

警察權에 關한 小考

- 그 根據問題를 中心으로 -

南 勝 吉*

目	次
I. 序 論	(4) 段階說
II. 警察權의 根據	(5) 結 論
(1) 侵害留保說	III. 一般的 授權의 問題
(2) 全部留保說	(1) 個別的 授權條項
(3) 社會留保說	(2) 一般的 授權條項

I . 序 論

警察(Police, Polizei)의 概念에 關하여는 形式的 意味의 警察과 實質的 意味

* 警察大學 助教授.

의 警察로 나누는 것이 보통인데¹⁾, 形式的意味의 警察은 制度的인 機關을 中心으로 一般 “警察” 機關이 담당하는 作用을 意味하므로 그 범위는 그 나라의 立法政策에 屬하는 문제라 할 수 있는데 대하여, 實質的 意味의 警察은 作用의 性質을 基準으로 定立한 概念으로서 實質的 意味의 警察의 概念을 어떻게 定立할 것인가에 關하여는 意見의 一致를 보지 못하고 있다.²⁾

實質的意味의 警察에 關하여는, 「社會公共의 秩序를 維持하기 위하여 一般統治權에 基하여 國民에게 命令·強制하는 權力的 作用」이라고 보아 그 手段·目的·權力的基礎에 있어서 다른 行政作用과 區別된다고 보는 것이 일반적이다.³⁾

그러나, 警察의 國民에 대한 自由·權利의 保護와 啓蒙·指導·奉仕의 側面을 強調하여, 「警察이란 國民의 生命·身體·財產과 自由·權利를 保護하고 그 利益을 保全하며 社會 公共의 安寧秩序를 維持하기 爲하여, …… 國民을 啓蒙·指

1) 金南辰, 主觀式 精銳問題 行政法〈訂正增補版〉, 1982, 514面~515面

朴鈞炳, 最新行政法講義(下), 1982, 197面~199面

尹世昌, 行政法(下)〈第二全訂版〉, 1981, 131面~132面

李尙圭, 新行政法論(下)〈新訂版〉, 1983, 213面~214面

李鳴九, 行政法原論, 1984, 501面~503面

警察學概論, 警察大學, 1982, 24面~28面

金道昶, 新稿 一般行政法論(下), 1981, 204面 參照

2) 金道昶, 前揭書, 204面~205面 參照

朴鈞炳, 前揭書, 198面~199面 參照

3) 金南辰, 前揭書, 51面

朴鈞炳, 前揭書, 199面

尹世昌, 前揭書, 132面~136面

李尙圭, 前揭書, 213面

李鳴九, 前揭書, 503面

金道昶, 前揭書, 204面 參照.

導하고 國民에게 奉仕 또는 命令·強制하는 作用이다。」⁴⁾라고 定義하기도 한다.

形式的 意味의 警察과 實質的 意味의 警察은 그 概念定立의 基準이 다르므로 一致하지 아니하는 것은 오히려 당연하다.

犯罪搜查作用은 이른바 刑罰目的的인 刑事司法作用으로서 形式的 意味의 警察에 는 포함되나 <또 實質的意味의 警察과 관련은 되지만> 傳統的인 實質的意味의 警察에는 포함되지 아니한다. 그리고 實質的意味의 警察作用이라 하여 一般警察機關이 다 담당하는 것도 아니다.

그리고, 警察作用에 있어서 命令·強制하는 權力的側面보다는 啓蒙·指導하고 奉仕하는 側面이 強調되어야 하고, 國民의 自由權利에 대한 制限의 側面보다는 國民의 自由와 權利를 지켜주고 保護해 주는 守護(Wahrung)의 側面에 重點이 두어져야 하는 것은 더 말할 나위가 없다.

그런데, 警察作用의 活動形態面에서 國民의 基本權侵害危險의 角度에서 파악할 때에는, 命令·強制하는 作用에 있어서 그 根據·限界 등이 특히 문제로 되는 것임을 否認할 수도 없다.

하여튼, 警察概念의 核心은 公共의 安寧과 秩序에 대한 危險防止作用이라 할 수 있는 데,⁵⁾ 이러한 警察作用이 國家의 中樞的인 行政作用의 一種인 것은 두 말할 나위도 없다. 물론, 現代 補社國家에 있어서는 國家機能의 擴大에 따라 給付的·指導的 行政機能이 중시되고 있지만, 公共의 安寧과 秩序의 維持, 危險의 防止作用은 國家의 行政機能 가운데 가장 基本的인 不可缺의 機能이라 할 수 있다.

특히, 우리나라와 같은 상황에 있어서는 무엇보다 절실히 요청되고 있는 것이

4) 前掲 警察學概論, 27面

원래는 「國民의 生命·身體·財產과 自由·權利를 保護하고 그 利益을 保全하며 社會 公共의 安寧秩序를 維持하기 위하여, “一般統治權에 基하여” 國民을 啓蒙·指導하고 國民에게 奉仕 또는 命令·強制하는 作用」으로 되어 있으나, 啓蒙·指導·奉仕하는 作用은 그 重要性이 아무리 強調되어도 지나침이 없지만 一般統治權의 發動으로 보기는 어렵지 않을까하여 “一般統治權에 基하여” 부분은 생략하였다.

5) 1981.4.13에 改正된 警察官職務執行法에서도 「其他 公共의 安寧과 秩序維持」가 警察官의 職務의 範圍에 關한 最後의 補充的인 項으로 되어 있다.<第2條第5項>.

社會公共의 秩序의 維持와 社會의 安定인데, 바로 이와 같은 重大한 任務를 遂行하는 것이 바로 警察인 것이다.

社會公共의 安寧과 秩序에 대한 危險의 防止는 一般警察機關만이 行하는 것은 아니지만,⁶⁾ 그 대부분은 一般警察機關에 의해서 行해지고 있다.

그리고 社會가 비교적 單純하고 安定되었던 과거에는 社會에 內在하는 危險도 少히 심각한 것이 아니었기에, 그러한 危險의 豫防이나 除去는 警察力만으로써도 解決할 수가 있었다. 그러나, 오늘날과 같이 社會가 複雜多端하고 變轉無常한 時代에 있어서는 그 危機의 深度가 깊고 危機의 態樣이 多樣하기 때문에, 그로 因한 社會的 危險의 鎮壓이나 除去는 警察力만으로써 遂行하기가 어려운 경우가 많 이 있게 된다.

이러한 觀點에서 본다면, 社會的 公共의 危險에 對備한 警察의 力量은 相對的으로 低下한 面이 없지도 않다.

이미 여러 학자들이 지적을 하고 있는 바와 같이⁷⁾ 오늘날 社會에 있어서의 社會的 不安定과 危險의 豫防·除去는 警察의 活動과 더불어 政治的·經濟的·文化的·社會的인 各種의 國家的 施策을 통해서 같이 行해지지 아니하면 아니된다. 그러나 이는 社會를 巨視的으로 볼 때의 問題이며, 微視的으로 볼 때에는 社會的 危險의 豫防·除去를 위해 警察에 負荷된 任務나 業務量은 增加一路에 있으며 國家社會에 있어서의 警察의 比重이나 重要度에는 예나 지금이나 變함이 없을 뿐 만 아니라 오히려 그 比重이 커 가고 있는 것이 事實이다.

警察作用에 관한 여러 가지 問題 중 行政法과 關係해서 특히 警察權의 根據라든가 限界 등의 問題가 중요한 問題로서 클로즈·업 되는 것은 대개 다음과 같

6) 그러한 경향은 특히 第2次 世界大戰 이후에 두드러지게 나타나게 되었는데, 이에 따라서 종래의 警察行政 (Polizeiverwaltung)이라는 말 대신에 秩序行政(ordnende Verwaltung), 監視行政(Überwachungsverwaltung) 또는 危險防止(Gefahrenabwehr)라는 用語가 쓰이기도 한다.

7) Friauf, Grundlagen des Polizei- und Ordnungsrecht, in: von Münch, Besonderes verwaltungsrecht, 4. Auflage, 1976 S.160; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht 4. Auflage, 1977, S.16.

은 理由에 基因하는 것 같다.

즉, 원래 警察法規를 비롯한 行政法規는 한편으로는 行政에 대하여 그 活動의 根據·權限을 부여하는 동시, 他面으로는 그 活動의 範圍·限界를 設定하는 機能을 擔當하고 있기 때문이다.

또, 警察作用에 관한 授權(Ermächtigung), 즉 根據에 관한 法規가 性질상 包括的이며 不確定的일 수 밖에 없다는 점이다.

警察作用을 社會公共의 安寧과 秩序에 대한 危險(Gefahr)의 防止라고 볼 때, 그러한 위험은 法規가 모두 豫想하여 그에 대한 措置(Maßnahme)를 일일이 規定할 수 있을 정도로 固定되어 定型化되어 있는 것이 아니다.

따라서 危險防止를 爲한 措置도 多樣할 수 밖에 없으므로, 自然히 警察의 授權法規는 不確定的인 包括的인 法規로 될 수 밖에 없으며, 이와같은 不確定的·包括的인 規定의 空白 내지 欠缺은 理論으로써 補充할 도리밖에 없는 것이다.⁸⁾

종래에는, 우리 나라에 있어서는 독일에 있어서와 같은 一般的 授權規定 (Generalermächtigung)과 個別的 授權規定(Spezialermächtigung)을 구분하지 않고, 警察作用의 根據規定이 막연하고 包括的이므로 警察機關에는 包括的인 “裁量權”이 인정되어 있다고 보고 警察權의 濫用을 防止하기 위하여 “條理”로써 限界를 定해 制約할 必要가 있다는 이유에서 「裁量權의 限界」를 論議해 왔었다.

즉, 警察權의 限界問題에 있어서는, 第一 段階的制約으로서 法規上的 限界가

8) 金南辰, 警察權 發動의 要件과 效果, 考試研究, 1984.7.32 面에서는 이러한 사정을 다음과 같이 설명하고 있다.

「다만, 法律留保와의 관계에 있어서 警察은 특별한 취급을 받아 왔는바 警察權의 條理上的 限界에 관한 理論이 이것을 말하여 준다. 警察이 “危險의 防止”라고 하는 특수한 任務, 즉 그의 性질상 要件과 效果를 구체적으로 정하기가 불가능한 任務를 수행하고 있음을 이유로 警察權에 대해서는 포괄적인 授權이 許容되는 것으로 보고 있는 것이다. 警察에 포괄적으로 授權된다는 것은 警察이 그만큼 넓은 裁量權(判斷의 餘地 포함)을 가짐을 의미한다. 그러나 비록 法規上으로는 包括的인 授權이 不可避하더라도 條理에 의하여 그 警察權의 濫用을 防止해 보려는 노력이 結晶된 것이 이른바 “警察權의 條理上的 限界”에 관한 理論이라 할 수 있다.」

있고 第二段階的制約으로서 平等의 原則·消極目的의 原則·警察 公共의 原則·警察責任의 原則·警察比例의 原則과 같은 條理上의 限界를 드는 것이 보통이다.⁹⁾

그러나, 우리 나라에서 「警察權의 限界」로, 특히 「條理上(또는 裁量上) 限界」로 다루어지는 내용은 沿革的으로 독일에 있어서의 “公共의 安寧·秩序에 대한 危險의 防止”라는 一般的授權條項에 基한 警察權의 發動을 對象으로 한 것이므로 우리 나라에 있어서도 警察權의 限界論이 보다 깊은 意義를 가지기 爲해서는 먼저 그와 같은 一般的授權條項의 存在를 肯定할 수 있느냐 하는 문제를 檢討하는 것도 必要하다고 하겠다.

II. 警察權의 根據

警察權의 根據(또는 限界) 問題를 살펴 보기 위해서는 그 전제로서 法律留保에 관한 立場을 먼저 밝혀놓을 必要가 있다.

왜냐 하면, 모든 行政作用에 法律留保의 原則이 적용된다는 立場에 선다면 全 警察作用에 法律留保의 原則이 適用되어야 할 것이나, 侵害留保說 등의 경우처럼 行政作用 중 일정한 성질을 가지는 行政作用에만 法律留保의 原則이 妥當하다는 立場에 선다면 多樣한 警察作用 중 일정 범위의 作用에만 法律留保의 原則이 適用될 것이기 때문이다.

法律留保(Vorbehalt des Gesetzes)의 原則은 行政作用을 行하는 데 있어서는 法律의 授權(根據)가 있어야 한다는 原則을 말한다. 行政에 있어서의 法律의 授權이라는 積極的 意味를 가지는 이 法律留保의 原則은, 行政보다 法律이 上位

9) 朴鉉炳, 前揭書, 218面~229面

尹世昌, 前揭書, 149面~158面

李尙圭, 前揭書, 237面~247面

李鳴九, 前揭書, 512面~513面

前揭 警察學概論, 197面~208面

金道稔, 前揭書, 230面~238面에서는 “秩序權”의 限界로서 다루고 있다.

에 있고 行政이 法律이 違背되어서는 안 된다는 消極的인 意味를 가지는 法律優位 (Vorrang des Gesetzes)의 原則과 더불어, 法治行政의 原理 내지 法律에 의한 行政의 原理 또는 行政의 法律適合性 (Gesetzmäßigkeit des Verwaltung)의 原則의 二大 根幹을 이루고 있다. 원래, 法治行政의 原理 내지 法律에 의한 行政의 原理 또는 行政의 法律適合性的 原理에는 O. Mayer 이래로 法律의 留保, 法律의 優位, 法律의 法規製造力의 3原則이 있으나, 法律 優位の 原則은 自明의 理致라 할 수 있고 法律의 法規創造力은 行政規則의 法規性 認定問題와 관련하여 흔들리고 있다.¹⁰⁾ 여기서는 警察權의 根據와 관련하여 法律 留保의 原則을 살펴 보는데, 法律留保의 原則의 適用範圍에 관하여는 여러가지로 학설이 나누어진다.

(1) 侵害留保說

오토·마이어 등에 의하여 主唱된 이래 第二次 世界大戰前까지 독일 및 독일법계 나라에 있어서 支配的인 學說·判例의 傾向이었던 侵害留保說에 의하면, 行政作用中 中 國民의 自由나 權利를 侵害·制限하는 경우에만 法律의 根據가 必要하며, 그 밖의 授益的 作用과 같은 作用에는 法律의 授權이 必要없다고 보는 說이다.

이 侵害留保 (Eingriffvorbehalt)의 理論은 立憲主義의 主唱과 더불어 나타난 理論인데¹¹⁾ 自由權의 基本權이 基本權의 中心이었던 당시 國民의 自由와 權利에 대한 侵害·制限에 國民의 代表機關인 國會를 通過한 法律의 根據를 必要로 하게 함으로써 國家權力으로부터 國民의 自由와 權利를 防禦하는 데 意義가 있었다.

그러나 이 說은 特別權力 關係는 國家의 內部關係이므로 이 原則이 미치지 않

10) 法治行政의 原理를 다룬 文獻은 수없이 많은데 다음과 같은 것을 대표적인 것으로 들 수 있다.
Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961.

Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965.

金南辰, 法治行政의 原理에 관한 研究 (法學博士學位論文), 1975.

11) 그 이전에는, 즉 立憲主義가 確立되기 이전에는 全體의 一般利益이 個人의 特殊利益보다 앞선다고 하여 緊急時에는 既得權도 侵害할 수 있는 것으로 인정되었다. (Vgl. W. Krebs, Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, Jura 1979 Heft 6, S.304).

고 法規에 根據가 없어도 그 구성원에 대하여 命令·強制할 수 있고 基本權도 制限할 수 있다고 보았다.

(2) 全部留保說

全部留保(Totalvorbehalt)의 이론에 의하면 모든 영역의 行政에 法律上의 授權이 必要하다고 한다. 이 說에 의하면, 國民主權的 議會民主主義國家에 있어서 行政機關이나 司法機關은 主權者인 國民의 授權을 받은 議會의 法律에 의한 授權을 통해서만 활동을 할 수 있다고 한다.¹³⁾

(3) 社會留保說

社會留保說 또는 給付行政留保說에 의하면, 現代國家에 있어서 侵害行政 못지 않게 給付行政도 國民에 대하여 重大한 利害關係가 있으므로 給付行政의 영역에도 法律留保의 原則이 적용되어야 한다고 한다.

이 說에 의하면, 個人의 生活이 國家의 給付活動에 크게 의존하고 있는 現代 社會에 있어서는 自由의 概念도 國家的 給付에 대한 配分參與로 變質되어야 하고 그러한 權利確保가 重要視되어야 한다고 한다.¹⁴⁾

(4) 段階說

段階說 또는 重要事項留保說에 의하면, 法律留保의 強度와 範圍에 관하여는 各行政分野의 內容·機能이라든가 國民의 法的地位나 利益과의 關係 등 여러 觀點에서 分類하여 段階的·個別的으로 決定하여야 할 것이라고 한다.¹⁵⁾

(5) 結 論

社會留保說이나 全部留保說이 侵害留保說에 대하여 비판하듯이, 오토·마이어의 侵害留保說은 당시의 主憲君主制를 배경으로 하는 理論으로서 權力的 기

13) Jesch의 前揭論文 參照

14) Erischen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1978. S.59
Rupp. a.a.O., S. 113 ff

Mallman, VVDStRL, Heft 19, 1961, S. 190ff

15) 徐元宇, 現代行政法論(上), 1979, 69面 이하 參照.

초를 국민에게 두고 있는 오늘날의 國民主權的 議會民主主義下에서는 妥當할 수 없다고 보아야 할 것이다.

또 社會留保說의 경우도, 給付에의 參與와 法律의 介入에 의한 權利確保는 중요시되어야 마땅하나, 法律이 制定되어 있지 못하여 法律의 根據가 없더라도 行政機關은 豫算 등에만 根據하여 給付的行政作用을 行할 수 있다고 보는 것이 妥當할 것이다.

그리고 全部留保說은 國民이 主權者라는 점이나 國會가 國民의 代表機關이라는 점만 강조할 뿐, 立憲君主制에서와는 달리 民主國家에 있어서는, 執行權(行政權)도 立法과 마찬가지로 憲法制定權力에 의하여 인정된 制定된 權力으로서 行政權이 전적으로 立法權에 從屬될 必要가 없는데도, 行政權을 立法權에 종속시킨다는 비판을 받는다.¹⁶⁾

이상 여러 학설의 내용을 살펴 보고 그에 대한 批判도 살펴 보았으나, 어떠한 理論이 妥當할 것인가는 궁극적으로는 그 나라의 實定法, 특히 憲法의 態度에 의해 決定될 수 밖에 없다고 할 수 있다.

우리 나라의 憲法에 있어서는, 權力分立의 原則을 채택하고 있는 점<第38條 第4項, 第76條, 第102條>, 基本權을 制限하거나 義務를 부과하는 경우에 특히 法律에 근거하도록 하고 있는 基本權規定(第9條이하)을 볼 때 우리 憲法上으로는 侵害留保說이 妥當한 것 같다.

그러나, 여기서 侵害留保說이 妥當하다고 하여, 이와 같은 주장이 立憲君主制를 배경으로 하여 行政權을 君主에게 固有한 것으로 본다든가, 그리하여 特別權力關係를 國會의 立法權이 미치지 못하는 行政에 固有한 領域으로 본다든가 하는 前提에서 나온 것은 아니다.

이른바 特別權力관계에도 權利·義務의 法關係가 있을 수 있으며, 特別權力關係에도 그 構成員의 基本權을 制限하는 등 일정한 범위 안에서는 法律留保의 原則이 적용된다고 보는 점에서 전통적인 侵害留保說과는 내용을 달리한다. 이러한

16) Erischen/Martens, a. a. O., S. 60 f

金南辰, 前掲書, 54面.

입장을 現代的侵害留保說이라 불러도 좋을 것이다.

이와 같은 입장에서 警察作用에 대한 法律留保의 原則을 適用시키면 다음과 같이 볼 수 있다.

警察作用 중 命令·強制하는 경우처럼 國民의 自由와 權利를 制限하거나 義務를 부과하는 작용 내지 負擔的 作用에는 法律留保의 原則이 적용되어 法律의 授權이 있어야 한다.¹⁷⁾

그리고 순수한 非權力作用이나 給付作用에는 별도의 규정이 없는限 法律留保의 原則이 適用되지 아니하므로 法律의 根據가 必要없다고 하여야 할 것이다.

종래에는, 警察의 概念(實質的意味의 警察)을 「社會公共의 安寧·秩序를 維持하기 爲하여 國家의 一般統治權에 基하여 命令·強制하여 國民의 自然的自由를 制限하는 作用」으로 보아 法律留保의 原則이 적용되는 것은 당연하고, 警察作用에는 당연히 法律의 授權이 있어야 하는 것으로 보는 것이 보통이었다. 그리하여 앞에서도 본 바와 같이 警察權의 限界 問題라 하여 第一次的으로 法規上의 限界가 있고 第2次的으로 條理上(또는 裁量上) 限界가 있는 것이라고 보았던 것이다.

그러나 警察作用을 侵害一邊倒로만 생각할 수는 없는 것이며, 善導·啓蒙·奉仕등 非權力的 作用의 경우에는 반드시 法律授權이 必要한 것은 아니라 할 것이다.

Ⅲ . 一般的 授權의 問題

앞에서 法律留保의 原則이, 警察作用 중 秩序維持를 爲하여 命令·強制하여 國民의 自然的自由를 制限하는 權力的 作用에 適用된다고 하였는데, 法律留保의 原則이 適用된다고 할 경우의 法律은 물론 國會의 議決을 거친 形式的意味의 法律을 意味한다.

17) 金南辰, 警察權發動의 要件과 效果, 考試研究, 1984.7. 32面 參照.

그리고, 또 法律留保의 原則이 適用된다고 할 경우의 法律은, 반드시 權限規範 (Kompetenz - Normen) · 授權規範 혹은 作用法만을 意味하는 것이 아니라, 職務規範 (Aufgabe - Normen) · 任務規範 혹은 組織法도 포함된다고 볼 수 있는데, 그 전형적인 경우가 警察權에 관한 一般的條項의 경우라 할 수 있다.¹⁸⁾

우리 나라에 있어서는 앞서도 잠깐 살펴 본 바와 같이 警察權에 관한 一般的 根據와 個別的根據를 구별하지 않고 警察權의 限界論이 論해지고 있다.

즉, 警察權의 限界論은 警察權 發動의 根據가 되는 法規가 不確定的이며 包括的임을 理由로, 그로 因한 警察權 濫用을 防止한다는 目的意識에서 주로 條理에 의한 限界를 탐구하는 데 중점이 두어졌다. 그러나, 우리 나라에 있어서는 警察 行政法을 비롯한 行政法의 영역에 크게 영향을 미치고 있는 독일에서의 사정을 보면, 警察權의 根據로서 一般條項과 個別條項을 구분하고 있으며 우리 나라에서 “條理上的 限界”로서 論하여지고 있는 「警察權의 限界」 문제는 주로 一般的 根據에 관한 論議라 할 수 있다.

(1) 個別的〈授權〉條項

個別的 授權條項이란, 특정한 사항에 대하여 警察權을 發動할 수 있도록 授權한 條項을 말하는데, 警察官이 「精神錯亂者·迷兒·酒醉者·自殺企圖者 또는 負傷者로서 緊急救護를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 者를 發見한 때에는」 ‘保健醫療機關 또는 公共救護機關에 緊急救護를 要請하거나, 警察官署에 보호하는 등 適當한 措置를 할 수 있으며’〈警職法 第4條의 保護措置〉, 「人命 또는 身體에 危害를 미치거나 財産에 중대한 損害를 끼칠 우려가 있는 天災, 事變, 工作物의 損壞, 交通事故, 危險物의 爆發, 狂犬·奔馬類 등의 出現, 極端한 混雜 기타 危險한 事態가 있을 때에는」, ‘그 場所에 集합한 者, 事物의 管理者 기타 關係人에게 必要한 警告를 發할 수 있고,」 「특히 緊急을 요할 때에는」 ‘危害를 받을 우려가 있는 者를 必要한 限度 내에서 抑留하거나 避難시킬 수 있고, 그 場所에 있는 者, 事物의 管理者 기타 關係人에게 危害防止上 必要하다고 인정되는 措置를 하게 하거나 스스로 그 措置를 取할 수 있고’〈同法 第5條의 危險發生防止措置〉, 「일정한 경우에는」 ‘停止·質問·同行要求를 할 수 있고’〈同法 第3條의 不審 檢問〉,

18) 金南辰, 前揭論文, 32面 參照.

「犯罪行爲가 目前에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는」이를 豫防하기 爲하여 關係人에게 必要한 警告를 發하고; 「그 行爲로 인하여 人命·身體에 危害를 미치거나 財産에 重大한 損害를 끼칠 우려가 있어 緊急을 요하는 경우에는」「그 行爲를 制止할 수 있는 것」〈同法 第6條의 犯罪의 豫防과 制止〉등이 그 예이다.

이러한 個別的 授權條項의 경우에는 어떤 경우에 어떠한 措置를 할 것인가, 要件이나 行爲(效果)는 각 規定의 解釋이 가장 핵심이 되는 문제이다.

물론, 警察官職務執行法 第1條 ②項에서 明文으로 規定하고 있는 바와 같이 警察官의 職權은 그 職務遂行에 必要한 最小限度內에서 行使되어야 한다는 등 比例의 原則에 依하여 制限을 받지 않는,¹⁹⁾ 根本적으로는 警察權을 發動할 수 있도록 授權한 各 規定의 解釋, 適用 또는 包攝²⁰⁾의 문제라고 볼 수 있다.

앞에서 본 警察官 職務執行法 第3條에 規定되어 있는 不審檢問의 경우를 보더라도 舉動이 수상한 者에 대하여는 不審檢問을 “할 수” 있게 되어 있는데, 停止시켜 質問을 하는 것이 當該人에게 不利益하거나 交通의 妨害가 된다고 인정되는 때에는 質問하기 위하여 부근의 警察署·支署·派出所 또는 出張所(警察官署)에 同行할 것을 要求 “할 수” 있으나 〈任意同行〉, 그 意思에 反하여 同行이나 答辯을 “強要당하지 아니하도록” 되어 있으므로, 任意同行要求는 裁量行爲라 할 수 있지만 當該人의 意思에 反한 同行이나 答辯의 要求는 羈束行爲로 인정된다고 해석된다.

이와 같이 任意同行要求가 裁量인 경우에 일반적으로 警察權의 限界 중 條理上의 限界로서 說明되고 있는 내용이 적용될 여지는 적고 이를 규정하고 있는 개개의 개별적 授權規定의 解釋을 통해 裁量의 限界를 밝힐 수 있다고 보아야 할 것이다.²¹⁾

19) 李尙圭, 前掲書, 238面(註5)에서는 “條理上의 限界는 一般的授權의 경우나 個別的 授權의 경우나를 가릴 것 없이 警察權의 發動에 관한 裁量領域에 일반적으로 妥當하다고 한다.

20) 金南辰, 警察權 發動의 條件과 對象 - 警察上의 裁量과 判斷餘地를 中心으로 -, 考試界, 1982. 7. 95面

21) 金南辰, 警察權의 根據와 限界, - 새로운 體系化를 試圖하며 -, 考試研究, 1979.12, 54面에서는, “警察行政에 관한 그들 個個規定을 보게 되면 各 規定에는 警察作用의 要

(2) 一般的(概括的) <授權>條項

一般的 授權條項이란, 警察(官)의 職務를 概括的으로 규정해 놓은 條項에 基하여 警察權을 發動할 수 있게 하고 있는 경우의 그 授權條項을 말한다.

그 전형적인 예로서는 프로이센 一般國法(Allgemeines Preußischen Landrecht) 第10條 第2項 第17號²²⁾와 1931年의 프로이센 警察行政法(Polizeiverwaltungsgesetz) 第14條 第1項²³⁾의 規定을 들 수 있다.

件이나 效果를 法이 엄격히 羈束함으로써 전혀 判斷의 餘地(Beurteilungsspielraum)나 決定裁量(EntschlieÙungsermessen)·選擇裁量(Auswahlermessen)의 餘地가 전혀 없는 羈束行爲가 존재함을 알 수 있다. 예컨대, 警察官은 警察官職務執行法 第2條에 根據하여 수상한 舉動을 하는 者에 대하여 不審檢問을 할 수 있는데 그 자에 대한 不審檢問의 一態樣으로서 派出所에의 任意的 同行要求는 裁量行爲로 볼 수 있는데 대하여 상대방의 意思에 반한 同行與否는 기속행위로 해석된다. 그것은 同法이 상대방의 意思에 反한 同行이나 答辯의 強要를 明文으로 禁止하고 있기 때문이다.(同條 第3項 參照). 위에서 상대방의 意思에 反하지 않은 同行은 일단 警察官의 裁量事項이라고 말하였는데 그것이 裁量事項이라고 하더라도 그에 의한 警察官의 裁量權行使에 우리가 흔히 말하는 「警察權의 條理上 限界」가 적용되는 것은 아니다. 즉 警察官에 의한 任意的同行이라는 警察上의 裁量權의 限界는 그에 관한 關係規定의 解釋을 통해, 충분히 얻어질 수 있는 것이다. 결국 「警察權의 條理上 限界」에 관한 法理가 적용되는 것은 一般的授權에 의한 裁量(判斷餘地 포함) 領域이라는 結論이 얻어진다.”라고 하여, 일반적으로 論議되는 警察權에 관한 「條理上 限界」는 個別的 授權條項을 對象으로 하는 것이 아니라 一般的 授權條項을 對象으로 하는 것이라고 보고 있는데, 比例의 原則에서 보는 것처럼<이 경우에는 明文規定이 있다.> 個別的 授權條項의 경우에도 그러한 「條理上의 限界」가 적용될 여지가 있다고 볼 수 있으나, 근본적으로는 개개의 個別的 授權條項의 解釋適用問題라 볼 수 있다.

22) 그 내용은 다음과 같다.

「公共의 靜穩·安全 및 秩序를 維持하며, 또한 公衆 혹은 그 分子로서의 個人에게 切迫한 危險을 防止하기 위하여 必要한 措置를 取함은 警察의 職務(Amt)이다.」

23) 그 규정의 내용은 다음과 같다.

「警察行政廳은 公共의 安寧 또는 秩序를 위협하는 危險을 一般 또는 個人으로부터 防止하기 위하여 現行法의 테두리 안에서 義務의裁量에 따라 必要한 措置를 取하여 야 한다.」(Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetz nach pflichtmäßigen Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird).

이들 규정들의 내용을 살펴 보면, 한 마디로 「公共의 安寧과 秩序에 대한 危險의 防止」를 警察의 職務로 규정해 놓고, 이를 위하여 必要한 措置를 警察機關의 裁量에 따라 取할 수 있게 하고 있는 것이다.

그런데 그 「公共安寧과 秩序」 또는 「危險」이라는 概念이 一義的으로 確定할 수 있는 것이 아니고, 또 危險이 存在하느냐 여부도 언제나 의문의 여지 없이 確實하게 判斷하기 어려운데다, 그 危險을 防止·除去하기 위하여 어떠한 내용의 措置를 取하느냐 하는 것도 그 規定이 警察機關의 裁量에 맡겨 놓고 있으므로, 學者들은 이에 관한 授權規定을 一般的 授權規定(혹은 概括的 授權規定 또는 包括的 授權規定)이라고 부른다.

서독에 있어서는, 警察事務가 원칙으로 각 란트(Land)의 사무로 되어 있으므로 각 란트(Land)는 대부분 독자적인 警察法을 제정해 놓고 있는데, 바이에른(Bayern)州를 제외하고는 그들 각 란트(Land)의 警察法에 警察權에 관한 一般的 授權條項을 설치해 두고 있고, 1975년에 발표된 서독연방의 「統一警察法草案」(Mustentwurf eines einheitlichen Polizeigesetz) 역시 一般的 授權條項을 두고 있다.²⁴⁾

그리고 이와 같은 내용의 一般 授權條項을 가지고 있지 않은 란트(Land)에 있어서는 一般的 授權條項의 모델(Prototyp)로 볼 수 있는 프로이센 警察行政法第 14條 第1項의 규정이 慣習法的 効力を 가지고 있는 것으로 인정되고 있다.²⁵⁾

그리고, 警察權 發動에 관한 많은 個別的 授權規定이 있는 서독에 있어서는 이러한 個別的 授權規定과 一般的 授權規定과의 관계에 관하여 一般的 授權規定을 어디까지나 補充的(Subsidiär)인 授權規定으로서의 意義를 가진다고 한다.²⁶⁾

24) 統一警察法草案은 第1條에서 警察의 職務(公共의 安寧 秩序에 대한 危險의 防止)를 규정하고, 第9條에서 그 警察의 職務遂行을 爲한 包括的인 授權을 하는 形式으로 규정하고 있다. 즉 職務規定(任務規定)과 權限規定을 分離하여 규정하고 있는 것이 그 특징이라 할 수 있는데, 이는 프로이센 警察行政法의 경우보다 進一步된 立法이라 할 수 있을 것이다.

25) Friauf, a.a.o., S. 169; 金南辰, 前掲 警察權의 根據와 限界, 55面

26) Friauf, a.a.O., S. 169f; Götz, a.a.O., S. 65f; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, 4. Auflage, S. 46f; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, II. Bd., 8. Auflage, 1977, S. 39f.

독일에서와 같은 警察權에 관한 一般的授權條項을 우리 나라에 있어서도 그 存在를 肯定할 수 있을 것인가. 27)

우리 나라의 改正된 警察官職務執行法은 그 第2條에서 警察官의 職務를 「1. 犯罪의 豫防·鎮壓 및 搜查 2. 警備·要人警護 및 對間諜作戰 遂行 3. 治安情報의 蒐集·作成 및 配布 4. 交通의 團束과 危害의 防止 5. 기타 公共의 安寧과 秩序의 維持」라고 규정하고 있는 바, 28) 「기타 公共의 安寧과 秩序의 維持」라고 한 것을 보더라도 警察의 基本的인 職務가 公共의 安寧·秩序에 대한 危險의 防止임을 明示하고 있다고 볼 수 있으며, 이것을 독일에 있어서 標準的인 一般的授權條項에 규정되어 있는 警察의 職務와 그 내용을 같이 한다고 볼 수 있는바, 29) 우리 나라에서도 警察官職務執行法 第2條의 警察官의 職務條項, 특히 第5項 「公共의 安寧과 秩序의 維持」條項을 독일에 있어서와 같은 一般的授權條項으로 볼 수 있으리라고 본다.

설령, 警察官職務執行法 第2條第5項을 독일에 있어서와 같은 一般的授權條項으로 보지 않는다 하더라도, 우리 나라의 警察行政法關係 文獻에 독일에 있어서의 一般的授權條項에 관한 解釋論이 警察權의 限界理論 중 「條理上의 限界」라는 이름으로 한결 같이 受容되어 있음을 볼 때, 그것을 하나의 慣習法으로서 파악할 수도 있지 않을까 한다.

그러나, 우리 나라도 하루 속히 警察基本法을 제정하여 서독의 「統一 警察法 模範草案」에서 처럼 一般的授權條項을 두는 것이 바람직하다고 본다.

27) 우리 나라에 있어서는 金南辰 教授가 이를 肯定하고 있다.

金南辰, 前掲主觀式 精銳問題行政法, 526面 이하

同, 前掲 警察權의 根據와 限界, 51面 이하

同, 警察權 發動의 要件과 效果, 32面 이하

同, 警察權 發動의 條件과 對象, 94面 이하 參照

28) 한편, 第1條에서도 警察官職務執行法의 目的과 관련하여 「國民의 自由와 權利의 保護 및 社會 公共의 秩序維持를 위한 警察官의 職務」라고 규정하고 있다.

29) 金南辰, 前掲 警察權의 根據와 限界, 56面.

參 考 文 獻

- 康文用, 新版行政法(下), 1964.
- 金南辰, 主觀式 精銳問題 行政法(訂正增補版), 1982.
- , 行政法の 基本問題(增補版), 1983.
- 金南辰/李鳴九, 行政法 演習(全訂版), 1984.
- 金道稔, 新稿行政法論(下), 1981.
- 朴銳炆, 最新行政法論義(下), 1982.
- 徐元宇, 現代行政法論(上), 1979.
- 尹世昌, 行政法(下)〈第2全訂版〉, 1981.
- 李鳴九, 行政法原論, 1984.
- 李尙圭, 新行政法論(下), 1982.
- 李種極, 新行政法(下), 1950.
- 韓泰淵/鄭熙彩, 行政法學(下), 1963.
- 警察學概論(警察大學), 1982.
- 金南辰, 警察權 發動의 要件과 効果—
 警察權 發動의 根據·限界論의 再照明—
 考試研究, 1984.7.
- , 警察權 發動의 條件과 對象—
 警察上의 裁量과 判斷餘地를 中心으로—, 考試界, 1982.7.
- , 警察權의 根據와 限界—새로운 體系化를 試圖하며— 考試研究, 1979.12
- , 警察責任, 月刊考試, 1983.11.
- , 警察責任과 非常事態, 考試界, 1979.10.
- , 公共의 安寧과 秩序, 考試研究, 1979.11.
- , 警察의 介入權과 介入義務, 考試研究, 1977.10.
- , 法에 의한 行政의 原理, 考試界, 1981.12.
- , 法治行政의 原理에 관한 研究(法學博士學位 論文), 1975.

- 金伊烈, 法과 行政(上), 考試研究, 1980.10.
- 朴鉞炳, 法律에 의한 行政의 原理, 月刊考試, 1981.3.
 , 法律留保 原則의 適用範圍, 月刊考試, 1980.12.
- 卞在玉, 法治行政의 限界, 考試界, 1983.9.
- 徐元宇, 警察法上的의 概括條項, 月刊考試, 1980.6.
 , 警察의 概念과 種類, 考試界, 1979.10.
 , 法治行政과 行政介入請求權, 月刊考試, 1984.2.
 , 現代行政과 法律에 의한 行政의 原理, 考試界, 1981.6.
 , 法律에 의한 行政의 原理, 月刊考試, 1984.9.
- 石琮顯, 警察의 危害防止 責務, 考試界, 1984.4.
 , 警察의 概念, 月刊考試, 1984.4.
- 李尙圭, 警察責任, 考試研究, 1981.5.
 , 法律留保 原則의 適用範圍, 月刊考試, 1980.12.
- 千炳泰, 行政活動과 法的規制, 考試研究, 1982.12.
- 李鳴九, 警察作用과 公共秩序, 考試研究, 1984.1
 , 特別權利力關係에 관한 研究, - 行政規則을 中心으로 - (法學博士學位 論文), 1977.
- 關根謙一, 警察의 概念と警察權의 限界(一, 二, 三, 四, 五, 六), 警察學論集, 警察大學校, 33.10~34.3(1980.10~1981.3)
- Swartz, Administrative Law, 1976
- Friauf, Grundlagen des Polizei - und Ordnungsrecht, in : von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage, 1976.
- Götz, Allgemeines Polizei - und Ordnungsrecht, 4. Auflage, 1977.
- Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961
- O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3 Auflage, 1923.
- Rupp. Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, 1965.
- Erischen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1978.
- Wolff/Wachof, Verwaltungsrecht III, 4. Auflage, 1978.

Drews / Wacke / Vogel / Martens, Gefahrenabwehr, II. Bd., 8. Auflage,
1977.

Ossenbühl, Verwaltungsvorschrift und Grundgesetz, 1968.

W. Krebs, Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, Jura 1979, Heft 6.