하다는 점이다. 개선되어야 할 것이다.

실력행사로서의 총기사용은 그 자체가 목적이 아니며 정당한 고권적인 처분과 명령상의 특정목적의 실현을 위한 도구일 뿐이다. 즉 그것은 오로지 목적을 위한 수단이며, 특정한 고권적 목적이 없는 총기사용은 예상할 수 없다. 이는 총기사용에 대한 비례원칙의 구체적 표현이며 일반적으로 말한다면 총기사용은 경찰책임자의 공격이나 도주시에 가능하다고 할 것이며 그 경우에도 엄격하게 제한적으로 보아야 할 것이다.

현행 경찰관직무집행법 제11조에서 위해의 요건을 명확히 하고 있으나, 그 해석에 있어서는 몇 가지 문제점이 있다. 예컨대 경찰관 이외에 무기의 휴대·사용을 인정하고 있는 직종에 관한 근거법령과 법규정방법의 차이 및 형법 제20조의 정당행위와의 관계, 표제나 범문에서 무기의 사용이라고 할 때 구체적 무기사용례에 대한 필요최소한도와 같은 사회상규의 판단기준 등에 있어서 해석의 전제는 개인의 생명의 존엄과 사회공공의 이익의 비교형량이 이루어져야 할 것이다.³³³⁾

구체적인 개선방안은 다음과 같다. 첫째, 사람에 대한 총기의 사용에 대해 구체적으로 규율할 필요가 있다고 본다. 독일모범초안과 같이 외견상 14세 미만으로 보이는 자에 대한 총기의 사용의 불허(제41조 제3항). 둘째, 다중에 대한 무기사용(경찰공무원이 인식할 수 있는 비관여인이 위험에 처할 고도의 개연성이 있는 경우에는 총기의 사용 불허(제43조)), 특수무기, 폭발수단 등에 대해서도 독일의 모범초안 제44조(기관총과 수류탄의 공격억지용도로서 사용 및 수류탄의 다중에 대한 사용금지 그리고

333) 박기호, 경찰활동과 무기사용에 관한 연구, 30면.

사람에 대한 폭발물 사용의 금지)와 같이 구체적인 규정을 둘 필요가 있다. 셋째, 무기사용의 면책규정을 둘 필요가 있다. 현행법상 무기사용의 면책규정이 마련되어 있지 않아 경찰관들이 직무수행과정에서 총기를 정당하게 사용한 경우에도 사법심사의 대상이 되는 등의 책임이 엄중하므로 일정한 제약하에 면책규정을 마련할 필요가 있다. 즉 주관적·추상적으로 규정된 무기사용의 기준을 가급적 객관적·구체적으로 정하여 일선 경찰관들이 특정상황에서 무기를 사용할 수 있도록 함으로써 무기사용의 부담을 덜어 줄 필요가 있다고 본다.

그리고 무기사용으로 인한 사망자를 줄이기 위해 마취총³³⁴⁾이나 테이저권총³³⁵⁾을 사용하는 방안도 검토할 필요가 있다. 그리고 경찰관이 소지한 총기에 블랙박스를 부착하여 총기의 발사 시간, 발사방향, 발사각도 등에 대한 상세한 내용을 기록하면 경찰관의 총기사용으로 인한 문제를 근본적으로 해결할 수 있을 것이다.³³⁶⁾

그리고 총기사용범죄가 증가하고 있음을 감안하여 중앙정부 차원에서 영국과 같이 이른바 ‘국가총기추적실(National Firearms Tracing Service)’을 설치하여 범죄 등에 사용되는 총기관련 정보를 축적할 필요가 있다.

334) 영국은 사격으로 인한 사망자를 줄이기 위해 야생동물을 포획할 때 사용하는 마취총을 경찰관들에게 지급할 계획으로 있다고 한다. <http://www.police.go.kr/da/ta/dataForeignNewsView.jsp>.

335) 테이저(Taser)권총은 고압전류(15만v)를 흘려보내 순간적으로 정신을 잃게 하는 것으로 인체에는 무해한 것으로 알려지고 있다.

336) 현재 영국경찰이 이것을 사용하고 있다. 비행기 조종석에 장착되어 조종사의 계기 사용 내용을 기록하는 블랙박스과 유사한 이 획기적인 장비는 우표크기로 두께가 2mm에 불과하지만 5천발의 탄환 발사에 대한 상세한 내용을 기록할 수 있으며 이 장비를 작동하지 못하게 하는 방법은 권총을 파괴하는 것 밖에 없다고 전한다. 한편, 同 장비에 대해 영국의 경찰무기 전문가 ‘마이크 맥브라이드’는 언제 어떻게 권총이 발사됐는지를 상세하게 측정할 수 있는 능력을 갖추고 있으며 그 총을 발사한 사람의 경력도 체크할 수 있게 돼 있어 수사관들에게 총기발사 상황을 재구성하는데 최대의 정확성을 제공하게 될 뿐만 아니라 총기의 발사 시간, 발사방향, 발사각도 등을 마이크로칩에 기록했다가 프린트해 낼 수 있다고 밝혔다 한다. <http://www.police.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp>.

8. 벌 칙

현행법은 제12조에서 벌칙을 규정하고 있다. 다른 법률에서는 벌칙이 1년 이하의 징역에 해당하는 경우에는 벌금형이 선택형으로 되어 있으나, 본법에서는 벌금형이 규정되어 있지 아니하여 본법 위반으로 기소될 경우 당연퇴직하게 되는 사유에 해당한다. 따라서 벌금형을 선택적으로 규정할 필요가 있다.

9. 훈 방

현실적으로 파출소장 또는 형사반장의 수준에서 경미한 범죄자에 대하여 훈계방면(훈방)하고 있다. 훈방에 대한 구체적인 법적 근거가 없어 이를 판례 또는 해석에 의존하고 있어, 경찰관의 훈방이 직무유기라는 범죄선상에 오르는 경우가 가끔 있다. 현행 즉결심판에 관한 절차법 제19조의 규정에 의하여 형사소송법상 기소편의주의가 경찰서장에게 준용된다는 이론과 형사소송법 제196조의 규정에 의한 사법경찰관의 수권에 의하여 예외적으로 인정되는 권한이라는 해석으로 인정되던 훈방에 대하여 경찰관직무집행법에 그 주체 및 대상 등 일반적인 규정을 마련하여 훈방에 관한 논란의 소지를 해소하는 것이 바람직하다. 따라서 훈방의 주체는 현실을 반영하여 사법경찰관으로 한정하고, 대상은 경미범죄의 비범죄화라는 형사정책적 견지에서 형사소송법상 경미범죄인 법정형 50만원 이하의 범죄로 한정하는 것이 법적 안정성 측면에서 바람직하다고 본다.

제 3 절 장기적인 개선방안

1. 경찰작용에 관한 일반법의 제정방안

경찰작용에 관한 일반법을 제정하는 것은 현행 경찰관직무집행법을 대체하는 새로운 입법을 하는 방안을 말한다. 그 동안의 발표된 논문이나 연구보고서 등을 분석해 보면 학계에서는 이러한 입법방안에 대해 대체로 긍정하는 것으로 보인다.

구체적으로는 현행 경찰작용법이 통일된 법체계를 가지지 못하고 다수의 개별법령으로 분산되어 있어 이에 따라 수행되는 경찰작용의 통일성·능률성이 결여됨은 물론 국민의 권익보호라는 차원에서도 다수의 문제점을 드러내고 있기 때문이다.³³⁷⁾

문제는 경찰실무에서의 현실적 필요성에 기초한 입법수요가 어떠한가이다. 현 단계에서는 그리 적극적이지는 않는 것 같다. 그것은 현행 경찰관직무집행법에 대한 부분적인 개정과 법해석을 통해 해결이 가능함에도 불구하고 비경제적인 입법을 한다는 것은 바람직하지 않다고 보는 것에 기인하는 것으로 판단된다. 그리고 참고적인 사항이긴 하지만, 우리의 일본의 경찰관직무집행법도 개정에 관한 적극적인 움직임이 없는 것에도 그 원인이 다소간 있는 듯하다,

그러나 장기적으로는 경찰작용에 관한 일반법을 제정하는 데에는 이의는 없어 보인다. 내부적으로 경찰관직무집행법에 관한 외국법제들에 대한 연구를 통해 준비를 하고 있기는 하나, 문제는 제시된 입법안이 주로 독일의 모범초안을 우리 현행 경찰관직무집행법과 혼합하여 체계에 맞게 나열하는 방식이어서 우리 경찰법의식, 경찰법현실을 통찰한 입법안을 열망하는 기대에는 부응하지 못하고 있는 것으로 보인다.

왜냐하면 독일과 우리나라는 법의식, 법현실, 법규범을 아우르는 법문화에 있어 많은 차이를 가지고 있음에도 불구하고 우리의 경찰법문화에 대한 근본적인 성찰과 사유를 담지 않은 입법안은 단기적인 측면에서는 하나의 모델 제시 차원에서 중요한 의미를 가지기도 하지만, 장기적인 측면에서 보면 그다지 바람직한 시도 내지 방향은 아니라고 생각된다. 따라서 다소 시간이 걸리더라도 우리의 경찰법문화를 반영한 우리의 고유성과 특유성이 담긴 입법안을 마련하는 노력이 필요하다고 본다. 그것은 아직은 법현실을 규율하고 있는 현행 경찰관직무집행법이 다소간의 문제점이 있기는 하지만, 즉각적으로 다른 법으로 대체되어야 할 정도로 큰 문제가 있는 것은 아니기 때문이다. 다만, 기존에 제시된 입법안에 대한 정밀한 검토를 통해 귀중한 학술적 성과가 간과되지 않도록 하여야

337) 홍준형 외, 전계보고서, 57면.

할 것이다. 또한 입법안 마련시에는 현행 경찰법 등 관련법제들과의 중복규정여부 등 법체계의 정합성문제도 면밀히 검토하여야 할 것이다

개선방안을 마련하는 경우에 그 적용범위에 포함될 수 있는 사항은 ①경찰직무집행법으로의 개칭여부, ②개괄적 수권조항의 도입, ③사법경찰작용의 분리, ④경찰책임의 도입(행위책임과 상대책임, 경찰비책임자에 대한 경찰권발동과 손실보상), ⑤표준적 직무행위와 행정강제의 분리, ⑥구상권규정의 도입, ⑦경찰정보수집 및 관리규정의 도입 등을 들 수 있다.

(1) 경찰직무집행법으로의 개칭여부

경찰관직무집행법이라는 범명칭이 타당한가를 검토할 필요가 있다. 일본도 우리나라와 마찬가지로 경찰관직무집행법이란 범명칭을 사용하고 있다. 경찰관직무집행법이라는 명칭은 경찰작용에 관한 기본법이 별도로 존재하는 상황에서 구체적 집행에 관한 사항을 규정한 법률에 대하여 적합한 명칭이기 때문에 적절하지 않으므로 경찰직무법으로 변경하는 것이 타당하다는 견해가 있다.³³⁸⁾ 생각건대, 일각에서 제시하는 경찰직무법보다는 경찰직무집행법으로 개칭하는 것이 친숙하면서도 성격을 분명히 드러낸다는 측면에서 바람직하다고 본다.

(2) 개괄적 수권조항의 도입

현행 경찰관직무집행법상의 경찰의 직무조항은 단순히 임무규정인지, 아니면 수권규정으로서의 성질을 가지는지가 분명하지 않아 문제점으로 지적되었다.

경찰관직무집행법이 비록 미흡하지만 경찰상의 강제수단 이외에 경찰권행사의 목적과 한계, 직무의 범위 등 경찰작용의 일반적 사항도 아울러 규정하고 있으므로 이를 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로만 보는 것은 적절치 않으므로 경찰관직무집행법을 경찰작용에 관한 일반법으로 보는 것이 타당하다는 견해도 없지 않으나,³³⁹⁾ 경찰관직무집행법을

338) 장영민·박기석, 전계보고서, 211면.

339) 박상희·서정범, 전계보고서, 157면.

경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로 파악하는 것이 다수설이다. 그것은 경찰작용에 관한 일반법으로 기능하기에는 전체적인 체계나 규율사항 등이 너무 미흡하기 때문이고 임무조항을 수권조항으로 보는 것은 옳지 않기 때문으로 판단된다.

따라서 산업사회의 고도화에 따라 예기하지 못한 공공위해발생의 가능성이 높아지고, 이에 대해 경찰권이 능동적으로 대처하고 경찰작용의 명확화와 법적 근거의 마련이라는 측면에서 개별적 수권조항 이외에 보충적으로 적용되는 개괄적 수권조항을 명문화할 필요가 있다.³⁴⁰⁾

경찰작용은 주로 공권력의 발동을 그 내용으로 하는 것이므로 법치행정의 원칙, 특히 법률유보원칙이 그 어느 분야보다도 엄격히 요구된다고 할 수 있으나, 반면 경찰의 임무인 위협방지의 특성상 개별수권조항만으로는 경찰임무를 효과적으로 달성할 수 없다는 점에서 이율배반적인 특성을 지닌다. 따라서 개괄적 수권조항이 헌법 제37조 제2항에 위배되는 것은 아니라고 보는 것이 타당하다. 사실 공공의 안녕과 질서에 대한 위해나 이미 발생한 장애에 대하여 경찰권을 발동할 수 있는 일반조항을 두는 것은 어느 정도 불가피하다고 볼 수 있다.³⁴¹⁾

따라서 경찰은 이 법이 다른 규정을 두고 있지 않는 한, 개개의 경우 현존하거나 발생할 우려가 있는 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 방지하고 제거하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다는 규정과 경찰은 다른 법령이 부여한 임무를 수행하기 위하여 그 법률이 규정한 권한을 행사한다. 그러한 법령이 경찰의 권한을 규정하지 아니한 경우에는 이 법에 의하여 구속되는 권한을 행사한다는 규정을 신설할 필요가 있다.

(3) 사법경찰작용의 분리

행정경찰작용과 사법경찰작용은 그 이념, 내용, 절차가 상이하여 분리하여 규정하여야 함에도 불구하고 현행 경찰관직무집행법에는 사법경찰작용과 행정경찰작용이 혼합적으로 규정되어 있어 문제점으로 지적되어왔다.

340) 같은 의견으로는 장영민·박기석, 전계보고서, 211면 참조 ; 홍준형 외, 전계보고서, 53면 참조.

341) 김성수, 전계서, 460면.

따라서 원칙적으로 사법경찰작용에 관한 규정은 형사소송법 등 사법절차법으로 이양하고, 될 수 있는 한 순수한 행정경찰작용만을 규정하는 것이 바람직하다.³⁴²⁾

(4) 경찰책임의 도입

1) 행위책임과 상태책임

경찰관직무집행은 경찰책임에 대해 규율하지 않고 있다. 명시적인 규율의 부재는 경찰권발동의 대상과 관련하여 일정한 기준이 없이 경찰이 재량으로 경찰권을 발동함으로써 경찰권이 남용될 소지가 다분히 있다. 따라서 경찰책임과 관련하여 학설과 판례에 나타난 내용들을 입법화할 필요가 있다.

그리고 행위책임과 상태책임이 경합하는 경우, 다수의 책임자가 존재하는 경우 등에 대해서도 규율할 필요가 있다. 특히 긴급한 상황에서 비책임자에 대하여 경찰권이 발동하는 경우에 대해서도 규율할 필요가 있다.

입법안으로는 행위책임과 상태책임이 경합하는 경우에는 행위책임자에게 우선적으로 경찰책임이 발동된다는 것을 명시할 필요가 있다. 그리고 다수의 책임자가 존재하는 경우에는 원칙적으로 의무적합적 선택재량에 달려있다고 보는 것이 일반적이다. 즉, 경찰행정청은 그의 선택재량에 따라 택일적으로 한 명에게만, 혹은 다수의 경찰책임자 전부에게 동시에 경찰권을 발동할 수 있다. 이 경우 선택재량은 원인을 야기한 정도, 원인 제공의 시점 등을 기준으로 하여 위험방지의 효율성과 비례의 원칙의 틀 내에서 판단하도록 범상 명시하는 것이 바람직하다.³⁴³⁾

2) 경찰비책임자에 대한 경찰권발동과 손실보상

(가) 경찰권 발동

경찰책임자에 대한 경찰권발동으로 위해방지를 할 수 없는 예외적인 경우에 경찰비책임자에 대한 경찰권발동을 인정할 필요가 있다.

342) 같은 의견으로는 장영민·박기석, 전계보고서, 212면 ; 이현, 수사권 독립논의에 앞선 당면과제, 46면.

343) 박상희·서정범, 전계보고서, 171면.

경찰관직무집행법 제2조 제5호를 개괄적 수권조항임과 동시에 경찰비책임자에 대한 경찰권발동의 근거규정으로 보는 견해와³⁴⁴⁾ 아주 예외적인 경우에만 허용되는 경찰비책임자에 대한 경찰권발동은 개괄수권조항보다 훨씬 엄격한 요건하에서만 허용된다는 견지에서 반대하는 견해가 있다.³⁴⁵⁾

독일모범초안 제4조, 제5조에 따른 책임자 이외의 자(이른바 비책임자)는 동법 제6조에 의거하여 엄격한 전제조건 하에서만 위험상황의 제거를 위한 경찰권발동의 대상으로 고려될 수 있다. 따라서 비책임자로서 위험야기에 대한 기여가 없는 제3자에 대한 의무이행요청은 비책임자만이 위험을 제거할 수 있는 경찰긴급상태에서만 허용된다. 하지만 이러한 사람에 대한 조치는 위와 같은 강화된 전제조건을 충족한 뒤에 이루어질 때만 정당화되며, 만약 그러한 조치를 허용하지 아니하면 신속한 위해제거가 불가능해진다는 측면의 이익이 비책임자에 대한 경찰의 제약조치를 정당화한다.³⁴⁶⁾

경찰비책임자에게 경찰권이 발동되는 경우에는 매우 엄격한 전제조건이 충족된 경우에만 경찰권이 발동되도록 하여야 할 것이다.

(나) 경찰비책임자에 대한 손실보상규정

현행법에는 경찰권 발동으로 경찰비책임자가 입은 손실의 보상에 관한 규정이 없다. 공공의 안녕과 질서유지를 위해 경찰이 경찰책임과 무관한 제3자에 대한 하명(경찰권 발동)을 통해 경찰목적의 실현함으로써 결과적으로 그 제3자(경찰비책임자)가 손실을 입었다면 당연히 보상을 해주는 것이 타당하다. 즉 경찰상 장애를 유발한 자가 경찰하명에 의해 경찰목적의 실현하려다가 손해가 발생하였다면 보상조치가 필요하지 않지만, 경찰위해와 무관한 제3자가 같은 상황에 처한 경우는 손실보상을 해주어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 현행법은 이에 대해 아무런 규정도 두지 아니하여 경찰권발동과 관련된 법적 분쟁이 빈발하는 원인이 되고 있다.³⁴⁷⁾

344) 김남진, 전게서, 206면.

345) 정하중, 전게논문(하), 11면 참조.

346) 이기춘, 박사학위논문, 54면.

347) 이황우·조병인·최용렬, 전게서, 235면.

따라서 특정한 경우에 비책임자에게는 손실보상청구권이 부여되도록 할 필요가 있다. 경찰권발동의 대상이 된 제3자가 입은 손실에 대한 보상이 행해져야 한다는 요건이 비책임자에 대한 경찰권발동의 요건으로 고려될 수 있을 것이다.

(5) 표준적 직무행위와 행정강제의 분리

경찰상의 강제수단과 관련하여 경찰관직무집행법은 개별적으로 규정하고 있고, 일반적인 강제집행수단을 규정하고 있지 않다. 그 결과 경찰의 무자가 그 의무를 이행하지 않는 경우 및 자발적인 의무이행을 기대하기 어려운 경우 그 이행을 확보하기가 곤란할 수밖에 없다.³⁴⁸⁾

경찰관직무집행법은 불심검문(제3조), 보호조치(제4조), 위험발생의 방지(제5조), 범죄의 예방과 제지(제6조), 위험방지를 위한 출입(제7조), 사실의 확인(제8조), 장구의 사용(제10조), 무기의 사용(제11조)에 대하여 개별적으로 규정하고 있다.

다수설이 주장하는 것과 같이 제3조 이하의 규정내용이 모두 즉시강제적인 수단이라고 보는 것은 타당하지 않다. 따라서 경찰관직무집행법 제3조 이하의 규정을 획일적으로 즉시강제수단으로 보는 것은 타당하지 않으며 이는 오히려 독일경찰법에서의 표현처럼 개인의 기본권을 침해하는 전형적인 경찰조치를 의미하는 표준적인 직무조치로 표현하는 것이 타당하다.³⁴⁹⁾

따라서 경찰관직무집행법상 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권발동을 허용하는 경우에는 이에 대한 일반적인 강제수단, 즉 대집행, 직접강제, 강제징수, 이행강제금 등의 수단도 동시에 마련하여야 한다. 즉, 경찰관 직무집행법상 불비된 일반적인 경찰상의 강제집행수단을 규정하여 경찰권발동에 대한 근거규정에 상응하는 완결적인 강제수단 및 그 절차를 마련하여야 할 것이다. 경찰강제는 현존하는 위험을 방어하기 위하여 필요한 경우, 특히 선행하는 경찰상의 처분이 불가능하거나 또는 적시에 이

348) 이황우·조병인·최응렬, 전게서, 235면.

349) 박상희·서정범, 전게보고서, 174면 ; 정하중, 전게논문(하), 12면.

루어질 수 없을 때 혹은 그러한 조치의 효과가 기대될 수 없고 그 권한 내에서 행위할 경우에만 선행 행정행위가 없더라도 행해질 수 있도록 하는 것이 타당하다.³⁵⁰⁾

경찰상 즉시강제는 다른 행정강제에 비해 침익적 효과가 큰 강제수단인 결과 이에는 보충성의 원칙이 적용되며, 즉시강제수단이 사용될 수 있는 경우에도 엄격한 법률유보원칙이 적용되므로 실력의 행사방법은 법상 예정되어 있는 것에 한한다고 할 수 있다.

(6) 구상권규정의 도입

경찰비용을 발생시킨 자에 대한 경찰의 구상권에 관한 규정이 불비이다. 자기의 행위 또는 물건 등을 통하여 경찰위해를 일으킴으로써 결과적으로 비용이 발생하였다면 이는 당연히 경찰위해자(경찰책임자)의 부담으로 되어야 할 것이다.

그러나 경찰책임자(법인 포함)가 한 사람일 경우는 문제가 상대적으로 간단하지만 경찰책임자가 다수인 경우는 상환의무자 또는 상환절차를 정하기가 쉽지 않은데도 일반조항에 속하는 행정대집행법 제2조에 의해 비용상환을 요구하는 실정인어서 경찰의 구상권 행사에 혼선이 생기는 사례가 많다. 이러한 상황은 경찰과 경찰책임자 사이에 불필요한 법률분쟁을 빈발하게 만들어 결과적으로 경찰력의 낭비를 야기하고 경찰의 능률성을 떨어뜨리게 하는 원인이 되고 있다.³⁵¹⁾

(7) 경찰정보수집 및 관리 규정의 도입

경찰정보활동과 규범의 괴리가 존재하기 때문에 경찰의 정보관련활동의 법적 근거나 한계 여하가 재판을 통하여 문제될 개연성이 있으므로 경찰법 차원에서 경찰목적의 달성을 위한 정보활동 일반에 대한 수권의 근거나 구체적인 정보수집·처리·교부·관리 등에 관한 규정을 도입할 필요가 있다.³⁵²⁾

350) 박상희·서정범, 전계보고서, 175면.

351) 이황우·조병인·최웅렬, 전계서, 236면.

352) 홍준형 외, 전계보고서, 59면.

연구보고서 제3장에서 살펴본 바와 같이 독일의 모범초안개정시안이 ①정보수집, ②공개행사, 집회 및 다중집합에 대한 정보수집, ③특별한 정보수집방식, ④경찰감시, ⑤정보의 보관, 변경, 이용, ⑥선례관리와 문서보관, ⑦정보교수, ⑧자동정보검색절차, ⑨정보대조, ⑩특수정보의 대조방식, ⑪정보의 정정·삭제·차단, ⑫등재대장의 작성 등에 관한 상세한 규율을 하는 있는데, 모범초안개정시안의 내용을 면밀히 검토하여 입법시 활용할 필요가 있다.

2. 통합경찰법의 제정방안

통합경찰법 제정방안은 경찰조직에 관한 일반법인 경찰법과 경찰작용법을 통합한 단일 경찰법을 제정하는 방안이다. 즉 경찰의 조직에 관한 사항(예컨대, 경찰의 조직근거, 경찰위원회, 경찰청, 지방경찰, 경찰공무원 등)과 경찰작용에 관한 사항(경찰의 임무, 경찰책임, 경찰의 직무수행 규정(경찰의 권한, 경찰강제, 손해전보 등)을 통합하여 규율하는 방식이 될 것이다.

유의할 것은 통합경찰법 제정에 있어서도 중요한 것은 경찰작용법의 정비가 전제되어야 한다는 점이다. 즉 경찰작용법이 정비되지 않으면 통합법의 제정이 사실상 어렵게 될 것이다.

통합법의 제정에는 적지 않은 어려움이 있다는 것을 유념할 필요가 있다. 이것은 경찰작용법에 관한 일반법을 제정하는 경우에 제기되었던 것과 마찬가지로 특정외국법제를 그대로 우리의 현행법과 혼합하여 체계화하는 추진되어서는 장기적인 측면에서 득보다는 실이 많을 것으로 생각되므로 심층적인 검토가 필요하다고 본다.

또한 경찰작용법과 경찰작용법으로 분리되어 있는 법체계를 통합하여야 하기 때문에 입법기술적으로 적지 않은 어려움이 있을 수 있고, 현재 입법추세인 분법화 경향과도 부합하지 않으며, 법률이 지나치게 방대해질 수 있다는 점, 현실적으로 통합법에 대한 입법수요가 과연 있는지 등에 관한 고려하여 보다 신중하게 검토하여야 할 것이다.

제 5 장 결론 및 요약

지금까지 현행 경찰관직무집행법의 주요내용과 주요국가들의 경찰관직무집행법을 비교법적으로 고찰하여 우리 경찰관직무집행법의 현주소(문제점과 개선방안)를 명확히 인식하고자 하였다.

경찰관직무집행법은 다른 법률과는 달리 공익과 사익이 첨예하게 맞부딪히는 경계법으로 자리매김되고 있음을 감안하여 상호 이율배반적인 목적이 상충되지 않고 규범조화적으로 존립·병행할 수 있는 방안을 모색하고자 하였다.

가령 총기를 이용한 범죄가 기승을 부릴 경우 경찰관의 총기사용도 그에 비례하여 증가할 수 밖에 없지만, 또한 그에 비례하여 총기사용에 의한 인명피해도 증가할 수 밖에 없기 때문에 인권보장적 차원에서 총기사용에 대한 강력한 규제요구가 또한 나올 수밖에 없게 되는 순환론적 모순에 빠지게 되는 대표적인 경우가 경찰관직무집행법이기 때문에 개선방안의 제시에 있어서 현행법상 흠결되어 있는 근거조항의 제시 등은 큰 어려움은 없었지만 현실적으로 극단적으로 충돌하는 문제들, 특히 불심검문, 총기사용 등의 경우에는 조화로운 개선방안의 제시가 매우 어려웠다.

본 연구보고서에서 개선방안을 제시하는데 있어서는 선진 외국의 관련 법제와 판례들이 인권보장이라는 시대정신을 법률 속에 체화하면서도 경찰임무의 계속적인 수행이라는 어려운 과제를 규범조화적으로 해결하고자 하는 노력에 적지 않은 시사점을 얻을 수 있었다.

다만, 입법안의 제시에 있어 외국법제의 제정배경과 각 조문에 관계된 법규범·법현실·법의식 등의 측면들에 대한 보다 깊은 성찰을 통해 경찰실무에서 외면받는 개선방안이 되지 않게끔 노력하였다.

주지하다시피 현행 경찰관직무집행법은 무엇보다도 실질적 의미의 경찰개념의 본질적인 요소를 이루고 있는 개괄적 수권조항과 경찰책임에 대한 근거규정을 결여하고 있는 점이 법체계상 커다란 문제를 안고 있는 바, 현대와 같이 고도의 정보사회, 복잡한 산업사회에서 입법자는 모든 위험을 미리 예측하여 상세히 규율할 수는 없으며 개괄적 수권조항이 없는 경우에는 국가는 새롭게 발생하는 위험에 대하여는 속수무책일 수밖에 없다. 따

라서 위해방지임무를 목적으로 하는 질서행정에 있어서 개괄적 수권조항의 결여는 중요한 입법정책적 하자에 해당한다고 볼 수 있다.

그리하여 이러한 측면들을 깊이 인식하고 경찰관직무집행법이 경찰작용법으로서의 기능을 명확히 할 수 있기 위한 개선방안을 제시하였다. 개선방안은 단기적인 개선방안과 장기적인 개선방안으로 나누어 제시하였는데, 단기적인 개선방안은 현행 경찰관직무집행법에 대한 즉각적인 개정이 필요한 부분적인 문제점을 중심으로 검토하였고, 장기적인 개선방안은 경찰작용에 관한 일반법으로서의 경찰관직무집행법을 새롭게 제정하는 방안과 경찰조직에 관한 경찰법과 경찰작용법 등을 통합적으로 아우르는 통합경찰법 제정방안을 제시하였으나 입법안의 마련에 있어서는 우리 고유의 경찰법문화가 담길 수 있도록 신중하고 심층적인 검토와 연구가 필요함을 강조하였다.

본 연구보고서를 요약하면 다음과 같다.

제2장에서는 주요국가 - 일본, 독일, 미국, 우리나라 - 의 경찰관직무집행법의 입법체계와 적용범위에 대해 고찰하였다. 고찰에 있어서 법제정과 관련한 배경 등도 비교적 소상히 언급함으로써 이질적인 법문화에 대한 심층적인 이해가 가능하도록 노력하였다.

제3장에서는 경찰관직무집행법의 내용을 비교법적으로 살펴보았는데, 제1절에서는 경찰개념, 제2절에서는 경찰직무의 범위, 제3절에서는 경찰권 발동의 근거, 제4절에서는 경찰권의 한계를 고찰하였다. 그리고 우리 경찰관직무집행법이 제3조부터 제10조의 4까지 국민의 권리자유를 제한하거나 또는 국민에게 의무를 부과하는 행위(즉시강제 및 명령) 및 국민에게 사실상의 불이익을 줄 수 있는 임의활동에 대해 규정하고 있음에 착안하여, 제5절에서는 그 중 즉시강제에 해당하는 것을, 제6절에서는 명령의 성질을 가진 권한에 대해 고찰하였으며, 제7절에서는 국민에게 사실상의 불이익을 부과할 수 있는 임의활동에 대해 고찰하였으며, 제8절에서는 유치장(제9조)에 대해 고찰하였다.

그리고 제4장에서는 현행 경찰관직무집행법의 개선방안에 대해 고찰하였다. 먼저 제1절에서는 단기적인 개선방안을 제시하였다. 경찰관직무집

행법 제3조의 불심검문과 관련한 개선방안으로는 ①용어의 순화(불심검문을 직무질문으로), ②불심검문의 사실상의 주체인 전·의경에 대한 규정 보완, ③제3자에 대한 불심검문, ④흉기 이외의 물건에 대한 소지품검사의 허용여부, ⑤자동차검문, ⑥신분증제시 요구규정의 명시 등을 제시하였다. 그리고 제3조 제2항의 임의동행과 관련한 개선방안으로는 동행시간의 단축문제, 체포장 또는 가체포제도의 도입문제 등에 대해 검토하였고, 제4조의 보호조치와 관련한 개선방안으로는 보호실문제, 보호조치자 처우문제를 검토하였다. 그리고 제7조의 위협방지를 위한 출입과 관련한 개선방안으로는 야간출입시에는 엄격한 요건하에 가능하도록 하였다. 그리고 제9조의 유치장과 관련한 개선방안으로는 ①신체에 대한 과잉수색행위의 금지와 ②유치장 감찰의 강화를 제시하였으며, 제10조의 4 무기사용과 관련한 개선방안으로는 ①사람에 대한 총기사용(외견상 14세 미만으로 보이는 자에 대한 총기의 사용의 불허), ②다중에 대한 총기사용(경찰공무원이 인식할 수 있는 비관여인이 위협에 처할 고도의 개연성이 있는 경우에는 총기의 사용의 불허) 등에 대해 명시적인 규정을 둘 필요가 있다는 점 및 ③무기사용에 일정한 요건하에 면책규정을 명시하여야 한다는 점을 검토하였다. 그리고 제12조의 벌칙과 관련한 개선방안으로는 다른 법률에서는 벌칙이 1년 이하의 징역에 해당하는 경우에는 벌금형이 선택형으로 되어 있으나, 경찰관직무집행법에서는 벌금형이 규정되어 있지 아니하여 본법 위반으로 기소될 경우 당연퇴직하게 되는 사유에 해당하는 점을 고려하여 벌금형을 선택적으로 규정할 필요가 있다는 점을 제시하였고, 훈방과 관련한 개선방안으로는 현행법상 훈방에 대한 구체적인 법적 근거가 없어 이를 판례 또는 해석에 의존하고 있어, 경찰관의 훈방이 직무유기라는 범죄선상에 오르는 경우가 가끔 있음을 감안하여 훈방에 대하여 경찰관직무집행법에 그 주체 및 대상 등 일반적인 규정을 마련하여 훈방에 관한 논란의 소지를 해소하는 것이 바람직하다는 점 등을 개선방안으로 제시하였다.

제2절에서는 장기적인 개선방안을 제시하였다. 이에는 두 가지 방안이 있는바, 하나는 경찰작용에 관한 일반법의 제정방안이고, 다른 하나는 통합경찰법의 제정방안이다. 먼저 **경찰작용에 관한 일반법 제정방안**에 있

어서 검토해야 할 중요쟁점을 아래와 같이 검토하였다. ①현행 경찰관직무집행법의 일반법적 성격의 결여에 따른 문제점을 인식하고 일반법으로 기능하기 위한 법체계와 규율사항 등에 대한 대강을 제시하였다. 그리고 경찰관직무집행법의 명칭을 경찰직무집행법으로 변경하자는 제안을 하면서 그 근거를 제시하였다. ②경찰관직무집행법에서 사법경찰작용을 분리하자는 제안을 하였다. 사법경찰작용에 대한 규정은 형사소송법 등 사법절차법으로 이양하고 경찰관직무집행법에는 될 수 있는 한 행정경찰작용만을 규정하는 것이 타당하다는 것을 지적하였다. ③개괄적 수권조항의 존부문제를 검토하였다. 경찰작용의 특수성을 고려해 보면 개별수권조항에서 예상하거나 처리하기 어려운 경찰책임상태가 발생하였을 경우 이에 대한 경찰권행사를 인정하는 조항이 어떠한 형태로든 필요하다는 인식에 근거한 것이다. ④경찰책임과 관련하여 행위책임과 상태책임을 명시할 필요가 있다는 점, 양 책임이 경합하는 경우에 원칙적으로 행위책임자에게 우선적으로 경찰책임이 발동된다는 점을 명시하여야 한다는 점과 다수의 책임자가 존재하는 경우에 위험방지의 효율성과 비례원칙의 틀내에서 판단하도록 법상 명시하여야 한다는 점을 제시하였다. 그리고 경찰비책임자에 대한 경찰권발동과 관련하여 매우 엄격한 전제조건이 충족된 경우에만 경찰권이 발동될 수 있도록 하여야 한다는 점을 제시하였다. 그리고 특정한 경우에 경찰비책임자에게 손실보상권이 부여되어야 한다는 점도 지적하였다. ⑤표준적 직무행위와 행정강제를 분리하여야 한다는 점을 제시하였다. ⑥경찰정보수집 및 관리규정의 도입필요성에 대해 규정하였다.

그리고 **통합경찰법의 제정방안**에 대해서는 경찰의 조직에 관한 사항(예컨대, 경찰의 조직근거, 경찰위원회, 경찰청, 지방경찰, 경찰공무원 등)과 경찰작용에 관한 사항(경찰의 임무, 경찰책임, 경찰의 직무수행규정(경찰의 권한, 경찰강제, 손해진보 등)을 통합하여 규율하는 방식이 되어야 한다는 방향을 제시하면서 학계와 경찰실무의 지속적인 연구와 검토가 필요함을 언급하였다.

마지막으로 제5장에서는 결론을 간략히 언급하였다.

참고문헌

【국내 문헌】

1. 단행본

- 강동욱, 불심검문, 고시원, 1994
- 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 2001
- 김남진, 경찰행정법, 경세원, 2002
- 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2003
- 김성수, 개별행정법, 법문사, 2001
- 김성호·안영훈·이효, 자치경찰제의 준거틀과 모형설계, 한국지방행정연구원, 1998
- 김재광, 법학, 동림사, 2003
- 김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2003
- 김형만 외, 비교경찰제도론, 법문사, 2003
- 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2002
- 박기호, 경찰활동과 무기사용에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993
- 박상희·서정범, 경찰작용법제의 개선방안, 한국법제연구원, 1996
- 박윤훈, 최신행정법강의(하), 박영사, 2001
- 박정훈·정초신, 사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구, 치안연구소, 2001

참고문헌

- 서정범, 경찰법, 세창출판사, 1998
- 서정범, 스위스의 경찰제도와 수사구조에 관한 연구, 치안연구소, 2000
- 석종현, 일반행정법(하), 삼영사, 1995
- 신동운, 형사소송법 I, 박영사, 1993
- 유상현, 행정법Ⅱ, 형설출판사, 2002
- 유지대, 행정법신론, 신영사, 2003
- 이기춘, 위험방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구, 고려대대학원 박사학위논문, 2002
- 이상규, 신행정법론(하), 법문사, 1995
- 이수일, 신경찰관직무집행법, 정문출판사, 1983
- 이영란 외, 불심검문 실태와 개선에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서, 1997
- 이재상, 형사소송법, 박영사, 2001
- 이재상, 『형법각론』, 박영사, 1999
- 이황우·조병인·최응렬, 경찰학개론, 한국형사정책연구원, 2003
- 장영민·박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995
- 콘라드 헤세(계희열 역), 독일통일헌법원론, 박영사, 2001
- 탁희성, 불심검문의 실태와 개선방안, 1999
- 표성수, “경찰관직무집행법의 불심검문과 강제처분에 관한 고찰”,

- 서울대 대학원 석사학위논문, 1985
- 한견우, 행정법Ⅱ, 홍문사, 1994
- 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2001
- 홍준형 외, 경찰통합법에 관한 연구, 치안연구소, 1997
- 허경미, 경찰행정법, 법문사, 2003
- 宮田三郎(한귀현 역), 일본경찰법, 한국법제연구원, 2003
- 경찰청, 경찰관직무집행법 해설, 2001
- 경찰청, 2003 경찰백서, 2003
- 경찰청, 경찰실무전서, 2000
- 경찰청, 경찰통계년보, 2003
- 법무부, 각국의 사법경찰제도, 1988
- 법무부, 독일형사실무, 1987
- 법무부, 독일형사소송법, 1998
- 법무부, 미국의 사법제도, 2001
- 법무부, 프랑스의 사법제도, 1997
- 치안연구소, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도, 1996

2. 논문

- 강구진, 경찰관직무집행법 제3조, 「현대공법이론」, 학연사, 1982
- 강구철, 즉시강제로서의 불심검문에 관한 고찰, 사법행정, 1982.

참고문헌

- 권창국, 경찰관의 물리력 행사와 그 한계, 법률신문 제3124호
- 남승길, 경찰관직무집행법, 공법연구 제25집 제3호, 1997
- 신보성, 경찰권발동의 근거와 한계, 월간고시 1987. 12
- 이관희, 독일의 통일경찰법모범초안에 있어서 몇가지 법적 문제,
『한국공법의 이론』(목촌 김도창박사 고회기념논문집), 1993
- 이광윤, 행정경찰개념의 재검토, 사법행정, 1990. 11
- 이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990. 2
- 이기우, 경찰법상의 보호법익, 수사연구, 1990. 1
- 이기우, 경찰의무자, 수사연구, 1990. 10
- 이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구 1990. 2
- 이재상, 임의동행과 보호유치, 판례월보, 1985. 9
- 이 헌, 수사권 독립논의에 앞선 당면과제, 수사연구 1992. 3
- 정진환, 영국의 경찰제도, 치안문제, 1980
- 정하중, 독일경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향
(상)(하), 사법행정, 94. 3·4
- 정하중, 경찰법상의 책임, 공법연구 제25집 제3호, 1997
- 차용석, 경찰관리의 소지품검사에 관한 소고, 고시계, 1983. 12
- 홍정선, 경찰권의 발동근거로서 개괄조항,『공법이론의 현대적 과제』
(구병삭박사정년기념논문집), 1999. 1
- <http://www.police.go.kr/data/dataForeignNewsView.jsp>

【외국문헌】

- 宮田三郎, 警察法, 信山社, 2002
- 宮田三郎, 行政法總論, 信山社, 1997
- 宮田三郎, 行政訴訟法, 信山社, 1998
- 田村正博, 警察行政法解説, 東京法令出版, 2001
- 渡邊 修, 職務質問의 研究, 成文堂, 1985
- 田宮 裕・河上和雄, 코멘탈 警察官職務執行法, 青林書院, 1993
- 田上穰治, 警察法, 有斐閣, 1983
- 警察法令研究會編, 新版註解警察官職務執行法, 立花書房, 1998
- 松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1999
- 古谷 洋一, 註釋警察官職務執行法(改訂版), 立花書房, 2003
- 綱川政雄・半田嘉弘, 第一加除法令出版社 編輯部 譯), 不審檢問,
1986
- 小早川光郎, “交通檢問と法律の根據”, 法學教室 43호(1984)
- 桑原勇進, “危險概念の考察”, 『公法學の法と定策(下卷), 金子 宏
古稀紀念論文集』, 有斐閣
- Franz-Ludwig Knemeyer, Polizei - und Ordnungsrecht
Verlag C.H.Beck, 2002
- Lisken/Denninger(Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts,
Verlag C.H.Beck München, 2001
- Volkmar Götz, Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht,

12. Aufl., 1995

Wolf-Rüdiger Scenke, Polizei - und Ordnungsrecht, C.F. Müller Verlag, 2002

Federal Bureau of Investigation, Uniform Crime Reports, Washington, D.C; U. S. Governmental Printing Office, 2002

Harry Moore, Jr., Critical Issues in Law Enforcement(Cincinnati, Ohio : Anderson, 1984)

J. Michael McGuinness, "Law Enforcement Use of Force : The Objective Reasonableness Standard Under North Carolina And Federal Law" , The Campbell Law Review, 2002

Larry Siegel & Joseph Senna, Juvenile Delinquency, St. Paul : West Publishing, 1997

M. Brogden, et al., Introducing Poslicework, London, Unwin Hyman, 1988

Peter Hungerford-Welch, Criminal Litigation & Sentencing, Cavendish Publishing Limited, 2003

Robert M. Bloom · Mark S. Brodin, Criminal Procedure, Aspen Publishers, 2000

Yale Kamisar · Wayne R. LaFave · Jerold H. Israel · Nancy J. King, Basic Criminal Procedure, West Group. 1999

"Stop & Frisk" Report, <http://www/oag/state.ny.us>

- /press/reports/stop-frisk/ch1-part1.html
- <http://optimism.cc/college/ps157b/terry.html>.
- Roraldo V. Del Carmen, Criminal Procedure, 1991
- [http://dictionary.law.com/definition2.asp?selected=2025
&bold](http://dictionary.law.com/definition2.asp?selected=2025&bold)
- <http://www.oag.state.ny/press/reports/stop-frisk/stop-frisk.html>
- <http://www.ali.org/ali/stu-pre-arr.htm>
- <http://www.gothamgazette.com/article/crime/200000501/4/202>
- <http://www.kletc.org/DW-legal/stop-frisk.html>
- <http://home.xnet.com/~lelp/lelr/mayjun00.htm>
- <http://www.fdle.state.fl.us/OGC/Case-Updates/cu9901-12-18.html>
- <http://www.msba.org/sec-comm/solo/law-clerk/mar01/sullivan.htm>
- <http://www.pdmiami.com/court.htm>
- <http://www.sandiego.edu/SanDiegoLRev/volumes/vol-1.html>
- <http://www.wisbar.org/wislawmag/2000/07/sctdigest.html>
- <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/98-1993.ZS.html>

부 록

1. 일본 경찰관직무집행법

법령 번호 昭和 23년(1948년) 7월 12일 법률 제136호

시행 연월일 昭和 23년(1948년) 7월 12일

최종 개정 昭和 29년(1954년) 6월 8일 법률 제163호

제 1 조 【법률의 목적】 ① 이 법률은, 경찰관이 경찰법(쇼와 29년 법률 제162호)으로 규정하는 개인의 생명, 신체 및 재산의 보호, 범죄의 예방, 공안의 유지 및 다른 법령의 집행등의 직권 직무를 충실히 수행하기 위해서, 필요한 수단을 정하는 것을 목적으로 한다.

② 이 법률에 규정하는 수단은, 전항의 목적을 위하여 필요한 최소의 한도로 사용하여야 하고 남용하여서는 안된다.

제 2 조 【질문】 ① 경찰관은 이상한 거동 기타 주위의 사정으로부터 합리적으로 판단하여 어떠한 범죄를 범하거나 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행해진 범죄나 범죄가 행하여지려고 하는 것은 한다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다.

② 그 장소에서 전항의 질문을 하는 것이 본인에 대해서 불리하고, 또는 교통의 방해가 된다고 인정되는 경우에는 질문하기 위하여 그 사람에게 부근의 경찰서, 출장소 또는 주재소에 동행하는 것을 요구할 수가 있다.

③ 전2항에 규정하는 자는 형사소송에 관한 법률의 규정에 의하지 아니라고는 신체를 구속당하지 아니하며 그 뜻에 반하여 경찰서, 출장소 혹은 주재소에 연행되거나 혹은 답변을 강요당하지 아니한다.

④ 경찰관은 형사소송에 관한 법률에 의해 체포당한 자에 대해서는, 그 신체에 대해 흉기를 소지하고 있는지를 조사할 수가 있다.

제 3 조 【보호】 ① 경찰관은 비정상인 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 다음 각 호의 1에 해당하는 것이 분명하며, 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 우선 경찰서, 병원, 정신병자수용시설, 구호시설 등의 적당한 장소에 이를 보호하여야 한다.

1. 정신착란 또는 술 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체 또는 재산에 위해를 미치는 우려가 있는 자
2. 미아, 환자, 부상자등으로 적당한 보호가 없으면 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자(본인이 이를 거절한 경우에는 제외한다.)

전항의 조치를 과한 경우에 있어서는 경찰관은 지체없이 그 사람의 가족, 아는 사람 기타 관계자에게 이를 통지하여 그 사람의 인수방법에 대하여 필요한 준비를 하여야 한다. 책임 있는 가족, 아는 사람등이 발견되지 않을 때는, 신속하게 그 사건을 적당한 공중보건기관 혹은 공공복지기관 또는 이런 자의 처치에 대하여 법령으로 책임을 지는 자는 공공기관에 그 사건을 인계하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 경찰의 보호는 24시간을 초과하여서는 아니된다. 단, 계속 보호하는 것을 승인하는 간이재판소(해당보호를 한 경찰관이 속하는 경찰서 소재지를 관할하는 간이 재판소를 말한다. 이하 같다.)의 재판관의 허가장이 있는 경우에는 그러하지 아니한다.

④ 전항 단서의 허가장은, 경찰관의 청구에 따라 재판관이 부득이한 사정이 있다고 인정한 경우에 한하여 발부하는 것으로서 그 연장의 기간은 5일을 초과하여서는 아니된다. 이 허가장에는 부득이하다고 인정되는 사정을 명기하여야 한다.

⑤ 경찰관은 제1항의 규정에 의하여 경찰에서 보호한 자의 성명, 주소, 보호의 이유, 보호한 이유, 보호 및 인도시일과 인도장소를 매주 간이재판소에 통지하여야 한다.

제 4 조 【피난등의 조치】 ① 경찰관은 사람의 생명 혹은 신체에 위협을 미치거나 또는 재산에 중대한 손해를 미치는 우려가 있는 천재지변, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견, 분마류

등의 출현, 극단적인 혼잡 등 위험한 사태가 있는 경우에 있어서는, 그 장소에 있는 자, 그 사물의 관리자 기타 관계자에 대하여 위험방지를 위하여 통상 필요하다고 인정되는 조치를 취할 것을 명하거나 스스로 그 조치를 할 수 있다.

② 전항의 규정에 의해 경찰관이 한 조치에 대하여는 순서를 거쳐 소속의 공안 위원회에 보고하여야 한다. 이 경우에 있어서 공안 위원회는 공적 기관에 대하여 그 후의 조치에 대해 필요하다고 인정되는 협조를 구하기 위하여 적당한 조치를 취하여야 한다.

제 5 조 【범죄의 예방 및 제지】 경찰관은 범죄가 목전에 행하여지려고 하고 있는 것을 인정하였을 때는 그 예방을 위하여 관계자에게 필요한 경고를 발하고, 또는 그 행위를 인하여 인명, 신체에 위험이 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에 있어서는 그 행위를 제지할 수 있다.

제 6 조 【출입】 ① 경찰관은 전 2조에 규정하는 위험한 사태가 발생하여 사람의 생명, 신체 또는 재산에 대해 위해가 절박한 경우에 그 위해를 예방하고 손해의 확대를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때에는 합리적으로 필요하다고 판단되는 한도내에서 타인의 토지, 건물 또는 船車내에 출입할 수 있다.

② 흥행장, 여관, 음식점, 역 기타 다수인 출입하는 장소의 관리자 또는 이에 준하는 자는 그 공개 시간중에 있어서 경찰관이 범죄의 예방 또는 사람의 생명, 신체 혹은 재산에 대한 위해예방을 위하여 그 장소에 출입할 것을 요구한 경우에는 정당한 이유 없이 이를 거절할 수 없다.

③ 경찰관은 전 2항의 규정에 의한 출입에 있어서는 합부로 관계자의 정당한 업무를 방해해서는 안 된다.

④ 경찰관은 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 출입에 있어서 그 장소의 관리자 또는 이에 준하는 자로부터 요구받은 경우에는 그 이유를 고지하면서 그 신분을 표시하는 증표를 제시해야 한다.

부록

제 7 조 【무기의 사용】 경찰관은 범인의 체포 혹은 도주의 방지, 자기 혹은 타인에 대한 방호 또는 공무 집행에 대한 저항의 억제를 위해 필요하다고 판단되는 한도내에서 무기를 사용할 수 있다. 단, 형법(明治 40년 법률 제 45호) 제36조(정당방위), 제37조 긴급피난에 해당하는 경우 또는 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 사람에게 위해를 주어서는 안된다.

1. 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 흉악한 죄를 현실로 범하거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 저항하거나 도망시키려고 경찰관에게 저항할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 다른 수단이 없다고 경찰관이 믿을 만한 상당한 이유가 있을 때
2. 체포영장에 의해 체포할 경우 또는 구인장 혹은 구류장을 집행할 경우에 본인이 경찰관의 직무집행에 대하여 저항하거나 도망하려할 때 또는 제삼자가 그를 도망시키려고 경찰관에 저항할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위해서 다른 수단이 없다고 경찰관이 믿을 만한 상당한 이유가 있을 때

제 8 조 【다른 법령에 의한 직권직무】 경찰관은 이 법률 및 경찰규칙에 의한 직권직무를 수행하여야 하는 것으로 한다.

부칙

이 법률은 공포한 날로부터 시행한다.

2. 독일 통일경찰법모범초안

(Musterentwurf eines Polizeigesetzes des Bundes
und der Länder, MEPolG)³⁵³⁾

제 1 절 직무와 총칙

제 1 조 【경찰의 직무】 ① 경찰은 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협을 방지하는 것을 그의 직무로 한다.

② 법원에 의한 권리구제가 적시에 행해질 수 없고, 경찰의 개입없이 사인의 권리의 실현이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 이 법률에 따라 경찰은 사권의 보호를 행한다.

③ 경찰은 다른 행정청에 대한 집행원조를 행한다.

④ 경찰은 다른 법규에 의해 경찰에게 위임된 직무를 수행하여야 한다.

제 1 조의 a 【다른 행정청과 관계】 경찰은 다른 행정기관이 위협을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없을 때에만 활동할 수 있다.

제 2 조 【비례의 원칙】 ① 다수의 가능하고 적합한 조치가 존재하는 경우, 경찰은 개인과 공중에게 가장 적은 피해를 가할 것이라고 예견되는 조치를 취하여야 한다.

② 어떠한 조치도 그 조치를 통해 달성될 결과와 비례관계에 있지 않은 손해를 초래하여서는 아니된다.

③ 경찰의 조치는 그 목적이 달성될 때까지 혹은 목적이 달성될 수 없음이 명백해질 때까지만 허용된다.

제 3 조 【재량, 수단 선택】 ① 경찰은 의무적합적 재량에 따라 그의 조치를 행한다.

353) 독일 통일경찰법모범초안 번역은 서정범, 전개역서의 부록을 인용하였다.

② 위험의 방지를 위하여 다수의 수단이 고려되는 경우에는, 그 중의 어느 하나가 결정되는 것으로 충분하다. 그에 의하여 공중에게 더 커다란 피해가 발생하지 않는 한, 관계인은 동일한 효과를 가진 다른 수단을 사용해 줄 것을 청구할 수 있다.

제 4 조 【행위책임】 ① 어떤 사람이 위험을 야기한 경우에는, 그에게 조치가 취해져야 한다.

② 14세 미만의 자, 금치산자, 후견을 받고 있는 자의 행위에 대해서는 그에 대한 감독의무를 지는 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

③ 업무처리를 위하여 고용된 자가 업무수행 중에 위험을 야기한 경우에는, 그를 고용한 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

제 5 조 【상태책임】 ① 물건으로부터 위험이 발생한 경우에는, 그 물건에 대한 사실상의 지배권자에 대해 조치가 취해져야 한다.

② 조치는 소유권자 혹은 다른 정당한 권원을 가진 자에 대해서도 취해질 수 있다. 사실상의 지배권자가 소유권자 혹은 다른 정당한 권원을 가진 자의 의사에 반하여 그를 행사한 경우에는 그러하지 아니한다.

③ 위험이 무주물로부터 발생한 경우에는 그 물건에 대한 소유권을 포기한 자에 대해서 조치가 취해질 수 있다.

제 5 조의a 【조치의 직접시행】 ① 경찰은 그 조치의 목적이 제4조 혹은 제5조에 따른 책임자에 대한 조치에 의하여서는 달성될 수 없거나 적시에 달성될 수 없는 경우에는, 스스로 혹은 위임을 통하여 그 조치를 직접시행할 수 있다. 그 조치의 관계인에게는 지체없이 통지하여야 한다.

② 조치의 직접시행에 소요된 비용에 대하여는 제4조 혹은 제5조에 따른 책임자가 상환할 의무를 진다. 비용은 행정강제절차에 의하여 강제징수될 수 있다.

제 6 조 【비책임자에 대한 조치】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에는 제4 조 혹은 제5조에 따른 책임자 이외의 다른 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

1. 현재의 중대한 위험을 방지하여야 하는 경우
2. 제4조 혹은 제5조에 따른 책임자에 대한 조치가 불가능하거나 적시에 행해질 수 없는 경우 및 목적을 달성할 수 없는 경우
3. 경찰이 스스로 혹은 위임을 통하여 위험을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없는 경우
4. 그 자가 자신에 대한 현저한 위험없이 그리고 보다 높은 가치를 지닌 의무를 해함이 없이 조치의 대상이 될 수 있는 경우

② 제1항에 따른 조치는 위험의 방지가 다른 방법으로는 불가능한 경우에만 유지된다.

제 7 조 【기본권의 제한】 이 법률에 근거하여 생명과 신체의 불가침성에 대한 기본권(기본법 제2조 제2항 제1문), 개인의 자유(기본법 제2조 제2항 제2문)와 주거의 불가침성(기본법 제13조)이 제한될 수 있다.

제 2 절 경찰의 권한

제 8 조 【일반적 권한】 ① 경찰은 제9조 내지 제24조가 경찰의 권한을 특별히 규율하지 않는 한, 구체적인 경우에 존재하는 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다.

② 다른 법률에 의하여 경찰에게 부여된 직무의 수행을 위하여(제1조 제4항) 경찰은 그 곳에 규정된 권한을 갖는다. 그러한 법규가 경찰의 권한을 규율하지 않는 한, 경찰은 이 법률에 따라 그에게 귀속되는 권한을 갖는다.

제 9 조 【신원확인 및 신분증명서의 심사】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에 신원을 확인할 수 있다.

1. 위협의 방지를 위하여 필요한 때
2. 사람이 다음과 같은 장소에 체류하고 있을 때
 - a) 사실상의 근거에 기초하여 경험칙상 판단에 따를 때 그 곳에서 다음과 같은 것이 인정될 수 있는 경우
 - aa) 범죄의 음모, 예비, 착수가 행해질 염려가 있는 경우
 - bb) 체류를 위하여 필요한 허가없이 체류하고 있는 경우
 - cc) 범인을 은닉하려는 경우
 - b) 매춘을 하려고 하는 경우
3. 사람이 교통·공급시설이나 설비·공중교통수단·청사 혹은 다른 특히 위험한 시설내에 있거나 그에 인접하여 있을 때, 이 같은 시설내부 혹은 그 시설 주위에서 그 같은 시설 내에 있거나 주위에 있는 자에 의해 범죄 행위가 행해질 것이라는 사실이 인정될 수 있을 때 혹은 그 시설 자체가 직접적으로 위협에 처하게 될 때
4. 경찰에 의해 설치된 검문소에서 형사소송법 제100조의 a 혹은 집회및시위에관한법률 제27조에 규정된 범죄의 저지를 목적으로 할 때
 - ② 경찰은 신원확인을 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다. 경찰은 특히 관계인을 정지시키고, 그의 인적사항을 심문하고 심사를 위하여 소지하고 있는 신분증명서의 제시를 요구할 수 있다. 신원확인이 다른 방법으로는 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 그를 구금할 수 있다. 제3항의 요건이 충족되는 한도에서는 관계인이 소지하고 있는 물건에 대해서도 수색을 행할 수 있다.
 - ③ 경찰은 관계인이 신분증명서를 휴대하여야 할 의무가 법규에 규정되어 있는 경우에는 심사를 위하여 신분증명서의 제시를 요구할 수 있다.

제10조 【감식조치】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에 감식조치를 행할 수 있다.

1. 제9조에 따른 신원확인이 다른 방법으로는 불가능하거나 현저히 곤란할 때,
 2. 관계인이 형벌의 부과가 규정되어 있는 범죄를 행하였다는 혐의를 받고 있고, 행위의 성질이나 시행상 반복될 위험이 존재하기 때문에 범죄행위의 예방을 위하여 필요할 때
- ② 감식조치로는 특히 다음과 같은 것이 있다.
1. 지문과 掌紋의 채취
 2. 사진촬영
 3. 신체적 특성의 확인
 4. 신장이나 체중의 측정

제11조 【소환】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에 서면 혹은 구두로 사람을 소환할 수 있다.

1. 어떤 자가 특정한 경찰과제의 수행을 위하여 필요한 적절한 진술을 할 수 있다는 것을 인정할 정당성이 있는 경우
 2. 감식조치의 시행을 위하여 필요한 경우
- ② 소환을 행함에 있어서는 그 이유를 상대방에게 알려주어야 한다. 시간의 확정에 있어서는 관계인의 직업과 그 밖의 생활관계를 고려하여야 한다.
- ③ 관계인이 충분한 근거없이 소환에 응하지 않으면, 다음 각호의 경우에 소환은 강제적으로 행해질 수 있다.
1. 예견되는 진술이 개인의 신체, 생명 및 자유에 대한 위협의 방지를 위하여 필요한 경우
 2. 감식조치의 수행을 위하여 필요한 경우
- ④ 소환과 관련하여서는 형사소송법 제136조의 a가 준용된다.
- ⑤ 증인 혹은 감정인으로 소환된 자에 대한 손실보상에 대해서는 증인과감정인에대한손실보상에관한법률이 준용된다.

제12조 【퇴거명령】 경찰은 위험방지를 위하여 어떤 장소로부터의 퇴거를 명하거나 어떤 장소에의 출입을 금지시킬 수 있다. 소방대 혹

은 응급구조대의 출입에 장애가 되는 자에 대해서도 동일한 조치가 행해질 수 있다.

제13조 【보호조치】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에 보호조치를 취할 수 있다.

1. 특히 자유로운 의사결정이 배제되어 있거나 혹은 타인의 원조를 필요로 하는 상태에 있는 자를 생명 또는 신체에 대한 위협으로부터 보호하기 위하여 필요한 때
 2. 범죄행위나 중대한 위험을 초래하는 질서위반행위가 목전에 행해지거나 계속되는 것을 저지하기 위하여 필요한 때
- ② 경찰은 보호자의 보호를 벗어난 미성년자를 보호자 혹은 청소년 보호시설에 인계하기 위하여 보호조치를 취할 수 있다.
- ③ 미결구금, 자유형 혹은 자유를 박탈하는 조치의 집행을 면한 자 또는 허가없이 행형시설 밖에 거주하는 자를 보호하여 다시 그 시설에 인계할 수 있다.

제14조 【법관의 결정】 ① 제9조 제2항 제3문, 제11조 제3항 혹은 제13조에 근거하여 사람을 구금한 경우에 지체없이 자유박탈의 허용성과 계속성에 대한 법관의 결정을 받아야 한다. 법관의 결정이 경찰조치의 근거가 소멸된 이후에야 비로소 행해질 것이라는 것이 인정될 수 있는 경우에는 법관의 결정을 요하지 않는다.

② 제①항에 따른 결정권한은 그 사람을 구금한 지역을 관할하는 지방법원지원이 갖는다. 질차는 자유박탈에 있어서의 사법절차에 관한 법률의 규정에 따라 행해진다.

제15조 【구금된 자에 대한 조치】 ① 제9조 제2항 제3문, 제11조 제3항 혹은 제13조에 근거하여 사람을 구금한 경우에는 지체없이 그 이유를 고지하여야 한다.

② 그에 의하여 자유박탈의 목적이 위협을 받지 않는 한 구금된 자에게는 그의 친족이나 친지에게 알릴 기회를 부여하여야 한다. 사법적 자유박탈의 경우에도 고지의무는 영향을 받지 않는다. 구금된 자

가 제1항에 정한 권리를 행사할 수 없고 고지가 그의 추정적 의사에 반하지 않는 경우에는 경찰이 고지의무를 승계한다. 구금된 자가 미성년자, 금치산자, 피후견자인 경우에는 모든 경우에 그에 대한 보호의무자에게 고지하여야 한다.

③ 구금된 자는 그의 동의없이 수형자 혹은 미결구금자와 동일한 공간에 수용되어서는 아니된다. 남자와 여자는 분리수용되어야 한다. 구금자에게는 자유박탈의 목적 혹은 보호질서를 위하여 요구되는 한도에서 제한이 부과될 수 있다.

제16조 【자유박탈의 기간】 다음 각호의 경우 구금된 자는 석방되어야 한다.

1. 경찰의 보호조치의 근거가 소멸한 경우
2. 계속적인 자유박탈의 법관의 결정에 의하여 허용되지 않는 것으로 판명된 경우
3. 어떠한 경우에도 법관이 다른 법률에 근거하여 그의 계속을 사전에 명하지 않는 한 늦어도 다음날 자정까지는 석방되어야 한다.

제17조 【신체의 수색】 ① 경찰은 제9조 제2항 제4문의 경우 이외에 다음 각호의 경우에 신체에 대한 수색을 행할 수 있다.

1. 이 법률 혹은 다른 법규에 의하여 사람을 구금할 수 있는 경우
2. 주변정황으로 미루어보건대 영치될 수 있는 물건을 휴대하고 있다는 것이 인정될 수 있는 경우
3. 자유로운 의사결정이 배제되어 있거나 타인의 조력이 필요한 상태에 있다는 것이 인정될 수 있는 경우
4. 제9조 제1항 제2호에 열거한 장소에 체재하는 경우
5. 제9조 제1항 제3호상의 시설 내에 있거나 인접해 있는 경우 또는 그러한 종류의 시설내 혹은 인근에서 범죄가 행하여질 것이라는 것이 정당화되는 경우

② 경찰은 사정상 경찰공무원 혹은 제3자의 신체나 생명에 대한 위협을 보호하기 위하여 필요한 경우에는 이 법률 혹은 다른 법규에

따라서 신원확인을 받아야 할 사람이 무기, 기타 위험물 혹은 폭발물을 소지하고 있는지 여부를 수색할 수 있다.

③ 신체에 대한 수색은 同性 혹은 의사에 의하여서만 행해질 수 있다. 이것은 생명 혹은 신체에 대한 위험을 보호하기 위하여 즉시수색이 필요한 경우에도 적용된다.

제18조 【물건의 수색】 ① 경찰은 제9조 제2항 제4문의 경우 이외에도 다음 각호의 경우 물건에 대한 수색을 행할 수 있다.

1. 제17조에 따라 수색을 받는 자가 휴대하고 있는 경우
2. 주변정황으로 미루어보건대 다음의 사실이 인정될 때
 - a) 보호조치를 받고 있는 자가 그 안에 있거나
 - b) 사람이 부당하게 구금되어 있거나
 - c) 사람이 타인의 조력이 필요한 상태에 놓여 있는 경우
3. 그 안에 영치될 수 있는 다른 물건이 존재한다는 사실이 인정될 때
4. 제9조 제1항 제3호에 열거된 장소에 있는 경우
5. 제9조 제1항 제3호의 물건 내에 있거나 그와 인접해 있고 그 물건 내 혹은 주위에서 범죄행위가 행해질 것이라는 사실이 인정될 때
6. 제9조 제1항 제4문에 따른 신원확인이 행해질 수 있는 자가 있는 자동차, 선박, 항공기가 문제되는 경우: 수색은 자동차내에 있는 물건에 대해서까지도 행해질 수 있다.

② 물건의 수색에 있어 사실상의 지배권자는 그에 참석할 권리를 가진다. 그가 부재중인 경우에는 대리인 혹은 다른 증인이 참석하여야 한다. 요구가 있는 경우에는 사실상의 지배권자에게 수색과 그의 근거에 대한 증명서가 발급되어야 한다.

제19조 【가택출입과 수색】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에 소유자의 동의없이 가택에 출입하여 수색을 행할 수 있다.

1. 제11조 제3항에 따라 구인될 수 있거나 혹은 제13조에 따라 보호조치가 취해질 수 있는 자가 그 안에 있다는 사실이 인정될 수 있을 때

2. 제21조 제1호에 따라 영치될 수 있는 물건이 그 안에 있다는 사실이 인정될 수 있을 때
3. 사람의 생명, 신체 혹은 자유 또는 중요한 가치있는 물건에 대한 현재의 위협의 방지를 위하여 필요한 경우. 여기서 주거란 거실, 그 밖의 공간, 작업실, 사무실 및 그 밖에 평온이 보장되어야 할 소유물을 포함한다.
 - ② 야간에는 (형사소송법 제104조 제3항) 사람의 생명, 신체 혹은 자유 또는 중요한 가치있는 물건에 대한 현재의 위협의 방지를 위하여 필요한 경우에만 제1항에 따른 가택의 출입과 수색이 허용된다.
 - ③ 다음 각호의 경우에는 급박한 위협의 방지를 위하여 가택에 출입할 수 있다.
 1. 사실에 근거하여 경험칙에 따라 판단하건대, 그 곳에서 다음의 행위가 행해질 것이라고 인정되는 경우
 - a) 범죄의 예비, 음모, 착수
 - b) 필요한 체류허가가 없는 경우
 - c) 범인의 은닉
 2. 매춘의 장소로 제공되는 경우
 - ④ 공중에게 개방되어 있거나 있었고 체재하는 사람들이 더 머무를 수 있는 작업실, 사무실 및 다른 토지와 공간에 대해서는 작업시간 및 체재시간 중에는 위협방지(제1조 제1항)를 위하여 출입할 수 있다.

제20조 【가택수색의 절차】 ① 가택의 수색은 임박한 위협이 있는 경우외에는 단지 법관에 의하여서만 행해질 수 있다. 가택의 소재지를 관할구역으로 하는 지방법원지원이 관할권을 갖는다. 자유로이재판을받을기회에관한법률의 규정이 이 절차에 준용된다.

② 가택수색의 경우 가택의 소유자는 그에 참여할 권리가 있다. 그가 부재중인 경우에는 가능하다면 그의 대리인, 성년인 친척, 동거인 혹은 인인이 참석하여야 한다.

③ 가택의 소유자 혹은 그의 대리인에게는 그로 인하여 수색의 목적달성이 현저히 곤란해지지 않는 한, 수색의 이유가 지체없이 통지되어야 한다.

④ 수색에 관하여는 조서가 작성되어야 한다. 조서에는 책임있는 부서, 수색의 근거, 시간, 장소와 결과가 기재되어야 한다. 조서에는 수색을 행한 공무원, 가택소유자 혹은 기타 참여인이 서명하여야 한다. 서명을 거부하는 경우에는 그에 관한 이의를 부기하여야 한다. 가택의 소유자 혹은 대리인의 요구가 있는 경우에는 조서의 사본이 교부되어야 한다.

⑤ 조서의 작성 혹은 사본의 교부가 특별한 사정으로 인하여 불가능하거나 수색의 목적을 위협하는 경우에는 관계인은 책임있는 부서의 진술하에 서면으로 수색의 시기와 장소를 확인할 수 있어야 한다.

제21조 【영치】 경찰은 다음 각호의 경우에 물건을 영치할 수 있다.

1. 현재의 위험을 방지해야 할 때
2. 소유권자 혹은 적법한 점유자를 물건의 망실 혹은 훼손으로부터 보호하기 위하여
3. 이 법률 혹은 다른 법규에 의하여 구금된 자가 휴대하고 있는 물건이 다음의 목적으로 사용될 수 있을 때, 즉
 - a) 자살 혹은 자상
 - b) 타인의 생명 혹은 건강의 훼손
 - c) 타인의 물건에 대한 손상
 - d) 도주를 가능 내지 용이케 할 목적으로 사용

제22조 【임치】 ① 영치된 물건은 임치되어야만 한다. 물건의 성질상 임치할 수 없거나 경찰이 임치하는 것이 적당하지 않은 경우에는 다른 적당한 방법으로 영치하거나 보존할 수 있다. 이 경우 제3자에 의한 임치도 가능하다.

② 관계인에게는 영치의 이유와 보관된 물건을 표시한 증명서를 교부하여야 한다. 사정상 증명서를 교부할 수 없는 경우에는 증명서를 교부하지 못하는 이유를 밝힌 영치조서를 작성하여, 그 물건의 소유권자 혹은 정당한 사실상의 지배권자에게 지체없이 통지하여야 한다.

- ③ 영치된 물건이 임치된 경우에는 경찰은 가능한 한 그 물건의 가치가 감소되지 않도록 하여야 한다. 권리자의 요구에 따라 제3자가 물건을 임치한 때에는 그러하지 아니하다.
- ④ 임치된 물건에 대해서는 목록을 작성하고 혼동을 방지하기 위한 표시가 행해져야 한다.

제23조 【환가, 폐기】 ① 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 영치된 물건의 환가가 허용된다.

- 1. 물건이 망실되거나 가치가 현저히 저하될 염려가 있는 경우
- 2. 물건의 임치, 보존 혹은 유지에 과도한 비용이 들거나 그것이 곤란한 경우
- 3. 물건의 사실상 그를 영치하여도 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협을 제거할 수 없는 경우
- 4. 영치의 요건이 새로이 발생함이 없이 1년이 경과한 후에도 권리자에게 반환할 수 없는 경우
- 5. 일정한 기한을 정하여 그 기한내에 그 물건을 찾아가지 않으면 환가를 하겠다는 취지를 권리자에게 통지하였음에도 불구하고 상당한 기간내에 이를 찾아가지 않은 경우

② 환가에 앞서 그 물건의 소유자, 그 밖의 권리자 및 관계당사자의 의견을 들어야 한다. 환가조치의 사정과 목적이 허용하는 한, 환가 명령 및 환가의 시기와 장소가 통지되어야 한다.

③ 환가는 공매 방식에 의하여야 한다. 이에 민법 제979조 제1항이 준용된다. 경매가 성립되지 않거나 처음부터 성립가능성이 없다고 생각되는 경우 혹은 경매비용이 매각예정가격을 초과함이 명백한 경우에는 수의계약을 통하여 매각할 수 있다. 매각대금은 환가된 물건의 대용물이 된다. 상당한 기간내에 매수인이 나타나지 않는 경우에는 그 물건은 공공의 목적에 제공될 수 있다.

④ 다음 각호의 경우에는 영치된 물건을 그 용법대로 사용할 수 없게 하거나 폐기할 수 있다.

- 1. 환가시에 영치의 사유가 존속하고 있거나 새로이 발생한 경우
- 2. 환가가 다른 사유로 인해 불가능한 경우

- 제24조 【영치된 물건 또는 경락대금의 환부, 비용】 ① 영치의 전제조건이 소멸한 경우에는, 영치된 물건을 피영치자에게 반환하여야 한다. 피영치자에게 반환할 수 없는 경우에는 그 물건에 대한 권리를 갖고 있다고 믿을 만한 자에게 반환할 수 있다. 반환에 의하여 새로이 영치의 요건이 성립되는 경우에는 반환하지 못한다.
- ② 물건의 환가된 경우에는 그 경락대금을 교부하여야 한다. 정당한 권리자가 없거나 소재가 불분명한 경우에는 민법의 규정에 따라 경락대금은 공탁되어야 한다. 경락대금의 교부청구권은 그 물건의 환가된 때로부터 3년이 경과하면 소멸한다.
- ③ 영치와 임치의 비용은 제4조 혹은 제5조에 따른 경찰책임자의 부담으로 한다. 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우에는, 그들은 연대채무자로서 책임을 부담한다. 물건의 교부는 비용의 지급을 조건으로 할 수 있다. 물건이 환가된 경우에는 비용은 경락대금에서 충당할 수 있다. 비용은 행정상 강제징수절차에 의해 징수될 수 있다.
- ④ 민법 제938조의 규정은 이에 영향을 받지 아니한다.

제 3 절 집행원조

- 제25조 【집행원조】 ① 경찰은 직접강제가 행하여져야 하고 다른 행정청은 그를 위하여 필요한 실력을 갖고 있지 못하거나 그의 조치를 다른 방법으로는 스스로 시행할 수 없는 경우에 있어서 다른 행정청의 요청에 의하여 집행원조를 행한다.
- ② 경찰은 단지 시행의 종류와 방법에 대해서만 책임을 진다. 그 밖의 것에 대해서는 행정응원에 관한 원칙이 준용된다.
- ③ 행정응원에 관한 의무는 이와 관련없다.

- 제26조 【절차】 ① 집행원조의 요구는 서면으로 하여야 한다. 그에는 조치의 이유와 법적 근거가 명기되어 있어야 한다.

- ② 급박한 경우에는 요청은 일정한 형식을 갖추지 않아도 된다. 그러나 요구가 있는 경우에는 지체없이 문서로 확인되어야 한다.
- ③ 요구를 하는 행정청은 요구의 시행에 관하여 통지를 받아야 한다.

제27조 【자유박탈에 있어서의 집행원조】 ① 집행원조의 요구가 자유의 박탈을 내용으로 하는 경우에는 자유박탈의 허용성에 대한 법원의 결정이 제시되거나, 요구서에 표시되어야 한다.

② 법원의 결정이 사전적으로 행해지지 않은 경우에는, 요구를 하는 행정청이 그를 받지 못하거나 사후적으로 법원의 결정을 지체없이 신청하지 않는 경우에는 경찰은 구금된 자를 석방하여야 한다.

③ 제15조와 제16조는 이에 준용된다.

제 4 절 강제

제 1 관 작위, 수인, 부작위의 강제

제28조 【행정강제의 허용성】 ① 작위, 수인 혹은 부작위를 내용으로 하는 행정행위는 그것이 불가쟁력을 발생하거나 그에 대한 쟁송이 집행정지효를 갖지 못할 때에 강제수단에 의해 시행될 수 있다.

② 특히 제4조에 따른 자에 대한 조치가 불가능하거나 적시에 행하여질 수 없거나 혹은 아무런 효과도 가져오지 못할 것으로 예견되기 때문에 행정강제가 위험방지를 위하여 필요하고 이 경우 경찰이 그의 권한 내에서 행위를 하는 경우에는, 선행 행정행위를 전제함이 없이 행정강제가 행해질 수 있다.

제29조 【강제수단】 ① 강제수단은 다음과 같다.

1. 대집행(제30조)
2. 강제금(제31조)
3. 직접강제(제33조)

② 강제수단은 제34조와 제39조가 정하는 바에 따라 사전에 고지되어야 한다.

③ 강제수단은 형벌 혹은 과태료와 병과될 수 있고, 행정행위가 이행될 때까지 혹은 다른 방법으로 소멸될 때까지 반복되고 변경될 수 있다.

제30조 【대집행】 ① 타인에 의해 대행될 수 있는 작위(대체적 작위) 의무를 이행하지 않는 경우에는, 경찰은 관계인의 비용부담으로 그 작위를 스스로 행하거나 그 시행을 타인에게 위탁할 수 있다.

② 관계인으로 하여금 대집행비용의 개산액을 사전에 납부하도록 정할 수 있다. 관계자가 대집행의 비용 혹은 예상되는 비용을 기한내에 지불하지 않은 경우에는 행정상 강제징수절차에 따라 이를 강제징수할 수 있다. 관계인이 요구된 작위의무를 이행하는 즉시 예상비용의 징수는 중지된다.

제31조 【강제금】 ① 강제금은 10 내지 5000마르크 사이에서 문서로 정해진다.

② 강제금을 확정함에 있어서는 관계인에게 상당한 납부기한이 하여되어야 한다.

③ 관계인이 강제금을 기한내에 납부하지 않을 때에는 행정상 강제징수절차에 따라 이를 강제징수할 수 있다. 관계인이 요구된 작위의무를 이행하거나 수인되어야 할 조치를 수인한 경우에는 징수가 중지된다.

제32조 【대체강제구류】 ① 관계인이 강제금을 납부할 수 없는 경우 강제금의 부과시에 그에 대한 고지가 있었다면, 행정법원은 경찰의 요청에 의하여 대체강제구류를 명할 수 있다. 이 경우 대체강제구류의 기간은 1일 이상 2주 이하로 한다.

② 대체강제구류는 경찰의 요청에 의하여 민사소송법 제904조 내지 제910조에 따라 사법행정기관이 집행한다.

제33조 【직접강제】 ① 경찰은 다른 강제수단이 없거나, 다른 강제수단으로는 강제의 효과를 기대할 수 없는 경우 혹은 다른 강제수단이 합목적적이지 못한 경우에 직접강제를 행할 수 있다. 직접강제의 종류와 방법에 대하여는 제35조 이하의 규정이 적용된다.

② 진술의 청취를 위한 직접강제는 허용되지 않는다.

제34조 【강제수단의 계고】 ① 강제수단은 가능한 한 문서에 의해 계고되어야 한다. 계고의 내용에는 관계인이 의무를 이행하기 위한 상당한 기간이 포함되어 있어야 한다. 그러나 수인의무 혹은 부작위의무가 강제되는 경우에는 기간을 정하지 않아도 무방하다. 사정상 계고를 할 수 없을 때, 특히 위협방지를 위하여 강제수단을 즉시 취하는 것이 불가피할 경우에는 계고는 생략될 수 있다.

② 계고는 작위, 수인 혹은 부작위의무를 과하는 행정행위와 결합되어 행해질 수 있다. 권리구제수단이 집행정지효를 갖지 못하는 경우에는, 계고는 가능한 한 행정행위와 결합하여 행해져야 한다.

③ 계고를 통해 특정한 강제수단이 확정되어야 한다. 다수의 강제수단을 계고하는 경우에는, 강제가 행해지는 순서가 적시되어야 한다.

④ 대집행이 계고되는 경우에는, 비용의 개산액이 고지되어야 한다.

⑤ 강제금은 정액으로 고지되어야 한다.

⑥ 계고는 송달되어야 한다. 계고가 그 근거가 되는 행정행위와 결합되어 행해지고, 그 행정행위에 대해서는 송달에 관한 규정이 없는 경우에도 또한 같다.

제 2 관 직접강제의 시행

제35조 【법적 근거】 ① 경찰이 기본법 혹은 다른 법규에 따라 직접강제를 행할 권한을 갖는 경우 그의 종류와 방법에 대해서는 제36조 내지 제44조가 적용되며, 이들 규정이 달리 규정하고 있지 않는 한, 본법의 다른 규정들도 적용된다.

② 정당방위와 긴급피난에 관한 규정에 따른 민법, 형법상의 효과는 이에 영향을 받지 아니한다.

제36조 【개념의 정의】 ① 직접강제란 신체적 실력, 그의 보조수단과 무기를 통하여 사람 또는 물건에 영향을 미치는 것을 말한다.

② 신체적 실력이란 사람 또는 물건에 대한 일체의 직접적인 신체적 작용을 말한다.

③ 신체적 실력의 보조수단이란 특히 수갑, 살수기, 기술저거 차단기, 警察馱馬, 관용차, 최루탄, 마취제 및 폭발물을 말한다.

④ 무기로서는 경찰봉, 권총, 연발권총, 소총, 기관총, 기관소총과 수류탄이 허용된다.

제37조 【명령에 따른 행위】 ① 경찰공무원은 지휘권을 가진 자가 명령한 직접강제를 행할 의무가 있다. 다만 그 명령이 인간의 존엄을 해하거나 직무상의 목적을 위해 발하여진 것이 아닌 경우에는 그러하지 아니하다.

② 범죄를 명하는 경우에는 명령에 복종하여서는 아니된다. 그럼에도 불구하고 경찰관이 명령에 따른 경우에는 경찰공무원이 그로 인하여 범죄가 성립한다는 사실을 인식했거나, 그가 알고 있는 사정에 비추어 볼 때 범죄가 성립한다는 사실이 명백한 경우에만 책임을 진다.

③ 경찰공무원은 명령의 적법성에 의문이 있는 경우, 이의제기가 허용되어 있다면 그에 대한 이의를 명령자에게 제기하여야 한다.

④ 해당 공무원법상의 이의신청권에 관한 규정은 적용되지 아니한다.

제38조 【부상자에 대한 구조】 ① 직접강제를 행하는 경우, 그것이 필요하고 또한 사정이 허락하는 한 부상자에 대해서는 구조와 의사의 진찰이 행해져야 한다.

제39조 【직접강제의 계고】 ① 직접강제는 그의 시행에 앞서 계고가 있어야만 한다. 사정상 계고를 할 수 없는 경우, 특히 강제수단을

즉시 사용하는 것이 위험방지를 위하여 불가피한 경우에는 계고를 생략할 수 있다. 경고사격 또한 총기사용에 대한 계고로 간주된다.

② 총기와 수류탄은 생명 혹은 신체에 대한 현재의 위험을 방지하기 위하여 필요한 경우에 한하여 계고없이 사용될 수 있다.

③ 다중에 대한 직접강제를 행함에 있어서는 비관여인이 이탈할 수 있도록 가능한 한 적시에 계고가 행해져야 한다. 특히 다중에 대하여 총기를 사용하는 경우에는 언제나 계고가 행하여져야만 한다. 기술적인 차단기와 警察馬의 사용시에는 계고가 생략될 수 있다.

제40조 【수갑의 사용】 다음 각호의 사항이 인정될 경우에는 본법 또는 다른 법령에 의하여 구금된 자에 대하여 수갑을 사용할 수 있다.

1. 경찰공무원이나 제3자를 공격하거나, 그에 저항하거나 혹은 물건을 손상시킬 때
2. 도주하거나 혹은 도주시키려고 하는 경우
3. 자살 혹은 자해를 하려는 경우

제41조 【총기사용에 관한 일반규정】 ① 총기는 직접강제의 다른 수단으로는 목적을 달성할 수 없거나 달성할 수 없음이 명백히 예견되는 경우에 한하여 사용할 수 있다. 사람에게 대한 총기의 사용은 물건에 대한 총기의 사용에 의하여서는 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 허용된다.

② 사람에게 대한 총기의 사용은 공격 혹은 도주를 못하게 하도록 하기 위하여서만 허용된다. 사망의 결과를 가져올 개연성이 높은 총기의 사용은, 그것이 생명 혹은 신체의 불가침성에 대한 중대한 침해에 대한 현재의 위험을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에 한하여 허용된다.

③ 외견상 14세 미만으로 보이는 자에 대한 총기의 사용은 허용되지 아니한다. 총기의 사용이 생명 혹은 신체에 대한 현재의 위험을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 경찰공무원이 인식할 수 있는 비관여인이 위협에 처할 고도의 개연성이 있는 경우에는 총기의 사용이 허용되지 아니한다. 총기의 사용이 생명에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에는 그러하지 아니하다.

제42조 【사람에 대한 총기사용】 ① 사람에게 대한 총기의 사용은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에만 허용된다.

1. 생명 혹은 신체에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 경우
2. 총기 또는 폭발물의 사용, 휴대를 수단으로 하는 중죄(Verbrechen) 혹은 경죄(Vergehen)가 행해지려고 하거나 계속 행하여지는 것을 저지하기 위한 경우
3. 도주함으로써 체포 또는 신원확인을 피하려고 하는 자를 체포하기 위한 경우(다음 각호의 1에 해당하는 경우에 그러하다)
 - a) 중죄를 범하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있거나
 - b) 경죄를 범하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, 그가 총기 혹은 폭발물을 소지하고 있다고 인정되는 사정이 있는 경우
4. 다음 각호의 사유에 근거하여 구금중인 자 혹은 연행중인 자의 도주방지 혹은 체포를 위한 경우
 - a) 중죄를 범하였다는 법관의 결정 혹은 중죄를 범하였다는 충분한 혐의가 있는 경우
 - b) 경죄를 범하였다는 법관의 결정이 있거나 경죄를 범하였다는 충분한 혐의가 있고 그가 총기나 폭발물을 소지하고 있다고 인정될 만한 사정이 있는 경우
5. 구금중인 자를 폭력을 사용하여 도주시키려고 하는 것을 저지하기 위한 경우

② 소년구금이나 형벌구금을 집행하는 경우 또는 개방시설로부터의 도주를 방지하기 위한 경우에는 제1항 제4호에 따른 총기의 사용은 허용되지 아니한다.

제43조 【다중속에 있는 사람에 대한 총기사용】 ① 경찰공무원이 비관여인이 위험에 처할 고도의 개연성이 있다는 것을 인식할 수 있는 경우에는 다중속에 있는 사람에 대한 총기사용은 허용되지 아니한다. 총기의 사용이 생명에 대한 현재의 위험을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에는 그러하지 아니하다.

② 다중속에 있지만 폭력을 행사하거나 그를 용인 또는 방조하는 자는, 그가 제39조 제3항에 따른 반복적인 경고에도 불구하고 집단을 이탈하지 않는 경우에는 비관여인이라고 볼 수 없다.

제44조 【특수무기, 폭발물】 ① 기관총과 수류탄은 제42조 제1항 제1호, 제2호 및 제5호의 경우에 한하여, 내무부장관 혹은 구체적인 경우에 있어 그에 의하여 위임을 받을 자의 동의하에 다음 각호의 1에 해당하는 경우 사용할 수 있다.

1. 총기 또는 수류탄 혹은 그와 유사한 폭발물을 사용한 자에 대하여
 2. 사전에 다른 총기를 사용했으나 효과가 없는 경우
- ② 기관총과 수류탄은 공격을 못하게 하기 위하여서만 사용할 수 있다. 수류탄은 다중에 대하여는 사용할 수 없다.
- ③ 총기사용에 관한 다른 규정은 이에 의하여 영향을 받지 않는다.
- ④ 폭발물은 사람에 대하여 사용할 수 없다.

제 5 절 손실보상, 구상, 배상청구

제45조 【손해전보의무의 요건】 ① 제6조에 따른 적법한 조치의 결과 손실을 입은 자에 대해서는 정당한 보상이 행해져야 한다. 경찰의 위법한 조치로 인해 손해를 입은 경우에도 또한 같다.

② 경찰의 동의를 얻어 경찰업무의 수행에 자발적으로 협조하거나 물건을 제공함으로써 인하여 손해를 입은 자에 대해서도 손해전보가 행해져야 한다.

③ 그 밖의 손해배상청구, 특히 직무의무위반을 이유로 하는 손해배상청구는 이에 영향을 받지 아니한다.

제46조 【손해전보의 내용, 종류, 범위】 ① 제45조에 따른 손해전보는 원칙적으로 재산상의 손해에 대해서만 행해진다. 통상의 임금 또는 이용대가를 넘어서는 기대이익과 경찰의 조치와 직접 관계없는 불이익에 대해서는, 불합리한 손해를 방지하기 위하여 손해전보가 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 손해전보가 행해질 수 있다.

② 신체 혹은 건강에 대한 침해 또는 자유박탈의 경우에는 비재산적 손해에 대해서도 상당한 보상이 행해져야 한다. 이 청구권은 그것이 소송에 계속되거나 계약에 의해 인정되는 경우가 아니라면 양도 또는 상속될 수 없다.

③ 손해전보는 금전으로 행한다. 손해전보를 요하게 만든 조치가 생계능력의 소멸 또는 감소, 생활에 필요한 수요의 증가, 부양청구권의 상실 또는 침해를 가져오는 경우에는 손해전보는 정기금지불의 방식으로 행해져야 한다. 민법 제760조가 이에 적용된다. 중대한 사유가 존재하는 경우에는 정기금에 대신하여 일시불로 지급해 줄 것을 요구할 수 있다. 피해자에 대하여 부양의무를 갖는 자가 존재하는 경우에도 이 청구권은 부인되지 아니한다.

④ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 존재하는 경우에는, 그것이 그의 내용과 범위에 있어 손해전보청구권과 합치하는 한, 제3자에 대한 청구권을 포기한 경우에만 손해전보가 행해진다.

⑤ 손해전보액의 산정에 있어서는 제반사정, 특히 손해의 종류와 예견가능성과 피해자와 그의 재산이 경찰의 조치에 의하여 보호되었는지의 여부가 고려되어야 한다. 피해자가 책임져야 할 사정이 손해의 발생 혹은 악화에 영향을 미친 경우에는, 손해전보의 의무 및 손해전보의 범위는 피해자에 의해 야기된 손해의 정도와 경찰에 의해 야기된 손해의 정도에 따라 결정된다.

제47조 【간접적 피해자의 청구권】 ① 살해의 경우에는 매장비용을 부담할 의무를 가진 자에게 제46조 제5항의 범위내에서 매장비용을 전보해주어야 한다.

② 살해시에 피살해자가 제3자에 대하여 법률에 의하여 부양의무를 지고 있거나 지게될 수 있는 관계에 있었고 제3자는 살해의 결과 부양청구권을 상실하게 된 경우에는, 제3자는 피살해자가 추정생존 기간동안 부담하였을 부양의무를 한도로 제46조 제5항의 범위내에서 상당한 손해전보를 청구할 수 있다. 제46조 제3항 내지 제5항은 이에 준용된다. 손해발생시에 태아였던 자도 손해전보를 청구할 수 있다.

제48조 【손해전보청구권의 시효】 손해전보청구권은 피해자(제47조의 경우에는 청구권자)가 손해와 손해전보의무자를 안 때로부터 3년, 이를 알지 못하는 경우에는 손해가 발생한 때로부터 30년간 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다.

제49조 【손해전보의무자, 구상권】 ① 당해 조치를 위한 경찰공무원이 근무하는 단체가 손해전보의무를 진다.

② 경찰공무원이 다른 단체를 위하여 활동한 경우에는, 다른 단체도 손해전보의무를 진다.

③ 제2항의 경우 그 조치의 실시방법만을 이유로 손해전보를 하여야 하는 경우에는, 손해전보의무를 부담하는 단체는 그 스스로 그 실시방법에 대하여 책임을 지는 경우를 제외하고는 경찰공무원이 근무하는 단체에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

제50조 【경찰책임자에 대한 구상】 ① 제49조에 따라 손해전보의무를 지는 단체가 제45조 제1항 제1문 혹은 제2항에 근거하여 손해전보를 행한 경우에는 제4조 혹은 제5조에 의한 경찰책임자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

② 다수인이 함께 책임을 부담하는 경우에는, 그들은 연대채무자로서 책임을 부담한다.

제51조 【재송수단】 손해전보청구권에 대해서는 통상법원이, 제49조 제3항 혹은 제50조에 따른 구상권에 대해서는 행정법원이 관할권을 갖는다.

제 6 절 종결규정

제52조 【다른 주와 연방의 경찰공무원의 직무행위】 ① 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 주의 경찰공무원은 다른 주에서 직무를 행할 수 있다.

1. 다른 행정청의 요청 혹은 동의를 있는 경우
2. 기본법 제35조 제2항과 제3항, 제91조 제1항의 경우
3. 권한있는 행정청이 필요한 조치를 적시에 취할 수 없을 때에 현재의 중요한 위협방지, 현행범의 수사 및 도주자에 대한 수사과 재체포를 위한 경우
4. 죄수호송에 있어 경찰업무를 수행하기 위한 경우
5. 범죄와 질서위반행위에 대한 수사 및 다른 주와의 행정협정이 규정하고 있는 경우에 있어서의 위협방지를 위한 경우

제3 내지 5호의 경우에 있어서는 권한있는 행정청에게 지체없이 통지하여야 한다.

② 다른 주의 경찰공무원이 제1항에 따라 활동하는 경우에는 그들은 당해 주의 경찰공무원과 동일한 권한을 갖는다. 그들의 조치는 토지관할 및 사물관할내에서 활동하는 경찰행정청의 조치로 간주된다. 그들은 관할권을 가진 경찰행정청의 지시에 복종하여야 한다.

③ 제1항과 제2항은 연방의 경찰집행공무원에게도 적용된다.

제53조 【주의 권한영역밖의 경찰집행공무원의 직무행위】 ① 주의 경찰집행공무원은 본법 제52조 제1항 제1문과 기본법 제91조 제2항의 경우에만, 그것도 당해 주법과 기본법이 그를 규정하고 있는 때에만 다른 주나 연방의 관할구역내에서 활동할 수 있다.

② 자신의 주에서의 경찰행정청이 다른 주의 경찰에 대한 응원보다 급박하지 않은 한, 다른 주에 의한 경찰집행공무원의 출동요청에 응

하여야 한다. 그 같은 요청은 동 결정에 중요한 출동요청의 요소를 포함하고 있어야 한다.

3. 독일 통일경찰법모범초안 개정시안 (Vorentwurf- MEPOlG)³⁵⁴⁾

제 1 절 직무와 총칙

제 1 조 【경찰의 직무】 ① 경찰은 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협을 방지하는 것을 그의 직무로 한다.

② 법원에 의한 권리구제가 적시에 행해질 수 없고, 경찰의 개입없이 사인의 권리의 실현이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 이 법률에 따라 경찰은 사권의 보호를 행한다.

③ 경찰은 다른 행정청에 대한 집행원조를 행한다.

④ 경찰은 다른 법규에 의해 경찰에게 위임된 직무를 수행하여야 한다.

제 1 조의 a 【다른 행정청과 관계】 경찰은 다른 행정기관이 위협을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없을 때에만 활동할 수 있다.

제 2 조 【비례의 원칙】 ① 다수의 가능하고 적합한 조치가 존재하는 경우, 경찰은 개인과 공중에게 가장 적은 피해를 가할 것이라고 예견되는 조치를 취하여야 한다.

② 어떠한 조치도 그 조치를 통해 달성될 결과와 비례관계에 있지 않은 손해를 초래하여서는 아니된다.

③ 경찰의 조치는 그 목적이 달성될 때까지 혹은 목적이 달성될 수 없음이 명백해질 때까지만 허용된다.

354) 독일 통일경찰법모범초안개정시안은 모범초안에 제8조의 a - 제8조의 d, 제10조의 a - 제10조의 h가 추가된 것이다. 따라서 모범초안은 서정법, 전계역서의 부록을 인용하였고, 모범초안 중 추가된 개정시안은 홍준형 외, 전계보고서, 208~217면(제8조의 a - 제8조의 d, 제10조의 a - 제10조의 h : 이탤릭체 부분)을 인용하였다.

제 3 조 【재량, 수단의 선택】 ① 경찰은 의무적합적 재량에 따라 그의 조치를 행한다.

② 위협의 방지를 위하여 다수의 수단이 고려되는 경우에는, 그 중의 어느 하나가 결정되는 것으로 충분하다. 그에 의하여 공중에게 더 커다란 피해가 발생하지 않는 한, 관계인은 동일한 효과를 가진 다른 수단을 사용해 줄 것을 청구할 수 있다.

제 4 조 【행위책임】 ① 어떤 사람이 위협을 야기한 경우에는, 그에게 조치가 취해져야 한다.

② 14세 미만의 자, 금치산자, 후견을 받고 있는 자의 행위에 대해서는 그에 대한 감독의무를 지는 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

③ 업무처리를 위하여 고용된 자가 업무수행 중에 위협을 야기한 경우에는, 그를 고용한 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

제 5 조 【상태책임】 ① 물건으로부터 위협이 발생한 경우에는, 그 물건에 대한 사실상의 지배권자에 대해 조치가 취해져야 한다.

② 조치는 소유권자 혹은 다른 정당한 권원을 가진 자에 대해서도 취해질 수 있다. 사실상의 지배권자가 소유권자 혹은 다른 정당한 권원을 가진 자의 의사에 반하여 그를 행사한 경우에는 그러하지 아니한다.

③ 위협이 무주물로부터 발생한 경우에는 그 물건에 대한 소유권을 포기한 자에 대해서 조치가 취해질 수 있다.

제 5 조의a 【조치의 직접시행】 ① 경찰은 그 조치의 목적이 제4조 혹은 제5조에 따른 책임자에 대한 조치에 의하여서는 달성될 수 없거나 적시에 달성될 수 없는 경우에는, 스스로 혹은 위임을 통하여 그 조치를 직접시행할 수 있다. 그 조치의 관계인에게는 지체없이 통지하여야 한다.

② 조치의 직접시행에 소요된 비용에 대하여는 제4조 혹은 제5조에 따른 책임자가 상환할 의무를 진다. 비용은 행정강제절차에 의하여 강제징수될 수 있다.

제 6 조 【비책임자에 대한 조치】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에는 제4조 혹은 제5조에 따른 책임자 이외의 다른 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다.

1. 현재의 중대한 위험을 방지하여야 하는 경우
 2. 제4조 혹은 제5조에 따른 책임자에 대한 조치가 불가능하거나 적시에 행해질 수 없는 경우 및 목적을 달성할 수 없는 경우
 3. 경찰이 스스로 혹은 위임을 통하여 위험을 방지할 수 없거나 적시에 방지할 수 없는 경우
 4. 그 자가 자신에 대한 현저한 위험없이 그리고 보다 높은 가치를 지닌 의무를 해함이 없이 조치의 대상이 될 수 있는 경우
- ② 제1항에 따른 조치는 위험의 방지가 다른 방법으로는 불가능한 경우에만 유지된다.

제 7 조 【기본권의 제한】 이 법률에 근거하여 생명과 신체의 불가침성에 대한 기본권(기본법 제2조 제2항 제1문), 개인의 자유(기본법 제2조 제2항 제2문)와 주거의 불가침성(기본법 제13조)이 제한될 수 있다.

제 2 절 경찰의 권한

제 8 조 【일반적 권한】 ① 경찰은 제9조 내지 제24조가 경찰의 권한을 특별히 규율하지 않는 한, 구체적인 경우에 존재하는 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다.

② 다른 법률에 의하여 경찰에게 부여된 직무의 수행을 위하여(제1조 제4항) 경찰은 그 곳에 규정된 권한을 갖는다. 그러한 법규가 경찰의 권한을 규율하지 않는 한, 경찰은 이 법률에 따라 그에게 귀속되는 권한을 갖는다.

제8조의a 【정보수집】

(1) 경찰은 위협의 방지 또는 제1조 제2항 및 제3항에서 부여된 임무를 위한 개별조치에 필요한 경우에는, 다음 각호에 관한 개인관련정보를 수집할 수 있다.

1. 제4조 또는 제5조 및 제6조의 요건하에서 그 규정에 해당하는 자
2. 피해자, 무의탁자 또는 실종자 및 그의 친족, 법정대리인 또는 신뢰인
3. 위협에 직면한 자
4. 증인, 단서제공자 또는 기타 정보제공자

(2) 경찰은 사실적 근거에 의거하여 경험칙상 범죄행위의 예방에 필요한 경우에는, 다음 각호에 관한 개인관련정보를 수집할 수 있다.

1. 구체적 정황에 비추어 볼 때 장차 범죄행위를 범할 것으로 의심되는 자
2. 제1호에서 해당하는 자와 접촉하거나 동반하는 자
3. 구체적 정황에 비추어 볼 때 범죄의 피해자가 될 것으로 의심하는 자
4. 증인, 단서제공자 또는 기타 정보제공자

제8조의b 【공개행사, 집회 및 다중집합에 대한 정보수집】

(1) 경찰은 공공의 안녕과 질서에 대한 위협이 발생하리라고 인정할만한 사실상의 근거가 있는 때에는, 집회법이 적용되지 않는 공개행사 또는 다중집합이 진행되는 동안 또는 그와 관련하여 개인관련정보를 수집할 수 있다.

(2) 경찰은 공공의 안녕과 질서에 현저한 위협이 발생하리라고 인정할만한 사실상의 근거가 있는 때에는, 공개행사가 진행되는 동안 또는 그와 관련하여 개인관련정보를 수집할 수 있다. 공공의 안녕과 질서가 교란되지 않은 때에는 그 수집결과 작성된 서류를 집회가 종료된 후 지체없이 소멸시켜야 한다.

(3) 제10조의a 제6항 및 제10조의g 제4항은 본조에 영향을 받지 않는다.

제 8 조의c 【특별한 정보수집방식】

(1) 경찰은 정보수집이 다음 각호를 위해 필요하고, 다른 수단으로 는 업무수행에 지장을 초래하지 않고서는 정보수집이 불가능하며, 그 조치가 조사대상 사실과 전혀 무관하지 않은 경우, 제8조의a 제 1항 제1호와 제2항 제1호에 규정된 자, 그와 접촉한 자 및 동반자 에 관한 개인관련정보를 제2항에 의한 방법으로 수집할 수 있다.

1. 현저한 위협의 방지를 위한 경우
2. 다음의 예방을 위한 경우

(a) 형사소송법 제100조의a 또는 형법 제176조 내지 제181조 의a, 제243조, 제244조, 제260조, 제263조 내지 제265 조, 제266조, 제324조 내지 330조a이 규정하는 범죄행위 중 하나가 행해질 것이라고 인정할 만한 사실상의 근거가 있는 경우, 당해 범죄

(b) 그 밖의 범죄로서 그 범죄행위가 직업적, 상습적으로 혹은 집단적으로 행해질 것이라고 인정할 만한 사실상의 근거가 있는 경우, 다만 위의 정보수집에도 불구하고 서신, 우편, 통화의 비밀은 영향을 받지 않는다. 정보수집이 지체될 우려가 있을 때에는 경찰관청의 장·경찰관서의 장 또는 그에 의해 위임을 받은 공무원이 정보수집을 위한 조치를 명한다.

(2) 제1항에 따른 방법은 다음과 같다.

1. 장기간의 관찰
2. 기술적 수단의 비밀 투입, 특히 사진촬영 또는 사진기록 및 증인신문 또는 화자에 대한 음색의 기록
3. 신분을 위장한 경찰집행공무원의 투입(신분위장수사관)
4. 경찰과의 협력이 제3자에게 알려지지 않은 자의 투입

(3) 경찰은 주거(제19조 제1항 제2문) 내외에서는, 개인의 신체, 생명, 자유에 대한 현재의 위협 혹은 유가물, 재산의 가치에 대하여 불가피한 경우에 한하여 제2항에 규정된 방법으로 개인관련정보를 수집할 수 있다. 기술적 수단이 동반되고 기록이 행해지지 않는 경우, 제2항 제2호에 의한 정보수집은 주거 내외에 있어서는, 주거에 의 경찰적 개입이 개인이 신체, 생명에 대한 위협을 궁극적으로 방지하는 것이 아니라면 위협이 있는 경우 외에는 판사에 의하여만 지시될 수 있다. 절차에는 제20조 제1항이 준용된다.

(4) 관찰에 있어 독자적인 기록장치에 설치되어 있는 경우에는 제1항에 규정된 자 이외의 다른 자에 대한 기록은 즉시 폐기되어야 한다.

(5) 제1항과 제3항에 규정된 조치가 종결된 후에는 조치의 목적을 저해하지 않고 행해질 수 있는 한 즉시 당사자에게 통지되어야 한다. 이러한 통지는 개인관련정보에 대한 기록이 행해지지 않았거나 기록이 조치의 종결 후에 즉시 폐기된 경우에는 필요하지 않다. 제1문에 의한 통지는 발생한 상황에 당사자에 대한 형법상 수사절차에 관련되어 있는 경우에는 행해지지 않는다.

제 8 조의d 【경찰감시】

(1) 경찰은 범죄행위의 예방을 위한 목적으로, 다음 각호의 1에 해당하는 경우 다른 경찰관청·경찰관서들이 다른 단서에 의한 조사 시 알게 된 사람이나 차량의 출현을 보고하도록 하기 위하여(경찰감시의 통고), 제8조의a 제2항 제1호에 규정된 자의 행장 혹은 그가 사용하거나 동원한 차량의 등록번호를 경찰감시자료에 저장할 수 있다.

1. 개인에 대한 총체적 평가 및 이전의 범죄행위로부터 장래의 현저히 중요한 범죄행위의 발생이 예견되는 경우
2. 제8조의c 제1항 제1문 2a호 또는 외국인법 제47조의a에 의한 중요한 범위내의 범죄행위를 행했다고 볼 수 있는 사실상의 근거가 존재하는 경우

(2) 경찰감시에 대한 통고명령은, 통고의 근거해서 신고된 그러한 자와 기타의 동반자 및 그들이 지닌 물건 혹은 차량에 대한 인지가 제1항이 의미하는 범죄행위의 예방을 위하여 필요하다는 것이 사실 관계에 의하여 정당화되는 경우에만 허용된다. 조치의 명령은 주무 행정청·주재공무원·그 상위직의 공무원을 통하여 행해지며, 문서에 의하여 행해져야 한다.

(3) 명령은 최장 1년을 기간으로 한다. 늦어도 6개월의 경과 후에는 명령의 요건이 존재하는지의 여부가 심사되어야 한다; 심사의 결과는 문서에 의해 나타나야 한다. 진행기간을 연장하기 위하여는 새로운 명령이 있어야 한다.

(4) 명령의 요건이 더 이상 존재하지 않는 경우 또는 조치의 목적이 달성되거나 혹은 달성이 불가능하게 된 경우에는 지체없이 경찰감시의 통고를 해제하여야 한다.

제9조 【신원확인 및 신분증명서의 심사】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에 신원을 확인할 수 있다.

1. 위협의 방지를 위하여 필요한 때
2. 사람이 다음과 같은 장소에 체류하고 있을 때
 - a) 사실상의 근거에 기초하여 경험칙상 판단에 따를 때 그 곳에서 다음과 같은 것이 인정될 수 있는 경우
 - aa) 범죄의 음모, 예비, 착수가 행해질 염려가 있는 경우
 - bb) 체류를 위하여 필요한 허가없이 체류하고 있는 경우
 - cc) 범인을 은닉하려는 경우
 - b) 매춘을 하려고 하는 경우
3. 사람이 교통·공급시설이나 설비·공중교통수단·청사 혹은 다른 특히 위험한 시설내에 있거나 그에 인접하여 있을 때, 이 같은 시설내부 혹은 그 시설 주위에서 그 같은 시설 내에 있거나 주위에 있는 자에 의해 범죄행위가 행해질 것이라는 사실이 인정될 수 있을 때 혹은 그 시설 자체가 직접적으로 위협에 처하게 될 때

3. 독일 통일경찰법모범초안 개정시안

4. 경찰에 의해 설치된 검문소에서 형사소송법 제100조의 a 혹은 집회및시위에관한법률 제27조에 규정된 범죄를 저지를 목적으로 할 때

② 경찰은 신원확인을 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다. 경찰은 특히 관계인을 정지시키고, 그의 인적사항을 심문하고 심사를 위하여 소지하고 있는 신분증명서의 제시를 요구할 수 있다. 신원확인이 다른 방법으로는 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 그를 구금할 수 있다. 3항의 요건이 충족되는 한도에서는 관계인이 소지하고 있는 물건에 대해서도 수색을 행할 수 있다.

③ 경찰은 관계인이 신분증명서를 휴대하여야 할 의무가 법규에 규정되어 있는 경우에는, 심사를 위하여 신분증명서의 제시를 요구할 수 있다.

제10조 【감식조치】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에 감식조치를 행할 수 있다.

1. 제9조에 따른 신원확인이 다른 방법으로는 불가능하거나 현저히 곤란할 때
2. 관계인이 형벌의 부과가 규정되어 있는 범죄를 행하였다는 혐의를 받고 있고, 행위의 성질이나 시행상 반복될 위험이 존재하기 때문에 범죄행위의 예방을 위하여 필요할 때

② 제1항의 조건이 소멸된 경우에는 관계자는 감식자료의 폐기를 요구할 수 있다.

③ 감식조치로는 특히 다음과 같은 것이 있다.

1. 지문과 掌紋의 채취
2. 사진촬영
3. 신체적 특성의 확인
4. 신장이나 체중의 측정

제10조의a 【정보의 보관, 변경, 이용】

(1) 경찰은 그 임무를 수행하기 위하여 필요한 경우, 개인정보정보를 문서 또는 화일에 보관하거나 변경하고 그 밖의 방법으로 이용할 수 있다.

(2) 제8조의a 제1항 제1호 및 제2항 제1호에 규정된 자 이외의 자에 대한 개인정보정보의 이용은 경찰이 정보를 입수한 목적과 동일한 목적을 위하여만 허용된다. 그 밖의 경찰상의 목적을 위하여는 경찰이 그러한 목적을 위하여 정보를 수집하는 것이 허용되는 경우에 한하여 당해 정보를 이용할 수 있다.

(3) 경찰은 범죄행위의 예방을 위하여 필요한 경우, 범죄에 대한 혐의자의 형사조사절차 중에 획득한 개인정보정보를 화일에 보관하거나 변경하고 그 밖의 방법으로 이용할 수 있다.

(4) 경찰은 형법 제138조에 규정된 범죄 및 형법 제84조 내지 제89조 혹은 제129조에 의한 범죄행위 또는 다음 각호에 의한 영업범 혹은 조직범죄행위를 예방하기 위하여 불가피한 경우에는, 범죄행위를 예방하기 위한 범위내에서 제8조의a 제2항 제2호 내지 제4호에 규정된 자에 대한 개인정보정보를 화일로 보관하거나 변경하고 그 밖의 방법으로 이용할 수 있다.

1. 형법 제243조, 제244조, 제260조, 제264조 또는 제324조 내지 330조a
2. 무기법 제52조a 또는 제53조 제1항 제1문 제1호 혹은 제2호
3. 전쟁무기의통제에관한법률 제16조 제1항 내지 제4항
4. 마취제법 제29조 제3항 제1호 또는 제4호, 혹은 제30조 제1항 제1호, 제2호, 제4호 또는
5. 외국인법 제47조a

보관기관은 3년을 초과할 수 없다. 경찰은 최후의 보관시점으로부터 매1년 경과시마다 제1문에 의한 요건이 존재하는지의 여부를 심사하여야 한다; 이에 대하여는 경찰관청의 장/경찰관서의 장 또는 그에 의해 수입된 공무원이 결정한다.

- (5) 화일에 저장된 사항이 가치평가를 내용을 하는 것인 경우에는, 평가의 기초가 되는 근거들이 어떤 경찰관서에 의해 작성되었는지를 확인할 수 있어야 한다.
- (6) 경찰은 저장된 개인관련정보를 경찰교육 또는 계속교육을 위하여 이용하거나 통계상의 목적을 위하여 활용할 수 있다. 제2항 내지 제4항은 그 한도내에서 적용이 없다.

제10조의b 【선례관리와 문서보관】

경찰은 경찰적용의 선례관리 또는 기한부 문서보관의 목적으로 개인관련정보를 저장할 수 있으며 오로지 이러한 목적을 위하여 이용할 수 있다. 그 한도내에서 제10조a는 적용이 없다.

제10조의c 【정보교부】

(1) 경찰관청·경찰관서들은 서로 경찰임무의 수행을 위하여 필요한 경우 개인관련정보를 교부할 수 있다. 이에 대하여는 제10조의a 제2항이 준용된다.

(2) 다른 행정기관 혹은 공공기관이 위험방지를 위한 권한을 가지는 경우, 경찰은 이들 기관에게, 자신이 보유하고 있는 개인관련정보를 인지하는 것이 그 수령인의 임무수행을 위하여 필요하다고 인정되는 한, 당해 개인관련정보를 교부할 수 있다.

(3) 경찰은 다음 각호의 1에 해당하는 경우 그 밖의 행정기관 또는 공공기관에게 개인관련정보를 교부할 수 있다.

1. 경찰임무의 수행을 위하여 필요한 경우
2. 수령인이 위험을 방지하는데 필요한 경우
3. 공공복리 혹은 개인의 보호가치있는 이익에 대한 현저한 불이익의 방지 또는 제거를 위하여 필요한 경우

경찰은 제1문 제1호 또는 제3호의 요건하에서 공공기관이 아닌 자 또는 개인에게 개인관련정보를 교부할 수 있다.

(4) 경찰은 다음 각호의 1에 해당하는 경우, 외국의 공공기관 및 초국가적 기관 또는 국가간에 설립된 기관에게 개인관련정보를 전달할 수 있다.

1. 전달하는 경찰관청·경찰관서의 임무수행을 위하여 필요한 경우 또는
2. 수령인이 현저한 위험을 방지하는데 필요한 경우

개인관련정보의 교부는 이로 인해 독일 법률의 목적에 위반되거나 당사자의 보호가치있는 이해가 침해될 것이라고 볼 수 있는 근거가 있는 때에는 허용되지 않는다. 수령인에게는 교부되는 정보가 교부된 목적을 위해서만 사용될 수 있다는 것을 알려야 한다.

(5) 제2항 내지 제4항에 의한 개인관련정보는, 경찰이 정보를 수집하거나 저장하게 된 목적을 위해서만 교부될 수 있다. 제1문에 대한 예외로, 수령인을 통한 임무의 수행이 불가피하고 수령인이 다른 방법으로는 정보를 얻는 것이 불가능하거나 시기에 늦거나 과도한 비용이 요구되는 경우에는 그러하지 아니하다. 이 경찰은 범죄예방을 위하여 제8조의a 제2항 제1호에 의하여 수집되거나 제10조의a 제3항에 의하여 저장된 개인관련정보를 제2항 내지 제4항이 규정하는 바에 따라 교부할 수 있다. 다만, 제1문에도 불구하고 경찰은 제10조의a 제4항에 의하여 저장된 개인관련정보를 단순히 다른 경찰관청·경찰관서에게 교부할 수 있다.

(6) 경찰에 의해 교부되는 정보가 영업상 또는 특히 공무상 비밀에 의하여 보호되는 것인 때에는, 경찰은 자신이 당해 정보를 수집했거나 수집할 수 있었을 목적과 동일한 목적을 달성하기 위하여 수령인이 당해 정보를 필요로 하는 경우에만 그 정보를 수령인에게 교부할 수 있다.

(7) 경찰의 임무수행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 다른 행정기관 및 기타 공공기관은 개인관련정보를 경찰에 교부할 수 있다. 정보는 경찰의 요청이 있을 때 교부될 수 있다. 경찰은 정보수집의 요건이 존재하는 경우에 한하여 그에 상응하는 교부를 요청할 수 있다.

- (8) 정보를 교부하는 경찰관청·경찰관서는 당해 정보의 교부가 적법한 것인지 여부를 심사한다. 수령인의 요청에 의하여 정보가 교부되는 경우에는 교부기관은 단지 교부요청이 수령인의 임부의 범위에 속하는지 여부만을 심사한다. 그 밖의 경우 교부기관은 개별적인 경우 특별한 사유가 존재하는 때에만 교부의 적법성을 심사한다. 수령인은 교부기관에게 심사에 필요한 보고를 할 의무를 진다.
- (9) 수령인은 법률에 특별한 규정이 없는 한, 교부된 개인정보를 교부된 목적으로만 이용하여야 한다.
- (10) 정보교부에 대한 그 밖의 특별한 법규정들은 그 효력에 영향을 받지 않는다.

제10조의d 【자동정보검색절차】

- (1) 정보검색을 통하여 개인정보를 교부할 수 있도록 해 주는 자동화된 절차를 개설하는 것은 당사자의 보호가치있는 이익과 경찰임무의 수행을 고려하여 그러한 정보교부의 방식이 적절하다고 인정되는 경우에 허용된다. 경찰관청·경찰관서 이외의 다른 기관에 의한 검색은 금지된다.
- (2) 연방정보보호법 제6조·주정보보호법의 관련 규정에 의하여 요구되는 기술적, 조직적 조치들은 이를 서면으로 확정하여야 한다. 제10조의h는 그 효력에 영향을 받지 않는다.
- (3) 검색절차를 개설하기 위하여는 내무부장관의 동의를 받아야 한다. 내무부장관등은 개설명령을 포함하여 제2항에 의한 확정을 통지함으로써 연방정보보호담당관·주정보보호담당관에게 그 사실을 통고한다.

제10조의e 【정보대조】

- (1) 경찰은 제8조의a 제1항 제1호 및 제2항 제1호에 규정된 자에 대한 개인정보를 경찰화일의 내용과 대조할 수 있다. 경찰은 그 이외의 자에 대한 개인정보를, 그것을 대조하는 것이 사실상의 근거에 비추어 경찰임무의 수행을 위해 필요하다고 인정되는 때에

는 대조할 수 있다. 경찰은 나아가 임무수행의 범위내에서 획득된 개인관련정보를 수사자료와 대조할 수 있다.

(2) 그 밖의 경우 정보대조에 대한 법규정은 그 효력에 영향을 받지 않는다.

제10조의f 【특수한 정보대조방식】

(1) 경찰은 사실상 근거에 비추어 볼 때 위험방지를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는, 연방 또는 주의 존립과 안전에 대한 혹은 개인의 신체, 생명, 자유에 대한 현존하는 위협을 방지하기 위하여, 공공기관 혹은 비공공기관에 대하여 자신이 보유하고 있는 다른 정보자료와의 대조를 목적으로 특정한 인적 집단의 개인관련정보의 교부를 요구할 수 있다. 영업상 또는 특히 공무상 비밀에 관한 규정은 그 효력에 영향을 받지 않는다.

(2) 교부요구는 성명, 주소, 생년월일, 출생지 및 개별적 사안과 관련하여 확인될 수 있는 요소에 대하여서만 할 수 있다. 적정한 시간이나 비용의 지출로 해소될 수 없는 기술적 난점이 있다는 이유로 그 이상의 정보가 교부되는 경우에는 이를 사용할 수 없다.

(3) 제1항의 규정에 의한 조치의 목적이 달성되거나 달성이 불가능한 것으로 판명되는 경우, 교부된 정보 및 당해 조치와 관련하여 추가적으로 제공된 정보들은 정보저장매체에서 이를 삭제하여야 하며, 당해 정보가 그 사안과 관련된 절차를 위하여 필요하지 않는 경우에는 그 문서도 폐기하여야 한다. 어떠한 조치들이 행해졌는지에 대하여는 그 사실을 조서에 기록하여야 한다. 이 조서는 특히 기술적, 조직적 조치를 통하여 안전하게 보관되어야 하며 제1문에 의하여 문서가 폐기된 시점의 다음 연도말에 폐기되어야 한다.

(4) 당해 조치에 대한 명령은 경찰관청의 장이 이를 행한다. 그는 내무부장관의 동의를 받아야 한다.

제10조의g 【정보의 정정, 삭제, 차단】

(1) 화일로 저장된 개인관련정보가 정확하지 않을 때에는 이를 정정할 수 있다. 문서에 저장된 개인관련정보가 정확하지 않다는 것이

확인된 경우에는 이를 당해 문서에 기재하거나 그 밖의 방법으로 확인해야 한다.

(2) 다음 각호의 1에 해당하는 경우, 화일로 저장된 개인관련정보는 이를 삭제하고 그에 속하는 문서들을 폐기하여야 한다.

1. 저장이 허용되지 않는 경우
2. 일정기간이 경과한 후 행해지도록 되어 있는 재심사(제10조의h 제1항 제1문 제8호)에 의한 경우 혹은 개별적 사무처리를 계기로 당해 정보를 인지하는 것이 저장기관의 권한범위에 속하는 임무의 수행을 위하여 더 이상 필요하지 않다고 확인되는 경우

재심사의 기간은 내무부장관이 행정규칙을 통하여 정한다.

(3) 경찰이 부정확하거나 제2항 제1호에 의해 삭제되어야 할 개인관련정보가 교부된 것을 확인하고 또한 수령인을 알고 있는 경우에는, 수령인에게 그 정정 또는 삭제의 사실을 통지하여야 하며, 다만, 이를 통지하는 것이 당해인이나 사안을 평가하는데 중요하지 않거나 더 이상 중요하지 않게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

(4) 정보는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 삭제 또는 폐기될 수 없다.

1. 당사자의 보호가치있는 이익이 침해되어질 것이라는 근거가 존재하는 경우
2. 현존하는 증거의 곤란을 극복하기 위하여 정보가 불가피한 경우 또는
3. 정보의 이용이 학문적 목적을 위하여 필요한 경우. 이 경우에는 정보를 차단하고 그 차단되었다는 뜻을 기입하여야 한다. 정보는 제1문에 규정된 목적으로만 또는 그 밖에 당사자의 동의가 있는 경우에 한하여 이용될 수 있다.

(5) 정보저장매체는 문서보관법이 이를 규정하는 경우에는 제2항 제1문 제2호에 의하여 당해 정보를 삭제, 폐기하는 대신에 국가공문서실에 이관될 수 있다.

제10조의h 【등재대상의 작성】

(1) 경찰집행업무의 모든 자동화된 화일에 대해서는 등재대장을 작성하여 적어도 다음 각호의 사항을 확정적으로 등재하여야 한다.

1. 화일의 명칭
2. 화일의 법적 근거와 목적
3. 개인관련정보가 파일에 저장되는 대상의 인적 범위
4. 저장되는 개인관련정보의 종류
5. 화일의 해명에 유용한 개인관련정보의 종류
6. 저장될 개인관련정보의 공급 또는 제출
7. 화일에 저장된 정보를 교부할 경우 그 수령인 및 절차에 관한 요건
8. 화일에 대한 저장기간의 연장이 임무수행을 위하여 필요한지 여부를 심사할 수 있는 시점, 이 경우 사안의 종류, 중요성 및 당사자의 연령에 따라 개별적으로 정해지는 기한

이에 관하여 세부적인 사항은 내무부장관이 행정규칙으로 정한다. 내무부장관은 연방 및 주의 정보보호담당관에게 등재대장을 송부한다.

(2) 개인관련정보의 보호는 필요하다고 인정되는 정도로 제한될 수 있다. 상당한 시간적 간격을 두고 화일의 계속보유 또는 변경의 필요성여부가 심사되어야 한다.

제11조 【소환】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에 서면 혹은 구두로 사람을 소환할 수 있다.

1. 어떤 자가 특정한 경찰과제의 수행을 위하여 필요한 적절한 진술을 할 수 있다는 것을 인정할 정당성이 있는 경우

2. 감식조치의 시행을 위하여 필요한 경우

② 소환을 행함에 있어서는 그 이유를 상대방에게 알려주어야 한다. 시간의 확정에 있어서는 관계인의 직업과 그 밖의 생활관계를 고려하여야 한다.

③ 관계인이 충분한 근거없이 소환에 응하지 않으면, 다음 각호의 경우에 소환은 강제적으로 행해질 수 있다.

3. 독일 통일경찰법모범초안 개정시안

1. 예견되는 진술이 개인의 신체, 생명 및 자유에 대한 위협의 방지를 위하여 필요한 경우
2. 감식조치의 수행을 위하여 필요한 경우
- ④ 소환과 관련하여서는 형사소송법 제136조의 a가 준용된다.
- ⑤ 증인 혹은 감정인으로 소환된 자에 대한 손실보상에 대해서는 증인과 감정인에 대한 손실보상에 관한 법률이 준용된다.

제12조 【퇴거명령】 경찰은 위험방지를 위하여 어떤 장소로부터의 퇴거를 명하거나 어떤 장소에의 출입을 금지시킬 수 있다. 소방대 혹은 응급구조대의 출입에 장애가 되는 자에 대해서도 동일한 조치가 행해질 수 있다.

제13조 【보호조치】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에 보호조치를 취할 수 있다.

1. 특히 자유로운 의사결정이 배제되어 있거나 혹은 타인의 원조를 필요로 하는 상태에 있는 자를 생명 또는 신체에 대한 위협으로부터 보호하기 위하여 필요한 때
2. 범죄행위나 중대한 위험을 초래하는 질서위반행위가 목전에 행해지거나 계속되는 것을 저지하기 위하여 필요한 때
- ② 경찰은 보호자의 보호를 벗어난 미성년자를 보호자 혹은 청소년 보호시설에 인계하기 위하여 보호조치를 취할 수 있다.
- ③ 미결구금, 자유형 혹은 자유를 박탈하는 조치의 집행을 면한 자 또는 허가없이 행형시설 밖에 거주하는 자를 보호하여 다시 그 시설에 인계할 수 있다.

제14조 【법관의 결정】 ① 제9조 제2항 제3문, 제11조 제3항 혹은 제13조에 근거하여 사람을 구금한 경우에 지체없이 자유박탈의 허용성과 계속성에 대한 법관의 결정을 받아야 한다. 법관의 결정이 경찰조치의 근거가 소멸된 이후에야 비로소 행해질 것이라는 것이 인정될 수 있는 경우에는 법관의 결정을 요하지 않는다.

② 제①항에 따른 결정권한은 그 사람을 구금한 지역을 관할하는 지방법원지원이 갖는다. 절차는 자유박탈에 있어서의사법절차에 관한 법률의 규정에 따라 행해진다.

제15조 【구금된 자에 대한 조치】 ① 제9조 제2항 제3문, 제11조 제3항 혹은 제13조에 근거하여 사람을 구금한 경우에는 지체없이 그 이유를 고지하여야 한다.

② 그에 의하여 자유박탈의 목적이 위협을 받지 않는 한 구금된 자에게는 그의 친족이나 친지에게 알릴 기회를 부여하여야 한다. 사법적 자유박탈의 경우에도 고지의무는 영향을 받지 않는다. 구금된 자가 제1항에 정한 권리를 행사할 수 없고 고지가 그의 추정적 의사에 반하지 않는 경우에는 경찰이 고지의무를 승계한다. 구금된 자가 미성년자, 금치산자, 피후견자인 경우에는 모든 경우에 그에 대한 보호의무자에게 고지하여야 한다.

③ 구금된 자는 그의 동의없이 수형자 혹은 미결구금자와 동일한 공간에 수용되어서는 아니된다. 남자와 여자는 분리수용되어야 한다. 구금자에게는 자유박탈의 목적 혹은 보호질서를 위하여 요구되는 한도에서 제한이 부과될 수 있다.

제16조 【자유박탈의 기간】 다음 각호의 경우 구금된 자는 석방되어야 한다.

1. 경찰의 보호조치의 근거가 소멸한 경우
2. 계속적인 자유박탈의 법관의 결정에 의하여 허용되지 않는 것으로 판명된 경우
3. 어떠한 경우에도 법관이 다른 법률에 근거하여 그의 계속을 사전에 명하지 않는 한 늦어도 다음날 자정까지는 석방되어야 한다.

제17조 【신체의 수색】 ① 경찰은 제9조 제2항 제4문의 경우 이외에 다음 각호의 경우에 신체에 대한 수색을 행할 수 있다.

1. 이 법률 혹은 다른 법규에 의하여 사람을 구금할 수 있는 경우

2. 주변정황으로 미루어보건대 영치될 수 있는 물건을 휴대하고 있다는 것이 인정될 수 있는 경우
 3. 자유로운 의사결정이 배제되어 있거나 타인의 조력이 필요한 상태에 있다는 것이 인정될 수 있는 경우
 4. 제9조 제1항 제2호에 열거한 장소에 체재하는 경우
 5. 제9조 제1항 제3호상의 시설 내에 있거나 인접해 있는 경우 또는 그러한 종류의 시설내 혹은 인근에서 범죄가 행하여질 것이라는 것이 정당화되는 경우
- ② 경찰은 사정상 경찰공무원 혹은 제3자의 신체나 생명에 대한 위협을 보호하기 위하여 필요한 경우에는 이 법률 혹은 다른 법규에 따라서 신원확인을 받아야 할 사람이 무기, 기타 위험물 혹은 폭발물을 소지하고 있는지 여부를 수색할 수 있다.
- ③ 신체에 대한 수색은 同性 혹은 의사에 의하여서만 행해질 수 있다. 이것은 생명 혹은 신체에 대한 위협을 보호하기 위하여 즉시수색이 필요한 경우에도 적용된다.

제18조 【물건의 수색】 ① 경찰은 제9조 제2항 제4문의 경우 이외에도 다음 각호의 경우 물건에 대한 수색을 행할 수 있다.

1. 제17조에 따라 수색을 받는 자가 휴대하고 있는 경우
2. 주변정황으로 미루어보건대 다음의 사실이 인정될 때
 - a) 보호조치를 받고 있는 자가 그 안에 있거나
 - b) 사람이 부당하게 구금되어 있거나
 - c) 사람이 타인의 조력이 필요한 상태에 놓여 있는 경우
3. 그 안에 영치될 수 있는 다른 물건이 존재한다는 사실이 인정될 때
4. 제9조 제1항 제3호에 열거된 장소에 있는 경우
5. 제9조 제1항 제3호의 물건 내에 있거나 그와 인접해 있고 그 물건내 혹은 주위에서 범죄행위가 행해질 것이라는 사실이 인정될 때
6. 제9조 제1항 제4문에 따른 신원확인이 행해질 수 있는 자가 있는 자동차, 선박, 항공기가 문제되는 경우: 수색은 자동차내에 있는 물건에 대해서까지도 행해질 수 있다.

② 물건의 수색에 있어 사실상의 지배권자는 그에 참석할 권리를 가진다. 그가 부재중인 경우에는 대리인 혹은 다른 증인이 참석하여야 한다. 요구가 있는 경우에는 사실상의 지배권자에게 수색과 그의 근거에 대한 증명서가 발급되어야 한다.

제19조 【가택출입과 수색】 ① 경찰은 다음 각호의 경우에 소유자의 동의없이 가택에 출입하여 수색을 행할 수 있다.

1. 제11조 제3항에 따라 구인될 수 있거나 혹은 제13조에 따라 보호조치가 취해질 수 있는 자가 그 안에 있다는 사실이 인정될 수 있을 때
2. 제21조 제1호에 따라 영치될 수 있는 물건이 그 안에 있다는 사실이 인정될 수 있을 때
3. 사람의 생명, 신체 혹은 자유 또는 중요한 가치있는 물건에 대한 현재의 위험의 방지를 위하여 필요한 경우. 여기서 주거란 거실, 그 밖의 공간, 작업실, 사무실 및 그 밖에 평온이 보장되어야 할 소유물을 포함한다.

② 야간에는 (형사소송법 제104조 제3항) 사람의 생명, 신체 혹은 자유 또는 중요한 가치있는 물건에 대한 현재의 위험의 방지를 위하여 필요한 경우에만 제1항에 따른 가택의 출입과 수색이 허용된다.

③ 다음 각호의 경우에는 급박한 위험의 방지를 위하여 가택에 출입할 수 있다.

1. 사실에 근거하여 경험칙에 따라 판단하건대, 그 곳에서 다음의 행위가 행해질 것이라고 인정되는 경우
 - a) 범죄의 예비, 음모, 착수
 - b) 필요한 체류허가가 없는 경우
 - c) 범인의 은닉
2. 매춘의 장소로 제공되는 경우

④ 공중에게 개방되어 있거나 있었고 체제하는 사람들이 더 머무를 수 있는 작업실, 사무실 및 다른 토지와 공간에 대해서는 작업시간 및 체제시간 중에는 위험방지(제1조 제1항)를 위하여 출입할 수 있다.

제20조 【가택수색의 절차】 ① 가택의 수색은 임박한 위험이 있는 경우외에는 단지 법관에 의하여서만 행해질 수 있다. 가택의 소재지를 관할구역으로 하는 지방법원지원이 관할권을 갖는다. 자유로이재판을 받을 기회에 관한 법률의 규정이 이 절차에 준용된다.

② 가택수색의 경우 가택의 소유자는 그에 참여할 권리가 있다. 그가 부재중인 경우에는 가능하다면 그의 대리인, 성년인 친척, 동거인 혹은 인인이 참석하여야 한다.

③ 가택의 소유자 혹은 그의 대리인에게는 그로 인하여 수색의 목적달성이 현저히 곤란해지지 않는 한, 수색의 이유가 지체없이 통지되어야 한다.

④ 수색에 관하여는 조서가 작성되어야 한다. 조서에는 책임있는 부서, 수색의 근거, 시간, 장소와 결과가 기재되어야 한다. 조서에는 수색을 행한 공무원, 가택소유자 혹은 기타 참여인이 서명하여야 한다. 서명을 거부하는 경우에는 그에 관한 이의를 부기하여야 한다. 가택의 소유자 혹은 대리인의 요구가 있는 경우에는 조서의 사본이 교부되어야 한다.

⑤ 조서의 작성 혹은 사본의 교부가 특별한 사정으로 인하여 불가능하거나 수색의 목적을 위협하는 경우에는 관계인은 책임있는 부서의 진술서에 서면으로 수색의 시기와 장소를 확인할 수 있어야 한다.

제21조 【영치】 경찰은 다음 각호의 경우에 물건을 영치할 수 있다.

1. 현재의 위험을 방지해야 할 때
2. 소유권자 혹은 적법한 점유자를 물건의 망실 혹은 훼손으로부터 보호하기 위하여
3. 이 법률 혹은 다른 법규에 의하여 구금된 자가 휴대하고 있는 물건이 다음의 목적으로 사용될 수 있을 때, 즉
 - a) 자살 혹은 자상
 - b) 타인의 생명 혹은 건강의 훼손

- c) 타인의 물건에 대한 손상
- d) 도주를 가능 내지 용이케 할 목적으로 사용

제22조 【임치】 ① 영치된 물건은 임치되어야만 한다. 물건의 성질상 임치할 수 없거나 경찰이 임치하는 것이 적당하지 않은 경우에는 다른 적당한 방법으로 영치하거나 보존할 수 있다. 이 경우 제3자에 의한 임치도 가능하다.

② 관계인에게는 영치의 이유와 보관된 물건을 표시한 증명서를 교부하여야 한다. 사정상 증명서를 교부할 수 없는 경우에는 증명서를 교부하지 못하는 이유를 밝힌 영치조서를 작성하여, 그 물건의 소유권자 혹은 정당한 사실상의 지배권자에게 지체없이 통지하여야 한다.

③ 영치된 물건이 임치된 경우에는 경찰은 가능한 한 그 물건의 가치가 감소되지 않도록 하여야 한다. 권리자의 요구에 따라 제3자가 물건을 임치한 때에는 그러하지 아니하다.

④ 임치된 물건에 대해서는 목록을 작성하고 혼동을 방지하기 위한 표시가 행해져야 한다.

제23조 【환가, 폐기】 ① 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 영치된 물건의 환가가 허용된다.

1. 물건이 망실되거나 가치가 현저히 저하될 염려가 있는 경우
2. 물건의 임치, 보존 혹은 유지에 과도한 비용이 들거나 그것이 곤란한 경우
3. 물건의 사실상 그를 영치하여도 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험을 제거할 수 없는 경우
4. 영치의 요건이 새로이 발생함이 없이 1년이 경과한 후에도 권리자에게 반환할 수 없는 경우
5. 일정한 기한을 정하여 그 기한내에 그 물건을 찾아가지 않으면 환가를 하겠다는 취지를 권리자에게 통지하였음에도 불구하고 상당한 기간내에 이를 찾아가지 않은 경우

② 환가에 앞서 그 물건의 소유자, 그 밖의 권리자 및 관계당사자의 의견을 들어야 한다. 환가조치의 사정과 목적이 허용하는 한, 환가 명령 및 환가의 시기와 장소가 통지되어야 한다.

③ 환가는 공매 방식에 의하여야 한다. 이에 민법 제979조 제1항이 준용된다. 경매가 성립되지 않거나 처음부터 성립가능성이 없다고 생각되는 경우 혹은 경매비용이 매각예정가격을 초과함이 명백한 경우에는 수의계약을 통하여 매각할 수 있다. 매각대금은 환가된 물건의 대용물이 된다. 상당한 기간내에 매수인이 나타나지 않는 경우에는 그 물건은 공공의 목적에 제공될 수 있다.

④ 다음 각호의 경우에는 영치된 물건을 그 용법대로 사용할 수 없게 하거나 폐기할 수 있다.

1. 환가시에 영치의 사유가 존속하고 있거나 새로이 발생한 경우
2. 환가가 다른 사유로 인해 불가능한 경우

제24조 【영치된 물건 또는 경락대금의 환부, 비용】 ① 영치의 전제조건이 소멸한 경우에는, 영치된 물건을 피영치자에게 반환하여야 한다. 피영치자에게 반환할 수 없는 경우에는 그 물건에 대한 권리를 갖고 있다고 믿을 만한 자에게 반환할 수 있다. 반환에 의하여 새로이 영치의 요건이 성립되는 경우에는 반환하지 못한다.

② 물건이 환가된 경우에는 그 경락대금을 교부하여야 한다. 정당한 권리자가 없거나 소재가 불분명한 경우에는 민법의 규정에 따라 경락대금은 공탁되어야 한다. 경락대금의 교부청구권은 그 물건의 환가된 때로부터 3년이 경과하면 소멸한다.

③ 영치와 임치의 비용은 제4조 혹은 제5조에 따른 경찰책임자의 부담으로 한다. 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우에는, 그들은 연대채무자로서 책임을 부담한다. 물건의 교부는 비용의 지급을 조건으로 할 수 있다. 물건이 환가된 경우에는 비용은 경락대금에서 충당할 수 있다. 비용은 행정상 강제징수절차에 의해 징수될 수 있다.

④ 민법 제938조의 규정은 이에 영향을 받지 아니한다.

제 3 절 집행원조

제25조 【집행원조】 ① 경찰은 직접강제가 행하여져야 하고 다른 행정청은 그를 위하여 필요한 실력을 갖고 있지 못하거나 그의 조치를 다른 방법으로는 스스로 시행할 수 없는 경우에 있어서 다른 행정청의 요청에 의하여 집행원조를 행한다.

② 경찰은 단지 시행의 종류와 방법에 대해서만 책임을 진다. 그 밖의 것에 대해서는 행정응원에 관한 원칙이 준용된다.

③ 행정응원에 관한 의무는 이와 관련없다.

제26조 【절차】 ① 집행원조의 요구는 서면으로 하여야 한다. 그에는 조치의 이유와 법적 근거가 명기되어 있어야 한다.

② 급박한 경우에는 요청은 일정한 형식을 갖추지 않아도 된다. 그러나 요구가 있는 경우에는 지체없이 문서로 확인되어야 한다.

③ 요구를 하는 행정청은 요구의 시행에 관하여 통지를 받아야 한다.

제27조 【자유박탈에 있어서의 집행원조】 ① 집행원조의 요구가 자유의 박탈을 내용으로 하는 경우에는 자유박탈의 허용성에 대한 법원의 결정이 제시되거나, 요구서에 표시되어야 한다.

② 법원의 결정이 사전적으로 행해지지 않은 경우에는, 요구를 하는 행정청이 그를 받지 못하거나 사후적으로 법원의 결정을 지체없이 신청하지 않는 경우에는 경찰은 구금된 자를 석방하여야 한다.

③ 제15조와 제16조는 이에 준용된다.

제 4 절 강제

제 1 관 작위, 수인, 부작위의 강제

제28조 【행정강제의 허용성】 ① 작위, 수인 혹은 부작위를 내용으로 하는 행정행위는 그것이 불가쟁력을 발생하거나 그에 대한 쟁송이

집행정지효를 갖지 못할 때에 강제수단에 의해 시행될 수 있다.

② 특히 제4조에 따른 자에 대한 조치가 불가능하거나 적시에 행하여질 수 없거나 혹은 아무런 효과도 가져오지 못할 것으로 예견되기 때문에 행정강제가 위험방지를 위하여 필요하고 이 경우 경찰이 그의 권한 내에서 행위를 하는 경우에는, 선행 행정행위를 전제함이 없이 행정강제가 행해질 수 있다.

제29조 【강제수단】 ① 강제수단은 다음과 같다.

1. 대집행(제30조)
2. 강제금(제31조)
3. 직접강제(제33조)

② 강제수단은 제34조와 제39조가 정하는 바에 따라 사전에 고지되어야 한다.

③ 강제수단은 형벌 혹은 과태료와 병과될 수 있고, 행정행위가 이행될 때까지 혹은 다른 방법으로 소멸될 때까지 반복되고 변경될 수 있다.

제30조 【대집행】 ① 타인에 의해 대행될 수 있는 작위(대체적 작위) 의무를 이행하지 않는 경우에는, 경찰은 관계인의 비용부담으로 그 작위를 스스로 행하거나 그 시행을 타인에게 위탁할 수 있다.

② 관계인으로 하여금 대집행비용의 개산액을 사전에 납부하도록 정할 수 있다. 관계자가 대집행의 비용 혹은 예상되는 비용을 기한 내에 지불하지 않은 경우에는 행정상 강제징수절차에 따라 이를 강제징수할 수 있다. 관계인이 요구된 작위의무를 이행하는 즉시 예상비용의 징수는 중지된다.

제31조 【강제금】 ① 강제금은 10 내지 5000마르크 사이에서 문서로 정해진다.

② 강제금을 확정함에 있어서는 관계인에게 상당한 납부기한이 부여되어야 한다.

③ 관계인이 강제금을 기한내에 납부하지 않을 때에는 행정상 강제징수절차에 따라 이를 강제징수할 수 있다. 관계인이 요구된 작위의무를 이행하거나 수인되어야 할 조치를 수인한 경우에는 징수가 중지된다.

제32조 【대체강제구류】 ① 관계인이 강제금을 납부할 수 없는 경우 강제금의 부과시에 그에 대한 고지가 있었다면, 행정법원은 경찰의 요청에 의하여 대체강제구류를 명할 수 있다. 이 경우 대체강제구류의 기간은 1일 이상 2주 이하로 한다.

② 대체강제구류는 경찰의 요청에 의하여 민사소송법 제904조 내지 제910조에 따라 사법행정기관이 집행한다.

제33조 【직접강제】 ① 경찰은 다른 강제수단이 없거나, 다른 강제수단으로는 강제의 효과를 기대할 수 없는 경우 혹은 다른 강제수단이 합목적적이지 못한 경우에 직접강제를 행할 수 있다. 직접강제의 종류와 방법에 대하여는 제35조 이하의 규정이 적용된다.

② 진술의 청취를 위한 직접강제는 허용되지 않는다.

제34조 【강제수단의 계고】 ① 강제수단은 가능한 한 문서에 의해 계고되어야 한다. 계고의 내용에는 관계인이 의무를 이행하기 위한 상당한 기간이 포함되어 있어야 한다. 그러나 수인의무 혹은 부작위의무가 강제되는 경우에는 기간을 정하지 않아도 무방하다. 사정상 계고를 할 수 없을 때, 특히 위험방지를 위하여 강제수단을 즉시 취하는 것이 불가피할 경우에는 계고는 생략될 수 있다.

② 계고는 작위, 수인 혹은 부작위의무를 과하는 행정행위와 결합되어 행해질 수 있다. 권리구제수단이 집행정지효를 갖지 못하는 경우에는, 계고는 가능한 한 행정행위와 결합하여 행해져야 한다.

③ 계고를 통해 특정한 강제수단이 확정되어야 한다. 다수의 강제수단을 계고하는 경우에는, 강제가 행해지는 순서가 적시되어야 한다.

④ 대집행이 계고되는 경우에는, 비용의 개산액이 고지되어야 한다.

⑤ 강제금은 정액으로 고지되어야 한다.

⑥ 계고는 송달되어야 한다. 계고가 그 근거가 되는 행정행위와 결합되어 행해지고, 그 행정행위에 대해서는 송달에 관한 규정이 없는 경우에도 또한 같다.

제 2 관 직접강제의 시행

제35조 【법적 근거】 ① 경찰이 기본법 혹은 다른 법규에 따라 직접강제를 행할 권한을 갖는 경우 그의 종류와 방법에 대해서는 제36조 내지 제44조가 적용되며, 이들 규정이 달리 규정하고 있지 않는 한, 본법의 다른 규정들도 적용된다.

② 정당방위와 긴급피난에 관한 규정에 따른 민법, 형법상의 효과는 이에 영향을 받지 아니한다.

제36조 【개념의 정의】 ① 직접강제란 신체적 실력, 그의 보조수단과 무기를 통하여 사람 또는 물건에 영향을 미치는 것을 말한다.

② 신체적 실력이란 사람 또는 물건에 대한 일체의 직접적인 신체적 작용을 말한다.

③ 신체적 실력의 보조수단이란 특히 수갑, 살수기, 기술저거 차단기, 警察駄馬, 관용차, 최루탄, 마취제 및 폭발물을 말한다.

④ 무기로서는 경찰봉, 권총, 연발권총, 소총, 기관총, 기관소총과 수류탄이 허용된다.

제37조 【명령에 따른 행위】 ① 경찰공무원은 지휘권을 가진 자가 명령한 직접강제를 행할 의무가 있다. 다만 그 명령이 인간의 존엄을 해하거나 직무상의 목적을 위해 발하여진 것이 아닌 경우에는 그러하지 아니하다.

② 범죄를 명하는 경우에는 명령에 복종하여서는 아니된다. 그럼에도 불구하고 경찰관이 명령에 따른 경우에는 경찰공무원이 그로 인하여 범죄가 성립한다는 사실을 인식했거나, 그가 알고 있는 사정에 비추어 볼 때 범죄가 성립한다는 사실이 명백한 경우에만 책임을 진다.

③ 경찰공무원은 명령의 적법성에 의문이 있는 경우, 이의제기가 허용되어 있다면 그에 대한 이의를 명령자에게 제기하여야 한다.

④ 해당 공무원법상의 이의신청권에 관한 규정은 적용되지 아니한다.

제38조 【부상자에 대한 구조】 ① 직접강제를 행하는 경우, 그것이 필요하고 또한 사정이 허락하는 한 부상자에 대해서는 구조와 의사의 진찰이 행해져야 한다.

제39조 【직접강제의 계고】 ① 직접강제는 그의 시행에 앞서 계고가 있어야만 한다. 사정상 계고를 할 수 없는 경우, 특히 강제수단을 즉시 사용하는 것이 위험방지를 위하여 불가피한 경우에는 계고를 생략할 수 있다. 경고사격 또한 총기사용에 대한 계고로 간주된다.

② 총기와 수류탄은 생명 혹은 신체에 대한 현재의 위험을 방지하기 위하여 필요한 경우에 한하여 계고없이 사용될 수 있다.

③ 다중에 대한 직접강제를 행함에 있어서는 비관여인이 이탈할 수 있도록 가능한 한 적시에 계고가 행해져야 한다. 특히 다중에 대하여 총기를 사용하는 경우에는 언제나 계고가 행하여져야만 한다. 기술적인 차단기와 警察馬의 사용시에는 계고가 생략될 수 있다.

제40조 【수갑의 사용】 다음 각호의 사항이 인정될 경우에는 본법 또는 다른 법령에 의하여 구금된 자에 대하여 수갑을 사용할 수 있다.

1. 경찰공무원이나 제3자를 공격하거나, 그에 저항하거나 혹은 물건을 손상시킬 때
2. 도주하거나 혹은 도주시키려고 하는 경우
3. 자살 혹은 자해를 하려는 경우

제41조 【총기사용에 관한 일반규정】 ① 총기는 직접강제의 다른 수단으로는 목적을 달성할 수 없거나 달성할 수 없음이 명백히 예견되는 경우에 한하여 사용할 수 있다. 사람에 대한 총기의 사용은 물건에 대한 총기의 사용에 의하여서는 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 허용된다.

- ② 사람에게 대한 총기의 사용은 공격 혹은 도주를 못하게 하도록 하기 위하여서만 허용된다. 사망의 결과를 가져올 개연성이 높은 총기의 사용은, 그것이 생명 혹은 신체의 불가침성에 대한 중대한 침해에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에 한하여 허용된다.
- ③ 외견상 14세 미만으로 보이는 자에 대한 총기의 사용은 허용되지 아니한다. 총기의 사용이 생명 혹은 신체에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에는 그러하지 아니하다.
- ④ 경찰공무원이 인식할 수 있는 비관여인이 위협에 처할 고도의 개연성이 있는 경우에는 총기의 사용이 허용되지 아니한다. 총기의 사용이 생명에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에는 그러하지 아니하다.

제42조 【사람에 대한 총기사용】 ① 사람에게 대한 총기의 사용은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에만 허용된다.

- 1. 생명 혹은 신체에 대한 현재의 위협을 방지하기 위한 경우
- 2. 총기 또는 폭발물의 사용, 휴대를 수단으로 하는 중죄(Verbrechen) 혹은 경죄(Vergehen)가 행해지려고 하거나 계속 행하여지는 것을 저지하기 위한 경우
- 3. 도주함으로써 체포 또는 신원확인을 피하려고 하는 자를 체포하기 위한 경우(다음 각호의 1에 해당하는 경우에 그러하다)
 - a) 중죄를 범하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있거나
 - b) 경죄를 범하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, 그가 총기 혹은 폭발물을 소지하고 있다고 인정되는 사정이 있는 경우
- 4. 다음 각호의 사유에 근거하여 구금중인 자 혹은 연행중인 자의 도주방지 혹은 체포를 위한 경우
 - a) 중죄를 범하였다는 법관의 결정 혹은 중죄를 범하였다는 충분한 혐의가 있는 경우
 - b) 경죄를 범하였다는 법관의 결정이 있거나 경죄를 범하였다는

충분한 혐의가 있고 그가 총기나 폭발물을 소지하고 있다고 인정될 만한 사정이 있는 경우

5. 구금중인 자를 폭력을 사용하여 도주시키려고 하는 것을 저지하기 위한 경우

② 소년구금이나 형벌구금을 집행하는 경우 또는 개방시설로부터의 도주를 방지하기 위한 경우에는 제1항 제4호에 따른 총기의 사용은 허용되지 아니한다.

제43조 【다중속에 있는 사람에 대한 총기사용】 ① 경찰공무원이 비관여인이 위험에 처할 고도의 개연성이 있다는 것을 인식할 수 있는 경우에는 다중속에 있는 사람에 대한 총기사용은 허용되지 아니한다. 총기의 사용이 생명에 대한 현재의 위험을 방지하기 위한 유일한 수단인 경우에는 그러하지 아니하다.

② 다중속에 있지만 폭력을 행사하거나 그를 용인 또는 방조하는 자는, 그가 제39조 제3항에 따른 반복적인 경고에도 불구하고 집단을 이탈하지 않는 경우에는 비관여인이라고 볼 수 없다.

제44조 【특수무기, 폭발물】 ① 기관총과 수류탄은 제42조 제1항 제1호, 제2호 및 제5호의 경우에 한하여, 내무부장관 혹은 구체적인 경우에 있어 그에 의하여 위임을 받을 자의 동의하에 다음 각호의 1에 해당하는 경우 사용할 수 있다.

1. 총기 또는 수류탄 혹은 그와 유사한 폭발물을 사용한 자에 대하여
 2. 사전에 다른 총기를 사용했으나 효과가 없는 경우
- ② 기관총과 수류탄은 공격을 못하게 하기 위하여서만 사용할 수 있다. 수류탄은 다중에 대하여는 사용할 수 없다.
- ③ 총기사용에 관한 다른 규정은 이에 의하여 영향을 받지 않는다.
- ④ 폭발물은 사람에 대하여 사용할 수 없다.

제 5 절 손실보상, 구상, 배상청구

제45조 【손해전보의무의 요건】 ① 제6조에 따른 적법한 조치의 결과 손실을 입은 자에 대해서는 정당한 보상이 행해져야 한다. 경찰의 위법한 조치로 인해 손해를 입은 경우에도 또한 같다.

② 경찰의 동의를 얻어 경찰업무의 수행에 자발적으로 협조하거나 물건을 제공함으로써 인하여 손해를 입은 자에 대해서도 손해전보가 행해져야 한다.

③ 그 밖의 손해배상청구, 특히 직무의무위반을 이유로 하는 손해배상청구는 이에 영향을 받지 아니한다.

제46조 【손해전보의 내용, 종류, 범위】 ① 제45조에 따른 손해전보는 원칙적으로 재산상의 손해에 대해서만 행해진다. 통상의 임금 또는 이용대가를 넘어서는 기대이익과 경찰의 조치와 직접 관계없는 불이익에 대해서는, 불합리한 손해를 방지하기 위하여 손해전보가 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 손해전보가 행해질 수 있다.

② 신체 혹은 건강에 대한 침해 또는 자유박탈의 경우에는 비재산적 손해에 대해서도 상당한 보상이 행해져야 한다. 이 청구권은 그것이 소송에 계속되거나 계약에 의해 인정되는 경우가 아니라면 양도 또는 상속될 수 없다.

③ 손해전보는 금전으로 행한다. 손해전보를 요하게 만든 조치가 생계능력의 소멸 또는 감소, 생활에 필요한 수요의 증가, 부양청구권의 상실 또는 침해를 가져오는 경우에는 손해전보는 정기금지불의 방식으로 행해져야 한다. 민법 제760조가 이에 적용된다. 중대한 사유가 존재하는 경우에는 정기금에 대신하여 일시불로 지급해 줄 것을 요구할 수 있다. 피해자에 대하여 부양의무를 갖는 자가 존재하는 경우에도 이 청구권은 부인되지 아니한다.

④ 피해자에게 제3자에 대한 청구권이 존재하는 경우에는, 그것이 그의 내용과 범위에 있어 손해전보청구권과 합치하는 한, 제3자에 대한 청구권을 포기한 경우에만 손해전보가 행해진다.

⑤ 손해전보액의 산정에 있어서는 제반사정, 특히 손해의 종류와 예견가능성과 피해자와 그의 재산이 경찰의 조치에 의하여 보호되었는지의 여부가 고려되어야 한다. 피해자가 책임져야 할 사정이 손해의 발생 혹은 악화에 영향을 미친 경우에는, 손해전보의 의무 및 손해전보의 범위는 피해자에 의해 야기된 손해의 정도와 경찰에 의해 야기된 손해의 정도에 따라 결정된다.

제47조 【간접적 피해자의 청구권】 ① 살해의 경우에는 매장비용을 부담할 의무를 가진 자에게 제46조 제5항의 범위내에서 매장비용을 전보해주어야 한다.

② 살해시에 피살해자가 제3자에 대하여 법률에 의하여 부양의무를 지고 있거나 지게될 수 있는 관계에 있었고 제3자는 살해의 결과 부양청구권을 상실하게 된 경우에는, 제3자는 피살해자가 추정생존 기간동안 부담하였을 부양의무를 한도로 제46조 제5항의 범위내에서 상당한 손해전보를 청구할 수 있다. 제46조 제3항 내지 제5항은 이에 준용된다. 손해발생시에 태아였던 자도 손해전보를 청구할 수 있다.

제48조 【손해전보청구권의 시효】 손해전보청구권은 피해자(제47조의 경우에는 청구권자)가 손해와 손해전보의무자를 안 때로부터 3년, 이를 알지 못하는 경우에는 손해가 발생한 때로부터 30년간 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다.

제49조 【손해전보의무자, 구상권】 ① 당해 조치를 위한 경찰공무원이 근무하는 단체가 손해전보의무를 진다.

② 경찰공무원이 다른 단체를 위하여 활동한 경우에는, 다른 단체도 손해전보의무를 진다.

③ 제2항의 경우 그 조치의 실시방법만을 이유로 손해전보를 하여야 하는 경우에는, 손해전보의무를 부담하는 단체는 그 스스로 그

실시방법에 대하여 책임을 지는 경우를 제외하고는 경찰공무원이 근무하는 단체에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

제50조 【경찰책임자에 대한 구상】 ① 제49조에 따라 손해전보의무를 지는 단체가 제45조 제1항 제1문 혹은 제2항에 근거하여 손해전보를 행한 경우에는 제4조 혹은 제5조에 의한 경찰책임자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

② 다수인이 함께 책임을 부담하는 경우에는, 그들은 연대책무자로서 책임을 부담한다.

제51조 【쟁송수단】 손해전보청구권에 대해서는 통상법원이, 제49조 제3항 혹은 제50조에 따른 구상권에 대해서는 행정법원이 관할권을 갖는다.

제 6 절 종결규정

제52조 【다른 주와 연방의 경찰공무원의 직무행위】 ① 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 주의 경찰공무원은 다른 주에서 직무를 행할 수 있다.

1. 다른 행정청의 요청 혹은 동의를 있는 경우
2. 기본법 제35조 제2항과 제3항, 제91조 제1항의 경우
3. 권한있는 행정청이 필요한 조치를 적시에 취할 수 없을 때에 현재의 중요한 위협방지, 현행범의 수사 및 도주자에 대한 수사와의 재체포를 위한 경우
4. 죄수호송에 있어 경찰업무를 수행하기 위한 경우
5. 범죄와 질서위반행위에 대한 수사 및 다른 주와의 행정협정이 규정하고 있는 경우에 있어서의 위협방지를 위한 경우

제3 내지 5호의 경우에 있어서는 권한있는 행정청에게 지체없이 통지하여야 한다.

② 다른 주의 경찰공무원이 제1항에 따라 활동하는 경우에는 그들은 당해 주의 경찰공무원과 동일한 권한을 갖는다. 그들의 조치는

토지관할 및 사물관할내에서 활동하는 경찰행정청의 조치로 간주된다. 그들은 관할권을 가진 경찰행정청의 지시에 복종하여야 한다.

③ 제1항과 제2항은 연방의 경찰집행공무원에게도 적용된다.

제53조 【주의 권한영역밖의 경찰집행공무원의 직무행위】 ① 주의 경찰집행공무원은 본법 제52조 제1항 제1문과 기본법 제91조 제2항의 경우에만, 그것도 당해 주법과 기본법이 그를 규정하고 있는 때에만 다른 주나 연방의 관할구역내에서 활동할 수 있다.

② 자신의 주에서의 경찰행정청이 다른 주의 경찰에 대한 응원보다 급박하지 않은 한, 다른 주에 의한 경찰집행공무원의 출동요청에 응하여야 한다. 그 같은 요청은 동 결정에 중요한 출동요청의 요소를 포함하고 있어야 한다.

4. 미국의 1942년 통일체포법(Uniform Arrest Act)

제 1 조 【정의】 이 법률의 정의는 다음과 같다.

체포는 범죄의 책임에 직접적으로 관련된 사람을 구금하는 것을 말한다.

중죄는 사형 또는 1년 이상의 징역 또는 금고에 처할 범죄를 말한다. 그 밖의 범죄 및 지방자치의 법규위반은 경죄이다.

경찰관은 법률에 의해 범죄사건에서 체포를 위한 권한을 가진 공무원을 말한다.

제 2 조 【불심검문과 피의자의 신체구속】 ① 경찰관은 집 밖에서 현재 범죄를 범하고 있거나, 범하였거나 또는 범하려 하고 있다고 의심함에 충분한 합리적인 이유가 있을 때에는 그 자를 정지시켜 성명, 주소, 밖에 있는 이유 및 행선지를 물을 수 있다.

② 이 질문을 받은 자가 신원을 명백히 하지 않거나 또는 자기의 행위에 대해 경찰관이 납득하는 해명을 하지 못한 때에는 신체를 구속하고 나아가 질문·조사할 수 있다.

③ 본 조에서 규정하는 신체구속은 전부 합쳐서 2시간을 초과해서는 안된다. 구속기간의 종료 후 피구속자는 체포된 범죄로 소추를 받지 않는 한 석방되어야만 한다.

제 3 조 【무기의 수색】 경찰관은 제2조의 규정에 의하여 정지시키거나 또는 구속하고 있는 자가 위험한 무기를 가지고 위해를 가할 우려가 있다고 하는 믿음에 충분한 합리적인 이유가 있는 때에는 이러한 무기를 수색할 수 있다. 무기를 발견한 경우에는 질문의 종료시까지 이것을 영치·보관할 수 있다. 그 후 체포하지 않는 한 이것을 반환해야만 한다. 또 이 경우에 무기의 불법소지를 이유로 체포할 수 있다.

제 4 조 【체포 - 허용되는 무력】 ① 사람을 유치하거나 또는 체포함에는 그의 집행(자유의 제한)에 부당한 무력 또는 수단을 사용하여서는 아니된다.

② 체포하는 경찰관은 체포하는 자의 저항 또는 저항의 위하로 인해 그 수행을 그만두거나 중지할 필요는 없다. 또는 체포를 수행하기 위해 합리적인 무력을 사용함으로써 공격자로 간주되거나 정당방위의 권리를 잃는 것은 아니다.

③ 체포당한 자가 중죄를 범하였다고 믿을만한 합리적인 근거를 가진 경찰관은 체포를 수행하기 위하여 그의 도망을 막거나 저항을 제압하기 위해 필요한 무력을 사용할 수 있다. 단, 그것은 다음의 경우에 한한다.

- (a) 체포를 하거나 도망을 방지하기 위해 다른 가능한 수단이 없는 것이 명백한 경우
- (b) 경찰관이 상대방에 자기가 경찰관이라는 것 내지 체포한다는 것을 알린 상당한 노력을 한 경우

제 5 조 【체포에 대한 저항】 만일 자기가 경찰관에 의해 체포되지 않으리라고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우는 어느 누구도 그 체포에 법적 근거의 유무에 구속받지 않고, 그 체포에 저항하여 무력 또는 무기의 사용을 하여야 할 의무가 있다.

제 6 조 【영장없는 체포】 ① 경죄에 대한 경찰관의 영장에 의하지 않는 체포는 다음의 경우에는 적법하다.

- a) 체포되는 자가 경찰관의 면전에서 경죄를 범하였다고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 자
- b) 체포되는 자가 그 주의 내외를 묻지 않고 경찰관의 면전에서 경죄를 범하고, 그 죄를 범한 곳의 법률집행관이 체포를 요구하거나 또 즉시 체포하지 않고 포박할 수 없다고 믿을만한 상당한 근거가 있는 경우

② 주내 또는 주의의 어떠한 곳에서 범죄를 하였는지 묻지 않고 중죄에 있어서는 경찰관의 영장에 의한 체포는 다음의 경우에는 적법하다.

- a) 중죄가 사실상 행해졌는지 여부를 불문하고 체포되는 자가 중죄를 범하였다고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우
- b) 체포되기 전에는 그 자가 중죄를 범하였다고 믿을만한 합리적인 근거가 없었으나 이미 그 자가 중죄를 범한 경우

제 7 조 【부당한 근거에 기한 체포】 적법한 체포이유가 있는 경우는 가령 경찰관이 잘못된 죄상에 의해 소추하거나 그의 체포를 정당하다고 납득하지 못할 이유를 제시하여도 그 체포는 적법하다.

제 8 조 【경찰관이 영장을 소지하지 않은 경우에 영장에 의한 체포】 영장에 의해 행동하는 경찰관이 행하는 체포시에 경찰관이 영장을 소지하지 않아도 적법하다. 다만 피체포자가 요구하는 경우는 가능한 한 그 영장을 제시하지 않으면 안된다.

제 9 조 【체포를 대신한 호출】 ① 경죄에 의해 영장없이 체포된 것이 적법한 경우는 경찰관은 항상 다음의 서식에 의한 호출장을 그 자에게 줄 수 있다.

② 만일 당인이 호출에 응하여 출두한 경우 혹은 출두하리라고 믿을만한 상당의 이유가 있는 경우에는 그 자의 체포영장을 발한다. 고의로 호출에 응하지 않는 것은 100불 이하의 벌금 또는 30일 이내의 금고에 처할 수 있다.

제10조 【피체포자의 석방】 ① 경찰부의 주임경찰관 및 그 위임을 받은 경찰관은 다음의 경우에는 그 경찰부의 경찰관이 영장없이 체포한 자를 치안판사에게 인도하여 석방시킬 수 있다.

- a) 그 자를 형사소추해야 하는 근거가 없는 것 또는 그 자는 주취에 의해 체포된 것으로서, 그 이상의 절차는 바라지 않는다는 결론을 얻은 경우

- b) 당인이 경죄로 체포되어, 지정된 시일에 법정에 출두한다는 계약서에 서명한 자가 州내의 거주자이고, 한편 당해 시일에 법정에 출두할 것을 확신시킨 경우
- ② 본조의 규정에 의해 석방된 자는 치안판사 앞에 송치하여 석방할 수 있다는 근거에 기해 보상을 요구할 권리는 없다.

제11조 【치안판사에 송치가 허용된 유예기간】 석방되지 않는 한 모든 피체포자는, 부당하게 연기됨이 없이 또한 여하한 경우에 있어서도, 가능한 한 일요일 및 휴일을 제외한 검거 후 24시간 이내에 치안판사에 송치된다. 다만, 체포지 또는 범죄지의 (지방)재판소의 판사가 충분한 이유를 제시하고 48시간 이내에 그 구류를 명하는 것은 제한되지 아니한다.

제12조 【증인의 신원조사】 경찰관은 범죄가 있다고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우, 그 현장에 있는 자라고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 자를 정지시켜 그의 성명을 물을 수 있다. 만약 그 자가 해당 경찰관을 납득시키지 못하여 신원증명을 하는 것이 가능한 경우에는 경찰관은 그를 치안판사에게로 연행할 수 있다. 만일 그 자가 치안판사를 납득시키지 못하면 신원증명을 해야 하는 경우는 치안판사는 그에게 출두서약서의 제출을 요구하거나 신원증명을 한 후에 그를 투옥시킬 수 있다.

제13조 【효력의 분할】 이 법률에 있는 조항 또는 흑인 내지 사건에 있어서 이 법률의 어느 조항의 적용이 무효로 결정되더라도 관련 무효는 이 법률의 다른 조항 또는 이 법률의 무효인 조항 또는 무효인 작용을 제외하여 행한 다른 적용에 영향을 미치지 않는다. 이를 위해서 법률조항은 분할되는 것으로 선언한다.

5. 미국 법률협회 모범법전

(A Model Code of Pre-Arrest Procedure)³⁵⁵⁾

제110조(경찰관에 의한 체포전 접촉(pre-arrest contact))

제 1 항 법집행관에 의한 협력의 요청

(1) 협력요청권

법집행관은 본 법전이나 다른 법률에 따라 누구에게라도 정보를 제공하거나 그밖의 방법으로서 범죄수사 또는 억지에 대하여 협력할 것을 요청할 수 있다. 경찰관은 질문에 대답하거나 경찰서로 출두하거나 또는 그밖의 합리적인 요구에 따를 것을 요구할 수 있다. 본항에 따라 요청할 때 정보를 제공하거나 협력할 법적 의무가 없음에도 불구하고 이러한 의무가 있다고 시사해서는 안된다. 본항에 근거해서 이루어진 정보제공이나 그 밖의 협력요청에 따를 때 이러한 요청이 법집행관에 의해 이루어졌다는 인식만을 이유로 임의성을 흠결하거나 또는 강제된 것이라고 간주해서는 안된다.

(2) 피의자의 질문과 권리고지의 요건

본항에 따라 법집행관이 활동 중 범죄를 범하였다고 의심하거나 또는 의심함에 충분한 합리적 이유가 있는 경우에는 당해 사정하에서 합리적으로 생각해서 가장 빠른 시기에 또는 어떠한 경우에도 질문을 계속하기 전에 당해 사정하에서 질문에 대답할 법률상 의무가 없다는 것을 명백히 함에 충분한 합리적인 수단을 강구해야만 한다. 경찰청,

355) 모범법전의 번역은 강동욱, 전게서, 98-101면과 홍준형 외, 전게보고서, 76~79면을 참조하여 옮긴 것이다.

검찰청 및 이와 유사한 장소에서 질문하는 경우에는 먼저 피질문자에게 변호인, 친척 또는 친구에게 즉시 연락할 수 있고, 변호인, 친척 또는 친구는 제140조 제7항의 규정에 의해 면회할 수 있다는 것을 고지해야만 한다.

3) 경찰서에 출두요청을 받은 자에 대한 권리고지

본항에 따라 법집행관이 활동 중 경찰청, 검찰청 및 이와 유사한 장소에 출두하거나 또는 머물 것을 요구하는 때에는 당해 사정하에서 이러한 요청에 따를 법적 의무가 없다는 것을 명백히 함에 충분한 합리적인 수단을 강구해야만 한다.

제 2 항 정지

(1) 정지를 인정할 수 있는 요건

법집행관은 적법하게 현재 있는 장소에서 이하의 사정이 있는 때에는 다음의 각호가 정하는 목적을 달성함에 합리적으로 필요한 시간 동안 그 장소부근에서 집행관의 면전에 머물 것을 명할 수 있다. 단 어떠한 경우에도 20분을 초과해서는 안된다.

a) 특정한 범죄 또는 중죄에 관해 의심스러운 사정이 인정되는 자

(i) 법집행관이 신체에 대한 상해 또는 재산의 절취나 손해야기의 우려가 있는 경죄 또는 중죄를 범하였거나 범하고 있거나 혹은 범하려고 하고 있다고 합리적으로 의심함에 충분한 사정이 있다고 인정되는 자이고, 동시에,

(ii) 그 자의 신원에 관한 정보를 입수하거나 또는 명백히 하고, 그 자가 그 장소에 있는 이유 또는 행동에 관한 해명을 얻거나 혹은 이것을 명백히 하기 위해 또는 그 자의 체포여부를 판단함에 합리적으로 필요한 경우

- b) 특정한 경죄 또는 중죄의 범행장소 부근에 있는 목격자
 - (i) 법집행관이 신체에 대한 상해 또는 재산의 절취나 손해야기의 우려가 있는 경죄 또는 중죄가 범하여진 직후라는 믿음에 충분한 합리적 이유가 있고, 그 장소부근에서 발견한 자로서, 동시에
 - (ii) 법집행관이 당해 범죄의 수사상 중요한 단서가 될 지식을 가지고 있는 자라는 믿음에 충분한 합리적 이유를 가지고 있는 때로,
 - (iii) 그 자의 신원을 명백히 하거나 또는 당해 범죄의 정보를 얻기 위해 합리적으로 필요한 경우

- c) 이미 범하여진 특정한 범죄에 관해 수배되어 있는 피의자
 - (i) 법집행관이 신체에 대한 상해 또는 재산의 절취나 손해야기의 우려가 있는 중죄가 범하여졌다는 믿음에 충분한 합리적 이유가 있고,
 - (ii) 합리적으로 생각해서 그 자가 위 범죄를 범했다는 의심이 있는 때,
 - (iii) 그 자를 당해 중죄로 체포할 것인가를 판단할 목적으로서 그 신원에 관한 정보를 입수하거나 또는 이것을 명백히 하기 위해 합리적으로 필요한 경우

(2) 도로검문시 자동차의 정지

a) 중죄가 범하여졌다는 믿음에 충분한 합리적 이유가 있고, b) 특정 방향으로 달리는 자동차, 트럭, 버스 및 그 밖의 차량 전부 또는 대부분을 정지하는 것이 당해 범죄의 중대성 및 특별한 사정에 비추어 범인 또는 피해자를 발견함에 합리적이고 필요한 경우에는 이러한 차량의 운전자에게 정지를 명령하고, 이러한 목적을 달성함에 필요한 범위 내에서 차량을 수색할 수 있다. 이러한 처분은 당해 사정하에서 가능한 한 신속하게 이루어져야만 한다.

(3) 실력행사

법집행관은 본항 제1호, 제2호에서 규정하는 권한을 행사할 목적으로 사람 또는 차량을 정지시키거나 집행관의 면전에 머물도록 하기 위해 합리적으로 필요한 실력을 행사할 수 있다. 단, 상대방을 죽음에 이르게 하는 실력행사는 제외한다.

(4) 위험한 무기의 수검

본항에 의해 사람을 정지시킨 법집행관이 자기의 안전 또는 현재 그 장소에 있는 다른 사람의 안전상 필요하다고 합리적으로 판단되는 경우에는 정지시킨 자가 입고 있는 옷의 외부를 손으로 두드려 위험한 무기를 수색할 수 있다. 이러한 수색 중에 위험한 무기라고 합리적으로 판단되는 물건을 감지한 때에는 이것을 점검함에 필요한 처분을 할 수 있다.

(5) 피의자의 심문

a) 권리고지

법집행관이 범죄를 범했다고 의심하거나 또는 의심함에 충분한 합리적 이유를 가지고 있는 자를 정지시킨 경우에 당해 사정하에 합리적으로 생각하더라도 가장 빠른 시기에 또 어떠한 경우에도 질문을 계속하기 전에 다음의 경고를 해야 한다.

(i) 아무 것도 진술할 의무는 없고, 진술한 것은 불리한 증거로 이용될 수 있다는 것, (ii) 체포되는 경우를 제외하고 20분 이내에 석방된다는 것, (iii) 체포된 경우에는 경찰서로 연행되지만 즉시 변호인, 친척 또는 친구에게 전화로써 연락할 수 있다는 것, (iv) 그 뜻에 반해서 질문되지 않는다는 것, 변호인과의 상담 또는 질문 중에 변호인의 입회를 요구한 때에는 그 시점에서 질문은 행해지지 않는다는 것, 경찰서로 연행한 후 질문에 앞서 스스로 변호인을 고용할 수 없는 때에는 변호인이 선임되는 것

b) 질문의 제한

법집행관이 범죄를 범했다고 의심하거나 또는 의심함에 충분한 합리적 이유를 가지고 있는 자로서 본항의 권한에 근거하여 신체를 구속당하고 있는 자가 질문을 받고 싶지 않다거나 또는 질문에 앞서서 변호인과 상담하고 싶다는 것을 어떠한 형태로든지 나타낸 경우에는 질문을 해서는 안된다.

(6) 정지기간의 종료 후의 조치

본항 제1호, 제1호에 의해 자기의 면전에 정지할 것을 요구할 수 있는 기간내에 법집행관이 체포하는 경우를 제외하고는 위 기간이 종료한 때에 그 자에 대해 자유로이 되거할 수 있다는 것을 고지해야만 한다.

(7) 정지시킨 자에 관한 기록

본항에 따라 자기의 면전에 정지하도록 명령한 법집행관은 제10조 제3항에 의해 발령된 규칙에 따라 합리적으로 생각해서 가장 빠른 시기에 정지의 정황과 목적에 관한 기록을 작성해야만 한다.