

위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점 : 경찰의 활동을 중심으로

박병욱* · 황문규**

사례 1)¹⁾

3인조 총기 은행강도가 oo지역의 oo은행에 침입하여 은행직원 2명과 고객 3명을 인질로 붙잡아 놓고 있다. 은행강도들은 첫째날 경찰에 도주를 위한 차량을 요구하였으나, 관찰되지 않자 둘째날, 은행직원 한명을 총기로 쏘아 사망에 이르게 하였다. 경찰 관계자들은 또다른 불행한 사태를 막고자 인질들을 상대로 총기사용을 검토하고 실행에 옮길 계획을 수립하였다. 이에 근거하여 경찰은 은행내부로 특공대를 투입시켜 두 명의 인질강도를 진압하였다. 그러나 여전히 세번째 은행강도는 고객을 인질로 붙잡고 도주로를 열어줄 것과 도주차량을 제공할 것을 경찰에 요구하고 있다. 대치상황에서 경찰특공대는 세번째 은행강도마저 총기로 진압하였다. 경찰은 어떤 법적 근거로 이와 같은 인질진압활동을 할 수 있는가?

사례 1-1)²⁾

은행강도가 인질을 붙잡고 강도행각을 벌이고 있다는 사실은 검사가 접하였을 경우 검사는 경찰에 인질사건 관련 일반적 지시를 할 수 있는가?

* 제1저자, 독일 베를린 훔볼트 법학박사과정

** 교신저자, 중부대 경찰행정학과 교수(법학박사)

1) 이 사례는 Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 2007, 85면에 제시된 인질강도 사례임.

2) 이 사례는 Knemeyer, 위의 책, 241면에 제시된 사례를 참조한 것임.

사례 2)³⁾

한 여성이 새벽 무렵 자신의 핸드폰을 이용하여 oo 경찰서 112 센터에 전화를 하였다. 그러나, 여성은 112 신고센터에 전화상으로 신고목적은 설명하지 않고, 전화를 따라 “잘못했어요, 아저씨”라는 흐느끼는 여성의 음성이 들리고, 곧이어 여성의 단말마의 비명 소리가 이어진다. 잠시간의 정적 후 전화음의 언저리에 굵은 톤의 남성 목소리로 “이러면 내가 너를 못 믿지”라는 말이 들려온다. 00경찰서 112신고요원은 유괴, 납치를 통한 성범죄 가능성에 무게를 두고 통신사를 통해 핸드폰 위치추적 내용을 확보하였다. 이를 토대로 위 신고전화가 왔을 것으로 추정되는 현장에 경찰은 최초 신고전화 후 약 30 분 후에 당도하였다. 아니나 다를까 현장으로 추정되는 곳에서 간헐적인 여성의 비명소리가 남녀가 함께 싸우는 듯한 소리와 섞여 들리고 있다. 이런 현장의 출입문 앞에 선 현장 경찰관은 어떠한 조치를 취할 수 있을까?

사례 3)⁴⁾

검찰은 자신들이 수집한 ‘전자발찌(위치추적전자장치)’ 관련정보를 성범죄자 관리를 위해 활용하고 있다. 그러나 법무부는 관련 정보를 경찰과 공유하지 않고 독점하고 있어 재범위험성이 높은 전자발찌 대상자에 의한 재범방지를 위한 조기대응체제가 구축되어 있지 못하다. 실제로 경찰은 이와 같은 전자발찌를 부착한 악성 성범죄자들의 법무부 정보망에 접근할 수가 없게 되어 있다. 전자발찌 착용자는 현재 총 982명으로 전자발찌 위치추적 관제센터 요원과 현장보호관찰관 등 법무부 인력 102명이 관리하고 있으나, 이들에 대한 정보는 경찰과 공유되지 않고 있다. 때문에 경찰은 전국 249개 경찰서가 관내에 몇 명의 전자발찌 착용자가 살고 있는지, 어디에 살고 있는지, 무슨 죄를

3) 이 사례는 2012년 4월 2일 새벽 수원 중부경찰서 관할 수원시 지동에서 발생한 일명 “오원춘 사건”의 내용을 실제와는 조금 다르게 각색한 것임.

4) 이 사례는 2012. 7. 26자 인터넷 내일신문(<http://www.naeil.com/News/politics/ViewNews.asp?sid=E&tid=0&num=672962>)에 게재된 “‘전자발찌’ 성범죄자 관리 검·경 엇박자”라는 제하의 기사를 요약한 것임. 최근 법무부는 성범죄전과자의 재범 위험을 막기 위해 전자발찌 착용자의 정보를 경찰과 공유토록 하는 ‘위치추적법’개정안을 준비하고 있다는 언론보도(2012. 8.19.자 인터넷 내일신문 “전자발찌 ‘위치추적법’ 개정 추진”)가 있었다.

저질렀는지 등에 대한 정보를 전혀 알지 못하고 있는 실정에 있다. 법무부 관계자는 “전자발찌 착용자 정보를 넘기려 했지만 관련 법제가 없어 법 개정을 추후 추진할 것”이라고 말했다. 현재 검찰은 인력부족 등을 이유로 착용자들이 도주할 경우 경찰이 출동토록 업무이관을 요청하고 있는 상태다.

재범의 위험성과 관련된 전자발찌 착용정보는 예방·진압 중 어느 영역에 귀속되고, 경찰·검찰은 앞으로 이 정보를 어떻게 관리하여야 할까?

I. 서론

경찰은 위험방지를 목적으로 하는 예방적 임무를 수행한다는 의미에서 행정경찰 기관이다. 동시에 이미 행해진 범죄를 소추하고자 하는 진압적 임무도 담당하고 있다는 점에서 실질적 수사기관이기도 하다. 일반적으로 전자의 임무는 경찰법을 따르고 후자의 임무는 형사법에 근거하고 있다. 형사법은 위법한 행위로서 구성요건에 해당되는 행위를 금지규범화하여 위법성 조각 등 특별한 정당화사유가 없는 경우 이를 사후적으로 처벌하는데 주요 목적이 있다. 반면, 경찰법은 보호되어야 할 법익에 대한 직접적 손상(Schaden)이 현실화되기 전에 그 위험을 사전에 방지하는 것을 목적으로 한다.⁵⁾

그러나 경찰의 일선 현장에서는 사례 1)에서 보여지는 바와 같이 생명, 신체 및 재산에의 침해방지를 목적으로 하는 경찰상의 위험방지임무와 범죄소추라는 형사법상의 임무가 중첩되어 나타나는 경우가 적지 않다. 또한 사례 2)에서처럼 생명, 신체에 대한 위험상황은 상당부분 확인이 되나, 그것이 형사법상 범죄인지를 확인하기 위해서는 반드시 사전적으로 위험방지를 위한 출입과 같은 경찰상의 조치가 필요한 경우도 있다. 사례 3)은 성범죄자 등의 재범방지를 위한 우범자관리도 역시 범죄진압이라는 형사적 목적과 위험방지의 경찰상 목적이 뚜렷이 구분되지 않고 중첩되어 나타나는 경우라 할 수 있다. 이는 경찰법이 사전예방에 초점을 두고 있지만 형사법도 진압과 관련된 영역에서 응보형주의, 목적형주의 같은 형벌이론을

5) Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, 218면.

통해 예방적 기능을 구현하고 있기 때문이다. 예컨대, 범죄행위를 이미 행한 범죄자들에 대한 처벌을 통한 특별예방⁶⁾의 기능뿐만 아니라 위하효과를 통해 일반인들에게 범죄를 하지 못하게 하는 일반적 범죄예방⁷⁾ 기능도 형사법의 형사정책적 예방기능으로 평가된다.⁸⁾ 이처럼 형사법과 경찰법에 동시에 예방과 관련된 사고가 등장함으로 인해 두 법영역간의 구분이 애매한 지점이 발생한다. 그로 인해 위 사례에서처럼 현장의 경찰관은 위험방지의 목적과 형사소추의 목적 중 어느 목적을 우선시할 것인가라는 물음에 매번 직면할 수밖에 없다. 특히 현장의 상황이 명백히 범죄로 인식할 만한 정도에까지 이르지 않는지만 선행적으로 피해자에 대한 위험상황의 확인·진단이 필요한 경우에는 더욱 그렇다.

그런데 우리나라의 경우 경찰의 활동, 특히 개인의 자유를 제한하는 경찰상 강제조치는 형사소추의 목적달성을 위해서만 가능하다는 인식이 팽배하여 있다. 그러다보니 현장에서 위험방지 등 사전 예방차원에서 경찰이 움직일 수 있는 공간은 없는 것처럼 잘못 인식되기도 한다. 그 때문에 실제로 경찰법이 발달한 독일의 경우에 비해 위험방지 영역에서의 경찰의 활동영역은 그리 넓지 못한 것처럼 보여진다. 경찰이 이와 같이 다양한 상황에서 형사소추의 목적을 위한 수단 이외에 경찰법상 위험방지를 위하여 취할 수 있는 조치는 없는 것처럼 인식한다면, 공공의 안녕과 질서유지를 통한 국민의 생명·신체의 안전과 같은 법익보호를 위하여 문제가 아닐 수 없다. 실제로 현장의 많은 경찰활동이 스스로의 판단이 쉽지 않은 재량이 요구되는 경찰법보다는 비교적 책임소재가 분명하게 그어지는 형사법에 따라 사후대응 차원에서 이루어진다. 이는 형사법과 경찰법이 보여주는 차이점에 대한 현장경찰의 인식부족뿐만 아니라 학문적으로도⁹⁾ 주로 형사법적 관점에서 경찰을

6) Gaerditz, Strafprozess und Praevention, 2003, 39면; 이중에서도 소극적 특별예방은 범죄자가 형벌을 체감하게 함으로써 개별적 위하를 주거나 자유형·보안처분을 집행함으로써 범죄자의 추후 범죄의 억제/예방에 중점을 두고 있고, 적극적 특별예방은 범죄인을 형벌을 통해 개선·교육시켜 사회의 정상적인 일원으로 복귀시키는데 중점을 두고 있다.

7) Gaerditz, 위의 책, 40면 이하; 일반적 범죄예방도 다시 소극적 일반예방과 적극적 일반예방으로 구분이 되는데, 전자는 (범죄를 이미 저지른 범죄자가 아니라) 일반인에 대한 형을 위하함으로써 범죄예방의 목적을 달성하고자 하고, 후자는 형벌을 일반인의 규범의식을 강화하는 수단으로 활용하여 일반인의 범규범예의 자발적으로 복종을 유도함으로써 범죄를 예방하고자 한다.

8) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 2010, 21면.

9) 법철학자 최종고 교수는 모든 법과 법학이 결과적으로는 형법에 의하여 그 실효성과 권위를 확보하

통제의 대상으로 이해하는데서 비롯된다.¹⁰⁾

이러한 문제인식하에 아래에서는 경찰법이 추구하는 위험방지와 형사법이 추구하는 형사소추를 통한 범죄진압에 내재된 차이를 그 목적 및 그에 따른 절차와 수단상의 차이점을 고찰해보기로 한다. 이를 바탕으로 위에서 제시된 사례에서 경찰은 어떠한 조치를 취하는 것이 좋을지 고민해보고자 한다.

II. ‘위험으로부터의 안전보장’ 확보수단으로서 형사법과 경찰법

위험, 특히 범죄로부터 개인의 안전을 보장하는 것은 예나 지금이나 국가를 형성하고(staatsfoedernd), 국가의 기능에 정당성을 부여하는 본질적인 요소 가운데 하나이다. 국가는 물리력을 독점하는 대신에 그 구성원인 개인에게 안전을 보장해 줄 의무를 지고 있다. 개인에 대한 국가의 안전보장 의무는 제도적으로 법을 통해 구체화된다. 법을 통한 안전보장은 경찰법을 통한 사전예방과 형사법을 통한 사후진압의 방법으로 달성된다.¹¹⁾ 그렇지만 형사법적 관점에서는 경찰법상 구체적 위험방지 활동이 (형사상) 추상적 위험의 영역에서 발생하는 범죄예방으로 이해되기도 하고, 반대로 경찰법적 관점에서는 형법상 범죄의 구성요건을 이루는 위험은 유형화(typisierbar)가 가능한 가정적인(hypothetisch) 위험이라는 측면에서 경찰법상의 추상적 위험의 범주에서 이해되기도 한다.

게 되는 것이라고 하면서도 우리나라에서는 형법화 현상이 지나치다는 점을 지적한 바 있다. 최종고, 법철학, 2009, 671면.

10) 지난 2012년 4월 발생한 일명 ‘오원춘 살인사건’에서 경찰은 경찰관담용을 우려하여 가택수색 등을 적극적으로 하지 않았다는 비판이 제기된 바 있다. 경찰관직무집행법 제7조에서 “위험방지”를 위한 가택출입규정이 있었음에도 경찰은 재량권을 적극적으로 해석하여 강제력을 동원하는데 소극적이었던 것이다. 이는 형사법이 아닌 경찰관련법에 근거한 강제력 행사에 대한 적대적 반응(특히 법조계)과 더불어 굳이 나서서 책임을 떠안을 필요가 없다는 경찰의 의식에서 비롯된 것으로 보인다.

11) Baecker, Kriminalpraeventives Strafrecht und polizeiliche Kriminalpraevention, in: FS Schenke, 2011, S. 332.

가. 형사법을 통한 안전보장으로서는 범죄진압

형사법을 통한 안전보장은 독일의 경우 구체적으로 기소법정주의를 통해 구현되고 있다.¹²⁾ 형사법은 과거에 일어난 범죄의 실체규명에 이은 처벌을 상정하는데, 이는 ‘사후적 진압’을 통해 개개인의 법익을 보호하는 범영역이다. 구체적으로 보면, 형사법은 형법상 범죄가 되는 구성요건을 특정화하고 구성요건에서 전제하고 있는 법익침해의 현실적 위험을 발생케 한 일탈행위에 위법성 및 책임의 요소를 함께 고려하여 형벌을 통해 진압하는 방법으로 범죄의 위험으로부터 개인의 안전을 보호하고자 하는 것이다.¹³⁾ 그러다보니 형사절차가 추구하는 개인의 안전보장에서의 우선적 중점은 사전 예방적 측면이 강한 경찰법과는 달리 침해에 대한 직접적, 물리적인 ‘방어’에 있다기보다는 반작용적이고(reaktiv), 회고적인(retrospektiv = ex post) 관점에서의 사후적 ‘진압’에 있다.¹⁴⁾ 이런 방식은 현존하는 법질서를 판단의 출발점으로 하여 일반인과 범죄자에게 형벌로 경고함으로써 추상적이고 상징적인(symbolisch) 법익보호를 암시할 뿐이다.¹⁵⁾ 왜냐하면 법규범 중에서도 형법은 개인의 자유와 권리를 박탈하거나 제한하는 강력한 제재수단을 가지고 있고, 그래서 이를 대체할 법적·사회적 통제수단이 있을 경우 뒷전에 물러서야 하는 보충성의 원칙에 구속되어야 하기 때문이다.¹⁶⁾

그런 점에서 형사법의 작용영역은 구성요건에 해당하는 범죄행위 중 형사상 귀속가능하게 야기된(상당인과관계설) 위험으로 설명되는 부분에만 국한된다고 볼 수 있다. 이때의 범죄로 인한 법익침해의 위험은 일반적으로 계산되어진 것(고의), 형사상 행위책임이 인정되는 경우에 국한되고, 예외적으로 과실범이 범죄로서 처벌된다. 살인죄, 상해죄 등 침해범의 경우 ‘법익침해’(예를 들어 ‘사람을 살해한 자는...’, ‘사람에게 상해를 가한 자는...’)의 현실적 결과가 발생할 것이 요구되고, 이

12) Roxin, Strafverfahrensrecht, 25 Aufl., 1998, § 1 Rdnr. 2 ff., § 14.

13) 이상돈, 형법학: 형법이론과 형법정책, 1999, 28면.

14) Stoll, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003, 15면 이하; Gaerditz, 앞의 책, 60면/324면; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungs-recht, 2010, 21면.

15) Gaerditz, 앞의 책, 43면; Pieroth/Schlink/Kniesel, 위의 책, 21면

16) 하태훈, 법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제, 고려법학 제62호(2011년 9월), 21면.

영역에서 형사법의 예방적 사고는 ‘침해를 할 경우 처벌한다. 따라서 침해해서는 안 된다. 침해하면 형벌로서 처벌한다’는 금지규범의 형식을 빌어 형벌로서 일반예방 및 특별예방을 하는 범위 내에서 인정된다.

그러나 침해범처럼 침해의 현실적 결과가 요구되지 않는 위험범의 경우 실제로 법조문 자체나 법해석에 있어 ‘공공의 위험’, ‘일반적 위험(성)’ 같은 위험과 관련된 용어가 등장한다. 예컨대, 구체적 위험범에서처럼 위험이 구체적 행위를 통해 ‘공공의 위험’을 발생시킨다는 점이 명백히 범죄의 구성요건으로 실재적으로 규정된 경우(형법 제 166조 제2항의 자기소유일반건조물 방화죄의 규정방식 - ‘자기소유(...) 물건을 훼손하여 공공의 위험을 발생하게 한 자는...’)나, 추상적 위험범의 경우처럼 행위가 현실적 위험을 야기하는 정도에 이르지 않더라도 구성요건적 결과발생의 ‘일반적 위험(성)’만 있으면 그 가벌성이 인정되는 경우도 있다고 설명되는 부분이 그것이다. 후자의 추상적 위험범의 예로 타인소유일반 건조물 방화죄(형법 제 166조 제 1항)¹⁷⁾나 업무방해죄(형법 제 314조)¹⁸⁾, 위증죄(형법 제164조), 유괴죄(형법 제 271조)를 들 수 있을 것이다. 그런데 형사법에 등장하는 추상적 위험범·구체적 위험범에서의 ‘위험(성)’은 경찰법처럼 구체적(konkret), 개별적(im Einzelfall) 경우에 가까운 장래에 법익의 손상을 판단을 전제로 피해자의 손상을 직접적으로 방지함을 목적으로 위험개념이 확정·구성되는 것이 아니다. 오히려 형벌로서 일반인 혹은(가정상의) 범죄자에게 위하 또는 형을 예고함으로써 범죄를 예방하자는 차원(일반·특별예방)에서 형벌을 상정하여 일반적으로 생각할 수 있는 ‘가정상의(hypothetisch) 위험성’의 가벌성에 의미를 두고 확정·구성된 개념이다. 이는 미수범 규정에서도 확인된다. 즉, 특정한 행위가 미수에 이르는 경우 형사적 처벌의 대상인지 아니면 불능범으로 처벌하지 않아도 되는지에 대한 판단준거로 구성요건적 결과발생의 ‘위험성(Gefährlichkeit)’이 제시되고 있는 것이다. 이러

17) 일본 최고 재판소 판례에 따르면 타인소유 일반건조물 방화죄는 추상적 위험범으로서 동죄가 성립하기 위해서는 불을 놓아 동죄에서 규정하는 물건을 소훼한다는 인식만 있으면 족하고 소훼의 결과, 공공의 위험을 발생시킨다는 인식까지는 필요하지 아니하다고 한다(日·最高 1985.3.28, 현암사 2007년 판 소법전 형법 제166조 해설 부분 재인용).

18) 업무방해죄에서의 업무방해는 업무의 집행자체를 방해하는 경우뿐만 아니라, 업무의 경영을 저해하는 것도 포함하는바, 추상적 위험범으로서 업무를 방해할 우려가 있는 상태가 발생하면 족하며, 방해의 결과가 현실적으로 발생할 것을 요하지 않는다. 이재상, 형법각론, 1998, 192면.

한 형사법상의 위험성이 인정된다면 형사정책상 불능미수로서 처벌될 수 있을 것이고, 그렇지 않다면, 즉 위험성이 없다면 불능범으로 처벌되지 않을 것이다(형법 제27조 불능범의 규정방식 - “(...) 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다”).

따라서 일반적으로 사후적 진압기능을 담당한다고 인식되는 형사법도 방금 살펴본 대로 형사상 위험성개념, 즉 “공공의 위험을 발생시킨다는 인식”(구체적 위험범), “구성요건적 결과발생의 일반적 위험”(추상적 위험범), “위험성”(불능범)을 매개로 하여 장래를 향하여 발생할 법익침해에 대해 제재(Sanktion)를 약속하여 일반인들에게 위하(Abschreckung)의 효과를 줌으로써 범죄를 예방하는 측면도 일정 부분 지니고 있다.¹⁹⁾ 이런 관점에서 형사법을 통한 범죄예방이 “진압을 통한 예방”(Praevention durch Repression)이라는 제하에 소개되기도 한다.²⁰⁾ 그러나 진압을 통한 예방은 범죄학(Kriminologie)과 형사정책에서 매우 논란이 되는 주제로 무엇보다 어느 정도까지 형사소추와 형벌이 위하의 수단을 통해 잠재적 범죄자에게 실제적 효과를 미칠 수 있는가하는 점에 대하여 근본적인 의문이 제기되고 있는 것도 사실이다.²¹⁾

나. 경찰법을 통한 안전보장으로서 위험예방

경찰법은 가까운 장래에 발생할 개연성 있는 손상에 대해 위험개념을 매개로 사전에 이를 효과적으로 관리·통제하여 법익에 대한 손상(Schaden)을 예방하고자 하는데 중점이 있다.²²⁾ 무엇보다 경찰법상의 위험은 손상의 직접적 방지를 위하여

19) Horn, Sicherheit und Freiheit durch vorbeugende Verbrechensbekämpfung, in: Horn(Hrsg.), Recht im Pluralismus, FS für Walter Schmitt Glaeser, 2003, 462면 이하; 형사법상의 일반, 적극 예방을 염두에 둔 예방(Prävention)과 경찰법상의 예방(Prävention)의 본질적인 차이에 대해서는 Denninger, E. Polizeiaufgaben, in: Liskin/Denninger, 2007, 377면 이하 (Rdnr.201); Forkert-Hosser, Veremittlungen im Strafprozessrecht, 2010, 25면 이하. 특히, Denninger는 형사법상의 예방과 경찰법상의 예방의 공통점은 크지 않다고 강조한다.

20) Franz von Listz, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: von Listz, Aufsätze und Vorträge, Bd. I, 1905, 126면/176면.

21) Broesdorf, Prävention durch Respression, Forum Kriminalprävention 2003, 18면 이하.

22) 이성용, 주취자 보호조치에 관한 법적 검토, 경찰법연구 제6권 제2호, 2009, 39면.

손상에 이르는 인과관계를 경찰상 진단을 통해 확인하고, 그 인과관계의 고리를 적절한 경찰상 조치로 끊는다는 것에 있다. 그래서 경찰법에서의 위험방지라는 집행적 임무²³⁾는 직접적 보호를 의미하고 물리적인 보호수단의 투입을 필요로 하는 경우가 많다. 예컨대, 주취행위로 인한 피해나 소란이 형법에서 보호하는 법익침해의 단계까지 나아가지는 않았지만 그러한 위험이 현실화되는 것을 막기 위한 경찰상 보호유치(Schutzgewahrsam)²⁴⁾, 가정폭력의 위험을 방지하기 위한 일정한 장소에서의 퇴거(Platzverweis)²⁵⁾와 같은 경찰법상 조치가 고려될 수 있다. 그런데 여기서 말하는 ‘위험’개념은 형사법에서 말하는 일반예방·특별예방을 염두에 둔 법익침해를 초래할 현실적 위험(성) 개념과는 달리, 어떤 사실의 정상적인 진행을 방지하게 되면 가까운 장래에 어떤 상태 또는 행위가 공공의 안녕 질서에 손해를 가져올 충분할 개연성이 있는 경우를 의미한다.²⁶⁾ 따라서 경찰법상 위험방지는 사회규범을 포함하는 공공의 안녕과 질서의 위반으로 현존한 법익의 객관적 감손으로서의 손해(Schaden)가 발생하리라 예상되는 사건의 경과시작 시점부터 포착하여 법적인 관찰의 대상으로 삼는다.²⁷⁾

한편, 이러한 위험이 현실화되어 현존하는 객관적 법익의 감손 및 사회규범을 포함하는 공공의 안녕에 대한 침해가 시작되거나 지속되는 경우²⁸⁾, 그래서 그러한 상태가 또 다른 침해를 초래할 개연성이 있는 경우를 장해(Stoerung)라고 한다.²⁹⁾ 장

23) Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereich der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, 19면 이하/116면 이하.

24) 경찰관직무집행법 제4조 제1항 참조.

25) 손재영, 위험방지를 위한 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 법적근거, 2011, 법제연구 제40호, 241면 이하.

26) 서정범/박병욱, 경찰법상의 위험개념의 변화에 관한 법적 고찰 - 전통적 위험개념의 작별 (?), 안암법학 36호, 2011, 101면이하; Neumann, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit. Die kriminalpräventive Informationserhebung durch Polizeirecht, 1994, 18면; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 2009, Rdnr. 69; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14 Aufl. 2008, § 6 Rdnr. 7.; Pieroth/Schlink/Kniesel, 앞의 책, § 4 Rdnr. 6 f.; Drews/Wacke/Vorgel/Martens, Gefahrenabwehr, 9 Aufl., 1986, 220면; Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7 Aufl., 2009, Rdnr. 108; BVerwGE 45, 51, 57; OVG Münster, DVBl. 1980, 1010.

27) Stoll, 앞의 책, 16면.

28) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 6 Aufl. 2009, Rdnr. 92.

29) Denninger, 앞의 책, 329면 이하 (Rdnr. 67 이하).

해의 경우 법익에 대한 손상이 이미 시작, 발생하였기 때문에 이에 대한 경찰작용은 ‘방지’가 아닌 ‘제거(Beseitigung)’로 설명되지만, 이러한 장해제거 역시 위험방지의 한 양태로서 예방적 경찰작용으로 분류된다.³⁰⁾ 이러한 장해를 직접적으로 야기한 자는 경찰상 장해자(Stoerer)로서 형사법에서의 피의자·피고인과는 달리 도덕적인 측면의 평가로부터 자유롭다. 즉, 경찰법에 따른 장해자의 도덕적·인격적 요소는 장해의 야기에 대한 책임을 묻는 것을 중점적으로 고려할 필요는 없다는 것이다.³¹⁾ 경찰법에서는 직접적인 피해자의 보호를 위하여 야기된 장해의 제거 그 자체가 중요한 것이다. 이는 경찰법이 헌법적인 관점에서 볼 때 국가, 피의자(형사법) 혹은 장해자(경찰법) 그리고 피해자(희생자)의 기본권적 삼각관계에서 위험개념을 매개로 피해자에 대한 손해(Schaden)의 직접적인 보호에 일차적인 관심을 두고 정립된 법영역이기 때문이다. 이런 점에서 형사법상의 범죄자는 형벌능력, 행위능력, 행위·행위자 책임, 무죄추정 등의 원칙에 의해 진정한 개인으로서 고려의 대상이 되지만, 경찰법상의 장해자는 개연성 있는 위험의 근원(Gefahrenquelle)으로 먼저 파악이 된다.³²⁾ 이 때문에 경찰의 위험방지 조치는 피해자의 보호를 위하여 자칫 개인(특히, 장해자 내지 피의자 측면)의 인권을 침해할 소지가 다분하다는 점에서 엄격한 헌법적 요건을 충족해야 하는데, 특히 명확성의 원칙이나 법률유보, 비례의 원칙과 같은 법치국가적 원칙으로부터 벗어나서는 안 된다.³³⁾

III. 경찰법상 위험예방과 형사법상 범죄소추의 목적 및 수단상의 차이

이처럼 ‘위험 내지 범죄로부터의 안전보장’이라는 법치국가적 과제를 위하여 형

30) 김성태, 예방적 경찰작용에서의 추상적 위험·구체적 위험, 행정법연구 통권 제10호(2003 하반기), 255면; Drews/Wacke/Vogel/Martens, 위의 책, 220면; Gusy, 위의 책, 60면.

31) Denninger, 앞의 책, 332면 (Rdnr. 73).

32) Gaerditz, 앞의 책, 2003, 39면 이하.

33) 서정범/박병욱, 경찰권 발동의 규율원리로서의 헌법, 공법학 연구 제11권, 제 4호, 219 면 아래 참조; 홍정선, 행정법원론 (하), 2009, 360면 이하.

사법과 경찰법이 ‘공동으로’ 노력하지만, 그럼에도 각각의 법의 목적에 따른 규정 형식이나 범죄 또는 위험을 바라보는 관점이 상이하고, 또 그에 따라 동원되는 수단과 절차가 다를 수밖에 없다는 점을 간과해서는 안된다.

먼저 형법에서 말하는 ‘범죄의 위험’은 가까운 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이라는 의미에서의 경찰법상 위험과 관련된 사건의 경과와 관계없는 ‘가정적(hypothetisch)’인 것이다. 형법상의 이와 같은 가정은 판단의 준거가 되는 행위규범(금지규범)의 존재를 본질적으로 염두에 두고 전개되는 사상이다.³⁴⁾ 이는 달리 해석하면 국가의 형벌권행사에 대한 한계, 즉 형법이 범죄로 정하는 것 이외의 행위에 대해서는 자유가 보장된다는 것을 의미한다. 물론 법에서 금지한 행위에 대한 형벌의 존재 그 자체가 적극적으로 시민의 규범의식을 강화시켜 주는 수단으로 작용하여 범죄예방의 효과를 거둘 수 있다. 야콥스(Jakobs)의 규범승인훈련에 따른 적극적 일반예방이론도 바로 그러한 맥락에서 이해할 수 있다. 그렇다고 하더라도 이는 위험이나 범죄의 통제·진압과 관련하여 어디까지나 간접적인 효과에 국한되는데, 여기에서의 예방은 단지 규범적, 상징적인 기능만을 가진다고 보아야 할 것이다.³⁵⁾ 형사법적인 측면에서 구체적인 법익의 침해는 본질적으로 형사제재를 상정해서 사후적(ex post = retrospectiv) 관점에서 판단이 되는데, 이것은 이미 발생된 법익 손상이 형벌을 통해서 원상복구(reparieren)가 될 것을 상정한 것이 아니고 형벌 이론의 목적달성을 위한 경고(Androhung), 위하(Abschreckung) 그리고 법규범에의 자발적 복종을 염두에 두고 사후적으로 바라보는 관점이다.³⁶⁾ 그에 반해 경찰법상 위험의 방지는 개별적인 경우(im Einzelfall) 사전적(ex ante = prospektiv) 관점에서 현재 상황에서 위협받고 있는 법익 손상의 가능성 또는 개연성으로부터의 직접적인 예방 또는 방지를 목적으로 한다.³⁷⁾

이와 같은 양 법의 목적 내지 관점상의 차이는 형사법과 경찰법의 규정방식의 상이함으로 이어진다. 형사법의 대표적인 규정방식은 “어떠어떠한 금지된 행위를

34) 김일수, 범죄피해자론과 형법정책: 어느 실정법의 안락사, 2010, 15면; 배종대, 형법총론, 2011, 54-55면; 유기천, 형법학, 2011, 8면.

35) Pieroth/Schlink/Kniesel, 앞의 책, 21면; Gaerditz, 앞의 책, 43면.

36) Gaerditz, 앞의 책, 44면.

37) Pieroth/Schlink/Kniesel, 앞의 책, 21면.

한 자는 ... 처벌한다”의 방식으로, 최종적으로 형벌을 상정하고 - 즉, 일반예방, 특별예방을 고려하여 - 법이론이 전개된다. 그 반면 경찰법의 규정방식은 “경찰은 개별적 사안에 위험의 요인이 충족되면, 위험의 방지를 위하여 어떠한 조치를 취할 수 있다. 어떠한 조치는 허용이 된다.”는 형식을 취한다. 이런 점에서 형법의 직접적·일차적인 목적은 예방(Praevention)이라기보다는 이미 현실화된 위험으로 구성요건에 해당되고 유책한 경우 이를 진압(Repression) 하는데 있다는 점을 쉽게 발견할 수 있다.³⁸⁾ 다시 말해 형법은 행위자의 행위에 대한 직접적인 의무를 창조하지 못하고 처벌가능성의 조건과 법적 결과를 규정함으로써 사회적으로 해악이 되는 특정한 행동양식을 적시하고 있을 뿐이다.³⁹⁾ 그에 반해 경찰법은 사후 진압을 목적으로 하는 형사법과는 달리, 위험의 진단(Gefahrenprognose)을 통해 개별적인 경우(im Einzelfall)에 공공의 안녕과 질서 및 개인의 생명과 신체 등 구체적인 법익에 대한 위험이 있다고 판단되는 상황에 대하여 이를 사전에 방지하고자 하는 것을 우선시한다. 따라서 위험방지 영역에서의 경찰 활동은 원인규명을 위한 과거지향적(retrospektiv)인 활동에 중점이 있는 것이 아니라, 미래에 손상될 개연성이 있는 법익을 사전적, 미래지향적 (prospektiv) 차원에서 효과적으로 보호하고자 하는데 중점이 있다.⁴⁰⁾ 이 때문에 경찰법에서는 위험의 원인을 야기한 책임자(행위 책임자 및 상태책임자) 혹은 위험의 제거에 도움이 되는 비책임자에 대하여 명령(Anordnung) 또는 즉시강제 등과 직접적인 효과를 동반하는 수단이 여타 경찰상 수단과 함께 중요한 수단으로 사용되고 있다.

양 법이 최종적으로 보호하고자 하는 법익과 관련해서도 경찰법상 위험의 방지나 손실의 방지는 형법에서 말하는 형법적 법익보호와 공통되는 부분을 포함하고 있는 것은 사실이지만, 경찰법에서는 형법상의 구성요건이 보호하고자 하는 법익 보호를 넘어서는 추상적 법익침해로부터의 보호, 나아가 공공의 안녕과 질서라는 넓은 개념을 전제로 하고 있다.⁴¹⁾ 경찰법에서의 공공의 안녕에 대한 장애의 존재여

38) Pieroth/Schlink/Kniesel, 앞의 책, 21면.

39) Mueller, Polizeiliche Datenerhebung durch Befragung, 93면; BVerfGE 51, 324, 343 f.; Arbeiter, Die Durchsetzung gesetzlicher Pflichten, 1978, 18면/55면.

40) Denninger, 앞의 책, 367 면(Rdnr. 169 f.); 홍정선, 앞의 책, 430면 이하.

41) 서정범, 경찰법에 있어서의 공공의 안녕의 개념, 공법학 연구, 제9권 제2호, 2008, 344면.

부는 형사법상의 개별적 행위에 대한 책임귀속문제의 기준으로 사용되는 형사상 고의나 과실, 책임, 비난가능성의 기준에 따라 필연적으로 판단되는 것은 아니다⁴²⁾. 경찰법에서 ‘범죄행위의 방지(straftatenverhuetung)’라는 형사법상 요소를 구체적으로 명시하여 그 위험방지의 임무로 삼고 있는 경우에도⁴³⁾ 단지 객관적인 불법구성요건만이 경찰법의 관심의 대상이 될 뿐이다. 그 때문에 위법성과 관련하여 개별적인 경우에 그 자체로는 금지된 행위가 특별한 정당화사유 - 즉 위법성 조각사유, 정당행위, 긴급피난 - 에 의해 정당화되어 형사상 형벌을 면할지라도 (예컨대, 딸을 강간하는 현장을 목격하고 딸의 아버지가 강간범을 총으로 사살하려는 경우 - 형법상 정당방위가 인정되는지 여부는 별론으로 함) 경찰법에서도 이와 같은 정당화사유가 마찬가지로 기준으로 적용될 수 있을지는 의심스러운 경우가 많다. 왜냐하면 행위불법의 측면에서는 (형사법상) 허용된 행위가 결과불법의 측면에서는 공공의 안녕에 대한 장애로서 위험방지임무의 대상이 될 수가 있기 때문이다.⁴⁴⁾ 특히 경찰법상의 대상이 되는 장애는 반드시 형사법상의 구성요건에 해당하는 금지행위 (예를 들어 사람을 살인한 자는..., 상해에 이르게 한 자는...)와 관련하여 발생하는 것이 아니라, 이와는 관계없이 자연현상 또는 통제 불가능한 인간의 행위 혹은 심지어 허용된 행위에 의해서 야기될 수도 있다는 점을 간과하기 어렵기 때문이다.⁴⁵⁾

행위규범존부의 측면에서 보면, 형사법의 경우 행위규범이 반드시 기본적으로 전제되나, 경찰법의 경우 특별한 행위규범의 존재유무에 관계없이 위험이 발생하면 이를 제거하여야 할 필요가 존재하게 되는 것이다.⁴⁶⁾

한편, 경찰법의 경우 위험방지의 효율성이라는 원칙이 지배하고 있기 때문에 신

42) 물론, 예외적으로 정당방위나 긴급피난과 같은 정당화사유가 존재하는 경우 객관적 법질서에 대한 침해가 존재하지 않는 것이 되어 공공의 안녕을 해치지 않는 경우가 있을 수도 있으나, 필연적으로 모든 정당방위, 긴급피난의 경우에 이와 같은 결론이 도출되는 것은 아니다.

43) 독일 경찰법 모범초안(VE ME PolG, 1986년 3월 12일)의 제1조 제1항 2문은 범죄행위의 예방적 퇴치(Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)를 경찰의 임무로 규정한 이래 이후 모든 독일 주경찰법과 연방경찰법, 연방범죄수사청법에 이러한 내용이 수용되어 있다.

44) Germann, 앞의 책, 218면.

45) Germann, 앞의 책, 220면; 홍정선, 앞의 책, 436면.

46) 예외적으로 부작위를 통한 행위책임의 경우 행위를 위한 법적인 의무가 전제되기도 한다. 이 경우의 법적인 의무는 민법, 형법상의 의무가 아니라 공법상의 의무로 보아야 한다. Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht, 2012, 229면 이하.

속하고 효과적인 경찰상 조치를 위하여 집행공무원이 경찰상 대상자를 상대로 조치를 취할때, 그 대상자의 행동에 대한 형사법이 제시하는 복잡한 법적 문제(나이, 행위능력, 책임능력, 고의, 과실 혹은 착오 등)를 고려하는 것은 위험방지의 효율성의 원칙과 어울리지 않는다는 점이 지적된다.⁴⁷⁾ 또한 위험방지의 효율성의 원칙 및 공동체의 구성원으로서의 기본적인 의무에 기인하여 위험에 직접적으로 기여한 책임자가 아니더라도 엄격한 요건하에 경찰상 비책임자로서의 책임을 지거나 경찰상 조치의 대상이 되는 경우도 경찰법에서 상정할 수 있다.⁴⁸⁾ 이런 점은 구성요건에 해당하고, 위법성이 있고, 책임 능력이 있는 범죄자만을 그 조치의 대상으로 삼는 형사법과는 확연한 차이를 보이는 부분이다. 마찬가지로 이유로 경찰법상 책임귀속의 문제에 있어서 법규위반시에 책임을 인정하는 위법원인설, 자연과학적 인과개념에 상당히 의존하는 ‘모든 조건이 결과발생에 동일하게 기여한다는’ 조건설(등가설 - *coditio sine qua non*)이 비판을 받고⁴⁹⁾, 인과관계의 고리에서 위험의 야기에 실질적, 효과적으로 기여를 한, 즉, 실질적인 위험(야기)의 문턱(*Gefahrenschwelle, -grenze*)을 넘은 행위만이 경찰상 책임의 대상이 된다는 직접원인설이 판례와 문헌에서 지배적인 다수설을 점하고 있다.⁵⁰⁾ 이처럼 경찰법은 앞서 설명한 바와 같이 피해자의 관점에서 직접적 손상(*Schaden*)에 이르게 하는 인과관계의 고리를 끊어 이를 방지하고자 하는데 있기 때문에 책임자 설정, 책임귀속의 문제에 있어 다른 법영역, 특히 형법과 다른 법이론이 전개될 수밖에 없는 것이다.

47) Schloller/Schloer, *Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 1993, 244면.

48) 물론 비책임자로서 지게 될 책임을 부당하게 부과하거나 그를 초과하여 경찰상 조치의 대상이 된 경우 추후 손해/배상 손실 배상의 문제도 별도로 경찰법에 규정되어 있다.

49) 홍정선, 앞의 책, 436면.

50) Ipsen, *Niedersächsisches Gefahrenabwehrrecht*, Rdnr. 176; Schenke, 앞의 책, 242; Friauf, *Polizei- und Ordnungsrecht*, in: Schmid-Aßmann(Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Rdnr. 76; Götz, 앞의 책, § 9 Rdnr. 11; Tettinger/Erbguth/Mann, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Rdnr. 491; Kugelmann, 위의 책, 2012, 227면 이하; 김남진/김연태, *행정법 II*, 2009, 272면; 경찰법상 책임귀속 문제에 대해서는 서정범, *경찰책임의 귀속원리로서의 원인야기*, 강원법학 제 10집, 1998, 471면 이하 참조.

IV. 경찰법과 형사법간 경계의 희석

경찰법과 형사법간의 이와 같은 차이에도 불구하고, 양법이 모두 궁극적으로는 시민의 안전보장이라는 국가임무를 수행한다는 점 그리고 범죄행위의 예방이라는 공통분모를 가진다는 점에서 예방이나 진압 수단을 혼재해서 사용함으로써 위험방지과 범죄소추간 영역의 구분이 때로는 어려워지는 경우가 발생한다. 이러한 현상은 위험사회(Risikogesellschaft)에서의 “형법의 기능화” 경향으로 더욱 뚜렷해지고 있는 추세에 있다.⁵¹⁾ 실제로 경찰일선에서는 위 1), 2), 3)의 사례에서 보는 바와 같이 위험방지와 형사소추의 임무가 중첩적으로 발생하는 경우도 비일비재하다. 또한 근본적으로 경찰법상 구체적, 추상적 위험의 영역의 위험이 형사법이 구성요건상 상정하고 있는 ‘위험성(Gefährlichkeit)’, ‘공공의 위험’과도 그 보호법익의 측면에서는 별반 다르지 않다는 점을 발견하게 된다.

예를 들어 경찰법은 (경찰법상) 구체적 위험의 가정된 위험으로서의 추상적 위험⁵²⁾의 존재라는 관점에서 물살이 센 물가에서의 수영을 금지하는 뜻을 통해 경찰명령을 발하여 수영을 하는 경우 발생할지도 모를 개인의 생명, 신체에 대한 위험을 방지하고자 한다. 형사법은 비록 구성요건에 해당하고 위법하고 책임이 있는 행위를 처벌하는 데 중점을 두고 있지만, 경찰법에서의 가정된 위험으로서의 추상적 위험과 마찬가지로 형사법이 범죄로 인한 법익피해와 관련된 가정적 위험상황을 형벌을 통해 위하함으로써 간접적 예방기능을 가지고 있기도 하다. 위 급류에서의 수영의 경우 형벌로서 규정할 사안은 되지 않더라도 질서위반행위규제법상 구성요건을 정하여 질서벌·과태료 등으로 충분히 규율할 수 있는 영역이다.

이렇게 놓고 본다면, 위 두 경우의 규율방식이나 생명, 신체의 법익에 대한 위험을 대하는 태도가 도대체 무슨 차이가 있는지 근본적인 의문이 제기될 수 있다. 다

51) 위험사회에 대한 대응으로서 형법이 단지 과거에 행해진 범죄의 진압과 억제에 머물지 않고 적극적으로 위험을 예방하고 안전을 확보하는 방향으로 형법의 기능이 변화해야 하고, 또 실제로 변화하고 있다는 것이다. 이에 대해서는 김재운, 위험사회라는 사회 변화에 대한 형사법의 대응, 비교형사법연구 제12권 제2호(2011), 255면.

52) 경찰법상 추상적 위험은 유형화(typisieren)가 가능하고, 통계적으로 (특정 장소, 상황에) 빈발하는 위험으로 개별적인 경우(im Einzelfall)를 두고 판단하는 구체적 위험의 가정된 가능성(gedachte Möglichkeit der konkreten Gefahr)으로 설명된다.

시 말해 경찰법은 (경찰법상) 추상적 위협의 경우 경찰명령을 통해 손상에 대한 위협을 방지하고자 하고, 형사법은 질서위반행위규제법상의 금지규범과 질서벌을 통한 위하로 법익의 손상을 방지하고자 한다는 수단상의 차이 정도 밖에 확인할 수 없을 것 같다. 나아가 이러한 점은 경찰법이 제재적 성격을 가지거나 추후의 위협 방지를 위하여(예를 들어 이전의 범죄행위에 연이은 재범의 경우를 상정하여) 해악의 고지를 통한 ‘위하’라는 수단을 중점적으로 이용한다면, 경찰법과 형사법의 구분은 더욱 어려워지게 될 것이다.⁵³⁾ 독일 경찰법 모범초안 제1조 제1항에 규정된 “범죄행위의 예방적 퇴치”는 범죄자가 범죄를 행하려고 할 경우 발각될 가능성이 있다는 점을 암시하는 수단들도 사용하는데, 경찰법에서 이러한 위하수단의 사용은 경찰법이 기능적인 측면에서는 이미 실질적 형법(materielles Strafrecht)에 근접하여 있음을 보여주고 있다. 왜냐하면 금지규범, 형벌상의 제재의 고지를 통한 위하(Abschreckung)는 전통적으로 형법상의 일반예방이론에서 범죄예방의 수단으로 인정되어 왔기 때문이다.⁵⁴⁾ 물론 범죄발각의 가능성과 위하 효과의 상관성에 대하여 연구하고 신뢰할 수 있는 결과를 제시하는 것은 범죄학의 영역이지만.⁵⁵⁾

반대로 현대 형사법에서의 예방적 경향은 더욱 뚜렷하다. 이는 재범 위험자의 개인정보의 특별관리(경찰정보망 저장), 특정범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착, 아동 성범죄자 등에 대한 인터넷 등을 통한 일반예의 신원공포⁵⁶⁾에서 여실히 드러난다. 왜냐하면 장래의 효율적인 형사소추를 위하여 재범우려자 자신의 정보가 경찰에 (전자)기록으로 저장되었거나 신상정보(예컨대 아동 성범죄자의 경우)가 일반에 공개되었다는 것을 알게 된 당사자는 자신이 장래 저지르게 될 범죄행위가 발각

53) Wächter, Die aktuelle Situation des Polizeirechts, JZ 2002, 856면.

54) Wächter, 위의 논문, 859면 이하; Wächter, Die „Schleierfahndung“ als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung durch Abschreckung und Verunsicherung, DÖV 1999, 144면 이하; 이재상, 앞의 책, 46면; 이성용/서정범, 경찰관 직무집행법의 개정방향에 관한 연구, 경찰청 연구보고서, 2011, 88면. 이 논문에서 이성용 교수는 장래의 범죄발생에 대한 사전대비적 범죄정보수집이 범죄의 일반예방적 내지 특별예방적 효과를 가지고 있다 하더라도 이를 위험방지의 영역에서 이해하는 것은 무리가 있다는 입장을 취하고 있다.

55) Horn, 앞의 책, 462면 이하.

56) 2011년 중반부터 “아동·청소년의 성보호에 관한 법률” 및 “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법”에 따라 법원으로부터 신상 공개명령이 선고된 성범죄자의 신상정보를 법무부 등에서 “성범죄 알람 e (sexoffender.go.kr)”를 통해 공개하고 있다.

될 가능성이 높을 것으로 예상하고 범죄를 그만둘 것이기 때문이다. 이와 같은 재범우려자의 정보의 저장은 소위 ‘소극적 특별예방(범죄인에 대한 개별적 위하)’의 효과와 ‘소극적 일반예방효과(형벌예고에 의한 위하)’를 가지게 될 것이다.⁵⁷⁾ 예방 영역의 정보수집·처리·저장행위에 대해서는 위험방지가 주목적인지 아니면 장래의 형사소추가 주목적으로 하는지에 대한 의문이 제기될 수밖에 없는데, 이는 결국 경찰법과 형사법간 입법관할권의 문제로 이어진다.⁵⁸⁾

경찰법 측면에서는 가능한 한 신속한 범죄방지라는 측면에서의 범죄예방(Verhuetung von Straftaten)과 나중의 형사상 석명활동을 위한 전제조건의 마련이라는 점에서 범죄의 소추를 위한 사전배려(Vorsorge fuer die Verfolgung von Straftaten)를 범죄행위에 대한 예방적 대처(vorbeugende Bekaempfung von Straftaten)라는 공동의 상위 개념으로 파악하여 이른바 ‘범죄행위의 예방적 대처’의 영역을 위험방지나 형사소추에 직접적으로 속하지 않는 소위 ‘제3의 영역’으로 보는 입장도 있다.⁵⁹⁾ 이 제3의 영역을 지지하는 입장에서는 정보의 수집을 위한 요건·기준을 정함에 있어 전통적인 구체적 위험개념이나 범죄의 최초혐의(Anfangsverdacht)로는 설명할 수 없는 영역이 광범위하게 존재한다는 점을 지적하고 있다.⁶⁰⁾ 독일 경찰법상 범죄행위의 예방(Straftatenverhuetung)은 거의 모든 문헌에서 일치하여 경찰의 입법관할로 받아들여지고 있으나, 형사소추의 사전배려(Vorsorge fuer die Verfolgung von Straftaten)의 입법관할에 대해서는 경찰법에 규정해야 할지 아니면 형사법에 규정해야 할지 찬반이 팽팽하다.⁶¹⁾ 형사소추의 사

57) Schwind, Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 2003, 113면 이하; Zimmermann, Sicherheitsvorsorge vor Ort. Eine verschiedenen Trägern zustehende, vernetzt wahrzunehmende Aufgabe auch in Bereichen „Inneren Sicherheit“ und öffentlicher Ur-Ordnung in der Kommune, 2005, 72면.

58) BVerfG DVBl. 2001, 454면.

59) Pitschas, Polizeirecht im kooperativen Staat, DOEV 2002, 221면; Denninger, 앞의 책, 303면 (Rdnr. 5).

60) 이에 대해서는 서정범/박병욱, 경찰법상의 위험개념의 변화에 관한 법적 고찰 - 전통적 위험개념의 작별 (?), 안암법학 36호, 2011, 101면 이하.

61) 우리나라에서는 아쉽게도 경찰법이나 형사법이나의 문제로 다루는 대신, 해당 업무를 어느 부처(기관)의 소관업무로 할 것인지, 즉 어느 부처에 권한을 줄 것인지에 관한 논의에 초점이 맞추어지고 있다.

전배려에서 대표적인 예로 제시되는 성범죄 재범자의 DNA정보·위치정보 등의 수집·처리 규정을 경찰법에 규정해야 한다는 입장은 형사소추의 사전배려의 영역은 아직 최초혐의(Anfangsverdacht)조차 발견되지 않은 단계이므로 형사법의 관할 영역이 될 수 없다고 주장하고⁶²⁾, 반대로 형사법에 규정해야 한다는 입장은 궁극적으로 추후의 형사소추절차의 진행을 위해 필요한 정보를 준비차원에서 수집하는 것이므로 형사법에 규정해야 한다고 주장한다.⁶³⁾

한편, 경찰법에 규정되어 있는 범죄행위의 예방(Verhuetung von Straftaten)과 관련하여 일반적으로 테러·조직범죄 등의 영역에서 경찰의 정보활동의 전제조건으로 반드시 구체적 위험이 존재할 필요가 없다는 점이 인정되고 있다. 그런데 이것은 위험상황이 반드시 구체적으로 시작·발생되는 시점부터 방지되어야만 하는 것이 아니라 위험상황에 대한 진단을 통해 위험의 발생자체를 미리 사전에 저지·배려할 수 있다는 생각에 기인한다. 왜냐하면 위험의 전단계(Vorfeld der Gefahr)로 대변되는 이 영역에서는 전통적인 위험개념에서 요구되는 시간적인 근접성의 기준이 약화 내지 일정부분 포기될 수밖에 없기 때문이다. 이 영역은 구체적 위험이 전통적으로 제시하는 기준을 대신하여 “특정한 사실관계를 통해 생명·신체·개인의 자유 등 법익에 대한 위험이 발생하리라는 가정이 합리화된다면”이라는 표현으로 구체적 위험의 전 단계에서의 경찰상 조치의 기준으로 삼고 있다. 말하자면, 구체적 위험의 전 단계에서는 구체적 사실관계와 미래의 위험상황과의 관계가 무리 없이 합리적으로 가정될 경우에만 경찰정보활동상 침해는 비로소 가능해진다. 따라서 단순한 추정이나 일반적 경험칙은 이와 같은 위험의 전단계에서의 경찰정보상의 침해활동을 위한 근거가 될 수 없다.⁶⁴⁾ 이 영역에서는 구체적 위험보다는 장래에 위험을 야기할 자로서의 ‘잠재적 위험야기자(Gefaehrder)’의 표지를 법적으로 설정하고 제한하는 데에 관심을 두기도 하는데, 이런 잠재적 위험의 야기자가 경찰

62) Kowalczyk, Datenschutz im Polizeirecht, 1989, 99면 이하; Kniesel, Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit - Eine unendliche Geschichte, ZRP 1992, 165면; Gaerditz, Strafprozess und Praevention, 2003, 328면/331면/359면/429면.

63) Rachor, Polizeihandeln, in: Lisken/Denninger, HdbPolR 2007, 461면 이하; Schenke, 앞의 책, 5면; Kugelmann, 앞의 책, 173면; Zoellner, Informationssysteme und Vorfeldmassnahme von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendienst, 2002, 90면 이하; Albers, 앞의 책, 128면.

64) BVerfGE 120, 274, 328.

상 정보조치의 대상이 되기 위해서는 단순한 미래의 위험에 대한 혐의로는 부족하고 특정한 사실관계를 통해 장래의 위험에 기여한다는 점이 구체적으로 밝혀져야 한다.⁶⁵⁾ 위험 전 단계에서의 이와 같은 예방적 경찰활동은 경찰법상의 위험개념 및 위험의 진단 등을 매개로 한 설명이 용이하나, 이미 행해진 범죄행위에 대한 충분한 ‘최초혐의’를 매개로 하는 형사법적 틀로 설명하기에는 큰 제약이 따른다.⁶⁶⁾ 물론 테러, 조직범죄와 관련된 예비·음모 단계의 준비상황과 관련하여 특정행위를 구성요건화하여 예방에 기여할 수 있는 것도 사실이나, 여러 범죄에 대하여 예비·음모죄를 확대, 인정하는 것은 형벌의 최후수단성으로 인해 제한적으로만 인정될 수 있고, 아직 도래하지 않는 미래의 법익손상을 방지하기 위한 수단으로서 한계가 있다.⁶⁷⁾

이처럼 재범의 위험성 그리고 형사소추와 범죄예방의 제3의 영역으로서의 범죄행위의 예방적 대처 등 테러와 관련된 위험 전 단계 개념의 부각 및 예비·음모죄의 확대에서 보여지는 것처럼 경찰법과 형사법이 그 목적이나 수단상 상당부분 근접하여 그 경계가 모호해지고 희석되어 가는 경향을 보이는 것은 현대 형법과 경찰법의 관계에서 어렵지 않게 확인할 수 있다.

65) BVerfGE 120, 274, 348.

66) Trute, Die Erosion des klassischen Polizeirechts durch die polizeiliche Informationsvorsorge, in: Erbguth u. a.(Hrsg.) Gedächtnisschrift für Jeand’Heur, 1999, 407면.

67) Vgl. Lagody, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 185면 이하; Kniesel, Gefahrenvorsorge, operatives Polizeirecht und Kriminalitätskontrolle, PFA - Schriftenreihe, 3/96, 80면 이하; Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 2006면.

V. 형사법 및 경찰법의 관할영역이 중첩되는 지점에서의 경찰의 조치

가. 중첩영역에서 경찰의 조치와 한계

경찰법상 위험방지 영역과 형사법상 범죄소추의 영역이 구분되기도 하지만, 서두의 사례에서 살펴본 바와 같이 경계가 중첩되어 구분이 애매한 지점도 있다. 그런데 이와 같이 양 법에 따른 임무의 구별이 모호한 지점에서는 어느 영역의 관점을 우선적으로 고려하여 조치를 취해야 하는가라는 문제가 등장한다. 이 문제에 대한 선택에 따라 경찰이 움직일 수 있는 공간의 정도, 즉 경찰활동의 한계가 결정될 것이라는 점에서 결코 가볍게 넘길 사안이 아니다. 즉, 이 우선순위의 결정에 따라 경찰활동에 대한 근거법규가 경찰법이 될 것인지 아니면 형사소송법이 될 것인지가 정해지게 되고, 나아가 상황에 대한 지휘권을 경찰지휘관과 검사 가운데 누가 가지는지 여부가 결정될 것이다.⁶⁸⁾ 일차적으로 현장에서 임무를 담당하는 경찰관은 상황이 명백한 경우라면 해당법에 따르면 되겠지만, 애매한 경우 상황을 종합적으로 판단하여 현장경찰이 스스로 수단의 선택권을 결정할 권한을 가지게 된다.⁶⁹⁾ 다만 이와 같은 결정은 만약 판단의 객관적으로 결함으로 관련법영역과 그에 따른 법적 수단의 중점이 명백하게 잘못 판단되었을 경우에는 위법하게 된다.⁷⁰⁾

독일의 “경찰상 즉시강제 조치와 관련한 법무/내무부 공동지침”에서는 검사가 형사소추를 위한 영역에서 경찰상 즉시강제에 대하여 일반적 지시권을 가지고, 그에 따라 경찰은 이 조치를 직접 실행하게 된다고 규정하고 있다. 그렇지만 이 경우에도 1) 기본적으로 개개의 사안에서 위험방지가 우선권을 가지는지 아니면 형사

68) Pieroth/Schlink/Kniesel, 앞의 책, 23면.

69) Nolte, Doppelfunktionale Maßnahme in der polizeilichen Praxis, Kriminalistik 2007, 343면 이하; Ehrenberg/Frohne, Doppelfunktionale Maßnahme der Vollzugspolizei, Kriminalistik 2003, 737면/741면; Nolte 는 앞의 자신의 글에 §§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 StPO는 두 수단의 충돌규범이 아니라 단지 형사법적인 중점이 (객관적으로) 존재한다면 조치를 취해야 한다는 의무를 규정한 것일 뿐이라는 점을 강조한다.

70) Ehrenberg/Frohne, 위의 논문, 737면/741면.

소추가 우선권을 가지는지가 비교형량 되어져야 하고, 2) 우선권과 관련된 의심이 있는 경우에는 현장의 경찰관·경찰지휘관이 선택할 수 있음을 명시하고 있다. 이와 같은 지침의 근거는 경찰관이 현장의 상황에 근접하여 활동한다는 점뿐만 아니라 경찰이 기본적으로 실행조치에 필요한 많은 인력과 장비를 가지고 있고, 현장경찰의 의견·조치가 무시 또는 경시되어서는 안 된다는 점을 근거로 하고 있다.⁷¹⁾ 하지만 선순위의 결정을 함에 있어 의심이 있는 경우에는 기본적으로 예방의 우선순위⁷²⁾도 진압의 우선순위⁷³⁾도 인정되지 않는다. 우선순위에 의심이 있는 경우에만 약 경찰법과 형사법간의 차이를 인정한다면, 형사법에 대해 경찰법이 우선한다는 논리적 귀결에 이른다는 주장이 제기되기도 한다. 이러한 주장을 하는 입장에서는 법익(Rechtsgut)이 이미 손상되었다면 그 손상은 진압적인 수단을 통해서 더 이상 제거될 수가 없고 단지 사후적으로 형사적 징벌(sanktionieren)이 가능할 뿐이지만, 법익손상이 발생하기 이전의 상황이라면 진압적 수단보다는 예방적(위험방지) 수단을 우선적으로 적용해야만 하는 긴급성이 존재한다는 점이 인정되기 때문이라는 점을 논거로 들고 있다⁷⁴⁾. 말하자면, 법익손상 이전의 상황에서 형사소추의 목적과 아직은 손상되지 않은 법익의 보호라는 경찰상 목적이 중첩되는 경우에 무엇보다도 형벌의 최후수단성(ultima ratio)과 관련하여 손해·피해의 사후적 진압보다는 곧 손상될 우려가 있거나 또다시 손상될 우려가 있는 법익의 보호가 더욱 긴급한 과제이며 피해자의 법익보호를 위해 중요하다는 점이 고려되어야 한다는 것이다.⁷⁵⁾

71) Pieroth/Schlink/Kniesel, 앞의 책, 23면. 여기서 검사의 지휘권이 인정되는 상황에서 검사의 지휘는 ‘무엇을’ 할 것인가가 아니라 ‘어떻게’ 할 것인가에 국한되어야 하는 검사의 수사지휘의 한계가 도출되기도 한다. 황문규 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계, 형사정책연구 제22권 제3호(2011·가을), 241-243면.

72) Czarnecki, Doppelfunktionale polizeiliche Maßnahme, Kriminalistik 1996, 143면/145면.

73) Roggan, Das neue BKA - Gesetz, Zur weiteren Zentralisierung der deutschen Sicherheitsarchitektur, NJW 2009, 257면/260면.

74) Pieroth/Schlink/Kniesel, 앞의 책, 23면; Dralle, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnische Systeme, 2010, 129면.

75) BVerfGE 30, 336, 350; 39, 1, 44; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2, Rdnr. 12; Bäcker, Das IT Grundrecht, in: Uppermann-Witzack, Das neue Computergrundrecht, 2009, 23면.

그러나 형벌의 최후수단성을 논거로 한 위와 같은 경찰법 우선 적용설에 대해, 경찰조치의 ‘경찰법을 통한 형사법으로부터의 회피’를 지적하면서 경찰법에 의할 경우 형사상 무죄추정의 원칙, 적법절차의 원칙과 같은 피의자 보호를 위한 원칙이 형해화될 수도 있다는 반론도 결코 간과할 수 없다. 이러한 이유에서 의심이 있는 경우에는 어느 범영역이 우선순위를 가지는 것인지를 일반적 · 포괄적으로 따질 것이 아니라, 구체적인 사안에 있어 피해자의 법익 손상으로부터의 보호, 피해의 급박성 · 중대성, 위험방지의 효율성의 측면과 피의자(장해자) 측면의 적법절차 및 인권보장 측면의 양자를 모두 고려하여 특정 영역의 가치가 우선하는 점에서 우선순위가 결정되어야 한다고 본다. 또한 바로 이 점에서 과거회귀적인 진압에 중점이 있는지 아니면 미래의 위험방지를 위한 예방이 중점이 있는지 등 전체적인 인상(Gesamteindruck)에 따라 그 중점을 판단하여야 한다는 중점이론(Schwerpunkttheorie)⁷⁶⁾은 일응 합당한 기준으로 보인다. 그렇지만 전체적인 인상이라는 개념자체가 모호할 뿐만 아니라 독일의 행정법원 자체도 이 이론을 기준으로 일관된 판결을 못 내리고 있고, 또한 이 이론에 따른다면 현장의 경찰관이 경찰법상의 수단을 선택하건 형사법상의 수단을 선택하건 이를 선택한 이상 되돌릴 방법이 없다는 비판을 비켜가기 어려운 것도 사실이다.⁷⁷⁾

나. 위 개별사례에서의 경찰의 조치

위 사례 1)의 경우에서 보는 바와 같이 경찰이 총기 등을 사용하여 인질범을 제압하는 것은 인질범의 형사적 처벌과 증거보전의 목적보다는 급박한 위험상황에서 피해자(인질)의 생명, 신체 구호가 우선순위에 있다고 보여진다. 또한 형사법상의 정상적 체포 등의 방법으로는 피해자의 생명 · 신체를 구하는 것이 매우 어려운 상

76) 소위 중점이론(Schwerpunkttheorie)에 대해서는 BVerwGE 45, 51, 58; 47, 255, 264; VGH Mannheim, VBIBW 1993, 300면/2005, 63면; Gernhardt, Anscheinsgefahr, Gefahrenverdacht und Putativgefahr im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1987, 523면; Knemeyer, 앞의 책, 2007, 83면 이하; Schoch, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, 668면 이하; Ipsen, Nds. POR, 2004, Rdnr. 133; Götz, 앞의 책, 184면 이하; Schenke, 앞의 책, 423; Vgl. Nolte, 앞의 논문, 343면 이하.

77) Schenke, 앞의 책, 254면.

황에 있다고 여겨지므로 위험방지의 임무가 우선한다는 점에 대해서는 큰 이론이 없을 것 같다. 이 경우 치명적 구조사격(toedlicher Rettungsschuss)을 통한 장애자의 물리적 제압과 같은 경찰법상 즉시강제의 수단이 형사법상의 체포 수단에 앞서 고려될 수 있을 것이다.⁷⁸⁾

이와 같은 위험방지 영역에서 검사는 위험방지 규정(경찰법)을 근거로 경찰에 지시할 권한이 없다. 사례 1-1)은 바로 그러한 경우에 해당한다. 그렇지만 신원확인 등을 통해서 검찰이 인질범을 형사법에 근거하여 체포하라고 경찰에 일반적으로 지시하였다면 일응 검사의 정당한 지휘권이 인정된다고 할 것이다. 하지만 위 인질범 사건의 경우 인질범의 물리적 제압을 통한 인질의 생명·신체를 보호하는 것이 우선순위에 있으므로(즉, 위험방지와 관련된 전속적 영역이므로), 인질범 체포와 관련된 검사의 형사법상 지휘는 큰 의미를 가지지 못할 뿐만 아니라 허용되지 않는다.⁷⁹⁾ 물론 피해법익이 생명과 관련된 중대한 사항일지라도 긴급하지 않고 또 명백하게 형사상 구성요건에 해당하며 피의자가 순순히 응하여 긴급체포 또는 현행범 체포 등이 현실적으로 가능한 경우라면, 피의자(장애자)의 법적인 보호를 위하여 경찰법보다는 형사법에 의하여야 한다는 것은 재론의 여지가 없다. 왜냐하면 이러한 경우 형사법상 조치를 우선적으로 취하는 것은 ‘경찰상 수단의 경찰법을 통한 형사법으로부터의 회피’를 방지하는데 바람직하기 때문이다. 즉, 피의자의 적법절차, 인권보호는 두텁게 하되 피해자의 위험도 방지할 수 있다면 형사소추라는 진압적 영역의 강제수단으로도 예방효과를 동시에 거둘 수 있다는 점이 인정되어야 한다. 그렇지만 그것이 경찰법상 조치(즉시강제 등)는 법치국가적 이론의 엄격한 제한 아래 놓여있지 않다는 것을 의미하는 것은 아니다.⁸⁰⁾

사례 2)의 경우 납치, 유괴, 강간 등의 상황이 의심이 되기는 하나, 일단 현장에

78) Knemeyer, 앞의 책, 85면; 치명적 구조사격의 법적근거로 경찰관직무집행법 제10조의 4(무기의사용) 제 1항 단서상의 제1호 - 제4호는 충분한 법적 근거로는 부족하나, 같은 법 같은 조 같은 항 단서상에서 명시적으로 형법상의 정당방위와 긴급피난의 요건에 해당되는 경우는 총기사용을 허가하고 있으므로 이 규정에 따라 공법상의 엄격한 비례의 원칙의 심사하에 가능하다는 입장으로는 김재봉, 위기개입시 경찰의 대응과 공법·형사법적 문제, 경찰법연구 제7권 제2호(2009), 138면.

79) Knemeyer, 앞의 책, 241면.

80) 서정범/박병욱, 경찰권 발동의 규율원리로서의 헌법, 공법학 연구 제11권, 제4호, 219면 이하; 홍정선, 행정법원론 (하), 2009, 360면 이하.

임장하여 현장상황을 확인하여 위험상황으로부터 구출하는 것이 명백히 우선이라고 보여지기 때문에 경찰관직무집행법 제7조의 위험방지를 위한 출입이 우선적으로 고려될 수 있다. 이 경우 방실에 출입한 경찰이 방실 내의 피의자(장해자)가 피해자를 인질로 잡고 저항을 하거나, 칼 등을 들고 경찰관에게 저항을 하는 경우 즉시강제로서의 경직법 제10조의 2에 따른 경찰장구의 사용이 고려될 수 있을 것이다. 물론 이후의 현행법 체포 또는 긴급체포와 관련된 상황은 형사법의 절차에 따르면 될 것이다.

사례 3)은 재범의 위험성과 관련된 영역에서 관련정보가 예방영역에 귀속될 것인지 진압영역에 귀속될 것인지에 관한 대표적인 사례이다. 재범의 위험성과 관련된 우범자 관리는 일반적으로 장래의 형사소추를 위한 사전배려로서의 성격을 가지는 영역도 있지만, 장래의 범죄행위에 대한 예방적 측면에서 위험방지의 성격도 동시에 가지고 있다. 동 사례에서의 전자발찌 착용 및 장소 제한을 통한 우범자 관리는 대인적 자유제한이라는 보안처분으로서의 보호관찰을 통해 재범을 관리·저지하는데 주목적이 있다는 점에서 범죄인에 대해 형벌을 통한 개별적 위하의 요소를 가지는 형사법상 소극적 특별예방의 수단으로 볼 수 있다.⁸¹⁾ 부수적으로 이는 재범의 정보를 저장하고 우범자로 관리하는 자체가 형벌 예고에 의한 위하로서 소극적 일반예방의 성격도 가지고 있다.⁸²⁾ 그 때문에 이 경우의 성범죄자 재범자에 대한 전자발찌 부착 및 이를 활용한 위치정보수집·관리 및 장소의 제한은 기본적으로 형사소추의 주 관할영역이라고 보아야 할 것이다. 독일의 경우에도 형법에서 이를 규정하고 있다. 형법 68b조 제1항 제1문 제12호에 따라 법원은 최소 3년 이상의 형이 집행종료되었거나, 혹은 보호감호(Sicherungsverwahrung)가 끝난 이후 폭력행위, 성범죄의 위험성이 우려되는 자에 대하여 전자발찌 부착을 통한 감시를 명할 수 있다. 그러나 이런 형사적 보안처분을 목적으로 하는 경우의 ‘재범위험성’도 이미 앞에서 언급한 바와 같이 ‘형법상 구성요건’에 의해 형벌로 위하되는 행위가 발생할 개연성으로서 형사법상의 ‘가정적 위험성(Gefährlichkeit)’을 의미하는바⁸³⁾,

81) 대법원 2012도 2289, 2012 감도5(병합), 2012 전도 51(병합) 판결 참조.

82) Schwind, 앞의 책, 113면 이하; Zimmermann, 앞의 책, 72면.

83) Gaerditz, 앞의 책, 128면.

‘개별적인 경우에서 가까운 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성’으로서의 경찰상 위험과는 관점, 목적을 달리한다. 이러한 점에서 우리나라 검찰이 성범죄자 전자발찌 착용을 통한 위치정보 관리 및 장소적 제한과 같이 형사법상 특별예방적 성격을 분명히 하여 관련 범죄정보를 저장·관리할 권한을 가지는 것에 대해 이론의 여지는 없다.

다만, 실제 관련 범죄정보의 수집, 처리, 활용을 누가 집행할 것인지, 정보망을 누가 관리할 것인지는 입법정책이나 경찰과 검찰 상호간의 협약으로 규정될 수 있는 부분이라는 점이다. 또한 경찰은 위험방지의 행정관청임과 동시에 범죄수사와 관련된 형사소추기관이기도 하므로 형사소추를 위하여 경찰에게도 우범자 정보에 대한 접근을 허용하는 것을 신중하게 고려해 볼 필요는 있다. 이는 특히 경찰이 이러한 우범자 정보를 형사소추를 위해 활용할 수 있음은 물론, 우범자가 특정한 위치를 벗어나 성범죄에 연루될 경우 같은 정보를 위험방지의 급박한 현장에서도 활용할 수 있을 것이라는 점에서 더욱 그렇다. 다만, 위험방지 및 형사소추 영역에서 경찰의 정보활용은 정보보호법상 목적구속의 원칙에 의해 제한을 받는다. 즉, 위험방지 현장의 긴급성은 형사소추를 목적으로 수집된 정보를 위험방지를 위해 사용되는 것을 정당화시켜 주지만, 반대로 위험방지를 목적으로 수집된 정보를 형사소추 목적을 위해 사용하는 것은 매우 제한적이다. 왜냐하면 위험방지 목적으로 수집한 정보는 아직 형사상의 구성요건, 위법성, 책임과는 관련이 없는 정보이고 또한 형사상 무죄추정의 원칙이 적용되기 때문이다.

VI. 결 론

지금까지 경찰법과 형사법간 목적·수단 및 책임귀속, 위험 등 도그마상의 몇 가지 차이점을 살펴보았다. 개인의 안전보장을 확보하기 위한 수단으로서 경찰법은 주로 범죄예방을, 형사법은 범죄진압을 목적으로 하고 있다. 그에 따라 양자 간의 수단상의 차이도 존재한다. 즉, 경찰법은 대개 개별적인 사건과 관련하여 경찰상 장해자 개념을 통해 개인적 책임요소의 개념을 약화시켜 바라보는 가운데 가능한

한 효율적으로 위험을 방지·제거하고자 한다. 반면에 형사법상 진압은 과거회귀적, 행위규범의 관점, 책임의 관점에 초점이 맞추어져 있으며, 개별사건에 있어서 국가의 형벌요청을 관철하는데 중점이 있다.⁸⁴⁾

하지만 20세기초 독일의 형사법학자 리스쯔(Listz)가 “형벌은 진압을 통한 예방”이라고 한 지적처럼 형사법을 통한 예방기능을 간과하기는 어렵다. 게다가 현대사회에서 새로운 범죄현상 내지 새로운 위험원의 출현에 따른 형사법의 기능화 현상으로 인해 경찰법과 형사법의 관할영역이 중첩되는 지점은 점차 증가하고 있는 추세이다. 그만큼 예방영역과 진압영역의 경계를 명확히 구분하기 힘들어졌음을 말해준다. 그렇지만 형벌상의 예방기능이 잠재적 범죄자에 대해 가지는 위하의 효과성에 대해 의문이 제기되고 있다는 점을 간과하기는 어렵다. 또한 형법상의 예방과 경찰법상의 예방은 법의 목적 및 규정 방식상 본질적으로 다를 수밖에 없다는 점도 고려하지 않을 수 없다. 이러한 점을 고려할 때, 형사법을 통한 예방은 일정한 한계를 노정할 수밖에 없고, 그러한 한계는 경찰법상의 위험개념과 그에 대응한 경찰상조치 등을 통해 상당부분 메워져야 할 필요가 있다.⁸⁵⁾ 이는 특히 그간 현장에서의 경찰활동이 상당부분 형사법적 체계에 치우쳐 이루어져 왔다는 점에서 더욱 그렇다.

따라서 앞으로의 경찰활동은 이러한 위험방지와 형사소추간 양자의 차이를 감안하여 현장상황에 맞게 피해의 급박성, 구성요건에의 해당성 혹은 구성요건에는 이르지 않았으나 공공의 안녕·질서에 대한 위험 및 피해자에 대한 위험이 있는지 등을 전체적으로 고려하여 해당 법영역과 그에 합당한 수단을 선택하여야 할 것이다. 그리하여 범죄현장에서 책임소재가 분명한 형사법적 사후대응에 치우쳐 사전예방적 대응의 경찰법적 시각을 외면함으로써 결국 국민의 생명·신체에 대한 최소한의 국가의 보호 의무를 수행하지 못하는 우를 범하지 않도록 해야 한다. 동시에 경찰법상 위험방지 활동에 대해 통제장치를 마련하는 것과 별개로 지나치게 형

84) Nolte, 앞의 논문, 346면.

85) 그렇지 않고 경찰작용의 대상인 위험을 범죄화하여 형사제재를 가한다면 사전예방 목적의 경찰법과 사후진압 목적의 형사법간 경계는 허물어지고, 결국 위험예방을 위한 경찰작용도 형사법상 수사가 되어 형사법상 강제처분이 가능해지게 됨으로써 법치국가는 실종되고 ‘경찰국가’로 치달을 수 있음을 간과하기 어렵다. 하태훈, 앞의 논문 28면; 이상돈 앞의 책, 31면.

사법적인 시각에서 접근하는 태도는 지양되어야 할 것이다.

- ❖ 주제어 : 형사법과 경찰법의 경계, 형사법상의 예방과 경찰법상의 예방, 구체적 위험범, 추상적 위험범, 위험방지, 형사소추

참고문헌

- 김남진/김연태, 행정법Ⅱ, 2010.
- 김성태, 예방적 경찰작용에서의 추상적 위험·구체적 위험, 행정법연구 통권 제10호(2003년 하반기).
- 김일수, 범죄피해자론과 형법정책: 어느 실정법의 안락사, 2010.
- 김재봉, 위기개입시 경찰의 대응과 공범형사법적 문제, 경찰법연구 제7권 제 2호(2009).
- 김재운, 현대형법의 위기와 과제, 2009.
- 김재운, 위험사회라는 사회 변화에 대한 형사법의 대응, 비교형사법연구 제12권 제2호(2011).
- 박병욱, 경찰상 온라인 수색의 법률적 문제, 경찰법연구, 제7권 제1호(2009).
- 배종대 형법총론, 2011.
- 유기천, 형법학: 총론강의, 2011.
- 이상돈, 형법학: 형법이론과 형법정책, 1999.
- 이재상, 형법각론, 1998.
- 서정범, 경찰책임의 귀속원리로서의 원인야기, 강원법학 제10집(1998).
- 서정범, 경찰법에 있어서의 공공의 안녕의 개념, 공법학 연구 제9권 2호(2008).
- 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 2009.
- 서정범/박병욱, 경찰권 발동의 규율원리로서의 헌법, 공법학연구 제11권 제 4호(2010).
- 서정범/박병욱, 경찰법상 위험개념의 변화에 관한 법적 고찰 - 전통적 위험개념의 작별(?), 안암법학 제36호(2011).
- Schenke, Anscheinsgefahr und Gefahrenverdacht im Recht der oeffentlichen Sicherheit(Polizeirecht), 토지공법연구 제32집, 2006, 5 면 이하. = 번역문 손재영, 공공의 안녕에 관한 법 (경찰법)에서 외관상 위험과 위험 혐의, 같은 논문, 23면 이하 참조.
- 손재영, 경찰관직무집행법 제7조에 따른 위험방지를 위한 출입에 있어서의 “출입”의 개념, 공법연구 제39집 제2호(2010).
- 손재영, 위험방지를 위한 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 법적근

거, 법제연구 제40호(2011).

이성용, 주취자 보호조치에 관한 법적 검토, 경찰법연구 제6권 제2호(2009).

이성용/서정범, 경찰관 직무집행법의 개정방향에 관한 연구, 경찰청 연구보고서, 2011.

하태훈, 법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제, 고려법학 제62호(2011년 9월).

홍정선, 행정법원론(하), 2009.

황문규, 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계, 형사정책연구 제22권 제3호(2011·가을).

Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereich der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001.

Arbeiter, Die Durchsetzung gesetzlicher Pflichten, 1978.

Bäcker, Das IT Grundrecht, in: Uppermann-Witzack, Das neue Computergrundrecht, 2009.

Bäcker, Kriminalpraeventives Strafrecht und polizeiliche Kriminalpraevention, in: Baumeister/Roth/Ruthig (Hrsg.), FS Schenke, S. 331 ff.

Broesdorf, Praevention durch Respression, Forum Kriminalpraevention 2003.

Czarnecki, Doppelfunktionale polizeiliche Maßnahme, Kriminalistik 1996.

Dralle, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität information technischer Systeme, 2010.

Drews/Wacke/Vorgel/Martens, Gefahrenabwehr, 9 Aufl., 1986

Ehrenberg/Frohne, Doppelfunktionale Maßnahme der Vollzugspolizei, Kriminalistik 2003.

Forkert-Hosser, Vermittlungen im Strafprozessrecht, 2010.

Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmid-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11 Aufl. 1999.

Gaerditz, Strafprozess und Praevention, 2003.

Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., 2008.

Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000.

- Gernhardt, Anscheinsgefahr, Gefahrenverdacht und Putativgefahr im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1987.
- Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7 Aufl., 2009.
- Hagemann, Grundrechtseingriff im Vorfeld, 2006.
- Horn, Sicherheit und Freiheit durch vorbeugende Verbrechensbekämpfung, in: Horn(Hrsg.), Recht im Pluralismus, FS für Walter Schmitt Glaeser, 2003.
- Ipsen, Niedersächsisches Gefahrenabwehrrecht, 2 Aufl. 2001.
- Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007.
- Kniesel, Gefahrenvorsorge, operatives Polizeirecht und Kriminalitätskontrolle, PFA – Schriftenreihe, 3/96.
- Kniesel, Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit – Eine unendliche Geschichte, ZRP 1992.
- Kowalczyk, Datenschutz im Polizeirecht, 1989.
- Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht, 2 Aufl. 2012.
- Lagody, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996.
- Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., 2007.
- von Listz, Franz Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: von Listz, Aufsätze und Vorträge, Bd. I, 1905.
- Mörtl, Die staatliche Garantie für Sicherheit und Ordnung, 2002.
- Mueller, Polizeiliche Datenerhebung durch Befragung, 1997.
- Neumann, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit. Die kriminalpräventive Informationserhebung durch Polizeirecht, 1994.
- Nolte, Doppelfunktionale Maßnahme in der polizeilichen Praxis, Kriminalistik 2007.
- Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 6 Aufl. 2010.
- Pitschas, Polizeirecht im kooperativen Staat - Innere Sicherheit zwischen Gefahrenabwehr und kriminalpräventiver Risikovorsorge, DöV 2002.
- Roggan, Das neue BKA - Gesetz, Zur weiteren Zentralisierung der deutschen

- Sicherheitsarchitektur, NJW 2009.
- Roxin, Strafverfahrensrecht, 25 Aufl., 1998.
- Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 6 Aufl. 2009.
- Schloller/Schloer, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 1993.
- Schoch, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994.
- Schwind, Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 2003.
- Stoll, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003.
- Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 10 Aufl. 2009.
- Trute, Die Erosion des klassischen Polizeirechts durch die polizeiliche Informationsvorsorge, in: Erbguth u. a.(Hrsg.) Gedächtnisschrift für Jeand'Heur, 1999.
- Waechter, Die „Schleierfahndung“ als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung durch Abschreckung und Verunsicherung, DÖV 1999.
- Wächter, Die aktuelle Situation des Polizeirechts, JZ 2002.
- Zimmermann, Sicherheitsvorsorge vor Ort.Eine verschiedenen Trägern zustehende, vernetzt wahrzunehmende Aufgabe auch in Bereichen „Inneren Sicherheit“ und öffentlicher UrOrdnung in der Kommune, 2005.
- Zoellner, Informationssysteme und Vorfeldmassnahme von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendienst, 2002.

Einige Unterschiede zwischen Polizeirecht und Strafrecht

Park, Byung-Woog* · Hwang, Mun-Gyu**

Dem Staat, insbesondere der Polizei, obliegt die Gewährleistung der Sicherheit, zwar einerseits durch die Gefahrenabwehr, andererseits durch die Strafverfolgung. Im rechtlichen sowie im theoretischen Sinne unterscheiden sich die Gefahrenabwehr und die Strafverfolgung. Im Prinzip ist die Aufgabe der Gefahrenabwehr im Polizeirecht geregelt, während die Strafverfolgungsaufgabe sich in dem Strafrecht bzw. der Strafprozessordnung findet. Das Polizeirecht nutzt für seine Aufgabenerfüllung grundsätzlich den Begriff der konkreten Gefahr. Demgegenüber nimmt das Strafrecht für seine Aufgabenerfüllung Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld als wesentliche Bestandteile. Für die Erfüllung der Strafverfolgungsaufgabe ist die Anfangsverdacht notwendig.

Allerdings ist der Präventionsgedanke nicht nur im Polizeirecht, sondern auch im Strafrecht feststellbar. So werden General- und Spezialprävention als Zweck des Strafrechts bzw. der Strafe angenommen. So hat Franz von Listz Anfang des 20. Jahrhunderts darauf hingewiesen, dass Strafe „Prävention durch Repression“ ist. Gleichwohl besteht aber die Frage, inwieweit die Strafe bzw. die Strafverfolgungsaufgabe abschreckend auf potenziellen Tätern wirken mögen. Dies beweist schon, dass der straf(rechts)theoretische Begriff von Prävention mit dem relevanten polizeirechtlichen Begriff Gefahrenabwehr nur wenig gemein hat. Im Vergleich zu der Gefahrenabwehr nach dem Polizeirecht ist die Gewährleistung der Präventionsaufgabe durch die Strafverfolgung mehr oder we-

* Doktorand an der Humboldt-Universität

** Professor an der Joongbu-Universität

niger beschränkt, weil letztere auf Androhung, Abschreckung, und Verstärkung der Rechtsgehorsam durch Strafe bzw. Sicherung und Besserung basiert ist. Dagegen weist das Polizeirecht insbesondere in den Eilfällen seinen Nutzen sinnvoll auf. Für die Gewährleistung der Sicherheit sind die repressiven und auch präventiven Maßnahmen zugleich erforderlich, nicht allein die repressiven.

Vor diesem Hintergrund wird in der vorliegende Arbeit erläutert, wie sich bei den Aufgaben und Befugnisse zwischen dem Polizeirecht und dem Strafrecht eine rationale Abgrenzung setzt. Daraufhin wird weiterhin versucht, zu zeigen, welche Maßnahmen unter welchen Umständen zur Gewährleistung der Sicherheit passend sind.

- ❖ Schlagwörter : Unterschiede zwischen Polizeirecht und Strafrecht, Prävention, Gefahrenabwehr, Strafverfolgung.