



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](#)

법학석사학위논문

독일 행정법상
‘탈경찰화’(Entpolizeilichung)에
관한 연구

- 우리나라 ‘경찰’ 개념에 대한
올바른 인식을 위하여 -

2019년 2월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

김 순 영

독일 행정법상
‘탈경찰화’(Entpolizeilichung)에
관한 연구

- 우리나라 ‘경찰’ 개념에 대한
올바른 인식을 위하여 -

지도교수 박 정 훈

이 논문을 법학석사학위논문으로 제출함

2018년 10월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

김 순 영

김순영의 석사학위논문을 인준함

2019년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

독일 행정법상 경찰개념은 국가 자체를 의미하는 것에서부터 출발하여 집행경찰에 이르기까지 역사적으로 차츰 축소되는 모습을 보였다. 특히 제2차 세계대전 이후 영국과 미국의 점령지역에서 나타난 질서행정의 분리는 일반적으로 ‘탈경찰화’라고 불린다. 탈경찰화를 통해 추상적 위험방지에 관한 여러 임무가 경찰관청의 관할권으로부터 분리되어 행정관청에서 질서사무로 행해지게 된 것이다.

한편 Knemeyer는 탈경찰화가 세 차례 일어났다고 설명하면서 위의 탈경찰화를 제2차 탈경찰화라고 부른다. Knemeyer에 의하면 제1차 탈경찰화는 경찰의 개념에서 복리행정이 제외되고, 위험방지 임무에 국한되는 현상을 말한다. 이러한 현상이 가장 두드러지게 나타난 계기가 바로 크로이츠베르크 판결이다. 한편 제3차 탈경찰화는 행정관청의 위험방지 활동이 민간 영역으로 이전되는 현상을 말한다.

탈경찰화를 통해 경찰법과 질서법이 분화되는 현상이 나타났고, 독일 각 주의 경찰제도가 분리체계와 단일체제로 나뉘게 되었다. 또한 탈경찰화로 인해 실질적 의미의 경찰과 조직적 의미의 경찰 개념이 구분되는 계기가 되었다. 탈경찰화에 대해서는 나치체제 경찰에서 훼손된 민주주의와 법치주의의 회복과 위험방지 임무의 독립성 및 명확성을 확립하였다는 긍정적인 평가가 있다.

그런데 탈경찰화가 이루어진 바이에른 주에서는 탈경찰화에 대한 비판적인 견해가 대두되고 있다. 탈경찰화로 인해 집행경찰과 안전관청 사이에서 직무범위와 권한을 둘러싼 마찰이 존재한다는 것이다. 여기에 더해 최근의 탈경찰화 이후 반대경향이 대두되고 있다. 행정경찰의 대상으로서 위험 개념이 점차 확대되어 ‘예상위험’ 개념이 등장하기도 하였으며, 테러위험의 증가와 인터넷이라는 새로운

경찰의 임무영역의 등장으로 인해 탈경찰화 이후의 경찰은 큰 도전을 목전에 두고 있다.

이상과 같은 독일 행정법상 탈경찰화에 대한 고찰은 우리나라 경찰과도 관련지을 수 있다. 우리나라 경찰도 제2차 세계대전 이후 독일과 마찬가지로 미군정의 영향을 받아 탈경찰화가 이루어졌기 때문이다. 점차 확장해나가고 있는 경찰권 행사에 관한 통제 문제와 논의되고 있는 자치경찰제도의 시행, 새롭게 부각되는 사이버 공간과 가정폭력 등 영역에서의 경찰활동에 일정한 시사점을 줄 수 있을 것으로 기대한다.

주요어 : 경찰법, 탈경찰화, 크로이츠베르크 판결, 행정경찰, 집행경찰, 경찰관청, 질서관청, 분리체계, 단일체계, 예상위협

학 번 : 2012-23428

목 차

국문초록	i
연구의 목적	1
연구의 범위	6
제1장 예비적 고찰	9
I. 경찰개념의 역사적 발전과정	9
1. 경찰개념의 기원과 초기 근대국가에서의 경찰	9
2. 18세기 절대주의 국가시대에서의 경찰	10
3. 19세기 경찰개념의 변화와 발전	11
4. 바이마르 공화국과 나치체제 하에서의 경찰	13
5. 제2차 세계대전 이후의 경찰	15
6. 현재의 경찰	17
II. 경찰의 분류	18
1. 실질적·형식적·조직적 의미의 경찰	19
2. 행정경찰과 사법경찰	20
3. 국가경찰과 자치체경찰	22

제2장 탈경찰화의 개념과 과정	23
I. 탈경찰화의 개념	23
II. 구별개념	25
1. 제1차 탈경찰화 — 크로이츠베르크 판결	25
2. 제3차 탈경찰화	27
3. 평가	28
III. 협의의 탈경찰화 과정	30
1. 영국군 점령지역	30
2. 미국군 점령지역	33
3. 프랑스군 점령지역	36
4. 소련군 점령지역	36
IV. 탈경찰화의 결과 및 평가	37
1. 경찰법과 질서법의 구별	37
2. 분리체계와 단일체계의 구별	38
3. 실질적 의미의 경찰과 조직적 의미의 경찰의 구별	39
4. 민주·법치주의 회복과 위험방지 임무의 독립성·명확성 확립	40

제3장 최근의 탈경찰화 이후 반대경향	43
I. 탈경찰화에 대한 비판적 견해	43
1. 집행경찰과 안전관청 사이 직무범위로 인한 마찰 ·	44
2. 집행경찰과 안전관청 사이 권한의 불명확성	45
II. 행정경찰의 대상으로서 위험 개념의 확대	47
1. 전통적 위험 개념의 확대	47
2. ‘예상위험’(drohende Gefahr) 개념의 등장	50
3. 평가	53
III. 테러위협에 대한 경찰의 개입 확장	54
1. 테러방지를 위한 경찰의 예방활동 필요성	54
2. 경찰과 정보기관의 테러예방과 탈경찰화와의 접점	56
IV. 경찰의 새로운 임무영역으로서의 인터넷	57
1. 인터넷 환경의 특수성	57
2. 인터넷 환경에서의 경찰 작용	57
제4장 우리나라에의 시사점	59
I. 행정경찰로서의 보안경찰의 확대 경향	59
1. 광복 이후 우리나라에서의 탈경찰화	59
2. 최근 보안경찰의 확대 경향과 한계 설정	60

Ⅱ. 사법경찰작용을 매개로 한 형식적 경찰의 확장	62
1. 수사를 단초로 한 집행경찰의 질서행정작용 개입	· 62
2. 질서행정청의 권한 회복을 통한 견제 62
Ⅲ. 자치경찰을 통한 실질적 의미의 경찰 회복 63
1. 자치경찰 관련 동향 64
2. 탈경찰화와 자치경찰 64
Ⅳ. 새롭게 부각되는 행정영역에서의 경찰 66
1. 사이버공간에서의 위협 확대와 그 대응 66
2. 「가정폭력처벌법」상 긴급임시조치의 성격 67
제5장 요약 및 결어 70
Ⅰ. 요약 70
Ⅱ. 결어 72
참고문헌 74
Zusammenfassung 79

연구의 목적

최근 우리나라의 경찰은 중대한 변화를 앞두고 있다. 2018년 1월 문재인 정부가 발표한 ‘권력기관 개혁안’에서는 검찰과 경찰 사이의 수사권 조정과 자치경찰제의 전면적 시행, 수사경찰과 행정경찰의 분리 등 경찰의 변화와 관련된 다양한 주제를 포함하고 있다.

그런데 최근 진행 중인 경찰의 변화 양상에는 주목해야 할 부분이 있다. 그것은 바로 ‘수사’ 내지는 ‘사법경찰’을 중심축으로 하여 경찰의 변화가 이루어지고 있다는 점이다. 물론 ‘권력기관 개혁안’은 수사권 조정과 자치경찰제의 시행, 수사경찰과 행정경찰의 분리를 동등하게 나열하고 있다. 그렇지만 권력기관 개혁안이 마련된 배경에 수사권 조정을 통한 검찰 개혁과 대공수사권 분리를 수단으로 하는 국가정보원 개혁이 모두 연관되어 있는 점과 검찰청과 경찰청 사이에 수사권을 두고 오랜 시간 논란이 있었던 점들을 고려할 때, ‘수사’가 경찰 변화의 주요 원인이라는 인식은 피할 수 없을 것이다. 또한 수사권을 경찰에 부여함으로써 야기되는 경찰권의 비대화를 견제하기 위한 수단으로서 자치경찰제의 전면적인 시행과, 수사경찰 및 행정경찰의 분리가 논의되고 있다는 점도 이를 뒷받침한다.

이처럼 경찰 외부에서 경찰을 바라보는 인식의 틀이 ‘행정경찰’ 보다는 ‘사법경찰’을 바탕으로 형성되어 있는 점은 일상생활에서도 느낄 수 있다. 가령 경찰관이 장래희망인 어린이들에게 ‘경찰’을 설명해보라고 하면, 거의 대부분의 어린이들이 “나쁜 사람들 잡아서 혼내주는”이라는 수식어를 사용하여 ‘사법경찰’로서의 경찰을 표현하기 마련일 것이고, ‘행정경찰’ 개념에 기초하여 “위험한 곳이면 어디든지 나타나는”이라는 수식어를 사용하지는 않을 것이다. 이러한 인식은 비단 어린이들에게만 국한된 것은 아닐 것이다. 언론매체에서 경찰에 관해 다루고 있는 내용의 대부분은 ‘사건’에 관련된 점에 기초

할 때, 어른과 아이 가릴 것 없이 우리나라에서 경찰에 대한 인식은 굉장히 사법경찰에 치우쳐 있고 행정경찰에 대한 인식은 여전히 부족한 것을 알 수 있다.

그렇다면 ‘제복을 입은 경찰’ 내부에서의 경찰에 대한 인식은 어떠한가. ‘범죄신고는 112’라는 표어에서도 알 수 있듯이 일반 시민들이 경찰을 찾게 되는 전제를 ‘범죄’로 두고 있다고 볼 수 있고, 사법경찰을 중심으로 한 일반 시민들의 인식 수준과 크게 차이가 나지 않음을 짐작할 수 있다. 경찰관들이 직무를 수행하는 과정에서 국민의 생명·신체·재산에 대한 침해가 충분히 예견되는 경우라 할지라도 범죄와 관련되지 않으면 경찰권 행사가 어렵다고 생각 내지는 오인하게 된 배경에는 앞서 본 것처럼 경찰에 관한 인식의 틀에 ‘사법경찰’ 중심의 사고가 상당히 뿌리 깊게 작용하고 있다.

그러나 경찰의 본래적 개념은 공공의 안전과 질서에 대한 위협을 방지하는 ‘행정경찰’이라는 점에 유념해야 한다.¹⁾ 이러한 경찰개념은 오랜 역사를 거치면서 가다듬어진 결과이다. 유럽에서 ‘경찰(Polizei, police)’이라는 개념은 그리스어의 ‘πολιτεια’나 라틴어의 ‘politia’에서 유래하여, 중세까지 국가 자체를 의미한 것에서부터 시대를 거듭할수록 차츰 축소되는 모습을 보였다. 그 이후 경찰개념은 근대초기부터 모든 국가작용을 포괄하는 용어로 변화하였고,²⁾ 18세기에는 국가작용의 분화가 일어나 경찰은 내무행정을 의미하는 것으로 파악되었다가, 그 후 질서유지를 위한 소극적인 행정작용으로 축소되었다. 특히 독일에서는 제2차 세계대전 이후에 위협방지에 관해 일반 행정기관이 담당하는 질서행정(Ordnungsverwaltung) 영역을 분리하여 경찰이 오직 집행경찰에 국한되는 ‘탈경찰화’(Entpolizeilichung)가 진행되기까지 이르렀다.³⁾

이처럼 독일에서는 프랑스나 영국, 미국과 달리 ‘탈경찰화’라는 경

1) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2010, 388쪽 참조.

2) 김동희, 행정법Ⅱ, 제24판, 박영사, 2018, 189쪽 참조.

3) 박정훈, 전게서, 388쪽 참조.

찰개념의 축소 과정을 경험하였다. 그리고 그 과정을 되짚어 보면 가장 기본이 되는 경찰개념은 경찰기관에 의한 위험방지 활동인 집행경찰활동과 일반 행정기관의 질서유지 작용을 모두 포함한 실질적 의미의 ‘행정경찰’임을 알 수 있다. 다시 말해, 경찰의 개념이 오랜 역사에 걸쳐 축소를 거듭하였음에도 불구하고 남아 있는 위험방지 활동이 바로 경찰 개념의 ‘중핵’이라고 할 수 있고, 이를 ‘행정경찰’이라고 부르는 것이다.

한편, 독일 행정법상 탈경찰화는 우리나라 경찰과도 관련지을 수 있다. 우리나라 경찰도 20세기 초 일본의 지배하에 있었고, 제2차 세계대전 이후 독일과 마찬가지로 미군정의 영향을 받았기 때문에, 경찰제도에 있어서도 독일 행정법상 탈경찰화와는 접점을 찾을 수 있다.

우리나라 경찰에 관해 살펴보면, 갑오개혁을 거치면서 근대적 의미의 경찰제도가 도입되었고, 경찰이라는 용어도 처음 나타나게 되었다.⁴⁾ 그 후 일제 강점기 광범위한 직무영역을 보유했던 헌병경찰제도와 3·1운동 이후 보통경찰제도를 거쳐, 광복 이후 내무부장관 소속의 치안국이 설치되었고,⁵⁾ 오늘날 행정안전부 소속의 외청인 경찰청에까지 이르렀다. 특히 1991년 제정된 「경찰법」에서는 경찰의 임무를 ‘범죄의 진압 및 수사’ 이외에도 ‘공공의 안녕과 질서유지’ 등 실질적 의미의 ‘행정경찰’로 분명히 규정하고 있다.⁶⁾

이를 종합할 때, 우리나라에서 경찰에 관한 최근의 논의가 ‘사법경찰’을 중심으로 이루어지고 있으며, 독일과 달리 경찰 개념에 관

4) 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007, 10쪽; 김동희, 행정법Ⅱ, 제24판, 박영사, 2018, 191쪽 참조.

5) 정부조직법[법률 제1호, 1948. 7. 17. 제정] 제15조 내무부장관은 치안·지방행정·의원선거, 토목과 소방에 관한 사무를 장리하고 지방자치단체를 감독한다.

6) 경찰법[법률 제4369호, 1991. 5. 31. 제정] 제3조(경찰의 임무) 경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다.

한 본래적 의미의 ‘행정경찰’은 경찰의 변화에 관한 논의에서 상대적으로 소외되고 있는 측면은 간과되어서는 아니 될 문제점이라고 할 수 있다.

또한 행정경찰이 공공의 안전과 질서에 대한 위험방지를 의미하게 된 과정이 독일 행정법에서 발생한 탈경찰화 과정을 통해 이뤄졌음을 구체적으로 이해할 필요가 있다. 즉, 탈경찰화를 통해 경찰개념이 축소를 거듭하여도 버려지지 않는 것이 무엇인지 알아볼 필요가 있다.

마지막으로 우리나라에서 경찰청 소속의 경찰관, 다시 말해 ‘제복을 입은 경찰’에 범위를 한정하여 경찰의 변화에 관한 논의가 진행되고 있음에도 문제의식을 갖고자 한다. 독일에서는 탈경찰화의 결과로서 집행경찰과 질서관청 또는 안전관청의 분리가 이루어졌는데, 이에 관한 문제점 또는 비판이 무엇인지 알아볼 필요가 있다. 이를 통해 우리나라에서 경찰에 관한 사고가 단순한 집행작용만 하는 ‘형식적 의미의 경찰’에 깊게 뿌리를 내린 채, 위험방지와 질서유지를 중심으로 하는 ‘실질적 의미의 경찰’을 기반으로 경찰에 관한 논의가 진행되고 있지 못한 점도 지적하고자 한다.

그러므로 본 논문에서는 독일 행정법상 경찰개념의 변화 과정에서 중대한 현상이라고 할 수 있는 ‘탈경찰화’에 대해 알아볼 것이다. 탈경찰화는 경찰의 개념 내지 임무와 관련되어 있다는 점에서 특히 중요하다. 따라서 탈경찰화 이전의 경찰개념과 임무, 탈경찰화를 통한 변화양상과 그 결과, 탈경찰화에 대한 평가와 탈경찰화 이후 최근의 탈경찰화 반대경향에 대해 살펴보고, 독일에서 실질적 의미의 행정경찰이 어떻게 자리 잡게 되었는지 알아볼 것이다.

이를 통해 우리나라에서 경찰을 어떠한 사고의 틀에서 인식해야 하고, 경찰작용을 살펴봄에 있어서 사법경찰을 중심으로 하는 현재의 시각을 행정경찰을 중심으로 교정하고자 하는 데에 본 연구의 목적이 있다. 또한 최근 진행되고 있는 자치경찰제도의 설계와 시

행, 사법경찰과 행정경찰의 분리에 관한 논의에 있어서도 탈경찰화에 대한 고찰을 통해 앞으로 변화하고자 하는 지향점을 바로 하는데 이정표가 될 수 있을 것이다.

부수적으로는 경찰개념의 변화 과정에서도 보다시피 전통적 행정법이론이 경찰법을 중심으로 형성되었고, 오늘날의 행정작용을 이해하기 위한 전제로서 경찰작용에 대한 이해는 필수적임을 알 수 있다. 이런 점에서 행정경찰을 중심으로 한 사고는 행정법에 대한 깊은 사고 작용에도 도움이 될 것이다.

연구의 범위

본 연구는 독일 행정법상 탈경찰화에 초점을 맞추고 있으므로 별도의 언급이 없으면 독일 행정법상의 개념을 가리킨다.

먼저 예비적 고찰의 일환으로서, 연구의 대상인 경찰개념의 역사적 발전과정과 경찰개념이 어떻게 분류되는지 알아본다(제1장). 경찰개념의 역사적 발전 과정은 경찰의 기원에서부터 시작하여 18세기 절대주의국가 시대에서의 경찰과 19세기 자유주의적 경찰개념으로의 변화를 살펴보고, 바이마르 공화국 시기와 나치체제 하에서의 경찰개념의 변화를 거쳐 제2차 세계대전 이후, 현재에 이르기까지 순서로 독일 경찰법 교과서들을 기초로 살펴본다. 이를 통해 경찰의 개념이 어떻게 축소되어 왔는지를 개관한다.

그리고 경찰의 분류와 관련하여 본론에서 자주 언급될 개념인 형식적·실질적·제도적 의미의 경찰, 행정·사법경찰, 국가·자치체 경찰이 무엇인지에 대해 미리 다룬다.

본론의 첫 번째 부분으로서, 탈경찰화의 개념과 그 과정, 탈경찰화의 결과에 대해 본격적으로 알아본다(제2장). 앞서 경찰개념의 역사적 발전과정에 비추어 탈경찰화의 개념을 넓은 의미로 우선 파악하고, 이 중 제2차 세계대전 이후에 연합국의 점령 지역에서의 집행경찰과 질서행정의 분리 과정을 ‘협회의 탈경찰화’로 정의한다. 이하에서의 논의는 이 ‘협회의 탈경찰화’를 중심으로 이루어진다.

한편, 협회의 탈경찰화와의 구별개념으로서 Knemeyer에 의한 ‘3단계 탈경찰화론’⁷⁾을 다룬다. 그 중 크로이츠베르크 판결에 관한 제1차 탈경찰화와 경찰행정의 민간영역으로의 이전을 의미하는 제3차 탈경찰화에 관하여 본 논문의 주 논의대상인 ‘협회의 탈경찰화’와 어떠한 차이점이 있는지 비판적으로 검토한다. 그리고 제2차 세계대

7) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn. 6-18 참조.

전 이후 연합군의 점령 지역별로 협의의 탈경찰화가 각각 어떠한 모습으로 진행되었는지 그 과정을 1952년 Pioch의 경찰법 교과서⁸⁾와 최근 Bastian의 논문⁹⁾을 중심으로 살펴본다. 그리고 협의의 탈경찰화의 결과 및 평가로서, 독일에서 경찰법과 질서법의 구별, 분리체계와 단일체계의 분화, 실질적·조직적 의미의 경찰의 구별이 이뤄지게 되었음을 밝히고, 탈경찰화를 통해 민주·법치주의의 회복과 위험방지 임무의 독립성·명확성이 확립되었음을 논한다.

본론의 두 번째 부분에서는 협의의 탈경찰화에 대한 비판과 탈경찰화가 이뤄진 이후의 탈경찰화에 대한 반대경향에 대해 알아본다(제3장). 먼저 협의의 탈경찰화에 대한 비판적 견해는 바이에른 주의 경찰법 통합 논의를 중심으로 집행경찰과 안전관청 사이 직무범위와 권한을 둘러싼 마찰에 대해 다룬다.

다음으로 탈경찰화에 대한 반동 또는 ‘재경찰화’(Repolizeilichung)로서, 협의의 탈경찰화 이후 시점에 나타나고 있는 탈경찰화 반대경향을 다룬다. 특히 행정경찰의 대상으로서 위험개념의 확대 경향과 최근 바이에른 주 경찰임무법(Polizeiaufgabengesetz; BayPAG)의 개정으로 등장하게 된 ‘예상위험’(drohende Gefahr) 개념에 대해 논한다. 또한 테러방지를 위한 예방적 정보수집의 필요성, 인터넷의 발달로 인한 사이버영역에서의 경찰활동 등 탈경찰화 이후 체제에 독일경찰에 새로이 가해지는 도전과 그에 대한 극복이 어떠한 형태로 이루어지는지 대해 알아본다.

본론의 세 번째 부분에서는 독일 행정법상 탈경찰화와 그 이후의 변화가 우리나라에 주는 시사점이 무엇인지에 관하여 살펴본다(제4장). 먼저 우리나라 경찰의 변천사를 간략하게 개괄하고, 정보경찰의 확대 경향과 그에 대한 개혁과 통제에 관해 살펴보겠다. 또한 자치

8) Pioch, Das Polizeirecht: einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Aufl, 1952.

9) Bastian, Westdeutsches Polizeirecht unter alliierter Besatzung (1945-1955), 2010.

경찰제 도입 및 시행과 관련하여 자치경찰의 임무와 권한을 단순히 국가경찰로부터 이양하는 것에서 나아가 협의의 탈경찰화 이후 단일체계를 취하는 주를 참조하거나 또는 ‘실질적 의미’의 행정경찰 개념에 비추어 질서행정과 집행경찰의 결합 형태로 추진될 수 있음을 제안하고자 한다. 마지막으로 사이버공간에서의 위협 확대, 가정 폭력 방지의 필요성 등 새롭게 부각되는 행정영역에서의 경찰의 역할을 분석 및 검토한다. 이를 통해 독일 행정법상 탈경찰화가 우리나라 경찰에 주는 메시지가 무엇인지 알아본다.

마지막으로 제5장에서는 이상의 논의를 요약하고 결론을 내리는 것으로 논문을 마친다.

제1장 예비적 고찰

I. 경찰개념의 역사적 발전과정

경찰법의 역사적 발전은 경찰개념의 변화와 연관된다.¹⁰⁾ 또한 경찰법의 역사는 국가의 임무와 목적에 관한 변천사와도 밀접한 관련을 맺고 있다.¹¹⁾ 나아가 전통적인 행정법이론은 경찰법에서 사용된 개념을 중심으로 형성되어 온 점을 고려할 때, 경찰개념의 역사적 발전과정을 고찰하는 것은 경찰법의 발전을 포함하여 국가의 임무와 목적에 대해 다루는 행정법을 이해하는 기초가 된다.

지금부터는 독일 행정법상 경찰개념의 역사적 발전과정에 대해 경찰개념의 기원에서부터 초기 근대국가에 이르기까지 과정을 먼저 살피고, 18세기 절대국가 시대와 19세기 위험방지를 중심으로 한 경찰개념이 나타나기까지에 이르는 변화를 살핀다. 그리고 나치체제 하에서의 경찰 개념과 제2차 세계대전 이후의 경찰 개념, 현대의 경찰 개념 순으로 살핀다.

1. 경찰개념의 기원과 초기 근대국가에서의 경찰

유럽대륙에서 ‘경찰’(Polizei, 古語 Policity)은 그리스어의 ‘πολιτεία (politeia)’나 라틴어의 ‘politia’에서 유래한 것으로서 정치(Politik)라는 개념의 어원이기도 하다.¹²⁾ 경찰은 그 기원상 중세까지 국가(또

10) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §2 Rn.1 참조.

11) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Rn.90 참조.

12) Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2017, Rn.4; Kugelmann, a.a.O., Rn.91 참조.

는 도시국가) 자체 또는 일반적인 통치 작용을 의미하다가 근대초기부터 모든 국가작용을 포괄하는 용어로 사용되었다.¹³⁾

독일에서는 15세기 후반에 ‘Polizei’라는 용어가 생성되어 관방용어(Kanzleisprache)로 사용되었고, 1530년과 1548년, 1577년의 「제국경찰령」(Reichspolizeiordnungen)에서도 널리 사용되었다.¹⁴⁾

15세기에서 17세기 사이 경찰의 개념은 두 가지 의미를 가리키는 데, 첫 번째는 ‘질서정연한 공동체의 상태’(gute Polizey)이고, 두 번째는 질서정연한 공동체의 상태의 보존 또는 회복을 위한 활동이다.¹⁵⁾ 이 시기에는 공법과 사법 사이의 구별 없이 법률상 규율되는 공공생활에 관한 광범위한 영역들이 경찰작용의 대상이 되었다. 가령, 질서정연한 공동체의 상태는 오늘날 경제법 영역에 속하는 독점, 관세, 도량형, 물가에 관한 사항은 물론 종교와 풍속에 관한 사항까지도 포함하고 있었으며, 순수한 사법(私法) 영역에 해당하는 계약, 후견, 토지, 상속에 관하여도 그 대상으로 하였다.¹⁶⁾

2. 18세기 절대주의 국가시대에서의 경찰

18세기는 경찰국가 시대라고도 불리며, 경찰개념을 중심으로 공법이 형성되기 시작한 시기이다.¹⁷⁾ 오늘날 ‘경찰국가’라는 표현은 상반

13) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2010, 388쪽; 이승민, 프랑스의 경찰행정, 경인문화사, 2014, 14쪽 참조.

14) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn. 2; Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Rn. 91; 김동희, 행정법 II, 제24판, 박영사, 2018, 189쪽; 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007, 6쪽 참조.

15) Stolleis/Boldt/Petri, Geschichte der Polizei in Deutschland, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, Kap. A Rn. 4; Knemeyer, a.a.O., Rn. 2 참조.

16) Knemeyer, a.a.O., Rn. 2 참조.

17) 이원우, 독일의 공법질서와 체계: 심익섭, M.치맥 공편, 독일연방공화국 60년, 오름, 2009, 제5장, 207-208쪽 참조.

된 의미로 사용된다. 하나는 질서유지를 위한 공권력이 진압을 위해 과도하게 사용되는 국가로서의 부정적 의미이고, 다른 하나는 경찰이 ‘질서정연한 공동체의 상태’(gute Polizey)를 달성하기 위해 적극적인 복리작용까지 수행하는 적극적 국가로서의 긍정적 의미이다.¹⁸⁾

그런데 18세기에는 경찰개념을 중심으로 국가의 행정권한이 확대되었고, ‘경찰권’(ius polittiae)은 단순한 소극적 질서유지 작용에 그치지 않고, 적극적인 복리작용까지 영역을 넓히는 등 경찰개념은 경찰권을 행사하는 국가행정의 총체를 가리키는 것이 되었다.¹⁹⁾ 다만, 이 시기 복리작용에 대해서는 오늘날의 사회보장적 행정에서의 의미와는 달리, 신민(Untertanen)의 생활영역에 대한 절대군주의 광범위한 규율 가능성을 보장하기 위한 것임에 유의하여야 할 필요는 있다.²⁰⁾ 그렇지만 18세기 경찰개념은 복리국가적 특징을 지녔고,²¹⁾ 긍정적 의미에서의 경찰국가를 말하는 것이라고 할 수 있다.

3. 19세기 경찰개념의 변화와 발전

독일에서 19세기에는 자유주의적 경찰개념이 확립되었다.²²⁾ 그 단초는 18세기 후반부터 나타나기 시작하였다. 1770년 괴팅겐의 공법학자 Johann Stephan Pütter는 ‘위험방지 임무’(cura avertendi mala futura)로서의 경찰권을 설명하면서, 복지의 증진은 경찰 본연의 임무가 아니라고 하였다.²³⁾ 이러한 관념은 1794년 「프로이센 일반관

18) 이원우, 독일의 공법질서와 체계: 심익섭, M.치맥 공편, 독일연방공화국 60년, 오름, 2009, 제5장, 208쪽 참조.

19) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §2 Rn. 3; 이원우, 전제논문, 208쪽 참조.

20) 서정범, 경찰개념의 역사적 발전에 관한 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007, 12쪽, 각주 24 참조.

21) Götz, a.a.O., §2 Rn. 5 참조.

22) 이원우, 전제논문, 211쪽 참조.

23) Götz, a.a.O., §2 Rn. 6; Knemeyer, a.a.O., Rn. 6; Pütter, Institutiones iuris publici Germanici, 6. Aufl., 1802, Lib. VII Cap. III §331;

트법」(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten; PrALR)에 반영되었고, 경찰의 관할권에 대해 규정한 제2편 제17장 제1절 제10조에서 위험방지와 공공의 평온, 안전, 질서는 “경찰의 직무”에 속한다고 규정하게 되었다.²⁴⁾

1882년 프로이센 고등행정법원의 크로이츠베르크 판결²⁵⁾은 경찰개념에 대해 결정적인 전환점이 되었다. 프로이센 고등행정재판소는 베를린 크로이츠베르크에 있는 전승기념비(Kaiserdenkmal)에 대한 조망을 주변 건축물의 고도를 제한하는 방법으로 유지하여야 한다는 경찰명령에 대해 「프로이센 일반란트법」 제2편 제17장 제10조를 적용하여 그러한 경찰명령이 허용되지 않는 것으로 판단하였다. 그러한 문제는 복지증진사무와 관련된 것으로서, 위험방지가 아닌 공공복리의 증진이 문제되는 사무라고 한다면 이미 건축경찰 관할권의 한계를 넘어선 것으로 보아야 한다고 판시하였다.²⁶⁾ 이처럼 크로이츠베르크 판결을 계기로 하여 경찰의 권한은 위험방지에 국한되었으며, 복지증진과 같은 적극적인 요소는 경찰의 임무에서 제외되었다.²⁷⁾ 이를 Knemeyer는 제1차 탈경찰화라고 한다.²⁸⁾ 한편, 크로이츠베르크 판결에 대해 판단의 근거규정이 ‘경찰 관할권’이라는 제목의 장에 위치하고 있으며, 경찰의 개념을 규정한 것이 아니므로, 프로이센 일반란트법이 경찰 개념으로부터 복지증진을 제외시켰다고 볼 수 없다는 주장도 있다.²⁹⁾ 크로이츠베르크 판결에 대한 자세

promovendae salutis cura proprie non est politiae

24) “Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.”

25) PrOVGE 9, 353 ff.; Preuß OVG, Urteil vom 14.6.1882. 이에 관해 Das Kreuzberg-Urteil mit Einleitung von Prof. Karl Kroeschell, VBIBW 1993, S.268-276 참조.

26) PrOVGE 9, 353 ff.

27) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap.1 Rn.101 참조.

28) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn.6; 자세한 내용과 평가는 후술한 제2장 참조.

한 내용과 평가는 제2장에서 구체적으로 논하겠다.

4. 바이마르 공화국과 나치체제 하에서의 경찰

1931년 6월 1일의 「프로이센 경찰행정법」(Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz) 제14조³⁰⁾는 경찰의 임무에 대해, 경찰관청은 공공의 안녕과 질서를 위협하는 위험을 방지하는 것을 그의 임무로 한다고 규정하였다. 이러한 프로이센 경찰행정법은 자유주의와 법치국가적 성격 덕분에 큰 지지를 받았다.³¹⁾ 프로이센을 대표로 하는 독일 북부 지역은 위와 같은 특징을 지니고 있었다.³²⁾ 한편, 독일 남부 지역의 경찰법은 형사법과 밀접한 연관을 지니고 있었고, 경찰의 임무와 권한은 「경찰형법전」(Polizeistrafgesetzbuch)을 통하여 도출되었다.³³⁾ 그렇지만 독일 남부 지역에서도 독일 북부 지역과 마찬가지로 경찰의 임무를 위협방지에 국한하는 것이 경찰상 강제권한의 배경을 이루고 있었다.³⁴⁾

1933년부터 1945년까지 법치국가적 경찰법의 발전은 중단되었다.³⁵⁾ 나치주의자들은 경찰을 권력의 획득, 행사 및 유지를 위한 강

29) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §2 Rn 11 참조.

30) (1) Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

(2) Daneben haben die Polizeibehörden diejenigen Aufgaben zu erfüllen, die ihnen durch Gesetz besonder übertragen sind.

31) Bastian, Westdeutsches Polizeirecht unter alliierter Besatzung (1945-1955), 2010, S. 1 참조.

32) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap. 1 Rn. 102 참조.

33) Kugelmann, a.a.O., Kap. 1 Rn. 103 참조.

34) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn. 9; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2018, Rn. 6 참조.

35) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §2 Rn. 12 참조.

제적인 수단으로 전락시켰다.³⁶⁾ 정치적 관련성이 없는 사안에 대해서는 전적으로 바이마르 공화국의 법치국가적 경찰법이 계속 적용되었으나,³⁷⁾ 방화명령(Brandverordnung)과 수권법(Ermächtigungsgesetz)을 통하여 법치국가 원리에 기초한 바이마르 경찰법은 그 기반을 완전히 상실하게 되었다.³⁸⁾

나치정권의 본격적인 출범과 함께 법치국가는 해체 수순을 밟게 되어 프로이센 경찰행정법은 명목상 폐지되지는 않았지만 그 의미를 상실하게 되었다. 또한 경찰의 중앙집권화가 이루어져 주 경찰은 완전히 연방 소속으로 넘어가게 되었고, 이른바 ‘게슈타포’(국가비밀경찰, Geheimstaatspolizei; Gestapo)와 같이 정치경찰로의 성격 변화는 가속화되었으며, 행정재판권도 1939년 사실상 폐지되었다. 그리고 프로이센 경찰행정법 제14조의 개괄적 수권조항에 대한 나치 관점의 재해석까지 일어나, ‘공공의 안녕에 대한 침해’는 나치주의 주장에 대해 저항하거나 불쾌감을 표시하거나 국가를 배척하려는 행동 및 새로이 정립된 독일혈맹의 안녕과 발전을 위한 프로이센 경찰행정법의 이념에 대항하는 행위로까지 해석되기까지 이르렀다. 이는 또한 개괄적 수권조항의 정치적 남용 가능성을 경계하게 되는 단적인 사례이기도 하다.³⁹⁾

결국 나치체제 하에서의 경찰법을 묘사하자면 새로운 경찰개념으로서 ‘국민 공동체의 질서’(Ordnung der Volksgemeinschaft)를 보호

36) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §2 Rn. 12 참조.

37) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2018, Rn 7 참조.

38) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap. 1 Rn. 106; 바이마르 헌법은 제48조에서 수상에게 법원의 통제를 받지 않는 긴급명령(Notverordnung)을 발할 권한을 부여하고 있었고, 이에 근거하여 제정된 것이 방화명령(Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat)이다. (서정범·박병욱 역, 쿠겔만의 독일경찰법, 세창출판사, 2015, 38쪽, 역주 참조)

39) 이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004, 94쪽 참조.

하는 것을 내세워 개인의 자유보다 민족의 이익에 중점을 두었으며,⁴⁰⁾ 강제적인 집행과 경찰을 법치국가적 구속으로부터 해방시키는 것으로 표현할 수 있다.⁴¹⁾ 경계와 통제 없이 예방적 구금(Vorbeugehaft)과 예비검속(Schutzhaft)을 부과하는 정치경찰은 자유 위에 있는 무제한의 존재였고, 경찰국가의 재현을 넘어 계슈타포 국가 또는 전체주의 경찰국가의 현실화였다.⁴²⁾

5. 제2차 세계대전 이후의 경찰

제2차 세계대전 이후 경찰법은 19세기말까지 발전되어 바이마르 공화국 시대로 계승되고 프로이센 경찰행정법 제14조로 견고하게 결실을 맺게 된 경찰개념으로 회귀하였다.⁴³⁾ 이러한 실질적인 경찰개념은 강제력을 수단으로 하여 공공의 안녕과 질서를 위한 위험을 방지하고 이미 발생한 장애를 제거할 의무의 수행과 그에 수반한 권한을 부여받았음을 가리킨다.

미국·영국·프랑스 등 점령국들은 독일의 재건과정에서 독재자 또는 어느 한 정당의 손에 권력이 집중되는 것을 방지하기 위한 안전대책을 마련하고자 하였다.⁴⁴⁾ 각 주들이 설치되고 1949년에 기본법(Grundgesetz)이 제정되며 연방이 설립됨과 함께 독일연방공화국에서의 경찰의 ‘부활’(Restauration) 또는 독일경찰제도의 복원이 활발하게 논의되었다.⁴⁵⁾ 경찰법을 제정할 권한은 기본법 제30조와 제70

40) Bastian, Westdeutsches Polizeirecht unter alliierter Besatzung (1945-1955), 2010, S.1 참조.

41) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §2 Rn. 12 참조.

42) Götz, a.a.O. 참조.

43) Götz, a.a.O., §2 Rn. 13 참조.

44) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap.1 Rn. 106 참조.

45) 권배근, 독일경찰의 행정화 과정에 관한 역사적 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007. 10., 92쪽 참조.

조에 따라 각 주의 권한으로 인정되었고,⁴⁶⁾ 이는 독일의 전통과도 일치하는 것이었다. 그렇지만 구체적인 체계를 구축하는 데 있어서는 점령국의 전통이 영향을 미치게 되었다. 이러한 점령법상 행위를 통해 탈경찰화가 이루어지게 되었다. 영국과 미국의 영향 아래 있었던 독일의 많은 지역에서는 ‘질서법’(Ordnungsrecht)이 경찰법으로부터 분리되었다. 그 결과 건축경찰, 보건경찰, 영업경찰과 같은 직무영역은 경찰의 권한으로부터 분리되었다. 한편 프랑스가 관할하는 지역에서는 통일적인 경찰행정이 유지되었다.⁴⁷⁾ 한편, 소련 점령지역에서의 경찰은 사회주의적 지배체제의 구축과 유지를 지향점으로 두었다.⁴⁸⁾

탈경찰화의 결과로서, 경찰법과 질서법의 구별이 이뤄졌다.⁴⁹⁾ 또한 미국과 영국의 점령지역에서 1946년부터 점령법상의 명령을 근거로 하여 위험방지 행정에 관한 여러 행정임무가 경찰관청의 관할로부터 분리되었다. 분리에 따라 수행된 위험방지 행정은 지방자치단체의 행정부서에서 위임행정의 형태로 이루어진 ‘질서사무’(Ordnungsangelegenheiten)로서의 성격규정이 이뤄졌다. 한편, 점령법상 행위를 통해 ‘집행경찰’(Vollzugspolizei)로서의 경찰이 구성되었으며, 바이마르 공화국에 속한 프로이센 외의 주에서 생성된 경찰인 ‘보안경찰 및 사법경찰’(Schutz- und Kriminalpolizei)과 일치한다.⁵⁰⁾

46) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

Art. 30 Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt.

Art. 70 (1) Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. (2) Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemißt sich nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung.

47) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap. 1 Rn. 110 참조.

48) Kugelmann, a.a.O., Kap. 1 Rn. 109 참조.

49) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §1 Rn. 4 참조.

이상의 제2차 세계대전 이후 탈경찰화에 대해서는 ‘협회의 탈경찰화’라는 개념설정을 전제로 하여 제2장에서 상세히 논하겠다.

6. 현재의 경찰

제2차 세계대전 이후 각 주별로 경찰법이 서로 다르게 발전한 결과 각 주별 경찰법은 그 내용에 차이가 발생하였다. 1977년 11월 25일 독일연방과 각 주의 내무부장관 및 상원의원 정기회의에서는 「실질적 경찰법의 단일화를 위한 모범초안」(Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes; MEPolG)을 의결하였다.⁵¹⁾ 모범초안에서 경찰의 권한이 지나치게 광범위하게 논의되는 것에 대한 반작용으로 민간의 ‘경찰법 연구회’(Arbeitskreis Polizeirecht)에서 모범초안에 대한 대안이 만들어지기도 하였다.⁵²⁾ 이에 따라 각 주들은 각자 경찰법을 개정하였고, 그 결과 실질적 경찰법 규정들은 거의 유사한 내용으로 구성되었다.

1986년에는 연방헌법재판소의 인구조사판결(Volkszählungsurteil)⁵³⁾과 그 산물인 정보의 자기결정권(Rechts auf informationelle Selbstbestimmung)의 영향을 받아 「모범초안에 대한 보충안」⁵⁴⁾이 만들

50) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §2 Rn. 16 참조.

51) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn. 11; Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap. 1 Rn. 112 참조.

52) Kugelmann, a.a.O., Kap. 1 Rn. 112 참조.

53) BVerfGE 65, 1.; Volkszählungs Urteil, 독일 연방헌법재판소가 개인 관련 정보의 수집·처리는 ‘정보의 자기결정권’에 대한 침해를 가져오므로 그를 위하여는 형식적 법률에 의한 법적 근거가 필요하다고 함으로써 개인관련정보의 수집·처리를 위하여서는 반드시 별도의 권한규범에 근거하여야 한다는 것이 인정되게 된 계기가 되었다. (서정범·박병욱 역, 쿠겔만의 독일경찰법, 세창출판사, 2015, 223-224쪽 참조)

54) 1986년 3월 12일의 경찰법개정을 위한 초안(Vorentwurf zur Änderung des Musterentwurfs eines Polizeigesetzes, VEMEPolG)

어졌는데, 주 경찰법에 통일된 내용의 정보수집과 정보처리에 관한 규정을 마련하는 것을 목표로 하였다.⁵⁵⁾

2001년 9월 11일 이슬람 테러조직 ‘알 카에다’(Al Qaida)에 의해 뉴욕과 워싱턴 등에서 동시다발적 테러가 발생하여 경찰법에 중요한 전환점이 되었다. 테러 이후 독일에서는 경찰관청 및 정보기관의 권한을 확장하기 위한 법률이 개정되는 등 근본적인 변화가 이루어졌다. 2002년 1월의 「대테러법」(Terrorismusbekämpfungsgesetz)은 정보기관의 정보수집 권한을 민간영역에까지 상당히 확장하는 결과를 가져왔다. 동시에 연방수사청(Bundeskriminalamt)은 사실의 확인과 평가를 목적으로 공공 또는 민간영역에 있는 데이터를 독립적으로 관리할 수 있게 되었다.⁵⁶⁾

또한 유럽연합의 출범 이후 유럽연합의 지침과 명령들이 독일 국내법에도 영향을 미치게 되었다. 그에 따라 유럽연합 차원의 법이 연방과 주에서도 실정법과 동일한 구속력을 갖는 법규범이 되었고, 안전행정 영역에서도 복잡하고 다층적인 체계를 가진 다원적 시스템이 도입되게 되었다.⁵⁷⁾

II. 경찰의 분류

경찰은 여러 가지 관점에서 분류할 수 있다. 본 논문에서는 탈경찰화로 인한 경찰개념의 구분에 대해 논할 예정이므로, 이하에서는 다양한 경찰의 분류에 대해 개관하고자 한다.

55) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn. 14 참조.

56) Stolleis/Boldt/Petri, Geschichte der Polizei in Deutschland, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, Kap. A Rn. 133 참조.

57) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap. 1 Rn. 126 참조.

1. 실질적·형식적·조직적 의미의 경찰

(1) 실질적 의미의 경찰

‘실질적 의미의 경찰’(materieller Polizeibegriff)은 본래 바이마르 공화국 시기에 프로이센 경찰행정법에서 자리잡은 경찰개념으로서, 공공의 안전과 질서를 위한 위협의 방지와 이미 발생한 장애를 제거하는 국가의 행정활동을 말한다.⁵⁸⁾ 다시 말해, 행정활동의 내용에 초점을 맞추어 어떠한 행정관청이 조치를 취하는지에 상관없이 위협방지 활동이라는 조치의 내용과 목적에 초점을 맞춘다.⁵⁹⁾ 여기서 공공의 안전에는 범질서의 보장과 사적 권리와 법익, 국가제도 등의 보장을 모두 포함하고, 위협방지를 위한 개별 행정임무의 다양성 때문에 실질적 의미의 경찰에는 여러 하위개념이 포함된다.⁶⁰⁾ 반면, 교육제도와 같이 위협방지와 관련된 특성을 갖지 않는 행정활동은 실질적 의미의 경찰 범주에 포함되지 않는다.

(2) 형식적 의미의 경찰

‘형식적 의미의 경찰’(formeller Polizeibegriff)은 경찰관청이 가지고 있는 객관적 관할권의 총체를 의미한다.⁶¹⁾ 그러므로 경찰관청이 위협방지 이외의 영역에서 경찰법을 통해 부여된 권한을 행사하는

58) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §2 Rn. 10 참조.

59) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap. 1 Rn. 117 참조.

60) Götz, a.a.O.; 건축경찰, 소방경찰, 영업경찰, 보건경찰, 식품경찰, 풍속경찰, 집회경찰 등을 예로 들 수 있다.

61) Götz, a.a.O., §2 Rn. 14 참조.

것은 형식적 의미의 경찰이라고 볼 수 있다. 여기에는 복리를 증진하는 행위도 포함될 수 있겠고, 사법경찰로서의 행위도 포함될 수 있다.⁶²⁾

(3) 조직적 의미의 경찰

‘조직적 의미의 경찰’(organisationsrechtlicher Polizeibegriff)은 ‘제도적 의미의 경찰’(institutioneller Polizeibegriff)이라고도 하며, 행정조직법상 경찰의 조직 영역에 포함되는 행정관청을 의미한다. 독일에서는 탈경찰화의 결과, 단일체계를 취하고 있는 주에서는 경찰관청에 해당하는 모든 기관이 조직적 의미의 경찰이고, 분리체계를 취하는 주에서는 집행경찰관청만이 조직적 의미의 경찰에 해당한다.⁶³⁾ 이와 관련한 자세한 사항은 제2장에서 논하겠다.

2. 행정경찰과 사법경찰

일반적으로 형식적·제도적 의미의 경찰은 행정경찰과 사법경찰로 나뉜다.⁶⁴⁾ 다시 말해 행정경찰과 사법경찰의 구분은 ‘제복을 입은 경찰’의 직무가 행정작용과 사법작용 중 어떠한 성격을 지니는가를 구별하기 위해 등장한 관념이다. 실제로 경찰관이 직무를 행하는 중에는 두 가지 작용이 중첩적으로 행해지는 경우가 많다. 가령, 폭행신고를 받고 출동한 경찰관이 폭행에 관련된 사람들을 제지하는 활동은 행정경찰로서의 위험제거 활동이고, 신원을 파악하며 진술을

62) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap. 1 Rn. 118 참조.

63) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §2 Rn. 15 ff.; Kugelmann, a.a.O., Kap. 1 Rn. 119 참조.

64) 박정훈, 사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서 2001-05, 8쪽; 김동희, 행정법Ⅱ, 제24판, 박영사, 2018, 191-192쪽 참조.

청취하는 활동은 폭행사건의 증거를 수집하는 사법경찰로서의 활동이다.

경찰을 행정경찰과 사법경찰로 구분하는 전통은 프랑스의 영향을 받은 것이다. 삼권분립의 사상이 투철했던 프랑스의 1796년 「죄와 형벌법전」(Code des délits et des peines) 제18조에서 경찰을 행정경찰(*la police administrative*)과 사법경찰(*la police judiciaire*)로 나눈 것에서 유래한다.⁶⁵⁾

행정경찰은 본래적 의미의 경찰이자 행정작용의 일부로서,⁶⁶⁾ 공공의 안전에 대한 위협을 방지하고 장애를 제거하는 작용을 말한다. 반면, 사법경찰은 형사소추를 위한 준비활동으로서, 범인의 체포 및 증거수집 등 범죄의 수사를 말한다. 독일에서 ‘행정경찰’(Verwaltungs-polizei)은 실질적 의미의 경찰과 케를 같이 하고, 사법경찰(Justiz-polizei)은 경찰이 범죄에 대하여 형사소송법의 적용을 받아 수사를 담당하는 경우에 그 직무로서 행하는 작용을 말한다고 볼 수 있다.⁶⁷⁾

이처럼 행정경찰과 사법경찰을 조직상 구분하기는 사실상 어렵다. 프랑스의 경우는 앞에서 보듯이 실정법상 행정경찰과 사법경찰이 구분되는데, 독일의 경우 양자를 구별하는 실익은 적용되는 법원리의 차이와 상이한 재판관할, 그리고 그에 따른 배상책임의 성격 차이를 들 수 있다. 다시 말해, 예방경찰적 활동 내지 행정경찰은 범죄 또는 질서위반행위에 대한 수사와 소추와는 구별된다. 수사와 소추는 경찰법 영역에 속하는 것이 아니라, 형사소송법에 속한다는 점

65) 이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004, 103-104쪽 참조. 「죄와형벌법전」 제19조는 “행정경찰은 공적 질서를 유지함을 목적으로 한다. 그것은 주로 범죄를 예방하는 데 있다.”고 규정하고, 제20조는 “사법경찰은 행정경찰이 범행을 제지하지 못한 경우에 그 범죄를 찾아내고 증거를 수집하여 그 첩리이 법에 의해 임무로 되어 있는 법원에 범인을 인계한다.”고 각각 규정하고 있다.

66) 서정범, 행정경찰에의 초대, 경찰학연구 제12권 제4호, 195쪽 참조.

67) 이운주, 전개논문, 103쪽 참조.

에 구별의 실익이 있다.⁶⁸⁾

3. 국가경찰과 자치체경찰

조직·인사·경비부담 등 경찰행정의 권한이 국가에 있는지 아니면 지방자치단체에 있는지를 기준으로 한 분류이다.⁶⁹⁾ 먼저 국가경찰은 경찰행정을 국가사무로 보고 국가가 설치하고 유지하는 경찰을 말한다. 한편, 자치체경찰은 지방자치단체가 경찰사무를 수행하기 위해 설치·유지하는 경찰을 말한다. 유럽대륙에서는 경찰권을 국가의 권한영역에 있다고 보고, 내적 안전에 대한 책임을 국가에 부여하는 경찰권 단일성의 원칙을 취하고 있다.⁷⁰⁾ 독일의 경우에는 국가경찰을 원칙으로 하고 있으나, 바이에른 주의 경우에는 예외적으로 자치경찰이 주 헌법 제83조 제1항에서 규정되어 있다.⁷¹⁾

68) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §1 Rn.1 참조.

69) 김동희, 행정법Ⅱ, 제24판, 박영사, 2018, 198쪽 참조.

70) 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007, 30쪽 각주 1 참조.

71) 홍정선, 전게서, 30쪽 각주 4 참조; Verfassung des Freistaates Bayern Art. 83 (1) In den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden (Art. 11 Abs. 2) fallen insbesondere die Verwaltung des Gemeindevermögens und der Gemeindebetriebe; der örtliche Verkehr nebst Straßen- und Wegebau; die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft; Einrichtungen zur Sicherung der Ernährung; Ortsplanung, Wohnungsbau und Wohnungsaufsicht; **örtliche Polizei**, Feuerschutz; örtliche Kulturpflege; Volks- und Berufsschulwesen und Erwachsenenbildung; Vormundschaftswesen und Wohlfahrtspflege; örtliches Gesundheitswesen; Ehe- und Mütterberatung sowie Säuglingspflege; Schulhygiene und körperliche Ertüchtigung der Jugend; öffentliche Bäder; Totenbestattung; Erhaltung ortsgeschichtlicher Denkmäler und Bauten.

제2장 탈경찰화의 개념과 과정

I. 탈경찰화의 개념

탈경찰화(脫警察化, Entpolizeilichung)⁷²⁾는 일반적으로 제2차 세계대전 이후에 독일에서 진행된, 경찰로부터 ‘추상적’ 위험방지 영역의 분리를 말한다. 다시 말해, 탈경찰화는 경찰을 ‘직접적인’ 위험방지 임무를 수행하는 데 국한시켜 집행경찰로 제한하고, 나머지 위험방지 임무를 다른 행정관청이 수행하는 것을 의미한다.⁷³⁾ 제2차 세계대전 이후 미국과 영국의 점령지역에서는 1946년부터 점령국의 명령을 근거로 위험방지 행정에 관한 여러 임무가 경찰관청(Polizeibehörden)의 관할권으로부터 분리되어 경찰 이외의 행정관청에서 질서사무로서 행해지게 되었다.⁷⁴⁾ 탈경찰화가 이루어지기 전에는 실질적

72) 권배근은 Entpolizeilichung을 ‘경찰의 행정화’로 번역하였다(권배근, 독일경찰의 행정화 과정에 관한 역사적 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007. 77-99면). 그 논거로서 Entpolizeilichung이 제2차 세계대전 이후 연합군에 의하여 주도되어 앵글로-색슨의 관념에 따라 위험방지라는 실질적 경찰영역 중에서 “직접적 위험방지” 성격을 가지지 못하는 추상적 위험방지와 같은 독일 경찰법 전통에 있어 행정경찰에 속하였던 영역들을 경찰에서 분리하여 새롭게 질서행정으로 전환시키는 조치였음을 들고 있다(권배근, 전개논문, 각주 11 참조). 그런데 Entpolizeilichung이 이뤄지기 이전의 경찰 개념은 내무행정을 의미하거나 또는 복리행정을 제외한 내무행정을 포함하고 있었음에 착안할 때, Entpolizeilichung을 통해 경찰개념으로부터 새롭게 질서행정이 분리되었다고 볼 수 있다. 따라서 본 논문에서는 일반적으로 국내문헌에서 번역하는 것처럼 ‘탈경찰화’로 번역하기로 한다.

73) 권배근, 전개논문, 89쪽 참조.

74) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §1 Rn. 4; Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2017, Rn. 56; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn. 10; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2018, Rn. 14; Stolleis/Boldt/Petri, Geschichte der Polizei in Deutschland, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012,

의미의 경찰과 조직법적 의미의 경찰 개념이 서로 일치하였으나, 탈경찰화 이후에는 실질적 의미의 경찰 개념이 분화되어 조직적 의미의 경찰인 집행경찰(제복 입은 경찰)과 실질적 의미의 경찰 임무를 수행하는 행정관청(질서관청)으로 나뉘게 되는 것이다.

그런데 제2차 세계대전 이후의 탈경찰화는 점령국에 의해 일순간에 이루어진 것은 아니고, 19세기 독일에서도 위험방지에 관한 임무가 더 이상 보안경찰(Schutzpolizei)과 수사경찰(Kriminalpolizei)의 전유물이 아니라는 관념이 싹트기 시작하였다.⁷⁵⁾ 이미 그 시기에 행정경찰(Verwaltungspolizei)과 집행경찰(Vollzugspolizei)의 구분은 널리 알려지기는 하였으나, 경찰관청 외부로 임무를 이전하는 단계까지는 이르지 못하였다. 이후 점령국들의 영향 하에서 위와 같은 변화가 ‘탈경찰화’라는 슬로건 하에 계속된 것이다.⁷⁶⁾

탈경찰화에 대한 시선을 조금 더 넓혀보면, 앞서 경찰개념의 역사적 변화에서도 보듯이, 경찰개념은 국가 자체를 의미하는 것에서부터 기원하여 외교·군사·사법작용과 구분되는 내무행정으로, 여기서 다시 적극적 복리증진 작용이 분리되고 결국 집행경찰에 국한되기까지 축소를 거듭하였다. 결국 경찰개념은 그 기원에서부터 현재의 경찰개념에 이르기까지 ‘탈경찰화’를 통해 경찰개념이 점차 축소되는 과정이 계속적으로 이루어졌다고도 볼 수 있다. 그러므로 본 논문에서는 시원적 경찰개념에서부터 현재의 경찰개념에 이르기까지 탈경찰화가 계속되었다고 보고 ‘최광의의 탈경찰화’로 명명하기로 한다. 또한 경찰개념에서 복리행정이 제외되고 위험방지에 초점을 맞춘 실질적 의미의 경찰개념이 탄생하게 된 계기인 크로이츠베르크 판결을 ‘광의의 탈경찰화’로 정의하는 한편, 실질적 의미의 경찰을 한 차례 더 분리하게 된 제2차 세계대전 이후의 집행경찰로의

Kap. A Rn. 67; Zeitler/Trurnit, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 3. Aufl., Rn. 23 참조.

75) Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2017, Rn. 54 참조.

76) Gusy, a.a.O. 참조.

축소를 ‘협회의 탈경찰화’로 정의하고, 주 논의 대상을 ‘협회의 탈경찰화’에 초점을 맞추고자 한다.

II. 구별개념

Knemeyer는 독일행정법상 탈경찰화에 관해 서술하면서 소위 ‘3단계의 탈경찰화론’을 들어 설명하고 있다. 앞서 언급한 협회의 탈경찰화를 ‘제2차 탈경찰화’라고 하고, 그보다 앞서 경찰의 개념에서 복리증진 활동을 제외하고, 순수한 위험방지 활동에 국한하는 광의의 탈경찰화를 ‘제1차 탈경찰화’라고 한다.⁷⁷⁾ 한편, 협회의 탈경찰화 이후에 경찰관청에서 수행되는 위험방지 활동의 민간영역으로의 재분배 현상을 ‘제3차 탈경찰화’라고 명명하여 설명하고 있다.⁷⁸⁾

그러므로 이하에서는 협회의 탈경찰화와 구분되는 Knemeyer의 제1차 탈경찰화와 제3차 탈경찰화에 대해 자세히 알아보고, 협회의 탈경찰화와 비교하여 평가하겠다.

1. 제1차 탈경찰화 — 크로이츠베르크 판결

‘제1차 탈경찰화’(erste Entpolizeilichung)는 19세기에 경찰의 개념으로부터 복리행정 또는 복지증진 작용이 탈락되어 가는 과정을 말한다. 그 결과 실질적 의미의 경찰개념이 위험방지 임무의 수행으로 자리 잡게 된 계기이기도 하다.

이러한 제1차 탈경찰화의 단초는 18세기에서부터 찾아볼 수 있는데, 이미 Pütter의 서술과 「프로이센 일반관트법」 제2장 제17절

77) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn. 6 참조.

78) Knemeyer, a.a.O., Rn. 16 참조.

제10조에서 확인한 바 있다.⁷⁹⁾

그 중에서도 크로이츠베르크 판결(Kreuzberg Urteil)은 1931년 「프로이센 경찰행정법」에서 완성된 법치국가적 경찰법 원칙의 발전과 실현을 위한 출발점이다.⁸⁰⁾ 판결에서 다루고 있는 대상은 베를린에 있는 경찰본부(Polizeipräsidium)의 경찰명령(Polizeiverordnung)이었다. 그 경찰명령이 발령된 목적은 1878년 국가기념비로 지정된 해방전쟁의 승리를 기념하기 위해 베를린 크로이츠베르크에 세워진 탑의 보호였다. 경찰명령 이후로 크로이츠베르크 주변의 건물들은 특정한 높이 이내로만 지어질 수 있었고, 그에 따라 기념탑에서부터의 시가지와 그 주변에 대한 시야는 방해받지 않을 수 있었으며, 주변에서 기념탑을 향한 시야도 침해되지 않았다. 이러한 경찰명령에 근거하여 베를린 경찰본부는 퇴직연금수급자 M이 당시 지명으로 Lichterfelder 거리에 있는 토지상의 건축경찰상 허가 신청을 거부하였다.⁸¹⁾ 판결에서 프로이센 고등행정재판소는 경찰명령의 효력을 부인하였는데, 허가 거부의 근거가 되는 경찰명령이 경찰의 관할권 내에서 행해졌는지 여부에 주목하였다.⁸²⁾ 법원은 경찰명령으로 형성되는 제한을 복지배려 조치로 보고, 이러한 종류의 개입을 위한 경찰의 관할권을 부정하였다.⁸³⁾ 즉, 「프로이센 일반란트법」은 경찰의 임무를 공공의 평온과 안녕, 질서를 유지하기 위한 필요한 조치로 보고, 공중 또는 개인에게 처한 위험을 회피하기 위하여 필요한 조치를 취하는 것을 경찰의 직무로 보았는데, 기념탑의 전망은 경찰의 직무 이상의 문제로서 경찰명령에 대한 상위법상 근거가 없다고 보았다.⁸⁴⁾

79) 본 논문 제1장 I 3. 참조.

80) Rott, 100 Jahre “Kreuzberg-Urteil“ des PrOVG, NVwZ 1982, S. 363 참조.

81) Kroeschell, Das Kreuzberg-Urteil, VBIBW, 1993, S. 268 참조.

82) Kroeschell, a.a.O., S. 269 참조.

83) Rott, a.a.O., S.364 참조.

84) Kroeschell, a.a.O. S. 269-270 참조. 한편, 프로이센 고등행정법원은 문제가 된 경찰명령이 유효하다고 하더라도, 경찰에게 토지상 건축물의

크로이츠베르크 판결의 의미는 18세기에서 19세기 사이 경찰개념의 변화 맥락에서 다루어져야 할 것이다. 복지국가를 표방하며 신민의 완전한 후견 내지 감독이라는 결과를 야기한 18세기 절대주의 경찰국가의 경찰개념은 1874년 계몽주의에 영향을 받은 국가철학자들의 해석과 「프로이센 일반란트법」을 통해 해소되었다. 또한, 「프로이센 일반란트법」을 통해 복지배려를 목적으로 하는 경찰상 강제력의 행사는 불가능하게 되었고, 위험방지 목적에 국한된 경찰상 강제력 행사만 가능하게 되었다.⁸⁵⁾ 즉, 프로이센 고등행정재판소에 의해 절대주의적 경찰개념에서 자유주의적 경찰개념으로의 전환이 이루어졌다고 할 것이다.⁸⁶⁾ 또한 부수적으로는 1872년 프로이센에서 행정재판권을 갖게 되고 난 뒤, 경찰명령과 관련된 사안이 행정재판으로 행해졌다는 데에도 의의를 찾을 수 있겠다.⁸⁷⁾

결국 크로이츠베르크 판결을 통해 프로이센 고등행정재판소에 의한 경찰 개념의 공공의 평온·안전·질서를 위한 위험방지로의 제한이 이루어졌다고 볼 수 있다. 그런데 유의할 것은 프로이센 고등행정재판소가 「프로이센 일반란트법」 제10조를 직접 근거로 들고 있지는 않다는 것이다.⁸⁸⁾

2. 제3차 탈경찰화

높이와 방식에 대해 경찰이 제한을 할 재량이 없다고도 보았다. 그 근거로서 프로이센 헌법과 일반란트법에 터 잡은 ‘재산권에 대한 불가침성’을 들고 있는데, 경찰명령은 어떠한 보상 없이 재산권을 침해하는 행위이고, 이를 위해서는 재산권 제한이 법률에 규정되어야 한다고도 보았다.

85) Rott, 100 Jahre “Kreuzberg-Urteil“ des PrOVG, NVwZ 1982, S. 364 참조.

86) Kroeschell, Das Kreuzberg-Urteil, VBIBW, 1993, S. 269 참조.

87) Kroeschell, a.a.O., S. 268 참조.

88) Kroeschell, a.a.O., S. 270 참조.

‘제3차 탈경찰화’(dritte Entpolizeilichung)는 1990년대부터 행정관청의 위험방지 활동이 민간 영역으로 상당 부분 이전되는 현상을 말한다.⁸⁹⁾ 다시 말해, 위험방지의 영역에서 국가가 경찰권을 독점하던 것이 깨어지고 종래 경찰의 직무로 간주되어 오던 영역의 일부가 사인에 의해 행사되게 되어가는 과정을 말한다. 이를 소위 경찰의 민영화 또는 사화(私化, Privatisierung)라고 부르기도 한다.⁹⁰⁾

Knemeyer는 제3차 탈경찰화를 설명하면서 바이에른 주의 ‘안전감시’(Sicherheitswacht) 제도를 예로 들고 있다.⁹¹⁾ 이는 공공의 안녕유지를 위한 시민과의 협력 프로젝트 일환으로서, 시민이 위험방지과 관련하여 보충적 임무를 수행 한다. 또한 이들은 직무질문, 신원확인 또는 퇴거명령을 포함하는 특별한 권한을 갖는다. 일반·보편적 업무에 행정보조자로서 경찰업무를 수행한다.⁹²⁾

이러한 제3차 탈경찰화는 독일에서만 일어나는 현상이 아니고, 영국의 지역사회 안전인가 제도와 같이 민간경비원의 권한 확대라는 형태에 접목시키는 것이 가능하다고도 언급되기도 한다.⁹³⁾

3. 평가

제1차 탈경찰화에 대해서는 크로이츠베르크 판결이 경찰로부터 ‘복지배려’ 임무를 제외하는 의미가 있다고 봐서는 안 된다는 견해가 있다.⁹⁴⁾ 즉, 크로이츠베르크 판결에서 자유주의 국가로서의 한계

89) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn.16 참조.

90) 서정범, 경찰개념의 역사적 발전에 관한 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007, 각주 32 참조.

91) Knemeyer, a.a.O., Rn. 16 참조.

92) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap. 4 Rn. 178 참조.

93) 김학경, 제3의 탈경찰화와 민간경비원의 권한확대: 영국의 지역사회 안전인가제도 중심으로, 치안정책연구 제28권 제1호, 2014, 159쪽 참조.

94) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, § 2 Rn. 8 참조.

설정과 경찰행정을 통한 적극적 사회형성 기능의 후퇴를 살펴보는 것은 오해라는 의미이다.⁹⁵⁾ 크로이츠베르크 판결로 인해 경찰에게 가해진 제한은 법률에 근거하지 않은 경찰명령이 유효하게 될 수 없다는 데 있고, 국민의 자유와 재산의 침해를 위한 형식적 법률유보 원칙을 현실화한 것이라고 보아야 할 것이다. 다시 말해, 크로이츠베르크 판결의 결론은 경찰에게 복지배려 임무가 더 이상 주어지지 않는다는 것을 인정하는 것에 그치지 않고, 오히려 경찰의 권한 행사로 인해 자유와 재산의 침해가 야기되는 경우 특별한 법률적 근거가 요구된다는 것이다.⁹⁶⁾ 오히려 입법자들로 하여금 경찰명령의 발령을 위한 입법을 촉구한 것으로 이해해야 한다는 견해도 있다.⁹⁷⁾ 또한 크로이츠베르크 판결에도 불구하고 경찰의 임무를 위협방지에 한하는 경찰개념은 긴 시간동안 현실화되지 못하다가 20세기 「프로이센 경찰행정법」 제14조에 이르러 결실을 맺게 된 점은 아쉬운 점이라고 할 수 있다.⁹⁸⁾

그러나 위와 같은 견해도 불구하고, 크로이츠베르크 판결을 통해 위협방지를 임무로 하는 실질적 경찰개념이 자리잡게 된 계기가 되었다는 점과, 크로이츠베르크 판결이 초기 프로이센 행정재판, 특히 프로이센 고등행정재판소의 재판을 통해 행정현실에서 법치국가적 경찰개념에 한 단계 발전을 달성시켰다는 점에는 의의가 있다고 할 수 있다.

제3차 탈경찰화에 대해서는 과연 민간영역에서 이루어지는 위협방지활동의 시도 또는 활성화로 인해 공행정 영역에서의 위협방지 작용이 배제되는지 의문이 있다는 비판이 가해질 수 있다. 탈경찰화

95) Rott, 100 Jahre “Kreuzberg-Urteil“ des PrOVG, NVwZ 1982, S. 364 참조.

96) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, § 2 Rn. 8; 이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004, 127쪽 참조.

97) Rott, a.a.O.

98) Rott, a.a.O.

는 말 그대로 경찰의 직무 범위에서 어떠한 영역이 경찰의 직무 범위 밖으로 분리되는 것을 의미한다. 그런데 제3차 탈경찰화로 인해 위험방지 책무의 수행이 공행정과 민간 영역에서 중첩적으로 이루어지고 있다고 보아야 하고, 공행정 영역에서 위험방지 책무가 사라지고 민간영역으로 이전되는 것이 아니라는 점에 주목해야 할 것이다. 오히려 제3차 탈경찰화는 위험을 방지하는 경찰의 임무를 민간영역과 공유하고 협력하여 수행하는 ‘협력행정’으로 이해하는 것이 바람직할 것이다.

Ⅲ. 협의의 탈경찰화 과정

제2차 세계대전 이후 연합국들의 개별 정치적 이해관계로 인하여 경찰과 관련한 정책은 통일적으로 이루어지지 못하였다. 이러한 정치적 상황 속에서 독일의 주별 경찰조직은 각 점령국별로 서로 다르게 이루어지게 되었다.⁹⁹⁾ 제2차 세계대전 이후 협의의 탈경찰화는 얄타회담 이후에 점령국의 특성에 따라 진행되었다. 개괄적으로는 경찰의 관할범위를 ‘순수한’ 경찰상 임무로 축소시키고, 경찰의 관할범위에서 제외된 영역에 대해서는 행정경찰(Verwaltungspolizei)이 담당하게 되었다고 할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 이하에서는 점령국별로 어떠한 탈경찰화 과정을 겪었는지 살펴보겠다.

1. 영국군 점령지역

99) 권배근, 독일경찰의 행정화 과정에 관한 역사적 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007. 10., 80쪽 참조.

100) Pioch, Das Polizeirecht: einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Aufl, 1952, Rn. 119 참조.

노르트라인-베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen), 니더작센(Niedersachsen), 쉘레스비히-홀슈타인(Schleswig-Holstein), 함부르크(Hamburg) 지역이 이에 속한다.¹⁰¹⁾ 이미 영국에서는 내무부장관 로버트 필(Robert Peel)에 의해 1829년부터 근대적 경찰제도를 발전시키고 있었다. 로버트 필에 의한 경찰개혁의 결과 경찰은 지방정부로부터 조직상 독립하였고, 집행경찰 내 치안판사(Friedensrichter)와 경찰판사(Polizeirichter)의 분리를 통해 경찰 영역에서 사법과 행정을 나누었다.¹⁰²⁾ 이러한 영국의 관점에서 독일경찰이 가지고 있는 문제점은 경찰에 대한 중앙통제, 정치적 영향, 행정집행에 대한 과도한 권한 사용으로 정리되었다. 이러한 문제의식에 상응하여 경찰권의 지방으로의 분배, 정치적 영향력으로부터의 경찰의 독립, 일상적 행정작용으로부터의 경찰의 배제가 독일경찰이 변화해야 할 방향으로 자리 잡게 했다.¹⁰³⁾ 이들 지역에서는 1945년 9월 25일에 공포된 「독일 경찰제도의 재조직에 관한 훈령」(Instruktion über Reorganisation des deutschen Polizeisystems)을 표준으로 하여 각 주별로 경찰의 조직과 관할이 정비되었다.¹⁰⁴⁾ 이 중 탈경찰화와 관련된 주요 내용을 정리하자면 다음과 같다.¹⁰⁵⁾

- 1) 경찰에 대한 국가의 명령권을 폐지함(제3항).
- 2) 모든 비경찰활동을 순차적으로 다른 관청으로 이전하면서 경찰의 책임과 임무를 집행기능, 가령 범죄의 예방과 탐지, 법과 질서의 유지로 엄격하게 제한함(제1항 g, 제14항).

101) Pioch, Das Polizeirecht: einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Aufl, 1952, Rn. 127 참조.

102) Pioch, a.a.O., Rn. 122 참조.

103) Richter, Exporting the Bobby: German police and British reform, 1944-1955, Harvard university, 1998, p. 28 참조.

104) 권배근, 독일경찰의 행정화 과정에 관한 역사적 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007. 10., 83-85쪽 참조.

105) Pioch, a.a.O., Rn. 123; Instruktion über Reorganisation des deutschen Polizeisystems in der britischen Zone 전문은 Pioch, a.a.O., S. 193-196 참조.

3) 경찰에 의한 입법권과 사법권을 폐지함(제1항 h, 제14항).

위의 훈령은 영국군 점령지역에서 경찰 조직의 직접적 근거가 되는 것은 아니었다. 영국군 점령지역에 속하는 각 주별에서는 군정명령 제57호에 의거하여 훈령의 범위를 넘지 않는 선에서 각자의 경찰법을 제정하였다.¹⁰⁶⁾ 이러한 변화에 대해 독일 내에서의 비판이 상당하였음에도 불구하고, 영국군 점령지역에서는 군정명령 제135호를 1948년 3월 1일자로 시행하였다.¹⁰⁷⁾ 특히 제1조에서는 다음과 같이 경찰의 개념에 대해 정의하고 있는데,¹⁰⁸⁾ 이는 독일의 전통적 경찰개념과 상이하여 각 주별 내무장관들의 군정명령 제135호에 대한 상당한 비판의 원인이 되었다.¹⁰⁹⁾

경찰은 다른 행정관청으로부터 독립하여 직무를 수행하는 독립된 비군사적 조직이다. 경찰공무원은 법치국가 원칙에 구속되며, 법률 위반에 대해서는 개인적으로 책임을 진다. 경찰의 주된 임무는 생명·신체와 재산의 보호, 법질서 유지, 범죄의 예방과 수사, 법원으로서의 피의자 이송 등이다. 이와 같은 목적을 위하여 관련이 없거나 다른 목적을 위하여 경찰권은 사용될 수 없다. 경찰의 관리와 운영에 관한 사항은 전적으로 경찰청장에게 속한다.¹¹⁰⁾

106) Pioch, a.a.O., Rn. 127; 권배근, 전제논문, 84-85쪽 참조

107) Richter, op. cit., pp. 128-129

108) Pioch, a.a.O., S. 196-200

109) Pioch, a.a.O., Rn. 128; 권배근, 전제논문, 87쪽 참조

110) Verordnung Nr. 135 der britischen Militärregierung Deutsche Polizei, Art.1 Begriff der Polizei. 1. Die Polizei ist eine selbständige, nichtmilitärische Einrichtung, die ihre Aufgaben unabhängig von anderen Verwaltungsbehörden wahrnimmt. Ihre Angehörigen sind an die Grundsätze des Rechtsstaates gebunden und ein jeder persönlich für Gesetzesverletzungen verantwortlich. Die hauptsächlichen Aufgaben der Polizei sind der Schutz von Leben und Eigentum, die Aufrechterhaltung von Gesetz und Ordnung, die Verhütung und Aufklärung von Straftaten und die Überstellung der Rechtsbrecher an die Gerichte. Für Zwecke, die mit diesen Aufgaben nicht notwendig verbunden oder in ihnen enthalten sind, darf die Polizei nicht verwendet werden. Dienstlich und

이처럼 영국군의 점령으로 말미암아 영국의 경찰제도가 독일에 이식하게 된 계기가 되었다. 이는 두 가지 변화를 야기하였는데, 첫째는 경찰조직의 구조가 새롭게 변화하였다는 점이다. 영국군 점령지역에서는 탈경찰화가 엄격하게 관철되어, 질서행정을 담당하기 위한 행정경찰로서 주민등록경찰, 외사경찰, 집회경찰 등 질서관청이 새롭게 설치되었다.¹¹¹⁾ 두 번째로, 행정 영역에서 경찰 역할이 축소되었다는 점이다. 영국 경찰의 표상인 ‘Bobby’의 이상적인 형태가 야간 경비원(night watchman)의 경계를 절대 넘어서지 않는 것처럼,¹¹²⁾ 영국의 점령지역에서 경찰의 직무는 ‘법령 및 질서의 유지, 범죄예방과 진압’ 등 직접적 위협방지 영역으로 제한되었고, 경찰의 법규명령권과 형벌권은 완전히 폐지되었다.¹¹³⁾

2. 미국군 점령지역

바이에른(Bayern), 헤센(Hessen), 뷔르템베르크-바덴(Württemberg-Baden), 브레멘(Bremen) 지역이 이에 속한다.¹¹⁴⁾ 이 지역에서는 알타협약과 미국경찰제도에 영향을 받아 경찰의 재건과 관할권에 대한 군정의 기본 정책이 마련되었다. 1946년 2월 1일 제정된 「공공의 안정에 관한 군정명령」(Befehl der Militärregierung über die öffentliche Sicherheit) 제9호는 미국군 점령지역 내에서의 통일적 경찰제도를 위한 지침으로서 작용하였는데, 탈경찰화와 관련된 군정

verwaltungsmäßig untersteht sie ausschließlich einem Polizeichef.

111) Stolleis/Boldt/Petri, Geschichte der Polizei in Deutschland, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, Kap. A Rn. 68 참조.

112) Richter, Exporting the Bobby: German police and British reform, 1944-1955, Harvard university, 1998, p. vi 참조.

113) 권배근, 독일경찰의 행정화 과정에 관한 역사적 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007. 10., 84쪽 참조.

114) Pioch, Das Polizeirecht: einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Aufl., 1952, Rn. 173 참조.

명령 제9호의 주요 내용은 다음과 같다.¹¹⁵⁾

- 1) 경찰과 행정의 분리와 같이 경찰과 소방을 원칙적으로 분리함.¹¹⁶⁾
- 2) 분권화 원리에 따라 지역 행정과 지역 감독을 시행함. 따라서 인구 5천명 미만의 단일자치단체에는 내무부 장관 직속의 주국가경찰을 설치하며, 인구 5천명 이상의 지역에는 독립된 자치경찰을 설치함.¹¹⁷⁾
- 3) 수사경찰을 일반경찰로 편입함. 이외에 수상경찰, 국경경찰, 필요에 따라 설치되는 특수경찰 및 경비업과 같은 사적인 경찰조직 등에 대한 규정들을 두고 있었으며, 동시에 행정경찰을 폐지함.¹¹⁸⁾
- 4) 경찰의 사법 및 입법기능을 폐지함.¹¹⁹⁾

1946년 제정된 군정명령 제9호는 1947년 5월 22일자로 개정되었다. 개정된 군정명령 제9호에서 주목해야 할 규정은 제400조와 제235조이다. 먼저 군정명령 제9호 제400조는 경찰의 ‘일반적 책무’(All-

115) Pioch, Das Polizeirecht: einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Aufl, 1952, Rn. 174 참조.

116) Grundsätzliche Trennung von Polizei und Feuerwehr (9-102.1) sowie von Polizei und Verwaltung (9-103.1).

117) Durchführung des Prinzips der Dezentralisation und der örtlichen Verwaltung und Beaufsichtigung. Daher: Einrichtung einer dem Innenminister unterstellten staatl. Landespolizei in Gemeinden unter 5000 Einwohnern (9-301 u. 9-310) und Einrichtung einer selbständigen gemeindlichen Polizei in Orten über 5000 Einwohnern (9-300).

118) Eingliederung der Kriminalpolizei in die allgemeine Polizei (9-317). Außerdem wurden Bestimmungen für eine Wasserschutzpolizei (9-318), für eine staatl. Grenzpolizei (9-319), ggf. für Sonderpolizeien (9-321) und für private Polizeiorganisationen — Bewachungsgewerbe — (9-324) gegeben und die sog. Verwaltungspolizei (9-235) abgeschafft.

119) Wegfall jeglicher richterlicher und gesetzgebender Funktionen (9-105 u. 9-414 b 2) für die Polizei.

gemeine Verantwortlichkeit)에 대해 다음과 같이 규정하였다.

독일 경찰은 그들 관할 범위 안에서 평온과 질서의 유지, 독일 형법과 특별 형법의 집행, 연합군 감독관청과 군정에 의한 법령과 명령의 집행, 본 규정에 반하지 않는 범위 내에서 독일 법률에 의해 위임된 경찰의 임무를 수행할 책무가 있다.¹²⁰⁾

또한 군정명령 제9호 제235조는 ‘행정경찰’(Verwaltungspolizei)에 대해 아래와 같이 규정하였다.

과거 독일 경찰에 의하여 수행되었던 직무 중 생명·신체 및 재산보호, 공공의 질서유지, 범죄의 예방 및 진압 등과 직접적으로 관련되지 않는 모든 직무는 경찰의 작용영역에서 배제되고, 그러한 직무를 수행하는 관청이나 공무원에게 “경찰”이라고 부를 수 없다.¹²¹⁾

즉, 제235조에 근거하여 행정경찰의 직무 범위는 축소되었다. 결국 군정명령 제9호 제400조와 제235조의 취지에 따라 경찰은 순수한 ‘집행작용’(exekutive Tätigkeit)이라는 좁은 의미로 제한되었

120) Pioch, Das Polizeirecht: einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Aufl, 1952, S.206; 9-400 Allgemeine Verantwortlichkeit: Die deutschen Polizeistellen tragen im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Verantwortlichkeit für die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung, für die Durchführung der deutschen Strafgesetze und Strafbestimmungen, für die Durchführung der Gesetzeserlasse und Befehle der Alliierten Kontrollbehörde und der Militärregierung und für die Erfüllung solcher anderen nicht mit diesen Bestimmungen in Widerspruch stehenden Polizeiaufgaben, die ihnen auf Grund deutscher Gesetzgebung übertragen sind.

121) Pioch, a.a.O., S. 205; 9-235 Verwaltungspolizei: Alle früheren von der deutschen Polizei wahrgenommenen Aufgaben, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Schutz von Leben, und Eigentum, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, der Verhütung und Aufdeckung von Straftaten stehen, werden dem polizeilichen Tätigkeitsgebiet entzogen. Derartige Pflichten können von anderen geeigneten behördlichen Stellen wahrgenommen werden, doch ist die Bezeichnung „Polizei“ für derartige Funktionen oder für die sie ausübenden Dienststellen oder Personen nicht zu benutzen.

다.¹²²⁾

3. 프랑스군 점령지역

바덴(Baden), 뷔르템부르크-호엔촐레른(Württemberg-Hohenzollern), 라인란트-팔츠(Rheinland-Pfalz)와 바이에른 주에 속한 린다우(Lindau) 지역이 이에 속한다.¹²³⁾ 프랑스군 점령지에서는 경찰제도의 개혁이 통일적·포괄적으로 이루어지지 못하였으며 탈경찰화가 이루어지지 않았다. 그에 따라 프로이센 경찰법의 전통을 유지하여 집행경찰 외에 행정경찰이 그대로 존속하게 되었으며, 경찰의 법규명령권도 계속 유지되었다.¹²⁴⁾

4. 소련군 점령지역

브란덴부르크(Brandenburg), 작센(Sachsen), 작센-안할트(Sachsen-Anhalt), 메클린부르크-포어포메른(Mecklenburg-Vorpommern) 튀링엔(Thüringen) 등이 속한다. 이곳에서는 영국, 미국, 프랑스 점령지역과 다른 방향으로의 발전이 이뤄졌다. ‘독일 인민경찰’(Deutsche Volkspolizei)은 우선적으로 창설되었으나 1949년 내무부 산하로 종속되었다.¹²⁵⁾ 1948년 6월부터 이들 중 일부는 군에 징집되어 ‘국가 인민군’(Nationale Volksarmee)으로 되기도 하였고, 일부는 국경경찰, 교통경찰로 분화되었다.

122) Pioch, Das Polizeirecht: einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Aufl., 1952, Rn. 180; 권배근, 독일경찰의 행정화 과정에 관한 역사적 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007. 10., 82쪽 참조.

123) Pioch, a.a.O., Rn. 180 참조.

124) Stolleis/Boldt/Petri, Geschichte der Polizei in Deutschland, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, Kap. A Rn. 68; 권배근, 전개논문, 87-88쪽 참조.

125) Stolleis/Boldt/Petri, a.a.O.

IV. 탈경찰화의 결과 및 평가

1. 경찰법과 질서법의 구별

탈경찰화 이전에 “경찰법(Polizeirecht)”이라고 불리던 것은 제2차 세계대전 이후 탈경찰화를 계기로 하여 “경찰-질서법(Polizei- und Ordnungsrecht)”이라는 복합적 명칭으로 불리게 되었다.¹²⁶⁾ 협의의 탈경찰화 때문에 경찰집행관청과 질서관청의 구별이 일어나게 되었고, 그 준거법 역시 구별의 필요성이 생긴 것이다. 그 중에서도 여러 법률로 분리되어 입법이 되어 있는 주는 다음과 같다. 먼저 미국군 점령지역이었던 바이에른 주는 경찰임무법, 경찰조직법, 경찰형법으로 나뉘어 있다.¹²⁷⁾ 그리고 영국군 점령지역이었던 노르트라인-베스트팔렌에서도 경찰법, 경찰조직법, 질서행정청법으로 나뉘어 있다.¹²⁸⁾ 마찬가지로 영국군 점령지역이었던 슐레스비히-홀슈타인 주도 란트행정법과 경찰조직법으로 나뉘어 있다.¹²⁹⁾ 한편, 튀링엔은 소련군 점령지역이었지만, 경찰임무법, 질서행정청법, 경찰조직법을 갖

126) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §1, Rn. 3 참조.

127) Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bazerischen Staatlichen Polizei; BayPAG / Gesetz über die Organisation der Bayerischen Staatlichen Polizei; BayPOG / Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung; BayLStVG

128) Polizeigesetz; NWPolG / Gesetz über die Organisation und die Zuständigkeit der Polizei; NWPOG / Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden; NWOBG

129) Allgemeinen Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein; SchlHVwG / Gesetz über die Organisation der Polizei in Schleswig-Holstein; SchlHPOG

추고 있다.¹³⁰⁾

2. 분리체계와 단일체계의 구별

(1) 분리체계 — 경찰관청과 질서관청의 구별

탈경찰화가 이루어진 지역에서는 경찰관청(Polizeibehörden)이 질서관청(Ordnungsbehörden)과 제도적으로 분리되어 있다.¹³¹⁾ 이를 ‘분리체계’(Trennungssystem)라고 말한다.¹³²⁾ 베를린, 브란덴부르크, 메클렌부르크-포어포먼, 노르트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠, 쉘레스비히-홀슈타인 주가 ‘질서관청’이라는 개념을 사용하여 분리체계로 분류된다. 또한 함부르크, 니더작센, 작센-안할트에서는 ‘위험방지 행정관청’(Verwaltungsbehörden der Gefahrenabwehr)이라는 표현을 사용하고 있고, 바이에른은 ‘안전관청’(Sicherheitsbehörde), 헤센은 ‘위험방지관청’(Gefahrenabwehrbehörde)이라는 표현을 사용한다.

경찰관청과 질서관청 사이의 차이점은 임무에 있다기보다는 수단에 있다. Gusy는 경찰은 명백한 위험에 신속하고 융통성 있게 ‘현장에서’ 대응하고, 질서관청은 ‘책상 앞’에서 당상 현실화되지 않은 위험에 대처한다고 서술하기도 하였다.¹³³⁾ 이러한 비유가 일견 타당한 이유는 경찰관청은 외근(Außerdienst), 현장성(Ortsnähe), 신속성(Schnelligkeit), 구두(Mündlichkeit) 또는 무형식성(Formlosigkeit)의 특성

130) Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei; ThürPAG / Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Ordnungsbehörden; ThürOBG / Gesetz über die Organisation der Polizei des Landes Thüringen; ThürPOG

131) Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2017, Rn.56 참조.

132) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Rn.52 참조.

133) Gusy, a.a.O.

을 지니고 있는 반면에, 질서관청은 내근(Innendienst), 비현장성(Orts-ferne), 행정행위를 통한 위협제거, 문서성(Schriftlichkeit) 내지는 형식성(Förmlichkeit)의 특성을 지니고 있기 때문이다.¹³⁴⁾

(2) 단일체계

이에 반해 탈경찰화가 이루어지지 않은 지역에서는 위협방지라는 경찰의 임무는 단일한 관청에 귀속된다. 이를 ‘단일체계’(Einheits-system)라고 한다. 단일체계에서의 경찰은 형식적 의미의 경찰과 실질적 의미의 경찰이 일치한다. 그러므로 모든 조직적 의미의 경찰관청이 실질적 의미의 경찰임무를 수행한다. 다시 말해, 위협방지에 관한 단일성의 원칙이 적용되어, ‘경찰관청’(Polizeibehörde)이라는 하나의 관청에 모든 위협방지 조치에 대한 관할이 있다.¹³⁵⁾ 현재 바덴-뷔르템부르크, 브레멘, 자를란트, 작센의 경찰조직은 단일체제로 분류된다.

그러나 단일체계에서도 행정적 임무와 그 밖의 경찰임무를 구별한다.¹³⁶⁾ 즉, 전자를 경찰행정관청(Polizeiverwaltungsbehörden) 또는 경찰관청(Polizeibehörden)이라고 부르고, 후자를 경찰집행관청(Polizeivollzugsbehörden) 또는 경찰집행기관(Polizeivollzugsdienst)이라고 부른다.

3. 실질적 의미의 경찰과 조직적 의미의 경찰의 구별

탈경찰화의 결과, 경찰이 집행경찰과 질서관청으로 나뉘게 되면서, 기존의 경찰개념이 실질적 의미의 경찰에서 나아가 조직적 의미

134) Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2017, Rn. 56 참조.

135) Gusy, a.a.O., Rn. 55 참조.

136) Gusy, a.a.O.

의 경찰개념이 생성되기에 이르렀다. 다시 말해, 협의의 탈경찰화로 인해 경찰관청과 질서관청의 구별이 발생하였고, 각 관청별로 임무의 변화가 발생한 것으로 인한 조직상의 결과라고 할 수 있다.¹³⁷⁾

먼저 실질적 의미의 경찰은 위험방지 임무 그 자체로서, 협의의 탈경찰화가 이루어지기 이전에 집행경찰과 질서행정관청이 행하는 모든 위험방지활동을 의미한다.¹³⁸⁾ 조직적 의미의 경찰 또는 제도적 의미의 경찰은 경찰조직법상 경찰기관이 행하는 모든 경찰활동을 의미한다.¹³⁹⁾ 통상적으로 ‘제복 입은 경찰’이 여기에 해당할 것이다. 이 점에서 형식적 의미의 경찰과 유사하다고도 볼 수 있는데, 형식적 의미의 경찰은 조직적 의미의 경찰개념과 더불어 입법자에 의해 주어진 임무를 수행하게 되므로,¹⁴⁰⁾ 위험방지 임무 외의 형사소추와 같은 작용도 포함됨에 차이점이 있다. 그렇기 때문에 어떠한 조직법에 근거를 두느냐에 따라 조직적 의미의 경찰은 각 주별로 상이한 형태를 나타내게 되었다.

4. 민주·법치주의 회복과 위험방지 임무의 독립성·명확성 확립

(1) 탈경찰화를 통한 민주·법치주의의 회복

일반적으로 경찰권 행사의 침익적 성격 때문에, 경찰권 행사와 시민의 자유는 서로 반비례관계에 있다고 볼 수 있다. Werner는 “경찰권이 미치는 범위 바로 바깥이 국가가 보장하는 자유의 영역이다”라고 표현하기도 하였다.¹⁴¹⁾ 또한 민주주의 정부 하에서 경찰권은

137) Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2017, Rn. 57 참조.

138) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007, Rn. 24 참조.

139) Knemeyer, a.a.O., Rn. 26 참조.

140) Knemeyer, a.a.O., Rn. 25 참조.

141) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, §2

개인을 처벌하거나 정치적 반대를 억누르기 위해 불법적으로 사용되어서는 아니 된다.¹⁴²⁾ 그런데 협의의 탈경찰화가 행해지기 직전 독일은 나치체제 하에 있었기 때문에, 기존의 경찰권 행사의 남용은 극에 달해 있었다. 이에 따라 독일에서는 탈경찰화를 통하여 특히 국가비밀경찰(Gestapo)이 행하였던 경찰권 행사의 남용을 막을 수 있을 것이라고 생각하였다.¹⁴³⁾

Phelps는 ‘탈경찰화’(de-policing)를 경찰이 민주화되기 위한 과정으로 이해하고 있으면서, 제2차 세계대전 이후 독일과 일본을 사례로 분석하여 미국이 관련되어 있는 세계 각지의 분쟁지역에서 경찰의 민주화를 위한 절차 또는 요건을 도출하고 있다.¹⁴⁴⁾ 여기에서는 경찰이 민주화되기 위한 세 단계를 들고 있는데, 첫 번째로 발생한 갈등의 제압이 이루어질 것, 두 번째로, 개입한 국가에 의해 범집행, 범죄예방, 질서유지를 위한 과도적 문민경찰 제도의 확립이 이루어질 것, 마지막으로 유능하고 인도적인 현지 문민경찰 조직의 창설이 그것이다.¹⁴⁵⁾ 이러한 틀에서 볼 때, 독일의 경우에는 제2차 세계대전에서 패전하게 된 이후에 탈경찰화를 거치면서 점령국에 의한 과도기적 경찰 제도가 도입되었고, 이후에 각 주별로 경찰법이 마련되면서 위의 세 단계에 따라 경찰의 민주화가 이루어졌다고 볼 수 있겠다.

그러나 ‘탈경찰화’ 자체를 민주화로 향하는 과정이라고 보기에는 성급한 결론이 아닌가 하는 의문이 든다. 가령 역사적으로 탈경찰화를 거치지 않은 프랑스 경찰을 두고 민주경찰이 아니라고 주장하는 사람은 없을 것이다. 그러므로 나치체제를 겪었던 독일의 특수한 상

Rn. 19 참조.

142) Phelps, Lessons in Developing Democratic Police from Post-Second World War Successes, International Journal of comparative and applied criminal justice, Spring 2010, Vol. 34, No.1, p. 120 참조.

143) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2018, Rn. 14 참조.

144) Phelps, op. cit., p. 119 참조.

145) Phelps, op. cit., p. 122 참조.

황 하에서 탈경찰화가 경찰의 민주화를 이루는 데 기여를 했다고 보는 것이 정확할 것이다. 다만, 이 과정에서 이루어진 집행경찰과 질서관청 사이의 분권화라든지 문민화, 탈군사화 등은 독일경찰의 민주성과 법치주의를 회복하는 데 분명한 기여를 하였다고 평가할 수 있겠다.

(2) 탈경찰화를 통한 위험방지 임무의 독립성과 명확성 확립

바이에른 주의 경찰법은 경찰임무법(PAG), 경찰조직법(POG), 경찰형법(LStVG)이라는 세 가지 법률로 구성된다. 탈경찰화의 결과로서 이러한 경찰법과 안전법의 분리는 기본법(Grundgesetz) 제30조와 제70조에서 규정하고 있는 권한분산 원리에 따라 위험방지에 관한 법률은 각 주에서 제정하도록 되어 있기 때문이기도 하다.¹⁴⁶⁾ 또한 각각의 특정한 위험방지 영역을 담당하는 관청의 독립성을 강화한다는 측면에서 의의가 있다는 견해가 주장된다.¹⁴⁷⁾ 즉, 분리체계는 경찰관청의 독립성을 강화하고자 하고, 이러한 독립성은 독립한 성문법률로써 뒷받침된다고 보는 것이다. 이에 따라 집행경찰과 안전관청(Sicherheitsbehörden)은 서로 명확히 구별되고, 경찰의 권한행사는 안전관청의 권한과 구별되며 법적인 명확성을 수반하게 된다고 본다.

146) Honnacker, Ein Polizei- und Sicherheitsgesetz für Bayern?, BayVBl, 2006(14), 137, S. 429-430 참조.

147) Wolff, Heinrich, Empfiehlt sich der Erlass eines einheitlichen bayerischen Polizei- und Sicherheitsgesetzes?, BayVBl, 2004(24), 135, S. 737-743.

제3장 최근의 탈경찰화 이후 반대경향

독일에서 진행된 협의의 탈경찰화는 나치체제 하에서 망가진 경찰제도를 회복시키는 계기가 되었다는 점에서 의의가 있다. 점령국인 영국과 미국의 영향을 받아 탈군사화·탈나치화·민주화·탈중앙집중화 원리 하에 분권화된 경찰 조직으로 대체되었다.¹⁴⁸⁾ 그런데 탈경찰화는 종래 독일에서 지지를 받았던 「프로이센 경찰행정법」과는 상이한 특성이 있었고, 그렇기 때문에 비판을 받는 등 탈경찰화에 대한 부정적인 평가도 존재한다.

협의의 탈경찰화 이후에 탈경찰화에 대한 비판에 더해 최근에는 위험개념의 확대와 테러에 대한 위협, 사이버 공간에서의 안전활동 필요성 등 기존에 존재하지 않았던 새로운 형태의 위협이 등장하였다. 이처럼 탈경찰화를 통한 경찰권의 분리·축소에 대한 도전 내지는 탈경찰화에 대한 반대경향으로 인해 경찰법은 다시 한 번 도전을 맞이하고 있다.

I. 탈경찰화에 대한 비판적 견해

앞서 살펴보았다시피, 바이에른 주의 경찰-안전법은 엄격한 형식의 분리체계를 취한 결과라고 할 수 있다. 그런데 분리체계를 고수하여 위험방지에 관한 법률을 경찰임무법, 경찰조직법, 경찰형법의 세 법률로 체계를 이루었음에도 불구하고, 다른 한편으로는 「경찰법 모범초안」(MEPolG)을 받아들이는 등 수범자로 하여금 법률의

148) Bastian, Westdeutsches Polizeirecht unter alliierter Besatzung (1945-1955), 2010, S.2 참조.

복잡성이 증가하여 단일한 법률로 개정해야 할 필요성이 제기되고 있다.¹⁴⁹⁾ 이하에서는 바이에른 주의 위험방지에 관한 일반법 내지는 단일한 법률로의 개혁 필요성에 관한 논거를, 탈경찰화에 대한 비판적 견해로서 소개하고자 한다.

1. 집행경찰과 안전관청 사이 직무범위로 인한 마찰

탈경찰화의 결과, 집행경찰과 안전관청은 모두 위험방지에 관한 실질적 의미의 경찰로서 공동의 임무를 수행하지만, 양자의 직무범위에 관한 복잡성 때문에 두 기관 사이의 마찰은 피할 수 없는 문제점이 있다. 구체적으로는 「바이에른 경찰임무법」 제3조¹⁵⁰⁾의 보충성의 작용 범위를 특정하기 어려운 문제를 들 수 있다.¹⁵¹⁾ 다시 말해, 안전관청에서 행해진 조치와 위 경찰임무법 제3조에 의한 보충적인 조치가 양립할 수 있는지에 관해, 한편으로는 안전관청에서 행해진 조치만이 남아 있다는 견해가 있고, 다른 한편으로는 안전관청이 조치를 취하는 것을 원하지 않는 경우 위 조항에 따른 조치가 가능하다는 견해가 있다.¹⁵²⁾ 또한 「바이에른 경찰형법」(LStVG) 제10조 제1문¹⁵³⁾에 의해 안전관청 처분의 우선성이 인정되고 있는데, 이를 개정할 필요도 있다고 한다.¹⁵⁴⁾ 안전관청에 의한 처분 이전

149) Wolff, Heinrich, Empfiehlt sich der Erlass eines einheitlichen bayerischen Polizei- und Sicherheitsgesetzes?, BayVBl, 2004(24), 135, S. 737 참조.

150) BayPAG Art. 3 Verhältnis zu anderen Behörden: Die Polizei wird tätig, soweit ihr die Abwehr der Gefahr durch eine andere Behörde nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint.

151) Wolff, a.a.O., S. 742 참조.

152) Wolff, a.a.O., Fn. 56-57 참조.

153) BayLStVG Art. 10 Sicherheitsbehörden und Polizei: Maßnahmen der Sicherheitsbehörden nach diesem Gesetz schließen widersprechende Maßnahmen der Polizei aus.

154) Wolff, a.a.O., S. 742 참조.

에 집행경찰에 의한 처분이 존재하는 경우에, 안전관청의 처분이 집행경찰의 처분에 명백히 우선하는지에 관한 명확한 해답이 없기 때문이다. 게다가 경찰형법 제6조¹⁵⁵⁾에 의한 다양한 안전관청 사이의 관계도 서로 임무 영역을 구분하기가 매우 어려워 불명확한 측면이 있다.

그러므로 집행경찰과 안전관청 사이의 마찰을 해소하기 위해서는 분리체계를 유지하더라도 최소한 위험방지에 관한 법률은 단일한 형태로 통합되는 것이 타당하다는 결론에 이르게 된다.¹⁵⁶⁾

2. 집행경찰과 안전관청 사이 권한의 불명확성

바이에른 주에서 집행경찰과 안전관청은 모두 위험방지를 위한 직무를 수행한다는 점에서 공동의 임무를 지니고 있으나, 권한에 있어서는 상대적인 차이가 있어 문제점으로 지적되고 있다. 구체적으로 살펴보면, 「바이에른 경찰임무법」 제8조 제3항¹⁵⁷⁾은 무주물에 대한 경찰책임을 소유권과 관계없이 부여할 수 있음을 규정하고 있지만, 경찰형법 제9조 제2항¹⁵⁸⁾은 경찰책임자로서 소유자, 소유자로

155) BayLStVG Art.6 Aufgaben der Sicherheitsbehörden: Die Gemeinden, Landratsämter, Regierungen und das Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr haben als Sicherheitsbehörden die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und durch Unterbindung und Beseitigung von Störungen aufrechtzuerhalten.

156) Wolff, Heinrich, Empfiehlt sich der Erlass eines einheitlichen bayerischen Polizei- und Sicherheitsgesetzes?, BayVBl, 2004(24), 135, S. 743 참조.

157) BayPAG Art. 8 Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen: (3) Geht die Gefahr von einer herrenlosen Sache aus, so können die Maßnahmen gegen denjenigen gerichtet werden, der das Eigentum an der Sache aufgegeben hat.

158) BayLStVG Art. 9 Richtung der Maßnahmen: (2) Macht das Verhalten oder der Zustand eines Tieres oder der Zustand einer

부터 위임받은 자, 특별규정에 의해 책임이 있는 자로 나열하고 있다. 그렇기 때문에 경찰권 행사의 상대방에 관해 경찰형법이 경찰임무법보다 상대적으로 부족하게 규정하고 있어 안전관청의 작용에 대해 의문을 일으키게 한다. 또한 경찰임무법 제5조는 경찰재량에 대해 규정하고 있지만, 경찰형법은 안전법상 재량에 대해서 침묵하고 있다.¹⁵⁹⁾

그리고 집행경찰과 안전관청의 권한규정의 본질이 서로 다르다는 점도 문제점으로 지적된다. 「바이에른 경찰임무법」 제11조 제1항이 경찰상 일반조항이라고 한다면, 경찰형법 제7조 제2항¹⁶⁰⁾은 제한된 일반조항으로 파악된다.¹⁶¹⁾ 안전관청의 경우 임무 영역에서 권한

anderen Sache Maßnahmen nach diesem Gesetz notwendig, so sind diese gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu richten. Die Maßnahmen können auch gegen den Eigentümer oder den sonst dinglich Verfügungsberechtigten gerichtet werden; das gilt nicht, wenn der Inhaber der tatsächlichen Gewalt diese gegen den Willen des Eigentümers oder sonst dinglich Verfügungsberechtigten ausübt. Soweit auf Grund besonderer Vorschriften eine andere Person verantwortlich ist, sind die Maßnahmen in erster Linie gegen diese zu richten.

159) Wolff, Heinrich, Empfiehlt sich der Erlass eines einheitlichen bayerischen Polizei- und Sicherheitsgesetzes?, BayVBl, 2004(24), 135, S. 741 참조.

160) BayLStVG Art. 7 Befugnisse der Sicherheitsbehörden: (2) Soweit eine solche gesetzliche Ermächtigung nicht in Vorschriften dieses Gesetzes oder in anderen Rechtsvorschriften enthalten ist, können die Sicherheitsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben für den Einzelfall Anordnungen nur treffen, um

1. rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen, oder verfassungsfeindliche Handlungen zu verhüten oder zu unterbinden,
2. durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen,
3. Gefahren abzuwehren oder Störungen zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit von Menschen oder Sachwerte, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen.

161) Wolff, a.a.O., S. 741 참조.

규정이 없다면 어떠한 행위도 할 수 없게 되는데, 안전관청에도 경찰임무법과 같이 포괄적인 권한규정을 부여하는 것이 자연스럽다고 할 것이다.

II. 행정경찰의 대상으로서 위험 개념의 확대

1. 전통적 위험 개념의 확대

‘위험’(Gefahr)이란 독일법상 전통적인 경찰행정법의 기본개념으로서, ‘공공의 안전·질서에 대한 장애가 발생할 것이 충분한 개연성을 가짐’을 의미하고, 이러한 경우에만 질서행정권이 발동될 수 있다.¹⁶²⁾ 이러한 위험은 다양한 형태로 나타나게 되는데, 전통적으로 경찰은 ‘구체적 위험’(konkrete Gefahr)이 있는 경우에 경찰권 발동이 가능하다고 보았다. 그런데 2001년 9·11테러 이후에 위험개념의 약화는 가속화되었고, Kugelmann은 “위험개념이 위험에 빠졌다”¹⁶³⁾고 지적하기도 하였다. 이처럼 구체적 위험이 표면상 드러난 이후에 경찰권을 발동해서는 위험에 대한 적절한 대처가 이뤄지지 못하는 경우가 발생하여 ‘전통적 위험개념의 작별’과 같은 위험개념의 종언이 언급되기도 하였다.¹⁶⁴⁾

다시 말해, 구체적인 위험의 방지와 범죄자의 추적을 통한 계속되는 위험 현실화의 방지 작용이라는 과거의 경찰 임무는 20세기 말부터 도처에 존재하는 위험에 대해 미리 대비하는 것으로 확장되었

162) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2011, 201쪽 참조.

163) Kugelmann, Der Polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr, DÖV 2003, 781 ff. 참조.

164) 서정범·박병욱, 경찰법상의 위험개념의 변화에 관한 법적 고찰, 안암법학, 2011. 9., 93-94쪽 참조.

다. 위협의 사전 대비를 위해서는 위협과 관련된 각종 정보의 수집과 그 활용이 중요하게 여겨지는 것은 당연한 수순이고, 그렇기 때문에 정보 수집에 관한 법적 근거와 통제의 문제도 함께 부각되고 있다.¹⁶⁵⁾ 그리하여 최근에는 경찰법영역에서 구체적인 위협의 현실화의 방지로부터 한 걸음 더 나아가서 사후에 구체적으로 드러나게 될 위협을 사전에 방지하는 경찰상 사전대비가 새로운 경찰사무의 유형으로 자리를 차지하게 되었다. 이러한 ‘경찰상 사전대비의 원칙’(polizeiliches Vorsorgeprinzip)은 경찰개념의 변화를 의미한다.¹⁶⁶⁾

전통적 위협개념의 확대현상은 현대 행정의 특징에서도 그 원인을 찾을 수 있다. 근대의 자유주의적 법치국가의 행정을 기본적으로 소극적인 질서행정이라고 한다면 현대의 행정은 적극적인 복리행정으로 특징지을 수 있을 것이다.¹⁶⁷⁾ 특히 ‘사전대비’는 환경행정법에서 새로이 정립된 개념인데, 여기서 ‘사전’이라 함은 위와 같은 위협이 아직 없는 상태에서 장래의 리스크(Risiko)에 대비한다는 의미이다.¹⁶⁸⁾ 사회의 복잡성이 증가함에 따라 현대 경찰법도 마찬가지로 ‘위험에 대한 사전배려’(Gefahrenvorsorge)가 필요하다고 인식하게 되었고, 나아가 ‘리스크 사전배려’(Risikovorsorge)가 등장하기도 하였다.¹⁶⁹⁾

또한 경찰법 내에도 다양한 위협개념에 대한 정의가 등장하였다. 다음은 바덴-뷔르템베르크 주 경찰법상 규정되어 있는 여러 위협개념에 대한 정의이다.¹⁷⁰⁾

(1) ‘위험의 혐의’(Gefahrverdacht)는 행정관청이 외관상 위협에 관

165) 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007, 8쪽 참조.

166) 홍정선, 전제서, 8쪽 참조.

167) 김동희, 행정법Ⅱ, 제24판, 박영사, 2018, 187쪽 참조.

168) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2011, 201쪽 참조.

169) 오명신, 경찰법상 위협개념의 변화와 예방적 정보수집활동의 법적 고찰, 고려대학교 석사학위논문, 2012, 27쪽 참조.

170) Zeitler/Trurnit, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 3. Aufl., Rn. 215 참조.

해 상황을 진단할 때 어떠한 불확실성이 있거나 인과관계를 예측하여 알기 어려워 그로 인해 손해발생의 개연성에 관한 판단이 어려운 것이다.¹⁷¹⁾

(2) ‘단순한 위험’(einfache Gefahr)은 경찰이 개입하지 않으면, 공공의 안전에 관한 보호법익에 관한 손해의 상당한 개연성이 있는 상태이다.¹⁷²⁾

(3) ‘긴급한 위험’(dringende Gefahr)은 중요한 법익에 대한 심각한 손해가 목전에 발생할 것이 예견될 때이다. 위의 위험의 혐의나 단순한 위험보다 시간적·사실적 관점에서 증가한 것이다.¹⁷³⁾

(4) ‘공통의 위험’(gemeine Gefahr)은 불특정 다수의 사람과 사물을 위협하는, 특히 야기자의 의지와 상관없이 확장되는 위험의 확장이 불특정한 위험이다.¹⁷⁴⁾

(5) ‘현저한 위험’(erhebliche Gefahr)은 일반적으로 형법을 위반한 범행으로 분류된다. ‘현저한 장애’(erhebliche Störung)의 경우, 형법을 위반한 것이다. 법익침해의 중대함과 관련되어 있다.¹⁷⁵⁾

(6) ‘직접 임박한 장애’(unmittelbar bevorstehende Störung)는 만약 경찰이 개입하지 않으면 일반적 경험에 비추어 즉각 또는 가까운 장래에 확실히 보이는 위험에 처한 법익에 관한 손해이다.¹⁷⁶⁾

(7) ‘현재의 위험’(gegenwärtige Gefahr)은 손해를 주는 현상의 발생이 이미 시작되거나 직접적이거나 안전에 관해 가까운 장래에 인접할 개연성이 있는 것이다. 현재의 위험 인정에 요구되는 것은 손해 시작의 특별한 시간적 근접성이다.¹⁷⁷⁾

171) §1 Abs. 1 Satz 1 PolG BW

172) §1 Abs. 1 Satz 1 PolG BW

173) Art. 13 Abs. 3 GG, §31 Abs. 1 PolG BW

174) Art. 13 Abs. 3 GG, §31 Abs. 1 Satz 2 PolG BW

175) §22 Abs. 2, 3, §28 PolG BW

176) §9, 28 Abs. 1 Nr. 1, 23, 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW

177) §53 Abs. 2 PolG BW

(8) ‘임박한 위험’(Gefahr im Verzug)은 본래 관할권 있는 관청이 개입하기 전에 오직 경찰을 통해서만 제거될 수 있는 위험이다.¹⁷⁸⁾

2. ‘예상위험’(drohende Gefahr) 개념의 등장

이러한 위험개념의 확대는 최근 바이에른 주에서 두드러지게 나타나고 있다. 바이에른 주에서는 2016년 7월 뷔르츠부르크(Würzburg)에서 난민 출신 승객이 열차 내에서 도끼를 휘두른 사건이 발생하였고, 같은 달 안스바흐(Ansbach)에서 난민이 자살폭탄 공격을 한 사건이 연이어 발생하였다. 한편 같은 해 베를린에서는 크리스마스 시장 내부로 이민자 출신 범인이 트럭으로 돌진해 사람들을 공격한 사건도 발생하였다. 이러한 일련의 사건에 의거하여 바이에른 주의회는 2017년 1월 24일 「국내 안전에 관한 즉각적인 프로그램」(Sofortprogramm Innere Sicherheit)을 결정하였다.¹⁷⁹⁾ 이를 통해 가령, 외국의 테러리스트 훈련소로부터 입국한 사람이 있다는 첩보가 있는 경우 그 사람을 지속적으로 감시하는 것과 같은 활동을 가능하게 하는 것이다. 이러한 현상은 전통적인 위험개념에 기초한 대응수단으로는 구체적으로 예상되거나 또는 현재의 위험에 더 이상 대응할 수 없음을 의미한다. 바이에른 주에서는 위험개념의 확대 경향에서 조금 더 나아가 위험이 구체화되기 이전 단계에서부터 경찰권 행사가 가능하도록 위험 개념으로의 포섭 시점을 앞당기는 규정을 경찰법에 마련하기까지 나아갔다. 그것이 바로 바이에른 경찰임무법상 ‘예상위험’(drohende Gefahr)이다.¹⁸⁰⁾ 정의규정인 제11조 제3항을

178) §2 Abs. 1, 23 Abs. 2, 31 Abs. 2, 67 PolG BW

179) Müller, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei, BayVBl 2018(4), S. 110 참조.

180) 박원규는 drohende Gefahr를 ‘우려되는 위험’으로 번역하였다.(박원규, 독일 경찰법의 최근 동향 — 바이에른주 경찰직무법(PAG) 개정을 중심으로, 경찰법이론실무포럼 7회 학술세미나 발제문, 2018. 12. 7.) 그런

살펴보면,¹⁸¹⁾ 경찰은 경찰임무법 제11조 제1항과 제2항에서 규정하고 있는 일반적 수권규정에도 불구하고, 사실의 확인과 중대한 법익에 대한 위험발생을 방지하기 위하여, 개별 사안에 있어 특정한 사유가 존재하고, 그로 인하여 예견 가능한 시간 내에 현저한 정도 또는 결과를 가져오는 침해가 예상되는 경우(예상위험)에 제12조에서 제65조까지의 별도 권한이 규정되어 있지 않는 한, 필요한 조치를 취할 수 있다. 여기서 개별 사안이란 (1) 특정인의 개별 행동이 구체적인 개연성을 정당화 하는 경우이거나 (2) 어떠한 예비징후가 그 자체로, 혹은 다른 특정한 사실들과 결합하여 성질상 구체적인 사건발생에 대한 결론과 연관되는 경우를 말한다. 또한 중대한 법익은 (1) 연방 또는 주의 존립 또는 안전, (2) 생명, 신체 또는 자유, (3) 성적 자기결정권, (4) 중대한 재산상 지위, (5) 특별히 공공의 이익을 지닌

데, 경찰법상 위험의 개념은 보호법익에 대한 침해 또는 손해가 발생할 충분한 개연성이라고 할 수 있고, 여기서 ‘개연성이 있음’은 ‘우려되는’ 상태와 동일하다고 생각된다. 그러므로 위험이라는 의미 자체에 우려되는 상황이 포함된다고도 말할 수 있다. 따라서 본 논문에서는 위험이 현실화되기 이전 시점으로 경찰권 개입 시기를 앞당긴다는 의미를 선명하게 하기 위해 ‘예상위험’으로 번역하기로 한다.

181) BayPAG Art. 11 (3) Die Polizei kann unbeschadet der Abs. 1 und 2 die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall

1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder
2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln. Bedeutende Rechtsgüter sind
 1. der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes,
 2. Leben, Gesundheit oder Freiheit,
 3. die sexuelle Selbstbestimmung,
 4. erhebliche Eigentumspositionen oder
 5. Sachen, deren Erhalt im sesonderen öffentlichen Interesse liegt.

물건의 보존이다.

이러한 바이에른 주 경찰임무법의 개정은 독일연방헌법재판소에서 이미 소개되었던 예상위험 개념을 채택한 결과라고 할 수 있다. 예상위험 개념은 2007년 연방헌법재판소의 온라인 수색 판결에서 최초로 사용되었다.¹⁸²⁾ 이 판결에서 연방헌법재판소는 노르트라인-베스트팔렌 주 헌법보호청법의 위헌여부에 대해 심사하였는데,¹⁸³⁾ 안전관청(Sicherheitsbehörden)이 합법적으로 구체적 위험의 전 단계에서 조치를 취할 수 있는 요건을 밝혔다. 그 요건은 특정 사안에 대한 위험이 가까운 미래에 발생할 것이라고 충분한 확률로 판단할 수 없더라도, 특별히 중요한 법익에 대해 예상되는 위험이 적어도 구체화되고 시간적으로 예측이 가능해야 한다는 것이다.¹⁸⁴⁾

연방헌법재판소는 2016년 연방범죄수사청법상 권한규정에 대한 판결에서 2007년의 예상위험에 대한 정의를 보완하였다. 즉, 예상위험의 존재 여부에 대한 판단은 위험이 발생하기 전 단계에서의 판단이므로 어떠한 형태로 법익침해가 발생하게 될 것인지 알지 못하는 문제점이 있고, 그렇기 때문에 개인의 행동에 근거하여 예상위험의 존재 여부를 판단하게 하였다.¹⁸⁵⁾ 판결에서는 특정 개인의 행동을 근거로 판단하였을 때, 예견 가능한 장래에 중대한 법익에 대한 손해를 야기할 범죄를 저지를 것이라는 구체적인 개연성이 있는 경우에 예상위험을 인정할 수 있고, 이를 근거로 경찰권 행사가 가능하다고 판시하였다.¹⁸⁶⁾

182) BverfGE 120, 274 (326ff).

183) 박원규, 독일 경찰법의 최근 동향 — 바이에른주 경찰직무법(PAG) 개정을 중심으로, 경찰법이론실무포럼 7회 학술세미나 발제문, 2018. 12. 7., 11쪽 참조.

184) Leisner-Egensperger, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV, 2018, S. 680 참조.

185) Leisner-Egensperger, a.a.O.

186) BverfGE 141, 220 (328)

3. 평가

독일에서의 전통적인 구체적 위험개념으로부터 최근의 예상위험 개념의 확장에 이르는 변화는 사실상 구체적 위험개념을 포기하고 구체적 위험 개념을 대체하는 새로운 위험개념을 채택하여 경찰권이 발동될 수 있는 문턱을 대폭 낮춘 것이라고 볼 수 있다. 예상위험은 경찰이 중대한 법익의 위협에 관한 인상(Eindruck)을 갖게 되는 것만으로 경찰권을 발동할 수 있다는 취지로 설명되고 있으므로 경찰의 개입요건을 극단적으로 완화시키는 의미를 갖는다는 것이다.¹⁸⁷⁾ 그렇기 때문에 예상위험이라는 개념을 통해 경찰에 과도한 권한이 부여되어 시민들의 사생활을 지나치게 침해한다는 이유로 바이에른 경찰직무법 개정을 반대하는 대규모 집회가 개최되기도 하였다. 이처럼 새롭게 도입된 예상위험 규정은 ‘사전적 일반 수권 조항’(Vorfeldgeneralklausel)이라고 표현되며,¹⁸⁸⁾ 경찰권 행사의 상대방이 명확히 특정되지 않고, 구체적 개연성이라든지 보호법익 개념이 불명확하다는 비판을 받고 있다.¹⁸⁹⁾ 특히 법적 효과 측면에서 형태의 제한 없이 위험발생을 방지하는 조치를 포함한 모든 필요한 조치를 취할 수 있다는 비판도 존재한다.¹⁹⁰⁾

이에 반해 예상위험 개념의 도입에 대한 긍정적인 평가도 존재한다. 전통적 구체적 위험 개념의 요건인 개연성을 판단하는데 있어서, 보호법익의 중요성이 높은 경우에는 상대적으로 낮은 개연성만으로도 위험이 구체적이라고 판단하여 경찰의 개입을 허용해 왔다. 이를 이른바 ‘Je-desto 공식’이라고 하는데, 예상위험 개념이 경찰법에 규정되면서 Je-desto 공식을 통한 구체적 위험개념의 확장을 방

187) 서정범, 거짓신고에 관한 법적 문제, 경찰법이론실무포럼 6회 학술세미나 발제문, 2018. 8. 10., 11쪽 참조.

188) Waechter, Bayern: Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, S. 459 참조.

189) Waechter, a.a.O., S. 459-461 참조.

190) Waechter, a.a.O., S. 461 참조.

지할 수 있다는 견해가 있다.¹⁹¹⁾

탈경찰화와 관련하여서는 예상위험 개념이 갖는 새로운 위험분류로서의 성격에서 의의를 찾을 수 있다. 예상위험은 구체적 위험과는 구분되고, 특정한 사안 또는 인물에 기초를 두고 판단한다는 측면에서 추상적 위험과도 구별된다.¹⁹²⁾ 그러므로 구체적 위험에 대해서는 집행경찰이, 추상적 위험에 대해서는 질서관청의 직무 범위라는 기존 관념에서 탈피하여, 집행경찰이 개별 사안에 한하여 추상적 위험 영역에까지 그 임무범위를 조금 더 넓히게 되었다고 평가할 수 있다.

Ⅲ. 테러위험에 대한 경찰의 개입 확장

1. 테러방지를 위한 경찰의 예방활동 필요성

‘테러’(Terrorismus)는 본래 프랑스 대혁명 시기에 로베스피에르(Robespierre)의 공포정치를 일컫는 데 사용되었다. 그런데, 현대에 들어서 정치적 또는 이데올로기적 목적을 위해 집단이나 개인이 계획적으로 폭력을 사용하여 공포를 조장하는 사례가 발생하게 되었고, 이를 테러행위라고 부르게 되었다. 독일에서는 1972년에 뮌헨 올림픽 인질사건과 1970년대부터 1990년대에 걸쳐 적군파(Rote Armee Fraktion, RAF)에 의한 정치적 테러 등으로 인해 테러에 대한 관심이 높았다.¹⁹³⁾ 최근에는 난민 문제와 ISIL 추종자들에 의한 테러가

191) Leisner-Egensperger, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV, 2018, S. 683-684 참조.

192) Holzner, Die drohende Gefahr — Neue Gefahrenkategorie oder verfassungswidrige Vorverlagerung von Eingriffsbefugnissen?, DÖV, 2018, S. 947 참조.

193) 박원규·박재풍, 독일의 대테러 법제·조직 및 그 시사점, 경찰학연구

현실화되면서 독일 내에 불안감도 더욱 증대되고 있는 실정이다.

테러가 발생하게 되면 생명을 포함한 중대한 범익에 심각한 손상을 입히고, 그에 더하여 사회 일반에 공포심을 조장한다는 측면에서 미리 테러 징후를 포착하고 사전에 방비를 해야 할 필요성이 매우 크다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 테러를 방지하기 위한 일련의 예방적 경찰활동들은 현대에 들어서 새롭게 등장하게 된 경찰의 개입 영역이라고 할 수 있겠다.

한편 법치국가가 테러리즘에 대처하기 위해서는 법률상 여러 가지 수단이 부여되어 있어야 한다. 독일에서 입법자는 이를 위해 광범위한 권한을 창조하였고, 경찰의 활동범위뿐만 아니라 정보기관의 활동범위를 확장하여 왔다. 경찰이 권한을 가지고 있는 영역에서 정보기관들이 강력하게 활동하게 됨으로써 예방과 진압의 구별이 불분명해지는 결과를 가져왔다.¹⁹⁴⁾ 이러한 현상을 잘 보여주고 있는 것이 2008년 개정된 「연방범죄수사청법」(Bundeskriminalamtgesetz; BKAG)이다. 다시 말해, 사후적인 범죄수사를 임무로 하는 경찰기관에서 테러와 연관된 영역에 한해서는 정보수집, 감시, 감청 등 위협방지 활동을 할 수 있게 된 것이다.¹⁹⁵⁾ 또한 조직상으로 분산된 여러 대테러 유관기관 사이에 협력을 강화하기 위한 협력체를 구성하게 되었다. 이러한 협력체로서는 합동대테러센터(Gemeinsames Terrorismusabwehrzentrum), 합동극단주의·테러대응센터(Gemeinsames Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum), 합동인터넷센터(Gemeinsames Internetzentrum)가 마련되었다. 이들 협력체에는 연방범죄수사청을 비롯하여, 연방헌법보호청, 연방정보국, 군사정보국 등이 참여하고 있다.¹⁹⁶⁾

18(1), 2018. 3., 64쪽 참조.

194) Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap. 1 Rn. 159 참조.

195) 박원규·박재풍, 전계논문, 67-68쪽 참조.

196) 박원규·박재풍, 전계논문, 79-81쪽 참조.

2. 경찰과 정보기관의 테러예방과 탈경찰화와의 접점

이처럼 테러방지를 위한 경찰의 개입 필요성이 발생하고, 그 결과 예방적 정보수집활동을 위한 근거 규정이 법률에 마련되었으며, 조직상으로 유관기관들의 협력체가 구성되었다. 즉, 테러방지를 위해 경찰과 정보기관이 집단적으로 대응을 해야 할 필요성이 발생하였다는 것을 의미한다.

그런데, 여기에 탈경찰화와 관련하여 유의할 점이 있다. 바로 경찰과 정보기관 사이의 분리 원칙이다. 이 원칙의 역사적인 기원은 협의의 탈경찰화 과정에서 연합국 군정에 의한 ‘경찰서신’(Polizeibrief)에서 유래한다.¹⁹⁷⁾ 경찰서신 제2조는 연방정부에 반하거나 전복하려는 활동과 관련된 정보를 수집하는 기관을 설치하는 것을 허용하면서도, 그 기관에 어떠한 경찰상 권한을 가져서는 안 된다고 규정하고 있다.¹⁹⁸⁾ 즉, 탈나치의 관점에서 나치체제 하에서 활동하였던 비밀경찰인 게슈타포를 포함하여 집행경찰과 정보수집 활동이 혼재된 무소불위의 권한을 가진 경찰의 재탄생을 방지한다는 인식을 확인한 것이라고 할 수 있다. 이처럼 협의의 탈경찰화 과정에서 경찰로부터 분리된 정보기관은 현재까지도 경찰과 분리되어 있다. 이러한 분리의 원칙은 테러방지를 위한 필요성이 아무리 크다고 하더라도 그에 반하는 기본권 침해 우려가 여전히 높기 때문에 유지되어야 할 필요성이 있다.

197) 박병욱, 독일 나찌시대 제국안전중앙청(Reichssicherheitshauptamt)의 긴 그림자, 경찰법연구 제11권 제2호, 2013, 254쪽 참조.

198) Pioch, Das Polizeirecht: einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Aufl., 1952, S. 289; 2. Der Bundesregierung wird es ebenfalls gestattet, eine Stelle zur Sammlung und Verbreitung von Auskünften über umstürzlerische, gegen die Bundesregierung gerichtete Tätigkeiten einzurichten. Diese Stelle soll keine Polizeibefugnis haben.

IV. 경찰의 새로운 임무영역으로서의 인터넷

1. 인터넷 환경의 특수성

인터넷의 간편성, 신속성, 정보의 휘발성과 신뢰도 결여 등 그 특성 때문에 법에 대한 도전이 된다.¹⁹⁹⁾ 인터넷으로 인해 현실공간 이외에 가상공간이라는 새로운 영역이 등장하였고, 국가의 관점에서 가상공간에서의 행위에 개입하는 데 많은 어려움이 있기 때문이다. 게다가 사이버스토킹의 사례와 같이 가상공간에서의 행위는 현실공간에서 위협으로 작용하고 있기 때문에 인터넷이 법으로부터 자유로운 영역이 될 수는 없고, 인터넷 환경에서의 경찰의 위협방지 임무의 수행은 필수적이다.

2. 인터넷 환경에서의 경찰 작용

인터넷에서의 법적 문제가 발생하였다고 하여 경찰법상 특별히 다르게 취급하기보다는 일반적 유형으로 포섭하여 해결이 가능할 것이다. 다만, 인터넷 공간의 위험을 전담하는 질서관청이 있기 전에는 집행경찰을 중심으로 경찰권 행사의 요건과 한계에 있어서 인터넷 환경에 맞게 방향을 설정할 필요가 있다. 가령, 극우조직이 인터넷을 통하여 인종차별적 주장을 유포한다거나, 극좌조직이 이메일을 통하여 폭력이 행사될 것이 예정되어 있는 금지된 집회에의 참여를 호소하는 경우에 경찰은 특정 개인의 이메일 사용에 대해 제지하는 등의 조치를 통하여 위험을 방지할 수 있을 것이다.²⁰⁰⁾ 입법

199) Engel, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (DGVR) 39 (2000), 353. Kugelman, a.a.O., Kap. 5 Rn. 159에서 재인용.

200) Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, Kap. 5 Rn. 163;

자는 경찰관청이나 안전관청에게 특별한 권한을 부여하는 방식으로 인터넷상의 위험에 대처하고 있는데, 이러한 권한들은 당연히 기본권에 의한 한계를 갖는다.

인터넷 공간에서 경찰 작용의 상대방이 문제된다. 우선 정보의 발신인과 수신인은 경찰책임자로서 취급되고, 정보를 작성하여 게시하는 사람이 우선적으로 행위책임자가 될 것이다.²⁰¹⁾ 또한 인터넷 서비스나 플랫폼을 제공하는 사람이 위법적 내용을 알 수 있고 그를 차단하는 것이 기술적으로 가능하다면, 서비스제공업자도 상태책임자가 된다.²⁰²⁾ 다시 말해, 인터넷상에서의 정보는 그 소재지를 확인하기가 어렵기 때문에 서비스제공업자의 의무는 특별한 의미를 갖게 되는 것이다.

Zimmermann, Polizeiliche Gefahrenabwehr und das Internet, NJW 1999, 3145, S. 3150 참조.

201) Kugelman, a.a.O., Kap. 5 Rn. 184 참조.

202) Kugelman, a.a.O., Kap. 5 Rn. 187 참조.

제4장 우리나라에의 시사점

현재의 우리나라 경찰제도는 탈경찰화 이후의 독일과 마찬가지로 집행경찰과 질서관청이 분리되어 있는 형태를 취하고 있다. 그 때문에 독일에서 이루어졌던 탈경찰화 이후의 반대경향은 그대로 우리나라에서도 유사하게 나타나고 있다. 이하에서는 우리나라에서의 탈경찰화를 개관해보고, 보안경찰과 사법경찰의 확대 경향에 대한 한계 설정, 자치경찰제도를 매개로 한 탈경찰화의 극복, 새롭게 부각되는 행정영역에서의 경찰의 역할 순서대로 시사점을 살펴보겠다.

I. 행정경찰로서의 보안경찰의 확대 경향

1. 광복 이후 우리나라에서의 탈경찰화

우리나라 문헌에서 행정경찰이 처음 언급된 것은 1895년 유길준의 ‘서유견문’이다. 그는 서유견문 제10편 ‘순찰제도’에서 ‘행정경찰’(行政警察)과 ‘사법경찰’(司法警察)에 대해 언급하면서 경찰제도의 중요성과 시행의 필요성을 논하였다.²⁰³⁾ 그 중 행정경찰의 직무로서 재해를 막고, 국민의 건강과 풍속, 범죄예방을 들고 있다. 제2차 세계대전 이후 독일에서는 나치시대에 대한 반성으로 대부분의 질서유지작용이 일반 행정기관으로 이관되고 경찰은 집행경찰에 국한되는 소위 탈경찰화를 겪었는데, 우리나라와 일본도 일제 강점기에 대한 반성으로 동일한 과정을 거쳤다.²⁰⁴⁾

203) 유길준, 서유견문, 交詢社, 1895, 272-277쪽 참조.

204) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2010, 388쪽 참조.

우리나라도 1945년 광복 후 미군정기에, 군사적이고 전제적인 일본경찰의 업무영역에서 위생·경제·출판업무 등이 분리되어 질서행정으로 재편되는 등 제2차 탈경찰화 과정이 이루어졌다.²⁰⁵⁾ 예를 들어, 위생사무가 1945년 9월 24일자로 위생국으로 이관되면서 탈경찰화되었고,²⁰⁶⁾ 같은 해 9월 22일자로 검열과가, 9월 29일에는 보안과가, 10월 24일에는 경제경찰과가 각각 폐지되어, 경제경찰, 고등경찰 관념 등이 경찰 개념에서 제거되었다.²⁰⁷⁾ 그리하여 우리나라에서 제도적 의미의 경찰인 ‘경찰’의 임무는 집행경찰과 범죄수사에만 국한되어 있고, 질서행정은 지방자치단체 등 행정관청이 맡고 있다.

2. 최근 보안경찰의 확대 경향과 한계 설정

독일과 마찬가지로 외국인의 유입, 테러위협에 대한 관심 증가 등 새로운 위협에 보다 앞서서 대응하기 위해 경찰의 정보수집 활동의 범위가 확대된다든지 보안경찰이 확대되는 경향이 나타났다. 특히 테러위협인물에 대한 감시를 위한 외사정보, 이해관계가 엇갈리는 집단이 동시에 집회를 신고한 경우에 충돌을 예방하기 위한 경비정보, 산업기밀유출을 방지하기 위한 정보수집활동 등 여러 방면으로 보안경찰활동은 확장되고 있는 추세이다. 그런데 최근 이러한 경향에 경계할 필요성을 들며 정보경찰의 개혁을 주장하는 견해도 설득력을 얻고 있다. 즉, 정보경찰은 ‘정책정보’라는 이름으로 구체적인

205) 김학경, 제3의 탈경찰화와 민간경비원의 권한확대: 영국의 지역사회 안전인가제도 중심으로, 치안정책연구 제28권 제1호, 2014, 각주 5 참조.

206) 대법원 1957. 7. 19. 57누114 판결; 종전의 법령에 의하여 경찰서장에 속한 보건위생사무에 관한 모든 권한은 전기 정부조직법 및 지방자치법의 시행으로 인하여 군수에게 속하게 되었다고 해석할 것임에 불구하고, 원판결이 개장명령의 권한이 종전에 경찰서장에 속한다하여 본건 군수의 개장명령을 권한 외의 위법한 행정처분이라고 단한 것은 법률의 해석을 그릇한 위법이 있다.

207) 이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004, 139쪽 참조.

위험상황과 관계없이 추상적 위협의 단계에서부터 광범위하게 정보를 수집하고 있다는 주장이다.²⁰⁸⁾ 이러한 주장이 나오게 된 배경에는 그만큼 정보수집활동의 범위가 기존보다 확대되었고, 그 한계 설정에 대한 필요에 대한 공감대 형성이 자리잡고 있기 때문일 것이다.

독일에서는 나치시대에 게슈타포가 활동하였던 역사적 사실에 기초한 반성적 고려로 정보기관을 경찰과 분리해야 한다는 생각이 자리잡고 있다. 그리하여 정보기관은 경찰관청이 아니며, 또한 경찰관청과 조직상 통합되어서도 아니 된다는 원칙이 존재한다.²⁰⁹⁾ 다만, 독일에서는 협의의 탈경찰화를 거치면서 정보기관이 경찰로부터 분리되어야 한다는 원칙이 자리를 잡았지만, 우리나라에서는 미군정에 의해 일제강점기 하의 고등경찰이 간판만 바꾸어 사실상 유지되었다.²¹⁰⁾ 미군정은 광복 이후 혼란한 사회상과 좌우대립이 격한 상황을 감안하여 정보과를 신설하였고, 1947년 사찰과로 개칭되었다가 현재의 정보국으로 이어지고 있는 것이다.

이러한 문제점에 대해 법치주의적 견제가 해결책이라는 견해가 있다.²¹¹⁾ 이러한 주장에 따르면 보안경찰의 확대정향은 위협 개념의 확장과 사전배려의 필요성 때문에 부인할 수 없지만, 적극적 경찰작용에 대한 법치주의적 견제와 사법적 통제, 절차적 보장이 필요함을 지적하고 있다. 위험방지를 통한 공익의 달성이라는 보안경찰 활동의 목적을 감안하더라도 과거 부정적 의미에서의 ‘경찰국가’로의 회귀가 되어서는 아니 될 것이다. 그러므로 법치국가의 원리와는 조화를 이루어야 함이 타당할 것이다. 그런데, 독일에서의 예상위험 개

208) 박병욱, 독일 나찌시대 제국안전중앙청(Reichssicherheitshauptamt)의 긴 그림자, 경찰법연구 제11권 제2호, 2013, 275-280쪽 참조.

209) 서정범·박병욱 역, 쿠겔만의 독일경찰법, 세창출판사, 2015, 78쪽(Rn. 41) 참조.

210) 박병욱, 전개논문, 278-279쪽 참조.

211) 이진수, 경찰권의 확대·집중 정향과 이에 대한 법치주의적 견제, 이화여자대학교 법학논집 제21권 제3호, 2017. 3., 159쪽 참조.

념의 등장 등 다양한 위협에 대처할 법령 마련의 불가능성 때문에 법치주의를 통한 견제에 태생적 어려움이 있다고 생각된다. 그러므로 법치주의와 한 쌍을 이루고 있는 민주주의 원리를 통한 경찰권 확대에 대한 견제도 병행해야 할 것이다. 가령, 경찰관서의 장을 경찰관이 아닌 사람으로 임명한다든지, 경찰위원회 또는 집회·시위나 여성·청소년, 생활안전, 교통분야에서 각기 이루어지고 있는 시민 참여를 실질화하는 방안도 고려가 가능할 것이다.

II. 사법경찰작용을 매개로 한 형식적 경찰의 확장

1. 수사를 단초로 한 집행경찰의 질서행정작용 개입

협회의 행정경찰 영역에서 행정의 실효성 확보를 위한 다양한 수단이 존재함에도 불구하고, 행정형벌로 정하는 경향이 존재한다. 이러한 ‘행정범의 과잉범죄화’는 행정현실에서의 대표적 문제점 중의 하나로 지적되고 있다.²¹²⁾ 질서행정 영역에서의 실효성 확보를 위한 수단이 질서행정청에 의해 이뤄지지 않고 고발이나 수사의뢰를 통해 집행경찰이 수사를 매개로 질서행정에 관여하는 영역이 확장되고 있는 것이다. 이러한 현상은 탈경찰화 이전의 실질적 의미의 경찰개념의 회복이라는 측면에서 의의가 있다고도 볼 수 있으나, ‘예방형법’ 및 ‘안전형법’의 등장과 발맞추어 경찰국가로 회귀할 위험성을 내포하고 있다.²¹³⁾

2. 질서행정청의 권한 회복을 통한 견제

212) 이진수, 경찰권의 확대·집중 정향과 이에 대한 법치주의적 견제, 이화여자대학교 법학논집 제21권 제3호, 2017. 3., 156쪽 참조.

213) 이진수, 전개논문, 157쪽 참조.

이러한 현상은 독일 행정법상 탈경찰화에 대한 부정적 견해로서 들었던 집행경찰과 안전관청 사이의 직무범위에 대한 마찰의 변형이라고 볼 수 있을 것이다. 이에 대해 행정형벌을 축소하고, 실질적 의미의 행정경찰의 권한으로 유보되어 있는 영역에 대해 행정경찰권을 보장하여 행정의 자율성을 유지하여야 한다는 견해가 있다.²¹⁴⁾ 특히 일반행정기관의 일차적 판단권을 존중하고, 형식적 의미의 경찰의 보충성을 입법적으로 적용하는 것도 대안으로 고려될 수 있을 것이다. 이렇게 되면 질서행정관청이 실질적 의미의 경찰로서 자각하는 계기가 된다고 평가할 수 있다는 점에서 의의가 있다. 한편 형식적 의미의 경찰의 영역 확대에 대한 행정경찰과 사법경찰의 분리를 내세운 ‘국가수사청’을 설치하자는 견해도 있다.²¹⁵⁾ 광상도 의원이 발의한 수사청법안 제안이유 중에는 “행정경찰과 사법경찰의 역할이 혼용되어 광범위한 공권력을 보유하고 있는 경찰에 과도한 권한이 집중되는 경우 역효과가 발생할 수 있고, 국민에 대한 인권침해 문제 등이 발생”한다는 점을 지적하고 있다. 그런데 행정경찰과 사법경찰의 분리가 가능한지는 재고의 필요성이 있다. 왜냐하면, 사법경찰과 행정경찰은 경찰작용의 성격을 세부적으로 구분하기 위해 논의되는 관념으로서, 실제 경찰권 행사 과정에서 중첩적으로 나타나는 작용이고, 두 작용을 완전히 분리하여 행사하기에는 무리가 있기 때문이다.

Ⅲ. 자치경찰을 통한 실질적 의미의 경찰 회복

214) 이진수, 경찰권의 확대·집중 정향과 이에 대한 법치주의적 견제, 이화여자대학교 법학논집 제21권 제3호, 2017. 3., 160쪽 참조.

215) 광상도 의원 대표발의, 수사청법안, 2018. 11. 14.

1. 자치경찰 관련 동향

자치경찰제 도입과 시행은 최근 우리나라에서 경찰제도와 관련된 가장 큰 이슈이다. 1991년 제정된 우리나라 경찰법에서는 내무부장관 소속하의 경찰청과 시·도지사 소속기관인 지방경찰청을 두도록 하여 중앙경찰과 지방경찰을 구분하였으나, 양자 모두 국가경찰을 구성하는 일부분이었고 자치체경찰은 없었다.²¹⁶⁾ 그런데 2006년 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」이 제정되어 제주특별자치도에 자치경찰단이 설치됨에 따라 자치체경찰이 인정되었고, 이에 발맞춰 같은 해 개정된 경찰법은 제1조에서 ‘경찰’이라는 표현을 ‘국가경찰’로 개정하고, 국가경찰의 조직과 임무 등을 규정함을 목적으로 한다고 명시하였다.²¹⁷⁾ 지난 2018년 11월 13일에는 자치분권위원회 ‘자치경찰제 특별위원회’의 「광역단위 자치경찰제 도입방안」이 발표되어 자치경찰제 도입이 가속화되고 있는 단계에 이르렀다.²¹⁸⁾

2. 탈경찰화와 자치경찰

자치경찰과 탈경찰화 사이에도 접점이 있다고 본다. 먼저, 실질적 경찰개념에 기초한 경찰제도에서는 자치경찰의 문제가 발생하지 않

216) 경찰법[법률 제4369호, 1991. 5. 31., 제정] 제2조(경찰의 조직) ① 치안 및 해양경찰에 관한 사무를 관장하게 하기 위하여 내무부장관소속하에 경찰청을 둔다. ② 경찰청의 사무를 지역적으로 분담 수행하게 하기 위하여 서울특별시·직할시 및 도지사 소속하에 지방경찰청을 두고, 지방경찰청장소속하에 경찰서를 둔다.

217) 경찰법[법률 제7968호, 2006. 7. 19., 일부개정] 제1조(목적) 이 법은 국가경찰의 민주적인 관리·운영과 효율적인 임무수행을 위하여 국가경찰의 기본조직 및 직무범위 기타 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

218) 자치분권위원회, 자치경찰제 특별위원회안 발표 및 정책토론회 자료집, 2018. 11. 13. 참조.

고, 제도적 경찰개념에 기초한 경찰제도에서는 자치경찰의 문제가 발생한다는 견해에 대해 살펴보겠다.²¹⁹⁾ 이 견해는 실질적 경찰개념에 기초하여 경찰법체계를 구성할 경우 위험방지영역에서 활동하는 일반 행정청인 지방자치단체장이 경찰로 포섭되어 경찰의 직무범위는 추상적 위험으로까지 확장되는 단일체계임을 논거로 들고 있다. 그러나 단일체계에서는 자치경찰이 성립할 수 없고, 분리체계가 곧 자치경찰이라는 등식은 반드시 성립하지는 않는다는 점에 유의해야 한다고 생각한다. 반대로 단일체계가 되면 권한의 집중으로 인해 탈경찰화가 필요하게 될 수도 있고, 분리체계에서는 자치단체에 질서행정이 위임되기 때문에, 자치경찰의 필요성에 대한 요구가 적을 수 있기 때문이다.

오히려 자치경찰제가 탈경찰화의 반대경향 때문에 비대해진 경찰권 도입을 견제하기 위한 장치로서 도입되고, 그 결과 실질적 경찰개념을 회복할 기회가 될 수 있다고도 본다. 자치경찰을 어떻게 설계하느냐에 따라 세부적으로는 달라지겠지만, 예를 들어, 자치경찰에 위험방지 직무에 관한 실질적 경찰권과 그에 상응하는 사법경찰권이 주어지는 경우를 들 수 있겠다. 이 때, 국가경찰의 역할은 위험방지와 관련되지 않은 사법경찰작용인 개인간의 폭행사건 또는 사기혐의로의 고소 사건 또는 공무원의 직무와 관련된 범죄의 수사를 위험방지와는 궤를 달리하는 순수한 사법작용으로서 수행해야 할 것이다. 또한 국가경찰은 자치경찰의 감찰활동, 다시 말해 자치경찰의 감시기능을 수행해야 한다. 국가경찰은 테러방지와 같은 국가적 위험방지에 대한 정보수집과 대책마련 등 새로운 위협에 대한 대응도 수행할 필요가 있다. 이를 통해 탈경찰화의 반대경향으로 인한 경찰권의 확장에 제동을 걸고 경찰권을 적절하게 분산하면서 위험방지를 주 임무로 하는 실질적 의미의 경찰과 제도적 의미의 경찰을 일치시킬 수 있을 것이다. 다시 말해, 실질적 의미의 경찰이

219) 권배근, 독일경찰의 행정화 과정에 관한 역사적 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007. 10., 77-78쪽 참조.

이론적으로 회복될 수 있는 것이다.²²⁰⁾

IV. 새롭게 부각되는 행정영역에서의 경찰

사이버 공간에서의 위험방지 활동이나 가정폭력 사건에의 개입을 통한 가족의 보호와 같이 현대 사회에서 새롭게 부각되는 행정영역이 늘어나고 있다. 전통적인 생활영역에 대한 위험방지는 상당 부분 질서행정청이 맡고 있다. 그러나 새롭게 부각되는 사이버 공간에서의 위험방지 활동에 대해서는 경찰이 주도적으로 역할을 할 필요가 있다.

1. 사이버공간에서의 위협 확대와 그 대응

인터넷으로 대표되는 사이버공간에서도 집행경찰은 위험방지 활동을 수행해야 한다. 사이버공간에서의 위협 유형은 ‘불법정보 유통’과 ‘사이버 공격’으로 구분할 수 있는데,²²¹⁾ 이에 해당하는 사례를 들어 설명하겠다.

가령, 불법저작 프로그램이 있다고 가정해 보자. 법원이 가압류나 가처분, 검사가 압수수색 등 강제수사를 하거나 과기정통부가 행정행위를 하는 등 여러 법적 수단이 존재한다. 그러나 급박한 수단에 어떠한 조치를 하기가 어렵다. 그렇다면 경찰관이 순찰 중에 불법저작 프로그램을 봤을 때 과연 그냥 지나쳐야만 하는가가 문제된다. 질서행정청이 조치를 취할 시간적 여유가 없는 경우에는 경찰의 업

220) 여기에 더해 이른바 ‘제복 입은 경찰’이 자치경찰로 편입되면서 자치경찰 소속으로 일반질서행정 임무를 맡을 수도 있을 것이다.

221) 김도승, 사이버공간에서 경찰책임의 법적 구조와 특징, 토지공법연구 제46집, 2009. 11., 249-253쪽 참조.

무로 보고 경찰권이 행사되어야 하며, 행정처분을 할 권한도 존재해야 한다.²²²⁾

가령, 어떤 여성이 사용하고 있는 모바일 메신저를 통해 익명 계정으로 “만나달라, 응하지 않으면 계속 메시지를 보내거나 해를 입히겠다”는 내용의 메시지를 반복하여 보내고 있어 경찰에 신고를 한 경우와 같은 사이버스토킹을 예로 들어보자. 이러한 사안에 대해 대부분의 경찰관은 정보통신망법상 ‘불안감 조성’에 해당하는지 여부를 먼저 검토하는 것은 사법경찰로서의 접근방식이라고 볼 수 있다. 피해자가 느끼는 위협이나 불안을 해소하기 위해서는 수사를 통해 범인을 검거하는 활동도 중요하지만, 위협으로부터 현재 보호받고 있음을 확인시켜 주는 것이 무엇보다도 중요하고, 이는 집행경찰의 몫이라고 봐야 한다.

우리나라에서는 기본권을 침해하는 경찰작용의 수권이 사법경찰작용의 형식으로만 가능하다는 인식이 지배적인 문제점이 있다.²²³⁾ 그러나 이러한 인식에 터잡은 행정경찰 영역의 축소와 사법경찰에 경도된 시각은 결국 새롭게 부각되는 행정영역에서 경찰이 다양한 문제해결 방식을 고민하여 재량권을 행사할 여지를 원천 봉쇄하게 된다. 이와 관련하여 사이버공간에서의 위협방지에 관한 근거를 마련하기 위해 「경찰관직무집행법」상 ‘사이버공간의 치안질서유지’라는 임무를 명시하자는 견해도 주목할만 하다.²²⁴⁾

2. 「가정폭력처벌법」상 긴급임시조치의 성격

222) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 제9장 “컴퓨터프로그램 보호를 위한 행정법적 제도” 참조.

223) 서정범, 행정경찰에의 초대, 경찰학연구 제12권 제4호, 2012, 193쪽 참조.

224) 정명국, 사이버공간에서 경찰권 발동에 관한 연구, 디지털포렌식 연구 10(2), 2016. 12., 60쪽 참조.

독일에서 가정폭력에 대한 경찰개입은 추가적인 위험을 방지하기 위한 행정경찰 작용으로서, 퇴거명령·접근금지와 같은 행정하명과, 의무불이행에 대한 직접강제로서 예방적 구금조치 등 전형적인 행정법상의 의무이행 확보수단을 통해 이루어진다.²²⁵⁾ 그런데 우리 「가정폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하, 가정폭력처벌법)에서는 사법경찰작용을 상정하고 경찰관이 긴급임시조치를 취할 수 있게 하였으나 검사를 경유하여 판사의 허가를 사후에 얻어야 한다고 규정하고 있다. 가정폭력처벌법 제5조²²⁶⁾는 ‘가정폭력범죄에 대한 응급조치’를 규정하면서 범죄수사와 더불어 폭력행위의 제지, 가정폭력행위자·피해자의 분리, 피해자의 보호시설로의 인도, 긴급치료가 필요한 경우 의료기관으로의 인도 등 장래 발생할 위험의 방지와 이미 발생한 위험의 제거와 관련된 조치를 열거하고 있다. 또한 같은 법 제8조의2 제1항²²⁷⁾은 ‘긴급임시조치’에 대해 규정하면서 사

225) 이성용, 가정폭력 법제에 관한 비판적 고찰, 경찰법연구 제11권 제2호, 51쪽 참조.

226) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법[법률 제14962호, 2017.10.31. 일부개정] 제5조(가정폭력범죄에 대한 응급조치) 진행 중인 가정폭력 범죄에 대하여 신고를 받은 사법경찰관리는 즉시 현장에 나가서 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

1. 폭력행위의 제지, 가정폭력행위자·피해자의 분리 및 범죄수사
2. 피해자를 가정폭력 관련 상담소 또는 보호시설로 인도(피해자가 동의한 경우만 해당한다)
3. 긴급치료가 필요한 피해자를 의료기관으로 인도
4. 폭력행위 재발 시 제8조에 따라 임시조치를 신청할 수 있음을 통보

227) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제8조의2(긴급임시조치) ① 사법경찰관은 제5조에 따른 응급조치에도 불구하고 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있고, 긴급을 요하여 법원의 임시조치 결정을 받을 수 없을 때에는 직권 또는 피해자나 그 법정대리인의 신청에 의하여 제29조 제1항 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 조치를 할 수 있다.

제29조(임시조치) ① 판사는 가정보호사건의 원활한 조사·심리 또는 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 결정으로 가정폭력행위자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임시조치를 할 수 있다.

1. 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실로부터의 퇴거

법경찰관에게 가정폭력범죄의 재발 우려와 긴급성이 인정되어 법원의 임시조치 결정을 받을 수 없을 때에는 피해자 또는 가정구성원의 주거 등으로부터의 퇴거, 100미터 이내의 접근 금지, 전기통신을 이용한 접근 금지 등 조치를 취할 수 있다고 한다. 그런데 장래 발생이 예상되는 위험을 예방하는 조치로서의 퇴거, 접근금지, 통신금지와 같은 처분을 사법작용으로 볼 수 있을지는 의문이다. 오히려 이는 행정경찰 작용으로서, 가정폭력을 예방하고 가정폭력의 피해자를 보호·지원함을 목적으로 하는 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」에 규정되어야 할 사항으로 보인다.

등 격리

2. 피해자 또는 가정구성원의 주거, 직장 등에서 100미터 이내의 접근 금지

3. 피해자 또는 가정구성원에 대한 「전기통신기본법」 제2조 제1호의 전기통신을 이용한 접근 금지

제5장 요약 및 결어

I. 요약

지금까지 독일행정법상 탈경찰화와 그 이후의 반대경향, 그리고 우리나라 ‘경찰’ 개념의 정립을 위한 시사점들을 알아보았다. 독일행정법상 경찰개념의 역사적 발전과정을 볼 때, 경찰개념은 ‘국가전체’를 의미하는 것에서 출발하여 시대를 거듭할수록 축소되는 탈경찰화 과정을 거듭하여 왔다. 중세에는 외교·군사·사법행정과 분리되는 내무행정에 한정되었다가, 내무행정 내에서도 19세기 복리행정 부분이 경찰로부터 분리되어 결국 경찰은 위험방지와 질서유지를 의미하는 실질적 의미의 행정경찰 개념을 형성하였다. 이후 제2차 세계대전을 거치면서 영국과 미국의 점령지역에서 본 논문에서 협의의 ‘탈경찰화’라고 부르는 현상이 나타났다. 즉, 영국과 미국 경찰제도의 영향을 받아 추상적 위험의 방지에 관한 작용은 질서행정으로 재차 분리되었고, 구체적 위험에 대한 집행경찰 작용만 남아 형식적 의미의 행정경찰 관념을 형성하게 된 것이다.

본 논문에서 중점적으로 다룬 협의의 탈경찰화는 Knemeyer가 언급한 3단계의 탈경찰화 과정에서 제2차 탈경찰화에 해당한다. Knemeyer는 크로이츠베르크 판결을 계기로 한 복리행정의 분리를 제1차 탈경찰화라고 하고, 경찰업무의 민영화 현상을 제3의 탈경찰화라고 하였다. 그런데 양자는 크로이츠베르크 판결의 의미가 경찰로부터 복리행정의 분리를 반드시 의미하지는 않는다는 비판이 있다는 점과, 경찰업무의 민영화가 이루어진다고 하더라도 경찰기관에 의한 위험방지 임무의 수행도 중첩적으로 이루어지고 있음에 비추어 볼 때, Knemeyer가 말하는 제1과 제3의 탈경찰화는 협의의 탈경찰화와 구별이 되어야 할 것이다.

협회의 탈경찰화는 제2차 세계대전 이후 점령국에 따라 다르게 나타났는데, 프랑스군 점령지역에서는 경찰관청과 질서관청의 분리가 일어나지 않았고, 영국군과 미국군 점령지역에서는 질서행정의 탈경찰화가 이루어졌다. 탈경찰화의 결과, 경찰법과 질서법의 구별이 이루어지게 되고, 분리체계와 단일체계의 구별, 실질적·형식적·조직적 의미의 경찰이라는 분류도 가능하게 되었다. 그렇지만 탈경찰화가 이루어지지 않은 단일체계에 해당하는 주에서도 경찰행정관청과 경찰집행관청을 구별에 대해서는 인식하고 있었고, 조직상으로도 구별이 되었다. 또한 협회의 탈경찰화에서 주목하여야 할 부분은 경찰관청의 임무규정에 있다. 흔히 탈경찰화에 대해 가지고 있는 오해로서, 탈경찰화가 이루어진 후에 경찰관청에서는 질서관청이 취급하는 사무에 대한 관할권이 없다는 인식이 있다. 그러나 각 주별 경찰법의 임무규정을 보면 질서관청이 취급하는 사무에 대한 관할권이 없다고 할 수 없고, ‘구체적 위험에 대한 제거’라는 임무규정에 근거하여 상응하는 조치를 취할 수 있음을 명시하고 있음에 유의하여야 한다. 결국 독일 행정법상 탈경찰화가 이뤄진 이후에도 모든 위험에 대한 기본적 대처를 취할 주체로서 형식적 경찰의 몫이 없다고 할 수 없고 그 범위는 점차 확대해 나가고 있다.

협회의 탈경찰화 이후에 행정경찰의 대상으로서 위험개념이 점차 확대되는 경향이 일어났다. 전통적인 위험개념으로는 대처하기 어려운 새로운 위험 내지는 위험 전단계에서 경찰이 개입해야 할 필요가 발생하였다. 최근 바이에른 주 경찰법에서는 ‘예상위험’(drohende Gefahr)이라는 개념이 경찰법에 정의되어 경찰권 행사의 문턱을 낮추고 있어 논란이 되고 있기까지 하다. 특히 테러방지 또는 산업기술유출 방지를 위한 정보수집 등 국가적 차원에서의 보안경찰 활동이 요구되고 있고, 인터넷의 발달로 인해 기존 질서행정관청에서 다루고 있지 않은 행정영역들이 확장되고 있는 모습을 보인다. 그 과정에서 경찰의 예방적 정보수집 활동과 그로 인해 침해되는 다른 법익들과의 조화를 위해 정보활동의 요건과 한계에 관한 논의도 계

속 이뤄지고 있다.

II. 결어

경찰에게는 수사만이 임무의 전부가 아니다. 위험을 방지하고 제거하는 행정경찰로서의 활동이 주 임무이다. 우리나라에서는 탈경찰화와 경찰임무규정의 불명확성을 원인으로 하여 경찰의 임무가 위험방해보다는 수사로 치우쳐 본래의 임무를 망각해 버리게 되었다. 특히 현행 경찰관직무집행법에 따른 경찰조치는 경찰권 행사의 대상이 복잡하고 다양하다는 점에 기대어 필요한 조치가 다양하게 규정되지 못한 문제점도 지니고 있다.

지금까지 검토한 독일행정법상 탈경찰화를 기초로 우리나라 경찰에의 시사점을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 우리나라 경찰도 독일과 마찬가지로 제2차 세계대전 이후 일본의 영향아래에 있었기 때문에 유사한 탈경찰화 과정을 거쳤다고 할 수 있다. 우리나라 행정경찰도 마찬가지로 그 영역을 확대해 나가고 있는 과정이라고 볼 수 있는데, 그에 따라 경찰권 행사의 통제에 관한 관심도 높아지고 있다. 이러한 경찰권의 확대와 확대된 경찰권이 국가경찰에 집중되는 현상에 대한 반향으로 법치주의적 견제 또는 자치경찰제 도입 등 여러 정책이 마련되고 있다.

이에 덧붙여, 자치경찰의 추진방향을 잡을 때에도 자치경찰에게 실질적 행정경찰로서의 위험방지와 사전예방활동을 효율적으로 수행할 수 있도록 처분권한 등을 부여하고 필요한 권한에 대해 경찰관직무집행법과 같은 경찰작용법에 명시할 필요성도 있다고 본다.

마지막으로 새롭게 부각되는 사이버 공간에서의 위협확대 내지는 가정폭력, 산업기술유출 방지와 같은 사안에서도 조직적 의미의 경

찰이 위험방지활동을 수행할 필요성이 있다.

이상의 내용을 종합하면, ‘제복을 입은 경찰’은 탈경찰화가 이루어졌더라도 임무가 위험방지를 중심으로 하는 ‘행정경찰’임을 자각하고, 적극적으로 조치를 취해야 할 필요가 있다. 또한 다른 질서행정기관의 영역에 해당하는 위험에 대해서도 질서행정기관의 개입 이전에 위험방지활동을 전개할 필요성이 있다. 이를 위한 경찰관직무집행법상 다양한 수단이 법률상 규정될 필요가 있는데, 향후 이에 관한 연구를 계속하고자 한다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김동희, 행정법Ⅱ, 제24판, 박영사, 2018.
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2010.
- _____, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2011.
- 유길준, 서유전문, 交詢社.
- 이승민, 프랑스의 경찰행정, 경인문화사, 2014.
- 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007.

2. 번역서

- Dieter Kugelmann 저, 서정범·박병욱 역, 쿠겔만의 독일경찰법, 세창출판사, 2015.
- Wolf-Rüdiger Schenke 저, 서정범 역, 독일경찰법론, 세창출판사, 1998.

3. 논문

- 권배근, 독일경찰의 행정화 과정에 관한 역사적 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007. 10.

- 김도승, 사이버공간에서 경찰책임의 법적 구조와 특징, 토지공법연구 제46집, 2009. 11.
- 김학경, 제3의 탈경찰화와 민간경비원의 권한확대: 영국의 지역사회 안전인가제도 중심으로, 치안정책연구 제28권 제1호, 2014.
- 박병욱, 독일 나찌시대 제국안전중앙청(Reichssicherheitshauptamt)의 긴 그림자, 경찰법연구 제11권 제2호, 2013.
- 박원규, 독일 경찰법의 최근 동향 — 바이에른주 경찰직무법(PAG) 개정을 중심으로, 경찰법이론실무포럼 7회 학술세미나 발제문, 2018. 12. 7.
- 박원규·박재풍, 독일의 대테러 법제·조직 및 그 시사점, 경찰학연구 18(1), 2018. 3.
- 박정훈, 사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구 - 경찰공공의 원칙에 대한 비판적 검토, 치안연구소 연구보고서 2001-05.
- 서정범, 거짓신고에 관한 법적 문제, 경찰법이론실무포럼 6회 학술세미나 발제문, 2018. 8. 10.
- _____, 경찰개념의 역사적 발전에 관한 고찰, 중앙법학 제9권 제3호, 2007. 10.
- _____, 행정경찰에의 초대, 경찰학연구 제12권 제4호, 2012.
- 서정범·박병욱, 경찰법상의 위험개념의 변화에 관한 법적 고찰, 안암법학, 2011. 9.
- 오명신, 경찰법상 위험개념의 변화와 예방적 정보수집활동의 법적 고찰, 고려대학교 석사학위논문, 2012.
- 이성용, 가정폭력 법제에 관한 비판적 고찰, 경찰법연구 제11권 제2호.
- 이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004.

이원우, 독일의 공법질서와 체계: 심익섭, M.치맥 공편, 독일연방공화국 60년, 오름, 2009, 제5장.

이진수, 경찰권의 확대·집중 정향과 이에 대한 법치주의적 견제, 이화여자대학교 법학논집 제21권 제3호, 2017. 3.

정명국, 사이버공간에서 경찰권 발동에 관한 연구, 디지털포렌식 연구 10(2), 2016. 12.

II. 외국문헌

1. 단행본

Bastian, Daniell, Westdeutsches Polizeirecht unter alliierter Besatzung (1945-1955), 2010.

Götz, Volkmar, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013.

Gusy, Christoph, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2017.

Knemeyer, Franz-Ludwig, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007.

Kugelmann, Dieter, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006.

Pioch, Hans-Hugo, Das Polizeirecht: einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Aufl, 1952.

Pütter, Johann Stephan, Institutiones iuris publici Germanici, 6. Aufl., 1802.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., Heidelberg, 2018.

Stolleis, Michael / Boldt, Hans / Petri, Thomas, Geschichte der Polizei in Deutschland, in: *Lisken, Hans / Denninger, Erhard* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., München, 2012.

Zeitler, Stefan / Trurnit, Christoph, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 3. Aufl., Stuttgart, 2014.

2. 논문

Holzner, Thomas, Die drohende Gefahr - Neue Gefahrenkategorie oder verfassungswidrige Vorverlagerung von Eingriffsbefugnissen?, DÖV, 2018, S. 946-951.

Honnacker, Ein Polizei- und Sicherheitsgesetz für Bayern?, BayVBl, 2006(14), 137, S. 429-430.

Knemeyer, Franz-Ludwig / Behmer, Rebecca, Vom LStVG zu einem Allgemeinen Sicherheitsgesetz (ASG), BayVBl, 2006(4), 137, S. 97-103.

Kugelman, Dieter, Der Polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr, DÖV 2003, S. 781-789.

Leisner-Egensperger, Anna, Polizeirecht im Umbruch: Die drohende Gefahr, DÖV, 2018, S. 677-688.

Müller, Birgit, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei, BayVBl 2018(4), S. 109-116.

Phelps, James, Lessons in Developing Democratic Police from

Post-Second World War Successes, International Journal of comparative and applied criminal justice, Spring 2010, Vol. 34, No.1, pp. 119-137.

Richter, Jeffrey, Exporting the Bobby: German police and British reform, 1944-1955, Harvard university, 1998.

Waechter, Kay, Bayern: Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, S. 458-462.

Wolff, Heinrich, Empfiehlt sich der Erlass eines einheitlichen bayerischen Polizei- und Sicherheitsgesetzes?, BayVBl, 2004(24), 135, S. 737-743.

3. 평석

Kreoschell, Karl, Das Kreuzberg-Urteil, VBIBW, 1993, S. 268-276.

Rott, Joachim, 100 Jahre “Kreuzberg-Urteil“ des PrOVG, NVwZ 1982, S. 363-364.

Zimmermann, Andreas, Polizeiliche Gefahrenabwehr und das Internet, NJW 1999, S. 3145-3152.

Ⅲ. 기타 자료

곽상도 의원 대표발의, 수사청법안, 2018. 11. 14.

자치분권위원회, 자치경찰제 특별위원회안 발표 및 정책토론회 자료집, 2018. 11. 13.

Zusammenfassung

Eine Studie über die „Entpolizeilichung“ im deutschen Verwaltungsrecht

– Für die richtige Erkenntnis
des Begriff der „Polizei“ in Südkorea –

Kim, Soon Young

Im deutschen Verwaltungsrecht wurde der Begriff der Polizei vom Sinn des Staates bis zur Vollzugspolizei schrittweise reduziert. Insbesondere nach dem Zweiten Weltkrieg wird die Trennung der Ordnungsverwaltung in der amerikanischen Zone und in der britischen Zone allgemein als „Entpolizeilichung“ bezeichnet. Durch die Entpolizeilichung wurden verschiedene Aufgaben der abstrakten Gefahrenabwehr von der Gerichtsbarkeit der Polizeibehörden getrennt und in der Ordnungsbehörden wahrgenommen.

Andererseits bezeichnete Knemeyer die „Entpolizeilichung“ als zweite Entpolizeilichung und erklärte, dass sie dreimal vorgekommen sei. Seiner Ansicht nach bezieht sich die erste Entpolizeilichung auf das Phänomen, dass die Wohlfahrtspflege vom Begriff der Polizei ausgeschlossen und auf die Gefahrenabwehr beschränkt ist. Die Ausgrenzung der Wohlfahrtsförderung aus der Polizei wurde letztlich durch das Kreuzberg-Urteil beendet. Die dritte Entpolizeilichung bezieht sich auf das Phänomen der Privatisierung der Gefahrenabwehr.

Durch die Entpolizeilichung das Polizei- und das Ordnungsrecht wurde unterschieden, und das Polizeisystem jedes Staates in

Deutschland wurde in Trennungssystem und Einheitssystem unterteilt. Darüber hinaus wurde aufgrund der Entpolizeilichung zwischen der materiellen Polizeibegriff und institutionelle Polizeibegriff unterschieden wird. Es gibt auch eine positive Einschätzung, dass die Demokratisierung und die Restauration des Rechtsstaat wiederhergestellt werden und die Unabhängigkeit und Klarheit der Aufgabe der Gefahrenabwehr hergestellt wird.

In Bayern, haben sich jedoch kritische Ansichten über die Entpolizeilichung ergeben. Zwischen der Vollzugspolizei und der Sicherheitsbehörden gibt es Streitigkeiten der Aufgaben und der Befugnisse wegen der Entpolizeilichung. Darüber hinaus besteht die Tendenz, nach der kürzlich erfolgten Entpolizeilichung dagegen zu sein. Der Begriff der Gefahr wurde schrittweise um das „drohende Gefahr“ erweitert. Aufgrund der zunehmenden Bedrohung durch Terrorismus und dem Aufkommen des neuen Polizeibereichs für das Internet ist die Polizei nach der Entpolizeilichung zu einer großen Herausforderung geworden.

Im deutschen Verwaltungsrecht kann die Überlegung der Entpolizeilichung auf die Polizei in Südkorea bezogen werden. In Südkorea, wie auch Deutschland, nach dem Zweiten Weltkrieg unter dem Einfluss der amerikanischen Besatzungsmächte. Es wird erwartet, dass diese Studie einige Auswirkungen auf die Kontrolle der Polizeigewalt und die Durchsetzung des örtliche Polizei und die polizeilichen Aktivitäten im neu entstehenden Internetbereich haben wird.

Schlüsselwörter : Polizeirecht, Entpolizeilichung, Kreuzberg Urteil, Verwaltungspolizei, Vollzugspolizei, Polizeibehörden, Ordnungsbehörden, Trennungssystem, Einheitssystem, drohende Gefahr

Studentnummer : 2012-23428