

警察責任論

김 현 준*

I. 問題의 提起

공공의 안녕과 질서에 대한 위험¹⁾을 방지하는 임무를 가진 경찰권의 발동의 대상이 되는 경우는 세 가지로 나누어볼 수 있다. 첫째, 사람의 행위가 경찰상 위험을 야기하여, 그 행위를 한 사람에게 경찰권이 발동되는 경우로서 이를 행위책임이라고 한다. 둘째, 사람의 행위가 아니라 물건으로부터 위험이 발생했고, 그 물건의 상태와 일정한 관련이 있는 사람이 책임을 지는 상태책임이 있다. 셋째, 경찰긴급상황이라는 예외적인 경우에 위험 및 교란의 발생과 무관한 사람에게 경찰권이 발동되는 경우로서, 이러한 비책임자 내지 非攪亂者(Nicht-Störer)에게 행해진 경찰상 조치에 대해서는 손실보상의 문제가 발생하게 된다.

이와 같이 경찰행정청이 그 고유한 인적·물적 조직에 따라 스스로 수행하기도 하

* 영남대학교 법과대학 조교수

1) 경찰법의 중심개념 중 하나인 위험(Gefahr)은 일반적인 생활경험상 판단으로, 어떠한 행위나 상태가 방해를 받지 아니하고 진전되면 멀지 아니한 시점에 경찰상 보호이익에 피해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상황을 말한다(Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2004, § 4 Rn. 2). 그리고 교란(Störung)이란 이러한 위험개념에서는 충분한 개연성의 차원이었던 피해가 현실적으로 발생한 상황을 말한다. 경찰의 임무를 일반적으로 공공의 안녕과 질서에 대한 “위험의 방지”(Gefahrenabwehr)로 이야기하지만, “위험”뿐만 아니라, “교란” 역시 경찰의 임무에 포함됨은 이론이 없다. 또한 위험은 “방지”(Abwehr)와, 교란은 “제거”(Beseitigung)와 결부되는 개념이라고 볼 때, 경찰의 임무는 “위험의 방지” 및 “교란의 제거”라고 할 수 있다. 어떠한 위험관련 상황을 시간경과에 따라 “구체적 위험”, “위험의 실현”, “교란의 제거”라는 세 축을 기준으로 생각한다면, 위험은 “구체적 위험”과 “위험의 실현”사이에, 그리고 교란은 “위험의 실현”과 “교란의 제거”사이에 존재하는 것이고, 이들은 모두 경찰법의 적용영역이며, 이 글에서 논하는 경찰책임을 이해하기 위한 전제개념이 될 것이다.

지만, 개별 국민이 자신의 행위나 물건으로 인하여 공공의 안녕과 질서에 대한 위험을 발생시킴으로써 책임을 지게 되는 경우 그를 경찰권발동의 대상으로 할 수 있는 것이다. 그런데 責任(Haftung)의 법적 문제는 주로 민·형법 영역에서 발달해왔기 때문에, 공법영역에서의 독특한 책임문제라고 할 수 있는 경찰책임은 제대로 인식되지 못한 면이 있다. 이는 경찰법상의 위험개념, 개괄적 수권조항의 문제, 기타 경찰관직무집행법의 미비점 등과도 관련이 있지만, 개별법의 영역에서도 이러한 경찰책임론의 이론적 바탕에서 풀어야 할 문제들도 적지 아니하다.

이 글은 이러한 문제의식에서 출발하여 경찰의무 및 경찰책임의 의의와 성질(II), 경찰책임의 종류로서 행위책임과 상태책임(III), 그리고 경찰비책임자에 대한 경찰권의 발동(IV)을 살펴본 후, 우리나라에서 경찰책임론이 가지는 함의를 관련 입법론 검토와 함께 찾아보고자 한다(V).

II. 警察責任의 意義와 性質

교란²⁾회피의무(Nichtstörungspflicht)라고 할 수 있는 경찰의무(Polizeipflicht)³⁾는 공공의 안녕과 질서에 대한 위험이 자기의 행위를 통하여 야기되지 아니하도록 하거나, 혹은 그러한 위험이 자기가 지배하는 물건을 통하여 발생하지 아니하도록 관리하는 것이라고 할 수 있다. 이때 자기의 행위가 위험을 야기하였거나(Verursachung der Gefahr), 혹은 자기가 지배하는 물건에서 위험이 발생하였다면(Ausgehen der Gefahr von der Sache)⁴⁾, 그에 대하여 책임을 지는 것이 경찰책임이다. 이러한 이유에서 경찰의무와 경찰책임은 결국 같은 의미로 사용될 수 있다.

경찰책임은 전통적인 민·형사법학에서 이야기하는 책임(Haftung)의 개념과는

2) Störung이란 용어를 국내에선 “장애” 혹은 “장애”로, 이를 행한 者인 Störer를 “장애자” 혹은 “장애자”로 번역하는 경우가 많은데, 이 글에서와 같이 각각 “교란”, “교란자”로 나타내는 것이 더 적절할 것 같다.

3) 경찰의무는 “경찰관청의 임무”와는 전혀 다른 차원에서 정립된 개념이다. 경찰관청의 임무에는 위험방지(교란제거 포함) 외에도 집행원조, 다른 법규범의 지정에 따른 임무 등이 있으며, 위험방지임무에서도 전통적인 위험방지, 장애의 위험방지에 대한 준비, 범죄행위 퇴치를 위한 예방적 조치 등이 포함된다(Pieroth/Schlink/Kniesel, 앞 책, § 5 Rn. 2). 우리나라에서의 경찰관청의 임무를 구체적으로 논하기 위해서는 이러한 일반론을 기초로 하여 관련 현행법령에 근거하여 논할 수 있을 것이다.

4) 후자의 경우는 후술하는 바와 같이 “위험야기”와는 다른 것으로 보고자 한다.

그 성질을 달리한다. 즉 이들 각 책임은 그 목적이 다르기 때문에 그 책임자를 결정하는 기준이 각각 다르다. 민사책임은 개인과 개인과의 관계에서 개인을 보호하려는 것이고, 형사책임은 사회와 개인과의 관계에서 응보적 제재를 통하여 간접적으로 사회를 개인으로부터 방위하려는 것이데, 경찰책임은 사회공공의 질서를 유지하고 이에 대한 위해를 제거하여 직접적으로 사회를 개인으로부터 보호하려는데 있다고 할 수 있다.⁵⁾ 경찰책임을 독일어로는 Polizei“haftung”이 아닌 Polizei“verantwortlichkeit”로 나타내기도 하는데, 이렇게 달리 표현하는 것도 전통적인 민·형사책임과 경찰책임을 구분하고자 하는 의미이기도 하다. “Haftung”이라는 일반 법률용어의 개념은 위험방지를 위한 경찰책임자의 작위, 부작위, 수인에 1차적으로 맞추어져 있고, 그 비용부담은 2차적인 문제로 하는 경찰책임의 개념과는 전적으로 부합하는 것은 아니기 때문이기도 하다.⁶⁾ 다만 Haftung과 Verantwortlichkeit를 구분하여 표현할 수 있는 우리식 용어를 찾기 곤란할 뿐만 아니라, 이미 국내문헌에서는 “경찰책임”이라는 용어가 어느 정도 정착되어 있어, 경찰법에서도 “책임”이라는 용어를 그대로 사용하는 것도 그리 무리한 것은 아니라고 생각된다. 전술한 차이점을 인정하는 독일 경찰법문헌에서도 Haftung이라는 용어를 그대로 사용하는 경우를 볼 수 있다.⁷⁾

공공의 안전과 질서에 대한 위협의 방지라는 목적을 근저에 두고 있는 경찰책임의 성격은 전통적인 책임(Haftung)의 범리와는 다른 성질을 가지는 것으로, 우선 외부적인 면에 주안점을 둔다는 점을 들 수 있다. 즉 경찰의무 및 경찰책임은 객관적이며 외부세계적인 나타난 현실을 중시하는 것이다. 책임자의 내부영역, 즉 심리적·도덕적인 면은 고려하지 아니하며, 재정적인 측면조차 원칙적으로 논외로 한다. 공공의 안전을 보호하는 경찰은 경찰책임을 지는 시민, 즉 교란자(Störer)에 대하여 외부에서 일종의 “블랙박스”(black box)로 간주하게 된다는 표현⁸⁾은 이러한 측면을 잘 나

5) 박윤훈, 행정법강의(하), 2005, 330쪽.

6) Denninger, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 2001, E, Rn. 58.

7) 각각 행위책임 및 상태책임을 나타내는 말로 Verhaltensverantwortlichkeit, Zustandsverantwortlichkeit 외에 Verhaltenshaftung, Zusatzndshaftung이라는 용례 역시 독일문헌에서 쉽게 볼 수 있다. 논자에 따라서는 경찰책임논의에서 Verantwortlichkeit가 아닌 전통적인 Haftung을 사용하는 태도(가령 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 1986, S. 290 ff., 307 ff., 318.)에 대해서 책임의 귀속(Zurechnung)문제와 관련된 것으로 보면서, “舊式用語”(ältere Terminologie)라고 평가하기도 한다. (Denninger, 앞 책, Rn. 58).

8) 여기서 “블랙박스”란 제어공학용어로서 어떤 입력을 주면 이에 따른 출력을 내는 장치를 말한다. 장치의 내용이나 실태는 문제 삼지 않고, 입력과 출력의 관계만을 논하는 추상적 개념으로서 사용된다. 즉 이용자에 있어서의 기능(機能)만을 문제시하고, 내부의 구성·구조 등은 몰라도 된다는 식

타내고 있다. 그리고 그 교란자들이 가지는 법적·도덕적, 심리적, 경제적인 내부세계에 대해서는 경찰은 원칙적으로 관심이 없다. 이와 같은 경찰책임의 성질로 인하여 형사책임과 민사책임에서와 다른 결과가 나오게 된다.⁹⁾

III. 警察責任의 種類 - 행위책임과 상대책임

1. 행위책임

1) 의의

행위책임(Verhaltensverantwortlichkeit)이란 자기의 행위가 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 야기하여 경찰권발동의 대상이 되는 경우를 말한다. 자기의 행위로 인한 경우뿐만 아니라 타인의 행위를 지배하는 권한을 가진 자(예, 친권자사용인 등)는 그의 지배를 받는 자(예, 자녀·피용자 등)의 행위로부터 생기는 질서위반의 상태에 대해서도 책임을 진다. 이러한 감독자의 책임은 피감독자가 감독자의 지시에 종속하는 경우에만 인정된다.¹⁰⁾ 그러나 사법상의 불법행위의 경우와는 달리 경찰법상 감독자의 책임에는 감경면책의 적용이 없다. 그들의 지배영역에서 발생하는 위협에 대해서는 그들이 책임을 져야 하는 것이 경찰의 목적실현상 불가피하다.¹¹⁾

행위책임은 작위에 의한 경우뿐만 아니라 부작위에 의한 경우도 인정될 수 있다. 예컨대, 건축공사의 시공자가 공사현장의 위협을 방지하기 위하여 필요한 조치를 하지 아니하는 경우에는 경찰책임이 인정된다.

경찰책임의 성질은 객관적인 것임은 앞서 언급한 바와 같다. 따라서 행위책임은 고의나 과실과 무관하며, 행위자가 성인인가 미성년인가도 가리지 아니한다. 작위에 의한 교란의 경우 행위자의 행위의사는 요구되지 아니한다. 가령 만취자도 행위책임

의 장치·시스템계의 요소이다(출처: 두산세계대백과 엔싸이버). 이러한 “블랙박스”와 같은 성질을 가진 책임이 경찰책임이라는 의미이며, 이 점이 민·형사책임과 구별 되는 요소임을 강조한 것이다.

9) Denninger, 앞 책, Rn. 59

10) 이와 같이 다른 사람의 행위에 대해 책임을 지는 경우를 附加責任(Zusatzverantwortlichkeit)이라고 하면서, 그 책임의 범위에 관해 다투어지기도 한다(Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 2004, Rn. 266 f.).

11) 홍정선, 행정법특강, 2005, 1037쪽.

자가 될 수 있다.¹²⁾

2) 위험야기(Gefahrenverursachung)와 인과관계

이러한 위험을 야기한 사람이 행위책임자가 된다고 할 때, 결국 행위책임자를 특정할 수 있는 것은 누가 “위험을 야기했는가”(verursachen)하는 기준이 될 것이다. 따라서 인과관계의 문제가 중요하게 대두되는데, 경찰법에서는 민·형법의 인과관계론에서 주장되는 조건설이나 상당인과관계설이 타당하지 않다는 점이 일반적으로 인정되고 있다.¹³⁾ 조건설의 경우 형법에서는 위법성과 유책성의 요건들이 조건설의 엄격성을 교정할 수 있으나 경찰상의 행위책임은 단지 경찰에 위배되는 결과, 즉 공공의 안녕과 질서에 대한 위험의 발생에 결부되는 객관적 책임을 의미하고 있으며, 경찰책임에 있어서 조건설을 취할 경우 책임자의 범위가 무제한적으로 확장되는 폐단이 있기 때문이다. 또한 상당인과관계설에 의할 경우 일상 경험칙에 비추어 위험이나 교란을 유발시키기에 적합한 조건만이 위험의 원인으로 고려해야 하겠지만, 이러한 결론은 경찰법에서 곤란한 문제를 발생시킨다. 경찰법상 “위험”의 세계에서는 경험칙상 예견·결정할 수 없는 이례적인 일이 많이 생기며, 그러한 위험을 방지하기 위해서도 경찰책임을 물어야 할 경우가 있기 때문이다.¹⁴⁾

조건설이나 상당인과관계설이 가지는 결함으로 인하여 이른바 “위법한 위험야기설” 내지는 “위법성이론”(Theorie der rechtswidrigen Verursachung)이 주장되기도 하는데, 이는 경찰법상 위험과 상당인과관계가 있는 행위 중에서 위법한 행위만이 경찰책임의 대상이 된다고 보는 이론이다. 그러나 이러한 “위법한 위험야기설” 역시 위험야기 그 자체가 이미 위법을 뜻하게 되므로 순환논법에 빠지는 결함이 있는 등 일반적으로 채용하기에는 어려움이 있다는 지적을 받고 있다.

따라서 오늘날 경찰책임과 관련하여 가장 많은 지지를 받는 이론은 “직접원인(계공)설”(Theorie der unmittelbaren Verursachung)이다. 이는 원칙적으로 “위험을 직접 야기한 자”가 경찰책임의 대상이 된다고 보는 견해이다. 따라서 간접적으로 위험을 초래한 자, 즉 단지 “위법한 행위를 하는 동기를 유발시킨 자”(Veranlasser)는 행위책임자가 되지 아니한다. 이 학설을 따를 경우 결과발생의 간접적인 원인은 행위

12) 홍정선, 앞 책, 1036쪽.

13) 여기에 대한 상세는 정하중, 경찰법상의 책임, 공법연구 제25집 제3호, 113-114쪽.

14) 김남진·김연태, 행정법 II, 272쪽.

책임에서 배제되므로 일련의 인과관계의 고리 중에서 마지막의, 결정적인 원인을 제공한 자가 원칙적으로 행위책임자가 된다고 한다. 그러나 직접원인설은 전적으로 마지막 원인에 초점을 두고 있는 것은 아니며 행위와 위험사이에 효과상의 밀접한 관련가운데 직접성이 있으면 충분한 것으로 하고 있다.¹⁵⁾

3) 이른바 “의도적 유발자”

이와 같이 경찰법상 행위책임은 위험을 직접 야기한 자만이 지게 되며 간접적으로 원인을 제공한 자는 행위책임을 지지 아니한다. 그러나 단순한 간접적 원인제공자(Veranlasser)와는 달리 “의도적 유발자”(Zweckveranlasser)¹⁶⁾는 직접적 원인제공자와 마찬가지로 행위책임자가 된다고 한다. 가령 소원도에 통행인의 흥미를 자극할 만한 내용을 전시함으로써 구경꾼이 모이고 교통의 혼잡을 초래한 경우는 간접적인 원인제공행위와 구체적인 위험행위 사이에 내부적인 밀접한 관련을 인정할 수 있기 때문에 전시자에게도 행위책임을 인정할 수 있다는 것이다.

그러나 이러한 “의도적 유발자”에 대해서는 비판이 따르고 있다. 무엇보다 객관적인 책임이라고 할 수 있는 경찰책임에서 행위자의 주관적 의도를 책임귀속의 요소로 하는 것은 적절하지 못하다는 지적이 있다. 여기에 대하여 가령 위 사례의 전시자는 통행인의 교통법규의 침해를 주관적으로 의도하지 않았다 하더라도 결과적으로 볼 때 그의 행위는 발생된 위험을 객관적으로 의도하였다고 볼 수 있다면서 행위자의 주관적 의도가 아닌 객관적 의도를 강조하기도 한다.

이러한 난점을 극복하기 위하여, 굳이 “의도적 유발자”개념을 도입할 필요가 없이 직접원인설만으로 해결이 가능하다고 보는 견해도 있다. 즉 행위의 직접성은 중간원인이 없는 경우뿐만 아니라 행위와 결과가 하나의 가치적인 관련을 형성하는 자연적인 일체(natürliche Einheit)를 이루는 경우에도 인정되어야 하며 가령 위 사례에서의 전시자도 직접적으로 위험을 야기시킨 자로 보아 통행인과 함께 행위책임을 져야 한다고 주장한다.¹⁷⁾

15) 정하중, 앞 글, 115쪽.

16) 목적적 원인제공자, 의도적 유인자 등으로 불리기도 하는 개념이다.

17) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 1986, S. 314 ff. (정하중, 앞 글 117쪽에서 재인용).

4) 기타 행위책임자 관련문제

경찰법상 행위책임의 주체로 인정되기 위해서는 우선 “위험야기”라는 요건을 충족하는 자라야 할 것이다. 또한 자기 행위에 대하여 법적으로 책임이 있는 자는 모든 자연인이며, 행위책임자는 나이, 행위능력은 고려하지 않는 것이 원칙이다. 그리고 행위책임을 지는 자가 있는 경우에는 다른 요건이 충족되는 한 경찰조치는 그 행위책임자에게 행해져야 하고, 행위책임이 없는 자보다 우선하여 행위책임자에게 경찰권을 발동하는 데 대해서는 재량이 존재하지 아니한다.¹⁸⁾ 그러나 행위책임자에게 경찰조치를 하는 것이 불가능하거나(가령 그의 소재를 알 수 없는 경우) 합목적적이지 아닐 경우(가령 그가 필요한 행위를 할 만한 상황에 있지 아니하는 경우)에는 경찰은 다른 적절한 조치를 행할 수 있다.¹⁹⁾

2. 상태책임

1) 의의

상태책임²⁰⁾의 개념은 위험이 반드시 사람의 행위를 통해서만이 아니라, 물건의 상태로부터 발생할 수 있다는 데에서 출발하며,²¹⁾ 물건의 상태가 위험을 야기시키는 것이 아니라 물건의 상태 그 자체가 직접적으로 위험의 근원이 된다.²²⁾ 따라서 상태책임의 근거는 물건의 소유 그 자체에 있는 것이 아니라 물건의 소유와 일반적으로 결합되고 있는 물건에 대한 법적·사실적 지배, 즉 물건의 위험한 상태에 대하여 영향력을 가할 수 있다는 가능성에 있다.²³⁾

여기서 물건의 개념은 넓게 해석해야 하는데, 가령 상품창고, (가축 등의) 무리, 영업시설과 같은 물건의 총체 등도 물건의 개념에 포함되며, 동물 역시 경찰법상 물

18) Gusy, Polizeirecht, 2003, Rn. 340. 이 의미는 행위책임자가 상태책임자에 비하여 우선적으로 책임이 있다는 것은 아니며, 경찰책임이 있는 자가 경찰책임이 없는 자에 비하여 우선적으로 경찰권발동의 대상이 된다는 취지이다.

19) Gusy, 앞 책, Rn. 340.

20) 상태책임에 관한 상세는 졸고, 경찰법상의 상태책임, 토지공법연구 제22집, 2004, 363쪽 이하 참조.

21) Ipsen, Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsrecht, 2004, Rn. 198.

22) Friauf, Zur Problematik des Rechtsgrundes und der Grenzen der polizeilichen Zustandshaftung, in: K. Vogel (Hrsg.), Festschrift für G. Wacke, 1972, S. 293 (235).

23) 정하중, 앞 글, 119쪽.

건으로 취급되어 동물을 사실상 지배하는 자나 소유권자는 상태책임을 질 수 있다.

상태책임에 있어서 위험은 물건의 성질(Beschaffenheit)과 같은 물건의 상태 그 자체로부터만 발생하는 것이 아니라, 다른 물건과의 관계, 특히 공간에서의 상황(Lage im Raum)에 의해서도 발생할 수 있다. 가령 화물차가 고속도로상에 떨어뜨린 짐에 있어서, 그 짐 자체는 - 교통방해 상태를 제외하고는 - 위험을 발생하게 하지 않지만, 고속도로 위에 있다는 상황에서 위험이 나오게 된다.²⁴⁾

또한 상태책임을 인정하기 위해서는 물건 그 자체가 “직접적으로” 위험한 것이어야 한다.²⁵⁾ 상태책임에서의 위험원(Gefahrenquelle)은 물건 자체에 그 바탕이 있는 것이어서, 권한 없는 제3자가 그 물건을 남용하게 되면 원칙적으로 위험하지 아니하게 된다. 예컨대 차량소지인(소유권자, 대여자 등)은 도둑이 그 차량을 훔쳐 초래한 사고에 대해서는 그 차량소지인이 절도에 대한 필요불가결한 안전조치를 게을리 하지 아니하는 한 책임을 지지 아니한다. 또한 붕괴위험이 있긴 하지만 외부의 침입에 대한 충분히 안전장치가 마련된 주택의 소유권자는 침입자가 추락한 건축자재로부터 손상을 입었다더라도 책임을 질 필요가 없다. 교통법규에 반하여 놓여있는 물건은 그 자체로는 고정되어 있고, 해를 끼치는 것도 아니지만, 그 물건을 향해 돌진하는 운전자가 교통사고를 냈을 때, 경우에 따라 그 물건의 소유권자만이 상태교란자(Zustandsstörer)로서 책임을 지기도 하는데, 이때 운전자가 자기의 권리영역 내에 머물렀고, 교통법규에 맞게 행동했다면 그는 책임이 없다.

2) 상태책임자

상태책임의 주체는 위험의 근원이 되는 물건에 대한 사실상의 지배주체²⁶⁾이다. 통상적으로 소유권자가 사실상의 지배주체가 될 수도 있겠지만, 지상권자, 임차인 등 물권법상 혹은 채권법상의 권리를 가지는 자도 여기에 해당된다. 또한 직접적인 점유자만이 아니라, 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 이른바 점유보조자의 경우도 사실상의 지배주체로서 상태책임자가 될 수 있다.²⁷⁾

24) Denninger, 앞 책, Rn. 95.

25) Denninger, 앞 책, Rn. 96.

26) 국내 대부분의 경찰법 관련문헌에서는 볼 수 있는 “사실상의 지배권자”라는 용어는 “Inhaber der öffentlichen Gewalt”라는 독일용어를 잘못 이해한 것으로 적절하지 아니함은 필자가 이미 지적한 바가 있다 (줄고, 경찰법상의 상태책임, 토지공법연구 제22집, 2004, 367쪽 참조).

27) 이는 마찬가지로 “물건에 대한 사실상 지배”를 내용으로 하는 민법상 占有개념과 구분이 되는 것이라고 할 수 있다.

소유권자나 기타 정당한 권원이 있는 자도 상태책임자가 될 수 있다. 이와 같이 물건 또는 동물의 소유권자 등은 2차적으로라도 경찰책임의 대상이 되지만, 사실상의 지배를 하는 자가 소유자의 의사에 반하여 지배권을 행사하는 경우에는 소유권자는 상태책임으로부터 면제된다(예, 도난이나 국가 등에 의한 압류의 경우).

소유권자 등이 소유권 등을 타인에게 양도하거나 포기한 경우에는 지금까지의 상태책임에서 배제된다. 따라서 양도 후에 계속해서 당해 물건 등의 상태로 인하여 위험이 존재하는 경우는 양수인이 상태책임을 지게 된다. 그러나 소유권 등의 포기가 경찰책임을 면하기 위한 목적인 경우는 포기 후에도 계속해서 위험이 존재한다면 소유권자 등의 상태책임은 배제되지 아니한다. 예컨대 자동차사고를 낸 운전자가 당해 자동차로 인하여 발생한 교통교란에 대해서 자동차소유권을 포기하였다고 해서 상태책임이 배제되는 것은 아니다.

3) 상태책임의 범위와 한계

상태책임의 인정범위 및 한계는 가장 논의되고 있는 부분에 해당한다. 원칙적으로 원인에 상관없이 당해 물건 등의 상태로부터 발생한 위험에 대해 소유권자 등은 전적인 경찰책임이 인정된다. 그러나 소유권자 등이 감당할 수 있는 위험영역을 벗어난 비정형적인 사건(예, 자연재해현상, 불가항력의 경우 등)에 의하여 당해 물건 등이 위험을 야기할 경우에는 소유권자 등의 상태책임은 배제된다. 예컨대, 유조차가 차도에서 전복되어 기름이 유출됨으로써 교통상의 위험이 발생한 경우는 유조차의 소유권자 등에게 상태책임을 지게 할 수는 있으나 기름이 유출되어 있는 토지소유권자 등에게 상태책임을 지게 할 수는 없다. 이러한 상태책임의 한계의 문제는 오히려 희생자일 수 있는 상태책임자에게 무거운 경찰의무를 지게 하는 것은 너무 가혹하다고 하는 이른바 “희생자이론”에 따라 논의가 될 수 있는 부분이다. 기본적으로 비례의 원칙은 상태책임의 범위와 한계에 있어서도 중요한 기준이 될 것이다.

3. 행위책임과 상태책임에서의 “위험야기”의 의미와 복합적 책임

1) 위험야기(Gefahrenverursachung)

경찰법상의 행위책임이란 공공의 안녕과 질서에 대한 위험과 교란이 자연인 또

는 법인의 행위에 의해 야기되는 경우에 위협의 방지와 교란의 제거를 위하여 그 행위자에게 지워진 책임을 말한다. 이러한 경찰법상 행위책임은 민사상·형사상 책임과는 달리 행위자의 의사능력, 행위능력 및 과실여부를 묻지 아니하는 객관적인 책임을 뜻하며, 이때 행위란 적극적인 행위 외 부작위까지 포함하는 개념이다.²⁸⁾

경찰법상 상태책임은 (경찰법상) 행위책임과는 서로 다른 위험원과 결부되어 있다. 행위책임이 인간의 행위를 통하여 발생하는 위협에 대한 것이라면, 상태책임은 물건의 상태에서부터 발생하는 위협(Gefahren, die vom Zustand einer Sache ausgehen)에 대한 것이다. 행위책임에 있어서는 어떤 사람이 위협을 야기하게 되었을 때 경찰책임이 발생하는 것인 반면, 상태책임에 있어서는 물건과 위협의 관계를 위험야기로 파악하지 아니하며, 오히려 위협이 물건으로부터 나올 때 그 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 자, 즉 사실상의 지배주체에게 책임이 있다.²⁹⁾

반대견해가 없는 것은 아니지만,³⁰⁾ 위험야기는 행위책임에 있어서만 논해져야 한다. 행위책임의 귀속에 있어서 위험야기가 중심이 되는 개념이지만, 상태책임에 있어서는 이와는 다른 책임에 대한 요건의 구조체계가 있다. 행위책임에서는 개인적인 행위와 위험간의 인과관계를 통하여 경찰책임이 귀속되고, 이 인과관계가 규범적 근거를 이루며, 동시에 규범적 한계를 이루게 된다. 즉 위험야기만이 어떤 사람의 행위가 경찰의무를 지게 된다는 점을 설명하게 되는 것이다. 이러한 위험야기 개념을 행위책임이 가지지 않는다면 행위책임은 무한정으로 확대될 것이다. 말하자면 모든 위협에 대하여 책임을 진다는 것이 아니라, 그의 행위를 통하여 야기된 위협에 대해서만 경찰책임을 지게 된다는 것이다. 따라서 “위험야기”라는 개념은 행위책임에 있어서는 책임귀속근거(Zurechnungsgrund)인 동시에 책임귀속한계(Zurechnungsgrenze)로서 중요한 의미를 가진다.³¹⁾

그러나 상태책임에 있어서는 개인과 위험과의 상관관계는 없다. 왜냐하면 교란을 일으킨 것은 사람의 행위가 아니라, 물건이기 때문이다. 따라서 상태책임에 있어서 책임귀속의 근거는 “물건에 대한 지배”(Sachherrschaft)이다. 개인과 위험과의 관계가 아니라, 개인과 물건과의 관계가 여기서 문제가 된다. 상태책임에 있어

28) 정하중, 앞 글, 112쪽.

29) Lepsius, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, S. 222 f.

30) Schenke, 앞 책, Rn. 268; Pieroth/Schlink/Kniesel, 앞책, § 9 Rn. 45.; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1995, Rn. 195. 이러한 견해들에 의하면 행위책임에서와 마찬가지로 “직접원인설”이 상태책임에서도 중요한 역할을 한다고 보고 있다.

31) Lepsius, 앞 책, S. 227.

서는 “개인의 행동”과 “위험”은 아무런 관련이 없고, “물건의 상태”가 바로 “위험”과 관련이 되는 것이어서, 때론 “물건으로부터 발생한 위험”을 전혀 초래하지 않았던 사람도 상태책임을 질 수 있다. 상태책임을 진다는 말은 단지 위험이 그 물건으로부터 발생했고, 그 사람이 그 물건에 대한 지배를 한다는 것이다. 물론 상태책임의 귀속과 관련하여 “위험이 물건(의 상태)에 바탕을 둔다”(geht von einer Sache eine Gefahr aus)를 행위책임에서 이야기하는 “사람이 위험을 초래한다”(verursacht eine Person eine Gefahr)와 같은 맥락에서 이해하면서 양자가 공히 위험의 야기(Verursachung der Gefahr)로 보는 견해도 있지만,³²⁾ 상태책임에서의 이러한 점을 “위험야기”로 보더라도 이것은 물건과 위험간의 관계이다. 그리고 상태책임자는 이러한 위험을 야기한 것이 아니라, 그 물건을 사실상 지배하는 자인 것이다. 따라서 양자를 같이 “위험야기”의 개념틀로 파악할 경우 문제의 본질이 흐려질 수 있다고 생각된다.

따라서 상태책임에 있어서의 경찰의무는 행위책임에 있어서와 다르게 파악해야 한다. 상태책임에 있어서 경찰의무자는 사람이지만, 여기서 교란자(Störer)는 “물건”이기에, 경찰의무를 지는 사람과 교란을 일으키는 물건 간의 관계를 이해함에 있어서 종래의 위험야기(초래)에 관한 이론은 불필요하다고 보는 것이다. 위험야기에 관한 이론들이 “물건의 상태”와 “위험”간의 관계에 있어서 굳이 의미가 있다면 어떠한 사람에게 책임을 귀속시킬 것인가 하는 것인데, 상태책임에 있어서는 단지 “물건에 대한 지배관계”(Sachherrschaftsbeziehung)에 이러한 인적 귀속관계가 있으며, 여기서 그 책임을 지는 사람은 위험야기와는 무관한 성격을 가지고 있다. 따라서 행위책임의 요건은 개인적인 행위, 즉 개인 인간이 책임을 지는 사실행위에 있는 반면에, 상태책임의 요건은 개인의 행위와는 아무런 관련이 없고, “물건에 대한 지배”에 있다. 이와 같이 양자는 근본적으로 다른 책임요건의 구조를 가지고 있어, 본질적으로 다른 위험상황의 바탕에서 이해해야 하는 개념이다.³³⁾

2) 복합적 책임

복합적 책임이란 행위책임과 상태책임이 결합되어 질서위반의 상태가 빚어진 경우에 인정되는 경찰책임과 다수인의 행위 또는 다수인의 지배물에 대한 경찰책임을 말

32) Götz, 앞 책, Rn. 195.

33) Lepsius, 앞 책, S. 224 ff.

한다.³⁴⁾

이 경우 우선 경찰은 위협방지나 교란의 제거를 위해서 다수의 경찰책임자 중 누구에게 경찰권을 발동할 것인가의 문제가 생기며, 다음으로 경찰이 다수의 경찰책임자 중 한 사람에게만 경찰권을 발동한 경우 그 자가 내부관계에서 다른 책임자에 대하여 비용상환청구를 할 수 있는지의 문제가 제기된다.³⁵⁾

前者와 관련해서는 일단 경찰행정청은 그의 의무적합적 재량에 의거하여 다수의 책임자 중 경찰권의 발동대상자를 선택할 수 있다고 할 것이다.³⁶⁾ 여기에는 비례의 원칙을 충분히 고려해야 하나, 위험을 가장 효과적이며 신속하게 방지할 수 있는 자가 누구인가 하는 점에 중점을 두어야 할 것이다. 특히 상태책임과 행위책임이 경합되는 경우 종래 상태책임이 행위책임에 대하여 보충적으로 적용된다고 보기도 했다. 가령 A가 폐기물을 B의 토지에 방치하는 경우에 있어서, 종래 판례는 원칙적으로 행위책임자가 경찰권발동의 대상이 되며, 이와 다른 결정은 하자있는 재량권행사가 되어 위법하다고 판시했다.³⁷⁾ 그러나 이러한 판례의 태도는 학자들의 비판을 받았고, 결국 이 경우 상태책임자를 선택한다고 하여 반드시 재량하자가 되는 것은 아니라고 보게 되었다.³⁸⁾ 더욱이 최근 독일 연방헌법재판소에서는³⁹⁾ 상태책임이 행위책임의 대하여 보충적인 것이 아니라고 판시한 점은 매우 주목할 만하다. 연방헌법재판소는 암묵적이거나 행위책임과 상태책임과의 원칙적인 양자택일성(Alternativität)을 강조하고 있다. 즉 상태책임은 그 근거가 물건에 대한 지배성에서 나오므로 위협야기를 전제로 하는 것이 아니며, 행위책임에 대하여 단계적(abgestuft) 혹은 보충적(subsidiär)인 관계에 있지 아니하다고 한다. 이렇게 파악하는 이유는 앞서 언급한 바와 같이 행위책임과 상태책임은 그 근거가 각각 “위험야기” 및 “물건에 대한 지배”라는 서로 양립할 수 없는 상이한 데에 있기 때문이다.⁴⁰⁾

34) 전자를 “책임의 경합”, 후자를 “책임의 복합”이라고도 한다(김남진·김연태, 행정법 II, 2005, 273쪽).

35) 여기에 관해서는 서정범, 다수의 경찰책임자에 관한 법적 문제, 공법연구 제24집 제2호, 383쪽 이하.

36) 종래에는 그 선택재량 행사의 기준으로서, 원인을 야기한 정도, 원인제공의 시점, 행위책임의 우선, 이중책임자의 우선, 급부능력, 고의·과실 등을 고려하여 판단하였다(서정범, 앞 글, 385쪽 참조).

37) OVG Hamburg, DVBl. 1953, 542; OVG Münster, DVBl. 1964, 683; OVG Lüneburg 33, 403 (정하중, 앞 글, 128쪽에서 재인용); OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1990, 844 (서정범, 앞 글, 386쪽에서 재인용).

38) 정하중, 같은 쪽.

39) BVerfG, Beschluß vom 16.2.2000 - 1BvR 242/91, 315/99 (BVerfGE 102, S. 1 ff.).

後者, 즉 비용상환청구의 문제는 이 경우에 민법상 연대채무에 관한 규정을 유추 적용할 수 있는가 하는데 주로 관심이 모아진다. 다수의 경찰책임자가 존재함에도 그 중 한 사람이 위험방지를 위한 중요한 책임을 갖고 있어서 그에게 경찰권을 발동하는 것만이 하자 없는 재량행사가 되는 경우에는 비용상환청구권이 부인되나, 다수책임자 중 누구에게 경찰권을 발동할 것인지가 행정청의 의사 여하에 달려있는 경우에는 민법상의 연대채무자 사이의 내부구상권에 관한 규정을 유추적용하여 비용상환청구권을 인정하여야 한다는 견해⁴¹⁾에 주목이 간다.

IV. 警察緊急狀況에서 警察非責任者에 대한 警察權 發動

1. 의의

경찰행정청은 경찰조치를 경찰위반에 대하여 책임이 있는 자에게 발동하거나 혹은 자력에 의해 경찰상의 위협이나 교란을 제거하는 것이 원칙이다. 그러나 급박하게 발생하는 위험에 대하여 경찰비책임자에게라도 경찰권을 발동해야만 위협이나 교란이 제거될 수 있는 경우가 있다. 이와 같이 경찰상 위협을 극복하기 위해 교란자가 아닌 자에게 예외적으로 경찰권이 발동되는 예외적인 상황을 경찰긴급상황(Polizeilicher Notstand)라고 한다.

그러나 경찰긴급상황은 위험방지를 위하여 경찰책임자가 아닌 자에게 경찰권발동을 허용하여 그들의 권리를 침해하는 예외적인 제도이므로 매우 제한된 요건 하에서 인정될 필요가 있다. 따라서 긴급경찰권의 행사는 다른 방법으로는 위험방지 내지 제거가 불가능한 경우에 인정되며(보충성의 원칙), 물적·시간적으로 최소한의 범위에 그쳐야 한다(비례의 원칙). 긴급경찰권의 요건이 소멸한 경우에는 경찰행정청은 즉시 경찰권의 발동을 정지하여야 한다.

40) Lepsius, Zu den Grenzen der Zustandshaftung des Grundeigentümers, JZ 2001, 22.

41) 서정범, 앞 글, 396쪽 이하.

2. 경찰긴급상황의 성립요건

비경찰책임자에게 경찰의무가 부과될 수 있는 경찰긴급상황의 성립요건은 매우 엄격하게 인정되어야 할 것이다. 경찰긴급상황의 경우를 실정법화할 경우에는 매우 신중한 성립요건을 규정해야 하며, 앞서 본 바와 같이, 보충성원칙 및 비례원칙이 지켜져야 할 것이다. 경찰긴급상황이라고 인정할 만한 요건을 독일 모범경찰법 제6조를 참고해서 정리하자면 다음과 같다.

첫째, 이미 교란이 발생하고 있거나 급박한 위험이 존재하여야 한다(교란의 급박·실현). 즉 위험발생의 시간적 근접성이 존재하여야 한다. 또한 그 위험은 중대한 것이어야 하는데, 중대성은 예견되는 손해와 손해를 예방하기 위하여 침해되는 법익을 고려하여 판단하여야 한다.

둘째, 경찰책임자에 대한 조치나 자기 자신의 고유한 수단만으로는 위험에 대처하는 것이 불가능하여야 한다. 이를 판단함에 있어서는 경찰작용이 행해지는 시점에 있어서 행정청의 합리적인 판단에 따를 때 나타나는 상황을 기준으로 하여야 한다. 따라서 경찰책임자에 대한 조치에 의하여 위험을 제거하는 것이 전적으로 가능하였다는 것이 사후에 밝혀진 경우에도 이전의 경찰작용의 적법성에는 아무런 영향이 없으며, 경찰행정청이 적시에 예방조치를 취했다라면 그 같은 긴급상황이 발생하지 않았을 것이라는 것 또한 경찰행정청의 조치에 대한 반대의 논거가 될 수는 없다.

셋째, 비책임자에 대한 조치가 그의 생명, 신체 등에 대한 현저한 위험발생의 우려가 없고, 다른 보다 고차원의 의무를 침해함이 없이 행해질 수 있어야 한다. 즉 수인 기대가능성이 여기서 중요한 요건으로 기능한다. 예컨대 심장병환자에게 신체적으로 힘이 드는 일에 참여할 것을 요구할 수는 없다.

3. 경찰긴급상황에서의 손실보상

이때 경찰상 긴급상황으로 인하여 경찰책임의 수범자가 된 경찰비책임자는 자신과 무관한 위험이나 교란으로 인하여 재산상 혹은 신체상 손실을 입게 되었으므로, “특별한 희생”에 해당할 것이다. 따라서 그 당사자에게는 발생한 손실은 보상되어야 한다. 이때 경찰조치와 손실 간에 상당한 인과관계가 있어야 함은 물론이다.

그러나 우리나라에서는 일반 경찰권의 발동의 근거가 되는 규범이라고 할 수 있는

경찰관직무집행법에 경찰법상 손실보상의 기본 형태라고 할 수 있는 경찰비책임자에 대한 보상규정이 없어 국민의 권익구제가 충분하지 아니한 실정이다. 다만 개별법상 경찰비책임자에 대한 특별수권규정으로 수난구호법 제7조, 자연재해대책법 제41조 및 제47조, 소방기본법 제24조 제1항, 그리고 그 보상규정으로 수난구호법 제24조, 자연재해대책법 제61조, 소방기본법 제24조 제2항이 있다.

만일 사실관계가 이들 개별법의 규율영역에 속하지 아니하는 경우에는 경찰비책임자에게 경찰권을 발동할 수 없다. 이와 관련하여 수용유사침해이론에 입각한 보상을 논하기도 한다. 또한 구체적으로 비책임자가 손실보상청구권을 가지느냐를 검토하기 위해서는 비책임자에게 발동한 경찰권이 적법한 것인가를 먼저 살펴보아야 한다. 개별 법률에 수권이 없는 경우 현행 경찰관직무집행법에 개괄적 수권조항이 있다고 볼 것인가 하는 문제가 중요한 의미를 가질 것이다. 왜냐하면 개괄적 수권조항이 없다고 파악할 경우, 이때 경찰권이 발동되었다면 법적 근거가 없는 위법한 경찰조치가 되어 손실보상이 거론될 여지가 없게 되기 때문이다. 경찰법에서의 많은 문제들이 근본적으로 이 개괄적 수권조항의 인정여부⁴²⁾와 관련하여 논의될 수 있는 것처럼, 손해전보에 있어서도 그러하다. 효율적인 경찰목적의 달성을 위해서나, 이와 관련된 경찰관 직무집행법에 대한 해석상 난점을 극복하기 위해서라도 개괄적 수권조항을 입법적으로 규정하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 또한 경찰관직무집행법에 손실보상에 관한 근거규정을 입법할 필요성이 있다.

42) 현행 경찰관직무집행법 제2조 혹은 제5조 제1항의 해석과 관련하여 이른바 개괄적 수권조항을 인정할 것인가의 논의가 있다. 우리나라에서 다수의 입장으로 보이는 부정론은 독일 경찰법에서 일반적으로 인정하고 있는 권한규범(수권규범) 및 직무규범의 구분을 전제로 현행법에서는 권한규범으로 볼 만한 내용이 없다고 주장한다. 그러나 이러한 주장은 그 논리적 당부를 떠나서 실무상 매우 불합리한 결과를 초래할 수 있다고 생각한다. 즉 경찰의 임무뿐만 아니라 권한에 대한 일반 국민들이 생각하고, 바라는 수준에도 훨씬 못 미치게 만드는 논지라고 할 것이다. 실제로 우리나라의 경찰은 경찰관직무집행법상 개별적 수권조항에 근거하는 경찰작용 이외에 포괄적인 위험방지임무를 행하고 있으며, 개괄적 수권조항을 부인할 경우 엄청난 위법한 경찰작용이 우리 일상에서 매일 발생하고 있다고 해야 할 것이다. 논란을 피하는 방법은 경찰관직무집행법에 개괄적 수권조항을 명백하게 규정하는 것이다. 國法の 개정 필요성을 강조하면서, 그렇지 못한 상황 하에서 동법 제2조를 보충적 수권조항으로 새기려는 주장에 관해서는 특히 김남진, 경찰상의 개괄적 수권조항, 고시연구, 1994/7, 176쪽 참조.

V. 警察責任論의 含意

1. 경찰책임의 원칙(?)

일반 경찰작용법으로서의 의미를 가지는 경찰관직무집행법에 명시적인 규정이 없는 우리나라에서 경찰책임 논의가 가지는 의미를 살펴볼 필요가 있다. 이 에 앞서 경찰책임에 관해서 경찰권 발동의 한계의 하나로서 “경찰책임의 원칙”이라는 항목으로 논하는 입장⁴³⁾에 대해서는 의문이 있음을 먼저 지적하고자 한다. 다음과 같은 이유에서이다.

첫째, 경찰책임의 문제는 반드시 경찰비례원칙, 경찰소극목적 등과 같은 경찰권발동의 제약원리가 아닌, 보다 더 근본적인 경찰법상의 문제라는 점을 생각할 필요가 있다. 이는 마치 형사처벌권의 한계로서 형사책임원리를, 민법상 손해배상책임을 지울 수 있는 한계로서 민사책임원리를 논하지 않는 것과 마찬가지로 할 것이다.⁴⁴⁾ 경찰책임이 있는 자가 원칙적으로 경찰권발동의 대상이 된다는 것은 당연한 것이며, 굳이 원칙이라는 이름으로 내세울 실익도 없다고 생각된다. 또한 다른 경찰권발동의 제약논리인 비례원칙, 소극목적 등과 같은 차원에서 논의할 성질의 것도 아니다.

둘째, 경찰책임원칙이란 경찰책임을 지는 자에게 경찰권을 발동할 수 있고, 비책임자에게는 경찰권을 발동할 수 없다는 뜻이지만, 경찰비책임자가 경찰권발동의 상대방이 되는 경우도 많다. 이는 이른바 경찰긴급상황에서 발생할 수 있고, 이때 손실보상이 문제된다는 점은 앞서 살펴본 바이다. 경찰책임의 경우 경찰권발동의 대상이 되는 것이 원칙이고, 경찰긴급상황에는 예외가 인정된다고 설명할 수도 있겠지만, 이 원칙을 통하여 국민의 기본권을 더욱 잘 보호할 수 있는 것도 아니다. 없는 것보단 낫다고 생각할 수도 있겠지만, 불필요한 원칙의 거론은 중요한 원칙의 의미를 희석시킬 우려도 있다.

따라서 경찰권발동의 한계차원에서의 한 원칙으로서의 경찰책임원칙이 아닌 경찰책임론이라는 독자적인 틀에서 경찰책임을 논하는 것이 타당하다고 생각된다.

43) 김철웅, 행정법 II, 2005, 242쪽; 류지태, 행정법신론, 2002, 758쪽. 그밖에 경찰책임원칙은 경찰권제약논리를 넘어 경찰권 발동의 대상으로 보는 견해 (김남진·김연태, 행정법 II, 2005, 271쪽; 홍정선, 행정법원론(하), 2005, 382쪽)도 같은 맥락에서 이야기할 수 있다.

44) 이는 가령 보다 구체적으로 “과실책임의 원칙” 등을 이야기하는 것과는 다른 것이다.

2. 우리나라에서 경찰책임론의 함의

나아가 경찰책임론이 담고 있는 의미에 대하여 생각해볼 필요가 있다. “경찰책임의 원칙”의 수준을 넘어 “경찰책임론”으로 격상시킨 이 글에서는 이미 경찰책임론의 의미에 보다 큰 의미를 부여한 건지도 모르겠다.

경찰책임이 민·형사책임과는 다른 성질을 가진다는 점은 전술한 바와 같지만, 특히 민사책임과 구분하여 공법적 책임으로서 경찰책임론을 적용해야 할 영역이 있다. 가령 지하철역내로 기름통을 들고 가는 정신병자의 책임을 묻는 경우를 생각한다면, 일단 이 위험한 상황에서 벗어날 필요가 있다는 점에 초점을 맞추어야 할 것이다. 이 경우 그 정신병자에 대해서는 민사책임을 논하는 것은 별론으로 우선 경찰책임을 논할 필요가 있는 것이다. 다시 말하자면 그 사람의 내적 측면은 고려하지 아니하고, 일단 그 위험을 방지 혹은 제거하는 것이 여기서는 더 중요한 것이다. 이와 같은 영역에서 경찰책임은 문제를 제대로 해결할 수 있는 논리적 도구로서의 역할을 하게 된다.

경찰책임이 아직 우리나라의 경찰관직무집행법 등 실정법에서는 규정되지 아니한 이유로 그 적용을 주저하는 입장도 있을 수 있지만, 도그마틱으로서의 경찰책임론은 개별 실정법의 해석이나 입법을 향도할 수 있는 중요한 역할을 할 수 있다고 생각된다. 경찰책임론이 우리나라에서 着根되기 위해서는 무엇보다 법률에서 이를 명시하는 것이 필요할 것인데, 이 점은 이하에서 살펴본다.

3. 경찰책임관련 입법론

최근 우리나라에서 경찰작용법에 대한 일반법이라고 할 수 있는 경찰관직무집행법에 대한 개정이 거론되기도 한다. 특히 동법의 불심검문 및 총기사용과 관련한 조항 등이 경찰업무의 효율성과 인권보호의 양 측면에서 많이 논의되고 있으며, 그간 학계에서 지속적으로 논의되어 온 경찰법상의 일반수권조항의 문제, 경찰관의 총기사용, 불심검문의 문제, 경찰작용으로 인한 손실보상의 문제 등이 개정논의의 중심에서 있지만, 여기서 살펴 본 경찰책임에 관한 조항 역시 경찰관직무집행법이 개정될 경우 명시적인 규정을 두어야 할 것이다. 이는 경찰책임에 대한 체계를 확립하는 방안이 될 뿐만 아니라, 경찰손실보상의 전제논의가 되는 것이며, 경찰법상의 일반수권조항

과도 밀접한 관련을 가지는 경찰법의 핵심적인 내용이라고 보기 때문이다. 만일 이러한 경찰책임을 경찰관직무집행법을 개정하는 과정에서 규정을 두게 된다면 행위책임에 관한 조항, 상태책임에 관한 조항, 경찰비책임자에 대한 경찰권발동에 관한 조항 및 이와 관련된 경찰긴급상황의 요건 및 손실보상 규정 등을 개정을 새로이 포함시킬 필요가 있다.⁴⁵⁾ 이러한 입법은 우리나라에서 경찰책임론을 보다 체계적으로 발전시키는 데 기여하게 될 것이다.

45) 이러한 주장은 경찰관직무집행법 개정논의에서 여러 차례 건의된 것이기도 하다. 이러한 취지를 가진 최근의 보고서로는 한건우·김현준·권현영, 경찰관직무집행법 개정에 관한 연구, 경찰청용역보고서 (2005. 4), 31쪽 이하. 다만 共同으로 작성된 동 보고서에서는, “행위책임과 상태책임이 경합하는 경우에는 행위책임자에게 우선적으로 경찰권을 행사한다.”라는 내용이 입법론으로 제시되었는데, 이 글에서의 관련부분에서 볼 수 있는 바와 같이 사실 私見과는 거리가 있는 부분이다.

참고문헌

<국내문헌>

- 김남진 · 김연태, 행정법 II, 2005.
김남진, 경찰상의 개괄적 수권조항, 고시연구 1994/7, 171쪽 이하.
김철용, 행정법 II, 2005.
김현준, 경찰법상의 상태책임, 토지공법연구 제22집, 2004, 363쪽 이하.
류지태, 행정법신론, 2002.
박윤흔, 행정법강의(하), 2005.
서정범, 다수의 경찰책임자에 관한 법적 문제, 공법연구 제24집 제2호, 383쪽 이하.
정하중, 경찰법상의 책임, 공법연구 제25집 제3호, 1997, 109쪽 이하.
한건우 · 김현준 · 권현영, 경찰관직무집행법 개정에 관한 연구, 경찰청용역보고서 (2005. 4).
홍정선, 행정법원론(하), 2005.
홍정선, 행정법특강, 2005.

<외국문헌>

- Denninger, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 2001.
Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 1986.
Friauf, Zur Problematik des Rechtsgrundes und der Grenzen der polizeilichen Zustandshaftung, in: K. Vogel (Hrsg.), Festschrift für G. Wacke, 1972, S. 293.
Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1995.
Gusy, Polizeirecht, 2003.
Ipsen, Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsrecht, 2004.
Lepsius, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002.
Lepsius, Zu den Grenzen der Zustandshaftung des Grundeigentümers, JZ 2001, 22.
Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2004.
Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 2004.

Zusammenfassung

Zur Erfüllung der polizeilichen Aufgaben können Polizeibehörden auf verschiedene Weise tätig werden. Sie können zum einen selbst handeln, ohne in Freiheit und Eigentum des Bürgers einzugreifen. Sie können zum anderen Eingriffe setzen, und zwar sowohl Eingriffe, die der Betroffene passiv dulden muss, als auch Eingriffe, die dem Betroffenen durch Gebot oder Verbot ein aktives Verhalten abverlangen.

Die Frage ist, an wen die Polizeibehörden Eingriffe adressieren, wen sie polizeirechtlich in Anspruch nehmen dürfen. Grundsätzlich muss der Verantwortliche, also der traditionell sog. Störer in Anspruch genommen werden. Er ist Verhaltensstörer, wenn sein Handeln oder Unterlassen die Gefahrenquelle darstellt. Es ist die Frage der Verhaltensverantwortlichkeit. Zustandsverantwortlich werden Personen, wenn von Sachen oder Tieren, über die sie die tatsächliche Gewalt oder an denen sie das Eigentum haben, Gefahren ausgehen. Er ist Zustandsstörer, wenn er für Sachen verantwortlich ist, deren Zustand die Gefahrenquelle darstellt. Es ist die Frage der Zustandsverantwortlichkeit.

Beide setzen voraus, dass eine besondere Nähebeziehung zwischen dem Verantwortlichen und der Gefahr besteht, welche es rechtfertigt, dem Verantwortlichen die Gefahr zuzurechnen, um ihm die Abwehr aufzugeben. Beide knüpfen jedoch an anderen Gefahrenquellen an. Die Zustandshaftung erfasst Gefahren, die vom Zustand einer Sache ausgehen, indem die Handlungshaftung durch das Verhalten von Personen verursacht worden sind. Daraus folgt ein Grundunterschied zwischen der Polizeipflichtigkeit des Verhaltens- und Zustandsstörers. Die Zurechnung der Zustandsverantwortlichkeit erfolgt durch die Sachherrschaft, also die Beziehung eines Individuums zur Sache, während der Zurechnungsgrund der Handlungsverantwortlichkeit in der individuellen Kausalbeziehung

zwischen dem Verhalten und der Gefahr liegt.

Neben beiden Verantwortlichkeiten ist von die Maßnahmen gegenüber Nichtstörern die Rede. Zur Bekämpfung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung können ausnahmsweise auch solche Personen herangezogen werden, die keine Störer im polizeirechtlichen Sinne sind und die deshalb auch keine materiellen Polizeipflichten treffen. Man spricht bei einer derartigen Heranziehung Unbeteiligter von einem polizeilichen Notstand. Im Vergleich zu den Inanspruchnahme von Störern ist die Inanspruchnahme des Nichtstörers an strengere Voraussetzungen gebunden und auch hinsichtlich ihrer sachlichen Reichweite eingeschränkt. Ferner ist dem Nichtstörer für den ihm durch die Heranziehung entstandenen Schaden eine angemessene Entschädigung zu leisten.

Seit kurzem wurde die Novellierung des koreanischen Gesetzes über die polizeiliche Maßnahme diskutiert. In das künftige koreanische Polizeigesetz sollen m. E. die polizeiliche Verantwortlichkeit sowie der polizeirechtlichen Schadensausgleich eingeführt werden.