

독일 경찰질서행정법상 위험방지론과 리스크대비론의 현대적 변화에 관한 연구*

이 기 춘**

〈국문초록〉

우리나라 경찰법 체계는 일본의 모델을 수용하여 발전되어 왔지만, 최근 20~30여 년간 국내학자들의 노력으로 대륙법계 경찰법 모델국가인 독일 경찰법을 직접 연구하고 우리 경찰법체계에 맞게 수용해왔다. 이러한 과정에서 특히 우리 경찰법 학계에 이어져 법리의 정립에 어려움을 겪고 있는 영역으로 일반경찰법상 실질적 경찰개념의 유지 여부와 그에 따른 경찰소극의 원칙의 유지 여부, 개괄적 수권조항의 인정 여부, 공공의 질서 개념의 수용가능성, 경찰질서법상 위험 및 위험의 전 단계 개념, 그에 따른 외관상 위험과 위험의 의심 개념 및 위험여부확인조치의 법적 근거와 한계논의 등이 밀도 있게 행해져왔다. 과거 전통적 위험방지법 시대에는 수동적 위험방지론, 경찰소극원칙론에 맞추어 위험, 책임논의가 소극적으로 진행되어 오다가 20세기 후반 기술의 발전으로 대규모조직범죄, 테러위협 등에 비례하여 대처기법도 발전하여 위험의 사전대비론이 힘을 받기에 이르렀다. 그러한 상황에서 경찰법은 본래의 객관적 성격에서 멀어지면서 점점 더 주관화의 경향을 띄었고, 그에 근거는 위험방지법의 효과성원칙이다. 이러한 주관화경향에 따라 실질적 경찰개념과 경찰소극의 원칙은 비판되기 시작하였고, 위험의 외관, 의심, 위험여부확인조치와 같은 주관실적 법개념들이 적법한 장치로 인정받고 더 이론적으로 정치화되기에 이르렀다. 또한 경찰법상 책임과 관련해서도 이러한 주관화 경향은 다르지 않아서, 시민에게는 여전히 객관적으로 이해되어야 한다고 하면서 경찰관청에게는 주관적으로 면책이나 위법리스크를 벗어주는 결과를 가져오기까지 하고 있다. 이러한 주관화 경향과 동시에, 효과성원칙도 중요하지만, 객관적 정의 원칙, 기본권사상, 법치국가원리에 근거한 비례성사상 등에 따라 위험방지법을 객관적으로 이해하여, 특히 위험을 객관적 개념으로 파악하는 견해가 등장하고 있다. 이들에 의하면 외관상 위험이나 위험의 의심개념 등은 시민에게 불확실성의 리스크를 전가하려는 법개념들이고, 비례성원칙상 이를 적법하다고 볼 수는 없다고 한다. 단 실제 경찰조치를 한 경찰/질서공무원들의 징계책임이나 형사책임에서는 비례성원칙이나 수인기대가능성론을 통하여 면책의 가능성이 있으므로 문제가 없다고 한다. 결론적으로 위험이 갖고 있는 개연성, 위험 그 자체, 현장의 경찰임무수행의 모습 등을 고려할 때 객관설은 너무나 이상적이다.

* 이 논문은 이 과제는 2014학년도 부산대학교 교수국외장기파견 지원비에 의하여 연구되었음.

** 부산대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

주제어 : 위험방지, 위험의 사전대비, 위험개념, 위험개념 주관화, 객관화, 외관상 위험, 위험의 의심, 예방국가, 위험여부확인조치

• 투고일 : 2018.06.30. / 심사일 : 2018.07.16. / 게재확정일 : 2018.07.19.

I. 서론

국가는 평화질서의 실현 즉 안전보장을 핵심임무로 하기 위해 존재한다. 국가가 정당성을 갖기 위해서는 그러한 내적, 외적 안전보장임무를 수행하여야 하는데, 국가 내부의 위험상황에 대하여 예방 및 진압조치를 통해 개별국민들과 일반공중의 안전을 보장한다는 것을 내적 안전보장이라고 할 수 있으며, 이를 경찰질서법상 위험방지(Gefahrenabwehr)라고 할 수 있다.

주지하듯이 이러한 내적 안전(innere Sicherheit)을 법적으로 담보하기 위해 형성된 우리나라 경찰법 체계는 처음에는 일본의 모델을 수용하여 발전되어 왔지만, 지금으로부터 20~30여 년간 국내학자들의 노력으로 대륙법계 경찰법 모델국가인 독일 경찰법을 직접 연구하고 우리 경찰법체계에 맞게 수용해왔다. 이러한 과정에서 특히 우리 경찰법학계에 이어져 법리의 정립에 어려움을 겪고 있는 영역으로 일반경찰법상 실질적 경찰개념의 유지 여부와 그에 따른 경찰소극의 원칙의 유지 여부, 개괄적 수권조항의 인정 여부, 공공의 질서 개념의 수용가능성, 경찰질서법상 위험 및 위험의 전 단계 개념, 그에 따른 외관상 위험과 위험의 의심 개념 및 위험여부확인조치의 법적 근거와 한계논의, 경찰비용, 경찰활동에 의한 손실보상가능성, 경찰편의주의와 한계 등을 나열할 수 있다. 이러한 영역들의 논점들은 바로 독일 위험방지법에서 출발된 핵심논제들이므로 이와 관련된 독일 경찰법계의 논의가 최근 어떻게 진행되고 있는지를 검토하는 것이 유의미할 일일 것이라는 점은 자명하다.

위험방지법 논제들 중에서도 ‘위험(Gefahr)’ 개념에 관한 논쟁은 우리나라뿐만 아니라 출발국인 독일경찰법계에서 중단되지 않는 모습을 보여주고 있다. 특히 그 개념 자체의 주관적 이해가 20세기 후반 Hoffmann-Riem, Martens¹⁾

1) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986의 문헌의 저자로서 독일 위험방지법으로서 경찰법의 지배설학자라고 할 수 있다.

등의 노력을 통해 지배적 학설이 되어 주관설 혹은 규범적-주관설이라는 이름으로 소개되어 왔다. 그리고 그것은 21세기에 들어와 9.11. 사태, 각종 테러사건 등을 거치면서 서구와 우리나라 경찰법계에서 효과성원칙을 구현하는 이론으로 큰 각광을 받았다.

그런데 현재 활동 중인 독일 중견 경찰법학자 중 Ralf Poscher가 1999년 「위험방지(Gefahrenabwehr)」라는 박사학위논문을 통해 위험개념은 객관적으로 이해되어야 한다는 프로이센고등행정법원의 초기 견해를 다시 꺼내 들었다. 그는 위해제거에서 발생하는 부담을 국민에게 지나치게 전가하지 말아야 한다는 비례성사상을 근거로 ‘위험’은 객관적으로 이해되어야 하며, 그에 따라 외관상 위험, 위험의 의심 개념 등이 설명되어야 함을 주장하였다. 이러한 사상을 이어 받아 경찰법으로서의 위험방지법에서 ‘위험’은 객관적으로, 그 외 질서행정법 즉 각종 안전법에서의 리스크사전대비(Risikovorsorge)에서 ‘리스크(Risiko)’는 오히려 규범적 의미의 주관적 관점으로 파악되어야 함을 주장한 Liv Jaeckel과 같은 학자가 등장하였다.

더 나아가 역시 21세기 초반부터 ‘위험의 전 단계에서의 위험사전대비(Gefahrenvorsorge im Vorfeld der Gefahr)’ 개념이 독일 경찰법학계와 그에 영향을 받은 많은 나라 경찰법학계에 큰 영향을 주게 되었다.²⁾ 특히 정보수집, 감시, 감청 등 과거 구체적 위험단계에서도 하기 힘들었던 활동들을 위험이 현재화하기 전에 대규모 조직범죄, 국제범죄 등의 예방이라는 미명으로 무차별적으로 행해지도록 정당화하는 개념이다. 이 개념에 대하여 그것을 위한 특별한 법적 근거 필요성, 전 단계 조치의 상대방 즉 경찰책임자 확정문제 등이 발생하리라는 추측은 당연히 발생한다.

이하에서는 고전적 경찰법으로서 위험방지법과 리스크사전대비에 관련된 발전상황을 개관하고, 위와 같은 조용하지만 논쟁의 소용돌이 안에 들어 있는 위험 개념에 관한 고찰과 함께 그에 관련된 위험방지법과 리스크사전대비 논점들 중에서 아직도 불완전하거나 보완되어야 할 부분들을 함께 논의할 것이며, 연구방법적으로는 독일의 지배적 견해 중심으로 논의해오던 그 동안의 학계경향을 추종하기 보다는, 독일학자들의 견해들을 직접 조사하면서 그에 관해 논평하는 연구방법을 취해보고자 한다.

2) 이에 대해서는 대표적 문헌으로 손재영, “경찰의 사전대비활동”, 공법학연구 제11권 제2호, 「한국비교공법학회」, 2010, 289-312 참고.

II. 독일의 위험방지법과 위험/리스크사전대비법 전개의 개관

1. 전통적 위험방지법의 전개

19세기 독일의 남부 주들(바덴, 뷔르템베르크, 바이에른 등)은 경찰형법전을 통하여 현대의 경찰법과 같은 법제를 민주적으로 제정·발전시켰는데 비해, 현재 독일의 출발지인 북동부 프로이센에서는 실질적 경찰개념과 경찰소극원칙의 근거가 된 크로이츠베르크(Kreuzberg) 판례 등과 같은 프로이센고등행정재판소의 판례들을 통해 경찰법을 발전시켜왔다. 그 당시의 판례들이 기초가 되어 1931년 프로이센경찰행정법이 제정되었고 그 당시의 Drews 등 지배적 경찰법학자들이 만든 도그마틱이 계속 전형을 이루다가 그것은 1970년대 초까지도 계속되었다.

그 특징으로 경찰법이론은 ‘수동적 위험방지(reagierende Gefahrenabwehr)’에 제한되었다는 점을 들 수 있다.³⁾ 경찰이나 질서행정청이 위험예측을 하고 행위책임자나 상태책임자 등 경찰책임자(Störer)에게 경찰처분을 하고, 비경찰책임자(Nichtstörer)에게는 긴급상태의 경우에만 예외적으로 협조조치를 취하며, 전자에게 사후에 소요된 경찰비용을 상환청구하고 후자에게만 손실보상청구권을 인정하고 전자에게는 보상을 하지 않는다는 연계원칙에 따르는 경찰질서법 고유의 위험 및 책임 도그마틱이 형성되었다. 그런데 이러한 전통적 법리는 위험의 전 단계에서의 사전대비조치 같은 것은 모순되는 것이었다.

2. 새로운 위험상황의 출현과 독일경찰법의 대응

고전적인 독일의 경찰법모델은 20세기 후반부터 21세기 초반 시기를 거치면서 변화를 피할 수 없게 되었다. 경찰법과 안전법으로서 질서행정법의 변화와 안전에 관련된 과학기술의 혁신은 새로운 규제양식과 목표설정을 현대적 예방국가(Präventionsstaat)의 길에 맞춰가도록 만드는 동인(動因)이 되어, 고전적 경찰법은 불가피하게 변화되기 시작하였다.

3) Würtenberger, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, §69, C.F.Müller, 2013, Rn. 1, S. 402.

(1) 새로운 위험상황

서구에서 다수 발생한 테러들이 독일 경찰법학자들에게 직면한 새로운 위험 상황이었다. 독일에서는 1970년대 적군파(RAF)에 의한 테러가 국내안전에 대한 심각한 큰 위협이 되었고, 독일 경찰법제는 새로운 법적 수단들을 가지고 이에 대응하였다. 신종테러는 쉽게 파악할 수 없는 네트워크망을 이용하고 있고 엄청난 공격으로 민간희생자를 다수 발생시켰고 현재도 그러하다. 이러한 테러의 국제네트워크화에 따라 이제 테러가 국내든 세계적으로든 경찰법의 고찰대상이 되는 것은 불가피한 일이 되었다.

이에 따라 중요한 사회간접자본시설 즉 생필품공급망, 방송망 등 시민생활에 본질적 기반이 되는 시설들에 대한 위협이 문제되고 있다. 이러한 중요시설들의 고장이나 사고는 시민 개인이나 집단에 막대한 악영향을 가져온다. 전기, 가스, 수도 등의 공급망, 정보커뮤니케이션망⁴⁾, 전신망들의 기능은 테러공격, 범죄, 기후변화 등을 통한 자연재해 등을 통해 현저히 침해될 수 있다. 이러한 기반시설의 보호는 고전적 경찰법의 범리에 의한 해결가능성을 초과하게 되었고, 따라서 이제 별도의 특별질서법 즉 안전법의 우선적 임무가 되었다⁵⁾.

더 나아가 1980년대 이후 글로벌화 흐름에 따라 국경을 초월하는 조직범죄가 현격히 증대하였다. 조폭들의 보호금요구망, 국제마약조직망, 인터넷범죄망, 무기거래망, 강제매춘망, 산업스파이망, 제조물위조망, 돈세탁망 등이 그 사례이다. 이러한 상황은 국민들의 모든 생활영역에 뻗치게 되었고, 이제 새로운 위험상황은 각종 테러만이 아니라, 일상 생활영역에서 문제됨을 알 수 있게 되었다.

(2) 범죄 및 위험예방 기술의 혁신

위와 같은 테러와 조직범죄에 대처하기 위하여 그 동안 사회에서 발전되어 온 신 기술을 통하여 경찰기관은 아래와 같이 각종 관찰, 민간소통감시, 안전정보의 가공 등 국민의 활동모습, 기타 국민생활의 사전통제를 위한 새로운 방법을 취할 수 있게 되었다.

새로운 관찰(Beobachtung)의 방법으로, 공개/비공개 동영상촬영, 드론을 이용

4) 이에 독일은 2009.8.14. 「연방정보기술에서 안전강화법(das Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in der Informationstechnik des Bundes vom 14.8.2009, BGBl I, S. 2821)」을 제정하여 시행하고 있다.

5) 연방내무부 차원에서 국가기반시설보호를 위한 전략을 발표한 바 있다. 이에 대해서는 Bundesministerium des Innern (Hg.), Nationale Strategie zum Schutz kritischer Infrastrukturen (KRITIS-)Strategie, 2009, S. 3ff.

한 감시촬영, 인공위성관찰, 비디오추적을 통한 상이한 행동관찰, 생체신원확인, 민간/공중감시시스템망 등이 그 예이다. 그리고 민간소통 감시(Überwachung)의 방법으로, 키워드를 통한 전화통화감시, PC의 정보저장장치의 온라인수색, 휴대폰위치추적, 개인정보무차별저장(Vorratsdatenspeicherung), 감청, 트로이목마바이러스에 의한 해킹, 거래내역, 비행기나 렌트카 예약 등 사회·경제적 커뮤니케이션의 감시 등을 그 사례로 들 수 있다.⁶⁾

안전관련 정보의 수집과 가공의 새로운 방법으로는, 은행계좌정보접촉, 범죄자의 키워드여과정보검색(Rasterfahndung), 자동차표지판과 같은 공공기록 자동인식, 안전관련 정보의 국제적 교환, 중앙데이터장치설치(예, 반테러정보 또는 유로폴에 의해 수집된 정보), 특히 프뮴(Prüm)조약에 따른 DNA데이터망화와 같은 여러 영역에서의 안전관련정보 네트워크화 등을 들 수 있다. 또한 위험방지영역에서 국민의 통제(Kontrolle)를 위한 새로운 방법으로, 생체인식정보 사용, 항공여행객 스캐닝, 폭발물탐지인력투입, 식수공급안전확보를 위한 새로운 바이오센서시스템, 바이오유독물질의 발견시스템 등을 들 수 있다.

보통 이러한 새로운 위험방지조치들은 새로운 관찰, 커뮤니케이션, 네트워크화 기술을 따르게 되며, 그 속도는 말로 옮길 수 없이 빠른 상황에 있다. 이러한 조치들을 일단 적법한 것이라고 본다면, 이 조치들은 민간 커뮤니케이션망의 다양한 발전으로 인해 서로 결합되는 성질을 갖는다. 위와 같은 새로운 위험상황과 그 복잡적, 사전적 대응방법을 살펴본 주된 동기는 이하에서 구체적인 위험이 발생하기 전 단계에서 미리(bereits im Vorfeld) 대응조치를 취할 수 있는지, 그것은 법치국가적으로 어떤 문제가 없는지를 검토하기 전에 현대사회 위험현상을 확인하기 위함이다.

3. 경찰질서법에서 패러다임의 변화

위와 같은 새로운 위험상황과 그 극복을 위하여 21세기 이후 등장하고 있는 새로운 경찰법적 제도들과 그에 따른 권능들은 고전적인 자유법치국가적 경찰법이 갖고 있던 소극적 패러다임에 큰 반향을 몰고 왔다. 이에 대해서는 곧바로 위헌이라고 낙인을 찍는 견해부터 위와 같은 위험상황을 고려하여 이를 정당화하는 견해로 나뉘어 왔다. 일단 결론을 먼저 얘기하자면 예방국가적 목표

6) 사이버 정보활동의 내용과 그 한계에 대해서는 이상학, “사이버 정보활동의 기본원칙과 한계”, 『법학연구』 제41집, 전북대학교 법학연구소, 2014, 399-424. 참고.

를 가진 새로운 경찰법 개념법리들을 통하여 고전적 경찰법을 수정하고 그 기능을 확대시키는 논의를 단순히 과도한 자유침해적 시도이자 안전을 미명으로 한 신 경찰국가론이라고 확대시키는 것은 허용되지 아니한다. 하지만 고전적 경찰법, 안전법이 법치국가적으로 그리고 기본권적으로 제한되어 왔던 것과 같이, 물론 현대적 경찰법, 질서행정법/안전법 발전은 헌법적 규준에 적합해야 하고 한계 지워져야 한다. 이에 따라 새로운 안전법적 제도들의 헌법적 제한에 고전적 경찰법이론이 항상, 다양한 영역에서 결합될 수 없을 때가 많다.⁷⁾

(1) 경찰법에서 위험 및 리스크상황의 극복

위험의 예방(Gefahrprävention)과 리스크사전대비(Risikovorvorsorge)⁸⁾는 경찰활동의 주된 목표이다. 전자가 상대적으로 포괄적 개념이면, 후자는 특히 대규모 조직범죄, 테러리즘, 상습폭력행위라는 범죄리스크를 대상으로 하는, 보다 협소한 개념으로서 범위적으로는 전자에 포함된다. 그리고 경찰법에서는 개괄적 수권규범(Generalermächtigung)의 세계든 우리 경찰관직무집행법 제3조 이하에서와 같이 구체적 위험상황의 모델적 조치권능규범들의 집합체인 표준적 직무조치(Standardmaßnahmen) 규범의 세계이든 ‘위험(Gefahr)’이 중심개념이고, 리스크는 특별하게 취급되지 아니한다.

각종 대규모조직범죄, 테러범죄, 가정악질범죄 등을 통한 평화와 개별 국민의 생명, 신체, 건강에 대한 위협이 커지면 커질수록 위에서 본 현대적인 감시 및 정보처리기법들(자동인식시스템, 비디오촬영, 인터넷검색, 비공개정보원 투입 등)에 의한 사전대비적 조치들의 정책적 정당성은 높아져 가고 있고, 그것은 불가피한 면이 있다. 예컨대 강력한 정보수집이나 폭력적 시위자들 혹은 홀리건들의 개인정보에 대한 사전대비는 위험사전대비(Gefahrenvorsorge)의 핵심요소가 된다. 또한 이러한 목적을 위하여 점점 더 광범위한 경찰정보망이 형성되고 있음은 주지의 사실이다.⁹⁾

7) 이에 대해서는 Möstl, Markus, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts - Thesen zur Integration eines modernen informationellen Vorfeldrechts in das klassische rechtsstaatliche Gefahrenabwehrrecht, DVBl. 2007, S. 581(“위험사회의 경찰법이 전체적으로 신중의 리스크행정법은 아니다.”) 참고.

8) ‘Risikovorvorsorge’를 주로 환경법에서는 ‘리스크의 사전배려’라고 번역하여 많이 사용하고 있다. 또한 ‘Vorsorgeprinzip’은 ‘사전배려원칙’이라고도 많이 불리워졌다. 이에 대해서는 대표적으로 김현준, “환경행정법에서의 위험과 리스크”, 『행정법연구』 제22호, 행정법이론실무학회, 2008, 134면과 그 이하 참고.

9) 이러한 부분을 독일에서 특히 ‘정보사전대비(Informationsvorsorge)’라고 한다. 이에 대한 구체적 내용을 대표적으로 Albers, Marion, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in

또한 이에 대하여 구체적 위협의 전 단계에서 공공의 안전을 위한 경찰의 조치(소위 ‘경찰의 전단계조치[polizeiliche Vorfeldmaßnahmen])는 리스크사전대비와 같은 의미라는 견해도 있고, 이는 제도적 경찰법영역에서 타당한 면이 있다.¹⁰⁾ 구체적 위협 전 단계 즉 경찰리스크상황을 극복하기 위하여, 경찰이 개입할 위험수준은 낮춰진다. 예컨대 경찰이나 정보기관의 테러정보의 수집행위는 발생 여부, 그 시기, 형태가 불확실한 테러위험의 방지에 기여할 것이라는 점은 분명하다. 여기 경찰법에서 위험과 리스크의 구분은 특별히 유익한 면도 없고 현장의 불확실한 측면에 대한 대응에 관해서는 구분의 실익도 없다.¹¹⁾

새로운 위험 및 리스크 상황을 고려할 때 구체적으로 존재하는 위협의 방지가 너무 늦게 행해지고 따라서 효과적이지 않은 경우에, 위협의 전 단계에서 미리 조치가 취해져야 한다는 것이 경찰기관의 정책적 주장이고, 많은 국민들도 그에 동조하고 있으며, 경찰법학계에서도 그 정당화를 위한 노력이 진행 중이다. 또한 심지어 형법에서도 소위 ‘전 단계-형법(Vorfeld-Strafrecht)’ 논의가 진행 중인데, 이것은 있을 수 있는 범의침해 훨씬 전에 가벌적 행위에 대한 대비행위로서 범죄로 의심되는 행위를 미리 처벌할 수 있게 한다는 법이론개념이다.¹²⁾ 있을 수 있는 위협의 전 단계에서의 조치를 통하여 경찰 및 질서행정법은 의심 또는 혐의인정법으로 거듭나게 되어, 이를 통해 범죄나 테러활동의 주변영역을 목표대상으로 삼는 것이 정당화되고 있는 상황이다.

경찰의 전 단계조치를 통해 의도는 가지고 있으나 범죄나 추정되는 위험상황에 가담하지 않은 사람뿐만 아니라 주변의 아무 관련 없는 모든 사람들마저 의심이나 혐의를 확인하기 위한 조치의 상대방으로 포함되게 된다. 즉 비디오 감시, 키워드여과정보검색(Schleier- oder Rasterfahndung), 자동화된 표지인식,

den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, Duncker & Humblot, 2001, S. 131ff. 참고.

10) Thiel, Markus, Die "Entgrenzung" der Gefahrenabwehr : Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, Jus Publicum Band. 205, Mohr Siebeck, 2011, S. 315(Thiel은 여기서 위험사전대비[Gefahrenvorsorge]와 리스크회피[Risikovermeidung]는 항상 구분되는 개념이 아니라고 한다); Würtenberger, a.a.O., Rn. 14, S. 405. 이에 대하여 비판적으로, Pitschas, Innere Sicherheit in guter Verfassung? Zur Terrorismusbekämpfung im präventiven Gewährleistungsstaat, in: FS für Friedrich E. Schnapp, 2008, S. 213, 244ff. 여기서 Pitschas는, 필요한 위협의 예방(Gefahrenprävention)은 경찰법적 위험개념의 한계를 벗어난다. 왜냐하면 그것은 "손해야기인과과정을 위한 사실적 근거점" 없이 이루어질 수 있고 그래야 하기 때문이라고 한 바 있다. 이러한 논의에 대해서는 밑에서 다시 논하기로 한다.

11) 이러한 근거에서 경찰법영역에서 위험과 리스크를 특별히 구별하지 않는다는 견해로 홍정선, 행정법원론(하), 제26판, 박영사, 2018, 390면 참고.

12) Würtenberger, a.a.O., Rn. 15, S. 406.

비밀정보원 이용 등을 통하여 평범한 시민들이 경찰의 사전대비조치의 상대방이 되고 있다. 따라서 경찰의 전 단계조치권능의 헌법적 한계는 다시 고찰되어야 한다.

(2) 특별질서행정법에서 위험과 리스크상황의 해결

인간과 자연을 계속 위협하는 원자력, 나노테크놀로지, 유전공학 등 기술과 학제계의 도전과 테러리즘, 기후변화 등에 의한 리스크상황들에 대하여 인간은 다양한 질서행정법과 기술안전법 등으로 대처해왔다. 고전적 경찰 및 질서행정법/안전법의 측면에서 위험예방 문제는 물론 그 리스크가 발생하였는지, 어떤 경우에, 어떤 방식으로 그리고 어떤 개연성을 가지고 발생할 수 있는지가 불확실한 리스크상황이 주된 문제가 되고 있고, 현대 사회는 오히려 이 부분을 더 염려하고 있다. 이를 표현하는 용어가 독일 사회학자 Beck이 주창한 ‘위험사회론’이다. 우리의 현대 위험사회는 현대 과학기술에 내재한 리스크를 법적으로 극복하기 위하여 이를 평가(Abschätzung)하고 적합한 조치를 통해 그것을 제어(Steuerung)할 수 있기 위하여 높은 학문적 및 기술적 지식을 가진 민간전문가들과 행정기관들을 필요로 한다.¹³⁾ 상대적으로 단선적인 인과성을 보여주는 제도적 의미의 경찰행정법영역보다 매우 복잡한 인과성을 특징으로 하여 그 결과를 쉽게 예측할 수 없는 안전영역이 바로 특별질서행정법 즉 리스크행정법의 세계이다. 따라서 경찰법에서보다 어떤 조치의 ‘요건’부분의 입법적 결정, 행정의 판단 등에 일정한 특별한 고려가 필요한데, 그것은 후술하는 법규명령, 행정규칙 등 행정입법의 중요성 증대와 그에 따른 행정기관의 입법관련 민주적 정당성 제고필요성과 행정의 요건판단에 대한 판단여지론의 재부상론과 연결된다.¹⁴⁾

환경법, 기술법, 보건법영역에서 장기간 계획적인 위험과 리스크의 사전대비는 시민의 생명과 건강 및 생태학적 균형을 보호한다. 질서행정관청들의 조치들은 있을지도 모르는 리스크상황의 발생을 예방함을 먼저 추구하고 그리고 나서 직접적으로 존재하는 위험(Gefahr)이나 이미 발생한 손해(Störung)의 해

13) Jaeckel, Liv, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik - Moderne Technologien im Spiegel des Verwaltungsrechts, 1. Aufl. Mohr Siebeck, 2010, 152ff., 220ff., 285ff.(이에 대해서는 아래에서 후술함); Thiel, a.a.O., S. 91ff. 참고.

14) Di Fabio는 리스크결정의 행정법적 문제점 해결을 위하여 행정법적으로 ① 판단여지론, ② 규범구체화행정규칙론, ③ 잠정적 행정행위론, ④ 국가의 정보행위론 등이 재고되어야 한다고 한다. 이것은 Di Fabio의 견해를 분석한 위 Jaeckel의 논문(dies, a.a.O., S. 73) 참고한 것이다.

결에 기여한다. 현대적으로 이 리스크행정법의 세계에서는 리스크가 위험개념보다 상위개념(übergeordneter Begriff oder Oberbegriff)이 된다.¹⁵⁾

이때 특정 물질들, 화학요소들, 제조과정 등으로부터 제어해야 할 위험상황이 발생할지, 어떤 조건에서 그러할지, 어떤 위험상황을 일으킬지의 판단은 매우 어렵다. 독일의 입법자는 특히 환경법에서 입증정도의 감축을 가져올 수 있는 법문구의 도입을 통해 이에 대응하고 있다고 한다. 법위위태화의 “우려(Besorgnis)”¹⁶⁾가 조치의 동기가 될 수 있거나 발생할 수 있을 위험에 관련된 “대비(Vorsorge)”¹⁷⁾가 요구되는 경우에, 그 입증은 고전적 경찰법에서 요구하는 구체적 위험에서의 ‘충분한 개연성을 가지고 발생할 손해’라는 결과의 입증이 불필요하다.¹⁸⁾ 본 논문의 이하 논의는 특별질서행정법 혹은 리스크행정법의 위험 및 리스크상황이 아니라 일반경찰법의 위험상황에 초점을 맞추고, 위 특별질서행정법, 리스크행정법은 별도의 논문에서 다룰 것이다.

III. 독일의 경찰법 법리의 현대적 위험/리스크¹⁹⁾상황에 대한 대응

1. 실질적 경찰개념과 경찰소극원칙에 대한 회의와 재반론

독일의 근대적 경찰법이 복리배려(Wohlfahrtspflege)²⁰⁾를 포함하는 국가의

15) 대표적으로 Jaeckel, a.a.O., S. 64ff. 여기서 Jaeckel은 현대 독일환경법전이 취하고 있는 등 과거부터 지배적이었고 우리나라에서도 여전히 강력한 ‘잔여리스크-리스크-위험(Restrisiko-Risiko-Gefahr)’이라는 고전적 3분법(die klassische Dreiteilung)이 아니라, 독일환경법전(Umweltgesetzbuch)의 교수초안(Professorenentwurf)이었던 ‘리스크-위험’ 이분법(zweistufige Teilung oder dualistisches Konzept)을 따르면서, “상위개념으로서 리스크(Risiko als übergeordneter Begriff)”를 논하고 있고, Murswiek의 제안인 “리스크의 상위개념으로의 승급(Aufstieg des Risiken zum Oberbegriff)”론을 분석하고 있다. 이에 대해서는 Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 80ff., 335ff.(이것은 Jaeckel, a.a.O., S. 66, Fn. 229에서 인용함) 참고.

16) 독일의 물관리법[WHG] 제48조 제2항 참고.

17) 독일의 연방임질시온방지법(Bundesimmissionsgesetz) 제5조 제1항 2호 참고.

18) 사전대비조치(Vorsorgemaßnahmen)에서 해명 및 입증책임에 대해서는 Jaeckel, a.a.O., S. 294ff. 참고.

19) 앞에서 리스크가 위험보다 상위개념이자 포괄개념인 특별질서행정법 혹은 리스크행정법에서와 달리, 경찰법에서는 ‘위험(Gefahr)’이 중심개념이고, 위험과 리스크는 큰 구별실익이 없다고 언급한 바 있다.

20) ‘복리배려’란 현 상태의 유지에서 더 나아가 새로운 정신적·실체적 가치, 제도, 가능성의 성립과 발전을 촉진해야 하는 국가임무를 말한다고 한다. Fleiner, 392ff. Drews/Wacke/

내무행정을 포괄하는 법이었다면, 크로이츠베르크 판결 이후 복리행정을 배제하고, 공공의 안녕과 질서에 대한 위험방지법만을 경찰법의 대상으로 한다는 실질적 경찰개념을 취하기 시작하여 현재에 이르고 있다.²¹⁾

이러한 실질적 경찰개념은 재고되어야 한다는 주장이 등장하고 있는데, Götz가 대표적이다. 그는 경찰활동을 위험방지에 국한시켜서 자유촉진적 및 보장적 기능을 추구했던 것은 이제 기능을 상실했다고 한다. 왜냐하면 위험방지와 유도행정, 계획행정, 사전배려행정 등은 동일하게 권력분립질서와 기본권이라는 기준에 의해 결정되고 있기 때문이라고 한다. 또한 더 이상 순수하게 유지되기 힘든 위험방지와 사회형성작용 사이의 구분보다 책상에서 지도되는 감독행정임무와 위험방지임무의 구분이 더 중요한데, 특별질서관청에게는 사회형성직무와 행정기관의 현장집행임무가 긴밀한 연결관계에 있기 때문이라고 한다. 그리고 실질적 경찰개념은 일상적 용어법과 어울리지 않기 때문에라도 작별을 고해야 한다고 주장한다.²²⁾

그리고 Würtenberger도 20세기 실질적 경찰개념에 따른 경찰활동은 앞서 언급한 바와 같이 경찰법을 수동적 위험방지법으로 특징지우면서, 최근 경찰법 문헌에서 전통적 논의방식으로 경찰법에서 가장 먼저 실질적 경찰개념을 논하는 체계방식을 떠나 이를 극복하기 위한 위험의 전 단계에서의 사전대비론을 논하고 그 헌법적 근거와 유형, 한계를 언급하고 있는 것도 유사한 입장을 간접적으로 보여주고 있는 것이라고 볼 수 있다.²³⁾

더 나아가 국내에서도 무관용경찰전략론, 공공의 질서론에 관한 문헌을 통하여 사회적 법치국가에 근거하여 경찰법상 위험의 사전대비(Gefahren- oder Risikovorsorge)²⁴⁾ 개념의 근거지움을 주장하고, 더 나아가 경찰소극원칙의 수

Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 1986, S. 221, Fn. 5에서 인용함.

21) 실질적 경찰개념에 대해서는 손재영, 앞의 논문, 295면 이하 참고.

22) Götz의 이 견해는 Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht - mit Versammlungsrecht -, 8. Auflage, C.H.Beck, 2014, §1, Rn. 27, S. 11에서 인용함. 실질적 경찰개념의 역사와 그 문제점에 대해서는 대표적으로 서정범, 경찰(행정)법의 대상으로서의 경찰의 개념, 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 제2판, 세창출판사, 2012, 37면 이하, 특히 49면 이하 참고.

23) Würtenberger, a.a.O., Rn. 1ff., S. 401ff.

24) 'Gefahrenvorsorge'와 'Risikovorsorge'라는 독일 경찰질서법용어들은 특별질서행정법/리스크행정법이 아니라 적어도 경찰법영역에서는 "위험의 사전대비"라는 용어로 통일한다. 'Risikovorsorge'를 '위험대비'라고 번역하고 나서 'Gefahrenvorsorge'와 구분하지 않는 견해로 홍정선, 앞의 책, 391면 참고. 경찰의 '사전대비' 활동에 대해서는 대표적으로 손재영, "경찰의 사전대비활동", 공법학연구 제11권 제2호, 「한국비교공법학회」, 2010, 289-312 참고.

정가능성을 내비치는 문헌들이 있다.²⁵⁾ 이 문헌들은 사회국가원리를 근거로 위험의 사전대비의 근거지움과 경찰소극원칙의 단념가능성을 검토하고 있다. 사회국가원리를 통해 실질적인 자유와 평등의 실현수단이 발견되는 것이라면, 이 원리는 안전한 사회적 생활환경을 조성할 것을 내용으로 할 수 있다는 논리를 제공하고 있고, 위험방지를 위한 사전준비적 활동에 까지 경찰개념을 확대시킬 수 있다고 한다.²⁶⁾

물론 실질적 경찰개념과 그에 따른 경찰소극원칙은 극복되어야 할 대상이라는 주장도 가능하지만, 오히려 이 원칙은 잘 되었다 잘못 되었다라고 할 대상이 아니라, 합목적적이나 아닌가라는 재반론에 주목이 된다. 이 재반론의 문헌을 보면, 실질적 경찰개념의 유지를 통해 위험방지직무의 독자성과 사회형성임무와의 구분을 유지하는 것이 합목적적인지가 문제인데, 범정책적으로 양자는 서로 결합된 것이고 입법자는 양 제도를 함께 결합시켜야 한다고 본다. 이 양자는 헌법상 기본권적으로 설명되는 허용전제조건과 이에 관련된 법도그마틱적 사상 및 상응하는 권능들이 이 실질적 경찰개념을 유지할 충분한 구분사유가 된다고 보고 있으며, 더 나아가 직무와 권능의 혼용(Vermischung von Aufgaben und Befugnisse)이라는 현대적 경향을 이유로 해서도 아직은 실질적 경찰개념에 따른 소극적 위험방지와 적극적 사회형성활동은 구분될 필요가 있고 가능하다고 보고 있다.²⁷⁾

어쨌든 여기서 중요한 것은 현대 경찰법이 그 동안 기둥으로 삼아 왔던 실질적 경찰개념과 경찰소극원칙에 대한 비판론이나 더 나아가 단념까지 논해지는데 배경이 중요한 것이다. 그것은 앞서 독일 위험방지법 개관에서 보았듯이, 전통적 경찰법사고는 현대적인 위험의 사전대비론의 등장으로 인하여 기초부터 동요하고 있음을 볼 수 있다는 점이다²⁸⁾.

2. 효과성원칙의 전진과 경찰법의 주관화

25) 서정범, 경찰개념의 역사적 발전, 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 제2판, 세창출판사, 2012, 33-35면; 이기춘, “깨어진 창이론(Broken-Window-Theory)과 무관용경찰활동(Zero-Tolerance-Policing)의 경찰법적 문제점에 관한 고찰”, 『토지공법연구』 제34집, 한국토지공법학회, 2006, 185면; 同人, 독일경찰질서법상 공공의 질서개념에 관한 논쟁의 개관과 평가, 토지공법연구 제30집, 한국토지공법학회, 2006, 389, 392면 참고.

26) 이기춘, 위의 논문, 185-186면.

27) Pieroth/Schlink/Kniesel, a.a.O., Rn. 28, S. 12 참조.

28) 앞서 인용된 서정범 교수의 두 문헌들이 이러한 평가를 대표한다.

현대 경찰법의 제1기본원칙은 효과성원칙(Effektivitätsprinzip)이라는 것은 독일뿐만 아니라 우리나라 경찰법학자들에게도 주지의 사실이며, 의문의 여지가 없다. 개괄적 수권규범에 근거한 구체적 위험방지조치나 표준적 직무조치들의 위험요건들이 충족되었거나 충족될 우려가 있으면 가장 신속하게 가장 효과적인 조치의 내용 및 경찰책임자(Störer)를 선택하여 위태상황을 종료시켜야 한다는 명제이고, 경찰의 선택재량을 지도하는 대원칙이다.²⁹⁾

이러한 효과성원칙은 경찰법의 객관적 성격(Objektivität)³⁰⁾을 수정할 정도로 대전진하기에 이르렀다. 그 이유는 바로 앞서 개관에서 살펴 본 경찰질서법상 위험론, 책임론의 국가 및 사회의 수정필요성에 기인하는 것이다.

이 효과성원칙에 터 잡아 위험방지법인 경찰법의 핵심부분들(위험, 책임)이 주관화되기 시작하였다. 주관설이란 위험이나 경찰책임의 존재에 관하여 현장의 경찰공무원의 주관적 관점을 기준으로 삼는 이론이다. 즉 위험방지기관에게 그 결정시점에 주관적으로 존재하는 불확실성이 고려되어야 하며 따라서 그때 행해진 조치의 적법성의 요건인 위험은 - 사후에(ex-post) “객관적인” 사실에 따라 판명되는 것과 무관하게 - 위험방지기관이 자신에 보유한 인식상황에 근거하여 ‘주관적으로’ 위험을 인정할 수 있었거나 경우에 따라 위험여부확인 조치를 정당화하는 위험의 의심을 품을 수 있었을 경우에 이미 존재하는 것으로 판단하는 입장이다.³¹⁾ 이에 반하여 객관설이란 위 판단을 모두 “현실적으로” 위험이 존재했는지의 판단을 객관적 사실에 입각하여 행해야 하고 이를 위험방지조치의 적법성 평가에 이용해야 하며, 현장의 위험결정 시점에 위험방지기관에게 (주관적으로) 존재한 불확실성은 배제된다는 견해이다.³²⁾

29) 대표적으로 Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S. 302-303(“die Gefahr oder Störung am schnellsten und wirksamsten zu beseitigen in der Lage ist”); Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2013, §4, Rn. 285, 286, S. 191, 192. 또한 Griesbeck은 불문의 위험방지법상 구조원칙(ungeschriebenes gefahrenabwehrrechtliches Strukturprinzip)으로 효과성원칙을 표현하고 있다고 한다. 이에 대해서는 Lindner, Josef Franz, Die verfassungsrechtliche Dimension der allgemeinen polizeirechtlichen Adressatenpflichten - Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung einer funktionalen Adressatendogmatik, 1997, S. 108에서 인용함. 위 문헌들에서 보면, 주로 다수책임자 중 선택기준원칙으로 등장하고 있다.

30) 경찰법상 책임론상 귀책사유로서 고의·과실은 요구되지 않는다는 법리가 대표적 사례이다. 이에 대해서는 다른 문헌을 인용할 필요가 없을 정도로 모든 경찰법문헌에 언급되고 있다. 그런데 부연하자면, 사실 이러한 객관적 성격도 위험의 효과적 방지를 위하여 다른 민/형사법과 달리 발전된 것으로 이해하여야 한다.

31) Möstl, Markus, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Mohr Siebeck, 2002, S. 164.

32) Möstl, a.a.O., S. 165.

주관설에 따라 대표적으로 ‘위험(Gefahr)’ 요건과 관련하여 외관상 위험(Anscheinsgefahr)의 진정한 위험으로서의 승인, 위험의 의심 혹은 혐의(Gefahrenverdacht) 개념의 정립과 그에 따른 위험여부확인조치(Gefahrerforschungseingriff)의 자리매김, 경찰권발동의 시간적 차원과 현장성을 근거로 한 1차적 혹은 사전적 측면(ex-ante-Ebene)과 2차적 혹은 사후적 측면(ex-post-Ebene)의 구분법리가 모두 현장의 경찰공무원의 위험결정시점과 관련되어 만들어져 현재 독일경찰법의 지배적 지위를 차지하기에 이르렀다.

더 나아가 ‘책임(Verantwortlichkeit)’과 관련해서는, 이 원칙에 근거하여 행위책임에서 직접원인설이 계속 지배적 위치를 차지하고 있으며³³⁾, 그것의 흠을 보완하기 위하여 위법원인설, 사회적 상당성설 등의 논거를 전용하고 있다³⁴⁾. 그리고 목적적 원인유발자(Zweckveranlasser) 개념³⁵⁾도 비경찰책임자가 될 수 있을 시민을 경찰책임자(Störer)로 만들기 위한 법개념이며, 더 나아가 상태책임자 개념, 외관상 책임자(Anscheinsstörer), 의심책임자(Verdachtsstörer) 같은 개념들도 모두 효과적 위험방지원칙을 전면에 내세우기 위한 것들이다³⁶⁾. 이러한 책임법리의 대상들을 사후의 결과를 기준으로 하는 객관적 판단이 아니라 모두 현장 경찰공무원의 주관적 판단에 따르는 것이 주관설이다.

3. 위험의 귀속근거로서 경찰책임론

위와 같은 효과성원칙의 세례를 받아 주관화의 과정을 통해 지배설적 개념이 된 위험개념확설뿐만 아니라, 독일에서 아직까지도 논쟁이 그치지 않는 곳이 바로 경찰조치의 상대방귀속원리인 경찰책임의 귀속근거법리이다. 독일 경찰법은 19세기 오토 마이어 시대의 법실증주의학자들에 의해 개괄적 수권규정의 정립논의를 기초치우기 위하여 헌법상 불문의 ‘일반적 위해야기금지의무(allgemeine Nichtstörungspflicht)’라는 것을 창조해냈고, 그러한 실질적 경찰의

33) 이에 대해서는 대표적으로 서정범, 경찰책임의 귀속원리로서의 원인야기, 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 제2판, 세창출판사, 2012, 257면 이하 참고.

34) 이에 대해서는 Pieroth/Schlink/Kniesel, a.a.O., Rn. 19, S. 145-146 참고.

35) 손재영, “경찰법에 있어서 위험귀속의 법리 - 행위책임에 있어서의 위험귀속과 그 한계를 중심으로”, 『동아법학』 제52호, 동아대학교 법학연구소, 2011, 258면 이하; 최정일, 독일과 한국에서의 경찰책임론의 몇 가지 쟁점에 관한 소고 - 인과관계이론, “의도적 야기자” 개념 및 “잠재적 위험” 개념을 중심으로, 비교법연구 제11권 제3호, 동국대학교비교법문화연구원, 2011, 98면 이하, 115면 이하; 이기춘, 경찰법상 의도적 책임유발자개념의 무용론, 공법학연구 제5권 제3호, 한국비교공법학회, 2004, 515-516면 참고.

36) 상태책임도 효과성원칙에 기초하는 것임을 보여주는 문헌으로 최정일, 위의 논문, 80면.

무를 위반한 자는 공공의 안녕과 질서라는 보호이익에 대한 위험야기자로서 경찰책임으로서 형식적 경찰의무를 부담하게 되어 경찰권발동의 상대방이 된다는 논리를 정립시켰고, 그 논리는 지금도 여전히 독일 경찰법 근저에 담겨져 있다고 한다. 그것을 표현하는 것이 지금도 독일경찰법 문헌과 판례에서 ‘경찰책임자’의 의미에서 일상적으로 사용되고 있는 ‘Störer’라는 용어이다.³⁷⁾ 이러한 실질적 경찰의무론을 근거로 하여, 독일은 1931년 프로이센경찰행정법 제정에 의한 개괄적 수권조항 도입 전부터 직무규정을 통해 개괄적 수권의 결과물을 정당화시켰고, 더 나아가 동 법률에 조항을 명시화한 것도 그 힘에 도움을 입은 바 크다.

그런데, 이러한 경찰책임 귀속을 위한 실질적 경찰의무론이 기존의 상태책임 개념과 외관상 경찰책임자와 같이 객관적, 사후적으로는 희생자(Opfer)임에도 불구하고 1차적, 사전적 단계에서 경찰책임자(Störer)가 된다는 법리가 모순이 아니냐는 구체적이고 합리적인 비판을 만나게 되었다.³⁸⁾ 이러한 비판에 대하여 소수설이지만, 독일에서 Griesbeck, Lindner와 같은 학자들이 등장하여 위험방지의 효과성이라는 대원칙을 위하여 이러한 모순을 완화시키려는 노력을 기울였다. 이에 따르면 이들은 위험방지에 대한 ‘협력의무’가 실질적 경찰의무이고, 1차적/사전적 측면과 2차적/사후적 측면을 분리하여 상태책임자, 외관상 책임자 모두 경찰권 발동의 현장에서는 불가피하게 경찰책임자(Störer)로 고려될 수는 있지만, 그것은 국민이 개별적으로 부담하는 법질서의 평화에 대한 기여 즉 협력의 의무가 헌법상 불문적으로 인정될 수 있다는 논리를 정립시켰다고 하며, 우리나라에도 이를 옹호하는 견해가 있다.³⁹⁾

그런데 이러한 경향은 너무나 지나치게 경찰법의 효과성원칙만을 고려한 것이며, 주관화는 경찰법의 모순을 피하기 위해 불가피한 면이 있고 원래는 객관성원칙을 지켜야 하는데 예외현상을 오히려 원칙인 것으로 불문헌법까지 들어서 논리를 제공하는 면에 대해서는 비판이 가해질 만 하다. 어쨌든 이와 같은 경찰책임론들은 모두 위에서 본 효과성원칙의 지배원리성을 공고히 했으며, 위

37) 이기춘, 경찰책임과 기본의무로서 협력의무, 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 제2판, 세창출판사, 2012, 399면 참조.

38) 이를 대표하는 독일 문헌으로 Griesbeck, Michael, Die materielle Polizeipflicht des Zustandsstörers und die Kostentragungspflicht nach unmittelbarer Ausführung und Ersatzvornahme, Duncker & Humblot, 1991과 앞서 인용되었던 Lindner의 1997년도 문헌이 있다. 이에 대해서는 이를 깊이 인용하고 있는 이기춘, 경찰책임과 기본의무로서 협력의무, 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 제2판, 세창출판사, 2012, 403면 이하 참고.

39) 대표적으로 이기춘, 위의 책, 404면 이하 참고.

협방지법의 주관화를 근거지우는 기능을 수행하였다. 이를 통해 국가의 안전보장, 위험방지의 임무수행의 부담이 많은 부분 국민들에게 전가되는 결과를 낳은 것을 부정할 수 없다.⁴⁰⁾

또한 중요한 문제는 경찰법상 위험의 사전대비와 관련하여 고전적 경찰책임론을 적용할 수가 없거나 상당 부분 의미를 잃어버린다는 것이 문제이다. 독일과 같이 각 주의 경찰법률들에 위험의 사전대비의 근거규정과 그것을 구현하는 각종 정보조치의 법규정이 존재함에도 불구하고, 무차별적, 탈개인적 성격(Entindividualität)의 정보수집조치들이 행해지고 있는 상황⁴¹⁾은 독일만이 아니라 우리나라에서도 헌법적, 경찰행정법적으로 큰 문제가 될 것임은 자명하다.

IV. 독일 경찰법상 위험개념에 관한 현대적 객관설의 도전

1. 배경

21세기에 접어들면서 위와 같은 경찰법의 주관화 경향 혹은 주관설은 9.11. 사태를 맞아 급반등되었고, 많은 독일학자들은 이를 보고 경찰법의 르네상스가 왔다고 적고 있다. 그래서 위 독일위험방지법 발전 개관론에서 보았듯이 엄청난 속도로 경찰법상 위험의 사전대비론 혹은 위험의 전단계론은 확산되어 그 자리는 정당화되고 있는 듯 보였다. 그에 따라 위험론은 점점 더 주관화되어 갔고, 위에서 보듯이 객관적이어야 할 경찰책임론은 효과성원칙과 결합하여 경찰행정청에게는 위험포섭 판단의 잘못 즉 착오(Irrtum)가 있어도 적법한 조치가 된다는 위험의 외관 법리를 형성하였고, 우리나라 대표 경찰법학자들은 거의 대부분 이를 옹호하고 있다. 더 나아가 심지어 특별법적 규정이 없어도 개괄적 수권조항에 근거하여 경찰행정청에게 위험발생이 불확실한 의심상황임에도 불구하고 위험여부확인조치를 상대방인 시민의 부담으로 취할 수 있다는 논리가 일반적으로 논의되는 상황까지에 이르렀다.

그런데, 1999년 Ralf Poscher라는 학자가 등장하여, 「위험방지 - 도그마틱

40) 외관상 위험을 논하면서 현장에서의 잘못된 판단의 리스크를 국민에게 전가시키게 된다는 언급을 하는 Wehr, Matthias, Examens-Repetitorium Polizeirecht - Allgemeines Gefahrenabwehrrecht, 3. Auflage, C.F.Müller, 2015, Rn. 104, S. 37 참고.

41) 이에 대한 대표적 문헌은 Kral, Sebastian, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012, S. 149ff. 참고.

적 재구성」이라는 문헌을 내어 20세기 중후반을 지배한 경찰질서법의 주관화 경향에 일침을 놓는다.⁴²⁾ 그는 스스로 이렇게 묻는다.

“지금까지는 위험방지법(앞으로 ‘경찰법’이라 함)의 주관화 경향이 존재하여왔다는 것은 묘사적으로만 설명되어 왔다. 이제는 어쨌든 이 주관화의 원인들과 근거·연유들이 검토되어야 한다. 도그마틱적으로 새로운 이론을 만나면서도 계속적으로 위험방지의 효율성 및 효과성 요청(Erfordernis der Effizienz und Effektivität)이 암시되어 왔다. 하지만 왜 위험방지의 효과성이 경찰법의 주관화를 강하게 요청하는가? 그러한 경향에 대해서는 심도 있는 연유가 존재하지는 않는가? 경찰법에 내재하는 동적 성격(Dynamik)이 발현된 것 때문인가 아니면 법 이외의 사회·경제·기술적 발전이 그에 상응하는 성격의 전환을 요구하는 것인가?

2. Poscher의 객관설

Poscher는 위험방지법으로서 경찰법이 주관화된 이유로 첫째 개연성(Wahrscheinlichkeit)의 과학주의적(epistemisch) 그리고 존재론적(ontologisch) 성격을 들고 있다. 인간으로서 보유할 수 있는 지식의 한계를 받아들이고, 대신 평균적이고 합리적인 관찰자(durchschnittliche Beobachter)에 의한 시각에 따른 개연성 판단을 위험이라고 보고 이것은 2차적 차원에서 현실화된 위험과 사후평가에서 달라질 것이 없다는 Nell, Darnstädt의 견해에 입각한 것으로 보인다고 한다.⁴³⁾

그리고 두 번째로 현대 인간세계의 기술화와 자연과학에서의 패러다임 변화가 주관화의 원인으로 꼽힌다. 너무나 복잡한 동역학(komplexe Dynamik) 안에서 단선적이 아닌 혼돈을 일으킬 정도의 복잡성이 증대되어, 전통적 경찰질

42) Poscher는 현재 프라이부르크 교수이다. 그 문헌으로는 Poscher, Ralf, Gefahrenabwehr - Eine dogmatische Rekonstruktion -, Duncker & Humblot, 1999을 말한다. 그러나 사실 이 객관화의 분류는 이 Poscher의 지도교수인 Schlink 교수이다. 그것을 확인할 수 있는 문헌으로 Gromitsaris, Athanasios, Subjektivierung oder Objektivierung im Recht der Gefahrenabwehr, DVBl. 2005, S. 535 (536), Fn. 5에 인용된 Schlink, Bernhard, Jura 1999, 169-172 참고. 재미있는 것은 앞에서 인용된 바 있는 Pieroth/Schlink/Kniesel 3인 공저의 저자였고 과거 이러한 객관설을 주장하였으나, 현재 Poscher와 또 다른 중견경찰법학자 Kingreen이 이어받아 저술하고 있는데, 현재 위험론은 객관설을 따르지 않고 주관설을 옹호하고 있다.

43) Poscher, a.a.O., S. 83-87. Darnstädt는 대표적인 ‘위험의 사전대비(Gefahrenvorsorge)’론자이다. 그의 대표적 문헌이 바로 “위험방지와 위험의 사전대비(Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge)”이다. ders., Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, Alfred Metzner Verlag, 1983.

서법 도그마틱은 이러한 유형의 불확실성을 위험의 의심(Gefahrenverdacht) 같은 개념으로 해결하고자 한 것이라고 한다.⁴⁴⁾ 즉 Beck이 설파한 위험사회가 바로 주관화된 위험방지법을 필연적으로 요구한다는 것이다.

이러한 주관화의 원인을 진단하고 나서, Poscher는 위험을 객관적으로 이해해야 한다고 주장하기 시작하였다. 그는 위험을 시간적 차원, 개인적 관점 차원, 내용적(물적) 차원 혹은 관점으로 나누어 이해하고자 하였다. 첫째, 시간적 차원(zeitliche Dimension)의 위험은 위험판단의 근거가 되는 지식수준은 항상 우려되는 사건과의 관계에서 경찰행정 공무원의 조치 현장에서의(사전적) 지식수준(Wissenshorizont ex ante)이 되어야 한다는 점을 근거로 한다. 행정소송에서 위법판단의 기준시점에 관하여 독일이든 우리나라든 판례와 지배설은 ‘처분시설’이라는 점과 맥락이 이어진다. 사후적인 부수사정 발생이나 위험의 중단은 위험판단을 위한 기준이 되지 않는다고 한다. 이러한 개연성과 그 판단을 위한 경험칙 등의 시간의존성⁴⁵⁾을 통해 그도 일단 지배설의 1차적(사전적) 측면과 2차적(사후적) 측면의 분리취급에 동의한다. 그러나 차이가 나는 것은 사전적 시점 즉 경찰조치로서 처분시점이 위법/적법 판단의 기준이 된다는 점이다.

둘째로, 개인적 관점(perspektivisch-personelle Dimension)에서 위험은 그 기준이 될 지식을 객관적이고, 이상적인 관찰자(objektiver, idealer Beobachter)의 그것을 통해 설명하고자 한다. 위험개념에 관한 주관설이 ‘평균적 관찰자(durchschnittlicher Beobachter)’로서 공무원의 지식을 요구하여 객관성을 띄고 있으므로 이를 ‘규범적-주관설’이라고도 불려지는 것에 반해, 이러한 Poscher의 현대적 객관설에서는 모든 특별지식을 알고 있는 ‘이상적 관찰자’를 기준으로 한다. Poscher는 “외관상 위험과 위험의 의심 하에서 논의되는 대부분의 사례들은 위험개념으로부터 배제된다. 외관상 위험과 위험의 의심 사례에서 객관적 관찰자의 지식수준 이전에 사전적으로 위험이 존재하지 않았음이 확인된 경우에, 위험방지기관이 위험을 인정할 좋은 사유들이 인정된다고 하여도 위험은 인정되지 않는다. 이때 조치의 적법성의 문제를 위해 어떠한 위험도 아닌

44) Poscher, a.a.O., S. 89.

45) Poscher는 “광견병전염의 개연성이 다른 사실에 근거하여 존재했던 동물들의 소유자들에게 대한 위험방지법적 조치들 이전에, 1960년대의 수의사의 지식수준으로는 어쨌든 광견병전염의 사실이 해명될 수 없었다. 뇌조직의 병리학적 진찰 후에 사후적으로 전염병이 해명될 수 있었던 것은 사전적으로, 그러한 해명이 가능하지 않았을 때, 뇌조직에 어떤 병원체가 발견되지 않을 때에도 위험이 존재하지 않음을 의미하지 않는다”라고 하면서, 이를 설명한다. Poscher, a.a.O., S. 117.

외관상 위험과 위험의 의심은 구분될 필요가 없다. 조치의 적법성판단을 위해서는 오직 객관적(-이상적) 관찰자의 관점만이 결정적 기준이 된다. 이러한 관점으로부터 위험은 존재했든지 아니었든지 둘 중 하나일 뿐이다”라고 한다.⁴⁶⁾ 더 나아가 외관상 위험은 오류가 인간적임이 고려될 경우에 모든 외관상 위험은 위험의 의심이 될 수 있다. 이러한 점에서 어떠한 위험이 기초가 되지 못할 위험의 의심은 반사된 외관상 위험(eine reflektierte Anscheinsgefahr)일 뿐이라고까지 하고 있다. 결국 조치의 적법성판단을 위해서는 오직 객관적이고 이상적인 관찰자의 관점만이 결정적 기준이 된다. 외관상 위험사례에서 경찰의 조치는 ‘위법’의 판단이 내려질 가능성이 크게 된다.

마지막으로 그는 ‘내용적(물적)’ 차원(sachliche Dimension)‘에서 위험을 이해할 때 일반지식을 기준으로 삼아서는 안 된다는 주장을 한다. 경찰법에서 개별적으로 어떠한 지식수준이 기초가 되어야 할지는 다양한 영역과 특별법률들을 통하여 판단되어야 하고, 위험방지기관들이 특수화된 지식이나 인식수단을 보유하는 경우에 그리고 특별법률들이 높은 지식수준을 전제하는 경우에, 이것은 위험개념의 기초가 되는 인지수단에 영향을 끼쳐야 해서, 주관설이 말하는 일상적 지식(Alltagswissen)에 의한 판단이면 경찰조치는 일단 적법하다는 견해를 비판한다.

그리고 Poscher는 사전적 관점에서 외관상 위험이나 위험의 의심은 위험이 아닌 경우가 많으며, 그 불확실한 상태에서 취하여진 경찰조치는 위법하고, 행정법원에서도 취소판결이 이루어져야 한다고 한다. 그러한 결과는 경찰비용환수, 배상청구 등에도 영향을 끼칠 것이라고 한다. 그리고 나서, 문제는 그 위법한 조치를 취한 경찰/질서관청 공무원의 취급인데, 조치의 적법성과는 달리, 공무원의 조치로 인한 사후 징계나 처벌가능성은, 전적으로 그 공무원을 비난할 수 있는가라는 관점, 수인한도의 관점 등을 고려하게 되면 인정되기가 곤란할 것이기 때문에, 위험판단을 한 공무원이 합리적인 근거 위에서 평균적 공무원의 지식수준을 가지고 위험의 존재를 판단하였으면 큰 문제가 없으리라고 한다.⁴⁷⁾

Poscher의 이런 견해는 전적으로 시민들에게 위험에 부수하는 리스크를 전가시키는 지배설의 입장을 객관적 정의, 비례성원칙, 공평부담의 원칙에 입각하여 비판하고 그 대안을 제시하려고 한 것으로 보인다. 이러한 그의 주장은 아래와 같이 옹호자를 만난다.

46) Poscher, a.a.O., S. 119.

47) Poscher, a.a.O., S. 147ff.

3. Wehr와 Jaeckel의 객관설

Matthias Wehr라는 학자가 Poscher의 견해를 이어받고 있다. Wehr는 지배설인 위험에 대한 주관설은 위험방지의 ‘효과성’에 대한 우려가 근본적 근거라고 한다. 위험방지관청은 통상적으로 시간의 압박을 받아가면서 결정을 해야 하는 위치에 있기 때문에, 더 이상 그에게 사안의 지각 있는 평가 이상의 것을 요구할 수 없다. 더 나아가 위험상황에서 출발할 수 있을 개별 공무원이 (사전적으로 *ex ante*) 직무상 의무를 가지고 (사후적으로 *ex post*) 위법한 개입행위에 대하여 부담을 질 수는 없다는 것이 주관설의 주장이라고 한다.

그러나 문제는 객관적 관찰 시 존재하지도 않는 위험을 제거할 개입조치들의 비례성원칙 위반 여부를 심사하고자 할 때, 관련시민의 침해된 자유나 법익 손실부분과 (추정적으로) 우려되었던 손해 사이의 형량이 곤란하다는 점이라고 한다.⁴⁸⁾ 위험의 의심도 불확실함의 리스크를 시민에게 전가하기 위한 개념이기 때문에 위험의 의심이라는 개념이 객관적 시각에서는 위험의 입증을 대신할 수 없다고 한다.⁴⁹⁾ 그리고 위험여부확인조치(Erforschungseingriff)의 경우 그 적법성을 위해서는 특별법령에 근거가 있을 경우에 행해져야 할 것인데, 지배설처럼 개괄적 수권조항으로 정당시하는 것은 법률유보의 원칙과 부담배분원칙에 비추어 문제가 있다는 주장을 펴고 있다.⁵⁰⁾

이러한 Poscher, Wehr의 객관설은 사실 기술안전법의 리스크행정부의 자리매김을 위한 논의를 한 Jaeckel에 의해서도 수용되고 있고, 최근 유력한 견해가 되어가고 있다.⁵¹⁾ Jaeckel은 고전적 경찰법의 문제점은 모두 세상사를 모두 일고 있는 이상적인 관찰자의 인식수준과 외적 요인으로 인해 제한될 수밖에 없는 인식능력을 가지고 의무적합적으로 결정하여 위험방지활동을 하는 경찰 공무원의 주관적 판단과의 불일치에서 발생한다고 한다. 이때 주관설과 달리 그는 조치의 시점 즉 위험요건의 현장에서의 결정시점(사전적 관점)에서 이상적 관찰자의 객관적 인식수준으로 일반적 생활경험에 따른 상식에 따라 조치의 적법성을 평가해야 한다고 한다. 따라서 외관상 위험과 위험의 의심의 사례들은 행정청의 개입조치를 정당화할 수 있는 위험이 아니라고 한다.⁵²⁾ 이러한

48) Wehr, a.a.O., Rn. 108, S. 38.

49) Wehr, a.a.O., Rn. 113, S. 39-41.

50) Wehr, a.a.O., Rn. 121 S. 42.

51) Jaeckel, a.a.O., S. 90ff.

52) Jaeckel, a.a.O., S. 318.

객관적 기준이 ‘사실상’ 위험이 존재하지 않았다는 점에서 상식적인 이해에 부합되며, 동시에 위험상황 자체의 판단과 사후적인 경찰비용책임과 손실보상에 관한 청구권 인정에 관한 결정에 대한 명확한 기준을 제공한다고 한다.⁵³⁾ 이에 따라 외관상 위험/책임사태에서 위험방지조치는 위법해질 수 있지만, 그것을 행한 경찰공무원의 처벌이나 징계라는 제재조치에서는 위 상황을 비례성원칙을 통해 고려하면 충분하다는 시각을 보이고 있다.

4. 객관설에 대한 Möstl의 반론

Möstl은 주관설이나 객관설의 구분 자체에 대하여 회의적이다. 객관설의 위험개념은 사전적 관점을 기반으로 한 것이라는 점이 중시되지 않은 것이므로 유익하지 않고, 주관설의 위험개념은 단순히 현장에서 위험결정을 내려야 하는 경찰공무원의 순수한 주관적 판단이 아니라, 의무적합적으로 판단하는 평균적 공무원 개념을 기초로 한다는 점에서는 객관적이므로 ‘규범적-주관적’ 위험개념(normativ-subjektiver Gefahrbegriff)이라고 이해하기 때문에 이 논쟁은 큰 의미가 없다는 태도를 보여주고 있다.⁵⁴⁾

Möstl은 이 논쟁은 위험의 정의가 갖고 있는 두 가지 개념요소 즉 ‘사실(Sachlage)’과 ‘개연성(Wahrscheinlichkeit)’ 중 어느 것을 강조하는지 때문에 발생한 것이라고 한다. 객관설은 전자를 강조하여, 손해를 충분히 개연적으로 보이게끔 하는(‘예측’), 법관에 의해 해명되어야 할 객관적인 사실관계나 경위가 핵심이라는 것이고, 주관설은 개연성을 위험의 결정적 징표로 삼는 이론이라는 것이다. 이 주관설에 따르면, 경찰 등 위험방지기관은 위험예측을 불확실성의 조건 하에서 행해야 하며, 이때 ‘사실적(wirklich)’인 사건경위는 위험방지기관에게 숨겨지는 경우가 많으며 구체적 결정상황에서 확인될 수 없는 경우도 많다고 한다. 모든 예측이란 불가피하게 특정 지식수준에 기반하여 행해지며 오직 상대적으로만 판단될 수 있다는 점에서 위험개념은 - 그러한 지식수준이 현장의 위험방지기관의 행동을 제어한다면 - 필연적으로 그 공무원의 지식수준에 결부되어 ‘주관적’으로 관찰될 수밖에 없다는 것이다. 이러한 지식수준이 충분한 개연성판단을 가져오고 위험방지기관의 결정이 정당화되는지의 의문은 완전하게 심사될 수 있는 규범적 문제이기 때문에, 이것은 물론 출발점

53) Jaeckel, a.a.O., S. 116f., 131f.

54) Möstl, Markus, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Mohr Siebeck, 2002, S. 165.

에서만 그렇다고 한다.

Möstl은 이러한 논의에서 두 가지 경향이 발견된다고 하면서, 첫 번째 경향으로 지배설은 과거보다 점점 더 객관적 위험개념에서 멀어지는 위험개념을 옹호하며, 이에 따라 위험과 안전은 원칙적으로 객관적 범주로서가 아니라 전적으로 소통적으로만(kommunikativ) 구성되는 개념이라고 간주된다고 한다. 따라서 위험은 그렇게 보게 되면 감정(Gefühl) 또는 불확실성(Unsicherheit)으로부터 결과지워지는 개념이 된다는 것이다.

또한 반대의 경향으로 위 Poscher 등과 같은 학자들에 의해 프로이센고등행정재판소 시절의 객관적 위험개념으로의 귀환이 재촉되고 있다고 한다. 즉 - 외관상하나 위험의심상황에서도 취해지는 - 모든 조치들이 ‘사실적’ 위험에 기초하지 않았을 때 그 조치들은 위법하다는 오점을 안게 된다고 한다. 이러한 점에서 위와 같은 Poscher의 견해도 이러한 노선에 있는데, 그의 주된 주장은, 위험판단을 위해서는 이상적 관찰자의 지식수준이 기준이 되며, 물론 위험방지기관은 이러한 지식수준에 도달할 수 없는 때가 많고 반면 효과적 법익보호는 불확실함이나 불가피한 착오상황에서도 제한조치가가능성을 요구할 수 있다는 문제점은 외관 및 의심사례에서 의무적합적으로 행위하는 위험방지기관으로 하여금 처벌이나 징계와 같은 제재부여로부터 해방시켜주는 것으로 충분하다고 봄으로써 그 해결을 시도했다는 점이다.⁵⁵⁾ 이러한 관찰 후에 Möstl은 위험과 관련된 법치국가적 소통 측면을 강조하여 주관설을 취한다.⁵⁶⁾

5. 평가

Pieroth/Schlink/Kniesel의 경찰질서법문헌의 위험개념의 주관설/객관설 논쟁에 관한 평가에 따르면 객관적 위험개념은 세 가지 관점 즉 개연성의 본질, 위험의 본질, 경찰수행활동의 본질에 반한다고 반론을 펼치고 있다. 또한 Gromitsaris도 대표적인 객관설의 반론가로서 인용되고 있다.⁵⁷⁾

이러한 반론문헌들의 주요 기초는 물론 효과적 위험방지에 반한다는 것이지만, 이들은 개연성이라는 것을 객관적으로 이상적 관찰자에 의해 예측되는 것이라는 주장은 그것이 말 그대로 이상적이라는 점이다. 그리고 공공의 안녕과 질서에 대한 위험이 우려되는 상황이고 또한 그것이 평균적 지식을 갖춘 공무

55) Möstl, a.a.O., S. 166-167.

56) Möstl, a.a.O., S. 169f. 참고.

57) Pieroth/Schlink/Kniesel, a.a.O., Rn. 39f., S. 72f.

원에 의하여 위험이 있다고 판단되는 경우라면, 안전책임을 지고 있는 공무원에게 조치를 취하지 않도록 하는 것이 과연 가능하고 바람직스러운가라는 경찰수행활동의 본질 측면에서도 위 객관설은 사실 지배적 견해로 도입하는 것이 곤란하지 않을까 한다. 그리고 공무원들에게 징계나 형사처벌의 리스크를 안겨 가면서까지 조치를 위법하게 볼 실익이 과연 일반화될 수 있을지 비판하는 Gromitsaris의 견해⁵⁸⁾에도 동조가 된다.

단 앞에서 살펴본 바대로, 독일이나 우리나라 경찰법이 지나치게 효과성원칙을 지향하여 주관화되고 있어서, 그 논리적 결론의 부담을 시민에게 전가시키는 것은 문제라고 보인다. 물론 외관상 위험 법리에서 Schenke와 같이 외관상 위험은 진정한 위험이고, 1차적 차원과 2차적 차원을 분리함이 없이 위험의 외관상황에 귀책사유가 있는 자를 책임자로 보고 2차적 차원까지 유지하는 입장으로 절충하거나⁵⁹⁾, Württenberger와 같이 1차적 차원 즉 현장에서는 주관적 위험을, 2차적 차원 즉 위험종료 후 경찰비용이나 손실보상을 논하는 현장에서는 객관적 위험을 주장하는 견해가 더 돋보여 보인다.⁶⁰⁾

그리고 Schenke의 견해에 따라서, 위험의 의심과 관련하여, 이 개념을 위해서는 위험을 암시하는 증거가 있어야 하며, 따라서 위험으로 볼 근거는 있지만 충분한 개연성이 부족한 경우를 의미한다고 보아야 한다. 따라서 Poscher의 견해는 잘못 되었지만, 그렇다고 불확실하다는 것만으로는 부족한 것이 불확실성은 진정한 위험에도 존재하는 것이기 때문이라고 한다. 특히 이 위험의 의심에 따른 위험여부확인조치(Erforschungseingriff) 개념 자체는 잠정적 행정행위로서는 비례성원칙에 따라 정당화될 수는 있지만, 법률유보원칙에 따라 특별수권이 필요한데, 지배설은 개괄적 수권조항에 따라 특별한 법률상 근거가 없이 가능하다는 주장은 잘못되었다는 Schenke의 주장에 동의하고⁶¹⁾, 그 지나친 확대논리는 개괄적 수권조항이 명시적으로 있다고 보는데 논쟁이 있는 우리나라에서는 더욱 곤란하다고 보인다.

58) Gromitsaris, a.a.O., S. 536.

59) Schenke, a.a.O., Rn. 81, 45; Rn. 80f., S. 45-46.

60) Württenberger, a.a.O., Rn. 243, S. 474.

61) 위 내용은 Schenke, a.a.O., Rn. 80ff, S. 44ff. 법률유보원칙과 특별수권필요성은 ders., a.a.O., Rn. 88f., S. 49f. 참고.

V. 결론

위험방지법의 논쟁의 핵심은 효과성원칙을 계속 유지하고 현대 위험상황에 맞춰 더 강력하게 위험의 전 단계의 사전대비에 까지 확대하는 것으로 영향력을 행사하도록 둘 것인가, 아니면 위험방지법의 범치국가적 제한가능성, 비례성원칙, 수인한도론 등을 통하여 시민들에 대한 안전리스크의 전가를 막을 것인가에 있다는 점이 아닐까 한다.

필자는 과거에 강력한 위험방지론을 옹호해왔고 그에 대한 이론적 배경 즉 효과성원칙과 주관화의 경향에 찬성하였지만, 반대로 억울하게 경찰책임자가 되는 시민에게 보상책마련에 미흡했던 우리나라 경찰법 세계에서는 이론적으로는 몰라도 현실적으로 독일의 균형 잡힌 이론이 우리나라에 직수입되는 것이 과연 타당한지 우려도 많이 했던 것도 사실이다. 특히 현대 위험사회와 관련하여 문제는 사회가 기술화되면 될수록 더 큰 리스크에 직면한다는 점인데, 이 논의를 경찰에 가져와보면 경찰기관에게 더 큰 권한을 인정하고 그것을 적법한 것으로 옹호하는 것만이 능사이고 안전한 사회를 가져오는 첩경인지는 신중히 고민해봐야 할 것으로 보인다. 위 주관설과 객관설의 대립에서 확실하게 어느 입장이 타당하다고 보기는 어렵다는 것이 솔직한 심경이다. 절충적 입장에서 결론을 내리는 것은 학자로서 어울리지 않는 것으로 보이지만, 어느 한 학설만이 옳은 것이 아니라고 보면 그 균형을 이루어야 한다는 것이 비례성사상이므로 절충적 입장을 취하는 견해가 타당하다고 생각된다. 위와 같은 독일의 논의를 살펴 본 근본적인 이유는 우리나라에도 빠른 시기 내에 개괄적 수권조항의 도입이 바람직해 보여서임을 밝힌다.

[참고문헌]

- 서정범(역), 독일경찰법론, 세창출판사, 1998.
- 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 제2판, 세창출판사, 2012.
- 손재영, 경찰법, 제3판, 박영사, 2016.
- 홍정선, 경찰행정법, 제2판, 박영사, 2010.
- , 행정법원론(하), 제26판, 박영사, 2018.
- 구형근, “독일경찰법상 예방경찰적 정보수집활동의 통제법리에 관한 고찰”, 「토지 공법연구」 제69집, 한국토지공법학회, 2015, 329-356.
- 구형근, “독일경찰법상 외관상 위험과 위험의 혐의”, 「법학논총」 제17권 제1호, 조선대학교 법학연구소, 2010, 521-542.
- 김성태, “위험에 대한 의심과 위험여부의 확인 - 법치주의에서의 안전을 위한 시론적 고찰 -”, 「행정법연구」 제51호, 행정법이론실무학회, 2017, 157-188.
- , “지문정보의 경찰작용법적 문제”, 「행정법연구」 제18호, 행정법이론실무학회, 2007, 615-633.
- , “집회, 시위에 대한 조망촬영의 법적 문제”, 「홍익법학」 제15권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 523~551.
- 김현준, “환경행정법에서의 위험과 리스크”, 「행정법연구」 제22호, 행정법이론실무학회, 2008, 133.
- 박병욱, “경찰상 온라인수색의 법률적 문제 - 2008.02.27 독일연방헌법재판소 판결을 중심으로”, 「경찰법연구」 제7권 제1호, 한국경찰법학회, 2009, 80-122.
- , “제정 테러방지법의 문제점과 정보기관 활동에 대한 민주적 통제”, 「경찰법연구」 제14권 제1호, 한국경찰법학회, 2016, 64-117.
- 서정범, 박병욱, “경찰법상의 위험개념의 변화에 관한 법적 고찰 - 전통적 위험개념의 작별(?) -”, 「안암법학」 제36권, 안암법학회, 2011, 91-129.
- 손재영, “경찰법에 있어서 위험귀속의 법리 - 행위책임에 있어서의 위험귀속과 그 한계를 중심으로”, 「동아법학」 제52호, 동아대학교 법학연구소, 2011, 255-284.
- , 경찰에 의한 은밀한 정보수집조치의 법적 성질“, 「중앙법학」 제11권 제1호, 중앙법학회, 2009, 457-486.
- , “경찰의 사전대비활동”, 공법학연구 제11권 제2호, 「한국비교공법학회」, 2010, 289-312.

- 손재영, “외관상 경찰책임자의 경찰법상 책임”, 『경찰학연구』 제10권 제1호, 경찰대학, 2010, 3-29.
- 이기춘, 위험방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 고려대학교 법과대학원, 2003. 2.
- 이기춘, “경찰질서법상 위험개념 및 표현위험과 위험의 의심 - 독일경찰법학의 위험개념 검토를 중심으로 -”, 『공법연구』 제31집 제4호, 한국공법학회, 2003, 363-392.
- 이부하, “위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할 - 현행 안전법제에 관한 고찰을 겸하며 -”, 『서울대학교 법학』 제56권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 139면 이하.
- 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 『헌법학연구』 제22권 제1호, 한국헌법학회, 2016, 217-246.
- 이상학, “국가감시와 기본권보호”, 『유럽헌법연구』 제20호, 유럽헌법학회, 2016, 209-237.
- _____, “사이버 정보활동의 기본원칙과 한계”, 『법학연구』 제41집, 전북대학교 법학연구소, 2014, 399-424.
- _____, “최근 경찰법상의 변화와 주요 쟁점”, 『법학논고』 제46집, 경북대학교 법학연구원, 2014, 165-192.
- _____, “테러방지 수권규정과 기본권침해의 한계 - 독일연방수사청법의 테러방지 권한에 대한 연방헌법재판소의 판결(2016.4.20.) 검토를 중심으로”, 『공법학연구』 제17권 제3호, 2016, 109-134.
- 이상해(현 이상학), “경찰법상 위험상황의 판단에 관한 일고찰 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 『홍익법학』 제13권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2012, 551.
- _____, “경찰처분의 실질적 적법성에 관한 일고찰 - 독일법상 개관수권조항의 구성요건적 측면을 중심으로”, 『법학논고』 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012, 301.
- 이성용, “가정폭력에 대한 경찰권 발동에 관한 고찰 - 한국과 독일을 중심으로 -”, 『형사정책연구』 제18권 제1호, 한국형사정책연구원, 2007, 277-310.
- 최정일, 독일과 한국에서의 경찰책임론의 몇 가지 쟁점에 관한 소고 - 인과관계이론, “의도적 야기자” 개념 및 “잠재적 위험” 개념을 중심으로, 비교법연구 제11권 제3호, 동국대학교비교법문화연구원, 2011, 73-127면.
- W.R.Schenke, “Anscheinsgefahr und Gefahrenverdacht im Recht der Offentlichen Sicherheit (Polizeirecht)”, 『토지공법연구』 제32집, 한국토지

공법학회, 2016, 5-40.

- Di Fabio, Udo, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat - Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1994.
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 1986
- Griesbeck, Michael, Die materielle Polizeipflicht des Zustandsstörers und die Kostentragungspflicht nach unmittelbarer Ausführung und Ersatzvornahme, Duncker & Humblot, 1991.
- Gusy, Christoph, Polizei- und Ordnungsrecht, 9., neubearbeitete Aufl., Mohr Siebeck, 2013.
- Jaeckel, Liv, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik - Moderne Technologien im Spiegel des Verwaltungsrechts, 1. Aufl. Mohr Siebeck, 2010.
- Kral, Sebastian, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung der Polizeirechts, ∴ Begriff, Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 1214, Duncker & Humblot, 2012.
- Möstl, Markus, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Mohr Siebeck, 2002.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht - mit Versammlungsrecht -, 8. Auflage, C.H.Beck, 2014.
- Poscher, Ralf, Gefahrenabwehr - Eine dogmatische Rekonstruktion -, Schriften zum Öffentlichen Recht, SÖR 802, Duncker & Humblot, 1999.
- Wehr, Matthias, Examens-Repetitorium Polizeirecht - Allgemeines Gefahrenabwehrrecht, 3. Auflage, C.F.Müller, 2015.
- Würtenberger, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, §69, C.F.Müller, 2013.
- Hoffmann, Riem, “Anscheingefahr” und “Anscheinverursachung” im Polizeirecht, in Verfassung, Verwaltung, Finanzen 1972, 1972, S. 327-342.

Gromitsaris, Athanasios, Subjektivierung oder Objektivierung im Recht der Gefahrenabwehr, DVBl. 2002, S. 535-542.

Möstl, Markus, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts - Thesen zur Integration eines modernen informationellen Vorfeldrechts in das klassische rechtsstaatliche Gefahrenabwehrrecht, DVBl. 2007, 2007, S. 581.

[Abstract]

A Study on the Modernization of Danger-Prevention and
Danger-Precaution in German Police- und Order-Administrative Law

Lee, Kee-Chun*

Although the Korean police law system has been developed by accepting the Japanese model, in recent 20 ~ 30 years, domestic scholars have been studying the German police law, which is a model of the continental police law, and have accepted it according to our police law system. In this process, especially in the process of our police law, there are difficulties in establishing the legal system. As a general police law, it is necessary to decide whether to maintain the concept of material police and whether to maintain the principle of police-negativism, the concept of danger or risk in the police order system, the concept of apparent danger and danger-suspicion, and the legal grounds and limitations of measure for investigating danger. In the past, in the era of traditional danger-prevention law, danger and responsibility debates have been progressively pursued in accordance with the principle of passive danger-prevention and the principle of police negativism. However, with the development of technology in the latter half of the 20th century, countermeasures have been developed in proportion to large - scale organized crime and terrorist threat. So the danger-precaution-theory came to power. In such a situation, the police law has become increasingly subjective as it moves away from its original objective nature, and its basis is the principle of effectiveness of the danger-prevention law. According to this subjective tendency, the concept of the material police concept and the principle of the police negativism began to be criticized, and the perceptual concepts such as the appearance of the danger, the suspicion, and the check of the danger have been recognized as legitimate devices and become theoretically politicized. Also, in relation to the responsibility of the police law, this tendency of

* Professor, Dr. iur. Pusan Univ., School of Law

subjectivity is not different so that the citizens should still be understood objectively, and the police authorities are subject to the subjective exclusion of immunity or illegal risk. In addition to this subjective tendency, the principle of effectiveness is also important. However, there is an opinion that the danger-prevention law is objectively understood according to the principle of justice, idea on fundamental rights in the Constitution, proportion-principle based on rule of law. According to these, the concept of appearance and suspicion of danger are legal concepts to pass the risk of uncertainty to citizens, and it can not be regarded as lawful in proportionality principle. However, it is said that there is no problem because there is a possibility of immunity through the principle of proportionality or the possibility of expectation of the number in the responsibility of criminal responsibility of criminal police officers. In conclusion, objective theorie on danger-concept is ideal, considering probabilities-concept, danger themselves, and the performance of police duties in the field.

Keywords : prevention of danger, precaution of danger, concept of danger, subjektivization of danger-concept, objektivization, appearance of danger, suspicion of danger, prevention-nation, measure for investigating danger