

깨어진 창이론(Broken-Window-Theory)과
무관용경찰활동(Zero-Tolerance-Policing)의 경찰법적 문제점에 관한 고찰
Eine Untersuchung zur polizeirechtliche Probleme der Broken-Window-Theorie und
der Zero-Tolerance-Polizeiaktion

이 기 춘 (법학박사 한국해양대학교 조교수)
Dr. Lee, Kee Chun / Professor, Korea Maritime Univ.

- I. 서론
- II. 깨어진 창이론(Broken Window Theory)과
무관용경찰활동 (Zero Tolerance Policing)의
의의
- III. 전통적 경찰법법리에 비추어 본 깨어진
창이론과 무관용경찰전략
- V. 경찰법상 사전배려원칙의 도출을 위한
시사점
- VI. 결론

<Zusammenfassung>

Anlässlich der Überhöhung von Kriminalitätsrat und zukünftige Angst wird das neue Konzept für Sicherheitspolitik neulich in USA und Deutschland, England etw. vorgeschlagen und durchgesetzt. Besonders das Modell “Zero Tolerance Policing” und “Broken Window Theory” werden zur Diskussion gestellt. Danach müssen alle Unordnung im öffentlichen Raum beseitigt werden und gegen Ordnungswidrigkeit -

unabhängig von der Intensität in der Gefahr - nicht mehr kann Toleranz geübt werden. Vielzahl von Forscher auf dem Polizeiwissenschaftsgebiet und Polizeipraxis zustimmen diese Theory und Politik. Anhand der Aufbringung dieser Strategie werde die Sicherheitslage in unser Nachbarschaft gesamt verbessern werden und die Sicherheitsgefühl der Bürger gehöht werden. Zuerst ist der Zweck der Übersuchung über diese Themen die Informierung über Broken-Window-Theory und Zero Tolerance Policing, und ist es, Einführungsmöglichkeiten dieses Modell und polizeirechtliche Probleme nach herkommener Polizeirechtsdogmatik zu analysieren. Außerdem ist auch es Zweck, kraft dieser Forschung neu Paradigma zum Polizeirecht zu entdecken. Dafür müssen die Thesen von Gefahren im materiellen Sinn und Illusion der Abwehr von konkreten Gefahren preisgegeben und neue Gesichtspunkte entwickelt werden. Der neue Orientierungspunkt ist die Konstruktion von Vorsorgeprinzip im Polizeirecht. Dafür kann das Modell "Zero Tolerance Policing" der taugliche Ansatz sein. Schließlich müssen sich die klassische maßgebliche Koordinaten auf diese Richtung bemerkenswert verschoben.

(주제어) 깨어진 창이론(Broken Window Theory), 무관용경찰활동 (Zero Tolerance Policing), 공공의 질서(öffentliche Ordnung), 경찰소극원칙(Polizei im materiellen Sinn), 경찰법상 사전배려원칙 (Vorsorgeprinzip im Polizeirecht), 안전국가(Sicherheitsstaat)

I. 서론

공식자료에 따른 범죄행위 증가보고를 지켜보는 시민들은 그 희생자가 될 수도 있다는 공포에 휩싸이고 있다. 범죄자의 연령은 점점 낮아지고 있고 그 흉악스러움은 날로 더 해가고 있으며, 학교에서는 흉기를 들고 설치고 약한 학생들을 괴롭히는 분위기가 확인됨은 비단 어제 오늘의 일도 아니고 우리나라에서만 의 사건들도 아니다. 또한 큰 기차역 앞 광장이나 지하철 구내 등 대중이 모이는 장소의 후미진 지역에서는 노숙자나 공격적 구걸인, 술에 취해 길에 누워있는 사람 등 행인들을 매우 불쾌하게 만드는 사람들이 많아지고 있다. 이 때문에 미국이나 서구 유럽 등의 대도시 주민들은 날이 어두워지면 감히 외부출입을 하지 못할 정도이고, 앞으로 우리나라도 이런 현상에서 크게 벗어나지 못할 것 같다는 어두운 예상을 하게 될 정도이다. 더욱 불안한 것은 타인이 괴롭힘을 당하고 있다고 하더라도 자기만 안전하면 족하다는 무관심현상이 팽배해지고 있다는 점이다. 즉 지하철 안에

서 치한에게 여성이 봉변을 당하고 있어도 아무도 간섭을 안 한다든지, 가옥의 벽이나 대중건물에 도색을 한다든지, 여러 사람이 모여 있는 장소에서 불륨을 크게 하여 음악을 듣는다든지 하는 일이 있어도 자기 일이 아니면 그리 큰 관심을 보이지 않는 것이 우리 시민의식의 현실이다.

이와 같은 범죄율의 증가와 장래에 있어서 그에 관한 더 큰 우려에 대한 처방전으로서 미국 등 서구 선진국은 최근 경찰의 안전정책에 있어서 새로운 구상을 정립하여 관철시키고 있다. 특히 미국 뉴욕시 경찰의 무관용전략(Zero-Tolerance-Strategy)이 영국이나 독일 등 각국의 경찰행정영역에 소개되어 도입되고 있다. 이는 대중공간에서의 모든 무질서행위는 제거되어야 하고 구체적 사안에서 그 위협의 정도를 묻지 않은 채 사소한 사회규칙 위반행동에 대하여도 더 이상 관용을 베풀지 않는다는 경찰예방적 측면의 제안모델이다. 브래튼(William Bratton)이라는 뉴욕시 경찰국장이, 윌슨(George Q. Wilson)과 켈링(James L. Kelling)이라는 미국학자들의 “깨어진 창이론(Broken-Window-Theory)”이라는 범죄학 이론을 기초로 삼아 1994년부터 뉴욕지하철에 도입하기 시작하여 결국 “뉴욕의 기적”이라는 말이 나오게 할 정도로 범죄율을 감소시켰다고 한다¹⁾. 또한 이 전략을 채용한 줄리아니(Rudolph Giuliani) 시장은 국민의 엄청난 관심과 인기를 한 몸에 받게 되었음은 물론이다. 많은 경찰행정학 학자들과 실무에 의해 큰 동의를 받고 있으며, 이 전략의 도입으로 가까운 지역사회 안전상태는 총체적으로 개선되고 주민의 안전감정이 제고될 것이라고 한다. 그러나 미국에서도 현재 초·중·고 학교 내에서의 무기나 마약소지·흡입, 폭력에 대한 초전박살식 무관용적 경찰권발동이 과연 인권보호차원에서 용인될 수 있는 것인지에 관한 비판론도 비등하고 있다.

이 전략은 기본적으로 범죄학과 형사정책영역에서 출발하여 논의될 주제이나, 이것은 사회내부의 안전에 관한 모든 범영역에 파급될 수 있는 것이며 전통적 경찰법 범리와도 질대 무관하지 않다. 깨어진 창이론이나 그것을 실현하는 무관용적 경찰활동은 개괄적 수권규범 등 경찰권발동의 근거론, 공공의 질서라는 경찰보호이익론, 위험론, 경찰책임론, 경찰재량과 경찰권발동의 한계론 등에 관한 기존 경찰법논의들과 직면하여 충돌되는 이론과 전략이며, 더 나아가 헌법적 차원에서도 많은 문제점을 드러냄을 알 수 있다. 따라서 이하에서는 문제된 이론과 전략을 간단히 소개하고 나서 기존 경찰법 범리와와의 합치가능성과 헌법적 문제를 검토한다. 그리고 이제는 실질적 의미의 경찰개념과 이로부터 비롯된 경찰소극원칙을 반영한 구체적 위험방지원칙에서 벗어나 적극적 경찰권발동의 정당성이나 공공복리나 사회국가원리를 근거로 한 경찰사전배려원칙을 정립할 수 있는데 이 논의가 하나의 시사점을 제공할 수 있는지를 검토하고자 한다.

1) 장석현, 무관용경찰활동(Zero Tolerance Policing)에 대한 비판적 검토, 한국경찰학회보 제4호, 2002. 8, 31면

II. 깨어진 창이론(Broken Window Theory)과 무관용경찰활동(Zero Tolerance Policing)의 의의

1. 깨어진 창이론과 무관용경찰활동의 소개²⁾

1) 깨어진 창이론

1969년에 스탠포드대학 심리학자 짐바르도(Philip Zimbardo)는 한 실험결과를 보고하였다. 그는 번호판 없이 본네트를 열어놓은 차 한대를 뉴욕시 브롱크스(Bronx) 거리와 캘리포니아의 평온한 소도시인 팔로 알토(Palo Alto) 거리에 세워놓았다. 브롱크스에 있던 차는 10분이 채 지나지 않아서 파괴자들에 의해 공격을 받았다. 첫 번째로 한 가족이 찾아들었는데(부모, 자식), 그들은 차 냉각장치와 배터리를 해체해갔다. 24시간 이내에 이 차의 사용가능한 사실상의 모든 부분이 분해 되어 질취되었다. 그 이후에는 무차별적인 파괴가 이어졌다: 유리창이 깨졌고, 각 부분들이 떼어져나갔고 카 시트가 분해되었다 그리고 나서 이 차는 아이들의 놀이터로 이용되었다. 대부분의 성인 “파괴자(Vandalen)”들은 옷도 잘 차려입은 사람들이었고 평범해보이는 백인들이었다. 그런데 팔로 알토(Palo Alto)에서 실험된 차량은 1주일도 지나도록 아무런 이상이 없었다. 그래서 실험자는 그 차의 일부분을 햄머로 부수어 놓았다. 그러자 몇몇 행인들이 달려들기 시작하였고, 몇 시간 내에 그 차는 완전히 파괴되었다. 평소 점잖던 백인들이 파괴자로 변해 나타났다고 한다³⁾.

이러한 단순한 실험이 경찰실무에 소개되자마자 큰 반향을 일으켰다고 하며, 이것이 윌슨과 켈링에 의해 정리되어 1982년 발표된 깨어진 창이론의 출발점이 되었다. 그들 발표의 요체는 한마디로 하자면 사회규범의 훼손에 대해서는 그 발전초기 단계부터 경찰이 개입하여야 한다는 것이다. 윌슨과 켈링은 다음과 같이 말하고 있다.

“어떤 토지가 잠초만 무성하게 버려져 있고, 그 위에 관리되지 않는 건물의 유리창문들은 깨어져 있다. 이러한 지역주민인 어른들은 큰 소리로 떠드는 어린 아이들을 더 이상 나무라지 않는다. 이에 고무된 아이들은 점점 더 반항적이 된다. 주민인 가족들은 떠나가고,

2) 보다 자세한 경찰행정학적·범죄학적 측면의 소개와 그 평가에 대해서는 장석현, 깨어진 창이론(Broken Window Theory)을 통한 경찰의 대응방안, 한국공안행정학회보 제16호, 2002, 177-199면 同人, 무관용경찰활동(Zero Tolerance Policing)에 대한 비판적 검토, 한국경찰학회보 제4호, 2002. 8, 21-38면; 大塚 尙, 권창국 역, 깨어진 창이론(Broken Window Theory), 형사정책연구소식 한국형사정책연구원 통권 제67호, 2001. 9/10월호, 34-40면(大塚 尙, Broken Window Theory, 警察學論集. 第54卷 第4號, 警察大學校, 立花書房, 2001. 4(平成13年 4月), 75-87頁의 논문번역본).

3) James Q. Wilson/George L. Kelling, Polizei und Nachbarschaftssicherheit: Zerbrochene Fenster, Kriminologisches Journal, 1996, 121-137 (S. 124). 참고로 Wilson과 Kelling의 이 논문은 윌슨과 켈링의 1982년 논문(James Q. Wilson/George L. Kelling, “Broken Windows”, Atlantic Monthly, March 1982, pp. 29-38)을 Bettina Paul이라는 독일인이 Kriminologisches Journal이라는 범죄학잡지에 독일어로 번역한 것을 기고한 것이다.

기존 사회규칙에 얽매이지 않는 이들이 전입해온다. 청소년들은 모두가 상점 앞에 모여든다. 상점주인은 영업에 방해가 주는 그들에게 떠나줄 것을 요구하지만 그들은 거부한다. 그래서 그 주변에서는 언쟁이나 다툼이 많이 벌어지며, 또한 쓰레기까지 쌓인다. 사람들은 그 상점 앞에서 술을 마시기 시작한다. 그 결과 주취자들이 도보 위에 쓰러져 잠들어버린다. 걸인들은 보행자에게 금전 등을 요구한다. ... 다수 주민은 범죄 특히 폭력범죄의 증가를 확신하게 된다. ... 그래서 그들은 거리에 나서지 않는 때가 많게 되고 다른 사람들과 거리를 두고 행동하게 된다. 주민들은 거리로 나서 이동할 때면 다른 사람들과 시선을 맞추지 않고 외면하고, 입술을 굳게 닫고서 빠른 걸음으로 움직인다. ... 이러한 지역은 범죄 발생에 매우 취약하게 되고 ... 중국에는 일반공중의 무질서상태와 불안감을 초래한다”⁴⁾.

여기서 깨어진 창이란 사소한 사회규칙위반에 대해 징벌이 잘 이루어지지 않는 공동체를 상징하는 것이다. 주민들은 이러한 위반에 무관심해지고 태연히 받아들여지게 된다. 즉 사회질서에 생긴 작은 균열 하나가 큰 후속결과를 초래할 수도 있다는 것이다. 따라서 지역주민들의 장래 범죄피해에 관한 공포나 사회질서유지에 대한 무관심과 같은 결과를 초래하지 않기 위해서는 사소한 사회규칙의 위반 내지 주민다수를 불쾌하게 하는 행동이 법으로 범죄로 성립하든 아니든 상관없이 경찰에 의해 예방되거나 진압되어야 함을 강조한다. 그들은 1970년대 행해진 뉴저지 주의 도보순찰프로젝트를 도구로 삼아 암시적으로 설명하고 있다⁵⁾.

즉 공격적 구걸인, 주취자, 약물중독자, 무차별폭력성향을 가진 청소년들, 성매매자, 부랑자, 정신병자 등과 무임승차자, 노상방뇨자, 소음에 의한 생활방해자, 벽에 페인트나 스프레이 등으로 낙서(Graffiti)하는 자, 벤취나 가옥입구 등에서 잠자는 자 들로부터 대중공간을 되찾아 오고, 사소한 무질서행위로부터 방치되고 있는 공동체를 암시하는 말인 ‘깨어진 창’으로 인해 지역사회의 규범기준이 쇠퇴되고 결국에는 건전한 지역공동체의 삶의 질이 저해됨으로 인해 도시내부가 황폐해짐으로써 잃어버린 지역주민들의 안전감정을 회복하기 위하여 결연히 대처하여야 한다는 이론이다.

4) Wilson/Kelling, a.a.O., S. 125.

5) Wilson/Kelling, a.a.O., S. 123(“지역주민과 외부인을 잘 구분할 수 있는 켈리(Kelly)라는 한 도보순찰 경찰관은 ‘외부인’을 주도면밀하게 관찰하고 평판이 안 좋은 지역주민의 경우 비공식적이지만 널리 알려진 사회규칙들을 준수하도록 만드는 것이 자신의 임무라고 생각하고 있다. 이러한 순찰경찰들에 의해 주취자와 약물중독자들은 타인의 가옥계단 등 도로 위에 누워있을 수 없었다. 또한 후미진 골목길에서 술을 마실 수 있을지 몰라도 교차도로 위에서는 그럴 수 없었다. 알코올음료는 종이봉지에 숨겨야만 했다. 버스정류소에 있는 사람들에게 구걸한다든지 불편함을 준다든지 혹은 무언가를 요구한다든지 하는 것은 아주 엄격하게 금지되었다. 영업자와 고객 사이에 설전이 있어서 문제해결을 위해 개입할 때면, 일단 지역주민인 영업자가 옳다는 것으로부터 출발하였다. 특히 고객이 외부인일 때 더욱 그러했다. 한 외부인이 그 지역에 떠돌고 있는 듯 보이면, 순찰경찰 켈리는 어떤 일에 종사하고 있는지 등을 질문하였고, 그 사람이 만족스럽지 못한 답변을 하면 그곳에의 체류를 금지하고 다른 곳으로 보내어졌다. 비공식적 규칙들을 준수하지 않은 사람들 특히 버스정류소에 있는 사람들을 괴롭히는 사람도 부랑행위(vagrancy)를 이유로 체포되었다. 소음을 일으키는 청소년들은 조용히 해야 했다”).

2) 무관용적 경찰활동 전략

깨어진 창이론이 도시공동체의 무질서와 불안을 분석한 이론이라면 무관용경찰활동은 이 이론을 적용하기 위한 실천전략이라고 할 수 있다. 그러나, 이러한 무관용경찰활동을 정의하는 것은 쉽지 않다. 이 말은 부녀자나 아동을 가정내 학대로부터 절대 보호하여야 한다는 슬로건으로도 사용되고 있고, 메이저리그에서 투수가 타자머리로 향하는 빈볼(bean ball)을 던질 때 심판이 가차없이 퇴장을 명해야 한다는 규칙의 표현으로도 사용되고 있다. 삼진아웃제도도 같은 맥락이라고 한다⁶⁾.

따라서 깨어진 창이론을 적용하여 브래튼 뉴욕시경찰국장에 의해 실행에 옮겨진 무관용 경찰활동을 정의하기 보다는 묘사해본다면, 사소한 무질서나 경미한 범죄 등에 대하여 경찰이 훈방이나, 범칙금 부과 등 미약한 법집행에 그치고 이에 엄중하게 대처하지 않으면 범죄가 지역사회전체로 확산되고 살인, 강도 등 중대범죄의 발생건수도 증가하게 된다는 것으로서, 무질서나 경미한 범죄에 대한 경찰의 대응 및 통제정책을 설명하는 용어라고 할 수 있다⁷⁾. 즉 한 마디로 경미한 범죄나 사회규칙 위반행위에 대하여 공격적이고 무관용(zero tolerance)적인 - 미국이나 경찰행정학에서 말하는 바에 따를 때 '재량' 없는 - 법집행(non-discretion law enforcement)이 행해져야 함을 말한다.

이 전략을 실행에 옮긴 뉴욕시는 1993년과 비교해 1996년 살인범죄는 51%, 폭력범죄는 38%, 전체 범죄율은 37%의 감소현상을 보였으며, 1994년과 1996년 사이에 자동차범죄는 40%, 노상강도는 32%, 침입강도는 24%의 감소현상을 드러냈다고 한다⁸⁾. 이러한 결과를 가져오기 위해 브래튼 뉴욕경찰국장은 마약범죄, 총기범죄, 청소년범죄, 자동차절도, 부정부패, 교통범죄, 가정폭력, 삶의 질범죄 등 8가지 범죄에 대한 통제전략을 수립하였고, 하급관서 권한을 확대하여 경찰권력을 분권화시키고 컴퓨터 등의 데이터를 활발하게 이용하고 순찰경찰에게 마약범죄자를 체포할 권한을 부여하였으며, 공공장소에서의 낙서, 어수선한 쓰레기, 공공장소에서의 음주 등 삶의 질 범죄를 시 조례에 근거하여 단속하도록 경찰관 교육, 중범죄 혐의자는 경미한 범죄만 있어도 단속대상이 되고 체포토록 하여, 불심검문이 강화되고 마약이나 무기소지의 혐의있는 자들을 무차별적으로 체포하였다고 한다⁹⁾.

6) 大塚 尙, 권창국 역, 깨어진 창이론(Broken Window Theory), 앞의 논문 각주2), 36 면

7) 장석현, 무관용경찰활동(Zero Tolerance Policing)에 대한 비판적 검토, 앞의 논문(각주 2), 22-23면.

8) Bureau of Statistics, Sourcebook of Criminal Justice Statistics, 1990, 1997(장석현, 앞의 논문, 31 면에서 재인용한 것임).

9) “1990년 뉴욕시 지하철경찰서장이 된 윌리엄 브래튼이 “깨어진 창이론”을 발표한 범죄학자 조지 켈링(George L. Kelling)을 찾아갔다. 브래튼이 한 해 2만건이 넘는 지하철범죄를 줄일 방도를 묻자 켈링은 ‘깨어진 창이론’을 대며 지하철과 공공시설물의 낙서(Graffiti)를 방지하고 무임승차부터 단속해보라고 권고했다. 브래튼은 곧장 지하철역에 사복경찰들을 풀었다. 무임승차하려다 붙잡힌 사람은 7명에 한 명 꼴로 수배자였고, 20명 중 한 명은 무기를 갖고 있었다. 몇 년 안 되어 지하철범죄는 절반으로 줄었다 “(이윤재, Zero Tolerance Rule & Broken Window Theory, 월간중앙 인터넷판 2006.6.23 일자 (http://magazine.joins.com/etc/print_article.asp)에서 인용).

그리고 이 전략을 도입한 영국의 일부도시에서도 위협적 청소년들의 활발한 단속, 체포나 부모들에게의 통보, 범죄혐의자에 대한 불심검문을 강화하는 조치를 취한 결과 분명한 범죄감소결과를 얻었다고 하며, 현재 호주나 싱가포르, 말레이시아 등도 마약범죄를 감소시키기 위하여 이 전략을 채택하고 있다고 한다¹⁰⁾.

또한 독일에서도 라이프치히(Leipzig) 시가 첫 번째로 시범프로젝트로서 - 현재도 지속적으로 활용하고 있다 - 시내 범죄중심지역을 계속 최신 비디오카메라를 이용하여 감시함(Videüberwachung)으로써 소매치기와 자동차손괴가 약 30에서 50%까지 크게 감소하였으며, 다른 많은 란트들에서도 이에 상응한 검토가 이루어지고 있다고 한다. 더 나아가 단순한 감시차원을 넘어 마약계중사자, 노숙자, 방랑자들과 같은 공동체에서 원치 않는 사람들을 추방코자 특정 도로, 장소에서 잠정적 보호조치(Verbringungsgewahrsam)에 해당하는 퇴거명령(Platzverweise)과 진입이나 체류금지(Betretungs- oder Aufenthaltsverbot) 조치들이 활용되고 있다고 한다. 그리고 만하임(Mannheim) 시는 뉴욕시 모델을 명시적으로 원용하면서 공격적 구걸행위, 노상방뇨, 도로상 음주, 명정상태로 도로에 누워있는 행동, 도로상 롤러스케이팅, 비둘기모이주기 등을 금지하고 있다¹¹⁾.

2. 1차적 평가

1) 깨어진 창이론

일단 월슨과 켈링의 깨어진 창이론은 짐바르도의 1969년 실험의 결과를 토대로 버려진 자동차의 유리창이 깨어져 있으면 결국 이 곳은 범죄의 온상이 되고 그 결과 공동체의 무질서상태와 지역주민의 공포감이 확대될 것이라는 결과를 밝힘으로써 말하자면 도미노효과와 내지 '나비효과(butterfly effect)' 사례임을 확인한 것이다¹²⁾. 이러한 인과관계형성의 결과발생을 막으려면 사소한 범법행위들이 엄격하게 추적되어 처벌되고, 대형범죄는 그 싹부터 근절되고 범죄발생가능성을 가진 자를 그 배양가능지로부터 완전히 차단하여야 한다는 것이다. 월슨과 켈링에 따른 이러한 깨어진 창이론의 엄격한 수리작업은 상당성이 결여되어 보일 때가 많지만 목적이 수단을 정당화시킨다는 식의 논리를 제시한다¹³⁾.

10) 장석현, 무관용경찰활동(Zero Tolerance Policing)에 대한 비판적 검토, 앞의 논문(각주 2) 28-29면.

11) 독일에서의 위 사례들에 대해서는 Michael Dolderer, Verfassungsfragen der "Sicherheit durch Null-Toleranz", NVwZ 2001, S. 130.

12) Ulrich Krietenbrink, 22.11.2003 in: <http://netzwerk.wisis.de/text/335.htm>. 중국 북경에 있는 나비의 날개짓이 다음 달 뉴욕에서 폭풍을 발생시킬 수도 있다는 과학이론이다. 이 가상의 현상은 기존의 물리학으로는 설명할 수 없는 이른바 '초기 조건'에의 민감한 의존성, 곧 작은 변화가 결과적으로 엄청난 변화를 초래할 수 있는 경우를 표현하고자 한 것이다(http://100.naver.com/100.nhn?docid=768277&from=kin_open100ref).

13) Wilson/Kelling, a.a.O., S. 131("아무에게도 해를 끼치지 않은 개별적 주취자 혹은 개별적 부랑자를 구금하는 것은 부적절해보이는 방법이다. 그러나 주취자나 많은 부랑자에 대해 아무 조치를 취하지 않으면 지역공동체가 파괴될 수 있다").

따라서 이 이론의 기본적 발상은 개인주의적 관점의 기존 형사정책을 공동체적 관점으로 전환하여야 함을 주장한데서 발견되며, 사회의 안전이나 생활의 질은 개인적 법익을 초과한 공동체의 평화교란이나 붕괴유무에 의존하고 있다는 것이다. 즉 경미한 개인적 법익 침해(예, 공공장소의 낙서(Graffiti))라 하여도 그것이 공동체의 이익을 크게 침해하거나 침해가 예상될 경우 진지하게 고려하여 대처하여야 한다는 것이다¹⁴⁾. 이러한 발생은 윌슨과 켈링의 주장의 마지막 단락에서도 발견된다¹⁵⁾.

이에 따라 경찰의 역할은 범죄수사나 긴급사태에의 대응보다는 오히려 사회질서의 유지에 있다는 것이 주장의 핵심이며, 이를 두고 윌슨과 켈링은 “질서유지에 있어서 경찰역할의 본질은 공동체 그 자신의 내적 통제기구를 재강화하는 것이다”라고 한다. 그러나, 이러한 구상이 특별히 유난스럽게 보이지 않는다. 위만 보아서도 이미 잘 아는 “법과 질서”요청의 엄격한 실현에 관한 단순한 구성으로 느껴질 뿐이다. 그러나, 위 구상의 새로움은 다른 곳에 있으며 다른 유형의 것이다. 그 새로운 것은 이러한 구상이 나타난 후의 결과이며 또한 사소한 사회규칙위반도 재량에 따른 개별적인 수인한도판단을 불문하고 징벌된다는 결론이다¹⁶⁾. 사후결과란 수많은 사소한 탈법행위에 대하여 개입이 이루어지고 보다 큰 악행도 발본색원된다는 인상을 모든 사람들에게 심어줄 수 있어서 탈법행위의 쾌감이 갖는 효용보다 그에 대한 대가로 받는 처벌의 기회비용이 크다는 것을 깨닫게 한다는 점이다¹⁷⁾. 윌슨과 켈링은 시민들이 자신의 생활영역이 보다 안전해졌다고 느껴질 경우 현실적으로 그 영역은 더 안전해졌음을 보여주하고자 한 것이다¹⁸⁾.

그러나, 이 이론에 대한 비판도 물론 존재한다. 특히 후술할 무관용정책의 평가부분에서 함께 논하겠지만, 이 이론이 무관용경찰활동전략과 결합되면 여러 가지 폐해가 발생할 수 있으며, 특히 공동체를 중시하는 시각에 대해서는 개인의 자유와 권리, 법치주의라는 근본 가치들이 동요되리라는 위기감이 높아진다고 한다. 즉 이 이론은 사회다수인의 의견이나 가치관에 따르지 않는 아웃사이더들을 사회로부터 격리하는데 이바지하리라는 위험성을

14) 大塚 尙, 권장국 역, 깨어진 창이론(Broken Window Theory), 앞의 논문(각주 2), 34-35면.

15) Wilson/Kelling, a.a.O., S. 137(“그러나, 우리들이 무엇보다도 먼저 하여야 하는 것은, 경찰은 개인의 보호를 위해 존재할 뿐만 아니라 공동체를 보호하기 위한 존재이기도 하다라는 오랫동안 무시되어 온 원칙으로 되돌아가보아야 한다는 것이다. 범죄통계와 범죄희생자연구는 개인적 손해를 분명히 산정할 수 있을지 모르나, 공동체의 손실은 그것을 통해 제대로 측정될 수 없다. 의사의 진정한 역할은 병을 치료하는 것만이 아니라 건강증진의 중요성을 발견하는 데에도 있는 것처럼, 경찰과 우리 모두는 깨어진 창이 없는 건전한 공동체를 유지함이 가지는 의미를 인식하여야 한다”).

16) Uwe Volkmann, Broken Windows, Zero Tolerance und das deutsche Ordnungsrecht, NVwZ 1999, 225, S. 226.

17) 그래서 이 이론을 설명하는 많은 자료에서 그 배경을 설명할 때, 벤담(Bentham)의 공리주의, 신고전주의 범죄학과(Neo-Classical-School), 토마스 홉스식 전통에 따른 ‘부정적 인간상(ein negatives Menschenbild)’에 관한 언급이 발견된다. Ulrich Krietenbrink, 22.11.2003 in: <http://netzwerk.wisis.de/text/335.htm>; Zero Tolerance, in: Wikipedia, the free encyclopedia(http://en.wikipedia.org/wiki/Zero_tolerance); 장석현, 깨어진 창이론(Broken Window Theory)을 통한 경찰의 대응방안, 앞의 논문(각주 2), 180면 등 참고.

18) Wilson/Kelling, a.a.O., S. 121.

갖는다고 한다. 따라서 경찰을 포함한 공권력주체는 법률에 엄격히 구속되어야 하며 나아가 타인에게 해를 가하지 않는 행위는 범죄목록에서 삭제되어야 한다는 비범죄화 논의에서의 비판이 있다고 한다¹⁹⁾.

2) 무관용경찰활동전략

이 전략이 강조하는 점은, 경찰은 사회적 조화라는 관점에서 질서를 유지해야 하고 질서유지는 지역사회 안전감을 저해하고 불안감을 조성하는 무질서를 바로 잡는 활동이라는 것이다. 구걸인, 알콜중독자, 마약중독자, 매춘부, 방랑자, 정신이상자 등이 거리에 존재하는 한 무질서는 제거될 수 없고 지역사회의 안전을 기대할 수 없는 것이라고 본다. 이러한 구상이 브래튼의 비호 아래 적용된 뉴욕시에서 범죄비율이 두드러지게 감소된 것은 사실이다: 폭력범죄가 감소했고, 경찰은 이전에 순찰기피지역이었던 구역으로도 순찰을 잘 나가려고 하며, 브래튼이 대대적인 캠페인을 벌인 이래로 완전히 영락했던 지하철이 극히 안전하고 이용가능한 교통수단이 되었다고 한다²⁰⁾. 그럼에도 불구하고 반대견해를 피력했던 전문가들은 더 회의적이 되었다. 우리나라의 경우에도 최근의 경찰개혁의 일환으로 채택한 바가 있으며 범죄통제전략의 새로운 패러다임으로 인정받고 있지만 이에 대한 이두운 구석을 발견해내는 비판도 제기되고 있다²¹⁾.

이 경찰활동에 대한 비판을 간단히 정리하자면, ① 경찰재량권을 근거 없이 축소시킨다는 점, ② 범죄율대폭감소에 관한 범죄통계의 허구성(청소년 총기소지 엄격단속, 경제회복으로 실업자가 감소하고 청소년인구가 감소하는 등 인구학적 변화, 뉴욕시 경찰관증대와 활발한 정보매체이용, 부패했던 경찰조직의 근본적 개혁, 1990년대 초반 시작된 범죄발생율의 하향추세의 한 결과일 뿐이고, 1990년대 중반 다른 미국 대도시에서도 범죄감소현상이 나타났다는 점 등 때문에 범죄가 감소한 것이 이 전략과는 무관하다는 점), ③ 지역사회와의 관계 악화 즉 시민과의 갈등상황을 야기시켜 지역사회경찰활동이 소극적으로 운영될 수밖에 없고 경찰에 대한 시민들의 과도한 범집행에 대한 불평처리건수가 크게 증대되었다는 점, ④ 교정시설의 수용능력의 초과와 형사사법기관의 업무량이 지나치게 증가하게 되었다는 점²²⁾, ⑤ 단기적 처방에 불과하다는 점 등이다.

특히 무관용경찰활동은 범죄에 내재하는 원인을 무시하는 단기적 처방에 불과하고 경미한 사건이나 무질서가 발생하면 임기응변식으로 대응하는 전략이라는 비판이 강조된다. 범죄의 원인이 사회적·환경적 요인에서 발견되면 이러한 사회환경을 정화하여 범죄를 예방

19) 大塚 尙, 권창국 역, 깨어진 창이론(Broken Window Theory), 앞의 논문(각주 2), 39면.

20) Uwe Volkmann, a.a.O., S. 227.

21) 장석현, 무관용경찰활동(Zero Tolerance Policing)에 대한 비판적 검토, 앞의 논문(각주 2), 35-36면.

22) Uwe Volkmann, a.a.O.(각주 16), S. 227(캘리포니아에서 행형을 위한 지출이 이미 교육예산을 초과하였다고 하며, 이 정책은 삼진아웃제도와 결합되어 남들할 수 없는 결과(예 피자 하나 훔쳐서 중신사 유형에 처해짐)를 야기한다).

함으로써 근원적으로 해결하여야 한다는 것이다. 거리에 구걸행위자나 노숙자들이 많다면 거기서 끌어내어 깨끗이 청소하면 다수시민이 즐거워할 것이라는 단순한 결론에서 벗어나 사회복지기관에 송치하여 각종 보호나 치우를 받게 하여 궁극적으로 지역사회의 삶의 질을 향상시켜야 한다는 비판이 부각될 수밖에 없다²³⁾.

3. 소 결

위와 같은 문제점이 있음에도 불구하고 이 모델은 미국뿐만 아니라 영국, 독일 등 여러 나라에서도 큰 동의를 받으면서 많은 추천을 받고 있다. 위협의 사전단계에서의 예방효과를 달성하기 위해 전략적으로 강한 警察現在性(Polizeipräsenz)을 구축하는 것은 공공장소에서의 안전배려를 도모하기 위한 것이라고 한다²⁴⁾. 즉 사회적 규범들은 그것이 위반된 이후에야 비로소 관심의 대상이 되는 것이 아니라, 발생할 수도 있을 침해의 사전단계에서 이미 면역체계가 형성되어 있어야 하고, 위협발생과 범죄피해의 공포감은 경찰의 적극적 배려를 통해 그러한 상황에 이르지 않게 될 것임이 시민들에게 일반적으로 받아들여질 때에만 감축될 수 있기 때문이다²⁵⁾. 하지만, 어떻게 보면 이름만 ‘Zero Tolerance’라 하여 다를 뿐이지 그 모델의 내용은 - 그 타당성이나 인권침해에 관련된 논란은 일단 무시한다 - 우리나라 경찰현장에서 오래 전부터 현재까지도 추구되어 오던 것들이 아닌가 한다(예, 삼청교육대사건, 범죄와의 투쟁이라는 슬로건의 제창, 삼진아웃제도의 도입논의, 학교경찰(School-Police) 투입 등).

그러나 여기서 중요한 것은 이 모델이 우리의 사정과 법체계에 전용될 수 있는지에 관한 의문의 해결이다. 이 구상은 범죄나 사회질서규칙위반의 예방을 목적으로 하는 것이기 때문에 어떤 경우에 필요한 예방조치가 이루어질 수 있는지가 실정법과 법리를 통해 증명되어야 한다. 따라서 우리나라의 경찰관직무집행법에서 이미 담고 있는 사소한 범죄나 사회질서위반행위에 대한 예방적 대처를 위한 태도의 검토가 중요하게 된다. 일단 해명되어야 할 것은 위 이론과 무관용적 경찰활동이 일반경찰법상 전통적 법리와 우리 경찰관직무집행법의 규율에 합치되어 편입될 수 있는지 그리고 어느 범위까지 가능하지에 관한 점이다. 이것이 만약 부정된다면 경찰법의 전통적 패러다임의 변화를 통해 수용이 가능한지를 검토하여야 한다. 따라서 이하에서는 이 구상의 규범적 근거문제, 일반경찰법 법리에 따라 요구되는 보호이익, 위협, 책임요건에의 충족문제, 경찰재량과 그 한계문제 등을 검토하고 나서 새로운 경찰법의 패러다임 구축의 구상에 이 논점이 시사점을 던져줄 수 있는지를 고찰한다.

23) 위 비판에 대해서는 장석현, 무관용경찰활동(Zero Tolerance Policing)에 대한 비판적 검토, 앞의 논문(각주 2), 30-35면 참고

24) Michael Dolderer, a.a.O.(각주 11), S. 130.

25) Uwe Volkmann, a.a.O.(각주 16), S. 227.

III. 전통적 경찰법법리에 비추어 본 깨어진 창이론과 무관용경찰전략

1. 경찰권발동의 근거문제

현행 경찰법에서 위협의 사전배려 단계에서 시민 개인들에게 침해가 없는 경찰활동(단순한 순찰 등)은 직무규범으로 충분하고(예, 우리 경찰관직무집행법 제2조 5호), 불이익이나 의무를 부과하는 등 침해작용이 가해지는 경찰활동의 경우 권한을 부여하는 권능규범이 요구된다는 것은 법률유보의 원칙을 논할 필요도 없이 주지의 사실로 받아들여지고 있으며, 그 침해가 구체적 위협발생의 사전단계에서 이루어질 경우에는 더더욱 그러하다²⁶⁾.

그런데, 우리 경찰법에 많은 영향을 끼친 독일에서는 마약거래자, 노숙자, 주취자 등에 관한 공공장소에서의 퇴거명령이나 출입금지 혹은 잠정적 이송조치 등은 침해적 효과를 가져옴이 분명하고 또한 각 란트의 경찰법들에서도 대부분 이에 관한 권능규범을 두고 있다. 여기서 전제되는 공공의 안녕에 대한 위협은 마약거래와 같은 경우 바로 형법위반에서도 출된다고 하며, 노숙자나 주거가 불명한 방랑족, 부랑자들과 같은 자들의 비범죄적 행태의 경우에는 공공의 질서라는 보호이익에 근거하여 각 란트에서 제정할 수 있는 경찰법규명령의 위반에서 도출된다고 한다. 또한 공공장소의 비디오감시에 대해서는 구체적 위협발생의 사전단계에서 전략적 경찰활동으로서 행해지는 침해 없는 사전배려만이 문제되기 때문에 특별한 침해수권규범이 없어도 경찰법률의 직무규범을 통해 정당화될 수 있음이 확산되어 있는 견해라고 한다²⁷⁾.

우리나라의 경우로 돌아오면, 깨어진 창이론이나 무관용경찰활동전략에서 언급되고 있는 각종 사례들의 많은 부분이 일단 형법과 경범죄처벌법(앞으로 ‘경범죄법’이라 한다)과 경찰관직무집행법(앞으로 ‘경직법’이라 한다)에 의한 규율의 적용범위 안에 들어오고 있다는 점이 발견된다. 창이 깨져있고 버려진 집에 청소년들이 모여있는 행위, 맹목적 파괴, 노상방뇨, 소음을 통한 생활방해, 공격적 구걸행위, 공공연한 마약소비, 벽에 페인트나 스프레이로 낙서(Graffiti)하는 행위, 벤취나 타인의 가옥입구에서 잠을 자는 행위 등은 형법(손괴죄, 마약흡입·거래등죄)이나 빈집 등(자동차 포함)에의 잠복(경범죄법 제1조 제1호), 흥기의 은닉휴대(제2호), 광고물무단첩부 등(제13호), 오물방치(제16호), 노상방뇨 등(제17호), 구걸부당이득(제23호), 불안감조성(제24호), 음주소란 등(제25호), 인근소란 등(제26호) 등의 경범죄처벌법의 적용대상으로 될 수 있음을 알 수 있다. 또한 경찰관직무집행법 제6조(범죄의 예방과 제지)는 제1항에서 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하

26) 대표적으로 홍정선, 행정법원론(하), 2004, 박영사, 348면 이하 참고.

27) Michael Dolderer, a.a.O.(각주 11), S. 131.

는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다”고 규정하고 있다 따라서 단순히 보면 우리 법상 앞의 경범죄처벌법에 해당하는 행위가 있을 경우 경직법 제6조와 결합하여 필요한 경고와 행위제지를 할 수 있게 된다. 그리고, 공공장소의 비디오감시의 경우 현재 도로교통질서의 유지를 위한 도로상 범규위반감시카메라나 교통혼잡방지나 쓰레기불법투기 방지를 위한 CCTV촬영 등이 행해지고 있지만 특별한 법률상 근거를 가지고 있지는 않은 현실로써 이에 대해서는 경찰의 직무규범으로 족하다고 보는 상황이다.

그러나 여기서 두 가지 문제점을 지적할 수 있다. 첫째로, 미국에서 깨어진 창이론이나 무관용경찰활동전략은 우리의 경범죄처벌법이나 독일의 질서위반법 같은 성문법을 가지고 있지 않은 상태에서 구상된 것이기는 하지만, 이론적 기반이 된 깨어진 창이론에서 강조하고 있는 것은 지역주민 대다수가 준수하고 있는 비공식적 사회규범에 의한 통제의 강화를 요청하고 있다는 점이다. 따라서 이론이나 전략에서 언급하고 있는 사례들은 우연히 우리 경범죄처벌법의 대상 안에 포섭되고 있는 것들이기는 하지만(“공공의 안녕”의 보호대상) 이 이론이 주장하고 있는 범위는 우리 법상 처벌의 종류를 훨씬 뛰어넘는 사소한 사회규칙 위반행위들을 포괄한다(“공공의 질서”의 보호대상). 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처벌한다는 형사소추적 문제 그 자체가 중요한 것이 아니라 신속하게 지역주민의 안전감정이 회복되도록 지역평화의 교란상태를 제거한다는 경찰의 안전전략에 관한 행정작용이 문제인 것이다(‘사법경찰’이 아니라 ‘행정경찰’의 문제).

두 번째로, 경찰관직무집행법 제6조의 문제이다 이 조항은 일단 범죄행위를 구성요건으로 하고 있어서 형법이나 경범죄처벌법상 구성요건에 해당할 수 없는 유형의 사회질서위반행위에 대해서는 적용의 한계를 가질 수밖에 없으며, 더 나아가 범죄행위가 ‘목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때’, ‘인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우’라는 요건을 두고 있고 이에 대해서는 필요한 경고나 제지를 할 수 있다고 하는데, 이에 대해서는 후술하겠지만 일단 무관용경찰전략에 의한 안전선(Sicherheitslinie)의 전진배치주장²⁸⁾에 부합될 수 없는 규정이다. 정신착란자나 주취자에 대한 보호조치를 취할 수 있도록 수권하는 경직법 제4조의 경우도 유사하다.

따라서 깨어진 창이론과 무관용적 경찰활동에서의 주장을 담을 수 있는 규범적 그릇은 최종적으로 경찰개괄적 수권규범일 수밖에 없다. 이 일반적 수권조항이 우리 경찰작용법에 존재하는지에 관해서는 긍정설, 부정설(입법필요설 포함)이 충돌하고 있다. 그러나, 분명한 것은 우리 입법자들이 개괄적 수권조항을 명시적으로 제정하여 경찰기관에게 수권한 바가 없다는 사실이며, 이에 따를 때 무관용경찰활동의 일환으로 신체의 자유를 제한하거나 일정한 의무를 부과하거나 처벌하는 침해작용에는 결론적으로 법적 근거가 결여되어 있다는 점이다. 하지만, 일단 경직법 제2조 5호를 개괄적 수권조항으로 보는 학설 또는 제2조 5호,

28) Michael Dolderer, a.a.O.(각주 11), S. 130 참고

제5조, 제6조의 결합이 개괄적 수권조항이 된다는 긍정설의 입장이 타당함을 가정한다. 이에 따라 무관용적 경찰활동전략이 개괄적 수권조항의 전통적 요건법리와 한계법리에 비추어 어떤 문제를 나타낼지를 살펴본다.

2. 보호이익의 문제 - 공공의 질서론

경찰법상 공공의 안녕과 질서는 개괄적 수권규범에 따른 경찰권발동의 제1요건이 될뿐더러 우리 경찰관직무집행법 제2조 5호의 보호이익이 된다. 공공의 안녕(öffentliche Sicherheit)이란 “개인의 생명·건강, 명예, 재산 및 국가와 그 제도의 존속과 기능이 아무런 장애도 받고 있지 않은 상태”라고 정의되며 범질서 전체의 보호도 그 범위 안에 편입된다. 또한 공공의 질서(öffentliche Ordnung)란 “그 준수가 그때그때 지배적 가치관에 따를 때 정상적 국민공동체생활의 불가결한 전제조건으로 간주되는, 공중에 있어서 개인행동을 위한 불문규범의 총체”라고 이해되고 있다. 깨어진 창이론이나 무관용경찰활동전략에서 언급하고 있는, 보호되어야 할 지역주민 다수의 비공식적 사회규칙(informale Regeln)과 통제되어야 할 무질서(Unordnung, disorder)란 여기 공공의 질서의 구성내용과 그 위반을 말하는 것이다²⁹⁾.

따라서 문제는 역시 공공의 질서개념이다. 형법이나 경범죄처벌법상 구성요건행위에 포함되는 행위에 대해서는 공공의 안녕에 대한 침해의 범위 안에 들어가게 되고 공공의 안녕이라는 경찰보호이익에 대해서는 크게 논란되는 것이 없으므로 일단 보호이익부분에서는 문제되지 않는다. 그러나 전통적 공공의 질서개념은 주지하듯이 독일에서나 우리 경찰법학에서도 줄기차게 비판받고 있다. 그 비판의 주요논거로는 ① 시간, 장소에 따라 큰 가변성을 가질 수밖에 없다는 점, ② 과도한 규율이 된다는 점, ③ 다원적 민주주의 국가에서 지배적인 사회적 가치관을 확정하는 것은 불가능하다는 점, ④ 헌법상 요구되는 명확성과 예측가능성의 결여로 인해 법치주의에 위반하게 된다는 점 등이다³⁰⁾.

전통적으로 공공의 질서개념을 보호이익으로 긍정하는 다수설에 따른다면 큰 문제가 되지 않겠지만, 최근 비등하고 있는 비판설에 입각한다면 성문범질서에 의해 편입되어 있는 행위들 이외에는 일정한 조치를 취할 수 없게 된다. 바로 여기에 깨어진 창이론·무관용경찰활동과 공공의 질서론이 함께 논의될 필요성이 있는 것이다. 1990년대 이후 독일에서 공공의 질서개념에 관한 르네상스³¹⁾가 주창되고 있는지와 무관하지 않다. 특히 이러한 보호

29) 현대사회에 있어서 경찰은 법집행을 위한 사법관으로서 보다는 질서유지를 위한 안전관으로서의 역할이 더욱 부각되고 있다고 한다. 구광모, “질서유지정책과 국민반응: 한·미·일 비교”, 연례학술발표회 발표논문자료집, 한국행정학회, 1987. 12, 83면(장석현, 무관용경찰활동(Zero Tolerance Policing)에 대한 비판적 검토, 앞의 논문(각주 2), 26면에서 재인용). 또한 大塚 尙, 권창국 역, 깨어진 창 이론, 앞의 논문(각주 2), 36면.

30) 서정범, 경찰법에 있어서 공공의 질서의 개념, 경찰학연구 제8호, 2005, 18-23면 참고(비판론에 대한 반론 포함).

이익은 무관용경찰활동에서 중심위치를 차지하는 ① 공공장소의 불가침성(Integrität)의 회복, ② 사회규범신뢰에 관한 분위기의 생성, ③ 규범위반에 대한 불안감로부터의 해방 등 즉 간단히 말해서 시민들이 안정감을 느끼며 살아갈 수 있는 상호존중의 문화형성이라는 것과 잘 연결되기 때문이다³²⁾. 경찰법의 연혁을 되돌아보면, 이미 과거에 “선량한 경찰(gute Policey)”이란 정부가 시민이 신의 뜻에 맞는 생활을 영위하는지에 관해서도 주의감독하는 공동체의 선량한 질서를 표현하는 말이었다. 따라서 무관용경찰활동의 전 세계적인 반향이 과연 복리배려적 경찰개념으로 회귀시킬 수 있을 정도의 것인지가 논의될 필요성이 있으며, 이는 후술한다.

3. 구체적 위험요건과의 모순

개괄적 수권조항에 따른 경찰권발동의 제2요건은 구체적 위험(konkrete Gefahr) 내지 장애(Störung)이다. 구체적 위험이란 실제로 혹은 일반적으로 사전적 관점에서 경찰공무원의 합리적 판단에 따를 때 가까운 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상태를 의미하고, 경찰이 비로소 개입할 수 있는 한도를 표현한다. 이 경우 손해란 외부적 영향 혹은 공공의 질서의 개념에 속하는 불문의 사회규범에의 위반에 의한 현존하는 법익의 객관적 감손을 의미한다고 한다³³⁾. 따라서 시민의 주관적 권리를 침해하지 않고 또한 직무규범에 근거하여 행해지는 경찰의 위험예방활동은 구체적 위험의 존재를 요구하지 않는다.

무관용적 경찰활동에 의해 금지될 행동이 문제될 경우 이러한 개입수준이 항상 충족될지 여부가 여기서의 문제가 될 것이다. 가령 맹목적 폭력(Vandalismus)과 같은 경우 공공의 ‘안녕’에 대한 지속적 교란행위로서 곧바로 긍정될 것이다. 그러나 형사법원에 의해 항상 형법상 손괴죄에 해당한다고 볼 수 있을지 의문스러운 공공장소 낙서행위(Graffiti)의 경우는 경범죄처벌법 제1조 제13호(광고물무단첨부등죄)에 해당된다면 공법규범위반에 근거하여 구체적 위험이 인정될 여지가 있다³⁴⁾. 그러나 까다로운 문제는 구걸행위, 대중장소에서의 음주행위, 백화점 입구 앞에서 잠자는 행위, 단순히 거리를 배회하는 행위 등이 이에 해당할 수 있는가이다. 이 행위들은 앞에서 본 경범죄처벌법 제 1조의 대상행위에 포섭시키기도 어렵고, 또한 된다고 하여도 기소나 형사소추로 가기 전에 경찰관직무집행법 제6조에 따른 범죄예방을 위한 경고 내지 진압을 위한 제지조치를 하기에 동법 요건 자체가 이미 구체적 위험 혹은 그보다 더 고도의 개연성을 요구하는 ‘긴박한 위험(dringende Gefahr)’³⁵⁾을 규정(“범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때”, “그 행위로

31) VGH Kassel, NVwZ 1988, 564; OVG Münster, NJW 1997, 1180 = NVwZ 1997, 593 L = DÖV 1996, 1052; OVG Lüneburg, NVwZ 1991, 693; Kniesel, NJW 1996, 2608 참고.

32) Uwe Volkmann, a.a.O.(각주 16), S. 227.

33) 서정범 역, 독일경찰법론, 세종출판사, 1998, 40면.

34) 공법규범의 위반은 곧바로 구체적 위험이 인정된다고 간주되고 있다. 서정범 역, 앞의 책, 41면 참고.

인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우”)하고 있기 때문에 역시 적용되기가 어렵다. 그것은 경직법 제 조 보호조치요건도 마찬가지이다. 또한 실질적 경찰개념과 그에 따라 공공복리를 근거로 한 경찰개념의 확대를 막고자 한 경찰소극원칙³⁶⁾을 포기하지 않는 한 경찰개괄조항에 따른 조치를 취하기는 더 어렵다. 전통적 공공의 질서개념을 유지한다고 하여도 위와 같은 행위들이 지배적 사회적 가치관을 담은 불문의 사회규범을 구체적으로 교란할 개연성이 인정된다고 보기도 어렵다³⁷⁾. 그러므로 이 부분에 있어서 미국의 무관용경찰활동의 정당성을 인정하기는 어렵고, 미국의 이 전략은 전통적 위협개념이 설정해놓은 한계를 초과한다.

4. 경찰책임원칙과의 충돌

경찰권발동의 제3요건으로서 경찰법은 경찰권발동의 상대방결정 내지 책임귀속원리로 경찰책임의 원칙을 설정해놓고 있다. 동 원칙은 경찰기관이 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 제거하기 위하여 개인의 권리영역을 침해하는 경우 우선적으로 그러한 위협야기에 대하여 책임있는 자에게 조치를 취하여야 함을 의미한다. 경찰책임자는 자신의 행위 또는 자신의 지배권 하에 있는 물건의 상태로부터 공공의 안녕 혹은 공공의 질서에 대한 구체적 위험 내지 장애가 발생하지 않도록 할 의무 즉 실질적 경찰의무 (materielle Polizeipflicht) 를 부담하기 때문이다³⁸⁾. 독일에서 이 원칙은 일반경찰질서법뿐만 아니라 수범자의 범위를 직접 법률로 규정해놓지 않은 집시법, 항공교통법, 건축질서법 등 특별법에도 적용된다고 한다³⁹⁾.

특히 행위책임의 귀속과 관련하여 전통적으로 직접원인설이 지배설임은 독일뿐만 아니라 그 경찰법계를 이어받은 우리나라, 일본에서도 마찬가지이다⁴⁰⁾. 다른 원인설 (Verursachungstheorien)들이 있었고, 이에 대한 비판도 많았지만, 일단 이 직접원인설에 의하면 형식적 경찰의무의 귀속자는 어떤 행위가 그 자체로서 경찰법상 위협의 영역을 초과하여 그로 인해 손해발생의 충분한 개연성이 발생하거나 한층 높아졌을 때 즉 인과관계의 고리 (Ursachenskette) 마지막에 있는 위협야기의 최후조건을 위법하게 제공한 경우 원인야기자가 되어 최우선적 경찰권발동의 대상이 된다고 한다⁴¹⁾. 이 학설이 갖는 흠결을 보완하기

35) 보다 강화된 위험(qualifizierte Gefahr)의 유형에 대해서는 서정범 역, 앞의 책, 46면 (특히 각주 81) 참고.

36) 경찰소극원칙은 실질적 의미의 경찰개념에서 나온 것이라는 언급으로 홍정선, 행정법원론(하), 2004, 369면.

37) Uwe Volkmann, a.a.O.(각주 16), S. 228.

38) 홍정선, 행정법원론(하), 2004, 374면.

39) 서정범 역, 앞의 책, 123면.

40) 대표적으로 김남진/김연태, 행정법 II, 2006, 274면.

41) 서정범 역, 앞의 책, 134면.

위하여 지배설은 ‘의도적 책임유발자(Zweckveranlasser)’ 개념을 정립하여 위협야기의 최후원인자 그 전 단계에서 그 원인을 유발한 자도 경찰책임자가 될 수 있도록 예외적인 논리를 구성하고 있다⁴²⁾.

동 학설의 비판의 유무는 별론으로 하고, 이 지배설에 따를 때 무관용경찰활동전략에 의해 겨냥되고 있는 행위들을 한 자들이 과연 이 경찰책임자가 될 수 있을까 하는 의문이 생기며 결론부터 말하면 부정된다고 할 수 있다. 이 경찰책임요건은 앞의 ‘위협요건이 충족됨을 필요조건으로 하므로 전 단계에서 논의한대로 구체적 위협요건 자체가 충족되지 않으면 경찰책임 자체의 귀속여부는 논의될 필요조차 없는 것이다. 또한 여기서는 특히 깨어진 차이론이 말하고 있는 소위 도미노 내지 나비효과(Butterfly-Effect)라는 것 자체가 - 설혹 위협요건이 충족되어 있다고 일단 전제하여 가정한다고 하여도 - 직접원인설이 말하고 있는 최후조건제공이라는 의미에 포섭될 수 있을지는 역시 부정된다고 답할 수밖에 없다. 이 역시 위협요건이 충족된다는 논리설정이 이루어진 후 경찰책임원칙에 관한 도그마틱적 패러다임변환이 없는 한 무관용적 경찰활동은 정당화될 수 없다고 판단된다.

5. 경찰재량의 문제와 그 한계원칙 특히 비례성원칙과의 합치성

일반경찰법상 경찰권발동의 구성요건들의 측면에서 깨어진 차이론과 무관용경찰활동전략에 의한 구상의 결합가능성이 결여되어 있다는 것은 범효과측면인 경찰재량부분에서도 그러하다⁴³⁾. 가상적으로 경찰일반조항의 구성요건이 충족된다고 하더라도, 바로 경찰기관이 그에 개입할 의무가 있다는 것을 의미하는 것이 아니다. 왜냐하면 형사소송법상 기소편의주의가 지배하고 있듯이 경찰활동영역에서도 편의주의(Opportunitätsprinzip)가 지배하며 이는 경찰관직무집행법상 각 개별조항의 적용 시에도 그러하다⁴⁴⁾. 따라서 무관용경찰활동에 따른 사례행위들에 대하여 경찰기관이 조치를 취할 경우에도 경찰편의주의를 단념하지 않는 한 재량권이 부여되어 구체적 사안에 비추어 공공의 안녕질서보호목적측면과 일정한 조치를 취할 경우 상대방 시민이 받게 될 불이익을 타 경우와 형평성 있게 형량하여 구체적 타당성 있는 결정을 탄력적으로 내릴 수 있게 된다. 그러나 ‘Zero Tolerance’라는 용어에서 보다시피 이 전략은 사소한 범죄나 사회질서규범 위반행위가 있으면 재량없는 ‘무(無)’ ‘관용(寬容)’으로 대처하여 반드시 형사처벌이나 행정제재처분을 내려야 하는 것이 되어 편의주의에 반대되는 합법주의(Legalitätsprinzip)에 접근하게 된다. 이는 기소편의주의나 경찰편의주의에 배치되는 결과가 되어 정당화될 수 없다. 이것은 소위 ‘재량행사의 지

42) 이에 대해서는 줄고, 경찰법상 의도적 책임유발자개념의 무용론, 공법학연구 제5권 3호, 한국비교공법학회, 2004. 12.

43) Uwe Volkmann, a.a.O., S. 228-229.

44) 김남진·김연태, 행정법 II, 2006, 278면; 홍정선, 행정법원론(하), 2004, 328면.

침이 정해져 있는 재량(intendiertes Ermessen)'이라고 하여도 즉 경찰기관 내부에서 재량 준칙으로서의 행정규칙으로 재량행사의 지침(켈링은 'guide line'이라 한다⁴⁵)이 설정되어 있다고 하여도 재량여지는 축소될 수 없다. 이는 구체적 사정에 따라 신중한 심사를 하여야 함이 바로 재량의 본질에 속하는 것임을 고려하여야 하기 때문이다⁴⁶. 주로 이 시도들이 일반처분의 형태로 행해질 것이기 때문에 더욱 문제된다.

그러면 경찰재량이 상황에 따라 소멸하게 된다는 재량의 0으로의 수축이론(Ermessensschumpfung auf Null)을 원용할 수 있을 것인가? 재량의 수축이론은 생명이나 건강과 같은 본질적으로 중요한 가치성을 인정받는 법익 또는 중대한 재산적 가치 있는 법익에 대하여 타인의 위법한 행위나 자연상황에 의한 긴급하고 현저한 위험이 존재하는 경우 재량권자의 결정재량이 축소되어 개입의무를 발생시키는 것이다⁴⁷. 이에 따를 때 무관용경찰활동의 행위사례들은 재량수축의 요건을 충족시키기 어려워 보인다.

따라서 무관용경찰전략이라 하여 사소한 범죄나 사회질서위반행위에 대하여 기소유에나 단순한 훈방조치를 취함이 없이 엄격하게 대처하여야 한다는 것은 어떤 법이론에 의해 구성되는 것이 아니라 재량권에 관한 지휘권을 가진 경찰기관장의 정책적 결단에서 나온 논리라고밖에는 설명이 되지 않는다. 어쨌든 법리적으로 이해할 때 일반적 재량지침에 따른 가혹한 효과결부전략은 이미 구체적 타당성(Einzelfallgerechtigkeit)을 지향하는 재량도그마틱과의 갈등을 예정해놓은 것이다⁴⁸.

그리고 깨어진 창이론의 주장자인 윌슨과 켈링 가혹한 처벌이나 조치가 부적절할 수 있지만 목적이 수단을 정당화시킨다는 언급을 할 때 스스로 인정하는 바와 같이, 알콜중독상태로 부랑상태에 있는 사람, 마약중독자, 구걸자 등을 대도시내부로부터 장기간 퇴거명령을 내려 지역사회를 청결하게 만들려는 다양한 시도는 목적-수단 사이의 형량에 있어서 상당성이 결여된다. 즉 사소한 규칙위반에 대해 극히 엄격한 대응조치를 취한다고 할 때 비례성원칙에서 요청되는 공익적 측면의 동기(Anlaß)와 그에 대한 대응(Reaktion), 제약목적과 제약강도의 상당성(Angemessenheit) 심사가 쓸데없는 것이 되어버린다는 비판을 면하기 어렵다⁴⁹. 그리고 이러한 내용을 담게 될 특별한 법률이나 조례를 제정한다고 하여도 안전이 자유보다 우선할 수 없다는 현재의 법감정에 비추어 비례성원칙 혹은 과잉금지원칙에 따라 위헌이 될 소지가 매우 크다고 할 수 있다.

45) 大塚 尙, 권창국 역, 깨어진 창이론, 앞의 논문(각주 2), 37면 참고.

46) 서정범 역, 앞의 책, 59면.

47) 대표적으로 김남진/김연태, 행정법 1, 2006, 107면.

48) Uwe Volkmann, a.a.O.(각주 16), S. 229.

49) Uwe Volkmann, a.a.O.(각주 16), S. 229, 230.

6. 소 결

이상에서 본 바와 같이 깨어진 차이론이나 무관용경찰활동전략은 공공의 질서라는 보호 이익에 관한 부분 이외에는 전통적 경찰법 법리와 합치될 수 없는 정책적 결단에 따른 정치적 논리의 모델이라고 할 수 있다. 특히 가장 중요한 문제는 구체적 위협이나 우리 경찰관직무집행법 각 개별적 수권조항에서도 요구되고 있는 긴급한 위협 요건을 충족시키지 못한다는 점에 있다. 그 때문에 위협요건충족을 전제하는 경찰책임원칙과의 합치성검토의 전제조건 자체가 마련되지 못하게 된다.

또한 공공장소의 비디오감시나 촬영에 대한 언급을 추가한다면, 전술한대로 독일이든 우리든 각종 선회식 비디오나 CCTV에 의한 무차별적 일반시민의 촬영이나 감시는 침해가 없는 경찰작용이므로 위협의 사전배려단계에서 직무규범의 존재로 충분하다고 한다. 특히 사회다수시민들은 이것이 안전을 매개하고 자유를 촉진시킬 수 있는 것으로서 신뢰를 보이고 있음은 주지의 사실이다. 그러나, 전자매체에 의하여 감시되고 있다는 인식은 공공장소에서의 자유행사에 대하여 심리적으로 위축시키는 침해효과가 있다고 본다. 더 문제인 것은 표면적으로는 침해적 효과가 적은 완화된 조치로 보이지만 그 효과는 광범위하다는 점이다⁵⁰. “에너미 오브 스테이트(Enemy of State)”라는 미국상업영화를 떠올릴 필요도 없이 이것은 분명 정보의 자기결정권에 대한 제약이 인정되어야 하므로 법률유보원칙과 과잉금지원칙이라는 기본권적 안전장치의 지배를 받아야 한다. 따라서 최선은 이를 위한 특별법상 근거를 만드는 것이다. 독일에서는 이에 개괄적 수권조항의 적용을 권고하지만 역시 위와 같이 과연 구체적 위협요건을 충족시킬 수 있을지, 과잉금지원칙의 심사를 통과해낼 수 있을지는 의문이다.

V. 경찰법상 사전배려원칙의 도출을 위한 시사점

1. 공동체지향적 안전국가개념

이상에서 본 바와 같이 전통적 경찰법법리나 헌법적 차원에서 볼 때 깨어진 차이론이나 무관용경찰활동전략은 무리스러운 면이 많아 보이는 모델이라고 할 수 있다. 그러나, 이 이론과 전략이 아무런 의미가 없다고는 보이지 않는다. 좋게 이해하자면 20세기 후반부는 개인의 자유회복이나 신장을 위한 시기였다면 이제 21세기는 더 이상 말 없는 다수 시민이 범죄나 사회질서위반행위로부터 피해를 입게 될 지도 모른다는 공포감을 제거하여야 한다는 공동체중심의 안전국가(Sicherheitsstaat)의 시기임을 천명하는 것으로 보인다. 따라

50) Michael Dolderer, a.a.O.(각주 11), 132.

서 그 동안 경찰법에서 정해놓은 구체적 위협의 안전선(Sicherheitslinie)을 안전수요에 맞추어 이제는 전진시켜 설정하여야 한다는 과제를 풀어놓은 것으로 선행된다. 하지만, 미국이나 서구국가들이 취하고 있는 현행 무관용정책을 그대로 우리나라 상황에 적용하는 것은 불가하다는 것을 전제한다.

하지만, 폭력과 지역사회의 쾌적함 파괴로부터 공공장소를 되찾기 위한 경찰법의 새로운 패러다임을 구성할 시기가 왔음을 보여준다는 의의를 이 모델로부터 발견할 수 있다. 이제는 자유 속의 안전(Sicherheit in Freiheit)이 아니라 안전 속의 자유(Freiheit in Sicherheit)라는 관점을 기초로 하여, 실정법상 근거도 없이 역사적 이유로 인해 취해 온 경찰소극의 원칙, 구체적 위협요건을 중시하는 실질적 의미의 경찰개념⁵¹⁾과 경찰권발동은 적을수록 좋다는 즉 지나치게 경찰활동의 과소(Untermaß)라는 결과를 초래한 과잉금지원칙의 소극적 이해로부터 벗어나 이제 경찰의 적극적 활동과 위협에 대한 사전대비와 배려를 강조하여 대다수 시민들로 하여금 안전 속의 자유를 향유토록 하여야 한다는 견해⁵²⁾는 타당하다.

물론 이러한 목표를 강조하는 것으로 만족할 수는 없다. 안전국가, 예방국가를 담보책 없이 강조하다가는 “개인의 자유 대신에 안전(Sicherheit statt Freiheit)”⁵³⁾ 속에 살 것인가라는 화두를 가진 비판의 십자포화에 대한 방어가 어려울 것이기 때문이다. 이하에서는 차후에 보다 구체적으로 논증을 하여야 하겠지만, 일단 여기서는 전통적 경찰법리를 대신할 논리의 단초를 제공하는 것으로 만족하고자 한다.

2. 경찰소극원칙의 단념과 경찰법상 사전배려원칙의 형성을 위한 시사점

우선 경찰소극의 원칙을 대신할 경찰적극원칙 내지 경찰법상 사전배려원칙을 주장하기 위한 첫 번째 논거로서 헌법적 근거가 제시되어야 할 것이다. 필시 과거 선량한 경찰(gute Polizey)'을 강조한 공공복리배려적 경찰개념으로 회귀한다는 자유주의적·법치국가적 입론에서의 비판에 대해서는 사회국가원리(Sozialstaatsprinzip)를 원용하고자 한다. 사회국가원리의 내용은 국가 및 기타의 공행정주체에 대해 사회질서를 사회적 정의에 따라 형성할 권능과 의무를 부여함을 의미한다. 그리고 여기에서 사회적 정의라고 함은 모든 국민에게 인간다운 생활을 보장하고 적당한 수준의 경제적·문화적 수요를 충족시켜주는 상태를 의미한다고 한다. 그리고 인간의 생존에 필수적인 수요가 우선하고 그 밖의 것은 후순위에 서게 하는 원리라고 한다⁵⁴⁾. 한 마디로 ‘실질적인 자유와 평등의 실현수단이라고

51) 실질적 의미의 경찰개념으로부터 경찰소극원칙이 도출되었다는 언급으로 홍정선, 행정법원론(하), 2004, 369면.

52) 이 견해는 김남진교수님의 의견으로서 학문적 교류를 통해 가르침을 받은 내용을 인용한 것임을 분명히 밝힌다.

53) 이에 관한 문헌으로 Ulrich Blaschke/Achim Förster/Stephanie Lumpp/Judith Schmidt, Sicherheit statt Freiheit?, SÖR Bd. 1002, Duncker & Humblot, 2005 참고.

본다⁵⁵⁾. 이러한 사회국가원리는 급부행정의 기본원칙의 하나로 열거되고 있으며, 생존권적 기본권의 실현원리로 작용되고 있음은 분명하다. 보다 더 논증이 필요하겠지만, 경찰기관의 ‘안전’의 신속한 확보는 이제 국민 각자가 자율적으로 일상생활을 제대로 꾸려나갈 수 있도록 사회적 생활환경을 조성할 것을 내용⁵⁶⁾으로 하는 사회국가원리의 기본전제 내지 과제가 된다고 볼 수 있다⁵⁷⁾. 국가의 조직과 기능을 통한 자유와 평등의 실현을 꾀하는 자유주의적 법치국가원리에 친한 전통적 경찰법법리가 그 동안 위세를 당당히 하여 오는 동안에도 이미 사회국가원리를 원용하여 “공공의 질서”개념의 정당성을 언급한 주장⁵⁸⁾이 발견되는 것을 보면 그리 새로운 것도 아니다. 특히 귄터 에르벨(Günther Erbel)은 법제화 되어 있지 않은 사회적 질서규범의 보호를 위한 경찰직무도출을 위한 헌법적 근거를 사회국가원리와 자유권의 내재적 한계인 道德律(Sittengesetz)에서 발견할 것을 강조한 바 있다⁵⁹⁾.

더 나아가 국가의 기본권보호의무와 안전기본권(Grundrecht auf Sicherheit) 논의⁶⁰⁾에서 보듯이 안전을 위한 위협의 사전배려라는 관점은 이제 경찰법 법리의 변혁과 경찰관직무집행법 개정을 위한 구체적 논의의 시발점을 제공한다고 생각된다. 따라서 구체적 위협이나 긴박한 위협이 충족되어야 경찰법상 침해조치의 수권규범의 요건은 보다 앞선 단계의 것으로 대체되어야 한다. 또한 앞서 본 지배설에 따른 공공의 질서라는 보호이익개념은 그 동안의 비판론에서 벗어나 국가의 내부평화보호라는 헌법적 사명의 표현이라는 점에서 유지되어야 한다. 즉 그 보호는 폭력이 없고 평화롭게 상호신뢰하며 공존하는 사회공동체에서의 공동생활

54) 김남진/김연태, 행정법 II, 2006, 352-353면.

55) 허영, 헌법이론과 헌법, 2004, 박영사, 283면.

56) 허영, 앞의 책, 283면.

57) Udo Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat - Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, 1994, S. 27ff. (특히 그는 이 문헌의 35면에서 행정법차원에서 위험방지개념은 과제 내지 직무를 설명하는 의미를 가지는 것이며, 목적개념으로서 안전을 위한 위험방지를 최상의 가치를 갖는 국가 목적으로서 ‘르네상스’를 맞고 있다고 한다).

58) Günther Erbel, Der Streit um die “öffentliche Ordnung” als polizeirechtliches Schutzgut, DVBl. 1972, 475, S. 479. 이에 대해서는 줄고, 독일경찰질서법상 공공의 질서개념에 관한 논쟁의 개관과 평가, 토지공법연구 제30집, 2006. 3, 378면 참고.

59) Günther Erbel, a.a.O., S. 479(“사회국가의 헌법적 목표는 국가로 하여금 공동체의 순조로운 발전을 배려하기 위한 의무를 부담케 하고 이와 관련된 권능을 갖게 하는 것이다. 사회적 정의와 사회적 긴장완화를 위한 효과뿐만 아니라, 이러한 고차원적인 사회국가적 배려형태의 전단계로서, 사회적 생활과정의 평화롭고 공동체친화적인 진행을 위하여 포기될 수 없는, 사회공동생활의 질서규범의 보장도 이에 속한다. 법질서 이상의 분명한 사회윤리적 규범들의 준수도 사회적 합의형성(Konsensus)에 입각한 이와 같은 불가결한 질서에 속하는 한, ‘사회국가는 이와 같은 규범들의 유지도 요구할 수 있고 또 보장할 수 있다. 사회국가가 그 보호를 필요로 하는, 순수하게 사회윤리적인 규범들을 개인적 자유기속으로 바꾸게 하는 전환점역할을 하는 道德律은, - 정확하게 이해한다면 - 기본법 제2조 1항의 세 가지 한계범위 안에서 법제화되지 않은 순수하게 사회윤리적인 규범들의 수용을 위해 유일한 것이고 더 나아가 특히 그것을 위한 것이라는 자유권의 근본적 한계를 대표한다”).

60) 정태호, 기본권보호의무, 현대공법학의 재조명, 법학논집특별호(김남진교수퇴임기념특별호), 1997, 고려대학교 법학연구소, 361면 이하(특히 373-378면) 참고.

의 목적을 위한 보호사명이라는 헌법적 보호임무 (verfassungsrechtlicher Schutzauftrag)이다. 이것은 헌법에 의해 표현된 평화공동체이자 권력을 독점 (Gewaltmonopol)하는 국가의 성격에서 비롯된 것이다⁶¹⁾. 이는 영국의 “여왕의 평화침해 (breach of the Queen’s peace)”라는 자연법적 논리에 의해서도 지지되고 있다고 본다⁶²⁾.

경찰권발동의 제3요건인 경찰법상 ‘책임’에 관한 직접원인설은 그 동안 수십 년간, 사실 거의 백여 년간 지배설의 지위를 차지하고 있었지만, 실질적으로 이 요건에 관한 법리도 오래전부터 수정을 요구받고 있다. 자유주의적 법치국가원리의 관점에 맞게 경찰권발동의 상대방 확정법리로서 직접원인설은 여러 비판을 받아 실제로 많은 독일경찰법학 대가들도 그에 대해 의문을 표시하고 있다⁶³⁾. 구체적 위협의 최후조건제공자 내지 위법원인제공자를 경찰책임의 귀속자로 결정하는 이 학설은 법치국가원리에 비추어 설득력이 없는 것은 아니지만 현대적 의미변화를 담지 않은 과거 학설의 의미대로만 이해하게 되면 경찰법의 제1기본원리인 효율성원리(Effizienzprinzip) 즉 시간적 압박에 처함이 보통인 현장의 경찰공무원은 가능한 한 신속하게 효과적으로 경찰임무를 수행하여야 한다는 원리와 모순된다. 인과관계이론 자체는 경찰비용책임의 귀속문제 이외에 현장에서는 의미가 적을 수밖에 없으며 우선될 수 없다. 따라서 경찰책임의 근거는 오토 마이어 시대의 臣民의 善行義務 (Untertanenwohlverhaltenspflicht)를 출발점으로 한 국민의 일반적 평화교란금지의무 (allgemeines Nichtstörungspflicht) 내지 구체적 위협회피의무라는 시대착오적 발상에서 벗어나, 효율성 내지 효과성 원리를 바탕으로 한 개별국민의 헌법상 위험방지에의 협력의 무이며 이는 국민의 불문적 기본의무 리스트에서 한 자리를 차지해야 한다⁶⁴⁾. 또한 경찰책임의 근거에서 나아가 형식적 경찰책임 내지 의무의 귀속요소는 이제 최후조건제공 등 직접원인설의 논리가 아니라 역시 효율성원리를 기초로 위해에 대한 대처수단 내지 능력의 보유라는 관점에서 판단되어야 한다⁶⁵⁾. 이에 따라 직접원인설도 현대적으로 선택하면 직접원인제공자 즉 위협야기의 최후원인자는 가장 적합한 위해대처수단보유자로 추정되

61) Markus Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 142. “내부평화(innere Frieden)”와 국가목적으로서의 안전에 대해서는 Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: HdbStR I, §13, 1995, Rn. 63, S. 618; Volkmar Götz, Inner Sicherheit, in: HdbStR III, §79, 1996, Rn. 21, S. 1019 참고.

62) 위 내용들에 대해서는 졸고, 독일경찰질서법상 공공의 질서개념에 관한 논쟁의 개관과 평가, 토지공법연구 제30집, 2006. 3, 390면 참고.

63) 이에 대해서는 졸고, 경찰법상 의도적 책임유발자개념의 무용론, 공법학연구 제5권 3호, 2004. 12, 515-546면 참고.

64) 이에 대해서는 졸고, 경찰법상 책임론의 새로운 출발, 헌법판례연구 5, 2003, 박영사, 461-462면 참고. 이러한 경찰책임과 관련된 기본의무론에 대해서는 Josef Franz Lindner, Die verfassungsrechtliche Dimension der allgemeinen polizeirechtlichen Adressatenpflichten, 1997; Michael Griesbeck, Die materielle Polizeipflicht des Zustandsstörers und die Kostentragungspflicht nach unmittelbarer Ausführung und Ersatzvornahme, 1991 등 참고.

65) 이에 대해서는 Josef Franz Lindner, a.a.O., S. 43.

어 경찰책임의 귀속주체로 우선 평가받을 수 있다는 것이다. 어쨌든 위와 같은 경찰책임론의 새로운 이해를 통해 과거와는 달리 책임주체 판단에 있어서도 그 경계선은 분명 앞으로 전진배치될 수 있게 되고, 깨어진 창이론이나 뉴욕시의 경찰전략의 지향점과 근접하는 논리를 이끌어낼 수 있다.

VI. 결론

미국과 서구뿐만 아니라 일본과 우리나라⁶⁶⁾에까지 큰 바람을 불러온 깨어진 창이론을 기초로 한 무관용경찰전략은 그 동안의 범죄율의 증대와 시민들의 공공장소에서의 불편함을 해소코자 한 출발의 동기에서 설득력이 발견되지 않는 것은 아니나 이것은 전통적 경찰법 법리와 헌법적 관점에 비추어 볼 때 그대로 용인되기는 어려운 정책적 결단이다. 이런 논리라면 문신(文身)만 있으면 투옥시켜 갖은 고초를 겪게 하여 억울한 사망자들이 나온 “삼청교육대” 사건이 재현될 수도 있으리라는 극단적 예상도 가능케 한다⁶⁷⁾. 그러나 이 전략모델이 아무런 의미가 없는 것은 아니라고 생각된다. 극단적인 면이 있기는 하지만 앞으로 실질적 의미의 경찰개념과 경찰소극원칙에서 벗어나 경찰적극원칙과 위협의 사전배려원칙, 경찰책임의 새로운 구성을 위한 시사점 즉 공동체지향적 경찰법구성의 동기를 부여하고 있다는 점에서 의미를 찾을 수 있다고 본다.

어쨌든 결론적으로 사회내부의 안전은 이미 오래전부터 민주적 법치국가원칙 — 시민의 위협으로부터 보호 즉 안전에 관한 수요증대, 기본권의 보장 — 범죄나 사회질서규범 위반 행위에 대한 대처필요성 증대, 헌법의 요청 — 시민들의 공포감 없이 생존의 기초를 마련해달라는 소박한 요청 등과 같이 서로 이율배반적일 수밖에 없는 이질적 목표들 사이에서 그 좌표의 조정을 끊임없이 요구받아 왔다. 이제는 조심스럽게 위 요청들 관계에서 ‘우측’으로 접근해 나가는 논리를 구성해야 할 때가 온 듯하다.

그러나 이러한 모든 역할을 중앙집중식 경찰권력이 맡게 되는 것은 그 비대화를 초래할 것이 분명하기 때문에, 그 권력을 지방으로 분산하여 이양함도 함께 논의되어야 할 것이며, 그래서 지역사회경찰활동(Community Policing)⁶⁸⁾ 즉 자치경찰제도도 진지하게 검토되

66) 일본정부는 초·중학교에 미국식 Zero Tolerance를 도입한다고 밝혔다고 한다. 우리나라 언론도 학교 폭력문제 때문에 이러한 일본의 소식을 대서특필하면서 Zero Tolerance 정책을 요란스럽게 소개하고 있다고 한다(이윤재, Zero Tolerance Rule & Broken Window Theory, 월간중앙 2006.6.23일자 (http://magazine.joins.com/etc/print_article.asp) 인터넷판에서 인용).

67) AP 통신에 의하면 온두라스 국회는 불법폭력단체를 엄벌하는 불법폭력단체규제법을 제정해 폭력배들의 몸에서 문신(文身)만 발견되면 누구를 막론하고 투옥되며, 이를 위해 Zero Tolerance 정책을 언급하고 있다고 한다((이윤재, 월간중앙 인터넷판 2006.6.23일자, 앞의 각주의 글에서 인용).

68) Uwe Volkmann, a.a.O.(각주 16), S. 232.

어야 한다. 그리고 거리의 부랑자나 노숙자들을 수용할 시설확보 등에 관한 배려조치가 동시에 따라야 한다. 작년에 그렇게 많던 서울역, 부산역, 큰 지하철 역사 광장 앞 노숙자나 구걸인들이 어디로들 갔는지 최근 그리 보이지 않는다. “데몰리션맨”이나 “마이너리티 리포트”라는 미국 영화에서 보여주는 바와 같이 시민들이 욕 한마디만 해도 벌점이 매겨지고 타인에게 불쾌감을 줄 수 있는 행동을 절대로 삼가며, 질서규칙 위반자를 지하세계로 추방하거나 미래범죄 예지자들의 범죄신호만을 가지고 현재 아무런 위협을 야기한 일이 없는 사람을 냉동인간으로 만들어버리고 캡슐 속에 넣어버리는 비인간적인 세계를 지향하는 것이 아님을 분명히 한다.

(논문게재 확인일자 : 2006. 12. 15)



참 고 문 헌

- 김남진·김연태, 행정법 II, 2006, 법문사
서정범 역, 독일경찰법론, 1998, 세종출판사
서정범, 경찰법에 있어서 공공의 질서의 개념, 경찰학연구 제8호, 2005
이기춘, 경찰법상 의도적 책임유발자개념의 무용론, 공법학연구 제5권 3호, 한국비교공법학회, 2004. 12
이기춘, 독일경찰질서법상 공공의 질서개념에 관한 논쟁의 개관과 평가, 토지공법연구 제30집, 2006. 3
이기춘, 경찰법상 책임론의 새로운 출발, 헌법판례연구 5, 2003, 박영사
장석현, 깨어진 창이론(Broken Window Theory)을 통한 경찰의 대응방안, 한국공안행정학 회보 제16호, 2002, 177-199면
장석현, 무관용경찰활동(Zero Tolerance Policing)에 대한 비판적 검토, 한국경찰학회보 제4 호, 2002. 8, 21-38면
권창국 역, 깨어진 창이론(Broken Window Theory), 형사정책연구소식, 한국형사정책연구원, 통권 제67호, 2001. 9/10월호, 34-40면(大塚 尚, Broken Window Theory, 警察學論 集. 第54卷 第4號, 警察大學校, 立花書房, 2001. 4(平成13年 4月), 75-87項의 논문번 역본).
정태호, 기본권보호의무, 현대공법학의 재조명, 법학논집특별호(김남진교수퇴임기념특별호), 1997, 고려대학교법학연구소
허 영, 헌법이론과 헌법, 2004, 박영사
홍정선, 행정법원론(하), 2004, 박영사
이윤재, Zero Tolerance Rule & Broken Window Theory, 월간중앙 인터넷판 2006.6.23일 자(http://magazine.joins.com/etc/print_article.asp)
Helmut Ortner/Arno Pilgram/Heinz Steinert (Hrsg.), Die Null-Lösung : New Yorker "Zero-Tolerance"-Politik- das Ende der urbanen Toleranz?, 1998, Verlag Nomos
Josef Franz Lindner, Die verfassungsrechtliche Dimension der allgemeinen polizeirechtlichen Adressatenpflichten - Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung einer funktionalen Adressatendogmatik, 1997, Münchener Universitätschriften Bd. 126, Verlag C. H. Beck
Michael Griesbeck, Die materielle Polizeipflicht des Zustandsstörers und die Kostentragungspflicht nach unmittelbarer Ausführung und Ersatzvornahme, 1991, SÖR Bd. 602, Verlag Duncker & Humblot

James Q. Wilson/George L. Kelling, Polizei und Nachbarschaftssicherheit: Zerbrochene Fenster, Kriminologisches Journal, 1996, 121-137

Michael Dolderer, Verfassungsfragen der "Sicherheit durch Null-Toleranz", NVwZ 2001, 130ff.

Uwe Volkmann, Broken Windows, Zero Tolerance und das deutsche Ordnungsrecht, NVwZ 1999, 225ff.

Udo Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat - Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, 1994

Günther Erbel, Der Streit um die "öffentliche Ordnung" als polizeirechtliches Schutzgut, DVBl. 1972, 475

Markus Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, Jus Publikum 87, Verlag Mohr Siebeck

Ulrich Krietenbrink, 22.11.2003 in: <http://netzwerk.wisis.de/text/335.htm>

K C I