

위험방지를 위한 가택출입과 경찰긴급상황  
- 최근 발생한 '수원 20대 여성 토막 살인사건'<sup>1)</sup>을 소재로 하여 -  
Das Betreten von Wohnungen zum Zwecke der  
Gefahrenabwehr und der polizeiliche Notstand

손재영\*  
Son, Jae-Young

목 차

- I. 서론
- II. 위험방지를 위한 가택출입에 대한 법적 근거
- III. 이른바 '경찰긴급상황'
- IV. 결론

국문초록

경찰관이 위험방지를 목적으로 거주인의 동의나 승낙 없이 가택 내에 출입한다면 헌법 제16조에 의하여 보호되는 주거의 자유가 제한될 수 있기 때문에

논문접수일 : 2012.06.27

심사완료일 : 2012.07.25

게재확정일 : 2012.08.02

\* 법학박사·계명대학교 경찰법학과 교수

- 1) 2012년 7월 27일 현재까지 알려진 '수원 20대 여성 토막 살인사건'의 개요는 다음과 같다: 2012년 4월 1일 22시 32분 경 한국계 중국인(조선족) 남성 오원춘(42세)이 경기도 수원시 팔달구 소재 자신의 거주지 대문 앞에서 휴대전화 부품공장에서 일을 마치고 귀가하던 피해 여성 광모씨(28세)를 밀쳐 넘어뜨린 후 강제로 주거지로 끌고 가 강간하려 하였다. 오원춘이 화장실을 간 사이 피해여성은 문을 걸어 잠근 후 직접 휴대전화로 성폭행 신고를 하였고 경기청(112)과 수원중부서는 22시 50분 경 신고를 접수·현장에 출동하였으나 위치추적에 실패하여 결국 피해여성은 살해당했고, 사건 발생 13시간 뒤인 4월 2일 11시 50분 경 주거지에서 사체를 훼손 중인 오원춘을 현장에서 검거하였다.

이를 위해서는 법률유보원칙에 따라 법률의 수권을 필요로 한다. 경찰관직무집행법 제7조 제1항은 경찰관에게 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입할 수 있는 권한을 부여하고 있으므로, 동 조항은 경찰이 행하는 가택출입 조치에 대한 법적 근거로서 고려될 수 있다. 그러나 경찰관직무집행법 제7조 제1항은 경찰관에게 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 '출입'할 수 있는 권한을 부여하고 있을 뿐 그 내부를 '수색'할 수 있는 권한을 부여하고 있지 않으므로, 경찰관은 거주인의 동의나 승낙 없이는 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 들어가 그 내부를 체계적으로 살살이 뒤져 찾을 수 없다.

경찰관직무집행법 제7조 제1항에 따른 경찰관의 가택출입은 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위해서만 가능하다. 그것도 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조를 위하여 '부득이 하다고 인정될 때', 즉 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조가 타인의 가택 내에 출입하지 않고서는 불가능하거나 지극히 곤란한 경우에만 허용된다. 나아가 그 출입이 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해를 방지하거나 피해자의 구조를 위하여 불가피하게 요청되는 경우에도 '필요한 한도 내에서'만 허용된다. 따라서 경찰관직무집행법 제7조 제1항에 따른 경찰관의 가택출입은 비례원칙에 대한 주의 하에 단지 '최후수단'(ultima ratio)으로서만 허용된다.

경찰관직무집행법 제7조 제4항은 경찰관이 타인의 가택 내에 출입할 때에는 그 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 함을 규정하고 있을 뿐, 법관이 발부하는 영장을 제시하여야 함을 규정하고 있지 않다. 사실 경찰관이 거주자의 동의나 승낙을 받지 않고 가택 내에 출입하는 경우에는 주거의 자유가 제한될 수 있지만, 헌법 제16조 제2문에 따른 영장주의의 적용은 경찰관의 행위가 '가택수색'에 해당하는지 여부에 달려 있기 때문에 가택수색에 해당하지 않는 '가택출입'에는 영장주의가 적용되지 않는다. 따라서 경찰관이 생명, 신체 또는 재산에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조를 위하여 타인의 가택 내에 출입할 때에는 법관이 발부하는 영장을 제시하지 않아도 된다.

오늘날 학설과 판례에 의하여 인정된 바에 따르면 위험방지(범죄예방 포함)의 목적에 기여하는 예방경찰작용은 범죄수사의 목적에 기여하는 진압경찰작

용보다 더 광범위하게 허용된다. 사실 형사소송법도 국가에게 맡겨진 기본권 보호의무에 기여하지만, 형사소송법은 이미 자행된 범죄를 전제로 하고 있다. 즉 형사소송법은 이미 행하여진 법익침해에 대한 규명과 제재에 제1차적 목적이 있다. 이에 반하여 경찰법은 개인의 생명, 신체 또는 재산과 같은 법익을 급박한 침해로부터 보호하는 것, 따라서 계획 또는 실행되고 있는 범죄를 예방하거나 저지하는 것에 주된 목적이 있다. 이로써 경찰법은 적어도 '구체적 위험'의 방지가 문제되고 있는 한, 형사소송법보다 국가의 기본권 보호의무와 더 강한 관련성을 갖는다. 이러한 점은 무엇보다 "야간에도" 가택출입을 허용하고 있는 경찰관직무집행법 제7조 제1항에 잘 나타나 있다. 즉 경찰관직무집행법 제7조 제1항은 형사소송법 제125조, 제219조와 달리 '야간집행의 제한'을 두고 있지 않으므로, 경찰관은 생명, 신체 또는 재산에 대한 절박한 위협의 방어나 피해자의 구조를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 야간에도 타인의 가택 내에 출입할 수 있다.

경찰관이 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입하는 경우에는 우선적으로 '경찰책임자'(행위책임자 또는 상태책임자)의 가택 내에 출입하여야 한다. 하지만 경찰책임자의 소재를 알 수 없어 생명, 신체에 대한 임박한 위협이나 장애가 경찰책임자의 가택 내에 출입하는 것을 통해서는 방지 또는 제거될 수 없는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 소위 '경찰긴급상황'의 엄격한 요건 하에서 예외적으로 위험 또는 장애에 대해 책임이 없는 자, 즉 비책임자의 가택 내에 출입하는 것이 허용된다. 경찰책임자에 대한 경찰조치와 비교할 때, 비책임자에 대한 경찰조치는 아주 엄격한 요건 하에서만 허용되는 바, 비책임자에 대한 경찰조치의 요건은 다음과 같다: 첫째, 이미 장애가 존재하거나 중대한 위협이 임박할 것, 둘째, 위험방지 또는 장애제거가 경찰책임자에 대한 조치를 통해서는 불가능하거나 설령 가능하더라도 어떠한 성과도 기대할 수 없을 것, 셋째, 경찰이 자신의 고유한 인적 또는 물적 수단을 통해서나 타인에 대한 위임을 통해서 위험 또는 장애를 적시에 방지 또는 제거할 수 없을 것, 넷째, 경찰이 비책임자를 중대한 위협에 처하게 하거나 보다 고차원적인 의무를 침해함이 없이 조치를 취할 수 있을 것.

주제어 : 위험방지, 가택, 출입, 수색, 경찰긴급상황

## 1. 서론

이하에서는 최근 수원시 중부에서 발생한 20대 여성 토막 살인사건(이하 '수원중부 부녀자 살인사건'이라 한다)을 소재로 하여 위험방지를 위한 경찰관의 가택출입과 관련하여 제기되는 법적 문제를 고찰하고자 한다. '수원중부 부녀자 살인사건'은 언론은 물론, 학계와 실무계로부터 특별한 주목을 받았다. 그 이유는 조선족 남성인 오원춘이 20대 여성을 살해한 뒤 시신을 참혹하게 훼손하였고,<sup>1)</sup> 사건을 해결하는 과정에서 112신고의 접수, 지령과 현장대응 및 사후조치까지 각 단계별로 경찰의 총체적인 부실수사가 드러나게 되었다는 점 때문만은 아니었다.<sup>2)</sup> 오히려 그 동안 학계에서뿐만 아니라, 실무계에서도 거의 주목을 받지 못했던 경찰관직무집행법 제7조 제1항에 따른 '위험방지를 위한 가택출입'에 관하여 한 번 생각해 볼 계기를 마련해 주었기 때문이었다. 사실 '수원중부 부녀자 살인사건'은 경찰관에게 맡겨진 위험방지의 직무와 범

1) 오원춘은 피해여성을 살해하고 6시간 동안 부엌칼만을 사용하여 시신을 356조각으로 정교하게 절단한 뒤 비닐봉투에 나눠 담은 것으로 알려졌다. 이러한 잔혹하고 열기적인 범행으로 인하여 애초에 범행목적이 성폭행 시도로만 보기 어렵고 인육을 목적으로 살인을 했을 가능성도 배제할 수 없다는 주장이 제기되었다. 이러한 인육목적설의 근거로는 ① 평소 성매매를 즐겼던 신장 176cm, 83kg의 건장한 오원춘이 왜소한 체격의 피해여성을 결박해 놓은 상태에서 성폭행을 중단하고 살해를 한 점, ② 오원춘이 피해여성을 살해한 뒤 온몸에서 비교적 일정한 크기와 모양으로 살점을 떼어내면서도 인육으로 쓰지 않는 장기는 훼손하지 않은 점, ③ 범행을 은폐하기 위한 의도라면 집안에 있던 절단기, 톱 등의 공구를 사용해도 됐을 텐데, (발각의 위험성이 있음에도) 부엌칼만 사용하여 칼을 갈면서 6시간에 걸쳐 태연하게 사체를 훼손한 점 등을 들고 있다. 이에 대하여 ① 국내에는 인육 유통시장이 없다는 점, ② 만일 중국에 인육수요가 있다면 오원춘이 국내에서 살인을 행할 이유가 없다는 점, ③ 부패 등의 문제가 있기 때문에 중국으로 인육을 운반할 방법도 현실적으로 없다는 점 등을 들어 오원춘의 행위가 시신유기의 편의를 위한 것이지, 인육을 위한 것은 아니라는 반론이 제기되기도 하였다. 조선일보 2012년 6월 16일 기사(법원 "오원춘, 인육 목적 살해한 신빙성 있다.") 참조.

2) 경찰은 사건을 해결하는 과정에서 112신고의 접수, 지령과 현장대응 및 사후조치까지 각 단계별로 심각한 문제점을 노출하여 사회적 비난과 불신을 초래하였고, 결국 조현오 경찰청장과 서천호 경기지방경찰청장이 부실대응의 책임을 지고 물러나게 되었다. 2012년 4월 10일 MBC NEWS 기사(경찰청장, 경기청장 사퇴... "이번 사태 책임 통감") 참조.

죄수사의 직무가 중첩(重疊)되었다는 점이 특징적이다. 즉 성폭행과 더불어 살해의 위협을 받고 있던 피해여성을 신속히 구조해야 했던 상황인 동시에, 현행범인을 체포해야 했던 상황, 말하자면 '예방'과 '진압'의 이중적 성격을 가진 상황이 문제되었다. 경찰관직무집행법<sup>3)</sup> 제2조와 경찰법 제3조에 명시되어 있듯이 생명과 신체에 대한 절박한 위태상황에 처한 피해자를 신속히 구조하고, 현행범인을 체포하는 일은 경찰관에게 맡겨진 고유한 직무이며, 경직법과 형사소송법은 이러한 직무를 수행함에 있어 필요한 권한을 경찰관에게 각각 부여하고 있다.<sup>4)</sup> 그럼에도 불구하고 그 동안 학계와, 특히 실무계는 형사법적인 사고의 틀에 갇혀 경직법상의 조치에는 별다른 관심을 보이지 않았다. 언론을 통해 알려진 바에 따르면 사건 당시 현장에 출동한 경찰들은 밤이 늦어 주민의 취침에 방해될 것을 염려해 주변 불이 켜진 주택가에 귀 기울여 여자

3) 이하 '경직법'이라 한다.

4) 경찰관은 위험방지의 직무뿐만 아니라, 그 밖의 다른 직무도 행한다. 위험방지의 직무 이외에 경찰관에게 맡겨진 중요한 직무로는 범죄행위의 수사를 들 수 있다. 그 목적에 있어서 위험방지조치는 사전예방작용임에 반하여, 범죄수사조치는 사후진압작용이라는 점에서 양자는 구별된다. 즉 위험방지조치는 경찰법상의 보호법익(공공의 안녕과 공공의 질서)에 대한 위협을 방지하고, 이미 발생한 장해를 제거하는 것에 주된 목적이 있다. 이에 반하여 범죄수사조치는 이미 자행된 범죄의 규명과 제재에 제1차적 목적이 있다. 설령 경찰관의 조치(예: 불심검문)가 위험방지뿐만 아니라, 범죄수사의 관점에서도 허용된다고 하여 양자의 구별필요성이 부인되는 것은 아니다. 양자는 각각 다른 법(경찰관직무집행법과 형사소송법)과 법원칙이 적용된다는 점(편의주의원칙과 합법주의원칙), 조직법상의 지휘권한에 차이가 있다는 점(경찰청장과 검사), 나아가 경찰작용의 전제조건(구체적 위협과 충분한 범죄혐의)과 권리구제절차(행정소송과 형사소송)가 다르다는 점에서 구별의 필요성이 존재한다. 그러나 위험방지조치와 범죄수사조치가 항상 명확하게 구별되는 것은 아니며, 종종 동시에 행하여 지기도 한다. '수원중부 부녀자 살인사건'의 경우가 바로 그러하다. '수원중부 부녀자 살인사건'에서는 성폭행과 더불어 살해의 위협을 받고 있던 피해여성을 신속히 구조해야 했던 상황인 동시에, 현행범인을 체포해야 했던 상황, 말하자면 '예방'과 '진압'의 이중적 성격을 가진 상황이 문제되었다. 이러한 경우에는 생명과 신체에 대한 절박한 위태상황에 처한 피해여성을 신속히 구조하기 위하여 경직법상의 위험방지조치가 고려될 수 있을 뿐만 아니라, 현행범인을 체포하기 위하여 형사소송법상의 범죄수사조치도 고려될 수 있다. 경직법 제7조 제1항은 경찰관에게 절박한 위협의 방지나 피해자의 구조를 위한 가택출입조치를, 형사소송법 제216조 제1항 제1호는 현행범인의 체포를 위한 가택수색조치를 허용하고 있으므로, 경찰관은 '수원중부 부녀자 살인사건'에서 위험방지뿐만 아니라, 범죄수사의 목적을 위해서도 피해여성이 성폭행을 당하고 있는 집안에 출입할 수 있다. 이 경우 경직법 제7조 제1항과 형사소송법 제216조 제1항 제1호는 이중적 성격(위험방지와 범죄수사)을 갖는 가택출입조치에 대한 각각의 법적 근거가 된다.

비명소리 유무 등만을 확인하고 적극적인 가택출입을 실시하지 않았다고 한다.<sup>5)</sup> 즉 생명과 신체에 대한 절박한 위태상황으로부터 피해여성을 긴급히 구조하기 위하여 경직법상의 가택출입조치가 절실한 상황이었음에도 경찰은 형사법적인 사고의 틀에 갇힌 나머지 이를 적극적으로 실시하지 않았다는 것이다. '수원중부 부녀자 살인사건'은 분명 위협방지의 직무와 이러한 직무를 수행하기 위하여 경찰관에게 허용되는 경직법상의 조치에 관하여 한 번 생각해 볼 계기를 마련해 주었다. 한 가지 다행스러운 점은 최근 지방청<sup>6)</sup>을 중심으로 현장토론회의 개최를 통해 경찰 스스로 형사법적인 사고의 틀을 벗어나기 위한 노력을 경주하고 있다는 사실이다. 본인 역시 한 지방청으로부터 경찰법적 관점에서 생명, 신체에 대한 절박한 위태의 방지나 피해자의 구조를 위한 가택출입의 의의와 요건 및 한계에 관한 법적 자문을 받았는데, 본고를 통해 이러한 경찰의 질문에 답하고자 한다.

## II. 위협방지를 위한 가택출입에 대한 법적 근거

### 1. 위협방지를 위한 가택출입의 의의

'위험방지를 위한 가택출입'은 경직법에 정의가 되어 있지 않기 때문에 그 의미와 관련하여서는 논쟁이 될 수 있지만, "경찰관이 인명, 신체 또는 재산에

- 
- 5) 조선일보 2012년 4월 9일 기사("[수원 20대 여성 토막 살해 사건] 피살 여성 6시간 살아있었는데... 경찰, 구할 기회 4번 놓쳐") 참조.
  - 6) 대구지방경찰청은 2012년 4월 25일 초빙교수 3명·현장경찰관 등 48명이 참석한 가운데 '수원중부 부녀자 살인사건'에서 드러난 112신고접수·지령 및 초동조치 시스템 등에 대한 총체적 점검을 위해 현장토론회를 개최하였다. 현장토론회는 '수원중부 부녀자 살인사건'을 계기로 112신고접수·지령 및 초동조치 시스템을 종합 점검하는 기회로 삼아 문제점을 진단하고, 경찰의 위기상황과 쇄신방향에 대하여 자유롭고 허심탄회한 토론으로 현장의 다양한 의견 수렴과 개선방안을 도출하고, 구체적·종합적 대책을 마련하여 재발방지 및 지방청·경찰서에서 개선하기 곤란한 법령·제도, 시스템 등 관련 사항을 경찰청에 건의할 계획이라고 한다. 이에 관해서는 대구지방경찰청 홈페이지 내의 '홍보마당' 참조. [http://www.dgpolice.go.kr/dgpo/template/gallery/gallery\\_Content.jsp?num=498&pageNum=3&boardId=d746f125&navi=4&navi\\_sub=1](http://www.dgpolice.go.kr/dgpo/template/gallery/gallery_Content.jsp?num=498&pageNum=3&boardId=d746f125&navi=4&navi_sub=1)

대한 절박한 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 타인의 가택 내에 들어가 그곳에 체재하며 가택내부를 피상적으로 둘러보는 것”<sup>7)</sup>을 말한다. 사실 경찰관이 개인의 사적 공간에 출입할 수 있는지, 만일 출입할 수 있다면 어떠한 요건 하에서 출입할 수 있는지의 문제는 예나 지금이나 가장 논쟁이 되고 있는 중요한 문제들 가운데 하나이다. 특히, 개인의 가택은 전통적으로 개인의 최후 은신처(隱身處)로서 경찰관이 이러한 공간에 출입하는 경우에는 특별한 문제를 야기한다. 그러나 다른 한편 개인의 가택공간이 절대적으로 보호될 경우에는 범죄를 비롯한 공동체에 해악을 끼치는 그 밖의 행위를 안전하게 준비하고 실현할 수 있는 결과를 초래한다.<sup>8)</sup> 뿐만 아니라 최근 ‘수원중부 부녀자 살인사건’에서도 볼 수 있듯이 생명, 신체에 대한 절박한 위해상황에 처한 피해자가 가택 내에 있다는 사실이 인정됨에도 경찰관은 어떠한 경우에도 가택 내에 출입할 수 없다고 보게 되면 국민의 생명과 신체를 보호해야 할 경찰관은 자신에게 맡겨진 직무를 다하지 못하게 되는 문제가 발생한다. 이러한 점에서 경찰관에 의한 가택출입은 불가피하게 요청된다고 볼 수 있다. 하지만 경찰관이 위험방지를 목적으로 거주인의 동의나 승낙 없이 가택 내에 출입한다면 헌법 제16조에 의하여 보호되는 주거의 자유가 제한될 수 있으므로, 경찰관이 타인의 가택 내에 출입할 때에는 헌법이 요구하는 제한의 요건과 한계를 준수하여야 한다.

## 2. 위험방지를 위한 가택출입에 대한 법적 근거

### 가. 경직법 제7조의 적용범위

경찰관이 거주인의 동의나 승낙을 받지 않고 가택 내에 출입하기 위해서는 먼저 법률유보원칙에 따라 법률의 수권을 필요로 한다. 이 경우 경직법 제7조는 ‘위험방지를 위한 출입’이라는 제목 하에 제1항에서 “경찰관은 제5조 제1항·제2항 및 제6조 제1항에 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명, 신체 또는

7) 이에 대해서는 Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 2011, Rn. 152 참조.

8) Guttenberg, “Die heimliche Überwachung von Wohnungen”, *NJW* 1993, 567 f. 참조.

재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 타인의 토지·건물 또는 선차(船車) 내에 출입할 수 있다.”라고 규정하여 경찰관에게 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 여기서 경직법 제7조 제1항은 가택의 소유자, 점유자 또는 관리인에게 경찰관의 출입을 수인해야 할 의무를 부과할 뿐만 아니라, 그 내부를 개방해야 할 의무도 부과한다.<sup>9)</sup> 물론, 경직법 이외에도 특별경찰법<sup>10)</sup>에는 경찰관에게 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입할 수 있는 권한을 부여하는 개별적 수권조항이 존재한다. “가정폭력범죄의 신고에 따라 현장에 출동한 사법경찰관리는 피해자를 보호하기 위하여 신고 된 현장에 출입하여 조사를 할 수 있다.”라고 규정하고 있는 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제9조의4 제1항이 그 예이다. 이 경우 “특별법은 일반법에 우선한다.”(lex specialis derogat legi generali)는 원칙에 따라 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제9조의4 제1항은 그 적용에 있어서 경직법 제7조 제1항 보다 우선한다. 이와 같이 특별경찰법이나 일반경찰법이 위험방지를 위한 가택출입을 개별적 수권조항을 통해 규율하고 있는 한 그러한 규율은 종결적 성격을 갖기 때문에 경찰관은 더 이상 개괄적 수권조항(경직법 제2조 제6호와 결합한 제5조 제1항 제3호)<sup>11)</sup>에 근거하여 타인의 가택 내에 출입할 수 없다. 개괄적 수권조항은 개별적 수권조항이 존재하지 않는 경우에만 그 흠결을 메우기 위하여 적용될 수 있을 뿐이다.

9) 같은 견해로는 Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 2011, Rn. 152 참조.

10) 경찰법은 일반경찰법과 특별경찰법으로 구분될 수 있다. 일반경찰법은 위험방지에 관한 일반규정과 일반원칙을 내용으로 담고 있다(경찰관직무집행법). 이에 비하여 특별경찰법은 특별한 영역에서의 위험방지를 특별법적으로 규율한다. 현재 경찰법의 중요한 영역은 특별법에 의하여 규율되고 있는바, 예컨대 건축법, 식품위생법, 공중위생관리법, 풍속영업의 규제에 관한 법률, 집회 및 시위에 관한 법률, 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 등에 존재하는 규정들을 생각해 볼 수 있다. 이러한 특별경찰법상의 규정들이 존재하지 않는 경우에는 그 흠결을 메우기 위하여 일반경찰법상의 규정과 원칙들이 적용된다.

11) 현행법상 경직법 제2조 제5호와 결합한 제5조 제1항 제3호를 개괄적 수권조항으로 인정할 수 있다는 것에 대하여 보다 자세한 것은 손재영, “경찰법상의 개괄적 수권조항 - 개괄적 수권조항의 기능 및 적용영역을 중심으로 -”, 『법학논고』 제31집 별호, 경북대학교 법학연구원, 2009, 531면 이하 참조.



현재까지 밝혀진 사실관계에 따르면 피해여성은 오원춘이 화장실을 간 사이 문을 걸어 잠근 후, 직접 휴대전화로 112에 전화를 걸어 “모르는 아저씨에게 성폭행을 당하고 있다. 아저씨가 나간 사이 문을 잠그고 전화한다. 집은 주변 지동초등학교 지나 못골놀이터 가는 길쭉이다.”며 자신이 ‘집안’에서 누군가로부터 성폭행을 당하고 있음을 신고하였다고 한다. 이러한 경우 경직법 제7조 제1항은 경찰관에게 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입할 수 있는 권한을 부여하고 있으므로, 동 조항은 경찰이 행하는 가택출입조치에 대한 법적 근거로서 고려될 수 있다. 사실 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제9조의4 제1항도 경직법 제7조 제1항과 마찬가지로 경찰관에게 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입할 수 있는 권한을 부여하고 있지만, 동 조항은 이 사건에 적용될 수 없다. 왜냐하면 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제9조의4 제1항이 시행된 것은 이 사건 발생 이후인 2012년 5월 1일부터라는 점을 논외로 하더라도, 동 조항은 ‘가정폭력범죄’로부터 피해자를 보호하기 위하여 가정폭력범죄의 신고를 받은 경찰관에게 신고된 가택 내에 출입할 수 있는 권한을 부여하는 규정이기 때문이다. 따라서 ‘수원중부 부녀자 살인사건’에서는 경직법 제7조 제1항이 경찰이 행하는 가택출입조치에 대한 법적 근거로서 고려된다.

#### 나. 가택출입과 가택수색

전술한 경직법 제7조 제1항은 경찰관에게 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 타인의 가택 내에 ‘출입’할 수 있는 권한을 부여하고 있지만, 그 내부를 ‘수색’할 수 있는 권한을 부여하고 있지 않다. 이에 반하여 형사소송법 제215조는 압수할 물건이나 피의자를 발견할 목적으로 수사기관에게 가택내부를 수색할 수 있는 권한을 부여하고 있다.<sup>12)</sup> 여기서 ‘가택수색’이란 “거주자가 외부에 공개하지 않으려 숨겨 둔 사

12) 사실 형사소송법 제215조는 수사기관에게 가택수색권한을 부여하고 있지만, 가택수색은 가택출입을 전제로 하는 것이므로, 동 규정은 수사기관에게 가택출입권한도 함께 부여하고 있는 것으로 보아야 한다.

람이나 물건을 발견할 목적으로 가택내부를 체계적으로 뒤져 찾는 것"<sup>13)</sup>을 말한다. 사실 가택수색이 범죄수사에만 국한된 조치는 아니다. 일반적으로 가택수색이라고 하면 범죄수사를 위한 가택수색을 떠올리지만, 위험방지를 위한 가택수색도 생각해 볼 수 있다. 외국의 입법례 가운데에는 경찰법에 위험방지를 위한 가택출입뿐만 아니라, 가택수색도 표준적 직무조치의 하나로 규정하고 있는 경우도 있다.<sup>14)</sup> 하지만 경직법 제7조 제1항은 경찰관에게 위험방지를 목적으로 가택출입권한만을 부여하고 있을 뿐 가택수색권한을 부여하고 있지 않으므로, 경찰관은 거주인의 동의나 승낙 없이는 위험방지를 목적으로 가택내부를 수색할 수 없다. 이에 따라 '수원중부 부녀자 살인사건'에서 경찰은 경직법 제7조 제1항에 의거하여 가택 내에 출입은 할 수 있지만, 수색은 할 수 없다. 하지만 개별사례에서 가택출입과 가택수색을 구별하기란 결코 쉽지 않다. 일부 견해<sup>15)</sup>에 따르면 모든 가택출입은 출입 그 자체로 끝나는 것이 아니라, 출입 이후에는 특정목적이 추구되기 마련이므로 모든 가택출입은 외형적으로 이미 가택수색에 해당한다고 한다. 즉 경찰관이 거주자의 동의나 승낙 없이 가택 내에 출입하는 것만으로도 이미 가택수색에 해당한다는 것이다. 그러나 가택 내에 출입한다고 해서 반드시 가택 내에 있는 사람이나 물건을 체계적으로 뒤져 찾는 조치로 나아가는 것은 아니기 때문에 이러한 견해를 받아들일 수 있을지는 의문이다.<sup>16)</sup> 가택수색은 가택 내에 있는 사람이나 물건을 뒤져 찾는다는 것을 그 개념징표로 한다. 즉 가택수색은 거주자가 외부에 공개하지 않으려 숨겨 둔 사람이나 물건을 발견할 목적으로 가택내부를 체계적으로 뒤져 찾는 것을 그 개념징표로 한다. 이에 따라 경찰관이 가택 내에 들어가 그곳에 체재하며 그 내부를 피상적으로 둘러보는 것만으로는 가택수색에 해당하지 않는다. 가택수색을 통해서만 인격의 자유로운 발현을 위해 중요한 사생활영역과, 경우에 따라서는 관계인의 내밀한 사생활영역까지도 조사될

13) BVerfGE 47, 31, 37 참조.

14) 예컨대 독일 바덴-뷔르템베르그 경찰법(BWPolG) 제31조 제2항이 바로 그러하다.

15) BVerfGE 47, 31 f.에 적시된 베를린 고등행정법원 판결 참조.

16) 이에 관해서는 또한 손재영, "경찰관직무집행법 제7조에 따른 위험방지를 위한 출입에 있어서 '출입'의 개념", 「공법연구」 제39집 제2호, 한국공법학회, 2010, 530-531면 참조.

수 있는데, 경찰관이 가택 내에 들어가 그 내부를 피상적으로 둘러보았다고 해서 그러한 영역이 조사되었다고 볼 수 없다. 설령 경찰관이 가택 내에 들어가는 과정에서 불가피하게 가택내부에 있는 사람이나 물건 또는 그 내부상태를 인지(認知)하였다 하더라도 이것만으로는 가택수색에 해당하지 않는다. 가택수색이 인정되기 위해서는 경찰관이 어떠한 목적과 의도를 갖고서 가택내부에 몸을 숨긴 사람이나 숨겨둔 물건을 체계적으로 뒤져 찾을 것이 요구된다. 가택 내에 출입해서 단순히 그 내부를 피상적으로 둘러보는 것만으로는 충분하지 않다. 가택수색이 인정되기 위해서는 가택 내에서의 일정한 행위가 요구된다. 예컨대 경찰관이 가택 내에 있는 사람이나 물건을 발견할 목적으로 다락방부터 지하실까지 가택내부를 체계적으로 살살이 뒤진다거나 닫힌 방문이나 장롱, 서랍 등을 열고 벽과 바닥을 뜯어내는 것 등의 행위가 바로 그러하다.<sup>17)</sup> 이러한 점에서 볼 때, '수원중부 부녀자 살인사건'에서 경찰은 경직법 제7조 제1항에 의거하여 타인의 가택 내에 들어가 그곳에 체재하며 그 내부를 피상적으로 둘러보는 것은 허용되지만, 이것을 넘어서 닫힌 방문을 열고 그 내부를 체계적으로 살살이 뒤져 찾는 것은 허용되지 않는다.<sup>18)</sup> 하지만 전술한

17) Ruthig, "Die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG n.F.)", *JuS* 1998, 506 (508).

18) 2012년 7월 1일 경찰청은 제2의 '오원춘 사건'을 막기 위하여 긴급한 상황에서 타인의 건물에 들어가 현장에 있는 사람이나 물건의 상태를 조사할 수 있는 '긴급출입권'을 신설하는 내용을 담은 '경찰관직무집행법 일부개정 법률안'을 9월 정기국회에 정부입법 형태로 상정할 예정이라고 밝혔다. 경찰청은 대신 이와 같은 긴급출입권을 행사한 이후에는 소속 경찰관서장에게 지체 없이 보고해야 하는 의무를 새로 넣어 사후 검증 절차를 강화하기로 했다. 법제처 심사와 국무회의 등을 거쳐 국회에서 처리될 경우 이르면 연내 법적인 효력이 발생할 것으로 보인다. 사실 그동안 경찰관은 경직법 제7조 제1항에 의거하여 생명, 신체 또는 재산에 대한 절박한 위협의 방지나 피해자의 구조를 위하여 타인의 가택 내에 출입할 권한은 있었지만, 거주인의 동의나 승낙 없이는 가택 내에 있는 사람이나 물건을 조사 또는 수색할 권한은 없었다. 이러한 점은 특히 '수원 내연 남녀 동반자살 사건'(한국일보 2012년 4월 30일 기사 "이번엔 가택수색 부실, 내연커플 자살 못 막았다" 참조)에서 문제점으로 지적되기도 하였다. 하지만 경찰청의 이번 개정안에 따르면 경찰관은 법관이 발부하는 영장 없이도 타인의 가택 내에 출입하여 그곳에 있는 사람이나 물건을 '조사'할 수 있게 되는데, 이러한 '가택조사'는 법관이 발부하는 영장이 필요한 '가택수색'과 어떠한 점에서 구별되는지의 문제가 제기된다. 이번 개정안이 향후 국회에서 처리되어 법적 효력이 발생할 경우에는 이에 대한 명확한 해명이 있어야 할 것으로 보인다. 한편, 이번 개정안에는 경찰관이 적법하게 직무를 집행하는 과정에서 발생한 국민의 생명, 신체 또는 재산상의 피해에 대하여 국가가 손실을 보상하도록 하는 근거규정도 새로 마련되었다. 이것은 경찰관이 절박한 위태상황이 존재한다고 판단하여 건물의 문을 부수고 들어갔지만, 실제로

바와 같이 '수원중부 부녀자 살인사건'은 성폭행을 당하고 있는 피해여성을 긴급구조해야 하는 상황이었을 뿐만 아니라, 현행범인을 체포해야 하는 상황이기도 하였다는 점에 그 특수성이 있다. 이러한 '예방'과 '진압'의 이중적 상황이 문제되는 경우에는 경직법에 따른 예방경찰작용이 고려될 수 있을 뿐만 아니라, 형사소송법에 따른 진압경찰작용도 고려될 수 있다. 즉 형사소송법 제216조 제1항 제1호에 따르면 경찰은 현행범인을 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 가택 내에 들어가 그 내부를 수색할 수 있으므로, 이 사건에서 설령 경찰이 - 피의자가 있을 개연성이 있는 - 집안에 들어가 닫힌 방문을 열고 그 내부를 체계적으로 살살이 뒤져 찾았다 하더라도 경찰의 행위는 형사소송법 제216조 제1항 제1호에 법적 근거를 둔 적법한 직무집행이 될 수 있었다.<sup>19)</sup>

### 3. 위험방지를 위한 가택출입의 요건

#### 가. 실체법적 요건

'수원중부 부녀자 살인사건'에서 만일 경찰이 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입한다면 그 출입은 경직법 제7조 제1항에 법적 근거를 둔 행위이지만, 경찰에 의한 가택출입조치가 적법하기 위해서는 다음으로 동 조항에 규정된 실체법적 요건을 충족시켜야 한다. 경직법 제7조 제1항에 따르면 “경

---

는 위태상황이 존재하지 않았던 경우에 부순 문 값을 경찰관이 사비로 변상하는 사례가 많았던 그간의 폐단을 막기 위함이다. 이에 따라 경찰청은 ① 경찰의 직무수행과 관련해 책임이 없는 자가 생명·신체 또는 재산상의 특별한 손실을 입은 경우 ② 경찰의 직무수행과 관련해 책임이 없는 자가 경찰관의 직무집행에 자발적으로 협조하거나 물건을 제공하여 생명·신체 또는 재산상 손실을 입은 경우 ③ 경찰의 직무수행과 관련해 책임이 있는 자가 자신의 책임한도를 초과하는 생명·신체에 대한 특별한 손실을 입은 경우 등에 대하여 국가가 보상하여야 한다는 규정을 신설했다고 한다. 이에 관해서는 연합뉴스 2012년 7월 1일 기사 ('제2 오원춘 막자'...경찰 긴급출입권 신설 추진 - 경찰 법집행 과정 손실 정부보상 규정도 만들기로 -) 참조.

19) 경찰이 피의자 이외의 제3자의 가택을 수색할 때에는 '구체적 사실'(예컨대 목격자의 제보)을 근거로 이루어져야 한다는 점에 대해서는 배종대/이상돈, 「형사소송법」, 홍문사 2004, 309면 참조.

찰관은 제5조 제1항·제2항 및 제6조 제1항에 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이 하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 타인의 토지·건물 또는 선차(船車) 내에 출입할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이에 따라 동 조항에 따른 경찰관의 가택출입은 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위해서만 가능하다. 그것도 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조를 위하여 ‘부득이 하다고 인정될 때’, 즉 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조가 타인의 가택 내에 출입하지 않고서는 불가능하거나 지극히 곤란한 경우에만 허용된다. 나아가 그 출입이 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해를 방지하거나 피해자의 구조를 위하여 불가피하게 요청되는 경우에도 ‘필요한 한도 내에서’만 허용된다. 경직법 제7조 제1항에 표현된 출입의 보충성은 비례원칙의 발로(發露)라 할 수 있다.<sup>20)</sup> 즉 비례원칙은 동일한 목적을 달성할 수 있는 적합한 수단여러 가지 존재하는 경우에는 관계인에게 가장 최소의 침해를 가져다주는 수단을 선택할 것을 요구한다(최소침해의 원칙). 이에 따라 경직법 제7조 제1항에 따른 경찰관의 가택출입은 비례원칙에 대한 주의 하에 단지 ‘최후수단’(ultima ratio)으로서만 허용된다.

‘수원중부 부녀자 살인사건’은 경직법 제7조 제1항에 따른 가택출입이 적용될 수 있는 전형적인 사례에 해당한다. 현재까지 밝혀진 사실관계에 기초할 때, ‘수원중부 부녀자 살인사건’은 경직법 제7조 제1항에 규정된 요건, 즉 ‘인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해를 방지하거나 피해자의 구조를 위하여 부득이 하다고 인정될 때’라는 요건을 충족시킨다. 즉 성폭행을 당하고 있는 피해여성의 신체 또는 생명에 대한 절박한 위해가 존재하였고, 경찰로서는 성폭행이 자행되고 있는 ‘집안’에 출입하지 않고서는 달리 그 위해의 방지나 피해자의 구조가 불가능하거나 지극히 곤란한 상황이었다. 이러한 경우 경직법 제7조 제1항은 경찰관에게 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입할 수 있

20) 이에 관해서는 손재영, “경찰관직무집행법 제7조에 따른 위험방지를 위한 출입에 있어서 ‘출입’의 개념”, 『공법연구』 제39집 제2호, 한국공법학회, 2010, 525면 참조.

는 권한을 부여한다.

#### 나. 절차법적 요건

헌법 제16조는 개인의 사생활을 공간적으로 보호해 주기 위하여 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니함을 규정하면서(제1문) 가택수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 함을 규정하고 있다(제2문). 사실 개인의 가택은 침해되어서는 아니 되는 개인의 기초적 생활공간이지만, 가택공간이 범죄자나 범죄와 관련된 물건의 은닉장소로 이용될 수 있기 때문에 국가기관에 의한 가택수색은 불가피하게 요청된다고 볼 수 있다.<sup>21)</sup> 하지만 가택수색은 국가기관이 주거의 자유를 제약하는 전형적인 예가 되어 왔기 때문에 헌법 제16조 제2문은 가택수색의 남용을 막고 주거의 자유를 보다 강하게 보호하기 위하여 가택수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 하고 있다.<sup>22)</sup> 물론, 법관으로부터 사전에 영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 긴급상황에서는 영장주의의 예외가 인정될 수 있다. 이러한 영장주의는 개인의 기초적 생활공간에 대한 국가기관의 부당한 침해를 방지함으로써 개인의 사생활을 보장하기 위한 것이므로, 범죄수사를 위한 가택수색은 물론, 위험방지를 위한 가택수색의 경우에도 당연히 적용되어야 한다.<sup>23)</sup>

헌법 제16조 제2문에 따라 가택수색은 원칙적으로 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장의 제시 하에서만 가능하지만, 가택수색에 해당하지 않는 주거의 자유에 대한 그 밖의 제한에는 영장주의가 적용되지 않는다. 경찰관이

21) 계획열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2004, 408면 참조.

22) 계획열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2004, 408면 참조.

23) 가택수색은 무엇보다 형사소송법 제215조에 규정되어 있다. 즉 형사소송법 제215조는 수사기관에게 압수할 물건이나 피의자를 발견할 목적으로 타인의 주거, 타인이 간수하는 가옥·건조물·항공기·선거(船車) 내에 들어가 그 내부를 수색할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 수사기관이 가택수색을 할 때에는 원칙적으로 사전에 법관으로부터 영장을 발부받아야 하지만, 긴급을 요하는 경우에는 영장 없이도 수색을 할 수 있다. 즉 수사기관은 피의자를 체포 또는 구속하거나 현행범인을 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 가택 내에 들어가 피의자의 발견을 위한 수색을 할 수 있다(형사소송법 제216조 제1항 제1호).

위험방지를 목적으로 가택 내에 '출입'하는 경우가 바로 그러하다. 이를 반영하듯 경직법 제7조 제4항은 "제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 경찰관이 필요한 장소에 출입할 때에는 그 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 하며, 함부로 관계인의 정당한 업무를 방해하여서는 아니 된다."고 규정하여 경찰관이 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 타인의 가택 내에 출입할 때에는 그 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 함을 규정하고 있을 뿐, 법관이 발부하는 영장을 제시하여야 함을 규정하고 있지 않다.<sup>24)</sup> 사실 경찰관이 거주자의 동의나 승낙을 받지 않고 가택 내에 출입하는 경우에는 주거의 자유가 제한될 수 있지만, 헌법 제16조 제2문에 따른 영장주의의 적용은 경찰관의 행위가 '가택수색'에 해당하는지 여부에 달려 있기 때문에 가택수색에 해당하지 않는 '가택출입'에는 영장주의가 적용되지 않는다. 따라서 경찰관이 생명, 신체 또는 재산에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조를 위하여 타인의 가택 내에 출입할 때에는 법관이 발부하는 영장을 제시하지 않아도 된다. 이에 따라 '수원중부 부녀자 살인사건'에서 경찰은 경직법 제7조 제4항에 의거하여 영장 없이도 집안에 들어갈 수 있었다. 이 경우 경찰이 영장 없이 집안에 들어갈 수 있었던 것은 법관으로부터 사전에 영장을 발부 받을 시간적 여유가 없는 긴급상황에 해당하였기 때문이 아니다. 오히려 법관으로부터 영장을 발부받을 필요가 없는 '가택출입'에 해당하였기 때문이다. 즉 경찰이 성폭행을 당하고 있는 피해여성을 구조하기 위하여 집안에 들어가 그 내부를 피상적으로 둘러보았다면 이는 (가택수색이 아니라) 가택출입에 불과하므로, 경찰은 경직법 제7조 제4항에 의거하여 영장 없이도 집안에 들어갈 수 있었다.<sup>25)</sup> 헌법 제16조 제2문에 따른 영장주의의 적용은 경

24) 또한 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제9조의4 제2항도 "제1항에 따라 출입이나 조사를 하는 사법경찰관리는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다."라고 규정하여 경찰관이 가정폭력범죄의 피해자를 보호를 위하여 신고된 가택 내에 출입할 때에는 그 권한을 표시하는 증표를 제시하여야 함을 규정하고 있을 뿐, 법관이 발부하는 영장을 제시하여야 함을 규정하고 있지 않다.

25) 사실 '수원중부 부녀자 살인사건'에서 경찰이 타인의 집안에 들어간다면 그 목적은 성폭행을 당하고 있는 피해여성을 신속히 구조하기 위해서이기도 하겠지만, 현행범인을 체포하기 위해서이기도 하다. 하지만 후자의 경우에도 경찰은 영장 없이 집안에 들어갈 수 있다. 왜냐하면 경찰은 형사소송법 제216조 제1항 제1호에 따라 현행범인을 체포하는 경우에 필요

찰의 행위가 가택수색에 해당하는지 여부에 달려 있기 때문에 가택수색에 해당하지 않는 가택출입에는 영장주의가 적용되지 않는다. 이 점은 종종 오인되고 있다.

#### 다. 가택출입의 시간

경직법 제7조는 위험방지를 위한 출입의 유형을 제1항과 제2항으로 나누어 규정하고 있다. 문헌에서는 경직법 제7조 제1항에 따른 출입을 '긴급출입', 경직법 제7조 제2항에 따른 출입을 '예방출입'이라 부르고 있다. 이 경우 경직법 제7조 제2항은 '예방출입'과 관련하여 시간상의 제한을 두고 있다. 즉 경직법 제7조 제2항에 따르면 경찰관은 범죄의 예방 또는 인명, 신체와 재산에 대한 위해예방을 목적으로 흥행장·여관·음식점·역 기타 다수인이 출입하는 장소에 출입할 수 있지만, 그 출입은 '영업시간 또는 공개시간' 내에서만 가능하다. 이에 반하여 경직법 제7조 제1항은 '긴급출입'과 관련하여 시간상의 제한을 두고 있지 않다. 따라서 경찰관은 특정사안이 경직법 제7조 제1항에 규정된 요건을 충족시키는 경우, 즉 인명, 신체 또는 재산에 대한 절박한 위해를 방지하거나 피해자의 구조를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 "야간에도" 타인의 가택 내에 출입할 수 있다.<sup>26)</sup> 이러한 점에서 '수원중부 부녀자 살인사건'에서는 비록 밤늦은 시간이긴 하였지만, 경찰은 피해여성을 긴급구조하기 위하여 부득이하게 집안으로 들어갈 수 있었다. 그러나 언론을 통해 알려진 바에 따르면 사건 당시 현장에 출동한 경찰들은 밤이 늦어 주민의 취침에 방해될 것을 염려해 주변 불이 켜진 주택가에 귀 기울여 여자 비명소리 유무 등만을 확인하고 적극적인 가택출입을 실시하지 않았다고 한다.<sup>27)</sup> 생각건대, 당시 경찰들

---

한 때에는 영장 없이 타인의 집안에 들어가 피의자의 발견을 위한 수색을 할 수 있기 때문이다. '수원중부 부녀자 살인사건'에서는 현행범인을 체포할 긴급한 필요가 있었으므로, 경찰은 영장 없이도 피의자가 있을 개연성이 있는 집안에 들어가 피의자의 발견을 위한 수색을 할 수 있었다.

26) 같은 견해로는 홍정선, 「경찰행정법」, 박영사, 2010, 273면 참조.

27) 조선일보 2012년 4월 9일 기사("[수원 20대 여성 토막 살해 사건] 피살 여성 6시간 살아있었는데... 경찰, 구할 기회 4번 놓쳐") 참조.



이 밤늦은 시간임을 이유로 적극적인 가택출입조치를 실시하지 않았던 이유는 “일출 전, 일몰 후에는 압수·수색영장에 야간집행을 할 수 있는 기재가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선거 내에 들어가지 못한다.”고 규정하여 압수·수색의 야간집행을 제한하고 있는 형사소송법 제125조,<sup>28)</sup> 제219조<sup>29)</sup> 때문인 것으로 풀이된다. 말하자면 생명, 신체에 대한 절박한 위해로부터 피해여성을 긴급구조하기 위하여 경직법상의 가택출입조치가 절실한 상황이었음에도 경찰은 형사법적인 사고의 틀에 갇혀 이를 적극적으로 실시하지 않았던 것이다. 그러나 형사소송법 제125조, 제219조와 달리 경직법 제7조 제1항은 이러한 ‘야간집행의 제한’을 두고 있지 않으므로, 경찰관은 생명, 신체에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 야간에도 타인의 가택 내에 출입할 수 있다.

### Ⅲ. 이른바 ‘경찰긴급상황’

#### 1. 경찰책임의 원칙

‘수원중부 부녀자 살인사건’에서 경찰이 행하는 가택출입조치는 경직법 제7조 제1항에 그 근거를 둔 행위이고, 사실관계 또한 동 조항에 규정된 요건을 충족시키고 있지만, 경찰이 행하는 가택출입조치가 적법하기 위해서는 궁극적으로 당해 조치가 정당한 대상자에게 발해져야 한다. 사실 경직법 제7조 제1항은 경찰관에게 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입할 수 있는 권

28) 형사소송법 제125조(야간집행의 제한) 일출전, 일몰후에는 압수·수색영장에 야간집행을 할 수 있는 기재가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선거 내에 들어가지 못한다.

29) 형사소송법 제219조(준용규정) 제106조, 제107조, 제109조 내지 제112조, 제114조, 제115조 제1항 본문, 제2항, 제118조부터 제132조까지, 제134조, 제135조, 제140조, 제141조, 제333조 제2항, 제486조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다.

한을 부여하고 있지만, '누가' 당해 조치의 대상자가 될 수 있는지, 즉 경찰은 위험방지를 위하여 '누구'의 가택 내에 출입할 수 있는지에 관하여 규정하고 있지 않다. 법문에는 단지 '타인의 건물 내'라고만 규정되어 있을 뿐이다. 이와 같이 경직법상의 수권규정이 경찰관에게 위험방지조치를 취할 수 있는 권한을 부여하면서도 누가 당해 조치의 대상자가 될 수 있는지에 관하여 명확한 규정을 두고 있지 않은 경우에는 '경찰책임에 관한 일반원칙'에 따라 판단되어야 한다.<sup>30)</sup> 경찰책임에 관한 일반원칙은 위험방지조치의 대상이 되는 대상자의 범위를 정하고, 당해 조치가 취해져야 할 방향을 제시해 준다. 이에 따라 '수원중부 부녀자 살인사건'에서 경찰이 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입하는 경우에는 우선적으로 '경찰책임자'(행위책임자 또는 상대책임자)<sup>31)</sup>의 가택 내에 출입하여야 한다.

'수원중부 부녀자 살인사건'에서는 자신의 행위를 통해 생명 또는 신체에 대한 위협 또는 장해를 직접 야기한 오원춘이 경찰책임자(행위책임자)로서 고려되므로, 경찰은 위험방지를 위하여 우선적으로 경찰책임자인 오원춘의 가택 내에 출입하여야 한다. 하지만 '수원중부 부녀자 살인사건'의 특수성은 피해여성의 성폭행 신고에 경찰의 대응미숙과 112의 상황오판 그리고 위치추적권<sup>32)</sup>

30) 현행 경직법은 독일의 주(州) 경찰법에서와 같은 경찰책임에 관한 일반규정을 두고 있지 않다. 이로 인하여 우리나라에서 경찰책임은 경찰권발동을 제한하기 위한 일반원칙으로서 논의되고 있다. 사실 독일의 주(州) 경찰법에서와 같이 경찰책임에 관한 일반규정이 경직법에 마련되어 있다 해도 이러한 일반규정은 경찰이 경찰책임자를 대상으로 행하는 위험방지 또는 장해제거 조치의 독자적 수권근거가 되지 못한다. 경찰책임에 관한 일반규정은 다른 수권근거에 의거한 위험방지 또는 장해제거 조치가 누구에게 취해져야 하는지와 관련하여 그 방향을 정해 줄 뿐이다. 이에 대해서는 손재영, 「경찰법 - 경찰법의 기본체계와 이론적 기초 -」, 박영사, 2012, 269면 이하 참조.

31) 자신의 행위나 자신의 지도·감독 하에 있는 사람의 행위를 통해 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위협 또는 장해를 야기한 자가 '행위책임자'이다. 다른 한편, 위협 또는 장해는 물건의 상태에서부터도 발생할 수 있는바, 이 경우 물건의 소유자, 그 밖의 권리를 행사하는 자 또는 물건을 사실상 지배하고 있는 자가 '상대책임자'가 된다. 이러한 두 가지 책임은 한 사람에게 동시에 발생할 수도 있다('복합책임 또는 이중책임'). 예를 들어 차량소유자가 교통사고를 일으켰고 이로 인하여 부서진 차체(車體)가 도로상에 그대로 방치되어 교통상의 장해를 일으키고 있는 경우가 바로 그러하다. 이에 대해서는 Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 2011, Rn. 229 참조.

32) '수원중부 부녀자 살인사건' 당시 경찰청이 운영하는 112의 경우, 소방방재청이 운영하는 119의 경우와 달리 '자동위치추적권한'이 없었다. 112신고를 받는 요원은 전화를 건 상대방

의 부재로 인하여 경찰은 오원춘의 위치추적에 실패하였다는 점이다. 이에 따라 정확한 범행 장소를 알지 못한 경찰로서는 범행 추정 장소의 범위 내에 있는 '비책임자'의 가택 내에 출입할 수 있는지의 문제가 제기된다. 후술하는 바와 같이 비책임자에 대한 경찰조치는 최후수단으로서 소위 '경찰긴급상황'의 요건 하에서 단지 예외적으로만 고려될 수 있는바, 이에 따라 '수원중부 부녀자 살인사건'에서 경찰이 비책임자의 가택 내에 출입하는 것은 '경찰긴급상황'의 요건을 충족시킬 경우에만 정당화될 수 있다.

## 2. 경찰긴급상황

### 가. 의의

경찰책임에 관한 일반원칙에 따르면 경찰은 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 위험 또는 장애가 존재하는 경우, 원칙적으로 경찰책임자에게 조치를 취하거나 경찰 자신의 고유한 인적 또는 물적 수단을 사용하여 위험방지나 장애제거를 하여야 한다. 하지만 생명, 신체에 대한 임박한 위험이나 장애가 경찰책임자에 대한 조치나 경찰의 자력으로서는 방지 또는 제거될 수 없는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 아주 엄격한 요건 하에서 예외적으로 위험 또는 장애에 대해 책임이 없는 자, 즉 비책임자에 대한 경찰조치가 허용된다. 이와 같이 경찰이 경찰책임자가 아닌 비책임자에게 조치를 취하는 경우를 일컬어 '경찰긴급상황'이라 한다.<sup>33)</sup> 경찰책임자에 대한 조치와 비교할 때, 비책임자에 대한 조치는 아주 엄격한 요건 하에서만 허용되고, 그 내용상의 범위와 관련하여서도 제한을 받는다.<sup>34)</sup>

을 통해 주소를 확인하거나 전화건 사람의 동의를 받아 위치추적을 해야만 했다. 이에 따라 수원 사건 당시 경찰은 위치추적이 되지 않아 결국 피해여성의 유가족이 소방방재센터에 전화를 걸어 소방방재센터가 경찰을 대신하여 위치를 추적해 주게 되었다. 헤럴드경제 2012년 4월 10일 기사("수원 살인, 112위치추적 안 되는 이유 봤더니?") 참조.

33) 이에 관해서는 또한 손재영, 「경찰법 - 경찰법의 기본체계와 이론적 기초 -」, 박영사, 2012, 388면 이하 참조.

34) Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 2011, Rn. 312 참조.

## 나. 요건

경찰책임자에 대한 경찰조치와 비교할 때, 비책임자에 대한 경찰조치는 아주 엄격한 요건 하에서만 허용되는바, 비책임자에 대한 경찰조치의 요건은 다음과 같다.<sup>35)</sup>

### (1) 이미 장해가 존재하거나 중대한 위험이 임박할 것

첫째, 이미 장해가 존재하거나 위험이 임박하여야 한다. 이에 따라 위험발생의 시간적 근접성이 요구되며, 또한 비례원칙의 적용을 받는 결과, 방지되어야 하는 위험은 중대한 것이어야 한다.<sup>36)</sup> 따라서 개인의 생명, 신체, 건강, 자유, 중요한 재산적 가치가 있는 것 또는 국가의 존속 등과 같은 특별히 높은 가치를 갖는 보호법익이 위협할 것이 요구된다. '수원중부 부녀자 살인사건'의 경우, 피해여성은 오원춘으로부터 성폭행을 당하고 있는 상황이었으므로, 여기서는 이미 장해가 존재한다고 볼 수 있다.

### (2) 경찰책임자를 통한 위험방지나 장해제거가 불가능할 것

둘째, 위험방지나 장해제거가 경찰책임자에 대한 조치를 통해서서는 불가능하거나 설령 가능하다 하더라도 어떠한 성과도 기대할 수 없어야 한다. 물론, 이에 대한 판단은 경찰작용을 행하는 시점에서 경찰관이 합리적으로 평가하였을 때에 나타나는 상황이 그 기준이 되어야 한다. 따라서 경찰책임자에 대한 조치를 통해서 위험방지가 가능하였음이 나중에 밝혀졌다 하더라도 경찰이 경찰작용을 행하는 사전적 시점에서 이를 인식할 수 없었다면 경찰작용의 적법성에는 아무런 문제가 없다. 경찰책임자가 존재하지 않거나 경찰책임자를 알 수 없을 때, 나아가 경찰책임자에게 조치를 취한다면 너무 늦은 것이 될 때나 경찰책임자에게 조치를 취하는 것이 법적인 이유(예: 과잉금지원칙에

35) 비책임자에 대한 경찰권발동의 요건에 관해서는 또한 서정범, "비책임자에 대한 경찰권발동에 관한 법적 고찰", 「안암법학」 제25권, 안암법학회, 2007, 272면 이하 참조.

36) 여기서와 다른 견해로는 Würtenberger/Heckmann, *Polizeirecht im Baden-Württemberg*, 6. Aufl., 2005, Rn. 474 참조.

대한 위반)로 허용되지 않을 때에도 경찰책임자에 대한 조치를 통해서는 위험방지나 장애제거가 불가능한 경우에 해당한다.<sup>37)</sup> '수원중부 살인사건'의 경우, 경찰은 대응미숙과 112의 상황오판 그리고 위치추적권의 부재로 인하여 경찰책임자인 오원춘의 위치추적에 실패하였으므로, 경찰은 경찰책임자를 통한 위험방지나 장애제거가 불가능한 경우에 해당한다. 이에 따라 '수원중부 부녀자 살인사건'은 경찰긴급상황의 두 번째 요건도 충족시킨다.

### (3) 비책임자에 대한 조치가 경찰에게 남겨진 마지막 수단일 것

셋째, 경찰이 자신의 고유한 인적 또는 물적 수단을 통해서나 타인에 대한 위임을 통해서 위험 또는 장애를 적시에 방지 또는 제거할 수 없어야 한다. 이에 따라 비책임자에 대한 경찰조치는 단지 '최후수단'(ultima ratio)으로서만 고려될 수 있다. '수원중부 부녀자 살인사건'의 경우, 피해여성은 자신이 '집안'에서 성폭행을 당하고 있음을 신고하였으나 경찰이 피해여성의 위치추적에 실패함으로써 결국 경찰은 범행 추정 장소의 범위 내에 있는 비책임자의 가택 내에 출입하지 않고서는 피해여성을 구조할 수 없는 상황이었다. 이에 따라 '수원중부 부녀자 살인사건'은 경찰긴급상황의 세 번째 요건도 충족시킨다.

### (4) 비책임자가 수인할 수 있는 조치일 것

넷째, 경찰은 비책임자를 증대한 위험에 처하게 하거나 보다 고차원적인 의무를 침해함이 없이 조치를 취할 수 있어야 한다. 예컨대 폭발의 위험이 존재하는 경우 비책임자에게 경찰조치를 취하여서는 아니 되며, 위급한 중환자를 치료중인 의사에게 교통사고로 다친 다른 사람의 치료를 명하는 것도 허용되지 않는다.<sup>38)</sup> 언론을 통해 알려진 바에 따르면 사건 당시 피해여성의 남동생은 현장에 있던 경찰에게 '누나가 건물 안에 있다면 주민들을 다 깨우더라도 집집마다 문을 두드려가며 살살이 뒤져야 하는 것 아니냐'고 말했지만, 경찰은 밤이 늦어 이것이 현실적으로 어렵다는 말만 되풀이했다고 한다.<sup>39)</sup> 사실 경찰

37) Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 2011, Rn. 315 참조.

38) 정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2012, 1119면 참조.

39) 조선일보 2012년 4월 9일 기사("[수원 20대 여성 토막 살해 사건] 피살 여성 6시간 살아있

이 위험방지를 목적으로 범행 추정 장소의 범위 내에 있는 비책임자의 가택 내에 출입한다면 밤늦은 시간으로 인하여 주민의 취침에 방해가 되겠지만, 이것이 주민을 중대한 위협에 처하게 하거나 고차원적인 의무를 침해한다고 볼 수 없기 때문에 '수원중부 부녀자 살인사건'은 경찰긴급상황의 네 번째 요건도 충족시킨다. 결국 '수원중부 부녀자 살인사건'은 경찰긴급상황의 네 가지 요건을 모두 충족시키므로, 경찰은 성폭행과 더불어 살해의 위협을 받고 있던 피해여성을 긴급구조하기 위하여 범행 추정 장소의 범위 내에 있는 비책임자의 가택 내에 출입할 수 있었다는 결론이 도출된다.

## IV. 결 론

이상의 논의를 종합하면 다음과 같은 점이 확정될 수 있다:

1. 경찰관이 위험방지를 목적으로 거주인의 동의나 승낙 없이 가택 내에 출입한다면 헌법 제16조에 의하여 보호되는 주거의 자유가 제한될 수 있기 때문에 이를 위해서는 법률유보원칙에 따라 법률의 수권을 필요로 한다. 경직법 제7조 제1항은 경찰관에게 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입할 수 있는 권한을 부여하고 있으므로, 동 조항은 경찰이 행하는 가택출입조치에 대한 법적 근거로서 고려될 수 있다. 그러나 경직법 제7조 제1항은 경찰관에게 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 '출입'할 수 있는 권한을 부여하고 있을 뿐 그 내부를 '수색'할 수 있는 권한을 부여하고 있지 않으므로, 경찰관은 거주인의 동의나 승낙 없이는 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 들어가 그 내부를 체계적으로 살살이 뒤져 찾을 수 없다.

2. 경직법 제7조 제1항에 따른 경찰관의 가택출입은 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위해서만

---

었는데... 경찰, 구할 기회 4번 놓쳐") 참조.

가능하다. 그것도 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조를 위하여 '부득이 하다고 인정될 때', 즉 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조가 타인의 가택 내에 출입하지 않고서는 불가능하거나 지극히 곤란한 경우에만 허용된다. 나아가 그 출입이 인명·신체 또는 재산에 대한 절박한 위해를 방지하거나 피해자의 구조를 위하여 불가피하게 요청되는 경우에도 '필요한 한도 내에서'만 허용된다. 따라서 경직법 제7조 제1항에 따른 경찰관의 가택출입은 비례원칙에 대한 주의 하에 단지 '최후 수단'(ultima ratio)으로서만 허용된다.

3. 경직법 제7조 제4항은 경찰관이 타인의 가택 내에 출입할 때에는 그 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 함을 규정하고 있을 뿐, 법관이 발부하는 영장을 제시하여야 함을 규정하고 있지 않다. 사실 경찰관이 거주자의 동의나 승낙을 받지 않고 가택 내에 출입하는 경우에는 주거의 자유가 제한될 수 있지만, 헌법 제16조 제2문에 따른 영장주의의 적용은 경찰관의 행위가 '가택수색'에 해당하는지 여부에 달려 있기 때문에 가택수색에 해당하지 않는 '가택출입'에는 영장주의가 적용되지 않는다. 따라서 경찰관이 생명, 신체 또는 재산에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조를 위하여 타인의 가택 내에 출입할 때에는 법관이 발부하는 영장을 제시하지 않아도 된다.

4. 오늘날 학설과 판례에 의하여 인정된 바에 따르면 위험방지(범죄예방 포함)의 목적에 기여하는 예방경찰작용은 범죄수사의 목적에 기여하는 진압경찰작용보다 더 광범위하게 허용된다. 사실 형사소송법도 국가에게 맡겨진 기본권 보호의무에 기여하지만, 형사소송법은 이미 자행된 범죄를 전제로 하고 있다. 즉 형사소송법은 이미 행하여진 범익침해에 대한 규명과 제재에 제1차적 목적이 있다. 이에 반하여 경찰법은 개인의 생명, 신체 또는 재산과 같은 법익을 급박한 침해로부터 보호하는 것, 따라서 계획 또는 실행되고 있는 범죄를 예방하거나 저지하는 것에 주된 목적이 있다. 이로써 경찰법은 적어도 '구체적 위험'<sup>40)</sup>의 방지가 문제되고 있는 한, 형사소송법보다 국가의 기본권 보호의무와 더 강한 관련성을 갖는다. 이러한 점은 무엇보다 "야간에도" 가택

출입을 허용하고 있는 경직법 제7조 제1항에 잘 나타나 있다. 즉 경직법 제7조 제1항은 형사소송법 제125조, 제219조와 달리 '야간집행의 제한'을 두고 있지 않으므로, 경찰관은 생명, 신체 또는 재산에 대한 절박한 위해의 방지나 피해자의 구조를 위하여 부득이하다고 인정될 때에는 야간에도 타인의 가택 내에 출입할 수 있다.<sup>41)</sup>

5. 경찰관이 위험방지를 목적으로 타인의 가택 내에 출입하는 경우에는 우선적으로 '경찰책임자'(행위책임자 또는 상태책임자)의 가택 내에 출입하여야 한다. 하지만 경찰책임자의 소재를 알 수 없어 생명, 신체에 대한 임박한 위험이나 장애가 경찰책임자의 가택 내에 출입하는 것을 통해서는 방지 또는 제거될 수 없는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 소위 '경찰긴급상황'의 엄격한 요건 하에서 예외적으로 위험 또는 장애에 대해 책임이 없는 자, 즉 비책임자의 가택 내에 출입하는 것이 허용된다.

6. 경찰책임자에 대한 경찰조치와 비교할 때, 비책임자에 대한 경찰조치는 아주 엄격한 요건 하에서만 허용되는데, 비책임자에 대한 경찰조치의 요건은 다음과 같다: 첫째, 이미 장애가 존재하거나 중대한 위험이 임박할 것, 둘째, 위험방지 또는 장애제거가 경찰책임자에 대한 조치를 통해서는 불가능하거나 설령 가능하더라도 어떠한 성과도 기대할 수 없을 것, 셋째, 경찰이 자신의 고유한 인적 또는 물적 수단을 통해서나 타인에 대한 위임을 통해서 위험 또는 장애를 적시에 방지 또는 제거할 수 없을 것, 넷째, 경찰이 비책임자를 중대한 위험에 처하게 하거나 보다 고차원적 의무를 침해함이 없이 조치를 취할 수 있을 것.

40) 여기서 '구체적 위험'이란 경직법에 정의가 되어 있지 않기 때문에 그 의미와 관련하여서는 논쟁이 될 수 있지만, "개별사례에서 실제로 또는 최소한 경찰공무원의 사전적 관점에서 사실상태를 합리적으로 평가하였을 때 가까운 장래에 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상황"을 말한다.

41) 이 경우, 가택수색이라고 하여 예외가 아니다. 예를 들어 위험방지를 목적으로 가택출입과 더불어 가택수색도 허용하고 있는 독일 경찰법 모법초안(MEPolG) 제19조 제2항은 생명, 신체, 자유 또는 중요한 가치를 갖는 재산에 대한 현재의 위험을 방지하기 위하여 필요한 경우에는 "야간에도" 가택수색을 허용하고 있다.



## 참고문헌

- 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2004.
- 배종대/이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2004.
- 손재영, 「경찰법 - 경찰법의 기본체계와 이론적 기초 -」, 박영사, 2012.
- 정하중, 「행정법개론」, 법문사, 2012.
- 홍정선, 「경찰행정법」, 박영사, 2010.
- 서정범, “비책임자에 대한 경찰권발동에 관한 법적 고찰”, 「안암법학」 제25권, 안암법학회, 2007, 272면 이하.
- 손재영, “경찰법상의 개괄적 수권조항 - 개괄적 수권조항의 기능 및 적용영역을 중심으로 -”, 「법학논고」 제31집 별호, 경북대학교 법학연구원, 2009, 523면 이하.
- 손재영, “경찰관직무집행법 제7조에 따른 위험방지를 위한 출입에 있어서 ‘출입’의 개념”, 「공법연구」 제39집 제2호, 한국공법학회, 2010, 519면 이하.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 2011.
- Würtenberger, Thomas/Heckmann, Dirk, *Polizeirecht im Baden-Württemberg*, 6. Aufl., 2005.
- Guttenberg, Ulrich, “Die heimliche Überwachung von Wohnungen”, *NJW* 1993, 567 ff.
- Ruthig, Josef, “Die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG n.F.)”, *JuS* 1998, 506 ff.

[Zusammenfassung]

## Das Betreten von Wohnungen zum Zwecke der Gefahrenabwehr und der polizeiliche Notstand

Son, Jae-Young

*Professor, Department of Police Law, Keimyung University*

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit dem Betreten von Wohnungen zum Zwecke der Gefahrenabwehr und dem polizeilichen Notstand. Das Betreten von Wohnungen zum Zwecke der Gefahrenabwehr ist in § 7 I des Koreanischen Polizeigesetzes (KPolG) geregelt. Hierbei ist unter Betreten das Eintreten, Verweilen und Besichtigen der Wohnung zu verstehen. Im KPolG fehlt es aber an einer Spezialbefugnis für die Durchsuchung von Wohnungen zum Zwecke der Gefahrenabwehr. Die Durchsuchung meint die ziel- und zweckgerichtete Suche nach Personen und Sachen in der Wohnung. Für beide gelten wegen der verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 16 S. 2 der Koreanischen Verfassung (KV) unterschiedliche Anforderungen. Die Durchsuchung ist in Konsequenz des Art. 16 S. 2 KV grundsätzlich nur auf Grund richterlicher Anordnung zulässig.

Nach § 7 I KPolG kann die Polizei eine Wohnung ohne Einwilligung des Inhabers betreten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das zur Abwehr einer dringenden Gefahr für Leib, Leben oder Sachen von bedeutendem Wert erforderlich. Auch während der Nachtzeit ist das Betreten einer Wohnung in den Fällen des § 7 I KPolG zulässig. Die Polizei darf nämlich eine Wohnung zur Abwehr dringender Gefahren jederzeit betreten. In § 7 II KPolG ist hingegen geregelt, dass Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie andere Räume, die der Öffentlichkeit zugänglich

sind, zum Zwecke der Gefahrenabwehr während der Arbeits- oder Geschäftszeit betreten werden dürfen.

Einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung kann die Polizei an sich auf zwei Wegen begegnen, nämlich durch den Einsatz eigener Mittel oder durch die Inanspruchnahme eines Störers. Es gibt allerdings Situationen, in denen es aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist. So kann ein Störer nicht oder nicht rechtzeitig feststellbar oder zur Gefahrenabwehr nicht in der Lage sein. Der Polizei kann die zur Gefahrenabwehr notwendigen Mittel fehlen. Jedoch kann einem an der Gefahrensituation unbeteiligten Dritten die Abwehr der Gefahr ohne weiteres möglich sein. Bei einer solchen Sachlage spricht man von "polizeilichem Notstand". Im Vergleich zu der Inanspruchnahme von Störern ist die Inanspruchnahme des Nichtstörers an strengere Voraussetzungen gebunden und auch hinsichtlich ihrer sachlichen Reichweite eingeschränkt. Maßnahmen gegen Nichtstörer ist nur dann zu rechtfertigen, wenn (1) eine Störung oder eine gegenwärtige erhebliche Gefahr abzuwehren ist, (2) Maßnahmen gegenüber dem Störer nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen, (3) die Polizei die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch Beauftragte abwehren kann und (4) die Personen ohne erhebliche eigenen Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden können.

**Key words** : Gefahrenabwehr, Wohnung, Betreten, Durchsuchung, Notstand

