

고권주체의 경찰책임

손재영*

차 례

- I. 서
- II. 고권주체의 실질적 경찰책임
- III. 고권주체의 형식적 경찰책임
- IV. 결론

I. 서

1. 문제제의 입문

공공의 안녕과 질서에 대한 위협은 사인(私人)뿐만 아니라, 고권작용을 행하는 국가기관과 공적 직무수행에 기여하는 물건의 상태에 의해서도 야기될 수 있다. 예를 들어 국공립학교나 비행기장 또는 군부대의 사격장에서 발생하는 소음을 생각해 볼 수 있다.¹⁾ 그 경우에는 고권주체의 경찰책임에 관한 문제가 제기된다. 여기서 '고권주체'란 공법규범에 의해 직무가 부여된 모든 기관, 즉 공법상의 직무를 수행해야 하는 모든 기관을 의미한다. 여기에는 행정주체(국가, 지방자치단체와 그 밖의 공법인)와 공법상의 직무를 수행하는 행정주체의 기관, 특히 행정청이 포함된다.²⁾ 고권주체의 경찰책임은 실질적 경찰책임과 형식적 경찰책임으로 구분된다. 먼저 고권주체의 실질적 경찰책임은 고권주체는 자신에게 부여된 공법상의 직무를 수행함에 있어 위험방지에 관한 법규정의 구속을 받는지 만일 구속을

* 계명대학교 법학부 전임강사, 법학박사.

1) Götzt, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2004, Rn. 238.

2) Gusy, Polizeirecht, 5. Aufl., 2003, Rn. 139.

받는다면 얼마만큼 구속을 받는지에 관한 문제이다.³⁾ 그에 비해 형식적 경찰책임의 경우에는 위험방지에 대해 관할권을 가진 행정청(이하 '경찰행정청' 또는 '경찰'로 약칭한다)은 위험을 야기한 고권주체에게 위험방지조치를 취할 권한이 있는지, 즉 고권주체가 공법상의 직무를 수행하는 과정에서 공공의 안녕이나 질서에 대한 위험을 야기한 경우, 경찰행정청은 위험방지를 위해 경찰책임자가 된 고권주체에게 구속력 있는 명령을 내릴 수 있는지 여부가 문제된다.⁴⁾ 아래에서는 이러한 고권주체의 경찰책임에 관한 문제를 다룬다.⁵⁾ 그 경우에는, 특히 지금까지 문헌에서 비교적 소홀하게 다뤄져 왔던 고권주체의 형식적 경찰책임에 관한 문제를 다룬다. 문헌에서 개진된 지배적 견해⁶⁾에 따르면 고권주체의 실질적 경찰책임은 형식적 경찰책임과 엄격하게 구분되어야 하고, 그 경우 실질적 경찰책임은 원칙적으로 인정되지만, 그에 반해 형식적 경찰책임은 부인된다고 한다. 말하자면 고권주체의 행위는 공공의 안녕을 위협하게 할 수 있지만, (그럼에도 불구하고) 고권주체는 경찰처분의 대상이 될 수 없다는 것이다. 이런 점에서 고권주체의 실질적 경찰책임과 형식적 경찰책임 간에는 불일치가 존재한다. 그러나 지배적 견해가 고권주체의 형식적 경찰책임을 부인하는 이유로 들고 있는 논거들은 설득력이 없으며, 특히 최근 내려진 법원의 판결⁷⁾은 더 이상 지배적 견해가 받아들여질

3) Schoch, Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern, JURA 2005, 324, 325.

4) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 294 참조.

5) 이에 관한 국내문헌으로는 예컨대 홍정선, 구청의 경찰책임 등, 고시계 1993년 7월호(통권 제437호), 1993. 6, 177면 이하; 정하중, 경찰법상의 책임, 공법연구 제25집 제3호, 1997, 129면 이하 참조.

6) 지배적 견해에 대해서는 예컨대 김성수, 개별행정법, 법문사, 2001, 498면; 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007, 280면; BVerwGE 29, 52, 59; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 294; Gusy, Polizeirecht, 5. Aufl., 2003, Rn. 141; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2004, Rn. 352; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 234; Würtenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Aufl., 2002, Rn. 492 참조.

7) 최근 판결에 대해서는 서울행정법원 2007. 1. 31 선고, 2006구합21504 판결; BVerwG, NVwZ 1999, 421; BVerwGE 117, 1, 7=NvWZ 2003, 346, 347; BVerwG, NVwZ 2003, 1252, 1253; OVG SH, NVwZ 2000, 1196; VGH BW, VBIBW 2001, 496 참

수 없음을 잘 보여 준다. 무엇보다 지배적 견해가 그 존재를 주장하고 있는 위험 방지법상 불문(不文)의 일반원칙, 즉 고권주체는 형식적 경찰책임을 지지 않으며, 따라서 경찰행정청은 위험방지를 위해 다른 고권주체에게 명령을 내려서는 안 된다는 원칙은 포기되어야 한다. 고권주체의 형식적 경찰책임을 위험방지조치에 의해 다른 고권주체의 공적 직무수행이 거의 불가능하게 되는 (극히 제한된) 예외적 사례에서만 제한될 수 있다. 이런 점에서 아래의 글은 고권주체의 실질적 경찰책임과 형식적 경찰책임을 일치한다는 입장을 지원하는 것에 주된 목적이 있다.

2. 사례

이하에서는 고권주체의 경찰책임에 관한 문제를 다룬다. 그 경우에는 다음에 인용된 사례의 도움으로 고권주체의 경찰책임에 관한 문제를 보다 명확히 하고자 한다.

사례 1 : △△매립지관리공사는 A시(市)에 위치한 △△매립지(광역폐기물처리 시설)를 환경상 안정하고 효율적으로 관리하기 위해 설립된 공법인이다. △△매립지관리공사는 △△매립지에 반입되는 폐기물을 처리하기 위하여 매립시설을 운영하고 있다. 그런데 매립시설 인근에 거주하는 ‘갑’은 이곳에서 배출되는 허용기준을 초과하는 악취로 인하여 주거생활의 안정을 방해받아 집안에서 휴식과 숙면을 취할 수 없었고, 병원에서 치료를 받는 등 신체적·정신적 손해를 입고 있다. ‘갑’은 A시장에게 악취를 저감(低減)하기 위해 필요한 조치를 △△매립지관리공사에 명해 줄 것을 요구하였다.⁸⁾ 이에 A시장은 먼저 △△매립지관리공사에게 악취가 배출허용기준 이하로 내려가도록 필요한 조치를 취할 것을 권고하였지만, △△매립지관리공사가 권고사항을 이행하지 않자, 악취저감조치를 명령하였다.⁹⁾

조.

8) 이와 유사한 사례로는 Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 222에 있는 [사례 1] 참조.

9) 악취방지법 제14조 ① 시장·군수·구청장은 악취관리지역 밖의 사업장에서 배출되는 악취가 제7조 제1항의 규정에 따른 배출허용기준을 초과하는 경우에는 당해 사업장을 운영하는 자에게 그 악취가 제7조 제1항의 규정에 따른 배출허용기준 이하로 내려가도록 필요한

사례 2 : F시(市)는 오래 전부터 실내수영장을 운영하여 왔다. 실내수영장은 주민들로부터 많은 인기를 누렸기 때문에, F시는 물놀이 시설을 갖춘 약 300㎡ 크기의 야외풀장을 만들어 수영장을 확장했고, 이것을 공공시설로 운영하고 있다. 그러나 야외풀장이 개장된 후, 인근에 거주하는 주민들은 야외풀장에서 발생하는 소음에 대해 여러 차례 항의를 하였다. 이곳은 야외풀장 남쪽에 위치해 있고, 도시관리계획에 주거지역으로 지정된 지역이다. 소음측정 결과, 야외풀장에서 발생하는 소음은 주거지역 소음규제기준을 훨씬 초과하는 것으로 밝혀졌다. 환경부장관은 F시에게 야외풀장이 영향을 미치는 지역에는 50dB(A)의 소음규제기준이 적용되기 때문에, 방음벽을 설치하는 등 적절한 조치를 통하여 이러한 규제기준을 준수할 것을 권고하였다. 그러나 F시가 지방자치행정권에 대한 지적 하에 이를 거부하자, 환경부장관은 F시에게 ○○만원의 과태료를 부과하는 처분을 하였다.¹⁰⁾

사례 3 : 재단법인 ○○동산은 N구(區)에 위치한 국가 소유의 토지에 ‘클레이 사격장’을 운영하고 있다. 그런데 토양오염실태조사와 토양정밀조사 결과, 클레이 사격장에서 우려기준을 넘는 납(Pb)이 검출되어 이 지역의 토양이 심각하게 오염된 것으로 밝혀졌다. 이에 N구청장은 클레이 사격장 운영자인 ○○동산에게 오염 토양 방지조치 명령을 내렸지만, 이것이 이행되지 않자, 토지소유자인 국가에게 오염된 토양의 정화를 내용으로 하는 오염토양 정화조치 명령을 내렸다. 이에 대해 국가는 N구청장은 자신에게 처분을 명할 권한이 없다고 주장하며 소송을 제기하였다.¹¹⁾

사례 4 : ○○강의 특정 구간에서 기름띠가 발견되었다. 그러나 누가 ○○강의

조치를 할 것을 권고할 수 있다. ② 시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 따라 권고를 받은 자가 권고사항을 이행하지 아니하는 때에는 악취를 저감하기 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다.

10) 유사한 사례로는 HessVGH, NVwZ 2002, 889와 BVerwGE 117, 1=NVwZ 2003, 346 참조.

11) 서울행정법원 2007. 1. 31 선고, 2006구합21504 판결 참조.

오염에 대해 책임이 있는지 밝혀지지 않았다. 기름띠가 확산될 우려가 있었기 때문에, K시(市)는 오염의 확산을 막기 위해 소방서를 투입하여 기름띠를 제거하는 조치를 취하였다. 그 후, K시는 소방서 투입에 들어간 비용을 국가에게 청구하였다. 그러나 국가가 비용지급을 거부했기 때문에, K시는 법적 대응을 하기 위해 국가는 하천의 소유자로서 경찰법상의 상태책임을 지는지를 전문가에게 문의하고 있다.¹²⁾

II. 고권주체의 실질적 경찰책임

1. 경찰책임자로서 고권주체

고권작용(공법작용)을 행하는 행정기관의 행위나 공적 직무수행에 기여하는 물건의 상태도 공공의 안녕과 질서를 위협하게 할 수 있다. 예컨대 고권주체가 (경찰법상의 개괄적 수권조항이 그 불가침을 보호법적으로 하는) 공법규범을 위반한다면, 고권주체는 공공의 안녕에 대한 위협을 야기한 것이 된다. 그러나 공법규범에 대한 위반은 그 전제로서 고권주체가 원칙적으로 공법규범의 구속을 받는 경우에만 존재할 수 있다.¹³⁾

오늘날 고권주체의 실질적 경찰책임은 학설과 판례에 의하여 광범위한 인정을 받고 있다.¹⁴⁾ 그에 따라 고권주체도 원칙적으로 실질적 경찰법의 구속을 받고, 따라서 모든 고권주체는 현행의 위험방지법을 준수해야 한다. 위험방지법을 준수

12) 유사한 사례로는 VGH Kassel, DÖV 1992, 752와 HessVGH, DÖV 1992, 752 참조.

13) Wallerath/Strätker, Zustandshaftung von Hoheitsträgern und zivilrechtlicher Eigentumsbegriff im Ordnungsrecht, JuS 1999, 127, 130 참조.

14) 종래 지배적 견해에 따르면 고권주체는 경찰책임자가 될 수 없었다. 이것은 경찰법상의 책임과 관련하여 고권주체는 사법상의 권리주체와 동일하게 다루어져서는 안 된다는 것을 의미한다. 그러나 최근에는 고권주체도 당연히 경찰책임자가 될 수 있다는 견해가 지배적이다. 이에 대해서는 예컨대 HessVGH, NVwZ 1997, S. 304, 305; Glöckner, Anordnungsbefugnis der Immissionsschutzbehörden gegenüber kommunalen Anlagenbetreibern nach § 24 BImSchG, NVwZ 2003, 1207 참조.

해야 할 고권주체의 의무는 행정의 법률적합성 원칙에서 도출된다. 왜냐하면 동 원칙의 한 요소인 법률우위의 원칙은 고권주체에게 자신의 행위와 자신이 지배하는 물건의 상태를 위험방지법상의 원칙과 일치되도록 해야 할 의무를 부과하고 있기 때문이다.¹⁵⁾ 따라서 고권주체는 사법상의 권리주체와 마찬가지로 공공의 안녕과 질서를 위협하게 해서는 안 된다.

물론 고권주체는 공법상의 직무를 수행한다는 점에서 위험방지법을 준수해야 할 의무로부터 면제될 수 있다. 그래서 사인에게 금지된 특정한 행위가 법률의 규정에 의하여 공적 직무를 수행하는 고권주체에게는 허용될 수 있다. 예를 들어 은행강도를 추격하는 과정에서 경광등(警光燈)을 켜 채, 도로교통법규정을 위반한 경찰차는 (그럼에도 불구하고) 교통경찰에 의해 제지당하지 않을 수 있다. 왜냐하면 도로교통법 제29조의 규정은 범죄수사에 사용되는 경찰차는 공무수행을 위해 긴급하고 부득이한 경우, 도로교통법규정의 구속을 받지 않음을 규정하고 있기 때문이다. 그러나 문헌에서 개진된 일부 견해¹⁶⁾에 따르면 명문의 법률규정이 존재하지 않는 경우에도 ‘공공의 안녕’이라는 개념에 포함된 국가기관의 기능능력이라는 관점에서 고권주체의 실질적 경찰책임이 제한될 수 있다고 한다. 이에 따르면 만일 고권주체가 위험방지법을 준수할 경우 자신의 공적 직무수행이 제한을 받는다면, 위험방지와 직무수행 간에는 충돌이 발생할 수 있고, 여기서 고권주체에게 실질적 경찰책임이 존재하는지 여부를 확정하기 위하여 일면 위험방지의 이익과 타면 직무수행의 이익 간에 형량이 요구된다고 한다.¹⁷⁾ 만일 직무수행의 이익이 위험방지의 이익보다 우월하다면, 고권주체는 위험방지법의 실질적 구속을 받지 않고, 따라서 고권주체는 위험방지법상의 원칙을 준수함이 없이 자신에게 부여된 공적 직무를 수행할 수 있다고 한다.¹⁸⁾ 그러나 이러한 견해에 대해서는 민주적 법치국가라는 관점에서 다음의 비판이 가해질 수 있다: 사실 공무수행을

15) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 294 참조.

16) 이에 대해서는 예컨대 김성수, 개별행정법, 법문사, 2001, 497면; 류지태, 행정법신문, 신영사, 2006, 833면; 박균성, 행정법강의, 박영사, 2008, 1242면; 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007, 278면 참조.

17) Mutius, Der “Störer” im Polizei- und Ordnungsrecht, JURA 1983, 298, 301 참조.

18) Britz, Abschied vom Grundsatz fehlender Polizeipflicht von Hoheitsträgern?, DÖV 2002, 891, 898 참조.

위하여 불가피한 경우에는 고권주체의 실질적 경찰책임이 제한될 수 있지만, 사인에게 적용되는 실질적 경찰책임이 고권주체에게는 얼마만큼 제한될 수 있는가에 관한 문제는 매우 중요하고 본질적인 사항에 해당하기 때문에, 의회유보를 고려하여 이것은 입법자에 의해 규율되어야 한다는 점이다.¹⁹⁾ 말하자면 법률구속으로부터의 면제는 법률의 지배를 받는 행정청이 아니라, 바로 입법자가 결정해야 할 사항인 것이다. 헌법은 법률에 의하여 정당화되지 않은, 행정청의 형량결정에 근거한 법률구속의 면제를 허용하고 있지 않다.²⁰⁾ 따라서 명시적 법률의 수권(예컨대 도로교통법 제29조)이 존재하지 않는 한, 고권주체는 공공의 안녕과 질서를 위협하게 할 특권이 없다. 법률우위원칙에 따라 고권주체도 공적 직무를 수행하는 과정에서 위험방지에 관한 법규정의 구속을 받기 때문에, 이에 대한 면제가 법률에 의하여 특별히 규정된 경우를 제외하고는 고권주체는 자신의 행위나 자신이 지배하는 물건의 상태에 의해 공공의 안녕과 질서가 침해되지 않도록 해야 한다.²¹⁾

2. 사례의 해결

사례 1에서 △△매립지관리공사는 실질적 경찰책임을 진다. 이 경우, △△매립지관리공사가 운영하고 있는 매립시설은 악취방지법의 구속을 받는 악취배출시설(악취방지법 제2조 제3호 및 동 법 시행규칙 제3조 [별표 2] 참조)에 해당하기 때문에,²²⁾ △△매립지관리공사는 악취방지법 제7조 제1항에 따른 배출허용기준

19) 같은 견해로는 Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 233.

20) 같은 견해로는 Schoch, Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern, JURA 2005, 324, 325.

21) 정하중, 경찰법상의 책임, 공법연구 제25집 제3호, 1997, 129면 참조.

22) 악취방지법 제2조 제3호에 의한 '악취배출시설'에는 '폐기물관리법에 따른 폐기물처리시설'이 포함된다(악취방지법 시행규칙 제3조 [별표 2] 참조). 여기서 '폐기물관리법에 따른 폐기물처리시설'이란 '폐기물의 중간처리시설과 최종처리시설로서 대통령령으로 정하는 시설'을 말한다(폐기물관리법 제2조 제8호). 대통령령인 폐기물관리법 시행령 제5조 [별표 3]은 폐기물관리법 제2조 제8호에 따른 폐기물처리시설의 한 종류로서 '매립시설'을 규정하고 있는바, 이러한 점에서 △△매립지관리공사가 운영하고 있는 매립시설은 악취방지법 제2조 제3호에 의한 악취배출시설에 해당한다.

을 준수해야 할 의무가 있다. 만일 △△매립지관리공사가 매립시설을 운영하는 과정에서 허용기준을 초과하는 악취를 배출시켜 인근주민에게 수인할 수 없는 신체적·정신적 손해를 가하고 있다면, △△매립지관리공사는 실질적 경찰책임을 면하지 못한다. 또한 사례 2에서처럼, 주거지역 소음규제기준을 초과하는 소음으로 인해 인근주민이 건강상 침해를 받을 우려가 있는 경우에도 수영장 시설 운영자인 F시는 실질적 경찰책임을 면하지 못한다. 사실 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체에게 자치권을 보장하고 있지만, 여기서 보장되는 자치권은 법령의 범위 안에서 보장되는 것이기 때문에, 지방자치단체도 위험방지법의 구속을 받는다는 것에 대해서는 이론이 제기될 수 없다. F시가 운영하는 수영장에서 발생하는 소음은 소음·진동규제법의 규제를 받는 생활소음에 해당하기 때문에, F시의 실질적 경찰책임을 소음·진동규제법 제21조 제2항 및 동 법 시행규칙 제20조 제3항 [별표 8]에서 도출된다. 동 조항들은 주민의 정온한 생활환경을 유지하기 위해 생활소음의 규제기준을 정하고 있는바, F시가 수영장을 운영하는 경우에는 이러한 규제기준을 준수해야 한다. F시에게는 위법한 부작위를 통하여 인근주민의 건강을 위협하게 할 특권이 부여되어 있지 않다.²³⁾ 사례 3에서 국가의 실질적 경찰책임을 토양환경보전법 제10조의3 제3항 제2호에서 도출된다. 즉 동 조항은 직접 토양을 오염시킨 자뿐만 아니라, 또한 토양오염 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설(제2조 제3호)을 소유하고 있는 자도 오염원인자에 포함시켜 직접적 오염원인자와의 연대배상 및 오염된 토양을 정화해야 할 의무를 부과

23) 사실 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제22조 제1항 제1호는 ‘체육시설업자’, 즉 ‘영리를 목적으로 체육시설을 설치·경영하는 업을 등록하거나 신고한 자(제2조 제3호)’가 준수해야 할 사항의 하나로서 ‘소음·진동규제법 등 개별법의 규정을 초과하는 소음으로 지역 주민의 주거환경을 해치지 아니하도록 할 것’을 규정하고 있다. 이에 반해 체육시설의 설치·이용에 관한 법률은 ‘공공체육시설’을 설치·운영하는 자(예컨대 지방자치단체)가 준수해야 할 사항에 관해서는 특별한 규정을 두고 있지 않다. 하지만 이것을 두고 입법자가 공공체육시설을 설치·운영하는 자에게 소음·진동규제법 등 개별법의 규정을 무시해도 될 특권을 부여한 것으로 볼 수는 없다. 소음·진동규제법 등 개별법의 구속으로부터 면제될 수 있음이 법률에 명시적으로 규정되어 있지 않은 이상, 공공체육시설을 설치·운영하는 자도 체육시설업자와 마찬가지로 개별법상의 규제기준을 초과하는 소음으로 지역 주민의 주거환경을 해치지 않도록 해야 할 의무가 있다.

하고 있기 때문에, 국가는 토양오염관리대상시설인 클레이 사격장 부지²⁴⁾를 소유하고 있는 자로서 제10조의3 제3항 제2호에 따라 상태책임을 진다. 사례 4에서 국가는 ○○강의 소유자로서 일반 위험방지법상의 원칙에 따라 상태책임을 진다. 사실 여기서 적용될 수 있는 ‘수질 및 수생태계 보전에 관한 법률’과 ‘하천법’은 상태책임에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 그럼에도 불구하고 국가에게는 상태책임이 인정된다. 왜냐하면 위험방지에 관한 특별법(여기서는 ‘수질 및 수생태계 보전에 관한 법률’과 ‘하천법’)이 책임에 관한 규정을 두고 있지 않은 경우에는 일반 위험방지법상의 행위책임과 상태책임에 관한 원칙이 적용되기 때문이다. 따라서 기름띠로 인하여 ○○강이 오염된 경우, 국가는 ○○강의 소유자로서 하천의 상태에 대해 공법상의 책임을 진다.

Ⅲ. 고권주체의 형식적 경찰책임

고권주체의 형식적 경찰책임은 고권주체가 공법상의 직무를 수행하는 과정에서 공공의 안녕이나 질서에 대한 위험을 야기한 경우, 관할 경찰행정청은 위험을 야기한 고권주체에 대해 개입할 수 있는지에 관한 문제이다. 말하자면 여기서는 동일한 행정주체 내의 다른 행정청 또는 다른 행정주체의 행정청에게 위험방지조치를 취할 수 있는 경찰행정청의 관할과 권한이 문제된다.²⁵⁾ 이러한 고권주체의 형식적 경찰책임에 관한 문제는 문헌에서 여전히 논쟁이 되고 있다.

24) 토양환경보전법 제2조 제3호는 토양오염관리대상시설의 하나로서 ‘토양을 오염시킬 우려가 있는 장소 등’을 규정하고 있다. 여기서 ‘토양을 오염시킬 우려가 있는 장소 등’에는 토양이 오염된 토지도 포함될 수 있기 때문에, 결국 사례에서 문제가 되고 있는 클레이 사격장의 부지도 토양오염관리대상시설로 볼 수 있다. 이에 대해서는 서울행정법원 2007. 1. 31 선고, 2006구합21540 판결 참조.

25) Gebhard, Polizeipflichtigkeit der Hoheitsträger, DÖV 1986, 545, 546; Wallerath/Strätker, Zustandshaftung von Hoheitsträgern und zivilrechtlicher Eigentumsbegriff im Ordnungsrecht, JuS 1999, 127, 129 f. 참조.

1. 지배적 견해의 입장

(1) 원칙

지배적 견해는 고권주체의 형식적 경찰책임을 원칙적으로 부인한다. 그 결과, 비록 고권주체가 공공의 안녕이나 질서에 대한 위협을 야기한 경우에도 경찰행정청은 고권주체에게 위협방지조치를 취할 수 없다.²⁶⁾ 그 경우, 지배적 견해는 위협방지법상 일반원칙의 존재를 주장하고 있다. 이 원칙에 따르면 경찰행정청은 법률의 특별한 수권 없이는 고권적 수단(명령과 강제)을 사용하여 다른 행정청의 관할에 속하는 영역을 침해해서는 안 된다.²⁷⁾ 지배적 견해에 따르면 공법상의 직무를 수행하는 모든 고권주체는 제3자에 의하여 자신의 활동이 방해받는 것을 막아야 할 뿐만 아니라, 또한 자신의 관할영역에서 발생한 위협은 스스로 방지해야 한다고 한다.²⁸⁾ 만일 고권주체의 형식적 경찰책임을 인정된다면, 경찰행정청이 다른 고권주체나 그 기관에 비해 (부분적으로) 우위에 서는 결과를 초래한다고 한다.²⁹⁾ 형식적 경찰책임을 인정은 다른 행정청의 관할영역에 대한 위법한 침해를 의미할 수 있는바, 바로 여기에 경찰법상 책임과 관련하여 고권주체를 사법상 권리주체와 다르게 취급해야 할 필요성이 존재한다고 한다.³⁰⁾ 따라서 고권주체가 경찰조치에 의해 자신의 고권적 활동이 침해받는 한, 경찰행정청은 원칙적으로 고권주체에 개입할 권한이 없다.³¹⁾ 경찰은 위협방지의 영역에서도 다른 고권주체

26) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 294ff.; Gusy, Polizeirecht, 5. Aufl., 2003, Rn. 135; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2004, Rn. 352.

27) HessVGH, NVwZ 2002, 889; Glöckner, Anordnungsbefugnis der Immissionsschutzbehörden gegenüber kommunalen Anlagenbetreibern nach § 24 BImSchG, NVwZ 2003, 1207.

28) BVerwGE 29, 52, 59; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2004, § 5 Rn. 38 und § 9 Rn. 8; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 234.

29) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 234.

30) Gebhard, Polizeipflichtigkeit der Hoheitsträger, DÖV 1986, 545, 546.

31) BVerwGE 29, 52, 59; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2004,

의 관할영역과 직무영역을 침해할 권한이 없다.³²⁾ 만일 실질적 경찰책임이 있는 고권주체가 법률상의 의무를 따르지 않는다면, 경찰행정청은 단지 감독기관에게 그러한 고권주체에 개입해 줄 것을 제안할 수 있을 뿐이다.³³⁾ 그에 따라 경찰행정청에게는 실질적 경찰책임이 있는 고권주체에게 위험방지조치를 취할 수 있는 사물관할이 부인된다.³⁴⁾

이러한 지배적 견해에 따르면 사례 1에서 △△매립지관리공사의 형식적 경찰책임은 부인된다. 즉 △△매립지관리공사는 폐기물처리를 공법적으로 수행하고 있기 때문에, A시장은 원칙적으로 매립시설에서 나오는 경찰상의 장해를 방지하기 위해 △△매립지관리공사에 개입할 권한이 없다. 만일 배출허용기준을 초과하는 악취가 매립시설에서 발생하고 있다면, ‘갑’은 △△매립지관리공사를 상대로 침해의 중지를 요구할 수 있다.³⁵⁾ 즉 지배적 견해는 고권주체의 위법행위에 의해 침해를 당한 국민은 경찰의 개입을 요구할 수 있는 것이 아니라, 위험을 야기한 고권주체에게 직접 이의를 제기해야 한다고 보기 때문에,³⁶⁾ 이 경우 ‘갑’은 △△매립지관리공사에 대한 A시장의 개입이 아니라, 직접 △△매립지관리공사에게 위법하게 계속되고 있는 건강상 침해의 중지를 요구해야 한다.

(2) 예외

그러나 지배적 견해는 고권주체는 형식적 경찰책임을 지지 않는다는 원칙, 즉 경찰행정청은 위험방지를 위해 고권주체에게 처분을 명할 권한이 없다는 원칙은

Rn. 352.

32) Würtenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Aufl., 2002, Rn. 491.

33) HessVGH, NVwZ 1997, 304, 306; HessVGH, NVwZ 2002, 889; Wallerath/Strätker, Zustandshaftung von Hoheitsträgern und zivilrechtlicher Eigentumsbegriff im Ordnungsrecht, JuS 1999, 127, 130.

34) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2004, Rn. 352.

35) 유사한 사례에 대해서는 Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 298 참조.

36) Gusy, Polizeirecht, 5. Aufl., 2003, Rn. 138; Würtenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Aufl., 2002, Rn. 491 참조.

다음의 경우에 수정될 수 있다고 본다. 즉 지배적 견해는 고권주체의 행위가 있을 때까지 기다려서는 위험방지의 효율성이 위태로울 수 있는 긴급상황이 존재하는 경우³⁷⁾와 고권주체가 경찰조치에 의해 자신의 고권적 기능수행이 침해되지 않는 경우³⁸⁾ 그리고 고권주체에 대해서도 개입할 수 있음이 법률에 특별히 규정된 경우³⁹⁾에는 고권주체의 형식적 경찰책임을 예외적으로 인정한다.

1) 우선 지배적 견해는 위험방지가 긴급한 경우, 관할 경찰행정청은 자신의 긴급권한의 범위 내에서 고권주체를 대신하여 위험방지조치를 취할 수 있다고 본다. 그리고 그러한 조치에 소요된 비용은 직접 위험을 방지할 의무가 있는 고권주체가 지급해야 한다고 한다.⁴⁰⁾ 이에 따라 사례 4에서는 국민이 마시는 물을 보호해야 할 긴급상황이 존재하기 때문에, 국가를 대신하여 기름띠를 제거한 K시의 조치에 대해서는 (지배적 견해에 따르더라도) 어떤 법적 의문도 제기되지 않는다. 그리고 K시는 기름띠 제거에 소요된 비용을 국가에게 청구할 수 있다.⁴¹⁾

2) 지배적 견해는 또한 고권적 활동의 범위 밖에서는 고권주체도 경찰처분의 대상이 될 수 있음을 인정한다. 따라서 다른 고권주체의 고권적 기능수행을 침해하지 않는 위험방지조치는 허용된다. 이에 대한 가장 중요한 예로서는 경찰행정청이 실질적 경찰책임을 있는 고권주체를 대신하여 사전에 대집행의 방식으로 위험상황을 제거한 후, 고권주체에게 소요된 비용의 납부를 명하는 경우이다.⁴²⁾ 예컨대 국가에 의

37) HessVGH, DÖV 1992, 752; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 234; Würtenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Aufl., 2002, Rn. 492.

38) BVerwGE 29, 52, 59; BVerwG, DVBl. 2003, 1076, 1078; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 234; Wallerath/Strätker, Zustandshaftung von Hoheitsträgern und zivilrechtlicher Eigentumsbegriff im Ordnungsrecht, JuS 1999, 127, 130.

39) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 234 참조.

40) Würtenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Aufl., 2002, Rn. 492 참조.

41) 유사한 사례에 대해서는 HessVGH, DÖV 1992, 752 참조.

42) BVerwG, NVwZ 1999, 421; BVerwG, NVwZ 2003, 1252, 1253 참조.

해 처리되어야 하는 특별 폐기물이 국가소유의 운하에 방치되어 있음에도 불구하고, 국가가 폐기물법상의 처리의무를 이행하지 않자, 해당 지방자치단체가 폐기물제거를 대집행의 방식으로 수행하고, 국가에게 대집행에 소요된 비용의 납부를 명하는 경우가 바로 그러하다. 이 경우, 지배적 견해는 지방자치단체의 비용납부명령은 국가의 고권적 활동을 침해하지 않는다고 본다. 또한 지방자치단체에 의한 대집행의 시행도 국가의 고권적 활동을 직접적으로 침해하지 않는다고 본다.⁴³⁾

그러나 지배적 견해는 고권주체가 사법형식으로 활동하는 경우에는 구분을 요한다고 한다. 먼저 공적 과제를 사법상의 행위형식을 사용하여 수행하는 경우(소위 행정사법활동의 경우)에는 관할 경찰행정청은 위험방지를 위하여 고권주체에 개입할 수 없다고 한다.⁴⁴⁾ 왜냐하면 고권주체가 사법상의 수단을 사용함에도 불구하고, 고권주체의 작용은 특별한 공법적 목적, 특히 사회국가 원리가 지향하는 목적을 추구하고 있기 때문이라고 한다.⁴⁵⁾ 여기에는 공적 과제가 고권주체의 직접적 책임 하에 수행되기 때문이라는 이유도 덧붙여진다.⁴⁶⁾ 따라서 지방자치단체가 수도공급이나 쓰레기처리와 같은 이른바 생존배려업무를 사법상의 수단으로 행하고, 이 과정에서 지방자치단체가 실질적으로 범위반행위를 하는 경우에도 경찰행정청은 지방자치단체에게 조치를 취할 수 없다.⁴⁷⁾ 이런 점에서 지배적 견해는 고권주체가 고권작용을 행할 때뿐만 아니라, 또한 행정사법작용을 행하는 경우에도 형식적 경찰책임을 부인한다. 그에 비해 고권주체가 국고지원활동이나 영리경제활동을 행하고, 이 과정에서 위험이 발생한 경우(예컨대 지방자치단체가 소유한 임대주택에서 위험이 발생한 경우)에는 단순히 사적 목적이 추구되고 있기 때문에, 고권주체는 사법상 권리주체와 마찬가지로 형식적 경찰책임을 지고, 따라서 경찰행정청

43) BVerwG, NVwZ 2003, 1252, 1253 참조.

44) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2004, Rn. 353 참조.

45) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 236 참조.

46) Württenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Aufl., 2002, Rn. 493 참조.

47) 그러나 고권주체가 행정과제의 수행을 위해 사법상의 조직형태를 이용하는 경우, 예를 들어 지방자치단체가 설립한 주식회사에 의해 수도공급이 이뤄지는 경우, 그러한 사법인(私法人)의 형식적 경찰책임을 긍정되어야 한다고 한다. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 236 참조.

은 고권주체에게 위험방지조치를 취할 수 있다고 한다.⁴⁸⁾ 즉 고권주체가 순수한 사법적 활동을 하는 경우에는 사인의 행위와 차이가 없기 때문에, 고권주체의 형식적 경찰책임을 사인과 달리 취급할 실질적 이유가 없다는 것이다.

3) 그 밖의 중요한 예외로서 지배적 견해는 특별법이 고권주체에 대한 경찰행정청의 개입을 예외적으로 허용한 경우를 들고 있다. 이런 지배적 견해에 따르면 사례 2에서 환경부장관이 F시를 상대로 행한 과태료부과처분은 F시의 공공시설 운영을 침해하는 위법한 처분에 해당하게 된다.⁴⁹⁾ 왜냐하면 F시에 대한 환경부장관의 과태료부과처분은 ‘특별한 법률적 수권 없이는 원칙적으로 명령과 강제 방식 으로 다른 행정주체에 개입해서는 안 된다’는 원칙에 반하기 때문이다. 즉 여기서 는 공공시설 운영자인 F시를 상대로 과태료를 부과할 수 있는 특별한 법률적 수권이 존재하지 않기 때문에, (지배적 견해에 따르면) 환경부장관은 과태료부과처분을 통해 F시에 개입할 수 없다. 지배적 견해에 따를 때, 사례 3의 경우에도 동일한 것이 적용된다. 사실 토양환경보전법 제15조 제3항은 토양오염실태조사 또는 토양정밀조사 결과, 토양오염이 우려기준을 넘는 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 오염원인자에게 오염토양의 정화 등을 명령할 수 있는 권한을 구청장에게 부여하고 있지만, 동 규정은 오염원인자가 고권주체인 경우와 그 밖의 경우를 구분하여 규율하고 있지 않기 때문에, 이런 경우 지배적 견해는 N구청장은 고권주체인 국가에게 오염토양 정화조치 명령을 내릴 수 없다고 보게 된다.

2. 고권주체에 대한 경찰행정청의 명령권한

지배적 견해에 따르면 고권주체가 고권적 직무를 수행하는 과정에서 공공의 안녕이나 질서에 대한 위협을 야기한 경우에도 경찰행정청은 특별한 법률적 수권 없이는 그러한 고권주체에 개입해서는 안 된다고 한다. 그러나 경찰행정청은 왜 개입을 해서는 안 되는가라는 의문이 제기된다. 예컨대 사례 2에서 만일 수영장

48) Württenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Aufl., 2002, Rn. 493 참조.

49) 유사한 사례에 대해서는 HessVGH, NVwZ 2002, S. 889 참조.

운영자가 고권주체가 아니라면, 지배적 견해는 (위법하게 소음을 야기하는) 수영장에 대한 환경부장관의 개입을 적법하다고 볼 것이다. 그러나 왜 개입의 허용여부가 경찰책임자가 고권주체인지 또는 사법상의 권리주체인지에 따라 달라지는지 그 이유는 명확하지 않다.

(1) 고권주체에 대한 명령금지의 원칙?

우선 지배적 견해가 갖는 문제점은 원칙에 대한 광범위한 예외를 인정하고 있다는 점이다. 즉 지배적 견해는 법률이 고권주체에 대한 경찰행정청의 개입을 명시적으로 허용한 경우와 경찰조치가 긴급히 필요한 경우 외에 고권주체가 위험방지조치에 의해 자신의 고권적 활동이 침해되지 않는 경우에도 예외를 인정하고 있다. 말하자면 이러한 요건 하에서는 지배적 견해를 따르더라도 고권주체는 경찰처분의 대상이 될 수 있다. 이런 광범위한 예외의 인정은 결국 '경찰행정청은 법률의 특별한 수권 없이는 명령과 강제외의 방식으로 다른 고권주체에 개입해서는 안 된다'는 원칙이 더 이상 견지될 수 없음을 반증한다. 오히려 그 반대가 옳다. 즉 다른 고권주체에 대한 개입을 특별히 제한하는 법률규정이 존재하지 않는 한, 경찰행정청은 원칙적으로 위험을 야기한 고권주체에 개입할 수 있다. 물론 다른 고권주체의 고권적 활동을 침해할 가능성으로 인해 개입권한을 제한할 필요성이 존재할 수 있다. 이런 경우, 입법자는 명문의 규정을 통해 개입권한의 제한을 명확히 해야 한다. 예컨대 소음진동규제법 제39조 제1항은 이런 관점에서 이해될 수 있다. 즉 동 조항은 항공기 소음이 대통령령으로 정하는 항공기 소음의 한도를 초과하여 공항 주변의 생활환경이 매우 손상된다고 인정되면, 환경부장관은 관계기관의 장에게 방음시설의 설치나 그 밖에 항공기 소음의 방지에 필요한 조치를 요청할 수 있도록 하고, 직접 개입하지는 못하도록 하고 있다.

(2) 국가행정청은 경찰권의 대상으로 부적합하다?

고권주체가 형식적 경찰책임을 지지 않는 이유에 대해서는 다양한 논거가 제시되고 있다. 과거 프로이센 고등행정법원은 다른 고권주체에게 경찰조치를 발동할

수 없는 이유를 ‘경찰’이라는 법개념에서 도출하였다. 즉 당시에는 오로지 국민만이 경찰조치의 대상이 될 수 있었던바,⁵⁰⁾ 법원은 개념적으로 경찰행정청은 다른 국가행정청에게 일방적인 명령의 방식으로 지시를 내릴 수 없다고 보았다.⁵¹⁾ 말하자면 법원은 국가가 국가 자신에게 명령을 내린다는 것을 생각할 수 없었던 것이다. 법원의 표현을 빌리자면, 경찰명령의 대상은 ‘사적 거래에 참여하는 개개 권리주체의 자유와 공익의 충돌’이지, ‘국가고권을 직접 행사하는 국가기관의 기능’은 아니었다.⁵²⁾ 또한 당시의 일반권력관계에 관한 이론에 따르면 국가행정청은 국가명령의 주체가 될 수 있을 뿐, 객체는 될 수 없었다. 오로지 국민만이 국가의 명령에 복종할 의무가 있었다.⁵³⁾

그러나 오늘날 이것은 더 이상 타당한 논거가 될 수 없다. 왜냐하면 국가행정청 자신은 얼마만큼 국가명령의 객체가 될 수 있는가에 대한 답은 ‘경찰’이라는 법개념과 또한 권력관계에 관한 추상적인 이론이 아니라, 바로 개개의 특별법 규정에서 도출될 수 있기 때문이다.⁵⁴⁾ 현행법은 몇몇의 명시적인 특별규정(예컨대 도로교통법 제29조)을 제외하고는 경찰책임자가 행정청인 경우와 그 밖의 경우를 구분하고 있지 않다. 그로 인해 오늘날 위험방지법은 단순히 국가와 국민 간의 관계에만 적용되는 것이 아니라, 원칙적으로 국가행정청에 대해서도 적용되어야 한다는 점이 광범위하게 인정되고 있다. 이것은, 특히 고권주체의 실질적 경찰책임을 인정하고 있는 학설과 판례에 잘 나타나 있다. 그렇다면 경찰행정청은 위험방지를 위하여 실질적 경찰책임이 있는 고권주체에게 구속력 있는 처분을 명할 수 있다는 점, 따라서 고권주체는 추가적으로 형식적 경찰책임을 진다는 점도 처음부터 개념적으로 배제된 것은 아니라는 결론이 도출된다. 이러한 이유로 오늘날 지배적 견해는, 비록 고권주체는 형식적 경찰책임을 지지 않는다는 원칙을 일관되

50) 이에 대해서는 Glöckner, Anordnungsbefugnis der Immissionsschutzbehörden gegenüber kommunalen Anlagenbetreibern nach § 24 BImSchG, NVwZ 2003, 1207 참조.

51) PrOVGE 2, 399, 409.

52) PrOVGE 2, 399, 409.

53) Werner Webers, Gutachten, ARF 1958, S. 65, 67 참조.

54) Britz, Abschied vom Grundsatz fehlender Polizeipflicht von Hoheitsträgern?, DÖV 2002, 891, 893 참조.

게 고수하면서도, 동 원칙을 경찰이라는 법개념과 권력관계에 관한 이론에서 도출하고 있지는 않다.

사례 3의 경우, N구청장은 클레이 사격장 부지 소유자인 국가에게 오염토양 정화조치 명령을 내릴 수 있다. 토양환경보전법 제2조 제3호와 제10조의3 제3항 제2호는 토양오염 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설, 즉 ‘토양을 오염시킬 우려가 있는 장소 등’을 소유하고 있는 자도 오염원인자로 보고 있기 때문에, 클레이 사격장 부지를 소유하고 있는 국가도 동 법 제15조 제3항에 따른 오염토양 정화조치 명령의 대상이 될 수 있다.⁵⁵⁾ 오염토양의 정화조치 명령에 대한 권한이 법률규정에 의해 구청장에게 부여되어 있는 이상, 비록 명령의 상대방이 국가라 하더라도, N구청장은 오염토양 정화조치를 명할 수 있다.⁵⁶⁾

(3) 경찰행정청에게 명령권한을 부여할 경우, 관할충돌이 발생한다?

오늘날 지배적 견해는 고권주체의 형식적 경찰책임이 제한되는 이유를 무엇보다 ‘관할충돌’에서 찾고 있다. 즉 지배적 견해에 따르면 고권주체가 공공의 안녕이나 질서에 대한 위협을 야기한 경우에도 만일 그러한 위협을 방지하기 위한 경찰행정청의 조치가 당해 고권주체의 관할영역을 침해한다면, 경찰행정청은 원칙적으로 위험방지조치를 취할 권한이 없다고 한다. 법률상 의무를 위반한 고권주체를 상대로 처분을 명할 수 있는 권한을 경찰행정청에게 인정할 경우에는 경찰행정청과 고권주체 간에 ‘관할충돌’이 발생한다고 한다.⁵⁷⁾ 이러한 충돌을 피하기 위해 경찰행정청은 다른 고권주체의 관할을 존중해야 한다고 한다.⁵⁸⁾ 모든 고권주체는 자신의 관할영역 내에서 발생한 위협을 스스로 방지해야 한다고 한다. 필요한 경우에는 감독청이 개입해야 한다고 한다. 그렇지 않으면, 다른 고권주체에 비해 경찰행정청을 부분적으로 우위에 두는 결과를 초래한다고 한다.⁵⁹⁾ 경찰행정청

55) 서울행정법원 2007. 1. 31 선고, 2006구합21504 판결 참조.

56) 서울행정법원 2007. 1. 31 선고, 2006구합21504 판결 참조.

57) HessVGh, NVwZ 1997, 304, 305 참조.

58) HessVGh, NVwZ 2002, 889 참조.

59) Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rn. 234.

은 다른 행정청에게 명령을 내릴 수 있는 상급행정청이 아니라고 한다.⁶⁰⁾ 경찰행정청에게는 다른 고권영역을 침해할 수 있는 사물관할이 부인된다고 한다.⁶¹⁾

그러나 고권주체가 법적 의무의 이행을 위해 필요한 조치를 스스로 행하지 않고 있음에도 불구하고, 단지 경찰행정청에게 관할이 없다는 이유로 고권주체는 처음부터 위험방지조치의 대상에서 제외될 수 있다는 것은 쉽게 이해되지 않는다. 모든 고권주체는 위험방지법상의 원칙을 스스로 준수해야 하지만, 이것이 항상 지켜지는 것은 아니라는 점에 바로 문제가 있다. 또한 위험을 야기한 행정청이 자기 사건에서 과연 위험방지법의 중립적 집행자가 될 수 있을지도 의문이다. 감독청에 의한 감독권행사를 지적하는 것도 그 밖에 도움을 주지 못한다. 예컨대 사례 3과 사례 4에서 과연 어떤 행정청이 국가에게 지시를 내려야 하는가?

지배적 견해가 주장하는 ‘관할충돌’은 실제로는 발생하지 않는다. 왜냐하면 관할충돌은 기껏해야 위험방지조치에 의해 다른 고권주체의 공적 직무수행이 거의 불가능하게 되는 극단적 상황에서나 발생할 수 있기 때문이다.⁶²⁾ 예컨대 **사례 1**에서 A시장이 허용기준을 초과하는 악취를 배출하는 △△매립지관리공사에게 악취저감조치를 명했다면, 여기서 A시장은 공공시설 운영에 대한 △△매립지관리공사의 관할을 부인하고 있는 것이 아니라, 위험방지법을 집행하고 있는 것이라 할 수 있다. 이에 대해서는 경찰행정청만이 사물관할을 갖는다. A시장은 원칙적으로 △△매립지관리공사에게 악취저감조치를 명할 수 있다. 설사 그러한 조치와 결부되어 다른 관할영역에 대한 간섭이 있다 하더라도, 그것이 곧 당해 조치의 위법성을 의미하지 않는다. 관할은 그 자체를 위해 존재하는 것이 아니기 때문에, 다른 고권주체에 대한 위험방지조치는 그것에 의해 당해 고권주체의 공적 직무수행이 불가능하게 되는 경우에만 관할을 이유로 금지된다.⁶³⁾ 그러나 사례 1은 그러한 경우에 해당하지 않는다. 사례 3에서 N구청장이 사격장 부지 소유자인 국가에게 내린 오염토양 정화조치 명령에 대해서도 동일한 것이 적용된다. 즉 N구청장의

60) Glöckner, Anordnungsbefugnis der Immissionsschutzbehörden gegenüber kommunalen Anlagenbetreibern nach § 24 BImSchG, NVwZ 2003, 1207, 1208.

61) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2004, Rn. 352.

62) Schoch, Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern, JURA 2005, 324, 327 참조.

63) Schoch, Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern, JURA 2005, 324, 327 참조.

오염토양 정화조치 명령은 국가의 공적 직무수행을 불가능하게 만들지 않기 때문에, 국가에게 자신의 소유 하에 있는 토지의 상태에 대해 공법상의 책임을 인정하더라도, 나아가 국가에게 오염된 토양을 정화해야 할 의무를 부과하더라도 국가의 관할영역에 대한 위법한 침해는 존재하지 않는다. 또한 사례 2의 경우에도 환경부장관은 소음의 영향을 받는 수영장 인근주민의 이익을 위해 F시에게 소음·진동규제법 제59조 제2항⁶⁴⁾에 따른 과태료부과처분을 할 수 있다. 왜냐하면 환경부장관의 처분은 공공시설 운영과 관련된 F시의 관할에 아무런 영향을 미치지 않기 때문이다. 지배적 견해가 주장하고 있는 ‘다른 관할영역을 존중해야 한다’는 원칙도 결국 다른 행정주체의 고권적 활동에 대한 침해만을 금지할 뿐, 그러한 활동을 침해하지 않는 위험방지조치를 금지하지 않는다. 여기서 환경부장관의 과태료부과처분은 F시의 고권적 활동을 침해하지 않는바, 따라서 F시는 자치행정권의 수행이 위법하게 침해되었다는 주장을 할 수 없다.

(4) 감독청만이 지방자치단체에 개입할 수 있다?

문헌상 일부 견해는 경찰행정청이 다른 고권주체에게 위험방지조치를 취할 수 없는 이유를 지방자치법상의 감독권(지방자치법 제166조 이하)에 관한 규정에서 찾고 있다. 이에 따르면 법령을 위반한 지방자치단체에 대한 조치는 단지 감독청만이 할 수 있다고 한다. 다른 행정청에게는 지방자치단체에 대한 공법상의 침해 권한이 부여되어 있지 않다고 한다.⁶⁵⁾ 말하자면 지방자치단체가 사무를 처리하는 범위 내에서는 경찰행정청이 아니라, 지방자치단체에 대해 감독권을 갖는 감독청이 위험방지법의 준수를 통제해야 하기 때문에, 경찰행정청은 위험을 야기한 지방자치단체에게 위험방지조치를 취하는 대신, (적법성감독의 방식으로 위험방지

64) 소음·진동규제법 제59조 제2항에 따르면 생활소음 규제기준을 초과하여 소음을 발생한 자에게는 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 과태료를 부과징수한다고 규정하고 있다.

65) HessVGH, NVwZ 2002, 889; Glöckner, Anordnungsbefugnis der Immissionsschutzbehörden gegenüber kommunalen Anlagenbetreibern nach § 24 BImSchG, NVwZ 2003, 1207, 1208.

법의 준수를 통제하는) 감독청에게 문의를 해야 한다는 것이다.

그러나 이런 견해 또한 타당하지 않다. 사실 감독청이 위험방지법의 준수를 통제할 권한을 갖는다는 것에 대해서는 의문이 없지만, 이것이 경찰행정청이 추가적으로 위험방지법의 준수를 감시하는 것을 금지하는지, 따라서 그러한 감시는 오로지 감독관청에게만 유보되어 있는지는 의문이다. 경찰행정청에게는 단지 지방자치법에 규정된 특별한 감독수단의 사용만이 금지될 뿐, 위험방지법에 규정된 수단을 사용하는 것은 금지되지 않는다.⁶⁶⁾ 그래서 관할 경찰행정청의 집행권한은 감독권에 의해 부분적으로 폐지되지 않는다.⁶⁷⁾ 이런 점에서 사례 2에서 환경부장관은 소음·진동규제법 제59조 제2항에 따른 과태료부과처분을 할 수 있다. 왜냐하면 환경부장관은 과태료부과처분을 통해 지방자치법상의 감독권을 행사한 것이 아니기 때문이다.

IV. 결 론

종합하면 다음과 같은 점들이 확정될 수 있다:

1. 고권주체도 원칙적으로 위험방지법의 구속을 받는다. 고권주체는 사법상의 권리주체와 마찬가지로 공공의 안녕이나 질서를 위협하게 해서는 안 된다. 법률우위원칙에 따라 고권주체도 공적 직무를 수행하는 과정에서 위험방지에 관한 법규정의 구속을 받기 때문에, 이에 대한 면제가 법률에 의하여 특별히 규정된 경우를 제외하고는 고권주체는 자신의 행위나 자신이 지배하는 물건의 상태에 의해 공공의 안녕과 질서가 침해되지 않도록 해야 한다.

2. 다른 고권주체에 대한 개입을 특별히 제한하는 법률규정이 존재하지 않는

66) 같은 견해로는 Britz, Abschied vom Grundsatz fehlender Polizeipflicht von Hoheitsträgern?, DÖV 2002, 891, 896; Schoch, Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern, JURA 2005, 324, 328.

67) BVerwGE 117, 1, 7=NvWZ 2003, 346, 347 참조.

한, 경찰행정청은 원칙적으로 위협을 야기한 고권주체에 개입할 수 있다. 경찰행정청이 다른 고권주체에게 처분을 명령할 수 없는 이유를 ‘경찰’이라는 법개념에서 도출할 수는 없다. 왜냐하면 국가행정청 자신은 얼마만큼 국가명령의 객체가 될 수 있는가에 대한 답은 ‘경찰’이라는 추상적인 법개념이 아니라, 바로 개개의 특별법 규정에서 도출될 수 있기 때문이다. 지배적 견해가 주장하고 있는 경찰행정청과 다른 고권주체 간의 ‘관할충돌’도 실제로는 발생하지 않는다. 왜냐하면 관할충돌은 기껏해야 위협방지조치에 의해 다른 고권주체의 공법상 직무수행이 거의 불가능하게 되는 극단적 상황에서나 발생할 수 있기 때문이다. 게다가 감독청에 의한 감독권행사를 지적하는 것도 그 밖에 도움을 주지 못한다. 왜냐하면 경찰행정청에게는 단지 지방자치법에 규정된 특별한 감독수단의 사용만이 금지될 뿐, 위협방지법에 규정된 수단의 사용은 금지되지 않기 때문이다. 이러한 점에서 위협방지를 위하여 다른 고권주체에게 처분을 명할 수 있는 권한을 경찰행정청에게 부여하지 않을 타당한 법적 근거는 존재하지 않는다. 따라서 고권주체는 형식적 경찰책임을 지지 않는다는 원칙은 포기되어야 한다. 오히려 고권주체의 실질적 경찰책임과 형식적 경찰책임을 일치한다.

참고문헌

- 김성수, 개별행정법, 법문사, 2001.
- 류지태, 행정법신론, 신영사, 2006.
- 박균성, 행정법강의, 박영사, 2008.
- 정하중, 경찰법상의 책임, 공법연구 제25집 제3호(1997), 129면 이하.
- 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007.
- 홍정선, 구청의 경찰책임 등, 고시계 1993년 7월호(통권 제437호), 1993. 6, 177면 이하
- Britz, Gabriele, Abschied vom Grundsatz fehlender Polizeipflicht von Hoheitsträgern?, DÖV 2002, S. 891ff.
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr: allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl., 1986.
- Gebhard, Polizeipflichtigkeit der Hoheitsträger, DÖV 1986, S. 545ff.
- Glöckner, Arne, Anordnungsbefugnis der Immissionsschutzbehörden gegenüber kommunalen Anlagenbetreibern nach § 24 BImSchG, NVwZ 2003, S. 1207ff.
- Götz, Volkmar, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2001.
- Gusy, Christoph, Polizeirecht, 5. Aufl., 2003.
- Knemeyer, Franz-Ludwig, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2004.
- v. Mutius, Der “Störer” im Polizei- und Ordnungsrecht, JURA 1983, S. 298ff.
- Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2004.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007.
- Schoch, Friedrich, Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern, JURA 2005, S. 324ff.
- Wallerath, Maximilian/Strätker, Georg, Zustandshaftung von Hoheitsträgern und zivilrechtlicher Eigentumsbegriff im

Ordnungsrecht - VGH Mannheim, VBIBW 1996, 351 -, JuS
1999, S. 127ff.

Würtenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5.
Aufl., 2002.

〈Zusammenfassung〉

Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern

Son, Jae-Young

Insgesamt lässt sich festhalten, dass materielle und formelle Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern kongruent sind.

1. Auch Hoheitsträger sind grundsätzlich an das Gefahrenabwehrrecht gebunden. Sie dürfen ebensowenig wie sonstige Rechtssubjekte die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören oder gefährden. Das ergibt sich zwingend aus dem Vorrang des Gesetzes, den Hoheitsträgern u.a. dazu verpflichtet, ihre Tätigkeit und den Zustand ihrer Einrichtungen in Einklang mit den Geboten des Gefahrenabwehrrechts zu halten. Etwas anderes gilt nur dann, wenn rechtssatzmäßig ausdrücklich eine Freistellung geregelt ist (vgl. z. B. § 29 StVO, wonach u.a. die Polizei von den Vorschriften der Straßenverkehrsordnung befreit ist, soweit das zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben dringend geboten ist).

2. Die h. M. hält nach wie vor an dem Dogma fest, dass zwar grundsätzlich eine materielle Polizeipflicht bestehe, nicht aber eine formelle Polizeipflicht. Nicht überzeugend ist jedoch die These von der Inkongruenz zwischen materieller und formeller Polizeipflicht. Die Unzulässigkeit polizeilichen Vorgehens gegen andere Hoheitsträger ist nicht aus einem abstrakten "Rechtsbegriffe der Polizei" herzuleiten, denn inwiefern staatliche Behörden selbst Objekte staatlicher Anordnungen sein können, ergibt sich aus den einzelnen Bestimmungen des positiven Rechts. Der von der h. M. behaupteten Kompetenzkonflikt zwischen Gefahrenabwehrbehörden und

anderen Hoheitsträgern besteht in Wahrheit nicht, da ein Kompetenzkonflikt mit der Kosequenz einer Einschränkung der gefahrenabwehrbehördlichen Befugnisse allenfalls in Extremsituationen entstehen kann, wenn dem anderen Hoheitsträger durch eine Gefahrenabwehrmaßnahme die Erfüllung seiner öffentlichrechtlichen Aufgaben fast unmöglich gemacht würde. Der Hinweis auf Aufsichtsmaßnahmen hilft nicht weiter, weil den Gefahrenabwehrbehörden durch das Kommunalaufsichtsrecht nur die Anwendung des speziellen kommunalrechtlichen Aufsichtsinstrumentariums verwehrt ist. Dagegen vermag das Kommunalrecht selbstverständlich nicht das gefahrenabwehrrechtliche Instrumentarium der Gefahrenabwehrbehörden zu verdrängen. Es gibt insoweit keinen tragfähigen rechtlichen Grund, den Gefahrenabwehrbehörden die Anordnungsbefugnis gegenüber anderen Hoheitsträgern zur Durchsetzung des Gefahrenabwehrrechts vorzuenthalten. Aufzugeben ist also der Grundsatz vom Fehlen der sog. formellen Polizeipflicht von Hoheitsträgern. Materielle und formelle Polizeipflicht sind vielmehr kongruent.

주 제 어 고권주체, 경찰책임, 경찰책임자, 법률우위, 관할충돌

Key Words Hoheitsträger, Polizeipflichtigkeit, Störer, Gesetzesvorrang, Kompetenzkonflikt