

# 해양경찰법제정비의 기본방향

박 상 희\*

## 《目 次》

I. 서론	IV. 해양경찰권발동의 요건
II. 해양경찰 개념	V. 해양경찰권발동의 한계
III. 해양경찰의 법적 근거	VI. 맺는말

## I. 서론

해양경찰은 해양이라는 특수한 공간적 상황에서 발생하는 각종 위험상황에 대하여 전문적이고 체계적인 대응의 필요성이 인식되면서 해양수산부의 독립한 외청으로 설립되어, 행정자치부소속인 일반경찰과는 조직상 달리 운영되어 오고 있다. 이와같이 해양경찰은 조직상의 체계가 갖추어진 지가 얼마 되지 않아서 아직 많은 제도적 보완이 필요하며, 특히 해양경찰법 체계나 원칙 및 구체적인 법적 규율에 있어서 보완되어야 할 요소들이 상당수 내재되어 있다고 본다.<sup>1)</sup>

우선 해양경찰의 개념을 일반경찰 및 타 해양관련업무와 관련하여 명확하게 규정할 필요가 있다. 이와 같이 해양경찰개념을 정확하게 규정하는 것은 해양경찰의 임무와 관련하여 임무의 범위, 타 행정부처와의 임무분장의 명확한 구분, 일반경찰과의 정확한 역할분담 등을 위하여 매우 중요한 문제라 할 수 있다.

둘째, 해양경찰의 법적 근거를 명확하게 마련하여야 한다. 현재 해양경찰의 법적 근거와 관련하여 조직법적으로는 정부조직법 제44조 3항에 “해양에서의 경찰 및 오염방지에 관한

\* 한국해양대 교수, 법학박사

1) 해양경찰의 전반적 체계정비방안에 대하여는 이상집 등, 해양경찰조직체계 및 제도개선방안연구, 해양경찰청, 2001 참조.

사무를 관장하기 위하여 해양수산부장관소속하에 해양경찰청을 둔다”고 규정하고 있고, 동 조 4항에서 “해양경찰청에 청장 1인과 차장 1인을 두되, 청장 및 차장은 경찰공무원으로 보한다”고 규정하고 있을 뿐 해양경찰의 구체적인 조직에 관하여는 대통령령인 직제<sup>2)</sup>로서만 규율하고 있다. 그러나 해양경찰은 다른 정부부처와는 달리 직접 국민을 상대로 하는 집행기관으로서의 성격을 가지고 있고, 일반적으로 국민의 권리관계에 많은 영향을 미치므로 조직에 관하여도 명확한 법률적 근거를 마련할 필요가 있다고 본다. 그리고 해양경찰의 작용법적 근거는 일반법이 없이 개별법적으로 규율하는 방식으로 이루어져 있다. 그러나 해상에서의 위험상황은 개별법이 미처 예상하지 못한 경우도 있을 수 있으므로 개별법에서 규율하지 않고 있는 위험상황에 대한 일반적인 해양경찰활동의 법적 근거가 필요하다.

셋째, 해양경찰권의 발동의 요건을 명확히 규율하여야 한다. 경찰작용은 외형적인 구조상으로는 침해행정의 전형이기 때문에 법률유보의 원칙<sup>3)</sup>이 엄격하게 적용된다. 따라서 개별법으로 해양경찰권 발동의 요건을 명확하게 규율하여야 한다. 그러나 개별법으로 규율되지 못하는 위험상황<sup>4)</sup>에 대한 일반적인 해양경찰권발동의 요건을 마련함으로써 개별법에 의한 개별적 해양경찰권발동의 요건과 일반법에 의한 일반적인 해양경찰권발동의 요건을 규정함으로써 완결적인 해양경찰권발동의 요건<sup>5)</sup>을 갖추어야 할 것이다.

넷째, 해양경찰권발동의 한계를 명확하게 설정하여야 한다. 이 경우 일반적인 경찰권발동의 한계로서의 경찰소극목적의 원칙, 경찰비례의 원칙, 경찰공공의 원칙 등이 해양경찰의 영역에서도 거의 그대로 적용될 수 있을 것이다.<sup>6)</sup>

다섯째, 해양경찰의 조직 및 신분체계와 관련한 법적 문제이다. 현재 해양경찰은 조직상으로는 해양수산부의 독립한 외청으로 되어 있으나, 그 소속구성원인 해양경찰의 신분

2) 해양경찰청과 그 소속기관직제는 대통령령(제16,640호, 1999. 12. 31)으로 발해져 있으며, 23개 조문으로 구성되어 있다.

3) 이에 관하여 자세한 내용은 고영훈, 법률유보원칙의 이론과 실제, 판례월보 제272호, 제273호 참조.

4) 다양한 위험상황에 대한 자세한 논의는 Kugelmann, Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, DöV 2003, S. 781 ff.; Leisner, Die polizeiliche Gefahr zwischen Eintrittsanscheinlichkeit und Schadenshöhe, DöV 2002, S. 326 ff.; 이기춘, 위험방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 2003. 이기춘, 경찰질서상 위험개념 및 표현위험과 위험의 의심, 공법연구 제31집 4호, 2003.5 참조.

5) 일반적인 경찰권발동의 요건과 관련하여 자세한 내용은 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대 박사학위논문, 1992; 박상희·서정범, 경찰작용법제의 정비방안, 한국법제연구원, 1996.12 참조.

6) 경찰권발동의 한계에 대한 자세한 내용은 Wolf, R. Schenke, 서정범(역), 독일경찰법론, 세창출판사, 1998, 180면 이하 참조.

여는 경찰공무원법의 적용대상으로 하고 있어서 조직체계와 신분체계가 이원적으로 규율되고 있다. 따라서 일반적인 행정감독권은 해양수산부에 속하고, 인사와 관련한 권한행사는 경찰청이 하고 있는 실정이다. 이와 같은 조직체계와 신분체계의 이원적 규율로 조직법상의 상급감독청인 해양수산부와 인사상의 권한을 행사하는 경찰청의 실제적인 통제를 모두 받게 되므로 효율적인 업무수행에 지장을 초래할 우려가 있다.<sup>7)</sup>

이하에서는 위에서 제기한 해양경찰이 지니고 있는 법적 문제를 살펴 보고, 그 정비방안을 살펴 보기로 한다.

## II. 해양경찰개념

### 1. 일반경찰개념

경찰은 형식적 의미의 경찰과 실질적 의미의 경찰개념으로 일반적으로 구분된다.<sup>8)</sup> 형식적 의미의 경찰은 '경찰조직'을 기준으로 결정되는 바, 그것은 그때 그때의 실정법상 명시적으로 경찰이라고 표현되어 있는 행정청이 관장하는 모든 행정작용을 의미하며, 그 작용의 성질이 실질적으로 경찰작용인지 여부를 불문한다. 따라서 형식적 의미의 경찰의 범위를 어떻게 정하는지의 문제는 전적으로 그 나라의 입법정책에 속하는 문제라고 할 수 있다. 우리나라의 경우, 경찰관직무집행법 제2조는 경찰의 직무의 범위를 범죄의 예방·진압 및 수사, 경비·요인 경호 및 대간첩작전수행, 치안정보의 수집·작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타

7) 해양경찰은 조직 및 신분체계가 이원적으로 규율됨으로써 조직법상의 상급감독청인 해양수산부와 사실상 인사상의 권한을 행사하는 경찰청의 실제적인 통제를 모두 받게 되므로 효율적인 업무수행에 지장을 초래할 우려가 있다. 따라서 해양경찰의 조직과 신분체계를 해양수산부소속으로 일원화하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 그러나 조직 및 신분체계를 일원화하는 경우 가장 문제가 되는 것이 일반사법경찰권을 유지할 수 있는가 하는 점이다. 조직과 신분이 완전히 해양수산부로 일원화하는 경우에는 일반사법경찰권을 그대로 유지하는 것이 문제될 수 있다. 특별사법경찰은 형사소송법 제197조, 사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률, 사법경찰관리직무규칙에 의하여 제한된 범위내에서 수사권을 행사하며, 개별법에 특별한 규정이 없는 한 경찰관직무용원법에 의한 경찰청과의 공동대응은 허용되지 않는다. 그리고 특정업무에의 범죄정보수집에 한정되고 경찰전산망의 공동사용이 허용되지 않는 등 정보기능의 부재로 수사기능이 제대로 수행되지 못하게 된다. 이러한 조직 및 신분체계정비의 문제점에 대한 논의는 법적 측면 보다 행정학적 접근이 필요하므로 본 글에서는 논의를 생략하기로 한다.

8) 독일의 경우에는 우리나라와는 달리 형식적 의미의 경찰개념과 실질적 의미의 경찰개념이외에 제도적 의미의 경찰개념도 구분하여 파악하는 입장을 취하고 있다. 제도적 의미의 경찰개념에 대한 자세한 논의는 Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 1993, S. 14 ff.

공공의 안녕과 질서의 유지로 규정하고 있는 바, 이것이 우리나라에서의 형식적 의미의 경찰 개념에 해당한다.<sup>9)</sup>

실질적 의미의 경찰은 그 작용을 담당하는 행정기관 여하에 관계없이 학문적 의미에서 정립된 개념으로, 종래 “공공의 안녕·질서에 대한 위협을 방지하기 위하여 일반통치권에 기하여 국민에게 명령·강제함으로써 국민의 자연적 자유를 제한하는 작용”이라고 설명되어 왔다. 그러나 경찰을 개인의 권리나 자유를 보호해 주는 작용으로 볼 수도 있는 점을 고려할 때,<sup>10)</sup> 종래의 경찰개념은 다분히 경찰의 자유제한적 측면에 치중하여 경찰의 임무가 어디까지나 개인을 ‘보호’하는 것임을 간과한 감이 있다. 지금까지 경찰의 권한영역에 속해 있었던 광범위한 영역이 탈경찰화되어<sup>11)</sup> 위협방지의 임무가 대폭 일반행정기관에 이전되었고, 독일의 경우 이런 현상을 직시하여 종래의 실질적 의미의 경찰을 ‘감시행정’이라 하고, 그 중에서 조직법상의 경찰이 담당하고 있는 것만을 경찰, 일반행정기관이 관장하는 실질적 의미의 경찰을 질서유지행정이라고 부르기도 한다.

## 2. 해양경찰개념

해양경찰에 대한 법적인 개념정의는 실정법이나 학문적으로나 명확하게 규정되어 있는 것은 거의 없으며, 다만 “해양에서의 경찰 및 오염방제에 관한 사무를 관장하기 위하여 해양수산부장관소속하에 해양경찰청을 둔다”고 규정하고 있는 정부조직법 제44조 3항 규정이 경찰임무와 관련한 법적 근거의 전부이다. 결국 이 규정에서 표현하고 있는 “해양에서의 경찰”이 무엇을 의미하는지는 법개념에 대한 해석을 통하여 구체화할 수 밖에 없으며, 이 경우 일반적으로 정립된 경찰개념에 근거할 수 밖에 없다. 이에 의할 때, 해양경찰의 개념은 해상에서의 공공의 안녕·질서에 대한 위협을 방지하기 위하여 일반통치권에 기하여 국민에게 명령·강제함으로써 국민의 자연적 자유를 제한하는 작용이라고 정의할 수 있다.

그러나 이러한 개념정의에 의해서는 해양경찰의 임무범위가 명확히 규정되지 않을 뿐 아니라 타 행정부처와의 임무범위의 한계 등이 밝혀지지 않는다. 따라서 해양경찰의 임무에 관한 법률규정으로 해양에서의 경찰사무의 구체적인 유형을 세분화하여 규정할 필요가 있다.

9) 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 2000, 250면; 서정범, 전제논문, 13면 이하; 박상희·서정범, 전제보고서, 19면 이하.

10) 경찰작용이 지니는 권리보호적 기능은 독일에서 Wolff 교수에 의하여 주장되어 많은 동조를 받고 있는 견해이다(Wolff/Bachof, VerwaltungsrechtⅢ, 1978, S. 26 f.)

11) 탈경찰화의 구체적인 역사적 과정에 관하여는 Wolf. R. Schenke, 서정범(역), 독일경찰법론, 1998, 10면 이하 참조.

이 경우 해양경찰의 사무로서는 1)성질상 사법경찰에 속하는 해양경찰사무, 2)해상에서의 일반적인 위험방지활동과 같은 조직상의 해양경찰이 담당하는 사무, 3)오염방제활동 등 성질상 타 행정부처에서 관장할 수 사무, 4)기타 해상에서의 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지활동 등으로 세분화할 수 있다.<sup>12)</sup>

### III. 해양경찰의 법적 근거

#### 1. 경찰관계법 현황

##### 1) 일반경찰관계법

경찰관계법은 크게 경찰조직법과 경찰작용법으로 구분할 수 있다.<sup>13)</sup> 경찰조직법은 경찰업무 집행하는 행정기관의 구성 및 관할, 경찰관청상호간의 관계, 경찰행정의 감독 등을 규율하는 법규를 말하며, 이에는 정부조직법, 경찰법, 경찰공무원법, 전투경찰대설치법 등이 있다. 이러한 경찰조직과 관련하여 경찰행정청 상하간의 관계, 경찰행정청과 일반행정청과의 업무분장, 국가경찰이외에 지방경찰의 설치문제 등 많은 문제가 있다.

경찰작용법은 경찰행정의 내용을 규율하는 법규로서 경찰행정상의 법률관계의 성립, 변경, 소멸에 관련된 모든 법규를 말하며, 경찰의 직무, 경찰권발동의 근거와 한계, 경찰책임, 각종 경찰상 처분, 경찰강제 등을 규율하고 있다.

경찰작용에 관한 일반법으로서는 경찰관직무집행법이 있으며,<sup>14)</sup> 그밖에 경찰직무지원법, 청원경찰법, 용역경비업법, 집회및시위에관한법률, 도로교통법, 경범죄처벌법, 미성년자보호

12) 성질상 사법경찰에 속하는 해양경찰사무로는 해상범죄의 예방, 진압 및 수사, 해상치안정보의 수집, 작성, 배포, 해상에서의 대간첩작전수행 및 해적단속' 외국선박의 단속 및 감시 기타 해상의 형사업무에 관한 사항, 밀항, 밀수, 마약운송행위 단속' 국제해상형사공조업무 등이 있으며, 해상에서의 일반적인 위험방지활동에 관한 사무로는 해양구난' 해상교통안전' 수상레저 안전, 영해 및 배타적 경제수역에서의 경비, 어로보호, 해저침몰물 제거 등이 있으며, 성질상 타 행정부처에서 관장할 수 사무로는 오염방제활동, 여객 및 화물수송안전확보' 유, 도선의 안전관리등이 있으며, 그밖에 해상에서의 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지활동 등이 해양경찰의 임무가 될 수 있다.

13) 경찰관련법을 경찰조직법, 경찰공무원법, 경찰작용법의 세가지 유형으로 구분하는 견해도 있다(이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구 1990.2, 92면).

14) 동법은 1948년에 제정된 일본의 경찰관직무집행법을 거의 그대로 계수하여 1953년 12월 14일 법률 제299호, 전문 9개조로 제정·공포되었으며, 그후 1981년 4월 13일 법률 제3427호, 전문13개조로 전문개정되고, 그후 3차례 걸쳐 부분개정되어 시행되고 있다.

법, 풍속영업의규제에관한법률 등 각종 경찰관련 개별법이 있으며, 그밖에 식품위생법, 의료법, 전염병예방법 등 개별법상 경찰관련규정이 있다.<sup>15)</sup>

경찰관직무집행법은 개별 경찰작용의 기본원칙과 한계에 관한 통칙적인 규정을 담고 있는 일반법적 성격을 지닌다. 그러나 경찰작용법을 이와 같이 경찰작용의 일반법으로 보는 데 대하여는 찬반양론이 서로 대립하고 있다.<sup>16)</sup> 경찰관직무집행법상의 강제수단은 모두 즉시강제로 보기에선 문제가 있고 그 법적 성질은 개별 조치에 대한 규정을 구체적으로 분석하여 파악하여야 한다. 따라서 경찰관직무집행법이 비록 미흡하지만 경찰상의 강제수단이외에 경찰권행사의 목적과 한계, 직무의 범위 등 경찰작용의 일반적 사항도 아울러 규정하고 있으므로 이를 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로만 보는 것은 문제가 있다고 본다.<sup>17)</sup>

이처럼 경찰관직무집행법은 경찰작용에 관한 일반법으로 볼 수 있으나, 경찰작용에 관한 일반법으로서 제대로 기능하기에는 전체적인 체계나 규율사항 등에 있어서 많은 문제점을 내포하고 있으므로 이에 대한 근본적인 보완책이 필요하다.<sup>18)</sup>

경찰작용관련 개별법이란 경찰관직무집행법이외에 직접 경찰이 관할권을 가지고 경찰작용을 행하는 근거가 되는 법을 말한다.<sup>19)</sup>

## 2) 해양경찰법제현황

해양경찰조직에 관한 일반법은 없고, 해양경찰조직에 관한 법적 근거를 규정하고 있는

15) 이에 대하여 자세한 내용은 박상희·서정범, 전계보고서, 97면 이하 참조.

16) 다수설은 경찰관직무집행법을 모든 경찰작용에 대한 일반법으로 파악하지 않고 경찰작용의 하나인 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로 보고 있다(김도창, 박윤혼 등). 즉, 경찰작용은 경찰목적에 위하여 개인의 신체나 재산에 실력을 가하여 경찰상 필요한 목적을 달성하는 사실상의 작용과 경찰허가나 경찰명령과 같은 행정행위로 크게 나누어지며, 이 가운데 경찰상의 사실작용은 경찰상의 의무불이행에 대하여 강제적으로 의무를 이행시키거나 이행한 것과 동일한 상태를 실현시키는 “경찰상의 강제집행”과 현재의 급박한 장애를 제거하기 위하여 경찰의 무를 명할 시간적 여유가 없거나 성질상 의무를 명하여서는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 경찰상 필요한 상태를 실현시키는 “경찰상의 즉시강제”로 구분된다. 이 가운데 강제집행에 관한 일반법으로 행정대집행법이 있고, 경찰상의 즉시강제에 관한 일반법으로 경찰관직무집행법이 있다. 이에 대하여 경찰관직무집행법이 경찰상의 즉시강제에 대한 일반법적 성격이 있다는 점을 긍정하면서도, 동법에 의한 경찰의 직무행위의 전부가 즉시강제가 아니라 그밖에 의사작용과 사실행위가 결합된 의미의 합성적 행정행위, 의사작용만으로서의 행정행위, 순수 사실행위, 직접강제 등 여러가지가 있으며, 따라서 동법은 여러가지의 경찰의 전형적 직무행위에 관한 근거법으로서의 성질을 가진다고 한다.

17) 박상희·서정범, 전계보고서, 100면.

18) 경찰관직무집행법이 일반법으로서의 기능을 제대로 수행하기 위한 구체적 방안에 관하여는 박상희·서정범, 경찰작용법의 정비방안, 한국법제연구원, 1996 참조.

19) 이에 대한 자세한 내용은 박상희·서정범, 전계보고서, 105면 이하.

것으로는 해양수산부에 관한 사항을 규정하고 있는 정부조직법 제44조 3항과 4항을 들 수 있다. 즉, 동조 3항은 “해양에서의 경찰 및 오염방제에 관한 사무를 관장하기 위하여 해양수산부장관소속하에 해양경찰청을 둔다”고 규정하고 있고, 동조 4항에서 “해양경찰청에 청장 1인과 차장 1인을 두되, 청장 및 차장은 경찰공무원으로 보한다”고 규정하고 있다. 그리고 해양경찰의 공무원으로서의 신분에 관한 사항은 경찰공무원법에 규정하고 있다.

해양경찰작용과 관련한 일반적인 근거법률이 존재하지 않으므로 경찰관직무집행법규정을 일반법적 근거로 삼을 수 있으나, 이 법률은 일반경찰의 활동을 전제로 한 법률이기 때문에 동 법률을 그대로 적용하는 데에는 문제가 많다. 따라서 해양경찰활동전반에 관한 일반적인 활동근거를 담은 법률적 근거를 마련할 필요가 있다.

개별적인 해양경찰관련법으로는 해양오염방지법, 개항질서법, 해상교통안전법, 수난구호법, 수상레저안전법 등이 있다.

## 2. 해양경찰의 법적 근거상의 문제점

일반적으로 직무에 관한 규정은 임무규정과 권한규정으로 나누어 지는 바, 임무규정에서는 조직법상의 해양경찰의 관할에 속하는 사항을 명시하고 권한규정에서는 이러한 임무의 범위 내에서 구체적으로 해양경찰권을 행사할 수 있는 법적 근거를 명시하여야 한다. 즉, 임무규정은 조직법상 타 행정기관과의 사이에서의 직무범위설정에 관한 문제이고, 권한규정은 이러한 조직법상의 임무범위내에서 구체적으로 국민과의 관계에서 해양경찰권을 행사할 수 있는 법적 근거를 마련하는 문제이다. 그러나 해양경찰법제의 경우 임무규정도 제대로 마련되어 있지 않을 뿐 아니라, 권한행사에 관한 근거규정에 있어서도 개별적 수권조항이외에 개괄적 수권조항이 없어서 문제가 될 수 있다.<sup>20)</sup>

즉, 해양경찰활동은 직접 일반국민의 신체, 자유, 재산 등에 실력을 가하는 전형적인 침해행정활동이므로 이러한 활동을 하기 위하여는 반드시 조직법상의 임무규정이외에 별도로 권한행사를 위한 근거규정을 마련하여야 한다.<sup>21)</sup> 이 경우 대체로 임무규정에 정해진 범위내에서 권한행사가 이루어지므로 권한규정의 구체적인 내용은 임무규정의 범위를 벗어나지 않는다고 볼 수 있다. 다만, 해상에서의 위험상황에 대하여 미처 법적으로 예상하지 못하여 근거규정을 마련하지 못하는 경우가 있으므로 이에 대비하여 개괄적인 권한행사의 근거규정, 즉 개괄

20) 일반적인 개괄적 수권조항이 없는 경우에 대한 문제점에 대한 자세한 논의는 정하중, 독일 경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향, 사법행정 1994.2,3 참조.

21) 박상희·서정범, 전계보고서, 27면 이하.

적 수권조항을 마련할 필요가 있다. 그러나 해양경찰에 관하여는 일반법이 없어서 아직까지 해양경찰권발동의 일반적인 개괄적 수권조항이 마련되어 있지 못하다.

일반적으로 경찰권발동의 근거로서의 개괄적 수권조항은 요건이 불확정 법개념으로 구성되어 있어서<sup>22)</sup> 법치국가에 있어서의 명확성의 요청에 의하여 문제가 제기되고 있고 또한 특별법의 증대로 인하여 그 중요성은 점점 줄어들고 있기는 하지만, 아직도 경찰상의 위험방지를 위한 근거로서 핵심적인 역할을 담당하고 있으므로 개괄적 수권조항의 필요성에 대하여는 일반적으로 공감하고 있다.<sup>23)</sup> 다만 현행 경찰관직무집행법도 경찰작용에 대한 권한규범으로서의 개괄적 수권조항을 명시적으로 마련하고 있지 못하므로 해양경찰작용에 관한 일반법을 제정하는 경우 경찰관직무집행법과의 통일적인 규율의 필요성이 인정된다.

### 3. 해양경찰의 법제정비방향

#### 1) 일반법의 제정

해양경찰관련법은 개별법으로만 규율되고 있고 아직까지 조직이나 작용법 관계에 있어서 체계적 정비가 이루어지지 못하여 경찰권행사에 있어서 법률적 근거나 행사의 한계, 각종 해양경찰수단의 체계화, 경찰책임의 확정 등과 관련하여 많은 문제를 노정시키고 있으므로 해양경찰의 조직 및 작용전반에 대한 일반법의 제정을 통하여 해양경찰업무를 체계적으로 규율할 필요가 있다.

특히, 미처 예상하지 못한 해상에서의 새로운 위험상황에 대하여 개별법상 해양경찰이 활동할 근거가 마련되어 있지 않은 경우에는 경찰이 침해행정의 전형이므로 법률유보의 원칙에 의하여 해양경찰이 개입할 수 없는 문제가 발생한다. 이러한 경우에 해양경찰에 관한 일반법이 제정되어 있다면 일반법에 근거하여 해양경찰이 개입할 수 있을 것이다.

#### 2) 일반법제정의 기본방향

해양경찰작용법체계의 정비는 여러 가지로 그 방안을 모색하여 볼 수 있으나, 크게는 다음과 같은 방향에서 그 정비방안을 모색하여 볼 수 있다.

22) 개괄적 수권조항에 의한 경찰권발동의 요건으로서의 “공공의 안녕”, 공공의 질서“, “위해“ 또는 “위험“ 등은 모두 전형적인 불확정법개념 들이다.

23) 개괄적 수권조항은 개별적 수권조항이 없는 경우에 보충적으로 적용되며, 사회사정과 관념이 부단히 변하기 때문에 경찰권발동의 요건을 구체적으로 정하는 것이 기술적으로 불가능하며, 개괄적 수권조항에 의한 경찰권 발동에 관련된 법원칙이 충분히 발전되어 있고, 또한 개괄적 수권조항의 확대해석이나 이에 근거한 권력남용 등은 법원의 심판을 통하여 억제될 수 있다는 점 등의 이유로 그 기능과 필요성이 긍정되고 있다.



첫째, 해양경찰조직 및 해양경찰작용에 관한 일반법을 제정하는 방안이다. 이러한 방안은 해양경찰법체계를 일원화하여 법체계나 내용상 모순된 것이 없게 된다는 장점이 있으나, 조직법적 규율을 하는데 있어서 조직체계상은 해양수산부 외청이고 신분관계는 일반경찰공무원의 신분이라는 점에 대한 특별한 법기술적인 고려가 있어야 한다.

둘째, 해양경찰조직에 대한 체계적 정비가 이루어지지 않을 경우 우선 해양경찰활동에 대한 일반법을 마련하는 방안이다. 그러나 해양경찰조직에 관한 규정을 제외할 경우 법적 구성에 있어서 일반법으로 기능하는 데 한계가 있다.

결국 일반법을 제정하는 경우에는 해양경찰의 조직 및 작용에 관한 내용을 동시에 규정하는 것이 바람직하다고 본다.

### 3) 구체적 내용

위와 같이 해양경찰법체계를 정비할 경우 해양경찰에 관한 일반법은 크게 총칙, 해양경찰조직, 경찰권한, 경찰상의 강제수단, 경찰비용 등으로 나누어서 규정할 수 있으며, 그 각각에 다음과 같은 내용이 포함될 수 있을 것이다.<sup>24)</sup>

먼저 총칙에서는 해양경찰의 목적, 용어정의, 임무조항, 경찰비례의 원칙 등이 규정될 수 있다.

- 목적 : 해양경찰의 민주적 운영과 효율적인 업무수행을 위하여 해양경찰의 기본임무, 조직 및 기타 해양경찰의 활동에 관한 사항을 정하여 해상에서의 공공의 안녕과 질서를 유지하며 국민의 해상활동을 보호한다.

- 용어정의 : 해상, 선박, 해난구조, 해상범죄, 해양오염 등 해양경찰법에서 규율되는 사항 중 입법적 정의를 명확히 할 필요가 있는 사항에 대하여 용어정의규정을 마련한다.

- 임무 : 해상범죄의 예방, 진압 및 수사, 해상치안정보의 수집, 작성, 배포, 해상에서의 대간첩작전수행 및 해적단속, 외국선박의 단속 및 감시 기타 해상의 형사업무에 관한 사항, 밀항, 밀수, 마약운송행위 단속, 국제해상형사공조업무, 해양구난, 해상교통안전, 수상레저안전, 영해 및 배타적 경제수역에서의 경비, 어로보호, 해저침몰물 제거, 오염방제활동, 여객 및 화물수송안전확보, 유, 도선의 안전관리, 그밖에 해상에서의 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지활동 등의 임무에 관한 사항을 규정한다.

- 해양경찰권발동의 한계 : 경찰비례의 원칙<sup>25)</sup>, 경찰공공의 원칙, 재량권남용금지 등의

24) 이하에서 논의되는 해양경찰에 관한 일반법에 포함될 내용에 대한 예시적 설명은 독일경찰법 모범초안(MEPOLG)에 담겨져 있는 규율내용과 구성체계, 현행 경찰관직무집행법의 내용과 구성체계 등을 주로 참고하여 구성한 것이다.

25) 이에 관하여 자세한 내용은 서정범, 전계논문, 144면 이하 참조.

사항을 규정한다.

경찰조직에서는 해양경찰조직, 해양경찰위원회, 지방해양경찰서 등의 하부조직에 관한 사항을 규정할 수 있다. 이 경우 현 직제에 있는 내용을 법률사항으로 규율하면 될 것이다.

해양경찰의 권한에서는 해양경찰권발동의 일반적 권한(개괄적 수권조항), 개별적 권한(표준적 직무조치), 경찰응원 등에 관한 사항을 규율할 수 있다.

· 해양경찰권발동의 일반적 권한 : “해양경찰의 권한을 본법에서 특별히 규정하지 않는 한, 해양경찰은 해상에서의 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다. 다른 법령에서 규정된 임무를 이행하기 위하여 해양경찰은 그 법규에 규정되어 있는 권한을 가진다. 이러한 법령이 경찰의 권한을 규정하지 않을 경우에는 해양경찰은 본법이 부여한 권한을 가진다”는 식의 규정방식을 도입할 수 있다.

· 해양경찰의 개별적 수단(표준적 직무조치) : 해양경찰의 불심검문, 보호조치, 해상에서의 위협발생의 방지를 위한 조치, 해상범죄의 예방과 저지, 장비사용, 무기사용 등의 사항을 규정한다.

· 경찰응원 : 타행정기관이 그에 필요한 집행력을 갖지 못하거나 다른 방법으로는 조치가 시행될 수 없는 경우에 타행정기관의 요청에 따라 협조를 하며, 해양경찰은 집행의 종류 및 방법에 대해서만 책임을 부담한다. 경찰응원요청은 문서로 하여야 하며, 그 문서에는 조치의 사유와 법적 근거를 명시하여야 하며, 긴급한 경우의 요청은 위의 방식에 따르지 않을 수 있다. 그러나 해양경찰의 요구가 있으면 지체없이 문서로 확인시켜 주어야 하며, 요청행정기관에 요청의 실시에 관하여 통지하여야 한다.

해양경찰상의 강제수단에서는 경찰강제의 일반원칙, 강제수단의 유형, 강제집행절차 등이 규정될 수 있다.

· 해양경찰강제의 일반원칙 : 해양경찰강제는 현존하는 위협을 방어하기 위하여 필요한 경우, 일정한 경찰조치가 불가능하거나 또는 적시에 이루어질 수 없을 때 혹은 그러한 조치의 효과가 기대될 수 없고 그 권한내에서 행위할 경우에는 선행 경찰처분이 없더라도 행해질 수 있다.

· 강제수단 : 해양경찰의 강제수단은 대집행, 이행강제금, 직접강제 등이 있으나, 현실적으로는 강제추방, 압수등의 직접강제수단이 주로 이용될 수 있다. 이러한 강제수단은 계고되어야 하며, 강제수단에는 행정벌이 병과될 수 있고 이행될 때까지 반복될 수 있다.<sup>26)</sup>

· 강제집행절차 : 강제수단은 가능한 한 문서에 의해 계고되어야 하며, 관계자에게는

---

26) 행정상 강제집행의 구체적 수단에 관한 자세한 내용은 박상희, 행정집행법의 제정방향, 한국법제연구원, 1994 참조.

계고시에 의무이행을 위하여 적당한 기간이 정해져 있어야 한다. 계고를 할 수 없는 상황 특히 현재의 위험을 회피하기 위하여 강제수단을 즉시 사용하는 것이 불가피할 경우에는 계고가 생략될 수 있다.

경찰비용에서는 경찰비용의 상환, 손실보상청구권, 손해배상청구권 등이 규정될 수 있다.

· 손실보상청구권 : 해양경찰권발동의 결과, 손실을 입은 사람에 대해서는 적당한 보상을 하여야 하며, 해양경찰의 위법한 조치에 의해 손해를 받은 경우에도 동일하다. 보상은 해양경찰의 동의를 얻어 해양경찰임무의 이행시에 자유의사로 협력하거나 물건을 제공함으로써 손실을 입은 자에게도 인정되어야 하며, 특히 직무위반으로부터 발생하는 배상청구권도 마찬가지이다.

그밖에 협력, 교육, 벌칙, 보칙, 부칙 규정을 둔다.

#### IV. 해양경찰권발동의 요건

경찰작용은 외형적인 구조상으로는 침해행정의 전형이기 때문에 법률유보원칙이 엄격하게 적용된다. 따라서 개별법으로 해양경찰권 발동의 요건을 명확하게 규율하여야 한다. 그러나 개별법으로 규율되지 못하는 위험상황에 대한 일반적인 해양경찰권발동의 요건을 마련함으로써 개별법에 의한 개별적 해양경찰권발동의 요건과 일반법에 의한 일반적인 해양경찰권 발동의 요건을 규정함으로써 완결적인 해양경찰권발동의 요건을 갖추어야 할 것이다. 이 경우 해양경찰관련 개별법에 그 요건이 규정되어 있는 경우에는 이에 의하면 될 것이지만, 그렇지 않은 경우에는 개괄적 수권조항에 의한 해양경찰권발동의 요건을 정하여야 할 것이다. 이 경우에 개괄적 수권조항상의 해양경찰권발동의 요건은 “해상에서의 공공의 안녕·질서에 대한 위험이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우”가 해당될 것이다. 그러나 구체적으로 해상에서의 공공의 안녕과 질서가 무엇을 의미하는지에 대한 논의는 거의 없는 실정이므로 일반경찰법상의 경찰권발동의 요건으로서의 공공의 안녕과 질서<sup>27)</sup>에 대한 위험의 의미를

27) 9.11 테러 이후에 경찰의 권한은 테러집단과 테러분자들에게 효율적으로 대처하기 위한 목적으로 대폭 확대되면서 “내적 안전”이라는 애매모호한 개념이 활개치고 있는 상황이며, 특히 행정청에 의한 정보의 조사와 처리에 관한 권한의 확대를 위하여 관련된 법률개정이 이루어지고 있다. 예컨대, 2001년 12월 22일의 테러퇴치법은 헌법보호를 위하여 연방정부에 돈세탁과 통신행위에 대한 정보의 획득을 가능케 하고 연방법무부에 정보망범죄의 소추권을 부여하는 규정을 담고 있다. 최근 12년 동안 이러한 새로운 내용의 규정이 발해졌는 데, 정보의 조사, 처리와 이용에 대한 관련된 기술적 가능성이 커짐에 따라 경찰상의 침해행정이 정보에 대한 침해에 의하여 이루어지는 경우가 빈번하게 되었으며, 그 결과 공공의 안녕과 질서에 대한 위

살펴 보기로 한다. 이러한 개괄적 수권조항에 의한 경찰권발동의 요건은 해양경찰권발동의 요건으로서도 그대로 적용할 수 있을 것이다.

## 1. 공공의 안녕

공공의 안녕이란 개인의 생명·신체·명예·자유 및 재산과 같은 개인적 법익, 객관적인 성문의 법질서 및 국가와 그밖의 공권력주체의 제도와 시설이 아무런 장애도 받고 있지 않은 상태를 의미한다.<sup>28)</sup> 이러한 공공의 안녕이라는 개념은 개인의 주관적 권리와 법익, 객관적인 법질서, 국가와 그밖의 공권력주체의 제도와 조직이라는 세가지 요소로 나누어 볼 수 있다. 개인의 주관적 권리와 법익이란 인간의 작위, 부작위, 동물, 자연현상에 의하여 위협을 받는 개인적 이익, 예컨대 생명·건강·자유·재산·명예 등을 말한다.<sup>29)</sup> 이처럼 개인의 주관적 권리가 공공의 안녕개념의 일부를 형성하고 있다는 사실은 경찰이 공중에 대한 위협뿐만 아니라 개인에 대한 위협도 방지하여야 한다는 것을 의미한다.<sup>30)</sup>

이러한 개인의 주관적 권리와 법익의 보호는 보충성의 원칙<sup>31)</sup> 및 공공과의 관련성<sup>32)</sup>이라는 측면에서 일정한 제한을 받는다. 즉, 경찰의 개입이 없이는 개인의 권리실현이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우에만 보충적으로 경찰이 사법상의 권리와 이익을 보호할 권한이 있으며,<sup>33)</sup> 또한 경찰에 의한 개인적 법익의 보호는 그것이 반드시 공공의 이익과 일정한 관련성이 있어야 한다.<sup>34)</sup> 따라서 개인적 법익에 대한 위해가 존재하는 경우에는 그를 방지할

---

협개념은 그 의미가 상당부분 상실되었다(D.kugelmann,DÖV, 2003, S. 781 ff.).

28) 공공의 안녕이라는 개념은 불확정범개념이지만 이는 법원심사의 대상이 되며, 경찰은 동 개념의 해석과 적용에 있어서 판단의 여지를 가지지 못한다(홍 정선, 경찰권의 법적 근거로서 일반조항 -독일의 경우를 중심으로; 공법이론의 현대적 과제(구병삭박사 정년기념논문집), 박영사, 1991, 733면).

29) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 11 Aufl., 1993, S. 42.

30) Götz, aa.O., S. 42; W. Martens, Der Schutz des einzelnen im Polizei- und Ordnungsrecht, DÖV 1976, 457 ff.(458).

31) 보충성의 원칙이 적용되는 구체적인 사례에 대하여는 서정범, 전계논문, 33면 이하 참조.

32) 대체로 성문의 공법규범과 국가 및 그 밖의 공권력주체의 제도 및 시설이라는 보호법익이 침해된 경우에는 공공과의 관련성이 인정된다. “공공과의 관련성”의 구체적인 의미에 대하여는 서정범, 전계논문, 35면 이하 참조.

33) W. R. Schenke, 서정범(역), 전계서, 1998, 28면; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9 Aufl., 1986, S.238.

34) Götz, aa.O., S.42.

공익이 존재하는지의 여부가 심사되어야만 한다.<sup>35)</sup>

현행의 공법규범에의 충돌은 공공의 안녕을 해치게 되는데,<sup>36)</sup> 이 같은 모든 성문의 공법규범이 객관적 법질서에 속한다.

이처럼 객관적 법질서가 공공의 안녕의 일부를 구성한다는 것에 대하여 경찰의 직무인 위험방지는 법익을 보호하는 것이지, 법규범을 보호하는 것은 아니므로 법질서에 대한 불가침은 공공의 안녕의 보호이익이 아니라는 비판이 있기도 하지만, 전체로서의 객관적 법질서는 공공의 안녕의 구성요소로 보는 것이 타당하다. 왜냐하면 국가적 공동체내에서 인간의 공동생활의 질서와 형성에 관한 입법기관의 구속적 의사는 법규범 전체에 나타나며, 그 결과 법규범은 그 자체로서 '국가의 제도'라고 이해되어지고, 따라서 법규범을 위반한 자는 국가의 의사를 부정한 것이고, 그 결과 공공의 안녕에 대한 위험을 가져오게 되기 때문이다.<sup>37)</sup> 끝으로 주권과 영토의 불가침성 및 국민의 권리행사를 포함한 합헌적 질서를 포괄하는 국가와 그의 제도의 존속이 공공의 안녕의 중요한 요소를 이룬다.

또한 공공의 안녕은 국가제도의 적법한 기능과 운영이 침해되지 않을 것을 요구하는 바,<sup>38)</sup> 여기에서의 국가제도에는 의회, 정부, 국가의 행정청, 지방자치단체, 공공의 영조물, 묘지 및 군대의 기동훈련 등이 속한다.

## 2. 공공의 질서

공공의 질서란 그때 그때의 지배적인 가치관에 따를 때 그를 준수하는 것이 인간의 원만한 공동생활을 위한 불가결의 전제조건이라고 간주되는, 공중속에서 인간의 행위에 대한 불문규율의 총체로서 일반적으로 정의하고 있다.

공공의 질서는 공중속에서의 개인의 '외부적 행위'를 전제조건으로 하며, 신념·사상·견해·의도 등은 그것이 외부에 표시되지 않는 한, 공공의 질서의 대상은 되지 않는다.<sup>39)</sup>

35) Götz, a.a.O., S. 43.

36) Wolf .R. Schenke, 서정범 역, 전게서, 40면 이하; Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S.236 f.

37) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S.236.

38) 외부의 장애로부터 경찰은 국가제도의 합법적 운영을 보장할 권한을 가지며, 이 경우 외부의 장애가 형법상 범죄의 구성요건을 충족하는지의 여부는 불문한다 (Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S. 233 f.).

39) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S. 248.

공공의 질서는 ‘불문의’ 행위규율만을 그 개념적 요소로 한다. 따라서 공공의 질서개념에 있어서는 국가가 규정한 법규범이 문제가 되는 것이 아니라, 공동체의 가치관에 근거한 사회 규범이 문제가 된다. 이러한 가치관이 명백히 지배적인 ‘다수의 국민’에 의해 받아들여져야 하는 바,<sup>40)</sup> 그와 같은 다수의 존재가 분명하게 밝혀질 수 없다면 공공의 질서는 위협을 받는 것이 아니다. 따라서 특정한 문제에 관하여 상당수의 소수가 다른 가치관을 갖고 있다면, 공공의 질서의 침해의 문제가 발생하지는 않는다.<sup>41)</sup>

마지막으로 공공의 질서의 개념규정을 정확히 하기 위한 또 하나의 요소는 지배적인 가치관이 질서있는 인간의 공동생활을 위한 ‘불가결의 최소한의 요구’로 간주되어야만 한다.

공공의 안녕이라는 개념요소 이외에 공공의 질서라는 개념요소가 경찰권발동의 요건으로 필요한지 여부에 대하여는 다투어 지고 있다. 우선 현실적으로 경찰과 관련한 입법이 어느 정도 완비되면서 종래 공공의 질서개념에 속하던 대부분의 것들이 실정법에 의하여 규율되고 있고, 따라서 공공의 질서라는 개념이 가졌던 전통적인 적용영역이 현저하게 축소되고 있다는 것이다. 실제로 우리나라의 경우에도 경범죄처벌법 등에 의하여 국민의 세세한 활동까지 규율되고 있는 현실에 비추어 볼 때 ‘공공의 안녕’ 조항에 의하여 포섭되지 않음으로 인하여 ‘공공의 질서’ 조항이 적용될 여지는 거의 없을 것으로 여겨진다.<sup>42)</sup>

이론적 측면에서도 민주주의 국가에서는 다원적이고 상이한 가치관이 존재하는 바, 이 경우 다수의 가치관뿐만 아니라 소수의 가치관도 보호받아야 하며, 따라서 국가가 개인의 가치관이 소수의 가치관이라고 하여 다수의 가치관에 따르도록 한다거나 처벌할 수는 없다는 비판이 행해지기도 한다.<sup>43)</sup>

끝으로 법학적 측면에서 공공의 질서개념에는 헌법상의 요청인 명확성이 결여되어 있으므로 동 개념이 법치주의에 반한다는 비판이 행해지고 있다.<sup>44)</sup>

그러나 공공의 질서라는 개념요소는 입법이 미처 이루어지지 않은 위험영역에서 동 개념요소에 의하여 새로운 유형의 위험에 대처할 수 있다.<sup>45)</sup> 그리고 공공의 안녕에 대한 위해는 아니지만 사회적으로 수인될 수 없는 위해도 기술적·사회적 변화를 고려할 때 저지되어야 한다. 또한, 여러 권리주체간의 기본권이 충돌하는 경우에도 공공의 질서개념이 적용될 수

40) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S. 248.

41) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S. 248.

42) 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대 박사학위논문, 1992, 46면 이하.

43) Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 11 Aufl., 1993, S. 54.

44) Götz, a.a.O., S. 54.

45) 서정범, 전제논문, 47면 이하.

있다.

### 3. 위협<sup>46)</sup>

경찰이 개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하기 위하여서는 공공의 안녕 혹은 공공의 질서라는 보호이익 중 어느 하나가 위협에 처할 것을 그 전제조건으로 하므로, 위협의 개념은 경찰법의 중심개념을 이룬다. 이러한 위협은 엄격하게는 위협이라는 개념과 장애라는 개념으로 구분될 수 있다. 위협이란 공공의 안녕 또는 질서에 대한 손해가 발생할 개연성이 있는 경우를 말하며, 그에 대한 위협이 실현되어 손해가 이미 발생해 있는 상태를 '장애'라고 한다. 따라서 위협이 예방적 수단이라면, 장애는 진압적 조치로서의 성격을 지닌다.<sup>47)</sup> 경찰법 상으로는 주로 위협개념이 문제되므로 이하에서는 이를 중심으로 살펴 보기로 한다.<sup>48)</sup>

공공의 안녕·질서에 대한 위협이란 객관적으로 예견되는 사실의 정상적인 진행을 방치하게 되면, 어떠한 상태 혹은 행위가 공공의 안녕 혹은 질서에 손해를 가져올 개연성이 있는 경우를 말한다. 여기서 손해란 위법한 외부적 영향 등으로 인하여 개괄적 수권조항에 의하여 보호되는 법익의 '현존하는' 정상적인 상태가 객관적으로 감소하는 것을 말한다. 따라서 소위 기대이익의 감소는 경찰법상의 손해는 될 수 없으며, 단순한 불이익에 그친다고 하여야 할 것이다.<sup>49)</sup>

또한 손해는 예견되는 침해가 일정한 정도에 달했을 때, 즉 공공의 안녕 혹은 질서라는 법익이 '현저하게' 침해된 경우에 존재한다. 따라서 단순한 부담, 불이익, 불편함 등에 그치는 것은 여기서의 손해의 개념을 충족하지 못하므로 경찰에 의하여 저지될 수 없다.

경찰법상의 현존하는 위협이 존재한다는 것이 인정되기 위하여서는 경찰의 개입 없이는 손해가 발생할 것이라는 충분한 개연성이 있어야 한다.<sup>50)</sup> 따라서 경찰상 위협이 존재한다는

46) 위협개념의 전통적인 기능은 경찰활동의 범위와 개인의 자유영역의 보장에 있었으나, 이러한 기능은 부분적으로 상실되었다. 복잡한 현대사회에서의 안전에 대한 요청으로 인하여 전통적인 경찰법의 영역에서는 신원확인과 도청과 같은 침해의 권능을 인정하고 있으나, 경찰법상의 규정이 권한의 범위와 정도를 확대하더라도, 개인의 자유에 대한 범치국가적 보호를 위한 선행조건은 필요하며, 위협개념은 그 범위내에서 변화될 수 있는 개념의 일부분이다(D.kugelmann,DÖV, 2003, S. 781 ff.).

47) Schenke, S.189; Wolff/Bachof, S.53.

48) 이에 대한 자세한 논의는 이기춘, 위협방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 2003, 이기춘, 경찰질서상 위협개념 및 표현위험과 위협의 의심, 공법연구 제31집 4호, 2003.5

49) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S. 221.

것이 인정되기 위하여는 손해발생의 단순한 추정 혹은 약간의 가능성만으로는 충분하지 않다.<sup>51)</sup> 그러나 손해의 발생이 확실하거나 목전에 급박할 것은 요구되지 않는다.<sup>52)</sup>

위험은 객관적으로 위험으로 판단할 수 있는 경우 이외에도 위험여부가 논란이 될 수 있는 몇가지 유형이 있다. 이 가운데 실무상 가장 문제되는 것은 행정청이 불확실한 상황에 대처해야 하는 “위험의 혐의(Gefahrensverdacht)”의 경우이다.<sup>53)</sup> 위험의 혐의란 어떤 상황을 합리적으로 판단할 때, 경찰이 위험의 존재를 인정하기 위한 기준점이 존재하지만 그와 동시에 위험의 존재에 대한 의문도 존재한다는 결론에 도달하는 경우, 즉 현재 상황이 앞으로 어떻게 전개될 것인지에 대한 불확실성이 존재하는 경우를 말한다.<sup>54)</sup>

이러한 위험의 혐의라는 상황과 구별되는 것으로는 “오상위험”과 “외관상 위험”이 있으며,<sup>55)</sup> 그 밖에 잠재적 위험도 있다.<sup>56)</sup>

오상위험은 행정청이 주관적으로 경찰상의 침해요건의 존재를 인정하고, 이를 인정함에 있어서 객관적으로 충분한 근거에 의하지 않는 경우이다. 이 경우 행정청은 착오로 의무를 위반한 것이 되며, 이 경우 위험방지를 위하여 행해진 조치는 위법이 된다.<sup>57)</sup>

외관상 위험의 경우도 객관적으로 손해라는 징표가 존재하지 않으나, 당해 공무원에 의하여 위험이 있다고 간주되고, 정당한 권한을 가진 전문적인 재판관의 입장에서도 위험의 요건이 존재한다고 판단되는 경우이다. 경찰상의 위험방지는 사실판단에 따라 사전적으로 이루어지기 때문에, 외관상 위험에 근거한 조치는 적법하다.<sup>58)</sup>

50) Götz, a. a. O., S. 68 f.

51) 그러나 최근에는 경찰의 개입은 손해발생의 충분한 개연성에 근거한, 이미 진행되고 있는 인과관계의 중단, 즉 위험방지에만 국한하여서는 안되며, 경찰의 조치는 오히려 위험의 발생, 특히 범죄의 발생을 곧 바로 퇴치하고, 장애의 범죄의 소추를 위한 배려활동, 즉 위험에 대한 배려 또는 소추를 위한 배려에 힘써야 한다는 견해가 빈번히 등장하고 있다(D.Kugelmann, DÖV, 2003, S. 781 ff.).

52) Drews/Wacke/Vogel/Martens, aa.O., S. 223.

53) 이를 위험의 의심이라 번역하기도 한다(이기춘, 전제논문, 363면 이하). 실제 전염병예방법 등에는 의심이라는 표현을 쓰기도 한다. 그러나 대체로 위험의 혐의란 표현이 일반화되어 있으므로 본 글에서는 이러한 표현에 따르기로 한다.

54) Götz, a. a. O., S. 70.

55) 외관상 위험은 유사위험 또는 표현위험이라는 용어로 사용되기도 한다(이기춘, 전제논문, 365면 참조).

56) 잠재적 위험(latente Gefahr, potentielle Gefahr)이란 처음에는 전혀 위험하지 않던 상황이 사후에 외부적인 사정이 부가됨으로써 비로소 경찰상의 보호이익에 대한 구체적 위험으로 되는 경우를 잠재적 위험이라고 하며, 대표적인 사례로는 양돈업자 사건이 있다.

57) Götz, aa.O., S. 69.



외관상 위협의 경우와는 달리 위협의 혐의의 경우에는 행정청은 사안자체나 앞으로의 사건의 진행 및 그에 따른 손해의 발생 등에 대한 그의 판단이 불완전할 수 있다는 것을 스스로 인식하고 있다.

판례는 일치하여 결과적으로 판단이 잘못된 위협의 혐의의 경우에도 이를 경찰법상의 위협으로서 인정하고 있다.

경찰상의 행위권한의 제한은 침해권한에 대한 구성요건의 면에서가 아니라 법효과면에 대하여 이루어진다. 위협의 혐의의 경우에 비례의 원칙에 의할 때 언제나 문제되는 행위의 중지 및 사안의 조사를 위한 임시적 조치, 즉 위협의 탐지를 위한 침해만이 이루어져야 한다.

개별적으로는 특히 위협탐지조치가 행정청에 의하여 행하여 지고 경찰책임자에 의하여 순순히 수인되어야 하는지 여부 또는 행정청이 경찰책임자에게 그 밖의 사안에 대한 규명, 즉 전문가에의 의뢰나 조사의 실시 등과 같은 것을 행하여야 하는지 여부는 특히 분명하지 않다. 그밖에 나중에 행정청에 의한 규명조치를 통하여 행정청이 판단했던 위협의 혐의가 있다고 입증된 경우에 그 최종적인 비용부담은 누가 하게 되는지의 문제도 분명하게 해결되고 있지 못하다.

#### 4. 해양경찰권발동의 추가적 요건

위에서 언급한 것처럼 해상에서의 경찰작용도 일반 경찰작용과 마찬가지로 외형적인 구조상 침해행정에 속하기 때문에 법률유보의 원칙이 적용되며, 따라서 개별법으로 해양경찰권 발동의 요건을 명확하게 규율하여야 한다. 대체로 현행법상으로도 해상에서의 경찰활동에 대하여 일정한 요건을 규정하고 있다.

그러나 미처 예상하지 못한 새로운 위협상황에 대하여는 개별법에서 그 요건을 규율하지 못하고 있으므로 일반적인 해양경찰권발동의 요건을 마련함으로써 이에 의하여 해양경찰권을 발동하여야 할 것이다.

해양경찰권발동의 요건은 해양이라는 공간적인 특수상황을 어느 정도 고려하여야 할 것이지만, 대체로는 위에서 언급한 일반적인 경찰권발동의 요건, 즉 “공공의 안녕과 질서”, “위해” 등의 개념요소가 그대로 포함될 것이다.

다만 동 개념요소들의 구체적인 의미는 해양이라는 특수한 상황으로 인하여 구체적인 사례별로 어느 정도 의미변화가 따를 수 있을 것이다. 그러나 이러한 문제는 법적 요건의 틀이 마련된 이후의 판례를 통한 개념해석의 문제이므로 여기에서는 더 이상 언급하지 않기로 한다.

58) Götz, a.a.O., S. 69.

로 한다.

결국 해양경찰권발동의 요건은 “해상에서의 공공의 안녕·질서에 대한 위험이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우”가 해당될 것이다.

## V. 해양경찰권발동의 한계

해양경찰이 경찰권을 행사함에 있어서도 경찰이 가지는 일정한 한계내에서 경찰권을 행사하여야 하는 스스로의 구속을 지니는 바, 일반적인 경찰권발동의 한계로서의 경찰소극목적의 원칙, 경찰비례의 원칙, 경찰공공의 원칙 등이 해양경찰의 영역에서도 적용될 수 있을 것이다. 이하에서 이에 대하여 살펴 보기로 한다.

### 1. 경찰소극목적의 원칙

경찰은 ‘소극적으로’ 사회공공의 안녕·질서의 유지를 목적으로 한다. 이러한 경찰소극목적의 원칙은 1882년 6월 14일의 프로이센 상급행정법원의 크로이쯔베르크 판결<sup>59)</sup>에서 기인한다. 이에 의하면 경찰권은 소극적인 목적을 위해서만 발동될 수 있으며, 그를 초월하여 적극적으로 공공복리의 증진을 위하여서 경찰권이 발동되었다면 그것은 한계를 일탈한 위법한 작용이라고 할 것이다. 이런 점에서 경찰은 같은 사회목적적 작용인 복리행정, 그 중에서도 특히 명령·강제를 그의 수단으로 하는 공용부담 및 규제행정과 구별된다.

한편, 경찰의 목적을 이처럼 ‘소극적으로’ 파악하는 통설적 견해에 대하여는 반대의 견해도 제기된 바 있다. 즉, 경찰이 소극적으로 공공의 안녕 혹은 질서의 유지를 목적으로 한다는 견해는 단지 역사적 의의가 있을 뿐이며, 현대행정의 적극성을 고려할 때 경찰은 적극적으로 공공복리의 증진을 위한 행위를 할 수도 있다는 것이다. 생각컨대 경찰의 목적을 어떻게 이해할 것인가에 관해서는 양자 중 어떤 관념이 학문상의 개념으로서 행정작용을 보다 유효

59) Kreuzberg에 있는 전승기념비 주위의 건축구역에서는 기념비 하단에서 도시와 그 주위를 조망하는 것이 방해받지 않고, 또 도시에서 기념비를 전망하는 것이 침해받지 않는 정도의 고도 내에서만 건축이 허용된다고 한 베를린 경찰국장의 경찰명령에 근거하여서 그 지역내에서의 건축허가의 발급을 거절한 것이 문제가 되었다.

법원은 프로이센 일반관공법 제2장 17절 10조에 따를 때 경찰은 위험방지의 권한만을 가지며, 미적인 이익을 추구할 권한은 없기 때문에 크로이쯔베르크에 있는 전승기념비에 대한 조망을 해치지 않게 하기 위하여 도로상의 건축물의 고도를 제한하는 경찰명령은 무효라고 판시하였다.

하게 파악하고, 체계를 수립할 수 있는가를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그리고 이러한 견지에서 판단컨대, 통설인 소극목적설이 타당하다고 할 수 있다.

## 2. 경찰공공의 원칙

경찰공공의 원칙이란 경찰권은 '사회공공'의 안녕·질서를 유지하기 위해서만 발동될 수 있으며, 따라서 사회공공의 안녕질서와 직접적 관련이 없는 생활관계는 경찰권발동의 대상이 되지 않는다는 원칙을 말한다.

우리나라의 경우 이 같은 경찰공공의 원칙은 종래 경찰권의 남용으로부터 국민을 보호하기 위하여 경찰권의 조리상의 한계를 확정하기 위한 법원칙의 하나로 다루어 왔다.<sup>60)</sup>

경찰공공의 원칙은 다시 사생활불가침의 원칙, 사주소불가침의 원칙, 민사관계불간섭의 원칙으로 나누어 볼 수 있다.<sup>61)</sup>

### 1) 사생활불가침의 원칙

경찰은 사회공공의 질서와 직접 관계없는 개인의 사생활에 간섭할 수 없다는 원칙을 말하는 바, 여기서 '사생활'이란 일반사회생활과 직접 관계되지 아니하는 개인의 생활활동을 의미한다. 이 경우 경찰이 관여할 수 없는 사생활의 범위를 어떻게 정할 것인가가 문제시되는데, 이 문제는 결국 사회통념에 따라 결정될 수 밖에 없을 것이다.

다만, 개인의 사생활일지라도 그것이 동시에 공공의 안녕·질서에 대해 위협을 미치는 때에는 예외적으로 경찰권이 발동될 수 있다.

### 2) 사주소불가침의 원칙

경찰은 사주소내의 생활활동에 대해서는 관여할 수 없다는 원칙을 말하는 바, 이는 헌법상의 Privacy 보호의 요청을 경찰법상으로 확인한 것이라고 볼 수 있다. 여기서 '사주소'란 일반사회와 직접적인 접촉이 없는 장소를 의미한다. 다만 흥행장·여관·음식점·역 등과 같이 일정한 조건하에 불특정 다수인의 이용에 개방되어 있는 개인의 거주장소는 그 개방시간 중에는 공공의 안녕·질서에 대한 위협이 발생할 개연성이 높다고 할 수 있으므로, 그 시간 중에는 사주소에 속하지 않는다. 한편 사주소내의 행위일지라도 그것이 공공의 안녕·질서에

60) 강구철, 경찰권의 근거와 한계, 고시연구, 1991.9, 81면 이하; 김영훈, 경찰권의 근거와 한계, 사법행정, 1990.10, 51면 이하.

61) 이에 대한 자세한 논의는 서정범, 전제논문 참조.

대해 위해를 미치는 때에는 예외적으로 경찰권발동의 대상이 될 수 있다.

### 3) 민사관계불간섭의 원칙

개인의 재산권의 행사, 계약관계 등은 개인적 이해에 관계되는데 그치고 공공의 안녕·질서에 대한 위해가 발생할 개연성이 적은 영역이며, 또한 이러한 영역에서 일어나는 분쟁은 본래 민사소송의 방법으로 해결해야 할 성질의 것이다. 따라서 경찰권은 이에 관여할 수 없는 바, 이를 민사관계불간섭의 원칙이라 한다.

다만 이러한 민사관계의 영역에 있어서도 법원에의 제소가 때를 놓칠 우려가 있거나, 사인의 자력구제 역시 충분치 않은 때가 있는 바, 이 경우에는 경찰권이 보충적으로 발동될 수 있다.

## 3. 경찰비례의 원칙

경찰비례의 원칙이란 경찰은 구체적인 목적을 실현함에 있어서 그 목적과 수단간에는 합리적인 비례관계가 유지되어야 한다는 원칙이다. 즉, 경찰비례의 원칙이란 경찰은 가능하고 적절한 다수의 조치 가운데 개인과 일반인에게 침해가 가장 적은 조치라고 예상되는 것을 취하여야 하며, 조치는 추구하는 결과에 비해 명백히 불이익이 큰 경우에는 허용되지 않으며, 또한 조치는 그 목적이 달성되거나 달성될 수 없음이 명백해진 경우에는 허용되지 않는다는 원칙이며, 과잉금지의 원칙이라고도 한다.<sup>62)</sup> 이러한 경찰비례의 원칙은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 상당성의 원칙으로 이루어져 있으며, 비례성심사도 이러한 세부원칙의 순서에 의하여 진행된다.

적합성의 원칙이란 경찰수단은 공공의 안녕과 질서에 대한 위협의 방지에 적합하고, 또한 이러한 수단을 사용하는 것이 법적으로 그리고 사실적으로 가능하여야 한다는 원칙이다. 따라서 경찰의 직무수행에 적합하지 않거나 무용한 수단 또는 사실상, 법적으로 불가능한 수단 등은 적합성의 원칙에 반한다.

필요성의 원칙이란 경찰의 조치는 경찰목적을 위하여 필요한 것이상으로 행해져서는 안된다는 것을 의미하며, 최소침해의 원칙으로 불려 지기도 한다. 즉, 경찰수단 중 적합한 수단이

---

62) 비례의 원칙의 중심개념인 비례의 개념은 1802년 독일의 Von Berg에 의하여 처음 사용되었으며, 이는 과도하지 않다, 상당하다, 합리적이다, 기대가능성이 있다, 필요하다, 불가결하다, 대체가능하다 등의 의미와 대체로 동의어로 사용되고 있다. 그러나 보충성의 원칙, 이익형량, 수인가능성의 원칙 등은 비례의 원칙과 구분되는 개념이다. 이에 대한 자세한 논의는 서정범, 전 계논문, 145면 이하 참조.

있는 경우 경찰은 이 가운데 관계인에게 가장 피해가 적은 수단을 사용하여야 한다는 원칙이다.

상당성의 원칙은 어떤 조치가 경찰목적의 실현에 적합하고 필요한 수단이라 하더라도 그 조치를 취함에 따른 불이익이 그것에 의하여 나타나는 이익보다 큰 경우에는 그 조치를 취해서는 안된다는 원칙이며, 이를 협의의 비례의 원칙이라고 한다.

## VI. 맺는 말

지금까지 해양경찰과 관련한 법적 문제에 대하여 법이론적으로 정립하여야 할 문제와 법체계적으로 개선하여야 할 문제에 대하여 간단하게 살펴 보았다. 위에서 본 것처럼 해양경찰은 해양이라는 특수한 공간적 상황에서 발생하는 각종 위험상황에 대하여 전문적이고 체계적인 대응이 필요하나 아직까지 조직상의 체계가 갖추어진 지가 얼마되지 않아서 많은 제도적 보완이 필요하다고 본다. 특히 해양경찰의 법적 개념과 관련하여 직무범위에 대한 명확한 입법화, 해양경찰의 조직 및 작용에 대한 법적 근거의 구체화, 해양경찰권발동의 일반적 요건과 한계에 대한 법이론적 정립, 해양경찰에 대한 일반법의 제정 및 개별 해양경찰 관계법의 문제점 보완 등 많은 법이론 및 법체계적인 정비의 필요성이 제기되고 있다.

## 참고문헌

- 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 2006.
- 박상희·서정범, 경찰작용법의 정비방안, 한국법제연구원, 1996.
- 이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990. 2.
- 이기우, 경찰작용에 대한 특별수권조항, 수사연구 1991. 1.
- 이기춘, 위험방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 2003.
- 이기춘, 경찰질서상 위험개념 및 표현위험과 위험의 의심, 공법연구 제31집 4호, 2003.5
- 정하중, 독일 경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향, 사법행정 1994. 2, 3.
- 김남진, 지방자치와 경찰법 - 경찰작용법을 중심으로,公安행정논총 제4호, 동국대公安행정연구소, 1987, 87면.
- 홍정선, 경찰권의 법적 근거로서 개괄조항, 공법이론의 현대적 과제, 구병삭 박사 정년기념논문집, 1991, 731면 이하.
- 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대 박사학위논문, 1992.
- 홍정선, 경찰의무, 고시계 1991. 4.
- 서정범, 경찰개입청구권, 안암법학 제2집, 1994.
- 서정범(역), 독일경찰법론, 세창출판사, 1998.
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986.
- Friauf, Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988.
- Götz, Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 1993.
- Knemeyer, Polizei-und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 1993.
- Kugelmann, Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, DöV 2003, S. 781 ff..
- Leisner, Die polizeiliche Gefahr zwischen Eintrittsanscheinlichkeit und Schadenshöhe, DöV 2002, S. 326 ff..
- Reichert/Röber, Polizeirecht, 3. Aufl., 1988.
- Schwabe, Die Polizei der Polizei, DVBl. 1991, 257 f.