

경찰상 긴급상태시의 경찰권 발동에 관한 연구

경찰상 긴급상태시의 경찰권 발동에 관한 연구

치안정책연구소 정책기획연구실

연구관 백 창 현

<목 차>

I. 서론	1
II. 경찰긴급권	2
1. 의의	2
2. 법적근거	3
3. 제3자의 성격	4
III. 법률상 근거에 대한 검토	5
1. 경찰긴급권 발동근거로서의 수권조항성	5
2. 경범죄처벌법 제1조 제36호의 검토	23
IV. 성립요건	27
1. 이미 장애가 발생하고 있거나 혹은 급박한 위험이 존재하여야 한다.	27
2. 경찰책임자에 대한 경찰권 발동으로서는 위험이나 장애의 방지가 불가능하여야 한다.	28
3. 경찰 자신 혹은 타인에 대한 권한의 위임에 의하여는 위험을 적시에 방지할 수 없어야 한다.	29
4. 비책임자에 의해 수인가능성이 있어야 한다.	29
V. 비책임자에 대한 조치의 범위	30
VI. 당사자의 권리	31
1. 결과제거청구권	31
2. 보상청구권	31

VI. 결 론32

<참고문헌>

I. 서 론

경찰이 경찰권을 발동하기 위해서는 공공의 안녕·질서에 대한 구체적 위험이 있어야 하며 그 위험의 극복을 위한 목적이어야 한다. 이러한 구체적인 위험 즉 경찰위반의 상태를 야기한 자가 경찰책임자이며, 경찰권 발동은 이러한 경찰책임자에게 발동하여야 한다. 이를 경찰책임의 원칙이라고 한다.

경찰책임에 있어서 개인은 자기의 생활범위 안에서 객관적으로 경찰위반상태가 생긴 경우에는 그 위반상태의 발생에 대한 고의·과실의 존부 여부와는 관계없이, 또한 자연인인가 법인인가를 가리지 않고 경찰책임을 지게 된다.¹⁾ 그러나 위험을 제거하기 위해서 경찰책임자에게 경찰권을 발동할 수 없는 경우가 있으며, 이러한 경우에 경찰책임과 관계없는 제3자가 위험을 방지·제거할 가능성을 갖고 있는 경우가 있다. 즉 甲 소유의 토지로부터 바위와 흙이 국도로 굴러 떨어져 도로의 통행을 방해하는 사태가 발생하였을 경우에 경찰은 교통의 안전과 원활한 소통을 위하여 이를 즉시 제거하여야 한다. 그러나 甲의 소재를 알 수 없는 경우에 그 인근에서 건설공사 중인 건설업자 乙에게 건설중기를 사용하여 바위와 흙더미를 제거하도록 경찰권을 발동해야 할 필요성이 있는 경우가 있다. 이러한 경우에 경찰이 경찰책임자가 아닌 제3자에게 경찰권을 발동함으로써 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험을 방지할 수 있는지 있다면 무엇에 근거하여 발동할 수 있는지에 대한 문제를 다루어 보고자 한다.

1) 김연태, 행정법사례연습, 홍문사, 2003, 630면.

II. 경찰긴급권

1. 의 의

공공의 안녕·질서에 대한 구체적 위험에 직면한 경우에 경찰은 원칙적으로 다음과 같은 두가지 방법, 즉 ① 경찰 스스로 직접 적절한 수단을 사용하거나, 또는 ② 경찰책임자에게 경찰권을 발동함으로써만 그에 대처할 수 있다. 그러나 이러한 두가지 방법으로도 위험을 제거하지 못하는 경우가 발생하게 된다. 즉 공공의 안녕이나 질서에 대한 위험의 극복을 위해 경찰상 의미에서 위험야기자가 아닌 자에게도 예외적으로 경찰의 개입이 가능한 경우가 있게 되는데 이러한 상태를 경찰상 긴급상태(Polizeilicher Notstand)라고 한다.²⁾ 이때에 경찰책임이 없는 경찰비책임자에게 경찰권을 발동할 수 있는 경찰의 권한을 경찰긴급권이라고 한다. 이러한 예로 주행중인 자동차운전자가 교통사고로 중태에 빠진 자를 병원에 긴급 후송토록 경찰로부터 명령을 받거나, 또는 적법하게 집회(A집회)가 열리고 있음에도 불구하고, 폭력을 수반한 A집회의 반대집회(B집회)가 열리게 되고, 경찰이 B집회에 대하여 무력으로 진압을 하는 경우, 예기치 않은 위험이 A집회의 참가자에게 발생할 수 있으므로 경찰은 A집회의 주최자와 참가자에게도 해산을 명할 수 있게 되는 바, 여기서 A집회의 주최자와 참가자에 대하여 경찰이 해산명령을 내리는 경우 등을 볼 수 있다.³⁾⁴⁾

이 문제를 이해함에 있어서는 고려해야할 두가지 요소를 생각해 볼 수

2) Drew·Wacke·Vogel·Martens, Gefahrenabwehr, 9., Auflage, 1986, 331면.

3) 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007, 298면.

4) 추가로 예를 든다면, “폭력시위 도중에 어떤 집의 지붕에서 돌이 경찰관에게로 날아가지만, 그 집의 임차인은 경찰관의 출입을 허용하지 않고 있는 경우, 교통사고로 중상을 입은 사람이 자동차에 끼여 있어서 절단기를 사용하여야만 구조할 수 있는 상황에 처한 경찰은 절단기를 충분히 빨리 가져올 수 없는 반면에 근처에 절단기를 가진 금속공이 있는 경우” (서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대 박사학위 논문, 1992, 119면 각주3) 등을 생각해 볼 수 있다.

있는데, 그 하나는 경찰이 제3자에게 경찰권을 발동하게 되면 중대한 위험을 효과적으로 방지 할 수 있음에도 경찰책임자가 아니라는 이유로 위험을 방관할 수 없다는 점, 둘째는 위험을 효과적으로 방지할 수 있는 제3자가 경찰책임자가 아니라는 점이다. 따라서 위험과 관계가 없는 자에게 침익적 처분을 하는 경찰상 긴급상태는 법치국가에서는 예외적인 상황이라고 하겠다. 따라서 경찰책임자에 대한 경찰권 발동의 경우보다는 경찰비책임자에 대한 경찰권 발동은 보다 엄격하게 이루어져야 하며, 그 범위에 있어서도 제한적이어야 한다.⁵⁾

2. 법적 근거

경찰긴급권의 발동은 처분의 상대방에게 기본권의 침해로 가져오는 침익적 처분이므로 법률에 근거를 두고 행사되어야 한다. 그러나 명확한 규정을 가지고 있는 독일⁶⁾과는 달리 우리의 법상태는 몇몇 단행법률⁷⁾⁸⁾

5) Liskan · Denninger, Handbuch des Polizeirecht, 3.Auflage, 2001, 126면; Drew · Wacke · Vogel · Martens, 앞의 책, 332면.

6) MPEoIG 제6조, SPoIG제 6조 등이 있다.

7) **경직법 제5조(위험발생의 방지)** ① 3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자, 기타 관계인에게 위험방지사상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것.

소방기본법 제24조(소방활동 종사명령) ① 소방본부장 · 소방서장 또는 소방대장은 화재, 재난 · 재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에서 소방활동을 위하여 필요한 때에는 그 관할구역안에 사는 자 또는 그 현장에 있는 자로 하여금 사람을 구출하는 일 또는 불을 끄거나 불이 번지지 아니하도록 하는 일을 하게 할 수 있다. 이 경우 소방본부장 · 소방서장 또는 소방대장은 소방활동에 필요한 보호장구를 지급하는 등 안전을 위한 조치를 하여야 한다.

② 시 · 도지사는 제1항 전단의 규정에 따라 소방활동에 종사한 자가 이로 인하여 사망하거나 부상을 입은 경우에는 이를 보상하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 명령에 따라 소방활동에 종사한 자는 시 · 도지사로부터 소방활동의 비용을 지급 받을 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 소방대상물에 화재, 재난 · 재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 경우 그 관계인
2. 고의 또는 과실로 인하여 화재 또는 구조 · 구급활동이 필요한 상황을 발생시킨 자
3. 화재 또는 구조 · 구급현장에서 물건을 가져간 자

자연재해대책법 제11조(토지에의 출입 등) ① 중앙본부장 · 소방방재청장 · 지역본부장 또는 중앙본부장 · 소방방재청장 · 지역본부장으로부터 명령이나 위임 · 위탁을 받은 자는 시설물 등의 점검, 재해원인분석조사, 재해흔적조사 및 피해조사 등을 위하여 필요한 경우 타인의 토지에 출입하거나 타인의 토지를 일시사용할 수 있으며, 특히 필요한 때에는 나무 · 흙 · 돌 그 밖의 장애물을

에서 보이는 것 말고는 일반적인 규정을 가지고 있지 못하다. 이러한 단행법률에 근거가 존재하는 경우에는 당연히 비책임자에 대한 경찰권 발동이 가능하다고 보아야 한다.⁹⁾ 다만 이러한 법률에 근거조항이 존재하지 않는 경우에 경찰권 발동이 필요하다면 어떻게 발동의 근거를 마련해야 하는지가 문제이다. 여기에는 법률의 근거없는 경찰상 긴급상태는 인정될 수 없다는 견해¹⁰⁾와 경직법상의 제2조 제5호를 일반적(개괄적) 수권조항으로 보아 동 조항을 경찰상 긴급상태의 근거로 보는 견해,¹¹⁾ 그리고 경범죄처벌법 제1조 제36호¹²⁾의 규정을 제한된 범위 안에서 경찰상 긴급상태의 기본적인 법적 근거로 보는 견해¹³⁾등이 있다. 여기에서는 경직법상의 제2조 5호 또는 기타 다른 조항들의 일반적(개괄적) 수권조항성을 과연 인정할 수 있는지의 여부에 대하여 검토할 필요성이 있다.

3. 제3자의 성격

경찰상 긴급상태에서 경찰책임자로서 제3자는 현재의 중대한 위험을 방지하는 일을 돕는 경찰의 도구에 해당한다. 따라서 장해자가 그 제3자에 저항하면 그것은 공무방해에 해당한다. 그리고 그 제3자의 행위에 대

변경하거나 제거할 수 있다.

8) 경직법 제5조 제3호를 일반적 수권조항으로 인정하는 견해가 있으나 후술하는 바와 같이 이를 일반적 수권조항으로 인정하기는 어려울 것이며, 제한된 범위내에서 경찰긴급권을 발동할 수 있는 근거조항으로만 작용한다고 생각한다.

9) 서정범, 앞의 논문, 124면.

10) 김동희, 행정법(Ⅱ), 박영사, 2007, 220면; 박윤훈, 최신행정법강의(하), 박영사, 2004, 335면; 최영규, 경찰행정법, 법영사, 2005, 204면.

11) 김남진, 경찰행정법, 경세원, 2002, 139면; 류지태, 행정법신론, 신영사, 2004, 800면.

12) 경범죄처벌법 제1조 제36호(공무원 원조불응) 눈·비·바람·해일·지진 등으로 인한 재해 또는 화재·교통사고·범죄 그밖의 급작스러운 사고가 발생한 때에 그곳에 있으면서도 정당한 이유없이 관계공무원 또는 이를 돕는 사람의 현장출입에 관한 지시에 따르지 아니하거나 공무원이 도움을 청하여도 이에 응하지 아니한 사람은 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

13) 홍정선, 위의 책, 299면.

한 법적책임은 그 제3자가 아니라 경찰이 부담한다. 경찰의 개입으로 인해 제3자에게 손실이 발생하면 보상되어야 한다.¹⁴⁾

Ⅲ. 법률상 근거에 대한 검토

1. 경찰긴급권 발동근거로서의 수권조항성

가. 의 의

경찰은 사회공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 위하여 국민에게 명령·강제 등을 하는 권력적·침익적 작용을 주된 수단으로 사용하기 때문에 그 경찰권 발동을 수권하는 입법은 법률로써만 가능하며, 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 부분은 침해할 수 없다는 것이 헌법 제37조 제2항의 요구이다. 따라서 경찰권 발동에 관한 법적 근거를 마련하는 경우에도 가급적 그 요건과 효과 및 한계가 명확하게 설정되는 특별수권조항 방식이 민주적 법치국가에 적합하다는 것에 대하여는 두말할 필요성을 느끼지 않는다. 그러나 오늘날 사회의 급속한 변화와 위험사회의 심화에 따라 입법자의 예측과 상상을 초월하는 각종 위험이 빈발하고 있어 모든 것을 특별수권 방식으로만 해결하기는 입법기술상 불가능하다고 해도 과언이 아니다.

이에 따라 특히 경찰작용 분야에 있어서는 개괄수권조항에 의한 수권방식이 필요하다는 점에 대해서는 일반적으로 인식을 같이하고 있는 듯하다. 다만 법치주의 원칙상 규범 명확성을 요구하는 헌법정신을 고려할 때, 과연 개괄수권조항이 허용되는가에 대해서는 학설이 나뉘고 있다.

14) 홍정선, 앞의 책, 299면.

특히 1981년의 제1차 경직법 개정으로 제2조¹⁵⁾의 직무조항이 신설되고, 1991년에는 경찰법이 제정되면서 제3조¹⁶⁾에서 경찰의 임무규범이 마련되면서, 과연 이들 조항이 개괄수권조항성을 가지는가의 문제가 제기되고 있다.

이러한 조항에 대한 해석은 다양하게 나뉘고 있는 바, 결국 쟁점은 경직법 제2조가 조직법적인 임무규범이냐, 아니면 작용법적인 권한규범이냐의 문제로 귀착된다고 본다. 특히 그 제5호가 ‘기타 공공의 안녕과 질서유지’를 경찰의 직무로 설정하고 있으므로, 과연 이를 어떻게 해석할 것인가가 문제된다. 만약 이를 순전한 임무규정이라고 본다면 이는 경찰권이 발동될 수 있는 범위, 즉 사물관할을 규정한 데 불과한 것이나, 반대로 이를 권한규정으로 인정한다면 법치주의가 요구하는 법률유보 원칙을 충족하는 것이 된다. 문제는 이 원칙상 경찰의 개입 내지 침해 권한은 임무규정으로부터 바로 도출되지 아니하고, 이를 가능케 하는 수권규정이 별도로 필요하다는 것이라는 점에서 이 조항의 성격이 논란이 되는 것이다.¹⁷⁾

한편 직무의 범위만을 정한 경직법 제2조와는 달리 수권규범성을 가지고 있는 경직법 제5조 제1항이나 제6조 등의 규정이 있어 이에 대해서도 개괄수권조항성이 논의되고 있다. 특히 제5조는 제1항에서 위험발생의 방지를 위한 조치들을 규정하고 있는 바, 이를 정리해 보면 ‘경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 위해방지상 필요한 조치를 취할 수 있

15) 제2조 【직무의 범위】 경찰관은 다음 각호의 직무를 수행한다.

1. 범죄의 예방·진압 및 수사
2. 경비·요인경호 및 대간첩작전수행
3. 치안정보의 수집·작성 및 배포
4. 교통의 단속과 위해의 방지
5. 기타 공공의 안녕과 질서유지

16) 제3조 【경찰의 임무】 경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다.

17) 홍준형, 경찰통합법에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 97-3, 1997, 20-21면.

다’ 고 정리될 수 있다.¹⁸⁾ 따라서 이하에서는 위해방지상 필요한 경직 법상의 근거 규정들을 개괄적 수권조항의 성격을 부여할 수 있는지에 대하여 논의되고 있는 견해들을 중심으로 살펴보고자 한다.

나. 학설 동향

1) 허용성 자체를 부정하는 견해

이 견해는 주로 경찰권이 가지는 침해적·권력적 성격상 그 근거는 개별규정에 의하여야 한다고 보면서, 우리 헌법이 표방하고 있는 법치주의 원리, 특히 명확성 원칙에 반하는 개괄수권조항 자체의 허용성을 부정하는 견해이다.

이상규 교수는 이에 대해서, “경찰작용 분야는 법률유보의 본령이라는 것은 의심의 여지가 없으므로, 경찰권은 법치주의 원리상 개별적인 작용법에 의한 구체적인 법적 수권을 필요로 한다.”¹⁹⁾고 함으로써, 법치주의 원칙의 침해유보설적 관점에서 침해행정의 전형이라고 할 수 있는 경찰작용이야 말로 개별적이고 구체적인 수권만이 허용된다고 함으로써 처음부터 포괄적 수권의 허용성을 부정하고 있다.

박윤훈 교수도 “경찰권을 포함한 권력적 행정작용에는 법률의 근거를 요한다는 점에서는 견해가 일치되어 있으며, 또한 그 경우의 법률은 당연히 개별적인 작용법률을 의미한다고 본다. 따라서 우리 헌법상의 경찰권 발동의 수권조항으로서 개괄조항을 인정하기는 어렵다.”²⁰⁾고 하면서, 역시 법률유보와의 관점에서 개괄조항, 즉 개괄수권조항 자체의 허용성을 부정하고 있다.

18) 이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004.12, 177면.

19) 이상규, 신행정법론(하), 법문사, 1997, 229면.

20) 박윤훈, 위의 책, 324-325면.

이 견해는 침해적이고 규제적인 경찰작용에 대해서는 특별수권규정에 의한 법률유보만을 인정하고, 포괄적 수권규정은 부인한다는 점에서 법치주의 요청에 가장 철저하다는 평가를 내릴 수 있다. 그러나 이 견해는 다음과 같은 점에서 비판을 받고 있다.²¹⁾

첫째, 오늘날 위험의 불가예측성, 복잡 다양성, 위해기술의 발달 가능성 등을 모두 고려하여 모든 법규를 미리미리 입법한다는 것은 불가능하고, 더욱이 위험사회가 심화될수록 더욱 그러하다.

둘째, 법치주의에 철저한 독일에서도 관례와 학설이 이미 100여년에 걸쳐 경찰법상의 개괄수권조항에 내포된 불확정 법개념의 사법적 심사를 통해서 그 의미와 내용을 확정하고 있어, 개괄수권조항이라고 해서 법치주의를 훼손한다는 평가를 내리기는 어렵다.

셋째, 오늘날은 사회적 법치국가이므로 국민의 안전확보는 국가의 본질적 책무라고 할 수 있으며, 따라서 법치주의의 기계적 경직성에 안주하여 법의 불비를 이유로 국가의 의무를 회피하는 것이 오히려 개인의 권리와 법익에 침해적인 결과를 초래할 수도 있다.

넷째, 개괄수권조항이라고 하더라도 구체적 위험하에서 단지 보충적으로만 적용되고, 재량원칙과 비례원칙 등의 적용을 통한 사법적 통제와 그밖의 민주적 통제장치가 오늘날 잘 발달되어 있어, 그 남용가능성에 대해서는 충분한 통제가 가능하다.

2) 긍정설

가) 제2조설

(1) 의 의

21) 이운주, 위의 논문, 178면.

경찰이 경찰권을 발동하기 위해서는 직무규범(Aufgabennorm)의 존재 이외에 별도의 특별한 권한규범(Befugnisnorm)이 필요하다고 하는 것은 누구나 공감하는 사항이다. 이러한 것은 특히 경찰이 권력적 수단으로 국민의 권리영역을 침해하는 경우에 더욱 그러하다. 다만 경찰의 조치가 국민의 권리영역을 침해하지 않는 경우라면 직무규범에만 근거하여서도 경찰권을 발동할 수 있다고 할 것이다.

이러한 권한규범은 개별적 수권조항 또는 개괄적(일반적) 수권조항의 형식으로 규정된다. 개괄적 수권조항형식의 경우 행정의 법률적합성의 관점에서 허용될 수 없다고 주장되기도 한다.²²⁾ 그러나 사전에 구체적으로 모든 개별적 수권규정을 둔다는 것이 사실상 불가능하고, 개괄적 수권조항은 개별적 수권조항이 적용되지 않는 경우에만 보충적으로만 적용될 수 있는 것이며, 개괄적 수권조항에서의 불확정 개념에 대한 학설 등에서의 상당정도의 내용정립이 이루어지고 있으므로 개괄적 수권조항의 형식을 허용할 수도 있다.

(2) 내 용

경직법 제2조를 개괄적 수권조항으로 보는 견해의 주장은 다음과 같다.

이 견해는 우리 헌법질서하에서 개괄적 수권조항의 허용성과 함께 필요성을 인정하고, 경직법 제2조 특히 그 제5호를 권한규범으로 파악하면서 개괄적 수권조항으로 인정하는 학설이다.²³⁾ 그 대표자인 김남진 교수에 의하면,

22) 박윤훈, 앞의 책, 322면.

23) 류지태, 위의 책, 767면; 서정범, 앞의 논문, 26~27면; 설계경, 경찰권발동의 근거와 한계, 위대논집(제11집), 2001.12, 335~337면; 김재호, 경찰권의 근거로서의 일반적 수권조항, 충남대 법학연구(제10권 제1호), 충남대학교 법학연구소, 1998, 967~968면.

“독일에서는 이전부터 공공의 안녕·질서에 대한 위험방지를 경찰의 직무로서 정하고 그 직무조항을 보충적인 수권조항으로서 새기는 전통이 확립되어 있는 바, 우리 역시 그와 같은 개괄조항의 존재를 긍정할 수 있느냐 하는 것이다. 저자는 경직법 제2조 제5호의 규정, 즉 ‘공공의 안녕과 질서유지’를 독일식의 개괄조항으로 간주하고 있다.”²⁴⁾

라고 밝히면서, 우리나라의 경우에도 개괄적 수권조항이 있다고 보고, 개별적인 근거규정이 없을 때에는 이 조항에 의거하여 경찰권을 발동할 수 있다고 주장하고 있다.

이 설의 논거로는, 경찰권의 성질상 입법기관이 미리 경찰권의 발동사태를 상정해서 모든 요건을 법률에 규정하는 것은 불가능하기 때문에 개괄적 수권조항이 필요하다는 점, 개괄적 수권조항은 특별수권규정에 의한 조치로도 대응할 수 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 것이라는 점, 개괄적 수권조항으로 인한 경찰권 발동의 남용의 가능성은 조리상의 한계 등으로 충분히 통제될 수 있다는 점, 독일에서는 개괄적 수권조항을 인정하는 것이 학설과 판례를 통하여 확립된 전통이며 경찰권발동의 조리상의 한계이론을 논하는 것 자체가 개괄적 수권조항을 전제로 한 것이라는 점 등을 주장한다.

(3) 평 가

경직법 제2조가 개괄적 수권조항임을 인정하는 견해는 개괄적 수권조항의 허용성과 필요성을 인정함과 동시에, ‘경찰의 직무’를 정한 경직법 제2조, 특히 그 제5호를 경찰권 수권규정으로 파악함으로써, 개괄적 수권조항의 인정에 있어 가장 전향적인 입장을 취하고 있으나, 다음과 같은 비판이 따른다.²⁵⁾

24) 김남진, 행정법의 기본문제, 법문사, 1994, 698면.

첫째, 법치주의의 기본원칙인 법률유보에 충실하려면 사람의 자유와 권리에 개입하는 경찰권의 발동은 법률의 근거가 있어야 하고, 여기서 법률은 조치권한을 수권하는 작용법이어야 하나, 이 견해에 의하면 행정기관의 사물관할을 정한 조직법상의 임무규범으로부터 권한규범을 도출해내고 있다. 이에 대해서는 경직법은 작용법이지 조직법이 아니라고 반론할 수 있으나, 경직법 제2조는 조직법인 ‘경찰법’이 제정된 1991년 이전인 1981년 경직법 제2차 개정을 통해 신설된 조항이고, 제2조 자체가 ‘경찰의 직무’를 규정하고 있다는 점에서 조직법적 성질을 면하기 어렵다.

둘째, 독일에서는 임무규범으로부터 권한규범을 도출하는 전통이 있었다고 하나, 그것은 어디까지나 임무규범만을 규정했던 1794년 ‘프로이센일반관트법’ 하에서만 그러했던 것이고, 임무규범과 권한규범이 통합된 1931년 ‘프로이센경찰행정법’이나 임무규범과 권한규범이 완전히 분리된 경찰법 모범초안 시스템하에서는 그러하지 아니하다는 점이다. 즉 현행 경찰법 모범초안하에서도 제1조에서 임무에 관한 일반조항을 규정하고 있으나, 거기서 권한조항성을 도출하지는 않는다는 점이다. 물론 우리나라에서도 ‘행정경찰장정(行政警察章程)’이나 각종 관제(官制)의 임무규정에서 개괄적 수권조항성을 도출하였으나, 그것은 경찰국가시대였기에 가능한 일이었다. 지금은 그러한 시대가 아니다.

셋째, 조리상의 한계론이 있는 것 자체가 개괄적 수권조항이 있다는 반증이 아니라, 독일에서는 개괄적 수권조항에 의한 포괄적 수권이 전제되기 때문에 한계론이 대두되었다는 점에서, 논리의 전후가 바뀐 것이다. 더욱이 오늘날에는 독일에서 적어도 조리상이라고 인정되는 한계론은 존재하지 않는다.

넷째, 독일의 ‘공공의 안녕과 질서에 대한 위협방지’와 경직법의 ‘공공의 안녕과 질서 유지’는 명백히 다른 것이어서, 후자의 개괄적

25) 이운주, 앞의 논문, 180~181면.

수권조항성을 인정하게 되면 경찰권을 지나치게 확장할 위험이 있다. 즉 후자는 1894년의 ‘공공의 평온·안녕 및 질서 유지’와 같은 수준으로, 그것이 거의 유일한 수권규정으로 인정되었고, 나아가 추상적 위험을 전제로 하는 경찰명령을 가능케 했다는 점에서, 오늘날 구체적 위험을 전제로 하는 개괄적 수권조항 보다 훨씬 폭넓은 수권이 이루어질 위험이 있는 것이다.

나) 제2조와 제5조의 유추적용설

이 견해는 개괄수권조항이 헌법상 보장된 법치주의원칙에 어긋난다는 주장을 배척하나, 경직법 제2조 제5호는 경찰의 사물적인 관할에 관한 직무의 범위를 정한 것이지, 경찰처분에 대하여 권한을 부여하는 수권규정이 아니라고 보면서,

“본 조항은 경찰의 직무에 관한 일반조항으로 볼 것이지, 경찰권의 발동에 관한 일반수권조항으로 볼 수는 없다.”²⁶⁾

는 주장과 함께, 경찰권 발동에 관한 포괄적 수권조항으로는 개인적 법익의 위험에 대하여 개괄적인 수권을 하고 있다는 점에서 불완전하기는 하지만 경직법 제5조 제1항 제3호에서 찾을 수 있다고 하고 있다. 이 견해는 여기서 더 나아가 경직법 제5조 제1항이 경찰권의 발동근거를 개인적 법익에 대한 위험방지 처분에만 두고 있는 것은 명백한 법의 흠결이라고 보면서, 경직법 제2조 제5호와 제5조 제1항 제3호의 유추해석에 의하여 독일에서와 같은 포괄적인 개괄수권조항을 완성하려는 시도를 보이고 있다. 즉 경직법의 해석적 보완을 통해서 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지를 위해 필요한 조치를 취할 수 있다는 주장이다.²⁷⁾

26) 이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990.2, 97면.

이 견해는 다음과 같은 비판을 받고 있다.²⁸⁾

첫째, 제5조 제1항이 개인적 법익에 대해서만 개괄적 수권을 하고 있다는 주장이나, 국가적 법익이나 사회적 법익이 제외된다고 보기 어렵지 않나 하는 생각이 든다. 즉 제5조 제1항은 사람의 생명과 신체 및 재산을 보호법익으로 한다는 점에서 기본적으로 개인적 법익의 보호를 지향하고 있으나, 국가적 법익과 사회적 법익도 보호대상으로 한다고 본다. 왜냐하면 경직법 제5조 제1항은 ‘인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해’를 상정하고 있으나, 천재와 사변, 공작물의 손괴 등의 예시적 열거사항을 포함해 ‘기타 위험한 사태’를 규정함으로써, 위험사태의 포섭 범위를 열어 놓고 있으므로, 굳이 이를 개인적 법익에 대한 위험방지만을 포괄적으로 수권하고 있다고 볼 일은 아니고, 예컨대 ‘사변’에는 전쟁을 포함하여 폭동, 소란, 인위적 화재 등 국가적 법익이나 사회적 법익에 대한 침해도 예상하고 있는 것이고, ‘공작물의 손괴’의 경우에도 건물이나 도로, 교량, 철도, 터널, 제방, 전기·수도·가스 공급시설 등이 모두 포함되므로, 사회적 법익과 직접적 관련이 있는 위험사태에 해당한다.

둘째, 유추해석의 문제이다. 즉 법치주의 원칙상 법률유보가 요구되는, 그것도 가장 전형적인 침해 내지 규제행정이라고 평가되는, 경찰행정에 유추해석을 통해 권한을 확장하는 것이 가능한가 하는 문제가 제기될 수 있다. 경찰상의 조치는 법치주의 원칙에 따라 법적 근거를 요하고, 개인의 권리를 침해하는 경찰상의 처분은 그 처분권한을 정당화하는 별도의 법적 근거가 있어야 비로소 허용된다는 법률유보의 원칙상 경찰행정 작용에 유추해석의 길을 열어 놓는 것은, 형법상의 죄형법정주의 원칙상 유추해석이 금지되는 것과 마찬가지로 엄격하게 제한해야 한다는 생각이다.

27) 이기우, 위의 논문, 98면.

28) 이운주, 앞의 논문, 182면.

다) 제2조 · 제5조 · 제6조의 결합설

이 견해는 개괄수권조항의 필요성과 허용성을 긍정하고, 제2조 제5호의 개괄수권조항성을 일단 인정한 다음, 제5조를 제2의 개괄수권조항, 제6조를 제3의 개괄수권조항으로 인정하는 견해이다. 먼저 제2조의 개괄수권조항성에 대해서는 임무규정과 권한규정을 분리하는 독일보다 민주주의와 법치주의가 발전한 영국과 미국에서는 임무규정으로부터 권한규정을 도출하고, 또 프랑스에서도 경찰의 임무규정과 권한규정을 구분하지 않는다는 점을 들어,

“우리 경직법 제2조 제5호의 ‘공공의 안녕 및 질서유지’를 반드시 권한규정이 아닌 임무규정에 불과한 것으로 해석할 필요는 없다고 할 것이다. 위 조항에 독일에서의 임무규정과 권한규정이 통합되어 있고, 제3조 이하에서 독일의 소위 표준적 조치와 마찬가지로 개괄적 임무·수권규정을 구체화한 것으로 충분히 볼 수 있다.”²⁹⁾

고 함으로써 제2조 제5호의 개괄수권조항성을 일단 긍정한 다음, 제5조에 대해서는 독일의 경찰법 모범초안 제8조 제1항에 가장 가까운 제2의 개괄적 수권조항으로 인정하면서도, 국가적·사회적 법익은 제외된다고 보고 있고, 제6조에 대해서도 명예 등 인격권을 침해하는 범죄를 제외하고, 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 경우에만 제지할 수 있고, 그 이외의 경우에는 필요한 경고만 발할 수 있는 약점이 있지만, 제3의 개괄적 수권조항의 기능을 담당하고 있다고 보고 있다. 따라서 제2조와 제5조 및 제6조의 관계는 제5조가 개인적 법익을, 제6조가 국가적·사회적 법익을 거의 대부분 포착한다고 보고,

29) 박정훈, 사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 2001-05, 2001, 22-25면.

제2조는 단지 범죄를 구성하지 않는 국가적·사회적 법익과 인명·신체·재산 이외의 개인적 법익에 대한 보호를 위해서 개괄수권조항으로 기능할 수 있다고 보고 있는 것이다.³⁰⁾ 즉 제5조는 개인적 법익에 대한 개괄수권조항, 제6조는 국가적·사회적 법익에 대한 개괄수권조항, 제2조는 제5조와 제6조에서 포착되지 않는 부분에 대한 개괄수권조항으로 인정하고 있는 것이다.

이 견해에 대해서도 개괄수권조항의 필요성과 허용성의 긍정 그리고 제5조의 개괄수권조항성의 인정에 대해서는 동의할 수 있으나, 다음과 같은 비판이 제기되고 있다.³¹⁾

첫째, 제2조 제5호의 임무규범으로부터 권한규범을 도출하는 문제는 우리나라의 법치주의의 역사와 과거 경찰권 남용의 역사를 고려할 때, 쉽게 수긍할 문제는 아니라고 본다.

둘째, 제5조는 앞서서도 밝힌 것처럼, 기본적으로는 개인적 법익을 지향한 조항이라고 볼 수 있으나, 국가적 법익과 사회적 법익도 포섭하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

셋째, 제6조의 개괄수권조항성은 동조항이 예정하는 보호법익의 문제보다는, ‘제지’라고 하는 조치의 내용에 초점을 맞추어야 할 것으로 본다. 즉 개괄수권조항이 예정하는 조치는 ‘필요한 조치’와 같이 포괄적인 수단이 동원될 수 있는 데 비하여, ‘제지’는 제한적인 조치에 불과하기 때문이다. 판례상으로는 집회장소 사용승낙을 받지 않고 출입하려는 시위참가자를 저지해 달라는 학교측의 요청에 따라 대학교 출입문에서 출입을 저지한 행위는 제지조치에 해당하지만,³²⁾ 집회해산명령에

30) 박정훈, 위의 보고서, 28-31면.

31) 이운주, 앞의 논문, 184면.

32) 대법원 1990. 8. 14 선고, 90도870 판결; 대법원 2004. 9. 23 선고, 2003다49009 판결(감금 및 윤락강요행위의 제지) : 우리나라와 같은 조문을 가지고 있는 일본의 판례로는 범죄를 행하려는 자를 껴안아 말리는 행위(東京高判 昭和34, 4.25), 손을 잡고 파출소로 데리고 가는 행위(大阪高判 昭和34, 9.30), 범죄를 행하려는 자의 앞을 가로막으며 떠미는 행위(東京高判 昭和38, 7.30) 등을 허용하고 있는 정도이다(이운주, 앞의 논문, 각주584 재인용).

응하지 않은 집회참가자들을 경찰서에 억류하는 조치는 인정되지 않는 데서 알 수 있는 것처럼, 제지는 제한적으로만 인정된다고 할 수 있다.³³⁾

라) 제5조설(유추적용설)

이 견해도 개괄수권조항의 허용성과 필요성을 긍정한다는 전제로, 경직법 제2조는 임무규범일 뿐 권한에 관한 개괄수권조항은 아니라고 보면서, 경직법 제5조에서 개괄수권조항성을 찾는 것은 마찬가지로이다. 다만 제5조를 직접 적용하는 것이 아니라 유추하여 수권할 수밖에 없다는 주장이다. 즉

“제5조 제1항 제3호가 비록 보호이익을 국가의 기본적 시설, 법질서와 같은 이른바 집단적 법익을 포함하지 않고, 주로 생명, 신체 등의 개인적 법익에 한정하고 있으며, 또한 그에 대한 목전의 위험 혹은 급박한 위험을 방지하는 경찰조치만을 수권하는 데에 그치고 있지만, 동 규정을 유추하여 별도의 수권이 마련되지 않은 권리침해적 위험방지조치를 정당화할 수밖에 없지 않나 생각한다.”³⁴⁾

고 하고 있다. 이는 경직법에는 개괄수권조항이라고 볼 만한 규정이 없다는 점을 전제로 한다.

이 견해는 경직법 제2조를 임무규범이라고 평가하고, 제5조에서 개괄수권조항성의 가능성을 찾았다는 점에서는 평가할 수 있으나, 다음과 같은 점에서 비판을 받고 있다.³⁵⁾

33) 서울고등법원 2003. 3.21 선고, 2002다56743 판결.

34) 김성태, 위험방지조치와 구체적 위험, 법학연구 제5집, 홍익대학교 법학연구소, 2003, 79-80면.

35) 이운주, 앞의 논문, 185면.

첫째, 경직법에는 개괄수권조항이 존재하지 않는다는 전제로 제5조를 직접 적용하는 것이 아니라 유추해서 개괄수권조항성을 도출한다고 하고 있으나, 제5조를 제한적인 보호법익에 한정하는 개괄수권조항으로도 볼 수 있는 것이고, 경찰작용의 침해적인 성질상 유추적용이 오히려 더 위험할 수 있다.

둘째, 보호법익을 개인적 법익에 한정하고 있다는 평가에 대해서는, 기본적으로 개인적 법익을 지향하고 있으나 국가적 법익과 사회적 법익을 완전히 배제하는 것은 아니라는 점을 지적할 수 있다.

셋째, 제5조가 목전의 위험 혹은 급박한 위험을 방지하는 경찰조치만을 수권하고 있다고 하고 있으나, 이러한 위험이야말로 개괄수권조항이 요구하는 구체적 위험에 해당하는 점에서 문제가 없다고 본다.

마) 제5조설(시기상조설)

(1) 의 의

경직법 제5조 제1항 제3호에서 위해방지조치로써, 경찰관은 위험한 사태가 발생한 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 할 수 있다. 동법 제5조 제1항 제3호는 위해방지조치의 내용을 특정하지 아니하고 개괄적으로 규정하고 있다. 따라서 경찰권은 개별적인 수권조항에 의한 구성요건의 충족이 없는 경우에도, 그것이 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 즉 위해방지를 위하여 필요로 되는 경우에는 개괄조항에 근거하여 행해질 수 있게 된다. 이에 따라 경직법 제5조를 개괄조항으로 인정할 수 있다는 것이다.

(2) 내 용

이 견해는 개괄적 수권조항이 법률유보 원칙에 반드시 위반되는 것으로 볼 수는 없다고 하면서도, 이를 허용하는 것은 법치행정의 원칙의 실질적 목적인 국민의 기본권 보장을 위태롭게 할 수 있기 때문에, 경찰법제가 정비되고 경찰권 남용의 현실적인 위험이 줄어든 후에야 그것이 허용될 수 있다는 입장이다.³⁶⁾ 즉 경찰법상의 개괄적 수권조항은 경직법제2조가 아니라 “제5조 제1항 제3호는 일반적인 수권조항으로 인정될 여지가 있다.”고 하고 있으면서도, 그 인정에 대해서는 시기상조론을 펴고 있는바, 그것은 경찰재량권의 통제에 관한 법이론 및 판례가 정립되지 못했기 때문이라고 한다.

그밖에 이와 유사한 견해로는 개괄수권조항을 통제하는 법규정이 완비되지 않은 현실에서는 일반법으로서의 인정이 시기상조이므로 입법적 보완이 필요하다는 견해가 있다.³⁷⁾ 즉 독일의 개괄수권조항과 경직법제5조 제1항을 비교해 보았을 때, 양자간에는 공공의 안전 및 질서라는 보호이익요건 측면에서 경직법 제5조가 국가적 법익부분이 흡결되어 있으나 일단 유추의 방법으로 보완하면 족하다고 보고, 그밖의 위험요건이나 경찰권 발동 단계에서 문제되는 수범자에 관련하여서도 큰 차이를 발견할 수 없다고 보면서, 제5조가 문언이 완벽한 개괄적 수권조항의 위상을 갖는다고 보는 것은 무리이지만, 개괄수권조항에 가장 근접해 있음을 확인하고 있다. 즉

“개괄적 수권조항의 적용에 따른 비용상환 및 손실보상이라는 이익조정규범이 없는 상태에서 이 조항을 개괄적 수권조항으로 간주하게 되면

36) 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2004, 400~404면.

37) 이기춘, 경찰관직무집행법 제5조 1항과 독일경찰질서법상 개괄적 수권조항간의 비교, JURIST (통권 제394호), 2004.7, 112면.

법치국가원리에 반하는 인권침해가 이루어질 소지가 존재한다.”

고 하고 있다. 따라서 제5조 제1항을 개괄적 수권조항으로서 일반법으로 적용되는 것은 시기상조라고 보면서, 보호이익측면과 수범자측면, 비용상환 및 손실보상측면 등의 법개정을 통해 보완될 때까지 그 인정이 유보되어야 한다는 입장이다.

(3) 평 가

이 견해에 대해서는 경직법 제5조에서 개괄수권조항성의 가능성을 찾았다는 점에서는 일단 긍정적으로 평가할 수 있으나, 다음과 같은 문제점이 존재한다.³⁸⁾

첫째, 경직법 제5조가 개괄적 수권조항에 근접해 있지만, 법규적 보완이 이루어질 때까지 인정할 수 없다는 것은 논리적으로 성립되기 어렵다고 본다. 이미 존재하는 경직법의 규정을 법개정을 통해 보완될 때까지 유보한다는 것은 법규정의 존재 자체를 부정하는 견해에 다름 아니기 때문이다.

둘째, 경찰재량의 통제에 관한 법이론이나 판례는 이미 우리나라에서도 축적되고 있으며, 더욱이 독일에서 그러한 이론이나 판례가 활발하게 축적된 것은 개괄수권조항을 매개로 했다는 점에서 논리가 뒤바뀐 느낌이다. 또한 독일경찰법의 비용상환이나 손실보상의 문제는 개괄수권조항의 적용을 전제로 하는 것이 아니라, 경찰권 발동 일반에 관한 문제이다. 특히 비용상환은 경찰책임자와 관련한 문제이고, 손실보상은 행정청의 책임 문제로서, 양자가 도입된 것은 개괄수권조항에 따른 이익조정만을 위한 것이 아니라, 이른바 표준조치를 취했을 경우에도 같은 문제가 발생할 수 있다. 그리고 비용상환의 문제는 실령 명시적 규정이 없더라

38) 이운주, 앞의 논문, 186~187면.

도 부득이한 경우에는 민사법적으로도 해결이 가능하고, 적법한 공권력 발동에 따른 손실보상의 문제는 행정법 일반론이 인정하고 있는 바이다.

셋째, 보호이익의 측면에서도 국가적 법익부분이 흡결되어 있다고 하나, 예컨대 인명에 위해를 미치는 사변에는 형법 제88조의 내란목적의 살인과 같이 국가적 법익에 대한 침해도 포섭된다는 점에서, 그렇게 해석할 이유는 없다고 본다. 또한 설령 흡결을 인정한다고 하더라도 경찰작용의 침해적인 성질상 이를 유추의 방법으로 보완하는 것이야말로 법치주의원칙을 훼손할 가능성이 있다고 판단된다.

사) 입법필요설

입법필요설은 개괄조항의 필요성과 허용성을 인정하면서도, 경직법 제2조는 권한규정이 아닌 단순한 임무규정으로 파악하고, 입법을 통해 개괄수권조항을 도입할 필요가 있다는 견해이다.³⁹⁾

이 견해는 비록 개괄수권조항의 요건이 불확정개념으로 구성되어 법치주의적 관점에서 이의가 제기될 수 있으나, 개괄수권조항은 여전히 위해방지 임무에 있어서 핵심적인 역할을 담당하고 있고, 개괄수권조항의 요건인 공공의 안녕과 질서의 개념은 판례와 학설에 의하여 구체화 되었고, 현대산업기술사회에서는 항상 새로운 종류의 위험이 발생하고 있으며, 이러한 모든 형태의 위험을 입법자가 규율한다는 것은 거의 불가능하므로 흡결없는 위해방지작용을 위하여 불가피함은 재언을 요하지 않는다고 하면서 개괄수권조항의 필요성을 역설하되, 임무규정과 수권규정의 역할과 기능의 차이를 인정하고, 즉 임무규정은 다른 행정청과의 직무의 한계를 설정하는 동시에 비침해적인 경찰작용에 대한 근거가 된다고 보는 반면, 개인의 기본권을 침해하는 작용은 전통적인 침해유보설에 입각하여서도 별도의 수권규정을 요한다고 보면서,

39) 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2004, 349~352면; 김철용, 행정법II, 박영사, 2004, 235면.

“ 경직법 제2조 제5호는 단순히 경찰의 임무를 규정한 임무규정이 다.…… 따라서 한국의 경직법에 대한 개괄수권조항의 문제는 질서법의 제정과 더불어 입법적으로 해결되어야 할 문제이다.” 40)

는 견해로, 경직법 제2조의 개괄수권조항성은 부정하고, 입법에 의한 해결, 즉 입법필요설을 주장하고 있다.

이 견해에 대하여는 다음과 같이 비판⁴¹⁾이 제기되고 있다.

개괄수권조항의 허용성과 필요성을 긍정하고, 임무규범과 권한규범의 역할과 기능이 다르다는 점을 인정한 데 대해서는 평가할 수 있다. 그리고 궁극적으로는 명확한 개괄수권조항을 포함한 경찰작용법의 재정비 내지 개선의 필요성을 제기한 점에 대해서도 동의할 수 있다.⁴²⁾ 그러나 개괄수권조항의 필요성을 강하게 주장하면서도, 경직법 제5조가 가지는 개괄적 구성요건과 포괄적 권한 부여에 대해서는 검토하지 않고 있다는 점에서 지나치게 입법정책적 해결에만 기대고 있지 않나 생각한다.

다. 소 결

개괄수권조항과 관련한 학설은 세가지 측면에서 논의되고 있다. 첫째로는 개괄수권조항 자체의 헌법적 허용성에 관한 문제, 둘째로는 개괄수권조항이 과연 필요한가의 문제, 그리고 마지막으로 우리나라 경직법에 개괄수권조항이 존재하는가의 문제이다.

40) 정하중, 독일경찰법의 체계와 한국경찰관직무집행법의 개선방향(하), 사법행정, 1994.3, 10~11면.

41) 이운주, 앞의 논문, 188면.

42) 정하중, 위의 논문, 12면.

먼저 첫 번째 문제와 관련해서는 법치주의가 요구하는 명확성의 원칙을 근거로 개괄수권조항 자체의 허용성을 부정하는 견해가 존재하나, 최근에는 개괄수권조항 자체를 부정하는 견해는 거의 없는 것으로 보여 다수설은 개괄수권조항의 허용성을 긍정한다고 볼 수 있다.

두 번째의 개괄수권조항의 필요성의 문제는 허용성을 인정하는 학자들은 모두 필요성도 긍정하고 있다. 즉 급격히 변화하는 사회에서 공공의 안녕과 질서에 대한 경찰상의 위험을 방지하기 위해서는 특별수권 방식만으로는 대응이 곤란하다는 데 공감한다.

문제는 역시 우리 경직법에 개괄수권조항이 존재하는가, 그리고 존재한다면 어느 조항이 개괄수권조항인가 하는 문제인데, 이에 대해서는 견해가 갈리고 있다. 이는 크게 ① 개괄수권조항성에 대해서는 허용성과 존재를 모두 긍정하는 견해와 ② 허용성은 긍정하되 존재는 부정하는 견해로 나눌 수 있다. 먼저 전자에 속하는 견해는 현행법상 개괄수권조항이 허용되고 또 존재한다는 견해로, 그 존재에 대해서는 경직법 제2조설, 제2조와 제5조의 유추해석설, 제2조·제5조·제6조의 결합설, 제5조의 유추적용에 의한 개괄수권조항성 도출설, 제5조의 개괄수권조항성은 인정하되 시기상조설 등으로 나뉘고, 후자에 속하는 견해는 현행법상 개괄수권조항을 허용할 수 있으나 현행법에는 존재하지 않거나 필요하지 않다는 견해로, 입법을 통해 해결하자는 입법필요설이 있다. 이러한 견해차의 핵심은 역시 임무규범으로부터 권한규범성을 도출할 수 있느냐에 관한 문제라고 볼 수 있는데, 제2조 자체의 권한규범성에 대해서는 찬반이 대립하는 것으로 보인다.

생각건대 제2조의 권한규범성을 인정한다는 것은 개괄수권조항의 필요성으로 인하여 임무규범인 것을 법의 흠결을 메우기 위한 방편으로 하고

있기 때문에 이는 옳지 않다고 본다. 법집행의 효율성과 필요성으로 인하여 그 본래적 성질을 변경시켜서는 안될 것이며, 특히 국민의 기본권을 강하게 제한하는 성질을 갖는 경찰작용의 성질상 이는 더욱 허용되어서는 안될 것이다. 따라서 개괄수권조항의 필요성을 인정하면서도 지나치게 입법정책적 해결에만 기대고 있다는 비판을 받고 있기는 하지만, 현재의 경직법의 해석으로 개괄수권조항을 인정하기는 곤란하며 입법을 통해 명문화함으로써 보충적 경찰권발동의 법적 근거를 마련하여야 한다고 본다. 그렇다고 하여 입법이 될때까지 마냥 기다리거나 경찰권 발동이 필요함에도 불구하고 하지 아니하는 것은 문제라고 본다. 비록 집단적 법익을 포함하고 있지 아니하지만, 인명 또는 신체에 위협을 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴 등 구체적인 위험상황 외에도 ‘기타 위험한 사태’를 부가하고 있는 제5조 제1항 제3호가 제한된 범위내에서 경찰상 긴급상태의 일반적인 법적 근거로 기능할 수 있을 것으로 생각한다.

2. 경범죄처벌법 제1조 제36호(공무원 원조불응)의 검토

가. 경범죄처벌법의 법적 성격

개인적·사회적·국가적 중요법익에 대한 침해행위에 대하여 형벌 또는 보안처분과 같은 형사제재를 부과함으로써 법익을 보호하려는 목적을 가진 형법과는 달리, 경범죄처벌법은 형법상 범죄행위보다 그 법익침해의 중대성이 크지 않은 행위들을 대상으로 하고 있으며, 또한 경찰의 입장에서 사회질서 침해의 위험요인을 제거하는데 있으므로 그 구성요건을 경찰행정상의 규제목적 달성을 위한 행위유형들과 행정법상의 경미한 위반행위들을 포함시키고 있다.

경범죄처벌법에 규정된 행위들의 공통된 성격은 그 행위의 위법성이나

위험성이 경미하다는 점에서 찾을 수 있으며, 그 유형은 주로 추상적 위험범의 형태를 띠고 있다.

이와 같은 것들이 형법과는 다른 것이라 할 수 있을 것이다. 따라서 경범죄처벌법은 형법과는 달리 경찰행정상의 목적 및 관련되는 행정법의 목적에 어느 정도의 영향을 받고 있다.⁴³⁾

경범죄처벌법은 사회적 비난의 정도가 비교적 경미한 것을 대상으로 하며 국민의 공중도덕 의식과 사회적 윤리감각을 향상시켜 국민 일반의 행복과 공공생활의 안녕질서를 확보하려는 데 있으므로 그 시대의 일상 생활상 상식으로 도덕적 비난의 대상이 되는 행위를 처벌하나 그와 같은 행위는 시대에 따라 변화될 수도 있을 것이다.

나. 1조 36호의 분석

눈·비·바람·해일·지진 등으로 인한 재해 또는 화재·교통사고·범죄 그 밖의 급작스러운 사고가 발생한 때에 그곳에 있으면서도 정당한 이유 없이 관계공무원 또는 이를 돕는 사람의 현장출입에 관한 지시에 따르지 아니하거나 공무원이 도움을 청하여도 이에 응하지 아니한 사람

1) 입법취지

본 호는 예기치 않았던 재해 등의 확대 방지와 피해구조 등을 위하여 민, 관, 군이 혼연일체가 되어 극복해야 된다는 사회 통념의 준수를 법으로 강제해야 될 최소한도를 정함으로써 공무원 또는 이를 돕는 자의 지시나 원조요청에 응하도록 하여 신속한 인명의 구조, 피난, 재해방지와 복구 피해를 방지하거나 최소화하려는 취지이다.⁴⁴⁾

43) 박상기·이건호, 경범죄처벌법에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구보고서 95-25, 1996, 17면.

2) 행위의 시기 등

행위의 기회는 눈, 비, 바람, 해일, 지진 등으로 인한 재해⁴⁵⁾ 또는 화재, 교통사고, 범죄 그 밖의 급작스러운 사고⁴⁶⁾가 발생한 때에 행위자가 그 현장에 있는 것이다.

3) 행위의 대상

행위의 대상은 관계공무원 또는 이를 돕는 사람의 현장출입에 관한 지시 또는 공무원으로부터 도움이 요청된 것이다. 관계공무원이란 주로 경찰관, 소방관, 기타 시청·도청·구청·군청 등의 직원 등으로 해당 사태에 대하여 적법하게 지시하거나 원조를 구할 수 있는 권한을 가진 공무원을 말한다.⁴⁷⁾

4) 현장출입에 관한 지시

지시는 적법한 지시이어야 한다. 이는 법령상 명문으로 지시권이 인정되는 경우이외에 법령상 해당 사태에 있어서 해당 공무원의 직권행사가 인정되는 결과 조리상 당연히 필요에 응하여 지시를 하는 것이 허용되는 것으로 해석하는 경우이어야 한다.⁴⁸⁾

현장이라 함은 재해 또는 사고의 발생 장소 또는 그 주변의 지역으로서 해당 공무원의 지시권이 인정되는 경우에 그 지시권이 미치는 범위를

44) 위준혁, 경범죄처벌법에 관한 연구, 동국대 박사학위논문, 1998, 135면.

45) 이는 폭설, 홍수, 집중호우, 태풍, 지진 등의 자연발생적인 재해를 말한다.

46) 이는 사람의 행위와 관련된 갑작스러운 사고들의 예시라고 하겠다.

47) 위준혁, 위의 논문, 136면.

48) 위준혁, 앞의 논문, 136면.

말한다. 현장 출입에 관한 지시는 현장에 출입하는 것을 명하는 지시와 이러한 것을 금지하는 지시 이외에 출입장소, 방법, 시간 등에 대한 지시를 포함하며 그것이 서면이나 구두이든 불문한다.

관계공무원을 돕는 사람이라 함은 공무원이 적법한 지시 권한을 가진 사람에 한한 입장에서 공무원의 적법한 도움을 구함에 응해서 이를 도울 수 있는 자로서 조리상 해당 공무원을 대신하여 지시할 수 있는 사람을 말한다.

5) 공무원이 도움을 청한 경우

도움은 적법한 것에 한하며 해당 재해나 사고에 관련된 직무집행에 대한 도움에만 행한다.

6) 행위

행위는 정당한 이유 없이 관계공무원 등의 지시에 따르지 아니하거나, 공무원이 도움을 청하여도 이에 응하지 아니하는 자이다. 공무원의 원조요청은 공무원이 재해 및 사고와 관련하여 갖는 권한의 범위내이어야 한다. 이러한 원조요청에 응하지 않는다는 것은 원조에 응하는 행위를 하지 않는 부작위를 말한다.

다. 소 결

경범죄처벌법이 비록 실질적 의미의 형법에 해당한다고 할지라도 그 법적인 성격상 형법과는 다르게 취급되어야 할 것이며, 특히 대부분이 추상적 위헌범을 규정하고 있는 점 등을 볼 때 이를 경찰상 긴급상대의 일반적인 법적 근거로 볼 수 있다는 견해⁴⁹⁾는 동의하기 어렵다. 이는

일반적인 법적근거라기 보다는 공무원의 원조에 협력을 이끌어 내기 위해 가벼운 처벌을 범규화한 것이라고 본다. 즉 그 대상이 사회적 비난의 정도가 비교적 경미한 것으로 하고 있고, 또한 국민의 공중도덕 의식과 사회적 윤리감각을 향상시키려는 목적을 가지고 있으므로, 때로는 강제적인 경찰권 발동이 필요한 경우가 있는 경찰상 긴급상태에 이를 일반적으로 적용하는 데에는 무리가 따른다고 생각된다.

IV. 성립요건

개별법률에 관련 규정이 있다면 그에 따르면 문제가 없다. 다만 앞서도 살펴보았듯이 개별법률에 없을 경우 경찰긴급권에 의해서 경찰권을 발동해야 한다. 그러나 이러한 경우에도 제한된 범위내에서 경찰상 긴급상태가 인정된다고 보며, 이러한 경우에도 무조건 경찰권을 발동할 수 있는 것이 아니라 몇가지 전제요건을 충족할 때에 경찰권을 발동할 수 있을 것이다. 이는 경찰권 발동이 국민에게 침익적 작용을 하기 때문에 더욱 그렇다. 본고에서는 비록 공백이 있기는 하지만 경직법 제5조 제1항 제3호를 근거로 제한적으로 경찰상 긴급상태가 인정된다고 보며, 그 발동요건으로는 다음과 같다.

1. 이미 장해가 발생하고 있거나 혹은 급박한 위험이 존재하여야 한다.

경찰상 긴급상태가 적용되기 위해서는 우선 이미 장해가 발생하고 있거나 혹은 급박한 위험이 존재하여야 한다. 즉 위험발생의 시간적 근접성이 존재하여야만 한다. 나아가 비례의 원칙상 제거되어야 할 위험이

49) 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007, 299면.

현저해야만 한다. 급박하다는 것은 위험의 현실화가 시간적으로 근접하여야 함을 의미한다.

2. 경찰책임자에 대한 경찰권 발동으로서는 위험이나 장애의 방지가 불가능하여야 한다.

위험 내지 장애의 방지가 책임자(장해자)에 대한 처분을 통해서 실현이 불가능하여야 한다. 즉 책임자에 대한 처분이 위험 내지 장애의 방지·제거에 무의미하여야 한다. 여기서 무의미란 책임자에 대하여 적시에 처분할 수 없거나, 그 처분에 아무런 효과가 없음을 의미한다. 실현 불가능여부와 무의미여부의 판단은 경찰작용의 시점에서 경찰행정청의 관점에서 이성적으로 판단되어야 한다.⁵⁰⁾ 책임자에 대하여 경찰처분이 주어졌더라도 위험이 극복될 수 있었다는 판단이 사후에 가능하더라도, 그것은 경찰상 긴급상태에 따른 처분의 적법성에 문제를 가져오지 않는다.⁵¹⁾

또한 경찰책임자가 존재하지 않거나 혹은 그에게 경찰권을 발동할 수 없을 때, 나아가서 경찰책임자에 대한 조치가 너무 늦었거나 혹은 법적 이유에서 인정될 수 없을 때(예컨대 과잉금지의 원칙에 위반할 때)에도 경찰책임자에 대한 조치로 인하여 위험을 방지할 가능성이 없는 것이 된다. 그에게 취해진 조치로 인하여 비책임자에게 발생한 손해가 아주 사소해서 그것이 경찰이 경찰책임자에게 경찰권을 발동함으로써 인하여 발생하는 손해와 극히 불균형을 이루는 경우에도 경찰긴급권에 따른 조치가 허용되는 것으로 간주되어야 한다. ‘부진정 경찰긴급상황’ 이라고 표현되는 이러한 상황에 있어서는 사실상으로는 경찰책임자에 대한 조치에 의하여 위험의 제거가 가능하지만, 법적으로는 그 같은 조치는 과잉금지

50) 홍정선, 위의 책, 300면.

51) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 2002, RN315(158면).

원칙으로 인하여 부정된다(그런 점에서 이 경우에는 다른 방법에 의한 위험방지의 가능성이 객관적으로 결여되어 있다). 따라서 예컨대 경찰에 의한 화재의 진압이 인인(隣人)의 토지로부터 가능하고 경찰이 인인(隣人)의 토지에 출입함으로써 인하여 인인(隣人)에게 아무런 손해도 발생하지 않은 경우에는, 인인(隣人)은 만약 화재의 진압을 위해 울타리가 철거되었다면 화재가 발생한 토지로부터도 위험의 방지가 똑같은 정도로 행해질 수 있었다는 것을 주장할 수 없다.⁵²⁾

3. 경찰 자신 혹은 타인에 대한 권한의 위임에 의하여는 위험을 적시에 방지할 수 없어야 한다.

경찰상 긴급상태의 개념상 경찰 자신 혹은 경찰의 위임에 의하여 제3자가 적시에 위험을 방지할 수 있는 상태에 있지 않아야 한다. 만약 경찰이나 위임받은 제3자가 그러한 상태에 있다면, 그러한 자가 위험을 방지하여야 한다. 이러한 조치를 위하여 소요되는 비용은 재정적 지출을 줄이고자 비책임자에게 경찰권을 발동하는 것을 정당화시키지 못한다.⁵³⁾

4. 비책임자에 의해 수인가능성이 있어야 한다.

비책임자에 대한 조치가 그에 대한 현저한 위험발생의 우려 없이 그리고 보다 고차원의 의무를 침해함이 없이 행해질 수 있어야 한다. 예컨대 비책임자에 대한 조치로부터 건강에 대한 손해(예컨대 육체적으로 힘든 활동에 대하여 심장병환자에게 경찰권을 발동하는 경우)⁵⁴⁾가 발생할 위

52) Schenke/서정범 역, 독일경찰법론, 세창출판사, 2001, 175면.

53) Schenke, 위의 책, RN317(159면).

54) 또한 긴급환자를 치료하기 위해 준비하고 있는 의사의 자동차를 강제사용하는 경우가 있을 것이다.

험이 있는 경우에는 그 같은 조치는 수인이 될 수 없고 위법하다.⁵⁵⁾

V. 비책임자에 대한 조치의 범위

전술한 전제조건 즉 요건이 성립한 경우 비책임자에 대한 조치는 행정행위에 의해서도 또는 사실행위에 의해서도 가능하다.⁵⁶⁾ 비책임자를 수범자로 하는 경찰명령의 제정 또한 특별한 위기상황의 경우에는 고려될 수 있다. 비책임자에 대한 조치는 과잉금지의 원칙을 고려할 때 내용상, 그리고 시간상 절대적으로 필요한 조치에 국한되어야 한다. 특히 시간상의 문제에 있어서는 단기의 기한부여야 한다. 따라서 시간적으로 무제한적인 경찰권 행사내용은 인정될 수 없을 것이다. 이러한 한정된 시간 안에 경찰기관은 당해 위해방지를 위한 다른 수단을 강구하여야 하는 것이다. 즉 비책임자에 대한 처분 후 즉시 위험방지를 위한 다른 가능성이 생겨나면, 경찰은 비책임자에 대한 처분을 더 이상 유지하지 말고 지체 없이 위험방지의무를 면제하여야 한다.

비책임자에 대한 처분은 두 경우로 구분 될 수 있다. 하나는 자신의 이익침해에 수인하도록 의무를 부과하는 것이고, 또 하나는 특정의 행위 또는 부작위의 의무를 부과하는 것이다.

또한 그 처분의 대상자가 다수인이 있는 경우에 그 선택은 의무에 합당한 재량에 따를 수 밖에 없다. 이러한 선택에서는 불공평한 차별인식을 방지하기 위해 고도의 경찰의 상식과 정의 관념이 중요하다. 일반적으로 위험에 물적으로나 장소상 가장 근접되어 있는 자가 선택될 것이다. 물론 선택받은 자의 급부력, 그 자가 받은 불이익의 정도 등도 고려

55) Schenke/서정범 역, 위의 책, 176면.

56) Schenke/서정범 역, 앞의 책, 177면; 류지태, 앞의 책, 800면; 그러나 행정행위에 의해서만 가능하다는 의견도 있다. 홍정선, 앞의 책, 301면.

되어야 한다. 선택된 자는 어느 누구도 자기 외의 타인을 추천함으로써 경찰에 협력을 거부해서는 안된다.⁵⁷⁾

VI. 당사자의 권리

1. 결과제거청구권

경찰행정청은 결과제거의 관점에서 비책임자에 대한 처분으로 인하여 발생한 직접적인 사실상의 위법한 결과를 제거하여야 한다. 여기서 비책임자는 결과제거청구권을 갖는다고 볼 수 있다. 예컨대 갑작스런 교통사고 발생시, 사고지점에 근접한 주민에게 경찰과 공동으로 안전조치를 취하면서 그 주민의 주택에 경찰장비를 무단으로 방치한 경우에 그 주민은 위법하게 방치된 경찰장비의 제거를 청구할 권리를 갖는다.

결과제거청구권은 비책임자와 경찰사이에서 문제되는 것이지, 책임자와 경찰상 긴급상태로 인해 수익을 받은 제3자와의 사이에서 문제되는 것은 아니다. 즉 결과제거청구권은 침익적 행정작용과 관련하는 것이지만, 그것이 제3자효 있는 행정행위의 경우에 수익자에게 행정행위의 위법한 집행의 제거를 의무지우는 것은 아니다.

2. 보상청구권

비책임자는 방지하는 위험에 대해 원칙적으로 책임을 부담할 자가 아니므로, 그 비책임자는 자신에게 책임을 부과한 경찰행정청에 대하여 그 책임의 이행으로 인해 생긴 불이익의 보전을 청구할 수 있다. 보상의 대

57) 홍정선, 앞의 책, 302면.

상은 재산상의 피해에 한정된다. 물론 그 보상은 기본적으로 희생보상청구권의 성질을 갖는다. 희생보상청구권은 공공의 이익을 위해 사인이 특별한 희생을 입은 경우에는 보상되어야 한다는 것을 근거로 한다. 한편 보상을 한 행정주체는 경우에 따라 위험의 원인을 제공한 자에게 자신이 부담한 비용에 대한 변상을 요구할 수도 있을 것이다. 경찰책임을 부담한 제3자는 경우에 따라서는 경찰에 대하여 결과제거청구권과 손해배상청구권을 동시에 행사할 수도 있다.⁵⁸⁾

VII. 결 론

경찰의 존재 목적중의 하나가 위험의 발생을 예방하거나 이미 발생된 장애(교란)의 제거를 통해 공공의 안녕과 질서유지를 하려는 국가작용이라고 본다면 이러한 목적을 위해 경찰권을 발동할 수 있도록 입법작용이 잘 작동해야 한다. 입법적 근거를 통해서 경찰권을 발동하는 것이 주로 침익적 작용을 하는 경찰권의 특성상 기본권 보장에도 충실해 질수 있기 때문이다. 이러한 측면에서 경찰권의 발동은, 특히 본 주제에서 다루었던 위험의 방지 및 제거의 기능과 관련하여 볼 때에 기본권 보장과 긴장관계에 놓인다고 할 수 있다.

위험의 발생에 책임이 있는 장애자(경찰책임자)에게 경찰권을 발동하는 것은 장애자가 그 원인을 야기하였다는 점에서 경찰권의 발동에 대한 수인의무가 있다고 본다. 그러나 위험의 발생과 관계없는 제3자, 즉 비책임자에게 경찰권을 발동할 수 밖에 없는 경찰상 긴급상태라고 하는 예외적인 상황에서도 경찰은 위험을 방지하고 제거해야만 한다. 이는 경찰의 중요한 존재목적이기 때문이다. 다만 이러한 경찰권 발동이 법률에

58) 홍정선, 앞의 책, 303면.

규정되어 있다면 그에 적합하게 행사하면 될것이지만, 문제는 법률에 근거하지 않은 사태가 발생하는 경우라고 할 것이다. 현 입법적 환경하에서도 경찰권 발동은 행사되어야만 하며, 그 법적 근거는 경직법 제5조 제1항 제3호에서 찾아야 한다고 생각한다. 다만 이는 일반적인 개괄적 수권조항으로 보기는 어려우며, 제한된 범위내에서 경찰상 긴급상태의 근거조항으로 기능하는 데에는 큰 무리가 따르지는 않는다고 생각한다. 지금까지 경찰의 직무수행은 일반국민의 협조에 많은 기대를 걸고 그에 따라서 이루어졌지만 그에 대한 비용은 전적으로 경찰의 직무수행에 협조한 일반국민들의 부담이었다. 그러나 앞으로는 국민들의 순순한 협조는 점점 줄어들 것이며, 이러한 경우 급박한 위협의 방지작용을 할 때에 곤란한 처지에 놓일 가능성이 매우 높다. 따라서 경찰도 임의적인 국민의 협조에 직무수행을 의지할 것이 아니라 법적 근거를 구비해 놓고 필요시, 즉 임의적인 협조가 이루어지지 않을 시에 강제적인 경찰권 발동을 통해서 위협을 예방하고 제거하는데 힘을 쏟아야 할 것이다. 물론 경찰권 발동에 따른 비용은 경찰기관이 책임을 져야 할 것이며, 이에 대한 입법적 보완도 조속히 이루어 져야 하리라고 생각한다.

자주 발생하는 상황이라고 할 수는 없으나 그 위험성은 매우 높다고 할 수 있는 소위 경찰상 긴급상태는 가능한한 법적인 근거에 따라 경찰권이 발동되어야 하며, 법적인 근거가 없을 시에는 임의적인 협력을 바탕으로 하여야 하고, 이것도 여의치 않을 경우에는 지금까지 논해왔던 개괄적 수권조항의 이론을 따라서 경직법 제5조 제1항 제3호를 적용하여 제한된 범위내에서라도 경찰권을 발동하여 그 위협방지 및 제거의 공백을 최소화해야 한다고 본다.

<참고문헌>

- 김남진, 경찰행정법, 경세원, 2002.
-----, 행정법의 기본문제, 법문사, 1994.
김동희, 행정법(Ⅱ), 박영사, 2007.
김연태, 행정법사례연습, 홍문사, 2003.
김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2004.
류지태, 행정법신론, 신영사, 2004.
박균성, 행정법론(하), 박영사, 2004.
박윤훈, 최신행정법강의(하), 박영사, 2004.
이상규, 신행정법론(하), 법문사, 1997.
홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007.
-----, 행정법원론(하), 박영사, 2004.
최영규, 경찰행정법, 법영사, 2005.
Schenke/서정범 역, 독일경찰법론, 세창출판사, 2001.
Drew · Wacke · Vogel · Martens, Gefahrenabwehr, 9., Auflage, 1986.
Lisken · Denninger, Handbuch des Polizeirecht, 3. Auflage, 2001.
Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 2002.
- 김성태, 위험방지조치와 구체적 위험, 법학연구 제5집, 홍익대학교 법학
연구소, 2003.
김재호, 경찰권의 근거로서의 일반적 수권조항, 충남대 법학연구(제10권
제1호), 충남대학교 법학연구소, 1998.
박정훈, 사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구, 치안정책연구소 연
구보고서 2001-05, 2001.
박상기 · 이건호, 경범죄처벌법에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구보
고서 95-25, 1996.

- 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대 박사학위 논문, 1992.
- 설계경, 경찰권발동의 근거와 한계, 외대논집(제11집), 2001.
- 이기우, 경찰작용법의 체계, 수사연구, 1990.2.
- 이기춘, 경찰관직무집행법 제5조 1항과 독일경찰질서법상 개괄적 수권조항간의 비교, JURIST(통권 제394호), 2004.7.
- 이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2005.
- 위준혁, 경범죄처벌법에 관한 연구, 동국대 박사학위논문, 1998.
- 정하중, 독일경찰법의 체계와 한국경찰관직무집행법의 개선방향(하), 사법행정, 1994.3.
- 홍준형, 경찰통합법에 관한 연구, 치안정책연구소 연구보고서 97-3, 1997.

책임연구보고서 2007-16

경찰상 긴급상태시의 경찰권 발동에 관한 연구

2007년 12월 발행

발행처 : 치안정책연구소

경기도 용인시 기흥구 언동1길 29

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식견해가 아님을 밝혀둡니다.



Police Science Institute