

## 친밀관계에서의 경찰권 한계론의 실제와 법적 고찰

- 학대 아동의 안전 확보를 소재로 하여 -\*

### The actual state and the legal consideration of the police rights limitation within intimate relations

- With regard to securing the safety of Abused children -

박 응 광\*\*

Park, Woong-Kwang

#### 《 목 차 》

I. 들어가며

II. 경찰권 한계론의 유효성

III. 한계론의 대체·보완재로서의 규범명제 논의

IV. 여론: 사법경찰과 행정경찰의 구분 관련 문제

V. 나오며

┃투고일자: 2024년 05월 03일 ┃ 심사일자: 2024년 05월 12일 ┃ 게재확정: 2024년 05월 22일

\* 이 논문은 2021년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임  
(NRF-2021S1A5B5A17054173).

\*\* 법학박사, 영남대 천마인재학부 강사, 연구교수

## [국 문 초 록]

아동학대 사건에서 경찰권 개입의 요청이 큰 만큼 현실적으로는 아동전문기관과의 사건 미루기 등으로 인해 실효적으로 피해자를 보호하지 못하는 결과로 이어지는데 이는 종래 전통적 경찰법 이론이 경찰권의 한계론에 기인한 측면이 있다. 아동의 보호는 복지 행정에 해당하고 경찰은 범죄 체포라는 사법적 작용에 해당한다는 점에서 접근 방식이 다르고, 설령 범죄예방 측면인 경찰 작용이라 하더라도 경찰은 치안 예방이라는 소극적 목적으로만 발동되어야 한다는 경찰소극목적론 내용으로 하는 조리상 한계론으로 인해 그 개입이 실효적이지 못하다고 볼 수 있기 때문이다. 경찰권 한계론은 일본에서 경찰 실무가 출신들로 인해 상당한 비판을 받고 있으며 헌법상 원리로 대체가능하다고 한다. 우리나라의 경우 일본만큼 논의는 활발하지는 않으며 소개하는 정도로 그치고 있지만 기존 한계론을 극복하자는 움직임이 나타나고 있다.

그럼 여기서 한계론을 극복하자는 의도에서 경찰은 아동학대 사건과 같은 친밀한 관계 내지 친밀영역에서 어떻게 경찰이 개입하여야 하는가의 문제가 제기된다. 경찰 권력의 비대화를 견제한다는 측면에서 무조건적인 경찰 개입은 지양되어야 하며 이는 관계 회복이라는 회복적 경찰의 모토 아래 법의 안전이 아닌 법에 의한 안전이라는 패러다임의 전환을 통해 피해자의 안전 확보를 우선시하는 정책이 필요하다고 본다.

독일의 경우 행정기관과의 관계에서 보충적, 보완적으로 경찰의 개입이 이루어지는데 명문규정이 없는 우리나라의 경우 이를 그대로 수용하기에는 검토가 요구되나 그 시사하는 바를 현실에 적용할 수는 있을 것이다. 막연하게 한계론이라는 이론이 아닌 현장에서의 기관간의 연대 내지 연계를 담보하기 위한 규범명제 예컨대 보충성이론이나 위험 개념 등을 통해 피해 아동을 실효적으로 보호하고자 하는 해석론이 제시될 수 있다.

### 주제어

아동 학대, 경찰권의 한계론, 행정경찰, 사법경찰, 아동의 안전

## I. 들어가며

본고는 최근의 아동학대 사건들<sup>1)</sup>을 소재로 하여 친밀 관계에서의 학대 아동에 대한 경찰권의 선제적 개입이 실효적으로 이루어지지 못한 원인 중 하나로 전통적 경찰법 이론인 경찰권의 한계론이 실무의 신속한 대응에 어떠한 영향을 미치고 있는지 이론과 실무의 측면에서 논의를 전개해 보고자 함에 있다. 그 연구 결과로서 실정법으로 대체가 가능한지, 아니면 새로운 한계론 및 다른 규범명제로서의 기능을 수행할 수 있는지 살펴본다. 나아가 이와 관련하여 최근에 개정된 아동학대처벌법의 규정을 경찰과 행정기관과의 연계, 그리고 사법경찰과 행정경찰과의 구분이라는 테마와 결부하여 경찰권 개입과 조화로운 해석이 가능한지 여부에 대한 검토를 통하여 궁극적으로 학대 아동인 피해자를 실효적으로 보호하기 위한 정책적인 제언을 하고자 한다.

먼저 최근 친부모 또는 양부모로부터 학대를 받고 있는 아동 피해자를 보호하고자 경찰의 선제적이고 적극적인 개입을 요구하는 목소리가 커지고 있는 상황에서 이에 대응하여 경찰의 피해자의 안전 확보를 위한 법·제도적인 개선 방안 논의가 활발하다. 이와 관련하여 친밀한 영역 또는 사적 영역이라는 특수성에 착안하여 경찰 개입의 한계로서 작용하고 있는 ‘경찰권의 한계론’이 현장 실무를 정서하고 상호 호순환시키는 기제로서 그 유효성을 가지고 있는지 살펴볼 필요가 있다.

경찰권의 한계론을 친밀관계 특히 학대 아동에 대한 경찰 개입의 회피 수단으로 전략해 버렸기 때문에 실정법 위주의 해석으로 경찰 실무의 대응을 개선해 가야 한다는 입장과 여전히 법치주의적 관점에서 그 유효성이 존재한다고 하는 입장의 대립을 상정할 수 있다. 만약 후차처럼 그 유효성이 여전히 존재한다고 한다면 현실에서 일어나고 있는 경찰 개입의 당위성을 제고하기 위해 어떠한 명제로서 파악해야 하는지를 국, 내외의 논의와<sup>2)</sup> 그 구체적 검증 사례를 통해서 실질

1) 최근 2024년 4월에 발생한 강릉 8세 아동 사망사건, 2023년 2월 인천 아동학대 사망 사건(시우 사건), 그리고 전 국민을 공분케 한 2020년 18개월 입양아 학대 사망 사건(정인이 사건)이 대표적으로 한 해 평균 40명 정도가 아동 학대로 사망하고 있다. 2018년 28명을 비롯하여 2022년까지 매년 40-50명이 사망하였는데 가족유형은 친부모가정이 가장 많은 것으로 나타났다. 구체적으로는 2022 아동학대 주요통계, 보건복지부 참조.

2) 전통적 경찰(행정)법 이론인 경찰권의 조리상 한계론에 대해서는 대부분의 단행본(경찰법, 행

적이고 효과적인 범죄예방 및 피해자 보호를 도모할 수 있는지에 대해서 논증하고자 한다(Ⅱ).

다음으로 아동 학대를 예방하기 위한 경찰 활동의 효과를 제고하기 위해서는 경찰권과 다른 행정기관과의 효율적인 연계가 탄력적으로 요청되는 바, 최근 개정된 아동학대처벌법과 관련하여 신고를 받은 후 행정기관의 즉시 조사 및 경찰의 즉시 수사 착수 규정을 어떻게 파악해야 할지 고찰하고자 한다. 이는 앞의 경찰권 한계론의 재정립과 연결선상에 있다고 할 수 있기 때문에 관련해서 검토할 필요가 있다(Ⅲ). 그리고 행정경찰작용과 사법경찰작용의 구분이 실제 현장에서 경찰권 개입에 어떠한 영향을 미치고 있는지도 아울러 검토한 뒤(Ⅳ) 논의를 정리하고자 한다(Ⅴ).

## Ⅱ. 경찰권 한계론의 유효성

정법, 경찰행정법)에서는 의의 및 연혁, 그리고 내용이 언급되어 있지만 경찰권의 한계에 대한 비판론 같은 논의는 소개되어 있지 않다. 연구보고서 및 단행논문으로 경찰권의 한계론 및 경찰공공의 원칙에 대한 개별적 검토가 있었으며(박정훈·정초영, “사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구 - 경찰공공의 원칙에 대한 비판적 검토-”, 치안연구소, 2001; 조만형, “전통적 경찰권의 한계법리에 대한 재검토”, 토지공법연구 제28권, 2005; 최영규, “경찰의 개념과 경찰법의 범위-실질적 경찰개념의 유용성 검토-”, 행정법연구 제25권, 2009; 박응광, “경찰권의 민사관계불간섭 원칙에 관한 소고-일본에서의 논의를 중심으로-”, 공법학연구 제15권 제3호, 2014 등), 최근의 논의로는 서정범, “경찰행정법의 새로운 이론적 체계의 구축을 위한 소고”, 홍익법학 제18권 제1호, 2017; 이진수, “경찰권의 확대·집중 정향과 이에 대한 법치주의적 견제-행정경찰과 사법경찰 구별론의 관점에서-”, 법학논집 제21권 제3호, 2017; 전현욱 외 5인, “피해자보호를 위한 경찰개입의 한계요인과 법제도적 개선방안에 관한 연구”, 형사정책연구원 연구총서, 2017 등의 연구가 진행된 바 있다.

아동학대를 비롯한 친밀관계에서의 위험 예방을 위하여 공권력 발동의 문제점 및 그 개선방안에 대해서도 연구가 진행되었지만 특별법상의 관련 조문의 분석이 주된 내용이었고 경찰권의 한계론과는 유기적으로 검토되지는 않았다. 경찰권 한계론에 대한 시론적인 문제 제기도 있었지만(대표적으로 서정범) 여전히 경찰권 불행사라는 유사한 문제가 반복적으로 제기되고 있는 현 시점에서 이론과 실무에 대한 현상을 진단하고 그 간극을 가능한 한 좁히려는 시도는 계속되어야 한다고 본다. 특히 이론과 실무의 대립을 극명하게 보여주고 있는 일본에서의 상황이 우리나라에서도 통용될 수 있는 논의인지 검토가 필요하다고 보며 관련하여 아동학대 처벌법 등의 규정 등을 실증적으로 검증할 수 있는 계기가 될 수 있다고 본다.

## 1. 친밀관계에서 경찰 개입의 요청

인권의식이 높아짐에 따라 ‘법이 들어가지 않는’ 영역이었던 친밀 영역<sup>3)</sup>(가족, 부부, 연인 사이 등)이나 특별한 지배-종속관계가 인정되어왔던 학교, 교도소 등에 대해서도, 약자의 인권을 지키기 위한 법률이 제정되기에 이르렀다. 「가정폭력 방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」, 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법<sup>4)</sup>」(이하 아동학대처벌법이라 한다) 등이 대표적이고 스토킹에 대해서도 몇 번의 법안 제출을 반복하다가 최근 제정된 바 있다.<sup>5)</sup> 국민의 생명과 신체 및 재산의 보호는 ‘자유’의 전제조건이라 할 수 있고 이러한 ‘안전’의 확보는 국가의 기본적인 임무에 해당한다. 이렇듯 입법에 의한 행정의 사회 개입에는 약자를 구하고

- 
- 3) 친밀권, 친밀관계라고 표현할 수도 있으며 이는 처벌의 관점이 아니라 관계 회복의 관점에서 접근되어야 하는 영역이라 할 수 있다. 경찰권 발동은 응보적인 관점보다는 회복적 사법(경찰)의 담론하에 기존의 형사사법제도를 보완하는 측면에서 이루어져야 한다. 친밀의 영역이 일반적으로 가족이나 연인 등의 관계를 말하는 것이지만 층간 소음으로 인한 분쟁이 발생한 경우도 회복적 사법(경찰)의 대상으로 파악할 수 있기에 사안에 따라서는 사례의 일부를 포섭할 수 없는 결과가 발생할 수도 있다. 친밀 개념의 대안으로서 생활권 내지 밀접거리관계를 염두에 둔다면 아동의 경우 예컨대 어린이집의 경우는 이에 충분히 포함시킬 수 있기 때문에 포섭의 문제는 발생하지 않을 것이다. 특히 본고의 친밀 영역은 주로 아동을 소재로 한다는 점에서 가족 재통합 등 관계의 회복의 가치에 전형적으로 부합한다. 일단, 본고에서는 논의의 보편성 차원에서 친밀관계, 친밀 영역을 관계회복의 대상이라는 점에서 주로 일반적으로 인식되고 있는 개념으로 하고 이에 경찰권이 초기에 개입하여 중대 범죄로의 발생을 미연에 방지할 수 있도록 하는 법리에 포인트를 둔다는 점을 밝힌다. 이에 대한 자세한 논의는 박용광, “갈등조정자로서의 경찰 활동에 대한 소고-회복, 자치경찰, 밀접거리관계의 관점에서-”, 법이론실무연구 제11권 제3호, 2023. 67-91면 참조.
- 4) 아동의 양육은 가족구성원 차원의 과제일 뿐만 아니라 사회구성원 모두의 관심이 필요한 사안으로서, 아동에 대한 학대행위는 성장 단계에 있는 아동의 정서 및 건강에 영구적인 상처를 남길 수 있으므로 그 대상이 성인인 경우보다 엄격한 처벌과 교화가 필요한바, 아동학대범죄에 대한 처벌을 강화하고 아동학대범죄가 발생한 경우 긴급한 조치 및 보호가 가능하도록 제도를 마련함으로써, 아동학대에 대한 강력한 대처와 예방을 통해 아동이 건강한 사회구성원으로 성장하도록 하려는 차원에서 2014년에 제정되었다. 이 법률의 제정에는 2013년 철곡 계모 아동학대 사망 사건, 울산 아동학대 사망 사건이 계기가 되었다.
- 5) 스토킹이 범죄임을 명확히 규정하고 가해자 처벌 및 그 절차에 관한 특례와 스토킹범죄 피해자에 대한 각종 보호절차를 마련하여 범죄 발생 초기 단계에서부터 피해자를 보호하고, 스토킹이 더욱 심각한 범죄로 이어지는 것을 방지하여 건강한 사회질서의 확립에 이바지하고자 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」이 2021년에 제정되었고, 이후 이 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」이 제정·시행된 것에 맞추어, 스토킹 방지 및 피해자 보호 제도를 마련할 필요성이 높아짐에 따라 「스토킹방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」이 2023년에 제정되었다.

사회의 부정을 바로잡는다는 것은 국가와 안전이 밀접불가분적인 관계에 있다는 점을 재확인할 수 있게 한다.

하지만 최근 일어난 ‘정인이 사건’을 비롯한 대부분의 아동학대 사건들은 관련 법률이 존재하고 있음에도 불구하고 제도적 공백이라고 평가할 수 있을 만큼 국민을 공분케 하였다. 특히 아동학대 신고를 여러 차례나 받고도 초기 대응에 실패한 경찰에 대한 비판이 컸고 관련 당사자들이 징계를 받는 결과에 이르렀던 사건도 많다. 이처럼 피해자를 보호하고 각종 위험의 발생을 방지하고자 여러 특별법을 제정하였고 공권력의 실효적인 선제 개입을 도모하려 했지만 초동 조치에 실패하는 사례들이 계속 발생하고 있는 것이다.

학대 아동의 경우 스스로 자신을 보호하기 어려운 상황에 있다는 점에서 그 피해의 중대성은 크다고 할 수 있고 ‘정인이 사건’ 외 다수의 아동 학대 사례를 통해 일반 국민들은 피해자의 생명과 신체를 국가가 적극 보호해주어야 함을 요청하고 있다. 아동학대와 같은 친밀관계에 있는 경우 이전과는 달리 피해자의 ‘안전’을 위하여 국가 공권력의 선제적이고 적극적인 개입이 요구되고 있는 실정이다.

## 2. 아동학대 사안에서 경찰 개입의 실제(實際)

### (1) 아동학대를 바라보는 시점의 차이

아동학대방지의 최우선과제의 하나는 학대를 받은 아동의 안전확보를 위한 아동보호기관과 경찰의 연계 내지 협력이다. 하지만 이 양자의 연계가 유효하게 기능하고 있지 않다는 점이 지적되고 있다. 연계를 저해하고 있는 요인으로서 다양한 것이 거론되고 있지만 가장 큰 요인의 하나로서 양 기관 각각에 있어서 양자가 안이하게 접촉하는 것에 대한 경계감이다. 그것은 아동학대라는 동일과제에 대해서 경찰과 아동보호기관과의 사이에 다른 해결 접근이 취해지는 것에 이유가 있다. 즉 이것을 단순화하면 ‘경찰은 보호자가 범한 문제에 대응하는 것에 대해서(형사사법 접근), 아동보호기관은 보호자, 가족이 관련되어 있는 문제에 대응하는(복지적 접근)’이라는 대립도식이다.<sup>6)</sup> 연휴의 기능 부전은 이러한 양 기관의

다른 접근에 대한 상호이해부족에 원인의 하나가 있다라는 해석이다<sup>7)</sup>.

실제 아동학대의 현장에서는 어떠한 경우에는 경찰의 도움을 빌리고 어떠한 경우에는 복지만으로 대응하는가라는 것에 관한 일관된 비전이 부재하다는 지적이 되고 있다. 아동보호기관 직원에 의한 복지적 접근만으로는 실효적인 조사가 불가능하고 적극적인 경찰의 개입을 기대할 수 밖에 없는 부분이 있는 점, 또한 한편 적극적인 경찰의 개입은 아동학대에 대해서 충분한 지식이 없는 그대로 아동에 대한 청취나 인근 주민에의 청취를 선행시키는 것으로 아동보호기관의 직무수행을 방해하는 것의 목소리가 들리며, 이러한 현장의 딜레마가 연휴를 불안정한 것으로 하고 있다는 점이다.

그러나 아동학대에 대한 대응은 아동보호, 가족의 재통합의 관점에서 강구되어야 하는 것이라면 경찰활동도 또한 위 관점에 따를 필요가 있고 경찰은 자기의 판단만으로 경찰조치 특히 범죄수사를 행하는 것으로 아동보호기관의 복지적 임무를 방해하여서는 아니 된다. 이러한 주장은 아동보호기관의 관할영역을 일반적으로 경찰로부터 자유로운 공간은 법적으로 자유로운 공간을 의미하지는 않는다. 구체적인 범죄행위의 발생에 있어서 혹은 아동의 안전확보에 있어서 경찰에 의한 조치가 필요로 인정되는 경우에는 예컨대 가정 내라도 경찰의 활동은 인정되어야만 한다. 각각의 기관이 독자적으로 접근하는 바람에 피해 아동이 양 기관 임무의 사이에 빠져버리고 마는 문제는 지금도 반복된다고 지적되어 왔다.

아동학대처벌법상 현장출동과 응급조치, 임시조치와 긴급임시조치 등이 제도화 되어 있지만 실제 발생한 사례들을 보면 현장 출동 경찰관들의 선제적이고 적극적인 개입이 이루어지지 않았고 그 결과 피해가 더 커진 것이 많다.<sup>8)</sup> 국민의

6) 아동복지법과 아동학대처벌법 간 복지와 형사특별법으로 대비시키는 해석 외 일본의 '아동학대방지등에 관한 법률'은 아동복지법을 보완하는 특별법으로 평가함을 소개하는 문헌으로는 장웅혁, "아동학대에 대한 경찰의 대응과 개선방안-경찰의 초기 대응과 법적 권한을 중심으로-", 경찰학연구 제17권 제1호, 2017, 92면.

7) 수사기관이 아동학대 사건에 대한 판단을 전문기관에게 떠넘기는 상황, 이와 맞물려 아동학대를 중한 '범죄'로 보지 않고 민간기관에 떠맡기는 경찰기관의 안일한 인식을 지적하는 경우도 있는데 경찰소극목적의 원칙이나 경찰공공의 원칙과 같은 전통적 한계론이 오히려 장애 요인으로 작용하는 사례의 전형이라고 볼 수 있다(아동보호전문기관 뒤에 숨은 경찰, 아이는 결국 숨졌다, 출처: <https://www.nocutnews.co.kr/news/5356741> 2024. 5. 14. 방문).

8) 이와 관련된 일선 경찰관들의 인터뷰 내용을 보면, 구체적 위험의 존재 여부가 불확실한 상태에서 타인의 주거에 침입할 수 없다는 실무상 고충을 얘기하고 있는데 이는 기본방침과 같은 매뉴얼의 부존재 내지 불통일과 더불어 타인의 가정 내에 경찰권 발동을 적기 내지 조기에

생명과 신체를 보호하는 파수꾼 역할의 경찰 입장으로서는 당연히 개입을 해야 함이 요구되지만 일선 경찰의 인식은 그렇지 않은 것 같다. 특히 아동학대의 보호를 위한 학대예방경찰관(APO: Anti-abuse police officer)이 이미 경찰 내 대표적인 기피 보직으로 전락했고 업무 피로도가 높다는 점<sup>9)</sup>, 그리고 자칫 잘못하면 민원에 시달릴 위험마저 크다는 점에서<sup>10)</sup> 현장 일선의 분위기는 당연 규범으로서의 이론과는 사뭇 달라 보인다.

결론적으로 아동학대와 관련하여 경찰과 아동보호전문기관의 안일한 대응을 비판하는 여론이 높은데다가 경찰과 아동보호전문기관 간 책임을 회피하는 상황이 발생하고 현장에선 피해자인 학대 아동 대신 부모의 말만 듣고 상황을 판단해 버리는 경우가 많다는 점에서 그 시스템상 오류가 있다는 지적도 많다.<sup>11)</sup>

## (2) 경찰권 한계론의 비판론

전통적인 경찰법 이론에 의하면 사적인 영역을 대표하는 친밀관계에 대한 경찰권 발동은 특히 신중해야 한다는 이른바 경찰권의 한계론이 경찰 공권력 행사의 통제이론으로 자리잡고 있다. 경찰소극목적의 원칙, 경찰공공의 원칙 등은 사

---

발동할 수 없다는 한계를 드러낸 것으로 볼 수 있다. 또한 긴급입시조치의 실효성 확보수단의 부재 등 피해 아동의 안전확보를 위한 실효성 있는 조치가 이루어지지 못하는 현실적인 문제점 등을 알 수 있다. 이에 대해서는 김 혁·김학경, “가정폭력·아동학대에 대한 경찰개입의 한계요인과 개선방안”, 경찰학연구 제18권 제1호, 2018, 17면 이하의 인터뷰 내용 참조.

- 9) 박완주 더불어민주당 의원실에 따르면 2020년 10월 기준 APO 628명 가운데 경사 미만 하위 직급은 74.4%를 차지한다. 이제 갓 경찰이 된 순경 비율도 10.7%였다. 경찰은 가해 부모 민원 등 정신적 에너지 소모가 많은 APO는 업무 부담이 커 1년 내 보직 변경 비율이 40% 정도라고 설명하고 있다(출처: <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2021011410314676901>, 2024. 5. 15. 방문)
- 10) 아동 학대를 수사하다 형사와 민사 고소에 정직 처분까지 받았던 일선 경찰은 “온갖 쏟아지는 민원과 매일같이 사무실에 찾아오는 가해 부모와 그 주변인들, 직무유기와 직권남용에 분리할 때 내가 밀치면서 폭행했다고 독직폭행 등 온갖 죄목이란 죄목으로 형사와 민사소송 당했다”라는 경험을 언급하면서 경찰로서 아동학대 수사에 대해 적극적으로 지원하지 못한 심정을 토로한 바 있다(출처: <http://www.wikitree.co.kr/articles/607341>, 2024. 5. 9. 방문).
- 11) 예컨대 1, 2차 신고 등 초기에 수사가 이뤄지도록 대응 시스템을 개선해서 학대 아동을 조기에 보호해야 하는 한편, 타 기관과의 유기적인 업무가 이루어져 발견, 보호, 지원, 수사가 시스템적으로 잘 이뤄질 수 있도록 전담부서를 만드는 방안도 생각할 수 있지만, 시스템을 만드는 것에 그치는 것이 아니라 관리 시스템 안에 사건을 어떻게 담고 다루느냐가 중요할 것이다.



적 영역이 아닌 공공의 안전과 질서 유지를 위해서만 발동되어야 한다는 것을 표현하고 있다.<sup>12)</sup> 하지만 오늘날 이러한 한계론이 오히려 경찰권 발동의 장애 요인으로 작용하고 있지 않은가 문제된다.

경찰권의 한계론이 전제하고 있는 경찰 활동의 모델은 단순한 것이고 이것만으로는 임의활동을 포함한 오늘날의 다양한 경찰 활동을 파악할 수 없다. 경찰권의 한계론은 경직적인 것이 아니라 오히려 반복 수행되는 법 실천을 통한 해석 명제로 보아 새롭게 갱신될 가능성을 열어 줘야 할 것은 아닌가 생각된다. 이러한 가능성은 다양한 논의를 통해 이론과 실무의 상호 연결점을 모색한 결과로서 판단되어야 한다.

우리나라의 경우 경찰권 한계론에 대한 비판 논의가 그리 많지는 않고<sup>13)</sup> 대부분 교과서에 이른바 일본의 다나카 지로(田中二郎)의 한계론을 그대로 수용하여 기술하고 있다.<sup>14)</sup> 독일의 경우 우리나라와 일본과 같은 한계 이론은 찾아보기 힘들다는 점에서 일본에서의 이론 전개가 참고될 수 있다.

먼저 경찰권 한계론은 경찰 실무의 장애로서 그 내용은 헌법 내지 법률 규정에 의해 발전적으로 해소시킬 수 있고 경찰권 한계론을 재구성하여 위치지우기 보다는 법률에 의한 행정, 기본적 인권의 존중이라는 지도이념으로 대체할 필요가 있다는 입장이 있다<sup>15)</sup>. 이는 경찰 실무의 관점에서 실정법 규정을 중시하고 조리에 기한 한계론이 현실적으로 경찰 실무를 정체시키고 있다는 비판에 대응하는 것이다. 반면 경찰 활동에 대한 엄격한 법적 통제라는 관점에서 한계론의 성급한 일반원칙화 내지 헌법화에 신중해야 한다는 입장도 등장한다.<sup>16)</sup> 이는 실정법 규정 또한 한계론을 중심으로 한 경찰법이론을 베이스로 하여 논해야 한다고 본다.<sup>17)</sup> 이러한 논의는 실정법 규정에 대한 이론의 존재의의를 둘러싼 것이라

12) 박근성, 행정법강의, 박영사, 2024, 1369면 이하 참조.

13) 전통적 경찰권의 한계론의 무용성을 소재로 하여 그 재구축 시도에 관한 일본 논의를 소개하고 있는 우리나라 논문으로는 서정범, “경찰행정법의 새로운 이론적 체계의 구축을 위한 소고”, 541-544면. 이를 보완한 것으로는 서정범·김용주, “경찰행정법의 새로운 이론적 체계 구축과 경찰행정법의 위상 재정립”, 고려법학 제101호, 2021 참조.

14) 박근성, 앞의 책, 1369면. 경찰권의 한계는 경찰의 본질상 경찰행정법상 독자적인 의의를 갖는 측면이 없지 않지만, 경찰권 발동의 독자적인 위법근거로 볼 수는 없고 비례의 원칙 등 헌법 원칙이나 법의 일반원칙 등을 통하여 법적 구속력을 갖는다고 보고 있다.

15) 田村正博, 全訂 警察行政法 概説, 東京法令出版, 2011. 65면 이하 참조.

16) 米田雅宏, 警察權の限界論の再定位, 有斐閣, 2019, 440면.

17) 須藤陽子, 比例原則の現代的意義と機能, 法律文化社, 2010, 118. 경찰법이론 내지 경찰권의 한

말할 수 있다.

만약 이론이 실정법 규정과 그 괴리가 크다고 평가되는 경우 이론의 존재의의를 다시 판단할 필요가 있지만 실정법 규정 또한 그 규율밀도가 아주 낮은 경우에도 실정법 규정이 여전히 중요하다는 주장은 한계론이 담담해 온 법치주의적 이념을 희박화시킬 수 있다는 점이 우려된다. 규율밀도가 낮은 실정법 규정에 대해서는 이론과 실무 측면에서 모두 소극적으로 평가하고 있다.<sup>18)</sup> 경찰권의 적극적인 발동이 여의치 않은 즉 규율밀도가 낮은 실정법의 불비 내지 흠결의 경우 일반이론에 의해 이를 보충해야 할 여지가 있다고 본다.<sup>19)</sup>

정리하면, 아동학대 사건에서 경찰권 개입의 요청이 큰 만큼 현실적으로는 아동전문기관과의 사건 미루기 등으로 인해 실효적으로 피해자를 보호하지 못하는 결과로 이어지는데 이는 종래 전통적 경찰법 이론인 경찰권의 한계론에 기인한 측면이 있다고 본다. 아동의 보호는 복지 행정에 해당하고 경찰은 범죄 체포라는 사법적 작용에 해당한다는 점에서 접근 방식이 다르고, 실령 범죄예방 측면인 경찰 작용이라 하더라도 경찰은 치안 예방이라는 소극적 목적으로만 발동되어야 한다는 경찰소극목적의 내용으로 하는 조리상 한계론으로 인해 그 개입이 실효

---

계론이 무용한 것이라고는 생각하지 않으며 그 이유로 해석론뿐만 아니라 규범적인 의미와 역할도 담당할 수 있음을 들고 있다.

18) 요건이나 효과 등의 규정이 구체적이지 않고 단순히 추상적인 의미로만 규정하고 있는 것을 그 예로 들 수 있다. 이런 규정에 의해 국민의 기본권을 제한하는 공권력이 발동된다는 것은 법치주의의 원칙 상 허용되지 않으며 별도의 통제 원리가 필요할 것이다. 규율밀도가 낮은 실정법 규정이 존재하는 경우 실무가들도 그것만으로는 공권력의 발동 및 한계 요건을 준수할 수 없다는 점에 소극적으로 평가하고 있는데, 여기서 이러한 경우에도 여전히 경찰권 한계론 동원을 부정할 것인지에 대해 田村正博를 비롯한 실무가들의 입장이 명확하지는 않으나 다른 헌법 이론 등을 끌어올지언정 기존 경찰권 한계론을 인용하지는 않을 듯 하다. 이러한 일본 내에서의 비판론을 지지하는 입장이 늘어가고 있다고 평가하는 견해로는 서정범, 앞의 논문, 542면 참조. 일본 경찰(행정)법 문헌 상 우리나라의 경우와 달리 경찰권의 한계론 내용(경찰소극목적의 원칙 등)이 서술되지 않는 경우가 많다는 점도 일본 내에서의 기류를 짐작할 수 있다고 본다.

19) 일본 내에서의 경찰권 한계론의 비판을 그대로 수용하기에는 신중한 입장을 견지해야 하며 사례에 따라 그 운영의 결과도 다를 수 있음을 염두에 두어야 하지 않을까 한다. 민사관계의 경우 무조건 경찰권이 개입할 수 없다고 보는 것이 아니라 사안에 따라서는 당연히 경찰권 발동의 포섭 범위 내에 있다고 볼 여지도 있다. 사권의 보호를 위한 경찰권 개입 문제에 대해서는 박용광, “경찰권의 민사관계불간섭 원칙에 관한 소고-일본에서의 논의를 중심으로-”. 「공법학연구」 15(3), 2014; 김형훈·서정범, “사권 보호를 위한 경찰개입에 관한 연구-구체적 사례의 해결을 중심으로-”, 경찰학연구 제22권 제3호, 2022 참조.

적이지 못하다고 볼 수 있기 때문이다. 그럼 여기서 한계론을 극복하자는 의도에서 경찰은 아동학대 사건과 같은 친밀한 관계 내지 친밀영역에서 어떻게 경찰이 개입하여야 하는가의 문제가 제기된다. 경찰 권력의 비대화를 견제한다는 측면에서 무조건적인 경찰 개입은 지양되어야 하며 법의 안전이 아닌 법에 의한 안전이라는 패러다임의 전환을 통해 피해자의 안전 확보를 우선시하는 정책이 필요하다고 본다. 막연하게 한계론이라는 이론이 아닌 현장에서의 기관간의 연대 내지 연계를 담보하기 위한 규범명제 예컨대 보완성이론이나 위험 개념 등을 통해 피해 아동을 실효적으로 보호하는 해석론이 필요하다.

### Ⅲ. 한계론의 대체·보완재로서의 규범명제 논의

#### 1. 논의의 필요성

통상 행정기관의 법률집행은 당해 행정기관이 담당하는 것이 기본이고, 아동학대방지에 관한 법집행의 주된 담당은 아동보호기관이라는 점은 법령의 규정상 명확하다.<sup>20)</sup> 그러나 아동보호기관의 소관사항이라도 경찰관직무집행법 내지 형사법이 정한 요건사실의 발생에 있어서 경찰관이 자기에 부여된 권한을 행사하는 것은 부정되어서는 아니 된다. 그러나 한편으로 경찰에 의해 그 주체적인 권한 행사는 본래 아동보호기관이 담당해야 할 임무 수행과의 균형을 무너뜨리고 상호 책임을 전가시키는 등 원활한 연휴를 저해하는 원인으로 될 수 밖에 없다. 이로 인해 예컨대 경찰에 의한 범죄수사활동에 의해 가족의 재통합을 저해할 우려가 있다는 점, 또한 아동보호기관이 안전확보에 관련된 임무에 대해서 사실상 경찰에 의존하고 있다는 점, 나아가서는 그 결과 경찰조직에 의한 인적, 물적 수단의 제도적 투입에 의해 경찰이 아동보호기관의 임무를 인수한다는 경우가 많다. 또한 경찰에 의한 아동보호기관임무의 수행을 실질적으로 수행케 하는 것은 법률상 관할배분 시스템을 사실상 변경하는 것이 될 수 밖에 없을 것이다. 하지만 이는 어디까지나 아동 학대를 범죄로 본다는 전제 하에서 경찰의 대응이고 문제

20) 아동복지법 중 특히 제22조(아동학대의 예방과 방지 의무) 이하 조문 참조.

는 앞에서도 언급한 바와 같이 아동 학대를 범죄를 보지 않고 복지 사건으로 해결해야 한다는 - 그렇기에 경찰의 적극적인 대응은 주저된다는 - 개입의 부재 현상에 대한 것이다. 이를 극복하기 위해 한계론을 대체 내지 보완하는 규범 명제 논의가 필요하다는 전제 하에서 이를 위해 아동보호기관과 경찰의 관할경합을 규율하는 규범을 사태대응의 최적임자로 선정한다는 관점에서 어떻게 이론화하고 또한 가시화시키는가의 문제로 보기도 한다.<sup>21)</sup> 이하 이에 대해서 살펴본다.

## 2. 독일의 보충성(보완성)원리

독일의 경우 우리나라나 일본과 같은 경찰권의 한계 이론은 보이지 않으며 대신 경찰의 보충성 원리를 규정하여 행정기관과의 조화로운 협업을 유도하고 있다. 행정기관과 경찰의 관할 경합을 규율하는 독일 경찰법령은 양자의 조직 특성<sup>22)</sup>을 바탕으로 하는 연대의 모습을 제시하고 있는 점이 참고할 만하다. 독일 각주의 경찰법의 통일화를 도모해서 제정된 통일경찰법 모법초안(MEPoIG) 1a 조는 그 제1문에서 ‘경찰은 위협의 방지가 다른 행정청에 의해서는 불가능하거나 적시에 불가능하다고 인정되는 경우에 한해서 활동하는 것으로 한다’고 하고, 제2문에서 ‘경찰은 질서행정청이 파악한 것이 담당 행정청의 임무이행에 의해서 중요하다고 인정되는 모든 사항들을 지체없이 당해 행정청에게 보고하는 것으로 한다’고 정하고 있다.<sup>23)</sup>

21) 米田雅宏, 앞의 책, 443면.

22) 집행기관인 경찰관에 대해서는 ‘옥외 업무’ ‘현장과의 접근성’ ‘24시간 대응’ 등 기동력을 활용한 구체적 위협의 방어, 또한 행정기관에 대해서는 ‘옥내 업무’ ‘현장으로부터의 거리’ ‘처분을 통한 위협의 제압’ 등 전문적 지식을 활용한 추상적 위협의 방어가 그것이다. 이러한 특징은 어디까지나 상대적인 것이지만 이러한 조직 특성은 사태 대응의 최적임자의 선정에 있어서 법령 해석 시 충분히 고려되어야 하는 요소이다. 米田雅宏, 위의 책, 444면.

23) 이 조항의 포인트는 다음 다섯가지이다. 첫째 전문적 지식을 가진 행정기관을 통해 위협의 방어를 기본으로 한다. 둘째, 행정기관에 의한 위협의 방어가 불가능 내지 실효적이지 않은 경우에 비로소 경찰의 활동이 인정된다. 셋째, 행정기관에 의한 위협 방어가 불가능 내지 실효적이지 않다는 판단은 어디까지나 현장에서 활동하는 경찰관이 행한다. 넷째, 전문적 지식을 가진 행정기관에 의한 위협의 방어가 실시 가능하게 된 시점에서 경찰의 활동은 종료된다. 다섯째, 행정기관에 의한 위협 방어를 확실하게 하기 위해 경찰은 가지고 있는 정보를 지체없이 행정기관에게 제공한다는 점이다. 그리고 이 조항이 제시하는 규범 내용은 일반적으로 보충성 원리로 불리고, 기능적인 권력분립에 기한 경찰과 행정기관의 관할 경합을 규율하는 규범으로서 독일 각주에서 널리 승인되고 조문화된 것이다. 이 보충성 원리에 대해서는

이 보충성 원리는 임기응변에 대응가능한 경찰과 전문행정기관이 연동하는 모습은 현장에서 발생하고 있는 불안정한 연대를 적절하게 규율한다. 아동보호기관은 가족의 재통합을 지향하는 전문기관으로서 대응하고 경찰은 아동보호기관의 전문적 지식에 기한 대응을 저해하지 않고 긴급한 경우에 일시적으로 피해자의 안전을 확보하여 경찰과 전문기관간의 연대를 유효적절하게 행할 수 있게 한다.

일단 우리나라나 일본의 경찰법령에서는 독일과 같은 보충성원리를 명시적으로 규정한 조문이 존재하지 않는다. 그러나 보충성 원리 유사의 입법례로서는 일본의 경우 시정촌장에 의해 피난지시가 여의치 않은 경우에 경찰관에 의한 피난지시를 규정한 재해대책기본법 제61조 제1항, 제3항 등이 존재하고 이것은 보충성 원리가 일본의 법질서에서도 성립가능성 있음을 시사한다고 보고 있다.<sup>24)</sup> 우리나라의 경우 재해대책기본법이 동일하게 존재하지만 일본처럼 경찰의 권한 행사에 대해 구체적으로 규정하고 있지는 않고 있다. 긴급상황의 경우 경직범상 규정에 의해 권한 행사가 가능하다는 점에서 일본법의 해석과 크게 다르지는 않다고 본다.

### 3. 법의 안전(안정)에서 법에 의한 안전으로

한계론과 같은 추상적인 이론성이 강한 이른바 도그마화된 전통적 이론에 의해 경찰 활동의 보충성(엄밀히 말하면 소극성에 더 가까울 것이다)을 이끌어내기 보다는 독일의 보완성 원리가 보다 현실적으로 다가오는 점은 부인할 수 없다. 양 기관 간의 조직적인 특성을 반영한 적절한 관할 경합 배분은 실무적으로 운용이 되면서 많은 노하우 및 매뉴얼을 구축하였다고 할 수 있다.

가령 아동보호기관으로부터의 원조 요청을 받아 경찰이 해당 아동 학대 사건의 조사에 동행하는 경우 경찰은 아동보호기관과 함께 행동하는 것이기 때문에 아동보호기관에 의한 대응이 가능한지 여부에 대한 판단이 특히 문제될 여지는 낮을 것이다. 만약 그 원조 요청이 인근 주민으로부터 이루어져 현장에 급하게 출동한 경우에는 경찰이 조사의 요건 사실인 위험한 사태를 승인할 때 아동보호

米田雅宏, 앞의 책 외 藤田宙靖, 行政法の基礎理論 上卷, 有斐閣, 2005, 431면 이하 참조.  
24) 米田雅宏, 위의 책, 445면.

기관에 의한 대응이 불가능하거나 실효적이지 않다고 인정함에 있어서는 신중을 기해야 하는 것으로 나타난다. 아동보호기관의 전문적 직무집행을 방해할 우려가 있기 때문에 가급적 상황 판단을 객관적으로 해야 함을 요구한다. 경찰은 현장에서 입수할 수 있는 모든 사실 예컨대 아동의 우는 소리가 크게 들렸다는 점, 인근주민으로부터 아동 학대의 의심이 있다는 제보가 있었다는 점, 해당 가족이 과거에 아동 학대의 전력이 있었다는 점, 방문 시 피해 아동이 이례적으로 학대 사실을 부정하는 명확한 의사를 보인다는 점, 집 내부가 어지럽다는 점 등을 수집하고 이 사실을 철저하게 조사함이 우선시된다. 그리고 자신의 경험칙(해당 사실들을 종합하면 아동 학대의 개연성이 아주 높다는 판단 경험)에 비추어 손해 발생의 충분한 개연성까지 있음을 판단할 수 있다. 여기서 시간이 심야 시간대 또는 아동보호기관과 연락이 취해지지 않는 등의 사정으로 행정기관에 의한 조치가 기대할 수 없는 상황에 있는 점도 역시 같이 판단대상에 올라와 있어야 할 것이다.

독일의 보충성원리에 의하면 확실히 복지행정에 대한 경찰의 개입이라는 문제가 아니라 ‘피해자의 안전의 확보’에 관한 사항에 대한 경찰과 아동보호기관의 관할경합의 문제로 위치지우는 것이 가능하다는 점에서 기존 경찰소극목적의 원칙은 가상(假象)의 영역 즉 실재성(實在性)이 없다고도 할 수 있을 것이다.<sup>25)</sup>

그러나 경찰활동이 아동보호기관에 의한 복지적인 접근을 처음부터 저해하는 것이라면 이러한 이해의 일반화는 신중해야 할 필요가 있다는 식의 경계심이 발동되는데<sup>26)</sup> 경찰권의 한계론으로만 접근한 경우와는 반대의 상황에 빠질 가능성이 있기 때문에 아동의 보호라는 패러다임의 전환으로 기관 간의 연대 내지 협력의 실재를 이끌어내야 할 것으로 본다.

---

25) 오히려 보충성원리나 위험개념과 같은 규범 명제들이 경찰소극목적의 원칙 등과 같은 경찰권 한계론의 주변 부분에서 겨우 의식되고 있었다고 봐도 무방할 것이다. 기관 간 연대문제에 대해서 경찰권 한계론이 반드시 충분하게 대응할 수 없다는 점이 현실적인 운용 시 나타나고 있음을 감안한다면 보충성 원리나 위험개념 등의 명제를 규범화시켜서 이에 의해 기관 간 부조화의 문제를 해결하려는 것이 타당할 수 있다. 하지만 경찰권 비대화의 우려 역시 있기 때문에 경찰권의 적극적 개입으로 인한 행정기관의 기능 저하의 문제도 염두에 두어야 할 것이다.

26) 특히 일본에서의 경찰권 한계론 논의에서 제기되는 입장 중의 하나인데 그 이유로 경찰활동이 아동보호기관의 활동을 저해하는 경우 그 한도에서 경찰의 활동을 엄격하게 한정된 경찰법 규정과의 관계를 무시할 수는 없기 때문이라고 한다. 米田雅宏, 앞의 책, 440면 참조.

위에서 논의한 것을 우리나라에 시사점으로 반영할 수 있다고 할지라도 기관 간 연대의 구체적인 모습, 연계의 가장 기본적인 체제가 정해져 있는지 우선 큰 문제점으로 제기될 수 있다. 양 기관이 각각 역할이 명확하게 위치워지지 않고 연대가 중도반단적인 것, 혹은 불안정한 것으로 인정되고 있기 때문이다. 확실히 근래 이러한 문제를 해결해야 하는 실태조사에 기한 다양한 개선책도 제시되고 있다.<sup>27)</sup> 아동보호기관과 경찰의 인사고료나 합동연수회의 실시 등도 그 한 예이지만 양자의 협력의 상세 설계와 같은 기본방침에 대해서는 명확하다고는 말할 수 없다. 기본방침 없이 경찰과 아동보호기관과의 통일적, 일체적으로 운용되는 것은 상호 관할 영역을 애매하게 하고 균형있는 역할 분담을 저해하는 것으로 될 수 밖에 없다.

우리나라의 경우 지방자치단체의 아동학대 전담 공무원이 관련 신고 접수와 조사를 수행할 수 있도록 하는 내용의 아동학대처벌법이 2020년 10월부터 시행되었다. 기존 아동보호전문기관이 수행하던 현장 조사나 응급조치 등 관련조치를 지자체 소속 아동학대 전담 공무원이 대신 하도록 한 것이다. 하지만 전담 공무원이 부모 등 가해자의 자유권을 제한하는 일에 전문성을 가지고 잘 대처할 수 있는지에 대해서 의문이 제시될 수 있는데 이는 지자체의 목적이 복지 지원이라는 점과 무관하지 않다.

또한 2021년 1월에 즉시 수사 의무화, 현장조사 장소의 확대, 조사 결과 상호 통지, 현장조사 시 분리 조사의 의무화, 사법경찰관리의 교육 대상에 포함 등을 골자로 하는 아동학대처벌법을 개정한 바 있으며<sup>28)</sup>, 이후 법정형 상향 등을 추가 논의하여 아동학대 살해죄를 신설하였고 이 내용을 담은 개정안이 2021년 2월 26일에 국회 본회의를 통과하였고 2021년 3. 16. 시행되었다.

개정법을 보면 아동학대범죄 신고의무자의 신고가 있는 경우 시·도, 시·군·구 또는 수사기관은 정당한 사유가 없는 한 즉시 조사 또는 수사에 착수하도록 하였다(이 조항은 다른 신설 규정과 달리 시행일을 공포 후 1년으로 하였다). 아동학대방지와 관련된 범집행의 주된 담당자는 아동학대 전담 공무원 등이지만 개정

27) 예컨대 아동보호기관에 있어서는 직원이 실효적인 조사가 가능하도록 경호술의 연수를 받는 등 경찰과 동일한 기능을 담당하도록 하는 노력이 행해지는 외, 경찰에 있어서도 아동보호기관에 의한 복지적인 접근에 대한 충분한 지식의 습득에 더해 아동학대에 특화된 전문팀을 설계하는 등 양 기관의 교류점이 보이고 있는 것이다.

28) 이른바 정인이 사건을 계기로 개정되었다.

법은 경찰 또한 즉시 수사에 착수할 수 있게 하여 사태 대응에 있어서 적극성을 요구하였다.<sup>29)</sup> 하지만 양자의 연계라는 상세한 설계를 포함한 기본방침에 대해서는 명확한 언급이 없다. 경찰과 전담 공무원에 의한 기본방침이 있다고 하더라도 그 운용은 상호 관할영역을 애매하게 하고 균형된 역할분담을 저해할 우려가 있다는 목소리가 나온다.<sup>30)</sup> 이렇게 되면 경찰권 한계론의 연장에 불과할 것이기에 한계론을 알지 못하는 독일의 대응을 벤치마킹할 필요가 있다.

또한 신속하고 정확한 위험 판단을 위해서는 상호 정보 공유가 불가결한 바, 개정법은 사법경찰관리와 아동학대 전담공무원 간 현장출동 미동행 시<sup>31)</sup> 현장 조사 등의 결과를 상호 통지하는 규정을 신설하였다. 이 규정 또한 양 기관의 연계에 있어서 어떠한 역할을 담당하는지 운용 상의 결과를 지켜보아야 하겠지만 정보 공유를 통한 기관 간 연대를 꾀하는 독일의 경우를 보았을 때 반드시 필요한 입법적 조치였다고 보인다.

요컨대 여러 사건을 거쳐 이전보다 아동 학대에 대한 대응이 입법적으로 개선되었지만 현장에서의 대응이 과연 이와 괴리감없이 잘 이루어지는지는 아직 물음표를 제시할 수 밖에 없다. 경찰권의 한계론의 굴레를 완전히 벗어나느냐 아니면 독자적인 위법 근거로서의 성격보다는 보충적인 규범 해석 기준으로 삼아야 하느냐는 당장의 선택 문제가 아니라 향후 보다 충분한 검토가 이루어진 뒤 그 공감대를 형성해 나가야 한다고 본다. 가령 경찰소극목적의 원칙은 행정기관의 임무 수행에 대한 경찰에 의한 보완활동을 규율하는 명제로, 경찰공공의 원칙은 민사법원에 의한 분쟁 해결의 한계를 규율하는 명제로 하면서 손해 발생의 개연성을 위험 개념으로 포섭하여 함께 재구성하는 것이 무책임하게 또는 의도와는

29) 그 동안 아동 학대 사건을 실효적으로 처리하기 위해서 조사 및 수사 의무를 도입해야 한다는 목소리가 높았고 이것이 동 개정법에 반영되었다. 아동학대를 포함한 가정폭력 현장에 반드시 출입하여 현장 조사를 하여야 한다는 내용 등에 대해서는, 김잔디, “가정폭력에 대한 경찰대응의 현황과 과제”, 동북아법연구 제16권 제1호, 2022 참조.

30) 즉 아동학대 신고 접수 시 행정기관이나 경찰 등 전담기관이 조사, 수사에 착수해야 한다는 규정이 있더라도 현장에선 전담공무원과 경찰 간 서로 조사와 수사에 대해 업무를 떠넘기며 상대방에 책임을 전가하는 상황이 나올 것을 우려하고 있는데 이러한 전담기관을 아우르는 컨트롤타워가 필요하다고 본다.

31) 현장 출동 시 경찰과 전담공무원이 반드시 동행하도록 의무화할 필요가 있다는 견해로는 류기환, “아동학대 현황과 그 대응방안-행정조사와 경찰수사를 중심으로-”, 법이론실무연구 제9권 제1호, 2021, 26면. 하지만 심야시간 대나 그 외 전담공무원이 여러 사유로 연락이 안되는 등 부재의 사유가 발생할 수 있다는 점에서 강행규정화 함에는 신중할 필요가 있다고 본다.



다르게 한계론으로의 도피보다는 현실적인 해결책이 될 수 있다는 점에서 그 시론적인 검토의 가치는 있다고 본다. 법의 안정보다는 법에 의한 안전이 더욱 중요한 가치이기 때문이다.

#### IV. 여론(餘論)- 사법경찰과 행정경찰의 구분 관련 문제

통상 경찰 작용은 그 목적을 기준으로 하여 행정경찰작용과 사법경찰작용으로 크게 구별할 수 있다. 행정경찰작용은 본래적 의미의 경찰 개념 즉 실질적 경찰 개념을 전제로 하는 가장 전형적인 작용으로서 공공의 안녕과 질서 유지를 위한 경찰행정작용을 말한다. 행정경찰은 구체적 위협으로부터 사회 질서를 유지, 보호한다는 측면에서 위협의 예방 및 방지 활동을 본질로 하는 사전적이고 예방적 행위의 성격이 강조된다. 반면 사법경찰은 범죄의 수사 및 범인의 체포를 위한 형사사법작용에 해당하고 범죄 수사를 목적으로 하는 만큼 사후적이고 제재적인 성격을 가진다. 이러한 성격을 토대로 행정경찰은 행정법원리가 적용되어 행정소송의 대상이 되지만 사법경찰은 형사소송의 대상이 된다.<sup>32)</sup>

그러나 사법경찰작용인 경찰 수사 중에는 엄밀하게는 수사가 아니라고 볼 수 있는 것도 있고, 반대로 행정경찰작용이라고 하는 활동도 사법경찰의 작용과 크게 구별할 수 없는 경우도 있다는 점에서 양자를 언제나 정확하게 구별할 수 있는 것도 아니다. 직무질문, 소지품검사, 자동차 검문 등은 경찰관직무집행법에 근거하여 행해지는 행정경찰권의 행사이고 개념상 사법경찰권의 행사와는 구별되지만, 실제로는 특정한 행위가 행정경찰권의 행사, 사법경찰권의 행사 어디에 해당하는지 준별하기가 곤란하고 나아가 그 구별에 실익이 있는지 의문을 제기하고 있는 입장도 등장하고 있다.

개정법 제 10조의 4항을 보면 아동학대 신고의무자가 신고한 경우 수사기관은 정당한 사유가 없는 한 즉시 수사에 착수해야 함을 규정하고 있다. 여기서 수사라 함은 신고에 대응하는 후속 절차라는 점에서 사법경찰작용으로 이해할 수 있다. 사법경찰작용은 그 권리남용의 통제 차원에서 영장주의 내지 적법절차와 같

32) 사법경찰과 행정경찰의 상제는 이진수, 앞의 논문 참조.

은 사법적 통제원리가 적용되며 '수사'에 포인트를 둔다면 증거 등이 명확하지 않은 이상 학대아동사건에 적극적 개입을 하지 않을 우려 또한 존재한다고 볼 수 있다.

하지만 수사기관으로서의 경찰이 수사활동의 일환으로서 일상적으로 행하는 활동 중에는 국가 형벌권 발동의 준비행위로서의 수사에 해당하지 않는 것이 포함될 수 있다. 예컨대 현행범인의 제압, 방화범의 발생 억지 등은 엄밀히 말하면 범인의 발견 확보, 증거의 보전수집이라기 보다는 어디까지나 수사와 밀접하게 관련한 것 즉 경찰 고유의 활동이라고 볼 수 있다. 이처럼 경찰의 수사활동은 사법경찰의 작용이라는 측면에서 형사법에 의해 규율되지만 그 활동이 동시에 다른 행정목적을 달성하기 위해 행해진다는 측면에서는 행정법에 의해 규율되는 행정경찰 작용이라고 볼 여지도 있다. 이렇게 본다면 경찰권직무집행법 제2조(국민의 생명,신체 및 재산의 보호), 제6조(범죄의 예방과 제지), 제7조(위험방지를 위한 출입)에 의거하여 학대 아동이 있는 가정에 경찰권을 발동할 수 있다.

이처럼 사법경찰과 행정경찰의 엄격한 준별이 오히려 적절한 경찰 개입에 장애로 작용하고 있지는 않는지 아동 학대 사례에 있어서 신중히 접근할 필요가 있다. 아동학대처벌법의 현장출동과 응급조치, 임시조치와 긴급임시조치 등의 규정이 여기에 포함될 것이다.

이와 관련하여 행정경찰로 보는 경우 사법경찰에 비해 아동 학대의 가정에 진입할 가능성이 넓다고 하지만 개입 여부에 대한 판단은 현장 경찰이 한다는 점에서 책임을 부담해야 한다.<sup>33)</sup> 이에 대해서 향후 제기될 수 있는 과도한 책임과 민원 등에 시달릴 우려를 줄여주고 현장 경찰의 적극성도 높인다는 취지에서 면책규정을 두는 방안도 고려될 수 있다.<sup>34)</sup> 경찰관이 직무수행 과정에서 아동학대

33) 이는 앞에서 다루었던 독일경찰법 모범초안에서의 보충성 원리가 의미하는 내용 중의 하나이다(각주 22) 참조). 위험 개념의 판단, 특히 구체적 위험에 해당하는지 여부에 대한 판단은 일선 경찰관이 행하기에는 여러 부담이 따르고 이에 대한 법적 비난과 사회적 비난을 때로는 감수해야 하는 처지에 있다. 이로 인해 아동학대 사건에 있어서도 적극적 개입을 주저하거나 아동보호기관에게 그 책임을 미루는 등의 행태가 발생한다. 이런 측면에서 사법경찰과 행정경찰의 구분 문제에 있어서도 경찰권의 한계론 문제가 관련될 수 있다는 점에서 언급하는 것이다.

34) 정인이 사건 이후 경찰청은 경찰관이 직무수행 과정에서 아동학대 범죄를 알게 되거나 의심할만한 합리적인 사유가 있고 오로지 해당 아동의 이익을 위한 목적하에 적극적으로 응급조치나 긴급 임시조치를 한 경우 정당행위로 간주하는 규정을 신설해야 한다는 의견을 낸 바 있다 또 경직법상 감면 규정을 신설해 고의, 중과실이 없는 한 형사상 책임을 감경하거나 면

범죄를 알게 되거나 의심할만한 합리적인 사유가 있고, 오로지 해당 아동의 이익을 위한 목적하에 적극적으로 응급조치나 긴급 임시조치를 한 경우 정당행위로 간주하는 규정이나 고의 중과실이 없는 경우에 형사상 책임을 감면할 수 있도록 하는 것도 방안의 하나에 해당할 것이다.

## V. 나오며

이상의 쟁점들을 토대로 실정법에 기하지 않은 경찰권의 한계론은 더 이상 실무를 정서할 능력을 상실한 것인가에 대해서 최근 크게 대두되고 있는 사회문제 중의 하나이고 또한 경찰 활동 평가의 좌표축이라 할 수 있는 친밀관계에서의 국민의 생명과 신체 및 재산의 보호 특히 최근 개정된 아동학대처벌법을 소재로 하여 전통적인 경찰권 한계론을 실제 경찰 실무과 관련하여 어떻게 위치지울 수 있는지, 과연 오늘날에도 그 유효성이 크다고 할 수 있는지 검토해 보았다.

아동학대 사건에서 경찰권 개입의 요청이 큰 만큼 현실적으로는 아동전문기관과의 사건 미루기 등으로 인해 실효적으로 피해자를 보호하지 못하는 결과로 이어지는데 이는 종래 전통적 경찰법 이론이 경찰권의 한계론에 기인한 측면이 있다. 아동의 보호는 복지 행정에 해당하고 경찰은 범죄 체포라는 사법적 작용에 해당한다는 점에서 접근 방식이 다르고, 설령 범죄예방 측면인 경찰 작용이라 하더라도 경찰은 치안 예방이라는 소극적 목적으로만 발동되어야 한다는 경찰소극 목적을 내용으로 하는 조리상 한계론으로 인해 그 개입이 실효적이지 못하다고 볼 수 있기 때문이다. 경찰권 한계론은 일본에서 경찰 실무가 출신들로 인해 상당한 비판을 받고 있으며 헌법상 원리로 대체가능하다고 한다. 우리나라의 경우 일본만큼 논의는 활발하지는 않으며 소개하는 정도로 그치고 있지만 기존 한계론을 극복하자는 움직임이 나타나고 있다. 그럼 여기서 한계론을 극복하자는 의

---

제할 수 있도록 해야 한다고 주장했다. 실제로 미국 위스콘신주에서는 경찰이 합리적인 판단과 선의의 노력에 따라 가해자의 체포 결정을 내렸을 경우 민, 형사상 책임을 묻지 않고 있다. 다만 면책규정이 당초 취지와 다르게 남용될 가능성도 있기 때문에 보완책이 마련되어야 하며 면책특권의 법적 절차와 요건을 엄격하게 규정한 뒤 조기에 개입할 수 있게 하는 방식 등도 생각해보아야 할 것이다.

도에서 경찰은 아동학대 사건과 같은 친밀한 관계 내지 친밀영역에서 어떻게 경찰이 개입하여야 하는가의 문제가 제기된다. 경찰 권력의 비대화를 견제한다는 측면에서 무조건적인 경찰 개입은 지양되어야 하며 이는 관계 회복이라는 회복적 경찰의 모토 아래 법의 안전이 아닌 법에 의한 안전이라는 패러다임의 전환을 통해 피해자의 안전 확보를 우선시하는 정책이 필요하다고 본다. 독일의 경우 행정기관과의 관계에서 보충적, 보완적으로 경찰의 개입이 이루어지는데 명문규정이 없는 우리나라의 경우 이를 그대로 수용하기에는 검토가 요구되나 그 시사하는 바를 현실에 적용할 수는 있을 것이다. 막연하게 한계론이라는 이론이 아닌 현장에서의 기관간의 연대 내지 연계를 담보하기 위한 규범명제 예컨대 보충성이론이나 위험 개념 등을 통해 피해 아동을 실효적으로 보호하고자 하는 해석론이 제시될 수 있다.

## 《참 고 문 헌》

- 김잔디, “가정폭력에 대한 경찰대응의 현황과 과제”, 동북아법연구 제16권 제1호, 2022, pp.253-292.
- 김 혁·김학경, “가정폭력·아동학대에 대한 경찰개입의 한계요인과 개선방안”, 경찰학연구 제18권 제1호, 2018, pp.9-35.
- 김형훈·서정범, “사권 보호를 위한 경찰개입에 관한 연구-구체적 사례의 해결을 중심으로-”, 경찰학연구 제22권 제3호, 2022, pp.117-153.
- 류기환, “아동학대 현황과 그 대응방안-행정조사와 경찰수사를 중심으로-”, 법이론실무연구 제9권 제1호, 2021, pp.9-33.
- 박균성, 행정법강의, 박영사, 2024.
- 박응광, “경찰권의 민사관계불간섭 원칙에 관한 소고-일본에서의 논의를 중심으로-”, 공법학연구 제15권 제3호, 2014, pp.261-287.
- 박응광, “갈등조정자로서의 경찰 활동에 대한 소고-회복, 자치경찰, 밀접거리관계의 관점에서-”, 법이론실무연구 제11권 제3호, 2023, pp.67-91.
- 박정훈·정초영, “사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구 - 경찰공공의 원칙에 대한 비판적 검토-”, 치안연구소, 2001.
- 서정범, “경찰행정법의 새로운 이론적 체계의 구축을 위한 소고”, 홍익법학 제18권 제1호, 2017, pp.531-553.
- 서정범·김용주, “경찰행정법의 새로운 이론적 체계 구축과 경찰행정법의 위상 재정립”, 고려법학 제101호, 2021, pp.45-76.
- 이진수, “경찰권의 확대·집중 정향과 이에 대한 법치주의적 견제-행정경찰과 사법경찰 구별론의 관점에서-”, 법학논집 제21권 제3호, 2017, pp.143-168.
- 장응혁, “아동학대에 대한 경찰의 대응과 개선방안-경찰의 초기 대응과 법적 권한을 중심으로-”, 경찰학연구 제17권 제1호, 2017, pp.89-111.
- 전현욱 외 5인, “피해자보호를 위한 경찰개입의 한계요인과 법제도적 개선방안에 관한 연구”, 형사정책연구권 연구총서, 2017.
- 조만형, “전통적 경찰권의 한계법리에 대한 재검토”, 토지공법연구 제28권, 2005, pp.287-324.

최영규, “경찰의 개념과 경찰법의 범위-실질적 경찰개념의 유용성 검토-”, 행정법  
연구 제25권, 2009, pp.351-370.

田村正博, 全訂 警察行政法 概説, 東京法令出版, 2011.

須藤陽子, 比例原則の現代的意義と機能, 法律文化社, 2010.

米田雅宏, 警察權の限界論の再定位, 有斐閣, 2019.

藤田宙靖, 行政法の基礎理論 上卷, 有斐閣, 2005.

[ABSTRACT]

**The actual state and the legal consideration of the police  
rights limitation within intimate relations\***

**- With regard to securing the safety of Abused children -**

**Park, Woong-Kwang\*\***

As there is a large request for police intervention in child abuse cases, in reality, it leads to the inability to effectively protect victims due to delays in cases with specialized child agencies, which is due to the traditional theory of police law. This is because the approach is different in that the protection of children corresponds to welfare administration and the police correspond to the judicial action of criminal arrest, and even if it is a police action, which is a crime prevention aspect, the intervention can be considered ineffective due to the theory of limitation in terms of logic that the police should be invoked only for the passive purpose of preventing security. The theory of limitation of police power is being criticized considerably by former police practitioners in Japan and can be replaced by constitutional principles. In the case of Korea, discussions are not as active as in Japan, and only to the extent of introduction, but there is a movement to overcome the existing limitation theory. Here, with the intention of overcoming the limitation theory, the question of how the police should intervene in intimate relations or intimate areas such as child abuse cases is raised. In terms of checking the enlargement of police power, unconditional police intervention should be avoided, which requires a policy that prioritizes the safety of victims through

---

\* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2021S1A5B5A17054173).

\*\* Chunma Honors School of Yeung-nam university. LL.D., Research Professor/Lecture

a paradigm shift of safety by law, not by law, under the motto of restorative police of restoring relationships. In Germany, police intervention is made complementarily in relation to administrative agencies, and in Korea, where there are no prestigious regulations, a review is required to accept it as it is, but its implications can be applied to reality. Rather than vaguely a theory of limitation, an interpretive theory to effectively protect affected children can be suggested through normative propositions to ensure solidarity or connection between institutions in the field, such as the theory of complementarity or the concept of risk.

**Key Words**

Child Abuse, The limitations of the Police Force, Administrative Police, Judicial Police, The Safety of Children