

〈논문〉

위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할*

- 현행 안전법제에 관한 고찰을 곁하며 -

李 富 夏**

요 약

법적 개념으로서 위험과 리스크의 관계는 3단계 모델과 2단계 모델이 주장되고 있다. 위험은 개연성과 관련된 개념이고, 리스크는 가능성과 관련된 개념이므로 2단계 모델이 타당해 보인다.

제3의 길인 보장국가는 국가 스스로 공적 과제를 직접 수행하기도 하지만, 되도록 민간과 협력하여 또는 민간이 직접 공적 과제를 이행하도록 하는 국가를 말한다. 따라서 보장국가는 날선한 국가 내지 최소국가를 지향한다. 그러나 보장국가는 탈규제가 아닌, 더 까다로운 규제를 요구한다. 반면, 보장국가에서는 국가와 민간의 밀접한 상호 협력이 강화되고 민간이 공적 과제를 충실히 이행하도록 국가가 적극적으로 협력하고 구조화한다. 보장국가에서의 책임은 크게 이행책임과 보장책임으로 나뉜다. 그리고 보장책임은 공급책임, 수용책임, 완충책임으로 나뉜다. 민간은 이행책임만을 지며, 국가는 이행책임과 보장책임을 진다.

현행 우리나라 재난 및 안전관리 기본법은 선언적인 규정이 많고 실효성 있는 집행을 담보하지 못하고 있다. 재난의 유형에 따른 구체적인 재난 관리 방안을 규정할 수 있는 근거규정을 둘 필요성이 있다. 또한 국민안전처가 모든 재난을 총괄하고 책임질 수 있는가에 대한 근본적인 대답이 필요하고, 그 대안을 모색하여야 한다. 국민이 스스로 안전 추구 노력을 하도록 법제도화해야 하며, 재난 및 안전관리 기본법은 관(官) 주도에서 민관(民官) 협력체제로 개정되어야 한다.

주제어: 위험사회, 위험, 리스크, 안전, 보장국가, 안전법제

* 이 논문은 2014. 11. 1. 법과사회이론학회 2014년도 추계학술대회에서 발표한 논문을 수정·보완한 것입니다. 또한 이 논문을 정성스럽게 심사해 주신 익명의 심사위원님들께 감사의 말씀을 드립니다.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수.

I. 서 론

최근 우리 국민은 안전에 대해 특별히 민감해 하고 있다. 이는 우리 사회에 불시에 또한 상시적으로 위험이 반복해서 발생하고 있기 때문이다. 울리히 벡(Ulrich Beck)은 2014년 7월 서울에서 “한국, 빠른 근대화로 위험요소도 커졌다”¹⁾고 말한 바 있다. 그도 그럴 것이 2014년 한 해만 해도 2014년 2월 경주 마우나리조트 체육관 붕괴사고, 2014년 4월 세월호 침몰사고, 2014년 5월 고양터미널 화재, 2014년 5월 장성요양병원 화재, 2014년 10월 성남 판교테크노밸리 환풍기 추락사고, 2014년 12월 오룡호 침몰사고 등 큰 사고가 다수 발생하였다. “사고 공화국”이라 해도 과언이 아니다.

물론 다발적 사고의 원인이 법제도에서만 비롯되었다고 보기 어렵다. 우리나라에 산재해 있는 위험의 대다수는 복합적이고 구조적인 요소와 관련되어 있으며, 총체적인 문제라고 볼 수 있다. 그러나 법제도적 측면에서 위험 요소를 제거하고 안전 시스템을 충실히 갖춘다면 이러한 사고 발생이 감소될 수 있으리라 생각된다.

본 논문에서는 먼저 위험의 개념과 그 종류들을 구체적으로 설명해 본다. 법학에서 위험과 리스크 간에 구별을 어떻게 바라보아야 하는가를 모색해 본다. 위험과 리스크는 하나의 기준으로 그 정도에 따라 분류하는 것이 옳은가 아니면 양자는 상이한 기준으로 분류하는 것이 타당한가를 살펴본다. 또한 안전의 개념과 안전과 관련되어 논의되는 법이론을 고찰해 본다. 자유와 안전의 관계에서 양자는 항상 상충하며 하나의 보장은 다른 하나의 희생을 통해서만 달성되는지 여부를 법이론적으로 살펴본다. 안전과 관련하여, 헌법이론은 어떻게 구축되고 설명될 수 있는가를 연구해 본다. 특히 기본권보장의무와 기본권보호의무 간에 구별을 전제로 헌법이론을 전개해 본다(Ⅱ). 다음으로 보장국가란 무엇이고, 보장국가가 지는 보장책임과 그 밖의 책임들을 살펴본다(Ⅲ). 또한 보장국가에서 안전보장의 민영화 문제와 그와 관련한 헌법적 문제를 생각해 본다. 그리고 보장국가에서 국가와 민간이 안전을 위해 각각 어떠한 책임을 부담해야 하는지를 살펴본다(Ⅳ). 마지막으로 안전관리와 재난방지를 위한 현행 안전법제의 문제점과 개선책을 제시해 본다(Ⅴ).

1) <http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JG31&newsid=01531766606153864&DCD=A00703&OutLnkChk=Y> (검색일: 2014년 10월 5일)

II. 위험과 안전, 자유와 안전

1. 위험 및 리스크의 개념과 유형

가. 위험의 개념과 종류

법학에서 ‘위험’이란 “법의 침해자에게 귀속시킬 수 있는 법의 침해의 충분한 개연성이 있는 경우”²⁾ 내지 “어떤 사건이 방해받지 않고 진행될 경우 공공의 안전 또는 공공질서에 손해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상태의 경우”³⁾라고 정의되고 있다.⁴⁾

위험의 유형은 구체적 위험, 추상적 위험, 잠재적 위험 등 크게 3가지로 나눌 수 있다. “구체적 위험”이란 객관적·이성적인 사실상태의 평가에 의해 현재의 상태나 행위가 아무런 방해 없이 계속 진행된다면 개별적인 경우에서 가까운 장래에 관련 보호이익에 대한 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상태를 말한다.⁵⁾ 특정 상태나 상황을 일반적 또는 추상적으로 고찰한 결과 그러한 일반적·추상적인 사실상태가 갖는 위험성을 의미하는 “추상적 위험”과 구별되는 개념이다. 따라서 개별적인 경우에 충분한 사실적 근거에 기초하여 위험한 사실상태가 인식가능하며 손해 발생 개연성이 존재하면 “구체적 위험”이 있는 것이다.

“추상적 위험”은 “구체적 위험”의 상대개념이다. 구체적 위험과 추상적 위험 간에는 손해 발생 개연성의 정도가 아니라, 위험예측 내지 관찰방식에 따라 양자는 구분된다. 추상적 위험은 위험을 일반적·추상적 수단인 법규를 통하여 극복해야 할 필요성이 있을 경우, 즉 개별적인 경우에 손해발생의 위험이 있음을 입증하지 않아도 된다. 그러나 추상적 위험도 충분히 손해가 예측되어야 한다. 즉, 일반적·추상적 관찰을 했을 때 손해 발생의 충분한 개연성이 있다는 결론 도출을 정당화

2) O. Lepsius, “Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?”, *VVDStRL* 63 (2004), S. 267; D. Kugelmann, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2. Aufl., 2011, S. 95 f.

3) Laubinger (김현준 역), “임미씨온방지법에서의 위험, 불이익, 부담, 리스크”, *토지공법연구*, 제32집, 105면 이하.

4) 위험에 관한 경찰법상 개념에 관해서는 김성태, “위험방지조치와 구체적 위험”, *법학연구*, 제5권, 홍익대 법학연구소, 2003, 69면 이하.

5) BVerwGE 45, 51 (57); BVerfGE 120, 274 (329); Drews/Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr*, 9. Aufl., 1986, S. 220; Chr. Gusy, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 2009, Rn. 108.

할 수 있는 충분한 단서가 있어야 한다.⁶⁾

이에 반해, “잠재적 위험”(latente Gefahr)이란 현재 그 자체로서는 위험하지 않으나, 일반적인 생활경험이나 전문가의 인식에 비추어 볼 때, 사전에 위험을 계측할 수 있는 경우이다. 그러나 그 피해의 발생 여부는 불투명한 경우이다. 이러한 잠재적 위험의 상황에서는 사후 외부적인 상황의 개입으로 인해 위험이 발생되리라 인정되는 경우이다. 예컨대 처음에는 아무런 건축물이 없던 곳에서 생선도매업을 하고 있었으나, 사후에 그곳이 혼합주거지역으로 지정됨에 따라 영업장이 주거지역 한 가운데 놓이게 됨으로써 생선도매영업이 인근 주민의 건강과 평안에 대한 장해를 가져온 경우가 이에 해당된다.⁷⁾

나. 법학에서 위험과 리스크 구별 논의

(1) 3단계 모델

전통적인 체계론에 입각하고 있는 3단계 모델에서는 법적으로 리스크를 경미한 개연성으로 이해한다. 3단계 모델에 의하면, 위험과 리스크 간을 구분하는 기준은 개연성(蓋然性)의 정도이다.⁸⁾ 위험은 상당히 높은 개연성을 필요로 하는 반면, 리스크는 비교적 낮은 개연성을 지니고 있다. 결과적으로 3단계가 형성된다. 3단계 모델에서는 발생 개연성의 정도를 기준으로 위험(danger), 리스크(risk), 잔여리스크(restrisk)로 구분된다.⁹⁾

잔여리스크란 불확실한 가능성을 지녀 발생 개연성이 거의 없기 때문에 법적 규

6) 서정범·김연태·이기춘, *경찰법연구*, 세창출판사, 2012, 199면 각주 6) 참조

7) 서정범·김연태·이기춘, *경찰법연구*, 세창출판사, 2012, 252면 각주 43) 참조; BVerwGE 38, 209 ff.

8) A. Reich, *Gefahr – Risiko – Restrisiko*, 1989, S. 75 ff.

9) D. Rauschnig, “Staatsaufgabe Umweltschutz”, *VVDStRL* 38 (1980), S. 167 (192 f.); R. Wolf, *Der Stand der Technik*, 1986, S. 290 ff.; F. Ossenbühl, “Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz”, *NWZ* 1986, S. 161 (162 f.); M. Ronellenfitsch, “Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht”, *DVBl.*, 1989, S. 851 (859); J. Ipsen, “Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht”, *VVDStRL* 48 (1990), S. 177 (186 f.); R. Wahl/I. Appel, “Prävention und Vorsorge”, in: R. Wahl (Hrsg.), *Prävention und Vorsorge*, 1995, S. 1 (84 ff.); R. Steinberg, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, S. 102-104; W. Köck, “Rationale Risikosteuerung als Aufgabe des Rechts”, in: E. Gawel (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht*, 2001, S. 271 (280-283).

을대상이 되지 않는 리스크를 말한다.¹⁰⁾ 3단계 모델에서는 구성요건에 기초하여 3 단계로 구분한 것이 아니라, 법적 효과에 근거하여 구분하고 있다. 즉, 개연성 정도의 판단에 의해, 법규범적 한계를 설정할 수 없음에도 불구하고, 법적 효과가 구성요건을 구체화한다. 또한 리스크는 위험방지를 위한 조치를 발동시키는 것이 아니라, 예방적인 최소화 조치를 발동시킨다.¹¹⁾ 그런데 이러한 3단계 모델은 개연성의 정도를 기준으로 3단계로 명확히 구분하는 데 상당한 어려움을 겪는다. 더욱이 개연성과 가능성의 구분도 불명확하게 되고, 이러한 불명확성을 전제로 하여 ‘위험 방지’와 ‘리스크 관리’를 구분하여 법적으로 규율하기는 더욱 어렵게 된다.

(2) 2단계 모델

2단계 모델에서는 3단계 모델의 3단계를 2단계로 변환시킨다. 2단계 모델에서는 ‘손해발생의 가능성’이라는 새로운 구분기준을 도입한다. 위험은 발생 ‘개연성’으로 국한한 반면, 리스크는 발생 ‘가능성’과 관련시킨다.¹²⁾ 위험과 리스크는 각자의 영역이 형성되었으나, 잔여리스크는 미해결인 채로 남게 된다. 결국 잔여리스크는 리스크에 포함되어 더 이상 독자적인 영역으로 기능하지 않게 된다. 발생 가능성 기준에 의해 리스크 개념은 위험 개념으로부터 독립되었고, 독자적인 특성을 지니게 된다. 즉, 리스크 개념은 손해의 개연성이 아닌, 발생 가능성과 관련된 개념이다.¹³⁾

(3) 소결

독일 법학에서 전통적으로 위험 개념은 구성요건의 측면에서 리스크 개념과 구별하지 않고 동일 선상에서 논의되어 왔다.¹⁴⁾ 즉, 독일 연방헌법재판소는 칼카(Kalkar) 결정에서 “최선의 위험 방지와 리스크 관리”¹⁵⁾ 원칙이라고 판시하였다. 즉, 위험과 리스크 간에 명확한 구분을 하지 않았었다.

그러나 리스크¹⁶⁾(risk; Risiko)는 위험(danger; Gefahr)과 법적 개념상 차이가 있으

10) Udo Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, S. 72 Rn. 31, S. 105.

11) R. Wahl, “Risikobewertung und Risikobewältigung im Lebensmittelrecht”, *ZLR* 1998, S. 275 (282).

12) M. Kloepfer/E. Rehbinder/E. Schmidt-Aßmann/P. Kunig, *Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil*, 1990, § 2 Abs. 6; D. Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, S. 85.

13) K.-H. Ladeur, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, 1995, S. 72 f., 76 ff.

14) Udo Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, S. 70 f.

15) BVerfGE 49, 89 (139).

며 구별될 수 있다. 위험은 발생 개연성이 중요한 징표인 반면, 리스크(risk)는 발생 확률이라는 가능성이 그 중요한 징표가 된다. 위험은 충분한 개연성을 지닌 것으로 상황이 방해받지 않고 진행될 경우 손해 발생이 예견될 수 있는 것을 말한다.¹⁷⁾ 즉, 위험은 손해가 발생해야만 한다. 반면, 리스크는 위험에 비하여 손해 발생의 개연성 요건이 문제되지 않는다.¹⁸⁾ 리스크는 손해에 의존하지 않고, 발생 개연성이 제로(0)가 되거나 현재 과학기술의 수준으로는 발생 개연성이 없다고 하더라도 고려해야 하는 것이다.¹⁹⁾ 리스크(Risk)는 본질적으로 ‘경험적인 불확실성’을 내포하고 있으며,²⁰⁾ 발생이 현실화될 가능성은 희박하지만, 발생이 현실화될 수 있는 확률이 있는 경우를 말한다. 즉, 리스크가 있는지를 해명하기 위해서는 ‘예측’(Prognosen)이 요구된다. ‘리스크의 크기’와 ‘발생 가능성 정도’를 판단하여 그러한 리스크에 대한 법적 규제 여부를 판단할 수 있다. 궁극적으로 리스크 관리는 제로(0)로 만들기 보다는 그 허용범위를 결정하는 문제로 귀결된다. 예를 들면, 원자력발전의 리스크, 유전공학의 리스크, 전자파 리스크, 화학물질 리스크, 전염병 리스크 등에서 문제된다.

2. 안전의 개념과 장래의 안전

근대국가는 국가공권력을 독점하기 위한 정당화근거로서 그 구성원의 안전을 보장하려 하였다.²¹⁾ 국가가 안전을 보장해야 한다는 이론적 근거를 주장한 이론가로는 보댕(Jean Bodin), 홉스(Thomas Hobbes), 로크(John Locke) 등이 있다. 보댕(Bodin)은 국가의 안전과 질서를 보장하기 위해 주권 개념을 원용하였다. 반면, 홉스(Hobbes)는 사회계약설에 입각하여 시민은 자연상태에서 위협받고 있는 자신의 생명과 신체를 보호해 주는 조건으로 국가에게 자신의 권리를 위탁하는 계약을 체

16) 환경행정법에서의 위험과 리스크 개념에 대해서는 김현준, “환경행정법에서의 위험과 리스크”, *행정법연구*, 제22호, 2008, 134면 이하와 140면 이하.

17) BVerwG DÖV 2003, S. 81 (82); BVerwG 45, 51 (57); Volkmar Götz, *Allgemeines Polizeirecht*, Rn. 140 m. w. N.

18) BVerwG DÖV 2003, S. 81 (83).

19) Pieroth/Schlink/Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, §4 Rn. 6.

20) Arno Scherzberg, “Risiko als Rechtsproblem”, *VerwArch* 84 (1993), S. 485 (498); R. Wahl, in: Landmann/Rohmer, *Umweltrecht*, §6 GenTG Rn. 15; H.-H. Trute, in: *Risikomanagement im öffentlichen Recht*, S. 55.

21) 이에 관해서는 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, *이화여대 법학논집*, 제8권 제1호, 2004, 5면 이하 참조.

결한다고 주장한다. 로크(Locke)는 ‘안전’에 있어서 국가의 양면성(兩面性)을 인식하고, 국가 공권력은 다른 위협으로부터 시민의 안전을 보호하기도 하지만, 반대로 국가 공권력이 시민을 위협하는 주체가 될 수 있다고 한다. 이로 인해 로크(Locke)는 국가 공권력간의 권력분립과 국가권력에 대한 자연권으로서의 저항권을 인정한다.²²⁾

안전의 헌법적 기능에 대하여 통일된 견해가 형성되지 못하는 것은 안전의 어의적 불명확성에 기인한다고 볼 수 있다.²³⁾ 오래 전에 이미 훔볼트(Wilhelm von Humboldt)는 ‘안전’ 개념의 다의성을 언급했다. 사람들은 일반적으로 안전이라는 개념에 모든 것을 포함시켜 이해하려 한다. 왜냐하면, “정확한 개념 논의를 하기에는 무용할 정도로 안전이라는 개념이 너무 광대하고 광범위하기 때문이다.”²⁴⁾

안전의 개념은 통일된 정의에 이르지 못하고 다양하게 주장되고 있다. 일부 견해에서는 “위험, 리스크, 위협, 불안 등으로부터의 자유 내지 온전한 법익”이라고 안전을 설명하고 있다.²⁵⁾ 국가의 과제로서의 ‘안전’이란 공포라는 객관적인 원인으로부터 자유(탈피)를 의미한다.²⁶⁾ 이러한 의미에서 안전이란 기본권 보호법익을 국가 공권력의 침해로부터, 다른 사인의 가해로부터, 재난에 의한 피해로부터 침해받지 않는 상태를 말한다. 이는 기본권의 방어권적 성격에서 해석하자면, 기본권주체가 외부의 침해로부터 자유로운 상태이다.²⁷⁾ 안전이란 기본권보장의 전제로서 헌법에 반드시 실정화될 필요는 없으며, 실질적 헌법의 본질적 구성요소이다.²⁸⁾

시간적 차원에서 안전 개념과 관련하여, ‘장래의 안전’이 논의되고 있다. 법적인 안전이란 보호가치있는 개인적 내지 집단적 법익에 대한 현재의 위협과 위해뿐만 아니라, 충분한 개연성을 지닌 장래의 위협에 방치되지 않도록 하는 것도 포함해서 고려해야 한다. 만약 현재의 위협과 위해들로부터의 보호에 안전 개념을 국한하게 되면, 위협이 고조되고 있는 상황에서 안전 보호 문제는 무의미하게 된다.²⁹⁾

22) 이부하, “헌법국가에서 국민의 안전보장”, **한·독사회과학논총**, 제21권 제1호(2011. 3), 161면 이하 참조.

23) W. Schwetzel, *Freiheit, Sicherheit, Terror*, 2007, S. 5 ff.

24) W. von Humboldt, “Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen” (1792), in: A. Flitner/K. Giel (Hrsg.), Bd. I: *Schriften zur Anthropologie und Geschichte*, 2. Aufl., 1969, S. 56.

25) A. Anter, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009*, 2009, S. 15 (16).

26) J. Isensee, *HdbStR* V, 2000, § 111 Rn. 147.

27) J. Isensee, *HdbStR* V, 2000, § 111 Rn. 84.

28) J. Isensee, *HdbStR* V, 2000, § 111 Rn. 83.

29) Chr. Gusy, *VVDStRL* Bd. 63 (2004), S. 151 (157).

법학계에서는 전통적으로 현존하는 법의 보호에 그 중점을 두어 왔는데, 이제는 장래의 권리에 대한 계속성 보장에 대한 논의도 해야 한다.³⁰⁾

3. 자유와 안전의 관계

위험의 증가 상황에서 위험 또는 리스크로부터 국민의 안전 보호는 국가의 새로운 기능으로 등장하게 되었다. 오늘날 국가는 자신의 가장 중요한 임무로서 “국민의 안전을 보호하는 국가”³¹⁾가 되어야 한다.

안전에 대한 입법이나 정책은 안전과 기본권적 자유간의 갈등을 유발하게 된다.³²⁾ 한편에서는 국가과제로서 안전은 법치국가원리와 긴장관계에 있고, 다른 한편에서는 국민의 안전보호라는 측면에서 안전과 법치국가는 합치되는 공통의 교집합이 존재한다. 이러한 점에서 법치국가는 ‘야누스의 머리’(Janus-Kopf)로 설명되기도 한다.³³⁾

안전 없이는 자유의 향유가 불가능하다.³⁴⁾ 법치국가에 있어서 법에 의해 달성되어야 하는 안전은 국가에 ‘대한’ 안전뿐만 아니라, 국가에 ‘의한’ 안전을 포함하게 된다.³⁵⁾ 따라서 더 많은 안전은 국가 공권력이 행한 국민의 기본권적 자유의 제한을 통해서만 달성될 수 있다는 말은 타당하지 않다. 즉, 자유와 안전간의 관계에서, “안전의 확보는 항상 자유의 대가를 치루고서야 가능하고 역으로 자유권의 보장은 효과적인 안전정책을 제거함으로써 달성될 수 있다.”는 “제로섬 게임”(zero-sum game)의 설명은 타당하지 않다.³⁶⁾ 왜냐하면, 자유를 희생하는 대가를 치루고서야 안전을 얻을 수 있다는 생각은 결과적으로 국가 공권력의 불예측성에 의해 오히려 국민의 불안전을 유발할 가능성이 높기 때문이다.³⁷⁾ 인간은 안전을 추구하며 안전

³⁰⁾ Chr. Gusy, *VVDStRL* Bd. 63 (2004), S. 151 (157); 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, *홍익법학*, 제14권 제2호(2013. 6), 228면.

³¹⁾ Z. Bauman, *Flüchtige Zeiten, Leben in der Ungewissheit*, Hamburg, 2008, S. 26 ff. (40 ff.)

³²⁾ Vgl. Limbach, *AnwBl.* 2002, S. 454; Hassemer, *Vorgänge* 2002, S. 10; Hoffmann-Riem, *ZRP* 2002, S. 497; Schulze-Fielitz, in: *FS für Schmitt Glaeser*, S. 407.

³³⁾ Bettermann, *Der totale Rechtsstaat – Zwei kritische Vorträge*, 1986, S. 5 ff.; Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, S. 278 ff.

³⁴⁾ W. von Humboldt, “Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen” (1792), in: A. Flitner/K. Giel (Hrsg.), Bd. I: *Schriften zur Anthropologie und Geschichte*, 2. Aufl., 1969, S. 95.

³⁵⁾ Chr. Calliess, *DVBl.*, 2003, S. 1101; Chr. Gusy, *VVDStRL* 63 (2004), S. 162 ff.

³⁶⁾ Bielefeldt, *Freiheit*, S. 21; Frankenberg, *KJ* 2005, S. 375 f.

³⁷⁾ Hohmann-Dennhardt, in: Adolf-Arndt-Kreis, *Sicherheit*, S. 109.

한 생활을 영유하기를 원한다. 그래서 안전에 대한 적(敵)으로부터 방어를 해야 한다는 명목하에, 국가는 제도적·법적으로 자유를 제한하는 조치를 취하려 하는 경향이 있다. 이는 국민의 안전보장과는 별개로, 기본권 보장 사상을 방해하고 헌법상 법치국가원리 내지 헌법의 기본정신에 반하게 된다.

안전과 자유간의 관계를 법해석학적으로 이해하기 위해서는 양자의 교집합이 중요한 의미를 가진다. 안전과 자유 양자의 교집합에 있어서는 안전의 관점이 더욱 커질수록 법치국가적 관점에서 그만큼 정당성을 더욱 요구한다. 교집합 영역에 있어서 안전 영역에 가까우면 가까울수록 자유의 영역도 가까워진다. 그러나 다른 한편 안전과 자유 간에는 헌법적으로 긴장관계가 필연적이다. 독일 연방헌법재판소는 2006년 4월 4일 판결에서 다음과 같이 판시하고 있다. “헌법은 입법자에게 ‘자유’와 ‘안전’ 간에 적절한 균형을 이루라고 요청하고 있다. 자유의 박탈과 같이, 어떠한 대가를 치루더라도 결코 달성될 수 없는 ‘절대적’ 안전이라는 목적을 추구해서는 안 된다. 헌법은 사실상 주어진 상황에서 최대한의 안전을 조성하고, 방어권으로서의 기본권에 대한 부당한 제한을 금지하는 법치국가적 기속하에서 안전이라는 목적을 추구하고 있다.”³⁸⁾

결국 안전과 자유 간에는 형량이 필요하다.³⁹⁾ 구체적인 사건에서 국가는 어느 정도의 국민 안전보호를 해야 하는지 또는 특정한 상황에서 어떻게 국민의 안전보호를 수행해야 하는지를 형량할 경우에 실질적인 근거를 필요로 한다. 자유와 안전간의 상충이 발생하는 경우, 헌법 규정 자체에서 그 문제가 저절로 해결되지 않기 때문에, 형량의 미해결 상태가 발생한다.⁴⁰⁾ 이러한 경우 형량여지는 상충하는 미해결 상태에서 제한과 보호의 정도를 선택하는 것을 의미한다.⁴¹⁾

요즘에 와서 자유와 안전의 개념 변화가 자연스럽게 초래되고 있다. 현재 우리는 보다 많은 안전을 보장받기 위해 자유를 제약하는 과정⁴²⁾을 겪는 것이 아니라, 자유와 안전이라는 두 가치를 최대한 실현하기 위해 근본적 가치의 의미 변화를 겪고 있다.

38) BVerfGE 115, 320 (358).

39) Chr. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001, S. 566 ff.

40) R. Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61 (2002), LS 11.

41) R. Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61 (2002), S. 25.

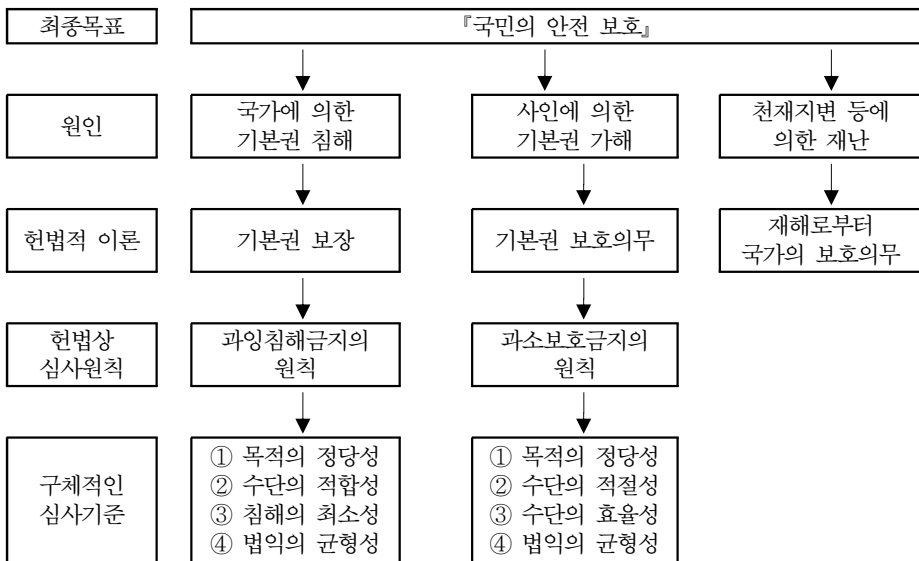
42) M. Kutscha, “Innere Sicherheit und Verfassung”, in: F. Roggan/M. Kutscha (Hrsg.), *Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit*, 2006, S. 28 ff.

4. 안전과 관련한 헌법이론적 문제

국민의 안전에 대한 위협은 한편으로는 국가 공권력에 의해 국민의 기본권이 침해되기도 하고, 다른 한편으로는 다른 사인(가해자)에 의해 국민인 사인(피해자)의 기본권이 가해 받기도 한다.

국가 공권력이 국민의 기본권을 침해한 경우, 헌법재판소는 국가의 기본권보장의무와 관련하여 그 공권력 행위가 과잉금지원칙(Übermaßverbot), 즉 비례의 원칙(Verhältnismäßigkeit)을 위반했는지 여부를 심사해야 한다. 반면, 제3자인 사인이 다른 사인의 기본권에 가해를 가한 경우, 헌법재판소는 국가의 기본권보호의무와 관련하여 그 가해 행위와 관련된 공권력 행사 또는 불행사가 과소보호금지원칙(Untermaßverbot)을 위반했는지 여부를 심사해야 한다.⁴³⁾ 자연재해로 인한 인명피해나 손해 발생은 국가 공권력에 의한 침해나 사인의 기본권 가해가 아니기 때문에 기본권보장의무나 기본권보호의무와는 관련이 없고, 재해에 대한 국가의 보호의무와 관련된다.

<표 1> 안전보호와 관련된 헌법이론



43) 기본권보호의무와 과소보호금지원칙에 관하여는 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, **헌법학연구**, 제13권 제2호(2007. 6), 275면 이하; 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, **인하대 법학연구**, 제17집 제2호(2014. 6), 39면 이하.

안전과 관련한 국가의무와 관련하여, 안전권의 기본권성 인정 여부가 그 논의의 중심에 놓여 있다.⁴⁴⁾ 국가의 입장에서는 국민의 안전을 보호해야 하는 의무로 인식되기에 안전에 대한 국가의 기본권보호의무로 명명되지만, 국민의 입장에서는 기본권으로서의 안전권으로 이해된다. 안전의 수준은 상대적이고,⁴⁵⁾ 국가는 완전하고 절대적인 안전을 달성할 수 없다. 절대적 안전은 원래 무제한적이고 무한계적이며, 결코 실현될 수 없는 이상(理想)이다.⁴⁶⁾

기본권으로서 안전권은 대국가적 효력을 미친다. 또한 안전권은 직접적인 대사인효를 미치지 않지만,⁴⁷⁾ 법률매개적 효력을 발생시킨다.⁴⁸⁾ 국가의 입장에서 기본권보호의무는 ‘재주관화’를 통해 개별 국민에게 주관적 보호청구권을 인정하게 한다. 즉, 국민에게는 안전권이라는 기본권이 인정된다.⁴⁹⁾

Ⅲ. 보장국가와 보장국가의 책임

1. 보장국가란?

치프리스(Brigitte Zypries)는 전통적인 개입국가에 대한 대안으로서 또한 거대한 복지국가의 한계에 대한 제3의 길로서 ‘보장국가’⁵⁰⁾를 다음과 같이 설명하고 있다. “현대국가는 공적 과제의 부담에서 더욱 더 해방되어야 하고, 자유로운 야경국

44) 이에 관한 연구로는 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, **이화여대 법학논집**, 제8권 제1호(2004), 1면 이하; 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, **홍익법학**, 제14권 제2호(2013. 6), 221면 이하.

45) Chr. Gusy, *VVDStRL* 63 (2004), S. 151 (169).

46) E. Denninger, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, 2008, S. 85 (92).

47) J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, S. 35 f.

48) J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, S. 44.

49) 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, **이화여대 법학논집**, 제8권 제1호(2004), 24면; 이부하, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, **홍익법학**, 제14권 제2호(2013. 6), 234면 이하.

50) 보장국가에 대한 공법 논문으로는 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, **헌법학연구**, 제15권 제1호(2009. 3), 497면 이하; 김현준, “공공갈등과 행정법학 - 보장국가에서의 갈등해결형 행정법 서설 -”, **서강법학**, 제11권 제1호(2009. 6), 261면 이하; 홍석한, “민영화에 따른 국가의 책임에 관한 독일에서의 논의”, **법학논총**, 제17권 제3호, 조선대 법학연구원(2010), 227면 이하; 조태제, “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개”, **한양법학**, 제23권 제2호(2012. 5), 273면 이하.

가⁵¹⁾(Nachtwächterstaat)처럼 국가가 감당하기 어려운 공적 과제를 배분해야 한다. 현대국가는 국내·외 안전보장 이외에 국민의 생존배려 과제도 부담하고 있다. 보장국가는 모든 공적 과제를 스스로 감당할 수 없고, 스스로 감당하려 해서도 안된다는 것을 인식해야 한다.”⁵²⁾ 역사적 고찰을 통해 보면, 국가의 성격은 야경국가(Nachtwächterstaat)에서 사회국가 내지 급부국가(Leistungsstaat)로 변화되었고, 최근에는 보장국가(Gewährleistungsstaat)로 전환되고 있다.⁵³⁾

“보장국가는 자신의 구체적인 공익적 책임을 인식하고 있지만, 원칙적으로 국가가 직접 공적 과제 이행을 자제하고, 민간이 공적 과제의 직접적인 이행을 담당하도록 하고 적극적으로 사회와의 관계 유지를 지향하고 국가는 최종적 책임을 지는 구조이다.”⁵⁴⁾ 이러한 점에서 보장국가는 변화되는 국가 기능을 반영하고 있는 “새로운 모델”(neues Leitbild)이다.⁵⁵⁾

보장국가는 “날씬한 국가” 내지 “최소국가”(Minimalstaat)를 지향하면서 자유주의로의 회귀를 시사하고 있다.⁵⁶⁾ 보장국가에서는 국가가 민간과 협력적으로 공적 과제를 수행하며, 그러한 공적 과제 수행에 있어서 국가의 역할이 뺄셈 공식에 의해 감소되지 않는다. 예를 들면, 민간이 기본권을 실현하고 있고, 국가가 이러한 영역에 개입해서는 안 되는 상황에서 국가는 민간의 공적 과제 수행을 위해 국가 책임을 최종적으로 담당해야 한다.⁵⁷⁾ 오히려 보장국가의 초점은 고정되고 폐쇄적

51) 야경국가(Nachtwächterstaat)는 시장에 대한 개입을 최소화하고 국방과 외교, 치안 등의 질서유지 임무만 맡아야 한다고 보았던 자유방임주의 국가관 또는 그러한 국가관의 영향으로 18~19세기에 나타난 자본주의의 초기 국가형태를 일컫는다.

52) B. Zypries, *Der aktivierende Staat: Teoretische Grundlage für praktische Politik*, Vortrag an der Universität St. Gallen am 26. Januar 2001, <http://www.staatmodern.de/infos/daten/stgallen.pdf>, S. 5 f.; Frank Nullmeier, *Demokratischer Wohlfahrtsstaat und das neue Marktwissen*, <http://www.wissensgesellschaft.org/themen/demokratie/marktwissen.html>; Claudio Franzius, *Gewährleistungsrecht. Grundfragen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen*, 2007.

53) Gunnar Folke Schuppert, “Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regulierungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft”, *Die Verwaltung*, Beiheft 4, 2001, S. 201 ff.

54) Eifert, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, 1998, S. 139.

55) Claudio Franzius, “Der Gewährleistungsstaat”, *Der Staat*, Bd. 42, Heft 4 (2003), S. 493 (494).

56) 이에 대한 문제제기로는 K. Günther, “Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts”, in: D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 51 ff.

인 국가와 민간의 구분적 사고를 극복하는 데 있다. 또한 공익적 요청과 관련하여, 보장국가는 민간이 자신의 책임하에 공적 과제 수행을 더욱 훌륭히 달성하도록 조력하는 국가이다.⁵⁸⁾

보장국가는 원칙적으로 사회적 자율성을 존중하고 그 자율성의 틀을 설정하는 역할을 하며, 자율성에 기반을 두고 있는 민간이 공적 과제의 구체적 실현에 있어서 국민의 기본권을 침해하지 않도록 개입과 통제에 의해 보장기능을 담당하여야 한다.⁵⁹⁾ 보장국가에서 국가의 제어(통제)의 초점은 민간 행위의 합리성 유지에 있는 것이 아니라, 민간이 독자적으로 공익을 달성하도록 조력하는데 있다. 보장국가는 민간 행위의 자율성이 최대한 발휘되도록 보장해 주고, 이를 위해 사전적으로 구조화해 주는 임무를 맡고 있다.⁶⁰⁾

보장국가에서 국가는 많은 영역에서 직접적인 이행책임을 부담하는 상황에서 벗어난다. 보장국가는 과거에 전통적으로 감당해 오던 영역의 과제의 대다수를 직접 수행하지 않지만, 민간이 스스로 또는 민간과 협력하여 정해지는 급부이행을 공익에 부합하도록 조정하고 규제하는 방식의 적절한 조치들을 취함으로써 보장기능을 수행한다.⁶¹⁾

보장국가에서는 국가와 민간의 상호 밀접한 관련과 상호 보충의 끈끈한 협력이 이전보다 더욱 강화된다. 일방이 이러한 공적 과제 수행을 포기하지 않게 함으로써 국가와 민간 간의 협력을 위한 구조를 형성하는 것이 상당히 중요하다.⁶²⁾ 보장국가는 규제구조하에서 법적 효력을 달성하도록 법이 제정되고 준비된 국가이다.⁶³⁾ 국가는 민간이 공익을 지향하도록 하기 위해 적절한 조건하에서 민간 스스로

57) A. Voßkuhle, "Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor", in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*, 1999, S. 47 (81).

58) C. Franzius, "Der Gewährleistungsstaat", *Der Staat*, Bd. 42, Heft 4 (2003), S. 493 (495).

59) B. Schlink, "Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht", *VVDStRL*, 48 (1990), S. 235 (260).

60) C. Franzius, "Der Gewährleistungsstaat", *Der Staat*, Bd. 42, Heft 4 (2003), S. 493 (499).

61) Gunnar Folke Schuppert, "Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit", in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005, S. 19.

62) H.-H. Trute, "Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor", in: G. F. Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*, 1999, S. 22 f.

63) C. Franzius, "Der Gewährleistungsstaat", *Der Staat*, Bd. 42, Heft 4 (2003), S. 493 (514).

로 자율규제가 발휘되고 정착되도록 구조를 보장해 주어야 한다.⁶⁴⁾ 보장국가는 복잡한 규제구조하에서 국가가 추구해 온 공익 달성을 민간과 협력하여 실현하도록 확장시키는 구조화를 실현해야 한다.⁶⁵⁾

2. 보장국가에서 보장책임과 그 밖의 책임

최근 법학에서 “국가 과제”는 논의의 중심에서 멀어지고 있고, “국가 책임”이 논의의 초점이 된 것을 인식할 수 있다.⁶⁶⁾ 국가의 보장책임 개념은 변화되는 국가상(國家像)의 맥(脈) 개념이다. 보장책임은 국가가 직접적인 행위에 의해 더 이상 이행책임을 지지 않으나, 민간 행위에 대한 윤곽책임도 부담해서는 안 되는 영역을 지칭하기 위한 개념으로, 국가의 직접적인 이행책임과 민간 행위를 위한 윤곽책임 사이에 존재하는 국가의 “잔존책임”(Restverantwortung)으로 이해된다.⁶⁷⁾ 또한 보장책임은 민간에 의한 급부이행이 훌륭히 실행되도록 법적 구조를 제공하도록 지향하는 민간 행위 제어(통제)의 국가책임이다.⁶⁸⁾

국가의 보장책임은 사인에 의한 공적 과제 이행의 국가적 보증으로서, 민간이 공적 과제를 이행하는 경우에는 헌법상 제한을 거의 두지 않는다. 그러나 역으로 국가가 직접 공적 과제를 이행하는 경우에는 헌법적 정당성 요구가 강화된다.⁶⁹⁾

보장국가에서 다양한 책임 개념이 논의되고 있다. 국가과제의 이행 보장과 국가과제의 생산 간의 구분,⁷⁰⁾ 국가과제 책임과 국가과제의 대리수행 간의 구분,⁷¹⁾ 제공책임과 보충책임 간의 구분,⁷²⁾ 이행책임과 윤곽책임 간의 구분⁷³⁾ 등의 구분을

64) C. Franzius, “Der Gewährleistungsstaat”, *Der Staat*, Bd. 42, Heft 4 (2003), S. 493 (514).

65) H.-H. Trute, *Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff*, S. 23.

66) G. Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 152 ff.

67) W. Hoffmann-Riem, “Innovationen durch Recht und im Recht”, in: M. Schulte (Hrsg.), *Technische Innovation und Recht*, 1996, S. 3 (13 ff.); Schmidt-Aßmann, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, S. 43 f.; C. Franzius, “Der Gewährleistungsstaat”, *Der Staat*, Bd. 42, Heft 4 (2003), S. 493 (505).

68) G. F. Schuppert, *Der Gewährleistungsstaat*, 2005, S. 20.

69) C. Franzius, “Der Gewährleistungsstaat”, *Der Staat*, Bd. 42, Heft 4 (2003), S. 493 (506).

70) A. Benz, “Privatisierung und Deregulierung – Abbau von Staatsaufgaben?”, *Die Verwaltung*, 1995, S. 337 (348).

71) A. Benz, *Die Verwaltung*, 1995, S. 337 (354).

72) E. Forsthoff, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959, S. 45.

73) Hoffmann-Riem/Schneider, in: dies. (Hrsg.), *Umweltpolitische Steuerung*, 1995, S. 13 (39).

시도하고 있다. 이러한 구분들은 ‘급부행정’과 ‘규제행정’ 간의 구분 또는 ‘급부국가’와 ‘규제국가’ 간의 구분과 유사한 양상을 보이고 있다.

보장국가에서 책임의 구분⁷⁴⁾과 관련하여, 여러 가지 모델이 주장되고 있다. 협력적 결과를 위한 국가책임, 국가의 보장책임, 국가의 윤곽책임으로 구분하는 견해,⁷⁵⁾ 보장책임이 이행책임과 수용책임을 포함하는 상위개념이라는 견해,⁷⁶⁾ 보장책임과 이행책임 중간에 재정책임이 위치한다고 보는 견해,⁷⁷⁾ 보장책임, 이행책임, 수용책임을 각각 독자적인 것으로 보는 견해⁷⁸⁾ 등이 있다.

사건으로 보장국가의 책임을 크게 이행책임과 보장책임으로 구분하는 것에 찬성한다. 양자를 구분하는 기준과 관련하여, 국방, 외교, 치안 등 민간에게 이행책임을 맡겨서는 공익이나 국익을 추구하기 어려운 영역은 국가가 직접 이행책임을 부담하는 것이 타당하다. 그 외의 영역은 민간이 이행책임을 부담하도록 해도 무리가 없으리라 판단된다.

보장책임의 내용으로, “공급책임”, “수용책임”, “완충책임”의 3가지 책임유형이 설명되고 있다.⁷⁹⁾ “공급책임”(Bereitstellungsverantwortung)이란 국가가 구체적인 결과 관련적 규정에 근거하여 민간 활동에 개입하는 것이 아니라, 윤곽을 설정하고 그 윤곽 안에서 민간이 가능한 한 공익 지향적 방식으로 과제에 대해 스스로 책임 지도록 하는 것을 말한다. 공급책임은 사회적 문제 해결을 위한 적합한 윤곽 조건, 행위 형태, 분쟁 해결 방안, 해결 선택수단 등을 마련하여 민간이 활용할 수 있도록

74) 국가적 하부구조를 통한 직접적인 과제 수행의 책임인 이행책임(Erfüllungsverantwortung); 민간이 제대로 성과를 제공하지 못하는 경우에 대비하여 국가가 제공하는 수용책임(Auffangverantwortung); 국가가 급부 자체를 제공하지 않되 급부의 제공을 재정적으로 보조하는 재정책임(Finanzierungsverantwortung); 공적 제어(조정)를 위한 국가의 규제책임(Regulierungsverantwortung) 등이 독일 논문들에서 설명되고 있다.

75) H.-H. Trute, “Verzahnungen von öffentlichem und privaten Recht – anhand ausgewählter Beispiele”, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches und privates Recht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 167 (199 ff.).

76) G. Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 338.

77) Chr. Reichard, Das Konzept des Gewährleistungsstaat, Referat auf der Jahrestagung 2003 des Wissenschaftlichen Beirats der GÖW, S. 2. http://www.ub.uni-koeln.de/ssg-bwl/archiv/p/up/public_management/konzept_gewaehrleistungsstaat.pdf

78) Gunnar Folke Schuppert, *Der Gewährleistungsstaat*, 2005, S. 25; W. Hoffmann-Riem, “Verfahrensprivatisierung als Modernisierung”, *DVBl.*, 1996, S. 225 (230 ff.); W. Hoffmann-Riem, “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit”, in: P. Kirchhof u. a. (Hrsg.), *Staaten und Steuern, FS für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, 2000, S. 47 ff.

79) W. Hoffmann-Riem, *Der Gewährleistungsstaat*, S. 95-98.

록 공급하는 책임을 말한다. 공급책임이 이행되기 위해서는 특히 민간의 상호작용이 특정한 작동규범에 기속되게 하는 법적 윤곽(예를 들면 절차법), 유용한 조직체(단체)의 특정한 형태 조성(예를 들면 주식회사, 유한회사, 협동조합), 적법한 행위를 위한 다양한 선택가능성 제공(예를 들면 소유권 취득, 사용대차), 허용된 행위의 한계 설정(예를 들면, 건축법의 안전율 규정, 소음·진동 관리법에서의 소음 규제), 공익 진흥적 구조의 조성(예를 들면 독과점 규제) 등이 중요하다.⁸⁰⁾

“수용책임”(Auffangverantwortung)이란 국가가 민간이 자율규제를 통해 과제를 실현하지 못할 경우 국가의 ‘예비기능’(Reservfunktion)으로서 수용하는 책임을 말한다. 민간이 달성하지 못하는 경우에 국가가 대비적으로 책임을 진다는 사실 자체가 민간에게 공익지향적 활동을 하도록 압박을 가하며, 민간이 공익 달성에 실패할 경우에도 국가가 활성화된다(aktivierender Staat)는 의미를 수용책임은 갖고 있다. 즉, 수용책임이 의미하는 바는 평상시에는 민간이 공익지향적 활동을 하도록 강제하고, 비상시에는 국가가 대비상황에서 그 상황을 해결하기 위해 직접 투입된다는 것이다.⁸¹⁾ 축구경기에 비유하면, 수용책임은 축구경기가 잘 되는 경우에는 예비선수가 축구경기장 벤치에 앉아 있지만, 경기가 극도로 안 풀리는 경우에는 교체선수가 경기에 투입되는 것이다.⁸²⁾

“완충책임”(Abfederungsverantwortung)이란 특히 경제영역에서 민간 책임에 있어서 적절히 작동되지 않는 상황에서 민간이 원하지 않는 결과를 초래할 경우 이를 완충하는 책임을 진다는 것이다.⁸³⁾ 축구경기로 묘사하면, 축구경기장 밖에서 응급구조사가 대기하고 있다가 선수가 부상을 당해 경기를 더 이상 할 수 없게 되었을 때 치료를 위해 응급구조사가 개입하게 된다. 이 경우 경기의 진행은 방해받지 않고 순조롭게 진행되지만, 응급구조사는 그 부상선수를 치료하게 된다.⁸⁴⁾

사건으로 보장국가의 책임 유형은 다음의 표와 같이 정리해 볼 수 있다. 보장국가는 이행책임과 보장책임을 지며, 보장책임에는 공급책임, 수용책임, 완충책임이 포함된다고 볼 수 있다.

80) W. Hoffmann-Riem, *Der Gewährleistungsstaat*, S. 96.

81) W. Hoffmann-Riem, *Der Gewährleistungsstaat*, S. 97.

82) G. F. Schuppert, “Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung”, *Die Verwaltung*, 1998, S. 415 (426).

83) W. Hoffmann-Riem, *Der Gewährleistungsstaat*, S. 97.

84) W. Hoffmann-Riem, *Der Gewährleistungsstaat*, S. 97.

<표 2> 보장국가가 부담하는 책임의 유형

유형	이행책임	보장책임		
		공급책임	수용책임	완충책임
국가 책임				
민간 책임				

IV. 보장국가에서 안전보장의 민영화 문제

1. 안전보장의 민영화 문제점

급부국가에서 보장국가로의 성격 변화로 인해, 법학에서 중요하게 부각되는 문제는 “국가 과제의 민영화”⁸⁵⁾ 문제이다. 국가는 일반적으로 공적 과제의 이행을 중지하는 것이 아니기 때문에 이행 주체가 변화하고 있다는 것을 인식시키기 위해 국가가 “국가과제 불변의 법칙”⁸⁶⁾을 천명해서는 안된다. 오히려 국가는 주권적이고 독자적인 과제 수행자의 입장에서 벗어나서 민간의 과제 수행을 보장하는 담당자로서 보다 많은 역할을 해야 한다.⁸⁷⁾

보장국가의 성격은 “급부국가”에서 “규제국가”(Regulierungsstaat)로 그 성격이 변화된다. 규제국가는 규제를 통해 자신의 보장의무를 우선적으로 이행해야 한다. 즉, 보장국가에서 민영화는 필연적인 탈규제화(Deregulierung)가 아니라, 더 까다로운 규제(Regulierung)를 요구한다.

특히 안전보장의 민영화 논의는 뜨거운 감자이다. 국가가 국민(사회)의 안전 보호라는 명목으로 독점적 권력을 지니고 이를 기반으로 하여 모든 공권력 작용이 발휘되기 때문에, 안전 문제는 국가권력의 핵심적 영역에 해당하는 문제이다. 안전의 확보는 국가 재정 문제와 직결된다. 국가 재정 문제로 인해 국가만이 안전 보장의 주체로서 기능하던 상황에서 민간이 안전보호의 중요한 주체로 동업하는 현상이 발생하게 되었다. 즉, 안전 보호의 주체가 다원화된 것이다. 국민의 안전보호

85) 이에 관한 대표적인 교수자격논문으로는 Georg Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998 Tübingen; Martin Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999 Tübingen; Wolfgang Weiss, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002 Tübingen.

86) J. A. Kämmerer, “Verfassungsstaat auf Diät?”, *JZ*, 1996, S. 1042 ff.

87) C. Franzius, “Der Gewährleistungsstaat”, *Der Staat*, Bd. 42, Heft 4 (2003), S. 493 (499).

의 주체로서 민간이 참여함으로써 안전 영역에 중요한 원칙이 새롭게 등장하게 되었다. 이러한 원칙이 “효율성원칙”⁸⁸⁾이다. 효율성원칙에 입각하여 국가에 의한 안전과 민간에 의한 안전을 비교평가하기 위해서는, 비용-편익 분석의 평가기준을 사용해야 한다. 비용-편익 분석에 의할 때, 국가에 의한 안전보장이 민간에 의한 안전보장보다 효율적이라고 평가하기 어렵게 되었다. 국가가 국민의 안전 보호를 위해 투여하는 비용이 민간에 의할 경우보다 훨씬 많이 들기 때문이다.

민간이 안전보호의 주체로 참여함으로써 “안전의 상품화”⁸⁹⁾가 가능해지게 되었다. 국가의 안전유지가 시장경제에 의해 조정되고, 안전의 상품화는 “효율성”이라는 잣대로 국가의 안전 정도를 판단하게 되었다. 또한 안전상품을 구매할 수 있는 부유층과 그렇지 못한 저소득층 간의 안전보호 수준의 불평등이 발생하였다. 이러한 경향으로 국민간의 안전보호의 수준은 불평등하게 되고, 안전보호에 있어서 차별받는 집단은 안전보호의 영역에서 배제되게 되었다.⁹⁰⁾

2. 보장국가에서 안전보장의 책임

우리나라 헌법 전문(前文)에는 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐”한다고 규정하고 있다. 국가는 헌법에 의거해 국민의 안전 확보의 책임을 지고 있다. 또한 우리나라 헌법 제37조 제2항에서는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 하여 국가가 안전보장을 위해 국민의 기본권을 법률로써 제한할 수 있는 규정을 두고 있다. 이러한 헌법 규정에 의하면, 원칙적으로 국가(국민)의 안전보장은 국가의 몫이다. 문제는 국가가 원칙적으로 안전보장의 책임을 지도록 하고 있는데, 안전보장을 위한 모든 활동을 반드시 국가가 직접 수행하여야 하는가에 대해서는 어떠한 헌법상 규정도 없다. 따라서 일정한 영역에서는 국가가 국민의 안전보호 이행을 민간에 이양할 수도 있다는 개방적 해석도 가

88) 효율성원칙에 관한 논문으로는 조태제, “행정법상의 효율성원칙”, **공법학연구**, 제5권 제1호(2004. 2), 43면 이하; 김관기, “규제행정법상의 경제적 효율성에 대한 고찰”, **홍익법학**, 제14권 제1호, 2013, 581면 이하.

89) 토비아스 징엘슈타인·피어 슈틀레(윤재왕 역), **안전사회 - 21세기의 사회통제 -**, 한국형사정책연구원, 2012, 104면 이하 참조.

90) 토비아스 징엘슈타인·피어 슈틀레(윤재왕 역), **안전사회 - 21세기의 사회통제 -**, 한국형사정책연구원, 2012, 105면.

능하다.

국가는 발생하는 모든 위험과 리스크를 처음부터 끝까지 책임지고 관리할 수 없다. 민간과 협력하여 조화롭게 이행과 관리를 배분해야 한다. 국가는 안전과 관련한 책임을 직접적으로 지고, 민간은 어떠한 책임을 지느냐를 구별해야 한다. 시론적(試論的) 주장으로 안전과 관련한 책임의 이원화(二元化)를 고려해 본다. 즉, 위험(danger)이 원인인 경우에는 국가가 직접 **이행책임**을 지며, 리스크(risk)가 원인인 경우에는 민간이 **이행책임**을 부담하거나 국가와 민간이 협력하여 **이행책임**을 부담하며, 위험과 리스크 모두 국가는 그 이행에 대한 **보장책임**을 지도록 하는 이원적 책임구조이다. 예를 들면, 위험과 직접적으로 관련된 경찰 업무는 국가가 직접적인 이행책임을 지고, 원자력발전 리스크, 식품 리스크, 전염병 리스크 등의 리스크 분야는 국가와 민간이 협력하여 이행책임을 지거나 민간이 원칙적인 이행책임을 지고 국가는 보장책임을 지는 형태의 이원화를 제시해 본다.

V. 현행 안전법제의 문제점과 개선책

1. 「재난 및 안전관리 기본법」의 성격으로 인한 문제

「재난 및 안전관리 기본법」은 “각종 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 국가와 지방자치단체의 재난 및 안전관리체제를 확립하고, 재난의 예방·대비·대응·복구와 안전문화활동, 그 밖에 재난 및 안전 관리에 필요한 사항을 규정함”을 목적으로 하고 있다(동법 제1조). 또한 “국가와 지방자치단체는 재난이나 그 밖의 각종 사고로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 책무를 지고, 재난이나 그 밖의 각종 사고를 예방하고 피해를 줄이기 위하여 노력하여야 하며, 발생한 피해를 신속히 대응·복구하기 위한 계획을 수립·시행하여야” 할 책무를 지고 있다(동법 제4조).

「재난 및 안전관리 기본법」은 기본법으로서 모든 안전법제를 규율하며 각 단행 안전법제에서 규율해야 할 사항을 담고 있어야 하는데, 모든 재난에 대해 동일한 계획, 예방, 대비, 대응, 복구를 하도록 규정함으로써 재난에 대한 효율적인 관리 제도로써 기능하지 못하고 있다. 또한 「재난 및 안전관리 기본법」에 규정된 내용이 동일하게 각 단행 안전법제에 규정되어 있어 현실적인 재난 관리에 실효성을 거둘지 의문이 든다. 「재난 및 안전관리 기본법」은 기본법이기에 때문에 선언적인

규정이 많고 실효성 있는 집행을 담보하지 못하며, 행정부에 직접적인 기속력을 발휘하는 데 한계가 있다. 각 단행 안전법제에서 해당 재난의 유형에 맞는 현실적이고 구체적인 재난 관리 방안을 규정하도록 근거규정을 들 필요가 있다.

재난(災難, disaster)이란 주로 자연현상으로 인하여 발생하는 재해를 말하는데, 「재난 및 안전관리 기본법」 제3조에서는 자연재난과 사회재난을 포함하는 넓은 의미로 사용한다. 「재난 및 안전관리 기본법」에서는 재난이라는 개념 정의에 해당하기만 하면 모든 재난에 국가의 보호의무가 발생하도록 하고 있는데, 이는 현실적으로 실효성에 문제가 있다. 위험이나 리스크의 측면에서 유형화하여 법에서 안전에 대한 관리·대응을 하여야 한다.

2. 모든 재난을 한 기관에서 총괄하고 책임질 수 있는가?

「재난 및 안전관리 기본법」에는 “대통령령으로 정하는 대규모 재난의 대응·복구 등에 관한 사항을 총괄·조정하고 필요한 조치를 하기 위하여 국민안전처에 중앙재난안전대책본부를” 두고 있으며, 중앙대책본부의 본부장은 국민안전처장관이 된다(동법 제14조).

반면, 해당 관할 구역에서 재난의 수습 등에 관한 사항을 총괄·조정하고 필요한 조치를 하기 위하여 시·도지사는 시·도재난안전대책본부를 두고, 시장·군수·구청장은 시·군·구재난안전대책본부를 둔다. 시·도대책본부 또는 시·군·구대책본부의 본부장은 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 되도록 규정하고 있다(동법 제16조).

「재난 및 안전관리 기본법」상 전체적인 안전대책총괄자는 국민안전처장관으로 되어 있다. 국민안전처장관이 모든 유형의 재난을 대비하고 책임질 수 있을지 의문이다. 예를 들어, 원자력 발전소에 사고가 발생하면 이를 국민안전처장관이 총괄하여 재난에 대비하고 책임질 수 있을 것인가는 불확실하다. 원자력 발전소 사고의 경우에는 원전 주무부처인 산업통상자원부 장관이 총괄책임을 맡는 것이 타당하다. 이처럼 그 해당 위험이나 리스크를 관리하는 주무부처가 안전 업무를 총괄하는 것이 마땅하다.

3. 민관 협력 체제로의 변화

「재난 및 안전관리 기본법」에 의하면, 국가와 지방자치단체가 모든 재난에 대해 대비와 처리를 하도록 되어 있다. 현실적으로 이러한 체제와 구조로는 재난 예방,

대응, 처리가 불가능하다. 일반 국민은 스스로 안전의식을 함양하지 못하고 위험 대처능력을 습득하지 못하고 있으며, 오직 국가의 위기관리능력에 전적으로 의존하게 된다. 따라서 국민 스스로 안전의식 및 안전행동을 습득하고, 국민 스스로 위험에 대한 관리 및 안전 추구의 노력을 최선으로 하도록 제도화할 필요가 있다.

또한 국가 및 지방자치단체와 민간간의 협력 체제가 원활히 구축되도록 법제도를 개정해야 한다. 「재난 및 안전관리 기본법」 제12조의2⁹¹⁾에는 안전관리민관협력 위원회를 구성·운영할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 동 기본법에서 민관협력 위원회의 역할, 운영, 시스템 등을 모두 대통령령과 조례에서 구체적으로 규정하도록 위임해 놓고 있기 때문에, 재난안전관리와 대응에 민간의 적극적인 참여와 유도를 불가능하게 하거나 무력화시키게 된다.

VI. 결 론

위에서 논술하고 주장한 내용을 정리하여 요약하면 다음과 같다.

1. 위험과 리스크의 구별과 관련하여, 개연성(蓋然性)의 정도를 기준으로 3단계로 구분하는 ‘3단계 모델’과 위험은 ‘개연성’과 관련되며 리스크는 ‘가능성’과 관련되어 2단계로 구분하는 ‘2단계 모델’이 존재한다. 사전으로는 위험은 손해 발생의 ‘개연성’의 문제이고, 리스크는 “불확실성”을 내포한 것으로서 발생 확률인 ‘가능성’과 관련된 문제이므로 2단계 모델이 타당하다고 생각된다.

2. 안전을 위한 입법이나 정책 실행은 안전과 자유간의 갈등을 유발한다. 그러나 안전을 확보하기 위해서는 항상 자유를 제약하고 포기해야 하며, 자유를 보장하게 되면 안전이 확보되지 않는다는 “제로섬 게임”은 설득력이 없다. 이러한 생각은 오히려 국가 공권력의 불예측성을 유발해 국민의 안전을 해치게 된다.

91) 재난 및 안전관리 기본법 제12조의2(안전관리민관협력위원회) ① 조정위원회의 위원장은 재난 및 안전관리에 관한 민관 협력관계를 원활히 하기 위하여 중앙안전관리민관협력위원회(이하 “중앙민관협력위원회”라 한다)를 구성·운영할 수 있다.

② 지역위원회의 위원장은 재난 및 안전관리에 관한 지역 차원의 민관 협력관계를 원활히 하기 위하여 시·도 또는 시·군·구 안전관리민관협력위원회(이하 이 조에서 “지역민관협력위원회”라 한다)를 구성·운영할 수 있다.

③ 중앙민관협력위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정하고, 지역민관협력위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

3. 국가의 기본권보장의무와 관련하여, 국가 공권력에 의한 침해 행위에 대하여는 헌법재판소는 과잉침해금지원칙(비례의 원칙) 위반 여부를 심사해야 하고, 국가의 기본권보호의무와 관련하여 사인의 가해 행위와 관련된 공권력 행사 또는 불행사에 대하여는 과소보호금지원칙 위반 여부를 심사해야 한다. 또한 국가의 기본권보호의무는 ‘재주관화’를 통해 개별 국민에게 주관적 보호청구권을 인정하게 된다. 안전권은 법률상 권리가 아니고, 헌법상 기본권이다.

4. 보장국가는 국가에 의해서만 수행하던 공적 과제를 민간이 스스로 또는 민간과 협력하여 수행하도록 복잡하고 세밀한 규제하에서 조정하고 규제하는 역할을 한다. 보장국가는 “이행책임”과 “보장책임”을 부담한다. 그 중 보장책임의 내용으로는 “공급책임”, “수용책임”, “완충책임”이 있으며, 민간은 “이행책임”만 부담한다.

5. 법적책적 제안으로 안전보장 책임의 이원화(二元化)를 제시하고자 한다. 즉, 위험(danger)의 경우에는 국가가 직접 이행책임을 부담하며, 리스크(risk)의 경우에는 민간이 이행책임을 부담하거나 국가와 민간이 협력하여 이행책임을 부담하고, 국가가 이행에 대한 보장책임을 지는 이원적 책임구조이다. 여기서 위험에 해당하는 영역의 경우, 국가가 이행책임을 부담해야 하는 것은 민간이 안전보장의 또 다른 주체로 등장하면서 “안전의 상품화”가 초래되고 민간에 의한 국민의 안전보호의 차별화 발생은 기본권 침해로 이어지기 때문이다.

6. 현행 「재난 및 안전관리 기본법」은 선언적인 규정이 대부분이고 실효성 있는 집행을 담보하지 못하며 행정부에 직접적인 기속력을 발휘하는데 한계가 있다. 각 단행 안전법제에서 해당 재난의 유형에 맞는 현실적이고 구체적인 재난 관리 방안을 규정하도록 근거규정을 둘 필요가 있다. 한 부처의 장관이 모든 안전에 대한 총괄적 관리 및 책임을 질 수 없음에도 불가능한 것을 법률에 규정하고 있다. 또한 법률에 국민 스스로 안전의식 및 안전행동을 습득하고, 국민 스스로 위험에 대한 관리 및 안전 추구의 노력에 최선을 다하도록 제도화해야 한다. 그 밖에 국가 및 지방자치단체와 민간간의 협력 체제가 원활히 구축되도록 법률을 개정해야 한다.

투고일 2015. 1. 12	심사완료일 2015. 2. 6	게재확정일 2015. 2. 27
-----------------	------------------	-------------------

참고문헌

- 김성태, “위험방지조치와 구체적 위험”, **법학연구**, 제5권, 홍익대 법학연구소, 2003, 69면 이하.
- 김판기, “규제행정법상의 경제적 효율성에 대한 고찰”, **홍익법학**, 제14권 제1호, 2013, 581면 이하.
- 김현준, “환경행정법에서의 위험과 리스크”, **행정법연구**, 제22호, 2008, 134면 이하.
- _____, “공공갈등과 행정법학 – 보장국가에서의 갈등해결형 행정법 서설 –”, **서강법학**, 제11권 제1호(2009. 6), 261면 이하.
- 서정범·김연태·이기춘, **경찰법연구**, 세창출판사, 2012.
- 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 이론적 연구”, **이화여대 법학논집**, 제8권 제1호, 2004, 1면 이하.
- 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, **헌법학연구**, 제13권 제2호(2007. 6), 275면 이하.
- _____, “헌법국가에서 국민의 안전보장”, **한·독사회과학논총**, 제21권 제1호(2011. 3), 159면 이하.
- _____, “헌법상 가치로서의 안전과 안전보장”, **홍익법학**, 제14권 제2호(2013. 6), 221면 이하.
- _____, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, **인하대 법학연구**, 제17집 제2호(2014. 6), 39면 이하.
- 조태제, “공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개”, **한양법학**, 제23권 제2호(2012. 5), 273면 이하.
- _____, “행정법상의 효율성원칙”, **공법학연구**, 제5권 제1호(2004. 2), 43면 이하.
- 토비아스 징엘슈타인·피어 슈톨레(윤재왕 역), **안전사회 – 21세기의 사회통제 –**, 한국형사정책연구원, 2012.
- 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, **헌법학연구**, 제15권 제1호(2009. 3), 497면 이하.
- _____, “민영화에 따른 국가의 책임에 관한 독일에서의 논의”, **법학논총**, 제17권 제3호, 조선대 법학연구원, 2010, 227면 이하.
- Alexy, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61 (2002), S. 25 ff.

- Anter, Andreas, in: M. H. W. Möllers/R. C. v. Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009*, 2009, S. 15 ff.
- Burgi, Martin, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, Tübingen 1999.
- Calliess, Christian, “Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse”, *DVBL.*, 2003, S. 1096 ff.
- Di Fabio, Udo, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, Tübingen 1994.
- Franzius, Claudio, “Der Gewährleistungsstaat”, *Der Staat*, Bd. 42, Heft 4 (2003), S. 493 ff.
- Gusy, Christoph, “Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse”, *VVDStRL*, Bd. 63 (2004), S. 151 ff.
- Hermes, Georg, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, Tübingen 1998.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, “Verfahrensprivatisierung als Modernisierung”, *DVBL.*, 1996, S. 225 ff.
- _____, “Innovationen durch Recht und im Recht”, in: M. Schulte (Hrsg.), *Technische Innovation und Recht*, 1996, S. 3 ff.
- _____, “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit”, in: P. Kirchhof u. a. (Hrsg.), *Staaten und Steuern, FS für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, 2000, S. 47 ff.
- Isensee, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin-New York 1983.
- Kugelman, Dieter, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2. Aufl., 2011.
- Ladeur, Karl-Heinz, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, 1995.
- Lepsius, Oliver, “Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?”, *VVDStRL* 63 (2004), S. 264 ff.
- Murswiek, Dietrich, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985.
- Scherzberg, Arno, “Risiko als Rechtsproblem”, *VerwArch* 84 (1993), S. 485 ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993.
- Schuppert, Gunnar Folke, “Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regulierungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft”, *Die Verwaltung*, Beiheft 4, 2001, S. 201 ff.

- Schuppert, Gunnar Folke, “Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit”, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005. S. 19 ff.
- Schwetzel, Wolfram, *Freiheit, Sicherheit, Terror*, 2007.
- Trute, Hans-Heinrich, “Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor”, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*, 1999, S. 22 ff.
- Voßkuhle, Andreas, “Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor”, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*, 1999, S. 47 ff.
- Wahl, Rainer, “Risikobewertung und Risikobewältigung im Lebensmittelrecht”, *ZLR*, 1998, S. 275 ff.
- Weiß, Wolfgang, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, Tübingen 2002.

<Abstract>

The Role of the Guaranteeing State Assuming the Safety Protection Obligation of Citizens in the Risk Society

Lee, Boo-Ha*

There are the three-step model and the two-step model with respect to the division of danger and risk. While danger is associated with the probability, risk is associated with the possibility. The two-step model seems to be the more valid in terms of a practical approach.

There is not only a tension but also a common intersection between liberty and security. Freedom should not be always sacrificed in order to ensure safety. This idea will lead to unsafety by having unpredictability of the state police power. The balance and harmony ought to be maintained between liberty and security.

The guaranteeing state as a third way is the state performing public tasks in cooperation with the private sector. The guaranteeing state, thus, aims for a slim state or a minimal state. However, the guaranteeing state is not deregulation but the more demanding regulations. On the other hand, the guaranteeing state plays a role to actively collaborate with the private sector, closely cooperate with the private sector and strengthen the private sector to perform public tasks faithfully. Responsibility of the guaranteeing state is divided into the implementation responsibility and the guaranteeing responsibility. The guaranteeing responsibility can be divided into supply responsibility, acceptance responsibility, buffer responsibility. While private sector is responsible for the implementation responsibility, the guaranteeing state shall be responsible for the implementation responsibility and the guaranteeing responsibility.

With regard to the current safety legislation, the Framework Act on the Management of Disasters and Safety does not guarantee the effectiveness of enforcement in many a declarative rules. There is a necessity to regulate the applicable provisions based

* Professor, Law School, Yeungnam University.

on disaster management plans in accordance with the types of disaster. In addition, the Ministry of Public Safety and Security must give fundamental responses to managing and being held accountable for all the disasters, and seek for the alternatives. The institution has to be established in order that the public make their own efforts to pursue their safety. In conclusion, the Framework Act on the Management of Disasters and Safety must turn a state-centered into a cooperation system between public and private sectors.

Keywords: risk society, danger, risk, safety, guaranteeing state, safety legislation

