

環境法上 原因者責任原則에 대한 小考

- 獨逸의 警察責任原則 修正傾向의 반영을 중심으로 -

이 기 춘*

< 차 례 >	
<p>I. 서 론</p> <p>II. 일반경찰법상 원인자책임원칙의 중요</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 원인자책임원칙의 의미 2. 구체적 해석론 3. 일반경찰책임법의 기능 4. 전통적 해석론수정의 정당성 <p>III. 경찰법의 목적에 합치되는 원인자 개념의 이해</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 경찰권발동의 1차적 차원과 2차적 차원의 분리 	<ol style="list-style-type: none"> 2. 차원분리의 근거 3. 위험방지조치의 수범자가 부담하는 의무의 본질 및 근거 <p>IV. 결 론</p>

I. 서 론

원인자책임원칙을 반영한 환경정책기본법과 토양환경보전법에서 정화명령 등 실질적 위험방지조치와 동시에 비용상환조치의 수범자요건¹⁾

* 고려대학교 강사, 법학박사.

1) 환경법상 동 책임은 경제학적 측면에서 원인자에게 비용을 부담시키는 것이 유리하다는 정책적 고려에서 출발한 것이었으나, 이제는 일반경찰법상의 위험방지를 위한 책임귀속원칙을 반영하여 양 측면을 포함하는 것으로 보고 있다. 이에 대한 대표적 문헌으로 Breuer, Umweltschutzrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1999, 466 (471); 김성수, 개별행정법, 2001, 256-257; 김연태, 환경보전작용연구, 1999, 54면.

으로 규정되어 있는 「(오염)원인자」 개념²⁾의 범위 및 한계에 관한 추상성과 그 충족에 따른 광범위한 법률효과(무과실책임, 연대배상책임)로 말미암아 동 개념의 해명을 위하여 최근 많은 환경법 문헌에서 논쟁의 대상이 되고 있으며 이런 상황은 독일에서도 크게 다르지 않다³⁾. 소위 오염부지(Altlasten)의 정화처리와 유조차의 전복, 비행기의 추락 등으로 인한 지하수오염, 유독물질을 내장한 부패하지 않는 철제강통류(Giftfässer)의 매립, 영업허가시설에서의 쓰레기투기 등에 관한 법적 문제는 법치국가원리에 근거한 소급효금지원칙과 개별 수권법령의 적용 범위의 한정 및 수범자에 관한 종국적 규율의 결여 내지 불충분함으로 인하여 폐기물법, 수질관리법, 토양보호법 등 환경법률들이 제정, 개정되었음에도 불구하고, 환경법상 위험방지조치의 수범자에 관한 기준을 제공하였다고 평가되는 보충적 성격의 일반경찰질서법의 책임귀속원칙의 적용을 위한 여지를 제공하고 있다고 한다(“일반경찰법의 르네상스”)⁴⁾.

그러나 이러한 환경법문제를 해결하기에는 유용하지 않거나 이미 시대에 뒤쳐진 것이라는 비판을 듣고 있는, 개괄적 수권조항과 그 권한의 인적 방향을 담고 있는 행위책임, 상태책임, 비책임자규정을 중심으로 전개되어 온 독일의 전통적 일반경찰책임법은 1990년대를 전후로 하여 경찰책임의 본질로부터 출발하여 책임의 근거, 책임의 귀속을 위한 전

2) 환경정책기본법 제7조, 토양환경보전법 제15조, 제23조.

3) 대표적으로 Frenz, Das Verursacherprinzip im öffentlichen Recht, 1997 참조.

4) Breuer, JuS 1986, 359ff.; Becker, Altlasten - eine Renaissance der Polizeirechtlichen Gefahrenabwehr?, NVwZ 1987, 781f. 참조. 개괄적 수권조항을 통한 각종 환경이익(인간의 이익, 물·토양·대기, 동·식물)의 보호가 국가의 책무임을 개인의 신체불가침 방어권을 규정한 기본법 제2조 제2항이 근거지우고 있다는 견해로 Schink, VerwArch 82 (1991), S. 364 참조. 참고로 홍준형 교수는 원인자책임원칙은 실질적 위험방지의무의 귀속측면에서는 일반경찰법상 책임원칙과 비유부담측면에서는 1972년 OECD의 지침으로 제시된 오염자부담원칙(Polluter-Pays-Principle)과 유사한 논리구조를 갖는다고 한다(홍준형, 환경법, 2001, 106면).

제조건, 이익형량에 따른 귀속정당화, 효율성원리와 공평한 부담배분원리의 충돌시 해결모델 등에 관한 논거들의 제시를 통해 일부 수정되고 있으며, 이러한 경향은 법논리적 측면에서만이 아니라 우리의 입법, 행정실무에 대하여 시사하는 점이 크다. 또한 일반경찰질서법의 전통적 원칙들을 수정하기 위한 계기를 제공한 것이 환경법상 질서책임 특히 실질적 위험방지의무와 비용부담의무의 관계이다⁵⁾. 따라서 條理가 아니라는 것이 밝혀지고 있는⁶⁾ 일반경찰법상 책임원칙이 동요하게 된 계기와 그 수정방향을 검토하는 것은 우리나라의 환경책임법상 법적 문제 일부의 해결을 위해서도 필요한 작업이 된다.

II. 일반경찰법상 원인자책임원칙의 동요

1. 원인자책임원칙⁷⁾의 의미

경찰 및 질서관청은 공공의 안전에 대한 위협 또는 장애를 자신의 수단 혹은 수임자(Beauftragte)를 통하여 방지 혹은 제거할 수 있고 아니면 위험방지를 위하여 - 특히 작위명령, 금지 혹은 수인처분을 통하

5) Knemeyer, Polizeirecht, 8. Aufl., 2000, Rn. 331, S. 167("Altlasten논의를 배경으로 하여 경찰책임에 관한 도그마틱적 해결을 위한 각 원인이론들은 새로이 논의되고 수정되고 있다").

6) Martensen, Materielle Polizeipflicht und polizeiliche Verpflichtbarkeit des Bürgers in Anscheins- und Verdachtslagen, DVBl. 1996, 286 (288)("실질적 경찰의무는 법정책적인 조정기능을 갖는다"); 김동희, 행정법 II, 2001, 193면.

7) 경찰책임원칙이라는 용어는 경찰이 책임을 진다는 의미로 혼동하기 쉽고 실무에서 원용함에 부담이 크다고 보아 그 사용을 단념한다.

여 - 특정인을 경찰권발동의 대상으로 삼을 수 있다. 그런데 특정개인에 대한 위험방지조치는 통상적으로 그의 권리제약을 동반하게 된다. 따라서 이러한 제약을 정당화하기 위하여 정립된 것이 원인자책임원칙(Verursacherprinzip)이며, 그 내용은 제거되어야 할 위험상황에 대하여 행위를 통한 원인기여가 있는 자(행위책임자)이거나 위험발생물건의 지배권자(상태책임자)가 행위나 물건을 통한 원인기여가 없는 자(비책임자)보다 우선적으로 경찰권발동의 대상이 되는 수범자가 된다는 것이다. 독일에서 형성되어 일본과 우리 일반경찰법학에 수입된 이러한 원칙은 경찰질서법상 수권조항에 근거하여 내려지는 위험방지의무에 의해 기본권이 제한되는데 대한 법치국가적 한계이자 재량의 한계로 작용한다고 한다. 즉 여기서 책임(Verantwortlichkeit)이란 법치국가원리에 따른 경찰질서법의 본질적인 요소이며 경찰권발동의 수범자확정을 위한 요건이다⁸⁾.

그런데 독일의 일반경찰법상 원인자책임원칙의 출발점이자 근거는 모든 국민은 구체적 위험발생 이전에 사전적으로 자신의 행위나 자신이 지배하는 물건으로부터 위험이나 장애를 발생시켜서는 안 된다는 일반적 위험·장애야기금지의무(allgemeine Nichtstörungspflicht)(소위 “실질적 경찰책임”)를 부담하고⁹⁾ 이러한 의무위반이 있으면 “원인자”가

8) Schoch, JuS 1994, 849. 책임의 구성요건적 성격을 강조하는 견해로 Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 1993, Rn. 185, S. 103ff. 그리고 책임은 수범자에 관련된 요건 내지 근거(Grund)이며 동시에 조치의 내용에 관련된 법효과(Folgen)로서 이중적으로 기능함을 확인하는 견해로 Frenz, a.a.O. (각주 3의 논문), S. 27-28.

9) 참고로 Luchterhandt의 기본의무관점에서 볼 때 이것을 일반적 행동의 자유와의 이원적 구조 안에서 이 의무를 처음 주제화한 것은 법실증주의학자인 Thoma(ders., Grundrechte und Polizeigewalt, S. 184ff.)라고 한다(Luchterhandt, Grundpflichten als Verfassungsproblem im Deutschland, 1988, S. 468-469 참조.

되어 개괄적 수권조항에 따른 조치의 수범자가 된다는 것이었다¹⁰⁾. 이제 원인자책임의 근거를 이러한 시대착오적인 의무의 위반에 따른 질서관청에 의한 제재(Sanktion)로 이해하는 것에서 벗어나, 구체적 위험 발생 이후에 경찰법목적에 가장 적합한 수단·능력을 보유하는 시민에게 협력을 요청한다는 의미의 협력의무(Mitwirkungspflicht)가 경찰질서법상 책임의 근거라는 것이 최근 10여 년 전부터 독일에서 주장되고 있다. 이러한 원인자에 관한 재해석경향은 타당하며, 그 정당성에 관해서는 후술한다.

2. 구체적 해석론

불확실한 내용을 갖는 원인자책임원칙을 복잡한 개별 사례에서 구체화하기 위하여 독일에서 프로이센고등행정재판소 이래로 지배적 견해¹¹⁾로 주장되고 있으며 아래에서 비판적으로 검토될 해석론 내지 수범자도그마틱을 정리하면 다음과 같다.

① 고의·과실과 같은 주관적 개념과 무관한 경찰법의 객관적 성격

- 10) 대표적으로 Drews/Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr*, 9. Aufl., 1986, S. 293. 이것은 Otto Mayer 시절의 모든 臣民은 전제된 선행의무(Untertanewohlverhaltenspflicht)를 지닌다는 사상이 배경이 되고 있다(ders., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, Aufl. 3, 1924, S. 212). 우리 문헌으로 정하중, *공법연구 제25집*, 제3호, 109면; 홍정선, *행정법원론(하)*, 1985, 방주 885, 266면 참조.
- 11) 참고로 Drews/Wacke/Vogel/Martens의 공저문헌(각주 10의 책)이 독일과 우리의 경찰법문헌에서 지배설로서 가장 많이 인용되는 이유는 바로 초판 저자인 Bill Drews가 프로이센고등행정재판소의 마지막 재판소장이며 독일경찰질서법의 체계를 만든 사람이기도 하며, 그의 견해는 현재 독일 각 란트의 경찰질서법 제정의 모태가 된 - 행위책임, 상태책임, 비책임개념을 포함하여 - 프로이센경찰행정법 제정 시 정신적 지주(geister Vater)였기 때문이라고 한다 (Poscher, *Gefahrenabwehr*, 1999, S. 46, 각주 79 참조).

과 신속하고 효과적이며 지속적인 위험방지요청의 표현으로서 효율성원리를 강조하면서 동시에 공평한 부담배분원리(gerechte Lastenverteilung)도 반영하는 태도

- ② 책임의 근거로서 일반적 위험·장해야기금지의무(Nichtstörungspflicht)의 제시
- ③ 책임자·비책임자 이분법(Dichotomie Störer/Nichtstörer)의 고수와 이외에 제3의 유형은 존재하지 않는다는 원칙(tertium non datur)
- ④ 행위·상태책임자에 대한 손실보상의 부정(Entschädigungslosigkeit)¹²⁾
- ⑤ 행위·상태책임자개념을 통한 위험방지 및 장해제거의무 - 비용 부담의무 - 손실보상부정이라는 연계원리(Konnexitätsprinzip)의 고수
- ⑥ 원인과 무관한 비책임자에 대한 손실보상의 보장
- ⑦ 행위책임귀속을 위한 직접원인설과 의도적 위험유발자개념(Zweckveranlasser)의 도입
- ⑧ 상태책임의 근거를 기본법 제14조 제2항의 사회적 기속의 표현이라고 주장하는 태도와 상태책임인정을 위하여 인과관계를 요하는지 여부에 관한 논쟁
- ⑨ 외관상 책임자(Anscheinsstörer)에 관한 문제해결을 위한 외관상 위험도그마틱의 전용
- ⑩ 공익과 사익의 보호를 위하여 일반시민이 부담하는 민주주의적 의미의 조력의무로부터 비책임자가 경찰권발동의 대상이 되는 근거도출

12) 경찰책임자에 대한 경찰권발동 이후에는 손실보상을 부정한다는 이러한 원칙은 독일의 일반경찰질서법상 “확고부동한 원칙(eiserner Bestand)”이라고까지 표현되기도 한다(Quaritsch, DVBl 1959, 455).

3. 일반경찰책임법의 기능

현대 산업사회의 현저한 기술발전과 비례하여 새로운 종류의 위험상황이 등장하고 막대한 잠재적 위험성이 고조되고 있다. 이에 따라 예컨대 화학공장, 원자력발전소에서의 사고나 홍수 등으로 인한 유독물질의 배출로 생기는 지하수 내지 대기오염, 방사능오염¹³⁾ 등 예서와 같이 인간의 생명, 건강, 중대한 재산적 이익에 대한 광범위하고 현저한 위험을 초래하는 경찰질서법사례들은 점점 더 복잡해지고 있다. 예방적 위험방지를 직무로 하는 현장의 경찰공무원들은 위와 같은 경우에 시간적 압박 하에서 일정한 결정을 내려야 하는 상황에 처하게 되는데 이러한 복합적인 사실관계를 제대로 파악할 수 있는 여유를 가질 수 없는 때가 많게 된다. 즉 복잡다양한 생활관계에 신속하고 효과적으로 대처하기 위해서는 단순하게 탄력적으로 해석·적용될 수 있는 경찰질서법상 수범자규정 내지 재량유도기준의 형성이 요구된다. 그러나 위와 같은 해석원칙들을 동시에 고려하게 되면 이와 같은 탄력성의 제고는 불가능하게 된다.

그런데 이에 대해서는 각 위험영역을 개별적으로 규율하고 있는 특별법들에 의하여 해결이 가능하며 또 그러한 규율이 요구된다는 반론이 제기될 수 있으나, 이는 다음과 같은 일반법의 순기능을 무시하는데서 비롯되는 것이다¹⁴⁾. 즉 첫 번째로 인간인 입법자는 인식

13) 장시간이 흘러 토지에 附合(Verbindung)되어 버린 방사능물질에 대해서는 원자력법(AtomG)이 적용될 수 없어서 폐기물법, 수질관리법, 일반경찰질서법의 적용이 문제되어 오염부지(Altlasten)의 논의영역으로 들어온다는 학자로 Knopp, Die "radioaktive" Altlast, NVwZ 1991, 42ff.

14) 공공의 안전이라는 헌법적 목적을 관철시키기 위해 일정조치가 필요한 긴급한 경우(Eilfall)와 예측이 불가능한 경우 및 다원화된 가치로 인해 사회의 다양한 갈등상황을 해결하기 위해 입법자는 일반조항으로 도피할 수밖에 없다는 것을

능력과 예측능력에 한계를 가지고 있기 때문에 전형적이고 자주 반복되는 위험상황에 대해서는 직접 규율할 수 있지만, 해결이 시급한 각 영역마다 고유하게 등장하는 모든 위험에 대처할 수는 없다. 두 번째로 위험상황에 직면한 경찰공무원의 입장에서 볼 때 특별법상 관할권을 갖는 관청의 개입을 통해서도 효율적인 위험방지가 불가능하거나 된다고 하여도 적시에 이루어질 수 없다고 판단되는 사례에서 특별법우선원칙은 후퇴하고 보충성원리에 따라 일반경찰질서법이 적용되어야 한다¹⁵⁾. 그리고 세 번째로 위험방지조치의 수범자에 관한 일반경찰질서법의 규율은 특별법에도 영향을 미치고 있다는 점이다. 즉 입법자가 질서조치를 위한 수권규범을 형성하면서 구체적으로 수범자를 확정하여 놓지 않은 경우에는 일반경찰질서법의 수범자규율이 그대로 적용되어야 하며, 고유하게 규정하고 있다고 하여도 불확정적인 경우에는 역시 일정범위에서 영향을 끼치게 된다.

그러나 행위책임자, 상대책임자, 외관상 책임자, 비책임자에 관련된 법적 문제를 해결하기 위하여 전통적 해석론을 고수하게 되면 이러한 기능이 제대로 발휘되지 못하는 경우가 발생하거나 해석론 간에 상호모순이 발생하는 사례들이 확인된다.

이유로 종국적인 규율을 두기 힘든 영역에서 일반경찰법은 보완적 구성요건(Auffangtatbestand)으로서 개괄적 수권조항을 두어 특별법질서를 체계적으로 통일하고 재결합시키는데 기여한다고 한다. 이에 대해서는 Erichsen, VVDStRL 35 (1977), S. 174-175. 또한 Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., S. 54 참고.

- 15) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, a.a.O.(각주 10의 책), S. 238-240("1차적 개입을 위한 경찰법(Recht der Polizei zum ersten Zugriff)"으로 보충성원리를 표현하고 있다). 그러나 물론 이때 경찰은 자신의 권한으로 활동하는 것이지만 사전적 관점에서 볼 때 잠정적으로 조치를 지연시킬 수 있는 여유가 없는 경우이어야 한다.

4. 전통적 해석론수정의 정당성

1) 직접원인설의 재검토

자연법칙적 인과관계 내지 등가설의 수정장치로 발전되었고 경찰질서법상 행위책임자에 관해 일반적으로 승인되고 있는 고유한 직접원인설(최후조건설)에 따르면 경찰법상 중요한 원인은 스스로 위험의 한도(Gefahrenschwelle)를 초과한 자의 행위 즉 시간적으로 최후의 조건을 제공한 자의 행위이며 그에 따라 원인자(Verursacher)로 판단되는 자에게 책임을 귀속시킬 수 있다고 한다¹⁶⁾. 그리고 간접원인을 제공한 자(Veranlasser)는 예외적으로만 가치판단을 통해 질서법상 중요한 원인을 제공한 자가 될 수 있다고 한다¹⁷⁾. 그리고 의무위반 및 리스크영역 귀속관점을 가지고 직접원인설을 보완한 것이 현재 독일의 지배적 견해이다.

가. 최후조건설

① 특히 오염부지(Altlasten) 사례에서 행위책임자로 고려될 수 있는 사람들로써 폐기물을 창조한 생산자(Abfallproduzent), 운반자, 폐기물처리장운영자, 처리장부지를 임대한 토지소유권자 등이 있다¹⁸⁾. 이 중에서 폐기물창출자를 경찰책임자로서 경찰조치의 수범자로 삼는 것이 환경정책적 혹은 경제학적 관점에서 가장 의미가 있을 것이나 시간적 최후조건기준을 제시하는 고유한 직접원인설에 따르면 그에게는 위험을 귀속시킬 수 없게 된다. 폐기물운반자에 대해서도 마찬가지로 이유에서

16) Kloepfer/Brandner, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, §12(Bodenschutzrecht), E., Rn. 68, S. 798; Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, Rn. 50, S. 271-272.

17) 대표적으로 Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O.(각주 10의 책), S. 314.

18) Kloepfer/Brandner, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 68, S. 798.

귀속이 불가능한 경우가 생길 수 있다.

또한 하치장부지의 토지소유권자에게 행위책임자로서 위험을 귀속시키기 위해 일반법 차원에서 안전확보의무를 부담시킬 수 있는가의 문제도 있다. 마지막으로 최후조건설의 의미에 따라 위험의 한계를 마지막으로 초과하여 행위책임자로 확정되는 폐기물처리장의 운영자도 그 당시의 학문 및 기술에 따른 인식수준으로 인해 처리되는 물질의 위험성을 알 수 없었던 경우에도 항상 위험제거를 위한 책임을 부담하는지에 관해 의문이 제기되어 왔으며 많은 학설이 대립하여 왔다.

② 직접성기준을 존재론적 인식의 문제로 이해한 독일 프로이센고등행정재판소가 취한 고유한 직접원인설 내지 최후조건설의 장점은 윤곽 없는 형평책임관념에서 벗어나려는 의도를 가지고 있다는 점과 실용적 측면에 있다¹⁹⁾.

그러나 이 견해에 대해서는 직접원인자의 배후자(예, 오염부지사례의 경우 폐기물창조자나 운반자 등)에게 비용부담을 포함하는 경찰의무를 부담시키기 위해 객관적 성격의 경찰법과 조화될 수 없는 목적성(Finalität)이 결합된 의도적 위험유발자(Zweckveranlasser)개념을 도입하기 위하여, 적법한 권리행사를 직접원인범주에서 배제하기 위하여, 다수의 원인이여가 공동으로 작용하고 있는 경우에 공평에 반하는 결과를 회피하기 위하여, 무엇보다도 왜 중간원인들을 판단대상에서 제외하는지 등을 비판하기 위해 직접성기준을 채택한 학자들은 최근 개별적인 행위기여를 모두 평가하는 규범적 가치판단 요소를 수용하고 있다²⁰⁾. 즉 독일의 현 지배설은

19) Schink, Grenzen der Störerhaftung bei der Sanierung von Altlasten, VerwArch 82 (1991), 357, S. 371("Aspekt der Praktivität").

20) 대표적으로 Götz, a.a.O.(각주 8의 책), Rn. 193, S. 106(현재의 직접원인설이 위

아래의 위법원인설 내지 의무위반설의 영향을 받아 “직접성”기준을 불문의 규범적 구성요건징표로서 인과관계를 보완하는 요소라고 이해하고 있는데, 이러한 직접성징표를 통하여 가치평가적 관점 하에서 법치국가적으로 요구되는 경찰법상 책임제한이 배려되고 있다고 한다²¹⁾.

나. 의무위반 및 리스크영역설

최후조건설을 비판하며 독자적으로 권리의 내재적 한계를 통해 위험귀속자의 범위를 확정하고자 한 권리영역설(Rechtskreistheorie)²²⁾과, 최후조건설을 보완하기 위한 의도로 독일공법학자 Pietzcker가 도입한 의무위반과 리스크영역에 따른 위험귀속론(Gefahrenzurechnung nach Pflichtwidrigkeit und Risikosphäre)²³⁾이 우리나라에서 위법원인설이라는 표현으로 소개되고 있다.

먼저 권리영역설은 법질서에 의하여 부여된 권리행사의 범위를 초과하는 행위자를 형평의 관점에서 자신의 권리한계 안으로 복귀시키기 위해 원인자로 간주한다. 그리고 현재 일반경찰질서법과 환경법상 질서책임의 수범자 확정의 가장 중요한 기초를 제공한 것으로 평가되는 Pietzcker는 Erichsen이 강조한 위험방지직무의 체계종속적·체계안정적 기능²⁴⁾ 즉 국가전체시스템의 기능을 원활하게 작동시키기 위하여

법원인설과 거의 같은 결론을 낳게 되는 것은 우연이 아니라고 한다.

21) Schenke/Ruthig, Rechtsscheinhaftung im Polizei- und Ordnungsrecht?, VerwArch 87 (1996), 330 (338) 참조.

22) Schnur, DVBl. 1962, 1ff.; Erichsen, VVDStRL 35 (1977), S. 205.

23) Pietzcker, Jost, Polizeirechtliche Störerbestimmung nach Pflichtwidrigkeit und Risikosphäre, DVBl. 1984, 457 (459f.); 환경법문헌으로는 Schink, VerwArch 82 (1991), 372ff. 참조.

24) “systemakzessorische und -stabilisierende Funktion”(Erichsen, VVDStRL 35 (1977), 205).

적법하지만 위험한 행위의 결과도 제거할 수 있도록 수권하는 개괄적 수권조항으로부터 자신의 생활영역에서 중대한 법익의 안전을 확보하기 위한 일정한 의무를 도출하고 동시에 개인과 일반공중 사이에서 - 소위 허용된 위험(erlaubtes Risiko) 관점의 도입을 통해 - 항상 개별사례와 관련하여 각자의 리스크부담영역을 확정하여 자신의 리스크영역 내의 사실관계에서 - 권리영역의 이탈이 아니라 - 위와 같은 안전확보 의무를 위반하였을 경우 경찰책임자로 간주하자는 견해를 주장하였으며, 이것이 환경법 영역에까지 강력한 영향을 미치고 있다²⁵⁾. 이것은 경찰법의 목적은 효율적인 위험방지만이 아니라 주로 비용 내지 손실 보상문제에서 논의되는 개인과 일반공중 사이의 공평한 부담배분(gerechte Lastenverteilung)도 포함하는 것이라는 점에서 정당화된다고 한다²⁶⁾.

이 견해를 오염부지사례에 맞추어 보면²⁷⁾, 직접원인설의 최후원인제공자가 될 수 없는 생산자는 폐기물이 함께 발생하는 것을 관찰하여 폐기물처리자에게 존재할 위험을 알려줄 의무와 적합한 제거방법을 강구할 의무(예, 위험한 폐기물을 잘못 표시하였거나 다른 물질과 함께 혼합하여 적합한 안전확보조치를 방해해서는 안 되는 의무), 특별한 제

25) 이때 범규범의 규율 내지 공법상 허가의 내용, 사회적 상당성, 그리고 독일민법 판례에서 불법행위법(독일민법전 제823조 제1항)을 근거로, 제3자들의 안전을 위해 자신의 지배영역에 예방조치를 취해야 한다는 의미로 발전된 개념인 교통안전확보의무(Verkehrssicherungspflicht) 혹은 독일수질관리법(WHG) 제22조의 위험책임관점 등이 의무위반결정요소로 고려된다고 한다. 이에 대해서는 Pietzcker, DVBl. 1984, 457 (458); 환경법문헌으로 Kloepfer/Brandner, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 68, S. 798; Hoppe/Beckmann, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 52, S. 272.

26) Schink, a.a.O.(각주 19의 논문), S. 372.

27) Hoppe/Beckmann, a.a.O.(각주 16의 책), S. 272; Schink, a.a.O.(각주 19의 논문), S. 375-376.

거방법이 없다면 생산방법을 바꾸거나 혹은 경우에 따라서는 생산을 중단할 의무가 있고 또한 폐기물처리장운영자에게 경고하거나 사후에야 폐기물의 위험성이 밝혀진 경우 다른 방식으로 처리되도록 노력할 의무 등을 부담하며 그 위반이 있으면 행위책임자가 된다고 한다. 그리고 이러한 의무들은, 생산자는 생산활동을 통해 통상적인 정도를 초과하는, 일반공중에게 수인을 기대하기 곤란한 리스크를 내포하는 특별한 위험상황을 창조하였기 때문이라는 것으로 정당화된다고 한다²⁸⁾. 또한 허가의 합법화효과는 위험귀속을 제한하는 근거로 작용한다고 한다²⁹⁾.

폐기물운반자는 독립적으로 그 처리까지 인수한 기업인 경우 수거한 폐기물과 운반을 받을 처리장의 적합성에 관해 정보를 제공할 의무가 있으며 그는 무해한 처리에 대한 책임을 부담하고 이로부터 야기된 위험제거책임자로 고려될 수 있다. 그러나 운송만을 담당하고 실정법 테두리 안에서 모든 의무를 준수하였다면 그의 책임은 배제된다. 왜냐하면 법질서는 그에게 고유한 운송위험에 대해서만 사전안전확보조치를 위한 의무이행을 요구할 수 있을 따름이지 위험물질의 제거에 대한 조치에 따른 의무도 부담할 것을 요구할 수는 없기 때문이다.

폐기물처리장의 운영자도 폐기물처리도 인수한 운반자와 동일하게 폐기물매립에 의해 위험이 현실화되는 것을 미연에 방지하기 위한 모든 조치를 취할 의무가 있다. 그리고 직접원인설에 따를 때 최우선적으로 행위책임자가 되므로 귀속측면에서는 문제가 발생하지 않고, 오히려 반대로 후술하는 바와 같이 이러한 자를 예외 없이 비용부담의무까지

28) Schink, a.a.O.(각주 19의 논문), S. 376(Schink는 민법에서 발전된 교통안전확보의무를 폐기물창조자가 제3자들에 대한 위험초래를 예방하기 위한 특별한 사전안전확보조치에 대한 의무의 근거로 인용하고 있으며, 이는 Pietzcker의 견해와도 공통된다).

29) Hoppe/Beckmann, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 273, S. 56.

포함하는 책임자로 고려하여야 하는 결과를 회피하기 위한 논쟁이 더욱 중요하다.

끝으로 임차인인 운영자에게 임대한 처리장부지의 소유권자는 임대시에 토지가 저장장소로는 적합하지 않음을 고려할 의무와 폐기물의 성질과 의도된 보관행위에 관한 정보를 수취하여 감독할 의무 즉 제3자들에 대한 위험초래를 방지할 수인한도 내의 모든 안전예방조치를 취할 의무를 부담하므로, 이러한 의무의 위반이 있으면 - 상태책임자가 아니라 - “행위책임자”로 고려될 수 있다고 한다³⁰⁾.

다. 학설의 문제점

① 최후조건설의 한계를 보완하기 위해 Pietzcker에 의해 제시되어 지배적 견해가 되어가고 있는 이러한 논거³¹⁾는 우선 명시적인 공법적 행위명령규범이 없는 경우에 책임의 근거로 일반적 위험 내지 장애야기금지 의무(Nichtstörungspflicht)를 들고 있고 이는 개괄조항으로부터 도출되는 것으로 논리를 전개하고 있다는 점이 가장 본질적인 문제이다³²⁾. 이러한 의무는 독일민법전 제823조 제1항 불법행위에 따른 손해배상규정으로부터 판례가 해석으로 발전시킨 “교통안전 확보의무(Verkehrs-

30) Hoppe/Beckmann, a.a.O.(각주 16의 책), S. 272; Schink, a.a.O.(각주 19의 논문), S. 376.

31) Pietzcker, DVBl. 1984, 457 (464)(그는 직접성기준이 필요조건이며 의무위반 및 리스크영역은 그것을 보완하기 위한 기준으로 고려된다고 한다). 예년에 없었던 해일로 인하여 함부르크항구에 수질관리법(WHG) 제26조 제2항의 위반상태로 저장해 놓은 기름이 하수도에 유출된 사고에 대하여 예측가능성결여로 경찰책임을 부정한 OVG Hamburg, DÖV 1983, 1016 참조.

32) Schink, a.a.O.(각주 19의 논문), S. 373 참조. 여기서 그는 일반적 위험·장애야기금지 의무라는 표상을 받아들이게 되면 개별시민을 자율적으로 합리적으로 자기책임적으로 활동하는 사람으로 받아들이고 있는 헌법적 가치질서도 고려하지 않는 결과가 되고, 더 나아가 인격의 자유발현권(기본법 제2조 제1항)을 고려할 때 모든 권리행사는 언제나 경찰개입의 유보 하에 있게 된다고 우려한다.

sicherungspflicht)"³³⁾와 위험책임사상을 도입한 수질관리법(WHG) 제22조에 따른 사전위험회피의무로 환경법영역에서 모습만 바뀌어 독일 환경법학자들에 의해 규율의 흠결을 보충하기 위한 개념으로 사용되고 있다³⁴⁾.

양 의무는 어쨌든 개괄조항과 사법의 손해배상책임규정의 해석으로부터 비롯되어 양자가 대칭적으로 서로 착안점이 되고 있다는 사실은 분명하다³⁵⁾. 그러나 경찰법상 위험방지조치의 수범자확정의 근거로 이러한 의무를 도입한 것은 일단 위험방지법인 경찰법의 본질과 모순된다는 치명적 약점을 가지고 있다. 민법영역에서 공평의 관점을 우선시켜 손해배상책임의 기초로 발전된 교통안전확보의무와 위험책임관점은 우선 가능한 한 신속하고 효과적인 위험방지를 최우선의 목표로 하는 경찰법의 요청과 충돌하게 되면 동시에 고려될 수 없는 표상이다. 분명 환경법학자들은 공평한 부담배분도 환경법을 포함한 경찰질서법의 목적임을 전제하고 있다. 이러한 전제에서 비롯된 동 관점들의 도입은 위험이 모두 종결된 이후 비용부담자의 확정단계에는 일정한 역할을 할 수 있을지 모르나, 경찰법과 동 책임법의 본질은 미래 및 결과지향적인 성격을 가지며 따라서 우선적으로 실현되어야 할 목표는 위험의 신속하고 효율적인 제거이고 위험이 없는 안전상태로의 회복이지, 과거지향적 성격과 사후적 고찰방법을 중시하는 민법상 원상회복(Naturalrestitution)이 아니다³⁶⁾.

33) 이 의무의 국가책임영역에서의 설명으로 Ossenbühl, Fritz, Staatshaftung srecht, 5. Aufl., 1998, S. 29ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., §23 Rn. 23, 31; 경찰책임에 관해서는 Pietzcker, DVBl. 1984, 457 (460) 참조.

34) Kloepfer/Brandner, a.a.O.(각주 16의 책), S. 798; Schink, a.a.O.(각주 19의 논문), S. 374ff.

35) Pietzcker, DVBl. 1984, 457 (460) 참조.

그리고 양 의무 어떤 것이든지 불문하고 모두 구체적 위협의 발생 이전에 모든 개별국민은 이러한 안전조치의무를 부담한다는 것이 되고 행정행위는 이미 존재하는 의무를 현실화하는 것이 될 뿐이다. 이것도 환경법상 사전배려원칙과 일반법간의 관계에서 큰 문제가 된다. 왜냐하면 환경법영역에서 구체적 위협이 발생하기 이전에 그것이 예상되는 영역에 대하여 개별법령의 입법과 해석상 고려하여야 하는 사전배려원칙(Vorsorgeprinzip)의 관점은 일반경찰질서법과는 병존될 수 없는 것이기 때문이다³⁷⁾. 즉 일반경찰질서법의 차원에서 위협 없는 상태의 유지에 대한 일반적 의무가 개괄적 수권조항을 근거로 행해진 경찰조치를 통해 구체화될 수는 없다. 왜냐하면 구체적 위협의 존재가 개괄조항의 적용을 위한 전제조건이기 때문이다³⁸⁾. 이러한 점에 대하여 독일의 Erichsen이나 Spießhofer와 같은 학자들은 구체적 위협요건과의 결별을 선언하여 일반경찰법과 건축법, 영업법, 환경법 등의 책임문제에 있어서 서로 교차적으로 이해할 것을 주장하고 있는데³⁹⁾, 법치국가원리로부터 숙명처럼 부여된 개괄적 수권조항의 구체적 위협요건을 포기할 수는 없다⁴⁰⁾. 따라서 개괄적 수권조항으로부터 미래에 발생할 위협의 예방을

36) 환경법 일부문헌에서도 이러한 취지는 타당한 것으로 확인된다. Kloepfer/Thull, DVBl. 1989, 1121 (“경찰질서법의 제도는 위협방지의 목적을 위하여 고안된 것이지 비용귀속법으로 구상된 것이 아니다”); Kloepfer/Brandner, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 83, S. 806(“일반경찰질서법은 1차적으로 금전적 부담의 배분을 위한 법이 아니고 Altlasten문제해결을 위해 단지 제한적으로만 기능할 뿐이다”).

37) Schink, a.a.O.(각주 19의 논문), S. 367; BVerwG, DVBl. 1986, 190 (194).

38) 경찰책임의 구체적 위협요건에 대한 종속성에 대해서는 Poscher, Gefahrenabwehr, 1999, S. 20 참조(소위 “단계관계(Stufenverhältnis”)”).

39) Erichsen, VVDStRL 35 (1977), 172 (182ff., 216의 Leitsatz 5 참조); Spießhofer, Der Störer im allgemeinen und im Sonderpolizeirecht, 1989, S. 2.

40) 1976년 독일국법학자대회에서 발표된 위 Erichsen의 논문에 대한 토론문 중에서 Martens, VVDStRL 35 (1977), S. 310; Friauf, VVDStRL 35 (1977), S. 315 등 참조. 이들은 실질적 경찰개념과 구체적 위협요건은 고수되어야 하고, 프로이센시대의 Kreuzberg판결 이전으로의 회귀와 철저히 위장된 복리배려의 도입

위한 사전배려의무(Vorsorgepflicht)나 위험회피의무(Gefahrenvermeidungspflicht), 자기안전확보의무(Eigensicherungspflicht) 및 일반적 장애야기금지의무 등을 도출하여 특별법에 의한 규율 없이 위험의 사전 배려를 포함하는 오염부지 등의 총체적 정화조치의 근거로 원용할 수는 없다⁴¹⁾.

② 그리고 리스크영역이라는 논거가 갖는 불명확함도 큰 문제점 중 하나이다. Pietzcker는 이것을 상태책임의 제한근거로 주로 언급하였지만 어쨌든 행위책임영역에서도, 만약 리스크의 적절한 배분이 아니라 위험방지만이 경찰법의 과제라면 경찰법은 공평한 부담배분에 관하여 고찰할 필요가 없으며, 이렇게 되면 중국적인 조정의 임무는 민법의 세계로 넘어가게 된다고 하면서, 이러한 결과는 부담배분에 관한 정당화요청이 경찰법에서도 증가하고 있는 경향을 도외시킬 수 없다고 한다⁴²⁾.

그러나 일반경찰법상 책임자확정을 위하여 리스크영역개념을 사용하는 것은 개별국민의 예측가능성(Vorhersehbarkeit)을 고려하는 결과가 되는데, 객관적 성격을 본질로 하는 위험방지법으로서의 경찰법과는 친할 수 없는 도구가 된다. 그리고 리스크영역이라는 것은 경찰법에 고유한 개념으로 형성된 것처럼 보이지만, 그렇지도 않다. 왜냐하면 이 논거를 평가한 문헌을 보면⁴³⁾, 이것은 형법에서 구성요건적 결과의 귀속을

을 반대하고 있다.

41) Griesbeck, Die materielle Polizeipflicht des Zustandsstörers, 1991, S. 85; Schink, VerwArch 82 (1991), S. 367; BVerwG, 1985년 12월 4일 판결, NJW 1986, 1626 (1627) 참조.

42) Pietzcker, DVBl. 1984, 457 (458).

위한 인과관계를 보완하기 위하여 출발한 객관적 귀속이론(Lehre von der objektiven Zurechnung)⁴⁴⁾의 영향을 받은 것이라는 점을 알 수 있다. 특히 Roxin의 위험증대이론(Risikoerhöhungstheorie)을 원용하고 있는 Schenke/Ruthig에 의하면 리스크원리라는 것은 헌법적으로 확립된 것이고 또한 “비례성원칙을 기준으로 하여 개인의 자유이익을 대상으로 하는 법치국가적 이익보호의 형량”에 부합되는 것이라고 한다⁴⁵⁾. 결국 리스크영역의 도입은 그 불명확성이 더해져서 주관적 형평책임을 묻게 되는 결과가 되어 신속하고 효과적인 위험제거를 목표로 하는 일반경찰법과는 이질적인 태도가 될 수밖에 없으며, 경찰법의 고유한 원인이론이 될 수 없다⁴⁶⁾.

③ 세번째의 문제점은 위험의 인식불가능성(Nichterkennbarkeit)에 따른 경찰법상 책임제한시도이다. 많은 물질의 위험성이 - 보통 허가시 수준으로는 인식될 수 없었던 것이 - 기술과 학문수준의 진보로 인해 오늘날에야 비로소 인식되었다는 사정(예, 산성비와 그것을 통해 야기된 토양에 있어서 지하수를 위협하는 화학적 반응에 의한 토양성질의 변화⁴⁷⁾)이 직접원인설에 따라 가장 명확하게 수범자로 결정되는 폐기물

43) Scholler/Schloer, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts, 4. Aufl., 1993, S. 242 참조.

44) 민법학자인 Larenz와 형법학자인 Honig에 의해 구성된 객관적 귀속이론의 내용인 규범의 보호목적이론, Roxin의 위험증대이론이 경찰책임의 귀속을 위해 동일맥락에서 고려되고 있는 것을 확인할 수 있는 문헌으로 Schenke/Ruthig, a.a.O.(각주 21의 논문), S. 338ff. 참조.

45) Schenke/Ruthig, a.a.O.(각주 21의 논문), S. 347 각주 62 참조.

46) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O.(각주 10의 책), S. 320-321(여기서 Wolfgang Martens는 이 논거는 명확성과 평등원칙의 요청을 모두 만족시킬 수 없는 귀속기준이 됨으로써 효율적인 위험방지만을 불가능하게 할 뿐이라고 비판하고 있으며, 이는 타당하다).

47) Würtenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht, 3. Aufl., 1997, Rn. 648, S. 327,

운영자의 책임에 어떠한 영향을 미치는지의 문제이다. 이에 대하여 Kloepfer와 같은 독일의 일부 환경법학자는 보호가치 있는 신뢰가 존재하지 않는 한 직접원인설에 따른 위험야기자는 자신의 행위의 위험성에 관한 인식수준의 발전에 대한 리스크를 부담한다고 한다⁴⁸⁾. 그리고 Papier는 학문과 기술수준의 변화를 사후의 객관적 사정변경과 동일시하고 부담적 법률의 진정소급효금지원칙을 통해 경찰법상 책임을 배제하고자 하였다⁴⁹⁾.

그러나 경찰질서법은 원칙적으로 과실과 무관하고 위험 및 책임의 귀속은 역시 전적으로 객관적으로 결정된다는 원칙과 모순된다⁵⁰⁾. 즉 인식가능성을 고려하게 되면 위험방지의무의 판단을 위해 과실요소를 함께 판단하는 것이 되기 때문이다. 또한 부담적 내용을 가진 법률의 진정소급효금지원칙을 통해 책임배제가능성을 타진한 견해도 설득력이 없다. 객관적 사정변경이 없다는 것은 일단 무시한다고 하더라도, 원래 행위가 위험한 것이었으나 이러한 사정은 사후에나 밝혀지기 때문에 이는 진정 소급효사례에 해당하지도 아니한다. 즉 이러한 사정은 정책적 방향전환으로 인한 법률의 변경이 아니라 법 적용에 있어서의 변화와 유사할 뿐이다. 이러한 경우에는 소급효금지원칙에 따라 경찰책임을 배제할 수 없다⁵¹⁾. 결국 위험의 인식가능성유무는 효율성을 강조하는 위험방지조치의 수범자확정을 위한 단계에서는 문제될 수 없으며, 이것

각주 89.

48) Kloepfer/Brandner, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 69, S. 799.

49) Papier, DVBl. 1985, 877; ders., NVwZ 1987, 259. Papier의 견해평가에 대해서는 Schink, a.a.O.(각주 19의 논문), S. 377; Hoppe/Beckmann, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 55, S. 273.

50) "Verschuldensunabhängigkeit". Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O.(각주 10의 책), S. 293.

51) Kloepfer/Brandner, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 69, S. 798-799.

은 위험종료 이후에 공평한 비용부담이나 손실보상문제가 등장하는 단계에서 과실요소의 하나로서 일반적 공평성이나 기대가능성의 관점으로 기능할 수는 있다.

④ 보통 위험의 인식가능성문제와 함께 허가의 합법화효과(Legalisierungswirkung)가 특히 오염부지사례에서 폐기물처리장운영자 등과 독일의 영업법, 임짓시온방지법, 수법상의 허가를 받은 자의 직책원인설에 따른 - 상태책임을 포함한 - 경찰법상 책임의 제한을 위한 근거로 제시되고 있다⁵²⁾. 만약 일반경찰질서법을 근거로 허가된 상황에 개입이 가능하게 된다면 허가의 본질적인 의미를 상실하게 될 것이라는 점을 이유로 한다⁵³⁾. 또한 영업행위를 위해 경찰허가를 받은 바 있는 시설물은 사후의 경찰개입조치에 대하여 영업경찰 외에 다른 근거들로부터도 보호된다는 것은 프로이센고등행정재판소 이래로 승인된 법(anerkanntes Recht)이라고 까지 언급되고 있다⁵⁴⁾. 따라서 위험시설물에 대한 허가가 일정한 합법화효과를 향유하고 있다는 데에는 견해가 일치하고 있는 것으로 보인다.

그러나 이러한 효과가 경찰법상 책임을 일률적으로 배제하는 것인지의 의문 때문에 합법화의 범위에 대하여 즉 시설 그 자체만이 합법화되는 것인지 아니면 생산활동으로 인하여 합법화된 운영장소의 토지와

52) 대표적 문헌으로 Fluck, VerwArch 79 (1988), 406ff.; Peine, JZ 1990, 201ff.; 연방행정법원판과 문헌에서의 정의를 보면, “허가를 통해 매개된 질서법상 개괄조항에 근거한 명령으로부터의 보호효과”라고 한다(BVerwGE 55, 118 (121); 특히 Altlasten에 대해서는 Papier, DVBl. 1985, 876; Breuer, JuS 1986, 362; Kloepfer/Brandner, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 71, S. 799 참조.

53) Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, Rn. 56, S. 273; Breuer, JuS 1986, 359 (362).

54) PrOVGE 82, 351 (357). Würtenerberger/Heckmann/Riggert, a.a.O.(각주 47의 책), S. 647 참조.

주위환경에 영향을 미친 오염방출행위와 매립행위(예, 공장폐기물처리장에 대한 허가가 발령된 경우에 허가결정 시점에서 인식될 수 없었던 환경위험초래)까지도 합법화되는 것인지가 문제되었다. 이러한 문제에 존재하는 이해관계의 갈등상황 한쪽에는 해당허가의 존속에 대한 경영자의 신뢰와 허가절차를 거쳤다는 것을 이유로 국가가 공동책임을 인수한다는 측면이 있고, 다른 한쪽에는 생산자는 허가가 있다고 하더라도 자신의 생산활동에 수반되는 리스크에 대하여 공동책임을 부담하여야 한다는 측면이 존재한다.

이러한 갈등해소는 일반적으로 허가장의 내용 내지 허가결정시 고려 대상의 범위에 달려있다고 한다⁵⁵⁾. 즉 폐기물매립행위 등이 합법화되기 위해서는 폐기물매립행위가 시설물허가의 범위에 내용적으로 포함되는 경우여야 한다. 이것은 폐기물처리의 적법성이 허가서의 취지에 명시되어 있는지 혹은 - 보통 그러한 것처럼 - 이러한 언급이 없을 때 허가절차에서 법적으로 규정된 심사대상에 속하는 것이었는지에 달려있다. 이러한 것이 긍정될 수 있을 때에만 폐기물이나 영업쓰레기의 매립행위는 공공의 안전에 대한 위해가 아니라 허가의 합법화효과에 의해 포섭될 수 있을 것이다⁵⁶⁾. 예컨대 영업법(예, 식품위생법)상 허가가 있다고 하여도 영업쓰레기매립으로 인한 지하수에 대한 위험초래를 기초로 한 개입조치의 대상이 되는 것을 배제할 수 없을 것이다. 왜냐하면 영업허가는 수법상 허가를 내포하는 것이 아니고 이러한 점에서 존속보

55) Kloepfer/Brandner, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 72, S. 801; Gusy, Polizeirecht, 4. Aufl., 2000, Rn. 296, S. 296; Würtenberger/Heckmann/Riggert, a.a.O.(각주 47의 책), Rn. 648, S. 327(생산활동으로 수익을 거두는 사적 기업자에게 사후에 비로소 현실화되는 결과를 부담하게 하여야 한다는 법정책적 논거는 그가 가격결정을 통해 구매자와 일반공중의 부담으로 돌릴 것이기 때문에 효과적이지 못할 것이라고 한다. 특히 ders., a.a.O. S. 328).

56) Fluck, VerwArch 1988, 406.

호의 대상으로 인정될 수도 없기 때문이다⁵⁷⁾. 따라서 합법화효과는 원칙적으로 허가결정 과정과 발령 시에 관할관청에 의하여 인식될 수 없었던 리스크상황에 대해서는 아무런 영향을 미치지 아니한다⁵⁸⁾.

Kloepfer는 허가의 합법화효과에 대하여 정책적 평가를 하면서, 만약 시설운영자의 입장에서 볼 때 표면상으로는 매력적인 합법화효과를 광범위하게 해석하고 이에 따라 국가에 대하여 이에 대한 리스크가 전가되는 결과가 된다면 필연적으로 행정관청은 실무상 허가의 발령을 회피하려 할 것이고 결과적으로 합법화효과를 향유할 시민들은 유명무실한 승리(Pyrrhussieg)만을 거두게 될 뿐이라고 하며, 따라서 무제한적 합법화효과를 통한 시설경영자의 과도한 보호는 오히려 그의 활동가능성을 제약할 뿐이라고 한다⁵⁹⁾.

라. 소 결 - 직접원인설은 무용한가?

의무위반 및 리스크영역의 귀속이라는 규범적 가치평가관점을 도입한 직접원인설은 위와 같은 문제점과 더불어 전술한 일반경찰책임법의 기능과 모순된다는 점이 가장 큰 비난의 대상이 된다. 현저히 복잡한 상황에서 일정한 결정을 내려야 하는 시간적 압박에 처한 현장공무원에게 위와 같은 공평성에 터 잡은 귀속이론을 사실관계에 적용할 것을 요구하는 것은 불가능한 것을 부담시킬 뿐이다. 이것은 의무위반론을 제시한 Pietzcker는 법률적 소양이 부족한 공무원에게는 실용적이지 못한 기준이 될 수 있음을 자인하고 있다⁶⁰⁾. 따라서 원인이론 모두가 공평관

57) Kloepfer/Brandner, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 72, S. 801.

58) Württenberger/Heckmann/Riggert, a.a.O.(각주 47의 책), Rn. 649, S. 328~

59) Kloepfer/Brandner, a.a.O.(각주 16의 책), Rn. 72, S. 800. 독일의 통설은 행정관청이 장기간에 걸쳐 묵인(Duldung)하여 왔다고 하여 제약조치의 권능이 실효(Verwirkung)되어 합법화효과가 정당화된다고 할 수 없다고 한다. BVerwG, DVBl. 1986, 687f. 참조.

념을 토대로 한 과거지향적 관찰방법(rückschauende Betrachtungsweise)을 취하도록 요구하고 있는 점 자체가 효율성을 이유로 사전적 관점(ex-ante-Sicht)을 중시하는 미래지향적 성격의 일반경찰법과 조화될 수 없다는 비판을 받을 수밖에 없으며, 이에 따라 인과관계이론의 무용함을 주장하는 견해까지 등장하고 있다⁶¹⁾.

따라서 탄력적으로 대처할 수 있는 기준의 설정이 요구되는데 원인 이론 중에서 경찰법의 본질 및 효율성요청과 가장 적합한 견해로는 최후조건설정 여부를 기준으로 삼았던 고유한 직접원인설이 된다. 그러나 이 이론은 경찰법의 목적에 기초하여 재평가되어야 한다. 즉 원인자(Verursacher) 개념은 효율적 위험방지목적에 고려할 때, 위험이나 장해를 야기하면 안 된다는 일반적 위험·장해야기금지의무 위반이나 선행의무의 위반으로 인한 제재의 대상으로서가 아니라 위험의 방지 내지 장해의 제거에 가장 기여할 수 있는 능력 내지 수단을 보유하는 자라고 이해되어야 한다. 왜냐하면 독일의 경찰법률이 단순하게 원인자에게 우선하여 경찰권발동을 하여야 한다고 개방적으로 규정하고 있는 태도는 그와 같은 자가 일반적인 경우에 타인보다 위해제거에 가장 적합한 위치에 있을 것이 추정되기 때문이다⁶²⁾. 따라서 독일의 입법자는 이러한 생각을 가지고 입법정책적으로 원인자를 실질적 경찰책임자로 간주하여 우선적인 경찰권발동의 대상이 되는 사람으로 선택하였을 뿐이다⁶³⁾.

60) Pietzcker, DVBl. 1984, 457 (464).

61) Muckel, Abschied vom Zweckveranlasser, DÖV 1998, 18ff.

62) Martensen, a.a.O.(각주 6의 논문), S. 288. 그는 「이러한 사람이 사실관계에 더 근접해 있는 자(Sachnähere)로서 위험을 경찰행정관청보다 더 신속하고 효율적으로 방지할 수 있다는 것이 추정될 수 있다」고 한다. Griesbeck, a.a.O.(각주 41의 책), S. 81, 90; 拙稿, 위험방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구, 고려대학교박사학위논문, 2003, 116면 참조.

이러한 최근 원인이론의 재평가경향을 수용한다면 경찰권발동 시점에서 가장 중요한 전제조건은 인과관계가 아니라 위험대처능력의 보유(Innehaben des Gegenmittels)이며⁶⁴⁾, 전통적 직접원인설에 의해 확정된 최후조건제공자는 위험원에 가장 근접해 있는 자로서 그 제거에 관한 정보 및 수단을 보유하고 있을 것임이 추정되기 때문에 일단 경찰권발동의 수범자로 결정되는 것이다. 그리고 사후에 비용배상이나 손실보상판단의 단계에서 그에 대한 조치가 공평에 반하는지 여부를 판단할 때에는 위에서 전개된 원인이론이 그대로 타당하며 이 단계에서 효율성요청은 전혀 고려되지 않는다. 독일에서 아직까지 직접원인설을 포기하지 않는 배경이 여기에 있다⁶⁵⁾.

2) 희생자의 책임제한문제

자신이 사실상 지배하는 물건으로부터 위험이 발생하여 일반경찰질서법상 상태책임자로 판단되었으나 사실관계를 확인한 결과 전적으로 외부사건이나 제3자의 영향력에 기해 그 물건이 침해를 받아 위험요건을 충족하게 된 경우에 이러한 상태책임자는 오히려 희생자의 입장(Offerposition)에 처하게 된다. 이때 전통적 해석원칙 중 하나인 위험제거의무와 비용부담의무의 상호연계원리를 따르게 되면 행위책임자를 파악하기 곤란한 사정에서 위험이 발생한 토지의 소유자나 지배권자는 엄청난 비용배상청구를 받게 되어 경제적으로 파산에까지 이르게 되는

63) Martensen, a.a.O.(각주 6의 논문), S. 288(“위험야기자의 실질적 경찰의무는 법적정책적 조정기능을 가질 뿐이다”).

64) Lindner, Die verfassungsrechtliche Dimension der Adressatenpflichten, 1997, S. 43ff. Griesbeck(각주 41의 책)에 의하여 영향을 받은 이러한 논거에 대해서는 拙稿, 각주 62의 논문, 252면 이하 참조.

65) 민·형법과는 다른 경찰법의 목적을 기초로 직접원인설을 이해하여야 한다는 견해로 Frenz, a.a.O.(각주 3의 논문), S. 24.

결과가 되었다. 이러한 희생을 당하는 토지소유자의 책임을 제한하기 위해 상태책임의 근거와 한계논의가 다양하게 전개되어 왔다. 환경법 사례로 유조차 전복으로 기름유출로 지하수에 유입될 위험에 처해있는 사례⁶⁶⁾와 유독물질을 함유한 철제강통류의 불법매립사례⁶⁷⁾, 오염부지 (Altlasten)사례 등이 있다.

가. 전통적 해석론의 테두리 안에서의 해결모델

경찰권발동 시점에서 문제되는 위험제거의무와 위험종결 이후의 비용부담 및 손실보상문제의 연계원리(Konnexitätsprinzip)를 고수하고 있는 점에서 공통되는 독일의 지배적 견해는 상태책임자의 희생문제해결을 위하여 다음과 같이 크게 세 가지 모델을 제시하고 있다.

① 상태책임구성요건을 해석으로 축소이해함으로써 상태책임의 제한을 시도한 독일학자 Friauf의 견해가 있다⁶⁸⁾. 이에 따르면 희생상황에 있게 되는 토지의 소유자는 구성요건상 상태책임자가 될 수 없고 비책임자(Nichtstörer)로서만 취급될 수 있을 뿐이며 종국적으로 비용부담의무를 지지 않는다고 한다. 그리고 재산권조항인 독일기본법 제14조 제2항의 사회적 의무조항에 따른 이익-부담결합사상이 그 근거가 되고 있다. 즉 전술한 바 있는 리스크배분관점을 도입하여 리스크를 허용하는 이유가 그 위험을 야기할 가능성이 있음에도 불구하고 사회전체에

66) 소위 "Öltransportunfälle". 이에 대하여 일반적인 문헌으로 Götz, a.a.O.(각주 8의 책), Rn. 212, S. 112 참조.

67) 소위 "Giftfässerfälle". 이에 대해서는 Hohmann, Einschränkungen der Kostentragungspflicht des Grundstückseigentümers beim Ablagern von Giftfässern, DVBl. 1984, 997ff. 참조.

68) Friauf, Zur Problematik des Rechtsgrundes und der Grenzen der polizeilichen Zustandshaftung, in: FS für Wacke, 1972, 293 (300ff.; 상태책임의 근거에 대해서는 296ff.).

가져다 주는 이익이 있기 때문이므로 전체 납세자인 그에 따른 부담이나 불이익도 부담하여야 한다는 것이다⁶⁹⁾.

이에 대해서는 상태책임자에 관한 독일 각 란트의 경찰질서법규정에 반하게 된다는 점, “극히 이례적인 사건” 내지 “일반공중의 리스크영역”⁷⁰⁾이라는 불명확한 기준으로는 소유자에게 귀속될 수 있는 위험과 그 나머지 위험간의 충분히 확실하고 평등원칙의 요청을 만족시키는 구분을 가능케 하는 것이 될 수 없다고 하며⁷¹⁾, 경찰권발동에 따른 협력의무의 부과는 비책임자에 관한 보충적으로 엄격한 경찰긴급상태요건을 충족하여야만 가능하게 되어 효율적인 위험방지를 불가능하게 할 수도 있다는 점, 비용부담의무를 면하는 대신 오히려 재산손실보상이나 희생보상청구권을 보유하게 되는 예상치 않은 결과가 된다는 점등의 비판이 있다. 그리고 일부학자는 이러한 목적론적 축소모델을 비판하면서 경찰권발동의 1차적 차원과 2차적 차원을 분리고찰함으로써 해결하여야 할 것을 시사하고 있다⁷²⁾.

② 법률효과의 차원에서 상태책임자의 희생문제를 체계합치적으로 극복할 수 있는가를 탐구하는 학자들이 제시하는 모델이 있다⁷³⁾. 우선

69) “Gedanken der Verbindung von Vorteilen und Lasten”. 또한 Pietzcker는 Friauf의 견해를 이와 같이 리스크배분관점을 가지고 보완하고 있다(ders., DVBl. 1984, 457 (462)). 이러한 생각은 Otto Mayer의 문헌에서도 발견된다(ders., a.a.O.(각주 10의 책), S. 223).

70) 일반공중의 리스크영역을 강조하는 것에 대해서는 Friauf, a.a.O.(각주 68의 논문), S. 303; Pietzcker, DVBl. 1984, 457 (463) 참조.

71) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O.(각주 10의 책), S. 321; Götz, a.a.O.(각주 8의 책), Rn. 212, S. 112.

72) Hohmann, a.a.O.(각주 67의 논문), S. 998.

73) Papier, Altlasten und polizeiliche Störerhaftung, DVBl. 1985, 873 (878); Seibert, Zum Zusammenhang von Ordnungs- und Kostentragungspflicht, DVBl. 1985, 328 (329); Schink, a.a.O.(각주 19의 논문), S. 379-381.

손실보상문제와 함께 경찰긴급상태 하에서만 경찰권발동의 대상자로 고려하는 결론을 피하기 위하여 소유자를 비책임자로 간주하는 것을 부인하고 이에 대신하여 법률효과로서 등장하는 책임의 내용을 제한할 것을 제안한다. 따라서 희생자의 지위를 갖게 되는 위험발생물건의 소유자나 사실상 지배권자는 상태책임구성요건에 해당하면 일단 상태책임자가 되지만, 독일 기본법 제14조 재산권조항을 고려하여 무제한적인 책임내용의 부과는 금지되고, 비용부담의무의 발생을 피하기 위해 실질적인 위험방지나 장해제거의무 자체를 부과할 수는 없고 책임의 내용을 수인의무(Duldungspflicht)로 제한하고자 하는 모델이다.

법률효과를 수인의무로 제한하는 독일학자 Papier의 모델은 경찰법에서 책임문제는 경찰권발동의 1차적 차원에서 위험방지나 장해의 제거를 위하여 책임자의 협력활동이 특별히 필요한 경우에 제기 되는 것이라는 점을 도외시하는 것이다. 이러한 경우에 경찰목적의 달성을 위하여 협력의무를 부담할 수 있는 위치에 있는지 여부가 중요한 것임에도 불구하고, 단지 수인의무로 상태책임의 법률효과내용을 제한하여 상태책임자의 의무범위를 감축시켜 주려는 시도는 오히려 문제를 해결하는 것이 아니라 핵심문제를 회피하려는 견해가 될 뿐이다⁷⁴⁾.

③ 경찰질서법학자인 Martens나 Götz는 법률문언과의 합치를 중요시하여 상태책임의 구성요건과 법률효과 모두를 제한하지 아니하고 일단 소유자는 비용전부를 부담하여야 하고, 부당한 것으로 보이는 결론에 대한 제한장치로 하자 없는 재량행사의 요청을 주장한다⁷⁵⁾. 이 모델의

74) Lindner, a.a.O.(각주 64의 책), S. 8.

75) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O.(각주 10의 책), S. 320-321; Götz, a.a.O.

주장자들은 이미 존재하고 있는 책임자선택에 관한 재량원칙들과 수인 기대가능성과 상당성을 부분내용으로 갖고 있는 비례원칙 내지 과잉금지원칙에 의거하여 해결하고자 한다. 이러한 한계원리를 이용하면 개별적인 경우를 형량하고 차별화하는 해결이 가능해지고, 이때 경찰위반상태의 원인과 관계인의 부담정도가 모두 고려될 수 있다고 한다.

따라서 재량행사모델은 기대가능성 내지 수인한도를 기준으로 하게 되는 바, 이 견해는 리스크영역의 귀속과 같은 어려운 가치평가를 필요로 하게 되며⁷⁶⁾, 또한 그때그때 각각의 사례들을 개별적으로 조준하는 주관적인 형평성고찰에 따른 결론을 가져온다는 반론⁷⁷⁾에 직면하고 있다. 그리고 이 모델은 엄밀하게 말하자면 특별한 상태책임의 제한논거라고 볼 수 없으며 담당 공무원에게 구체적인 기준을 제시할 수 없다.

나. 재산권이 상태책임의 근거인가?

위 모든 견해의 공통점은 위험방지의무와 비용부담의무는 동시에 결정된다는 원칙을 고수하면서 책임을 제한하고자 시도하고 있다는 점과 더불어 상태책임은 독일기본법 제14조 제2항상의 재산권의 사회적 기속의 표현이며 경찰법의 상태책임규정은 동법 제1항 2문에 따라 입법자가 그 내용과 한계를 결정해놓은 것이라고 하는 점이다.

① 상태책임자성격은 위험상황의 원인이 재산권자에게 귀속되는지 아니면 일반공중에게 귀속되어야 하는지에 의존하게 된다. 이것은 위험

(각주 8의 책), Rn. 212, S. 112.

76) Hohmann, a.a.O.(각주 67의 논문), S. 1000.

77) 소위 "Kasuistik". Griesbeck, a.a.O.(각주 41의 논문), S. 55.

의 원인이 상태책임자확정시에 중요하지 않다는 경찰법원칙과 모순된다⁷⁸⁾. 오히려 상태책임은 물건에 대한 영향력행사가가능성(Einwirkungsmöglichkeit)에 의해 정당화된다⁷⁹⁾. 이것은 물건의 소유자라도 지배권을 행사할 수 없는 자는 책임자로 고려되지 않는다는 명시적인 경찰법규정⁸⁰⁾과 원칙에 따를 때 분명하다. 따라서 재산권은 물적 지배력에 대하여 기본권적으로 보호되는 권리를 매개하는 것이지만 그 자체로서는 상태책임의 근거가 되지 아니한다. 또한 상태책임자확정을 위하여 소유자가 물건으로부터 이익 내지 효용을 취하고 자신의 이익을 위해 물건을 사용할 가능성을 가지고 있었는지 여부도 중요하지 않다는 것을 보여주는 것이다⁸¹⁾.

② Friauf도 재산권 자체가 아니라 재산권과 결합되는 영향력행사가가능성이 상태책임자성격의 판단에 중요한 기준이 된다고 시사하고는 있다. 그러나 그러한 물건의 지배는 구성요건상 규범적 연결점이 될 뿐이라고 하며 여전히 근거를 재산권에서 도출하고 있다. 하지만 이러한 태도는 독일경찰법률이 효율적 위험방지요청을 고려하여 토지 등 물건의 소유권자가 아니라 1차적으로 사실상 지배권보유자가 상태책임자가 된다⁸²⁾고 규정한 이유를 간과하는 것이 된다. 가정부, 점유보조자, 심지어 절도범까지도 상태책임자로 고려될 수 있다는 설명은 재산권으로는 설명되지 아니한다. 따라서 상태책임의 근거로서 물건에 대한 지배력은 이러한 재산권이나 소유권과는 분명히 중립적이다⁸³⁾.

78) Griesbeck, a.a.O.(각주 41의 논문), S. 63. 이것은 최근 독일연방헌법재판소도 확인하고 있다. BVerfG, 2000년 2월 16일 판결, JZ 2001, S. 37ff.

79) BVerfG, 각주 78의 판결, JZ 2001, 37 (38), B. II. 1.

80) 예, 연방모범초안(MEPolG) 제5조 제2항 2문 참조.

81) Griesbeck, a.a.O.(각주 41의 논문), S. 64-65.

82) 예, 연방모범초안(MEPolG) 제5조 제1항 참조.

83) "neutral". BVerfG, 각주78의 판결, JZ 2001, 37 (38); 이 판결의 평석으로

다. 소 결

독일에서 실무상 크게 문제된 상태책임자의 희생문제를 해결하기 위하여 제시된 모든 모델과 기존의 상태책임관념은 모두 재산권에서 그 근거를 도출하고자 한 점과 위험방지의무와 비용부담의무를 동일선상에서 이해하려고 한 점에서 문제점을 가지고 있다. 따라서 경찰책임자에 관련된 기존 해석론 하에서는 상태책임자의 희생상황은 해결이 불가능하다는 것을 불가피한 것으로 받아들여야 하게 되며 심지어 희생문제는 은폐되어 버리게 된다. 이러한 점이 일반경찰법의 논리는 환경법상 문제해결을 위해서는 제한적으로만 기능할 뿐이라는 비판의 동기가 된다.

Ⅲ. 경찰법의 목적에 합치되는 원인자개념의 이해

1. 경찰권발동의 1차적 차원과 2차적 차원의 분리

원인이론에 따른 행위책임의 귀속모델과 상태책임자의 희생상황해결 모델은 모두 만족스러운 기준이 되지 못한다는 점이 밝혀지고 있다. 이러한 상황은 경찰법의 목적갈등의 표현이다. 즉 신속하고, 효과적이며, 지속적인 위험방지목적과 공평한 부담배분목적이 충돌하고 있다. 전통적인 해석원칙에 따르면 완전한 갈등해소가 불가능한 경우가 발생한다. 어느 한쪽을 고려하면 다른 한쪽이 충분히 고려될 수 없는 관계에 있다.

이때 독일에서 1980년대 중·후반 이래로 경찰권발동의 차원을 1

차적인 것(Primärebene)과 2차적인 것(Sekundärebene)으로 나누고⁸⁴⁾ 전자의 차원에서는 구체적 위험방지를 위한 작위, 부작위, 수인의무의 부과가 문제되고 그 수범자를 판단하기 위해 사전적 관점과 효율성원리가 지배한다고 한다. 후자의 차원에서는 비용부담의무의 공평한 귀속문제가 주된 테마가 될 것이며, 사후적 관점 즉 과거 지향적 관점이 적용되고 공평한 부담배분의 원리가 지도원리가 될 것이라고 한다. 또한 특별한 희생기준에 따른 손실보상이나 희생보상도 이 단계에서 판단된다. 여기서는 신속하고 효과적인 위험방지가 문제되지 아니한다. 따라서 전통적인 원인이론과 과실개념, 기대가능성에 따른 형평책임귀속에 대한 판단이 가능하다. 결국 상호연계원리(Konnexitätsprinzip)를 포기하고 양 차원의 규율관점을 분리시키는 것이 경찰책임딜레마의 탈출구가 될 것이다. 따라서 1차적인 차원에서 책임자로 확정되어 위험방지조치의 협력요청의 대상으로 고려된다고 하여도, 2차적 차원에서 공평한 부담배분의 고려 하에서 비책임자로 취급될 수 있으며, 재산손실이나 비재산적 법익에 대한 희생에 대하여 보상청구권을 행사할 수 있게 되어 상태책임자의 희생문제는 감축될 수 있다(경찰책임자에 대한 손실보상 부정원칙(Entschädigungslosigkeit)과의 단절)⁸⁵⁾.

84) 유독쓰레기의 불법매립사례를 설명하면서 Pietzcker의 견해를 비판적으로 고찰한 Hohmann으로부터 비롯되었다고 한다(ders., a.a.O.(각주 67의 논문), S. 998). 이것은 Spießhofer, Griesbeck, Giesberts, Lindner, Poscher 등의 최근 논문에서 타당성이 확인되고 있으며, 전통적 원칙을 고수하는 Schenke에 의하여 가장 크게 비판되고는 있으나 그도 어쨌든 1차적 단계에서의 위험방지의무가 경찰책임에서 우선적인 문제임을 인정하고 있으며(Schenke/Ruthig, a.a.O.(각주 21의 논문), S. 331), 이러한 분리경향은 기존 학자들에 의해서도 타당성이 확인되고 있다(Würtenberger/Heckmann/Riggert, a.a.O.(각주 47의 책), Rn. 292, S. 135(Fn. 5), 특히 Rn. 327, S. 158에서 필요성을 강조하고 있다).

85) 이러한 분리관점은 특히 Griesbeck(각주 41의 논문)에 의하여 진지하게 전개되

2. 차원분리의 근거

1) 외관상 위험·책임자도그마틱

인과관계이론의 경찰법본질과의 모순과 상태책임자의 희생문제를 피하기 위하여 제시된, 언뜻 작위적이며 관념적으로 보이는 이러한 구분은 첫 번째 외관상 책임자해석론에서 실증적으로 타당성이 확인되고 있다. 독일의 통설 및 판례는 객관적이고 합리적인 사전평가에 의하여 구체적 위험이 존재한다고 보아서 담당 공무원이 경찰조치를 취하였으나 사후에 위험이 존재하지 않았음이 밝혀진 경우에도 개괄적 수권조항에 따른 구체적 위험으로 인정되며 위험존재확인조치의 위법성은 조각된다고 한다⁸⁶⁾. 이것은 복합적이고 대규모의 잠재적 위험에 민감할 수밖에 없는 화학기업, 원자력산업 등이 기간화되고 있는 현대 산업사회에 있어서 경찰 및 질서관청은 불확실한 위험상황과 직면하는 경우가 많기 때문에 이러한 논리가 구성된 것이다. 그런데 효율성원리를 근거로 정당화되는 이와 같은 해석론은 독일의 지배설과 판례에 의하여 외관상 책임자해석론에 그대로 전용되고 있다.

즉 외관상 책임자해석론이란 경찰의 사전적 시각에서 합리적 평가에 의할 때 일단 구체적 위험은 존재하고⁸⁷⁾ 행위 및 상태책임자라는 의심을 발생시키기에 충분한 근거자료가 있는 경우에 그는 1차적 차원에서

있으며, 최근에 Lindner(각주 64의 논문)에 의하여 헌법적 차원에서 정당화되고 있다. 이에 대해서는 拙稿, 각주 62의 논문, 307면 이하 참조.

86) OLG Stuttgart, NJW 1992, 1396f.. 그리고 화학기업 하나가 화학물질을 함유한 유해한 폐수를 불법적으로 토양으로 방류하였고 경찰은 이 때문에 이웃토지의 토양도 오염되고 지하수도 오염되었을 것이라는 의심을 하여 오염조사를 명령하였으나 토양조사결과 이웃토지와 지하수는 오염되지 않은 것으로 판명된 사례를 예로 들 수 있다.

87) 물론 외관상 위험을 전제로 책임자가 된 수범자도 포함하는 것임을 주의하여야 한다.

효과적 위험방지요청이라는 지상명제를 근거로 책임자로서 협력의무의 수범자로 확정되며, 사후에 행위 혹은 상태책임자가 아니었음이 밝혀진 경우⁸⁸⁾에는 2차적인 공평부담배분차원에서 비용부담의무는 탈락되며 오히려 비책임자에 대한 손실 및 희생보상규정이 유추적용 될 수 있다는 것이다⁸⁹⁾.

2) 원리충돌 사례

다수책임자가 관련되어 있는 경우에 효율성요청과 공평한 부담배분 요청이라는 양 헌법원리⁹⁰⁾에 따른 수범자의 순위결정이 달라지는 경우에 선택재량의 문제⁹¹⁾에 있어서 원리충돌(Prinzipienkollision)⁹²⁾이 발생하며, 양 차원의 분리고찰필요성이 확인된다. 예컨대 ① 전쟁무기광이며 공작물을 만드는 취미를 가진 甲이 지뢰 하나를 만들어 야간에 시영공원에 매장하였는데, 한 조경회사가 굴착작업 중에 그 지뢰를 발견하였

88) 위 각주 86의 사례에서 이웃토지의 오염은 이미 확인되었는데, 조사 결과 그 오염은 애초의 의심과는 달리 화학공장의 폐수방류가 원인이 아니었음이 밝혀진 경우와 지하수에서 생명, 건강의 침해가 우려되는 유독물질이 검출된 경우에, 어떤 토지로부터 그것이 흘러 들어갔는지가 불확실한 경우에 인근 토지소유자들이 원인자확인을 위한 조치를 위한 상태책임자가 되는지의 문제 등을 예로 들 수 있다.

89) BGH, 1992년 3월 12일 판결, NJW 1992, 2639; 1994년 6월 23일 판결, NJW 1994, 2355. 이 판례들은 독일경찰법학자 Götz에 의하여 “근년에 들어 행해진 경찰질서법관련 판례 중에서 가장 중요한 것”이라고 평가되고 있다(ders., NVwZ 1994, 652 (661)). 물론 혐의를 발생시킨 데 대하여 고의나 중과실이 인정되어 보상이 형평에 반하는 경우에는 보상청구권을 배제한다.

90) 위험방지의 효율성요청이 헌법상 원리(Prinzip)의 성격을 갖는 것인가의 논쟁에 관해서는 특히 Giesberts, Die gerechte Lastenverteilung unter mehreren Störern, 1990, S. 41ff.

91) 이에 대하여 독일의 연방토양보호법(BBodSchG)이나 우리 토양환경보전법은 규정하고 있지 않기 때문에 일반경찰법의 논의가 그대로 수용될 수 있다.

92) 원리충돌(Prinzipienkollision)에 대해서는 Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 78ff.

다. 이때 공평한 부담배분원리에 따르면 행위책임자 갑 - 상태책임자인 시 소속 경찰기관 - 조경회사의 순위가 결정될 것이다. 그러나 신속하고 효과적인 위험방지요청을 따르면 일반시민의 부담 아래서 경찰기관이 직접 개입하거나 굴착기를 가진 조경회사⁹³⁾가 우선적으로 조치대상자로 선택되어야 할 것이다. ② 상태책임자의 희생사례(오염부지(Altlasten)사례, 유조차전복 후 기름누출사고)에서도 공평한 부담배분원리에 의하면 원래 원인자(현재 가동중단된 공장의 기존 운영자, 유조차 운전자 및 사용자) - 국가를 대신한 경찰기관 - 높은 가치의 방어이익을 갖는, 원인기여가 전혀 없는 현 토지소유자의 순서가 될 것이나, 효율성 요청은 각 사례에서 가장 적합한 위험대처능력을 가진 자(현 토지소유자나 경찰기관)에게 우선적으로 협력을 구하는 조치를 요구할 것이다. ③ 갑작스럽게 나타난 지하수 혹은 대기오염사례 등 위험의 존재나 책임자가 불확실한 외관책임사례에서도 공공의 안전에 대한 위험이 더 이상 확산되지 않도록 위험대처능력을 가진 자의 즉각적인 개입이 요청될 것이며 공평기준에 의하여 누가 중극적인 책임자인가의 판단은 시간적 압박 하에서 불가능하거나 아니면 극히 제한될 것이다.

3) 실제적 조화관점⁹⁴⁾에 의한 정당화

경찰권발동의 1차적 차원에서는 위험대처수단을 보유한 자에 대한 협력요청으로서의 위험방지조치의 수범자확정이 중요하며, 2차적 차원에서는 누가 비용이나 손해를 부담하여야 하는지가 판단되어야 하는데, 원인이론에 따른 인과관계가 쉽게 입증될 수 있거나 상태책임자 희생

93) 물론 지뢰제거는 전문가가 필요하므로 굴착기운전자나 조경회사에게는 굴착기 제공명령 정도의 조치에 그칠 것이다.

94) 계획열, 통일독일헌법원론 - Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., 1995의 번역서 -, 2001, 40-41면(방주 72) 참조.

문제가 발생하지 않거나 위험이나 책임자에 관련된 불확실성이 없다면 1차적 차원에서 효율성요청과 공평부담배분요청은 충돌되지 않고 모두 배려될 수 있으며 선택재량은 그것에 따라야 흠이 없는 것이 된다.

그러나 그것이 불가능하여 원리사이에 충돌이 있는 경우 1차적 차원에서 일반경찰책임사례해결을 위하여 고가치의 법익을 보호하는 안전(Sicherheit)이라는 국가적 과제로부터 비롯된⁹⁵⁾ 순수하게 객관적으로 판단되는 효과적 위험방지요청에 따른 결론을 우선시키고 2차적 차원에서 협력자로 고려된 경찰권발동 수범자는 원인에의 기여도, 과실유무, 특별한 희생유무 등에 의한 개인적 차원의 책임귀속을 비용부담이나 손실보상의 판단시 가능하게 하는 것이 경찰책임사례의 전체 해결과정 안에서 실제적 조화를 기하는 최적화 방법이 될 것이다(경찰책임자-비책임자 이분법적 사고와의 단절)⁹⁶⁾.

95) 정태호, 기본권보호의무, 현대공법학의 재조명(김남진교수퇴임기념특별호), 1997, 361 (373-378) 참조. Martensen은 이에 대하여 “위험방지와 침해행위로부터 개인을 보호하는 것은 기본적인 국가과제이다. 이것들은 본질적으로 국가의 권력독점(Gewaltmonopol)을 정당화하는데 기여한다. 동시에 위험방지는 기본권 및 자유권을 보장하기 위한 것이다. 최소한의 안전이 보장되는 한도에서만 시민은 자신의 기본권적 자유를 행사할 수 있기 때문이다. 위험방지의 이러한 고 가치성으로 인하여 효율성요청은 경찰법의 지배원칙이 된다”(ders. a.a.O.(각주 6의 논문), S. 287-288). 이에 대해서는 Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O.(각주 10의 책), S. 2, 312; Denninger, Polizeiaufgaben, in: Lisken/Denninger, 2. Aufl., 1996, Rn. 107 등 참조.

96) Schenke는 독일경찰법률의 체계적 해석에 비추어 부당한 해석으로 비판하고 있다. 즉 비용배상과 손실보상에 관한 규정들(예, 모범초안(MEPolG) 제5a조 제2항과 제50조 제1항) 안에서 행위·상태책임자규정에 따른 「책임자」는 비용을 상환하여야 하고 손실보상을 청구할 수 없다는 것이 규정되어 있으며, 여기서 상호연계원리가 독일경찰법에서 취해지고 있음을 확인할 수 있는 것이고, 그 결과 위험방지의 효율성이 침해되거나 희생자가 발생하는 결과는 독일의 입법자가 비난받을 일이지 현행법의 상황에서 이러한 해석은 불가피하다고 한다(Schenke/Ruthig, a.a.O.(각주 21의 논문), 330 (357)). 그러나 이러한 태도는 형식적으로 규정문언 그 자체만을 강조하는 것이며, 오히려 비용이나 손실보상규정이 경찰책임자를 결정하게 되어 본말을 전도하고 있으며, 경찰법의 목적에

3. 위험방지조치의 수범자가 부담하는 의무의 본질 및 근거

결론적으로 경찰권발동의 1차적 차원에서 수범자가 부담하는 책임은 일반적 위험·장해야기금지 의무나 평화교란금지 의무의 위반에 대한 제재로서 확정되는 것이 아니라, 구체적 위험발생시 위험에 가장 근접한 자로서 위험대처능력을 보유한 것으로 판단되는 자(대개 최후조건설에 따른 직접원인자와 물건의 사실상 지배권자)는 협력의무(Mitwirkungspflicht)를 부담하는 것으로 이해되어야 한다. 그리고 이러한 협력의무를 최근 헌법상 불문의 기본의무(Grundpflicht)의 하나로 자리매김하고자 하는 견해들이 등장하고 있으며⁹⁷⁾, 이러한 태도는 안전의 최대한의 효과적 보장이라는 국가적 과제의 중요성에 부합된다. 이를 토대로 하여야 행위 책임자결정을 위한 직접원인설의 고유한 의미파악과 원인과 무관한 상태책임자에 대한 손실보상가능성을 통한 희생문제의 제거, 외관상 책임자해석론의 이해, 다수책임자 존재 시 선택문제의 해결, 비책임자에 대한 조력의무부과의 근거설명이 가능해지며, 시대착오적인 전통적 경찰 책임원칙론으로부터 벗어날 수 있다⁹⁸⁾.

따른 헌법합치적 해석을 도외시하는 것이다. 그리고 법률의 내용이 헌법적 가치판단을 우선하게 되는 결과가 되어 부당하다.

97) Griesbeck, aa.O.(각주 41의 논문), S. 89ff.; Lindner, aa.O.(각주 64의 논문), S. 50ff.

98) 협력의무의 헌법상 기본의무적 성격에 대해서는 拙稿, 각주 62의 논문, 207면 이하 참조.

IV. 결 론

경찰법상 위험방지의무는 본래는 국가의 과제인 것을 위험대처능력을 보유한 개별 국민에 대하여 협력을 요청하는 의미로 이해되어야 한다. 그리고 구성요건적 연결점으로 제시된 원인자개념은 위험방지가 문제되는 경찰권발동의 1차적 차원에서는 효율성요청을 근거로 가장 적합한 위험제거방법을 알고 있고 그 수단을 보유한 것으로 추정되는 자 정도로 이해되어야 한다. 따라서 경찰책임의 1차적인 귀속연결점은 인과관계 자체가 아니라 경찰법의 목적에 적합한 수단보유유무가 된다. 원인과 무관한 상태책임영역에서 소유권 내지 재산권보유가 아니라 물건으로부터의 위험방지를 위한 사실상 영향력행사가능성유무가 책임자 귀속의 전제조건이라는 것과는 일치한다.

독일에서 환경법적 일부분제를 해결하기 위하여 일반경찰법이 르네상스를 맞이하고 있다는 언명은 전통적인 해석론을 고수하게 되면 너무 지나친 표현이다. 그러나 일반경찰질서책임의 귀속을 위한 출발점을 새로이 설정하게 되면 환경법영역에 있어서 상태책임자의 회생문제나 외관책임문제를 해결하기 위하여 일정한 기능을 수행할 수 있게 된다. 여기서는 기존의 행위책임, 상태책임의 귀속론으로부터 벗어나기 위하여 즉 경찰질서법상 의무인 위험방지협력의무와 비용부담의무간의 관계를 재정립하기 위해 양 차원을 분리하고 그 정당성을 밝히는데 주력하였으나, 인과관계가 아니라 위험대처능력·수단의 보유가 책임귀속의 전제조건이라는 점, 협력의무의 기본의무적 성격의 정당성고찰, 경찰책임사례의 체계적 정리와 그에 따른 이익형량의 결과 등이 더 구체화되어야 하며, 이를 바탕으로 하여야 경찰비용환수문제와 경찰책임승계문제도 올바르게 해결할 수 있는 착안점을 찾을 수 있게 될 것이다.

【Zusammenfassung】

Versuch zu der Rekonstruktion des Verursacherprinzips

- Abschied von der herrkömmlichen Adressatendogmatik -

Lee, Kee Chun

In der Primärebene der Inanspruchnahme stellt Polizeipflicht im Polizei- und Ordnungsrecht nicht Sanktion gegen Verstöße gegen allgemeine Nichtstörungspflicht dar, sondern ist bei der konkreten Gefahr unter Mitwirkungspflicht zu verstehen. Und Verursacherbegriff muß mit der Effektivitätspostulat als dem primären Zweck des allgemeinen Polizeirechts ausgelegt werden. Danach wird Verursacher nach Unmittelbarkeitskriterien als Inhaber des Gegenmittels vermutet. Deshalb ist Zurechnungsanknüpfungspunkt der Mitwirkungspflicht keine Kausalität oder Ursache selbst, sondern Leistungsfähigkeit zur Gefahrenabwehr. Dafür folglich kann Konnexitätsprinzip von Gefahrenabwehrpflicht und Kostentragungspflicht nicht mehr werden erhalten und müssen beide arten von Pflichten zwangsläufig getrennt behandelt werden.

Zu der Bewältigung der teilweise Umweltsrechtsproblem ist Rede von der Renaissance des allgemeinen Polizeirecht zu übergeschätzt. Aber

wenn man Ausgangspunkt für Zurechnung der Polizeiverantwortlichkeit neu wie erwähnt setzt, dann können sich Opferpositionsproblem für Zustandsstörer und Zurechnungsproblem der Anscheinstörer lösen. Darüber hinaus ist bei mehrerer Verantwortliche Auswahlfragen zu beantworten, und Darstellung der Begründung der Hilfspflicht von Nichtstörer möglich. Dafür ist es zu konkretisieren, daß Inhaben des Gegenmittels Voraussetzung für Verantwortungszurechnung ist, und daß Mitwirkungspflicht die verfassungsrechtliche Grundpflicht der Bürger ist. Ferner müssen Fälle von Polizeiverantwortung mit der Abwägung der Rechtsgüter systematisch werden arrangieren. Schließlich bei der Gesetzgebung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts von Korea und bei der Ausübung der Polizeigewalt wird mit diesen Gesichtspunkte zu rechnen sein.