



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

도시계획학 석사학위논문

한국 환경행정소송의 사정판결
사례 분석

- 일본과의 비교 분석을 바탕으로 -

2016년 2월

서울대학교 환경대학원
환경계획학과
이 지 혜

한국 환경행정소송의 사정판결 사례 분석

- 일본과의 비교 분석을 바탕으로 -

지도교수 윤 순 진

이 논문을 도시계획학 석사학위 논문으로 제출함
2015년 10월

서울대학교 환경대학원
환경계획학과
이 지 혜

이지혜의 석사학위논문을 인준함
2015년 12월

위 원 장 홍 준 형 (인)

부 위 원 장 이 동 수 (인)

위 원 윤 순 진 (인)

국문 초록

국내·외를 막론하고 토지 이용을 전제로 하는 정부 주도의 대형 공공사업은 지역사회와 갈등을 일으키는 경우가 많다. 특히 사회의 공공목적으로서 국가의 비약적인 성장이 중요시되고, 무분별한 자원의 이용과 국토 개발에 관대했던 시대에서 인간과 자연의 환경권이 강조되는 시대로 넘어오면서 갈등은 더욱 심화되면서, 국가를 상대로 하는 이른바 환경행정소송이 대폭 증가하게 되었다.

최근 우리나라에서는 행정소송법상 ‘사정판결’을 적용하여 환경소송에서의 갈등을 종결시킨 사례들이 있다. 사정판결(행정소송법 제28조)이란 법원이 하자있는 행정처분을 그대로 존속시키는 극히 예외적인 판결이다. 법 적용의 제한성과 행정편의상 장점 때문에 사정판결의 부작용은 논쟁거리가 되지 않았으나, 최근 국가를 상대로 한 환경소송에서 사정판결이 적용되면서 사정판결의 정당성과 적절성이 문제가 되고 있다.

우리나라는 1951년 「행정소송법」을 제정할 때, 일본의 「행정사건특례법」을 그대로 계수하면서 사정판결 규정도 받아들이게 되었다. 즉, 사정판결은 전 세계적으로 우리나라와 일본에만 존재하는 규정이다. 그러나 일본에서 이 법리가 어떻게 논의되는지, 실제로 어떤 사건에서 어떻게 적용되고 있는지에 대한 한·일 비교연구가 부재하여 국내의 사례에 있어서 적용상의 차이와 문제점을 파악하기 어렵다. 따라서 일본의 적용례를 비교하는 것은 국가적 개발 사업이 수반하는 환경갈등 문제에서 사정판결의 적용을 재고하는데 시사점을 제공할 수 있다.

이 연구의 대상은 일본의 ‘니브타니댐 수용재결 취소소송’과 한국 ‘복합화력 발전소 공사계획인가처분등 소송’과 ‘낙동강 하천공사시행계획 취소소송’이며, 판례 분석의 틀을 이용하여 각국 사례의 사건 배경 및 경위, 소송의 쟁점, 법원의 판단을 분석하였다. 나아가 분석된 법원의 판례를 토대로 행정처분의 위법 사유의 특징, 공공복리에 대한 판단 방식, 하자의 중대성 판단에 대해 비교하고, 우리 법원의 판단에서 드러나는 문제점에 대해서 평가하였다.

연구 결과 정부 주도의 대형국책 사업과 관련한 환경소송에서 우리 법원이 얼마나 모순적이고 이중적인 태도를 보여주는가를 발견할 수 있었다. 먼저, 일본과 우리나라 모두 사정판결을 이끄는 주요 요인은 공정을 내지 비용으로 나타났다. 그러나 행정처분의 위법 사유를 비교해 보면, 우리 법원은 환경영향평가의 내용적, 절차적 하자, 국가재정법 및 이 법 시행령의 절차적 위법에도 사정판결을 적용하고 있었다. 또한 공공복리의 판단 방식에 있어서 이익과 손실에

대하여 이익형량 고려 없이 결정여부가 정해지고 있다. 최근 환경소송에서 공공복리 판단 시 어떠한 이익형량의 판단 과정을 거치지 않을 수 있었던 것은 일로부터 사정판결 법제의 수입 후에 개정이 이루어지지 않아 법률 자체의 제한이 부재하기 때문이다.

법원이 사정판결 적용을 위하여 공공복리를 판단함에 있어서, 얼마나 적절하고 타당하게 평가하였는가에 대해 분석한 결과 제도의 입법취지 혹은 환경권보다 우위에 있을 만큼 긴요한 필요가 있는 공공복리인지 그 근거 대상의 평가가 적절한지에 대한 근거가 부족한 것으로 나타났다. 다시 말해서 법원의 공공복리에 대한 평가는 타당하지 않으며, 환경소송에서 적용된 법원의 사정판결이 제대로 적용되지 않았다고 할 수 있다.

하자의 중대성과 관련하여 한국과 일본의 법원 모두 사정판결은 취소 가능한 처분인 경우에 한하여 적용되며, 무효인 처분에는 적용할 여지가 없다는 판단을 일관되게 취하고 있다. 취소와 무효의 기준은 그 하자의 중대성에 달려있다고 할 수 있는데 연구 결과 국내 연구사례는 모두 하자가 중대하다고 볼 여지가 충분하다. 복합화력발전소 소송은 원고의 의견수렴 절차가 생략된 데에만 하자가 있는 것이 아니라 환경영향평가법의 목적과 취지를 달성하지 못한 데에 중대한 위반이 있다고 할 수 있지만 법원은 취소사유에 불과하다고 판단했으며, 또한 법률에서 규정한 예비타당성 조사 절차를 거치지 않았기에 낙동강 소송은 해석의 여지없이 당연 무효인 상황이지만, 법원은 이 사건이 취소인지 무효인지 여부에 대한 판단조차 없이 사정판결을 적용했다. 원고가 해당 사안에 대해 무효를 주장하고 있는데, 무효 주장에 대한 판단은 없이 자구적으로 해석하여 '재량권 일탈·남용의 법리'를 인용함으로써 절차적 하자가 아니라 내용적 하자에 대해 판단을 했음을 알 수 있었다.

이 연구는 환경행정소송에서 사정판결이 법원에 의해 얼마나 남용되고 있는가를 볼 수 있으며, 공공복리 해석과 사정판결 적용에 제한이 필요함을 시사한다.

◆ 주요어 : 환경행정소송, 사정판결, 공공복리, 일본 사정판결, 판례분석

◆ 학번 : 2013-22006

목 차

| | |
|-------------------------|----|
| I. 서론 | 01 |
| 1. 연구의 배경 및 목적 | 01 |
| 2. 연구의 방법 | 03 |
| 1) 판례의 분석 | 03 |
| 2) 판례 분석의 틀 | 03 |
| 3. 선행 연구의 검토 | 04 |
| II. 이론적 배경 | 07 |
| 1. 사정판결의 개요 | 07 |
| 1) 사정판결의 개념 | 07 |
| 2) 사정판결의 성격 | 07 |
| 3) 사정판결의 적용 요건 | 08 |
| 2. 사정판결의 도입배경 및 취지 | 12 |
| 1) 일본의 댐건설 역사 | 12 |
| 2) 일본의 사정판결 생성 과정 | 13 |
| III. 판례의 분석 | 19 |
| 1. 판례 분석의 범위 | 19 |
| 2. 일본의 판례 분석 | 20 |
| 1) 연구대상 판례의 수집 | 20 |
| 2) 니브타니댐 수용재결 취소 소송 | 21 |
| 3. 한국의 판례 분석 | 26 |
| 1) 연구대상 판례의 수집 | 26 |
| 2) 복합화력발전소 공사계획인가처분등 소송 | 27 |
| 3) 낙동강 하천공사시행계획 취소소송 | 38 |
| IV. 판례의 비교분석과 평가 | 48 |
| 1. 행정처분의 위법 사유 | 50 |
| 2. 공공복리에 대한 판단 | 51 |

| | |
|---------------------|----|
| 1) 판단 과정 | 51 |
| 2) 판단 근거 및 내용 | 52 |
| 3. 하자의 중대성 | 56 |
| | |
| V. 결론 | 63 |
| | |
| <참고문헌> | 66 |
| <論文抄錄> | 70 |

표 목 차

| | |
|---|----|
| [표 1] 행정소송법안 제174조 사정판결 규정(안) | 14 |
| [표 2] 행정사건소송특례법 제11조 사정판결 규정 | 16 |
| [표 3] 연구대상 판례의 범위 요약 | 19 |
| [표 4] 니브타니담 사건의 경위 요약 | 22 |
| [표 5] 사건의 쟁점 | 22 |
| [표 6] 법원의 원주민성 인정 | 23 |
| [표 7] 복합화력발전소 공사계획인가처분취소등 사건의 경위 | 28 |
| [표 8] 소송의 쟁점 | 29 |
| [표 9] 환경영향평가 항목별 평가대상지역 및 예측 범위 | 30 |
| [표 10] 법원의 쟁점에 대한 판단 요약 | 34 |
| [표 11] 법원의 사정판결 적용 근거 | 37 |
| [표 12] 4대강 마스터플랜의 추진 경위 | 38 |
| [표 13] 소송의 쟁점 | 40 |
| [표 14] 이 사건 국가재정법 및 시행령 | 40 |
| [표 15] 예비타당성 조사에 대한 법원의 위법성 판단 | 43 |
| [표 16] 토지관련 소송 사정판결 적용시기 비교 | 49 |
| [표 17] 한·일 비교 요약 | 50 |
| [표 18] 일본과 한국의 사정판결 규정 | 51 |
| [표 19] 국가재정법 제1조와 제16조 | 61 |

그 림 목 차

| | |
|--------------------------------|----|
| [그림 1] 사정판결 분석 및 평가의 틀 | 04 |
| [그림 2] 일본의 사정판결 판례 검색 결과 | 20 |
| [그림 3] 한국의 사정판결 판례 검색 결과 | 26 |
| [그림 4] 사건 발단 지역 | 27 |
| [그림 5] 한·일 사정판결 적용현황 비교 | 48 |

I 서론

1. 연구의 배경 및 목적

국·내외를 막론하고 토지 이용을 전제로 하는 정부 주도의 대형 공공사업은 지역 사회와 갈등을 초래하는 경우가 많다. 특히 사회의 공공목적으로서 국가의 비약적인 발전이 중요시되고, 무분별한 자원 이용과 국토 개발에 관대했던 시대에서 인간의 환경권과 자연의 권리가 강조되는 시대로 넘어오면서 갈등은 더욱 심화되었다. 그 결과, 국가를 상대로 하는 이른바 환경행정소송(이하 ‘환경소송’)이 대폭 증가하게 되었다.¹⁾

최근 우리나라에서는 행정소송법상 ‘사정판결’을 적용하여 환경소송의 원인이 된 갈등을 종결시킨 사례들이 있다.²⁾ 사정판결이란 법원이 하자있는 행정처분을 그대로 존속시키는 극히 예외적인 판결이다. 행정소송법 제28조 제1항에서는 “원고의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에도 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다.”고 사정판결을 명시하고 있다. 사정판결은 사익의 보호가 결과적으로 공익에 중대한 침해를 가져올 경우 사회전체의 공익을 우선시킴으로써 이를 시정하려는 데 그 취지를 둔 것이다. 다시 말해서 사정판결은 공익과 사익을 공익 우선적 견지에서 조절하기 위한 예외적인 제도라 할 수 있다(홍준형, 2011).

사정판결은 이유 있는 원고의 청구를 기각시킴으로써 법적 안정성을 해칠 수 있는 가능성이 존재하지만, 적용하는 데 제한이 있고 하자 있는 행정처분을 취소하면 원래의 상태로 회복하는 것이 어려운 행정소송을 간결하게 종료시킬 수 있기 때문에 추가적인 시간·비용을 절약시킬 수 있어 국가행정상 장점이 있다고 할 수 있다. 이러한 법적용의 제한성과 행정편의상 장점 때문에 사정판결의 부작용은 그다지 논쟁거리가 되지 못했다. 그러나 최근에 ‘검은머리물떼새’소송과 ‘낙동강하천공사시행계획취소’소송에서 사정판결이 적용되면서 환경소송에서의 사정판결 문제가 새로운 국면으로 접어들게 되었다. 다시 말해서, 기존 환경소송의 주요 쟁점은 행정처분에 어떠한 하자가

1) 환경소송과 공해소송을 구분하는 입장에 따르면, 인격권이나 물권의 침해가 있는지 여부를 구분 기준으로 하여, 개인적 피해의 구제와 방지를 주된 쟁점으로 하는 것을 공해소송, 개인적인 피해라기보다는 환경피해의 회복과 환경 보전을 주된 쟁점으로 하는 것을 환경소송으로 본다. 그러나 오늘날 공해소송과 환경소송의 구분은 반드시 엄격하게 이루어지는 것은 아니며, 환경소송이 이 양자를 포괄하는 경우가 많다. 즉 환경문제와 관련된 소송을 총칭하여 환경소송으로 부르는 것이 오히려 일반적이다. 행정소송 형태로 이루어지는 환경소송인 환경행정소송도 광의로는 순수한 환경생태의 회복과 보전을 구하는 소송과 환경피해가 결국 개인의 권리와 결부되어 있는 소송을 모두 포함하는 것으로 보는 경향이 있다(김현준, 2011).

2) 서울행법 2010.4.23.선고 2008구합29038 판결, 서울고법 2012.2.10.선고 2011누228 판결.

있는지, 그 하자가 인정되었을 때, 이에 근거한 사업 등이 취소 또는 무효가 될 것인지 여부에 있었는데, 환경소송에서의 사정판결 이후에는 공사의 진행 정도가 취소 또는 무효판단에 중요한 기준이 되었다. 이런 문제에 대해 언론에서는 다소 생소한 사정판결과 그 판결 내용에 관심을 갖는데 그칠 뿐 여기에 내포된 문제들에 대해서 정확하게 지적하고 있지 않다. 이것은 기성사실의 존중을 기하는 사정판결의 이론적 근거로 말미암아, 이러한 판결이 가능할 것이라고 암묵적으로 용인되고 있기 때문이다.

우리나라는 1951년 「행정소송법」을 제정할 때, 일본의 「행정사건특례법」을 그대로 계수하면서 사정판결 규정도 받아들여지게 되었다. 즉, 사정판결은 전 세계적으로 우리나라와 일본에만 존재하는 규정이다. 그러나 일본에서 이 법리가 어떻게 논의되는지, 실제로 어떤 사건에서 어떻게 적용되고 있는지에 대한 한·일 비교연구가 부재하여 국내 사례에서 적용할 때 일본 사례와의 차이와 문제점을 파악하기 어렵다. 단적인 예로 사정판결의 근원지인 일본의 경우, 자연환경 보전 내지 환경권의 보호를 목적으로 하는 소송에서 이 법리를 적용시킨 사례는 없다고 할 수 있다.³⁾ 또한 2000년대 들어서 국가의 국책사업과 관련하여 사정판결이 적용된 사례도 찾아보기 힘들다. 따라서 일본의 적용례를 비교하는 것은 국가적 개발 사업과 이에 수반하는(혹은 수반될) 환경갈등 문제에서 사정판결의 적용을 재고하는데 시사점을 제공할 수 있을 것이다.⁴⁾

이 연구의 연구 질문은 다음과 같다. 사정판결의 원류인 일본에서 사정판결의 생성 배경과 입법 취지는 무엇인가? 한국과 일본의 사정판결에는 어떤 차이가 있으며, 우리나라에서 사정판결 적용 시 어떤 문제가 있는가? 우리나라 적용 양상에 문제가 있다면, 이를 제한 할 수 있는 방안은 무엇인가? 이 연구에서는 먼저 일본의 사정판결 제도의 근원을 고찰해 보고, 일본과 한국의 판례(判例) 분석을 통해 이러한 질문에 답함으로써 우리나라와 일본의 차이를 살펴보고자 한다. 나아가 우리나라 사정판결의 적용 양상을 살펴보고, 국내 환경소송에서 사정판결 적용의 문제점을 평가해보고자 한다.

3) 물론 초창기 대형댐 건설 등 정부의 국책사업과 관련한 행정소송에서 사정판결을 적용시킨 사례가 있지만, 이것은 환경권 보호 내지 자연보전을 목적으로 하는 환경소송은 아니다. 이에 대해서는 III-2에 자세히 기술하였다.

4) 이 연구에서 한·일 판례를 비교하려는 목적은 환경 소송에서 일본의 태도가 자연 보호에 적극적이기 때문이 아님을 유념해야 한다. 일본 역시 법적으로 자연물에 대해 엄격한 소송능력을 요구하고, 환경소송 당사자의 원고적격 내지 보호받을 만한 법률상 이익이 있는지 여부에 소극적인 편이며, 마찬가지로 국책사업이 일단 실시되면 그 관성을 저지하기 쉽지 않다. 다만, 일본의 판례 분석을 통해 사정판결의 적용여부 결정 시 판단과정 및 해석에 한국과 일본에서 어떤 차이가 있는지 비교함으로써 국내에서 적용되고 있는 사정판결의 특징 및 문제점을 살필 수 있을 것으로 예상된다.

2. 연구의 방법

1) 판례의 분석

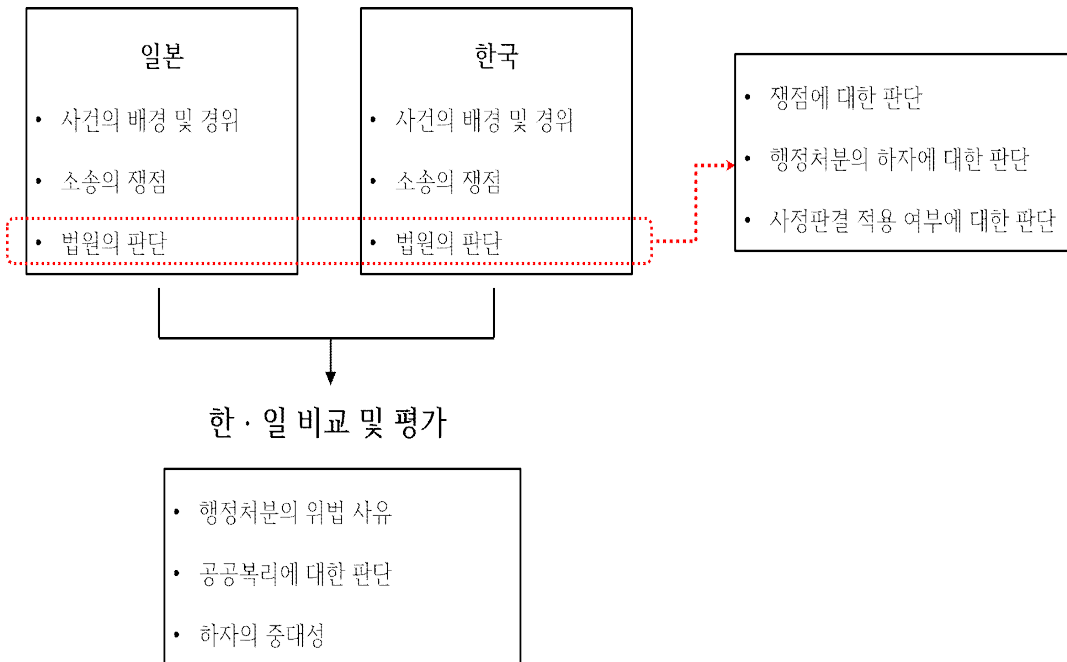
이 연구를 수행하기 위해서 판례 분석을 실시하고자 한다. 판례 분석은 하나 혹은 여러 사례를 통하여 시사점을 찾아내는 작업이다. 정형화·이론화 되어있는 체계적인 방법론은 아니지만, 그렇다고 해서 결코 무의미하지 않다.

판례 연구는 판례를 통해서 기존의 법이 어떻게 해석 또는 적용되는지를 이해하는 연구이고(김훈, 2012), 판례분석을 통한 연구는 쟁점이 되는 사회 문제의 해결을 위해 구체적 지침을 제공한다는 점에서 의미를 가진다(이재진, 2002). 또한 판례분석은 일종의 질적 내용 연구로 볼 수 있는데, 판례는 법조인의 법률해석에 의해 내려지고 있는 재판으로 우리나라 현 법조계의 인식을 살펴 볼 수 있는 장점을 갖고 있다(박연주, 2014). 또한 판례는 일반 사례들과 달리 상급심의 판결이 하급심을 기속하고, 정립된 판결의 논리는 이후 동종 판결에 영향을 주어 사실상 구속력을 가지고 있기 때문에 유사 사건 판결의 동향을 예측할 수 있는 도구가 될 수 있다는 점에서 큰 의미가 있다.

2) 판례 분석의 틀

이 연구에서는 한·일 사정판결 적용 사례를 분석하여 비교하고 평가하기 위하여 판례 분석의 틀을 만들어 전개한다. 먼저 판례를 분석할 때는 사건의 배경 및 경위, 소송의 쟁점, 법원의 판단 항목으로 나눈다. i) 사건의 배경 및 경위에서 소송의 이유, 목적, 갈등 요인에 대해 이해하는 것을 시작으로 ii) 소송의 쟁점에서는 소송의 주요한 법적 쟁점을 살펴면서, 이에 관하여 당사자가 주장하는 바가 무엇인지 검토한다. 끝으로 iii) 법원의 판단 부분에서 주요 쟁점에 대한 법원의 판단은 무엇이며, 법원이 행정처분 하자에 대해서 어떻게 판단하고, 끝으로 사정판결 적용 여부에 대하여 살펴보는 데 이 때 법원이 공공복리에 대하여 어떻게 해석하고, 그 판단 근거가 무엇인지 살펴본다. 판례 분석의 틀을 이용한 이 연구의 평가 과정을 나타내면 [그림 1]과 같다.

한·일 판례의 분석



[그림 1] 판례의 분석 및 평가의 틀

한국과 일본의 판례 분석이 끝나면, 한·일 판례를 비교하고 평가한다. 이때, 분석된 법원의 판례를 토대로 행정처분의 위법 사유의 특징, 공공복리에 대한 판단 방식, 하자의 중대성 판단에 대해 한국과 일본의 공통점과 차이점을 살펴보고, 우리 법원의 판단에서 드러나는 문제점에 대해 평가하도록 한다.

이 연구의 분석들은 법적용의 특성상 사례가 많지 않은 사정판결 판례의 양적 한계를 보완하고, 이를 객관화시키는 데 유용하다.

3. 선행 연구의 검토

1) 사정판결에 관한 연구

사정판결은 개념 및 법이론을 중심으로 한 연구가 대부분인데, 선행연구들로는 이재화(1974), 김철용(1985), 유종락(1988), 김창조(1995)의 연구가 있다.⁵⁾ 이들 연구에서는 사정판결에서 공공복리에 대하여 개념의 추상성은 언급하고 있으나 사정판결 요건인 공공복리 외에는 자세히 기술하고 있지는 않다. 이은기(2010)는 사정판결을 중

5) 사정판결의 이론에 대해서는 II-이론적 배경에서 자세히 다루었다.

심적으로 연구하면서 특히 공공복리의 추상적이고 모호한 특성을 지적하면서 사정판결 제한의 필요성을 강조하였다. 이에 따르면, 사정판결의 생성연혁에 비추어 볼 때 사정판결은 매우 제한적으로 운영되어야 하고, 필요최소한도에 그쳐야 한다고 한다. 또한 사정판결의 핵심적 목적요건인 공공복리는 개념의 추상성·다의성·모호성·포괄성으로 인해 법관이 개별적 사건에서 자의적으로 해석할 여지가 있으므로, 공공복리 적합여부에 대한 판단기준은 좀 더 구체적으로 정립되어야 할 필요가 있음을 지적하였다.

2) 공공복리에 관한 연구

공공복리는 추상적이고 모호한 개념이기 때문에 정의를 내리는 것은 쉬운 일이 아니며, 이에 관한 이론적 논의들은 매우 다양하고 방대하다. 그 중에서 공공복리의 개념을 고찰한 연구로는 조한상(2006), 정극원(2010) 등이 있다. 조한상(2006)은 헌법 제37조 제2항에 규정된 공공복리에 대하여 헌법재판소가 지나치게 막연하게 원용하는 문제를 비판하면서, 공공복리 개념의 올바른 이해 방향에 관하여 고찰하였다. 이에 따르면 ‘공공성’의 의미 안에 공공복리가 포섭되어 있으며, 이때 공공성은 자유롭고 평등한 다수의 참여를 내포하고 있고, 개방적인 절차 내지 과정에서 자유로운 대화와 토론을 내용으로 삼는다. 정극원(2010)은 헌법상 공공복리를 크게 절대주의적 개념, 개인주의적 개념, 복지국가 내지 사회국가적 개념으로 시대적 전개에 따른 공공복리 개념의 변화를 나누고, 이를 기반으로 우리 헌법상에 규정된 공공복리의 규범적 의미를 보다 명확하게 규명하려는데 목적을 두면서 이러한 공공복리가 실정법과 실제적 법 적용에 어떠한 의미와 형태로 나타나고 있는지에 대하여 분석·정리하였다.

국가의 공공복리 역할과 특성을 고찰한 연구로는 이기철(2003)이 있다. 이기철(2003)은 먼저 개념적으로 공공복리와 공익을 개념에 대해서 공공복리는 공익을 포괄하는 ‘전체집합’이고, 공익은 공공복리 속에 포함되는 ‘부분집합’으로, 공공복리(공익)의 실현이야말로 매우 중요한 국가의 최우선목표이며, 공공복리에 관한 정의는 국가의 과제에 대한 언명이라고 한다. 한편으로 공공복리는 사회공동체의 행복한 상태 및 모든 구성원들의 안녕과 번영의 관념을 구체화한다. 또한 공공복리는 특정 내용이나 활동영역에 의해서 제한되지 않으며, 모든 현실적 국가목표들을 지원하고 총괄하는 적법한 국가목표의 총화라고 한다.

이밖에 김대정(1995)은 공공복리를 민법에 있어서도 최고의 기본원리로 보아야 하는가 하는 문제와 관련하여 헌법상의 공공복리에 관하여 고찰하였다.

3) 환경행정소송에 관한 연구

환경소송 절차상 소송능력에 대한 연구는 김현준(2010), 이준서(2010) 등이 있다. 김현준(2010)은 환경사법액세스권은 환경문제와 관련해서 사법(司法)에 호소할 수 있는 권리를 말하는데, 입법론(de lege ferenda)으로서 ‘환경단체소송’을 우리 법제에서 수용하는 문제를 주된 검토대상으로 하였다. 이준서(2010)는 ‘낙동강 취수장 판결’ 판례를 상세 분석하면서 환경소송에 있어서의 “법률상 이익”의 해석을 통한 원고적격 확대의 문제에 대하여 재고찰 하였다. 소송을 통한 자연보호 혹은 환경권의 실질적인 보장에 대한 연구로는 김현준(2011), 정훈(2003) 등이 있다. 김현준(2011)은 ‘환경권’, ‘환경행정소송’, ‘사법접근성’이라는 개별 주제들이 헌법에서 규정하는 환경권으로서 실질적으로 보장될 수 있는 법리를 모색하였다. 이와 반대로 정훈(2003)은 현행 개별 환경관련 법규 및 집행은 경제적인 측면에서 비효율적이고 나아가 개인의 기본권을 제한하는 측면도 있다고 보고, 비교법적 논의를 위해 독일의 사례를 소개하면서 충돌하는 두 가지 내지 두 법익간의 문제를 살펴보았다.

환경영향평가 하자는 대표적인 환경소송의 이유인데, 홍준형(2010)은 사례별 환경영향평가 분쟁에서의 주요 쟁점을 검토하면서 이에 기초한 문제점을 도출하고 개선방안을 모색하였다. 또한 이유봉(2013)은 4대강 정비사업과 관련된 각각의 사건들이 제시하는 문제점들을 검토하였다.

4) 기존 연구와의 차별성

사정판결에 관한 연구는 사정판결의 입법취지 및 배경, 학문적 특성으로 연구의 필요성에 비해 다양한 분야나 비교법적 연구가 활발히 진행되고 있지 않다. 이 연구는 실제 사정판결이 원용된 구체적인 사례를 판례 분석의 틀을 이용하여 상세하게 분석한다는 점에서 기존 연구와 차이가 있다. 또한 환경소송에서 사정판결 적용 판례를 분석하고 평가하여 환경소송에 미치는 문제점을 고찰하고 제한 방안을 검토해 본다는 점에서도 연구의 의의가 있다.

II 이론적 배경

1. 사정판결의 일반적 개요

1) 사정판결의 개념

행정처분이 위법하면 그것을 취소하여 원상회복을 하게 하는 것이 당연하지만, 위법처분을 취소하는 것이 오히려 공공복리의 측면에서 적합하지 않다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 청구를 기각할 수 있는 제도를 사정판결이라고 한다(김창조, 1995). 사정판결은 기각판결의 일종으로서 취소소송에서만 인정되는 제도다(홍준형, 2011). 현행법상 일본은 「행정사건소송법」 제 31조에 규정이 있고, 우리나라는 「행정소송법」 제 28조에서 ‘사정판결’을 명문으로 규정하고 있다.

2) 사정판결의 성격

(1) 사정판결의 근거

위법한 행정 처분은 취소되어야 하지만 이러한 원칙의 중대한 예외인 행정소송법의 사정판결의 존립 근거는 어디에 있는가가 문제된다. 일반적으로 그 근거를 기성사실의 존중에서 찾는다. 즉, 일단 처분이 행해지면 그것을 전제로 법률상·사실상의 여러 관계가 생기는데, 처분을 취소하여 이와 같은 관계를 뒤엎는 것이 물리적으로 가능하다 하더라도 사회, 경제적으로 불가능한 경우가 있다. 이러한 경우에는 이미 쌓여진 기성사실을 모두 뒤엎어 원고를 구제하고 법치행정의 요청을 만족시키는 것보다 기성사실의 존중의 요청을 우선해야 한다는 것이다(김철용, 2014).

일본에서도 마찬가지로 “행정처분은 원래 공익성과 대중성을 띠고 있기 때문에 그 처분이 비록 위법이지만, 이미 처분이 집행되어 이에 터 잡아 다수의 관계인 사이에 새로운 사실상태 및 법률관계가 형성되고 있는 경우에는 처분의 취소나 변경에 의하여 이미 확립된 기존질서를 복멸(覆滅)함으로써 손해가 크게 발생되고, 이에 대하여 위법처분에 의하여 불이익을 받는 사람의 손해정도는 비교적 적을 뿐만 아니라 다른 방법으로 이를 실질적으로 보상하여 줄 수 있는 경우가 있다.”(小澤文雄, 1965, 221면)면서 이러한 경우에 사정판결이 운위될 수 있다고 한다.

(2) 사정판결과 법치주의

사정판결은 원고의 이유 있는 청구를 기각하기 때문에 이것이 곧 법치주의에 반하는지에 대해서 여러 논의가 있다.

사정판결제도는 위법한 처분으로 원고의 법률상 이익이 침해되었음에도 불구하고 이를 취소하는 것이 공공복리에 현저히 반한다는 이유에서 이유있는 청구를 기각하는 것이므로 법치주의에 반하는 제도가 아닌가 하는 의문이 있다. 이에 관하여 국내문헌의 태도는 크게 법치주의에 반한다고 보는 입장과 그렇지 않은 입장으로 양분되고 있다. 전자가 법논리의 요청에 보다 엄격하게 부응하려는 것이라면, 후자는 원고에 대한 대상규정(행정소송법 제28조 제3항)에 의한 원고의 손실 전보와 공공복리라는 공적 요구를 근거로 한 견해라 할 수 있다. 후자의 입장도 전혀 부당한 것이라고는 할 수 없으나, 아무래도 “참아라, 그러면 보상하리라”(dulde und liquidiere)라는 입헌군주시대의 사고방식이 잠재되어 있는 것은 사실이다. 다만 후자의 입장에서 「사정판결제도의 쟁점은 그것이 반법치주의적인 것인지 여부보다는 그 남용을 어떻게 방지할 것인가에 있는 것」이라고 지적하는 것은 타당하며, 이제까지 이 제도가 비교적 신중하고 제한적으로 적용되고 있다는 사실은 문제의 현실성을 상당부분 감소시키는 요인이라고 할 수 있다.⁶⁾

따라서 사정판결은 위법한 행정행위를 그대로 방치함으로 인하여 발생하는 공익의 침해보다 이를 취소함으로써 발생할 공익의 침해정도가 월등하게 큰 경우에 위법처분의 효력을 그대로 유지시켜야 할 불가피한 때에 한하여, 예외적·제한적으로 적용되어야 할 것이며 이러한 적용의 제한은 권력분립이나 법치주의의 원리에 비추어 보더라도 받아들여져야 할 것이다(이재화, 1974).

3) 사정판결의 적용 요건

사정판결을 내릴 것인가 여부에 대해서는 여러 사정을 종합적으로 고려하여 결정되므로 획일적인 기준은 없지만 일반적으로 i) 행정처분의 취소 또는 변경에 관한 소송일 것, ii) 원고의 청구가 이유 있을 것, iii) 처분 등의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 아닐 것 등을 요건으로 한다.

(1) 행정처분의 취소 또는 변경에 관한 소송일 것

사정판결은 취소소송에서만 인정되고, 다른 항고소송에서는 인정되지 아니한다는 것이 다수설이고 판례(대법 1996.3.22.선고 95누5509 판결 등)이다. 학설상으로 처분

6) 홍준형, 『행정법』, 법문사, 2011, 930면

의 무효사유와 취소사유가 상대적이어서 그 구별이 용이하지 아니하므로 무효등확인 소송에도 사정판결이 가능함을 주장하는 견해도 있지만,⁷⁾ 사정판결제도는 처분이 법원에 의하여 취소되는 경우 초래될 수 있는 공공복리에 대한 현저한 위해를 방지하기 위한 예외적인 제도이므로 이를 무효인 행정처분에까지 확대하는 것은 정당하지 못하며, 사정판결제도의 예외적 성격을 부인하고 그 대상의 확대나 요건의 완화를 꾀하는 것은 행정소송제도 자체의 존립을 위협하는 것이다(김성수, 2010). 따라서 무효인 행정처분에 대해서 사정판결은 부정되며,⁸⁾ 행정처분에 위법한 하자가 있어 원고의 청구를 인용하는 판결을 하여야 할 경우에 행정처분이 위법함에도 불구하고 이를 유지할 필요성이 공익상 강하게 요구되는 경우에 한하여 적용된다.

(2) 원고의 청구가 이유 있을 것

사정판결은 원고의 청구가 이유있는 경우, 즉 처분이 위법인 경우에 예외적으로 청구를 기각하는 판결을 하는 제도이므로, 원고의 청구가 이유 없는 경우에는 당연히 사정판결의 문제가 일어날 여지가 없다(김철용, 2014).

(3) 처분 등의 취소가 현저히 공공복리에 적합하지 아닐 것

사정판결의 적용요건 중 가장 핵심이 되는 것이 현저한 공공복리에 적합하지 아니하는 것이다. 그러나 공공복리의 개념은 개념의 일반성과 고도의 추상성 때문에 구체적인 내용을 확정하기 어렵다. 공공복리라는 말을 문자 그대로 보면 공동체 구성원 모두의 복리, 일반적 복리라고 말할 수 있을 것이나 공공복리는 구체적인 의미가 대폭 생략된, 지나치게 추상적인 개념이기 때문에 이러한 개념이 법적 용어로 사용될 경우 추상성은 위험성으로 바뀌기도 하며, 자칫하면 자의적 법해석과 적용의 빌미를 제공할 여지가 있다(조한상, 2008). 예를 들어, 나치정권의 정강(政綱)중 하나는 “공익은 사익보다 앞선다(Gemeinnutz geht vor Eigennutz).”였으며, 이러한 공공복리 내지 공익이라는 용어는 다른 전체주의 체제에서 자주 악용된 바 있었다(이기철, 2003).

18세기에 이미 J.J.모제는 영주들이 천편일률적으로 이러한 종류의 관점을 명분으로 제시하는 것을 “국가의 만병통치약(Universal-Wtaats-Medicine)”이라고 조롱하였고, 토스포예프스키는 카라마조프의 입을 통해서 “사람들은 공공복리를 위한다는 명분으로 온갖 깡패 짓을 정당화한다.”고 비판하였다(이덕연, 2012).

동서고금을 불문하고 공공복리(공익)의 실현을 매우 중요한 국가의 최우선목표로 삼고 있으며, 애매모호하고 부정확한 이 개념은 국가의 개념, 정치활동목적의 문제와

7) 김남진, 『행정법 I』, 2012, 845면

8) 대판 1970.7.24. 69누126

그 역사적인 맥락을 같이 한다. 즉, 이것은 도덕성, 법적 의무 및 정치적 책임의 대상인 국가권력을 쟁취하자마자 국가실무와 국가이론의 시야에 불가피하게 대두된다(이기철, 2003). 여기에서는 공공복리에 대한 법적 측면에 대해서 논리를 전개한다.

① 헌법의 공공복리

우리나라 헌법 제37조 제2항에서는 「국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.」고 기본권 제한의 개념으로 ‘공공복리’를 두고 있다.

공공복리는 오늘날 자유 민주국가에서는 공공복리의 개념도 국가절대주의적 복리라든가 사회국가적 복리와는 구별되어야 할 것이며, 이것은 공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체를 위한 공존공영의 이익, 즉 ‘국민 공동의 행복과 이익’이라고 말할 수 있다(권영성, 2010). 또한 “현대사회복지국가의 헌법이념을 적극적으로 구현하기 위하여 사회구성원 전체를 위한 공공의 이익”⁹⁾ 혹은 “개인의 수준을 넘어 공동체 내의 구성원 전체의 삶을 위한 이익”¹⁰⁾으로 문자 그대로 공공의 이익을 의미하기도 하며, “인권상호간의 충돌을 조정하고, 개개인의 인권의 최대한의 보장을 꾀하는 사회정의의 원리”를 의미하기도 한다.¹¹⁾

기본권을 제한하는 목적으로서 공공복리의 개념은 다의적이고 불확정적인 개념이기 때문에, 이것을 가지고 기본권 제한의 근거로 삼는 데는 비판이 없지 않다(석인선, 2007). 헌법 제37조 제2항은 공공복리를 위하여 ‘필요한 경우에 한하여’라고 제한할 수 있도록 규정하고 있는데, 여기서 “필요한 경우”란 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 기본권의 제한이 불가피한 경우에(보충성의 원칙), 그 제한이 최소한으로 그쳐야 하며(최소침해의 원칙), 그 제한은 보호하고자 하는 법익을 구현하는 데 적합하여야 하며(적합성의 원칙), 보호하려는 법익과 제한하는 기본권 사이에 상당한 비례관계가 있어야 한다(비례의 원칙)는 의미이다(성낙인, 2014).

② 사정판결의 공공복리

사정판결의 공공복리의 개념 역시 명확하게 정의하기가 매우 어렵다. 공공복리의 개념에 대해서 공익의 개념과 대체로 같은 개념으로 보거나(김철용, 2014), 헌법의 공공복리의 개념처럼 국민 전체 또는 특정사회구성원 전체의 이익으로 정의하기도 한다(김동희, 2014). 사정판결을 함에 있어서는 당연히 공익과 사익을 비교·교량하여야

9) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2014.

10) 정종섭, 『헌법과 기본권』, 박영사 2010.

11) 김철수 『헌법학신론』 박영사 2013

하는 것이나, 여기서는 공익의 성질이나 내용 그 자체도 문제가 된다고 본다. 전술한 바와 같이 사정판결이 법치주의 등과의 관련에서 중대한 예외를 이루는 것이라는 점을 감안할 때, 행정소송법 제28조 제1항의 ‘현저히’라는 관념은 공익, 사익의 비교형량에 있어서뿐만 아니라, 공익의 내용에 대한 기준으로서의 의미도 가진다고 해석하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 사정판결은 중대한 공익을 보호, 유지하기 위해서만 인정된다고 본다.

③ 환경권의 제한 목적으로서 공공복리

환경권은 일반적으로 ‘건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’라고 할 수 있으며, 법적 성질에 관하여 자유권적 성격뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치·행복추구권으로부터 도출되는 생존권 또는 사회적 기본권으로서의 성격을 갖는 종합적 기본권으로 보는 것이 지배적인 견해라고 할 수 있다(홍준형, 2013). 따라서 환경권도 기본권 제한의 일반 원리(헌법 제 37조 제2항)에 의하여 제한이 가능할 수 있다.

오늘날 환경권의 제한은 공공복리를 위한 경우가 대부분이며, 특히 후진국가에서는 개발정책을 수행하기 위하여 환경이 파괴되는 경우가 빈번하고, 사회적환경의 개선을 위하여 자연환경이 파괴되는 경우가 많을 것이다(석인선, 2007). 개발도상국의 경우 경제개발은 공공복리로 쉽게 인정되고 있고, 경제 개발을 위한 환경권 제한을 쉽사리 공공복리를 위한 제한으로 허용하게 됨으로써 결과적으로 경제 개발이라는 공공복리의 이름으로 경제적 약자인 일반국민들의 환경권이 제한되는 현상을 보인다(석인선, 2007). 따라서 산업개발과 환경보전이라는 두 법익을 어떻게 조화시킬 것인가는 공공복리와 환경보전의 이익형량의 문제를 해결하는 것이 중요한 과제라고 할 수 있다.

④ 사정판결에서의 공공복리 해석의 제한

사정판결에 관한 사안은 엄격히 해석하여야 한다. 일반적으로 행정처분은 다소의 차이는 있지만 객관적으로 볼 때 모두 공익과 관계가 있다(이재화, 1974). 따라서 “처분이 위법한가의 여부를 조금 지나치게 재량에 의하여 광범위로 판단하여 위법한 처분의 효력을 공익과 관계되는 점을 강조한 나머지 이를 취소하지 아니하고 예외적으로 적용되는 사정판결 즉, 원고청구 기각의 판결을 한다면 위법한 행정처분에 대하여는 행정구제절차인 행정소송을 제기하여 구제받을 수 있다는 원칙적인 행정쟁송의 의미가 몰각되어 버리지 않을까 하는 우려가 생긴다.”¹²⁾ 여기에 사정판결이 그 요건인 공공의 복리에 관한 해석을 엄격히 하여야 할 이유가 있다.

12) 雄川一郎, 小澤文雄, 兼子一 “行政事件訴訟特例法 逐條研究” 東京 : 有斐閣, 1957, 416면.

2. 사정판결의 도입배경 및 취지

사정판결은 법치주의의 예외를 인정하는 수단으로 같은 대륙법계 국가인 독일에는 없고, 일본에서 생성·발전되어 우리 법제에 수입된 것이다(홍광식, 1995). 다시 말해서 우리나라는 정부수립 후에 일본의 「행정사건특례법」을 그대로 계수하여 1951년 8월 24일에 행정소송법을 제정하였는데,¹³⁾ 제12조에 사정판결에 대한 규정을 두면서 도입되었다(이은기, 2010). 이것은 우리나라가 일본법을 단순 계수함으로써 도입 시에 사정판결 규정의 입법 취지나 법적 성질에 대한 고도의 논의가 충분하지 않았음을 보여준다. 기성사실의 존중이 사정판결의 이론적 근거로 구축되기 이전에 이 법리가 어떤 목적과 취지를 가지고 마련되었는지 살펴보면 현재 우리 법원의 사정판결 남용 문제를 고찰하는 데 도움이 될 것이다.

1) 일본의 댐건설의 역사

일본에서 사정판결제도 생성의 배경에는 제국주의 역사와 대형 댐건설의 시대가 이면에 자리 잡고 있다. 왜냐하면 댐건설에 따른 사인과의 갈등에서 법률에 근거한 원만한 해결을 도모하는 것이 사정판결의 창설 계기 내지 입법 목적이었기 때문이다. 따라서 일본의 사정판결 제정 변천에 대한 검토 이전에 일본의 당시 상황을 먼저 언급하고자 한다.¹⁴⁾

일본의 댐은 매우 긴 역사를 가지고 있다. 1900년에 준공된 일본 최초의 중력식 콘크리트댐인 누노비키(布引)댐 건설이 일본에 혁신을 가져다주면서, 일본은 각지에 콘크리트댐 건설을 계획하게 되었다. 한편 식산흥업 정책이 변형하면서 일본의 국력은 점차 높아졌고,¹⁵⁾ 청일전쟁(1894년-1895년)과 러일전쟁(1905년-1906년)을 통해 일본에서 중공업이 발전하지만, 중공업의 발전은 물 수요뿐만 아니라 전력 수요의 증가를 가져왔다. 이러한 배경으로 일본에서는 전력회사가 각지에서 융성하게 되면서 전기 사업이 활발하게 이루어지고, 전기 사업의 발전은 일본의 댐 기술을 크게 꽃피우는 계기가 되었다. 이후 수많은 댐들이 건설되었고, 댐의 규모가 점점 더 커져갔다.

13) 일본 행정사건특례법은 1948년 7월 1일 제정되었으며, 총 12개의 조항을 두고 있다. 행정사건특례법에서 사정판결 관련 규정은 11조에 규정되어 있다.

14) 일본의 댐건설의 역사는 일본 위키피디아 일본의 댐건설의 역사(日本のダムの歴史)를 검색하여 정리하였다.

15) 식산흥업 정책이란 일본의 메이지 정부가 서양 제국에 맞서 산업·자본주의를 육성하여 국가의 근대화를 추진한 여러 정책을 가리킨다.[일본 위키피디아 : 식산흥업(殖産興業)]

이러한 과정을 거치는 동안 에도시대 이전부터 농업용수를 취수하고 있는 농민, 임업을 영위하는 유목(流水)업체가 가지는 물 이권과 전기사업자가 획득한 신규발전용수 이권이 충돌하는 사례들이 다수 발생하게 되었다. 그 중에서 한 사건이 사정판결을 도입하게 한 쇼가와(庄川) 유목 사건이며, 사정판결의 생성 과정을 행정소송법안부터 살펴보고자 한다.

2) 일본의 사정판결의 생성 과정¹⁶⁾

(1) 행정소송법안

일본제국헌법 제61조에서는 행정사건에 대해서 원칙적으로 행정법원이 관할하는 이른바 행정국가제도를 규정하고 있었다.¹⁷⁾ 다시 말해서 당시 사법권은 천황이 법원에 위임하는 형태를 취하고 있었고, 행정소송은 사법재판소가 아니라 행정재판소에서 별도로 관할하였다. 그런데 행정재판소법(1890년 법률48호)에는 사정판결을 인정한다는 규정은 없었고, 학설에서 부재의 단점을 지적하는 정도였다. 그 후에 이 견해를 지지하는 사건이 일어났다. 이른바 ‘쇼가와(庄川)유목 사건’이다.

쇼가와 유목 사건은 ‘쇼가와 수력전기’가 고마키 댐을 건설함으로써 유목(流水: 상류에서 벌목한 목재를 하천에 흘려 수송하는 방법)이 불가능하게 되는 것에 반발하여 관행되어 온 비주(飛州)목재社 유목권을 근거로 다툼이 치열했던 사건이다. 원고는 행정소송에서 일단 유목권은 인정받았지만 댐건설에 따른 허가처분의 취소는 인정되지 않았다. 민사 소송(유목권확인 및 방해배제 청구사건)에서도 관행된 유목 권한을 인정했지만, 유목 권한을 기초로 한 방해배제청구로서 댐의 철거 청구는 인정되지 않았고, 또한 댐의 철거에 대체하는 손해배상 800만 엔의 손해배상 청구도 인정되지 않고, 그저 한시적 손해 배상으로 20만 엔의 손해배상이 쇼가와 수력전기에 내려질 뿐이었다. 그러나 이 20만 엔의 손해 배상은 비주목

16) 일본 사정판결이 변경되어 온 입법의 흐름에 관하여 中村,義幸(1986)의 “成立過程からみた事情判決制度の諸問題-事情判決制度論(1)” 논문을 토대로 재구성 하였다. 기타 추가 사항은 별도로 출처를 표기하였다.

17) 일본제국헌법 : 1889년 2월 11일에 공포되어 1890년 11월 29일에 시행된 근대 입헌주의에 기초한 일본 제국의 헌법이다. 줄여서 제국 헌법, 또는 공포 당시의 메이지 천황의 연호를 본 따 메이지 헌법으로 불리는 경우가 많다. 지금의 일본국 헌법과 대비시켜 구헌법이라고 부르기도 한다.[위키백과 : 일본 제국 헌법]

행정국가 : 행정재판제도가 확립되어 있는 국가로서 행정재판제도의 독립성을 인정하지 않는 사법국가에 대응하는 개념이다. 행정국가는 대표적으로 독일, 오스트리아 등 대륙 국가들이며, 사법국가는 미국이 이에 해당한다. (법률용어사전, 2015) 이것은 당시 독일의 영향을 받은 것이며, 행정법원법을 제정하여 일반 법원과는 전혀 다른 계통의 법원 즉 특별 법원으로서의 행정 법원을 설치했다.

재의 유목이 방해될 때마다 청구 가능했다. 전력회사는 즉시 항소했다. 오사카 항소 법원에 항소 직후 비주목재의 실질적인 대주주가 급사하고 그 장남이 이어 받았는데, 이후 전력회사 측은 비주목재의 주식 매입에 타진하였고, 결국 주식 매입에 성공하여 비주목재 이사를 해임했다. 비주목재는 전력 회사의 뜻을 수렴한 사람들로 채워졌고, 결국 쇼가와 수력전기와 화해가 성립되었다. 8년의 기나긴 소송(1926년 5월 행정소송을 제기로 1933년 8월 민사소송의 공소취하까지)은 사정판결제도 창설의 계기가 되었다.¹⁸⁾

이 사건에 대해서 행정재판소는 사정판결을 인정한다는 명문 규정이 없었기 때문에 행정재판소는 무리하게 화해를 시킴으로써 해결을 도모하였고, 재판소의 판결이 내려진 같은 해(1932년)에 미노베 다쓰끼치(美濃部達吉)를 중심으로 하는 ‘행정재판법 및 소원(訴願)법개정위원회’의 행정소송법안에 처음으로 사정판결의 규정이 등장하였다([표 1]).

[표 1] 행정소송법안 제174조 사정판결 규정(안)

| 조항 | 내용 |
|-------|--|
| 제174조 | <p>제1항의 행정취소소송에 있어서 원고의 청구가 이유있는 경우라도 이미 행하여진 공사, 설치, 또는 기타 시설의 상황에 따라서 처분의 취소, 또는 변경이 부적당하다고 인정될 때에는 행정재판소는 이에 갈음하여 기업자에게 제해(除害)시설 또는 손실보상을 행하게 할 것을 명할 수 있다. 이 경우에는 당사자의 의견을 들어야 한다.</p> <p>제2항: 전항의 판결을 할 때에는 행정재판소가 기업자에게 소송에 참가할 것을 요구하여야 한다.</p> <p>제3항: 제1항의 규정에 의한 손실보상의 재판은 민사소송에 의한 손해배상청구에 영향을 미치지 아니한다.</p> <p>제4항: 제1항의 규정은 피고 또는 기업자에 있어서 그 적용의 배제를 청구할 때에는 이를 적용하지 아니한다.</p> |

행정소송법안 규정의 취지는 다음과 같이 이해할 수 있다. 첫째, 이미 설치된 공공적인 공사와 시설의 설치가 위법이어도 해당 처분의 취소만이 유일한 방법이 아닌 제해 시설을 설치하거나 손실 보상을 하는 것이 원고 구제를 위해서 충분한 경우가 있

18) 쇼가와 유목 사례 (일본 위키백과 : 日本のダム)

는데, 이런 경우에는 공익과 사익의 적절한 조정을 행정법원의 재량으로 피하려는 것이 오히려 합리적이다. 둘째, 이 규정은 일반 행정소송에 모두 적용하는 것이 아니라 특정의 소송 유형에 속한 행정소송에만 적용되는 것이다. 이를 종합적으로 이해하면 쇼가와 사건처럼 공익성이 높은 시설이 완성된 경우에 이 사이에 생긴 개인의 권리 침해에 대해서 관련된 침해를 제거하기 위한 시설을 설치하거나, 손실 보상(별도로 사법재판소에서 손해 배상을 소구하는 것도 가능)으로도 충분하다.

여기에서 사정판결은 각각의 실제 법규에 의하지 않고, 일반적인 절차 규정에 따라 이를 처리하려고 했으며, 어디까지나 특정의 소송 유형에 대해서 적용하나 다른 법률에 근거하여 제기되는 행정소송에 대해서도 이를 준용하려는 의도가 있음을 유의해 둘 필요가 있다.¹⁹⁾

어쨌든 이 행정소송법안에서 구상된 사정판결 제도는 대규모 공공사업에 의한 공공시설의 설치나 행정 처분을 전제로 공익성이 높은 시설이 설치된 경우에 대해서 그 절차에 위법이 있었을 경우이며, 이를 취소 또는 변경하지 않은 경우에는 반드시 권리를 침해하고 있는 부분의 제해 시설을 마련하거나 그 손실을 보상(민사소송에 따른 손해배상청구도 가능)하는 구조로 되어 있었다. 이 법안은 1936년 제국의회에 제안되었지만 결국 통과하지 못했다.

(2) 행정사건소송특례법의 제정

사정판결제도는 행정재판소 폐지 후에도 사법국가제도 아래 행정사건소송특례법(1948년 법률 81호)에서 실정제도로 실현되었다([표 2]).²⁰⁾ 행정사건소송특례법은 제정 당시에 있어서는 필요 최소한만을 정하고, 나머지는 후에 판례법이 축적되길 기다리겠다는 태도에서 제정된 것이다.

[표 2] 행정사건소송특례법 제11조 사정판결 규정

| 조항 | 내용 |
|------|----------------------------------|
| 제 2조 | 행정청의 위법한 처분의 취소 또는 변경을 구하는 소는... |

19) 행정소송법안 제176조에서는 사정판결의 방법이 다른 법률에 근거하여 제기되는 행정소송에 대해서도 공사 등의 소송유형이면 이에 대한 준용규정이 명시되어 있었다.

20) 행정사건소송특례법은 우리나라가 정부 수립 후 행정법 제정 시에 전면 수용한 법이라고 할 수 있다. 따라서 이 특례법 하에 규정된 사정판결이 현행 행정법의 사정판결 모습이라고 할 수 있다. 행정행위에 대한 집행부정지의 원칙도 이때 정하게 된 것이고, 역시나 이것을 받아들인 우리 행정소송법에서도 집행부정지 원칙을 고수하고 있다.

| | |
|------|--|
| | (이하생략) |
| 제11조 | 제1항 : 제2조의 소의 제기가 있는 경우에 있어서 처분이 위법이라도 일체의 사정을 고려하여 처분을 취소하거나 또는 변경하는 것이 공공의 복지에 적합하지 아니하다고 인정될 때에는 재판소는 청구를 기각할 수 있다. 제2항 : 전항의 규정에 의한 재판에는 처분이 위법이라는 것과 청구를 기각하는 이유를 명시하지 않으면 안 된다. 제3항 : 제1항의 규정은 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다. |

행정사건특례법은 행정소송법안의 규정과 비교하면 몇 가지 다른 점이 있다. 첫째, 행정소송법안에서 구상했던 공사 등 특정소송유형에 관한 부분이 삭제되어 취소소송 일반에 적용하게 된 것이다.²¹⁾ 둘째, 법안에 있던 법원이 제해 시설 설치 또는 손실 보상을 명해야 한다는 규정을 삭제하고 손해배상의 청구를 막지 않는다는 내용의 규정만을 존치한 것이다. 이것은 원고의 권리 침해를 충분히 구제하기 위해서는 법원이 행정청 또는 기업에게 제해 시설의 설치 또는 손실 보상을 명하는 등 적극적인 조치를 취할 수 있는 필요성이 충분히 인식되고 있었기 때문이다.²²⁾

사정판결제도에 대해서 약 2년의 입법 과정에서 법원이 제해 시설 설치 및 기타의 구제 조치를 명할 수 있는 취지의 규정에서 출발하여, 중간에 해당 규정 자체가 삭제 되기에 이르지만, 이를 극복하고 부활하여, ‘히라노(平野) 사건’²³⁾으로, 법원이 적극적인 구제조치를 명할 수 있는 취지의 규정까지 여러 형태의 제정이 있었다. 이 때문에, 제도 본래의 취지가 불명확할 수밖에 없으며, 기대된 판례법의 형성에 있어서 오히려 여러 가지 혼란과 의문이 생기게 된 것이다.

우리나라가 바로 이 행정사건특례법을 계수하게 된 것이고, 행정소송법의 개정이

21) 수정의 이유는 더 이상 법안 같은 열거주의를 취할 수 없고, 특정의 소송 유형을 명확화하는 것은 이론적으로는 가능해도 이법 기술적으로 극히 어려우며, 그 같은 입법의 합리성은 문제가 있음이 지적되었다.

22) 좀 더 자세한 행정소송특례법의 입법과정은 中村,義幸(1986)의 “成立過程からみた事情判決制度の諸問題-事情判決制度論(1)” 10-14면 참조.

23) 히라노 사건은 당시 사회당 우파에 속한 히라노 의원이 공직추방각서 처분을 받은 사건이다. 히라노는 처분의 무효 확인과 아울러 지위 보전을 요구하는 가처분을 요구 소송을 도쿄 지방 법원에 제기했다. 1948년 2월 2일 동 법원은 히라노의 청구를 인정하여 효력정지 가처분 결정을 내렸다. 그러나 이에 대해 연합군 총사령부(GHQ)는 불신감을 품고 항의한 후, 대법원장에 지시를 한 결과, 도쿄 지방 법원의 가처분 결정은 취소되었다. 히라노 사건을 계기로 1948년 「행정사건소송특례법」이 제정되었다. 이 법은 민사 소송법의 특례를 정한 것이며, 12조에 불과한 간단한 규정이었다. 이 법은 제정이 시급했기 때문에 결함도 많은 구헌법 하에서 "행정재판법"과 결별할 수 없으며 운용 · 해석에 있어서 많은 문제가 발생했다. 따라서 1962년 「행정사건소송법」이 제정되기에 이른다. [일본 위키피디아 : 행정사건소송법]

잘 이루어지지 않으면서 현행 규정도 이것과 큰 차이가 없다. 다음 일본의 행정사건 소송법을 살펴보면, 적용의 엄격성이 얼마나 차이가 있는지 알 수 있다.

(3) 행정사건소송법의 제정

행정소송특례법 제11조 제1항의 제도의 취지는 행정소송법안의 계보의 연장선상에 있고, 이것과 동일하긴 하지만 문구에 "청구 이유가 있어도 기각하는 경우"라고 되어 있으며, 게다가 적용되어야 할 소송의 유형을 특정하지 않고 제2조의 '소' 일반에 적용되는 것으로 규정했기 때문에, 상당히 넓은 범위의 사안에 적용되기에 이르렀고, 그 대부분은 오히려 제도 본래의 취지를 일탈한 것으로 비판받았다. 그래서 현행 행정사건소송법이 이 제도 본래의 취지를 명확히 하는 동시에 사정 판결을 할 수 있는 요건을 더 엄격하게 정하게 되었다.

첫째는 행정사건소송법 제31조 제1항 「취소 소송에 대해서는 처분 또는 판결이 불법이지만, 이를 취소함으로써 공공 이익에 현저한 장애를 발생하는 경우에는 원고가 입은 손해의 정도, 그 손해 배상 또는 방지 정도와 방법 기타 일체의 사정을 고려하여, 처분 또는 재결을 취소할 공공의 복지에 적합하지 않는다고 인정될 때에는 법원은 청구를 기각할 수 있다. 이 경우에는 해당 판결의 주문에서, 처분 또는 판결이 위법임을 선언해야 한다.」고 규정하고 있다.

즉, 동항 전단에 대해서는, ① 사정판결제도가 취소소송뿐만 아니라, 무효 확인 소송에도 적용이 있는지 여부를 둘러싸고 생긴 해석상의 의문을 해소하려는 것과 동시에 ② "원고의 받는 손해의 정도, 그 손해 배상 또는 방지 정도 및 방법 기타 일체의 사정을 고려하여"야 하고, 또한 "공공의 이익에 현저한 지장을 경우"에만 청구를 기각할 수 있다며 그 요건을 엄격히 하고 ③ 후단에 있어서는 일단 처분이 위법임을 이유 중에 나타내는 것만으로는 주문에 표시되지 않는 것도 있었기 때문에(특례법 제11조 제2항 참조) 그 판결에 대한 항소 여부 및 판결의 기판력을 둘러싸고 생긴 해석상의 의문을 해소하려고 시도한 것이다. 여기에서는 해석상 발생하고 있던 의문을 입법을 통해 해결한 ①, ③의 점보다는 오히려, 이 제도 본래의 취지를 명확히 하려고 한 ②의 점이 중요하다.

둘째는 특례법에 없었던 다음과 같은 새로운 제도를 마련한 것이다. 동조 제2항에는 「법원은 상당하다고 인정하는 때에는 종국 판결 전에 판결로써 처분 또는 재결이 불법임을 선언할 수 있다.」고 명시하고 있다. 이 규정은 법원이 사정판결에 적합한 사안이라고 인정하는 경우에는 종국 판결에 앞서 일종의 중간 판결에서 처분의 위법을 선언하고 이로 인해서 손해 배상 또는 예방 조치를 강구하는 등, 직접적인 이해관

개인 사이에서 논의토록 촉구함으로써 사정판결 제도의 활용을 도모하려고 제도를 신설한 것으로, 영미법의 임시결정제도를 모방한 것이며, 중간 판결이기 때문에 독립적으로 항소의 대상이 될 수 없지만, 현실에는 일종의 경고적인 화해 권고적 기능을 수행하게 된다고 알려져 있다. 입안 관계자의 설명에 따르면, 전술 ②의 취지 규정을 넣어 이 항목을 신설한 것은, "이념적으로는, 보다 행정소송 법안의 규정에 가까운 방향으로 사정 판결의 요건을 정한 것이" "(청구를 기각하는 경우에는)제해 시설을 설치하거나 돈으로 배상 또는 보상함으로써 원고의 이익 보호를 배려하는 것이 기대되고 있다"고 한다.

셋째, 특례법 제11조 제3항의 "손해배상 청구를 방해하지 않는다" 규정에 대해서는 이 규정이 이른바 창설규정인가, 주의규정인가를 두고 논쟁이 있었지만, 손해배상을 청구할 수 있는 것은 당연한 일로서 이를 삭제한 것 외에, 제2항의 창설에 대응한 판결서 간소화를 위한 규정을 두게 된 것이다.

(4) 소결

일본의 입법 배경 및 취지에 관해 요약하면 다음과 같다. 일본의 사정판결은 일본의 댐 건설 과정의 갈등을 해결하기 위한 방안으로, 법률에 근거하여 사익을 제한하기 위한 목적으로 도입된 것이다. 그러나 단순 사익의 제한 용도에 초점을 맞춘 것이 아니라 이익형량을 통해 원고에게 손실보상이 충분히 가능한 경우인가를 비교하여 공익과 사익 모두를 보호하려는 취지였음을 알 수 있다. 이것은 일본의 현행 사정판결이 "원고가 받을 손해의 정도, 그 손해의 배상 또는 방지의 정도 및 방법 기타 모든 사정을 고려하여 처분 또는 재결을 취소함이 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정할 때에는 법원은 청구를 기각할 수 있다." 라고 명시한 것을 통해 알 수 있다.

Ⅲ 판례의 분석

1. 판례 분석의 범위

이 연구의 대상이 되는 판례는 각 국가의 판례검색 홈페이지와 구글링을 통하여 수집하였으며,²⁴⁾ 연구의 범위는 다음과 같다.

① 시간적 범위는 1970.1.1 ~ 2015.8.31.까지로 정하였다. 1970년을 기준 년도로 정한 이유는 1970년대에 한국과 일본 모두 사업장의 오염물질 배출만을 규제하던 공해법의 시대에서 환경법의 시대로 넘어가 환경보전의 개념이 구체화, 보편화 될 수 있던 시기이기 때문이다. 일본의 경우 1972년 6월 22일 「자연환경보전법」이, 우리나라의 경우 1977년 12월 31일 「환경보전법」이 각각 제정되었다. 공해법의 주된 관심 사항이 일반적인 공해현상이라면 환경법은 환경오염의 방지 및 피해의 구제뿐만 아니라, 환경의 관리·보전에까지 그 범위를 확대하여 환경문제 전반에 관심을 기울인다는데 차이가 있다(김백유, 2013).

② 공간적 범위는 각각 일본, 대한민국으로 한다.

③ 내용적 범위는 i) 사정판결이 적용된 행정소송으로 하며 ii) 환경행정소송 혹은 댐 건설 등 대형 국책사업으로 인한 갈등에서 기인한 소송으로 한정하였다. 일본에서는 환경행정소송에서 사정판결을 적용한 사건이 없기 때문에 대형 국책사업으로 인한 갈등으로 내용 범위를 확대하였다. 연구의 범위를 요약하면 [표 3]과 같다.

[표 3] 연구대상 판례의 범위 요약

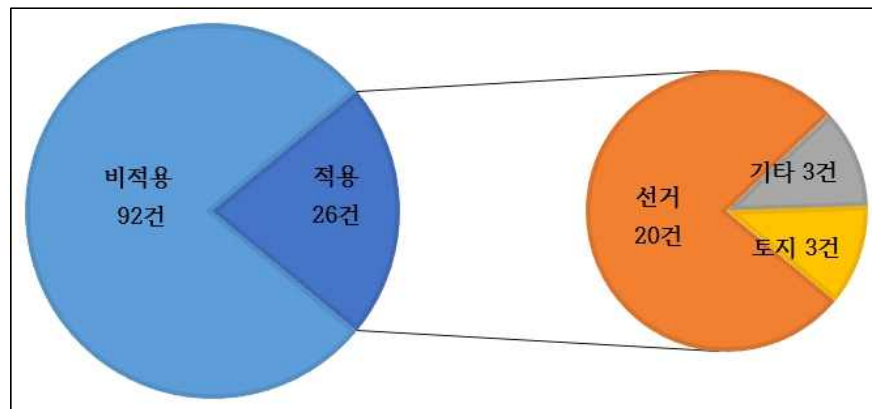
| 범위 | 일본 | 한국 |
|--------|--|------|
| 시간적 범위 | 1970.1.1 ~ 2015.8.31 | |
| 공간적 범위 | 일본 | 대한민국 |
| 내용적 범위 | 사정판결이 적용된 소송 중에서 환경행정소송 또는 정부의 대형 국책사업 시행으로 인한 갈등에서 제기된 행정소송 | |

24) 연구대상 판례를 선정하기 위해 먼저 일본 판례는 일본의 법원 홈페이지(www.courts.go.jp)에 접속하여 판례 정보를 검색하여 수집하고, 우리나라 판례는 '대한민국법원종합법률정보' 홈페이지(<http://glaw.scourt.go.kr>)를 통해 연구 대상을 선정하였다. 1차적으로 '사정판결'이라는 키워드로 단순검색을 하고, 해당 홈페이지를 통하여 검색이 불가능 하거나 제공받기 어려운 판례는 2차적으로 구글링을 하거나 '판결문 제공 신청'을 통해 수집하였다.

2. 일본의 판례 분석

1) 연구대상 판례의 수집

일본 법원 사이트에서 '사정판결'을 검색 결과 검색된 건수는 총 117건이며, 구글을 통해 수집한 판례는 1건으로, 총 118건의 관련 판례를 수집하였다.²⁵⁾ 수집된 판례는 '시간의 범위'를 충족하였다. 118건 중 사정판결이 적용된 건수는 26건으로 사건의 내용에 따라 분류하면 선거 20건, 토지 3건, 기타(철도요금, 조세 등) 3건으로 나타났다([그림 1]).



[그림 2] 일본의 사정판결 판례 검색 결과

사정판결이 적용된 토지부문의 판례 중에서 '내용적 범위'에 해당하는 판례는 1997년 삿포로 지방법원에서 선고된 니브타니댐 수용재결 취소소송 1건이다.²⁶⁾

25) 전체 118건의 결과는 단순 키워드 검색으로 나온 수이며, 일부는 한 사건임에도 불구하고 상·하급심이 전체 건수에 포함되어 있음을 밝힌다. 구글에서 수집된 건수는 일본 법원 사이트에서 수집한 사례와 중복되지 않는다.

26) 나머지 2건의 판례는 환지처분취소와 관련된 소송으로, 히로시마 평화기념도시 건설사업과 농지정리사업에 관한 소송이다. 1984년 히로시마 평화기념도시 건설사업에 적용된 사정판결은 항고심에서 행정처분에 위반이 무효사항이라며 사정판결이 번복되면서 결국 사건의 환지처분이 취소되었으며, 농지정리사업은 환경소송이나 국책사업을 원인으로 한 소송이 아니기 때문에 내용적 범위에 해당하지 아니하므로 이 2건은 연구 대상에서 제외시켰다.

2) 니브타니댐 수용재결 취소 소송²⁷⁾

(1) 사건의 배경 및 경위

이 사건의 원고는 댐 건설을 위한 강제수용 대상에 포함되는 토지를 소유한 아이누족 구성원이고, 피고는 홋카이도 수용위원회이다. 이 사건은 니브타니댐 건설 공사에 따라 수용 재결의 대상이 된 토지의 소유자인 원고가 이 사업 인정시에 댐건설 수물 예정지에 존속하고 있는 아이누 민족과 그 문화에 미치는 영향이 고려되지 않음으로 「토지수용법」(제 20조 3호, 4호)에 위법이 있다고 수용 재결의 취소를 요구한 사건이다.²⁸⁾ 이 사건 판례에 따르면, 아이누 민족은 일본의 통치가 미치지 이전부터 주로 홋카이도에 거주하면서 독자적인 문화를 형성하고 정체성을 가진 토착 민족인데, 이들은 일본의 강제 이주 정책 등으로 경제적, 사회적으로 큰 타격을 받으면서도 여전히 독자적인 문화와 정체성을 상실하지 않은 사회집단이라고 할 수 있다.²⁹⁾

니브타니댐은 1969년 ‘제2차 전국종합개발계획’에 의거한 ‘도마코마이 동부개발계획’에서 입안되어 1971년 ‘사루(沙流)강 종합개발사업계획’의 타당성 조사가 이루어지면서 시작되었다. 댐 건설의 경위에 대해서는 [표 4]과 같다.

27) 삿포로지방법원. 1997년 3월 27일 판결. 권리취득재결등취소청구사건 (札幌地方裁判所平成九年三月二七日判決、平成五年(行.ウ)第九号、権利取得裁決等取消請求事件). 판례 분석은 판결문에 나온 내용을 중심으로 분석했으며, 기타 추가 내용은 별도로 각주를 달아 출처를 표기하였다.

28) 니브타니(二風谷)댐은 일본 홋카이도(北海道)에 있는 사루(沙流)강 수계 중에서 중류지역에 건설된 중력식 콘크리트댐으로 댐 높이는 32m, 총저수량은 3150만^m이다.도마코마이(苫小牧)는 홋카이도 남서쪽의 있는 도시이며, ‘도마코마이 동부개발계획’은 일본의 공업 생산의 새로운 발전 기반을 창출하고는 동시에 홋카이도의 장기적인 발전에 이바지하는 선도적 개발 사업으로 시작한 프로젝트이다. (출처 : Wikipedia Japan)

29) 아이누 민족은 별도로 언어를 가지고 있지 않아 문서 등이 없기 때문에 언제부터 이들이 살았는지에 대한 정확한 자료는 없다. 다만, 1995년 당시 나브타니 지역의 인구 약 500명 중 70% 이상이 아이누 민족이었고, 아이누 민족이 많이 거주하고 있는 홋카이도의 다른 지역과 비교해도 그 비율은 매우 높았다. 근대 이후 일본 정부와 사회는 아이누의 문화와 전통을 미개시하고 그들을 일본인으로 동화시켜야 한다는 인식을 지니고 있었다. 메이지 정부는 아이누의 전통적 생활 관습을 강제로 금지시켰으며, 홋카이도 개척의 과정에서 아이누를 강제로 이주시키며 그들의 토지를 약탈했다. 이에 따라 오랜 기간 독특한 문화를 가꾸어왔던 아이누의 전통 문화는 파괴되었으며, 아이누 민족은 많은 억압과 차별을 받아왔다. 최근 2014년 8월 일본 내에 자유민주당 소속의원이 아이누 민족을 부정(不定)하는 발언을 했다가 논란이 되어 제명되는 사건도 있었다. (출처 : Wikipedia Japan)

[표 4] 니브타니댐 사건의 경위 요약

| 일시 | 사건의 내용 |
|------|---|
| 1969 | ‘제2차 전국종합개발계획’, ‘도마코마이 동부개발계획’이 수립되고, 1971년 ‘사루강 종합개발사업계획’ 예비 조사가 실시됨. |
| 1983 | 건설부 장관이 본댐의 건설의 기본계획을 책정하고 토지의 모든 인수가 진행되었지만, 원고 등과의 협상이 난항을 겪으면서 토지수용절차에 들어가게 됨. |
| 1986 | 건설부장관(建設大臣:현재 국토교통부(国土交通省))은 사업을 승인하였고, 댐의 본체 공사가 시작됨. |
| 1987 | 건설부 소속 홋카이도 개발국(開發局)은 이 사건 원고의 토지에 대해 강제수용을 신청하였고, 이듬해 1988년 수용위원회가 강제수용을 인정하는 재결을 함. |
| 1989 | 수용위원회가 권리 취득 재결 및 명도 재결 (이 두 재결을 아울러 ‘수용 재결’)을 진행함. |
| 1992 | 원고는 건설부에 재결 취소를 요구하며 불복심사 청구를 함. |
| 1993 | 건설부가 이를 기각하자, 5월 수용위원회를 상대로 삿포로 지방법원에 행정소송을 제기함. |
| 1995 | 건설부는 ‘댐건설심의위원회’를 설치하여 개발국에 ‘사루강 종합개발사업’을 대상으로 하는 심의위원회를 설치하였고, 1996년 2월 심의위원회의 공청회 개최, 3월 저수를 인정하는 제안 발표, 4월 저수가 시작됨. |

(2) 소송의 쟁점

이 사건 소송은 강제수용 재결이 갈등 요인이 되었으며, 실제 공용수용의 절차상에 하자는 없었기 때문에 원주민성 내지 문화권의 인정 여부가 행정청의 위법 여부를 결정짓는데 가장 중요하다고 할 수 있다. 사건의 소송의 쟁점은 ([표 5])와 같다.

[표 5] 사건의 쟁점

| |
|--|
| 첫째, 이 사건 아이누족은 “시민적·정치적 권리규약(B규약) 27조가 정하는 원주민에 해당하는가? |
| 둘째, 이 사건 수용재결은 헌법 29조 3항을 위반하는가? |
| 셋째, 이 사건 수용재결은 사업 인정의 위법성을 승계하는가? |
| 넷째, 이 사건 사업 인정은 토지수용법 20조 3호, 4호를 위반하는가? |

각 사건의 쟁점을 설명하면 첫 번째 국제인권협약 B규약 27조는 「종족적 종교적 또는 언어적 소수민족이 존재하는 국가에 있어서는 그러한 소수민족에 속하는 사람들에게 그 집단의 다른 구성원들과 함께 그들 자신의 문화를 향유하고 그들 자신의 종교를 표명하고 실행하거나 또는 그들 자신의 언어를 사용할 권리가 부인되지 아니한다.」고 규정하고 있는데, 아이누 민족을 원주민으로서 문화향유권을 배려받을 수 있는가에 대한 것이다. 일본 헌법 29조³⁰⁾ 3항 「사유 재산은 정당한 보상 하에 공공을 위하여 사용할 수 있다」명시하는데, 아이누족의 원주민성이 인정될 때, 아이누족의 문화에 대한 정당한 보상이 가능한 것인지에 대한 것이 두 번째 쟁점이다. 세 번째 쟁점은 '사업 인정'에 위법성이 있는 문제가 '수용 재결' 취소소송을 통해 위법성을 확인할 수 있는가에 관한 것이며, 네 번째는 댐의 목적 내지 정당성에 대한 사안이다.³¹⁾ 이 댐은 본래 공업용수의 공급을 목적으로 계획되었다가 사정상 다목적댐으로 변경하면서 댐 건설의 목적도 i) 홍수 조절, ii) 유수의 정상적인 기능 유지, iii) 관개용수, iv) 수도용수, v) 공업용수, vi) 발전으로 변경한 사실이 있기 때문이다.

(3) 법원의 판단

① 쟁점에 대한 판단

법원은 헌법의 위반여부에 대해서는 부정하였지만, B규약에 따른 아이누 민족의 원주민성에 대해서는 인정하였다. 법원의 원주민성 판단 근거는 [표 6]와 같다.

[표 6] 법원의 원주민성 인정

| 내용 | • 판단 |
|-------|---|
| 보호 권리 | <ul style="list-style-type: none"> • 이 사업계획 실시에 의한 손실 이익 또는 가치는 아이누족의 문화 향유권이라고 할 수 있으며, 그 제한은 필요 최소한도의 범위내만 허용됨. • B규약 27조에서 말하는 "소수민족"이 단순히 "소수민족"에 그치는 경우가 아닌 원주민인 경우에는 민족고유의 문화 향유권 보장에 |

30) 일본 헌법 제29조

제1항 재산권은 이를 침해하여서는 아니 된다.

제2항 재산권의 내용은 공공의 복지에 적합하도록 법률로 이를 정한다.

제3항 사유 재산은 정당한 보상 하에 이를 공공을 위하여 사용할 수 있다.

31) 토지수용법 제20조는 사업인정의 요건을 명시하고 있는데, 동조 3호는 「사업 계획이 토지의 적정 또는 합리적 이용에 기여할 것」, 4호 「토지를 수용하거나 사용하는데 공익상의 필요가 있을 것」을 규정하고 있다.

| | |
|--------|---|
| 지역의 특성 | <p>더욱 큰 배려가 요구됨.</p> <ul style="list-style-type: none"> • 니브타니 지역은 토착 소수 민족인 아이누 민족에게는 성지라고 할 수 있는 장소이며, 주민 중 매우 많은 비율을 아이누 족이 차지하고, 아이누 문화가 잘 보존되어 있어서 그것을 후세에 전하는 많은 전승자가 존재하고, 많은 국내외 연구자들이 이 지역을 방문하여 아이누 문화 연구의 발상지로도 꼽히는 곳임. • 니브타니 지역에서 최근 행해지고 있는 치뿌산케(チブサンケ) 행사는 일본인(和人)과 아이누 사람들의 교류의 장이 되고, 일본인의 아이누 문화에 대한 이해를 돕고, 아이누 사람들 자신의 민족적 소속감을 재인식할 수 있는 의의를 가지고 있음. • 이 지역에 존재하는 유오이차시 흔적, 폴로 모이차시 흔적은 아이누족의 역사를 아는 데 중요한 유적이며, 치노미시리는 니브타니 지역의 아이누 사람들에게 신성한 땅임. • 아이누 문화는 자연과 공생하고 자연의 은혜를 신으로 섬기는 가운데 태어난 것이므로 해당 지역의 이러한 아이누 문화는 자연과 떼어낼래야 떼 수 없는 밀접한 관계인데, 본 사건 사업 계획이 실시되면 니브타니 지역은 광범위하게 수몰되고 위와 같은 아이누족의 민족적·문화적 역사적·종교적 가치를 후세에 남기는 것이 어려워짐. |
|--------|---|

또한 쟁점 3 대해서는 원고의 주장에 따라 토지수용법에 따른 사업인정과 수용재결은 서로 결합하여 당해 사업에 필요한 토지를 취득하는 법적 효과를 완성시키는 일련의 행정 행위가 있다고 판시하였다. 따라서 선행 처분에 위법이 있는 경우에 그 위법은 당연히 후행 처분에 승계된다고 해석하는 것이 타당하고, 수용재결 취소소송에서 선행 처분인 사업인정의 위법성 여부를 판단하는 것이 옳다고 하였다.

② 행정처분의 하자에 대한 판단

법원은 사업 인정의 위법은 수용재결 위법이 된다고 하였으므로, 이 사건 사업 인정이 토지수용법 제 20조 3호에 위반하는지에 대해 검토하기 위해서는 당해 사업의 토지가 그 사업에 제공됨으로써 얻는 공공의 이익과 그 토지가 그 사업에 제공됨으로써 잃는 손실이익 내지 가치를 비교형량 하여 전자가 후자에 우월한지 여부에 의해서 판단하였다.

먼저 법원은 토착 소수민족의 문화 향유권에 큰 영향을 미치는 사업의 수행에 있어서 기업자인 국가는 과거 아이누 민족 고유의 문화를 퇴색시켜 온 역사적 경위에 반성의 뜻을 담고 최대한 배려를 하지 않으면 안 될 것이라고 하였다.

따라서 이 사건 사업 계획 달성으로 인하여 얻는 이익이 이로 인하여 잃는 이익에 우월한지 여부를 판단하는데 필요한 조사 연구 등의 절차를 게을리하여 본래 가장 중

시해야 할 여러 요소와 가치를 부당하게 경시 내지 무시하고, 결과적으로 그런 판단이 불가능한 경우에도 아이누 문화에 대한 영향을 가능한 최소한으로 줄이는 등의 대책을 강구하지 않은 채 선불리 전자의 이익이 후자의 이익에 우월하다고 판단하였으므로, 토지수용법 제20조 3호에서 인정한 행정기관에게 주어진 재량권을 일탈한 위법이 있다고 판단했다.

③ 사정판결 적용 여부에 대한 판단

법원은 사정판결 이전에 i) 이 사건 사업 계획의 달성에 의해 얻어지는 공공의 이익 ii) 이 사건 사업 계획의 실시에 의한 손실 이익 내지 가치, iii) 이 사업을 통해 손실되는 여러 가치에 대해 이루어진 배려에 대해 상세히 검토를 한 후, “비교형량”의 단계를 거쳐 공공의 이익과 손실 이익 내지 가치에 대해 고려를 하는 과정을 거쳤다.

법원은 이 사건 사업 인정은 위법이며, 그 위법이 이 사건 수용재결에 승계되어 원래 이 사건 수용 재결을 취소할 수도 있지만, 이미 본 사건 댐 본체가 완성되어 담수하고 있는 상황에서 본 사건 수용 재결을 취소하면 공공 이익에 현저한 장애가 생긴다고 판단했다.

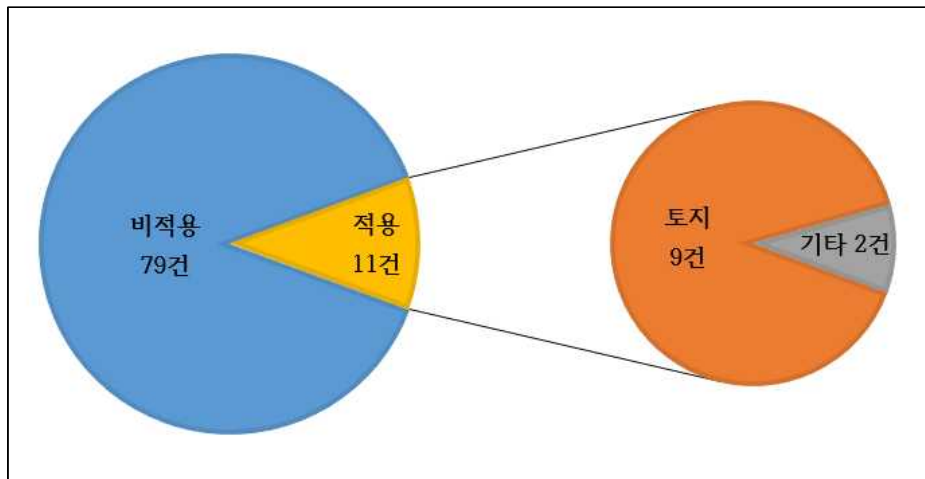
“본 댐 본체는 이미 수백억 엔의 비용을 들여서 완성했고, 담수하고 있는 것이 인정된다. 만일 이 사건 수용재결을 취소한다는 판결이 확정되면 원고들이 소유한 이 사건 수용대상 지역을 수몰시키는 것은 허용되지 않으므로....거액을 주고 건설한 이 사건 댐은 담수 못하는 상황으로 인하여 무용지물로 변할 뿐만 아니라 본 댐이 사루강의 정상적인 유수를 막을 것이 쉽게 추정되기 때문에 오히려 홍수 등의 위험이 커지게 될 것이다. 또한 이 사건 댐을 사용할 수 없게 되면 다시 홍수 조절 등을 목적으로 하는 제방 등을 건설할 필요가 생기고, 그 건설을 위해서는 본 댐을 건설하는 데에 필요이상의 비용이 필요하다. 그리고 사루강 유역에 거주하는 주민들은 그것이 완성될 때까지 겨우 완성한 이 사건 댐을 지켜보면서 그 혜택을 받지 않고 오히려 생명, 신체 및 재산에 대해서 본 댐이 건설되기 전 이상의 위험에 노출되게 된다. 또한 이 사건 댐으로 인한 위험을 제거하기 위해서는 본 댐을 철거하는 것이 필요하지만, 이것 또한 거액의 비용을 필요로 한다. 이러한 사실에 따르면 이미 이 사건 댐 본체가 완성되어 담수한 상황에서는 본 사건 수용재결을 취소함으로써 공공 이익에 현저한 장애를 발생하는 수 밖에 없다.”

따라서 이를 고려하였을 때, 이 사건 수용 재결을 취소하는 것은 공공복리에 적합하지 않다고 하였다.

3. 한국의 판례 분석

1) 연구대상 판례의 수집

대법원 종합법률정보 사이트에서 '사정판결'을 검색한 결과 검색 건수는 총 90건이며, 구글을 통해 수집한 판례는 3건으로, 총 93건의 관련 판례를 수집하였다.³²⁾ 이 중에서 '시간의 범위'에 충족하는 판례는 90이다. 90건 중에서 사정판결이 적용된 건수는 10건으로 사건의 내용에 따라 분류하면, 토지 9건, 기타(학칙개정, 로스쿨) 2건이다([그림 3]).



[그림 3] 한국의 사정판결 판례 검색 결과

토지관련 사항을 자세히 분류하면, 환지 및 재개발 관련 사항 6건, 건축허가 2건, 국책 사업 2건이다. 사정판결이 적용된 토지부문의 판례 중에서 '내용적 범위'에 해당하는 판례는 환경소송이자 국책 사업에 해당되는 2010년 서울행정법원에서 선고된 '복합화력발전소 공사계획인가처분 취소등 소송'과 4대강 살리기 사업 소송 중에서 2012년 부산 고등법원에서 선고된 '낙동강 하천계획시행 취소소송' 총 2건이다.

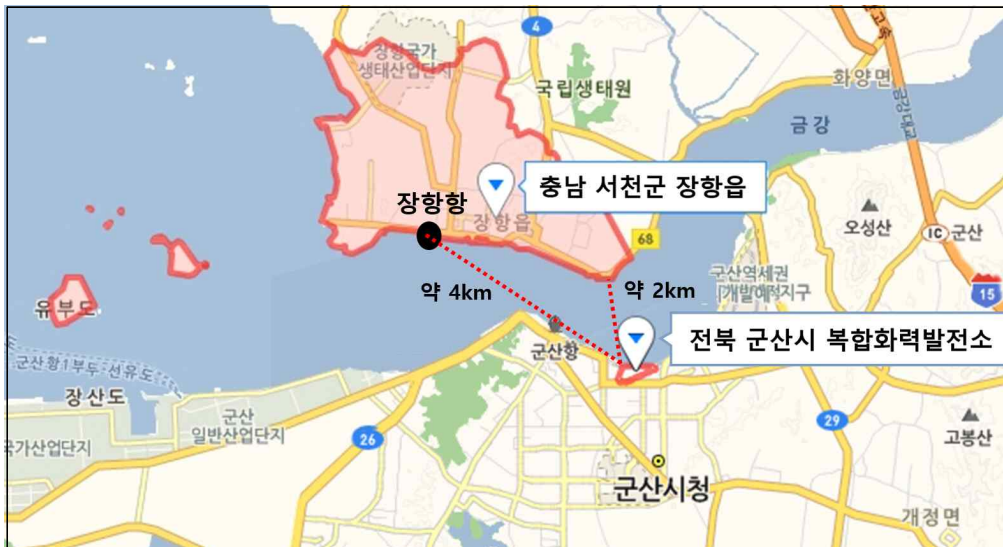
32) 전체 92건의 결과는 단순 키워드 검색으로 나온 수이며, 일부는 한 사건임에도 불구하고 상·하급심이 전체 건수에 포함되어 있음을 밝힌다.

2) 복합화력발전소 공사계획인가처분취소등 소송³³⁾

(1) 사건의 배경 및 경위

복합화력발전소 공사계획인가처분 취소 또는 무효확인 소송은 일명 ‘검은머리물떼새³⁴⁾’ 소송이라 불리는 환경소송으로, 이 사건의 원고는 검은머리물떼새 외에 대전광역시 환경운동가 13인, 충남 서천군 장항읍 주민 273인(이하 ‘원고 장항읍 주민’)이며, 피고는 한국서부발전에 공사계획인가처분을 해준 산업통상부 장관이다.

충남 서천군 장항읍과 이 사건 복합화력발전소가 위치한 전북 군산시 경암동은 금강 하구를 사이에 두고 마주하고 있다. [그림 4]와 같이 이 사건 복합화력발전소로부터 장항읍까지의 최단 거리는 2km 이내이며, 장항읍까지의 거리는 약 4km에 불과하다.



자료 : 네이버 지도 재구성 [그림 4] 사건 발단 지역

원래 이 사건 복합화력발전소 터에는 1968년부터 무연탄을 사용하는 군산화력발전소가 운영되고 있었는데, 복합화력발전소가 들어서게 되면서 인근 주민들과 갈등을 겪게 되었다. 이 사건 복합화력발전소의 발전 방식은 1차적으로 액화석유가스를 연소하여 발생하는 가스로 가스터빈 발전기를 가동하고, 2차적으로 위 가스의 열을 회수하여 증기를 만들어 증기터빈 발전기를 가동하는 복합화력 발전 방식이다. 따라서 연

33) 서울행법 2010.4.23.선고 2008구합29038. 본 판례 분석은 판결문에 나온 내용을 중심으로 분석했으며, 기타 추가 내용은 별도로 각주를 달아 출처를 표기하였다.

34) 검은머리물떼새는 천연기념물 제326호이면서 멸종위기동물 2급에 속하는 조류로서 충남 서천군 장항읍 유부도와 금강 하구 비인만 일대에서 월동한다.

소하는 과정에서 이산화질소(NO2)등 대기오염물질이 포함되어 있는 배기가스가 다량으로 배출되고, 배수 시 일과식 냉각방식을 택함으로써 해양 생태계에 악영향을 주는 대량의 온배수가 해양에 배출될 가능성이 크다. 일과식 냉각방식(Once-Through Cooling System)은 취수한 물을 냉각에 사용한 후 재순환하지 않고 데워진 상태로 방류하는 냉각방식이기 때문이다.³⁵⁾

따라서 장항항을 근거지로 하여 충남 연안 일원에서 어업을 하는 원고 장항읍 주민은 군산 복합화력발전소 건설시 착수된 환경영향평가에 위법이 있음을 이유로 소송을 제기하였다. 사업자인 한국서부발전이 작성한 환경영향평가서에는 이 사건 발전소의 소재지인 군산시만 환경영향평가 대상지에 포함되고, 서천군은 배제됨으로써 환경영향평가서 제출, 주민의 의견수렴 절차가 생략되었다. 판례에 따른 사건의 구체적인 경위는 [표 7]와 같다.

[표 7] 복합화력발전소 공사계획인가처분취소등 사건의 경위

| 일시 | 사건의 내용 |
|---------|---|
| 2004.1 | 한국서부발전은 군산시 경암동에서 무연탄을 연료로 하는 군산화력발전소를 운영하다가 제1차 전력수급기본계획(2002.8.17)에 의하여 발전소를 폐지함. |
| 2004.7 | 한국서부발전은 군산시와 산업자원부(현재 산업통상자원부 소관)에 대하여 군산화력발전소 부지에 액화석유가스(LNG)를 주연료로 하는 복합화력발전소를 건설하여 운영하는 것을 내용으로 하는 유치신청서를 제출함. |
| 2005.10 | 한국서부발전은 군산시를 대상으로 환경영향평가 작업에 착수함. |
| 2006.10 | 군산시 경암동에서 군산시 주민들을 상대로 환경교통영향평가 설명회를 개최함. |
| 2006.12 | 산업자원부는 이 사건 복합화력발전소 건립사업을 2009년 11월까지 모두 마친다는 내용을 포함하는 제3차 전력수급기본계획을 고시함. |
| 2007.3 | 한국서부발전은 산업자원부에 발전사업허가신청을 하여 허가를 받았고, 2007.4.12. 대림산업 주식회사 및 삼성물산 주식회사와 시공계약을 체결함. |
| 2007.7 | 한국서부발전은 2007.7.18. 환경영향평가 협의완료를 근거로 산업자원부에 공사계획인가신청을 하였고, 산업자원부 장관은 2007.7.20. 이를 승인함. |

35) 정인성외5(2009)에 따르면 국내 대부분의 발전소는 냉각 계통수로 많은 양의 해수를 사용하고 있고, 특히 일과식 냉각방식을 채택하고 있는데, 일과식 냉각방식은 현존하는 냉각방식 중에서 가장 효과적이나 사용된 온배수가 해역으로 직접 배출되므로 수온상승에 따른 환경적인 문제를 발생시킨다고 한다.

(2) 소송의 쟁점

이 소송은 천성산 도롱뇽 소송과 같이 자연물이 소송의 당사자로 참여하는 환경소송으로서 환경영향평가 하자 외에 여러 쟁점들이 있다. 쟁점은 크게 네 가지로 나눌 수 있다([표 8]).³⁶⁾

[표 8] 소송의 쟁점

-
- | |
|----------------------------|
| 쟁점 1. 검은머리물떼새에 당사자능력이 있는가? |
| 쟁점 2. 환경운동가에게 원고적격이 있는가? |
| 쟁점 3. 장항읍 주민에게 원고적격이 있는가? |
| 쟁점 4. 환경영향평가에 하자가 있는가? |
-

첫 번째 쟁점은 자연물이 소송법상 당사자가 될 수 있는 능력을 가지고 있는지에 대한 것이고, 두 번째 쟁점은 헌법상 환경권을 근거로 제3자가 소를 제기할 수 있는지에 대한 것이다. 세 번째 쟁점은 서천군 일대가 이 사건 환경영향평가 대상지에 해당하는지 여부에 관한 것이며, 이 지역이 해당된다고 가정했을 때, 이를 반영하지 않은 환경영향평가에 어떤 위법성이 있는지에 대한 것이 마지막 쟁점이다. 여기서는 ‘사정판결’의 적용 시 직접적인 쟁점이었던 셋째, 넷째의 쟁점에 대해서만 자세히 기술하도록 한다.

① 장항읍 주민의 원고적격에 대하여

이 사건 복합화력발전소 건설 사업에 관하여 작성된 환경영향평가서 중 “환경영향평가 대상지역의 설정” 부분에 의하면, 위 건설 사업으로 인하여 환경영향이 미칠 것으로 예상되는 지역의 범위를 사업의 규모 및 내용, 지역의 특성 및 환경인자 등을 고려하여 과학적으로 예측·분석함으로써 다음 [표 9]와 같이 환경영향평가 대상지역이 설정되었다.

36) 기타 쟁점으로 ‘제소기간의 도과여부’가 있다. 이 사건 피고는 원고 장항읍 주민의 취소청구 부분의 제소기간이 ‘처분을 안 날부터 90일’을 경과하였으므로, 제소기간의 도과로 소의 제기가 부적합하였다고 주장하였으나, 법원은 이를 부정하였다.

[표 9] 환경영향평가 항목별 평가대상지역 및 예측 범위

| 항목/구분 | | 예측범위 | | 설정내용 |
|-------|-----------------|----------------------|------------|---|
| | | 공간적 범위 | 시간적 범위 | |
| 자연환경 | 기상 | 사업예정지역 | 운영시 | |
| | 지형·지질 | 사업예정지역 | 운영시 | |
| | 동·식물상(육상) | 사업예정지역 및 인접영향지역 | 공사시 운영시 | 사업예정지역을 포함한 주변 지역 (사업예정지역 4km 범위) |
| | 동·식물상(해양) | 사업예정지역 전면 해역 및 주변 해역 | 공사시·운영시 | 사업예정지역 전면 해역 및 주변해역(온배수 확산지역) |
| | 해양환경(해양물리) | 사업예정지역 전면 해역 및 주변 해역 | 공사시·운영시 | 사업예정지역 전면 해역 및 주변해역(온배수 확산지역) |
| | 해양환경(해양수질 및 저질) | 사업예정지역 전면 해역 및 주변 해역 | 공사시·운영시 | 사업예정지역 전면 해역 및 주변해역(온배수 확산지역) |
| 생활환경 | 토지이용 | 사업예정지역 | 공사시·운영시 | 사업예정지역 |
| | 대기질 | 사업예정지역 및 주변영향지역 | 공사시·운영시 | 사업예정지역 중심 반경 10km 범위 사업예정지역 중심 반경 40km 범위 |
| | 수질 | 사업예정지역 주변 수계 | 공사시·운영시 | 사업예정지역 주변 인근 수계 |
| | 토양 | 사업예정지역 및 주변영향지역 | 공사시·운영시 | 사업예정지역 및 주변지역 |

원고인 장항읍 주민은 서천군 일대는 이 사건 처분으로서 이루어지는 사업으로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위 밖에 위치하고, 온배수 방류에 따라 2°C 이상 수온이 상승하는 범위에서는 해양 동·식물에 간접적인 영향이 예상되고, 1°C 이상 초과하여 온배수가 확산되는 면적을 기준으로 하는 경우 온배수는 동

계 대조³⁷⁾기에 가장 멀리까지 퍼져서 거의 서해까지 이르고, 그 면적 또한 넓어서 금강 하구 중 상당 부분을 포함하게 되며 시기에 따라서는 충남 서천군 연안까지 미친다고 주장하였다.

이에 대하여 피고의 주장은 다음과 같다.

첫째, 대기와 관련하여 이 사건 복합화력발전소 주변지역의 주풍향은 북서계열이므로 그로부터 북쪽으로 1.7km 이상 떨어져 있는 서천군 지역은 대기질 농도가 변화될 것으로 예상되는 범위에 해당하지 않고, 이 사건 환경영향평가서에 언급된 “사업예정지역 중심 반경 10km 또는 40km 범위”는 대기질의 변화를 예측하기 위한 모델인 가우시안 ISCST3 모델 등에서 사용하는 기준 영역을 지칭하는 것으로서 위 범위가 평가대상지역을 의미하는 것은 아니다.

둘째, 환경부 고시인 “환경영향평가서작성 등에 관한 규정”에 육상 동·식물상에 관하여 사업대상지역의 장축길이 2배 면적을 조사하도록 되어 있는데, 이 사건 복합화력발전소와 충남 서천군이 육상으로 연결되어 있지 않아 충남 서천군은 육상 동·식물상 조사 범위 밖이다.

셋째, 증거로 제시한 어업권 현황도에 따르면 원고들을 포함한 주변지역 어민의 경우 이 사건 복합화력발전소로부터 10km 이상 떨어진 지역에서 김 양식 등의 어업 활동을 하고 있어 해양 동·식물상 조사범위 밖이다.

따라서 “원고가 거주하는 서천군 일대는 이 사건의 사업으로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위 밖에 위치하고, 이들의 어업활동지는 사업지역으로부터 10km 이상 떨어져 있어 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려 또한 없으므로 법률상 보호되는 이익이 인정되지 않아 원고적격과 소의 이익이 존재하지 않는다.”고 주장한다.

② 환경영향평가 하자에 대하여

원고는 이 사건 처분이 위법한 환경영향평가에 근거한 것이므로 취소되거나 당연 무효라고 보아야 한다고 주장하였다. 특히 절차적으로 “이 사건 환경영향평가는 환경영향평가 대상지역에 포함되는 충남 서천군을 대상지역에서 배제하고, 충남 서천군수에게 이 사건 환경영향평가서 초안을 제출하지 않았으며, 충남 서천군 주민들의 의견 수렴절차를 거치지 않고 이루어졌고”, 내용적으로는 “충남 서천군 주민들의 어업권 현황을 누락하는 등 모든 기본적인 항목들이 부실하거나 실질적인 환경오염대책으로서의 실효를 거둘 수 없는 내용으로 이루어졌고, 특히 이 사건 복합화력발전소 가동

37) 대조(大潮)는 한사리와 같은 뜻으로서 음력 보름과 그믐 무렵에 밀물이 가장 높은 때를 의미한다.

으로 인하여 발생하는 가장 큰 문제인 온배수 배출과 관련하여 조간대가 발달하고 금강 하구둑의 방류량이 변화하는 이 사건 복합화력발전소 주변의 해양환경 특성을 반영하지 못하였다.”고 하였다.

(3) 법원의 판단

① 쟁점에 대한 판단

법원은 i) 검은머리물떼새의 원고적격에 대하여 “검은머리물떼새는 자연물이고, 비록 자연물에 대한 보호의 필요성이 크다고는 하나 자연 내지 자연물 자체에 대하여 당사자능력을 인정하고 있는 현행 법률이 없으며, 이를 인정하는 관습법도 존재하지 않으므로, 복합화력발전소 공사계획 인가처분에 대한 검은머리물떼새의 취소 또는 무효 확인을 구하는 소는 당사자 적격을 인정할 수 없어 부적법하다.”고 판시하였다.

또한 ii) 환경운동가의 원고적격에 대해서는 “헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 규정하고 있고, 국가는 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 할 것이나, 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용 및 범위, 권리의 주체 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접 구체적인 권리를 부여한 것이라고 보기는 어려우므로, 원고인 환경운동가들에게 이 사건 처분의 취소나 무효 확인을 구할 원고적격이 있다고 할 수 없다.”라고 배척하였다.

그러나 iii) 서천군 장항읍 주민에 대해서 법원은 원고적격을 인정하였고, 피고의 주장에 대한 반론은 다음과 같다.

첫째, 이 사건 복합화력발전소 주변에는 봄철에 남풍 계열의 강한 바람이 부는 경우가 있고, 7월 중에는 주변 풍향이 관측일수 11일 중 6일간 남남동풍, 동남동풍, 남풍 등 충남 서천군 방향인 것으로 관찰된 점 등 사정에 비추어 보면 충남 서천군 주민들이 이 사건 복합화력발전소로 인한 대기질 변화의 영향을 받을 우려가 없다고 보기는 어렵다. 피고가 위 주장을 뒷받침하기 위해 제시한 근거는 북서풍이 주로 불었던 2005. 12. 20.(상층에서는 비교적 강한 북서풍이 하루 종일 지속되었고 하층에서는 북풍 및 북동풍이 불었음)에 관한 모델링 결과일 뿐이다. 이 사건 환경영향평가서에는 사업시행으로 인한 영향예측과 관련하여 발전소 공사시와 운영시의 영향 정도 및 주변 주거지역이나 산업단지 분포현황 등을 고려하여 발전소를 중심으로 반경 10km 내지 40km의 예측범위를 설정하여 영향을 예측한다고 명시되어 있을 뿐만 아니라, 위 범위는 단순히 ISCST3 모델 등의 기준영역으로 사용된 것이 아니라 실제로 3차원 기상장 분석을 위하여 MM5 모델링을 함에 있어서 범위를 설정하는 기준으로

작용하였으므로, 위 범위를 대기질에 관한 환경영향평가 대상지역의 범위가 아니라고 보기 어렵다.

둘째, “환경영향평가서작성 등에 관한 규정”에 기재된 육상 동·식물상의 조사범위에 관한 내용은 사업의 종류나 그로 인하여 배출되는 환경오염물질 등에 관한 고려 없이 제시된 기준이므로, 구체적인 사정을 고려하여 설정하여야 할 환경영향평가 대상지역의 범위가 위 기준의 범위 내로 한정된다고 보기는 어렵고, 육상 동·식물상에 미치는 환경상 영향은 육상을 매개로 하여서만 전달되는 것이 아니고 대기 등을 통하여 전달될 수도 있는 것이어서 비록 충남 서천군이 이 사건 복합화력발전소와 육상으로 연결되어 있지 않다고 하더라도 평가 대상지역에서 배제되는 것으로 보기 어렵다.

셋째, 이 사건 환경영향평가서에 기재되거나 도면으로 표시된 어업권 현황은 군산시의 양식 어업권만을 나타내고 있는 것이어서, 원고 등과 같이 충남 서천군의 주민으로서 동력어선을 이용하여 연안어업을 하는 어민들의 어업 현황을 파악할 수 있는 것은 아니므로 이를 근거로 하여 원고가 해양 동·식물상 조사범위 밖의 주민들이라고 하기 어렵다.

따라서 “이 사건 환경영향평가서에 기재된 환경영향평가 대상지역의 범위는 평가항목에 따라 대기질 항목은 사업예정지역 중심 반경 10km(공사시), 40km(운영시) 범위, 동·식물상(육상) 항목은 사업예정지역을 포함한 주변지역(사업예정지역 4km 범위)으로서 원고 장항읍 주민의 거주지역이 포함되는 점, 이 사건 환경영향평가 항목 중 동·식물상(해양), 해양환경(해양물리, 해양수질 및 저질) 항목에 관한 환경영향평가 대상지역의 범위는 사업예정지역 전면 해역 및 주변해역(온배수확산지역)으로서 원고 장항읍 주민이 어업에 종사하는 해역에 근접하여 있고, 해양생물들은 스스로 또는 조수의 흐름에 따라 이동하게 되므로 비록 온배수로 인하여 1℃ 이상 수온이 상승하는 범위 자체는 금강 하구 내에 한정된다고 하더라도 그 범위의 해양 생태계가 온배수로 인하여 침해를 받게 되면 그 주변의 해역에서 수산동물을 포획하는 어업에 종사하는 원고 장항읍 주민이 그로 인하여 어종의 변화, 어획량 감소 등 피해를 입을 가능성을 배제할 수 없는 점, 그 밖에 이 사건 복합화력발전소의 규모, 운영계획 등을 종합적으로 고려하면, 원고 장항읍 주민은 이 사건 환경영향평가 대상지역 내의 주민들로서 이 사건 처분에 의하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 이 사건 처분에 대한 항고소송을 제기할 원고적격이 인정된다.”고 판시하였다. 법원의 쟁점에 대한 판단 요약은 [표 10]와 같다.

[표 10] 법원의 쟁점에 대한 판단 요약

| 쟁점 | 판단 | 이유 |
|-------------------|----|--|
| 검은머리물떼새 당사자 적격 | 부정 | 자연 내지 자연물 자체에 대하여 당사자능력을 인정하고 있는 현행 법률이 없으며, 이를 인정하는 관습법도 존재하지 않음. |
| 환경운동가 등 원고적격 | 부정 | 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용 및 범위, 권리의 주체 등이 명확하지 못하여 개개의 국민에게 직접 구체적인 권리를 부여한 것이라고 보기는 어려움. |
| 장항읍 주민 등 원고적격 | 긍정 | 환경영향평가 대상지역에 거주지역이 포함되고, 온배수로 인하여 피해를 입을 가능성을 배제할 수 없으며, 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정됨. |

마지막 쟁점인 환경영향평가의 하자 여부에 대해서는 다음에서 기술하도록 한다.

② 행정처분의 하자에 대한 판단

법원이 이 사건 환경영향평가의 내용상 하자에 대해 인정한 근거와 내용은 다음과 같다.

첫째, 운영시 온배수 확산 예측과 관련하여, 금강 하구 지역은 조수간만의 차이가 커서 간조(썰물) 때에는 온통 갯벌이 드러나는 곳으로서 갯벌의 온배수 냉각 혹은 가열 효과가 적절히 반영되어야 하나, 해저면(조간대, 갯벌)에서의 열교환이 없는 것으로 처리하여 그로 인한 온배수 수온의 변화 가능성을 검토하지 못하였고, 이로 인하여 생태적인 영향 평가를 위해 감안할 필요가 있는 최고 가능 수온, 최저 가능 수온을 제대로 감안하지 못하였다.

둘째, 온배수 확산의 공간적 특성을 재현한 결과에 대한 비교가 빠져 있어 예측치의 정확성에 대하여 알기 어렵고, 온배수의 운동량과 수온의 변화에 영향을 주게 되는 인자인 금강 하구둑 방류량을 반영함에 있어서 하계 방류량이 매우 적거나 없는 극한 조건(Extreme case) 실험이 적절히 수행되지 못하여 온배수에 관한 예측의 충실성이 떨어진다.

셋째, 공사시 부유사 확산에 관한 영향 예측과 관련하여 부유사를 방지하기 위한 오탐방지막 효율을 잘못 설정하는 등 환경에 대한 평가가 다소 부실한 사실이 인정된다.

법원은 내용상 하자과 더불어 서천군 일대에 대한 환경영향평가에 절차상 하자과 있음을 인정하였고, 이를 승인한 행정처분은 위법하다고 판시하였다.

“원고 장항읍 주민은 이 사건 환경영향평가 대상지역 내에 거주하고 있을 뿐만 아니라 이 사건 복합화력발전소에서 방류되는 온배수로 인한 환경상 침해의 우려가 있는 주민들로서 ‘환경영향평가 대상지역의 주민’에 포함된다고 할 것이고, 충남 서천군수는 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법에 규정된 ‘환경영향평가 대상지역을 관할하는 군수’에 해당한다고 할 것이다.” 또한 “환경영향평가에 관하여 주민들의 의견을 수렴하도록 한 규정 취지는 환경영향평가를 실시하여야 할 사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 당해 사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데 그 치는 것이 아니라, 당해 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 보호하려는 데에 있는 것이다. 따라서 이 사건 환경영향평가서를 작성함에 있어서는 평가서 초안을 충남 서천군수에게 제출하고 원고 등에게 공람하게 하며, 군산시에서 개최된 설명회와는 별도로 설명회를 개최하고, 의견을 제출할 기회를 주어야 할 것이다.”

③ 사정판결의 적용 여부에 대한 판단

법원은 이 사건 환경영향평가의 내용상 하자과 서천군이 환경영향평가의 대상지임을 인정하고, 이를 배제시킨 데에 위법이 있다고 판단하면서도, “군산시 주민들에 대한 의견수렴 절차를 거친 점, 환경영향의 평가 항목 대부분의 대상지역이 발전소 주변지역이나 해역으로 설정되어 있어 서천군이 그 범위에 포함되어 있는지 여부가 명백한 것은 아닌 점, 대기질과 동·식물(육상)을 제외한 나머지 항목에 관한 환경영향평가 대상지역에 충남 서천군이 일부 포함된다고 하더라도 이 사건 복합화력발전소로부터 거리와 주된 풍향에 비추어 그 환경상 영향이 그다지 크지 않다고 볼 여지도 있는 점 등에 비추어 보면 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 않은 것과 다를 바 없을 정도라고 보기 어렵고 그 하자과 중대·명백하다고 볼 수 없어 무효 사유가 아닌 취소사유에 불과하다.”고 하였다.

또한 환경영향평가의 내용상 하자과 있음을 인정하였지만, 그 하자과 중대성에 대해서는 다음과 같이 판단하였다.

첫째, 운영시 온배수 확산 예측과 관련하여, 통상적으로 온배수로 인한 영향을 산정함에 있어서는 각종 실험 조건들을 동일하게 입력한 상태에서 온배수가 배출되는

조건과 배출되지 않는 조건을 각각 실험한 후 두 조건에 따라 달리 형성되는 주변 해역의 온도의 차이(ΔT)를 온배수의 영향으로 산정하게 되는 것이므로, 온배수 배출 이외의 다른 조건들은 위와 같은 비교 실험 과정에서 서로 상쇄되고, 위와 같은 비교 실험에서는 온배수 배출 조건 이외에도 기상, 조류, 주위수 조건 등 다양한 조건들이 설정되므로 조건대의 열교환 효과를 위와 같은 기타 조건에 포함시키는지 여부에 따라 온배수 배출의 영향에 관한 실험 결과가 크게 달라질 것으로 보기는 어렵다.

둘째, 종전에 운영하던 군산화력발전소는 환경영향평가가 수행되지 아니하여 수온의 공간분포에 관한 조사 자료가 없었고, 그로 인하여 온배수 확산의 공간적 특성을 재현하지 못하게 되었다.

셋째, 금강 하구둑 방류는 하계에 주로 집중되어 있으므로 그로 인한 영향도 하계의 경우에 의미가 있을 것인데, 이에 관한 극한조건 실험 결과에 의하면 방류량이 없는 극한조건의 경우 온배수 확산 면적이 이 사건 환경영향평가서에서 예측한 것보다 3.5배에서 4배 정도 넓게 나타나기는 하나 동계의 온배수 확산면적에 비해서는 좁게 나타나고 있어 온배수 영향이 미치는 범위에 관하여 종전의 예측에서 크게 벗어나지 않는다.

넷째, 이 사건 환경영향평가서에 기재된 부유사 발생에 관한 오락방지막 저감 효율은 이에 관하여 구체적이고 명시적으로 결정되어 있는 기준이 없는 상황에서 국내 인근 해역에서 수행되었던 사례들을 감안하여 산정되었다.

따라서 법원은 이러한 점을 고려해 보면, “이 사건 환경영향평가를 시행함에 있어 다소 부실하게 평가가 이루어졌던 사정들은 이 사건 복합화력발전소의 공사계획을 인가한 이 사건 처분에 관하여는 영향을 미치지 않았을 것으로 보인다.”고 판시하였다.

또한 “자연환경 중 동·식물상에 관한 조사에 관하여는 동계조사가 포함되어 있지 아니하고, 육상 동식물에 대한 현황조사에 관하여 주요 식생의 군집표나 식생종 조성표가 기재되어 있지 아니하는 등 현존식생에 대한 조사 결과가 일부 누락되어 있으며, 졸참나무를 갈참나무로 기재하고, 등줄쥐를 누락하였으며 히드라 해파리류의 분류 기준을 무시하는 등 식물이나 동물 조사에 관한 조사의 전문성과 충실성이 다소 떨어지는 점 등 원고가 주장하는 문제점들이 일부 인정되나 이들 사항들은 이 사건 처분 여부 결정을 위하여 환경에 미치는 영향을 고려함에 있어서 그다지 중요하지 않은 지엽적인 문제점들이므로, 이에 관하여 다소 잘못이 있다고 하더라도 이 사건 처분에 관하여는 영향을 미치지 않았을 것으로 보인다.”고 판시하면서 이 사건 환경영향평가의 내용상 하자가 중대하지 않다고 판단하였다.

무효사유가 아닌 취소사유로 판단된 사정판결은 공공복리에 관하여 국가 전력공급 계획, 전력수급기본계획, 투입된 공사자금 등 다음 [표 11]의 이유를 근거로 하여 적

용되었다.

[표 11] 법원의 사정판결 적용 근거

| 내용 | 이유 |
|---------------|---|
| 안정적인 전력 공급 | 국내 전력수요는 1980년 32,735Gwh에서 2006년 353,353GWh로 약 10.8배 증가하였고, 이와 같은 증가추세는 앞으로도 지속적인 경제성장에 힘입어 지속될 전망임에 따라 정부에서는 전력수급기본계획을 수립하여 향후 안정적인 전력 공급에 대비하고 있는 점. |
| 전력수급계획 | 산업통상자원부는 2006.12.12. 제 3차 전력수급기본계획에 따라 이 사건 복합화력발전소 건립사업을 2009년 11월까지 모두 마치기로 하였고, 이 사건 복합화력 발전소의 발전용량에 비추어 이 사건 복합화력 발전소의 건립 및 운영이 지연되는 경우 전력수급기본계획에 따른 안정적인 전력공급에 차질이 생길 수 있는 점. |
| 공정률 | 이 사건 복합화력발전소는 총공사비 7,499억 원(2009년 10월 기준 6,113억 원 집행)의 자금이 투입되는 대형 기간 사업이고, 2009년 10월 기준으로 약 92.6 공정률이 진행되어 시운전 중에 있으며 2010년 5월경 준공을 앞두고 있으므로, 만일 이 사건 처분이 취소된다면 상당한 기간 동안 위와 같이 막대한 자금이 투입된 이 사건 복합화력발전소가 무용지물이 됨으로써 적지 않은 사회적 손실이 예상되는 점. |
| 환경영향평가 작성의 필요 | 이 사건 처분의 바탕이 된 이 사건 환경영향평가는 비록 절차상 하자가 있고, 내용이 다소 부실하기는 하나, 환경영향평가에 관한 환경부장관과의 협의과정에서 서천군 주민의 의견 등이 제출할 것으로 예상되는 의견이 대부분 제시되어 반영되었고, 의견을 수렴했다라도 이 사건 처분 여부를 달리할 정도로 완전히 다른 내용의 환경영향평가를 하였을 것으로 보기는 어려우므로, 이 사건 처분을 취소하고 다시 환경영향평가를 거치도록 하는 것은 무익한 절차의 반복에 그칠 것으로 보이는 점. |
| 환경영향평가의 내용 | 이 사건 복합화력발전소에 관해서는 향후 5년간 온배수의 영향에 대한 조사가 예정되어 있고, 미흡한 점이 발견되는 경우에는 시정조치 등을 할 것이 예정되어 있으므로 만약 원고들이 주장하는 바와 같은 환경피해의 가능성이 현실화된다고 하더라도 냉각계통을 일과식 냉각방식이 아닌 폐회로식 냉각방식으로 바꾸어 온배수를 외부로 배출하지 않도록 한다거나 발전소 운영시간과 가동률을 조절하는 등의 방법으로 이를 사후적으로 조정할 수 있을 것으로 보이는 점. |
| 사후조치 | 이 사건 복합화력발전소에 관해서는 향후 5년간 온배수의 영향에 대한 조사가 예정되어 있고, 미흡한 점이 발견되는 경우에는 시정조치 등을 할 것이 예정되어 있으므로 만약 원고들이 주장하는 바와 같은 환경피해의 가능성이 현실화된다고 하더라도 냉각계통을 일과식 냉각방식이 아닌 폐회로식 냉각방식으로 바꾸어 온배수를 외부로 배출하지 않도록 한다거나 발전소 운영시간과 가동률을 조절하는 등의 방법으로 |

| | |
|--------|--|
| | 이를 사후적으로 조정할 수 있을 것으로 보이는 점. |
| 손해의 정도 | 계절에 따라 차이가 있기는 하나 온배수가 확산될 것으로 예측되는 범위가 그다지 넓지 아니하고, 이 사건 발전소로부터 원고가 거주하는 충남 서천군 장항읍까지의 거리와 주된 풍향 등에 비추어 대기질의 변화 또한 그다지 크지 않을 것으로 예측되는 점 등에 비추어 보면 원고 등이 어업활동이나 생활환경상 입게 될 손해가 클 것으로 예상되지 않고, 설사 이 사건 복합화력발전소가 운영되는 과정에서 현실적으로 손해를 입게 된다고 하더라도 손해배상 등 구제수단을 강구할 수 있을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 처분을 위와 같이 환경영향평가에 관한 절차 위반을 이유로 취소하는 것은 오히려 현저히 공복리에 적합하지 아니한다고 인정된다. |

3) 낙동강 하천공사시행계획 취소 소송³⁸⁾

(1) 사건의 배경 및 경위

이 사건의 원고는 甲 외에 1,788명이며, 피고는 국토해양부장관으로 가장 최근에 진행된 대규모의 환경소송이다. 낙동강 하천공사시행계획 취소소송은 지난 이명박 정부에서 대대적으로 진행한 4대강 살리기 사업(이하 ‘4대강 사업’)의 수계별 소송 중 낙동강 사업에 대한 소송이다.

4대강 사업은 한강, 낙동강, 금강, 영산강 등 4대강에 대하여 시행되는 사업으로 홍수·가뭄을 방지하여 물 문제를 해결하고, 하천생태계를 복원·활용하며, 지역균형 발전과 지역경제 및 문화·관광의 활성화를 목적으로 추진된 사업이다. 이 사건은 2008년 12월에 국가균형발전위원회(현재 ‘지역발전위원회’)가 한국형 뉴딜사업으로 4대강 사업 추진을 결정하면서 구체적으로 추진되었다. 그리하여 당월 15일에 4대강 마스터플랜 수립에 착수하면서 2009년 8월 마스터플랜 최종 보고서가 배포되기에 이르렀다. 판례에 따른 4대강 마스터플랜의 추진과정은 [표 12]과 같다.

[표 12] 4대강 마스터플랜의 추진 경위

| 일시 | 사건의 내용 |
|---------|---|
| 2008.12 | 국가균형발전위원회(현재 ‘지역발전위원회’)로 명칭 변경)는 한국형 뉴딜사업으로 4대강 사업 추진을 결정함. 이 때, 물 관련 분야 전문연구기관인 한국건설기술연구원의 주관 아래 문화관광연구원 등이 참여 |

38) 서울고법 2012.2.10.선고 2011누228

| | |
|--------|---|
| | 하여 2008.12.15. 4대강 살리기 마스터플랜(이하 '4대강 마스터플랜') 수립에 착수함. |
| 2009.2 | 4대강 사업의 추진을 위하여 「4대강 살리기 기회단」이 국토해양부장관 소속으로 설치되었다가 2009.4.경 「4대강 살리기 추진본부」로 확대 개편됨. |
| 2009.4 | 지역발전위원회, 녹색성장위원회, 국가건축위원회 및 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산식품부는 마스터플랜 합동보고대회를 개최하고, 그 다음달 5월경 12차례의 지역설명회, 2차례의 관계부처·학회의 추천을 받은 전문가 그룹의 자문, 2차례의 물환경학회·수자원학회 등 관련 학회 토론, 전문가와 시민이 참여한 공청회 등을 개최함. |
| 2009.6 | 국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산식품부 등 4개부는 4대강 사업의 기본방향을 제시하기 위하여 4대강 마스터플랜을 확정·발표하였고, 「4대강 살리기 추진본부」는 8월 24일 4대강 마스터플랜의 최종보고서를 발간·배포함. |

4대강 마스터플랜은 i) 수해 예방을 위한 유기적 홍수방어 대책, ii) 물 부족 대비 풍부한 수자원 확보, iii) 수질개선 및 생태복원, iv) 지역주민과 함께하는 복합공간 창조, v) 강 중심의 지역발전을 과제로 계획이 추진되었다. 4대강 사업은 크게 본사업, 직접연계사업, 연계사업으로 구분되며,³⁹⁾ 한강, 낙동강, 금강, 영산강 유역이 각 사업의 대상지이다.⁴⁰⁾

4대강 사업의 전체 사업비는 약 22조 2,000억 원(본사업 16조 9,000억 원, 직접연계사업 5조 3000억 원)에 이르며, 4대강 사업 전체 구간은 267개 공구로 분할된다.

(2) 소송의 쟁점

4대강 사업은 큰 규모에 비해 사업의 절차가 무리하게 강행되어 수계별로 소송이 진행되었고, 사건의 쟁점 또한 다양하다.⁴¹⁾ 사업의 절차와 관련하여 이 사건 판례에

39) 본사업은 4대강 본류에 시행되는 사업으로 국토해양부, 농림수산식품부, 환경부가 시행하되, 2011(댐·저수지 등은 2012년) 완료를 목표로 한다. 직접연계사업은 섬진강과 13개 주요 지류 국가하천 정비와 하수처리시설 등의 확충을 위한 사업으로 2012년 완료를 목표로 한다. 연계사업은 강살리기로 확보되는 수변경관 등의 인프라를 활용하는 사업으로 국토해양부, 농림수산식품부, 문화체육관광부, 행정안전부, 지식경제부, 방송통신위원회 등 해당 부처의 계획에 따라 연차별로 시행한다.

40) 각 사업의 공간적 범위는 아래와 같다.

한강 - 한강 본류(남한강)·북한강·섬강

낙동강 - 낙동강 본류·남강·금호강·황강·서낙동강·맥도강·평강천

금강 - 금강 본류·미호천·갑천·유등천

영산강- 영산강 본류·호아룡강·함평천·섬진강

41) 4대강 사업의 내용과 관련하여 가뭄과 홍수 예방을 위해 타당한 사업인지, 사업의 핵심인 보와 준설이 가뭄과 홍수예방을 위한 적절한 방안인지, 한국이 정말 물 부족 국가이며 이 사업으로 물부족 문

따른 쟁점은 다음 [표 13]과 같으며, 여기에서는 사정판결에서 위법성이 인정된 국가재정법 위반 여부에 대해서 논한다.

[표 13] 소송의 쟁점

| |
|----------------------|
| 쟁점 1. 하천법 위반 여부 |
| 쟁점 2. 한국수자원공사법 위반 여부 |
| 쟁점 3. 문화재보호법 위반 여부 |
| 쟁점 4. 환경영향평가법 위반 여부 |
| 쟁점 5. 국가재정법 위반 여부 |

주: 쟁점 1-4의 자세한 내용은 이 사건 판례 혹은 윤순진(2010) 참조.

4대강 마스터플랜이 구체적으로 검토되던 중인 2009.3.25. 예비타당성 조사 제외 사업을 규정하고 있는 국가재정법 시행령 제13조 제2항이 개정되어 ‘재해예방’사업이 예비타당성 조사 제외 대상사업으로 추가되면서 4대강 사업의 예비타당성 조사가 생략되었다. 이 사건의 국가재정법 및 시행령의 내용은 [표 14]와 같다.

[표 14] 이 사건 국가재정법 및 시행령

| 법령 | 내용 |
|----------------|---|
| 국가재정법* | 제1조 (목적) 이 법은 국가의 예산 기금·결산·성과관리 및 국가채무 등 재정에 관한 사항을 정함으로써 효율적이고 성과 지향적이며 투명한 재정운용과 건전 재정의 기틀을 확립하는 것을 목적으로 한다. |
| | 제38조 (예비타당성조사) ① 기획재정부장관은 대통령령이 정하는 대규모사업에 대한 예산을 v 년 성하기 위하여 미리 예비타당성조사를 실시하여야 한다. ② 기획재정부장관은 제1항의 규정에 따른 예비타당성조사 대상사업의 선정기준·조사수행기관·조사방법 및 절차 등에 관한 지침을 마련하여 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. |
| 국가재정법 시행령** | 제13조 (예비타당성조사) ①법 제38조 제1항에서 “대통령령이 정하는 대규모 사업”이란 총사업비가 500억원 이상이고 국가의 재정지원 규모가 300억원 이상인 신규 사업으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 말한다. ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업은 예비타당성조사 대상에서 제외한다. |

제와 어떻게 연결되는지, 4대강 현재 수질은 어떠한지 4대강 사업으로 수질이 어떻게 변화될지, 어느 정도의 일자리 창출효과가 있는지, 이것이 운하사업의 연장선상에 있는지 여부와 4대강 사업의 절차와 관련하여 하천법, 환경정책기본법 및 환경영향평가법, 문화재보호법, 국가재정법 위반 여부 등의 쟁점이 있다(윤순진, 2010)

| | |
|---|---|
| | <ol style="list-style-type: none"> 1. 공공청사의 신·증축 사업 2. 문화재복원사업 3. 국가안보에 관계되거나 보안을 요하는 국방관련 사업 4. 남북교류협력에 관계되는 사업 5. 그 밖에 재해복구 지원 등 사업추진이 시급하거나, 법령에 의해 설치가 의무화된 필수시설에 해당하는 경우 등과 같이 예비타당성조사의 실익이 없는 사업 |
| <p style="text-align: center;">개정 시행령 ***</p> | <p>제13조 (예비타당성조사)</p> <p>①법 제38조 제1항에서 “대통령령이 정하는 대규모 사업”이란 총사업비가 500억원 이상이고 국가의 재정지원 규모가 300억원 이상인 신규 사업으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 말한다.</p> <p>② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업은 예비타당성조사 대상에서 제외한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 공공청사의 신·증축 사업 2. 문화재복원사업 3. 국가안보에 관계되거나 보안을 요하는 국방관련 사업 4. 남북교류에 관계되거나 국가 간 협약·조약에 따라 추진하는 사업 5. 도로 유지보수, 노후 상수도 개량 등 기존 시설의 효용 증진을 위한 단순개량 및 유지보수사업 6. 재해예방·복구 지원, 시설 안정성 확보, 보건·식품 안전 문제 등으로 시급한 추진이 필요한 사업 7. 법령에 따라 설치하거나 추진하여야 하는 사업 8. 기초생활수급자, 장애인 등 수혜자에 대한 직접적인 현금·현물급여 지급 등 단순 소득이전을 목적으로 하는 사업 9. 출연·보조기관의 인건비 및 경상비 지원, 용자 사업 등과 같이 예비타당성조사의 실익이 없는 사업 10. 지역 균형발전, 긴급한 경제·사회저거 상황 대응 등을 위하여 국가 정책적으로 추진이 필요한사업으로서 기획재정부장관이 정하는 사업 |

주* 2009.5.27. 법률 제9712호로 개정되기 전의 것(이하 ‘구 국가재정법’).

주** 2009.3.25. 대통령령 제21360호로 개정되기 전의 것(이하 ‘구 시행령’).

주*** 2009.3.25. 대통령령제21360호로 개정된 것.

원고에 따르면 4대강 사업은 보의 설치, 준설, 제방, 자전거도로 등의 개별 사업 내용이 서로 밀접하게 연관되어 있는 집단사업(Package Project)이므로 수계별로 예비타당성 조사를 실시하여야 하는데도, 정부는 4대강 사업을 내용별로 구분하여 총사업비가 500억원 이하의 개별 사업이라는 이유로 예비타당성 조사를 하지 않았고, 특히 보의 설치와 준설에 대하여 총 사업비가 500억 원 이상인 사업인데도 재해예방사업이라는 이유로 예비타당성 조사를 하지 않았다. 이는 국가재정법 제38조 제1항에 따른 위법이 있는 것이다.

또한 국가재정법 시행령 제13조 제6호 중 ‘재해예방 지원 목적으로 시급한 추진이 필요한 사업’ 부분은 예비타당성 조사제도를 시행령만으로 무력화시킨 것으로서 모법의 위임범위를 벗어나 무효이고, 그렇지 않더라도 보의 설치와 준설은 재해예방 사업에 해당하지 않을 뿐 아니라 시급히 추진할 필요성도 인정되지 않으므로, 국가재정법 시행령 제13조 제2항 제6호 소정의 예비타당성 조사 제외사업에 해당하지도 않는다.

특히, 이 사건 원고측 증인이 이 사건 사업에 대해 개략적인 편익/비용 비율을 분석한 결과 이 사건 사업의 편익/비용 비율이 유지관리비 시나리오에 따라 0.26에서 0.11까지도 나와 적어도 경제적 타당성은 매우 미흡한 것으로 평가되었다.⁴²⁾

이에 대해 피고는 국가재정법은 이 사건 각 처분의 근거 법률이 아닐 뿐 아니라, 이 사건 사업 중 국가재정법 시행령 규정 6호, 7호에 따라 예비타당성 조사에서 제외되어 이를 하지 않았고, 그 외 생태하천, 자전거도로, 댐 건설, 농업용 저수지 등의 사업은 예비타당성 조사를 하였다고 주장하였다. 정부측은 보의 설치와 준설 등의 경우 개정 시행령을 근거로 예비타당성 조사 제외 대상사업으로 판단하였기 때문에 경제성 분석 등과 관련하여 어떠한 수치도 제시하지 못하였다.

(3) 법원의 판단

① 쟁점에 대한 판단

법원은 하천법, 수자원공사법, 문화재보호법, 환경영향평가법 위반에 대해서는 모두 부정하였다. 그러나 국가재정법에 대해서는 위법에 대해서 인정하였다. 구체적인 내용은 다음에 기술한다.

② 행정처분의 하자에 대한 판단

법원은 이 사건의 위법성을 판단하기 위해 i) 예비타당성조사제도 일반론(입법 취지), ii) 예비타당성 조사 제외사업인지 여부, iii) 보의 설치가 재해예방사업인지 여부, iv) 보의 설치, 준설의 시급성이 인정되는지 여부, v) 예비타당성 조사를 하지 않은 하자과 이 사건 처분의 관계, vi) 재량권 일탈·남용 여부를 판단하였다. 법원은 이 모든 부분의 하자에 대해 인정하였다. 예비타당성 조사에 관하여 법원의 구체적인 판단 내용은 다음 [표 15]와 같다.

42) 이 사건 증인인 서울대학교 홍중호 교수는 “모든 시나리오에서 비용은 편익보다 4~6배 많았다. 일반적으로 편익/비용 비율이 1 이하이면 투입된 비용만큼 편익을 내지 못한다는 것을 가리키며, 이번 분석 결과는 100원을 투자할 때 16~24원의 편익을 얻을 수 있음을 보여준다.” 또한 “정책적으로 시급한 국책사업이라도 그 비율이 0.8~0.9 정도라야 타당성을 인정받는다.”며 “편익비용 비율 0.1~0.2인 사업을 추진한다는 것은 있을 수 없는 일”이라고 말했다. 조홍섭, “4대강, 100원 투자해 25원도 못건진다.”, 『한겨레』, 2010년 9월 13일자.

[표 15] 예비타당성 조사에 대한 법원의 위법성 판단

| 내용 | 판단 |
|-----------------|---|
| 입법 취지 | <p>예비타당성 조사는 기존의 타당성 조사와는 달리 사업추진결정 이전 단계에서 당해 사업의 정책적 타당성과 경제적 타당성을 종합적으로 판단하여 사업 추진 여부 및 대안의 검토, 다른 행정목적에 위한 정책사업 사이의 우선순위 결정하기 위한 정보를 제공하려는데 목적이 있다. 즉, 국책사업의 추진단계를 예비타당성 조사 → 타당성조사 → 설계 → 보상 → 착공의 순으로 설정하고, 원칙적으로 예산을 단계별 순차적으로 편성·집행하도록 하여 예비타당성 조사 단계에서 타당성이 없다고 판단되는 사업에 대하여는 후속 절차를 위한 추가적인 예산편성을 미리 막아 재정 낭비를 방지할 수 있을 뿐 아니라, 예비타당성 조사의 표준지침을 마련하여 사업성 분석방법의 표준화를 이루어 조사결과와 객관성을 확보하고 당해 사업과 대안 사이의 선택이나 당해 사업과 다른 사업 사이의 우선순위 결정이 가능하게 하여 한정된 재정을 합리적이고 효과적인 사업에 투입하여 궁극적으로는 국가재정의 건전화에 도모할 수 있도록 하는 데 예비타당성 조사제도의 목적이 있으므로, 예비타당성 조사는 국가경제적 차원에서 당해 사업의 추진 여부를 판단하고 사업 간의 우선순위를 합리적으로 결정하여 제한된 예산으로 효율적인 자원분배를 가능하게 하는데 그 기본적인 취지가 있다.</p> |
| 예비타당성조사 제외사업 여부 | <p>이 사건 사업에 대한 예비타당성 조사가 면제되려면, 첫째 개정 시행령 제13조 제2항 제6호 중 '재해예방'이 추가된 부분이 모법의 위임범위를 벗어나지 않아야 하고, 둘째 이 사건 사업 내용(특히 보의 설치)이 재해예방사업에 해당되어야 하며, 셋째 이 사건 사업추진이 예비타당성 조사를 면제시킬 정도로 그 시급성이 인정되어야 한다.</p> <p>위 인정사실에 앞에서 본 바와 같은 예비타당성 조사제도의 목적, 취지와 당심 증언 등 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 사정들에 비추어 보면, 개정 시행령 제13조 제2항 제6호 중 '재해예방'사업을 추가한 부분은 적어도 4대강 사업과 같은 대규모 재정이 투입되는 국책사업에도 적용된다고 해석하는 한, 모법인 국가재정법의 입법목적에 정면으로 반하여 그 위임범위를 벗어난 해석으로서 그 효력을 인정할 수 없다.</p> |
| 재해예방사업 여부 | <p>이 사건 사업 내용 중 낙동강을 가로지르는 8개의 보 설치에 수자원확보를 목적으로 하는 것임이 명백하고(구체적으로는 생활용수나 농업용수 또는 공업용수의 확보가 아니라 하천유지유량의 확보를 주된 목적으로 하고 있다), 보의 설치에 강의 통수단면을 감소시킬 수밖에 없으므로 홍수위험을 가중시키는 구조물임에는 틀림이 없다. 그리고 보의 설치의 주된 목적이 향후 이상기후변화에 따른 물 부족 사태를 대비하는 수자원확보라는 측면이 있다고 하더라도, 수자원 중에서도 생활용수, 농업용수, 공업용수가 아닌 하천유지유량의 확보라고 피고들 스스로도 주장하므로, 이를 재해예방사업이라고도 보기 어렵다. 따라서 이 사건 사업 내용 중 보의 설치에 재해예방사업이라고 볼 수 없다.</p> |
| 보의 설치, 준설의 시급성 | <p>① 2008년 예비타당성 조사 운영지침상 예비타당성 조사에 필요한 기간은 6개월 이내에 불과하고, 이마저도 2009년 예비타당성 조사 운영지침에는 3~4</p> |

| | |
|------------------------|---|
| | <p>개월로 단축된 점</p> <p>② 22조 2,000억 원이라는 대규모 재정지출사업을 추진함에 있어서 길어야 6개월이면 완료할 수 있는 예비타당성 조사를 할 시간조차 없을 정도의 시급성이 인정되려면, 일반하천유지유량이란 생활·공업·환경개선·발전·주운 등의 하천수 사용을 고려하여 하천의 정상적인 기능 및 상태를 유지하기 위하여 필요한 최소한의 유량을 말하는 것으로, 그 측정단위가 m³/초로서 'flow 개념'이다. 국민들이 건전한 상식으로 생각해 보아도 충분히 수공할 수 있을 정도가 되어야 하는데도 시급성을 판단하는 기준이나 방법 혹은 그 근거도 명확히 제시하지 아니한 채, 단지 민간전문가 및 정부위원이 참여하는 기획재정부 내 재정사업평가자문회의의 의견만 수렴하여 시급성이 인정된다고 하여 예비타당성 조사 대상사업에서 제외시킨 것은 쉽게 납득하기 어려운 점, ③ 피고들 주장 자체로도 재해예방이라는 것이 200년 빈도의 홍수에 대비한다고 하는데 역사상 낙동강 본류가 대규모로 범람한 적이 없고, 낙동강 대부분 구간은 2m의 홍수여유고가 확보되어 있으며, 보 설치의 주된 목적은 치수가 아니라 이수로서 기후변화 등을 대비한 용수확보에 있고 보 건설로 확보된 용수는 생활용수나 농공업용수가 아닌 하천유지유량의 증대에 활용한다는 점</p> <p>④ 급변하는 이상기후 변화에 적극적으로 대처해야 한다는 취지에는 누구라도 공감할 수 있으나, 그렇다고 해서 길어야 6개월도 걸리지 않는 예비타당성 조사를 면제시킬 정도로 사업 추진이 시급한 것인지 수공할 수 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 사업을 포함한 4대강 사업 중 핵심사업인 보 설치, 준설 사업의 추진이 예비타당성 조사 대상에서 면제시킬 정도로 시급성을 요하는 것이라고 도저히 인정할 수 없다.</p> <p>따라서 이 사건 사업 중 보의 설치와 준설 등의 사업은 관련 법률이 정한 예비타당성 조사절차를 거치지 아니하였으므로 국가재정법 제38조 제1항을 위반한 하자가 있다.</p> |
| <p>이 사건 하자와 처분의 관계</p> | <p>예비타당성 조사제도가 그 대상이 되는 대규모 신규 국책사업을 시행함에 있어, 후속 단계를 위한 추가적인 예산편성을 미리 막아 재정 낭비를 방지하고, 당해 사업과 다른 사업 사이의 우선순위 결정이 가능하게 하여 한정된 재정을 합리적이고 효과적인 사업에 투입하여 궁극적으로 국가재정의 건전화를 도모할 수 있도록 하는 데 그 목적이 있고, 따라서 예비타당성 조사는 국가경제적 차원에서 당해 사업의 추진 여부를 판단하고 사업 간의 우선순위를 합리적으로 결정하여 제한된 예산으로 효율적인재원분배를 가능하게 하는 데 그 기본적인 취지가 있음은 앞서 본 바와 같다. 또한, 예비타당성 조사절차는 예비타당성 조사대상이 되는 대규모 국책사업에 관한 행정계획을 수립하는 단계에서 경제성 분석, 정책적 분석을 통해 당해 사업의 추진여부 또는 다른 사업 사이의 우선순위를 정하는 절차로서, 행정계획을 수립하는 단계에서 당해 공익과 다른 공익 상호간, 공익과 그로 인하여 침해되는 사익 상호간의 이익을 적정하게 형량하기 위하여 법률이 정한 필수불가결한 절차라고 할 것이므로, 예비타당성 조사대상이 되는 사업계획을 수립함에 있어 예비타당성 조사절차를 누락하는 것은 그 자체로 법률이 정한 절차를 누락한 것으로 관계 법률에 위반될 뿐 아니라, 절차적으로 행정계획과 관계되는 이익형량을 누락한 것이다. 비록 예비타당성 조사가 대규모 신규 국책사업의 추진 여부를 결정하는 최초의단계로서 이를 거쳐야 다음 단계인 타당성 조사 등 예산편성이 가능하지만, 앞서 본 예비타당성 조사제도의 목적, 취지, 대규모 국책사업의 추진 여부를 결정하는 단계에서가지는 절차적 중요성 등에 비추어 볼 때, 이</p> |

| | |
|----------------------|--|
| | <p>를 단순히 다음 단계인 예산편성을 위한 선행절차에 불과하여 이를 거치지 않았다고 하더라도 다음 단계에 대한 예산이 편성되는 이상 그 하자가 치유되거나 이 사건 각 처분의 하자로 승계되지 않는다고 평가할 수는 없고, 예비타당성 조사절차를 거치지 않는 하자는 이 사건 각 처분을 근거로 한 이 사건 사업이 설령 완료되었다 하더라도 그대로 존재하게 되는 이 사건 각 처분 자체에 내재된 하자이다. 따라서 이와 다른 전제에서 선 피고들의 주장은 받아들여지지 않는다.</p> |
| <p>재량권 일탈·남용</p> | <p>원고들의 나머지 주장인 재량권 일탈·남용 여부에 관하여 나아가 살필 필요 없이 이 사건 각 처분은 위법한 것이나, 재량권 일탈·남용 여부는 뒤에서 판단하는 사정판결의 필요성과 무관하지 않을 뿐만 아니라, 사안의 중대성을 감안하여 이 부분 주장에 대한 당부 판단에 나아가기로 한다.</p> <p>계획재량의 통제 법리와 비례의 원칙과의 관계 이 사건 각 처분의 적법성'의 모두에서 실시한 바와 같이 계획재량의 통제 법리는 이익형량의 하자과 관련된 법리인데, 일반적인 행정재량 통제 법리인 비례의 원칙은 광범위한 형성의 자유가 인정되는 계획재량에 그대로 적용될 수는 없고, 계획재량에 있어서 형량하자 법리는 일반적인 재량행위에 적용되는 비례의 원칙을 대체하거나 변형된 법리로서 계획재량에 특유한 재량통제 법리라고 봄이 타당하다. 이 사건 각 처분은 하천공사 시행계획 및 하천공사 실시계획승인고시로서 모두행정계획에 해당하므로, 이 사건 각 처분에 계획재량을 일탈·남용한 위법이 있는지를 판단하기 위하여는 원고들이 주장하는 요소들을 전체적으로 판단해서 행정계획을 수립하면서 공익 상호간, 공익과 사익, 사익 상호간에 이익형량을 함에 있어서 누락 형량, 오형량, 객관성·정당성이 결여된 형량이 있는지, 그러한 하자가 있다면 재량권을 일탈·남용하였다고 인정할 수 있는 정도인지를 판단하여야 한다. 한편 행정처분이 재량권의 한계를 벗어난 것이어서 위법하다는 점은 그 행정처분의 효력을 다투는 자가 주장·입증하여야 하고 처분청이 그 재량권의 행사가 정당한 것이었다는 점까지 주장·입증할 필요는 없다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87누861 판결 참조). 따라서 일용 비례의 원칙에 따른 것으로 보이는 원고들의 주장들을 선해하여 형량하자 법리에 따라 종합적으로 판단한다.</p> <p>원고들이 주장하는 재량권 일탈·남용의 판단요소들에 대하여 살피건대, 아래에서 실시하는 인정사실과 사정들을 두루 종합해 보면, 이 사업 시행으로 인한 영향을 예측함에 있어서 다소 미흡한 부분이 없지 아니하나, 전체적으로 볼 때 이 사건 사업의 필요성과 수단의 적정성을 부인할 수 없고, 따라서 피고들이 이 사건 각 처분을 함에 있어 원고들이 주장하는 바와 같이 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익 형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락하였거나 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성을 결여하였다고 인정하기 어렵고, 이 사건 각 처분의 내용은 피고들이 그 목표를 달성하기 위한 수단으로 선택할 수 있는 재량범위 내에 있다고 판단된다. 따라서 이 사건 각 처분에는 계획재량권을 일탈·남용한 위법이 있다는 원고들의 주장은 이유 없다.</p> |

법원은 위의 사항에 대해 모두 위법을 인정하였다. 법원은 여러 부분의 위법성을 인정하고, 또한 국가재정법의 입법취지와 목적을 고려했을 때, 이를 거치지 않은 위법에 대해서 분명히 인정하고 있다. 그러나 원고의 무효 주장에 대해서는 판단을 생략한 채 재량권 일탈·남용이라는 법리를 가지고 이 사건을 다시 해석하였다.

법원은 사정판결에 대해서 일관하여 사정판결의 무효 기준을 정하고 있는데, 법원은 이를 피하고 재량권 일탈·남용의 법리를 인용하여 이 사건의 절차적 하자가 아닌 '내용적 하자'를 검토한 후, 재량권 일탈·남용에 위법이 없어 원고들의 주장은 이유 없다고 판시하고 있다.⁴³⁾

③ 공공복리에 대한 판단

법원이 사정판결의 적용을 위해 판단한 근거는 다음과 같다.

첫째, 대규모 국책사업인 이 사건 사업은 이미 대부분의 공정이 90% 이상 완료되어 이를 원상회복한다는 것은 사실상 불가능한 상태이다. 보의 설치는 거의 100% 완성되었고, 준설 역시 대부분 구간에서 완료된 상황에서 이를 원래대로 원상회복한다는 조치(특히 준설의 경우)는 국가 재정의 효율성 측면에서는 물론이거니와 기술적·환경 침해적 측면에서도 오히려 심각한 문제를 야기할 것으로 예상되어, 만약 이런 원상회복을 위한 계획이 수립되어 추진된다면, 이에 대하여 환경상 이익 등의 침해를 이유로 그 위법성에 대한 논란이 제기되는 역설적인 상황도 벌어질 수 있다.

둘째, 이 사건 사업은 용수확보, 홍수예방, 친수공간확보 등의 목적에서 국토 전반의 주요 국가하천을 대상으로 진행되는 일련의 사업인데, 이 사건 사업의 계속적 유지를 위하여 매년 투자되는 유지관리비를 감안하더라도 도리어 전체 사업을 위해 이미 투입된 예산의 효율성을 현저히 침해하는 결과를 초래하게 된다.

셋째, 이 사건 사업의 집행을 위하여 광범위한 토지에 대한 수용절차가 이미 완료되는 등 기왕의 처분을 토대로 다수의 이해관계인들과 새로운 법률관계가 이미 형성되었기 때문에 뒤늦게 이를 취소한다면 기존에 형성된 법률관계에 엄청난 혼란이 발생할 것이 우려된다.

넷째, 이 사건 각 처분이 그 수립절차 관련 법률에 위반된다고 평가되기는 하나 그 사업 자체 목적의 정당성, 필요성을 부인할 수는 없고, 이 사건 사업에 투입된 재정의 효율성은 차치하더라도 재정사업의 효과(홍수예방, 수자원확보 등)는 결코 무시될 수 없으므로, 완성단계에 있는 사업을 원점으로 되돌리는 것보다는 지금이라도 이미 구축된 강 살리기 사업의 성과물들을 현명하게 유지, 관리하고 그 주변발전계획을

43) 법원은 예비타당성 조사 생략에 위법이 있음을 인정하면서도 이것의 무효여부를 판단하는 과정을 생략하고 예비타당성 조사를 하지 않은 하자와의 관계, 재량권 일탈·남용 여부로 회피하였다. 이에 대해서는 의문이며, 자세한 사항은 IV-3에서 기술하였다.

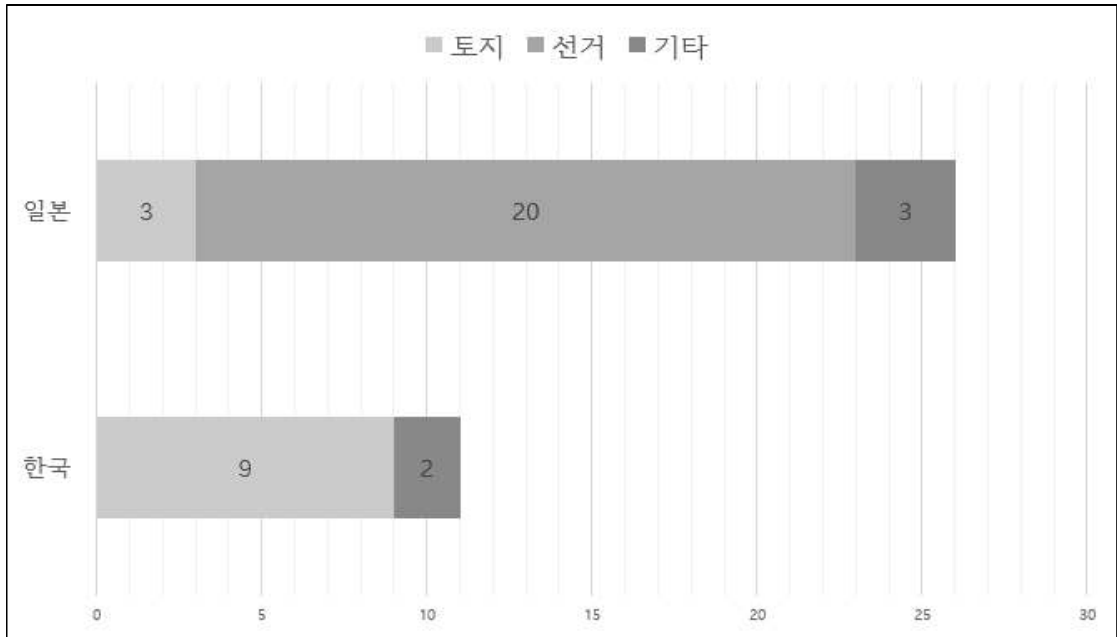
철저히 수립·활용한다면, 국민들의 삶의 질을 한 차원 높일 수 있는 시설로서 후세에 물려줄 성과로 이어질 수 있고, 아울러 이 사건 사업 시행으로 인하여 직접적인 피해가 예상되는 일부 농민들에 대한 철저한 보상이 마련될 수 있을 것으로 기대할 수 있다.

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

IV. 판례의 비교분석과 평가

사정판결 제도의 제정 과정과 우리 행정소송법이 사정판결 제도를 도입하게 된 배경에 대해서는 이미 앞에서 말한 바와 같다. 이로 인해 한·일의 현행 사정판결 규정의 내용이 다소 차이는 보이지만, 이 규정이 엄격하고 제한적으로 적용되어야 함에는 두 국가 사이에 차이가 없다. 그렇다면 이 법규의 내용을 개별 사건에 실현하는 법원의 적용 양상이나 방식에도 차이가 없을까?

연구대상 판례를 수집하면서 위의 Ⅲ-2-1, Ⅲ-3-1에서 사정판결이 적용된 사건의 내용 분류에 대해 살펴보았다. 이를 비교하여 나타내면 [그림 5]와 같다.



[그림 5] 한·일 사정판결 적용현황 비교

동일한 시간적 범위 내에서 일본의 사정판결 적용 건수가 한국의 적용 건수보다 약 2.5배가 많지만, 토지와 관련해서 적용한 건수는 한국이 일본의 3배 이상이라고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 그동안 사정판결은 재개발이나 주택건설 사업에서 발생하는 환지관련 소송에 있어서 (비록 처분에 하자는 있지만) 법에 근거한 합리적인 ‘해결책’으로 이용되어 왔다. 9건의 토지 관련 소송 중 6건이 환지나 재개발에서 비롯한 것은 우연한

44) Ⅲ-2-1에서 언급했듯이, 일본의 히로시마평화도시 건립과 관련한 토지(환지) 소송에서 적용된 사정판결은 이후 항고심에서 적용이 반복되어 환지계획이 취소되었기 때문에 엄밀히 말하면 적용 건수는 2건이라고 할 수 있다.

일이 아니다(Ⅲ-3-1 참조). 그러나 토지 관련 소송에서 사정판결의 근원지인 일본 비교하여 적용례가 3배 이상의 차이가 있는 것이 과연 합리적인 선택이라고 할 수 있는지에 대해서 의문이 있다.

그렇다면 토지와 관련한 위의 소송의 사정판결 적용 시기 및 빈도는 어떠한지 비교해 볼 필요가 있다. 일본의 3건의 토지분야 사정판결은 1984년, 1997년, 2005년에 적용되었으며, 적용 시기간의 시간차가 꽤 큰 것을 알 수 있다. 우리나라의 경우, 2000년대 이전에는 1985년, 1992년, 1993년, 1995년, 1997년에 적용이 있고, 2000년대 이후에는 2005년, 2010년, 2012, 2015년에 적용이 있다([표 16]).

[표 16] 토지관련 소송 사정판결 적용시기 비교

| 적용시기/국가 | 일본 | 한국 |
|--------------|----------------|---|
| 2000년대 이전 | 1984년 1997년 | 1985년 1992년 1993년 1995년 1997년 |
| 2000년대 이후 | 2005년 | 2005년 2010년 2012년 2015년 |

일본은 2005년 환지처분 소송에서 사정판결을 적용한 이후, 토지 관련 분쟁에서 사정판결을 적용한 사례는 없다. 한국에서는 90년대는 주로 주택개발이나 환지처분 관련 소송에서 사정판결이 다수 적용되었다. 2005년도에 사정판결을 적용한 사건은 개인의 건축허가처분과 관련된 사건임을 감안할 때, 2010년 검은머리물떼새 소송에 들어서부터 사정판결 적용이 빈번해짐을 알 수 있다. 게다가 한·일 판례 분석을 통해 보았을 때, 2010년부터 적용된 법원의 사정판결이 제한적이거나 엄격한 태도 하에 적용되었는지 의심스럽다. 다음에서 한·일 판례분석을 토대로 법원의 사정판결 적용 내용 및 양상과 타당성 여부를 평가하고자 한다.

1. 행정처분의 위법 사유

일본의 니브타니 댐 소송, 한국의 복합화력발전소 소송과 낙동강사업 소송을 분석한 결과 세 판례는 공통적으로 사업의 공정률과 투입비용을 주된 이유로 사정판결을 선고하였다. 이것은 앞에서 보았듯이, 사정판결이 본래 생성되었던 까닭을 생각하면 있을 법한 일이다. 그러나 하자의 내용이 사정판결을 적용할 만한 사안인지 전혀 다른 문제이다. 행정청의 위법 사유에 대해서 아래와 같이 요약할 수 있다([표 17]).

[표 17] 한·일 비교 요약

| | 일본 | 한국 | |
|--------------|---|---|---|
| | 니브타니 댐 소송 | 복합화력발전소 소송 | 낙동강사업 소송 |
| 위법 사항 | 토지수용법 위반 | 환경영향평가법 위반 | 국가재정법 및 국가재정법 시행령 위반 |
| 위법 내용 | 원주민성 내지 문화향유권 경시 행정청의 일탈·남용 | 환경영향평가 대상지역의 평가 배제 | 예비타당성 조사 생략 |
| 판단 방식 | 위법한 처분으로 인해 손실될 수 있는 가치와 완공 시 얻을 수 있는 이익과의 비교형량. | • 비교형량 고려 없음. • 완공되지 않으면 잃 게 될 손실 고려. | • 비교형량 고려 없음. • 완공되지 않으면 잃 게 될 손실 고려. |
| 공공복리 판단근거 | • 댐 본체의 완성 및 담수의 진행 | • 92% 이상의 공정률 • 제3차 전력수급기본 계획의 달성 | • 90% 이상의 공정률 • 다수의 이해관계인 들과 새로운 법률관 계의 형성 |

우리 법원은 환경영향평가 대상지역인 서천군 장항읍에 대해 환경영향평가를 거치지 않은 위반, 국가재정법 및 이 법 시행령에서 규정한 예비타당성 조사를 생략한 중대한 절차적 위법에도 사정판결을 적용하고 있다. 위법이 중대하여 당연무효의 소지가 충분히 있는 사항에도 판단과정에서 기존의 판례법에 근거하기보다 자의적으로 해석하여 무효사항이 아니하도록 의도하고 있다. 하자의 중대성에 관한 내용은 IV-3에서 후술하도록 한다.

2. 공공복리에 대한 판단

1) 판단 과정

위 II-2에서 일본의 사정판결 생성과정을 보면서, 일본과 한국의 법규의 차이를 살펴보았다. 그러면 구체적으로 이것이 판단과정에 어떠한 영향을 주는지 규정과 분석된 판례를 토대로 비교해보도록 한다. 일본과 한국의 사정판결 규정의 내용은 다음 [표 18]과 같다.

[표 18] 일본과 한국의 사정판결 규정

| 일본 | 한국 |
|--|---|
| <p>행정사건소송법 제31조 (특별한 사정에 의한 청구의 기각)</p> | <p>행정소송법 제28조 (사정판결)</p> |
| <p>① 취소소송에 대하여는 처분 또는 재결이 위법이나 그 처분 또는 재결을 취소함에 따라 공공복리에 현저한 장애를 생기게 할 경우에는, 원고가 받을 손해의 정도, 그 손해의 배상 또는 방지의 정도 및 방법 기타 모든 사정을 고려하여 처분 또는 재결을 취소함이 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정할 때에는 법원은 청구를 기각할 수 있다. 이 경우에는 그 판결의 주문에 처분 또는 재결이 위법임을 선언하여야 한다.</p> <p>② 법원은 상당하다고 인정한 때에는 종국판결 전에 판결로 처분 또는 재결이 위법임을 선언할 수 있다.</p> <p>③ 종국판결에 사실 및 이유를 기재함에는 전항의 판결을 인용할 수 있다.</p> | <p>① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.</p> <p>② 법원이 제 1항의 규정에 의한 판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다.</p> <p>③ 원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송들이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.</p> |

일본의 현행 행정사건소송법 제31조 제1항에서는 공공복리의 판단과 방식에 대해 “원고의 받을 손해의 정도, 그 손해의 배상 또는 방지의 정도 및 방법 기타 모든 사정을 고려”했을 때에도 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정될 때에 적용하는 것이라고 구체적, 제한적으로 명시하고 있다. 다시 말해서, 법률 자체에서 수준 높은 고려를 요구하고 있고, 이는 사정판결제도의 수정을 거치면서 축적되어 온 논의의 결과물로 추론해 볼 수 있다. 특히 이전 행정사건소송특례법에서 단지 “...처분이 위법이라도 일체의 사정을 고려하여 처분을 취소하거나 또는 변경하는 것이 공공의 복지에 적합하지 아니하다고 인정될 때”라고 명시했던 것과 비교하면 법률 자체에 엄격성과 제한성을 추구하려고 했음을 알 수 있다.

우리나라 사정판결은 일본의 행정사건소송특례법을 계수하면서 법제화 되었지만, 이후 법률 내용에 개정이 없었기 때문에 일본의 특례법과 큰 차이가 없다. 즉, 공공복리의 판단방식이 “...취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때”인 것이다. 행정법학계에서 이론적으로 법률 적용의 제한을 역설하고 있지만, 법원에서 이것이 쉽게 남용될 수밖에 없는 상황에 처해 있다.

현행 일본의 판결은 당연무효 판례에 대해서는 무효여부를 판단하는 것은 당연하고, 공공복리를 판가름 할 때 비교형량 판단을 반드시 거치고 있다. 이것은 니브타니담 소송도 예외는 아니다. 그러나 우리나라는 사정판결 법규정 자체에 이러한 제한이 없기 때문에 법원이 무효소지가 있는 하자를 의도적으로 취소로 만들고, 공사의 공정률을 이유로 사정판결을 내리는 것이 용이한 것이다.

우리나라의 환경소송은 중대성에 대한 신중한 판단뿐만 아니라 환경권 대 공사의 이익, 사업의 경제성 대 공사의 이익에 대해서 어떤 이익 내지 가치가 훨씬 우월한지에 관해서 비교형량이 필요했다.⁴⁵⁾ 위법의 중대성과 환경권과 경제성이 갖는 공익성은 공사의 완공이라는 이유로 쉽사리 기각시킬 수 있는 권리 내지 이익이 아니다. 이것이 일본에서는 대형 공공사업에서 사정판결이 잘 이루어지지 않는 하나의 이유가 아닐까라는 합리적 추론이 가능하다.⁴⁶⁾

2) 판단 근거 및 내용

법원이 사정판결 적용을 위하여 공공복리를 판단함에 있어서, 얼마나 적절하고 타당하게 평가하였는가에 대해 검토하고자 한다.

45) 두 사건은 무효의 소지가 큰 사건이므로 비교형량까지 나아가지 않고 무효로 판단하여 종료시켰어야 했을 사건이라고 생각한다.

46) 덧붙여서 일본에서는 사정판결이 내려지면 언론과 시민들이 이에 대해 비판의 목소리가 많고, 법원이 못매를 맞는 상황이 오기 때문에 법원은 사정판결 적용시 더욱 신중할 수밖에 없을 것이라 생각한다.

복합화력발전소 소송에서 법원은 전력의 안정적인 공급의 필요, 제3차 전력수급계획의 이행, 공정률, 미흡한 환경영향평가 하자과 경미한 손해의 정도 등을 이유로 사정판결을 적용하였다. 그러나 이것이 과연 환경영향평가 제도의 입법취지 혹은 주민들의 환경권보다 우위에 있을 만큼 긴요한 필요가 있는 공공복리인지 그 근거 대상의 평가가 적절한가에 대해서는 수긍하기 어렵다.

첫째, 법원은 1980년과 2006년의 국내 전력수요량의 단순 비교(약 10.8배)를 근거로 하여 이와 같은 증가추세가 지속적인 경제성장으로 지속될 것을 전제로 향후 안정적인 전력 공급의 필요성을 주장하고 있다. 그러나 법원은 이런 전망의 근거에 대해서 전혀 언급이 없을 뿐더러 1980년과 2006년의 전력수요의 차이만을 근거로 증가추세를 예측하는 것 또한 어불성설이라고 할 수 있다. 설령 증가추세가 계속된다 하더라도 이 사건 복합화력발전소 건립에 직접적인 이유가 되지 못하며, 또한 정당성을 부여하지는 못한다.

둘째, 복합화력발전소의 건립 및 운영이 지연되면 전력수급기본계획에 따른 안정적인 전력공급에 차질이 생길 수 있다고 한다. 그러나 화력발전소 증설 없이도 수요관리와 에너지 믹스를 통해 안정적인 전력공급이 가능하고 이외에도 많은 대안들이 있으므로, 공공복리의 필요성이 있다고 말하기 어렵다.

셋째, 법원은 상당한 기간 동안 막대한 자금이 투입(총공사비 7,499억 원, 2009년 10월 기준 6,113억 원)이 되었기 때문에 이것이 취소가 되면 적지 않은 사회적 손실이 예상된다고 한다. 그러나 법원은 이를 평가함에 있어서 이와 반대로 공사를 더 이상 진행하지 않았을 때 얻을 수 있는 이익, 즉 천연기념물의 보호, 주민의 환경권과 지속적인 어업활동, 법치민주주의 보장, 기타 이익에 대하여 이익고려 없이 매몰비용만을 근거로 제시하고 있다.

넷째, 법원은 이 사건 복합화력발전소의 온배수 배출로 인하여 광범위한 환경적 영향을 미칠 가능성이 있다고 하더라도, 그와 같이 “검증되지 않은 가능성”만으로 현재 수준에서 가능한 “객관적 평가척도”에 따라 과학적으로 이루어진 이 사건 환경영향평가 결과를 부정할 수는 없으며, 이 사건 복합화력발전소에 관해서는 향후 5년간 온배수의 영향에 대한 조사가 예정되어 있고, 미흡한 점이 발견되는 경우에는 시정조치 등을 할 것이 예정되어 있으므로 만약 원고들이 주장하는 바와 같은 환경 피해의 가능성이 현실화된다고 하더라도 이를 사후적으로 조정할 수 있을 것으로 보인다고 하였다.

그러나 앞서 살펴보았듯이, 법원은 이 사건 환경영향평가서가 운영시 온배수 확산 예측과 관련하여 해저면(조간대, 갯벌)에서의 열교환이 없는 것으로 처리하여 그로 인

한 온배수 수온의 변화 가능성을 검토하지 못하였고, 이로 인하여 생태적인 영향 평가를 위해 감안할 필요가 있는 최고 가능 수온, 최저 가능 수온을 제대로 감안하지 못한 내용상 하자를 인정하였다. 또한 온배수 확산의 공간적 특성을 재현한 결과에 대한 비교가 빠져 있어 예측치의 정확성에 대하여 알기 어렵고, 온배수의 운동량과 수온의 변화에 영향을 주게 되는 인자인 금강 하구둑 방류량을 반영함에 있어서 하계 방류량이 매우 적거나 없는 극한 조건(Extreme case) 실험이 적절히 수행되지 못하여 온배수에 관한 예측의 충실성이 떨어지고, 공사시 부유사 확산에 관한 영향 예측과 관련하여 부유사를 방지하기 위한 오타방지막 효율을 잘못 설정하는 등 환경에 대한 평가가 부실한 사실을 인정하였다.

“검증되지 않은 가능성”이란 환경영향평가서의 내용상 하자가 아니라 사정판결 적용을 위한 법원의 평가와 사후조치가 아닌가 한다. 법원은 투입된 자금 외에는 적절한 근거나 충분한 조사 없이 예측·전망의 견지에 사정판결을 적용하고 있음을 알 수 있다. 다시 말해서 법원의 공공복리에 대한 평가는 타당하지 않으며, 환경소송에서 적용된 법원의 사정판결이 제대로 적용되지 않았음을 의미한다.

우리 법원은 과거 개발위주 시대에서 환경의 중요성이 강조되는 현재까지 일관되게 환경권과 개발과의 갈등에 있어서, 개발의 공공성에 우위를 두어 환경권을 제한하고 있다. 이것은 개발=경제의 부흥이라는 전제가 바탕이 되고 있는 것이다. 하지만 경제성이 없다고 인정한 낙동강 소송에서는 오히려 환경상 이익을 이유로 드는 모순적인 태도를 보이고 있다.

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

그러면 환경권 내지 자연보전이 오히려 국가가 추구하는 공공복리가 될 여지는 없는 것인가? 이에 대해 이른바 러브호텔 사건이라고 불리는 소송에서 법원은 “우리가 생활환경 및 자연환경을 그 침해 및 훼손으로부터 보호하고, 나아가 모든 국민에게 건강하고 쾌적한 환경을 보장하여 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 해주어야 한다는 것은 시대적 요청”이라면서 다음과 같이 판시하였다.⁴⁷⁾

47) 대법 1999.8.19. 선고 98두 1857 전원합의체 판결

“우리는 오늘날 일상생활의 곳곳에서 환경오염이 생존 그 자체를 위협하는 절박한 현실에 살고 있다 환경문제는 우리가 감당하여야 할 ‘성장의 부수비용’이 아니라 생존의 불가결한 조건이 된지 이미 오래이며, 우리가 생활환경 및 자연환경을 그 침해 및 훼손으로부터 보호하고, 나아가 모든 국민에게 건강하고 쾌적한 환경을 보장하여 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 해주어야 한다는 것은 시대적 요청이다. 우리 헌법은 이러한 인식에 근거하여 제35조 제1항에서 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하여 환경권을 헌법상의 기본권으로 명시함과 동시에 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부과하고 있으며, 환경정책기본법은 환경권에 관한 헌법이념에 근거하여, 환경보전을 위하여 노력하여야 할 국민의 권리·의무와 국가의 책무를 구체적으로 정하는 한편(제1조, 제4조, 제5조, 제6조), 국가·지방자치단체·사업자 및 국민은 환경을 이용하는 모든 행위를 할 때에는 환경보전을 우선적으로 고려하여야 하는 것으로 규정하여(제2조), 환경권이 개인의 재산권이나 영업의 자유보다 우위에 있는 권리라고 볼 수 있는 근거를 제공하고 있는 것이다.”

또한 환경권을 재산권이나 영업의 자유보다 우위에 놓으면서 환경보전 이념을 제고한 바 있다.

“이와 같이 환경권이 헌법상의 기본권으로 보장되는 권리로서 재산권이나 영업의 자유보다 우위에 있는 권리로까지 해석될 수 있고, 환경의 보전이 국가나 지방자치단체의 의무임과 동시에 국민의 의무이기도 하다면, 환경의 보전을 위하여 특정한 행위를 제한하는 취지의 법규의 의미내용을 해석함에 있어서도 그 해석은 어디까지나 환경보전에 관한 헌법과 환경관련 법률의 이념에 합치되는 범위 안에서 합목적적으로 행하여져야 하는 것이지 이를 도외시한 채, 법규의 형식적인 자구나 그것이 국민의 자유와 권리를 제한하는 규정이라는 점에 집착하여 환경보전의 이념을 저해하는 방향으로 이를 해석하여서는 아니 되는 것이다....헌법 및 환경관련 법률의 정신을 바탕으로 하여 아무런 근거도 없이 국민의 자유와 권리를 무작정 제한하자는 것이 아니라, 이를 제한하는 각종 법류를 합리적으로 해석하여 오늘날 개발이라는 이름아래 행하여지고 있는 자연환경 및 생활환경의 훼손을 막는 데 법원도 그 책임의 일부를 담당하여야 하는 취지이다. 법원은 마땅히 이러한 헌법 및 환경관련 법률의 정신을 존중하여 환경을 보전하려고 하는 행정기관의 노력을 지지하고, 오히려 지방자치단체를 비롯한 일선행정기관이 목전의 이익에 집착하여 환경을 훼손하는 행정을 떠나가는 것을 엄히 견제하여야 할 것이다. 그리함으로써 무분별한 환경훼손을 방지하여 후손들에게 쾌적한 삶의 토대를 물려주어야 함은

오늘을 사는 우리 세대의 임무이기도 하다.”

위 사건은 법원이 환경권을 재산권의 우위로 해석함으로써 반대의견에서 비판을 받았지만 다수의견과 반대의견은 공통적으로 “환경오염 방지라는 공익 보호의 필요성”, “환경보호 등 공공복리” 등 표현을 함으로써 환경의 공공복리성 내지 공익성에 대해서 공감하고 있었다.

여기에 덧붙여서 자연보전의 공익성을 이유로 사정판결을 적용한 판례에 대해서도 견주어 볼 필요가 있다. 법원은 원고의 공장설치변경신고 및 건축허가 신청에 대해서 그 공장부지가 자연보전권역에 포함되기 이전에 신청을 했지만, 행정청은 수도권정비사업법에 의한 기본계획이 확정되지 아니한 상태에서 이 신청을 반려처리 했다. 이에 대해 법원은 이 사건 처분은 위법하다고 하면서도 “수도권정비계획법 제1조에 의하면 이 법은 수도권의 정비에 관한 종합적인 계획의 수립과 시행에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 수도권에 과도하게 집중된 인구 및 산업의 적정배치를 유도하여 수도권의 질서 있는 정비와 국토의 균형 있는 발전을 기함을 목적으로 한다고 규정하고 있고....제8조 제4호에서 자연보전권역이란 자연자원의 보전과 녹지공간의 확보가 필요한 지역을 가리킨다고 되어있는데...이를 취소함으로써 인하여 위 수도권 정비사업법과 기본계획에 반하여 금지된 자연보전권역에 공장 설치를 허용하는 결과가 되어 공익에 미치는 영향이 현저한 것으로 인정된다.”고 판시하면서 사정판결을 선고하였다.⁴⁸⁾ 물론 이 사건 판결은 수도권정비계획법의 실효성이 공공복리 판단에 기본 근거로 작용했을 것이지만, 이 법을 통해 자연보전권역을 설정하여 공장 설치를 제한한 것은 자연보호에 대한 공익성을 인지하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

3. 하자의 중대성

사정판결은 취소 가능한 처분인 경우에 한하여 적용되며, 무효인 처분에는 적용할 여지가 없다는 판단은 한국과 일본의 법원 모두 일관하여 취하고 있다. 취소와 무효의 기준은 그 하자의 중대성에 달려있다고 할 수 있다. 사정판결에 관하여 취소와 무효 판단기준에 대해 우리 법원은 “행정처분이 당연 무효라고 하기 위하여는 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동

48) 서울고법 1985.10.16. 선고 84구951 제2특별부판결

시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다”⁴⁹⁾고 명시하고 있다. 법원이 사정판결을 적용한 복합화력발전소 소송과 낙동강 소송은 하자가 중대하지 않다고 판단한 것인데, 이러한 판단에 큰 의문이 있다. 따라서 다음에 두 판례의 하자의 중대성에 대해 평가해 보도록 한다.

(1) 복합화력발전소 소송

기존의 환경영향평가 하자로 인한 환경소송은 법원이 환경영향평가 하자의 위법을 인정하여 사업의 승인을 무효·취소하는 경우가 드물었기 때문에 법원이 환경영향평가의 위법을 인정할 것인지 여부가 가장 큰 핵심이었다. 환경영향평가의 하자가 행정소송에 있어 승인 등 처분의 효력에 어떠한 영향을 미치는지 세 가지로 나누어 볼 수 있는데, i) 환경영향평가를 거치지 않고 승인 등 처분을 한 경우, ii) 부실한 환경영향평가에 따라 승인 등 처분을 한 경우, iii) 환경영향평가에 절차적 하자가 있는 경우로 나누어 볼 수 있다(홍준형, 2010). 이에 대한 판단을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하고 나아가 환경부장관과의 협의도 하지 않은 채 한 승인 등 처분은 당연무효이다.

둘째, 환경영향평가서의 내용이 환경영향평가 제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도로 심히 부실하다는 등의 특별한 사정이 있는 경우, 그에 따른 승인 등의 처분은 위법하다.

셋째, 첫째와 둘째 경우 이외에는 환경부장관과의 협의를 거친 이상, 환경영향평가서의 내용이 부실하거나 승인기관의 장이 환경부장관의 환경영향평가에 대한 의견에 반하는 처분을 하였다고 해도 그 처분이 위법하다고 할 수는 없다.

넷째, 환경영향평가의 절차상 하자는 승인 등을 받아야 하는 사업계획 등의 경우에는 하자의 경중에 따라 다르겠지만 승인 등 처분을 위법하게 만드는 사유가 될 수 있고, 승인 등을 받지 아니하여도 되는 사업계획 등의 경우에는 하자에 관한 일반 법리에 따라 그 위법여부를 판단할 수밖에 없을 것이다.⁵⁰⁾

그렇다면 복합화력발전소 소송에서 법원의 하자 판단의 방법을 다시 살펴볼 필요가 있다. 법원은 이 사건의 하자의 중대성을 판단할 때 이 하자가 내용상 부실이 있는 하자인 것 같은 인상을 주면서 “취소사유에 불과하다”라고 함으로써 이 사건의 하자가 중하지 않음을 강조하고 있다.

49) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006두16724 판결 등

50) 홍준형, “환경영향평가에 대한 행정소송의 법적 쟁점”, 행정법연구 28, 2010, 227면

“이 사건 환경영향평가는 원고 [장항읍주민] 등의 의견을 수렴하지 아니하고 이루어진 것으로서 위법하다고 할 것이나, ① 사업지역을 관할하는 군산시와 군산시민에 대하여는 의견수렴 절차를 거친 점, ② 이 사건 환경영향평가의 평가 항목 중 대기질과 동·식물상(육상)을 제외한 나머지 항목에 관한 환경영향평가 대상지역은 이 사건 복합화력발전소의 주변 지역이나 주변 해역으로 설정되어 있으므로 충남 서천군이 위 범위에 포함되어 있는지 여부가 명백한 것은 아니고, 대기질과 동·식물상(육상)에 관한 환경영향평가 대상지역에 충남 서천군이 일부 포함된다고 하더라도 이 사건 복합화력발전소로부터 거리와 주된 풍향에 비추어 그 환경상 영향이 그다지 크지 않다고 볼 여지도 있는 점 등에 비추어 보면 그에 관한 하자가 중대·명백하여 무효에 해당한다고 보기는 어렵고, 취소사유에 불과하다고 할 것이다.”

그러나 기존에 확립된 환경영향평가의 무효 판단에 대한 판례법이 존재함에도 불구하고, 법원은 이것에 대해 언급조차 없을뿐더러 부자연스럽게 이 사건 하자를 ‘취소’의 방향으로 이끌어 가는 행태를 보인다. 이 사건이 과연 무효 여지가 없는 것인지 다시 판단해 볼 필요가 있다. 우리 법원은 환경영향평가의 취지와 목적에 대해서 분명히 하고 있다.

“환경영향평가법의 규정 취지는 환경영향평가를 실시하여야 할 사업(이하 ‘대상사업’이라 한다)이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 당해 사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데 그치는 것이 아니라, 당해 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 보호하려는 데에 있는 것이다.”

그리고 환경영향평가의 무효에 대하여 다음과 같이 말한다.

“환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면, 사전에 환경영향평가를 함에 있어 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원천적으로 봉쇄되는바, 이렇게 되면 환경파괴를 미연에 방지하고 쾌적한 환경을 유지·조성하기 위하여 환경영향평가 제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 직접적이고 개별적인 이익을 근본적으로 침해하게 되므로, 이러한 행정처분의 하자는 법규의 중요한 부분을 위반

한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것이라고 하지 않을 수 없어, 이와 같은 행정처분은 당연무효이다.”

이 판례는 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업이 이를 생략한 상황에서 내리는 판단이지만, 이것의 중점은 대상사업이 아니라 평가대상지역의 평가를 생략함으로써 환경영향평가법의 목적과 취지를 달성하지 못한 데에 중대한 위반이 있다고 할 수 있다. 복합화력발전소 소송은 원고의 의견수렴 절차가 생략된 데에만 하자가 있는 것이 아니다. 장항읍이 환경영향평가 대상지에 속함에도 불구하고 생략됨으로써 여기에 미치는 환경적 영향에 대한 조사, 주민의 의견수렴, 그리고 서천군수에게 환경영향평가 제출 모든 것이 몰각된 것이나 다름없다. 즉, 위 판례에 따라 “평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 이 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 자체가 원천적으로 봉쇄”된 것이라 판단할 수 있다. 따라서 기존에 환경영향평가에 관하여 무효사유를 일관해 온 법원의 판단을 따르면 무효의 소지가 충분히 있다. 그리고 이런 판단이 없었다 하더라도, “그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰”하더라도 환경영향평가 대상지역을 완전히 배제시켜 이 지역 환경영향평가를 실시하지 않은 것은 환경영향평가의 취지와 목적을 달성할 수 없으므로 충분히 무효로 볼 수 있는 여지가 있는 것이다.

또한 주민의 참여가 생략된 것이 과연 “취소에 불과”한 사유인지도 재고할 필요가 있다. 우리 법원은 폐기물처리시설 입지선정위원회의 구성방법 및 절차에 주민대표가 선정한 전문가를 포함시키지 않은 것은 하자가 중대하고 명백한 무효사유에 해당한다고 판시한 바 있다.⁵¹⁾

“구 폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역 지원 등에 관한 법률 및 그 시행령에 의하면,⁵²⁾ 입지선정위원회는 폐기물처리시설의 입지를 선정하는 의결기관이고, 입지선정위원회의 구성방법에 관하여 일정 수 이상의 주민대표 등을 참여시키도록 한 것은 폐기물처리시설 입지선정 절차에 있어 주민의 참여를 보장함으로써 주민들의 이익과 의사를 대변하도록 하여 주민의 권리에 대한 부당한 침해를 방

51) (대법 2007.4.12. 선고 2006두20150판결)

52) 폐촉법 제9조 제3항, 폐촉법시행령 제7조에 의하면, 폐기물처리시설 설치기관은 주민대표가 참여하는 입지선정위원회를 설치하여 당해 폐기물처리시설의 입지를 선정하여야 하고, 입지선정위원회의 구성은 위원장 1인 포함 11인 이내로 하되 여기에는 군의회 의원 2인, 군공무원 2인, 군의회에서 선정한 주민대표 3인, 군수가 선정한 전문가 2인, 주민대표가 추천한 전문가 2인이 포함되어야 하며, 전문가는 전문대학 이상의 환경관련 학과의 조교수 이상 또는 국공립연구기관의 선임연구원 이상의 자격을 갖추어야 하는 것으로 규정하고 있다.

지하고 행정의 민주화와 신뢰를 확보하는데 그 취지가 있는 것이므로, 주민대표나 주민대표 추천에 의한 전문가의 참여 없이 의결이 이루어지는 등 입지선정위원회의 구성방법이나 절차가 위법한 경우에는 그 하자 있는 입지선정위원회의 의결에 터잡아 이루어진 폐기물처리시설 입지결정처분도 위법하게 된다. (대법원 2003. 11. 14. 선고 2003두7118 판결 등 참조)

구 폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역 지원 등에 관한 법률에 정한 입지선정위원회와 그 구성방법 및 절차에 관한 같은 법 시행령의 규정에 위배하여 군수와 주민대표가 선정·추천한 전문가를 포함시키지 않은 채 임의로 구성되어 의결을 한 경우, 그에 터잡아 이루어진 폐기물처리시설 입지결정처분의 하자는 중대한 것이고, 객관적으로도 명백하므로 무효사유에 해당한다.“

더군다나 이미 공사가 상당히 진행되었고, 이에 따른 지원 사업이 지원되고 있었지만, 법원은 주민의 참여가 결여된 것에 중대한 하자가 있다고 판단하였다.

“화순군수가 이 사건 폐기물처리시설의 설치를 공개적으로 추진하여 왔고, 입지를 투표에 의하여 확정함으로써 입지선정위원의 절대다수를 차지하는 화순군 관내 13개 읍면주민의 실질적인 참여가 이루어진 점, 그동안 원고들을 포함한 가암리 주민은 자체적으로 결성한 대책위원회를 통하여 화순군수와 수차례 협상을 하는 등으로 이 사건 폐기물처리시설의 설치와 관련한 자신들의 의사를 충분히 반영시켜 온 점, 이 사건 폐기물처리시설의 설치를 위한 공사계약이 체결된 후 일부 주민들의 저지에도 불구하고 공사가 상당히 진행된 점, 화순군과 일부 주민 대표 사이에 협약이 체결되었고 그에 따른 지원사업이 진행되고 있는 점 등을 감안하더라도, 적용 법령을 그르쳐 이 사건 폐기물처리시설의 입지 선정을 위한 입지선정위원회를 구성하면서 군수와 주민대표가 선정 또는 추천한 각 2인의 전문가를 포함시키지 않은 점은 중대한 것이고 객관적으로도 명백하다고 보아야 한다.”

이처럼 서천군 장항읍 주민의 의견수렴 절차가 일절 배제된 환경영향평가를 취소 사유로 정한 것은 분명 법원의 판단에 오인이 있다고 할 수 있다.

(2) 낙동강 하천공항 소송

법률에서 규정한 예비타당성 조사 절차를 거치지 낙동강 소송은 더욱 심각한 문제이다. 이것은 해석의 여지없이 당연 무효일 수밖에 없는 상황이지만, 법원은 이 사건이 취소인지 무효인지 여부에 대한 판단조차 없이 사정판결을 적용했다. 다시 말해서, 국가재정법의 실효성을 위협하게 하는 것뿐만 아니라, 취소소송에만 적용하도록 규정

해 놓은 사정판결의 제한을 무시함으로써 민주주의의 법치주의 이념에 타격을 주었다고 할 수 있다. 국가재정법 제1조에서는 이 법의 목적을 명시하고 있다. 또한 국가재정법 제 16조에서는 정부가 예산의 편성 및 집행에 있어서 준수하여야 할 예산의 원칙을 정하고 있다([표 19]).

[표 19] 국가재정법 제 1조와 제 16조

| 조항 | 내용 |
|-------------------|---|
| 제 1조 (목적) | 제 1조 [목적] 이 법은 국가의 예산·기금·결산·성과관리 및 국가채무 등 재정에 관한 사항을 정함으로써 효율적이고 성과 지향적이며 투명한 재정운용과 건전재정의 기틀을 확립하는 것을 목적으로 한다. |
| 제 16조 [예산의 원칙] | 1. 정부는 재정건전성의 확보를 위하여 최선을 다하여야 한다. 2. 정부는 국민부담의 최소화를 위하여 최선을 다하여야 한다. 3. 정부는 재정을 운용함에 있어 재정지출 및 「조세특례제한법」 제 142조의2제1항에 따른 조세지출의 성과를 제고하여야 한다. 4. 정부는 예산과정의 투명성과 예산과정의 국민참여를 제고하기 위하여 노력하여야 한다. 5. 정부는 예산이 여성과 남성에게 미치는 효과를 평가하고, 그 결과를 정부의 예산편성에 반영하기 위하여 노력하여야 한다. |

정부가 예비타당성 조사를 거치지 않은 것은 “효율적이고 성과 지향적이며 투명한 재정운용과 건전재정의 기틀을 확립”한다는 이 법의 목적과 취지에 전면적으로 반하는 일이며, “재정건전성의 확보와 국민부담의 최소화를 위하여 최선을 다하여야 한다.”는 정부의 예산의 원칙에도 부합하지 않은 일이다.

더욱 문제가 되는 것은 원고가 해당 사안에 대해 무효를 주장하고 있는데, 무효 주장에 대한 판단은 없이 자구적으로 해석하여 ‘재량권 일탈·남용의 법리’를 인용함으로써 절차적 하자가 아니라 내용적 하자에 대해 판단을 했다는 것이다. 그리고는 원고의 주장이 이유가 없다고 판시하고 있다. 그동안 판례가 사정판결의 취소·무효 판단 기준인 “행정처분이 당연무효라고 하기 위하여는 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다.”는 내용으로 판단을 하면 될 것을 이에 따르면 당연무효의 가능성은 말할 필요도 없기 때문에 고의적으로 판단을 생략하였다.

이런 판단이 없더라도 사업의 경제성과 이것이 무효가 되기 위한 기준으로 우리 대법원은 ‘새만금 간척사업’ 소송에서 다음과 같이 판시한 바 있다.⁵³⁾

“공공사업의 경제성 내지 사업성의 결여로 인하여 위 각 처분이 무효로되기 위하여는 공공사업을 시행함으로써 얻는 이익에 비하여 공공사업에 소요되는 비용이 훨씬 커서 이익과 비용이 현저하게 균형을 잃음으로써 사회통념에 비추어 위 각 처분으로 달성하고자 하는 사업 목적을 실질적으로 실현할 수 없는 정도에 이르렀다고 볼 정도로 과다한 비용과 희생이 요구되는 등 그 하자가 중대하여야 할 뿐만 아니라, 그러한 사정이 객관적으로 명백한 경우라야 할 것이다. 그리고 위와 같은 공공사업에 경제성 내지 사업성이 있는지 여부는 공공사업이 그 시행 당시 적용되는 법률의 요건을 모두 충족하고 있는지 여부에 따라 판단되어야 함은 물론, 경제성 내지 사업성 평가와 관련하여서는 그 평가 당시의 모든 관련 법률의 목적과 의미, 내용 그리고 학문적 성과가 반영된 평가기법에 따라 가장 객관적이고 공정한 방법을 사용하여 평가되었는지 여부에 따라 판단되어야 할 것이다.”

당시 새만금 간척사업을 통해 법원이 경제성에 대해서 내놓았던 판단으로 이 사건을 적용해 보아도 무효가 되는데 전혀 문제가 없다고 할 수 있다. 이미 증거에 의해서 유지관리비에 과다한 비용이 발생함이 인정이 되었고, 법률의 요건을 충족하지도, 객관적이고 공정한 방법으로 평가되지도 않았기 때문이다. 이러한 불합리한 판단을 통해 정부 주도의 대형국책 사업에서 우리 법원이 얼마나 모순적이고 이중적인 태도를 보여주는가 알 수 있다.

53) 대법 2006.3.16. 전원합의체 판결 2006두330. 당시 새만금 간척사업 소송에서 경제성 판단에 대해서 많은 문제점과 의문점이 있었지만, 법원은 이를 배척하였다. 자세한 부분은 대법원 판결 참조.

V. 결론

(1) 연구 요약

이 연구는 일본과 우리나라의 사정판결 적용사례를 분석하고 이를 바탕으로 행정처분의 위법사유, 공공복리에 대한 판단, 하자의 중대성을 평가하여 최근 환경소송에서 사정판결을 적용한 법원의 태도를 고찰해보았다.

일본과 우리나라 모두 사정판결을 이끄는 주요 요인은 공정률 내지 비용이다. 그러나 행정처분의 위법 사유를 비교해 보면, 우리 법원은 환경영향평가의 내용적, 절차적 하자, 국가재정법 및 이 법 시행령의 절차적 위법에도 사정판결을 적용하고 있다. 또한 공공복리의 판단 방식에 있어서 이익과 손실에 대하여 이익형량 고려 없이 결정여부가 정해지고 있다.

최근 환경소송에서 공공복리 판단 시 어떠한 이익형량의 판단 과정을 거치지 않은 것은 일본으로부터 사정판결 법제의 수입 후에 개정이 이루어지지 않았기 때문이다. 일본의 현행 행정사건소송법 제31조 제1항에서는 공공복리의 판단과 방식에 대해 “원고의 받을 손해의 정도, 그 손해의 배상 또는 방지의 정도 및 방법 기타 모든 사정을 고려”했을 때에도 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정될 때에 적용하는 것이라고 구체적, 제한적으로 명시하고 있다. 우리나라 현행 사정판결은 일본의 행정사건소송특별법을 계수하면서 받아들여지고, 이후 법률 내용에 개정이 없었기 때문에 일본의 특별법과 큰 차이가 없다. 즉, 공공복리의 판단방식이 “....취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때”로 포괄적으로 규정되어 있는 것이다. 이것이 법원에 의해서 쉽게 남용될 수 있는 가장 큰 이유이다. 우리나라의 연구대상인 사건은 환경권 대 공사의 이익, 사업의 경제성 대 공사의 이익에 대해서 어떤 이익 내지 가치가 우월한지에 관해서 비교형량이 이루어졌어야 한다.

법원이 사정판결 적용을 위하여 공공복리를 판단함에 있어서, 얼마나 적절하고 타당하게 평가하였는가에 대해서 살펴보면 제도의 입법취지 혹은 환경권보다 우위에 있을 만큼 긴요한 필요가 있는 공공복리인지, 그 근거 대상의 평가가 적절한지에 대해서는 충분히 합리적인 근거가 제시되지 않았다. 다시 말해서 법원의 공공복리에 대한 평가는 타당하지 않으며, 환경소송에서 적용된 법원의 사정판결이 제대로 적용되지 않았음을 의미한다.

우리 법원은 과거 개발위주 시대에서 환경의 중요성이 강조되는 현재까지 일관되게 환경권과 개발과의 갈등에 있어서, 개발의 공공성에 우위를 두어 환경권을 제한하고 있지만, 환경권 내지 자연보전이 오히려 국가가 추구하는 공공복리가 될 여지가

전혀 없는 것은 아니며 이는 법원의 판례에서도 확인할 수 있다. 법원은 “우리가 생활환경 및 자연환경을 그 침해 및 훼손으로부터 보호하고, 나아가 모든 국민에게 건강하고 쾌적한 환경을 보장하여 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 해주어야 한다는 것은 시대적 요청”이라고 판시한 바 있고, “환경오염 방지라는 공익 보호의 필요성”, “환경보호 등 공공복리” 등 표현을 함으로써 환경의 공공복리성 내지 공익성에 대해서 공감한 바 있다.

하자의 중대성과 관련하여 사정판결은 취소 가능한 처분인 경우에 한하여 적용되며, 무효인 처분에는 적용할 여지가 없다는 판단은 한국과 일본의 법원 모두 일관하여 취하고 있다. 취소와 무효의 기준은 그 하자의 중대성에 달려있다고 할 수 있다. 복합화력발전소 소송은 원고의 의견수렴 절차가 생략된 데에만 하자가 있는 것이 아니라 환경영향평가법의 목적과 취지를 달성하지 못한 데에 중대한 위반이 있다고 할 수 있다. 장항읍이 환경영향평가 대상지에 속함에도 불구하고 생략함으로써 환경영향평가 대상지역을 축소시켜 이 지역 환경영향평가를 실시하지 않은 것은 환경영향평가의 취지와 목적을 달성할 수 없으므로 충분히 무효로 볼 수 있는 여지가 있는 것이다.

법률에서 규정한 예비타당성 조사 절차를 거치지 않은 낙동강 소송은 심각한 하자를 다투는 문제이다. 이것은 해석의 여지없이 당연 무효일 수밖에 없는 상황이었지만, 법원은 이 사건이 취소인지 무효인지 여부에 대한 판단조차 없이 사정판결을 적용했다. 다시 말해서, 국가재정법의 실효성을 위협하게 하는 것뿐만 아니라, 취소소송에만 적용하도록 규정해 놓은 사정판결의 제한을 무시함으로써 민주주의의 법치주의 이념에 타격을 주었다고 할 수 있다. 더욱 문제가 되는 것은 원고가 해당 사안에 대해 무효를 주장하고 있는데, 무효 주장에 대한 판단 없이 자구적으로 해석하여 ‘재량권 일탈·남용의 법리’를 인용함으로써 절차적 하자가 아니라 내용적 하자에 대해 판단을 했다는 것이다.

판례를 비교분석한 결과 이러한 불합리한 판단을 통해 정부 주도의 대형국책 사업에서 우리 법원이 얼마나 모순적이고 이중적인 태도를 보여주는가 알 수 있었다.

(2) 연구의 의의와 정책적 함의

이 연구를 통하여 최근 우리나라 사건에서 일어난 소송의 평가를 통해서 환경행정 소송에서 사정판결이 법원에 의해 얼마나 남용되고 있는가를 볼 수 있었다. 법 규정에는 모호성이 많지만, 적용의 제한성, 무효의 판단기준 등 법원은 판례를 통하여 스스로 제한하고 있었던 것이다. 그러나 복합화력발전소 소송과 낙동강 사업 소송을 통

해서 더 이상 법원의 자기제한에 기대하는 것은 다소 무리가 있다. 더군다나 2015년 부산고등법원에서는 대연2구역 재개발과 관련하여 위법소지가 있음을 이유로 주민들이 집행정지를 신청하였는데, 이를 1년 가까이 끈 후에, 공공복리를 이유로 사정판결을 한 사례가 발생하였다.⁵⁴⁾ 이러한 법원의 태도를 비추어 볼 때, 사정판결 적용을 제한할 방안을 강구해 볼 필요가 충분히 있다.

첫째, 법률의 내적 제한을 강화하는 것이다. 법률의 내적 제한은 법 스스로 사정판결 적용에 제한을 두어 엄격하게 적용하도록 하는 것이다. 이를 위해서는 ① 우리나라 현행 사정판결 규정의 개정이 선행되어 공공복리의 판단을 법률에서 구체화시키는 것이다. 행정사건특례법 규정의 문제점, 현행 일본 규정과의 차이만 보아도 개정의 이유와 필요성은 충분하다. ② 사정판결을 적용할 수 있는 유형을 규정에 특정하는 것이다. 법률에 적용할 수 있는 소송 유형의 범위를 정하는 것은 이론적으로는 가능해도 현실에서 어려운 문제일 수 있으나, 사정판결의 규정에 정하는 것이 아니라 개별법에서 이 규정을 인용할 수 있도록 함으로써, 적용 유형을 한정하는 것은 충분히 가능한 일이다. 인용규정이 없는 때에는 그 사건에는 적용하지 못하게 함으로써, 환경영향평가 위반, 국가재정법 위반의 문제에 적용 여지를 없앨 수 있다.

둘째, 공공복리 적합여부 내지 타당성에 대한 판단기준을 구체적으로 정립하는 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 법원이 개별적·구체적 사안에서 공익보호가치와 사익 또는 다른 공익보호가치를 비교·형량하는 것은 사법의 행정화·정치화를 초래함으로써 위험의 소지가 있으므로, 구체적 비교형량방법, 대상사업의 영향범위, 처분 후의 경과일수 등을 고려요소로 하여 비교 기준을 세울 수 있을 것이다. 공공복리의 개념을 공공성의 개념으로 확대하여 본다면 공공복리 평가에서 자유로운 대화와 토론 등 개방적인 절차와 과정을 통해 법관의 자의가 아닌 다수의 합의를 이끌어 낼 수 있을 것이다(이은기, 2010).

셋째는 행정소송법의 가구제 제도를 개정하여 위법성의 정도가 높은 공공사업에 대해서 집행을 정지시킬 수 있는 방법이 쉽도록 장벽이 완화되어야 한다. 즉, 사정판결의 부작용이나 역기능을 감안하여 계쟁처분에 대한 행정상 집행정지나 효력정지,

54) 이 사건은 9월18일 국정감사에서 '전관예우'가 아니냐는 의혹을 받은 만큼, 기존의 판결과는 매우 이례적인 판결이다. 이 사건은 사업시행계획이 변경되면서 원주민들이 감정평가 시점을 '최초 시행인가일'에서 '새로운 변경인가일' 기준으로 바뀌어야 한다고 요구한 것으로, 법원은 원주민들이 낸 '집행정지명령' 신청을 1년 가까이 끌었다가 이를 이유로 본 소송에서 '사정판결'을 내렸다. 즉, 부산고법은 집행정지명령을 받아주지 않고 1년 가까이 지난 본 소송에서 감정평가 시점 변경이 '공익에 장애를 초래한다'는 이유로 '사정판결'을 내린 셈이다. 이춘석 의원은 "이번 판결이 2003년 '도시 및 주거환경정비법' 제정 이후 최초의 '사정판결'로 전례가 없는 일인 만큼 당사자들이 납득할 수 있어야 하는데 대법원 판례나 유사 사건의 다른 법원 판결들과도 배치돼 설득력이 떨어진다."고 하였다. 이 사건은 판결문 검색도 되지 않고, 검색을 통해서도 사건번호를 확인하기 어려워 기사에서 발췌하였다. 유동주, "이춘석 "부산고법 재개발 소송 '이례적 판결' 전관예우 의혹", 『머니투데이』 2015년 9월 18일자

가처분제도 등 가구제 제도를 행정처분 후(착공 전) 이른 시일 내에 제기하도록 법제 화함으로써 대규모 공익사업으로 사회경제적 원상회복이 불가능한 사업의 진행을 사전적으로 차단하는 방법을 모색할 필요가 있다.

(3) 연구의 한계와 향후 연구과제

첫째, 이 연구는 사정판결의 공공복리 해석 부작용에 대해 사례를 통해 살펴본 점에서 장점이 있으나, 환경소송에 한정하여 진행하였기 때문에 다른 사정판결 사례의 공공복리 문제점을 유추·적용하기 어려운 한계가 있다. 실제로 사정판결은 주택개발이나 환지계획 소송에서 많이 발생하는데 본 연구의 사례가 공공복리 해석 문제를 대변하기 어렵다.

둘째, 일본에서 사정판결이 생성·발전되면서 다양한 연구가 존재할 것으로 예상되지만, 자료의 수집과 해석의 한계로 일본의 연구를 충분히 다루지 못하였다.

셋째, 일본과 한국의 판례가 인터넷 검색으로 수집되었기 때문에 수집 방법에 한계가 있다. 한국과 일본 모두 판례를 검색할 수 있는 사이트는 갖추어져 있지만, 모든 판례가 검색 가능한 것은 아니다. 이러한 경우, 국내에서는 원문신청을 통해 자료를 확보할 수 있지만, 일본 자료는 수집에 제한이 있었다.

넷째, 이 연구는 판례 분석을 위해 직접 분석틀을 만들어 사용하였지만, 비교를 용이하기 위해 설계한 것이다. 따라서 본 분석틀에 대해 별도의 검증이 없으므로, 객관성과 전문성 확보에 부족함이 있을 수 있다.

이러한 한계점을 바탕으로 다음과 같은 향후 과제를 제시하고자 한다. 사정판결의 다양한 사례 연구를 통해 어떻게 공공복리가 해석되어 사정판결이 적용되었는지 평가해 볼 필요가 있다. 이 때 공공복리를 평가할 수 있는 구체적인 틀을 만들어 평가하면 판단하는데 도움이 될 것이다.

본 연구에서는 일본은 선거소송에 사정판결 적용이 많은 반면, 국내는 토지 분야에 적용이 많은 것을 확인할 수 있었다. 이러한 차이를 인식하여 일본의 다양한 연구와 판례를 활용하면 국내 여러 사례에서 보여주는 사정판결의 장·단점과 적용양상, 공공복리 해석상 문제를 심층적으로 고찰해 볼 수 있을 것이다.

사정판결은 오랫동안 존속해 온 규정이고, 법원이 적용을 자제했기 때문에 개정이나 삭제의 필요성에 대해 논의가 거의 없었다. 그러나 최근 사정판결 적용의 부작용을 토대로 사정판결 존속여부나 개정 문제를 재평가 하는 연구도 필요할 것이다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 권영성, (2010), 『헌법학원론』, 법문사
김남진, 김연태(2012), 『행정법 I』, 법문사
김도창(1992), 『일반행정법론(上)』, 청운사.
김동희(2014), 『행정법 I』 (제20판), 박영사
김백유(2013), 『환경법』, 동방문화사.
김성수(2010), 『일반행정법: 행정법이론의 헌법적 원리』, 홍문사
김철수(2013), 『헌법학신론』 박영사
김철용(2014), 『행정법』 (전면개정 제3판), 고시계사
김훈(2012), 『사회복지법제론』, 학지사.
석인선(2007), 『환경권론』, 이화여자대학교출판부
성낙인(2014), 『헌법학』, 법문사.
이상규(2000), 『행정쟁송법』, 법문사.
이재진(2002), 『한국 언론윤리법제의 현실과 쟁점』, 서울: 한양대 출판부.
정종섭(2010), 『헌법과 기본권』, 박영사.
조은래(2000), 『환경법』, 세종출판사.
최병두(1995), 『환경사회이론과 국제환경문제』, 한울.
홍준형(2011), 『행정법』, 법문사.
홍준형(2013), 『환경법특강』, 박영사

2. 국내 학술논문

- 권병기, 안형준, 강진규, 김종열, 최종훈(2006), “치과임상영역에서 발생한 의료분쟁의 판례분석” 대한구강내과학회지, 31(4), 283-296.
김근세, 조규진, 최상욱, 박형준, 이명석, “헌법적 가치와 행정: 헌법재판소의 판례 분석을 중심으로”, 한국행정학보, 47(4), 1-25.
김대정(1995), “헌법상의 공공복리와 사법”, 부동산법학, 3(3), 251-268.
김명재(2007), “헌법상 공공복리의 개념과 실현구조, 공법학연구, 8(2), 3-35.
김창조(1995), “사정판결”, 법학논고, 11, 209-230.

- 김철용(1985), “事情判決”, 政法論叢, 20(1), 41-52.
- 김현준(2010), “환경사법(司法)의 액세스권과 환경단체소송” 환경법연구, 32(2), 134-163.
- 김현준(2011), “環境權, 環境行政訴訟 그리고 司法接近性” 사법, 17, 33-67.
- 박노정(2004), “環境行政訴訟法上の 假救濟制度” 새올법학, 7(2), 29-49.
- 박은영, 장완수(2013) “유아교육기관 관련 판례 분석”, 열린유아교육연구, 18(1), 261-282.
- 박연주(2014), “아동권리보호를 위한 아동학대 관련 판례분석” 한국사회복지학, 66(2), 31-49.
- 송효진, 전경근(2014), “이혼시 재산분할에 관한 최근 판례 분석” 가족법연구, 28(1), 133-162.
- 유종락(1988), “事情判決 = The Circumstantial Judgement”, 論文集, 5, 245-259.
- 윤순진(2010), “4대강 사업 : 자연과 사람, 민주주의의 죽음“, 이명박 정부 2년 백서-무너진 인권과 민주주의
- 이기철(2003), “공공복리 내지 공익의 개념”, 토지공법연구, 18, 147-189
- 이은기(2010), “사정판결과 공공복리”, 「행정법연구」, 27: 153-196.
- 이유봉(2013), “2012년 한국사회의 환경쟁점과 법원의 사법판단: 사대강 정비사업 관련 행정소송을 중심으로”, 「환경법연구」, 35(1): 135-167
- 이재화(1974), “행정사건의 항고소송(취소소송)에 있어서 사정판결에 관한 소고 : 청구에 이유있으나 이를 기각하는 경우”, 사법논집, 709-749
- 이준서(2010), “‘낙동강 취수장 판결’로 살펴본 환경행정소송상의 원고적격 확대의 문제 : 대법원 2010.4.15. 선고 2007두16127 판결에 대한 평석”, 한양법학, 31, 61-82
- 임복희(2010), “의료분쟁 판례분석”, 한국콘텐츠학회논문지, 10(11),294-303.
- 정극원(2010), “헌법규범의 근거로서 공공복리”, 토지공법연구, 48, 525-548
- 전인성, 박석순, 정연태, 임주환, 강연식, 길준우, 2009, “발전소 온배수 영향 저감을 위한 냉각방식 개선 타당성 조사연구”, 한국해양환경공학회 2009년도 추계학술대회 논문집, 227-236.
- 정훈(2003), “환경보호와 법치국가 원리의 충돌”, 환경법연구, 25(2), 431-450
- 조명래(2003), “국책사업을 둘러싼 환경갈등의 원인과 구조”, ECO, 5, 110-146
- 조한상(2006), “헌법 제37조 제2항 '공공복리'개념에 관한 고찰”, 헌법학연구, 12(5), 83-111

조한상(2008), “공공성과 공공복리”, 영남법학, 26, 71-97
최인화(1983), “公共福利와 基本權 制限” 충남대학교 석사학위논문
홍광식(1995), “항고소송의 판결”행정소송에 관한 제문제(상)”, 재판자료집, 67
홍준형(2010), “환경영향평가에 대한 행정소송의 법적 쟁점”, 행정법연구, 20,
209-230

3. 학위 논문

신기하(1993), 憲法上 公共福利에 관한 研究 : 그 개념의 해석과 적용을 중심으로,
한양대학교 박사학위논문

4. 해외 문헌

小澤文雄(1965) “事情判決”, (ジュリスト, 行政判例百選 臨示増刊)
高木 茂樹(2007), 庄川事件の諸判決における利益考量と理論構成 : 事情判決制度
成立前史の一断面として, 久留米大学法学 58, 245-302.
中村,義幸(1986), “成立過程からみた事情判決制度の諸問題-事情判決制度論(1)”,
明治大学短期大学紀要, 38, 1-23
雄川一郎, 小澤文雄, 兼子一(1957) 行政事件訴訟特例法 逐條研究, 東京 : 有斐閣
J. Isensee(1988), Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat,
in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hersg. v.
Josef Isensee und Paul Kirchhof, Bd.III, Heidelberg

5. 인터넷 사이트

‘대한민국 법원 종합법률정보’홈페이지 : <http://glaw.scourt.go.kr>
일본 법원 : <http://www.courts.go.jp>
일본 국토교통성 : <http://www.milt.go.jp>
일본 중의원 : <http://http://www.shugiin.go.jp>

韓国環境行政訴訟の事情判決事例分析

-日本との比較分析をもとに-

李芝恵

環境計画学科

環境大学院

ソウル大学

国内外を問わず、土地利用を前提とする政府主導の大型公共事業は地域社会との対立をもたらす場合が多い。特に社会の公共目的として国家の飛躍的な発展が重要視されて、無分別な資源の利用と国土開発に寛大だった時代で人間と自然の環境権が強調される時代に入って、葛藤はさらに深刻化して、国家を相手にするいわゆる環境行政訴訟が大幅に増加することになった。

最近、我が国では行政訴訟法上'事情判決'を適用して、環境訴訟での葛藤を終結させた事例がある。事情判決(行政訴訟法第28条)という裁判所が瑕疵のある行政処分をそのまま存続させる極めて例外的な判決だ。事情判決は法適用の制限性と行政便宜上の長所のため副作用に関しては論争の的になっていないが、最近、国家を相手にした環境訴訟で事情判決が適用され、環境訴訟の問題が新たな局面を迎えるようになった。

韓国は1951年"行政訴訟法"を制定する際、日本の"行政事件特例法"をそのまま受けて、事情判決の規定も受け入れるようになった。つまり、事情判決は全世界において韓国と日本にだけ存在する規定である。しかし、日本でこの法理がどのように議論されているか、実際にどのような事件においてどのように適用されているかについての両国の比較研究が不在していて、国内のケースにおいて適用上の差異と問題点を把握するのは難しい。したがって、日本の適用例を比較することは、国家的な開発事業とこれに随伴する(あるいは伴うことが)環境問題で事情判決の適用を在庫することにおいて示唆を与えることができる。

この研究の対象は日本の'二風谷ダムを受け入れる裁決取り消し訴訟'、韓国の'複合

火力発電所工事計画の認可処分等訴訟¹、'洛東江、河川工事実施計画の取り消し訴訟'²であり、判例分析の枠組みを利用して各国の事例事件の背景および経緯、訴訟の争点、裁判所の判断を分析した。その次に分析した裁判所の判例に基づき行政処分の違法事由の特徴、公共福利に対する判断方法、瑕疵の重大性判断について、韓国と日本を比較し、韓国裁判所の判断から見られる問題点について評価した。

研究結果、政府主導の大型国策事業と関連した環境訴訟で韓国の裁判所が如何にも矛盾的で二重的な態度をとってきたことが分かった。日本と韓国いずれも事情判決を導く主要要因は工程率ないし費用といえる。しかし、行政処分の違法事由を比較して考えると、韓国の裁判所は環境影響評価の内容的・手順的・国家財政法および同法施行令の手續き上の違法にも関わらず事情判決を適用している。また、公共福利の判断方法において利益や損失に対して利益量刑の考慮もしないまま決定をしている。最近の環境訴訟で公共福利判断の際、いかなる利益衡量の判断過程を経たずに済んだのは日本から事情判決法制的輸入後に改正がなされておらず、法律自体の制限が存在しないからだ。

裁判所が事情判決を適用するため、公共福利を判断するにあたってどれほど適切かつ妥当に評価したかについて見てみると、制度の立法趣旨又は環境権より優位に立っているほど重要な必要がある公共福利かその根拠の対象の評価が適切かどうかについては理解しがたい。再び強調すると、裁判所の公共福利に対する評価は妥当ではなく、環境訴訟で適用された裁判所の事情判決がきちんと適用されていなかったと言える。

瑕疵の重大さに関連して事情判決は取消しが可能な処分の場合に限って適用され、無効な処分には適用する余地がないという判断は、韓国と日本の裁判所ともに一貫して取っている。取り消しと無効の基準はその瑕疵の重大性にかかっているといえるが、今回の研究の結果、国内研究事例はいずれも問題が重大と見られる余地が十分ある。複合火力発電所訴訟は原告の意見収集の手續きが省略されたことだけに瑕疵があるのではなく、環境影響評価法の目的と趣旨を達成していないことに重大な違反がいたると言えるが、裁判所は取り消しの事由に過ぎないと判断した。また、法律で規定した予備妥当性調査の手續きを経なかった洛東江の訴訟は解釈の余地もなく当然無効であるが、裁判所はこの事件がキャンセルか無効かに対する判断もなく事情判決を適用した。原稿が当該事案について無効を主張しているが、無効という主張に対する判断はなく自救的に解釈して'裁量権逸脱・濫用の法理'³を引用したことで、手續き的な欠点ではなく内容的な瑕疵について判断していたことが分かった。

要語：事情判決，公共福利，環境行政訴訟，判例の分析，日本の事情判決

学番：2013-22006