

# 환경분쟁의 발생배경, 유형 그리고 대책\*

— 환경분쟁조정제도의 기능강화의 관점에서 —

李熙貞\*\*

## 차 례

- I. '환경분쟁' 의 의의
- II. 환경분쟁의 발생배경
- III. 환경분쟁의 유형
- IV. 환경분쟁에 대한 대책

우리 사회의 분쟁 또는 갈등의 해결을 위한 적절한 기제의 모색이 국가적 과제가 되고 있다. 그러한 분쟁의 많은 부분에 환경에 관한 쟁점이 관련되어 있다. 따라서 사회전체적인 분쟁발생을 감소시키거나 적절히 해결하기 위해서 그 주요한 비중을 차지하는 '환경분쟁'의 영역이 그러한 노력이 집중되어야 할 분야라 할 수 있다. 또한 환경분쟁이 보여주는 새로운 분쟁의 양상과 쟁점들은 다양한 선진적인(때로는 실험적인) 분쟁해결수단을 개발·적용하고 그 경험에서 나오는 교훈을 축적해 감으로써 다른 영역의 분쟁해결에도 기여하는 배양기와 같은 역할을 할 수 있을 것이다.

“환경분쟁의 발생배경, 유형 그리고 대책”이라는 주제에 대해서는 법학뿐만 아니라 널리 인문·사회 및 자연과학 등의 다양한 관점에서 접근할 수 있을 것이다.

\* 본 논문은 한국환경법학회 제83회 학술대회 (2006. 4. 8 한국환경정책평가연구원)에서 발표한 논문을 수정·보완한 것입니다.

\*\* 동국대학교 법과대학 조교수

본고는 이에 대해 “환경분쟁조정제도의 기능강화를 위한 법적 과제 및 그 해결방안의 모색”이라는 대주제와 관련성을 염두에 두고 접근하였다. 즉, 환경분쟁에 대한 적절한 법적 해결방안의 모색에 시사점이 있다고 보이는 발생배경과 유형을 고찰하고, 그러한 발생배경과 유형에 상응하는 대책을 검토하여 본다.

이러한 관점에서 환경분쟁의 발생배경을 주관적 인식의 변화와 분쟁해결수단의 흡결이라는 측면으로 나누어 보았다. 또한 환경분쟁의 유형화는 다양한 기준에 의해 이루어질 수 있겠으나, 본고에서는 특히 분쟁에 관련된 이해관계의 특징에 따라 (1)분쟁당사자 각자의 이익 또는 가치에 대한 선호(preference)에 대한 개입을 시도하지 않고 일관된 원칙에 입각한 객관적 기준 또는 당사자 간의 자발적 교환에 의해 해결되도록 하는 것이 가능하고 적절한 분쟁과 (2) 분쟁당사자들의 선호의 변화를 가져옴으로써 비로소 적절한 해결이 가능한 분쟁이라는 두 가지 모델로 유형화하여 본다. 이를 간단히 (1)개인주의적 자유주의적 접근이 적절한 분쟁과 (2) 공화주의적 접근이 적절한 분쟁으로 표현하기로 한다. 그 예로서 전자의 경우 환경분쟁조정위원회에 의한 공동주택에 있어서 층간소음분쟁을, 후자의 경우 방사성폐기물처리장입지선정에 관한 분쟁이나 새만금분쟁 등을 들 수 있다.

마지막으로 환경분쟁에 대한 법적 해결방안의 모색에 있어서 그 발생배경이나 유형의 차이에 대응되는 차별화된 접근을 하여, 다양한 분쟁해결방식으로 이루어진 종합적 분쟁해결체계를 구축해 둘 필요가 있다. 실체법적 기준 및 분쟁해결절차 등이 미흡한 과소법화 상태에서 환경분쟁조정제도의 역할은 적극적인 범형성 과정을 촉진하는 동시에 재판적 절차로 해결하기에 적합하지 않은 분쟁에 대한 합의적 해결절차를 발전시킴으로써 사법기능을 보완하는데 있다고 본다.

## I. ‘환경분쟁’의 의미

### 1. 일반적 의미

‘환경분쟁’은 그 語義 상 ‘환경’ 및 ‘분쟁’ 개념 각각의 정의에 따라 매우 광범한 대상

을 의미할 수 있다. ‘환경(environment)’의 사전적 의미는 “특정한 개체(system)에 작용하여 그 개체의 진로와 존재방식을 결정하는 외계 요소들의 복합체”를 말한다. 특정 개체가 부분집합이라면 환경은 이를 포함하는 전체집합을 의미하며, 특정 개체의 유지와 발전을 위해서 그 개체와 환경은 무단히 상호작용을 한다.<sup>1)</sup> 이를 현대 사회에서 ‘환경문제(environmental problem)’ 또는 ‘환경주의(environmentalism)’라고 할 때의 ‘환경’개념에 적용해 보면, ‘인간 또는 인류공동체가 유지·발전하기 위해 상호작용하고 있는 외계 요소들의 복합체’라고 할 수 있을 것이다. 이러한 의미의 환경은 사회환경·생활환경·자연환경의 구분을 비롯하여 다양한 기준에 의해 분류될 수 있다.<sup>2)</sup> 그러나 이러한 다양한 유형의 ‘환경’은 동일한 차원에서 논의될 수 없으므로, 논의의 구체적 목적에 따라 적절한 범위를 확정하여야 할 것이다. 어느 범위의 환경을 법적 규율 또는 법적 분쟁해결이 필요한 대상영역으로 파악할 것인가는 사회적 합의가 형성되어야 할 문제이자, 법적 차원에서는 1차적으로 입법자가 결정할 문제이다.

한편 ‘분쟁’ 개념 역시 다양한 의미범위를 가진다. 우리말의 ‘분쟁’의 사전적 의미는 ‘어떤 말쟁 때문에 서로 시끄럽게 다투는 일’을 의미한다. 그러나 환경분쟁조정제도와 같은 ‘재판외 분쟁해결수단(Alternative Dispute Resolution, ADR)’에서 ‘분쟁(dispute)’은 ‘사람들 사이의 논쟁 또는 의사의 불합치’로 정의된다. 따라서 현재 표면적으로 다투고 있지 않아도 실질적인 의사의 불합치가 존재하여 다툼의 잠재적 가능성이 존재하는 상황으로 분쟁의 의미범위가 확대될 수 있다.<sup>3)</sup>

1) <http://en.wikipedia.org/wiki/Environment>; 생활체를 둘러싸고 직접 간접으로 영향을 주는 자연, 또는 사회의 조건이나 형편.

2) 다만 그러한 범주적 유형화와 더불어 정도의 차이로 환원할 수 있는 기준의 하나로 인간과 환경 사이의 상호작용의 직접성을 생각해 볼 수 있지 않을까 한다. 예컨대 소음·진동과 같이 인간의 감각기관에 즉각적인 반응을 일으킬 수 있고 그 범위의 특징이 상대적으로 용이한 반면, 수질오염·대기오염, 나아가 생태계의 변화 등은 장기간 축적되어 반응을 일으키는 경우가 많고 영향이 미치는 범위의 특징이 용이하지 않다는 특징이 있다. 그렇다면 소음·진동의 경우 인간과의 상호작용의 직접성이 매우 높은 환경문제라면, 수질오염, 생태계 변화 등으로 갈수록 인간과의 상호작용은 점점 더 원격적(remote)이라 할 수 있지 않을까. 이러한 상호작용의 특징이 환경분쟁조정위원회에서 처리하는 분쟁의 86%를 소음·진동으로 인한 피해가 차지하는 이유의 하나가 되지 않았을까 한다.

그런 맥락에서 ADR은 소송의 대안으로서 뿐만 아니라 행정청이 의사의 불합치가 존재하는 다양한 이해관계의 조정자로서 1차적 결정권을 행사할 때 행정청의 일방적인 결정방식(행정행위)의 대안으로도 이용될 수 있다. 그러므로 '분쟁' 개념 역시 목적에 따라 사회적 합의에 기반하여 입법적으로 다르게 확정될 수 있다.

## 2. 「환경분쟁조정법」상 의의

「환경분쟁조정법」상 '환경분쟁'의 의의는 무엇보다도 환경분쟁조정제도의 목적에 준거하여 확정될 것이다. 그러한 점에서 1990년 제정된 「환경오염피해분쟁조정법」이 '국민의 건강·재산상 피해의 구제'만을 목적으로 한 데 비하여,<sup>4)</sup> 1997년 제정된 「환경분쟁조정법」은 '환경보전'을 그 목적으로 추가하였다는 점<sup>5)</sup> '환경분쟁'의 의의에 대해서도 시사하는 바가 크다. 즉, '환경분쟁'을 분쟁당사자인 국민의 건강·재산상 피해 구제라는 주관적 기능을 넘어 '환경보전'이라는 공익 실현의 계기로 파악함으로써, 장래 후자의 기능이 확대된다면 '환경분쟁'의 의미 범위도 확대될 가능성이 열린 것이라 볼 수 있다.

그러나 현재 「환경분쟁조정법」은 환경분쟁의 개념에 대해 동법 상 명시된 경우

- 
- 3) 최근 「공공기관의 갈등관리에 관한 법률안」의 성안으로 집약된 공공갈등관리제도에 관한 연구에서는 '갈등'과 '분쟁'의 개념을 분리해서 이해해야 한다고 하면서, '갈등(conflict)'은 "서로 양립불가능한 이해관계나 목표가 상충된 상태"로서 분쟁의 원인이 된 상태(state)이며('내재된 갈등(latent conflict)'), 분쟁은 갈등의 결과로서 '표출된 갈등(manifest conflict)'을 의미한다고 한다. 대통령자문 지속가능발전위원회 편, 「공공갈등관리의 이론과 기법(상)」, 논행, 2006, 73-74면; '갈등'과 '분쟁'의 개념을 학문적으로 통일하여 사용할 필요성이 있으나, 아직은 의미가 확정된 상태는 아니라고 보고, 외국의 논의에서도 'conflict resolution'과 'dispute resolution'이 모두 사용되고 있는 것으로 보여 본고에서는 '분쟁'개념만을 사용하였다.
  - 4) 환경오염피해분쟁조정법(1990.8.1 제정) "제1조 (목적) 이 법은 환경오염으로 인한 피해의 조사와 분쟁조정을 위한 알선·조정 및 재정의 절차등을 규정함으로써 국민의 건강 및 재산상의 피해를 신속하고 공정하게 구제함을 목적으로 한다."
  - 5) 환경분쟁조정법 (1997.8.28 전문개정) "제1조 (목적) 이 법은 환경분쟁의 알선·조정 및 재정의 절차 등을 규정함으로써 환경분쟁을 신속·공정하고 효율적으로 해결하여 환경을 보전하고 국민의 건강 및 재산상의 피해를 구제함을 목적으로 한다."

만을 환경분쟁으로 인정하는 ‘열거주의’적 접근을 취하고 있다.<sup>6)</sup> 『환경분쟁조정법』에서 획정하고 있는 ‘환경분쟁’의 의미범위를 보면, “환경피해에 대한 다툼과 환경기술개발 및 지원에 관한 법률 제2조 제2호의 규정에 의한 환경시설의 설치 또는 관리와 관련된 다툼”으로서, ‘환경피해’는 사업활동 기타 사람의 활동에 의하여 발생하였거나 발생이 예상되는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 소음·진동, 악취, 자연생태계파괴, 진동이 그 원인중의 하나가 되는 지반침하 및 건축법의 적용을 받지 아니하는 구조물에 의한 일조방해가 해당된다. 이 규정상 ‘환경’은 위에 든 다양한 환경매체의 오염 중 인간에 대한 ‘건강상·재산상 피해’를 발생시킬 수 있는 것으로 제한되므로, ‘건강상·재산상 피해’가 아닌 그 밖의 환경상 이익 또는 쟁점에 관한 분쟁은 『환경분쟁조정법』상의 ‘환경분쟁’이 아니라고 해석될 수 있다. 예컨대 ‘건강상·재산상 피해’를 좁게 해석하는 경우 ‘환경의 쾌적함(amenities)’이나 ‘심미적 이익,’ 그리고 인간의 건강·재산에 대한 직접적 피해가 인지되지 않는 생물종의 멸종 등이 이러한 범주에 속한다.<sup>7)</sup>

그러나 동법은 ‘환경분쟁’의 의의를 양 당사자들 간의 건강·재산상 피해발생으로 인한 사후적 이해관계의 조정으로 국한하여 파악하고 있지는 않다. 첫째, 피해가 이미 발생한 경우 외에 피해의 발생이 예상되는 경우까지 포함되므로(제2조 제1호), 피해발생위험이 있는 행위에 관한 사전적 결정단계에서 의사의 불합치가 있는 경우가 ‘분쟁’에 포함된다. 다만 동법 시행령 제9조는 예상피해로 인한 분쟁에 대한 조정신청의 시점을 사업계획이 관계법령의 절차에 따라 결정된 후로 제한함으로써 『환경분쟁조정법』이 관계행정청의 1차적 결정의 형성과정에서 존재

6) 김형진, “환경분쟁조정법의 계문제”, 『법조』, 2001. 12 130면. 동 논문은 환경피해와 환경분쟁이 다양한 유형으로 발전한다는 점에서 이러한 열거주의는 문제점도 있으나, 행정기관으로서 환경분쟁조정위원회의 권한 및 업무범위의 명확한 규정이 필요하다는 점에서 열거주의는 유지하되, 대통령령으로 새로운 유형의 환경분쟁을 포함시킬 가능성을 열어둘 것을 제안하고 있다.

7) 이 밖에도 환경분쟁조정법의 적용대상에 포함시킬 것인지 여부의 검토가 필요한 대상으로 골프장·연탄공장 등 환경오염을 유발시킬 시설물의 설치와 관련된 분쟁(피해가 현존하거나 명백하지 않은 상태에서 ‘설치’만을 다루는 경우), 배출권거래, 생물다양성, 기후변화, 오존층파괴 등이 있다. 김형진, 전제논문, 134면

하는 의견불합치 상태를 조정대상분쟁으로 파악하고 있지 않음은 분명하다.

또한 일정한 요건을 갖춘 환경단체는 중대한 자연생태계파괴로 인한 피해가 발생하였거나 발생할 위험이 현저한 경우에는 위원회의 허가를 받아 분쟁당사자를 대리하여 위원회에 조정을 신청할 수 있도록 하고 있다. (제26조) 이 조문은 일응 자연생태계파괴의 경우 그로 인해 특정범위의 사람들에 대한 직접적인 건강상·재산상의 피해가 인지되기 어려울 수 있으므로 이에 대비하여 환경단체의 역할을 인정한 것으로 보인다. 즉 객관적으로 제거되어야 할 환경피해이나, 그 제거를 위해 필요한 '분쟁'이 발생할 현실적 유인이 약한 경우를 대비하여 '자연환경보호'라는 가치를 추구하는 환경단체가 갖는 動機를 이용하고자 하는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 환경단체가 환경적 가치를 주장하는 독자적인 분쟁당사자가 아니라 '분쟁당사자를 대리하는 자격'일 것을 요구함으로써 동법 상 '환경분쟁'은 여전히 '건강상·재산상 피해'와 관련성을 갖는 경우로 제한되고, 순전히 '환경보전'의 가치를 쟁점으로 하는 경우는 배제된다.

마지막으로, 동법 제30조는 중대한 환경피해가 발생하여 이를 방지하면 사회적으로 중대한 영향을 미칠 우려가 있다고 인정되는 경우의 분쟁에 대하여는 중앙조정위원회가 직권으로 조정절차를 개시할 수 있도록 하고 있다. 소송이 제기되지 않으면 분쟁에 개입할 수 없는 司法의 소극적 본질에서 오는 사법기능의 제약을 생각해 볼 때, 환경분쟁조정위원회의 직권조정개시는 심각한 환경피해에 대한 행정적 차원에서 공격 개입을 개시하는 근거인 점에 의미가 있다. 구체적으로는 사망 또는 인체에 중대한 장애가 발생한 분쟁 및 조정금액이 50억원 이상인 분쟁이 이에 해당된다(동법 시행령 제23조). 이는 현재 환경피해 내지 사회적 영향의 '중대상'을 판단하는 기준으로서 건강·재산상 피해의 심각성이 유일한 기준으로 고려되고 있음을 보여준다.

환경분쟁조정법상 '환경분쟁'의 의미는 곧 환경분쟁조정제도의 기능과 권한의 범위와 직결된다. 위에서 본 바에 따르면 동법 상 '환경분쟁'의 의미는 '환경보호'와 '피해구제'의 측면 중 상대적으로 '피해구제'의 측면에 치중하여 비교적 제한적으로 확정되고 있다. 이는 곧 환경분쟁조정제도가 「환경오염피해분쟁조정법」으로부터의 변화에도 불구하고 그 기대되는 기능영역은 크게 달라지지 않았음을 의미하고, 나아가 장래

환경분쟁조정제도가 개척할 수 있는 기능영역이 많이 남아있음을 의미한다.

## II. 환경분쟁의 발생배경

환경분쟁이 발생하는 배경은 ‘환경’에 관한 분쟁이 발생하는 배경과 환경에 관한 ‘분쟁’이 발생하는 배경으로 나누어서 보아야 할 것이다.<sup>8)</sup> 그러나 환경분쟁 해결에 관한 법학적 접근이라는 본고의 주제 상 환경문제의 발생배경보다는 ‘분쟁’의 발생배경에 중점을 두어 보기로 한다.

### 1. 환경문제의 발생배경

현대 사회에서 환경문제가 빈발하는 전 세계적으로 진행되어 온 도시화·고도산업화로 인한 환경오염과 환경훼손의 확대라는 환경상태의 변화이다. 도시화는 인간이 밀집된 공간에서 상호 생활이익이 침해되는 경우를 증가시키고, 오염물질이 집중적으로 배출됨으로써 환경의 자정능력을 넘는 부담을 초래한다. 또한 고도산업화에 따라 변화된 생산공정에서 질적·양적 측면에서 이전에는 존재하지 않았던 새로운 오염원이 대량으로 배출·축적됨으로써 회복하기 어려운 환경의 변화가 초래되었다. 또한 환경오염과 그 결과적 피해간의 인과관계에 대한 과학적 규명이 이루어지지 않거나, 그러한 지식이 적절히 전파되지 못함으로 인한 정보의 부재·불명확성 및 불균형 역시 환경문제의 발생배경이라 할 수 있다.

환경문제의 이러한 현상적 원인의 배경에는 ‘소비가 미덕’으로 작용하는 자본주의적 시장경제의 전파와 그 결과 인간의 행복의 기초를 물질적 소비에 편향되게 두는 세계관의 형성이 있다. 또한 보다 근본적으로는 인간과 자연의 관계에 대한 특정한 태도, 즉 인간을 자연의 일부로 위치지우기 보다는(man a part of nature)

8) 홍준형은 환경분쟁의 발생을 ①환경상태의 변화와 ② 환경문제로 인하여 이해관계에 영향을 받는 당사자들의 환경의식과 권리의식의 변화라는 두 가지 변수의 함수로 설명할 수 있다고 한다. 홍준형, 「환경법」 제2판, 박영사, 2005, 343면.

자연과 분리된 존재로 (man apart from nature) 보는 태도가 존재한다.<sup>9)</sup> 예컨대 경부고속철도 천성간구간 터널공사중지를 둘러싼 ‘도롱뇽소송’에서 자연물인 도롱뇽에게 당사자능력을 인정할 것인가의 문제는 1차적으로 현행법의 해석에 의해 결정되어야 하겠지만, 그 배경에는 우리 법체계가 인간과 동물의 관계에 대해 가지고 있는 태도가 전제되어 있다.<sup>10)</sup>

## 2. 환경분쟁의 발생배경

환경에 관한 **분쟁**이 빈발한 직접적 원인은 물론 사전적으로 오염유발행위의 빈도나 규모 등의 경감과 이미 발생된 오염의 사후 제거 또는 오염피해에 대한 구제가 신속하고 효과적으로 이루어지지 못하는데 있다. 그러나 ‘분쟁’을 유발하는 간접적 배경으로 특히 다음과 같은 사항을 생각해 볼 수 있다.

### (1) 주관적 인식의 변화

분쟁 발생의 정도나 양상은 환경문제의 객관적 존재 여부에만 달려있는 것은 아니다. 사람들의 주관적 인식의 변화에 따라 분쟁의 현실화의 정도가 달라지기 때문이다.

그러한 주관적 인식으로는 먼저 환경문제와 특정한 피해 사이의 인과관계에 대한 과학적 인식을 들 수 있다. 예컨대 주택마감재에서 나오는 휘발성 유기화합물

9) Walter H. O'Briant, "Man, Nature and The History of Philosophy," in 'Nature,' vol. I Thinking the Natural, ed. David Inglis, John Bone and Rhoda Wilkie, Routledge, 2005 p.63 전자의 관점에서는 인간은 理性이라는 독특한 능력을 가진다는 점에서 다른 생물과는 범주적으로 구별되는 존재로 보지만, 후자의 관점에서는 인간과 다른 생물의 차이는 범주적인 차이가 아니고 이성을 사용하는 능력의 정도의 차이라고 본다.

10) 이러한 맥락에서 인간중심주의 환경법에서 인류의 및 환경생태의 보호를 지향하는 생태주의 환경법으로의 발전방향을 제시하며, 동시에 환경분쟁해결의 차원에서 개인주의적이고 인간중심주의적인 주관소송제도를 중심으로 하는 현행 환경행정소송제도는 객관적이고 공익적 성격이 강한 환경생태의 보호를 위해서는 한계를 가질 수 밖에 없으므로 새로운 소송제도의 도입이 필요하다는 주장이 있다. 강재규, "환경법의 성격과 환경행정소송제도 - 도롱뇽소송을 중심으로 -", 『환경법연구』 제27권 제1호, 2005, 2,36-39면.



등과 거주자의 건강상 문제와의 인과관계가 알려지게 되면서, ‘새집증후군’<sup>11)</sup> 등 실내환경오염문제가 환경문제로 주목되게 되었고, 그에 관한 분쟁이 현실화되어 환경분쟁조정위원회의 제정에 의한 아파트 시공사의 피해배상결정과<sup>12)</sup> 환경부장관의 ‘신축공동주택 실내공기질 권고기준’ 정립<sup>13)</sup> 등의 분쟁해결과정 또는 범형성과정이 촉발된 것이다.

다음으로 환경의 중요성과 환경문제의 심각성에 대한 의식, 곧 환경의식이 있다. 환경의식은 반드시 환경피해의 심각성에 비례하는 것은 아니다. 환경피해가 일부 고립된 지역이나 특히 사회의 의사결정과정에 대한 영향력이 상대적으로 약한 집단에 집중적으로 발생하는 경우 이는 사회전반의 환경의식을 고양시키는 것으로 직접 연결되지 않을 수 있다. 이는 환경단체나 시민단체의 활동으로 그 문제에 대한 사회적 의식을 촉진하는 활동에 의해서 보다 직접적으로 고양될 수 있다. 환경의식의 고양에 따라 초기에는 환경분쟁의 발생가능성이 높아질 것이나, 그 결과 사회적 규범(법규범, 도덕·윤리규범 등)의 형성을 촉진하면 이는 오히려 각 행위주체들의 행위를 환경에 민감하게 함으로써 환경문제의 사전적 해결에 도움이 되어 분쟁발생을 감소시킬 수 있다.

마지막으로, 환경의식의 강화에 따른 환경적 이익의 법적 권리화 경향에 수반되는 ‘권리의식’의 강화를 들 수 있다. 법적 권리화는 기본적으로 자유주의에 기반한 전통적인 권리체계의 일부로서 집단이 아닌 개인을 권리주체로 하는 개인적 권리로 구성되어 왔다. 이는 특히 우리 헌법상 환경권의 내용이 구체화되어가는 과정에서 잘 드러난다. 이러한 권리화의 경향은 권리화된 이익에 대해서 뿐만 아니라 아직 정당한 절차에 의해 법적 권리화가 완성되지 않은 환경적 이익에 대해서도 권리를 주장하게 함으로써 분쟁발생을 촉진할 수 있다. 그리고 이러한 경향은 사회에서

11) 주거용건물의 건축자재나 벽지에 포함되어 있는 화학물질이 실내에 방출되어 두통·알레르기·코막힘 등을 유발하는 현상을 말한다.

12) 김상호, “‘새집증후군’ 피해 첫 배상결정 (경제정책해설)”, 『나라경제』, 2004. 8, 81-84면.

13) 『다중이용시설등의 실내공기질관리법』의 2005. 5. 31 개정에서 제9조 제3항을 신설하여 환경부장관이 신축공동주택 실내공기질 권고기준의 설정권한을 부여하고, 동법 시행규칙의 2006. 3. 13 개정시 제7조의 2, 별표 4의 2에서 이를 확정하여 공포하였다.

언론매체에 의한 특정 쟁점의 부각이 여론형성에 영향을 미침으로써 강화된다.

## (2) 분쟁해결수단의 흠결

분쟁이 발생하여도 분쟁해결절차를 통해 신속하고 적정하게 해결된다면 사회 전체적인 분쟁의 수준은 낮아질 것이다. 사회의 분쟁해결은 法的 場(forum)에서만 이루어지는 것은 아니지만, 법치주의를 기본원리로 하고 있는 헌법 하에서 분쟁은 법적인 장에서 법적 기준에 의해 해결되는 것을 원칙으로 한다. 분쟁의 법적 해결을 위해 필수적인 수단으로는 분쟁당사자들간의 법률관계를 판단해 줄 규범적 근거로서 사전에 정립된 명확한 실체법적 기준과 당해 기준을 적용하거나 적절한 실체적 기준이 미흡한 경우에도 절차적 법치주의가 실현될 수 있도록 하는 절차를 들 수 있다. 이러한 법적 분쟁해결수단이 정비되는 과정을 ‘法化(legalization)’의 과정이라 할 수 있다. 우리의 경우 환경분쟁의 법적 해결이 원활히 이루어지지 않는다면 그 원인은 우선 법화가 충분히 진행되지 않은 상태 즉, 過少法化에서 찾아야 할 것이다.<sup>14)</sup> 過度法化에 의해서도 (환경이익의 권리화경향처럼) 분쟁의 증가가 있을 수 있겠으나, 현재의 우리나라의 전반적인 상태는 과소법화에 근거한 부분이 1차적인 관심사가 되어야 할 것이다.

### (가) 실체법적 분쟁해결기준의 흠결

분쟁의 사전 예방 및 신속한 사후 해결을 위한 기본조건은 행위규범 및 재판규범으로 작용할 실체법적 기준이 상세하고 명확하게 정립되어 있는 것이다. 행위의 금지와 허용에 대한 예측가능성이 높아짐으로써 분쟁이 미연에 방지되고, 사

14) 과소법화(under-legalization)상태와 과도법화(over-legalization)상태에서의 재판의 분쟁해결수단(ADR)의 기능을 구별해서 보아야 한다는 점에 대해서는 이희정, “법의 지배와 행정법상 재판의 분쟁해결수단 - 미국의 경우를 중심으로,” 서울대학교 박사학위논문, 2004. 8 12-14면; 非法化(delegalization)의 관점에서 본 미국의 분쟁해결수단의 변화 경향에 대해서는 Christine B. Harrington, “Delegalization Reform Movements: A Historical Analysis,” *The Politics of Informal Justice*, vol. 1 ed. Richard L. Abel, Academic Press, 1982 참조.

후 해결 역시 확고한 기준의 적용이 가능한 경우 신속하고 명쾌하게 이루어질 수 있기 때문이다. 그런데 이는 환경상 이익에 법적 권리로서의 지위를 부여하는 것과는 다른 차원의 문제이다. 환경상 이익을 법적 권리화하더라도 흔히 이러한 환경권이 환경오염유발행위를 한 자가 기초하고 있는 다른 종류의 권리들과 상충할 때 이들 권리들에 대해 항상 우위가 인정되는 것은 아니기 때문이다. 분쟁해결을 위한 실체법적 기준이란 이러한 권리들 상호간의 충돌이 있을 경우 조화점을 찾는 준거로서의 기준을 의미한다.

이러한 실체법적 기준의 정립은 단지 입법과정에 의해서만 이루어지는 것이 아니고, 각각 고유한 기능을 가진 행정과정, 사법과정 등의 상호작용을 통한 전체적인 법형성 과정에서 이루어진다고 보아야 한다.<sup>15)</sup> 따라서 환경법 집행을 위한 행정절차·행정처분 및 행정입법, 법원에서의 환경소송 및 그 결과물로서의 판례, 환경분쟁조정위원회의 조정사례 등은 실체법적 기준형성과정에 중요한 요소가 된다.

최신의 과학적 정보를 바탕으로 한 상세한 행위규범의 정립이 적정한 수준에 미달되면 환경문제가 유발되어 환경분쟁을 낳고, 그 분쟁에 대해 적용할 실체적 재판규범이나 절차가 없음으로 인해 그 해결은 법적 과정이 아니라 사실적(정치적) 과정에 맡겨지게 되어 또다시 유효한 규범형성의 기회가 상실될 수 있다. 이러한 악순환의 가능성은 법형성 과정에 관여하는 다양한 기관들이 분쟁해결에 적극적으로 참여하여 각각의 특유한 법적 기능을 발휘할 때 감소될 수 있다. 예컨대 사법기관에 의한 법형성의 촉진을 위해 행정소송의 원고적격과 대상적격을 확대하고, 의무이행소송 등 다양한 구제수단을 확대하는 것이 필요하다. 다만 이러한 기능의 확대는 사법부의 '특유한' 기능을 본질적으로 손상시키는 - 그럼으로써 다

15) 이와 같이 법형성과정을 각각의 고유한 목적과 기능을 가진 법관련기관들의 상호작용을 통한 유동적 균형점으로서의 수렴과정으로 파악하는 관점은 미국의 법과정론(Legal Process)에서 잘 제시되고 있다. William N. Eskridge, Jr., Philip P. Frickey, "Foreword: Law as Equilibrium", 108 Harv. L. Rev. 26, 1994, Henry M. Hart, Jr., Albert M. Sacks, The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law (William N. Eskridge, Jr., Philip P. Frickey eds. 1994) 참조; 우리나라에서 환경분쟁해결을 둘러싼 각종 심급, 당사자들간의 상호관계를 통한 법과정을 제시한 것으로는 홍준형, 전계서, 351면

른 기관의 고유한 영역도 손상시키게 되는 - 정도에 이르지 않는 범위에 머물러야 할 것이다.<sup>16)</sup> 환경분쟁해결에 있어서 환경분쟁조정위원회의 역할모델도 이러한 종합적인 범형성 과정에서 어떠한 특유한 기능을 맡을 것인가라는 관점에서 모색되어야 할 것이다.

#### (나) 절차의 흡결

다양한 행정작용유형에서의 行政節次와<sup>17)</sup> 司法節次 등 환경분쟁해결에 동원될 수 있는 公的 節次가 존재하고 있다. 그러나 社會的 難題가 되고 있는 ‘환경분쟁’들을 보면 그러한 분쟁들에 특유한 성질에 적합한 공적 분쟁해결절차가 부재한 것이 아닌지 의심하지 않을 수 없다.

흔히 환경분쟁의 사법적 해결의 문제점으로 민법상 불법행위로 인한 손해배상 책임과 유지소송 등으로 이루어지는 민사구제에 있어서는 복합오염의 경우 가해자나 피고의 특정, 고의·과실의 입증, 인과관계의 입증 등의 곤란이, 행정소송 등 공법적 구제의 경우는 원고적격의 제한, 집단적 분쟁해결을 위한 소송절차와 이행소송의 부재 등이 지적되고 있다.<sup>18)</sup> 이 문제점들은 기본적으로 환경분쟁의 특성에 기인하는 것으로서, 그 특성에 적합한 절차를 도출해 내기 위해서는 먼저 그 특성에 대한 이해가 선행되어야 할 것이다. 이하에서 그러한 특성을 분쟁의 다극성, 분쟁의 집단성, 분쟁대상인 가치의 교환불가능성으로 파악해 보고자 한다. 그런데 이러한 특성을 가진 분쟁들이 나타날 수 있는 배경은 우리 헌법상 규범적 결단과 사회 변화의 방향이 ‘다원주의(pluralism)’를 수용하고 있음으로부터 비롯된다고 생각된다. 그리고 이러한 분쟁의 특징들은 종합하여 표현하면 그러한

16) 이를 ‘기능적 권력분립’으로 파악할 수 있을 것이다.

17) 사회 계 이익들간의 이해조정기능이 현대 국가행정기능 중 주요한 부분을 차지하고 있으므로 행정입법·행정행위·행정계획·행정계약 등의 다양한 행정작용유형과 각 작용유형에서 최종적인 결정에 이르는 절차들은 사회 계 이익간의 분쟁(갈등)해결기능을 하는 분쟁해결절차라고 볼 수 있다. 이와 유사한 관점으로 “행정절차의 법적 보장이나 정보공개제도의 제도와, 환경정책결정에 대한 민주적 참여의 확보를 통해 환경분쟁의 상당부분을 미연에 해결할 수 있다는 가능성은 ... 거의 외면되어 왔다해도 과언이 아니다.” 홍준형, 전게서, 354면.

18) 홍준형, 전게서 355면.

다원주의적 사고로부터 비롯되는 ‘복잡성(complexity)’이라 할 수 있다.<sup>19)</sup>

1) 분쟁의 多極性

어떤 분쟁에 상호 영향을 주고 받을 수 있는 관계에 놓인 다수의 이해관계인들이 있고 관련 상황이 유동적이어서, 이들 중 하나가 상황의 변화에 의해 영향을 받으면 그 변화가 그 복잡한 관계망을 통해 다른 부분들에게까지 변화를 가져오게 되는 경우를 다극적(polycentric) 분쟁이라 할 수 있다.<sup>20)</sup> Lon L. Fuller는 일반적 의미에서의 ‘재판적 절차(adjudication)’의 범주적 특징을 정의하고 그러한 절차가 적합한 문제영역과 적합하지 않은 문제영역을 구분하는 그의 논문에서 재판적 절차가 적합하지 않은 영역으로 위와 같은 다극적 분쟁을 들고 있다.

‘일반적 의미’의 재판적 절차란 司法節次에 한하지 않고 사법절차와 유사한 추상화된 특징을 가진 분쟁해결을 위한 ‘결정방식’을 의미한다.<sup>21)</sup> 따라서 예컨대 준사법적 방식을 택한 행정절차나 중재절차, 환경분쟁조정위원회의 재정절차 등도

19) John Gray, "From Post-Liberalism to Pluralism," 『Liberalism』 IV, ed. G.W. Smith, Routledge, 2002; 가치 다원주의를 받아들일 경우 사회의 통합(분쟁해결의 근본목적!)원리로서의 민주주의에 대해 제기되는 문제에 대한 위 논문들의 논의는 분쟁해결에 대해 적용될 수 있다고 생각된다.

20) 본고에서 ‘다극성’은 미국의 법학자인 Lon Fuller의 1978년 논문 『Forms and Limits』에서 인용된 의미로 사용한다. Lon L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", 92 Harv. L. Rev. 353, 1978; Melvin Aron Eisenberg, "Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon fuller", 92Harv. L. Rev.410, 1978. 한편 이원우는 “처분청과 처분의 상대방 그리고 제3자가 동시에 대립하고 있는” 상태를 “다극적 대립구도”라고 칭하고, 행정법의 기능이 전통적인 공권력과 사인간의 대립구도에서 공익과 사익의 조정을 주된 임무로 한데서 현대에는 사익충들의 공익적 조정으로서 변화하고 있다고 지적하고 있다. 이원우, “현대 행정법관계의 구조적 변화와 경쟁자 소송의 요건”, 『경쟁법연구』 제7권, 2001.4, p.142. 환경분쟁은 이러한 지적이 적용되는 전형적 영역이라 할 것이다.

21) Fuller는 이를 결정방식, 분쟁해결방식, 나아가 인간이 상호간의 관계를 규정 또는 규율해 가는 방식이라는 의미에서 사회질서형성의 형식(forms of social ordering)이라고 하고, 그 예로 계약(contract), 선거(elections), 재판(adjudication)을 들고 있다. Fuller, 전제논문, p.363 1960년대에 발표된 Fuller의 이러한 논의들은 그 이후 발전된 분쟁해결절차에 관한 이론적·제도적 논의들(특히 ADR에 관한)의 사고의 원형 내지 기초처럼 보인다.

이에 해당된다. Fuller는 재판적 절차의 특징으로서 첫째, 당사자들이 증거와 논리적 주장을 제시하는 방식으로 그 절차에 참여한다는 점, 둘째 그 절차의 최종결론(예:판결)이 합리적 논리성(rationality, reason)의 기준에 의해 정당화되어야 한다는 점, 셋째, 어떤 사안이든 그 절차 안에서는 권리의 주장 또는 잘못에 대한 귀책의 문제로 전환된다는 점을 들고 있다. 그리고 이러한 3가지 특징은 궁극적으로 재판적 절차에서는 계약이나 선거의 방식에 있어서는 요구되지 않는 합리성이 요구된다는 점, 다시 말해 판단 또는 결정이 재량이 아니라 어떤 원칙에 기초하여 이루어져야 한다는 점으로 귀결된다고 한다.

이러한 분쟁의 다극성과 관련하여 Fuller의 또 하나의 중요한 지적은 거의 대부분의 분쟁에는 다극적 요소가 내포되어 있다고 할 수 있다는 것이다. 따라서 어떤 분쟁이 '다극적'인가 아닌가의 문제는 결국 '정도의 문제'이며, 분쟁해결절차와 관련하여서는 어떤 경우에 분쟁 속에 포함된 다극적 요소들이 재판적 절차가 적합하지 않을 정도로 중요하고 두드러지게 되는가 하는 문제로 전환된다. Fuller는 이러한 예를 들고 있다. 철도건널목에서 사고를 당한 자와 철도회사간의 손해배상청구사건에서 법원이 특정건널목에 지하도를 건설하지 않은 것이 철도회사의 과실이라고 판결하는 경우 만약 이 판결로 인해 모든 철도건널목에 지하도를 설치해야 하는 상황이 된다면 그 지하도 설치과정에서 (공사중 사고 등으로)더 많은 사람들이 희생될 수 있는 가능성을 감수해야 한다. 이러한 경우 양당사자간의 권리의무를 선언한 것에 불과하다고 보인 판결이 그 안에 내포되어 있던 다극적 문제상황에 대한 부적절한 해답을 내놓은 셈이 된다. Fuller는 재판적 절차가 적절치 않을 정도로 다극적인 분쟁의 경우, 그 대안으로서 당사자들의 의견청취와 조정을 중심으로 하는 '관리적 지도(managerial direction)'와 계약(contract) 내지 互惠的 합의(reciprocity)를 들고 있다.

환경분쟁은 유형별로 정도의 차이는 있겠으나 흔히 다극적 분쟁의 양상을 나타낸다. 두 경우를 보면 다음과 같다.

공동주택에서의 층간소음분쟁의 경우에도, 소음을 발생시키는 주민과 그로 인해 피해를 입는 주민 양자 간의 문제로 나타나지만, 이에 공동주택 시공사업자가

건축 시 소음전달을 예방할 수 있는 방법이 있었다면, 피해주민 및 그로 인해 분쟁상황에 빠져서 일상생활의 자유를 제한당할 위험에 처한 가해주민과 시공사업자간의 문제가 나타난다. 피해주민과 가해주민간의 권리·의무, 그리고 피해주민(또는 가해주민도 포함)과 시공사업자간의 권리·의무에 대해 각각 별도의 법적 판단이 가능하겠지만, 실질적으로 시공사업자의 의무위반을 인정하는가 여부는 가해주민의 의무위반 내지 피해주민의 수인한도를 판단하는데 영향을 미칠 것이다. 또한 이 분쟁은 적절한 건축규제기준을 마련하지 않은 행정청과 주민, 시공사업자간의 문제로 발전할 수도 있다. 사전에 예측가능한 규제기준이 없음으로 인해 시공사업자의 의무위반을 인정하기 어렵다면 주민은 행정청의 행정입법부작용의 책임을 다투고자 할 수도 있다.

새만금간척사업에 관한 분쟁의 경우에도 대상지역주민들 중에도 환경상 이익 때문에 이를 반대하는 주민, 경제적 이익 때문에 반대하는 주민, 경제적 이익 때문에 찬성하는 주민, 대상지역주민이 아니지만 희귀생태계의 소멸 등에 따른 환경 피해를 막고자 하는 자, 지방자치단체(전라북도), 중앙정부내의 환경부와 농림부 등등 각각 다른 이해관계를 가지고 있는 주체들간의 상호작용이 일어나는 특징을 보여주었다.

그런데 두 가지 경우 모두 위와 같이 다극적 측면을 가지지만, 그에 적합한 절차를 찾음에 있어서 층간소음분쟁의 경우 새만금분쟁의 경우보다 다극성이 상대적으로 덜 중요한 요소가 된다고 할 수 있다. 이는 특히 사전에 정립된 원칙에 기준한(분쟁해결을 위한)결정, 즉 재판적 결정의 가능성 또는 용이성을 비교하여 보면 그러하다. 층간소음 분쟁의 경우에는 처음에는 기준의不在가 문제가 되지만, 분쟁이 촉발하는 일련의 법형성과정을 통해 법적 기준이 형성되고 나면, 그 이후에는 각각 피해주민·가해주민, 주민·시공사업자 양자간의 분쟁으로 그 기준을 적용하여 권리·의무관계를 결정하는 것이 용이하다. 그리고 그 기준의 형성과정에서 기준의 내용에 대한 의사의 합치를 이루기도 비교적 어렵지 않다. 그러나 새만금간척사업의 경우 당해 사건에 대한 재판도 어려웠지만, 그러한 과정을 통해 장래에 유사한 사안에 적용될 법형성과정도 유효하게 이루어지기 어렵

다. 다시 말해 새만금간척사업을 해결하는 과정에서 다음 간척사업시에도 적용될 수 있는 실체적 기준이 도출되기 어렵다(절차적 기준은 별론으로 한다). 양자의 중요한 차이 중 하나는 간척사업으로 인한 환경피해의 정도, 이를 최소화하는 방법의 선택이나 개발 후 이용방법에 따른 수익성의 예측 등의 불확실성으로 인해 당해 분쟁상황의 유동성이 큰 데 비하여 층간소음분쟁의 경우 상대적으로 피해의 측정, 방지수단 등의 측면에서 불확실성이 덜 하므로 유동성이 적다는 점이다. 따라서 분쟁상황의 불확실성이 분쟁의 다극성을 강화한다고 할 수 있다.

결론적으로 환경분쟁은 다극적 분쟁인 경우가 많고, 그 정도에 따라 일정한 법형성과정을 거치면 양극적 분쟁으로 해결이 용이한 '약한 다극성을 가진 분쟁'과 법형성과정을 통한 기준형성이 어려워 분쟁이 제기될 때마다 개별적 접근의 필요성이 높은 '강한 다극성을 가진 분쟁'으로 나누어 볼 수 있겠다.

## 2) 분쟁의 집단성

환경분쟁은 흔히 집단적 분쟁이 되는 경우가 많다. 집단적 분쟁은 분쟁의 구조상 양극적 분쟁에서 일방 당사자에 해당하는 자가 복수(집단)인 경우와 다극적 분쟁에서 일방당사자가 복수(집단)인 경우로 구분될 수 있다. 그런데 최근의 환경관련 집단분쟁은 특히 대형국책사업이나 환경기초시설입지선정 등 정부의 행정작용과 관련되는 경우가 많다. 그리고 흔히 이러한 공공사업과 관련한 분쟁은 다극적 분쟁인 동시에 집단적 분쟁이다. 이 경우 그 중요한 원인은 법치행정의 이념형 및 실현수단의 변화에 따라 공익판단의 책임을 누가 지는가의 문제와 관련된다고 본다.

우리나라는 80년대 중반 이후의 민주화로 그간 억압되었던 집단적 의사형성의 장이 점차 개방되었고, 급속한 정보화는 이를 더욱 활성화시켜왔다. 이러한 사회적 여건의 변화는 국가의 기능 및 '법치주의'가 의미하는 상태 내지 법치주의를 구현하는 방식에 대한 변화를 요구하고 수반한다. 국가의 억압적 기제가 약해지고 소극적 질서유지를 넘어 자유의 실질적 조건의 확보, 그리고 나아가 공동체의 의사결정에의 참여를 통한 공화주의적 자유의 실현이 국가의 기능으로 요구되면서,



법치주의 또한 중립적 행정관료에 의한 엄격한 법규범의 기계적 집행이라는 형식주의적 이념형을 넘어 입법과정 외에 행정결정과 사법재판과 같은 법집행과정도 수범자들의 참여를 통해 정당화될 것을 요구받게 된다. 그리고 이는 법치행정에 있어서는 무엇이 '公益'에 적합한지 그리고 공익을 어떤 방법으로 실현할 것인지에 대한 판단을 누가 하느냐에 대해서도 변화를 가져올 것이다. 전통적인 법치행정 이론에서 기속행위의 경우 무엇이 공익인가에 대한 판단은 기속행위의 근거규범을 정한 입법자가 대부분 완료한 셈이고, 재량행위의 경우에는 대강의 판단만을 입법자가 하고 구체적인 사안에서의 공익판단은 행정처분을 담당할 행정관료에게 맡겨진다. 예컨대 환경기초시설의 입지선정과정에서 인근주민들에게 미칠 환경적 영향이나 대형국책사업에 의한 환경오염가능성 및 환경보전과 경제개발간의 우선순위 등의 문제는 '공익'개념에 포괄되어 행정결정과정에서 행정부의 전적인 책임 하에 다른 이익과衡量되고 평가된다.

그런데 실상 '공익'이라는 추상적 개념 안에 포괄되어 있는 이익들 중에는 '국가의 존립' 등과는 달리 궁극적으로는 다양한 범위의 개개인들에게 분산되어 귀속되는 이익들(이하 '분산이익')이 존재한다.<sup>22)</sup> 이러한 분산이익은 각 개인에게는 매우 경미한 이익이거나, 또는 먼 장래에나 그 효과가 현실화되거나(즉 목전에 급박한 이익이 아니거나), 자신이 그 이익의 보호를 위해 비용을 지불할 때 다수의 무임승차자(free rider)가 예상되는 등의 이유로 그러한 이익이 침해되거나 적절하게 실현되지 않았다고 판단되는 때에도 개인적 차원에서 그 이익실현을 위해 분쟁을 일으킬 유인이 없는 경우가 많을 것으로 예상된다. 그러므로 분산이익의 이러한 특성을 고려할 때 그 적정한 실현의 책임을 개개인에게 맡기는 것보다는 행정청이 '공익' 차원에서 단독으로 그 적정한 실현을 담당하는 편이 적합하다고 할 수 있다. 그러나 공익에 포함된 분산이익의 귀속자들이 이러한 행정청의 단독적인 공익판단에 만족하지 못하고, 또한 위에서 본 바와 같은 사회적 여건의 변화로

22) '국가의 존립'으로 인한 이익도 궁극적으로는 특정시점의 '국민'을 구성하고 있는 개인들에게 분산되어 귀속된다고 할 수 있으므로, 이 역시 이익이 귀속되는 자들의 범위가 비교적 좁게 제한될 수 있는 경우와 매우 넓은 경우를 달리 취급하고자 하는 '정도'의 문제라고 할 수 있다.

집단적 의사형성이 용이해지면, 더 이상 그러한 공익에 대한 판단과 결정을 행정부나 법원의 전유물로 두지 않고 수범자인 일반국민들이 어떤 형태로든지 그 결정 과정에 참여하여 통제하고자 하는 것이 행정결정과정이나 사법절차에 대한 참여욕구로 나타난다. 즉 이들이 그 분산이익을 사익의 차원에서 집단적으로 공익 결정 과정에 반영하고자 하는 과정에서 분쟁이 발생할 수 있는 것이다. 그리고 분산이익의 특성상 이를 분쟁을 통해 실현하기 위해서는 비용이 분산될 수 있는 집단행동의 형식이 필요하게 된다.

‘환경’적 이익은 이러한 분산이익에 해당되는 경우가 많으므로, 위와 같은 맥락에서 종래에는 행정부의 공익 판단에 맡겨져 왔던 환경이익에 관해 그 귀속자인 주민들이 행정결정 과정에 영향을 미치기 위해 집단분쟁의 형태로 참여가 이루어지고 있다고 볼 수 있다. 공공사업에 관한 분쟁을 이러한 관점에서 파악하면, 그 적절한 해결을 위해서는 행정결정 과정에의 참여가 보다 원만하고 충분한 형태로 이루어지도록 참여장치를 설계하는 것이 필수적이다. 이 경우 당해 행정절차에서 공익과 공익, 공익과 사익, 사익과 사익간의 조정이 이루어지게 되고, 이러한 다극적 구조에서 사전에 정립된 원칙에 기초한 개인의 권리·의무의 확정을 추구하는 재판적 절차는 상대적으로 적절성이 떨어질 것이다.

### 3) 동일척도에 의한 측량이 불가능한(incommensurable) 가치 관련성

분쟁에 관련된 이익, 그리고 때로는 그 배경에 있는 가치들이 일관된 기준의 적용을 통해 그 상호간에 교환이나 우위의 결정이 가능한 경우 이는 동일한 척도로 측량이 가능한(commensurable) 이익(가치)의 충돌이라고 할 수 있고, 그렇지 않은 경우 불가능한(incommensurable) 이익(가치)간의 충돌이라 할 수 있다.<sup>23)</sup> 후자의 경우는 일관된 기준의 적용을 통한 교환이나 우위의 결정에 의해 분쟁을 해결하기가 어렵다.

환경분쟁의 경우 후자의 요소가 포함되어 있는 경우가 빈번하다. 즉 환경분쟁

23) George Crowder, "From Value-Pluralism to Liberalism," 『Liberalism』 IV, ed. G.W. Smith, Routledge, 2002 pp.41-42.

에서는 환경피해자와 가해자간의 이익조정외 측면 외에 피해자의 개별·구체적 이익과 별도의 차원에서 환경이익 또는 환경보전의 가치와 그에 못지않게 중요한 이익들과의 조정이 문제의 중심에 놓이게 된다. 개발과 환경보전, 현세대의 경제적 번영과 미래 세대의 환경적 이익 등은 그러한 예이다. 이러한 가치들은 당사자들 자신의 양보나 타협이 어려울 뿐 아니라 사전에 이들 간의 우위를 정할 명확한 기준을 획정하기 어렵고 따라서 제3자가 일방적으로 해결안을 결정하는 것이 정당화되기도 어렵다. 즉 이 역시 전통적인 권리중심의 법적 판단과 재판적 형태의 분쟁해결수단이 한계를 가지는 영역으로서, 당사자들간의 지속적이고 소통적인 대화를 통해 이익이나 가치 선호의 변화를 가져옴으로써 새로운 합의에 도달하는 방식이 필요하다.

다만 이러한 동일척도측량불가능성과 관련하여 '지속가능성'의 개념은 최소한 개념적으로는 이러한 이익·가치들을 동일한 척도로 측량가능한 것으로(commensurable) 매개하는 기능을 한다고 할 수 있다. 경제개발의 가치를 주장하는 사람도 그 지속가능성의 확보가 필요하다는 점에는 동의할 수밖에 없으므로 지속가능성은 경제개발의 관념 속에 내포된다. 그리고 이 지속가능성이 환경보전을 전제로 해서만 이루어질 수 있다는 점에서 경제개발의 가치와 환경보전은 같은 목적을 지향하고 '지속가능한 경제개발에 기여하는 것인가'라는 기준에 의해 양자의 경계가 확정될 수 있게 된다. 즉 경제개발이 지속가능하지 않은 최초의 지점을 경계로 지속가능한 구간에서는 경제개발이 우위에 놓일 수 있고 지속가능하지 않은 구간에서는 환경보전이 우위에 놓이도록 할 수 있다. 그러나 현재의 과학수준으로 지속가능성을 정확히 측정해 낼 수 없으므로 현실적으로 이러한 전환이 이루어지는 구체적인 지점의 발견은 용이하지 않을 것이다. 그렇다면 '지속가능성'의 개념은 실제로는 동일한 척도로 측량가능하지 않은 가치들을 규범적으로 측량가능한 것으로 의제하게 함으로써 분쟁해결의 타협점을 정당화하려는 시도라고 볼 수도 있다. 이러한 관점에서는 현실에서의 환경보전과 개발의 타협점이 실제적인 지속가능과 불가능의 경계지점에 대한 판단과 일치하지 못함으로 인해 환경분쟁은 부단히 발생한다고 설명할 수 있을 것이며, 이 경우 환경분쟁은 실제적인 지속가능/불가능

의 경계선을 찾기 위한 부단한 과정으로서의 의미도 가진다.

종합하여 보면 위와 같이 다극적·집단적이며 관련이익들간에 공통된 척도에 의한 교환이나 단일한 기준에 의한 우위설정이 어려운 환경분쟁의 경우에는 재판적 절차를 대체하거나 보완하는 분쟁해결절차가 필요하며, 이러한 절차가 미흡할 경우 이는 환경분쟁의 발생배경이라 할 수 있다.

### III. 환경분쟁의 유형

환경분쟁의 유형은 분쟁의 주체,<sup>24)</sup> 분쟁의 대상이 되는 환경피해의 원인,<sup>25)</sup> 주장되는 피해의 내용 등 여러 기준에 의해 나누어질 수 있다. 그러나 본고에서는 적절한 분쟁해결수단의 선택과 관련하여 분쟁을 그 쟁점의 특징에 따라 자유주의적 접근이 적합한 분쟁과 공화주의적 접근이 적합한 분쟁으로 유형화해 본다. ‘자유

24) 신창현, “환경분쟁의 원인과 제도개선방안”, 환경분쟁위원회 홈페이지 [연구보고서, 2002.  
[http://edc.me.go.kr/bunjang/user/pds/report\\_view.html?page=1&topcode=C&subcode=20&av\\_no=20020015](http://edc.me.go.kr/bunjang/user/pds/report_view.html?page=1&topcode=C&subcode=20&av_no=20020015)

일반 당사자가 공적 주체인 경우

- 지방자치단체와 지방자치단체 간 분쟁

- 공무원과 주민간 분쟁 (주민기피시설 · 도로등기반시설 설치·운영 관련 분쟁)

- 공기업과 주민간의 분쟁

양 당사자가 사적 주체인 경우

- 주민과 주민간의 분쟁 (충간소음분쟁 등)

- 기업과 주민간 분쟁 (건설공사장 · 사업장의 소음·진동·먼지·악취 · 폐수 관련분쟁)

분쟁주체에 따른 분류는 법적 분쟁해결의 포럼(forum)을 결정하는데 가장 의미를 가질 것이다.

25) 환경피해의 원인에 따라 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 소음·진동, 악취, 자연생태계파괴 등에 관한 분쟁으로 나누어 볼 수 있다. 이를 생활환경에 대한 피해로 인한 분쟁과 생물다양성 보전 등 생활환경에 직접 관련되지 않는 자연환경에 대한 피해로 인한 분쟁을 나누어 보는 것도 의미있을 것이다. 결국 생활환경인가 자연환경인가는 사람의 생활여건에 얼마나 직접적인 영향을 미치는가의 정도 차이로 환원되었지만, 도로농과 같은 자연물이 분쟁상황에서 어떻게 그 이익이 대변되도록 할 것인가라는 문제가 제기될 수 있 기 때문이다.

주의'와 '공화주의'는 그 범주 내에서도 다양한 관점들을 포함하나, 여기에서는 아래 각 항목에서 설명하는 관점을 의미한다.<sup>26)</sup> 그리고 그 각각의 예로 공동주택 내 층간소음분쟁과 새만금간척사업에 관한 분쟁을 들 수 있다.

### 1. 자유주의적 접근이 적절한 분쟁

분쟁해결에 대한 '자유주의적 접근'은 다음과 같은 전제들을 포괄하는 의미로 사용하고자 한다.

- 개인이 타인 또는 국가로부터 간섭을 받지 않을 자유가 가장 우월한 가치이다. 이 때 개인의 자유의 내용을 이루는 이익 또는 가치에 대한 선호(preference)는 자신이 속한 공동체와 상관없이 형성되는 것이며, 공동체는 그 형성에 개입(interference)하려고 해서는 안된다.
- 개인의 자유에 대한 제한은 타인에게 해를 끼치는 경우에만 정당화될 수 있다. (타자위해의 원칙(harm principle))
- 공익은 이러한 개인적 선호의 총합을 의미하며, 그 이상의 독립된 실체를 갖지 않는다.
- 개인의 자유의 보호를 위해 사전에 예측가능한 법적 기준을 정립하여 각 개인의 자유의 영역의 경계를 설정해 주는 것이 요청되며, 경계설정이 비교적 용이하다.
- 분쟁해결은 위와 같이 사전에 정립된 법적 기준을 적용하여 권리·의무를 확정하고 중립적 기관이 단독으로 이를 선언하는 재판적 절차가 적절하다. 그리고 이 경우는 분쟁의 실질적 구조가 다극적이라 하여도 이를 양극적 관계로 나누어 순차적으로 해결하는 것이 가능하고 적절하다.

---

26) 분쟁해결에 대한 자유주의·공화주의적 접근에 대한 것은 이회정, "법의 지배와 행정법상 재판의 분쟁해결수단 - 미국의 경우를 중심으로", 서울대학교 박사학위논문, 2004. 8 참조

## (1) 층간소음분쟁의 경과

도시화와 함께 공동주택 형태의 주거가 광범위하게 보급되면서, 층간소음으로 인한 분쟁은 빈번히 발생하여 온 문제이나 그에 대한 법적 해결방안은 실체적·절차적인 측면에서 모두 미흡한 상태였다. 그러나 2003년 중앙환경분쟁조정위원회에서 아파트건축주와 시공사의 손해배상책임을 인정하는 내용의 재정이 이루어진 것을 계기로 매우 흥미로운 범형성 과정이 전개된 것으로 보인다. 위에서 본 바와 같이 층간소음분쟁은 피해주민과 가해주민간의 분쟁, 주민과 공동주택 시공사업자간의 분쟁이라는 다극적 측면을 가지고 있으므로, 먼저 이를 각각의 양극적 관계로 나누어 보기로 한다.

## (가) 주민 상호간의 분쟁

공동주택에서 층간소음분쟁은 거주자들의 상린관계에 발생하는 것이나, 공동주택에서의 상린관계를 규율하는 구 「공동주택관리령」<sup>27)</sup> 및 구 「공동주택관리규칙」에서 이에 관해 명시한 아무런 규정이 없었으며, 일반적으로 관리주체나 자율적인 관리규약에 맡겨진 것으로 추정할 수 있을 뿐이었다. 「소음·진동규제법」도 공장·건설공사장·도로·철도등으로부터 발생하는 실외소음에 관해서만 규율하고 실내소음에 대해서는 규정을 두고 있지 않으며, 「경범죄처벌법」상 소음관련규정도<sup>28)</sup> 대상행위가 지나치게 특정되어 그 적용여부가 불확실한 측면이 있다. 즉 층간소음분쟁의 해결을 위해 필요한 실체법적 기준이 충분히 형성되어 있지 않은 상태였다. 또한 분쟁해결을 위한 적절한 절차도 미흡하였다고 할 수 있다. 구 「공

27) 구 공동주택관리령(2003.11.29폐지되고 주택법 시행규칙으로 흡수됨)

제5조 (입주자 또는 사용자의 의무등) ①공동주택등의 입주자등은 공동생활의 질서유지와 주거생활의 향상을 위하여 계반시설을 선량하게 보전·유지하여야 한다. …④입주자등은 제9조의 규정에 의하여 정하여진 공동주택관리규약을 준수하여야 한다.

제9조 (공동주택관리규약) ①공동주택의 입주자등은 공동주택의 관리 또는 사용에 관한 공동주택관리규약(이하 “관리규약”이라 한다)을 정하여야 한다.

28) 경범죄처벌법 제1조 26. (인근소란등) 악기·라디오·텔레비전·전축·종·확성기·전동기 등의 소리를 지나치게 크게 내거나 큰소리로 떠들거나 노래를 불러 이웃을 시끄럽게 한 사람

공동주택관리령」상<sup>29)</sup> 시장등은 공동주택관리에 관한 분쟁조정 자문기구로서 분쟁조정위원회를 둘 수 있었으나 층간소음분쟁해결에 실질적 기능은 하지 못한 것으로 보인다. 분쟁의 대상이 소송을 제기하기에는 경미한 이익일 경우도 많고, 더구나 실제법적 기준이 부재한다는 점은 소송의 결과에 대한 예측가능성이 낮음을 의미하므로 소송의 제기를 더욱 어렵게 한다. 따라서 통상 피해주민과 가해주민 간의 非法的이고 개인적인 차원의 대화 등으로 해결되거나, 감정이 악화되면 경찰관의 개입을 요구하는 것이 주된 ‘공적분쟁해결수단’이 되어 왔다. (당사자 간의 사적해결/ 경찰행정작용)

그런데 아래 보는 바와 같이 중앙환경분쟁조정위원회에서 공동주택시공사업자의 책임을 인정하는 재정이 이루어진 후 이는 주민 상호간의 분쟁해결에 기여할 법형성과정을 촉발하는 계기가 되었다. 즉, 구 「공동주택관리령」 폐지 후 공동주택에 있어서 상린관계를 규율하는 주택법 시행령이 2006. 2. 24 개정되면서 공동주택관리규약에 공동주택의 층간소음에 관한 규정을 포함시키도록 명시하고 있다.<sup>30)</sup> 향후 시·도지사가 이를 근거로 준칙을 정하고, 공동주택 입주민들이 의견을 모아 층간소음에 대한 벌금 등 제재조항을 넣는 규약을 채택한다면 자율적 제재가 가능해질 수 있다. 또한 환경부가 2006. 1 발표한 ‘생활소음줄이기 종합대책’에 의하면 「소음·진동규제에 관한 법률 시행규칙」을 개정하여 동일건물 실내소음기준을 신설할 계획이다.

#### (나) 주민과 공동주택시공사업자간의 분쟁

층간소음의 간접적인 원인이 건물의 구조적 하자에 있는 경우 이는 「집합건물

29) 구 공동주택관리령 제9조의2 (분쟁조정위원회) ①시장등은 공동주택등의 관리와 관련한 분쟁의 조정에 관한 자문에 응하게 하기 위하여 분쟁조정위원회를 구성·운영할 수 있다.

30) 주택법 시행령 제57조 (관리규약의 준칙) ①법 제44조제1항의 규정에 의하여 시·도지사가 정하는 관리규약의 준칙에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다. 이 경우 공동주택의 입주자등 외의 자의 기본적인 권리를 해하는 사항이 포함되어서는 아니된다. <개정 2006.2.24>  
21. 공동주택의 층간소음(아이들이 뛰는 소리, 문을 닫는 소리, 에어컨이 켜는 소리, 늦은 시간이나 이른 시간에 세탁기·청소기·골프연습기·운동기구 등을 사용하는 소리, 화장실과 부엌에서 물을 내리는 소리 등을 말한다)에 관한 사항

의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조와 이에 의해 「민법」 제667조 및 제671조가 준용되는 피해주민과 건축시공사간의 하자담보책임의 문제로 해결될 수 있지만, 이러한 하자담보책임의 판단을 용이하게 할 수 있는 명확한 실체법적 기준이 형성되어 있지 않은 상태였다. 즉 2003. 4. 22 개정 전 「주택건설기준등에 관한 규정」은 소음차단의 목표만 제시하고 구체적인 소음방지기준이나 이를 위한 바닥구조에 대한 구체적인 기준은 제시하지 않고 있었던 상태로 그 하자담보책임에 대한 법적 판단이 입법적(행정입법포함)으로나 사법적으로 이루어진 적이 없는 상태였다.<sup>31)</sup> 따라서 이 경우도 실체법적 기준의 흠결상태에 있었다고 할 수 있다.

그러한 상황에서 2003. 4. 중앙환경분쟁조정위원회가 건축주에게 소음차단비용을 배상할 책임이 있다는 재정을 하자,<sup>32)</sup> 이는 여론의 큰 관심을 모았다. 조정위원회는 그러한 판단의 기준을 다음과 같이 제시하였다. 즉 정부가 2003. 4. 22 「주택건설기준등에 관한 규정」 제14조 제3항을 개정하여<sup>33)</sup> 대한주택공사 주택도시연구원이 건설교통부에 제출한 “공동주택 바닥충격음 차단성능 기준설정 연구(2001)” 보고서에서 제시한 중량충격음 및 경량충격음의 규제기준을 제14조 제3항의 “충분히 차단할 수 있는 구조”의 구체적인 기준으로 삼았으므로 환경분쟁 위원회도 이 기준을 바닥충격음 수인의 한도와 하자보수비용의 산출근거로 준용

31) 「주택건설기준등에 관한 규정」(2003. 4. 22 개정 이전) 제14조 ②세대 간의 경계벽은 ... 소리를 차단하는데 장애가 되는 부분이 없도록 설치하여야 한다. ③ 공동주택의 바닥은 각층간의 바닥충격음을 충분히 차단할 수 있는 구조로 하여야 한다. ; 참고로 「주택건설촉진법」은 공업화주택(벽과 바닥 등을 규격품으로 제조해서 조립하는 주택)에 대해서는 그 성능 및 생산기준으로 바닥충격음의 차단성능기준을 중량충격음과 경량충격음에 대해 각각 1·2·3급으로 구분하여 규정하고 있으면서도(제45조), 공동주택에 대해서는 바닥충격음의 차음성능기준을 규정하지 않았다.

32) 경기 광주시 아파트 층간소음으로 인한 건물보수 및 정신적피해 분쟁조정신청사건 (환조 02-3-313) 「환경분쟁조정사례집」 제12권, 2003. 367-377면, 피신청인은 이 재정결과에 불복하였다고 기록되어 있으나, 이후 소송을 제기한 결과에 대해서는 추적하지 못하였다.

33) 「주택건설기준등에 관한 규정」(2003. 4. 22개정 이후 2004. 4. 22 개정 이전) 제14조 ③공동주택의 바닥은 각 층간 바닥충격음이 경량충격음(비교적 가볍고 딱딱한 충격에 의한 바닥충격음을 말한다)은 58데시벨 이하, 중량충격음(비교적 무겁고 부드러운 충격에 의한 바닥충격음을 말한다)은 50데시벨 이하가 되도록 하여야 한다. 이 경우 바닥충격음의 측정은 건설교통부장관이 정하여 고시하는 방법에 의한다.



한다고 하고 있다. 그러나 이 규정의 개정은 위 분쟁의 사후에 이루어진 것이므로 만약 이것이 재정이 아니고 정식재판이었다면 이를 개정 전 규정의 해석의 기준으로 삼았다고 볼 가능성은 별론으로 하고 그 규정 자체를 적용하는 것은 소급적용이 될 위험이 있다. 그러한 맥락에서 건축주는 재정에 불복하였으나, 이에 대해 환경분쟁조정위원회는 “아파트 층간소음 피해배상 결정은 민사적인 성격을 띠기 때문에 개정령 시행시기과 무관하다”고 대응하였다.<sup>34)</sup>

당사자였던 건축주의 불복에도 불구하고 이 개정 이후 환경분쟁조정위원회에 층간소음에 대한 분쟁조정신청이 급증하였고, 건축관계법령상 소음기준 고시, 바닥구조기준의 명시와 강화<sup>35)</sup> 관련 건축자재 및 기술기준의 개발, 「경범죄처벌법」상 처벌가능성에 대한 법제처의 유권해석 등 분쟁해결에 기여하는 실체법적 기준의 형성과정이 촉발되었다.

34) “일조방해에 대한 손해배상사건에서 위법성 인정에 있어서 “관계 법령에 일조침해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면 그 법규에 적합하지 여부가 사법상 위법성을 판단함에 있어서 중요한 판단자료가 될 것이지만, 이러한 공법적 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 원래 사법상 보호되는 일조를 공법적인 면에서도 가능한 한 보충하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 일조보호를 위한 최소한의 기준으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서 어떠한 건물의 신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조침해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 수인한도를 넘는 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다” (대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다72213 판결, 2004. 9. 13. 선고 2004다64602 판결 등 참조) 는 판례를 보면 환경분쟁조정위원회에서 시공 이후에 개정된 시행령을 직접 적용하였다기 보다는 민사상 손해배상책임을 판단하는 기준으로 삼은 것으로 위법한 소급효를 인정하였다고 할 수 없을 것으로 보인다.

35) 2004. 4 공동주택 층간소음 방지기준'으로 경량충격음에 대한 기준시행; 2005. 7 중량충격음 기준 시행; 2004. 2 표준바닥 구조 5종을 포함한 바닥충격음 성능등급 고시. 고시안에 따르면 경량충격음을 대상으로 매겨지는 소음등급은 1급(43dB이하), 2급(48dB이하), 3급(53dB이하), 4급 (58dB이하) 총 4개 등급으로 차등화되어 주택건설업체들은 입주자모집공고나 분양공고때 소음등급을 반드시 표시해야 한다. 건교부는 이를 위해 경량충격음의 최소기준(58dB이하)을 만족하는 바닥구조 5종을 새로 마련 보급하고, 건교부가 제시한 바닥구조는 모두 두께가 이전 기준보다 대폭 강화되었다. 벽식구조 아파트의 경우 앞으로 건교부가 제시한 바닥구조로 아파트를 지을 경우 바닥 두께를 무조건 180mm이상이어야 하지만 주택건설업체들은 소음등급을 만족시킨다는 전제하에 건교부가 제시한 바닥구조를 사용하지 않고 자체개발한 바닥구조를 사용해도 된다.

## (2) 층간소음분쟁 및 그 해결과정의 특징

주민간의 층간소음분쟁은 재산권 행사 또는 사인의 일반적 행동의 자유로부터 나오는 개인적 이익이 충돌하는 상황으로서, 개인 사이의 행위의 조율로서 해소될 수 있는 문제이다. 그리고 그 분쟁해결의 기준은 기본적으로 타인에게 해를 끼치는 경우에만 그 행동의 자유가 제한될 수 있다는 자유주의의 ‘害惡의 원리(harm principle)’로부터 도출될 수 있다. 그리고 이는 개인의 권리·의무의 내용을 확정하는 형식을 띠는 것이다. 또한 거주자와 건축주 또는 시공사업자와의 하자담보책임에 관한 분쟁 역시 기본적으로 당사자간 계약의 해석에 의해 해결될 문제이므로 자유주의의 적 이해관계조정이 적합한 영역이라 할 수 있다. 이는 곧 일관된 원칙에 의한 법적 행위기준의 설정 및 그 기준의 객관적 집행을 통한 분쟁해결이 상대적으로 용이함을 의미한다. 그러므로 어떤 분쟁의 성격이 층간소음분쟁과 같이 자유주의적 이해관계조정이 가능한 관계라면 이에 대해서는 행위규범 및 재판규범이 될 구체적이고 명확한 법적 기준의 정립, 그러한 규범의 내면화를 촉진하는 수단들을 동원하는 것이 적절한 분쟁해결전략이 될 것이다.

그런데 위에서 본 바와 같이 층간소음분쟁에 대한 환경분쟁조정위원회의 재정이 이루어지기 이전 시점에서는 이러한 법적 기준이 정립되지 않은 상태였다. 이 분쟁이 법적으로 해결되기보다는 이웃 간에 사적 방식으로 처리되고 있었던 것은 이러한 ‘過少法化(under-legalization)’의 상태에 기인한다고 할 수 있다. 건축시공사와 주민간의 분쟁 역시 상세한 규제기준의 결여로 정식민사소송을 통해 하자담보책임을 묻는다 해도 법원이 어떤 기준을 적용할지에 대한 예측가능성이 낮은 ‘과소법화’의 상태였다.

이러한 과소법화의 상태에서 환경분쟁조정위원회가 건축시공사의 책임을 인정하는 裁定을 함으로써 위에서 본 바와 같은 일련의 범형성과정이 촉발되어 진행되어 오고 있다. 이를 통해 환경분쟁조정위원회는 당해 분쟁의 해결뿐만 아니라, ‘층간소음분쟁’이라는 일반적 영역에 있어 과소법화 상태에서 ‘法化의 促進’이라는 거시적 기능을 수행하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이 때 재정이 당사자 간의 합의의 효력밖에 갖지 않고 당사자가 소송을 제기함으로써 불복할 수 있다는 점은 오

히려 사전에 예측가능한 법적 기준이 존재하지 않았다는 법치주의의 문제점에도 불구하고 계약적 구속력이라도 갖기 위해서는 당사자의 동의를 필요로 한다는 점에서 그 재정을 정당화하는 요소가 된다. 또한 환경분쟁조정위원회는 전문성을 가진 조사관 및 위원들의 재정을 통해 향후 입법·행정·사법을 통해 형성되어야 할 법적 기준의 단초를 선도적으로 제시해 주는 역할을 한다. 그리고 그에 대한 불복여부, 동종 사건의 비율 등을 통해 환경분쟁조정위원회가 재정을 통해 제시한 기준에 대한 평가가 이루어지면 이는 향후 적절한 법적 기준을 형성하는데 긴요한 자료로 사용될 수 있다.

법화의 진행에 따라 초기에는 분쟁해결에 대한 기대가 높아짐으로써 잠재적 분쟁이 현실화하여 조정제도에 회부되는 분쟁이 늘어날 것이다. 그러나 이후의 법형성과정에서 조정사례·행정규제기준·공동주택관리규약 등을 통해 행위기준이 정립됨에 따라 장기적으로는 분쟁이 감소하거나 그 해결이 신속하고 효율적이 될 것으로 생각된다. 그리고 이렇게 법적 기준이 충분히 구체적으로 정립되고 축적되면 소송의 결과에 대한 예측가능성이 높기 때문에 당사자들 간의 자율적 합의 형성에 더 가까운 형태의 조정(mediation)과 같은 해결방식이 유용하게 될 것이다. (이러한 가정은 경험적 연구를 해보아야 할 과제인데, 환경분쟁조정위원회는 종료된 분쟁에 대한 사후 전개과정의 추이 및 시간의 경과에 따른 분쟁해결의 경향 등을 조사하여 이러한 연구를 하는데 가장 적합한 기관 중 하나라 할 것이다.)

## 2. 공화주의적 접근이 적절한 분쟁 : 방폐장 입지선정새만금 분쟁

분쟁해결에 대한 ‘공화주의적 접근’은 다음과 같은 전제들을 포괄하는 의미로 사용하고자 한다.

- 개인의 진정한 자유는 국가 등 자신이 속해 있는 공동체의 의사결정과정(정치과정)에 참여함으로써 실현된다. 개인의 자유의 내용을 이루는 이익 또는 가치에 대한 선호(preference)는 필연적으로 자신이 속한 공동체의 윤리·도덕·법규범 등을 반영하여 형성된

- 다. 따라서 공동체는 그러한 선호가 건전한 시민정신을 함양하는 방향으로 형성되도록 정당하게 개입(interference)할 수 있다.<sup>36)</sup>
- 정치과정에 대한 참여는 곧 각 개인의 분파적 이익을 떠나 실제적으로 존재하는 공익을 추구하는 대화와 숙고의 과정 및 그로부터 도출되는 합의에 대한 참여를 의미한다.
  - 공동체의 결정은 사전에 설정된 법적 기준의 준수라는 측면보다는 지속적으로 합의에 의해 정당화될 것이 요구된다. 따라서 재판적 절차보다는 대화와 숙고의 과정을 통해 합의를 도출하는 분쟁해결 방식이 요구된다. 이는 상대적으로 분쟁을 일관된 기준의 적용으로

36) “개인의 자유는 개인이 그 자신의 목적을 선택하기 위한 숙고의 과정을 의미하는 것이지, 자신이 이미 가지고 있는 어떤 목적이든 단지 그것을 만족시키고자 하는 시도하는 과정이 아니다. 개인이 가진 사적인 선호에 이런 지위가 부여되므로, 그에 대해 추정적인 존중(presumptive respect)밖에는 주어지지 않는다. 정치에 대한 공화주의적 개념은 통치를 이러한 과정의 집합체로 보고, 이 과정에서 시민들이 정치적 참여를 통해 목적들을 선택한다고 본다. 여기에서 순수하게 사적인 선호는 상황에 의해 형성되는 것으로 이해되므로 그것은 사회적으로 형성된 것이다. 그러므로 그러한 선호의 일부는 자율적(autonomous)인 것이 아닐 수 있고, 법적 간섭이 진정한 자율(autonomy)을 촉진하기 위해 필요할 수 있다. 개인적 차원이나 집단적 차원에서 숙고를 통해 선호를 형성하는 과정은 이러한 자유의 개념과 잘 부합된다.” Cass R. Sunstein, “Legal Interference with Private Preferences”, 53 U. Chi. L. Rev. 1129, 1986 p.1133; 우리 헌법상 이러한 사적선호에 대한 공적 개입이 어느 정도로 허용될 수 있겠는가 하는 문제에 대해서는 앞으로의 연구과제로 한다. 다만 이에 대한 단초로서 헌법재판소의 결정문의 일부를 인용해두기로 한다. “헌법 제19조에서 보호하는 양심은 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음가짐으로, 개인의 소신에 따른 다양성이 보장되어야 하고 그 형성과 변경에 외부적 개입과 억압에 의한 강요가 있어서는 아니되는 인간의 윤리적 내심영역이다. 따라서 단순한 사실관계의 확인과 같이 가치적·윤리적 판단이 개입될 여지가 없는 경우는 물론, 법률해석에 관하여 여러 견해가 갈리는 경우처럼 다수의 가치관련성을 가진다고 하더라도 개인의 인격형성과는 관계가 없는 사사로운 사유나 의견 등은 그 보호대상이 아니다. 이 사건의 경우와 같이 경제규제법적 성격을 가진 공경거래법에 위반하였는지 여부에 있어서도 각 개인의 소신에 따라 어느 정도의 가치판단이 개입될 수 있는 소지가 있고 그 한도에서 다수의 윤리적 도덕적 관련성을 가질 수도 있겠으나, 이러한 법률판단의 문제는 개인의 인격형성과는 무관하며, 대화와 토론을 통하여 가장 합리적인 것으로 그 내용이 동화되거나 수렴될 수 있는 포용성을 가지는 분야에 속한다고 할 것이므로 헌법 제19조에 의하여 보장되는 양심의 영역에 포함되지 아니한다.” 헌결 2002. 1. 31, 2001헌바43 (독점규제및공경거래에관한법률 제27조 ‘법위반사실의 공표’명령의 위헌성심사)

해결하지 않고 각 분쟁에 관련된 특유한 이해관계들의 개별적인 조정을 하는 방식에 호의적일 수 있다. 이는 또한 다극적 분쟁을 양극적 구도로 분리해서 해결하지 않고 다극적 구도 그대로 포괄적으로 해결하는 절차가 가능하게 한다.

이러한 공화주의적 접근이 적절한 분쟁으로 방사성폐기물처리장 입지선정에 관한 분쟁과 새만금간척사업에 대한 분쟁을 들 수 있다. 양자는 환경문제가 그 핵심적 쟁점 중 하나라는 점에서 '환경분쟁'이라 할 수 있다.

#### (1) 방사성폐기물처리장 입지선정에 관한 분쟁

「환경분쟁조정법」상 환경피해에는 방사능오염으로 인한 피해는 제외되고, 뿐만 아니라 방사성폐기물처리장(이하 '방폐장'이라 함.)의 입지선정에 관한 분쟁은 동법 시행령 제9조가 규정하고 있는 예상피해로 인한 분쟁으로서 사업계획의 결정 후에야 조정신청하도록 되어 있으므로 동법의 적용대상이 되는 것은 아니다. 그러나 분쟁해결절차라는 측면에서 시사점이 많은 사례이므로 여기에서 간략히 살펴본다.

에너지 고갈과 대기환경 악화의 위협으로 원자력발전이 대안으로서 부상하고 그 필연적인 결과로 방사성폐기물의 처리대책이 시급한 가운데, 우리 정부는 1986년부터 방폐장 부지확보를 위한 노력을 하였다.<sup>37)</sup> 그러나 부지대상지역에 대한 보상적 성격의 지원제도가 개선됨에도 불구하고 주민들의 반대로 번번이 그 추진이 좌절되다가, 2003. 7 소위 '부안사태'의 발생으로 이를 둘러싼 분쟁은 심각한 상태에 이르렀다. 이후 방폐장 입지선정은 2004. 1 「주민투표법」 제정으로 동법 제8조에 국가정책에 관한 주민투표제도의 신설, 2005. 4. 「중·저준위방사성폐기물처분시설의 유치지역지원에 관한 특별법」 제정, 2005. 11 신청지역에서의 주민투표 실시 후 경주시를 최종후보지로 확정 · 발표함으로써 일단락되었다. 위 특별법에 의하여 대상지역에는 특별지원금, 반입수수료 및 양성자가속기사업 유

37) 방폐장 입지선정 관련 연혁에 대해서는 김동건, "방폐장 입지선정과 토지공법적 제문제", 「토지공법연구」, 제29집, 2005 참조.

치 등 획기적인 경제적 지원이 이루어진다.

분쟁해결절차라는 측면에서 이 과정을 보면 다음과 같은 점이 주목할 만하다고 생각된다.

첫째, 부안사태의 경과를 보면, 분쟁이 심화된 계기 중에는 이해관계인들의 입지선정과정에서 대한 참여의 기능을 소홀히 한 점이 있다고 보인다. 즉 부안군수가 방폐장을 유치하겠다는 기자회견을 가진 후 부안군 의회가 위도 방폐장 유치에 대해 부결하였음에도 불구하고 부안군수가 방폐장 유치신청서를 산자부에 제출하였고, 부안주민들의 시위가 시작되었음에도 불구하고 산업자원부가 일방적으로 방폐장 선정을 발표한 점, 이후 부안군민대책위원회가 중재안으로 주민투표안을 받아들였음에도 정부가 주민투표법이 제정되지 않았음을 들어 주민투표 불가방침을 발표한 점, 이후 부안주민이 주민투표를 강행하여 투표율 72%에 방폐장입지 반대 92%로 결정된 점 등은 입지선정과정에서 반대의견을 가진 주민들과의 대화나 숙고의 과정을 통해 그 의견을 수렴하거나 동화되도록 하는 절차가 분쟁해결에 핵심요소 중 하나임이 간과되었음을 의미한다.

둘째, 2004. 11. 주민들의 참여가 '주민투표'의 방식으로 이루어졌다는 점이다. 주민투표 시 주민들의 찬성의사를 유도하기 위하여 지방자치단체에서는 적극적으로 주민들의 선호형성에 개입하였을 것으로 추정되긴 하지만, 방폐장입지선정이라는 사안이 '주민들의 개인적 선호의 총합'을 표현하는 투표의 결과로 결정되기에 적합한 사안인가에 대해서는 의문이 제기되었다.<sup>38)</sup>

셋째, 위 특별법이 장래 유사한 사안, 예컨대 고준위방사성폐기물처리시설 등에 대한 적용을 염두에 둔 일반적 분쟁해결절차가 아니라 '중·저준위방사성폐기물처리시설 설치'라는 개별사안의 해결을 위한 법률이라는 점이다. 이는 이러한 유형의 환경분쟁이 일관된 실체적 기준 또는 절차적 기준의 정립을 통해서 해결되기보다는 각 사안에 대한 개별적 접근을 통해 해결될 수밖에 없는 성질을 가짐을 반영하는 것으로 보인다.

38) 김동건, 전계논문, 63-65면, 유치공모방식이 행정계획상 관계이익에 대한 형량을 저해할 위험성, 주민의 올바른 정보를 바탕으로 주민투표에 임하였는지의 문제를 제기하고 있다.

넷째, 대상지역에 대한 경제적 지원을 고려하여 방폐장설치에 동의하는 주민의 경우 그의 選好(preference)는 경제적 가치로 환산되어 교환가능한 것인(commensurable) 반면 경제적 지원에도 불구하고 환경적 가치를 주장하며 반대하는 주민의 경우 그의 선호는 경제적 지원과는 동일척도로 측량될 수 없는(incommensurable) 가치에 대한 것이라고 할 수 있다. 이러한 선호를 가진 구성원들이 있는 경우에는 경제적 지원만을 가지고는 합의를 도출하기 어렵고 합리적인 대화과정을 통해 그의사를 변경하도록 하는 것이 필요하다.

## (2) 새만금간척사업 관련 분쟁

새만금간척사업(이하 '새만금사업'이라 함)을 둘러싼 분쟁은 대법원 2006. 3.16 선고 2006두330 판결로 사업이 재개됨으로써 일단락된 것으로 보이나, 위 판결로 관련분쟁이 최종적으로 해결된 것인지는 좀 더 지켜보아야 할 것이다.<sup>39)</sup> 분쟁해결절차의 측면에서 특히 주목할 점은 새만금사업과 같은 공공사업으로 인한 환경분쟁이 司法節次에 맡겨졌을 경우 이것이 적절한 분쟁해결수단이라고 평가할 수 있는가이다. 2001. 8. 새만금사업에 대한 소송이 처음 제기된 이후 2005. 2 서울행정법원이 원고의 청구를 일부 인용하는 판결을 하였고, 이에 대한 상소절차에서 2005. 12. 21 항소심 판결과 2006. 3. 16, 2006두330 대법원판결은 원고의 청구를 모두 기각하였다.<sup>40)</sup> 서울행정법원의 농림부장관 민원거부회신취소 판결에 대해 주관적 소송 중심의 현행 행정소송법 체계에서 미국의 사법적극주의적 이론을 도입하여 객관적 소송의 대상이 될 문제를 무리하게 처리한 것이고, 이는 입법정책적 문제를 판결로 해결함으로써 사법권의 한계를 일탈한 것이라는 비판이 있다.<sup>41)</sup> 이러한 견해에서는 현재 우리 법원의 환경문제에 대한 전문성 부족

39) 동 판결이 있는 직후 환경운동연합이 낸 성명에는 대법원의 소수의견에 주목하며 새만금 갯벌살리기 운동을 계속하겠다는 의사가 표명되었다. <대법원의 새만금 판결에 대한 환경운동연합 입장>, 한국일보 2006.3.16.

40) 새만금소송의 경과에 대해서는 [http://www.saemankum.go.kr/html/lawsuit\\_progress.html](http://www.saemankum.go.kr/html/lawsuit_progress.html) 참조.

41) 김희곤, "새만금사업관련 서울행정법원판결에 대한 법적 검토", 「공법연구」 제33집 제4호,

을 심각하게 보아 환경사건만을 전담할 환경전문법조인의 양성과 환경법원의 설치를 제안한다. 한편 다른 관점에서 동 판결이 제3자의 행정개입청구권을 인정함으로써 독일에서 진행되어 온 ‘행정법의 주관적 권리화’의 싹으로 의미를 부여하기도 한다.<sup>42)</sup> 새만금판결의 의의 및 범리에 대한 평가는 차후로 미루고, 분쟁해결절차의 측면에서 보면 이는 법원이 공공사업으로 인한 환경분쟁해결에 적극적인 역할을 자임하였다는 점에 의의가 있다. 그러나 행정법원이 판결로 나아가기 전에, 국회나 대통령산하에 위원회를 구성하여 당해 간척지의 용도특정과 개발범위에 대해 검토하고 결정할 위원회에서 논의를 하도록 조정권고를 시도한 것은 당해 분쟁이 실체적 기준에 의한 판단보다는 당사자들이 함께 숙고할 기회를 통해 합의형성을 통해 해결하는 것이 더 적절하다는 판단을 반영하는 것이다. 법치주의가 진행될수록 종전에는 법원의 해결에 맡겨지지 않았던 분쟁들이 법원에서의 해결을 기다리게 되는 바, 법원에서의 절차가 분쟁의 유형에 따라 재판적 절차 외에 각각의 유형에 적합한 절차들로 다양화되어야 할 것이다.

### (3) 공공사업으로 인한 분쟁 및 그 해결과정의 특징

兩 분쟁의 구체적인 차이에 불구하고, 양자의 분쟁에는 다음과 같은 공통점을 찾을 수 있다. 첫째, 방폐장과 새만금간척사업을 둘러싼 분쟁에서는 일단 발생하면 회복하기 어려운 대규모의 환경피해의 가능성이 예상되는 동시에 이와 상충되는 결정의 동기로서 전력공급원의 안정적 확보 또는 국토확장과 식량자원확보, 지역균형개발 등 강력한 공익목적이 존재한다. 둘째, 방폐장이나 새만금간척사업의 경우 분쟁의 실질적 당사자들을 구성하는 이해관계인들은 개인적 권리 또는

한국공법학회, 2005.6, 384-399면, “...환경보호이익의 폭넓은 구제가 바람직하지만, 그것은 독자적인 환경소송제도의 도입등 입법적으로 해결되어야 하며, ...현행 법체계하에서 단지 사법적극주의적 입장에 선 일부 법관들의 적극적인 실정법의 해석·적용만에 의해서 외국에서와 같은 수준의 환경보호이익을 법원의 판결을 통해 확보하려는 지나친 사법적극주의적 시도는 현행 법체계를 벗어나는 것으로 허용되기 어렵다고 생각된다.”

42) 김중권, “행정개입청구권의 인정과 관련한 법적 문제점에 관한 소고 -서울행정법원 2005. 2.4 선고 2001구33563판결을 중심으로-”, 『저스티스』, 86호, 한국법학원, 2005.8.



권익의 보호를 추구하는 자가 아니라 분산되어 귀속되는 공익의 귀속자들에 해당된다. 따라서 이러한 분쟁의 해결방식은 곧 공동체의 이익을 누구로 하여금 어떤 방식으로 결정하게 할 것인가를 결정한다. 그러므로 분쟁해결방식의 선택에 있어서 공익판단과정의 적정성을 염두에 두어야 한다. 아무리 분쟁당사자들이 그 당시에 만족하여 분쟁이 종료되게 된다고 하여도 그로 인해 더 장기적인 공익판단이 왜곡될 가능성이 있는 절차라면 이러한 분쟁에서는 적절한 절차가 될 수 없다.

위와 같은 이유들로 양 분쟁은 법규범을 통해 개인과 개인 사이의 행위를 조율하는 방식 즉, 모든 개인들에 대해 유사한 사안에서는 일관되게 적용되는 행위규범의 정립을 통해서 해결할 수 없다. 이러한 분쟁의 해결은 그에 적용될 실체법적 기준의 정립은 용이하지도 않고 그 기능도 의심스러우며, 개별 분쟁의 특성에 따라 탄력적인 분쟁해결방식을 적용할 필요가 있다. 또한 이는 권리개념에 기반한 분쟁해결이 적절치 않음을 의미하기도 한다. 즉 누가 권리자인가 라는 관점으로는 이러한 분쟁을 해결하기가 어렵다. 이러한 분쟁에서 이해관계인들에게 중요한 것은 누가 실체적 권리를 갖는가 아니라 그 결정과정에 누가 어떤 방식으로 참여하여 영향을 미치는가이다.

한편 최근 이러한 분쟁에 대해서는 공공사업에 관한 결정이라 해서 어떤 고정된 절차를 따르게 하는 것보다는 기본적인 틀만을 정하고 그 분쟁의 해결과정에서 지속적으로 새로운 정보를 반영하여 분쟁해결절차 자체를 수정하여 나가는 탄력적이고 종합적인 방식이 적절할 수 있다. 이를 위해서 동원가능한 法的, 非法的 수단을 분쟁해결수단의 조합가능한 단위(module)로 보고 분쟁의 전개에 따라 이들의 조합을 탄력적으로 변경하는 방식의 접근이 검토될 수 있다.<sup>43)</sup>

#### IV. 환경분쟁에 대한 대책

일반적으로 환경분쟁의 효과적 해결을 위한 대안으로, ①실질적·배분적 정의

43) Jody Freeman, Daniel A. Farber, "Modular Environmental Regulation", 54 Duke L. J. 795, 2005.

의 요구를 수용할 수 있는 분쟁해결법제도, ② 원인자책임 원칙 적용의 전제조건으로서 정확한 오염의 원인 규명 또는 위협책임·무과실책임 등 입증의 곤란을 경감할 법원리나 제도 강구 ③ 정보공유와 환경정책의 투명성 확보, 일반국민의 환경정책의 수립·집행과정의 민주적 참여, ④ 집단분쟁해결절차 도입, 의무이행소송 도입 등 행정소송법의 개선방안 검토 등이 제시되고 있다.<sup>44)</sup> 여기에서는 이에 더하여 위에서 본 발생배경과 유형을 고려하여 분쟁유형별 법과정을 고려한 환경분쟁해결의 체계화 또는 모듈화 및 환경분쟁조정제도의 적절한 역할에 관해 다음과 같은 점을 제시해보고자 한다.

#### 1. '환경분쟁'의 의미에 대한 공정한 평가

환경분쟁은 '분쟁이 없는 평화로운 상태'의 대척점으로만 파악될 것은 아니다. 특히 환경문제가 갖는 '공공재', '외부효과' 등으로 설명되는 특성상 필요한 만큼의 사회적 주목과 자원의 투하를 받지 못한 것이 환경문제를 악화시킨 원인이었다는 점에서 일정 범위의 '환경분쟁'은 환경문제에 대한 정당한 관심과 자원의 투하를 촉발하는 긍정적 계기가 된다. 환경분쟁에 대한 대책은 환경분쟁의 이러한 긍정적 기능을 현실의 범형성 과정에 반영시키고, '분쟁'으로서 필연적으로 가지는 부정적 기능을 최소화하는 복합적인 목적을 염두에 두고 접근해야 할 것이다.

#### 2. 분쟁유형별 법과정을 고려한 환경분쟁해결의 체계화 또는 모듈화

환경분쟁에 대한 대책에 있어서는 당해 분쟁의 적절한 해결과 함께 이것이 장래 동종 유사한 분쟁에 대해 미칠 영향을 고려하여야 한다. 특히 동종 사안에 적용할 일반적 기준 또는 절차가 정립되는 법과정에 미치는 영향에 대해서 의식할 필요가 있다. 당해 분쟁의 해결을 위해 적용되는 것을 분쟁해결의 '수단'이라 하고, 그 분쟁의 궁극적 해결 및 동종 유사 분쟁의 해결을 위한 일반적 기준 정립을

44) 홍준형, 전거서 p.357.

위해 다양한 기관들과 절차들이 상호작용해 나가는 경로를 분쟁해결의 '진로'라고 한다면, 환경분쟁의 유형에 따라 적절한 분쟁해결의 '수단'과 '진로'가 다를 것이다. 따라서 환경분쟁의 유형에 따른 수단과 진로에 대한 기준과 계획이 존재하고, 환경분쟁의 해결에 기여하는 다양한 기제들을<sup>45)</sup> 적재적소에 동원할 수 있는 방향으로 나아가야 할 것이다.

(1) 자유주의적 이해관계조정과 공화주의적 이해관계조정

충간소음분쟁과 같이 자유주의적 이해관계조정이 적합한 분쟁의 경우 그에 적용할 실제적 행위기준의 정립이 가장 중요한 목표가 되어야 할 것이다. 실제적 행위기준이 명확히 정립되지 않은 '과소법화'의 상태에서는 과도적으로 적용될 기준의 제시가 필요하므로 채정과 같은 준사법적 요소를 가진 '수단'이 장점이 많다. 아무런 기준의 규범 또는 기준이 없는 경우에는 분쟁당사자들의 협상에 의한 합의는 오히려 도출되기 어렵다는 것이 ADR 연구자들의 지적이다. 또한 이런 상태에서 개별적으로 도출되는 합의들은 어떤 규범적 기준으로 축적되기에는 일관성이 너무 없을 수도 있다. 따라서 환경분쟁조정위원회와 같은 국가기관이 당사자들간의 합의가 공정하다고 하기 위해서는 위치해야 할 할 어느 정도의 범위를 정하여주는 역할을 할 수 있다. 그런데 이 경우 채정의 방식 또는 효력을 생각할 때 분쟁해결의 '진로'까지 생각해 본다면, 이러한 과소법화 상태에서의 분쟁은 채

45) 환경분쟁의 해결에 기여하는 다양한 기제들로는 다음과 같은 것이 주요한 예이다.

분쟁해결의 실제적 기준	분쟁해결의 장(forum)	분쟁해결의 절차
- 법률 - 행정규제(입법)·조례·규칙 등 - 법원 판례·헌법재판소의 결정례 - 환경분쟁조정위원회의 조정 사례 - 공동관리규약등 당사자들의 합의에 기초한 자율규범	- 입법기관 - 행정기관 - 사법기관 - 환경분쟁조정위원회 - 자율적 대화와 합의가 이루어지는 장	- 정식절차·비정식절차 (ADR: 협상·조정) - 재판적 절차·합의적 절차 (adjudication·settlement) - 혼합형(hybrid) 절차 (환경분쟁조정절차)

정으로 마무리되는 것 못지않게 그에 대한 불복으로 소송을 제기하게 되는 것이 바람직한 측면이 있다. 이는 당사자가 (환경분쟁조정위원회 재정이든, 법원의 판결이든) 최종적인 분쟁해결안을 정당한 것으로 수용할 수 있도록 하는 것이 분쟁의 신속한 진압보다 중요하고, 분쟁해결의 일반적 기준정립을 위해 사법부의 판단을 받아보는 것이 당해 기준의 불확실성을 줄이고 더 구체화할 수 있기 때문이다. (이러한 측면에서 과소법화의 분쟁영역에서 재정에 대한 불복율이 높다고 하더라도 이는 자연스럽고 순기능적인 것이지 문제점으로 볼 일은 아닐 것이다.)

그러나 실체적 기준이 충분히 축적되어 있는 경우에는, 그 기준을 협상의 배경으로 하고 당해 사안에서의 개별적 요소들의 고려가 가능한 자율적 조정(mediation)이 더 유용할 것이다. 당해 사안에서 구체적 타당성의 실현 외에도 우리 국민들에게 분쟁을 대화와 합의로 해결하는 경험을 통해 교육적 효과를 가져올 수 있다는 점에서 그러하다. 따라서 이러한 유형의 분쟁에 대해서는 과소법화 상태에서는 다양한 법형성기관들의 상호작용에 의한 규범정립작용이 촉진되어야 하고, 그 이후에는 차츰 자율규제로 전환되는 것이 바람직한 모델이라 할 것이다. 중간소용 분쟁의 해결은 이러한 과정을 잘 보여주고 있다.

반면, 방사성폐기물처리장과 같은 혐오시설의 입지선정이나 새만금간척사업의 시행 여부와 같이 공화주의적 이해관계조정이 적합한 분쟁의 경우에는 각 개별분쟁의 특유하고 복잡한 이해관계들을 조정할 일관된 실체적 기준의 정립은 거의 불가능하므로, 개별적 해결방안에 대한 그 때 그 때마다의 합의를 형성하는 것이 중요하다. 이는 행정권 행사가 지속적으로 이루어질 수 있도록 규범이 정립되어 있는 경우에는 국민의 참여는 그 규범의 정립 시에만 이루어지는 것으로 충분하지만, 행정이 재량권을 행사하도록 규정되어 있는 경우에는 개별적 결정과정(행정절차)에 참여할 필요가 커지는 것과 마찬가지로이다. 이러한 분쟁에서는 상호연관되어 있으면서도, 척도가 다른(incommensurable) 다양한 이해관계와 가치충돌이 포괄적으로 해결되어야 하므로, 통상 대립되는 두 당사자이의 분쟁을 사전에 정립된 기준과의 관계에서 합리적 논증으로 해결하는 재판적(adjudication) 방식에 의해서는 해결되기 어렵다. 그 밖에도 다음과 같은 점에서 현재의 환경분

쟁조정제도는 이러한 분쟁해결에 적합지 않은 측면이 있다.

첫째, 환경분쟁조정위원회는 환경피해의 구제라는 '환경'에 편향된 공익목적을 지향하므로, 위와 같이 전력공급원 안정화, 식량자원의 확보 등의 공익과 환경보전의 공익 등을 숙고하여 형량하는 역할을 하기에 적합하지 않은 면이 있다. 그러한 점에서는 일반법원이 일반적 포럼(*general forum*)으로서 오히려 다양한 이해관계를 고려할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 환경분쟁조정위원회가 이러한 분쟁영역으로 기능을 확대하고자 한다면 좀더 독립적인 기관으로 변모하는 것이 필요하다. 그렇지 않다면, 환경분쟁조정위원회의 역할은 다극적 분쟁에서 환경적 가치에 관한 부분을 대리하고 지원하는 부분적 역할을 하는 것이 더 적합할 것으로 생각된다.

둘째, 이러한 분쟁은 사전적 규범을 근거로 한 합리적 논증(*reasoning*)을 통해 권리·의무관계를 결정하는 방법으로는 당사자들에게 그 결론을 정당화하기가 어렵다. 기본권의 충돌, 공익의 충돌은 결국 선택의 문제로 환원되고, 선택의 문제는 법적 근거에 의해 필연적으로 도출되는 것은 아니기 때문이다. 새만금간척 사업에 대한 대법원의 판결 이후에도 그 결론을 정당한 것으로 받아들이지 못하는 당사자들이 있다. 따라서 환경분쟁조정위원회의 재정방식은 일반법원의 심사와 마찬가지로 적절하지 않은 면이 있다. 그러한 점에서 방폐장입지선정과정과 같이 '투표'가 이익과 가치에 대한 복잡한 선호를 종합적이고 간명하게 표현할 수 있는 방법일 수 있다. 그러나 '투표' 방식의 문제점은 이것이 유권자의 선호의 총합을 표현하는 데 그치고, 공익에 대한 충분한 숙고의 결과를 반영하는 것이 아닐 수 있다는 점이다.

결국 이러한 유형의 분쟁은 의사결정과정에 처음부터 다양한 이해관계를 대표하는 자들이 참여하는 지속적인 의사형성(결정)과정에서 가치에 대한 합의를 도출해내는 방법이 가장 적절할 것이다. 그런데 가치에 대한 합의의 도출은 기본적인 결정이 이루어진 후 이해관계를 금전적 보상으로 조절하거나 해서는 이루어지지 않는다.

2004년 성안된 「공공기관의 갈등관리에 관한 법률」안은 이러한 유형의 분쟁해

결에 적합한 방안을 모색한 것이다.<sup>46)</sup> 동 법률안에 규정되어 있는 공공갈등관리 시스템은 ① 갈등예방절차, ② 갈등해결절차, ③갈등관리지원기구의 3가지 요소로 구성되어 있다. 이 중에서 갈등예방절차로는 갈등영향분석의 실시, 갈등관리심의위원회의 설치·운영, 참여적 의사결정방법의 활용이 있다. 위의 법안에 따르면 정부 각 부처, 지자체 등 공공기관의 장은 법령 등의 제·개정과 집행, 정책 및 사업계획의 수립 또는 추진 시에 광범위한 갈등이 유발될 우려가 있다고 판단될 때에는 갈등영향분석을 실시하고, 또 분석결과를 갈등관리위원회에서 심의하도록 한 결과 사회적 합의의 형성이 중요하다고 판단하는 경우에 참여적 의사결정방법을 활용할 수 있게 되어 있다. 물론 갈등관리심의위원회의 심의 사항은 갈등영향분석 뿐만 아니라 공공기관의 장이 갈등예방 및 해결능력을 강화하기 위해 마련한 시책 등을 심의하기도 하다. 갈등해결절차로, 공공기관의 장이 갈등을 조정하기 위해 필요하다고 판단되는 경우 사안별로 사회적 합의추진을 위한 갈등조정회의를 설치·운영할 수 있게 되어 있다. 갈등관리지원기구로 갈등관리를 위한 조사·연구, 교육·훈련, 전문가 양성, 공공기관의 갈등관리 지원 등의 기능을 수행하는 공법인으로서 갈등관리지원센터의 설치가 예정되어 있다.<sup>47)</sup> 장래 환경분쟁조정위원회가 그 전문성과 경험을 가지고 환경분쟁의 영역에서 갈등관리지원센터와 분쟁조정전문인력의 교환, 사안에 대한 경험의 교류 및 다양한 분쟁해결방식의 개발 등의 협력관계를 구축할 수 있을 것이다.

## (2) 유형별 환경분쟁해결의 체계화 또는 모듈화

환경분쟁조정위원회가 위와 같이 자유주의적 이해관계조정·공화주의적 이해관계조정이 적합한지, 당해 분쟁에 적용할 법적 기준이 충분히 정립되지 못하여 과소법화 상태인지, 반대로 충분히 정립되어 당사자간 자율해결을 권장해도 좋을

46) 공공기관의 갈등관리에 관한 법률안의 제정배경과 취지 및 집행과 관련된 구체적 내용에 대해서는 「공공갈등관리의 이론과 기법」(上·下), 대통령자문지속가능발전위원회 편, 논형, 2004.

47) 전게서 각주 12) 54-55면

상대인지 등을 기준으로 환경분쟁을 유형화하여, 특정 분쟁의 적절한 해결수단 및 동종의 분쟁영역에서의 적절한 해결진로를 설정하여 두고, 접수된 분쟁을 그러한 적절한 해결수단을 이용하도록 유도하는 역할을 할 수 있다면 전체적인 분쟁의 순기능을 강화하고 역기능을 최소화시키는 방안이 될 수 있다. 이는 미국 사법부에서 ADR 이용을 권장함과 함께 분쟁에 적합한 분쟁해결수단을 선택하도록 한다는 취지의 사건관리기능을(case management) 수행하는 것을 모델로 할 수 있다.<sup>48)</sup> 이를 위해서는 다양한 분쟁해결수단을 분쟁의 유형별로 체계화하는 것이 필요하지만, 그러나 획일적 적용을 요구하는 체계화가 되어서는 안 될 것이다. 특히 공화주의형 분쟁의 경우에는 각 분쟁의 고유한 이해관계분포를 반영하여 다양한 수단을 조합하고 필요에 따라 조정하며 사용할 수 있는 모듈화의 개념이 더 적절할 것으로 보인다.

## 2. 환경분쟁조정제도의 기능적 목표 설정

### (1)司法의 보완기능

종합적인 환경분쟁해결체계 속에서 환경분쟁조정제도의 기능적 분담의 목표를 설정하되, 범형성과정에 있어서 환경분쟁조정제도가 고유하게 해 낼 수 있는 기능을 목표로 설정해야 한다. 이는 곧 법원과 경쟁하는 관계 속에서 기능영역을 찾는 것이 아니라, 법원이 수행하기에 적절하지 않은 기능 및 법원이 원활히 수행하고 있지 못한 기능영역을 찾아내어야 함을 의미한다.

또한, 본질적으로 사법부의 분쟁해결기능과 유사한 기능을 담당하여 사법부보다 전 단계에서 보다 손쉽고 저렴하게 사법서비스를 받을 수 있는 준사법적 기관으로 자리매김할 것인지, 아니면 사법부와는 다른 분쟁해결방식을 개발 및 이용하여 환경분쟁해결방식의 다양화, 다양한 기관들에 의한 범형성 과정을 촉진하는 매개기능, 거시적 분쟁관리기능 등에 중점을 둘 것인지 결정한 후, 조정제도에 관련된 구체적인 쟁점들을 그러한 목표에 부합하도록 정리해야 할 것이다.

48) Judith Resnik, "Managerial Judges," 95 Harv. L. Rev. 374(1982)

예컨대 재정이나 조정의 효력에 관해 전자의 모델에서는 재판상 화해의 효력을 인정함으로써 집행력을 확보하는 것이 더 적절할 수 있으나, 후자의 모델에서는 당사자의 합의의 효력을 인정하는 것이 더 적절할 수 있다. 왜냐하면 후자의 경우 확정적인 법적 기준에 대한 판단을 법원에 명시적으로 유보하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 한편 만약 환경분쟁조정위원회가 전체적인 분쟁해결체계 내에서 특별사법기관(specialized justice)으로서의 고유성을 획득해나가고자 한다면, 이러한 조정이나 재정의 효력문제에 대해서 현재와 같이 '당사자간의 합의성립의 의제'와 '재판상 화해의 효력' 양자 중 택일해야 하는 것은 아니라고도 할 수 있다. 오히려 이를 특별사법기관의 특수성에 적합한 제3의 효력유형으로 범제화하는 것도 검토될 수 있을 것이다.

## (2) 다양한 해결수단의 모색

환경분쟁의 해결에 당사자들이 적극적으로 참여하도록 하여야 하는 실체적 이유 중 하나는 당사자들이 금전적 이익조정을 넘어 그러한 환경문제를 예방하고 제거하는 방안에 대해 가장 많은 정보를 가지고 있고, 또한 방안을 개발할 유인을 가장 많이 가지고 있는 주체이기 때문이다. 피해자와 가해자간의 이해관계조정은 이루어진다 하더라도 환경에 끼친 손상은 그대로 남아있을 수 있다. 따라서 금전적 이해조정만으로는 당사자 사이의 분쟁은 해결될지 모르나, 환경문제는 그대로 축적되어 갈 수 있다. 환경분쟁의 해결이 단지 당사자들간의 평화회복에만 초점을 맞출 수 없고, 환경정책에의 반영(feedback)을 통해 궁극적인 환경문제에 기여해야 하므로(분쟁의 순기능 극대화), 환경분쟁조정은 그러한 궁극적인 환경오염제거수단을 통한 해결에 더 초점을 맞추어야 할 것이다. 그리고 그것이 일반 법원과 차별화될 수 있는 전문적인 특별사법기관으로서의 환경분쟁조정제도만의 고유한 역할이 될 수 있을 것이다.



## 참고문헌

- 대통령자문 지속가능발전위원회 편, 『공공갈등관리의 이론과 기법 (상)』, 논형, 2005.
- 박균성·함태성, 『환경법』 제2판, 박영사, 2006.
- 홍준형, 『환경법』 제2판, 박영사, 2005.
- 중앙환경분쟁조정위원회, 『환경분쟁조정사례집』 제12권, 2003.
- 강재규, “환경법의 성격과 환경행정소송제도 - 도롱뇽소송을 중심으로 -”, 『환경법연구』 제27권 제1호, 한국환경법학회, 2005.
- 김동건, “방폐장 입지선정과 토지공법적 제문제”, 『토지공법연구』 제29집, 한국토지공법학회, 2005.
- 김상호, “‘새집증후군’ 피해 첫 배상결정 (경제정책해설)”, 『나라경제』, 2004.8.
- 김중권, “행정개입청구권의 인정과 관련한 법적 문제점에 관한 소고 -서울행정법원 2005.2.4 선고 2001구33563판결을 중심으로-”, 『저스티스』 86호, 한국법학원, 2005.8.
- 김형진, “환경분쟁조정법의 제문제”, 『법조』, 2001.12.
- 김희곤, “새만금사업 관련 서울행정법원판결에 대한 법적 검토”, 『공법연구』 제33집 제4호, 한국공법학회, 2005.6.
- 신창현, “환경분쟁의 원인과 제도개선방안”, 연구보고서, 2002.
- 이원우, “현대 행정법관계의 구조적 변화와 경쟁자소송의 요건”, 『경쟁법연구』 제7권, 2001.
- 이희정, “법의 지배와 행정법상 재판의 분쟁해결수단 - 미국의 경우를 중심으로 -”, 서울대학교 박사학위논문, 2004.8.
- George Crowder, “From Value-Pluralism to Liberalism,” 『Liberalism, IV, ed. G.W. Smith, Routledge, 2002.
- Christine B. Harrington, “Delegalization Reform Movements: A Historical Analysis,” 『The Politics of Informal Justice』 vol. 1 ed. Richard

- L. Abel, Academic Press, 1982.
- Judith Resnik, "Managerial Judges," 95 Harv. L. Rev. 374(1982).
- Henry M. Hart, Jr., Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, William N. Eskridge, Jr., Philip P. Frickey eds. 1994.
- Melvin Aron Eisenberg, "Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon fuller", 92Harv. L. Rev.410, 1978.
- William N. Eskridge, Jr., Philip P. Frickey, "Foreword: Law as Equilibrium", 108 Harv. L. Rev. 26, 1994.
- Jody Freeman, Daniel A. Farber, "Modular Environmental Regulation," 54 Duke L. J. 795, 2005.
- Lon L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", 92 Harv. L. Rev. 353, 1978.
- Walter H. O'Briant, "Man, Nature and The History of Philosophy," in 'Nature,' vol. I Thinking the Natural, ed. David Inglis, John Bone and Rhoda Wilkie, Routledge, 2005.
- Cass R. Sunstein, "Legal Interference with Private Preferences", 53 U. Chi. L. Rev. 1129, 1986.