

민간경비원 강제력 행사의 법적 근거

-한국과 독일의 비교를 중심으로-

Rechtliche Handlungsgrundlage des privaten Sicherheitsdienstes

이성용*

〈목 차〉

I. 서론	III. 한국의 법제와 실무에의 적용
II. 경비원의 법적 권한에 관한 독일의 논의	IV. 결론

〈요 약〉

민간경비 임무의 본질은 타인의 생명, 신체 재산을 보호하는 것이다. 타인의 법익보호 임무를 수행하는 과정에서는 빈번하게 물리력을 사용하여 침해자나 관련 없는 제3자의 법익을 침해하는 상황이 발생하게 된다. 이러한 민간경비원의 강제력 행사를 정당화하는 법적근거는 단일법령에서 정하지 않고 형법, 형사소송법 등에 산재되어 있으며, 각 개별법학의 이론들을 따르고 있어, 이에 대한 체계적인 연구가 요구된다.

원칙적으로 경비원의 법적권한은 크게 3가지로 구분될 수 있다. 그 첫째는 누구에게나 인정되는 보편적인 긴급권(Notrechte)으로서 정당방위, 긴급구조, 긴급피난, 현행범체포 등이 이에 해당한다. 둘째, 경비사용자로부터 위임받아 행사할 수 있는 권한으로는 자력구제권과 가택관리권을 들 수 있다. 또 다른 하나는 개별법령에 의해서 국가의 고권적 권한을 공무수탁의 형식으로 위임받아 수행하는 형식이 될 것이다.

본고에서는 민간경비원의 법적권한에 관한 독일에서의 논의를 자세히 소개하고, 우리 법제의 해석과 실무적 적용가능성을 검토함으로써, 민간경비원의 적법한 권한행사와 국민적 신뢰제고를 위한 이론적 토대를 마련하고자 하였다.

주제어: 민간경비, 법적 권한, 강제력 행사, 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 현행범체포

* 경찰대학 치안정책연구소 연구관

I. 서론

한국의 법학은 대륙법계의 영향을 받아 독일법학의 법문화적 특성을 많은 부분에서 계수하고 독일의 법체계와 법도그마를 따라 발전하였으며, 추상적인 규범화와 체계화를 그 특징으로 한다. 경비업 법제와 관련하여, 한국은 이미 1976년 최초의 용역경비업법이 시행된 이래 현재까지 제8차 개정작업을 통해 발전을 거듭하여 왔다. 그럼에도 아직 경비원이 제3자에게 행사할 수 있는 권한에 관한 규범적이고 체계적인 선행연구는 찾아보기 힘들다. 또한 경비업법 제7조는 ‘경비업자는 경비대상시설의 소유자 또는 관리자의 관리권의 범위 안에서 경비업무를 수행하여야 하며, 다른 사람의 자유와 권리를 침해하거나 그의 정당한 활동에 간섭하여서는 안된다’고 규정하고 있음에도, 동조의 ‘관리권’의 구체적 의미와 관리권에 근거한 구체적 권한행사에 관한 연구가 부족한 것이 현실이다. 위험을 방지하고 고객의 생명과 재산을 지키는 민간경비 업무의 본질상 경비원이 타인에게 강제력을 행사하는 것은 불가피하다. 민간경비원은 타인의 법익을 보호하기 위해 준비된 강제력을 행사한다는 점에서 국가 공권력과 공통점을 가지고 있다. 이러한 법적 권한의 근거와 한계를 명확히 하고 구체화 하는 것은 법치주의적 요청일 뿐만 아니라, 강제력 행사가 법적 근거를 벗어나 위법한 권한행사가 될 경우, 해당 경비원과 경비회사에 대한 손해배상 등 법률적 책임은 물론이거니와 대외적 이미지 실추로 인한 막대한 경제적 손실이 발생할 수 있다.

독일의 경우, 한국의 경비업법에 해당하는 특별법이 존재하지 않고, 일반 영업법의 한 조문(Gewerbeordnung, § 34 a)의 형태로 경비업을 규정하고 있다. 그간 독일에서도 경비업 관련 법령을 특별법의 형식으로 정비하고 경비원의 법적 권한을 명시적으로 규정할 것이 시도되기도 하였으나, 관철되지는 못하였다. 그 주된 논거는, 민간 경비원이 일반시민과 비교될 수 있는 특별한 권한을 행사할 수 없기 때문에, 그 권한에 대한 특별한 규정을 할 이유도 없다는 것이었다. 따라서 독일과 한국은 - 공무수탁을 통한 고권적 권한수탁을 제외하고는¹⁾ - 민간경비원의 법적 권한에 대한 특별한 입법 없이 형법, 형사소송법, 민법전 등에 산재되어 있는 일반적 강제권을 민간경비원에게도 적용한다는 점에서 유사한 형태를 취하고 있다고 할 수 있겠다.

이러한 배경 하에 본고에서는 독일에서의 민간경비원의 법적 권한에 관한 논의를

1) 국가의 특별한 고권적 권한위탁을 통한 민간경비원의 권한행사에 관해서는 이성용, 고권적 권한수탁을 통한 사인의 치안활동, 경찰학연구, 2006, 제6권 제3호, 104-124.

조명하고, 한국의 법제와 그 실무적 활용을 검토함으로써 한국 민간경비원의 법적 권한 체계화의 법리적 기초를 마련해 보고자 한다.

Ⅱ. 경비원의 법적권한에 관한 독일의 논의

1. 경비원 권한에 관한 일반론

독일 헌법인 기본법(Grundgesetz) 제2조 제1항에서는 일반적인 행동의 자유를 포괄적으로 보장하고 있다. 이에 따라 사적 활동에는 원칙적으로 아무런 법적인 수권을 필요로 하지 않는다. 이러한 범규범은 당연히 경비업자에게도 적용된다(Schnekenburger, 1999, 104). 그럼에도 경비업을 수행함에 있어서는 제3자에게 불이익한 결과를 초래하여, 형법상의 범죄나 민사상 손해배상청구권의 구성요건을 충족시키는 상황이 빈번하게 발생할 수 있다. 이런 경우 민간경비원은 형법상의 위법성 조각사유를 근거로 피해자에게 대항할 수 있다. 위법성 조각사유를 통해서 민간경비원의 행위는 형벌이나 민사상의 손해배상으로부터 자유롭게 된다.

통상 민간경비원이 행사할 수 있는 권리는 3가지로 구분될 수 있는데, 누구든지 일반적으로 행사할 수 있는 보편적 권리(Jedermannsrechte), 경비사용주체로부터 위임받아 행사하는 권리, 그리고 특별법의 규정을 통해 민간경비원이 국가의 고권적 임무를 수탁 받아 공법상의 행위형식을 통해서 특정한 위협방지 임무를 수행하는 것이 이에 해당한다.

정당방위나 긴급피난과 같은 일반인에게 인정되는 보편적 권리(Jedermannsrechte)를 민간경비원도 제한 없이 행사할 수 있는가에 대해서는 독일에서 견해가 대립되고 있으며,²⁾ 이런 논란을 해결하기 위해서 2002년 7월 27일 개정된 영업법은 제34조의a 제5항을 새로 삽입하였는데, 이 규정을 통해 민간경비원은 법률에 의한 고권적 권한수탁의 경우 이외에는, 민간경비 사용자로부터 계약을 통해 위임받은 私法上的 권한과 일반인에게 인정되는 보편적 권리를 행사할 수 있음이 명문화 되었다.

이하에서는 민간경비원이 그 임무를 수행함에 있어서 타인에게 적법한 강제력 행사를 가능케 하는 법적근거를 독일 법제 하에서 분석하고, 아울러 민간경비원의 권한 행사와 관련하여 독일 영업법에 새로 삽입된 제34조의a 제5항의 의미를 검토해본다.

2) 이 문제는 호프만 림(Hoffmann-Riem)이 그의 논문인 “Übergang der Polizeigewalt auf Private?” (1977, 277)에서 최초로 제기하였다.

2. 보편적 권리(Jedermannsrechte)

1) 정당방위 (Notwehr)

독일 형법 (StGB) 제32조, 민법 (BGB) 제227조, 질서위반법 (OWiG) 제15조에서 규정하고 있는 정당방위와 긴급구조(타인의 법익을 위한 정당방위)는 민간경비원이 제3자에 대해 강제력을 행사함에 있어서 가장 빈번하게 적용되는 법적근거이다. 자기 자신의 법익보호를 의미하는 협의의 정당방위는 타인의 법익보호를 그 목적으로 하는 긴급구조와 구분된다. 그러나 실정법은 양자간에 어떠한 차이도 인정치 않고 있어, 후자도 전자와 동일한 요건 하에 적용될 수 있다(Seier, 1987: 2477). 독일에서 정당방위는 형법이외에도 민법과 질서위반법에서 규율되어 있지만, 내용상 차이가 없고 동일한 법리가 적용되며 통일된 해석이 가능하므로, 이하에서는 형법 제32조에 규정된 정당방위를 중심으로 검토하기로 한다.

가. 구성요건적 전제

정당방위나 긴급구조는 정당방위 상황에서만 가능하다. 정당방위 상황은 정당방위 행위자 또는 제3자에 대한 현재의 위법한 공격을 말한다. 정당방위로 인정되는 행위는 이러한 정당방위 상황을 모면하기 위한 방어적 행위여야 한다. 정당방위 행위자가 어떠한 형식이든, 공격에 대항하는 경우가 이에 해당된다. 형법 제32조에 의거 정당방위로 위법성이 조각되기 위한 가장 중요한 요건은 ‘방어의 필요성’의 여부이다. 이것은 방어자가 확실하고 즉각적으로 침해에 대한 종국적인 방어를 기대할 수 있는 사용가능한 다양한 선택적 수단 중, 최소침해의 수단을 선택해야 함을 말한다. ‘필요성’은 결코 ‘비례성’과 혼동되어서는 안 된다. 즉, 공격받는 법익과 방어행위에 의해 침해된 법익사이의 법익교량은 지배적인 견해에 의하면 요구되지 않는다(Schönke-Schröder-Lenckner-Perron, 2001: § 32, Rn. 31³⁾).

이러한 제한되지 않는 정당방위의 행사는 많은 학자들에 의해 비판받았으며, 이 정당방위를 제한하기 위한 시도가 이루어졌다. 정당방위의 사회윤리적 제한은 일반적으로 인정되고 있다.⁴⁾ 다른 한편으로 판례와 학설의 지배적인 견해는 고권적 조력의 우선을 정당방위의 또 다른 제한으로 인정하고 있다. 따라서 국가에 의한 고

3) 독일 법률 주석서의 경우, 각 조문별(§)로 독자적인 여백번호(Rn.)를 부여하고 있으므로, 이러한 주석서의 경우 이하 본문주에서는 이와 같은 표기법을 사용한다.

4) 정당방위의 의도적 도발과 사회윤리적 목적에 의한 정당방위에 관해서는, Leipziger Kommentar/Spendel, § 32, Rn. 6.

권적인 조력이 가능한 경우에는, 정당방위나 긴급피난과 같은 형식의 사적 강제력의 행사는 허용되지 않는다(Schönke-Schröder-Lenckner-Perron, 2001: § 32, Rn. 41).

나. 정당방위의 민간경비에의 적용가능성에 관한 논의

독일에서 민간경비원이 정당방위권을 행사할 수 있는가의 문제가 논의된 것은 1970년대부터이다. 독일 법학자인 Hoffmann-Riem은 그의 논문(Hoffmann-Riem, 1977)을 통해서 민간경비를 조지오웰의 '1984년'에 등장하는 'Big Brother'에 비유하면서, 미래에는 민간경비라는 'Big Family'의 등장으로, 안전을 담보하지만, 동시에 새로운 권력이 될 것이라고 경고하였다. 그는 또한 불가피한 경우 예외적으로만 인정되는 정당방위, 긴급피난과 같은 긴급권을, 위협에 대비하도록 준비된 민간경비원이 직업적으로 사용하는 것이 국가가 이러한 긴급권 제도를 통해 일반인에게 강제력 행사를 허용하는 근본적인 목적에 반한다고 하였다. 그 밖에도 경찰과 유사한 업무를 수행함에도, 경찰과는 달리 비례성의 원칙에 구속되지 않는, 민간경비원에 의한 이러한 긴급권의 사용은 그들에게 경찰보다 더 강도 높은 강제력 행사를 가능케 한다는 논거도 제기되었다.(Roßnagel, 1983: 62).

이러한 배경 하에 독일에서는 민간경비원과 같이 긴급권을 직업적으로 사용하는 자들로부터 그 긴급권 사용을 제한하기 위해서 '직업적 긴급조력자(Professioneller Nothelfer)' 라는 용어를 사용하기 시작하였다. 이는 특히 원칙적으로 비례성의 원칙이 적용되지 않는 민간경비원에 의한 정당방위권 행사에 대해 비례성 원칙의 적용을 통해서 그 위법성 조각의 범위를 제한하려는 시도라고 할 수 있다(Peilert, 2004: 360).

그럼에도 독일의 다수설은 민간경비원에 의한 긴급권행사를 긍정하고 있다(Schwabe, 1978: 165; Kunz, 1983: 985; Schulte, 1995: 133; Schnekenburger, 1999: 153; Peilert, 2004: 462). 특히 슈넨켄부르거(Schnekenburger)는 직업적인 긴급조력자의 활동이 예외적인 상황을 일반화시킨다는, 부정론자들의 주장을 반박하면서, 예외적 상황이라는 긴급권행사의 구성요건적 전제를, 예외적 상황을 직업적으로 대비한다는 민간경비활동의 본질이나, 그들이 이미 그러한 예외적 상황에 빈번하게 대처한 경험이 있다는 사실과 결부시킬 수 없다고 한다. 더군다나 직업적 긴급조력자의 긴급권사용의 제한은 또 다른 헌법상의 문제점을 안고 있다. 이런 방식의 형법상의 위법성 조각사유의 제한은, 민간경비원의 침해권한을 제한하는 결과에 그치는 것이 아니라, 종국적으로는 행위의 가벌성을 명문규정없이 확대하는 결과를 초래하게 되어, 독일기본법 제103조 제2항에 규정되어 있는 형벌의 명확성의 원칙에 반하게 된다는 주장에 주목해야 할 것이다(Schulte, 1995: 134; Bueß, 1997: 54).

다. 영업법 제34조의a 제5항의 의의

2002년 7월 27일 영업법 개정으로 새로이 삽입된 제34조의a 제5항은 다음과 같이 규정하고 있다. “경비업자와 그 종사원은 경비업을 수행함에 있어 제3자에 대하여 일반인에게 보편적으로 인정되는 권리와 경비사용자로부터 계약을 통해 위임받은 자력구제권, 경우에 따라 법적 수권을 통해 위임받은 권한만을 자기 책임 하에 행사할 수 있다. 이러한 권리와 권한행사에 있어서는 필요성의 원칙을 준수해야만 한다.”

입법자는 이 조문을 통해서 경찰의 권한과 민간경비원의 권한간의 추상적인 구분을 시도하였다. 이 규정은 민간경비원이 법률을 통해 고권적 권한을 수탁 받는 경우를 제외하고는 단지, 경비사용자로부터 계약을 통해 위임받은 자력구제권이나 일반인에게 인정되는 보편적 권리만을 행사할 수 있음을 명백히 하였다. 당초 입법과정에서 경비원의 권한에 관한 법률을 제정할 것이 논의되었으나, 이러한 법률이 경비업 분야의 활성화를 과도하게 제한하고, 실무적 적용에 있어서 어려움이 있을 것이라는 반론에 부딪혀, 이에 대한 절충으로 동 조문이 탄생하게 된 것이다. 동항 제2문은 또한 권리행사에 있어서 필요성의 원칙을 준수할 것을 규정하고 있는데, 일부에서는 이 규정을 불필요하고 혼란을 야기할 수 있는 규정이라고 비판하기도 한다(Schönleiter, 2003: 2; Knuert, 2003: 51).

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 지금까지 독일에서는 민간경비원에 의한 정당방위, 긴급피난 등의 보편적 권리행사가 비례성의 원칙에 따라 제한될 수 있는가에 대하여 학자들 간의 논란이 있어온 점을 고려할 때, 동 조항을 통해서 지금까지 지속되어온 법도그마적인 논란이 입법을 통해 어느 정도 정리되는 성과가 있다고 하겠다(Brauser-Jung-Lange, 2003: 230).

그럼에도 동항 제2문의 문맥은 사전적인 해석에 따른 경우, 법률에 의한 고권적인 권한수탁에서 마치 필요성의 원칙만을 준수하면 되는 것으로 잘못 해석될 여지가 있다. 이 경우 기본법 제20조 제3항에서 규정된 법치국가의 원리에 따라 필요성의 원칙을 포함한 비례성의 원칙이 엄격하게 적용되어야 할 것이다. 또한 형법 제34조, 질서위반법 제16조, 민법 제228조 및 제904조에 의한 긴급피난이나 형소법 제127조 제1항에 의한 임시체포의 경우에도 엄격한 비례성의 원칙이 적용된다.

한편, 동 규정은 사회사의 자체인력경비원⁵⁾이나 민간조사원을 적용대상에 포함시키지 않음으로써, 직업적인 긴급조력자의 통일적인 권한규정이 되지 못하고 있다. 자체인력경비나 민간조사원의 경우는 동 규정이 유추적용 될 수 있을 것이다.

5) 자체 인력경비원은 경비용역계약을 통해 경비업무를 수행하는 경비원이 아닌, 일반 사업체의 직원 중 경비업무를 전담하는 자를 의미한다. 다만, 청원경찰의 경우는 청원경찰법에 의해 경찰관에 준하는 고권적 권한행사가 이루어지므로, 그 강제력행사에 대해서는 경찰행정법 상의 제 원칙이 적용된다.

2) 긴급피난 (Notstand)

독일 형법 제34조는 “생명, 신체, 자유, 명예, 소유권 기타의 법익에 대한 현재의 달리 회피할 수 없는 위험에 직면하여 자기 또는 타인의 위험을 피하기 위하여 행위한 자는 충돌하는 이익, 즉 관련법익과 긴박한 위험의 정도를 교량하여 보호되는 이익이 침해된 이익보다 본질적으로 우월한 때에는 위법하게 행위한 것이 아니다. 다만 그 행위는 위험을 피하기 위한 적합한 수단이 아니면 안된다” 고 규정하고 있다.

형법 제34조와 질서위반법 제16조에서 규정하고 있는 위법성을 조각하는 정당화적 긴급피난규정은 형법 제34조가 행위를 “Tat”라고 표현하고, 질서위반법 제16조가 “Handlung”이라고 표현하는 것을 제외하고는 동일한 문장이므로 여기에서는 두 조문을 함께 검토하기로 한다.

위법성을 조각하는 긴급피난은 달리 회피할 수 없는 현재의 위난, 즉 긴급피난 상황을 전제로 한다. 정당방위와는 달리, 긴급피난은 침해자의 법익에 대한 방어적 행위일 필요는 없다. 이러한 행위는 그러나 위험을 제거하기에 적합한 행위여야 하며, 이러한 긴급피난 행위를 제외하고는 달리 회피할 방법이 없어야 한다(Leipziger Kommentar-Hirsch, 2003: § 34, Rn. 50; Schönke-Schröder-Lenckner-Perron, 2001: § 34, Rn. 19).

정당방위 및 긴급구조와 대별되는 긴급피난의 특징은 형법 제34조가 명백히 이익의 교량을 규정하고 있는 점이다. 긴급피난행위는 보호되는 이익이 침해된 이익보다 본질적으로 우월한 때에 한하여 정당화된다. 바꾸어 말하면 긴급피난에서는 엄격한 비례성의 검토가 요구된다(Tröndle-Fischer, 2004: § 34, Rn. 7). 이런 이유로 형법 제34조는 형법 제32조에 비해 경비원의 권한행사의 근거규정으로서 특별한 문제없이 인정되고 있다(Huber, 2000: 68).

그럼에도 경비원의 긴급피난행위는 실제로는 제한적으로 적용될 수밖에 없는데, 그 이유는 경비업무의 본질이 타인의 생명이나 신체를 보호하는 활동을 직업적으로 하는 것이므로, 위난방지를 위해 무관한 제3자의 법익을 침해하기에 앞서 평균인보다 더 높은 위험을 수인해야 하기 때문이다. 긴급피난의 행사는 위험인수의무가 존재하지 않을 경우에만 가능하다.

독일형법 제35조는 또한 면책적 긴급피난을 규정하고 있는데 그 조문은 다음과 같다. “생명, 신체 또는 자유에 대한 달리 피할 수 없는 현재의 위난 속에서 자기, 친족 또는 기타 이와 밀접한 관계에 있는 자의 위난을 피하기 위하여 위법행위를 한 자는 책임 없이 행위한 것이다. 정황에 비추어, 특히 스스로 위난을 초래하였거

나 특별한 법률관계로 인하여 그 위난을 감수할 것이 행위자에게 기대될 수 있었던 때에는 그러하지 아니하다. 다만, 행위자가 특별한 법률관계를 고려하더라도 위난을 감수할 수 없었던 때에는 제49조 제1항에 의하여 형을 감경할 수 있다.”

형법 제34조와는 달리, 제35조가 민간경비원의 법적근거가 될 수 있는 가에 대해서는 논란이 있다. 왜냐하면 제35조에 의한 행위는 결국 위법한 행위이기 때문이다. 이러한 행위는 법규에 의해서 용인되는 것이 아니고, 행위자에게 존재하는 예외적인 심리적 압박 때문에 단지 책임비난이 탈락하는 것이므로 동조를 민간경비원의 권한행사의 근거규범으로 포섭시키는 것은 타당하지 않다(Mahlberg, 1988: 129; Lange, 2002: 49).

3) 공격적 긴급피난과 방어적 긴급피난 (Defensiver bzw. aggressiver Notstand)

민법 제228조와 제904조에서 규정하고 있는 私法상의 긴급피난 규정 또한 민간경비원의 권한행사의 근거규정이 될 수 있다. 형법 제34조가 포괄적인 긴급피난규정으로서 민법 제228조와 제904조의 적용범위를 포함하고 있음에 비해, 사법상의 긴급피난규정은 특별규정으로서 물적 범의의 침해만을 대상으로 한다. 민법 제228조는 위험을 발생시키는 물건에 대한 침해를 정당화 시키는 규정이며, 제904조는 위험을 발생시키지 않는 물건에 대한 침해를 정당화시키는 조항이다.⁶⁾ 이 규정들의 적용에서는 비례성의 원칙에 따라 상응하는 범의의 교량이 고려되어야 하므로, 특별한 문제없이 민간경비원의 권한행사 근거로서 인정될 수 있다.

4) 임시체포 (Vorläufige Festnahme)

일반인에게 보편적으로 인정되는 권리로서 민간경비원의 권한행사의 근거가 될 수 있는 또 하나의 규정은 형사소송법 제127조 제1항에 의거한 사인의 임시체포권이다.⁷⁾

동조에 따라, 도주의 의심이 있거나 신원이 즉시 확인될 수 없는 한, 현행범이나 범죄현장에서 추적되는 자를 누구든지 체포할 수 있다. 여기에서 객관적인 범죄발생이 요구되는지, 급박한 또는 고도의 범행혐의만으로 족한지에 대해서는 학설의 대립이 있지만 지배적인 견해는 후자를 따르고 있다.⁸⁾ 다수설의 논거에 의하면, 효과적인 형사소추라는 공공의 이익을 위한 행위로서 임시체포를 행하는 자에게 귀책

6) 이에 관해 더 자세히는 Palandt/Heinrichs, BGB, § 228, 여백번호 1 이하.

7) 동 조는 한국 형사소송법 제212조의 현행법체포와 비교될 수 있겠다.

8) 범행의 객관적인 존재를 요구하는 견해로는 Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 235; Meyer-Goßner, StPO, § 127, Rn. 4; Ranft, Strafprozessrecht, Rn. 759 등이 있고, 급박한 또는 고도의 범행혐의만으로 족하다는 견해는 BGH NJW 1981, 745면; Roxin, Strafrecht, AT § 17, Rn. 24; Karlsruher Kommentar/Boujong, § 127, Rn. 9; Pfeiffer, StPO, § 127, Rn. 2.

사유 없는 착오로 인한 위협을 부담케 하는 것은 용납될 수 없다고 한다. 이에 반대하는 견해의 논거는, 사인에 의한 자유박탈 행위에 대해 정당방위를 행사할 수 있는 권한을 귀책 없는 자에게서 빼앗을 수는 없다는 것이다. 생각건대, 법질서의 유지라는 목적을 고려할 때, 범행협회의 존재와 검거의 긴급성이 임시체포의 구성요건을 충족한다고 할 수 있으며, 귀책사유 없는 자의 정당방위 행사의 제한은 예외적으로 인정된다고 할 것이다.

물리적 강제력의 행사는, 체포를 위해 불가피한 경우에만 인정될 수 있다. 예를 들어 절취품을 반환받기 위한 피체포자에 대한 수색이나 자신의 안전을 위해 피체포자의 무기휴대여부를 손으로 더듬어 확인하는 것은 허용되지 않는다. 다만 후자의 경우는 형법 제32조(정당방위)에 의해 정당화될 수 있다.

3. 경비사용자로부터 위임받은 권한

실무적으로는 전술한 보편적 권리들이 민간경비원의 권한행사의 법적근거로서 가장 중요한 역할을 하고 있지만, 그 이외에 경비사용자로부터 계약을 통해 위임받은 권한도 민간경비원의 권한행사의 법적근거로 고려될 수 있다.

1) 점유보호권 (Besitzschutzrechte, 민법 제859조 및 제860조)

독일 민법 제859조는 점유자의 자력구제에 대하여 규정하고 있다. 이 조항에 의하면, 점유자는 금지된 사력에 대하여 실력으로 방어할 수 있으며(제1항), 점유자가 동산의 점유를 금지된 사력에 의하여 탈취당한 때에는, 그는 현장에 있는 탈취자로부터 또는 탈취자를 추적하여 그로부터 실력으로 물건을 회수할 수 있다(제2항). 점유자가 금지된 사력에 의하여 부동산의 점유를 침탈당하는 때에는, 그는 침탈 후 즉시 가해자를 배제하여 점유를 회복할 수 있다(제3항). 그러나 이러한 민법 제859조는 민간경비원의 권한규범으로 직접 적용될 수 없는데, 그 이유는 민간경비원은 타인의 지시를 받아 물건을 사실상 지배하는 점유보조자일 뿐, 동조의 점유자에 해당하지 않기 때문이다. 민간경비원의 강제력행사는 점유보조자의 자력구제를 규정하고 있는 민법 제860조에 의하여 근거될 수 있다.⁹⁾ 즉, 민간경비원은 경비용역계약상의 지시관계에 근거한 민법 제855조의 점유보조자로서 경비사용자의 점유권보호를 위해 강제력을 행사할 수 있다.

일부의 견해에 의하면, 제1항에서 규정하고 있는 점유방어는 권한행사에 있어서 결과적으로 정당방위와 아무런 차이가 없으므로 불필요한 규정이라고 보는데 설득

9) 민법 제860조: 제855조에 의하여 점유자를 위하여 사실상의 실력을 행사하는 사람은 점유자가 제859조에 의하여 가지는 권리를 행사할 수 있다.

력 있는 견해라 생각된다(Mahlberg, 1988: 164-165).

이에 반대하는 견해에 따르면 민법 제859조에 의한 자력구제는 국가의 고권적 조력에 대한 보충적인 적용이 아니므로 정당방위보다 적용범위가 더 넓다고 본다. 즉, 정당방위와는 달리 국가의 조력이 불가능한 경우에만 행사할 수 있는 권한이 아니라, 국가의 조력을 받을 것인지, 아니면 직접 실행행사를 취할 것인지 점유자가 결정할 수 있다는 것이다(Palandt-Bassenge, 2004: § 859, Rn. 4).

그러나 이러한 자력구제권은 국가의 강제력독점의 원칙을 고려해서 해석해야만 한다. 사적인 자력구제는 국가의 조력이 불가능한 경우에 한하여 정당화될 수 있다. 단지 이런 경우에서만 국가가 국민에게 부과한 평온의무(Friedenspflicht)를 요구할 수 없기 때문에 사인의 자력구제가 예외적으로 인정되는 것이며, 이는 명문의 규정이 없더라도 헌법합치적인 법해석을 따라 국가공권력 작용에 대해 보충적으로만 인정될 수 있을 뿐이다(Schnekenburger, 1999: 169).

다른 한편으로, 민법 제859조 제2항 및 제3항에서 규정하고 있는 점유탈환이 정당방위보다 더 광범위한 권한을 부여하는 것인가에 대해서는 논란이 있다. 동조는 침해가 종료된 이후에도 강제적인 점유탈환을 인정하고 있기 때문에 정당방위보다 시간적인 적용범위가 더 넓다고 볼 수 있다. 그러나 동산에 대한 강제적인 점유탈환의 시점이 무한정으로 확대될 수는 없고, 금지된 사력에 의한 점유탈취와 직접 접촉되는 시간 내에서만 가능하다고 해석해야 할 것이다(Palandt-Bassenge, 2004: § 859, Rn. 5). 지배적 견해에 따르면, 정당방위와 마찬가지로 이 경우 비례성의 원칙에 입각한 법익의 교량은 요구되지 않는다.

2) 청구권자의 자력구제권 (Selbsthilferecht des Anspruchsinhabers, 민법 제229조 이하)

민법 제229조는 청구권자에게 청구권의 실현 또는 확보를 위한 사적 강제수단의 사용을 허용한다. 자력구제의 전제조건은 고권적 구제가 적시에 이루어질 수 없는 경우이다. 조문의 내용은 다음과 같다.

“자력구제의 목적으로 물건을 수거, 파괴 또는 훼손한 사람, 도주의 우려가 있는 의무자를 자력구제의 목적으로 체포한 사람 또는 수인할 의무가 있는 행위에 대한 의무자의 저항을 배제한 사람은, 고권적 구제가 적시에 이루어지지 않고 또 즉각적으로 개입하지 않으면 청구권의 실현이 좌절되거나 현저히 곤란하게 될 우려가 있는 경우에는, 위법하게 행위하지 아니한 것이다.”

제229조의 법문에 따를 경우, 청구권자가 아닌 제3자의 자기결정에 의한 강제력 행사에는 동조가 직접 적용될 수 없다. 그러나 다른 민법상의 자력구제권과 마찬가지로

지로 동조의 권한도 권리자로부터 위탁받아 행사할 수 있다(Huber, 2000: 76-77). 점유방어와는 달리 동조는 경비원의 활동을 보다 광범위하게 보장함으로써 실무적으로 상당히 효과적으로 활용될 수 있다. 왜냐하면 여기에서는 정당방위에서와 같은 현재의 침해나, 형소법 제127조에 의한 임시체포에서 요구되는 범죄의 급박한 혐의와 같은 조건이 요구되지 않기 때문이다(Peilert, 1996: 497).

자력구제의 목적을 위해 허용되는 수단은 법률에서 명시하고 있는 것처럼, 물건의 수거, 파괴, 훼손, 도주의 우려가 있는 의무자의 체포와 수인할 의무가 있는 행위에 대한 저항의 배제 등이다. 이러한 자력구제 행사는 민법 제230조에 의해서 제한된다. 동조 제1항은 자력구제가 위협을 회피하기 위하여 필요한 범위를 넘어설 수 없다고 정한다. 목적달성에 적합한 수단 중에서 최소침해를 가져오는 수단만이 정당화 될 수 있다. 일반적인 견해에 따르면, 이 경우 비례성의 원칙이 적용되지는 않는다(Huber, 2000: 77).

3) 가택관리권 (Hausrecht)

‘가택관리권’의 개념은 법률로 정의되어 있지 않다. 법적으로 통일된 해석이 없어 경우에 따라 달리 해석될 수 있는 여지가 있는 이 개념의 본질은 통상 “특정된 공간이나 장소에 체류할 수 있는 者와, 체류할 수 없는 者를 결정할 수 있는 권한”으로 표현될 수 있다(Dubischar, 1989: 3243; Schönemann, 2004: Rn. 44). 가택관리권을 통해서 ‘퇴거요구’, 즉 가택관리권의 범위 내에 위치하고 있는 제3자에게 즉시 떠날 것을 요구할 수 있는 권리와, 가택관리권내로 출입하는 것을 금지하는 ‘출입금지통고’를 발할 수 있다. 그러나 단지 이러한 가택관리권 자체로부터 제3자에 대한 어떠한 강제력 행사권한을 도출할 수 있는 것은 아니다(Knemeyer, 1970: 599). 가택관리권에 대해서 보다 체계적으로 검토하기 위해서 이하에서는 공법상의 가택관리권과 사법상의 가택관리권을 분류해서 검토한다.

가. 私法상의 가택관리권

사법상의 가택관리권은 법률에 명시적으로 규율되어 있지 않음에도, 사법상의 점유권과 소유권(민법 제859조 이하, 제903조, 제1004조)으로부터 도출될 수 있다. 퇴거요구나 출입금지조치에 위반하는 경우는 동시에 형법 제123조에서 규정하고 있는 주거평온죄(Hausfriedensbruch)의 구성요건을 충족하게 되므로, 전술한 보편적인 긴급권(Not- und Jedermannsrechte)에 근거한 강제력 행사가 가능하다.

소유자가 다중에 개방한 옥내지역에 대한 가택관리권 행사가 제한될 수 있는가에 대해서는 논란이 있다.¹⁰⁾ 이 경우 가택관리권이 제한되지 않는다면, 사회소외계

층자들이 단지 사적인 관리주체의 이익에 부합되지 않는다는 이유만으로 이러한 옥내지역으로부터 추방당하게 되는 결과가 발생할 수도 있다는 우려(Voß, 1993: 99; Weichert, 1995: 263)에 주목해야 하는 것은 사실이다.

그럼에도 불구하고 사적 관리지역이 단지 다중에게 개방되었다는 이유만으로 법리상 이 지역에서의 가택관리권이 포기되었다고 볼 수는 없을 것이다. 다만, 사적영역이라 할지라도 교통시설 등과 같이 공법의 적용을 받아, 운영의 의무가 부과되고 계약강제가 이루어지는 공익목적의 시설의 경우는 후술하는 공법상의 가택관리권의 적용을 받아 비례성의 원칙에 따라 가택관리권의 제한이 이루어 질 수 있다. 예를 들어 사인소유의 驛舍나 공항 등, 다수에게 개방된 공익목적의 시설의 경우, 출입자가 직접 영업이나 업무를 방해하지 않는 이상, 남루한 행색이라거나 다른 이들에게 불쾌감을 줄 수 있다는 이유만으로 그 공간에서 추방시킬 수는 없다. 그러나 이러한 공익목적의 가지지 않은 채 다수인에게 개방된 쇼핑몰이나 여가시설 등의 경우는 관리자가 출입한 사람 중 구매의사가 없는 것이 명백하거나 영업에 도움이 되지 않는다고 판단해서 선별적으로 퇴거시키는 것이 가능하다고 할 수 있겠다.

전술한 자력구제권과 마찬가지로, 가택관리권의 행사에 있어서도 가택관리권자로부터 위임된 권리를 민간경비원이 행사함에는 법리상 아무런 문제점이 없다(Peilert, 1996: 500-501; Mahlberg, 1988: 181-182).

나. 공법상의 가택관리권

공법상의 가택관리권이 민간경비원과 같은 사인에게 위임될 수 있는 것인가에 관해서는 격렬한 논란이 있다. 공법상의 가택관리권의 개념에 대해서는 사법상의 그것과 마찬가지로 법률에 규정되어 있지 않고, 개별법에서 표현되고 있을 뿐이다. 가택관리권이 공법상의 법률에 명시되어 있을 경우는 그 공법적 성격에 관해서 주체설이나 특별법설에 관계없이 인정되고 있다(Wolff, 1950: 205).¹⁰⁾ 반면에 공공주체의 私法상의 행위를 보호하기 위한 조치는 사법상의 점유 내지 소유권에 근거한 가택관리권으로서 인정된다(Berg, 1982: 263; Ronellenfisch, 1982: 472).

논란이 되는 것은, 고권적 행정활동이 수행되는 공간에서의 가택관리권행사가 어떤 경우에 공법상의 가택관리권이 되는가 하는 것이다. 이에 대해 상반된 견해가 있는데, 첫째는 관청방문자의 목적에 따라서 공법상의 가택관리권이 행사되는가 아니

10) 법률상 사인소유 입에도 불구하고 그 소유주 또는 관리인이 사전허락 없이 자유롭게 일반인들이 출입할 수 있도록 개방한 공간을 말한다. 경찰행정법적 개념으로는 '경찰상 공개된 장소' 라고 표현하기도 한다. 이러한 공간에서의 가택관리권 행사에 동의하는 견해로는 Müller-Christmann, 1985: 1352; Gusy, 1997: 6; 반대하는 견해로는 OLG Oldenburg, 1985: 1352; Stober, 1997: 14; Schnekenburger, 1999: 127.

11) 공법과 사법의 구별기준에 관한 주체설, 특별법설에 관해 더 자세히는 김성수, 2002: 116-120.

면 사법상의 가택관리권이 행사되는가가 결정된다는 견해이다. 이에 따를 경우, 방문자가 순수한 사법상의 목적으로 방문하는 경우는 민법상의 물권에 근거한 가택관리권 행사가 인정된다고 한다(Palandt-Bassenge, 2004: § 1004, Rn. 50). 또 다른 견해에 따르자면, 위 경우의 출입금지명령은 언제나 공법상의 행위로 분류되는데, 그 이유는 이런 조치가 종국적으로는 관청의 공법상의 임무수행을 보장하기 위한 조치이기 때문이라고 한다(Berg, 1982: 263; Maurer, 2004: § 3 Rn. 24; Knemeyer, 1970: 598). 전자의 경우와 달리 후자의 견해는 방문자의 의사나 목적에 관계없이 당해관청의 관점만이 고려된다. 지배적인 학설은 방문자의 의사에 좌우되지 않고, 객관적이고 명백한 결론도출이 가능한 후자를 따르고 있으며, 타당한 견해라 생각된다.

다른 한편으로 공법상의 출입금지 명령이 행정행위라는 점에는 견해가 일치하고 있다. 그러나 이러한 출입금지 명령이 법률에 의한 개별적인 수권규정을 필요로 하는지에 관해서는 견해가 엇갈리고 있다. 생각건대, 퇴거명령이나 출입금지 명령은 기본법 제2조 제1항에서 규정한 일반적인 자유권을 제한하고, 경우에 따라 기본법 제2조 제2항에서 규정한 행동의 자유를 제한할 뿐만 아니라 기본법 제103조 제1항의 법적 진술권¹²⁾을 침해할 수도 있는 침익적 행정행위이기 때문에 개별적 수권이 요청되는 것이 타당하다고 할 것이다.

결론적으로 행정관청의 가택관리권과 같은 공법상의 권한은 공무수탁의 법률규정을 통해서 사인에게 위임되지 않는 한,¹³⁾ 민간경비원이 행사할 수는 없다. 실제로 출입금지명령은 장래에 행위에 대한 조치로서의 성격 때문에 사인에 의해서 발해될 수 없는 반면, 퇴거요구는 빈번히 사인에 의해서 발해될 수 있다. 이 경우 퇴거명령은 출입금지명령과 동일하게 가택관리권에 근거하는 것이 아니고, 긴급구조권 행사로서의 최소침해 수단으로 정당화 될 수 있을 것이다(Mahlberg, 1988: 177). 따라서 공법상의 가택관리권은 민간경비원의 권한행사의 일반적 법적근거로 인정될 수 없으며, 공무수탁의 형식으로 사인에게 위탁하는 경우는 예외적으로 후술하는 개별법에 의한 고권적 권한에 포섭될 수 있을 것이다.

4. 개별법에 의한 고권적 권한수탁

독일에서 개별법에 의해 민간경비원에게 시원적인 국가작용으로서의 고권적 권한을 위임하는 예는 ‘연방군인과 동맹군 및 민간경비원의 직접강제 행사와 특별한 권한행사에 관한 법률’ (UZwGBw¹⁴⁾, 이하 ‘연방군법’이라 한다.)과 항공안전법

12) 예를 들어 법정에서의 출입이 금지되거나 법정에서 퇴거명령을 받은 경우를 생각할 수 있다.

13) 공무수탁에 관해서 더 자세히는 이성용, 2006, 104-124.

14) Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwangs und die Ausübung besonderer Befugnisse

(Luftsicherheitsgesetz)에서 찾아볼 수 있다.

연방군법 제1조 제3항에 의거 민간경비원은 연방군사시설의 경비에 있어서 군인과 원칙적으로 동등한 권능을 부여받는다. 즉, 타인을 정지시키고 검문할 수 있으며, 긴급체포 및 수색을 하거나 물품을 영치 또는 압수할 수 있으며 사람이나 사물에 대한 직접강제를 행사할 수 있을 뿐만 아니라 동법 제15조에 의거 총기사용도 가능하다. 다만, 민간경비원에 의한 이러한 권한행사는 연방국방장관 또는 그가 지정한 자에 의한 개별적인 위임이 있는 경우에만 가능하다(동법 제1조 제3항).

한편, 2005년 1월 11일 제정된 항공안전법은 고권적 권한 중 특정한 임무를 공무수탁의 형식으로 사인에게 위임할 수 있음을 규정하고 있다. 구체적으로는 ‘공항에서 자유로운 출입이 허용되지 않는 보안구역에 들어온 자나, 들어오려고 하는 자들에 대한 신체수색 내지 기타 적정한 방식에 의한 검사, 물품의 검색과 X선 투시, 정지나 퇴거명령과 공항내 영업장소에의 출입 및 관찰 등이 가능하다.

Ⅲ. 한국의 법제와 실무에의 적용

전술한 바와 같이 한국의 법체계와 법해석학은 독일법학의 많은 영향을 받고 있으므로 일반인이 다른 사람들에게 불가피하게 강제력을 행사하게 되는 긴급권(Notrechte)의 법적근거 또한 상당부분 독일의 이론이 그대로 적용될 수 있다. 이하에서는 한국법제 하에서의 민간경비원의 강제력 행사의 법적근거를 앞서 독일의 논의와 관련하여 검토하고 실무적 활용가능성에 대해 살펴보기로 한다.

1. 보편적 권리

1) 정당방위

우리 형법 제21조 제1항은 정당방위를 규정하고 있는 데, 그 해석은 대부분 독일의 학설과 이론을 그대로 수용하고 있으므로, 전술한 독일의 정당방위에 관한 내용이 그대로 적용될 수 있겠다. 정당방위는 사실 민간경비의 실무에서 강제권행사의 법적근거로서 가장 활용빈도가 높다. 예를 들어 불법침입한 자가 이를 제지하는 경비원에게 대항하거나 경비시설 등에서 범죄를 행하는 경우, 경비원의 강제력 행사는 정당방위를 통해 그 위법성이 조각된다.

2) 긴급피난

형법 제22조 제1항은 ‘자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 상당한 이유 있는 행위’에 대해 긴급피난으로서 위법성을 조각시킨다. 독일과는 달리 면책적 긴급피난을 규정하지 않고 있는 한국에서는, 형법상의 긴급피난을 단일설의 입장에서 정당화적 긴급피난으로 보는 견해가 있는 반면(박상기, 2004: 193; 이재상, 2005: 240; 이형국, 2005: 155), 구체적인 내용에 따라 정당화적 긴급피난과 면책적 긴급피난의 성격을 다 가진다는 견해가 있다(배종대, 2005: 375; 신동운, 2006: 292-293; 진계호, 2003: 331). 면책적 긴급피난의 경우는 위법한 행위로서, 행위자가 면책될 뿐이므로 민간경비원의 강제력 행사의 법적근거로 볼 수는 없다.

실무적으로 요인의 신변경호를 맡은 경비원이 위해자로부터 요인을 보호하는 과정에서 급박한 경우, 관련 없는 제3자의 주거로 진입하거나, 타인의 승용차에 시동을 걸어 주행하는 행위 등이 상황에 따라 긴급피난 행위로서 정당화 될 수 있겠다. 또한 사납게 달려드는 짐승을 죽이는 것과 같이 물건이나 자연력에 대한 방어행위도 긴급피난으로 위법성이 조각된다. 이러한 긴급상황은 보충성과 균형성의 요건을 충족하는 경우라야만 가능할 것이며, 피해자에 대한 민법상의 손해배상 책임은 별도로 검토되어야 한다.

다만, 법리적으로 일반인과 비교할 때, 민간경비원에 의한 긴급피난의 행사는 제한된다. 형법 제22조 제2항은 ‘위험을 피하지 못할 책임이 있는 자에 대하여는 전항의 규정을 적용하지 아니한다’고 규정하고 있으며, 민간경비원은 일반인에 비해서 직업적으로 더 높은 위험을 감수해야 하기 때문이다.

3) 정당행위

정당행위는 독일 형법에서는 찾아볼 수 없는 사회상규에 근거한 우리의 독특한 위법성 조각사유라고 할 수 있다. 정당행위는 법공동체 내에서 지배적인 법확신이나 사회윤리에 비추어 일반적으로 승인된 가치 있는 행위를 말한다. 형법 제20조는 이것을 ‘법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위, 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라고 규정하고 있다.

문제는 민간경비원이 경비업무를 수행함에 있어, 타인에게 강제력을 행사함으로써 범죄의 구성요건을 충족하는 경우, 경비활동으로서의 ‘정당한 업무수행’으로 보아 위법성을 조각할 수 있는가 하는 것이다. 이와 관련 경비업법 제15조의 2는 ‘경비원은 직무를 수행함에 있어 타인에게 위력을 과시하거나 물리력을 행사하는 등 경비업무의 범위를 벗어난 행위를 하여서는 아니 된다’고 규정하고 있음을 주

목해야 할 것이다. 즉, 타인에 대한 물리력의 행사는 경비원의 ‘업무로 인한 정당 행위’로서 위법성이 조각될 수는 없으며 경우에 따라 정당방위나 긴급피난에 해당될 수 있을 것이다.

다만, 대법원은 타인의 부당한 폭행이나 법익침해에 방어하기 위한 ‘소극적 방어 행위’는 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서 위법성을 조각하고 있다. 그럼에도 과연 이러한 소극적 방어행위를 정당방위와 구분하여 굳이 ‘사회상규’라고 하는 모호한 불확정개념을 사용하고 있는 정당행위를 통해 위법성을 조각하는 대법원의 태도는 납득하기 어렵다. 정당행위는 정당방위나 긴급피난 또는 자구행위에 대해 일반규정의 성격을 갖고 있기 때문에, 이들과 중첩되는 경우 정당행위에 앞서 이들이 먼저 검토되어야 한다. 또한 정당행위의 검토단계에서도 사회상규에 위배되지 않는 행위는 가장 포괄적, 일반적 성격을 가지므로 업무로 인한 행위여부를 검토한 이후에 적용될 수 있을 것이다. 그러나 한국의 많은 판례들은 이러한 순차적인 적용을 고려치 않고 법관이 직관적으로 정당행위를 적용하고 있다.¹⁵⁾

정당행위는 독립된 위법성 조각사유라기 보다는 사례군들의 집합개념일 뿐이며, 사회상규 개념자체의 모호성으로 법관의 자의성과 법적 불안정성의 문제점을 안고 있어 입법론으로는 폐지하는 것이 타당할 것이다.

4) 현행범체포

형사소송법 제212조는 “현행범인은 누구든지 체포할 수 있다”고 규정한다. 현행범인의 개념에 대해서는 동법 제211조가 규정하는데, 범죄의 실행 중이거나 실행의 직후인 자를 현행범인이라 한다. 현행범인은 아니지만 형사소송법상 현행범인으로 간주되는 자를 준현행범인이라 한다(형소법 제211조 제2항). 즉 형사소송법은 범인으로 호칭되어 추적되고 있는 자, 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타 물건을 소지하고 있는 자, 신체 또는 의복류에 현저한 증거가 있는 자, 누구임을 묻는데 도망하려 하는 자를 현행범인으로 간주하고 있다. 여기서 ‘누구임을 묻는데 도망하려 하는 자’의 경우는 아직 범죄의 혐의가 객관적으로 인정되지 아니한 상태의 자이다. 원래 경찰관 직무집행법상 불심검문에 해당할 것이지만 사인이 묻는 경우라도 상관없다(김중환, 2002: 62). 따라서 경비업무를 수행 중인 경비원이 경비구역 내에서 수상한 자를 발견하고 누구임을 묻는데 도망할 경우, 동조를 적용하여 현행범으로 체포가 가능하다. 그러나 이 요건은 범행에 대한 직접관련성이 희박할 수 있으므로 다른 상황과 종합하여 충분히 죄를 범하였다고 인정되

15) 예를 들어, 大判 1982. 2. 23, 81 도 2958: ‘강제연행을 모면하기 위하여 팔꿈치로 뿌리치면서 가슴을 잡고 벽에 밀어붙인 행위는 소극적인 저항으로 사회상규에 위반되지 아니한다.’

는 경우에 한하여 준현행범인으로 간주하여야 할 것이다.

현행범체포와 관련하여 체포의 필요성(구속사유의 존재)이 요건이 되는가에 대하여는 견해가 나뉜다. 독일의 임시체포와는 달리 한국의 현행범체포의 조문은 체포의 필요성에 대한 명문규정을 가지고 있지는 않지만, 학설은 도주나 증거인멸이 현행범체포에서 요구된다고 한다(백형구, 2001: 279; 이재상, 2002: 251).

이러한 형사소송법에 근거한 현행범체포는 형법 제20조의 법령에 의한 정당행위로서 위법성이 조각된다. 만일 현행범체포 과정에서 필요성이나 비례의 원칙을 위반하는 경우는, 다시금 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서 위법성이 조각되지 않는 가를 검토해야 할 것이다.¹⁶⁾

2. 경비사용자로부터 위임받은 권한

1) 자구행위 (자력구제)

자구행위는 일단 청구권을 침해당한 자가 그 후에 국가권력의 보호를 받는 것이 불가능하거나 대단히 곤란하게 될 긴급한 사정에 처한 경우, 그 권리를 회복보전하기 위하여 직접 사력을 행사하는 것을 말한다(형법 제23조 제1항). 정당방위·긴급피난이 현재의 침해 또는 위난에 대한 사전적 긴급행위인 반면, 자구행위는 이미 침해된 청구권의 실현을 위한 사후적 긴급행위이다. 또한 자구행위는 국가공권력의 도움을 즉시 얻을 수 없는 긴급성과 청구권의 실행불가능 또는 현저한 실행곤란의 긴급성이라는 이중의 긴급성을 필요로 한다(김일수·서보학, 2005: 320-321).

우리 민법 제209조는 ‘자력구제’를 규정하고 있는데 이는 점유침탈의 경우에 한하는 ‘점유자’의 자력구제만을 의미한다. 형법 제23조 제1항이 일반적인 자구행위를 규정하고 있어 민법 제209조와 비교할 때 일반법과 특별법의 관계로 해석할 수 있을 것이다.

자구행위에서의 청구권은 반드시 자기의 청구권이어야 한다. 따라서 타인의 청구권을 위한 구제행위는 자구행위가 될 수 없다. 다만, 민법 제195조는 ‘점유보조자’에 대해 규정하고 있는데, 조문에 따르면 ‘가정상, 영업상 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 자’가 점유보조자에 해당하며, 점유보조자의 점유권은 인정되지 않는다. 따라서 점유보조자는 점유주뿐만 아니라 제3자에 대한 관계에서 점유자로 취급되지 않으며, 그 결과 점유보호청구권의 주체가 될 수 없을 뿐만 아니라 그 상대방으로도 되지 않는다.¹⁷⁾ 다만

16) 대판, 1999. 1. 26, 98도3029.

17) 大判 1960. 3. 10, 4292민상257.

민법을 따를 경우에도 점유보조자에게 점유주를 위한 자력구제권은 인정된다고 보는 것이 통설이다(김준호, 2005: 511).

경비사용자와 민간경비업체간의 용역경비계약을 통해 경비업무를 수행하는 민간 경비원의 경우는, 점유보조자로서 점유주를 위해 자력구제권을 행사할 수 있다. 그러나 경비사용자의 명시적인 의사에 반하는 자력구제권은 인정될 수 없다. 실무적으로, 이전에 상점에서 물건을 절취하고 도주했던 자가, 다시금 상점에 들어온 것을 상점경비를 담당하는 경비원이 확인한 경우, 상점주의 배상청구권을 확보하기 위해, 대상자의 인적사항 확인을 요청할 수 있으며, 경찰에 범죄를 신고할 수 있다. 만일, 이에 항거하여 도주하고자 할 경우, 경찰이 입장할 때까지 대상자의 신병을 확보하기 위한 최소한의 실행행사가 가능하나, 수색이나 강제적 신원확인 등은 허용되지 않는다. 다만 안전을 위해 무기휴대여부를 손으로 더듬어 확인하는 것은 정당방위 행위로 정당화될 수 있을 것이다. 만일 대상자가 과거의 절도사실을 시인하고, 인적사항 확인에 협조할 경우, 현행범에 해당하지 않고, 자력구제로서의 실행행사의 여지도 없으므로, 당사자를 귀가시킨 후, 민사상의 손해배상청구와 수사기관에의 고소를 병행토록 하는 것이 적법절차가 될 것이다.

2) 가택관리권

사법상의 가택권은 민법 제211조의 소유권과 제192조 이하의 점유권에 근거한다. 경비업법은 제7조를 통해서, 경비업자는 경비대상시설의 소유자 또는 관리자의 관리권의 범위 안에서 경비업무를 수행하여야 한다고 규정하고 있음에도 관리권의 정확한 개념을 언급한 문헌을 찾아보기 힘들다. 현행법상 관리권은 법령마다 달리 표현되고 있다. 노동법에서는 ‘관리권’이란 개념을 사용해 왔으며 형법에서는 ‘주거권’을 통해서 독일어인 ‘Hausrecht’를 번역하고 있다. 또한 공법분야에서는 이를 ‘가택권’¹⁸⁾이라고 한다. 형법에서는 제319조 주거침입죄의 보호범의 의미로 ‘주거권’을 인정하고 있는데, 이는 주택과 그 밖의 사생활 내지 업무보호영역에 누가 들어오고 누가 머물러도 좋은지를 결정할 수 있는 자유라고 할 수 있다. 즉, 주거권은 헌법이 보장하고 있는 개인적 자유권의 일종이다(김일수·서보학, 2004: 237). 공법상의 가택관리권은 명문상의 규정이 있는 것은 아니지만, 학설을 통해서 공물의 관리주체에게 공물의 목적실현을 위하여 공물에 가하여지는 배타적권리로 널리 인정되고 있다. 다만, 전술한 독일에서의 논의와 같이, 공법상의 가택관리권의 법적 근거없는 사인에의 위임은 법도그마에 반한다고 할 수 있겠다.

18) 국회의장이 행사하는 국회가택권은 국회의 의사에 반하여 의사당에 출입하는 것을 금하고 필요하다고 인정할 때에는 퇴장을 요구할 수 있는 권한을 말한다. 김철수, 2003: 1084.

한국의 경우, 경비업 수행에 있어서 독일과는 달리 가택관리권에 근거한 퇴거요구나 출입금지통고 등이 일반화되어 있지 않기 때문에, 가택관리권에 근거해서 경비원이 어떠한 권한을 행사할 수 있는지 전술한 독일의 경우를 참조해서 구체화할 필요성이 있다고 하겠다. 예를 들어 상점이나 기타 시설경비를 담당하는 경비원은 경비사용주의 지침에 따라 절도나 기타 당해 시설의 업무방해 등의 행위를 하는 자에 대해, 수사기관에의 신고와는 별개로, 관리권에 근거하여 1년이나 2년 등 적정한 기간 동안 당해 시설에 출입할 수 없음을 현장에서 통지할 수 있고, 추후 이에 불응하여 출입하는 자를 물리적으로 제어할 수 있다.

그러나 공익목적의 시설의 경우, 공법상의 가택관리권 행사에 준하여, 비례성 원칙에 따라 대상자의 시설에의 체류가 공익목적에 반할 것임이 명백히 예견되는 경우에 한하여 적정한 기간의 출입금지 통고가 이루어질 수 있다.

3. 고권적 권한수탁

2001년 인천국제공항 개항에 즈음하여 개정된 경비업법을 통해 국가중요시설을 경비하는 특수경비원제도가 신설되었고, 특수경비원은 법률에서 규정한 고권적 권한을 행사할 수 있다.

2002년 8월 26일 개정된 ‘항공안전및보안에관한법률’ 제15조 제3항은 공항운영자 및 항공운송사업자가 보안검색을 직접 실시하거나 경비업체에게 위탁할 수 있도록 규정함으로써, 민간경비원은 타인의 신체와 소지품에 대한 보안검색을 실시할 수 있다.¹⁹⁾

또한 경비업법 제14조 제8항은 특수경비원이 무기를 사용할 수 있도록 규정하고 있다. 특히, 무장간첩이 특수경비원의 투항요구에 불응하는 경우는 엄격한 비례성 원칙의 적용이 없이 군사작전에 준하여 무기를 사용할 수 있는 특별한 고권적 권한을 부여하고 있다.

IV. 결 론

지금까지 민간경비원이 타인에게 강제력을 행사할 수 있는 법적 근거에 관해서 독일의 법제와 비교하여 검토해 보았다. 민간경비원은 원칙적으로 일반인에게 인정되는 보편적 권리와 경비사용자로부터 위임받은 권리를 행사할 수 있고, 특별한 법

19) 현행법에 의거한 민간경비원의 보안검색에는 많은 법리적 문제점이 제기될 수 있는데, 이에 관해서 더 자세한 이성용, 2006: 104-124.

를적 수권이 있을 경우에만 공권력에 준하는 고권적 권한행사가 가능하다. 이러한 일반적인 권리행사는 공권력의 개입이 불가능한 경우에만 예외적으로 행사할 수 있을 뿐이다.

민간경비원은 경비업무의 수행과정에서 그 업무의 특성상 빈번하게 타인에게 물리력을 행사하거나, 법익을 침해하는 상황을 직면하게 된다. 민간경비원들이 본인의 행동이 어떠한 법적근거에 의해서 정당화될 수 있으며, 그 한계가 어디인지 명확히 숙지하고 있어야 하는 것은 민간경비원의 권한남용으로 인한 부정적인 사회인식을 개선하기 위한 선결조건이 될 것이다. 민간경비원의 경비업무능력의 향상과 기술력제고는 실무지식의 습득과 경험 및 경비업체의 자체노력으로 이루어질 수 있다고 할지라도, 업무수행과정에서 예견되는 타인의 법익침해의 위험감소를 위한 사전통제는 국가가 책임져야 하는 부분이다.

독일에서 신입 민간경비원의 40시간의 교육 중 18시간을 경찰행정법, 형사법 및 민법에 배정하고 있는 반면, 한국은 법이론 교육에 불과 4시간만을 규정하고 있음은 현실적 문제점을 대변하고 있다고 하겠다. 특히 독일에서 타인의 법익침해 위험이 높은 3가지 경비업 분야(공공지역순찰, 상점탐정, 디스코텍 출입경비)에만 특별히 자격시험제를 도입하고 있는 점도 주목해야 할 것이다.

아무리 민간경비원이 숙련된 경비실무지식으로 무장하고 있다고 하더라도, 위기 상황에서의 법령미숙지로 인한 과잉대응이 민간경비에 대한 신뢰를 한순간에 무너뜨릴 수도 있다. 본고를 계기로 민간경비원의 권한의 법적근거와 한계에 관한 연구와 관심이 제고되기를 기대해 본다.

참 고 문 헌

- 김성수, 『일반행정법』 2002.
- 김준호, 『민법강의』 2005.
- 김중환, “현행 체포제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 연세대 행정대학원 석사논문, 2002.
- 김철수, 『헌법학개론』, 2003.
- 박상기, 『형법총론』 (제6판) 2004.
- 배종대, 『형법총론』 (제8전정판), 2005.
- 백형구, 『형사소송법강의』, 2001.
- 서보학·김일수, 『형법각론』, 2004.
- 신동운, 『형법총론』 (제2판) 2006.
- 이성용, “고권적 권한수탁을 통한 사인의 치안활동”, 경찰학연구, 2006, 제6권 제3호, 104면 이하.
- 이재상, 『형법총론』 (제5판 보정판) 2005.
- 이재상, 『형사소송법』, 2002.
- 이형국, 『형법총론』 (제3판), 2005.
- 진계호, 『형법총론』 (제7판) 2003.
- Berg, Wilfried: Das Hausrecht des Landgerichtspräsidenten, JuS 1982, S. 260 ff.
- Beulke, Werner: Strafprozessrecht, 7. Aufl., Heidelberg, 2004.
- Bueß, Peter: Private Sicherheitsdienste, Stuttgart, 1997.
- Dubischar, Roland: Inhalt und Schutzbereich von Bewachungsverträgen, NJW 1989, S. 3241 ff.
- Gusy, Christoph: Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses am 10.03.1997.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, München, 2003, (zit. als Heintschel-Heinegg/Bearbeiter, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1).
- Hoffmann-Riem, Übergang der Polizeigewalt auf Private?, ZRP 1977, S. 277 ff.
- Huber, Florian: Wahrnehmung von Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr durch das Sicherheits- und Bewachungsgewerbe: eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland und den USA, Berlin, 2000.

- Karlsruher Kommentar Pfeiffer, Gerd (Hrsg.): Zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 5. Aufl., München, 2003, (zit. als Karlsruher Kommentar/Bearbeiter).
- Knemeyer, Franz-Ludwig: Öffentlich-rechtliches Hausrecht und Ordnungsgewalt, DÖV 1970, S. 596 ff.
- Kunert, Oliver: Vergaberecht und öffentliches Recht, Köln, 2003.
- Kunz, Karl-Ludwig: Die organisierte Nothilfe, ZStW 1983, S. 973 ff.
- Lange, Meik: Privates Sicherheitsgewerbe in Europa, Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung grenzüberschreitender Aktivitäten und einer Harmonisierung des Sicherheitsgewerberechts, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.
- Leipziger Kommentar Jahnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich Wilhelm /Odersky, Walter (Hrsg.): Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Berlin, 2003, (zit. als Leipziger Kommentar/Bearbeiter).
- Mahlberg, Lothar: Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, Berlin, 1988.
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München, 2004.
- Meyer-Goßner, Lutz: Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 47. Aufl., München, 2004.
- Müller-Christmann, Bernd: Warenhauspassagen als Geschäftsräume oder befriedetes Besitztum - OLG Oldenburg, NJW 1985, 1352, JuS 1987, S. 19 ff.
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl., München, 2004, (zit. als Palandt/Bearbeiter, BGB).
- Peilert, Andreas: Das Recht des Auskunftei- und Detekteigewerbes, Berlin, 1996.
- Peilert, Andreas: Professionelle Nothilfe, in: Stober/Olschok (Hrsg.), Handbuch des Sicherheitsgewerberechts, München, 2004, S. 360 ff.
- Pfeiffer, Gerd: Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl., München, 2002.
- Ranft, Otfried: Strafprozessrecht, 2. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1995.
- Ronellenfitch, Michael: Das Hausrecht der Behörden, VerwArch 1982, S. 465 ff.
- Rößnagel, Alexander: Zum Schutz kerntechnischer Anlagen gegen Angriffe von Außen, ZRP 1983, S. 59 ff.
- Roxin, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München, 1997.

- Schnekenburger, Franz: Rechtsstellung und Aufgaben des Privaten Sicherheitsgewerbes, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.
- Schönleiter, Ulrich: Das neue Bewacherrecht, GewArch 2003, S. 1 ff.
- Schulte, Martin: Gefahrenabwehr durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols, DVBl. 1995, S. 130 ff.
- Schünemann, Wolfgang B.: Vertragliche Grundlage des Sicherheitsgewerbes, Grundlagen und Übertragung von Selbsthilferechten, in: Stober/Olschok (Hrsg.), Handbuch des Sicherheitsgewerberechts, München, 2004, S. 343 ff.
- Schwabe, Jürgen: Zum Status privater Sicherheitskräfte, ZRP 1978, S. 165 ff.
- Seier, Jürgen: Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW 1987, S. 2476 ff.
- Stober, Rolf: Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses am 10.03.1997.
- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufl., München, 2004, (zit. als Tröndle/Fischer, StGB).
- Voß, Michael: Privatisierung öffentlicher Sicherheit, in: Frehsee (Hrsg.), Strafrecht, soziale Kontrolle, soziale Disziplinierung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band 15, Opladen, 1993, S. 81 ff.
- Weichert, Thilo: Die Privatisierung der öffentlichen Sicherheit, in: Gössner (Hrsg.), Mythos Sicherheit: Der hilflose Schrei nach dem starken Staat, Baden-Baden, 1995, S. 263 ff.
- Wolff, Hans: Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76, 1950, S. 205 ff.

ABSTRACT

Zusammenfassung

Rechtliche Handlungsgrundlage des privaten Sicherheitsdienstes

Lee, Sung Yong

Art. 2 Abs. 1 GG schützt umfassend die allgemeine Handlungsfreiheit. Daher bedürfen private Handlungen grundsätzlich keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Dies gilt selbstverständlich auch für die Unternehmen der Bewachungsbranche. Allerdings ist es bei der Ausübung der Bewachungsaufgabe typisch, mit Strafe oder zumindest Schadensersatzpflicht sanktionierte Tatbestände zum Nachteil Dritter zu verwirklichen. Für solche Fälle stehen den Bewachungspersonen möglicherweise Rechtfertigungsgründe zur Seite. Dadurch wird ein ansonsten rechtswidriges Handeln rechtmäßig und so wird im Ergebnis eine Strafbarkeit (wie auch eine Schadensersatzpflicht) ausgeschlossen.

Dabei wird klargestellt, dass dem Sicherheitsgewerbe außer in den Fällen der gesetzlichen Übertragung der hoheitlichen Befugnisse nur die vom Auftraggeber vertraglich übertragenen privatrechtlichen Befugnisse sowie die Jedermannsrechte zustehen. Außerdem soll im Rahmen der Privatisierung der Gefahrenabwehraufgaben auf solche spezialgesetzlichen Regelungen hingewiesen werden, bei denen Bewachungspersonen mit der hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Sicherheitsaufgaben betraut, d.h. dazu befugt sind, Sicherheitsaufgaben in den Handlungsformen des Öffentlichen Rechts auszuüben.

In der koreanischen Literatur ist die Handlungsgrundlage des Bewachungspersonals bis jetzt kaum näher untersucht. Im Allgemeinen werden strafrechtliche Rechtfertigungsgründe, z.B. Notwehr, Notstand und Selbsthilfe, als dabei anwendbare Normen anerkannt.

In dieser Arbeit wird festgestellt, dass die privaten Sicherheitsdienstleister in beiden Ländern durch die Gewerbe genehmigung außer in den Fällen der Beleihung keine hoheitlichen Befugnisse erhalten. Als Handlungsgrundlage kommen nur die allgemeinen Not- und Jedermannsrechte im Rahmen von Straf-, Strafprozess- bzw. Zivilrecht in Betracht.

Key Words: Privater Sicherheitsdienst, Handlungsgrundlage, Notwehr, Notstand, Selbsthilfe, Vorläufige Festnahme