

# 환경행정에서의 리스크법의 발전\*

조 태 제\*\*

## 차 례

- I. 들어가면서
- II. 리스크의 사전배려
- III. 환경행정입법상의 변화와 특색
- IV. 환경행정조직 및 절차상의 변화와 특색
- V. 환경행정작용상의 변화와 특색
- VI. 환경행정구제상의 변화와 특색
- VII. 나가면서

## [국문초록]

공법학의 분야에서도 리스크 문제에 대하여 관심이 높아지고 있다. 전통적 행정법학의 한계는 위험 개념을 전제로 하여 출발한 점에 기인한다. 따라서 결과발생의 개연성의 저하와 불확실성을 특징으로 하는 리스크 개념에 주목이 집중되고 있다. 하지만 이러한 논의의 다수는 추상적인 차원의 것이라든지, 타 분야로부터의 차용이라든지, 외국 논의의 재현에 그치는 경우가 적지 않다. 리스크법을 구상할 경우에 그것은 구체적으로 법제도, 법기술로서 어떻게 구현되고 있는가 하는 관점으로부터의 고찰은 아직 더물다. 이 논문은 현행 환경법규를 소재로 하여 과학적 지식에 의존할 수 없지만 과학적 지식과 단절할 수도 없는 상황 속에서 리스크에의 대응에 배려한 법기술, 수법에는 어떠한 것이 존재하는가 하는 관점으로부터

\* 이 논문은 2008년 6월 25일 한양대 법학연구소 안전법센터 제12회 정례발표회에서 '환경법에서의 리스크관리법제의 변화'라는 주제로 발표한 논문을 수정·보완한 것으로서, 2007년도 한양대 교내연구비 지원에 의해 작성되었음.

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

리스크행정법의 기본구조와 그 발전가능성을 탐구한다. 이 경우 행정기관, 상대방인 사업자, 제3자인 시민라는 세 주체가 관련되는 다면적 법률관계에 염두에 두고, 이러한 법률관계에서 리스크 커뮤니케이션이 도모되어 복합적이고 계획적 이익형량이 행해지는 것이 리스크행정모델의 기본적 특징이라는 점을 가정했다.

## I. 들어가면서

리스크사회 또는 위험사회라는 개념은 사회학에서 유래했지만<sup>1)</sup> 근년에는 리스크와 법에 관해서 공법학에서도 많은 관심을 나타내고 있다.<sup>2)</sup> 위험 개념을 전제로 출발한 전통적 행정법학에서의 법기술에는 한계가 있다는 점이 설명되고 있다. 예컨대 신뢰할만한 지식 자체의 부존재(역으로 말하면 지식창출의 필요성), 결과발생 개연성의 저하, 원인의 복잡성, 발생의 과정 및 메카니즘의 미해명, 불확실성 등이 강조되고 있다. 특히 결과발생의 개연성의 저하·불확실성이 종래의 위험 개념에 대하여 리스크 개념을 특징을 나타내는 것으로 이해되고 있다. 대응책으로서 종래 방식의 규제수법에 더하여 소프트한 수법, 정보형 수법의 이용 등이 요청되고 있다. 이러한 선행업적의 결과 위험 개념으로는 충분히 대응할 수 없는 분야가 존재하며 그 때문에 리스크 개념이 공법학에서도 필요하다는 것은 추상적으로는 충분히 이해할 수 있다. 그러나 문제는 리스크행정을 말하는 경우 그 법구조 내지 법시스템의 특징은 구체적으로 무엇인가 그리고 그것은 무엇 때문인가 하는 이론면에서의 의문이다.<sup>3)</sup>

여기서는 현행 환경법규를 주된 소재로 하여 리스크에의 대응을 고려한 법기술 내지 수법에는 구체적으로 어떠한 것이 존재하는지를 살펴본다. 이러한 방법을 통하여 리스크행정법의 기본구조와 그 발전가능성을 탐구하고자 한다. 특히 환경법의 분야에서 다양한 수법이 발생, 전개되고 있는 점에 주목하여 환경법규를 소재로 삼았다.

1) Ulrich Beck(번역: 홍성태), 「위험사회」, 새물결, 1996.

2) 한국토지공법학회는 2006년 8월 “리스크사회에 있어서의 공법적 과제”라는 주제로 국제학술대회를 개최한 바 있다. 그 성과에 대해서는 「토지공법연구」 제32집, 2006. 9 참조.

3) 이에 대한 시론적 검토로는 조태제, “현대 리스크사회에서의 행정법의 변용, 리스크사회에서의 법의 발전”, 한양대 법학연구소 안전법센터, 2008. 8 참조.

환경법이 리스크관리체계으로서의 성질을 가진다는 점도 참고로 하였다.<sup>4)</sup> 환경법은 현대행정법에서 중요한 영역을 차지하고 있기 때문에 이러한 분석은 현대형 행정수법의 분석으로도 의미를 가질 것이다. 고찰에 있어서 행정기관, 상대방인 사업자 그리고 제3자인 시민이라는 세 주체가 관계하는 다면적 행정법관계를 염두에 두었다. 이러한 다면적 법률관계에서 당사자 사이에 투명하고 긴장감이 있는 거리가 확보되고 충분한 정보의 작성·관리·유통이 실현되며, 이것을 전제로 상호간에 리스크 커뮤니케이션이 도모되고 복수의 법률관계를 시야에 넣은 복합적이고 계획적인 이익형량이 행해지는 것이 리스크행정의 기본적 특징이기 때문이다.

## II. 리스크의 사전배려

사회의 활동으로부터 특히 사람의 신체나 자연환경에 초래되는 위험성 일반을 법적으로 제어하는 틀을 리스크 규제라 부른다. 리스크 규제에서는 다양한 수법이 고려된다. 규제적 수법을 형성하고 있는 것은 위험을 규제대상으로 하는 위험방제와 리스크를 대상으로 하는 사전배려이다.

위험과 리스크의 구분기준이 되는 것은 발생개연성이다. 위험이 손해의 충분한 개연성을 전제로 하는 데 대하여, 리스크는 손해의 먼 가능성만으로 충분하다. 위험방지는 이미 존재하는 구체적 위험이 현실의 손해로 가는 것을 저지하는 것이며, 이에 대하여 사전배려는 이후 손해를 야기할 수 있는 구체적 위험이 발생하는 것을 저지하는 것이라고 말할 수도 있다.<sup>5)</sup> 손해의 발생의 배제되는 경우에는 위험도 리스크도 존재하지 않는다. 리스크와 잔존리스크의 경계는 실천이성의 수준에 따라 정해진다. 실천이성의 한계 아래에 있는 리스크는 잔존리스크에 속하며 사람들이 수인해야 한다. 여기서는 위험방지도 사려배려도 필요하지 않다. 잔존리스크도 리스크로서 리스크의 개념징표를 가지고 있다. 잔존리스크는 인근주민과 공중이 이를 수용하여야 하

4) 조홍식, "리스크법-리스크관리체계로서의 환경법", 『법학』, 서울대 법학연구소, 2002. 1. 27면 이하 참조.

5) Wahl/Appel, Prävention und Vorsorge – Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl(Hrsg), Prävention und Vorsorge, 1995, S.76.

며 국가기관이 이에 대하여 개입하지 않는다는 점에서만 일반적인 리스크와 구별된다. 그것이 어떠한 리스크인가는 자연과학적이 아니라 권한 있는 국가기관(의회, 행정부 또는 필요한 경우에는 법원)에 의하여 정책적으로만 결정될 수 있다.<sup>6)</sup>

위험방지와 질적으로 다른 불확실성에의 대응이라는 사전배려의 목적으로부터<sup>7)</sup> 사전배려에는 특유의 법적 문제가 나타나고 있다. 첫째로 도대체 왜 국가는 불확실성 하에서 개입할 수 있는가 하는 사전배려의 정당화 근거의 문제가 있다. 행정법관계의 다극적 파악이나 현대 과학기술의 위험성에 처해진 생명·신체 등의 보호법익의 가치 등에 기초하여 국가의 기본권보호의무에 의하여 불확실성 하에서의 개입이 정당화되고 있다.<sup>8)</sup> 둘째로 불확실성 하에서의 개입 자체가 배제되지 않는다고 하여도 어떻게 하면 법적 안정성을 해하지 않고 규제를 행할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 예컨대 전자파의 위험성과 같이 임미시온 작용에 불확실성이 있는 경우 행정결정·재판을 할 때마다 사회에 존재하는 지식을 사실상 참조하는 방법에서는 자연과학적인 불확실성이 그대로 법적 판단의 불안전화를 초래하고 또한 개별적 사전배려조치는 목적과의 인과성의 희박성에 의해 상대방의 법적 지위를 부당하게 위협하기 때문이다. 그래서 독일 연방행정법원은 법률상의 사전배려규정은 원칙적으로 구체화규정에 기초하여 실시되어야 한다는 원칙을 내놓고 있다.<sup>9)</sup> 셋째로 구체화규정의 적용에 의해 개별적인 사전배려조치가 결정되었다고 하여도 그 실제적인 면으로부터의 통계가능성이 문제가 된다. 여기서 특징적인 것은 불확실성이라는 규제대상의 특수성에 의해 사전배려조치와 규제목적의 개별구체적 관련성을 확정할 수 없고, 그 때문에 비례원칙의 심사 방식이 일정한 변용을 받고 있다는 점이다. 즉 구체화규정에 의한 사전배려의 경우 개별조치 마다의 심사(적은 비례원칙)가 아니라 구체화규정에 정해진 유형마다의 환경부담저감이라는 이익 전체와 그것에 관한 비용 전체가 형량되는 것이다(큰 비례원칙).<sup>10)</sup> 넷째로 제3자의 권리보호와의 관계에서도 사전배려는

6) Hans-Werner Laubinger (번역: 김현준), "임미씨온방지법에서의 위험·불이익, 부담, 리스크", 「토지공법연구」 제32집, 한국토지공법학회, 2006. 9, 125면 이하.

7) Petersen, Schutz und Vorsorge, 1993, S.207ff.

8) Klöpfer, Umweltrecht, 1998, S.118.

9) BVerwGE 69,37,45.

10) BVerwGE 69,37,44ff.

위험방어와 다른 성질을 나타내게 되었다. 즉 보호되어야 할 제3자의 불확정성과 사전배려규정의 공익보호의 취지(개별적 이익보호의 부정)로부터 위험방어규정과 달리 사전배려규정에는 보호규범성을 인정하지 않는다고 하는 것이 일반적 견해로 되어 있다.<sup>11)</sup> 이상으로부터는 규제적 수법을 사용한 국가에 의한 불확실성의 제어는 불확실성을 대상으로 하기 때문에 특유한 법적 성격의 부여 내지 제도설계를 필요로 하고 그것에 의하여 비로소 법적으로 허용된 형태로써 현실화가능하다고 말할 수 있다.

### III. 환경행정입법상의 변화와 특색

#### 1. 실험적 법률의 채택

리스크 영역에서는 사실관계의 변화나 과학적 지식의 발전에 유연히 대응할 수 있어야 한다. 충분한 지식이 없다는 이유로 부작위로 일관하여 현상유지에 그치는 것 보다는 현실 상황에 대하여 불만이 있다면 불확실성을 수반하더라도 일보 진행해 보는 것도 의미가 있다. 이 경우 실험적 색채를 띠는 법제도의 마련을 생각할 수 있다.<sup>12)</sup> 이것은 법률의 기한을 한정하는 한시법이라는 형식으로 실현하는 것도 가능하며, 지역을 한정하는 특구제도를 활용하는 외 일정시간 후에 재검토한다고 하는 재검토조항의 활용하는 방식에 의해서도 가능하다.

#### 2. 지역적 대응의 존중

결과발생의 개연성의 저하 내지 불확실성으로 특징되는 리스크 영역에서 그 대책을 다루는 경우에는 법제도의 설계자나 법집행자인 행정기관은 대상과 가까운 곳에 위치할 것이 요청된다. 그 이유는 이를 통하여 수정에 기민한 대응을 기대할 수 있기 때문이다. 이것은 시행착오의 관점 내지 다방면의 전문적 지식·경험이나 사회에 존

11) Klöpfer, a.a.O., S.514; Petersen, a.a.O., S.345ff.

12) 大橋洋一, 對話型行政法學驗の構造, 弘文堂, 1999, 280면 이하.

재하는 다양한 이해를 구한다는 관점으로부터도 요망된다고 할 수 있다. 전통적인 행정시스템과 같이 현장의 지식이나 경험으로부터 멀리 떨어져 탁상에서 제도를 설계하는 경우에는 아무래도 리스크에의 대응이라는 점에서는 곤란을 겪게 될 것이다. 이러한 구조에 착안한다면 예컨대 환경법의 분야에서 지방자치단체의 선행적인 역할의 담당은 매우 중요하다. 지역적 대응의 준중은 리스크 커뮤니케이션의 공간을 창출하는 의미를 갖는 것이다.

현행법에서도 지역적 대응을 가능하게 하는 수법을 법률이 다수 채용하고 있다. 먼저 법률에 의한 조례지원이 그 예에 해당한다. 예컨대 수질 및 수생태계보전에 관한 법률도 수질오염물질의 배출허용기준은 환경부령으로 정하되(제32조 제1항), 환경정책기본법 제10조 제3항상의 지역환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 때에는 시·도의 조례로 보다 엄격한 배출허용기준을 정할 수 있다고 한다(제32조 제2항). 배출허용기준에 대하여 동법은 조례에 의한 지역적 대응을 규정하고 있는 것이다. 이 규정은 법률이 정하는 이상의 규제를 지방자치단체가 조례로 정하는 것을 용인하고 있다. 소위 초과조례를 법률상으로 인정한 규정이다. 이러한 조례지원의 틀 하에서는 지방자치단체는 법률에의 저촉을 염려함이 없이 지역의 실정에 맞추어 규제를 행할 수 있게 된다. 이것은 현장지식을 활용하는 법적 수법의 하나이다. 여기서 나타나는 바와 같이 적극적인 의도에 기초하여 제도설계가 되는 경우에는 법률의 규율밀도를 낮추고 타자에의 수권을 행하는 것이 리스크대응으로서 전략적 의미를 가질 수 있다.

다음으로 독자조례의 활용을 들 수 있다. 이상과 같은 조례에의 수권이라는 방식은 법률과 조례의 관계를 안정적인 것으로 하는 측면이 있다. 그러나 이러한 수법에는 국가가 당해 문제에 대하여 지식을 이미 가지고 있어 사전배려에 기하여 규정을 두고 있을 것이 전제가 된다. 일선 현장에서의 변화에 신속하고 유연하게 대응한다고 하는 점에서는 이것과 나란히 지방자치단체가 독자적으로 조례를 제정하는 방식이 중요한 의미를 갖는다. 이 경우 지방자치단체는 조례 도입에 관하여 제도설계자로서 제도구상을 명확히 하고 설명책임을 수행할 것이 요청된다. 아무튼 새로운 지식이 발견·인식되어 관계자의 합의를 형성하고 법률의 제정이나 변경에 이르기까지에는 시차가 생긴다. 이러한 기간에의 대응책으로서 또한 법률의 제정·개정에는 가

교역로서 독자조례의 틀은 불가결하다. 그러나 이 경우 독자조례의 설정은 법률과의 관계에서 일정한 한계를 갖는다.

법률위위원칙과 관련하여 조례는 본래 법령의 위임 없이 제정될 수 있다.<sup>13)</sup> 지방자치법 제22조의 '법령의 범위 안에서'란 법령에 위반되지 않는 범위 내에서를 가리키기 때문이다. 다만 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정하는 조례는 법률의 위임이 있어야 한다(지방자치법 제22조 단서). 독자조례의 활성화를 고려할 때 입법론으로는 지방자치법 제22조 단서를 개정하여 죄형법정주의에 비추어 형벌을 정하는 조례에 한정하여 법률의 근거를 요구하는 것으로 규정하는 것이 필요하다.<sup>14)</sup> 법률유보원칙과 관련하여 조례는 국가의 법령에 위반할 수 없다(헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제22조 본문). 국가 법령의 조례에 대한 우위는 통일적인 국가법질서를 유지하기 위하여 요구된다. 이와 관련하여 판례는 국가법령과 규율대상을 달리하는 조례(추가조례), 국가법령과 규율대상이 같더라도 규율목적이 다른 조례, 국가법령과 규율대상 및 규율목적이 같고 국가법령이 정한 기준을 초과하더라도 명문의 규정으로 또는 해석상 국가법령이 조례로 지역의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 경우에 당해 조례(초과조례)는 국가의 법령에 반하지 않는다고 한다.<sup>15)</sup> 다만 이 경우에도 침익적 조례는 지방자치법 제22조 단서로 인하여 법령에 근거가 있어야만 위법을 면하게 된다.

그러나 현행법 중에는 지역적 대응 내지 조례 중시라고 하는 경향에 대하여 대항적 틀을 보이는 것도 있다. 예컨대 지역환경기준의 설정 권한이 광역지방자치단체에만 주어져 있는 것이 그 한 예이다(환경정책기본법 제10조 제3항).<sup>16)</sup> 또한 환경법의

13) 기관위임사무의 경우 개별 법령의 위임이 있어야 조례를 제정할 수 있다(대법원 2000. 11. 24 선고 2000추29 판결). 이와 관련하여 지역환경기준의 설정의 성질이 문제가 된다. 지역환경기준제도는 지역의 특수성과 환경의 질적 수준에 대한 주민의 요구를 수렴하여 환경기준을 정할 수 있도록 하려는 데 그 취지가 있으므로 그 설정은 자치사무라고 보는 것이 타당하다: 천병태·김명길, 「환경법론」, 삼영사, 1997, 133면.

14) 국민의 기본권 제한을 법률로 정하도록 한 헌법 제37조 제2항과 지방자치의 제도적 보장을 규정한 헌법 제117조의 조화를 고려할 때 국민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항을 법률의 위임에 의해 제정하도록 할 것인지 여부는 입법정책의 문제로 볼 수 있다: 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2011, 1008면 이하.

15) 대법원 1997. 4. 25 선고 96추244 판결.

16) 조은래, 「환경법」, 세종출판사, 2003, 148면.

분야에서는 다른 분야에 비하여 국가의 직할행정이나 기관위임사무가 많다는 점도 들 수 있다. 국가가 지방자치단체에 권한위양을 함에 있어서 아직 인색한 편이다. 그 이유로서 지방자치단체의 강한 개발의욕에 대한 국가 측의 염려를 들 수 있을 것이다. 이러한 점을 고려한다면 이상과 같은 방식 외에도 국가가 법령으로 복수의 환경 기준을 마련하여 그 선택을 지방자치단체에 맡기는 수법도 생각할 수 있을 것이다.

### 3. 결정기준으로서의 구상

리스크에 관한 지식과 법은 일반화하는 것에 한계가 있으며 사안별로 그 시점에서 창조하지 않으면 안 되는 부분이 크다. 그러나 그렇다 하더라도 리스크에 관한 결정을 완전히 케이스 바이 케이스로 행하는 것은 평등원칙에 저촉할 우려가 있고 적어도 결정에 이르는 추론과정의 합리성이 충분히 담보되지 않아 공중이 받아들이기 어렵게 되며 나아가 누적·상승효과에 의한 리스크에 대처할 수 없게 되는 문제점이 있다. 따라서 리스크에 관한 결정은 유사한 기존지식이나 결정선례와 비교하여 그들과의 정합성·일관성을 갖도록 하는 것이 중요하다. 대안과의 비교도 필요한 지식·정보를 폭넓게 수집하여 합리적인 결정을 내리는 것을 가능하게 한다는 의미에서 중요하다.<sup>17)</sup>

그러나 리스크에 관한 사안은 개성의 폭이 넓고 비교의 관점도 다양하여 선택의 여지가 크다. 따라서 단순히 비교·일관성의 형성을 행하는 것만으로는 결정에 이르는 추론과정이 종종 불명확하게 된다. 하지만 이러한 추론과정을 미리 일반적인 조건프로그램의 형식으로 정하는 것은 곤란한 경우가 있다. 이러한 경우 더욱 오픈한 형식의 구상으로 정책목표 외 지식창조절차에 사용하는 학문상의 모델이나 가정 등을 명확히 나타내어야 한다.<sup>18)</sup> 사전배려가 갖는 법적 불안정성의 문제를 해결하기 위하여 독일 연방행정법원도 통일적이고 동시에 안정적인 실시를 목적으로 한 장기 구상에 기초한 사전배려의 실시를 제창하였던 것이다.<sup>19)</sup> 이러한 구상을 규정한 법률, 법규명령, 행정규칙이 바로 구체화규정이다. 이 경우 예외적으로 법률의 직접 적용도

17) Appel, Methodik des Umgangs mit Ungewissenheit, in Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.347f.

18) Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S.453f.

19) BVerwGE 69,34,45.

가능하지만, 물질·시설유형 등의 관점으로부터 세분화한 일반적 구체화규정에 의해 비로소 사전배려는 법치국가원리에 적합한 형태로 실시되고 있다.

#### IV. 환경행정조직 및 절차상의 변화와 특색

##### 1. 중립성의 확보

##### 가. 조직분리의 중시

다면적 법률관계에서는 각 당사자가 독립해 있을 것이 중요하며 특정한 양자가 구조적으로 미리 결속되어 있는 상황은 피해야 한다. 다수의 경우 상대방인 사업자와 제3자인 시민 사이에는 이해가 대립하기 때문에 제3자로서 조정자의 입장에 서게 되는 행정의 자리매김이 중요하게 된다. 전통적으로 우리나라에서는 행정은 관련 업계의 보호·육성이라는 역할을 담당하는 한편, 동 업계의 사업자를 규제하는 역할도 해왔다. 그러나 두 가지의 역할이 혼선을 빚어 종종 보호·육성이라는 배려만 강하고 규제는 충분하지 못했던 것도 사실이다. 이를 시정하기 위해서는 조직구성에서 중립성을 확보하는 수법이 중요하며, 그 하나로 하나의 조직에 상반할 수 있는 역할을 맡기지 않는다는 관점 즉 조직분리의 관점이 고려될 수 있다. 리스크평가조직과 리스크관리조직의 분리도 중요하다. 리스크에 대한 법적인 결정을 내리는 국가기관은 리스크에 관한 지식을 오로지 전문가로부터 얻을 수밖에 없다. 정책결정을 행하는 국가기관이 문제의 성질에 상응하여 학문시스템 내지 전문가에 협조를 구하는 것은 국가기관의 행위·결정을 합리적으로 행하도록 하고 기본권의 실효적인 보장에 이바지하기 때문에 법치국가원리의 내용에 포함된다고 볼 수 있다.<sup>20)</sup> 따라서 법적 결정을 행하는 국가기관은 필요한 지식이 학문적 논의의 과정에 의해 창조되도록 법적인 틀을 설정해야 한다. 이 경우 지식을 창조하는 리스크평가에 적합한 것은 전문가를 중심으로 구성되는 합의제기관이다.<sup>21)</sup>

20) Stoll, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003, S.271ff.

## 나. 전문형 합의제기관의 활용

국가기관에 협조하여 리스크평가의 절차에 관여하는 전문가에게는 중립성·독립성과 전문분야에서의 탁월성이 요구된다. 그러나 이러한 중립성·독립성을 개개의 전문가에 대해 엄격하게 요구하는 데에는 학문의 성질상 한계가 있다. 개개의 전문가 차원에서 엄격한 중립성·독립성을 요구할 수 없다면 전문가로 구성되는 지식창조기관의 차원에서 중립성·독립성을 확보하는 것이 중요하다. 이러한 중립성·독립성은 지식창조절차를 정책결정절차로부터 분화시킴으로써 확보가능하다. 그리고 전문가로 구성되는 기관의 중립성·독립성은 학문시스템의 규범인 논의의 요소 즉 다원성 및 공개성·투명성을 제도적으로 보장함으로써 확보하여야 한다. 이들 요소는 탁월성을 높이는 의미도 갖는다. 기관을 구성하는 전문가의 다원성은 견해의 다양성, 전문분야의 다양성, 출신의 다양성 등에 의하여 확보될 수 있다. 이 경우 일체의 이익의 대표를 직접 구성원으로 하는 다원형 합의제기관으로 하기 보다는 일체의 이익이 표명될 수 있는 기회를 동등하게 보장되면 될 것이다. 또한 투명성의 확보를 위해서는 합의제기관의 구성원이 중립성에 의심이 되는 이해관계를 가졌거나 가지는 경우에 그것을 등록 내지 선언하여 공표하게 하는 방식을 생각할 수 있다(유럽공동체 식품안전규칙 제37조 제1항 내지 제3항).<sup>22)</sup> 한편 이 경우 조직구성의 방식으로서 독립된 행정위원회를 활용하는 방식과 국가의 경우이라면 대통령 내지 국무총리 소속 조직으로 설치하는 방식을 생각할 수 있다.

## 2. 시민참가의 보장

### 가. 사업자나 공중의 역할 증시

일반적으로 말하여 사업자는 리스크에 관한 지식이나 정보를 다수 보유하거나 또는 창출할 수 있는 입장에 있다. 따라서 리스크행정에서는 사업자가 인허가의 신청에 앞서

21) Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S.61ff.

22) 이에 대한 상세는 조태제, “식품법에서의 리스크행정조직”, 『법학논총』, 한양대 법학연구소, 2007. 12 참조.

리스크를 조사할 무거운 의무를 부담하도록 하는 것을 생각할 수 있다. 예컨대 유럽공동체 규칙이나 지령의 부칙에는 조사항목·방법에 관한 거대하고도 상세한 리스트가 정해져 있는 경우가 있다. 한편 공중의 역할도 중시된다. 리스크에 의한 잠재적인 피해자에 관해서는 범위를 확장하기가 곤란한 경우가 있다. 피해가 발생하는 인과관계가 미지 내지 불확실하거나 또는 피해발생까지 복잡한 프로세스를 거쳐 오랜 시간이 걸리는 경우가 있기 때문이다. 따라서 행정절차참가권이나 출소권의 요건으로서 개별적 권리의 침해를 엄격히 요구한다면 충분하고도 적절하게 리스크로부터의 권리의익의 보호가 가능하지 않게 된다. 그리고 사업자에 비하여 권리의익을 표현할 수 있는 기회에 현저한 불균형이 생긴다. 이익대표, 광의의 이해관계자 나아가서는 공중에게 참가의 기회를 인정하는 것은 이러한 개별적 권리보호제도의 비실효성을 보상하기 위한 것이다. 리스크 규제에 관해서는 국가가 법률에 의하여 일반적인 실체적 기준을 정하는 것에 한계가 있으며 위험의 요건에서와 같이 비교적 안정된 컨센서스가 획득된 기준을 형성하는 것이 어렵다. 이점으로부터도 이익대표, 이해관계자, 공중의 참가에 의하여 국회·법률에 의한 통제의 부족을 보충하며 또한 공중이 리스크에 관한 결정을 수용하는 비율을 높일 것이 요청되고 있다.<sup>23)</sup> 이것은 공중이 민감하게 느끼는 분야의 경우에 더욱 그러하다 할 것이다(유럽공동체 유전자변환식품규칙 제6조 제7항, 제18조 제7항).

전통적인 행정법에서는 행정기관과 상대방인 사업자의 이면적 법률관계가 중심이고 제3자인 시민의 참가·관여는 중시되지 않았다. 현행법에서도 제3자의 지위·권리의익을 명시적으로 배려한 규정은 적다. 이러한 상황에서 시민을 법률관계에 참가시키는 다면적 법률관계의 구축이 중시되고 있다. 시민참가를 활성화에는 다음의 조건이 필요하다.<sup>24)</sup> 첫째로 시민이 충분한 행정정보를 공유하도록 해야 한다. 시민의 청구에 의한 정보공개 외에 정보제공 등이 요망되며, 특히 행정은 어떤 시책에 있어서는 복수의 대안을 제시하여 시민이 편향된 정보 내지 하나의 정보에만 매달리지 않도록 해야 한다. 우리나라에서는 대체안·소수안 부기라는 수법은 지금까지는 제대로 소홀히 취급되어 왔다. 그러나 이해관계가 교차하는 법률관계에서는 어떤 문제에 관하여 대답하는 안의 비교검토가 행해지고 그 결과가 문서화되어 이후의 검증과

23) 참가제도정비의 지체에 대한 비판은 Scherzberg, Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht, in: Engel/Halfmann/Schulte (Hrsg.), Wissen - Nichtwissen - Unsicheres Wissen, 2002, S.140.

24) 大橋洋一, 行政法, 2004, 155면 이하 및 164면 이하.

정으로 이어지는 것은 행정의 과학적 합리성의 확보를 위해서도 리스크 커뮤니케이션을 활성화한다는 점에서도 매우 중요하다. 사업실시를 하지 않는다는 안까지를 포함한 복수안을 설명회·공청회에 제시하고 주민의견을 청취하는 대안제시방식의 도입이 널리 요망된다고 할 것이다. 둘째로 시민과의 대화환경을 정비하는 것이다. 이를 위해 시민의 의견에는 행정의 응답이 보장되어야 하고, 행정과정을 분절하여 어느 단계에서 무엇이 결정되고 시민은 어느 단계에서 의견을 표명해야 하는가를 미리 명시해야 하며, 시민제안에 행정의 유연하게 시책 등을 변경할 수 있도록 가능한 한 조기의 참가를 가능하게 해야 한다. 또한 시민참가에 소요되는 비용을 낮추는 것도 중요하다. 각자 본업을 가지고 있는 시민에게 있어 참가의 비용이 높은 경우에는 이 비용이 참가의 장벽이 되기 때문이다. 여기서 말하는 비용에는 금전도 있지만 노력이나 시간도 해당한다. 셋째로 개개시민과의 관계에서 적정 거리를 유지하는 것이다. 시민과의 교섭과정이 투명화 되고 편향됨이 없이 널리 다양한 의견을 청취하여야 한다. 넷째로 시민의 자주성, 제안을 활성화하는 것이다. 종래와 같이 행정의 작성한 원안에 대해 시민의 의견을 청취하는 방식을 넘어 시민에게 원안을 작성하게 하고 행정이 이를 지원하는 방식으로의 전환이다. 다섯째로 시민참가의 추진에 있어 중요한 역할을 하는 시민단체의 조직화를 지원하고 참가를 활성화하는 것도 필요하다(환경정책기본법 제16조의2, 비영리민간단체지원법 제5조 이하).

#### 나. 시민참가수단으로서의 환경영향평가

환경법규에서 시민참가를 예정한 것은 소수에 그친다. 그러나 주목할 만한 것으로 환경영향평가제도가 있다. 환경영향평가법은 사업자가 평가서를 작성함에 있어서는 설명회 또는 공청회 등을 개최하여 대상사업의 시행으로 인하여 영향을 받게 되는 지역 안의 주민의 의견을 듣고 이를 평가서의 내용에 포함시켜야 하며, 일정 범위의 주민의 요구가 있으면 공청회를 개최하여야 한다고 한다(제14조 제1항, 제2항). 또한 사업자는 의견수렴절차를 거친 후 환경부장관 등에게 평가서를 제출하기 전에 평가 대상사업에 대한 사업계획이 변경되는 경우 다시금 평가서초안의 작성과 의견수렴을 해야 한다(제15조). 환경영향평가는 이상과 같은 평가서 작성에서의 주민의견수렴의

절차와 평가서에 대한 환경부장관과의 협의를 사업계획승인의 절차적 요건으로 하는 특별한 행정절차이다(제16조 제2항, 제20조 참조).<sup>25)</sup> 이러한 절차규정의 이행확보를 위하여 동법은 환경영향평가의 결과를 사업승인을 정한 개별 법규의 규정에도 불구하고 배려하도록 하고 있다(제23조로부터 제29조). 이러한 횡단조항의 존재에 의해 개별 법규상의 인허가절차가 보완되고 있는 것이다.<sup>26)</sup>

환경영향평가는 개별사업단계의 것이기 때문에 행정계획단계에서도 환경영향평가가 필요하다. 사업단계에서는 당해 사업의 대폭적인 변경이 곤란하다는 점을 감안한다면 보다 조기의 단계에서 환경영향평가를 행하는 것이 중요하기 때문이다. 이것은 전략환경영향평가라고 불리는 수법이다. 전략환경영향평가는 현행 환경정책기본법상의 사전환경성검토제도를 통하여 부분적으로 받아들여지고 있다. 사전환경성검토란 환경에 영향을 미치는 행정계획의 수립 또는 개발사업(행정계획의 수립이 요구되지 아니하는 개발사업을 말한다)의 허가·인가·승인·면허·결정·지정 등을 함에 있어서 해당 행정계획 또는 개발사업에 대한 대안의 설정·분석 등 평가를 통하여 미리 환경측면의 적정성 및 입지의 타당성 등을 검토하는 것을 말한다(제3조 제7호). 관계 행정기관의 장이 행정계획에 대한 검토서를 작성함에 있어서는 사전환경성검토에 관한 주민, 관계 전문가, 환경단체, 민간단체 등 이해당사자의 의견을 들어야 하며, 환경측면에서 타당하다고 인정되는 의견에 대하여는 해당 행정계획에 반영하여야 한다(제25조의5 제1항). 전략환경영향평가는 2011년 8월 4일 공포된 개정 환경영향평가법에서 전면적으로 수용되고 있다. 동법은 전략환경영향평가를 환경에 영향을 미치는 상위계획을 수립할 때에 환경보전계획과의 부합 여부 확인 및 대안의 설정·분석 등을 통하여 환경적 측면에서 해당 계획의 적정성 및 입지의 타당성 등을 검토

25) 박근성, 앞의 책, 1316면.

26) 그러나 승인기관의 장이 환경부장관과의 협의를 거친 이상 환경영향평가서의 내용이 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도로 심히 부실하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 환경부장관의 환경영향평가에 대한 의견에 반하는 처분을 하였다고 하여 그 처분이 위법하다고 할 수는 없다(대법원 2001.7.27. 선고 99두2970 판결). 환경영향평가 절차를 거쳤다면 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다(대법원 2001. 6. 29 선고 99두9902 판결)는 판결로 인해, 이러한 절차보완의 의미는 상당한 정도로 반감되고 있다.

하여 국토의 지속가능한 발전을 도모하는 것이라 정의하고 있다(제2조 제1호).

환경영향평가 특히 전략환경영향평가는 행정과정을 분절화하여 각 단계에서의 시민이나 기타 행정기관의 관여·참가의 가능성 및 그 방법을 명확화하고 있어 행정과정의 분절화기능을 가지는 외에도, 특히 리스크 영역에서 다수 관여자를 인정하고 있어 대화 활성화 기능을 가지며, 대제안의 검토 등을 통하여 과학적 합리성을 행정판단에 받아들이는 과학적 합리성을 담보하는 기능을 수행하고 있다.<sup>27)</sup>

#### 다. 행정계획에서의 시민참가

행정계획에는 다양한 절차가 예정되어 있다. 행정계획에 대한 사후적 권리구제가 어렵고 여러 이해관계의 합리적 조정에 의해 계획의 합리성 및 공정성을 담보할 필요가 있기 때문이다. 예컨대 하천법은 유역종합치수계획을 수립하거나 변경하기 전에 지역주민 등의 의견을 반영하기 위하여 유역관리협의회를 구성·운영할 수 있도록 하고 있다(제24조 제5항). 그 배경에는 하천행정 자체에 대한 반성이 존재한다. 전통적으로는 시민의 생명, 신체, 생활을 지키는 치수나 하천수의 경제적 이용인 이수가 중심적 목적이었다. 이에 대하여 근년에는 하천이 갖는 다양한 자연환경을 시민이 향수한다고 하는 환경목적이 중시되어 지역의 풍토, 문화, 시민의 의향이 중요하게 된다.<sup>28)</sup> 이러한 하천행정에 관한 기초이해의 변경이 행정계획이 갖는 법적 성질과 더불어 시민참가라는 수법의 위치를 격상시키고 있는 것이다.

행정계획 단계에의 참가라고 하여도 종래의 기본도식은 행정이 계획안을 작성하고 그것에 시민이 의견을 진술한다고 하는 형태에 그쳤다. 이것을 크게 진화시킨 것이 시민에 의한 계획입안제도이다. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 도시관리계획과 관련하여 입안제안제도를 두고 있다(제26조). 도시·환경법의 분야에서도 경관계획 수립의 제안제도가 있다(경관법 제7조). 계획 제안제도는 현장에 가장 가까운 시민의 의견을 활용하는 점에서 현장지식의 활용수법의 하나이다. 다만 이 제도가 시민의 계획책임이 아니라 계획제안에 그치는 이유는 현장지식의 형태를 빌어 기록

27) 大橋洋一, 行政法, 143면.

28) 조태제, “하천관리조직의 제도적 정비방안”, 『환경법연구』, 한국환경법학회, 2003. 12, 36면 이하.

권이 잠입하는 것을 행정이 체크할 필요가 있기 때문이다. 현장지식의 중시와 거리의 요청이라는 두 가지 요청의 조화를 도모한 것이다.<sup>29)</sup>

### 3. 행정정보의 제공

개연성이 낮고 불확실성을 수반하는 리스크 영역에 대한 대응은 대개 두 가지로 나타난다. 하나는 불확실하다는 이유로 시민에게 알리지 않고 아무런 대책을 실시하지 않는 전략이다. 문제를 일으키지 않는 대신에 현상유지를 택하는 정책결정이다. 다른 하나는 불확실하더라도 시민에게 알려져 자주적 대응에 맡기는 방식이다. 시민에게 검증과정이 주어지는 것이 중요하다. 리스크법은 전자로부터 후자으로의 이행을 의미한다.<sup>30)</sup> 시민에게 행정정보가 주어지는 방식으로서 정보공개제도를 통한 것, 행정절차에 부수한 것, 개별법규에 의한 것 등이 있다.

개별법규상 투명화를 위한 노력은 다양한 모습으로 나타나고 있다. 예컨대 환경정책기본법은 환경부장관은 모든 국민에게 환경보전에 관한 지식·정보를 보급하고 국민이 환경에 관한 정보에 쉽게 접근할 수 있도록 노력해야 하며(제15조의3 제1항), 이를 위하여 환경보전에 관한 지식·정보의 원활한 생산·보급 등을 위하여 환경정보망을 구축·운영할 수 있다고 한다(제15조의3 제2항). 이 규정은 리스크 커뮤니케이션의 활성화라는 관점에서 서서 환경정보에의 접근을 보장하고 정보공유를 위한 시스템구축을 한다는 데에 그 취지가 있다. 폐기물관리법에 따르면 폐기물처리시설의 설치·운영자는 그 처리시설에서 배출되는 오염물질을 측정하고 그 설치·운영이 주

29) 거리의 요청은 기본권보장을 포함하는 법치국가원리와 민주제원리로부터 도출된다. 법치국가원리는 거리의 요청으로서 국가에 사회와 적절한 거리를 확보할 것 즉 사회가 가지는 기본권을 근거 없이 또는 과잉하여 침해하지 않을 것(법률의 유보원칙, 비례원칙), 그러나 동시에 사회에 적절한 개입에 의해 제3자의 기본권보호나 공익확보를 과소하게 방치하지 않을 것을 요청한다(기본권보호의무, 과소금지). 다른 한편 민주제원리는 국가활동이 국민의 일부가 아니라 전체의 의사에 의할 것을 요구한다. 이로부터 동 원리는 거리의 요청으로서 국가의 의사결정이 멀리 있는 일반화된 국민의 의사에 바탕을 둘 것, 이에 대하여 가까이 있는 각 이해관계자의 의사와는 각각 등거리를 확보할 것 그리고 그 거리의 모양새가 국민으로부터 투시가능할 것을 요청한다. 이에 대한 상세는 Depenheuer, Dergedanke der Kooperation von Staat und Gesellschaft, in: Huber(Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umwelt, 1999, S.30ff. 참조.

30) 大橋洋一, 리스크를めぐる環境行政の課題と手法, 長谷部恭男(編), 法律からみたリスク, 2007, 70면.

변 지역에 미치는 영향을 조사하여 그 결과를 환경부장관에게 제출해야 하고(제31조 제2항, 제3항), 환경부장관은 공공기관의 정보 공개에 관한 법률에 따라 위 결과를 공개해야 한다(제31조 제9항). 사업장폐기물의 경우에는 그 처리시설의 설치허가 단계에서의 정보제공도 필요하다고 말할 수 있다. 허가신청의 고시 및 공람을 통해 이해관계자가 의견을 제출할 수 있는 기회를 주고 나아가 관련 지방자치단체의 의견을 청취하는 제도가 필요하다. 토양환경보전법상의 정보공개제도도 현행 폐기물관리법과 유사하다(제5조 제5항). 그러나 동법은 이러한 방식 외에도 규율대상이 토양이라는 점을 고려한 제도를 두고 있다. 대책기준을 넘는 지역 등에 대하여 토양보전대책 지역으로 지정·고시하는 방식이 그것이다(제17조). 이 경우 일반인에게 열람하도록 하고 당해 대책지역 내 지정내용을 알리는 표지판을 설치하도록 하고 있다(동법시행령 제12조 제4항). 이를 통하여 주민, 토지구입예정자 등에게 토양오염의 유무, 대책의 유무·내용에 관한 보다 상세한 정보를 제공할 수 있을 것이다. 일정한 화학물질의 경우에는 유해화학물질관리법은 유해성심사 결과를 고시한 화학물질의 목록을 일반인이 쉽게 이용할 수 있는 방법으로 제공하도록 하고 있고(제44조), 특히 화학물질 확인을 한 자 등은 해당 화학물질의 제조, 수입, 판매, 보관·저장, 운반 또는 사용과 관련된 사항을 기록·보존하도록 하고 있다(제46조 제1항). 이것은 화학물질의 이동·배출에 관한 데이터를 공유하기 위한 것이다. 이러한 제도는 리스크 커뮤니케이션의 전제를 형성하는 중요한 틀이 될 것이다.<sup>31)</sup>

행정정보를 시민에게 제공할 때에 법적 근거가 필요한지가 문제된다. 전통적 침해 유보설에 따르면 이 이론이 정보유통을 염두에 두고 있지 않기 때문에 법적 근거는 필요하지 않다는 결론에 이른다. 그러나 행정기관에 의한 정보제공과 같은 간접적 사실적인 제한에 의해서도 기본권에 대한 침해가 나타날 수 있다고 본다. 간접적 기본권침해는 일반적 견해에 따를 때 기본권에의 영향력이 의도되고 있거나 또는 그 영향력이 기본권의 보호범위에 심각한 불이익을 일으킬 경우에 생길 수 있다고 한다. 이로써 침해성질을 판정함에 있어서는 의도성과 심각성이 결정적인 기준이 될 것이다.<sup>32)</sup> 어느 견해를 따르든 사전절차의 실시가 요구된다.<sup>33)</sup>

31) 일본법제에 대한 상세는 龜田健二, 日本におけるリスクマネジメントと法, 현대리스크사회에서의 안전법제(한양대학교안전법센터/한국법정책학회 제1회 공동학술발표회논문집), 2006. 2, 8면 이하 참조.

## V. 환경행정작용상의 변화와 특색

### 1. 다양한 이해의 이익형량

리스크법에서는 다양한 이익에 대하여 관심을 가지고 그러한 모든 이익을 종합적으로 이익형량하는 것이 중요하다. 이 경우 행정영역별로 리스크의 특성이 다르며 그것에 대응하여 형량과정의 구조도 다를 것이다. 예컨대 원자력시설의 설치에서는 그 우려되는 법익침해의 규모나 정도가 특별히 강조되고 있지만, 화학물질의 경우에는 당해 물질의 사회경제적 효용도 널리 형량에 받아들이는 종합적 형량이 필요하다고 한다. 화학물질과 같이 특히 일상적으로 다수의 주체에 의하여 사용되기 때문에 통제가 곤란한 물질·제품의 유통·사용에 대하여는 리스크규제 시 물질·제품의 사회경제적 효용도 널리 형량에 들고 있는 것이다.<sup>34)</sup>

이익형량의 구조를 실현하기 위한 관점 내지 법적 기술도 필요하다. 현행법규의 전제에는 특정한 이익을 보호한다는 관점이 존재한다. 예컨대 우리나라의 법률에서는 생명, 신체, 재산권은 명시적으로 보호법익으로 되어 왔다. 이에 대하여 예컨대 환경, 문화는 충분히 고려되지 못하고 있다. 환경이익과 같이 종래 충분히 고려되지 않았던 이익에 대해 주의를 환기하는 수법이 필요하다. 조사절차를 독립시킨 위에서 인허가절차에 이를 편입시키는 방법(예컨대 환경영향평가)도 있으며, 소수이익을 고려하는 계획을 책정하게 하고 다른 사업의 실시에서 이를 고려하도록 의무지우는 방식(예컨대 환경보전계획) 등이 고려된다. 이 외에도 그 이익을 보호·옹호하는 조직을 설립하여 검증을 요구하는 방식도 있을 수 있다.

현재의 이익뿐만 아니라 미래의 이익을 현시점에서 배려하는 것도 중요하다. 이러한 인식은 예컨대 현행법에서도 명확히 나타나 있다. 환경정책기본법은 현재의 국민

32) Bauschke, Verbraucherschutz im öffentlichen Recht aus der Sicht des Lebensmittelrechts, 2005, S.175f.

33) 이에 대한 상세는 조태제, "리스크정보의 공표와 그 법적 통제", 「토지공법연구」, 한국토지공법학회, 2009. 4. 참조.

34) 이에 대한 상세는 山本隆司, 리스크行政의節次法構造, 城山英明/山本隆司(編), 環境と生命, 2005, 25면 이하 참조.

으로 하여금 환경의 혜택을 널리 향유할 수 있게 함과 동시에 미래의 세대에게 계승될 수 있도록 할 것을 동법의 지도이념으로 하고 있다(제2조). 자연환경보전법도 자연환경은 모든 국민의 자산으로서 공익에 적합하게 보전되고 현재와 장래의 세대를 위하여 지속가능하게 이용되어야 한다고 한다(제3조 제1호). 야생동·식물보호법도 야생동·식물은 현재세대 및 미래세대의 공동자산임을 인식하고 현재세대는 야생동·식물과 그 서식환경을 적극 보호함으로써 그 혜택이 미래세대에게 돌아갈 수 있도록 하여야 한다(제3조 제1항). 매일의 행정대응이 현재세대 뿐만 아니라 미래세대에 대한 신탁을 받고 있다는 점을 고려하여 행정활동을 긴 시간축 위에 위치시킨다는 관점이 필요할 것이다.

## 2. 행위형식의 다양화

### 가. 사전규제의 중요

환경법 분야에서는 특히 예방의 관점이 중요하지만 행정법 자체가 특히 민법과 비교할 경우에 분쟁예방에 중점을 두고 발전해 왔다.<sup>35)</sup> 따라서 행정법상의 전통적 수법인 허가제는 환경법에서도 중심적 위치를 점한다. 영업의 자유의 행사로서 본래 자유로 행할 수 있는 활동을 일률적으로 금지하고 심사를 거친 위에 활동을 인정하는 것이 허가의 틀이다. 허가제의 관심사는 행정이 기초정보를 모아 행정에 의한 사전심사를 통하여 예방활동을 행하는 점에 있다. 허가제와 마찬가지로의 기능은 신고제 등의 다른 틀에 의해서도 가능하다.

### 나. 잠정적·가변적 행정결정의 인정

행정법에서는 행정기관에 의한 법적안정성의 창출과 존중과 이것에 대한 사인의 신뢰보호가 중시되고 있다. 이들은 법치국가원리의 한 내용으로 해석된다. 그러나 리스크행정에서는 사정이 다르다. 행정기관이 사인의 행위에 의한 법익침해의 가능성

35) 조태제, 행정법의 일반이론, 한양대학교법학연구소(편), 법학일반론, 2002, 217면.

을 판단함에 있어서 지식이 부족함에도 불구하고 리스크를 수반하는 행위를 허용하는 경우가 있다. 이것은 당해 행위를 허용하지 않으면 리스크 정보를 수집하고 리스크 대처기술을 개발하며 리스크나 그 대처에 관한 지식을 향상시키기가 어렵기 때문이다. 따라서 리스크를 수반하는 행위가 허용되는 경우 행정기관뿐만 아니라 행위자인 사인도 계속적으로 당해 행위를 감시하고 리스크에 관한 정보를 수집·분석하며 나아가 기술이나 지식의 수준을 향상시키는 데에 노력하여야 한다. 그리고 리스크를 수반하는 행위의 허용 여부에 관한 행정기관의 판단은 그 시점의 수준에서의 잠정적인 것이며, 기술이 발전하여 지식이 풍부하게 되면 이전의 판단을 새로운 기술수준·지식수준에 적합하도록 변경하여야 한다. 이로써 법적안정성·신뢰보호의 수준은 제한될 수 있는 것이다.

행정결정에 잠정성이 대표적으로 인정되고 있는 제도가 가행정행위이다. 예컨대 먹는물관리법은 시·도지사는 샘플 등의 개발을 허가하기 전에 환경영향조사의 대상이 되는 샘플 등을 개발하려는 자에게는 환경영향조사를 실시하고, 그에 관한 조사서를 제출할 것을 조건으로 샘플 등의 개발을 허가할 수 있고(제10조 제1항), 허가받을 자가 정당한 사유 없이 조사서를 제출하지 아니하면 허가를 취소해야 한다고 한다(제10조 제2항). 이 제도는 사실관계와 법률관계가 확정되기 전이지만 잠정적인 규율의 필요성으로 인해 사실관계와 법률관계의 계속적 심사를 유보한 상태에서 행정법관계의 권리의무를 잠정적으로 규율하는 행정결정(가행정행위)이다.<sup>36)</sup> 이러한 가행정행위는 사실관계의 미확정성을 특징으로 한다는 점에서 리스크 영역에서 나타날 수 있는 가장 전형적인 결정이라 말할 수 있다.

다음으로 허가에 있어서 허가요건의 동태화, 사후명령, 사후부담 및 철회권유보 등을 통하여 허가제의 변용이 나타나고 있다.<sup>37)</sup> 허가요건을 동태화하는 제도가 보인다. 사업자의 행위가 현재의 학문·기술 등의 수준·상태에 적합할 것을 의무로서 정하고 이 의무가 지켜지고 있을 것을 허가요건으로 하는 제도이다(독일 연방임미시온방지법 제5조). 이 경우 학문이나 기술의 수준 등이 변화하면 허가의 존재로부터 독립하여 그리고 행정청의 특단의 처분이나 결정이 없이 사업자는 변화한 이후의 학

36) 홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2011, 194면.

37) Trute, Staatliches Risikomanagement im Anlagenrecht, in: Riedel(Hrsg.), Risikomanagement im öffentlichen Recht, 1997, S.69ff.

문이나 기술의 수준 등에 적합한 조치를 취할 의무를 부담하게 된다. 이러한 제도는 허가의 효력을 제도상으로 한정하여 사후명령이나 철회 등의 때에 고려되는 허가에 대한 사업자의 신뢰의 요보호성을 낮추어 준다는 점에 중요한 의의를 갖는다. 이것과 관련된 제도가 사후명령 또는 사후부담이라는 제도이다. 독일 연방임미시온방지법은 허가를 받은 사업자에 대하여 의무이행을 위하여 사후명령을 행할 수 있다고 한다(제17조 제1항). 다만 사후명령은 시설가동의 태양에 관한 것이며 시설가동을 유지(留止)하는 내용의 사후명령은 가능하지 않다. 또한 사후명령은 특히 이행을 위한 비용에 대하여 비례성을 잃어서는 아니 되며, 임미시온 등의 종류, 양, 위험성을 고려하여야 한다고 한다(제17조 제2항). 이에 대하여 독일 원자력법은 허가요건을 동태화하고 있지 않지만 허가에 사후적으로 부담을 붙이는 것을 인정하고 있다. 그것은 원자력법의 목적규정에 기록된 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우로 되어 있다(제17조 제1항). 사후 상황의 전개에 따라 부담을 과하는 것이 리스크행정에서의 하나의 수단이 되는 것이다. 우리나라의 판례는 본체인 행정처분에 이미 부담이 부가되어 있는 상태에서 그 의무의 범위 또는 내용 등을 변경하는 부관의 사후변경은 법률에 명문의 규정이 있거나 그 변경이 미리 유보되어 있는 경우 또는 상대방의 동의가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이 원칙이지만 사정변경으로 인하여 당초에 부담을 부가한 목적을 달성할 수 없게 된 경우에도 그 목적달성에 필요한 범위 내에서 예외적으로 허용된다고 한다.<sup>38)</sup> 또한 허가 단계에서 철회권의 유보를 널리 인정하거나 사후 사정변경을 이유로 한 허가 철회를 종래 이상으로 인정하는 것도 불확실성을 요소로 하는 리스크행정에서 요청되고 있다.<sup>39)</sup> 이상과 같은 제도는 가행정행위를 상기시킨다. 가행정행위의 경우는 행정청이 조사를 계속하여 최종적인 결정을 행하지 않으면 안 되며 최종적인 결정이 행해지면 가행정행위는 신뢰보호의 요청과의 형량에 의한 취소나 철회 등 행정청의 특단의 행위 없이 실효한다. 그러나 여기에서의 행정행위는 최종적인 결정 내지 행정행위와 구별되지 않고 그것만으로 완결된 행정행위

38) 대법원 1997. 5. 30 선고 97누2627 판결.

39) 다만 철회사유가 법정되어 있는 경우에 행정청은 법정의 철회사유 이외의 사유를 들어 철회권을 유보할 수 없다고 보거나 철회권유보는 철회사유를 구체적으로 정하여 행하는 경우에만 인정된다는 입장(김철용, 「행정법 I」, 박영사, 2010, 243면)의 경우에는 철회권유보로써 불확실성에 대응할 수 있다는 의미는 반감된다.

이라는 점에서 가행정행위와 다르다. 그러나 법적안정성이나 신뢰보호의 수준이 낮으며 또한 행정청에 의한 계속적인 조사가 요청되는 점에서 많은 적든 가행정행위에 유사하다. 그리고 사실상황의 전개에 불확실한 요소가 존재하는 경우에는 허가 상대방에게 확고한 법적 지위를 줄 수 없으므로 이점에서 신뢰보호원칙에 의하여 상대방의 법적 지위를 높여 왔던 전통적 이론을 재검토할 계기가 생긴다.

리스크행정에서는 지속적 모니터링제도도 필요하다. 사업자에게 리스크가 있는 행위를 허가한 이상 리스크에 관한 정보·지식에 관하여 계속적인 의무를 부과하는 법제도가 필요하다. 가장 기본적인 의무는 사업자가 리스크에 관한 현상을 감시하고 정보를 기록·보관하며 행정청에 제출하는 의무이다. 다음의 단계로서 사업자가 모니터링 기타의 방법으로 수집한 정보를 분석하며 기술·지식의 현재의 수준을 조사하여 자신의 행위의 리스크를 평가하고 필요한 안전을 위한 조치를 갱신해야 하는 의무이다(독일 유전자기술법 제6조 제1항, 제2항).

#### 다. 규제수법의 기능향상

리스크행정을 특징짓는 불확실성에 대응하기 위해서는 전통적 규제형 수법만으로는 충분하지 않다. 먼저 선택적·교섭적 규제를 통하여 피규제자의 자주성을 존중할 필요가 있다. 전통적인 행정법에서도 동일한 규제효과가 있는 경우에는 상대방에게 주관적으로 가장 받아들이기 쉬운 규제조치를 상대방이 요구할 수 있다는 원칙이 존재했다. 이것은 비례원칙에 의해 설명되어 왔지만,<sup>40)</sup> 집행의 원활화라는 관점으로부터도 파악할 수 있다. 환경법에서 보이는 총량규제 등이 이러한 관점을 배경으로 하고 있다는 점이다. 총량규제 자체는 연혁상으로는 개개의 규제조치로는 대응할 수 없기 때문에 구상된 수법이지만, 피규제자의 선택가능성을 용인한다는 점에서는 동일한 것이다. 요컨대 사업장 단위로 발생원이 복수 인정되는 경우에 어떠한 발생원에 대하여 신규시설도입, 개선조치를 집행하여 사업장 전체로 보아 규제의 목표를 달성할 것인가를 피규제자에게 맡기고 있다는 점이다. 이러한 총량규제의 방식은 대기환경보전법 제22조 등에서 보인다. 이것은 동일주체 내에서의 선택이지만, 이것이 복

40) 김남진·김연태, 『행정법I』, 법문사, 2008, 42면.

수주체간에 행해지는 경우에는 삭감량거래의 틀로서 이해할 수 있다. 저탄소녹색성장기본법은 정부는 시장기능을 활용하여 효율적으로 국가의 온실가스 감축목표를 달성하기 위하여 온실가스 배출권을 거래하는 제도를 운영할 수 있다고 하여(제46조 제1항), 이러한 형식의 총량제한 배출권 거래제를 도입하고 있다.

다음으로 자발적 환경관리제도도 나타나고 있다. 그 배경에는 사업자 또는 기업이 환경친화적 기술, 공정, 제품개발에 대해 필요성을 인식하고 있을 뿐만 아니라 효율적인 환경관리에 관한 정보 및 능력을 더 갖추고 있다는 점이 있다. 환경정책기본법은 국가 또는 지방자치단체는 사업자가 스스로 환경관리를 위하여 노력하는 자발적 환경관리체제가 정착·확산될 수 있도록 지원을 할 수 있다고 한다(제34조 제2항). 자발적 환경관리의 예로서 환경친화적 산업구조로의 전환촉진에 관한 법률상의 녹색경영체제인증제도(제16조), 환경기술개발 및 지원에 관한 법률상의 녹색기업지정제도나 환경표지인증제도(제16조의2, 제17조) 등을 들 수 있다.

기업 내 감독자를 두는 시스템도 그리고 자주규제를 기대하는 틀도 기업이 스스로 환경보호를 하도록 촉진한다는 틀이다. 하지만 이러한 틀이 반드시 성공적인 것은 아니다.<sup>41)</sup> 독일의 임미시온방지관리자제도의 경험에 의하면 그곳에서는 법이 요구하는 수준을 넘어 기업에 의한 자발적인 배출삭감 등의 촉진이 기대되었지만 실제로는 그들은 법의 요구를 기업 내에서 원만하게 달성하기 위한 조언자로서밖에 기능할 수 없었고 기업의 자발성은 거의 촉진할 수 없었다. 환경감사에 관해서도 경제계의 자기책임이라는 슬로건 하에 규제의 대체나 통제로부터의 탈락에의 기대가 있었지만, 그러한 기대가 충족되기 위해서는 다수 조건이 갖추어져야 한다고 평가되고 있다. 또한 자주규제에 대해서도 마찬가지로 말할 수 있다. 자주규제는 종종 규제적 수법이 사용되기 전의 단계에서 행해지지만, 그것은 국가에 의한 규제의 위화력에 의해 뒷받침되고 있을 때 비로소 성립가능했다. 따라서 규제적 수법을 후퇴시켜 자발적 감독시스템이나 자주규제에 많은 것을 기대하는 것은 타당하지 않다고 말할 수 있다. 결국 리스크 영역에서도 여전히 규제적 수법을 사용한 국가에 의한 제어가 규제 시스템의 중추를 담당해야 한다. 하지만 그럼에도 불구하고 피규제자의 자주성존중이 리스크 영역에서의 규제에 있어서 하나의 경향이 되고 있음은 부인할 수 없다.

41) Koch, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, NuR 2001, S.542f.

## 라. 경제적 수법의 활용

리스크의 사전배려는 위험방지와는 다르며 조급하게 회피하여야 할 손해를 전제로 하지 않기 때문에 반드시 항상 즉효성에 우수한 규제적 수단을 사용할 필요성이 있는 것은 아니다. 완만하지만 확실한 실효성을 가진 수법 등 사전배려의 실시를 위해서는 다양한 수법의 사용이 고려된다.<sup>42)</sup> 이 경우 특히 경제적 수법에 의한 규제적 수법의 대체가능성이 강조된다. 경제적 수법이란 시민에 대하여 경제적 수단을 통하여 일정한 행동을 유도한다든가 회피하도록 하는 수법을 말한다. 환경정책기본법은 정부는 환경오염 원인자가 스스로 오염물질의 배출을 줄이도록 유도하기 위한 경제적 유인수단을 강구하여야 한다고 한다(제20조의3).

먼저 경제적 인센티브제로서 보조금교부와 조세감면을 생각할 수 있다. 리스크 영역에서는 새로이 신뢰할 수 있는 지식의 창출이나 연구개발의 지원·조성이 중요성을 갖는다. 이러한 정책목표를 위해서는 보조금, 이차지원, 세제우대라는 방식이 필요하다. 환경정책기본법도 국가 또는 지방자치단체는 사업자의 환경보전 시설의 설치·운영, 자발적 환경관리, 환경보전 관련 조사·연구 및 기술개발에 대한 지원을 할 수 있다고 한다(제34조, 제35조). 조세감면과 보조금은 정책유도라는 점에서 기능적으로 등가적이다. 그러나 양자에는 간과할 수 없는 차이가 인정된다.<sup>43)</sup> 예컨대 절차비용의 점에서는 보조금은 신청절차에서 행정과 시민 쌍방에 번잡한 절차를 요구하지만, 조세감면에서는 절차비용은 일반적으로 낮다. 또한 보조금이 단년도인 것에 대하여 조세의 감면은 수년에 미칠 수 있기 때문에 향상화하고 기득권화하기 쉬운 경향이 있다. 보조금은 교수에 있어 조건을 붙일 수 있고 취소도 가능하므로 수령자의 사후통제가 가능하지만 조세감면에서는 적용 후의 개입가능성이 존재하지 않는다. 쟁송에 있어서도 보조금은 쟁송대상이 되나 조세감면의 경우 감면을 규정한 법률을 대상으로 하지 않을 수 없어 사실상 쟁송제가가 불가능하다. 제도설계에 있어서는 이러한 점들에 대한 고려가 필요할 것이다.

둘째로 경제적 디스인센티브로서 조세, 부담금(환경개선비용부담법 제9조의 환경

42) König, Internalisierung des Risikomanagements durch neues Umwelt- und Technikrecht?, NVwZ 1994.S.940.

43) 西谷剛, 實定行政計画法, 2003, 238면 이하.

개선부담금, 대기환경보전법 제35조의 배출부과금 등), 사용료(자연공원법 제37조 제 2항의 공원시설사용료 등) 등이 있다. 제도설계에서 어떠한 수법을 택할 것인가와 관련하여 이들 수법에는 약간의 차이가 있다. 조세인가 아니면 기타의 형식인가의 선택은 그 성질 및 징수주체의 차이로 연결된다. 조세는 일반적인 재정수요의 충당을 위하여 일반 국민으로부터 그 담세능력에 따라 징수되나 부담금은 환경보호이라는 특정과제의 수행을 위하여 오염원인자에게 부과되며 별도로 지출·관리된다. 조세는 조세행정부문이 징수하는 데 대하여 부담금이나 사용료의 경우에는 유도를 목적으로 하는 시책의 소관 행정부문이 징수한다. 조세의 경우에도 창설절차에 차이가 있다. 기존의 세를 전제로 하여 세부담을 가중하는 형식과 새로운 세로서 창설하는 형식이 있다. 조세가 아닌 부담금이나 사용료의 경우 모두 같은 기능을 담당하지만, 사용료의 경우에는 부과대상의 활동의 허용이 전제로 되는 것에 대하여 부담금의 경우에는 부과대상활동에 대한 마이너스평가가 전제로 된다.<sup>44)</sup> 조세와 관련하여 특히 그린세라는 환경세가 주목된다(교통·에너지·환경세법 참조). 이러한 환경세의 도입은 세수목적 보다는 정책목적을 강조한다는 점과 당해 정책이 산업진흥이 아니라 환경보호에 있다는 점에 의의가 있다.

이러한 경제적 수법이 기능을 발휘하기 위해서는 몇 가지 조건이 필요하다. 첫째로 정책에 대한 충분한 설명과 그 채택과정에서의 투명성확보가 중요하다. 정책의 정당화를 위해서도 시민참가형 행정계획책정이 불가결하다. 둘째로 정책의 기능여부를 확인하기 위해 특히 일부시민에게 기득권이 발생하지 않도록 정책평가도 행해져야 한다. 셋째로 실효성 있는 제도의 창설이 필요하다는 점도 유의할 필요가 있다. 예컨대 자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률상의 생산자책임 재활용제도도 제품·포장재 폐기물의 회수·분리·재이용이 기업부담이 되기 때문에 비용회피를 목적으로 하는 기업이 생산단계에서부터 재활용을 고려하도록 마련된 것이다. 따라서 이 제도가 기능하기 위해서는 생산자책임의 철저화가 필요하다.<sup>45)</sup>

44) 부담금의 요건에 대해서는 헌법재판소 2003. 12. 18 선고 2002헌가2 결정 참조.

45) 생산자책임 재활용제도에 대한 평가는 김홍균, 「환경법」, 홍문사, 2010, 564면 이하 참조.

#### 마. 합의형성적 수단의 활용

환경법 분야에서는 계약이나 협정이 실무상 유용할 수 있다. 공해방지협정, 녹화계약 등이 그 예이다. 공해방지협정의 경우 법률이나 조례로 정하지 않은 규제조치나 법적 이상의 엄격한 조치를 내용으로 할 수 있다는 점에 특색이 있다.<sup>46)</sup> 협정을 공법상 계약으로 이해한다면 그 법적 구속력을 인정할 수 있을 것이다. 지방자치단체와 시민(기업) 사이에 체결되는 공해방지협정은 실질적으로는 시민(기업)과 그 기업의 조업에 의해 영향을 받는 인근주민의 이해조정을 도모하고 있다. 따라서 인근주민이 불법행위로 기업을 제소하는 경우에 협정내용은 하나의 기준을 제공할 것이다.

도시공원 및 녹지 등에 관한 법률은 시장·군수는 공원녹지를 확충하기 위하여 도시지역 안의 식생 또는 임상이 양호한 토지의 소유자와 해당 토지를 일반 도시민에게 제공하는 것을 조건으로 해당 토지의 식생 또는 임상의 유지·보존 및 이용에 필요한 지원을 하는 것을 내용으로 하는 계약(녹지활용계약)을 체결할 수 있다고 한다(제12조 제1항). 또한 도시녹화를 위하여 필요한 경우에는 녹화계약을 체결할 수 있다(제13조 제1항). 이러한 수단은 시민의 동의를 전제로 한다는 점에서 집행상의 문제가 적다는 등 유연한 수법으로서의 성격을 갖는다. 경관법에서는 토지소유자간의 경관협정 체결의 가능성을 열어두고 있다(제16조 제1항).

## VI. 환경행정구제상의 변화와 특색

### 1. 사법심사의 제한 여부 등

법률을 구체화하는 행정권과 법원의 역할분담에 있어서도 변화가 있다. 리스크평가는 통상적인 사실인정, 단순한 전문지식의 수용과 달리 정책결정기관과 학문의 협

46) 환경보호협정의 가능성에 대해서는 강재규, “환경보호협약의 가능성과 법적문제”, 『저스티스』, 한국법학원, 2002, 269면 이하 참조.

조에 의한 창조적·형성적 작용이다. 따라서 기본적으로는 행정권이 법원에 대하여 선행하여 판단할 수 있는 권한을 가짐과 동시에 책임을 가진다. 리스크관리도 복잡하고 계획적인 형량을 요한다. 따라서 역시 행정권이 법원에 대하여 마찬가지로의 권한과 책임을 가진다. 이러한 변화는 독일 판례에서 나타나고 있다. 독일 연방행정법원은 비판결에서 집행권에 할당된 학문상 다툼이 있는 문제의 평가를 그것으로부터 도출되는 리스크평가도 포함하여 법원 스스로의 평가에 의하여 대처하는 것은 행정법원에 의한 사후적인 통제가 되어야 할 사항일 수 없으며, 집행권은 입법권에 대하여 뿐만 아니라 행정법원과의 관계에 있어서도 가능한 한 최고의 위험방어와 리스크에의 사전배려라는 원칙을 실현하기 위한 법적 행위형식을 훨씬 잘 구비하고 있으며 그것을 사용할 수 있다고 한다.<sup>47)</sup> 리스크평가에 대하여 행정권에 기능유보가 인정되는 근거는 궁극적으로는 행정권이 학문의 시스템과 협조하여 지식을 창출한다고 하는 고도의 형성성에 있다고 볼 수 있다.

사실의 존재 여부가 불명한 경우에서의 증명책임도 행정소송에서 문제가 된다. 증명책임규범은 기본적으로 실체법규범을 기준으로 정해진다. 이러한 사정은 리스크의 준부에 관해서도 마찬가지이다. 예컨대 독일 연방행정법원은 의약품의 유통허가의 거부요건인 신청자가 신청한 치료상의 효능이 당해 의약품에 없는 경우에 대해 효능의 부존재를 주장하는 행정청측이 증명책임을 부담한다고 한다. 동법이 행정청은 치료상의 효과가 한정된 수의 증례밖에 실현되지 않았다는 이유로 허가를 거부해서는 아니 된다고 규정하고 있기 때문이다(제25조 제2항). 이와 관련하여 증명책임을 전환하여 사업자에게 한도를 넘는 리스크가 존재하지 않는다는 점에 대한 증명책임을 부담시키는 것이 적절하다고 볼 수 있다. 그러나 증명책임을 전환한다면 실제상 사업자에게 이것으로부터 기술의 사용을 통하여 처음으로 축적할 수 있는 경험 내지 창조할 수 있는 지식이 현시점에서 충분히 존재하지 않으므로 기술의 사용을 제한하는 것이 될 우려가 있다.<sup>48)</sup> 따라서 오히려 사업자가 리스크를 조사·설명하는 책임과 행정청이 리스크를 조사·판단·설명하는 책임 및 권한을 활용하여 규제절차 중에 가능한 한 리스크평가에 필요한 지식을 창조하고 정보를 수집할 수 있는 제도를 구

47) BVerwGE 72, 300(316f.).

48) Scherzberg, Risikostruierung durch Verwaltungsrecht : Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, in: VVDStRL 63, 2004, S.247f.

상할 수 있다. 이러한 제도에서는 증명책임이 아니라 행정청이 리스크에 대하여 조사·판단·설명하는 권한 및 책임, 그것에 대하여 조사에 근거하여 반론하는 사업자의 의무 및 책임, 이러한 책임의 분담 그리고 설명·반론의 설득력이 중요한 의미를 가진다(유럽공동체 유전자변환식품규칙 제4조 제3항, 제16조 제3항 참조).

## 2. 원고적격 및 처분성의 확대

리스크 영역에서는 권리보호를 둘러싼 상대방과 제3자의 비대칭성이 문제가 된다. 허가처분 등의 결정에 이르는 과정에서는 제3자의 이익에 비하여 사업자의 이익이 보다 많이 관찰되는 경향이 있다. 또한 보호규범성의 결여에 의해 사전배려조치의 이행은 제3자가 재판에 의해 확보하기가 불가능해진다. 그렇다면 국가가 사업자의 감독 활동을 일상적으로 충분하게 실시하는 것이 중요하게 된다. 또한 허가처분 등이 불확실성 하에서의 결정이었다고 한다면 이후 리스크로부터 손해가 현재화하지 않도록 자연과학적 지식의 동향과 함께 당해 시설의 활동을 항시 시야에 넣어 두는 것이 필요하다. 따라서 사전배려에서는 국가에 의한 감독의 필요성은 통상의 규제적 수법에서 보다도 높다고 말할 수 있다. 그렇지만 현실적으로는 국가의 제어자원의 결핍에 의해 감독활동이 행정활동 중에서도 가장 집행되지 않는 영역으로 되어 있다. 또한 행정기관 측에서도 사전절충 등을 통하여 사업자와 밀접한 관계에 들어감으로써 법의 집행과 동시에 산업계의 발전을 방해하지 않을 것을 자기의 임무로 이해하고 스스로를 경제계의 파트너로 위치지우는 경향이 있다.<sup>49)</sup> 따라서 제3자의 법적 지위의 확립이 중요하다.

지금까지 환경문제에 관하여 취소소송이 제3자에 의하여 제기되는 경우 원고적격이 쟁점이 되어 왔다. 행정소송법은 원고적격이라는 표제 하에 취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다고 한다(제12조). 판례는 원고적격의 요건으로서 당해 처분의 근거 법규(근거 법규가 다른 법규를 인용함으로써 인하여 근거 법규가 된 경우까지를 아울러 포함한다) 및 관련 법규(당해 처분의 행정 목적을 달성하기 위한 일련의 단계적인 관련 처분들의 근거 법규)에 의하여 명시적

49) 戸部眞澄, 不確實性の法的統制, 2009, 116면.

으로 또는 당해 법규의 합리적 해석상 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익의 침해 또는 그 우려를 요구하고 있다.<sup>50)</sup> 이와 관련하여 판례는 환경영향평가대상지역 안에 거주하는 주민,<sup>51)</sup> 환경상 침해가 예상되는 영향권 밖에 거주하더라도 그 영향권 내에서 농작물을 경작하거나 그 영향권 내의 취수장으로부터 취수된 물을 공급받는 등 현실적으로 환경상 이익을 향유하는 자 등의 원고적격을 인정하고 있다.<sup>52)</sup>

하지만 판례는 헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없으므로, 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법에 근거하여 공유수면매립면허처분과 농지개발사업 시행인가처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다고 한다.<sup>53)</sup> 그럼에도 불구하고 전체적으로 볼 때 판례는 원고적격의 범위를 점차 넓혀가고 있는 경향에 있다고 볼 수 있다. 입법론으로서 원고적격의 확대를 위해 대법원은 현행법상의 법률상의 이익 대신에 법적으로 정당한 이익이라는 개념을 도입하고 있다. 불확실성의 성질상 다양한 이해를 이익형량하는 리스크행정에서는 원고적격 범위가 더욱 확대될 것이다.

한편 행정계획에 대한 취소소송의 승인도 큰 변화에 속한다. 종래는 계획을 대상으로 한 취소소송에 관해서는 처분성이 부정되어 행정소송에 의한 사법심사의 가능성이 없는 상황이 계속되어 왔다. 그러나 현재는 사정이 다르다. 판례는 구 도시계획법 제12조 소정의 도시계획결정이 고시되면 도시계획구역안의 토지나 건물 소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축, 개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되는바 이런 점에서 볼 때 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 되는 것이라고 한다.<sup>54)</sup> 행정계획은 행정과정의 초기 단계에 위치하는 것이기 때문에 이 단계에서 시정이 가능하면 리스크는 저감될 것이다.

50) 대법원 2004.8.16. 선고 2003두2175 판결 및 대법원 2010.4.15. 선고 2007두16127 판결.

51) 대법원 1998.4.24. 선고 97누3286 판결.

52) 대법원 2009.9.24. 선고 2009두2825 판결, 대법원 2010.4.15. 선고 2007두16127 판결.

53) 대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결. 이에 대한 비판은 김홍균, 앞의 책, 37면 참조.

54) 대법원 1982.3.9. 선고 80누105 판결.

### 3. 리스크로부터의 보호의무

리스크 영역에서의 부작용에 대한 행정상 손해배상과 관련하여 국가의 리스크로부터의 보호의무를 생각할 수 있다. 부작용에 대한 행정상 손해배상이 주로 문제되는 영역은 환경사건으로 대표되는 다면적 행정법관계의 영역이다. 이 영역에서는 행정기관이 권한을 적절하게 행사하지 않을 경우 주민의 생명·건강에 피해가 발생하기 쉽기 때문이다. 생명·건강 등 중대한 이익에 대한 위협이 예견가능하고 행정권한을 행사하면 용이하게 피해 발생을 회피가능하며 사인이 스스로 위협을 회피하기 어려운 경우에는 행정권한의 불행사가 위법이 될 가능성이 높다.<sup>55)</sup> 관례는 개괄적 위험배제의무 및 예견·회피조치 가능성의 존재 여부에 의하여 공무원의 작위의무를 인정하고 있다. 이에 따르면 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있으나, 이 경우 공무원의 부작용으로 인하여 침해된 국민의 법익 또는 국민에게 발생한 손해가 어느 정도 심각하고 절박한 것인지, 관련 공무원이 그와 같은 결과를 예견하여 그 결과를 회피하기 위한 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는지를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.<sup>56)</sup>

이와 아울러 국가의 리스크로부터의 보호의무라는 것도 인정할 수 있는지가 문제된다. 위협은 행정에 의하여 불이익이 직접 초래되는 경우를 말한다. 이에 대하여 불이익(소음, 진동)이 행정에 의해 직접 초래되는 것이 아니라 행정(사업허가)을 매개로 하여 이후 사업자의 조업 등에 의하여 비로소 주민에게 미치는 경우는 리스크 영역이 된다. 요컨대 행정과의 관계에서는 사업체의 조업을 가능하게 한 간접적 불이익작용이며 장래예측사항이다. 여기서는 직접적으로는 사업체와 주민이라는 사인 상호간의 법률관계가 중심인 법률관계에서 사전에 인허가자로서 관여한 행정이 그 관

55) 김철용, 앞의 책, 500면 이하.

56) 대법원 1998.10.13. 선고 98다18520 판결.

여에 즈음하여 주민의 이해를 어디까지 배려해야 할 것인가가 문제된다. 이 경우 제3자인 주민을 그러한 피해를 입을 위험 상태에 두지 않을 의무를 행정청의 리스크회피의무로 볼 수 있을 것이다.<sup>57)</sup>

## VII. 나가면서

리스크 사회의 출현은 법 및 법학에 있어서 새로운 도전을 의미한다. 전통적인 법 관념은 행위주체로서의 인간, 인간을 둘러싸고 있는 자연환경 그리고 자연을 지배하기 위한 과학·기술 등 구별과 분절된 이해하기 쉬운 세계상을 전제로 하고 있었다. 그러나 현대 리스크 사회에서는 자연을 지배하는 도구인 과학·기술 등은 개연성 차원에서조차 확실한 지식을 제공하지 못하고 있다.

이러한 불확실성을 특징으로 하는 리스크행정법을 구상할 경우에 그것은 구체적으로 법제도, 법기술로서 어떻게 구현되고 있는가 하는 관점으로부터의 고찰은 지금까지 아직 더물다. 이 논문은 현행 환경법규를 주된 소재로 하여 과학적 지식에 의존할 수 없지만 과학적 지식과 단절할 수도 없는 상황 속에서 리스크에의 대응에 배려한 법기술, 수법에는 어떠한 것이 존재하는가 하는 관점으로부터 리스크행정법의 기본구조와 그 발전가능성을 탐구했다. 그러나 아직 리스크 대응에 대한 법에 관한 검토는 초보적 단계에 머물고 있다. 만능형 수법이 존재하는 것도 아니어서 이 논문이 확산적인 서술에 시종한 바와 같이 다방면에 걸쳐 총력전으로 임할 수밖에 없다.

리스크행정에 대한 법적 결정은 다양한 주체 내지 사회시스템이 협동·협조하면서 다수의 절차적 단계를 거쳐 지속적으로 필요한 지식과 법을 창조해 가는 과정의 결과이다. 이것은 안정된 규범을 적용하여 명확히 분화된 역할분담 아래 최종적인 법적 결정이 행해지는 위험방지행정의 경우와 분명히 대비된다.

리스크 영역에서는 위험방지로부터 불확실성에의 대응이라는 사전배려에로 규제의 내적 변화가 나타나며, 이러한 사전배려는 규제적 수법의 특수한 형성이 필요하다는 것을 보여주고 있다. 불확실성에서 유래하는 법적 불안정성을 제거하기 위한 구

57) 藤田宙靖, 許可處分と第三者の法律上保護された利益, 行政法の基礎理論(上卷), 2005, 294면.

체적 규정의 요청 등이 그것이다. 먼저 입법의 영역에서는 리스크 커뮤니케이션 공간의 창설을 위한 지역적 대응을 존중하는 법기술이 강조된다. 법률에 의한 조례의 지원, 독자조례의 활용, 지역행정규칙의 중시 등이 그 방식이다. 이러한 사고의 배경에는 현장에서의 경험과 지식의 활용이라는 점도 존재한다. 리스크 대응형 행정시스템은 사실관계의 변화나 과학적 지식의 발전에 유연하게 대응하는 것이 필요하다. 따라서 한시법 등 실험법률의 채택도 중요한 의미를 갖는다. 다음으로 행정조직 내 지 절차와 관련해서는 조직분리가 중요하다. 리스크 평가기관은 전문형 합의제기관으로 구성하여 정책결정의 기초가 되는 지식을 창조할 수 있도록 설계해야 한다. 이 경우 지식창조에 적합한 조직구성 즉 전문성·독립성·중립성·투명성 등이 필요하다. 절차에 있어 시민참가의 활성화도 필요하다. 불확실한 상황에서 시민에게 어떠한 이해가 미칠지 모르며 또한 시민은 경우에 따라서는 전문지식, 현장경험 등 다수의 정보를 가지고 있어 이를 동원을 위해서도 시민참가가 요청된다. 특별한 행정절차로서의 환경영향평가는 대표적인 시민참가수단이 된다. 특히 대안제시방식의 전략 환경영향평가를 통하여 리스크 커뮤니케이션은 활성화되고 행정결정은 보다 과학적 합리성을 가질 수 있게 될 것이다. 정보 없는 리스크 대응이 불가능하다는 점을 고려할 행정정보의 제공은 무엇보다도 중요하다. 리스크 행정에서 그 품질을 확보하기 위해서는 실제적인 기준 뿐만 아니라 행정의 조직·절차에 관한 기준 즉 리스크평가기관과 리스크관리기관의 분화, 기관의 전문성·독립성·중립성·투명성의 확보, 행정정보공개 등은 행정작용에 못하지 않게 중요하며, 이러한 사항들은 중요사항으로서 법률로 정해져야 한다.<sup>58)</sup> 세 번째로 행정작용과 관련해서는 리스크 영역에서도 규제적 수법이 규제시스템의 중추가 되어야 한다. 국가가 규제수준을 낮추면 그만큼 최종적으로 달성되는 규제수준도 낮아진다는 점이 리스크 대응의 제도설계의 출발점이 되어야 한다. 가행정행위의 등장과 철회권유보, 사후부관 등의 활용은 잠정적 행정결정을 가능하게 하는 제도로서 불확실성에 대응하는 적절한 규제수법이 되고 있다. 그러나 행정의 만성적인 인적·물적 자원의 결여나 불확실성에의 대응이라는 사려배려의 성질을 고려할 때 정피규제자의 자주성을 존중하는 수법이나 경제적 수법의 활용도 소홀히 할 수 없다. 현행 환경법도 이에 관한 다수의 규정을 마련해 놓고

58) Di Fabio, a.a.O., S.465f.; Scherzberg, a.a.O., S.257.

있다. 끝으로 행정구제 영역에서는 다면적 법률관계에서 상대적으로 소홀히 될 수 있는 제3자의 권리구제를 위해 원고적격의 확대가 요망되며 국가의 리스크로부터의 보호의무도 생각할 수 있을 것이다.

논문투고일 : 2011. 8. 5.	심사일 : 2011. 8. 18.	게재확정일 : 2011. 8. 22.
---------------------	--------------------	----------------------

## 참고문헌

- 강재규, “환경보호협약의 가능성과 법적문제”, 「저스티스」 통권 제70호, 한국법학원, 2002.
- 김홍균, 「환경법」, 홍문사, 2010.
- 조은래, 「환경법」, 세종출판사, 2003.
- 조태제, “하천관리조직의 제도적 정비방안”, 「환경법연구」 제25권 제2호, 한국환경법학회, 2003. 12.
- 조태제, “식품법에서의 리스크행정조직”, 「법학논총」 제24집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2007. 12.
- 조태제, “현대 리스크사회에서의 행정법의 변용, 리스크사회에서의 법의 발전”, 한양대학교 법학연구소 안전법센터, 2008. 8.
- 조태제, “리스크정보의 공표와 그 법적 통제”, 「토지공법연구」 제43집 제1호, 한국토지공법학회, 2009. 4.
- 조태제, 「행정법의 일반이론」, 한양대학교 법학연구소(편), 2002.
- 조홍식, “리스크법-리스크관리체계로서의 환경법”, 「서울대학교 법학」 제43권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2002. 1.
- 천병태·김명길, 「환경법론」, 삼영사, 1997.
- Hans-Werner Laubinger (번역: 김현준), “임미씨온방지법에서의 위험·불이익, 부담, 리스크”, 「토지공법연구」 제32집, 한국토지공법학회, 2006. 9.
- Ulrich Beck(번역: 홍성태), 「위험사회」, 새물결 1996.
- 大橋洋一, 對話型行政法學驗の構造, 1999.
- 大橋洋一, 行政法, 2004.
- 大橋洋一, 리스크をめぐる環境行政の課題と手法, 長谷部恭男(編), 法律からみたリスク, 2007.
- 龜田健二, 日本におけるリスクマネジメントと法, 현대리스크사회에서의 안전법제(한

- 양대학교안전법센터/한국법정책학회 제1회 공동학술발표회논문집), 2006.2.
- 山本隆司, リスク行政の節次法構造, 城山英明·山本隆司(編), 環境と生命, 2006.
- 城山英明, リスク評価·管理と法システム, 城山英明·西川洋一(編), 法の再構築, 2007.
- 西谷剛, 實定行政計画法, 2003.
- 藤田宙靖, 許可處分と第三者の法律上保護された利益, 行政法の基礎理論(上卷), 2005.
- 戸部眞澄, 不確實性の法的統制, 2009.
- Appel, Methodik des Umgangs mit Ungewissheit, in Schmidt–Aßmann / Hoffmann–Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, 2004.
- Bauschke, Verbraucherschutz im öffentlichen Recht aus der Sicht des Lebensmittelrechts, 2005.
- Deppenheuer, Dergedanke der Kooperation von Staat und Gesellschaft, in: Huber(Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umwelt, 1999.
- Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994.
- Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999.
- Klöpfer, Umweltrecht, 1998.
- Koch, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, NuR 2001, S.542ff.
- König, Internalisierung des Risikomanagements durch neues Umwelt–und Technikrecht?, NVwZ 1994,S.940ff.
- Petersen, Schutz und Vorsorge, 1993.
- Scherzbeig, Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht, in: Engel/Halfmann/Schulte (Hrsg.), Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, 2002.
- Stoll, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003.
- Trute, Staatliches Risikomanagement im Anlagenrecht, in: Riedel(Hrsg.), Risikomanagement im öffentlichen Recht, 1997.
- Wahl/Appel, Prävention und Vorsorge – Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl(Hrsg), Prävention und Vorsorge, 1995.

**[Zusammenfassung]**

Die Entwicklungen des Risikorecht in der Umweltverwaltung

Cho, Tae-Je

Im Bereich des öffentlichen Rechts wächst zunehmend das Interesse am Problem des Risikos. Die Grenzen des traditionellen Verwaltungsrechts beruhen auf den Begriff der Gefahr. Daher konzentriert es auf den Begriff des Risikos, in dem die Senkung der Eintrittswahrscheinlichkeit des Ereignisses und die Unsicherheit charakterisiert werden. Allerdings zeigen die meisten dieser Diskussionen nicht so wenig, dass sie eine abstrakte Ebene, die Anleihe von anderer Ebene oder die Wiedergabe der ausländischen Debatte sind. Beim Konzept des Risikorechtes ist die Betrachtung noch selten, wie es als Rechtsinstitution und -technik konkret realisiert wird.

In dieser Arbeit werden mit dem Thema der derzeitigen Umweltgesetze bei der Rechtslage, dass es von wissenschaftlicher Erkenntnis nicht abhängen und auch mit der wissenschaftlichen Erkenntnis nicht abgebrochen werden könnte, daraufhin die Grundstruktur des Risikoverwaltungsrechts und dessen Entwicklungsmöglichkeit erforscht. Dabei sind sie aus den Aspekten hervorgegangen, welches Manöver und welche Rechtstechnik gegen das Risiko bestehen. Hierbei basiert es auf vielseitige Rechtsbeziehung, die auf die drei Subjekte, d.h. die Behörden, Unternehmer als Gegenpartei, Bürger beziehen. Als der Grundcharakter des Risikoverwaltungsmodells wird es davon ausgegangen, dass die Risikokommunikation in dieser Rechtsbeziehung intendiert und damit die komplizierte und planmäßige Interessenabwägung gesetzt wird.

주 제 어 환경행정, 환경법, 리스크, 위험, 리스크법, 리스크 커뮤니케이션, 리스크사회  
Key Words Umweltverwaltung, Umweltrecht, Risiko, Gefahr, Risikorecht, Risikokommunikation,  
Risikogesellschaft