

한국 경찰작용법의 형성과정과 그 의미에 관한 연구*

- 경찰관직무집행법을 중심으로 -

이 운 주**

< 목 차 >

- I. 서 설
- II. 우리 나라의 시대별 경찰작용법
- III. 현행 경직법에 대한 법제사적 검토
- IV. 경직법 관련문제
- V. 결 론

I. 서 설

1. 주지하는 바와 같이 오늘날 법치주의는 모든 행정, 그 중에서도 가장 전형적인 침해행정의 하나로 취급되고 있는 경찰작용에 있어 가장 크게 요구되고 있으며, 그 기본법이라고 할 수 있는 경찰관직무집행법(이하 '경직법'이라 한다)에 대한 이해는 전체 경찰작용에 대한 올바른 해석을 위해서 불가결하다 할 것이다.

그러나 과연 그동안 해석론은 물론이러니와,¹⁾ 입법론의 입장에서도,²⁾ 경직법에 대한 연

* 본 논문은 2002년 11월 2일 제3회 경찰법학회 학술회의에서 발표된 논문을 수정보완한 것임.

** 경찰대학 경찰학과 교수요원

1) 우리는 아직 경찰관직무집행법에 관한 Kommentar조차 눈에 띄지 않는다. 부분적으로는 일부 연구보고서가 있다(탁희성, 불심검문의 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원(연구보고서 99-10), 1999).

2) 입법론에 대해서는 미약하나마 어느 정도의 연구가 되어 있는 듯하다(홍준형, 경찰통합법에 관한 연구,

구가 충분히 이루어지고 있는지에 대해서는 자못 의심스럽고, 나아가 해석론과 입법론의 바탕이 되는 법제사적 접근은 여전히 미흡한 것이 현실일 것이다.

이러한 인식을 바탕으로 본 논문은 첫째로 우리나라 경직법이 어떤 과정을 거쳐 형성되었는지 살펴보고자 한다. 경직법의 형성과정에 대한 법제사적 접근은 현재의 법규를 제대로 이해하고 해석하는데 반드시 필요한 토대이기 때문이다. 여기서는 이미 내용이 알려져 있는 1953년 경직법 제정 이후보다는 제정까지의 과정과 그 내용을 중심으로 살펴보고자 한다. 시기적으로는 이른바 근대적 의미의 경찰이 출범하였다고 일반적으로 평가되는 1894년의 갑오경장에서부터 출발하고자 한다.

둘째로 그 형성과정을 바탕으로 경직법의 성격과 특징을 규명해 보고자 한다. 그동안 우리 학계에서는 기본적으로는 경직법을 행정작용적 성격, 즉 즉시강제의 기본법이라는 입장에 입각해 논의해 왔으나, 과연 그렇게 한정할 수 있는 것인지를 검토해 보고, 경직법과의 관련문제들을 아울러 검토해 보고자 한다.

2. 다만 여기서 무엇이 경찰작용인가 하는 문제가 발생할 수 있다.³⁾ 그러나 본 논문은 그 문제를 본격적으로 다루는 것은 아니므로, 일단 현행 경찰관직무집행법의 행위형식에 초점을 맞추고, 가능한 한 그 범위 내에서 접근해 가고자 한다.

Ⅱ. 우리 나라의 시대별 경찰작용법

1. 갑오경장(1894년)~1910년까지의 경찰작용법

가. 개략

1894년 갑오경장부터 1910년 일제식민지배 전까지의 기간을 법제사적으로 시기구분할 때, 일반적으로 改革期(1894.5~1895), 復古期(1896~1905), 統監府期(1906~1910.8)로 3분한다.⁴⁾

그러나 경찰작용법적 측면에서만 살펴볼 때, 가장 의미 있는 시기는 개혁기, 즉, 갑오경장기라고 할 수 있다. 복고기나 통감부기에는 특별한 경찰작용법이 제정되지 않았기 때문이다.

치안연구소(연구보고서97-03), 1997 ; 조병인, 경찰기본법 정비에 관한 연구, 치안연구소(연구보고서 2001-03), 2001 등 참조.

3) 대부분의 교과서는 경찰작용이 무엇인지에 대한 개념 규정없이 바로 경찰하명, 경찰허가 순으로 설명하고 있고(김동희, 행정법Ⅱ(제8판), 박영사, 2002, pp. 199~209 ; 김남진, 행정법Ⅱ(제6판), 법문사, 2000, pp. 278~313), 이러한 관점에 문제를 제기하기도 한다(김남진, 전게서, pp. 312~313).

4) 정공식, 한말법령체계분석, 한국법제연구원(연구보고91-14), 1991, pp. 22~23

당시 갑오개혁기의 개혁입법기관 역할을 수행하던 軍國機務處⁵⁾는 ‘議案’이라는 형식으로 입법을 하였던 바,⁶⁾⁷⁾ 1894년 6월 28일(음력) 오늘날 정부조직법에 해당하는 『各衙門官制』에서 “法務衙門 管理司法行政警察”이라고 정하면서 경찰의 창설과 소속을 정한 후,⁸⁾⁹⁾ 7월 14일(음력) 『警務廳官制職掌』¹⁰⁾과 『行政警察章程』을 제정하였는데,¹¹⁾ 후자는 완전하지는 않지만 우리 나라 최초의 경찰작용법적 성질을 가지는 것이다.

나. 행정경찰장정

『行政警察章程』은 모두 5개절 40개조로 구성되어 있다. 제1절은 제목이 없이 총칙적 성질을 가지는 것이고, 제2절은 『總巡職務章程』, 제3절은 『巡檢職務章程』, 제4절은 『違警罪即決章程』, 제5절은 『巡檢選用章程』으로 나뉘어 있다.¹²⁾

주요 조항을 살펴보면,

第1節은 다섯 개의 조항으로 이루어져 있는 바, 제1조에서 “行政警務之爲務 在防民災害 馴致靜謐(행정경찰의 업무는 민의 재해를 방지함으로써 평온하게 하는데 있다)”이라고 정하여 행정경찰의 임무(Aufgabe)를 정한 후, 제3조에서는 이를 구체적으로 “一 防護爲民妨害事務(민에 대한 방해를 방호하는 일) 二 保護健康事(건강을 보호하는 일) 三 制止放蕩淫逸事(방탕과 음일을 제지하는 일) 四 探捕欲犯國法者於隱密中事(국법을 어기려는 자를 은밀한 가운데 탐포하는 일)”라고 정하여 크게 넷으로 분류하고 있다.¹³⁾

-
- 5) 군국기무처는 일본의 원로원과 추밀원을 모방하여 당시 大鳥 공사와 杉村 濬 서기관에 의하여 계획되었고, 그 운영방식에 있어서도 議案의 기초는 사전에 杉村 서기관과 岡本柳之助라고 하는 일본인과 협의하여야 했다고 한다(김운태, 조선왕조행정사(근대편), 일조각, 1993, pp. 255~261).
 - 6) ‘議案’의 법령으로서의 효력을 명백히 하기 위하여 1894년(고종31년) 7월 9일(음력)에는 『議案을 邦憲으로 시행하는 건』(議案)을 통하여 의안을 나라의 법으로 삼아 시행하고 만약 이를 어기는 자는 엄히 처벌할 것임을 천명한 바 있다.
 - 7) 입법형식으로는 議案 이외에 王이 내리는 詔勅의 형태가 있었다.
 - 8) 대한민국국회도서관 편, 한말근대법령자료집 I, 서경문화사, 1991, pp. 6~13
 - 9) 그러나 동년 7월1일(음력)의 『경무관제·職掌을 의정한 후 내무아문에 소속시키는 건』에서는 경찰의 소속을 내무아문으로 변경시켰다(대한민국국회도서관 편, 전게서, p. 17).
 - 10) 『警務廳官制職掌』은 “左右捕廳 合設警務廳 隸屬內務衙門 掌漢城府五部字內一切警察事務”라고 규정하여, 당시의 좌우포도청을 합설하여 경무청을 신설하고 이를 내무아문에 예속시켜 한성부 내의 일체 경찰사무를 관장시켰으며, 그 장으로는 『警務使』를 두고 경찰사무와 감옥사무를 총괄토록 하였고, 범죄인을 체포 수사하여 法司에 이송토록 하는 임무를 부여하였다.
 - 11) 대한민국국회도서관 편, 전게서, pp. 38~47
 - 12) 자세한 것은 별첨자료 참조
 - 13) 한편, 이러한 경찰사무의 범위는 1895년 4월 29일 칙령 제85호로 『경무청관제』를 개정하면서, “행정경찰에 관한 사항, 사법경찰에 관한 사항, 政事 및 풍속에 관한 출판물과 집회결사에 관한 사항, 영업 및 풍속경찰에 관한 사항, 수화소방에 관한 사항, 도로경찰에 관한 사항, 위생경찰에 관한 사항” 등의 사무를 담당토록 함으로써 더욱 구체화되어 갔다(대한민국국회도서관 편, 전게서, pp. 364~367).

그리고 제4조에서는 “行政警務 有所未及查察 若背法律 則此等搜索逮捕 是爲司法警務職務 行政警務 擬行此務 宜從檢事章程及司法警務規則(행정경찰의 사찰이 충분하지 않아 만약 법률에 위배되어 수색과 체포에 이르게 되면 사법경찰의 직무에 해당하므로 행정경찰은 이러한 업무를 수행하는 데 있어 마땅히 검사장정 및 사법경무규칙에 따라야 한다)”라고 정하여, 행정경찰과 사법경찰을 엄격히 구분하면서, 범죄발생 이전의 단계를 행정경찰 영역으로, 범죄발생 이후의 단계를 사법경찰 영역으로 정하고 있는 점이 두드러진다.¹⁴⁾

한편 제2절(6개조)에서는 總巡¹⁵⁾의 임무와 근무요령을 정하고 있는 외에, 위경범에 대한 즉결처분 권한을 총순의 서장에게 부여하고 있다(제2절 제6조, 제4절 제1조).¹⁶⁾

제3절(18개조)에서도 생명구호(제2조, 제3조), 야간 문단속 지도(제15조) 등 巡檢의 임무 및 진화요령(제18조) 등 근무요령을 주로 규정하고 있는 외에, 제8조(풍기문란 제지), 제9조(미아의 보호), 제11조(니취자 및 정신병자의 간호 및 유치), 제12조(광견의 제거), 제16조(불심심문 및 연행) 등 일부 국민에 대한 구속력이 있는 법규적 성질을 가지는 권한도 규정하고 있다.¹⁷⁾

제4절(7개조)에서는 오늘날의 즉결심판에 유사한 위경범인의 즉결절차에 관해 규정하고 있고, 제5장(4개조)에서는 순검의 선발절차와 요건에 대해 규정하고 있다.

이러한 행정경찰장정은 1896년 1월 8일(음력) 제정된 『지방경찰규칙』의 바탕이 되기도 하였으나,¹⁸⁾ 그 이후 일제시대가 도래하기까지 별다른 경찰작용법은 발견되지 않는다.

정리하자면 이러한 행정경찰장정은 기본적으로는 근무요령 등을 정한 훈령적 성질을 가지지만,¹⁹⁾ 위에서도 언급한 바와 같이 총순의 즉결처분권 및 그 절차와 순검의 일종의 보호조치 내용 등 일정한 법규적 성질을 가지는 부분이 혼재되어 있었다고 할 수 있다.

14) 그러나 여기에서 제시된 『檢事章程』이나 『司法警務規則』은 발견되지 않는다. 이것은 행정경찰장정이 얼마나 졸속으로 만들어졌는가를 반증하는 것이기도 하다. 일제시대인 1912년에 『司法警察官執務規程』(총독부훈령 제45호)이 만들어진다.

15) 오늘날의 총경급(경찰서장급)에 상당

16) 오늘날 경찰서장에게는 즉결심판에 대한 청구권(즉결심판에관한절차법 제3조)이 있는데 불과하다는 점에서 근본적으로 다르다.

17) 일본의 행정경찰규칙에는 제3장 제10조(왕래 방해물의 제거), 제15조(군집의 혼잡방지), 제16조(분마 등의 유치), 제4장 제15조(흉폭자에 대한 무기사용) 등 우리의 행정경찰장정과 일부 다른 조항이 포함되어 있다. 그러나 제11조(니취자 및 정신병자의 간호 및 유치 : 일본규칙 제3장 제17조, 제18조), 제16조(불심심문 및 연행: 일본규칙 제3장 제24조) 등 일본의 행정경찰규칙과 같은 조항에 대해서는 명치헌법 제76조(법률·규칙·명령 또는 어떠한 명칭을 사용했는지에 불구하고 이 헌법에 모순되지 않는 현행의 법령은 모두 그 효력을 가진다)에 의거, 국민에게도 구속력이 있는 것으로 해석되었다(上原誠一郎, 警察官等職務執行法解説, 立花書房, 1948, p. 15).

18) 『지방경찰규칙』은 『행정경찰장정』과 거의 일치한다(대한민국국회도서관 편, 한말근대법령자료집Ⅱ, 서경문화사, 1991, p. 2 참조).

19) 실제로 우리 행정경찰장정의 모범이 된 일본의 행정경찰규칙은 제3장 巡查勤方之事, 제4장 巡查心得之事와 같이 기본적으로는 근무요령을 정하고 있음을 제목에서 명확하게 표현하고 있다.

따라서 엄밀한 의미에서 오늘날과 같은 경찰작용법과는 그 성질이 적지 않게 다르다는 점을 확인할 수 있고, 이러한 경찰작용법이 어느 정도의 규범력을 가지고 국민과 경찰을 구속하였는지조차 확인할 수 없는 것도 사실이며, 또 언제 폐지되었는지도 근거가 남아 있지 않다.²⁰⁾

2. 일제시대의 경찰작용법

가. 개 략

일본이 식민시기 조선을 지배하는데 필요한 법적·제도적 틀은 이미 1910년 6월 3일에 발표된 『병합후의 한국에 대한 시정 방침 결정의 건』²¹⁾에 잘 드러나 있다. 즉, 그 내용을 살펴보면

- 一. 조선에는 당분간 헌법을 시행하지 아니하고 대권에 의하여 통치할 것
- 一. 총독은 천황에 직예(直隸)하여 조선에서의 일체의 정무를 통할하는 권한을 가질 것
- 一. 총독에게는 대권의 위임에 의하여 법률사항에 관한 명령을 발하는 권한을 부여할 것. 단, 명령은 별도로 법령 또는 율령 등 적당한 명칭을 부여할 것

등 13항목에 이르는 계획을 통하여 총독에 의한 대권통치를 결정하고 있는 것이다.

이는 명치헌법하에서 의회제정입법을 원칙으로 하고 천황대권을 예외적·보충적으로 인정하고 있는 일본의 법체계와는 전혀 다른 입법체계를 식민지 조선에서 시행한다는 것을 의미한다. 즉, 일본의 천황대권 이상의 권한을 총독에게 부여하는 것이다.

이를 구체화하기 위하여 일제는 1910년 8월 29일의 칙령 제324호를 통해 조선에서의 입법에 관하여 조선총독에게 입법권을 위임하였고,²²⁾ 같은칙령은 1911년 『조선에 시행할 법령에 관한 법률』(제30호)이라고 하는 법률의 형식으로 제정·공포되었다. 그 주요 내용은,

제1조 조선에 있어서 법률을 요하는 사항은 조선총독부의 명령으로 규정할 수 있다.

제4조 법률의 전부 또는 일부를 조선에 시행할 것을 요할 때에는 칙령으로 이를 정한다.

20) 우리 행정경찰장정의 모범이 된 일본의 행정경찰규칙은 『日本國憲法施行の際現に效力を有する命令の規定の效力等に關する法律(昭和22년, 법률 제72호)』 제1조에 의거, 1947년 12월 31일까지는 법률과 동일한 효력을 가지고 있었으나, 1948년 1월 1일부터는 그 법률적 효력을 상실하였다.

21) 김정명 편, 일한외교자료집성(6하), 암남당서점, 1965, 동경, pp. 1396~1397

22) 김정명 편, 전계서, pp. 1457~1458

제6조 제1조의 명령은 제령으로 칭한다고 되어 있다.²³⁾

따라서 조선총독은 이 제령권이라고 하는 명령을 통해 입법을 할 수 있었고, 또 제4조는 일본의 법률은 곧바로 조선에 시행하지 않고 칙령으로 정한다고 되어 있으므로, 일본의 법률은 조선에 그대로 적용되지 않았으며, 칙령과 제령에 의하여 필요한 것만이 선별적으로 적용됨으로써 식민통치를 강화하는 법령 시스템이 구축되었다.²⁴⁾

한편, 경무총장과 경무부장에게도 경찰명령권이 부여되어 있었는데, 이것은 이미 총독에게 제령권이 주어지기 이전인 1910년 6월 29일의 『통감부경찰관서관제』(일본칙령 제296호)와 『통감부 경무총장 및 경무부장이 발하는 명령에 관한 건』(일본칙령 제297호)을 통해서였다. 즉, 그 제9조는 『경무총장은 경성에, 경무부장은 그 관내에 효력을 가지는 명령을 각각 그의 직권 또는 위임에 의하여 발할 수 있다』고 규정하고 있는 것이다.²⁵⁾

결국 식민지 조선에 적용된 법령의 형식으로는 크게 보아 ①법률 ②칙령 ③제령(制令) ④조선총독부령²⁶⁾ ⑤경무총감부령 ⑥도령(道令)²⁷⁾ ⑦도경무부령 등이 있으며, 이 중에서 가장 중추적인 법형식은 바로 제령(制令)이었다.²⁸⁾ 1910년의 범죄즉결례(제령 제10호), 1912년의 조선민사령(제령 제7호), 조선형사령(제령 제11호), 조선태형령(제령 제13호) 등이 대표적이다. 따라서 총독의 제령권은 식민지배의 기초라고 해도 과언이 아닌 것이다. 이것이 심각한 법치주의의 훼손으로 연결되었음은 물론이다.²⁹⁾

그 중에서도 경찰작용법과 관련하여 핵심적인 법령은 제령 제23호인 행정집행령과 豫備檢束法을 들 수 있다.

나. 행정집행령

23) 山辺健太郎, 日本統治下の朝鮮, 岩波書店, 1976, p. 12

24) 예컨대 일본의 『육군형법』, 『해군형법』, 『계엄령』 등이 칙령 제283호로, 『治安維持法(1925, 법률46호)』이 칙령 제175호로 한국에 적용된 예가 이러한 부류에 속한다.

25) 이러한 경찰명령제정권과 유사한 경찰명령(Polizeiverordnung)에 대해서는 1931년 프로이센경찰행정법 제7장에 자세히 규정되어 있는 것으로 보아서, 필시 이것도 프로이센의 영향을 받았음에 틀림없다.

26) 법률로 정하여야 할 사항 이외에 대해서 법률이나 칙령에 위반하지 않는 범위내에서 직권 또는 특별위임에 의하여 조선총독이 발하는 명령을 말한다(조선총독부관제(제4조), 1910. 9. 30. 칙령 제354호) 예컨대 유명한 『警察犯處罰規則』은 1912년 3월에 조선총독령 제40호로 공포되었다.

27) 일본의 당시 부현령(府縣令)에 상당하는 명령으로 『道』의 長인 道知事가 정하는 명령을 말한다.

28) 식민지배기간 동안 총 676건의 제령이 공포된 바 있고, 이 중 제령을 개정하는 제령을 제외하고도 총270개의 제령이 있다(김창록, 식민지 피지배기 법제의 기초, 법제연구8(한국법제연구원), 1995, pp. 69~77)

29) 우리 나라의 경우에는 일본보다 법치주의가 더욱 침해를 받았다고 할 수 있는 데, 그것은 일본의 경우에는 천황의 독립명령권으로 법률을 변경할 수는 없었던 데 비하여, 우리 나라의 경우에는 오히려 법률을 요하는 사항을 명령으로 제정하였기 때문이다(대일본제국헌법 제9조 단서 참조).

우리 나라에서 행정집행령이 제정된 것은 1914년 7월 11일 제령 제23호에 의해서였으며, 모두 7개의 조문으로 구성되어 있다. 그 주요 골자는

제1조 檢束·가영치, 제2조 야간출입, 제3조 밀매음에 대한 강제진단 및 치료, 제4조 천재사변시의 토지 등의 사용 등, 제5조 행정청의 의무이행확보 수단, 제6조 강제징수, 제7조 禁制品의 국고귀속의 내용으로 규정되어 있다.³⁰⁾

여기서 제1조의 檢束은 흔히 니취자 등에 대한 보호검속과 공안우범자에 대한 예방검속으로 나뉘어 지는데, 특히 후자의 경우 식민지배의 강력한 수단이 되었음에 틀림없다.³¹⁾ 그리고 제5조는 대집행과 過料 및 그 계고와 직접강제의 예외적 허용에 관해서 규정하고 있다.

그리고 여기의 예방검속을 일제말기인 1941년 더욱 강화한 것이 豫備檢束法이다. 쉽게 짐작할 수 있는 바와 같이 행정집행령은 행정경찰장정과는 달리 오늘날까지 그 명맥을 유지하고 있다. 예컨대 제1조의 보호검속과 제2조 및 제4조는 경직법에,³²⁾ 제3조는 전염병예방법(제9조)에, 제5조 및 제6조는 행정대집행법에 각각 영향을 끼치고 있다고 할 수 있다.³³⁾

3. 광복 이후의 경찰작용법

가. 개 략

1945년 8·15 광복 이후 미군정(美軍政)이 실시되는 동안 한국에는 태평양미군총사령부의 포고(Proclamation),³⁴⁾ 군정법령 제118호에 의하여 설치된 조선입법기관(제3조)인 남조선 과도입법의원에서 제정하고 군정장관의 인준을 받아 공포된 법률(Public Act),³⁵⁾ 군정장관이 자기의 권한으로 제정·공포하는 법령(Ordinance)³⁶⁾ 등이 적용되었다. 이에 따라 1945년

30) 자세한 것은 별첨 자료 참조

31) 검속이라 함은 경찰상의 위험 내지 장애를 야기할 우려가 있는 자에 대해서 경찰권에 의거 개인의 신체의 자유를 일시 경찰관서에 유치하는 것을 말하는데, 검속을 경찰강제의 수단 중에서도 가장 간단하면서도 가장 완전한 수단이라고 적고 있다(車田篤, 朝鮮警察法論, 朝鮮地方行政學會, 1937, pp. 86~87).

32) 구체적인 것은 후술하기로 한다.

33) 일본에서는 1947년 신헌법인 『日本國憲法』의 시행에 따라 행정집행법의 내용이나 범형식이 신헌법의 정신에 적합하지 않다는 점이 지적되어, 1948년 행정대집행법이 제정되면서 같은법 시행일인 1948년 6월 14일 폐지되는 한편, 1948년 7월 12일 『경찰관등직무집행법』이 대체입법되었다.

34) 제1호부터 제4호까지가 있다. 특히『포고 1호』를 통하여 군정의 실시와 일제시대의 구관리의 현직유지가 천명된 바 있다.

35) 남조선과도입법의원은 모두 33건의 법률안을 심의하여 18건을 통과시키고 15건을 미결로 남겨 둔 상태에서 해산하였다.

36) 미군정청은 수립이후 1945년 9월 24일 군정법령 제1호 『위생국 설치에 관한 건』을 공포한 이래 1948년 8월 12일 마지막으로 공포한 제219호 『법령 제119호의 개정』에 이르기까지 219개의 군정법령을 공포한 바 있다.

10월 9일의 군정법령 제11호(日政법규일부개정폐기의건)로 일제시대의 법령 중 정치범처벌법·치안유지법·예비검속법 등을 비롯한 악법이 일부 폐지되었으나,³⁷⁾ 군정법령 제21호(법률제명령의존속)에 따라 일제시대의 법령 대부분이 그 효력을 유지하게 되었다.³⁸⁾ 그러나 행정집행령도 직접강제 등 신정부의 민주주의적 헌법정신에 합당치 아니하다고 판단하여,³⁹⁾ 결국 1948년 군정법령 제176호에 의거 폐지되었다.⁴⁰⁾

나. 경찰관직무집행법

그 결과 1948년 이후 경찰의 직무집행에 관한 근거법령은 마련되지 못한 채 시간이 경과되었으나, 마침내 1953년 12월 14일 법률 제299호로서 경직법이 제정되면서 경찰의 직무집행에 관한 기본법이 마련되기에 이르렀다.

제정 당시 경직법은 모두 9개조와 부칙으로 구성되어 있었으나, 1981년 1차 개정, 1988년 2차 개정, 1989년 3차 개정을 거쳐, 1991년 4차 개정, 그리고 1996년 5차 개정, 1999년 6차 개정을 통해 16개조와 부칙을 가진 현행 경직법에 이르고 있다. 이중 1차 개정과 6차 개정이 가장 두드러지는데, 1차 개정의 특징은 직무규정(제2조) 외에 사실조회·유치장의 설치 근거·경찰장구사용 규정을 마련하였다는 점이고, 6차 개정은 경찰장비의 사용 등을 더욱 세분화해 규정하였다는 점이다.

그리고 1955년 경찰관직무집행법시행령, 1999년 6차 개정과 함께 『경찰장비의사용기준 등에 관한 규정』이 대통령령으로 제정된 바 있다.

Ⅲ. 현행 경직법에 대한 법제사적 검토

1. 경직법에 대한 영향경로 개략

우리 나라의 경직법은 재론의 여지없이 일본의 절대적 영향하에 형성되었다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 그렇게 단순히 보아서는 아니 될 것으로 판단된다. 왜냐하면 일본의 경직법도 역시 그 연원을 거슬러 올라가면 다른 나라의 영향하에 형성되었기 때문이다.

여기서는 우리 경직법의 뿌리라고 할 수 있는 일본 경직법의 연원을 살펴봄으로써, 경직

37) 내부부치안국, 미군정법령집, 1956, pp. 13~14

38) 내부부치안국, 전계서, p. 23

39) 박상희·김명연, 행정집행법의 제정방향(한국법제연구원 연구보고 95-2), 1995, p. 155

40) 내부부치안국, 전계서 수록, 법령 제176호(형사소송법의 개정) 제24조 참조(pp. 340~349)

법의 역사적 형성과정을 추적해 보고자 한다.

2. 경직법에 대한 일본법의 영향

< 일본 경직법의 주요 形成源 >⁴¹⁾

구분	경직법	행정집행법 (행정집행령)	행정경찰규칙 (행정경찰장정)	미국 통일체포법
제2조 (質問)	제2조		제3장 제24조 (불심검문 및 연행 △)	제2조(정지·질문 및 유치) 제3조(흉기의 조사)
제3조 (保護)	제3조	제1조 제1항 전단 (보호검속)	제3장제14조(미아의보호), 제17조(니취자의 간호 및 유치), 제18조(정신병자의 간호 및 유치) △	
제4조 (避難 등의 措置)	제4조	제4조(천재사변시의 토지 등의 사용 등 △)	제3장 제15조(군집의 혼잡방지), 제19조(광견의 撲殺) △	
제5조 (犯罪의 豫防과 制止)	제5조	제1조 제1항 후단 (예방검속 △)		
제6조 (出入)	제6조	제2조(야간출입)		
제7조 (武器의 사용)	제7조		제4장 제15조 (흉폭자의 打擲 △)	제4조(허용되는 무력)

우리 나라 경직법에 대한 일본의 영향은 절대적이라고 해도 과언은 아니다. 단적으로 경직법 1차 개정이유서에 의하면 “현행 警察官職務執行法은 戰後 日本의 警察官職務執行法을 直譯한 것”이라고 밝히고 있고,⁴²⁾ 양국의 법조문을 대조해 볼 때 그것은 또한 명백한 史實이다.

더 거슬러 올라가면 전술한 行政警察章程(1894)도 또한 약간의 차이는 있지만,⁴³⁾ 일본의

41) 古谷洋一, 註釋警察官職務執行法, 立花書房, 2000, p. 9를 참고로 필자가 나름대로 정리한 것이다.

42) <http://www.moleg.go.kr/>(법제처 연혁법령정보)

行政警察規則(1875년, 太政官達 제29호)과 違警罪卽決例(1885년, 太政官布告 제31호)를 혼합하여 한문으로 옮겨놓은 것에 불과한 것이고, 行政執行令(1914년)도 일본의 行政執行法(1900년, 법률 제84호)을 거의 그대로 가져다 쓴데 불과한 것이다.⁴⁴⁾

그리고 일본의 경직법이 앞의 표에서 알 수 있는 바와 같이 행정경찰규칙과 행정집행법을 토대로 제정되었다는 점을 상기할 때, 경로야 어찌되었건 우리의 행정경찰장정과 행정집행령이 또한 우리 경직법에 그대로 반영되어 있다고 해도 크게 무리는 없을 것이다.

3. 경직법에 대한 프랑스법의 영향

그렇다면 일본의 행정경찰규칙은 어디에서 유래하는 것일까? 우리가 ‘행정경찰’이라는 용어에서 쉽게 짐작할 수 있는 바와 같이 그것은 프랑스에서 유래한 것임에 틀림없다.

즉, 1796년 프랑스의 罪와刑罰法典(Code des délits et des peines)이 일본의 行政警察規則의 모범이 되었던 것이다. 이 법전은 경찰을 행정경찰(police administrative)과 사법경찰(police judiciaire)로 나누면서(제18조), 행정경찰을 “행정경찰은 공공 질서를 유지함을 목적으로 한다. 그것은 주로 범죄를 예방하는 데 있다(제19조)”고 규정하고,⁴⁵⁾ 사법경찰에 대해서는 “사법경찰은 행정경찰이 범행을 제지하지 못한 경우에 그 범죄를 찾아내고 증거를 수집하여 그 처벌이 법에 의해 임무로 되어 있는 재판소에 범인을 인계한다(제20조)”고 각각 규정하고 있다.⁴⁶⁾

여기서 제19조의 내용은 같은법 제16조 “경찰은 공공 질서를 유지하고 개인의 자유와 재산 및 안전을 유지하기 위한 기관이다”⁴⁷⁾라는 내용과 결합하여 행정경찰규칙 제1조 및 제3조의 내용을 이루고 있다고 생각되며, 제20조의 내용은 제4조의 내용과 동일하다. 그리고 이러한 일본의 행정경찰규칙이 우리의 행정경찰장정의 모범이 되었다는 점에 대해서는 이미 언급하였다.⁴⁸⁾

그러나 경직법 제정시에는 행정경찰규칙은 거의 참고로 하지 않은 듯 하다. 왜냐하면 일

43) 전술 내용 참조

44) 다만 제2조 검속의 경우, 일본의 것은 검속시 익일 일물전까지만 허용되었던데 비하여, 우리의 그것은 3일간 허용되었다는 점에 차이가 있을 뿐이다.

45) 19. La police administrative a pour objet le maintien habituel de l'ordre public. Elle tend principalement à prévenir les délits(축약).

46) 20. La police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pas pu empêcher de commettre en rassemble les preuves, et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir.

47) 16. La police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle.

48) 나머지 부분들은 La loi du 14 décembre 1789과 La loi du 24 août 1790의 영향을 받은 것으로 생각된다.

본은 명치 초기 주로 프랑스법을 계수하였으나, 근대국가의 건설을 서둘러야 하는 일본의 입장에서는 자국과 처지가 비슷한 프로이센에 경도되어 갔고, 그러한 배경하에 프로이센적 행정집행법을 마련한 것이다. 한편, 일본이 패전후 미군정의 지배하에 새헌법을 마련하면서 행정집행법과 미국의 통일체포법을 참고로 하여 경직법을 제정하였기 때문이다.⁴⁹⁾

따라서 우리 경직법에는 행정경찰규칙의 흔적만이 일부분 남아 있다. 예컨대 위생사무의 일환으로 판단되는 니취자·정신병자·미아에 대한 간호와 보호가 제4조(보호조치)에, 역시 위생사무의 일환인 광견의撲殺이 제5조(위험발생의 방지)에 약간 흡수되어 있을 뿐이다.

결국 프랑스의 경찰작용법이 오늘날 우리 경직법에는 거의 영향을 끼치지 못한 듯하나, 그러나 전체적으로 보았을 때는 경찰작용을 행정경찰작용과 사법경찰작용으로 이분하려는 습관 자체가 프랑스법의 영향임을 부인할 수 없을 것이다.

4. 경직법에 대한 독일법의 영향

앞에서 살펴본 바와 같이 일본의 행정집행법은 우리 행정집행령의 모범이 되었을 뿐만 아니라, 경직법의 제규정에 그 내용이 반영되어 있는데, 이와 같은 행정집행제도는 어디에서 유래하는 것일까?

행정집행제도에 대해서는 역사적으로 프랑스가 엄격한 권력분립의 원리하에 비교적 소극적인 입장이었던데 비하여, 독일의 경우에는 행정권을 중심으로 한 강력한 근대국가 건설이라고 하는 정치적인 요청에 의하여 일반적이고 포괄적인 강제집행제도가 발전하게 되었다고 한다.⁵⁰⁾

이와 같은 양국의 역사적 연원을 배경으로 또 일본이 명치유신 중반 이후 주로 프로이센의 영향을 받은 탓으로, 예컨대 명치헌법이 1850년 프로이센헌법을 모방한 것처럼 일본의 행정집행법은 프로이센의 영향하에 제정되었다고 할 수 있다.

프로이센의 행정강제제도는 19세기의 제 입법, 예컨대 프로이센의 1850년 『인신자유의보호에관한법률』(Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit)을 비롯하여, 1883년의 일반란트행정법(Gesetz über die allgemeine Landes Verwaltung)에서 성문법적으로 정비되었는데, 그 중에서도 인신의자유의보호에관한법률 제6조에서는 보호조치에 관한 규정을 두면서 “행정청, 관리 및 헌병이 요보호자 본인의 보호 또는 공공의 질서·안전 및 정온의 유지를 위해 필요할 때, 인민에 대하여 경찰상의 보호조치를 취할 수 있다. 피보호자자는 늦어도 익일 중에 석방하거나 관할 행정청에 인도하는데 필요한 조치를 취하여야 한다”고 규정하고 있고, 주거에의 출입에 대해서도 제7조~제10조에서 직권 또는 법률상 권한있는 행정청의

49) 古谷洋一, 前掲書, p. 8

50) 박상희·김명연, 전계서, 1995, pp. 133~134

위임에 의하는 외에는 거주자의 의사에 반하여 주거에 출입할 수 없다는 점, 야간의 주거 출입은 금지된다는 점, 단, 그 금지는 수·화재, 생명의 위험 또는 주거 내부로부터의 요구가 있는 경우에는 적용되지 않는다는 점 등을 규정하고 있는데, 이러한 조항은 다름 아닌 일본의 행정집행법 제2조 및 제3조와 동일한 내용을 이루고 있는 것이다.

또 1883년 일반란트행정법 제132조는 일본의 행정집행법 제5조·제6조의 모범이 되었으며,⁵¹⁾ 이들 제규정은 1931년의 프로이센경찰행정법(Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz von 1931 : Pr.PVG) 제15조(경찰의 보호조치),⁵²⁾ 제16조(주거출입),⁵³⁾ 제55조(강제의 종류) 규정에 계승되었고, 프로이센이 해체된 이후 1953년 연방 행정집행법(Verwaltungsvollstreckungsgesetz)이나 『연방및각주의통일경찰법모범초안』⁵⁴⁾ 제13조(보호조치), 제19조(주거출입), 제28조(행정강제의 허용성)~제34조(강제수단의 계고) 등 경찰관련 제 법률에 프로이센적 법원리가 계승되어 오늘에 이르고 있는 것이다.

이와 같이 일본의 행정집행법은 프로이센법의 영향을 받아 제정되었고, 따라서 독일법적 사상과 구조가 또한 우리 나라의 경직법에 일본을 통하여 영향을 미치고 있다고 보아야 할 것이다. 다만, 독일과 다른 것은 일본의 경우 ‘보호검속’이외에 이른바 ‘예방 내지 예비검속’이라는 강력한 경찰권 발동 수단을 창출해 냈다는 점과 행정강제제도는 이후 경직법에 남아 있지 않고 일부가 분화되어 행정대집행법에 수용되어 있을 뿐이라는 점이다. 결국 오늘날 경직법에는 보호조치에 관한 조항(제4조)과 위험방지를 위한 출입(제7조)에 가장 역력한

51) 田上穰治, 行政強制について, 일본공법연구(제27호), 1965. 10, p. 164

52) 제15조 ① 경찰관청에 의한 보호조치(Verwahrung)는 다음 각호의 사항을 위하여 이러한 조치가 필요한 경우에 한하여 이를 취할 수 있다.

1. 요보호자 본인의 보호를 위하여
2. 다른 방법으로는 장애의 제거 또는 위험의 방지가 불가능한 경우에는 이미 발생한 공공의 안녕이나 질서에 대한 장애를 제거하거나 또는 목전에 있는 경찰상의 위험을 방지하기 위하여
 - ② 경찰의 보호조치를 받고 있는 자는 공안을 해하는 정신병자가 아닌 경우에는 늦어도 익일 중으로 그 경찰의 보호조치가 해제되어야 한다.
 - ③ 전2항의 규정은 범인인도사무 및 국외추방사무에 대하여는 적용되지 아니한다.

53) 제16조 ① 경찰공무원은 다음 각호의 경우에 한하여 주거관리자(Inhaber)의 의사에 반하여 야간에 주거안으로 출입할 수 있다.

1. 당해 조치가 공공의 위험 또는 개인의 생명에 관한 위험을 방지하기 위하여 필요한 경우
2. 당해 주거로부터 야기된 요청이 있는 경우
 - ② 전항의 제약은 야간에 공중이 출입할 수 있는 장소 또는 현존의 공중이 자의로 그 이상 체류할 수 있는 장소에 대하여는 적용하지 아니한다.
 - ③ 형사소송법상 야간으로 규정된 시간은 제1항에서 의미하는 야간으로 본다.

54) 여기서 『연방및각주의통일경찰법모범초안』이라 함은 1977년 11월 25일 마련된 통일경찰법모범초안(MEPolG)에 연방헌법재판소의 이른바 인구조사판결(BVerfGE 65, 1 - Volkszählung)을 계기로 보충된 『MEPolG의 개정을 위한 예비초안(VEMEPolG)』이 산입된 것을 포함한다.

프로이센법의 영향이 남아있는 것이다.

5. 경직법에 대한 영미법의 영향

우리 경직법에 일본을 통해 독일법이나 프랑스법이 계수 내지 수용되었으리라는 데 대해서는 일반적으로 수긍하고 또 주지하고 있을 것이다. 그러나 영미법이 경직법에 영향을 미치고 있다는 점에 대해 우리는 그다지 주의를 기울이고 있지 않은 것도 사실이다.

그러나 '수사'를 당연한 경찰의 직무범위에 포함시키고 있는 규정(제2조)이나 불심검문(제3조), 그리고 무기사용(제10조의4) 등은 미국법의 영향이 거의 확실하다. 특히, 불심검문이나 무기사용과 같은 조항은 1942년 미국의 통일체포법(Uniform Arrest Act) 모범초안⁵⁵⁾을 모델로 삼았다.⁵⁶⁾

즉, 통일체포법 제2조는 제1항에서 "경찰관은 현재 범죄를 범하거나 이미 범하였거나 혹은 범죄를 범하려고 의심할 만한 합리적인 근거가 있는 경우에는 공공장소에서 누구든지 이를 정지(Stop)시켜, 그 성명·주소·외출의 용건 및 목적지를 질문(Question)할 수 있다"고 정하면서, 제2항과 제3항에서는 신원을 확인하기 위하여 2시간을 초과하지 않는 유치를 허용하고 있다. 아울러 제3조는 흉기의 소지 여부에 대한 조사(Frisk)를 규정하고 있다.⁵⁷⁾ 이들 조항이 합쳐져서 경직법 제3조(일본 경직법 제2조)의 규정이 마련된 것이다.

또 제4조는 경찰관은 정당방위를 위해 그리고 중죄를 범하였다고 의심할 만한 합리적 이유가 있는 경우에 체포의 수행, 도주의 방지 또는 항거의 억제를 위해 다른 수단이 없다고 명백히 인정되는 경우 필요한 무력을 사용할 수 있도록 허용하고 있는 데, 이러한 취지는 경직법 제10조의4에 그대로 반영되어 있는 것이다.

6. 소 결

이렇게 볼 때, 경직법은 독일법과 미국법, 그리고 일본법의 영향을 직접적으로 받되, 약간의 프랑스법적 색채도 전혀 없지 않은 것이다. 거기에 우리나라에서 만들어진 성격불명의 조항들⁵⁸⁾이 산입되어 있는 '모자이크와 같은 법'이라고 할 수 있다.

55) 『통일체포법』은 1942년 『미국변호사협회(The American Bar Association)』에 의해 설립된 『범죄에 관한 주간위원회(The Interstate Commission on Crime)』에 의해 기초된 것이다.

56) 古谷洋一, 전게서, p. 8

57) 이것은 이른바 "Stop and Frisk"의 법원리를 명문화한 것인데, 오늘날 미국에서는 수정헌법 제4조에서 요구하는 영장주의의 예외 사유로서 일반적으로 거론되고 있다(Rolando V. del Carmen, Criminal Procedure(Fourth Ed.), Wadsworth Publishing Co., 2000, pp. 110~134 참조).

58) 가장 대표적인 것으로 제9조(유치장)를 들 수 있을 것이다.

< 우리 경직법의 주요 形成源 >

구 분	내 용	형 성 원
제1조	목적	일본 경직법 제1조(목적)
제2조	職務의 범위	일본 경찰법(1954) 제2조(책무)
제3조	不審檢問	미국 통일체포법 제2조 제3조 일본 행정경찰규칙 제3장 제24조 (불심검문 및 연행 △)
제4조	保護措置 등	독일 인신의자유와보호에관한법률 제6조 일본 행정경찰규칙 제3장 제14조(미아의 보호), 제17조(니취자의 간호 및 유치), 제18조(정신병자의 간호 및 유치)
제5조	危險發生의 방지	일본 경직법 제4조(피난 등의 조치) 일본 행정경찰규칙 제3장 제15조(군집의 혼잡방지), 제19조(광견의撲殺)
제6조	犯罪의豫防과制止	일본 행정집행법 제2조(예방검속 △)
제7조	危險防止를 위한 出入	독일 인신의자유와보호에관한법률 제7~10조
제8조	事實의 확인 등	한국 제정(1981)
제9조	留置場	한국 제정(1981)
제10조	警察裝備의 사용 등	한국 제정(1999)
제10조의2	警察裝具의 사용	한국 제정(1981)
제10조의3	噴射器 등의 사용	한국 제정(1999)
제10조의4	武器의 사용	미국 통일체포법 제4조 일본 행정경찰규칙 제4장 제15조(흉폭자의 打擲 △)
제11조	使用登錄의 보관	한국 제정(1999)
제12조	罰則	한국 제정(1953)
제13조	施行令	한국 제정(1953)

IV. 경직법 관련문제

1. 경직법은 즉시강제의 일반법인가?

경직법이 즉시강제(sofortiger Zwang)의 일반법으로 취급되고 있는 점에 대해서는 견해가 거의 일치된 듯하다.⁵⁹⁾ 그러나 과연 경직법이 즉시강제에 관한 일반법인가에 대해서는 의문이 적지 않다.

우리 학계에서는 즉시강제를 일반적으로 “행정상의 장애를 제거하여야 할 필요가 있으나 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때에, 상대방의 의무불이행을 전제로 하지 않고 직접 그 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용”이라고 정의하고 있다.⁶¹⁾

이러한 개념 정의에 의하더라도 강제가 수반될 수 없는 불심검문(제3조)은 물론,⁶²⁾ 임의적 보호조치(제4조 제1항 제2호), 위험발생의 방지를 위한 경고(제5조 제1항 제1호), 범죄의 예방을 위한 경고(제6조 전반부) 등은 즉시강제에 해당한다고 보기 어렵다.

또한 즉시강제와 직접강제와의 차이는 결국 ‘선행하는 처분에 따른 의무의 존재’라고 할 때, 보충성의 원칙과 비례의 원칙이 강하게 요구되는 분사기의 사용(제10조의3)과 무기의 사용(제10조의4),⁶³⁾ 그리고 역시 비례의 원칙을 요구하고 있는 장구의 사용(제10조의2)의 경우에는 사전에 하명도 없이 무기 등을 사용한다는 것은 법논리상 허용되지 않는다. 심지어 우리 경직법은 대간첩작전을 위한 무기사용에 대해서도 사전에 투항명령이라고 하는 하명을 전제로 한 무기사용을 명시하고 있는 것이다. 따라서 그 성격이 즉시강제인지에 대해서는 적지않게 의문이 생긴다.

독일에서는 경찰법모범초안 제36조에서 “직접강제(unmittelbarer Zwang)란 신체적 실력 혹은 그 보조수단(수갑, 살수기, 관용차, 최루탄, 마취제 등)과 무기(경찰봉, 권총 등)를 통하여 사람 또는 물건에 영향을 끼치는 것을 말한다”고 정의하고 있고, 무기나 장구사용을 직접강제로 보는 태도는 이미 1931년 프로이센경찰행정법 제55조나 1961년 『연방집행공무원

59) 김동희, 행정법 I (제8판), 박영사, 2002, p. 427 ; 김남진, 행정법 I (제6판), 법문사, 1998, p. 514

60) 그러나 김남진 교수님은 무기의 사용을 엄밀한 의미에서 직접강제로 보는 등(김남진, 전계서, p. 515) 경직법의 어느 조항이 즉시강제에 해당하는가에 대해서는 약간 견해를 달리하는 것으로 보인다.

61) 김동희, 전계서, p. 426

62) 일반적으로 불심검문에 필요한 최소한의 유형력은 행사할 수 있다고 하나, 예를 들어 독일 모범초안의 신원확인을 위한 구금 등(제9조 제2항)과 같은 강제적 관철 수단은 없다.

63) 대간첩작전을 위한 무기사용시 보충성의 원칙이 요구되지 않고 있다(제1항 제4호).

에 의한 공권력의 행사에 있어서 직접강제에 관한 법률』 제2조 및 제8조~제14조에서 잘 나타나 있는데, 우리도 무기사용과 같은 조항은 모든 수단을 다 동원하고 난 후의 최후의(Ultima Ratio) 강제수단임을 전제로 직접강제로 보는 것이 타당하지 않나 하는 생각이 든다.⁶⁴⁾

따라서 기껏해야 제4조의 정신병자나 주취자에 대한 강제적 보호조치, 제5조의 위험방지를 위한 억류·피난조치, 제6조의 목전에 행해지고 있는 범죄의 제지, 제7조 제1항의 절박한 위험방지를 위한 출입 등 극히 일부조항에서만 즉시강제적 성격을 발견할 수 있을 뿐이지 않나 하는 생각이 든다. 그러므로 경직법을 즉시강제를 위한 일반법으로 확대하는 것은 무리라고 생각한다.

2. 경직법은 행정경찰작용법인가?

우리는 행정경찰과 사법경찰의 개념적 구별을 이미 1796년 프랑스의 좌와형벌법전 제18조에서 확인한 바 있고, 그러한 구별은 우리 경찰작용법의 형성과정에도 영향을 미쳐 1894년의 행정경찰장정 속에 명백히 표현된 바 있다.

그렇다면 현행 경직법의 성격은 무엇인가?

특히, 제3조의 불심검문의 성격과 관련하여 행정경찰작용설, 병유설, 준사법경찰작용설, 이원설 등 여러 갈래의 견해를 보이고 있으나 행정경찰작용설이 통설인 듯하며,⁶⁵⁾ 일본에서는 판례로 직무질문 내지 소지품 검사를 ‘행정경찰작용’이라고 명언하고 있다.⁶⁶⁾

그러나 불심검문은 연혁적으로 미국의 통일체포법을 모범으로 제정된 것이고, 미국에서는 주지하는 바와 같이 경찰활동을 행정경찰과 사법경찰로 구분하는 관념은 없으며, 다만 형사절차(Criminal Procedure)의 체계속에서 경찰활동의 성격을 파악하고 있다. 예컨대 미국의 미연방대법원은 Terry v. Ohio 사건에서

“경찰관이 개인에게 다가가 말을 건네며 그 장소를 떠날 자유를 제한하였다면 경찰관은 수정헌법 제4조의 범문에 비추어볼 때 그 개인을 ‘압수(seized)⁶⁷⁾’한 것이다. 무기 발견을 위하여 개인의 의복의 외피를 유심히 관찰하는 것은 수정헌법 제4조상의 ‘수색(search)⁶⁸⁾’에

64) 同旨, 정하중, 경찰상의 직접강제와 무기사용, 수사연구(2000. 11), pp. 110~115

65) 김형훈, 방법기본법, 경찰대학, 2002, pp. 25~26

66) 이른바 米子銀行強盜事件判決(最三小判昭和五三・六・二〇刑集三二卷六七〇頁) 참조

67) 여기서 ‘압수(seized)’란 ‘사람을 압수한다’는 표현에서 알 수 있는 바와 같이, 우리나라 형사소송법상의 압수보다 넓은 의미의 개념으로, 일응 기본권을 제한하는 모든 조치를 포함하는 용어라고 볼 수 있다. 판례도 ““물리적 힘이나 권한의 표시에 의하여 개인의 이동의 자유가 제한되었을 때에만” 그는 헌법적 의미에서 압수된다(an individual has been constitutionally seized, “only when, by means of physical force or a show of authority, his freedom of movement is restrained.”(California v. Hodari D., 499 U.S. 621 (1991)고 천명하고 있다.

해당한다”고 판시하고 있는 바와 같이, 우리가 행정작용이라고 파악하고 있는 정지(Stop)나 질문(Question) 그리고 소지품 검사(Frisk)와 같은 것은 형사절차의 일환으로 보는 것이다.

그런데 불심검문이 우리에게 와서는 행정경찰작용으로 굳어져 가는 듯하다. 따라서 당연히 행정작용임을 전제로 즉시강제로 보는 입장과⁶⁹⁾ 행정조사로 보는 입장⁷⁰⁾으로 나누어는 것이고, 특히 소지품 검사에 대해서는 일반적으로 즉시강제로 파악하고 있는 것이다.

또 경직법 제8조 제2항의 교통사고조사를 위한 출석요구는 표면상 행정처분을 위한 것이라고 하더라도 실제적으로는 형소법 제200조의 형사절차를 회피하기 위한 수단으로 이용될 가능성이 있는 것으로서 사실상 형소법상의 출석요구와 차이가 없게 된다고 보아야 할 것이다.⁷¹⁾

그리고 제9조의 유치장의 설치근거도 마찬가지다. 이것은 조문대로 “체포·구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용”하기 위한 시설의 설치근거로서,⁷²⁾ 역시 범죄 이전의 행정경찰을 위한 시설은 아닌 것이다.

더 근본적인 의문을 던지는 조항은 경직법 제2조의 ‘범죄의 수사’에 관한 부분인데, 굳이 설명할 필요도 없이 범죄의 수사는 사법작용임에 틀림없는 것이다.

이와 같이 경직법에는 사법경찰작용을 전제로 하는 조항들이 포함되어 있어서 순전한 의미의 행정경찰작용법이라고 할 수는 없다고 본다. 이것은 미국법이 경직법에 영향을 미쳤기 때문이기도 하다.

68) 1967년의 Katz 판결(389 U.S. 347)에서 연방대법원은 “정부가 개인의 정당한 사생활에의 기대를 침해할 때” 수정 제4조가 말하는 수색에 해당하고, 따라서 제4조의 요구가 적용된다고 하고 있다. 특히, 연방 대법원 법관 Harlan씨는 정당한 사생활에의 기대가 존재하는지를 결정하기 위한 두 가지 기준을 확립했는데, 그것은 첫째로, 개인이 그들의 활동이 사적으로 남을 것이라는 실제의 (주관적인) 기대를 했는가? 둘째로, 사생활에의 주관적인 기대는 사회가 (객관적으로) 합당하다고 인정하는 것인가? 하는 것이다. 만약 두 질문에 대한 답이 모두 ‘그렇다’라면 정당한 사생활에의 기대가 존재하는 것이고, 그 기대 범위에 대한 정부의 침해는 수정조항 제4조의 수색법에 해당한다고 밝힌 바 있다.

69) 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1992, p. 589

70) 김동희, 전계서, p. 433 ; 김남진, 전계서, p. 470

71) 예컨대 교통사고를 일으키고 행정처분만 받게 되기 위해서는 범규위반 단순 물피사고이거나, 인피사고 중에서 10개항 사고에 해당하지 아니하고 합의나 또는 보험에 들어 있고 또 사망사고나 뺑소니사고에 해당하지 않아야 한다(도로교통법시행규칙 제53조 제1항(별표16), 교통사고처리특례법 제3조, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3). 따라서 합의나 보험에 들어 있는 지 여부는 일단 본조에 의한 출석요구를 하여 그 사실을 확인하는 수밖에 없게 된다. 따라서 처음부터 형소법상의 출석요구를 할 이유가 없는 것이다.

72) 너무나 당연하게도 유치장의 설치근거가 있기 때문에 새삼스럽게 수용권한이 수권되는 것은 아니다. 마치 경직법 제4조로부터 보호조치의 권한이 부여되어 있으므로, 법에는 어디에도 보호조치를 위한 시설의 설치근거가 없지만 “주취자안정실”에서 보호조치가 가능한 것과 마찬가지다.

3. 제2조는 일반조항인가?

주지하는 바와 같이 경직법 제2조의 일반조항성이 논란이 되고 있다. 이에 대해서는 견해가 나뉘나, 결국 쟁점은 제2조가 조직법적인 임무규범(Aufgabenzuweisungsnorm)이나, 아니면 작용법적인 권한규범(Befugnisnorm)이냐의 문제로 귀착된다고 본다.

그런데 문제는 제2조의 경우 작용법으로 취급되는 경직법에 규정을 두면서도 조치권한을 수권하지 아니한 채 직무의 범위만을 나열하고 있는데 있다. 이 조항의 성격에 관한 다른 논점은 논외로 하고 그 형성과정적 측면에서만 살펴본다면, 이것은 임무규범에 가깝다고 보아야 할 것이다.

그 이유는 첫째로, 경직법의 1차 개정이유서는 “경찰관의 직무의 범위를 현 실정에 맞도록 구체적으로 정함”을 그 이유로 들고 있기 때문이다.⁷³⁾ 포괄적 수권을 위한 입법자의 의지가 전혀 발견되지 않는다는 점이다. 둘째로, 이 조항은 상술한 바와 같이 규정 형식만 달리할 뿐 일본의 경찰조직법인 경찰법 제2조를 모방한 것으로 보이나,⁷⁴⁾ 일본의 경우 작용법인 경직법에는 이러한 내용이 규정되어 있지 아니하다는 점이다. 그것은 ‘직무의 범위’는 근본적으로 조직법적 성격을 갖고 있기 때문이다.⁷⁵⁾ 셋째로, 만약 권한규범이라고 한다면 일본과 같이 범죄수사권이 명시적으로 형소법에 의해 수권되어 있는 경우라면 모를까, 우리의 경우와 같이 사법경찰관리가 검사의 보조자에 불과한 상황에서 ‘범죄의 수사’를 그 권한으로 해석되도록 규정해 놓았을 리 없는 것이다.

따라서 사건으로는 제2조 자체만으로는 임무규범으로 볼 수밖에 없고, 결국 그 일반조항성은 부정되어야 한다고 본다.⁷⁶⁾

73) <http://www.moleg.go.kr/>(법제처 연혁법령정보)

74) 규정 형식은 일본의 현행 경찰법(1954)보다는 구경찰법(1947)에 가깝다. 즉, 구경찰법은 제2조에서 경찰의 “운영관리”의 내용으로 “1. 공공질서의 유지, 2. 생명 및 재산의 보호, 3. 범죄의 예방 및 진압, 4. 범죄의 수사 및 피의자의 체포, 5. 교통의 단속, 6. 체포장·구류장의 집행 기타 재판소·재판관 또는 검찰관이 명하는 사무로 법률로 정한 사항”을 나열하고 있다.

75) 문제는 어찌해서 우리는 조직법과 작용법에 같은 내용이 규정되게 되었는가의 문제인데, 그것은 1981년 개정 당시에는 우리 나라에 아직 조직법인 경찰법이 존재하지 않았기 때문에 작용법에 산업시켜 놓은 것으로 보이고, 1991년 경찰법이 제정되면서 조직법의 성격상 당연히 경찰의 직무(임무)를 사물관할 사항으로 정할 수밖에 없으므로 또 다시 같은 내용을 경찰법에도 규정하기에 이른 것으로 판단된다.

76) “단순한 조직법적인 경찰의 임무조항은 경찰권 발동의 개괄적 수권의 근거가 될 수는 없다고 본다. 그런데 경찰관직무집행법 제2조나 경찰법 제3조는 단지 경찰의 일반적 직무의 범위를 규정한 조직법적 규정이라고 할 것이고 보면, 이 규정이 경찰권 발동에 대한 개괄적 수권조항의 성격을 가지는 것은 아니라고 할 것이다(김동희, 행정법Ⅱ, p. 190).”

4. 경직법상 즉시강제에는 영장주의가 적용되는가?

경찰상의 즉시강제의 과정에서 경찰관이 신체의 자유를 제한하거나 가택에 출입하는 경우에 헌법 제12조나 제16조의 규정에 의하여 영장이 필요한가가 문제된다.

이와 관련하여 영장필요설, 영장불요설, 절충설로 견해가 나뉘나, 종래에는 행정상의 즉시강제가 형사소송절차의 일환 또는 그 전제로서 행하여지는 경우에는 영장이 필요하다는 절충설이 통설적 견해였다.

그러나 경찰관이 수사목적을 위해서든 행정목적을 위해서든 개인의 신체의 자유를 제한하거나 주거에 출입하는 것은 인권에 중대한 침해가 됨에는 차이가 없다. 따라서 원칙적으로는 영장주의를 형사사범영역으로만 제한할 이유가 없다. 헌법재판소도“헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것”이라고 밝히고 있다.⁷⁷⁾⁷⁸⁾ 따라서 예컨대 경직법 제4조 제7항이 24시간을 초과하는 보호조치를 금지시키고 있는 것은 24시간을 넘는 경우에는 영장을 필요로 함을 간접적으로 규정하고 있다고 해석된다.⁷⁹⁾

그러나 경찰상의 즉시강제는 극히 절박한 상황하에서 이루어지는 조치이기 때문에, 영장주의를 일률적으로 적용하기에는 곤란한 점이 많다. 예를 들어 생명·신체·재산 등에 대한 절박한 위험을 방지하기 위해 행해지는 출입(경찰관직무집행법 제7조)과 같은 경우에 그 긴급성을 고려할 때, 엄격하게 영장주의를 관철할 수는 없는 것이다.⁸⁰⁾

77) 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8

78) 일본의 최고재판소 판례 가운데 『헌법35조1항의 규정은(우리나라의 제12조에 해당), 본래 주로 형사책임추급 절차에 있어서의 강제에 대하여, 그것이 司法權의 사전 억제에 놓이도록 함을 보장하기 위한 취지이지만, 당해 절차가 형사책임추급을 목적으로 하지 아니한다는 것만을 이유로, 그 절차에 있어서의 일체의 강제가 당연히 위 규정에 의한 보장범위 밖에 있다고 판단하는 것은 상당하지 아니 하다』(最判昭和四七・一一・二二刑集二六卷九号五五四頁)고 판시하여, 영장주의가 행정상의 즉시강제 등에도 적용될 수 있음을 분명히 하고 있다.

79) 일본의 경찰관직무집행법 제3조 제3항은 24시간을 초과하여 신병을 보호조치하는 경우에는 간이재판소의 재판관의 허가장을 요한다고 규정하고 있다.

80) 판례도 “사전영장주의는 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 하지만, 헌법 제12조 제3항 단서도 사전영장주의의 예외를 인정하고 있는 것처럼 사전영장주의를 고수하다가 도저히 행정 목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 형사절차에서와 같은 예외가 인정되므로, 구 사회안전법(현 보안관찰법) 제11조 소정의 동행보호규정은 제법의 위험성이 현저한 자를 상대로 긴급히 보호할 필요가 있는 경우에 한하여 단기간의 동행보호를 허용한 것으로서 그 요건을 엄격히 해석하는 한, 동 규정 자체가 사전영장주의를 규정한 헌법규정에 반한다고 볼 수는 없다”고 함으로써, 행정작용 분야에 대해서도 영장주의가 적용되는 것을 전제로 예외적 불요를 인정하고 있다(대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결).

그리고 무엇보다도 현실적으로는 헌법 제12조 제3항이나 제16조가 “검사의 신청에 의하여” 법관이 발부한 영장을 요구하고 있는 것이 더 큰 문제로, 이른바 행정경찰 작용이라고 여겨지는 부분에 대해서도 결과적으로 검사의 지휘를 받아야 하는 문제가 발생한다. 검사에게 수사의 지휘를 규정하고는 있지만(형소법 제196조), 행정작용에 대한 지휘는 인정하고 있지 않기 때문에, 일본과 같이 경찰이 영장을 청구(구류장 제외)할 수 있는 경우와는 달라서 행정상의 즉시강제에 대한 영장주의는 한국에서는 제도적으로 한계가 있는 것이다.

V. 결 론

우리 나라의 경직법은 그 제정과정에서 직접적으로는 일본의 영향을 받아 형성되었지만, 더 깊이 거슬러 올라가면 독일이나 프랑스 등 대륙법계는 물론, 미국과 같은 영미법계의 영향을 받아 형성되었음을 알 수 있다. 이러한 결과는 사실 그동안 대륙법계 일변도의 해석에 치우쳐 있는 경직법에 대한 학계의 견해에 의문을 던지게 한다.

따라서 행정경찰과 사법경찰을 엄격히 구분하고 원칙적으로는 수사를 경찰의 본래 업무에서 제외시키는 대륙법적 사고만 가지고는 우리 경직법을 제대로 해석한다고 할 수 없을 것이다. 미국과 같이 수사를 경찰 본연의 임무와 권한으로 규정하고, 또 그 영향하에 경직법에 다수의 수사관련 규정들을 가지고 있는 것이다. 따라서 현행 경직법은 행정경찰작용만을 위한 법은 아니라고 판단되며, 또 실제로 경찰은 행정작용과 사법작용을 동시에 수행하고 있기 때문에 그동안 획일적으로 행정작용임을 전제로 한 경직법의 해석은 여러 측면에서 재검토를 요한다 할 것이다.

아울러 여러 가지 미비점이 지적되고 있는 경직법의 현실을 인식하고, 일반조항·경찰권 발동의 기본원칙·경찰책임·경찰강제·손실보상 등의 내용이 담긴 체계적인 경찰작용법의 제정을 서둘러야 할 것이다.

주제어 : 경찰작용법, 형성과정, 경찰관직무집행법, 법제사, 영장주의

※자료 1 行政警察章程(1894년 7월 14일 議案 抄)

第一節

- 一 行政警務之爲務 在防民災害 馴致靜謐(행정경찰의 업무는 민의 재해를 방지함으로써 평온하게 하는데 있다)
- 二 各地方長官 使警務官總巡 分掌撫民事務 分派便宜去處 董率巡檢 行巡羅查察(각 지방장관은 경무과 총순으로 하여금 무민사무를 분장케 하고 편의한 거처에 분파하여 순검을 감독, 순라와 사찰을 행한다)
- 三 大別職掌爲四(직무를 크게 넷으로 나눈다)
 - 一 防護爲民妨害事務(민에 대한 방해를 방호하는 일)
 - 二 保護健康事(건강을 보호하는 일)
 - 三 制止放蕩淫逸事(방탕과 음일을 제지하는 일)
 - 四 探捕欲犯國法者於隱密中事(국법을 어기려는 자를 은밀한 가운데 탐포하는 일)
- 四 行政警務 有所未及查察 若背法律 則此等搜索逮捕 是爲司法警務職務 行政警務 擬行此務 宜從檢事章程及司法警務規則(행정경찰의 사찰이 충분하지 않아 만약 법률에 위배되어 수색과 체포에 이르게 되면 사법경찰의 직무에 해당하므로 행정경찰은 이러한 업무를 수행하는데 있어 마땅히 검사장정 및 사법경무규칙에 따라야 한다)
- 五 警務官吏 務籌公同裨益 不可發揚一家隱微小惡 又不可濫貪己功 以誤警務一切事務(경찰관리는 공익증진에 힘써야 하며, 일가의 작은 소악 또는 자기의 공을 탐람함으로써 일체의 경찰사무를 그르쳐서는 아니 된다)

第二節 總巡職務章程

- 三 時時巡視所管部內 查察其情景及巡檢勤慢 又要誌識人口戶數民業等事(시시로 관내를 순시하여 그 상황과 순검의 근태를 사찰하고, 인구·호수·백성의 생업 등을 기록하고 알고 있어야 한다)
- 六 違警犯人 按據違警章程處斷後 申報長官 事或貳疑難判者 請長官處決(위경범인은 위경장정에 의거하여 처단한 뒤 장관에게 보고하고, 의문이 있어 판단하기 어려운 때는 장관에게 청하여 처결하여야 한다)

第三節 巡檢職務章程

- 一 其職務 一依第一節第三條執行(그 직무는 제1절 제3조에 의거하여 집행한다)
- 二 所管部內居民 暨道路行人 若遇困難 來請救護 不拘何時 出力排解 遇有關人性命之危 亟請就近醫員 以行治療(관내 거민이나 도로행인이 곤란에 부딪혀 구호를 청하면 어느

- 때든지 힘써 해결해주어야 하며, 사람의 생명에 관계되는 위험에 처한 경우에는 서둘러 가장 가까운 의원에 데리고 가 치료해 주어야 한다)
- 三 老幼婦女廢疾之人 尤宜極力保護(노유·부녀·폐질인은 더욱 힘을 다해 보호하여야 한다)
- 四 常察部內戶口男女老幼及其爲人善惡 又要留心於無恒業散漫者(관내호구·남녀·노유 및 그 사람됨의 선악을 항상 관찰하여야 하며, 또한 일정한 직업없이 떠도는 자는 관심을 가져야 한다)
- 五 部內有自他移居者 直查該人平昔閱歷及現執何業等事(관내에 타처로부터 이거한 자가 있으면 곧 그 사람의 과거와 현재의 이력 및 어떠한 업무에 종사하는 지를 조사하여야 한다)
- 六 凡有布告飭示等 新令之出 務察人民信服與否 報于總巡(포고·칙시 등의 신령이 반포되면 인민의 신복여부를 살펴 총순에게 보고하여야 한다)
- 七 巡行中 凡關職務之一切事狀 逐一詳記 報于總巡(순행 중 직무에 관련되는 일체의 사안은 일일이 상기하여 총순에게 보고하여야 한다)
- 八 街路場市群聚雜遝 有潰風紀 亟宜制止(가로·시장에 사람들이 혼잡하게 군집하여 풍기를 어지럽히면 마땅히 서둘러 제지하여야 한다)
- 九 如有遲兒 迷失道路 未詳所住 姑先使洞任看護 廣行告示 以待其父母親戚自來率去 隨即具狀于總巡(만약 길을 잃어 주소가 불상인 미아가 있으면 우선 동임을 시켜 간호케하고 널리 알림으로써 그 부모·친척이 와서 데려가기를 기다리되, 즉시 서면으로 총순에게 보고하여야 한다)
- 十 如有放失牛馬 未詳原主 姑先使洞任牧留 廣行告示 以待該主之來領(만약 주인을 알 수 없는 우마가 있으면 우선 동임을 시켜 유목케하고 널리 알려 주인의 내령을 기다려야 한다)
- 十一 如有醉酒亂性者及瘋病人 使近地人民看護 若或暴動 捉付洞任(만약 주취난성자 및 정신병자가 있으면 근지의 사람을 시켜 간호케하되, 만약 폭동하면 동임에게 맡겨야 한다)
- 十二 如有瘋犬 亂行道路 隨即令近地人民 撲斃除害 棄之屏處(만약 광견이 가로를 난행하면 즉시 근지의 사람에게 명하여 이를 죽여 접근불가지역에 버려야 한다)
- 十三 如有死屍 在街路上 詳細行檢後 具狀于總巡 以待指揮(만약 가로상에 시신이 있으면 상세히 검시를 행한 후 서면으로 총순에게 보고하고 지휘를 기다려야 한다)
- 十四 獸畜死骸 直令洞任 設法遠棄(짐승과 가축의 사체는 즉시 동임에게 명하여 법에 따라 멀리 버려야 한다)
- 十五 如有人家門戶 入夜不關 即使其主點檢關鎖(만약 밤이 되어도 문호를 잠그지 않은 인가가 있으면 그 주인으로 하여금 점검하여 잠그게 한다)
- 十六 如有殊常之流 潛行街路 隨即捉訊 事有可疑 押付巡檢所 或密報總巡 待其發落 斷不可率爾行之(가로를 잠행하는 수상한 무리가 있으면 즉시 잡아 신문하되, 사안이 의심스러우면 순검소로 압부하거나 총순에게 밀보하여 그 결정을 기다려야 하며, 결코 경솔

히 행하여서는 아니 된다.

- 十七 如有失火 巡檢必打號齊集 助其罹災人 出力撲滅 人民亂集救護之場 毋使雜遝 以防竊取(만약 실화가 있으면 순검이 반드시 신호를 보내 모두 모이게 하여 그 이재민을 도와 힘써 진화하고, 사람들이 구호장에 난집하면 잡담을 금함으로써 절취를 막아야 한다.)
- 十八 遇有上條救火時 先救人 次書類金貨 公廩 則先救存案公牘(상조의 진화시에는 우선 사람을 구하고 다음에 서류와 금화를 구하되, 관공서는 먼저 존안공문서를 구하여야 한다)

第四節 違警罪即決章程

- 一 警務支署所管部內 如有犯違警罪者 該署長 或署理官吏 卽行處決(경무지서의 관내에 위경죄를 범하는 자가 있으면 당해 서장이나 서리하는 관리가 즉시 처결을 행한다)
- 二 卽決之法 不依裁判正例 訊取本人口供 直決之 又或被告人 隨未經對辦 可將直決文件送致之(즉결법은 재판정례에 의하지 아니하고, 본인의 구두진술을 들어 직결한다. 또한 혹 피고인의 변론을 거치지 않았다고 하더라도 직결문건으로 송치할 수 있다)
- 三 被告人 接到直決文件 得向違警罪裁判所請正式裁判 但未經正式裁判之前 不得上告高等法院(피고인이 직결문건을 송달받은 때는 위경죄재판소에 정식재판을 청구할 수 있다. 단, 정식재판을 거치기 전에는 고등법원에 상고할 수 없다)
- 四 直決文件 必詳載被告人姓名居住職業犯罪處所年月日時罪名刑名與請求正式裁判之緣由期限並年月日經某警務署某官吏直決等項(직결문건에는 반드시 피고인의 성명·주거·직업·범죄처소·년월일시·죄명·형명·정식재판의 청구사유·기한과 모년월일에 모경무서 모관리의 직결을 거쳤다는 등의 항을 기재하여야 한다)
- 五 欲請正式裁判者 先行聲明於直決文件所發之警務署 其期限如係第二條第一項之事機 自文件受領日起三日以內 如係同條第二項之事機 爲五日以內(정식재판을 청구하고자 하는 자는 먼저 직결문건을 발한 경무서에 성명하여야 한다. 그 기한은 제2조 제1항에 관계되는 경우에는 문서접수일로부터 3일 이내, 동조 제2항에 관계되는 경우에는 5일 이내로 한다)
- 六 警務署接到右項聲明書 在二十四箇時辰內 送致本訴訟所管一切文件于違警罪裁判所檢察官(경무서에서 위의 성명서를 접수하면 24시간내에 본 소송관계 일체문건을 위경죄재판소 검찰관에게 송치하여야 한다)
- 七 於第五條所定期限 不行請求正式裁判 當以直決文件爲正(제5조에서 정한 바 기한내에 정식재판을 청구하지 않으면 당연히 직결문건을 정당한 것으로 간주한다)

第五節 巡檢選用章程(省略)

※자료2 行政執行令(1914년 7월 11일 제령 제23호)

제1조 행정관청은 니취자(泥醉者), 풍진자(癲癲者), 자살을 기도하는 자, 기타 구호를 요한다고 인정되는 자에 대하여 필요한 검속을 행하고, 용기(戎器)·흉기(凶器) 기타 위협의 우려가 있는 물건을 가영치할 수 있다. 폭행·투쟁(鬪爭) 기타 공안을 해할 우려가 있는 자에 대하여 이를 예방하기 위해 필요한 때에도 또한 같다.
전항의 검속은 3일을 초과해서는 아니되며,⁸¹⁾ 가영치는 30일 이내에서 그 기간을 정하여야 한다.

제2조 행정관청은 일출전·일몰후의 경우에는 생명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박하다고 인정할 때, 또는 박혁(博奕)·밀매음(密賣淫)이 현재 행해지고 있다고 인정할 때를 제외하고는 현주거자의 의사에 반하여 저택에 출입할 수 없다. 단, 여관, 음식점(割烹店), 기타 야간이라고 하더라도 다수인이 출입하는 장소의 공개시간내는 그러하지 아니하다.

제3조 행정관청은 밀매음범자(密賣淫犯者) 또는 그 전과자로서 여전히 밀매음의 상습이 있는 자에 대해서 건강을 진단하거나 또는 지정의사의 검진을 받게 하여 전염성질환에 걸려 필요하다고 인정할 때는 병원에 입원시키거나 지정의사의 치료를 받게 하여 치유(治癒)될 때까지 지정된 장소에 거주케 하고 그 외출을 금지할 수 있다.
전항 요양의 비용은 본인 또는 매합자(媒合者)의 부담으로 한다. 단, 본인 또는 매합자가 비용을 부담할 자력(資力)이 없다고 인정될 때는 국고로 지변(支辨)하여야 한다.
풍속상의 단속을 요하는 업을 행하는 자의 거주 기타의 제한은 명령으로 이를 정한다.

제4조 행정관청은 천재, 사변 또는 조선총독이 정하는 경우의 위해예방 혹은 위생을 위해 필요하다고 인정될 때는 토지·물건을 사용·처분하거나 그 사용을 제한할 수 있다.

제5조 행정관청은 법령 또는 법령에 기초하여 행하는 처분에 의거, 명하는 행위나 불행위(不行爲)를 강제하기 위하여 다음 처분을 행할 수 있다.

- 一. 스스로 의무자가 행하여야 할 행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 이를 행하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것
 - 二. 강제하여야 할 행위 중 타인이 대신하여 행할 수 없는 때 또는 불행위를 강제하여야 할 때 명령으로 25원 이하의 과료(過料)에 처하는 것
- 전항의 처분은 미리 계고하지 아니하고는 이를 행할 수 없다. 단, 급박한 사정이 있는 경우로서 제1호의 처분을 행할 때는 그러하지 아니하다.

81) 밀줄 그은 부분(필자)은 일본의 행정집행법과 다른 내용을 규정하고 있다. 이하 동일하다.

행정관청은 제1항의 처분에 의한 행위 또는 불행위를 강제할 수 없다고 인정될 때 또는 급박한 사정이 있는 경우를 제외하고는 직접강제를 행할 수 없다.

제6조 제3조 및 제5조의 비용과 제5조의 과료(過料)는 국세징수령의 규정에 의거 이를 징수할 수 있다. 단 선취특권의 순위는 국세 다음으로 한다.
(일본 행정집행법 제2문과 제3문 없음)

제7조 인가 또는 허가를 받지 아니하고는 소유할 수 없는 물건을 행정청이 보관하게 된 경우에 그 소유를 인허할 수 없는 때는 그 소유권은 국고에 귀속한다. 가영치를 받은 물건으로서 1년 이내에 교부를 청구하는 자가 없는 때도 또한 같다.

[Abstract]

A Study on the Formative Stages of Korean Police Law and its
Meaning

Lee, Woon-Joo

This study covers the forming process of Police Law in Korea, specifically Act on the Performance of Duties by Police Officers(the Act), the provisions, and the effect of its structure.

For the purpose, the first chapter deals with how the Act has been developed. The second chapter covers the issues related to how to interpret the current provisions of the Act.

This study reveals that Police Law in Korea, having been under the influence of Japanese law, has been concurrently affected by Civil Law country such as Germany and France, and Common Law country such as the United States.

The outcome of this study will necessitate reconsidering the structure and interpretation of the provisions of the Act and should be paid due regard to in the course of enactment and interpretation of other Police Law provisions in the future.