

# 집회에 있어서 경찰권행사의 개괄적 수권조항\*

장 병 연

영남대학교 EU센터 전문연구위원

## < 목 차 >

- I. 서론
- II. 경찰권의 발동근거
- III. 집회에 있어서 경찰권 행사의 근거
- IV. 경찰의 재량권 행사의 근거와 한계
- V. 맺음말

## I. 서론

집회의 자유는 집회를 주최하고, 집회에 참가하는 등의 행위에 대하여 공권력에 의한 제한이 금지되고, 공권력에 의하여 강제되지 않는 것을 말한다.<sup>1)</sup> 현행헌법 제21조 제1항에서는 집회의 자유를 의사표현의 자유로 보장하고 있다. 집회의 자유에 대하여 제한이나 침해없이 공공의 안녕과 질서를 유지하는 것이 경찰의 본연의 의무이다. 경찰기관은 옥외집회의 경우에 있어서는 공공의 안녕과 질서를 위하여 특별한 규제가 가해진다.<sup>2)</sup> 헌법 제37조 제2항에서는 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다라고 규정하고 있으므로 공공의 안녕과 질서의 유지를 위하여 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우에는 경찰권의 발동은 법률의 근거가 있어야 하며, 그러나

\* 투고일 : 2013.12.4, 심사완료일 : 2013.12.16, 게재확정일 : 2013.12.20

1) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013, 886면.

2) 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2013, 57면.

이러한 집회의 자유도 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 범위 안에서 집회 및 시위에 관한 법률과 경찰관직무집행법 등의 법률로써 제한할 수 있다. 집회 및 시위에 관한 법률과 경찰관직무집행법 등의 법률에 의하여 경찰은 법이 허용한 범위내에서의 적정하고 적법한 집회를 보호하고, 불법적인 집회로부터 국민의 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 집회를 주최하고 개최하는자에게 명령·강제할 수 있다. 경찰이 집회를 행사하는 자에게 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 경찰권을 행사하는 것은 집회를 행사하는 자에게 자유와 권리를 제한하고 의무를 부과하는 권력적인 작용으로서 집회를 행사하는 자의 자유와 권리를 침해할 가능성이 농후하다. 권력작용인 경찰작용은 국민에게 명령·강제함으로써 국민의 자유와 권리를 침해할 가능성이 있기 때문에 법치행정의 원칙이 적용된다. 우리나라의 헌법재판소도 이를 인정하고 있다.<sup>3)</sup> 그리하여 경찰이 경찰권을 행사할 경우에는 헌법 제37조 제2항 및 법치주의의 원칙에 의한 법적 근거가 필요하게 된다. 이리하여 경찰이 경찰권을 행사할 경우에는 경찰권의 발동에는 반드시 법률의 근거가 있어야 하고 헌법과 법률에 의하여 기속되어야 할 것이다. 따라서 경찰이 경찰권을 행사함에 있어서 법률에 그 근거가 있어야 한다. 이러한 경우에 임무규범에 의한 조직법상 수권이 필요하고, 또한 권한규범에 의한 작용법상 수권도 필요하다. 임무규범 이외에도 권한규범이 필요하다. 법치주의원칙이 발달된 오늘날에 있어서는 임무규범과 권한규범을 분리할 필요성이 제기된다.<sup>4)</sup> 독일의 경우에는 독일연방 및 주의 통일경찰법 표준안 제8조가 대표적인 예이다. 동조 제1항은 “경찰은 동 표준안 제8조의 a 내지 제24조에서 경찰의 직무권한으로 특별히 규정되지 아니하는 한, 공공의 안녕이나 질서에 대하여 위협방지를 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다”고 규정하고 있다.<sup>5)</sup> 따라서 입법의 흠결을 해결하기 위해서는 경찰의 영역에서 일반조항에 따른 일반수권제도의 필요성이 제기된다.<sup>6)</sup> 이리하여 경찰이 집회를 개최하는 경우에 경찰권의 법적 근거로서 권한규범이 필요하다. 경찰법상 개괄조항은 경찰권 발동의 근거가 되는 개별적인 법률의 규정이 없는

3) 오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미하며, 헌법 제38조, 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻한다고 할 것이다. 그러므로 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로 충분한 것은 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제 원칙에 합치되어야 한다(헌재 1994.6.30.93헌바9).

4) 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2013, 209면.

5) 김동희, 위의 책, 219면.

6) 홍정선, 앞의 책, 250-251면.

경우에 경찰권의 발동은 헌법에서 예외적으로 인정하는 경우를 제외하고는 법률유보의 원칙에 의하여 권한규범을 필요로 하고 있다.<sup>7)</sup> 그러나 사회적인 다양한 환경의 변화로 인하여 입법자가 예상할 수 없는 경찰상의 위해가 야기되는 경우에 사전적으로 개별적인 수권규정에 의하여 해결되지 못하는 경우가 종종 발생하게 된다. 이것을 해결하려고 인정하고 있는 것이 개괄적 수권조항이다. 이러한 측면에서 본 논문에서 있어서는 일반경찰법상 개괄적 수권조항에 대하여 살펴보고, 일반경찰법상 개괄적 수권조항에 관하여 헌법상 인정할 수 있는냐의 여부에 대하여 긍정설과 부정설이 분리되고 있으며, 또한 학설상 다툼의 여지가 있는 일반경찰법상 개괄적 수권조항의 근거를 경찰관직무집행법 규정 중 어떠한 이유로 인하여 어느 조항에서 그 근거를 찾는 것이 타당한지를 중심으로 집회에 있어서 경찰권의 행사의 개괄적인 근거에 관하여 살펴본다. 오늘날 집회에 있어서 경찰권 행사의 법적 근거가 되는 법령에서 집회시 위함과 장애에 대처하기 위하여 경찰법상 개괄적 수권조항을 인정할 필요성이 있다. 경찰법상의 개괄적 수권조항은 불확정개념으로 규정되고 있어 경찰기관이 재량권을 광의적으로 행사할 수 있기 때문에 경찰권을 남용하고 일탈할 가능성이 있다. 이러한 경찰기관의 재량권 남용이나 일탈의 방지를 위하여 집회에 있어서 경찰의 재량권 행사를 통제하기 위한 한계에 대하여 고찰한다.

## II. 경찰권의 발동근거

### 1. 근거법규범의 성격

경찰권발동의 근거에 대해서는 경찰기관이 경찰권을 발동하기 위해서는 조직법적 근거, 즉 직무규범만 있으면 되는지 또한 경찰권을 발동하기 위하여서는 그와 같은 직무규범외에 특별한 작용법적 근거인 권한규범이 필요한 것인가가 문제가 된다.<sup>8)</sup> 오늘날과 같이 법치주의가 발달된 환경하에서는 임무규정과 권능규범을 분리하여야 할 것이다.<sup>9)</sup>

#### 1) 독일

7) 박영하, 경찰행정법, 문두사, 2013, 199면.

8) 서정범, "경찰권발동의 근거-개괄적 수권조항을 중심으로", 중앙법학 제8권 제1호, 중앙법학회, 2006, 166면

9) 김동희, 앞의 책, 209면.

독일의 경우에는 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위험방지의 직무를 경찰에게 부여하고 있는 통일경찰법모범초안개정을 위한 초안 제1조 제1항을 직무규범, 경찰은 의무적합적 재량에 따라 필요한 조치를 취한다고 규정하고 있는 동 초안 제8조를 권한규범으로 보아 직무규범과 권한규범의 구분을 인정하여 왔다.<sup>10)</sup>

## 2) 우리나라

우리의 경우에 대하여는 조직규범은 당해 행정기관이나 그 기관의 구성원인 공무원의 권한을 일반적·포괄적으로 규정하는 것이 보통이며, 행정기관의 활동에는 조직규범외에 구체적인 작용을 위한 수권을 요하게 된다는 것에 근거하여 경찰권을 발동하기 위하여서는 특별한 권한규범이 필요하다는 견해<sup>11)</sup>와 경찰기관이 대외적인 활동을 하기 위해서는 직무규범외에 권한규범을 필요로 함이 원칙이지만, 독일의 경우에 있어서 종전에는 임무규정에 의하여 경찰권을 발동하던 시대가 있었다.<sup>12)</sup> 직무규범에만 근거하여 활동할 수 있는 경우를 완전히 배제할 수는 없다.

## 3) 결 어

법률유보의 원칙이 경찰권을 발동하기 위하여 직무규범과 권한규범에 근거할 것을 요구한다는 점을 고려할 때 경찰권을 발동하기 위하여서는 권한규범이 필요하다는 것이 법치국가의 원리에 충실한 것이다.<sup>13)</sup>

## 2. 법률유보의 원칙과 권한규범

경찰권발동의 법적 근거로 권한규범의 존재가 필요한 경우에, 그 형태로는 개별적 수권조항과 개괄적 수권조항이 존재한다.<sup>14)</sup>

### 1) 개별적 수권조항

10) 서정범, 앞의 논문, 167면.

11) 박윤훈·정형근, 행정법강의(하), 박영사, 2009, 312-313면.

12) 류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2011, 976면.

13) 서정범, 앞의 논문, 168면.

14) 류지태·박종수, 앞의 책, 974면.

개별적 수권조항은 개괄적 수권조항 이외의 일체의 경찰법상의 수권조항을 말하며, 경찰관직무집행법 제3조의 불심검문 이하 제10조의 4의 무기의 사용 규정이 그 예이다. 경찰권발동에 관한 개별적 수권조항 중 경찰관직무집행법 제3조 이하의 규정은 특별한 의미를 가지고 있으며, 경찰작용중에서 표준적 직무행위에 해당하는 것들이 그 곳에 모여 있다.<sup>15)</sup>

## 2) 개괄적 수권조항

개괄적 수권조항은 경찰권발동의 근거를 포괄적으로 규정하는 것을 말하며 개괄적 수권조항의 전형적인 것으로는 ‘경찰행정기관은 현행법의 범위안에서 공공의 안녕 또는 질서를 위협하는 위험으로부터 공중 또는 개인을 보호하기 위하여 의무적 합적재량에 따라 필요한 조치를 취하여야만 한다’ 라고 규정하였던 1931년의 프로이센 경찰행정법(Pr.PVG) 제14조 제1항의 규정을 이어 받아 경찰은 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위험을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다고 규정한 통일경찰법모범초안(MEPolG) 제8조가 있다.<sup>16)</sup> 개별적 수권조항에 의거하여 경찰권을 발동하는 경우에 있어서의 한계는 일차적으로 개별조항의 해석을 통하여 이루어지며, 개괄적 수권조항에 의거하여 경찰권을 발동하는 경우에 있어서 적용되는 법원칙이 포괄적으로 적용되지는 않는다.

## III. 집회에 있어서 경찰권 행사의 근거

### 1. 경찰법상 개괄조항

#### 1) 개념

국민의 자유와 권리를 제한하는 경찰권은 법치행정의 원리에 따라 의회가 제정한 법률에 근거하여 행사되어야 한다.<sup>17)</sup> 현행 헌법하에서는 모든 행정작용이 법률에

15) 서정범, 앞의 논문, 168면.

16) 서정범, 위의 논문, 169면.

17) 구형근, “한국 경찰법상 일반적 수권조항”, 법학연구 제23권, 한국법학회, 2006, 49면.

의하여 수권되고, 헌법과 법률에 의하여 기속될 것을 요한다. 그러나 사회환경의 변화로 인하여 특별한 규정이 없는 경우에 위협의 예방과 진압을 위한 근거로서 일반 경찰법상의 개괄조항을 인정할 필요성이 있다. 경찰법상 개괄조항은 경찰권 발동의 근거가 되는 개별적인 법률의 규정이 없는 경우에 경찰법규가 사회공공의 안녕과 질서에 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 안전과 질서유지를 위하여 국민에게 명령·강제하여 그 자유를 제한할 수 있는 권한을 부여하는 법적 근거를 두는 경우가 있다. 위협의 예방과 진압을 위한 근거가 특별경찰법에도 없고 일반경찰법에도 특별한 규정이 없는 경우에 최종적으로 위협의 예방과 진압을 위한 근거로서 적용되는 것은 일반경찰법상의 개괄조항이다.<sup>18)</sup> 한편 이 조항은 경찰관직무집행법상의 규정중 경찰에게 일반적·포괄적인 불확정적인 수권조항을 뜻한다. 이러한 일반적인 법적 근거를 개괄적 수권조항 또는 개괄조항이라 한다.

## 2) 경찰법상 개괄조항의 헌법상 허용여부

### (1) 긍정설

사회환경의 변화가 다양하게 전개되고 있음에 있어서 집회의 행사로 인하여 위하는 현행 경찰관직무집행법에서 규정하지 못한 다양한 환경적인 변화로 인하여 발생한다. 경찰이 새로운 위해에 대하여 신속하게 대응하여 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위해서는 경찰권 행사의 방법, 대상, 범위, 방법, 등을 구체적으로 경찰관직무집행법에 전부 규정할 수 없다.<sup>19)</sup> 이리하여 경찰관직무집행법에서 포괄적으로 규정할 필요성이 제기된다. 경찰관직무집행법상의 개괄적 수권조항은 오늘날 다양한 이해관계속에서 이익집단등의 집회의 개최로 인하여 미리 예측하지 못하는 다양한 형태의 위해의 발생에 대하여 신속하게 대처하여 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위해서 우리의 헌법<sup>20)</sup>에 있어서도 필요하게 된다.<sup>21)</sup>

18) 홍정선, 앞의 책, 250면.

19) 이희훈, “집회시 경찰권 행사의 법적 근거와 한계-개괄적 수권조항을 중심으로”, 경찰학연구 제8권 제3호, 경찰대학교, 2008, 93-94면.

20) 헌법 전문과 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 헌법 제34조 제6항에서 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다고 규정하고 있으므로 헌법 제34조 제6항에 의하여 국가는 위법한 집회에 있어서 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 위해의 발생을 방지 할 의무가 있다.

21) 서정범, 앞의 논문 171면; 설계경, “경찰권발동의 근거와 한계”, 외법논집 제11권, 한국의국어대학교 법학연구소, 2001, 336면.

## (2) 부정설

경찰기관이 집회의 행사로 인하여 위해 발생의 야기에 대하여 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 경찰권을 행사한다는 빌미로 경찰에게 경찰법상 개괄적 수권조항을 인정하게 되면 경찰이 집회의 개최에 대해 경찰권을 행사하는데 있어서 경찰에게 포괄적이고 광의적인 재량권으로 인하여 집회의 자유가 침해될 수 있다.<sup>22)</sup> 경찰기관이 경찰권을 행사할 때에는 경찰관직무집행법 규정에 의하도록 해야 한다는 이유로 집회에 있어서 경찰권 행사의 법적 근거로 일반경찰법상의 개괄적 수권조항을 부정하는 견해가 있다.<sup>23)</sup> 경찰권이 가지는 권력적인 성질상 그 근거는 개별적인 규정에 의하여야 하고 개괄조항에 의한 수권은 법치국가의 원리에 반하기 때문에 허용될 수 없다.<sup>24)</sup> 경찰관직무집행법에서 포괄적인 개괄적 수권조항으로 집회의 개최를 규제할 수 없다는 이유로 집회에 있어서 경찰권 행사의 법적 근거로 일반경찰법상의 개괄적 수권조항을 부정하는 견해가 있다. 이는 경찰작용에 대한 법률적인 근거는 개별적 수권법규이어야 하며<sup>25)</sup> 포괄적·일반적인 수권법규는 허용되지 않는다는 입장에서 개괄조항은 존재하지 아니한다. 또한 판례는 경찰관직무집행법 제2조는 국민의 기본권을 제한 또는 박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수 없다고 하였다.<sup>26)</sup>

## (3) 결 어

오늘날의 사회현상은 다양하게 변화되면서 집회에 있어서 예상하지 못하는 다양한 형태의 위해가 공공의 안녕과 질서에 대하여 미칠 수 있으므로, 집회개최시에 경찰이 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위해서는 집회에 있어서 경찰권 행사의 요

22) 이회훈, 앞의 논문, 94면.

23) 최영규, 경찰행정법, 법영사, 2007, 182면.

24) 김동희, 앞의 책, 222면.

25) 박윤훈·정형근, 앞의 책, 312-313면.

26) 경찰법 제3조는 국가기관으로서의 경찰 조직을 두는 목적과 그에 따른 경찰 임무의 개요를 밝히는 조항이고, 경찰관직무집행법 제2조는 경찰관에게 직무수행의무를 부과하는 전제로서 경찰관의 직무 범위를 개괄적으로 한정하여 표시해 주는 조항이다. 이러한 성격과 내용을 갖는 위 조항들을 이른바 '일반적 수권조항'이라 하여 국민의 기본권을 구체적으로 제한 또는 박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수는 없다고 할 것이다(헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406).

건들을 구체적으로 명확하게 입법상 규정하는 것은 현실적으로 어려운 실정이다. 집회의 행사로 공공의 안녕과 질서가 유지되도록 하기 위해서는 경찰이 집회에 있어서 경찰권을 행사할 때 이에 대한 근거로서 일반경찰법상의 개괄적 수권조항을 헌법상 인정할 필요가 있다고 사료된다.<sup>27)</sup> 그러나 개괄적 수권조항이 인정되더라도 개별적 수권조항이 없는 경우에 보충적으로만 적용되어야 하며, 경찰기관이 집회행사에 있어서 개괄적 수권조항에 의한 경찰권발동이 국민의 자유와 권리를 침해하기 위한 수단으로 남용해서는 아니 된다.

### 3) 개괄조항에 대한 경찰관직무집행법의 근거

#### (1) 학 설

일반경찰법상 개괄적 수권조항의 근거를 경찰관직무집행법 중 어떠한 근거로 어느 조항에서 발견할 수 있는가에 대해서는 견해의 대립이 존재하고 있다.

#### (가) 경찰관직무집행법 제2조 제6호로 보는 견해

경찰관직무집행법 제2조는 “경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다. 동법 제2조 제6호의 기타 공공의 안녕과 질서유지라는 규정이 집회에 있어서 적용될 수 있는 일반경찰법상 개괄적 수권조항이라는 견해다. 즉, 경찰관직무집행법에 미리 집회의 개최로 인해 발생될 새롭고 복잡하며 다양한 형태의 위해에 대해 경찰이 경찰권을 행사하여 공공의 안녕과 질서를 유지할 수 있도록 일반경찰법상 개괄적 수권조항을 인정할 필요성은 있다. 독일의 경우에는 독일연방 및 주의 통일경찰법 표준안 제8조가 그 예이다. 제8조 제1항은 “경찰은 동 표준안 제8조의 a 내지 제24조에서 경찰의 직무권한으로 특별히 규정되지 아니하는 한, 공공의 안녕이나 질서에 대하여 위협방지를 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다”고 규정하고 있다.<sup>28)</sup> 따라서 입법의 공백을 채우기 위해서는 경찰의 영역에서 일반조항에 따른 일반수권제도의 필요성이 제기된다.<sup>29)</sup>

따라서 경찰관직무집행법에서는 일반경찰법상 개괄적 수권조항을 명문으로 규정하고 있지 않고 있다. 동법 제2조 제6호를 경찰의 임무를 실현시키기 위한 권한규

27) 이회훈, 앞의 논문, 95면.

28) 김동희, 앞의 책, 219면.

29) 홍정선, 앞의 책, 250-251면.



정으로 해석하여 동법 제2조 제6호의 기타 공공의 안녕과 질서유지라는 규정을 일반경찰법상 개괄적 수권조항으로 인정하여 이 규정에 의해 경찰권을 일반적이고 포괄적으로 행사할 수 있도록 해야 한다고 보거나, 동법 제2조 제6호를 임무규정이 아닌 권한규정 보는 견해이다.<sup>30)</sup> 이 견해는 대법원판례<sup>31)</sup>를 자신들의 입장을 받아들인 것으로 이해하고 있다.<sup>32)</sup> 동 판례에서 대법원은 경찰작용에 관하여 사실상 일반법적 지위를 갖고 있는 경찰관직무집행법에 경찰관이 불법적인 건축행위를 단속할 수 있다는 조항이 없음에도 불구하고 경찰관직무집행법 제2조를 경찰권발동의 수권조항으로 보았다.

(나) 경찰관직무집행법 제5조 제1항으로 보는 견해

경찰관직무집행법 제5조 제1항에 의하면 “경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다. 동법 제5조 제1항 제1호는 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 필요한 경고를 발하는 것, 동법 제5조 제1항 제2호는 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도 내에서 억류하거나 피난시키는 것, 동법 제5조 제1항 제3호는 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해 방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것으로 규정되어 있으므로 동법 제5조 제1항의 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다라는 규정을 집회를 행사하는 경우에 적용되는 일반경찰법상 개괄적 수권조항으로 보는 견해이다.<sup>33)</sup> 경찰이 집회의 행사로 인하여 건물, 도로, 제방, 전기, 수도 등에 대한 파괴, 화재 등의 위해가 발생되어 경찰권을 행사할 때에는 동법 제5조 제1항에 의해 포함되므로 동법 제5조 제1항의 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다라는 규정과 동법 규정의 제3호에서 위해 방지상 필요하다고 인정되는 조치를 취할 수 있다고 하여 경찰이 취할 수 있는 조치를 특정하고 있지 않다는 것을 근거로 집회행사에 있어서 적용되는 일반경찰법상의 개괄적 수권조항이라고 보는 견해이다.<sup>34)</sup> 이 견해는 경찰관

30) 김남진·김연태, 행정법Ⅱ, 법문사, 2013, 276-277면.

31) 대판 1986.1.28. 85도2488.

32) 김남진·김연태, 앞의 책, 277면.

33) 이운주, “경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2005, 200면이하.

34) 서정범, 앞의 논문, 172-173면.

직무집행법 제5조 제1항이 경찰권발동의 요건으로 기타 위험한 사태와 같은 광의적인 용어를 사용하고 있으며 동법 제3호에서 그러한 요건이 구비되어 있는 경우에 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 취할 수 있다고 하여 경찰이 취할 수 있는 조치를 특정하고 있지 않다는 점이다. 경찰이 보호대상으로 하는 공공의 안녕과 질서라는 보호법익은 개인적 법익과 사회적 법익 및 국가적 법익이 침해받지 않고 있는 상태를 의미하고 있으므로 동법 조항은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 경우에만 경찰권발동을 인정함으로써 경찰권발동을 개인적 법익에 대한 위협에만 한정시키고 있는 것이 동 조항을 개괄적 수권조항으로 보는 것에 어려움이 있는 것이다.<sup>35)</sup>

(다) 경찰관직무집행법 제2조 제6호와 제5조 제1항 및 제6조 제1항으로 보는 견해

집회를 행사하는 경우에 있어서 적용되는 일반경찰법상 개괄적 수권조항으로 경찰관직무집행법 제2조 제6호의 “기타 공공의 안녕과 질서유지”라는 규정과 동법 제5조 제1항의 “기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다.”라는 규정 및 동법 제6조 제1항 규정이라고 보는 견해이다. 경찰관직무집행법 제2조 제6호의 “기타 공공의 안녕과 질서유지”라는 규정을 제1의 일반경찰법상 개괄적 수권조항으로 볼 수 있고, 동법 제5조 제1항의 “기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다”라는 규정을 제2의 일반경찰법상 개괄적 수권조항으로 볼 수 있다. 또한 제6조 제1항의 규정은 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여 지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위해서 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로 동 규정은 불법집회의 행사로 인하여 인명이나 신체 또는 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 발생하였을 때 그 불법집회의 개최를 경찰이 포괄적으로 규제할 수 있도록 규정해 놓은 근거법으로써 동법 제6조 제1항을 집회시 적용되는 제3의 일반경찰법상 개괄적 수권조항으로 볼 수 있다는 견해이다.<sup>36)</sup> 개인적 법익에 대한 위협의 존재가 인정되는 경우에 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치에 대한 수권규정이 개괄적 수권조항의 성격을 가지고 있지만 동 규정을 사회적 법익이나 국가적 법익에 대한 위협이 존재하는 경우에도 유추적용할 수는 없으므로 사회적 법익 및 국가

35) 서정범, 위의 논문, 172-173면.

36) 박정훈·정초영, “사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구”, 연구보고서, 치안연구소, 2001, 23면이하.

적 범익에 대하여 위험이 존재하는 경우에는 있어서 원인을 제공하는 행위가 범죄를 구성할 가능성과 결부되는 경우에는 경찰관직무집행법 제6조를 개괄적 수권조항으로 보면서 범죄를 구성할 가능성이 없는 경우에는 경찰관직무집행법 제2조 제6호를 개괄적 수권조항으로 보고 있다.<sup>37)</sup>

#### (라) 입법필요설

일반경찰법상 개괄적 수권조항 인정할 필요는 있지만 현행 경찰관직무집행법상 개괄적 수권조항은 찾아볼 수 없으므로 앞으로 독일의 경우처럼 경찰관직무집행법에 명문으로 권한규범의 성격을 갖는 일반경찰법상의 개괄적 수권조항을 신설규정하여 집회개최시에 적용되는 일반경찰법상의 개괄적 수권조항의 경찰관직무집행법상의 근거를 입법적으로 해결하는 견해이다. 현행 헌법하에서는 일반조항은 인정될 수 있으며 지금까지 입법은 이를 수용하고 있지 않고 있다.<sup>38)</sup>

경찰관직무집행법상의 개별적 수권조항들은 경찰상의 위험에 해당하는 대부분의 경우를 포괄하고 있으며, 동법 제5조 제1항은 다른 규정에서 규정하고 있지 않은 대부분의 흠결상태를 상당부분 규율하고 있다.<sup>39)</sup>

### (2) 판례

대법원은 일반경찰법상 개괄적 수권조항에 대하여 청원경찰법 제3조와 경찰관직무집행법 제2조의 규정에 비추어 볼 때 군 도시과 단속계 요원으로 근무하고 있는 청원경찰관이 허가 없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속하는 것은 그의 정당한 공무집행에 속한다고 할 것이므로, 이를 폭력으로 방해하는 것은 공무집행방해죄에 해당된다고 판시하였다. 동 판결에서 대법원은 경찰관직무집행법 제2조 제6호를 근거로 하여 경찰권을 행사할 수 있다는 사유로 일반경찰법상 개괄적 수권조항으로 인정하고 있다.<sup>40)</sup>

37) 서정범, 앞의 논문, 174면.

38) 홍정선, 앞의 책, 253면.

39) 김동희, 앞의 책, 222면.

40) 청원경찰법 제3조는 청원경찰은 청원주와 배치된 기관, 시설 또는 사업장등의 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, 경비요인, 경호 및 대간첩작전 수행, 치안정보의 수집작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타 공공의 안녕과 질서유지등을 그 직무로 하고 있는 터이므로 경상남도

### (3) 결 어

집회행사에 있어서 적용되는 일반경찰법상 개괄적 수권조항으로 보는 경찰관직무집행법 제5조 제1항에서 집회개최에 있어서 '인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는'경우에만 경찰이 경찰권을 행사할 수 있게 되어 집회행사에 있어서 경찰이 개인적 법익에 대한 위해에 대해서만 국한하여 경찰권을 행사할 수 있는 것으로 보아 동법 규정이 경찰의 보호대상인 공공의 안녕과 사회질서의 유지라는 보호법익 중에서 개인적 법익이 아닌 사회적 법익과 국가적 법익에 대하여 위해의 방지를 위하여 경찰기관이 경찰권을 행사할 수 없게 되어 일반경찰법상 개괄적 수권조항으로 보기 어렵다.<sup>41)</sup> 현행 경찰관직무집행법에서 집회행사시 적용되는 일반경찰법상의 개괄적 수권조항의 근거를 제시하여 집회에 있어서 경찰기관의 경찰권 행사에 대한 법적 근거를 제공해야 할 것이다.<sup>42)</sup> 따라서 경찰관직무집행법 제5조 제1항을 일반경찰법상의 개괄적 수권조항으로 보아 집회개최시에 개인적 법익에 대한 위해의 존재가 인정되는 경우와 경찰이 집회시마다 발생되는 다양한 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 여러 조치들에 대한 수권규정을 사회적·국가적 법익에 대한 위해가 존재하는 경우에도 유추적으로 해석하여 적용하는 것이 타당하다.<sup>43)</sup>

## IV. 경찰의 재량권 행사의 근거와 한계

### 1. 재량권 행사의 근거

경찰은 특별경찰법상 특별수권조항과 일반경찰법상 특별수권조항이 정하는 구성

---

양산군 도시과 단속계 요원으로 근무하고 있는 청원경찰관인 공소외 김차성 및 이성주가 원심판시와 같이 1984.12.29 경상남도 양산군 장안면 에 있는 피고인의 집에서 피고인의 형 공소외 1이 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(대판 1986.01.28. 85도2448).

41) 서정범, 앞의 논문, 173면.

42) 이회훈, 앞의 논문, 99면.

43) 서정범, 앞의 논문, 100면.

요건을 구비되었다 하더라도 어떠한 행위를 반드시 하여야 할 의무는 없다, 집회의 개최로 인한 위해의 발생으로 공공의 안녕이나 질서를 해칠 경우가 야기되는 경우에 그 위해를 방지할 것인지 또는 방지하지 않을 것인지를 결정할 수 있다. 경찰이 그 발생된 위험을 방지하기로 결정하였다더라도 경찰은 그러한 위험을 방지할 수 있는 다양한 수단들 중 어느 하나를 경찰의 의무 즉 공공의 안녕과 질서를 유지시킬 의무에 합당한 재량으로 선택할 수 있다.<sup>44)</sup>

## 2. 재량권 행사의 한계

### 1) 결정재량의 한계

결정재량은 경찰이 집회의 개최로 인해 공공의 안녕이나 질서에 대한 위해가 야기되었을때 그 위해를 방지하는 행위를 할 것인가의 여부를 자신의 재량에 의해 자유롭게 결정할 수 있음을 의미한다. 경찰은 이러한 결정재량에 의해서 경찰관직무집행법 제5조나 제6조 등의 목적에 적합하게 집회에 대하여 경찰권을 행사할 것인가의 여부를 결정한다. 경찰기관이 집회를 행사하는 경우에 결정재량을 행사할 때에는 집회개최시에 발생되거나 발생된 위해를 제거하여 공공의 안녕과 질서 유지를 위한 목적의 범위안에서 경찰권을 행사하여 발생하는 손해와 이러한 경찰권의 행사로 얻어지는 공익을 비교衡量하여야 한다. 집회가 집단적인 손괴나 방화 등의 형태로 행해져 명백하게 집회자나 제3자의 생명·신체·재산 등의 법익을 침해하는 경우에 집회의 행사로 인하여 공공의 안녕이나 질서에 대한 위해가 집회자나 제3자의 생명·신체·재산 등의 법익에 손해를 끼칠 것이 명백하고 그 위해를 방지할 필요가 시간상 긴박하여 경찰권의 행사 없이는 집회의 개최로 인한 위해의 발생을 방지할 수 없는 경우에는 경찰의 결정재량이 영으로 수축되어 특정행위를 하게 된다.<sup>45)</sup> 재량권이 영으로 수축되면, 경찰은 개입하여야 한다.<sup>46)</sup>

### 2) 선택재량의 한계

선택재량은 경찰이 집회의 행사로 인하여 공공의 안녕이나 질서를 해치는 위해를

44) 이회훈, 앞의 논문, 102면.

45) 이회훈, 위의 논문, 103면.

46) 홍정선, 앞의 책, 89면.

방지하기로 결정하였을 때 발생한 위험을 방지할 수 있는 다양한 수단들 중 어느 하나를 의무에 합당한 재량으로 선택할 수 있다는 것을 뜻한다. 그러나 이러한 선택재량은 비례의 원칙에 반하지 않는 범위 내에서 행사되어야 하는 한계가 있다. 경찰은 집회를 규제하거나 진압할 때 집회자나 제3자의 생명·신체·재산 등에 대하여 적합하고 최소한의 침해를 가져오며 달성하고자 하는 공익이 침해되는 사익보다 더 큰 수단을 선택하여 경찰권을 행사해야 한다.<sup>47)</sup> 이에 경찰관직무집행법 제1조 제2항에서는 “경찰권은 그 목적을 위하여 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다”라고 규정하고 있다. 경찰이 이를 위반하여 경찰권을 행사한다면 이는 경찰의 재량권 남용이 되고, 이러한 재량권의 행사는 하자있는 처분이 되므로 처분성이 인정되는 취소소송을 제기 하여 구제를 받을 수 있게 된다.

## V. 맺음말

현행법 체계에서는 독일식의 개괄적 수권조항은 존재하지 않는다. 그러나 우리나라의 현행법하에서는 개괄적 수권조항이 없다는 의미에서 논의를 그치는 것은 해결을 모색하는 방법이 아니다. 현행법하에서 개괄적 수권조항으로 볼 수 있는 근거조항을 발견해서 경찰기관이 집회에 있어서 경찰권을 행사하는데 있어서 근거를 제공하여야 한다. 경찰관직무집행법 제5조 제1항을 개괄적 수권조항으로 보고, 개인적 법익에 대한 위협의 존재가 인정되는 때에 위해 방지상 필요하다고 인정되는 조치에 대한 수권규정을 사회적 법익이나 국가적 법익에 대한 위협이 존재하는 경우에 유추하는 방법으로 해결하는 것이 바람직한 방법이라고 사료된다.

또한 경찰기관은 집회의 행사로 인하여 공공의 안녕과 질서를 해하는 위해가 발생하였을 때 경찰권을 행사할 수 있다. 경찰권은 침해행정작용으로 반드시 법적 근거를 필요로 한다. 경찰관직무집행법 제3조 이하의 일반경찰법상 특별수권조항이 그 법적 근거가 되고 있다. 현대사회에서는 과학기술의 발전과 새로운 다양한 환경적인 변화로 인하여 집회의 행사시에 발생하는 다양한 형태의 위해를 규제하기 위한 사항을 모두 입법상 규정할 수 없으므로, 일반경찰법상 개괄적 수권조항은 집회의 행사에 있어서 적용될 경찰권 행사의 법적 근거로 인정될 필요성이 있다, 따라서 경찰관직무집행법 제5조 제1항을 일반경찰법상의 개괄적 수권조항으로 보아 집

47) 이회훈, 앞의 논문, 104면.

회에 있어서 개인적 법익에 대한 위해의 존재가 인정되는 때에 경찰이 위해방지상 필요하다고 인정되는 다양한 조치들에 대한 수권규정을 사회적·국가적 법익에 대한 위해가 존재하는 경우에도 유추하여 적용하여야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

- 강구철, “경찰권의 근거와 한계”, 고시연구, 1991.
- 강태수, “기본권의 보호영역에 대한 소고”, 법학논집 제9집, 1994.
- 구형근, “한국 경찰법상 일반적 수권조항”, 법학연구 제23권, 한국법학회, 2006.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2011.
- 김남진·김연태, 행정법Ⅱ, 법문사, 2013.
- 김동복, “경찰작용의 통제제법리에 관한 연구 -경찰권발동의 근거와 한계를 중심으로-”, 공법논총 창간호, 광주·전남공법학회, 2005.
- 김동희, 행정법 I, 박영사, 2013.
- , 행정법Ⅱ, 박영사, 2013.
- 김보환, “시민경찰학교의 활성화 방안에 관한 연구”, 한국공안행정학회 한국공안행정학회보 제19호, 2005.
- 김백유, 경찰법, 동방문화사, 2013.
- 김성태, “위험방지조치와 구체적 위험”, 법학연구 제5호, 홍익대 법학연구소, 2003.
- 김영환, 경찰행정법, 백산출판사, 2012.
- 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013.
- 김철용, 행정법, 박영사, 2011.
- 남승길, “경찰관 직무집행법”, 한국공법학회 공법연구 제25집 제3호, 1997.
- 류지태·박중수, 행정법신론, 박영사, 2011.
- 박규하, “경찰행정법에 있어서 공공의 안녕·질서의 개념과 개괄적 수권규정”, 외법논집, 제26집, 외대 법학연구소, 2007.
- 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2012.
- 박노정, “경찰권의 근거와 한계”, 새울법학 제8권 제1호, 대전대학교 법학연구소, 2005.
- 박영하, 경찰행정법, 문두사, 2013.
- 박윤훈·정형근, 행정법강의(하), 박영사, 2009.
- 박정훈·정초영, “사권보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구”, 연구보고서, 치안연구소, 2001.
- 설계경, “경찰권발동의 근거와 한계”, 외법논집 제11권, 한국외국어대학교 법학연구소, 2001.



- 서정범, “경찰권발동의 근거-개괄적 수권조항을 중심으로”, 중앙법학 제8집 제1호, 중앙법학회, 2006.
- 서정범·박병욱, “경찰권발동의 규율원리로서의 헌법”, 공법학연구 제11권 제4호, 한국비교공법학회, 2010.
- 손재영, 경찰법, 박영사, 2012.
- 오병주, “경찰권의 근거 및 한계”, 법조 제47권 제2호, 법조협회, 1998.
- 이관희·강태수, “우리의 집회시위제도 발전방안 모색을 위한 각국의 집회 시위제도 비교 고찰”, 경찰대 치안연구소 연구보고서, 1995.
- 이운주, “경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구”, 서울대학교원 법학과 박사학위논문, 2005.
- 이철호, 경찰행정법, 대영문화사, 2013.
- 이희훈, “집회시 경찰권 행사의 법적 근거와 한계-개괄적 수권조항을 중심으로”, 경찰학연구 제8권 제3호, 경찰대학교, 2008.
- 장태주, 행정법개론, 법문사, 2011.
- 전광석, “집회시위에 대한 경찰개입의 한계에 관한 연구”, 연구보고서, 치안연구소, 2004.
- 정하중, 행정법개론, 법문사, 2012.
- 최영규, 경찰행정법, 법영사, 2007.
- 최정일, 행정법의 정석II, 박영사, 2009.
- 표명환, “경찰행정법상의 개괄적 수권조항에 관한 헌법적 고찰”, 공법학연구 제5권 제3호, 한국비교공법학회, 2004.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2012.
- 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2013.
- Abernathy, M. Glenn, The Right of Assembly and Association, Second Edition, University of South Carolina Press, 1981.
- Dicey, The Law of Constitution, 9th, ed., 1952.
- Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7, Aufl., 2009.
- Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 6, Aufl., 2009.
- Wolff, Hans J., Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts insbesondere in der britischen Besatzungszone, in : VVDStRL 9, 1952.

[Abstract]

## **The Clause of General Delegation of Exercise of Police Power when an Assembly Is Held**

**Jang, Byeong-Yeon**

Yeungnam University research fellow specializing in EU Centre

The exercise of police means progressive state activity. The central figure, the purpose of this paper is to look around whether the police laws of our country exist concerning theories and judicial precedents and direct the legislation direction of the general empowerment clauses for police authority actions. The Law on Assembly and Demonstration and the Act on the Performance of Duties by Police Officers and are applied as such legal basis. the Clause of General Delegation of Power in the General Police Act must be recognized as a legal and constitutional basis for the police power to be exercised for unlawful a large gatherings of people to cope with various harms resulting from the assemblies. There is about the consideration of the individual empowerment clauses in the police legislative system. In the police law of our country, it is under discussion whether the general empowerment clauses exist.

Key words : Clause of General delegation of Power, Discretionary of the police, individual empowerment clauses, The police authority actions, Act on the Performance of Duties by Policc Officers.