

경비업법 제7조 제1항 「관리권 범위」에 대한 법적 해석*

이 종 환**

이 민 형***

〈요 약〉

경비업법의 주요 내용을 살펴보면, 경비업에 대한 규제적 측면에 치우쳐 있으며, 구체적 인 권한 부여에 관한 규정이 명확히 제시되어 있지 않다. 이것은 경비업무를 실질적으로 수행하고 있는 경비원의 권한에 대한 근거 규정의 미비와 그러한 권한의 한계를 명확히 설정하지 못하는 문제를 야기하게 된다.

이에 따라 경비업법상 경비업 주체의 업무 수행의 한계를 부여함과 동시에 경비업무의 원활한 수행을 담보할 수 있는 권한 근거 규정을 도출할 수 있는 해석이 이루어져야 하며, 그러한 단서를 제공하는 것이 경비업법 제7조 제1항의 「관리권」이라 할 수 있다.

경비업법에 규정된 관리권의 범위에는 점유권에 기한 자력구제권을 근거로 하여 자력방 위 및 자력탈환권이 포함되며, 사실적 지배행위로서 정지 및 질문권, 출입통제 및 퇴거요구 권, 물품 검색·반입 보류 및 금지권 등이 인정된다고 할 것이다.

점유보조자의 지위에서 경비원은 관리권으로부터 도출될 수 있는 사전예방 활동을 할 수 있으며, 이러한 예방활동에도 불구하고 법의 침해가 예상되거나 이루어진 경우 관리권에 근거하여, 소극적 저항행위와 저항수단으로서의 유형력 범위 안에서 실력으로 침해를 저지 할 수 있다. 그리고 그러한 물리적 유형력을 행사하기 위해서는 형법상 위법성조각사유인 정당방위·긴급피난·정당행위의 요건을 구비하여야 한다.

주제어 : 경비업법, 민간경비, 관리권, 경비원 권한, 자력구제

* 본 논문은 2010년 호서대학교의 재원으로 학술연구비 지원을 받아 수행된 연구임(20100161)

** 호서대학교 경호학과 교수, 제1저자

*** 대구예술대학교 경호보안학과 교수, 교신저자

목 차

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> I. 서 론 II. 경비업법에 대한 일반적 고찰 III. 경비업법 제7조 제1항 「관리권」의 의미 IV. 「관리권」에 기한 경비원의 지위 및 권한 V. 결 론 |
|--|

I. 서 론

민간경비 산업은 공경비의 한계를 극복하고, 작고 효율적인 정부의 이념을 구현하는 21세기 유망산업이라고 할 수 있다. 이와 같은 민간경비 산업이 국민의 안전을 도모하는 최고의 안전 서비스 산업으로 정착되기 위해서는 무엇보다도 정부의 법적, 제도적인 지원과 관심이 필수적이다. 주요 선진국의 경우, 민간경비가 차지하는 예방치안의 비중이 공경비인 경찰을 훨씬 상회하고 있으며, 그 영역에 있어서도 컴퓨터 보안, 사설탐정, 개인정보의 조사에 이르기까지 방범, 수사, 경비 등 전 분야에 걸쳐 경찰기능을 수행하고 있다(박동균, 2005: 111).

주요 선진국과 마찬가지로 민간경비 산업의 발달에 부응하기 위하여 우리나라의 경우 민간경비업의 법적근거를 마련하였으며, 이것이 바로 「경비업법」이다. 형식적 의미의 법률로서 경비업법은 1976년 「용역경비업법」이 제정된 이래 1995년 경비지도사제도 신설과 신변보호 업무의 도입, 1999년 「경비업법」으로 법령 개정, 2001년 경비업 업무영역의 확대 등 사회 환경 변화에 발맞추어 성장하고 있으며, 특히 2001년 4월 7일 법률 제6467호로 개정된 「경비업법」에서는 국가중요시설에 대한 효율적인 경비체계의 구축을 위하여 경비업의 종류에 특수경비 업무를 추가하여 현재에 이르고 있다.

이와 같이 경비업법은 민간경비업의 법적 근거이며, 이러한 근거에 따른 경비업의 주체와 직무 및 의무, 그리고 국가 규제 및 관계 기관의 감독을 주요 내용으로 하고 있다. 또한 경비업법은 경비업에 대한 국민의 신뢰를 확보하고 역기능을 최소화하는 역할을 하며, 그에 따라 경비업의 구체적인 내용과 그에 대한 진입규제 방식을 규정하고 있다.

그리고 경비업법 제2조에 따르면 경비업을 시설경비업무·호송경비업무·신변보호업무·기계경비업무·특수경비업무 중 그러한 업무 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 영업이라고 규정하고 있다. 또한 경비업 영위 주체를 법인으로 한정하였으며(경비업법 제3조), 이것은 경비업에 대한 국가 통제의 원활함과 경비업 주체의 만연에 따른 병폐 및 국민 피해 가능성을 최소화 하기 위한 사전 장치라고 할 수 있다.

이러한 경비업법의 내용으로 볼 때, 이것은 민간경비에 대한 공공성을 확보하기 위한 것으로서 사후 감독적 측면 보다는 사전 진입규제를 통하여 발생할 부정적 영향을 최소화하기 위한 것이며, 자격 기준 설정에 따른 기본권 제한을 헌법에 근거한 법률로서 규정한 것이다. 이와 더불어 민간경비란 공공성에 근거하여 그 법적 한계를 명확히 하여야 하지만, 반면에 경비업에 따른 영리성을 배제할 수 없으며, 이러한 영리성에 근거하여 경비업 주체에 대한 구체적 권한을 내용으로 하는 규정이 마련되어야 한다.

하지만 경비업법의 주요 내용을 살펴보면, 경비업에 대한 규제적 측면에 치우쳐 있으며, 구체적인 권한 부여에 관한 규정이 명확히 제시되어 있지 않다고 본다. 이것은 경비업무를 실질적으로 수행하고 있는 경비원의 권한에 대한 근거 규정의 미비와 그러한 권한의 한계를 명확히 설정하지 못하는 문제를 야기하게 된다. 따라서 경비업법상 경비업 주체의 업무 수행의 한계를 부여함과 동시에 경비업무의 원활한 수행을 담보할 수 있는 권한 근거 규정을 도출할 수 있는 해석이 이루어져야 하며, 그러한 단서를 제공하는 것이 경비업법 제7조 제1항의 「관리권」이라 할 수 있다.

따라서 본 연구에서는 경비업법 제7조 제1항에 규정된 「관리권」의 내용과 한계가 구체적으로 무엇인지 관계 법률과 이론 및 사법적 해석인 판례를 통해 규명하고자 하며, 이로부터 도출될 수 있는 경비원의 업무수행에 따른 권한에 대해 논의하고자 한다.

II. 경비업법에 대한 일반적 고찰

1. 민간경비에 대한 규제 법률의 기능

1) 민간경비의 의의

일반적으로 민간경비란 “여러 가지 위협로부터 개인의 이익이나 생명 및 재산을 보호하기 위하여 특정한 의뢰자에게 경비 및 안전에 관련된 서비스를 이들로부터 받은 보수만큼 행하는 개인 및 단체 그리고 영리기업”을 말한다(Meter, 1976: 4).

여기에서 경비란 “방해나 손해, 그리고 침해 또는 상해 없이 개인 또는 단체가 추구하는 목적을 달성할 수 있는 안정적이고 상대적으로 예견할 수 있는 환경”을 함축하고 있으며, 그러한 환경을 확보하기 위하여 군(軍)이나 경찰과 같은 법집행 기관, 개인 또는 단체, 그리고 민간 기업에 의해 경비가 이루어진다. 그러나 그러한 경비와 같은 안전 서비스에 대해 국가(공적 자금)로부터 보수가 지급되거나 공익을 위한 보편적 의무로서 이루어진다면 그것은 공경비의 역할이며, 이와 반대로 민간경비의 영역에 포함되는 것은 특정 개인이나 단체의 보호를 위해 제공되는 서비스라 할 수 있다(Fischer, Halibozek, & Green, 2008: 48-49).

이에 따라 민간경비란 특정 고객으로부터 보수를 지급받고 그에 대한 안전서비스를 사인(私人)이 제공하는 것을 말한다. 여기에서 안전이란 위험이 없는 상태로써 위험이란 사람의 생명·신체·재산 등에 발생할 수 있는 인위적·자연적 위험을 모두 포함하는 개념으로서 그러한 위험을 사전에 예방하고 사후에 제거하는 것을 경비라고 할 수 있다.

이러한 민간경비는 치안행정구조상 경찰의 치안 공백을 보완하게 되며(공동화 이론), 사적자치영역에서의 안전 확보를 의뢰자의 비용으로 실현하게 된다(수익자부담의 원칙). 이에 따라 경찰과 비교했을 때 그 권한과 업무에 있어서는 한계가 있을 수 있다.

요컨대 민간경비란 실질적으로는 국민의 생명과 신체 그리고 재산보호, 질서유지를 위한 일련의 모든 예방적 활동을 말하며, 형식적으로는 현행 실정법상에서 규정하는 경비업 주체에 의해 수행되는 활동을 의미한다(이민형, 2010: 12).

2) 민간경비에 대한 법적 규제의 필요성

민간경비업무는 사람의 생명 및 신체에 대한 위해, 재산에 대한 침해 등을 경계하고 방지하는 업무로서 그 성격상 타인의 권리와 자유를 침해하거나 개인이나 단체의 활동에 간섭하는 등의 위법·부당한 행위를 수반할 우려가 있는 영업이다. 이에 따라 타인의 의뢰를 받아 방범·방재 활동을 하는 사업의 성격상 열악하고 부적절한 경비업무의 수행에 따른 국민생활의 불안과 혼란의 야기가 우려되는 영업이다(안황권, 안성조, 2008: 184). 또한 민간경비가 공공성 보다는 영리성을 강조할 경우 국민에 대한 치안서비스를 제공한다는 점에서 그 순기능적 역할보다는 국민의 법익 침해 소지가 크다고 할 것이다.

따라서 타인의 생명과 재산에 직접적인 영향을 주는 공익적 성격을 내포하고 있으므로 민간경비의 경우 그것을 담당하는 주체가 자본력과 전문성에 있어 요구되는 기준에 미달될 경우 그러한 피해는 국민이 감수하여야 하기 때문에 이러한 부정적 요인을 제거하고 사회적으로 유용한 산업으로 건전하게 발전시켜 나가기 위해서 그 필요한 법적 규제와 행정상의 감독을 규정하여야 한다(이상철, 김진환, 이민형, 2006: 38).

이러한 민간경비의 법적 규제에 대해서는 구체적으로 세 가지 측면에서 다음과 같이 논의 될 수 있다(이민형, 2010: 21-22).

첫째, 업무특성상의 한계로서 민간경비의 범죄 예방적 업무수행은 현행범체포까지이며, 사후 대처의 경우 법집행 권한이 없다는 점을 분명히 하여야 한다. 이에 따라 국민의 기본권 보장과 관련하여 그 권한의 한계를 설정할 필요성이 있으며, 물리적 강제력 행사의 범위를 정함으로써 그에 대한 법적 책임을 명확히 할 수 있다.

둘째, 국가의 기본적 의무로서의 위험방지업무를 사인이 수행함으로써 그에 대한 국민의 신뢰에 대한 보증이 필요하며, 경비서비스의 질적 향상을 위하여 국가는 그에 대한 감독의 법적 근거를 마련함과 동시에 그러한 기대에 부응하기 위한 민간경비 영역의 자체적인 실천을 견인하여야 한다.

셋째, 사인에 의한 경찰업무의 부분적 수행은 곧 물리적 강제력 행사와 결부되며, 그에 따른 수단 역시 경찰 수준에 이르는 무기 또는 장구 사용과 관련되므로 그에 대한 한계를 설정하여야 한다.

3) 경비업에 대한 진입규제와 감독

범죄로부터 국민의 자유와 안전을 지키고, 범죄인을 처벌함으로써 법질서를 유지하고 국민의 안녕과 질서를 유지하는 것은 국가의 존립근거이며, 이에 따른 경찰작용은 국가의 고권적 기능에 해당한다. 그러나 국가의 경찰작용을 통한 국민의 안전 욕구에 대한 완전한 충족에 대해서는 회의적이며, 현재 치안환경의 변화에 대한 경찰 대응에 있어서 인력 및 예산 부족 등의 원인으로 그 역할을 충분히 수행하지 못하는 실정이다(김창휘, 2009: 570).

이에 따라 경찰업무의 민영화 일환으로 민간경비가 가능하다고 볼 수 있으며, 국민의 증폭된 치안수요를 공급하기 위하여 경찰에 의한 위험방지업무를 보완하기 위해 부분적 이양은 가능하다고 본다(한신만, 2005: 17).

그러나 이러한 민영화에 따른 업무위임에 의해 국내 안전보장에 따른 원칙적인 국가차원의 보장책임이 축소되어서는 아니 되며, 민간서비스의 범위와 질에 대한 원칙적인 통제 및 감독 책임은 국가에 있다(김세규, 2002: 296).

국가재정의 부족, 인력 등의 부족, 그리고 범죄의 증가 등은 경찰작용의 일부를 민간을 통하여 부족함을 채울 수 있고, 그것이 객관적으로 충분한 이유가 있다면 국가의 고권적 권한을 민간에 위임하는 것이 더 정당성을 갖는다고 보아야 할 것이다(김창휘, 2009: 570). 그러나 그러한 권한의 이양을 위해서는 고도의 요구사항들이 법률적으로 그리고 객관적으로 정당한 사유들이어야 한다. 즉 법률적 측면에 있어서 헌법적 구속력의 한계에 상응하도록 경찰책임의 민영화는 국가의 임무로서 관계되는 공공의 안녕사무가 확정되어 이루어져야 한다. 또한 그 사무가 입법재량처분이어야 하며, 사인의 자기책임으로 한 일정한 행위 및 의사표시를 신뢰할 수 있을 때에만 허용된다고 보아야 할 것이다. 그리고 사적 영역에서의 객관적 정당화 요소로서 민간경비업자의 질적 향상, 체계적인 필수교육·훈련, 경찰 수준에 이르는 민간경비의 경찰지식습득, 정보 공유와 같은 경찰과 정보제공자간의 교류확대 등이 충족되어야 한다(김재광, 2004: 29).

이러한 요건을 충족할 경우 민간경비는 치안활동의 한 영역으로서 넓은 의미에서의 사회통제 기능을 담당한다고 볼 수 있으며, 치안환경변화에 따른 경찰행정 영역의 다양화 및 전문화와 더불어 국민의 위험방지 및 질서유지에 대한 다양한 수행방식의 표출로서의 긍정적인 면을 찾을 수 있다.

그러나 민간경비원에 의해 초래될 수 있는 불법성, 즉 사생활과 인권·공익의 침해, 과다경쟁에서 비롯되는 질 낮은 경비서비스의 조달 가능성 등은 민간경비의 병폐로 지적되고 있다(김성언, 2004: 35).

따라서 경찰업무의 사인에 대한 위임에 있어서 그 권한위임의 근거규정도 중요하지만, 그러한 위험방지업무의 사적 주체에 대한 구체적 통제가 이루어져야 하며, 이를 위해 민간경비업에 대한 사전 진입 규제와 효과적인 국가감독에 대한 법제가 이루어져야 한다.

4) 경비업 영위에 대한 권리창설

민간경비의 공공성을 강조할 경우 경비업에 대한 규제 법률은 헌법 제10조 및 헌법 제37조 제2항에 근거하게 된다. 그러나 민간경비는 공공성뿐만 아니라 영리성도 아울러 지니고 있으므로, 헌법 제15조의 직업의 자유 또한 그 근거가 될 것이다. 이러한 양자를 조화롭게 모색하기 위해서는 민간경비에 대한 규제 법률의 경우 그 진입규제와 감독에 너무 치중하여서도 아니 되며, 경비업을 영위할 수 있는 권리 창설적 의미도 동시에 함축되어 있다는 것을 간과하여서는 아니 된다. 이에 따라 민간경비에 대한 규제 법률은 규제적 의미와 함께 그러한 경비업의 한계 내에서는 권리 창설적 의미도 내포되었다는 것을 반증한다.

그러므로 헌법 제15조에 따른 직업의 자유를 실현하기 위한 법률유보를 통하여 경비업을 영위할 수 있는 권리에 대한 근거를 마련함과 동시에 그에 따른 경비업 수행을 위한 직무와 권한에 대한 규정 또한 포함되어야 할 것이다.

3. 경비업법의 헌법적 근거와 진입규제 방식

1) 경비업법의 의의

「경비업법(법률 제9579호)」은 형식적 의미의 법률로서 국민의 생명, 신체 그리고 재산을 보호하고 각종 위난을 예방하는 민간 영역의 경비 활동과 그러한 업무의 실체법적 근거를 규정한 법이다.

여기에서의 경비 개념은 인명과 재산을 인위적·자연적 위협로부터 보호하기 위하여 특정한 지역, 국가시설 및 중요시설을 경계·순찰·방비하는 것을 말하며(대판 1970.9.17. 70도1391), 신체에 대하여 직접적으로 가해지는 위협을 근접에서 방지 또는

제거하는 호위 행위를 포함한다. 이에 따라 경비업법 제2조에서는 경비업무를 시설경비업무, 호송경비업무, 신변보호업무, 기계경비업무, 특수경비업무로 나누고 있다.

이러한 경비업무는 사람의 생명 및 신체에 대한 위해, 재산에 대한 침해 등을 경계하고 방지하는 업무로서 그에 대한 부적절한 업무 수행은 곧 국민 안전 확보라는 치안업무의 민영화를 역행하는 것으로 이에 대한 피해는 국민이 부담해야 한다.

따라서 이러한 부정적 요인을 제거하고 사회적으로 유용한 산업으로 건전하게 발전시켜 나가기 위해서 그 필요한 법적 규제와 행정상의 감독을 규정함과 동시에 그러한 경비업을 영위할 수 있는 근거가 바로 경비업법이며, 경비업법은 경비업의 육성 및 발전과 그 체계적 관리에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 경비업의 건전한 운영에 이바지하는 것을 목적으로 하고 있다(경비업법 제1조).

2) 경비업법의 헌법적 근거

(1) 국민의 기본권 보호와 법익침해방지의 한계

헌법 제10조에 따르면 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지니게 된다. 여기에서 국가의 기본권 보호의무가 도출되며, 이는 국민 개개인의 법익을 사인인 제3자의 위법적 제약으로부터 보호해야할 국가의 의무를 말한다(한신만, 2005: 5).

국민의 생명, 신체 그리고 재산을 보호하기 위한 활동은 그 성격이 국가의 고권적 권한행사에 해당된다. 그리고 대륙법계 국가에 있어서 민간경비는 국가의 독점 권력을 부분적으로 국민에게 위임하는 경우로서 국민의 기본권 보호 의무에 합치하기 위해서는 통제유보와 허가유보는 필수적이라 할 수 있다(김창휘, 2009: 572).

국가는 기본권의 객관적 법규성의 지위와 그로부터 도출되는 기본권상 보호되는 법익에 대한 국가의 보호의무·안전보장의무로부터 위협을 사전에 예방할 의무가 도출되므로, 행정 권력이 안전에 관하여 사적 영역에 개입할 수 있는 근거가 될 수 있다(한신만, 2005: 7). 또한 국민의 생명권과 신체불가침권에 있어서 이에 대한 보호 의무는 국가가 부담해야 하며, 이러한 위협방지업무는 국가가 운영하는 경찰의 업무에 해당된다.

그러나 사인에 의한 기본권 침해와 안전의 위협으로부터 국가는 그 보호 의무를 다하여야 하지만 잠재적 위협요소로서의 사인에 의한 법익 침해 가능성에 대해 완벽

하게 보호할 수는 없다. 이에 따라 국가의 보호영역에서 벗어나는 경우 개인이 스스로 해결해야 하며, 이를 해결하기 위해 민간경비에 대해 법률유보를 통하여 국가의 위험방지업무를 부분적으로 위임할 수밖에 없다.

(2) 직업선택의 자유와 법률유보

헌법 제15조의 직업선택의 자유는 국가의 간섭을 받지 않고 자신이 원하는 직업을 자유로이 선택할 수 있는 국가로부터의 자유라는 성격을 지니며, 직업에 관한 포괄적인 권리로서 직업결정의 자유·직업수행의 자유·직업이탈의 자유·점직의 자유 그리고 경쟁의 자유 등을 그 내용으로 한다. 또한 현행 헌법상 명문 규정은 없지만 영업의 자유 또한 직업수행의 자유의 일환으로 당연히 포함된다(권영성, 2000: 527).

이러한 직업선택의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있으며, 이는 법률로써 하여야 한다. 그리고 그 제한하는 방법으로 신고제·등록제·자격제·허가제·지정제·특허제·금지제 등이 있다(권영성: 2000: 530-531).

직업선택의 자유와 관련하여 민간경비는 사적 자치영역에서의 경찰업무를 대행하는 것으로서 원칙적으로 국가의 위험방지업무에 대한 입법적 위임에 해당되어 경비업무에 대한 헌법상의 영업의 자유를 보장하게 된다.

그러나 민간경비는 개념상 특정한 의뢰자에 대한 경비 및 안전의 서비스를 제공하는 영리성을 근간으로 하지만 범죄예방활동과 질서유지활동, 그리고 위험방지활동의 공공성을 아울러 지니고 있다. 이에 따라 강한 치안서비스적 성격을 띠고 있는 사인에 의한 경찰작용으로서 그에 대한 주체와 작용 및 위임 범위에 대한 한계를 명확히 할 필요성이 있다.

그러므로 영리성과 공공성의 양자 조화를 위한 민간경비에 대한 한계로서의 법률유보에 따라 현재 우리나라에서는 「경비업법」이 제정되어 있으며, 국가적 고권작용인 민간경비를 사인에 위임하더라도 그에 대해 국가가 감독의무 내지 보증의무를 확보하고 있다는 것을 천명한 것이라 할 수 있다(이민형, 2010: 19).

3) 경비업 진입규제 방식

경비업법 제4조 제1항은 “경비업을 영위하고자 하는 법인은 도급받아 행하고자 하는 경비업무를 특정하여 그 법인의 주사무소의 소재지를 관할하는 지방경찰청장

의 허가를 받아야 한다”고 규정하고 있다.

허가는 법규에 의한 일반적인 상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 사실행위 또는 법률행위를 할 수 있게 하여주는 행정행위를 말한다(김동희, 2001: 259). 그러나 민간경비는 그 자체가 국가의 고권적 작용인 경찰작용에 해당되고, 국가의 독점적 권력에 해당하는 성격이 강하기 때문에 상대적인 금지의 해제를 통하여 사업의 인정여부를 판단하는 허가로 보기에는 적절하지 않다는 견해가 있다. 이에 따르면 민간경비는 국민의 권리가 아니라 국가의 독점적 권리이므로 국민들의 자연적 자유의 회복 성격인 허가라기보다는 특허로 보는 것이 타당하다고 한다(김창휘, 2009: 574). 특허는 특정 상대방을 위하여 새로이 권리를 설정하는 행위이며, 이에 따르면 민간경비업무의 영위는 국가적 사무에 대한 사인의 위탁으로 보아 특허에 해당된다(최선우, 2008: 199).

경비업법에 규정된 경비업에 대한 허가를 특허로 해석할 경우 이것은 경비업의 주체에 대해 국가가 그 권리를 창설해 준 것으로서, 경비업을 영위하기 위해서는 국가 공권력에 준하는 의무를 이행하여야 하고, 그 자격 또한 엄격히 규제하여야 하므로 이것은 민간경비의 공공성을 강조한 것이라 할 수 있다.

그러나 경비업에 대한 허가를 말 그대로 허가로 볼 경우, 이것은 이미 국민에게 있는 직업으로서의 경비업을 일정한 요건만 갖춘 자에게 한하여 경비업을 영위할 수 있도록 금지를 해제한 것으로서 본래의 국민의 기본권으로서의 경비업을 영위하는 것이기 때문에 국가는 그에 대한 기본권 보장적 측면에서 민간경비의 영리성을 더 강조할 수밖에 없다. 이에 따르면 경비업에 대한 사인의 지위를 국가는 확인하여, 구체적으로 그러한 지위에서 도출될 수 있는 권한의 근거와 한계를 명확히 제시하여야 한다.

Ⅲ. 경비업법 제7조 제1항 「관리권」의 의미

1. 문제의 제기

경비업에 대한 허가의 성격을 특허와 허가 중 어느 것으로 보든지 간에 경비업법은 경비업 주체에 대한 규제와 권리창설의 두 가지 성격을 모두 지니고 있다. 즉 특허로서 공공성을 강조하더라도 어쨌든 경비업자에 대한 권리를 국가가 부여함으

로써 그러한 권리의 한계를 설정하기 위해서라도 구체적으로 경비업자의 권리에 대해 어느 정도의 규정을 할애해야 한다. 그러나 경비업법의 주요 내용은 경비업의 종류와 그 직무 내용, 경비업 영위의 주체와 진입규제 및 자격, 경비업자의 의무 및 감독, 경비원 등에 대한 교육, 그리고 의무 위반에 대한 행정처분 및 벌칙(행정형벌)으로 구성되어 있다. 그러나 경비업자의 권리와 그에 근거한 경비업자 및 경비원의 권한에 관한 내용은 구체적으로 명시하고 있지 않으며, 이것은 경비업법 내에서 권한의 근거가 되는 규정을 찾아 해석함으로써 그러한 권리와 권한을 도출할 수밖에 없다고 생각한다.

따라서 이러한 경비업 주체의 권한의 근거 규정으로 경비업법 제7조 제1항의 「관리권」에 대한 해석이 필요하며, 여기에서는 「관리권」의 주체와 내용 및 한계, 그리고 관계 규정의 문제점에 대해 논하고자 한다.

2. 「관리권」의 의미

1) 「관리권」의 주체

경비업법 제7조 제1항에 따르면 “경비업자는 경비대상시설의 소유자 또는 관리자(이하 “시설주”라 한다)의 관리권의 범위 안에서 경비업무를 수행하여야 하며, 다른 사람의 자유와 권리를 침해하거나 그의 정당한 활동에 간섭하여서는 아니된다”라고 규정되어 있다. 여기에서의 「관리권」의 주체를 문리적으로 해석하면, 경비대상시설의 소유자와 관리자이다.

민법 제211조에 따르면 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 규정되어 있으며, 이는 소유권의 주체를 의미한다. 이러한 소유권은 재산권의 하나인 물권(物權)으로서 물건에 대한 배타적 지배권을 가진다. 즉 경비대상시설에 대한 사용, 수익, 처분 권능을 내용으로 하는 절대권이다. 이에 따라 경비대상시설의 소유권에 대한 침해를 예방하거나 배제할 수 있다.

그런데 소유권은 권리의 성격에 있어서 물건에 대한 사실상의 지배로서의 점유권과는 달리, 물건을 법률상 지배할 수 있는 관념적인 지배로 구성되어 있으므로(지원림, 2003: 494) 사실적 지배와 무관한 관념적 지배권으로서의 소유권에서 ‘경비’라는 사실적 또는 물리적 행위를 도출하기는 어려우며, 여기에서는 경비업자의 경비업무 수행에 대한 권한을 부여할 수 있는 권리자로 보아야 할 것이다. 이에 따라 경비대상

시설에 대한 안전 확보 즉, 침해에 대한 사전예방 또는 사후제거를 위한 물리적 유효력 행사의 '경비'라는 관점에서 볼 때 본 조의 소유자는 관리권을 부여할 수 있는 궁극적인 권리자를 의미하며, 엄밀한 의미의 「관리권」의 주체는 경비대상시설에 대한 사실적 지배를 하고 있는 점유자로 보아야 할 것이다. 점유라고 함은 물건이 사회 통념상 그 사람의 사실적 지배에 속한다고 보여지는 객관적 관계에 있는 것을 말하고 사실상의 지배가 있다고 하기 위하여는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고, 물건과 사람과의 시간적·공간적 관계와 본권관계, 타인지배의 배제가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다(대판 2009.9.24. 2009다39530).

그리고 여기에서의 점유자는 정당한 권원(權原)을 가진 자로 국한하여야 할 것이며, 그것은 이미 문언 상 관리권 범위가 소유자를 포함해서 한정되어 있으므로, 소유자로부터 점유할 수 있는 권원을 획득하지 못한 자는 제외하여야 할 것이다. 왜냐하면, 정당한 권원을 지니지 못한 점유자에 의해 경비업자가 경비업무를 도급받아 행하는 경우 경비업법 제7조 제2항의 “도급을 의뢰받은 경비업자가 위법 또는 부당한 것일 때에는 이를 거부하여야 한다”는 의무를 경비업자가 해태한 것으로 보아 이를 위반한 것으로 해석될 수 있기 때문이다.

따라서 본조의 「관리권」의 주체로서 「관리자」란 정당한 권원을 가진 점유자로 보아야 하며, 「관리권」이란 점유권으로부터 도출되는 「권한」이라고 보아야 할 것이다.

이에 따라 경비대상시설에 대한 사실상의 지배, 엄밀히 말해 물리적 지배력을 행사함에 있어 그에 대한 침해를 예방하거나 이미 침해된 상태를 회복하기 위한 모든 행위를 「관리권」의 범위로 보아야 한다. 경비대상시설에 대한 침해를 사전에 예방하고, 사후에 제거하기 위한 사실상의 행위를 소유자가 직접 행할 수 없는 경우 그 대리인이나 전세권자와 같은 용익물권의 권리자 또는 임차인 등 정당한 권원을 지닌 점유자가 이를 대신 할 수 있으며, 경비업자에게 경비업법 제2조에 따른 ‘도급’이라는 계약을 통해 그러한 권한이 위임되는 효과를 가져오게 된다.

2) 「관리권」의 내용

(1) 사실적 지배 행위

여기에서의 「사실적 지배」란 사회관념 상 물건이 어떤 사람의 지배하에 있다고 인

정되는 객관적 관계를 말하며, 이를 인정하기 위한 기준으로 물건과 사람 사이의 일정한 시간적·공간적 관계 또는 물리적 지배력이 미칠 수 있는 가능성, 지배의 계속성, 타인의 간섭을 배제할 수 있는 상태 등을 들 수 있다(지원림, 2003: 466).

‘경비’와 관련하여 「관리권」에서 도출될 수 있는 경비업무 수행의 근거는 ‘물리적 지배력’과 ‘타인의 간섭(지배)의 배제’라 할 수 있다. 즉 경비원이 상주한 경우 경비대상시설에 대한 경비업무는 그 대상시설의 안전이 최우선인 바 위협예방이 선행적으로 이루어져야 하며, 이를 위해서는 위협을 야기할 수 있는 인적·물적 침입을 사전에 방지하고, 침입 후 즉각적인 조치를 하여야 한다.

이러한 물리적 지배력을 행사하고 타인지배를 배제하기 위해서는 실질적으로 경비대상시설에 대한 침입을 사전에 예방하기 위하여 출입통제를 할 수 있으며, 반입되는 물품에 대해 검색, 보류 또는 거부를 할 수 있다. 그리고 경비대상 시설 내 거동이 수상한 자 등에 대해 정지시켜 질문할 수 있고, 퇴거를 요구할 수 있다.

(2) 자력구제권

일반적으로 자기의 권리를 보존하거나 또는 만족을 얻기 위하여 사력(私力), 즉 실력을 행사하는 것을 가리켜 자력구제라 하며, 원칙적으로 인정하지 않지만 긴급한 사정이 있어서 국가의 보호를 받는 것이 불가능하거나 또는 대단히 곤란하게 될 경우에는 예외적으로 허용된다(곽윤직, 1998: 280-281).

우리 민법도 점유자에게 일정한 경우에 자력구제를 허용하고 있는데, 그에 따르면 점유자는 그 점유를 부정히 침탈 또는 방해하는 행위에 대하여 자력으로써 이를 방위할 수 있으며, 점유물이 침탈되었을 경우에 부동산일 때에는 점유자는 침탈 후 즉시 가해자를 배제하여 이를 탈환할 수 있고 동산일 때에는 점유자는 현장에서 또는 추적하여 가해자로부터 이를 탈환할 수 있도록 규정하고 있다(민법 제209조).

이 규정은 침탈행위가 완전히 끝난 다음 소송을 통하여 원상회복을 구하는 것이 시간도 오래 걸리고 그 실현가능성도 희박하기 때문에, 차라리 침해상태가 계속되는 동안 점유자의 자력방위를 허용하는 편이 그 침탈행위를 응징하고, 권리구제를 손쉽게 할 수 있도록 하는 것이 그 취지라 하겠다(이은영, 2007: 449). 이에 따라 점유자는 현재의 침탈행위에 대하여 자력으로 방위할 수 있도록 ‘자력방위권’과 ‘자력탈환권’을 인정받는다.

자력방위는 점유의 침탈이나 방해의 위험이 있는 때 또는 지속적인 방해가 있는

때에 인정되며, 정당방위에 있어서와 마찬가지로 실력은 실력으로 물리치는 것이 허용된다는 것이 그 기저사상이다. 또한 자력탈환은 점유가 침탈된 경우에 자력에 의하여 점유를 회복하는 것을 내용으로 하는 것이며, 시간적으로 좁게 제한된 범위 내에서만 허용된다. 동산의 경우에는 현장이나 추적을 하여서만 가능하며, 부동산의 경우에는 직시, 즉 객관적으로 가능한 한 신속히 하여야 한다(곽윤직, 1992: 460-461).

판례에 따르면 甲이 丙을 상대로 점포에 관한 점유이전금지가처분결정을 받아 그 집행한 다음 丙을 상대로 하여 받은 본안판결에 기하여 乙이 사건 점포에 소유주들과 사이에 임대차계약을 체결하고서 인도를 받아 적법하게 점유하고 있던 점포에 대하여 명도집행을 단행하였다면 그러한 가처분이나 본안판결의 효력이 미칠 수 없는 乙에 대하여 그가 점유하고 있던 점포에 대하여 명도집행을 단행한 것(그 후 乙을 퇴거시킨 다음 덧문에 자물쇠를 채움)은 위법하고 이러한 위법한 강제집행에 의하여 부동산의 명도를 받는 것은 공권력을 빌려서 상대방의 점유를 침탈하는 것이 되므로 乙이 강제집행이 종료한 후 불과 2시간 이내에 자력으로 그 점유를 탈환(甲이 잠시 자리를 비운 사이 같은 날 오후 4시에 자물쇠를 풀고 사건 건물에 들어가 전과 다름 없이 약국을 경영)한 것은 민법상의 점유자의 자력구제권의 행사에 해당한다고 하였다(대판 1987.6.9. 86다카1683).

그리고 자력탈환의 요건으로서 ‘침탈 후 직시’의 의미는 점유가 침탈되었을 때 시간적으로 좁게 제한된 범위 내에서 자력으로 점유를 회복할 수 있다는 것으로서, “객관적으로 가능한 한 신속히” 또는 “사회관념 상 가해자를 배제하여 점유를 회복하는 데 필요하다고 인정되는 범위 안에서 되도록 속히”라는 뜻으로 해석할 것이므로 점유자가 침탈사실을 알고 모르고와는 관계없이 침탈을 당한 후 상당한 시간이 흘렀다면 자력탈환권을 행사할 수 없다(대판 1993.3.26. 91다14116).

이를 종합해 볼 때 판례는 위법한 강제집행으로 부동산의 명도를 받은 것은 ‘점유의 침탈’에 해당하고, 점유자가 그 위법한 강제집행이 종료한 후 2시간 내에 자력으로 탈환한 것을 ‘직시’에 해당하는 것으로 보아 자력탈환의 요건을 모두 갖춘 것으로 판단한 것이다(김준호, 2003: 272).

따라서 자력구제권은 판례의 법리에 따라 경비대상시설에 대한 침탈이 예상될 경우 경비원이 자력방위를 통해 사전 예방 조치할 수 있으며, 침탈 된 후에도 자력탈환할 수 있는 근거가 된다.

3. 형법상 위법성조각사유와 「관리권」의 한계

1) 「관리권」 행사의 한계로서 형법상 위법성조각사유

관리권의 하나로서 자력구제권이 인정되지만, 문제는 이러한 자력구제도 그 요건이 있으며, 그러한 요건을 갖추어지지 않은 경우에는 형법상 위법성조각사유인 정당방위나 긴급피난 또는 정당행위의 요건이 구비되는 때에 한해 그러한 구제수단을 사용할 수 있다.

그러나 정당방위나 긴급피난, 정당행위에 대한 판단 즉 위법성의 여부에 대한 판단은 최종적으로 사법적 해석에 달려 있으며, 경비업무 수행 중 물리적 유행력 행사가 적법한 것인지 아닌지에 대한 판단은 법원의 판결에 유보되어 있다는 것을 유념하여야 한다. 즉 판례에 나온 판결 취지에 따른 행위를 하였다고 하여 곧바로 형법상 구성요건에 해당되지 않거나 곧바로 위법성이 결여되어 적법하게 사회적으로 용인된다는 것을 의미하는 것은 아니다.

여기에서 논의하고자 하는 취지는 정당방위, 긴급피난, 그리고 정당행위가 요건을 구비하지 못한 경우 그러한 과잉대응에 대한 판단기준이 실질적으로 경비업무 수행의 한계와 밀접한 연관을 가지게 되므로, 형법상 위법성조각사유는 관리권으로부터 당연히 도출되는 것이 아니라 그러한 관리권 행사의 한계를 명확히 하는 기준이 된다는 점을 강조하고자 한다.

2) 정당방위와 과잉방위

우리 형법에 규정된 정당방위란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 상당한 이유가 있는 행위를 말한다(형법 제21조 1항).

정당방위가 인정되기 위해서는 ① 현재의 부당한 침해가 있어야 하며, ② 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위여야 하고, ③ 상당한 이유가 있어야 한다. 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 여기에서의 침해란 범질서에 의하여 보호되는 법익에 대한 사람에 의한 공격 또는 그 위협을 의미하며, 법률에 보호되는 법익에 대한 공격인 한 그 침해가 목적에 의하거나 고의에 의하여 이루어졌음을 요하지 아니할 뿐만 아니라 과실에 의하거나 책임이 없는 행위에 의하여 이루어진 공격도 여기에 해당된다(이재상, 2005: 221). 그리고 현재의 침해란 법익에 대한 침해가 급박한 상태에 있거나 바로

발생하였거나 아직 계속되는 것을 말하며, 방어행위시를 기준으로 결정하는 것이 아니라 급박한 침해가 이루어진 때를 기준으로 하는 것이므로 장래의 침해의 가능성을 예견하고 방지하기 위하여 방어조치를 취한 때에도 상당성이 인정되는 범위에서는 정당방위가 가능하다는 견해가 있다(이재상, 2005: 223).

둘째, 정당방위는 생명·신체·명예·재산·자유·주거권 등 법에 의해 보호되는 법익을 방위하기 위한 행위로서 방위행위란 침해에 대한 순수한 방어적 방위인 보호방위와 반대공격에 의한 방위인 공격방위가 포함되며(이재상, 2005: 226), 여기에는 방위의사가 있어야 한다. 싸움의 경우 공격의사와 방위의사가 교차하는 경우이므로 방위행위에 해당한다고 보기 어려우며, 판례도 싸움의 경우 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다고 판시하고 있다(대판 2000. 3. 28. 2000도228). 그러나 겉으로는 서로 싸움을 하는 것처럼 보이더라도 실제로는 한쪽 당사자가 일방적으로 위법한 공격을 가하고 상대방은 이러한 공격으로부터 자신을 보호하고 이를 벗어나기 위한 저항수단으로서 유형력을 행사한 경우에는, 그 행위가 새로운 적극적 공격이라고 평가되지 아니하는 한, 이는 사회관념 상 허용될 수 있는 상당성이 있는 것으로서 위법성이 조각된다(대판 2010.2.11. 2009도12958).

셋째, 침해에 대한 방위는 사회상규에 비추어 상당한 이유가 있어야 한다. 여기에서의 상당한 이유라 함은 방위의 필요성을 의미하며, 방위행위가 방어를 위한 적합한 수단이고 그것이 공격자에게 상대적으로 경미한 피해를 입힌 경우에는 방어의 필요성 내지 상당성을 인정할 수 있다(이재상, 2005: 227). 판례에 따르면 정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이어야 한다(대판 2007.4.26. 2007도1794).

이와 관련하여 대법원은 적법한 절차를 거쳐 공사현장을 인수받지 아니하고 실력으로 공사현장을 인수받아 공사를 시행하기 위해 공사현장에 들어오려는 사람들을 들어오지 못하게 제지하였다고 하여 정당한 업무를 방해한 것이라고 할 수는 없다고 할 것이고, 이와 더불어 공사현장에 실력을 행사하여 들어와 현수막 및 간판을 설치하고 담장에 글씨를 쓴 행위는 공사현장의 점유를 방해하는 것으로서 법익에 대한 현재의 부당한 침해라고 할 수 있을 것이고, 따라서 경비원이 현수막을 찢고 간판 및 담장에 써진 글씨를 지운 것은 그 침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가

있다고 하였으나(대판 1989.3.14. 87도3674), 정당방위에 있어서는 반드시 방위행위에 보충의 원칙은 적용되지는 않지만 방위에 필요한 한도 내의 행위로서 사회윤리에 위배되지 않는 상당성 있는 행위임을 요하는 것인 바, 칼을 들고 항거한 경우 공포를 발사하거나 소지한 가스총과 경찰봉을 사용하여 항거를 억제할 시간적 여유와 보충적 수단이 있고, 부득이 총을 발사하여 위해를 가할 수밖에 없었다고 하더라도 가슴 부위가 아닌 하체부위를 향하여 발사함으로써 그 위해를 최소한도로 줄일 여지가 있는 경우, 이와 같은 총기사용행위는 경찰관직무집행법 제11조 소정의 총기사용 한계를 벗어난 것 이라고 하지 않을 수 없으므로 상당성 있는 행위라고 볼 수 없어 정당방위에 해당하지 않는다고 판시하였다(대판 1991.9.10. 91다19913).

그리고 상당성의 정도를 넘은 때에는 과잉방위에 해당한다. 이러한 과잉방위는 위법성이 조각되지 않으며, 그 과잉행위에 과실이 가볍거나 전혀 과실이 없는 때를 제외하고는 유책하다고 할 것이다(형법 제21조 2항).

3) 긴급피난과 과잉피난

자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 상당한 이유가 있는 행위를 긴급피난이라고 한다(형법 제22조 1항). 따라서 긴급피난의 성립요건으로서 ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난이 있어야 하고, ② 위난을 피하기 위한 행위여야 하며, ③ 상당한 이유가 있어야 한다.

법률에 의하여 보호되는 모든 이익에 대하여 긴급피난이 가능하며, 정당방위와 달리 국가적·사회적 법익에 대한 긴급피난도 가능하다. 또한 현재의 위난만 있으면 족하고 부당한 침해가 있을 것을 요하지 않으며, 피난의사를 가지고 현재의 위난을 모면하기 위한 일체의 행위는 피난행위로 인정된다(이재상, 2005: 241-243).

문제는 정당방위와 관련하여 긴급피난에 있어서는 상당한 이유 판단이 더 엄격하게 이루어진다는 점이다. 긴급피난은 정당방위와 달리 피난행위에 의하지 아니하고는 달리 위난을 피할 수 없을 것을 요하는 보충성의 원리, 긴급피난에 의하여 보호되는 이익이 침해되는 이익보다 본질적으로 우월하여야 한다는 균형성의 원리, 그리고 피난행위는 위난을 피하기 위한 적합한 수단이어야 한다는 적합성의 원리가 적용된다.

판례에 따르면 긴급피난이란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 상당한 이유 있는 행위를 말하고, 여기서 ‘상당한 이유 있는 행위’에 해당하려면, 첫째 피난행위는 위난에 처한 법익을 보호하기 위한 유일한 수단이어야 하고,

둘째 피해자에게 가장 경미한 손해를 주는 방법을 택하여야 하며, 셋째 피난행위에 의하여 보전되는 이익은 이로 인하여 침해되는 이익보다 우월해야 하고, 넷째 피난행위는 그 자체가 사회윤리나 법질서 전체의 정신에 비추어 적합한 수단일 것을 요하는 등의 요건을 갖추어야 한다고 하였다(대판 2006.4.13. 2005도9396).

대법원은 타인의 집 대문 앞에 은신하고 있다가 경찰관의 명령에 따라 순순히 손을 들고 나오면서 그대로 도주하는 범인을 경찰관이 뒤따라 추격하면서 등 부위에 권총을 발사하여 사망케 한 경우, 이와 같은 총기사용은 현재의 부당한 침해를 방지하거나 현재의 위난을 피하기 위한 상당성 있는 행위라고 볼 수 없는 것으로서 범인의 체포를 위하여 필요한 한도를 넘어 무기를 사용한 것이라고 판시한 바 있다(대판 1991.5.28. 91다10084).

4) 정당행위와 그 허용 범위

형법 제20조에 따르면 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다”라고 규정되어 있으며, 이러한 사회상규에 위배되지 아니하여 국가적·사회적으로 정당시 되는 행위를 정당행위라고 한다. 여기에서의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하며(대판 2009.12.24. 2007도6243), 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 할 것이고, 이와 같은 정당행위를 인정하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대판 2007.5.11. 2006도4328).

대법원은 분쟁이 있던 옆집 사람이 야간에 술에 만취된 채 시비를 하며 거실로 들어오려 하므로 이를 제지하며 밀어내는 과정에서 2주 상해를 입힌 피고인의 행위를 소극적 저항행위로서 정당행위로 보아 무죄를 선고하였으며(대판 1995.2.28. 94도 2746), 분쟁 중인 부동산관계로 따지러 온 피해자가 피고인에게 달려들어 멱살을 잡고 발로 치는 등 폭행을 가하자 이를 뿌리치기 위하여 소극적인 저항방법으로 부득이 멱살을 잡고 있는 피해자의 손을 잡고 비틀어 떼어낸 행위는 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성이 있는 위법성이 결여된 행위라 하여 피해자의 침해행위에 대한 소극

적인 저항방법으로서 정당행위에 해당한다고 판시하였다(대판 1986.6.10. 86도400).

이 외에도 강제연행을 모면하기 위하여 소극적으로 상대방을 밀어붙인 행위(대판 1982.2.23. 81도2958), 상스러운 욕설을 계속하는 술 취한 자의 어깨 부분을 밀치는 행위(대판 1992.3.10. 92도37), 피해자가 피고인의 고소로 조사받는 것을 따지기 위하여 야간에 피고인의 집에 침입한 상태에서 문을 닫으려는 피고인과 열려는 피해자 사이의 실랑이가 계속되는 과정에서 문짝이 떨어져 그 앞에 있던 피해자가 넘어져 2주간의 치료를 요하는 요추부염좌 및 우측 제4수지 타박상의 각 상해를 입게 된 경우(대판 2000.3.10. 99도4273) 등 소극적 저항행위로서 정당행위가 인정되어 위법성이 조각된다.

또한 자기 또는 타인의 권리를 실행하기 위한 행위는 그것이 사회상규에 벗어나는 정도에 이르지 않은 때에는 사회상규에 위배되지 않으며(이재상, 2005: 287), 판례는 여러 차례 수박을 절취당하여 그 범인을 붙잡기 위해 수박밭을 지키고 있던 중 마침 같은 마을에 거주하며 피고인과 먼 친척간이기도 한 피해자가 피고인의 수박밭에 들어와 두리번거리는 것을 발견하자 피해자가 수박을 훔치려던 것으로 믿은 나머지 “앞으로 수박이 없으면 네 책임으로 한다”고 말한 것은 해악의 고지라고 보기 어렵고, 가사 다소간의 해악의 고지에 해당한다고 가정하더라도 이것은 사회상규에 위배되지 않는다고 하여(대판 1995.9.29. 94도2187), 권리실현행위로서 사회상규에 위배되지 않는 경우에 해당한다고 볼 수 있다.

4. 경비업법 제7조 제1항의 문제점

「경비업법」 제7조 제1항에 있어서 경비업자의 직무와 그 권한 근거는 경비대상시설의 소유자 또는 관리자 즉 시설주의 관리권 범위가 되며, 이를 해석하면 경비업무도급계약의 당사자는 시설주가 되고, 그 계약의 내용은 시설에 대한 위협방지 등의 경비가 된다.

「경비업법」상 경비업무 중 시설을 대상으로 하는 것은 시설경비업무, 기계경비업무, 특수경비업무라 할 수 있으며, 이를 엄격히 해석하면 호송경비업무와 신변보호업무의 경우 그 경비대상과 관리권의 권한 범위에 있어서 그 근거를 상실하게 된다.

호송경비업무에 있어서 “운반 중”이라는 특성으로 인해 그 경비대상은 시설 즉 부동산이 아닌 동산이 되며, 신변보호업무의 경우 그 경비대상은 개인의 생명·신체가 되어,

관리권 범위의 권원(權原)은 형법상 개인적 법익 그리고 권리 내용적 측면에서의 인격권에서 찾아야 한다.

호송경비의 경우 그 대상은 동산이지만 민법상 동산에 대한 소유자 또는 관리자를 도출하여 그 관리권을 논하면 되지만, 신변보호업무의 경우 그 관리자를 본 규정에서는 표면적으로 도출할 수가 없게 된다. 즉 동산의 소유자와 신변보호의 대상자를 ‘시설주’라고 지칭할 수는 없다고 판단된다.

이에 따라 신변보호업무의 경우 경비대상자는 자연인에 국한되며, 비록 그 의뢰인의 생명·신체를 보호함에 있어 시설내부에 있는 경우 시설경비업무를 겸하게 되면, 업무의 충돌로 인하여 신변보호업무 외에 경비원을 종사하게 되는 결과가 된다. 이러한 경우 시설경비업무와 신변보호업무의 경계가 어디까지인지 법 조항에 밝혀야 할 필요성이 제기된다. 다시 말해서 본 규정을 제한적으로 해석할 경우 신변보호업무에 대한 직무 범위가 축소되는 결과가 나타나게 되며, 이를 넓게 해석하더라도 그 관리권의 범위가 모호하게 되어 사법적 해석이 이루어지지 않는 한 감독기관과의 마찰이 일어날 수밖에 없으므로 이를 해소하기 위해서는 구체적인 직무범위를 법령에 명시하여야 할 것이다.

따라서 본조의 시설주를 경비업법 제2조에 근거하여 “도급인”으로, 아니면 “권리자” 또는 “고객”으로 수정하여야 하며, 신변보호업무와 호송경비업무에 적용하기 위해서 경비대상을 시설뿐만 아니라 모든 개인적 법익으로 확대할 수 있도록 용어를 수정하거나 관련 문구를 추가하여야 할 것이다.

5. 소결(小結)

관리권의 범위에는 점유권에 기한 자력구제권을 근거로 하여 자력방위 및 자력탈환권이 포함되며, 사실적 지배행위로서 정지 및 질문권, 출입통제 및 퇴거요구권, 물품 검색·반입 보류 및 금지권 등이 인정된다고 할 것이다.

이러한 관리권에 근거하여 경비업무를 수행함에 있어 관리권 행사에 불응할 경우 그에 대한 물리적 유형력을 행사하기 위해서는 형법상 위법성조각사유인 정당방위·긴급피난·정당행위의 요건을 구비하여야 한다. 즉 침입 시 일방적 공격에 대한 저항수단으로서 유형력을 행사할 수 있으며, 침입 제지를 위한 소극적인 저항행위와 더불어 그에 대한 경고 등을 발할 수 있는 권리실현행위를 할 수 있다.

이러한 관리권의 근거가 되고 있는 경비업법 제7조 제1항의 경우 시설경비업무를 기준으로 하여 그에 대한 법규 적용이 신변보호업무와 호송경비업무를 포함하여 전 경비업무에 이루어질 수 있도록 개정할 것을 제안한다.

IV. 「관리권」에 기한 경비원의 지위 및 권한

1. 경비원의 지위

경비업법 제2조에 따라 경비원이란 경비업자가 채용한 고용인으로서 경비업자와 경비원은 고용관계가 형성되어 민법상 고용계약에 그 근간을 두고 있다. 여기에서의 고용은 당사자 일방(노무자)이 상대방(고용자)에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고, 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제655조).

그리고 경비원의 고용자인 경비업자는 경비업법 제2조에 따라 경비업무를 도급받아 행하므로 그 소유자 또는 관리자와의 도급계약을 통하여 경비 목적 범위 내에서 관리권을 행사할 수 있으며, 이러한 관리권은 경비업자의 지휘·명령 하에 경비원이 행사할 수 있다고 볼 수 있다. 즉 경비원은 도급을 통해 소유자 또는 관리자로부터 위임받은 관리권을 재위임 받아 이를 실질적으로 행사하는 대리인으로서 민법 제195조의 점유보조자로서의 지위를 가진다.

점유보조자는 물건에 관하여 점유자에 대하여 사회적인 종속관계에 서서 점유자를 위하여 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 자이다. 이러한 점유보조자는 점유자의 지시에 복종하고, 점유자를 상대로 점유보호를 누리지 못하지만, 점유자를 위하여 자력구제권을 행사하여 점유자의 점유를 제3자에 대하여 방어할 수 있다(곽윤직, 1992: 319).

점유보조자로서 경비원은 자력구제권의 주체가 될 수 있으며, 경비대상시설에 침입이 예상되거나 침입이 이루어진 경우 관리권자의 구체적 지시 없이 자력구제권을 행사할 수 있으며, 이는 경비업법 제7조 제1항의 관리권 범위에 포함된다고 볼 수 있다.

따라서 경비원은 점유보조자의 지위로 경비대상시설의 소유자 또는 관리자의 관리권 범위 내에서 경비목적 달성을 위해 필요한 권한을 행사할 수 있다.

2. 경비원의 직무 및 권한

1) 정지 및 질문

경비원은 경비대상 시설 내에서 거동이 수상하거나 위험을 야기할 우려가 있는 자에 대해 정지시켜 질문할 수 있다. 즉 경비대상시설 내에 한하여 필요시 법의 침해 방지를 위하여 침해 우려가 있거나 그러한 행위를 목전에 두고 있는 자에 대해 정지시켜 그 신원을 묻는 것은 관리권의 범위에 포함된다고 본다. 이와 같은 확인 절차 중 범죄의 실행 중이거나 실행 직후인 현행범인 경우 체포할 수 있으며, 이는 형사소송법 제212조에 근거한 정당행위에 해당한다. 또한 형사소송법 제211조 제2항에 따라 범인으로 호칭되어 추적되고 있는 자, 장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지하고 있는 자, 신체 또는 의복류에 현저한 증거이 있는 자, 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 자 또한 현행범으로 간주되어 이에 대한 자에 대해서도 현행범 체포 규정이 적용되어 위법성이 조각된다.

2) 출입통제 및 퇴거요구

경비대상시설에 대한 안전을 사전에 확보하기 위해서는 안전을 위협하는 자를 그 내부에 들이지 말아야 하며, 위해기도자인지 아닌지에 대한 판단을 함과 동시에 법의 침해를 사전에 예방하기 위하여 출입통제를 할 수 있다. 이와 더불어 출입이 금지되어야 한다고 판단되거나 그 통제에 불응하여 내부에 침입한 경우 퇴거를 요구할 수 있다.

3) 물품 검색 및 반입 거부

경비대상시설에 대한 인적 출입통제와 더불어 물적 반입에 대해서도 통제하여야 하며, 반입되는 물품이 위험을 야기할 수 있거나 소유자 또는 관리자의 점유를 방해할 우려가 있는 경우 그러한 물품에 대해 사전 검색하거나 반입 판단을 위해 그에 대한 반입 보류를 명할 수 있고, 이에 불응하거나 반입금지 물품으로 판명될 경우 반입을 금지할 수 있다.

4) 자력구제권

소유자 또는 관리자의 사실상의 지배력을 유지하기 위하여 경비원은 점유보조자

로서 자력구제권을 행사할 수 있으며, 이를 위해 타인지배를 배제하는 범위 내에서 물리적 유형력을 행사하거나 침탈된 물건을 탈환할 수 있다.

상황에 따라 경비원은 물리적인 유형력을 행사할 수 있으며, 그것은 소유자 또는 관리자의 재산을 보호하거나 경비원 자신 또는 제3자를 보호하기 위하여 또는 범죄를 예방하기 위하여 이루어진다. 이러한 유형력 행사에 있어서 위협에 의해 야기된 상황에서 합리적인 대응이 무엇인지가 문제된다. 이 경우 경비원은 그 상황의 심각성, 위협 표출, 위협행위의 종류와 정도 등을 고려하여야 한다. 물론 위협이 더 심각할수록 더 높은 강도의 유형력이 허락될 수 있지만, 법은 불필요한 폭력의 사용을 용납하지 않으며, 상황에 따라 그 목적을 달성하는데 필요한 것 이상으로 유형력을 행사해서는 아니 된다. 또한 경비원은 유형력을 행사하기에 앞서 고려할 것이 있으며, 이를 구체적으로 살펴보면 ① 위협이 존재 또는 목전에 임박하거나 긴급한지 그리고 실현이 가능한지의 여부, ② 유형력 행사 외에 다른 수단이 있는지 여부, ③ 사건 발생 후 경과된 시간, ④ 행사되는 유형력의 목적이 위협에 대한 보복(대응)인지 여부, ⑤ 주동자 또는 공격자가 실제로 누구인지 등을 고려하여야 한다(Maxwell, 1993: 347).

5) 형법상 위법성조각사유 범위내의 법익 침해 방지

경비원이 물리적 유형력을 행사함에 있어 형법상 위법성조각사유인 정당방위, 긴급피난, 그리고 정당행위의 요건에 부합되어야 하며, 판례에 따라 저항 수단으로서의 유형력 행사, 소극적 저항행위, 권리실현행위 등이 그러한 유형력 행사의 한계가 된다고 할 것이다.

이러한 기준에 따라 경비 목적 범위 안에서 위협발생을 방지하거나 범죄 예방 및 제지를 할 수 있다.

따라서 경비원의 출입통제 또는 퇴거요구에 불응하여 경비대상시설로 침입하는 경우 경비원이 이를 실력으로 저지하는 것은 소극적 저항행위로서 위법성이 조각되며, 마찬가지로 침입자의 일방적인 공격행위에 대해 저항수단으로서 유형력을 행사하거나, 침입 기도자에 대해 침입 시 제재 조치할 수 있다고 경고 또는 경찰 신고 등 법적 절차에 따른 불이익을 받을 수 있다는 것을 고지하는 것은 권리실현행위로서 관리권 범위에 포함되어 인정된다고 할 수 있다.

V. 결 론

경비업법 제7조 제1항의 관리권의 주체는 소유자 또는 관리자이며, 경비적 관점에서 엄밀한 의미의 관리권의 주체는 정당한 권원을 가진 점유자라 할 수 있다. 이에 따라 점유권에서 도출될 수 있는 자력구제권은 관리권의 핵심이며, 이를 통해 점유 보조자로서의 지위를 가지는 경비원의 실력 행사의 근거가 된다고 할 수 있다.

그리고 점유권의 내용인 사실적 지배라 함은 물리적 유형력 행사와 타인 지배를 배제하는 것으로서 경비원은 도급인의 경비목적대상에 대해 실질적인 안전을 확보하기 위한 사전예방 활동과 사후 즉각 조치를 취할 수 있다.

관리권으로부터 도출될 수 있는 경비원의 사전예방 활동으로서 경비대상시설 내에서의 당해인에 대한 정지·질문, 물품검색 및 반입보류·금지, 출입통제 및 퇴거요구, 사전경고 등을 할 수 있으며, 이러한 예방활동에도 불구하고 법익 침해가 예상되거나 이루어진 경우 자력구제권에 근거하여, 소극적 저항행위와 저항수단으로서의 유형력 범위 안에서 실력으로서 침해를 저지할 수 있다.

자력구제권에 따른 요건이 미비한 경우에는 형법상 위법성조각사유에 따른 정당방위, 긴급피난 그리고 정당행위의 범위 내에서 경비업무를 수행할 수 있으며, 이러한 한계에 있어서는 사법적 해석에 유보되어 있지만, 경비원의 물리적 실력 행사의 범위를 설정하는 데 의의가 있다고 할 것이다.

그러나 경비원의 권한 근거로서의 관리권의 주체는 경비업법상 시설주로 명시되어 있기 때문에 시설을 기준으로 하는 시설경비업무와, 기계경비업무, 그리고 특수 경비업무에 적용될 수 있지만, 동산을 대상으로 하는 호송경비와 생명·신체와 같은 재산이 아닌 인격권 보호를 목적으로 하는 신변보호업무에 적용하기에는 해당 조문의 문언상 한계가 있으므로 경비업법 제7조 제1항의 관리권 주체와 더불어 전 경비업무에 적용될 수 있도록 개정하는 것이 바람직하다고 본다.

경비업법 제7조 제1항의 관리권으로부터 경비업 주체의 권한이 부여될 수 있으며, 그러한 권한의 근거 규정일 뿐만 아니라 권한 행사의 한계를 동시에 나타내는 것으로서, 문언상의 한계로 경비업무 수행에 따른 권한이 명시적으로 제시되어 있지 않으므로, 이에 대한 해석이 필요하며, 이로부터 도출될 수 있는 권한과 한계에 대한 연구가 지속적으로 이루어져야 할 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 곽윤직 (1992). *민법주해 (IV)-물권(1)*. 서울: 박영사.
- 곽윤직 (1998). *물권법*. 서울: 박영사.
- 권영성 (2000). *헌법학원론*. 서울: 법문사.
- 김동희 (2001). *행정법 1*. 서울: 박영사.
- 김성언 (2004). *민간경비의 성장과 함의 : 치안활동의 신자유주의적 재편과 계약적 통치의 등장*. 서울대학교 대학원 박사학위논문.
- 김세규 (2002). 사경비업자를 통한 위험방지. *공법연구*, 30, 287-307.
- 김재광 (2004). 민간경비 관련법제의 개선방안 연구. 한국법제연구원.
- 김준호 (2003). *민법판례 : 사실·판결요지 및 해설*. 서울: 법문사.
- 김창휘 (2009). 민간경비에 관한 일 고찰 : 경비업법 개정을 중심으로. *토지공법연구*, 43(2), 565-585.
- 박동균 (2005). 위험사회의 전개에 따른 민간경비 산업의 대응과제 : 위기관리를 중심으로. *한국경호경비학회지*, 10, 103-125.
- 안황권, 안성조 (2008). *경호경비법론*. 서울: 백산출판사.
- 이민형 (2010). *한국 민간경비제도 정립을 위한 경비업법 개선방안*. 용인대학교 대학원 박사학위논문.
- 이상철, 김진환, 이민형 (2006). *경호경비관계법*. 서울: 한울출판사.
- 이은영 (2007). *민법 1*. 서울: 박영사.
- 이재상 (2005). *형법총론*. 서울: 박영사.
- 지원림 (2003). *민법강의*. 서울: 홍문사.
- 최선우 (2008). *민간경비론*. 인천: 진영사.
- 한신만 (2005). *민간경비제도에 관한 연구*. 중앙대학교 대학원 석사학위논문.

2. 국외문헌

- Meter, Clifford (1976). *Private Security : Report of the Task Force on Private Security*. Washington, D.C.: National Advisory Committee on Criminal Justice Standard and Goals.
- Maxwell, David A. (1993). *Private Security Law*. Newton: Butterworth-Heinemann.

Fischer, Robert J., Halibozek, Edward, & Green, Gion (2008). *Introduction to Security*. Burlington: Butterworth-Heinemann.

3. 기타

경비업법. 법률 제9579호.

민법. 법률 제9650호.

형법. 법률 제10259호.

【Abstract】

Legal Interpretation on Management Power of Article 7 Section 1 of Security Business Act

Lee, Jong-Hwan

Lee, Min-Hyung

Security Business Act of Korea is leaning toward the aspect of regulation, while it provides few provisions about vesting the authority, which causes problems such as legal loopholes to be raised in regard to the rules about authorizing the private security personnel to perform security affairs properly and defining the limit of power.

So, it should be done to interpret the law in order to draw the legal basis of empowering as well as to set limits of the authority of security main agent, and Article 7, Section 1, of Security Business Act is the very provision that involves the legal basis.

In the scope of 'Management Power', the statutory authority in the first clause of Article 7 of Security Business Act, the security personnel can use force for self-defense, defense of others and property, and prevention of crimes. In addition, the powers of interrogation, access control, and eviction notice are involved in its scope.

The private security personnel as the occupation assistant can take precautions and if the infringement on the benefit and protection of the law is imminent or done, he or she can use force within the limits of the passive resistance and the means of defiance on the basis of 'Management Power'.

The private security personnel, however, can exercise the force only if the necessary conditions of legal defense, emergency evacuation, and legitimate act of criminal law are fulfilled.

Key words : Security Business Act, Private Security, Management Power, Security Personnel Authority, Self-defense