

環境리스크의 統制에 관한 法理*

韓貴鉉**

《 차 례 》

- I. 序 說
- II. 環境리스크의 概念
- III. 法原理로서의 事前配慮原則
- IV. 環境리스크의 統制을 위한 法的 手段
- V. 結 語

I. 序 說

이제 일종의 유행어가 되고 있는 「리스크사회」(Risikogesellschaft, Risk Society)라는 말은 애초 1980년대 후반에 독일의 사회학자 울리히 벡(U. Beck)에 의해서 주창된 것인 바, 그가 이 표현을 빌린 것은 다음과 같은 시대진단이었다.¹⁾ 즉, 현대사회에 있어서 지식이나 기술은 우리들의 행위의 확실성이나 안정성을 보장하기는 커녕 역으로 그것들을 위협하는 존재가 되고 있다. 그 결과 우리들은 개인생활에 있어서도, 기업활동이나 정치 참여에 있어서도 이제까지와는 전혀 다른 행동양식을 강요받기 시작하고 있다. 어떤 교통기관을 선택할 것인가라는 것에서부터 무엇을 먹으면 좋은가에 이르기까지 일상생활의 온갖 사소한 일에 걸쳐서 우리들은 거기에 잠재하는 리스크에 민감한 행동을 강요받게 된 것이다. 무엇이 리스크이고 무엇이 리스크가 아닌가를 둘러싼 결정은 말하자면 의회정치의 레벨에서 개개인의 나날의 생활로 강하됨과 동시에 확산되고, 그 의미에서 「정치적인 것」의 내실은 크게 변용하고 있다. 또한 이것과 병행하도록, 전문적 지식과 행정적 개입에 의해 교묘히 전체적 리스크관리를 행하여 온 복지국가도 그 근본적인 재편성을 요구받고 있다.

* 한국환경법학회 제82회 학술대회(한국외국어대학교)에서 발표된 논문입니다.

** 순천대학교 법학과 조교수

1) Ulrich Beck, Risikogesellschaft : Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp Verlag, 1986.

말하자면 우리들은 지식의 증대가 예측가능성과 사회 진보를 보증하였던 이전의 「근대」와는 다른, 「또 하나의 근대」에 돌입하고 있다.²⁾

원자력발전소사고나 삼림 파괴, 오존구멍이나 지구온난화, 식품오염, 약해, 광우병, 조류 인플루엔자(AI)와 같은 20세기 후반 이래 우리들이 직면하고 있는 새로운 리스크는 그 귀결의 규모나 심각성이 이미 예측불가능하다는 의미에서 이제까지와는 전혀 다른 종류의 리스크라고 말하지 않을 수 없다. 이러한 새로운 리스크는 인간의 지식이나 기술이 만들어낸 리스크 - 안소니 기덴스(A. Giddens)의 표현을 빌리면 「인간의 손으로 만들어낸 불확정성」(manufactured uncertainty)이며,³⁾ 거기에는 그것이 리스크인지 아닌지의 인지를 포함하여 재차 인간의 지식이나 기술에 의존하는 것과 같은 再歸적인 구조가 존재한다. 동시에 이 새로운 리스크에는 개인의 생활, 시장, 지역공동체를 넘어 지구전체를 삼켜 가는 글로벌한 성격이 있다는 것도 간과하여서는 안된다.

한편, 19세기 소극주의적 국가관이 지배하였던 시대에 있어서도 공중·사회질서에 대한 위협을 방지·제거하는 과제는 행정의 주요 임무이었으며, 또한 오늘날에도 경찰법의 영역은 여전히 행정법의 중심에 위치하고 또한 중요한 역할을 하고 있다. 다른 한편, 사회에 대한 負의 영향에 대처하고자 하는 점에서는 환경법도 경찰법과 마찬가지로, 환경의 종합적 관리를 시야에 넣은 오늘날의 환경법이 대상으로 하는 事象은 고전적인 경찰규제가 대상으로 하여 온 그것과는 성질을 달리하고 있다.

즉 고전적인 경찰법에서는 문제로 되는 개개의 행위·상태를 방치해 두면 공중·사회질서에 대한 위협이 발생할 개연성이 충분히 존재하는 경우에, 당해 행위·상태에 착안한 규제가 발동된다. 이것에 대하여 환경법에서는 개개의 행위·상태를 방치하는 것이 바로 환경·생태계의 악화로 이어지는 경우는 드물고 개개의 행위 등의 저격적인 규제에 그 주안이 있는 것은 아니다. 지구온난화문제에의 대응에서 볼 수 있는 바와 같이 환경법에서는 환경·생태계의 불가역적인 악화를 방지하기 위해 손해발생의 개연성이 顯在化하기 전에 종합적·포괄적으로 대책을 취할 것이 요구되고 있다. 현재화한 위협=위험이 아니라 잠재적인 레벨에 그치는 것을 포함하여 넓게 위험인자=리스크를 시야에 넣는 것이 환경법의 특색이라고 할 수 있을 것이다.⁴⁾

2) 中山龍一, 리스크社會における法と自己決定, 田中成明 編 「現代法の展望」, 有斐閣, 2004, 253-254 頁.

3) A. Giddens, *Beyond Left and Right*, Polity Press, 1994, p. 4.

4) 高橋滋, 環境リスクへの法的對應, 大塚直·北村喜善 編, 「環境法學の挑戰」, 日本評論社, 2002, 271-272頁. 요컨대 피해가 현재화하기 전에 종합적·포괄적 대책이 요구되는 환경리스크는 고전적 경찰법이 대상으로 하는 「위험」과 비교한 경우, ① 불확실성을 수반하는 예측이 필요로 되는 것, ② 다수의 오염원의 존재도 고려한 종합적 대책이 필요로 되는 것 등의 특징을 가진다.

그러나 온갖 활동이나 화학물질 등이 얼마간의 영향을 환경에 주지 않을 수 없다는 현실 앞에서는 환경리스크(Umweltrisiko, environmental risk)를 제로로 하는 것은 환상에 불과하다. 그래서 환경리스크를 적절히 관리·통제해 가는 것이 현실적인 과제가 된다.

이와 같이 환경리스크를 제로로 하는 것이 현실적인 選擇肢가 아니라면, 일정한 환경리스크를 수용하면서 그 속에서 의사 결정하는 것이 필요하다. 수용하게 되는 리스크레벨의 결정은 피해의 크기나 확률에 관해서뿐만 아니라 당해 활동이나 물질의 유용성의 평가, 리스크저감비용의 크기 등의 여러 가지의 정치적 혹은 경제적 요인과의 관계에서 행해지게 된다.⁵⁾

이하에서는 환경문제의 해결 내지 환경보호가 국가의 최우선과제의 하나로 인식됨에 따라 환경리스크의 관리·통제의 필요성이라는 문제의식에 기초하여 우선 위험과 구별되는 의미에서의 환경리스크의 개념에 대해서 살펴보고, 다음으로 그것에 대한 국가 내지 행정의 개입을 가능하게 하는 환경법의 기본원리로서의 사전배려원칙에 관해서 검토하기로 한다. 끝으로, 환경리스크의 관리·통제를 위한 수단에 관련하여 전통적인 규제적 수단의 유용성과 그 문제점 내지 한계를 지적하고 그것을 대체 내지 보완하는 주요 수단에 관해서 개관하기로 한다.

II. 環境리스크의 概念

1. 새로운 行政的 課題로서의 「리스크」

지구온난화문제로 대표되는 바와 같이, 오늘날의 환경문제는 그 원인이 되는 행위나 물질, 나아가서는 그것들이 환경이나 인간의 생명·건강 등에 미치는 영향을 현재의 과학적 지식으로써는 확실히 파악할 수 없고, 따라서 또한 적절한 대처도 할 수 없다는 점에 두드러진 특징을 가진다. 즉, 오늘날의 환경법을 둘러싼 상황으로서 무엇보다도 우선 기업 활동이나 개발행위에 수반하는 환경에의 영향을 전통적인 因果律에 기초하여 충분한 내용

5) 리스크레벨의 결정의 기준으로서 리스크를 제로로 할 것을 요구하는 제로리스크기준, 리스크를 무시할 수 있을 만큼 적은 것으로 하는데 만족하는 微少리스크기준, 합리적 리스크기준(리스크의 크기와 편익과의 비교형량에 의하는 것 혹은 리스크저감비용과 리스크저감에 의해 얻어지는 편익과의 비교형량에 의하는 것) 등이 있다. 구체적인 사례에서 이것들 중 어떤 기준을 채용할 것인가가 문제되는 바, 다만 사람의 생명이나 건강에 관련되는 경우에 애초 합리적 리스크기준이라는 것의 존재 자체가 도덕적으로 받아들이기 어려운 것이라는 비판이 항상 붙어 다닌다. 黒川折志, 環境行政の法理と手法, 成文堂, 2004, 71頁.

으로써 예측하는 것이 이전보다 더욱 더 곤란하게 되고 있는 것, 그리고 거기에는 不測의 사태에 의한 손해발생의 위험성, 즉 불확실성(Ungewißheit) 혹은 환경리스크라고 일컬어지는 것이 필연적으로 수반하는 것이 극히 특징적이기 때문이다. 따라서 이와 같은 의미에서의 리스크의 존재를 전제로 한 환경보전에의 대응 및 불확실한 상황 하에서의 의사결정이 문제로 되지 않을 수 없다.⁶⁾ 게다가 이와 같은 의미에서의 환경리스크가 무릇 어떠한 내용 및 정도의 위험성을 가지고, 혹은 그것이 어느 정도의 환경오염이나 파괴를 초래하고, 그것에 의해 생명·건강 등에 어떠한 영향이나 피해를 초래하는 것인가를 예측하여 그것을 어떻게 定式化하는가 라는 문제는 원래는 자연과학적 과제라고도 말할 수 있지만, 그와 같은 자연과학적 지식에 기초하여 어떠한 규제를 실시할 것인가라는 가치판단레벨에 관련된 결정은 정책적인 과제인 것이 문제를 더욱 복잡하게 한다.⁷⁾ 다만, 적어도 비교적 절박한 위험을 대상으로 하여 그 제거를 목적으로 하여 왔던 고전적인 규제적 수단이 그것에의 대응에 충분하지 않은 것만은 명확하다.

따라서 오늘날의 환경법이 환경리스크에 적절히 대처하기 위해서는 무엇보다도 우선 리스크개념을 어떠한 것으로서 이해하고, 그것을 법적으로, 특히 위험개념과의 관련에서 어떻게 구성할 것인가, 그리고 리스크관리수법으로서의 환경법을 어떻게 구축할 것인가 라는 것에 관심을 향하지 않으면 안 된다.

2. 「危險」에서 「리스크」로

행정법에 있어서 핵심적 개념의 하나라고 할 수 있는 「위험」(Gefahr) 개념은 일반적으로 “사태가 방해됨이 없이 추이한 경우에 어떤 손해에 이를 상태”, 즉 “사태가 방해됨이 없이 추이한 경우에 충분한 개연성(Wahrscheinlichkeit)으로써 공공의 안전 혹은 경찰법 및 규제법상 보호된 법적 가치를 손상하기에 이를 상태 혹은 행동”으로 정의되고 있다.⁸⁾

이와 같은 의미에서의 위험 개념은 고전적인 경찰법에 그 기원을 가지지만, 그것은 공공의 안전과 질서의 유지라는 행정의 소극목적에 기초하는 규제, 즉 「위험의 방지」(Gefahrenabwehr)를 내용으로 하는 규제에 있어서의 징표이었으며 따라서 경찰법은 「위험 방지의 법」이라고 이해되고 있다.

6) Vgl. E. Reh binder, Prinzipien des Umweltrechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: das Vorsorgeprinzip als Beispiel, in: E. Franßen/K. Redeker/O. Schlichter/D. Wilke (Hrsg.), Bürger-Richter-Staat, FS für H. Sendler, 1991, S. 269 ff. (272 ff.).

7) 植田和宏・落合仁司・北島佳房・寺西俊一, 環境經濟學, 有斐閣, 1991, 224頁.

8) Vgl. z. B. BVerwGE 28, 310 (315); 45, 51 (57); 62, 36 (38 f.).

이 점은 규제적 수법을 중심으로 하는 오늘날의 환경법에 있어서도 기본적으로는 다르지 않다.⁹⁾ 오히려 여기에서 문제가 되는 것은 거기에서 대상으로 되어 있는 환경오염 등의 현상이 전통적인 경찰법으로 해결할 수 없는 복잡한 내용을 가지게 되었기 때문에, 혹은 또한 경찰법이 원래 상정하고 있었던 위험 개념 그 자체가 과학기술의 발전 등에 수반하여 변질한 것에 의해 경찰법의 구조 그것 자체가 이론적·현실적으로 여러 가지의 한계에 직면하고 있는 점에 있다.

가령 지구온난화문제를 예로 들면 이산화탄소 등의 온실효과가스가 환경이나 생태계 등에 주는 영향이 우려되고 있지만, 어느 정도의 온실효과가스에 의해 어떠한 영향이 발생하는가에 관해서는 적어도 현재의 과학적 지식에 의해서는 그 메커니즘에 관하여 불확실한 예측밖에 할 수 없다. 그러나 이와 같은 불확실한 상황에서도 그것을 제어하기 위한 정책적 결단은 불가피하다. 여기에서는 위험의 유무 그 자체를 경험칙에 의해서는 판단할 수 없으며, 더구나 여러 가지의 요인이 복잡하게 서로 얽힌다는 요소도 환경이나 생태계에의 영향의 메커니즘이나 프로세스를 더 한층 불투명한 것으로 하고 있다. 그 최대의 요인이 바로 「리스크」(Risiko)의 존재인 것이다.¹⁰⁾

한편, 최근 독일에서는 환경법을 필두로 하는 새로운 법영역에서 종래부터의 「위험의 방지」와 더불어 「위험 사전배려」¹¹⁾(Gefahrenvorsorge) 혹은 「리스크 사전배려」¹²⁾(Risik-

9) 오늘날 환경법령에서는 「유해한 환경영향」(schädliche Umwelteinwirkung)이라는 표현을 사용하고 있는 경우가 있지만 그것이 기본적으로는 고전적인 경찰법상의 위험개념에 의거하고 있는 것을 지적하는 것으로서는, vgl. F. Ossenbühl, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, S. 161 ff.; W. Hoffmann-Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, AöR 115 (1990), S. 400 ff.; U. Di Fabio, Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung: Ist der Umgang mit Risiken rechtlich operationalisierbar?, NuR 1991, S. 353 ff.; R. Wahl, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte: Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, S. 409 ff.

10) 환경리스크의 특징으로서는 ① 리스크의 산정에 수반하는 不確實性이 큰 것, ② 리스크가 발현한 경우에 피해는 不可逆인 것(생명·건강, 생태계 등), ③ 리스크에 의한 이익과 손해간에는 非對稱性이 있는 것(사업자와 주변주민 등), ④ 리스크대책·관리에 있어서는 사회적 판단은 불가결한 것 등이 지적되고 있다. 高橋滋, 環境リスクと規制, 森島昭夫·人塚直·北村喜宜 編, JURIST 増刊, 「環境問題の行方」, 有斐閣, 1995, 177頁.

11) Vgl. §6 Verordnung über die innerstaatliche und grenzüberschreitende Beförderung gefährlicher Güter und Straßen (Gefährgutverordnung Straße GGVS), vom 22. 7. 1985, BGBl. I S. 1550, i. d. F. d. Bek. vom 22. 12. 1998, BGBl. I S. 3993, zuletzt geändert durch Verordnung vom 23. 6. 1999, BGBl. I S. 1436.

12) Vgl. §6 Abs. 2 GenTG.

ovorsorge)라는 개념을 사용함으로써 위와 같은 리스크에 대처하려고 하는 경향을 볼 수 있다. 특히 환경법의 영역에서는 종래의 「위험의 방지」와는 본질적으로 異質(aliud)인 것을 전제로 그것들을 「위험에 좌우되지 않는 사전배려」(gefahrenunabhängige Vorsorge)라고 특징짓기도 한다.¹³⁾ 그것에 의하면, 거기에서는 엄밀하게는 위험의 레벨을 넘지 않는 리스크에의 사전 배려, 환언하면 이른바 「위험 한계」(Gefahrenschwelle) 혹은 「유해성 한계」(Schädlichkeitsschwelle)를 하회하는 부분에서의 여러 가지의 환경에의 영향이 문제로 되고 있으며, 따라서 절박한 것은 아니지만 장래적으로 유해한 영향을 초래할 수 있는 행위, 그것 자체에 의해서가 아니라 많은 요소의 결합에 의해 법익침해를 발생시킬 우려가 있는 행위, 나아가서는 손해발생의 개연성은 극히 작지만 전혀 있을 수 없다고는 말할 수 없는 것에 관하여 잠재적 위험을 최소한으로 억제하려고 하는 개념으로서 그것들이 사용되고 있다.

이와 같은 최근의 입법경향은 지구온난화 혹은 화학물질 등에 의한 새로운 유형의 환경문제의 출현과 함께 점점 더 현저히 되고 있는 바, 여기에서 문제는 이것들의 전제가 되어 있는 「리스크」라는 말이 법개념으로서 어떠한 의미를 가지는가에 있다.

3. 法概念으로서의 리스크의 概念的 徵表

전술한 바와 같이 경찰법상의 위험 개념은 “사태가 방해됨이 없이 추이한 경우에 어떤 손해에 이를 상태”를 의미한다. 따라서 위험 개념은 기본적으로 손해의 정도와 손해발생의 개연성을 그 요소로 하며, 인간의 경험칙에 의해서 양자를 인식할 수 있다는 기초 위에 있다.

한편, 리스크란 “위험한계 하의 (또는 위험에 좌우되지 않는) 잠재적 위험”을 말한다.¹⁴⁾ 즉, 이것은 특히 자연과학적 인식결여로 인하여 위험이 존재하는지 여부에 대하여 불확실성이 존재하지만, 즉 손해의 정도 및 손해발생의 개연성이라는 요소 모두에 대하여 또는

13) R. Breuer, Strukturen und Tendenzen des Umweltschutzrechts, Der Staat 1981, S. 393 ff. (412 f.); BVerfGE 72, 300 (Leitsatz 4).

14) 용어의 개념정의

- 상위개념으로서의 潛在的 危險(Gefährdungspotential) : 각각의 단계의 위험과 리스크
- 위험(Gefahr) : 일반적인 안전법에 따라 방지되어야만 하는 위험단계(안전법적 의미에 있어서의 위험)
- 잔존리스크(Restrisiko) : 모든 (위험방지 및 사전배려)가능성을 다한 후에 남아 있는 받아들여야만 하는 잠재적 위험

어느 하나의 값을 알 수는 없지만 여전히 위험의 의심이 있는 경우를 말한다. 이와 관련하여 1998년 공표된 독일의 환경법전 위원회초안(UGB-KomE)에서는 「위험」 개념과 더불어 「리스크」 개념에 관하여 정의하고 있는 것은 주목할 만하다. 그것에 의하면 「리스크」란 “본법전의 보호법익에 사소한 것에 불과한 것은 아닌 유해한 영향이 발생할, 경험상 있을 수 없지는 않은 가능성”¹⁵⁾(die Möglichkeit des Eintritts einer nicht nur geringfügigen nachteiligen Einwirkung auf ein Schutzgut dieses Gesetzbuches, soweit sie nicht praktisch ausgeschlossen erscheint)이라고 하여 「리스크」 개념이 「위험」 개념과는 명확히 다른 것으로서 정식화되어 있다.¹⁶⁾

1) 危險限界하의 潛在的 危險

리스크는 위험한계를 하회하는 잠재적 위험을 의미하며, 바로 이러한 리스크는 사전배려의 주요한 대상이 된다. 다만, 리스크로서 사전배려의 대상이 되기 위해서는 잠재적 위험이 위험한계 하에 있기는 하지만 이른바 사전배려한계(Vorsorgeschwelle)를 상회하는 것이지 않으면 안 된다. 즉 그러한 잠재적 위험이 수인하여야만 하는 잔존리스크가 아니어야 한다.¹⁷⁾

2) 危險의 疑心

위험판단을 위한 요소들(손해의 정도, 손해발생의 개연성) 중의 하나가 인식되지 않은 것이라면, 이것은 필연적으로 산물도 인식되지 않은 값을 가지고 있다는 것, 즉 위험한계라도 도달되었는지 아닌지의 여부가 결정될 수 없다는 결과를 가져온다. 이 경우에는 「의심스러운 때는 안전에 유리하게」(in dubio pro securitate) 위험의 증거가 포기된다.

15) §2 Abs. 5 UGB-KomE.

16) 따라서 이 개념규정에 의하면, 위험을 하회하는 곳에서의 환경에의 영향도 본초안의 규제대상에 포함되기 때문에, 국가는 기본적으로는 환경에의 유해한 영향이 발생할 개연성이 존재한다고 까지는 말할 수 없지만 경험상 간과할 수 없는 가능성이 존재한다는 의미에서의 위험성, 혹은 의심되는 환경피해나 파괴가 위험이라고 말할 수 있을 정도의 중대한 것은 아니지만 사전배려의 견지에서는 결코 무시할 수 없는 잠재적 위험에 대해서도 어떤 예방적 조치를 강구하여야만 하는 것이 된다.

17) 리스크와 잔존리스크간의 한계는 행정청의 개입가능성의 최후의 절대적 한계를 의미하며, 이 한계를 넘으면 잠재적 위험의 방지를 위한 기본권침해는 더 이상 문제되지 아니한다. 한편 독일 연방헌법재판소는 1978년 8월 8일의 이른바 칼카르(Kalkar)결정에서 리스크와 잔존리스크의 경계확정을 위해서 실천이성의 기준을 원용하였다. BVerfGE 49. 143.

이러한 경우는 바로 위험의 의심(Gefahrenverdacht)의 경우로 간주된다. 위험의 의심의 본질은 사실관계의 파악을 위한 관찰결과가 거의 명백하지 않다는 것, 요컨대 사실관계에 관하여 그 자체 인지된 불확실성이 존재한다는 것이다.

그러나 또한 외적 사실관계는 확실하지만 -확인되었거나 우려되었던- 손해에의 인과관계가 불확실한 경우들도 위험의 의심으로 분류될 수 있다. 왜냐하면 양자의 경우에 있어서 불확실성은 물리적인 소여(Gegebenheiten)에 해당하기 때문이다.

어쨌든, 이와 같이 위험의 의심이 존재하는 경우 행정청은 그의 관찰결과가 적어도 두 가지의 가능성에 개방되어 있다는 것을 인식하고 있으며, 그 경우에 있을 수 있는 사실관계의 변형들 중의 하나는 위험을 의미하고 다른 하나는 위험을 의미하지 아니한다. 이러한 경우에 행정청의 조치는 해명에 이바지하는 조치에 제한되지 않으면 안 된다(협회의·고유한 의미에 있어서의 위험조사개입[Gefahrerforschungseingriff]).¹⁸⁾

4. 危險·리스크·殘存리스크 概念區別의 法的 意義

잠재적 위험의 정도에 따른 3단계구분, 즉 위험, 리스크 및 잔존리스크로 개념을 구분하는 것은 다음과 같은 법적 의의를 가진다.¹⁹⁾ 즉, 위험의 단계에서는 그 방지가 카테고리적으로 요구될 뿐만 아니라 위험에 처하게 되는 제3자의 이익이 공익에 해소됨이 없이 개인의 권리로서도 보호된다. 이것에 대하여 단순한 리스크의 단계이라면, 그 저감은 법적 목표로 되어 국가에 의한 규율의 대상이 되기는 하지만 제3자의 권리보호를 위해서는 도움이 되지 아니한다. 또한 그것은 기술적인 실현가능성과 비용·편익의 비례성이라는 유보조건하에 두어지게 된다. 게다가 잔존리스크의 단계에서는 “불가피하고 사회적으로 상당한” 것으로 간주되어 그 수인이 법적으로 의무지워지게 된다.

18) H.-J. Gerhardt, Anscheinsgefahr, Gefahrenverdacht und Putativgefahr im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1987, S. 525; V. Götz, NVwZ 1984, S. 214.

19) R. Breuer, Anlagensicherheit und Störfälle - Vergleichende Risikobewertung im Atom- und Immissionsschutzrecht, NVwZ 1990, S. 211 (213). 다만, 이와 같은 개념의 구별에 대해서는 U. Di Fabio 교수는 리스크개념에서가 아니라 마땅히 전통적인 경찰법의 위험개념으로부터 검토를 시작하여야 한다고 비판적인 견해를 보이고 있다. Vgl. U. Di Fabio, Gefahr, Vorsorge, Risiko : Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluß des Vorsorgeprinzips, Jura 1996, S. 567.

Ⅲ. 法原理로서의 事前配慮原則

1. 事前配慮原則의 意義

1) 事前配慮原則의 概念

사전배려(Vorsorge)라는 개념은 아직 그 의미가 명확히 설정되어 있는 것은 아니지만 “현재의 무엇을 포기함으로써 장래를 위한 준비(Vorrat)를 형성하는 것” 또는 “리스크와 상관관계에 있는 일정한 기회를 단념함으로써 안전에의 준비를 형성하는 것”²⁰⁾ 등을 의미하는 바, 따라서 그것은 장래에 향하여진 것만은 명확하다. 법학용어에 있어서 사전배려 개념은 생존배려(Daseinsvorsorge) 및 성장배려(Wachstumsvorsorge)의 예에서 채용되었다. 요컨대 통일적이고 명확히 윤곽이 부여된 사전배려라는 법적 개념은 아직 없지만, 환경법에 있어서 사전배려란 우선 인간과 환경의 위태화(Gefährdung)를 회피하기 위한 제3자에 의한 침해로부터의 국가적 보호를 의미한다고 할 수 있을 것이다.

사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip)이란 미래예측적이고 형성적인 계획적 조치들을 통하여 모든 사회적·국가적 행위주체들이 환경보호적으로 행동하고 이들이 결정을 내림에 있어서 가능한 한 환경영향을 고려하도록 함으로써 생태계의 기초를 보호해야 한다는 원칙을 말하며,²¹⁾ 동 원칙은 무엇보다도 예방적 환경보호를 가능하게 한다는 점에서 환경보호에 있어서 제1차적이고도 근본적인 원칙이라고 할 수 있다. 즉, 환경보호를 위해서는 단지 발생할 우려가 있는 위험을 방지하고 이미 발생한 피해를 제거하는 것만으로는 부족하며 이것을 넘어서 자연적 기반을 보호하고 또 환경보호적인 방법으로 사용할 것이 요구되는 바, 사전배려의 원칙은 이러한 요청에 부응한 것이라 할 수 있다.

이러한 의미에서 사전배려의 원칙은 무엇보다도 안전확보의 관점에서 위험 내지 리스크에 대비한 사전배려(Risiko- bzw. Gefahrenvorsorge)를 요구하는 원칙인 동시에 자원관리의 관점에서 자원의 관리·보전을 위한 사전배려(Ressourcenvorsorge)를 요구하는 원칙으로

20) Ch. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 176.

21) R. Breuer, Umweltschutzrecht, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, S. 440; 홍준형, 『환경법』, 博英社, 2001, 102-103면; 韓貴鉉, 『獨逸環境法論』, 한국법제연구원, 2002, 39면.

한편, 사전배려원칙의 적용영역은 당초의 환경법의 틀을 넘어 유전자조작작물이나 광우병규제 등의 식품위생, HIV나 간염예방의 우려가 있는 血液製劑의 규제 등 의사법의 영역에도 확대되어 확실히 사전배려의 원칙은 과학기술이 초래하는 부의 효과에 대응하기 위해 법이 오늘날 호소할 수 있는 중요한 수단이 되고 있다.

이해되고 있다. 이 점에서 위험방지의 원칙(보호원칙)은 사전배려원칙의 작용방향들 중의 하나에 지나지 않으며, 사전배려의 원칙은 「위험에 좌우되지 않는 사전배려」 및 선견적·형성적인 계획적 조치들을 포함하고 있다.

한편, 우리의 현행 환경관계법에 있어서 사전배려의 원칙은 환경정책기본법 제1조(목적), 동법 제2조(환경의 질적인 향상과 보전 및 환경이용에 있어서 환경보전의 우선적 고려), 동법 제4조(국가 및 지방자치단체의 환경보전계획의 수립·시행의무), 동법 제7조의2(오염의 사전예방), 동법 제11조 제3호(새로운 과학기술의 사용으로 인한 환경위해의 예방) 및 통합영향평가법에 있어서의 환경영향평가제도에 관한 규정 등에서 구체화되어 있으며, 또한 환경과 개발에 관한 리우선언 역시 원칙 15에서 동 원칙을 국제환경법상의 기본원리의 하나로 천명하고 있다.²²⁾

2) 危險防止原則과의 關係

위험방지의 원칙(Gefahrenabwehrprinzip) 또는 보호의 원칙(Schutzprinzip)은 우선 협의의 의미에서 위험의 방지 즉 신체·건강 및 생명과 환경을 위한 위험의 방지에 지향되어 있지만, 또한 토양·대기 또는 물을 오염시키는 유해물질에 의한 인간이나 동·식물의 중대한 침해의 방지에도 지향되어 있다. 이와 같이 환경법의 영역에 있어서도 안전법(Sicherheitsrecht)의 의미에 있어서의 공공의 안전과 질서를 위해서 또는 특별법적으로 구체화된 보호법익을 위해서 위험이 물론 방지되지 않으면 안 된다.

위험방지의 원칙과 사전배려의 원칙은 양자 모두 구체적인 조치의 질과 범위에 관계가 있지만, 사전배려의 원칙은 위험한계하의 예방이라는 견지에서 권리보호의 형성 및 국가적 보호의무의 효력범위(Tragweite)에 관하여 위험방지의 원칙과 구별될 수 있다.²³⁾

22) 한편 독일기본법 제20a조는 “국가는 장래세대에 대한 책임을 다하기 위해서도 헌법적합적 질서의 범위 내에서 입법을 통해서 또는 법률 및 법의 규준에 따른 집행권 및 재판을 통해서 자연적 생활기반 및 동물을 보호한다”라고 규정하고 있다. 독일기본법의 이 규정은 1994년 10월 24일의 제42회 기본법개정에 의해 신설되었으며, 그 후 2002년 7월 26일의 제50회 기본법개정에 의해 「동물보호」라는 문언이 삽입되어 현재에 이르고 있다. 위의 문언에서도 명확한 바와 같이 기본법 제20a조에는 「위험」도 「위험방지」도 「사전배려」도 또한 「리스크」라는 표현이 사용되어 있지 않다. 그럼에도 불구하고 이 규정 속에 사전배려의 원칙이 구체화되어 있다고 해석하는 것이 통설인 바, 그것은 이 규정이 “자연적 생활기반 및 동물을 보호한다”라는 문언을 “장래세대에 대한 책임을 다하기 위해서도”라는 문언과 결부시켜서 定式化하고 있기 때문이다. Vgl. M. Kloepfer, Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG, DVBl. 1996, S. 76 f.; H.D. Jarass/B. Pieroth, GG-Kommentar, 7. Aufl., 2004, S. 581 f.

23) 과연 사전배려의 원칙은 그것이 손해의 예방(Schadensprävention)을 앞쪽으로 옮긴 한에서는 위험방지를 포함하고 있지만, 입법자도 또한 양 의무를 명백히 구별하고 있다. 예컨대, 독일 환경

요컨대, 사전배려의 원칙과 위험방지의 원칙의 구별은 다음과 같은 두 가지의 이유에서 중요한 의의를 가진다.

첫째, 위험방지는 구체적인 기본권의 지위(Grundrechtspositionen)에 관하여 언제나 국가의 보호의무와 직접적인 관계가 있다. 즉, 특히 예를 들면 사업자의 경제적 이익과 신체의 불가침성에 대한 이웃주민의 이익간의 형량은 원칙적으로 불가능하다는 것이다. 오히려 위험방지원칙의 적용영역에 있어서 희생자의 이익(Opferinteressen)은 소송을 제기할 수 있는지의 여부에 관하여 절대적 우위를 향수한다. 국가적 보호의무가 어떻게 형성되어야 하고 또한 국가는 어떠한 범위에서 보호할 의무를 지는가 하는 것은 위험의 절박여부, 그 종류와 정도 및 보호되고 있는 법적 지위의 (헌법상의) 상태에 좌우된다. 그러나 이렇게 한계지워진 형량의 여지(Abwägungsspielraum)가 효과적인 기본권보호의 침해를 가져와서는 안된다. 각각의 시설경영자의 관점에서 그것은 위험방지의 영역에 있어서 기존시설(Altanlagen)의 투자보호가 사전배려의 영역에 있어서보다 덜 강하게 나타난다는 결과를 가져온다.²⁴⁾

둘째, 양 원칙 간의 경계획정은 개개 시민의 소송상의 권리보호에 있어서 결정적인 의의를 가진다. 즉 위험방지의 구체적인 기본권 관련(Grundrechtsbezug)으로부터 국가의 실질적 방지의무가 발생할 뿐만 아니라, -위험한계 하에서와는 달리- 이러한 의무의 개인의 실현의 가능성이 존재한다. 요컨대, 적어도 개인의 이익의 보호에도 이바지하는 법규정은 제3자보호적 규범이며, 이러한 규범의 침해에 대해서는 당사자에게 원고적격(Klagebefugnis)이 인정된다. 이것에 대해서 통설에 의하면 사전배려규정에는 일반적으로 제3자보호적 성격이 당연히 주어지는 것은 아니라고 한다.²⁵⁾

위험방지의 원칙과 사전배려의 원칙 간에는 이와 같은 중요한 차이가 있음에도 불구하고 위험방지의 원칙이 사전배려의 원칙을 통해서 보충될 수 있는지 그리고 -각각의 조치의 수법자의 기본권의 견지에서- 보충되어야만 하는지의 문제가 특히 중요하다. 요컨대

법상의 유전자공학법(GenTG)에 의하면, 동법 제1조에서 말하는 법익은 동법 제6조 제2항에 따라 「있을 수 있는 위험으로부터 보호하는 것」이며 또한 「그러한 위험의 발생을 예방하는 것」이다. 또한 연방이미시온방지법도 제1조 및 제5조 제1항 제1호와 제2호에서 비교할 수 있는 개념을 포함하고 있다.

24) E. Rehbinder, a.a.O., S. 272.

25) 가령 독일 연방이미시온방지법 제5조 제1항 제1호·제2호에 관하여 학설은 제1호의 위험방지의 무에는 제3자 보호효과를 인정하는 반면에, 제2호의 사전배려의 무에는 제3자 보호효과를 인정하지 않고 있다. 또한 판례에서도 1982년 1월 18일의 연방행정법원판결(BVerwGE 65, 313 (320)) 이래 사전배려원칙의 제3자 보호효과가 부정되고 있다(OVG Lüneburg vom 28. 2. 1985, NVwZ 1985, S. 357 (359); OVG Lüneburg vom 6. 3. 1985, NVwZ 1985, S. 506 (507)).

안전법상의 위험개념은 원칙적으로 위협적인 손해와 그 개연성의 정도 모두 경험과학을 기초로 하여 어느 정도는 확실히 평가될 수 있다는 것에 기초를 두고 있기 때문에, 사전배려의 원칙에 의한 위험방지원칙의 보충은 불가피한 것으로 생각된다. 따라서 위험방지의 원칙은 적어도 사전배려원칙의 작용방향들 중의 하나에 지나지 않다고 할 것이며, 위험방지의 원칙을 환경법의 독자적인 원칙으로 언급하지 않는 것이 정당화된다.²⁶⁾

2. 事前配慮原則의 內容

환경법상 사전배려의 원칙은 위협의 방지는 물론 리스크에 대한 사전배려를 그 내용으로 한다는 점에서 리스크는 동 원칙의 주요한 대상이 된다.

요컨대, 리스크란 위험한게 하의 또는 위협에 좌우되지 않는 잠재적 위험을 의미하는 바, 이것에 대해서는 우선 직권조사의 원칙(Grundsatz der Amtermittlung)에 기인하는 위험조사개입(Gefahrerforschungseingriff)이 안전법의 준칙에 따라 정당화될 것이다. 위험조사개입이라는 것은 기본권에 관련된 조치가 위협이 존재하는지 아닌지의 문제의 해명에 적절하고 필요한 한(예컨대 건본의 채취를 위한 토지에의 출입) 기본권에 관련된 조치도 역시 정당화된다는 것을 의미하지만, 그러나 이것으로 (단순한) 위협의 의심 그 자체가 안전법상의 의미에 있어서의 위협을 의미하지 않는다는 것이 변하는 것은 아니다.²⁷⁾

그러나 일반적인 안전법의 예외적 경우인 해명불가능성이 환경법에 있어서는 통레이자 사전배려개입(Vorsorgeeingriff)을 위한 충분한 근거로서 받아들여진다.²⁸⁾ 따라서 위협이 실제로 존재하는지의 여부가 확정될 때까지 지체될 수 없기 때문에 증명할 수 있는 위협 없이도 개입이 허용되어야 하는 한, 사실 위협의 의심이 있는 사건의 증지에 이바지하는 예외적인 조치가 허용된다.

이러한 예외적인 조치는, 한편에서는 인식의 불확실성으로 인하여 객관적인 발생의 개연성이 결과에 이르지 않을 것이라는 것, 즉 위협이 존재하지 않는다는 것에 근거 두어질

26) 韓貴鉉, 『獨逸環境法論』, 42-44면. 또한 현재의 환경상태의 질의 악화금지를 내용으로 하는 존속보장의 원칙(Bestandsschutzprinzip) 역시 계획적·형성적 조치들을 통하여 가능한 한 환경부하를 사전에 예방함으로써 환경의 질의 개선을 목적으로 하는 사전배려원칙의 시스템변형의 하나로 볼 수 있을 것이며, 이러한 점에서 사전배려의 원칙에는 존속보장의 원칙이 당연히 내재해 있다고 할 것이다.

27) V. Götz, NVwZ 1987, S. 861; Ch. Illig, Das Vorsorgeprinzip im Abfallrecht, 1992, S. 49; W. Leisner, Umweltschutz durch Eigentümer, 1987, S. 143; U. Rid/W. Hamman, Grenzen der Gefahrenabwehr im Umweltrecht, UPR 1990, S. 282.

28) Vgl. Ch. Illig, a.a.O., S. 43.

수 없다는 것과, 다른 한편에서는 개별적인 경우에 있어서도 받아들일 수 없는 손해가 위협한다는 것, 요컨대 위험예측(Gefahrenprognose)을 위한 충분한 인식이 존재할 때까지 지체될 수 없다는 것으로부터 정당화된다. 요컨대, 위험의 의심이 있는 리스크에 대해서는 원칙적으로 위험조사개입이 인정되지만, 일정한 경우에는 예외적 조치로서의 사전배려개입이 허용되는 것이다.

이와 같이 현재의 인식상태에 따라 위험이 일정한 행위방법에 근거를 두고 있는지의 여부가 결정될 수 없는 경우에는 리스크가 존재할 뿐인 바, 있을 수 있는 위협적인 손해의 정도가 대단히 큰 결과 그러한 손해가 받아들여질 수 없는 경우에는 적합하고 필요한 조치로 이러한 리스크에 대처할 수 있다. 그러나 사전배려조치의 수범자는 어떠한 경우에도 非責任者(Nichtstörer)이며 그 자체 보상되지 않으면 안 된다. 즉, 인간의 인식능력의 불확실성 내지 일반적인 한정성의 있을 수 있는 결과로부터 공중을 보호하기 위해서 개개인이 원인자로서 책임을 질 수는 없기 때문에, 사전배려조치의 수범자는 어떠한 경우에도 비책임자이며 그 자체 보상되지 않으면 안되는 것이다. 이러한 보상의무는 헌법적으로 요청될 뿐만 아니라, 이것을 넘어서 국가에 조사압박(Forschungsdruck)을 가함은 물론, 국가의 국고적 영향에 의해서 되는 대로(ins Blaue hinein) 사전배려를 시도하는 것을 저지할 것이다. 한편 사전배려조치에 의한 침해는 그것이 비례적인 경우, 즉 공공복리의 보호에 명백하고 절대적으로 필요한 경우에만 손실보상 없는 사회적 구속의 범위 내에 있다.²⁹⁾ 사전배려영역에 있어서 공공의 손은 바로 이것을 충분히 근거지울 수 없으며, 그 결과 사전배려는 손실보상의무를 야기한다.

한편, 위험의 존재에 대한 (실질적) 입증책임은 위험을 방지하는 국가에 있으며, (위험개념의 의미에 있어서) 손해발생의 충분한 개연성이 확정될 수 없다면 단지 리스크 또는 잔존리스크가 존재할 수 있을 뿐이다. 이러한 입증책임이 사인에게 전가될 수는 없지만, 위험조사에 대한 협력의무(Mitwirkungspflichten)는 위험조사개입의 원칙에 따라 허용되며, 또한 적어도 법정책적으로 모든 리스크 문제성(Risikoproblematik)과 이것에 결부된 (조사)비용을 국가 즉 공중에게 전가하는 것을 방지하기 위해서도 불가피하다. 또한 직권조사에 있어서 관계인의 협력의무에 상응하여 잠정적 요구가 허용될 수 있을 것이지만, 이러한 잠정적 요구는 의심상태에 있어서 국한되고 어떠한 경우에도 조망할 수 있는 시간적 범위 내에 있어서만 고려될 수 있다.³⁰⁾

29) Vgl. G. Krohn/G. Löwisch., Eigentumsгарantie, Enteignung, Entschädigung, 3. Aufl., 1984, Rn. 64.

30) H.-G. König, Der vorläufige Verwaltungsakt, BayVBl. 1989, S. 34.

3. 事前配慮原則의 限界

사전배려조치가 기본권침해를 가져오는 한, 환경에 관련된 시설사업자의 소유권, 직업의 자유, 그리고 일반적인 행동의 자유가 문제되는 바, 사인은 원칙적으로 환경부하적인 활동에 있어서도 이러한 기본권을 주장할 수 있다. 그러나 환경보호조치는 적어도 직업종사의 규율을 원칙적으로 행할 공공복리의 이성적 고려에 기인하며, 또한 환경이라는 법익은 많은 경우에 게다가 전형적인 경우에 형량에 있어서 개개인의 소유권보다도 우선되지 않으면 안될 것이다. 결국 이러한 점에서 일반적인 행동의 자유는 헌법적 질서 즉 모든 합헌적 법규에 의해서 제한된다.

이것에 대하여 환경보호의 일반적인 우위 또는 개개인의 기본권의 일반적 우위는 근거 지워질 수 없으며, 또한 환경보호에 관한 제3자의 기본권도 생태적 최저생활의 유지가 문제인 한에서만 내재적 한계로서 작용할 수 있다.

한편, 제한된 기본권의 의의에 비추어 인정된 비례적인³¹⁾ 기본권침해는 그것이 기본권의 한계에 부가될 수 있는 경우에만 적합하다.

사전배려에 의한 동태적·계속적 적합의무의 부과는 특히 기존허가시설의 존속보호와 관련하여 문제되는 바, 이 양자의 대립은 궁극적으로는 자유로운 영업활동 및 그것에 의해서 형성된 기존의 재산상태의 보호와, 오늘날 국가적 우선과제로서 위치 지워진 환경보호의 요청 특히 위험방지를 초월한 새로운 환경리스크에 대한 사전배려의 요청과의 법적 관계부여에 관한 문제라고 할 것이다. 오늘날 광역적 환경오염의 극복과 양호한 환경질의 형성을 위하여 사업자에게 요구되는 동태적·계속적 의무로서의 사전배려의무는 원칙적으로 소유권의 사회적 구속 내지 제약의 범위 내에 있다고 할 것이다. 사전배려조치에 따른 기존허가시설의 존속보호는 특히 적정한 경과기간의 보장에 의해서 보호되며, 또한 구체적인 사전배려의무의 요구정도는 비례원칙에 의해서 한계 지워지는 것이다.

IV. 環境리스크의 統制를 위한 法的 手段

1. 序

지구온난화, 폐기물, 화학물질 등에 관련된 새로운 유형의 환경문제의 출현과 거기에서

31) BVerfGE 61, 134; 65, 44.

의 「리스크」에 대한 인식은 그것을 규제적 수단인 중심적 개념으로 되어 왔던 「위험」과의 관계에서 어떻게 이해하고 법개념으로서 이론적으로 어떻게 확립해 갈 것인가 하는 것이 환경법의 긴급하고도 중요한 과제가 되고 있다. 즉, 환경리스크 개념의 이와 같은 정식화를 전제로 하여 다음의 과제는 이와 같은 의미에서의 리스크를 제어하고 관리하는 수단으로서의 환경법을 어떻게 구축할 것인가, 즉 전통적인 경찰법 혹은 규제법을 대체할 수 있거나 혹은 그것을 보완하는 법적 구조를 어떻게 구축하여 「사전배려」의 영역에 있어서 실효적인 환경보전을 실현할 것인가에 있다.

한편, 환경보전을 위한 새로운 수단으로서 최근 주목되고 있는 것에는 환경부과금과 같이 경제적 수단으로서 분류되는 배출권거래 등도 있고, 또한 기업과 행정간에 체결되는 협정적 수단, 게다가 환경감사 등의 기업의 자주적 대응으로서 논해지는 수단 등도 존재하지만, 그것들은 법적으로는 어느 것이나 규제적 수단의 실효성이 상실되고 있다는 전제적 상황 하에서 그것을 보완하기 위해 등장하였다고 할 수 있다. 따라서 이하에서는 우선 환경리스크의 제어 내지 규제에 있어서 전통적인 규제적 수단의 한계를 검토한 다음 전형적인 예방적 환경보호수단이라 할 수 있는 환경계획과 환경영향평가제도, 그리고 특히 리스크의 제어 내지 관리를 위한 경제적 수단으로서의 배출권거래제도 및 자용환경관리제도에 관하여 개괄적으로 살펴보기로 한다.

2. 規制的 手段의 問題點 및 限界

환경보전을 위한 수단으로서의 종래부터 「규제적 수단」이 주로 이용되어 오고 있고 우리나라의 환경관련입법도 그 대부분은 이 시스템에 의거하고 있다. 그리고 오염원인물질마다 배출기준 등을 설정하는 것에 의해 그 달성을 법적으로 의무지우고 그 준수를 벌칙이나 대집행 등의 강제적인 제재로서 권력적으로 요구한다는 이 수단은 확실히 그것에 의해 어느 정도 환경보전에 공헌할 수 있고, 실제로도 격심한 공해나 환경오염에 상당한 효과를 발휘하여 왔다고 할 수 있다. 그렇지만 이 규제적 수단에는 적어도 두 가지의 측면에서 문제점이 지적되고 있다.

우선 이 규제적 수단에 의하면, 배출기준 등의 레벨까지는 오염이 허용 혹은 묵인되는 것이기도 하고, 따라서 오염이 기준 내에 그치고 있는 한에서는 규제 등의 감독 권한을 유효하게 발동할 수는 없다. 물론, 배출 기준 등이 순수과학적으로 결정되어 있다면 우선은 환경을 보전하기 위한 실효적인 수단으로서 기능할 수 있을 것이지만, 그것은 최종적으로는 오히려 실현가능성 등의 정책적 요소를 고려한 다음 결정되고 있는 것이 실정인

다.³²⁾ 뿐만 아니라 기준이 설정되어 있지 않은 미규제물질이나 측정지점 이외에서의 오염의 진행 등에 관해서는 이들 수단은 유효하게 기능하지 않게 되는 바, 말하자면 「규율의 결여」³³⁾(Regelungsdefizit)의 문제이다.

다음으로, 규제적 수단의 문제점 내지 한계는 이른바 「집행의 결여」³⁴⁾(Vollzugsdefizit)로 서도 표면화한다. 환경관련규제법령의 집행의 결여는 한편에서는 법집행의 대상으로 되는 오염원이 현저히 증가하고 그態樣도 복잡화함에 따라 행정의 모든 감시하고 의무위반을 하나하나 적발하기 위해서는 방대한 인적 및 조직적인 행정적 부담이 필요로 되지만 그것을 위한 행정자원에는 스스로 한계가 있고, 다른 한편에서는 기업 측에 있어서도 규제항목이 증가하고 또한 그것들이 내용적으로도 엄격화되게 되면 환경규제법령의 요구에 응하는 것이 실제로는 곤란하게 되는 것 등에 그 원인이 있다고 할 수 있다.

한편, 오늘날 환경법은 경찰법상의 위험의 방지뿐만 아니라 불확실성도 시야에 넣어 구축되어야만 한다면, 불확실성을 적확하게 진단·발견하고 또한 관리할 수 있는, 말하자면 리스크관리(Risikomanagement)의 기준을 제공하는 것이 우선 무엇보다도 요구된다.³⁵⁾

즉, 여기에서는 종래와 같이 위험방지를 위한 기준을 명시하고 그것에 기초하여 기업활동 등을 규제하는 command and control이라는 수단을 규정하고 행정의 그때그때의 개입을 규제하는 것만으로는 불충분하며, 위험인지 여부조차도 불명인 불확실성을 예측·분석·평가하는 것 및 그와 같은 상황 하에서 행해지는 결정을 합리화하는 고안을 어떤 형태로든 제공하는 것이 요구되고 있기 때문이다.

리스크는 이미 경험칙에 의거하는 것에 의해서는 회피할 수 없는 성격의 것이며, 따라서 또한 과학적으로 근거 지워진 기준에 의해서도 그것을 극복할 수 있는지 여부가 불명인 것, 게다가 어떤 리스크를 회피하려고 하는 시도가 다른 리스크를 발생시키는 경우도 있을 수 있다는, 여러 가지 요소의 복잡한 서로 뒤얽힘도 고려하지 않으면 안되는 것 등 오늘날의 환경법에는 단지 위험의 방지라는 것으로 끝나지 않는, 즉 전통적인 인과율에

32) 北村喜宣, 環境基準, ジュリスト増刊, 『行政法の争点(新版)』, 有斐閣, 1990, 258頁 이하.

33) 환경보전과의 관계에서 규제적 수법의 규율의 결여에 언급하는 것으로서는, 高橋信隆, 環境リスクとリスク管理の内部化 —ECの環境監査制度の法的意義と实效性—, 『立教法學』 46號, 1997, 87頁 이하.

34) 환경법에 있어서 규제적 수법의 집행의 결여에 관해서는, vgl. G. Lübke-Wolff, Modernisierung des Umweltordnungsrechts: Vollziehbarkeit-Deregulierung-Effizienz, 1996.

35) 이에 대해서는 K.-H. Ladeur, Risikobewertung und Risikomanagement im Anlagensicherheitsrecht : Zur Weiterentwicklung der Dogmatik der Störfallvorsorge, UPR 1993, S. 121 ff.; R. Pitschas, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, DÖV 1989, S. 785 ff. (792 f.); E.H. Ritter, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, S. 641 ff. (648).

의해서는 판단할 수 없는 말하자면 「불확실성 혹은 카오스의 합리화」³⁶⁾(Rationalisierung von Ungewißheit od. Chaos)라고도 할만 것이 요청되고 있다. 이와 같은 요청 하에서는 과학적으로 결정된 환경기준조차도 동태적 연쇄의 복잡성이나 상호관련성을 충분히 포섭할 수 있는 것으로는 될 수 없고, 그것은 단지 위험제거 및 사전배려를 위한 정태적인 기준(statische Vorsorgemaxime)을 정하고 있는 것에 지나지 않게 된다.³⁷⁾ 따라서 환경리스크를 극복하기 위해서는 무엇보다도 우선 그것을 종합적으로 진단하여 예측하기 위한 모든 도구를 발견하고, 또한 그것을 유효하게 이용하기 위한 시스템의 구축이 요구된다.³⁸⁾

한편에서는 인간의 생명·건강 등에의 절박한 「위험의 방지」에 관해서는 command and control에 의한 규제적 수단을, 다른 한편에서는 현실에는 절박한 위험의 존재는 확인할 수 없지만 미연예방 혹은 「사전배려」의 관점에서의 환경보전이 필요로 되는 부분에 관해서는 경제적 수단 등을 이용한다는, 바로 그 의미에서의 「규제적 수단과 그 밖의 수단의 혼합전략」의 구축이 요청된다. 요컨대 환경행정에 있어서는 규제적 수단의 기능부전 내지 한계를 극복하기 위하여 규제적 수단을 대체하거나 혹은 그것을 보완할 수 있는 새로운 환경보전수단의 구축이 요구되고 있는 것이다.

3. 環境計劃

계획이란 각종의 수단을 목표에 맞추어 정합적으로 활용하는 수단으로서 현대행정에 있어서 광범위하게 활용되고 있다. 특히 환경법의 분야에서는 환경파괴가 발생한 경우에 대증요법적으로 대응할 것이 아니라 장래를 지향하여 환경을 관리한다는 관점에 입각할 필요가 있는 오늘날 계획에 의한 유도가 필요불가결하다고도 할 수 있다.

환경계획(Umweltplanung)이란 환경을 사전에 배려하고 환경목표를 실현하기 위하여 관련되는 여러 문제와 이해관계를 종합적으로 조정하고 여러 수단을 유기적으로 결합시키는

36) C. Koenig, Internalisierung des Risikomanagements durch neues Umwelt- und Technikrecht ? : Ein Plädoyer für die Beachtung ordnungsrechtlicher Prinzipien in der umweltökonomischen Diskussion, NVwZ 1994, S. 938.

37) 高橋信隆, 前掲論文, 99-100頁.

38) 이 점에 관련하여 Scherzberg 교수는 유효한 리스크관리의 본질적인 것을 포괄적으로 체계화하고 과학적으로 평가하는 것으로서 ① 극히 상세한 리스크조사(erschöpfende Risikohebung), ② 가능한 한의 리스크삭감(weitestmögliche Risikoreduktion), ③ 적절한 리스크배분(sachgerechte Risikoverteilung), ④ 계속적인 리스크제어(kontinuierliche Risikokontrolle)를 들고 있다. Vgl. A. Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem : Ein neues Paradigma für das technische Sicherheitsrecht, VerwArch. 1993, S. 499 f.

미래형성적인 환경정책수단을 말한다.

요컨대, 사전배려적인 환경정책의 수단으로서의 환경계획은 환경오염의 복합적인 원인 및 관련문제의 파악을 가능하게 함은 물론, 충돌하는 목적 및 이익과 환경이해(Umweltbelangen)의 조정을 가능하게 한다. 이러한 점에서 환경계획은 사전배려적인 환경정책의 수단으로서 사전배려의 원칙을 실현시키기 위한 가장 적합한 수단으로 간주되고 있다.³⁹⁾

현행법상 환경보호를 위한 계획의 유형은 크게 그 적용범위에 따라 종합적 환경계획(환경정책기본법 제12조의 규정에 근거한 국가환경종합계획),⁴⁰⁾ 영향권별 환경관리계획(환경정책기본법 제23조),⁴¹⁾ 각각의 보호대상에 대한 분야별 환경보전관계법에 의한 부문별환경계획

39) 홍준형, 전거서, 142-143면; 박균성·함태성, 『환경법』, 博英社, 2004, 57면; 韓貴鉉, 『獨逸環境法論』, 171면.

40) 지난 10월 환경부는「국가환경종합계획(2006-2015)」을 수립·확정하여 발표하였는데, 이는 기존의 매체(대기, 수질 등)중심에서 수용체(인간, 자연생태 등)·카테고리(환경-경제, 지구환경 등) 중심으로 환경정책의 접근방식을 전환시킴으로써 패러다임의 변화를 꾀하고 있다는 점에서 의의가 있다.

한편, 본 계획에서는 ‘지속가능한 선진국가 조성’을 비전으로, 한반도 환경용량의 보전과 지속적인 확충, 세대간·세대내 환경형평성이 구현되는 사회 구축, 지속가능한 자원이용체계 구축, 생태계의 원리를 존중하는 안정적 경제체계의 구축을 4대 목표로 설정하고 있다. 또한 계획의 비전과 목표를 달성하기 위하여 환경관리 7대분야 핵심전략(① 지속가능하고 활력 있는 자연생태 보전, ② 자연자원 보전과 효율적 관리, ③ 안전하고 살기 좋은 생활환경 조성, ④ 환경을 지키는 경제, 경제를 지키는 환경, ⑤ 환경 형평성 구현 기반 구축, ⑥ 동북아 환경보전 및 환경협력 강화, ⑦ 지구적 지속가능한 발전의 선도), 국토환경관리 기본구상(3대 국토생태축: 한반도 통합생태망 구축 - 백두대간, 비무장지대 일원, 도서연안지역, 5대 환경관리 대권역: 통합생태망과 연계하여 권역별 특성을 고려한 환경관리 - 한강수도권, 금강충청권, 영산강호남권, 낙동강영남권, 태백강원권), 추진기반 강화방안(환경정책의 조정 및 집행체계 강화, 정책 및 사업의 환경-경제성 평가체계 정비, 환경예산제도의 효율화와 투자재원의 안정화, 환경거버넌스체계의 강화, 환경교육과 정보관리의 강화)을 제시하고 있다.

41) 정부는 지난 11월 4일 수도권대기환경관리위원회를 개최하여 수도권 대기환경을 선진국 수준으로 개선하기 위한 중·장기 종합대책인 「수도권대기환경관리기본계획」을 최종 확정하였다. 수도권대기환경관리기본계획은 2003년말 제정된 「수도권대기환경개선에관한특별법」에 근거하여 10년마다 수립되는 법정계획으로서, 이번 기본계획은 법제정후 최초로 수립되는 범정부차원의 종합적인 대기환경개선대책이다.

동 위원회에서 최종 확정된 「수도권대기환경관리기본계획」의 주요 내용은 다음과 같다. 첫째, 2014년까지 미세먼지와 이산화질소의 오염도를 주요 선진국 수준(파리, 동경)으로 획기적으로 개선하기 위해 3개 시·도에 지역배출허용총량을 할당하고 시·도에서는 허용총량을 준수하기 위한 세부 시행계획을 수립하여 추진하며 둘째, 자동차에서 배출되는 오염물질을 줄이기 위해 ① 제작차에 대하여 선진국 수준으로 배출허용기준을 강화하고, 전기 하이브리드 자동차 등 저

(자연환경보전법 제7조 및 제19조에 근거한 전국자연환경보전계획 및 생태계보전지역관리기본계획, 폐기물관리법 제8조에 근거한 국가폐기물관리종합계획 등), 나아가 국토이용계획·도시계획 등과 같은 종합계획 또는 전체공간계획의 일환으로 수립·추진되는 환경계획, 그리고 산림계획이나 하천정비기본계획 등과 같은 다른 부문계획의 일부로서 추진되는 계획들로 나누어진다.⁴²⁾

한편 국가 및 지방자치단체의 장이 토지의 이용 또는 개발에 관한 계획을 수립하는 때에는 환경정책기본법 제14조의5 제1항에 의하여 국가환경종합계획, 시·도환경계획 및 시·군·구환경계획과 당해 지역의 환경용량을 고려하여야 한다. 뿐만 아니라 국가 및 지방자치단체는 국토에 관한 계획이나 사업을 수립·집행함에 있어서 자연환경과 생활환경에 미치는 영향을 사전에 고려하여야 하며, 환경에 미치는 부정적인 영향이 최소화될 수 있도록 하여야 하며(국토기본법 제5조 제1항), 또한 국토의계획및이용에관한법률 제3조에서는 국토이용 및 관리의 기본원칙의 하나로서 자연환경 및 경관의 보전과 훼손된 자연환경 및 경관의 개선 및 복원(제2호)을 명시하고 있다.

그러나 환경계획이 사전배려적인 환경정책수단으로서 그 기능을 다하기 위해서는 특히 환경계획과 개발계획의 조화 내지 정합성을 도모하여야 할 것이다. 이를 위해서는 각각의 개발계획의 수립 내지 확정단계에서 환경이익이 충분히 고려될 수 있도록 국토기본법을 비롯한 각각의 개발관련 개별법 및 특별법에 형량명령(Abwägungsgebot) 내지 환경배려조항을 도입 내지 구체화할 필요가 있을 것으로 생각된다.⁴³⁾

공해 자동차 보급, ② 운행 중인 경유차에 대한 배출허용기준을 강화하여 기준 미준수 차량에 배출저감장치 부착 또는 저공해 엔진 개조 의무부여, ③ 환경친화적인 교통수요 관리방안으로 대기오염이 심한 지역을 환경지역(Environmental Zone)으로 지정하여 오염물질이 많은 차량의 통행을 제한하거나 교통혼잡통행료 부과대상을 확대하여 차량의 통행 감소를 유도하며 셋째, 사업장에서 배출되는 오염물질을 줄이기 위해 ① 대형 사업장을 대상으로 오염물질 총량제 및 배출권 거래제 실시, ② 수도권의 모든 주유소에 단계적으로 주유과정에서 배출되는 휘발성유기화합물질(VOC)을 회수할 수 있는 장치 설치 의무화, ③ 오염물질 저감을 위한 기술지원을 확대하고 방지시설 설치비 등에 대한 재정지원을 확대하며 넷째, 환경친화적인 에너지 및 도시관리를 위해 ① 오염물질 저감효과가 큰 집단에너지 보급 및 친환경 건축물 지정 확대, ② 오염물질의 순환이 원활히 이루어지도록 바람통로를 활용한 도시관리 계획의 수립 추진을 그 내용으로 하고 있다.

42) 홍준형, 전계서, 143면.

43) 독일에 있어서 개발계획에 있어서의 환경보호에 대해서는 金明龍, 『環境計劃과 開發計劃의 統合을 위한 法制改善方案』, 『법제연구』 통권 제22호, 2002, 123면 이하; 韓貴鉉, 『獨逸環境法論』, 176면 이하 참조.

4. 環境影響評價制度

환경영향평가(Environmental Impact Assessment)란 “사업의 시행으로 인하여 자연환경, 생활환경 및 사회·경제환경에 미치는 해로운 영향을 예측·분석하고 이에 대한 대책 강구를 위한 평가”(환경·교통·재해등에관한영향평가법(통합영향평가법) 제2조 제1호 가목)를 말하는 바, 이것은 사전배려 또는 예방의 원칙에 배경을 둔 효과적인 예방적 환경보호수단의 하나이다.⁴⁴⁾ 환경영향평가제도는 정보제공 및 의사결정지원기능, 합의형성기능, 유도기능 및 환경관리기능 등을 가지는 것으로 이해되고 있다.⁴⁵⁾ 환경영향평가제도는 1969년 미국의 국가환경정책법(National Environmental Policy Act: NEPA)에 의해 처음으로 도입된 이후 오늘날에는 대부분의 국가들에 의해서 시행되고 있다. 우리나라에 있어서 환경영향평가제도는 1977년 제정된 환경보전법 제5조에 행정기관이 시행하는 도시개발, 산업입지의 조성, 에너지개발 등에 대한 협의 근거를 마련함으로써 처음 도입되었으며, 현재는 1999년 12월 31일 제정·공포되어 2001년 1월 1일부터 시행되고 있는 이른바 통합영향평가법에 근거하고 있다.

우선 통합영향평가법 제5조에서는 환경영향평가서의 작성의무를 사업자에게 부과하고 있지만 사업자는 평가서 등의 작성을 동법 제8조에 의한 환경영향평가대행자로 하여금 대행하게 할 수 있다(동법 제7조 제1항). 환경영향평가의 대상사업은 도시의 개발, 산업입지

44) 환경영향평가제도와 더불어 대표적인 사전예방적 환경정책수단으로서 사전환경성검토제도가 있는 바, 이는 국토환경에 영향을 미치는 각종 행정계획이나 개발사업을 수립·시행함에 있어 계획의 초기단계에서 입지의 적정성, 규모의 타당성, 주변환경과의 조화 등 환경에 미치는 영향을 사전 고려한 계획을 수립·시행토록 함으로써 ‘개발과 보전의 조화’를 이루고 ‘환경친화적인 개발’을 유도하여 ‘지속가능한 개발’ 이념을 실현하고자 하는 제도이다.

이러한 사전환경성검토제도는 환경정책기본법과 개별법을 근거로 시행되고 있으며, 환경영향평가제도가 ① 대규모의 개발사업에 대하여 ② 계획이 확정된 후 사업실시단계에서 ③ 개발사업의 시행으로 인한 오염저감대책을 강구하기 위한 것이라면, 사전환경성검토제도는 ① 행정계획과 환경적으로 민감한 지역에서 환경영향평가대상사업 규모미만의 소규모 개발사업을 대상으로 ② 계획이 확정되기 이전 단계에서 ③ 입지나 개발계획의 적정성여부 등 환경에 영향을 미치는 근본적인 문제를 환경적인 측면에서 사전에 검토(review)하기 위한 제도이다.

특히 최근 국토의 난개발로 인한 자연환경의 훼손, 수질오염 등의 환경문제가 사회문제로 대두되고 있어 행정계획이나 개발사업에 대한 입지계획 단계에서의 사전환경성검토 필요성이 더욱 강조되고 있는 실정인 바, 사전환경성검토 단계에서 제시된 의견이나 조건들은 환경영향평가서에 반영하도록 하고, 그 이행상황을 점검함으로써 두 제도가 상호 유기적 관계에서 운용되도록 할 필요가 있다(환경백서 2001, 환경부, 110-117면 참조).

45) 박균성·함태성, 전거서, 89-91면.

및 산업단지의 조성, 에너지개발, 항만의 건설, 도로의 건설, 수자원의 개발, 철도(도시철도를 포함한다)의 건설, 공항의 건설, 하천의 이용 및 개발, 개간 및 공유수면의 매립, 관광단지의 개발, 산지의 개발, 특정지역의 개발, 체육시설·폐기물처리시설 기타 대통령령이 정하는 시설의 설치, 기타 환경·교통·재해 또는 인구에 영향을 미치는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업이다(동법 제4조 제1항). 그리고 동법 제4조 제3항에서는 평가분야별 대상사업의 범위를 대통령령으로 정하도록 하고 있는 바, 동법시행령 제2조 제3항에서는 환경영향평가를 실시하여야 하는 대상사업의 범위를 별표 1에서 17개 분야 63개 세부사업으로 구체화하고 있다. 다만, 동법 제4조 제1항의 규정에 불구하고 자연재해대책법 제36조의 규정에 의한 재해응급대책을 위한 사업, 국방부장관이 군사상의 기밀보호가 필요하거나 군사작전의 긴급한 수행을 위하여 필요하다고 인정하여 관계중앙행정기관의 장과 협의한 사업에 대해서는 환경영향평가를 실시하지 아니한다(동법 제4조 제2항).

그러나 환경영향평가제도와 관련하여서는 그 대상사업의 범위와 규모가 여전히 한정되어 있고 주민의견수렴의 불충분 등 여러 가지의 문제점이 있을 뿐만 아니라,⁴⁶⁾ 환경영향평가제도가 예방적 환경정책수단으로서 자리매김하기 위해서는 이른바 전략환경영향평가(Strategic Environmental Assessment: SEA) 등의 도입 필요성이 지적되고 있다.⁴⁷⁾

5. 排出權去來制度

배출권거래제도란 “오염물질의 배출에 관해서 각 기업(혹은 각국)에 허용배출량을 설정하고 그것을 넘어서 오염물질을 배출하게 되는 기업은 다른 기업으로부터 배출권을 구입

46) 홍준형, 전계서, 239면 이하; 박균성·함태성, 전계서, 122면 이하 참조.

47) 전략환경영향평가란 아직 승인전단계의 제안된 정책(Policy), 계획(Plan), 프로그램(Program) 등이 미칠 중요한 환경영향에 대한 사전평가과정으로서 계획과정의 초기 단계부터 환경영향을 미래예측적으로 고려하는 방안을 말한다.

유럽연합(EU)에서는 1985년 6월 27일 「일정한 공적·사적 사업에 있어서 환경영향평가에 관한 유럽공동체위원회의 지침」(환경영향평가지침)의 제정에도 불구하고 특히 동 지침의 적용대상과 관련하여서는 계획 혹은 프로그램 등의 일반적·추상적 조치가 제외되어 있다는 점에서 문제점이 있었다. 이에 「일정한 계획 및 프로그램의 환경영향심사에 관한 지침(계획환경영향평가지침)」(Richtlinie über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme: Plan-UVP-Richtlinie)이 2001년 7월 21일에 공포되고 또한 같은 날에 발효되었으며, 각 가맹국들은 동 지침 제13조 제1항에 의해서 2004년 7월 21일 이전에 국내법으로 전환하여야 한다. 동 지침의 내용에 대해서는 韓貴鉉, 유럽연합의 計劃環境影響評價指針, 공법학연구 제4권 제1호 (2002. 11), 225면 이하 참조.

하고, 다른 한편 오염물질의 배출량이 허용량보다 적은 기업은 다른 기업에 여유분을 매각할 수 있도록 하는 제도”를 말한다.⁴⁸⁾ 거기에는 배출권 내지 오염권을 증명하는 「環境證」을 교부함으로써 그것이 수급균형에 기초하여 배출권의 분배를 가져오는 한편, 배출권을 갖고 있는 기업은 그 권리의 양도를 가능하게 함으로써 그것에 의한 이익을 받게 되는 것이므로, 허용배출량을 하회하는 경우이더라도 환경보전을 위한 기술을 도입하는 경제적 인센티브를 당연히 가진다는 인식이 존재한다. 즉, 배출권거래제도에는 여러 가지의 효용이 있는 것이 지적되고 있지만 가장 큰 의의는 효율성(비용 대 효과), 온난화대책에 관한 사회적 비용의 저감에 있다.

이러한 수단은 기업의 경제적 이해에 작용하는 것으로 기업활동을 변경시키거나 기업간의 경쟁에 자극을 주려고 하는 방법이며 경제제도 전체를 환경보전형의 것으로 변환시키는 것을 의도하고 있다고 할 수 있지만, 그 가장 큰 특징은 행정적으로 규제된 시장 질서를 전제로 하여 환경문제의 해결을 구상하고 있는데 있다. 그 경우, 기업에게는 시장경제 시스템 속에서 행정에 의한 환경정책의 목표 및 규제치를 실현하고 규제·감독의 실효성을 보완하는 역할이 기대되고 있으며, 따라서 그러한 경제적 수단은 규제적 수단의 한계를 명확히 함과 동시에 보완하는데 이바지하게 된다.⁴⁹⁾

요컨대, 배출권거래제도는 규제적 수단에 의해서는 충분한 성과를 달성할 수 없는 부분에 관해서 시장메커니즘을 이용하려고 하는 것이며, 그 의미에서는 규제주의적인 틀을 전제로 하면서 그 기능부전 내지 한계를 보충하는 것으로서 성격지을 수 있다.

그러나 배출권거래제도의 시행에 관련하여서는 문제점도 지적되고 있다. 첫째, 배출권의 지속적이고 정상적인 거래를 보장하는 배출권 거래시장의 형성이 어렵다는 점이고 둘째, 제도의 시행시에 배출권이 모두 할당되는 경우 새로운 기업의 신규참여를 어렵게 하는 진입장벽이 될 수 있을 뿐만 아니라 기존의 기업간에는 이미 할당된 배출권의 양이 기업의 시장점유율을 결정하는 불합리한 결과를 가져올 수 있다고 지적되고 있다.⁵⁰⁾

48) 1997년 12월에 체결된 교토의정서는 온실효과가스(GHG)의 배출삭감에 향하여 세 개의 메커니즘, 즉 공동실시(Joint Implementation), 클린개발메커니즘(Clean Development Mechanism) 및 배출권거래(Emission Trading)를 도입하였으며, 교토의정서는 2005년 2월 16일에 겨우 발효되었다. 이에 국제적 배출권거래는 2008년부터 개시되는 것으로 되어 있다.

49) 다만, 거기에는 여전히 종래부터의 규제주의적인 논리가 암묵리에 전제가 되어 있다고 할 수 있다. 즉, 그것들은 경험적으로 획득된 위험을 방지하기 위해 기준을 설정하고 그것을 시장의 유연한 메커니즘을 이용하는 것에 의해서, 즉 강제가 아니라 자극을 주는 것에 의해서 달성하려고 하는 것이며, 그 점에서는 규제적 수단과 표리를 이룬다. 高橋信隆, 『環境監査の構造と理論的課題(下)』-ドイツ環境監査法を素材として-, 立教法學 49號 (1998), 72頁.

50) 박균성·함태성, 전제서, 181면.

한편, 유럽연합(EU)에서는 지구온난화대책의 일환으로서 2003년에는 EU배출권거래지침⁵¹⁾을 채택하였고 이것에 기초하여 2005년 1월부터 배출권거래제가 실시되고 있는 바, 이 지침에서는 EU의 배출권거래에는 두 가지의 의의, 즉 첫째는 환경보호를 위한 수단으로서의 의의, 둘째는 경쟁력의 저하를 최소한에 그치게 하는 정책수단의 하나로서의 의의가 있는 것으로 지적되고 있다.

EU배출권거래지침은 허가증의 부여, 모니터링과 보고의 요구, allowance의 배분, allowance 보유의 의무, 페널티, allowance와 트래킹(tracking)에 관한 전자등록부 등에 관해서 규정하고 있지만, 이 지침의 중심개념은 허가증과 온실효과가스의 allowance이다. 대상 시설이 온실효과가스배출의 허가를 받는 것이 필요하며, 구성국은 허가증의 보유자에 대해 온실효과가스를 배출하는 권한(allowance)을 부여하게 된다. 1 allowance는 1톤의 이산화탄소를 배출하는 권한이다.⁵²⁾ 그리고 EU배출권거래제도는 제1기간을 2005년부터 2007년으로 하고 그 이후에는 2008년부터 5년마다의 기간으로 행해진다(제11조).⁵³⁾

또한 독일에서는 배출권거래에 관하여 2004년 두 개의 법률, 즉 하나는 배출권거래법(Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen: TEHG)이고, 다른 하나는 국가배분계획법(Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas - Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007: ZuG2007)

51) Directive 2003/87/EC of the European parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC. 이에 대해서는 Epiney, Emissionshandel in der EU, DVBl. 2002, S. 579; Rehbinder/Schmalholz, Handel mit Emissionsrecht für Treibhausgase in der Europäischen Union, UPR 2002, S. 1 ff.

52) 국가등록부와 링크한 시스템은 allowance의 보유량이나 거래의 트래킹을 기록하는 것 뿐만 아니라 구성국이 자신의 약속을 수행하기 위해서도 중요하다.

53) EU의 배출권거래제도는 ① 강제형, ② 하류형(때문에 소규모의 배출시설은 대상으로 되지 아니한다), ③ 총량배출을 조정한 다음 배분하는 ‘캡 앤드 트레이드’(cap and trade)형, ④ 직접배출을 기준으로 하는 점에 특징이 있다. 반면에, 영국이 독자적으로 가지고 있었던 제도는 ① 임의의 제도이고(직접참가자와 협정참가자의 양쪽이 참여한다), ② 협정참가자에 관해서는 스스로 목표를 설정하여 그것보다도 높은 레벨까지 배출량을 삭감한 경우에는 그 부분에 관하여 거래를 할 수 있는 ‘베이스라인 앤드 크레딧’(base line and credit)의 방식을 채용하고 있으며, 직접참가자에 관해서는 보조금의 예산의 범위 내에서이기는 하지만 ‘캡 앤드 트레이드’의 방식을 채용하고, ③ 간접배출을 기준으로 하는 점이 다르다. 한편, 일본에서는 2005년부터 자주적 배출권거래를 개시하고 있다. 2005년에는 34사가 참가하여 온실효과가스를 21% 삭감하는 것을 목표로 하고 있다. 거기에서는 삭감의 달성이 보조금의 교부조건으로 되고 달성할 수 없는 경우에는 일단 교부결정을 취소하고 반환명령을 발하는 방식을 채용하여(국가의보조금의적정화에 관한법률, 보조금교부요강) 보조금의 이른바 홀뿌림으로 되는 것이 방지되어 있다.

이 공포되었다.⁵⁴⁾ 배출권거래법은 EU배출권거래지침을 거의 그대로 법률로 한 것으로서 2008년 이후도 범위에 넣고 있는 것에 대하여, 국가배분계획법은 2007년까지(제1기)를 범위로 하는 것이다.

결론으로, 배출권거래제도와 관련하여 우리나라에서는 2005년 1월 1일부터 시행되고 있는 ‘수도권대기환경개선에관한특별법’ 제16조에서는 “환경부장관은 제14조 제1항의 규정에 의한 사업장설치의 허가 또는 변경허가를 받은 자 및 동조 제3항의 규정에 의하여 사업장설치허가를 받은 것으로 보는 자(이하 “사업자”라 한다)에게 제8조 제2항 제8호의 규정에 의한 배출허용총량의 할당기준에 따라 5년마다 연도별로 구분하여 총량관리대상오염물질의 배출허용총량을 할당한다”고 하여 이른바 배출허용총량의 할당에 관하여 규정하고 있으며, 이것에 기초하여 동법 제18조 제1항에서는 “총량관리사업자는 할당받은 연도별 배출허용량의 일부를 총량관리대상 오염물질별로 당해연도 내에 다른 총량관리사업자에게 매매 등을 통하여 이전할 수 있다”고 하여 배출허용총량의 일부를 판매할 수 있도록 하고 있다. 즉, 동법에서는 지역배출허용총량관리제를 도입(동법 제15조)함과 아울러 대형사업장에 대해서는 총량관리제 및 그것을 위한 경제적 유인수단으로서 배출권거래제의 도입을 포함하고 있다. 다만, 이것들은 동법 부칙 제1조에 의하여 2007년 7월 1일부터 시행하는 것으로 되어 있다.

6. 自律環境管理制度

자율환경관리제도란 “기업과 정부간에 협력과 파트너십의 형성을 바탕으로 기업의 자율성과 창의성을 최대한 활용하여 보다 효율적으로 환경보전 목적을 달성하기 위한 다양한 노력과 수단”을 말하며,⁵⁵⁾ 환경정책의 발전과정을 총람할 때 크게 직접적·명령통제적 규제정책(command and control)으로부터 경제적·시장유인적 수단으로, 그리고 그 이후 자

54) 배출권거래법과 국가배분계획법은 본래는 하나의 법률로 되어야 하는 것이지만, 란트의 반대에 대처하기 위해 란트가 동의하기 쉬운 부분과 동의하기 어려운 부분으로 나눈 두 개의 법률로 되었다. 즉, 배출권거래의 제도전반에 관해서는 배출권거래법이 2004년 7월 8일, 구체적인 배분에 관해서는 국가배분계획법이 동년 8월 26일에 각각 공포되었다. 배출권거래법에 대해서는 C.-S. Schweer/Ch. v. Hammerstein, Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG), 2004 참조.

한편, 독일에서는 배출권거래가 직업의 자유 및 소유의 보증을 침해하고 있지 않는지에 관련하여 시멘트업계에 의해서 행정법원에 제소되었지만, 배출권거래는 특정의 권익을 침해하고 있지 않다고 하여 기각된 바 있다(BVerwG 7 C 26. 04 - Urteil vom 30. Juni 2005).

55) 이에 대한 상세는 韓貴鉉, 「自律規制에 의한 環境保護」, 『東亞法學』 第28號, (2000. 12), 93면 이하 참조.

을적 환경관리 수단으로 정책의 관심방향이 바뀌어 왔다고 할 수 있다.

최근에는 규제적 수단 및 간접적 규제방식에 의한 경제적 내지 유도적 수단과 환경관리·감사시스템 등의 순자율적 수단의 사이를 메우는 환경보전정책수단으로서 정부와 산업계단체간의 합의형성을 기초로 하는, 말하자면 강제된 자율규제(*gezwungene Selbstverpflichtungen*)라고 말할 만한 수단이 유용성을 승인 받고 있다. 이와 같이 환경보전정책이 합의형성을 기초로 하는 것으로 기울게 된 배경에는, 한편에서는 정책면에서 규제적 수단·간접규제방식의 한계가 인식되었던 것, 다른 한편에서는 이론면에서 원인자부담의 원칙, 소위 환경배려의무의 사고방식을 기초로 하는 사업자자기책임과 공평한 책임분담·역할분담을 근거로 한 협동의 원칙⁵⁶⁾(*Kooperationsprinzip*)이 강조되게 되었던 것 등의 사정이 있다.⁵⁷⁾

특히 환경정책참가형의 자율규제(*politikgestaltende Vereinbarungen*)는 규제적 수단·간접규제적 수단을 보완하는 기능을 가지는 경우, 규제적 수단·간접규제적 수단이 가능한 영역에서 이것을 대체하는 기능을 가지는 경우 등이 있다. 어느 경우에도 수치적인 환경정책목표를 설정한 다음 그 달성을 도모하는 점에 특징이 있지만, 전자는 환경 혹은 사람에 대한 영향·리스크가 불확실성을 띠거나 또는 대책조치가 기술적·경제적 이유에서 불확실성을 띠는 영역에서 특히 실효성이 인정된다. 이러한 종류의 자율규제의 실효성은 이행감시시스템의 확립과 불이행에 대한 제재에 좌우된다고 할 수 있다.

요컨대, 자율환경관리체제들은 기업의 입장에서는 그 사회적 책임을 제고하고 기업환경을 우호적인 것으로 바꿀 수 있을 뿐만 아니라 환경규제의 순응에 따른 비용을 기업 스스로의 이니셔티브에 의해 감축시킬 수 있는 이점이 있고, 환경정책당국의 입장에서는 보다 효율적이고 유연한 방법으로 환경관리목표를 달성할 수 있다는 장점이 있으며, 소비자나 일반 대중의 입장에서도 자율환경관리체제를 통해 더욱 안전하고 신뢰할 수 있는 지속가능한 생산·소비체계를 이용할 수 있게 된다는 장점이 있다.⁵⁸⁾

이에 환경정책기본법 제34조 제1항에서는 “국가 또는 지방자치단체는 사업자가 행하는 환경보전을 위한 시설의 설치·운영을 지원하기 위하여 필요한 세제상의 조치 기타 재정 지원을 할 수 있다”고 규정함과 아울러 특히 동조 제2항에서는 “국가 및 지방자치단체는

56) 이에 대해서는 朴秀赫, 「행정법에 있어서의 협력의 원칙」, 『考試界』 통권 426호 (1992. 8), 15면 이하; 金世圭, 「독일 환경법상의 협동원칙」, 『獨逸學研究』(1995. 12), 동아대학교 독일학연구소, 55면 이하; 金昌圭, 「環境法上 協同原則에 관한 小考」, 『裴俊相教授授年紀念論文集』, 1997, 640면 이하; 韓貴鉉, 「環境法の 基本原理」, 35면 이하; 鄭南哲, 「環境法上의 協同의 原則」, 『環境法研究』 第25卷 1號 (2003), 375면 이하 참조.

57) 韓貴鉉, 『獨逸環境法論』, 308-309면.

58) 홍준형, 전제서, 288-289면.

사업자가 스스로 환경관리를 위하여 노력하는 자발적 환경관리체제가 정착·확산될 수 있도록 필요한 행정적·재정적 지원을 할 수 있다”고 규정하고 있다. 또한 수도권대기환경 개선에관한특별법 제22조(자발적 협약체결기업에 대한 특례 등)에서는 환경부장관은 총량관리사업자가 총량관리대상오염물질의 배출을 그 배출허용총량보다 더 줄이기 위한 계획을 수립하여 환경부장관과 협약을 체결한 때에는 ① 자발적 협약의 이행을 위하여 필요한 지원의 지원, ② 부과금을 부과하는 경우 전년도에 할당된 배출허용총량보다 더 줄인 양에 해당하는 금액의 감액 등의 혜택을 부여할 수 있다고 규정하고 있다. 현재 우리나라에서 시행되고 있는 대표적인 자율환경관리제도의 예로서는 환경친화기업지정제도(수질환경보전법 제10조의2, 대기환경보전법 제10조의3, 소음·진동규제법 제20조, 환경기술개발및지원에관한법률 제19조의2), 재활용목표를 설정제도(자원의절약과재활용촉진에관한법률 제9조의 규정에 의한 재활용지정사업자의 지침), 사업장폐기물 감량화제도(폐기물관리법 제24조 제4항의 규정에 의한 사업장폐기물감량화지침), 환경경영체제인증제도(환경친화적산업구조로의전환촉진에관한법률) 및 환경마크제도⁵⁹⁾(환경기술개발및지원에관한법률 제20조) 등이 있다.

이와 같은 자율환경관리제도가 제대로 작동하고 또 확산·보급되려면 그것이 전제로 삼는 환경당사자들, 특히 기업활동 등 자신들의 행위로 인하여 환경을 오염시키거나 훼손시킬 가능성이 있는 잠재적 오염원인자들로 하여금 자율환경관리에 참여할 수 있도록 해 주는 합리적인 기대와 의사결정의 여건과 유인을 조성해 주는 것이 절대적으로 필요할 것이다.⁶⁰⁾

V. 結 語

오늘날 환경문제는 인류공통의 과제이자 국가의 최우선과제의 하나로 자리매김하고 있다. 이 점에서 21세기는 「환경국가」(Umweltstaat)가 될 것이라고 지적한 M. Kleopfer 교수의 표현은 적절한 것으로 생각된다.

리스크사회라고 일컬어지고 있는 오늘날 환경법의 영역에서는 위험의 방지만으로는 충분하지 않으며 그것을 넘어서 이른바 위험한계하의 잠재적 위험으로서의 (환경)리스크에 대한 제어와 관리, 즉 위험에 좌우되지 않는 사전배려가 필요불가결하다. 따라서 사전배려의 원칙은 (위험은 물론 특히 리스크에 대한) 예방적 환경보호를 가능하게 한다는 점에서

59) 2005년 8월말 현재 환경마크 인정현황은 635개 업체 2,398개 제품에 달한다.

60) 홍준형, 전계서, 307면.

환경법에 있어서 제1차적이고도 근본적인 기본원리라고 할 수 있으며, 위험방지의 원칙은 사전배려원칙의 시스템변형의 하나에 지나지 아니한다.

또한 흔히 환경법의 영역은 행정의 행위형식의 寶庫이자 이노베이션의 기운이 현저한 영역으로 이해되고 있는 바, 이것은 무엇보다도 우선 환경리스크에의 대응에 관련되어 있는 것으로 인정된다. 즉, 환경리스크의 제어 내지 관리에 있어서는 전통적인 규제적 수단은 한계를 노정하고 있으며, 따라서 환경계획과 환경영향평가제도는 물론 배출권거래제도를 비롯한 경제적 수단 등과의, 이른바 규제적 수단과 그 밖의 수단과의 혼합전략이 필요로 되고 있다.

끝으로, 환경리스크의 제어 내지 관리의 필요성은 다음과 같은 환경법의 현대적 특징들, 즉 위험방지로부터 리스크 사전배려로의 전환, 인간중심적 이익보호로부터 자원경제적·생태적 이익보호로의 전환, 이미시온 규제로부터 에미시온 규제로의 전환, 정태적 사고로부터 동태적 사고로의 전환, 환경오염의 통제로부터 환경이익의 공적 관리로의 전환을 통해서도 간취할 수 있다. 다만, 오늘날 환경리스크에 대한 제어 내지 관리의 필요성이 인정된다 하더라도 국가의 맹목적인 행동주의(blinder Aktionismus)는 허용될 수 없는 것이므로 법치국가적 요청과의 조화가 요청된다고 할 것이다.

주제어 : 리스크사회, 리스크사전배려, 사전배려의 원칙,
위험에 좌우되지 않는 사전배려, 위험의 의심, 잠재적 위험, 환경리스크

【참 고 문 헌】

- 金明龍, “環境計劃과 開發計劃의 統合을 위한 法制改善方案”, 『법제연구』 통권 제22호, 2002.
- 박균성·함태성, 『환경법』, 博英社, 2004.
- 홍준형, 『환경법』, 博英社, 2001.
- 韓貴鉉, 『環境法の 基本原理』, 世宗出版社, 1997.
- _____, 『獨逸環境法論』, 한국법제연구원, 2002.
- _____, “自律規制에 의한 環境保護”, 『東亞法學』 第28號, 2000. 12.
- _____, “유럽연합의 計劃環境影響評價指針”, 『공법학연구』 제4권 제1호, 2002. 11.
- 高橋滋, 「環境リスクと規制」, 森島昭夫·大塚直·北村喜宣 編, 『ジュリスト 増刊』, 『環境問題の行方』, 有斐閣, 1995.
- _____, 「環境リスクへの法的對應」, 大塚直·北村喜善 編, 『環境法學の挑戰』, 日本評論社, 2002.
- 中山龍一, 「リスク社會における法と自己決定」, 田中成明 編 『現代法の展望』, 有斐閣, 2004.
- 黒川哲志, 『環境行政の法理と手法』, 成文堂, 2004.
- Ch. Illig, Das Vorsorgeprinzip im Abfallrecht, 1992.
- C.-S. Schweer/Ch. v. Hammerstein, Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz(TEHG), 2004.
- F. Ossenbühl, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986.
- H.-G. König, Der vorläufige Verwaltungsakt, BayVBl. 1989.
- M. Kloepfer, Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG, DVBl. 1996.
- R. Breuer, Umweltschutzrecht, in: E. Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995.
- R. Wahl, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte: Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991.
- U. Beck, Risikogesellschaft : Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986.
- U. Di Fabio, Gefahr, Vorsorge, Risiko : Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluß des Vorsorgeprinzips, Jura 1996.
- U. Rid/W. Hamman, Grenzen der Gefahrenabwehr im Umweltrecht, UPR 1990.

【Zusammenfassung】

Forschung über die Kontrolle des Umweltrisikos

Han, Kwi Hyeon

Heutzutage wird unsere Gesellschaft als eine Risikogesellschaft genannt. Es ist aber nicht genug nur mit dem Gefahrenschutz in dem Bereich des Umweltrechts, sondern ist es darüber hinaus notwendig, das sogenannte als ein Gefährdungspotential unterhalb der Gefahrenschwelle angesehenes Umweltrisiko zu kontrollieren und zu unternehmen. Infolgedessen ist das Vorsorgeprinzip (gegen nicht nur dem Risiko, sondern auch der Gefahr) ein primäres und fundamentales Prinzip in dem Umweltrecht, weil es den präventiven Umweltschutz möglich. Deswegen ist das Gefahrenschutzprinzip nicht anders als ein Systemvariante der Vorsorgeprinzip.

Übrigens zeigen die traditionale regulative Instrumente wegen der Regelungs- und der Vollzugsdefizite die Grenze. Demnach braucht es eine Mischstrategie mit dem andere Instrumente, z.B. die wirtschaftlichen Instrumente mit dem Treibhausgas-Emissionshandel usw.

Obwohl die Notwendigkeit über die Kontrolle und Management im Umweltrisiko in unserer Gesellschaft anerkannt wird, braucht es die Harmonisierung mit der Anforderungen des Rechtsstaats, weil das blinder Aktionismus des Staats nicht akzeptiert werden kann.

Key Words : Gefährdungspotential, Gefahrenverdacht, Risikogesellschaft, Risikovorsoege, Umweltrisiko, Vorsorgeprinzip

“環境리스크의 統制에 관한 法理”에 관한 토론문

金鉉峻

“환경리스크의 통제에 관한 법리”라는 주제에 대한 한기현 교수님의 발제에 대한 토론을 요청받으면서, 발제문에서도 인용된 울리히 벡(U. Beck)의 “Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne(1986)”라는 저술을 떠올릴 수 있었습니다. 원래 리스크는 17세기 스페인의 항해술 용어에서 나온 것으로 “위험을 감수하다”, “암초를 뚫고 나가다”라는 의미라고 합니다. 따라서 리스크를 부를 얻기 위해 당연히 감수해야 하는 난관 정도로 새길 수도 있겠습니다(홍성태 옮김, 위험사회 - 새로운 근대(성)를 향하여, 6쪽). 오늘날 우리 사회에서는 富를 향하여 이러한 암초를 뚫고 항해하는 리스크의 상황을 쉽게 목격합니다. 사고로부터 전혀 자유롭지는 않으리라 생각하면서도 원자력발전소를 만들고, 교통사고 발생가능성을 배제하지 않으면서도 고속도로에서 자동차를 운행해야 하는 우리가 살아가는 모습은, 근대 산업사회가 안겨다준 풍요로움의 이면에 있는 또 다른 근대성으로서의 리스크가 존재하고 있는 것 같습니다. 발제자께서 예를 들고 있는 원전사고, 삼림파괴, 오존구멍, 지구온난화, 식품오염, 약해, 광우병, AI 등은 리스크를 무릅쓰고 운행하는 우리 사회라는 큰 배가 암초에 부딪친 경우라고 하셨습니다. Ulrich Beck가 그의 “리스크사회”에서 행한 시대진단도 오늘날의 이러한 모습을 예리하게 분석한 것으로 이해가 됩니다.

환경법적 쟁점으로서의 “리스크에 대한 통제법리”는 규범적 차원에서의 논의일 것입니다. 이는 안전법이나 환경법에서 주로 문제가 되지만, 독일의 행정법일반에 관한 문헌에서도 리스크개념을 자주 접하게 됩니다. 최근 행정법방법론의 차원에서 “리스크법”(Risikorecht)이라는 표현까지 등장하는 걸 보면(Trute, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen, 2004, S. 317), 이것이 환경법학자, 공법학자들의 새로운 학문적 과제임이 분명한 것 같습니다. 발제자께서는 그간 우리 학계에서 별로 논의되지 않고 있던 이 새로운 영역에 대하여 여러 가지 측면에서 검토하셔서 환경법연구자들에게 유용한 선행연구가 되리라 생각합니다. 저 역시 이 부분에 대하여 평소부터 알고 싶었는데, 발제문을 통하여 많은 공부 되었습니다. 한 교수님의 논지는 크게 세 가지인 것 같습니다. 먼저 환경리스크의 개념정립, 둘째 리스크 통제법리에 대한 이론구성에 있어서 기본원리가 되는 사전배려원칙, 셋째 보다 구체화된

논의로서 리스크통제를 위한 법적수단론이 그것입니다.

환경리스크개념정립과 관련하여, 우선 용어문제에서 Gefahr의 개념을 위험으로 Risiko(risk)를 리스크로 나타내고 있는데, 전자를 위해로, 후자를 위험으로 번역하는 예도 있고, 전자를 세분하여 임박한 위험과 이미 발생한 위험인 장애(Störung)를 포괄하는 개념으로 危害를 사용하기도 하는 분들도 있는 것 같습니다. 제 경우는 한 교수님과 같은 식으로 위험과 리스크를 구분하여 사용하고 있습니다. 다만, 발제문에서 “위험제거”라는 표현이 자주 등장하는데, 그 의미가 바로 장애(혹은 교란/Störung)의 제거를 뜻하는 것인지, 이를 포함하는 의미로서의 위험방지를 뜻하는지 발표문을 통해서도 다소 불분명한 것 같습니다. 어쨌든 리스크는 위험(Gefahr)과는 개연성의 측면에서 구분이 된다는 점은 발표문을 통해서도 잘 알 수 있습니다. 흥미를 끄는 부분은 “잠재적 위험”, “위험의 의심”, 나아가 (발제문 각주 18에서 인용한 문헌의 내용입니다만) “외관상 위험”(Anscheinsgefahr)이라는 개념입니다. 이러한 일반적으로 危險의 종류차원에서 등장하는 ① 잠재적 위험 · 위험의 의심 · 외관상 위험의 개념들이 “리스크”와 어떻게 구분이 되는 것인지 혹은 어떠한 연결점이 있는 것인지를 알고 싶습니다. (여기서의 잠재적 위험은 경찰법상 위험의 종류로서의 그것인지 여부도 궁금합니다.) 법개념으로서의 리스크의 정립에 있어서 이보다 중요한 구분개념은 아무래도 이어서 정리하고 있는 위험-리스크-잔존리스크의 개념이라고 생각합니다. 여기서 위험과 리스크의 구분을 제3자의 이익과 관련시키고 있는 점은 주목할 만합니다. 이는 사전배려원칙과 위험방지원칙과의 관계에서 양 원칙의 경계획정은 소송상 권리보호에 있어서 의의가 있다는 논지와도 연관이 된다고 봅니다. 이와 관련하여 최근 90년대 후반 용화지구판결 등에서 우리 대법원이 행정소송의 원고적격의 판단기준으로서 환경영향평가법을 원용하고 있는 논지와 연관이 될 수 있는 것인지 알고 싶습니다. 사실 개인적으로 저는 이러한 우리 대법원의 판례의 기본취지에는 동감을 하면서도, 그 논리구성은 여전히 불충분하지 않나 하는 생각을 늘 가지고 있습니다. ② 발표자께서 각주 25 등에서 인용하시는 독일판결 등에서의 취지가 위험과 리스크의 구분이라는 논증도구를 통하여 원고적격유무의 경계설정이 가능한 것으로 보는 것인지, 나아가 이는 최근 우리나라에서의 원고적격 확대화시도와 어떻게 비교될 수 있는지 고견을 듣고 싶습니다.

리스크개념이 사전배려원칙과 관련된 것은 물론이지만, “리스크개념의 통제법리”라는 새로운 환경법논의의 개척의 차원에서는 사전배려원칙을 굳이 크게 내세울 필요가 있겠는가는 의문스럽습니다. 리스크를 논하는 취지가 발제문에서도 강조하고 있는 바와 같이 “리스크에서 위험으로”라는 데에서 출발하는 것이라면, 사전배려원칙은 리스크에 대한 사전배려(Risikovorsorge) 외에도 위험에 대한 사전배려(Gefahrvorsorge)까지 포함됨에 이론이 없기 때

문입니다. 심지어 위험의 제거(Gefahrenbeseitigung)가 아닌 위험의 방지(Gefahrenabwehr)도 사전배려의 차원에서 논하려는 경우조차 있는 점은 새로운 리스크법 정립의 차원에서는 사전배려원칙이 그다지 유용한 분석의 틀인지 저로서 의문스러운 면이 있습니다. 따라서 ③ 종래 우리가 알고 있는 사전배려원칙의 내용을 넘어서, 리스크법 정립이라는 차원에서 사전배려원칙은 어떠한 의미가 있는지 한 교수님의 입장을 알고 싶습니다.

마지막으로 이상의 이론적 바탕 하에서 우리가 관심을 집중해야 할 분야는 “환경리스크 통제를 위한 법적 수단”일 것입니다. 발제자께서는 종래 환경보호방법으로서 규제적 수단이 가지는 한계를 규율결여(Regelungsdefizit), 집행결여(Vollzugsdefizit)를 중심으로 지적하고 계십니다. 이와 함께 규제적 수단의 일종인 command and control의 수법을 예시하고 있습니다. 발표문에서의 “규제적 수단”으로서의 “command and control”은 결국 경찰법적 내지는 질서법적 수단, 즉 위험방지(Gefahrenabwehr)수단으로도 이해됩니다. 즉 전통적인 환경보호수단으로서의 경찰법적 수단을 탈피하자는 취지로 보면서, 최근 독일에서도 논의되는 “환경보호에서의 질서법의 퇴조”(Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz)의 경향을 떠올리게 합니다. 저 역시 이러한 전통적인 수단은 여전히 환경보호에서 중심위치에 있지만, 새로운 수단의 중요성을 강조하고 있습니다. 이러한 점에서 발제자께서 말씀하시는 이 분야가 “행정의 행위형식론의 寶庫”라는 표현은 매우 와 닿는 것 같습니다. 다만, ④ 새로운 환경보호수단 혹은 새로운 행정의 행위형식들이 리스크법리와 어떠한 관련이 있는지 잘 모르겠습니다. 여기서 들고 있는 환경계획, 전략환경평가(SEA)를 포함한 환경영향평가제도, 배출권거래제도, 자율환경관리제도 등이 반드시 리스크통제에 관한 법리인가 하는 점입니다. “위험에서 리스크로”라는 모토를 내세우지 않더라도 이러한 수단의 필요성은 정당화될 수 있지 않나 생각도 해봅니다. 이러한 수단들이 강조되는 의미는 다분히 “전통적인 권력적 수단”만을 고집하지 말자는 취지로 이해됩니다. 따라서 이는 리스크관리와도 무관한 것은 아니지만, “환경리스크의 통제”라는 새로운 분야의 개척으로서의 의미부여는 그다지 크지 않을 수 있지 않나 싶습니다. 극단적으로, 환경리스크의 통제가 아닌 차원에서, 즉 앞에서의 리스크개념의 정립을 전제하지 아니할 경우에는, 여기서의 비규제적 수단을 이야기하기 곤란한 것인지 의문스럽습니다. 이렇게 볼 때, ④-1 발표문 結語부분에서 “환경리스크의 제어 내지 관리에 있어서는 전통적인 규제적 수법은 한계를 노정하고 있으며.....”를 주장하고 계신데, 이러한 한계는 환경리스크 관리에 특유한 문제가 아니라 환경위험의 방지나 사전배려에서도 마찬가지로 적용될 수 있는 것이 아닌가 생각해보면서, 이 점에 관한 한 교수님의 고견을 듣고자 합니다. 감사합니다.