

〈논문〉

## 環境紛爭調整의 法政策\* - 라즈의 권위의 이론에 의존하여 -

趙 弘 植\*\*

리어: 넌 나를 아느냐?

켄트: 아뇨. 그러나 당신의 거동에는 제가 기꺼이 주인님이라고 부르고 싶은 것이 있습니다.

리어: 그게 무엇이냐?

켄트: 권위입니다.

<셰익스피어, “리어왕” 제1막, 제4장, 26-30>

### 요 약

이 글은 ADR에 관한 범경제학적 연구결과와 라즈의 권위 이론에 터 잡아 환경분쟁조정제도의 발전을 위해 필요한 법정책을 제시하고 있다. 환경문제의 해결을 위해 필요한 환경소송은 사회가 필요한 만큼 제기되지 않는 경향이 있다. 환경분쟁조정제도가 요구되는 것은 이 제도가 환경분쟁의 해결에 드는 비용을 절감해 과소소송의 경향을 극복할 수 있기 때문이다. 따라서 환경분쟁조정제도의 개선책은 환경분쟁조정비용을 최소화하는 것을 목표로 하여야 하며, 환경분쟁조정 결과의 “판결예측력”을 제고하는 것은 그 핵심 수단이 된다. 그런데 이런 결론은 환경분쟁조정제도의 취지를 고려할 때 실망스러운 것이다. 왜냐하면 이는 환경소송이 지닌 한계를 극복하기 위해 탄생한 환경분쟁조정제도의 자기부정을 의미하기 때문이다. 이러한 딜레마 상황을 타개할 수 있는 유일한 방안은 환경분쟁조정위원회가 법원으로부터 “이론적 권위”를 인정받는 것이다. 이를 위해서 환경분쟁조정위원회는 ① 자신의 판단을 법원

\* 이 글은 2011. 7. 6. 제주도 KAL 호텔에서 개최된 “환경분쟁조정 20주년 기념 국제 심포지움”에서 필자가 발표한 발제문을 수정·보완한 것이다. 이 글을 작성하는 데 많은 분들이 도움을 주었다. 필자가 이 글을 작성할 수 있도록 초청해 주신 김원민 환경분쟁조정위원장님, 필요한 자료 및 여러 편의를 제공해주신 환경분쟁조정위원회 관계자 여러분, 필자의 발표에 대하여 질문과 논평을 해주신 참가자 여러분, 유용한 포인트를 날카롭게 지적해주신 익명의 심사자, 그리고 이 글의 초록 작성에 도움을 준 서울대학교 법학전문대학원생 윤세중 군과 이경호 군에게 감사의 뜻을 전한다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

이 원래 가지고 있는 근거들에 기초해서 내려야 하고(의존테제), ② 그 판단은 법원이 독자적으로 판단할 때보다 그 근거들에 더욱 부합하여야 한다(통상정당화테제). 환경분쟁은 일반 분쟁과 달리 사실관계의 파악(가령 인과관계의 규명)에 있어서 전문성을 요하고 그 처리(가령 손해의 산정)에 있어서도 경험에 터 잡은 식견을 필요로 하는데, 환경분쟁조정위원회가 이런 측면에서 전문성과 수월성을 인정받는다면 법원으로부터 이론적 권위를 인정받을 수 있을 것이다. 이와 같이 인정된 환경분쟁조정위원회의 이론적 권위가 지속되고 그 결과 이제 그 권위가 환경분쟁에 관한 한 사회 구성원 모두에게 눈의 띄는 지위에 오를 만큼 확립된다면, 환경분쟁조정위원회의 판단은 “사실의 문제”를 넘어 “무엇이 법이어야 하는가?”에 관해서도 법원의 존중을 획득할 수 있을 것이다. 이 글은 이상을 토대로 하여 환경분쟁조정위원회의 이론적 권위를 확립하기 위해 필요한 다양한 법정책을 제시·평가하고 있다.

주제어: ADR, 권위, 독성불법행위, 분쟁해결비용, 오판비용, 의존테제, 인과관계, 자연자원손해, 조셉 라즈, 통상정당화테제, 환경분쟁조정, 환경소송, 환경손해

## I. 서언: 현행 환경분쟁조정제도에 대한 평가

환경분쟁조정제도가 올해로 탄생 20돌을 맞았다. 환경분쟁조정제도는 그 동안 제도적 발전을 거듭해왔는데, 이는 대안적 분쟁해결방식(Alternative Dispute Resolution, “ADR”)의 사용을 권장하는 법조(法曹) 전체의 노력과 사회통합을 강조하는 사회적 분위기<sup>1)</sup>에 힘입어 환경분쟁조정위원회가 사회적 필요에 즉응한 자기개발을 지속해왔기 때문일 것이다.

하지만 긍정적 평가 속에서 진행되어 온 제도적 발전에도 불구하고 환경분쟁조정제도의 이용도는 결코 자족할만한 수준이 아니다. 환경분쟁조정제도의 이용이 점증(漸增)하는 추세인 점은 분명하나, 환경분쟁해결에 대한 실질적 기여도는 아직은 미미한 실정이기 때문이다. 환경분쟁조정을 통하여 해결되는 사안들은 비교적 경미한 경우가 대부분이고 대규모 분쟁 사건은 결국 소송으로 이어지고 있는 점에서 결국 우리 국민은 중요한 분쟁에 있어서는 환경분쟁조정제도보다 재판제도를 더 신뢰하고 있음을 알 수 있다.<sup>2)</sup> 또한 환경분쟁조정제도가 재정(裁定) 중심으

1) 拙稿, “대안적 분쟁해결제도(ADR)의 경제학: 환경분쟁조정제도에 대한 평가를 중심으로”, 『서울대학교 法學』 제47권 제1호, 13-75 (2006).

2) 김유환, “행정사건에 대한 재판외분쟁해결제”, 『법학논집』 제6권 제2호, 75 (2001).

로 운영되고 있는 점에 관해서는 동 제도의 취지인 “양 당사자의 자유의사에 의한 합의”를 실현하기에 적합하지 않다는 비판이 제기되고 있는 것 또한 사실이다.<sup>3)</sup>

이 글은 환경분쟁조정제도의 발전을 이론적으로 뒷받침하기 위하여 기획되었다. 환경분쟁조정제도가 환경분쟁의 합리적 해결이라는 목적을 달성하기 위해 고안된 제도인 만큼 이를 위해 필요한 것은 무엇인지를 살펴보는 것이 이 글의 목적이다. II.에서는 ADR 일반에 관한 법경제학적 연구결과를 살펴볼 것이다. 이는 환경분쟁조정제도의 목표나 한계를 이해함으로써 그 개선책을 강구하는 데 필요한 배경지식을 얻으려는 것이다. III.은 환경분쟁조정제도가 국민들로부터 사랑받기 위해서는 환경문제에 관한 한 전문성을 인정받아야 함을 밝히고 이를 위해 필요한 조건을 살필 것이다. 여기서는 “권위”에 관한 철학적 논의가 제시된다. IV.에서는 이와 같은 조건을 충족하기 위해 필요한 구체적인 제도적 개선책을 살펴볼 것이다. 여기서는 환경분쟁조정제도의 운용상 현실적으로 노출된 이리저리한 문제점에 대한 진단과 처방책이 제시될 것이다.

## II. 대안적 분쟁해결제도에 대한 법경제학적 연구 결과

1. 현행 환경분쟁조정(調整)제도는 분쟁해결방법으로서 알선(斡旋), 조정(調停), 재정(裁定)을 제공하고 있다. 이 세 가지 방법은 각각 나름의 특징을 가지고 있지만, 소송과 비교하여 덜 형식적이고 짧은 기간을 소요하며 “의견을 제시하고 분쟁에 관한 정보를 분쟁당사자들에게 소통시키는 제3자의 관여”<sup>4)</sup>라고 하는 ADR의 특성을 공유하고 있다. 따라서 ADR 일반에 관한 연구 결과는 환경분쟁조정제도의 개선책을 강구함에 있어 간과할 수 없는 시사점을 제공하게 된다.

2. 합리적인 분쟁당사자들은 분쟁을 적극적으로 해결할 것인지 아니면 참고 말 것인지, 적극적 해결방안을 선택한다면 화해, 소송, ADR 중에서 어느 방법을 선택할 때 자신에게 가장 유리할 것인지를 따져보게 되어 있다. 존 케인즈(John M. Keynes)는 “선용되든 악용되든 위험한 것은 아이디어이지 이기심이 아니다.”라고

3) 전경운, “환경분쟁조정제도의 현황과 문제점”, **환경법연구** 제26권 제3호, 219, 234, 239 (2004); 김충목, “환경분쟁조정제도에 관한 연구”, **법학연구** 제4권 제1호, 71 (2000).

4) 拙稿(註 1), 13-14.

갈파한 바 있는데, 법경제학은 잠재적인 분쟁당사자가 가진 이런 이기심을 이용하여 그들의 행태를 사회적으로 바람직한 방향으로 조종할 수 있는 방안을 찾으려고 한다. ADR에 관한 법경제학적 연구의 결과를 요약하면 다음과 같다.<sup>5)</sup>

환경소송은 사회가 필요한 만큼 제기되지 않는 경향이 있다. 환경소송의 경우, 승소판결로 얻게 될 편익(=개선된 환경)은 사회 구성원 모두가 공유하게 되는 데 반해, 그에 수반되는 소송비용은 통상 소제기자가 혼자 부담하여야 한다. 따라서 사회적으로 바람직한 환경소송이라 하더라도 소제기자 개인에게는 사치나 낭비가 될 수 있고, 그런 만큼 원고는 다른 이의 노력에 ‘무임승차’하려고 하게 된다. 요컨대 환경소송은 그 공공재적 성격과 집합행위<sup>6)</sup>의 어려움으로 말미암아 소송이 사회적 최적 수준 이하로 제기되는 과소소송(過少訴訟; under-litigation)의 경향을 띠게 되는 것이다.<sup>7)</sup>

이런 특성이 있는 환경분쟁에 있어서 환경피해자의 소제기 유인(誘因)을 끌어올리기 위해서는 소제기에 수반하는 소제기자 개인의 비용편익구조를 바꿔야 한다. 환경소송에 따르는 원고 개인의 편익을 끌어올리든지 아니면 원고 개인의 비용을 끌어내려야 하는 것이다. 환경분쟁에 있어서 ADR의 필요성이 거론되는 것은 ADR이 환경분쟁에서 원고 개인의 분쟁해결비용을 저감할 수 있는 가능성이 있기 때문이다. 분쟁이 발생한 후 분쟁당사자가 ADR에 의한 분쟁해결에 동의하는 것은 그것이 쌍방 모두에게 이롭다고 생각하는 데 기인하며, “사후적 ADR 의존(ex post ADR resort)”이 당사자 모두에게 유리하다고 인식될 수 있는 것은 ADR이 분쟁해결에 드는 비용을 절감할 수 있기 때문이다. 따라서 환경분쟁을 해결할 때 보다 많은 사람이 ADR을 이용하도록 하기 위해서는 ADR로 환경분쟁을 해결하는 데 개인이 부담해야 할 분쟁해결비용을 최소화 할 필요가 있다.

사적(私的) 분쟁해결비용은 “운영비용(運用費用; operating cost)”과 “오판비용(誤判費用; error cost)”으로 구성된다. 사적 운영비용은 분쟁해결에 관계된 사람들이 분쟁해결을 하는 데 사용하는 시간과 노력을 말하며, 인지대, 송달료, 증인여비 등

5) 이하는 拙稿(註 1)의 연구결과를 정리한 것이다. 특별히 강조할 필요가 있지 않는 한 일일이 각주(脚註)를 달지 않기로 한다.

6) 환경소송은 마치 공중화장실 청소와 같이 사회에 꼭 필요한 “집합행위(collective action)”이다. 하지만 이에 따르는 비용은 행위자에게만 귀속되는 반면 그 편익은 사회의 구성원 모두에게 돌아가므로 행위자는 특단의 사정이 없는 한 이를 행하려 들지 않을 것이다. 이를 집합행위의 문제라 한다. 우선은, Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (1965).

7) 拙稿(註 1), 22-27.

의 “재판비용”과 변호사보수 등의 “당사자비용”으로 구성된다. 사적 오판비용은 오판으로 인한 기대이익의 손실인데,<sup>8)</sup> 사람들이 자칫 간과하기 쉬운 “보이지 않는 비용”이다. 환경분쟁조정제도가 많은 국민들로부터 사랑받기 위해서는 사적 분쟁 해결비용을 최소화하는 방안을 고안하여야 하는데, 이를 위해서는 상쇄관계 (trade-off)에 있는 사적 운용비용과 사적 오판비용을 조화롭게 감소시켜야 한다.<sup>9)</sup> 개선된 환경분쟁조정절차에서의 오판비용의 증가폭이 운용비용의 감소폭을 초과할 경우, 사람들은 분쟁해결 자체를 포기하거나 소를 제기하게 될 것이기 때문이다.

3. ADR의 이용가능성은 일반적으로는 소제기의 빈도를 감소시킨다. ADR이 소송의 값싼 대안이 될 수 있고 ADR의 결정이 판결의 예상답안이 되어 화해를 촉진하는 효과가 있다면 소송의 이용 빈도가 떨어지는 것은 당연하기 때문이다. 하지만 ADR이 재판 결과와 동떨어진 결론에 도달하게 되는 경우라면, 이런 상식적인 판단은 유지될 수 없다. 또한 ADR의 운용비용을 낮추는 데에도 한계가 있다. 따라서 사람들로 하여금 소송 대신에 ADR을 이용하게 하려면, 운용비용을 증가시키지 않으면서 ADR 결정의 “판결예측력”을 높이는 것이 성공의 첩경이 된다. 환언하면 ADR의 오판비용이 줄면 줄수록 ADR이 소송을 대체하는 효과는 커진다.

8) 다른 한편, 사회적 분쟁해결비용 또한 운용비용과 오판비용으로 구성된다. 운용비용은 분쟁해결에 관계된 사람들이 분쟁해결을 하는 데 사용하는 시간과 노력을 말하는데, 위에서 본 사적 운용비용에 더하여 국가가 사법제도를 유지·운용하는 데 지불하는 소송제도운용비용으로 나누어 볼 수 있다. 한편 오판(誤判)은, 개인적으로는 소송당사자에게 정당하게 기대되는 소득의 이전을 받을 수 없도록 함으로써 그 만큼의 비용(기대이익의 손실=완전정보 판결-실제 판결)을 유발하지만, 사회적으로는 왜곡된 유인을 제공함으로써 사람들의 행위체계에 나쁜 영향을 미치고 결국 사회의 효율성을 희생하게 하는 사회적 비용을 야기한다. 예컨대 법원이 과실 판단을 하면서 너무 느슨하거나 강한 기준을 설정하면 사람들은 이에 따라 사회적으로 적정한 수준보다 과소하거나 과다한 주의를 기울이게 되고 그 결과 효율적인 자원배분을 저해하게 되는 것이다. 그런데 분쟁당사자도 국민의 한사람이므로 소송제도운용비용의 일부와 왜곡된 유인으로 야기된 사회적 손실의 일부를 부담하겠지만, 이는 무시해도 좋을 만큼의 미미한 액수가 될 것이다. *Id.* 23.

9) 운용비용은 분쟁해결에 관계된 사람들이 분쟁해결을 하는 데 사용하는 시간과 노력을 말하는데, 이는 신속·경제라는 분쟁해결의 이상에 정향(定向)된 개념이다. 신속·경제를 위해 운용비용을 줄이는 것은 내재적 한계가 있는데, 운용비용의 절감이 오판의 가능성을 높여 적정·공평이란 이상을 희생시키고 오판비용을 증가시키기 때문이다. 분쟁해결의 사적 비용을  $PC$ , 사적 운용비용을  $c_a$ , 오판비용  $c(e)$ 라고 하면, ADR 설계의 경제학적 목표는 운용비용과 오판비용의 합을 최소화하는 것, 즉  $\text{Min } PC = c_a + c(e)$  이 된다. *Id.* 23, 각주 40.

하지만 이상의 결론이 항상 유지되는 것은 아니다. ADR이란 제도를 여하히 설계하고 분쟁해결시스템 내에 여하히 자리매김하느냐에 따라 다른 결론이 생길 수 있기 때문이다. 아래 <표 1>에서 볼 수 있듯이, ADR은 네 가지 유형으로 분류될 수 있다. ADR의 이용이 강제되지 않지만 그 결정은 당사자를 구속하는 경우(①), ADR의 이용이 강제되지도 않고 그 결정이 당사자를 구속하지도 않는 경우(②), ADR의 이용이 강제되지만 그 결정이 당사자를 구속하지 않는 경우(③), ADR의 이용이 강제되고 그 결정이 당사자를 구속하는 경우가 그것이다. 헌법상 보장된 국민의 재판청구권을 침해하는 마지막 유형을 제외한 나머지 유형 모두는 제도화될 수 있는데, ADR의 이용도는 각각의 경우 달리 나타날 수 있다. 먼저 ADR이 강제되지 않지만 그 결정이 구속력이 있는 경우(①)에는 ADR의 결정이 판결을 정확히 예측할 때 ADR의 이용빈도가 높아질 것이다. ADR의 오판비용은 소송에서의 오판비용과 같은 반면, ADR의 운용비용이 소송의 그것보다 통상 작기 때문이다. 하지만 ADR의 결정이 판결을 예측하지 못한다면 ADR의 오판비용이 급증하는데 만약 ADR의 오판비용의 증가분이 양자의 운용비용의 차이(=소송의 운용비용-ADR 운용비용)보다 큰 경우에는 ADR 대신에 소송을 이용할 것이다. 결국 분쟁당사자들이 소송 대신에 구속력 있는 ADR을 이용할지 여부는 ADR의 오판비용의 상대적 크기, 다시 말해 ADR의 결정이 얼마나 판결결과에 근사(近似)한지 여하에 달린 것이다.

<표 1> ADR 유형표

출전: 拙稿(註 1), 41.

	任意性	强制性
拘束力 있음	① ADR의 이용이 임의적이지만 그 결정이 구속력이 있는 경우	ADR의 이용이 강제되고 그 결정이 구속력이 있는 경우: 헌법상 재판청구권 침해
拘束力 없음	② ADR의 이용이 임의적이고 그 결정도 구속력이 없는 경우	③ADR전치주의에 의해 소제기 전에 강제되지만 구속력 없는 ADR

다음으로 현행 환경분쟁조정제도와 같이 ADR의 이용이 강제되지도 않고 그 결정 또한 당사자를 구속하지도 않는 경우(②)에는, 소제기 경향이 ADR의 이용가능성에 의해 영향을 받지 않을 가능성이 높다.<sup>10)</sup> 만약 ADR결정이 재판결과에 대한 예측력이 없다면, 승소할 수 있다고 생각하는 사람은 임의적 ADR을 이용하지 않

을 것이다. 왜냐하면 그가 ADR에서 승소한다고 하더라도 ADR 결정이 예측력이 없기 때문에 상대방이 이에 승복하지 않아 제소하여야 할 것이고, 그런 마당에 소송에서 승소할 가능성이 있는 사람이 굳이 비용이 드는 ADR을 이용할 까닭이 없기 때문이다. 하지만 ADR의 결정이 판결의 결과를 정확히 예측한다면 ADR의 이용가능성은, 비록 그 결정이 구속력이 없다고 하더라도, 소송의 이용빈도에 큰 영향을 미칠 것이다. 두 절차가 동일한 결정을 내린다면, 사람들은 비용이 저렴한 절차를 이용할 것이기 때문이다. 결국 구속력 없는 ADR의 이용가능성이 소송의 사용빈도에 미치는 영향도 ADR의 오판비용의 상대적 크기에 달린 것이라 할 수 있다.

마지막으로 구속력 없는 ADR이 강제되는 경우(③)를 살펴보자. 이는 “ADR 전치주의(前置主義)”가 채택된 경우인데, 이 경우 ADR이 소제기에 미칠 영향은 불분명하다. 왜냐하면 가령 소를 제기할 의도가 없는 사람도 ADR의 비용이 적기 때문에 ADR을 통해 분쟁을 해결하려고 할 수 있고 이것이 결국은 소송으로까지 이어질 수 있으며, 다른 한편 소를 제기하기 위해서는 ADR을 거쳐야 하기 때문에 이것이 전체적인 분쟁해결비용을 높이므로 소송이 감소할 수도 있기 때문이다.<sup>11)</sup> 하지만 이와 같은 변수를 고려하지 않는다면, 이 경우에도 ADR의 판결예측력을 높이면 높일수록 사람들은 ADR 결과에 만족하여 소송에 이르지 않고 분쟁을 종결하게 될 것이다.

4. 이상에서 ADR이 소송의 대체물로서 이용되기 위해서는 ADR의 운영비용을 증가시키지 않으면서 ADR의 결정이 판결결과를 정확히 예측할 수 있어야 함을 알았다. 이것은 너무나 당연한 결론이다. 소송 대신에 ADR의 선택을 고민하게 되는 계기는 통상 ADR의 운용비용이 소송보다 작기 때문이다. 그런데 그 결정을 신뢰할 수 없다면, 이는 ADR의 오판비용이 소송보다 큼을 말한다. 이 상황에서 만약 “오판비용의 차이가 운용비용의 차이보다 크다면”((ADR의 오판비용-소송의 오판비용) > (소송의 운용비용-ADR의 운용비용)), ADR을 소송보다 선호할 까닭이 없는 것이다.

앞서 본 바와 같이 운용비용과 오판비용은 상쇄관계에 있어 어느 것을 줄이려면 다른 것이 늘게 되어 있다. 따라서 ADR을 설계하는 사람의 입장에서는 운용비용

<sup>10)</sup> Steven Shavell, “Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis”, 24 *Journal of Legal Studies* 1, 3, 12-16 (1995).

<sup>11)</sup> *Id.* 4, 16-19.

을 절감하되, 그 감소폭보다 오판비용의 증가폭이 커지지 않도록 하여야 한다. 또한 운용비용을 그대로 유지하면서 오판비용을 줄이면 줄일수록 ADR을 이용할 유인은 더욱 커질 것이다. 결론적으로 말해서, ADR의 오판비용이 줄면 줄수록 ADR을 이용하려고 하는 개인적 유인은 더욱 커질 것이다.

5. ADR 일반에 대한 경제학적 분석을 통해 얻은 결과를 정리하면 다음과 같이 정리될 수 있을 것이다.

ADR이 소송을 대체하기 위해서는

첫째, ADR을 이용하는 데 드는 운용비용을 낮추어야 한다.

둘째, 그와 동시에 ADR의 판결 예측력을 높여서 ADR의 오판비용을 낮추어야 한다.

### III. 환경분쟁조정제도의 “딜레마”와 환경분쟁조정위원회의 “이론적 권위”

#### 1. 딜레마 상황

위에서 환경분쟁조정이 활성화되기 위해서는 결국 환경분쟁조정판결예측력을 제고하여야 함을 살펴보았다. 그런데 이런 결론은 환경분쟁의 특성과 환경분쟁조정제도의 취지를 고려할 때 매우 실망스러운 것이다. 왜냐하면 환경분쟁조정의 ‘판결예측력’을 제고한다는 것은 환경분쟁의 특성을 반영하기 위해 특별히 고안된 환경분쟁조정제도의 존재이유 자체를 ‘스스로’ 부정하는 것이기 때문이다.

환경분쟁조정제도란 사법부가 그 동안 환경소송에서 내린 판결이 이런 저런 측면에서 불충분하였음을 전제로 탄생한 제도이다. 환경분쟁조정법은 환경분쟁조정제도를 “환경분쟁을 신속·공정하고 효율적으로 해결하여 환경을 보전하고 국민의 건강 및 재산상의 피해를 구제함을 목적”으로 한다고 규정하고 있다(동법 제1조). 이는 그 동안 경험한 환경소송의 한계를 극복함으로써 환경분쟁조정제도가 환경보전에 만전을 기할 수 있다는 판단을 전제로 하고 있다고 보아야 한다. 물론 동조만으로는 사법부의 환경판결이 가진 문제점이 절차적인 것인지 실체적인 것인지 불분명하다. 하지만 만약 환경분쟁조정이 여타의 분쟁에서와 같이 소송비용의 지나침만을 극복하기 위해서 제정된 것이라면 기존의 ADR을 이용하도록 할 것이지



환경분쟁에 특화된 환경분쟁조정제도를 별도로 신설할 필요가 없었을 것이다. 그런데 환경분쟁조정제도의 이용이 활성화되기 위해서는 환경분쟁조정의 결과가 그런 문제점이 있는 판결과 가능한 한 부합하여야 한다고 하면, 이는 딜레마 상황이 아닐 수 없다.

이러한 딜레마 상황을 타개할 수 있는 방안으로 중국적으로 도달하게 되는 결론은, 환경분쟁조정위원회의 결정이 법원으로부터, 보다 근본적으로는 국민으로부터 존중됨을 획득하는 것이다. 이는 곧 환경분쟁조정의 결과가 법원과 국민들로부터 “권위”를 인정받는 것이 된다. 이와 같은 상황이 달성된다면, 이제 목표는 ‘환경분쟁조정제도의 판결예측력 제고’가 아니라 **법원판결의 조정에측력 제고**가 될 것이다.

## 2. “이론적 권위”와 “실천적 권위”

(1) 환경분쟁조정의 결과가 법원에 의해 존중되려면 어떤 조건이 갖추어져야 하는가? 이 문제에 답하기 위해서는 먼저 “권위(authority)”라는 개념에 관한 논의를 개괄적이거나 살펴볼 필요가 있다. 법원이 ‘환경분쟁조정의 결과를 존중한다는 것’은 법원이 당해 문제에 관한 자신의 판단을 정지하고 환경분쟁조정위원회의 결정을 자신의 고유한 판단을 대체하는 것으로 받아들이는 것인데, 이것이 권위의 개념에 부합하는 것이기 때문이다.

머리인용문에서 볼 수 있듯이, 리어왕을 추종하는 켄트의 고백(“기꺼이 주인님이라고 부르고 싶은 것이 있다.”)은 ‘권력’과 구별되는 ‘권위’의 특성을 보여주고 있다. 여기서 리어왕은 권좌에서 축출되어 켄트의 복종을 강요할 힘을 가지고 있지 않다. 하지만 그럼에도 불구하고 켄트는 리어왕의 지시를 추종할 도덕적 의무감을 가지고 있음을 스스로 밝히고 있다. 법원이 환경분쟁조정의 결과를 존중한다는 것은 비록 환경분쟁조정위원회가 법원을 무릎 꿇릴 힘을 가지고 있진 않지만 법원 스스로가 환경분쟁조정절차를 거쳐 나온 해결책을 권위 있는 지시로 받아들여 이에 복종하고 있음을 의미한다. 따라서 권위에 관한 논의, 즉 “권위가 정당화될 수 있다면 그 조건은 무엇인가?”라고 하는 정치철학과 법철학의 근본 질문에 대한 논의를 살펴보는 것은 이 글의 주제와 깊은 관련성을 갖고 있는 것이다.<sup>12)</sup>

12) “권위의 조건”이라는 정치철학적 논제는, 관점을 바꿔보면, “어떤 조건 아래에서 법의 명령이 그 효력을 인정받을 수 있는가?”라고 하는 “법의 규범성”의 문제가 되고, 이는 다시 “어떤 조건 아래에서 법에 복종할 의무가 있는가?”라고 하는 법철학의 근본 문제가 된다. 국가의 권위에 도덕적 정당성을 인정하는 것은 곧 국가의 법을 준수해야

(2) 권위에는 두 가지 범주가 있는데, “복종을 요구하는 권위”와 “믿음의 형성에 영향력을 행사하는 권위”가 그것이다.<sup>13)</sup> 전자는 “**실천적 권위(practical authority)**”로서 이 때 권위의 지시는 “행위의 근거(reason for actions)”가 되는데, “정치적 권위”가 대표적인 예이다. 타인이 명령하는 바에 단순히 외적으로 “부합하는(conforming)” 행위를 했다고 해서 그 명령에 복종한다고 말하지는 않는다. 명령을 받았다고 하더라도 그 명령이 지시하는 내용에 대하여 스스로 숙고한 결과, 그 내용을 실현시키는 것이 좋겠다고 판단하여 당해 행위로 나아갈 수도 있기 때문이다. 명령에 복종하는 것이 되기 위해서는 명령하는 바에 “따르는(complying)” 행위가 있어야 비로소 복종한다는 표현을 쓸 수 있다. 다시 말해 명령의 내용이 옳기 때문이 아니라 “명령이기 때문에” 지시된 행위로 나아갈 것이 요구된다.

조셉 라즈는 실천적 권위의 이 같은 개념적 특징을 다음과 같이 정식화하고 있다.<sup>14)</sup>

개인 A가 B에게 x를 이행하라고 말한 사실이 x의 내용과 관계없이 B에게 x를 이행할 근거나 이유를 부여하는 경우 A는 B에게 권위를 갖고 있다고 할 수 있다. 이 근거나 이유란 x를 이행하지 않을 모든 혹은 일정한 근거나 이유들을 압도하는 그러한 근거나 이유다.

이렇게 권위를 이해한다면, 권위는 “구속력 있는 지시를 발휘할 수 있는 권능”을 의미하고 권위의 상대방은 그러한 지시에 복종해야만 하는 것으로 이해할 수 있다. 그리하여 권위는 이제 상대방에게 “의무를 부과할 수 있는 규범적 권능(normative power)”을 의미하게 된다. 이러한 규범적 권능은 통상 지시를 하는 주체가 자리 잡은 ‘지위’에서 비롯하는 것이어서 실천적 권위를 “지위적 권위(positional authority)”로 이해하는 것이 일반적이다.<sup>15)</sup> 지위적 권위란 가령 어떤 사람이 다른 사람과의 관계에서 일정한 규범관계 상의 위치를 점하고, 그 다른 사람의 규범관계 상의 위치가 이에 상응할 때 관계의 두 위치 중 상대적으로 우월한 위치를 나타내는 개념이다.

---

하는 도덕적 의무를 인정할 수 있는 길을 열어주게 되기 때문이다. 이처럼 권위에 관한 논의는 여하한 법적 문제에서라도 유용한 통찰을 제공하는 핵심개념이다. Joon-Seok Park, *The Concept of Authority* 특히 169 이하 (2007).

<sup>13)</sup> Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* 89, 134-35 (2d. ed., 2005); 박효중, **민주주의와 권위**, 31-111 (2005).

<sup>14)</sup> Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, 46 (1986).

<sup>15)</sup> Park (註 12), 17, 13-119 & passim.

다른 한편, “믿음의 형성에 영향력을 행사하는 권위,” 즉 “믿음의 근거(reason for belief)”를 제공하는 권위는 “**이론적 권위(theoretical authority)**”로서 “전문가의 권위”가 대표적인 예가 된다. 문외한을 대신해 보석감정을 해주는 전문가의 권위에서와 같이 이론적 권위는 그 판단의 수월성(秀越性) 또는 전문성을 요체로 하는바, 이런 까닭에 이론적 권위는 권위의 주체가 가진 고유한 “특성(disposition),” 즉 “의지하고 존중할 만한 자질이나 속성”에 근거한다는 의미에서 “특성적 권위(dispositional authority)”로 이해된다. 라즈의 실천적 권위의 정식화를 응용하면, 이론적 권위는 다음과 같이 정식화할 수 있을 것이다.

개인 A가 B에게 x가 참이라고 말한 사실이 x의 내용과 관계없이 B에게 x를 믿을 근거나 이유를 부여하는 경우 A는 B에게 권위를 갖고 있다고 할 수 있다. 이 근거나 이유란 x를 믿지 않을 모든 혹은 일정한 근거나 이유들을 압도하는 그러한 근거나 이유다.

실천적 권위가 수명자(受命者)에게 그 지시를 이행할 근거가 되는 데 반해, 이론적 권위는 수명자에게 그 지시의 내용을 신뢰할 근거가 되는 데 그치고 만다. 그리하여 이론적 권위는 수명자에게 어떤 행위로 나아갈지 여부를 결정함에 있어 판단의 정지를 요구하지 않으며, 따라서 이론적 권위의 수명자는 비록 이론적 권위의 지시가 있다고 하더라도 또 다른 행위 근거가 있는 경우(가령 실천적 권위의 다른 지시가 있는 경우) 이에 반하는 행위로 나아갈 수 있다.

### 3. 권위의 정당화

권위의 정당화 조건에 관해서는 조셉 라즈의 “**서비스적 권위관(service conception of law)**”이 널리 받아들여지고 있다. 이에 의하면 “정통한 권위(legitimate authority)”가 “정당화(justification)”되기 위해서는 권위의 지시가 수명자에게 봉사하여야 한다. 이를 “**통상 정당화 테제(normal justification thesis)**”라고 하는데, 이럴 때 수명자는 자신이 스스로 행위나 믿음의 근거를 찾지 않고 권위의 지시에 따를 수 있기 때문이다. 권위의 지시가 수명자의 행위나 믿음의 근거로 자리매김될 수 있는 것은, 바로 그 지시가 수명자가 원래 가지고 있는 근거들에 기초하고 있기 때문이다. 이를 “**의존테제(dependence thesis)**”라고 한다.<sup>16)</sup> 기상청이 “외출 시 우산지참”이라는 지시를 내린 경우, 사람들이 이에 따르는 것은 기상청의 지시 때문이 아니라 비를

맞지 않겠다는 독자의 행위근거를 가지고 있었기 때문이다. 기상청의 지시는 (자신의 이유에 의존하지 않고) 이런 사람들의 근거에 의존해 내려진다. 다시 말해 기상청은 사람들이 비를 맞지 않도록 하기 위해 지시를 내리는 것이다. 그런데 사람들이 독자적으로 판단할 때보다 기상청이 이들을 대신해 판단하는 것이 보다 더 정확한 판단을 할 수 있다. 바로 이 때문에 기상청의 권위는 정당화되는 것이다.

이와 같이 정당화된 권위의 지시는 이제 수명자에게 다른 근거(가령 경험칙상 개구리가 올면 비가 오는데 오늘은 개구리가 올지 않는다는 근거)를 고려에서 배제하게 해주며(“배제적 근거(exclusionary reason)”), 다른 근거(육상에 올라가 보니 비구름이 있다는 근거)를 더 고려할 필요가 없게 해준다(“선취척 근거(preemptive reason)”). 다시 말해서 이제 수명자는 권위의 지시라는 것만으로 다른 요소를 고려할 필요도 없이 이를 근거로 믿거나 행동하면 되는 것이다.

#### 4. 환경분쟁조정위원회의 권위

소송과의 관계에서 환경분쟁조정이 지향해야 할 목표는 환경분쟁조정 결과법원으로부터 ‘이론적 권위’를 인정받는 것이다. 우리의 환경분쟁조정제도에서는 환경분쟁조정이 강제되지도 않고 그 결정이 구속적이지도 않다. 이는 환경분쟁조정위원회가 법원에 대하여 구속력 있는 지시를 할 수 있는 지위에 있지 않음을 의미하고, 이처럼 위치적 우월성이 인정되지 않는 마당에 환경분쟁조정이 소송과의 관계에서 실천적 권위를 인정받을 수는 없는 노릇이다. 하지만 후술하는 바와 같이 환경분쟁은 여타의 법적 분쟁과 구별되는 여러 가지 특성을 가지고 있어 사실관계의 파악(가령 인과관계의 규명)에 있어서 전문성을 요하고, 또한 그 처리(가령 손해액의 산정)에 있어서도 나름의 경험에 터 잡은 식견을 필요로 한다. 따라서 환경분쟁조정은 이런 측면에서 전문성과 수월성을 인정받아 법원으로부터 이론적 권위로 자리매김될 것을 목표로 하여야 한다.<sup>17)</sup>

16) Raz의 서비스적 권위관에 관해서는, Joseph Raz, *The Authority of Law* (1979); Raz (註 14). 특히 “의존 테제(dependence thesis)”와 “통상 정당화 테제(normal justification thesis)”에 관해서는, Raz (註 14), 38-57. 한편 Raz는 2006년에 자신의 서비스적 권위관에 관해 제기된 비판에 대해 답변으로는 Joseph Raz, “The Problem of Authority; Revisiting the Service Conception”, 90 *Minnesota Law Review* 1003 (2006).

17) 이런 맥락에서 본다면, 일본의 공해분쟁처리법이 규정하고 있는 “원인재정(cause adjudication)”의 도입필요성을 진지하게 생각해볼 필요가 있을 것이다. “원인재정”에서는, “책임재정(responsibility adjudication)”과 달리, 당해 사안의 ‘인과관계의 준부’에 대한 결정만이 내려지게 된다. 자세한 것은, 大塚直, *環境法 (第2版)*, 595-97 (2006).

여기서 중요한 점은 어떤 주체의 이론적 권위가 장구한 세월을 지속한 결과 사회 구성원 모두에게 눈에 띄는 지위에 오를 만큼 확립되면, 이제는 실천적 권위로서 자리매김될 수 있다는 사실이다. 가령 일본에서 국민들로부터 가장 큰 존경을 받는 기관은 기상청인데, 일본 기상청이 어떤 기상예보를 했다고 치자. 다른 한편 일본의 총리대신은 재해에 대응할 최종책임자로서 여러 가지 정보를 종합하여 재해대책을 강구하여야 한다고 가정하자. 이 때 기상청은 총리에 대하여 기상정보에 관한 한 이론적 권위를 가질 뿐이고, 총리가 강구하는 재해대책의 결정에 관하여 실천적 권위를 갖지 못한다. 기상청의 기상예보는 기상상황에 관하여 그 예보대로의 상황이 펼쳐질 것을 믿을 근거가 되지만, 그렇다고 하여 여타의 다른 근거들을 모두 취합하여 재해대책에 관한 종합적인 결정을 하여야 할 총리의 행위를 좌우할 수 있는 근거는 되지 못하기 때문이다. 하지만 기상청의 기상예보가 한 치의 오차도 없이 지속적으로 제공되어 이제 이 기상청의 기상예보가 함의(含意)하는 특정 방향으로의 대책이 강구되지 않을 경우 총리로서 책임을 다하지 못한다는 평가를 받게 되는 지경에 이르게 된다면, 기상청의 기상예보는 총리의 재해대책의 결정에 있어 실천적 권위의 지위에 오르게 된다고 볼 수 있을 것이다.

#### IV. 환경분쟁조정위원회의 권위 확립 방안

##### 1. 환경분쟁의 특징과 환경분쟁조정제도의 장치

(1) 환경분쟁은 다른 법적 분쟁과 구별되는 두 가지 특징을 가지고 있다. 첫 번째 특징은, 환경분쟁 해결의 기초가 되는 사실관계의 확정이 “**자연과학적 불확실성**”으로 말미암아 극히 어렵다는 점이고, 두 번째 특징은 환경분쟁이 비교적 새로운 분쟁인 까닭에 그 해결을 위한 법적 기준이 확립되어 있지 않으며 분쟁해결을 위한 판단기준 또한 이해관계자의 가치관에 따라 제각각이라는 점(환경분쟁의 “**가치관련성**”)이다. 전자는 “**사실문제(question of fact)**”로, 후자는 “**법률문제(question of law)**”로 각각 다루어지는데,<sup>18)</sup> “무엇이 법인가?”의 문제가 법원의 실천적 권위가 인정되는 대표적인 영역이라면, “무엇이 사실인가?”의 문제는 환경분쟁조정위

18) 양자의 구별에 관해서는 拙稿, “경제학적 논증의 법적 지위”, 서울대학교 法學 제48권 제4호, 124, 136-43 (2007).

원회의 이론적 권위가 인정될 수 있는 영역으로 볼 수 있을 것이다.

환경분쟁조정제도가 소송과 차별화되기 위해서는 환경분쟁조정위원회가 환경분쟁의 특징에 적응할 수 있는 전문적 특성을 인정받아야 할 것이고 그 주된 영역은 사실의 문제가 되어야 한다. 그리고 사실의 문제에 대한 이론적 권위가 성공적으로 확립된다면 이제 “무엇이 법이어야 하는가?”에 관해서도 함의하는 바가 생기게 되고, 이렇게 되면 이 점에 관해서도 법원의 존중을 획득하는 결과에 도달할 수 있을 것으로 본다. 가령 현재의 법이 잘못된 사실관계에 기초한 것이라면 환경분쟁조정위원회에서 새롭게 밝혀낸 사실관계는 현재의 법을 교정하여야 한다는 당위를 함축하게 되고, 그 당위의 내용에 관하여 환경분쟁조정위원회가 내린 결정 또한 법원의 존중을 획득할 수 있는 가능성이 열리게 될 것이다.

(2) 환경분쟁 자체의 특징에 더하여, 환경분쟁조정제도는 민사소송이 갖지 못한 여러 장처(長處)를 가지고 있다는 것이 이 분야 전문가들의 중론(衆論)이다. 민사소송에서는 ① 엄격한 대립당사자 구조로 말미암아 사건의 융통성 있는 해결을 도모할 수 없고, ② 제너럴리스트(generalist) 판사로 인하여 환경사건 특유의 요소를 고려하지 못하며, ③ 독립적인 판사가 분절적으로 판결을 내려 전체를 총괄할 수 있는 중앙집권적 의사결정 구조가 부재하게 된다.<sup>19)</sup> 민사소송은 이런 제도적 한계로 인하여 환경피해자를 형평성 있게 보상할 수도 없고 환경리스크를 효율적으로 억제하지도 못한다. 이와 대조적으로 환경분쟁조정위원회는 ① 절차의 운용에 있어서 강한 직권주의적 요소를 갖추고 있고, ② 위원회를 구성함에 있어 적어도 법원보다는 다양한 배경지식으로 무장한 사람으로 충원할 수 있으며, ③ 소수의 위원들로 구성되므로 통일적이고 일관성 있는 결정을 내릴 수 있는 장점이 있다.

## 2. “소관사무”의 범위 확대를 통한 영역의 확보

환경분쟁조정위원회가 권위를 인정받기 위해서는 그 전문성을 발휘할 마당이 마

19) 이외에도 민사소송은 ④ 특정 당사자 사이의 분쟁 해결에 치중한 나머지 사회 전체에 끼치는 영향을 고려하지 못하고, ⑤ 일반 시민의 행위유인을 변화시키려는 “사전적 관점(ex ante perspective)”을 갖지 못하고 사후적 처리에만 매몰되어 있다는 한계를 가진다. ④, ⑤의 단점은 소송보다는 행정부의 행정규제에 의하여 더욱 효과적으로 달성될 수 있을 것이다. 자세한 것은 Peter Menell, “The Limitations of Legal Institutions for Addressing Environmental Risks”, 5 *Journal of Economic Perspectives* 93 (1991); Richard Stewart, “Crisis in Tort Law?, An Institutional Perspective”, 54 *University of Chicago Law Review* 184 (1987).

런되어야 한다. 따라서 소관사무의 문제는 환경분쟁조정제도의 성공을 위해 반드시 깊고 넘어가야 할 중요한 이슈이다. 현행 환경분쟁조정법은 환경분쟁조정위원회의 소관사무를 지나치게 협소하게 규정하고 있어, 환경분쟁 처리에 있어서 동위원회가 전문성을 발휘하는 데 제약요소로 작용하고 있다고 판단된다. 동법은 “환경분쟁의 조정(調整)”을 환경분쟁조정위원회의 소관사무로 규정하고(동법 제5조 제1항 제1호), “환경분쟁”을 “환경피해에 대한 다툼과 환경기술개발및지원에관한 법률 제2조 제2호의 규정에 의한 환경시설의 설치 또는 관리와 관련된 다툼”으로 정의하면서(동법 제2조 제2호), 동시에 소관사무의 범위를 결정할 핵심개념인 “환경피해”에 대해서 이를 매우 협소하게 정의하고 있다. 즉 동법은 환경피해를 “사업활동 기타 사람의 활동에 의하여 발생하였거나 발생이 예상되는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 소음·진동, 악취, 자연생태계파괴, 일조방해, 통풍방해, 조망저해, 그 밖에 대통령령이 정하는 원인으로 인한 건강·재산·정신에 관한 피해”로 정하고 있고(동법 제2조 제1호), 동법 시행령은 “대통령령이 정하는 원인”으로 “진동이 그 원인 중의 하나가 되는 지반침하(광물채굴로 인한 지반침하를 제외)”를 규정하고 있으며(동법 시행령 제2조), “일조침해 또는 조망저해와 관련된 분쟁의 경우에는 그 건축으로 인한 다른 분쟁과 복합되어 있는 경우”에 한하여 조정의 대상이 된다(동법 제5조 제1호 단서). 이상의 규정을 축조(逐條) 해석해보면, 결국 일조침해 또는 조망저해의 경우에는 건축법의 적용을 받지 아니하는 구조물에 의한 일조방해 또는 조망저해이거나 건축법의 적용을 받는 경우에는 소음·진동과 ‘함께’ 발생한 일조방해 또는 조망저해인 경우에 한하여 그로 인한 건강·재산·정신에 관한 피해에 대하여 환경분쟁조정에 나설 수 있게 된다. 그리고 공사과정에서 발생하는 건물피해의 경우에는 진동이 원인인 경우에 한하여 환경분쟁조정위원회가 관여할 수 있는바, 가령 굴착공사시 지하수이동에 따른 침하, 절토공사시 지반의 수평이동에 따른 균열 또는 침하에 대해서는 관여할 수 없다.

이와 같은 복잡한 모습의 소관사무 규정은 “환경분쟁”과 잠재적으로 관계가 있는 부처들 사이에서 벌어진 **관할권 싸움** 때문에 탄생한 것으로 판단된다. 이는 국민의 관점에서보면 국민의 이익을 도외시한 **부처이기주의**로밖에 보이지 않을 것이다. 환경분쟁조정제도가 탄생한 것은 이 제도를 환경분쟁 해결에 정통한 조직으로 구성하고 이런 전문성에 더 잡아 환경분쟁을 해결하도록 하기 위해서였다. 하지만 이런 협소한 관할권을 가지고는 환경분쟁조정위원회가 제 역할을 할 수 없을 뿐만 아니라 그 전문성을 양성할 수도 입증할 수도 없다. 하루빨리 시정이 필요한 대목

이다.

다른 한편 환경분쟁조정법은 직권조정을 인정하고 있는데, 환경분쟁조정위원회는 이를 적극적으로 활용할 필요가 있다. 동법은 “환경오염으로 인한 사람의 생명·신체에 대한 중대한 피해 또는 환경시설의 설치 또는 관리와 관련된 다툼 등 사회적으로 과급효과가 클 것으로 우려되는 환경분쟁”에 대하여는 당사자의 신청이 없는 경우에도 중앙조정위원회의 직권으로 조정절차를 개시할 있다고 규정하고 있다(제30조). 직권으로 개시할 수 있는 것은 조정(調停)에 한하지만, 조정이 불발하면 재정으로 이어질 가능성이 열려 있다.<sup>20)</sup> 이런 사회적 영향이 큰 환경분쟁에 대하여 조정에 성공할 수 있으려면 전문성에 기초하여 양자를 설득할 수 있는 준비가 되어 있어야 할 것이다.

### 3. 위원회 인적 구성의 개편과 ‘과학적’ 인과관계의 ‘법리화’

(1) 환경분쟁 중 가장 어렵다고 평가되는 분쟁 유형이 세 가지 있는데, 오염된 토양 또는 지하수의 “정화책임”에 관한 분쟁, 오염행위 또는 위해물의 폐기에 수반하는 독성물질로 인하여 야기된 인체나 재산에 대한 피해(소위 “독성 불법행위(toxic tort)”), 그리고 자연자원에 대한 침해(“자연자원 손해(natural resource damages)”)와 관련된 분쟁이 그것이다. 미국에서는 이 세 종류의 분쟁을 “환경책임의 제3의 물결(“third wave” of environmental liability)”이라고 일컫는데,<sup>21)</sup> 이는 이 분쟁들이 부각된 것은 근자이지만 앞으로 논의의 중심이 될 것을 예고하고 있다. 세 가지 종류의 분쟁에서 공통되는 논점은 ① 오염행위와 손해 사이의 **인과관계(“causation”)**의 확정 문제, ② 배상책임의 **판정기준(“standard of liability”)**의 설정 문제, ③ 위 ①, ②의 문제를 해결하기 위해 필요한 **전문가의 증언(“expert testimony”)**에 대한 법적 평가의 문제, ④ 손해배상 이외에 여하한 **구제책(“remedies”)**을 인정할 것인가의 문제, ⑤ **시효(“statute of limitations”)**의 기산점 문제 등이다.<sup>22)</sup> 이 중 ②, ④, ⑤는 순수한 법률문제로서 법원의 영역이라고 판단된다. 가령 독성물질에 노출되어 암이 발병한 경우, 시효기간의 기산점을 결정할 때, “노출된 시점인가, 발병한 시점인가, 아니면 피해자가 그 원인을 안 시점인가?”라

20) 직권조정에 관한 부정적 평가로는, 김홍균, 環境法, 1019-20 (2010).

21) 자세한 것은 Peter Menell & Richard Stewart, *Environmental Law and Policy* 1180 이하 (1994).

22) 자세한 것은 *id.* 723 이하 참조.



는 문제에 직면하게 되는데, 이는 사실관계를 확정한다고 해결될 문제가 아니다. 이는 독성물질에 의한 발암이란 사회적 문제에 관하여 “관련 당사자 사이에 발생한 손해를 여하히 나눌 것인가?” 혹은 “환경리스크를 어느 정도까지 독성물질 제조자의 책임으로 돌려야 하는가?”라는 문제로서 환경분쟁조정위원회보다는 법원의 실천적 권위가 인정되는 영역이다. 이런 문제는 “어떤 행위가 도덕적인가?” 혹은 “어떤 사회가 정의로운 사회인가?”라는 보다 근원적 질문과 연계된 가치판단의 문제이기 때문이다. ①, ③도 이런 성격을 가지고 있는 문제이지만, 사실관계를 확정하는 순간, 가치관련성이 희석되어 버린다. 따라서 ①, ③의 문제에서는 환경분쟁조정위원회의 이론적 권위가 인정될 여지가 그만큼 많다고 하겠다.

(2) 인간의 행위가 불러오는 해악에 관해서는, 가령 ‘자동차 사고’에서 볼 수 있듯이, 원인과 결과 사이의 관계를 증명하는 데 큰 어려움이 없는 것이 통례이다. 하지만 상기한 세 가지 종류의 분쟁에서 알 수 있듯이, 환경문제에 있어서는 일반인의 경험이 일천하고 과학적 지식이 축적되지 않아서 환경학, 독성학 혹은 생태학, 심지어는 “역학(疫學)”이나 “임상생태학(clinical ecology)”과 같은 첨단 의학에 관한 전문적 식견을 갖추지 않으면 인과적 메커니즘에 관한 판단을 할 수 없게 된다. 가령 흡연자의 독성물질에의 노출이 발암으로 이어지는 인과관계를 생각해보라. 이처럼 근자에 문제가 되는 환경분쟁은 “인과관계의 불확실성”을 본질적 요소로 하는바, 환경분쟁조정제도가 이론적 권위를 인정받기 위해서는 환경문제의 원인과 결과에 관하여 여타의 분쟁해결 절차보다 월등한 전문성을 확보하고 이를 증명하여야 한다. 이를 위해서는 환경분쟁조정위원회는 분쟁당사자들이 내놓는 증거(가령 역학조사(疫學調査) 결과)를 평가할 준비가 되어 있어야 하고, 나아가 후술하는 바와 같이 환경분쟁조정위원회가 직권조사에 임할 때 스스로 전문적·기술적 자질을 구비하여야 한다. 환경분쟁조정위원회의 전문성을 제고하기 위해서는 다음과 같은 방안을 고려할 수 있을 것이다.

먼저 ① **환경분쟁조정절차에서의 직권탐지주의(職權探知主義)를 강화하는 방안**이다. 환경분쟁의 자연과학적 불확실성은 민사소송의 대립당사자주의로 인하여 더욱 악화되는 경향이 있다. 소송당사자는 경쟁적으로 자신의 ‘과학적’ 주장을 뒷받침하기 위해 전문가를 감정인으로 들이댈 것이고, 이는 자연적 사실을 대하는 전문가들의 동기를 왜곡할 것이다. 그 결과는 참혹하다. 법원은 이제 전문가 자체를 불신할 것이고, 인과관계에 관한 ‘자연과학적’ 탐구를 포기하고 여건에 맞는 ‘법

적' 인과관계를 안출하는 독자적인 작업에 착수할 것이다. 이를 극복하기 위해서는 환경분쟁조정위원회가 직권으로 인과관계를 조사하여야 하고 이를 위해서 필요하다면 전문가를 독자적으로 위촉할 필요가 있다. 환경분쟁조정위원회가 위촉한 감정인은 보다 중립적인 입장에서 과학적 진술을 개진할 수 있을 것이다. 현행 재정절차는 동 절차가 준사법적(準司法的) 절차로서의 성질을 가지고 있음에도 불구하고 강력한 직권주의적 요소를 가지고 있는데, 이는 매우 적절한 것으로 보인다(동법 제38조 제1항 제2항).

다음 방안은, ② **재정의 형식을 정교화하고 그 내용을 실체화하는 방안**이다. 먼저 재정을 할 때 결론만이 아니라 그 결정을 정당화하는 사유, 논리적 추론과정, 구체적인 근거 등이 제시되어야 전문성을 인정받을 수 있음을 지적해야겠다. 이런 방식의 결정이 축적되면 환경분쟁조정위원회가 환경문제를 다루는 원리·원칙 또는 이론이 성립될 수 있는데, 그것이 국민과 법원으로부터 인정된 이후라야 그 전문성을 인정받을 수 있게 된다. 이런 점에서 볼 때, 현행 재정문서(裁定文書)의 기재 방식과 내용은 교정되어야 한다고 본다. 즉 현행법은 재정문서에 재정의 이유를 기재할 때 주문내용이 정당함을 인정할 수 있는 한도에서 당사자의 주장 등에 대한 판단을 표시하도록 규정하고 있는데(동법 제40조 제2항), 환경분쟁조정위원회의 전문성이 인식될 수 있도록 상술한 방식으로 이유를 충실하게 기재할 필요가 있다.

또한 재정의 내용 또한 손해배상 일변도가 되어서는 안 된다. 손해배상을 할 때에는 산정방식과 산정기준의 선정에 있어 과학적인 근거가 제시되어야 함은 후술하는 바와 같고, 나아가 원상회복과 같은 유지명령을 재정의 내용으로 삼을 수 있어야 한다. 동법은 재정위원회로 하여금 환경피해의 복구를 위하여 원상회복이 필요하다고 인정하는 경우에는, 원상회복에 과다한 비용이 소요되는 등의 사유로 인하여 그 이행이 현저히 곤란한 경우를 제외하고는 손해배상에 갈음하여 당사자에게 원상회복을 명하는 재정결정을 할 수 있게 허용하고 있다(동법 제41조).

마지막 방안은, ③ **환경분쟁조정위원회 조직의 전문성을 제고하는 방안**이다. 중앙조정위원회의 위원은 환경에 관한 학식과 경험이 풍부한 자로서 공무원, 법조인, 교수, 환경관계업무종사자로 구성되는데, 최대 15인의 위원 중 3명 이상을 법조인으로 충원하도록 되어 있다(동법 제7조, 제8조). 재정위원회는 3인 또는 5인으로 구성되는데 최소 한 명 이상의 법조인이 포함되어야 한다(동법 제36조). 위원회 사무국에는 분쟁의 조정에 필요한 사실조사와 인과관계의 규명, 환경피해의 산정 및 산정기준의 연구·개발을 분장하게 하기 위하여 심사관을 둘 수 있다(동법 제13조).

환경분쟁조정위원회의 이런 조직은 그 동안 이러저러한 비판에 노출되어 왔는데, 환경분쟁조정위원회의 조직을 평가하고 개선책을 강구할 때 먼저 그 목표를 분명히 할 필요가 있다. 앞서 밝힌 대로 법원으로부터 그 전문성을 인정받을 것을 목표로 한다면, 이 때 놓칠 수 없는 부분은 환경분쟁에서 논란의 중핵이 되는 “인과관계의 규명”과 “환경피해의 산정”이 **법률가의 문법으로 설명되고 이해되어야** 한다는 것이다. 아무리 과학기술적 전문지식으로 무장하고 객관적 진실을 발견한다고 하여도 그것이 기존 법리의 지형과 맞아떨어지지 않는다면 법원은 이를 받아들이지 않을 것이다.<sup>23)</sup> 말하자면 과학적 인과관계를 찾아낸 경우, 이것이 가지는 법적 함의를 분명히 밝혀 기존 법리를 수정할 필요를 느낄 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 그런 측면에서 보면 환경분쟁조정위원회에 대하여 제기되어 온 비판, 즉 ① 분쟁조정이 심사관에게 과도하게 위탁되어 운용되고 있고, ② **위원 중 법률전문가의 비중이 부족하다**는 지적은 귀담아 들을 만한 가치가 있다.<sup>24)</sup>

법원의 존중을 받기 위해서는 중앙조정위원회의 구성에서 **법조인의 비중을 늘리** 되 이들의 **과학기술적 전문성을 제고**할 필요가 있는데, 미국 연방대법관 스티븐 브라이어(Stephen Breyer)는 이를 위한 세 가지 방안을 제시하고 있다.<sup>25)</sup> 첫째 방안은 조정위원회는 제너럴리스트 법조인으로 구성하되, 이들에게 환경문제의 원인과 결과를 이해하기 위해 필요한 생태학, 환경계획학, 환경관리학, 독성학, 환경보건학 등 각종 환경관련 학문을 교육시키는 방안이다. 둘째 방안은 아예 필요한 지식을 갖춘 법조인 집단에서 환경분쟁조정위원을 선출하는 방안으로 “전문가(specialist)” 법률가로 위원회를 구성하는 것이다. 세 번째 방안은 조정위원회는 제너럴리스트 법조인으로 구성하되, 인과관계 등 전문적 영역을 다룰 전문가로 보좌

23) 앞서(*supra* 註 16의 본문) 본 바와 같이, 환경분쟁조정위원회가 법원으로부터 권위를 인정받기 위해서는 법원을 대신해 내리는 환경분쟁조정위원회의 판단이 법원의 목표에 봉사하여야 한다. 이르기 위해서는 ① 환경분쟁조정위원회의 판단이 법원이 원래 가지고 있는 근거들에 기초해서 내려져야 하고(의존테제), ② 환경분쟁조정위원회의 판단이 법원이 독자적으로 판단할 때보다 그 근거들에 더욱 부합하는 판단을 할 수 있어야 한다(통상정당화테제). 이처럼 권위에 관한 이론은 법원으로부터 권위를 인정받고자 한다면 환경분쟁조정위원회가 법원이 가진 기존의 근거와 문법을 존중하여야 함을 말하고 있다.

24) 김시철, “환경분쟁조정법에 따른 분쟁해결과 ADR의 일반이론(II)”, **환경법연구** 제31권 제1호, 82-84 (2009).

25) Stephen Breyer, *Economic Reasoning and Judicial Review* (2004); 拙稿, “경제학적 논증의 영역: 드워킨의 견해에 대한 비판을 중심으로 하여”, **民事判例研究** XXX, 특히 709, 733-34 (2008).

진을 구성하고 이를 제도화하는 방안이다. 두 번째 방안이 최선의 대안으로 생각되지만 현재의 법조구성원의 면면을 보면 시간이 걸릴 것이고, 세 번째 방안도 생각해보지만 이 또한 희소한 정부자원을 생각하면 쉽지 않다. 민사소송은 독립판사에 의하여 독자적으로 진행되고 설사 당해 소송의 절차 내에서 전문가로부터 조력을 받는다 하더라도 이것이 이와 독립적으로 진행되는 여타의 소송에 대해 미치는 영향은 법원 조직의 분권성(分權性)을 생각해볼 때 미미할 것이다. 말하자면 민사소송은 자연과학적 정보를 일관성 있고 효율적으로 평가하고 이용하는 데 취약한 제도라 할 수 있다. 이와 대조적으로 집권적 조직인 환경분쟁조정위원회에서의 전문성 보충은 환경분쟁의 처리에 있어 큰 효과가 있을 것이다.

이와 더불어 **관계기관의 협조를 적극적으로 요청할 필요가 있다.** 동법은 조정위원회의 분쟁조정기능이 효과적으로 수행될 수 있도록 하기 위하여 조정위원회에 관계기관의 협조요구권을 부여하고 있는데, 이를 적극 활용할 필요가 있다. 위원회는 분쟁의 조정을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 관계행정기관의 장에 대하여 자료 또는 의견의 제출, 기술적 지식의 제공, 환경오염물질의 측정 및 분석 등 필요한 협조를 요청할 수 있고(동법 제18조 제1항), 나아가 분쟁조정에 있어서 환경피해의 제거 또는 예방을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 관계행정기관의 장에 대하여 환경피해 원인제공자에 대한 개선명령 등 필요한 행정조치를 취하도록 권고할 수 있다(동조 제2항). 환경분쟁조정위원회의 협조요청이나 권고를 받은 관계행정기관의 장은 정당한 사유가 없는 한 이에 응하여야 하는바(동조 제3항), 관계행정기관으로부터 제출된 자료, 의견, 지식 등은 환경분쟁조정위원회의 전문성을 뒷받침하는 귀중한 근거자료가 될 것이다.

#### 4. 가치평가방법의 개발을 통한 손해액 산정의 유연화와 정교화

(1) 인과관계의 불확실성과 연계된 또 하나의 이슈는 환경침해에 대한 구제책의 적정성 문제이다. 통상 민사소송에서는 피고가 원고의 손해를 야기했을 가능성이 그렇지 않을 가능성보다 큰 경우(즉 “more likely than not” 혹은 “51%의 가능성”)라면 입증된 것으로 보고, 이렇게 인과관계가 입증되면, **입증의 정도와 관계없이**, 피고는 손해액 ‘전부’에 대하여 손해배상책임을 지게 된다. 손해배상액 결정시의 전부 아니면 전무(全無)라는 태도는, 환경문제의 자연과학적 불확실성을 고려하면, 판결마다 큰 편차를 만들어 낼 것이고 이는 곧 민사재판에서의 형평성의 위기를 가져오게 된다. 말하자면 현행 민사재판의 시스템(“인과관계 입증 → 전부 배상,

인과관계 입증실패 → 배상 전무”)은 입증에 있어 미소한 차이(51%-49%=2%)가 구체에 있어 전부(100-0=100)의 차이를 만들어내는데, 환경피해자는 이로 말미암아 민사판결을 중구난방이고 공평하지 아니한 제도로 인식하게 된다.<sup>26)</sup>

환경분쟁조정제도는 이와 같은 판결의 경직성을 극복할 수 있는 여러 장치를 가지고 있다. 환경분쟁의 양당사자가 모두 소송으로 갈 때 안게 될 위험부담을 인지한다면 환경분쟁조정 운신의 폭은 더욱 넓어질 것이다. 알선 또는 조정 절차에서 분쟁당사자에게 이런 위험부담의 가능성을 알려 서로가 조금씩 양보할 수 있게 해야 한다. 이것이 가능하기 위해서는 무엇보다도 **손해액을 입증의 정도와 연계해서 산정해내는 유연한 시스템의 개발이 필요하다**. 생뚱맞게 느껴지는 손해전보시스템이지만, 전부 아니면 전무의 위험부담을 고려하면 분쟁당사자들에게 환영받을 수 있다고 본다.

(2) 환경피해를 정확히 계상(計上)하는 것은 쉽지 않다. 가령 독성물질에 노출된 경우, 건강상의 피해를 여하히 측정하겠는가? 노동능력의 상실분을 측정할 수도 없고, 수명의 단축분을 평가할 수도 없으며, 그렇다고 이를 정신적 손해로 포섭하여 처리하려고 해도 모두가 동의할 만한 평가기준은 마련되어 있지 않다. 하물며 자연자원 자체에 대한 손해 또는 생태계 자체에 대한 손해를 측정하는 것은 문자 그대로 지난(至難)한 일이다. 그런데 **손해배상에 대한 규범적 평가가 바로 서기 위해서는 무엇보다도 증상(症狀) 또는 현상(現狀)에 대한 과학적 사실확정이 선행되어야 한다**. 가령 독성물질에 노출된 경우, 그로 인해 발병하기 이전에도 노출자는 엄청난 정신적 스트레스에 시달리게 되고 따라서 의학적 관찰이 요망된다. 이처럼 관찰이 용이하지 않는 피해에 대해서는 어느 정도 법적 구제를 제공하여야 하는가가 이슈로 떠오르게 되는데,<sup>27)</sup> 이 경우 실제 노출자가 겪는 고통에 대한 의학적 탐구가 선행되지 않고는 결코 올바른 규범판단에 이를 수 없다. 나아가 의학적 진실이 판명(判明)되면 될수록 규범판단의 방향성이 특정될 것이다.

26) 이에 더하여 들쭉날쭉한 판결 내용, 소송의 지연, 지나친 변호사 비용 등이 당사자들이 민사재판의 불공평성을 느끼게 한다. Menell (註 19), *passim*. 한편, 민사소송에서 필요한 “입증의 정도”에 관한 비교법적 설명으로는, 胡文赫, **민사소송법 제8판**, 472 이하, 특히 488면 이하 (2010) 참조.

27) 이 경우, “피해가 발생할 리스크가 높아진 것을 손해배상책임의 기초로 삼을 수 있는가?”라는 불법행위법의 근간에 관련된 문제가 응답되어야 한다. Menell & Stewart ((註 21), 724-28. 물론 이런 문제는 법원의 영역이라고 할 수 있다.

(3) 환경피해 계산의 어려움을 단적으로 보여주는 예는 생태계와 자연자원 자체에 대한 피해이다.<sup>28)</sup> 환경분쟁조정법은 조정의 대상이 되는 환경분쟁 중 하나로 “자연생태계파괴로 인한 건강·재산·정신에 관한 피해에 관한 다툼”을 규정하고 있다(동법 제2조 제1호 제2호, 제5조 제1호). 하지만 위 규정만으로는 ‘자연자원 자체’에 대한 피해를 보상받기 위하여 환경분쟁조정을 이용할 수 있는지 불분명하다. 미국의 종합환경대응보상책임법(Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, “CERCLA”)과 유류오염법(Oil Pollution Act)은 정부에 의해 관리되는 자연자원이 침해된 경우, 대통령에 의하여 임명된 “수탁인(trustee)”이 그 손해진보를 구하는 소송을 제기하도록 규정하고 있다. 이런 제도와 비교해보면, 환경분쟁조정법상의 자연생태계파괴에 대한 분쟁이 ‘자연생태계’ 자체를 보호하기 위한 것인지 아니면 이를 소유하거나 달리 이와 관련되어 있는 ‘사람’의 권리를 보호하기 위한 것인지 불분명하다. 하지만 동법은 “자연생태계파괴로 인한 ‘재산’에 관한 피해에 관한 다툼”을 분쟁조정 대상으로 삼고 있는바, 자연생태계 파괴가 재산적 손해로 포섭될 수 있는 한도에서 자연자원 또는 생태계 자체에 대한 침해에 대해서도 분쟁조정을 청구할 수 있다고 본다. 환경분쟁조정법을 이렇게 새긴다고 하면, **자연자원 자체에 대한 손해의 산정방법과 산정기준**이 중요한 이슈로 떠오르게 된다.

널리 수용되고 있는 자연자원 자체의 손해를 평가하는 방법론의 체계를 살펴보면,<sup>29)</sup> 자연자원은 우선 그 시장가격(대표적인 예로는 국립공원 입장료)에 의하여 평가되어야 한다. 만약 그 자원을 거래하는 시장이 없거나 충분히 경쟁적이지 않다면, 그 자원은 “사용가치(use value)”에 의하여 측정되어야 하는데, 이는 개개인이 그 자원을 사용하기 위하여 지불하고자 하는 지불용의액의 총합이 된다. 하지

28) 자연자원 자체에 대한 침해와 관련하여 치열한 논란이 예상되는 이슈는 손해 유무를 결정하는 것, 자연자원에 대한 침해의 정도를 결정하는 것, 인과관계 유무를 결정하는 것, 자연자원에 대한 침해를 복원하는 적절한 방법을 선택하는 것, 이상을 토대로 손해액을 산정하는 것 등이 있다. *Id.* 1183 이하.

29) 이에 관한 문헌으로는 David Pearce & R. Kerry Turner, *Economics of Natural Resources and the Environment* 140-48 (1990); Katharine Baker, “Consorting with Forests: Rethinking Our Relationship to Natural Resources and How We Should Value Their Loss”, 22 *Ecology Law Quarterly* 677 (1995); Douglass Williams, “Valuing Natural Environments: Compensation, Market Norms, and the Idea of Public Goods”, 27 *Connecticut Law Review* 365 (1995); Judith Robinson, “Note: The Role of Nonuse Values in Natural Resource Damages: Past, Present, and Future”, 75 *Texas Law Review* 189 (1996).

만 그 자원에 관한 시장이 형성되지 아니한 마당에 어떻게 지불용의액을 정할 수 있겠는가? 이런 어려움을 타개하기 위하여 대표적으로 이용되고 있는 방법이 “가상평가법(contingent valuation method)”인데 이 방법의 신뢰가능성에 관해서는 논란이 끊이지 않고 있다.<sup>30)</sup> 만약 위 두 방법이 부적절한 경우에는 “선택가치(option value)”나 “존재가치(existence value)” 혹은 “상속가치(bequest value)”를 측정하여야 하는데, 이에 관해서는 더 큰 논란이 존재하는 실정이다. 어쨌거나 이러한 손해의 산정방법이 법체계에 의하여 승인되기 위해서는 그 산정방법이 합리적이고 체계적이어서 법적으로 수용하여도 법체계를 교란시키지 않고 무리 없이 법체계의 구성요소로 체화될 수 있어야 한다. 환경분쟁조정위원회가 그 이론적 권위를 인정받기 위해서는 이런 난해한 주제를 피하지 않고 이해관계인과 법원이 수궁할 수밖에 없는 방안을 확립하고 제시하여야 할 것이다.

### 5. 알선과 조정(調停)의 활성화를 통한 화해의 장려

(1) 환경분쟁조정제도가 재정(裁定) 위주로 운영되고 있는 점에 관하여 비판이 있음은 앞서 본 바와 같거니와, 기실 환경분쟁조정제도 내에는, “양당사자의 합의”를 위해 양당사자의 입장을 조정해내는 절차인 “알선”과 “조정(調停)”이 존재한다. 그럼에도 불구하고 재정 중심으로 동 제도가 운영된다는 것은 환경분쟁조정위원회가 양당사자를 조정하는 데 필요한 ‘어떤’ 능력이 부족함을 의미할 수 있을 것이다.

(2) 화해를 유도하기 위한 조건을 살피기 전에, 먼저 “화해가 사회적으로 바람직한 것인가?”의 문제부터 살펴보자. 화해를 유도하는 것이 사회적으로 바람직하다는 인식이 널리 퍼져 있는데, 화해를 장려하는 것이 사회적으로 바람직한 법정책인지 여부는 따져보아야 할 문제라는 것이 법경제학적 연구의 결론이다.<sup>31)</sup> 왜냐하면 화해가 사회적으로 적정한 수준보다 적게 일어나는 경우, 즉 과소화해(過少和解)의 경우에는 화해를 장려해야 하고, 반대로 과다화해(過多和解)의 경우에는 재판을 통한 해결을 권장하여야 하는데, 화해에 영향을 미치는 요인을 분석해보면 화해가 과소하게 이루어지게 하는 요인뿐만 아니라 과다하게 이루어지게 하는 요

30) 대표적으로 Cass Sunstein, *Free Markets and Social Choice*, 142-43 (1997); John Heyde, “Is Contingent Valuation Worth the Trouble?” 62 *University of Chicago Law Review* 331 (1995).

31) 宋沃烈, “민사소송의 경제적 분석”, *서울대학교 法學*, 제46권 제2호, 136, 147-49 (2005).

인도 발견되기 때문이다.

그런데 환경분쟁의 경우에는 과소화해의 경향이 강한 것으로 판단된다. 앞서 환경소송의 과소소송 경향을 언급하였는데,<sup>32)</sup> 이렇게 소제기를 포기한 환경분쟁 당사자들이 화해를 하기보다는 문제제기 자체를 아예 포기할 것으로 생각되기 때문이다. 무엇보다도 환경피해자들은 “정보의 상대적 결핍”으로 말미암아 “상대적 비관주의”<sup>33)</sup>가 팽배하게 되고 그런 만큼 화해에 이르기 위해 소요되는 비용에 대해 서조차 이를 크다고 느낄 것이다. 요컨대 우리나라에서 환경소송이 과소하게 제기된다고 해서 그 만큼이 화해로 귀착되는 것은 아니고 오히려 그 만큼의 환경피해가 잠복하는 것으로 보아야 한다. 이는 환경피해만큼의 사회적 비용이 책임자에게 귀속되지 않음을 의미하고 그 만큼 비효율적임을 의미한다. 따라서 알선과 조정, 특히 직권조정을 활성화시켜 환경분쟁의 화해를 유도하는 것은 적어도 우리나라에서는 바람직하다고 볼 수 있다.

(3) 다음으로 알선·중재 절차가 화해를 성립시킬 수 있는 조건에 관한 법경제학의 연구결과를 살펴보자.<sup>34)</sup> 분쟁당사자들이 **법원의 판결과 동일한 조건으로 화해**할 수 있다고 한다면, 이 가정에 의해 화해나 재판의 결과가 동일하므로 화해시 과오비용(過誤費用)은 재판의 오판비용과 동일하다. 하지만 화해의 운용비용은 재판의 운용비용에 미치지 못한다. 제소전(提訴前) 화해의 경우에는 분쟁해결비용이 거의 발생하지 않고, 소송상(訴訟上) 화해의 경우에도 소송비용에 미치지 못하는 못한다. 따라서 화해의 과오비용과 재판의 오판비용이 동일하다면 화해는 분쟁해결의 사적 비용을 절감하는 효과가 있다.<sup>35)</sup>

알선·조정은 기술한 대로 분쟁당사자 사이의 화해를 목표로 하는데, 양당사자가 화해할 수 있는 조건을 정식화하면, “원고기대이익-피고기대손실 < 원고소송비

32) *Supra* 註 7의 본문 참조.

33) 상대적 비관주의는 상대적 낙관주의의 반대말이다. “상대적 낙관주의”라 함은, 소송당사자인 원고나 피고 모두가 자신의 승소가능성에 대해 낙관적 생각을 하는 것을 말한다. 원고가 승소확률이나 승소금액을 객관적인 수준보다 훨씬 높게 평가하는 반면 피고는 원고의 승소확률과 승소금액을 지나치게 저평가하는 경향이 그것이다. 朴世逸, **法經濟學**, 664-667 (2000).

34) 拙稿 (註 1), 24-25.

35) 한편, 이와 같은 조건, 즉 재판의 결과와 거의 같은 화해가 사회적 비용까지 감소시킨다는 주장도 있다. Robert D. Cooter & Thomas S. Ulen (이중인 역), **법경제학(Law and Economics)** 397-98 (2000).



용+피고소송비용”이 성립할 때 화해가 가능하다.<sup>36)</sup> 원고와 피고 모두 소송비용의 지출은 피하고 싶은데 양당사자가 소송에 대해 갖는 기댓값의 차이가 이 소송비용보다 작다면 굳이 큰 소송비용을 지출할 필요를 느끼지 않을 것이다. 환경분쟁조정절차 진행 중에 양당사자가 재정(裁定)까지 가지 않고 화해하기 위해서는 양당사자 모두 화해가 판결뿐만 아니라 재정보다도 유리하다고 생각하여야 한다. 앞서 본 화해의 공식을 원용하면, 재정보다 화해를 선택하기 위해서는 원고의 기대이익에서 피고의 기대손실을 차감한 금액이 원고와 피고의 재정비용의 합보다 작은 경우, 즉 원고기대이익-피고기대손실 < 원고재정비용+피고재정비용의 조건이 충족되어야 한다.

위 공식을 충족시키는 방법은 두 가지이다. 원·피고가 지불해야 할 재정비용을 키우는 방법이 하나이고 원고와 피고의 기댓값의 차이를 줄이는 것이 다른 하나인데, 전자의 방법은 생각할 수 없기 때문에 후자의 방법, 즉 당해 환경분쟁에 대한 원·피고의 평가를 일치시키는 것만이 남는다. 하지만 이런 판단은 당해 환경분쟁에 관련된 정보를 모두 수집한 후이나 가능한 일일 것이다. 승소가능성에 대한 분쟁당사자들의 상대적 낙관주의가 심해지면 양당사자의 기댓값의 차이가 커져서 화해의 가능성은 떨어지는 반면, 만약 소송결과에 대해 서로 정보를 공유함으로써 소송결과에 관하여 대동소이한 생각을 하게 된다면 화해의 가능성은 커지게 된다. 따라서 화해를 촉진하기 위해서는 양당사자 사이에 정보를 공유하게 하여야 하고, 이를 위해서는 양당사자 사이의 소통이 무엇보다 중요하다고 하겠다. 소통은 분쟁당사자 사이에 신뢰를 만들어내어 각자가 분쟁 대상에 대하여 가지고 있는 정보를 교환할 수 있게 하고, 이는 사건결과에 대한 원고와 피고의 평가를 일치시켜 화해를 촉진시킬 수 있는 것이다.<sup>37)</sup>

따라서 환경분쟁조정절차에서 알선·조정이 성공하기 위해서는 환경분쟁조정위원회가 분쟁당사자 쌍방이 당해 분쟁에 대하여 평가할 때 필요한 정보를 제공하여야 한다. 이를 위해 조정위원회는 환경분쟁조정법상 인정되는 조사권을 적극 활용할 필요가 있다(제32조 제1항). 이런 조사는 조정위원회가 쌍방당사자에게 당해 분쟁에 관한 객관적인 정보를 제공하기 위해 필수적인 것이다. 소통은 쌍방향이어야

36) 拙稿 (註 1), 24-25.

37) Richard A. Posner, “The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations”, 53 *University of Chicago Law Review* 366-93 (1986). 포즈너의 연구는 ADR 일반이 아니라 “약식 배심재판(summary jury trial)”에 대한 것이었지만, 그 연구결과는 ADR에도 적용될 수 있을 것이다.

하므로 이런 조사결과에 대한 당사자의 의견 개선의 기회는 필수적이다(동조 제2항).

조정위원회의 직권 조사의 활용만큼 중요한 것은 조정위원회가 분쟁 해결을 위하여 제시하는 조정안이다. 동법은 조정위원회가 조정안을 작성하고 30일 이상의 기간을 정하여 당사자에게 그 수락을 권고할 수 있음을 규정하고 있는데(제33조 제1항), 환경분쟁조정위원회가 앞서 이야기한 대로의 ‘이론적 권위’를 인정받게 되면 조정인(調停人)이 제공하는 조정안은 진정으로 ‘공신력(公信力)’ 있는 정보로 인식되고 쌍방은 이를 중심으로 자신의 관점과 입장을 수정하게 될 것이다. 이를 위해서 **조정안은 정확한 ‘사실정보’뿐만 아니라 올바른 ‘법률정보’에 입각할 필요가 있다.** 아무리 사실관계에 관한 정확한 파악이 존재한다고 하더라도 이에 더 잡은 법률판단에 오류가 있다면 당사자들은 이를 수용하지 않을 것이다. 이런 점에서 법률전문성을 갖춘 알선인과 조정인을 확보하는 것은 환경분쟁조정의 권위 확립에 필수적이고 본질적인 요소로서 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 그리고 **알선과 조정절차 내에서 당사자들이 법률전문가의 자문을 얻을 수 있게 하는 제도를 마련** 하는 것도 생각해볼 만한 가치가 있는 대안일 것이다.

(4) 마지막으로, 환경분쟁조정절차에서 재정(裁定)이 내려진 후의 화해를 살펴보자. 이는 재정 후 소제기를 포기하는 것과 같은 것이다. 따라서 재정의 오판비용이 줄면, 다시 말해 재정의 판결예측력을 제고하면 재정이 내려진 후에도 화해가 성립될 가능성은 높아질 것이다. 하지만 재정의 판결예측력을 제고하는 것은 딜레마 상황이 되는 것인데, 이에 관해서는 기술한 바와 같다. 제차 강조하거니와, 환경분쟁조정이 “자기부정(自己否定)”을 회피하면서 재정 후 화해를 제고하는 유일한 방법은 환경분쟁조정위원회가 법원으로부터 ‘권위’를 인정받는 것뿐이다.

## 6. 소통능력의 제고를 통한 리스크 문제의 해결

(1) 최근 환경문제는 ‘리스크’적 성격을 더하고 있다. 그 동안 환경문제의 양상이 ‘상린관계(相隣關係)’의 문제에서 ‘공해’의 문제로, 다시 공해의 문제에서 ‘환경’의 문제로 바뀌어 온 것은 주지의 사실이거나, 오늘날 환경문제는 ‘위험’의 문제에서 ‘리스크’의 문제로 새롭게 인식되고 있는 실정이다. 리스크로서의 환경문제는 위험으로서의 그것과 차이를 달리하는데,<sup>38)</sup> “위험(danger)”이 그 발생과정에 대한

38) 이에 관해서는 拙稿, “리스크法: 리스크관리체계로서의 環境法”, 서울대학교 法學 제43권 제4호, 27 (2002).

경험칙(經驗則)이 성립해 인과관계를 파악할 수 있는 데 반해, “리스크(risk)”는 아직 그런 경험칙이 성립하지 않아 오로지 “확률로밖에 표현될 수 없는 위해(危害)”이다.<sup>39)</sup> 리스크는, 발생개연성이 영에 가까운 리스크라고 하더라도 그것이 현실화되는 순간 그 해악은 재난난이 되기 때문에, 그 미소한 개연성도 무시할 수 없는 딜레마 상황, 즉 “영-무한대 딜레마(zero-infinity dilemma)” 상황을 만들어 낸다.<sup>40)</sup> 따라서 어떤 리스크의 수용 여부 또는 대처방법의 내용 여하는 의사결정자로서 리스크에 관련된 사람과 그 결정에 의해 영향을 받아야 하는 피결정자(被決定者)로서 리스크에 관련된 사람에 따라 다를 수밖에 없고, 그런 만큼 특정한 상황에서조차도 “객관적 계산”에 기한 합의의 도출을 기대하기는 어렵다.<sup>41)</sup>

(2) 리스크로서의 환경문제의 관리는 상술한 가치관련성을 고려하여야 한다. “리스크 관리”를 논할 때 결국 도달하게 되는 중착지는 “얼마나 안전해야 충분히 안전한 것인가?” 또는 “얼마나 환경친화적이어야 충분히 환경친화적인가?”라고 하는 **가치판단의 문제**이다. 환경문제가 새로운 문제인 만큼 이런 질문에 대하여 우리 사회는 아직 모두가 공감할 수 있는 대답을 갖고 있지 않다. 사람마다 저마다의 가치관과 인생관, 세계관에 근거한 나름의 해결책을 제기하기 때문이다. 따라서 리스크에 대한 처방은 **이해관계인 모두에게 합당한 정보를 제공하고 이들이 참여하여 리스크에 대해 스스로 선택하도록 하는 것이** 되어야 한다.

(3) 이와 같이 리스크 문제에서는 이해관계인의 참여에 의한 의사결정이 그 해결책의 모색·정립에서 결정적인 요소가 된다고 한다면, 환경분쟁조정이 소송의 대안적 절차로서 자리매김될 수 있을 것이다. 소송은 -민사소송이든 행정소송이든 관계없이- 리스크로서의 환경문제를 처리하기에 적절한 절차가 아니다. 우선 “처분권주의”와 “변론주의”로 인하여 소송당사자 이외의 이해관계인이 소송에 참여할 수 있는 기회가 막혀 있다. 또한 소송당사자 상호간의 의사소통방식도 매우 형식적이어서 경직될 수밖에 없고 실질적인 대화를 기대할 수 없다. 판사의 역할도 분쟁에 대한 ‘중립적 판단자’로 고착되어 있어서 양당사자의 소통을 원활하게 하는

39) *Id.* 33-41.

40) Talbot Page, “A Generic View of Toxic Chemicals and Similar Risks”, 7 *Ecological Law Quarterly* 207, 211 (1978).

41) Niklas Luhmann, *Risk: A Sociological Theory* 3-4 (1993).

‘중재자’나 양당사자의 이해관계를 조정해주는 ‘조정자’로서의 역할을 하는 데 한계가 있다. 반면 환경분쟁조정제도, 특히 알선과 조정은 이런 문제를 극복할 수 있는 여러 요소를 가지고 있다. 알선과 조정절차는 이해관계자들 사이의 소통을 원활하게 해 리스크 분쟁해결의 요체인 이해관계의 ‘조정’을 가능하게 한다.

(4) 환경분쟁조정은 민사적(民事的) 환경분쟁뿐만 아니라 공행정(公行政)과 관련된 환경분쟁도 이를 대상으로 삼고 있는데, 그 범위가 작지 않다. 환경분쟁조정법은 “환경기술개발및지원에관한법률 제2조 제2호의 규정에 의한 환경시설의 설치 또는 관리와 관련된 다툼”(동법 제2조 제2호)을 그 소관사무로 규정하고 있는데(동법 제5조 제1호), 「환경기술개발및지원에관한법률」과 그 시행규칙에 규정된 환경시설이 광범위하기 때문이다.<sup>42)</sup> 이런 국책사업 성격의 환경시설의 설치는 문자 그대로 당해 지역의 현안이 되고 그런 만큼 수많은 이해관계인이 치열하게 다투는 문제이다. 이런 문제에 관한 한 최고의 전문기관으로서 자리매김된다면, 환경분쟁조정위원회의 권위는 누구도 부정할 수 없게 될 것이다. 따라서 환경분쟁조정위원회는 이런 분쟁이 생기면 과감히 “직권조정권”을 발동하여 조정절차를 개시하여야 한다(동법 제30조). 이런 분쟁은 매우 복잡한 이해관계가 얽히고설켜 있는 것이 상례인바, 가급적 이들 모두가 참여하여 조정(調停)의 정통성(legitimacy)을 강화할

42) 「환경기술개발 및 지원에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 제2호 “환경시설”이란 환경오염물질 등으로 인한 자연환경 및 생활환경에 대한 위해를 사전에 예방 또는 감소하거나 환경오염물질의 적정한 처리 또는 폐기물 등의 재활용을 위한 시설·기계·기구, 그 밖의 물체로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다.

「환경기술개발 및 지원에 관한 법률」 시행령 제2조(환경시설) 「환경기술개발 및 지원에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조제2호에서 “환경부령으로 정하는 것”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 법 제15조제1항에 따른 방지시설업의 등록을 한 자(이하 “방지시설업자”라 한다)가 설계·시공하는 환경오염방지시설
2. 「하수도법」 제2조제3호에 따른 하수도
3. 「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」 제48조에 따른 폐수종말처리시설
4. 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제2조제8호 및 제9호에 따른 처리시설 및 공공처리시설
5. 「자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률」 제2조제10호에 따른 재활용시설
6. 「폐기물관리법」 제2조제8호에 따른 폐기물처리시설
7. 「수도법」 제3조제17호에 따른 수도시설
8. 그 밖에 환경오염물질의 발생을 예방·저감(低減)하거나 오염된 환경을 복원하는 시설·기계·기구 및 설비로서 환경부장관이 정하여 고시하는 것

필요가 있다. 이를 위해 환경분쟁조정법에 규정된 참가절차를 적극 활용하여 당사자가 아닌 제3자의 참여를 권장할 필요가 있다(동법 제20조). 나아가 일반 시민이 환경단체로부터 조력을 받을 수 있게 하는 환경단체의 조정신청(동법 제26조)에 대하여 전향적인 자세를 취하여 일반 시민의 “정보비대칭” 문제에 적극적으로 대응할 필요도 있을 것이다. 조정(調停)절차의 원활한 진행을 위해서는 선정당사자 제도를 적극 활용하여 당사자들에게 대표자를 선정할 것을 권고할 필요가 있다(동법 제19조 제1항 제2항). 환경분쟁조정법이 조정절차의 비공개원칙을 채택하고 있는 것도 주목하여야 한다(동법 제25조). 이는 조정절차가 공개될 경우 이해관계자나 제3자의 압력과 개입 등으로 분쟁의 원만한 조정에 장애요인이 발생할 수 있음을 경계한 것인바, 조정위원회는 조정 상황을 면밀히 주시하면서 절차의 탄력적 운용을 꾀하여야 할 것이다. 당사자가 다수일 때에는 손해배상금의 배분에도 깊은 주의를 기울여야 함은 물론이다(동법 제56조, 제58조).

(5) 앞서 리스크적 환경문제에 있어서는 관련 당사자 모두가 참여한 결정이 무엇보다도 중요함을 보았고 이를 위해서는 조정절차가 융통성 있고 탄력적으로 운용될 필요가 있음도 이미 살핀 바이다. 하지만 조정이 성공하기 위해서는 조정인이 조정안을 모색해 가지고 있어야 한다. 나름의 기준점이 제시되지 않는 한 문의한이 대부분인 당사자들 사이에서 합리적인 균형점이 달성되리라 기대하기 어렵기 때문이다. 따라서 조정위원회는 관련 당사자 모두의 이익을 조정할 수 있는 역량을 확보하여야 하는데, 이를 위해서는 환경분쟁조정위원회가 “인과관계의 규명”이나 “손해액의 산정”에 관한 전문성뿐만 아니라 이들 논제에 관한 법적 전문성을 확보하여야 할 것이고, 나아가 관련 행정기관을 움직일 수 있는 정치력까지 겸비하여야 할 것이다. 이를 위해서는 환경분쟁조정위원회의 위상을 높일 필요가 있다.

## 7. “공정거래위원회 모델”의 도입 조건

(1) 이제까지 논의에서 환경분쟁조정의 발전을 위해서는 동 위원회가 가진 환경분쟁 해결에 관한 전문성을 제고할 필요가 있음을 알았다. 여기서는 법률 개정을 통해 환경분쟁조정의 발전을 도모할 수 있는 제도 개혁방안을 살펴보기로 한다. 크게 두 가지 방안을 생각해볼 수 있는데, 그 하나는 조정전치주의(調整前置主義)를 채택하는 것이고, 다른 하나는 환경분쟁조정위원회를 “공정거래위원회 모델”로 탈바꿈시키는 것이다.

(2) 제도 개혁을 논하기 전에 환경분쟁조정 의 이용빈도의 증가가 사회적으로 바람직한가에 관한 법경제학적 연구결과부터 살펴보자. 환경분쟁이 터지고 난 후 분쟁해결을 위해 환경분쟁조정을 이용하는 것(“사후적 ADR 의존”)은 그 이전에 행해진 행위에 대하여 어떤 영향도 끼치지 않고 따라서 사회후생의 증진을 가져오진 않는다. 분쟁당사자들은 행위 당시에 나중에 그 행위로 인한 분쟁이 환경분쟁조정으로 처리될 것이라는 정보를 전혀 가지고 있지 않다. 말하자면 사후적 ADR 의존은 당사자들 사이에 놓인 파이를 나누는 것일 뿐, 그 파이의 크기에는 전혀 영향을 미칠 수 없다.

뿐만 아니라 환경분쟁조정이 판결예측력이 없고 법원 또한 환경분쟁조정의 이론적 권위를 인정하지 않는다면, 사후적 ADR 의존은 분쟁당사자들의 후생을 증진시키기는커녕 오히려 환경분쟁조정에 들어간 비용만큼 감소시킨다. 가령 법원은 환경시설의 과오를 감지할 수 없는데 환경분쟁조정위원회는 전문성에 힘입어 과오를 적발할 수 있다고 가정해보자. 먼저 ① 환경분쟁조정이 임의적인 경우라고 한다면, 피고 시설로서는 과오가 이미 발생한 상태에서 위험부담을 안고 이런 환경분쟁조정으로 분쟁을 처리하는 것에 응해 줄 이유가 없다. 다음으로 ② 환경분쟁조정이 강제적이지만 구속력이 없는 경우에도 환경분쟁조정의 이용이 분쟁당사자들의 행위체계에 영향을 주지 못한다. 왜냐하면 피고 시설이 환경분쟁조정에서 승소한다면 법원의 무능을 모르는 원고가 이에 불복할 것이고, 피고 시설이 패소한다면 피고 시설이 불복할 것이기 때문이다. 결국 오히려 증가된 분쟁해결비용만큼의 순손실이 있다. 아무리 환경분쟁조정이 강제적이라 하더라도 구속력이 없기 때문에 당사자들은 이에 불복하고 소를 제기할 것이고 또한 법원의 판결을 두려워할 이유가 없는 피고 시설로서는 올바른 환경시설 운용을 위해 자신의 행위체계를 변화시키려고도 하지 않을 것이기 때문이다.

결국 사후적 환경분쟁조정 의존은 분쟁당사자의 행위를 계도하는 유인을 제공하지 않으며, 복지 증진이 있다고 하더라도 기껏해야 분쟁해결비용을 절감하는 데 그칠 것인데, 이것도 환경분쟁조정의 결정이 구속력이 없어 그 결정에 대한 불복소송이 가능하다면 사라지게 된다. 결론적으로 말하면 환경분쟁조정의 판결예측력이 없거나 역으로 법원이 환경분쟁조정 결과를 존중하지 않는다면, 국가가 분쟁이 발생한 후 환경분쟁조정의 이용을 강제하는 법정책을 채택할 이유는 없고, 오히려 환경분쟁에 관하여 조정전치주의를 채택하면 총분쟁해결비용을 증가시키는 효과가 있을 수 있다.

(3) 이상의 이유로 ADR에 대한 범경제학적 연구는 구속력이 없는 ADR을 소재 기 전에 강제하는 조정전치주의를 지지하지 않는다.<sup>43)</sup> 그렇다고 구속력이 있는 ADR을 소재기 전에 강제할 수는 없다. 이는 헌법상 보장된 재판청구권을 침해하는 것으로 위헌이기 때문이다. 따라서 다음 대안으로 상정되는 것이 모든 환경분쟁은 환경분쟁조정위원회를 거치게 하고 이로써 제1심 법원의 판결을 갈음하게 하며, 이에 대한 불복은 제2심 법원에서 다투게 하는 방안(“공정거래위원회 모델”)이다.<sup>44)</sup> 이렇게 하면 적어도 ADR 비용만큼의 분쟁해결비용이 추가되는 것을 막을 수 있다.

헌법재판소는 공정거래위원회 모델에 관하여 주목할 만한 평가를 하고 있다. 공정거래위원회 구성의 독립성 및 사건처리절차의 사법적 요소 등이 이슈가 된 사건에서,<sup>45)</sup> 미국의 “Federal Trade Commission”과 비교할 때 미흡한 점이 있으나 행정목적 실현을 위하여 취해지는 규제수단에 비하여 사법적 체계나 요소를 어느 정도로 적용할 것인지는 기본적으로 제도 형성의 문제로서 입법자의 재량에 속한다는 다수의견과 달리, 재판관 4인으로 구성된 소수의견은, 공정거래위원회의 사건처리절차가 조사기관과 심판기관의 미분리, 전문성과 독립성의 미흡, 증거조사와 변론의 불충분 등 준사법절차적 내용이 미흡하여 적법절차원칙에 위배된다는 의견을 천명한 바 있다. 이는 3심제의 예외인 공정거래위원회 모델에 있어서 재판과정에서 통상 인정되는 정도의 방어권이 국민에게 보장될 필요가 있음을 지적한 것이다.

이에 더하여 공정거래위원회 모델이 채택되기 위해서는 몇 가지의 전제조건이 충족되어야 할 것 같다. 첫째, 환경분쟁이 공정거래위원회가 다루는 분쟁에 필적할 만큼 양과 질의 측면에서 중요하게 자리매김되어야 한다. 우리 사회의 현실인식 수준에 비추어 보면 그리 머지않은 장래에 이 조건이 충족될 수도 있을 것이다.

43) 同旨, Shavell(註 10), 4, 16-19.

44) 공정거래위원회의 심의 및 의결절차는 준사법적 절차로 평가되고 있고, 공정거래법에 의한 공정거래위원회의 처분에 대해서는 서울고등법원의 전속관할로 함으로써 행정상 처분에 대한 3심제의 예외로 인정되고 있다. 또한 법원은 공정거래위원회가 시정조치를 함에 있어 인정한 사실에 대하여 사실상 추정력을 인정하고 있다. 이런 점들을 종합하면 공정거래위원회의 심결절차는 사실상 제1심 법원과 같은 기능과 역할을 수행한다고 볼 수 있다. 예컨대 윤성운, “공정거래법위반사건 심판절차의 절차적 적법성과 개선방향”, **인권과 정의**, 147 (2004. 2.).

45) 헌법재판소 2003.7.24. 선고 2001헌가 25 결정. 동 결정에 대한 평석으로는 김하열, “부당내부거래에 대한 과징금 부과 위헌 여부”, **헌법재판소 결정해설집** 제2권, 353 (2004).

둘째, 환경분쟁의 처리 방법에 관한 사회적 합의가 있어야 하고 이에 터잡은 객관적이고 구체적인 방안이 정립되어야 한다. 가령 시장에서의 행위가 경쟁을 저해하는지 여부의 문제는 가치관에 따라 큰 편차가 나타나지 않으며 경제학의 발전으로 객관적 계산에 의한 처방이 가능하다. 이에 비해서 (환경이나 생태에 관한 이해가 그 동안 비약적 발전을 이룬 것은 사실이지만) 환경문제에 대한 태도는 기술낙관주의에서 근본생태주의까지 문자 그대로 다종다양한 입장들이 스펙트럼을 이루고 있다.

(4) 하지만 다음과 같은 작은 제도적 개선책만으로도 환경분쟁조정위의 권위는 향상될 것으로 본다. 먼저 **환경분쟁조정위원의 직급을 높여 ‘상근’ 위원으로 임명**하고,<sup>46)</sup> 이들로 하여금 오로지 환경분쟁조정에만 집중해 전문성을 제고하게 하여야 한다. 법원과의 관계에서 이론적 권위를 인정받기 위해서 환경분쟁조정위원 중 **법률에 정통한 법조인의 비중을 높일 필요**가 있음은 이미 살핀 바이거니와, 이 정도의 조건이 충족되지 않은 상태로는 평생 판사로 살아갈 작정을 하고 있는 구성원으로 충원된 법원으로부터 권위를 인정받을 수는 없을 것이다. 다음으로 **환경분쟁조정위원회의 스태프를 환경전문가로서 대폭 강화**하거나 아니면 **환경 관련 국책연구소와의 협력관계를 정립**해 이들로부터 지속적인 지원을 받아야 한다. 이는 환경문제에 관한 전문성을 인정받기 위한 필수적인 조치이다. 마지막으로 **관계행정기관에 대한 협조요청권이나 행정조치권고권을 실질화할 필요**가 있다. 환경시설 분쟁의 경우, 조정위원회의 조정이 성공하기 위해서는 위 권한이 구현될 필요가 있는데, 현행법은 관계행정기관이 협조요청이나 권고에 응하지 않을 때의 절차에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 행정법상 “기관소송법정주의”를 생각하면, 그 필요성을 절감할 수 있을 것이다.

46) 공정거래위원회에서 심의 및 의결절차를 담당하는 위원회는 위원장(장관급), 부위원장(차관급), 상임위원 3인, 비상임위원 4인 등 모두 9인의 위원으로 구성되고 있다(공정거래법 제37조).



## V. 결 어

환경소송은 그 공공재적 성격과 집합행위의 어려움으로 말미암아 사회가 필요한 만큼 제기되지 않는 경향이 있다. 환경분쟁조정제의 필요성이 거론되는 것은 이 제도가 분쟁해결에 드는 비용을 절감해 과소소송(過少訴訟)의 경향을 극복할 수 있기 때문이다. 따라서 환경분쟁조정제도의 개선안이 지향해야 할 목표는 환경분쟁 조정에 따르는 비용을 최소화하는 데 있다. 분쟁해결비용은 운용비용과 오판비용으로 구성되는데 양자는 어느 한쪽이 감소하면 다른 한쪽이 증가하는 상쇄관계에 있다. 운용비용을 낮추는 데에도 한계가 있는바, 따라서 환경분쟁조정 결과의 “판결예측력”을 높여 오판비용을 낮추는 것이 성공의 첩경이 된다.

그런데 이런 결론은 환경분쟁조정제도의 취지를 고려할 때 매우 실망스러운 것이다. 왜냐하면 이는 소송의 한계를 극복하기 위해 탄생한 환경분쟁조정제도의 자기부정을 의미하기 때문이다. 이러한 딜레마 상황을 타개할 수 있는 유일한 방안은 환경분쟁조정이 법원으로부터 “권위”를 인정받는 것이다. 환경분쟁은 일반 분쟁과 달리 사실관계의 파악(가령 인과관계의 규명)에 있어서 전문성을 요하고 그 처리(가령 손해의 산정)에 있어서도 경험에 더 잡은 식견을 필요로 한다. 환경분쟁 조정이 이런 측면에서 전문성과 수월성을 인정받는다면 법원으로부터 권위를 인정받을 수 있을 것이다. 이렇게 사실의 문제에 관하여 권위가 성공적으로 확립된다면 이제 “무엇이 법이어야 하는가?”에 관해서도 합의하는 바가 생기게 되고 이렇게 되면 이 점에 관해서도 법원의 존중을 획득하는 결과에 도달할 수 있을 것이다.

환경분쟁조정제도가 권위를 확보하기 위해 필요한 개선책을 정리하면 다음과 같다. 먼저 환경분쟁조정위원회의 소관사무의 범위를 확대하여야 한다. 현행 환경분쟁조정법은 환경분쟁조정위원회의 소관사무를 지나치게 협소하게 규정하고 있어 환경분쟁 처리에 있어서 위원회의 전문성을 발휘하는 데 제약요소로 작용하고 있다. 환경분쟁조정위원회는 또한 환경분쟁조정법이 인정한 직권조정권을 적극적으로 활용할 필요가 있다.

환경분쟁 중 난제(難題)로 꼽히는 유형이 세 가지 있는데, “오염된 토양의 정화 책임,” “독성 불법행위,” 그리고 “자연자원 손해”와 관련된 분쟁이 그것이다. 이들 분쟁에 있어서 ‘인과관계의 규명’이야말로 환경분쟁조정위원회의 전문성을 입증할 수 있는 문제이다. 이를 위해서 환경분쟁조정위원회는 ① 환경분쟁조정절차에서 직권탐지주의를 강화하여야 하고, ② 재정문서의 형식을 정교화하고 구제의 내용

을 실제화하여야 하며, ③ 환경분쟁조정위원회의 조직의 전문성을 제고하기 위해 법조인의 비중을 늘리되 이들의 과학기술적 전문성을 제고할 필요가 있다. 관계기관과의 협력관계를 제도화하는 것도 필요하다.

‘손해의 산정’도 환경분쟁조정위원회의 전문성을 입증할 수 있는 분야이다. 손해 배상의 범위에 대한 규범적 평가가 바로 서기 위해서는 무엇보다도 증상(症狀) 또는 현상(現狀)에 대한 과학적 사실확정이 선행되어야 한다. 입증이 불충분한 경우, 손해액을 입증의 정도와 연계해서 산정해내는 유연한 시스템의 개발도 필요하다. 자연자원 자체에 대한 손해의 산정방법과 산정기준을 확립하면 위원회의 권위는 더욱 확고해질 것이다. 이 때 산정방법과 기준은 합리적이고 체계적이어서 법적으로 수용하여도 법체계를 교란시키지 않고 무리 없이 법체계의 구성요소로 체화될 수 있어야 한다.

환경분쟁의 화해를 장려하기 위해서 알선과 조정, 특히 직권조정절차를 적극 활용할 필요가 있다. 화해가 성립하기 위해서는 양당사자 사이의 정보 공유가 필요한데, 이를 위해 자유로운 소통이 보장되어야 한다. 환경분쟁조정위원회는 당해 분쟁의 평가에 필요한 정보를 분쟁당사자에게 적극적으로 제공하여야 한다. 이를 위해 조정위원회에 부여된 조사권을 적극 활용할 필요가 있다. 당사자에게 제시되는 조정안은 정확한 ‘사실정보’뿐만 아니라 올바른 ‘법률정보’에 입각할 필요가 있다.

환경분쟁조정위원회는 환경시설의 설치에 관한 분쟁에 대해서도 적극 개입할 필요가 있다. 환경분쟁조정위원회는 소통능력을 제고하여 이해관계자의 참여를 독려하고 이들이 스스로 합의에 이를 수 있도록 노력하여야 한다. 이를 위해서는 조정절차가 융통성 있고 탄력적으로 운용되어야 하며, ‘인과관계의 규명’이나 ‘손해의 산정’에 관한 과학적 전문성뿐만 아니라 법적 전문성도 확보하여야 할 것이다. 나아가 관련 행정기관을 움직일 수 있는 정치력도 배양할 필요가 있다. 이런 국책사업 성격의 분쟁을 성공적으로 처리한다면, 환경분쟁조정위원회의 권위는 어느 누구도 부정할 수 없게 될 것이다.

제도개혁방안으로는 조정전치주의와 공정거래위원회 모델을 상정할 수 있다. 조정전치주의는, 법원이 환경분쟁조정 결과를 존중하지 않는다면, 총분쟁해결비용을 증가시키는 효과가 있을 뿐이다. 환경분쟁조정위원회를 공정거래위원회 모델로 탈바꿈하기 위해서는 몇 가지 조건이 선행되어야 한다. 첫째, 재판과정에서 통상 인정되는 정도의 방어권이 환경분쟁조정절차에서도 국민에게 보장되어야 하고, 둘째, 환경분쟁의 중요성에 대한 사회적 공감대가 더욱 공고하게 형성되어야 하며,

셋째, 환경분쟁의 처리 방향에 관한 사회적 합의가 형성되어 이에 터잡은 객관적이고 구체적인 방안이 정립되어야 한다.

하지만 기존 제도의 미세조정(微細調整)만으로도 환경분쟁조정위원회의 권위는 향상될 것으로 본다. 먼저 환경분쟁조정위원의 직급을 높여 상근 위원으로 임명하고, 이들로 하여금 오로지 환경분쟁조정에만 집중해 전문성을 제고하게 하여야 한다. 법원과의 관계에서 이론적 권위를 인정받기 위해서 환경분쟁조정위원 중 법률에 정통한 법조인의 비중을 높일 필요가 있고, 환경분쟁조정위원회의 스태프를 환경전문가로서 대폭 강화하거나 아니면 환경 관련 국책연구소와의 협력관계를 정립해 이들로부터 지속적인 지원을 받아야 한다. 마지막으로 관계행정기관에 대한 협조요청권이나 행정조치권고권을 실질화할 필요가 있다.

결론적으로 말하면, 환경분쟁조정이 자기부정을 피하면서 국민의 사랑을 받을 수 있는 유일한 방법은 환경분쟁조정위원회가 환경분쟁에 특화된 전문성을 확립하는 것이다.

투고일 2011. 8. 12

심사완료일 2011. 9. 5

계재확정일 2011. 9. 8

## 참고문헌

- 김시철, “환경분쟁조정법에 따른 분쟁해결과 ADR의 일반이론(II),” **환경법연구** 제31권 제1호, 82 (2009).
- 김유환, “행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도”, **법학논집** 제6권 제2호, 75 (2001).
- 김충묵, “환경분쟁조정제도에 관한 연구”, **법학연구** 제4권 제1호, 71 (2000).
- 김하열, “부당내부거래에 대한 과징금 부과에 대한 위헌 여부”, **헌법재판소 결정해설집** 제2권, 353 (2004).
- 김홍균, **環境法** (2010).
- 朴世逸, **法經濟學** (2000).
- 박효중, **민주주의와 권위** (2005).
- 宋沃烈, “민사소송의 경제적 분석”, **서울대학교 法學** 제46권 제2호, 136 (2005).
- 윤성운, “공정거래법위반사건 심판절차의 절차적 적법성과 개선방향”, **인권과 정의**, 147 (2004. 2.).
- 전경운, “환경분쟁조정제도의 현황과 문제점”, **환경법연구** 제26권 제3호, 219 (2004).
- 趙弘植, “대안적 분쟁해결제도(ADR)의 경제학: 환경분쟁조정제도에 대한 평가를 중심으로”, **서울대학교 法學** 제47권 제1호, 13 (2006).
- 趙弘植, “리스크法: 리스크관리체계로서의 環境法”, **서울대학교 法學** 제43권 제4호, 27 (2002).
- 趙弘植, “경제학적 논증의 법적 지위”, **서울대학교 法學** 제48권 제4호, 124 (2007).
- 趙弘植, “경제학적 논증의 영역: 드위킨의 견해에 대한 비판을 중심으로 하여”, **民事判例研究** XXX, 709 (2008).
- 胡文赫, **민사소송법** 제8판 (2010).
- Joon-Seok Park, *The Concept of Authority* (2007).
- Katharine Baker, “Consorting with Forests: Rethinking Our Relationship to Natural Resources and How We Should Value Their Loss”, 22 *Ecology Law Quarterly* 677 (1995).
- Stephen Breyer, *Economic Reasoning and Judicial Review* (2004).
- Robert D. Cooter & Thomas S. Ulen (이종인 역), **법경제학(Law and Economics)** (2000).
- John Heyde, “Is Contingent Valuation Worth the Trouble?” 62 *University of Chicago*

- Law Review* 331 (1995).
- Niklas Luhmann, *Risk: A Sociological Theory* (1993).
- Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (2d. ed., 2005).
- Peter Menell, "The Limitations of Legal Institutions for Addressing Environmental Risks," 5 *Journal of Economic Perspectives* 93 (1991).
- Peter Menell & Richard Stewart, *Environmental Law and Policy* (1994).
- Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (1965).
- Talbot Page, "A Generic View of Toxic Chemicals and Similar Risks", 7 *Ecological Law Quarterly*. 207 (1978).
- David Pearce & R. Kerry Turner, *Economics of Natural Resources and the Environment* (1990).
- Richard A. Posner, "The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations", 53 *University of Chicago Law Review* 366 (1986).
- Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986).
- Joseph Raz, *The Authority of Law* (1979).
- Joseph Raz, "The Problem of Authority; Revisiting the Service Conception", 90 *Minnesota Law Review* 1003 (2006).
- Judith Robinson, "Note: The Role of Nonuse Values in Natural Resource Damages: Past, Present, and Future", 75 *Texas Law Review* 189 (1996).
- Steven Shavell, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", 24 *Journal of Legal Studies* 1 (1995).
- Richard Stewart, "Crisis in Tort Law?, An Institutional Perspective", 54 *University of Chicago Law Review* 184 (1987).
- Cass Sunstein, *Free Markets and Social Choice* (1997).
- Douglass Williams, "Valuing Natural Environments: Compensation, Market Norms, and the Idea of Public Goods", 27 *Connecticut Law Review* 365 (1995).
- 大塚直, **環境法** (第2版) (2006).

<Abstract>

## Law and Policy for Development of “Environmental Dispute Resolution” - Policy Proposals Drawing upon Raz’s Theory of Authority -

Cho, Hong Sik\*

Based on the result of economic analysis on ADR and Joseph Raz’s theory of authority, this article proposes a few policy proposals to increase people’s use of the “environmental dispute resolution” (hereinafter, “EDR”), an ADR system that the “Environmental Dispute Adjustment Act” has provided to cope with complicated environmental disputes. Environmental litigations, although they are necessary to cope with environmental problems, are filed less than are socially needed. The reason why EDR is invented is that EDR can reduce the cost necessary to resolve environmental disputes to such an extent that it can successfully overcome the current trend of “under-litigation” in environmental disputes. Therefore, the policy proposals designed to improve EDR should aim at minimizing the dispute resolution cost of EDR, and their essential means should be institutional and operational reforms to enhance the value of EDR as prediction of the court’s decision. If one takes the *raison d’être* of EDR into account, the conclusion above is quite disappointing. Given the purpose of EDR, it would be EDR’s self-negation because EDR was originally invented to cure the flaws and limitations of environmental litigations. The only way to solve this dilemma is to make the courts respect EDR’s decisions, that is, to establish the *authority* of EDR vis-à-vis the courts. To establish such authority, the “Environmental Disputes Adjustment Committee” (hereinafter, “EDAC”), should ① depend its judgment upon the reasons that courts already have recognized on the issues concerned, (“dependency thesis”) and ② make its judgment comply with the reasons better than the courts themselves so that it can be of

---

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

service to the courts. (“normal justification thesis”) As compared to other legal disputes, resolution of environmental disputes needs considerable expertise in dealing with question of facts such as causation and damage. If EDAC is successfully accepted as an organization equipped with such expertise, then the courts shall recognize *theoretical* authority for EDAC. Furthermore, if EDAC can successfully keep its theoretical authority long enough for the general public as well as the courts to recognize EDAC to be in the salient position to decide environmental disputes, EDAC will not only receive respect from the courts about question of facts, but also about question of law such as “what should be the governing law for environmental disputes?” Based upon this framework, this article explores a wide variety of policy options which might help establish the authority of EDAC.

Keywords: ADR, authority, causation, dependancy thesis, dispute resolution cost, environmental damage, environmental disputes resolution, environmental litigation, error cost, Jeseoph Raz, natural resource damage, normal justification thesis, toxic tort