『서울대학교 法學』 제51권 제1호 2010년 3월 241～288면
Seoul Law Journal Vol. 51 No. 1 Mar. 2010. pp. 241～288

〈논문〉

# 환경법의 해석과 자유민주주의*

趙 弘 植**

요 약

환경문제를 포함한 각종 사회적 논쟁에 참여한 사람들은 저마다 다른 가치판단방식을 가지고 있고, 그 우월성을 주장하고 있다. 이러한 논쟁이 법적 분쟁으로 비화하는 것은 가치판단에 합의하지 못하기 때문이다. 이들 사이의 의견불일치는 이성에 기초한 실천적 추론이 없거나 부족해서가 아니라 그 각각의 정당화 근거가 터 잡고 있는 가치가 다원적일 뿐만 아니라 비교불능이기 때문이다.

경쟁하는 가치판단방식들의 우열을 가릴 수 없다면 그중 어느 하나의 선택은 불가피한데, 이 선택은 법적 판단에 결정적 영향을 미친다. 그렇다면 법적 문제의 해결은 그 문제를 해결할 가치판단방식으로 어떤 사고방식을 채택할 것인가, 그리고 보다 근원적으로는 그와 같은 가치판단방식의 선택을 여하한 방식, 즉 여하한 '메타'방식으로 결정할 것인가에 달려 있다.

우리 헌법은 가치판단방식의 선택을 지도할 이념으로서 자유민주주의를 규정하고 있다. 가치판단방식의 선택을 입법부의 다수자의 결정에 맡기는 결단이 대의민주주의이고 그 결과물이 실정법이다. 이처럼 실정법은 특정한 가치판단방식을 반영시키고 소통시키는 역할, 즉 표현적 기능을 담당하고 있다. 다른 한편 헌법상 규정된 국민의 기본권은 다수자에 의해 내려지는 가치판단방식의 선택을 감시하고 제한한다.

이와 같은 해석이론은 민사사건, 행정사건, 헌법사건의 해석에 있어서 여러 가지 지침으로 구체화되고, 이런 지침은 우리 법원의 판결에서 실증적으로 확인되는 바이다.

주제어: 환경법, 법해석, 법해석의 메타이론, 자유민주주의, 비례입헌주의, 법의 지배, 가치, 가치판단방식, 비교불능성, 법의 표현적 기능, 조정문제

---

* 이 글은 2008.12.13. 부산해운대에서 열린 부산판례연구회 창립 20주년 기념 학술행사에서 발표한 논문을 수정·보완한 것입니다. 이 글은 拙著인 **사법통치의 정당성과 한계 (2009)**에 크게 의존하고 있고 그곳에서 밝힌 이론을 정리하여 환경법의 해석이란 맥락에 적용한 결과임을 밝힙니다. 이 글의 완성도를 높이기 위하여 관련 판례를 수집해주고 교정·교열에 힘써준 이준석·채혜미 시보에게 감사의 뜻을 전합니다.

** 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

# Ⅰ. 서 언

21세기를 환경의 시대라고들 합니다. 하지만 우리 사회가 환경을 둘러싼 이런 저런 문제를 해결할 정도로 성숙하지 못한 것 같습니다. 그 구성원인 우리는 모두 저마다의 능력과 자원을 극대화하여 자신의 목적을 달성하려고 애를 쓰고 있고, 그러다보니 환경문제를 해결하기 위해 스스로 나서기보다는 다른 이들의 노력에 슬그머니 편승하려고 시도합니다. 루소(Jean-Jacques Rousseau)가 갈파한 대로, 우리 사회에 "권리를 의무와 결합시키는 법과 관례"[1]가 확고히 정립되지 않고는, 환경문제의 해결을 기대하기는 어려울 것 같습니다.

이 글에서 드리고 싶은 말씀은 제가 '대학'에서 '환경법'을 10년 이상 가르치면서 얻게 된, 환경문제의 법적 해결 방안에 관한 뒷궁리(後見; hindsight)입니다. 사법부가 환경문제의 해결에 기여할 수 있는 기회는 환경을 둘러싼 '인간 사이의 분쟁'이 법원 문을 두드릴 때입니다. 사법부는 이 분쟁을 해결하기 위해 내리는 법적 결정을 통해 환경문제의 해결에 기여하는 것입니다. 그리고 사법부의 결정은 각종 환경법의 '해석'을 통해 이루어집니다. 따라서 법의 해석 방법에 관한 논의는 간접적이나마 환경 문제에 영향을 미치게 되는 것입니다. 이 글의 주제는 환경법의 해석 방법입니다.

대개 이런 류(類)의 논의는 '메타' 이론으로서 소개되는 경향이 있고 이것이 때론 공허한 개념의 나열에 그치게 되어 메타적 깨달음에 이르기까지의 노고를 퇴색시키곤 합니다. 사람들이 원하는 것은 환경문제의 실질적 해결책이지 해결책에 이르는 방식이 아니기 때문이지요. 저는 이런 우를 범하지 않기 위해 그 동안 대법원과 헌법재판소를 포함한 우리 사법부에서 선고된 판결을 글감으로 하여 이에 대한 소감(所感)을 밝히는 방식으로 제 말씀을 전개하고자 합니다.

# Ⅱ. 가치의 상충

1. 환경문제는 경쟁하는 '가치'의 '상충(相衝)'이 빚어내는 갈등입니다. 환경문

---

1) Jean-Jacques Rousseau, *On the Social Contract* book 2, chap. 6, para. 2, ed. Roger D. Masters, trans. Judith R. Masters (1978) ("[T]here must be conventions and laws to combine rights with duties."); John Rawls, *Lectures on the History of Political History* 243, ed. Samuel Freeman (2007).

제를 규정하는 첫 번째 요소는 환경문제가 가치의 문제라는 것입니다. 사람이 취하는 행위에는 저마다의 '근거(reason)'가 있는데, 많은 경우에 여타의 사람들도 그 행위근거에 공감을 표합니다. 하지만 또 다른 많은 경우에 사람들은 다른 사람의 행위근거를 선뜻 수용하지 못하고 그럼으로써 그 행위를 비난하게 됩니다. 가령 공해(公害)를 야기하는 경제활동에 관하여 보더라도 의견이 갈립니다. 존 스튜어트 밀(John Stewart Mill)에게 물어보면, 이는 "해악의 원리(harm principle)"에 어긋나는 행위로 정부가 적극적으로 나서서 이를 예방하여야 한다고 주장할 것이지만,[2] 오늘날 많은 이들은, 로널드 코즈(Ronald Coase)에 따라[3] 한 사회에서 어떤 행위를 허용할 것인가 여부의 결정은 그 행위 자체의 선악만을 기준으로 해서 판단해서는 안 되고, 그 행위를 금지함으로써 얻게 되는 사회적 효용과 비용을 비교하여 판단하여야 한다고 생각합니다.

"나는 어떻게 살아야 하는가?" 또는 "우리 공동체는 어떤 모습이어야 하는가?"에 관하여 이처럼 사람마다 생각이 다른 것은 사람마다 아끼는 가치가 다르기 때문입니다. 가치의 상충은 때론 의식되지 않고 타협책을 발견함으로써 극복되지만, 때론 첨예하게 드러나 가치관과 세계관의 극한 대립을 초래해 비극적 결말을 가져오기도 합니다. 오늘날 벌어지는 사회문제, 특히 각종 정부정책을 둘러싸고 일어나는 논쟁은 모두 그 논쟁참여자가 아껴 마지않는 가치와 가치 사이에서 벌어지는 갈등입니다. 환경문제도 예외가 아니어서 환경 이슈에 관련한 시각의 차이, – 가령 "개발 v. 보전," "보전(保全; conservation) v. 보존(保存; preservation)," "시장가치 v. 비시장가치(非市場價値)" – 는 모두 "무엇이 우리 공동체를 위해 바람직한가?"에 관한 대립하는 가치가 상충하여 생기는 문제라 할 것입니다.

2. 두 번째 요소는 이 상충하는 가치들이 "통약불능(通約不能; incommensurable)"이라는 것입니다. 문제를 해결하기 위해서는 상쟁하는 가치들을 비교하여 우선시해야 할 가치를 선택하거나 양자의 적절한 타협을 모색해야 하는데, 양자의 우열비교 자체가 불가능하다면 가치분쟁의 해결은 아예 생각할 수 없게 될 것입니다.

---

2) John Stewart Mill, *On Liberty* (1859). 또한 John Locke, *Second Treatise on Government* (1689).

3) Ronald Coase, "The Problem of Social Cost," 3 *Journal of Law and Economics* 1-44 (1960). 노벨상 수상자 코즈는 가령 B에게 가해지는 유해한 효과를 피하기 위해 A를 제지하는 것은 결국 A에게 해를 가하는 것과 같다고 하면서 이를 문제의 "상호성(reciprocity)"이라 하였습니다. 결국 실제로 우리가 이런 상황에서 결정하여야 하는 문제는 A가 B에게 해를 끼치는 것을 용인할 것인가, 아니면 B가 A에게 해를 가하는 것을 용인할 것인가의 선택의 문제가 되는 것입니다.

도식적으로 말하자면, 대립한 가치들이 서로 비교할 수 있다면, '비교형량(balancing)'에 기초한 논증으로, 나아가 가치들을 '일원적(一元的)'으로 파악할 수 있는 경우에는 그 일원적 가치로부터 출발한 '논리적 연역'으로 각각 문제를 해결할 수 있을 것입니다. 하지만 대립한 가치들이 비교불능이라면 (실천이성에 기초한 가치에 관한 '추론'이 아닌) 가치의 '선택'이 불가피한데, 문제는 이 선택이 선택받지 못한 가치의 지지자에게는 쉽게 받아들여지지 않는다는 것입니다.[4]

캐스 선스틴(Cass R. Sunstein)에 따르면, 통약불능이란 "하나의 잣대(single metric)"로 대상을 평가할 수 없음을 의미합니다.[5] 우리는 경험을 통해 돈(= 대표적인 '유일 척도(唯一 尺度)')으로 평가할 수 없는 것들이 있다는 것을 알고 있습니다. 사랑, 우정, 지식 등을 생각해보면 다종다양한 것들이 인간의 가치체계를 구성하고 있음을 알 수 있는데, 이런 가치들은 이들 사이의 우열을 측정해 그 각각에 순서를 매겨 쭉 나열할 수 있는, 다시 말해 이들을 서열화(序列化; ordering)할 수 있는 객관적 척도를 공유하고 있지 않습니다.

사랑이나 깨달음(그리고 그 결과로서의 지식)과 같은 것은, 우리가 도구적으로 평가하는 사물들과 달리, 우리가 그것 자체에 가치가 있다고 생각하는 것입니다. 이를 통상 "내재적 가치(內在的 價値; intrinsic value)"라고 하는데, 그 상대개념인 "도구적 가치(instrumental value)"와 구분합니다.[6] 도구적 가치가 가령 망치나 돈과 같이 어떤 '목적' 가치에 대한 그것의 '쓰임새'에 따라 평가되는 반면, 내재적 가치는 어떤 상위가치를 목적으로 하여 존재하는 것이 아니라 그 자체가 목적이기 때문에 내재적 가치들을 서로 비교해 그 상대적 크기를 비교한다는 것은 거의 불가능에 가까울 것입니다. 통약불능이 내재적 가치 사이에서 두드러지는 것은 이 때문입니다.

3. 그런데 선스틴은 통약불능과 비교불능을 구별합니다. 선스틴은, 가치를 계량할 수 있는 유일 척도가 존재하지 않더라도 가치 사이의 비교·형량은 가능하다고 하고, 이를 "극단적 통약불능(radical incommensurability)"과 구별합니다.[7] 극

---

4) 拙稿, "勿輕視政治: 比例立憲主義를 主唱하며," **서울대학교 法學** 제49권 제3호 97, 101 (2008).

5) 拙稿, "法에서의 價値와 價値判斷," **서울대학교 法學** 제48권 제1호 160, 167 (2007); Cass R. Sunstein, "Incommensurability and Valuation in Law," in his *Free Market and Social Justice* 70 (1997).

6) 이하는 Sunstein(註 5), 72-73.

7) *Id.* 85.

단적 통약불능이란, 가치는 다른 가치와 비교조차 할 수 없고 따라서 가치 사이에 이성적 판단을 하는 것이 불가능한, 말하자면 '비교불능'을 의미하는 것으로 보입니다.[8)]

다른 한편, 선스틴과 달리 조셉 라즈(Joseph Raz)는 통약불능을 "비교불능(比較不能; incomparability)"으로 보는 것 같습니다.[9)] 라즈에게 있어서, 선택지 A와 선택지 B는 다음의 조건에서 통약불능입니다. 즉 어느 쪽이 타방보다 우월하다고 말할 수 없고(A ≯ B), 또한 양쪽이 같은 가치라고도 말할 수 없는 것(A ≠ B)이 그 조건입니다. 금요일 저녁에 조금 일찍 퇴근한 사람에게 두 가지 선택지가 있다고 합시다. 위스키를 마시면서 책을 보는 것(A)과 공원을 산책하는 것(B)이 그것입니다. 이 경우, 구체적 사정을 고려하지 않은 채 양자를 비교하여 그 우열을 일률적으로 말하는 것은 불가능하다는 데 많은 사람들이 동의할 것입니다.[10)]

제 경우는 선택지인 독서(A)와 산책(B) 모두 그 나름의 장처(長處)를 가지고 있어 이를 한 평면에서 비교할 수 없다고 생각합니다만, 칩거를 즐기는 사람이나 술을 즐기는 사람은 아마도 라즈의 예시가 부적절한 것으로 생각할 것입니다. 이들에게 독서와 산책 사이의 비교는 매우 쉽기 때문입니다. 하지만 이런 사람의 경우에도 '청명한 가을'의 나들이와 '칸트의 순수이성비판'의 독서를 비교하는 것은 그리 쉬운 것이 아닐 것이고, 여기에 평소 두통을 유발하는 '독주'를 먹어야 한다는 조건이 붙는다면 더욱 어려운 비교・평가가 될 것입니다.

4. 자유와 평등의 비교에서와 같이 가치를 '추상적 차원'에서 비교하여 그 우열을 판별하는 것이 지난(至難)하다는 데에는 거의 모든 이들이 동의할 것입니다. 하지만 이들 중 대부분은 구체적인 상황을 전제로 하면 그 비교・평가가 훨씬 수월해진다고 생각할 것입니다. 그러나 이렇게 구체적 형량요소가 주어진 경우라

---

8) 여기서 통약불능의 개념을 ① '弱한(weak)' 통약불능성, ② '穩健한(moderate)' 통약불능성, ③ '極端的(radical)' 통약불능성으로 세분화한 처니스(Joshua Cherniss)와 하디(Henry Hardy)의 분류를 보는 것이 도움이 될 듯합니다. 자세한 내용은 Isaiah Berlin, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* § 4.4 (Edward N. Zalta ed., 2006) 참조. 이 문헌은 http://plato.stanford.edu/ archives/sum2006/entries/berlin/에서 바로 볼 수 있습니다.

9) Joseph Raz, *The Morality of Freedom* ch. 13, 특히 322 이하 (1986).

10) 또한 A와 B가 통약불능이라면 C가 A보다 낫다고 해도(C>A), C를 B보다 우월하다고 할 수 없는 경우(C≯B), 요컨대 이행성(移行性; transitivity)이 인정되지 않는 경우가 A와 B는 통약불능이라고 말할 수 있는 전형적인 예입니다. Raz(註 9), 328. 어떤 이가 위스키보다 포도주를 더 좋아한다면 포도주를 마시면서 독서하는 것(C)이 위스키를 마시면서 독서하는 것(A)보다 낫다고 할 것입니다만, 그렇다고 해서 포도주를 마시면서 독서하는 것(C)이 공원을 산책하는 것(B)보다 낫다고 할 수 없다는 말입니다.

하여도 그 구체적 형량요소 하나하나를 심각하게 고려한다면, 그 요소들로 구성된 전체적 양상들을 서로 비교·평가한다는 것이 불가능한 상황이 발생할 수 있음을 인정하여야 합니다. 가령 위스키 대신 포도주, 화창함 대신 찬바람, 당일의 몸 상태, 주위의 부탁, 세탁소에 맡겨진 외투, … 기타 여러 사정을 하나씩 덧붙여 간다면, 비교적 분명한 우열 판단이 점차 흐려져 끝내는 비교불능에 이를 수 있음을 생각할 수 있습니다.[11] 이렇듯 아무리 구체적 상황이라고 해도 가치 사이의 비교·평가는 결코 쉬운 것이 아닙니다. 나아가 다양한 경험과 나름의 판단기준을 가진 다수의 사람들로 구성된 공동체의 부름에 의해 구성원 모두를 위한 판단을 하여야 한다고 한다면, 양자의 비교·평가는 거의 불가능한 것이라 할 수 있을 것입니다.

5. 환경문제를 과학과 기술로 해결할 수 있다는 "기술낙관주의(techno-optimism)"가 있습니다. 과학·기술의 발전이 환경문제를 해결하는 데 도움이 되겠지만, 그것만으로는 문제의 해결에 도달할 수 없다고 저는 생각합니다. 우선 지적할 점은 과학이 '가치중립적'이지 않다는 사실입니다. 모두들 과학이 객관적 사실로 우리를 이끌 것으로 기대합니다. 하지만 과학적 발견은 무엇을 묻느냐에 따라 그 내용을 달리하는데, 바로 이 질문의 설정에 '질문자 자신'의 '가치'가 개입하게 됩니다. 또한 과학적 연구를 위해서 전제되는 '가정(assumption)'을 정하는 데에도 연구자 또는 연구발주자의 가치가 개입되게 되어 있습니다.

그리고 과학이 객관적 사실을 발견한다고 해도 문제가 해결되는 것은 아닙니다. 데이비드 흄(David Hume)의 "자연주의적 오류(naturalistic fallacy)"가 지적하는 바와 같이,[12] '존재'가 '당위'를 규정하는 것은 아니기 때문입니다. 즉, 객관적 사실은 우리가 무엇을 선택하여야 하는지에 관하여 아무런 지침을 주지 않는 것입니다. 이런 상황에서 과학에 대한 지나친 의존은 우리를 자칫 "환원주의(reductionism)"의 덫에 걸리게 할 수 있습니다. 다시 말해 과학이란 이름 아래 전체(가령 사회)를 어떤 힘(가령 이기심)에 의해 기계적으로 움직이는 부분(가령 개인)의 단순한 집합으로 환원해버리는 어떠한 시도도 결국 실재를 왜곡하는 것으로 귀결할 수 있는 것입니다.[13] 이런 까닭으로 저는 환경문제는, 실험실이나 회사의 이

---

11) 이것이, 라즈가 말하는 한계적 상황에서의 비교불능, 즉 "한계적 통약불능(marginal incommensurability)"입니다. *Id.* 328.

12) David Hume, *A Treatise on Human Nature* book 3, pt. 2, sec 1 (1740).

13) 사회에 대한 환원주의적 분석의 문제점에 관한 문헌으로는, Jane Mansbridge, *Beyond Self-Interest* (1990).

사회 혹은 관료의 집무실이 아니라, 가치에 대해 고민하는 공론의 장에서 결정되어야 한다고 생각합니다.

## Ⅲ. 가치판단방식의 대립

1. 가치의 통약불능은 '가치판단방식(valuation)'이 판단자마다 제각각임을 의미합니다. 통약불능은 유일 척도에 의해 가치를 서열화할 수 없음을 의미하는데, 이는 – 착안점을 평가의 '대상'에서 그 '주체'로 옮겨 생각해보면 – 결국 동일한 사물, 사건, 관계 등을 받아들이고 평가하는 방식이 사람마다 다름을 의미하는 것입니다. 우리는 망치나 돈과 같은 것은 그것의 쓰임새에 따라 평가합니다. 이런 도구적 가치에 있어서는, 그 자체가 목적인 내재적 가치에서와 달리, 쓰임새의 크기, 즉 효용(utility)에 따라 서열화할 수 있다고 생각해봄직 하지만, 이것도 그리 간단한 것이 아닙니다. 사람마다 각기 다른 목표를 가지고 독자적인 삶을 살고 있는 까닭에 각기 다른 판단방식을 가지게 되고, 그 결과 같은 물건이라고 하더라도 그 쓰임새에 대한 평가는 다르게 되기 때문입니다.

2. 서로 다른 가치판단방식이 가져오는 판단결과에 있어서의 편차는 도구적 가치에서보다 내재적 가치에서 증폭됩니다. "나에게 자유 아니면 죽음을 달라!"는 패트릭 헨리(Patrick Henry)의 절규는 합리성(rationality)이라는 측면에서는 과도한 측면이 있습니다. 자유도 목숨이 붙어있어야 누릴 수 있기 때문입니다. 하지만 이 절규 속에는 합리성으로 설명할 수 없는, '자유'라는 가치에 대한 '헌신결정'이 있습니다. 헨리에게 자유는 그 "무엇과도 바꿀 수 없는" 가치인 것이고, 이러한 헌신결정으로 말미암아 자유는 비로소 '내재적' 가치가 되는 것입니다.

3. 그런데 우리는 때로는 가치뿐만 아니라 가치의 '판단방식'에 대해서도 헌신결정을 합니다. 천만 원으로는 친구를 배신할 수 없지만, 십억 원에는 배신할 수 있다고 말하는 사람은, 그 우정을 바꿀 수 없는 것으로는 생각하고 있지 않습니다. 단지 천만 원이 지나치게 싸다고 말할 뿐입니다. 또한 어째서 우정이 바꿀 수 없는 것일까, 왜 다른 것, 가령 10억 원과 비교해 그만큼 중요한 것일까라고 묻는 사람은, 원래부터 바꿀 수 없는 우정을 얻을 수 없는 사람일 것입니다. 우정을 무엇과도 바꿀 수 없는 것으로 생각하는 사람에게는, 우정을 다른 것과 비교해

‘형량(衡量)’할 객관적 잣대는 존재하지 않습니다. 이와 같이 ‘척도의 존재를 거부하는 헌신결정’이 무엇과도 바꿀 수 없는 우정을 약속할 능력을 ‘구성’하는 것입니다. 라즈는 이를 “구성적 통약불능성(constitutive incommensurability)”이라고 부릅니다.[14] ‘우정’의 예는 우리가 경제활동에 사용하는 가치판단방식과 다른 방식을 우정에 관하여 채용하고 있음을 보여주고 있습니다.[15]

4. 인류가 개발한 가치판단방식에는 대체로 다음의 세 가지가 있는 것 같습니다. 목적론적 사고방식, 결과론적 사고방식, 의무론적 사고방식이 그것입니다. 아리스토텔레스를 비조로 하는 목적론적 사고방식은 세상의 만물은 저마다의 “텔로스(*telos*; 目的)”가 있고 이를 완성시키는 것이 선이라고 생각하며, 따라서 “사물의 본성”을 꿰뚫어 보면 마땅히 하여야 할 바를 알 수 있다고 주장합니다. 신의 뜻, 자연법, 자연권은 모두 이런 사고에서 나온 것입니다. 제러미 벤담(Jeremy Bentham)을 대표주자로 하는 결과론적 사고는 행위의 선악・정사(正邪)를 그 행위가 사회 전체에 미치는 ‘사후적(*ex post*)’ 결과에 기초해 판단하는 사고방식입니다. 그 분파라 할 수 있는 “공리주의(utilitarianism)”는 “총사회적 편익을 극대화하는 방식으로 행동하라.”라는 행위준칙을 제시합니다. 칸트(Immanuel Kant)를 시조로 하는 의무론적 사고방식은 어떤 행위에 대한 규범판단을 (그 사후적 결과가 아니라) ‘사전적(*ex ante*)’으로 추론된 ‘권리’와 ‘원리’에 기초해 내립니다. 의무론은 사정여하를 불문하고 우리 모두가 지켜야 할 근본적인 의무를 인정하고 이에 터잡아 추론한 특정한 방식으로 행동할 것을 요구하는 사고방식입니다.

5. 유명한 법철학자 허버트 하트(H.L.A. Hart)에 따르면, 법적 관계를 인식하고 기술하는 학문은 단순히 외적으로 관찰할 수 있는 데이터를 기술하는 것만으로는 부족하고, 그 법적 관계에 참여하는 ‘참여자’의 관점에서 그 관찰 가능한 데이터가 어떤 ‘의미’를 가지고 있는가를 이해하고 인식할 필요가 있습니다.[16] 하트는 이와 같은 제도의 참여자의 관점을 “내적 관점(internal point of view)”이라 하고

---

14) Raz(註 9), 345-46. ‘구성적’이라 함은 주체가 어떤 목표나 인간관계를 비교불능하다고 간주하는 것이, 정말로 통약불능한 목표나 인간관계를 획득하는 조건이 되는 것을 의미합니다.

15) “정말로 가치 있는 것은 효율이 떨어지는 영위(營爲)를 통해서만 얻어지는 법”일지도 모릅니다. 村上春樹, **走ることについて語るときに僕の語ること** (2007). 친구의 예시는, 長谷部恭男, **比較不能な價値の迷路**, 31-32 (2000).

16) H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 89-91 (2n ed., 1994).

관찰자의 관점인 “외적 관점(external point of view)”과 구별합니다. 어떤 사회의 교통규칙을 연구하는 사람은, 적신호가 켜질 때 몇 퍼센트의 차가 정지할까를 기록할 뿐 아니라 적신호가 운전자에게 어떤 ‘의미’를 가지고 있는가도 이해할 필요가 있습니다. 내적 관점을 갖지 아니한 관찰자에게 교통신호는, 구름이 ‘비’라는 사건의 전조로서의 의미밖에 갖지 않듯이, 사람들이 이러저러하게 행동할 것을 알리는 신호일 뿐입니다. 이런 관점을 가지고는 ‘신호를 어기면 괴로움이 있을 것’이라는 생각은 가질 수 있지만, 결코 ‘이러이러한 의무를 가지고 있다’는 생각에는 도달할 수 없는 것입니다.[17]

그런데 하트의 내적 관점은 주체가 그 관점에 ‘헌신결정’하고 있는가 여부에 의해 구분되어야 하는 측면을 가지고 있는 듯 합니다. 라즈는 이를 지적하면서 참여자의 관점에는 “헌신결정한 관점(committed point of view)”과 “초연한 관점(detached point of view)”이 있다고 주장하고 있습니다.[18] 전자의 관점은 실제 사건에서 법관이 취하는 관점으로, 법관은 판결할 때 자신이 속한 법질서가 도덕적으로 정당하다고 생각하며 거기에 헌신결정하고 있습니다. 한스 켈젠(Hans Kelsen)은 이 관점에서 내려진 언명을 “헌신결정한 언명(committed statement)”이라고 하였는데, 이는 가치의 영역에 속한다고 할 것입니다. 후자의 관점은 변호사나 법학교수에 의해 채택되는 관점으로, 이 관점을 취하는 변호사나 법학교수는 법질서의 도덕적 정당성에 헌신결정하지 않고 “만약 현행 실정법질서가 타당하고 구속력을 가지고 있다고 한다면”이라는 전제 아래 판단하고 있는 것입니다. 켈젠은 이 관점에서 내려진 언명을 “초연한 언명(detached statement)”이라고 하였는데, 이는 객관적 인식의 영역에 속하는 것입니다. “$\Delta$는 $\Pi$에게 천만 원을 지불할 의무가 있다.”라고 하는 언명은, 그것이 법관에 의해 판결문 중에 이루어지면 헌신결정한 언명이고, 그것이 법률상담 중 변호사에 의해 이루어지면 초연한 언명인 것입니다. 이와 같이 객관적 인식으로서의 sollen 언명이 가능한데, 바로 이 때문에 켈젠은 단순히 법원의 행동의 예측에 그치지 않는 “법의 과학”이 가능하다고 생각했던 것입니다.[19]

---

17) *Id.* 90.

18) Joseph Raz, *The Authority of Law* chs. 7 & 8 (1979). 하트도 후에 이 구별의 타당성을 받아들이고 있습니다. H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* 14-15 (1983).

19) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., §21 (1976); 長谷部恭男, **權力への懷疑: 憲法學のメタ理論**, 153-54 (1991). Cf. Oliver W. Holmes, Jr., *The Common Law* (1881).

6. 이제 법적 문제에 관하여 어째서 그렇게 다종다양한 판단과 (그 판단을 뒷받침하는) 법리가 제시되는지에 관하여 어느 정도 파악할 수 있을 듯 합니다. 사람들이 아무리 객관적 '관찰자'의 관점을 취하려 하더라도 수집되는 '데이터'에는 적지 않은 차이가 있게 마련입니다. 그런데 이들이 '참여자'의 관점을 취하게 되면, 수집된 데이터상의 차이에 더하여, 수집된 데이터로부터 인식한 '의미'에 또 다른 차이가 생기게 됩니다. 더 나아가 참여자들이 '헌신결정한' 관점을 채택하면, 참여자들 사이에는 대상에 대한 가치평가의 극심한 차이가 드러나게 되는 것입니다. 이렇게 본다면 한 공동체를 구성하는 사람들에게서 발견되는 갈등은, 결국 어떤 한 대상을 놓고 각기 다른 '가치판단방식'을 채택하고 있기 때문에 발생하는 것이라고 생각할 수 있을 것입니다.

## Ⅳ. 가치・가치판단방식의 '선택 방식' 1: 민주주의

1. 이와 같이 법은 가치로부터 자유로울 수는 없습니다. 공동체를 구성하면서 사는 사람들은 저마다의 인생관・세계관을 추구하며 살아가고 있는데, 법은 이들 사이의 문제를 해결하기 위한 '공동'의 해결책을 추구하기 때문입니다. 무엇이 옳은 삶의 방식인가에 관한 '다양한 사고방식'의 존재를 "정의의 상황"(정의(正義)가 필요하게 되는 상황)의 발생조건으로 존 롤즈(John Rawls)가 거시한 것도,[20] 구성원 사이의 "의견불일치(disagreement)"를 "정치의 상황"(정치가 필요하게 되는 상황)의 발생조건으로 제러미 월드론(Jeremy Waldron)이 말한 것도,[21] 모두 같은 맥락에서였던 것입니다. 더욱이 이러한 의견불일치는 곧 사라질 단순한 역사적 조건이 아닙니다. 그것은 "민주주의라는 공중 문화의 영원한 특징입니다."[22]

2. 가치의 문제는 법적 분쟁에 있어 겉으로 쉽게 드러나지는 않습니다. 대개는 적용될 '법률규정'의 해석이라는, '추상적'인 가치에 비하면 다소 지엽적이고 기술적인 '개념어(槪念語)'의 의미 규명에 소송당사자가 온 정신을 쏟기 때문입니다. 하지만 어떤 법적 분쟁이든 그 근저(根底)에 접근하면 할수록 분쟁 해결의 관건

---

20) John Rawls, *A Theory of Justice* ch. 22 (2d ed., 1999).

21) Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation* 154 (1999).

22) John Rawls, "The Domain of the Political and Overlapping Consensus," in D. Copp et al. (eds.), *The Idea of Democracy* 246 (1993).

이 되는 것은, 결국, 대립하는 가치 중 어떤 가치를 우선시할 것인가의 문제임이, 혹은 보다 더 근원적으로는 상쟁하는 가치 앞에서 어떤 '가치판단방식'을 채택할 것인가의 문제임이 드러나게 됩니다. 앞서 본 공해의 예에서 공해에 대한 밀과 코즈의 판단이 제각각인 까닭은, 밀과 코즈가 아끼는 가치가 서로 달라서라기보다는 두 사람의 가치판단방식이 상이하기 때문입니다. 밀이 사전적 관점에서 원칙을 중시하여 어떤 행위의 평가를 이 원칙에 부합하는지 여부에 걸리게 한 것이라면, 코즈는 사후적 관점에서 그 평가를 그 행위가 가져오는 결과에 의존하게 하였던 것입니다.

3. 법적 논쟁의 다수는, 법의 다양한 영역에서 시도되는 그 각각의 가치판단방식이 그 영역에 적절한지 여부에 관한 것으로 볼 수 있습니다. 가령 환경법이 존재하지 않았다면 터무니없다고 생각되었을 새로운 가치판단방식이 환경법의 제정으로 인해 이제는 다양한 생태자원에 적용될 수 있게 되었습니다. 멸종위기의 동식물을 보호하기 위해 제정된 환경법은, 멸종위기의 동식물이란 대상에 대해서 공리주의적 가치판단방식을 배척하고 있습니다. 하지만 이와 같은 가치판단방식이 다른 방식과 비교할 때 지나치다고 판단되면, 그 가치판단방식의 적절함이 논쟁거리가 되고 결국 다른 가치판단방식이 채택되기도 합니다. 예컨대 정부규제가 경제에 끼치는 부담을 덜기 위해 채택된 행정규제기본법은, 규제영향분석시스템을 매개로 하여 환경규제에 대해서도 '비용편익분석'을 받도록 하고 있습니다.[23] 이것은 이제까지 적용되지 않던 새로운 가치판단방식이 환경이란 영역에 도입되었음을 의미합니다.

자유로운 사회는 가정, 시장, 정치, 혹은 종교 등 다양한 '영역'을 가지고 있고, 이들 영역은 각기 다른 가치판단방식을 가지고 있습니다.[24] 이러한 영역의 특성을 이해할 수 있다면, 어째서 시장에서의 자유가 정치과정에서의 자유와 달리 취급되고 있는지, 왜 의무론적 사고방식이 결과론적 사고방식보다 더 적합한 영역

---

23) 1997년 제정된 행정규제기본법은 규제개혁을 달성하기 위하여 "규제영향분석(regulatory impact analysis, RIA)"을 제도화하였습니다. 규제영향분석은 규제의 신설·강화시 그 규제의 영향을 분석하여 그 결과를 토대로 이를 철회하거나 개선하도록 함으로써 규제를 합리화하려는 것인데, 규제의 시행에 따라 피규제자 및 국민이 부담하여야 하는 비용과 편익을 비교분석하는 것을 그 핵심적 내용으로 하고 있습니다. 주지하듯이 비용편익분석은 공리주의에 터 잡은 경제학적 접근법입니다. 자세한 것은, 拙稿, "리스크법," **서울대학교 法學** 제43권 제4호 1, 27 이하 (2002).

24) 이 부분에 관해서는, 拙稿, "經濟學的 論證의 領域; 드워킨의 見解에 대한 批判을 中心으로 하여," **民事判例研究 [XXX]**, 709 (2008).

이 존재하는지 이해할 수 있는 것입니다.

4. 법은 가치를 평가하는 특정한 가치판단방식을 반영시키고 소통시키는 역할을 하고 있습니다. 이를 법의 "표현적 기능(expressive function)"이라고 합니다.[25] 가치판단 '방식'의 선택은 '가치'의 선택보다 그 영향력이 큰 결정일 것입니다. 가치의 선택은 선택된 가치가 관계된 사건에 대해서만 영향을 미치는 반면, 가치판단방식의 선택은 그것이 사고방식의 선택인 까닭에 모든 사건에 대해서 적용되기 때문입니다. 이런 까닭에 법적 판단에 사용될 가치판단방식의 선택은 법적 판단에 결정적 영향을 끼치는 것입니다. 이렇게 본다면, 법적 문제 해결의 핵심은 그 문제의 가치판단방식으로 어떤 사고방식을 채택할 것인가, 그리고 보다 근원적으로는 그와 같은 가치판단방식의 선택을 여하한 방식, 즉 여하한 '메타'방식으로 결정할 것인가에 있다고 할 것입니다.

5. 다행히도 우리 헌법은 가치판단방식의 선택을 위한 메타방식을 규정하고 있는 것으로 보입니다. 개인의 자유와 권리에 대한 강력한 보호를 제공하는 민주적 형태의 정부, 즉 "자유민주주의(liberal democracy)"가 그것입니다. 저는 벤담의 공리주의와 칸트의 의무론이 자유민주주의의 정립에 큰 영향을 끼쳤다고 생각하고 있습니다.[26] 민주주의는, 기본적으로, 국가공동체의 의사를 다수결로써 결정하는 '다수'의 지배(*demo*-cracy)를 의미하는데, 이 다수의 지배가 "행복최대화"라는 공리주의의 목표에 봉사하는 것입니다.[27] 우리가 투표로써 다수의 의사를 확인하고 그 의사를 받든다면, "최대다수의 최대행복"이란 목표를 얼추 달성할 수 있을 것이기 때문입니다. 다른 한편, 헌법이 국민의 자유와 권리를 보호하는 것은 개개인을 '목적'으로 대하고 그 '자율성'을 존중하여야 한다는 칸트의 자유주의에 봉사합니다. 주지하듯이, 이러한 헌법상 기본권은 입법부의 다수자(多數者; majority)에 의해 내려지는 결정을 감시하고 한계 지우고 있습니다.

6. 법률전문가의 대부분은 가치・가치판단방식을 선택하기 위한 결정방식으로서 민주주의에 대하여 큰 불신을 가지고 있을 것입니다. 또 '법'은 미덥지 못한

---

25) Sunstein(註 5).

26) 同旨, Joseph R. Desjardins, *Environmental Ethics: An Introduction to Environmental Philosophy* 36 (4th ed., 2006).

27) 본문에서 본 벤담을 포함한 다수결의 다양한 근거에 관해서는 Robert Dahl, *Democracy and Its Critics* ch. 10 (1989); 長谷部恭男, **憲法の理性** 第13章 (2006).

다수자의 결정에 대하여 소수자(少數者; minority)의 권리를 보호하기 위해 존재하는 것이라고 생각할 것입니다. 저는 이와는 조금 다른 견해를 가지고 있습니다. 즉 실정법은, 보편적 가치를 수호하기 위해 존재하기도 하지만, 가치관의 경쟁이 빚어낸 '도덕적 불확정성'을 극복하기 위한 "매듭(knot)"으로서도 기능한다고 생각하는 것입니다.

7. 환경문제를 포함한 법적 문제의 대부분은 모두 '가치관'의 차이로 인해 생기는 사회구성원 사이의 '불일치'임은 앞서 본 바입니다. 좌우의 이념 대립, 낙태의 허용 여부, 광우병 리스크에 대한 안전성 논쟁 등 각종 사회적 논쟁에 참여한 사람들은 저마다 다른 가치관을 가지고 있고, 또한 자신의 가치판단방식의 우월함을 주장하고 있습니다. 그런데 이들이 합의에 이르지 못하는 것은, "우리가 어떻게 살아야 하는가?"에 관한 '실천이성'에 기초한 '실천적 추론'이 부족해서가 아닙니다. 그 각각이 내세우는 정당화 근거는 저마다 아끼는 가치로부터 출발하는데 이들 가치들은 다원적일 뿐만 아니라 비교불능이기 때문입니다. 경쟁하는 가치(판단방식)가 비교불능이라면 그 어느 하나의 '선택'은 불가피합니다.

8. "**조정문제**(coordination problem)" 상황은 "**대다수의 사람이 취할 것 같은 행동에 따라 자신도 행동하려고 대다수의 사람이 생각하는 상황**"입니다.[28] 대서양을 사이에 둔 미국과 영국은 각기 다른 교통시스템을 가지고 있습니다. 미국은 차량이 도로의 우측 편을 사용하는 반면, 영국은 그 반대입니다. 이와 같은 규칙이 통용되기 전의 상황을 상정해보기 바랍니다. 서로 마주보는 운전자는 각자 상대방이 도로의 어느 편을 사용할까를 예측하면서 자신의 방향을 정하게 됩니다. 각자의 예측이 들어맞지 않으면 충돌을 피할 수 없습니다. 이런 상황에서 차량이 사용할 수 있는 도로의 측면이 미리 결정되어 있으면 어느 쪽이든 관계없이 운전자 모두에게 이익이 됩니다. 이 경우, [matrix 1]의 보수행렬에서 보는 바와 같이, 운전자 甲, 乙 모두는 1의 이익을 얻게 됩니다. 이렇듯 조정문제 해결의 핵심은, 좌측통행인가 우측통행인가 하는 규칙의 '내용'에 있는 것이 아니라 규칙의 '제정', 그 사실 자체에 있는 것입니다.[29]

---

28) Raz(註 9), 49.

29) 물론 규칙의 내용에 따라 사회구성원 사이의 이해(利害)가 갈리는 경우가 있습니다. 앞서 본 도로통행의 조정문제의 경우에서 운전자들이 사고가 발생하는 것보다는 비록 마음에 들지 않는 내용의 규칙이더라도 도로사용규칙이 제정된 상태를 선호함을 살펴보았습니다. 하지만 좌측통행보다는 우측통행을 선호하는 사람은 "이왕이면 다홍치마"라

| | | 운전자 乙 | |
|---|---|---|---|
| | | 좌측통행 | 우측통행 |
| 운전자甲 | 좌측통행 | (1, 1) | (0, 0) |
| | 우측통행 | (0, 0) | (1, 1) |

[matrix 1] 조정문제 보수행렬

9. 조정문제 상황은 도덕의 영역에서도 발생하고 있습니다. 사람들은 나름의 가치관을 가지고 있기 때문에 각자 저마다의 도덕판단을 하고 있습니다. 그러나 정치사회를 구성·운영하기 위해 내려지는 정치적 결정이나 그 결과물인 규칙은 그 구성원 사이에 생기는 이러한 도덕적 불확정성을 감내할 수 없습니다. 따라서 더 이상 논란의 여지를 남기지 않는 일종의 매듭이 필요하게 됩니다. 이렇게 보면 사회적 이슈에 관해 구성원 사이에서 서로 다른 가치관이 상쟁하는 상황은 도덕의 영역에서 벌어지는 조정문제, 즉 "도덕적 조정문제(moral coordination problem)" 상황이라 할 것입니다.

이런 도덕적 조정문제 상황에서는 일단 그 문제에 관한 매듭이 만들어지면 그 도덕성 여하를 따지기보다는 이에 따르는 것이 '더 도덕적'일 것입니다.[30] 도덕성을 따지면서 불거질 상이한 가치관 사이의 비극적 상쟁보다는 일단 어떤 방향으로든 매듭이 지어지는 것이 더 낫기 때문입니다.[31] 또한 그 매듭이 세월을 거듭

---

고 우측통행으로 규칙의 내용이 제정되기를 바랄 것입니다. 이 경우 아래 [matrix 2]의 보수행렬이 보여주듯이, 어떤 선택을 하느냐에 따라 양자의 보수가 달라집니다. 하지만 이들 운전자들이 각각 아무리 우측통행이나 좌측통행을 선호한다고 해도 자신의 주장을 지나치게 강하게 주장한 나머지 함께 도로를 이용할 수 없는 지경에 이르는 것을 바라지는 않을 것입니다. 그런 차이 때문에 언제든지 사고가 일어날 수 있는 상황이 발생할 것을 원하지 않기 때문입니다. 이것이 "연인의 쟁투 게임(battle of the sexes' game)"입니다. Douglas G. Baird, Robert H. Gertner & Randal C. Picker, *Game Theory and the Law* 41-42 (1994). 이 게임은 서로 다른 가치관을 가진 사람들이 이런 저런 갈등과 알력을 겪으면서도 사회를 유지하려는 상황을 환원적이지만 적절히 설명하고 있습니다. 이런 점에서 볼 때 [matrix 2]의 보수행렬이 대부분의 조정문제를 보여주는 것으로 볼 수 있습니다.

| | | 운전자 乙 | |
|---|---|---|---|
| | | 좌측통행 | 우측통행 |
| 운전자 甲 | 좌측통행 | (2, 1) | (0, 0) |
| | 우측통행 | (0, 0) | (1, 2) |

[matrix 2] 연인의 쟁투 게임 보수행렬

30) 대표적 문헌으로 David Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (1969); William S. Boardman, "Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law," 97 *Ethics* 546, 549-55 (1987).

31) 가치상충이 빚어낸 인류의 비극적 역사에 관해서 우선은, 拙稿, "法에서의 價値와 價値

하면서 구성원 사이에 형성한 '기대' 또는 '신뢰'는 이를 보호하는 것이 도덕적이기 때문입니다.

10. 일반인들이 '법'이라고 생각하는 대부분의 '실정법'은 '조정'으로서의 성격을 가지고 있다는 것이 제 생각입니다. 도로의 교통규칙에서 보듯이, 조정문제의 상황은 계속적으로 반복되어 온 사회적 관행, 즉 사회의 자생적 '관례(convention)'에 따르게 함으로써 해결할 수 있습니다. 하지만 요즘 같이 바삐 돌아가는 세상에서는 관례가 무엇인지 확신할 수 없는 경우가 대부분일 것입니다. 바로 이런 경우 사람들이 따를 수 있는 '규칙(rule)'을 설정해 둠으로써 사람들 사이의 사회적 상호작용을 조정하는 것이야말로 실정법이 가진 대표적 기능이라 할 것입니다.[32] (다시 말해 실정법의 대표적 기능은, 대부분의 사람들이 행동하는 그대로 따르려 하지만 그들이 어떻게 행동할 것인가에 관해 확신하지 못하는 구성원을 위해 규칙을 제정함으로써, 사람들의 사회적 상호작용을 조정하는 것입니다.) 민주주의와 시장경제의 중핵(中核)으로 인식되는 '재산권(property)'도 흄에게 있어서는 사회적 협동의 곤란을 극복하기 위한 조정에 불과하였습니다.[33] 기실 무엇이 누구에게 귀속하는가에 관하여 선험적으로 정당한 유일의 규칙체계는 존재하지 않을 것입니다. 그렇다고 해서 재화의 소유에 관한 판단을 각 개인에게 방임할 수도 없는 노릇입니다. 가치관의 상쟁이 벌이질 것이 뻔하기 때문입니다. 이런 상황이라면, 상정할 수 있는 선택지 중에서 어느 하나의 규칙체계를 선택하는 것이 그 사회뿐만 아니라 구성원 개인에게도 마땅하고 유리한 것이 될 것입니다.

11. 저는 이러한 조정의 기능을 '다수자'의 결정에 맡기는 결단이 '민주주의'라고 생각합니다.[34] 그리고 그 결과물이 실정법의 대부분을 차지한다고 생각합니다. 가치판단에는 전문가가 따로 없고 구성원 모두가 일정 연령에 도달하면 스스로 판단할 수 있다고 생각합니다. 따라서 이러한 가치판단 영역에서의 '권위(authority)'는 조정문제 상황을 해결함에 있어 다른 구성원보다 "더 나은 위치에 있는(better situated)" 사람에게 주어져야 할 것입니다. 국가는, 국가로서 존재하고 대

---

判斷"(註 5).

32) 대표적으로, Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms* ch. 3 (1977); John Finnis, "Law as Co-ordination," *Ratio Juris* vol. 2, no. 1 97-104 (1989); 長谷部(註 15), 3-6.

33) Hume(註 12), book 3, pt. 2, sec 2; Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, "The Property/Contract Interface," 101 *Columbia Law Review* 773, 794 (2001).

34) 拙稿, "勿輕視政治"(註 4), 114-15.

부분의 사람들에 의해 복종되고 있다는 사실 자체에 의하여 어떤 개인이나 단체보다 '두드러진' 존재이고 국가가 이들 문제를 해결해 온 것은 주지의 사실이기 때문에, 이들 문제를 해결함에 있어 유효적절한 "지위(position)"에 있습니다.[35] 요컨대 조정문제에 있어서는 "진리가 아니라 권위가 법을 만"드는 것입니다.[36]

12. 그런데 국가기관 중 어느 것이 조정을 하기에 가장 유효적절한 지위에 있는 것일까요? **민주주의** 아래에서라면 '민주적 정통성(democratic legitimacy)'의 측면에서 우월한 **정치부문**, 즉 의회 및 대통령을 수반으로 하는 행정부가 '두드러진 지위'에 있다는 제 생각입니다. 우리가 민주주의를 채택했다는 것은 이러한 조정의 기능을 '다수자'의 결정에 맡기겠다고 결단한 것이기 때문입니다.[37] 또한 민주주의는 "자기통치(self-governance)" 또는 "통치자와 피치자의 동일성"을 요체로 하는 원리이며,[38] 그리고 절대적인 진리를 인식할 수 없음에도 통일적인 정치적 결정을 내려야 하는 경우라면, 다수결에 따른 결정이 가장 덜 해로울 것입니다. 다수결에 따른 결정은 자신의 의사에 기초해서 자신의 행동을 결정하는 자유를 가능한 한 많은 사람들에게 확보해 주는 기제이기 때문입니다.[39]

13. 결론적으로 본다면, 도덕적 조정문제에 관해서는 국가기관 중에서도 정치부문, 특히 '의회'가 결정을 내리는 권위의 주체가 되어야 할 것입니다. 이것이 조정문제에 관한 한 정치과정을 거친 결정이 사법부에 의하여 '있는 그대로' 존중되어야 할 이유입니다.

---

35) 長谷部(註 15), 8.

36) 심헌섭, "권위에 관하여: 배제적 법실증주의에서 포용적 법실증주의로," 심헌섭, **분석과 비판의 법철학**, 114 (2001).

37) 자세한 내용은, 拙著, **사법통치의 정당성과 한계**, 제I장 "사법통치의 정당성과 한계" (2009).

38) Carl Schmitt, *Die Geistesgeschichitliche Lage heutigen Parlamentarisumus* 28-9 (3d. ed. 1961); 長谷部(註 27), 167.

39) Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert Der Demokratie* (2d. ed. 1929); 長谷部(註 27), 169.

## Ⅴ. 가치・가치판단방식의 '선택 방식' 2: 법의 지배

1. 그렇다면 사법부의 역할은 무엇이 있을까요? 어째서 사법부는 조정 역할을 담당하여서는 안 되는가요? 이에 대한 대답은 가치문제의 성격에서 찾을 수 있습니다. 기술한 바와 같이 도덕적 조정문제는, 비교불능의 가치가 상충하는 만큼, 정답이 없는 문제입니다. 이런 상황에서 정치과정에서 한번 내려진 조정의 결과에 대하여 사법부가 재고(再考)하여 새로운 내용의 조정을 한다면, 이는 조정이 이루어지기 이전의 상태로 회귀하는 것이 될 것입니다. 수범자(受範者)는 '권위의 충돌'에 처하게 되어 어느 조정결과를 따라야 할지 알 수 없는 상태에 처하게 되기 때문입니다.[40]

우리는 사법부의 판결이 이런 불확정성에 종지부를 찍을 수 있다고 생각해 왔습니다만, 기실 정치실재를 들여다보면 사법부의 결정이 최종적이라는 것은 한낱 환상에 지나지 않음을 알 수 있습니다.[41] 정치부문은 언제든지 사법부의 결정을 뒤엎을 수 있고, 또 번복해왔던 것입니다. 이 같은 현상이 발생한다면, 이는 콩도세(Marquis de Condorcet)가 말한 "순환현상"에 빠짐을 의미하고, 그럼으로써 우리나라는 그 집합적 의사를 결정할 수 없는 '도덕적 불확정성' 상태로 퇴보하게 될 것입니다.[42] 그러므로 권위가 조정의 필요에 의해 정당화된다면 권위의 지시는 "배제적 근거(exclusionary reason)"로 받아들여질 필요가 있습니다.[43] 권위가 조정문제를 해결하는 것은, 수범자가 자신의 실천적 추론에 따르지 않고 권위의 지시에 따라 행동하는 경우에, 오로지 그 경우에만 가능하기 때문입니다.

2. 이상에서 사법부는 정치과정을 통해 이미 이루어진 조정문제 상황의 조정결과에 대하여 개입・간섭하여서는 안 되고, 이를 존중하여야 함을 알았습니다. 그렇다면 무엇이 사법부의 역할로 남게 될까요? 저는 사법부의 역할을 다음의 두 가지로 규정할 수 있다고 생각하고 있습니다.[44]

즉 사법부는, ① **조정이 필요하지만 정치부문에서 조정이 이루어지지 않은 영역**이

---

40) 拙著(註 37), 제I장 "사법통치의 정당성과 한계"; 拙稿, "原告適格의 政治經濟學 II," **서울대학교 法學** 제46권, 제4호, 121 (2005).

41) 拙稿, "原告適格의 政治經濟學 II"(註 40).

42) *Id.* 164-65.

43) Raz(註 9), 50-51, 56.

44) 이하는 拙著(註 37), 제I장 "사법통치의 정당성과 한계"에 전적으로 의존하였습니다.

나, ② **사람들의 가치판단이 일치해 더 이상 조정이 필요 없는 영역**에서 자기 역할을 찾아야 합니다.

3. 먼저 ①에 관하여 보도록 하겠습니다. 조정문제에 관한 큰 결정은 정치과정에서 내려져 실정법령(實定法令)으로 만들어집니다만, 그런 결정이 실제의 사건에서 제기되는 다양한 논점 모두를 해결하지는 못합니다. 또한 정치부문에서 제정한 법률 텍스트는 대개의 경우 널리 수용된 규칙과 언어관례에 따라 바로 이해되지만, 때로는 언어와 의도의 불확정성으로 인해 텍스트의 '해석'이 필요한 경우도 있습니다. 해석 작업은 텍스트를 보다 분명한 텍스트로 재정식화(再定式化)하는 작업인데, 앞의 텍스트가 조정문제의 해결책이므로 그 해석 역시 조정문제의 해결책일 것입니다.[45] 따라서 "또 하나의 권위"[46]에 의한 결정, 즉 '유권'해석이 필요하게 됩니다.

**법의 지배**라는 이념은 최고법원을 이와 같은 '나머지' 조정문제를 해결하게 하는 '두드러진 지위'에 오르게 한다는 것이 제 생각입니다. 누구의 해석이 유권해석이어야 하는가라는 문제는 또 다른 차원의 조정문제입니다. 왜냐하면 대부분의 사람들은 다른 대부분의 사람들이 따를 것 같은 해석을 따르려고 하기 때문입니다. 이때 만약 최고법원이 자신의 해석을 유권해석이라 주장하고 또한 사실상 사람들이 그 해석을 따른다면, 개개인이 이들 해석에 따르는 것은 개인뿐만 아니라 사회 전체에 대해서도 마땅하고 이익이 될 것입니다. 우리가 '법의 지배'라는 이념을 채택했다는 것은 이러한 나머지 조정의 기능을 '최고법원'의 결정에 맡기겠다고 결단한 것이고, 이러한 결단은 최고법원을 이 조정을 맡을 수 있는 지위에 오르게 한 것이기 때문입니다.[47] 그리하여 사법부는 정치부문이 매듭짓지 아니한 나머지 부분을 결정하는 '제2의 권위'의 주체가 되는 것입니다.

---

45) 拙稿, "勿輕視政治"(註 4), 114-15.

46) Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* 135 (2d ed., 2005).

47) 拙著(註 37), 제I장 "사법통치의 정당성과 한계," 40. 우리가 가치의 통약불능성과 가치판단방식의 다원성을 받아들인다면, '사람에게 당연히 보장되어야 할 권리'가 무엇인가는, 그것이 후술하는 보편적 가치에 해당하는 것이 아닌 한, 도덕 일반에서와 마찬가지로 사람마다 생각이 다를 것입니다. 그렇다고 한다면 어째서 법관에게 그 결정권을 부여하는 것이 정당한가라는 문제가 제기될 수밖에 없습니다. 拙稿, "法에서의 價値와 價値判斷"(註 5), 162. 법의 지배는 이와 같은 문제 상황에서 그 결정권을 법관에게 부여하기로 한 우리 정치사회의 결단이라는 것이 제 생각입니다. 拙稿, "勿輕視政治"(註 4), 115. 한편, 여기서 '법의 지배'란, "법공동체의 구성원이 공권력의 행사방식에 관하여 미리 정해진 규칙에 의하여 얻게 된 충분한 지식을 토대로 자신의 삶을 설계하고 영위해 나갈 수 있는 법적 상태"를 말합니다. 자세한 것은 *id.* 97 이하 참조.

4. 다음으로 ②에 관하여 보겠습니다. 조정이 필요 없는 경우는, '법의 지배'라는 이념의 '본령(本領)'으로, 가치 혹은 가치판단방식이 일원화되어 **가치관 사이의 상쟁이 사라져버린 상황**입니다. 가령 노예제를 생각해봅시다. 인류의 역사 내내, 그리하여 미국의 남북전쟁 시까지 유지되던 노예제가 오늘날 금지되고 있는 것은, 이것이 인간의 자율성을 철저히 파괴하는 제도이기 때문입니다. 오랜 시간이 걸렸지만 그 기간 동안 인류는 노예제를 용인할 수 없을 정도로 자유라는 '가치'에 대하여 지속적으로 헌신해 왔고, 그 결과 자율성이라는 가치는 이제 내면화되어 더 이상 조정이 필요없는 '보편적' 가치가 되었습니다.[48] 우리는 이러한 가치의 보편성을 고전적 기본권, 즉 '**자유권적 기본권**'에 대하여 일반적으로 느낄 수 있습니다.

[matrix 3]은 이와 같은 보편적 가치를 둘러싸고 전개되는 상황을 보여주고 있습니다.[49] 이 게임의 보수행렬은 "죄수의 딜레마" 게임의 그것과 정반대입니다.[50] 죄수의 딜레마 게임의 균형은 구성원 모두가 협동을 거부하고 이반(離反)하는 선택지에 있지만, '보편적 가치' 게임에서는 구성원 모두가 협동을 선택하는 선택지([matrix 3] 위의 (2, 2))에 균형이 형성됩니다. 가령 시민 甲의 반대에도 불구하고 시민 乙이 노예제 반대라는 보편적 가치에 반기를 들고 다른 사람과 노예계약을 맺었다고 합시다. 이 경우 노예제를 반대하는 시민 甲은 3의 보수를 받게 되는 반면, 乙은 이보다 작은 보수, 즉 0을 얻게 됩니다([matrix 3] 위의 (3, 0)). 왜냐하면 을은 자신의 선택으로 인해 사회로부터 지탄을 받게 되고 이 '명예비용'은 노예계약으로 인한 편익을 상회하기 때문입니다.

| | | 시민乙 | |
|---|---|---|---|
| | | 협동 | 이반 |
| 시민甲 | 협동 | (2, 2) | (3, 0) |
| | 이반 | (0, 3) | (1, 1) |

[matrix 3] 보편적 가치 게임의 보수행렬

'보편적 가치' 게임의 균형을 찾아보겠습니다. [matrix 3]에서 볼 수 있듯이, 시

48) 拙著(註 37), 제I장 "사법통치의 정당성과 한계," 41.
49) 이하는 *id.* 41-43에 전적으로 의존하였습니다.
50) *Id.* 42.

민 甲이 노예제 반대에 협조한다고 가정할 때, 시민 乙의 보수는 협동 시에 2([matrix 4] 위의 (2, 2)), 이반 시에 0([matrix 4] 위의 (3, 0))이 됩니다. 시민 甲이 노예제 반대로부터 이반한다고 가정할 때, 시민 乙의 보수는 협동 시에 3([matrix 4] 위의 (0, 3)), 이반 시에 1([matrix 4] 위의 (1, 1))입니다. 따라서 시민 乙은 시민 甲이 어떤 자세를 취하든 노예제 반대에 협동하는 것이 유리합니다. 이는 시민 甲의 경우도 마찬가지여서 시민 甲도 시민 乙이 어떤 자세를 취하든 협동하는 것이 유리합니다. 따라서 [matrix 4]의 '보편적 가치' 게임은 시민 甲 · 乙이 모두 협동하는 [matrix 4] 위의 (2, 2)에서 균형이 형성되는 것입니다.

5. 이와 같이 균형이 형성되는 것은 노예제 반대에 의해 수호되는 인간의 자율성이라는 가치에 대한 강력한 교감이 이 공동체에 형성되어 있기 때문입니다. 이런 사회에서 필요한 것은 조정이 아니라 이반의 '공개'입니다. 어떤 행위가 보편적 가치로부터 이반하는 것임을 선언하면 사람들이 자발적으로 이에 대한 부정적 평가를 내릴 것이고, 이는 이반자에게는 견딜 수 없는 제재가 될 것이기 때문입니다. 조정이 필요 없을 정도로 가치관이 일원화되어 있는 것입니다. 따라서 죄수의 딜레마 상황과 달리, 이 문제에 있어서는 유인구조를 변화시킬 필요도 없고, 따라서 그 변화를 밀어붙일 '정치적 힘'도 필요 없습니다. 필요한 것은 문제된 행위가 공동체 구성원 모두가 아껴마지 않는 보편적 가치를 훼손하는 것이라는 확인일 뿐입니다. 따라서 사법부와 같이 민주적 정통성이라는 정치적 자원이 없는 기관도 이 일을 담당할 수 있는 것입니다. 다시 말해서 보편적 가치에 이반하는 행위를 교정하기 위해 필요한 것은 다수의 힘이 아니고 그 행위가 보편적 가치에 대한 이반임을 확인하는 것입니다.[51]

---

51) 그런데 이와 같은 가치관이 일원화된 사회라고 한다면 사법부도 필요 없는 것이 아닐까? 모두 알아서 자신의 마땅한 역할을 수행할 것이니까 말입니다. 다시 말해 가치관이 일원화된 사회라면 사법부의 권위도 정당화될 수 없는 것이 아닐까 하는 의문이 제기되는 것입니다. 하지만 가치관이 일원화된 사회라고 하여도 여전히 사법부의 권위는 필요하다는 것이 이 글의 결론입니다. 그 이유는 가치관이 일원화된 사회라고 하여도 여전히 이반행위는 나올 수 있다는 데 있습니다. 첫째, 아무리 가치관이 일원화된 사회라 하더라도 당사자가 타방이 정말 협력하고자 할까를 완전히 확신할 수는 없습니다. 양의 탈을 쓴 이리와 같은 사람이 있을 수 있기 때문입니다. 둘째, 때로는 '보편적 가치 게임'을 "치킨 게임(chicken game)"으로 오인하여 '강짜'를 부리는 사람도 있을 수 있기 때문입니다. 치킨 게임에 관해서는, Douglas G. Baird et al.(註 29), 43-44. 도덕적으로 아무리 순화된 사회에서도 강짜를 부려 순한 양으로부터 부당이득을 얻어내려는 사람이 있을 수 있습니다. 이들에게 명예비용은 아무것도 아닙니다. 이들에게는 '순한' 양은 '선한' 양이 아니라 '비겁한' 겁쟁이일 뿐이기 때문입니다. 拙著(註 37),

6. 이상의 주장을 뒷받침하는 사실(史實)이 하나 있습니다. 독일의 헌법재판은 2차대전 후부터 시작했지만 번창일로를 걸어 오늘의 성공적 모습으로 안착(安着)하기에 이르렀습니다. 그런데 이런 독일헌법재판소의 성공은 그 정치적 힘이 강하거나 그 실천적 추론이 탁월한 데서 비롯된 것이 아니었습니다. 뵈켄훼르더(Ernst-Wolfgan Böckenförde)가 정확히 지적했듯이, 독일 헌법재판이 성공한 것은, 이차대전에서의 패전과 나치의 유대인 학살에 대한 반성이 독일 사회를 유례없을 정도로 '동질적(homogeneous)'으로 만들었기 때문입니다.[52] 다시 말해서 현재의 독일에서 그 수많은 '실체적' 가치에 대한 헌법재판소의 판단이 지지되는 주된 이유는, 독일 헌법재판관의 논증이 실천이성에 기초한 합리적 선택이기 때문이라기보다는, 독일 헌법재판소가 고민할 필요가 없을 정도로 독일 사회가 충분하게 동질화되었기 때문입니다. 독일 사회가 2차대전 후에 겪게 된 상황, 즉 상처받은 감수성과 끔직한 국가적 굴욕감이 독일인들의 가치체계를 한 방향으로 수렴시켰던 것입니다.

7. 뵈켄훼르더는 독일헌법재판소 성공의 원인을 언급했지만, 이는 역설적이게도 인간 사회의 암울한 현실과 그 속에 갇힌 사법부의 한계를 보게 합니다. 2차대전이 없었다면 그리하여 국민들의 가치관이 사분오열(四分五裂)된 바이마르공화국이 계속 되었다면, 독일의 헌법재판소가 그 속에서도 역시 성공할 수 있었을까요? 이질적 사회가 유지되기 위해서는 그 사회의 기본적 가치 – 그 사회를 지탱해주는 기본적 가치 – 를 지켜내는 기관이 더욱 필요하게 되겠지만, 아이러니하게도 독일의 경험은 그 기관이 성공하기 위해서는 그 사회 구성원의 가치관이 '먼저' 동질화되어야 한다고 말하고 있는 것입니다.

8. 이렇게 본다면 독일헌법재판소가 전후 독일을 '견인(牽引)'하는 역할을 담당했다고 볼 수는 없을 것입니다. 독일헌법재판소는 그 대신, 기차의 방향이 탑승자 모두가 공감하지 않는 방향임이 분명할 때 이를 경고하는, 말하자면 '향도(嚮導)'로서의 역할을 해왔다고 하여야 할 것입니다.

---

제I장 "사법통치의 정당성과 한계," 43, 註 91. Cf. 長谷部(註 15), 15-18.

52) Ernst-Wolfgan Böckenförde(J.A. Underwood trans.), *State, Society and Liberty* (1991); 拙著(註 37), 제I장 "사법통치의 정당성과 한계," 44.

## Ⅵ. 비례입헌주의와 법해석에서의 그 함의

1. 이 시점에서 앞서 논의한 내용을 정리할 필요가 있을 것 같습니다. 이제부터 현실적으로 사용될 수 있는 법리에 관해 이야기해야 하는데, 그 전에 이러한 결론 도출의 토대가 되는 내용을 요약하는 것은 여러모로 유용하기 때문입니다.

법적 문제는 가치분쟁이고, 법적 판단은 가치판단입니다. 가치판단에는 크게 봐서 '누가,' '무엇'을, '어떻게' 할 것인가의 세 가지 이슈가 존재합니다.[53] 본고의 앞부분은 가치판단을 '어떻게' 할 것인가, 즉 가치판단의 방식에 관한 논의였고, 그 결론은 가치판단방식은 비교불능, 다시 말해 모두가 공감하는 가치판단방식은 존재하지 않는다는 것입니다. 이런 결론은 자연히 다음 이슈로 관심을 이동시키는데, 그 이슈는 어떤 방식으로 우리 공동체의 가치판단방식을 결정할 것인가, 즉 가치판단의 메타방식에 관한 것이었습니다. 우리나라가 자유민주주의를 선택했다는 것은, 우리 공동체 가치판단의 메타방식으로 '민주주의'와 '법의 지배'를 선정했음을 의미합니다. 이는 결국 "'누가' 가치판단을 할 것인가?"라는 이슈에 대한 결론입니다. 그리고 '무엇'의 이슈에 관하여 앞서의 논의는, '도덕적 조정문제'의 경우에는 정치부문이, '보편적 가치의 문제'인 경우에는 사법기관이 이를 각각 담당하여야 함을 주장하였습니다.

2. 저는 이와 같은 제 입장을 "비례입헌주의(proportional constitutionalism)"로 명명한 바 있습니다. 비례입헌주의의 요체는, 국민을 대표하는 국가기관은 인류의 보편적 가치를 존중하되, "**'조정문제'에 관한 한 민주적 정통성의 크기만큼 결정하라.**"는 것입니다. 이는 다음과 같은 소결론을 종합해 내린 결론입니다. 즉 법적 문제의 대다수는 가치판단의 문제라는 점, 가치판단의 문제는 객관적 정답이 존재하지 않는다는 점, 국가구성원 사이의 도덕적 불확정성을 극복하지 않으면 국가가 통합될 수도, 존속할 수도 없다는 점, 그러므로 조정문제는 어떤 방향으로든 해결책('매듭')의 마련이 중요하다는 점, 민주주의는 조정문제의 매듭을 민주적 정통성이 큰 정치부문에 맡긴다는 점, 사법부는 정치과정에서 결정되지 않은 나머지 조정문제를 결정하여야 한다는 점이 그것입니다. 비례입헌주의를 도식화하면, 이러합니다.[54]

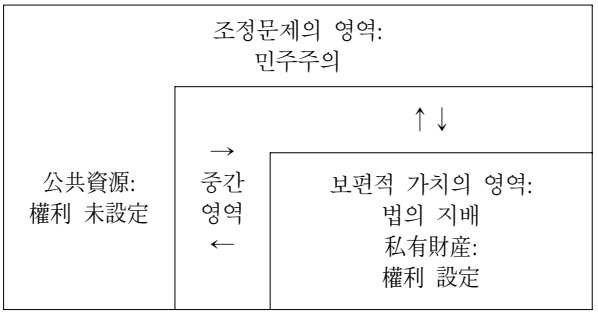
---

53) 보다 자세한 내용은, 拙稿, "法에서의 價値와 價値判斷"(註 5), 162-63.

54) 자세한 것은, 拙稿, "勿輕視政治"(註 4).

**"'조정문제'에 관한 한, 정치부문: 사법부 = 견인차: 향도"**

3. 조금 더 구체적으로 살펴보도록 하겠습니다. [그림 1]은 이상의 설명을 구상화(具象化)한 것입니다.[55] [그림 1]에서 볼 수 있듯이, 근대자유국가 이래로 사법부는 개개인의 생명・자유・재산을 보장하고(인격법・재산법), 사인 사이에 벌어지는 이들 권리의 거래・교환을 뒷받침하며(계약법), 이들 권리가 침해될 때 이를 보호하는 역할(불법행위법)을 해왔습니다. 또한 사법부는 이들 권리가 정치적 다수자에 의해 영향을 받을 때 이에 대해 법적 보호(주관소송으로서 위헌법률확인소송・행정소송)를 제공해왔습니다. 다시 말하면, 사법부는 권리가 설정된 영역, 즉 생명・신체・재산의 영역([그림 1]에서 "작은 상자")에서 이들 권리 사이에 형성된 자율적 질서를 다수자의 횡포로부터 보호해왔던 것입니다.




[그림 1] 정치와 법의 영역

반면, 권리가 설정되지 아니한 영역([그림 1]에서 큰 상자에서 작은 상자를 뺀 "나머지 부분")은 – 권리가 설정되지 아니한 까닭에 국가공동체 구성원 모두에게 귀속된 공유자원이므로 – 그 생산・사용・배분에 관한 의사결정이 민주적 정치과정에 맡겨져 왔던 것입니다. 상술한 바와 같이, 이 공유자원을 여하히 사용할 것인가, 어떻게 배분할 것인가는 가치판단의 문제이므로, 공유자원의 사용・배분 방식의 결정은 '조정문제'일 것입니다. 따라서 민주주의를 채택한 국가라면, 이 '나머지 부분'에 관하여 민주적 절차를 거쳐 나온 결정(법률 및 그 법률의 집행)은, 그것이 국민의 권리에 영향을 끼치지 않는 한, 민주적 정통성을 지닌 결정으로 유지되어 왔던 것입니다.

---

55) 자세한 것은, 拙稿, "原告適格의 政治經濟學 II"(註 40), 141-43.

한편, 행정관료의 재량적 결정 또한 이와 같은 민주적 결정과정의 연장선상, 즉 국민 → 의회 → 행정관료로 이어지는 민주적 정통성의 계보를 잇고 있는 것으로, 그것이 공유자원의 사용·배분에 관한 것으로서 국민의 권리를 침해하지 않는 한, 정치적 통제는 별론으로 하고, 사법적 통제로부터 자유롭게 유지되어 온 것입니다.

4. 이러한 인식은 미국의 연방대법원의 판시에도 반복적으로 등장하고 있습니다. 이에 따르면, 사법부는 "다수자의 횡포로부터 개인과 소수자를 보호하는 전통적인 비민주적 역할"에 머물러야 하고, "다수자의 이익에 공(供)하기 위하여 입법부와 행정부가 어떻게 기능하여야 하는지에 대한 처방을 내리는 더욱 비민주적 역할"을 자임(自任)해서는 안 된다고 합니다.[56]

5. 비례입헌주의는 행정법의 해석에 있어서 여러 가지 지침을 제시합니다. **첫째**, 비례입헌주의는 사법의 '자제(自制)'를 요구합니다.[57] 사법부의 결정은 조정문제에 관한 한 정치과정에서 기결(旣決)된 결정에 대한 존중에 터 잡아 이루어져야 합니다.[58] 각종 공법이론이 이에 기초하고 있습니다. "정치적 문제(political question)"의 법리, 위헌심사에 있어서 "이중기준론(二重基準論)," 행정재량 심사에 있어서 "자유재량행위론," "판단여지설(判斷餘地說)" 등이 그 예입니다. **둘째**, 비례입헌주의는 사법부의 "진솔(candor)"을 요구합니다.[59] 정치부문의 결정이 없거나 결정이 있어도 그 내용을 적확히 알 수 없는 경우, 도덕적 조정문제에 관한 한 정답이 없다는 전제 하에 자신의 결정에 이르게 된 가치판단의 기준을 솔직히 밝혀야 합니다. 그래야만 조정문제에 관하여 더 적절한 지위에 있는 의회가 작동할 수 있습니다.

6. 보다 구체적 논점에 대한 함의를 살펴보겠습니다. **첫째**, 공법소송의 소송요

---

56) Antonin Scalia, "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers," 17 *Suffolk University Law Review* 881, 894 (1983).

57) 사법자제에 관한 대표적인 문헌으로 Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962).

58) 가령 Jeremy Waldron(註 21), 14(법의 기초로서 입법에 "우선적 지위(place of pride)"를 부여하고, 차위(次位)의 지위를 법을 발전시키는 사법부에 부여함).

59) 우선은 David L. Shapiro, "In Defense of Judicial Candor," 100 *Harvard Law Review* 731 (1987).

건, 가령 행정소송법상 원고적격은 이미 정치과정에서 매듭지어진 조정문제를 사법과정에서 재론하지 못하도록 소제기자의 범위를 제한하는 의미가 있습니다.[60] **사법상 '권리'나 공법상 '법률상 이익'이 인정되지 아니함에도** 행정소송을 제기하는 시도는, (자기의 권리나 이익에 대한 침해가 없는 까닭에) 무엇이 공익에 부합하는지에 관한 법원의 결정을 구하는 것입니다. 무엇이 공익에 부합하는지는 가치판단 그 자체입니다. 앞서 본 바와 같이, 정치과정에서 이미 매듭지어진 결정은, 그것이 조정문제인 한, 이에 복종하는 것이 더 마땅하고 사회적으로 유리할 것입니다. 따라서 결정된 정책의 '내용'에 대한 재론의 여지를 남기지 않도록 원고적격 요건을 엄격히 정하는 것이 필요합니다. **둘째**, 행정법의 해석 시 입법자의 의도를 어느 정도 존중할 것인가에 관해서 여러 논의가 있습니다. 하지만 문제된 사항에 관하여 정치과정에서 이미 결정되었다고 보아야 할 정도로 입법자의 의도가 분명하다면 이를 존중하여야 할 것입니다.

7. 다음은 비례입헌주의의 사정(射程)입니다. 비례입헌주의는 '헌법적 조정문제' 상황이라면 모르지만, 제임스 털리(James Tully)가 헌법의 "혼"[61]이라고 한 소극적 기본권의 보호와 같은 문제에까지 확대 적용할 수는 없습니다. 노예제의 금지와 같은, '인류의 보편적 가치'에 관한 결정은 사회의 그때그때의 다수파의 의사에 의해 좌우되어서는 안 되기 때문에 조정문제 상황의 해결책으로 볼 수 없습니다. 다시 강조하는 것입니다만, '보편적 가치'의 문제에 있어서는 사법부가 권위의 주체입니다. 따라서 헌법재판소의 판례도 그것이 어느 영역에 관한 결정인지에 따라서 그에 부여되는 권위의 정도가 변할 것입니다.

8. 재산권과 인격권을 둘러싸고 벌어지는 민사사건(民事事件)은 법원의 주된 무대입니다. 주지하듯이, 민법은 일반·추상적인 내용의 법규정으로 구성되어 있습니다. 급변하는 세상으로부터 밀려오는 다종다양한 사건의 양상을 민법의 추상적 규정에 터 잡은 삼단논법만으로 해결할 수는 없을 것입니다. 또한 민사사건에서도 결론으로 오직 유일한 정답이 있다고 할 수는 없을 것입니다. 단언컨대 민사사건에서의 법원 결정의 대부분은 역시 도덕적 조정문제의 '조정결과'일 뿐입니다. 이를 받아들인다면, 법원이 자기통제에 성공하기 위해서는 (민사법을 관통하는 가치를 담은) 실체적 법원리의 개발·보전뿐만 아니라 개개 사건의 결정에

---

60) 자세한 것은 拙稿, "原告適格의 政治經濟學 II"(註 40).

61) James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* 103 (1995).

이르게 하는 방법론의 통제에도 마땅한 주의를 기울여야 할 것입니다.

9. 제가 생각하는 통제 방안은 이러합니다. **첫째,** 법원은 법해석 시 의회가 제정한 '법률'의 규정에 충실하여야 합니다. 이는 법률의 규정과 배치되는 판사 개인의 공익관(公益觀)을 사건의 결정에 투영해서는 안 됨을 의미합니다. 법률 규정은, 입법자가 당해 문제에 관련한 가치문제에 관하여 판단해 내린 결정의 결과이기 때문입니다. 주지하듯이, 의회에서 제정된 법률이라고 해서 그 모든 규정이 민사사건에 적용될 수 있는 것은 아닙니다. (당해 법률 '규정'이 사인과 사인의 관계, 즉 사법관계(私法關係)를 겨냥해 제정되지 않고 공법관계를 규율하기 위해 제정되었다면, 이 규정은 사인과 사인 사이의 분쟁에는 적용되지 않습니다.) 하지만 그 법률 규정이 특정 정책목표를 달성하기 위해 기존의 사법질서(私法秩序)에 변화를 가하려고 제정된 것이 명백하다면, 법원은, 그것이 헌법이 보장한 기본권을 침해하는 것이 아닌 한, 그 문언과 의도에 충실하게 해석해야 합니다.

**둘째,** 선례가 있다면 특단의 사정이 없는 한 이에 따라야 할 것입니다. 가령 당해 판례의 주된 기능이, 계약법·재산법의 영역에 있어서 명확한 규칙의 확립으로 보이는 경우와 같이 조정문제의 해결에 있다면, 당해 판례는 사인에게 행동기준을 제공하고 그 예측가능성을 보장하고 있기 때문에 판례 변경에 의하여 사회전체에 보다 큰 이익을 가져온다는 확실한 보장이 없는 한 판례를 변경해서는 안 될 것입니다. 하지만 당해 판례의 기능이 그때그때의 다수파의 의사에 의해서 좌우되어서는 안 되는 기본적 가치의 유지나 개인의 자율을 확보하는 기본권의 보장에 있는 경우에는, 사회전체에 보다 큰 이익이 생기는 경우에도 판례변경에 나설 수 없을 것입니다.[62]

**셋째,** 당해 사안에 딱 들어맞는 선례가 없는 경우에는, 유사한 선례를 발견해 "같은 것은 같게, 다른 것은 다르게"라는 "유추(analogy)"의 방법을 사용하여야 할 것입니다.[63] 이는 '평등'의 원리에 부합할 뿐만 아니라 이런 자세를 유지하여야만 수범자나 여타의 국가기관으로부터 합당한 존중을 받을 수 있기 때문입니다. 판사들이 일관성 없게 사건을 결정한다면, 그 누구도 어떻게 행동하여야 할지 예측할 수 없는 상태를 만들어 결국 자신에게 주어진 권력을 유지할 수 없게 될 것입니다.[64]

---

62) 長谷部恭男, **憲法** 14.4.7. (4版, 2008).

63) Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* 62-100 (1996).

64) 拙稿, "勿輕視政治"(註 4), 110.

**넷째**, 유추할 선례가 없다면, 일반 관습 또는 당해 사건이 제기된 영역에서 형성된 관습에 따라야 할 것입니다. 중언(重言)하는 것입니다만, 민사사건의 대부분은 조정문제이기 때문입니다. 우리는 법원의 판결에서 그 결정이 "사회통념"에 의지하였음을 밝히는 것을 수없이 목격할 수 있습니다. '사회통념'이 '옳음'을 자동적으로 보장하는 것은 아닐 것입니다. 그럼에도 불구하고 법원이 그토록 사회통념에 의지하는 것은, 민사사건이 "대다수의 사람이 취할 것 같은 행동에 따라 자신도 행동하려고 대다수의 사람이 생각하는 상황," 즉 조정문제임을 보여주는 증거라 할 것입니다.

**다섯째**, 관습도 발견할 수 없는 경우라면 법원은 부득이 "사법재량(司法裁量; judicial discretion)"을 행사할 수밖에 없고, 따라서 이 부분은 법원의 결정에 맡겨진 조정문제의 영역이라 할 것입니다. 판사는 나름대로의 (정치적 도덕성에 관한) 가치관을 정립하고 가치판단방식을 선택할 수밖에 없을 것이지만, 어떤 선택을 하더라도 "거대이론(grand theory)"을 구성해서는 안 될 것입니다. 다시 말해 "불완전하게 이론화된 합의"[65]에 기초해 "한번에 한 사건씩"[66] 결정하여야 할 것입니다. 우리 민법의 가치체계는 천 갈래 만 갈래의 가치라는 실올로 촘촘히 짜인 옷감과 같아서, 판사는 법이라는 건축물에 벽돌 한 장을 올려놓는 것으로 마땅히 해야 할 바를 한 것으로 인정될 것이기 때문입니다.[67]

## Ⅶ. 우리 사법부의 판례에 대한 소감

1. 이제 제 이론이 제시하는 환경법 해석에서의 함의를 말씀드리도록 하겠습니다. 우선 해결해야 할 문제는 환경법 문제가 '조정문제'인가 아니면 '보편적 가치의 문제'인가 여부입니다. 앞서의 논의는 환경문제가 서로 다른 가치가 상충해 발생하는 문제임을 밝히고 있습니다만, 우리나라 헌법은 환경권을 '헌법상 기본권'으로 인정하고 있습니다. 비교법적으로 보면 환경권을 헌법상 기본권으로 인정하는 입법예는 예외적이라고 할 수 있을 것입니다. 가령 미국, 일본, 그리고 독일의 헌법은 모두 환경권을 인정하고 있지 않으며, 그 각 헌법의 적극적 해석에

---

65) Cass R. Sunstein, "Incompletely Theorized Agreements," in his *Legal Reasoning and Political Conflict*(註 63), 35-61.

66) 이는 "최소주의(minimalism)"의 캐치프레이즈입니다. Cass R. Sunstein, *One Case At a Time* (1999).

67) 拙稿, "經濟學的 論證의 領域"(註 24), 721-22.

의해서도 이를 인정할 수 없음이 판시되고 있습니다.[68]

칸트의 의무론이 응전해야 할 최대의 도전은 권리의 '내용'을 특정하고, 권리 사이의 상충을 해결하여야 한다는 것입니다. 각각의 권리들은 모두 근본적인 의무로부터 연역되어 나오는데 이 의무들은 모두 그 자체만을 본다면 '근본적'이라 아니할 수 없기 때문입니다. 이런 비판은 환경문제를 권리개념으로써 해결하려는 시도에 그대로 타당합니다. 권리에 기초해 정치사회를 구성하려는 이론 자체에 무리가 있음은 별론으로 하더라도,[69] 권리가 유의미하기 위해서는 결과론적 사고(대표적으로 공리주의, 그리고 공리주의가 정당화논변을 제공하는 민주주의)에 기초한 다수자의 요구를 그 권리로써 잠재울 수 있어야 하는데, 환경가치에 "으뜸패(trump)"[70]로서의 힘을 부여하자는 데에는 실로 다양한 반론이 예상됩니다. 환경가치는 우리가 보호해야 할 여러 사회적 가치 중 하나일 뿐이기 때문입니다. 이런 상황에서 환경권을 인정할 경우, 그 내용, 주체, 행사방법 등이 구체적으로 확정되지 않는 한, 환경권과 '재산권' 사이의 충돌은 물론이고, 자칫 "만인의 환경권에 대한 만인의 환경권의 투쟁"이 벌어질 가능성이 농후합니다. 따라서 의회가 구체적 입법으로 가치 충돌의 문제를 조정할 때까지 사법부는 기다려야 할 것입니다.

4. 우리 헌법은, <표 1>에서 보듯이, 고전적 기본권뿐만 아니라 '환경권'을 포함한 '사회적' 기본권도 인정하고 있습니다.[71] 고전적 기본권(국가의 간섭으로부터 사적 영역을 보호하기 위한 '자유권적 기본권,' 국가의 의사형성에 참여할 수 있게 하는 '정치적 기본권,' 국가로부터의 평등 취급을 보장하는 '평등권')은 방어적·소극적 성격을 갖고 있습니다만, 사회적 기본권은 근대자유국가의 (자유방임적 성격에 기인한) 한계를 극복하기 위해서 제안된 것인 만큼 이를 보호하기 위해서는 국가의 적극적 보호·급부가 필요합니다. 주지하듯이, 국가의 급부기능은

---

68) 자세한 것은, 拙稿, "미국헌법상의 환경권(상)," **法曹** 479호, 74 (1996); "미국헌법상의 환경권(하)," **法曹** 480호, 62 (1996).

69) 이런 시도로는, 가령 Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* ch. 6 "Justice and Rights," 특히 171 이하 (1977). 이러한 시도의 난점에 관해서 우선은, Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (1993); Jeremy Rabkin, *Judicial Compulsion: How Public Law Distorts Public Policy* (1989); 拙稿, "法에서의 價値와 價値判斷"(註 5), 특히 194 이하.

70) Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* 395 (1985); 장영민, "드워킨의 권리와 원리의 법철학," 한국법철학회편, **현대법철학의 흐름**, 48, 66 (1996).

71) 자세한 것은, 拙稿, "原告適格의 政治經濟學 II"(註 40), 128-31.

국가의 재정(財政)에 의존하고 국가의 재정상태는 (규제이익을 받는 규제수익자(規制受益者)뿐만 아니라) '일반' 국민의 세금에 의존하는 까닭에, 사회적 기본권의 구체적인 내용은 국민의 대표인 의회가 결정하여야 할 것입니다. 사회적 기본권에 "추상적 효력"만을 인정하는 견해나 사회적 기본권에 관한 법률유보를 "형성적 법률유보"라고 하는 견해[72]는 이를 배경으로 하고 있는 것입니다.[73]

<표 1> 헌법상 기본권과 재판청구권의 관계

| 基本權의 種類 | 效力 | 裁判請求權의 保障 與否 |
|---|---|---|
| **근대자유국가의 기본권:**<br>평등권, 자유권적 기본권(생명・신체의 자유, 재산권), 정치적 기본권 | 구체적 효력 | 헌법상의 재판청구권 보장<br>→ **사법권의 최소 범위** |
| **현대복지국가의 기본권:**<br>사회적 기본권(환경권 포함) | 추상적 효력 | 재판청구권 보장 여부는 입법재량<br>→ **의회에 의한 사법권의 범위 획정** |

5. 현대국가는 규제국가이자 복지국가로서 더 나은 사회로 나아가기 위해(보다 친근한 표현을 사용하면 '공익'을 달성하기 위하여), 고전적 기본권을 제한하기도 하고 사회적 기본권을 구체화하기도 합니다. 그런데 (공익의 이름으로 이루어지는) 고전적 기본권의 제한이나 사회적 기본권의 구체화에 관하여 국민 모두가 공감할 수 있는 선험적인 정답은 존재하지 않을 것입니다. 따라서 고전적 기본권의 제한과 사회적 기본권의 구체화, 보다 일반적으로 공익이 무엇인가의 결정은 '도

72) 권영성, **憲法學原論 [1998년판]**, 317. 헌재 2004.10.28. 선고 2002헌마328 결정 ("헌법 제34조 제1항이 보장하는 인간다운 생활을 할 권리는 사회적 기본권의 일종으로서 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하는데, 이러한 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다.").

73) 헌법정책의 측면에서 보면, 독일의 현행 헌법처럼, (바이마르헌법이 규정한) 사회적 기본권을 포기하고 "국가목표" 조항으로 대체하는 것이 필요하다는 것이 제 생각입니다. 자세한 것은, 콘라드 헷세(계희열 역), **통일 독일헌법원론 [제20판]**, 129-31 (2001). 현행 헌법에서와 같이 사회적 기본권이 기본권으로 규정되어 있음에도 헌법 규정만으로는 사법적(司法的) 구제를 받을 수 없다고 한다면, 이는 역설적이게도 고전적 기본권의 규범성(規範性)마저 훼손할 수 있기 때문입니다. 또한 기본권은 기본적으로 다수자의 의사(=법률)에 대항할 수 있음을 그 본질적 요소로 하는데, 사회적 기본권은 다수자의 의사에 의하여 비로소 구체화될 수 있다는 사실을 생각하면 더욱 그러합니다.

덕적 조정문제'라 할 것입니다. 그렇다면 공익의 내용이나 그 추진방식은, 입법자가 입법 당시의 모든 조건(가령 국가재정상태나 국가의 지향점)을 고려하면서 결정하여야 할 것입니다.

<표 2> 새로운 권리의 내용 스펙트럼

| |
|---|
| 권리 . . . 자격 . . . 기대·신뢰이익 . . . 분산이익 . . . 반사적 이익 |

6. 구체화된 사회적 기본권은 국가의 국민에 대한 이익 급부가 될 것이고, <표 2>가 보여주듯이 그 이익은 다양한 형식을 가지게 될 것입니다. 정부는 재정상태 등을 고려하면서, 각종 프로그램을 통해 특정한 자격 요건을 갖춘 사람에게 일정한 지원을 받을 수 있는, 소구가능(訴求可能)한 '권리'(가령 기초생활수급대상자의 급부청구권)를 줄 수도 있고, 불특정 다수에게 분산된 형태의 이익(가령 깨끗한 공기와 같은 규제이익)을 제공할 수도 있습니다.[74] 입법의 대상도 특정 업종(가령 이동통신산업) 하나가 될 수도 있고, 국민 전체(가령 환경보호정책)가 될 수도 있습니다.

<표 3> 규제수익자 보호를 위한 집행체계

| | | (공법의 私法上 효력에 기한) 민사소송 | |
|---|---|---|---|
| 행정소송<br>(부작위위법확인소송<br>+의무이행소송) | | 사용不可 | 사용可 |
| | 사용不可 | ① 배타적 公的 집행 | ③ 보충적 私的 집행 |
| | 사용可 | ② 司法的 감시 | ④ 최대 집행 |

7. 또한 이러한 프로그램의 집행체계(執行體系)의 내용도 조정문제가 될 것입니다. 입법자는 정부 프로그램의 집행자를 정부만으로 할 수도 있고, 시민소송 내지는 단체소송을 도입할 수도 있습니다. 다시 말해, <표 1>에서 볼 수 있듯이, 규제수익자에게 재판청구권을 인정할지 여부는 입법자의 재량에 속하는 것입니다.

74) 현대복지국가가 만들어 낸 법률상 이익이 가져올 법체계에 대한 영향에 대한 문헌으로 Charles A. Reich, "The New Property," 73 *Yale Law Journal* 733 (1964); Richard B. Stewart & Cass R. Sunstein, "Public Programs and Private Rights," 95 *Harvard Law Review* 1193 (1982); R. Shep Melnick, *Between the Lines: Interpreting Welfare Rights* (1994).

<표 3>은 정부 프로그램이 상정할 수 있는 프로그램 집행수단의 가능한 조합을 나타낸 것입니다.[75] 가령 ① "배타적 공적 집행"은 규제수익자에 의한 소송제기를 일체 허용하지 않는 방식(가령 일반적·추상적 공익만을 보호하기 위해 제정된 행정법)을 의미합니다. ④ "최대 집행"은 정부 프로그램이 제공한 이익을 얻기 위해 제기할 수 있는 소송으로 행정소송뿐만 아니라 민사소송(손해배상소송, 심지어는 유지청구소송)까지도 허용하는 방식(가령 주민의 개별적·구체적 환경이익을 보호하기 위한 무과실책임을 규정한 환경정책기본법 제31조)입니다.

8. 우리 법원은 일찍이 소위 "부산대학교 사건"에서부터 환경권과 사유재산권의 상호충돌을 "조정"할 필요성을 인정한 바 있고,[76] 근자에 들어서는 환경문제가 가치의 충돌임을 정면으로 인정하고 있습니다.[77]

> 환경의 보전이라는 이념과 국토와 산업의 개발에 대한 공익상의 요청 및 경제활동의 자유, 환경의 보전을 통한 국민의 복리 증진과 개발을 통한 인근 지역 주민들의 이익이나 국가적 편익의 증대 사이에는 **그 서 있는 위치와 보는 관점에 따라 다양한 시각들이 존재**할 수 있[다.]

또한 우리 법원은 그 후 제기된 일련의 사건에서, 대법원판결에 따라,[78] 일관되게 환경분쟁이 헌법상 환경권 조항만으로는 해결될 수 없는 도덕적 조정문제임

---

75) 자세한 내용은 Stewart & Sunstein(註 74) 참조.

76) "헌법 제23조 제1항의 사유재산권의 보호와 환경이익의 보호 및 상린관계 등 양자를 서로 조화시켜서 상호간의 충돌을 합리적으로 조정할 수밖에 없다 할 것이다." 부산고등법원 1995.5.18. 선고 95카합5 판결 (공사중지가처분이의 사건). 하지만 아쉽게도, 이 사건에서 재판부는, 이 사건의 상고심 판결과 달리, 환경권을 '구체적 사권(私權)'으로 인정하고 이에 기초한 공사금지청구를 인정하였습니다. 즉 환경권을 "인간의 생래적인 기본권의 하나로서 인간다운 생활을 위한 필수적인 절대권이며, 모든 사람에게 다같이 보장되는 보편적인 권리로서의 성질을 가진다"라고 판시하고, 나아가 이러한 환경권은 자연적 환경, 문화적 환경, 사회적 환경 모두를 포함하는 개념으로, 교육환경은 주거환경에 속하는 것으로 사회적·문화적 환경의 범주에 속한다고 판시한 바 있습니다. 또한 재판부는 "환경이익의 부당침해 방지권"을 인정하고 "현실적으로 부당한 침해의 위험이 있거나 이미 부당한 침해가 발생하고 있는 경우에는 특단의 사정 … 이 없는 한 위 방지권에 기하여 위험방지를 위한 충분하고 필요한 한도내에서 구체적인 금지청구권을 취득하고 이를 행사함으로써 환경이익을 보전할 수 있는 것으로 해석"하였습니다.

77) 부산고등법원(제1민사부) 2004.11.29. 선고 2004라41, 2004라42 (병합) 결정 (공사착공금지가처분 사건). 이 판결은 "도롱뇽 사건"의 판결입니다. 고딕체 강조는 제가 추가한 것입니다.

78) 대법원 1995.5.23. 선고 94마2218 결정.

을 인정하고 있습니다.[79]

> 환경권에 관한 헌법 제35조의 규정만으로는 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상(私法上)의 권리가 부여되어 있는 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 하는 것이므로(대법원 1995.5.23. 자[선고] 94마2218 결정), 이러한 구체적인 법령상의 근거가 없는 이상, 환경적 이익이 침해되었다는 이유로 막바로 환경권을 근거로 그 침해행위의 금지를 구할 수는 없다.

그리고 우리 법원은 환경분쟁을 해결하게 하는 '자연법'이나 '자연권'의 존재를 부정합니다.[80]

> 인간도 자연의 일부인 만큼 자연은 그 자체로서 고유의 가치를 가지며, 또 자연의 파괴라는 것이 회복 불가능한 면이 있는 까닭에 인간은 그 영원한 삶의 유지를 위해서도 자연을 보호하고 그 무분별한 훼손을 삼가[야] 한다. 그러나 **이러한 당위성이 있다고 해서 그것이 법률상의 권리·의무로까지 관념되어야 한다고 단정지[울] 수 없다. 권리·의무라는 것은 국가가 그 시대적 요청과 필요에 의해 법률로 제정이 될 때 비로소 그 실정법률에 의해 구체화되고 발생되는 것**이기 때문이다.

그리하여 이런 대립·상충하는 가치의 조정은 정치부문의 몫이라는 것을 인정하고 있습니다.[81]

---

79) 부산고등법원 1999.4.29. 선고 98나10656 판결 (공사금지가처분 사건). 이 판결에 대한 상고는 기각된 바 있습니다. 이 판결의 아쉬운 점은 이 판결이 '조리(條理)'를 그 근거로 들고 있다는 점입니다. 이는 목적론적 사고방식을 채용한 듯한 인상을 주는데, 재판하는 사람에 따라 사물의 *telos*를 보는 눈은 다를 것입니다. 하지만 이를 선해하면, 이는 관련 법률규정의 존재를 전제로 한 채 이들 규정을 해석함에 있어, 마치 손해배상판결에서 수학공식을 쓰듯이, 필요한 경우 이성(理性)을 사용하겠다는 뜻으로 받아들일 수도 있을 것입니다. 동지의 대법원판결 및 하급심판결로는 대법원 1995.9.15. 선고 95다23378 판결; 대법원 1997.7.22. 선고 96다56153 판결; 대법원 1999.7.27. 선고 98다47528 판결; 서울행정법원 1999.5.27. 선고 98구10249 판결(확정); 울산지방법원 2004.4.8. 선고 2003카합982 결정.

80) *Id.* 고딕체 강조는 제가 추가한 것입니다.

81) *Id.* 고딕체 강조는 제가 추가한 것입니다.

상호 대립하는 법익들 중 어느 것을 우선시킬 것이며, 이를 어떻게 조정하고 조화시켜 사적 권리주체에게는 어떤 권리를 부여할 것인가 하는 문제는 **기본적으로 국민을 대표하는 국회에서 법률에 의해 결정하여야 할 성질의 것**이므로, 헌법 제35조 제2항은 "환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다."고 규정하고 있는 것이[다.]

9. 행정부의 재량을 인정하고 그 일탈·남용에 대해서만 법원이 개입하는 행정법 법리는 기본적으로 정치부문에서 내린 '조정'의 결과에 대한 사법부 존중의 필요성을 이야기하는 것입니다. 우리 법원은 조정문제에 관한 정치부문의 결정, 즉 행정부의 '공익 판단'에 대해 합당한 존중을 표시하고 있다고 판단됩니다. 환경피해를 원인으로 제기된 "인인소송(隣人訴訟)"에서는, 당해 행정처분을 내림에 있어 필요한 공익판단이 적정한지 여부가 문제됩니다. 가령 변전소의 건축·가동은 유해전자파와 소음뿐만 아니라 각종 불편과 위험을 야기하므로 인근에 사는 주민들로서는 이를 수인하는 것이 쉬운 일이 아닐 것입니다. 주민들은 건축을 승인하는 행정처분에 이름에 있어 이런 공익적 요소를 고려하지 않은 잘못을 주장하게 되는데, 이 때 과연 무엇이 공익에 부합하는지가 문제될 것입니다.

우리 법원은 행정부의 공익판단의 적정성을 심사함에 있어 법문언에 충실한 해석을 하고 있는데, 저는 그러한 판결에서 의회의 의사를 존중하려는 우리 법원의 태도를 볼 수 있었습니다. 즉 중대한 공익상의 필요가 있는 경우가 아니라면, 건축허가신청이 건축법, 도시계획법 등 관계법규에서 정하는 제한에 배치되지 않는 이상 이를 허가하여야 한다고 우리 법원은 판시하고 있습니다.[82] 우리 법원은 또한 환경관련 사건에서 행정부의 공익판단에 대한 '실체적' 통제를 자제하고 절차적 통제에 치중하는 것으로 보입니다. 이는 우리 법원에서 내려진 판결 속에서 일관되게 발견되는 경향으로, 우리 법원은, 절차위반 주장에 대해 보이는 세심한 태도와는 달리,[83] 행정부의 실체적 판단에 대해서는 존중하는 자세를 취하고 있

---

82) 부산고등법원(제1특별부) 2003.5.16. 선고 2002누622 판결(건축불허가처분취소 사건).

83) 가령 *Id.*("현행법의 해석상 물권적 청구권을 바탕으로 하여 수인한도론에 입각한 이익형량을 통하여 피보전권리의 유무를 판단함이 상당하므로, 결국 이와 같은 물권적 권리는 피보전권리 인정의 전제가 되며, 이러한 전제 하에 그 수인한도를 초과하여야 유지청구를 구할 피보전권리가 인정된다 할 것이다. 따라서 신청인들에게 물권적 청구권설에서 말하는 사법상의 권리가 없다면 이 사건 가처분으로 이 사건 터널 공사의 금지를 구할 피보전권리가 인정될 수는 없고, 신청인들이 주장하는 절차위반주장은 신청인들에게 위와 같은 권리가 있음을 전제로 하여 수인한도를 판단하는 하나의 자료에 불과할 것이나, 신청인들은 이 사건에서 절차위반을 가처분 신청의 주요한 근거로서 주장하고 있고, 그 결과 절차위반 여부는 이 사건에서 주된 쟁점으로 되어 있으므로

는 것입니다.[84] 우리 법원은 원고적격 유무를 판단함에 있어서도 관련 법률의 규정에 나타난 의회의 의사를 충분히 존중하고 있는 것으로 보입니다. 원고적격의 인정은 당해 규제이익에 대한 사법적 보호를 청구할 수 있는 재판청구권이 인정됨을 의미합니다. 앞서 보았듯이 이는 의회의 입법재량에 속하는 것인데, 우리 법원은 의회의 결정을 전적으로 존중하는 것으로 판단됩니다.

(1) 환경영향평가의 적절성 여부에 대한 행정부 판단의 존중

"환경영향평가 대상사업에 관한 처분에 있어 환경영향평가절차를 거쳤다면, 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다(대법원 2001.6.29. 선고 99두9902 판결 참조)."[85]

"환경영향평가는 일종의 예측을 전제로 한 것이어서 그 내용상 한계가 있는 과학적·기술적 특성 등을 고려할 때 의견수렴절차 및 영향평가의 내용은 어느 정도 유연하게 평가함이 상당[하다.]"[86]

"환경정책기본법에서 관계 행정기관의 장에게 허가 등을 하기 전까지 환경부장관 또는 지방환경관서의 장에게 사전환경성검토에 대한 **협의**를 하라고 규정한 의미는 그의 **자문**을 구하라는 것이지 그 의견을 따라 처분을 하라는 의미는 아니라고 할 것이므로, 위와 같이 피고가 낙동강유역환경청장으로부터 부동의 회신을 받고 2006.4.27. 그 협의내용을 반영하지 않겠다고 통보함으로써 사전환경성검토협의절차는 종료되었다고 할 것[이다.]"[87]

---

이에 관하여는 아래와 같이 별도의 항으로 나누어서 판단하기로 한다.").

84) 부산고등법원(제1민사부) 2004.11.29. 선고 2004라41, 2004라42 (병합) 결정.

85) 부산지방법원(행정부) 2003.5.16. 선고 2005구합 1153 판결(전원개발사업실계획승인취소). 동지의 대법원 판결로는 대법원 2001.7.27. 선고 99두2970 판결(용화집단시설지구기본설계변경승인처분취소).

86) *Id.*

87) 부산고등법원(제2특별부) 2007.6.29. 선고 2006누5540 판결(공장설립승인처분취소 사건). "협의"의 의미에 관한 동지의 대법원 판결로는 대법원 2006.6.30. 선고 2005두14363 판결(국방군사시설사업실시계획승인처분무효확인).

위 사건은 당해 처분청의 판단을 존중하는 것이지만, 입법자의 의사가 충분히 반영되지 못한 감을 지울 수 없습니다. 즉 환경정책기본법은 사전환경성검토에 대한 "협의"를 명하는데 우리 법원은 이를 "자문"으로 해석하고 있기 때문입니다. 우리는 자문과 심의, 심의와 의결을 구별하고 있습니다. 협의는 심의와 의결의 중간점 정도에 위치한다는 것이 제 생각입니다. 우리 법원은 위 사건에서 공장설립승인처분을 취소하여 결과에 있어서는 소장이 없었습니다만, 선례로 굳어진다면 앞으로 제기될 사건에서 적지 않은 영향을 미칠 것으로 보입니다.

(2) 전문가의 판단이 필요한 사항에 대한 행정부 판단의 존중

> 전자파의 유해성에 관하여 논하면서 "유해성 유무에 대한 완전한 과학적 규명은 있을 수 없다."[88]
> "그러한 필요성 등은 장래의 에너지 수급여건, 산업구조의 변화, 전력 수요 등을 감안한 전문가적 시각에서 예측, 결정되어야 하는 점 … 감안하면, 학술적 의견상 이견이 없는 것은 아니지만 이 사건 사업의 필요성 등을 판단하는 데 객관적으로 명백한 오류가 있다고 보기 어려운 터여서 이 사건 처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 볼 수 없다."[89]

(3) 원고적격 유무에 관한 의회 및 행정부의 의사 존중

원고적격 유무를 판단하기 위해서는 두 단계의 판단과정이 필요합니다. 즉 ① 당해 행정처분의 근거법률과 관련법률을 확정하는 단계와 다음으로 ② 그 법률들이 원고의 환경이익을 구체적·직접적·개별적으로 보호하고 있는지 여부를 판단하는 단계가 그것입니다.

> "법률상 보호되는 이익이라 함은 당해처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적·간접적·추상적 이익이 생기는 경우에는 법률상 보호되는 이익이 있다고 할 수 없다. … 따라서 행정처분의 직접 상대방이 아닌 자로서 그 처분에 의하여 자신의 환경상 이익이 침해받거나 침해받을 우려가 있다는 이유로 취소소송을 제기하는 제3자는, 자신의 환경상 이익이 그 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 의하여 개별적·직접적·구체적으로 보호되는

88) 부산고등법원(제1특별부) 2003.5.16. 선고 2002누622 판결(건축불허가처분취소).
89) 부산지방법원(행정부) 2003.5.16. 선고 2005구합 1153 판결(전원개발사업실계획승인취소).

이익, 즉 법률상 보호되는 이익임을 입증하여야 원고적격이 인정된다고 할 것이[다.]"[90]

① 단계에 관해 보면, 근거법률은 당해 처분의 '근거'가 된 법률을 말하므로 비교적 쉽게 파악될 수 있지만, 관련법률은 그 파악이 쉽지 않고, 이견이 생길 수 있는 문제입니다. 우리 법원은 관련법률 여부를 오로지 근거법률의 문언에 기초해 파악하고 있는 것으로 보입니다.

"공장설립법 제13조의2 제1항에 의하면, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조 제1항의 규정에 의한 개발행위허가를 받은 것으로 각 의제되고, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제56조 별표 1의 라 (2)항에 의하면, 개발행위로 인하여 당해 지역 및 그 주변지역에 대기오염·수질오염·토질오염·소음·진동·분진 등에 의한 환경오염·생태계파괴·위해 등이 발생할 우려가 없을 때 개발행위허가를 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 이 사건 처분의 관련법규라 할 것이다."[91]

② 단계에 관해 보면, 관련법률이 원고의 환경이익을 구체적·직접적·개별적으로 보호하는지 여부도 이견이 있을 수 있는 문제입니다. 왜냐하면 관련법률의 입법취지 규정은 대개 일반적 공익을 들고 있기 때문입니다. 우리 법원은 수권받은 행정기관의 의도를 보고 이를 결정하는 것 같습니다. 즉 관련법률의 시행령, 시행규칙, 그 위임을 받은 조례의 규정까지 참조하여 이 문제를 결정하고 있기 때문입니다.

"국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제36조는 용도지역을 … 으로 구분하고, 같은 법 제76조 제1항은 "제36조 규정에 의하여 지정된 용도지역 안에서 건축물 그 밖의 시설의 용도·종류 및 규모 등의 제한에 관한 사항은 대통령령으로 정한다"고 규정하고 있으며, 같은 법 시행령 제71조 제1항 제19호는 계획관리지역 안에서 건축할 수 있는 건축물을 별표 20으로 규정하고 있고, 같은 법 제76조 및 같은 법 시행령 별표 20의 규정에 의하여 조례로 정하도록 한 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정한 '김해시 공장건축가능지역 지정에 관한 조례(2005.6.4. 시행)' 제5조 제2항 제6호는 "시·도지사는 상수원보호구역이 고시되지 아니한 경우에는

90) 부산고등법원(제2특별부) 2007.6.29. 선고 2006누 5540 판결(공장설립승인처분취소).
91) *Id.*

취수장으로부터 수계상 상류방향으로 10km 이내인 지역과 하류방향으로 1km 이내인 지역을 공장건축가능지역으로 지정하여서는 아니 된다"고 규정하고 있다. … 위 규정의 취지는 취수원의 오염 등으로 인한 생명·건강상의 위해를 받지 아니할 이익을 일반적으로 공익으로서 보호하려는 데 그치는 것이 아니라 취수원오염물질에 의하여 보다 직접적이고 중대한 피해를 입으리라고 예상되는 지역 내의 주민들, 즉 취수장으로부터 수계상 상류방향으로 10km 이내인 지역과 하류 방향으로 1km 이내인 지역을 공장건축가능지역으로 지정하는 경우 그 취수장에서 취수하는 원수를 식수로 공급받거나 받을 예정인 주민들의 환경상 이익을 직접적·구체적 이익으로 보호하려는 데 있다."[92]

10. 다음으로 우리 법원의 민사판결을 보도록 하겠습니다. 앞서 저는, 민사사건은 법원의 권위가 인정되는 법원의 본령이라는 점, 민사사건에서의 법원 결정의 대부분은 조정문제의 해결책이라는 점, 따라서 법원이 자기통제에 성공하기 위해서는 그 결정에 이르는 방법론의 통제에 치중하여야 한다는 점을 말씀드린 후, 그러한 통제방안으로 다섯 가지를 말씀드렸습니다. 우리 법원은 대체로 통제방안에서 제시한 방식으로 판결하고 있는 것으로 생각됩니다.

우선, 우리 법원은 (판사 자신의 공익관념보다는) 법률의 규정에 충실하게 판결하고 있는 것으로 판단됩니다. 우리 법원은 "도롱뇽 사건"에서 도롱뇽의 당사자능력을 인정할 것인가의 문제에 있어서 민사소송법의 입장에서 결정하여야 함을 전제로 하여 동법이 준용하기로 한 민법 규정을 살펴본 후 다음과 같은 이유로 그 당사자능력을 부정하였습니다.

"자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여 당사자 능력을 인정하는 현행 법률이 없고, 이를 인정하는 관습법도 존재하지 아니하므로 … "[93]

---

92) 부산고등법원(제2특별부) 2007.6.29. 선고 2006누 5540 판결(공장설립승인처분취소). 한편 대법원은 새만금 사건에서 헌법 및 환경정책기본법에 규정된 환경권 규정만으로는 원고적격이 인정될 수 없다고 판시한 바 있습니다. 대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결(정부조치계획취소 등) ("헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없으므로, 위 원고들에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법 제6조에 기하여 이 사건 각 처분을 다툴 원고적격이 있다고 할 수 없다.").

93) 부산고등법원(제1민사부) 2004.11.29. 선고 2004라41, 2004라42 (병합) 결정, 註 13.

또한 우리 법원은 환경보호를 위해 제정된 개별 환경행정법이 사법적(私法的) 권리를 창출한 것으로 보고 있지 아니합니다. 이는 개별 환경행정법의 입법 목적 및 개별 규정의 문언에 충실한 해석이라 보입니다. 개별 환경행정법은 헌법상 환경권의 이념을 구체화하고 있다고 볼 수 있는 것인 만큼 그로 인해 창출된 규제 이익이 개개인에게 사법적 권리를 부여한 것으로 볼 수 없는 것은 아닐 것입니다만, 우리 법원은 다음과 같이 판시하였습니다. 이 판시에 나타난 "공법"이란 표현에서, 당해 법률이 사법관계를 겨냥해 제정된 것이 아님을 우리 법원이 인식하고 있음을 알 수 있습니다.

> "환경정책기본법, 환경・교통・재해 등에 관한 환경영향평가법, 자연환경보전법, 수질환경보전법 등 제 환경**공법**은 사인의 사인에 대한 권리・의무를 규정한 것이 아니므로 이 법률들에 의거해 사인이 누리는 이익은 사법적[(私法的)] 권리로서 관념하기 어렵다."[94]

> "민사소송은 사법상의 권리에 대한 침해의 구제 및 이를 통한 사법질서의 유지를 그 목적으로 하는 것이므로 … 기타 관계법규 등을 규정한 협의절차를 미비한 **공법**상 하자가 있다 하더라도, 신청인들의 사법상 권리에 대한 침해가 없는 한, 그러한 하자가 있다는 점만으로 바로 신청인들에게 민사상의 가처분으로 이 사건 터널 공사의 착공금지를 구할 권리가 생긴다고 할 수 없다."[95]

대법원도 같은 취지의 판결을 하고 있습니다. 즉 대법원은 도롱뇽 사건에서 헌법상 환경권 조항과 이를 실현하기 위해 제정된 각종 환경법률(환경정책기본법, 자연환경보전법, 철도산업발전기본법, 습지보전법 등)로부터 (개개인에게 구체적인 사법적 권리로서의 환경권을 인정하는 대신) "환경권의 이념과 목적을 적절하게 수행하기 위하여 다양한 **정책**도구들을 이용하여야 할 [국가의] 책무"를 도출하였던 것입니다.[96]

그리고 우리 법원은 환경적 이유로 건축물의 공사금지를 청구하는 사건에서, 비록 자신의 공익 판단에 의문이 생길 수 있음을 인정하면서도 당해 법률이 사법관계를 겨냥한 것이 아님을 지적하면서 다음과 같이 판시하였습니다.

---

94) *Id.* 고딕체 강조는 필자가 추가한 것입니다.
95) *Id.* 고딕체 강조는 필자가 추가한 것입니다.
96) 대법원2006.6.2. 선고 2004마1148, 2004마1149(병합) 판결. 이 대법원 판결은 "도롱뇽 사건"에 대한 판결입니다. 고딕체 강조는 필자가 추가한 것입니다.

> "개인의 사권(私權)의 보호를 중심으로 하는 민사상의 가처분재판에 있어서, 특별한 사정이 없는 한, 그러한 공공 내지 일반인의 이익이나 환경적 이익 등 공중 또는 제3자의 이익은 그 성질상 이를 다른 개인이 그 가처분의 근거로 되는 피보전권리로 삼을 수 없고, 이러한 일반인 또는 시민 내지 주민들의 이익, 즉 **공공성에 대한 배려는, 일차적으로는 공공의 이익을 위하여 봉사하는 것을 임무로 하는 공무원들의 공무집행**, 가령 이 사건의 경우 도시설계심의, 교통영향평가심의 및 건축허가심의 등의 과정에서 고려될 것이고, **2차적으로는 행정법원에서 그 당부를 판단함에 있어서 고려할 사항이지, 민사소송에서 가릴 성질의 것이라고 보기는 어렵다**."[97]

이런 까닭에 민사소송을 통해 환경분쟁을 해결하기 위해서라면, 당사자는 민법상의 재산권이나 인격권을 이용할 수밖에 없습니다. 우리 법원은 이를 분명히 하고 있습니다. 즉,

> 신청인들이 주장하는 환경이익이라는 것이 현행의 사법[(私法)]체계 아래서 인정되는 생활이익 내지 상린관계에 터 잡은 사법적 구제를 초과하는 의미에서의 권리의 주장이라면, 그러한 권리의 주장으로서는 직접 국가 아닌 피신청인에 대하여 사법적 구제수단인 이 사건 가처분을 구할 수는 없는 것이[다.]

11. 위에서 본 우리 법원의 판결에서는 공법과 사법을 준별하는 태도를 발견할 수 있습니다. 공사준별론(公私峻別論)은 원래 권력으로부터 사적 영역을 보호하기 위해 안출된 이론입니다. 개인은 재산권과 인격권에 의해 보장되는 사적 영역에서 진정한 자유를 누릴 수 있는 것인데, 공적 목적을 달성하기 위해 제정된 법률이 이 사적 영역에 영향을 줄 수 있는 개연성이 있는 경우, 이를 방지하기 위해서라면 공법관계와 사법관계의 구별은 더할 나위 없이 유용할 것입니다. 우리 법원은 – 이를 의식하고 있는지 여부는 알 수 없지만 – 일조・조망・숙면・사생활의 침해와 소음・분진의 야기 등 법익침해의 정도가 문제되는 사안에서 수인한도의 초과 여부를 따질 때에도 공법과 사법을 준별하여 가령 건축법규 등을 고려할 여러 요소 중 '하나'로 참고하고 있습니다.[98] 저는 이러한 판결내용으로부터 선례에 충실하려는 우리 법원의 태도를 볼 수 있었습니다.

---

97) 부산고등법원(제3민사부) 1999.4.29. 선고 98나 10656 판결(공사금지가처분 사건). 고딕체 강조는 필자가 추가한 것입니다.

98) *Id.*; 부산고등법원(제3민사부) 1995.5.18. 선고 95카합5 판결(공사중지가처분이의 사건).

"일조방해가 있다고 하더라도 이 사건 신축건물에 대한 공사가 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 그 일조방해의 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어야 하고, 일조방해행위가 사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부는 패해의 정도, 피해 이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해 건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해방지 및 피해회피의 가능성, **공법적 규제의 위반 여부**, 교섭 경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2004.10.28. 선고 2002다6355 판결 참조).[99]

"건축법 등의 공법적인 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 원래 사법상 보호되는 일조권을 공법적인 면에서도 가능한 한 보충하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 일조권 보호를 위한 **최소한도의 기준**으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서는 어떠한 건물신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 수인한도를 넘은 경우에는 하자가 있는 것으로 평가될 수 있다 할 것이[다.](대법원 1999.1.26. 선고 98다23850 판결 참조)"[100]

12. 우리 법원은 "위험에의 접근이론"을 논하면서 유추적 추론을 하고 있는 것 같습니다.

"피고들이 이 사건 도로가 개설되어 차량 통행이 이루어진 이후에 이 사건 아파트에 입주한 사실은 앞에서 본 바와 같으나, 이러한 사정만으로 피고들이 이 사건 도로 등에서 차량통행 등으로 발생하는 소음으로 인한 피해를 용인하였다고 보기는 어려우므로, 원고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다(다만 이러한 사정은 손해배상액의 산정에 있어서 **형평의 원칙상** 과실상계에 **준하여** 감액사유로 고려함이 상당하다).[101]

13. 사건을 규율할 법규나 선례가 없는 경우, 우리 법원이 가장 많이 의존한 것은 사회통념과 이익형량일 것입니다. '사회통념'에 의지해 사건을 해결한다는

---

99) 부산고등법원(제4민사부) 2005.4.1. 선고 2004라134 결정(공사금지가처분 사건). 고딕체 강조는 필자가 추가한 것입니다.

100) 부산지방법원(제5민사부) 2005.12.15. 선고 2003가합23994 판결(손해배상(기) 사건). 고딕체 강조는 필자가 추가한 것입니다.

101) 부산지방법원(제5민사부) 2006.12.21. 선고 2003가합23819, 2003가합23901 (병합) 판결(채무부존재확인 사건). 고딕체 강조는 필자가 추가한 것입니다.

것은, 당해 문제가 조정문제임을 보여줍니다. 우리 법원은 수인한도 초과 여부를 판단할 경우뿐만 아니라 조망권을 인정함에 있어서도 사회통념에 의존하고 있습니다.

> "어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것인바, 이와 같은 조망이익은 원칙적으로 특정의 장소가 그 장소로부터 외부를 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고 그와 같은 조망이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우와 같이 당해 건물의 소유자나 점유자가 그 건물로부터 향유하는 조망이익이 **사회통념상** 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정되는 경우에 비로소 법적인 보호의 대상이 되는 것이라고 할 것[이고] … 그와 같은 정도에 이르지 못하는 조망이익의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법적인 보호의 대상이 될 수 없다 할 것이다(대법원 2004.9.13. 선고 2003다64602 판결)."[102]

14. 우리 법원은 이익형량의 방식으로 사법재량을 행사하고 있는 것으로 보입니다.

> "국가배상법 제5조 제1항에 의하여 이 사건 도로 등의 설치 또는 관리의 하자로 인하여 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있는데, 여기서의 '설치 또는 관리의 하자'라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 여기서 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험이 있는 상태라 함은 당해 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용 상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 할 것이고, 사회통념상 참을 수 없는 피해인지 여부는 그 공작물의 공공성, 피해의 내용 및 정도, 이를 방지하기 위하여 노력한 내용 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 3. 12. 선고 2002다14242 판결 등 참조)."[103]

---

102) 부산지방법원(제5민사부) 2005.12.15. 선고 2003가합23994 판결(손해배상(기) 사건). 고딕체 강조는 필자가 추가한 것입니다.

103) 부산지방법원(제5민사부) 2006.12.21. 선고 2003가합23819, 2003가합23901 (병합) 판결.

## Ⅷ. 결 어

1. 법률가는 가끔씩 어려운 문제에 맞닥뜨리게 됩니다. 그럴 때 불현듯 드는 생각은, 우리가 관행적으로 반복해오던 작업방식에 대한 회의, 즉 "내가 이제껏 제대로 일을 해온 것인가?"하는 의문입니다. 특히 '환경분쟁'과 같이 복잡다단한 양상의 분쟁을 일도양단의 판결로 해결해야 한다면 이런 의문은 더욱 증폭될 것입니다.

"어떻게 하면 옳은 결정에 이를 수 있을까?" 지금까지의 작업은 바로 이 질문에 대한 대답을 궁구하면서, 그 주안점을 결정의 '내용'이 아니라 그 결정에 이르는 '방법'에 두고 이를 검토해본 것이라 할 수 있습니다. 이런 종류의 성찰은 '메타이론'으로서 논의되는 것인데, 쉽게 이야기하여 결정에 사용되는 개념이나 이론 또는 사고방식 자체를 어떻게 찾아야 하는가라는 "이론의 이론"이라 할 수 있을 것입니다.

2. 환경문제의 법적 해결책을 연구하면서 제가 갖게 된 깨달음은 해결의 열쇠가 환경이 아니라 법에 있다는 것입니다. 환경문제의 특징을 간파하는 것도 중요하겠지만, 더 중요한 것은 우리가 늘 다루어 익숙하다고 '오해'하는 법을 제대로 이해하는 것이라 생각합니다. 또한 그것이 법률가인 우리에게 기대되는 바이기도 할 것입니다.

사안에 딱 들어맞는 법규나 판례가 없는 경우에 판사는 어떻게 하여야 하나요? 법률가라면 누구나 한번쯤은 가져봄직한 이 질문에 독자님께서는 어떤 대답을 갖고 계시나요? 경제학을 연구하시겠습니까, 아니면 정책학을 연구하시겠습니까?

3. 이 질문에 대해서 각자 저마다의 방법을 찾아야 하겠지만, 이 함정에만은 빠지시지 말기 바랍니다. "모든 것을 삼단논법의 대전제로써 설명하려는 욕망"[104] 말입니다. 법이라는 기획이 "공동체의 '기준'을 표현해보려는 의식적 노력"인 것은 분명하지만,[105] 바로 그 공동체가 각양각색의 사람들이 함께 모여 산다는 사실을 잊어서는 안 되기 때문입니다. 저는 그런 노력을 기울이기보다는 우리 선배들이 어떻게 했는지, 그 구체적 사례들을 살펴보려는 노력이 필요하다고 생각합

---

104) 이는 화이트헤드(Whitehead)의 언명입니다. 즉, "철학자의 병은 무엇인가? 모든 것을 삼단논법의 대전제로써 표현하려는 욕망." Whitehead, *Modes of Thought* 194 (1938).

105) Benjamin Cardozo, *The Nature of Judicial Process* (1921).

니다. 과거는 현재와 미래의 짐이지만, "짐이기 때문에 지혜가 되기도 할 것입니다."[106]

4. 영원히 풀리지 않을, 그리하여 우리 법률가에게 존재이유를 제공하는 이 질문에 대해 답변하는 대신, 짧은 권면(勸勉)의 말씀을 소개하는 것으로 제 말씀을 정리하고자 합니다. 미국 연방대법관 안토닌 스칼리아(Antonin Scalia)가 자신의 근간, *Making Your Case: The Art of Persuading Judges*의 첫머리에 올린 인용문입니다.

> "경험이 위대한 스승임은 의심할 여지가 없다. 그러나 갈고 닦아온 것이 나쁜 습관이라면 그 경험은 반생산적일 것이다. 요점은 이러하다. 수월성(秀越性)은 건전한 원리를 면밀히 연구하고 적용한 결과이지, 결코 법원에 기록된 시간의 축적물은 아닌 것이다."
>
> — T.W. 웨이클링(Wakeling) (1979)

그렇다 하더라도:

> "편람 속의 규칙 그 어느 것도 그 자체만으로는 실습과 연습 없이 대충 때우고 넘어가려는 사람에게서 결코 놀라운 업적을 만들어낼 수 없다."
>
> — 할리카나수스의 디오니시우스 (ca. 30 B.C.)

| 투고일 2009. 12. 30 | 심사완료일 2010. 3. 5 | 게재확정일 2010. 3. 9 |
|---|---|---|

106) 신영복, **강의: 나의 동양고전 독법**, 6 (2004).

# 참고문헌


권영성, **憲法學原論 [1998년판].**

신영복, **강의: 나의 동양고전 독법** (2004).

심헌섭, **분석과 비판의 법철학** (2001).

장영민, "드워킨의 권리와 원리의 법철학," 한국법철학회편, **현대법철학의 흐름** (1996).

조홍식, **사법통치의 정당성과 한계** (2009).

조홍식, "勿輕視政治: 比例立憲主義를 主唱하며," **서울대학교 法學** 제49권 제3호 (2008).

조홍식, "經濟學的 論證의 領域; 드워킨의 見解에 대한 批判을 中心으로 하여," **民事判例硏究 [XXX]** (2008).

조홍식, "法에서의 價値와 價値判斷," **서울대학교 法學** 제48권 제1호 (2007).

조홍식, "原告適格의 政治經濟學 II," **서울대학교 法學** 제46권, 제4호 (2005).

조홍식, "리스크법," **서울대학교 法學** 제43권 제4호 (2002).

조홍식, "미국헌법상의 환경권(상)," **法曹** 479호 (1996).

조홍식, "미국헌법상의 환경권(하)," **法曹** 480호 (1996).

콘라드 헷세(계희열 역), **통일 독일헌법원론 [제20판]** (2001).

Douglas G. Baird, Robert H. Gertner & Randal C. Picker, *Game Theory and the Law* (1994).

Isaiah Berlin, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward N. Zalta ed., 2006).

Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962).

William S. Boardman, "Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law," 97 *Ethics* 546 (1987).

Ernst-Wolfgan Böckenförde(J.A. Underwood trans.), *State, Society and Liberty* (1991).

Benjamin Cardozo, *The Nature of Judicial Process* (1921).

Ronald Coase, "The Problem of Social Cost," 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960).

Robert Dahl, *Democracy and Its Critics* (1989).

Joseph R. Desjardins, *Environmental Ethics: An Introduction to Environmental Philosophy* (4th ed., 2006).

Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (1985).
Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977).
John Finnis, "Law as Co-ordination," *Ratio Juris* vol. 2, no. 1, 97 (1989).
Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (1993).
Leslie Green, *The Authority of the State* (1988).
H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983).
H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2n ed., 1994).
Oliver W. Holmes, Jr., *The Common Law* (1881).
David Hume, *A Treatise on Human Nature* (1740).
Jane Mansbridge, *Beyond Self-Interest* (1990).
Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (2d ed., 2005).
R. Shep Melnick, *Between the Lines: Interpreting Welfare Rights* (1994).
Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, "The Property/Contract Interface," 101 *Columbia Law Review* 773 (2001).
John Stewart Mill, *On Liberty* (1859).
Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1976).
Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert Der Demokratie* (2d. ed. 1929).
David Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (1969).
John Locke, *Second Treatise on Government* (1689).
Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974).
Gerald Postema, "Coordination and Convention at the Foundation of Law," 11 *Journal of Legal Studies* 165 (1982).
Jeremy Rabkin, *Judicial Compulsion: How Public Law Distorts Public Policy* (1989).
John Rawls, *Lectures on the History of Political History*, ed. Samuel Freeman (2007).
John Rawls, *A Theory of Justice* (2d ed., 1999).
John Rawls, "The Domain of the Political and Overlapping Consensus," in D. Copp et al. (eds.), *The Idea of Democracy* 246 (1993).
Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986).
Joseph Raz, *The Authority of Law* (1979).
Charles A. Reich, "The New Property," 73 *Yale Law Journal* 733 (1964).
Jean-Jacques Rousseau, *On the Social Contract* ed. Roger D. Masters, trans. Judith R. Masters (1978).
Antonin Scalia, "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the

Separation of Powers," 17 *Suffolk University Law Review* 881 (1983).

Carl Schmitt, *Die Geistesgeschichitliche Lage heutigen Parlamentarisumus* (3d. ed. 1961).

David L. Shapiro, "In Defense of Judicial Candor," 100 *Harvard Law Review* 731 (1987).

Richard B. Stewart & Cass R. Sunstein, "Public Programs and Private Rights," 95 *Harvard Law Review* 1193 (1982).

Cass R. Sunstein, *One Case At a Time* (1999).

Cass R. Sunstein, "Incommensurability and Valuation in Law," in his *Free Market and Social Justice* 70 (1997).

Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996).

James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* (1995).

Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation* (1999).

Whitehead, *Modes of Thought* (1938).

長谷部恭男, **憲法の理性** 第13章 (2006).

長谷部恭男, **比較不能な價値の迷路**, 31-32 (2000).

長谷部恭男, **權力への懷疑: 憲法學のメタ理論**, (1991).

村上春樹, **走ることについて語るときに僕の語ること** (2007).

<Abstract>

# Interpretation of Environmental Law and Liberal Democracy

Hong Sik Cho*

One who participates in various social controversies including the disputes over environmental issues has one's own valuation method, and claims its superiority. These social disputes get to involve legal disputes because the parties involved cannot agree on the valuation method that will govern the case. Such disagreement among the parties is not due to the lack or insufficiency of reason-based practical reasoning; it is because their valuation methods on which their justifying reasons are grounded are plural and incommensurable.

If one cannot place one valuation method above the other, one has no alternative but to make a choice between them, which exerts a decisive influence on the relevant legal judgment. If then, the decision on the legal disputes depends on the choice of the valuation method, and, more essentially, on the *meta*-method of valuation, *i.e.* the method of choosing among the valuation methods.

The Constitution provides us with liberal democracy as an idea to regulate our choice among valuation methods. With democracy we determine to leave such choice among valuation methods to the majority's decision, which results in the positive law. A positive law functions to reflect and communicate a certain valuation method, which is called the "expressive function of law." On the other hand, people's fundamental rights mandated by the Constitution put certain restrictions on the majority's choice.

This meta-theory of legal interpretation may develop into concrete interpretive directives that are applicable to civil cases, administrative cases and constitutional

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

cases, respectively. It is evidenced by our court decisions that these directives have been used consciously or unconsciously by our courts.

Key words : environmental law, legal interpretation, meta-theory of legal interpretation, liberal democracy, proportional constitutionalism, rule of law, value, valuation, incommensurability, incomparability, expressive function of law, coordination problem