



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

碩士學位論文

경찰작용에 있어서 기본권보호의무의  
적용에 관한 연구

濟州大學校 行政大學院

法學科

金 暻 未

2016年 8月

경찰작용에 있어서 기본권보호의무의  
적용에 관한 연구

指導教授 表 明 煥

金 暻 未

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함

2016年 8月

金暻未의 法學科 碩士學位 論文을 認准함

審査委員長 \_\_\_\_\_ ①

委 員 \_\_\_\_\_ ①

委 員 \_\_\_\_\_ ①

濟州大學校 行政大學院

2016年 8月

A Study on the Application  
of the Duty of Basic Human Rights Protection  
with regard to the Exercise of Police Powers

Gyeong-Mi Kim  
(Supervised by professor Myoung-Hwan Pyo)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for the  
degree of Master of Law

Aug. 2016.

This thesis has been examined and approved.

---

Thesis director, Woo-Jeong Choi, Prof. of Keimyung University

---

Boo-Ha Lee

---

Myoung-Hwan Pyo

---

Aug. 2016.

Department of Public Administration  
GRADUATE SCHOOL OF PUBLIC ADMINISTRATION  
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

## < 목 차 >

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 제1장 서론 .....                    | 1  |
| 제1절 연구의 배경 및 목적 .....           | 1  |
| 제2절 연구의 범위와 방법 .....            | 2  |
| 1. 연구의 범위 .....                 | 2  |
| 2. 연구의 방법 .....                 | 3  |
| 제2장 경찰의 기본권보장과 경찰권 발동의 원칙 ..... | 4  |
| 제1절 경찰의 기본권보장 .....             | 4  |
| 제2절 기본권보장의 담당자로서 경찰권 .....      | 5  |
| 1. 경찰의 기능과 본질 .....             | 5  |
| 2. 경찰권 발동의 근거 .....             | 8  |
| 3. 경찰권 발동의 요건 .....             | 16 |
| 4. 경찰의 기본권보장의 한계 .....          | 24 |
| 제3절 경찰개념의 현대적 변화 .....          | 30 |
| 1. 실질적 경찰개념의 수정 요청 .....        | 30 |
| 2. 경찰개입요건으로써 ‘위험’개념의 변화 .....   | 32 |
| 제4절 소결 .....                    | 34 |
| 제3장 경찰의 기본권보호의무와 경찰개입의 한계 ..... | 37 |
| 제1절 국가의 기본권보호의무 .....           | 37 |
| 1. 기본권보호의무의 개념 .....            | 37 |
| 2. 기본권보호의무의 법적성격 .....          | 41 |

|                                   |           |
|-----------------------------------|-----------|
| 3. 기본권보호의무의 구성요건 .....            | 49        |
| 4. 국가의 기본권보호의무에 대한 보호청구권 .....    | 51        |
| 5. 기본권보호의무에 있어서 과소보호금지원칙 .....    | 53        |
| 6. 소결 .....                       | 57        |
| 제2절 기본권보호와 경찰개입 .....             | 59        |
| 1. 의의 .....                       | 59        |
| 2. 경찰의 적극적 한계 .....               | 61        |
| 3. 기본권보호이익과 ‘경찰재량의 0으로의 수축’ ..... | 62        |
| 4. 기본권보호청구권과 경찰개입청구권 .....        | 67        |
| 5. 소결 .....                       | 71        |
| 제3절 기본권보호의무를 위한 경찰의 개선과제 .....    | 72        |
| 1. 경찰의 위험 예측 및 판단능력 함양 .....      | 72        |
| 2. 피해자 보호적 차원의 경찰 활동 .....        | 73        |
| 3. 국민기본권에 대한 인식 제고 .....          | 74        |
| <br>                              |           |
| <b>제4장 결론 .....</b>               | <b>76</b> |
| <br>                              |           |
| 참고문헌 .....                        | 79        |
| <br>                              |           |
| Abstract .....                    | 84        |

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 배경 및 목적

침해행정작용으로서 경찰의 개입은 국민의 기본권의 제한을 가져옴으로 그 경찰권의 발동은 최소한에 그쳐야 하며, 경찰권의 발동에 있어서 법적 한계가 설정되어야 한다. 따라서 경찰권을 발동함에는 엄격한 법규상의 한계에 의하여야 하고, 경찰편의주의에 의한 재량이 인정되는 경우에도 조리상의 한계에 의하여야 한다. 그동안 경찰권 발동과 관련한 논의의 대부분이 바로 이러한 경찰권의 발동을 제한하고 남용을 방지하기 위한 소극적 한계에 관한 것이었다.

경찰권 발동에 있어서 이러한 소극적 한계는 여전히 중요한 위치를 차지하고 있는 것은 사실이다. 그러나 최근 실질적 경찰개념의 수정 요청과 함께 위협의 일반화·보편화 및 경찰의 개입 요건으로서의 구체적 위협의 개념변화로 인하여 경찰의 임무 범위가 확대되고 있다. 또한 경찰권의 불행사로 인하여 국민의 기본권 침해가 발생함으로써 경찰권의 적극적 발동을 통하여 국민의 기본권을 보호해야 한다는 사회적 요청이 증가하고 있다. 이러한 사회적 변화에 따라 경찰이 국민의 기본권 침해자일 뿐만 아니라 기본권 보호자로서 기능하여야 한다는 인식이 확산되면서 경찰권 발동에 있어 적극적 한계에 관한 논의의 필요성이 대두되고 있는 것이다.

자유주의 헌법에서의 기본권의 보장은 국가가 기본권영역에 개입하지 않음으로써 최선의 기본권보장이 될 것이라고 보아 최소한의 국가를 강조하였다. 이는 기본권보장에 대한 ‘최소한의 국가가 최선의 국가’라고 일컬어졌었다.<sup>1)</sup> 그러나 20세기 사회국가에서는 국가이외에 사회세력 및 사인 또한 기본권 침해자로 등장하면서, 이에 대한 침해로부터 국민을 보호해야 하는 국가의 의무가 강조되었다.

1) 표명환, “기본권해석에 있어서 기본권의 객관법적 성격의 기능과 현대적 쟁점”, 법학연구 제42집, 한국법학회, 2011, 46면.

즉 국가와 국민의 양자관계에서 국가의 최소한의 침해가 국민의 기본권의 최대한의 보장이라고 하는 기본권보장의무에, 국가와 기본권 침해자 및 기본권 피해자의 삼각관계에서 기본권 피해자의 기본권을 고려한 기본권보호의무가 더해지게 된 것이다. 이는 기본권의 주관적 성격뿐만 아니라 객관적 가치질서로서의 성격이 인정되면서 등장하게 되었다.

이러한 국가의 기본권보호의무의 수범자는 모든 국가기관으로써 국민의 기본권에 대하여 직접적인 관계를 형성하는 행정부, 특히 국민의 생명·신체에 대한 직접적 직무를 수행하는 경찰작용에 있어 더욱 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 따라서 국가의 기본권보호의무가 경찰의 적극적 개입의무를 근거 지운다고 할 수 있을 것이다.

본 논문에서는 최근 경찰에 대해 적극적인 개입을 통한 보호 요구에 따라 기본권 침해자가 아닌 기본권 보호자로서 자리매김하기위한 방안으로 경찰의 적극적 개입을 요구하는 적극적 한계의 필요성을 인식하여, 그 근거가 되고 있는 국가의 기본권보호의무를 중심으로 경찰권 발동에 관하여 체계적으로 연구하고자 한다.

더 나아가 국가의 기본권보호의무에 근거한 경찰권 발동에 있어 적극적 한계에 따라 국민의 기본권보호의무 수행을 위한 현 경찰의 개선과제를 제시함으로써 경찰이 국민의 보호자로서의 역할을 충실히 이행하도록 하는데 목적이 있다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

### 1. 연구의 범위

최근 경찰에 대해 적극적 개입을 통한 보호를 요구함으로써 타인에 의한 기본권 침해로부터 보호받고자 하는 요청이 증가하고 있다. 이는 현대 실질적 법치주의에서 국가의 기본권보호의무가 강조되는 것과 같은 맥락으로써 국가의 기본권

보호의무가 경찰의 적극적 한계의 근거가 된다고 본다. 즉 최근 경찰권 발동에 대한 적극적 개입요구에 따라 경찰권 발동에 있어 적극적 한계가 필요한바, 이는 국가의 기본권보호의무에 의한 것으로, 경찰권 발동의 적극적 한계를 도출함에 있어 행정법적 접근이 아닌 헌법적으로 접근을 해 보고자 하였다.

논문의 구성은 연구의 목적, 연구의 범위와 방법을 전제로 제1장 서론, 제2장 전통적인 관점에서의 경찰의 기본권보장과 경찰권 발동의 원칙, 제3장 경찰의 기본권보호의무와 경찰개입의 한계, 제4장 결론으로 구성하였다.

제1장은 이 논문의 서론으로 연구의 목적, 연구의 범위 및 방법에 대하여 기술하였다.

제2장에서는 기본권보장의무의 담당자로서 경찰의 기능 변화과정을 살펴보고, 경찰권 발동의 근거 및 경찰권 발동의 요건 및 한계에 대해 기존의 논의를 중심으로 살펴보고, 최근 경찰권 발동과 관련한 변화에 따른 경찰작용에 있어 적극적 한계의 필요성에 대해 고찰하였다.

제3장에서는 경찰권 발동의 적극적 한계의 근거로써 국가의 기본권보호의무에 대해 자세히 살펴보고, 이러한 기본권보호의무가 경찰권 발동과 관련하여 어떻게 적용이 되고 있는지에 대한 경찰권 발동의 적극적 한계 요소를 고찰하였다. 또한 이러한 한계 요소가 실효성을 갖기 위한 경찰의 개선과제를 제시하였다.

제4장에서는 이상의 내용을 정리하여 결론을 도출하고, 경찰이 기본권보호의무의 주체로써 경찰권 발동의 방향에 대해 제시하고자 하였다.

## 2. 연구의 방법

이 논문은 경찰권 발동에 관한 적극적 한계를 고찰하고자 선행연구에 관한 국내문헌 및 외국문헌, 학위논문, 학술지, 학술대회 자료집 등을 다양하게 활용하였다. 또한 판례분석을 위해 헌법재판소 사이트, 대법원 종합법률정보 사이트를 이용하였다.

## 제2장 경찰의 기본권보장과 경찰권 발동의 원칙

### 제1절 경찰의 기본권보장

기본권은 국가라는 공동체를 전제로 하여 국가내적으로 효력을 가지는 것으로서, 기본권의 존재와 효력은 국가 실정법질서에 의해 보장된다.<sup>2)</sup> 헌법의 규정에 의하여 나타난 기본권은 일반적으로 헌법에 의하여 보장되는 개인적 권리로서 기본권은 개인에게는 권리를 주지만 국가에게는 의무를 지운다. 특히 국가의 역할이 급격하게 커지고 다양화되는 현대국가에서 국가의 의무적 측면이 가지는 중요성은 점점 커지고 있다.

헌법상의 기본권은 그 성립시부터 현재에 이르기까지 국가를 통한 형성보다는 국가에 대한 보장, 즉 부작위에 의한 보장을 원칙으로 하고 있다.<sup>3)</sup> 기본권은 주관적 공권으로서의 방어권으로, 연혁적으로 시민의 자유에 대한 국가의 간섭으로부터의 배제, 그에 대한 방어라는 개념으로 성립되었다. <sup>4)</sup> 이러한 기본권의 주관적 공권성으로 인하여 공권력은 그 보호영역에 간섭할 수 없으며, 공권으로서 법적인 힘이 부여되는 것이므로 국가권력을 제한하는 방어권이 된다.<sup>5)</sup> 따라서 권한 없는 국가권력의 개입과 침해의 배제를 가능하게 하는 법적인 힘으로써 이는 국가에 대한 소극적 권능제한규범이 된다.<sup>6)</sup>

우리나라에서 기본권 보장 의무에 관한 논의는 제헌헌법 이래 헌법상의 명문규정에 대한 해석론으로 전개되어 왔으며, 우리 헌법 제10조 후문의 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라는 규정을 통해 국가의 기본권보장 의무를 도출할 수 있다.<sup>7)</sup> 국가의 기본권 보장 의무

2) 허완중, “인권과 기본권의 연결고리인 국가의 의무”, 저스티스 통권 제124호, 2011, 143면.

3) 정극원, “인권의 헌법적 보장과 기본권규범화의 태양”, 유럽헌법연구 제8호, 2010, 254면.

4) 정혜영, “방어권과 기본권보호의무:보호의무사안의 방어권적 재구성에 관한 논의를 중심으로”, 아주법학, 제7권 제4호, 2014, 137면.

5) 정극원, 앞의 논문, 252면.

6) 정극원, 앞의 논문, 252면.

7) 최용기·박현조, “국가의 기본권보장 의무”, 헌법학연구 제9권 제1호, 2003, 199면.

는 우리 헌법질서에 있어서 핵심적인 내용이지만, 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있다고 한다. 그러나 이러한 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없도록 함으로써 국가의 기본권보장의무를 더욱 강조하고 있는 것이라 할 수 있다.

이러한 기본권 보장의무의 수범자는 입법·사법·행정 등 모든 국가기관으로서, 입법부는 입법형성을 통해 기본권보장의무를 1차적으로 수행하고, 사법부는 사법 판단을 통해 최종적으로 기본권 보장의무를 수행한다. 행정부는 입법부가 제정한 법률에 따라 기본권보장의무를 직접 실현하는 국가기관으로서, 국민과 국가와의 관계에 있어 가장 직접적인 관계를 가지고 있다고 할 수 있다. 따라서 행정기관은 법령의 집행에 있어서나 관련 명령·규칙의 정립에 있어서 국민의 기본권이 최대한 보장될 수 있도록 노력하여야 한다. 특히 경찰기관은 국민의 기본권, 즉 생명·신체에 대한 직접적 관련성을 가지는 임무를 수행하는 행정기관으로서 기본권 보장의무가 더욱 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.

## 제2절 기본권보장의 담당자로서 경찰권

### 1. 경찰의 기능과 본질

경찰개념은 역사적으로 발전·형성된 개념이므로 시대에 따라, 국가의 성격에 따라 각각 그 내용과 범위가 동일하지는 않다. 일반적으로 경찰이란 단어는 그 어원을 그리스어의 'politeia'에 두고 있다. 이는 로마인들이 그리스 문화를 접하게 되면서 라틴어 'politia'로 받아들여 졌으며, 이는 '공화국의 헌법과 그를 지지하는 행정활동 전체'를 의미하는 것이었다.<sup>8)</sup>

경찰의 시대적 변천과정은 우리나라 경찰 개념 형성의 중요한 영향을 미친 대륙법계 경찰개념을 중심으로 살펴 볼 수 있으며, 역사적으로 절대국가 이전의 경찰, 절대국가의시대의 경찰, 자유주의적 법치국가의시대의 경찰, 사회적 법치국가의시대

8) 서정범, “경찰개념의 역사적 발전에 관한 고찰”, 중앙법학 제9집 제3호, 중앙법학회, 2007, 131면.

의 경찰로 크게 4시기로 구분할 수 있다.

절대국가 이전 고대국가는 부족국가(도시국가)로 종래의 군장사회와 동일한 계급사회이지만 이보다는 영토가 확대되고 왕권강화 및 지배기구가 조직화된 형태라 할 수 있다.<sup>9)</sup> 14세기 말 프랑스에서의 경찰의 정의는 모든 국가작용과 동시에 국가의 평온하고 질서 있는 상태를 의미하였다.<sup>10)</sup> 15세기 말 독일에서는 ‘공동체의 질서 있는 상태’ 또는 ‘공동체의 질서 있는 상태를 유지하지 위한 모든 활동’을 의미하였으며, 국가활동의 분화가 이루어지지 못해 교회행정을 제외한 재판권·과세권·입법권 등 국가행정전반을 칭하였다.<sup>11)</sup>

18세기 절대국가지대에는 공동체의 질서 있는 상태를 유지하고 회복하기 위해 무엇이 필요한가에 관한 이론적 체계화가 경찰학에 의해 최초로 시도되었다. 이에 따라 광범위하게 인정되어 온 경찰개념에서 외무행정, 재무행정, 군사행정, 통치활동, 사법활동이 분리되어 양적으로는 축소되었다고 할 수 있다. 하지만 당시에는 소극적 질서유지기능뿐만 아니라 적극적 복리증진을 위한 기능도 경찰개념에 포함시키면서 질적으로는 오히려 확장되었다고 할 수 있다.<sup>12)</sup> 즉 경찰권은 외교, 군사, 재정, 사법 등 특수행정분야를 제외한 모든 행정에 대하여 행사할 수 있는 국가권력을 의미하는 것으로, 경찰권이 내무행정 전반으로 축소됨과 동시에 강화된 왕권을 반영하게 됨으로써 그 권한은 더욱 강화되었던 것이다.<sup>13)</sup> 따라서 절대국가지대에 있어 경찰은 사실상 아무런 제한을 받지 않는 ‘군주에게 귀속된 절대적 지배권의 총체’를 의미하였다.<sup>14)</sup> 절대군주체제가 강화됨에 따라 경찰의 권한도 강화되어 통치권의 전반에 대해서도 강제력을 행사하는 이른바 경찰국가 시대가 실현되었다.<sup>15)</sup>

그러나 18세기 후반 정치적으로 자유주의적 법치국가가 성립됨에 따라 비로소 경찰권은 정치적으로도 제한을 받게 되었다. 이에 따라 경찰의 개념도 축소되어 경찰권은 적극적 복리증진을 위해서는 행사될 수 없었으며 오로지 소극 목적을

9) 이한익, “경찰학개론”, 형설출판사, 2006, 151-152면.

10) 장병연, “경찰권발동의 개괄적 근거와 한계”, 유럽헌법연구 제14호, 2013, 277면.

11) 서정범, 앞의 논문, 132-133면.

12) 서정범, 앞의 논문 133면.

13) 광태석, “복지국가에서의 경찰의 향후 과제”, 자치경찰연구 제7권 제1호, 2014, 111면.

14) 손재영, “경찰법-경찰법의 기본체계와 이론적 기초-”, 박영사, 2014, 6면.

15) 광태석, 앞의 논문, 111면.

위해서만 행사될 수 있었다.<sup>16)</sup> 즉 경찰작용이 상당부분 축소되어 공공의 안녕과 질서유지를 위한 소극적 경찰작용만을 하게 되었다. 그래서 이 시기를 국가가 밤에 지켜주기만 하면 된다는 의미로 ‘야경국가’ 또는 이전에 경찰권 행사 영역에서 많은 부분 경찰권이 배제되었다는 점에서 ‘비경찰화’라는 말로 표현하기도 한다.<sup>17)</sup>

이렇게 경찰의 개념이 소극적인 질서유지에 국한되게 되는 변화의 전환점을 형성한 것이 1882년 6월 14일의 프로이센 상급행정법원의 크로이쯔베르크판결<sup>18)</sup>이며, 이 판결에서 공공의 복리증진은 경찰의 고유한 직무가 아니므로 복리증진을 위한 법규명령은 법률에 위반되어 무효라고 판시하면서 경찰의 권한을 위험방지에 국한시켰다.

국민은 공공의 안녕 또는 질서가 유지되는 상태 하에서만 자신의 기본권을 실질적으로 행사하고 향유할 수 있다. 따라서 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위험방지는 오늘날의 사회적 법치국가에 있어서도 여전히 필수불가결한 국가의 과제라고 할 것이다.<sup>19)</sup> 하지만 현대 국가의 기능이 근대의 야경국가에서 행정국가로 변화함에 따라 경찰 기능도 소극적 작용에서 적극적 작용으로 확대되어 나가는 경향을 보이고 있다.<sup>20)</sup>

16) 서정범, 앞의 논문, 137면.

17) 광태석, 앞의 논문, 112면.

18) PreußOVGE 9, 353 ff(Neudruck, DVBI 1985, 219 ff)이는 베를린 외곽의 크로이쯔베르크에 있는 전승기념비 주위의 건축구역에서는 기념비 하단에서 도시와 그 주위를 조망하는 것이 방해받지 않고, 또 도시에서 전승기념비를 전망하는 것이 침해받지 않는 정도의 고도내에서만 건축이 허용된다고 한 1879년의 베를린 경찰국장의 경찰명령에 근거하여, 그 지역내에서 (주거용의 4층) 건축물의 건축허가의 발급을 거절한 것이 문제가 된 사건이다. 이에 대하여 프로이센 상급행정법원은 “프로이센 일반란트법 제2장 제17절 제10조에 따를 때 경찰은 위험방지의 권한만을 가지며, 미적인 이익을 추구할 권한은 없기 때문에 크로이쯔베르크에 있는 해방전쟁에서의 전승기념비에 대한 조망을 해치지 않게 하기 위하여 도로상의 건축물의 고도를 제한하는 경찰명령은 무효이다”고 판시하였다. 이는 베를린 경찰청장에 의한 경찰명령은 미학적인 이유에서 발해진 것으로 복리의 증진을 목적으로 하는 것이라는 이유로 효력을 부인함으로써 그 경찰명령을 무효라고 판단한 사건이다. 이후 수십 년간 프로이센 고등행정법원은 문헌에서의 지배적 견해와 더불어 이러한 입장을 고수하였고, 프로이센 일반란트법 제2부 제17장 제10조에 기초를 둔 경찰법체계를 발전시켰다. 특히 1931년 6월 1일 제정된 프로이센 경찰행정법 제14조 제1항은 “경찰행정청은 현행법의 범위 내에서 공공의 안녕 또는 공공의 질서를 위협하는 위험으로부터 공중이나 개인을 보호하기 위하여 필요한 조치를 의무에 적합한 재량에 따라 취하여야 한다”고 규정하여 프로이센 고등행정법원의 관례에 의하여 발전된 실질적 의미의 경찰개념을 성문화시켰다. 이로써 오늘날 법치국가 경찰법의 출발점으로 평가받고 있는 크로이쯔베르크판결은 1931년 프로이센 경찰행정법에서 그 결실을 보게 되었다.(손재영, 앞의 책, 7-9면.)

19) 서정범, 앞의 논문, 140면.

20) 광태석, 앞의 논문, 112면.

## 2. 경찰권 발동의 근거

### 1) 경찰권 발동의 헌법상 근거

헌법의 구체화법으로서의 경찰법은 헌법의 목표 실현에 초점을 맞추어야 한다.<sup>21)</sup> 따라서 헌법의 지도목표인 인간의 존엄과 가치, 기본권, 그리고 민주국가와 법치국가 등의 보호는 경찰작용의 필요성의 근거이면서 경찰작용의 한계를 이룬다고 할 것이다. 경찰상 위험방지는 헌법상 요구되는 국가의무이며 기본적인 기능이라고 할 수 있다. 그러나 우리 헌법에서는 이러한 위험방지에 관해 명시적으로 규정하고 있지 않으며, 다만 헌법 제10조 등으로부터 기본권 보장 의무, 그리고 헌법 제37조 제2항에서 말하는 질서유지의 개념에 비추어 볼 때 경찰작용이 헌법상 요구되는 국가작용임에는 의문이 없다.<sup>22)</sup>

헌법은 모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위해 모든 국가작용에 대하여 법치주의를 따를 것을 요구한다. 특히 경찰권은 공공의 안녕과 질서의 유지를 위하여 개인의 자유를 제한하는 법률적·사실적 행위를 할 수 있는 법률상의 힘을 뜻한다.<sup>23)</sup> 이러한 경찰권의 발동은 국민의 기본권을 침해할 가능성이 크기 때문에 법치주의를 보다 엄격하게 준수할 것을 요구한다.<sup>24)</sup>

법치주의란 형식적 의미로는 국가가 국민의 자유와 권리를 제한하거나, 국민에게 새로운 의무를 부과하는 경우에는 국회가 제정한 법률에 의하거나 법률에 근거가 있어야 함을 의미한다. 이러한 법률은 국민만이 아니라 국가권력의 담당자도 규율한다. 한편 실질적 의미로는 정의의 이념에 근거하고 그 실현을 추구하는 국가 원리를 말한다. 헌법상 법치주의는 양자의 개념을 모두 포함한다.<sup>25)</sup>

또한 헌법 제37조 제2항은 기본권 제한에 대한 일반적인 법률유보의 원칙과 제한의 헌법적 한계를 규정하고 있다.<sup>26)</sup> 법률유보원칙은 헌법상 보장된 기본권을

21) 홍정선, “경찰행정법”, 박영사, 2013, 43면.

22) 홍정선, 앞의 책, 43면.

23) 이주환, “경찰법상의 위험방지와 기본권제한에 관한 연구-경찰권 발동을 중심으로-”, 경성대학교 법학박사 학위논문, 2010, 41면.

24) 홍정선, 앞의 책, 43면.

25) 홍정선, 앞의 책, 44면.

26) 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 결정.[법치주의 원리는 국가권력 행사의 예측가능성을

제한하는 사항에 대해서는 입법기관인 의회가 제정한 법률에 의한 수권이 필요하다는 의회유보원칙과 기본권을 제한하기 위한 경찰권 행사의 근거가 되는 법률조항은 제한의 목적·내용·범위가 명확하게 규정되어야 한다는 명확성원칙을 내용으로 하고 있다.<sup>27)</sup>

## 2) 경찰권 발동의 행정법상 근거

행정활동은 헌법을 구체화 한 것으로, 행정에 부과된 의무 및 책임과 이를 수행하기 위한 권한은 그것을 수권한 법률로부터 구체적으로 도출할 수 있다. 경찰의 조치는 침해적인 명령·강제를 내용으로 하는 권력적 작용으로써 헌법 제37조 제2항에서 명시한 법률유보의 원칙과 법치주의 원칙에 기초한 법률상의 수권에 기초하여서만 허용된다.<sup>28)</sup><sup>29)</sup> 그러나 경찰은 위협의 방지와 같은 특수한 임무를 수행하기 때문에 요건과 효과를 구체적으로 정할 수 없는 포괄적 수권을 인정하는 것이 보통이다.

우리 헌법은 국민의 기본권을 제한하는 경우에는 반드시 법률에 근거하도록 하고 있으며, 여기에는 조직법적 근거뿐만 아니라 개별적인 작용법적 근거를 함께 요구하고 있으며, 경찰행정은 전형적인 침해행정으로써 단순한 직무규범이 아닌 개별적·구체적 수권규범에 근거해야 한다.<sup>30)</sup> 경찰권 발동에 관한 조직법상 수권 법규로써 경찰법과 작용법상 수권 법규로써 경찰관직무집행법을 들 수 있다.

경찰법은 경찰의 민주적인 관리·운영과 효율적인 임무수행을 위하여 경찰의 기본조직 및 직무범위 기타 필요한 사항을 규정하기 위하여 제정되었으며, 경찰작용과 관련한 대표적 규정으로 동법 제3조(국가경찰의 임무)는 국가경찰이 국민의

---

보장하기 위하여 그 주체와 방법 및 그 범위를 법률로 규정할 것을 요구하며 예외적으로 위임 입법을 허용하는 경우에 있어서도 법률에 의한 수권에 의거한 명령의 내용이 어떠한 것이 될 수 있을 것인가를 국민에게 예측가능할 것임을 요구하는 것으로서 그것은 법규명령에 의하여 비로소가 아니라 그보다 먼저 그 법률수권의 내용으로부터 예견 가능하여야 하는 것을 의미하는 것이다.]

27) 손재영, 앞의 책, 65면.

28) 백종인·유종민, “경찰권 발동의 근거로서 개괄적 수권조항에 관한 연구”, 법학연구 제36집, 전북대학교 법학연구소, 2012, 349-350면.

29) 현재 국내외의 학설(침해유보설, 전부유보설, 사회유보설, 중요사항유보설, 신침해유보설)의 어느 입장에 따르더라도 개인의 자유·권리를 제한함에는 법률에 의한 수권이 필요하다는 점에서는 일치하고 있다.

30) 장병연, 앞의 논문, 282면.

생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 경비·요인경호 및 대간첩·대테러 작전 수행, 치안정보의 수집 작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 외국 정부기관 및 국제기구와의 국제협력, 그 밖의 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하고 있음을 규정하고, 제4조(권한남용의 금지)는 국가경찰이 그 직무를 수행함에 있어서 헌법과 법률에 따라 국민의 자유와 권리를 존중하고 국민전체에 대한 봉사자로서 중립을 지켜야 하며, 부여된 권한을 남용하여서는 안 된다고 규정하고 있다.

경찰관직무집행법은 국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 경찰관의 직무수행에 필요한 사항을 규정하기 위하여 제정되었으며, 동법 제2조(직무의 범위)는 경찰관의 직무를 국민의 생명·신체 및 재산의 보호, 범죄의 예방·진압 및 수사, 경비·주요인사 경호 및 대간첩·대테러 작전 수행, 치안정보의 수집·작성 및 배포, 교통의 단속과 교통 위해의 방지, 외국 정부기관 및 국제기구와의 국제협력, 그 밖의 공공의 안녕과 질서 유지로 명시하고 있다. 또한 헌법 제37조 2항에 따라 제3조 이하의 규정에서 경찰의 직무 범위 및 한계를 구체적으로 명시하고 있다.

경찰권 발동의 근거가 되는 수권규범은 개별적 수권조항과 개괄적 수권조항의 형태로 규정되어 있는데, 개별적 수권조항이 존재하는 경우에는 개별적 수권조항이 우선 적용된다. 따라서 개괄적 수권조항은 개별적 수권조항이 존재하지 않을 경우 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 방지하거나 제거하기 위해 적용될 수 있으며, 이에 대한 인정 여부 및 존재 여부에 대하여 견해가 나뉘고 있다.

#### (1) 경찰권 발동의 수권규범으로 개별적 수권조항

경찰권 행사에 관한 개별적 수권조항이란 경찰권 발동요건 및 내용에 관한 개별적 규정으로, 경찰행정법상 개별적 수권조항과 특별행정법상 개별적 수권조항으로 나누어 볼 수 있다.

경찰행정법상 개별적 수권조항은 경찰관직무집행법에서의 경찰권 발동에 관한 구체적 규정을 말한다. 이와 달리 법의 존재목적이 위협방지가 주된 것은 아니지만 행정작용을 수행함에 있어 부수적으로 위협방지의 필요성이 인정되어 경찰작용과 관련된 규정들을 특별행정법상 개별적 수권조항이라 하며,<sup>31)</sup> 일반경찰행정

법에 대한 특별법적 성격을 갖는 것으로 이 규정이 적용되는 경우에는 일반경찰 행정법상의 근거규정은 적용되지 아니한다.<sup>32)</sup>

(2) 경찰권 발동의 수권규범으로써 개괄적 수권조항에 관한 논의

개괄적 수권조항이란 경찰권의 발동 근거가 개별적·구체적이 아닌 추상적인 내용으로 규정되어 있는 것을 말한다.

경찰권의 발동은 법치행정의 원칙에 따라 직무규범이 아니라 개별적인 권한규범에 근거하여야 하지만, 공공의 안녕과 질서유지에 대한 위협방지라는 임무의 성질상 경찰권 발동에 관한 요건과 효과를 구체적으로 정하기 어려운 임무수행에 있어서는 직무규범도 보충적으로나마 경찰권 발동에 있어 근거가 될 수 있다는 논리이다. 즉 사회 환경변화에 따라 예측할 수 없는 경찰상 위해가 발생한 경우, 개별적 수권조항으로 해결할 수 없는 경우를 대비하기 위해 인정되는 것이 개괄적 수권조항인 것이다.<sup>33)</sup>

이러한 개괄적 수권조항에 대한 경찰행정법에 있어서의 개념 정립은 독일에서 유래되었다. 1794년 프로이센 일반란트법 제2장 제17절 제10조에서 위해방지를 위하여 필요한 조치를 취하는 것이 경찰의 직무라고 규정함으로써 문리적 해석에 따를 때 경찰의 직무에 관한 임무규정으로 보아야 함에도 크로이쯔베르크판결<sup>34)</sup>을 통하여 임무규정에 머무르지 않고 경찰권 행사에 관한 근거조항으로 지위를 인정하였다. 이를 계기로 통일경찰법모범초안 제1조 제1항에서 “경찰은 공공의 질서와 안녕에 대한 위해를 방지할 의무를 갖는다.”고 하여 직무를 규정하고, 제8조 제1항에서 “제9조 내지 제24조에서 별도로 규정된 수권조항이 적용되

31) 특별행정법상 개별적 수권조항에는 ① 도로교통법, 자동차관리법, 선박법, 선박안전법, 항공법 등 교통상의 안정 및 질서유지를 위한 법령, ② 식품위행법, 공중위생관리법, 직업안전법 등 영업경찰법령, ③ 건축법 등 건축관련법령, ④ 폐기물관리법, 자연환경보전법, 수질환경보전법, 해양오염방지법, 대기환경보전법 등 환경상의 위협방지를 위한 법령, ⑤ 의료법 등 건강에 관한 법령 등이 해당된다.(김원기, “국민기본권 보장을 위한 경찰수권조항 연구”, 한국치안행정논집 제9권 제1호, 한국치안행정학회, 2012, 126면.)

32) 손재영, 앞의 책, 49면.

33) 장병연, 앞의 논문, 284면.

34) 이 판결은 1882년 6월 14일 프러시아 고등법원이 베를린 경찰청장이 구체적 권한규정이 없던 당시에 프러시아 일반주법 제10조 2항 17호에 근거하여 1879년 3월 10일 발한 명령에 기초하여 내린 건축불허가 처분에 대하여 법원이 무효로 판시한 사건으로, 이 판결의 중요한 점은 프러시아 일반주법 제10조 2항 17호 규정을 직무규정으로뿐만 아니라 권한에 관한 일반적 수권조항으로 승인하였다는 점이다.

지 않는 한 경찰은 구체적인 경우에 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다”고 하여 개괄적 수권조항을 규정하고 있다.<sup>35)</sup>

이와 같은 개괄적 수권조항의 인정여부에 관하여 우리나라에서는 부정설과 긍정설, 입법필요설로 견해가 나뉘고 있다.

#### 가. 부정설

부정설의 견해는 개괄적 수권조항이 법률유보원칙의 한 요소인 ‘명확성의 원칙’에 반한다고 한다. 즉 우리헌법 제37조 제2항에 의하면 경찰권의 행사는 법률에 그 근거가 있는 경우에만 가능하며, 수권의 근거가 되는 법률은 의회가 제정한 법률이어야 한다는 의회유보원칙과 그 제한의 목적과 내용 및 범위를 명확하게 규정해야 한다는 명확성의 원칙을 준수해야 한다. 그럼에도 경찰법상의 개괄적 수권조항은 ‘공공의 안녕’, ‘공공의 질서’, ‘위험’과 같은 불확정 법개념을 사용하고 있어 명확성의 원칙에 반한다는 것이다.<sup>36)</sup>

따라서 현행 경찰관직무집행법상의 개별적 수권조항에서 경찰상 위험에 해당하는 경우를 규정하고 있으며, 특히 제5조 제1항은 다른 규정에서 규정하지 않은 상당부분을 규율하고 있어 실무상 개괄적 수권조항의 필요성이 크지 않다고 한다.<sup>37)</sup> 또한 경찰작용은 권력적이고 침해적인 성격을 갖기 때문에 경찰작용에 대한 법률적인 근거는 개별적 수권법규이어야 하며, 경찰관직무집행법 제2조 제7호는 경찰의 임무를 정한 규정으로서 우리나라에 개괄적 수권조항은 존재하지 아니한다고 한다.<sup>38)</sup>

#### 나. 긍정설

긍정설은 개괄적 수권조항의 필요성과 허용성을 인정하면서, 어떠한 법률조항

35) 고현환, “경찰행정법상 일반적 수권조항에 의한 경찰권 행사의 헌법적 한계”, 토지공법연구 제 49집, 사단법인 한국토지공법학회, 2010, 366면.

36) 손재영, 앞의 책, 65-66면.

37) 고현환, 앞의 논문, 367면.

38) 장병연, 앞의 논문, 285-286면.(본 참고문헌에서는 경직법 제2조 제6호로 기술하고 있지만 2014년 5월 20일 경직법 전면개정으로 제2조 제6호가 제2조 7호로 바뀐에 따라 본 논문에서는 제2조 제7호로 기술하였음. 이하 기술에서도 개정된 법조항으로 기술함.)

을 개괄적 수권조항으로 인정할 것인지에 대해서 견해가 나뉘고 있다.

경직법 제2조 제7호가 규정하고 있는 ‘공공의 안녕과 질서유지’라는 경찰의 임무에 관한 조항을 권한규정으로 파악하여 이를 현행법상 개괄적 수권조항으로 보고, 개별적 수권조항이 없는 경우에는 이 조항에 근거하여 경찰권을 발동할 수 있다고 보는 견해가 대표적이라고 할 수 있다.<sup>39)</sup> 이 외에도 경직법 제2조 제7호·제5조 제1항·제6조를 개괄적 수권조항으로 보는 견해, 경직법 제5조 제1항 제3호를 개괄적 수권조항으로 보는 견해, 경직법 제5조 제1항 제3호의 유추적용을 주장하는 견해로 나뉘고 있다.<sup>40)</sup>

이외에도 입법필요설은 사회 및 기술의 발전이라는 관점에서 개괄적 수권조항의 필요성이 인정되며, 개괄적 수권조항에 따른 경찰권 발동은 개별적 수권조항이 존재하지 않는 보충적이고 예외적인 경우에 적용될 수 있다. 적용하는 경우에도 조리상의 한계 등에 의해 남용가능성에 대한 통제가 가능하므로 법치주의원칙에 반하지 않으며 그 허용성은 인정된다고 본다.<sup>41)</sup> 하지만 경찰권 발동을 위해서는 조직법적 근거뿐만 아니라 작용법적 근거가 필요하고, 현재 경직법 제2조와 경찰법 제3조는 모두 조직법상 임무규정에 불과하다. 따라서 현행법상 개괄적 수권조항은 존재하지 않는 것으로 보아야 하며, 이에 대한 입법이 이루어져야 할 것이라고 한다.<sup>42)</sup>

헌법재판소는 “경찰법 제3조는 국가기관으로서의 경찰 조직을 두는 목적과 그에 따른 경찰 임무의 개요를 밝히는 조항이고, 경찰법 제3조와 경찰관직무집행법 제2조는 경찰관에게 직무수행의무를 부과하는 전제로서 경찰관의 직무 범위를 개괄적으로 한정하여 표시해 주는 조항이다. 이러한 성격과 내용을 갖는 위 조항들은 이른바 일반적 수권조항이라 하여 국민의 기본권을 구체적으로 제한 또는 박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수는 없다고 할 것이다”고 하여 경찰관직무집행법 제2조는 국민의 기본권을 제한 또는 박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수 없다고 하였다.<sup>43)</sup> 이 부분에 대한 헌법재판관들의 의견도 2대2로 나뉘고 있

39) 서정욱, “경찰권의 근거와 관련한 개괄적 수권조항(대법원 1986. 1. 28. 85도2448 판결)”, 영남 법학 제11권 제2호, 영남대학교 법학연구소, 2005, 165면.

40) 이에 대한 자세한 내용은 손재영, 앞의 책, 박영사, 2014, 75-81면 참조.

41) 서정욱, 앞의 논문, 164면.

42) 서정욱, 앞의 논문, 164면.

43) 현재 2011. 6. 30. 2009헌마406.[피청구인의 이 사건 통행제지행위가 경찰법 제3조, 경찰관직무집행

다.44)

### (3) 소결

모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에, 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적·규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다. 특히 경찰법의 영역에서는 다양한 위험상황을 방지·대처해야하는 경찰의 임무 특성상 ‘위험상황에 따른 경찰의 탄력적 대응’이라는 측면에서 개괄적 수권조항의 필요성은 중요한 의미를 가진

법 제2조에서 정한 경찰의 임무를 수행하기 위한 목적에서 행해진 활동이라는 주장에 대하여, 이 법률조항들이 이른바 ‘일반적 수권조항’으로서 이 사건 통행제지행위의 법률적 근거가 될 수 있는 것인지에 대한 검토결과으로써 (가) 우리 헌법은 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우 반드시 ‘법률’에 근거하도록 하였는바, 여기에서 말하는 ‘법률’은 조직의 설치 목적, 지위, 임무 또는 직무의 범위 등을 일반적으로 밝히는 조직법적 규정을 가리키는 것이 아니고, 개별적 또는 구체적 사안에 적용할 작용법적 조항을 의미하는 것이라고 보아야 한다. 따라서, 경찰조직의 임무 또는 경찰관의 직무 범위를 개괄적으로 규정한 조직법적 규정인 위 법률조항들을 가져다가, 경찰이 국민의 기본권을 구체적으로 제한할 수 있는 실제법적 근거로 삼을 수는 없다고 할 것이다. (나) 위 조항들을 이른바 일반적 수권조항이라 하여 개별적, 구체적 기본권제한의 근거가 될 수 있다고 보는 것은 경찰작용에 관한 개별적 수권조항을 자세히 규정한 입법자의 의도에도 어긋나는 해석이다. 즉, 경찰관직무집행법 제3조 이하에서는 불심검문, 보호조치 등 각 경찰작용의 요건과 한계에 관하여 엄격한 규정을 두고 있는바, 그러한 경찰작용은 모두 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 공공의 안녕과 질서유지라는 경찰의 임무 또는 직무의 수행을 목적으로 하는 작용들이므로 분명하므로, 일반적 수권규정은 중복되는 규정이 되고 말 것이다. 또한, 이런 해석 아래에서는 심지어 개별적 수권조항들의 요건을 갖추지 못하여 위법한 경찰작용이 일반적 수권조항을 근거로 한 경찰작용으로서 적법하다고 인정될 여지도 있게 될 것이다. 이렇게 광범위한 경찰권 발동을 허용하는 것은, 개별적 수권조항을 자세하게 규정함으로써 엄격한 요건 아래에서만 경찰권의 발동을 허용하려는 입법자의 의도를 법률해석으로 뒤집는 것이 될 것이다. (다) 나아가, 국가기관의 조직에 관한 다른 법률들에서도 임무 또는 직무에 관한 조항을 둔 예는 무수히 찾아볼 수 있으나, 임무 또는 직무 범위를 규정한 법률조항을 가지고 구체적 기본권 제한의 근거로 삼는 사례는 찾아볼 수 없다. 그럼에도 불구하고, 유독 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조에 대하여만 예외를 인정하여 이른바 ‘일반적 수권조항’이라는 개념을 동원하여 범치행정의 실질을 허물어서는 아니 될 것이다. (라) 가사 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조가 기본권 제한의 일반적 수권조항에 해당한다고 보는 경우에는 명확성의 원칙 위반이라는 또 다른 위헌성을 피할 수 없어서, 결국 합헌적인 법률적 근거로는 볼 수 없게 된다. 이 법률조항들이 일반적 수권조항에 해당한다고 보는 것은, 위 법률조항들을 ‘경찰관은 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 필요한 행위를 할 수 있다’라는 규정으로 받아들인다는 의미인바, 만약 그렇게 본다면, 경찰관이 구체적으로 어떠한 경우에 어떠한 행위를 할 것인지에 관하여 전혀 예측할 수 없게 만드는 법률조항으로서, 명확성의 원칙을 위반하여 위헌이라고 볼 수밖에 없을 것이다.]

44) 재판관 김종대, 재판관 송두환은 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조는 경찰의 임무, 경찰관의 직무범위를 규정한 조항들로서 이들 조항을 일반적 수권조항이라 하여 국민의 기본권을 제한·박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수는 없다고 판단하였다. 재판관 이동흡, 재판관 박한철은 이 사건 통행제지행위는 공공의 안녕과 질서유지를 위해 일반시민의 공물에 대한 자유로운 이용행위를 제한한 것으로서 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조에서 그 법적인 근거를 찾을 수 있다고 보는데, 그 이유로 복잡다기하고 변화 많은 현대사회에서 빠짐없이 개별적 수권조항으로 규정하는 것이 입법기술상 불가능하며 시의적절하고 효율적인 경찰권 행사가 가능하기 위해서 일반적 수권조항이 현실적으로 필요한 점, 일반적 수권조항은 보충적으로 적용되고 경찰권 발동에 관한 조리상 원칙이 발달되어 있어 남용될 우려가 없는 점 등을 들었다.

다.<sup>45)</sup>

개괄적 수권조항에 의한 경찰권발동은 불확정 개념의 사용 및 경찰편의주의에 의해 남용의 소지가 있기는 하나, 급변하는 사회현상에서 다양하고 새로운 위험들이 존재하고 이에 대처해야하는 경찰의 임무 상 개별적 수권조항이 없는 경우 경찰권 발동의 수권근거로서 개괄적 수권조항은 그 존재의의가 있다고 할 것이다.

또한 당해 법률조항의 입법목적, 당해 법률의 체계 및 다른 규정들과의 상호관계를 고려하거나 이미 확립된 판례를 통한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출할 수 있어서 법률조항의 취지를 예측할 수 있는 정도의 내용이라면 그 범위 내에서 명확성의 원칙은 유지되고 있다고 보아야 할 것이고, 또한 법관의 보충적인 가치판단을 통한 법문의 해석으로 그 의미내용을 확인해 낼 수 있다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없을 것이다.<sup>46)</sup>

개괄적 수권조항에 대한 필요성 및 허용성에 대하여는 대부분 공감하는 것으로 보이나, 현행법에서 어느 규정을 개괄적 수권조항으로 볼 것인지와 관련해서는 여러 견해로 나뉘고 있으며, 판례의 입장도 아직 확립되지 않은 것으로 보인다. 그러나 최근 판례에서도 알 수 있듯이 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조는 임무 또는 직무에 관한 규정으로써 이를 개괄적 수권조항으로 인정하여 경찰권을 발동할 수 있다고 보는 것은 무리가 있을 것으로 보이며, 독일 통일경찰법모범초안 제8조 제1항과 같이 명문으로 개괄적 수권조항을 규정하는 것이 필요하다고 본다.

이러한 개괄적 수권조항을 인정하는 경우에도 개별적 수권조항이 존재하는 경우에는 개별적 수권조항이 우선적으로 적용되어야 할 것이므로, 개괄적 수권조항은 개별적 수권조항이 존재하지 않는 경우에 보충적으로만 적용 가능하다고 할 것이다. 그리고 적용하는 경우에도 비례의 원칙 등 조리상 한계가 엄격하게 적용되어 남용되지 않도록 해야 할 것이다.

---

45) 손재영, 앞의 책, 68면.

46) 헌재 1992. 2. 25. 선고, 89헌가104 결정; 1998. 4. 30. 선고, 95헌가16 결정; 2001. 6. 28. 선고, 99헌바31 결정; 2004. 2. 26. 선고, 2003헌바4 결정.

### 3. 경찰권 발동의 요건

#### 1) 공공의 안녕

경찰권 발동 요건으로써 ‘공공의 안녕’의 개념은 경직법에 정의되어 있지는 않지만, 일반적으로 “개인의 생명·신체·자유·명예·재산의 온전성 및 국가와 그 시설의 존속과 기능이 아무런 장애도 받고 있지 않은 상태”를 의미하는 것으로, 개인적 법익뿐만 아니라 국가적 법익도 보호하고 있음을 알 수 있다.<sup>47)</sup>

##### (1) 개인적 법익

공공의 안녕에는 개인적 법익의 온전성도 포함되어 있으므로 경찰권은 개인적 법익의 보호를 위해서도 발동될 수 있으며, 이러한 개인적 법익에는 물질적인 것뿐만 아니라 정신적인 것도 포함된다.<sup>48)</sup>

이러한 개인적 법익 보호를 위한 경찰권 발동에는 보충성의 원칙과 공익관련성에 의한 제한이 따른다. 보충성의 원칙이란 개인적 법익은 사권의 형태를 띠고 있으므로 이러한 사권의 보호의무는 우선적으로 법원에 있는 것이지만, 개인의 신청이 있고, 법원에 의한 보호가 적시에 이루어 질 수 없으며, 경찰의 개입 없이는 권리보호가 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에만 경찰이 개입할 수 있다는 것이다.<sup>49)</sup> 공익관련성이란 공공의 안녕의 개념에서 알 수 있듯이 공공의 안녕은 공공성을 요소로 하는 것으로 개인적 법익은 공공의 이익과 관련되는 범위에서만 보호된다는 것이다.<sup>50)51)</sup>

47) 손재영, “경찰법상의 보호법익”, 법학논고 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 308-309면.

48) 홍정선, 앞의 책, 16-17면.

49) 이주환, 앞의 논문, 43면.

50) 홍정선, 앞의 책, 17면.

51) 한편 자초침해에 대한 경찰의 개입이 원칙적으로 허용될 수 없다는 것을 ‘공공과의 관련성’이란 관점에서 설명하는 견해도 있다. 이러한 견해는 경찰에 의한 개인적 법익의 보호는 그것이 반드시 공공의 이익과 관련성이 있어야만 행하여 질 수 있는데, 자초침해의 경우에는 그로 인한 위험방지에 공익이 결여되어 있으므로 경찰이 개입할 수 없다는 점을 강조한다. 즉, 개인적 법익에 대한 위험이 존재하는 경우에 경찰의 개입이 허용될 수 있는지 여부를 판단하기 위해서는 그를 방지할 공익이 존재하는지의 여부가 심사되어야 하는바, 적어도 단지 개인의 속성으로 인한 개인적 법익에 대한 위험을 방지하는 것은 일반적으로 공익을 위한 것이라고 볼 수 없으므로 경찰의 개입이 허용될 수 없다는 것이다.(서정범, “경찰법에 있어서의 공공의 안녕의 개념”, 공법학연구제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008, 337면.)

개인이 자유로운 의사결정을 할 수 있는 한 행동의 자유는 기본권으로써 보장되며, 이는 경찰법상 금지할 수 없다. 따라서 자초한 위험의 경우 그 위험이 제3자의 권리에 대한 위험을 초래하지 않는 한 공공의 이익과 관련성이 없어 경찰이 개입할 수 없다. 그러나 자초위험을 초래한 자의 정신상태가 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태인 경우 또는 자신의 행동의 결과를 예측할 수 없는 경우, 생명·신체등과 같은 고차원적인 법익에 대한 위험이 존재하는 경우에는 경찰이 개입할 수 있다.<sup>52)</sup>

## (2) 국가적 법익

국가적 법익의 보호는 국가와 그 시설의 보호, 객관적 법질서의 보호를 의미한다. 국가와 그 시설의 보호는 국가의 존속 및 국가기관의 기능과 운영이 침해되지 않을 것을 요구하는 것으로, 국가의 존속은 영토보전과 헌법상 기본질서의 보장을 의미하며, 국가기관의 기능과 운영의 존속은 이들의 적법한 국가작용을 위해 공공의 안녕이라는 범위 안에서 위험으로부터 보호하는 것을 의미한다. 여기서 국가기관이란 국회·정부·법원과 지방자치단체 및 이들에 속하는 모든 공적기관을 뜻한다.<sup>53)</sup> 그러나 이러한 국가와 그 시설의 보호는 오늘날 법률규정과 국가기관보호를 위해 제정된 특별법규정에 의해 광범위하게 보호되고 있으며, 국가기관 스스로 자신의 기능 수행의 방해를 방지하기 위해 고유한 출입통제권과 질서유지권을 행사하고 있다. 또한 기본권에 의해 허용된 행위는 공공의 안녕에 대한 위험이 아니라는 점에서 과거에 비해 그 중요성이 줄어들고 있다.<sup>54)</sup>

객관적 법질서의 보호에 있어서 객관적 법질서는 성문의 공범규범 전체를 의미하며, 기본권도 객관적 법질서의 한 부분으로 공공의 안녕의 보호법익에 포함된다. 따라서 이러한 객관적 법질서에 대한 위반은 곧 공공의 안녕에 대한 위험으로, 오늘날 대부분의 생활영역이 법에 의해 규율되고 있어 이에 대한 보호는 더욱 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.<sup>55)</sup>

52) 손재영, 앞의 논문, 311-312면.

53) 이주환, 앞의 논문, 44-45면.

54) 손재영, 앞의 논문, 313-314면.

55) 손재영, 앞의 논문, 315면.

## 2) 공공의 질서

독일에서는 공공의 질서를 전통적으로 헌법질서 안에서 건전한 공동생활을 위함 필수적인 전제로서의 지배적인 사회관·윤리관의 준수에 관한 모든 규율의 총괄개념으로 이해한다.<sup>56)</sup> 여기서 규범은 법규범을 제외한 도덕·윤리 등의 사회규범을 포함하는 불문의 행위규범으로서 다수의 지지를 받는 것을 의미한다. 이는 공공의 안녕에 보충적으로 적용되는 개념이다.<sup>57)</sup>

이러한 공공의 질서의 개념은 시대와 상황에 따라 가변적인 성격을 가지는 것으로, 공공의 질서에 대한 위협의 존재를 확인하기 위한 기준이 명확하지 않고, 그 결과 불명확한 규범에 근거한 경찰권 발동을 인정하게 되어 헌법상 법치국가 원리에 반한다는 비판이 있다.<sup>58)</sup> 또한 오늘날 개인의 행위의무들이 다양한 방식으로 법규범을 통해 규율되어 공공의 안녕의 보호법익에 속하게 되었을 뿐만 아니라 현대사회에서는 다양한 사고와 행동양식에 대한 관용적인 경향으로 인하여 공동체 생활에 있어 필수불가결한 도덕관이나 윤리관이라는 개념이 의미를 잃어가고 있다는 비판도 있다.<sup>59)</sup>

그러나 경찰이 공공의 질서에 대한 가치판단을 하는 경우에도 헌법상의 가치 질서를 고려하여 확인할 뿐이고, 사후적으로 법원의 전면적 통제를 받게 되므로 불명확한 규범을 통한 경찰권 발동으로 인한 남용 우려는 크지 않다고 생각한다.<sup>60)</sup> 또한 복잡화, 다양화되어가는 현대사회에서 입법자에게 모든 위협에 대해 명확한 규정만을 요구하는 것은 무리이며, 공공의 질서는 성문법규범에서 규율하지 않은, 즉 예견하고 수인할 수 없는 위협에 대처하기 위한 예비적 기능을 가지고 있음을 부인할 수 없으므로,<sup>61)</sup> 여전히 그 존재 가치가 있다고 할 것이다.

56) 홍정선, 앞의 책, 19면.

57) 김원중, “경찰법집행의 공공의 안녕과 공공질서 변화에 관한 고찰”, 한국행정학회 하계학술발표논문집, 한국행정학회, 2009, 5-6면.

58) 서정범·박병욱, 경찰권발동의 규율원리로서의 헌법, 공법학연구 제11권 제4호, 한국비교공법학회, 2010, 225면.

59) 이상해, “경찰처분의 실질적 적법성에 관한 일고찰-독일법상 개괄적수권조항의 구성요건적 측면을 중심으로”, 법학논고 제40집, 2012, 314면.

60) 서정범·박병욱, 앞의 논문, 226면.

61) 이상해, 앞의 논문, 314면.

### 3) 위협

#### (1) 의의

경찰은 공공의 안녕과 질서의 유지를 위한 작용으로, 경찰권을 발동하기 위해서는 공공의 안녕과 질서에 대한 ‘위해’가 존재하여야 한다. 여기서 ‘위해’라 함은 위협과 장애를 포함하는 개념으로 경찰의 주된 역할은 ‘장애의 제거’와 ‘위험의 방지’라고 할 것이다. 여기서 장애란 침해가 현실화 된 상태로 이에 대한 경찰권 발동은 명백하나, 위험이란 침해가 현실화 된 것이 아니라 그 가능성 내지 개연성만 존재하는 것을 말하는 것으로 그 판단이 쉽지 않다.<sup>62)</sup>

일반적으로 위험이란 “불확실한 사실관계를 기초로 하여 객관적으로 예견되는 사실의 정상적인 진행을 방치하게 되면 어떠한 상태 또는 행위가 공공의 안녕이나 질서를 침해할 개연성이 있는 경우”를 의미한다.<sup>63)</sup> 이러한 위험에는 손해, 손해발생의 개연성이 요구된다고 하겠다.

위험개념의 구성요소로서 손해란 보호되는 법익의 현존하는 상태가 위법한 외부적 영향으로 인해 객관적으로 감소하는 것을 말한다. 따라서 현존하는 이익이 아닌 기대되는 이익의 감소는 손해가 될 수 없으며, 위법한 침해로 수인 불가능한 경우가 아닌 사회통념상 수인 가능한 불이익이나 부담의 경우에는 손해라고 할 수 없다. 하지만 이러한 불이익이나 부담이 계속되는 경우에는 손해로 평가될 수도 있다. 이렇듯 손해의 판단기준은 일률적으로 확정할 수 없으며, 상황에 따라 현재의 정상적인 상태가 외부의 불규칙한 침해에 의해 사실적·객관적으로 감소될 때 손해가 존재한다고 할 수 있을 것이다.<sup>64)</sup>

위험개념에 있어 이러한 손해발생의 충분한 개연성이 존재하여야 하는데, 이는 ‘손해발생이 과학적 인과관계에 비추어 완전히 확실할 것’까지는 요하지 않지만, 단순한 발생가능성만으로는 부족하다.<sup>65)</sup> 즉 손해발생의 개연성은 절대적인 확신을 요하는 것은 아니며, 명확한 사실상의 판단관점에 근거한 평가가 요구된다고

62) 이호용·김중세, “경찰권 발동의 근거로서 ‘위험’의 개념과 양태-독일 경찰법학의 논의 상황을 참고하여-”, 한국공안행정학회보 제19호, 한국공안행정학회, 2005, 2면.

63) 이주환, 앞의 논문, 7면.

64) 이주환, 앞의 논문, 10면.

65) 이호용·김중세, 앞의 논문, 4면.

할 것이다. 이러한 판단에 있어 개연성과 손해정도사이의 역비례공식<sup>66)</sup>이 유용하게 작용할 것이다.<sup>67)</sup> 이에 따라 발생가능한 손해가 중대할수록 약한 개연성이 요구되는 것으로, 생명·신체와 같이 한번 침해되면 회복하기 어려운 보호법익에 대한 위험이 있을 경우에는 최소한의 개연성만이 요구된다고 할 것이다.<sup>68)</sup>

이처럼 위험은 상당히 추상적이고 불확정적인 개념으로 이에 대해 경찰기관은 개입의 시점에서 자신에게 주어진 인식 가능한 사정에 근거하여 위험발생에 관하여 합리적인 판단을 하여야 한다.<sup>69)</sup> 이러한 위험의 판단에 근거하여 국민의 기본권 제한 및 보호를 위한 권한행사 여부를 결정짓게 되므로 경찰권 발동에 있어서 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 위험이라는 요건을 요구하는 것은 경찰로 하여금 위험이 존재할 때에야 비로소 권한을 행사할 수 있게 하고, 위험이 더 이상 존재하지 않게 되면 즉시 권한행사를 종료하게 하려는 데에 목적이 있다.<sup>70)</sup> 다시 말해 위험의 개념은 경찰권 발동의 허용요건이자 동시에 경찰권의 한계 및 통제기능을 한다. 이렇듯 경찰권 발동의 허용요건을 갖추었는지, 경찰권이 적법하게 행사되고 개인의 기본권 제한을 위한 정당화요건을 충족했는지 여부에 대한 심사에 있어서 위험의 존재는 중요한 문제인 것이다.<sup>71)</sup>

엄격한 의미에서 법치주의의 기본권보장이라는 측면에서 보면 법규에 추상적·불확정개념의 사용을 금지하고 행정청에게 재량을 인정하지 않는 것이 요청된다고 하겠지만, 그럼에도 불구하고 경찰작용에 있어서 위험과 같은 불확정개념을 사용하는 것이 용인되는 이유는 예견할 수 없는 다양한 위험에 대처해야하는 경찰작용의 특성 때문이라고 할 것이다.<sup>72)</sup>

---

66) 역비례공식(jedesto-Formel)은 손해발생과 위협받는 법익의 역의 관계로, 위협받는 법익의 우려되는 손해의 정도가 클수록 손해발생의 가능성에 대한 요구는 적어진다는 것이다. 다시 말해 압박한 법익침해가 중대하면 중대할수록 요구되는 개연성의 정도는 완화되고, 역으로 압박한 법익침해가 경미하면 경미할수록 요구되는 개연성의 정도는 강화된다.(이상해, 앞의 논문, 각주 39번 참조.)

67) 이상해, 앞의 논문, 316면.

68) 이주환, 앞의 논문, 12면.

69) 이호용·김중세, 앞의 논문, 3면.

70) 정훈, “경찰상 위험개념의 법치국가적·기본권보장적 기능”, 공법연구 제34집 제2호, 한국공법학회, 2005, 418면.

71) 정훈, 앞의 논문, 399면.

72) 정훈, 앞의 논문, 419면.

## (2) 위협의 태양

경찰작용법상 위협의 태양은 다양하게 파악할 수 있으며, 이러한 위협의 개념을 분류하는 것은 경찰책임을 규명하는데 기여한다. 그러나 경찰권 발동에 있어 위협 여부의 판단은 그리 용이하지 않으며, 위협의 현상에 따라 경찰재량의 적부와 경찰책임을 문제되기 때문에 이와 같은 위협에 대한 개념적 연구는 경찰 활동에 중요한 과제라고 할 수 있다.<sup>73)</sup>

### 가. 구체적 위협

‘구체적 위협’이란 구체적인 개별사안에서 경찰이 사전적 관점에서 합리적으로 판단할 때 가까운 장래에 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 손해발생의 충분한 개연성이 있는 상황을 의미한다.<sup>74)</sup> 즉 손해발생에 대한 충분한 개연성이 객관적으로 존재하고, 시간적으로 임박한 경우를 말한다. 경찰권의 발동은 원칙적으로 공공의 안녕·질서에 대해 이러한 구체적위협이 존재하는 경우에만 가능한 것이다.

### 나. 추상적 위협

‘추상적 위협’이란 추상적인 사실관계에서 추론되는 위협으로,<sup>75)</sup> 일정한 종류의 행위와 상태를 일반적·추상적으로 고찰했을 때 구체적 위협이 존재하지는 않지만 대부분 그러한 경우라면 손해발생의 개연성이 존재하는 경우를 말한다.<sup>76)</sup> 즉 위협의 실현이 기존의 경험적 지식에 의할 때 전형적으로 일어날 수 있는 가상적 위협이다. 이는 일반적 생활경험이나 전문부처의 인식에 의할 때 해당사건이 발생할 경우 구체적인 위협이 될 가능성 있는 상황을 포괄하며, 경찰법규명령이 발령될 수 있다.<sup>77)</sup>

이처럼 추상적 위협은 경찰법규명령의 실질적인 전제조건으로서 중요한 위치를 점한다. 그리고 추상적 위협에서도 개연성판단이 이루어지는바, 일정 행위

73) 이호용·김중세, 앞의 논문, 16면.

74) 손재영, 앞의 책, 146-147면.

75) 김원중, 앞의 논문, 8면.

76) 이호용·김중세, 앞의 논문, 5면.

77) 이상해, 앞의 논문 318면.

방식들이 일반적으로 해당위험을 발생시킨다는 것이 확정되어야 한다. 만일 행정청이 규율되어야 할 사안에 대한 경험적 인식이 충분하지 못하여 그와 같은 위험예측을 할 수가 없다고 한다면, 추상적 위험의 혐의만이 놓여 있을 뿐이고, 이는 위험방지를 위한 법규명령을 발령하기에 부족하다.

#### 다. 외관상위험

외관상위험은 경찰이 개입하는 시점에서의 합리적인 판단에 의할 때 위험을 인정할 수 있는 객관적인 근거가 존재하지만, 사후에 위험이 실제로는 존재하지 않았다는 것이 밝혀질 경우를 말한다.<sup>78)</sup> 즉 경찰이 사전적 관점에서 사실상태를 합리적으로 판단했을 때 충분한 개연성이 있었지만, 객관적으로 위험이 존재하지는 않았고 이러한 사실이 사후에야 밝혀진 경우로서, 이러한 오인에 대해 주의의무위반이 존재하지 않는 경우를 말한다.<sup>79)</sup> 이러한 외관상위험에 있어서 경찰의 개입조치는 그 위험인식에 대한 하자가 있다고 보기 어렵기 때문에 일반적으로 적법하다고 간주된다.<sup>80)81)</sup> 다만 비례원칙, 경찰재량 등 경찰권행사의 한계만이 문제 된다.<sup>82)</sup>

#### 라. 위험혐의

위험혐의란 위험의 존재를 나타내는 객관적인 근거가 존재하기는 하지만, 이러한 근거만으로는 손해가 실제로 발생할 것이라거나 적어도 손해가 발생할 충분한 개연성이 있다는 판단을 내리기에는 불충분하고 이를 경찰 스스로도 자각하고 있는 경우를 말한다.<sup>83)84)</sup> 이는 모든 정황에 기초할 때 위험이 사실상 존재함

78) 박근성·김재광, “경찰행정법”, 박영사, 2011, 173면.

79) 손재영, 앞의 책, 152면.

80) 만약 사후에 추가적으로 획득한 지식을 근거로 어떠한 시점에서도 법익에 대한 진정한 위험이 존재하지 않았음이 밝혀진다면, 객관적으로 위험상황은 없었던 것이다. 이로써 행정청의 개입에 대한 적법성의 전제조건은 흠결되어 있다고 볼 수 있다. 그러나 위험방지법상으로 사전적 관점이 주요하므로, 개입의 시점에서 모든 인식할 수 있는 판단관점에 의할 때 사건진행이 저지되지 않을 경우 보호법익에 손해가 발생할 우려가 있으면 된다. 설령 사후적 관점에서 착오가 드러난다 하더라도 이러한 사실이 달라지는 것은 아니다.(이상해, 앞의 논문, 322면.)

81) 이상해, 앞의 논문, 322면.

82) 이호용·김중세, 앞의 논문, 10면.

83) 손재영, 앞의 책, 157면.

84) 위험의 존재 여부에 대한 판단에 있어 개연성판단이 포함되어 있으므로 위험혐의라는 개념사용이 불필요하다는 견해도 있다.(손재영, 앞의 책, 158-159면.)

을 보여주며 이에 대해 의문을 갖지 않는 외관상위험과는 달리, 사안의 판단 내지 인과경과의 예측에 있어서 불확실성이 존재하여 손해의 발생이 충분한 개연성을 갖고 있는 것은 아니며 이에 대하여 경찰 스스로도 의문을 가지고 있다는 점에서 외관상위험과 구별된다.<sup>85)</sup>

지배적인 견해에 따르면 위험혐의가 있다고 판단하는 것으로 객관적 근거가 있는 경우에는 위험혐의도 경찰의 활동을 가능하게 하는 위험이라고 한다.<sup>86)</sup>

#### 마. 오상위험

오상위험은 경찰이 상황을 보다 제대로 파악할 수 있었음에도 주의 깊지 못하여 판단착오에 빠진 경우로서 이는 위험부존재의 예측에 대한 충분하고 객관적인 사실상의 정확이 존재함에도 불구하고, 경찰의 하자있는 판단이 있는 경우로 가상위험이라고도 한다.<sup>87)</sup>

즉 경찰이 사전적 관점에서 상황을 합리적이고 사리에 맞게 판단하였을 경우, 공공의 안전이나 질서에 대한 위험이 존재할 것으로 추론할 객관적 근거가 없었을 것임에도 불구하고 충분한 주의를 기울이지 아니한 채 사실관계를 잘못 조사하였거나 판단한 것이다.<sup>88)</sup> 따라서 이러한 오상위험은 위험개념을 충족하지 못한 것으로 경찰법상 활동영역으로 인정되지 아니한다. 결국 경찰이 오상위험의 방지를 위하여 행해진 조치는 위법하며, 이는 주관적 판단의 오류로써 경찰법상 비례의 원칙을 적용할 여지가 없다.<sup>89)</sup>

#### 바. 잠재적위험

잠재적 위험이라 함은 현재 그 자체로서는 위험하지 않으나, 사후에 외부적인 상황이 추가로 개입될 경우 경찰상 보호법익에 대한 구체적인 위험으로 본격화할 잠재적인 가능성을 갖고 있는 위험으로,<sup>90)</sup> 피해발생여부가 불투명한 경우를 말한다. 이러한 잠재적 위험의 경우에는 사전배려의 원칙<sup>91)</sup>이 적용될 수 있는 경

85) 이상해, 앞의 논문, 321면.

86) 이호용·김중세, 앞의 논문, 7면.

87) 이상해, 앞의 논문, 324면.

88) 이상해, 앞의 논문, 325면.

89) 이호용·김중세, 앞의 논문, 14면.

90) 이상해, 앞의 논문, 325면.

우를 제외하고는 경찰권이 발동될 수 없으며,<sup>92)</sup> 경찰법에서 보다는 환경법과 관련하여 실제적 의미를 가진다고 볼 수 있다.<sup>93)</sup>

#### 4. 경찰의 기본권보장의 한계

##### 1) 경찰 개입의 한계

오늘날 경찰법학은 ‘공공의 안녕·질서를 유지하기 위하여 일반통치권에 근거하여 국민에 대해 명령·강제함으로써 그의 자연적 자유를 제한하는 작용’, 즉 공공의 이익을 위하여 시민의 자연적 자유를 제한하고 또는 이를 강제하는 권력적 작용을 통칭하는 실질적 의미의 경찰개념에 근거한다.<sup>94)</sup> 이러한 경찰개념은 전체 행정작용 중에서 경찰작용이 가지는 성질상의 특성을 중심으로 한 개념으로 경찰작용의 목적·수단 및 권력의 기초라는 세 가지 점에서 다른 행정작용과 구별되는 특성을 가진다.

우리나라의 실정법에도 나타나 있는 경찰의 목적을 보면 ‘공공의 안녕과 질서 유지’, ‘위험발생의 방지’ 등의 표현에서 알 수 있듯이, 경찰은 공공의 안녕과 질서를 유지함을 직접 목적으로 하고 적극적으로 복리 증진을 위해서는 발동될 수 없도록 하여 경찰목적에 소극적인 경찰작용에 국한시키고 있다. 이는 경찰작용에 대한 불확정개념 규정과 재량으로 인한 경찰권의 남용으로부터 국민의 기본권을 보장하기 위한 것이다.<sup>95)</sup>

경찰은 목적 실현을 위해 권력으로 국민에게 명령하고 강제하는 것을 그 수단으로 한다. 여기서 명령이라 함은 법규 또는 행정처분에 의하여 국민에게 작위·부작위·수인·급부의무를 명하는 하명과 일반적·상대적 금지를 특정한 경우에 해제하는 허가와 면제를 총칭한 개념이며, 강제라 함은 개인의 신체, 재산, 가택 등

91) 경찰영역에서 위협의 사전배려의 원칙이란 종래의 전통적인 경찰법제에 의해 관리될 수 없는 위험인 불확실한 위험(잠재적 위험)이 중대하고 회복할 수 없는 손해를 발생시킬 수 있는 위험인 경우 공권력의 발동을 정당화하는 이론이다.(박균성·김재광, 앞의 책, 173면.)

92) 박균성·김재광, 앞의 책, 173면.

93) 이상해, 앞의 논문, 326면.

94) 박용광, “경찰권의 민사관계불간섭 원칙에 관한 소고-일본에서의 논의를 중심으로”, 공법학연구 제15권 제3호, 한국비교공법학회, 2014, 263면.

95) 장병연, 앞의 논문, 280면.

에 대하여 실력을 가함으로써 사실상 필요한 상태를 실현하는 작용을 의미한다.<sup>96)</sup> 경찰작용이 권력적 수단에 의하여 행하여진다는 것은 경찰작용만이 권력적 수단으로 한다는 것이 아니라, 다른 행정작용 중에도 권력적 수단에 의하는 경우가 있으나 경찰은 권력적 수단을 그 주된 요소로 하고 있음이 특색이라는 것이다.<sup>97)98)</sup>

경찰은 국가의 행정작용으로서 통치권이 직접 공공의 안녕·질서의 유지를 위하여 발동되는 권력이다. 이는 국가의 일반통치권에 의하여 행하는 작용으로, 경찰조직의 내부질서를 관리·유지하기 위한 작용인 특별행정법관계와 구별된다.<sup>99)</sup>

이러한 실질적 경찰개념에서 볼 때 경찰작용은 국민에 대한 대표적인 침해행정작용으로, 경찰작용은 곧 국민의 기본권에 대한 제한으로 볼 수 있으며, 국민의 기본권 보장을 위해서는 경찰권의 발동은 최소한에 그쳐야 하며, 경찰권을 발동함에 있어서도 한계가 설정되어야 할 것이다. 경찰관직무집행법 제1조 제2항에서도 ‘경찰권은 그 직무수행에 필요한 최소한도에서 행사되어야 하며 남용되어서는 안 된다.’고 하여 이를 규정하고 있다.

경찰권 발동의 한계라 함은 경찰권을 발동함에 있어서 요구되는 한계를 말하는 것이다. 법치국가에 있어서 경찰권 발동은 반드시 엄격한 법령의 근거를 요하며,<sup>100)</sup> 경찰작용을 위한 법령이 있다고 하여도 경찰권은 법령이 정하는 범위 내에서 합목적적으로 행사되어야 적법·타당한 것이다. 따라서 경찰권의 행사가 적법·타당한 행위로서 효과를 발생할 수 있게 하는 한계를 경찰권 발동의 한계라고 할 것이다.<sup>101)</sup>

이처럼 경찰권의 발동을 위해서는 법령의 근거를 요하지만, 경찰법규는 경찰권 발동에 관한 근거만을 제시할 뿐 개괄적·포괄적·추상적인 규정이 많다. 따라서

96) 설계경, “경찰권발동의 근거와 한계”, 외법논집 제11집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2001, 329면.

97) 이한익, 앞의 책, 24면.

98) 경찰의 활동 중에 개인의 자유에 개입하지 않으면서 특별한 권한의 구체적 수권 없이도 임무에 관한 일반조항만으로 가능한 광의의 위험방지활동이 관심의 대상이 되고 있다. 이른바 서비스 지향적 활동에 속하는 도보·차량순찰, 일상적인 교통의 관리, 정보의 제공, 지리안내, 권고 등의 행정지도와 범죄의 예방에 기여하는 수많은 활동 등이 포함된다. 오늘날에는 이와 같은 비권력적 작용의 비중이 높아지고 있다.(김창문, “한국경찰학의 이론적 고찰”, 법학연구 제21집, 한국법학회, 2006, 426면.)

99) 장병연, 앞의 논문, 281면.

100) 이주환, 앞의 논문, 78면.

101) 홍정선, “기본경찰행정법”, 박영사, 2013, 158면.

경찰권 발동에 있어 법규상 한계가 우선 적용되고, 이것이 불충분한 경우 조리상 원칙이 경찰권 발동의 한계로서 작용하게 된다. 이러한 한계는 기본권보장을 최우선으로 하는 자유주의적 법치국가에 있어서 구체적인 법률이 없어도 당연히 인정되는 것으로, 이를 위반한 경우에는 위법이 된다.<sup>102)</sup>

## 2) 법규상 한계

법규상 한계라 함은 국민의 자유와 권리를 제한하는 침해행정인 경찰작용은 법률의 수권에 의해 또는 법규가 허용하는 한도 안에서만 발동되어야 한다는 것이다.<sup>103)</sup> 이는 경찰권의 발동을 위해서는 반드시 법률에 근거가 있어야 한다는 법률유보의 원칙과 경찰권의 행사는 반드시 법률의 범위 내에서 이루어져야 한다는 법률우위의 원칙을 내용으로 한다.

법률우위의 원칙은 법의 단계질서의 관한 것으로서 소극적으로 법률의 침해를 금지하는 것이지만, 법률유보의 원칙은 입법과 행정 사이의 권한에 관한 것으로 적극적으로 행정기관이 행정작용을 할 수 있도록 하는 법적 근거의 문제로서 적극적 의미의 법률적합성의 원칙이라고도 한다.<sup>104)</sup> 여기에서 법률은 형식적의미의 법률뿐만 아니라 법률의 위임에 의하여 제정된 법규명령도 포함되는 것으로, 경찰권은 이러한 법률에서 정하는 발동요건·절차·형식에 따라 행사되어야 하는 것이다.<sup>105)</sup>

그러나 경찰작용은 장래 발생할 것으로 예상되는 공공의 안녕·질서에 대한 위해를 예방·제거하는 것을 목적으로 하므로 이를 모두 예측하고 입법화한다는 것은 불가능하기 때문에 경찰권 발동 및 정도 등에 대한 추상적인 수권규정만을 규율하고 있는 경우, 경찰권 발동의 요건이 충족된 경우에도 경찰권 발동에 의한 개입 여부의 결정권은 경찰에게 있다고 할 것이다.<sup>106)</sup> 이렇게 경찰에게 재량을 부여하고 있다고 하여도 그 재량은 경찰의 자의적, 임의적 판단 권한을 부여하는

102) 김동복·오테곤, “국제화 시대의 경찰작용 통제법리에 관한 연구-경찰권발동의 한계를 중심으로-”, 한국콘텐츠학회논문지 Vol.5 No. 3, 한국콘텐츠학회, 2005, 64면.

103) 설계경, 앞의 논문, 337면.

104) 홍정신, “경찰행정법”, 박영사, 2013, 46면

105) 이주환, 앞의 논문, 79면.

106) 이주환, 앞의 논문, 78면.

것이 아니라 입법의 취지·목적·성질과 헌법질서에 구속되어 의무에 합당하게 행사되어야만 적법한 것으로 인정된다.<sup>107)</sup>

### 3) 조리상 한계

경찰법규는 경찰권 발동의 요건 등을 구체적으로 규정하지 않고 불확정개념을 사용하여 규정하고 있는 경우가 많을 뿐만 아니라, 경찰권 발동의 요건이 충족된 경우에도 경찰권 행사 여부와 관련하여서는 경찰편의주의 원칙이 적용된다. 따라서 법규상의 제약은 형식적인 것에 그치는 경우가 많다. 따라서 구체적인 상황에서 경찰권이 발동될 때에 이를 통제할 수 있는 경찰권발동에 대한 2단계적 제약으로서 조리상의 한계가 필요한 것이다.<sup>108)</sup> 경찰편의주의가 적용되는 경찰작용에 있어서 경찰권의 남용이나 일탈로 인한 국민의 기본권 침해를 방지하기 위해 경찰의 재량권을 제약하는 조리상의 한계가 중요한 의미를 가진다.

조리상 한계는 원래 독일에서 경찰권 발동을 위한 개별적 근거법규가 미비하던 시절에 개괄적 수권조항에 의해 경찰권을 발동할 수 있음을 전제로 하여, 개괄적 수권조항에 의한 경찰권 발동의 한계를 설정하여 경찰의 재량남용으로 인한 국민의 기본권 침해를 적절하게 통제하여 기본권의 실질적인 보장을 도모하고자 했던 것이 조리상 원칙으로 발달되어 온 것이다.<sup>109)</sup>

경찰권의 조리상의 한계는 합법적 재량권 행사를 기속하는 헌법원칙에 바탕을 둔 조리법이라고 할 수 있는 것이므로, 경찰권 행사의 한계로서의 역할 뿐만 아니라 경찰작용에 관한 입법의 지침적 역할을 한다. 따라서 조리상의 한계를 넘는 경찰권의 발동은 재량권의 남용으로 위법이 된다.<sup>110)</sup>

이러한 조리상 한계는 실질적 경찰개념을 전제로 하고 있으며, 조리상 한계의 내용으로는 경찰소극목적의 원칙, 경찰공공의 원칙, 경찰책임의 원칙, 경찰비례의 원칙 등이 있다.

107) 홍정선, 앞의 책, 258면.

108) 김동복·오테곤, 앞의 논문, 65면.

109) 박웅광, 앞의 논문, 262-263면.

110) 김동복·오테곤, 앞의 논문, 65면.

### (1) 경찰소극목적의 원칙

경찰소극목적의 원칙이라 함은 경찰권 발동의 목적이 공공의 안녕과 질서유지에 있으므로, 법령에 특별한 규정이 없는 한 공공의 안녕과 질서유지라는 소극 목적을 위해서만 발동할 수 있으며, 적극적으로 공공복리의 증진을 위해서는 발동이 허용되지 않는다는 원칙을 말한다.<sup>111)</sup>

그러나 현대사회에서는 질서유지행정작용이 질서유지의 행정목적 뿐만 아니라 궁극적으로 공공복리증진에도 기여하게 됨으로써, 소극적 질서유지행정작용과 적극적인 복리행정작용과의 구별이 반드시 명확한 것은 아니라고 할 것이다.<sup>112)</sup>

### (2) 경찰공공의 원칙

경찰공공의 원칙이란 경찰권의 발동은 공공의 안녕과 질서의 유지를 목적으로 하는 것으로 이와 직접 관계되지 않는 개인의 활동에 대해서는 원칙적으로 개입할 수 없고, 예외적으로 그 개인의 활동이 공공의 안녕과 질서에 위해를 가하는 경우에 한하여 경찰권을 발동할 수 있다는 원칙을 말한다.<sup>113)114)</sup>

경찰공공의 원칙은 사생활 불가침의 원칙, 사주소 불가침의 원칙, 사경제 불가침의 원칙, 민사관계불간섭의 원칙으로 구성된다.

### (3) 경찰책임의 원칙

경찰책임의 원칙이란 경찰권은 사회 공공의 안녕·질서에 대한 위협의 발생 또는 발생 우려에 책임이 있는 자에게 발동되어야 한다는 원칙이다. 그러나 경찰상 중대한 위해나 장애의 제거가 필요함에도 경찰책임자에게 경찰권을 발동할 수

111) 이주환, 앞의 논문, 80면.

112) 설계경, 앞의 논문, 2001, 339면.

113) 박균성·김재광, 앞의 책, 176-177면.

114) 경찰권은 급박한 경우에 국민의 자유와 권리를 현실적으로 확보해 줄 수 있는 국가작용으로 종래와 같이 경찰권 발동의 한계인 관점에서 파악하여 개인의 사생활과 사적영역에서는 무조건 경찰권이 개입할 수 없다고 할 것이 아니라, 현대사회에서 과연 무엇이 공공인가, 개인의 사생활과 사적영역도 어떤 경우에는 공공성을 띠게 되는가에 대하여 규명하고 국민의 사적인 권리를 보호하기 위하여 경찰공공의 원칙이 새로운 의미를 정립해야 한다는 견해도 있다.; 개인의 권의 보호가 강하게 요청되고 있는 상황 하에서 민사관계라는 것만을 이유로 방치하는 것은 국민에 대한 보호가 적극적으로 이루어져야 한다는 작금의 논의와 상치되는 것이다. 기존의 소극적인 관점에서 벗어나 어떠한 경우에 경찰권이 개입할 수 있는지에 대해 능동적으로 파악할 필요가 있다는 견해도 있다.(박응광, 앞의 논문, 273-274면.)

없거나, 발동하여도 경찰상 위해나 장애를 제거할 수 없거나 어려운 경우에는 법규상의 근거에 의해서만 경찰상 책임이 없는 제3자에게도 비례원칙에 따라 경찰권을 발동할 수 있다.<sup>115)</sup> 이는 경찰권발동의 상대방이 누구인가에 관한 원칙으로, 종래에는 경찰권의 조리상의 한계로 보는 것이 일반적인 견해였으나, 최근 이를 헌법원칙에 포섭되는 원칙으로 보는 견해들도 있다.<sup>116)117)</sup>

#### (4) 경찰비례의 원칙

경찰비례의 원칙이란 경찰권의 발동으로 도입되는 경찰수단은 경찰목적의 달성에 적합한 것이어야 하고, 적합한 수단 중에서 최소의 침해를 가져오는 것이어야 하며, 또한 달성하고자 하는 공익이 침해하게 되는 사익보다 우월하여야 한다는 원칙을 말한다.<sup>118)</sup> 즉 비례의 원칙은 공공의 필요, 개인의 권리, 그리고 자유의 침해가 정당한 비례를 유지해야 하는 것으로 행정작용에 일반적으로 적용되는 법원칙이다. 이는 법치국가의 원리와 기본권 자체의 본질로부터 파생된 것으로 법치국가의 원리를 채택하고 있는 나라에서는 헌법차원의 법원칙으로서의 성질과 효력을 갖는다.<sup>119)</sup>

경찰비례의 원칙은 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 헌법 원리로서 경찰관직무집행법 제1조 제2항에서 “경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니 된다.”라고 하여 이를 구체화한 것이라 할 수 있으며, 조리상의 법원칙으로 발전되었으나 오늘날은 실정법상의 원칙으로 되었다.<sup>120)</sup>

경찰작용이 본래 국민의 자연법적 의무를 전제로 하고, 임기응변의 조치를 포함하는 성질을 가지고 있으므로 경찰권의 발동 요건 및 정도에 관한 법률의 규정이 명확하지 않은 경우가 많다. 이러한 점을 고려할 때 경찰비례의 원칙은 여전히 경찰작용과 관련하여 특히 중요한 의미를 갖는다.<sup>121)</sup>

115) 박균성·김재광, 앞의 책, 185면.

116) 박균성·김재광, 앞의 책, 177면.

117) 경찰책임은 실정 경찰법령의 해석문제이므로, 경찰책임을 단순히 경찰권의 조리상의 한계문제로 접근하는 것은 지양되어야 한다는 입장도 있다.(홍정선, “기본경찰행정법”, 박영사, 2013, 163면)

118) 홍정선, 앞의 책, 161면.

119) 서경범·박병욱, 앞의 논문, 231면.

120) 이주환, 앞의 논문, 88면.

경찰비례의 원칙은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 협의의 비례의 원칙을 그 내용으로 한다.

적합성의 원칙이란 경찰이 사용하는 수단은 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위해 방지라는 경찰목적달성에 적합한 것이어야 한다는 것으로, 그 수단은 목적달성이 가능함을 전제로 사실상은 물론 법적으로도 가능해야 한다.<sup>122)</sup> 이 경우 경찰이 사용하는 수단은 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험을 완전히 제거할 가능성이 있을 것까지 요구되지는 않으며, 위험을 감소시킬 수 있는 것으로 충분하다.<sup>123)</sup>

필요성의 원칙이란 경찰의 조치는 경찰목적을 위해 필요이상으로 행해져서는 안 된다는 것이다. 경찰목적을 달성할 수 있고 또한 그 목적달성에 적합한 다수의 수단이 있는 경우에 경찰은 그 중에서 공공이나 경찰권 발동의 대상이 되는 자에게 가장 적은 피해를 줄 것으로 예상되는 수단을 선택하여야만 한다. 이러한 의미에서 필요성의 원칙을 최소침해의 원칙이라고도 한다.<sup>124)</sup>

협의의 비례의 원칙이란 경찰이 취하고자 하는 수단이 목적달성에 적합하고 필요한 경우라고 하더라도 그로부터 나오는 불이익이 목적하는 효과를 능가해서는 안된다는 원칙으로, 상당성의 원칙이라고도 한다.<sup>125)</sup>

### 제3절 경찰개념의 현대적 변화

#### 1. 실질적 경찰개념의 수정요청

경찰개념은 추상적·선형적으로 확정된 것이 아니라 역사의 흐름에 따른 국가의 기능과 본질에 대한 이해나 헌법상황에 따라 많은 변천을 겪어왔으며,<sup>126)</sup> 우리의

121) 서정범·박병욱, 앞의 논문, 232면.

122) 박균성·김재광, 앞의 책, 51-52면.

123) 서정범·박병욱, 앞의 논문, 232면.

124) 서정범·박병욱, 앞의 논문, 232면.

125) 박균성·김재광, 앞의 책, 53면.

126) 서정범, 앞의 논문, 130면.

통설은 독일에서 19세기 말 자유주의적 법치국가시대에 형성된 실질적 경찰개념을 받아들여 경찰개념을 정의하고 있다.

경찰국가시대의 경찰은 소극적인 치안유지뿐만 아니라 적극적인 공공복리 증진을 위해서도 경찰권을 발동할 수 있었으며, 국왕의 절대적인 권력을 바탕으로 내무행정 전반을 장악하여 시민들을 수탈하고 억압하는 장치로 변모하였다.<sup>127)</sup>

이는 프랑스 혁명을 기점으로 자유주의적 법치국가가 성립됨에 따라 국가권력으로부터 국민의 기본적 인권을 보호하려는 움직임이 나타나면서, 경찰권을 제한하려는 노력이 나타났다. 이러한 노력으로 경찰국가시대의 경찰개념에서 소극목적을 제외한 적극적인 공공복리 증진을 위한 활동은 제외 되었으며, 이러한 비경찰화 과정을 겪으면서 경찰의 역할은 소극적 위험방지의 역할에 국한되게 되었다.<sup>128)</sup>

이렇게 해서 형성된 실질적 경찰개념이 ‘공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 일반통치권에 근거하여 국민에게 권력적으로 명령·강제하는 작용’인 것이다.

그러나 이러한 실질적 경찰개념은 경찰의 역할을 소극적 위험방지에 한정했던 자유주의적 법치국가 시대를 지나 적극적인 행정을 강조하는 현대에 와서는 경찰의 기능을 확대해야 한다는데 공감대를 형성하면서 또 다른 변화양상을 보이고 있다. <sup>129)</sup> 이는 전 세계를 경악케 했던 9.11 테러를 겪으면서 더욱 강화되었다고 할 수 있다. 테러행위는 특정국가·인종·지역을 초월한 불특정 다수인에 대한 무차별적인 위협으로, 이러한 테러행위는 매년 증가하고 있으며 그로인한 사상자 또한 매년 증가하고 있다. 따라서 이에 대한 위협으로부터 국민의 생명과 신체 등의 보호를 위한 경찰의 사전적이고 적극적인 개입의 필요성을 느끼게 된 것이다.<sup>130)</sup> 테러와 같은 대량위험의 경우 그 파급효과가 매우 크기 때문에 발생 이후 안전 확보를 위한 활동은 시기적으로 너무 늦게 되므로 더 이른 시기에 더 광범위한 경찰조치가 필수적으로 요구된다고 할 것이다.<sup>131)</sup>

기존의 실질적 의미의 경찰개념은 국민에게 명령·강제한다는 권력적 작용의 측

127) 곽태석, 앞의 논문, 110-111면.

128) 곽태석, 앞의 논문, 111-112면.

129) 곽태석, 앞의 논문, 131면.

130) 이주환, 앞의 논문, 176-178면.

131) 황문규, “위험사회 속에서의 경찰권 행사”, 2015년도 한국경찰연구학회·국가위기관리학회·한국치안행정학회·한국민간경비학회 공동학술대회 자료집, 한국경찰연구학회, 2015, 56면.

면을 주된 요소로 설명하고, 기본권보장이란 측면에서 국가와 국민의 양자관계만을 파악한 것이다. 이는 국민의 자유와 권리를 보호한다는 경찰의 기능적인 면과 부합하지 않으며, 기본권보호라는 측면에서 국가와 기본권 침해자, 기본권 피해자의 삼각관계를 설명하기에도 어려움이 있다.<sup>132)</sup> 또한 기본권의 최대보장·최소침해라는 기본권보장의 측면에서 봤을 때 실질적 의미의 경찰개념에 의한 경찰권에 한계는 소극적 한계만으로 설명이 가능했었다. 하지만 현대에 와서는 경찰에 의한 기본권보장 뿐만 아니라 기본권보호의무가 중요한 의미를 가지게 되었으며, 이를 위해서는 소극적 한계뿐만 아니라 적극적 한계가 경찰권 발동에 있어 중요하게 작용해야 할 것이다. 따라서 실질적 법치국가의 확립과 개인의 법적 주체로서의 지위 향상, 헌법상 요청의 하나인 국가의 기본권보호의무 등을 고려하여 현대 경찰이 국민에 대한 보호자로서의 역할을 충실히 이행하도록 하기 위해서는 기존의 실질적의미의 경찰개념은 경찰의 기본권보호의무 측면을 포괄할 수 있도록 새롭게 정립될 필요성이 있다.<sup>133)</sup>

## 2. 경찰개입요건으로써 ‘위험’개념의 변화

### 1) 위험의 일반화

위험개념에 대한 논의는 독일의 사회학자 울리히 벡(Ulrich Beck)이 1986년 현대사회를 ‘위험사회’로 규정한 이후 오늘날 시대적 화두가 되었다. 그는 과학기술 발전에 따르는 부정적 측면으로 후기산업사회를 염두에 두고 있었으며, 이러한 위험사회의 등장은 법의 역할변화에 대한 논의로 이어졌다. 이는 2001년 9월 11일 미국 뉴욕무역센터에 대한 테러 이후 개념에 변화를 겪게 된다.<sup>134)</sup> 이에 따라 위험개념은 산업적 대량위험에 국한하지 않고 테러범죄, 나아가 살인, 강도, 성폭력범죄 등의 강력범죄와 같은 전통적 범죄는 물론, 심지어 범죄에 이르지 않는 일탈행동에 대해서까지 확대되고 있다.<sup>135)</sup>

132) 박웅광, 앞의 논문, 264면.

133) 박웅광, 앞의 논문, 265면.

134) 황문규, 앞의 논문, 54면.

135) 황문규, 앞의 논문, 54-55면.

또한 성폭행, 가정 폭력, 성희롱과 같이 과거에는 남성의 시각에서 관습으로 치부되었던 것들이 양성 평등과 여성의 가치에 대한 서구의 가치관이 유입되면서 여성의 시각에서 주요한 위협으로 인식되고 있다. 이는 가치관 및 사회문화의 변화에 따라 위협개념이 확대되고 있음을 보여주는 것이다.<sup>136)137)</sup>

## 2) 위협 개념의 완화

오늘날 국민의 기본권을 침해하는 주체 및 행위의 다양성으로 인해 기존의 경찰권 발동을 위한 위협개념으로써 구체적 위협이나 현존하는 위협과 같은 고전적인 위협개념으로는 국민의 기본권을 보호하는데 한계가 있을 수밖에 없으며 위협개념의 수정 내지 완화된 위협요건이 필요하다고 할 것이다.<sup>138)</sup>

전통적으로 경찰법상 경찰권 행사의 전제로서 요구되는 구체적 위협이 존재한다고 하기 위해서는 손해발생의 개연성이 ‘가까운 장래’로 제한적이었지만, 최근에는 ‘예견 가능한 시간 내’로 그 시간적 근접성의 기준이 낮추어지고 있다. 또한 경찰권 발동의 요건으로서 구체적 위협은 종래 손해가 발생할 ‘충분한 개연성’이 있을 것을 전제로 하였으나, 최근에는 ‘충분한 개연성이 인정되지 않는 경우’에도 그 존재가 인정되고 있다. 이는 경찰의 개입요건으로서 구체적 위협 개념이 약화되고 있음을 보여주는 것이다.<sup>139)</sup>

현대사회에 있어 새롭게 발생하는 복잡·다양하고 예측하기 어려운 위험상황에서 국민의 생명·신체를 보호해야하는 경찰의 임무 특성상 엄격한 위험판단을 요구하는 것은 적절하지 않다고 본다. 즉 사전적 관점에서 불충분한 자료와 시간으

136) 한상진, “위험사회 분석과 비판이론:울리히 벡의 서울 강의와 한국 사회”, 사회와 이론 통권 제12집, 한국이론사회학회, 2008, 44면.

137) 최근에 들어와서 경찰의 업무에 대한 인식 변화를 잘 설명해줄 수 있는 사례가 가정폭력에 대처하는 경찰의 태도일 것이다. 과거 가부장적 제도와 대가족 사이에서 가정폭력은 흔히 발생하는 악습중의 하나로 경찰이 전혀 개입하지 않았던 부분이다. 가정 내에 심각한 폭행행위가 발생했고, 이에 대한 신고를 받은 경찰이 출동한다 하더라도 가족 내의 문제로 보고 경찰이 개입하지 않는 것이 당연시 되었었다. 그러나 오늘날 과거와는 달리 우리사회에서 가정폭력에 대한 경찰의 적극적인 권력발동 또는 엄격한 사법조치를 요구하고 있으며 경찰도 이에 대응하여 변화되어 가고 있다. 따라서 이전과 달리 경찰은 가정폭력 신고를 받으면 반드시 출동해야만 하며, 재량권이 없다. 그리고 반드시 개입하여 법적인 조치를 취하지 않으면 안되도록 시대적 상황이 변화해가고 있는 것이다.(곽태석, 앞의 논문, 122-123면)

138) 정훈, 앞의 논문, 399면.

139) 황문규, 앞의 논문, 57면.

로 위험을 판단해야 함에 따라 개연성이 불충분한 위험혐의에 있어서도 경찰이 개입하지 않을 경우 보호법익에 대한 손해 발생을 배제할 수 없으므로, 이러한 위험혐의를 강화하거나 또는 반증할 수 있도록 사실관계규명을 위한 경찰활동은 가능하다고 보아야 할 것이다.<sup>140)141)</sup> 이는 손해 발생이 예측되는 보호법익이 생명·신체인 경우로 한정되어야 할 것이며, 비례의 원칙의 관점에서 사실관계에 대한 정확한 규명이 가능하기 전까지는 효과적인 법익보호를 위한 잠정적인 처분만이 가능하다고 보아야 한다.<sup>142)</sup>

또한 최근에는 이러한 구체적 위험방지활동과 더불어 아직 완화된 구체적 위험조차도 존재하지 않는 위험발생 이전단계에서 장래에 발생할 수 있는 구체적 위험을 사전에 대비하거나 위험발생 자체를 사전에 차단하는 활동, 즉 위험사전 대비활동이 허용되고 있다. 이는 형사법상 범죄수사를 위한 경찰권 행사에 있어서도 나타나고 있다. 즉, 전통적으로 범죄혐의의 존재라는 요건이 충족된 경우에 한하여 형사법상 범죄수사를 위한 경찰권이 행사될 수 있었는데, 최근에는 범죄가 발생하기 전에 범죄의 징후를 사전에 탐지해 낼 수 있도록 범죄에 관한 최초 혐의의 문턱이 낮추어지고 있다.<sup>143)</sup>

#### 제4절 소결

경찰의 개념은 명확한 규정에 의해 정의되고 있지 않으며, 역사적 변천을 겪어 오면서 학문상 정립된 실질적 의미의 경찰개념, 즉 ‘경찰은 공공의 안녕과 질서 유지를 위해 일반통치권에 근거하여 국민에 대하여 명령·강제하는 권력적 작용’으로 파악되고 있다. 이는 역사적 변천과정에서 비경찰화를 겪으면서 정립된 개

140) 물론 이러한 배경 하에 순수하게 위험혐의의 경우에 있어서 위험방지조치가 취해질 수 있는 지, 그렇다면 어떠한 조치가 가능하지에 대해 견해가 분분하다. 일부에서는 사안규명을 위해 행정청의 책임과 관할영역에 속하는 조사가 계속적으로 이루어질 수 있다고 본다. 또 다른 한편에서는 위험혐의를 야기한 당사자에 대한 위험확인조치가 허용되는 것으로 보며, 다만 이에 대해 당사자가 수궁해야만 한다고 한다.(이상해, 앞의 논문, 321면.)

141) 이상해, 앞의 논문, 321면.

142) 홍경선, 앞의 책, 26면.

143) 황문규, 앞의 논문, 57면.

념으로, 근대에 와서는 공공의 안녕과 질서유지를 위한 소극적 경찰작용만을 하게 되었다.

이러한 실질적 의미의 경찰개념에 의할 때 경찰은 대표적인 침해행정으로써 국민의 기본권에 대한 제한을 가하게 되므로 경찰권을 발동함에는 엄격한 요건과 한계가 따르게 된다. 따라서 경찰은 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙에 의한 법규상 한계에 따라 경찰권을 발동해야 한다. 이러한 법규상 한계와 더불어 경찰법규의 불확정개념의 사용과 경찰편의주의 원칙의 적용으로 인한 경찰재량권을 제약하고 경찰권의 남용을 방지하기 위한 조리상 한계에 의해서도 제한된다.

이러한 경찰권 발동에 있어서의 한계는 경찰권 발동에 의한 기본권 제한적인 측면만을 강조한 것으로, 국가에 대하여 소극적 활동만을 요구했던 야경국가와 달리 국가의 적극적인 활동을 요구하는 행정국가로 변화한 지금 이러한 태도는 적절하지 않다고 할 것이다. 즉, 행정국가 또는 실질적 법치주의라고 불리는 현대에 와서는 국민에 대한 국가의 적극적 활동을 요구하고 의무를 부과하고 있으며, 경찰권 발동에 있어서도 적극적 개입을 통한 국민의 기본권 보호 의무가 강조되고 있다.

또한 테러와 같은 대량위험에 대한 경찰의 사전적이고 적극적인 조치를 요구하고 있으며, 기존에는 위험으로 생각하지 않았던 것들이 위험으로 인식되면서 위험개념이 확대되어 일반화·보편화되었다고 할 수 있다. 이러한 위험개념의 확대는 위험이 점점 더 일반화·보편화되고 있다고 할 수 있으며 과거 위험개념의 의미가 다소 쇠퇴하였다고도 볼 수 있으나, 개인을 보호하는 법치국가적 기능과 기본권보장 기능을 수행해야 하는 경찰의 책임과 의무에 있어 위험개념은 여전히 중요한 의미를 가진다고 할 것이다.<sup>144)</sup>

또한 경찰의 개입 요건으로서의 구체적 위험개념도 손해발생의 개연성이 ‘가까운 장래’에서 ‘예견 가능한 시간 내’로 시간적 근접성의 기준이 낮추어지고 있으며, 손해 발생의 ‘충분한 개연성’이 있을 것을 전제로 하였던 것이 ‘충분한 개연성이 인정되지 않는 경우’에도 그 존재가 인정되고 있어, 이는 경찰의 적극적 개입을 통한 보호의 요구가 증가하고 있음을 보여주는 것이라 할 수 있다. 오늘날

144) 정훈, 앞의 논문, 419면.

전통적인 구체적 위험 개념이 약화되고 있는 것은 명백하나, 그렇다고 해서 위험 개념이 필요 없는 것은 아니며, 경찰권을 발동함에 있어서는 보호를 필요로 하는 법익에 대한 위험판단이 필요하므로 경찰권의 적극적 발동을 통한 국민의 기본권 보호라는 측면을 포괄 할 수 있는 위험개념에 대한 새로운 정립이 필요할 것이다.

따라서 기존의 실질적의미의 경찰개념으로는 이를 설명하기에는 한계가 있으며, 경찰의 국민에 대한 기본권보호자로서의 광범위하고 적극적인 활동을 포괄할 수 있는 새로운 경찰개념이 정립되어야 할 것이다.

이렇듯 현대사회에서 경찰이 개입해야하는 위험의 범위는 점점 더 광범위해지고, 그 시기는 계속해서 앞당겨지고 있다. 이에 경찰은 과거와는 달리 적극적인 개입을 통하여 국민에 대한 보호의무를 이행해야 하는 것이다. 이를 경찰권 발동의 적극적 한계라고 한다.

경찰의 적극적한계로서 경찰권의 0으로의 수축이론과 경찰개입청구권이 논의되고 있는데, 이러한 논의의 근거가 되는 것이 바로 국가의 기본권보호의무라고 본다. 따라서 경찰권 발동에 있어 적극적 한계를 파악하기 위해서는 우선 국가의 기본권보호의무에 대해 자세히 살펴보아야 할 것이다. 그리고 이어서 기본권보호의무가 경찰권의 발동과 관련하여 어떻게 적용되는지 고찰하고자 한다.

## 제3장 경찰의 기본권보호의무와 경찰개입의 한계

### 제1절 국가의 기본권보호의무

#### 1. 기본권보호의무의 개념

기본권보호의무는 동등한 기본권주체들의 기본권영역들을 상호확정하고, 그렇게 확정된 영역에서 타기본권주체의 행위나 영역으로부터 나오는 기본권적 법익에 대한 침해 또는 침해의 위험을 억제하여 각 기본권 주체가 자신의 기본권을 실효적으로 행사할 수 있도록 법질서를 형성·유지하여야 할 국가의 의무라고 할 수 있다.<sup>145)</sup> 다시 말해 기본권보호의무란 기본권적 법익에 대한 국가의 보호의무로서, 기본권이 보호하는 법익에 대한 기본권주체인 제3자의 위법한 침해를 예방하거나, 침해로 인한 피해발생을 방지해야 할 국가의 의무를 말하는 것이다. 이로써 국가는 더 이상 기본권을 침해하는 위치에만 있는 것이 아니라 기본권주체인 제3자의 기본권을 보호할 적극적 보호자의 위치에 서게 되는 것이다.<sup>146)</sup>

기존에는 기본권침해자로서의 국가와 기본권향유주체로서의 국민이라는 양자관계로서 기본권이론이 구성되었다. 이제는 기본권의 제3자적 효력으로 설명되던 단계를 지나서, 기본권주체, 기본권침해자, 기본권보호자의 삼각관계에서 기본권이론이 논의되고 있다.<sup>147)</sup> 이에 따라 기본권보호자로서 국가는 기본권침해자에 의한 기본권주체의 기본권침해를 보호해야 하는 의무를 지게 되는 것이다.

헌법상의 기본권은 성립 시부터 현재에 이르기까지 국가의 침해금지, 즉 부작위에 의한 보장을 원칙으로 하고 있다. 그러나 현대 실질적 법치국가에 있어서 기본권이 현실적으로 실현되기 위해서는 이처럼 부작위에 의해서만 실현될 수

145) 조홍석, “국가의 기본권보호의무와 개인의 보호청구권”, 법과정책연구 제11집 제3호, 한국법정책학회, 2011, 1099면.

146) 허완중, “기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계”, 헌법논총 제25집, 2014, 16면.

147) 홍완식, “독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰”, 강원법학10권, 강원대학교 비교법학연구소, 1998, 552면.

없으며 국가에 작위가 전제 되어야 한다. 따라서 국가는 더 이상 기본권의 잠재적 침해자로만 볼 수 없고 기본권의 적극적 보호자가 되어야 하는 것이다. 따라서 국가는 국민의 기본권을 침해하지 않으면서 국민의 기본권을 최대한 보장하기 위해 노력해야 함은 물론 동시에 기본권에 의하여 보호받을 법익을 국가나 사인에 의한 위법한 침해로부터 보호해야 하는 것이다.<sup>148)</sup> 최근에는 이러한 국가의 보호의무에 대한 사회적 요청이 많아지고 있으며, 그 중요성 또한 커지고 있다.

오늘날의 다차원적 기본권이론에 의하면, 국가에는 기본권의 잠재적 침해자라는 성격과 더불어 기본권의 보호자라는 성격을 모두 갖고 있다는데 이론이 없다.<sup>149)</sup> 즉, 기본권은 국가의 침해를 금지하는 방어적 기능뿐만 아니라 국가에게 국민에 대한 적극적 기본권보호의무를 부여하는 기능도 가지고 있는 것이다. 이러한 기본권보호의무는 기존의 방어권 중심의 기본권 보호가 갖는 어려움을 극복하고 기본권보호를 강화하기 위한 노력의 결과로서 전통적인 기본권 기능에 더하여 상대적으로 최근에 추가된 것이다.<sup>150)</sup>

독일의 경우 이러한 기본권 보호 의무는 부모의 자녀양육권행사에 대한 국가의 감독, 낙태로부터 태아의 생명권보호, 테러로부터 개인의 안전을 보호하여야 할 국가의무, 범죄에 대한 국가의 일반예방의무 등과 관련하여 1970년대 중반 이후부터 재조명 되었으며,<sup>151)</sup> 독일 연방헌법재판소 판결에서는 독일 기본법 제1조 1항 2문과 제2조 2항으로부터 객관법적인 기본권보호의무에 관한 헌법적 근거를 도출하고 있으며, 국가의 기본권보호의무는 단순히 국가의 지침이나 원칙이 아니라, 국가의 의무라고 판시하고 있다.<sup>152)</sup>

기본권보호의무론이 국가의 과잉개입을 초래할 우려가 있어 신중한 접근이 필요하겠지만 이는 비례의 원칙에 의해 적절하게 통제가 가능할 것이다. 기본권보호의무론으로 인해 그동안 설명하기 어려웠던 기본권의 사인간 효력의 문제 등을 합리적으로 설명할 수 있다는 점에서 부작위의 위법성을 판단하는 데에도 그

148) 성낙인, “헌법학입문”, 법문사, 2014, 346면.

149) 정혜영, 앞의 논문, 140면.

150) 정혜영, 앞의 논문, 137면.

151) 조홍석, 앞의 논문, 1099-1100면.

152) 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 동아법학 제62호, 2014, 2면.

유용성이 인정된다고 할 것이다.<sup>153)</sup>

이러한 기본권보호의무의 개념은 기본권보장의무, 방어권, 기본권의 제3자적 효력과 구별된다.

첫 번째로 기본권보장의무와의 구별이다. 기본권보장의무는 원칙적으로 국가와 국민이라는 양자관계에서 국가에 의한 국민의 기본권침해를 방지하고 기본권의 최대한 보장을 지향함에 반해, 기본권보호의무는 국가와 기본권 침해자, 기본권 피해자라는 삼각관계에서 국가에 의해 국민의 기본권이 과소보호되는 것을 금지하는데 그 초점이 있다. 그리고 기본권보장의무에 근거하여서는 기본권의 최대한 보장을 위해서 해당 입법에 의한 기본권제한이 ‘과잉금지원칙’에 위반되는지 여부를 심사하게 되며, 기본권보호의무에 근거하여서는 기본권을 침해당한 피해자를 국가가 어느 정도로 보호해 주어야 하는가에 대해서 ‘과소보호금지원칙’ 위반 여부를 심사하게 된다.<sup>154)</sup>

두 번째로 방어권과의 구별이다. 방어권과 기본권보호의무는 기본권적 법익을 보호한다는 점에서는 동일하지만, 방어권은 사인과 국가의 관계에서 개인의 자유를 문제 삼지만, 기본권보호의무는 사인 서로 간의 관계에서 개인의 안전을 문제 삼는다는 점에서 차이가 있다.<sup>155)</sup> 또한 방어권은 국가의 침해에 대한 자유로써 국가에게 국민의 기본권을 침해하지 말아야 하는 부작위의무를 부과하지만, 기본권보호의무는 기본권적으로 보장되어야 하는 생활영역에 기여하는 적극적 작위의무를 부과한다.<sup>156)</sup> 따라서 방어권에서의 보호법익은 국가가 일정한 요건을 충족하지 않으면 제약할 수 없는 소극적 의미로 이해되고, 기본권보호의무에서의 보호법익은 국가가 제3자의 제약으로부터 효과적으로 보호하여야 하는 적극적 의미로 이해된다.<sup>157)</sup>

방어권과 기본권의무 모두 수범자는 국가이지만, 방어권은 기본권이 부여하는 권리이며, 기본권보호의무는 기본권이 부과하는 의무이다. 그리고 방어권에서는

153) 김현준, “경찰부작위로 인한 국가배상청구소송에 있어서 작위의무의 성립요건(대법원 2008.10.9. 선고 2007다40031 판결)”, 토지공법연구 제56집, 한국토지공법학회, 2012, 361면.

154) 이부하, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 공법학연구 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007, 124면.

155) 허완중, 앞의 논문, 16-18면.

156) 정혜영, 앞의 논문, 142면.

157) 허완중, 앞의 논문, 17면.

국가가 위협원이지만, 기본권보호의무에서의 위협원은 제3자이고 국가는 제3자가 유발하는 기본권적 법익에 대한 위법한 제약을 막아야 하는 보증인적 지위에 있다.<sup>158)</sup>

헌법재판소는 “국민의 기본권에 대한 국가의 적극적 보호의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현될 수 있는 것이기 때문에, 입법자의 입법행위를 매개로 하지 않고 단순히 기본권이 존재한다는 것만으로 헌법상 광범위한 방어적 기능을 갖게 되는 기본권의 소극적 방어권으로서의 측면과 근본적인 차이가 있다. 즉 기본권에 대한 보호의무자로서의 국가는 국민의 기본권에 대한 침해자로서의 지위에 서는 것이 아니라 국민과 동반자로서의 지위에 서는 점에서 서로 다르다.”라고 한다.<sup>159)</sup>

방어권은 일정한 요건을 충족했을 때를 제외하고는 기본권적 자유에 대한 국가의 모든 제한을 금지하는 것이다. 이에 반해 기본권보호의무는 기본권적 법익을 보호하기 위해서 효과적인 모든 수단을 취하라고 요구하는 것은 아니며, 어떠한 수단을 선택할 것인지에 대해 입법자에게 폭넓은 재량을 부여한다. 그리고 방어권은 개인과 국가의 양면적 관계를 형성하지만, 기본권보호의무는 기본권피해자-국가-기본권침해자의 삼각관계를 형성한다. 특히 기본권침해자의 기본권을 제약함으로써 국가의 보호의무가 이행될 때에 대립하는 기본권침해자의 기본권이 국가에 대해 서로 충돌하는 기능 수행을 요구한다. 즉 기본권피해자의 기본권은 국가에 대하여 적극적 행위를 요구하지만, 기본권침해자의 기본권은 국가의 활동에 대해서 방어적 작용을 한다. 이러한 특성 때문에 방어권에서는 헌법이 직접 효력을 미치지만, 기본권보호의무는 일반적 법률을 매개로 실현된다.<sup>160)</sup>

마지막으로 기본권의 제3자적 효력과의 구별된다. 기본권은 국민과 국가의 관계에 대해서 효력을 미치는 권리일 뿐만 아니라 국민과 국민의 관계에 대해서도 효력을 미치는 권리로서, 전자는 기본권의 대국가적 효력이라 부르고, 후자를 대사인적 효력 또는 제3자적 효력이라 부른다. 대국가적 효력은 국민과 국가의 수직적 관계에 있어서 기본권의 효력이 문제된다는 의미에서 수직적 효력으로, 대

158) 허완중, 앞의 논문, 17면.

159) 전원재판부, 1997.1.16. 90헌마110·136(병합)

160) 허완중, 앞의 논문, 18면.

사인적 효력은 국민과 국민 상호간의 수평적 관계에 있어서 기본권의 효력이 문제된다는 의미에서 수평적 효력으로 부르기도 한다.<sup>161)</sup> 따라서 기본권의 제3자적 효력이란 기본권이 국민과 국민 상호간의 관계에 영향을 미치는지, 미친다면 어떻게 미치는가의 문제라고 할 수 있다.<sup>162)</sup>

기본권의 제3자적 효력은 기본권이 사인간의 관계에도 적용되도록 함으로써 사인이나 사회적 권력이 개인의 자유를 침해하는 것을 방지하고 개인생활의 안전을 보호하고자 하는 것이다. 국가의 기본권보호의무는 특히 국민의 사적인 생활관계에서도 국민의 기본권이 보호되도록 국가기관이 권한을 행사해야 하는 의무를 뜻한다. 따라서 국민의 기본권을 보호하기 위한 이론이라는 점에서는 공통점을 가진다고 할 것이다.

그러나 기본권의 제3자적 효력은 국가의 기본권침해가능성을 전제로, 사법질서 내로 기본권의 효력을 확장할 수 있느냐의 문제인데 반하여, 기본권보호의무는 국가가 기본권보호자로서 국가와 기본권침해자 및 기본권피해자라는 삼각관계를 중심으로 국가가 기본권피해자의 기본권을 보호하는 문제이다.<sup>163)</sup> 다시말해 기본권의 제3자적 효력의 문제가 국민 사인간의 관계에서 자신의 권리구제를 주장하는 문제라면, 기본권보호의무는 사인간의 관계에서 국민의 기본권이 적절히 보호될 수 있도록 국가권력을 행사해야 하는 문제이다.

## 2. 기본권보호의무의 법적 성격

### 1) 기본권의 객관적 성격에 따른 기본권의 효력확장

제1차 세계대전 이후 인류에게는 사회주의라는 새로운 시대가 시작되면서, 기본권에 대한 새로운 인식이 요구되었다.<sup>164)</sup> 또한 제2차 세계대전 중 인간의 존엄에 대한 학살과 Nazi 등의 전체주의에 대한 혐오를 경험하면서 일단 쇠퇴한 것

161) 이준일, “기본권으로서 보호권과 기본권의 제3자효”, 저스티스 통권 제65호, 한국법학원, 2002, 69면.

162) 조홍석, 앞의 논문, 1111면.

163) 이부하, 앞의 논문, 125면.

164) 김학성, “헌법학원론”, 박영사, 2012, 255면.

으로 보였던 자연권사상이 다시 부활되어 강조되게 되었다. 1948년 UN인권선언은 전통적인 천부인권론의 이념을 부활시켰고, 모든 헌법들이 인간의 존엄을 헌법의 최고의 가치로 규정지으면서, 자유권의 전국가적 불가침·불가양의 자연권성을 다시 강조하게 되었다. 기본권의 자연권성은 전후에 제정된 각국의 헌법에 그대로 계승되었다.<sup>165)</sup>

인권유린의 역사를 체험한 인류에게 국가권력에 대한 기본권의 방어적 성격만으로는 이러한 사태를 해결하기에 미흡하다고 인식되었다. 이로써 기본권은 헌법질서의 객관적 구성요소로서 모든 국가권력을 직접 구속하며, 국가권력은 임의로 행사되는 것이 아니라 기본권이 허용하는 한에서 행사될 수 있다는 점이 강조되었다. 동시에 기본권은 사인 상호간에도 적용되어야 한다는 ‘기본권의 객관적 가치질서로서의 성격’이 강조되게 되었다.<sup>166)</sup>

주관적 공권이란 타인을 상대로 주장할 수 있는 법적 힘을 의미하는 것으로, 특정의 개인을 위하여 기본권규정으로부터 이끌어 낼 수 있는 권리, 즉 공법관계에서 권리주체가 고권담당자에 대하여 작위 또는 부작위를 요구할 수 있는 법적 청구권을 의미한다.<sup>167)</sup> 주관적 권리는 국가침해로부터 자유를 보장하는 소극적 방어권, 개인의 생존보장을 위해 국가의 급부를 요구하는 적극적 권리, 국가에 대해 일정한 행위를 요구할 수 있는 적극적 권리, 국가의 정치의사결정에 참여할 수 있는 능동적 권리로 분류된다. 여기서 방어적 권리는 국가로부터 개인의 자유를 보장하며, 만일 침해가 발생한 경우에는 그 침해를 제거할 수 있고, 침해가 임박한 경우에는 그 침해의 중지를 요구할 수 있는 것이다.<sup>168)</sup> 기본권이 이러한 주관적 권리의 성격을 지니고 있다는 점에서는 이론이 없으나, 객관적 가치질서로서의 성격을 지니는가가 문제된다.

기본권의 객관적 가치질서성이란 기본권이 헌법질서의 구성요소로서 공사법 모든 영역에서, 국가건 사인이건 누구든지 지켜야 할 객관적 규범으로서의 성격을 지니고 있는 것을 의미한다. 헌법은 정치적 공동체의 법질서이며, 기본권은 그 법질서의 구성요소로서의 성격을 지니고 있으므로, 헌법질서의 구성요소로서

165) 김학성, 앞의 책, 258면.

166) 김학성, 앞의 책, 258면.

167) 최우정, “한국헌법학”, 진원사, 2008, 231면.

168) 김학성, 앞의 책, 269면.

기본권은 사인을 포함한 모든 국가권력을 기본권에 적합하도록 의무화시키는 객관적 가치질서의 성격을 지닌다.<sup>169)</sup> 따라서 기본권은 객관적인 가치질서이며 이는 전체법질서, 모든 자연인과 법인의 공동생활을 규율하는 원칙규범으로, 이러한 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격은 기본권의 자유보장적, 사회정의적 내용의 실효성을 보장하려는 노력에서 나온다.<sup>170)</sup>

기본권의 객관적 성격을 인정하는 기본권의 양면성과 관련하여 독일 연방헌법재판소가 이를 처음으로 언급한 1958년 뤼트결정<sup>171)</sup>의 취지를 자세히 살펴볼 필요가 있다. 독일 연방헌법재판소의 이 결정에서 기본권은 일차적으로 국가에 대한 방어권인데, 객관적 가치질서로서의 측면도 인정하게 되는 것은 주관적 방어권으로서의 성격을 강화하기 위함이라는 식으로 요약될 수 있으며, 이 결정의 기본취지는 시민의 주관적 권리로서의 기본권이 보다 확산되어 보장될 수 있도록 하는 데에 있었다고 이해할 수 있다.<sup>172)</sup> 이 결정에 따르면 국가를 통해서 보장되어지는 기본권은 국가적 침해의 한계설정으로서의 의미가 아니라, 객관적 가치질서로서의 기능을 가진 전체적 법질서의 형성을 위한 적극적인 지도 원리로서 기능하는 것이라고 할 수 있다.<sup>173)</sup> 즉 기본권은 객관적인 헌법질서요소로서 국가권력을 창설할 뿐만 아니라, 국가 내에서 적극적 또는 소극적으로 정치적·문화적·사회적·경제적 생활을 함께 형성해 나갈 수 있는 국민 개개인의 헌법적 생활질서인 동시에 민주주의적·법치주의적·사회국가적 헌법질서의 기초가 되는 질서적 요

169) 김학성, 앞의 책, 274면.

170) 최우정, 앞의 책, 233면.

171) BVerfGE 7, 198 (204f). “기본권은 의심의 여지없이 일차적으로 개인의 자유영역을 공권력의 침해로부터 보장하기로 결정하였으며 기본권은 국가에 대한 시민의 방어권이다. 이는 기본권이념의 정신사적 발전과 각 국가가 기본권을 채택하게 된 역사과정에서 나오는 것이다. 기본법이 기본권편을 헌법조문의 앞에 위치지움으로써 인간과 인간존엄이 국가권력에 대해 우선한다는 점을 강조하려 한 것도 이러한 의미에서이다. 입법자가 이러한 기본권을 보장하기 위한 권리구제수단으로 헌법소원을 단지 공권력에 대해서만 규정하고 있는 것도 이에 상응한다. 하지만 기본법은 가치중립적인 질서를 추구하는 것이 아니며 기본권편에 객관적 가치질서를 세웠으며 바로 여기에 기본권의 효력을 근본적으로 강화하려는 것이 표현되고 있다는 것도 마찬가지로 옳은 것이다. 이러한 가치체계가 사회공동체의 내부에서 자유로이 형성되는 인격과 그 존엄성에 중점을 두는 것은 헌법의 근본결단으로서 모든 범영역에서 유효해야 하며, 입법, 행정, 사법은 그로부터 지침과 추동력을 얻는다. 따라서 이러한 가치체계가 민법에도 당연히 영향을 미치며 어떠한 민법조항도 이 가치체계에 배치될 수 없고 모든 조항이 그 정신에 따라 해석되어야 한다.”; 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, 법학논집 8권 1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2004, 각주 31.

172) 송석윤, 앞의 논문, 12-13면.

173) 박진환, “기본권보장과 국가”, 법학논고 제16집, 경북대학교 법학연구원, 2000, 258면.

소라고 할 수 있을 것이다.<sup>174)</sup>

뤼트결정은 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격에 대한 헌법적 근거로서 이러한 “가치체계가 사회공동체의 내부에서 자유로이 형성되는 인격과 그 존엄성에 중점을 두는 것은 헌법의 근본결단”임을 들고 있다. 이는 독일 연방헌법재판소가 “독일국민은 침범할 수 없고 또 박탈할 수 없는 인권을 모든 인간공동사회의 기초로서 … 인정한다”라는 기본법 제1조 제2항을 기본권의 객관적 측면을 도출하는 배경으로 삼고 있음을 보여주고 있다.<sup>175)176)</sup>

우리 헌법재판소는 직업의 자유에 관하여, “직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러지는 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다”<sup>177)</sup>라고 하여 기본권을 단순한 주관적 방어권으로만 인정하는 것이 아니라 객관적규범 내지 객관적 가치질서로서의 성격을 인정하여 기본권의 양면성을 수용하는 입장을 취하고 있다.<sup>178)</sup> 이처럼 기본권은 국가에 대하여 부작위, 작위, 급부 등을 내용으로 하는 주관적 공권으로서의 성격뿐만 아니라 국가권력의 실현의무를 부과하는 객관적 가치질서로서의 성격도 갖는다.<sup>179)</sup>

기본권의 이러한 객관적 가치질서로서의 성격으로부터 기본권은 ‘객관적으로’ 개인이 기본권을 주장하는지 또는 기본권을 인식하고 있는지 여부와 관계없이 국가권력의 의사 및 행위를 제한함으로써 객관법적 기능을 수행함과 동시에 타인의 침해로부터 기본권을 보호해야 하는 국가의 기본권보호의무를 도출할 수

174) 표명환, 앞의 논문, 48면.

175) 송석윤, 앞의 논문, 12-13면.

176) 그러나 뤼트결정에서 기본권의 객관적 성격을 인정한 것과는 별개로 이를 가치론적으로 정당화한 것에 대한 비판뿐만 아니라, 기본권의 객관적 측면을 지나치게 강조하는 것이 지니는 위험에 대한 경고도 적지 않았다. 이에 독일 연방헌법재판소는 1979년의 결정에서 뤼트결정의 취지가 오해되지 않도록 기본취지를 확인하고 표현을 수정하였다. 즉 “객관적 원리로서의 기본권의 기능은 기본권의 효력을 근본적으로 강화하지만 그 기본은 일차적인 중요성에 있다”고 하면서 “기본권의 기능이 본래적인 핵심으로부터 괴리되어 객관적 규범구조로 당연시됨으로써 기본권의 원래적이며 여전히 존재하는 의미가 후퇴되어서는 안 된다”고 경계하고 있다. 이 결정에서 가치질서라는 표현 대신에 원리라는 용어를 사용하고 있는 것이 주목되며, 이후에는 주로 “객관적 원칙”, “객관적 법내용”이라는 표현을 사용하고 있다.(송석윤, 앞의 논문, 13-14면.)

177) 현재 1996.8.29. 94헌마113.

178) 표명환, 앞의 논문, 48-49면.

179) 표명환, 앞의 논문, 48면.

있다.<sup>180)</sup> 또한 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법권이 법률을 형성하는 경우에도 법형성의 기준역할을 하며, 행정권이나 사법권이 법령의 일반조항이나 불확정 개념을 해석·적용하는 경우에도 기본권 우호적이거나 친화적으로 해석해야 할 것을 요구할 수 있는 법의 해석 지침은 물론 입법·사법·행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용한다.<sup>181)</sup>

주관적 공권으로서의 기본권은 어디까지나 ‘구체적인 법적 사건’에서 그 근거를 이루는 일반적·추상적인 기본권규범을 해석·적용함으로써 비로소 주관화 되는 개별적·구체적 ‘법적효과’라는 점에서, 주관적 권리와 객관적 법은 매우 밀접한 상호 관련하에 놓이게 된다.<sup>182)</sup> 즉 기본권의 객관적 가치질서 성격은 기본권의 주관적 권리의 내용을 촉진하는 효과를 가져오며, 마찬가지로 기본권의 주관적 성격은 객관적 가치질서 성격의 내용을 실현하도록 하는 기능을 담당하고 있으므로, 양자를 인정하는 것은 기본권의 효력을 확장하고 국가의 기본권실현을 실질화시키는 것으로, 기본권의 기능 및 효력을 상승하게 하는 작용을 한다.<sup>183)</sup>

## 2) 국가의 기본권보호의무의 근거

기본권보호의무는 근대자유주의 헌법에서 전래된 국가의 의무라는 점에서, 국가는 사적 영역에서 자력구제를 배제하는 대신에 천부적인 자유영역에 대한 기본권침해를 보호할 의무를 부담한다. 따라서 국가에 의하여 보호되는 기본권적 법익은 사적 영역에서의 개인에게 주어진 고유한 영역, 즉 천부적인 성질의 자유영역을 범위로 한다고 볼 수 있다. 즉 국가의 기본권보호의무의 근거에 대한 논의의 실익은 보호의무에 의하여 보호되는 기본권 영역의 확정과 관련하여 찾을 수 있을 것이다. <sup>184)</sup>

180) 김학성, 앞의 책, 273-274면.

181) 정극원, 앞의 논문, 258면.

182) 정극원, 앞의 논문, 257면.

183) 표명환, 앞의 논문, 54면.

184) 표명환, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 법학연구제45집, 한국법학회, 2012, 26-27면.

### (1) 독일에서의 학설

독일에서의 국가의 기본권보호의무의 근거에 관한 학설로는 주관적 공권으로서의 방어권설, 객관적 가치질서설, 국가과제로서의 안전설 등이 있다.

주관적 공권으로서의 방어권설은 국가가 기본권을 침해하는 사인의 행위를 국가 자신의 행위로 귀속시킴으로써 그 상대방과 국가와의 대립관계가 형성된다는 견해이다.<sup>185)</sup> 즉 국가에 의해 국민의 기본권이 침해된 경우 국가에 대하여 방어권을 가지는데, 이와 마찬가지로 제3자인 사인에 의해 기본권이 침해된 경우 이를 국가에 행위로 귀속시킴으로써 국가에 대하여 보호를 요구할 수 있는 권리를 가진다고 보는 것이다. 독일 연방헌법재판소도 사인에 의하여 운영되어 발생하는 국민에 대한 위해에 대하여 국가에 대한 공동책임을 인정하고, 허가처분에 대한 법적 전제조건을 기본권의 방어권이라는 기준으로 심사하였다.<sup>186)</sup>

국가과제로서의 안전설은 국가과제는 한편으로는 기본권주체의 주관적인 보호요구를 충족시켜주고, 다른 한편으로는 기본권의 객관적인 보호요구를 충족시켜주며 국가공동체의 존속으로서의 안전을 수호하는데 있으므로, 국가의 기본권보호의무는 안전을 수호하는 국가과제의 본질적인 구성요소라고 한다.<sup>187)188)</sup>

객관적 가치질서설은 국민에 대한 국가의 기본권보호의무를 기본권의 객관적 가치질서로부터 도출한다고 한다. 즉 기본권의 이중적 성격으로 인해 기본권의 주관적 공권성 뿐만 아니라 객관적 가치질서성도 인정되게 되었는데, 이로써 국가에게 기본권에 대한 소극적인 지위로써 침해금지뿐만 아니라 국가 이외에 제3자에 의한 침해에 대한 보호의무를 인정하고 있다.<sup>189)</sup>

독일연방헌법재판소는 제1차 낙태판결<sup>190)</sup>에서 태아의 생명보호를 위한 기본권

185) 김종보, “헌법의 객관성과 국가의 기본권보호의무”, 공법학연구 제11권 제4호, 2010, 29면.

186) 이부하, 앞의 논문, 125-126면.

187) 국가과제로서의 ‘안전’이란 공포라는 객관적인 원인으로부터 자유, 즉 기본권 보호법익을 다른 시민과 관계에서 침해받지 않는 상태를 말한다.

188) 이부하, 앞의 논문, 126면.

189) 최용기·박현조, 앞의 논문, 201면.

190) BVerfGE 39, 1(1f). 1974년 6월 18일의 독일 제5차 형법개혁을 위한 법률은 낙태에 관해 제 218조 1항에 따라 원칙적으로 잉태 후 13일 이상 된 태아의 낙태는 처벌되지만, 제218조 a에 따르면 임신부 스스로의 결정에 의하여 의사에 의해 행해진, 잉태 후 12주까지의 낙태는 그것이 사회적인 부조의 가능성이 임신부에게 주어졌고 의사와의 상담이 있었다면 형사처벌되지 않는다는 규정을 두었다. 이에 대해 1975년 2월 25일 제1차 낙태판결에서 헌법재판소는 개정법률이 헌법적 가치에 내재하는 특별한 이유에 근거하지 않는 한, 임신 12주까지의 낙태에 대한 형사처벌을 배제하는 이 개정법률은 위헌이며 무효라고 판시하면서, 그 중요한 이유로서 다음과 같은 이유를 들었다. 1,모태로부터 잉태된 생명은 헌법의 보장아래 독자적인 법익을 지닌다. 국가의

보호의무를 기본권 제2조 제2항 제1문에서 규정하고 있는 헌법상 생명권에서 도출하고, “인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다”라고 규정한 기본법 제1조 제1항 제2문을 원용하여 “기본권으로 보호받는 가치 및 자유에 대한 직접적인 침해는 금지하는 것뿐만 아니라, 국가가 아닌 제3자가 이러한 가치 및 자유를 침해하는 것으로부터 국민을 보호하는 것”이라고 하였다. 또한 1993년 5월 28일의 제2차 낙태판결<sup>191)</sup>에서도 태아의 생명보호의무를 기본법 제1조 제1항에서 직접 도출하고 있다. 이러한 헌법규정은 기본권보호의무의 헌법상 명문근거가 되지만, 기본권보호의무는 원칙적으로 기본권의 객관적 가치질서의 결과라고 본 것이다.<sup>192)</sup>

생명보호의무는 태아에 대한 국가의 직접적인 침해만을 단지 금지하는 것이 아니라, 국가가 태아를 보호하고 돕도록 하고 있다. 2. 국가의 생명보호의무는 모체의 태아에 대한 침해에 대해서도 적용되어야 한다. 3. 태아는 원칙적으로 임신의 전 기간동안 보호되며 이는 임신부의 자기결정권보다 우선한다. 이는 임신초기라거나하는 특정시기라고 해서 문제될 수 없다. 4. 입법자는 낙태행위의 법적규제를, 형사처벌의 방법이 아닌 다른 형태로 입법할 수 있다. 중요한 것은 태아의 생명을 보호하기 위한 여러 조치들이, 전체적으로 볼 때 실질적으로 태아의 생명보호에 기여하는가에 있는 것이다. 극단적인 경우, 헌법상에 규정된 보호가 다른 여하한 방법으로 이루어지지 못할 때에는 형사처벌에 대한 태아의 생명보호가 불가피한 것이다. 5. 임신으로 인해 임신부의 생명이나 건강이 결정적으로 위협 당할 경우, 이를 피하기 위해 낙태가 불가피한 것으로 생각될 수 있다. 또한 임신부의 건강과 생명의 위협과 견줄만한 사유로 인하여, 임신부에게 임신 계속하도록 부담 지우는 것이 기대될 수 없다고 판단되는 경우에도 입법자는 낙태를 처벌하지 않도록 할 수 있다. 6. 결론적으로 1974년 6월 18일의 제5차 형법개혁은 태아를 보호해야 하는 국가의 헌법적 의무에 적합하지 않는 법률이다.; 홍완식, 앞의 논문, 542면.

191) BVerfGE 88, 203(203f). 헌법재판소는 임신부 및 가족보호법에 의해 개정된 형법 제218a의 1조의 “상담의무를 지킨 임신 후 12주까지의 낙태는 위법하지 않다”는 규정은 헌법에 위배됨으로 무효라고 판결하면서, 그 중요한 이유로서 다음과 같은 이유를 들었다. 1. 헌법은 국가에 인간의 생명권을 수호하도록 의무를 지웠으며 이에 태어나지 않은 아기의 생명까지 포함한다고 하였다. 국가의 생명보호의무는 헌법 제1조 1항에서 도출되며 태어나지 않은 아기도 인간으로서의 존엄성을 갖는다. 국가의 법질서는 당연히 태아의 생명권을 보장해야 한다. 2. 국가의 생명보호의무는 일반적인 인간의 생명뿐이 아니라 구체적인 태아에 관계되는 것이다. 3. 태아는 어머니에 대해서도 법적인 보호를 받아야 한다. 이러한 보호는 입법자가 낙태를 원칙적으로 금지하고, 출산을 해야 하는 법적인 의무를 임신부에게 지우는 것에 의하여 가능하다. 4. “임신의 전 기간동안” 원칙적으로 낙태는 불법인 것으로 간주되며 법적으로 금지되어야 한다. 5. 국가의 태아보호의무는 태아의 적합한 출산을 위한 영역으로까지 이르러야 하며, 태아의 생명권은 다른 법익과도 조화되도록 규정되어야 한다. 6. 국가는 생명보호의무를 다하기 위해 과소금지의 원칙 아래 규범적이고 적합하고 효과적으로 이루어져야 한다. 7. 상담은 태아의 출산을 위해 임신부가 긍정적인 조건들을 만들어 갈 수 있도록 하는 방도가 마련되어야 한다. 상담절차는 국가의 책임 하에 집행되어야 한다. 8. 낙태가 합법적인 사유에 의해 행해지는 것이 아닐 경우에는 사회의료보험의 혜택을 누릴 수 없으며, 이는 기본법이 보장하는 바가 아니다. 그러나 (합법적인 사유에 의해 행해지는 것이 아닐 경우라도) 형사처벌되지 않는 낙태의 경우에 (상담 등의 의무를 충족시킨 경우) 경제적인 필요만큼 사회부조가 행하여 질 수 있고, 임금의 계속적인 지급을 가능케 하는 법률은 위헌이 아니다.; 홍완식, 앞의 논문, 545-547면.

192) 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구 제17집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 42면.

## (2) 한국에서의 논의

헌법은 국가의 기본권보호의무를 직접 규정하고 있지 않아 학계에서도 독일 연방헌법재판소와 독일의 학설과 동일한 취지에서 기본권의 객관적인 가치질서로부터 찾는 견해, 헌법 제10조 제2문으로부터 찾는 견해 및 헌법 제10조 제2문 뿐만 아니라 헌법전문에 “우리들과 우리들의 자손의 안전” 그리고 생명·신체에 대한 범죄피해자에 대한 국가의 구조의무를 규정하고 있는 헌법 제30조 등에서 찾는 견해 등이 있다.

헌법재판소는 교통사고처리특례법 사건<sup>193)</sup>에서, 4인의 합헌의견은 “우리 헌법 제10조에서 국가는 개인의 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정함으로써, 소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다”라고 하여 헌법 제10조 제2문에서 그 근거를 찾고 있다. 이에 대하여 5인의 위헌의견 중 3인은 생명·신체에 대한 기본권보호의무의 헌법적 근거로 헌법전문에 “우리 대한국민은……우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서……”라는 부분, 제10조의 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”, 제30조의 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”, 제37조 제1항의 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”는 규정내용으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출된다고 할 것이다.”고 하고 있다.

## (3) 소결

방어권설을 기본권보호의무의 근거로 보는 견해는 국가의 부작위를 목적으로 하는 기본권불가침의무와 국가의 작위를 요구하는 국가의 기본권보호의무의 구별을 간과하고 있다는 비판이 있다.<sup>194)</sup> 국가과제로서 안전에서 그 근거를 찾는

193) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110.

194) 이부하, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 공법학연구 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007,

견해는 안전이 어떻게 헌법적으로 도출되는지와 그것이 어떻게 실질적 헌법의 본질적인 요소인지에 대한 의문이 남는다.<sup>195)</sup> 헌법 제10조 제2문을 근거로 보는 견해를 보면 헌법 제10조 제2문은 기본권보장의 헌법적 근거는 되겠지만, 기본권 침해주체와 헌법적 구조가 다른 기본권보호의무의 근거는 될 수 없다고 할 것이다.<sup>196)</sup>

또한 헌법 제10조 제2문, 헌법전문, 헌법 제30조 등과 같은 헌법적 근거에서는 기본권보호의무의 추상적 내용만 도출할 수 있을 뿐 구체적 내용은 확정되지 않으며, 이는 개별 기본권의 해석을 통해서 밝혀질 수 있다.<sup>197)</sup>

따라서 기본권의 이중적 성격에 기초하여 국가 이외에 제3자에 의한 기본권침해에 대해서도 국가가 보호해야 한다는 것을 인정한 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격이 기본권보호의무의 헌법적 근거가 되어야 할 것이다.

### 3. 기본권보호의무의 구성요건

기본권보호의무는 헌법에 의해서 보호되는 기본권적 법익을 사인의 침해 및 침해위험으로부터 보호해야하는 국가의 의무를 말한다. 즉 기본권보호의무가 발생하기 위해서는 ①‘헌법에 의해 보호되는 기본권적 법익’이 존재해야 하고, ② ‘사인인 제3자’에 의한, ③‘위법한 침해 및 침해위험’이 있어야 한다.

#### 1) 헌법상 기본권적 법익

국가의 기본권보호의무는 기본권의 방사효과에 따른 기본권의 제3자적 효력을 전제로 하여 성립되는 것으로, 제3자적 효력이 인정될 수 있는 기본권을 기본권 보호의무에 의해 보호되는 기본권의 범위라고 보아야 할 것이다.<sup>198)</sup>

---

131면.

195) 이부하, 앞의 논문, 131면.

196) 서경석, “국가의 기본권보호의무 비판”, 헌법학연구 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003, 394~395면.

197) 허완중, 앞의 논문, 18-19면.

198) 표명환, “기본권해석에 있어서 기본권의 객관법적 성격의 기능과 현대적 쟁점”, 법학연구 제42집, 한국법학회, 2011, 62면.

기본권보호의무는 법익을 사인의 침해로부터 보호하는 것으로 정태적 성격을 띠는 반면, 사회적 기본권은 국민의 인간다운 생활을 위한 재화의 정의로운 분배를 통한 보장을 목표로 하는 동태적 성격을 띠는 것으로, 사회적 기본권은 기본권보호의무의 적용대상이 아니라고 할 것이다.<sup>199)</sup> 따라서 기본권보호의무에 의해 보호되는 헌법상 기본권적 법익은 인간의 존엄과 가치, 생명 및 신체의 완전성에 국한하여 논의되어야 할 실익이 있다.<sup>200)</sup>

## 2) 사인인 제3자의 가해

사인인 제3자의 다른 사인의 기본권적 법익에 대한 가해 및 가해의 위험이 있는 경우 기본권보호의무가 발생한다. 여기서 제3자의 범위를 어디까지로 볼 것인가에 대하여, 기본권보호의무는 기본권의 객관법적 성격에 근거한 제3자적 효력을 전제로 하는 것으로 기본권에 구속되지 않는 외국의 공권력이나 자연재해는 제외되고, 국가 아닌 제3자만을 의미하는 것이라 할 것이다.<sup>201)</sup>

또한 개인이 본인 스스로 독자적인 결정을 할 수 없는 상황에서 자살을 하려고 하는 자초위해의 경우 기본권보호의무를 인정할 수 있으므로, 경우에 따라서는 스스로 유발한 가해에 대해서도 기본권보호의무를 인정할 수 있어야 할 것이다.<sup>202)203)</sup>

## 3) 위법한 가해나 가해의 위험

기본권보호의무가 발생하기 위해서는 기본권적 법익에 대한 위법한 가해 또는 가해의 위험이 있어야 한다. ‘위법한 가해’는 현재의 가해 또는 급박한 가해로써 위법해야 하므로 정당행위의 경우에는 기본권보호의무가 문제되지 않으며, 이러

199) 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 저스티스 통권115호, 2010, 87면.

200) 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구 제17집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 51면.

201) 표명환, 앞의 논문, 62면.

202) 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 동아법학 제62호, 2014, 5면.

203) 이에 대해서 자초위해는 삼각관계가 아닌 국가와 국민 양면관계로써 궁극적으로 기본권의 방어권적 측면에서 파악되는 것으로 기본권보호의무와 근본적으로 다르다는 견해도 있다.; 허완중, 앞의 논문, 88면.

한 위법성의 판단은 법률이 아닌 헌법을 기준으로 한다.<sup>204)</sup>

기본권보호의무는 국가에 의한 가해자의 처벌이 아닌 피해자의 자유 영역을 보호하는데 중점이 있는 것으로 기본권침해자의 고의 또는 과실이 없는 경우에도 기본권피해자가 존재하거나 피해의 위험이 있는 경우 기본권보호의무는 발동되어야 한다.<sup>205)</sup>

기본권보호의무의 수범자인 국가와 기본권 침해자인 제3자가 동일하지 않기 때문에 보호의무를 효과적으로 이행하기 위해서 국가의 기본권보호의무는 현재의 가해뿐만 아니라 장래의 가해위험에 대한 방지도 포함하고 있다.<sup>206)</sup>

#### 4. 국가의 기본권보호의무에 대한 보호청구권

##### 1) 의의

보호청구권이란 주관적 공권으로서 국가에 대하여 기본권에 의하여 보호되는 법익을 국가 아닌 제3자에 의한 침해로부터 보호를 요구할 수 있는 권리를 말한다.<sup>207)</sup> 기본권적 법익에 대한 사인의 침해가 발생하여 국가의 보호가 필요함에도 불구하고 국가가 이를 이행하지 않거나 또는 국가가 보호 필요성에 따른 보호조치를 취하였으나 그 이행조치가 과소보호금지원칙의 최소보호수준에 미치지 못한 경우 보호청구권이 성립한다고 할 것이다.<sup>208)</sup>

이러한 보호청구권은 천부적인 자유영역을 보호법익으로 하고, 법치국가적 차원에서 보장되는 기본권인데 반해, 사회적 기본권에 기한 급부청구권은 인간다운 생존을 보호해 줄 것을 요구하는 것을 내용으로 하고, 사회적 연대성 및 재분배에 기초하는 기본권이라는 점에서 구별되어야 할 것이다.<sup>209)</sup>

204) 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구 제17집제2호, 2014, 53면.

205) 이부하, 앞의 논문, 54면.

206) 이부하, 앞의 논문, 54면.

207) 표명환, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 법학연구제45집, 한국법학회, 2012, 33면.

208) 표명환, 앞의 논문, 31면.

209) 표명환, 앞의 논문, 34면.

## 2) 국가의 기본권보호의무에 대한 보호청구권 인정 여부

국가의 기본권보호의무는 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격에 기인하는 것으로, 이러한 보호의무를 국가가 전혀 이행하지 아니하거나 충분히 효과적으로 이행하지 아니하는 경우에 피해자인 제3자를 위한 주관적 보호청구권이 인정될 수 있는가가 문제된다.<sup>210)</sup>

이는 긍정설과 부정설의 입장으로 나뉘고 있다. 긍정설은 개인의 기본권을 효과적으로 보장하기 위해서는 국가의 보호의무에 상응하는 보호청구권을 인정하여야 한다는 입장이다. 부정설은 기본권의 객관적 내용을 구체화하는 것은 일차적으로 입법자에게 있는 것이며, 직접 소구가능한 권리라고 하기 위해서는 그 내용이 명확하게 확정되어 있어야 하는데, 객관적 가치질서로서의 기본권은 국가의 기본권보호의무 실현의 방향만을 제시하는 것에 불과한 것으로 내용의 명확성이 결여되어 보호청구권을 인정할 수 없는 것으로 본다.<sup>211)</sup>

독일학계의 다수는 국가에게 보호의무이행에 있어서 보호조치에 관한 형성의 자유를 인정하고 있을 뿐만 아니라 입법 및 행정에 대한 구속력을 갖는 보호청구권의 존재도 인정하고 있다.<sup>212)213)</sup>

우리 헌법재판소도 “국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위하여 취한 위험방지 조치 중의 하나인 고시가 미국산 쇠고기 수입과 관련하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위하여 필요한 적절하고도 효율적인 조치를 취하지 못하였다면 이는 국가가 국민의 기본권을 보호할 의무를 위반하여 국민의 생명·신체의 안전

210) 조홍석, 앞의 논문, 1109면.

211) 김상겸, “[논점강좌]헌법-제3자의 기본권침해에 대한 보호의무로서 「기본권보호의무」”, 고시연구 30(6), 2003, 259면.

212) 특히 이젠제(Isensee)교수는 국가의 객관적인 보호의무의 대상은 개인의 법익이므로, 객관적인 국가의무로부터 기본권주체가 향유할 주관적 보호청구권을 도출한다는 것은 가능하다고 한다. 그는 그 근거로서 국가의 존재이유가 기본권보장 및 보호에 있다는 것에서 찾고 있다. 즉 그는 고전적인 자유주의·개인주의적 계약모델에 근거하여 국가는 개인의 기본권을 주관적 권리로서 보장하여야 하며, 국가공권력에 의하여 이들 권리가 침해되던지 아니면 사인에 의하여 침해되던지 간에 기본권을 보호하여야 한다고 한다. 따라서 국가 아닌 사인에 의하여 기본권적 법익이 침해된 경우에는 국가의 보호필요성이 충족되고 이에 따라서 기본권적 법익이 침해된 기본권주체는 침해받은 법익이 보장하는 기본권으로부터 국가, 즉 기본권 제1조 제3항에 따라 모든 국가기관에 대하여 침해로부터 법익을 보호해 줄 것을 청구할 보호청구권을 획득한다고 한다.(표명환, 앞의 논문, 29면.)

213) 표명환, 앞의 논문, 29면.

에 관한 기본권을 침해할 가능성이 있는 경우에 해당한다 할 것”이라고 하여 보호청구권을 인정하고 있다.<sup>214)</sup>

즉 기본권 관계에 있어서 자력구제가 원칙적으로 금지되어 있고, 기본권보호의무는 기본권적 법익을 효과적으로 이행할 것을 요구하고 있으며, 또한 기본권보호의무에 의해 기본권이 보장하고자 하는 인간의 자율성은 그에 상응하는 주관적 권리가 주어질 때 보다 더 효과적으로 관철될 수 있으므로 주관적 보호청구권을 인정하는 것이 타당하다고 할 것이다.<sup>215)</sup>

## 5. 기본권보호의무에 있어서 과소보호금지원칙

### 1) 의의

기본권보호의무의 목적은 기본권적 법익의 효과적인 보호에 있다. 그러나 이러한 기본권보호의무는 국가에게 헌법의 한계 안에서 국가권한을 적극적으로 행사하여 기본권을 보호해야 하는 의무를 지을 뿐이고, 기본권을 제약할 수 있는 새로운 권한을 부여하여 국가권한의 확대를 야기하는 것이 아니다.<sup>216)</sup>

국가는 이러한 기본권보호의무라는 행위의무를 지지만 기본권보호의무를 어떻게 이행할 것인지에 대해서는 형성재량을 갖는다. 즉 국가는 개별적인 사안에서 여러 요소들을 고려하여 기본권보호의무의 수단과 방법을 선택하여야하므로 광범위한 재량을 갖는다. 따라서 이러한 국가의 형성재량에는 한계가 있어야 하는데 그것이 바로 과소보호금지원칙이다.

과소보호금지원칙은 기본권보호의무에 따른 국가의 보호를 어떻게 형성하고 어떠한 수준에서 이루어져야 하는지와 관련된 것으로, 국가의 기본권보호의무 이행을 위한 조치가 기본권적 법익을 적절하고 효과적으로 보호하기에 충분한지를 심사하는 심사기준이다.<sup>217)</sup>

214) 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등.

215) 조홍석, 앞의 논문, 1109면.

216) 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제2호, 2008, 사단법인 한국공법학회, 2008, 214면.

217) 표명환, 앞의 논문, 36면.

우리 헌법재판소도 “국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았는지 아니면 취한조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다.”<sup>218)</sup>라고 하여 과소보호금지의 원칙을 보호의무 위반을 확인하는 심사기준으로 하고 있다.

국가의 기본권보호의무의 존부와 그 이행여부에 대하여는 최종적으로 헌법재판소가 판단하게 되는데, 재량행위의 성격상 원칙적으로 국가가 보호의무를 위반한 것이 명백한 경우에만 국가의 해당 작위나 부작위의 위헌성을 확인할 수 있다. 그리고 기본권보호의무의 이행여부는 관련된 기본권적 법익의 중대성, 기본권 침해의 심각성, 기본권침해의 빈도 등을 고려하여 판단하여야 할 것이다.<sup>219)</sup>

## 2) 과소보호금지원칙의 독자성

국가의 기본권보호의무는 국민의 기본권보호를 위해 적합하고 효과적이며 수인할 수 있는 것이어야 한다.<sup>220)</sup> 이러한 국가의 기본권보호의무의 심사기준으로써 과소보호금지원칙이 적용되게 되는데, 이에 관하여 과잉금지원칙과의 동일설과 독자성설로 견해가 나뉘고 있다.

218) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81.

219) 헌법재판소 1997.1.16. 90헌마110·136(병합)[헌법재판소로서는 원칙적으로 국가가 보호의무를 위반한 것이 명백한 경우에만 국가의 해당 작위나 부작위의 위헌성을 확인할 수 있다고 할 것이다, 헌법재판소의 통제의 강도는 일률적인 것이 아니고 관련된 기본권적 법익의 중대성, 그 침해의 심각성, 그 침해의 빈도 등에 따라서 달라지게 된다고 보아야 한다. 그에 따라 기본권적 법익에 관한 보호입법에 대한 심사에 있어서 헌법재판소가 가하는 통제의 강도 역시 보호의무 위반이 일견 명백한지의 여부에 대한 통제, 입법자가 문제의 법률을 통하여 제시한 보호구상 자체가 설득력이 있는지의 여부에 국한된 통제, 그리고 입법내용에 대한 엄밀한 통제 등으로 분화될 수 있다.]

220) 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구, 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007, 288면.

### (1) 동일설

기본권보호의무의 심사기준으로써 과소보호금지원칙에 대하여 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙의 동일설에 따르면 과소보호금지원칙은 과잉침해금지원칙으로부터 도출되지 않는 어떠한 추가적인 사항이 없다고 한다. 기본권적 삼각관계에서 과잉금지원칙은 법적 이익들의 조정을 요구하는데, 그 조정은 최소나 최고의 기준이 아니라 관련 법익들을 가급적 최대한도로 보호하는 방향으로 이루어져야 하는 것으로, 여기서 과소보호금지원칙은 적용될 여지가 없다고 한다.<sup>221)</sup> 또한 과소보호금지원칙의 독자성을 인정하게 되면 입법자의 입법형성권을 과도하게 제한할 수 있는 위험이 있어 과소보호금지원칙의 독자성을 인정할 수 없다는 견해도 있다.<sup>222)</sup>

### (2) 독자성설

이에 반해 독자성설에 의하면 과잉금지원칙은 입법적 및 헌법적 정당한 목적과 입법자에 의해 보장되고 헌법상 허용되는 수단 간의 관계라는 “필요성” 심사 단계에 초점을 둔 원칙인 반면, 과소보호금지원칙은 각각의 기본권보호의무에서 정하는 최소한의 보호수준, 즉 “보호의무의 목적”에 초점을 두고 있다. 따라서 법률의 목적과 보호의무의 목적은 일치되기가 어렵다고 한다.<sup>223)</sup>

### (3) 소결

과잉금지원칙은 원칙적으로 국가의 작위에 의한 국민의 기본권 침해가 문제되었을 때 부작위를 명하는 것으로, 국가의 부작위에 의한 국민의 기본권 보호의무 문제가 발생했을 때 이를 심사하는데 공백이 생긴다. 따라서 국가의 부작위가 문제되는 경우 국가의 작위를 명할 수 있는 과소보호금지원칙이 필요한 것이다. 또한 기본권보호의무가 도출된다는 것은 국민의 기본권 보호라는 목적이 도출된다는 것을 의미할 뿐, 기본권보호의무 이행방법에 대해서는 광범위한 재량을 가지므로 이에 대한 일정한 한계가 필요하다는 점에서 과소보호금지원칙이 그 한계

221) 허완중, 앞의 논문, 206면.

222) 김중보, 앞의 논문, 48면.

223) 이부하, 앞의 논문, 290면.

로써 작용한다고 할 것이다.<sup>224)</sup>

따라서 과소보호금지원칙은 과잉금지원칙과는 다른 독자적 의미를 가지는 것으로, 그 내용이 헌법 자체에서 도출되거나 확정될 수 있는 한, 과소보호금지원칙은 법적 안정성을 해치지 않고, 헌법적으로 필요하며, 헌법에 의해 근거지워질 수 있다.<sup>225)</sup>

### 3) 과소보호금지원칙에서의 최소수준

과소보호금지원칙은 ‘가해자와 피해자’의 기본권보호에 집중하여 사법적 통제기준에만 중점을 두어서는 안되며, 관련 기본권의 ‘최소수준 이상’의 보호에 중점을 두어야 한다.<sup>226)</sup> 이는 단순히 최소한의 보호만을 취하면 된다는 의미라 아니라, 최소한 과소보호의 수준을 넘는 효율적이고 적절한 조치를 취하라는 의미인 것이다.<sup>227)</sup>

우리 헌법재판소는 과소보호금지 원칙에 대하여 “권력분립의 관점에서 소위 과소보호금지의 원칙을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다.”라고 하면서 이에 대한 근거에 대해서는 명확하게 하고 있지 않다.<sup>228)</sup>

이러한 기본권보호의무의 최소보호수준에 대하여 “기본권의 최소보호의 수준은 일의적으로 획정할 수 없고, 최소보호의 수준은 개별적 사건, 보호법익의 종류, 보호법익의 중요도, 위협의 정도 등을 고려하여 판단할 수 있다.”는 견해와<sup>229)</sup> “헌법이 요구하는 과소보호금지원칙의 최저한의 보호수준을 일반적·일률적으로 확정할 수 없으며, 이것은 개별사례에서 관련법익의 규범서열과 종류, 그 법익에 대한 침해나 침해위험의 종류, 근접도, 크기, 자율적 자기보호의 가능성 등을 비교형량하여 구체적으로 확정하여야 한다.”<sup>230)</sup>는 견해 등이 있다. 이러한 견해는 모

224) 김종보, 앞의 논문, 48면.

225) 허완중, 앞의 논문, 208면.

226) 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 동아법학 제62호, 2014, 10면.

227) 이부하, 앞의 논문, 12면.

228) 헌재 1997.1.16. 90헌마110·136(병합).

229) 이부하, 앞의 논문, 11면.

230) 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 저스티스, 한국법학원, 2010, 89-90면.

두 과소보호금지원칙의 최소보호수준을 일률적으로 확정할 수 없으며 여러 사항을 고려하여 상대적으로 파악하여야 한다는 견해로 볼 수 있다.

#### 4) 과소보호금지원칙의 구체적 심사기준

과소보호금지원칙에 따른 심사는 그것이 기본권을 제한하는 것을 전제로 하지 않으므로, 기본권제한의 심사기준으로서 과잉금지의 원칙에서의 심사내용을 모두 포함하지는 않는다. 다만 과소보호금지원칙은 보호목적의 기본권의 효율적이고 적절한 보호를 위해 최소한의 보호조치를 위반했는지 여부를 심사내용으로 하는 기준으로써 적합성 여부만을 판단한다.<sup>231)</sup>

우리 헌법재판소도 “국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호 조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다.”라고 하여 과소보호금지원칙의 구체적 심사기준으로 적합성판단을 하고 있다고 본다.<sup>232)</sup>

이러한 과소보호금지원칙에서의 적합성심사는 과잉금지원칙과는 달리 보호조치가 기본권보호를 위한 최소보호수준을 충족하고 적절하게 보장하고 있는지를 적극적으로 심사하는 것으로, 과잉금지원칙의 적합성심사보다 더 높은 수준을 요구한다.<sup>233)</sup>

## 6. 소결

기본권규정의 적용범위를 국가와 개인의 관계뿐만 아니라 사인상호간의 관계에까지 확장함으로써 기본권이 국가에 대한 방어적 권리뿐만 아니라 국가에 대해 국민의 기본권을 보호할 의무를 부과하는 객관적 가치질서로서의 성격도 인정하게 된 것이다. 이러한 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격에 따라 국가에

231) 표명환, 앞의 논문, 39면.

232) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110.

233) 표명환, 앞의 논문, 39면.

게 기본권보호의무가 부여되고, 국가에 의한 기본권실현이 실질화되면서 기본권의 기능 및 효력이 강화되고 있다고 할 수 있다.

이렇게 기존에 논의되어오던 기본권의 성격과는 다른 특징을 가지는 기본권보호의무는 그 이행과 관련하여 과소보호금지원칙을 그 심사기준으로 하고 있다. 과소보호금지원칙에 대하여 과잉금지원칙과의 동일설의 입장도 있지만, 과소보호금지원칙은 보호의무의 목적에 초점을 두고 국가에 대하여 최소수준 이상으로의 효율적이고 적절한 의무이행이라는 의무를 부과한다는 점, 기본권제한을 전제로 하지 않는다는 점, 국가의 소극적 부작위의 문제라는 점에서 과잉금지원칙과는 독자적인 의미를 가지는 것이며, 그 필요성이 인정된다.

그러나 이러한 과소보호금지원칙은 기본권보호의무 이행에 있어 국가가 지켜야 할 헌법적 한계의 하나로써 과잉금지원칙을 배제하거나 대체하는 것이 아닌 병존하는 것이라 할 수 있다.<sup>234)</sup> 따라서 국민의 기본권 보호와 관련하여 과소보호금지원칙에 따른 적합성 심사뿐만 아니라 과잉금지원칙에 따른 심사 또한 이루어져야 한다.

이러한 과소보호금지원칙을 기본권보호의무의 심사기준으로 적용함에 있어 그 보호의무의 최소수준이 정해져야 한다. 그러나 기본권보호의무에 의거하여 기본권보호의 최소수준 이상을 실현하기 위해서는 충돌하는 여러 기본권적 법익들을 고려해야 하므로 상대적일 수밖에 없으며, 헌법상 기본권보호에 근거하여 법률상 구체화되는 기본권보호의 최소수준 또한 불가피하게 상대적일 수밖에 없다.<sup>235)</sup>

따라서 과소보호금지원칙의 최소수준을 일률적으로 확정할 수 없고, 개별사안마다 존재하는 여러 사항들을 종합적으로 고려하여 상대적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

234) 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제2호, 2008, 사단법인 한국공법학회, 2008, 214면.

235) 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구 제17집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 56면.

## 제2절 기본권보호와 경찰개입

### 1. 의의

사인에 의한 기본권 침해의 위험은 사인과 사회적 세력의 자유영역이 확장되면 될수록, 국가의 개입 가능성이 헌법에 의해 축소되면 될수록 커지게 된다. 따라서 기본권을 국가에 대한 방어권으로서만 작용하는 것으로 본다면 기본권은 사인에 의한 침해 시에 가해자만을 돕는 것이 되고, 법에 충실한 국민을 차별하고 그의 자유를 박탈하는 결과를 가져오게 될 것이다.<sup>236)</sup>

따라서 기본권을 해석함에 있어 가해자의 지위만이 아니라 피해자의 지위도 고려해야하며, 법치국가를 소극적 제한측면으로만 파악하는 것이 아니라 적극적 활동측면으로도 파악해야 할 것이다.<sup>237)</sup> 이러한 견지에서 기본권의 효력 확장으로 객관법적 성격이 인정되고 국가에게 기본권보호의무가 지워지게 된 것이다. 이렇게 기본권에 근거한 보호의무는 그것을 현실화하는 법률에 대해서 실질적 정당성을 부여하는데, 특히 기본권보호라는 목적을 위해서 기본권을 제한하는 수단으로서의 개입규범을 정당화 한다. 따라서 경찰법은 기본권보호의무에 비추어 본다면 기본권을 보호하고 자유를 가능하게 하는 수단이라는 것을 알 수 있으며, 그것이 경찰법에 있어서 본질적인 것임을 알 수 있다.<sup>238)</sup>

경찰법은 제정시부터 국민의 생명, 신체 및 재산 보호를 경찰의 임무로 규정해 왔고, 경찰관직무집행법은 2011년 개정으로 경찰법과의 규정을 서로 일치시키기 위해 국민의 생명 등 보호 임무를 직무범위에 포함시켰다.<sup>239)</sup> 이러한 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 규정은 실질적 법치주의를 기조로 해야 한다는 경찰개념 변화의 요청과 경찰의 기능 및 임무 측면에서 국민에 대한 봉사자 내지 보호자로서의 역할 제고 등을 고려할 때, 국민의 기본권 보호를 경찰행정의 중심 개

236) 요제프 이젠제·김효진, “방어권과 국가의 보호의무로서의 기본권”, 동아법학 제35호, 동아대학교 법학연구소, 2004, 218-219면.

237) 요제프 이젠제·김효진, 앞의 논문, 219면.

238) 요제프 이젠제·김효진, 앞의 논문, 274면.

239) 박웅광, “경찰임무의 재구성과 경찰개입청구권”, 법학연구 제35집, 한국법학회, 2015, 98면.

념이 되어야 할 것이다.<sup>240)</sup> 이로써 경찰은 공공의 안녕과 질서 유지 뿐만 아니라 국민의 생명·신체 등의 기본권을 보호하기 위하여 그 임무를 수행해야 한다는 것에 구속된다고 할 것이다.<sup>241)</sup> 따라서 국가의 기본권보호의무는 경찰의 국민의 생명·신체 및 재산의 보호 임무로 구체화 되었다고 볼 수 있으며, 이러한 기본권보호의무 이행을 위해서는 경찰권 발동을 적극적·능동적으로 파악하고 의무지워야 할 것이다.

국가는 보호규범을 제정한 것만으로는 기본권보호의무를 실효성있게 이행했다고 할 수 없으며, 규범의 실제적인 실시가 뒷받침되도록 해야 한다. 따라서 기본권적 법익의 유효한 보호는 실질적 법치국가측면에서 볼 때 경찰법규가 존재하는 것만으로 행해지는 것이 아니고 실효적으로 운용될 때 비로소 행해진다고 할 수 있다.

법률은 행정부에게 구체적인 위협에 대해 조치를 취할지 또는 기다릴지 여부에 대한 결정재량을 허용할 수 있는데, 이러한 경찰법이나 위협방지를 위한 그 밖의 법에서의 편의주의가 기본권에 근거한 보호의무와 모순되는 것은 아니라고 본다. 다만 경찰은 법률로 인정된 재량을 국민의 기본권 보호에 적합하도록 행사하여야 하며, 기본권보호의무가 결정재량이나 선택재량의 행사를 지도한다고 할 것이다.<sup>242)</sup>

기본권보호의무의 결과로서 헌법에 의해서 주어진 기본권의 최소수준이 보장되지 않으면 안 된다. 따라서 경찰의 재량에 의한 경찰권 발동과 관련하여 국민의 기본권에 대한 효과적인 보호가 이루어지지 않았을 경우 기본권적 정당성 여부를 심사하게 한다. 이 경우 ‘과소보호금지원칙’이 기본권보호의무와 관련하여 기능하게 된다.<sup>243)</sup>

기본권피해자에 대한 보호의무상의 개입은 기본권침해자의 방어권을 지키면서 기본권피해자의 보호요구를 충족시켜야하는 것이기 때문에 서로 대립하는 원리를 조화시키지 않으면 안된다. 따라서 가해자로부터는 그 기본권에 개입하는 것

---

240) 박용광, 경찰권의 민사관계불간섭 원칙에 관한 소고-일본에서의 논의를 중심으로-, 공법학연구 15-3, 2014, 271면.

241) 박용광, “경찰임무의 재구성과 경찰개입청구권”, 법학연구 제35집, 한국법학회, 2015, 101면.

242) 요제프 이젠제·김효진, 앞의 논문 280-281면.

243) 이부하, “비례성과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007, 292면.

에 대한 정당화가 요구되며, 보호를 필요로 하는 자로부터는 보호가 주어지지 않는 것에 대해서 정당화가 요구된다.<sup>244)</sup> 이에 대해 경찰은 중립적인 제3자로서 기본권관련사인들 사이의 갈등을 조율해야 할 것이다.

## 2. 경찰의 적극적 한계

경찰작용은 권력적인 명령·강제 작용으로서 국민의 권리와 자유를 침해하는 가장 전형적인 권력작용이기 때문에 전통적으로 경찰권 발동의 근거와 한계에 관한 논의는 반드시 법률에 근거하여 일정한 재량한계 안에서 발동되어야 하며, 이를 넘어서 발동하여서는 아니 된다는 소극적 한계에 관한 것이었다.<sup>245)</sup> 이는 실질적 경찰개념을 전제로 하고 있는 것으로 경찰작용이 국민의 자유와 권리를 제한한다는 점만 부각 하여 경찰권은 남용되어서는 안된다는 한계 논리에만 치중된 것으로 보여 진다.

하지만 오늘날은 과학기술의 발전 및 경제성장으로 전통적 위험 내지 자연적 위험은 감소되었다고 할 수 있으나, 새롭게 발생하는 대량위험과 강력범죄의 잔혹성 등으로 국민들이 주관적으로 느끼는 불안감은 더욱 커졌다고 할 수 있으며, 그만큼 안전에 대한 요구가 더욱 커지고 있다. 이에 따라 국민들은 국가에 대하여 적극적인 보호의무 이행을 요구하고 있는 것이다. 특히 생명·신체에 대한 보호와 관련한 직접적인 임무를 수행하는 경찰에 대하여 적극적 개입을 통한 보호의무 이행을 더욱 요구하고 있다고 할 수 있다. 이로써 경찰권 발동에 대한 소극적 한계와 더불어 개인의 생명·신체에 대한 중대한 위험이 있는 경우에 경찰은 적극적으로 경찰권을 발동하여야 한다는 적극적 한계에 대한 논의가 포함되게 되었다.<sup>246)</sup>

최근 경찰관의 권한 불행사를 이유로 하는 국가배상사건<sup>247)</sup>이 발생하고 있는 것도 경찰이 국민의 생명·신체 등의 기본권을 보다 적극적으로 보호해야 한다는

244) 요제프 이젠제·김효진, 앞의 논문, 279-280면.

245) 김동복·오탈근, 앞의 논문, 68면.

246) 김동복·오탈근, 앞의 논문, 68면.

247) 대법원 2016. 4. 15. 선고2013다20427판결, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다54482판결, 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다45927판결.

사회적 요청에 부응하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 국민의 생명·신체 등의 기본권보호를 위해 경찰이 대응할 필요가 있는 경우에는 경찰권 발동에 있어 단지 소극적 한계에 머무르는 것이 아니라 오히려 적극적이고 능동적으로 파악하거나 의무지울 필요성이 있는 것이다.<sup>248)</sup>

경찰의 기능 및 임무는 국민의 권리와 자유를 제한하는 작용이 아닌 이를 보호하는 작용이라고 할 수 있으며, 국민의 생명·신체 등의 자유권은 국민에게 있어 중요한 기본권으로 경찰은 이에 대한 보호를 위해서 경찰권을 적극 발동할 수 있어야 할 것이다.

### 3. 기본권보호이익과 ‘경찰재량의 0으로의 수축’

#### 1) 경찰편의주의

공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위해가 존재 하는 경우, 즉 경찰권의 발동 요건이 충족된 경우 경찰은 그에 개입할 권한을 가지며, 이 경우에도 경찰의 개입은 경찰의 의무에 합당한 재량에 맡겨져 있다. 이를 경찰편의주의<sup>249)</sup>라고 하며 우리 경찰법에도 적용된다. 따라서 이와 관련된 개인은 경찰권을 발동해 줄 것을 청구할 권리는 갖지 못하며, 단지 형식적인 주관적 공권으로서의 무하자재량청구권<sup>250)</sup>만을 갖는다.<sup>251)</sup>

경찰은 선택의 자유를 내용으로 하는 편의주의로 인해 경찰수단을 탄력적으로 활용할 수 있으며, 이는 재량문제로 구체화된다. 이렇게 경찰행정청에게 부여되

248) 박응광, “경찰권의 민사관계불간섭 원칙에 관한 소고-일본에서의 논의를 중심으로-”, 공법학연구 15-3, 2014, 265면.

249) F.Mayer는 “행정편의주의는 법치국가의 이념과 국가현실과의 필요적 타협의 산물이다. 만일에 법치국가원리가 모든 행정법규의 집행을 행정의 의무로 정하게 되면 행정권은 법의 기계적인 집행기관으로 함으로써 독자적인 존재의의를 잃고 말 것이다. 그러나 법치국가의 이상은 결코 결과를 고려하지 않는 기계적인 법의 적용에 의하여 달성될 수 있는 것은 아니다. 그것은 행정의 채무의 실현을 지향한 법률의 적용을 통해서만 성취될 수 있는 것이다”라고 하여 경찰(행정)편의주의의 필요성을 역설한 바 있다.

250) 무하자재량행사청구권이라 함은 행정청에게 재량권이 부여된 경우에 행정청에 대하여 재량권을 흠 없이 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 말한다. 따라서 행정청에 재량권이 인정되는 경우에는 행정청이 처분을 함에 있어서 재량권의 한계를 준수하여 줄 것을 청구할 수밖에 없고, 어떤 특정한 행위를 하여 줄 것을 청구하는 권리가 개인에게 주어질 수 없다.(박근성·김재광, 앞의 논문, 70면.)

251) 설계경, 앞의 논문, 349면.

는 재량은 행위를 할 것인지에 대한 결정재량과 어떠한 방식으로 행위 할 것인지에 대한 선택재량으로 구성된다.<sup>252)</sup>

결정재량이란 법령상 수권의 내용에 따라 어떠한 처분을 할 것인지 아니할 것인지의 재량을 말하는 것으로, 공공의 안녕과 질서에 대한 위험이 있는 경우 경찰행정청은 위험의 현실화를 방지하기 위한 행위를 할 것인가의 여부를 결정하여야 한다. 경우에 따라서는 공공의 안녕과 질서에 대한 위험 또는 장애가 있는 경우에도 아무런 행위를 하지 않는 것이 적법한 것일 수도 있다.<sup>253)</sup>

선택재량이란 법령상 허용되는 많은 가능성 처분 중에서 어떠한 처분을 할 것인가의 재량을 말한다.<sup>254)</sup> 경찰이 개입하기로 결정하였다고 하더라도 이것으로 경찰의 조치가 특정되는 것이 아니라, 위험방지 또는 장애제거의 종류와 방식, 시점, 범위를 정하는 것이 중요하다고 할 것이다. 따라서 선택재량은 목적달성을 위한 경찰조치가 다수 존재하는 경우 수단의 선택과 위험상황에 대한 책임자가 다수 존재하는 경우 경찰책임자의 선택에 적용된다.<sup>255)</sup>

경찰행정상 재량은 행정청의 임의나 자의가 아닌 언제나 의무에 합당한 재량으로써, 당해 처분에 관련된 구체적인 상황을 고려하여 입법의 취지·목적·성질과 헌법가치질서의 구속 하에 행사하여야 한다. <sup>256)</sup>

## 2) 경찰재량의 0으로 수축으로 인한 개입의무

경찰편의주의에 따라 경찰법령은 법령상의 구성요건에서 정한 전제요건이 충족될 때 특정 효과의 선택 및 결정 권한을 경찰행정청에 부여한다. 여기서 경찰행정청에 수권된 선택과 결정의 자유에 따른 행정행위를 재량행위라 하며, 이러한 재량행위에 대비되는 개념이 기속행위<sup>257)</sup>이다.

재량행위와 기속행위는 모든 경찰행정작용에 관련되지만, 양자의 구분은 행정

252) 홍정선, 앞의 책, 35면.

253) 홍정선, 앞의 책, 35면.

254) 홍정선, 앞의 책, 35면.

255) 손재영, 앞의 책, 176면.

256) 홍정선, 앞의 책, 34면.

257) 기속행위라 함은 행정행위의 요건 및 법적효과가 일의적으로 명확하게 규정되어 있어 법을 집행함에 있어 행정청에게 어떠한 선택의 자유도 인정되지 않고 법을 기계적으로 적용하는 행정행위를 말한다.(박균성·김재광, 앞의 책, 237면.)

쟁송에서 보다 중요한 의미를 갖는다. 행정심판법은 행정심판청구사항을 위법 또는 부당한 처분으로 규정하지만, 행정소송법은 행정소송대상을 위법한 처분만으로 규정하고 있다. 즉 기속행위의 위반은 바로 ‘위법’이 되어 행정심판 및 행정소송의 대상이 된다. 하지만 재량행위는 그 한계를 벗어나거나 남용하여 위법이 되지 않는 한 일정한 하자가 있더라도 그것은 ‘부당’에 그치는 것으로 행정심판의 대상은 되지만, 행정소송의 대상은 되지 않는다.<sup>258)</sup> 또한 행정소송법이 재량권일탈·남용의 처분 등을 취소소송의 대상으로 규정하고 있는 것도 행정소송법이 기속행위와 재량행위의 구별을 전제로 한 것으로 해석된다.<sup>259)</sup>

판례는 관련법령에 대한 종합적인 판단을 전제로 하여 재량행위와 기속행위를 구분하여야 한다는 것을 기본적인 기준으로 하면서,<sup>260)</sup> 수익적 행위는 재량행위이고, 침익적 행위는 기속행위라고 하는 효과재량설을 보충적인 기준으로 활용하나, 이에 대한 이유에 대해서는 언급이 없다. 한편 판례는 공익성을 구별기준으로 들기도 하는데,<sup>261)</sup> 기본권의 최대한 보장이라는 헌법상 명령과 행정행위의 공익성을 기준으로 재량행위와 기속행위를 구분하여야 할 것이다.<sup>262)</sup>

경찰영역은 경찰편의주의로 인해 결정과 선택에 있어서 재량을 가지지만, 일정요건을 구비하는 경우에는 재량이 수축되면서 개입의무가 발생하여, 특정한 내용의 조치를 취하는 것만이 적법한 조치로 여겨진다.<sup>263)</sup> 다시 말해 경찰의 재량이 0으로 수축되어 기속행위로 바뀌게 되는 것이다.<sup>264)</sup>

258) 김남진, “경찰행정법”, 경세원, 2002, 156면.

259) 홍정선, 앞의 책, 34면.

260) 대판 1998. 9. 8, 98두8759.

261) 대판 2002. 6. 28, 2001두10028.

262) 홍정선, 앞의 책, 35면.

263) 대판 1998. 5. 8. 선고 97다54482.[경찰관의 주취운전자에 대한 권한 행사가 관계 법률의 형식상 경찰관의 재량에 맡겨져 있다고 하더라도, 그러한 권한을 행사하지 아니한 것이 구체적인 상황에서 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 경찰관의 직무상 의무를 위배한 것으로서 위법하게 된다.]; 대판 1996. 10. 25, 95다45927.[긴급구호권한과 같은 경찰관의 조치권한은 일반적 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이나, 그렇다고 하더라도 구체적 상황에서 경찰관에게 그러한 조치권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는, 그러한 불행사는 법령에 위반하는 행위에 해당하게 되어 국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 그로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상책임을 부담한다.]

264) 이러한 재량권의 0으로의 수축은 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위협 또는 장애가 특별히 유해한 것으로 나타나고, 경찰에 의하여 수인될 수 있는 유해성이 그 한계를 넘는 경우에 존재한다고 할 것이다. 수인가능한 유해성이 그 한계는 넘었는지 여부는 위협받고 있는 법익의 중요성, 위협 또는 장애의 강도, 경찰작용과 결부된 위험성에 비추어 판단되어야 한다. 또한 재량행사를 위해서는 경찰의 개입에 과중한 부담이 요구되지 않는지 그리고 경찰이 다른 의무를

어떠한 경우에 경찰에게 인정된 재량권이 0으로 수축되어 기속행위가 되어 개입의무를 발생시키는지 문제가 된다. 이는 개인의 생명·신체 등과 같이 회복하기 어려운 기본권에 대한 현재의 침해가 있거나 장래의 침해발생이 합리적 판단에 의해 충분히 예측되며, 경찰의 개입으로 그 침해가 제거될 수 있으며, 피해자의 개인적인 노력으로는 권익침해방지가 충분하게 이루어질 수 없는 경우라고 할 수 있을 것이다.<sup>265)266)</sup>

대법원도 “가해자가 생명·신체에 여러 차례 위해를 가하였고 앞으로도 위해를 가할 것이 명백하여 경찰에 범죄 신고와 함께 신변보호를 요청하였으나 경찰이 이를 거부하여 결국 가해자에 의하여 살해된 사안에서, 경찰이 사태의 심각성을 깨달아 수사를 신속히 진행하여 가해자의 소재를 파악하는 등의 조치를 취하고 피해자에 대한 범죄의 위험이 일상적인 수준으로 감소할 때까지 피해자의 신변을 특별히 보호해야 할 의무가 있다.”라고 하였다.<sup>267)</sup>

따라서 이와 같은 경우에는 개입여부에 대하여 경찰의 의무에 합당한 재량에 따르는 것이 아니라 재량권이 0으로 수축이 되어 기속행위가 되고, 이러한 기속행위에 의해 개입의무가 발생한다. 그럼에도 경찰이 개입의무를 이행하지 않았다면 그것은 위법한 직무집행이라고 할 수 있다.

### 3) 판례 검토(대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다20427 판결)

#### (1) 사건개요

소외인이 원고 1, 원고 2 부부의 딸이자 원고 3의 누나인 망인을 유인하여 납치한 후 망인의 휴대전화로 원고 1, 원고 2 부부에게 전화하여 몸값을 요구하고 있는 상황에서 경찰은 원고 부부의 신고를 받고 망인의 휴대전화에 대한 위치추적 등을 통하여 용의자가 ‘흰색 모닝’을 운전하고 다니는 것으로 추정하였고, 망

위반하지 않고서도 개입할 수 있는지의 관점도 중요하다.(손재영, 앞의 책, 174-175면.)

265) 박균성·김재광, 앞의 책, 72면.

266) 예를 들어 간첩이 나타났을 경우나 탈옥수나 나타났을 경우 국민들에게 치명적인 상황을 초래할 수도 있는 상황에서 국민이 위협을 느끼고 집 근처에 수상한 사람이 배회하는데 간첩이나 탈옥수 일지 모른다는 신고를 했을 경우 경찰은 재량권이 있다고 하여 출동을 할지 말지 결정을 하는 것이 아니라 범익침해의 중대성, 질박성, 보충성의 요건에 따라 재량권이 기속행위화가 되어 반드시 개입해야하는 상황이 된다.(곽태석, 앞의 논문, 121면.)

267) 대법원 1998. 5. 26 선고 98다11635 판결.

인의 계좌를 부정계좌로 등록하여 소외인이 현금 인출을 시도한 사실을 포착하고 이러한 사실을 무전으로 전파하고, 그 무렵 비노출차량인 형사기동차량을 타고 수색하던 중 소외인이 운전하던 흰색 모닝 차량을 발견하고 이를 용의차량으로 의심하여 미행하다가, 소외인이 편도 1차로 도로의 가장자리에 정차하자, 맞은편 후방 10여m 지점에 형사기동차량을 정차시킨 후 차량에서 내려 소외인의 승용차에 대한 검문을 실시하려 하였으나, 소외인은 자신이 정차한 후 위 형사기동차량이 바로 따라와 후방에 정차하고, 경찰관들이 무전기 또는 수첩으로 보이는 검은색 물건을 들고 차량에서 내리는 것을 보고 순간적으로 두 사람이 형사라는 것을 직감하고 자신의 승용차를 급발진시켜 반대 방향으로 도망하였고, 이후 경찰관들은 위 승용차 번호를 무전으로 전파하고 인근에 배치되어 있던 다른 경찰관들과 함께 위 승용차를 추격하였으나 퇴근 시간대의 혼잡한 교통으로 인하여 소외인을 검거하는 데 실패하였고, 이후 소외인은 망인의 휴대폰 전원을 꺼버려 더 이상 휴대폰 위치추적을 할 수가 없었고, 수사망이 좁혀오자 더 이상 자신을 알고 있는 피해자를 살려둘 수 없다고 생각하고 망인을 살해하였다.

## (2) 판결요지

경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 기타 공공의 안녕과 질서유지를 직무로 하고 있고, 그 직무의 원활한 수행을 위하여 경찰관 직무집행법, 형사소송법 등 관계 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 가지 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있는 것이고, 그러한 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이나, 경찰관에게 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.<sup>268)</sup>

268) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다54482 판결, 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결도 이와 같은 입장이다.

### (3) 검토

위와 같이 금품을 요구하는 납치가 분명한 상황에서 제3자에 의한 국민의 생명에 대한 현재의 침해 및 침해위험이 존재하며, 그것이 중대하고 급박한 것으로서, 개인의 노력으로는 이러한 침해가 방지 또는 제거되지 못하는 상황이라고 할 것이다. 따라서 경찰의 재량권은 0으로 수축된다고 할 것이며, 경찰은 의무에 합당한 재량에 따를 것이 아니라, 적극적으로 개입하여 국민의 생명보호를 위한 효율적이고 적절한 조치를 취해야 하는 의무가 발생한다고 할 것이다. 그러나 이 사건에서의 경찰관의 조치는 국민의 생명이라는 기본권보호를 위한 조치로서는 현저하게 불합리하다고 인정되며, 이와 같은 경찰관의 조치는 개입의무를 위반한 위법한 것이라고 할 것이다.

위 판결의 원심에서도 피고 소속 경찰관들이 인질납치범인 소외인이 운전하는 것으로 의심되는 승용차를 발견하고 검문하려는 과정에서 용의자의 도주 위험에 대하여 취소한의 조치를 취하지 않은 것은, 피해자에게 발생한 피해의 심각성 및 절박한 정도, 그 상황에서 요구되는 경찰관의 초동조치 및 주의의무의 정도, 추가적 범행의 발생에 대한 예견 가능성 등에 비추어 현저하게 불합리한 것으로서 위법이라고 하여 손해배상 책임을 인정하였다.<sup>269)</sup>

## 4. 기본권보호청구권과 경찰개입청구권

### 1) 의의

경찰개입청구권은 경찰행정청의 부작위로 인하여 자신의 권익을 침해당한 자가 당해 경찰행정청에 대하여 경찰권의 발동을 청구할 수 있는 권리를 말하며,<sup>270)</sup> 무하자재량청구권과 함께 주관적 공권의 확대 경향의 일환으로 인정되고 있다.

경찰개입청구권은 제2차 세계대전 후 독일의 경찰행정 분야에서 판례상 인정되었으며, 연방행정법원의 1960년 8월 18일 뉘툼판결<sup>271)</sup>이 경찰개입청구권의 최

269) 대구고법 2013. 1. 25. 선고 2011나7148판결.

270) 설계경, 앞의 논문, 350면.

초 판례로 알려지고 있다.

이전에는 경찰관계 법규는 오직 공익만을 위한 것이므로 경찰개입의 결과 개인이 이익을 받는다고 하더라도 그 이익은 반사적 이익으로 보아 왔으나, 이 판결에서 경찰법규의 목적을 공익의 보호·증진과 동시에 국민 개개인의 이익도 보호하는 것이라고 해석하였다. 또한 경찰개입의 여부는 원칙적으로 재량이지만, 일정한 상황 하에서는 재량권이 0으로 수축된다고 보았다. 이때 개인은 경찰당국에 대해 당해 조치를 취할 것을 청구할 수 있는 권리를 가진다는 점에서 종래 판례에 대한 획기적인 전환을 이룬 것으로 평가된다.<sup>272)</sup>

전통적으로 행정관청의 규제권한의 행사는 오로지 공익목적만을 위한 것으로 보았으며, 따라서 경찰권의 행사로 사인이 어떠한 이익을 향유하더라도 그것은 반사적 이익일 뿐 법률상의 권리가 아니라고 하였다. 그러나 행정에 대한 개인의 의존도가 증대하는 현대국가에서는 종래 반사적 이익으로 이해되었던 이익도 사안에 따라서는 법이 보호하는 이익으로 이해되면서, 이제는 경찰권 행사 여부가 오로지 행정권의 자유로운 판단에만 놓일 수 없다는 인식을 하게 되었다. 따라서 기속행위는 물론이고 재량행위의 경우에도 재량이 0으로 수축되는 경우에 법익 침해의 위험에 직면한 피해자에게는 성립요건을 갖춘 경우 경찰권의 발동을 청구할 권리가 인정된다.

독일의 경우 이 같은 경찰개입청구권의 성립근거는 그들의 기본법이 규정하고 있는 국가와 국민간의 관계로부터 도출될 수 있다고 한다. 그에 따르면 국민은 단순한 국가적 배려의 객체가 아니라 적어도 자기의 중대한 이익이 문제가 되는 경우에는 국가에 대한 주관적 권리의 주체이며, 그 한도에서 국민은 자기의 생활 이익을 보호하기 위하여 경찰권을 발동해 줄 것을 경찰에 청구할 권리를 갖는다고 한다.<sup>273)274)</sup>

271) Bandsägeurteil, BVerwGE 11, 95: 이 사안은 주거지역에 설치된 석탄제조업체에서 사용하는 띠톱에서 배출되는 먼지와 소음 등으로 피해를 받고 있던 인근주민이 행정청에 건축경찰상의 금지처분을 발할 것을 청구하자, 행정청은 이 업체의 조업은 건축관계법규에 위반되지 않는 것이라 하여 기각하였고, 이에 인근주민들이 기각처분에 대한 취소소송을 제기한 것이다. 베를린 고등법원은 원고에게는 건축법규에 기한 특정처분을 청구할 수 있는 권리가 없다고 보아 원고의 청구를 기각하였다. 그러나 연방재판소는 경찰법상의 일반수권조항의 해석에 있어, 첫째, 인근주민의 무하자재량행사청구권을 인정하고, 둘째, 재량권의 영으로의 수축이론에 의거하여 원고의 청구를 인용하였다.

272) 광태석, 앞의 논문, 120면.

273) 김동복·오테콘, 앞의 논문, 69면.

재량권의 0으로의 수축 결과 경찰이 개입하지 않는 것이 단지 유일하게 허용되는 재량결정인 경우, 그럼에도 경찰이 개입하였다면 재량행사의 하자가 존재하는 것으로 관계인은 취소소송을 제기하여 취소할 수 있다. 이에 반하여 경찰이 개입하는 것만이 유일하게 허용되는 재량결정인 경우에는 경찰의 개입의무가 인정되는 바, 이처럼 경찰의 개입의무가 인정되는 경우에는 개인의 경찰개입청구권이 인정될 수 있는 것이다.

독일의 판례 역시 청구인이 가처분의 방식으로 자신에게 인간의 존엄에 합치하는 수용시설을 알선해 줄 것을 요구한 사건에서 “무숙의 상태를 제거하기 위해 행정청의 개입에 관한 결정에 있어서, 만약 질서행정청의 재량이 임박한 위해의 범위와 정도로 인하여 개입의무로 축소된다면 개인의 무하자재량행사청구권은 경찰개입청구권으로 된다.”고 판시하였다.<sup>275)</sup>

## 2) 성립요건

국민에게 경찰개입청구권이 인정되기 위해서는 먼저 경찰행정청에게 공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 방지를 위하여 그에 개입할 개입의무가 발생하여야만 한다. 이러한 경찰의 개입의무에 대하여 헌법재판소는 “행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 한하여 허용된다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다.”<sup>276)</sup>라고 판시하였다. 그리고

274) 독일의 경우, 과거의 지배적 견해에 의하면, 경찰작용은 오로지 공익의 실현을 위한 것이므로 개인의 주관적 권리는 그러한 경찰작용과 별개였다. 그러나 기본법에서 여러 기본권을 보장하는 바에서 보듯이 국가에 대한 개인의 지위의 변화와 함께 오늘날의 지배적 견해에 의하면, 공적 안전과 질서에 대한 위협이 개인의 법익의 침해를 가져오는 경우에는 주관적인 권리를 인정한다. 이러한 주관적 권리의 인정은 기본권에 내제하는 국가의 보호의무로부터 나온다고 설명한다. 이러한 주관적인 권리를 가진 자는 독일 행정법원법 제113조 제5항 제2문이 정하는 지령소송으로 경찰의 개입을 위한 재량하자 없는 재량결정청구권을 갖는다. 재량이 영으로 수축된 경우라면 사인은 특정의 경찰작용을 구하는 청구권을 갖는다.(홍정선, “경찰행정법”, 박영사, 2013, 88면.)

275) VGH Kassel, NJW 1984, 2305 ff.

276) 헌법재판소 2004. 10. 28. 2003헌마898 전원재판부.[공무원의 부작위로 인한 국가배상책임을 인정하기 위하여는 공무원의 작위로 인한 국가배상책임을 인정하는 경우와 마찬가지로 ‘공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가한 때’라고 하는 국가배상법 제2조 제1항의 요건이 충족되어야 할 것인 바, 여기서 ‘법령에 위반하여’라

이때 ‘공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어’의 의미를 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄하고 있는 것으로 본다. 즉 명문으로 작위의무가 규정되어 있는 경우만이 아니라 해석상 작위의무가 도출되는 경우를 인정하고 있다.<sup>277)</sup>

이러한 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 작위의무가 인정될 수 있음을 전제한 후 “국민의 생명·신체·재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우”에 한하여 작위의무를 인정할 수 있을 것이며, 그 위험이 ‘잠재적’이거나 ‘추상적’일 경우에는 작위의무가 인정되지 않는다고 한다.<sup>278)</sup>

그러나 구체적인 경우에 재량권이 0으로 수축되어 경찰에게 객관적으로 개입할 의무가 인정된다는 것으로부터 국민이 법원에 의하여 집행될 수 있는 경찰개입청구권이라는 주관적 공권을 갖는다는 결론이 필연적으로 도출되는 것은 아니다.<sup>279)</sup> 즉 경찰권의 개입의무가 인정되는 것만으로는 바로 경찰개입청구권이 인정된다고 볼 수 없으며, 통상 사익보호성 인정 여부에 따라 성립한다고 볼 수 있다. 이러한 사익보호성 인정과 관련하여 적용되는 임무규정이 생명·신체 등과 같은 개인적 법익의 보호를 목적으로 하는 경우에는 그에 대한 위해가 존재하고 경찰의 개입의무가 인정되면 경찰개입청구권이 존재하는 것으로 보아야 할 것이

---

고 하는 것이 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는 데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 국민의 생명·신체·재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명·신체·재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적·일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명·신체·재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이지만, 그와 같은 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우가 아니라면 원칙적으로 공무원이 관련 법령을 준수하여 직무를 수행하였다면 그와 같은 공무원의 부작용을 가지고 ‘고의 또는 과실로 법령에 위반’하였다고 할 수는 없을 것이므로, 공무원의 부작용으로 인한 국가배상책임을 인정할 것인지 여부가 문제되는 경우에 관련 공무원에 대하여 작위의무를 명하는 법령의 규정이 없다면 공무원의 부작용으로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.]

277) 김현준, 앞의 논문, 356면.

278) 대법원 2008.10.9. 선고 2007다40031 판결.

279) 김동복·오테곤, 앞의 논문, 69면.

다.

이러한 경찰개입청구권의 성립요건을 종합해 보면 보호를 필요로 하는 개인의 법익이 생명·신체의 온전성 및 자유와 같이 헌법상 보호가치가 상당한 것이어야 하며, 그 법익에 대한 위협의 정도나 범위가 상당하며, 이에 대한 경찰의 임무규정이 개인의 법익이 보호되도록 규정되어 있고, 객관적으로 경찰개입이 가능하고, 경찰개입이 비례원칙에 비추어도 요구되는 경우에 경찰개입청구권이 성립한다고 할 것이다.<sup>280)</sup>

## 5. 소결

경찰행정은 구성요건에서 정한 전제조건을 충족한 경우 경찰권을 발동할 수 있다. 이러한 경우에도 경찰권 발동은 기속행위가 아닌 재량행위로서 경찰의 의무에 합당한 판단에 따른 재량에 의한다. 그러나 국가의 기본권보호의무가 대두되고 있는 현대사회에서 이러한 경찰의 의무에 합당한 재량에만 의존하여서는 국민의 기본권 보호의실효성이 없게 된다. 따라서 일정한 경우에 경찰행정은 재량행위가 아닌 기속행위가 되게 함으로써 적극적인 경찰개입을 통한 국민의 기본권 보호를 위한 임무를 수행해야 하는 것이다.

어떠한 경우에 경찰의 재량이 기속행위가 되는지에 대해서는 다양한 논의가 있을 수 있겠지만, 기본권보호의무가 적용되는 경찰행정에서 개인의 생명·신체 등과 같이 회복하기 어려운 기본권에 대한 현재의 침해가 있거나 장래의 침해발생이 합리적 판단에 의해 충분히 예측되며, 경찰의 개입으로 그 침해가 제거될 수 있는 개연성이 있는 경우라고 할 수 있다. 즉 생명·신체 등과 같이 회복하기 어려운 기본권에 대해서는 경찰이 재량에 의할 것이 아니라 기본권보호의무에 따라 재량권이 0으로 수축하게 됨으로써 기속행위가 되어 개입의무가 있는 것으로 보아 적극적으로 경찰권을 발동하여 국민의 기본권을 보호해야 하는 것이다.

전통적으로 행정관청의 규제권한의 행사는 오로지 공익목적만을 위한 것으로 보았으며, 경찰권의 행사로 사인이 어떠한 이익을 향유하더라도 그것은 반사적 이익일 뿐이라고 하였다. 그러나 행정에 대한 개인의 의존도가 증대하는 현대국

280) 홍정선, 앞의 책, 91-92면.

가에서는 종래 반사적 이익으로 이해되었던 것이 보호법익화됨으로써 경찰권 행사 여부가 자유로운 판단에만 놓일 수 없게 되었다. 따라서 일정한 경우 경찰은 개입의무가 발생하게 되고 여기에 사익보호성이 존재한다면 경찰개입청구권도 인정된다.

경찰개입청구권이 인정된다고 하더라도 생명이나 신체에 대한 침해에 대해서 사후적 구제수단으로써는 아무 의미가 없게 된다. 따라서 경찰개입청구권은 국민의 기본권에 대한 침해가 발생했을 때 실제적 권리로써 작용할 수 있어야 국민의 권익구제에 대한 실효성이 담보될 것이다. 따라서 경찰개입청구권을 실제적 권리로써 파악하며, 이로써 경찰 개입의무를 도출하여 경찰의 적극적이고 능동적인 대처가 가능하도록 하여야 할 것이다.

### 제3절 기본권보호의무를 위한 경찰의 개선과제

#### 1. 경찰의 위험 예측 및 판단능력 함양

경찰은 현재 위험의 존재 및 장래에 대한 위험을 예측하고 판단하여 경찰권을 발동해야 한다. 위험이 존재한다고 인정하기 위해서는 손해발생의 개연성에 대한 예측이 이루어져야 하며, 위험발생에 대한 절대적인 확신을 요하지는 않지만, 명확한 사실상의 판단에 근거한 평가와 형량이 요구된다. 위험의 예측을 위해서는 상황에 대한 진단이 선행되어야 하는데, 이는 충분한 사실적 근거, 생활의 경험칙, 경찰의 경험지식, 학문적·과학적·기술적 인식 등이 그 기초가 되어야 할 것이다.<sup>281)</sup>

결국 경찰이 위험을 어떻게 예측하고 판단하느냐에 따라 경찰권을 발동하느냐 하지 않느냐가 좌우된다고 할 것이며, 경찰은 위험의 판단을 근거로 국민의 기본권 제한 및 보호를 위한 권한행사 여부를 결정하게 되므로 경찰권 발동에 있어 이러한 위험에 판단은 중요한 의미를 가지게 된다.

<sup>281)</sup> 이상해, 앞의 논문, 316면.

현대에 와서는 위험이 일반화·보편화 되어가고 있으며, 구체적 위험의 개념이 완화되어 가고 있다. 이와 같은 위험의 일반화 및 구체적 위험개념의 완화는 위험개념의 불필요를 말하는 것이 아니라 경찰권 발동을 위한 요건으로써 위험을 예측하고 판단함에 있어 전문성과 국민의 기본권보호를 위한 적극성을 요하는 것이라고 할 것이다. 따라서 경찰의 위험 예측 및 판단능력 함양을 위한 체계적인 교육훈련프로그램이 갖추어지고 운영되어야 할 것이다.

## 2. 피해자 보호적 차원의 경찰 활동

가까운 장래에 공공의 안녕 또는 공공질서에 손해가 나타날 수 있는 가능성이 개개의 경우에 충분히 존재하는 상태를 위험이라고 정의한다면, 이러한 위험발생이 명백해 질 때 국민은 두려움·공포·불안감을 느낄 수 있다. 이러한 상황에서 경찰이 적극적으로 개입하여 법을 집행해야 할 것이며 이것이 경찰의 권한이자 의무라고 할 수 있다.<sup>282)</sup>

경찰이 다루어야 할 위험요소들은 현대에 와서는 매우 방대하고 보편화 되었다. 경찰은 수많은 위험상황에 직면하게 되고 이로 인해 초래된 위기상황에 대하여 1차적으로 개입하여야 하는 권한과 의무를 지니고 있어 위험이 존재하는 경우 경찰의 역할이 매우 중요하다고 할 것이다.<sup>283)</sup>

이는 경찰과 국민과의 양면관계에서가 아니라 경찰과 기본권침해자, 기본권피해자의 삼각관계에서 기본권 피해자의 입장에서 더욱 중요한 의미를 가진다. 그동안은 경찰이 기본권 침해자에 대해 과도한 공권력 행사로 인해 기본권을 침해한다는 측면만을 강조하여 경찰권의 남용을 방지하기 위한 소극적 한계만을 강조했다. 이를 기본권 피해자의 측면에서 바라본다면 경찰이 오히려 기본권 침해자를 더 보호하는 것과 같은 인상을 주기도 한다. 그러나 현대에 와서는 국가의 국민에 대한 기본권 보호의무가 강조되고, 이에 따라 경찰에 대해서도 기본권 피해자 측면에서 적극적인 개입을 통해 보호해야 한다는 인식이 확산되고 있는 것

282) 김재민, “가정폭력 피해자보호를 위한 수사경찰의 위기개입 방안 연구”, 한국학술진흥재단, 49면.

283) 김재민, 앞의 논문, 60면.

이다.

따라서 일단 위험이 존재한다고 판단되는 상황에서 경찰활동으로 인하여 기본권침해자의 기본권을 침해하여서는 안된다는 소극적 한계만을 고려하기 보다는, 선의의 기본권피해자의 기본권을 우선 보호한다는 차원에서 경찰권을 적극적으로 발동하여 피해자 보호적 차원에서의 경찰활동을 전개해 나가야 할 것이다.

이렇듯 경찰활동 전반에 걸쳐 피해자 보호적 차원의 활동을 요구 하고 있는 것은 국가의 기본권보호의무에 의한 당연한 요구이며, 국민의 생명·신체 등의 중요한 기본권과 관련하여 직접적 임무를 수행하는 경찰에게 있어 더욱 중요하다고 할 것이다. 따라서 경찰은 경찰권을 발동함에 있어 위험 및 개입여부를 적극적으로 판단하여 피해자 보호적 차원에서의 경찰활동을 수행해야 할 것이다.

### 3. 기본권에 대한 인식 제고

경찰활동은 국민의 생명·신체 등의 기본권과 직접적인 관련성을 가진다. 기본권은 천부적인 권리로서 헌법 최고의 가치로서, 이러한 기본권에 대한 침해 위험이 있는 경우 경찰이 1차적으로 개입을 하므로 경찰은 그 임무 수행에 있어 다른 국가기관보다도 더욱 기본권을 존중하고 보호해야한다는 인식을 가져야 할 것이다. 이는 경찰권 발동 대상자 모두에 대한 것이다. 따라서 경찰은 더 이상 국민의 기본권 침해자가 아닌 기본권 보호자로서의 적극적인 역할을 수행해야 한다.

그동안 경찰은 범집행을 함에 있어 단순히 공권력을 남용하지 않고 당사자의 기본권을 침해하지 않으면 된다는 방어적이고 소극적인 태도를 보인 측면이 있다. 또한 경찰은 현장성, 재량성, 긴급성, 신속성이 요구되는 상황에서 합리적인 행동을 하기 보다는 개인의 선입관이나 고정관념에 의한 행위를 하기 쉽다. 이렇듯 위험발생 상황에서 고정관념을 가지고 있다면 위험을 제대로 예측하지 못하고 간과하여 국민에 대한 보호를 제대로 수행할 수 없을 것이다.<sup>284)</sup> 따라서 경찰

284) 이에 대한 예로 종래의 가정폭력에 대한 수사활동은 매우 소극적인 형태로 전개되었고, 실제로 경찰의 소극적인 대처는 피해자를 방치하는 결과를 초래하였고, 가해자가 피해자를 공격하여 사망에 이르는 것뿐만 아니라 가정폭력에 참다못한 피해자가 살인행위를 저지르기도 하였다. 이제는 가정폭력을 단순한 가정적 문제로 간주하여 방관하던 과거와는 달리, 이를 범죄의 일종

은 선입관 및 고정관념에 의한 활동을 피하기 위해 노력해야 할 것이다.

이처럼 경찰권 발동에 대해 남용금지 내지 제한만을 강조했던 과거와는 달리 현대에 와서는 국민의 기본권보호를 위한 적극적인 활동을 요구하고 있다. 그럼에도 경찰이 선입관이나 고정관념을 가지고 임무를 수행한다면 국민에 대한 제대로 된 보호를 할 수 없을 것이다. 따라서 경찰에 대한 적극적 활동 요구에 대응하고 선입관 및 고정관념에 의한 임무수행을 피하기 위해서는 국민의 기본권에 대한 인식제고가 선행되어야 할 것이다. 즉 경찰권을 발동함에 있어 국민의 기본권에 대한 적극적인 보장·보호를 위한 방향으로 경찰권이 행사될 수 있도록 인식을 전환해야 할 것이다.<sup>285)</sup>

---

으로 보고, 경찰은 이에 적극적으로 개입하여 더 큰 문제로 발전하지 않도록 적정한 위기개입이 불가피하게 된 것이다.

285) 김원기, “국민기본권 보장을 위한 경찰수권조항 연구”, 한국치안행정논집 제9권 제1호, 131-132면.

## 제4장 결론

시대적 상황과 위협에 대한 국민들의 인식 및 요구에 따라 경찰의 목적과 임무는 변화할 수밖에 없다. 경찰국가시대의 경찰은 소극적인 질서유지뿐만 아니라 적극적인 공공복리증진을 위해서도 강력한 경찰권 발동이 가능하였다. 그러나 법치국가시대가 되면서 경찰은 소극적 목적을 위해서만 경찰권을 발동할 수 있게 되었고 적극목적에 위한 활동은 경찰의 임무에서 제외되면서 비경찰화가 이루어졌다. 오늘날 경찰은 이러한 비경찰화를 거치면서 확립된 ‘공공의 안녕·질서를 유지하기 위하여 일반통치권에 근거하여 국민에 대해 명령·강제함으로써 자연적 자유를 제한하는 작용’이라고 하는 실질적 경찰개념에 근거하여 파악되고 있다. 즉 경찰의 활동은 국민에 대해 명령·강제하는 권력적 작용으로써, 경찰의 활동이 곧 국민에 기본권에 대한 침해활동으로 파악되고 있다. 따라서 경찰권 발동과 관련한 논의는 대부분 경찰권을 제한하는 소극적 한계를 중심으로 이루어지고 있으며 현재에도 이러한 소극적 한계는 여전히 중요한 의미를 가지고 있다.

하지만 적극적인 행정작용을 요구하고 있는 현대에서는 경찰의 기능이 확대되어야 한다는데 공감대를 형성하고 있다. 테러와 같은 대량위험의 발생, 강력범죄의 잔혹성, 묻지마 범죄 발생 등으로 안전에 대한 국민적 요구가 증가함에 따라 경찰활동에도 변화를 요구하고 있다. 이와 같은 사회적 상황에 변화에 따라 경찰에게 적극적 개입을 통한 보호의무의 수행이 요구된다. 따라서 이러한 측면을 포괄할 수 있도록 실질적 경찰개념이 새롭게 정립되어야 할 것이다.

경찰은 보호의무를 수행함에 있어서 위협에 대한 예측·판단을 하여 위협이 있다고 판단하는 경우에 개입을 하게 되므로 경찰개입과 관련하여서는 위협이 중요한 기준이 된다고 할 것이다. 그러나 현대의 위협상황은 과거와 달리 일반화·보편화 되었으며, 이에 따라 경찰의 개입요건으로써 구체적 위협이나 현존하는 위협과 같은 고전적 위협개념으로는 국민의 기본권보호의무를 위한 활동에 한계가 있을 수밖에 없다. 이에 따라 최근에는 손해발생의 개연성이 ‘예견 가능한 시간 내’로 그 시간적 근접성의 기준이 낮추어지고 있으며, ‘충분한 개연성이 인정

되지 않는 경우'에도 위협의 존재가 인정되고 있다. 또한 위협의 사전배려의 원칙에 따라 위협발생 이전인 잠재적 위협단계에서도 위협방지를 위한 경찰권 행사는 허용하고 있다. 따라서 이와 같은 수정 및 완화된 위협요건으로 위협개념도 새롭게 정립되어야 할 것이다.

경찰행정에 있어서 경찰권 발동은 의무에 합당한 재량에 의하도록 하고 있다. 이로 인해 경찰의 부작위로 인하여 국민의 기본권이 침해되고 있는 상황에서 적절한 보호가 이루어지지 못하는 경우가 발생하고 있다. 이를 극복하기 위해서 경찰에게 적극적인 개입의무를 지우는 적극적 한계에 대한 논의가 필요한 것이다.

오늘날 다차원적 기본권 이론에 의하면 국가는 기본권의 잠재적 침해자라는 성격과 더불어 기본권의 보호자라는 성격도 가지고 있다는데 이론이 없으며, 기존의 방어권 중심의 기본권이 갖는 어려움을 극복하고 국민의 기본권보호를 강화하기 위해 국가의 적극적인 기본권보호의무를 강조하고 있다. 이는 국민의 생명·신체 등의 보호라는 임무를 수행하는 경찰에게 있어 더욱 중요한 의미를 가진다. 따라서 국가의 기본권보호의무를 근거로 경찰권 발동에 있어 적극적 한계가 설정된다고 본다. 즉 국가의 기본권보호의무가 근거가 되어 재량권의 0으로의 수축이론과 국가의 기본권보호의무에 대한 보호청구권이 구체화된 경찰개입청구권이 경찰권의 적극적 한계로써 작용한다.

따라서 경찰은 개인의 생명·신체 등과 같이 회복하기 어려운 기본권에 대한 현재의 침해가 있거나 장래의 침해발생이 합리적 판단에 의해 충분히 예측되며, 경찰의 개입으로 그 침해가 제거될 수 있는 개연성이 있는 경우에 재량권이 0으로 수축하게 되어 기속행위가 됨으로써 개입의무가 있는 것으로 보아 경찰권을 적극적으로 발동하여야 한다. 또한 경찰에게 이러한 개입의무가 발생하였음에도 불구하고 개입하지 않은 경우 경찰개입청구권이 인정된다. 이러한 경찰개입청구권은 경찰에게 개입의무뿐만 아니라 사익보호성이 존재해야 한다. 이와 관련하여 생명·신체·재산 등과 같은 개인적 법익의 보호를 목적으로 하는 경우에는 그에 대한 위해가 존재하고 경찰의 개입의무가 인정되면 언제나 경찰개입청구권의 존재가 긍정되는 것으로 보아야 할 것이다.

경찰은 국민의 권익보호를 위해 사전적이고 적극적으로 임무를 수행하여야 하며, 이를 위해서는 앞서 설명한 경찰권 발동에 있어 적극적 한계로써 재량권의 0

으로의 수축과 경찰개입청구권이 적극적으로 인용 되어야 할 것이다.

그러나 이는 실무에서의 인식 및 역량이 바뀌지 않으면 실효성이 없을 것이다. 따라서 국가의 기본권보호의무를 근거로 하는 경찰권 발동에 있어 적극적 한계를 뒷받침하기 위해서는 우선 경찰의 개입을 위한 선제조건인 위협에 대한 예측 및 판단능력을 키워야 할 것이며, 두 번째로 피해자 보호적 경찰활동을 수행해야 할 것이며, 마지막으로 국민의 기본권에 대한 인식을 제고해야 할 것이다. 이로써 모든 국민의 기본권을 선입관이나 고정관념 없이 적극적으로 보장·보호할 수 있도록 경찰권을 발동하여야 할 것이다.

무엇보다도 경찰은 국민에 대하여 보호자적 위치에 있음을 간과해서는 안되며, 국민의 기본권 보호를 위한 적극적 활동을 통하여 국민들이 신뢰하고 의지하는 경찰이 되기를 기대한다.

## 참 고 문 헌

### - 단행본 -

김남진, “경찰행정법”, 경세원, 2002.

김학성, “헌법학원론”, 박영사, 2012.

박군성·김재광, “경찰행정법”, 박영사, 2011.

성낙인, “헌법학입문”, 법문사, 2014.

손재영, “경찰법-경찰법의 기본체계와 이론적 기초-”, 박영사, 2012.

이한익, “경찰학개론”, 형설출판사, 2006.

최우정, “한국헌법학”, 진원사, 2008.

홍정선, “경찰행정법”, 박영사, 2013.

\_\_\_\_\_, “기본경찰행정법”, 박영사, 2013.

### - 논문 -

고현환, “경찰행정법상 일반적 수권조항에 의한 경찰권 행사의 헌법적 한계”, 토지공법연구 제49집, 사단법인 한국토지공법학회, 2010.

곽태석, “복지국가에서의 경찰의 향후 과제”, 자치경찰연구 제7권 제1호, 2014.

김동복·오태곤, “국제화 시대의 경찰작용 통제법리에 관한 연구-경찰권발동의 한계를 중심으로-”, 한국콘텐츠학회논문지 Vol.5 No.3, 한국콘텐츠학회, 2005.

김상겸, “[논점강좌]헌법-제3자의 기본권침해에 대한 보호의무로서 「기본권보호

- 의무」”, 고시연구 30(6), 2003.
- 김원중, “경찰법집행의 공공의 안녕과 공공질서 변화에 관한 고찰”, 한국행정학회 하계학술발표논문집, 한국행정학회, 2009.
- 김재민, “가정폭력 피해자보호를 위한 수사경찰의 위기개입 방안 연구”, 경찰대학, 2006.
- 김중보, “헌법의 객관성과 국가의 기본권보호의무”, 공법학연구 제11권 제4호, 2010.
- 김창문, “한국경찰학의 이론적 고찰”, 법학연구 제21집, 한국법학회, 2006.
- 김현준, “경찰부작위로 인한 국가배상청구소송에 있어서 작위의무의 성립요건(대법원 2008.10.9. 선고 2007다40031 판결)”, 토지공법연구 제56집, 한국토지공법학회, 201.
- 박응광, “경찰권의 민사관계불간섭 원칙에 관한 소고-일본에서의 논의를 중심으로”, 공법학연구 제15권 제3호, 한국비교공법학회, 2014.
- \_\_\_\_\_, “경찰임무의 재구성과 경찰개입청구권”, 법학연구 제35집, 한국법학회, 2015.
- 박진완, “기본권보장과 국가”, 법학논고 제16집, 경북대학교 법학연구원, 2000.
- 백종인·유종민, “경찰권 발동의 근거로서 개괄적 수권조항에 관한 연구”, 법학연구 제36집, 전북대학교 법학연구소, 2012.
- 서경석, “국가의 기본권보호의무 비판”, 헌법학연구 제9권 제3호, 2003.
- 서정범, “경찰개념의 역사적 발전에 관한 고찰”, 중앙법학 제9집 제3호, 중앙법학회, 2007.
- \_\_\_\_\_, “경찰법에 있어서의 공공의 안녕의 개념”, 공법학연구제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008.

- 서정범·박병욱, “경찰권발동의 규율원리로서의 헌법”, 공법학연구 제11권 제4호, 한국비교공법학회2010.
- 서정욱, “경찰권의 근거와 관련한 개괄적 수권조항(대법원 1986. 1. 28. 85도2448 판결)”, 영남법학 제11권 제2호, 영남대학교 법학연구소, 2005.
- 설계경, “경찰권발동의 근거와 한계”, 외법논집 제11집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2001.
- 손재영, “경찰법상의 보호법익”, 법학논고 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011.
- 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, 법학논집 8권 1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2004.
- 요제프 이젠제·김효전, “방어권과 국가의 보호의무로서의 기본권”, 동아법학 제35호, 동아대학교 법학연구소, 2004.
- 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구 제17집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2014.
- \_\_\_\_\_, “비례성과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007.
- \_\_\_\_\_, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 동아법학 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014.
- \_\_\_\_\_, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 공법학연구 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007.
- 이상해, “경찰처분의 실질적 적법성에 관한 일고찰-독일법상 개괄적수권조항의 구성요건적 측면을 중심으로”, 법학논고 제40집, 2012.
- 이주환, “경찰법상의 위험방지와 기본권제한에 관한 연구:경찰권 발동을 중심으로”, 경성대학교 법학박사 학위논문, 2010.

- 이준일, “기본권으로서 보호권과 기본권의 제3자효”, 저스티스 통권 제65호, 한국 법학원, 2002.
- 이호용·김종세, “경찰권 발동의 근거로서 ‘위험’의 개념과 양태-독일 경찰법학의 논의 상황을 참고하여-”, 한국공안행정학회보 제19호, 한국공안행정학회, 2005.
- 장병연, “경찰권발동의 개괄적 근거와 한계”, 유럽헌법연구 제14호, 유럽헌법학회, 2013.
- 정극원, “인권의 헌법적 보장과 기본권규범화의 태양”, 유럽헌법연구 제8호, 2010, 258면.
- 정혜영, “방어권과 기본권보호의무:보호의무사안의 방어권적 재구성에 관한 논의를 중심으로”, 아주법학 제7권 제4호, 2014.
- 정훈, “경찰상 위험개념의 법치국가적·기본권보장적 기능”, 공법연구 제34집 제2호, 한국공법학회, 2005.
- 조홍석, “국가의 기본권보호의무와 개인의 보호청구권”, 법과정책연구 제11집 제3호, 한국법정책학회, 2011.
- 최용기·박현조, “국가의 기본권보장의무”, 헌법학연구 제9권 제1호, 2003.
- 표명환, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 법학연구제45집, 한국법학회, 2012.
- \_\_\_\_\_, “기본권해석에 있어서 기본권의 객관법적 성격의 기능과 현대적 쟁점”, 법학연구 제42집, 한국법학회, 2011.
- 한상진, “위험사회 분석과 비판이론:울리히 벡의 서울 강의와 한국 사회”, 사회와 이론 통권 제12집, 한국이론사회학회, 2008.
- 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연

- 구 제37집 제-2호, 2008, 사단법인 한국공법학회, 2008.
- \_\_\_\_\_, “기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계”,  
헌법논총 제25집, 2014.
- \_\_\_\_\_, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 저스티스, 한국법학원,  
2010.
- \_\_\_\_\_, “인권과 기본권의 연결고리인 국가의 의무”, 저스티스 통권 제124호,  
2011.
- 홍완식, “독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰”, 강원법학10권, 강원대학  
교 비교법학연구소, 1998.
- 황문규, “위험사회 속에서의 경찰권 행사”, 2015년도 한국경찰연구학회·국가위기  
관리학회·한국치안행정학회·한국민간경비학회 공동학술대회 자료집, 한  
국경찰연구학회, 2015.

## Abstract

### A Study on the Application of the Duty of Basic Human Rights Protection with regard to the Exercise of Police Powers

Gyeong-Mi Kim

Department of Public Administration  
Graduate School of Public Administration  
JEJU National University

The exercise of police powers should be minimal, and legal limitations on their exercise needs to be set because police intervention in the form of administrative actions that impose duties on citizens limits people's basic rights. Therefore, police powers must be exercised in accordance with strict legal limitations. Also, discretion exercised by police has to be used reasonably. So far, most of the discussion on the exercise of police powers has been about passive limitations so as to limit the exercise of police powers and avoid its abuse.

It is true that such passive limitations on the exercise of police powers are still important. However, the scope of police duties is expanding with the request for change of the practical concept of police powers as danger becomes more common and specific concepts of danger which require police intervention have altered. In addition, social requests for protecting people's basic rights by actively exercising police powers are growing. This is because there has been infringement of fundamental rights with the absence of the exercise of police powers. Because these social changes are spreading

awareness that police should play both roles in violating and protecting basic human rights, there are calls for the necessity of discussion on the active limitations on the exercise of police powers.

The statement "That government is the best which governs least" came because it was considered in the past that government's non-intervention was the best way to ensure fundamental rights. In society in the 20th century, however, other emerging factors like social power and individuals also violated basic human rights, and thus the duty of nations to protect its citizens against them was highlighted. Therefore, all national organizations should guarantee basic human rights and among them the administration has a direct relation with fundamental human rights. The exercise of police powers has a critical meaning because police powers directly influence personal security. Accordingly, the nation's duty to protect fundamental rights provides a basis for the police's duty of active intervention.

This thesis aims to conduct systematic research on the exercise of police powers focused on the nation's duty of protecting basic human rights which is the basis for the necessity of the police's active intervention as a measure to be recognized as not an invader but a protector of basic human rights following the recent request for the protection through the active intervention of police forces.

Furthermore, it also intends to provide suggestions for improvement to fulfill the duty of protecting basic human rights under the limitations of the active exercise of police forces, which would enable police, as a guardian for citizens, to carry out its duties faithfully.

*keywords:* Duty of protecting basic human rights, Exercise of police powers,  
Police's active intervention, Active exercise of police powers