

환경판례의 이상과 현실*

김 홍 균**

차 례

- I. 들어가는 말
- II. 사례연구
- III. 평가
- IV. 맺는 말

【국문초록】

법원은 권리보호의 최후의 보루이다. 그 동안 법원이 보여준 권위있고, 최종적인 결론은 감탄을 자아내기에 충분하다. 학계 및 실무에서 심한 논란이 있는 사안사안마다 내린 단호한 결론은 논란을 일순간에 잠재우곤 하였다. 그럼에도 불구하고, 극히 일부에 불과하지만, 일부 판결은 논란을 잠재우기는커녕 논란을 부추기고 있다. 논리의 부족, 부정확한 표현, 도망갈 여지를 두는 모호한 입장, 판결간의 반복 또는 상충, 정치적 논리의 전개 등이 그 주범이라고 할 수 있다. 여기에는 환경지식·경험의 한계, 전문성의 부족, 환경철학의 부재, 환경문제 인식에 대한 차이, 자신감의 결여 등이 복합적으로 기여하는 것이라고 생각한다.

환경문제가 심각해지고 내용이 복잡해짐에 따라 환경소송은 폭증하고, 쟁점은 보다 넓어지고 세밀해지며, 그에 따라 법리도 더 복잡해지고 다양해질 것이 분명하다. 이러한 상황에서 논란을 불식시키기는커녕 논란을 부추기고 안정적으로 문제 해결을 하지 못할 경우에는 사회갈등은 계속되고, 더욱 첨예화되면서 사회적, 국가적 혼란, 자원낭비가 초래될 것이다. 법원에 대한 신뢰가 추락하고 법원의 권위는 그만큼 추락하고 말 것이다. 문제는 여기에 그치지 않고 권리보호를 요청하는 국민 개개인이 그 피해를 고스란히 떠안는다는 것이다.

환경판례가 빠른 속도로 축적되고 있는 이 시점에서 사례연구를 거쳐 이론과 실재를 살피고 그 허와 실을 살피는 것은 의미 있다고 할 수 있다. 중간점검의

* 이 논문은 2019년 12월 21일 개최된 (사)한국환경법학회 제141회 정기학술대회에서 발표한 내용을 수정, 보완한 것임

** 한양대학교 법학전문대학원 교수

시간을 갖는다고 보면 된다. 이상과 현실의 괴리는 생각만큼 크지 않다고 생각하면 편하다. 판결도 인간이 하는 것이므로 완벽할 수 없다고 생각하면 그 만큼 편하다. 일부의 판결로 시사점을 도출하는 것은 아예 무리라고 할 수 있다. 그러나 약간의 시사점이라도 이를 인식하고 이상과 현실의 간극을 좁히려는 노력을 한다면 환경권 보장은 그 만큼 빨리 그리고 확실히 보장되는 것이 아닐까. 법원이 환경이익이 “한 차원 높은 가치”,¹⁾ “영업상의 이익 또는 여가생활 향유라는 이익보다 훨씬 우월한 이익”,²⁾ “토지소유권을 행사하는 경제적 자유보다 우선하는 지위”³⁾라고 이해하는 것은 상당히 고무적이다. 국민은 이것이 단지 이론에 그치지 않고 실제로 그렇게 되기를 고대하고 있다. 법원의 거듭나기와 용기가 필요하다.

I. 들어가는 말

판결은 최종적으로 권위있는 결정이 되어 분쟁이나 논란을 불식시키는 데 큰 역할을 하고 있다. 입법의 공백을 메우고, 법제·개정 의 근거를 제시하기도 한다. 이러한 역할과 기능이 분명히 있음에도 판결에 대해 종종 그 논리가 불충분, 불분명하거나 표현이 선명치 않고 추상적이거나 모호하다는 불평이 제기되고 있다. 법원이 지나치게 소극적, 형식적 판단을 함으로써, 불성실한 판결이 아닌가의 의심을 낳기도 한다. 처분권주의 또는 변론주의의 한계로 미처 다루지 못한 쟁점이 있을 수 있지만 판결에 그 쟁점이 명확히 드러나지 않아 답답함을 느끼게 하는 부분도 있다. 결정의 번복, 상치되는 판결 등은 안정이 아니라 오히려 혼란을 부추기는 측면도 있다. 정치적 논리가 개입되었다는 의심이 들 때가 있다.

이러한 비판 내지 불만은 지극히 개인적이고 주관적일 수 있다. 그렇다면 이를 뒷받침하는 증거는 있는가? 심증은 가나 증거는 없다가 답이다. 그럼에도 불구하고

1) 대법원 1996. 7. 12. 선고 95누11665 판결; 서울중앙지법 2009. 8. 26. 선고 2008가합72566 판결(확정).

2) 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두8589 판결(문장대운천 사건); 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두5092 판결(용화운천 사건).

3) “모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경권(헌법 제35조)은 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 실현에 기초가 되는 기본권이므로 사유재산권인 토지소유권을 행사하는 경제적 자유보다 우선하는 지위에 있다.” 헌재 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 97헌바78 결정, 재판관 이영모의 반대 의견.

고 이 글에서는 이를 뒷받침하는 증거를 찾아보려고 한다. 그 단서는 개인적으로 그 추론이나 결론에 의심이 가는 판례를 뒤집어 보는 것이다. 다루는 판례가 얼마 되지 않기 때문에 정확한 평가를 하기는 역부족일 수밖에 없다. 그러나 몇 가지 시사점을 얻을 수 있고, 최소한 그 방향성을 제시하면 그 자체로도 의미가 있다고 생각한다.

이러한 인식하에 이 글은 몇 가지 판례를 소개하면서 비판적인 관점에서 분석·평가한 후(Ⅱ) 시사점을 도출하여(Ⅲ), 문제 및 한계를 극복, 개선하기 위한 제안을 하기로 한다(Ⅳ). 이러한 시도는 환경판례가 추구하는 이상과 현실적인 한계 간의 간극을 좁히는 작업이라고 할 수 있다.

Ⅱ. 사례연구

1. 환경권의 구체적 효력은 인정되는가?

자세한 설시는 없지만 소유권과 함께 명시적으로 환경권을 공사중지와 금지를 청구할 권리의 한 근거로 들고 있는 대법원 결정이 있어 주목받고 있다(판례 [1]).

[1] 음성광산 사건: 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006다49284 판결

원고가 광산에서 금광의 탐광 및 채광을 위한 굴진공사를 계속 진행할 경우, 광산 지하를 통과하는 지하수가 고갈되고, 이로 인하여 인근 토지가 침하되며, 지하수와 토양이 심하게 오염될 가능성에 대한 충분한 개연성이 인정되고, 이러한 환경침해가 발생할 경우 광산 이웃 토지 소유자이거나 근접 토지 거주자들은 종전부터 향유하고 있던 자연환경 및 생활환경에 대하여 수인한도를 넘는 침해가 발생하며, 또 그 침해되는 환경적 이익이 그들의 생명, 건강 기타 금전으로 배상하기 어려운 생활상의 이익에 관련된 것이 충분히 증명되었으므로 피고들을 포함한 인근 주민들은 토지 소유권 및 환경권에 기초하여 공사의 중지와 금지를 청구할 권리가 있다.

환경권이라는 하나의 절대권을 인정하면서 쾌적한 환경을 향수하고 이것을 지배할 수 있는 권리를 침해한 경우 그 자체로써 위법성을 인정할 수 있다고 보는 견해가 있다.⁴⁾ 여기에 대하여는 환경권의 내용이 불명확하여 사법상의 구체적 권리로 인정할 수 없고, 법적 안정성을 해칠 수 있다는 반론이 제기되고 있다.⁵⁾ 환경권의 구체적 효력을 부인하는 유력한 근거로는 헌법 제35조 제2항, 즉 “환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다”라는 규정이 들어지고 있다. 판례도 “환경권은 명문의 법률규정이나 관계 법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야만 인정되는 것이므로, 사법상의 권리로써의 환경권을 인정하는 명문의 규정이 없는데도 환경권에 기하여 직접 방해배제청구권을 인정할 수 없다”라고 판시함으로써 환경권을 사법상의 구체적 권리로 볼 수 없다는 입장을 견지하고 있다.⁶⁾

판례는 유지청구의 권원으로 소유권만을 언급하고 점유권에 대해 일체 언급하지 않는 경향이 있다.⁷⁾ 그라고 이른바, 물권적청구권설을 취하고 있는 판례들은 유지청구의 근거가 민법 제214조인지, 제217조인지, 양 조문의 관계가 어떠한지 등에 관하여 명확히 하지 않고 있다.⁸⁾ 나아가 “어느 토지나 건물의 소유자가

4) 권용우, 불법행위론, 신양사, 1998, 242 내지 245면; 이용우, 공해방지소송, 공해문제와 재판, 재판자료, 제2집, 법원행정처, 1979, 226 내지 227면 참조.

5) 천병태·김명길, 환경법론, 삼영사, 1997, 275면; 윤철홍, 환경이익침해에 관한 사법적 구제, 비교사법, 제7권 제1호, 2000. 6, 538면; 문광섭, 환경침해에 대한 유지청구, 환경법의 제문제, 재판자료, 제94집, 2002. 6, 300면; 김재호, 환경오염 피해에 대한 법적 구제 -사법적 측면을 중심으로-, 친법석종현박사 화갑논문집, 현대 공법이론의 제문제, 2003, 636면; 손윤하, 환경침해와 민사소송, 청림출판, 2005, 369면. 생명, 신체 등에 대한 직접적인 피해가 없는 경우에도 단순히 환경의 보전을 위하여 환경권에 기하여 유지청구를 하는 것까지 허용된다고 할 수 없다. 윤진수, 환경권 침해를 이유로 하는 유지청구의 허용 여부, 판례월보, 1996. 12, 41면.

6) 대법원 1995. 5. 23. 선고 94마2218 판결; 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결(부산대 사건); 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결(봉은사 사건); 대법원 1999. 7. 27. 선고98다47528 판결; 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결(부산지역 환경운동단체회원 등 시민 1백명이 국가와 지방자치단체를 상대로 낙동강 등 상수원 수질오염으로 인해 환경권이 침해당했다면서 손해배상을 구한 이른바, ‘낙동강 물 사건’에서 상수원수에 관한 원고들의 권리나 이익을 사법상 구제가 가능한 구체적 환경권으로 볼 수 없다면서 원고들의 청구를 기각한 사례); 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결(새만금 사건).

7) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결(부산대 사건); 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결(봉은사 사건); 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결 참조. 이에 비해 소유권과 함께 점유권도 언급하고 있는 판례는 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904 판결.

8) 다만 하급심법원은 소유권을 언급하면서도 이른바, 부산대 사건(하급심)에서는 민법 제217조만

종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망, 조용하고 쾌적한 종교적 환경 등이 그에
 게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 (...)
 토지 등의 소유자는 소유권에 기하여 방해의 제거나 예방을 위하여 필요한 청구를
 할 수 있다”고 판시함으로써,⁹⁾ “생활이익으로서의 가치”라는 표현을 동원하고
 있는데, 그 개념은 상당히 추상적이라고 할 수 있다.¹⁰⁾

최근에는 환경권의 구체적 효력을 인정하는 견해가 만만치 않게 나타나고 있
 다.¹¹⁾ 하급심 법원도 이를 인정하 바 있다.¹²⁾ 그런데 이와 관련한 법원의 판단은
 혼란스러운 측면이 있다. 예컨대, 부산대 사건에서 ① 교육·연구활동의 지장은
 소유권 침해(민법 제217조), ② 일조, 통풍, 소음 등 피해는 환경권 침해, ③
 불쾌감, 압박감은 인격권 침해라고 할 수 있는데, 법원은 이를 명확히 구분하지
 않고 있다. 나아가 환경권이라는 직설적인 표현을 쓰지 않고 “환경이익의 부당침
 해방지권을 가진다”는 식으로 ‘환경이익’이라는 다소 모호한 개념을 사용하고
 있다.¹³⁾

이러한 논란과 의문이 지속되는 상황에서 뚜렷한 근거를 제시하지 않은 채

을 법적 근거로 보았는 데 비해, 봉은사 사건(하급심)에서는 제214조도 그 법적 근거로 하고
 있다. 제217조에 따르면 적당한 조치를 청구할 수 있으나 제214조에 따르면 방해의 제거,
 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있는데, 방해의 제거·예방에는 방해물의 철거뿐만 아니
 라 방해의 배제, 방해의 정도를 완화 내지 저감시키는 행위 등이 광범위하게 포함된다는 점을
 고려한다면 양자의 관계는 청구권경합이라고 할 것이다. 법체계상 제217조와 제214조의 적용
 순서는 전자가 생활방해의 위법성 판단기준(통상의 용도에 적당한 때)을 제시하고 있으므로,
 생활방해가 제214조에 따른 소유권 방해에 속한다는 판단이 이루어지고 비로소 적용하게 된다.

- 9) 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결(봉은사 사건).
- 10) 환경상 이익과 생활이익이 어떻게 구별되는지도 풀어야 할 숙제이다.
- 11) 구체적 효력을 인정하는 견해로는 조성민, “환경침해와 방해배제청구권의 인부”, 고시계, 1996.
 4, 188 내지 191면; 송기춘, 환경권의 대사인적 효력, 공법연구, 제28집 제3호, 2000. 3, 153면;
 김춘환, “공권적 환경권이론”, 공법연구, 제29집 제2호, 2001, 355면; 황진호, 국가·지방자치단
 체의 환경보전의무위반으로 인한 손해배상책임, 한국의 환경 및 에너지에 관한 법원리, 환경문
 제연구총서 X, 대한변호사협회, 2003, 45면; 정사연, 환경권의 규범화방안에 관한 검토, 천봉
 석중현박사 화갑논문집, 현대 공법이론의 제문제, 2003, 1492면; 김형성, 헌법상 환경규정의
 규범적 의의, 환경법연구, 제26권 제4호, 2004. 12, 126면; 홍준형, 환경법, 박영사, 2005, 37면;
 석인선, 환경권론, 이화여자대학출판부, 2007, 233면 참조.
- 12) 부산고법 1995. 5. 18. 선고 95카합5 판결(부산대 사건); 서울지법 1995. 9. 7. 선고 94카합6253
 판결(봉은사 사건); 청주지법 1998. 2. 26. 선고 97카합613 판결.
- 13) 이와 관련해서 현행 사법체계 아래에서 헌법상 환경이익은 생활이익의 형태로 전환되는 경우
 보호를 받을 수 있다는 견해가 있다. 박태현, 환경권에 기초한 금지청구권의 인정, 환경판례백
 선, 박영사, 2019, 16면.

‘환경권’에 기초하여 유지청구를 할 수 있다는 판례 [1]은 너무 단순하거나 다소 무책임한 측면이 있다.

2. 「환경정책기본법」 제44조와 민법 제758조와의 관계는 법조경합인가? 청구권경합인가?

이 질문에 답하기 위해서는 우선 「환경정책기본법」 제44조 제1항(원인자의 무과실책임)의 구체적 효력이 전제되어야 한다. 판례는 그 구체적 효력을 인정하고 있다(판례 [2]).

[2] 환경정책기본법 제44조 제1항의 구체적 효력: 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다23321 판결

이 사건 소음·진동이 1차적으로는 열차로부터 발생하지만, 열차의 운행에는 철도가 필수적이고 소음과 진동이 철로를 통해서 생긴다. 이 사건 철로를 통한 열차 운행으로 소음·진동이 생긴 경우에 피고 공단과 피고 공사는 구 환경정책기본법 제31조 1항의 사업자와 환경정책기본법 제44조 제1항에서 정한 오염원인자에 해당하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.¹⁴⁾

그렇다면 양자의 관계는 법조경합인가, 청구권경합인가? 여기에 대해서는 법조경합이라는 견해가 만만치 않다. 즉 “구 「환경정책기본법」 제31조 제1항(현행 제44조 제1항)의 불법행위에는 민법 758조의 ‘공작물의 설치 또는 보존의 하자’ 유형을 포섭하는 개념으로서, 민법 제758조와 「환경정책기본법」 제31조는 일반,

14) 철도를 건설하여 열차를 통행함으로써 발생한 소음·진동으로 인해 발생한 인근 농장에서 사육 중이던 한우들의 유·사산, 성장지연, 수태율 저하 피해에 대하여 철로의 건설과 관리를 맡은 한국철도시설공단과 열차사업을 운영하고 있는 한국철도공사가 손해를 배상할 의무가 있다고 한 사례. 그 밖에 인천지법 2013. 12. 24. 선고 2011가합24254 판결, 부산지법 2014. 5. 15. 선고 2013가합2514 판결, 서울고법 2015. 4. 30. 선고 2014나2007924 판결(도로 건설공사에 따른 소음·진동으로 인해 발생한 원고가 인근 목장에서 사육 중이던 소들의 유량 감소, 유질 저하, 유산·사산, 수태율 저하 등 피해에 대하여 도로 건설공사의 시행자인 국가가 손해를 배상할 의무가 있다고 한 사례); 대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다35802 판결 등 참조.

특별의 법조경합 관계에 있다고 할 수 있다. 다시 말하면, 민법상의 손해배상청구권과 「환경정책기본법」상의 손해배상청구권은 목적이 하나인 한 개의 권리이며 그 적용범주가 2개인 것일 뿐이다. 따라서 민법 제758조를 근거로 청구한 경우에도 법원은 민법에 우선하여 「환경정책기본법」 제31조 제1항을 적용하여야 한다”는 견해가 있다.¹⁵⁾ 같은 맥락에서 「환경정책기본법」 제44조를 손해배상청구권의 독립적인 근거로 이해하게 되면 해당 영조물(또는 공작물) 관리자를 동법상의 ‘원인자’로 해석함으로써 영조물(또는 공작물)책임과 동일한 무과실책임을 인정할 수 있으므로 굳이 영조물(또는 공작물)책임으로 이론을 구성하기 위하여 기능적 하자 개념을 도입할 필요는 없다는 견해,¹⁶⁾ “국가·지방자치단체의 공권력의 행사, 영조물의 하자에 의한 환경오염피해의 경우에도 불법행위 성립요건에 관하여는 「환경정책기본법」이 적용되고, 손해배상의 범위와 절차만이 「국가배상법」의 규정에 의한다고 해석하여야 할 것이므로, 「국가배상법」 제2조 제1항 또는 제2항을 근거로 청구한 경우에도 「국가배상법」에 우선하여 「환경정책기본법」 제44조 제1항을 적용하여야 할 것으로 본다”는 견해 등이 있다.¹⁷⁾

이러한 논란이 있는 상황에서 법원은 피고 공단을 철로의 설치·관리자로 보고 분명한 근거는 제시하지 않은 채 「환경정책기본법」 제44조와 함께 민법 제758조에 따른 책임도 명시하고 있다.¹⁸⁾ 민법 제758조상의 공작물의 설치·보전상의 하자과 유사한 구조를 갖고 있는 국가배상법 제5조상의 영조물의 설치·관리상의 하자과 관련해서 법원은 ‘하자’를 물적 하자뿐만 아니라 ‘기능적 하자(내지 작용상 하자)’를 포함하는 개념으로 이해하고 있으며, 나아가 수인한도론을 ‘기능적 하자’ 판단의 영역으로 끌어들이고 있다.¹⁹⁾ 이에 따르면 안전성을 갖추지 못한

15) 이영창, “민사소송을 통한 환경오염피해 구제의 현실과 한계”, 환경오염 피해구제의 실효성 확보방안, 한국환경법학회 제117회 학술대회 자료집, 2014. 3. 8, 87면.

16) 강종선, “항공기소음 관련 민사소송의 제 논점”, 환경소송의 제문제, 사법발전재단, 2011, 106면.

17) 이영창, 앞의 글, 87면.

18) 유사한 사안에서 고속국도를 점유·관리하는 한국도로공사에 대하여 민법 제758조에 따른 공작물책임 자체가 아예 거론되지 않은 판례는 대법원 2001. 2. 9. 선고 99다55434 판결. 이는 처분권주의 내지 변론주의와 무관치 않아 보인다.

19) 이와 관련하여 하자의 개념에 ‘기능적 하자’를 포함함으로써, “민법 또는 「국가배상법」상의 영조물 책임의 범위를 지나치게 확대하고 있다는 비판을 하면서 이는 수인한도와 위법성의 존재를 별개의 성립요건으로 규정하고 있는 현행법 체제에 반하는 것으로 수인한도를 초과하는 피해가 있으면 하자과 함께 위법성까지도 인정하는 결과를 낳는다”는 견해가 있다. 안경희, 항공기 소음으로

상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태라 함은 당해 영조물(공작물)을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라, 그 영조물(공작물)이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 할 것이다

피해자의 입장에서 「환경정책기본법」 제44조에 따른 ‘원인자’²⁰⁾를 밝히는 것보다 공작물의 ‘설치자’임을 소명·입증하는 것이 쉬울 수 있는 점, 2차적 책임자인 소유자의 고의·과실 등(이는 책임범위 및 정도와도 관련이 있음)을 대신하여 하자(특히 물리적 하자)를 쉽게 소명, 입증할 가능성이 있는 점, 「환경정책기본법」 제44조가 행위책임이라면 공작물책임은 상태책임에 가까운 점, 1차적 책임자인 점유자의 경우 주의를 해태하지 않았음을 입증함으로써 면책 가능성이 있는 점, 법조경합설을 취할 경우 공작물로 인한 특수한 환경침해에 대하여 책임을 인정하는 규정 및 그 동안의 해석을 무용지물로 만들 수 있다는 점에서 법조경합설을 취함에는 신중한 접근이 필요해 보인다. 판례 [2]에서 법원은 「환경정책기본법」 제44조와 민법 제758조와의 관계를 밝히지 아니한 채 민법 제758조에 따른 책임도 명시함으로써, 일응 청구권경합임을 뒷받침하고 있다.²¹⁾ 다만 법원이 이러한 점을 의식했는지 안했는지는 분명치 않으나 경우에 따라서 석명권을 행사함으로써 관련 주장이나 쟁점을 정리하지 않은 점은 아쉬운 부분으로 남는다.

3. 사업자가 「환경영향평가법」상 사전공사 금지규정을 위반한 경우 그 후에 이루어지는 승인처분이 위법하게 되는가?

인한 민사책임, 환경법연구, 제33권 제2호, 2011. 8. 256면; 채영근, 항공기소음피해에 대한 국가배상판결에 대한 고찰, 항공우주법학회지, 제20권 제1호, 2005. 6. 한국항공우주법학회, 242면.

20) 법원은 ‘원인자’가 자기의 행위 또는 사업활동을 위하여 자기의 영향을 받는 사람의 행위나 물건으로 환경오염을 야기한 자라는 입장을 취하고 있다. 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다 23321 판결(판례 [2]).

21) 구 「환경정책기본법」 제31조(원인자의 무과실책임)와 영조물(방조제)의 설치 및 관리상의 하자 책임(「국가배상법」 제5조)과의 관계를 밝히지 않고 영조물의 하자를 인정하지 아니한 판례도 있다. 대법원 2013. 10. 24. 선고 2013다10383 판결(무안공항 사건).

사업자는 협의·재협의 또는 변경협의의 절차가 끝나기 전에 환경영향평가 대상사업의 공사를 하여서는 아니 된다(「환경영향평가법」 제34조 제1항). 승인기관의 장이 협의절차가 끝나기 전에 승인을 한 경우에는 그 승인처분은 위법하고 할 것이다.²²⁾ 문제는 사업자가 사전공사 금지규정을 위반한 경우 그 후에 이루어지는 승인처분이 위법하게 되는가이다. 판례는 소극적인 입장이다(판례 [3]).

[3] 사전공사 시행과 처분의 효력: 대법원 2014. 3. 13. 선고 2012두1006 판결

환경영향평가법 제16조 제1항, 제28조 제1항 본문, 제3항, 제51조 제1호 및 제52조 제2항 제2호의 내용, 형식 및 체계에 비추어 보면, 환경영향평가법 제28조 제1항(현행 제34조 제1항) 본문이 환경영향평가절차가 완료되기 전에 공사시행을 금지하고, 제51조 제1호 및 제52조 제2항 제2호가 그 위반행위에 대하여 형사처벌을 하도록 한 것은 환경영향평가의 결과에 따라 사업계획 등에 대한 승인 여부를 결정하고, 그러한 사업계획 등에 따라 공사를 시행하도록 하여 당해 사업으로 인한 해로운 환경영향을 피하거나 줄이고자 하는 환경영향평가제도의 목적을 달성하기 위한 데에 입법 취지가 있다. 따라서 사업자가 이러한 사전 공사시행 금지규정을 위반하였다고 하여 승인기관의 장이 한 사업계획 등에 대한 승인 등의 처분이 위법하게 된다고는 볼 수 없다.

판례의 논거가 명확하지 아니하나 사전공사 시행금지 규정 등이 “사업으로 인한 해로운 환경영향을 피하거나 줄이고자 하는 환경영향평가제도의 목적을 달성하기 위한 데에 입법 취지가 있다”라는 표현은 지나치게 우회적이고 얼마나 모호한가? 차라리 사전공사의 금지가 환경영향평가 절차 및 승인의 요건을 구성하지 않는다는 것이 보다 정확한 이해가 아닐까. 사전공사의 금지가 환경영향평가를 하는 데 있어서 거치는 절차가 아니며, 그 위반이 환경영향평가의 실체를 구성하고 있는 주요 내용이 누락되는 등 환경영향평가가 부실하게 이루어진 경우라고 보기 어렵다는 점에서 사업자가 사전공사 금지규정을 위반하였다는 사실만으로 그 후에 이루어지는 승인처분이 당연히 위법하게 되는 것은 아니라고 이해된

22) 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2019, 320면.

다는 취지의 입장²³⁾도 같은 맥락으로 이해된다. 오해의 소지를 줄이기 위해서는 입법 취지가 향후 ‘실효성의 확보’라는 식으로 그 표현이 대치될 필요가 있어 보인다.

4. 환경상 이익의 침해가 ‘사실상 추정’되는 경우가 있다면 그 추정이 깨지는 경우는 어떠한 경우인가?

법원은 원고적격 인정의 실질적 근거로 “환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려”를 들면서도, 환경영향평가 대상지역이 설정된 경우 이 대상지역 안의 주민들에게 이러한 피해가 발생하였다고 ‘사실상 추정’함으로써, 입증의 부담을 완화해주고 있다.²⁴⁾ 이러한 입장은 종전에 획일적으로 환경영향평가 대상지역의 안팎을 구별하여 대상지역 안에 거주하는 주민들에게만 원고적격을 인정하여 오던 태도²⁵⁾에서 진일보한 것이라고 평가할 수 있다. 이러한 법원의 전향적 입장은 “환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려”를 입증하는 것이 쉽지 않다는 점, 최근 원고적격 인정을 확대할 필요가 있다는 공감대가 확산되고 있다는 점 등에 비추어 타당한 결론이라고 생각한다.

다만 법원이 ‘수인한도를 넘는 환경피해’를 극히 제한적으로 인정할 경우에는 사실상 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이 원고적격을 인정받기가 쉽지 않을 것이다. ‘수인한도를 넘는 환경피해’인지 여부는 본안에서 판단할 문제가 아닌가 하는 의문도 제기된다.²⁶⁾ 환경영향평가 대상지역 밖의 주민에게도 원고적격의 길을 열어준다는 점에서 원고적격 인정 여부를 판단할 경우에 ‘수인한도를 넘는 환경피해’인지 여부에 대한 판단 기준은 완화되어야 할 것이다. 나아가 법원은

23) 박균성·함태성, 앞의 책, 318면.

24) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결(새만금 사건); 대법원 2015. 12. 10. 선고 2012두6322 판결(4대강 사건).

25) 대법원 1998. 9. 22. 선고 97누19571 판결(남대천양수발전소 사건).

26) 법원이 수인한도를 넘는 환경상 이익의 침해 시 원고적격을 인정함으로써, 민사상의 권리를 기반으로 한 이익을 법적 이익으로 인정하고 있다고 이해하는 견해(이홍훈, “환경오염피해 구제와 법원의 역할 - 환경권의 해석에 있어 -”, 환경법연구, 제38권 제2호, 2016, 6면)도 원고적격의 판단 시 수인한도를 언급하는 것이 타당한지 의문을 제기하는 입장이라고 할 수 있다.

원고적격의 인정 여부를 가르는 중요한 요소로 ‘환경상 이익’의 침해 여부를 추가하고 있다(판례 [4]).

[4] 제주 풍력발전소 사건: 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두2825 판결

환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정되는 사람에는 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권 내의 주민들을 비롯하여 그 영향권 내에서 농작물을 경작하는 등 현실적으로 환경상 이익을 향유하는 사람도 포함된다. 그러나 단지 그 영향권 내의 건물·토지를 소유하거나 환경상 이익을 일시적으로 향유하는 데 그치는 사람은 포함되지 않는다.

이 사안을 다른 차원에서 사실상 추정이 깨지는 경우로 이해할 수 있을 것이다. 다시 말하면 환경상 이익의 침해가 ‘사실상 추정’되는 환경영향평가 대상지역의 주민이라도 환경상 이익을 향유하지 않는 경우에는 결국 원고적격을 인정받기 어렵다는 점에서 피고는 원고가 ‘환경상 이익’을 침해받지 않았다는 점을 입증함으로써 그 추정을 깨트릴 수 있을 것으로 보인다. 다만 법원은 추정이 깨진다는 등 직설적이고 분명한 표현을 쓰고 있지 않다. 판시는 논거가 없고 결론만 제시한 듯한 느낌이다. 일시적으로 향유한다는 의미는 모호하다(임차인으로 1년간 토지를 점유하는 경우를 생각해 보라). 환경영향평가 대상지역이라는 표현 대신에 영향권이라는 추상적인 표현을 쓴 것도 의아하다.

파기환송심에서 법원은 원고들이 사전환경성검토협의 대상지역의 주민들이라고 할 수 없다고 판단하고 나아가 영향권 내에서 현실적으로 환경상 이익을 향유하고 있는지와 관련해서 검토하였다. 법원은 원고들이 사업부지에 인접하여 토지를 임차, 소유하고 있는 사실은 인정되나 원고 ○○○은 위 승마장에서 관광객들에게 요금을 받고 말을 태워 주는 영업을 주로 하면서, 사업부지에 인접한 목초지를 매년 임대차기간을 1년으로 정하고 임차하여 축사 등은 설치하지 아니한 채 말을 방목하면서 사육하고 있는 사실, 풍력발전단지 조성공사 진행과정에서 발생된 소음 등으로 인하여 원고 ○○○의 경주마 사육에 별다른 손실은 발생하

지 아니한 사실, 나머지 원고들은 제주도 밖에 거주하거나 사업부지로부터 직선거리로 약 22~31km 떨어진 곳에서 거주하는 자로서 그들이 소유하는 토지에서 농작물을 직접 경작하기 어렵고 실제로 경작해오지도 않은 사실 등을 인정한 후 원고들이 이 사건 처분으로 인하여 수인한도를 넘는 직접적이고 중대한 환경피해를 입을 우려가 없거나, 환경상 이익을 일시적으로 향유하는 데 그친다고 봄이 상당하다면서 원고들의 소를 각하하였다.²⁷⁾

5. 환경영향평가 자체에 하자(실체적·내용적 하자)가 있는 경우 사업승인처분의 위법성을 인정할 수 있는가?

법원은 “환경부장관과의 협의를 거친 이상, 환경영향평가서의 내용이 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도로 심히 부실하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 처분청이 환경부장관의 환경영향평가에 대한 의견에 반하는 처분을 하였다고 하여 그 처분이 위법하다고 할 수는 없다”고 판시하고 있다.²⁸⁾ “환경영향평가의 부실 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상”이라는 표현을 사용하면서 위법성 인정에 소극적인 법원의 태도도 같은 맥락으로 이해된다(판례 [5]).

[5] 정비창 사건: 대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결

구 환경영향평가법(1997. 3. 7. 개정 전) 제4조에서 환경영향평가를 실시하여야 할 사업을 정하고, 그 제16조 내지 제19조에서 대상사업에 대하여 반드시 환경영향평가를 거치도록 한 취지 등에 비추어 보면, 같은 법에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지

²⁷⁾ 광주고법 2009. 12. 4. 선고 2009누1951 판결.

²⁸⁾ 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2970 판결(용화온천 사건, 국립공원 관리청이 국립공원 집단시설 지구개발사업과 관련하여 그 시설물기본설계 변경승인처분을 함에 있어서 환경부장관과의 협의를 거친 이상 환경부장관의 환경영향평가에 대한 의견에 반하는 처분을 하였다고 하여 그 처분이 위법하다고 할 수 없다고 한 사례); 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두5092 판결(용화온천 사건).

아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 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 뒀에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다.²⁹⁾

그러나 환경영향평가제도를 둔 입법 목적·취지와 사업자와 승인기관의 장에게 협의 내용을 반영하도록 의무화한 관련 규정(제30조 제1항) 등을 종합하여 볼 때 그 승인은 하자가 있는 처분이라 할 것이다.³⁰⁾

판례에 따른 경우 실제로 사업승인 등 처분의 위법성이 인정되어 그 취소까지 이르는 극히 어려울 것으로 보인다. 이 같은 사실은 이른바, ‘새만금 사건’, ‘명지대교 사건’, ‘4대강 사건’ 등에서도 확인되었다.³¹⁾ 법원에서 적시하고 있는 바와 같이 협의를 거친 경우나, 환경영향평가의 부실 정도가 약한 경우에는 환경영향평가에 대한 의견에 반하는 처분에 대하여도 그 처분의 하자를 다투어 위법성을 인정받을 가능성이 거의 없으며, 환경영향평가의 부실 정도가 아주 심하다는 등 특별한 사정이 있는 경우에만 극히 제한적으로 처분의 취소가 가능하게 되는데, 심각한 부실, 특별한 사정 등의 입증은 쉬운 것이 아니기 때문이다.

중요한 점은 환경영향평가 협의 내용이 제대로 반영되었는지 여부, 환경영향평가서의 허위·부실의 여하 및 정도, 최종 의사결정에 영향을 미쳤는지 여부 등을

29) 한국고속철도건설공단의 경부고속철도 서울차량기지 정비창 건설사업에 관한 환경영향평가 내용의 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것은 아니라는 이유로 위 사업의 실시계획의 승인처분이 위법하지 아니하다고 한 사례.

30) 사전환경성검토서의 허위·부실, 협의 내용의 부실 등이 중대하여 최종 의사결정(허가등 처분)에 중대한 영향을 미쳤을 경우에는 해당 처분의 위법성이 인정되어야 할 것이다. 함태성, 사전환경성검토제도의 법적 과제, 한국법제연구원, 2004. 11, 47면; 송동수, 참여정부의 환경정책 평가와 과제 -환경관련법령의 제·개정을 중심으로-, 환경법연구, 제27권 제4호, 2005. 12, 98면.

31) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결; 부산고법 2006. 6. 19. 선고 2006라64 결정(명지대교 사건); 대법원 2015. 12. 10. 선고 2012두6322 판결(4대강 사건) 참조.

판단하는 주체는 최종적으로 법원이므로 법원의 인식 여하에 따라서는 결론이 달라질 수 있다는 것이다. 법원 스스로 “환경부장관의 협의를 거친 이상”이라는 의미를 관대하게 해석하는 것은 환경부장관이 검토하였다는 이유로 더 이상의 사법심사는 할 필요가 없다는, 즉 사법부의 심사포기선언과 다름없다.³²⁾ 이러한 법원의 태도는 「환경영향평가법」이 순수한 절차법이라는 편견에 기초한 것으로 보이며,³³⁾ 「환경영향평가법」이 환경영향평가서, 기초자료 등을 허위·부실하게 작성한 자에게 벌칙 및 과태료를 부과할 수 있게 하고, 허위·부실 작성의 구체적인 기준을 시행규칙에서 구체적으로 정하고 있음에도 정작 허위·부실 작성의 결과인 환경영향평가에 터 잡은 사업승인처분은 위법하지 않다는 것으로써 법령의 취지나 법감정에 반하는 것이다.³⁴⁾ 이는 역으로 환경 파수꾼, 환경보호의 최후 보루로서의 사법부의 역할이 그만큼 중요하다는 것을 의미한다. 법원은 누적적 영향평가를 하지 아니한 경우, 환경현황에 대한 조사가 누락된 경우, 대안평가를 적절하게 하지 아니한 경우, 환경저감방안을 충분히 검토하지 아니한 경우 등에 기초하여 이루어진 처분의 위법성 또는 재량권의 일탈·남용을 인정하는 데 인색하지 말아야 할 것이다.³⁵⁾ 이러한 관점에서 소수의견이지만 “합리적이고 실행가능한 모든 대안을 구체적으로 검토하여야 한다”는 점을 밝히면서 대안검토가 불충분하다는 점을 지적한 판결을 눈여겨볼 필요가 있다.³⁶⁾

환경영향평가서의 내용이 심히 부실하지 않더라도 재량권의 일탈·남용 여부를 별도로 살펴보아야 한다는 취지에서 환경영향평가 내용의 부실 여부 및 그 정도 등에 대하여 법원의 적극적인 심리를 촉구하는 대법원 판결도 큰 의미를 갖는다.³⁷⁾ 이러한 판결은 심히 부실하지 않은 부실이 해당 승인 등 처분에 재량권

32) 조홍식, 환경법원론, 박영사, 2019, 385면. 이은기, 하자있는 환경영향평가를 거친 행정처분의 판결이유에 관한 재검토 소고 - 반복된 판박이 대법원 판시이유에 대한 비판-, 공법연구, 제45집 제3호, 2017. 2, 332면. 이러한 법원의 입장은 「환경영향평가법」을 순수 절차법으로 보는 전체에서 발전해 온 것으로 그 전체가 타당하다고 할 수 없어 재검토가 요구된다. 박태형·정남순, 환경영향평가의 적정성에 대한 현행 사법심사 기준의 비판적 검토와 대안 고찰, 환경법과 정책, 제6권, 2011. 5, 84면.

33) 환경영향평가가 순전히 절차도구적 성격을 갖는다는 견해는 김중권, 환경영향평가가 결여된 행정행위의 효력, 환경판례백선, 박영사 2019, 84면.

34) 송동수, 환경영향평가의 하자과 사법심사, 환경법연구, 제34권 제3호, 2012. 11, 62면.

35) 박균성·함태성, 앞의 책, 342 내지 343면 참조.

36) 대법원 2011. 4. 21. 선고 2010무111 전원합의체 결정(반대의견).

일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소에 불과하다는 입장이라고 할 수 있다(판례 [5]).

결국 법원은 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도에 이르렀는지 그렇지 아니한지에 따라 해당 처분의 위법성 여부를 판단하기 위한 기준을 2원적으로 제시하고 있다고 할 수 있다. 그러나 이와 관련해서는 그 의미가 매우 모호하며, 환경상 이익을 승인처분 시 충분히 고려하지 않은 위법을 판단함에 있어 환경영향평가의 부실이 하나의 고려사항이 된다는 의미라면 당연한 것을 선언한 것에 불과하다는 비판이 있다.³⁸⁾

6. 환경기준을 초과하는 도로소음이 있는 경우 수인한도를 넘는 위법한 침해행위가 있다고 단정할 수 있는가?

이러한 질문에 법원은 단정할 수 없다고 일관되게 그리고 단호히 선언하고 있다(판례 [6]).³⁹⁾ 일응 구체적 타당성이 있는 결론이라고 할 수 있다.

[6] 도로소음과 ‘참을 한도’: 대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결

공법상 기준으로서 환경정책기본법의 환경기준은 국민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 유지되는 것이 바람직한 기준, 즉 환경행정에서 정책목표로 설정된 기준인 점, 위 환경기준은 도로법이나 도로교통법에 규정된 도로의 종류와 등급, 차로의 수, 도로와 주거의 선후관계를 고려하지 아니한 채 오로지 적용 대상지역에 따라 일정한 기준을 정하고 있을 뿐이어서 모든 상황의 도로에 구체적인 규제의 기준으로 적용될 수 있는 것으로 보기 어려운 점, 2층 이상의 건물에 미치는 도로교통소음이 환경정책기본법의 환경기준을 준수하였는지는 소음·진동공정시험기준(환경부고시 제2010-142호)

37) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003두12073 판결(납골당 사건).

38) 박균성, 환경영향평가와 사업계획승인의 관계에 관한 연구, 환경법연구, 제35권 제2호, 2013. 8., 262면.

39) 같은 취지의 판결은 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다89433 판결; 대법원 2016. 11. 25. 선고 2014다57846 판결.

에 규정된 측정방법에 따라 소음피해지점에서 소음원 방향으로 창문·출입문 또는 건물벽 밖의 0.5~1m 떨어진 지점에서 측정된 실외소음에 의해 판정하도록 되어 있으나, 공동주택에 거주하는 사람들에 대하여는 일상생활이 실제 이루어지는 실내에서 측정된 소음도에 따라 ‘참을 한도’ 초과 여부를 판단함이 타당한 점 등을 고려하면, 도로변 지역의 소음에 관한 환경정책기본법의 소음환경기준을 초과하는 도로소음이 있다고 하여 바로 민사상 ‘참을 한도’를 넘는 위법한 침해행위가 있다고 단정할 수 없다.

이른바 도로소음으로 인한 생활방해를 원인으로 제기된 사건에서 공동주택에 거주하는 사람들이 참을 한도를 넘는 생활방해를 받고 있는지는 특별한 사정이 없는 한 일상생활이 실제 주로 이루어지는 장소인 거실에서 도로 등 소음원에 면한 방향의 모든 창호를 개방한 상태로 측정한 소음도가 환경정책기본법상 소음환경기준 등을 초과하는지에 따라 판단하는 것이 타당하다.⁴⁰⁾

다만 이러한 결론에 도달하는 과정에서 그 추론이 과연 합리적인지 몇 가지 의문이 제기될 수 있다. 우선, 수인한도를 판단함에 있어서 「소음·진동관리법」상의 교통소음관리기준과 「환경정책기본법」상의 소음환경기준 중 어느 것을 먼저 적용하여야 하는가? 이와 관련하여 명시적으로 판시한 판례는 보이지 않는다. 다만 판례 [6]에서는 환경기준이 구체적인 규제의 기준으로 적용될 수 있는 것으로 보기 어렵다는 점을 지적하면서 “소음환경기준을 초과하는 도로소음이 있다고 하여 바로 민사상 ‘참을 한도’를 넘는 위법한 침해행위가 있다고 단정할 수 없다”고 판시함으로써 소음환경기준이 아니라 교통소음관리기준을 적용해야 할 것 같은 결론을 암시하고 있다. 교통소음이 문제될 경우 구체적 타당성이 보다 높은 관리기준을 적용하는 것이 보다 합리적인 결론에 도달할 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 결론은 성급한 것으로 드러나고 있다. 환송심판결에서는 교통소음관리기준이 아니라 여전히 소음환경기준의 초과 여부를 다루고 있기 때문이다.⁴¹⁾

40) 도로소음으로 인한 생활방해를 원인으로 제기된 사건에서 공동주택에 거주하는 사람들이 참을 한도를 넘는 생활방해를 받고 있는지는 특별한 사정이 없는 한 일상생활이 실제 주로 이루어지는 장소인 거실에서 도로 등 소음원에 면한 방향의 모든 창호를 개방한 상태로 측정한 소음도가 「환경정책기본법」상 소음환경기준 등을 초과하는지에 따라 판단하는 것이 타당하다고 한 사례.

41) 대고구법 2016. 6. 15. 선고 2015나2998 판결. 환송심판결에서는 소음환경기준을 훨씬 초과하

둘째, 소음 측정 장소 및 방법을 획일적으로 정하는 것이 타당한가? 판례는 수인한도 초과 여부를 판단함에 있어서 소음 측정 장소 및 방법을 구체적으로 제시하고 있다. 요약하면 거실에서 도로 등 소음원에 면한 방향의 모든 창호를 개방한 상태로 측정한다(실내)소음도를 기준으로 한다는 것이다. 여기에 대해서는 객관적이고 획일적으로 정해지는 공법상의 환경기준을 구체적인 상황에서 유연하게 판단할 필요가 있는 것과 소음도 측정을 구체적 상황(예컨대, 개별적인 주거 형태에 따라 거실에서 주로 생활하는 경우)에서 유연하게 판단하는 것과는 별개의 문제라는 비판이 있을 수 있다.⁴²⁾

셋째, 현행 환경기준이 실외소음도를 적용하여 설정되어 있는데, 판례와 같이 수인한도를 판단함에 있어 실내소음도를 요구하는 것이 현실적 타당성이 있는가? 현행 소음·진동공정시험기준(환경부고시 제2010-142호)은 소음의 측정·분석·평가 등의 통일성 및 정확성을 기하기 위하여 소음의 측정 및 평가기준을 정하고 있다. 이에 따라 환경기준은 물론이고 「소음·진동관리법」상 소음기준(예컨대, 공장소음배출허용기준, 생활소음규제기준, 교통소음관리기준 등)은 모두 실외소음도를 원칙으로 또는 그 전제로 하여 설정되어 있다. 어차피 환경기준 등이 공법상의 기준으로서 수인한도를 판단하는 한 요소에 불과하고 사법상 보호되는 이익을 보호하기 위한 ‘최소한도의 기준’으로 이해한다면 구체적인 상황에 따라 평가를 달리하면 되는 것이고, 그 기준이 실외소음도로 설정되든 실내소음도로 설정되든 그 의미가 생각보다 크지 않을 수 있다. 정작 중요한 것은 측정방법의 객관성, 통일성을 유지하면서 측정 소음도의 평가에 있어서(예컨대, 피해의 정도, 토지이용의 선후관계, 지역성, 도로의 종류와 등급, 차로의 수 등을 고려하면서) 구체적 타당성을 도모하는 것이라고 할 수 있다.⁴³⁾ 이와 같은 상황에서 실내소음도에 따라 수인한도 초과 여부를 판단하려는 것은 고시에 정해진 통일되고 객관적으로 정확성이 있는 측정방법 및 평가를 무시하는 것이고, 결과적으로 모든 기준에 대한 재설정이 필요할 수 있는 등 혼란을 야기할 수 있다. 경우에 따라서는

고 있기는 하나 실내소음도에 관한 자료가 제출되지 않은 점 등을 지적하면서 원고의 청구를 배척하고 있다.

42) 최창렬, 도로소음으로 인한 환경침해의 유지청구권 -대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결을 중심으로-, 환경법연구, 제38권 제3호, 2016. 11, 350 내지 351면.

43) 최창렬, 앞의 글, 351면.

정해진 기준보다 10dB 이상 낮게 새로이 설정해야하는 문제가 발생하며, 이는 피해구제가 종전보다 그만큼 어려워지게 된다는 것을 의미한다.

넷째, 공동주택의 경우가 아닌 예컨대, 단독주택의 경우에도 실내소음도를 적용해야 하는가? 판례는 ‘공동주택’의 경우에 실내소음도를 적용하여 수인한도 초과 여부를 판단한다고 하고 있으므로 공동주택의 경우가 아닌 예컨대, 단독주택의 경우에는 어떠한 측정방법을 사용해야 하는지 의문이 생길 수 있다. 이와 같은 경우에는 판례가 명확히 입장을 밝히고 있지 않아 종전과 같이 실외소음도가 적용되는지 혼란이 야기될 수 있다. 엄격하게 판례를 해석할 경우에는 자칫 생활방식이나 주거형태가 다른 경우에 측정방법이 달리 적용됨으로써 해당 거주자들을 차별하는 결과가 초래될 수 있다.

7. 오염된 토양은 폐기물인가?

오염된 토양, 해양오염퇴적물 등을 「폐기물관리법」상 폐기물로 보아야 하는지 논란이 있을 수 있다. 이러한 논의의 실익은 오염된 토양, 수저오염퇴적물 등에 관하여 「토양환경보전법」, 「해양환경관리법」상의 규제가 불가능할 경우⁴⁴⁾에 「폐기물관리법」에 의한 규제가 가능한지 여부에 모아진다. 이러한 논의는 오염된 토양의 정화과정에서 발생한 토양오염물질의 처리문제와 깊은 관련이 있는데, 현행 「토양환경보전법」에서는 특별한 규정을 두고 있지 않아 어떻게 해결하여야 하는지 문제가 될 수 있다.

오염된 토양 자체는 폐기물이 아니나, 오염된 토양을 파내어 처리하는 경우에는 폐기물에 해당한다는 견해가 있으며,⁴⁵⁾ 원칙적으로 오염된 토양은 지하에 방치되어 있든 지상으로 옮겨졌든 폐기물로 보지 않되, 예외적으로 불법매립·투기된 폐기물로 인하여 직접 오염된 토양에 한하여 폐기물로 보아야 한다는 견해가 있다.⁴⁶⁾ 원래 위치로부터의 분리 여부,⁴⁷⁾ 오염 여부에 의해 폐기물에 해당하자는지

44) 예컨대, 토양오염물질로 지정되지 아니한 물질에 의하여 토양이 오염되어 있는 경우, 토양오염 우려기준 및 대책기준이 마련되어 있지 않은 지역(예컨대, 평범한 주거지역)의 토양이 오염되어 있는 경우, 지정된 오염물질로 오염되어 있으나 오염의 정도가 토양오염우려기준 이하일 경우 등이 여기에 해당될 것이다.

45) 조현권, 환경법 -이론과 실무-, 법률문화원, 1999, 588면.

여부가 결정된다고 볼 것은 아니라고 생각된다. 이는 폐기물에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 하나의 요소일 뿐이다. 대법원도 “단지 오염되지 않았거나 유해성이 없다는 이유만으로는 폐기물에 해당하지 않는다고 할 수 없(다)”고 판시한바 있다.⁴⁸⁾

법원은 오염 여부를 불문하고 준설토사를 폐기물로 보고 있다.⁴⁹⁾ 그러나 한편으로는 오염토양이 폐기물에 해당하지 아니하고 「토양환경보전법」의 적용대상이라고 함으로써(판례 [7]), 혼란을 부추기고 있다.

[7] 오염토양(소극): 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008도2907 판결

구 폐기물관리법(2007. 4. 11. 개정 전)과 구 폐기물관리법 시행령(2007. 9. 6. 개정 전), 건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률과 그 시행령 및 토양환경보전법의 각 규정을 종합하면, 토양은 폐기물 기타 오염물질에 의하여 오염될 수 있는 대상일 뿐 오염토양이라 하여 동산으로서 ‘물질’인 폐기물에 해당한다고 할 수 없고, 나아가 오염토양은 법령상 절차에 따른 정화 대상이 될 뿐 법령상 금지되거나 그와 배치되는 개념인 투기나 폐기 대상이 된다고 할 수 없다. 따라서 오염토양 자체의 규율에 관하여는 ‘사람의 생활이나 사업 활동에 필요하지 아니하게 된 물질’의 처리를 목적으로 하는 구 폐기물관리법에서 처리를 위한 별도의 근거 규정을 두고 있지 아니한 이상 구 폐기물관리법의 규정은 성질상 적용될 수 없고, 이는 오염토양이 구 폐기물관리법상의 폐기물이나 구성요소인 오염물질과 섞인 상태로 되어 있다거나 그 부분 오염

46) 환경공무원교육원, 토양환경관리법연수교재, 1997, 177면(조홍식, 토양환경침해에 관한 법적 책임, 환경법연구, 제20권, 1998, 325면에서 재인용). 이는 환경부의 해석으로, 이에 따르면 지하저장시설로부터 연료 또는 원료로 사용되는 유류나 유독물질이 누출되어 토양을 오염시킨 경우 그로 인하여 오염된 토양은 「폐기물관리법」의 적용대상이 아니다. 박상열, “토양오염과 법률문제”, 토양환경 제1권 제1호, 1996. 9. 6면.

47) 토양의 분리 여부가 폐기물 여부를 판단함에 중요한 기준이지만 절대적 기준이 아니라는 견해는 박종원, 오염토양과 폐기물의 구별과 그 처리책임, 환경법과 정책, 제8권, 2012. 5. 121면.

48) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009두6681 판결.

49) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도631 판결(횡배수관 관로준설공사를 시행한 후 발생하는 토사가 폐기물에 해당하고, 피고인들이 설령 유실된 고속도로의 법면 보수공사에 사용하려 하였다 하더라도 폐기물로서의 성질을 상실하지 않는다고 한 사례).

토양이 정화작업 등의 목적으로 해당 부지에서 반출되어 동산인 ‘물질’의 상태를 일시 갖추게 되었다고도 마찬가지이다.

판례 [7]에서 문제가 되고 있는 ‘폐토사의 굴착행위’는 토양의 준설로 볼 여지도 있는바, 법원은 준설된 토양(준설토사)의 법적 지위에 대하여 명쾌한 답을 주고 있지 않다. 법원의 추론에 따를 경우 준설토사는 동산으로서 ‘물질’에 해당되어 폐기물로 볼 여지가 있기 때문이다. 한편, 법원의 “오염토양은 법령상 절차에 따른 정화 대상이 될 뿐 법령상 금지되거나 그와 배치되는 개념인 투기나 폐기 대상이 된다고 할 수 없다”는 판시는 법규의 해석을 통한 논리적 귀결이 아니라 오염토양의 정화 필요성을 강조하는 일종의 정책의 방향성을 제시하는 결론이라 할 수 있다.

판례 [7]과 준설토사를 폐기물로 보고있는 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도 631 판결에서 그 대상은 토양 또는 흙이라는 점에서 유사하다고 할 것이나, 폐기물에 해당한다고 볼 것인지 여부에 대한 판단은 정반대로 내려졌다. 두 사건의 차이점은, 첫 번째 사건에서(판례 [7])의 토양은 대법원이 판시한 것처럼 다른 오염물질에 의한 ‘오염의 대상’이었던 데 반하여, 두 번째 사건에서의 흙은 ‘처리의 대상’이었다는 점을 들 수 있을 것이다. 그러나 첫 번째 사건에서도 오염된 토양은 오염의 대상인 동시에 정화 또는 처리의 대상이 되며, 이 경우 두 번째 사건에서의 흙과 실질적인 차이를 발견하기 어렵다고 생각된다. 따라서 위에서 살펴본 토양 또는 흙의 폐기물성에 대한 대법원의 최근 판례들은 서로 모순되거나 다소 명확하지 않은 측면이 있다고 할 것이다.⁵⁰⁾

법논리적으로 토양과 해당 오염물질의 분리가 불가능하다고 전제할 때 문제의 토양이 토양오염물질로 오염된 경우에는 오염토양으로, 토양오염물질 이외의 물질로 오염된 경우에는 폐기물로 보는 것이 타당할 것이다. 문제는 토양이 대개의 경우 토양오염물질로만 오염되어 있지 않고, 해당 오염물질을 토양과 분리하는 것이 쉽지 않다는 데서 발생한다. 원론적으로 오염된 토양을 폐기물로 보아야 할지, 토양으로 보아야 할지는 오염물질과 토양과의 분리가능성, 오염물질의 조성

50) 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구 -폐기물의 개념 및 분류를 중심으로-, 서울대학교 박사학위논문, 2015. 2, 217면; 조홍식, 앞의 책, 623면.

분이 토양오염물질인지 여하, 오염물질로 인해 토양으로서의 기능을 상실하였는지 여하 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다. 그러나 막상 그 판단은 쉽지 않을 것이다.

편의상 오염도가 우려기준을 초과한 오염토양은 「토양환경보전법」, 그렇지 않은 경우는 「폐기물관리법」으로 규율하는 것을 생각해 볼 수 있으나 혼재되어 분리가 불가능한 경우도 있어 규제·관리가 쉽지 않다. 오염된 토양을 폐기물로 이해할 경우에는 「폐기물관리법」상의 처리기준 및 방법에 의하여야 할 것이다. 그러나 이러한 논리적 귀결은 자칫 오염된 토양을 정화하는 유인을 상당부분 감소시킬 우려가 있다. 또한 자연상태의 토사는 물론이고 준설토사도 토양이라고 볼 여지가 있고, 준설품질 중에 상당 부분이 토사라고 하더라도 폐기물 성격의 오니, 중금속, 유기물질 등 다양한 물질이 발생하기 때문에 모든 준설품질이 토양이라는 등식은 성립되지 않으며, 이러한 물질을 분리하는 것이 쉽지 않다. 이러한 점을 고려할 때 차제에 별도의 특별법(예컨대, 가칭 ‘준설품질관리법’)을 제정하여 준설품질을 일괄해서 효율적으로 관리·규제하거나 「토양환경보전법」에 관련 규정을 두어 그 처리방법을 제시하는 것이 바람직할 것이다. 「폐기물관리법」 제3조의 적용범위에 관한 조항에 토양에 관한 예외규정을 신설하여 「토양환경보전법」에 따라 토양정화의 대상이 되는 우려기준을 초과하는 토양은 「폐기물관리법」의 적용대상에서 제외되는 것으로 규정하되, 그 이외의 오염토양은 「폐기물관리법」에 의한 폐기물로 관리할 수 있음을 명시하여 혼란을 잠재우는 것도 하나의 대안이 될 수 있다.⁵¹⁾

8. ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’ 조항(구 「토양환경보전법」 제10조의 3 제3항 제3호)은 부진정 소급입법인가?

소급책임은 자칫 지나친 재산권의 침해를 유발함으로써, 위헌의 소지를 안고 있으며, 법적 안정성과 책임원칙과 형평의 원칙에도 반하므로 쉽게 인정되어서는 곤란하다(해당 규정이 시행되기 이전에 이루어진 토양오염 발생에 대하여 무제한적으로 정화책임을 인정하는 경우를 생각해 보라). 「토양환경보전법」이 구제에만

51) 박종원, 앞의 글, 119면; 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2004, 510면; 황계영, 앞의 글, 227면.

초점이 있는 책임법이 아니라는 점도 고려하여야 할 것이다. 관련 규정의 제·개정이 정책의 변경이 아니라 지식이나 평가의 변경에 따라 이루어진, 이른바 ‘부진정 소급’의 문제로 보는 입장에서는 소급책임을 인정할 가능성이 많다.⁵²⁾ 또한 개정 법령이 사실 또는 법률관계가 아직 종료되지 않은 토양오염문제를 다루는 것으로 이해할 경우(부진정 소급입법) 소급효가 인정될 가능성이 있다.⁵³⁾ 부영 사건(판례 [8])에서 헌법재판소는 해석을 통해 심판대상인 ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’ 조항(2011. 4. 5. 개정 전 구법 제10조의3 제3항 제3호)⁵⁴⁾이 부진정 소급입법이라는 결론을 도출하고 있다.

[8] 부영 사건: 헌재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바28 결정

[1] 토양오염이 과거에 시작되어 ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’ 조항(구법 제10조의3 제3항 제3호)의 시행 당시 계속되고 있는 상태라면 이는 종료되지 않고 진행과정에 있는 사실에 해당하므로, 이 정화책임자 조항은 부진정 소급입법으로서 종래의 법적상태를 신뢰한 자들에 대한 신뢰보호의 문제를 발생시킬 뿐, 헌법 제13조 제2항이 규정하는 소급입법금지원칙에 위배되지 않는다.

[2] 이 정화책임자 조항은 위 조항 시행 이전의 양수자에게까지 정화책임자의 인적범위를 시적으로 확장하여 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 공익을 달성하고자 하는 것이다. 그런데

- 52) 조흥식, “폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임”, 환경법연구, 제26권 제2호, 2004. 6. 276면, 282면 참조.
- 53) 판례는 소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지(과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는지), 아니면 과거에 시작되었으나 아직 완성되지 아니하고 현재 진행 중에 있는 사실관계에 작용하는지에 따라 ‘진정 소급입법’과 ‘부진정 소급입법’으로 구분되는데, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다는 입장이다. 헌재 1997. 6. 26. 선고 96헌바94 결정; 대법원 2003. 3. 10. 선고 97누13818 판결 참조.
- 54) 이에 따르면 “토양오염관리대상시설을 양수한 자 및 합병·상속 그 밖의 사유로 제1호 및 제2호에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자”는 오염원인자로서 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다.

환경오염책임법제가 정비되기 이전의 토양오염에 대해서는 민법상의 불법행위규정에 의해서만 책임을 부담한다는 데 대한 일반적인 신뢰가 존재하고, 폐기물에 대한 공법적 규제가 시작된 1970년대 이전까지는 자신이 직접 관여하지 않은 토양오염에 대해서 공법상의 책임을 부담할 수 있음을 예측하기 어려웠다. 또, 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에 대해서는 선의이며 무과실인 양수자에 대한 면책규정이 사실상 의미가 없고, 사실상 우선 책임을 추궁당한 양수자가 손해배상 및 토양정화 책임을 무한책임으로서 부담하게 되는 경우도 많다. 이처럼 이 정화책임자 조항은 예측하기 곤란한 중대한 제약을 사후적으로 가하고 있으면서도, 그로 인한 침해를 최소화할 다른 제도적 수단을 마련하고 있지 않으므로, 이 정화책임자 조항이 2002. 1. 1. 이전에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 대해서 무제한적으로 적용되는 경우에는 이 정화책임자 조항이 추구하는 공익만으로는 신뢰이익에 대한 침해를 정당화하기 어렵다.

그러나 2002. 1. 1. 이후 토양오염관리대상시설을 양수한 자는 자신이 관여하지 않은 양수 이전의 토양오염에 대해서도 책임을 부담할 수 있다는 사실을 충분히 인식할 수 있고, 토양오염사실에 대한 선의·무과실을 입증하여 면책될 수 있으므로, 보호가치 있는 신뢰를 인정하기 어렵다.

그러나 해당 조항은 부진정 소급입법의 문제가 아니라 법문 해석과 적용의 문제라고 할 수 있다. 소급효를 인정하는 명시적인 규정이 없고, 입법자의 의도가 없는 상황에서 해석을 통해 문제의 정화책임자 조항을 부진정 소급입법으로 보는 것은 설부른 결론이라고 생각한다.⁵⁵⁾ 그러한 해석이 과연 합리적인 해석인가도 의심이 든다.

55) 미국 법원이 「종합환경대응보상책임법」상 책임이 소급책임이라고 판단하는 근거 중에는 관련 규정[예컨대, 제107조(a)(2), 제103조(c) 등]이 과거형으로 되어 있다는 점도 함뿐하고 있는데, 심판대상 조항의 문구나 구조가 과거형(예컨대, 과거의 소유자 또는 과거에 토양오염을 발생시켰던 자, 양수하였던 자)으로 이루어져 있지 않다. 제2호의 “발생·당시”를 과거형으로 단정할 수 없다. 「토양환경보전법」 전체를 보더라도 문구나 구조가 과거형으로 되어 있는 것을 발견할 수 없다. 심판대상 조항에 대하여 소급효를 인정하려는 입법자의 의도를 추측해 볼 수 있는 자료나 근거는 없다.

헌법재판소의 입장에 따른 경우 「폐기물관리법」상의 조치명령 규정(제48조)⁵⁶⁾도 사실 또는 법률관계가 아직 종료되지 않은 폐기물문제를 다루는 것으로 이해할 수 있기 때문에 부진정 소급입법이라는 결론에 도달할 수 있다.⁵⁷⁾ 이러한 이상한 결론은 환경법 전반으로 번질 수도 있다. 환경문제가 오래 전부터 있어왔고 아직 끝나지 않은 문제를 내포할 수밖에 없기 때문이다.

결론적으로 정화책임자 규정의 시행(이 규정은 2002. 1. 1.부터 시행됨) 이전의 토양오염관리대상시설의 소유자 등에게 동규정 시행 이전에 이루어진 토양오염에 대하여 책임을 묻는 것은 신중한 검토가 필요하다. 이와 같은 결론은 추론과정은 다르지만 헌법재판소의 최종 결론과 일치한다. 헌법재판소는 과거 오염원인자(현행 정화책임자) 조항이 부진정 소급입법이라고 보았지만, 이러한 잠정 결론을 신뢰보호원칙으로 수정하면서, 문제의 “오염원인자 조항이 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 그 양수 시기의 제한 없이 모두 오염원인자로 간주하여 보호가치 있는 신뢰를 침해하고 있다”고 결정하였기 때문이다.⁵⁸⁾

- 56) 이에 따르면 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 폐기물이 폐기물처리기준과 방법 또는 폐기물의 재활용 원칙 및 준수사항에 맞지 아니하게 처리되거나 제8조 제1항 또는 제2항을 위반하여 버려지거나 매립되면 다음에 해당하는 자에 대하여 기간을 정하여 폐기물의 처리방법 변경, 폐기물의 처리 또는 반입 정지 등 필요한 조치를 명할 수 있다: ① 폐기물을 처리한 자; ② 폐기물의 처리를 위탁한 경우 수탁자가 폐기물을 폐기물의 처리기준과 방법 또는 폐기물의 재활용 원칙 및 준수사항에 맞게 처리할 능력이 있는지에 대한 확인을 하지 아니한 자; ③ 폐기물을 직접 처리하거나 다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자.
- 57) 해당 규정이 사실 또는 법률관계가 아직 종료되지 않은 문제를 다루며, 정척의 변경이 아니라 지식이나 평가의 변경에 따라 이루어진, 이른바 ‘부진정 소급’ 규정으로 이해하고 소급 적용이 가능하다는 견해가 있다. 조홍식, 폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임, 환경법연구, 제26권 제2호, 2004. 6. 282면.
- 58) 2002. 1. 1. 이후 「민사집행법」에 의한 경매절차에 따라 토양오염관리대상시설을 인수한 자를 오염원인자로 간주하여 토양정화책임을 부과하고 이를 위반한 경우 형사처벌하도록 규정한 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 개정 전) 제10조의3 제3항 제4호 중 ‘2002. 1. 1. 이후 「민사집행법」에 의한 경매절차에 따라 토양오염관리대상시설을 인수한 자’에 관한 부분이 신뢰보호 원칙에 위배되는지 여부가 다투어진 사안(헌재 2016. 11. 24 선고 2013헌가19 결정)에서 헌법재판소는 “2002. 1. 1. 이후 토양오염관리대상시설을 인수한 자는 토양오염관리대상시설의 양수자와 마찬가지로 구 토양환경보전법(2001. 3. 28. 개정 전)의 시행으로 오염원인자로 간주되어 자신이 관여하지 않은 인수 이전의 토양오염에 대해서도 책임을 부담할 수 있다는 사실을 충분히 인식할 수 있었고, 토양환경평가제도를 통하여 토양오염사실에 대한 선의·무과실을 입증하여 면책될 수 있으므로, 보호가치 있는 신뢰를 인정하기 어렵다”고 판시하였다. 그렇지만 2002. 1. 1. 이전의 양수의 경우 “오염원인자 조항(구법 제10조의3 제3항 제3호 중 ‘토양오염관

9. 처분의 근거법규가 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하고 있는지를 판단함에 있어서 합목적적 해석을 확대할 필요는 없는가?

판례는 처분의 근거가 되는 법규의 보호목적을 기준으로 하여 처분의 근거법규가 공익보호뿐만 아니라 개인의 이익도 보호하고 있다고 판단되는 경우에 원고적격이 있는 것으로 보고 있는데(사익보호성), 그 결과 공익보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적인 이익과 같은 것은 여기에서 말하는 법률상 이익에 포함되지 않게 된다.⁵⁹⁾

실제로 어떤 권리가 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되고 있는지 여부가 명백한 경우는 드물다. 특히 환경법규의 목적은 궁극적으로 환경보호를 통한 국민의 생명 내지 건강의 보호에 있으므로 이러한 국민이 받는 이익을 쉽게 공익이 보호됨에 따라 얻어지는 반사적 이익으로 단정하는 것은 옳지 않다 할 것이다. 당해 처분의 근거법규가 개인의 이익도 보호하고 있는지 여부는 명문규정이 없더라도 처분의 직접 근거법규 및 관련 법규 등 법체계 전체를 종합적으로 고려하여 합목적적으로 판단하여야 할 것이다. 이는 결국 구체적인 사건에 있어서 처분의 상대방이 아닌 제3자에게 원고적격이 인정되는지 여부는 처분의 근거법규(관련 법규 포함) 등의 취지, 목적, 그 처분으로 침해되는 이익의 내용, 성질, 태양 등을 종합하여 개별적으로 판단되어야 한다는 것을 의미한다.

이러한 관점에서 이른바 공설화장장 사건(판례 [9])에서 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 「수도법」 관련 규정의 보호 목적이 상수원의 확보와 수질보전뿐이라는 대법원의 견해는 쉽게 찬성하기 어렵다. 상수원의 확보와 수질보전의 궁극적인 목적은 수요자인 국민의 환경권을 보호하는 것이므로 「수도법」 관련 규정이 지역주민의 양질의 급수를 받을 이익을 보호하고 있다고 합목적적으로 해석할 수 있기 때문이다.⁶⁰⁾

리대상시설을 양수한 자' 부분은 예측하기 곤란한 중대한 제약을 사후적으로 가하고 있으면서도, 그로 인한 침해를 최소화할 다른 제도적 수단을 마련하고 있지 않으므로 신뢰이익의 손상 정도가 중대하다"고 판시함으로써 여전히 논란이 제기될 수 있음을 암시하고 있다.

59) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91누13212 판결; 대법원 1995. 2. 28. 선고 94누3964 판결; 대법원 2014. 2. 21. 선고 2011다29052 판결 등.

60) 김성수, 행정법판례평론: 사례·해설, 홍문사, 2006, 425면.

[9] 공설화장장 사건: 대법원 1995. 9. 26. 선고 94누14544 판결

상수원보호구역 설정의 근거가 되는 수도법 제5조 제1항 및 동 시행령 제7조 제1항이 보호하고자 하는 것은 상수원의 확보와 수질보전일 뿐이고, 그 상수원에서 급수를 받고 있는 지역주민들이 가지는 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 받을 이익은 직접적이고 구체적으로는 보호하고 있지 않음이 명백하여 위 지역주민들이 가지는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로 지역주민들에 불과한 원고들에게는 위 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.⁶¹⁾

원고적격 확대 노력 차원에서 합목적적 해석을 확대할 필요가 있다. 이른바, 물금취수장 사건에서 법원은 “원고들의 거주지역이 물금취수장으로부터 다소 떨어진 부산광역시 또는 양산시이기는 하나, 수돗물은 수도관 등 급수시설에 의해 공급되는 것이어서 수돗물을 공급받는 주민들이 가지게 되는 수돗물의 수질악화 등으로 인한 환경상 이익의 침해나 침해 우려는 그 거주 지역에 불구하고 그 수돗물을 공급하는 취수시설이 입게 되는 수질오염 등의 피해나 피해 우려와 동일하게 평가될 수 있다고 할 것이다”고 판시하면서⁶²⁾ 원고적격을 확대, 인정하고 있다. 뛰어난 합목적적 해석을 통해 감탄할 만한 결론을 도출하고 있다는 점에서 높게 평가할 만하다.

10. 그렇다면 환경보호라는 이름으로 합목적 해석은 전가의 보도가 될 수 있는가?

환경보호는 특히 그 중요성의 인식 여하 및 사고의 전환에 따라서 결과가 크게

61) 부산광역시가 종래 상수원보호구역으로 지정된 구역 내 부지에 공설화장장을 설치하기 위하여 해당 부지를 상수원보호구역에서 제외시키는 상수원보호구역변경처분을 한 것에 대하여 지역 주민들이 그 처분의 취소를 구한 사건에서 원고들에게 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 판단한 사례.

62) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2007두16127 판결.

달라질 수 있는 영역이다. 환경이익을 중시하는 판례가 증가하면서 급기야 “환경권을 재산권이나 영업의 자유보다 우위에 있는 기본권”으로 인식하면서 관련 규정을 “합목적적”으로 해석하는 판례가 등장하였다(판례 [10]).

[10] 러브호텔 사건: 대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857 전원합의체 판결

[다수의견]

구건축법(1997. 12. 13. 개정 전) 제8조 제1항, 제3항, 구 국토이용관리법(1997. 12. 13. 개정 전) 제15조 제1항 제4호, 같은 법 시행령(1997. 9. 11. 개정 전) 제14조 제1항의 각 규정에 의하면, 준농림지역 안으로서 지방자치단체의 조례가 정하는 지역에서 식품위생법 소정의 식품접객업, 공중위생법 소정의 숙박업 등을 영위하기 위한 시설 중 지방자치단체의 조례가 정하는 시설의 건축을 제한할 수 있는바, 이러한 관계 법령의 규정을 종합하여 보면, 지방자치단체의 조례에 의하여 준농림지역 내의 건축제한지역이라는 구체적인 취지의 지정·고시가 행하여지지 아니하였다 하더라도, 조례에서 정하는 기준에 맞는 지역에 해당하는 경우에는 숙박시설의 건축을 제한할 수 있다고 할 것이고, 그러한 기준에 해당함에도 불구하고 무조건 숙박시설 등의 건축허가를 하여야 하는 것은 아니라고 할 것이며, 조례에서 정한 요건에 저촉되지 아니하는 경우에 비로소 건축허가를 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다. 부연하면, 그러한 구체적인 지역의 지정·고시 여부는 숙박시설 등 건축허가 여부를 결정하는 요건이 된다고 볼 수 없다고 할 것이다.

[보충의견]

(…) 환경권이 헌법상의 기본권으로 보장되는 권리로서 재산권이나 영업의 자유보다 우위에 있는 권리로서 해석될 수 있고, 환경의 보전이 국가나 지방자치단체의 의무임과 동시에 국민의 의무이기도 하다면, 환경의 보전을 위하여 특정한 행위를 제한하는 취지의 법규의 의미내용을 해석함에 있어서도 그 해석은 어디까지나 환경보전에 관한 헌법과 환경관련 법률의 이념에 합치되는 범위 안에서 **합목적적**으로 행하여져야 하는 것이지 이를 도외시한 채, 법규의 형식적인 자구나 그것이 국민의 자유와 권리를 제한하는 규정이라는 점에 집착하여

환경보전의 이념을 저해하는 방향으로 이를 해석하여서는 아니 되는 것이다 (강조는 필자).

이러한 관점에서 볼 때 국토이용관리법(이하 ‘법’이라고 한다) 제15조 제1항 제4호가 용도지역으로 지정된 지역 내에서의 행위제한에 관하여 규정하면서, 준농림지역의 경우 “환경오염의 우려가 있거나 부지가 일정 규모 이상인 공장·건축물·공작물 기타의 시설의 설치 등 대통령령이 정하는 토지이용행위는 이를 할 수 없다”고 규정하고, 법 시행령 제14조 제1항 제4호(1997. 9. 11. 개정 전)가 제한대상이 되는 ‘대통령령이 정하는 토지이용행위’의 하나로 ‘지방자치단체의 조례가 정하는 지역에서의 공중위생법의 규정에 의한 숙박업 등의 시설 중 지방자치단체의 조례가 정하는 시설의 설치행위’를 규정한 것을 가지고, ‘지방자치단체가 조례에 의하여 행위제한구역과 제한대상행위의 범위를 구체적으로 특정하여 지정하지 아니하면 환경오염의 우려가 있는 숙박업 등의 시설 설치행위라 하더라도 제한 없이 허용하여야 한다’는 취지로 해석할 수는 없다.

위 규정은 어디까지나 ‘환경오염의 우려가 있는 숙박업 등의 시설 설치행위에 관한 한 이를 원칙적으로 허용하지 아니하되 다만, 지방자치단체가 조례로 행위제한구역과 제한대상행위의 범위를 정한 경우 그 범위에 포함되지 아니하는 행위는 예외적으로 허용한다’는 취지에 불과하다. 즉 환경오염의 우려가 있는 숙박업 등의 시설 설치행위를 원칙적으로 제한하되, 지방자치단체에 대하여 그 원칙의 예외를 설정할 수 있는 권한을 부여한다는 취지에 지나지 않는 것이다.⁶³⁾

이러한 고무적인 판결이 환경이익을 강조하는 판결을 양산할 것임은 분명하다. 위 판례를 통해 당사 법원은 환경보호 내지 환경오염 방지라는 이념을 중시하고, 법규의 ‘합목적적’ 해석을 통하여 준농림지역 안에서의 숙박시설설치를 제한함으로

63) 구 ‘국토이용관리법’ 시행령의 위임에 따른 준농림지역내의 숙박시설 설치 등 토지이용행위 제한에 관한 조례에 의하여 행위제한지역과 제한대상행위를 구체적으로 지정하지 아니한 경우에도 그 지정에 관하여 조례가 정한 기준에 해당하는 경우 건축허가를 거부할 수 있다고 한 사례.

써, 결과적으로 지방자치단체의 개발압력에 제동을 걸었다. 그러나 냉정히 살펴보면 환경분야에 유독 합목적적 해석이 강조되어야 하는지는 의문이 드는 대목이다.

규제 영역에서 합목적 해석을 시도할 경우 수범자의 예측가능성을 해치고, 자칫 법질서를 혼란에 빠트릴 가능성이 있다. 여기에는 여전히 문리적·체계적 해석⁶⁴⁾이 타당해 보인다. 이러한 점을 고려할 때 법원이 현저히 공공복리에 적합하지 않다고 보아 ‘사정판결’을 하는 것이 보다 적절한 것이 아니었을까 생각해 본다. 기존 법체계를 흔들지 않으면서도 동일한 결론(준농림지역 안에서의 숙박 시설설치의 제한)에 이를 수 있기 때문이다. 문제는 남아있다. 사정판결이라는 것이 지극히 비겁하고 정치적인 판결이 될 수 있기 때문이다.

11. 사법소극주의는 항상 타당한 결론을 도출하는가?

4대강 사업 부실 논란에서는 숨어있지만 법원의 책임도 만만치 않다. 법원은 초기 단계에 권위 있는 결론을 내려 4대강 사업 부실 논란에 종지부를 찍을 수도 있었지만 그러지 않았다. 4곳에서 동시다발로 진행된 4대강 관련 소송에서 사업이 위법하다고 판단한 것은 2012년 2월 부산고법의 판결(낙동강 구간)이 유일하다(판례 [11] 참조). 법원은 보의 설치, 준설 등의 사업에 대하여 예비타당성 조사를 거치지 아니한 것이 「국가재정법」 제38조 제1항을 위반하였으나 위법한 처분을 취소·변경함이 도리어 현저히 공공의 복리에 적합하지 않는다고 보아 사정판결을 하였다. 그러나 이는 결과에 있어 다른 판결과 차이가 없었다. “사업 대부분의 공정이 90% 이상 완료되어 이를 원상회복한다는 것은 사실상 불가능한 상태”라며 처분의 취소를 허용하지 않는, 이른바 ‘사정판결’을 하였기 때문이다.

[11] 4대강 사건: 부산고법 2012. 2. 10. 선고 2011누228 판결

첫째, 대규모 국책사업인 4대강 마스터플랜에 따른 낙동강 살리기 사업(이 사건 사업)은 이미 대부분의 공정이 90% 이상 완료되어 이를 원상회복한다는 것은 사실상 불가능한 상태이다. 보의 설치하는 거의 100% 완성되었고, 준설

64) 해석방법과 관련하여 자세한 내용은 배종대, 형법총론, 홍문사, 2016, 108면 참조.

역시 대부분 구간에서 완료된 상황에서 이를 원래대로 원상회복한다는 조치(특히 준설의 경우)는 국가 재정의 효율성 측면에서는 물론이거니와 기술적·환경 침해적 측면에서도 오히려 심각한 문제를 야기시킬 것으로 예상되는바, 만약 이런 원상회복을 위한 계획이 수립되어 추진된다면, 이에 대하여 환경상 이익 등의 침해를 이유로 그 위법성에 대한 논란이 제기되는 역설적인 상황도 벌어질 수 있다.

둘째, 이 사건 사업은 용수 확보, 홍수 예방, 친수공간 확보 등의 목적에서 국토 전반의 주요 국가하천을 대상으로 진행되는 일련의 사업인데, 그 중 제소기간이 도과되어 위법성을 다룰 수 없는 공구들에 대한 처분을 제외한 채 나머지 일부 공구에 대한 처분만을 취소하는 것은 이 사건 사업의 계속적 유지를 위하여 매년 투입되는 유지관리비를 감안하더라도 도리어 전체 사업을 위해 이미 투입된 예산의 효율성을 현저히 침해하는 결과를 초래하게 된다.

셋째, 이 사건 사업의 집행을 위하여 광범위한 토지에 대한 수용절차가 이미 완료되는 등 기왕의 처분을 토대로 다수의 이해관계인들과 새로운 법률 관계가 이미 형성되었는바, 뒤늦게 이를 취소한다면 기존에 형성된 법률 관계에 엄청난 혼란이 발생할 것이 우려된다.

넷째, 이 사건 각 처분(이 사건 사업과 관련하여 국토해양부장관, 부산지방 국토관리청장 등이 한 공구별 하천공사 시행계획(변경) 고시처분 등)이 그 수립절차 관련 법률에 위반된다고 평가되기는 하나 그 사업 자체 목적의 정당성, 필요성을 부인할 수는 없고, 이 사건 사업에 투입된 재정의 효율성은 차치하더라도 재정사업의 효과(홍수 예방, 수자원 확보, 지역균형발전, 경기부양, 수변지역 개발, 수생태계 복원 및 레저공간 활용 등)는 결코 무시될 수 없으므로, 완성단계에 있는 사업을 원점으로 되돌리는 것보다는 지금이라도 이미 구축된 강 살리기 사업의 성과물들을 현명하게 유지, 관리하고 그 주변발전계획을 철저히 수립·활용한다면, 국민들의 삶의 질을 한 차원 높일 수 있는 시설로서 후세에 물려줄 성과로 이어질 수 있고, 아울러 이 사건 사업 시행으로 인하여 직접적인 피해가 예상되는 일부 농민들에 대한 철저한 보상이 마련될 수 있을 것으로 기대할 수 있다.

다섯째, 위와 같은 혼란 등 공공복리에 반하는 사태를 방지하기 위하여 굳이 이 사건 각 처분을 취소하여 이를 토대로 하여 형성된 법률관계의 효력을 전면적으로 부정하기보다는, 그 효력을 유지하되 다만 이 판결의 주문에서 처분이 위법함을 명시하는 것이 공공의 복리에 반하는 결과를 방지함과 동시에 법률이 정한 절차를 준수하지 않은 행정작용에 대한 사법적 통제의 필요성을 동시에 충족할 수 있는 적절한 방법이라고 판단된다. 위와 같은 여러 사정들에 비추어 볼 때, 이 사건 각 처분에는 행정소송법 제28조에 의하여 사정판결을 할 사유가 충분하다.

그러나 대법원은 이러한 원심판결을 파기하고, 자판하여 원고들의 청구를 기각한 제1심 판결을 확정하였다.⁶⁵⁾ 대법원은 “국가재정법령에 규정된 예비타당성조사는 이 사건 각 처분과 형식상 전혀 별개의 행정계획인 예산의 편성을 위한 절차일 뿐 이 사건 각 처분에 앞서 거쳐야 하거나 그 근거법규 자체에서 규정한 절차가 아니므로, 예비타당성조사를 실시하지 아니한 하자는 예산 자체의 하자일 뿐, 그로써 곧바로 이 사건 각 처분의 하자가 된다고 할 수 없다”고 하면서 원심의 사정판결은 유지될 수 없다고 최종 결론내렸다.

그 논거는 별론으로 하더라도⁶⁶⁾ 1심에서 대법원 판결에 이르기까지 무려 5년 이 소요된 소송 결과는 법원이 정치적 고려를 한 것을 의심하게 한다. 원고들의 청구를 기각한 제1심 판결, 사업 대부분의 공정이 90% 이상 완료된 상태에서 이루어졌다는 점을 강조하면서 내린 ‘사정판결’, 4대강 사업이 완공된 지 무려 4년여가 지난 시점에서 ‘사정판결’을 한 원심판결을 파기하고, 제1심 판결을 확정 한 대법원. 정치적 상황을 고려한 것으로 보이는 대목이다.

65) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2012두6322 판결.

66) 여기에 대해서는 4대강 사업이 이루어지기 위해서는 「국가재정법」에서 요구하는 예비타당성 및 타당성조사가 합법적으로 선행되어야만 한다는 점을 도외시하는 판결이라는 비판이 있다. 소병천, 4대강 사업(낙동강), 환경판례백선, 박영사, 2019, 116면.

III. 평가

1. 이론과 실제

서투른 입법이 원죄이지만 분쟁이나 논란을 해결함에 있어 법원은 종종 논거의 불충분을 드러내고 있다(판례 [1], [2], [4], [7]). 논리가 부정확하거나 선명치 않고(판례 [3], [5], [6], [8], [10]), 표현이 추상적이거나 모호하기도 하다(판례 [3], [4]). 지나치게 소극적으로 일관함으로써, 형식적 판단, 불성실한 판결이 아닌가 의심하게도 한다(판례 [5], [9]). 처분권주의 또는 변론주의의 한계로 미처 다루지 못한 쟁점이 있을 수 있지만 쟁점이 뚜렷이 드러나지 않아 판결 당사자는 물론이고 제3자의 마음에 답답함을 느끼게 하는 부분도 있다(판례 [2]). 결정의 번복(새만금 사건 1심과 2심의 결정, 인과관계 인정과 관련해서 1심과 2심의 결정이 종종 바뀌는 경우를 생각해 보라⁶⁷⁾), 판결간 상충문제(예컨대, 판례 [7]과 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도631 판결)도 있다. 이러한 일련의 현상에는 환경지식·경험의 한계, 전문성의 부족, 환경철학의 부재, 환경문제 인식에 대한 차이, 자신감의 결여 등이 복합적으로 작용하는 것으로 볼 수 있다.

결과는 법원에 대한 신뢰를 떨어뜨릴 수 있다. 권위는 스스로 지키는 것인데, 이러한 결과가 반복하면 그 권위는 자칫 회복이 어려울 수 있다. 법원이 형식적이고 기술적인 법해석에만 집착하며 개인 만능주의로 흐른다면 국가나 사회 차원에서 인적, 물적 자원의 비효율성과 낭비가 초래하게 될 것이다. 이러한 문제와 한계를 극복하기 위해서는 환경관련 인프라의 확충, 전문성의 제고, 환경철학의 무장, 환경문제 인식의 제고 자신감의 충만 등 자정능력이 필요해 보인다.

2. 적극적 심사 v. 소극적 심사

사법부가 소극주의로 흐르는 이유로는 권력분립주의, 사법부의 인적, 물적 한계, 전문성 부족 등을 들 수 있을 것이다. 그러나 사법부는 보다 사법적극적일 당위성과 필요성이 있다. 특히 행정부의 권력이 불균형적으로 비대하고, 입법부가

⁶⁷⁾ 대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 판결(수도권매립지 침출수처리장 사건) 참조.

정쟁을 일삼으면서 통법부로 전락하고 있는 상황에서 권력분립주의는 허울에 불과하기 때문이다. 사법소극주의는 논리의 문제라기보다는 해당 국가의 역사 내지 관습의 문제라고 할 수 있다. 국민은 법원이 행정부의 권력남용 가능성을 통제하고 소외계층을 보호하는 마지막 보루이기를 기대하고 있다. 법원 판사들의 높은 자질을 고려할 때 판결을 통한 정책형성 기능도 기대해 볼 수 있다. 판사들이 형식적인 법해석에만 머무르면서 기술인으로만 그 역할을 한계 지을 경우 국가, 사회적으로 인적 자원의 비효율과 손실이 발생할 수 있다.⁶⁸⁾ 국민은 국가와 사회에 책임을 지면서 문제해결 방향을 선도하는 그런 역할을 법원에 기대하고 있다.

시대는 사법적극주의를 표방하는 법원의 역할을 기대하고 있다. 법원은 보다 적극적으로 국책사업의 운명에 개입할 필요가 있다. 이러한 접근은 행정부 정책사업에 대한 건전한 견제를 함으로써만이 권력의 균형을 이룰 수 있는, 다시 말하면 진정한 권력분립주의 실현을 위한 출발점이 된다는 점에서 충분히 설득력을 가지고 있다.

흔히 사법적극주의나 사법소극주의니 하는 논란은 공법의 영역을 염두에 두고 제기되는 듯하다. 그러나 법원의 사법적극주의는 사법의 영역에서도 유효하다. 특히 환경법은 공·사법 영역을 넘나들기 때문에 사법적극주의는 환경소송에서 항상 잠재되어 있는 이슈이다. 이는 법원의 전방위적인 적극적 심사로 연결된다. 특수한 환경문제를 해결하기 위해 법원은 특수한 법리를 개발, 적용하는 데 게을리하지 않아야 할 것이다. 전통적인 문제와 다른 새로운 환경문제 해결을 위해서는 전통적인 접근으로는 한계가 있으므로 새로운 접근방법이 요구된다. 집행정지 요건의 완화, 인과관계 추정 규정(예컨대, 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」 제9조, 「가습기살균제 피해구제를 위한 특별법」 제5조 등)의 활발한 적용, 손해액의 산정과 관련한 시장점유율 이론(market share theory)⁶⁹⁾의 도입, 정신적 손해의 적극 인정 등이 그 좋은 예이다. 처분권주의 또는 변론주의로

68) 임지봉, 사법적극주의와 사법소극주의, 고시계, 46권 7호(533호), 2001. 7. 17 내지 18면 참조.

69) '시장점유율 책임이론'이란 공동피고들이 원고에게 발생한 손해에 대하여 책임 없음을 입증하지 못하는 한 공동피고들 각자에게 총생산품시장 판매에 대한 각자의 시장점유율에 상응하는 비율의 책임을 지우는 이론이다. *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 F.2d 924 (Cal. 1980). 그러나 이 이론은 원인물질과 손해 간의 인과관계의 입증을 완화하는 것이 아니고, 피고의 특정을 완화하는 것이라는 점에서 일정한 한계가 발견된다.

석명권 행사에 일정한 한계가 있겠지만 석명권 행사도 좀 더 적극적으로 이루어질 필요가 있다(예컨대, 「환경정책기본법」 제44조, 민법 제758조의 적극 활용(판례 [2]), 환경상 이익의 침해 여부 소명(판례 [4]), 교통소음 사건에서 실내소음도에 관한 제출 요구(판례 [6])).

개별 환경법으로 국한할 경우 특히 환경영향평가와 관련한 법원의 태도는 많은 아쉬움을 주고 있다. 그 동안 환경영향평가가 유명무실하게 이루어지고 형식적으로 운영되었던 데에는 법원에게도 큰 책임이 있다고 생각된다. 법원이 환경영향평가를 둘러싼 사법심사를 함에 있어서 환경영향평가의 절차적·실체적 하자 등을 등한시하고 사업승인처분의 위법성을 인정하는 데 소극적인 입장을 견지하는 한 그 실효성을 확보하기란 근본적으로 어려운 것이다. 법원의 안일한 태도는 환경영향평가제도의 실효성을 떨어트리면서 동 제도를 차질 유명무실하게 만들 수 있다. 이러한 관점에서 환경영향평가제도의 실효성을 확보하기 위한 법원의 역할 내지 사법심사에 대한 방향 전환이 요구되고 있다.

법원의 소극주의는 판사의 환경 관련 지식과 경험의 한계, 전문성 부족 등과도 관련이 있어 보인다. 환경법은 종합학문의 성격을 띠고, 환경소송은 환경 과학, 공학 등과도 밀접한 관련을 갖는데 이러한 지식, 경험 부족은 실체적 심사를 어렵게 할 수 있을 것이다. 마침 로스쿨이 시행되고 10여년이 흐른 시점에서, 인접 학문의 지식으로 무장된 판사의 등장은 법원의 적극주의로 연결될 수 있을 것이다.

3. 합목적적 해석 v. 문리적·체계적 해석

물론 합목적적 해석이 환경소송에서 전가의 보도가 될 수는 없다. 합목적적이라는 것이 얼마나 추상적인가? 기회주의적인 냄새도 난다. 합목적적 해석은 입법의 부존재, 불비, 불완전 등의 특수한 상황에서 최후의 수단으로 동원되어야 할 것이다. 특히 합목적적 해석은 해당 법조항이 없거나 분명치 아니한 경우에 동원되곤 한다. 그러나 기존의 입법이나 법리로 해결이 쉽지 않은 영역에서 합목적적 해석은 빛을 발할 수 있다. 합목적적인 해석은 수익적 행정행위, 재량행위, 권한 또는 자격의 부여(예컨대, 원고적격)와 같은 영역, 말하자면 구제 영역에서 그 빛을

말할 수 있다. 이에 반해 침익적 행정행위, 기속행위와 같은 규제의 영역에는 어울리지 않는 해석이라고 생각된다.

이러한 관점에서 돋보이는 합목적적 해석을 통해 원고적격을 확대한 물금취수장 사건은 좋은 평가를 받을 만하다. 이에 반해 원고적격을 형식적으로 다룬 공설화장장 사건(판례 [9])은 낮은 평가를 줄 수밖에 없을 것이다. 한편 규제의 영역임에도 합목적적 해석을 시도한 리브호텔 사건(판례 [10])은 환경이익을 강조하는 결론을 도출하긴 하였지만 자칫 기존 법체계를 혼란에 빠트릴 수 있다는 점에서 그다지 좋은 점수를 주기 어려울 것이다.

합목적적인 해석은 처분성 인정,⁷⁰⁾ 환경권의 구체적 효력 인정, 인과관계 추정 등의 영역으로 확대될 수 있다. 예컨대, 환경영향평가법상 협의의 처분성 여하가 논란이 되고 있는데, 합목적적 해석을 통해 처분성을 인정할 수 있을 것이다. 법원은 그 협의의 법적 성질을 ‘자문’으로 보고 있다.⁷¹⁾ 그러나 법에서 협의의 의무 사항으로 규정하고 있는 점, 협의 내용을 이행하기 위한 절차·수단(협의 내용의 반영·이행, 조치명령, 사전공사 시행금지)이 있는 점, 협의가 동의까지를 요구하지는 않는다고 하더라도 단순히 자문을 구하라거나 협조요청을 구하라는 의미는 아닌 점, 그 의견을 따라 처분을 하라는 의미가 강한 공권력의 행사라는 점, 쌍방간의 의사조정이 아닌 환경부장관의 일방적인 심사라는 점,⁷²⁾ 협의 내용에 불복이 있는 경우에 대한 절차(조정 요청)가 있는 점, 사실상 승인의 요건으로 작용한다는 점 등에 비추어서 행정쟁송의 대상이 되는 처분이라고 볼 여지가 있다.⁷³⁾ 이러한

70) 법원도 “어떤 행정청의 행위가 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는가는 그 행위의 성질, 효과 외에 행정소송 제도의 목적 또는 사법권에 의한 국민의 권리보호의 기능도 충분히 고려하여 합목적적으로 판단되어야 할 것이다”고 판시하면서 합목적적 해석을 강조하고 있다. 대법원 1984. 2. 14. 선고 82누370 판결.

71) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99두653 판결; 부산고법 2007. 6. 29. 선고 2006누5540 판결(물금취수장 사건). 그러나 이 사안에서 문제가 된 것은 종전의 사전환경성검토제도상상의 ‘협의’인바, 그 협의가 부처간 협의의 성질을 가지고 있기 때문에 법원이 환경영향평가상의 협의의 법적 성질을 ‘자문’으로 보고 있다고 단정하기는 어려울 것이다. 후후 법원의 판단이 필요한 부분이다.

72) 협의란 환경부장관이 평가서를 검토하여 사업계획이 환경영향을 초래할 위험이 있는 때에는 사업계획의 조정, 보완 등 필요한 요청을 할 수 있는 제도이므로 이 법에서의 협의는 쌍방간의 의사조정이 아닌 환경부장관의 일방적인 심사라고 보아야 한다. 천병태·김병길, 앞의 책, 157면; 조현권, 앞의 책, 246면.

73) 협의의 처분성이 인정된다는 견해는 강현호, 환경법, 신론사, 2011, 125면; 이순자, 환경영향평가상의 협의에 대한 고찰, 환경법연구, 제34권 제3호, 2012, 95면(다만, 승인 등을 받지 않아도

접근은 환경영향평가서의 수리(신고),⁷⁴⁾ 협의 내용의 통보⁷⁵⁾ 등으로 확대될 수 있다.

한편, 법원은 환경권의 구체적 효력을 부인하고 있는바, 헌법이나 「환경정책기본법」에 명문규정을 두고 있다는 점, 현재 60개 정도의 환경관계법이 존재하고 있다는 점, 이러한 법률들이 환경권의 내용과 행사방법을 나름대로 제시하고 있다는 점, 환경권의 제한 법리로 작용하는 “법령의 규정취지와 조리”의 합리적 해석이 가능하다는 점 등에 비추어 환경권에 대하여 충분히 구체적 효력을 인정할 수 있다고 생각된다.⁷⁶⁾

인과관계 추정문제도 지적하고 싶다. 예컨대, 개연성이론을 극복하기 위하여 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」 제9조에서 도입된 인과관계 추정 규정⁷⁷⁾에 대해서 기존의 개연성이론의 잣대로 해석함으로써 법제도의 취지가 몰각될 수 있다. 인과관계 추정규정은 피해자가 입증책임으로부터 완전히 해방되는 것을 의미하는 것이 아니다. 피해자는 문제의 시설이 오염물질 배출과 관련이 있다는 점, 배출된 오염물질과 피해 사이에 시간적·장소적 관련성이 있다는 점,

되는 사업자가 요청하는 협의의 경우는 제외); 조홍식, 앞의 책, 389면. 그러나 협의가 대외적 구속력을 갖지 않는 행정기관 내부행위라는 점에 초점을 맞추면 처분이라고 볼 수 없는 면이 있다. 한편, 처분의 성질을 갖는다고 하더라도 환경부장관의 협의의견을 직접적으로 다룰 실익은 적어 보인다. 정작 문제가 되는 것은 환경부장관의 협의의견이 아니라 승인기관이 협의 내용을 반영하지 않는 경우이기 때문이다. 이와 관련하여 환경영향평가상의 협의란 쌍방간의 의사의 조정이 아닌 환경부장관의 일방적인 심사를 의미한다고 하면서도 그 협의는 사업시행허가를 위한 여러 절차 중의 한 절차에 불과하기 때문에 협의 내용 자체를 다루는 것보다는 사업시행 자체를 다루는 것이 타당하다는 견해가 있다. 조현권, 앞의 책, 255면.

74) 환경영향평가서의 제출을 ‘수리를 위한 신고’로 보아 처분성이 인정될 여지가 있다는 견해는 조홍식, 앞의 책, 381면.

75) 환경부장관이 승인기관의 장에 한 협의 내용의 통보와 승인기관의 장이 사업자에게 한 협의 내용의 통보는 단순한 관념의 통지, 사실의 통지가 아니라 ‘국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위’ 또는 ‘국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위’이므로 처분성이 인정될 수 있을 것이다. 같은 견해는 조홍식, 앞의 책, 382면.

76) 김홍균, 환경권의 구체적 효력, 변호사, 제34집, 서울지방변호사회, 2004. 1, 83 내지 85면.

77) “시설이 환경오염피해 발생의 원인을 제공한 것으로 볼 만한 상당한 개연성이 있는 때에는 그 시설로 인하여 환경오염피해가 발생한 것으로 추정한다(동법 제9조 제1항).” 상당한 개연성이 있는지의 여부는 시설의 가동과정, 사용된 설비, 투입되거나 배출된 물질의 종류와 농도, 기상조건, 피해발생의 시간과 장소, 피해의 양상과 그 밖에 피해발생에 영향을 준 사정 등을 고려하여 판단한다(동조 제2항). 동규정이 ‘상당한 개연성’이라는 표현을 사용함으로써, 마치 개연성이론을 도입하고 있는 것처럼 오해를 불러일으키고 있는데, ‘상당한 개연성’이 추정을 위한 판단요소들과의 연결고리를 위한 수식어로 사용되고 있을 뿐이다.

배출된 오염물질이 문제된 피해를 발생시키기에 적합하다는 점 등을 입증해야 비로소 추정의 효력이 생긴다. 이러한 입증은 개연성이론에서 요구되는 입증보다 완화된 것이라고 할 수 있다.⁷⁸⁾ 말하자면 추정규정은 피해자의 입증책임을 ‘시설 적합성’에 대한 입증책임으로 대체, 완화하고 있다고 할 수 있다.⁷⁹⁾ ‘상당한 개연성이 있는지 여부’에 대한 판단 주체는 궁극적으로 법원이 될 것이다. 그 판단을 위한 요소가 개연성이론을 적용할 때의 판단요소와 크게 다르지 않다고 하여 법원은 종전과 같이 인과관계 인정에 머뭇거릴 수 있지만 동법의 입법 목적을 존중하여 쉽게 인과관계를 인정하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

4. 정치적 고려

대형 국책사업의 경우 흔히 정치적 고려가 이루지는 경향이 있다. 결론은 판결을 오랫동안 미루다가 현저히 공익에 적합하지 않다는 명분으로 이루어지는 사정판결, 정치적 상황을 염두에 두고 결론을 미루는 행태 등은 이런 의심을 사기에 충분하다. 자신감 있고 당당한 판결이 요구되는 이유이다.

사정판결을 광범위하게 인정할 경우에는 사정판결이 환경문제 등의 이유로 당초 사업 시작 자체가 잘못되었음에도 불구하고 오히려 사업이 거의 완공단계에 있다는 등의 이유로 자칫 사업의 계속 추진을 합리화하는 수단으로 변질될 수 있다. 이러한 본말의 전도는 대규모 국책사업의 경우에 더욱 경계되어야 하는데, 새만금 사업, 4대강 사업 등에서도 어김없이 등장하였다.

정치권의 눈치를 보면서 결론을 미루거나 번복하는 행태는 근절되어야 할 것이다. 4대강 사업이 완공된 지 무려 4년여가 지난 시점에서야 최종 결론을 내린 대법원. 이러한 때늦은 결론만으로도 정치적 논리가 개입한 것이라고 의심하기에 충분하다.

⁷⁸⁾ 판례는 원고가 ① 물질의 배출, ② 배출물질의 도달, ③ 피해의 발생 등을 입증한 경우 인과관계를 추정하고 있지만 원고의 입장에서 배출물질의 도달을 증명하는 것은 쉽지 않으며, 실제 법원은 많은 비용이 소요되는 감정결과에 기대어 도달 여부를 판단하는 경향이 있으며, 도달요건이 인정되지 않는다고 인과관계를 부정하는 경우가 많다.

⁷⁹⁾ 한상운, 환경책임과 환경보험 -환경피해구제법(2013. 7. 30. 국회발의)을 중심으로, 사법, 제26호, 2013. 12, 124면. 최광준, 독일환경책임법의 기본구조와 주요내용, 재산법연구, 제21권 제2호, 2005, 322면.

이러한 접근은 새만금 사건에서도 이미 감지되었다. 새만금 사업은 1991년 11월 첫 삽을 뜬 이래 강행, 중단과 재개를 반복하면서 심한 진통을 겪었다. 급기야 법적 다툼으로 비화되었으며, 2006년 3월 16일 이루어진 대법원 판결(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결)은 법적으로 새만금 사업을 계속하는 것으로 최종 결론을 내렸다. 그 과정에서 서울행정법원의 집행정지 결정(2003), 항고심에서의 번복(2004) 등은 새만금 사업의 강행, 중단, 재개 등과 맞물리면서 국민을 혼돈으로 몰아넣었다.⁸⁰⁾ 정치적 이해관계에 따라 오락가락한 국가적 소동을 법원이 진정시키기는커녕 서로 반대되는 결정을 하면서 혼란을 부추긴 측면이 있었다. 오랜 기간에 걸쳐 이루어진 소송치고 그 결론은 싱거웠는데, “그 동안 농업기반공사나 전라북도가 복합산업단지 개발을 검토하고 대통령이 공단과 국제항 조성에 관한 종합개발계획 추진안에 관한 발언을 하였다고 하더라도 그 사정들만으로는 현재 농지조성과 농업용수 개발을 주목적으로 한 새만금사업의 토지이용계획이 복합산업단지 개발로 변경되었다고 볼 수 없고, 또한 향후 사업목적의 변경 가능성이 있다고 하여 현재의 사업목적 달성이 불가능하거나 법률적으로 또는 실질적으로 사업목적이 변경되었다고 볼 수 없다”라고 판시하면서 사업목적상의 사정변경이 발생하지 않았다는 이유로 사정변경을 이유로 한 원고들의 취소주장을 배척한 것이다. 흔히 대부분의 공정이 완료된 상태라면서 내리는 ‘사정판결’은 판결을 조속히 진행하면 아예 문제가 되지 않을 것이 아니겠는가? “실질적 변경”을 너무 엄격히 적용할 경우 환경소송의 승소 가능성은 없는 것이 아닐까? 꼬리를 무는 질문은 그 논리가 구차함을 반증하는 것이라고 할 것이다.

판결에 정치적 논리가 개입하는 경우 그 결정에는 오랜 기간이 소요되고 그 논리는 구차해지는 것을 본다. 이 지점에서 TVA v. Hill 사건⁸¹⁾을 상기할 필요가

80) 새만금 소송의 경과 및 쟁점에 대하여 자세한 내용은 김홍균, 새만금 소송의 의의와 과제, 저스티스, 2004. 10, 90면 이하 참조.

81) 환경단체인 원고(Hill)가 멸종위기종법(Endangered Species Act: ESA)에 근거하여 피고(Tennessee Valley Authority)를 상대로 Little Tennessee River에 세워지는 Tellico Dam 건설의 중지를 청구한 사안에서 미국 법원은 원고의 청구를 인용하였다. 이 사건에서 이미 진척된 댐 공사와 관련하여 소송이 제기된 후 댐 상류지역에 상업적, 여가적 가치가 알려지지 않은 3인치 정도에 불과한 snail darter라는 물고기가 서식하고 있으며, 댐 건설이 이 물고기의 생존을 위협할 수 있다는 사실이 발견되었다. 댐 건설은 완공단계에 있었고, 의회는 댐건설을 위하여 \$10억 이상을 계속하여 지원하였다. 법원은 「멸종위기종법」 규정(제7조)은 멸종위기에 처한 종을 위협하지 모르는 연방공무원의 행위를 엄격히 금지한다면서 공사의 중지를 명하였다.

있다. 미국 법원은 원고의 청구를 인용하면서 다음과 같은 유명한 문구를 남겼다: “의회에 의해 의식적으로 선택된 특별한 과정의 현명함 또는 비현명함에 대한 우리의 개인적 평가는 법을 해석하는 과정에서 배제되어야(put aside) 한다. 일단 시행의 의미가 인식되고 합헌성이 결정된 경우 사법 과정은 끝이다.” 현명함 또는 비현명함에 대한 평가는 법원의 기능이 아니라는 점을 밝히고 있는 것이다. 국민은 법원으로 하여금 정치적 논리에 좌우되지 않고 순수한 법률적 논리로 접근할 것을 요구하고 있다.

IV. 맺는 말

법원은 권리보호의 최후의 보루이다. 그 동안 법원이 보여준 권위있고, 최종적인 결론은 감탄을 자아내기에 충분하다. 원인자의 무과실책임 규정이 구체적 효력이 있는지, 환경권이 구체적 효력이 있는지 등 학계 및 실무에서 심한 논란이 있는 사안사안마다 내린 단호한 결론은 논란을 일순간에 잠재우곤 하였다. 그럼에도 불구하고, 극히 일부에 불과하지만, 일부 판결은 논란을 잠재우기는커녕 논란을 부추기고 있다. 논리의 부족, 부정확한 표현, 도망갈 여지를 두는 모호한 입장, 판결간의 반복 또는 상충, 정치적 논리의 전개 등이 그 주범이라고 할 수 있다. 여기에는 환경지식·경험의 한계, 전문성의 부족, 환경철학의 부재, 환경문제 인식에 대한 차이, 자신감의 결여 등이 복합적으로 기여하는 것이라고 생각한다.

환경문제가 심각해지고 내용이 복잡해짐에 따라 환경소송은 폭증하고, 쟁점은 보다 넓어지고 세밀해지며, 그에 따라 법리도 더 복잡해지고 다양해질 것이 분명하다. 이러한 상황에서 논란을 불식시키기는커녕 논란을 부추기고 안정적으로 문제 해결을 하지 못할 경우에는 사회갈등은 계속되고, 더욱 첨예화되면서 사회적, 국가적 혼란, 자원낭비가 초래될 것이다. 법원에 대한 신뢰가 추락하고 법원의 권위는 그만큼 추락하고 말 것이다. 문제는 여기에 그치지 않고 권리보호를 요청하는 국민 개개인이 그 피해를 고스란히 떠안는다는 것이다.

환경판례가 빠른 속도로 축적되고 있는 이 시점에서 사례연구를 거쳐 이론과 실재를 살피고 그 허와 실을 살피는 것은 의미 있다고 할 수 있다. 중간점검의

시간을 갖는다고 보면 된다. 이상과 현실의 괴리는 생각만큼 크지 않다고 생각하면 편하다. 판결도 인간이 하는 것이므로 완벽할 수 없다고 생각하면 그 만큼 편하다. 일부의 판결로 시사점을 도출하는 것은 아예 무리라고 할 수 있다. 그러나 약간의 시사점이라도 이를 인식하고 이상과 현실의 간극을 좁히려는 노력을 한다면 환경권 보장은 그 만큼 빨리 그리고 확실히 보장되는 것이 아닐까. 법원이 환경이익이 “한 차원 높은 가치”,⁸²⁾ “영업상의 이익 또는 여가생활 향유라는 이익보다 훨씬 우월한 이익”,⁸³⁾ “토지소유권을 행사하는 경제적 자유보다 우선하는 지위”⁸⁴⁾라고 이해하는 것은 상당히 고무적이다. 국민은 이것이 단지 이론에 그치지 않고 실제도 그렇게 되기를 고대하고 있다. 법원의 거듭나기와 용기가 필요하다.

논문투고일 : 2020. 7. 27. 심사일 : 2020. 8. 23. 게재확정일 : 2020. 8. 25.

82) 대법원 1996. 7. 12. 선고 95누11665 판결; 서울중앙지법 2009. 8. 26. 선고 2008가합72566 판결(확정).

83) 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두8589 판결(문장대운천 사건); 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두5092 판결(용화온천 사건).

84) “모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경권(헌법 제35조)은 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 실현에 기초가 되는 기본권이므로 사유재산권인 토지소유권을 행사하는 경제적 자유보다 우선하는 지위에 있다.” 헌재 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 97헌바78 결정, 재판관 이영모의 반대의견.

참고문헌

- 강종선, “항공기소음 관련 민사소송의 제 논점”, 환경소송의 제문제, 사법발전재단, 2011.
- 김재호, “환경오염 피해에 대한 법적 구제 -사법적 측면을 중심으로-”, 천봉석중현박사 화갑논문집, 현대 공법이론의 제문제, 2003.
- 김중권, “환경영향평가가 결여된 행정행위의 효력”, 환경판례백선, 박영사 2019.
- 김춘환, “공권적 환경권이론”, 공법연구, 제29집 제2호, 2001.
- 김형성, “헌법상 환경규정의 규범적 의의”, 환경법연구, 제26권 제4호, 2004. 12
- 김홍균, “환경권의 구체적 효력”, 변호사, 제34집, 서울지방변호사회, 2004. 1.
- _____, “새만금 소송의 의의와 과제”, 저스티스, 2004. 10.
- 문광섭, “환경침해에 대한 유지청구”, 환경법의 제문제, 재판자료, 제94집, 2002. 6.
- 박균성, “환경영향평가와 사업계획승인의 관계에 관한 연구”, 환경법연구, 제35권 제2호, 2013. 8.
- 박상열, “토양오염과 법률문제”, 토양환경 제1권 제1호, 1996. 9.
- 박종원, “오염토양과 폐기물의 구별과 그 처리책임”, 환경법과 정책, 제8권, 2012. 5.
- 박태현, “환경권에 기초한 금지청구권의 인정”, 환경판례백선, 박영사, 2019.
- 박태현·정남순, “환경영향평가의 적정성에 대한 현행 사법심사 기준의 비판적 검토와 대안 고찰”, 환경법과 정책, 제6권, 2011. 5.
- 소병천, “4대강 사업(낙동강)”, 환경판례백선, 박영사, 2019.
- 송기춘, “환경권의 대사인적 효력”, 공법연구, 제28집 제3호, 2000. 3.
- 송동수, “참여정부의 환경정책 평가와 과제 -환경관련법령의 제·개정을 중심으로-”, 환경법연구, 제27권 제4호, 2005. 12.
- _____, “환경영향평가의 하자과 사법심사”, 환경법연구, 제34권 제3호, 2012. 11.
- 안경희, “항공기 소음으로 인한 민사책임”, 환경법연구, 제33권 제2호, 2011. 8.
- 윤진수, “환경권 침해를 이유로 하는 유지청구의 허용 여부”, 판례월보, 1996. 12.
- 윤철홍, “환경이익침해에 관한 사법적 구제”, 비교사법, 제7권 제1호, 2000. 6.
- 이순자, “환경영향평가상의 협의에 대한 고찰”, 환경법연구, 제34권 제3호, 2012.

- 이영창, “민사소송을 통한 환경오염피해 구제의 현실과 한계”, 환경오염 피해구제의 실효성 확보방안, 한국환경법학회 제117회 학술대회 자료집, 2014. 3. 8.
- 이용우, “공해방지소송”, 공해문제와 재판, 재판자료, 제2집, 법원행정처, 1979.
- 이은기, “하자있는 환경영향평가를 거친 행정처분의 판결이유에 관한 재검토 소고 -반복된 판박이 대법원 판시이유에 대한 비판-”, 공법연구, 제45집 제3호, 2017. 2.
- 이흥훈, “환경오염피해 구제와 법원의 역할 - 환경권의 해석에 있어 -”, 환경법연구, 제38권 제2호, 2016.
- 임지봉, “사법적극주의와 사법소극주의”, 고시계, 46권 7호(533호), 2001. 7.
- 정사언, “환경권의 규범화방안에 관한 검토”, 천봉석중현박사 화갑논문집, 현대 공법 이론의 제문제, 2003.
- 조성민, “환경침해와 방해배제청구권의 인부”, 고시계, 1996. 4.
- 조홍식, “토양환경침해에 관한 법적 책임”, 환경법연구, 제20권, 1998.
- _____, “폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임”, 환경법연구, 제26권 제2호, 2004. 6.
- 채영근, “항공기소음피해에 대한 국가배상판결에 대한 고찰”, 항공우주법학회지, 제20권 제1호, 2005. 6.
- 최광준, “독일환경책임법의 기본구조와 주요내용”, 재산법연구, 제21권 제2호, 2005, 322면.
- 최창렬, “도로소음으로 인한 환경침해의 유지청구권 -대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결을 중심으로-”, 환경법연구, 제38권 제3호, 2016. 11.
- 한상운, “환경책임과 환경보험 -환경피해구제법(2013. 7. 30. 국회발의)을 중심으로”, 사법, 제26호, 2013. 12.
- 황진호, “국가·지방자치단체의 환경보전의무위반으로 인한 손해배상책임”, 한국의 환경 및 에너지에 관한 법원리, 환경문제연구총서 X, 대한변호사협회, 2003.
- 강현호, 환경법, 신론사, 2011.
- 권용우, 불법행위론, 신양사, 1998.
- 김성수, 행정법판례평론: 사례·해설, 홍문사, 2006.
- 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2019.

- 배종대, 형법총론, 홍문사, 2016.
- 석인선, 환경권론, 이화여자대학출판부, 2007.
- 손운하, 환경침해와 민사소송, 청림출판, 2005.
- 조현권, 환경법 -이론과 실무-, 법률문화원, 1999.
- 조홍식, 환경법원론, 박영사, 2019.
- 천병태·김명길, 환경법론, 삼영사, 1997.
- 함태성, 사전환경성검토제도의 법적 과제, 한국법제연구원, 2004. 11.
- 홍준형, 환경법, 박영사, 2005.
- 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구 -폐기물의 개념 및 분류를 중심으로-, 서울대학교 박사학위논문, 2015. 2.

【Abstract】**Theory and Reality of Environmental Law Cases**

Hongkyun Kim

(Professor, School of Law, Hanyang University)

When it comes to protecting rights, the court should serve as its last fortress. While the court over the days has shown ample examples of authoritative and admirable decisions enough to quiet down controversies, some of its judgments, though few in the number of cases, has ironically resulted in more argument. The main culprits behind these cases include the lack of logic, inaccurate expressions, ambiguous stances that provide loopholes, reversals and conflicts in and among decisions and the involvement of politics. In the backdrop, the lack of environmental knowledge and experience, the shortage of expertise, the absence of environmental philosophy, the divergence in environmental awareness and the lack of confidence has also contributed to the problem.

As environmental problems intensify and its contents become more complicated, entailing issues will both widen and become more detailed. As a result, related legal theories will be to become more complex and diverse too. If the court fails to settle controversies only to incite more of them, social conflicts will continue, causing nation-wide chaos and waste of resources. People will consequently lose faith in the court and its authority will plunge. The problem doesn't end here -- individuals seeking the protection of their rights will be hit most directly.

At a time when environmental judicial precedents are quickly accumulating, a case study would help us look at theory and reality and their weaknesses and strengths. We can think of it as a interim review, and it would be convenient to keep in mind that judges are human too. It may be difficult to deduce implications from just a few cases, but the smallest steps to narrow the gap between theory and reality will help bring forward the ultimate and definite protection of environmental rights. It is already encouraging to see the court consider the environmental interest as a "higher

value”, “something more superior to business profits and the benefits of enjoying leisure” or “a status that comes before the freedom of exercising land ownership”. The public is anticipating these perceptions to become a reality and not stay as mere theories. It is time for the court to pluck up courage and reform itself.

<p>주 제 어 환경판례, 대법원, 사법적극주의, 사법자제, 환경권, 사법심사, 이론과 실제 Key Words environmental law case, Supreme Court, judicial activism, judicial restraint, right to environment, judicial review, theory and reality</p>
