

## 경찰법상 위험방지를 위한 영치

손재영\*

### 〈국문초록〉

본 연구에서는 경찰법상 위험방지를 위한 영치와 관련하여 제기되는 법적 문제를 고찰하였다. 고찰한 것을 요약하면 다음과 같다: 첫째, 위험방지를 위한 영치란 경찰관이 위험방지의 목적으로 타인의 물건에 대한 점유를 취득하고, 해당 물건에 대한 공법상의 배타적 지배를 설정하는 강제처분을 의미한다. 사실 「형사소송법」에서는 물건의 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의제출을 거부할 경우 해당 물건은 압수를 통해 강제취거될 수 있지만, 「경직법」에서는 영치 외에 별도의 압수를 인정하고 있지 않기 때문에 경찰(행정)법상의 영치개념을 형사소송법상의 영치개념과 동일하게 ‘임의제출물과 유류물의 점유’로만 한정할 경우에는 설령 그 물건이 무기·흉기 등과 같이 위험을 일으킬 수 있는 물건에 해당하더라도 구호대상자나 경찰책임자가 반대의를 밝히면 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항이나 경직법상의 개괄적 수권조항에 따라 위험한 물건을 강제로 취거할 수 없게 된다. 구호대상자가 휴대하고 있는 흉기로 자살 또는 자해를 할 충분한 개연성이 있음에도 불구하고 또는 행동수상자가 지하철이나 백화점 등 많은 사람이 출입하는 장소에서 소지하고 있는 흉기로 난동을 부릴 개연성이 충분함에도 불구하고 구호대상자나 행동수상자가 반대의를 밝혔다는 이유로 위험한 흉기를 빼앗아 임시 보관할 수 없다는 것은 보호조치 시 영치권한을 수권하고 있는 「경직법」 제4조 제3항이나 불심검문 시 흉기소지 여부의 조사권한을 수권하고 있는 「경직법」 제3조 제3항의 입법취지에 비추어 받아들이기 어려운 해석이다. 따라서 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항이나 「경직법」 제3조 제3항 및 경직법상의 개괄적 수권조항에 따라 무기·흉기 등 위험한 물건을 소지하고 있는 구호대상자나 경찰책임자에게 해당 물건의 인도나 영치의 수인을 명할 수 있고, 사정상 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 그 성질상 의무를 부과하여서는 위험방지의 목적을 달성하기 어려운 경우에는 불가피한 최소한도 내에서 구호대상자나 경찰책임자로부터 위험한 물건을 빼앗아 임시 보관할 수 있으며, 이와 같은 조치는 「경직법」 제4조 제3항이나 「경직법」 제3조 제3항 및 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거한 경찰상 즉시 강제로서 가능하다.

둘째, 일부 견해에 따르면 그것이 위험방지의 목적이든 또는 범죄수사의 목적이든 관계없이 경찰관이 물건을 강제로 취거하기 위해서는 법관의 영장이 필요하다고 주장한다. 그러나 경찰법에서 영치의 목적은 해당 물건을 유죄입증의 증거로서 사용하기 위함이 아니라는 점, 또한 ‘임시’영치 또는 ‘일시’보관과 같이 영치는 해

\* 경찰대학 법학과 교수

당 물건을 무기한 내지 무제한적으로 취거 및 보관하는 것이 아니라, 영치사유가 종료될 때까지 일시적 내지 임시로 취거 및 보관한다는 점, 나아가 위험방지 목적의 영치는 사전에 계획을 세울 수 없으며, 현재의 급박한 장해를 막기 위하여 즉각적 내지 즉시적으로 실시되는 경우가 많다는 점에서 법관의 영장이 요구되지 않는다고 보아야 한다. 이러한 점에서 위험방지 목적의 영치와 범죄수사 목적의 영치는 - 점유취득과정에서 강제적 취거라는 차이점에도 불구하고 - 양자 모두 법관의 영장을 필요로 하지 않는다는 점과, 일단 영치된 이상 그 제출자는 해당 영치물을 임의로 취거할 수 없다는 점에서 공통점을 갖는다. 그러나 기본권의 주관적 권리로서의 성격은 기본권 주체가 국가의 기본권 침해에 맞서 자신을 방어할 수 있도록 절차적 보장을 요구한다. 따라서 비록 위험방지를 위한 영치에는 영장주의의 배제가 용인되고, 그 성격상 사전적 절차와 친하지 아니함을 인정하더라도, 일체의 절차적 보장이 배제되는 것은 아니며, 국가권력의 남용을 방지하고 국민의 권리를 보호하기 위하여 적법절차의 관점에서 일정한 절차적 보장이 요청된다. 이러한 점에서 「경직법 시행령」 제2조는 경찰관이 「경직법」 제4조 제3항에 따라 무기·흉기 등을 임시영치한 때에는 소속 국가경찰관서의 장(지방해양경찰관서의 장을 포함한다)이 그 물건을 소지하였던 사람에게 임시영치증명서를 교부하도록 하고 있고, 「경직법 시행령」 제7조는 경찰관이 「경직법」 제4조 제3항에 의한 임시영치를 한 때에는 소속 국가경찰관서의 장에게 이를 보고하도록 규정하고 있으므로, 이들 조항은 적법절차원칙에서 요청하는 절차적 보장을 따르고 있다고 볼 수 있다.

셋째, 「도로교통법」 제47조 제2항은 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>에서 술에 취한 상태에서 자동차를 운전한 음주운전자가 재차 음주운전하는 것을 방지하기 위하여 단속 경찰관이 자동차 열쇠를 영치한 행위에 대한 법적 근거가 될 수 있다. 왜냐하면 「도로교통법」 제47조 제2항에 따르면 경찰관은 술에 취한 상태에서 운전하는 사람에 대하여 정상적으로 운전할 수 있는 상태가 될 때까지 운전의 금지를 명하고 차를 이동시키는 등 필요한 조치를 할 수 있는바, 음주운전을 적발한 경찰관이 음주운전의 계속을 막기 위하여 취할 수 있는 조치로는 단순히 음주운전의 계속을 금지하는 명령 외에 자동차를 이동시키거나 다른 사람으로 하여금 대신하여 운전하게 하거나 다른 사람이 현장에 오지 못하는 경우에는 자동차 열쇠를 일시 보관하면서 운전자가 술에 취한 상태에서 벗어난 후 다시 운전하게 하는 등 필요한 조치를 할 수 있고, 이와 같은 조치는 「도로교통법」 제47조 제2항에 근거한 경찰상 즉시강제로서 가능하기 때문이다.

주제어 : 경찰법, 위험방지, 영치, 압수, 영장주의

• 투고일 : 2024.06.27. / 심사일 : 2024.07.19. / 게재확정일 : 2024.07.23.

## I. 문제의 제기

위험방지를 위한 영치(領置)란 경찰이 위험방지의 목적으로 타인의 물건에 대한 점유를 취득하고, 해당 물건에 대한 공법상의 배타적 지배를 설정하는 강제처분을 의미한다.<sup>1)</sup> 일반적으로 경찰법에서 영치는 현재의 위험을 방지하기 위하여 또는 물건의 멸실 또는 훼손으로부터 소유자나 적법한 점유자를 보호하기 위하여 혹은 유치장에 입감되거나 보호조치 된 사람이 소지하고 있는 물건이 자살, 자해 또는 타인의 생명, 신체, 재산에 손상을 가하거나 도주를 용이하게 하기 위한 용도로 사용될 수 있는 경우에 허용된다. 현행 「경찰관직무집행법」(이하 ‘경직법’이라 한다) 제4조 제1항에 따르면 경찰관은 수상한 행동이나 그밖의 주위 사정을 합리적으로 판단해 볼 때 정신착란을 일으키거나 술에 취하여 자신 또는 다른 사람의 생명·신체·재산에 위해를 끼칠 우려가 있는 사람 또는 자살을 시도하는 사람 등에 해당하는 것이 명백하고 응급구호가 필요하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 사람(이하 ‘구호대상자’라 한다)을 발견하였을 때에는 보건의료기관이나 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적절한 조치를 할 수 있다고 규정하는 한편, 동 조 제3항은 경찰관이 제1항의 조치를 하는 경우에 구호대상자가 휴대하고 있는 무기·흉기 등 위험을 일으킬 수 있는 것으로 인정되는 물건을 경찰관서에 임시로 영치하여 놓을 수 있다고 규정하여 ‘위험방지를 위한 영치’에 관한 명문의 규정을 두고 있다. 물론 위험방지를 위한 영치는 일반경찰법인 「경직법」에만 존재하는 것은 아니다. 특별경찰법에도 위험방지를 위한 영치가 규정되어 있다. 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률(이하 ‘총포화약법’이라 한다)」 제47조 제2항에 따른 공공의 안전을 위한 개인소지 총기류에 대한 임시영치<sup>2)</sup>나 「질서위반행위규제법」 제55조 제1항에 따른 자동차 관련 과태료 체납자에 대한 자동차 등록번호판의 영치 또는 「자동차관리법」 제24조의2 제3항에 따른 불법명의 자동차(이른바 대포차) 등록번호판의 영치 등이 그 예이다. 실제로 경찰은 교황방문<sup>3)</sup>이나 APEC 정상회의 또는 G 20 정상회담<sup>4)</sup>을 계기로

1) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12 Aufl., 2023, Rn. 173.

2) 이에 관해서는 이성용, “민간 총기규제의 법리와 제도적 개선방안”, 「경찰법연구」 제10권 제2호, 2012, 81쪽 이하.

3) 조재현, “경찰, 교황 방문 대비 전국 총기 6만여정 임시영치 시행”, 머니투데이 2014. 07. 20. <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2014070210478271694> (2024. 04. 19. 검색).

4) 송진석, “‘G20 회의’가 도대체 뭐기에…‘국민 통제’ 해도 너무 한다”, 경향신문 2010. 08. 03. <https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/201008030300155> (2024. 04. 19. 검색).

테러나 각종 범죄에 악용될 소지를 사전에 방지하기 위하여 개인소지 총기류에 대한 임시영치를 실시하고 있으며, 자동차세와 과태료 상습체납차량과 강도나 절도 등의 범죄에 악용될 소지가 다분한 대포차 운행에 대한 합동단속과 함께 자동차 등록번호판의 영치도 실시하고 있다.<sup>5)</sup> 본 연구에서는 이러한 위험방지를 위한 영치와 관련하여 제기되는 법적 문제를 고찰한다.

사실 위험방지를 위한 영치는 그 중요성에도 불구하고 그동안 학계와 경찰 실무에서 별다른 주목을 받지 못했다. 그 주된 이유는 현행 「경직법」에 영치와 그 이후의 후속조치, 이를테면 임치, 환가, 폐기와 반환 및 비용에 관한 규정이 미비한 점도 있겠으나, 경찰(행정)법과 형사소송법의 엄연한 차이에도 불구하고 형사법적인 사고의 틀에 갇혀 경찰법적으로 이해되어야 할 영치개념을 형사소송법적으로 이해하려는 형사소송법 위주의 실무적 고려도 한 몫하고 있다. 최근 하급심에서 내린 판결<sup>6)</sup>은 이러한 문제에 관하여 한 번 생각해 볼 계기를 마련해 주었다. 동 판결에서는 혈중알코올농도 0.170%의 술에 취한 상태에서 자동차를 운전한 음주운전자가 재차 음주운전하는 것을 방지하기 위하여 단속 경찰관이 자동차 열쇠를 영치한 행위가 「경직법」 제4조 제3항과 「형사소송법」 제216조 제3항 및 「도로교통법」 제47조 제2항에 따른 적법한 공무집행에 해당하는지 여부가 문제되었다(이하 ‘음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건’이라 하며, 사건의 개요는 아래 각주 7) 참조).<sup>7)</sup> 동 판결에서 원심(서울중앙지방법원)은

5) 김종혁, “경찰도 번호판 영치·공매… 자동차세 체납 현장 단속”, 교통뉴스 2019. 09. 24. <http://www.cartvnews.com/news/articleView.html?idxno=450624> (2024. 04. 19. 검색).

6) 서울지방법원 2022. 3. 30. 선고 2021노1752 판결.

7) 이른바 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>의 개요는 다음과 같다: 피고인 ‘갑’은 2020년 10월 7일 05시 39분 경 강원도 춘천시의 주점에서 차량을 이동해 달라는 요청을 받고 혈중알코올농도 0.170%의 술에 취한 상태로 지인 소유의 BMW 520d 자동차를 10m 정도 운전하다 주차된 오토바이를 충격하여 물적 피해를 입히는 사고를 내게 되었다. 그로부터 10분 후 현장에 도착한 경찰관 경위 P1과 경장 P2는 ‘갑’을 상대로 음주측정을 한 다음 ‘갑’을 귀가시키려고 하였으나, ‘갑’이 사고 자동차가 본인의 것이 아니라 지인의 것인데 현재 지인과 연락이 안 되어 대리운전기사를 통해 귀가하겠다고 하였다. 경위 P1은 ‘갑’에게 자동차의 열쇠가 어디 있는지를 물은 뒤 ‘갑’이 자동차 내에 있다고 하자, 자동차 문을 열고 그 안에 있던 열쇠를 빼내어 손에 쥐었다. 이에 ‘갑’이 “이렇게 열쇠를 뺐는 건 아니죠”라고 말하자, 경찰관들은 “음주운전자 차량 키 지폐가 영치할 수 있습니다. 일시적으로”라고 답하였다. ‘갑’이 영치할 수 있다는 근거를 계속 보여 달라고 요구하자, 경찰관들은 “그걸 어떻게 보여줘요”, “경찰관직무집행법 찾아보세요. 본인이”, “법에 있는 건데 왜 보여드려야 하죠”, “보여줄 필요도 없고 의무도 없어요”라고 답하였다. 그러자 ‘갑’은 “의무도 없으면 뺏으면 안 되지”라고 하면서 경위 P1의 손 및 그 손에 쥐여 있던 열쇠를 함께 잡았고, 이에 경찰관들은 “놓으시라고!”라고 말하자, ‘갑’은 “(근거를) 보여 달라고 했잖아요. 영장 가지고 와요”라고 하였다. 경찰관들은 ‘갑’이 이와 같이 손과 열쇠를 잡은 후 30-40초 후에 바로 ‘갑’을 공무집행방해죄의 현행범인으로 체포하였다.

먼저 ① 피고인이 응급구호가 필요한 구호대상자에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 경찰관이 피고인에 대하여 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등의 조치를 취한 사실도 없으며, 나아가 영치는 임의제출물이나 유류물을 대상으로 하므로 피고인이 현장에서 명백히 반대의사를 밝힌 이상, 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항에 따라 자동차 열쇠를 영치할 수 없다고 판시하였다. 또한 ② 경찰관이 「형사소송법」 제216조 제3항을 근거로 자동차 열쇠를 압수할 수 있다 하더라도 압수물목록은 피압수자가 압수물에 대한 환부·가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사 절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙임에도 그와 같은 조치를 취하지 않았을 뿐만 아니라, 「형사소송법」 제216조 제3항에 기한 압수는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 함에도 이러한 영장을 받지도 아니 하였으므로 경찰관의 자동차 열쇠 영치는 적법하지 않다고 판단하였다. 나아가 ③ 「도로교통법」 제47조 제2항은 경찰공무원이 술에 취한 상태에서 운전하는 사람에 대하여 정상적으로 운전할 수 있는 상태가 될 때까지 운전의 금지를 명하고 차를 이동시키는 등 필요한 조치를 할 수 있음을 규정하고 있으나, 당시 피고인은 대리운전기사를 통해 귀가한다는 뜻을 밝혔을 뿐만 아니라, 경찰관이 자동차를 이동시키지도 않았으며, 무엇보다 사후영장의 통제도 없이 「도로교통법」 제47조 제2항에 기하여 자동차 열쇠의 강제적인 취거(取去)까지 인정한다면 이것은 「헌법」과 「형사소송법」이 규정하는 영장주의원칙에 반하는 것이므로 경찰관의 자동차 열쇠 영치는 적법하지 않다고 판단하였다.<sup>8)</sup>

반면, 항소심(서울중앙지방법원 제5·3형사부)은 술에 취한 상태에서의 운전은 「도로교통법」 제44조의 규정에 의하여 금지된 범죄행위임에 명백하고, 그로 인하여 자기 또는 타인의 생명이나 신체에 위해를 미칠 위험이 큰 점을 감안하면 음주운전을 적발한 경찰관이 음주운전의 계속을 막기 위하여 취할 수 있는 조치로는 단순히 음주운전의 계속을 금지하는 명령 외에 자동차를 이동시키거나 다른 사람으로 하여금 대신하여 운전하게 하거나 다른 사람이 현장에 오지 못하는 경우에는 자동차 열쇠를 일시적으로 보관하면서 운전자가 주취상태에서 벗어난 후 다시 운전하게 하는 등 필요한 조치를 할 수 있고, 이와 같은 조치는 「경직법」 제1조, 제2조, 제4조, 「도로교통법」 제47조 제2항에 근거한 경찰 행정상 즉시강제로서 가능하다고 판시하였다. 다만 경찰 행정상 즉시강제

8) 서울중앙지방법원 2021. 6. 23. 선고, 2020고단8007 판결.

는 그 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석해야 한다고 전제한 뒤, 이 사건의 경우 ① 피고인의 혈중알코올농도가 0.170%이었던 점, ② 피고인이 음주운전을 하여 주차된 오토바이를 충격해 물적 피해가 발생한 점, ③ 차량 내부에 키가 꽂혀 있어 경찰관이 현장을 이탈할 경우 언제든지 음주운전이 가능했던 점, ④ 비록 경찰관의 주취운전자에 대한 권한행사가 관계 법률의 규정 형식상 경찰관의 재량에 맡겨져 있다고 하더라도 그러한 권한을 행사하지 아니한 것이 구체적인 상황에서 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 경찰관의 직무상 의무를 위배한 것으로서 위법하게 되므로 음주운전을 적발한 경찰관으로서 음주운전의 계속을 막기 위하여 조치를 취할 필요가 있었던 점, ⑤ 사건 현장에는 피고인 혼자만 남아 있었고 경찰관은 피고인에게 가족 등 지인들에게 자동차 이동 및 자동차 열쇠 인계를 위하여 연락하라고 하였으나 피고인이 실제로 친구나 대리운전기사를 부르지 않은 점, ⑥ 음주단속 실무상 자동차 열쇠는 보호자 등이 있으면 그에게 주고 그렇지 않은 경우 운전자가 술이 깬 다음 지체 없이 돌려주었던 것으로 보이는 점 등을 고려하면 자동차 열쇠를 임시 보관한 경찰관의 조치는 불가피한 최소한도 내에서 행사된 것으로 적법하다고 판단하였다.<sup>9)</sup>

전술한 바와 같이 본 연구에서는 경찰법상의 위험방지를 위한 영치에 관한 법적 문제를 고찰하는바, 이 경우에는 특히 원심과 항소심이 엇갈린 판단을 내린 위 판결을 소재로 하여 음주운전을 적발한 경찰관이 음주운전의 계속을 막기 위하여 해당 음주운전자의 자동차 차량 열쇠를 영치하는 행위가 적법한 공무집행에 해당하는지의 문제를 고찰하고자 한다. 이와 관련하여서는 무엇보다 위험방지를 위한 영치는 임의제출물이나 유류물을 그 대상으로 하므로 음주운전자가 현장에서 명백히 반대의사를 밝힌 이상, 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항이나 「도로교통법」 제47조 제2항에 따라 자동차 열쇠를 빼앗아 임시 보관할 수 없는 것인지, 오히려 음주운전자가 다시 음주운전을 하다가 사고를 낼 경우 이를 막지 못한 경찰관에게 직무유기의 책임을 물을 수 있으므로 경찰관은 음주운전자의 반대의사에도 불구하고 음주운전으로 인한 교통사고를 막기 위하여 자동차 열쇠를 빼앗아 일시 보관해야 하는 것은 아닌지, 경찰관이 「도로교통법」 제47조 제2항에 따라 음주운전자의 차량 열쇠를 강제로 취거하기 위해서는 반드시 사후영장을 받아야 하는 것인지 만약 경찰관이 사후영장의 통제

9) 서울중앙지방법원 2022. 3. 30. 선고, 2021노1752 판결.

도 없이 「도로교통법」 제47조 제2항에 기하여 음주운전자의 자동차 열쇠를 강제로 취거한다면 이것은 「헌법」과 「형사소송법」이 규정하는 영장주의원칙에 위배되는 것인지의 문제를 살펴보는 것이 중요하다.

## II. 경찰법상 영치의 의의와 근거

### 1. 경찰법에서 영치의 개념

#### 1) 광의의 영치개념

위험방지를 위한 영치(Sicherstellung)란 경찰관이 위험방지의 목적으로 타인의 물건에 대한 점유를 취득하고, 해당 물건에 대한 공법상의 배타적 지배를 설정하는 강제처분을 의미한다.<sup>10)</sup> 경찰법에서 영치는 통상 물건에서 위험이 발생하거나 물건이 타인에게 위험을 야기하는 용도로 사용되거나 혹은 그 반대, 즉 물건이 위험을 방지하는 용도로 사용되어야 하기 때문에 경찰이 물건에 대한 사실상 지배를 취득하는 것에 그 목적이 있다.<sup>11)</sup> 이에 따라 영치의 인정 여부와 관련하여서는 해당 조치가 물건의 소유자, 소지자 또는 보관자의 실제 의사나 추정적 의사와 일치하는지 여부는 중요하지 않다. 그러나 독일의 일부 란트경찰법<sup>12)</sup>은 물건의 멸실이나 훼손으로부터 그 소유자, 소지자 또는 보관자를 보호하기 위하여 필요한 경우에 한하여 영치를 허용함으로써 영치의 개념을 물건의 소유자, 소지자 또는 보관자의 이익을 위한 강제처분에 한정하고 있다. 그러나 이러한 영치개념은 독일 내에서도 예외적인 입법례에 속하며, 일반적으로 영치개념은 물건의 소유자, 소지자 또는 보관자의 이익뿐만 아니라 공익을 위한 물건의 보관도 포함하는 넓은 의미로 이해되고 있다. 따라서 위험방지를 위한 영치는 물건의 멸실이나 훼손으로부터 그 소유자, 소지자 또는 보관자를 보호하는 데에 기여할 뿐만 아니라, 물건 자체에 의하여 또는 그 사용에 의하여 야기된 위험을 방지하는 데에도 기여한다. 현행 「경직법」 제4조 제3항도 구호대상자가 무기·흉기 등 위험을 일으킬 수 있는 것으로 인정되는 물

10) Daiber, “Flüchtlingsunterbringung”, JA 2016, 760, 761; Rachor, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 652 mwN; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023, Rn. 173.

11) Michl, Die Sicherstellung im Polizeirecht, JuS 2023, 119.

12) 예를 들어 독일 바덴-뷔르템베르크 경찰법(BWPolG) 제37조가 바로 그러하다.

건을 휴대하고 있는 경우 경찰관이 이를 경찰관서에 임시로 영치할 수 있도록 허용함으로써 광의의 영치개념을 전제로 하고 있다.

## 2) 물건의 개념

경찰법에서 영치의 대상은 물건이다. 그러나 「경직법」은 영치의 대상이 되는 “물건”에 관한 개념정의를 하고 있지 않기 때문에 그 의미와 관련하여서는 논쟁이 될 수 있지만, 「민법」은 제98조에서 물건을 “유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력”으로 정의하고 있다. 일반적으로 유체물은 형체가 있는 물질을 말하고, 무체물은 형체가 없는 물질을 말한다. 보통의 물건은 유체물이며, 전기·열·빛·음향·에너지 등의 자연력은 무체물이다. 권리도 전형적인 무체물이다. 「민법」 제98조에 따르면 이들 가운데 유체물은 모두 물건이나 무체물은 자연력만이 물건이 될 수 있다. 따라서 가령 권리는 물건이 아니다.<sup>13)</sup> 또한 물건이 되려면 관리할 수 있는 것이어야 한다. 즉 배타적 지배가 가능하여야 한다. 「민법」 제98조는 이 요건을 자연력에만 요구하나 유체물에도 요구된다고 보아야 한다.<sup>14)</sup> 그 결과 유체물이라도 해·달·별 등은 물건이 아니며, 공기·전파 등은 자연력이지만 배타적 지배가 불가능하므로 역시 물건이 아니다.

유체물에는 동산뿐만 아니라 부동산도 포함된다. 동물은 경찰법에서 물건으로 보며, 그것이 산 것이든 또는 죽은 것이든 모두 영치의 대상이 된다. 반면 살아 있는 사람의 신체나 그 일부는 물건이 아니다. 인공적으로 인체에 부착된 의치·의수·의족·가발 등도 신체에 고착되어 있는 한 신체의 일부로 보아야 한다.<sup>15)</sup> 그러나 사람의 신체에서 분리된 머리카락·치아·혈액<sup>16)</sup> 등은 물건이며, 분리되기 전 사람의 소유에 속한다.<sup>17)</sup> 죽은 사람의 시체가 물건인지 여부에 관해서는 논란이 있으나, 긍정되어야 한다고 본다.<sup>18)</sup> 따라서 죽은 사람의 시체도 물건이다.<sup>19)</sup>

영치될 수 있는 유체물에는 컴퓨터, 노트북, 테블릿pc, 스마트폰 등과 같은 정보통신기기도 포함된다. 그러나 경찰이 이러한 기기 속에 저장된 데이터를

13) 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2018, 318쪽.

14) 같은 견해로는 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2018, 318쪽.

15) 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2018, 318쪽.

16) 대법원 1999. 9. 3. 선고 98도968 판결.

17) 지문, 혈은, 족적 등과 같은 압력증거는 압수나 영치의 대상으로 볼 수 없다는 것에 관해서는 이성기, “수사기관의 범죄현장 증거물 수집에 관한 소송법적 논의”, 「형사법연구」 제26권 제1호, 2014, 215쪽 이하.

18) 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2018, 318쪽.

19) Rachor, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 657.



이용하고자 하는 경우에는 영치 외에 통신의 자유나 개인정보자기결정권에 대한 추가적 침해가 존재하고, 이에 대해서는 추가적인 법률의 근거가 필요하다. 경찰은 토지와 그 구성부분도 영치할 수 있다.<sup>20)</sup> 크기가 작은 동산의 경우에는 경찰이 이것을 빼앗아 보관함으로써 영치할 수 있으나, 주거나 사무실의 경우에는 경찰이 주거나 사무실을 영치하는 것이 아니라, 제3자가 출입할 수 없도록 영치된 주거나 사무실을 폐쇄하거나 그 열쇠를 영치할 것이다. 자동차의 경우에도 열쇠를 손에 넣을 수 있는지 여부가 중요하다.<sup>21)</sup>

영치는 영치되는 물건(영치물)이 타인의 점유 하에 있을 것을 전제로 하지 않는다.<sup>22)</sup> 따라서 점유를 이탈한 유실물도 영치될 수 있다. 그러나 영치는 타인의 재산권에 속하는 물건과 관련된 조치이기 때문에 무주물(無主物)의 점유는 영치에 해당하지 않는다. 따라서 야생동물을 포획하거나 야생동물의 사체를 처리하는 것은 영치에 해당하지 않는다. 왜냐하면 「민법」 제252조 제3항에 따르면 야생동물은 무주물이며, 따라서 야생동물의 포획이나 사체처리하는 누구의 권리도 침해하지 않기 때문이다.<sup>23)</sup>

영치는 원칙적으로 물건에 대해서만 가능하다. 가령 권리는 물건이 아니므로 채권 기타 재산권은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 영치의 대상이 아니다. 그러나 독일의 경우 몇몇 란트경찰법은 재산권, 특히 채권의 영치를 명문으로 인정하고 있다.<sup>24)</sup> 예를 들어 「바이에른 경찰직무법(BayPAG)」 제25조 제2항은 동 조 제1항의 요건이 존재하는 경우에는 경찰이 압류(Pfändung)를 통해 채권과 기타 재산권도 영치할 수 있음을 규정하고 있다. 이 경우에는 채권과 기타 재산권의 강제집행에 관한 민사소송법의 규정이 준용된다. 나아가 「바이에른 경찰직무법(BayPAG)」과 「메클렌부르크-포어포메른 안전과 질서법(SOG M.-V.)」은 영치의 적용범위에 데이터(Daten)를 포함시킴으로써 경찰의 영치권한을 확대하고 있다.<sup>25)</sup> 예를 들어 「바이에른 경찰직무법(BayPAG)」 제25조 제3항에 따르면 경찰은 동 조 제1항의 요건 하에서 이러한 조치 없이는 위험

20) Rachor, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 657;

21) Michl, Die Sicherstellung im Polizeirecht, JuS 2023, 119, 120.

22) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1985, S. 209.

23) Rachor, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 656.

24) 바덴-뷔르템베르크 경찰법(BWPoLG) 제28조 제2항; 바이에른 경찰직무법(BayPAG) 제25조 제2항; 브란덴부르크 경찰법(BbgPoLG) 제25조 제2항; 헤센 공공의 안녕과 질서에 관한 법률(HSOG) 제40조 제2항; 메클렌부르크-포어포메른 안전과 질서법(SOG M.-V.) 제61조 제2항. 민사소송법(ZPO) 제828조 이하가 준용되고 있다.

25) 바이에른 경찰직무법(BayPAG) 제25조 제3항; 메클렌부르크-포어포메른 안전과 질서법(SOG M.-V.) 제61조 제1항 제2문.

방지의 목적달성을 기대할 수 없거나 현저히 곤란한 경우에는 데이터도 영치할 수 있으며, 필요한 경우에는 데이터 액세스도 제한할 수 있다. 따라서 바이에른에서 영치는 해당 데이터가 영치된 컴퓨터가 아닌, 다른 위치, 예를 들어 클라우드(Cloud)에 저장되어 있는 경우에도 가능하다<sup>26)</sup>. 데이터 영치는 원칙적으로 공개적으로 실시된다는 점에서 비공개로 실시되는 온라인 수색(Online-Durchsuchung)과 구별된다.<sup>27)</sup>

### 3) 공적 점유의 취득

경찰법에서 영치는 경찰이 위험방지를 위하여 어느 물건에 대한 소유자 또는 적법한 점유자의 사실상 지배를 종료시키고, 새로운 사실상 지배를 취득하는 것을 의미한다. 따라서 경찰법에서 영치는 경찰이 물건에 대한 점유의 침탈과 그 물건에 대한 새로운 점유의 취득을 포함하는 개념이다. 이에 따라 영치가 인정되기 위해서는 해당 조치가 이전 점유자의 점유를 종료시키고, 공적 점유(amtliche Gewahrsam)의 취득에 목적을 둘 것이 요구된다. 이로 인해 점유자가 물건에 대한 점유를 경찰이 아닌 제3자에게 맡길 의무가 있는 경우에는 영치가 인정되지 않는다. 왜냐하면 이 경우에는 경찰이 물건에 대한 공적 점유를 취득하는 것이 아니기 때문이다. 마찬가지로 주정차 위반 차량을 그 위반장소에서 불과 몇 미터 떨어진 인근 무료 주차구역으로 이동시키는 경우에도 영치는 인정되지 않는다. 왜냐하면 영치가 인정되기 위해 필수적인 공적 점유의 취득이 존재하지 않고 그 결과 공법상의 임치관계가 성립하지 않기 때문이다.<sup>28)</sup> 일부 견해에 따르면 영치가 인정되기 위해서는 그 기간이 중요하기 때문에 물건에 대한 공적 점유의 기간이 짧은 경우 영치가 인정되지 않는다고 주장하나, 이런 주장을 뒷받침할 마땅한 근거는 존재하지 않는다.<sup>29)</sup> 영치의 인정여부는 그 기간과 무관하다.

26) 바이에른 경찰직무법(BayPAG) 제25조 제3항에 관해서 보다 자세한 것은 Michl, Sicherstellung von Daten durch die Polizei, NVwZ 2019, 1631 ff.

27) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023, Rn. 180.

28) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023, Rn. 173.

29) Schwabe, Rechtsfragen zum Abschleppen verbotswidrig abgestellter Fahrzeuge Zugleich eine Betrachtung zur Struktur der polizeilichen Standardmaßnahmen, NJW 1983, 369, 373; 다른 견해로는 Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2022, § 18, Rn 4.

#### 4) 공법상 배타적 지배의 설정

나아가 경찰법상의 영치가 인정되기 위해서는 해당 조치의 목적이 물건에 대한 새로운 공적 점유의 취득을 넘어 타인이 그 물건에 대하여 영향력을 미칠 가능성을 배제하는 것, 즉 공법상 배타적 지배(alleinige hoheitliche Sachherrschaft)의 설정을 포함해야 하는지 여부를 두고 학설상 다툼이 되고 있다. 이 문제는 주정차 위반 차량을 견인하는 것이 영치에 해당하는지의 문제와 결부되어 논의되고 있다. 이 경우 최광의설에 따르면 영치가 인정되기 위해서는 임치의 목적 없이 해당 물건을 단기간 임시 보관하는 것으로 이미 충분하기 때문에 주정차 위반 차량의 견인은 물론 단순한 차량이동조차 영치에 해당한다고 한다.<sup>30)</sup> 반면 절충설에 따르면 불법 주정차 차량을 인근 무료 주차구역으로 이동하는 것은 영치에 해당하지 않지만, 견인차량보관소에 견인하는 것은 영치에 해당한다고 한다.<sup>31)</sup> 그러나 최협의설에 따르면 전자는 물론이고, 후자의 경우에도 영치에 해당하지 않는다고 한다. 즉 인근에 주차공간이 없어 차량을 견인차량보관소에 견인하는 경우에도 영치는 인정되지 않는다고 한다. 왜냐하면 견인의 일차적 목적은 해당 차량에 대한 타인의 점유를 배제하는 것이 아니라, 차량견인을 통해 교통상의 장애를 제거하는 것이기 때문이라고 한다.<sup>32)</sup>

생각건대, 위 학설 가운데 최협의설이 가장 타당하다고 생각한다. 먼저 견인과정 그 자체는 영치에 해당하지 않는다. 왜냐하면 견인의 목적은 차량을 임치하여 타인의 그 차량에 대한 영향력을 배제하는 것, 즉 차량에 대한 공법상 배타적 지배의 설정에 있지 않기 때문이다. 영치가 인정되기 위해서는 필수적으로 해당 조치가 공법상 임치관계의 성립을 목적으로 하여야 한다.<sup>33)</sup> 그러나 견인은 그러한 공법상 임치관계의 성립이 목적이 아니라, 오히려 주정차 위반으로 인하여 야기된 위법상황을 바로잡는 것이 목적이다.<sup>34)</sup> 그 보다 견인 이후의 후속조치, 즉 견인차량보관소에의 보관이 영치에 해당하는지 여부가 문제될 수 있지만, 이 경우에도 영치는 인정되지 않는다. 왜냐하면 주정차 위반 차량을 견인차량보관소에 보관하는 경우에도 (일반적으로 영치의 인정을 위해

30) Michl, Die Sicherstellung im Polizeirecht, JuS 2023, 119, 120.

31) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2014, § 19 Rn. 4.

32) Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 654; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023, Rn. 179; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, Prüfe dein Wissen, 2. Aufl., 1994, S. 113; Württenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 4. Aufl., 1999, Rdn. 259.

33) Kingreen/Poscher, Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2022, § 18, Rn 2.

34) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, Prüfe dein Wissen, 2. Aufl., 1994, S. 113.

요구되는) 차량에 관한 공법상의 배타적 지배가 결여되어 있기 때문이다. 왜냐하면 차량소유자는 여전히 차량에 접근할 수 있기 때문이다.<sup>35)</sup> 사실 주정차 위반 차량의 경우와 같이 위험 또는 장애의 발생이 해당 물건이 놓여 있는 위치에 의존하는 경우에는 영치가 고려되지 않는다. 왜냐하면 이 경우에는 차량의 위치를 변경하는 것으로 이미 충분하기 때문이다. 이 경우에는 경찰도 차량소유자의 영향력을 배제시키고, 공법상 배타적 지배를 설정하려 하지 않는다. 오히려 그 반대로 차량소유자가 돌아와 스스로 경찰의 조치를 따를 준비가 되어 있다면 경찰은 해당 조치를 중단하여야 한다.<sup>36)</sup> 따라서 영치란 일반인 또는 특정인의 영향력을 배제시키고, 물건에 대한 공법상의 점유를 취득 및 보관하는 강제처분으로 이해될 수 있다.

차량견인은 예외적인 경우에만 영치에 해당할 수 있다. 예를 들어 경찰이 차량질도를 막기 위하여 잠금장치가 되어 있지 않은 차량을 안전한 장소로 이송하는 경우<sup>37)</sup>나 교통사고의 위험이 있는 차량의 소유자가 운행금지 및 등록 취소에도 불구하고 해당 차량을 계속 이용하고 있어 차량소유자의 처분권을 제한해야 하는 경우<sup>38)</sup>가 바로 그러하다.<sup>39)</sup> 이 경우 조치의 목적은 차량을 임치하여 권한없는 사람이나 일반인이 그 차량에 대해 영향을 미칠 가능성을 배제하는 것에 있다. 그러나 차량질도나 교통사고의 위험이 차량열쇠를 영치함으로써 (마찬가지로) 방지될 수 있다면 최소침해원칙에 따라 차량에 대한 영치는 허용되지 않는다.

## 2. 경찰법상 영치에 대한 수권근거

### 1) 영치에 대한 개별적 수권조항

영치는 물건에 관한 사법상 처분권의 제한이자, 「헌법」 제23조에 보장된 재산권에 대한 제한이므로 경찰이 위험방지의 목적으로 물건을 강제로 영치하기 위해서는 법률의 수권이 필요하다. 이 경우 「경직법」 제4조 제3항은 경찰관이 동 조 제1항의 보호조치를 하는 경우 구호대상자가 휴대하고 있는 무기·흉기 등 위험을 일으킬 수 있는 것으로 인정되는 물건을 경찰관서에 임시로 영치하

35) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023, Rn. 179.

36) Rachor, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 654.

37) OVG Koblenz DÖV 1989, 174; VGH Kassel NJW 1999, 3793.

38) VGH Mannheim NVwZ-RR 1992, 184 = DÖV 1992, 80. 884

39) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023, Rn. 179; Rachor, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 654 u. 673.

여 놓을 수 있다고 규정하여 위험방지를 위한 영치에 대한 법적 근거를 마련해 두고 있다. 물론 위험방지를 위한 영치에 관한 규정은 「경직법」에만 존재하는 것은 아니다. 특별경찰법에도 위험방지를 위한 영치가 규정되어 있다. 예를 들어 「총포화약법」 제47조 제2항에 따른 공공의 안전을 위한 개인소지 총기류에 대한 임시영치나 「질서위반행위규제법」 제55조 제1항에 따른 자동차 관련 과태료 체납자에 대한 자동차 등록번호판의 영치 또는 「자동차관리법」 제24조의2 제3항에 따른 불법명의 자동차 등록번호판의 영치 등이 그 예이다. 이들 규정은 특별법으로서 그 적용에 있어서 「경직법」 제4조 제3항보다 우선한다.

#### (1) 영치의 요건

「경직법」 제4조 제3항의 영치는 동 조 제1항의 보호조치를 전제로 하므로, 경찰관이 「경직법」 제4조 제3항의 영치를 실시하기 위해서는 그 전제로서 ① 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등의 조치를 취하고, ② 응급구호가 필요한 구호대상자가 무기·흉기 등과 같은 위험을 일으킬 수 있는 것으로 인정되는 물건을 휴대하고 있을 것이 요구된다. 그러나 「경직법」 제4조 제3항은 영치의 요건으로 해당 물건이 실제로 자살, 자해 또는 타인의 생명, 신체, 재산에 손상을 가하는 목적으로 사용될 것이라는 구체적 개연성이나 사실적 근거를 요구하지 않는다. 즉 「경직법」 제4조 제3항에 따른 영치의 실시와 관련하여서는 구호대상자가 휴대하고 있는 물건을 실제로 그러한 자살, 자해 등의 목적으로 사용할 것이라는 충분한 개연성이 존재한다거나 그러한 가정을 정당화하는 특정의 사실이 존재하는지 여부는 중요하지 않다. 「경직법」 제4조 제3항에 따른 영치의 실시를 위해서는 단지 구호대상자가 휴대하고 있는 물건이 일반적으로 자살이나 자해 또는 타인의 생명, 신체, 재산에 손상을 가하는 목적에 사용되기에 적합하다는 사실만으로 충분하다. 따라서 경찰관은 구호대상자가 휴대하고 있는 물건으로서 이론상 자살, 자해 또는 타인의 생명, 신체, 재산에 손상을 가할 목적으로 사용될 수 있는 모든 물건(예: 무기, 흉기, 주머니칼, 면도날, 바늘, 가위, 벨트, 라이터, 우산 등)을 영치할 수 있다.

#### (2) 영치의 절차

「경직법 시행령」 제2조에 따르면 경찰관이 「경직법」 제4조 제3항에 의거하여 무기·흉기 등을 임시영치한 때에는 소속 국가경찰관서의 장(지방해양경찰관서의 장을 포함한다)은 그 물건을 소지하였던 사람에게 임시영치증명서를 교부하여야 한다. 「경직법 시행령」 제2조는 경찰관의 직무상 의무를 담고 있

다. 「경직법 시행령」 제2조에 규정된 의무에 대한 위반은 영치의 적법성과는 무관하지만, (후술하는) 공무상 불법행위책임 내지 공법상의 준계약적 의무의 위반으로 인한 손해배상책임으로 이어질 수 있다.<sup>40)</sup> 임시영치증명서는 서면형식의 통지서이다. 임시영치증명서는 영치 당시 해당 물건을 소지하였던 사람, 즉 피영치자에게 교부하여야 한다. 피영치자는 임시영치증명서를 통해 영치사유와 영치된 물건이 무엇인지를 알 수 있어야 한다. 영치된 물건의 정확한 명칭 외에도 영치의 목적과 법적 근거 및 그 근거가 된 사실관계가 적시되어야 한다. 나아가 영치된 물건은 목록을 작성하고 혼동되지 않도록 표시하여야 한다. 그리고 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항에 따라 임시영치한 때에는 소속 국가경찰관서의 장에게 이를 보고하여야 한다(「경직법 시행령」 제7조 제3호).

### (3) 영치의 기간

「경직법」 제4조 제7항은 동 조 제3항에 따라 물건을 경찰관서에 임시로 영치하는 기간은 10일을 초과할 수 없다고 규정하여 영치의 최장기간을 규정하고 있다. 그러나 영치사유가 소멸된 후에는 그 기간이 무기한이든 또는 유기한이든 그 여부와 상관없이 경찰관은 해당 영치를 취소할 의무가 있다.<sup>41)</sup> 즉 영치사유가 소멸하면 영치는 취소되어야 하고, 영치물은 피영치자에게 반환(환부)되어야 한다. 이것은 공법상 결과제거청구권의 당연한 결과이다. 만일 피영치자에게 영치물을 반환할 수 없다면 해당 물건에 대해 권리가 있다고 믿을 만한 사람에게 반환할 수 있다. 영치물이 멸실, 훼손, 파손, 부패 또는 현저한 가치 하락의 우려가 있거나 과다한 비용 등으로 계속 보관하기 어려워 환가(물건을 금전으로 환산하는 행위)를 한 경우에는 그 매각대금을 반환하여야 한다. 정당한 권리자가 없거나 그 소재를 알 수 없는 경우에는 「민법」의 규정(제487조 이하)에 따라 그 매각대금을 공탁하여야 한다. 환가조차 불가능한 영치물은 불용 내지 폐기될 수 있다.

## 2) 영치일반에 대한 수권근거로서 개괄적 수권조항

### (1) 개괄적 수권조항이 영치에 대한 법적 근거가 될 수 있는지 여부

주지하다시피 위험방지의 직무와 권한에 관한 일반법인 「경직법」은 이른바 “표준조치”를 수권하는 개별적 수권조항을 마련해 두고 있다. 여기서 “표준조

40) Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., 2019, § 48 Rn. 8.

41) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023, Rn. 174.

치”란 위험방지를 위해 요구되는 전형적인 경찰조치를 경찰법에 유형화해 둔 것을 말한다. 「경직법」에 규정된 표준조치로는 불심검문(제3조), 보호조치(제4조), 피난조치와 접근금지 및 통행제한(제5조), 위험방지를 위한 출입(제7조), 사실조회와 출석요구(제8조), 경찰착용기록장치의 사용(제10조의5) 등이 있다. 이와 같이 「경직법」은 표준조치를 수권하는 개별적 수권조항을 두고 있지만, 이 가운데 영치는 표준조치의 하나로 명시되고 있지 않다. 물론 전술한 「경직법」 제4조 제3항이 보호조치 된 구호대상자의 자살이나 자해 또는 타인의 생명, 신체, 재산에 대한 손상을 방지하기 위하여 경찰관에게 필요한 영치권한을 수권하고 있지만, 동 조항은 위험방지를 위한 영치에 대한 충분한 수권근거가 되지 못한다. 왜냐하면 「경직법」 제4조 제3항의 영치는 동 조 제1항의 조치, 즉 보호조치를 전제로 하기 때문이다. 사실 입법자는 물건 그 자체에 의하여 야기된 위험이나 물건의 사용에 의하여 야기된 위험을 방지하기 위하여 경찰관에게 영치에 관한 개별적 수권을 하고 있지만, 입법기술상 모든 유형의 위험상황을 사전에 예측하여 이에 상응하는 권한을 부여하는 데에는 일정한 한계가 있기 때문에 결국 입법상의 흠결이 발생하게 된다. 예를 들어 「경직법」 제3조 제3항에 따르면 경찰관은 동 조 제1항 제1호의 수상한 행동이나 기타 주위 사정을 합리적으로 판단해 볼 때 어떤 범죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 상대로 불심검문을 할 수 있는바, 경찰관이 질문을 할 때에는 그 사람이 흥기를 소지하고 있는지를 조사할 수 있다. 그러나 조사 결과 만일 피검문자가 위험한 흥기를 소지하고 있다면 조사 이후의 후속조치, 이를테면 ‘경찰관은 피검문자가 소지하고 있는 흥기를 영치할 수 있다’와 같은 규정을 두고 있지 않다. 이른바 ‘분당 서현역 흥기난동 사건’에서도 볼 수 있는 바와 같이 경찰관이 흥기를 소지하고 지하철이나 백화점 등을 배회하는 행동수상자를 발견할 때에는 일반시민의 안전을 보장하기 위하여 흥기를 빼앗아 보관할 수 있어야 하지만, 현행 「경직법」은 보호조치에 수반하여 구호대상자가 휴대하고 있는 무기·흥기 등 위험을 일으킬 수 있는 것으로 인정되는 물건을 임시영치하는 것 외에 영치일반에 관한 수권조항을 두고 있지 않다. 「경직법」 제3조 제3항의 입법취지로 보아 불심검문하는 경찰관은 지하철이나 백화점 등 많은 사람이 출입하는 장소를 배회하며 수상한 행동을 보이는 사람이 소지한 흥기를 빼앗아 보관할 수 있어야 하는바,<sup>42)</sup> 이 경우에는 경직

42) 일본의 「경찰관직무집행법」 제2조 제4항도 경찰관이 체포된 자에 대하여 흥기를 소지하고 있는지 여부를 조사할 수 있다고 규정하고 있다. 체포와 관련한 경찰관의 위험방지와 피체포자의 자해방지를 위하여 흥기소지 여부를 조사할 권한을 인정하고 있다. 그러나 우

법상의 개괄적 수권조항(제2조 제7호와 결합한 제5조 제1항 제3호)<sup>43)</sup>이 그러한 위험방지를 위한 영치조치에 대한 수권근거가 될 수 있다.<sup>44)</sup> 왜냐하면 동 조항은 경찰관이 위험한 사태가 있을 때에 “위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치”를 수권하고 있는바, 그 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치에는 행동수상자가 소지하고 있는 위험한 흉기의 영치도 포함될 수 있기 때문이다.

사실 경직법상의 개괄적 수권조항이 경찰작용에 대한 법률상의 수권근거가 될 수 있는지 여부와 관련하여서는 학설상 다툼이 존재한다. 일부 견해<sup>45)</sup>에 따르면 개괄적 수권조항은 그 요건부분에 사용되고 있는 공공의 안녕, 공공의 질서, 위험 등과 같은 불확정 법개념을 이유로 명확성원칙에 반하기 때문에 허용될 수 없다고 한다. 이러한 견해는 경찰작용은 권력적이고 침해적인 성격을 갖기 때문에 경찰작용에 대한 수권방식은 개별적 수권방식이 되어야 한다고 한다. 그러나 개괄적 수권조항은 명확성원칙에 반하기 때문에 허용될 수 없다는 견해는 오늘날 학설과 판례에 의해 동 조항 속에 규정된 수권의 목적과 내용 및 범위가 이미 충분히 명확해졌다는 점과, 경찰작용에 대한 수권근거로서 개괄적 수권조항이 갖는 유용성을 고려할 때 설득력이 떨어지는 견해이다. 최근 위험방지를 위하여 특별법을 제정하려는 경향이 강하게 나타나고 있음에도 불구하고 오늘날 기술의 발전을 통해 새롭게 발생하는, 그래서 입법자가 입법 과정에서 종종 예측할 수 없었던 위험상황과 경찰이 이러한 위험상황에 유연

---

리나라의 「경찰관직무집행법」과 마찬가지로 흉기를 발견한 경우의 조치에 관해서는 규정하고 있지 않다. 이에 대하여 학설은 「경찰관직무집행법」 제2조 제4항의 취지에 비추어 흉기를 빼앗아 일시적으로 보관하는 것까지 인정되는 것으로 해석하고 있다. 예를 들어 古谷 洋一(후류야 요이치) 편저/황순평 역, 「주석 일본 경찰관직무집행법」, 2016, 251쪽; 田村正傳(타무라 마사히로) 저/황순평·김혁 역, 「경찰행정법」, 2017, 216쪽.

- 43) 개괄적 수권조항이란 개별적 수권조항이 존재하지 않는 경우 경찰에게 위험방지조치를 수권하는 법률조항을 의미한다. 개괄적 수권조항의 규율형태는 각 나라마다 조금씩 차이가 있지만, 대체로 “경찰은 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위험 또는 장애를 방지하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다”는 내용을 담고 있으며, 현행법에서 이러한 내용을 담고 있는 법률조항으로는 경직법 제2조 제7호와 결합한 제5조 제1항 제3호를 들 수 있다. 동 조항은 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위험 또는 장애가 존재하는 경우 경찰관에게 위해방지에 필요한 조치를 수권한다. 현행법상 경직법 제2조 제7호와 결합한 제5조 제1항 제3호를 개괄적 수권조항으로 인정할 수 있다는 것에 관하여 보다 자세한 것은 손재영, 「경찰법」, 2021, 126면 이하.
- 44) 같은 견해로는 김형훈, “사권(私權) 보호를 위한 경찰개입에 관한 연구”, 「경찰학연구」 제22권 제3호, 2022, 117쪽 이하.
- 45) 예컨대 박윤훈, 「최신행정법강의(하)」, 박영사, 2004, 325쪽이 바로 그러하다. 또한 이 견해에 입각한 것으로는 현재 2011. 6. 30. 2009헌마406(서울광장통행제지행위의 위헌성)에서 개진된 재판관 김중대, 재판관 송두환의 보충의견.



하게 대처해야 함을 고려할 때 개괄적 수권조항이라는 수권방식을 완전히 포기할 수 없을 것이다. 이러한 점에서 개괄적 수권조항은 원칙적으로 경찰작용에 대한 수권근거가 될 수 있다.

그러나 개괄적 수권조항이 원칙적으로 경찰작용에 대한 수권근거가 될 수 있다고 해서 동 조항이 “모든” 침익적 경찰작용에 대한 수권근거가 될 수 있음을 의미하지 않는다. 즉 개괄적 수권조항의 적용에는 일정한 한계가 존재한다. 특히 기본권에 대한 중대한 침해가 존재하는 경우 개괄적 수권조항의 적용은 제한된다. 왜냐하면 기본권에 대한 중대한 침해가 존재하는 경우에는 명확성원칙이 입법자로 하여금 개별적 수권조항을 통해 그러한 침해의 실질적 요건과 절차적 요건 및 그 한계를 보다 명확하게 규정해야 할 의무를 부과하기 때문이다. 따라서 기본권에 대한 중대한 제한을 가져오는 경찰작용의 경우에는 법률유보원칙의 한 요소인 명확성원칙이 보다 강하게 적용되므로 입법자는 “개별적” 수권조항을 통해 그 제한의 요건과 한계를 보다 상세하게 규정하여야 한다. 그러나 이것은 위험방지를 위한 영치에는 적용되지 않는다. 즉 경직법상의 개괄적 수권조항에 대한 원용이 불허되는 가장 주된 이유는 기본권 제한의 강도 때문일 수 있지만, 이것은 위험방지를 위한 영치에는 적용되지 않는다. 왜냐하면 위험방지를 위한 영치는 기본권에 대한 중대한 제한으로 보기 어렵기 때문이다. 그 이유는 ① 위험방지를 위한 영치는 사람의 신체에 실력을 행사하는 대인적 강제가 아니라 물건에 실력을 행사하는 대물적 강제라는 점, ② 또한 위험방지를 위한 영치는 재산권에 대한 수용이나 사용이 아닌, 주로 재산권의 제한에 머문다는 점, ③ 위험방지를 위한 영치는 물건을 무기한 내지 무제한적으로 취거 및 보관하는 것이 아니라, 영치사유가 종료될 때까지 일시적 내지 임시로 취거 및 보관한다는 점(예를 들어 음주운전단속 실무상 자동차 열쇠는 보호자 등이 있으면 보호자에게 건네주고, 그렇지 않은 경우에는 운전자가 술이 깬 다음에 지체 없이 돌려주는 것이 관행임) 때문에 위험방지를 위한 영치를 재산권에 대한 중대한 제한으로 보기 어렵다. 예를 들어 독일의 란트경찰법은 위험방지를 위한 영치(Sicherstellung)에 관한 명문의 규정을 두고 있는데, 이 경우에는 영치의 요건으로 대부분 “현재의 위험” 내지 “직접 임박한 위험”과 같이 위험에 대한 사항만 좀 더 높게 요구할 뿐, 그 외에는 개괄적 수권조항과 차이가 없기 때문에 영치에 관한 규정을 다른 말로 “엄격한 개괄적 수권조항” 또는 “제한적 개괄적 수권조항”(ingeschränkte Generalklausel)으로 부르고 있다.<sup>46)</sup> 향후 「경직법」에 위험방지를 위한 영치일반에 관한 명문의 규정을 두는 것이 바람직하겠지만, 피영치자가 무기·흉기 등 위험한 물건

을 휴대하고 있는 경우에는 항상 “위험의 현재성” 내지 “위험의 직접성”을 충족할 수 있기 때문에, 향후 입법 시까지 영치의 요건을 “현재의 위험”이나 “장해”가 존재할 때로 제한해서 적용한다면 경직법상의 개괄적 수권조항도 위험방지를 위한 영치에 대한 법적 근거가 될 수 있다고 본다.

## (2) 개괄적 수권조항이 적용될 수 있는 경우

경직법상의 개괄적 수권조항(제2조 제7호와 결합한 제5조 제1항 제3호)에 따른 영치가 고려될 수 있는 위험상황은 두 가지로 구분될 수 있다. (1) 현재의 위험을 방지하기 위한 영치와 (2) 물건의 멸실 또는 훼손으로부터 소유자 또는 적법한 점유자를 보호하기 위한 영치, 즉 사권보호를 위한 영치가 바로 그것이다.

### ① 현재의 위험을 방지하기 위한 영치

경직법상의 개괄적 수권조항은 경찰작용에 대한 요건으로서 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 “구체적 위험”이 존재할 것이 요구한다.<sup>47)</sup> 그러나 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거한 영치에 있어서 중요한 점은 영치가 정당화되기 위하여 “현재의 위험”이 요구된다는 점이다. 사실 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거한 경찰작용은 구체적 위험이 존재할 때에만 허용되는 것은 아니다. 구체적 위험보다 한층 더 강화된 위험인 “현재의 위험”이나 위험이 이미 실현되었을 때인 “장해”가 존재하는 경우에도 경찰작용은 허용된다. 사실 법문에는 “위험”이라고 규정되어 있지만, “현재의 위험”이나 “장해”는 경직법상 개괄적 수권조항에 근거한 경찰작용을 정당화할 수 있기 때문에 경찰은 현재의 위험이나 장해가 존재하는 경우에도 동 조항에 근거하여 위해방지조치를 취할 수 있다. 경찰법에서 “현재의 위험”(gegenwärtige Gefahr)은 손해발생이 이미 시작되었거나 확실성에 근접한 개연성으로 매우 가까운 장래에 손해발생이 임박한 경우를 의미한다.<sup>48)</sup> 현재의 위험은 위험실현에 대한 시간적 근접성과 손

46) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2014, § 19 Rn. 7; Rachor, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 660.

47) 여기서 “구체적 위험”(Konkrete Gefahr)이란 「경직법」에 개념정의가 되어 있지 않기 때문에 그 의미와 관련하여서는 논쟁이 될 수 있지만, 개별사례에서 실제로 또는 최소한 경찰관의 사전적 시점(ex ante)에서 사안을 합리적으로 판단해 볼 때 가까운 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상황을 의미한다. 이에 관해서 보다 자세한 것은 손재영, 「경찰법」, 박영사, 2021, 200쪽 이하.

48) “현재의 위험”(gegenwärtige Gefahr)의 개념에 대해서는 작센 경찰관직무집행법(SächsPVDG) 제4조 제3호 b) 참조.

해발생의 개연성의 정도가 특별히 높을 것이 요구된다. 그렇다고 위험의 중대성이 특별히 높을 필요는 없다. 특히 범죄의 자행이 문제될 필요는 없다.<sup>49)</sup>

“현재의 위험”은 먼저 물건 그 자체에서 발생할 수 있다. 즉 물건의 속성에 그 원인이 있을 수 있다. 예를 들어 사나운 맹견이나 폭탄, 폭발물 또는 독성 폐기물의 경우가 바로 그러하다. 이 경우에는 물건 그 자체가 위험한 상태에 있다. 이미 사람을 공격한 후 또 다시 2차 공격을 할 우려가 높은 사나운 맹견은 포획해서 보호시설에 가두는 경우에만, 공사현장에서 종종 발견되는 폭탄이나 폭발물은 그 처리반이 안전조치 시행 후 수거하는 경우에만, 독성폐기물은 해당 법규정에 따라 처리 및 보관하는 경우에만 경찰법에서 의미하는 위험이 존재하지 않게 된다.

다른 한편 “현재의 위험”은 물건을 소지한 사람의 행위에 의하여 야기될 수 있다. 즉 원래는 위험하지 않은 물건이 현재의 또는 급박한 사용에 의하여 위험이 야기될 수 있는 경우이다. 예를 들어 농기구(예: 트랙트, 쇠갈퀴)나 연장(예: 쇠파이프, 망치, 줄, 너트)을 무기로 사용하거나 집회 및 시위에 참석하는 동안 타인에게 손상을 입히거나 위협할 목적으로 물건(예: 돌, 병, 방화장치)을 휴대하는 경우가 바로 그러하다. 여기서는 주로 물건의 속성이 아니라, 그 소지자의 행위가 영치사유가 된다. 즉 사나운 맹견이나 폭탄, 폭발물 또는 독성 폐기물은 사람의 추가개입 없이도 이미 그 자체가 공공의 안녕에 대한 위험이 될 수 있는 반면, 강철너트는 그 용도와 다르게 새총의 발사체로 사용되는 경우 위험할 수 있고, 자동차 열쇠는 술에 취한 운전자가 운전을 하려는 경우 위험할 수 있다. 여기서는 물건에 대한 영치(領置)가 사람에 대한 유치(留置)보다 덜 침해적인 수단으로서 고려된다. 불법촬영에 사용된 카메라(초소형 몰카 포함)나 스마트폰은 증거물로서 압수될 수 있을 뿐만 아니라, 영상물의 배포 및 게시로 인하여 발생할 수 있는 2차 피해를 막기 위해서 영치가 허용된다.<sup>50)</sup> 총기나 자동차와 같이 그 사용이 위험을 내포하고 있기 때문에 특별한 허가나 면허를 필요로 하는 물건의 경우에는 만약 누군가가 총기로 동물(예: 고양이, 새)을 쏘거나 음주운전을 한다면 해당 총기나 자동차(내지 그 열쇠)는 영치될 수 있다.<sup>51)</sup> 특히 총포와 도검 및 화약류는 그 소지와 사용이 관할 행정청의 허가나 면허를 필요로 하는 물건이므로 허가 없이 이것을 소지하거나 사용하는 것은 「총포화약법」 위반이며, 법위반은 경찰에게 영치권한을 수권한

49) Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., 2019, § 47 Rn. 8.

50) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2014, § 19 Rn. 8.

51) Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 662.

다. 종종 「총포화약법」 위반은 동시에 범죄도 구성하기 때문에 이 경우에는 형사소송법상의 압수도 고려될 수 있다. “현재의 위험”은 특정사실이 이미 공공의 안녕에 대한 장애를 나타내는 경우 인정될 수 있다. 물건에 대한 소지만으로 범위반에 해당하는 경우에는 언제나 현재의 위험이 인정된다. 그로 인해 「총포화약법」에 따른 허가나 면허 없이 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁을 소지하는 것은 현재의 위험에 해당한다. 즉 단순한 소지만으로 현재의 위험을 나타낸다. 현재의 위험은 권한 없는 사람이 허가를 요하는 물건에 언제든지 접근 가능하다는 사실에도 인정된다. 따라서 도난당하거나 분실한 총포·도검·화약류·분사기·전자충격기·석궁은 경찰에 의하여 영치될 수 있다. 또한 누군가가 집회 또는 시위에 총포, 폭발물, 도검, 철봉, 곤봉, 돌덩이 등 다른 사람의 생명을 위협하거나 신체에 해를 끼칠 수 있는 기구를 휴대하거나 사용하는 경우에도 현재의 위험이 인정될 수 있다. 왜냐하면 집회 또는 시위의 주최자나 그 참가자가 이러한 기구를 휴대 또는 사용하는 것은 「집회 및 시위에 관한 법률」 제16조 제4항에 따라 금지되며, 이를 위반한 사람은 동법 제22조 제3항에 따라 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처해질 수 있기 때문이다.

경찰법에서 영치는 물건에서 위험이 발생하거나 물건이 타인에게 위험을 야기하는 용도로 사용되는 경우뿐만 아니라 그 반대의 경우, 즉 물건이 위험을 방지하기 위한 용도로 사용되는 경우에도 고려될 수 있다. 예컨대 추운 겨울날 씨에 동사(凍死)를 막기 위하여 노숙인을 어느 주거에 입주시키는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이러한 조치에 의하여 경찰은 주거에 대한 점유를 취득하고, 주거소유자의 처분권이 제한된다.<sup>52)</sup>

경직법상의 개괄적 수권조항에 따른 영치는 원칙적으로 “현재의 위험”이 존재하는 경우 허용되는바, 현재의 위험이 존재하는 경우에도 영치에 대해서는 경찰법상의 일반원칙에 따라 제한이 가해질 수 있다. 따라서 경직법상의 개괄적 수권조항에 따른 영치의 대상자는 원칙적으로 경찰책임자이며, 비책임자에 대한 조치는 이른바 경찰긴급상황의 엄격한 요건 하에서 예외적으로만 허용된다. 현재의 위험이 물건의 상태에서 발생하는 경우에는 상태책임자가 영치의 대상자가 되며, 물건을 위험한 용도로 사용하는 경우에는 행위책임자가 영치의 대상자가 된다. 반면 해당 물건이 위험방지의 목적으로 사용되는 경우에는 비책임자(예: 노숙인의 입주를 위하여 주거에 대한 영치를 하는 경우 주거소유

52) Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., 2019, § 47 Rn. 9.

자)가 영치의 대상자가 된다. 비책임자에 대한 영치는 영치요건 외에 경찰긴급상황의 요건을 충족시키는 경우에만 예외적으로 허용되며, 비책임자에게는 손실보상청구권이 인정된다.

## ② 사권보호를 위한 영치

경찰관은 어느 물건이 다른 사람에 의하여 도난, 훼손 또는 파손될 위험성이 있는 경우 사권보호를 위하여 해당 물건을 영치할 수 있다. 경찰관이 도난당한 물건의 주인을 찾아 전달할 때까지 물건을 보관해 두는 것이 사권보호를 위한 영치의 대표적인 예이다.<sup>53)</sup> 이것은 무엇보다 귀중품의 경우 중요하다. 값비싼 자동차에 잠금장치가 되어 있지 않아 도난 외에도 부품절도나 훼손, 파손의 위험성이 있는 경우 중요하다. 사권보호를 위한 영치는 보충성원칙 때문에 경찰이 법원에 의한 권리구제가 적시에 달성될 수 없고, 경찰의 도움이 없이는 권리실현이 좌절되거나 현저히 곤란한 경우에만 허용된다.<sup>54)</sup> 물건의 점유와 관련된 법적 분쟁을 해결하는 것은 경찰이 아니라, 일반법원의 관할이다(「민법」 제204조 이하, 제250조 이하). 가처분과 같이 위험에 처한 물건의 소유자가 법원에 권리구제를 요청함으로써 법익침해로부터 자신을 효과적으로 방어할 가능성이 있는 경우에는 영치가 허용되지 않는다.<sup>55)</sup> 그러나 공법에 대한 위반이 동시에 사권침해의 위험과 결부되어 있는 경우, 특히 형법을 위반하는 경우 보충성원칙은 적용되지 않는다. 예를 들어 주거침입죄에 해당하는 가택을 무단으로 불법점거하는 경우가 바로 그러하다.<sup>56)</sup> 사권보호를 위한 영치는 오로지 권리자의 이익을 위해서만 실시되기 때문에 영치목적은 권리자의 이익과 부합할 것이 요구된다. 그로 인해 권리자의 실제의사 또는 추정적 의사는 사권보호를 위한 영치의 불문요건이다.<sup>57)</sup> 환언하면 「민법」 제734조 이하에 따른 사무관리의 요건이 존재할 것이 요구된다. 따라서 경찰은 교통사고가 일어난 경우 제3자에 의한 물건훼손이나 도난으로부터 보호하기 위하여 병원으로 이송된 사고피해자의 물건을 영치할 수 있다.<sup>58)</sup> 또한 경찰은 피해자에게 돌려주기 위하여 도난당한 물건을 영치할 수 있으며, 차량절도를 막기 위하여 잠금장치가 되어 있지 않은 자동차를 영치할 수 있다.

53) Rachor, in: Lisk/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 674.

54) Michl, Die Sicherstellung im Polizeirecht, JuS 2023, 119, 121.

55) Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., 2019, § 47 Rn. 12.

56) Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., 2019, § 47 Rn. 12.

57) Rachor, in: Lisk/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 675.

58) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2014, § 19 Rn. 12.

## (3) 유치장에 입감된 사람이 소지한 물건의 영치

물론 이 외에도 유치장에 입감된 사람이 소지한 물건이 자살, 자해 또는 타인의 생명, 신체, 재산에 손상을 가하거나 도주를 용이하게 하기 위한 용도로 사용될 수 있는 경우에도 경찰의 영치가 허용된다. 「경직법」 제9조에 따르면 “법률에서 정한 절차에 따라 체포·구속된 사람 또는 신체의 자유를 제한하는 판결이나 처분을 받은 사람을 수용하기 위하여 경찰서와 해양경찰서에 유치장을 둔다”고 규정하고 있다. 법문에 따르면 수사단계에서 체포 또는 구속된 피의자는 물론 미결수용자와 수형자도 유치될 수 있으나, 미결수용자는 구치소에, 수형자는 교도소에 수용되므로, 경찰관서에 설치된 유치장에는 주로 체포된 피의자, 영장실질심사 후 영장발부여부가 결정되기 전의 피의자, 구속 후 송치되기 전의 피의자가 입감된다. 이 경우 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(이하 ‘형집행법’이라 한다) 제87조에 따르면 “경찰관서에 설치된 유치장은 교정시설의 미결수용실로 보아 이 법을 준용한다”고 규정하고 있고, 「형집행법」은 영치에 관한 명문의 규정을 두고 있으므로, 이러한 한도에서 경직법상의 개괄적 수권조항은 적용될 여지가 없다. 「형집행법」 제92조 제1항에 따르면 수용자는 마약·총기·도검·폭발물·흉기·독극물, 그밖에 범죄의 도구로 이용될 우려가 있는 물품(제1호), 무인비행장치, 전자·통신기기, 그밖에 도주나 다른 사람과의 연락에 이용될 우려가 있는 물품(제2호), 주류·담배·화기·현금·수표, 그밖에 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 물품(제3호), 음란물, 사행행위에 사용되는 물품, 그밖에 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 물품(제4호)을 지녀서는 아니 된다고 규정하는 한편, 「형집행법」 제93조 제1항은 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요하면 교도관이 수용자의 신체, 의류, 휴대품, 거실 및 작업장 등을 검사할 수 있으며, 검사 결과 금지물품이 발견되면 소장은 제5항에 의거 형사법령으로 정하는 절차에 따라 처리할 물품을 제외하고는 수용자에게 알린 후 폐기하고, 다만 폐기하는 것이 부적당한 물품은 교정시설에 보관하거나 수용자로 하여금 자신이 지정하는 사람에게 보내게 할 수 있다고 규정하고 있다. 이상의 규정들을 종합하면 경찰관은 경찰서 유치장에 입감되는 사람이 자살이나 자해 또는 범죄의 도구로 이용될 우려가 있는 물건(마약·총기·도검·폭발물·흉기·독극물)이나 도주 또는 다른 사람과의 연락에 이용될 우려가 있는 물건(무인비행장치, 전자·통신기기) 또는 시설 내 안전이나 질서를 해칠 우려가 있는 물건(주류·담배·화기·현금·수표)을 지니고 있는 경우 해당 물건을 영치 후 보관 또는 폐기할 수 있음을 알 수 있다. 다만 장기인 교도소와 달리 단기인 유치

장의 경우에는 교화 또는 건전한 사회복귀가 영치의 요건이 될 수는 없고, 해당 물건이 공공의 안녕에 대한 현재의 위험을 야기하는 경우에만 영치의 대상이 될 수 있을 것이다.

### 3. 의무위반 내지 불법행위로 인한 손해배상책임

(자명한 사실이지만) 경찰관은 영치한 물건을 임의로 처분하여서는 아니 된다. 경찰관은 영치물을 주의깊게 보관하여야 하며, 그 한도에서 책임을 진다. 사실 현행 「경직법」은 제4조 제3항과 제7항에서 보호조치 시의 영치와 그 기간에 관하여 규정하고 있을 뿐, 영치 이후의 후속조치, 이를테면 임치(보관)와 반환(환부)에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 만일 「경직법」에 임치와 반환에 관한 특별규정이 존재하지 않는다면 임치와 반환에 관한 「민법」의 규정(제693조 이하)이 공법상의 임치관계에도 적용될 수 있는지 여부가 문제되나, 유추적용은 상대방에게 불리하게 작용할 때에 금지되며 유리하게 작용할 때에는 법률유보원칙의 관점에서 문제가 되지 않으므로, 「민법」의 임치와 반환에 관한 규정은 공법상의 임치관계에도 적용된다고 본다.

「민법」에 따르면 수치인은 임치물 보관의무가 있다. 임치물 보관의무는 수치인이 목적물을 인도받은 때부터 생기고 반환할 때까지 존속한다. 이에 따라 경찰관은 구호대상자의 동의 없이 임치물을 사용하지 못한다(「민법」 제694조). 경찰관은 원칙적으로 임치물을 직접 보관하여야 한다. 그러나 임치인의 승낙이나 부득이한 사유가 있는 경우에는 제3자로 하여금 보관하게 할 수 있다(「민법」 제701조, 제682조 제1항). 그 성질상 경찰관이 직접 보관할 수 없거나 보관하기에 부적절한 경우 임치물은 다른 적절한 방법으로 보관하거나 안전한 곳에 보전하여야 한다. 예를 들어 포획된 동물은 동물보호소나 동물원에, 부패하기 쉬운 제품은 냉동창고에 보관하여야 한다.<sup>59)</sup>

영치물은 원칙적으로 공적 보관을 하여야 하므로 이를 통해 공법상의 임치관계가 성립한다. 공법상의 임치관계는 행정법상의 채권채무관계이다.<sup>60)</sup> 이러한 임치관계로부터 공법상의 준계약적 의무가 발생한다. 임치관계로부터 발생하는 공법상 준계약적 의무를 고의 또는 과실로 위반하는 경우 경찰은 채무불이행에 관한 「민법」 제390조 제1문(“채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하

59) Rachor, in: Lisen/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 690.

60) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023, Rn. 175.

지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다”)의 유추적용에 의하여 손해배상책임을 진다. 즉 경찰은 「민법」 제390조 제1문의 유추적용에 의한 준계약상 의무위반을 이유로 손해배상책임을 진다. 이와 관련해서는 「민법」 제390조 제2문도 유추적용된다. 그러나 경찰이 임치물을 보관하는데 기울여야 하는 주의 정도와 관련하여 「민법」 제695조(“보수없이 임치를 받은 자는 임치물을 자기 재산과 동일한 주의로 보관하여야 한다”)는 유추적용될 수 없다. 따라서 경찰은 임치물을 “자기 재산과 동일한 주의”로 보관하여서는 아니 된다. 왜냐하면 강제로 성립된 공법상 임치관계의 경우에는 그 이익상황이 다르기 때문이다.<sup>61)</sup> 오히려 경찰은 임치물을 수치인에게 인도하기 전까지 “선량한 관리자의 주의”로 보관하여야 한다(「민법」 제374조). 채무불이행에 따른 손해배상청구와 더불어 수치인은 공무상 불법행위를 이유로 국가에 대하여 손해배상도 청구할 수 있다. 공법상의 임치관계에 따른 준계약상 의무위반으로 인한 손해배상청구는 공무상 불법행위로 인한 손해배상청구와 마찬가지로 일반법원에 소를 제기하여야 한다. 경찰은 사인에게 물건의 보관을 맡기는 경우에도 손해배상책임에서 벗어나지 못한다. 즉 경찰은 직접조치를 취하는 대신 사인을 고용함으로써 공무상 불법행위로 인한 손해배상책임으로부터 벗어날 수 없다.<sup>62)</sup>

### III. 강제영치의 허용여부와 영장주의

#### 1. 강제영치의 허용여부

##### 1) 범죄수사 목적의 영치

다른 한편 영치는 위험방지의 목적뿐만 아니라 범죄수사의 목적으로도 시행될 수 있다. 범죄수사 목적의 압수와 영치는 「형사소송법」 제215조와 제218조에 규정되어 있다. 먼저 「형사소송법」 제215조 제2항에 따르면 사법경찰관은 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고, 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수를 할 수 있다. 이를 일컬어 ‘영장에 의한 압수’ 또는 ‘협의를 압수’라고 한다. 또한 「형사소송

61) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023, Rn. 175.

62) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023, Rn. 175.



법」 제218조에 따르면 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있는데, 이것을 ‘영장의 의하지 않는 압수’ 또는 ‘영치’라고 한다.<sup>63)</sup> 사실 영치라는 용어는 구(舊) 형사소송법에서도 사용되었으나, 현행 형사소송법은 증거물 등 물건에 대한 점유를 취득하는 강제처분을 ‘영장에 의한 압수’와 ‘영장에 의하지 않는 압수’로 구분할 뿐, 영치라는 용어를 별도로 쓰고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 학계에서는 여전히 영치라는 용어를 사용하고 있는바, 이 경우에는 후자의 ‘영장에 의하지 않는 압수’를 ‘영치’로 부르고 있다. 따라서 영치는 압수의 일종이지만, 물건의 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출하거나 피의자 기타인이 유류한 물건을 그 대상으로 하는 임의적인 것이므로 영장을 필요로 하지 않으나, 협의의 압수는 상대방의 의사에 반하여 강제력을 행사하는 강제처분이므로 법관의 영장을 필요로 한다는 점에서 양자는 구별된다. 그러나 범죄수사 목적의 영치는 물건에 대한 점유취득과정에서 강제력이 행사되지 않으나, 일단 영치된 이상 제출자가 임의로 취거할 수 없기 때문에 강제처분으로 인정되고 있다.<sup>64)</sup> 다만 점유취득이 임의적이므로 영장 없이 압수할 수 있도록 한 것이다. 그러나 비록 영치가 임의적이라 하더라도 영치 후의 법률효과는 압수와 동일하다.<sup>65)</sup>

## 2) 범죄수사를 위한 영치와 위험방지를 위한 영치의 구별

전술한 범죄수사 목적의 영치는 위험방지 목적의 영치와는 구별되어야 한다. 양자는 먼저 ① 각기 다른 목적(범죄수사와 위험방지)에 기여한다는 점과 ② 범죄수사 목적의 영치는 임의제출물이나 유류물을 그 대상으로 하므로 물건의 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의제출을 거부하면 사법경찰관은 해당 물건을 강제로 취거할 수 없지만, 위험방지 목적의 영치는 점유취득과정에서 강제력을 행사하여 강제로 취거될 수 있다는 점에서 양자는 구별된다. 예를 들어 전술한 「경직법」 제4조 제3항이나 경직법상의 개괄적 수권조항은 경찰관에게 위험방지를 위한 영치권한을 수권한다. 이러한 영치권한은 행위권한이지만, 명령권한이기도 하다.<sup>66)</sup> 즉 영치권한은 경찰관에게 구호대상자나 경찰책임자를 상대로 위험한 물건의 인도 내지 영치의 수인을 명하는 권한을 수권한

63) 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2012, 322쪽.

64) 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2012, 322쪽.

65) 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2012, 322쪽.

66) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2014, § 19 Rn. 1.

다.<sup>67)</sup> 경찰관은 먼저 무기나 흉기 등 위험한 물건을 휴대하고 있는 구호대상자나 경찰책임자에게 물건의 인도를 요구하여야 한다. 만일 구호대상자나 경찰책임자가 위험한 물건을 자발적으로 인도하지 않으면 경찰관은 해당 물건을 빼앗을 수 있다. 말하자면 구속력이 있는 인도명령의 경찰상 강제집행이다. 경찰관의 빼앗는 행위는 직접강제에 근거하여야 한다. 물건의 인도는 대체적 작위가 아니기 때문에 대집행이 아니라 직접강제가 올바른 강제수단이다.<sup>68)</sup> 따라서 「경직법」 제4조 제3항이나 경직법상 개괄적 수권조항에 근거한 영치권한은 구호대상자나 경찰책임자에게 물건의 인도의무 내지 영치행위의 수인의무를 부과하는 경찰하명을 포함하며, 만일 구호대상자나 경찰책임자가 무기·흉기 등 휴대하고 있는 위험한 물건의 인도를 거부하거나 이를 방해함으로써 영치행위를 수인하지 않는 경우에는 경찰상 강제집행의 방식으로, 특히 직접강제의 방식으로 강제될 수 있다.<sup>69)</sup> 그러나 사실상의 이유로 인도명령의 사전발령이 가능하지 않거나 법적인 이유로 인도명령의 사전발령이 요청되지 않는 경우도 존재할 수 있다. 예를 들어 물건소유자에게 연락이 닿지 않아 통지가 불가능한 경우 영치는 즉시강제의 방식으로 강제될 수 있다. 예를 들어 경찰관이 공항에서 폭발물로 의심되는 “주인 없는 방치된” 캐리어 가방을 처리해야 하는 경우<sup>70)</sup>에는 인도명령을 사전에 발령하는 것이 가능하지 않다. 또한 경찰관이 마약에 취해 의식을 잃은 강도의 흉기를 빼앗는 경우에도 인도명령의 사전발령은 필요치 않다. 경찰은 강도에게 흉기를 인도하라고 요청하기 위해 강도를 깨울 필요가 없다.<sup>71)</sup> 따라서 경찰관이 사전에 영치명령을 내릴 시간적 여유가 없거나 경찰관이 물건의 인도를 명하고 그 불이행을 기다려 직접강제 등 경찰상 강제집행으로 나아가는 원칙적 방법으로는 경찰목적의 달성이 곤란한 경우에는 예외적으로 즉시강제될 수 있다. 사실 「형사소송법」에서는 물건의 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의제출을 거부할 경우 해당 물건은 압수를 통해 강제취거될 수 있지만, 「경직법」에서는 영치 외에 별도의 압수를 인정하고 있지 않지 않기 때문에 경찰(행정)법상의 영치개념을 형사소송법상의 영치개념과 동일하게 ‘임의제출물과 유류물의 점유’로만 한정할 경우에는 설령 그 물건

67) Buchholtz, “Fortgeschrittenenklausur - Öffentliches Recht: POR - Streit um missglückte ‘Hagida’-Demo”, JuS 2018, 889.

68) Poscher/Rusteberg, Die Klausur im Polizeirecht, JuS 2012, 26, 28 ff.

69) Rachor, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 658.

70) 이송렬, “폭탄인 것 같아요...인천공항서 여행용 가방 폭발물 의심 신고”, 한경 2021. 10. 06. <https://www.hankyung.com/society/article/2021100691667>

71) Rachor, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, F, Rn 659.

이 무기·흉기 등과 같이 위험을 일으킬 수 있는 물건에 해당하더라도 구호대상자나 경찰책임자가 반대의사를 밝히면 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항이나 경직법상의 개괄적 수권조항에 따라 위험한 물건을 강제로 취거할 수 없게 된다. 구호대상자가 휴대하고 있는 흉기로 자살 또는 자해를 할 충분한 개연성이 있음에도 불구하고 또는 행동수상자가 지하철이나 백화점 등 많은 사람이 출입하는 장소에서 소지하고 있는 흉기로 난동을 부릴 개연성이 충분함에도 불구하고 구호대상자나 행동수상자가 반대의사를 밝혔다는 이유로 위험한 흉기를 빼앗아 임시 보관할 수 없다는 것은 보호조치 시 영치권한을 수권하고 있는 「경직법」 제4조 제3항이나 불심검문 시 흉기소지 여부의 조사권한을 수권하고 있는 「경직법」 제3조 제3항의 입법취지에 비추어 받아들이기 어려운 해석이다.<sup>72)</sup> 따라서 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항이나 「경직법」 제3조 제3항 및 경직법상의 개괄적 수권조항에 따라 무기·흉기 등 위험한 물건을 소지하고 있는 구호대상자나 경찰책임자에게 해당 물건의 인도나 영치의 수인을 명할 수 있고, 사정상 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 그 성질상 의무를 부과하여서는 위험방지의 목적을 달성하기 어려운 경우에는 불가피한 최소한도 내에서 구호대상자나 경찰책임자로부터 위험한 물건을 빼앗아 임시 보관할 수 있으며, 이와 같은 조치는 「경직법」 제4조 제3항이나 「경직법」 제3조 제3항 및 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거한 경찰상 즉시강제로서 가능하다.

## 2. 강제영치에 법관의 영장이 필요한지 여부

한편 「헌법」 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있고, 「헌법」 제16조는 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하여 헌법상 영장주의를 규정하고 있다. 이 경우 일부 견해는 그것이 위험방지의 목적이든 또는 범죄수사의 목적이든 관계없이 경찰관이 물건을 강제로 취거하기 위해서는 법관의 영장이 필요하다고 주장한다. 그러나 ① 경찰법에서 영치의 목적은 해당 물건을 유죄입증의 증거로서 사용하기 위함이 아니라는 점, 또한 ② ‘임시’영치 또는 ‘임시’보관과 같이 영치는 해당 물건을 무기한 내지 무제한적으로 취거 및 보관하는 것이 아니라, 영치사유가 종료될 때까지 일

72) 서울중앙지방법원 2021. 6. 23. 선고, 2020고단8007 판결이 바로 그러하다.

시적 내지 임시로 취거 및 보관한다는 점, 나아가 ③ 위험방지 목적의 영치는 사전에 계획을 세울 수 없으며, 현재의 급박한 장애를 막기 위하여 즉각적 내지 즉시적으로 실시되는 경우가 많다는 점에서 법관의 영장이 요구되지 않는다고 보아야 한다. 이러한 점에서 위험방지 목적의 영치와 범죄수사 목적의 영치는 - 점유취득과정에서 강제적 취거라는 차이점에도 불구하고 - 양자 모두 법관의 영장을 필요로 하지 않는다는 점과, 일단 영치된 이상 그 제출자는 해당 영치물을 임의로 취거할 수 없다는 점에서 공통점을 갖는다.

사실 범죄수사 목적으로 실시되는 압수수색의 경우에는 대부분 사전 계획을 세우며, 즉각적 내지 즉시적으로 실시되지 않기 때문에 이에 대하여 법원의 영장을 요구하더라도 특별한 문제를 야기하지 않는다. 반면에 위험방지 목적의 영치는 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없는 급박성 내지 즉시성이 요구되는 경우가 많아 영장주의가 적용되지 않는다.<sup>73)</sup> 위험방지 목적의 영치에 대하여 법원의 영장을 요구할 경우에는 현실적인 이유로 법원에 의한 사전 예방적 통제가 매번 실현되기 어려울 것이다. 왜냐하면 위험방지 목적의 영치는 사전에 계획을 세울 수 없으며, 현재의 급박한 장애를 막기 위하여 영치가 고려되기 때문이다. 법원은 사전에 영치의 적법성을 심사할 시간적 여유가 없다. 관할 경찰서나 지구대 또는 파출소에 매일 접수되는 수많은 신고건수를 고려할 때 경찰관이 현장에 출동할 때마다 법관의 영장을 받아 영치하도록 하는 것은 지나치게 절차를 복잡하게 만들어 경찰업무를 지연시킬 수 있다. 위험방지를 위한 영치는 현재의 급박한 장애를 막기 위하여 즉각적 내지 즉시적으로 실력을 행사해야 하는 경우가 많다는 점과, 그 성격상 사전적 절차와 친하기 어렵다는 점 등을 고려하면 설령 「경직법」 제4조 제3항에 따른 보호조치 시 무기·흉기 등 위험한 물건을 소지한 구호대상자에 대한 임시영치나 「총포화약법」 제47조 제2항에 따른 공공의 안전을 위한 개인소지 총기류에 대한 임시영치 또는 「질서위반행위규제법」 제55조 제1항에 따른 자동차 관련 과태료 체납자에 대한 자동차 등록번호판의 영치 등에서 ‘영장 없는 영치’를 인정하고 있다 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로 볼 수 없다. 물론 법원으로부터 사전영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 긴급한 상황에서는 그 예외가 인정될 수 있겠으나, 경찰관이 법원으로부터 매번 사후영장을 받아야 한다는 것도 효율적인 위험방지에 불리하게 작용할 수 있다. 경찰관이 기댈 수 있는 사전영장을 법원으로부터 받지 못했다는 점과, 법원으로부터

73) 헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12.

터 매번 사후영장을 받아야 한다는 인식은 경찰관으로 하여금 영치를 주저하게 만들 수 있다. 위험방지를 위한 영치에 대하여 법원의 영장을 요구할 경우 발생하는 절차상의 불합리와 문제점은 독일의 연방 및 란트 경찰법이 경찰에게 위험방지를 위한 영치와 압수를 허용하면서도 법원의 영장을 요구하지 않은 이유 중의 하나일 수 있다.

그러나 기본권의 주관적 권리로서의 성격은 기본권 주체가 국가의 기본권 침해에 맞서 자신을 방어할 수 있도록 절차적 보장을 요구한다.<sup>74)</sup> 따라서 비록 위험방지를 위한 영치에는 영장주의의 배제가 용인되고, 그 성격상 사전적 절차와 친하지 아니함을 인정하더라도, 일체의 절차적 보장이 배제되는 것은 아니며, 국가권력의 남용을 방지하고 국민의 권리를 보호하기 위하여 적법절차의 관점에서 일정한 절차적 보장이 요청된다. 이러한 점에서 「경직법 시행령」 제2조는 경찰관이 「경직법」 제4조 제3항에 따라 무기·흉기 등을 임시영치한 때에는 소속 국가경찰관서의 장(지방해양경찰관서의 장을 포함한다)이 그 물건을 소지하였던 사람에게 임시영치증명서를 교부하도록 하고 있고, 「경직법 시행령」 제7조는 경찰관이 「경직법」 제4조 제3항에 의한 임시영치를 한 때에는 소속 국가경찰관서의 장에게 이를 보고하도록 하고 있으며, 또한 「총포화약법 시행령」 제70조의2 제2항도 「총포화약법」 제47조 제2항에 따라 허가관청이 공공의 안전을 위한 개인소지 총기류 보관명령을 내리는 경우에는 그 보관의 사실을 증명하는 서면을 작성하여 교부하도록 하고 있을 뿐만 아니라, 나아가 「질서위반행위규제법 시행령」 제14조 제3항도 「질서위반행위규제법」 제55조 제1항에 따라 행정청이 자동차 관련 과태료 체납자에 대한 자동차 등록번호판을 영치할 때에는 미리 당사자에게 10일 이내에 자동차 관련 과태료를 납부하지 아니하면 즉시 등록번호판을 영치할 것이라는 뜻을 통지하도록 하고, 「질서위반행위규제법 시행령」 제14조 제5항은 행정청이 자동차 등록번호판을 영치하였을 때에는 당사자에게 영치증을 교부하도록 하는 등의 절차적 요건을 규정하고 있으므로, 이들 조항은 적법절차원칙에서 요청하는 절차적 보장을 따르고 있다고 볼 수 있다. 다만 경직법상 개괄적 수권조항은 영치에 관한 절차규정을 따로 두고 있지 않는데, 이 경우에는 「경직법」 제4조 제3항에 따른 영치

74) 이 경우 절차적 보장이 필요한지 만일 필요하다면 어느 정도로 필요한지는 한편으로는 기본권 침해의 종류와 강도에 달려 있고, 다른 한편으로는 법원에 의한 사후적 권리구제가 어느 정도로 보장되는지에 달려 있다. 이 점에 관해서는 Schenke, Verfassungsrechtliche Probleme polizeilichen Gewahrsams und polizeilicher Informationseingriffe, DVBl. 1996, 1393, 1394.

에 적용되는 절차규정을 경직법상 개괄적 수권조항에 근거한 영치에 유추적용할 수 있는지의 문제가 제기된다. 전술한 바와 같이 유추적용은 상대방에게 불리하게 작용할 때 금지되며, 유리하게 작용할 때에는 금지할 이유가 없으므로, 경직법상 개괄적 수권조항에 그와 같은 절차규정이 없을 때에는 「경직법 시행령」 제2조와 제7조를 유추적용하더라도 법률유보원칙의 관점에서 문제가 되지 않는다고 본다. 이에 따라 경찰관이 경직법상 개괄적 수권조항에 따라 임시영치한 때에는 소속 국가경찰관서의 장은 그 물건을 소지하였던 사람에게 임시영치증명서를 교부하여야 하며(「경직법 시행령」 제2조), 또한 소속 국가경찰관서의 장에게도 이를 보고하여야 한다(「경직법 시행령」 제7조). 참고로 독일의 「통일경찰법 모범초안(MEPolG)」 제22조 제2항은 경찰이 피영치자의 부재 등으로 영치증명서를 교부할 수 없을 때에는 그 사유가 기재된 영치조서를 작성하도록 하고 있다. 영치조서는 영치증명서와 동일한 내용을 담고 있어야 하며, 추가적으로 어떠한 이유로 영치증명서가 교부되지 않았는지 그 사유도 기재되어야 한다. 영치과정에서 물건의 소유자나 소지자, 보관자가 부재 시에는 이에 관한 사실을 지체 없이 통지하여야 한다.<sup>75)</sup> 영치조서와 영치증명서는 증거보전의 역할을 하고, 경찰조치에 대한 사후심사를 가능케 하며, 부당한 영치를 방지할 뿐만 아니라, 영치물이 분실되거나 손상된 경우에도 당사자의 권리행사를 보다 용이하게 한다.<sup>76)</sup>

### 3. 음주운전자의 자동차 열쇠 영치에 대한 법적 근거

(전술한 바와 같이) 위험방지를 위한 영치는 물건에 관한 사법상 처분권의 제한이자, 「헌법」 제23조에 보장된 재산권에 대한 제한이므로, 경찰관이 위험방지의 목적으로 물건을 영치하기 위해서는 반드시 법률의 수권이 필요하다. 법률의 수권 없는 기본권 제한은 정당화되지 못하며 위법하다. 서두에서 언급한 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>에서는 단속 경찰관이 혈중알코올농도 0.170%의 술에 취한 상태에서 자동차를 운전한 음주운전자가 또 다시 음주운전하는 것을 막기 위하여 자동차 열쇠를 영치한 행위가 적법한 공무집행에 해당하는지 만약 적법한 공무집행에 해당한다면 어느 법률조항이 그 적법성의 근거가 될 수 있는지가 문제된다. 특히 「경직법」 제4조 제3항과 「형사소송법」

75) 통일경찰법 모범초안(MEPolG) 제22조 제2항 참조.

76) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2014, § 19 Rn. 6.

제216조 제3항 및 「도로교통법」 제47조 제2항이 자동차 열쇠 영치에 대한 법적 근거가 될 수 있는지가 문제되는바, 이하에서는 그 법적 근거에 관하여 차례대로 검토하기로 한다.

1) 「경직법」 제4조 제3항이 법적 근거가 될 수 있는지 여부

「경직법」 제4조 제3항에 따른 영치는 동 조 제1항의 보호조치를 전제로 하므로, 경찰관이 「경직법」 제4조 제3항의 영치를 실시하기 위해서는 그 전제로서 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등의 조치를 취하고, 응급구호가 필요한 구호대상자가 무기·흉기 등과 같은 위험을 일으킬 수 있는 것으로 인정되는 물건을 휴대하고 있을 것이 요구된다. 그 결과 만일 영치의 대상이 된 사람이 응급구호가 필요한 구호대상자가 아니고, 경찰관도 그 사람에 대하여 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등의 조치를 취한 사실도 없다면 설령 그 사람이 무기·흉기 등 위험을 일으킬 수 있는 것으로 인정되는 물건을 휴대하고 있다 하더라도 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항에 따라 해당 물건을 영치할 수 없게 된다. <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>이 바로 그러하다. 이 사건에서는 먼저 피고인이 응급구호가 필요한 “구호대상자”에 해당하는지 여부가 문제된다. 「경직법」 제4조 제1항 제1호에 따르면 경찰관은 피고인이 “술에 취하여 자신 또는 다른 사람의 생명·신체·재산에 위해를 끼칠 우려가 있는 사람”에 해당하는 경우 보호조치를 취할 수 있는바, 여기서 “술에 취한 상태”란 구체적으로 어떤 상태를 의미하는지가 문제된다. 이 경우 대법원 판례에 따르면 동 조항에 규정된 “술에 취한 상태”란 구호대상자가 술에 만취하여 정상적인 판단능력이나 의사능력을 상실할 정도에 이른 것을 의미한다.<sup>77)</sup> 사실 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>에서 피고인은 분명 술에 취한 상태이기는 하였으나 의사능력과 판단능력을 상실한 정도에 이르렀다고 보기는 어려우므로, 피고인은 응급구호가 필요한 구호대상자에 해당하지 않는다. 이 사건에서 피고인은 응급구호가 필요한 구호대상자인지 의문일 뿐만 아니라, 경찰관이 피고인에 대하여 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등의 조치를 취한 사실도 없기 때문에, 결국 이 사건에서 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항에 의거하여 피고인의 자동차 열쇠를 영치할 수 없다고 보아야 한다.

77) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012도11162 판결.

## 2) 「형사소송법」 제216조 제3항이 법적 근거가 될 수 있는지 여부

물론 영치는 위험방지의 목적뿐만 아니라 범죄수사의 목적으로도 실시될 수 있다. 전술한 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>은 경찰에게 맡겨진 위험방지의 직무와 범죄수사의 직무가 중첩되었다는 점이 특징적이다. 즉 혈중알코올 농도 0.170%의 술에 취한 상태에서 자동차를 운전한 음주운전자가 또 다시 음주운전하는 것을 막기 위하여 경찰관이 자동차 열쇠를 영치해야 하는 상황인 동시에, 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서 증거물인 자동차 열쇠를 압수해야 하는 상황, 말하자면 위험방지와 범죄수사의 이중적 상황이 문제된다. 「경직법」 제2조에 명시되어 있듯이 위험방지와 범죄수사는 경찰관에게 맡겨진 고유한 직무이며, 「경직법」과 「형사소송법」은 이러한 직무를 수행함에 있어 필요한 권한을 경찰관에게 각각 수권하고 있다. 만약 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>에서 경찰관이 음주운전자의 자동차 열쇠를 빼앗아 일시 보관한다면 그 목적은 교통사고의 위험을 방지하기 위함이기도 있지만(위험방지), 수사절차에서 자동차 열쇠를 증거로서 사용하기 위함이기도 하다(범죄수사). 이 경우 경찰(행정)법은 위험방지 목적의 영치권한을, 형사소송법은 범죄수사 목적의 압수와 영치권한을 각각 부여하고 있으므로, 사건 당시 경찰관은 위험방지뿐만 아니라 범죄수사의 목적을 위해서도 자동차 열쇠를 빼앗아 일시 보관할 수 있었다. 경찰(행정)법상의 영치규정은 해당 규정에 규정된 구성요건이 존재하는 경우에도 형사소송법의 압수와 영치를 배제하지 않으며, 그 반대의 경우도 마찬가지이다.<sup>78)</sup> 그러므로 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>에서 경찰관이 음주운전자의 자동차 열쇠를 빼앗아 일시 보관하는 행위는 위험방지의 목적뿐만 아니라 범죄수사의 목적으로도 실시될 수 있다. 주지하다시피 범죄수사 목적의 ‘영치’는 「형사소송법」 제218조에 규정되어 있다. 동 조에 따르면 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다. 그러나 「형사소송법」 제218조에 따른 범죄수사를 위한 영치는 임의제출물이나 유류물을 그 대상으로 하므로<sup>79)</sup> 음주운전자가 현장에서 명백히 반대의사를 밝힌 이상 경찰관은 동 조를 근거로 음주운전자의 자동차 열쇠를 영치할 수 없다. 그렇다면 이 사건에서 경찰관은 범죄수사의 목적으로 자동차 열쇠를 ‘압수’할 수 있는지가 문제된다. 주지하다시피 압수는 상대방의 의사에 반하여 강제력을 행사하는 강제처분이므로 경찰관이 피고인의 자동차 열쇠를 압수하기 위해서는 「형사소송법」 제215조 제2

78) Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., 2019, § 47 Rn. 2.

79) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다54482 판결.



항에 따라 법관이 발부하는 영장을 필요로 한다. 하지만 이 사건의 경우 경찰관은 법관으로부터 영장을 발부받아 자동차 열쇠를 압수한 것이 아니므로 경찰관은 영장 없이 자동차 열쇠를 압수할 수 있었는지가 문제된다. 이 경우 「형사소송법」 제216조 제1항에 따르면 경찰관은 동 법 제212에 따라 음주운전자를 음주운전죄의 현행범인으로 체포하는 경우 필요 시 체포현장에서 영장 없이 압수할 수 있으나, 이 사건의 경우 경찰관은 음주운전자를 현행범인으로 체포하지 않았다. 물론 경찰관이 음주운전이라는 범죄행위로 해당 음주운전자를 체포하지 않은 경우에도 필요하다면 영장 없이 자동차 열쇠를 압수할 수 있다.<sup>80)</sup> 왜냐하면 경찰관은 범행 중 또는 범행직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 「형사소송법」 제216조 제3항에 따라 영장 없이 자동차 열쇠를 압수할 수 있기 때문이다. 그러나 경찰관이 「형사소송법」 제216조 제3항을 근거로 자동차 열쇠를 압수할 수 있다 하더라도, 압수물목록은 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로, 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다.<sup>81)</sup> 그럼에도 불구하고 사건 당시 경찰관은 그러한 조치를 취하지 않았다. 또한 「형사소송법」 제216조 제3항에 따른 압수는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 하나 이 사건에서 경찰관은 사후영장을 받지도 않았다. 그러므로 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>에서는 경찰관의 자동차 열쇠 영치조치를 「형사소송법」 제216조 제3항에 근거한 압수로 보더라도 이것은 적법하지 않은 조치라고 판단된다.

### 3) 「도로교통법」 제47조 제2항이 법적 근거가 될 수 있는지 여부

마지막으로 「도로교통법」 제47조 제2항이 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>에서 자동차 열쇠 영치에 대한 법적 근거가 될 수 있는지 여부가 문제된다. 결론적으로 이것은 긍정되어야 한다고 본다. 왜냐하면 술에 취한 상태에서

80) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다54482: “주취운전이라는 범죄행위로 당해 음주운전자를 구속·체포하지 아니한 경우에도 필요하다면 그 차량열쇠는 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서의 압수로서 형사소송법 제216조 제3항에 의하여 영장 없이 이를 압수할 수 있다.”

81) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결: “압수물목록은 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로, 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다.”

자동차를 운전한 음주운전자가 또 다시 음주운전하는 것을 방지하기 위하여 단속 경찰관이 자동차 열쇠를 영치한 조치는 「도로교통법」 제47조 제2항에 따른 위험방지조치에 해당하기 때문이다. 즉 「도로교통법」 제47조 제2항에 따르면 경찰관은 술에 취한 상태에서 운전하는 사람에 대하여 정상적으로 운전할 수 있는 상태가 될 때까지 운전의 금지를 명하고 차를 이동시키는 등 필요한 조치를 할 수 있는바, 음주운전을 적발한 경찰관이 음주운전의 계속을 막기 위하여 취할 수 있는 조치로는 단순히 음주운전의 계속을 금지하는 명령 외에 자동차를 이동시키거나 다른 사람으로 하여금 대신하여 운전하게 하거나 다른 사람이 현장에 오지 못하는 경우에는 자동차 열쇠를 일시 보관하면서 운전자가 술에 취한 상태에서 벗어난 후 다시 운전하게 하는 등 필요한 조치를 할 수 있고,<sup>82)</sup> 이와 같은 조치는 「도로교통법」 제47조 제2항에 근거한 경찰상 즉 시강제로서 가능하기 때문이다.<sup>83)</sup> 경찰상 즉시강제란 경찰강제의 일종이며, 현재의 급박한 장해를 제거하기 위한 조치로서 경찰관이 미리 경찰상 의무이행을 명할 시간적 여유가 없고, 그 성질상 경찰의무의 이행을 명하는 것만으로는 경찰목적의 달성이 곤란한 경우 경찰관이 곧바로 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 경찰 목적을 달성하는 것을 의미한다.<sup>84)</sup> 이것은 법령 또는 경찰하명에 의한 선행의 구체적 의무의 존재와 그 불이행을 전제로 하는 경찰상 강제집행과 구별된다. 경찰강제는 경찰상 강제집행을 원칙으로 하며, 경찰상 즉시강제는 어디까지나 예외적인 강제수단에 머무른다. 왜냐하면 경찰상 즉시강제는 법치국가의 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고, 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용이기 때문이다. 이러한 경찰상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동·행사에 있어서 법규의 범위 안에서 또 다시 현재의 급박한 장해가 존재하고, 다른 수단으로는 경찰 목적을 달성할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 발동·행사는 필요 최소한도에 그쳐야 한다.<sup>85)</sup> 사실 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>에서 경찰관은 음주운전자에게 자동차 열쇠의 인도를 명하고 그 불이행을 기다려 직접강제 등 경찰상 강제집행으로 나아가는 것이 원칙이지만, 그와 같은 원칙적인 방법으로는 음주운전으로 인한 교통상 위험방지라는 목적달성이 곤란하다고 할 수 있으므로, 사건 당시 경찰관의 자동차 열쇠 즉시영치는 급박한 상황에 대처하

82) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다54482.

83) 서울중앙지방법원 2022. 3. 30. 선고, 2021노1752 판결.

84) 헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12.

85) 헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12.

기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 인정된다. ① 일단 사건 당시 피고인이 혈중알코올농도 0.170%의 면허취소기준을 훨씬 뛰어 넘는 수치로 음주운전을 하여 주차된 오토바이를 충격해 물적 피해를 입히는 교통사고를 낸 점, ② 경찰관이 피고인에게 가족 등 지인들에게 자동차의 이동 및 자동차 열쇠 인계를 위하여 연락하라고 하였으나 피고인이 실제로 지인이나 대리운전기사를 부르지 않은 점, ③ 자동차 내부에 열쇠가 꽂혀 있어 경찰관이 현장을 이탈할 경우 언제든지 음주운전이 가능했던 점, ④ 오히려 음주운전자가 다시 음주운전을 하다가 교통사고를 낼 경우 이를 막지 못한 경찰관에게 직무유기의 책임을 물을 수 있으므로 음주운전을 적발한 경찰관으로서는 음주운전자의 반대의사에도 불구하고 음주운전의 계속으로 인한 교통사고를 막기 위하여 자동차 열쇠를 빼앗아 일시 보관할 필요가 있었던 점<sup>86)</sup> 등을 고려하면 경찰관의 자동차 열쇠 즉시영치는 불가피한 최소한도 내에서 행사된 것으로서 적법하다고 판단된다.

#### IV. 결론

이상에서 고찰한 것을 요약하면 다음과 같은 점이 확정될 수 있다:

1. 위험방지를 위한 영치란 경찰관이 위험방지의 목적으로 타인의 물건에 대한 점유를 취득하고, 해당 물건에 대한 공법상의 배타적 지배를 설정하는 강제처분을 의미한다. 사실 「형사소송법」에서는 물건의 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의제출을 거부할 경우 해당 물건은 압수를 통해 강제취거될 수 있지만, 「경직법」에서는 영치 외에 별도의 압수를 인정하고 있지 않지 않기 때문에 경찰(행정)법상의 영치개념을 형사소송법상의 영치개념과 동일하게 ‘임의제출물과 유류물의 점유’로만 한정할 경우에는 설령 그 물건이 무기·흉기 등과 같이 위험을 일으킬 수 있는 물건에 해당하더라도 구호대상자나 경찰책임자가 반대의사를 밝히면 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항이나 경직법상의 개괄적 수권조항에 따라 위험한 물건을 강제로 취거할 수 없게 된다. 구호대상자가 휴대

86) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다54482: “경찰관의 주취운전자에 대한 권한 행사가 관계 법률의 규정 형식상 경찰관의 재량에 맡겨져 있다고 하더라도, 그러한 권한을 행사하지 아니한 것이 구체적인 상황에서 현저하게 합리성을 잃어 사회적 타당성이 없는 경우에는 경찰관의 직무상 의무를 위배한 것으로서 위법하게 된다.”

하고 있는 흉기로 자살 또는 자해를 할 충분한 개연성이 있음에도 불구하고 또는 행동수상자가 지하철이나 백화점 등 많은 사람이 출입하는 장소에서 소지하고 있는 흉기로 난동을 부릴 개연성이 충분함에도 불구하고 구호대상자나 행동수상자가 반대의사를 밝혔다는 이유로 위험한 흉기를 빼앗아 임시 보관할 수 없다는 것은 보호조치 시 영치권한을 수권하고 있는 「경직법」 제4조 제3항이나 불심검문 시 흉기소지 여부의 조사권한을 수권하고 있는 「경직법」 제3조 제3항의 입법취지에 비추어 받아들이기 어려운 해석이다. 따라서 경찰관은 「경직법」 제4조 제3항이나 「경직법」 제3조 제3항 및 경직법상의 개괄적 수권조항에 따라 무기·흉기 등 위험한 물건을 소지하고 있는 구호대상자나 경찰책임자에게 해당 물건의 인도나 영치의 수인을 명할 수 있고, 사정상 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 그 성질상 의무를 부과하여서는 위험방지의 목적을 달성하기 어려운 경우에는 불가피한 최소한도 내에서 구호대상자나 경찰책임자로부터 위험한 물건을 빼앗아 임시 보관할 수 있으며, 이와 같은 조치는 「경직법」 제4조 제3항이나 「경직법」 제3조 제3항 및 경직법상 개괄적 수권조항에 근거한 경찰상 즉시강제로써 가능하다.

2. 일부 견해에 따르면 그것이 위험방지의 목적이든 또는 범죄수사의 목적이든 관계없이 경찰관이 물건을 강제로 취거하기 위해서는 법관의 영장이 필요하다고 주장한다. 그러나 경찰법에서 영치의 목적은 해당 물건을 유죄입증의 증거로서 사용하기 위함이 아니라는 점, 또한 ‘임시’영치 또는 ‘일시’보관과 같이 영치는 해당 물건을 무기한 내지 무제한적으로 취거 및 보관하는 것이 아니라, 영치사유가 종료될 때까지 일시적 내지 임시로 취거 및 보관한다는 점, 나아가 위험방지 목적의 영치는 사전에 계획을 세울 수 없으며, 현재의 급박한 장해를 막기 위하여 즉각적 내지 즉시적으로 실시되는 경우가 많다는 점에서 법관의 영장이 요구되지 않는다고 보아야 한다. 이러한 점에서 위험방지 목적의 영치와 범죄수사 목적의 영치는 - 점유취득과정에서 강제적 취거라는 차이 점에도 불구하고 - 양자 모두 법관의 영장을 필요로 하지 않는다는 점과, 일단 영치된 이상 그 제출자는 해당 영치물을 임의로 취거할 수 없다는 점에서 공통점을 갖는다. 그러나 기본권의 주관적 권리로서의 성격은 기본권 주체가 국가의 기본권 침해에 맞서 자신을 방어할 수 있도록 절차적 보장을 요구한다. 따라서 비록 위험방지를 위한 영치에는 영장주의의 배제가 용인되고, 그 성격상 사전적 절차와 친하지 아니함을 인정하더라도, 일체의 절차적 보장이 배제되는 것은 아니며, 국가권력의 남용을 방지하고 국민의 권리를 보호하기 위하

여 적법절차의 관점에서 일정한 절차적 보장이 요청된다. 이러한 점에서 「경직법 시행령」 제2조는 경찰관이 「경직법」 제4조 제3항에 따라 무기·흉기 등을 임시영치한 때에는 소속 국가경찰관서의 장(지방해양경찰관서의 장을 포함한 다)이 그 물건을 소지하였던 사람에게 임시영치증명서를 교부하도록 하고 있고, 「경직법 시행령」 제7조는 경찰관이 「경직법」 제4조 제3항에 의한 임시영치를 한 때에는 소속 국가경찰관서의 장에게 이를 보고하도록 규정하고 있으므로, 이들 조항은 적법절차원칙에서 요청하는 절차적 보장을 따르고 있다고 볼 수 있다.

3. 「도로교통법」 제47조 제2항은 <음주운전자 자동차 열쇠 영치 사건>에서 술에 취한 상태에서 자동차를 운전한 음주운전자가 재차 음주운전하는 것을 방지하기 위하여 단속 경찰관이 자동차 열쇠를 영치한 행위에 대한 법적 근거가 될 수 있다. 왜냐하면 「도로교통법」 제47조 제2항에 따르면 경찰관은 술에 취한 상태에서 운전하는 사람에 대하여 정상적으로 운전할 수 있는 상태가 될 때까지 운전의 금지를 명하고 차를 이동시키는 등 필요한 조치를 할 수 있는 바, 음주운전을 적발한 경찰관이 음주운전의 계속을 막기 위하여 취할 수 있는 조치로는 단순히 음주운전의 계속을 금지하는 명령 외에 자동차를 이동시키거나 다른 사람으로 하여금 대신하여 운전하게 하거나 다른 사람이 현장에 오지 못하는 경우에는 자동차 열쇠를 일시 보관하면서 운전자가 술에 취한 상태에서 벗어난 후 다시 운전하게 하는 등 필요한 조치를 할 수 있고, 이와 같은 조치는 「도로교통법」 제47조 제2항에 근거한 경찰상 즉시강제로서 가능하기 때문이다.

[참고문헌]

- 김성룡, “불법원인급여의 반환청구권과 임치”, 『중양법학』 제7권 제3호, 2005.
- 김형훈, “사권(私權) 보호를 위한 경찰개입에 관한 연구”, 『경찰학연구』 제22권 제3호, 2022.
- 박윤훈, 『최신행정법강의(하)』, 박영사, 2004.
- 손재영, 『경찰법』, 2021.
- 송덕수, 『민법강의』, 박영사, 2018.
- 신상현, “임의제출물 압수의 적법요건으로서의 임의성”, 『형사법의 신통향』 제67호, 2020.
- 이성기, “수사기관의 범죄현장 증거물 수집에 관한 소송법적 논의”, 『형사법연구』 제26권 제1호, 2014.
- 이성용, “민간 총기규제의 법리와 제도적 개선방안”, 『경찰법연구』 제10권 제2호, 2012.
- 이재상, 『형사소송법』, 박영사, 2012.
- 古谷 洋一(후류야 요이치) 편저/황순평 역, 『주석 일본 경찰관직무집행법』, 2016.
- 田村正傳(타무라 마사히로) 저/황순평·김혁 역, 『경찰행정법』, 2017.
- Buchholtz, Gabriele Margarete, “Fortgeschrittenenklausur - Öffentliches Recht: POR - Streit um missglückte ‘Hagida’-Demo”, JuS 2018, 889 ff.
- Daiber, Birgit, “Flüchtlingsunterbringung”, JA 2016, 760 ff.
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1985.
- Ewer, Wolfgang/v. Detten, Knut Ausgewählte Rechtsfragen bei der Beschlagnahme von Wohnraum zur Obdachloseneinweisung, NJW 1995, 353 ff.
- Hauk, Julia, Polizeirechtliche Standardmaßnahmen, JA 2017, 922 ff.
- Janson, Nils J./Schmitz, Hans Christian, Referendarexamensklausur - Öffentliches Recht: Verwaltungsrecht und Vereinsrecht - Beschlagnahme und Sicherstellung, JuS 2019, 51 ff.
- Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2022.
- Klein, Oliver, Offen und (deshalb) einfach - Zur Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails, NJW 2009, 2996 f ff.

- Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, Prüfe dein Wissen, 2. Aufl., 1994.
- Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001.
- Michael Huber, Michael, Grundwissen - Strafprozessrecht: Sicherstellung und  
Beschlagnahme, JuS 2014, 215 ff.
- Michl, Fabian, Die Sicherstellung im Polizeirecht, JuS 2023, 119 ff.
- Michl, Fabian, Sicherstellung - Verwahrung - Herausgabe, NVwZ 2022, 1426 ff.
- Michl, Fabian, Sicherstellung von Daten durch die Polizei, NVwZ 2019, 1631 ff.
- Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2014.
- Ruder, Karl-Heinz, Die polizei- und ordnungsrechtliche Unterbringung von  
Obdachlosen, NVwZ 2012, 1283 ff.
- Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 2023.
- Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., 2019.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Verfassungsrechtliche Probleme polizeilichen Gewahrsams  
und polizeilicher Informationseingriffe, DVBl. 1996, 1393 ff.
- Schwabe, Jürgen, Rechtsfragen zum Abschleppen verbotswidrig abgestellter  
Fahrzeuge Zugleich eine Betrachtung zur Struktur der polizeilichen  
Standardmaßnahmen, NJW 1983, 369 ff.
- Kay Waechter, Kay, Bayern: Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, 458 ff.
- Weber, Klaus, Die polizeirechtliche Sicherstellung von Fahrzeugen, NSV 2020,  
351 ff.
- Württemberg/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 4. Aufl.,  
1999.

[Abstract]

## Seizure to prevent danger in the Police Act

Son, Jae-Young\*

This study examines legal issues raised in relation to seizure to prevent danger in police law. The contents are summarized as follows. First, seizure to prevent danger means that the police take away another person's property and manage it exclusively to prevent danger. If the Police Act, like the Criminal Procedure Act, limits the objects of seizure to 'voluntarily submitted items', the police cannot forcibly confiscate dangerous items such as weapons. Therefore, in accordance with the Police Act, the police must be able to order a person carrying a dangerous object, such as a weapon, to hand over the object, and if there is no time to give an order in advance, the police must be able to immediately take the object away.

Second, a judge's warrant is not necessary for the police to forcibly take property for the purpose of preventing danger. The purpose of seizure under the Police Act is not to use the object as evidence to prove guilt, and according to the Police Act, seizure takes and stores them temporarily, moreover seizure for danger prevention cannot be planned in advance and is often carried out immediately. However, fundamental rights require procedural guarantees so that citizens can defend themselves from state infringement. Therefore, even if the exclusion of warrants is recognized for seizures to prevent danger and its nature is acknowledged to be unfriendly to prior procedures, all procedural guarantees are not excluded, and procedural guarantees are necessary to prevent abuse of state power and protect rights.

Third, Article 47, Paragraph 2 of the Road Traffic Act can be the legal basis for a police officer to keep the car keys in order to prevent a driver who drove a car while drunk from driving drunk again. This is because, according to Article 47, Paragraph 2 of the Road Traffic Act, a police officer

---

\* Professor, Department of Law, Korean National Police University.



may take necessary measures against a person driving while intoxicated, such as ordering the person to prohibit driving until the person can drive normally and moving the vehicle. Measures that a police officer can take to prevent continued drunk driving include, in addition to simply ordering a ban on continued drunk driving, moving the car, having someone else drive for you, or temporarily removing the car keys if the other person cannot come to.

Keywords : Police law, Danger prevention, Sicherstellung, Beschlagnahme, Seizure, Warrant principle

