論 文

行政法에 있어서의 危害와 危險

柳 至 泰*

Ⅰ. 序言

人間과 自然의 生活土臺에 대한 危害(Gefahr)와 危險(Risiko)을 방지하는 것은 오늘날의 많은 법규들의 一般的인 존재이유에 해당한다. 따라서 산업사회의 발전에 따라 이러한 法規는 양적으로 증가하고 있을 뿐 아니라 質的으로도 변화하고 있으며 同時에 附隨的인 법적 문제들도 양산하고 있다.

오늘날 특히 환경법의 問題가 행정법상의 새로운 領域으로 浮刻됨에 따라 그에 따른 많은 새로운 概念이 등장하고, 다른 한편으로는 司法上의 審査의 限界와 관련해서 複雜한 問題를 惹起하고 있으나 환경법상의 構成要件상의 特徵으로서 또는 이를 구성하는 要素로서의 基本概念에 대한 명확한 理解가 없이는 환경법상의 問題의 體系的인 理解는 事實上 그 限界를 갖게 된다. 本稿에서는 行政法上의 危險(包括的인 意味로 使用)의 概念인 Gefahr와 Risiko 概念의 明確한 理解와 상호간의 關係 그리고 이와 關聯되는 具體的인 問題들을 살펴 봄으로써 多樣하고 複雜한 環境法상의 理解를 위한 도움을 제공하고자 한다.

Ⅱ. 兩 概念의 意義

1. 危害(Gefahr)의 概念

(1) 傳統的인 危害의 概念

주지하는 바와같이 傳統的인 危害概念은 警察法의 領域에서 誕生된 概念이다. 警察法의 領域에서 警察官廳 내지는 秩序官廳의 行爲의 前提條件인 危害란 通常的으로 具體的인 危害를 意味하는 것으로서, 個別的인 경우에 있어서 客觀的으로 또는 警察權發動을 위해 行爲하는 行爲者의 (寺田的)인 視覺에서 볼 때 당해 狀況을 合理的으로 評價한 結果 가까운 將來에 경찰상의 損害가 發生할 可能性이 충분한 蓋然性으로 認定되는 경우를 말한다. 이 경우의 損害(Schaden)의 發生이란 경찰법상의 一般條項에 의해서 보호되는 法益(公共의 安寧 概念에 의해서 保護되는 個別的 및 公的 法益)이나 價値가 外部的인 영향에 의해서, 事實上 存在하는 正常的인 狀態에서 부터 客觀的으로 減少하는 것을 의미하는 것이다.[1] 따라서 損害가 발생하게 되면 危害는 實現되는 것이 되며 이로 인해 公共安寧의 侵害의 狀態가 存在하게 된다.

(2) 環境法에 있어서의 危害概念

環境法은 一般警察法에서 많은 用語를 借用하고 있으며 危害의 概念도 이러한 借用概念에 해당한다. 물론 危害개념은 環境法에 있어서는 特定物質과 施設物의 特別한 危害性과 關聯되어 論議되므로 警察法에서의 그것과는 多少 다르게 나타난다. 예컨대 "화학물질에 의한 環境汚染과 건강상의 危害를 예방하기 爲하여……" (環境政策保全法 제21조) 또는 "汚染物質로 인하여……重大한 危害를 가져올 우려가 있다고 인정되는 때에는……"(大氣環境保全法 제10조 3항 또는 水質環境保全法 제10조 3항 등의 표현에서 보듯이 주로 特定物質의 危害性이 주된 考察의 對象이 된다.

* 忠北大 法大 助教授 · 法博

1) Schenke, in: Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3 Aufl. 1988. S. 183.

危險(Risiko)의 槪念은 公法의 領域에서는 얼마전까지만 해도 使用도지 않던 槪念으로서 法律上의 用語로서는 아직까지도 프랑스와 美國의 경우를 제외하고는 거의 사용되고 있지 않다.[2)]

(1) 法領域 이외에서의 危險槪念

法 이외의 領域에서의 用語使用에 있어서는 危險의 槪念은 優先的으로는 經濟學과 保險學에서 사용되고 있으며 최근에는 自然科學과 技術分野에서 工業生産物의 安全性을 評價하는 데에 이 槪念이 使用되어지기도 한다.

(2) 法領域안에서의 危險槪念

法領域에서의 危險槪念은 文獻과 判例에 있어서 대략 두 가지의 방향으로 使用되어지고 있다.

1) 殘餘危險(Restrisiko /Risikorest)

殘餘危險(Restrisiko /Risikorest)

殘餘危險의 槪念은 뮨스터 高等行政法院(OVG Münster)이 자신의 判決에서 (Würgassen－Esch-eidung) 判例上 最初로[3)] 이 槪念과 유사한 表現을 使用함으로써 具體化된 槪念인데 이 決定에서 法院은 "……狀況에 따라서는 本質上 當然히, 매우 確實하게 (mit absoluter Sicherheit) 排除할 수 없는 損害가 發生할 수 있는 威脅을 감수해야 한다.……"[4)]라고 表現하고 있다. 이러한 槪念은 聯邦憲法裁判所의 決定(Kalkarbeschluss)[5)]에서도 採擇되고 있으며 그 후에 곧 一般化되었다. 殘餘危險이란 損害發生의 單純한, 단지 理論的인 可能性을 意味하는 점에서 危害(Gefahr)의 槪念과 區分될 수 있고[6)] 이 때의 損害는 충분한 蓋然性에 의해서(mit hinreichendr Wahrscheinlichkeit) 排除될 수 있는 것임을 필요로 한다.

2) 危險의 事前配慮(Risikovorsorge)

이 槪念은 獨逸 Trier 大學 敎授인 Breuer에 의해서 주장된 것으로서 그는 聯邦公害防止法(BimSchG)제5조 1항 1호와 2호를 서로 구분하여 설명하면서 前者는 原則的으로 一般的인 警察法과 秩序法上의 槪念에 相應하는 것으로서 危害防止(Gefahrenabwehr)의 義務에 관련되는 것으로 보고, 제5조 1항 2호에서 이야기하는 事前配慮(Vo-rsorge)의 槪念은 危險의 事前配慮(Risikovors-orge)를 意味하는 것으로서 한층 強化된 安全技術的인 公準(Postulat)을 意味하는 것이라고 한다. 그에 따르면 危險의 事前配慮를 위해서는 理論的으로 있을 수 있는 損害發生의 現實的인 想像可能性의 限界아래에서 그리고 타면에 있어서는 有害性의 한계하에서 具體的인 措置를 行할 것이 필요하다고 한다.[7)] 이 槪念은 殘餘危險(Restrisiko)의 槪念만큼은 一般化되고 있지는 못하며 通常 危害의 事前配慮(Gefahrenvorsorge)라는 표현이 자주 사용되고 있다.

Ⅲ. 兩 槪念의 機能

一般的인 秩序行政法에 있어서 危害(Gefahr)의 槪念은 一般的인 安全의 基準(Sicherheitsstandard)을 定義하는 機能을 갖는다. 즉 秩序行政官廳이 활동할 것인가 하는 것과 언제 활동해야 하는가 하는 것 뿐 아니라 市民들에게 어떠한 警察義務가 賦課되는지 하는 것, 그리고 市民들이 安全의 基準을 實現시키기 위해서 경우에 따라서 國家에 대해서 어떠한 講求權을 갖는가 하는 問題를 答하는 機能을 遂行한다. 勿論 環境法에 있어서도 이러한 基準은 存在하지만 그것은 최소한의 기준(Mindeststandard)만을 意味하는 것이다.

一般的인 環境法上의 事前配慮의 原理(Vorsorgeprinzip)[8)]로부터는 環境法과 技術法(Technikrecht) 全體를 總括하는 體系的인 構造가 나오게 되는데 여기에는 危害防止(Gefahrenabwehr)

1) Schenke, in; Steiner(hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3 Aufl. 1988. S.183.
2) Kloepfer /Bosselmann, Zentralbegriffe des Umweltchemikalienrechts, 1985, S.164.
3) Vgl. Fischerhof, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht, Kommentar, 2 Aufl. Bd. I, 1978, S. 299f.
4) OVG Münster, Urt. vom 20.2. 1975.
5) BVerfGE 49, 89ff.
6) Drews /Wacke /Vogel /Martens, Gefahrenabwehr, 9 Aufl. 1986, S.163.
7) Breuer, Struktur and Tendenzed des Umweltrechts, Der Staat 20(1981), 393(413f.)
8) 法的 原理로서의 이 內容에 對해서는 Ossenbühl. Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltrecht, NVwZ 1986, 161ff. 參照.

를 爲해 絶對的으로 그리고 無條件的으로 필요한 措置를 취하는 것 이외의 危害의 限界(Gefahrenschwelle)下에서 취하는 措置도 考慮된다. 後者의 措置는 그러나 技術的인 實現可能性과(이에 대해서는 논란의 여지가 있는 것이지만) 經濟的인 比例性의 留保下에서만 취해질 수 있는 相對的인 것이 되며 이 경우에 機能하는 槪念이 危險(Risiko)의 槪念이다.

Ⅳ. 危險(Risiko)과의 一般的인 危害槪念(Gefahr)의 關係

위에서 설명한 兩 槪念의 機能에 비추어서 양자의 관계도 결정되어지게 된다. 危險(Risiko)槪念에 있어서의 技術的인 實現可能性과 經濟的 比例性의 留保는 事實上은 法的 結果의 側面에 관련되는 것이고 그 以前段階에서 障碍(Störung)가 발생할 可能性이 확실하게 排除될 수 있는 경우에는 危險(Risiko)의 構成要件[9]은 아직 충족되지 않은 것이 된다. 그러나 障碍(Störung)가 現實的으로 存在하고 이 때에 前述한 留保條件들이 問題가 되지 않는 경우에는 行政機關은 法的으로 대응할 수 있는 權限을 갖게 된다. 반면에 留保條件의 問題가 해결되고 있지 않음에도 불구하고 行政官廳의 法的 對應權限이 認定될 수 있는가의 與否는 全的으로 危害(Gefahr)의 前提條件들이 充足되었는가에 따르게 된다. 따라서 殘餘危險(Restrisiko)의 槪念은 危害(Gefahr)가 아니라는 意味뿐만 아니라[10] 一定한 留保條件으로 인하여 어떠한 事前配慮(Vorsorge) 措置가 行해지지 않는 危險(Risiko)을 意味하게 된다. 이러한 이유로 해서 Breuer는 危害의 事前配慮(Gefahrenvorsorge)의 用語가 아닌 危險의 事前配慮(Risikovorsorge)의 用語를 使用하는 데 그 에 따르면 事前配慮措置는 危害의 存在與否와는 무관한 것이어야 한다고 (gefahrenunabhängig) 본다.[11] 그러나 危險(Risiko)의 外部的인 障碍(Störung)가 發生할 單純한 可能性을 意味하는 것이므로 具體的인 경우에 있어서 有害的 影響(schädliche Einwirkung)이 豫期될 것인가의 與否와 상관없이 모든 적절한 措置를 取해야 한다는 것을[12] 말하는 것이기에 事前配慮(Vorsorge)의 措置를 危險(Risiko)의 槪念과 連結시킬 때에는 궁극적으로는 單純히 將來에 대한 걱정(Sorge)이 存在하는 경우에도 一定한 措置를 取할 것을 주장하게 되므로 이러한 Breuer의 主張은 적절하지 못하며 오히려 危害(Gefahr)와 連結된 事前配慮(Gefahrenvorsorge)의 槪念이 現實的으로 妥當하다고 생각된다.[13]

結論的으로 이야기 한다면 危險(Risiko)의 槪念은 安全法的으로 (sicherheitsrechtlich) 定向된 事前配慮措置를 위한 構成要件에 該當하는 것으로서 危害개념의 특별한 前提條件들과 결합되어 危害防止(Gefahrenabwehr)의 構成要件이 된다고 볼 수 있다.

Ⅴ. 危險(Riskio)과 危害(Gefahr) 사이의 限界의 具體化

1. 問題提起

危害(Gefahr)槪念의 具體化는 行政法上 不特定槪念의 具體化와 관련한 典型的인 例示로서 認定되어 왔다. 그러나 環境法에 있어서의 이 槪念은 "開放的인 評價形式(offenen Wertungsformel)"으로 變하여 나타나게 되는데 특히 危害를 惹起하게 하는 事實關係의 基礎와 因果關係의 進行過程의 確定과 關聯된 認識上의 어려움으로 인해, 環境에 영향을 미치는 生産物과 規模가 큰 프로젝트의 領域에 있어서, 實現狀態가 아니라 通常的으로 단지 危害의 嫌疑(Gefahrenverdacht)만으로도 가능한 것으로 만들고 있다.[14] 이러한 이유로 因해서 環境法에 있어서는 關聯되는 物質의 複合性과 結合되어 行政官廳의 效果的인 法律의 執行과 -環境行政상의 義務를 負擔하게 되는-企業

9) Vgl. Kloepfer/Bosselmann, a.a.O., S.165.
10) Breuer, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge in Atomrecht, DVBI 1978, 829(836ff.)
11) Breuer, a.a.O., DVBI 1978, 829(836ff.)
12) Schmölling/mäder, Das Bundes-Immissionsschutzgeetz-sntwicklung oder Stillstand? GewArch. 1980, 78(80)
13) Schroeder, Vorsorge als Prinzip des Immissionsschutzrechts, dargestellt am Beispiel des §5I Nr.2 BImSchG, 1987, S.136.f
14) Ossenbühl, a.a.O., NVwZ 1986, 161(163).

의 投資여부의 審査에 있어서 特定된 또는 적어도 특정할 수 있는 行動의 指針(즉 어떠한 場所에서 어떤 物質이 어느 정도의 분량을 禁止해야 하는가?)을 필요로 하게 된다. 이 경우에는 具體的인 規範的인 基準이 필요하게 되며 이에 대해서 Salzwedel은 保護價値性(Schutzwürdigkeit)과 危險性(Gefährdung)의 基準을 主張하고 있으나[15] 이러한 基準의 內容과 이것이 危害槪念의 어떠한 要素들에 該當하는지 하는 것 등이 問題로 남게 된다.

2. 規範的인 基準으로서의 障碍效果(Störwirkung 또는 損害)와 保護價値性

(1) 現代的인 環境立法에 있어서의 保護法益

危害防止는 公共의 安寧에 대한 障碍를 事前的으로 豫防하는 것으로서 損害 즉 法益의 侵害를 排除하는 것이다. 이러한 점에서는 個別的인 環境法의 內容은 一般的인 危害의 槪念과 크게 다르지 않다. 그러나 많은 環境立法에 있어서는 障碍效果(Störwirkung)를 多樣化하거나 확대하고 있음을 볼 수 있는데 예컨대 大氣環境保全法은 사람의 健康, 財産이나 動物 및 植物의 生育을 그 保護法益으로 規定하고 있다(同法 제2조 8호; 또한 水質環境保全法 제2조 3호 參照). 法律의 傳統的인 保護法益인 生命, 身體, 自由, 財産등이 오랜 期間을 거치면서 그 內容을 比較的 詳細化, 具體化한 것과는 對照的으로 環境法에서의 새로운 保護法益들은 아직도 그 구체적인 세분화에 있어서 문제를 내표하고 있다.

(2) 保護價値性의 基準을 通한 保護法益의 具體化

1) Salzwedel의 見解

環境法의 保護法益의 具體化와 관련해서 Salzwedel은 具體的인 價値基準을 새로이 만들 것을 주장하는 데 그에 의하면 保護價値性(Schutzwürdigkeit)의 基準을 검토하여 保護法益의 具體化의 目的을 달성할 수 있다고 한다.[16] 즉 이 基準에 의해서 떠한 관계(Belange)가 어느 정도의 비중으로 考慮될 것인가를 명확하게 하고, 다음으로 特定物質의 使用으로 인하여 어떠한 침해상태가 또는 特定施設의 嫁動으로 인해 어떠한 有害物質의 放出이 豫期되는 지를 査定하고(危險의 査定; Risikoabschätzung, hazard assessment) 그 危險의 정도가 얼마나 높은 지를 評價(危險程倒의 評價; Risikobewertung, risk assessment)한다고 한다. 그에 따르면 이러한 危險의 査定과 危險程度의 評價의 結果는 다음 基準인 危險性(Gefährdung)에 의해서 검토된다고 한다.

2) 個別的인 保護法益의 保護價値性 檢討

保護價値性의 基準에 우선 人間의 健康과 生命은 廣範圍하게 보호되어야 하나 이 경우에도 危險의 査定(Risikoabschätzung)에 있어서는 一定한 平均壽命을 設定한다든가 지나친 特異한 生活習慣은 排除할 것이 필요로 하게 된다. 文化財(denkmal)가 특별히 보호되어야 할 경우에는 普通의 다른 物的法益들과 구분해야 하고 그 保護의 必要性도 個別化해야 한다.[17]

植物과 動物이 保護法益인 때에는 一定한 生活空間(Biotop)에 의해서 生物體의 保護必要性 與否를 좀더 正確하게 考察해야 하고 媒介物(Medien)이 保護法的인 境遇에는(예컨대 물의 境遇) 특정하천의 水質狀況의 檢討가 행해져야 할 것이다. 自然의 機能性(Leistungsfähigkeit)이 保護法益으로 나타날 때에는 그와 關聯된 複合的인 問題로 인해 구체화가 매우 어렵게 나타나게 되나 特定 化學的 反應作用으로 인해 自然의 生活土臺의 自律的인 機能에 威脅을 야기하지는 않았는지를 確定할 必要性이 存在하게 될 것이다.

위와 같이 새로운 保護法益의 具體貨가 絶對的으로 그리고 全體的으로 評價되어지고 나면 그와 같은 內容들이 侵害되는 것은 一般的인 危害의 槪念(Gefahr)의 意味에서의 損害의 發生으로서 評價되어져야 한다. 이 때에는 損害發生의 豫防을 위한 措置를 技術的인 實現可能性과 經濟的인 比例性의 유보와 관련해서 생각할 필요가 없으며,

15) Salzwedel, Risiko im Umweltrecht－Zuständigkeit, Verfahren und Massetäbe der Bewertung, NVwZ 1987, 276ff.

16) Salzwedel, a.a.O., NVwZ 1987, 276.
17) Salzwedel, a.a.O., NVwZ 1987, 276(276, 279).

直接的으로는 個人이 保護의 對象이 아니고 動物이나 또는 媒介物(Medien)이 對象인 때에도 이는 危害의 防止(Gefahrenabwehr)의 領域에 있는 問題에 該當하는 것이 된다.

3. 豫測과 豫測의 基礎(Prognose und Prognosebasis)

(1) 危險의 査定(Gefahr)라고 評價하기 위해서는 이러한 狀況에 대한 認識을 前提로 한다. 그리고 이러한 認識에 있어서의 規範的인 前提는 法規範에 의해서 保護價値 있는 것으로서 提示된 利益에 대한 損害의 發生이다. 損害發生의 蓋然性의 程度에 관한 認識은 자연과학자 등에 의한 危險의 査定(Risikoabschätzung)의 段階를 통해서 얻어지게 되는 데, 이러한 確定은 危害와 殘餘危險(Restrisiko) 사이의 限界를 最終的으로 法的인 그리고 政治的인 評價에 의해서 決定하는 危險程度의 評價(Risikobewertung)와는 구분된다.[18]

(2) 豫測의 過程

1) 危害의 要素로소의 "態度와 狀態(Verhalten und Zustand)"

危險의 査定의 課業은 損害發生의 蓋然性을 豫測하는 일이다. 이 때에 行政機關은 稼動되어지는 施設物(Anlage)이나 使用되어지는 物質에서부터 이 豫測을 시작하게 된다. 이는 危害概念에서의 狀態(Zustand)나 態度(Verhalten)의 要素에 相應하는 것이 되며 이로써 危害狀況의 重要한 決定要素인 損害發生原因의 有害性(즉 施設物이나 物質은 損害를 發生하게 하는 데 適當한 것이어야 한다는 것) 도출되게 된다.

2) 豫測內容(Prognoseinhalt)의 規範的인 具體化

狀況의 危險性의 分析에 있어서는 많은 要素들이 포함되게 되어 그 豫測過程에 不明確性이 內在하게 된다. 일단 危害가 存在한다고 確定되게되면 利害關係人 사이의 基本權에 영향을 미치게 되므로 危險의 査定(Risikoabschätzung)過程에 있어서는 法治主義 原理上 그 節次가 가능한한 넓은 範圍에서 開放的일 것과(Transparenz) 그 理由가(Begründung) 提示될 것이 요구되어진다. 즉 本質的인 事項들(Das Wesentliche)이 規定되어야 한다. 危險査定의 節次는 査定되어지는 對象에 의해서 具體化될 수 있고, 정확하게 무엇이 豫測되어져야 하는가를 확정하게 되면 적어도 開放性과 그 提示된 理由의 事後的인 檢討에 도움을 줄 수 있게 된다.[19] 따라서 豫測過程의 個別的인 段階와 危害概念의 具體化를 위한 規範的인 指針은 이른바 本質性理論(Wesentlichkeistheorie)에 비추어 볼 때 필요한 것으로 된다.

(3) 豫測의 基礎(Prognosebasis)

豫測의 土臺는 一面으로는 危害狀況의 事實的인 要素(情況的인 要素 또는 事實的인 狀況) 他面으로는 具體的인 危害의 進行過程을 결정하는, 이에 적용되어질 一般的인 因果法則(一般的인 因果性)으로 構成되나 兩者 모두 不確實性에 의해서 制約을 받게 되므로 認識上의 欠缺이 存在하는 경우에 이러한 事情이 果然 危害(Gefahr)의 存在를 認定하는데 障碍가 되는지 하는 것이 問題가 된다.

1) 事實的인 基礎와 關聯된 認識의 欠缺(Erkenntnisdefizit)

事實의 確定領域에 있어서의 認識의 欠缺은 不確實性의 주된 原因이 된다. 이는 適用되어지는 測定方法(Messverfahren)의 問題나 施設物이 영향을 미치는 領域(Einwirkungsbereich)이 이미 그 以前에 다른 理由로 인해서 負擔을 안고 있는지 하는 것(Vorbelastung)에 관한 情報의 欠缺 등과 關聯되는 것이다.[20] 이러한 問題에 관한 法的인 解決策으로서 Götz는 客觀的인 危害概念(objektiver Gefahrenbegriff)에 따라 危害의 存在與否는 "實際的인" 狀況의 存在與否에 의해서

18) Rehbinder, Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikalien), in: Salzwedel (Hrsg.). Grundzüge des Umweltrechts. 1982, S.455(463).

19) Salzwedel, a.a.O., NVwZ 1987, 276(278); Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, 1985, S. 1ff.

20) Vgl. Winter, Gesetzliche Anforderungen an Grenzwerte für Luftimmissionen, in: Winter(Hrsg), Grenzwerte, Eine Rechtsfigur des Arbeiets, Gesundheits-und Umveltrechts, 1986, S.127(130f.).

決定된다고 한다.[21] 따라서 危害를 근거지우는 狀況的인 要素에 관해서 不確實性이 存在하는 경우에는 危害(Gefahr)가 존재하지 않는다고 본다. 그렇지 않은 경우에는 行政機關의 侵害的 手段이 너무 擴大되어 適用되어 진다고 主張하는 그는 危害의 嫌疑가 있는 進行過程은 可能한 한 狀況을 충분하게 調査하는 것이 比例性의 原則上(特히 必要性의 原則) 요구되어지는 反面, 올바른 危害防止手段의 採擇은 比例性의 原則에 따라 危害의 存在의 경우로 制限된다고 한다. 그러나 Götz의 이러한 見解는 環境法의 問題를 解決하는 경우에는 도움이 되지 못하는 데 環境法에서는 警察法에서와는 달리 事實關係의 基礎가 危害狀況을 많은 경우에 있어서 完全하게 調査되어지지 못하게 하기 때문이다. 오히려 環境法에 있어서는 主觀的인 危害槪念에 따라서 알려진 事實에 根據하여 結局 不完全하게만 認識할 수 밖에 없는 狀況에 의해서 判斷하게 되어진다. 이러한 判斷過程을 診斷的인 蓋然性의 判斷(diagnostisches Warscheinlichkeitsurteil)이라고 한다.[22]

2) 全般的인 因果關係와 關聯된 認識의 欠缺

環境法에 있어서는 一般的인 因果法則에 관한 認識의 欠缺이 자주 존재한다. 예컨대 특정물질의 損害惹起可能性(어떤 物質의 特定 분량과 그 效果와의 관계 包含) 문제와, 이온화된(ionisierend) 光線과 特定化學物質의 有關的인 作用에 關한 問題뿐만 아니라 어떤 物質의 癌을 誘發할 수 있는 潛在的인 可能性에 關한 문제 등이 그것이다.[23] 이러한 問題에 대한 법적인 解決方法에 對해서는 因果法則에 대한 確實性이 없으면 危害(Gefahr)의 存在를 인정하지 않는 見解도 있으나[24] 이는 妥當하지 않다고 생각된다. 自然科學的인 法則이라는 것이 事實은 지금까지 反證되지 않은(unwiderlegt), 그럼에도 不具하고 誤診가 있을 수 있는 最新의 基準(neuester Stand)만을 意味하는 것이고[25] 正確한, 絶對的인 因果法則이 밝혀질 때까지 人間의 健康을 包含한 人間의 尊嚴性의 侵害가 放置되어야 한다면 이는 人間을 對象으로 一種의 實驗을 하는 것과 다를 바 없는 結果를 招來하게 되기 때문이다.[26] 따라서 一般的인 原因-結果關係와 關聯한 認識의 欠缺이 있다고 해서 처음부터 危害(Gefahr)의 존재를 排除할 수는 없고 豫測的인(prognostisch), 診斷的인(diagnostisch) 그리고 假說的인(hypothetisch)인 蓋然性의 判斷을 행하여 全體的인 蓋然性의 程度를 줄이는 勞力이 필요하게 된다.[27]

Ⅵ. 結論

위에서 본 바와 같이 環境法에서 重要한 機能을 갖는 危險(Risiko)의 槪念은 그 査定과(Risikoabschätzung) 그 危險程度의 評價(Risikobewertung)의 程度를 거쳐서 — 技術的인 實現可能性과 經濟的인 比例性의 留保下에서 — 危害(Gefahr)의 領域으로 編入되어지는 槪念이다. 그러나 危險自體를 査定하는 作業과 危險程度를 評價하는 作業에는 認識上의 어려움 등으로 인하여 많은 어려움이 존재하며 이러한 사정 때문에 危害(Gefahr)의 存在를 어떻게 認定할 것인가 하는 것도 問題로 남게 된다. 이와 같은 法과 科學技術 사이의 葛藤은 적지 않은 경우에 현실적으로 그 어느 편에도 귀속시킬 수 없는 영역을(juristisches Niemandsland) 만들게 된다. 이러한 問題를 해결하기 위해서는 무엇보다도 節次琺的인 側面을 強化하는 方法을 利用할 수 밖에 없기 때문에 環境行政에 있어서는 施設物의 稼程에서 그리고 危險의 基準値(Risikogrenzwert)를 調査하는 過程에 있어서도 開放的인 節次過程이 保障될 必要가 있게 된다.

21) Götz, Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht, 8 Aufl. 1985, S.70f.
22) Schneider, Grundsätzliche Überlegungen zur Gefahr, DVBI 1980, 406 (407).
23) Hansen-Dix, Die Gefahr in Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im technischen Sicherheitsrecht, 1982, S.173.f.
24) Götz, a.a.O., S.72: Hansen-Dix, a.a.O., S.76 등.
25) Murswiek, a.a.O., 388.
26) Murswiek, a.a.O., S.390.
27) Schneider, a.a.O., DVBI 1980, 406(408).