

## 편의주의원칙과 경찰의 재량 Gefahrenabwehrmaßnahmen und Opportunitätsprinzip

손재영\*  
Son, Jae-Young

### 목 차

- I. 서론
- II. 편의주의원칙과 경찰의 재량
- III. 재량권의 한계와 재량하자
- IV. 결론

### 국문초록

본고는 '편의주의원칙과 경찰의 재량'과 관련하여 제기되는 법적 문제를 다루고 있다. 이 경우에는 특히, 문헌에서 많은 논의가 있었지만 아직까지 이론적으로 만족할 만한 결론에 도달하지 못한 '다수 경찰책임자 간의 선택에 있어서 재량행사의 기준'과 '부당한 재량처분과 위법한 재량처분의 구분' 그리고 종래 재량의 일탈·남용과 더불어 하자 있는 재량행사로 다루어져 왔던 '재량의 불행사'에 관한 문제를 중점적으로 다루고 있다.

경찰책임자의 선택은 경찰의 재량에 속하지만 경찰은 경찰권을 의무에 적합한 재량에 따라 행사하여야 한다. 경찰책임자의 선택과 관련하여서는 무엇보다 '위험방지의 효율성'이라는 관점에 중요한 의미가 부여된다. 즉, 경찰은

논문접수일 : 2011.06.26

심사완료일 : 2011.07.27

게재확정일 : 2011.07.28

\* 법학박사·계명대학교 경찰법학과 조교수

위험상황을 가장 신속하고 효과적으로 제거할 수 있는 경찰책임자에게 경찰권을 발동하여야 한다. 대체로 시간적·장소적으로 위험상황에 가장 근접한 자가 경찰권 발동의 대상이 된다. 그러나 최근 일부 문헌에서 받아들여지고 있는 견해, 즉 '경찰은 원칙적으로 상태책임자보다 행위책임자에게 우선적으로 경찰권을 발동하여야 한다.'는 견해는 (비록 이것이 국민의 일반적인 법감정에는 부합하는 견해일지 모르나) 견지될 수 없는 견해이다. 왜냐하면 법률로부터는 이러한 우선관계가 도출될 수 없을 뿐만 아니라, 설령 개별사태에서 행위책임자가 상태책임자보다 우선적으로 선택되어야 한다면 그 이유는 과잉금지원칙 때문이지, 일부 문헌에서 주장하고 있듯이, '경찰은 원칙적으로 상태책임자보다 행위책임자에게 우선적으로 경찰권을 발동하여야 한다'는 원칙 때문이 아니기 때문이다.

현행법은 재량처분의 경우, 하자의 경중에 따라 부당한 처분과 위법한 처분으로 구분하고 있다. 이러한 점은 행정심판법 제1조와 제5조 제1호에 잘 나타나 있다. 특히, 행정심판법 제5조 제1호는 취소심판을 "행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판"으로 규정하고 있는바, 이로써 취소심판을 통해서 행정청의 위법한 재량처분은 물론, 부당한 재량처분까지도 취소 또는 변경될 수 있다. 행정심판은 처분의 적법성과 합목적성(부당성)을 행정권 스스로 확보하려는 자율적 통제에 그 중점이 놓여 있다. 이러한 점에서 위법한 처분만을 그 대상으로 하고 행정의 적법성 보장에 그 중점이 놓여 있는 행정소송과 구별된다. 개념적으로 "부당한 재량처분"은 행정청이 재량을 행사함에 있어서 다소 그르치게 행사하였으나 재량권의 한계를 벗어나지는 않은 경우를 일컫는다. 환언하면 행정청의 재량처분이 재량권의 한계 내에서 행해졌기 때문에 적법하지만 합목적적이지는 못한 재량처분을 일컬어 "부당한 재량처분"이라 한다. 부당한 재량처분의 예로서는 운전면허를 발급받은 자가 운전면허취소기준치를 약간 넘은 술에 취한 상태에서 자동차를 운전하였지만 운전면허를 취득한 이래 오랫동안 사고 없이 운전을 해 왔고, 음주운전으로 아무런 인적·물적 피해가 발생하지 않았으며, 나아가 운전자에게 운전은 생계에 직결되어 있어 운전을 하지 않으면 아니 되는 상황임에도 관할 행정청이 운전자의 운전면허를 취소하는 경우를 생각해 볼 수 있다.

“재량의 불행사”는 경찰이 경찰법상 수권규범의 요건이 존재한다는 사실을 전혀 인식하지 못한 경우에 존재한다. 즉, 개괄적 수권조항에 따르면 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위협 또는 장애가 존재하는 경우 경찰에게는 행위재량이 부여되어 있지만 경찰이 사실의 착오나 법률의 착오로 인하여 이를 전혀 인식하지 못한 경우 재량의 불행사가 존재한다. 예를 들어 맹견의 소유자가 맹견에게 목줄과 입마개를 착용시키지 않은 채 거리를 활보하고 있음에도 불구하고 경찰이 개의 품종을 오인하였거나 개의 품종은 알았지만 그 품종이 동물보호법 시행규칙 제7조 제2항 [별표 1]에 규정된 맹견의 종류에 해당한다는 사실을 알지 못한 나머지, 맹견 소유자에게 위해방지에 필요한 조치(예: 입마개 착용 명령)를 취하지 않는 경우가 바로 그러하다.

주제어 : 편의주의원칙, 결정재량, 선택재량, 재량의 한계, 재량하자, 적법성, 합목적성

## 1. 서론

이하에서는 ‘편의주의원칙과 경찰의 재량’과 관련하여 제기되는 법적 문제를 다룬다. 이 경우에는 특히, 문헌에서 많은 논의가 있었지만 아직까지 이론적으로 만족할 만한 결론에 도달하지 못한 ‘다수 경찰책임자 간의 선택에 있어서 재량행사의 기준’과 ‘부당한 재량처분과 위법한 재량처분의 구분’ 그리고 종래 재량의 일탈·남용과 더불어 하자 있는 재량행사로 다루어져 왔던 ‘재량의 불행사’에 관한 문제가 증점적으로 다루어질 것이다. 여기서는 우선 다음에 언급된 사례의 도움으로 이와 관련된 문제를 보다 명확히 하고자 한다.

[사례 1] K시(市)에는 타인의 사유지에 허가 없이 지어진 불법 건축물이 다수 존재한다. 현재 K시에서는 K시와 주민자치회 간에 불법 건축물 문제를 해결하기 위한 정치적 협상이 진행되고 있다. 아직 정치적 협상이 끝나지 않았음에도 불구하고 무허가 건물주들은 관할 행정청인 K시장에게 자신들의 불

법가옥을 철거해야 할 의무가 있는지를 알고 싶어 한다.)<sup>1)</sup>

[사례 2] '갑'은 L시(市)에서 '을'로부터 토지를 임차하여 주유소를 운영하고 있다. 이 인근에는 주유소가 많지 않았기 때문에 '갑'은 주유소 경영으로 상당한 이익을 얻고 있었다. 그런데 최근 주유소에 대한 토양정밀조사가 실시되었고 조사결과, 이곳의 토양이 벤젠에 의하여 심각하게 오염된 것으로 밝혀졌다. 이에 따라 관할 행정청은 주유소 부지(敷地) 소유자인 '을'에게 오염된 토양의 정화를 내용으로 하는 오염토양 정화조치 명령을 내렸다.

[사례 3] 굴착기 기사인 '병'은 굴착작업을 하는 과정에서 송유관을 훼손하는 사고를 일으켰다. 기름이 토양에 스며들고 있었기 때문에 관할 행정청은 즉각적인 정화조치를 명하여야 했다. 그런데 토양정화에는 상당한 비용이 소요되었다. 관할 행정청은 굴착기 기사인 '병'이 이러한 비용을 부담할 능력이 없다고 가정하고 처음부터 토지소유자에게 정화조치를 명하였다.<sup>2)</sup>

[사례 4] '정'은 아주 오래된 건물 하나를 소유하고 있다. '정'은 예전에 이 건물에 살았지만 지금은 비워 두고 있다. '정'은 차후에 건물을 철거하고 이곳에 새 건물을 지으려 계획 중이다. 그런데 이 집에는 자신이 알지 못하는 사람들이 들어와 거주하곤 하였고 매번 거주민도 바뀌었다. 이에 따라 '정'은 경찰에게 일정한 조치를 취해 줄 것을 요청하였지만 경찰은 '정'의 요청을 들어주지 않았다. 왜냐하면 사권보호(私權保護)를 위해 개입하는 것은 경찰의 직무가 아니라고 보았기 때문이다. 이 경우, 경찰의 부작위는 적법한가? 만일 적법하지 않다면 '정'은 경찰개입을 요구할 수 있는 청구권을 갖는가?<sup>3)</sup>

[사례 5] '무'는 ○○회사의 운전직 사원이다. '무'는 1998년 11월 4일 제1종 보통 운전면허를 취득한 이래, 10년 8개월 동안 한 번도 교통사고를 낸 적이

1) 이와 유사한 사례로는 VG Berlin, NJW 1981, 1748 참조.

2) 이와 유사한 사례로는 VGH Mannheim, NVwZ 1990, 179 참조.

3) 이와 유사한 사례로는 Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 2009, Rn. 47 참조.

없다. 그러나 2009년 7월 8일 새벽 1시경 '무'는 술에 취한 상태에서 자신의 승용차를 운전하다 A지방경찰청 소속 단속경찰관에게 적발되어 음주측정을 했고, 측정결과 혈중 알코올 농도 수치가 0.117%로 측정되었다. 다행히 '무'의 음주운전으로 인적·물적 피해는 발생하지 않았다. A지방경찰청장은 '무'가 혈중 알코올 농도 0.117%의 술에 취한 상태에서 운전을 하였다는 이유로 '무'의 제1종 보통 운전면허를 취소하는 처분을 하였다.<sup>4)</sup>

## II. 편의주의원칙과 경찰의 재량

### 1. 편의주의원칙

경찰관직무집행법(이하 '경직법'이라 한다) 제2조 제5호에 따르면 경찰은 공공의 안녕과 질서유지의 직무를 행한다. 즉, 경찰은 공공의 안녕이나 공공의 질서를 위협하는 위험으로부터 개인과 공동체를 보호하고 이미 발생한 장해를 제거하는 직무를 행한다. 그러나 경찰이 위험방지의 직무를 행한다는 사실에서 경찰은 위험방지조치를 취해야 할 의무가 있다는 결론이 도출될 수는 없다.<sup>5)</sup> 경직법 제2조 제5호는 위험방지의 직무가 경찰에게 귀속됨을 규율하고 있을 뿐이다. 경직법 제2조 제5호는 위험방지의 직무를 경찰에게 귀속시키고 있지만 직무수행의 "여부"와 "방식"에 대해서는 함구(緘口)하고 있다.

경직법상의 개괄적 수권조항(경직법 제2조 제5호와 결합한 제5조 제1항 제3호)<sup>6)</sup>은 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위험 또는 장해가 존재하는 경우 경찰에게 위험방지 또는 장해제거에 필요한 조치를 취할 수 있는 권한을

4) 이와 유사한 사례로는 중앙행정심판위원회 2009. 11. 3. 200920028 재결 참조.

5) 다른 견해로는 Knemeyer, "Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive", *VVDStRL* 35 (1977), 221 (236 ff.) 참조.

6) 현행법상 경직법 제2조 제5호와 결합한 제5조 제1항 제3호를 개괄적 수권조항으로 인정할 수 있다는 것에 대하여 보다 자세한 것은 손재영, "경찰법상의 개괄적 수권조항 - 개괄적 수권조항의 기능 및 적용영역을 중심으로 -", 『법학논고』 제31집, 경북대학교 법학연구원, 2009, 531면 이하 참조.

부여한다. 이러한 개괄적 수권조항의 요건부분은 두 가지 축(策)으로 구성되어 있다. 즉, ① '보호법익(공공의 안녕 또는 공공의 질서)의 존재'와 ② '위협 또는 실현된 위협으로서의 장애의 인정'이 바로 그것이다. 이러한 두 가지 요건이 충족된다면 경찰은 위협방지나 장애제거에 필요한 조치(예: 명령, 금지, 사실행위)를 취할 수 있다. 이 경우에도 경찰은 위협방지나 장애제거에 필요한 조치를 취할 수 있지만 반드시 취해야 하는 것은 아니다. 즉, 개괄적 수권조항의 전제요건이 충족된 경우에도 경찰은 위협방지나 장애제거 조치를 취할 의무는 없다. 경직법상의 권한규정은 직무할당을 전제로 직무수행에 필요한 권한을 규정하고 있지만, 직무를 수행해야 할 법적 의무를 규정하고 있지 않다. 위협방지조치에는 이른바 '편의주의원칙'(Opportunitätsprinzip)이 적용된다. 이러한 점에서 위협방지조치는 '합법주의원칙'(Legalitätsprinzip)이 적용되고, 그 결과 경찰은 범죄를 수사하고 실체적 진실을 규명해야 할 의무가 있는 범죄수사조치와 구별된다.<sup>7)</sup>

**경찰관직무집행법 제5조 (위협방지의 방지) ①** 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광진·분마부 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다.

**형사소송법 제195조 (검사의 수사)** 검사는 범죄의 혐의있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.

위협방지조치에 편의주의원칙이 적용된다는 것은 법 이론적으로 위협방지조치는 경찰의 재량에 속함을 의미한다. 이것은 법문에 명확히 표현되어 있다. 즉, 경직법상의 개괄적 수권조항은 효과부분에 “~하여야 한다.” 또는 “~할 의무가 있다.”가 아니라, “~할 수 있다.”는 표현을 사용하고 있다. 규범 구조적 측면에서 보았을 때 개별적 수권조항(특별경찰법상의 개별적 수권조항<sup>8)</sup>과

7) 같은 견해로는 홍정선, 「경찰행정법」, 박영사, 2010, 93면 참조.

일반경찰법상의 개별적 수권조항<sup>9)</sup>)에 따른 위험방지조치에도 동일한 것이 적용된다. 해당 규정들을 살펴보면 경찰에게 재량을 부여하고 있음을 알 수 있다. 이러한 이유로 이하에서 경직법상의 개괄적 수권조항과 관련하여 기술되는 경찰재량이론은 개별적 수권조항에도 유용할 수 있다.

## 2. 경찰의 재량

### 가. 재량의 종류

공공의 안녕 또는 공공의 질서에 대한 위협 또는 장애가 존재하는 경우 경찰은 개입할 것인지 만일 개입한다면 어떻게 개입할 것인지에 관하여 결정을 내려야 한다. 이러한 점에서 위험방지와 관련하여 경찰에게 인정되는 재량은 두 가지이다. 즉, 경찰작용을 행할 것인지 “여부”(Ob)에 관한 결정재량과 “어떻게”(Wie) 행할 것인지에 관한 선택재량이 바로 그것이다. 경찰은 먼저 개입 여부에 관한 결정을 내려야 한다. 그리고 개입결정을 내린 경우에는 어떻게 개입할 것인지(예컨대 개입의 종류와 방식, 시점, 범위)에 관하여 결정을 내려야 한다.<sup>10)</sup> 결정재량과 선택재량은 동일한 법적 구속 하에 있고 그 준수여부는 법원에 의하여 통제될 수 있다(행정소송법 제27조 참조).

8) 경찰법은 일반경찰법과 특별경찰법으로 구분될 수 있다. 일반경찰법은 위험방지에 관한 일반규정과 일반원칙을 내용으로 담고 있다. 현행법상 경찰관직무집행법은 위험방지에 관한 일반규정과 일반원칙을 담고 있어 일반경찰법에 해당한다고 볼 수 있다. 이에 비하여 특별경찰법은 특별영역에서의 위험방지를 특별법적으로 규율한다. 경찰법의 중요한 영역은 오늘날 특별법에 의하여 규율되고 있는바, 예컨대 도로교통법, 집회 및 시위에 관한 법률, 풍속영업의 규제에 관한 법률, 총포·도검·화약류 등 단속법에 존재하는 규정들을 생각해 볼 수 있다(예컨대 도로교통법 제47조, 집회 및 시위에 관한 법률 제20조, 풍속영업의 규제에 관한 법률 제9조, 총포·도검·화약류 등 단속법 제44조 참조).

9) 경직법은 문헌에서 ‘표준적 직무조치’로 명명되고 있는 경찰작용을 위한 일련의 개별적 수권조항을 마련해 두고 있다. 표준적 직무조치란 위험방지 또는 장애제거를 위해 요구되는 전형적인 경찰작용을 경찰법에 유형화해 둔 것을 말한다. 경직법에 규정된 표준적 직무조치로는 불심검문(제3조), 보호조치(제4조), 출입(제7조), 사실조회와 출석요구(제8조) 등이 있다.

10) v. Mutius, “Die Generalklausel im Polizei- und Ordnungsrecht”, Jura 1986, 649 (656).

(1) 결정재량

(가) 이른바 '무관용 경찰활동'<sup>11)</sup>

경찰은 결정재량의 범위 내에서 위험방지조치를 취할 것인지 여부를 결정하여야 한다. 전술한 편의주의원칙은 이에 관한 결정을 경찰에게 맡기고 있다. 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위협 또는 장애가 존재하는 경우에도 경찰이 개입을 하지 않는 것이 적법할 수 있다. 이러한 이유로 이른바 '무관용'(zero tolerance)의 모토(Motto)에 따라 경미한 법질서 위반에도 개입을 요구하는 경찰의 전략은 허용되지 않는다.<sup>12)</sup> 왜냐하면 모든 법질서 위반에 개입하라는 요구는 사실상 편의주의원칙의 포기로서 나아갈 뿐만 아니라,<sup>13)</sup> 과잉금지원칙이 경찰작용에 설정하고 있는 헌법적 한계와도 일치될 수 없기 때문이다.<sup>14)</sup> 그러나 경찰에게는 원칙적으로 재량이 인정됨에도 불구하고 개별사태에서는 경찰이 오로지 개입하는 것만이 적법한 것이 될 정도로 재량이 수축될 수 있다.

(나) 재량의 영(零)으로의 수축

사실 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위협 또는 장애가 존재함에도 불구하고 경찰은 위험방지 또는 장애제거 조치를 취하지 않을 수 있지만, 경찰이 위험방지 또는 장애제거 조치를 취하지 않으면 종종 하자있는 재량행사가

- 11) '무관용 경찰활동'(Zero Tolerance Policing)이란 사소한 위법행위도 엄격하게 처벌하는 경찰활동을 말한다. 이러한 경찰활동은 깨진 유리창을 방지하게 되면 나중에는 그 일대의 도시가 무법천지로 전락하게 된다는 '깨진 유리창 이론'(Broken Window Theory)에 입각하고 있다. '깨진 유리창 이론'은 낙서, 유리창 파손 등 경미한 범죄를 방지하게 되면 더 큰 범죄로 이어진다는 범죄 심리학 이론이다. 깨진 유리창을 방지하는 것은 곧 법질서의 부재를 반증하고 잠재적인 범법자를 부추기는 결과를 초래하기 때문에 지하철 무입승차 등과 같은 경범죄로부터 발본색원(拔本塞源)해야만 치안이 확립될 수 있다고 한다. 이에 관해서는 이기춘, "깨어진 창이론(Broken-Window-Theory)과 무관용경찰활동(Zero-Tolerance-Policing)의 경찰법적 문제점에 관한 고찰", 「토지공법연구」 제34집, 한국토지공법학회, 2006, 167면 이하 참조.
- 12) 이에 대해서는 또한 Erbel, "Öffentliche Sicherheit und Ordnung", *DVB* 2001, 1714 (1722); Dolderer, "Verfassungsfragen der "Sicherheit durch Null-Toleranz"", *NVwZ* 2001, 113 ff. 참조.
- 13) 같은 견해로는 이기춘, "깨어진 창이론(Broken-Window-Theory)과 무관용경찰활동(Zero-Tolerance-Policing)의 경찰법적 문제점에 관한 고찰", 「토지공법연구」 제34집, 한국토지공법학회, 2006, 182면 참조.
- 14) 같은 견해로는 Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 99 참조.



될 수 있다. 즉, 경찰의 재량은 개별사태에서 위험방지나 장애제거 조치를 취하는 것만이 적법한 조치로 여겨질 만큼 수축될 수 있다. 이러한 '재량의 영(零)으로의 수축'은 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위협 또는 장애가 특별히 유해한 것으로 나타나고 경찰에 의하여 수인될 수 있는 유해성이 그 한계를 넘은 경우에 존재한다. 그러나 여기서는 '수인 가능한 유해성'이 언제 그 한계를 넘는지, 환언하면 경찰의 부작위가 언제 '과소보호금지원칙'(Untermaßverbot)에 위반되는지의 문제가 제기된다. 수인 가능한 유해성이 그 한계를 넘었는지 여부는 우선적으로 '위협받고 있는 법익의 중요성'과 '위협 또는 장애의 강도' 그리고 '경찰작용과 결부된 위험성'에 비추어 판단되어야 한다. 또한 재량행사를 위해서는 경찰의 개입에 과중한 부담이 요구되지 않는지 그리고 경찰이 다른 의무를 위반하지 않고서도 개입할 수 있는지의 관점도 중요하다.<sup>15)</sup> 개인의 생명이나 신체 또는 건강과 같이 특별히 중요한 법익이 위협받고 있는 경우에는 일반적으로 경찰에게 개입의무가 존재한다. 이에 따라 경찰이 농민들의 시위를 진압하고 시위과정에서 도로상에 방치되어 있던 트랙터 1대를 도로 밖으로 옮기거나 이것이 어려우면 야간에 다른 차량에 의한 충돌사고를 방지하기 위하여 트랙터 후방에 안전표지판을 설치하는 것과 같은 위험발생방지 조치를 취해야 할 법적 의무가 있음에도 트랙터가 무거워 옮기지 못한다는 등의 이유로 아무런 사고예방조치도 취하지 아니한 채 그대로 방치하고 철수해 버린 결과, 야간에 그 도로를 진행하던 운전자가 방치된 트랙터를 피하려다 다른 트랙터에 부딪혀 상해를 입었다면 경찰의 부작위는 위법을 면하지 못한다.<sup>16)</sup> 또한 경찰이 5km에 걸친 기름이 흘러나온 흔적에 대해 경고를 발하지 않았거나<sup>17)</sup> 정원에 있는 폭발물 제거를 지체한 경우<sup>18)</sup>에도 경찰의 부작위는 위법을 면하지 못한다. 마찬가지로 건강보호라는 관점에서 경찰에게는 집 없는 사람, 즉 노숙자를 (노숙자의 의사에 관계없이) 보호시설에 수용해야 할 의무가 있다.<sup>19)</sup> 결정재량은 개인의 생명이나 신체 또는 건강과 같이 특별

15) Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 100 참조.

16) 대법원 1998. 8. 25. 선고 98다16890 판결 참조.

17) BGH, VRS 7, 87ff.

18) BGH, VerwRspr. 5, 319ff.

히 높은 가치를 갖는 법익이 침해될 우려가 있는 경우에만 제한되는 것은 아니다. 재산에 대한 위협 또는 장애도 경찰의 재량을 축소시킨다. 이에 따라 경찰의 개입의무는 중요한 재산적 가치가 있는 법익이 침해될 우려가 있는 경우에도 존재한다. 최근 학설은 경찰의 개입의무가 인정되는 범위를 더욱 확대 시킴으로써 경찰의 재량을 축소시키려는 경향에 있지만 이러한 경향은 곧 반대에 부딪치게 될 것이다. 왜냐하면 입법자가 경찰에게 원칙적인 개입의무를 인정하고자 하였다면 재량규정이 아니라, 마땅히 기속규정(“~하여야 한다.”)을 두었어야 했을 것이기 때문이다.

(다) [사례 1]의 해결

경찰법상의 수권규정은 “~할 수 있다.”는 소위 ‘가능규정형식’을 통해 경찰에게 폭넓은 재량을 부여하고 있지만, 개별사례에서는 경찰이 위협방지 또는 장애제거 조치를 취하는 것만이 법적으로 하자 없는 재량행사로 여겨질 만큼 재량이 축소되는 경우가 있다. 이러한 경우에는 ‘재량의 영(零)으로의 수축’이 존재한다. 재량의 영(零)으로의 수축은 개인의 생명이나 신체 또는 건강 등과 같이 특별히 중요한 법익에 대한 침해의 우려가 있는 경우에 존재한다. 재량이 영(零)으로 수축되는 경우 재량행위는 기속행위로 변하게 된다. 즉, 개인의 생명, 신체, 건강 등 특별히 중요한 법익에 대한 위협 또는 장애가 존재하여 재량이 영(零)으로 수축되는 경우에는 경찰은 개입해야 할 의무가 있다. 재량이 영(零)으로 수축됨에도 불구하고 경찰이 개입하지 않기로 결정한다면 이러한 결정은 하자 있는 재량행위로서 위법하게 된다. 그러나 [사례 1]에서는 재량의 영(零)으로의 수축은 존재하지 않는다. 불법 건축물 문제를 평화롭게 해결하기 위한 정치적 협상이 진행되고 있다는 점과, 무허가 건물을 강제로 철거할 경우에는 마찰이 우려된다는 점을 고려할 때, 설령 경찰이 개입하지 않기로 결정하더라도 경찰의 결정은 적법할 수 있다. 물론, 공공의 안녕에 대한 장애, 즉 타인의 사유지에 대한 무단점유가 계속되고 사후에 정치적 협상이 결렬될 경우에는 재량이 영(零)으로 수축되는 결과가 초래될 수 있다.<sup>20)</sup>

19) OVG Lüneberg. NVwZ 1992. 502 f. 참조.

(2) 선택재량

경찰이 개입하기로 결정하였다 하더라도 이것이 경찰의 조치가 특정되었음을 의미하지 않는다. 만일 경찰이 개입을 결정하였다면 다음으로 위협방지 또는 장애제거의 종류와 방식, 시점, 범위를 정하는 것이 중요하다. 이 경우 경찰은 적법하고 타당한 그리고 합목적적인 선택을 하여야 한다. 즉, 경찰에게는 선택재량이 부여된다. 이러한 선택재량은 수단의 선택(목적달성을 위한 경찰 조치가 다수 존재하는 경우)과 경찰책임자의 선택(위험상황에 대하여 책임이 있는 자가 다수 존재하는 경우)에 적용된다.

(가) 수단의 선택

수단의 선택과 관련하여 경직법상의 개괄적 수권조항은 간결하게 “위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 취할 수 있다.”고 규정하고 있다.<sup>21)</sup> “위해방지상 필요하다고 인정되는 조치”가 구체적으로 무엇을 의미하는지는 개별사태에 따라 판단되어야 한다. 물론, 과잉금지원칙으로부터는 일정한 한계가 도출될 수 있다. 이에 따라 경찰의 조치가 위해방지라는 목적달성에 부적합하거나(적합성원칙에 반하는 조치), 필요한 한도 이상으로 행해지거나(필요성원칙에 반하는 조치) 또는 위해방지의 이익보다 상대방이 받는 손해가 더 크다면(상당성원칙에 반하는 조치) 그러한 조치는 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치라 할 수 없다.

(나) 다수 경찰책임자 간의 선택에 있어서 재량행사의 기준

다수인이 하나의 위험상황에 대해 경찰책임을 지는 경우가 종종 있다.<sup>22)</sup> 동

20) 같은 견해로는 VG Berlin, NJW 1981, 1748 참조.

21) 경찰관직무집행법 제5조 (위험발생의 방지) ① 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다. 3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것.

22) 다수의 경찰책임자에 관해서는 서정범, “다수의 경찰책임자에 관한 법적 문제”, 「공법연구」 제24집 제2호, 한국공법학회, 1996, 383면 이하; 김현준, “수인의 경찰책임자”, 「공법연구」 제35집 제3호, 한국공법학회, 2007, 233면 이하 참조.

일한 시점에서 한 사람은 행위책임을, 다른 사람은 상태책임을 부담하는 경우가 존재할 수 있으며, 다수의 행위책임자나 다수의 상태책임자가 존재하는 경우도 생각해 볼 수 있다. 나아가 이중책임자(한 사람이 행위책임자이면서 동시에 상태책임자인 경우)가 다른 행위책임자나 상태책임자와 경합하는 경우도 존재할 수 있다. 문헌에서는 다수인이 경찰상의 위협에 대해 전적으로 책임이 있다면 경찰은 모든 경찰책임자에게 경찰권을 발동할 수 있는지 아니면 경찰의 선택재량은 제한될 수 있는지의 문제가 논의되고 있다. 이러한 문제는 특히, 위협상황이 행위책임자뿐만 아니라, 상태책임자에 의해서도 야기된 경우에 논의되고 있다. 하나의 위협상황이 다수의 경찰책임자에 의하여 야기된 경우, 경찰은 누구에게 경찰권을 발동하여야 하는가? 사실 경직법에는 경찰책임자를 선택하는 명확한 기준이 규정되어 있지 않다. 그렇다고 경찰에게 무제한적인 선택재량이 인정되는 것은 아니다. 법치국가에서 경찰의 재량은 법적 기속 하에 놓여 있다(행정소송법 제27조 참조). 경찰책임자의 선택은 경찰의 재량에 속하지만 경찰은 경찰권을 의무에 적합한 재량에 따라 행사하여야 한다. 경찰책임자의 선택과 관련하여서는 무엇보다 '위험방지의 효율성'이라는 관점에 중요한 의미가 부여된다. 즉, 경찰은 위협상황을 가장 신속하고 효과적으로 제거할 수 있는 경찰책임자에게 경찰권을 발동하여야 한다.<sup>23)</sup> 대체로 시간적·장소적으로 위협상황에 가장 근접한 자가 경찰권 발동의 대상이 된다.

그러나 문헌<sup>24)</sup>에서는 경찰의 선택재량을 보다 확고한 제한 하에 두려는 시도가 행해지고 있다. 최근 일부 문헌에서 받아들여지고 있는 견해, 즉 '경찰은 원칙적으로 상태책임자보다 행위책임자에게 우선적으로 경찰권을 발동하여야 한다.'는 견해는 (비록 이것이 국민의 일반적인 법감정에는 부합하는 견해일지 모르나) 견지될 수 없는 견해이다. 이러한 견해는 문헌에서 다음과 같은 수정된 형태, 즉 '가장 효과적이며 신속한 위험방지에 대한 경찰의 이익이 침해되지 않는 한도 내에서는 상태책임자보다 행위책임자에게 우선적으로 경찰권이

23) Garbe, "Die Störerauswahl und das Gebot der gerechten Lastenverteilung", *DÖV* 1998, 632 ff.; Goring/Hokema, "Störerauswahl - VGH München, NVwZ 2001, 458", *JuS* 2002, 21 (22 f.) 참조.

24) 예컨대 Rasch, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 1982, § 5 MEPolG Rn. 21; VGH München, BayVBl. 1979, 307 (309)가 바로 그러하다.

발동될 수 있다.<sup>25)</sup>는 형태로 주장되기도 한다. 그러나 이러한 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 가해질 수 있다. 그것은 법률로부터는 이러한 우선관계가 도출될 수 없다는 점이다. 만일 개별사례에서 행위책임자가 상태책임자보다 우선적으로 선택되어야 한다면 그 이유는 과잉금지원칙 때문일 수 있다. 예컨대 [사례 2]가 바로 그러하다. [사례 2]에서는 '갑'이 운영하는 주유소의 부지(敷地)가 벤젠에 의하여 오염되었고 그 오염된 주유소 부지의 소유자와 주유소 운영자가 다른 경우, 즉 상태책임자와 행위책임자가 병존하는 경우가 문제된다. 이러한 경우 만일 관할 행정청이 급부능력이 있는 주유소 운영자인 '갑'(행위책임자)을 대신하여 일종의 희생자로 볼 수 있는 주유소 부지 소유자 '을'(상태책임자)에게 정화명령을 내린다면 그러한 정화명령은 과잉금지원칙에 반하는 위법한 재량행위가 될 수 있다. 이러한 점에서 개별사례에서 행위책임자가 상태책임자보다 우선적으로 선택되어야 한다면 그 이유는 과잉금지원칙 때문이지, 일부 문헌에서 주장하고 있듯이, '경찰은 원칙적으로 상태책임자보다 행위책임자에게 우선적으로 경찰권을 발동하여야 한다는 원칙' 때문이 아니다.

물론, 개별사례에서는 경찰이 상태책임자보다 행위책임자에게 우선적으로 경찰권을 발동하는 것이 정의의 요청에 부합하는 것이 되는 경우가 있다. 예를 들어 자동차 운전자가 자기 소유가 아닌 자동차를 운행하던 중에 교통사고를 일으켰고 이로 인하여 도로상에 장애가 발생한 경우가 바로 그러하다. 하지만 이러한 경우 경찰이 상태책임자(자동차 소유자)를 선택하더라도 반드시 하자 있는 재량행사가 되는 것은 아니다. 즉, 경찰이 행위책임자(자동차 운전자)를 파악하기 곤란하거나 파악된다 하더라도 장애가 즉시 제거될 수 없는 경우라면 경찰은 상태책임자인 자동차 소유자에게 경찰권을 발동하여야 한다. 다수의 경찰책임자가 존재하는 경우, 경찰은 누구에게 경찰권을 발동해야 하는가의 문제와 관련하여서는 다음의 점도 고려되어야 한다. 즉, 위험방지 또는 장애제거를 위하여 경찰책임자가 지출해야 하는 비용과 경찰책임자의 인적·물적 이행능력,<sup>26)</sup> 경찰책임자의 민법상 처분권과 용익권<sup>27)</sup> 등이 바로 그

25) 예를 들어 OVG Koblenz, NJW 1986, 1369 (1370); VGH München, NVwZ 1987, 912가 바로 그러하다.

26) OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 786 f. 참조.

리하다. 예컨대 경찰이 행위책임자(예: 교통사고를 낸 운전자)를 알 수 없거나 그 밖의 사실상의 이유로 행위책임자에게 경찰권을 발동할 수 없는 경우라면 경찰은 원칙적으로 상대책임자에게도 경찰권을 발동할 수 있어야 한다. 또한 행위책임자가 민법상의 처분권이 없어 홀로 위험을 제거할 수 없는 경우라면 경찰은 위험의 제거를 위하여 상대책임자에게도 경찰권을 발동할 수 있어야 한다.<sup>28)</sup>

[사례 3]은 관할 행정청이 선택재량을 행사하지 않았음을 보여주는 하나의 예가 된다. [사례 3]에서 관할 행정청은 굴착기 기사인 '병'에게 정화 의무를 부과할 수 있음을 전혀 고려하지 않았기 때문에 경찰책임자의 선택에 있어서 하자가 존재한다. 재량행사가 적법하기 위해서는 적절한 사실관계에 기초하여 재량을 행사하여야 한다. [사례 3]에서 관할 행정청은 굴착기 기사인 '병'이 정화비용을 부담할 능력이 없다고 가정하고 있지만 관할 행정청은 '병'이 보험에 가입되어 있는지 여부를 조사할 필요가 있었다. 따라서 [사례 3]에서 관할 행정청이 토지소유자에게 내린 정화조치 명령은 위법하다.

#### 나. 무하자재량행사청구권

경찰은 결정재량과 선택재량을 행사함에 있어서 하자 없는 재량을 행사할 의무가 있다. 때문에 경찰이 재량행사에 적용되는 법원칙을 준수함이 없이 개인에게 위험방지조치를 취한다면 그러한 조치는 개인의 권리를 침해하게 된다. 이러한 문제는 제3자가 경찰작용을 요구할 수 있는 청구권을 갖는지 만일 갖는다면 어느 정도 갖는지의 문제와는 구별되어야 한다. 예전의 지배적 견해는 경찰작용은 단지 공익의 보호에만 그 목적이 있기 때문에 경찰작용에 대한 주관적 권리는 인정될 수 없다고 보았다. 하지만 헌법상의 기본권 목록에도 잘 나타나 있듯이 국가에 대한 국민의 지위는 변화하였고 그 결과 오늘날의 지배적 견해는 개인적 법익에 대한 침해로부터 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위협 또는 장애가 발생하는 경우에는 주관적 권리를 인정하고

27) BVerwG. NVwZ 1990. 474 (475) 참조.

28) 이에 대해서는 Schenke. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 2009. Rn. 286 참조.

있다. 무엇보다 국가의 기본권 보호의무를 통하여 그러한 주관화가 나타났다. 이에 따라 개인은 경찰개입에 관하여 하자 없는 재량결정을 내려 줄 것을 요구할 수 있는 청구권(형식적 주관적 공권으로서 무하자재량행사청구권)을 가지며, 재량이 영(零)으로 수축하는 경우에는 심지어 경찰작용을 요구할 수 있는 청구권(실질적 주관적 공권으로서 경찰개입청구권)을 갖는다. 예컨대 정당 집회의 참가자에게는 반대집회 참가자에 의한 폭력으로부터 경찰의 보호를 요청할 수 있는 청구권이 인정된다. 만일 경찰이 사설경비업체의 투입가능성을 고려하여 개인보호를 원칙적으로 거부한다면 경찰의 거부는 하자 있는 재량행사로 간주될 수 있다.<sup>29)</sup>

[사례 4]에서 경찰의 부작위는 위법하다고 볼 수 있다. 왜냐하면 경찰은 보충성원칙을 잘못 이해한 나머지 여기서는 경찰개입을 위한 전제요건이 존재한다는 사실을 간과하였기 때문이다. 주거침입은 형법상의 범죄(형법 제319조)에 해당하고 또한 '정'이 거주민을 상대로 민사소송을 제기하여 효과적인 권리구제를 받는 것도 가능하지 않기 때문에 [사례 4]에서는 경찰개입을 위한 전제요건(공공의 안녕에 대한 위협)이 존재하였다. 그럼에도 불구하고 경찰은 보충성원칙을 잘못 이해한 나머지 이 점을 간과하였기 때문에 경찰의 부작위는 위법하다고 볼 수 있다. [사례 4]에서 경찰은 자신에게 재량이 부여되어 있음을 전혀 알지 못하였고 그 결과 경찰은 재량을 행사할 수 없었다. 이러한 재량의 불행사는 재량하자를 담고 있다. 게다가 중대한 법익침해가 존재하는 경우([사례 4]에서와 같이 주거침입죄의 경우가 바로 그러하다)에는 경찰의 결정재량은 영(零)으로 수축될 수 있다. 재량이 영(零)으로 수축되는 경우에는 재량행위는 기속행위로 변하게 된다. 따라서 [사례 4]에서 경찰은 개입할 의무가 있고 '정'은 경찰에게 개입을 요구할 수 있는 청구권을 갖는다. 다만, 경찰에게는 가장 적절한 개입시점을 선택할 수 있다는 의미의 선택재량이 부여된다. 따라서 [사례 4]에서 '정'은 개입시점과 관련하여서는 하자 없는 재량행사를 요구할 수 있는 청구권을 갖는데 그친다.

29) Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 104 참조.

### Ⅲ. 재량권의 한계와 재량하자

#### 1. 재량권의 한계

법률이 경찰에게 재량을 부여하고 있다고 해서 경찰은 위험상황에 개입할 것인지 만일 개입한다면 어떻게 개입할 것인지를 “자유롭게” 결정할 수 있음을 의미하지 않는다. 법질서 하에서 “자유재량”이란 존재하지 않는다. 경찰은 재량을 행사해야 하고,<sup>30)</sup> 재량을 행사함에 있어서는 그 한계를 준수해야 한다. 행정소송법 제27조는 “행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이에 따라 경찰에게 재량이 부여되는 경우에도 재량은 일정한 한계 내에서 행사되어야 하며, 경찰의 재량행사가 그 한계를 넘은 경우에는 위법한 재량행사가 되어 법원에 의하여 취소될 수 있다. 반면, 경찰이 재량권의 한계 내에서 재량을 행사한 경우에는 설령 경찰의 재량행사가 “부당”하다 하더라도 법원에 의하여 취소될 수 없다. 경찰에게 허용된 재량권의 한계 내에서 행해진 행위는 적법하고 이 경우 법원은 경찰의 재량행사를 그 자체로서 존중하여야 한다. 특히, 법원은 재량행위의 “합목적성” 내지 “부당성”에 관하여 판결을 내려서는 아니 된다. 왜냐하면 경찰에게 허용된 재량권의 한계 내에서 행사되었지만 합목적적이지는 못한 행위, 즉 부당한 재량행위는 위법성이 결여되어 있기 때문이다. 물론, 경찰의 부당한 재량행위는 행정의 자기통제절차인 행정심판절차에서 취소 또는 변경될 수 있다.

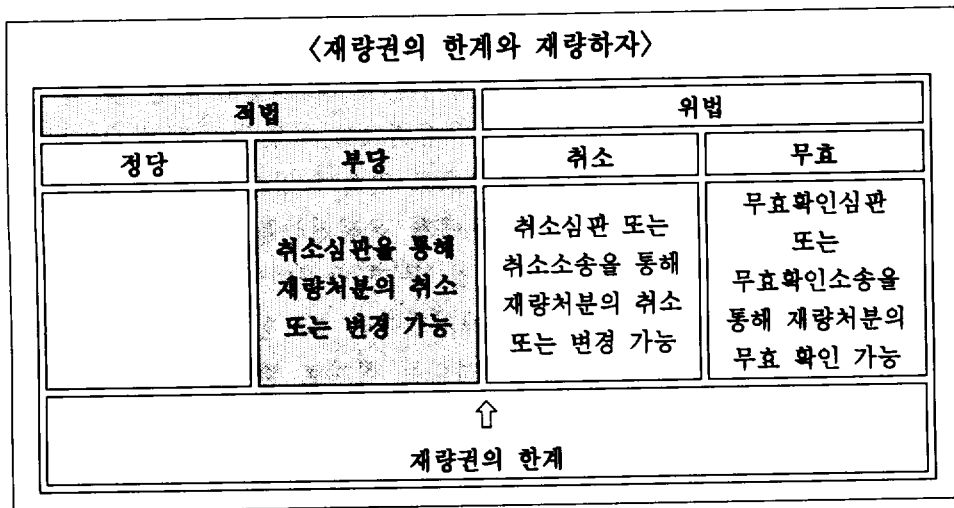
#### 2. 부당한 재량처분

현행법은 재량처분의 경우, 하자의 경중에 따라 부당한 처분과 위법한 처분으로 구분하고 있다. 이러한 점은 행정심판법 제1조와 제5조 제1호<sup>31)</sup>에 잘 나

30) 경찰은 재량을 행사해야 한다는 것이 경찰은 위험상황에 반드시 개입해야 함을 의미하는 것은 아니라는 점에 주의하여야 한다.



타나 있다. 특히, 행정심판법 제5조 제1호는 취소심판을 “행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판”으로 규정하고 있는바, 이로써 취소심판을 통해서는 행정청의 위법한 재량처분은 물론, 부당한 재량처분까지도 취소 또는 변경될 수 있다. 행정심판은 처분의 적법성과 합목적성(부당성)을 행정권 스스로 확보하려는 자율적 통제에 그 중점이 놓여 있다. 이러한 점에서 위법한 처분만을 그 대상으로 하고 행정의 적법성 보장에 그 중점이 놓여 있는 행정소송과 구별된다. 문제는 행정심판의 대상이 되는 “부당한” 재량처분은 언제 존재하는가 하는 점이다. 개념적으로 부당한 재량처분은 행정청이 재량을 행사함에 있어서 다소 그르치게 행사하였으나 재량권의 한계를 벗어나지는 않은 경우를 일컫는다. 환언하면 행정청의 재량처분이 재량권의 한계 내에서 행해졌기 때문에 적법하지만 합목적적이지는 못한 재량처분을 일컬어 부당한 재량처분이라 한다(아래 그림에서 짙은 색으로 표시된 부분이 바로 그러하다). 그렇다면 행정소송을 통해서는 구제될 수 없지만, 행정심판을 통해서는 구제될 수 있는 행정청의 “부당한” 재량처분은 언제 존재하는가?



- 31) 행정심판법 제1조 (목적) 이 법은 행정심판 절차를 통하여 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함을 목적으로 한다. 제5조 (행정심판의 종류) 행정심판의 종류는 다음 각 호와 같다. 1. 취소심판: 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판.

[사례 5]에서 '무'에 대한 A지방경찰청장의 운전면허취소처분은 부당한 재량처분으로 볼 수 있다. 사실 '무'는 단속경찰관에게 적발되어 음주측정을 실시한 결과, 혈중 알코올 농도가 0.117%로 측정되었다. 이로써 '무'는 운전면허취소기준치(혈중 알코올 농도 0.1%)를 넘은 술에 취한 상태에서 운전을 하였기 때문에 A지방경찰청장이 '무'의 운전면허를 취소하더라도 A지방경찰청장의 운전면허취소처분은 재량권의 한계를 벗어난 위법한 재량처분으로 볼 수 없다.<sup>32)</sup> 오늘날 자동차가 급증하고 자동차운전면허도 대형으로 발급되어 교통상황이 날로 혼잡해져 감에 따라 교통법규를 엄격히 준수해야 할 필요성은 더욱 커지고 있고 주취운전으로 인한 교통사고 역시 빈번하게 발생하고 그 결과가 참혹한 경우가 많아 주취운전을 엄격하게 단속해야 할 필요성이 절실한 것이 사실이다. 하지만 [사례 4]에서 '무'는 운전면허를 취득한 이래 10년 8개월 동안 사고 없이 운전을 해 왔고, '무'의 음주운전으로 인하여 아무런 인적·물적 피해가 발생하지 않았으며, 나아가 '무'에게 운전은 생계에 직결되어 있어 운전을 하지 않으면 아니 되는 상황임을 고려할 때, '무'에 대한 A지방경찰청장의 운전면허취소처분은 다소 가혹하다고 볼 수 있다. 즉, 운전면허취소처분을 통해 달성하려는 공익(교통사고발생의 큰 원인이 되는 음주운전을 방지하여 도로교통의 안전 및 질서를 확립하고자 하는 공익)과 사건 당시 음주운전으로 아무런 인적·물적 피해도 야기하지 않은 '무'가 운전면허취소처분으로 인하여 입게 되는 불이익을 비교형량해 볼 때, A지방경찰청장이 '무'에게 운전면허를 취소한 것은 다소 가혹하다고 볼 여지가 있다. 따라서 만일 '무'가 운전면허취소처분은 위법하다는 취지로 행정소송(취소소송)을 제기한다면 그 인용가능성은 낮겠지만,<sup>33)</sup> '무'가 운전면허취소처분은 부당하다는 취지로 행정심판(취소심판)을

32) 물론, 혈중 알코올 농도가 특정 수치를 넘었는지 여부가 운전면허취소처분 또는 운전면허정지처분을 결정하는 절대적 기준이 되는 것은 아니다.

33) 이에 대해서는 다음 대법원 판결 참조. "대학교수가 혈중 알코올농도 0.11%의 주취상태에서 승용차를 운전한 경우 교통사고를 야기하지 않았더라도 면허취소사유에 해당한다."(대법원 1996. 10. 11. 선고 96누10812 판결). "원고가 비록 교회 장로로서 10년 이상 별다른 교통사고 없이 자동차를 운전하여 왔더라도 음주상태에서 같은 교회의 교인들을 집에까지 태워다 주기 위하여 먼 거리를 거리낌 없이 운전하다가 단속경찰관에게 차선위반으로 적발되어 음주측정을 받은 결과 혈액 1밀리리터 당 알코올 1.2밀리그램의 술에 취한 상태로 나

청구한다면 '무'의 청구는 일부 인용되어 110일의 운전면허정지처분으로 변경될 수 있을 것이다.<sup>34)</sup>

### 3. 위법한 재량처분

경찰은 자신에게 부여된 재량을 인식하고 구체적 사례에서 법적 하자 없이 재량을 행사하여야 한다. 경찰의 재량행사가 그 한계를 넘은 경우에는 위법한 재량행사가 되어 법원에 의하여 취소될 수 있다. 일부 문헌<sup>35)</sup>에서는 경찰의 재량행사는 완전한 사법심사를 받을 수 있어야 한다는 견해가 개진된 바 있다. 그러나 이러한 견해는 권력분립원칙에 의하여 보장되는 행정의 독자적 관할과 그에 상응하는 사법의 본질적 한계를 충분히 고려하지 못한 견해이다.<sup>36)</sup> 법원은 재량통제에 일반적으로 적용되는 법원칙에 의거하여 경찰의 재량행사가 그 한계를 넘었는지에 대해서만 통제할 수 있다. 이에 따라 법원은 경찰이 법률에 의하여 부여받은 재량을 전혀 행사하지 않았는지(재량의 불행사), 재량을 일탈하였는지(재량의 일탈) 또는 재량을 부여하는 수권법률의 목적·취지에 부합하지 않는 방식으로 재량을 행사하였는지(재량의 남용)에 대해서만 통제할 수 있다.

타난 것이라면 교통사고 발생의 큰 원인이 되는 음주운전을 방지하여 도로교통의 안전 및 사회안녕질서를 확립하고자 하는 공공의 이익을 비교하여 볼 때, 원고에 대한 이 사건 자동차운전면허취소처분은 적절한 것이다.”(대법원 1990. 11. 9. 선고 90누4495 판결)

- 34) [사례 5]의 기초가 된 사건에서 청구인(운전직 사원)은 운전면허취소처분을 110일의 운전면허정지처분으로 변경을 구하는 행정심판을 청구하였고, 이에 대해 중앙행정심판위원회는 청구인의 청구를 인용하는 재결을 하였다(중앙행정심판위원회 2009. 11. 3. 200920028 재결 참조). 이와 유사한 사례에서는 혈중 알코올 농도 0.128%의 운전면허취소기준치를 넘어 술에 취한 상태에서 원동기장치자전거를 운전하였다는 이유로 운전면허가 취소된 청구인(운수업 종사자)이 운전면허취소처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였는데, 중앙행정심판위원회는 “청구인은 운전면허취소기준치를 넘어 술에 취한 상태에서 원동기장치자전거를 운전한 사실이 분명하나, 운전면허를 취득한 이래 26년 3개월 동안 사고 없이 운전한 점, 이 사건 음주운전으로 아무런 피해가 발생하지 않은 점 등을 고려할 때 이 사건 처분은 다소 가혹하다.”는 이유로 청구인의 청구를 일부 인용하여 운전면허취소처분을 110일의 운전면허정지처분으로 변경하는 재결을 하였다(중앙행정심판위원회 2007. 10. 9. 200710645 재결 참조).

35) H. H. Rupp, *NJW* 1969, 1273 ff.

36) 이에 대해서는 Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 95 참조.

### 가. 재량의 불행사

재량의 불행사는 경찰이 법률에 의하여 부여된 재량을 전혀 행사하지 않은 경우에 존재한다. 경찰은 자신에게 재량이 부여되어 있음을 인식해야 하고 위협방지 또는 장애제거를 위해 존재하는 여러 행위들 간의 선택 가능성을 인식·평가해야 한다. 만일 경찰이 이러한 요구를 따르지 않는 경우 재량의 불행사가 존재한다.<sup>37)</sup> 재량의 불행사는 무엇보다 경찰이 경찰법상 수권규범의 전제요건이 존재한다는 사실을 전혀 인식하지 못한 경우에 존재한다. 즉, 개괄적 수권조항에 따르면 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위협 또는 장애가 존재하는 경우 경찰에게는 행위재량이 부여되어 있지만 경찰이 사실의 착오나 법률의 착오로 인하여 이를 전혀 인식하지 못한 경우가 바로 그러하다. 최근 개정된 동물보호법에 따르면 맹견의 소유자는 맹견을 동반하고 외출할 때에는 맹견에게 목줄과 입마개를 착용시켜야 하고(동물보호법 제6조 제5항, 동물보호법 시행규칙 제7조 제2항), 맹견의 소유자가 이를 위반하여 안전조치를 취하지 아니할 때에는 30만원 이하의 과태료에 처해지게 된다(동물보호법 제26조 제2항 제2호).

<b>동물보호법</b>
제6조 (경정한 사육·관리) ⑤ 소유자 등은 동태대상동물을 동반하고 외출하는 때에는 농림수산식품부령이 정하는 바에 따라 목줄 등 안전조치를 하여야 하며 태실물이 생긴 때에는 즉시 이를 수거하여야 한다.
제26조 (과태료) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 30만원 이하의 과태료에 처한다. 2. 제6조 제5항의 규정을 위반하여 안전조치를 하지 아니하거나 태실물을 수거하지 아니한 자
<b>동물보호법 시행규칙</b>
제7조 (안전조치) ② 소유자 등이 [별표 1]에 따른 맹견을 동반하고 외출하는 때에는 제1항에 따른 목줄 외에 입마개를 하여야 한다. 다만, 윗몸이 3개월

37) Schoch. "Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht", JuS 1994, S. 756 참조.

미반인 맹견은 입마개를 하지 아니할 수 있다.

**[별표 1] 목줄과 입마개를 하여야 하는 맹견의 종류**

(제7조 제2항 관련)

1. 도사견과 그 잡종의 개
2. 아메리칸 핏볼 테리어와 그 잡종의 개
3. 아메리칸 스테퍼드셔 테리어와 그 잡종의 개
4. 스테퍼드셔 블 테리어와 그 잡종의 개
5. 로트와일러와 그 잡종의 개

이러한 규정에도 불구하고 만일 경찰이 개의 품종을 오인하였거나 개의 품종은 알았지만 그 품종이 동물보호법 시행규칙 제7조 제2항 [별표 1]에 규정된 맹견의 종류에 해당한다는 사실을 알지 못한 나머지, (맹견에게 목줄과 입마개를 착용시키지 않은 채 거리를 활보하고 있는) 맹견의 소유자에게 위해 방지에 필요한 조치를 취하지 않는다면 재량의 불행사가 존재한다. 재량의 불행사는 자신에게 재량(결정재량과 선택재량)이 부여되어 있음에도 경찰이 개 입할 의무가 있는 것으로 오인하였거나 재량행사에 요구되는 복수 행위 간의 선택을 전혀 하지 않는 경우에도 존재한다. 예컨대 도로교통법 제93조 제1항38)에 따르면 지방경찰청장은 운전면허를 발급받은 자가 술에 취한 상태에서 자동차를 운전한 때에는 ① 운전면허를 취소하거나 ② 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있음에도 오로지 운전면허의 취소만 존재하는 것으로 오인하여 다른 처분(운전면허의 효력정지)을 고려하지 않은 채 운전면허를 취소하는 경우가 바로 그러하다.

**나. 재량의 일탈**

38) 도로교통법 제93조(운전면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정안전부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다.

재량의 일탈 또는 유월은 경찰이 법질서에 의해 결과적으로 거부된 결정을 내리는 경우에 존재한다. 경찰작용을 위한 전제요건은 존재하지만 개별사태에서 취해진 경찰의 조치가 수권규범에 의하여 더 이상 허용되지 않는 경우, 즉 법률규정이 A, B, C 가운데 어느 하나를 선택할 수 있는 재량을 부여하고 있음에도 경찰이 D나 E와 같은 법률규정 밖의 것을 선택하는 경우가 바로 그러하다.<sup>39)</sup> 예를 들어 전술한 운전면허를 발급받은 자가 술에 취한 상태에서 운전을 한 경우, 도로교통법 제93조 제1항에 따르면 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있음에도 지방경찰청장이 1년 6개월 동안 운전면허의 효력을 정지시키는 처분을 하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이 밖에도 기본권에 대한 침해는 재량의 일탈이라는 결과를 초래할 수 있다. 이와 관련하여서는 평등원칙과 과잉금지원칙에 특별한 의미가 부여된다. 개인의 생명이나 신체 또는 건강과 같이 특별히 높은 가치를 갖는 법익이 위협하고 수인 가능한 유해성이 그 한계를 넘은 경우에는 '과소보호금지원칙'의 관점에서 재량의 일탈이 존재할 수 있다. 예컨대 경찰이 이미 다수의 사람을 공격하여 상해를 입힌 전력이 있는 개의 위협성에 대해 알고 있었지만 (그럼에도 불구하고) 개의 소유자에게 아무런 조치(예: 입마개 착용 명령)를 취하지 않은 경우가 바로 그러하다.

#### 다. 재량의 남용

재량의 남용은 경찰이 재량을 행사함에 있어서 공익과 사익 등과 같이 본질적으로 중요한 관점을 고려하지 않은 경우나 위협방지의 관점에서 더 이상 허용되지 않는, 타당하지 않은 고려 하에 재량결정을 하는 경우에 존재한다. 예를 들어 지역의 숙박업소를 지원하기 위하여 공법규정에 대한 위반 하에 (텐트)야영을 금지시키는 경우<sup>40)</sup>나 특정 정파의 집회를 금지시키는 경우<sup>41)</sup>가 바로 그러하다.

39) 김남진/김연태, 「행정법 I」, 법문사, 2006, 197면.

40) Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 98 참조.

41) 정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2009, 175면.

## N. 결론

이상의 논의를 종합하면 다음과 같은 점이 확정될 수 있다:

1. 경찰책임자의 선택은 경찰의 재량에 속하지만 경찰은 경찰권을 의무에 적합한 재량에 따라 행사하여야 한다. 경찰책임자의 선택과 관련하여서는 무엇보다 '위험방지의 효율성'이라는 관점에 중요한 의미가 부여된다. 즉, 경찰은 위험상황을 가장 신속하고 효과적으로 제거할 수 있는 경찰책임자에게 경찰권을 발동하여야 한다. 대체로 시간적·장소적으로 위험상황에 가장 근접한 자가 경찰권 발동의 대상이 된다. 그러나 최근 일부 문헌에서 받아들여지고 있는 견해, 즉 '경찰은 원칙적으로 상태책임자보다 행위책임자에게 우선적으로 경찰권을 발동하여야 한다.'는 견해는 (비록 이것이 국민의 일반적인 법감정에는 부합하는 견해일지 모르나) 견지될 수 없는 견해이다. 왜냐하면 법률로부터는 이러한 우선관계가 도출될 수 없을 뿐만 아니라, 설령 개별사례에서 행위책임자가 상태책임자보다 우선적으로 선택되어야 한다면 그 이유는 과잉금지원칙 때문이지, 일부 문헌에서 주장하고 있듯이, '경찰은 원칙적으로 상태책임자보다 행위책임자에게 우선적으로 경찰권을 발동하여야 한다는 원칙' 때문이 아니기 때문이다.

2. 현행법은 재량처분의 경우, 하자의 경중에 따라 부당한 처분과 위법한 처분으로 구분하고 있다. 이러한 점은 행정심판법 제1조와 제5조 제1호에 잘 나타나 있다. 특히, 행정심판법 제5조 제1호는 취소심판을 "행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판"으로 규정하고 있는바, 이로써 취소심판을 통해서는 행정청의 위법한 재량처분은 물론, 부당한 재량처분까지도 취소 또는 변경될 수 있다. 행정심판은 처분의 적법성과 합목적성(부당성)을 행정권 스스로 확보하려는 자율적 통제에 그 중점이 놓여 있다. 이러한 점에서 위법한 처분만을 그 대상으로 하고 행정의 적법성 보장에 그 중점이 놓여 있는 행정소송과 구별된다. 개념적으로 "부당한 재량처분"은 행정청이 재량을 행사함에 있어서 다소 그르치게 행사하였으나 재량권의 한계를 벗어나

지는 않은 경우를 일컫는다. 환언하면 행정청의 재량처분이 재량권의 한계 내에서 행해졌기 때문에 적법하지만 합목적적이지는 못한 재량처분을 일컬어 부당한 재량처분이라 한다. 부당한 재량처분의 예로서는 운전면허를 발급받은 자가 운전면허취소기준치를 약간 넘은 술에 취한 상태에서 자동차를 운전하였지만 운전면허를 취득한 이래 오랫동안 사고 없이 운전을 해 왔고, 음주운전으로 아무런 인적·물적 피해가 발생하지 않았으며, 나아가 운전자에게 운전은 생계에 직결되어 있어 운전을 하지 않으면 아니 되는 상황임에도 관할 행정청이 운전자의 운전면허를 취소하는 경우를 생각해 볼 수 있다.

3. “재량의 불행사”는 경찰이 경찰법상 수권규범의 요건이 존재한다는 사실을 전혀 인식하지 못한 경우에 존재한다. 즉, 개괄적 수권조항에 따르면 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위협 또는 장애가 존재하는 경우 경찰에게는 행위재량이 부여되어 있지만 경찰이 사실의 착오나 법률의 착오로 인하여 이를 전혀 인식하지 못한 경우 재량의 불행사가 존재한다. 예를 들어 맹견의 소유자가 맹견에게 목줄과 입마개를 착용시키지 않은 채 거리를 활보하고 있음에도 불구하고 경찰이 개의 품종을 오인하였거나 개의 품종은 알았지만 그 품종이 동물보호법 시행규칙 제7조 제2항 [별표 1]에 규정된 맹견의 종류에 해당한다는 사실을 알지 못한 나머지, 맹견 소유자에게 위해방지에 필요한 조치(예: 입마개 착용 명령)를 취하지 않는 경우가 바로 그러하다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

김남진·김연태, 「행정법 I」, 법문사, 2006.

정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2009.

홍정선, 「경찰행정법」, 박영사, 2010.

김현준, “수인의 경찰책임자”, 「공법연구」 제35집 제3호, 한국공법학회, 2007.



- 서정범, “다수의 경찰책임자에 관한 법적 문제”, 『공법연구』 제24집 제2호, 한국공법학회, 1996.
- 손재영, “경찰법상의 개괄적 수권조항”, 『법학논고』 제31집, 경북대학교 법학연구원, 2009.
- 이기춘, “깨어진 창이론(Broken-Window-Theory)과 무관용경찰활동(Zero-Tolerance-Policing)의 경찰법적 문제점에 관한 고찰”, 『토지공법연구』 제34집, 한국토지공법학회, 2006.

[외국문헌]

- Erbel, Günter, “Öffentliche Sicherheit und Ordnung”, DVBl 2001, 1714 ff.
- Dolderer, Michael, “Verfassungsfragen der “Sicherheit durch Null-Toleranz””, NVwZ 2001, 113 ff.
- Garbe, Thorsten, “Die Störerauswahl und das Gebot der gerechten Lastenverteilung”, DÖV 1998, 632 ff.
- Gorning/Hokema, “Störerauswahl - VGH München, NVwZ 2001, 458”, JuS 2002, 21 ff.
- Knemeyer, Franz-Ludwig, “Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive”, VVDStRL 35 (1977), 221 ff.
- Rasch, Ernst, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 1982.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 2009.
- Schoch, Friedrich, “Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht”, JuS 1994, 754 ff.
- v. Mutius, Albert, “Die Generalklausel im Polizei- und Ordnungsrecht”, Jura 1986, 649 ff.

[Zusammenfassung]

## Gefahrenabwehrmaßnahmen und Opportunitätsprinzip

Son, Jae-Young

*Assistant Professor, Department of Police Law, Keimyung University*

Dieser Beitrag befasst sich mit dem Opportunitätsprinzip und dem Ermessen der Polizei. Auch wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der polizeirechtlichen Generalklausel erfüllt sind, bedeutet dies noch nicht, die Polizeibehörden seien damit stets zum Handeln verpflichtet. Sie sind zur Gefahrenabwehr ermächtigt, nicht aber verpflichtet. Es gilt im Polizeirecht das sog. Opportunitätsprinzip. Es gilt insoweit anderes als für das polizeiliche Handeln im Bereich der Strafverfolgung, in dem die Polizei gem. § 195 StPO zur Erforschung und Aufklärung von Straftaten verpflichtet ist (sog. Legalitätsprinzip). Ein Verhalten der Polizeibehörden, welches sich innerhalb des ihnen eingeräumten Ermessensspielraums bewegt, ist rechtmäßig und als solches durch die Gerichte zu respektieren. Vor allem ist es der Gerichte nicht erlaubt, über die Zweckmäßigkeit des polizeilichen Verhaltens zu treffen. Es mangelt bei einem sich innerhalb des Ermessensspielraums der Polizeibehörde bewegenden, jedoch unzumutbaren Handeln bereits an der objektiven Rechtswidrigkeit.

Sind mehrere Personen in vollem Umfang für eine polizeiliche Gefahr verantwortlich, so stellt sich die Frage, ob die Behörde gegen alle Störer vorzugehen vermag oder ob sich für sie möglicherweise Einschränkungen hinsichtlich des ihr sonst prinzipiell zustehenden Auswahlermessens ergeben. Grundsätzlich wird dies derjenige sein, welcher in der Lage ist, die Gefahr oder Störung am schnellsten und wirksamsten zu beseitigen. Immer wieder ist versucht worden, das Auswahlermessen weiteren, festeren Bindungen zu unterwerfen. Am verbreitetsten ist die These, der Verhaltensstörer sei - weil

dies dem allgemeinen Rechtsgefühl entspreche - grundsätzlich vor dem Zustandsstörer in Anspruch zu nehmen. Gegenüber derartigen und ähnlichen Regeln ist darauf hinzuweisen, dass dem Gesetz kein Rangverhältnis entnommen werden kann. Wenn im konkreten Fall der Verhaltensverantwortliche vor dem Zustandsverantwortlichen auszuwählen ist, kann dies rechtlich nur auf Gründen des Übermaßverbots beruhen, nicht aber auf behaupteten Faustregeln.

Ein Ermessensnichtgebrauch ist dann anzunehmen, falls die Polizeibehörde gar nicht erkannt hat, dass die Tatbestandsvoraussetzungen einer polizeirechtlichen Ermächtigungsnorm vorliegen, beispielsweise auf Grund eines tatsächlichen Irrtums (Sachverhaltsirrtums) oder wegen einer rechtlich fehlerhaften Bewertung (Rechtsirrtums) des von ihr richtig erkannten Sachverhalts gar nicht weiß, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorliegt und ihr damit auf der Basis der polizeirechtlichen Generalklausel ein Verhaltenserlassen eingeräumt ist. Das ist z.B. dann der Fall, wenn in einem Tierschutzgesetz für bestimmte Hunderassen ein Maulkorbzwang vorgesehen ist, ein Polizist aber dennoch nicht gegenüber einem ihm begegnenden, das Verbot missachtenden Hundehalter einschreitet, weil er sich über die Rasse des mitgeführten Hundes irrt oder nicht weiß, dass das Tierschutzgesetz sich auch auf diese Hunderasse erstreckt.

**Key Words** : Opportunitätsprinzip, Entschließungsermessen, Auswahlermessen, Ermessensgrenzen, Ermessensfehler, Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit

