<판례평석>

경찰권의 근거와 관련한 개괄적 수권조항
(대법원 1986. 1. 28. 85도2448 판결)

서 정 욱*

Ⅰ. 사실관계

본 건은 경상남도 양산군 도시과 단속계 요원으로 근무하고 있는 청원경찰관인 공소외 甲등이 1984. 12. 29. 경상남도 양산군 장안면 임랑리 115에 있는 피고인의 집에서 피고인의 형 고소외 乙이 허가없이 창고를 주택으로 개축하자 이를 단속하였는데 이에 대해 피고인이 위 청원경찰관들에게 폭력을 행사하여 위 피고인이 공무집행방해죄로 기소된 사안이다.

Ⅱ. 판결요지

청원경찰법 제3조는 청원경찰은 청원주와 배치된 기관, 시설 또는 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역 내에 한하여 경찰관직무집행법에 의한 직무를 행한다고 정하고 있고, 한편 경찰관직무집행법 제2조에 의하면 경찰관은 범죄의 예방 · 진압 및 수사, 경비 · 요인경호 및 대간첩작전수행, 치안정보의 수집 · 작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타 공공의 안녕과 질서유지 등을 그 직무로 하고 있는 터이므로 경상남도 양산군 도시과 단속계 요원으로

* 영남대학교 법과대학 전임강사

근무하고 있는 청원경찰관인 공소외 甲 등이 원심판시와 같이 1984. 12. 29. 경상남도 양산군 장안면 임랑리 115에 있는 피고인의 집에서 피고인의 형 고소외 乙이 허가없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속한 것은 그들의 정당한 공무집행에 속한다고 할 것이므로 이를 폭력으로 방해한 피고인의 판시 소위를 공무집행방해죄로 다스린 원심조치는 정당하고 이에 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다(대법원1986. 1. 28, 85도2448).

Ⅲ. 평석

1. 문제의 제기

국민의 권리와 자유를 규제하는 경찰권의 발동은 권력적 · 침익적 작용이므로 반드시 법률의 근거가 있어야 한다(헌법 제37조 제2항). 따라서 사회공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 존재하더라도 그 수권규정이 없으면 경찰권을 발동할 수 없다.

법률의 수권이 있어야 한다는 것은, 먼저 조직법에 의한 수권이 필요하고, 나아가 작용법에 의한 수권이 필요하다. 즉 조직법 상의 직무규정으로부터 위해방지를 위한 경찰권을 발동할 수 있는 권한이 당연히 인정되는 것은 아니다.[1)]

한편 일반경찰법 상의 표준조치의 형식이든 아니면 특별행정법상의 개별적 수권조항의 형식이든 개별적 수권규정이 존재하는 경우에는 당해 법조문의 해석을 통하여 경찰권행사의 여러 법률문제를 해결할 수 있다.[2)] 이와는 달리 개별적 수권규범이 존재하지 아니하는 예외적인 경우에 공공의 안녕 혹은 공공의 질서에 대한 위험을 방지 또는 제거하기 위하여 경찰권을 발동할 수 있도록 일반조항 내지 개괄조항

1) 이재화, 행정법의 쟁점, 문영사, 2001, 642면

2) 경찰작용의 수권의 방식에는, 첫째 경찰법 상 일반조항(개괄조항)에 의한 일반수권의 방식, 둘째 경찰법상 특별조항에 의한 특별수권의 방식, 셋째 특별법 상의 개별조항에 의한 방식이 있을 수 있다. 우리나라 현행법상 두 번째와 세 번째 방식에 의한 수권은 인정되고 있다. 경찰관직무집행법 제3조 제1항(불심검문), 제4조(보호조치), 제5조(위험발생의 방지) 등이 경찰법상 특별조항에 의한 수권방식의 예이고, 건축에 관한 법률, 영업의 규제에 관한 법률, 환경에 관한 법률, 건강에 관한 법률, 도로교통에 관한 법률 등의 각종 행위를 제한할 수 있는 규정들이 특별법상의 개별조항에 의한 수권의 방식이다. (홍정선, 행정법특강, 박영사, 2005. 1025면).

을 규정하는 것이 허용되는가, 또한 그것이 허용된다고 할 때 현행법상 그러한 개괄조항이 존재하는가 등의 문제가 제기된다.[3]

이하에서는 먼저 개괄조항의 개념과 필요성, 적용한계, 내용 및 적용요건에 대해 간략히 검토한 후 인정여부와 관련하여 대상판결에 대해 살펴보도록 하겠다.

2. 개괄조항에 대한 개관

가. 개괄조항의 의의와 필요성

(1) 의 의

개괄조항이란 경찰권의 권한을 규정한 조항으로서 그 내용이 개별적인 권한내용을 구체화하고 있는 것이 아니라, 일반적인 위해방지를 위한 추상적인 내용으로 규정되어 있는 것을 말한다.[4]

이는 독일연방 및 주의 통일경찰법 표준안 제8조에서 전형적으로 규정되어 있다. 즉 동조 제1항은 경찰은 동 표준안 "제8조의 a 내지 제24조에서 경찰의 직무권한으로 특별히 규정하지 아니하는 한, 공공의 안녕이나 질서에 대한 개별적 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다"고 규정하고 있다.[5]

(2) 필요성

경찰수단은 그 침익적 성격으로 인해 법률유보원칙에 따라 개별적이고 직접적인 권한규정을 필요로 한다. 그러나 기술수준의 변화, 사회적 사정의 변화 등으로 인해 입법자가 예상할 수 없는 경찰상의 위해가 발생하는 경우에는, 미리 규정된 개별적

---

3) 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2003, 191면

4) 경찰법상의 개괄수권조항에 대해서는 명확한 법규정이 없는 바 김동희 교수는 "경찰권 발동의 근거가 되는 개별적인 법률규정이 없는 경우, 경찰권발동의 일반적·보충적 근거가 될 수 있도록 일반적 위험 방지 및 장해제거를 위한 포괄적 내용을 규정한 조항을 말한다."고 정의하며, 한견우 교수는 "권한에 관한 조항으로서 그 내용이 일반적 · 포괄적인 성질을 띤 경찰권의 수권조항을 말한다."고 정의하고 있다.

5) "Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung(Gefahr) abzumehren, soweit nicht die §§ 8a bis 24 die Befugnisse der Polizei besonders regeln."

인 수권조항에 의하여 해결되지 못하는 경우가 존재한다. 이러한 경우에 대비하고자 하여 인정되는 것이 개괄조항이다. 반면 개괄적 수권조항의 경우 과도한 융통성으로 인한 도피가능성, 법적 불안정성과 악용가능성, 권력분립원칙의 훼손가능성 등 역기능도 존재한다.[6]

나. 개괄조항의 적용한계(보충성)[7]

(1) 개괄조항은 경찰의 본래적 위험방지와 장해제거의 임무영역에서만 적용된다. 따라서 개괄조항은 '공공의 안녕과 질서유지를 위한 위험방지와 장해제거'라는 본래적 경찰임무(보안경찰)의 경우에만 적용되며, 사법경찰이나 청원경찰의 경우에는 적용되지 않는다.[8]

(2) 개괄조항은 개별적 수권규범이 없는 경우에만 보충적으로 적용된다. 이를 개괄조항의 보충성의 원칙이라고 한다. 따라서 개괄조항은 개별적 수권규범이 예상치 못한 법적인 공백을 메우기 위하여 마련된 보충의 산물이라 할 수 있다.

(3) 개괄조항은 경찰법 상의 표준조치의 적용범위의 경우에는 적용되지 않는다. 따라서 경찰법 상 표준조치와 그와 동일한 효력의 조치에는 개괄조항에 근거할 수 없다. 경찰상 표준조치는 자주 반복되는 경찰상의 조치를 유형적으로 표준화해서 특별히 규정한 것이므로, 그 자체가 일종의 개괄조항의 성격까지도 포함하고 있기 때문이다. 따라서 일반인에 대하여 개괄조항을 근거로 신체를 검사하는 것은 허용되지 않는다(경찰관직무집행법 제3조 제3항).

다. 개괄조항에 의한 경찰권발동 요건

경찰법상 개괄조항에 근거하여 경찰권이 발동되기 위해서는 ① 공공의 안녕이나 ② 공공의 질서에 대한 ③ 위험이 존재하거나 이미 ④ 장해가 발생하였어야 한다. 이하에서는 개별적 요건 및 이와 관련된 문제점들을 검토한다.

---

6) 이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대박사학위논문, 62면~65면
7) 장태주, 행정법개론, 현암사, 2003년, 901면
8) 따라서 청원경찰의 경우 개괄조항의 적용을 긍정한 판례의 태도는 문제가 있는 바 이에 대해서는 후술하기로 한다.

(1) 공공의 안녕

공공의 안녕이란 국가의 법질서와 공공시설 및 개인의 생명 · 신체 · 재산 · 자유 · 명예 등에 대하여 어떠한 침해도 없는 상태를 말한다. 따라서 법질서 전체의 불가침성, 국가 · 공동체의 존립과 기능성, 개인의 법익의 불가침성 등을 그 내용으로 한다.

참고로 독일 연방헌법재판소도 "공공의 안녕이란 개념은 개인의 생명 · 건강 · 자유 · 명예 · 재산과 같은 중심적 법익의 보호 및 법질서와 국가시설의 불가침을 포괄한다."고 판시하고 있다.[9]

(가) 법질서의 불가침성

객관적 법질서의 보호는 공공의 안녕의 가장 핵심적 요소라고 할 수 있다. 법질서의 보호 없이 국가와 국가기구 및 제도는 그 존립과 기능을 보장받을 수 없는 것이다. 여기서 법질서라 함은 법질서 전체를 말한다. 다만, 사법규범의 보호는 개인적 법익의 보호라는 관점에서 이루어지며, 또한 사법규범의 침해에 대한 경찰의 개입에 대하여는 보충성원칙에 따른 실질적 제한이 있다.

즉 사법상의 문제에 대하여는 "법적 보호가 적시에 이루어지지 않고, 경찰의 원조 없이는 법을 실현시키는 것이 불가능하거나 사실상 어려워 질 경우"에만 경찰이 개입할 수 있다는 보충성의 원칙(Subsidiaritätsgrundsatz)이 적용된다.

이에 반해 공법규범에 대한 위반은 보통 공공의 안녕에 대한 구체적 위험으로 취급되어 경찰처분의 대상이 되거나, 혹은 형법 및 특별형법 등의 범죄구성요건을 구성한다. 이때 경찰권의 발동은 규범에 의해 보호받는 법익의 위태 또는 침해가 객관적으로 존재하느냐 하는 것이 관건이고, 주관적 범죄구성요건의 실현, 유책성 및 구체적 가벌성은 요하지 않는다. 또 보호법익이 개인적 법익이든 사회적 법익이든 국가적 법익이든 관계없이 경찰권 발동의 대상이 된다.[10]

(나) 국가의 존립과 기능의 불가침성

---

9) BVerfGE 69, 352
10) 이운주, 전게논문, 107면

공공의 안녕은 국가 · 공동체 및 그 기관의 기능과 운영이 침해되지 않을 것을 요구한다. 구체적으로는 의회, 법원, 정부, 행정기관, 지방자치단체, 공공영조물 등의 존립과 기능을 보호하는 데에 그 목적이 있다. 형법은 이를 위해서 공무원의 직무에 관한 죄, 공무방해에 관한 죄 등의 형벌법령을 통하여 국가기관의 기능성을 보호한다. 예를 들어, 경찰의 활동에 대한 중대한 방해는 공공의 안녕에 대한 위험으로 간주되며, 형법의 범죄구성요건을 충족시키는 것이다.

(다) 개인의 권리와 법익의 불가침성

개인의 신체 · 자유 · 생명 · 명예 · 재산 등 개인적 법익의 보호도 공공의 안녕의 중심내용을 이룬다. 다만, 경찰보충성의 원칙과 경찰공공의 원칙에 따른 제한이 있다. 경찰보충성원칙이란 위에서 본 바와 같이 사법상의 권리보호는 원칙적으로 법원에 맡겨져 있으며, 따라서 경찰은 법원에 의한 권리구제가 적시에 이루어질 수 없고 경찰의 개입이 없다면 그 권리의 실현이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에만 사법상의 권리를 보호할 수 있다는 원칙을 말한다. 우리나라의 경찰관계법은 경찰보충성의 원칙을 명문으로 규정하고 있지는 않으나, 이 원칙은 경찰법의 일반원칙으로 인정될 수 있다고 본다. 또한 경찰공공의 원칙상 개인적 법익의 보호가 공공의 이익과 관련성이 있는 경우에만 경찰권을 발동할 수 있다.[11]

(2) 공공의 질서

독일의 경찰행정법에서는 「공공의 안녕」과 「공공의 질서」라는 관념은 구분되어 파악되고 있다. 공공의 질서란 「통상적인 사회 · 윤리개념상 그 준수가 사회에서의 공동생활을 위하여 불가결한 것으로 인정되는 불문규범의 총체」를 말하는바, 이는 가치개념의 표현으로서 공동체의 윤리 · 도덕을 그 대상으로 할 뿐, 법규범은 여기에 포함되지 아니한다.[12] 이러한 공공질서의 개념은 절대적인 것은 아니며, 시대나 지역에 따라 변화하고 유동적이어서, 개념 그 자체의 합헌성에 대해 비판받기도 한다.[13] 따라서 경찰은 그 주관적 가치관을 따라 '질서'를 판단해서는 안 되며, 사회구성원 다수의 지배적인 윤리와 가치관이 성립되었는지, 그리

11) 김동희, 전게서, 193면
12) 김동희, 전게서, 193면
13) 이운주, 전게논문, 109면

고 그에 상응하는 행동이 원만한 공동체 생활을 위해 필수불가결한 것인지를 객관적으로 판단해야 한다.[14] 예를 들어, 합리적인 근거가 없이 대중들의 도덕적 관점에 의한 비난을 바탕으로 성전환자의 결혼을 금지하는 것은 독일 기본법(GG) 제6조 제1항에서 국가질서의 특별 보호하에 있는 혼인의 자유에 반한다는 판례가 있다.[15]

한편 오늘날에는 이러한 공공질서라는 관념은 불필요하다고 보는 유력한 견해가 있다. 그 이유는 첫째, 윤리나 도덕은 시간과 장소에 따라 일정하지 아니하므로, 이러한 경찰작용에 있어서의 전통적인 공공질서의 관념은 그 남용의 우려가 적지 않고, 둘째, 그에 해당하는 규범의 현재는 실정법규에 의하여 구체화되고 있으므로, 별도로 공공의 질서라는 개념은 불필요하기 때문이라고 한다.[16]

(3) 위 험

공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지에 있어, 위험개념은 경찰행정청에 의한 개입조치의 당부를 결정짓는 기본적 요건이고, 따라서 경찰조치에 관한 심사에 있어 위험의 존재여부는 그 중요한 판단요소가 된다. 형식적 의미의 경찰과 질서행정을 포괄하는 법을 위험방지법(Gefahrenabwehrrecht)이라고 부르기도 하는 바, 이것은 위험이 경찰작용의 중핵적 대상이기 때문이다.

(가) 개괄조항의 요건으로서 위험 : 구체적 위험과 추상적 위험

경찰법상 위험이란 공공의 안녕 · 질서에 대한 침해가 발생할 가능성으로 정의할 수 있다. 이러한 경찰법상 위험은 그 침해 내지 손해발생의 가능성의 정도에 따라 다양한 스펙트럼으로 구분될 수 있다. 학설은 위험을 크게 구체적 위험과 추상적 위험으로 구분하고 있다. 구체적 위험이란 구체적인 개별 사안에 있어서 가까운 장래에 손해발생의 충분한 가능성이 존재하는 경우를 의미하며, 추상적 위험이란 구체적 위험의 예견가능성이 있는 경우를 말한다. 즉, 구체적인 위험은 개개의 경우에 실제로 존재하는 경우이고, 추상적인 위험은 일반적 · 추상적으로 고찰했을 때, 손

14) 정하중, 「독일경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향(상)」, 14면
15) BVerfGE 49, 286(300)
16) 김동희, 전게서, 193면

해가 발생할 가능성이 있다는 단순히 가설적인 경우에 해당한다. 따라서 양자의 차이는 결국, 위험의 현실성에 따라 달라진다고 할 수 있다.

한편 경찰권의 발동을 정당화하기 위해서 어느 정도의 손해발생 가능성이 인정되어야 하는가는 개별적 수권규정의 경우 개개 규정의 해석문제이나, 개괄조항의 경우는 구체적 위험이 존재하여야 한다고 본다.[17]

(나) 위험에 대한 인식 : 오상위험, 외관상위험

경찰법상 위험의 존부를 판단함에 있어서 행정청이 인식한 사실과 실제로 존재하는 사실이 불일치하는 경우가 있는바, 이러한 경우에 경찰권발동을 정당화할 수 있는가가 문제된다. 이와 관련하여 오상위험, 외관상위험 개념이 문제된다.

오상위험이란 실제로는 위험이 존재하지 않음에도 불구하고 행정청이 객관적인 주의의무를 다하지 못함으로써 위험이 존재하는 것으로 잘못 판단한 경우를 말한다. 오상위험에 기초하여 경찰권을 발동하는 것은 정당화될 수 없으며, 따라서 경찰의 위험방지조치는 위법하게 된다.

외관상위험이란 실제로 위험이 존재하지 않음에도 불구하고 행정청이 위험이 존재하는 것으로 판단하였는데, 행정청이 객관적 관찰자로서의 주의의무를 다하였더라도 마찬가지로 판단하였을 경우에 문제된다.[18] 이 경우 경찰의 위험방지조치는 원칙적으로 적법하며, 비례원칙 등 경찰권행사의 한계만이 문제된다.

(다) 위험혐의

위험혐의란 위험이 있다고 판단할 근거를 가지고 있으나 그것이 불충분하고, 따라서 위험이 존재하지 않을 수도 있다는 것을 경찰기관 스스로 알고 있는 경우를 의미한다. 이 경우에는 위험의 존재 여부가 명백해질 때까지 예비적 조치로서 위험의 존재 여부에 관하여 조사할 권한과 의무를 가진다. 그러나 위험혐의의 존재만으로 위험방지조치까지 나아가는 것은 불가능하다. 위험혐의와 관련한 대표적인 사례

17) 박정훈, 「경찰 · 질서행정권 발동의 근거와 한계」, 서울대법학연구소, 1999. 23면

18) 예를 들어, 심야에 순찰 중인 경찰관이, 사람을 살려달라는 외침소리를 듣고, 남의 집 출입문을 부수고 들어갔지만, 실제로는 귀가 어두운 노인이 TV형사극을 크게 켜놓아 그 외침소리가 밖으로까지 들렸던 경우이다(이운주, 전게논문, 117면).

로는, 1953년 '슈튜트가르트 꽃상추 샐러드 사건'에서 계속 확산되고 있는 티푸스 전염으로 인해 사망자가 발생하자, 비록 꽃상추가 감염의 원천이라고 확실하게 밝혀진 바도 없고 또 그 당시 필수 박테리아 예비검사도 이루어지지 않았지만, 혐의를 받았던 꽃상추에 대한 판매금지조치가 단행되었던 예가 있다.[19]

(라) 잠재적 위험

잠재적 위험이라 함은 처음에는 위험이 존재하지 않았으나, 후에 외부적인 사정이 개입되면서 경찰상 보호법익에 대한 구체적 위험으로 본격화될 잠재적인 가능성을 갖고 있는 위험을 말한다. 예컨대, 처음에는 아무도 거주하지 않는 곳에서 연탄제조사업을 하였으나, 후에 인근지역이 주거지역으로 바뀌면서 주민의 생명 · 신체에 대한 위험을 초래하는 경우이다. 그러나 위험에 대한 잠재적인 가능성이 있다는 이유로 경찰권을 발동할 수는 없으므로 이 개념은 위험의 개념에 포함될 수 없다고 본다.[20]

(4) 장 해

장해란 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위험이 실현되어 손해가 이미 발생해 있는 상태를 말한다. 위험이 현실화 이전의 방지 내지 예방의 대상인 데 비하여, 장해는 현실화 이후의 제거 내지 진압의 대상이다. 손해발생의 가능성만으로 경찰권이 발동될 수 있다면, 장해의 존재는 경찰권발동의 충분한 근거가 된다고 할 것이다. 이러한 관점에서 장해는 위험의 개념에 흡수되어 버리므로 독자적 의미를 가지지 않는다고 볼 수 있다.[21]

3. 개괄조항의 인정여부

가. 학설

현행 경찰관직무집행법 제2조는 경찰의 직무범위를 규정하면서 제5호에서 "기타 공공의 안녕과 질서유지"를 직무를 하나로 규정하고 있고, 경찰법 제3조는 "경찰

19) BVerwGE 12, 87
20) 장태주, 전게서, 903면
21) 김동희, 전게서, 194면

은... 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다"는 규정을 두고 있는 바, 이들 규정을 위에서 살펴본 바와 같은 개괄조항으로서 인정할 수 있느냐에 대하여 학설은 대체로 세 갈래로 나뉘어 있다.

(1) 부정설

경찰권이 가지는 침해적·권력적 성격상 그 근거는 개별규정에 의하여야 하고, 일반조항과 같은 방식에 의한 수권은 법치국가원리, 특히 명확성 원칙에 반하기 때문에 허용될 수 없다는 입장이다.[22] 이 견해는 위의 규정은 임무규정에 불과하며, 권능규정이 아니라고 본다.

(2) 입법필요설

개괄조항의 필요성과 그 허용성을 인정하지만, 현행법상 개괄조항은 존재하지 않으므로 입법조치에 의해 개괄조항의 신설이 필요하다는 견해이다. 이 견해에 따르면, 사회의 발전과 기술의 진보라는 관점에서 개괄조항의 필요성이 인정되고, 개괄조항에 의하여 경찰권의 발동을 근거짓는다고 하더라도, 다음의 이유에 따라 그것은 법치주의원칙에 반하지 아니하는 것이므로, 개괄조항 그 자체는 허용된다고 본다. 즉 개괄조항에 의한 경찰권 발동은 개별적 수권조항에 대하여 보충적이고 예외적으로만 인정되고, 그것은 또한 반드시 "구체적 위험"이 발생한 경우에 예외적으로 적용되며, 그 요건으로 되어 있는 불확정개념에 대해서도 학설 · 판례에 의한 그 엄격한 해석론의 축적으로 남용가능성이 없고, 또한 당해 경찰권행사에 대하여는 비례원칙 등의 행정법의 일반원칙에 의한 통제가 가능하므로, 그것은 법치주의원칙에 반하지 아니하는 것이다. 그러나 이 견해는 경찰권발동의 근거는 조직법적 근거만으로는 부족하고 작용법적 근거가 필요하다는 것을 전제로, 경찰관직무집행법 제2조와 경찰법 제3조는 모두 조직법상의 임무규정에 불과하며, 작용법상의 권능규정이라고 볼 수 없기 때문에 현행법상 개괄조항은 존재하지 않으며, 따라서 입법조치가 필요하다고 주장한다.[23]

---

22) 이상규, 신행정법론(하), 법문사, 1997, 229면
23) 홍정선, 행정법원론(하), 1999, 254면~255면

(3) 긍정설

이 견해는 위의 '입법필요설'과 같은 취지로 개괄조항의 필요성과 허용성을 인정하고, 나아가 현행 경찰관직무집행법 제2조가 규정하고 있는 경찰의 책무에 관한 규정 중에서, '공공의 안녕과 질서유지'에 관한 조항을 권한규정으로 파악함으로써, 이를 현행법상 개괄적 수권조항으로 보아, 개별적인 근거규정이 없을 때에는 이 조항에 의거하여 경찰권을 발동할 수 있다고 보는 견해이다.[24] 한편 긍정설 중에서 경찰관직무집행법 제2조가 근거가 아니라 제5조를 근거로 보는 견해도 있다.[25]

나. 판례

대법원은 대상판결에서 보는 바와 같이 개별적인 법적 근거가 없는 청원경찰의 직무집행을 방해한 피고인에게 공무집행방해죄의 성립을 인정함으로써 개괄조항을 인정하고 있다.

즉 형법상 공무집행방해죄가 성립하기 위하여 공무원의 직무집행이 적법함을 요하는가에 관하여 형법은 명문의 규정을 두고 있지 않지만 위법한 공무집행에 대한 반항을 처벌하는 것은 법의 적정한 집행을 저해하는 결과를 초래하며, 직무집행이 위법한 경우까지 형법에 의하여 보호할 수 없을 뿐만 아니라, 국민은 위법한 직무집행에 대하여는 정당방위를 할 수 있다는 점에 비추어 직무집행이 적법할 것을 요한다고 보는 것이 통설 · 판례인바 따라서 대상판결의 경우 만약 개괄조항을 인정하지 않는다면 청원경찰의 직무집행의 근거가 없으므로 당연히 공무집행방해죄가 성립하지 않는 것이다.

다. 검토

독일에서는 1954년 이후 거의 모든 주가 경찰법을 제정하여 1794년의 프로이센 일반란트법이나 1931년 프로이센경찰행정법을 답습한 일반조항적 경찰개념을 채택하였으며, 이러한 일반조항적 경찰목적은 「본」기본법 아래서도 합헌적인 관습법으로서의 효력이 인정되고 있다. 그리하여 독일에서는 경찰권발동에 대한 개별적 작용법적 근거조항이 있을 때에는 그에 따르지만, 이러한 규정이 없을 때에는 위의

24) 김남진, 행정법(Ⅱ) 법문사, 2001, 263면.
25) 이에 대한 자세한 논의는 이운주 박사의 전게논문을 참조할 것.

일반조항적 목적 규정만에 근거하여 경찰권이 발동될 수 있다고 보고 있다.[26]

그러나 우리나라의 경우 이러한 권한규범으로서의 일반조항은 존재하지 않는다. 경찰관직무집행법 제2조 제5호는 그 표제에서도 분명히 밝히고 있듯이 권한규범이 아니라 직무규범에 불과하다. 긍정설처럼 직무규정을 권한규정으로 이해하여 이를 근거로 경찰권을 발동할 수 있다는 것은 입법자의 의사에 배치되는 해석이라고 할 수 있다. 한편 부정설은 일반적 · 포괄적인 수권법을 인정할 수 없다고 하나, 이에 의하면 사회공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 방치하는 결과가 되는 문제가 발생한다. 따라서 경찰관직무집행법을 개정하여 일반조항을 두는 것은 필요하나 현행법 아래에서는 경찰관직무집행법 제2조 제5호에 근거하여 경찰권을 발동할 수 없다는 '입법필요성'이 타당하다고 본다.

4. 대상판결의 평가

위에서 살펴본 바와 같이 현행법상 개괄조항은 인정될 수 없을뿐 아니라 가사 개괄조항이 인정된다 하더라도 그 적용한계에서 논한 바와 같이 개괄조항은 경찰의 본래적 위험방지와 장해제거의 업무영역에서만 적용되어야 하며 사법경찰이나 청원경찰의 경우에는 적용되지 않는다 할 것이므로 대상판결은 문제가 있다고 할 것이다.

이는 청원경찰법 그 자체에 의해서도 명백한 바 즉 동법 제3조는 "청원경찰은 제4조 제2항의 규정에 의하여 청원경찰의 배치결정을 받은 자(이하 '청원주'라 한다)와 배치된 기관 · 시설 또는 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역안에 한하여 경비목적을 위하여 필요한 범위 안에서 경찰관직무집행법에 의한 경찰관의 직무를 행한다."고 규정하고 있으며 따라서 청원경찰이 경비구역과 경비목적을 벗어나 적극적으로 건축법상 위반행위의 단속을 하는 것은 당연히 그 직무범위를 넘어서는 것으로 이를 적법한 공무집행으로 볼 수는 도저히 없다 할 것이다.[27]

---

26) 박윤흔, 행정법강의(下), 박영사, 1999, 310면

27) 이운주 박사도 청원경찰은 과거에는 정규경찰관의 신분을 가진 자에 의한 국가중요시설 등의 경비를 위하여 1952년 출발하였기 때문에 경찰관직무집행법 적용에 문제가 없었으

결론적으로 대법원은 관련법규에 대한 치밀한 검토와 경찰법상 개괄조항의 인정 여부에 대한 진지한 고민이 없이 개괄조항을 인정하고 있는 바 이는 아마 대상판결이 경찰행정법에 대한 판결이 아니라 형법상 공무집행방해죄와 관련한 형사판결이기 때문에 개괄조항의 인정여부가 직접적인 쟁점이 되지 않았기 때문이 아닌가 추측해 보며 앞으로 경찰행정법의 영역에 있어서 직접적인 개괄조항의 인정여부와 관련한 판례가 나오기를 기대해 본다.

주제어 : 개괄적 수권조항, 공공의 안녕과 질서, 위험

나, 현재는 민간인이 청원경찰이 된다는 점에서 경찰권 행사의 주체가 완전히 다르고, 청원경찰법 제2조가 청원경찰을 '경비를 담당하기 위하여 배치하는 경찰'이라는 정의하고 있는 점, 제3조가 '경비구역 내에 한하여'서만 직무를 행하도록 하고 있는 점 등을 고려할 때, 청원경찰은 어디까지나 경비경찰이라고 보아야 할 것이며 따라서 대상판결은 수긍하기 어려운 점이 있다고 한다(이운주, 전게논문, 192면).

〔Zusammenfassung〕

Zur Genenalermächtigung im Polizeirecht

Seo, Jung-wook

Besonders regelt § 2 Satz 5 KPAG "die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung." Deshalb liegt der Kernpunkt des Streits darin, ob sich die Regelung auf die polizeilichen Aufgabenzuweisungsnormen oder auf die polizeilichen Befugnisnormen bezieht.

Auch bei den Befürworten gibt es die verschiedenen Meinungen:z.B.sie sprechen davon, dass die Generalermächtigung auf § 2 Satz 5 KPAG beruhe, oder dass die Generalermächtigung aufgrund § 2 und § 5 KPAG analog angewandt werde, oder dass die Generalermächtigung in Verbindung mit § 2, § 5 und § 6 KPAG auffaßt werde, oder dass die Generalermächtigung aus der analogischen Anwendung des § 5 KPAG hergeleitet werden könne, oder dass die Generalermächtigung in den gegenwärtigen Gesetzessituationen noch nicht angewendet werden dürfe, obwohl sie auf § 5 KPAG beruhe.

In Korea haben sich in Bezug auf die Rechtsprechungen üder die Ausübung der polizeilichen Gewalt noch nicht viele Fälle gesammelt. Nachdem ader das Oberste Gericht für die Entschädigungsverantwortlichkeit des Staats in Bezug auf das sogenannte '1.21 Ereignis' gesprochen hat, sind einige ähnliche Urteile über die polizeiliche Unterlassung gefällt.