

〈논 문〉

環境法 素描

— 環境法の 原理, 實際, 方法論에 관한 實驗的 考察 —

趙 弘 植*

序言

우리 나라 法體系에 環境法이라는 장르가 등장한 지도 벌써 30여 년이 지났다. 공해방지법이 환경법 元年이라 할 수 있는 1963년에 제정된 이래로 우리 나라 환경법은 실로 큰 발전을 이룩하였다. 선진국형의 본격적인 환경법이라 할 수 있는 환경정책기본법이 제정·공포된 지도 10년에 이르고 있고 이른바 환경부 소관 법률의 수가 매년 늘어나 이제는 28개에 달하고 있으며 그 외에도 각종 행정법규가 환경보호를 목적으로 제정·시행되고 있다.

그러나 이러한 外形的인 成長에도 불구하고 우리 나라 환경법 研究의 現實은 부끄러운 수준이라는 것을 고백하지 않을 수 없다. 환경법을 연구하는 학회가 작년에 설립 20주년을 맞았고 환경법을 연구하는 학자 공동체가 살아 숨쉬고 있는 것은 사실이다. 하지만 미국이나 독일과 비교할 때, 아니 가까이 국내 여타의 법분야와 비교할 때에도 그 연구 수준은 양적으로나 질적으로 內實을 기하지 못하였다.

우리 환경법의 外華內貧은 여러 가지 원인에 기인하지만, 그 중에서 가장 큰 원인은 환경법의 獨自性에 대한 懷疑라고 생각한다. 많은 분들이 환경법을 연구하고 계시지만, 그 대부분은 자신들의 주된 법학 분야를 가지고 그것에 치중하면서 副次的으로 환경이라는 주제에 관심을 기울이고 있다고 하여도 크게 잘못된 것은 아닐 것이다. 이것은 환경법에 대한 관심과 애정이 약해서가 아니라 환경법이 가지는 우리 법학에서의 位相에 따른 어쩔 수 없는 현상이라고 생각한다. 그리고 이와 같은 현상은 보다 근본적으로는 환경법을 獨自的인 法으로 보지 않기 때문에 생기는 것이다.

이 글은 이와 같은 현실에 대한 반성에서 시작한 것이다. 환경법학이 여타의 법학과 구별되는 독자적 학문으로 인정받기 위해서는 적어도 환경법의 規律對象을 타

* 서울大 法大 專任講師

법의 그것과 분명히 區別하여야 하고 그 규율대상을 관통하는 환경법의 基本 原理를 추출할 수 있어야 할 것이다. 또한 환경법의 實際의 特性에 대한 면밀한 고찰에 입각하여 환경법 理論과 相互作用할 수 있는 기반을 마련하여야 할 것이다. 그리고 환경법을 보다 효율적이고 진지하게 연구하기 위하여 필요하다면 그 方法論에 관하여도 논의할 필요가 있다고 하겠다. 이하에서는 이와 같은 문제의식을 가지고 환경법의 원리, 실제, 그리고 방법론에 관하여 살펴보기로 한다.

I. 環境法의 概念

“우리가 어떤 것 하나를 떼어내려고 할 때 우리는 곧 그것이 宇宙의 모든 것과 關聯되어 있다는 사실을 깨닫게 된다.”¹⁾

이 말은 미국의 유명한 환경단체 Sierra Club의 설립자인 John Muir가 표현한 소박한 진리이다. 참으로 “이 세상의 모든 것이 주위의 모든 것과 서로 연결되어 있다”는 사실은 環境法 (Environmental Law), 나아가 生態法 (Ecology Law)의 출발점이지만, 환경법을 가르치는 사람에게는 큰 좌절감을 안겨주는 사실이기도 하다. 종국적으로는 全 宇宙와 關聯된 領域을 가르쳐야 되니 말이다.

사정이 이러하므로 環境法을 定義하여 그 概念에 관하여 타인으로부터 同意를 얻는 것은 至難한 일이다. 사실상 환경법의 정의는 학자들마다 各樣各色이어서 실로 학자들 사이에서 百家爭鳴의 양상을 띠고 있다 하여도 지나치지 않다. 그 多種多樣的 學說의 스펙트럼의 한쪽 끝에는 환경법의 獨自性을 否定하는 견해가 있는 반면, 다른 한쪽 끝에는 환경이라는 불확정개념을 무한대로 확대해석하여 법분야의 거의 모두를 포섭하려는 견해가 있다. 환경법을 個別行政法의 一分野에 속하는 것으로 축소해석하려는 시도가 진자의 예라면, 환경법을 환경을 보호하기 위한 헌법, 민법, 행정법, 상법, 도산법, 증권거래법 등을 망라한 橫斷面法이라고 보는 시각이 후자의 예라 할 것이다. 이와 같은 극단적인 견해들은 서로 다른 방향으로 치닫고 있지만 공통점이 있는데, 그것은 바로 환경법을 貫通하는 理念 또는 原理를 찾지 못하고 오직 그 환경이라는 主題語만을 염두에 두고 환경법을 정의하려 든다는 점이다. 불행히도 환경이라는 용어에 대해서는 더욱 많은 다툼이 있다.

환경의 가치를 심각하게 생각하는 사람이라면 위와 같은 表皮的인 定義를 받아들일 수 없음은 물론이다. 환경법이 무릇 法의 學問 즉, 法學 (science of law)으로 자리매김되기 위해서는 첫째, 그 研究對象을 認識하고 限界지을 수 있어야 하고, 둘째,

1) J. Muir, *My First Summer in the Sierra* 211 (1911) (“When we try to pick out anything by itself, we find it hitched to everything else in the universe”).

그 研究對象을 理論的으로 研究하고 그 實際와 相互作用함에 있어 그 과정을 관통하는 理念 또는 一貫된 原理가 정립될 수 있어서 그에 의할 때 論理的으로 適當한 體系가 형성될 수 있어야 할 것이다.²⁾ 節을 바꾸어 연구대상부터 살피기로 한다.

1. 環境法の 研究對象

환경법은 「公共資源의 適切한 使用과 그 保護 責任의 均衡있는 配分」을 연구대상으로 한다. 公共資源(common resources)이라 함은 「어느 누구도 그것에 관하여 排他的인 權利를 가지고 있지 않거나 그것을 排他的으로 使用할 수 없는 有·無形의 共同 資源」을 말한다. 環境의 概念에 대해서 의견이 분분하지만,³⁾ 적어도 環境法과 政策이 기능하는 영역에서 환경이라는 것은 공공자원의 의미를 갖는다. 그 의미를 보다 명확히 이해하기 위해서는 환경법과 정책이 대응하여야 하는 環境問題의 發生原因 또는 本質에 관하여 이해할 필요가 있다.

환경문제의 원인과 이에 대한 대책을 설명하면서 가장 많이 인용되는 글로 Garrett Hardin의 「共有地の 悲劇(The Tragedy of Commons)」이 있다.⁴⁾ Hardin은 양을 키워서 생계를 이어가는 마을을 예로 들어 공유지의 비극을 설명한다.

마을에는 共有地인 — 마을사람들이 共同으로 사용하는 — 牧草地가 있고, 마을사람들이 그 위에 양을 키워 생계를 유지한다. 牧童의 입장에서 한번 생각해 보자. 牧草地의 使用은 無料이다. 따라서 목초지에 양 한 마리를 키움으로써 목동이 얻는 利益은 양 한 마리의 價値 그대로이다. 하지만 양 한 마리를 키움으로써 그 목동이 입는 被害는 그 양 한 마리가 목초지의 풀을 뜯어먹어 생기는 牧草地의 喪失분보다 적다. 왜냐하면 이 목초지의 상실은 양을 목초지에 집어넣은 목동 한사람에게만 귀속되는 것이 아니라 그 목초지를 함께 사용하는 마을사람 모두에게 귀속되기 때문이다. 다시 말하면 그 피해는 목초지를 사용하는 全 住民들이 分擔하는 것이기 때문에 양 한 마

2) 이와 같이 법학이 어떤 原理에 근본을 둔 一貫的인 것이어야 한다는 인식은 미국의 法現實主義者들(legal realists)에 의하여 시작되었다. 법현실주의자들은 판례집을 숙지하고 이를 분석하면 현실의 모든 문제에 대한 解를 얻을 수 있다는 근본명제에 대하여 회의를 표시하며, 법학은 단순히 판례를 찾아 현실에 적용시키는 정도를 넘어 일관된 원리에 의하여 합리적 체계를 구성하여야 한다고 주장한다. 법현실주의자들은 일관된 원리에 의하여 법을 체계적으로 분석하고, 법이 특정방향으로 바뀌었을 때 그 영향을 예측할 수 있기를 바랐던 것이다. 김일중, 법과 경제의 접촉: 경제학도가 본 진화과정, 미국사회의 지적흐름, 1999, 175, 180면.

3) 환경의 개념에 관하여 의견이 분분한 이유는, 환경이라는 용어가 어느 맥락에서나 매우 쉽게 쓰이지만 사용하는 사람마다 그 의미가 다르기 때문에 결국 不完全하고 不確實한, 심지어는 대화를 誤導하는 결과를 초래하거나 복잡한 문제를 지나치게 單純化하는 결과를 초래하기 쉽기 때문이다. G. Young, "Environment: Term and Concept in the Social Sciences", 25 *Social Science Information* 83-84 (1986).

4) Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", 162 *Science* 1243 (1968).

리의 가치보다는 적게 된다. 따라서 合理的인 牧童이라면 가능한 多數의 羊을 목초지에서 키워 자신의 利益을 極大化하려고 할 것이다. 양치기 한두 사람이 이와 같이 행동하면 목초지가 건디어 낼 수 있겠지만, 문제는 모든 양치기들이 똑같이 합리적으로 행동하려고 할 것이고 이러다 보면 목초지의 한계를 넘게 될 것이라는 점이다. 결과적으로 그 마을사람들에게 돌아오는 것은 牧草地의 破壤이다. 이것이 바로 公共資源에 있어서 일어나는 共有地의 悲劇이라는 것이다.⁵⁾

환경문제는 위 共有地의 例에서와 같이 어느 누구도 그것에 관하여 排他的인 權利를 가지고 있지 않거나 그것을 排他的으로 使用할 수 없는 有·無形의 共同資源의 使用關係에서 일어나는 문제이다.⁶⁾ 主人이 있는 財産은 그 利用으로 인하여 발생하는 이익뿐만 아니라 손실까지도 이 하나의 主體에게 歸屬되지만, 財産權이 설정되어 있지 않거나 또는 재산권이 설정되어 있는 경우에도 실제로 그 재산을 排他的으로 使用할 수 없는 경우에는 이익과 손실의 귀속주체가 다르다. 이익과 손실의 歸屬主體의 乖離가 인간의 利己心과 結合하여 만들어 내는 문제가 바로 환경문제인 것이다.

이와 같이 環境問題의 本質은 바로 「公共資源에서 만나게 되는 人間의 利己心」이다. 따라서 환경문제라는 도전에 응접하는 방안도 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 그 하나는 共同資源에게 主人을 찾아주는 것이고, 나머지 하나는 人間의 利己心을 制御하는 것이다. 전자는 공동체에 속한 공동자원을 分割하여 공동체의 構成員들에게 私有化(privatization)시키는 것인데, 物權法이 최초의 환경법제도 중의 하나로 평가받는 이유가 바로 여기에 있다. 주인이 생기면 그 주인이 자기 소유의 것을 돌볼 것이라고 생각하는 것이다. 그러나 이 방법에는 한계가 있는데 그것은 사유화할 수 있는 대상에 한계가 있기 때문이다. 國立公園을 쪼개어 국민 개개인에게 나누어줄 수는 없는 것이다.

따라서 논의의 초점은 후자 즉, 인간의 이기심에 모여진다. 공유지의 비극에서 Hardin은, 환경문제가 이기적인 인간들에게는 피할 수 없는 비극적 운명이기 때문에 개인들의 自律的인 統制를 기대하기 어렵고 따라서 強制力을 동반한 法과 制度를 만들어 해결하는 방법밖에 없다고 주장하였다. 다시 말하면 사람은 自律的 個人

5) Id. 1244-45 (인용문은 Hardin의 글을 직역한 것이 아니라 그 요지를 요약·정리한 것임).

6) 다만, Hardin의 공유지의 비극과 환경문제가 다른 점이 있다면, 목초지에서는 공유지에서 무엇을 가져가는 형태이지만, 환경문제는 공유지에 무엇을 버리는 형태로 일어난다는 것이다. 예를 들면 등산을 갔다가 이것저것 먹고 생긴 쓰레기를 가지고 돌아와서 처리하려면 쓰레기 봉투 값도 내야 하고 여간 성가신 것이 아니다. 그러니까 그 비용을 절약하기 위해서 산에다 내버리게 된다. 그 결과로 우리에게서 쓰레기장으로 변해 버린 산이 남게 되는 것이다.

(autonomous individual)이므로 그냥 내버려두면 아담 스미스의 ‘보이지 않는 손’(invisible hands)에 의하여 문제가 해결된다는 생각이 환경문제에는 적용될 수 없으며, 따라서 인간의 자기이익추구본능을 제어할 법과 제도를 만드는 것이 유일한 해결책이라는 것이다. 인간의 이기심을 제어하는 社會的 裝置(social arrangements)를 만드는 것이 環境法과 政策의 本領이라 할 수 있고, 이러한 사회적 장치를 設計하는 데서 環境法의 理念·原理를 찾을 수 있는 것이다. 이는 節을 바꾸어 살펴보자.

2. 環境法의 原理

근래에 들어와 社會현상이 복잡다단해짐에 따라 이를 설명하기 위하여 學制間 研究가 활발히 진행되고 있음은 주지의 사실이다. 학제간 연구의 대표적 성과라 할 수 있는 法經濟學은 기본원리를 체계화시키고 一貫된 思考體系를 제공함으로써 환경문제를 이해하고 설명하는 데 중요한 역할을 하고 있다.⁷⁾ Hardin은 목동의 예에서 양을 키움으로써 얻는 이익은 목동 개인에게 귀속되지만 그로 인한 손실은 마을 전체에 귀속되고, 이로 말미암아 공유지의 비극이 발생하므로 사회적 장치가 필요하다는 점을 밝혔는데, 이를 경제학적으로 보면 다름 아닌 外部效果(externalities) 또는 社會的 費用(social costs)이 발생하고 이로 말미암아 市場이 失敗하므로 法과 政策이 필요하다는 것이 된다. 이와 같이 법경제학적 시각에서 보면 環境法은 외부효과를 내부화하기 위한 법적 대응, 즉 「外部效果에 대한 法的 對應策」이라 할 수 있다. 바로 여기에서 환경법의 第1의 原理인 「資源配分의 效率性」이 도출되는 것이다.

그러나 환경법의 제1원리인 자원배분의 효율성은 富의 極大化 (wealth maximization)에만 치중하고 있을 뿐 富의 分配的 側面을 도외시키고 있다. 이제까지 많은 연구가 환경보호가 가지는 所得分配의 逆進性(regressiveness)을 지적하고 있는바, 이를 시정하고 分配的 正義를 도모하기 위한 「資源配分의 衡平性」의 원리가 환경법 第2의 原理로 등장하는 것이다. 두 가지의 원리를 項을 바꾸어 자세히 살펴보자.

7) 법경제학이 탄생하게 된 배경에는 법현실주의가 있다. 미국에서 1940년대에 광범위한 지지를 얻기 시작한 법현실주의자들은 다른 학문과의 접목을 통하여 판례이론 이외에 마치 자연과학을 연구하는 것처럼 정교하고 동시에 실증적 확인을 가능케 하는 분석도구를 찾았는데 인류학이나 사회학에서는 큰 성공을 거두지 못하였다. 반면, 경제학은 그 분석방법이 갖는 설득력이 매우 컸기 때문에 학계는 물론이고 실제 실무 법조인들까지도 객관적인 경제 분석의 필요성에 공감하였다. 법학은 경제학과 접목함으로써 어떤 결론을 도출하는 데 과학적이고, 비정치적이고, 또한 실증적으로 검증할 수 있는 가능성을 갖게 되었고 이에 힘입어 법경제학은 명실상부한 학문 분야로서 자리잡을 수 있었던 것이다. 법경제학의 탄생 배경에 관한 국내문헌으로는 김일중, 전계 논문, 181면 이하; 최봉철, 법현실주의, 미국사회의 지적 흐름, 1999, 3-6면 참조.

(1) 環境法 第1原理: 資源配分の 效率性

(가) 環境法 第1原理의 必要性: 外部效果(externalities)

인간이 만들어낸 제도 중 가장 합리적인 것으로 市場을 꼽는 데 異論을 다는 사람은 없다. 人間은 合理的이어서 개개인이 모두 자신의 이기심에 기하여 自身の 利益을 追求하면 보이지 않는 손(an invisible hand)인 市場에 의하여 모든 문제가 해결되고 公益이 增進될 것이라는 것이다.⁸⁾ 資源의 有限性이라는 제약 조건 속에서 살고 있는 인류는 부의 극대화를 위하여 주어진 자원을 效率的으로 利用하면서 살아야 하는데, 이를 위한 첫 걸음이 資源을 效率的으로 配分하는 것, 즉 자원을 適者 — 그 자원을 가장 효율적으로 이용할 수 있는 사람 — 에게 배분하는 것이다. 이와 같은 資源의 效率的 配分을 가장 잘 하는 機制(mechanism)가 바로 市場이다.

시장이 이와 같은 기능을 하기 위해서는 충족되어야 할 대전제가 있는데, 그것은 價格이 價値를 제대로 表象하여야 한다는 것이다. 가격이 가치를 제대로 표상하지 못하게 하는 요인 중 대표적인 것이 바로 社會的 費用 또는 外部效果의 發生이다.⁹⁾ 제품의 가격을 정확히 산정하기 위해서는 그 제품을 생산하는 데 드는 비용을 모두 감안하여야 한다. 그런데 여기에는 생산과정에서 생기는 오염물질로 인하여 농작물에 미치는 피해가 고려되지 않는 것이 상례이다. 따라서 제품생산의 私的 費用과 社會的 費用에 隔差가 발생하게 되고 이것이 시장의 실패를 초래하는 것이다.

외부효과는 대가를 수반하지 않기 때문에, 이로인한 외부효과 (外部經濟)를 만들어 내는 사람은 굳이 많이 만들어 내려 하지 않는 반면에, 해로운 외부효과 (外部不經濟)를 만들어 내는 사람은 자진해서 그 생산을 억제하려 하지 않는 경향이 생기게 된다. 그 결과, 자유로운 시장기구에 내맡겼을 때, 이로인한 외부효과는 사회적 최적 수준보다 적게 만들어지는 반면 해로운 외부효과는 사회적 최적수준보다 더 많이 만들어지는 결과가 나타나게 된다. 이러한 외부효과의 발생이 바로 환경문제의 본질이다.

(나) 環境法 第1原理의 具體化

앞서 본 바와 같이 환경문제의 본질은 외부효과의 발생에 있는바, 환경법은 해로운 외부효과 — 공해, 소음, 쓰레기 — 를 거래관계 속으로 끌어들여 그 대가를 치

8) Adam Smith, *The Wealth of Nations*, 423 (Modern Library, New York, 1937) (An individual who "intends only his own gain" is "led by an invisible hand to promote ... the public interest").

9) 시장에서는 재화나 서비스에 대하여는 반드시 대가가 주어지는 데 반하여, 외부효과는 그것에 대한 대가를 주지도, 받지도 않는 것이므로 시장이란 테두리의 外部에 존재하는 현상이라고 해서 그러한 이름이 붙여졌다. 그러므로 외부효과가 존재한다는 것은 아직 이해당사자들간에 거래관계가 성립되지 못하여 그 문제가 아직 거래관계밖에 존재하고 있음을 의미한다.

르게 함으로써 그 발생을 억제하고, 다른 한편, 필요한 公共財 — 지하수의 정화, 다양한 生物種의 보호를 통하여 — 를 사회적 최적수준까지 생산되도록 하는데 그 목표를 두어야 할 것이다. 이러한 목표들은 궁극적으로 자원배분의 효율성을 지향하기 때문에 「資源配分の 效率性」이 바로 環境法 第1 原理가 된다.

우리 나라의 환경법은 여러 가지 방법으로 환경법 제1원리를 구현하고 있다. 그 대표적인 것이 환경정책기본법 제7조에 천명된 이른바 汚染原因者 費用負擔의 原則 (polluter pays principle)이다. 즉, 자기의 행위 또는 사업활동으로 인하여 환경오염의 원인을 야기한 사람은 그 오염의 방지와 오염된 환경의 회복 및 피해구제에 소요되는 비용을 부담하여야 하는 것이다. 그러나 이 이외에도 환경법 제1원리를 실현하는 방법은 여러 가지가 있다.

문제의 원인을 알아야 그 대처방안을 생각할 수 있듯이, 환경법 제1원리를 구현하기 위한 구체적인 방법을 찾기 위해서는 외부효과의 원인을 찾아야 한다. 법경제학적으로 볼 때 외부효과의 원인은 「財産權(property right)의 未實現 또는 財産權의 未發生」으로 요약할 수 있다. 예컨대 공해문제의 경우에, 공해로 인한 피해를 정확히 산정할 수 있거나(재산권의 실현) 혹은 “깨끗한 환경”이라는 재화(이른바 環境財)에 대한 權利가 성립되어 있으면(재산권의 설정), 배출기업은 인근 주민에게 그 손해를 배상하거나 인근 주민으로부터 그 권리를 매입하지 않고서는 생산활동을 할 수 없을 것이다. 그렇게 되면 종래 외부효과였던 공해로 인한 피해는 去來關係 속 에 內部化(internalization of externalities)되어 버린다.

따라서 環境法은 ① 經濟主體에게 財産權이 설정되어 있으면 이를 實現하여야 하고, ② 財産權이 설정되어 있지 않으면 設定하여야 하며, ③ 재산권을 설정할 수 없는 경우에는 경제주체의 행위를 親環境의으로 誘導·強制하여야 한다.¹⁰⁾

이와 같은 환경법의 역할 중 마지막 제3의 역할은 政府가 우월적 지위에서 실패한 시장에 직접 개입하는 이른바 「命令統制方式」(command and control)에 의하여 수행되는데, 이것이 環境規制法令의 典型的 方式이라고 할 수 있다.¹¹⁾ 국립공원의

10) 기본적으로 이 세 가지 방법은 재산권의 재설정이라는 하나의 명제로 포섭할 수 있다. 법이란 본질적으로 경제주체의 재산권을 재설정하는 기능을 가지고 있기 때문이다. 즉, 법이 바뀌면 경제주체들이 어떤 행위를 하는 데 지불하여야 하는 가격이 바뀌는 것이고 따라서 경제주체들의 최적 행위조합이 바뀌는 것이다. 이런 의미에서 보면 위 세 가지는 재산권의 재설정이란 하나의 범주로 파악할 수 있다. 자세한 것은 김일중, 전계 논문, 179면 참조.

11) 法은 市場이 失敗할 때 시장의 공백을 메우는 역할을 한다. 독점자본주의를 거치면서 우리는 시장이 실패하는 경우를 목격할 수 있었고, 그로 인한 폐해에 대한 법제도의 대응이 勞働法, 經濟法 등으로 나타나고 있음을 잘 알고 있다. 이른바 우월적 지위에 있는 공적 주체인 국가와 국민 사이의 관계를 규율하는 公法이 이 역할을 담당하고 있다. 그런데 공법은 개개인의 자율적 행동에 대한 規制를 의미하기 때문에 이에 대한 반발이 있게 되고, 잘못 제정된 법제도로 인하여 더 많은 문제가 발생할 가능성도 배

출입을 제한할 수 있는 여러 가지 규율을 제정하는 것, 국립공원에 쓰레기를 버리면 과태료를 부과하는 것, 공해배출업소에 부과금을 부과하고 그 정도가 심한 경우에는 형사적으로 처벌하는 것 등 대부분의 환경규제법령이 이에 속한다.

환경법의 역할 중 첫 번째와 두 번째는 1960년대 초 Ronald Coase와 Guido Calabresi와 같은 법경제학자의 연구에 의하여 인식되기 시작하였다. Coase의 定理 (Coase Theorem)로 명명된 기념비적 이론이 수록된 Ronald Coase의 논문 “사회적 비용의 문제”¹²⁾가 발표된 1960년 전까지는 Pigou의 이론이 정설로 받아들여졌다. Pigou의 이론은 외부효과를 내부화시키는 데 租稅가 가장 효과적인 도구라는 것인데, 이것은 환경오염과 같은 사회비용을 관리하기 위해서는 국가가 公法的 規律을 통해서 나서야 된다는 것을 의미한다. Coase는 이와 같은 당대의 정설에 정면으로 도전하는 야심만만한 이론을 주장하였는데, 그것은 만약 去來費用이 존재하지 않는다면 정부가 해야 할 일이란 모든 자원에 대하여 경제주체들 중 누구에게든지 財產權만을 設定하여 주면 된다는 것이다. 그 까닭은 경제주체들끼리의 자발적인 調整과 協商에 의하여 그 자원을 가장 필요로 하는 쪽으로 財產權의 交換이 일어날 것이고, 그렇게 되면 자연스럽게 사회전체의 후생이 증가할 것이기 때문이다.¹³⁾

Coase 정리의 含意는 여러 가지로 해석될 수 있다. 첫째, Coase 정리는 외부효과가 있다고 해서 반드시 정부의 개입이 불가피하게 요구되는 것은 아니라는 점을 밝혔다. 즉, 만약 외부효과로 인하여 영향을 받는 모든 이해당사자들이 자유로운 협상에 의하여 相互間의 利害를 調整할 수 있다면 「정부의 개입이 없어도 효율적인 자원배분을 달성할 수 있고」 따라서 정부의 역할은 이해당사자들의 자발적인 합의가 보다 쉽게 이루어질 수 있도록 「制度的, 行政的 支援을 제공하는 데 局限」되어

제할 수 없기 때문에 규제에 대한 비판은 항상 있게 마련이다. 또한 적절한 규제수준은 시대에 따라 다를 수 있고, 그 수준을 찾을 수 있는 인간의 능력에는 한계가 있음을 부정할 수 없다. 즉, 政府가 失敗할 수 있음을 간과해서는 안 될 것이다.

12) Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960). 한편, 위 논문의 번역문으로는 허성욱, 사회적 비용의 문제에 관하여, 법학연구 5, 1998. 305면이 있다.

13) 박세일 전교수는 Coase 정리의 골자를 다음과 같이 정리한 바 있다.

첫째, 영의 거래비용 하에서는 당사자들의 자발적인 교환 및 거래를 통하여 외부효과는 내부화되고, 항상 자원의 효율적 배분이 달성된다. 둘째, 위의 경우 당사자들의 자발적 교환 및 거래의 자원배분 결과는 財產權構造(structure of property right)의 내용, 즉 법이 누구에게 권리를 인정하는가에 관계없이 항상 동일하다. 일반적으로 전자를 效率性 主張(efficiency claim), 후자를 中立性 主張(neutrality or invariance claim)이라고 부른다. 영의 거래비용이라는 가정 하에 위의 두 가지 주장이 성립한다는 것이 곧 코우즈 정리이다.

박세일, 코-스 정리 (Coase Theorem)의 법정정책적 의의, 서울대 법학 제27권 2·3호, 1986, 76, 81면.

야 한다는 점을 강조한 것이다. 이로써 거래가능 오염배출권(marketable emission right) 등 각종 經濟的 誘因策 및 환경영향평가 등 각종 情報公開制度 등이 그 이론적 근거를 획득한다. 둘째, Coase 정리는 民事法이 재조명되기 시작하는 계기가 된다. 민사법은 정부가 제공하는 제도적 지원에 해당하는 것이고,¹⁴⁾ 특히 不法行爲法은 사회비용을 내부화할 수 있다는 것이다.¹⁵⁾ 바로 여기에서 環境私法의 진정한 의미가 발견된다. 현행 환경법체계를 환경법 제1원리에 따른 환경법의 세 가지 역할의 구현형태로 재구성하면 다음과 같다.

▶ 經濟主體에게 설정되지 않은 財產權을 設定하는 法制度:

헌법상 환경권, 대기환경보전법상의 거래가능 오염배출권 제도, 자연환경보전법상의 멸종위기에 처한 동·식물 보호제도 등

▶ 經濟主體에게 설정된 財產權을 實現하는 法制度:

민법상 상린관계, 민법상 손해배상청구·유지청구(특히 그 요건의 완화책), 판결 주문(구제수단)의 다양화, 환경오염피해분쟁조정법·해양오염방지법에서의 분쟁조정제도 등

환경정책기본법 제31조 및 토양환경보전법 제23조 등 개별환경행정법상에 규정된 민법상 책임원칙의 수정(무과실책임의 원칙, 연대책임의 원칙, 입증책임경감의 원칙), 오염원인자의 확대인정(특히 貸與者 및 株主의 책임 인정) 등 환경책임보험제도

민법상 하자담보책임 및 적극적 채권침해의 법리에 기한 계약상 책임 등 민소법상 소송구조, 집단소송 등

▷ 經濟主體의 自發的인 合意의 성취를 위한 制度的, 行政的 支援을 제공하는 法制度:

당사자적격 등 행정소송요건의 완화, 시민소송·단체소송, 행정절차법, 환경

14) 民事法은 市場의 機能을 補助하여 경제주체들의 자발적인 조정·거래를 원활히 하는 역할을 한다. 시장에서 활동하는 경제주체들은 그 각 소유의 경제 자원을 서로 거래하면서 생활하는데 이때 불가피하게 분쟁이 발생한다. 紛爭이 발생하는 경우에는 당사자 사이의 타협도 있을 수 있지만 많은 경우 外部의 強制力에 의한 解決이 필요하게 된다. 이 역할을 바로 민사법이 담당하게 되는데, 이때 법은 시장에 개입하는 것이 아니라 오히려 시장이 제 기능을 발휘하도록 돕는 역할을 하는 것이다. 즉, 법이라는 안전판은 당사자들이 시장에서 안심하고 거래할 수 있도록 하여 결국 시장기제가 제대로 기능할 수 있도록 도움을 주는 것이다. 「對等한 當事者 사이의 財產權과 責任을 規律」하는 私法이 고래로부터 이 역할을 담당하고 있다.

15) Coase의 이와 같은 주장은 불법행위를 방지하기 위한 정부규제와 민사법 양자 사이의 비교우위를 연구시키는 기폭제가 되었다고 한다. 이에 관한 논문으로는 김일중, 효율적인 규제방식으로의 전환을 위한 경제이론, 규제연구, 한국경제연구원 1995 겨울, 한편, Coase 定理의 意義에 관한 문헌으로는 박세일, 전계 논문 참조.

영향평가법, 그리고 알권리의 구현을 위한 각종 법률(공공기관의 정보공개에 관한 법률, 방사성폐기물관리사업의 촉진 및 주변지역의 지원에 관한 법률, 폐기물처리시설설치촉진 및 주변지역이 지원에 관한 법률 등)

- ▶ 經濟主體의 행위를 親環境的으로 誘導·強制하는 法制度
배출시설허가제도, 방지시설설치강제제도, 배출기준제도 등

*“經濟主體의 自發的인 合意의 성취를 위한 制度的, 行政的 支援을 제공하는 法制度”는 “經濟主體에게 설정된 財產權을 實現하는 法制度”와 “經濟主體의 행위를 親環境的으로 誘導·強制하는 法制度”의 중간 영역으로 두 가지 법제도 모두를 보조하는 역할을 한다.

(2) 環境法 第2原理: 資源·危險配分의 衡平性

(가) 環境法 제2原理의 必要性: 資源·危險 配分의 不均衡

환경법 제1원리는, 사람들이 자신의 효용을 극대화시키려고 노력한다는 경제학의 기본가설을 전제로 富의 極大化라는 특정한 사회적 목적을 달성하는 수단으로서 권리·의무를 설정·부과하려는 純粹한 效用主義(utilitarianism)에 기반하고 있다고 할 수 있다. 따라서 환경법 제1원리는 — 근대 경제학 일반이 가지는 한계이지만 — 分配의 正義나 衡平性에 대한 고려를 결하게 되고, 또한 경제적 가치로 환산하기는 어렵지만 장구한 세월동안 법체계가 숭상한 人類의 普遍的 價値를 간과할 수 있다. 순수한 효용주의에 의하여 법체도를 파악하고 구성하려고 할 때의 난점을 Richard Epstein교수는 다음과 같이 피력한 바 있다.

이 세상에는 법체계에 의하여 창조되는 것이 아니라 법체계가 그대로 받아들여 보호 해주어야 하는 先在하는 權利(antecedent right) 또는 自然權(natural right)이 존재하는데, 바로 이 점을 간과한다는 사실이 순수한 효용주의가 원천적으로 갖는 약점이다.¹⁶⁾

근래에 들어 자원배분의 효율성을 달성할 수 있는 것으로 각광을 받고 있는 去來可能 汚染排出權 제도를 상정해보자. 이 제도 하에서는 오염배출권을 매매·임대·저축할 수 있고, 오염배출권을 거래할 수 있는 시장도 형성되어 그 시장기계에 의하여 오염배출권의 가격이 결정된다. 따라서 오염배출자는 돈을 주고 이 오염배출권을 구입하기만 하면 오염물질을 배출할 수 있다는 것이 되는데 이것이 일반인들의 도덕감정이나 법률감정에 부합하지 않는 것이다. 오염물질을 배출하는 것은 비난받아 마땅한 행위인데 경제력만 있으면 얼마든지 가능하게 되니 말이다.

우리가 “노예제, 강간, 살인에 대하여 느끼는 반감은 모든 사람의 私的 自治가 다

16) Richard Epstein, “Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints”, 8 *J. of Legal Studies* 49, 74 (1979).

른 모든 사람들의 위협으로부터 보호받을 권리가 있다는 매우 단순한 우리의 신념에 기초”하고 있다.¹⁷⁾ 그런데 효용주의를 일관적으로 적용하다보면 오염배출권의 예에서와 같이 個人的自由나 自治, 그리고 平等을 추구하는 人類의 普遍的 價值體系에 흠을 내게 된다. 인류의 보편적 가치체계는 흔히 경제후생의 원리와 부합하기도 한다. 그러나 그렇다고 해서 인류의 보편적 가치체계가 “어떤 제3의 목적을 달성하기 위한 부수적 수단으로 간주되어서는 결코 안되며, 그 自體가 目的으로 남아 있어야 한다.”¹⁸⁾ 따라서 효용주의에 기초를 두고 부의 극대화만을 목적으로 하는 환경법의 제1원리는 그 修正이 불가피하다고 할 것이다.

나는 그 修正의 原理로 資源配分의 衡平性, 즉 環境正義를 환경법 제2원리로 제시하고자 한다. 환경법 제2원리는, 환경과피가 자원의 남용을 강제하는 현대문명의 「패러다임의 失敗」(paradigmatic failure)의 결과라는 인식에서 출발하여 費用配分 및 危險配分의 衡平性을 지향한다. 부연하면, 공해 등 환경과피가 우리가 경제를 영위하기 위해서 반드시 지불하여야 하는 비용이라면 이 비용은 국민 전체가 공평하게 부담하여야 하고, 또한 경제활동에는 각종 위험(risk)이 따르게 되는데 이 또한 國民全體가 公平하게 負擔하여야 한다는 것이다.¹⁹⁾ 국민의 일부가 특별히 환경보호 및 공해방지에 소요되는 비용을 많이 지불하도록 사회체제가 형성되고 또한 그러한 결정을 내리는 과정, 즉 소요비용을 분배하는 절차로부터 소외된다면 이는 사회의 불안요인이 되는 것은 물론이고 근본적으로 正義에 반하기 때문이다.²⁰⁾ 요컨대 환경법 제1의 원리가 社會厚生の 極大化를 목적으로 한다면, 환경법 제2의 원리는 「社會厚生の 再分配」를 목적으로 한다고 하겠다.

17) 상계 논문, 75면.

18) 상계 논문, 같은 면.

19) 환경정의에 관한 체계적 문헌으로는 拙稿, 환경법과 정의 (미발표 논문), 1997, 1-2면; 이시경, 환경규제 정책수단 선택의 쟁점과 기준, 한국행정학보, 제30권 제1호, 1996, 봄, 113-127면; Richard J. Lazarus, Pursuing Environmental Justice: The Distributional Effects of Environmental Protection, 87 *Northwestern U. L. Rev.* 787 (1993); Vicki Been, What's Fairness Got to Do with It?: Environmental Justice and the Siting of Locally Undesirable Land Uses, 78 *Cornell L. Rev.* 1001 (1993); Gerald Torres, Introduction: Understanding Environmental Racism, 63 *U. Col. L. Rev.* 839 (1992) 등 참조.

20) 이정진 교수는 다양한 근거를 제시하면서 환경오염 및 환경규율의 분배적 효과가 실제로 逆進의으로 나타나고 있음을 주장하고 있다. 이를 요약하면 환경오염의 주범은 고소득계층이고, 고소득계층은 경제력을 바탕으로 사치제인 환경재를 살 수 있기 때문에 환경오염으로 인한 피해를 상대적으로 덜 받는다고 한다 (환경오염의 분배적 효과). 또한 환경개선투자는 복잡한 파급효과가 있는데 대체로 보아 저소득계층보다 고소득계층에 더 큰 파급효과가 있다고 한다 (환경규율의 분배적 효과). 자세한 것은 이정진, 환경경제학, 1994, 385-421면 참조. 환경규율의 분배적 효과에 대한 이외의 문헌으로는 Richard J. Lazarus, 전계 논문 참조.

환경법 제2원리는 환경법 제1원리의 초석을 놓았다고 할 수 있는 Coase에게서도 그 근거를 찾을 수 있다. 앞서 본 Coase 정리는 Coase 논문의 일부에 불과하고 Coase의 여러 다른 주장을 전개하기 위한 시작에 불과한데, 그 의미있는 주장 중 하나가 바로 외부효과의 「相互性」(reciprocal nature of externality)에 대한 지적이다.²¹⁾ 현대와 같은 고도산업사회, 도시화사회에서는 사회성원들의 행위·활동간의 상호관련성과 상호작용의 폭이 크게 증대하기 마련인데, 이러한 속에서 쌍방 혹은 일방에 유리한 상호작용도 증대하나, 반면에 쌍방 혹은 일방에 유해한 상호작용(예컨대 공해, 각종 사고, 근린 폐해)도 증대하기 마련이다. 이들 현상은 산업화, 도시화에 따라 不可避하게 발생, 증대하는 社會的 費用(social cost)의 문제로 파악하여야 하고, 따라서 「社會 構成員 모두가 이의 合理的 縮小를 위해 合心·努力해야」 한다는 것이다.

환경법 제2원리의 중요성은 최근 많은 논란을 불러일으켰던 한강 상수원보호 문제와 환경혐오시설인 소각장, 핵발전소 등의 입지결정 문제 등에서 잘 나타난다. 한강 상수원은 천만 서울시민의 젖줄로서 그 보호의 필요성은 재차 설명할 필요가 없지만, 문제는 그 보호의 費用과 便益의 歸屬主體가 相異하다는 데 있다. 이와 같은 상황에서 환경법 제1원리를 적용하여 汚染原因者 費用負擔의 原則만을 강조하게 되면, 한강 상수원 지역에 사는 주민들에게 서울시민을 위하여 일방적으로 희생하도록 강요하는 형국이 되어 형평성에 문제가 생기게 된다. 형평성의 문제를 더욱 심각하게 하는 것은 상수원 지역에 가해지는 행위제한 등 각종 규제의 정도가 서울지역보다 훨씬 엄격하다는 사실이다. 정부는 이러한 문제를 인식하고 「한강수계상수원수질개선 및 주민지원에 관한 법률」을 제정하였을 뿐만 아니라 환경정책기본법을 개정하여 이른바 「受益者負擔의 原則」을 원인자부담의 원칙의 보충원칙으로 채택하려고 하고 있다.

환경법 제2원리는 環境危險(environmental risk)에서 더욱 그 존재의의가 크다. 우리 나라와 달리 미국은 환경혐오시설의 입지와 그 지역에 거주하는 사람의 사회경제적 지위(socioeconomic status) 사이의 상관관계에 관한 실증적 연구결과를 가지고 있다. 민간단체나 학자들의 연구결과에 의하면 독극성 폐기물처리장 또는 매립지, 쓰레기소각장, 산업체시설 등 소위 環境嫌惡施設(“Locally Unwanted Land Uses,” 또는 LULU’s)이 不均衡的으로 低所得階層이나 少數人種이 모여 사는 地域에 偏重되어 있음이 판명되었다.²²⁾ 우리 나라에서도 환경혐오시설의 입지와 관련하여

21) Coase, 전계 논문, 2면.

22) 이에 관한 문헌으로는 Robert Bullard, *Dumping in Dixie: Race, Class and Environmental Quality* (1990). Bullard의 저서를 요약·평가한 문헌으로는 Daniel Suman, Book Review, Robert Bullard: *Dumping in Dixie: Race, Class and Environmental Quality*, 19 *Ecology L. Q.* 591 (1992).

여 많은 분쟁이 발생했음은 주지의 사실이다.²³⁾ 저소득계층 밀집지역은 지가도 저렴하고 지역주민의 정치·경제적 힘도 약하다. 경제효율성에만 치중하면 환경협오 시설이 저소득계층 밀집지역에 건설될 수밖에 없다. 따라서 환경법 제2원리가 이를 적절하게 완화하는 역할을 하여야 하는 것이다.

(나) 環境法 제2原理의 具體化

자원과 위험배분의 불균형을 시정하여 환경법 제2원리를 구현하는 방안은 ① 實體的 正義의 실현방안과 ② 節次的 正義의 실현방안으로 나누어 생각해 볼 수 있다.²⁴⁾

첫 번째 방안은, 환경법령을 입안하고 집행함에 있어 분배적 효과를 고려해오지 않았다는 반성적 고려에서 환경법의 實體的 內容을 형평성에 맞게 개선하는 것이다. 그 방안으로는 환경보호를 위한 재정지출의 재원을 直接稅에서 마련하도록 세법 등을 개정하는 것, 환경영향평가를 함에 있어 제안된 프로젝트의 사회경제적 효과에 관하여도 조사하도록 하는 것, 그리고 환경협오시설입지의 대가로 통상 지원되는 지역개발사업을 현실화하는 것 등이 제시될 수 있다. 방사성폐기물관리사업의 촉진 및 주변지역의 지원에 관한 법률과 폐기물처리시설촉진 및 주변지역의 지원에 관한 법률이 좋은 예이다.

그러나 이 방안은 限界가 있다고 보여진다. 왜냐하면 어떤 법률이 피해를 보는 주민에 대한 배려를 형평의 관념에 부합하도록 하지 않았다고 하더라도 그 법률을 무효화시킬 수 있는 방법은 없기 때문이다. 부연하면 법률은 (정치과정의 산물인) 정책을 문서화한 까닭에 富의 再分配效果를 가지게 마련이고 때로는 逆進的인 效果를 가져올 수도 있는데, 그렇다고 해서 그 법률이 “合理的인 事由와 基準”을 결하지 않는 한 憲法上 平等條項에 위반한다고 볼 수 없는 것이다.²⁵⁾ 따라서 환경법의 실제적 내용을 형평성에 맞게 개선하는 방법은 한계가 있다.

두 번째 방안은 어떤 결정으로부터 영향을 받는 이에게 최소한 그 決定 過程에 參與하여 자신의 이익을 대변할 수 있는 節次的 權利를 부여함으로써 배분에 있어서의 불공평을 간접적으로나마 교정해보자는 것이다. 환경위험의 배분에 있어 불리한 결정을 받게 되는 사람들은 대개 정치·경제적 지위가 낮은 사람들이고, 그렇기

23) 환경협오시설의 입지결정과정에 관한 국내문헌으로는 김정훈, 고행폐기물 소각처리시설에 있어서의 입지결정과정, 한국행정학보 제30권 제1호 63-78 (1996 봄); 유지태, 폐기물처리시설설치상의 문제점, 환경강연집 제2집, 159-169 (대한변호사협회, 1991) 참조.

24) 환경정의의 실현하는 방안에 관한 문헌으로는 Lazarus, 전개 논문; Luke W. Cole, Empowerment as the Key to Environmental Protection: The Need for Environmental Poverty Law, 19 *Ecology L. Q.* 619 (1992) 등 참조.

25) 미국에서 평등조항 위반을 이유로 제기된 차별적 효과가 있는 법률이나 행정 처분을 무효화시키기 위한 소송은 성공한 예가 없다. 자세한 내용은 Rachel D. Godsil, “Remedying Environmental Racism”, 90 *Mich. L. Rev.* 394, 408-421면 (1991) 참조.

때문에 이들은 정치과정에서 자신들의 이익을 주장하기 어렵다. 따라서 이들에게 위험배분의 결정과정에 참여할 수 있는 법적 권리를 부여하는 것은 큰 의미가 있다.

이 방안을 실현하기 위해서는 지역주민 및 비정부단체의 알권리를 실체적으로 구현하고 환경영향평가 등의 행정절차에 참여할 수 있는 권리를 보장하여야 할 것이다. 당사자 적격 등 행정소송요건을 완화하고, 시민소송·단체소송을 도입하는 것도 고려하여야 한다.

환경법 제2원리는 순수한 효용주의의 단점을 드러내는 환경법 제1원리를 수정보완하기 위하여 착안된 것이지만, 이상의 논의 또한 기본적으로 효용주의의 관점을 전제로 한 것이어서 「자연자원 및 생태계의 보호」에 한계가 있다. 즉, 이상의 환경법 제2원리는 오로지 現世代의 人間에 치중하고 있기 때문에 미래세대나 동물, 그리고 자연 자체에 대하여 배려하지 못하고 있는 것이다. 환경법 제2원리가 世代間 衡平(intergenerational equity), 動物權(animal right), 自然의 權利(right of nature) 등을 포섭하기 위해서는 앞으로 環境倫理(environmental ethics)와의 부단한 상호작용 속에서 한 차원 높은 원리로 승화되어야 할 것이다.

II. 環境法의 實際

“法の 生命은 論理가 아니라 經驗이다.”²⁶⁾

이 말은 法現實主義(legal realism)·實用的 道具主義(pragmatic instrumentalism)의 先驅者인 Oliver W. Holmes 대법관이 갈파한 위대한 洞察이다.²⁷⁾ 여기서 Holmes 대법관을 거론하는 이유는 形式主義法學을 통박하기 위한 것이 아니다.²⁸⁾ 법적 사

26) Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, 1 (1881). Holmes 대법관의 위 인용구와 같은 大喝一聲으로 시작된 名文은 다음과 같이 이어진다.

“The life of law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become.”

상계서, 같은 면.

27) 실용주의적 도구주의에 관한 문헌으로는 Robert, Summers, “Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Dominant General Theory about Law and Its Use”, 66 *Cornell L. Rev.* 861 (1981) 참조.

28) 범형식주의 하에서 법도그마틱에 의지한 방법론에 대한 비판에 관해서는 아래 환경법 방법론을 참조하시라.

고가 아무리 논리적·체계적이더라도 법의 규율대상인 「社會 現實에 대한 理解」에 터잡지 않고는 한 걸음도 나아갈 수 없음을 강조하기 위한 것이다. 이론은 실제와의 상호관련성을 가지고 전개될 때, 아니 보다 적극적으로 法·規範은 社會·現實과 「力動的으로 相互作用」할 때, 비로소 그 참된 意義가 具現될 수 있다.²⁹⁾

환경법의 이론도 예외가 아니어서 실제와의 상호작용이 없다면 공허한 논리체계로 떨어지게 될 것이다. 환경법은 歷史가 日淺하여 이른바 법적 카테고리(legal category)나 법도그마틱(Rechtsdogmatik)이 축적·성숙되지 아니한 분야로, 특히 환경행정법 분야에서는 입법부를 통과한 ‘새로운’ 법률의 해석이 법률가의 주된 임무가 된다. 또한 아래에서 보는 바와 같이 환경법이 처한 실체는 매우 특이하다. 이런 측면에서 보면 환경법 분야에 있어서는 (生成中에 있는) 이론과 (색다른 측면을 가진) 실제가 상호작용해야 할 필요성은 더욱 크다 할 것이다.

환경법의 理論이 實際와 만나는 접점은 주로 현실에서 벌어지는 환경법 적용을 둘러싼 個別 事件이지만, 그 효과는 그 개별 사건의 해결에 그치지 않고 社會 全體에 미친다. 환경분쟁이라는 것은 아래에서 보는 바와 같이 「公益 대 財產權」의 싸움으로 요약될 수 있는데, 어느 쪽이 승리하든 간에 그 판결 결과는 — 사건마다 정도의 차이는 있겠지만 — 사회구성원들의 富를 再分配하거나 그들의 財產權을 再設定하는 효과가 있다. 따라서 개별 사건에서의 법해석은 (재산권과 재산권이 충돌하는 전형적인 私的 紛爭과 달리) 이른바 「政治的 含意」(political implication)를 가지게 되고, 그러기에 判事의 立法參與者 또는 法院의 政策決定者로서의 역할이 강조된다. 진실로, 환경분쟁에서는 법의 一般 命題가 구체적 사건을 결정한다기보다는 구체적 사정에서의 個別的 衡量(balancing) — 그것이 이익형량이든 가치형량이든 혹은 원리형량이든 관계없이 — 이 결정적인 것이다.³⁰⁾ 따라서 사회적 책임을 느끼는 법률가라면 환경분쟁을 해결함에 있어서 전통적인 包攝(subsumption)의 논리에 따라 “개념법학적인 법의 解釋者에 머물 것이 아니라 적극적으로 정치, 경제, 윤리, 사회, 심리적인 모든 요소를 참작·고려하여 실질적인 법의 創造者가 되어야” 할

29) 비유컨대 “법과 사회는 가위의 양날”(“the two blades of a pair of scissors”)인 것이다. Lon Fuller, “American Legal Realism”, 82 *U. Penn. L. Rev.* 429, 452 (1934). 한편, 법과 사회의 상호작용이 어떤 것이어야 할 것인가에 관하여 주목할 만한 주장이 있다. 최봉철 교수는 “규범은 현실을 무시하고 혼자서만 앞서 갈 수는 없으며, 규범은 봉사하여야 할 목적을 잊어버리고 현실을 합리화하는 데 그쳐서는 아니 될 것이다. 즉, 규범은 안내자(guide)이다. 안내자는 자신의 철학을 가지고 안내받는 모든 사람의 상태를 살피면서 보조를 맞추어서 걸어가야 하는 것이다.” 최봉철, 전제 논문, 25면.

30) 이런 의미에서 볼 때 *Lochner* 사건의 소수의견에서 Holmes대법관이 남긴 “일반 명제가 구체적 사건을 결정하지 않는다”는 말은 환경분쟁에서 더욱 설득력이 있다고 하겠다. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76; 25 S.Ct. 539, 547 (1905) (“General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise.”)

것이다.³¹⁾ 이상의 논의에 대한 심도 깊은 이해를 위하여 먼저 환경법 실제의 특성부터 탐색해보기로 한다.

1. 環境法 實際의 特性

法理論은 행위규범과 재판규범으로 法實際에 작용하는데, 이때 법실체는 구체적으로 「理念·價値·利益의 紛爭 狀況」으로 나타난다. 그런데 앞서 본 환경법 제1·2 원리가 적용되어야 할 환경법 실제, 즉 분쟁상황은 여타의 분쟁상황과 다른 점이 있다. 그것은 바로 그 「紛爭 狀況에 대한 社會的 認識·評價가 可變的」이라는 것이다. 이 可變性은 근본적으로 분쟁 상황 자체가 불확실하다는 데 기인하는데, 이 不確實性은 다시 環境法 實際의 科學·技術 關聯性和 政策 關聯性으로 설명할 수 있다. 즉, 분쟁 상황에 대한 사회적 인식·평가는 「科學·技術의 發展 정도에 따라서 그리고 그 當時의 政治的인 傾向」에 의하여 영향을 받는 것이다. 주요한 것은, 이와 같은 환경법 실제에 대한 사회적 인식·평가가 환경 분쟁에 대한 法的 判斷에 영향을 미칠 뿐만 아니라 나아가 환경법 이론 자체에도 영향을 끼쳐 理論의 修正으로 이어질 수 있다는 사실이다.

(1) 科學·技術 關聯性

환경법을 여타의 법분야와 구별되게 하는 특성은 여러 가지가 있는데, 과학·기술과의 관련성은 그 대표적인 것 중의 하나이다.³²⁾ 환경에 대한 사회적인 인식이 자연과학적 연구와 발견에 좌우되듯이 환경법의 이론 또한 자연과학적 지식으로부터 지대한 영향을 받아왔다. 환경법이 과학·기술에 관련되어 있다는 것은 환경법제도가 — 예컨대 환경기준들이 — “自然科學的 發見에 터잡은 價値判斷”(“scientifically informed value judgments”)³³⁾을 전제로 하여 설정된다는 것을 의미한다.

우리는 환경보호분야에서 어제는善인 것이 오늘은惡으로, 오늘善인 것이 미래의 세대에게는惡으로 밝혀지는 것을 자주 목격한다. 어떤 학자는 환경법의 力動性을 설명하면서 “環境法에 있어서 지속되는 唯一한 것은 變化”라고 주장한 바 있다.³⁴⁾ 이것은 자연과학적 발전과 기술의 진보는 결국 법규정의 개정을 요구하는데

31) 이회창, 사법의 적극주의, 서울대 법학 제28권 2호, 1987, 153-54면.

32) 조홍식, 송상현, 노상환, 우리 나라 환경법 체계 정비에 관한 연구, 1997, 55-68면. 환경법의 특성은 자연과학관련성·정책관련성 이외에도 象徵性, 歷史的 日淺性, 複雜性등을 들 수 있다. 상계서, 같은 면.

33) A. Dan Tarlock, “The Nonequilibrium Paradigm in Ecology and the Partial Unraveling of Environmental Law”, 27 *Loy. L. A. L. Rev.* 1121, 1133 (1994).

34) Richard J. Lazarus, “Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law”, 83 *Geo. L. J.* 2407, 2426 (1995) (“[t]he only constant in environmental law is change”).

자연과학적 지식은 一時的(tentative)이고 不確實한(uncertain) 것이어서 환경법이 빈번히 개정되는 것을 표현한 것이라고 하겠다.³⁵⁾

환경법이 여타의 법과 비교해서 자연과학에 의하여 보다 많은 영향을 받는 것은, 그 역사가 일천하여 정립된 法理論이 不足하고 환경법이 보호하고자 하는 對象이 特殊하기 때문이다. 환경법이 보호하고자 하는 것은 복잡한 환경 또는 생태계이고 환경법이 제어하려고 하는 행위는 환경오염행위 또는 생태계 파괴행위인데, 이 행위는 여타의 법익침해행위와 여러 가지 점 — 즉, 침해의 간접성, 광역성, 계속성, 가해자·피해자 지위의 비호환성, 가해자의 수익성 등 — 에서 구별되는 것이다.

환경법은 과학·기술에 관련되어 있기 때문에 매우 複雜하다.³⁶⁾ 환경법이 복잡하다는 것은 단순히 어렵다거나 골치 아프다거나 하는 표현으로는 부족하고, 다음과 같은 여러 차원에서 설명될 필요가 있다.³⁷⁾ 먼저, 어떤 환경법규 해당행위가 있을 때 그 행위가 당해 환경법규가 정하는 금지 행위에 해당하는지 혹은 당해 환경법규가 정한 기준에 저촉하는지 여부가 불명확하고(不確定性), 심지어는 적용법규를 찾는 것 자체가 어려운 경우도 있으며(模糊性),³⁸⁾ 아래 표1과 표2에서 볼 수 있는 바와 같이 환경보호와 관련된 법령이나 조직은 統合되어 있지 않고 分化되어 있다(分化性).³⁹⁾ 따라서 환경법은 환경법을 이해하고 적용하려고 하는 사람들에게 어느

35) 환경관련 법제도가 자연과학적 발견에 터잡은 가치판단의 변화에 기하여 발전한 예는 쉽게 발견할 수 있다. 근래에 제정된 “濕地保全法案”은 매우 극적이다. 과거에는 개펄의 경제적 가치에 대한 연구가 되어 있지 않았으나, 오늘날에는 개펄의 경제적 가치가 농토로 개간하였을 때보다 3배 가량 높다는 연구결과가 나와 있다. 개펄이란 자연자원의 인식과 평가는 곧바로 그 이용 및 관리방법에 영향을 주어, 과거에는 개펄을 개간하여 농경지나 공장부지로 바꾸는 것이 능사라고 여겼으나 이제는 개펄을 보전하여야 한다는 여론에 따라 “습지보전법”의 제정에 이른 것이다. 분명한 것은, 예나 지금이나 개펄의 가치는 변하지 않았으나 그 가치를 제대로 평가하지 못했을 뿐이라는 사실이다. 자연자원의 보호가치의 변화와 포괄적 환경보호이론의 필요성에 관한 문헌으로는 拙稿, 公共信託理論과 한국에서의 適用 可能性, 環境법연구 19, 1997, 192, 231-232면 참조.

36) 이 복잡성은 “환경법 연구의 캐치워드” 또는 “어색한 일반성으로부터 벗어난 탈출의 대가”로 표현될 정도로 환경법의 대표적 특성이다. William H. Rodgers, Jr., “A Superfund Trivia Test: A Common on the Complexity of the Environmental Laws”, 22 *Envtl. L.* 417 (1992).

37) 미국의 Peter H. Schuck 교수는 복잡성을 설명하면서 “조밀성(density), 기술성(technicality), 분화성(differentiation), 불확정성(indeterminacy or uncertainty)”으로 분류하였고, Peter H. Schuck, “Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures”, 42 *Duke L. J.* 1 (1992), Richard J. Lazarus 교수는 복잡성을 설명하면서 Schuck교수의 조밀성(density)을 모호성(obscurity)으로 바꾸어 설명한 바 있다. Lazarus, 전계 논문(註34), 2428-2440면 참조.

38) 이와 같은 모호성은 환경법의 방대한 분량에 기인한다. 예를 들면 미국의 대기정화법은 법령이 모두 4,000쪽으로, 수질정화법은 2,400쪽으로 구성되어 있다.

39) 예를 들면 우리 나라의 경우 물에 관한 규제권한은 여러 개의 행정조직이 이를 나누어

정도의 「專門的 知識」을 요구한다.(技術性) 이 기술성은 중요한 법적 문제를 야기하는데, 그것은 사법상으로는 「因果關係의 立證」 및 「被害額 算定」의 문제로, 공법상으로는 자연과학적 불확실성의 여건 속에서 내려진 「行政府의 裁量判斷」을 사법부가 어느 정도로 존중할 것인가의 문제로 나타나는 것이다.

(2) 政策 關聯性

행정부의 행정활동에 대한 법적 통제는 행정활동이 국민의 생활과 접촉하는 순간부터 시작되고, 그것은 법치행정의 원리에 따라 행정활동이 절차적·실체적으로 적법성을 충족하도록 감시하고 강제하는 것으로 나타난다. 法治行政의 원리가 환경보호행정 — 모든 행정활동이 환경에 영향을 끼치지만 특히 환경보호에 중점을 둔 — 에도 적용되는 것은 물론이나 이 경우에는 주로 節次的인 면에 重點이 두어진다는 점이 특색이다. 환언하면 “어느 정도의 환경훼손이 지나친 환경훼손인가?” (“How much environmental degradation is too much?”)라는 질문은 政策決定者가 결정하고, 法律家는 “위 질문에 대한 解를 어떤 節次와 基準에 의하여 결정해야 하는가?” (“By what processes and standards do we decide the first question?”)라는 질문에 치중하여야 한다는 것이다. 요컨대 환경보호를 목적으로 한 행정활동에서는 현실적으로 법적인 판단보다는 정책적인 판단이 주를 이루기 때문에, 환경법의 환경보호행정에 대한 통제는 주로 절차에 대한 통제이고, 例外的인 경우에 한하여 實體에 대한 統制가 허용되는 것이다.

환경은 이른바 公益의 代名詞로서 「不特定 多數人에게 分散되어 쉽게 感知할 수 없는 不可量의 價値」이고 이러한 가치에 대한 인식 및 평가는 시대에 따라 다를 수밖에 없다. 환경보호 또는 자연자원의 보전은 권리·의무의 도식적 관계로 설명할 수 있는 문제가 아니라 오히려, “自然科學的, 道德的, 倫理的, 政治的, 社會的, 그리고 技術的인 문제들이 설명할 수 없을 정도로 얽히고 실킨 複雜多端한 問題”인 것이다.⁴⁰⁾ 또한 환경보호를 위해서는 엄청난 비용이 필요하고 불가피하게 재산권 행사와 경제활동을 제한할 뿐만 아니라 환경보호는 국가가 수행하여야 할 유일한 정책목표가 아니다. 그러므로 환경보호를 할 것인가 혹은 일자리를 만들 것인가, 환경보호에 우선순위를 두는 경우에도 어느 정도로 보호하여야 하는가의 문제는 원칙적으로 정책적인 판단의 문제라 할 수 있고, 그런 만큼 民主的 正當性을 가지고 있는 立法府나 行政府의 裁量判斷은 尊重되는 것이다.

가지고 있다. 즉, 수질관리는 환경부가, 팔당호와 같은 지역의 주변부 개발은 건설교통부가, 수도관리는 지방자치단체가 떠맡고 있는 곳이다. 이 같은 현상은 우리 나라의 경우 지방자치제 시행 이후 더욱 심해지고 있다. 자세한 것은 조홍식, 전계 연구, 161-65면 참조.

40) Patricia W. Birnie & Alan E. Boyle, *International Law and Environment*, 119 (1994).

따라서 환경법은 결정자체의 정당성보다는 결정이 내려지는 「過程의 正當性」에 더 많은 관심을 두게 되는데, 구체적으로는 환경정책이 社會構成員의 意思를 합리적으로 반영할 수 있도록 節次를 마련하고 구성원들의 「情報에의 接近權」과 「節次에의 參與權」을 보장하는 데 중점을 두고 있다. 행정절차법, 공공기관의 정보공개에 관한 법률, 환경영향평가법, 방사성폐기물관리사업의 촉진 및 주변지역의 지원에 관한 법률, 폐기물처리시설설치촉진 및 주변지역의 지원에 관한 법률 등에 규정된 주민들을 위한 각종 절차와 정보접근권이 좋은 예이다.

어려운 문제는, 환경정책이 적법한 절차에 따라 결정되었지만 實體的 內容에 문제가 있는 경우에 환경법이 어떻게 대처하느냐이다. 실제적으로 문제가 되는 것은 환경법령이나 행정활동(예컨대 환경기준의 설정)의 내용이 지나치게 엄격하여 재산권·경제활동을 지나치게 제한하든지 혹은 지나치게 느슨하여 환경보호의 효과가 전무한 경우이다. 전자의 예로 대표적인 것이 이른바 환경보호를 위한 각종 規制가 재산권의 행사나 경제활동의 자유를 過度하게 制限하는 경우이다. 이와 같은 경우에는 헌법상 보장되어 있는 財產權을 侵害하여 違憲의 소지가 있는데, 헌법재판소의 위헌결정을 받은 그린벨트가 대표적인 경우이다. (이른바 收用的 規制(regulatory taking)이나 收用類似侵害)

후자의 예로서 극단적인 것이 象徴的·抽象的 立法과 行政府의 不作爲이다. 행정부가 환경침해를 보고도 아무런 조치를 취하지 않는 경우에는 당사자적격의 확대 또는 무하자재량행사청구권 등의 이론으로 대처할 수 있지만, 상징적 입법의 경우에는 입법부작위에 대한 헌법소원 이외에는 대처방안이 쉽게 떠오르지 않는다. 실제로 상징적 입법현상은 환경법에 있어 일반적이라고 할 수 있을 만큼 광범위하다. 즉, 憲法上의 環境權에서 個別對策環境法의 總則的 規定에 이르기까지 흔히 발견할 수 있는 것은 규정이 매우 상징적이어서 이를 시행할 수 없는 경우가 많다는 사실이다.

환경법 규정이 이와 같이 상징적으로 입법되는 이유는 환경법이 정책과 깊은 관련을 맺고 있다는 데서 찾을 수 있다. 환경문제에 관한 국민들의 관심은 지대하여 이를 어떻게 해서든지 수용하여야 하는데, 구체적 입법을 하기 위한 근거 자료 — 자연과학적 정보를 포함하여 — 는 부족하고 비용이 많이 드는 오염통제는 경제에 큰 부담을 끼치게 된다. 환경법 규정은 이러한 딜레마 상황에서 만들어지기 때문에 機能的으로보다는 選言的·象徴的으로 만들어지는 것이다.

이러한 규정으로는 權利救濟를 받을 수 없을 뿐만 아니라 관련부처가 그 규정을 실행하는 데에도 많은 문제가 있어 소위 後續 法律이나 命令을 제정하여야 하는가에 관하여도 논란이 있게 마련이다.⁴¹⁾ 이와 같은 문제를 해결하기 위해서 憲法上

41) 환경정책기본법상의 여러 규정들이 이에 해당한다고 하겠고 이것은 바로 개별환경법이 환경정책기본법의 원칙을 제대로 수용하지 못하는 원인이 된다. 환경정책기본법 제10

環境權의 具體的 效力을 인정하는 방안이나 公共信託理論과 같은 「包括的 環境保護理論」의 開發이 시급하다고 하겠다.

2. 環境法 實際의 構造: 公益 對 財產權의 相衝關係

환경법 이론 — 앞서 본 環境法 第1·2原理가 구체화된 — 이 행위 및 재판규범으로 작용할 환경법 실체는 「公益(public interest) 對 財產權(property right)의 對決 樣相」으로 요약될 수 있다. 이런 분쟁 상황에서 환경법의 이론은 財產權者들이 자신들의 生活 속에 環境的 價値를 體化하도록 기능하는 것이다.

앞서 공유지의 비극에서 살펴보았듯이, 시장경제 하에서 개인은 — 특히 현재와 같이 세계를 휩쓸고 있는 서구식 대량소비주의문화와, 자유무역을 기치로 한 엄청난 규모의 세계경제 체제 하에서는 — 자기 행위의 사회에 대한 영향을 고려하기보다는 오로지 자신의 이익을 극대화하려고 행동한다. 즉, 경제주체들은 시장에서의 단기적인 이익에 매달리는데, 이것은 보다 큰 공동체적 의미에서의 공익에 반하게 되는 것이다. 환경문제도 이와 같은 이익 상충에서 발생한다고 할 수 있다. 따라서 환경문제는 바로 「市場에서의 短期的인 利益(short-term marketplace interests)과 더 큰 市民社會에서의 公益(larger civic-societal public interest) 사이의 緊張關係」, 또는 「財產權(property right)과 公益(public interest) 사이의 緊張關係」로부터 출발한다고 볼 수 있다.

財產權은 「凝集된 利益의 結晶體」여서 재산권자는 외부적인 자극이나 동기가 없더라도 자발적으로 그리고 적극적으로 자신의 이익을 보호하기 위하여 가능한 모든 수단과 방법을 동원한다. 이에 반하여 公益이라고 하는 것은 「不特定 多數의 受惠者에게 분산되어 있는 이른바 分散利益(diffuse interest)」이기 때문에 공익을 위하여 봉사하거나 공익을 위하여 싸우는 사람들은 자신들이 투자한 노력에 비하여 너무나 빈약한 대가를 얻을 수 있을 뿐이다.

이와 같은 상황에서 환경법 제1 원리는 「財產權의 波狀攻擊으로부터 公益的인 環

조는 “정부는 국민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 환경기준을 설정하여야 하며, 환경여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되도록 하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 이 규정에서 말하는 국민의 건강을 보호할 수 있을 정도의 환경기준은 현재의 최고기술로도 달성할 수 없는 것이다. 뿐만 아니라 건강의 보호는 고사하고 구득가능한 최고의 기술(best available technology)을 채택하도록 강요할 수도 없는 것이 현재 우리 나라의 경제 현실이다.

이와 같은 염원적인, 즉 희망사항으로 비추어질 수 있는 목표를 추구하는 입법의 문제점을 지적한 논문으로서 John P. Dwyer, “The Pathology of Symbolic Legislation”, 17 *Ecology L.Q.* 233 (1990); Schoenbrod, “Goals Statutes or Rules Statutes: The Case of the Clean Air Act”, 30 *UCLA. L. Rev.* 740 (1983); Richard N. Pearson, “Implementing Federal Environmental Policies: The Limits of Aspirational Commands”, 78 *Colum. L. Rev.* 1429 (1978) 참조.

境利益을 守護하는 役割]을 한다고 할 수 있다. 즉, 환경을 훼손하는 경제주체들이 자발적으로 외부효과를 내부화하기를 기대할 수 없기 때문에 경제주체들이 環境의 價値를 行動樣式에 反映하도록 만드는 法的 方案을 제시하는 것이다. 그런데 환경법 제1원리는 오로지 경제적 효율성에 치중하기 때문에 때로는 衡平의 관념에 반하는 결과를 초래할 수 있다. 이것이 환경법 제2원리가 존재하는 이유임은 앞서 본바와 같거니와, 다만, 환경법 제2원리는 형평의 관념을 과도하게 해할 때에만 기능한다고 할 것이다.

환경법의 제 이론은 환경법 제1·2원리를 수행하기 위하여 두 가지 측면에서 발전되어 왔는데, 그 하나는 事前에 환경침해를 防止하는 것이고, 그 둘은 事後的으로 침해된 환경을 復原시키는 것이다. 전자가 각종 政策을 고안하고 다종다양한 誘因策을 개발하여 자연자원을 환경친화적으로 이용할 수 있도록 하는데 主안점을 두는데 반하여, 후자는 기존의 법률이론으로 환경을 침해한 사람들을 끝까지 추적하여 그들에게 均等한 法的 責任을 부과하는데 치중하고 있다. 각종 公法이 전자의 기능을 주로 하고, 私法이 후자의 기능을 주로 수행한다고 할 수 있다. 이하에서는 환경법 제1원리를 중심으로 환경법과 그 이론이 실제 紛爭과 爭訟에서 구체적으로 어떻게 機能하는가를 사법과 공법을 나누어 살펴보기로 한다.

3. 實際的 次元에서 본 環境私法의 體系

민사법상 환경보호의 法機制로 기능하는 것은 크게 損害賠償請求權과 留止請求權으로 나누어 볼 수 있다. 우리 民法은 이들을 二元的으로 규정하고 있어 해석상 많은 문제를 야기하고 있는바, 民法은 物權篇에 유지청구의 근거 규정(제217조)을 마련하면서 손실보상에 대한 규정을 두지 않고, 또한 불법행위에 기하여는 손해배상만을 청구할 수 있도록 규정하고 있는 것이다. 그 결과 留止請求는 환경침해에 고의·과실이 없더라도 違法성과 因果關係가 있고 受忍限度를 넘으면 즉시 청구할 수 있는 반면, 損害賠償請求는 일반불법행위의 요건, 즉 違法性, 故意·過失, 因果關係를 갖추어야 한다. (二元說) 한편, 유지청구는 손해배상에 비하여 제한적으로 인용되고 있는데, 그 근거로 수인한도론과 위법성단계설 등이 주장되고 있다.

한편, 유지청구나 손해배상청구제도 모두 환경침해를 상징하고 창설된 것이 아니기 때문에, 환경문제에 효과적으로 대응하기 위하여 法理를 大幅的으로 修正·變更하려는 노력이 여러 가지 방면에서 시도되고 있다. 이 중에는 財產權과 人格權을 基本軸으로 하는 근대 민법의 기본틀을 유지하면서 위법성, 고의·과실, 인과관계의 개념을 수정하려는 이론이 있는 반면, 헌법상 환경권 규정에 입각하여 環境權을 새로운 軸으로 받아들여려는 시도(환경권설)가 있다. 환경권이 재산권과 같은 선상에서 인정받기 위해서는 많은 세월이 필요하리라 본다.

민사법상 환경보호와 관련된 논점과 관련된 여러 이론 및 법조문을 도식적으로 요약하면 다음과 같다.

- (1) 유지청구 및 손해배상청구에 관련된 법체계 구성
 - 일원설; 이원설
- (2) 손해배상청구
 - ① 고의·과실
 - 방지의무위반설; 예견가능성설(통설·판례); 신수인한도론; 환경권설
 - ② 위법성
 - 수인한도론(통설·판례); 신수인한도론; 환경권설
 - ③ 인과관계 (원고의 확정)
 - 개연성설; 신개연성설(통설·판례); 위험영역설
 - ④ 복수원인자의 책임 (피고의 확정)
 - 연대책임설; 분할책임설 (시장점유율이론); 민법 §760 ①, ②
 - ⑤ 자연재해와 공동원인의 환경오염
 - 공동불법행위유추설; 민법 §393 유추적용설; 자연력제감설(판례)
 - ⑥ 일괄청구 및 일률청구
 - ⑦ 손해배상범위 및 (환경피해의 잠복성과 관련한) 시효·제척기간
 - ⑧ 집단소송
 - ⑨ 민법 제758조에 의한 손해배상 (오염시설의 점유자·소유자의 책임)
- (3) 유지청구
 - ① 유지청구의 근거
 - 물권적 청구설; 인격권설; 환경권설; 불법행위설
 - ② 위법성
 - 수인한도론(통설·판례); 신수인한도론; 환경권설
- (4) 계약상의 책임 (토양이 오염된 토지의 양도인의 책임)
 - 적극적 채권침해의 법리, 하자담보책임
- (5) 환경분쟁과 Alternative Dispute Resolution
 - 환경분쟁조정제도
- (6) 공법과의 관계
 - ① 공법규정이 민사상 청구의 근거가 되는지 여부
 - ② 환경침해행위가 행정법에 의하여 허용된 경우 민사상 청구 허용 여부

이상의 논의는 환경침해를 상정하고 그 특성에 대응하기 위하여 전개된 것이다.

따라서 수정·변경된 법리를 一般化하거나 擴大適用하는 것은 곤란하다. 특히, 「環境이란 말로 包裝한 財產權의 行使」를 환경이익을 보호하기 위한 주장으로 오인해서는 안 된다. 이와 같은 「類似 環境權」 또는 「似而非 環境權」 주장은 환경이란 슬로건을 내걸고 있지만 본질적으로 자신의 재산권을 만끽하기 위하여 타방의 재산권 행사를 제한해 달라는 利己의 主張이고 따라서 진정한 환경분쟁과 달리 「財產權 對 財產權」의 衝突이라는 분쟁구조를 가지고 있다.⁴²⁾ 그러므로 이 같은 분쟁은 민법에서 발전된 純粹한 財產權 法理에 의하여 해결하여야 할 것이다.

4. 實際의 次元에서 본 環境公法의 體系

(1) 環境私法의 有用性에 대한 懷疑와 包括的 行政規制의 必要性

환경문제에 관한 公法的 規律의 必要性은 私法機制의 限界에서 비롯된다. 해석을 통한 사법이론의 수정이 환경문제를 해결하는데 기여하였지만, 三權分立 하에서 법원의 積極的 解釋에는 限界가 있기 마련이다. 환경사법의 한계는 두 차원, 즉 「法院의 制度的 脆弱性」(institutional incompetence)과 「訴訟의 非合理性」(irrationality of litigation)으로 요약할 수 있다.

먼저 법원이 제도로서 가지고 있는 취약성에 관하여 보면, 法院은 對立 當事者の 利益衝突에 익숙하기 때문에 多中心的 社會問題 (polycentric social problem), 즉 여러 부류의 사람들이 복잡다기하게 얽혀 있는 환경문제를 해결하기에 적절하지 않다는 것이다. 환경문제의 피해자는 불특정다수인데, 법원이 소제기자만을 위하여 손해배상이나 유지 판결을 내릴 수 있는지도 의문이다. 大多數의 被害者가 관련된 경우(이른바 mass-injury 사건)에는 법원이 行政的으로 이를 감당할 수 있는 능력이 있는지, 그리고 보다 근본적으로 制度的 側面에서 법원이 이런 종류의 일에 관여하는 것이 옳은지에 관하여 의문이 생긴다.⁴³⁾ 또한 환경사법은 소송을 전제로 한 것이기 때문에 환경침해를 사전에 예방한다기보다는 事後에 鎮壓한다.

다음으로 소송 자체의 비합리성이 야기하는 문제점을 보자. 환경소송의 경우에는

42) 근래에 선고된 부산대 사건, 홍익대 사건 등이 그 전형적인 예이고, 대법원도 이를 재산권 법리에 의하여 해결하고 있다. 매우 타당한 태도이다.

43) 이른바 mass-injury 사건은 관련 개인의 개인적 이익에 관련되어 있을 뿐만 아니라 보다 큰 차원에서 사회적·경제적 이익과 관계되기 때문에 그 사건에서의 판결은 필연적으로 富의 再分配效果를 가져온다. 따라서 일반적으로 정책결정기관이 아니라 권리수호기관으로 인식되고 있는 법원이 이와 같은 일을 결정하는 것은 적절하지 않다는 생각이 들게 된다. 환언하면 일반적인 민사소송은 그 소송과 관계된 양당사자에게만 영향을 끼치는데 반하여, 환경사건에서의 판결은 소송과 관련된 사람들에 대해서만이 아니라, 보다 큰 범주의 사회적 활동을 제어함으로써 사회가 나아갈 방향이나 사회의 가치 선택에 깊은 영향을 끼치고 나아가 「社會階層間的 힘의 分配構造」를 바꾸게 마련이다. 요즈음 온 나라를 떠들썩하게 만들고 있는 동강의 운명을 법원이 결정하여야 한다고 생각해보시라.

訴訟 자체의 問題點이 환경침해의 특성과 만나 확대증폭된다. 자연과학적 불확실성으로 인하여 야기되는 문제를 입증하기 위해서 엄청난 訴訟費用이 들고, 비용이 많이 든다고 해서 모든 損害를 包攝할 수 있는 것도 아니다. 예컨대 公共資源에 대한 被害는 재산이나 인체에 대한 피해로 파악하기 어려울 뿐만 아니라 재산이나 인체에 대한 遠隔損害와 累積損害도 이를 전보하기 힘들다.⁴⁴⁾ 또한 유지관결을 제한적으로 인정하고 있는 현상황에서는 생태계 보존을 위한 原狀回復의 請求를 인정하기 어렵다. 나아가, 소송 결과 자체의 不確實性은 민사소송이 기업들로 하여금 환경에 미치는 영향을 고려하게 하여 기업경영을 친환경적으로 만든다는 제도의 기본취지를 흐른다. 이와 같은 이유로 환경문제의 사법적 대응은 필연적으로 過多하거나 過소한 規制 水準에 이르게 된다는 진단이다.⁴⁵⁾

이상의 환경사법의 유용성에 관한 회의는 環境危險의 評價와 管理를 보다 합리적으로 — 예컨대 비용·편익 분석 등을 통하여 — 할 수 있는 行政府에 맡겨야 한다는 주장으로 이어졌는데, 그 결과 탄생한 것이 포괄적 행정규제 즉, 環境行政法이다. 환경행정법이 환경문제에 어떻게 대응하는지는 項을 바꾸어 살펴보자.

(2) 環境行政法 形式의 發展段階

우리 나라의 환경행정법은, 憲法上 環境權을 頂點으로 하여 아래 <표1>에 열거된 28개의 環境部 所管 法律과 <표2>에 예시된 餘他 行政部處 所管의 수십 개의 法律로 구성되어 있다. 환경부 소관 법률은 환경침해행위를 물, 대기, 토양 등 분할된 매체별로 규제하고 있다.(媒體別 分割法體系) 이들 환경행정법은 多樣한 形式으로 나타나는데, 이 형식들은 市場을 전제로 당사자들의 조정·협상을 보조하는 것(환경행정법 형식의 제1, 2단계)에서 시작하여 政府의 직접적 개입(환경행정법 형식의 제3단계)을 거쳐 다시 市場機制(환경행정법 형식의 제4단계)로, 그리고 궁극적으로는 經濟와 環境의 統合을 도모하는 방향(환경행정법 형식의 제5단계)으로 발전하고 있다. 이를 발전 단계별로 구분하면 다음과 같다.

(가) 環境行政法 形式의 一段階: 訴訟에 基礎한 規制

환경행정법 형식의 일단계는 「소송에 기초한 규제방법」(litigation-based

44) 자연자원의 침해에 대한 私法的 救濟의 可能性에 관한 문헌으로는 Halter & Thomas, "Recovery of Damages by State for Fish and Wildlife Losses Caused by Pollution", 10 *Ecology L.Q.* 5 (1982) 참조.

45) 환경문제의 私法的 對應이 不充分한 規制(underregulation)로 이어진다는 문헌으로는 Hines, "Nor any Drop to Drink: Public Regulation of Water Quality", 52 *Iowa L. Rev.* 186 (1966), 過多規制(overregulation)로 이어진다는 문헌으로는 Huber, "Safety and the Second Best", 85 *Colum. L. Rev.* 277 (1985).

regulatory scheme)인데, 미국의 종합환경조치·보상 책임법(Comprehensive Environmental Response, Compensation, Liability Act; CERCLA)이나 독일의 환경책임법(Gesetz über die Umwelthaftung)이 그 예이다.⁴⁶⁾ 이는 환경침해에 관하여 민법상 책임원리를 입법적으로 대폭 수정하여 嚴格한 責任을 인정하는 것이다. 예컨대 토양이 오염된 토지와 어떠한 형태의 관련을 맺고 있거나 맺었던 거의 모든 당사자들에게 오염된 토지의 정화 의무를 부과하는 것이다. 이와 같은 입법들은 사법원리의 수정이라는 점에서 환경사법에 가깝다고 할 수 있으나 의무를 강제하기 위한 다양한 公法的 手段을 가지고 있어 환경법 特有的 綜合法이라고 할 수 있다. 우리 나라에는 위와 같은 특별법은 제정되어 있지 않고, 私法理論을 立法的으로 修正한 환경정책기본법과 토양환경보전법상 無過失責任, 連帶責任의 特則이 있을 뿐이다. 이 같은 수정입법은 사법의 틀과 소송을 전제로 하기 때문에 앞서 살핀 환경사법의 한계가 여전히 남는다. 그러나 이 같은 방식은 環境私法과 環境公法을 이론적으로 連結하는 架橋의 役割을 하는 점에서 그 의미가 남다르다.

한편, 憲法上 環境權도 이 형식에 속한다고 할 수 있다. 실제로 환경문제에 인하여 제기되는 민사소송의 경우 그 權原으로서 헌법상 환경권을 많이 들고 있는데 현재로서는 그 구체적 효력을 정면으로 인정하고 있지 않다. 다만, 판례는 헌법상 환경권에 기한 구제로 통하는 문을 완전히 봉쇄하지는 않은 것으로 보인다.⁴⁷⁾

(나) 環境行政法 形式의 二段階: 情報公開에 의한 規制

환경행정법 형식의 이단계는 「정보공개에 의한 규제」(regulation by information disclosure)이다. 이것은 「環境危險에 관련된 情報」를 일반대중에게 公開함으로써 미시적으로는 이해관련 당사자로 하여금 調整과 協商을 圓滑하게 하고, 거시적으로는 환경과 국민의 건강에 영향을 미치는 경제활동에 관한 國民的 意思를 결정하는 政治過程을 촉발하고 合理化하는 데 그 목적이 있다. 환경영향평가법이 이 목적을 위하여 성립된 대표적인 법이고, 공공기관의 정보공개에 관한 법률도 부수적으로 이 기능을 수행하고 있다고 볼 수 있다.⁴⁸⁾ 환경영향평가법은 환경영향평가대상사업

46) 미국의 CERCLA와 독일의 환경책임법에 대한 문헌으로는 Jeffrey Miller & Graig Johnston, *The Law of Hazardous Waste Disposal and Remediation* (1996)과 오석락, “환경책임법” 시안, 환경법연구 15, 1993, 157 각 참조.

47) 헌법상 환경권에 관한 대법원 1995.5.23. 선고 94마2218 결정(공995하, 2236)과 위 대법원 판결의 취지를 적극적으로 해석하여 관련법을 축소해석하고 조리에 기한 판단을 더하여 환경권이 인정되는 구체적인 경우를 최초로 실시한 청주지방법원 1998.2.26 선고 97카합613 판결(법률신문 1998.4.20.자 12면)을 참조하시라.

48) 미국은 공공기관에 대해서뿐만 아니라 일반 기업에 대해서도 보유하고 있는 위험물질에 관한 정보를 공개하도록 하는 법률, 즉 The Emergency Planning and Community Right-to-Know Act를 가지고 있을 뿐만 아니라 증권거래 관련법들을 이용하여 기업들로 하여금 잠재적인 환경책임을 공시하도록 하고 있다. The Emergency Planning

의 사업계획을 수립할 때 환경영향을 미리 예측·분석하여 환경영향을 저감할 수 있는 방안을 강구하도록 강제하고 있다. 미국에서의 환경영향평가는 환경영향평가 절차를 지키면 죽한 節次的 規律인데 반하여, 우리 나라의 환경영향평가제도는, 평가대상 사업의 인·허가를 담당하는 행정부처 즉, 승인기관과 환경부가 환경영향평가의 결과를 놓고 協議하도록 함으로써 實體的 規律도 겸하고 있는 점이 특색이다.

(다) 環境行政法 形式의 三段階: 命令統制方式에 의한 規制

환경행정법 형식의 삼단계는 일반 국민 또는 행정부처에게 「명령통제방식에 의하여 公法的 義務를 賦課」(regulation by command and control)하는 것으로 環境行政法의 本領을 이룬다고 하겠다.

명령통제방식에는 여러 가지의 수단이 있는데, 먼저 環境行政計劃을 들 수 있다. 환경정책기본법과 자연환경보전법에 규정되어 있는 환경보전을 위한 장기종합계획과 영향권별·분야별 환경보전계획과, 국토건설종합계획법, 국토이용관리법, 도시계획법에 기한 각종 개발행정계획에 있어서의 환경보전계획 등이 그 예이나, 이러한 계획 중 마스터플랜으로 기능하는 것은 일반적으로 行政機關 相互間의 關係에 있어서는 일정한 법적 구속력을 가지나 國民에 대한 직접적인 법적 효력은 없다.

두 번째 수단은 環境基準의 設定이다. 환경기준은 바람직한 환경조건의 유지라는 환경행정의 목표를 수량화한 것으로, 오염물질 총량의 증대현상을 막을 수 없었던 濃度規制를 대신하기 위하여 나타난 개념이다. 현재 환경기준은 단지 行政目標에 그친다고 보는 것이 일반적이나, 환경영향평가에 있어 평가기준으로 작용할 수 있고, 행정개별법이 허가를 할 때 환경요소를 고려하도록 규정한 경우 그 허가기준으로 고려될 수 있으며, 민사법상 수인한도를 결정함에 있어 일응의 판단기준이 된다는 점에서 規範的 意味를 갖는다 할 것이다.⁴⁹⁾

환경기준을 달성하기 위한 대표적인 手段은 두 가지가 있는데, 특정 기술을 채택하도록 하는 방법(technology-based approach)과 배출허용기준을 설정하고 이를 준수하도록 하는 방법(quality-based approach)이 그것이다. 전자는 우리 나라에 예가 없고, 후자가 우리 나라에서 오염물질의 배출을 억제하는 대표적인 수단이다. 排出許容基準은 배출시설에서의 오염물질의 배출을 일정한 기준에 따라 규제하는 것인데, 이 기준은 사업주체에 대하여 법적 구속력을 가지기 때문에 그 위반 시에는

and Community Right-to-Know Act에 관한 문헌으로는 Nordenstam & DiMento, "Right-to-Know: Implications of Risk Communication Research for Regulatory Policy", 23 *U.C. Davis L. Rev.* 333 (1990), 기업의 환경책임에 관한 문헌으로는 Geltman, "Disclosure of Contingent Environmental Liabilities by Public Companies Under Federal Securities Laws", 16 *Harv. Envtl. L. Rev.* 129 (1992) 참조.

49) 同旨, 김동희, 행정법 II, 5판, 1994, 34면.

아래에서 보는 각종 하명처분 즉, 개선명령·배출부과금 등의 규제조치가 뒤따른다.

세 번째 수단은 直接的 規制手段으로 현재 가장 높은 비중을 점하고 있다. 申告制, 認·許可制 등은 排出施設 또는 防止施設을 설치하거나 변경할 때 신고하거나 허가를 받도록 함으로써 환경보전의 관점에서 일정한 조건을 충족한 것만을 허용하여 환경을 보전하려는 것이다. 작위·부작위·수인 등의 의무를 부과하는 下命處分도 주요수단인데, 대기환경보전법, 수질환경보전법, 소음·진동규제법 등은 사업자에게 당해 사업의 배출시설에서 나오는 오염물질이 배출허용기준에 적합하도록 배출시설·방지시설을 운영할 의무를 부과하고 배출허용기준을 초과할 경우 改善命을 명할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 이와 같은 하명처분을 이행하지 않을 때에는 상대방에게 의견진술·청문 등의 기회를 제공하고 制裁的 命令이나 措置를 명할 수 있는데, 대기환경보전법, 수질환경보전법, 유해화학물질관리법 등에 규정된 操業停止命令, 施設移轉命令, 許可取消, 違法施設 閉鎖措置 등이 그 예이다. 이러한 처분에 불응하는 사업장에 대해서는 전기·수도의 供給을 拒否할 수 있고, 징역·벌금과 같은 行政刑罰과 과태료와 같은 行政秩序罰을 부과할 수 있다. 한편, 조업정지처분을 내려야 할 때 당해 배출시설이 병원과 같이 공익적 목적에 제공되고 있고 그 조업정지가 공익에 현저한 지장을 초래하는 경우에는 課徵金으로 갈음할 수 있다. 이와 같은 권력적 행정작용에 부수하여 비권력적인 行政指導 등도 유력한 행정수단으로 등장하고 있다.

네 번째 수단은 地域·地區의 指定(land use regulation)이다. 그린벨트의 예에서와 같이 토지의 효율적 이용을 위하여 설정된 국토이용관리법·도시계획법상의 지역·지구가 실제로 환경보전의 기능도 수행하고 있음은 주지의 사실이다. 자연환경보전법은 야생동·식물특별보호구역, 자연생태계특별보호구역, 해양생태계특별보호구역 등을 내용으로 하는 생태계보전지역을 지정하고, 그 관리기본계획을 수립·시행하도록 하고 있다. 또한 환경정책기본법은 환경오염이 심각하거나 생태계의 변화가 현저한 지역을 특별대책지역으로 지정하고, 그 지역의 환경보전을 위한 특별종합대책을 수립하도록 하고 있다. 이들 지역·지구로 지정된 지역 안에서는 土地利用과 施設設置를 制限할 수 있어 그 효과는 매우 크다.

(라) 環境行政法 形式의 四段階: 經濟的 誘因策에 의한 規制

환경행정법 형식의 사단계는 일반 국민으로 하여금 공법적 의무를 「경제적 유인책」(regulation by economic instruments)에 의하여 이행하도록 하는 것이다. 명령통제방식은 개별기업의 구체적 사정을 감안하지 않고 획일적 기준을 강요하기 때문에 경제적으로 효율적이지 못하다. 경제적 유인책은 시장기제를 통하여 환경오염을 효율적으로 해결하기 위한 것으로 경제적 유인으로 피규제자들의 자발적 협조를 얻

어내고 환경오염방지기술을 개발하도록 유도하는 장점이 있다. 현행 대기환경보전법과 수질환경보전법상 시행되고 있는 排出賦課金制度(emission charge system)와 도입을 검토하고 있는 去來可能 汚染排出權(marketable emission right system), 폐기물관리법상의 預置金還拂制(deposit refund system), 환경개선비용부담법상의 環境改善負擔金, 그리고 환경정책기본법, 폐기물관리법 등에 규정된 政府에 의한 補助金支援制度(governmental subsidy) 등이 이 유형에 속하고, 현재로서는 그 예를 찾아보기 힘든 租稅, 예컨대 환경세와 같은 목적세를 이용한 규제도 이 유형에 속한다고 할 수 있다. 앞으로 규제개혁의 기치 아래 규제형식의 중점이 명령통제방식에서 경제적 유인책으로 이행해 갈 것으로 보인다.

(마) 環境行政法 形式의 五段階: 統合汚染管理方案에 의한 規制

환경행정법 형식의 오단계는 「통합오염관리방안」(integrated pollution control)이다. 현행대기환경보전법, 수질환경보전법, 토양환경보전법은 매체가 분할되어 있다는 전제하에 각 매체로 흘러나오는 오염물질을 규제하고 있다. 그런데 이와 같은 排出口(end of pipe)를 통한 오염물질의 배출을 규제하는 媒體別 分割法方式(media-specific approach)은 환경이 물, 공기, 토양, 그리고 생물계로 이루어진 「하나의 시스템」이라는 사실을 간과하고 있다. 부연하면, 오염물질은 최초로 배출된 매체에 머물러 있지 않고 매체를 전전순환하기 때문에, 매체별로 배출구를 아무리 단속하여도 이미 나온 오염물질은 다른 형태로 변하여 다른 매체를 오염시키고 따라서 종합적인 환경질 개선효과면에서는 제한적일 수밖에 없다. 이러한 배경에서 탄생한 통합오염관리방식은 어떤 산업공정의 작동이 있기 전에 그 공정에 따른 위해도를 지역의 환경용량과 비교하여 綜合的으로 評價하고 統合的 意思決定에 따라 하나의 統合된 許可를 발부하는 것으로 요약된다. 영국과 스웨덴 등에서 부분적으로 시행하고 있는 통합오염관리방식은 환경용량 등 기초적 사실에 대한 데이터가 구비되어야 작동가능한 미래형 환경관리방식이라 할 수 있다.

(3) 環境行政에 대한 統制와 權利救濟

(가) 環境行政上의 紛爭構造와 行政爭訟

환경행정에 대한 통제는 두 가지 측면이 있다. 하나는 행정부가 環境行政의 課題라 할 수 있는 환경침해 방지와 환경보전의 행정활동을 제대로 수행하지 않을 때 국민의 입장에서 이를 교정하는 것이고, 둘은 행정부가 환경수호라는 과제에 치중한 나머지 우리 사회의 또 다른 중요한 가치인 私的 自治를 지나치게 제한할 때 국민의 입장에서 이를 원상태로 복원하는 것이다. 앞서 살핀 바와 같이 환경문제는 「公益 對 財產權의 相衝」으로 요약할 수 있고, 이 국면에서 환경법은 재산권의 파

상공세로부터 환경이익을 수호하는 역할을 담당하지만, 환경만이 보호하여야 할 唯一한 法益이 아닌 만큼 환경행정활동이 재산권을 지나치게 제한하는 경우라면 이 또한 법체계 전체의 관점에서 법적 통제가 미쳐야 될 상황인 것이다. 一般行政法이 주로 후자에 치중하여 왔다면 環境行政法의 주된 과제는 전자라고 할 수 있다.

환경행정이 공익의 신장에 치중한다는 것은 環境紛爭의 類型 혹은 環境行政上의 紛爭構造를 관찰하면 보다 분명해진다. 전통적인 행정법 관계는 국민과 행정의 대립이라는 平面的 構造를 띠고 있었지만, 현대사회로 들어서면서 경험하게되는 多中心的 社會問題에 있어서는 행정법 관계가 이해관계가 대립되는 다수의 국민들과 행정이 서로 치고 받는 立體的 構造를 띠게 된다. 특히 환경문제에 있어서 분쟁은 환경침해사업의 許可와 관련하여 許可廳, 허가의 상대방인 事業者, 그로 인하여 위법하게 권익이 침해당하고 있다고 주장하는 隣近住民 또는 一般 國民의 3者(許可關聯 環境紛爭) 혹은 환경침해사업에 대한 制裁와 관련하여 제재를 거부하거나 방치하는 行政廳, 제재의 상대방인 事業者, 행정청의 거부나 무응답으로 인하여 위법하게 권익이 침해당하고 있다고 주장하는 隣近住民 또는 一般 國民의 3者(規制關聯 環境紛爭)가 三角關係를 이루고 전개된다. 환경행정은 이와 같은 분쟁구조하에서 인근주민 또는 일반 국민의 이익이 행정청에 의하여 침해되는 것을 방지하는 역할을 주된 임무로 하는 것이다.

(나) 許可關聯 環境紛爭과 行政爭訟

허가관련 환경분쟁에서 권익을 침해당한 인근주민 또는 일반 국민은 행정청이 사업자에게 내린 허가 등의 취소를 구하는 取消審判 또는 取消訴訟를 제기할 수 있다. 취소쟁송을 제기하기 위해서는 첫째 다투고자 하는 행정활동이 處分에 해당하여야 하고, 둘째 소제기자가 原告適格을 갖추어야 한다. 그 이외의 경우에는 行政上損害賠償을 통하여 위법한 행정활동으로 인한 손해를 배상받을 수 있을 뿐이다.

먼저 「對象適格」 즉, 사업자에게 행한 행정활동이 처분에 해당하는지 여부에 관하여 보자. 환경문제를 법원을 통하여 해결함에 있어 실무상 가장 문제되는 것이 이것인데, 왜냐하면 많은 경우 환경문제를 근본적으로 해결할 수 있는 初期의 環境行政活動이 이 처분개념에 포섭되지 않기 때문이다. 예컨대 環境影響評價行爲 자체, 이에 기한 승인기관과의 사이에 이루어진 協議, 再評價 등이 처분에 해당하는지 문제인 것이다. 실제로 환경적으로 영향을 끼치는 사업, 예컨대 원자력발전소, 댐, 중화학공장 등을 건설할 경우에는 매우 복잡하고 긴 절차를 거쳐야 하는데 현행법의 해석상 처분에 해당하는 것은 이와 같은 절차를 모두 거치고 난 후에 발하여지는 最終 處分이다. 이와 같은 처분이 발하여진 후 이를 행정쟁송의 방법으로 다투려 하는 것은 사업이 이미 상당한 정도로 진척되었기 때문에 현실적으로 무모하다는

판정 — 즉 事情判決을 받기 쉽다는 데 문제가 있다. 따라서 이와 같은 최종 처분에 이르기 전에 쟁송을 제기하여야 하는데, 이것이 대상적격이 없다고 판정되는 것이다. 사정이 이쯤되면 법이 인간을 위하여 존재하는 수단이라기보다는 인간에 선재하는 목적 그 자체로 행세하는 것이 아닌가 하는 생각이 들게 된다.

두 번째 쟁점은 「當事者 適格」의 문제이다. 허가관련 환경분쟁에서 행정활동을 다투는 사람은 당해 행정활동의 상대방이 아니고 그 행정활동으로 피해를 입은 제3자이다. 행정심판법과 행정소송법은 청구인·원고적격을 「法律上の 利益이 있는 자」에 한정하고 있기 때문에, 이 제3자가 행정쟁송을 제기하기 위해서는 당해 행정활동으로 인하여 침해당한 제3자의 이익이 공권이나 법률상 이익에 포섭되어야 하는 것이다. 그러나 최근까지 판례는 제3자의 이익을 反射的 利益이나 事實上的 利益으로 보고 당해 訴訟을 却下해 왔고, 그 결과, 환경이익을 침해당한 인근주민이나 일반 국민이 환경에 악영향을 끼치는 잘못된 행정활동을 법적으로 통제할 수 없다는 결론에 도달하게 된다.

이와 같은 부당한 결론을 뒤집기 위해서는 첫째 당해 행정활동의 根據 法律을 매개로 인근주민이나 일반 국민의 환경이익을 그 법률이 보호하는 이익으로 해석하거나(第1說), 둘째 보다 근본적으로 법률을 거치지 않고 직접 憲法上 環境權 또는 環境國家의 原理에 의거하여 인근주민이나 일반 국민에게 원고적격을 인정하여야 한다(第2說). 환경분쟁에 있어서 문제가 된 허가의 근거 법률은 대개 환경보호를 위하여 제정되었다기보다는 예컨대 안정적인 전력공급 등의 다른 목적을 위하여 제정되었다고 해석되므로, 제1설은 원고 적격의 문제를 크게 해결해주지는 못하리라 판단된다. 헌법상 환경권에 기하여 원고적격을 인정하려는 제2설은 기본권의 전통적 기능인 방어권을 행정활동의 상대방뿐만 아니라 제3자에게도 인정하여 법률을 거치지 않고 직접 원고적격을 인정하려는 것이어서 문제를 일거에 근본적으로 해결할 수 있겠지만, 三權分立의 원칙과의 관계에서 심각한 문제를 야기할 수 있으므로 신중을 기하여야 할 것이다.

나는 타협책으로 근거 법률을 넓게 인정하는 방안, 즉 당해 처분을 내리는 과정에 개입된 「關聯 法律」을 법률상 이익 여부를 판단하는 근거 법률로 해석하는 방안을 제시하고자 한다.(第3說) 환언하면, 기술한 바와 같이 환경적으로 문제가 되는 사업은 — 특히 대형국책사업의 경우에는 — 매우 복잡한 절차를 거치고 많은 종류의 인·허가를 받아야 하는데, 이 과정에서 다수의 다양한 법률이 적용된다. 이와 같은 사정을 반영하듯 근래에 제정되는 법률은 그 법률에 의하여 처분(이 처분이 대개는 가장 중요한 처분임)을 받으면 여타의 법률에서 요구하는 절차를 모두 거친 것으로 또는 여타의 법률에서 정한 처분을 모두 받은 것으로 擬制하는 규정을 두고 있다.(이른바 集中效 규정) 제3설의 요지는 법률상의 이익 여부를 결정하는 기

준이 되는 근거 법률을 정함에 있어, 문제가 된 처분의 근거가 된 법률뿐만 아니라 그 처분에 이르기까지 거쳐야 하는 과정을 규율하는 법률 모두를 포함하는 것으로 보는 것이다. 이렇게 하면 법률상의 이익인지 여부를 판단하는 기준이 되는 법률이 다양하게 많이 인정되고, 그 결과 인근주민이나 일반 국민이 원고적격을 인정받을 가능성은 높아질 것으로 보인다. 대법원은 최근 태도를 바꿔 환경영향평가대상사업과 관련하여 환경영향평가법상의 환경영향평가제에 의하여 보호되는 주민의 환경상의 이익은 법률상 이익에 해당하는 것으로 판단하고 그에 따라 대상사업의 위법한 승인 등에 대해서는 환경영향평가지역 안의 주민이 취소소송 등을 제기하여 이를 다룰 수 있다고 판시한 바 있는데,⁵⁰⁾ 이것은 환경영향평가법을 근거 법률의 하나로 보았기 때문에 가능한 결론이었다. 앞으로 많은 연구가 필요한 영역이다.

(다) 規制關聯 環境紛爭과 行政爭訟

행정청은 환경행정을 위반하는 사업자에게 개선명령·조업정지명령·시설이전명령 등을 발할 수 있는데 이를 발하지 않을 때 규제관련 환경분쟁은 발생한다. 규제관련 환경분쟁은 허가관련 환경분쟁과는 정반대의 양상으로 나타나는데, 여기에서 문제되는 것은 위 제재처분과 같이 사업자에게는 불리하게 작용하지만 인근주민이나 일반 국민에게 유리하게 작용하는 環境行政活動의 不存在로, 인근주민이나 일반 국민은 이 행정활동을 요청하였으나 행정청이 이를 거부하거나 응답하지 않는 경우이다. 인근주민이나 일반 국민의 입장에서는 사업자에 대한 행정개입을 청구하는 경우이기 때문에 통상 行政介入請求權 또는 環境規制措置發動請求權의 문제로 논의되고 있다. 이 분쟁은 헌법상 국가의 환경보호의무와 관련하여 중요성이 강조되고 있는데, 대상적격, 당사자적격, 행정개입청구권, 그리고 그 관철을 위한 쟁송수단이 논점으로 등장한다.

먼저 「對象適格」에 관하여 보면, 인근주민이나 일반 국민이 요청한 행정활동이 處分에 해당하여야 하고, 인근주민이나 일반 국민에게 법령상 또는 조리상 당해 행정활동을 要求할 수 있는 권리가 인정될 때에만 행정청의 明示的 拒否가 거부처분에 해당하여 이에 대한 취소소송이 허용되고, 행정청의 放置는 부작위에 해당하여 이에 대한 부작위위법확인소송이 허용된다.

「當事者適格」의 관문을 통과하기 위해서는, 인근주민이나 일반 국민이 위의 거부처분이나 부작위에 의하여 침해당한 이익이 당해 행정활동의 근거 법률이 보호하는 法律上 利益으로 인정되어야 한다. 이 경우에도 허가관련 환경분쟁에서와 마찬가지로 법률의 적극적·합목적적 해석에 의하거나 헌법상 환경권 및 국가의 환경보호의무에 의하여 원고적격을 인정하여야 할 것이다.

50) 대법원 1998. 9. 22. 선고 97누19571 판결.

「行政介入請求權」 또는 「規制措置發動請求權」이 인정되기 위해서는 첫째 행정청에게 법률상 特定 義務가 부과되어 있어야 하고, 둘째 그러한 의무를 부과한 취지가 個人的 利益도 보호하기 위한 것이어야 한다. 대부분의 경우에 문제의 환경행정 활동을 규정하고 있는 법조문의 형식은 “행정청이 …을 명할 수 있다”라고 규정하고 있기 때문에 특정처분을 해야 할 의무가 존재하는지 여부에 관하여 논란이 많다. (기속처분 여부와 판단여지의 문제) 또한 특정처분의무가 존재하는 경우에도 그 의무를 부과한 당해 법률이 전체 공익뿐만 아니라 인근 주민 개개인의 이익도 보호하기 위한 것으로 볼 수 있겠는가 문제인데, 이는 앞의 당사자 적격에서의 논리가 그대로 적용된다고 하겠다.

행정개입청구권을 관철하기 위한 「爭訟手段」은 행정청이 거부하였는지 또는 방치(부작위)하였는지에 따라 달라진다. 먼저 拒否處分の 경우에는 의무이행심판과 취소소송을 제기할 수 있다. 거부처분이 취소된 경우에는 재처분의무에 따라 필요한 환경행정활동의 의무이행을 확보할 수 있다. 행정청이 명시적으로 거부하지 않고 방치하는 경우에는 의무이행심판과 부작위위법확인소송을 제기할 수 있을 뿐이고, 판례는 의무이행소송을 허용하지 않는다. 부작위위법확인소송에서 인용판결을 받았다 하더라도 행정청은 인근주민이나 일반 국민의 신청에 대하여 거부처분을 할 수 있는바, 이러한 점에서 부작위위법확인소송은 권리구제제도로서 불완전하다고 하겠다.

(라) 環境行政과 國家補償

환경행정과 관련하여 손해를 본 국민은 그 환경행정작용의 違法性 有無에 따라 損害賠償 또는 損失補償을 받을 수 있다.

국가·지방자치단체가 운영하는 공공시설(예컨대 폐기물 처리시설)에서 배출되는 오염물질로 발생한 손해와 같이 국가 등의 행위가 환경침해의 「直接的 原因」이 된 경우에는, 그 청구가 민법이 아닌 국가배상법에 의하더라도, 환경정책기본법 및 개별환경행정부에 규정되어 있는 무과실책임·연대책임의 특칙이 그대로 적용된다. 그러나 배출시설의 違法한 許可나 환경규제조치 등의 放棄와 같이 국가 등의 행위가 환경침해의 「間接的 原因」이 된 경우에는 문제가 간단하지 않다. 왜냐하면 국가배상법은 공무원의 직무집행의 위법성뿐만 아니라 과실을 요구하고 있고 공무원의 행위가 환경침해의 직접적 원인이 아니기 때문에, 환경정책기본법 등의 특칙을 그대로 적용하는 것이 지나치게 환경에 기운 해석일 수 있기 때문이다. 또한 부작위가 환경침해의 간접적 원인이 된 경우, 관계 법률이 작위의무를 부과한 취지가 공익뿐만 아니라 인근주민이나 일반 국민 개개인의 이익도 보호하기 위한 것으로 인정되지 않을 때에는 그 부작위와 피해 사이의 인과관계를 인정하기도 어려울 것이다.⁵¹⁾ 그리고 헌법상 환경권과 관련해서도 많은 연구가 필요한 부분이라 하겠다.

자연환경보전법, 대기환경보전법, 수질환경보전법, 폐기물관리법 등은 「個別的인」 토지의 수용·사용 또는 제한에 대하여 보상규정을 두고 있지만, 그 제한의 인적 범위가 「一般的인 土地利用의 制限」— 대표적인 예로 환경정책기본법상의 특별대책지역에서의 토지이용제한—에 있어서는 보상 규정을 두고 있지 않다. 그린벨트 사건에 관한 헌법재판소의 결정 이후로 환경보전의 목적을 위하여 부과되는 일반적인 토지이용의 제한이 헌법 제23조가 규정한 特別한 損失에 해당하는지, 해당하는 경우에는 損失補償을 해야 하는지 등이 큰 문제로 부각되고 있다. 이 문제는 미국에서도 판례의 태도가 계속 변하고 있다고 평가될 정도로 난해한 문제이다. 규제적 수용이론 또는 수용유사침해이론 등 학계에서도 많은 노력을 기울이고 있지만 경제적 분석에 기초한 입법적 해결만이 근본적인 해결책이 아닌가 생각된다.

환경행정에 대한 통제 및 환경권익구제와 관련된 행정법적 논점을 도식적으로 요약하면 다음과 같다.

- (1) 대통령의 환경행정에 대한 통제
 - 행정부에 대한 일반적인 지휘감독권·인사권
 - 대통령령 제정권
- (2) 국회의 환경행정에 대한 통제
 - 법률우위·법률유보·법률의 법규창조력
 - 법률유보의 범위
 - 행정규칙의 제정근거
 - 법규의 개념
 - 위임입법의 한계
 - 예산배정
- (3) 법원의 환경행정에 대한 통제
 - ① 본안전 요건에 관련된 문제
 - 행정소송의 유형 (규제조치발동청구권과 관련하여)
 - 대상적격: 각 단계 환경행정법 형식의 처분성 (특히 환경영향평가의 처분성), 거부처분·방치, 다단계 행정행위
 - 당사자적격: 환경이익·사실상의 이익, 절차적 이익
 - 시민소송·단체소송
 - 출소기간: 당연무효와 단순위법
 - 위법성의 승계
 - ② 본안 요건에 관련된 문제

51) 대법원은, 공무원에게 직무상 의무를 부과한 法令의 보호목적이 단순히 공공 일반의 이익이나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이라면, 공무원이 그 직무상 의무를 위반한 것을 계기로 하여 제3자가 손해를 입었다 하더라도 공무원의 직무위반 행위와 제3자의 손해 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 수 없다고 판시한 바 있다. 대법원 1994. 6. 10. 선고 93다30877 판결 참조.

- 환경행정법의 법원: 헌법상 환경권, 공공신탁이론 및 행정규칙, 과산법
 - 대물적 행정행위의 효력승계 여부, 대여자의 책임, 주주의 책임
 - 절차적 하자의 효과: 특히 환경영향평가절차의 하자
 - 행정상 의무이행확보수단: 집행정지·가처분제도, 새로운 의무이행확보수단, 행정벌
 - 불확정개념, 판단여지, 재량권의 남용: 자연과학적 불확실성과 행정의 전문성
- ③ 행정상 손해배상 및 손실보상
- 수용적 규제(regulatory taking)·수용유사침해

III. 環境法方法論

環境法 實際의 特性은 환경법을 해석·적용함에 있어 特有한 方法論을 强요한다. 앞서 본 바와 같이 환경문제는 새로운 사회문제여서, 法的 카테고리의 抽象的 틀이 정립되어 있지 않기 때문에 (전통적 법학에서처럼) 정립된 원칙에서 시작하여 일상사의 문제들을 풀어나가듯이 할 수는 없다. 뿐만 아니라, 「公益과 財産權의 衡量」을 기본대제로 하는 환경법에서는 (환경법 원리들의 실현도 중요하지만) 具體的·個別의 事情에서의 衡量要素에 대한 考察이 무엇보다 중요하고, 특히 환경법 실제의 과학·기술관련성과 정책관련성이 빚어내는 環境問題의 不確實性和 價値關聯性을 생각하면 더욱 그러하다. 요컨대 적어도 환경법 실제와 관련되는 한, 法的 本質은 一般性(generality)에 있는 것이 아니라 「相衡하는 利益들의 均衡을 이루는 衡量(balancing)」에 있다고 보는 것이 타당하다.

法形式主義(legal formalism) 아래의 전통적인 法도그마틱(Rechtsdogmatik) 또는 法的 카테고리(legal category)는 개별 사안을 類型化하고 이에 法的 概念을 부여함으로써 얻어지는 것으로서, 개별 사안에 공통적으로 적용될 수 있는 추상화된 法命題(Rechtssatz)나 規則(rule)을 定立한 다음 個別 事案을 이 범명제나 규칙에 包攝(subsumption)함으로써 법적 문제를 해결하는 方法論을 취하고 있다. 법도그마틱 또는 법적 카테고리의 본질을 구성하는 類型化는 실제에서 벌어지는 구체적 사안을 모두 담을 수는 없는 것이기에, 삼단논법에 의한 포섭의 방법론은 초기의 順機能이 시대의 흐름에 격이게 되고 결국 문제 해결의 또 다른 制約으로 작용할 위험이 있다. 환언하면 법도그마틱이나 법적 카테고리는 초기에 실무의 負擔을 輕減시켜주는 機能을 하지만, 그 硬直性 — 유형화가 본질적으로 가지고 있는 — 은 법도그마틱이나 법적 카테고리가 變化하는 時代를 따라잡아 受容하는데 限界로 작용하여 결국 법도그마틱이나 법적 카테고리의 法實務에 대한 統制機能이 잘못된 방향으로 나타나게 된다는 것이다.⁵²⁾ 즉, 法이 現實과 遊離되는 것이다. 이와 같은 이유로 法現實

主義는 形式主義 法學을 否定하는 것으로부터 출발하였다.

그러나 이와 같은 衡量의 強調가 자칫 법적 판단에 있어서 論理의 廢棄로 이어지거나 혹은 결론이 먼저 내려지고 그 結論을 合理化하기 위한 方便으로 법이 해석된다는 自由法的 立場으로 흘러서도 안 될 것이다. 법률가는 특히 법원은 판단을 내려야 할 책임뿐만 아니라 判斷을 說明할 責任이 있고,⁵³⁾ 그러한 설명은 一般人에 豫測可能性을 주고 당사자를 납득시킬 수 있는 논리에 바탕을 둔 合理的인 陳述이어야 하는 것이다.⁵⁴⁾

John Dewey는 구체적 타당성과 법적 안정성의 조화를 도모하기 위한 방법으로 형식적 삼단논법(formal theory of syllogism)을 實驗論理(experiment logic)로 대체할 것을 주장한다. Dewey의 실험논리에 따르면, 삼단논법에서 大前提로서의 原理·原則은 그 자체가 목적이 아니라 현실적으로 타당한 결론을 유도하기 위한 道具에 불과하고, 그러므로 대전제는 결론에 先在하는 것이 아니라 結論과의 相互關聯性 속에서 '發見'되어야 하고 궁극적으로 社會 實狀과의 關聯하에서 持續적으로 更新되어야 한다는 것이다.⁵⁵⁾

필자는 John Dewey의 실험논리 외에 社會學的 法學의 方法論을 환경법방법론으로 추가하고자 한다. 사회학적 법학은, 法은 그 目的에 의하여 해석하여야 하고, 그 목적은 社會現實에 끼치는 效果나 社會의 必要性 (needs of society)에서 발견되어야 한다고 주장한다. 따라서 법은 社會 現實에 대한 經濟學的 또는 社會學的 研究의 도움 없이는 이해될 수 없고 적용될 수 없다는 것이다.⁵⁶⁾

하이데거가 말하였듯이, 「法은 道具」이다. 근본적으로 環境法은 市民의 環境的 價値가 복잡한 현대생활 속으로 스며들고 統合되는데 法機制(legal mechanism)가 寄與하는 方法을 연구하는 것이라고 생각한다. 진취적인 법률가라면, 적어도 法이 紛爭을 解決해주는 잣대로서 존재하는 데 그치는 것이 아니라 우리가 指向하는 社會로 나아가기 위한 變化를 만들어 내는 役割을 할 수 있다고 생각할 필요가 있다. 따라서 법률가는 환경법의 法政策的 解釋·適用을 통하여 “未來의 바람직한 環境을

52) 형식주의법학의 가장 큰 문제점은, 법해석이 마치 비전문가들은 다룰 수 없는 매우 전문적인 작업이라는 虛構를 만들어 내고 있다는 것이다. 즉, 난해한 용어와 실제 생활과 전혀 관계없는 기술적 방안들을 신성시하여 법을 일상생활과 단절시키고 있는 것이다. 법현실주의자인 Max Radin은 이와 같은 상황은 이를 一掃할 革命이 필요한 정도라고 평한 바 있다. Max Radin, "Statutory Interpretation", 43 *Harv. L. Rev.* 863-885 (1930).

53) 최대권, 제정법의 해석, 서울대 법학 제30권 1호, 1989, 123, 129면 (판사는 합리적 이유 제시의 의무를 진다고 주장).

54) John Dewey, "Logical Method and the Law", 10 *Cornell L. Rev.* 17-25 (1925) 참조.

55) 전계면.

56) Herman Kantorowicz, "Some Rationalism about Realism", 43 *Yale L.J.* 1240, 1241 (1934).

形成하는 과정에 ‘法律家로서’ 積極的으로 參與”할 수 있어야 할 것이다.⁵⁷⁾

이와 같이 法의 當爲的 要請을 알기 위해서는 法現實을 정확히 있는 그대로 파악하여야 한다. 이를 위하여 環境법을 「法過程 構造」(structure of legal process) 속에서 이해하고 탐구할 필요가 있다. 다시 말하면 環境법 현실과 環境법이 수행해야 할 당위를 이해하기 위해서는 環境法 — 環境政策을 포함하여 — 의 形成, 執行, 評價 등의 一連의 過程을 충분히 理解해야 하는 것이다. 구체적으로 環境정책과 環境법에 관련된 일련의 과정을 이해하기 위해서는 먼저 문제가 된 環境이슈의 核心을 간파하여 問題意識을 갖고, 나름대로의 해결방안을 머릿속에 떠올려야 한다. 그 다음 단계로는, 그 문제에 대한 議會의 政策決定過程과 그 결과물로서의 立法的 對應을 살펴보아야 한다.(즉 環境법이 어디서 나오는가) 그런 이후에는 行政府가 입법부가 명령한 임무를 어떻게 실천하는가, 즉 구체적으로 결정된 정책을 검토하고 그 執行過程을 검토하여야 한다.(즉, 環境법이 어떻게 집행되는가) 정책의 집행에 문제가 생겨 法院이 나서야 되게 된 경우, 법원이 문제의 해결을 위해 어떤 法解釋으로 대응하고 있는가를 살펴야 한다.(즉, 環境법이 어떻게 해석되는가) 마지막으로 法律家들이 이와 같은 과정에 어떻게 參與하여 영향을 미칠 수 있는가를 탐구하여야 한다. 전통적인 방법론은 마지막 단계인 법원의 법해석에만 치중하였고 법의 해석에 있어서도 법도그마틱이나 법적 카테고리에 치중하여 법정정책적인 면을 도외시한 것이 사실이다. 「法過程 構造」에 의하여 環境법을 해석·적용하는 것은 현실에서 필요로 하는 여러 가지 社會的 要求를 受容하는 데 적절치 않았던 형식주의 법학의 부족한 점을 보충하는 데 기여할 것이다.

結語

資源에 대한 인류의 태도는 변천을 거듭하여 왔다. 토지에 대한 法制度의 변화에

57) 법의 해석·적용에 있어 논의가 분분할 때 우리는 먼저 법논리적으로 타당한 것을 찾게 된다. 우리가 취할 수 있는 선택들이 모두 法論理的으로 合理性의 틀을 벗어나지 않는다면 우리는 그것들 중에 法政策的으로 가장 타당한 결과를 도출할 수 있는 것을 취하여야 한다. 環境법의 해석·적용에는 이와 같은 법정정책적 판단이 필요하게 되는 경우가 상대적으로 볼 때 많다. 예컨대 생산능력과 국민건강과 같이 目的의 相衝(tradeoff)이 있는 경우, 어느 정도로 국민건강이 생산능력에 우선하여야 하는가하는 문제는 법논리적으로 결정하기보다는 정책적으로 결정되어야 할 것이다. 어느 정도로 오염통제를 하여야 하는가, 가장 예민한 사람을 기준으로 결정하여야 하는가, 기존 공장과 신규 공장을 같이 취급하여야 하는가, 같은 오염물질을 배출하지만 그 물질을 줄이는 비용은 극단적인 차이를 보이는 두 배출원을 같이 취급하여야 하는가, 장기적으로 볼 때 효용을 가져오는 정책과 단기적인 효용을 가져오는 정책 중 어느 것을 우선시하여야 하는가, 국토 전체에 같은 기준을 적용하여야 하는가 등등 環境에 관한 거의 모든 법률의 입안·해석·적용에 정책적 문제가 개입되는 것이다.

서 그것을 읽을 수 있는데, 히브리, 게르만, 로마에서의 토지에 대한 소유 형태가 각각 다른 것이 좋은 예일 것이다.⁵⁸⁾ 자원에 대한 인간의 태도가 변하는 주된 원인이 人間에게 있었던 것이 아니고 인간을 둘러싼 外的 條件 즉, 당시의 自然 條件에 있었던 것임은 긴 설명을 필요로 하지 않는다.

환경법의 탄생도 이와 같은 외적 조건의 변화에 기인한다. 다만, 이제까지의 법제도가 主人이 있는 資源, 예컨대 土地에 대하여 관심을 기울였다면 환경법은 재산권이 설정되어 있지 아니한 公共資源에 대하여 관심을 기울인다는 것이 다른 점일 뿐이다. 과거에는 원하는 대로 마음껏 누릴 수 있었던 공공자원이 有限하다는 것을 심각하게 인식하게 되었고, 그 결과 공공자원에 영향을 끼치는 인간의 활동을 규제할 필요성에 共感하기 시작한 것이다. 자원의 유한성이라는 제약 조건 속에서 살고 있는 인류는 주어진 자원을 효율적으로 이용하면서 살 수밖에 없는데, 유감스럽게도 인간은 공공자원의 이용에 있어 공동체의 운명을 생각하여 스스로의 활동을 자제하기에는 너무나 이기적이다.

이와 같이 환경문제의 본질은 바로 공공자원에서 만나게 되는 人間の 利己心이다. 따라서 인간의 이기심을 제어하는 社會的 裝置를 만드는 것이 環境法과 政策의 本領이라 할 수 있고, 이러한 사회적 장치를 설계하는 데서 環境法의 原理를 찾을 수 있다. 주지하다시피 환경문제는 새로운 사회문제여서 법적 카테고리의 추상적 틀이 정립되어 있지 않다. 이와 같은 현실인식에 터잡아 본 연구는 환경법의 원리를 경제학적 측면에서 찾으려고 노력하였다. 즉, 환경침해라는 외부효과를 내부화함으로써 자원의 효율적 이용을 달성하고 그 결과 사회 후생을 극대화한다는 목표의식 아래 법제도가 이에 기여할 수 있는 방안을 탐색해 본 것이다. 그 결과, 본 연구는 환경법의 제도와 이론을 두 가지 원리 즉, 資源配分의 效率性과 衡平性에 의하여 파악하고 설명할 수 있으며 또한 발전시킬 수 있다는 것을 밝혔다.

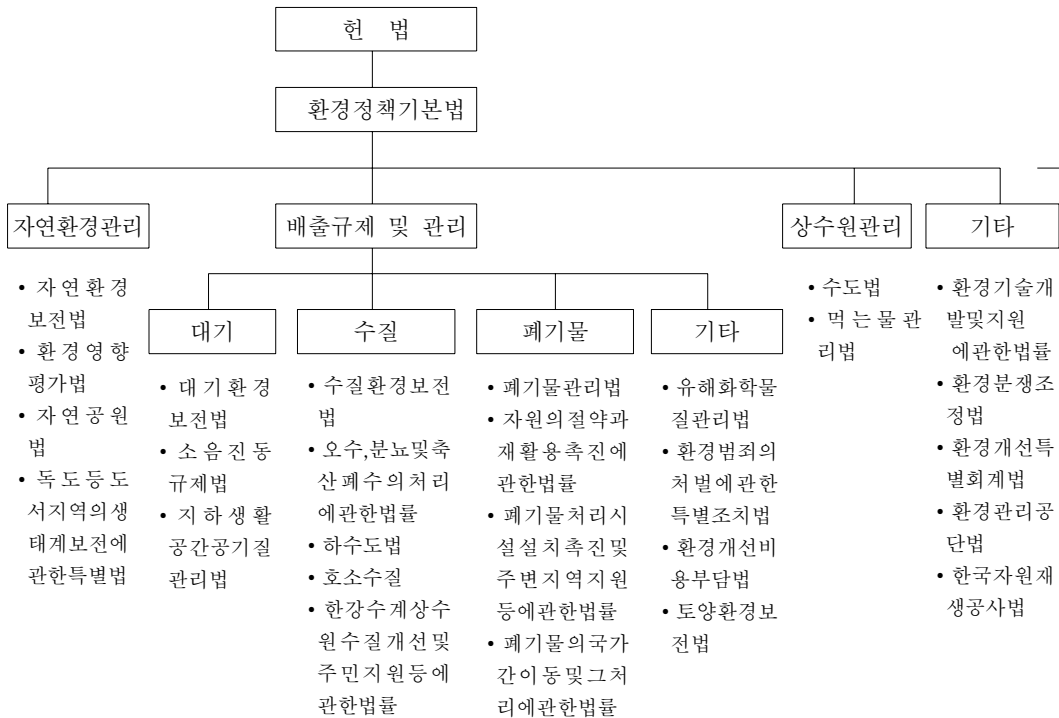
환경법 이론이 적용되는 환경법 실체는 그 이론 만큼이나 새롭다. 환경문제가 새롭게 인식된 사회문제인 만큼 환경문제에 대한 자연과학적 지식은 一時的이고 不確實하고, 그 결과 환경문제에 대한 社會的 認識과 評價는 可變的이다. 또한 환경분쟁은 公益 대 財產權의 대결, 환언하면 공익적인 환경이익에 대한 재산권의 과상공격으로 요약될 수 있는데, 어느 쪽이 승리하든 간에 그 결과는 분쟁과 관련된 사람들에게 대해서만이 아니라, 보다 큰 범주의 사회적 활동을 제어함으로써 사회가 나아가갈 방향이나 社會의 價値 選擇에 깊은 영향을 끼치고 나아가 사회계층간의 힘의 分配 構造를 바꾸게 마련이다. 이런 까닭에 환경 분쟁에 있어서는 법의 一般 命題를 확립

58) 히브리민족에 있어서 토지는 결코 개인들이 그 소유권을 취득할 수 없는, 오로지 용익권만을 가질 수 있는 것이었다. 한편 게르만법에 있어서의 소유권은 단체주의적 소유 형태를 그 특징으로 하였음에 반해, 로마법에 있어서 소유권은 철저히 개인주의적이며 자유주의적이었다. 자세한 것은 윤철홍, 소유권의 역사, 1995, 1-32면.

하여 이를 전통적인 포섭의 논리에 따라 구체적 사건에 적용하는 것보다는 具體的 事件에서 相衝하는 理念·價値·利益들의 均衡을 이루는 個別的 衡量이 중요하다.

이와 같은 환경법의 특성은 방법론적으로도 새로운 접근을 요구한다. 추상화된 범명제의 정립과 개별 사안의 범명제에의 포섭으로 요약할 수 있는 전통적인 법학의 방법론만으로 환경문제에 적절히 대응하기를 기대할 수는 없다. 본 연구는 환경문제에 대한 사회적 인식이 그리고 그에 대한 법적 평가가 과학·기술의 발전 정도와 그 시대의 정치적 경향에 의하여 영향을 받는다는 사실에 주목하면서 代案으로 John Dewey의 實驗論理와 社會學的 法學의 方法論을 제안하였다. 아울러 본 연구는 환경법을 그 형성, 집행, 평가 등의 一連의 過程 속에서 이해할 것을 제안하였다. 그러한 방법론적 전환을 채택함으로써 우리는 未來의 바람직한 環境을 形成하는 과정에 法律家로서 비로소 寄與할 수 있게 될 것이다.

<표 1> 환경부소관 환경법 체계도



* 자료출전: 환경부, 환경백서 1997, 103면 (신설된 법률을 추가하여 최소화하였음)

〈표 2〉 타부처 소관 환경관련법

부 문 별	법 령 명
대기오염관계	도로교통법, 원자력법, 원자력손해배상법, 에너지이용합리화법, 집단에너지사업법, 대체에너지개발촉진법, 석유사업법, 중기관리법, 오존층보호를위한특정물질제조·규제등에관한법률
수질오염관계	해양오염방지법, 지하수법, 하천법, 공유수면매립법, 골재채취법, 공유수면관리법, 특정다목적댐법, 소하천정비법, 지방양여금법
소음관계	도로교통법, 학교보건법
국토토양관계	
* 일 반	국토건설종합계획법, 국토이용관리법, 도시계획법, 건축법, 자연공원법, 도시공원법, 공업배치및공장설립에관한법률, 토지수용법, 도시재개발법, 산업입지및개발에관한법률, 토지구획정리사업법, 택지개발촉진법, 고속철도건설촉진법, 수도권신공항건설촉진법, 신항만건설촉진법, 제주도개발특별법, 국제회의산업육성에관한법률
* 농 업	농약관리법, 농어촌발전특별촉진법, 농어촌정비법, 농지법, 식물방역법, 농어업재해대책법
* 축 산	축산법, 낙농진흥법, 초지법
* 수산, 항만	수산업법, 수산진흥법, 어항법, 항만법
* 산 립	산림법, 조수보호및수렵에관한법률, 사망사업법
* 기 타	기업활동규제완화에관한특별조치법, 문화재보호법, 대외무역법, 환경친화적기업경영체제로의전환촉진에관한법률, 광산보안법, 관광진흥법, 과학기술진흥법, 광업법, 내수면어업개발촉진법, 풍수해대책법, 경범죄처벌법 등

*자료출전: 환경부, 환경백서1997, 106면 (신설된 법률을 추가하여 최신화하였음)

<Abstract>

A Sketch of Environmental Law

— A Experimental Study on Its Principles, Practices, and Methodology —

Hong Sik Cho*

It has been more than 30 years since the Pollution Prevention Act, the first environmental law of Korea, was enacted. While a large number of environmental laws have been enacted since that time, the academic development of environmental law study has not kept pace. This article claims that the underdevelopment of environmental law study results from the misconception of environmental law. Truly, environmental law has not been recognized as an unique and separate field of law among scholars in Korea.

Launched from the reflection on the status quo of environmental law study, this article attempts to set up environmental law as an original field of science of law. For this purpose, this article aims to find the subject of environmental law, provide the theoretical basis to cope with environmental problems, and identify the characteristics of environmental law practices. In addition, this article claims that a new approach to study environmental law needs to be developed so that environmental law theories can successfully interact with environmental law practices.

* Full-time lecturer, Seoul National University