

위험방지를 위한 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 법적 근거

손재영*

차 례

- I. 서론
 - 1. 문제제의 입문
 - 2. 사례
- II. 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령의 의의
 - 1. 퇴거명령
 - 2. 체류금지
 - 3. 주거로부터의 퇴거명령
- III. 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 법적 근거
 - 1. 기본권 제한
 - 2. 개별적 수권근거
 - 3. 개괄적 수권조항의 적용과 한계
- IV. 결 론

* 계명대학교 경찰법학과 조교수, 법학박사.

접수일자 : 4월 8일 / 심사일자 : 5월 30일 / 게재확정일자 : 6월 1일

I. 서론

1. 문제에의 입문

경찰법에서 ‘퇴거명령’(Platzverweisung)은 경찰이 위험방지를 목적으로 특정인이나 불특정 다수인에게 어느 장소에서 퇴거할 것을 명령하거나 그 장소에의 출입을 금지시키는 것을 말한다. 퇴거명령은 일반적으로 ‘퇴거’(退去)라는 단어가 갖는 사전적 의미, 즉 특정인이나 불특정 다수인을 어느 장소에서 물러나게 하는 것뿐만 아니라, 그 장소에의 출입을 금지시키는 것도 포함하는 개념이다.¹⁾ 이러한 퇴거명령은 특정인 또는 불특정 다수인에게 장기간 동안(예: 3개월) 일정한 장소(예: 도시의 일정구역)에의 체류를 금지시키는 소위 ‘체류금지’(Aufenthaltsverbot)와 구별되어야 한다. 사실 퇴거명령과 체류금지는 특정인이나 불특정 다수인을 어느 장소에서 퇴거시키거나 그 장소에의 출입을 금지시킨다는 점에서 공통점을 갖지만, 양자는 무엇보다 기간의 장단에 있어서 차이점이 존재한다. 즉, 퇴거명령은 단기간 동안 명해질 수 있는 반면, 체류금지는 장기간 동안 명해질 수 있다.²⁾ 나아가 퇴거명령은 경찰이 가정폭력으로부터 피해자를 보호하기 위하여 가정폭력 가해자에게 일정기간 동안(예: 10일) 주거나 점유하는 방실로부터 퇴거를 명령하는 소위 ‘주거로부터의 퇴거명령’(Wohnungsverweisung)과도 구별되어야 한다.

현행 경찰관직무집행법(이하 ‘경직법’이라 한다)은 위험방지를 위한 퇴거명령과 체류금지 그리고 주거로부터의 퇴거명령에 대한 명시적 수권근거를 마련해 두고 있지 않다. 만일 경직법에 단기간의 퇴거명령과 장기간의 체류금지 그리고 주거로부터의 퇴거명령에 대한 명시적 수권근거가 존재하지 않는다면 이러한 조치들은 경직법상의 개괄적 수권조항에 의거하여 명해질 수 있는지의 문제가 제기된다. 이러한 점에서 본고는 경직법상의 개괄적 수권조항이 위험방지를 위한 퇴거명령과 체류금지 및 주거

1) Gusy, *Polizeirecht*, 2003, Rn. 276; Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 2001, Rn. 287; Knemeyer, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2004, Rn. 212 참조.

2) Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 132 참조.

로부터의 퇴거명령에 대한 각각의 법적 근거가 될 수 있는지에 관한 문제를 해명하는 것에 주된 목적이 있다. 그러나 본고가 이러한 소기의 목적을 달성하기 위해서는 먼저 전제되어야 할 것이 있다. 그것은 바로 현행법에도 개괄적 수권조항으로 인정될 수 있는 법률조항이 존재한다는 점이다. 사실 개괄적 수권조항의 인정 여부와 관련하여서는 문헌에서 다양한 견해가 개진되고 있고 이 경우에는 소위 ‘입법필요설’³⁾이 다수설임을 고려할 때, 만일 여기서와 같이 현행법에도 개괄적 수권조항으로 인정될 수 있는 법률조항이 존재한다고 볼 경우에는 상당한 반론이 제기될 수 있다. 그러나 본인은 다음과 같은 이유에서 현행법에도 개괄적 수권조항으로 인정될 수 있는 법률조항이 존재하며, 이 경우에는 경직법 제2조 제5호와 결합한 제5조 제1항 제3호가 개괄적 수권조항에 해당한다고 본다.⁴⁾

첫째, 만일 다수설과 같이 현행법에는 개괄적 수권조항으로 인정될 수 있는 법률조항이 존재하지 않는다고 보게 되면 현재 경찰이 위험방지 또는 장애제거를 위하여 행하는 경찰작용들 가운데 개별적 수권조항에 의거하지 않은 상당수의 경찰작용들이 수권근거의 결여로 인하여 위법한 경찰작용이 된다는 점이다. 제아무리 완벽에 가까운 입법자라 할지라도 모든 위험상황을 사전에 예측하여 이를 개별적 수권조항에 일일이 열거한다는 것은 불가능하며 또한 바람직하지도 않다. 입법보다 앞서가는 기술의 발전을 통해 위험상황은 끊임없이 새롭게 발생할 것이므로 입법자가 위험방지 또는 장애제거를 위하여 일련의 개별적 수권조항을 마련해

3) 소위 ‘입법필요설’은 개괄적 수권조항의 필요성은 인정하지만 현행법에는 개괄적 수권조항으로 인정될 수 있는 법률조항이 존재하지 않기 때문에 입법을 통해 경직법에 개괄적 수권조항을 마련해야 한다고 주장하는 견해를 말한다. 이러한 입법필요설에 입각하고 있는 견해로는 예컨대 구형근, “한국 경찰법상 일반적 수권조항”, 『법학연구』 제23집, 한국법학회, 2006, 59쪽; 김동희, 행정법 II, 박영사, 2008, 211쪽; 김연태, 행정법사례연습, 홍문사, 2004, 738쪽; 김철용, 행정법 II, 박영사, 2009, 268쪽; 정하중, 행정법개론, 법문사, 2011, 1127쪽; 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2010, 285쪽을 들 수 있다.

4) 본인은 이미 한 논문을 통해 현행법에도 개괄적 수권조항이 존재하며, 이 경우에는 경직법 제2조 제5호와 결합한 제5조 제1항 제3호가 개괄적 수권조항의 근거가 됨을 피력한 바 있다. 이에 대하여 보다 상세한 것은 손재영, “경찰법상의 개괄적 수권조항 - 개괄적 수권조항의 기능 및 적용영역을 중심으로 -”, 『법학논고』 제31집 별호, 경북대학교 법학연구원, 2009, 523쪽 이하 참조.

둔다 해도 입법상의 흠결은 또 다시 발생하기 마련이다. 이러한 경우 만일 다수설과 같이 현행법에는 개괄적 수권조항으로 인정될 수 있는 법률조항이 존재하지 않는다고 보게 되면 경찰은 자신에게 맡겨진 위험방지의 직무를 제대로 수행할 수 없게 될 것이다. 즉, 가까운 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 존재함에도 불구하고 경찰은 수권근거의 결여로 인하여 새로운 유형의 위험상황에 적절하게 대응하지 못한 채 이를 수수방관해야 하거나 어쩌면 위법을 모면하기 위하여 위험상황을 모른 채 해야 할지도 모른다.

둘째, 다수설과 같이 현행법에는 개괄적 수권조항으로 인정될 수 있는 법률조항이 존재하지 않는다고 주장하기 위해서는 ‘왜 경직법 제5조 제1항 제3호⁵⁾는 개괄적 수권조항에 해당하지 않는지’, 환언하면 ‘왜 경직법 제5조 제1항 제3호는 개별적 수권조항에 해당한다고 보아야 하는지’ 그 이유를 밝혀야 할 것이다. 경직법 제5조 제1항 제3호는 경찰권 발동의 전제요건으로서 “기타 위험한 사태”와 같은 포괄적인 개념을 사용하고 있고, 또한 이러한 요건이 충족된 경우에는 “위해방지상 필요하다고 인정되는 조치”를 취할 수 있다고 규정하여 경찰이 취할 수 있는 조치를 특정하고 있지 않다. 이러한 경직법 제5조 제1항 제3호의 규정방식은 전형적인 개괄적 수권조항의 규정방식에 속한다.⁶⁾ 만일 다수설과 같이 경직법 제5조 제1항 제3호를 개괄적 수권조항으로 인정하지 않게 되면 결국 동 규정을 개별적 수권조항으로 인정한다는 것이 되는데, 전술한 경직법 제5조 제1항 제3호의 규정방식을 고려할 때 이러한 견해는 받아들이기 어렵다. 다만, 경직법 제5조 제1항 제3호만을 개괄적 수권조항으로 인정하기에는 다소 무리가 있을 것이다. 왜냐하면 경직법 제5조 제1항에 사용된 “기타 위험한 사태”가 무엇을 의미하는지가 동 조항만으로는 불명확하기 때문이다. 즉, 여기에는 개인적 법익 이외에 그 밖의 공공의 안녕에 속하

5) 경찰관직무집행법 제5조 (위험발생의 방지) ① 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다. 3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것.
6) 다른 견해로는 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2009, 511쪽 참조.

는 보호법익(국가적 법익과 사회적 법익)과 무엇보다 ‘공공의 질서’에 대한 위험한 사태도 포함되는지 여부가 불명확하다. 그러나 경직법 제5조 제1항에 사용된 “기타 위험한 사태”의 의미와 관련하여 발생하는 불명확성은 경찰의 일반적 직무에 관하여 규정하고 있는 경직법 제2조 제5호를 함께 고려함으로써 해결될 수 있다고 본다. 왜냐하면 개괄적 수권조항은 직무규정과 밀접한 연관성을 갖기 때문이다.⁷⁾ 이러한 점에서 본인은 경

7) 개괄적 수권조항의 규율형태는 각 나라마다 조금씩 차이가 있지만 대체로 “경찰은 공공의 안녕 또는 공공의 질서에 대한 위협을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다.”는 내용을 담고 있다. 그리고 입법자는 이러한 개괄적 수권조항에 앞서 “경찰은 공공의 안녕 또는 공공의 질서에 대한 위협을 방지하는 것을 그 직무로 한다.”는 직무규정을 두는 것이 일반적이다. 여기서 주목할 만한 것은 경찰의 일반적 직무가 개괄적 수권조항의 구성요건과 광범위하게 일치하고 있다는 점이다. 즉, 입법 기술적으로 경찰의 일반적 직무인 “공공의 안녕 또는 공공의 질서에 대한 위협의 방지”가 개괄적 수권조항의 구성요건이 되도록 함으로써 개괄적 수권조항과 직무규정 간에 연계가 행해지고 있다는 점이다. 이러한 입법태도는 경찰이 “공공의 안녕 또는 공공의 질서에 대한 위협의 방지”라는 직무를 수행하는 과정에서 발생할 수 있는 직무수행의 공백을 없애기 위한 의도인 것으로 보인다. 사실 입법자는 특별한 유형의 위협을 방지하기 위하여 특별한 권한을 경찰에게 부여하고 있지만, 입법 기술상 모든 유형의 위험상황을 미리 예측하여 이를 상세히 규율하는 데에는 일정한 한계가 있기 때문에 입법상의 흠결이 발생할 수 있다. 이러한 경우 입법자가 모든 유형의 위험상황을 포괄할 수 있는 “공공의 안녕 또는 공공의 질서에 대한 위협의 방지”, 즉 경찰의 일반적 직무를 그 구성요건으로 하는 개괄적 수권조항을 마련해 둔다면 경찰은 새로운 유형의 위험상황에 적절히 대처할 수 있고, 그렇게 함으로써 직무수행의 공백을 막을 수 있게 된다. 환언하면 경찰이 위험방지라는 직무를 공백 없이 또는 흠결 없이 수행하기 위해서는 경찰의 일반적 직무를 그 구성요건으로 하는 규정방식이 불가피한 것이다. 바로 이러한 연유로 경찰법상의 개괄적 수권조항은 통상 “경찰은 공공의 안녕 또는 공공의 질서에 대한 위협을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다.”는 내용을 담고 있다. 이러한 점을 고려할 때 경직법 제5조 제1항 제3호도 경찰의 일반적 직무에 관하여 규정하고 있는 경직법 제2조 제5호와의 관련 속에서 이해되어야 한다고 본다. 경직법 제2조 제5호에 따르면 경찰은 “기타 공공의 안녕과 질서유지”의 직무를 수행한다고 규정하고 있는바, 이러한 제2조 제5호를 함께 고려할 경우 제5조 제1항에 규정된 “기타 위험한 사태”란 인명, 신체 또는 재산과 같은 개인적 법익 이외에 “기타 공공의 안녕(국가적 법익, 사회적 법익)과 공공의 질서에 대한 위험한 사태”로 이해될 수 있다. 그리고 이러한 이해에 기초할 때, 경직법 제5조 제1항 제3호에 규정된 “위해방지상 필요하다고 인정되는 조치”도 다음과 같이 이해될 수 있다. 즉, 여기서 “위해방지상 필요하다고 인정되는 조치”란 “경직법 제2조 제5호에 규정된 경찰의 일반적 직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치”, 즉 “공공의 안녕과 공공의 질서를 유지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치”로 이해될 수 있다. 개괄적 수권조항이 반드시 하나의 법률조항만으로 구성되어야 하는 것은 아니다. 예컨대 독일 바덴-뷔르템베르크 주(州)에서는 경찰법 제1조(직무일반)와 제3조(경찰조치)를 개

직법 제2조 제5호와 결합한 제5조 제1항이 개괄적 수권조항으로 인정될 수 있다고 본다.⁸⁾

2. 사례

전술한 바와 같이 본고는 경직법상의 개괄적 수권조항이 위험방지를 위한 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 각각의 수권근거가 될 수 있는지에 관한 문제를 고찰하는 것에 주된 목적이 있다. 여기서는 우선 다음에 언급된 사례들의 도움으로 이와 관련된 문제를 보다 명확히 하고자 한다.

[사례 1] A시(市)에 있는 ‘○○레스토랑’에서는 전기합선으로 인한 화재가 발생하였다. 거리에 있던 수많은 행인들이 화재현장으로 몰려들어 소방차와 구급차의 진입이 방해받고 있었다. 화재연락을 받고 현장에 제일 먼저 도착한 경찰관 P는 부상자를 안전한 곳으로 옮기고 화재의 확산을

괄적 수권조항으로 인정하고 있다. 이러한 점에서 보면 두 개의 법률조항, 즉 직무규정과 권한규정의 결합을 통해 개괄적 수권조항을 도출하는 것은 전혀 낯설거나 새로운 시도가 아니다. 우리나라의 경우에도 경직법 제2조 제5호와 결합한 제5조 제1항 제3호를 경찰법상의 개괄적 수권조항으로 인정할 수 있다고 본다. 이에 관해서는 손재영, “경찰법상의 개괄적 수권조항 - 개괄적 수권조항의 기능 및 적용영역을 중심으로 -”, 『법학논고』 제31집 별호, 경북대학교 법학연구원, 2009, 537쪽 이하 참조.

- 8) 현행법에도 개괄적 수권조항이 존재한다고 보는 견해 가운데 적어도 경직법 제2조 제5호를 개괄적 수권조항으로 인정하려는 견해(예: 김남진·김연태, 행정법 II, 법문사, 2004, 260쪽; 류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2011, 976쪽)는 다음과 같은 이유로 받아들일 수 없다. 그것은 경직법 제2조의 제목(“직무의 범위”)에서도 알 수 있는 바와 같이, 동 규정은 경찰관의 일반적인 직무집행의 범위를 규정한 직무규정에 불과한바, 오늘날의 지배적 견해에 따르면 경찰은 이러한 직무규정에 근거하여 개인의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경찰작용을 행할 수 없다고 보기 때문이다. 개인의 권리를 제한하지 않는 경찰작용(예: 범죄예방을 위한 순찰활동)만이 경직법 제2조 제5호와 같은 직무규정에 근거하여 행해질 수 있다. 이에 반하여 만일 경찰이 권리 제한적 효과를 수반하는 경찰작용을 행하려 한다면 법률유보원칙은 반드시 법률의 수권을 요구하는바, 이 경우 직무규정은 법률유보원칙에 부합하는 수권근거가 되지 못한다. 직무규정은 다른 행정청과의 관계에서 직무의 한계를 설정하는 기능을 수행할 뿐, 개인의 자유와 재산을 제한할 수 있는 권한을 부여하지 않기 때문에 이를 위해서는 별도의 수권조항이 필요하다. 이에 대해서는 손재영, “경찰법상의 개괄적 수권조항 - 개괄적 수권조항의 기능 및 적용영역을 중심으로 -”, 『법학논고』 제31집 별호, 경북대학교 법학연구원, 2009, 533쪽 참조.

위험방지를 위한 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 법적 근거

막기 위하여 화재현장에 소방활동구역을 정한 후, 행인들이 그 구역 안으로 출입하지 못하도록 하였다. 이 경우, 경찰관 P가 소방차와 구급차의 진입을 방해하는 행인들에게 행한 출입금지에 대한 법적 근거는 무엇인가?

[사례 2] B시(市)는 남해안에 위치한 작은 도시로 깨끗하고 도시환경이 비교적 잘 정비된 휴양지로 알려져 있다. 이곳은 여름철 휴양객들이 저녁 시간을 조용히 보내는 장소로 애용되고 있다. 그러던 어느 날 저녁, 20대 초반의 젊은 남성 5명이 이곳에 도착하였다. 이들은 이상야릇한 옷차림을 하고 끊임없이 음주를 하면서 라디오 음악을 크게 틀어 놓았을 뿐만 아니라, 주변 휴양객들에게 욕설까지 일삼곤 하였다. 신고를 받고 출동한 경찰관 P는 5명의 남성에게 이곳에서 즉시 퇴거할 것을 명령하였다. 이 경우, 경찰관 P가 내린 퇴거명령에 대한 법적 근거는 무엇인가?⁹⁾

[사례 3] 경찰이 최근 입수한 정보에 따르면 S시의 ‘○○역(驛)’은 마약 밀매의 접선장소로 이용되고 있다고 한다. 경찰은 수차례의 마약전과가 있는 ‘갑’에게 ‘○○역(驛)’에서의 체류를 금지시켰다. 왜냐하면 ‘갑’은 최근 4년 동안 마약관련 법률 위반을 이유로 총 26차례나 수사를 받은 전력이 있고 현재도 ‘○○역(驛)’ 주변에서 마약거래를 계속하고 있다는 정보를 경찰이 입수하였기 때문이다. 이 경우, 경찰이 ‘갑’에게 명한 체류금지는 적법한가?¹⁰⁾

[사례 4] 어느 날 저녁, 경찰관 P는 한 가정집으로 긴급출동하라는 명령을 받았다. 왜냐하면 이곳에서 부부싸움이 일어났는데, 싸움 도중 흥분한 남편 ‘을’이 부인과 아이들에게 폭력을 행사하고 있다는 신고를 받았기 때문이다. 신고를 받은 경찰관 P는 즉시 현장에 임하여 남편 ‘을’의 폭력행위를 제지하였지만 가정폭력이 또 다시 재발할 우려가 있었기 때문에 부인과 아이들을 보호하기 위하여 ‘을’에게 주거에서 즉시 퇴거하고 10일 동안 100m 이내의 접근을 금지하는 명령을 내렸다. 이 경우, 경찰관

9) 이와 유사한 사례로는 정하중, 행정법사례연구, 성민사, 1999, 384쪽 참조.

10) 이와 유사한 사례로는 OVG Bremen, NVwZ 1999, 314 참조.

P가 남편 '을'에게 내린 주거로부터의 퇴거명령과 접근금지에 대한 법적 근거는 무엇인가?

II. 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령의 의의

1. 퇴거명령

퇴거명령은 특정인이나 불특정 다수인에게 어느 장소로부터 잠시 떠나 있을 것을 명령하거나 그 장소에의 출입을 금지시키는 것을 말한다. 퇴거명령의 예로는 폭탄테러의 위협이 있는 항공기의 승객이나 해일·홍수로 침수될 위험성이 있는 가옥의 거주자에게 대피를 명령하거나 그 장소에의 출입을 금지시키는 경우, 공작물이 손괴될 위험성이 있어 보행자의 통행을 일시적으로 차단하는 경우 또는 '홀리건'(Hooligan)¹¹⁾에게 특정 축구 경기장의 방문을 금지시키는 경우 등을 들 수 있다. 이 경우, 퇴거명령에서 말하는 '장소'의 개념은 통상 음식점, 극장, 축구경기장, 광장 등과 같이 눈으로 관망(觀望)할 수 있는 제한된 공간을 의미하지만, 예컨대 해일이나 홍수, 산불·산사태 등과 같은 재난이 발생한 경우에는 위험이 상당히 넓은 지역에 미칠 수 있기 때문에 퇴거명령에서 말하는 장소의 정확한 공간적 윤곽은 문제가 되고 있는 위험의 성격을 고려하여 개별적으로 결정되어야 한다.¹²⁾

퇴거명령은 비교적 짧은 기간 동안 명해질 수 있는 "잠정적인" 조치로 이해되고 있다.¹³⁾ 이와 관련하여서는 퇴거명령이 얼마의 기간 동안 명해질 수 있는지의 문제가 제기된다. 이 문제는 특히, 장기간 명해질 수 있는 체류금지와 구별을 위해 중요한데, 문헌에서는 퇴거명령은 단지 몇 시간 동안만 명해질 수 있다는 견해에서부터 그 기간이 2주 이내라면 체류금지가 아니라 퇴거명령에 해당한다는 견해,¹⁴⁾ 심지어 퇴거명령은 시간

11) 축구 팬 중에서 특히, 열광적이며 집단 폭력행위까지 서슴지 않는 사람들을 일컬어 '홀리건'(Hooligan)이라고 한다.

12) Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 2001, Rn. 287 참조.

13) Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 132 참조.

적 관점에서 이미 위험이 방지되었거나 위험이 오랫동안 존속하거나 퇴거명령을 통해서 위험이 방지될 수 없음이 확정된 경우에만 비로소 종결된다는 견해¹⁵⁾ 등 다양한 견해가 개진되고 있다. 생각전대, 후술하는 바와 같이 헌법 제10조에 의하여 보호되는 일반적 행동의 자유를 제한하는 퇴거명령과는 달리 체류금지는 헌법 제14조의 거주이전의 자유를 제한한다는 점을 고려할 때, 적어도 24시간 이상 소요되는 퇴거 또는 출입금지는 더 이상 퇴거명령이 아니라 체류금지에 해당한다고 보아야 할 것이다.¹⁶⁾

2. 체류금지

전술한 퇴거명령은 경찰이 불법적인 마약거래의 퇴치를 위해 또는 소위 ‘스킨헤드’(skin head)¹⁷⁾와 같은 폭력집단에 의해 야기될 수 있는 소요를 예방하기 위하여 명하는 체류금지와 구별되어야 한다.¹⁸⁾ 체류금지는 다음의 두 가지 점에서 퇴거명령과 구별된다. 첫째, 장소의 범위와 관련하여 퇴거명령은 특정 도로나 무도장,¹⁹⁾ 광장 등에 명해지는 반면, 체류금지는 그러한 제한된 특정장소뿐만 아니라, (과잉금지원칙에 대한 주의하에) 도시의 일정구역에도 명해질 수 있다. 둘째, 기간과 관련하여 퇴거명령은 단기간 동안 명해질 수 있는 반면, 체류금지는 장기간 동안 명해질 수 있다.²⁰⁾ 물론, 체류금지에도 명확성원칙과 과잉금지원칙을 이유로 기간이 정해져야 하는바, 체류금지는 대개 3개월을 넘지 않는 범위 내에서 명해진다.²¹⁾

14) 예컨대 Latzel/Lustina, “Aufenthaltsverbot - Eine neue Standardmaßnahme neben der Platzverweisung?”, *Die Polizei* 1995, 131 (134)가 바로 그러하다.

15) 예를 들어 Schmidbauer, “Polizeiliche Gefahrenabwehr bei Gewalt im sozialen Nahraum”, *BayVBl.* 2002, 257 (263)가 바로 그러하다.

16) 같은 견해로는 Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 132.

17) 머리를 뺨뺨 깎고 다니며, 극단적 외국인 혐오증을 가진 극우민족주의자들을 일컬어 스킨헤드’(skin head)라고 한다.

18) Knemeyer, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2004, Rn. 213 참조.

19) OLG Stuttgart, *NJW* 1992, 1396 참조.

20) 이에 대해서는 Gusy, *Polizeirecht*, 2003, Rn. 281 참조.

21) 예를 들어 바덴-뷔르템 베르그 경찰법 제27a조 제2항 제3문과 노르트라인-베스트팔

3. 주거로부터의 퇴거명령

나아가 (비교적 짧은 기간 동안 명해지는) 퇴거명령은 개인에게 일정기간 동안(예: 10일) 주거나 점유하는 방실에서 퇴거할 것을 명령하거나 주거에의 접근을 금지시키는 조치와도 구별되어야 한다. 만일 한 남편이 같은 집에 살고 있는 부인이나 자녀에게 폭력을 행사하고 있다면 가정폭력의 피해자인 부인과 자녀는 가정폭력으로부터 보호를 받아야 하는바, 입법자는 1997년 12월 13일 제정된 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘가특법’이라 한다)을 통해 이를 고려하였다. 즉, 가특법 제29조 제1항에 따르면 판사는 피해자의 보호를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 결정으로 가정폭력 가해자에게 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실로부터의 퇴거 등 격리(제1호), 피해자 또는 가정구성원의 주거, 직장 등에서 100미터 이내의 접근금지(제2호), 피해자 또는 가정구성원에 대한 전기통신기본법 제2조 제1호의 전기통신을 이용한 접근금지(제3호), 의료기관 기타 요양소에의 위탁(제4호), 국가경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치(제5호)와 같은 임시조치를 할 수 있다(가특법 제29조 제1항 참조).

가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

제29조 (임시조치) ① 판사는 가정보호사건의 원활한 조사·심리 또는 피해자의 보호를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 결정으로 행위자에게 다음 각 호의 1에 해당하는 임시조치를 할 수 있다.

1. 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실로부터의 퇴거 등 격리
2. 피해자 또는 가정구성원의 주거, 직장 등에서 100미터 이내의 접근금지
3. 피해자 또는 가정구성원에 대한 「전기통신기본법」 제2조 제1호의 전기통신을 이용한 접근금지
4. 의료기관 기타 요양소에의 위탁
5. 국가경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치

렌 경찰법 제34조 제2항 제4문 및 튀빙엔 경찰법 제18조 제3항 제4문이 그러하다.

그러나 이 경우 실제로는 판사뿐만 아니라, 경찰이 가정폭력 가해자에게 주거로부터의 퇴거나 주거에의 접근금지를 명령할 필요성이 존재한다. 예컨대 판사가 임시조치를 결정할 수 없는 “야간”이나 “주말”과 같은 경우가 바로 그러하다. 설령 야간이나 주말이 아니라 하더라도 판사가 결정을 내리는 임시조치는 일정한 시간(7-8일)이 소요되므로 가정 가정폭력의 피해자는 적시(適時)에 판사로부터 보호를 받을 수 없다. 이러한 점에서 경찰이 가정폭력 가해자를 주거 또는 점유하는 방실로부터 퇴거시키거나 주거에의 접근을 금지시킬 실제적 필요성은 판사가 임시조치를 결정하기 전까지의 기간에 존재한다고 볼 수 있다. 하지만 가특법에 따르면 경찰은 판사가 임시조치 결정을 내리기 전까지 응급조치(제5조)²²⁾를 하거나 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정되는 때에는 임시조치를 신청할 수 있을 뿐(제8조),²³⁾ 가해자가 가정폭력범죄를 재발할 위험성이 높더라도 가특법에 따라 주거나 점유하는 방실로부터 퇴거를 명령하거나 주거에의 접근을 금지시킬 수 없다. 즉, 피해자가 또 다른 가정폭력에 노출되더라도 경찰은 가특법에 근거하여 가정폭력 가해자에게 즉각적인 퇴거명령이나 접근금지를 명령할 수 없다.²⁴⁾

- 22) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제5조 (가정폭력범죄에 대한 응급조치) 진행 중인 가정폭력범죄에 대하여 신고를 받은 사법경찰관리는 즉시 현장에 임하여 다음 각 호의 조치를 취하여야 한다. 1. 폭력행위의 제지, 행위자·피해자의 분리 및 범죄 수사, 2. 피해자의 가정폭력관련 상담소 또는 보호시설 인도(피해자의 동의가 있는 경우에 한한다), 3. 긴급치료가 필요한 피해자의 의료기관 인도, 4. 폭력행위의 재발시 제8조의 규정에 의하여 임시조치를 신청할 수 있음을 통보.
- 23) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제8조 (임시조치의 청구 등) ① 검사는 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 법원에 제29조 제1항 제1호, 제2호 또는 제3호의 임시조치를 청구할 수 있다. ② 검사는 행위자가 제1항의 청구에 의하여 결정된 임시조치를 위반하여 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 법원에 제29조 제1항 제5호의 임시조치를 청구할 수 있다.
- 24) 이러한 이유로 문헌에서는 법원에서 퇴거명령과 출입금지 명령이 내려지기 전까지의 시간적 공백을 메우기 위하여 경찰이 즉각적인 퇴거명령과 접근금지를 명할 수 있음을 규정하고 있는 독일 경찰법과 달리 현행 가특법은 폭력을 경험한 피해자를 재발의 위험성에 노출시키고 있다는 비판이 가해지고 있다. 이에 대해서는 이성용, “가정폭력에 대한 경찰권 발동에 관한 고찰 - 한국과 독일을 중심으로 -”, 『형사정책연구』 제69호, 한국형사정책연구원, 2007, 302쪽 이하; 김재민, “경찰의 가정폭력 위기개입과 관련된 법적 문제점 검토”, 『형사정책』 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006,

Ⅲ. 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 법적 근거

1. 기본권 제한

경찰법 문헌에서는 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령이 헌법상의 어떤 기본권을 제한하는지가 논쟁이 되고 있다. 먼저 퇴거명령의 경우, 문헌에서의 지배적 견해는 (타당하게도) 그 기간이 단기간임이 이유로 거주이전의 자유가 아니라 일반적 행동의 자유를 제한한다고 보고 있다. 주지하다시피, 헌법 제14조는 국민이 국가의 간섭을 받지 않고 자신이 원하는 장소에 ‘거주’하거나 ‘체류’하고 또한 그 장소를 변경할 수 있는 자유를 보호한다. 이 경우, ‘거주’(居住)란 민법상의 주소개념으로 이해될 수 있다(민법 제18조). 즉, 거주란 생활의 근거로 삼으려는 의사를 갖고서 일정한 곳에 계속 정주하는 것을 말한다. 반면, ‘체류’(滯留)는 일정한 곳에 임시로 머무는 것을 말한다. 이 경우, 헌법 제14조가 의미하는 체류의 개념은 어느 정도의 시간적 기간을 전제로 하는지가 문제되지만, 어느 장소에 짧은 시간 동안 머무는 것은 헌법 제14조가 의미하는 체류에 해당하지 않는다. 왜냐하면 헌법 제14조가 의미하는 체류는 어느 정도의 시간적 계속성을 요구하고 있기 때문이다.²⁵⁾ 따라서 경찰이 퇴거명령을 통해 특정인이나 불특정 다수인에게 단기간 어느 장소를 떠나 있을 것을 명령하거나 그 장소에의 출입을 금지시키더라도 거주이전의 자유가 제한되지 않는다.²⁶⁾ 퇴거명령에 의해서는 단지 일반적 행동의 자유가 제한될 뿐이다.²⁷⁾ 이에 반하여 경찰이 체류금지를 통해 특정인이나 불특정 다수인에게 장기간 어느 장소에 머무는 것과 그 장소에의 출입을 금지시킨다면 거주이전의 자유가 제한될 수 있다.²⁸⁾

190쪽 이하 참조.

25) 계획열, 헌법학(중), 박영사 2004, 499쪽 참조.

26) Rasch, “Polizei und Grundrechte”, *DVBl.* 1987, 194 (196) 참조

27) 같은 견해로는 예컨대 Württenberger/Heckmann, *Polizeirecht in Baden- Württemberg*, 2005, Rn. 308 참조.

28) 같은 견해로는 예컨대 OVG Münster, *DÖV* 2001, 216; OVG Bremen, *NVwZ* 1999, 314

위험방지를 위한 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 법적 근거

한편, 경찰이 가정폭력을 예방하기 위하여 가해자에게 일정기간 동안 (예: 10일) 주거나 점유하는 방실로부터 퇴거를 명령하는 경우에는 헌법 제14조의 거주이전의 자유와 헌법 제23조의 재산권 및 헌법 제36조의 혼인과 가족의 보호가 제한될 수 있다. 일부 문헌²⁹⁾에서의 주장과는 달리 주거로부터의 퇴거명령에 의해서는 주거의 자유가 제한되지 않는다.³⁰⁾ 왜냐하면 경찰이 가정폭력 가해자에게 주거나 점유하는 방실로부터의 퇴거를 명령하더라도 헌법 제16조에 의하여 보호되는 사생활은 (여전히) 불가침으로 남기 때문이다. 이에 반하여 주거로부터의 퇴거명령에 의해서는 주거에 대한 소유나 점유가 증지될 수 있기 때문에 헌법 제23조의 재산권이 제한될 수 있다.³¹⁾ 여하튼 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령은 헌법이 보호하는 기본권을 제한하기 때문에 경찰이 위험방지를 목적으로 퇴거명령이나 체류금지 또는 주거로부터의 퇴거를 명령하기 위해서는 법률유보원칙에 따라 법률의 수권을 필요로 한다는 점이 무엇보다 중요하다.

2. 개별적 수권근거

(1) 특별경찰법상의 개별적 수권근거

헌행법에는 퇴거명령에 대한 개별적 수권근거가 존재한다. 예컨대 재난 및 안전관리기본법 제41조 제1항³²⁾과 소방기본법 제23조 제2항이 그 대

(315); Alberts, “Freizügigkeit als polizeiliches Problem”, *NVwZ* 1997, 45 (47); Hecker, “Aufenthaltsverbote im Bereich der Gefahrenabwehr”, *NVwZ* 1999, 261 (262); Rachor, in: Lissen/Denninger, *Handbuch des Polizeirechts*, 2001, Kap. F Rn. 449 참조.

29) Krugmann, “Gefahrbeginn und Grundrechte im Rahmen der polizeilichen “Wegweisung””, *NVwZ* 2006, 152 (154)가 바로 그러하다.

30) 같은 견해로는 VGH Mannheim, *JZ* 2005, 353; Lang, “Das Opfer bleibt, der Schläger geht”, *VerwArch*, Bd. 96 (2005), 283 (288 f.); Pieroth/Schlink/Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2004, § 16 Rn. 7 참조.

31) Lang, “Das Opfer bleibt, der Schläger geht”, *VerwArch*, Bd. 96 (2005), 282 (294 f.) 참조.

32) 재난 및 안전관리기본법 제41조 (위험구역의 설정) ① 시장·군수·구청장 및 지역통제단장은 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 사람의 생명 또는 신체에 대한 위해의 방지 또는 질서의 유지를 위하여 필요한 때에는 위험구역을 설정하고 응급조치에 종사하는 자 외의 자에 대하여 1. 위험구역에의 출입 그 밖의 행위의 금지 또는 제한 2. 위험구역에서의 퇴거 또는 대피를 명할 수 있다.

표적 예이다.³³⁾ 특히, 소방기본법 제23조 제2항은 소방대가 소방활동구역에 있지 아니하거나 소방대장의 요청이 있는 때에는 경찰공무원에게 소방활동구역에의 출입을 제한할 수 있는 권한을 부여하고 있는바, 이러한 점에서 소방기본법 제23조 제2항은 [사례 1]에서 경찰관 P가 행한 출입금지조치에 대한 법적 근거가 될 수 있다. 이 경우, 경찰관 P의 출입제한조치는 행인들이 소방대원이나 구급대원의 활동을 적극적으로 방해할 것을 요하지 않는다. 즉, 소극적으로 소방활동구역에 머무는 것만으로도 화재진압에 방해가 될 수 있다면 행인들은 이미 경찰책임자가 되며 경찰에 의한 출입제한조치의 대상이 될 수 있다.³⁴⁾

(2) 일반경찰법상의 개별적 수권근거

소방기본법 제23조 제2항과 같이 특정영역에서는 위험방지를 목적으로 경찰에게 퇴거명령 권한을 부여하는 개별적 수권조항이 부분적으로 존재하지만, 위험방지에 관한 일반법인 경직법은 퇴거명령에 대한 개별적 수권근거를 마련해 두고 있지 않다. 즉, 경직법은 문헌에서 ‘표준적 직무조치’³⁵⁾라고 명명되고 있는 경찰작용을 위한 일련의 개별적 수권조항을 마련해 두고 있지만, 이 가운데 퇴거명령은 표준적 직무조치의 하나로 명시되고 있지 않다. 물론, 경직법에도 퇴거명령에 대한 수권근거로 볼 수 있는 법률조항이 존재한다. 경직법 제5조 제1항 제2호가 바로 그러하다.³⁶⁾

33) 소방기본법 제23조 (소방활동구역의 설정) ① 소방대장은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 현장에 소방활동구역을 정하여 소방활동에 필요한 자로서 대통령령이 정하는 자 외의 자에 대하여는 그 구역에의 출입을 제한할 수 있다. ② 경찰공무원은 소방대가 제1항의 규정에 따른 소방활동구역에 있지 아니하거나 소방대장의 요청이 있는 때에는 제1항의 규정에 따른 조치를 할 수 있다.

34) 이에 대해서는 Gusy, *Polizeirecht*, 2003, Rn. 276 참조.

35) ‘표준적 직무조치’란 위험방지 또는 장애제거를 위해 요구되는 전형적인 경찰작용을 경찰법에 유형화해 둔 것을 말한다. 경직법에 규정된 표준적 직무조치로는 불심검문(제3조), 보호조치(제4조), 위험방지를 위한 출입(제7조), 사실조회와 출석요구(제8조) 등이 있다.

36) 경찰관직무집행법 제5조 (위험발생의 방지) ① 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다. 2. 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도 내에서 억류하거나 피난시키는 것.

경직법 제5조 제1항 제2호에 따르면 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때, 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도 내에서 억류하거나 피난시키는 조치를 할 수 있는바, 이 경우 후자의 “피난조치”에는 경찰관이 위해를 받을 우려가 있는 자에게 위험한 장소에서 몸을 피하여 안전한 장소로 옮겨가도록 명령하는 것도 포함되기 때문에 경직법 제5조 제1항 제2호는 퇴거명령에 대한 부분적 수권근거가 될 수 있다. 그러나 경직법 제5조 제1항 제2호는 피난조치의 대상자를 명시적으로 “위해를 받을 우려가 있는 자”로 한정시키고 있다. 그 결과, 경찰관은 경직법 제5조 제1항 제2호에 의거하여 “위해를 야기한 자”, 즉 경찰책임자에게 퇴거명령을 내릴 수 없다. 예컨대 경찰관은 경직법 제5조 제1항 제2호에 의거하여 공공장소에서 술을 먹고 행패를 부리는 음주소란자에게 그곳에서 즉시 퇴거할 것을 명령할 수 없다. 이러한 점에서 경직법 제5조 제1항 제2호는 퇴거명령에 대한 충분한 수권근거가 되지 못한다.

또한 경직법에는 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령에 대한 개별적 수권근거도 존재하지 않는다. 즉, 경직법은 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령을 표준적 직무조치의 하나로 명시하고 있지 않다. 이 경우, 경직법 제5조 제1항 제2호의 피난조치에 관한 규정은 경찰관이 불법적인 마약거래를 퇴치하기 위하여 특정인에게 장기간 동안(예: 3개월) 일정한 장소에의 체류를 금지시킬 수 있는 권한과 가정폭력을 예방하기 위하여 일정기간 동안(예: 10일) 가정폭력 가해자를 주거나 점유하는 방실로부터 퇴거를 명령하거나 주거에의 접근을 금지시킬 수 있는 권한을 포함하고 있지 않다. 만일 위해를 야기한 자에 대한 단기간의 퇴거명령과 장기간의 체류금지 그리고 가정폭력 가해자에 대한 주거로부터의 퇴거명령이 개별적 수권조항을 통해 규율되고 있지 않다면 위험방지의 목적에 기여하는 이러한 조치들은 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거하여 명해질 수 있는지의 문제가 제기된다.

3. 개괄적 수권조항의 적용과 한계

(1) 개괄적 수권조항의 적용

1) 개괄적 수권조항과 법률유보원칙

사실 문헌에서는 개괄적 수권조항이 경찰권 발동에 대한 수권근거가 될 수 있는지 여부를 두고 다툼이 되고 있다. 이 경우, 일부 견해³⁷⁾에 따르면 개괄적 수권조항은 그 요건부분에 사용되고 있는 ‘공공의 안녕’, ‘공공의 질서’, ‘위험’ 등과 같은 불확정 법개념을 이유로 법률유보원칙의 한 요소인 명확성원칙에 반하기 때문에 허용될 수 없다고 한다. 이러한 견해는 경찰작용은 권력적이고 침해적인 성격을 갖기 때문에 경찰작용에 대한 수권방식은 개별적 수권방식이 되어야 한다고 주장한다. 이에 반하여 지배적 견해는 (타당하게도) 개괄적 수권조항은 원칙적으로 경찰권 발동에 대한 수권근거가 될 수 있다고 보고 있다.

최근 위험방지를 위하여 특별법을 제정하려는 경향이 두드러지게 나타나고 있음에도 불구하고 기술의 발전을 통해 계속 새롭게 발생하는, 그래서 입법자가 입법과정에서 종종 예측할 수 없는 위험상황과 경찰이 이러한 위험상황에 유연하게 대처하여야 함을 고려할 때 개괄적 수권조항이라는 수권방식을 완전히 포기할 수는 없을 것이다. 일부 문헌에서 명확성원칙이라는 관점에서 개괄적 수권조항에 대하여 제기하고 있는 헌법적 의문은 적절치 못한 것으로 판단된다. 왜냐하면 개괄적 수권조항은 현재 학설과 판례에 의하여 동 조항 속에 규정된 수권의 목적과 내용 및 범위가 이미 충분히 구체화되었기 때문이다. 사실 개별적 수권방식은 ‘법률의 홍수’(Gesetzesflut)를 초래한다는 비판에도 불구하고 입법 정책적으로는 바람직한 것으로 볼 수 있다. 하지만 입법자가 경찰작용에 대한 수권을 반드시 개별적 수권방식으로 해야 할 헌법상의 의무는 존재하지 않는다. 만일 이러한 의무를 헌법에서 도출해 내려는 견해가 있다면 이러한 견해는 헌법이 요구하는 사항을 과도하게 늘이는 것이 될 것이다. 지난 수십년간 학설과 판례는 개괄적 수권조항의 요건부분에 규정된 ‘공공의 안

37) 예컨대 박윤훈, 최신행정법강의(하), 박영사, 2004, 325쪽이 바로 그러하다.

녕’, ‘공공의 질서’, ‘위협’의 개념을 해석해 왔고, 그 결과 경찰이 이러한 개념을 적용하고 법원이 그 적용을 통제할 수 있을 정도로 충분히 명확해졌다. 어떤 법률조항이 해석을 필요로 한다고 해서 당해 조항이 명확성 원칙에 반하는 것은 결코 아닐 것이다.³⁸⁾ 따라서 개괄적 수권조항은 원칙적으로 경찰권 발동에 대한 수권근거가 될 수 있다.³⁹⁾

이와 관련하여 최근 일부 문헌⁴⁰⁾에서는 ‘일반적으로 개괄적 수권조항은 비전형적인 위험상황에 대해서만 법적 근거가 될 수 있는 반면, 특정 위험상황이 매번 나타나고 특정형식의 위험방지가 요구되는 경우에는 입법자는 그러한 기본권 제한이 본질적 사항에 해당함을 이유로 개별적 수권조항을 마련해야 할 의무가 있다.’는 견해가 개진된 바 있다. 그러나 이러한 견해 또한 너무 많이 나아간 견해라 할 수 있다. 왜냐하면 이러한 견해는 의회유보원칙을 과도하게 확대하는 견해이기 때문이다.⁴¹⁾ 전술한 바와 같이 표준적 직무조치를 확대하거나 개별적 수권조항을 마련하는 것은 비록 이와 결부된 ‘과잉입법’(Übernormierung)의 문제에도 불구하고 입법 정책적으로는 바람직한 것으로 볼 수 있다. 하지만 그렇다고 해서 입법자에게 헌법상의 일반적인 입법의무가 존재하는 것은 아니다. 적어도 새롭게 만들어진 개별적 수권조항이 내용적으로 이미 개괄적 수권조항의 구성요건을 반복하고 있을 뿐이라면 입법자가 이것을 다시 한 번 명시적으로 규정하더라도 법치국가의 발전을 가져오지 않는다. 게다가 헌법상의 원칙인 것으로 억지 주장된 견해, 즉 전형적인 위험상황의 경우 입법자는 개별적 수권조항을 마련해야 한다는 견해는 비전형적인 위험상황과의 구분문제를 낳게 될 것이고, 이로써 법적 안정성이라는 관점에서 새로운 헌

38) 우리 헌법재판소 역시 자신의 일관된 결정에서 입법자가 불확정 법개념을 사용하는 것은 원칙적으로 헌법에 반하지 않는다는 입장을 고수하고 있다. 헌재결 1992. 2. 25. 89헌가104; 1998. 4. 30. 95헌가16; 2001. 6. 28. 99헌바31; 2004. 2. 26. 2003헌바4 참조.

39) 손재영, “경찰법상의 개괄적 수권조항 - 개괄적 수권조항의 기능 및 적용영역을 중심으로 -”, 『법학논고』 제31집 별호, 경북대학교 법학연구원, 2009, 531쪽 참조.

40) 예를 들어 Butzer, “Flucht in die polizeiliche Generalklausel? - Überlegungen zur Konkurrenz von polizeirechtlichen Befugnisnormen”, VerwArch. Bd. 93 (2002), 506 (523); Pjeroth/Schlink/Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2004, § 7 Rn. 20이 바로 그러하다.

41) Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 49 참조.

법적 문제를 발생시킬 것이므로 수용하기 힘든 견해이다.⁴²⁾

2) 퇴거명령의 경우

[사례 2]는 개괄적 수권조항이 적용될 수 있는 전형적인 사례에 속한다. [사례 2]에서 경찰관 P는 휴양지에서 소란을 피우고 있는 5명의 남성에게 이곳에서 즉시 떠나라는 퇴거명령을 내렸다. 이것은 경찰 목적을 실현하기 위하여 개인에게 작위의무를 명하는 경찰하명에 해당한다. 이러한 경찰하명은 공공의 안녕⁴³⁾을 유지하기 위한 것으로서 경직법 제2조 제5호에 언급된 경찰의 직무에 속한다. 하지만 경찰관 P가 내린 퇴거명령이 경찰의 직무에 속한다고 해서 경찰관 P는 퇴거명령을 내릴 권한도 (당연히) 갖는 것은 아니다. 경찰관 P가 5명의 남성에게 내린 퇴거명령은 이들의 행동의 자유를 제한하기 때문에 법률유보원칙에 따라 법률의 수권을 필요로 한다. 그러나 경범죄처벌법에는 퇴거명령에 대한 명시적 수권근거가 존재하지 않는다. 즉, [사례 2]에서 5명의 남성은 경범죄처벌법 제1조에 반하는 금지된 행위(불안감조성행위(제24호), 음주소란행위(제25호), 인근소란행위(제26호))를 하고 있고 경범죄처벌법 제1조에 대한 계속된 위반은 공공의 안녕에 대한 장애를 의미하지만 경범죄처벌법에는 법률위반으로 인하여 야기된 공공의 안녕에 대한 장애를 중지시키거나 그 밖의 필요한 조치(예: 퇴거명령)를 취할 수 있는 수권근거가 결여되어 있다.⁴⁴⁾ 그러나 장애제거와 관련한 개별법상의 수권근거가 결여되어 있는 경우에는 일반경찰법(경직법)이 보충적으로 적용된다. 즉, 경범죄처벌법 제1조에 대한 계속된 위반은 공공의 안녕에 대한 장애를 의미하므로 이 경우에는

42) Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 49 참조.

43) [사례 2]에서 5명의 남성은 이상야릇한 옷차림을 하고 끊임없이 음주를 하면서 라디오 음악을 크게 틀어 놓았을 뿐만 아니라, 주변의 휴양객들에게 욕설까지 일삼곤 하였다. 이러한 행위는 불안감조성행위(제24호), 음주소란행위(제25호), 인근소란행위(제26호)로서 경범죄처벌법 제1조에 의하여 금지되고 있다. 따라서 [사례 2]에서 5명의 남성은 경범죄처벌법 제1조에 반하는 금지된 행위를 함으로써 공공의 안녕을 침해하고 있다.

44) 여기서와 다른 견해로는 정하중, *행정법개론*, 법문사, 2011, 1140쪽: “경범죄처벌법이 비록 처벌규정이기는 하나, 경찰관은 당해 법규범의 집행에 대한 의무와 권한을 갖기 때문에 경찰하명에 대한 수권을 아울러 포함하고 있다...”.

위험방지를 위한 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 법적 근거

경직법상의 개괄적 수권조항이 경찰에게 공공의 안녕에 대한 장애의 제거를 위하여 [사례 2]에서와 같은 퇴거명령을 내릴 수 있는 권한을 부여한다. 결국 경찰관 P는 경직법 제2조 제5호와 결합한 제5조 제1항 제3호에 근거하여 [사례 2]에서와 같은 퇴거명령을 내릴 수 있다.⁴⁵⁾

(2) 개괄적 수권조항의 한계

전술한 바와 같이 개괄적 수권조항은 원칙적으로 경찰권 발동에 대한 수권근거가 될 수 있다. 그러나 개괄적 수권조항이 원칙적으로 경찰권 발동에 대한 수권근거가 될 수 있다고 해서 동 조항이 개인의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 “모든” 경찰권 발동에 대한 수권근거가 될 수 있음을 의미하지 않는다. 즉, 개괄적 수권조항의 적용에는 일정한 한계가 존재한다.⁴⁶⁾

1) 위험사전대비활동의 경우

개괄적 수권조항은 경찰이 개인의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조치를 취하기 위한 요건으로서 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 ‘구체적 위협’이 존재할 것을 요구한다. 즉, 개괄적 수권조항에 따른 경찰권 발동은 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 구체적 위협이 존재하는 경우에만 허용된다. 이러한 요구는 경직법에 명문의 규정을 통해 규정되어 있지 않은 경우에도 비례원칙을 고려한 합헌적 법률해석의 방법으로도 출될 수 있다. 여기서 ‘구체적 위협’이란 경직법에 정의가 되어 있지 않기 때문에 그 의미와 관련하여서는 논쟁이 될 수 있지만, “개별사례에

45) 이에 관해서는 또한 손재영, “경찰법상의 개괄적 수권조항 - 개괄적 수권조항의 기능 및 적용영역을 중심으로 -”, 『법학논고』 제31집, 경북대학교 법학연구소, 2009, 547쪽 이하 참조.

46) 만일 개괄적 수권조항의 적용에 일정한 한계가 존재한다면 여기서는 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다. 즉, ‘위험방지를 위한 경찰작용 가운데 개별적 수권조항이 필요한 경찰작용에는 어떤 것이 있는지’, 반대로 ‘위험방지를 위한 경찰작용 가운데 개괄적 수권조항으로도 충분한 경찰작용에는 어떤 것이 있는지’의 의문이 바로 그것이다. 이하에서는 어떤 경찰작용의 경우 개별적 수권조항이 필요하고, 어떤 경찰작용에 대해서는 개괄적 수권조항으로도 충분할 수 있는지에 관한 하나의 기준을 제시하고자 한다.

서 실제로 또는 적어도 경찰공무원의 사전적 관점에서 사실상태를 합리적으로 평가하였을 때 가까운 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 존재하는 경우”⁴⁷⁾를 말한다. 이러한 구체적 위험을 방지하는 활동과는 달리 ‘위험사전대비활동’은 현재까지는 구체적 위험이 존재하지 않지만 사후에 발생할 수 있는 구체적 위험을 효과적으로 방지하기 위하여 구체적 위험이 발생되기 이전단계에서 행해지는 경찰활동을 말한다. 범죄예방을 위한 순찰활동이나 음주운전의 단속 또는 CCTV를 통한 감시 등이 그 예이다. 위험사전대비활동은 이미 그 개념에 잘 나타나 있듯이 ‘구체적 위험이 존재할 것’을 전제요건으로 하지 않는다. 이에 따라 만일 경찰이 구체적 위험이 발생하기 이전에 개인정보를 수집·보관하여 사후에 발생할 수 있는 위험을 효과적으로 방지하려 한다면 개괄적 수권조항은 그러한 정보 수집과 정보보관에 대한 수권근거가 될 수 없다. 왜냐하면 이러한 경우에는 개괄적 수권조항이 경찰권 발동의 요건으로 요구하고 있는 ‘구체적 위험’이 아직 존재하지 않기 때문이다. 이에 따라 경찰에 의해 구체적 위험의 존재 여부와 관계없이 시행되는 신원확인조치(신원확인의 특별한 형태로서 도로를 차단하고 불특정 다수인을 상대로 실시하는 ‘일제 단속식 음주단속’이 바로 그러하다)나 공공장소에 설치·운영되고 있는 CCTV는 입법자가 명시적 수권을 통해 그러한 조치가 구체적 위험이 발생하기 이전에도 허용되는 것으로 규정하지 않는 한, 개괄적 수권조항에 근거하여 행해질 수 없다. 만일 경찰이 CCTV를 설치하여 장래에 발생할 수 있는 범죄를 예방하려 한다면 ‘구체적 위험이 존재할 것’을 감시요건으로 하지 않는 「공공기관 개인정보보호에 관한 법률」 제4조의2와 같은 법률의 명시적 수권이 필요하다.⁴⁸⁾

2) 기본권에 대한 중대한 제한의 경우

또한 기본권에 대한 중대한 제한이 존재하는 경우, 특히 관련된 기본권이 단지 강화된 실체법적 요건과 절차법적 요건 하에서만 제한될 수 있

47) Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2009, Rn. 69 참조.

48) 이에 대해서는 또한 손재영, “경찰의 사전대비활동”, 『공법학연구』 제11권 제2호, 한국비교공법학회, 2010, 299쪽 참조.

는 경우에는 개괄적 수권조항의 적용은 제한될 수 있다. 이에 따라 기본권에 대한 중대한 제한을 가져오는 조치들, 예컨대 DNA의 수집 및 분석, 장기간에 걸쳐 행해지는 은밀한 관찰, 신분을 위장한 경찰공무원과 비밀정보원의 투입과 같은 조치들은 개괄적 수권조항에 근거하여 행해질 수 없다. 왜냐하면 이러한 조치들은 기본권에 대한 중대한 제한을 가져오기 때문에 입법자는 개별적 수권조항을 통해 그러한 제한의 실제법적 요건과 절차법적 요건 및 그 한계를 보다 상세하게 규정하여야 하기 때문이다. 따라서 기본권에 대한 중대한 제한을 가져오는 경찰조치의 경우, 입법자는 그러한 조치의 요건을 보다 상세하게 형성해야 할 의무가 있으며 이러한 직무를 경찰이나 법원에게 맡겨서는 아니 된다. 이것은 무엇보다 기본권에 대한 중대한 제한을 가져오기 때문에 경직법상의 개괄적 수권조항과는 달리 ‘공공의 질서’⁴⁹⁾에 대한 위반을 이유로 명해질 수 없고, 단지 ‘공공의 안녕’⁵⁰⁾에 대한 강화된 위험이 존재하는 경우에만 정당화될 수 있는 ‘체류금지’와 ‘주거로부터의 퇴거명령’에 적용된다. 따라서 경직법상의 개괄적 수권조항은 위험방지를 위한 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령에 대한 수권근거가 될 수 없다. 이 밖에도 경직법에 특정형태의 표준적 직무조치(예: 피난조치)가 규정된 경우에는 동시에 이러한 조치보다 더 중대한 조치의 추론적 배제가 존재할 수 있다는 점도 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령이 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거할 수 없는 또 하나의 이유가 된다. 즉, 경직법이 제5조 제1항 제2호에서 피난조치에 관한 규정만을 두고 있다면 이것은 곧 피난조치보다 더 중대한 조치인 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령을 배제하고 있는 것이고, 이것은 결국 경찰관이 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거하여 체류금지나

49) ‘공공의 질서’는 경직법에 개념정의가 되어 있지 않기 때문에 그 의미와 관련하여서는 논쟁이 될 수 있지만, 일반적으로 “당시의 지배적인 사회적·윤리적 가치관에 따를 때 경찰영역 내에 살고 있는 인간의 유익한 공동생활을 위하여 그 준수가 필수 불가결한 요건인 것으로 간주되는 규율의 총체”로 정의될 수 있다. 따라서 여기서는 법규범 이외의 다른 사회규범, 특히 도덕규범의 보호가 문제된다.

50) ‘공공의 안녕’의 경우에도 경직법에 그 개념정의가 되어 있지 않기 때문에 그 의미와 관련하여서는 논쟁이 될 수 있지만, 일반적으로 “개인의 생명, 신체, 자유, 명예와 재산의 온전성 및 국가와 그 시설의 존속과 기능이 아무런 장애도 받지 않고 있는 상태”를 의미한다.

주거로부터의 퇴거명령을 내리는 것을 불허(不許)함을 의미한다. 그렇지 않으면 입법자가 피난조치에 대한 요건은 상세하게 규정하면서 피난조치보다 더 중대한 기본권 제한을 담고 있는 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령에 대해서는 이것을 행하지 않았다는 가치 모순적 결과를 낳게 된다. 따라서 경직법 제5조 제1항 제2호의 피난조치에 관한 규정은 동시에 (경직법에 명시적으로 규정되지 않은) 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령을 배제하고 있다고 보아야 한다.

가. 체류금지의 경우

[사례 3]에서 경찰이 ‘갑’에게 내린 명령은 퇴거명령이 아니라 체류금지이다. 체류금지는 헌법 제14조의 거주이전의 자유를 제한하기 때문에 법률유보원칙에 따라 법률의 수권을 필요로 한다. 그러나 경직법에는 체류금지에 대한 명시적 수권근거가 존재하지 않는다. 여기서는 체류금지가 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거하여 명해질 수 있는지의 문제가 제기된다.⁵¹⁾ 이 경우, 체류금지는 (퇴거명령과는 달리) 개괄적 수권조항에 근거하여 명해질 수 없다. 왜냐하면 명확성원칙의 관점에서 체류금지와 같은 기본권에 대한 중대한 제한이 존재하는 경우에는 입법자는 체류금지의 요건을 보다 상세하게 규정하여야 하고 이러한 직무를 경찰이나 법원에게 맡겨서는 아니 되기 때문이다. 기본권에 대한 제한이 중대하면 할수록 입법자는 그러한 제한의 종류와 범위를 특정요건 하에 규정하여야 한다. 체류금지가 개괄적 수권조항에 근거하여 명해질 수 없는 또 다른 이유는 개괄적 수권조항이 경찰권 발동의 요건으로 요구하고 있는 ‘단순

51) 체류금지는 개괄적 수권조항에 근거하여 명해질 수 있다고 보는 견해로는 예컨대 Ruder, “Platz- bzw. Hausverweis, Betretungs- und Rückkehrverbot für gewalttätige Ehepartner?”, *VBIBW* 2002, 11 (14); Würtenberger/Heckmann, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, 2005, Rn. 307; Micker, “Die Anwendung ordnungsrechtlicher Generalklauseln auf Aufenthaltsverbote zur Bekämpfung der Drogenszene”, *VR* 2003, 89 (91 f.); VGH Mannheim, *DÖV* 1998, 252; 이에 반하여 체류금지를 명하기 위해서는 개별적 수권조항이 필요하다고 보는 견해로는 예컨대 Cremer, “Aufenthaltsverbote und offene Drogenszene”, *NVwZ* 2001, 1218 (1221 f.); Hecker, “Neue Rechtsprechung zu Aufenthaltsverboten im Polizei- und Ordnungsrecht”, *NVwZ* 2003, 1334 (1335); Wuttke, “Polizeiliche Wohnungsverweise”, *JuS* 2005, 779 (782) 참조.

한 위협의 존재'는 체류금지와 같은 중대한 기본권 제한을 정당화할 수 없기 때문이다. '공공의 질서'에 대한 위협이 존재하는 것만으로는 체류금지를 명하기에 충분하지 않다. 즉, 누군가가 '선량한 풍속'에 위반되는 행위를 한다는 이유로 경찰이 그에게 체류금지를 명할 수는 없는 것이다. 비례원칙의 관점에서 체류금지에는 헌법상 높은 요구사항이 세워져야 한다. 따라서 체류금지는 '공공의 질서'에 대한 위반을 이유로 명해질 수 없고, 단지 '공공의 안녕'에 대한 강화된 위협이 존재하는 경우에만 정당화될 수 있다. 나아가 경직법에 특정형태의 표준적 직무조치(예: 피난조치)가 규정된 경우에는 동시에 이러한 조치 보다 더 중대한 조치의 추론적 배제가 존재할 수 있다는 점도 체류금지가 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거할 수 없는 또 하나의 이유가 된다. 즉, 경직법이 제5조 제1항 제2호에서 피난조치에 관한 규정만을 두고 있다면 이것은 곧 피난조치보다 더 중대한 조치인 체류금지를 배제하고 있는 것이고, 이것은 결국 경찰관이 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거하여 체류금지를 명하는 것을 불허(不許)함을 의미한다. 그렇지 않으면 입법자가 피난조치에 대한 요건은 상세하게 규정하면서 피난조치보다 더 중대한 기본권 제한을 담고 있는 체류금지에 대해서는 이것을 행하지 않았다는 가치 모순적 결과를 낳게 된다. 따라서 경직법상의 개괄적 수권조항은 [사례 3]에서 경찰이 '갑'에게 명한 체류금지에 대한 수권근거가 될 수 없다. 그러나 본인과 다른 견해를 취하는 경우조차 [사례 3]에서와 같이 체류금지가 그 기간이 정해져 있지 않았다면 체류금지는 과잉금지원칙에 대한 위반을 이유로 위법한 조치로 간주될 수 있다. 설령 체류금지가 표준적 직무조치의 하나로 경직법에 명시된 경우라 하더라도 경찰이 체류금지를 명할 경우에는 그 기간이 정해져야 한다. 즉, 체류금지의 요건이 존재하는 경우조차 체류금지가 그 기간이 정해져 있지 않다면 당해 조치는 위법을 면하지 못한다. 따라서 [사례 3]에서 경찰이 '갑'에게 명한 체류금지는 위법하다.

나. 주거로부터의 퇴거명령의 경우

[사례 4]에서 경찰관 P가 남편 '을'에게 내린 주거에서 즉시 퇴거하고 10일 동안 100m 이내의 접근을 금지시키는 명령은 헌법 제14조의 거주이

전의 자유와 헌법 제23조의 재산권 및 헌법 제36조의 혼인과 가족의 보호를 제한하기 때문에 법률유보원칙에 따라 법률의 수권을 필요로 한다. 그러나 현행법상 경찰에게 주거로부터의 퇴거명령과 접근금지 권한을 부여하는 명시적 수권근거는 발견되지 않는다. 만일 경찰에게 주거로부터의 퇴거명령과 접근금지 권한을 부여하는 개별적 수권근거가 존재하지 않는다면 이러한 조치는 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거하여 명해질 수 있는지의 문제가 제기된다. 이 경우, 주거로부터의 퇴거명령과 접근금지는 (체류금지과 마찬가지로) 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거하여 명해질 수 없다. 왜냐하면 전술한 경직법상의 개괄적 수권조항이 체류금지에 대한 수권근거가 되지 못하는 이유가 여기에도 그대로 적용되기 때문이다. 따라서 주거로부터의 퇴거명령과 접근금지는 헌법 제14조의 거주 이전의 자유와 헌법 제23조의 재산권 및 헌법 제36조의 혼인과 가족의 보호에 대한 중대한 제한을 가져오는 조치이기 때문에 경찰이 이러한 조치를 취하기 위해서는 특별한 수권조항을 필요로 한다. 참고로 독일에서는 바이에른(Bayern)을 제외한 대부분의 주(州) 경찰법이 주거로부터의 퇴거명령과 출입금지에 관한 규정을 두고 있다. 주거로부터의 퇴거명령과 출입금지는 대부분 생명이나 신체 또는 자유에 대한 현재의 위험이 존재하는 경우에 명해질 수 있다. 일부 주(州)에서는 중요한 물건 또는 재산에 대한 현재의 위험이 존재하는 경우에도 명해질 수 있다(라인란츠-팔츠 경찰법 제13조 제2항 참조). 그 기간은 7일부터 10일을 넘어 부분적으로는 폭력방지법(GewSchG)에 따라 보호의 신청이 있는 경우에는 10일 연장될 수 있다. 독일 주(州) 경찰법은 민사법원에 의한 가명령 신청에 근거하여 주거로부터의 퇴거명령과 출입금지 결정이 내려지면 경찰이 행한 주거로부터 퇴거명령과 출입금지는 종료된다는 점에서 일치된 견해를 보이고 있다.

IV. 결 론

이상의 논의를 종합하면 다음과 같은 결론이 내려질 수 있다:

1. 경직법상의 개괄적 수권조항은 위험방지를 위한 퇴거명령에 대한 수권근거가 될 수 있다. 이에 반하여 위험방지를 위한 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령은 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거하여 명해질 수 없다.

2. 기본권에 대한 중대한 제한을 가져오는 경찰조치의 경우, 입법자는 그러한 조치의 요건을 보다 상세하게 형성해야 할 의무가 있으며 이러한 직무를 경찰이나 법원에게 맡겨서는 아니 된다. 이것은 무엇보다 기본권에 대한 중대한 제한을 가져오기 때문에 경직법상의 개괄적 수권조항과는 달리 ‘공공의 질서’에 대한 위반을 이유로 명해질 수 없고, 단지 ‘공공의 안녕’에 대한 강화된 위험이 존재하는 경우에만 정당화될 수 있는 ‘체류금지’와 ‘주거로부터의 퇴거명령’에 적용된다. 이 밖에도 경직법에 특정 형태의 표준적 직무조치(예: 피난조치)가 규정된 경우에는 동시에 이러한 조치 보다 더 중대한 조치의 추론적 배제가 존재할 수 있다는 점도 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령이 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거할 수 없는 또 하나의 이유가 된다. 즉, 경직법이 제5조 제1항 제2호에서 피난조치에 관한 규정만을 두고 있다면 이것은 곧 피난조치보다 더 중대한 조치인 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령을 배제하고 있는 것이고, 이것은 결국 경찰관이 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거하여 체류금지나 주거로부터의 퇴거명령을 내리는 것을 불허(不許)함을 의미한다. 그렇지 않으면 입법자가 피난조치에 대한 요건은 상세하게 규정하면서 피난조치보다 더 중대한 기본권 제한을 담고 있는 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령에 대해서는 이것을 행하지 않았다는 가치 모순적 결과를 낳게 된다. 따라서 경직법 제5조 제1항 제2호의 피난조치에 관한 규정은 동시에 (경직법에 명시적으로 규정되지 않은) 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령을 배제하고 있다고 보아야 한다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 구형근, “한국 경찰법상 일반적 수권조항”, 『법학연구』 제23집, 한국법학회, 2006.
- 계희열, 헌법학(중), 박영사 2004.
- 김동희, 행정법 II, 박영사, 2008.
- 김재민, “경찰의 가정폭력 위기개입과 관련된 법적 문제점 검토 - 현행 가정폭력범죄의처벌등에 관한 특례법 등의 문제점을 중심으로 -”, 형사정책 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006.
- 김남진·김연태, 행정법 II, 법문사, 2004.
- 김연태, 행정법사례연습, 홍문사, 2004.
- 김철용, 행정법 II, 박영사, 2009.
- 류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2011.
- 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2009.
- 박윤훈, 최신행정법강의(하), 박영사, 2004.
- 손재영, “경찰법상의 개괄적 수권조항 - 개괄적 수권조항의 기능 및 적용영역을 중심으로 -”, 『법학논고』 제31집 별호, 경북대학교 법학연구원, 2009.
- 손재영, “경찰의 사전대비활동”, 『공법학연구』 제11권 제2호, 한국비교공법학회, 2010.
- 이성용, “가정폭력에 대한 경찰권 발동에 관한 고찰 - 한국과 독일을 중심으로 -”, 『형사정책연구』 제69호, 한국형사정책연구원, 2007.
- 정하중, 행정법사례연구, 성민사, 1999.
- 정하중, 행정법개론, 법문사, 2011.
- 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2010.

2. 국외문헌

- Alberts, Hans-Werner, “Freizügigkeit als polizeiliches Problem”, NVwZ 1997.
- Butzer, Hermann, “Flucht in die polizeiliche Generalklausel? - Überlegungen zur

위험방지를 위한 퇴거명령과 채류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 법적 근거

- Konkurrenz von polizeirechtlichen Befugnisnormen”, VerwArch. Bd. 93 (2002).
- Cremer, Wolfram, “Aufenthaltsverbote und offene Drogenszene: Gesetzesvorrang, Parlamentsvorbehalt und grundgesetzliche Kompetenzordnung”, NVwZ 2001.
- Hecker, Wolfgang, “Aufenthaltsverbote im Bereich der Gefahrenabwehr”, NVwZ 1999.
- Hecker, Wolfgang, “Neue Rechtsprechung zu Aufenthaltsverboten im Polizei- und Ordnungsrecht”, NVwZ 2003.
- Götz, Volkmar, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2001.
- Gusy, Christoph, Polizeirecht, 5. Aufl., 2003.
- Knemeyer, Franz-Ludwig, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2004.
- Krugmann, Michael, “Gefahrbegriff und Grundrechte im Rahmen der polizeilichen “Wegweisung””, NVwZ 2006.
- Lang, Heinrich, “Das Opfer bleibt, der Schläger geht”, VerwArch, Bd. 96 (2005).
- Latzel, Dieter/Lustina, Jürgen, “Aufenthaltsverbot - Eine neue Standardmaßnahme neben der Platzverweisung?”, Die Polizei 1995.
- Lisken, Hans/Denninger, Erhard, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004.
- Micker, Lars R., “Die Anwendung ordnungsrechtlicher Generalklauseln auf Aufenthaltsverbote zur Bekämpfung der Drogenszene”, VR 2003.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2004.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 2009.
- Schmidbauer, Wilhelm, “Polizeiliche Gefahrenabwehr bei Gewalt im sozialen Nahraum”, BayVBl. 2002.
- Schoch, Friedrich, “Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht”, JuS 1994.
- von Mutius, Albert, “Die Generalklausel im Polizei- und Ordnungsrecht”, Jura 1986.
- Wuttke, Alexander, “Polizeiliche Wohnungsverweise”, JuS 2005.
- Württemberg, Thomas/Heckmann, Dirk, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., 2005.

<국문초록>

본고는 경직법상의 개괄적 수권조항이 위험방지를 위한 퇴거명령과 체류금지 및 주거로부터의 퇴거명령에 대한 각각의 법적 근거가 될 수 있는지에 관한 문제를 고찰하는 것에 주된 목적이 있다. 경직법상의 개괄적 수권조항은 위험방지를 위한 퇴거명령에 대한 수권근거는 될 수 있지만 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령에 대한 수권근거는 되지 못한다. 기본권에 대한 중대한 제한을 가져오는 경찰조치의 경우, 입법자는 그러한 조치의 요건을 보다 상세하게 형성해야 할 의무가 있으며 이러한 직무를 경찰이나 법원에게 맡겨서는 아니 된다. 이것은 무엇보다 기본권에 대한 중대한 제한을 가져오기 때문에 경직법상의 개괄적 수권조항과는 달리 ‘공공의 질서’에 대한 위반을 이유로 명해질 수 없고, 단지 ‘공공의 안녕’에 대한 강화된 위험이 존재하는 경우에만 정당화될 수 있는 ‘체류금지’와 ‘주거로부터의 퇴거명령’에 적용된다. 이 밖에도 경직법에 특정형태의 표준적 직무조치(예: 피난조치)가 규정된 경우에는 동시에 이러한 조치보다 더 중대한 조치의 추론적 배제가 존재할 수 있다는 점도 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령이 경직법상의 개괄적 수권조항에 근거할 수 없는 또 하나의 이유가 된다. 즉, 경직법이 제5조 제1항 제2호에서 피난조치에 관한 규정만을 두고 있다면 이것은 곧 피난조치보다 더 중대한 조치인 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령을 배제하고 있는 것이고, 이것은 결국 경찰관이 개괄적 수권조항에 근거하여 체류금지나 주거로부터의 퇴거명령을 내리는 것을 불허(不許)함을 의미한다. 그렇지 않으면 입법자가 피난조치에 대한 요건은 상세하게 규정하면서 피난조치보다 더 중대한 기본권 제한을 담고 있는 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령에 대해서는 이것을 행하지 않았다는 가치 모순적 결과를 낳게 된다. 따라서 경직법 제5조 제1항 제2호의 피난조치에 관한 규정은 동시에 (경직법에 명시적으로 규정되지 않은) 체류금지와 주거로부터의 퇴거명령을 배제하고 있다고 보아야 한다.

주제어 : 경찰법, 퇴거명령, 체류금지, 주거로부터의 퇴거명령, 개괄적 수권조항

Platzverweisung, Aufenthaltsverbot und Wohnungsverweisung im Recht der Gefahrenabwehr

Son, Jae-Young*

Fehlt es an spezialgesetzlichen Regelungen für Platzverweise, Aufenthaltsverbote und Wohnungsverweise, so stellt sich jeweils die Frage, inwieweit entsprechende Maßnahmen auf die polizeirechtliche Generalklausel gestützt werden können. Fehlen spezialgesetzliche Vorschriften des Platzverweises, lässt sich dieser nur auf die Generalklausel stützen. Wegen der Schwere des Eingriffs dürften hingegen ein Aufenthaltsverbot oder eine Wohnungsverweisung nicht auf die Generalklausel stützbar sein. Bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen ist es für den Gesetzgeber geboten, die tatbestandlichen Voraussetzungen für entsprechende Eingriffe näher auszugestalten und darf diese Aufgabe nicht der Polizei und der Judikative aufgelastet werden, wie dies bei der Anwendung der Generalklausel zuträfe. Das gilt z. B. für ein Aufenthaltsverbot und eine Wohnungsverweisung, die mit einem schwerwiegenden Grundrechtsingriff verbunden sind und die daher abweichend von der Generalklausel nicht auf einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gestützt werden können und auch nur bei Vorliegen der qualifizierten Gefahren für die öffentliche Sicherheit zu rechtfertigen sind. Zu beachten ist im Übrigen, dass dann, wenn im Polizeigesetz bestimmte Standardbefugnisse geregelt werden, hierin zugleich ein konkludenter Ausschluss anderer noch schwerwiegenderer Maßnahmen liegen kann und sich diese deshalb auch nicht unter Rückgriff auf die Generalklausel rechtfertigen lassen. Bei einer polizeirechtlichen Regelung lediglich eines Platzverweises kann geschlossen werden, dass damit ein Aufenthaltsverbot und eine Wohnungsverweisung auch nicht auf die Generalklausel gestützt werden kann. Die Vorschriften über den Platzverweis schließen damit zugleich (nicht ausdrücklich vorgesehene) Aufenthaltsverbot und Wohnungsverweisung aus.

Key Words : Polizeirecht, Platzverweisung, Aufenthaltsverbot, Wohnungsverweisung, Generalklausel
--

* Assistant Professor, Department of Police Law, Keimyung University

