獨逸統一警察法模範草案

南 勝 吉*

〈目 次〉

Ⅰ. 序
Ⅱ. 職務 및 一般規定

Ⅰ. 序

1991년 5월 31일 警察法이 制定되어, 그해 8월 1일 警察廳의 발족을 보게 되었다.

警察의 自主·獨立·中立·民主性의 요청에 비추어 미흡하기는 하나, 바람직한 警察로 나아가는 첫걸음이라 할 수 있으며 舊制度에 비해 進一步한 것으로 警察 組織法의 기초는 마련된 것이라 볼 수 있다.

그러나 警察作用法의 경우에는, 一般的授權條項의 缺如나 警察強制規定의 不備等에서 보듯이, 警察官職務執行法이 未備되어 있어서 警察作用의 一般法 내지 基本法으로서의 기능을 하기에는 문제점이 적지 않다.

警察作用은 다른 어떤 行政作用보다도 國民의 自由와 權利에 緊張關係를 일으킬 가능성이 큰 國家作用이므로, 국민의 기본권을 보장하면서도 公共의 安寧과 秩序에 대한 危險의 防止·除去라는 警察의 任務를 充實히 수행할 수 있도록, 警察作用의 根據·要件·限界 등에 관하여 가능한 한 명백히 규정하여 그 法的 뒷받침을 하는것이 바람직스럽다.

---

* 警察大 法學科 敎授

이러한 意味에서 先進法制의 하나인 獨逸統一警察法模範草案을 살펴 보는 것은 그 意義가 적지 않다고 본다. 특히, 一般的 授權條項, 警察強制條項 등은 우리에게 示唆하는 바 크다.

독일에서는 독일 기본법이 정하는 特別警察 - 國境警備警察, 聯邦刑事警察을 제외하고 一般警察權은 州의 權限으로 되어 있어서(GG 제81조 제1항), 各州의 警察作用法의 統一·調整을 위한 기준으로서 草案 作成에 노력을 기울여 왔다. 1972년에 「독일 연방 공화국의 國內 治安을 爲한 綱領」이 채택되어 각 州의 경찰법 통일을 위한 모델을 작성하기 시작하여 1975년 6월 20일 草案을 발표하였고 이 草案을 1976년 6월 11일 調調委員會에 붙여져 1977년 11월 25일 最終草案이 決定되었다.

이 1977년의 最終草案에 대하여 原文·理由등과 함께 그 내용을 보기로 한다.

○ 統一警察法 模範草案의 概要(目次)

제 1 장 職務 및 一般規定

(AUFGABEN UND ALLGEMEINE VORSCHRIFTEN)

제 1 조 경찰의 任務(§1 Aufgaben der Polizei)

a. 다른 행정청에 대한 관계(§ 1a Verhältnis zu anderen Behörden)

제 2 조 比例의 原則(§ 2 Grundsatz der Verhältnismäßigket)

제 3 조 裁量, 手段의 선택(§ 3 Eressen, Wahl der Mittel)

제 4 조 사람의 행위에 대한 責任(§ 4 Verantwortlichkeit für das Verhalten von Personnen)

제 5 조 물건의 상태에 대한 責任(§ 5 Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen)

제 5 조 a 措置의 直接施行(§ 5 a Unmittelbare Ausführung einer Maβnahme)

제 6 조 非責任者에 대한 措置(§ 6 Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen)

제 7 조 基本權의 제한(§ 7 Einschränkung von Grundrechten)

제 2 장 경찰의 권한

(BEFUGNISSE DER POLIZEI)

제 8 조 일반적 권한(§ 8 Allgemeine Befugnisse)

제 9 조 身元確認과 자격증 검사(§ 9 Identitätsfeststellung und Prüfung von Berectigungsscheinen)

제10조 鑑識措置(§ 10 Erkennungsdienstliche Maβnahmen)

제11조 召喚(§ 11 Vorladung)

제12조 退去命令(§ 12 Platzverweisung)

제13조 保護措置(§ 13 Gewahrsam)

제14조 法官의 決定(§ 14 Richterliche Entscheidung)

제15조 억류된 사람에 대한 處遇(§ 15 Behandlung festgehaltener Personnen)

제16조 自由剝奪의 기간(§ 16 Dauerder der Freiheitsentziehung)

제17조 身體 搜索(§ 17 Durchsuchung von Personnen)

제18조 物件에 대한 搜索(§ 18 Durchsuchung von Sachen)

제19조 住居侵入 및 수색(§ 19 Betreten und Durchsuchung von Wohnungen)

제20조 주거수색의 節次(§ 20 Verfahren bei der Durchsuchung von Wohnungen)

제21조 假押收(§ 21 Sicherstellung)

제22조 臨時領置(§ 22 Verwahrung)

제23조 換價, 廢棄(§ 23 Verwertung, Vernichtung)

제24조 假押收物 또는 代金의 환부, 비용(§ 24 Herausgabe sichergestellter Sachen oder des Erlöses, Kosten)

제 3 장 執行協助

(VOLLZUGSHILFE)

제25조 執行協助(§ 25 Vollzugshilfe)

제26조 절차(§ 26 Verfahren)

제27조 자유박탈에 있어서 협조(§ 27 Vollzugshilfe bei Freiheitsentziehung)

제 4 장 強制

(ZWANG)

제 1 절 作爲·受認·不作爲의 強制

(Erzwingung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen)

제28조 行政強制의 허용(§ 28 Zuläβigkeit des Verwaltungszwanges)

제29조 強制手段(§ 29 Zwangsmittel)

제30조 代執行(§ 30 Ersatzvornahme)

제31조 強制金(§ 31 Zwangesgeld)

제32조 對替拘留(§ 32 Ersatzzwangshaft)

제33조 直接強制(§ 33 Unmittelbarer Zwang)

제34조 강제수단의 경고(§ 34 Andrchung der Zwangsmittel)

제 2 절 直接強制의 實行

(Ausübung unmittelbaren Zwanges)

제35조 法的근거(§ 35 Rechtliche Grundlagen)

제36조 槪念定義(§ 36 Begriffsbestimmung)

제37조 命令에 基한 행위(§ 37 Handeln auf Anordnung)

제38조 부상자에 대한 援助(§ 38 Hilfeleistung für Verletzte)

제39조 직접강제의 경고(§ 39 Andrchung unmittelbaren Zwanges)

제40조 사람에 대한 속박(§ 40 Fesselung von Personnen)

제41조 총포 사용에 관한 일반규정(§ 41 Allgemeine Vorschriften für den Schuβwaffengebrauch)

제42조 사람에 대한 총포 사용(§ 42 Schuβwaffengebrauch gegen Personnen)

제43조 多衆에 대한 총포 사용(§ 432Schundffengebrauch gegen Personnen in einer Meschenmenge)

제44조 특수무기, 폭약(§ 44 Besondere Waffen, Sprengmittel)

제 5 장 損害補償, 償還 및 補償請求權
(SCHADENSAUSGLEICH, ERSTATTUNGS-UND ERSATZANSPRÜCHE)

제45조 損害補償義務의 構成要件(§ 45 Zum schadensausgleich verpflichtende Tatbestände)

제46조 損害補償의 내용, 종류 및 범위(§ 46 Inhalt Art und Umfang des Schandensausgleichs)

제47조 간접 피해자의 청구(§ 47 Anspüche mittelbar Geschädigter)

제48조 보상청구권의 時效(§ 48 Verjährung des Ausgleichsanspruchs)

제49조 보상의무자, 상한청구권(§ 49 Ausgleichspflichtiger, Erstattungsansprüche)

제50조 責任者에 대한 소급(§ 50 Rückgriff gegen den Veantworttlichen)
제51조 爭訟 手段(§ 51 Rechtsweg)

제 6 장 최종규정
(SCHLUSSBES TIMMUNGEN)
제52조 다른 州 및 연방 경찰관의 직무 행위(§ 52 Amtshandlungen von Polizeibeamten anderer Länder und des Bundes)
제53조 州 관할 구역 外에 있어서의 집행 경찰관의 직무 행위(§ 53 Amtshandlungen von Polizeivollzugsbeamten außerhalb des Zustädigkeitsbereiches des Landes……)

○ 略 語 表(ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS)

AGH	Arbeitsgruppe Harmonisierung
AK Ⅱ	Arbeitskreis Ⅱ "Öffentliche Sicherheit und Ordnung(Unterausschuß der Innenministerkonferenz für Fachfragen der Polizei)"
ASOG Bln	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen sicherheit und Ordnung in Berlin
BayVBI	Bayerische Verwaltungsblätter
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtishof
BGSG	Bundesgrenzschutzegetz
BKA-Gesetz	Gesetz über die Einrichtung eines Bundeskriminal polizeiamtes (Bundeskriminalamtes)

BPolBG	Bundespolizeibeamtengesetz
BR ASOG	Allemeines Gesetz zum schutz der öffentlichen sicherheit und Crdung
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BU BGSG	Bundesgrentz schutzgesetz
BU UZwG	Gesetz über Ausübung und Grenzen des unmittelbaren Zwanges des Bundes
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerWG	Bundesverwaltungsgericht
BW PolG	Polizeigesetz Baden-Württemberg
BY PAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DP	Zeitschrift "Die Polizei"
DVBI	Deutsches Verwaltungsblatt
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgeschtzbuch
EGStPO	Einführungsgesetz zur Strafprozeβordnung
FS	Festschrift
GesBl.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
HB PolG	Polizeigesetz Bremen
HE SOG	Hessisches Gesetz über die öffentlichen Sicheshert und Ordnung
HH SOG	Gesets zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Hamburg

JZ	Juristenzeitung
NI SOG	Niedersäschsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NW OBG	Ordnungsbehördengestz Nordrhein-Westfalen
NW PolG	Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen
OLG	Overlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OwiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PAC	Polizeiaufgabengesetz Bayern
RP PolG	Polizeigesetz Rheinland-Pfalz
PolZG	Polizeizuständigkeitsgesetz
PVG	Polizeiverwaltungspesetz
pr. PVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgestz
RVO	Reichsversicherungsordnung
SH LVwG	Allgemeines Verwaltungsgestz für das Land Schleswig-Holstein
SL PVG	Saarländisches Polizeiverwaltungsgesetz
SOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
UZwG	Gesetz über Ausübung und Grenzen des Unmittelbaren Zwanges
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

VwGO	Verwaltngsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
ZPO	Zivilprozeβordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitick
ZuSEG	Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen

Ⅱ. 職務 및 一般規定(Aufgaben und Allemeine Vorschriften)

제 1 조 (警察의 任務)

① 내용

(1) 警察은 公共의 安寧·秩序에 대한 危險防除를 그 任務로 한다.

(2) 법원의 보호를 적시에 얻을 수 없고, 경찰의 도움이 없다면 권리의 실현이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우에 한하여, 경찰은 이 법에 의하여 私人의 권리를 보호한다.

(3) 경찰은 다른 관청의 집행에 협조한다.(제25조 내지 제27조)

(4) 경찰은 다른 法令이 부여한 임무를 수행하여야 한다.

② 이유

(1) 제1항 : 公共의 安寧·秩序의 維持責任을 지는 警察이 現實的으로 계속 존재함으로써 대부분의 危險發生은 防止되며, 이것이 경찰의 임무를 이와 같이 규정하는 것을 正當化시킨다.

순찰처럼 介入·干涉을 수반하지 않는「單純」行政에 속하는 行爲나 活動

VwGO	Verwaltngsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
ZPO	Zivilprozeβordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitick
ZuSEG	Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen

Ⅱ. 職務 및 一般規定(Aufgaben und Allemeine Vorschriften)

제 1 조 (警察의 任務)

① 내용

(1) 警察은 公共의 安寧·秩序에 대한 危險防除를 그 任務로 한다.

(2) 법원의 보호를 적시에 얻을 수 없고, 경찰의 도움이 없다면 권리의 실현이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우에 한하여, 경찰은 이 법에 의하여 私人의 권리를 보호한다.

(3) 경찰은 다른 관청의 집행에 협조한다.(제25조 내지 제27조)

(4) 경찰은 다른 法令이 부여한 임무를 수행하여야 한다.

② 이유

(1) 제1항 : 公共의 安寧·秩序의 維持責任을 지는 警察이 現實的으로 계속 존재함으로써 대부분의 危險發生은 防止되며, 이것이 경찰의 임무를 이와 같이 규정하는 것을 正當化시킨다.

순찰처럼 介入·干涉을 수반하지 않는「單純」行政에 속하는 行爲나 活動

도 이 1항에 근거하며, 이 한도 內에서는 제1조 1항 a의 제한을 받지 않는다. 여기 任務 규정에서의 危險防除에는 抽象的 危險과 具體的 危險이 포함되지만 간섭·개입 權限에 대한 一般的授權條項은 개개의 경우에 발생하는 具體的 危險에 국한된다. ①항의 任務規定은 授權(權限) 규정으로 해석되지 않는바, 이러한 모범초안의 태도는 任務와 授權(權限)을 명백히 분리하는 데서 출발하고 있으며 이는 프로이센 PVG 제14조와는 다르다.

(2) 제2항 : 제1조 a에 경찰의 補充的 管轄이 규정되어 있는데, 여기의 제2항은 私權保護의 경우를 명백히 한 것인가.

警察의 私權保護는 제9조 제1항 제1호의 身元確認에 의해 私法上 請求權의 行使를 可能토록 하는 것이 가장 중요한 문제이다. Polizeigesetz Banden-Wurtemberg(BW PolG)나 Gesetz zum schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Hamburg(HH SOG)등 刑法에서는 請求權者의 申請(Antrag des Brechtigen)을 私權保護의 전제요건으로 하고 있는 경우도 있는데, 여기 제2항에 있어서는 權利者의 신청이 警察의 私權保護活動의 전제 요건으로 되어 있지 않다. 아뭏든 여기 2항의 요건이 充足되었을 때 私權保護를 위한 警察活動에 대하여 個人의 公法上 請求權이 導出될 수 있는가 하는 것이 문제가 된다.

(3) 제3항 : 執行協助는 다른 행정청에 대한 경찰의 行政 應援(職務共助)의 특수한 한 종류인데, 警察業務의 負擔 置重을 방지하기 위하여, 여기 執行協助는 直接強制에 한정되어야 한다.(제25조 내지 제27조의 個別的 條文 참조)

(4) 제4항 : 刑事訴訟法에 의한 임무와 警察法에 의한 임무는 구별될 수 있으므로, 이 규정은 특별한 의미는 없고 宣言的인 규정에 불과하다.

제 1 조 a 다른 行政廳에 대한 關係

① 내용

다른 행정청에 의한 危險防除가 不可能하거나 適時에 이루어질 수 없다고 인정되는 경우에는 警察이 危險防除를 한다.

② 理由

모든 危險防除의 임무를 경찰이 專擔하는 것은 아닌바, 危險防除의 任務는 所管行政廳에 屬한다는 원칙을 기초로, 다른 행정청에 의한 위험방제가 불가능 하거나 適時에 이루어 질 수 없을때 경찰의 간여 권한을 인정한 것이다. 경찰은 公共의 安寧·秩序를 효과적으로 보호하여야 하므로, 다른 행정청의 위험방제가 事實上 不可能하였는가 또는 사실상 適時에 하는 것이 不可能하였는가 여부에 따라 경찰 간여의 合法性 여부가 좌우 될 수는 없다.

경찰 관여의 合法性 판단은 價値判斷의 문제로서, 경찰의 분별 있는 판단에 따라 다른 행정청에 의한 위험방제가 不可能하거나 適時에 이루어질 수 없다고 "認定"되면 足하다.

이 조문이 제1조의 a로 삽입된 것은, 각 주의 危險防除 行政廳의 조직이 구구하므로 모든 州가 다 채용하기는 어렵기 때문에 그렇게 한 것이다.

제 2 조(比例의 原則)

① 내용

(1) 경찰은 多數의 가능하고 적정한 조치 중에서 개인과 일반사회를 가장 적게 침해하는 조치를 하여야 한다.

(2) 措置는 얻어지는 효과에 비교하여 현저하게 比例관계를 잃는 불이익을 초래하게 해서는 안된다.

(3) 조치는 그 목적이 달성되거나 목적달성의 불가능이 판명된 後에는 허

용되지 아니한다.

② 이유

비례의 원칙은 헌법상의 원칙으로까지 高揚된 自由民主·法治主義의 중요한 원리의 하나로서 경찰 작용에 있어서 특히 중요한 意味를 가지는 까닭에 統一警察法 草案에서도 總則의 冒頭에 규정을 하고 있다.

독일연방헌법재판소의 판결에도 나타나듯이 이 비례의 원칙은 法治國家原理의 발로로서, 근본적으로 公共의 이익을 위해 부득이한 경우에만 公權力에 의한 제한이 허용되는 基本的 人權 자체의 본질에서 나오는 것이기도 하다.

비례의 원칙을 규정한 제2조는 이 法(案) 전체에, 특히 強制力의 行使에 妥當하다.

비례의 원칙은 過剩禁止의 원칙이라고 하는데 제①항에서는 最小侵害 내지 必要性의 원칙을 규정하고 제②항에서는 狹義의 比例의 원칙 내지 相當性의 원칙을 규정하였으며 제③항에서는 比例의 원칙의 발로 내지 그 내용으로서 경찰조치의 시간적 한계를 규정하였다.

제 3 조 (裁量, 手段의 選擇)

① 내용

(1) 경찰은 이 措置를 할 때에는 義務에 합당한 재량에 따라 하여야 한다.

(2) 同一한 위험방지를 위한 수단이 여러가지가 있는 경우에는 그 중 하나를 선택하면 된다. 同一한 효과가 있는 다른 수단을 사용해도 일반사회에 더 불이익을 주지 않는 경우에는 관계인의 신청에 의해 그 다른 수단을 사용하는 것이 허용된다.

② 理由

일반적으로 보면, 危險防除는 裁量이 인정되는 등 便宜主義의 원리가 적용되는 분야임이 확실하다. 그러나, 특히 중요한 法益에 대한 重大한 危險防除에 있어서, 警察의 간여·개입의무의 한계가 어디인가에 대한 실질적·구체적인 기준·관념에 대하여는 판례도 학설도 기준·관념에 대한 이론을 발전시키지 못하고 있다.

이러한 문제는 구체적인 개개 경우의 상황에 따라 결정될 문제이므로 이러한 문제에 대한 一般的이고 法律的인 규정은 可能하지도 않고 필요하지도 않다.

刑事司法의 경우 合法主義의 원리가 적용되는 것과는 다르게 危險防除에 있어서는 종래부터 便宜主義의 원리가 적용되어 왔으며, 최근에는 秩序違反行爲法에서도 危險防除法과 마찬가지로 질서위반행위도 경찰이 의무에 적합한 재량에 따라 조사하도록 하는 경향이 있다.

경찰은 의무에 합당한 裁量에 따라 危險防除에 있어서 介入(行爲)할 것인가 안할 것인가(결정재량 : Entschließungsermessen), 어떤 介入(行爲)을 할 것인가(wie, 선택재량 : Auswahlermessen)를 決斷한다.

다만, 이러한 선택·결정 재량권의 행사는 現行法의 범위 內에서 이루어져야 하며, 특히 비례 원칙의 규정과 평등원칙의 규정을 지키지 않으면 안된다.

편의주의는 決定裁量의 側面에서 볼때 다음과 같은 중요한 의미가 있다. 즉, 경찰은 그 人的·物的 手段의 한계를 고려하여 重要한 것을 우선시키고 사소한 것을 無視할 수 있다는 것이다.

선택재량은, 경찰위반 상태에 대하여 多數人이 責任이 있는 多數者 責任의 경우와 경찰 위반 상태에 대하여 責任이 없는 者에 대하여 조치를 하는 非責任者에 대한 措置의 경우에 특히 중요한 의미가 있다.

裁量權을 잘못 행사한 裁量過誤(Ermessensfehler)의 경우(재량남용(Ermessensmisbrauch)과 재량 일탈 (Ermessensüberschreitung) 포함)에는 裁判에 의한 審査가 인정된다.

裁量權은 그 權限을 부여한 目的에 따라 행사되어야 하며 그 法的 한계를 지키지 않으면 안되기 때문이다.

제 4 조 (사람의 행위에 대한 책임)

① 내용

(1) 사람이 위험을 야기한 경우에는 그 사람에 대하여 조치를 할 수 있다.

(2) 14세 미만자, 금치산자 假後見 상태에 있는자 등의 경우에는 監護 義務者에게도 조치를 할 수 있다.

(3) 업무를 맡은 사람이 그 업무 수행중에 위험을 야기한 경우에는 그 업무를 맡긴 사람에 대해서도 조치를 할 수 있다.

② 이유

이른바 行爲責任을 규정한 것으로 狀態責任과 더불어 종래부터 인정되어 오던 것이다.

여기서 제4조에 의해 부담하는 경찰책임은 제5조에 의한 狀態責任과 마찬가지로 고의·과실과는 관계가 없으므로 責任無能力者도 「妨害者」가 되며, 責任의 범위가 확장되어 있다.

제4조 내지 제6조는 제8조 이하에 의한 권한 행사의 총칙 규정이므로 제8조 이하에 의한 具體的 危險이 있을 때에만 제4조 내지 제6조가 적용될 수 있다.

제2항의 규정은 각 州의 경찰법 통일에 공헌이 크다. 소년에 관해서 각주마다 연령 한계가 같지 않았기 때문이다.

청소년의 사실상·법률상 책임이 증가하는 현상을 생각해 볼 때 草案으로 감독자의 책임한계를 확립하는 것은 극히 바람직 스럽다 할 것이다.

또 14세미만자로 규정하는 것은 刑事責任(刑罰免責)의 연령과도 일치하는 것이다.

禁治産의 경우, 어떤 州는 정신병 또는 정신박약으로 인한 경우에 한정하기도 하나, 이와 같은 제한을 두게되면 경찰이 금치산의 이유까지 알아야 하므로 이러한 제한을 없앴다.

감호 의무자의 범위는 扶養 權利者의 범위보다 넓다. 감호의무는 契約 등에 의해서도 발생하는 경우가 있기 때문이다.

여기서 경찰 책임의 범위를 의무자에게까지 인정한 것은, 그러한 사람들은 청소년·금치산자에 대하여 큰 영향력이 있기 때문에 그렇게 한것이다.

제 5 조 (물건의 狀態에 대한 책임)

① 내용

(1) 물건으로부터 위험이 발생하는 경우에는 그 물건을 실제로 지배하는 점유자에 대하여 조치를 취해야 한다.

(2) 소유권 또는 기타 권리를 가진 자에 대해서도 조치를 취할 수 있다. 물건을 실제로 지배하는 점유자가 소유권자 또는 다른 권리를 가진 자의 의사와 관계없이 이를 행사하는 경우에는 그러하지 아니하다.

(3) 無主物로부터 위험이 발생하는 경우에는 그 물건의 소유권을 포기한 사람에 대해서도 조치를 할 수 있다.

② 이유

(1) 제1항 : 물건을 실제로 지배하는 점유자(Inhaber der tatsächlen Gewalt)에게 경찰책임을 인정하는 이른바 狀態責任에 관한 규정이다.

경찰로서는 所有관계를 조사하기 어려운 경우가 많고 실제로 물건을 지배하는 점유자가 그 물건으로부터 발생하는 위험을 가장 빨리 처리할 수 있기 때문에 이러한 규정을 둔 것이다.

여기의 물건을 실제로 지배하는 점유자는 民法上의 占有權과는 관계가 없다.

역시 행위책임과 마찬가지로 고의·과실과는 관계가 없으며, 브레이크 결함이 있는 자동차의 경우처럼 물건의 성질로 부터 위험이 발생하는 경우도 있다.

동물의 움직임이나 상태에 대한 책임도 여기에 속한다. 이에 관해서는 法으로 明示하는 경우도 있다.

(2) 제2항 : 물건을 실제로 지배하는 점유자 대신에 의무에 합당한 재량에 따라(選擇裁量) 소유자 기타 권리자에 대하여도 조치를 취할 수 있다.

物權的 處分權者 외에 위험에 따라서는 債權的 處分權도 책임의 근거가 될 수 있을 것이다.

재량에 있어서는 무엇보다도 먼저 누가 최소의 비용으로 위험을 제거할 수 있는가 여부에 초점을 맞추어야 한다. 소유자의 의사와 관계없이 (소유자 등의 의사에 반드시 反해야 하는 것은 아니다) 점유자가 물건을 지배하는 경우에는 소유자 기타 권리자가 영향력을 행사할 수 없는 경우가 있을 것이므로 점유자에 대하여만 경찰책임을 인정한 것이다.

행위책임(§4)과 상태책임(§5)이 경합하는 경우에는 의무에 합당한 재량(선택재량)에 따라 결정하지 않으면 안된다. 일반적인 경우 행위 책임을 먼저 물어야 할 것이다.

먼저 행위 책임을 물어야 한다는 By PAG §10-③이 초안에 채택되지 않았지만, 많은 경우에 행위 책임을 먼저 묻는 것이 재량권 행사의 기준으

로 적합할 것이다.

제5조 a(措置의 直接施行)

① 내용

(1) 제4조와 제5조에 의하여 책임이 있는 자에게 요구를 해서는 措置의 목적이 달성될 수 없거나 適時에 달성되기 불가능한 경우에 경찰은 스스로 또는 受任者를 통하여 직접 시행할 수 있다.

조치를 직접 시행한 경우에는 지체 없이 관계자에게 통지하여야 한다.

(2) 措置의 직접 시행으로 생긴 費用은 제4조와 제5조 의하여 責任을 지는 자가 상환하여야 한다.

費用은 行政強制節次法에 의하여 징수할 수 있다.

② 이유

이미 프로이센 警察行政法은 「警察措置의 直接施行」의 개념을 인식하고 있었는데, 당시 列擧主義下에서 이러한 直接施行에 대하여 法院에 의한 권리 보호의 길을 열어주기 위하여 直接施行을 「警察處分」으로 파악하였다.

直接施行에 관하여는, Baden-Würtenberg, Bayern, Rheinland-Pfalz, Saarland 또 聯邦에서 규정을 두고있다.

Schleswig-Holstein에서도 마찬가지로 규정을 두고 있는데, 여기에서는 直接施行을, 明白히 代執行(Ersatzvornahme)이나 直接強制(unmitlelbare zwang)의 형식으로 強制執行을 함에 있어서 卽時로 執行하고 있다.

Nordrhein--Westfalen에 있어서는 直接施行을 卽時執行의 방법으로 強制執行을 하는 것으로 파악하고 있는바, Nordrhein-Westfalen의 秩序行政廳버法(Ordnungsbehördengesetz)과 警察法(Polizeigesetz)은 「直接施行」("unmittelbare Ausführung")을 단념·포기한 것이라 볼 수 있다.

직접시행과 즉시 집행의 구별·한계문제는 行政強制의 本質에 관한 구구한 論議·槪念과 관련해서 참으로 어려운 문제점을 던져두고 있다.

強制라는 槪念은 關係者의 意思에 反한다는 것을 전제로 한다고 하는데, 그렇게 전제를 하게되면 관계자가 나타나지 않아서 관계자의 反對意思를 전혀 確認할수 없을 때에는 強制라고 말할수 없게 되는 것이다. 다음과 같은 경우가 그예이다. 즉, 폭풍으로 인해 庭園으로부터 도로에 쓰러진 나무를 제거하거나 사납게 날뛰는 家畜을 射殺하는 경우이다.

意思에 反하는 경우가 強制란 見解에 의하면, 強制가 없는 경우, 強制執行(Zwangsanwendung)에 관하여 그 종류·수단을 규정한 조항이 적용된다는 것이 아닌가 하는 것이 문제점이 된다.

強制執行에 관한 규정이 적용 안되는 것이 아닌가하는 문제는 다음과 같이 파악하면 그러한 결과를 피할 수 있게 된다.

앞에서 든 例에서, 경찰은 關係者의 意思가 없는 가운데 「불가피한 즉각적인 집행」("sofortige Vollzug")의 방법으로 強制行使를 하는 것으로 보는 것이다.

草案은 원칙으로 이러한 관점에 입각하고 있다.

이러한 문제에 관한 견해가 일치되지 못하여, 각 州를 위한 표준적인 규율이 필요하므로 §5 a의 규정이 초안에 들어온 것이다.

제 6 조 (非責任者에 대한 조치)

① 내용

(1) 경찰은 다음의 경우에 제4조·제5조에 의한 책임자 이외의 者에 대해서도 조치를 할 수 있다.

1. 현재의 중대한 위험을 防除하여야 하는 경우
2. 제4조·제5조에 의한 책임자에 대하여

조치를 할 수 없거나 適時에 조치를 하는 것이 불가능한 경우 또는 아무런 효과도 기대할 수 없는 경우

3. 경찰이 스스로 또는 위임된 자를 통해서 위험을 방제할 수 없거나 적시에 제한것이 불가능한 경우

4. 중대한 위험없이 중요한 의무를 위반하지 않고 조치를 할 수 있는 경우

(2) 제1항에 의한 조치는 다른 방법으로 위험방지를 할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

② 理由

이른바 非侵害者(非妨害者 : Nichtstores)에 대한 措置(要求)는 종래부터 엄격히 제한된 조건하에서만 인정되어 왔다(警察 緊急避難權 : Polizeilicher Notstand)

제1항 제1호에서는 現存하는 위험 외에 — 종래부터 모든 경찰법이 바라왔던 대로 — 다시 重大한 위험까지 전제로 하고 있다. 제2호는 自然災害의 경우처럼 책임자가 전연 존재하지 아니하는 경우등이 그 해당하는 예가 된다.

제2항은 대분의 경찰법이 이미 규정해오고 있던 것이며 비례원칙(§2)의 한 표현이라 할 수 있다.

제 7 조 (基本權의 제한)

① 내용

이 法에 의하여 生命·身體의 不可侵(Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes), 自由(Art.2 Abs.2 Satz2 des Grundgesetzes), 住居의 不可侵(Art. 13 des Grundgesetzes)에 관한 기본권이 제한된다.

② 理由

GG 제19조 제1항에 의하여 기본권을 제한하는 데는 이와같은 규정이 필요하며 특히 "生命" 신체의 不可侵에 대한 제한 규정은 사람에 대한 총포 사용의 경우 (제41조 제2항 사람이 死亡하는 경우도 있을 수 있다)를 위해서 필요하다.