

## 治安警備에 관한 法的考察

(A Legal Study on the Public Security Guarding)

—日本에서의 治安警備에 관한 判例를 中心으로—

(Focussed on Judicial Precedent of Public Security Guarding  
in Japan)

李 寬 熙\*

〈 目 次 〉	
I. 序	IV. 日本 公安條例上の 所要의 措置에 관한 問題
II. 治安警備의 法的根據에 관한 問題	V. 現行犯 鎮壓論理로서의 制止
III. 警察官職務執行法上 實力行使에 관한 問題	VI. 結 語

### I. 序

治安警備란 公安을 害하는 多衆犯 等 集團的인 犯罪事態가 發生하였거나 發生할 우려가 있는 경우에 이를 鎮壓, 警戒, 豫防하기 위한 部隊活動을 말한다.<sup>1)</sup>

\* 本大學 助教授, 法博

1) 警察綜合學校刊, 警備警察, 1983, 31面

그런데 治安警備라는 것도 一般 警備警察<sup>2)</sup>에 있어서와 같이 警備犯罪의 豫防, 鎮壓을 目的으로 하는 것이기 때문에 警備實施의 實際에 있어서 犯罪을 犯하거나 犯하려고 하는 個人, 集團 또는 關係者에 대하여 部隊에 의한 實力規制를 行하여야 되는데, 그 實力行使는 尙시 過剩警備, 職權濫用 등의 可能性을 갖게 마련이다. 또한 一般의으로 治安警備를 포함한 警察作用에 관한 法令은 流動·變化하는 現代社會에 있어서 公共의 安寧秩序를 維持하기 위한 警察權行使의 手段을 완벽하게 成文化할 수 없는 것이 보통이다.

그리하여 이제까지 우리나라에서는 行政法一般理論으로서 警察權行使의 法的根據, 要件, 限界 등을 分明히 하여 警察權行使의 濫用防止를 적어도 法理論의으로 解決하였다고는 볼 수 있다.<sup>3)</sup> 즉 警察權行使의 法的根據에 대하여는 警察官職務執行法<sup>4)</sup> 第2條「職務範圍」의 第5號「其他 公共의 安寧과 秩序維持」를 漏逸式으로 一般的授權條項으로 보고, 第3條「不審檢問」에서부터 第11條「武器使用」에 이르기까지 個別的인 授權條項으로 보는 것이 그것이다. 또한 警察權行使의 要件으로 公共의 安寧·秩序에 대한 危險의 概念을 分明히 하고, 그 條理上의 限界로서 警察公共의 原則, 警察消極의 原則, 警察比例의 原則을 드는 것이 보통이다.

治安警備도 警察權行使의 一部分이므로 이러한 法理論의 適用을 받음은 물론이다. 그러나 이러한 法理論만 가지고는 變化無常한 治安警備의 實際에 있어서 法的으로 規制하기에 어려운 點이 많을 것이므로, 具體的인 判例가 研究되어야 하는데, 우리나라에는 아직까지 이에대한 判例가 全無한 形편이다. 그리하여 本稿에서는 日本에서 形成된 判例를 中心으로 治安警備의 法的인 考察에 接近하려 한다.

2) 一般 警備警察에는 多衆犯罪 鎮壓으로서의 治安警備 以外에 對間諜作戰, 災害警備, 甚雜警備, 警護警備, 重要施設警備 등이 있다. 上掲書 14面 參照.

3) 이에대한 國內主要文獻으로는 金南長, 「警察權의 根據와 限界」, 考試研究, 1979.12; 同, 行政法의 基本問題, 經文社, 1985, 580~589面; 李鳴九, 「警察作用과 公共秩序」, 考試研究, 1984.1.

4) 警察官職務執行法은 1981年 대목 改正되어 舊警察公務員法 第2條에 規定되어 있던「警察官의 職務」條項을 同法 第2條「職務의 範圍」에 編入시킴으로서 同條는 警察權發動의 一般的授權條項이 되었다.

## Ⅱ. 治安警備의 法的根據에 관한 問題

1. 대체로 우리나라에서는 警察官職務執行法 第2條 職務의 範圍<sup>5)</sup>은 단순히 警察의 任務의 範圍만을 定하는 것이 아니라 一般的授權條項으로서, 警察官은 이 規定을 근거로 하여 國民에 대하여 權限을 行使할 수 있는 것으로 본다.<sup>6)</sup> 즉 이 見解에 따르면 警察官職務執行法 第3條부터 第11條까지의 個別的 授權規定은 警察官 權限의 主된 것을 例示의으로 確認한 것에 지나지 않고, 따라서 警察官職務執行法 上의 個別的인 規定에 空白이 있다면 同法 第2條 第5의 「公共의 安寧秩序 維持」라는 警察의 職務遂行上 合理的으로 必要하다고 認定되는 限度(條理上의 限界)內에서 實力行使는 可能하다는 論理가 成立될 수 있다.

2. 한편 이에 대한 日本判例의 立場은 다음과 같은 4가지 見解로 整理할 수 있다.

1) 警察官의 實力行使에는 法의 明文의 根據를 必要로 하기 때문에, 本件과 같이 警察官의 實力行使에 法의 明文의 根據를 缺한 것은 違法이라는 것.<sup>7)</sup> 이 判決의 內容을 具體的으로 살펴보면, 「……被告人이 參加하고 있었던 集會示威行進이 佐世保警察署長에 의하여 부여된 許可條件에 違反하여 난폭한 行進을 行하고, A警部の 警察官이 이를 規制한 事實은 앞서 認定한 바와 같다.

그런데 道路交通法에는 同法 第17條 第3項의 許可條件에 違反한 者에 대하여 事後的으로 處罰하는 規定(同法 第119條 第13號)은 있지만, 直接 實力을 가지고 條件違反의 Demo 行進을 規制하는 規定은 없다. 따라서 前記 罰條의 罪가 成立하는 경우에 現行犯 체포가 許容되는 것은 別個로 하고, 條件違反의 Demo 自體는 一般犯罪行爲의 制止에 관한 警察官職務執行法 第5條의 要件을 充足하는 경우에 비로소 이를 制止(實力에 의한 規制 및 停止)하는 것이 許容되는 것인데, 同法 第5條는 警察官이 制止行爲를 할 수 있는 要件으로서 “i) 犯罪가 이미 行하여지려고 하

5) 이에 대하여는 金南長·李鳴九 教授의 前掲論文 參照. 蜀逸에서는 1931年 Preußen 警察行政法(第14條 第1項)以後 通說이다. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, 4Aufl, 1978, S. 46f; Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, 1976, S. 169f; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrabwehr, Bd. II, 8Aufl, 1977, S. 39f.

6) 昭和42年 9月22日 長崎地裁佐世保支部判決.

는 것을 認定한 때, ii) 그 行爲에 의하여 사람의 生命 또는 身體에 危險이 미치거나 財産에 重大한 損害를 받을 우려가 있고, iii) 緊急을 要하는 경우”의 세가지를 規定하고 있다. ……(中略)……, 그런데 本件의 規制開始當時에 있어서는 Demo 隊의 난폭한 行進에 의하여 사람의 生命·身體가 危險하거나 財産에 重大한 損害를 받을 狀況에 있었다고는 도저히 認定하기 어렵고, 더군다나 制止行爲가 緊急을 要하는 경우라고도 볼 수 없다 하겠다. 따라서 A警部の 警察官들이 行한 本件 Demo에 대한 規制行爲는 前記 ii), iii)의 要件을 充足하는 것이라 볼 수 없기 때문에 난폭한 行進을 規制하는 中에 A警部に 대한 被告人의 當初의 暴行行爲는 公務執行妨害罪를 構成하지 않는다.]

2) 公共의 安全과 秩序의 維持를 擔當하는 警察官의 職務權限에 해당된다는 理由로 適法하다는 것.<sup>7)</sup> 이 判決의 內容을 具體적으로 살펴보면,

[…… 本件 集團行進은 本件 條例 第1條에 基하여 所管公安委員會의 許可를 받지 않고 行하여졌기 때문에 이에 參加한 者의 行爲는 一應 本件 條例 第5條 第1項의 罰則에 해당된다고 보며, 또한 前記와 같은 Demo 隊의 進行狀況에 비추어 본다면, i) 公共의 安全과 秩序의 維持, ii) 個人의 生命身體 및 財産의 保護, iii) 交通의 團束, iv) 犯罪의 豫防 및 鎮壓, v) 犯罪의 搜查 및 被疑者의 체포 등을 職務로 하는 警察職員이(警察法 第2條, 警職法 1~8條, 刑訴法 第189條 以下 參照) 公安을 害할 우려가 있다고 판단하여 내린 本件 Demo 隊의 解散措置는 正當하고 하등의 違法인 點은 없다. 만약 警察職員이 내린 上記 判斷이 當時의 客觀的 狀況에 비추어 조금 輕率하였다 하여도 本件의 集團行進이 違反이고, 또한 上記와 같이 認定된 狀況으로 보더라도 위와 같이 判斷하여도 無理는 아니므로 本件의 解散措置는 역시 警察職員의 職務執行行爲라고 볼 수 밖에 없다. 고로 各 論旨는 理由 없다.]

3) 現在 犯罪을 行하고 있는 것에 대하여는 現行犯 체포에 準하여 制止行爲程度 즉 即時強制는 許容된다는 것.<sup>8)</sup> 이 判決의 內容을 具體적으로 살펴보면,

[…… 一般적으로 警察官은 現在 犯罪가 行하여지고 있는 경우는 체포장 없이 直接 그 犯人을 체포할 수 있는데(日本刑訴法 第212條, 第213條). 그 경우 現行犯

7) 昭和37年 6月5日, 名古屋高裁判決.

8) 昭和41年 8月26日, 東京高裁判決.

人的 체포는 犯人의 검거와 같이 現在 행하여지고 있는 犯罪 鎮壓의 機能을 同時에 行하는 것이므로 現在 犯罪가 行하여지고 있는 경우에 있어서도 그 犯罪의 性質, 態樣, 주위의 狀況 등으로 미루어 봐서 特히 犯人으로서 直接 이를 체포하고, 身柄을 確保할 必要는 없고, 단지 그 犯行을 制止함으로써 犯罪 鎮壓의 目的을 遂行하고, 公共의 安全과 秩序를 維持하기에 充分한 경우에는 그 鎮壓에 必要한 制止行爲만을 하여도 別 支障이 없다고 사료된다. 더우기 警察官은 犯罪의 豫防, 被疑者의 체포外에 犯罪의 鎮壓도 그 責務(警察法 第2條)일 뿐만 아니라, 現在 犯罪가 行하여지고 있는 경우 그 犯人에 대하여 許容되는 強制力의 行使를 當該 犯罪 鎮壓을 위하여 必要한 限度內에서 行使되어야 한다는 것은 自然法이 許容하는 바로 해석되기 때문이다(즉 現行犯에 있어서도 刑事訴訟法 第217條에 規定하는 경미한 犯罪인 경우에는 住所 또는 姓名이 明確한 限 체포할 수 없는 것인데, 이 경우에 있어서는 警察官은 犯罪 鎮壓을 위한 制止行爲는 이를 行하여야 할 責務가 있다 할 것이다).

4) 客疑事實의 重大性和 危險性, 實力行使의 態樣과 程度, 이에 의하여 被害된 去益과 保護되어야 할 法益과의 衡平 등으로 봐서, 警察法·警察官職務執行法을 포함한 法律秩序全體의 精神에 反하지 않고, 社會的으로도 妥當성이 肯定된 行爲로서 許容된다고 하는 것.<sup>9)</sup> 이 判決의 內容을 具體的으로 살펴보면,

1…… 警察官職務執行法은 그 第2條 第1項에서 同項 所定의 者를 停止시켜서 質問할 수 있도록 規定하고 있으므로, 所持品의 檢査에 關하여는 明文의 規定은 없지만, 所持品의 檢査는 口頭에 의한 質問과 밀접한 관련이 있고, 또한 職務質問의 効果를 올릴 수 있는 必要性, 有効성이 認定되는 行爲이기 때문에 同條項에 의한 職務質問에 附隨하여 行할 수 있는 경우가 있다고 해석하는 것이 相當하다. 그리고 所持品檢査는 任意手段인 職務質問의 부수 行爲로서 許容되기 때문에 所持人의 承諾을 얻고 그 限度에서 이를 行하는 것이 原則이라고 말할 수 있다. 그러나 職務質問내지 所持品檢査는 犯罪의 豫防·鎮壓 등을 目的으로 하는 行政警察上의 作用이고, 流動的인 諸般 警察事項에 對應하여 신속 適正히 이를 處理해야 하는 行政警察의 責務에 비추어 볼 때에는, 所持人의 承諾이 없는 한, 所持品檢査는 一切 許容되지 않는다고 해석하는 것은 相當치 않고, 搜索에 이르지 않는 정도의 行爲는 強制가 되지 않는 限 所持品檢査도 許容되는 경우가 있다고 해석된다. 나

9) 昭和 53年 6月 20日, 最高裁 第3小法廷判決.

아가서 所持品檢査에는 여러가지 態樣이 있는 것이어서 그 許容限度를 一般的으로 定한다는 것은 固難한데, 所持品에 대하여 搜索 및 押收를 받지 않을 權利는 憲法 第 35 條가 保障하는 바이고, 搜索에 이르지 않을 程度의 行爲라도 그것이 基本權侵害의 可能性을 갖는 것이기 때문에, 狀況如何를 不問하고 항상 그 行爲가 許容된다고 볼 수는 없고, 그 行爲는 限定的인 경우에 所持品檢査의 必要性, 緊急性, 이에 의하여 侵害되는 個人的 法益과 保護되어야 할 公益과를 比較衡量하여 具體的 狀況에서 相當하다고 認定되는 限度內에서만 許容된다고 해석되어야 할 것이다.

이를 本件의 경우와 비추어 볼 때, 所論 A 巡査長의 行爲는 兇銃 등 登山 Knife 를 使用하여 銀行強盜라고 하는 重大한 犯罪가 發生하여 犯人의 검거가 緊急의 警察 責務로 되어 있는 狀況下에서, 深夜에 檢問의 現場을 통과한 K 및 被告人은 그 犯人으로서 농후한 客疑가 存在하고 또한 흉기를 所持하고 있다는 疑問도 있었고 또한, 警察官의 職務質問에 대하여 默秘하고, 所持品의 開披要求를 拒否하는 등 수상한 與動을 계속하기 때문에 그들의 容疑를 確認할 緊急한 必要가 있었다고 보아야 하고, 따라서 所持品檢査의 緊急性·必要性이 강한 反面, 所持品檢査의 態樣은 휴대한 所持品인 Bag의 자크를 開披하여 內部를 한번 본 것에 지나지 않으므로 이에 의한 法益의 侵害는 그리 크다고는 볼 수 없고, 上記 經過에 비추어 相當하다고 認定되는 行爲이기 때문에 이를 警職 第 2 條 第 1 項의 職務質問에 부수한 行爲로서 許容된다고 한 原判決의 判斷은 正當하다

3. 以上 治安警備의 法的根據에 관한 日本의 判例를 概觀하였는데, 대체로 上記의 (1)의 경우<sup>10)</sup>를 除外하고는 明文의 個別的授權條項이 없더라도 또는 그 要件이 未備되었더라도 日本警察法 第 2 條 第 1 項(警察의 責務) 즉 一般的授權條項을 根據로 實法行使를 할 수 있다는 것이 一般的인 立場인 것 같다.

이와 같은 立場은 우리나라의 경우에도 그대로 妥當할 수 있다. 즉 善良한 市民의 自由, 權利가 犯罪者의 犯罪行爲에 의하여 侵害되는 現場에서 個人的 生命, 身體 및 財産을 保護하고, 犯罪의 예방, 鎮壓 등을 責務로 하는 警察官이 警察手段에 관한 法의 空白을 理由로 적절한 制止措置를 取함이 없이 이를 放置한다면, 보호되어야 할 善良한 市民의 人權은 犯罪者에 의하여 제멋대로 유린되고 나아가서는 法

10) 昭和 42 年 9 月 22 日, 長崎地裁 佐世保支部判決.

과 秩序가 붕괴된다. 다시말하면 警察官이 犯罪의 豫防·鎮壓을 위하여 行使하는 制止行爲는 刑事訴訟法이 規定하는 司法節次로서의 체포·拘禁 및 麻藥法·傳染病 豫防法 等이 規定하는 強制入院措置 등과는 달리, 公共의 安全과 秩序의 維持라고 하는 行政目的을 達成하기 위하여 緊急措置로서 取하여지는 一過性的인 手段이라는 것을 고려한다면 現在 犯罪가 行하여지거나 行하여지려고 하는 경우에 警察官으로서는 法에 明文의 規定이 있는 경우는 당연히 그에 의할 것이지만, 만약 明文의 規定이 없는 경우일지라도, 警察官職務執行法 第2條 第5號(其他 公共의 安寧과 秩序維持)를 근거로 全法律秩序의 觀點에서 모든 手段을 動員하여 犯罪를 豫防 鎮壓함으로써 警察責務의 遂行에 努力하여야 할 것이다.<sup>11)</sup>

### Ⅲ. 警察官職務執行法上 實力行使에 관한 問題

1. 一般的으로 日本에 있어서 警察官의 實力行使의 根據法令은 警察官職務執行法 第5條 後段이라고 한다. 그 第5條는 警察官은 犯罪가 막 行하여진다고 認定한 때에는, 그 豫防을 위하여 關係者에게 必要한 警告를 말하고, 만약에 그行爲에 의하여 사람의 生命 또는 身體에 危險을 미치거나 財産에 重大한 損害를 받을 우려가 있어서 緊急을 要하는 경우에는 그 行爲를 制止할 수 있다」고 規定한다. 우리나라에서도 警職法 第6條 第1項에서 이와 同一한 規定을 두고 있다. 따라서 日本에 있어서 警職法 第5條에 관한 治安警備面에서의 判例를 살펴보는 것은 우리나라 治安警備 實施에 있어서 많은 도움이 되리라고 본다. 어떠한 同條項은 條文上으로 봐서 前段은 警告를 規定하고, 後段은 制止를 規定하고 있다. 前段의 警告에 대하여는 口頭에 의한 것 外에, 경찰봉을 가지고 群衆을 밀어 놓기,<sup>12)</sup> 손으로 被告人의 어깨를 길어서 일찍 돌려보내는 것,<sup>13)</sup> 가로 막아서서 廳舍侵入을 阻止하는 것,<sup>14)</sup> 등

11) 이에대하여 田上穰治 教授는 警察權의 行使라는 것은 國民 各自에게 認定되는 公共의 安全과 秩序의 維持라는 社會生活上의 自然法的인 制約原理에 基한 義務를 前提로 하여 成立된다고 한다. 同人, 警察法(法律學全集), 48 面.

12) 昭和27年 3月22日, 大版高裁判決, 高等裁判所刑事裁判時報 23號 86 面.

13) 昭和38年 7月30日, 東京高裁判決, 東京高等裁判所刑事判決時報 14卷 7號 147 面.

14) 昭和40年 11月 1日, 神戶地裁判決, 下級裁判所刑事判例集 7卷 11號, 2039 面.

과 秩序가 붕괴된다. 다시말하면 警察官이 犯罪의 豫防·鎮壓을 위하여 行使하는 制止行爲는 刑事訴訟法이 規定하는 司法節次로서의 체포·拘禁 및 麻藥法·傳染病 豫防法 等이 規定하는 強制入院措置 등과는 달리, 公共의 安全과 秩序의 維持라고 하는 行政目的을 達成하기 위하여 緊急措置로서 取하여지는 一過性的인 手段이라는 것을 고려한다면 現在 犯罪가 行하여지거나 行하여지려고 하는 경우에 警察官으로서는 法에 明文의 規定이 있는 경우는 당연히 그에 의할 것이지만, 만약 明文의 規定이 없는 경우일지라도, 警察官職務執行法 第2條 第5號(其他 公共의 安寧과 秩序維持)를 근거로 全法律秩序의 觀點에서 모든 手段을 動員하여 犯罪를 豫防 鎮壓함으로써 警察責務의 遂行에 努力하여야 할 것이다.<sup>11)</sup>

### Ⅲ. 警察官職務執行法上 實力行使에 관한 問題

1. 一般的으로 日本에 있어서 警察官의 實力行使의 根據法令은 警察官職務執行法 第5條 後段이라고 한다. 그 第5條는 警察官은 犯罪가 막 行하여진다고 認定한 때에는, 그 豫防을 위하여 關係者에게 必要한 警告를 말하고, 만약에 그行爲에 의하여 사람의 生命 또는 身體에 危險을 미치거나 財産에 重大한 損害를 받을 우려가 있어서 緊急을 要하는 경우에는 그 行爲를 制止할 수 있다」고 規定한다. 우리나라에서도 警職法 第6條 第1項에서 이와 同一한 規定을 두고 있다. 따라서 日本에 있어서 警職法 第5條에 관한 治安警備面에서의 判例를 살펴보는 것은 우리나라 治安警備 實施에 있어서 많은 도움이 되리라고 본다. 어떠한 同條項은 條文上으로 봐서 前段은 警告를 規定하고, 後段은 制止를 規定하고 있다. 前段의 警告에 대하여는 口頭에 의한 것 外에, 경찰봉을 가지고 群衆을 밀어 놓기,<sup>12)</sup> 손으로 被告人의 어깨를 길어서 일찍 돌려보내는 것,<sup>13)</sup> 가로 막아서서 廳舍侵入을 阻止하는 것,<sup>14)</sup> 등

11) 이에대하여 田上穰治 教授는 警察權의 行使라는 것은 國民 各自에게 認定되는 公共의 安全과 秩序의 維持라는 社會生活上의 自然法的인 制約原理에 基한 義務를 前提로 하여 成立된다고 한다. 同人, 警察法(法律學全集), 48 面.

12) 昭和27年 3月22日, 大版高裁判決, 高等裁判所刑事裁判時報 23號 86 面.

13) 昭和38年 7月30日, 東京高裁判決, 東京高等裁判所刑事判決時報 14卷 7號 147 面.

14) 昭和40年 11月 1日, 神戶地裁判決, 下級裁判所刑事判例集 7卷 11號, 2039 面.

에서 보는 바와같이 動作에 의한 警告도 認定되고 있는데, 어떠한 그러한 警告는 任意手段으로 되어 있다.

2. 한편 우리나라 警察官職務執行法 第6條 第1項 後段은 制止에 관한 것으로서 行政上의 即時強制를 規定하고 있다. 따라서 同條 後段 所定の 要件을 充足하는 事態에 있어서 警察官은 當該犯罪의 豫防·鎮壓을 위하여 必要한 限度에서 實力을 行使할 수 있다. 그 要件을 살펴보면,

- i) 制止의 時期를 犯罪가 막 行하여지려고 하는 段階에 限定하고,
- ii) 制止對象이 되는 犯罪를 사람의 生命·身體에 危險을 미치거나 財産上 重大한 損害를 받을 우려가 있는 경우에 限定하고,
- iii) 緊急性을 要件으로 한다.

以上の 要件을 엄격하게 해석할 경우 警察官은 對象犯罪 등에 의하여 公共의 安寧과 秩序가 維持되기 어려운 事態에 있어서도 上記 要件이 充足되지 아니한 경우에는 制止手段을 取할 수 없는 것으로 되고, 그 結果 社會적으로 許容될 수 없는 無價値한 犯罪行爲가 放置될 수 있다. 이를 治安警備面에서 볼 때, 例컨대 道路 등에서 示威運動 등을 行하고 있는 集團이 集示法을 違反하여 소요 등을 일으켜 一般交通에 현저한 支障을 發生시킨 경우, 當該行爲가 集示法·道路交通法 등을 違反하는 犯罪를 構成하는 것은 明白하지만, 그것이 警察官職務執行法 第6條 第1項 後段의 制止要件을 充足하는가는 다시 따져 보아야 할 것이다. 또한 行政官廳에 不滿을 갖는 集團이 대거 行政廳에 밀려와서 廳舍內의 妨害 등을 頂거한 事態가 發生한 경우, 廳舍管理權者가 管理權에 基하여 退去要求를 行하고, 이에 下應하여 拒否하면 退去不應罪 또는 公務執行妨害罪를 構成하지만, 이와같은 事態가 警職法 第6條 第1項 後段의 要件을 直接 充足하는가에 대하여는 疑問이 없지 않다. 이에 대한 代表的인 日本의 判例 3 가지를 살펴보면 다음과 같다.

1) 橫濱郵便局에서 發生한 公務執行妨害事件.<sup>15)</sup>

判決要旨를 整理하면 다음과 같다.

「威力業務妨害罪가 成立하고, 그것이 계속되고 있다 하여도 그것만으로는 아직 警職法 第5條 後段의 制止行爲가 直接 許容된 것은 아니다. …… 원래 警職法 第

15) 昭和38年 6月28日, 橫濱地裁判決.

5條 後段에서 말하는 “財産에 重大한 損害를 받을 우려”라는 것은 거기에 言及된 “만약 그 行爲에 의하여”라는 規定의 文句에서도 明白한 바와같이 制止되어야 할 行爲와 發生될 수 있는 財産에 損害間에 直接 연결이 要求되고, 따라서 또한 그와 같은 財産이라는 것은 반드시 有形的인 財物에 限定되지는 않고, 制止되어야 할 行爲에 의하여 直接 損害를 받을 財産으로서 특히 具體的인 經濟的利益을 가리키는 것으로 理解하여야 할 것이다. …… 本件에 있어서 picket(集團行動)에 의하여 우편업무가 妨害되고, 國民의 財産에 損害를 미친다는 막연한 要件으로, 本條 後段의 制止가 許容될 수 없음은 물론이다. 그러므로 本件 約 200 人의 勞組員 등이 橫濱郵便局 出入口에 picket을 치고, 當局側의 入局을 저지한 事案에 대하여 警察官이 警職法 第 5條 後段을 근거로 하여 制止한 行爲는 違法으로 볼 수 밖에 없다.

2) 上記 地裁判決에 대하여 그 抗訴審인 東京高裁는 다음과 같이 判決<sup>16)</sup>하였다. 「原判決은 同法 第 5條에서의 財産上 損害는 制止되어야 할 行爲에 의하여 直接 損害를 받을 具體的인 經濟的利益이 되어야 한다고 하지만, 반드시 그렇게 좁게 해석되어야 하는 것은 아니다. 그러므로 막 하여지려고 하는 犯罪에 의하여 사람의 財産에 重大한 損害가 미칠 우려가 있다면, 그 損害가 直接的이거나 間接的이거나 同條의 制止行爲에 의한 保護의 對象이 된다고 해석함이 適當하다. 만약 犯罪가 막 행하여지려고 하고 그에 의하여 重大한 財産上의 損害가 發生할 우려가 있음에도 불구하고 그 損害가 直接的이 아니라는 理由만으로 警察官이 이를 制止할 수 없다고 한다면, 犯罪豫防의 責務를 警察官의 職務(警察法 第 2條)에 비추어 도저히 수긍하기 어렵다. 本件에 있어서 이를 살펴보면, 本件 picket 緣에 의한 業務의 妨害(勞組員 約 200名이 橫濱郵便局 通用門前에서 피켓을 들고 同局職員의 出動就勞를 阻止함으로써 우편국의 우편送達이 約 1時間 15分 지연되고, 모든 貯金 및 現金取扱 등의 各 業務와 그 準備行爲가 停止되고 있는 狀況에 있어서 그러한 事態는 橫濱郵便局의 규모에 비추어 國民經濟에 극히 重大한 損害를 끼침과 同時에 直接 이를 利用하는 國民에게도 財産上 重大한 損害를 줄 우려가 있는 狀態라고 할 수 있고, 그 事態가 계속된다면 그 損害도 더 增大될 수 있기 때문에 緊急히 이를 防止할 必要가 있는 것도 明白하다. 따라서 以上과 같은 事態는 警察官職務執行法 第 5條 後段에서 말하는 制止의 要件을 充足한 것이라 볼 수 있다」.

16) 昭和41年 8月26日, 東京高裁判決.

3) 昭和45年 6月23日, 鹿兒島縣 Demo事件.<sup>17)</sup>

이 事件은 鹿兒島縣, 志布志町內에서 午後 7時 40分頃 約 650名의 Demo集團이 道路使用許可條件에 違反하여, 國道の 中央線을 현저히 넘어 反對便의 車線까지 지그재그 Demo를 한 것인데, 이에 대한 判決의 要旨를 整理하면 다음과 같다.

「本件 Demo行進에 대한 機動隊의 規制는, 當日의 저녁무렵 2, 3次에 걸쳐서 격렬하게 Demo를 하여 폭 約 12m 道路上에서 그 中央線을 約 4m 80cm까지 넘어 反對車線을 進行하려는 車輛相互間의 접촉에 의하여 人身 또는 財物事故 및 進行차량과 Demo隊員의 접촉사고 등으로 사람의 生命, 身體에 危險이 미치거나 또는 財產에 重大한 損害가 發生할 우려가 있는 狀況에서 이루어졌고, 또한 그 規制가 始作된 始點에 있어서는 前記 지그재그 Demo가 계속 반복하여 行하여지고 또한 前記 危險, 우려의 기미가 있는 것 등의 事實이 認定된 것으로서 本件 警察部隊의 治安警備實施는 警職法 第5條 後段의 要件을 具備한 適法한 職務行爲이다」라고 判示하였다.

3. 以上 3가지 日本의 判例를 살펴보고았는데, 結局 1)의 경우를 除外하고는 日本 警察官職務執行法 第5條 後段의 要件을 너무 엄격하게 해석하지 않고, 現代社會의 情勢에 對應하여 公共의 安全과 秩序維持의 責務遂行上 必要한 範圍에서 警察權의 實力行使를 可能하도록 해석하는 것이 一般的인 傾向이 아닌가 사료된다. 한편 그러한 傾向에 따라 日本政府에서는 同法의 改正을 試圖한 바 있는데,<sup>18)</sup> 이는 우리나라 警職法 第6條 後段의 解釋에 많은 參考가 되리라고 본다.

17) 昭和46年 6月24日, 鹿兒島地裁判決.

18) 昭和33年, 第30回 國會에서 「警職法의 一部를 改正하는 法律案」이 提案되었는데 廢棄되었다. 참고로 同法 第5條의 改正點은 「第5條의 題目을 “警告 및 制止”로 고치고, 同條中 “犯罪가 막 行하여지려고 하는 것”을 “犯罪가 行하여지려는 것이 明白할 것”으로 “단약 그 行爲에 의하여”를 “犯罪가 行하여지려고 하고 그대로 放置한다면”으로 “또는 財產에 重大한 損害를 받을 우려가 있다는 것”을 “財產에 重大한 損害를 받거나 또는 公共의 安全과 秩序가 현저히 紊亂할 우려가 있는 것이 明白할 것”으로 고친다」라고 하였다. 竹島久和士, 治安警備의 法的考察, 警察學論集 36卷6號, 24面.

## IV. 日本 公安條例上의 所要의 措置에 관한 問題

### 1. 公安條例의 合憲性判斷

現在 日本의 地方條例 中, 公安條例라고 하는 題名의 條例는 없고, 例컨대 東京都 公安條例라고 부르고 있는 條例의 正式名稱은 “集會, 集團行進 및 集團示威運動에 관한 條例”이다. 따라서 日本에서 公安條例라고 호칭되고 있는 條例는 地方 公共團體가 地方自治法에서 規定하는 「地方公共의 秩序를 維持하고, 住民 및 滞在者의 安全, 健康 및 福祉를 保持하는 것」에 근거하여 事務處理를 위하여 制定된 것으로서, 現在 全國에서 60 條例(都縣條例 25, 市條例 35)에 이르는데, 各 地方公共團體가 獨自의 立場에서 制定하고 있기 때문에 集團行動의 規制라고 하는 點에서는 共通이지만, 具體的 規制內容에 대하여는 반드시 同一한 것은 아니다.

이러한 公安條例 中, 例컨대 東京都 公安條例 第 4 條는 「警視總監은 第 1 條, 第 2 條의 記載事項, 前條 第 1 項 但書 및 第 3 項의 規定에 違反하여 行하여진 集會, 集團行進 또는 集團示威運動의 參加者에 대하여 公共의 秩序를 保持하기 위하여 警告를 發하여 그 行爲를 制止하고 其他 그 違反行爲를 是正하는데 必要한 限度에서 所要의 措置를 取할 수 있다」고 하여, 行政警察上 即時強制를 포함하여 警察權發動의 要件을 規定하고 있다. 이와같은 所要의 措置規定을 設置하고 있는 것은 現行 60 個 條例 中 32 個 條例가 있다. 따라서 公安條例 中 警告, 制止, 所要의 措置規定을 두고있는 公安條例를 갖는 警察에 있어서는 治安警備의 實施에 있어서 對象集團이 條例에 違反하는 行爲가 있다면, 當該公安條例에 근거하여 違反行爲 是正을 위한 實力行使를 포함한 警察措置를 강구하는 것은 當然하다.

公安條例에 대하여는 條例가 規制對象으로 하는 集會, 集團行進, 集團示威運動이 表現의 自由로서 憲法에 의하여 保障되어야 할 基本權이기 때문에 公判段階에서 엄격히 그 條例의 合憲성이 다투어져야 하는데, 最高裁는 昭和 29 年 11 月 24 日, 新潟縣 公安條例에 대하여 最初의 合憲判斷을 하고, 다음에 昭和 35 年 7 月 20 日, 東京都 公安條例에 대하여 合憲判斷을 함으로써 대개 全國 公安條例의 合憲성이 確立되었다. 그 判決의 內容을 要約하면 다음과 같다.<sup>19)</sup>

「…… 그런데 憲法 第 21 條에서 規定하는 集會, 結社 및 言論·出版 其他 一切

19) 昭和 35 年 7 月 20 日, 最高裁 大法廷 判決.

의 表現의 自由가 侵害될 수 없는 永久의 權利 즉 基本的人權에 屬하고, 그 完全한 保障이 民主政治의 基本原則의 하나라고 하는 것, 特히 그것이 民主主義를 全體主義로부터 區別하는 가장 重要한 하나의 特徵을 이룬다는 것은 多言을 贅하지 않는다. 그러나 國民이 그와같은 自由를 濫用하지 않고, 언제나 公共福祉를 위하여 이를 行使할 責任을 진다는 것도 다른 種類의 基本權과 다를 바 없다. …… 本件에서 다투어지고 있는 昭和 25 年 東京都條例 第 44 號 集會, 集團行進 및 集團示威運動에 관한 條例(以下 本條例라 한다)가 憲法에 適合한가 與否의 問題도 結局 本條例에 의하여 憲法이 保障하는 表現의 自由가 憲法이 定하는 濫用禁止와 公共福祉의 保持要請을 넘어 不當하게 制限되는가이다. …… 대개 集團行動은 學生들의 소풍, 修學旅行 및 冠婚喪祭 등의 行事を 除外하고, 通常 一般大衆에 호소하는 政治, 經濟, 勞動, 世界觀 등에 관한 어떠한 思想, 主張, 感情 등의 表現을 內包한다. 이 點에서 集團行動에는 表現의 自由로서 憲法에 保障되어야 할 要素가 存在하는 物론이다. 그런데 그러한 集團行動에 의한 思想 등의 表現은 단지 言論·出版 등에 의한 것과는 달리, 現在의 多權人의 集合體의 힘, 結局 潛在하는 一種의 物理的인 힘에 의하여 支持되는 것을 그 特徵으로 한다. 그러나 그 潛在的인 힘은 혹은 豫定된 計劃에 따라서 혹은 突發的인 內外로부터의 刺戟·煽動에 의하여 극히 容易하게 動員될 수 있는 性質이다. 이 경우에 평온정숙한 集團이라 할지라도 때에 따라 격앙된 渦中에서 심한 경우에는 一瞬間 폭도로 化하고, 實力에 의하여 法과 秩序를 유린하여, 集團行動의 指揮者는 물론 警察力으로서도 어찌할 수 없는 事態로 發展하는 危險이 存在하는 것은 群衆心理의 法則과 現實의 經驗에 비추어서 明白하다. 따라서 地方公共團體가 순수한 意味에 있어서, 表現의 自由에 대한 事前抑制인 檢閱이 憲法 第 21 條 第 2 項에 의하여 禁止되어 있음에도 불구하고, 集團行動에 의한 表現의 自由에 관한 限, 소위 「公安條例」로서 地方的情況 其他 諸般事情을 充分히 고려하고, 豫測 못한 事態에 對備하여 法과 秩序를 維持하기 위한 必要最小限度의 措置를 事前에 강구하는 것은 禁할 수는 없다 하겠다.

## 2. 警察官職務執行法과의 關係

公安條例上の 所要의 措置規定은 上述한 바와같이 行政警察上 即時強制를 포함하는 것이기 때문에 警察官職務執行法 第 5 條와의 關係가 문제된다. 즉 警察官職務執行法 第 5 條 後段의 制止規定은 既述한 바와같이(Ⅲ. 1), 警察權發動의 要件을

엄격히 規定하고 있고, 이에 對比하여 公安條例가 規定하는 警察權發動의 要件이 지나치게 完화된 것은 아닌가, 따라서 公安條例의 所要의 措置規定은 法の 先占領域을 侵害하는 것이 아닌가 등의 의문이 있다. 이에 대하여 東京高裁는 東京都公安條例 第4條는 警察官職務執行法 第5條의 趣旨에 反하는 것은 아니라고 判斷하였다.<sup>20)</sup> 그 內容을 살펴보면 다음과 같다.

「警察官職務執行法 第5條는 犯罪가 먼저 行하여지려고 하는 것을 認定하려고 할 때 警察官에 대하여 警告 내지는 制止의 權限을 認定한 規定이고, 都公安條例 第4條는 集團行動이 同條例에 違反하여 行하여진 경우에 警視總監에 대하여 警告, 制止 其他 所要의 措置를 取할 權限을 認定한 規定으로서 認定될 수 있다. 그러나 이 規定을 주의하여 읽어보면, 前者는 犯罪가 막 行하여지려고 하는 경우에 즉 犯罪가 實行되기 前段階를 規定한 것임에 대하여 後者는 이미 條例에 違反한 行爲가 行하여진 段階를 規定한 것으로서 規定의 對象이 明白히 다르기 때문에 그 點에서는 兩規定은 저촉된다고 볼 수 밖에 없다. 그러나 警職法이 第5條에서 犯罪가 막 行하여 지려고 하는 경우의 警察官의 權限만을 規定하고 있다고 하여도, 나아가 犯罪 내지 違法行爲가 이미 行하여진 段階에 있어서 警察官 등의 權限을 否定하는 것은 아니라고 할 것인바, 이 點에 관하여 다른 法令이 所定의 경우에 必要하다고 認定하는 規定을 警職法이 禁하는 것이라고는 해석되지 않는다. 뿐만 아니라 同法 第5條가 規定하는 경우는 犯罪가 막 行하여지려고 하는 것으로서 말하자면 犯罪行爲의 實行 前이기 때문에 이에 대한 警察官의 介入은 基本權保障의 觀點으로부터도 신중히 그 要件과 限度를 規定할 必要가 있기 때문에 同條가 規定되었다고 생각되고, 이에 대하여 나아가 犯罪 내지 違法行爲가 現在 行하여진 경우에는 이를 阻止하는 것은 公共의 秩序維持에 當하는 警察의 當然한 責務로서, 굳이 그 阻止의 權限에 대하여 警職法에 特別한 規定을 할 必要가 없기 때문에 同法에 規定을 두지 않은 것이라 해석된다. 또한 警職法 第1條 第1項의 目的規定을 보더라도 同法이 警察官의 職務遂行을 위하여 모든 手段을 規定한 것이고, 同法에 規定하지 않은 事項에 관하여는 어떠한 權限도 認定하지 않는다고는 해석되지 않는다. 특히 同法이 그 第5條에 있어서 犯罪 實行 以前의 警告, 制止 등의 權限을 認定하면서, 一步 나아가 實行의 段階에 이른 경우에 制止 등의 權限을 否定한다고는 도저히 생각될

20) 昭和46年 3月10日, 東京高裁判決.

수 없다. 따라서 그 意味에서는 都公安條例 第4條가 이미 同條例違反의 行爲가 行하여진 경우에 대하여 警告, 制止 其他 所要의 措置를 取할 權限을 規定한 것은 當然하다 하겠지만, 同條例가 憲法上 表現의 自由와 밀접한 關係가 있음에 비추어 그 措置가 “公共의 秩序를 維持하기 위하여 ……必要한 限度에서” 取하여져야 한다는 것을 強調함은 큰 意味가 있다 할 것이다. 이렇게 볼 때에 都公安條例 第4條는 警職法 第5條 및 同法의 趣旨에 조금도 反하는 것이 아니다.]

다음으로 公安條例가 規定하는 制止와 警察官職務執行法 第5條 後段에 規定하는 制止에 대하여 公安條例의 規定이 警職法에 比하여 警察權發動의 要件이 完화된 것이기 때문에 兩者間에 實力行使의 限界에 대하여 差異가 있는 것은 아닌가 하는 의문도 있다. 그러나 警職法이 規定하는 制止도 公安條例가 規定하는 制止도 모두 行政上의 即時強制權을 定한 것이기 때문에, 兩者의 實力行使의 限界에 差異가 있다고는 생각되지 않는다.

## V. 現行犯 鎮壓論理로서의 制止

日本 警察官職務執行法 第5條에서 規定하고 있는 制止의 要件에 대하여는 本論文 III에서 既述한 바와같이 극히 엄격한 制約이 있기 때문에 現在 犯罪行爲에 의하여 公共의 安全과 秩序維持의 責務를 맡은 警察에 있어서, 法의 空白을 理由로 이를 放置시킬 수 밖에 없다고 하는 異狀한 狀態가 招來되는 경우가 있을 수 있음은 이미 살펴 본 바와같다.<sup>21)</sup> 이와같은 問題와 관련하여 昭和 38年 11月 16日 「第29回 大阪地方 May Day 事件」을 審理한 大阪地裁는 Demo條件의 違反을 規制한 警察部隊의 職權行使에 대하여 「犯罪가 이미 行하여지고 있는 때에는 警察官으로서 現行犯으로 당해 行進에 參加하고 있는 Demo隊員을 체포하는 것도 適法이지만, 上記 犯罪는 集團에 의하여 行하여진 것이고, 警察官의 警備刀, 事案의 性質 其他 諸般事項을 고려하여 일일이 체포함이 없이 犯罪에 대하여 警告를 發하거나 이를 阻止하기 위하여 制止하는 것도 當然 고려되어야 할 措置이고, 물론 適法하다 할 것이다. 따라서 이와같은 이미 犯罪가 行하여지고 있는 경우에는 警職法 第5條에서

21) 이에 대하여는 本論文 II. 2. 註6) 參照.

수 없다. 따라서 그 意味에서는 都公安條例 第4條가 이미 同條例違反의 行爲가 行하여진 경우에 대하여 警告, 制止 其他 所要의 措置를 取할 權限을 規定한 것은 當然하다 하겠지만, 同條例가 憲法上 表現의 自由와 밀접한 關係가 있음에 비추어 그 措置가 “公共의 秩序를 維持하기 위하여 ……必要한 限度에서” 取하여져야 한다는 것을 強調함은 큰 意味가 있다 할 것이다. 이렇게 볼 때에 都公安條例 第4條는 警職法 第5條 및 同法의 趣旨에 조금도 反하는 것이 아니다.]

다음으로 公安條例가 規定하는 制止와 警察官職務執行法 第5條 後段에 規定하는 制止에 대하여 公安條例의 規定이 警職法에 比하여 警察權發動의 要件이 完화된 것이기 때문에 兩者間에 實力行使의 限界에 대하여 差異가 있는 것은 아닌가 하는 의문도 있다. 그러나 警職法이 規定하는 制止도 公安條例가 規定하는 制止도 모두 行政上의 即時強制權을 定한 것이기 때문에, 兩者의 實力行使의 限界에 差異가 있다고는 생각되지 않는다.

## V. 現行犯 鎮壓論理로서의 制止

日本 警察官職務執行法 第5條에서 規定하고 있는 制止의 要件에 대하여는 本論文 III에서 既述한 바와같이 극히 엄격한 制約이 있기 때문에 現在 犯罪行爲에 의하여 公共의 安全과 秩序維持의 責務를 맡은 警察에 있어서, 法의 空白을 理由로 이를 放置시킬 수 밖에 없다고 하는 異狀한 狀態가 招來되는 경우가 있을 수 있음은 이미 살펴 본 바와같다.<sup>21)</sup> 이와같은 問題와 관련하여 昭和 38年 11月 16日 「第29回 大阪地方 May Day 事件」을 審理한 大阪地裁는 Demo條件의 違反을 規制한 警察部隊의 職權行使에 대하여 「犯罪가 이미 行하여지고 있는 때에는 警察官으로서 現行犯으로 당해 行進에 參加하고 있는 Demo隊員을 체포하는 것도 適法이지만, 上記 犯罪는 集團에 의하여 行하여진 것이고, 警察官의 警備刀, 事案의 性質 其他 諸般事項을 고려하여 일일이 체포함이 없이 犯罪에 대하여 警告를 發하거나 이를 阻止하기 위하여 制止하는 것도 當然 고려되어야 할 措置이고, 물론 適法하다 할 것이다. 따라서 이와같은 이미 犯罪가 行하여지고 있는 경우에는 警職法 第5條에서

21) 이에 대하여는 本論文 II. 2. 註6) 參照.

말하는 사람의 生命 또는 身體에 危險을 미치는 狀況이 없더라도 이를 制止할 수 있다고 해석된다. 이는 同法 및 刑事訴訟法의 精神에 비추어서도 妥當하다 할 것이다. 라고 함으로써 警察部隊의 制止行爲를 適法한 職權行使로 判斷하였다. 이 判決以後 警察法 第5條에 定한 制止의 要件을 缺한 事態에 있어서도, 그것이 現行犯의 경우에는 同條가 規定하는 制止行爲程度의 即時強制手段은 是認될 수 있다는 判決이 계속해서 나오게 되었다. 그 判決들의 要旨을 紹介하면 다음과 같다.

1) 政防法反對 Demo 事件<sup>22)</sup>

「警察法 第5條는 犯罪가 막 行하여지려고 하는 경우에 所論과 같은 要件下에서 制止行爲를 할 수 있는 趣旨을 規定하고 있는 것인데, 本件의 경우는 그것과는 別個로 上記 警察官의 實力行使의 경우에는 前記 大阪市 公安條例 第5條의 「公安委員會가 附加한 條件에 따르지 않는 것은 1年 以下의 懲役 또는 5萬圓 以下의 罪金에 處한다.」고 하는 規定에 해당하는 犯罪行爲가 이미 成立하고, 다시 계속하여 侵害行爲가 반복되고 있었기 때문에 警察官은 同法과는 別도로 司法警察로서 現行犯逮捕 또는 其他의 防止手段을 取하려는 것이다. 즉 警察法 第2條에 의하면 犯罪의 豫防과 함께 犯罪의 鎮壓을 警察의 責務로서 規定하고 있는데 犯罪의 豫防에 대하여는 犯罪豫防이라는 이름아래 헛되이 實力行使가 濫用되고, 不當히 人權이 侵害되는 것을 고려하여, 이를 防止하기 위하여 犯罪豫防手段을 取할 수 있는 要件이라든지 그 手段을 必要最少限에 그치고, 人權을 保護하고자 하는 意圖로부터 警察官職務執行法 第5條가 設置되어 있는 것으로 해석된다. 그런데 同法은 犯罪가 이미 行하여진 경우에 있어서 鎮壓手段을 取할 要件이라든지 그 手段에 대하여 何等 規定하고 있지 않다. 그렇다고 하여 本件과 같이 犯罪가 막 行하여지려 하는 段階를 넘어 이미 犯罪가 發生하여 違法狀態가 계속되고 있는 경우에 이를 鎮壓하여 公共의 安全과 秩序를 維持하는 責務를 遂行하기 위하여 刑事訴訟法에 의한 強制手段 以外에는 取할 手段이 없다고 할 것인가. 本件과 같은 경우 現行犯逮捕에 의하여 犯罪를 鎮壓하려 한다면, 그 混亂은 一層 커지고 多數의 者의 人權을 侵害하는 事態가 發生할 우려가 없다고는 할 수 없기 때문에, 이를 피하기 위하여 오히려 그 當時狀況에 의하여 多數의 者를 逮捕하지 않고, 緊急을 要하는 경우에는 犯罪豫防에 대하여 規定된 同法 第5條에서 말하는 制止行爲정도의 即時強制手段은 是認되

22) 昭和40年 2月27日, 大阪高級判決.

는 것이 當然한 것이고, 이와같은 경우에는 所論에서 말하는 同條의 “사람의 生命 또는 身體에 危險을 미치거나 財産에 重大한 損害를 받을 우려가 있는 경우”가 아니고도, 犯罪行爲를 制止할 수 있다고 해석된다. 따라서 前記와 같은 本件의 警察官의 實力行使는 처음부터 適法한 職務行爲라고 하지 않으면 안된다.]

### 2) 佐世保原潛寄港反對Demo事件 抗訴審判決<sup>23)</sup>

「本件의 경우 佐世保警察署長이 道路의 特別使用을 許可하였지만, K中隊가 實力行使로 나오고 과격한 行進등 交通의 妨害가 되는 方法으로 Demo를 進行하기 때문에, 道路交通法 第119條 第1項 13號(法定刑은 3月 以下의 懲役 또는 3만원 以下의 罰金)의 犯罪가 成立하고, 나아가 變態된 違法狀態가 계속되고 있었다고 할 수 있고, 따라서 그러한 事態에 直面한 警察官은 直接 司法警察로서 난폭行進參加者를 現行犯으로 처포하는 것에 何等 法律上의 장애는 없이 처음부터 適法이고, 警察法 第2條 第1項이 豫防 및 이미 發生한 犯罪의 鎮壓을 警察의 責務로 한 취지에 適合하다고 할 것인 바, 만약 그들의 사람數, 주위의 狀況 등으로 봐서 集團에 대하여 一舉에 現行犯逮捕의 措置를 取하면 도리어 혼란을 擴大시키고 交通을 마비시킬 우려가 있고, 한편 現在の 違法狀態를 事實上 중식시키고 侵害된 交通秩序를 回復하여 事態를 평온히 진정시키기 위하여는, 警察官의 裁量으로 現行犯逮捕라고 하는 強力한 手段을 取함이 없이 그것보다 경미한 警察法 第5條 後段에 定한 制止程度의 即時強制의 措置를 取한다고 하여도 결코 法の 精神에 反한다고는 할 수 없고, 警察法 第2條 第1項에서 엄격히 警戒하고 있는 權限濫用의 경우에도 해당되지 않는다고 사료된다.]

### 3) 博多驛 Demo 事件<sup>24)</sup>

「…… 살피건대 위 第1中隊의 排除行爲의 適否를 검토함에 있어서 上記와 같이 學生들은 驛側의 退去要求를 無視하고 違法으로 계속해서 滯留하고 있고, 한편 博多驛은 오전 7시 30분부터 러시아워이기 때문에 이를 그대로 放置하면 곧 一般旅客과 혼동되어 混雜狀態에 빠지게 되고, 博多驛의 正常한 業務를 阻害할 우려가 있을 뿐만 아니라, 不測의 人身事故가 發生할 危險도 있고, 더우기 鐵道公安職員이 學生의 과격한 Demo에 달려들어 곤란한 狀態가 나타날 수 있으므로, 그러한 事態

23) 昭和44年 3月19日, 福岡高裁判決. 이에대한 一審判決은 本論文 II. 註6) 參照.

24) 昭和45年 11月25日, 福岡高裁判決.

는 警職法 第5條에서 말하는 “그 行爲에 의하여 사람의 生命 또는 身體에 위험을 미치는 緊急한 경우”에 해당되어, 警察官은 同條에 의하여 學生들의 滯留行爲를 制止할 수 있다. 뿐만 아니라 警察官職務執行法 第5條는 犯罪가 막 行하여지려고 하는 경우의 規定이지만, 本件에 있어서는 現在 不退去罪라고 하는 犯罪가 行하여지고 있기 때문에, 同法 第5條와 같은 要件이 具備되지 못한다 하여도 이를 制止할 수 있다고 해석된다. 왜냐하면 現行犯의 경우에는 刑事訴訟法 第213條의 規定에 의하여 누구도 犯人을 逮捕할 수가 없는 것이고, 逮捕는 犯罪의 無條件的인 制止인데, 이는 人身의 自由에 대한 重大한 侵害이기 때문에 逮捕의 必要가 없다고 認定될 때에는 犯罪의 鎖壓을 그 責務로 하는(警察法 第2條) 警察官은 犯人을 逮捕하는 정도의 實力을 行使함이 없이 相當한 方法으로 이를 制止할 수 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 警察部隊가 通路에서 不法으로 滯留한 學生들에 대하여 排除行爲를 한 것은 適法한 措置라고 할 수 밖에 없다」

以上 3가지의 判例의 要旨를 살펴보면 첫째, 政防法反對 Demo事件의 경우는 警察官은 犯罪의 豫防, 被疑者의 逮捕外에 犯罪의 鎖壓을 그 責務로 하고 있기 때문에(警察法 §2), 多數犯罪의 경우는 現在 犯罪가 行하여지고 있는 경우라도 반드시 現行犯逮捕에 의하여 犯罪를 鎖壓할 必要는 없다. 왜냐하면 現行犯逮捕에 의하여 犯罪를 鎖壓하려 한다면, 그 混亂은 一層 커지고 多數의 者의 人權을 侵害하는 事態가 發生할 우려가 없다고는 할 수 없기 때문이다. 따라서 警察官은 그 當時의 狀況을 判斷하여 多數의 者를 逮捕하지 않고 緊急을 要하는 경우에는 犯罪豫防에 대하여 規定된 警察法 第5條에서 말하는 制止行爲 정도의 即時強制手段은 承認되는 것으로 본다. 둘째의 佐世保事件 抗訴審의 경우는 侵害된 交通秩序를 回復하고 事態를 平穩하게 진정시키기 위하여는 그 裁量에 의하여 구태여 現行犯 逮捕라고 하는 強力한 手段으로 訴追하지 않고, 그것보다 가벼운 警職法 第5條 後段에서 定한 制止程度의 即時強制措置를 取한다 하여도 決코 法의 精神에 反한다고 볼 수 없고, 警職法 第2條 第2項에서 엄격히 警戒하고 있는 權限濫用의 경우에도 저촉되지 않는다고 思料된다. 셋째, 博多驛Demo事件의 경우는, 制止는 逮捕보다도 人權侵害가 적은 것이기 때문에 사람의 生命이나 身體에 危險을 미치거나 財産에 重大한 損害를 끼칠 우려가 있는 경우에 限하지 않고, 警察法 第2條에서 規定하는 警察의 責務에 비추어 警察官은 相當한 方法으로 犯罪行爲를 制止할 수 있다고 해석된다고 보고 있다.

따라서 結局 日本判例의 立場은, 例컨대 道路交通法에 違反하는 Demo의 規制 縣廳·縣議會 등에 계속 滯留하여 退去要求에 應하지 않는 不退去集團의 規制, 出入禁止場所에 警告를 無視하고 出入하는 輕犯罪法 등에 違反하는 不法集團의 規制 등에 대하여는, 當該事態가 警職法 第5條 後段에서 規定하는 制止의 要件을 缺한 경우에 있어서도, 道路交通法違反, 不退去罪 또는 輕犯罪法 違反 등의 現行犯 鎮壓을 위한 制止로서 必要한 限度에서 強制力을 行使한 것은 警察官의 適法한 職務行爲로 보고 있음을 알 수 있다.

## VI. 結 語

治安警備라 함은 本論文 I.에서 說明된 바와같이 보통 警察部隊가 集團으로 行하여진 警備犯罪를 豫防·鎮壓하는 警察活動을 말한다. 우리나라에서는 이제까지 이러한 治安警備에 관한 個別的인 法的考察은 없었고, 다만 一般的인 行政法理論에서 警察權行使의 根據와 限界의 法理로서 다루어져 왔다고 볼 수 있다.

즉 警察權行使의 一般的授權條項으로서 警察官職務執行法 第2條 職務의 範圍; 第5號의 “公共의 安寧과 秩序維持”를 提示하고, 同法 第3條 「不容檢問」에서부터 第11條 「武器使用」에 이르기까지의 規定을 例示的인 個別的授權條項으로 본다. 그리하여 警察權行使에 관하여 個別的授權條項에 空白이 있는 경우 一般的授權條項을 根據로 하여 警察權은 實力行使를 하고, 다만 이 경우에 法治主義의 原則上 그 要件을 엄격히 하기 위하여 條理上의 限界原則(警察公共의 原則, 消頓의 原則, 比例의 原則 등)이 適用된다고 한다.<sup>25)</sup> 그러나 그러한 理論體系에서 說明되고 있는 “公共의 安寧秩序維持”라든지 “條理上의 原則”과 特히 警察官職務執行法 第6條 「犯罪의 豫防과 制止」中 “人命·身體에 危害,” “財產上 重大한 損害,” “緊急性” 등은 극히 抽象的의 이어서, 이에대한 具體的判例가 形成되어 있지 않은 우리나라의 경우에는 그 概念이 애매모호한 면이 없지 아니하다.

그러한 點에서 本論文에서 紹介되고 있는 日本의 治安警備에 관한 判例는 우리나라 實定法 解釋에 많은 參考가 되리라고 본다. 結局 日本에서의 治安警備에 관한 判

25) 앞의 註3) 參照.

따라서 結局 日本判例의 立場은, 例컨대 道路交通法에 違反하는 Demo의 規制 縣廳·縣議會 등에 계속 滯留하여 退去要求에 應하지 않는 不退去集團의 規制, 出入禁止場所에 警告를 無視하고 出入하는 輕犯罪法 등에 違反하는 不法集團의 規制 등에 대하여는, 當該事態가 警職法 第5條 後段에서 規定하는 制止의 要件을 缺한 경우에 있어서도, 道路交通法違反, 不退去罪 또는 輕犯罪法 違反 등의 現行犯 鎮壓을 위한 制止로서 必要한 限度에서 強制力을 行使한 것은 警察官의 適法한 職務行爲로 보고 있음을 알 수 있다.

## VI. 結 語

治安警備라 함은 本論文 I.에서 說明된 바와같이 보통 警察部隊가 集團으로 行하여진 警備犯罪를 豫防·鎮壓하는 警察活動을 말한다. 우리나라에서는 이제까지 이러한 治安警備에 관한 個別的인 法的考察은 없었고, 다만 一般的인 行政法理論에서 警察權行使의 根據와 限界의 法理로서 다루어져 왔다고 볼 수 있다.

즉 警察權行使의 一般的授權條項으로서 警察官職務執行法 第2條 職務의 範圍; 第5號의 “公共의 安寧과 秩序維持”를 提示하고, 同法 第3條 「不容檢問」에서부터 第11條 「武器使用」에 이르기까지의 規定을 例示的인 個別的授權條項으로 본다. 그리하여 警察權行使에 관하여 個別的授權條項에 空白이 있는 경우 一般的授權條項을 根據로 하여 警察權은 實力行使를 하고, 다만 이 경우에 法治主義의 原則上 그 要件을 엄격히 하기 위하여 條理上의 限界原則(警察公共의 原則, 消頓의 原則, 比例의 原則 등)이 適用된다고 한다.<sup>25)</sup> 그러나 그러한 理論體系에서 說明되고 있는 “公共의 安寧秩序維持”라든지 “條理上의 原則”과 特히 警察官職務執行法 第6條 「犯罪의 豫防과 制止」中 “人命·身體에 危害,” “財産上 重大한 損害,” “緊急性” 등은 극히 抽象的의 이어서, 이에대한 具體的判例가 形成되어 있지 않은 우리나라의 경우에는 그 概念이 애매모호한 면이 없지 아니하다.

그러한 點에서 本論文에서 紹介되고 있는 日本의 治安警備에 관한 判例는 우리나라 實定法 解釋에 많은 參考가 되리라고 본다. 結局 日本에서의 治安警備에 관한 判

25) 앞의 註3) 參照.

예의 傾向을 보면, 日本 警察官職務執行法 第5條 「犯罪의 豫防과 制止」(우리나라의 경우 第6條에 해당됨)의 要件 즉 “犯罪行爲가 日前에 行하여지려고 認定될 때” “生命·身體에 대한 危害,” “緊急을 要하는 경우” 등을 너무 엄격하게 해석할 경우 治安의 空白이 생길 수 있기 때문에, 그러한 경우 日本警察法 第2條 「警察의 職務 (우리나라의 警職法 第2條 「職務의 範圍」에 해당됨)와의 行儀的인 해석에서 또는 現行犯 鎮壓의 論理로서 全法律秩序의 觀點에서 解決되어야 한다고 보고 있는 듯하다. 어쨌든 民主主義政治는 한편에서는 國民의 自由로운 意思表現의 自由와 다른 한편에서는 法秩序維持를 兩軸으로 하여서만 存立할 수 있는 制度이기 때문에, 그러한 面에서 本論文에서 살펴 본 治安警備의 法的問題에 관한 日本의 判例는 우리에게 많은 示唆을 주고 있다고 볼 수 있다.

## 參 考 文 獻

- 金南長, 行政法의 基本問題, 經文社, 1983.  
 「警察權의 根據와 限界」, 考試研究, 1972.12.  
 「警察權發動의 條件과 對象」, 考試界, 1982.7.  
 「行政上 便宜主義」, 月刊考試, 1978.8.  
 徐元宇, 「警察法上의 概括條項」, 月刊考試, 1978.8.  
 李鳴九, 「警察作用과 公共秩序」, 考試研究, 1984.1.  
 石琬頤, 「警察의 概念」, 月刊考試, 1984.4.  
 田上穰治, 警察法(法律學全集 12), 1968.  
 關根謙一, 警察의 概急と 警察權의 限界(1~9), 警察學論集 33 卷 10 號~ 34 卷 6 號(1980.10~1981.6).  
 茂田忠良, 警察活動における 強制手段と 任意手段, 警察學論集 35 卷 2 號(1982.2).  
 竹島久和士, 治安警察備의 法的考察, 警察學論集 36 卷 6 號

예의 傾向을 보면, 日本 警察官職務執行法 第5條 「犯罪의 豫防과 制止」(우리나라의 경우 第6條에 해당됨)의 要件 즉 “犯罪行爲가 日前에 行하여지려고 認定될 때” “生命·身體에 대한 危害,” “緊急을 要하는 경우” 등을 너무 엄격하게 해석할 경우 治安의 空白이 생길 수 있기 때문에, 그러한 경우 日本警察法 第2條 「警察의 職務 (우리나라의 警職法 第2條 「職務의 範圍」에 해당됨)와의 行儀的인 해석에서 또는 現行犯 鎮壓의 論理로서 全法律秩序의 觀點에서 解決되어야 한다고 보고 있는 듯하다. 어쨌든 民主主義政治는 한편에서는 國民의 自由로운 意思表現의 自由와 다른 한편에서는 法秩序維持를 兩軸으로 하여서만 存立할 수 있는 制度이기 때문에, 그러한 면에서 本論文에서 살펴 본 治安警備의 法的問題에 관한 日本의 判例는 우리에게 많은 示唆을 주고 있다고 볼 수 있다.

## 參 考 文 獻

- 金南長, 行政法의 基本問題, 經文社, 1983.  
 「警察權의 根據와 限界」, 考試研究, 1972.12.  
 「警察權發動의 條件과 對象」, 考試界, 1982.7.  
 「行政上 便宜主義」, 月刊考試, 1978.8.  
 徐元宇, 「警察法上의 概括條項」, 月刊考試, 1978.8.  
 李鳴九, 「警察作用과 公共秩序」, 考試研究, 1984.1.  
 石琬頤, 「警察의 概念」, 月刊考試, 1984.4.  
 田上穰治, 警察法(法律學全集 12), 1968.  
 關根謙一, 警察의 概急と 警察權의 限界(1~9), 警察學論集 33卷 10號~34卷 6號(1980.10~1981.6).  
 茂田忠良, 警察活動における 強制手段と 任意手段, 警察學論集 35卷 2號(1982.2).  
 竹島久和士, 治安警察備의 法的考察, 警察學論集 36卷 6號

Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, 1978.

Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrabwehr, 1974.

Friauf, Polizei-und Ordnungsrecht, in: von Munch, Besonderes  
Verwaltungsrecht, 1982.

Götz, Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht, 1976.

#### Abstract

A Legal Study on the Public Security Guarding.

-Focussed on Judicial Precedent of the Public  
Security in Japan-

Lee, Kwan Hee  
Asst. Prof., ph.D.  
Law Dept., KNPC.

The Public Security Guarding means police unit activity that prevents or suppresses the massive crime which harms public security.

In Korea there is Police-Job-Executing-Law that maintains public security and regulates police activities. However, it

is impossible that the Law prescribes every feasible situation, and there is no denying possibilities of misfeasance in actual police activities.

Therefore this thesis aims at studying the Public Security Guarding legally through concrete judicial precedents of Japan, for the case has not developed in Korea. The contents is as follows.

- I. Preface
- II. Legal base of the Public Security Guarding
- III. Legal requisite of Police Power Exercise.
- IV. Legal Problem of necessary action on local Public Security bylaw in Japan
- V. Restraint as a logic of flagrant delict suppression
- VI. Conclusions

