

# 환경법상 일반원칙의 본질과 효력에 대한 법철학적 고찰\*

이 현 경\*\*

## 차 례

- I. 들어가며: 문제의 제기
- II. 환경법상 일반원칙들의 내용
- III. 법원칙의 개념과 특징
- IV. 법원칙의 법적 위상 및 효력
- V. 조정 관행으로서 환경법상 일반원칙
- VI. 맺으며: 환경법철학을 향하여

## [국문초록]

‘환경법상 일반원칙’의 본질과 효력에 관한 문제는 환경법이론이나 실무에 있어 매우 중요한 주제이다. 특히 갈수록 증대되는 과학적 불확실성과 예측 불가능한 환경문제의 대두 등 다종다기한 환경법현실 속에서 환경입법 및 행정, 환경사범의 각 영역에서 일반원칙의 역할은 점차 중요해진다. 하지만 이 문제에 관한 본격적인 이론적 연구는 충분하지 못한 실정이다. 국제·국내환경법 영역에서 비실정화된 다양한 준칙들이 ‘일반원칙’ 혹은 ‘법원칙’ 으로 명명되지만, 정작 그것의 의미와 본질에 관한 해명은 불충분하다. 또한 종래 학계에서의 논의 양상 역시 여러 면에서

\* 본고는 <한국환경법학회 창립40주년 기념학술대회: 환경법의 미래>에서 필자가 발표한 원고 “환경법상 일반원칙의 본질 및 효력”을 수정·보완한 것이다. 필자가 환경법 연구에 관심을 갖는 계기를 마련해주시고 환경법학술대회 발표를 격려해주신 서울대학교 법과대학에 조홍식 교수님께 감사드린다. 필자가 법철학자로서 법원리에 대한 특별한 관심과 연구 의욕을 갖게 된 것은 서울대학교 법과대학에 김도균 교수님 덕분이다. 두 분 은사님들께 지면을 빌어 깊은 감사를 표한다. 또한 학술대회에서 유익한 토론을 해주신 서울대학교 법과대학에 김태호 박사님, 원고를 꼼꼼히 읽고 귀중한 조언과 논평을 해주신 조홍식 교수님과 익명의 심사위원님들께 진심으로 감사드린다. 여간상 본고에서 충실히 반영하지 못한 내용은 후속 논문으로 심화·발전시키 나갈 것을 약속드린다.

\*\* 서울대학교 법이론연구센터 전임연구원, DGIST(대구경북과학기술원) 대우교수, 서울대학교 법학전문대학원·서울시립대학교 법학전문대학원·한국방송통신대학교 강사.

한계가 포착된다. 따라서 이 주제에 대한 더욱 생산성 있는 연구를 위해서는 기존의 환경법학 내부에서의 논의를 반복·재구성하기보다는 보다 근본적인 법철학적 논의를 참고하고 그 성과를 환경법의 영역에 적용해봄으로써 우리 법현실에 맞는 대안 이론을 궁구할 필요가 있다. 이를 위해 필자는 ‘법원칙’의 개념과 본질에 대한 법철학적 고찰을 한 후, 이를 기초로 ‘환경법상 일반원칙’이라 일컬어지는 기준들의 법적 위상을 재검토하고 그 효력 근거를 궁구한다. 구체적으로는 라렌츠의 ‘정당한 법원리 이론’과 드워킨의 ‘법원리주의’ 논변을 비판적으로 검토한다. 법원리의 본질을 도덕과의 필연적 연관 속에서 이해하는 도덕주의적 설명법이 환경법론의 맥락에서 갖는 한계점도 지적한다. 이를 기초로 필자는 궁극적으로 대안 이론을 모색하는 단계로 나아간다. 결론적으로 필자는 ‘법학적 관행 이론’에 의거하여 환경법상 일반원칙의 본질을 ‘조정 관행’으로 재규정하며, 그 효력에 대해서는 ‘추정적 효력테제’를 주장한다. 이러한 연구를 통해 필자는 기존의 환경법학계 내부에서의 논의나 실정법학의 법리를 넘어 보다 근본적인 차원에서 이 주제를 다룸으로써 논의의 지평을 확장하고, 환경법이론과 실무 양자에 기여할 수 있는 이론적 기초를 마련하고자 한다. 일종의 ‘환경법철학’적 시도라고 볼 수 있겠다.

## I. 들어가며: 문제의 제기

‘환경법상 일반 원칙’의 본질과 효력에 관한 문제는 환경법이론이나 실무에 있어 매우 중요한 주제이다. 특히 갈수록 증대되는 과학적 불확실성과 예측 불가능한 환경문제의 대두 등 다종다기한 환경법현실 속에서 환경입법 및 행정, 환경사법의 각 영역에서 일반원칙의 역할은 점차 중요해진다. 하지만 이러한 현실에도 불구하고 이 문제에 관한 본격적인 이론적 연구는 충분하지 못한 실정이다. 국제·국내환경법 영역에서 비실정화된 다양한 준칙들이 흔히 ‘일반원칙’ 혹은 ‘법원칙’이라고 명명되지만, 정작 그 의미와 본질이 무엇인지에 대한 적절한 해명은 거의 찾아보기 어렵다. 그러다 보니, 논자마다 ‘법원칙’에 대해 각자가 갖는 이미지에 의존하거나 기존의 일부 협소한 실정법학적 논의에 의지함으로써, 합당한 근거 없이 결론만을 제시해왔다고 해도 과언이 아니다. 또한 기존 연구들의 특징을 살펴보면 (i)환경법상 기본원칙들을 목록화하고 각 내용을 상술하는데 그치거나, (ii)그것의 법적 성격이나 효력에 대한 논의는 그 원칙이 ‘법적 구속력 있는 행정법 일반 원칙과 같은지, 아니면 프로그램적 지침에

불과한지' 중 양자택일하는 식의 접근도 적잖은 것 같다.)<sup>1)</sup>

이 주제에 관해 더 내실 있고 발전적인 연구를 위해서는 환경법학계 내부에서의 기존 논의를 반복·재정리하기보다는 더 근본적인 법철학적 연구를 참고하고 그 성과를 환경법의 영역에 적용해봄으로써 우리 환경법현실에 맞는 대안 이론을 궁구하는 작업이 필요할 것 같다. 그렇다면 첫 번째 과제이자 탐구의 시작점은 '법원칙'의 개념과 본질에 대한 법철학적 고찰일 것이다. 이를 기초로 필자는 '환경법상 일반원칙'이라 일컬어지는 기준들의 본질과 특성, 그리고 법적 위상을 재고하고 그 효력 근거를 구하고자 한다. 요컨대, 필자는 기존의 환경법학 내부의 논의나 실정법학 범리 안에 갇히지 않고, 보다 근본적인 차원에서 이 주제에 접근한다. 이를 통해 논의 지평을 확장하고 발전을 위한 이론적 기초를 마련하고자 한다. 일종의 '환경법철학'적 시도라고 볼 수 있겠다.

이러한 문제의식과 목표 하에 보고는 다음과 같이 구성된다. 제2장(II)에서는 기존에 논의되어온 '환경법 일반원칙들'의 핵심 내용을 확인한다. 그리고 그것의 효력을 둘러싼 논점들을 정리·분석하여 연구대상과 범위를 명확히 한다. 제3장(III)과 제4장(IV)에서는 우선 일반 이론의 차원에서 법원칙의 개념과 특징에 대한 기존 이론들을 살펴본다. 대표적으로 법원리에 대한 가장 강력한 옹호자인 법철학자 드위킨과 라렌츠의 법원리 이론을 중심으로 '법원리주의' 논변의 핵심내용과 공과를 논한다. 그리고 특히 환경법론의 맥락에서 그 한계를 지적하고 대안 이론 마련의 필요성을 주장한다. 이를 기초로, 제5장(V)에서는 하나의 대안 이론으로서 '법관행주의' 논변을 제안한다.<sup>2)</sup> 필자는 환경법상 일반 원칙의 본질을 '조정 관행'으로 파악하고, 그것의 위상을 '법적 관행'으로 재규정한다. 말하자면 필자는 '법학적 관행 이론'에 의거하여 환경법상 일반 원칙의 본질과 효력 문제에 대한 새로운 분석과 해명을 시도한다.

1) 반면에 조홍식 교수는 보다 추상적인 차원에서 일종의 메타 이론으로서 '환경법의 제1원리, 제2원리'를 제안한다. 보다 자세한 사항은, 조홍식, "환경법 소묘-환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰", 『서울대학교 법학』 제40권 2호, 1999. 참고.

2) 국제환경법 책에서 보면, 환경법원칙들은 '관행(convention)'과 '실행(practice)'으로 많이 설명된다. 논의되는 개별 법원칙에 따라서는 관행이 그것의 정당화 근거로 다뤄지기도 한다. 그러나 경우에 따라서는 그 원칙 자체의 위상이 '법적 관행'이라고 볼 수도 있다.

## II. 환경법상 일반원칙들의 내용

### 1. 용어 및 논의 대상과 범위의 명확화

‘환경법상 일반원칙’의 본질과 효력에 대한 본격적인 논의에 앞서 우선 용어를 정돈하고 탐구 대상을 명확히 할 필요가 있다. 이를 위해 구성요소들을 분해하여 접근해보자. 즉 ①‘환경’, ②‘법상’, 그리고 ③‘일반 원칙’으로 세분하여 각각의 함의를 살펴본 뒤, 결합어인 ‘환경법상 일반 원칙’에 관해 상술한다.

첫째, 본 연구는 ‘환경’이라는 특별한 자원과 관련된 법체계에 관한 것이다. 따라서 환경문제 및 환경법체계의 특수성과 환경법학의 고유성에 대한 특별한 인식이 필요하다.<sup>3)</sup> 둘째, ‘윤리’나 ‘정책’<sup>4)</sup>이 아닌 ‘법’적 판단과 공적인 법적 의사결정과정을 기반으로 한다. 그로인해 예컨대 정합성(integrity)의 문제, 법체계의 규범적 위계와 체계 정당성, 관련된 제도적 기관들의 역량과 책무 등에 대한 특별한 고려도 요청된다. 그리고 ‘환경법상’이라는 표현의 모호함이 있는데, 이는 실질적·형식적으로 환경법 체계 전체를 아우르는 것이라 볼 수 있다.

본고는 일차적으로는 한국의 환경법체계를 배경으로 한 연구이지만, 필요한 한에서 국제적인 논의도 부분적으로 참고할 필요가 있다. 특히 국제법원칙의 국내법적 수용 문제와 그로인한 효과, 특히 원칙의 국제법상 지위와 국내법상 지위 간의 격차 문제<sup>5)</sup>

3) 조홍식, “환경법 소묘-환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰”, 320-323면.

4) 환경‘법’학 문헌에서 논하는 ‘환경법상 기본원칙’들을 환경‘정책’학 분야에서도 ‘환경정책의 기본원칙’이란 표제 하에 논의되고 있다. 예컨대, 윤영채, “환경정책의 기본원칙과 관련사례 연구”, 『사회과학연구』, 제18권 가을호, 충남대학교 사회과학연구소, 2007. 이 글에서 저자는 ‘환경정책의 대원칙’과 ‘환경정책의 소원칙’을 구분하면서, 후자를 실무적 차원에서 필요한 원칙으로 규정하고는 예방의 원칙, 오염자부담의 원칙, 협력의 원칙, 공동부담의 원칙, 중점의 원칙, 환경용량보전의 원칙 등을 들고 있다. 따라서 필자는 ‘법(체계)’ 혹은 ‘법학’이라는 영역의 특성에 대한 특별한 고려도 필요함을 강조한다.

5) 이 문제를 언급하고 있는 글로는, “즉 이 원칙은 본질적으로 경제적 원칙에 불과하며 하나의 법원칙으로 성숙되었다고 보기 어렵고, 국내법적으로만 유효한 원칙으로서 국제법적인 차원에서 국가 간의 관계나 책임 문제에 적용되는 것은 아니며, 이에 관한 일정한 국가관행의 성립도 발견할 수 없다는 점에서 아직은 국제관습법상 확립된 법원칙으로서 법적 지위를 획득하였는지 여부가 명확하지 않다는 것이다. 그리고 다자간 국제환경 협약 중에는 이 원칙을 ‘국제 환경법의 일반 원칙’으로 명문화하고 있는 경우도 있지만, 이 경우에는 해당 협약의 당사국에게만 효력이 있을 뿐이므로 이러한 규정이 오염자부담원칙이 국제환경법의 원칙으로 확립되었는지의 판단이

등도 국제와 국내법질서라는 두 개의 상이한 법질서의 배경 자체가 다른 효과를 발한다는 것을 방증한다. 마지막으로 환경법학 자체의 통합적 성격도 중요하다. 일각에서는 환경법을 소위 행정법의 특별관으로 말하기도 하는데, 이는 잘못된 진단이라고 본다. 환경법은 헌법을 최상위 규범으로 한 전체 법질서 안에서 여타의 개별 실정법령들과의 유기적 연관 속에서, 각 실정법학적 법리의 복합체를 이룬다. 하지만 동시에 보다 근본적인 기초법학적 접근 역시 매우 중요하다. 본고의 연구는 후자에 해당한다고 볼 수 있다.

마지막으로, 또 하나의 중요한 카테고리는 바로 ‘일반원칙’이다. ‘principle’이라는 개념어의 혼종성, 그리고 이 용어를 둘러싼 다차원적인 개념적 혼돈이 존재한다. 환경법학에서도 논자에 따라 ‘일반 원칙’ ‘기본 원리’ 등을 혼용하곤 한다. 일차적으로는 (법)‘원리’와 (법)‘원칙’ 간의 구별이 애매하다. 적어도 본고에서 필자는 ‘원리’를 상대적으로 도덕 원리나 법이념적 지향이 강한 경우를 염두에 두고 선택적으로 사용하였다.<sup>6)</sup> 화용론적 관점에서 보더라도, ‘원리’라는 개념 자체의 불확정성으로 인해, 이에 대한 접근 역시 두 가지 방식이 가능할 수 있다. 첫째는, ‘법이념’<sup>7)</sup>과의 연관 속에서 법원리론을 논할 수 있다. 둘째는, ‘법원(法源)’론 혹은 법학방법론의 차원에서 법원리의 본질을 고찰해볼 수 있다.<sup>8)</sup> 본고는 특히 두 번째 차원에서 이 문제에 접근해보고자

부의 신뢰할 수 있는 근거로 삼기 어렵다는 견해가 우세하다.” 박병도, “국제환경법상 오염자부담원칙의 우리나라 환경법에의 수용”, 『환경법연구』, 제34권 1호, 2012, 344면.

- 6) 예컨대 조홍식 교수도 일견 ‘원리’와 ‘원칙’을 개념적으로 구별하는 인상을 준다. 가령, “우리나라의 환경법은 여러 가지 방법으로 환경법 제1원리[자원배분의 필요성]를 구현하고 있다. 그 대표적인 것이 환경정책기본법 제7조에 천명된 이른바 오염원인자 비응부담의 원칙(polluter pays principle)이다.” 그러나 생각건대, 조홍식 교수의 이런 구분법은 ‘도덕까지 관련성의 정도’를 기준으로 한 것이라기보다는 ‘논의의 층위’의 차이로 보인다. 즉, 환경법의 제1원리, 제2원리로 칭한 것은 일종의 메타원리로 볼 수 있을 것이다. 그리고 메타원리로서 경제학적 원리를 든다는 점 역시 이런 해석과 실증주의자로서의 그의 면모를 방증한다. 조홍식, “환경법 소모-환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰”, 326면. (밑줄 및 강조표시는 필자에 의한 것.)
- 7) ‘법이념’이란 법이 궁극적으로 지향하는 가치지향점으로 칸트가 말한 규제적 이념으로 볼 수 있다. 그렇다면 개별 법령영역에도 고유한 법이념이 있을 수 있다. 환경법이념은 무엇일까? 이에 관한 연구서로는, 허남오, 『환경의 법이념을 찾아서』, 넥서스, 1996. 본고의 주제와 관련해서 볼 때 이 책에서 다소 아쉬운 점은, 장작 ‘환경법의 기본원리’에 관한 논의에 있어서는 ‘환경법이념’과의 관련성을 특별히 고려하고 있지 않다는 점이다.
- 8) 이러한 분류를 받아들인다면, 가령 조홍식 교수가 제안한 환경법의 제1원리(자원배분의 효율성)과 제2원리(자원배분의 형평성)는 전자에 가깝다고 볼 수 있다. 반면 환경법의 기본원칙을 행정법의 일반원칙과 함께 취급하는 견해들은 후자에 속한다고 볼 수 있다.

한다.

요컨대 본고에서 다루고자하는 ‘환경법상 일반 원칙’(이하 PEL로 약칭함.)이란 기본적으로는 우리나라의 환경법체계를 배경으로, 환경에 관한 일련의 법제 및 실무와 관련된 규범적 질서를 말한다. PEL은 환경법과 관련된 실정법규칙과 다르며, 엄밀히 말하자면 ‘법의 일반 원리’나 ‘국제환경법원칙’과도 구분된다고 볼 수 있다. 이는 국내환경법학계와 실무에서 논의되는 기준들이다. 다만, 국내 환경법상 일반 원칙 역시 그 기원에 있어서는 상당수가 국제환경법의 원칙들로부터 연원되었으며, 전환규범을 통해 국내법적 효력을 갖거나 양자는 상보적 관계를 유지하고 있기에, 그런 한에서 국제적 논의가 부차적으로 다루어질 수 있다. 그리고 ‘일반적(*general*)’이란 적용대상이나 관할범위의 면에서 특정대상에 제한되지 않고 보편적으로 적용된다는 점<sup>9)</sup>에서도 ‘일반 원칙’의 ‘일반성’을 논할 수 있다.

본 주제에 집중하기 위해 필요한 몇 가지 전제들을 먼저 챙겨보았다. 이제 본격적으로 ‘환경법상 일반원칙’으로 거론되는 대표적 기준들의 내용을 이해하고, 그 특징을 검토하는 데에서부터 시작해보자. 핵심만 간단히 살펴보자.

## 2. 환경법상 일반 원칙들의 내용 및 법적 근거

### 1) 지속가능한 개발의 원칙

‘지속가능한 개발의 원칙(*Sustainable Development Principle*)’<sup>10)</sup>은 개발을 함에 있어서 환경을 고려하여 환경적으로 건전한 개발을 하여야 한다는 원칙을 말한다. 지속가능한 개발의 원칙은 환경의 향유 또는 자원이용에 있어서 세대 간의 형평성 보장, 현 세대에 있어서 개발과 환경의 조화를 내용으로 한다. 지속가능한 개발은 세계환경개발위원회(WCED)가 1987년 4월에 발표한 “우리의 공동의 미래(*Our Common Future*)”라는 보고서(*Brundtland Report*)에서 등장한 이래 환경정책의 새로운 이념으로 정립되었고, 그 후 1992년 6월 브라질의 리우에서 개최된 UN환경개발

<sup>9)</sup> Philippe Sands and Jacqueline Peel, with Adriana Fabra and Ruth MacKenzie, *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2012.

<sup>10)</sup> 학자에 따라 용어 사용에 차이가 있다. 예컨대 김홍균, 박균성, 함태성 교수 등은 ‘지속가능한 개발의 원칙’이라고 칭한다. 반면에 홍준형 교수는 ‘지속가능한 발전의 원리’로 옮긴다. 본고에서 필자는 다수에 따라 전자의 용어를 채택한다.

회의(UNCED)의 ‘환경과 개발에 관한 리우선언’에서 중심테마가 되었다. 이후 ESSD(Environmentally Sound and Sustainable Development)이념은 새로운 국제 질서로는 물론 각국의 환경정책 이념으로 정립되었다. 리우선언과 의제 21은 세계 각국에게 지속가능한 개발의 원칙을 국내법적 차원에서 구체화하여 실행할 것을 촉구 하고 있는데, 그에 따라 오늘날 지속가능한 개발의 원칙은 환경정책 및 환경법의 기본원리로 인식되며 개별 환경법 분야와 거기서 추구되는 다양한 환경정책수단을 통하여 구체화되고 있다.<sup>11)</sup>

지속가능한 개발의 원칙은 기존의 환경법이 결함을 지니고 있거나<sup>12)</sup> 개혁의 필요를 드러내는 경우 환경법 개혁을 위한 의제설정원리로서 모든 환경관련법과 개발관련법들을 지속가능한 발전의 요구에 맞게 조율하는 입법정책적 지침으로 작용할 수 있다.<sup>13)</sup> 우리나라 환경법에서 이 원칙을 구현하고 있는 대표적인 예로는 「환경정책기본법」, 「지속가능발전법」을 들 수 있다. 일각에서는 이 원칙의 법적 근거를 논하면서, “한국법은 지속가능한 개발의 원리를 비교적 일찍부터 환경정책의 기본이념으로 수용하고 있었다. 그렇다면 국내법상 법원리로서 ‘지속가능한 개발’을 어디서, 어떻게 도출할 것인가 하는 점이 문제된다. (중략) 지속가능한 개발의 원칙은 궁극적으로 헌법으로부터 도출되는 것으로 보아야 할 것이다.”<sup>14)</sup>고 주장하기도 한다. 즉 헌법에 근거하여 이 원칙의 법효력을 인정한다는 것이다. 반면에 이 원칙을 구성하는 “개념들이 지나치게 모호하고 불분명하다는 점과 경제 개발 또는 경제성장이 가치있다는 것을 전제하고 있다는 점이 이 원칙의 구속력을 약화시키고 있다”<sup>15)</sup>는 비판도 있다.

11) 박균성·함태성, 『환경법』, 제5판, 박영사, 2012, 76-77면.

12) 법철학의 한 분야로서 법학방법론에서는 일반적으로 ‘법의 흠결’의 경우 ‘법원리에 의한 법보충’이 논의된다. ‘법의 흠결’이란 “입법자의 계획에 반하는 불안전성”을 말한다. ‘법의 흠결’에는 ‘명시적 흠결’과 ‘은폐된 흠결’이 있다. ‘명시적인 흠결’은 해당사안에 적용할 법규정이 명백히 존재하지 않는 경우이다. 이에 반해 ‘은폐된 흠결’은 해당 사안을 적용할 법규정은 존재하나 이를 그대로 적용할 경우 불합리한 결과가 나타나는 경우이다. 자세한 사항은, 김영환, 『법철학의 근본문제』, 제3판, 홍문사, 2012, 257-258면.

13) 홍준형, 『환경법』, 박영사, 2001, 94면. (박균성·함태성, 『환경법』, 77면에서 재인용.)

14) 김백유, 『환경법』, 동방문화사, 2013, 61면.

15) 김홍균, 『환경법』, 제2판, 홍문사, 2012, 52면.; “개념이 지나치게 광범위하고 모호하다는 점은 국내법적으로 구속력을 약화시키고 있다.” 김홍균, “환경법상 사전배려원칙의 적용과 한계”, 『저스티스』 통권 제119호, 한국법학원, 2010, 281면. 하지만 필자는 이런 지적에는 동의하지만 그 결론에 있어서는 반대한다. 후술하겠지만, ‘개념의 모호함’이나 ‘요건의 추상성 혹은 불확정성’이 그 수준의 효력을 부인하거나 약화시키는 요인이 될 수는 없다. 또한 ‘적용상의 어려움’이나

## 2) 사전예방 및 사전배려의 원칙<sup>16)</sup>

환경이란 한번 오염·훼손되면 그 복구가 사실상 불가능하거나 엄청난 시간과 비용이 소요된다는 특징이 있다. 환경문제에 대한 사후감독 및 구제에는 한계가 있고 따라서 사전에 환경오염을 예방하는 것이 필요하다. 이러한 이념을 반영한 원칙이 ‘사전예방의 원칙(Preventive Principle)’ 및 ‘사전배려의 원칙(Precautionary Principle)’<sup>17)</sup>이다. 논자에 따라서는 두 원칙을 구분하기도 하는데, ‘사전예방’은 확인된 위험에 대한 것인 반면 ‘사전배려’는 잠재적 위험에 대한 것이다.

우리나라에서는 「환경정책기본법」 제1조에서 ‘사전예방의 원칙’을 환경보호의 기본원칙으로 삼고 있음을 보여주며, 제8조에서는 ‘환경오염 등의 사전예방’ 원칙을 천명하고 있다. 또한 동법 제35조에서는 과학기술의 위해성 평가와 관련해서도 이 원칙을 담고 있다. 반면에 ‘사전배려의 원칙’과 관련해서는 그것을 선언한 일반적 규정은 없다. 그러나 사전배려원칙을 구체화하였다고 보여지는 법령으로 「유전자변형생물체의 국가간 이동에 관한 법률」(제14조), 「가축전염병예방법」(제20조 제1항), 「식품위생법」(제18조) 등이 거론되고 있다.<sup>18)</sup> 과학기술의 급속한 발전을 겪고 있는 현대사회

---

한계’의 문제는 그 수준의 ‘존재나 효력’의 문제와 구별할 필요가 있다. 가령, 콜먼은 원리(principle)의 존재성을 논하면서 ‘존재’의 차원과 ‘적용’의 차원의 문제를 구분하는 전략을 취한다. Jules L. Coleman, *The Practice of Principle-In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2011. 하지만 원칙의 구체적 적용에 있어서의 이런 어려움이 “혼란을 야기하고, 이 원칙을 실효성 없는 원칙으로 만들 가능성이 있다.”는 지적에는 동의한다. 김홍균, “환경법상 사전배려원칙의 적용과 한계”, 282면. 필자는 ‘효력’과 ‘실효성’을 구분하며, 후자는 효력 개념의 세 차원(합법성·실효성·정당성) 중 사회학적 차원에 국한된 것임을 전제한다.

- 16) 특히 독일환경법상 ‘사전배려의 원칙’을 상세히 다루고 있는 문헌으로는, 한귀현, 『환경법의 기본원리』, 세종출판사, 1997, 제6장-제11장. 참고.
- 17) 사전배려원칙이 국제사회에서 환경에 관한 일반 원칙으로 등장한 것은 1990년대 이후부터인데, 지속가능발전에 관한 1990년 5월 16일 베르겐조약 제7조와 1992년 6월 13일 UN 환경개발 컨퍼런스에서의 리오데 자네이로 선언 제15원칙을 들 수 있다. 리우 선언 제15원칙은 “각국은 환경보호를 위해 능력에 따라 널리 사전배려조치를 취해야 한다. 심각하고 회복 불가능한 위험이 있는 경우, 절대적인 과학적 확실성이 없다는 것이 환경악화를 예방하기 위한 효율적 조치를 취하는 것을 지연하는 구실이 될 수 없다”고 규정하고 있다. 비록 리우협약의 구속력에 대해 강제력을 가지지는 않는다고 하나 이후 양국 혹은 다자간 환경보호에 관한 국제협약에서 사전배려원칙을 채택함으로써 동 원칙은 국제환경법의 기본원칙이 되었다(A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, 3edition mis a jour, PUF, 2011, p.98). 전훈, “사전배려원칙과 사법적 통제-프랑스 콩세이데타 판결을 중심으로”, 『공법학연구』, 제15권 제1호, 2014, 246면, 각주15.
- 18) 박균성·함태성, 『환경법』, 67면.

에서는 잠재적 위험을 대상으로 한 ‘사전배려의 원칙’의 중요성이 더욱 커진다고 볼 수 있다. 또한 사전배려원칙의 실효성 있는 적용을 위해서는 이 원칙의 입법화가 필요하다는 목소리가 높다. 이러한 입법화는 이 원칙을 선언하는 것과 원칙의 구체화 규정 양자를 포함한다.<sup>19)</sup>

사전배려의 원칙을 실제 적용함에 있어서는 여러 한계점들이 지적된다. 특히 이 원칙의 내용, 요건, 효과의 불분명함으로 인해 원칙의 법적 지위가 국내·외적으로 상당히 불안정하다는 것이다. 또한 비용·편익분석과의 충돌 가능성, 적용의 다양성과 차별성, WTO체제와의 충돌 가능성, 적용범위의 축소 등의 문제가 제기된다.<sup>20)</sup> 이러한 문제점을 들어 사전배려의 원칙은 환경정책과 입법·사법·행정을 통한 국가작용에서 지도 원리로 작용할 수는 있지만, 법률에 명시적 규정을 두고 있지 않는 한 구체적 효력을 갖기 어렵다<sup>21)</sup>는 주장도 있다.<sup>22)</sup>

- 
- 19) 박균성·함태성, 『환경법』, 66면. 박균성 교수는 사전배려의 원칙의 적용요건으로, ①과학적 불확실성이 존재할 것, ②최소한의 과학적인 근거, ③수궁할 수 있는 위험의 존재, ④수인가능성이 없을 것, ⑤손해가 중대하고 회복할 수 없는 것일 것, ⑥비례의 원칙을 제시한다. 박균성, “과학기술위험에 대한 사전배려원칙의 적용에 관한 연구”, 『행정법연구』, 제21호, 행정법이론실무학회, 2008.
- 20) 김홍균, “환경법상 사전배려원칙의 적용과 한계”, 281-286면.
- 21) 김홍균, “환경법상 사전배려원칙의 적용과 한계”, 262면. 이런 견해는 법철학적 관점에서 보면 일종의 법실증주의로 볼 수 있다. 간단히 말하자면, ‘법실증주의(legal positivism)’의 핵심 주장은 ‘분리 테제’(법과 도덕은 개념적으로 구별된다.)와 ‘사회적 사실테제’로 구성된다. 법실증주의는 ‘사회적 사실테제’에 따라 오직 사회적 사실로서(즉, 경험적으로) 그것의 존재를 확인할 수 있는 ‘실정법(positive law; legal rules)’만을 법으로 인정한다.
- 22) ‘사전예방의 원칙’과 관련하여 필자가 주목하는 판례는 이른바 “**교레미콘 사건(대법원 1996.7.12. 선고95누11665판결)**”이다. 이 사건은 토지거래허가를 한 후에 오염물질 배출 등으로 인한 환경위해가 예상된다는 이유로 한 레미콘공장의 입지조정명령이 적법하다고 본 사례이다. 대법원은 판결문에서 “지방자치단체로서는 주민들이 쾌적한 환경에서 살 수 있도록 하여야 할 책무가 있으며”라고 하여 ‘협동의 원칙’을 명시한다. 그런데 행정청이 앞서 표명한 공적 견해에 반하여 이뤄진 행정처분을 ‘신뢰보호의 원칙’을 들어 위법하다는 원고측의 주장을 배척했다. 그런데 만약 ‘사전예방의 원칙’이 효력 있는 법원칙으로 인정된다면, 이 사건에서 법원은 ‘신뢰보호 원칙’과 충돌하여 ‘형량’의 잣대에 오를 법원(法源)으로 ‘사전예방 원칙’을 들 수도 있을 것이다. 즉 이 원칙을 근거로 이 판례를 ‘법원칙 간의 규범충돌과 형량’의 문제로 재해석하고 분석해볼 수 있다. 다시 말해, 이 판결에의 결론에 동의하는지 여부를 떠나 ‘사전예방의 원칙’을 ‘신뢰보호의 원칙’과의 대결의 링에 올려볼 수 있다는 것이 필자의 생각이다. 사안에서 두 원칙간의 규범충돌의 문제는 더 근본적으로는 ‘환경법상 일반 원칙’과 ‘일반 법원칙’ 간의 위계 문제와도 연결될 수 있다. (이러하면, 보편성과 특수성 중 어느 것을 우선할 것인가?) 이 주제는 별도의 깊이 있는 논의를 요하기에, 주제 범위나 지면의 한계 상 본고에서는 다루지 못하였다. 이에 대해서는 필자가 후속 논문을 통해 판례 평석과 함께 본고의 대안 이론을 적용해보고, 그로

### 3) 오염원인자 책임의 원칙

‘오염원인자 책임의 원칙’이란 환경오염·훼손의 방지, 제거, 회복 및 피해구제에 대한 책임자가 누구인가의 문제를 담고 있는 환경법의 기본원칙이다. 그 내용은 ‘자기 또는 자기의 영향권 내에 있는 자의 행위 또는 물건으로 인하여 환경오염·훼손발생의 원인을 제공한 자가 그 책임을 져야한다’는 원칙을 말한다.<sup>23)</sup> 우리 법제에서는 「환경정책기본법」 제7조에서 명시적으로 이 원칙을 규정하고 있다. 이 원칙은 주로는 ‘비용 귀속의 원칙’으로 기능하지만, 그것을 넘어 환경오염의 방지 제거를 위해 오염자에게 일정한 작위 또는 부작위 의무 부과를 포함하기에 ‘실질적 책임 귀속의 원칙’으로 기능하기도 한다.<sup>24)</sup>

그렇다면 이러한 책임 원칙의 본질과 법적 성격은 어떠할까? 우선 국제법적 맥락에서 보면, 오염원인자 책임의 원칙은 원래 ‘법원칙’이라기보다는 환경오염 및 그 방지의 비용을 분담하고 자원 배분을 극대화하기 위한 ‘경제정책상의 원칙’으로 등장하였다.<sup>25)</sup> 즉 오염원인자 책임 원칙은 오염이 발생하였을 때 이에 대한 책임을 규명하여 배상하는 원칙이 아니라 오염통제비용의 배분을 위한 원칙이었다.<sup>26)</sup> 하지만 국내법적 맥락에서는 다른 해석이 가능하다. 요컨대, 오염원인자 책임 원칙을 오염비용의 할당 내지 분배를 위한 ‘경제원칙’으로 규정하면서,<sup>27)</sup> 법적 책임 원칙으로서 의미를 갖는

인해 도출되는 이론적·실천적 함의를 밝히고자 한다.

23) 김홍균, 『환경법』, 56면.

24) 박균성·함태성, 『환경법』, 72면.

25) U. Kettlewell, “The Answer to Global Pollution? A Critical Examination of the Problems and Potential of Polluter-Pays Principle,” *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 3, No. 2, 1992, p. 431. (박병도, “국제환경법상 오염자부담원칙의 우리나라 환경법예의 수용”, 『환경법연구』, 제34권 1호, 2012, 334-335면에서 재인용.) 인용문에 따르면, 저자는 ‘법원칙’과 ‘경제정책상의 원칙’(혹은 ‘경제원칙’)을 개념적으로 구별한다. 필자는 바로 이러한 점에 주목한다. 그런데 여기서 한걸음 더 나아가 법원칙의 본질에 관한 생각을 확장시켜보면, 일부 환경법상 일반원칙은 그 본질에 있어서 ‘도덕원리’나 윤리규범에서 연원하지 않은 비-도덕적(도덕과 무관한) 속성을 갖거나, 임의성(arbitrariness)을 갖는다고 본다. 그런 점에서 그 본질을 ‘환경윤리규범’이 아닌 ‘관행 규범(convention)’으로 설명할 수 있으며, 따라서 대안 이론으로서 ‘법학적 관행 이론’을 적용할 수 있다는 것이 필자의 주장이다.

26) Sanford E. Gaines, “The Polluter-Pays Principles: From Economic Equity to Environmental Ethos,” *Texas International Law Journal*, Vol. 26, 1991, p. 468. (박병도, “국제환경법상 오염자부담원칙의 우리나라 환경법예의 수용”, 335면에서 재인용.)

27) Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, Clarendon Press, 1992, p. 109. (김홍균, 『환경법』, 58면, 각주27에서 재인용.)

과실 책임 원칙과 구별하기도 한다. 나아가 이 원칙은 구체적인 법적 효력을 갖지 않는 선언적·프로그램적 성격을 가지며 개별 환경관계법에서 구체화됨<sup>28)</sup>으로써 비로소 법적 책임으로 작용한다는 주장이 우세하다.<sup>29)</sup> 그러나 이 원칙을 명문화한 「환경정책기본법」(제7조)의 존재나 이 원칙을 구체화하고 있는 개별 법령 및 법제도의 존재, 그리고 실제적인 법적 실행들(legal practice)의 존재 자체가 이 원칙의 법규범으로서의 위상을 방증한다고도 볼 수 있다.

#### 4) 협동의 원칙

‘협동의 원칙’이란 환경보전의 과제를 달성하기 위하여 국가, 지방자치단체 및 사회가 협동하여야 한다는 원칙을 말한다. 환경보전은 국가, 지방자치단체, 국민, 사업자들의 상호 협력을 통해서만 달성될 수 있기 때문에 이 원칙의 중요성은 더욱 크다. 오늘날 국가행정작용분야 중 법의 집행결함이 가장 심각한 분야가 환경법 분야라고 할 수 있는데, 환경법규들은 그것이 제정되어도 제대로 집행되거나 준수되지 않아서 그 실효성이 낮은 것이 특징이라는 지적<sup>30)</sup>도 이 원칙의 실효적인 준수가 얼마나 중요한지를 방증한다. 국내에서는 헌법 제35조 제1항 후단, 「환경정책기본법」 제4조(국가 및 지방자치단체의 책무), 제5조(사업자의 책무), 제6조(국민의 권리와 의무) 등에서 이를 명시적으로 규정하고 있다.

### 3. 논쟁의 재구성: 회의론을 넘어 이론적 대안으로

#### 1) 기존 논의의 양상: PEL의 효력에 대한 견해대립의 양상

이른바 ‘환경법상 일반 원칙들(PEL)’의 구체적 목록에 대해서는 학자들마다 다소 차이를 보이지만, 대체로는 앞서 살펴본 네 가지 기준들을 공통적으로 꼽고 있다.

28) 예컨대, 원인자(「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」 제48조의2, 「수도법」 제71조), 처리자(「폐기물관리법」 제48조), 오염원인자(「토양환경보전법」 제10조의4) 등이 그러하다. 그리고 「대기환경보전법」 및 「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」상의 배출부과금제도, 「환경개선비용부담법」에 의한 환경개선부담금제도, 「폐기물관리법」상의 사업장폐기물 배출자의 폐기물처리무제도 등에서도 이 원칙이 구체화되고 있다.

29) 김홍균, 『환경법』, 53면.

30) 박균성·함태성, 『환경법』, 75면.

본고에서의 주제와 관련해서 보면, 문제의 핵심은 ‘무엇이 PEL인가’ 보다는 ‘PEL의 법적 지위와 효력이 어떻게 되는가’에 있다. 전통적으로는 이러한 기준들을 단지 입법 정책의 지도 원리나 프로그램적 지침으로 보는 입장이 주를 이루었다. 그러나 근래에는 일부 학자들을 중심으로 PEL의 법적 효력을 긍정하거나, 고려해야한다는 취지의 주장들이 등장하고 있다. 하지만 효력을 부인하거나 긍정하는 양측 모두 그 이유에 대해서는 적절한 논거를 제시하고 있지 못한 듯하다. 각기 결론은 있으나 근거가 불충분하여 그것을 옹호하거나 논박할만한 타겟 자체가 불분명하다. 따라서 필자는 우선 기존 문헌들에서 발견되는 일부 논거들을 단서로 삼아, 회의론적 입장 자체에 대한 분석에서부터 시작하고자 한다. 이를 위해서는 논박하고자 하는 대상과 연구물음 자체를 명확히 하고 정교화 하는 작업이 우선적으로 요청된다.

## 2) 회의론의 주요 명제 분석

‘환경법상 일반 원칙’의 효력을 부인하거나 그것의 법적 지위에 대해 회의적인 견해(‘회의론’)들에서 발견되는 주요 명제들을 정리해보면 다음과 같다.

- ① “PEL은 [원칙이긴 하지만] 구속력 있는 법원칙이 아니다”
- ② “PEL은 원칙이 아닌 접근 방법에 불과하다”
- ③ “PEL은 법률에 의해 명시적으로 규정되지 않는 한 구속력 없는 행위 원칙에 불과하다”<sup>31)</sup>
- ④ “개념의 모호성과 불분명함, 그로인한 적용상의 어려움이 PEL의 구속력을 약화시킨다”<sup>32)</sup>
- ⑤ “경제 개발 또는 경제성장이 가치 있다는 것을 전제하고 있다는 점은 원칙의 구속력을 약화시킨다.”

31) “환경법의 기본원칙들은 서로 선택적으로 혹은 중첩적으로 적용될 수 있으며, 법률에 의해 명시적으로 규정되어 구속적으로 적용될 수 있는 강화된 효력을 갖지 않는 한은 행위원칙으로서의 성격을 지닐 뿐이라는 점에서 선언적 의미가 있지만, 모든 환경정책과 국가의 환경보호작용은 이 원칙에 기초하고 있다.” 천병태·김명길, 『환경법론』, 삼영사, 1997, 41면.

32) “개념이 지나치게 모호하고 불분명하다는 점과 경제 개발 또는 경제성장이 가치 있다는 것을 전제하고 있다는 점은 동 원칙의 구속력을 약화시키고 있다.” 김홍균, 『환경법』, 52면; “개념이 지나치게 광범위하고 모호하다는 점은 국내법적으로 구속력을 약화시키고 있다.” 김홍균, “환경법상 사전배려원칙의 적용과 한계”, 281면.

‘환경법상 일반 원칙’의 구속력이나 법효력에 대한 회의론자들은 대부분 위에 제시한 명제들을 공통적으로 언급한다. 이러한 명제들을 꼼꼼히 살펴보면 몇 가지 질문들이 떠오른다. 첫째, ‘원칙’과 ‘법원칙’은 같은 것인가? ‘법원칙’의 개념과 본질은 무엇인가? 둘째, ‘법원칙’은 그 자체로 구속력 있는 규범임을 필함(必含) 하는가? 아니면 법원칙 중 어떤 것은 구속력이 있고 다른 일부는 없는 것인가? 셋째, 명시적으로 규정하는 것, 즉 실정화·명문화는 구속력을 얻기 위한 필수요건인가? 넷째, 개념의 모호성, 넓게는 불확정성(indeterminacy)<sup>33)</sup>이나 적용상의 어려움은 그 기준의 존재나 효력을 위협하는 요인이 되나? 다섯째, 구속력 있는 원칙이 되기 위해서는 정치경제적 혹은 도덕철학적 관점에서 꼭 바람직하거나 올바른 어떤 것이어야 하는가?

생각건대, 필자가 ‘회의론’이라고 칭한 전통적인 입장들을 옹호하거나 반박하기 위해서는 우선 위에서 제시한 물음들에 답할 수 있어야 할 것이다. 이를 위해서는 먼저 ‘일반 이론’의 차원에서 ‘법원칙’의 개념과 본질, 그것의 법적 위상에 대한 해명이 요청된다. 또한 그러한 논의의 배후에는 특정한 법철학적 입장이 전제되어있는 것은 아닌지, 혹은 꼭 그러해야하는지도 생각해볼 필요가 있다. 그런 후에 ‘환경법상’이라는 특별한 영역에 일반 이론을 적용해보고 그것이 낳는 이론적·실천적 함의를 따져본다. 이러한 2단계 접근을 기초로, 필자는 PEL의 본질과 효력에 관한 회의론을 분석하면서 제기하였던 일련의 질문들에 대해 다음 절에서 본격적으로 다뤄보고자 한다.

### Ⅲ. 법원칙의 개념과 특징

국내 학계에서 환경법상 일반 원칙들(PEL)의 효력을 부인하는 입장들의 핵심을 하나의 명제로 표현하면 “환경법상 일반 원칙은 구속력 있는 법원칙이 아니다”로 집약된다. 이러한 회의론적 논제의 진위나 타당성을 검증하기 위해서는 다음과 같은 단계적인 접근이 필요하다. 답하고자 하는 물음은 크게 세 가지이다. (1)PEL은 법원칙인가? (2)법원칙은 구속력 있는 법규범인가? (3)법원칙이란 무엇인가? 체계적인 해명

33) 비트겐슈타인의 구분에 따르면 ‘불확정성(indeterminacy)’에는 ‘애매성’과 ‘모호성’이 있다. 김혁기, 『법의 불확정성 연구』, 서울대학교대학원 박사학위논문, 2009. 참고.

과 논증을 위하여 역순으로 검토해보자.

## 1. ‘principle’을 둘러싼 다차원적인 개념적 혼돈: 〈범주적 구별〉

‘principle’ 이라는 용어는 흔히 ‘원리’ 혹은 ‘원칙’으로 번역되는데<sup>34</sup>, 다양한 영역에서 상이한 방식으로 사용되어 그 개념의 내포와 외연을 확정하기가 쉽지 않다. 따라서 적극적으로 개념 정의를 시도하기 전에, 우선 (i)유형화와 범주적 축소 방식을 통해, 그리고 (ii)유사 혹은 대립된 개념들과의 차별화 전략을 통해 우리가 규명하고자 하는 ‘법원칙’의 실체에 한걸음 더 가까이 접근해보자.

원칙이란 우선 ‘규범적 원칙’과 ‘비규범적 원칙’으로 나눌 수 있다. 전자는 도덕·윤리 원칙, 법원칙 등과 같이 행위를 지도(action guiding)하거나 책무를 산출하는 규범력을 가진 기준을 말한다. 반면에 ‘비규범적 원칙’은 그러한 기능이 없는, 예컨대 자연 법칙, 수학 법칙, 경제학적 원칙<sup>35</sup> 등과 같은 것을 들 수 있다. 이런 구분에 따르면 ‘법원칙’은 1차적으로 ‘규범적 원칙’에 속한다. 요컨대, ‘규범적 원칙으로서 법원칙’은 행위의 이유를 제공하며, 책무를 산출할 수 있는 규범이다.<sup>36</sup> ‘규범적 원칙’에도 영역이나 규범 유형에 따라 다양한 원칙들이 존재할 수 있다. 가령 ‘도덕·윤리 원칙’<sup>37</sup> ‘종교 원칙’ 등이 그러하다. 하지만 이들은 법적 속성이 없는, 즉 ‘비법적

34) 본고에서는 ‘원리’와 ‘원칙’이란 용어를 혼용한다. 기본적으로 필자는 도덕 원리적 기반에서 ‘정의지향적’인 일반 원리의 뜻을 담고자 할 때는 ‘법원리’로, 수용된 공동의 일반적 원리 기준을 뜻하거나 구체화/명확화 정도가 큰 경우에는 ‘법원칙’을 사용했다. 그리고 법적 논의로서 PEL의 효력을 긍정하는 관점에서 가급적 ‘법원칙’ 용어를 선호했다.

35) “이 원칙은 본질적으로 **경제학적 원칙**에 불과하며 하나의 **법원칙**으로 성숙되었다고 보기 어렵고”, 박병도, “국제환경법상 오염자부담원칙의 우리나라 환경법예의 수용”, 344면. (밑줄 및 강조표시는 필자.) 여러 사회과학적 원칙들이 이에 해당할 수 있다.

36) ‘규범성’을 ‘행위이유제시 특성(reason-giving character)’과 ‘책무 산출적 특성(obligation-generating character)’의 두 측면으로 구분한 것은, 이현경, “규범으로서의 관행: 분류적 차원의 고찰”, 『법학논총』 제34집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2017. 참고.

37) 대표적인 한 예로, 도덕 원칙을 기초로 생명윤리의 체계 정리를 시도한 뷰칩(Tom L. Beauchamp)과 칠드레스(James F. Childress)는 윤리적 사고의 단계를 ‘윤리 이론’ → ‘윤리 원칙’ → ‘윤리 규칙’ → ‘구체적 판단과 행동’으로 설정한다. 그리고 생명윤리의 4대 원칙으로 ‘자율성의 원칙’, ‘무해성의 원칙’, ‘선행의 원칙’, ‘정의의 원칙’을 제시한다. 그리고 이 원칙들을 ‘도덕적 원칙들’이라는 목차 하에 다룬다. Tom L. Beauchamp & James F. Childress (박찬구·최경석·김수정 외3인), 『생명의료윤리의 원칙들』, 제6판, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2014. 참고.

원칙'이다.

두 번째 범주화로, '법원칙'과 '비법적 원칙(non-legal principle)'을 구분할 수 있다. 도덕·윤리 원칙처럼 '비법적'이지만 '규범적'인 원칙들은 이념적 색채가 더 짙고, 무엇보다 법체계의 존재를 전제하지 않는다는 점이 특징적이다. 달리 말하면, '법원칙'은 법체계의 존재를 배경으로 그 안에서 일정한 규범적 지위를 점하기에 내·외적 정합성(integrity)이나 체계 정당성도 중요한 의미를 갖는다. 기능의 면에서 보면, 법원칙은 행위규범을 넘어 재판규범으로도 기능할 수 있는 원칙이다. 그런데 법원칙을 행위의 이유를 제공하고 그 방식을 지도하는 행위 규범의 차원에서 보더라도, 만약 실행 주체를 법공직자로 상정하면 그 직위에 따라 입법적, 행정적, 사법적인 의사결정 과정에서 그것을 지도하는 기준으로 법원칙이 작동한다. 일부 환경법 관련 문헌에서 환경법상 일반 원칙의 법적 성격을 논하면서, 단순한 “지도 원리나 프로그램적 지침에 불과하며 규범력이 없다”는 표현을 쓰곤 하는데, 본고의 설명에 따르면 그러한 단정적 서술은 부적절한 면이 있다. 그리고 본디 규범력의 문제는 관찰자가 아닌 1인칭 참여자의 관점을 전제로 그들의 실천적 추론의 맥락에서 가장 잘 해명될 수 있다.<sup>38)</sup> 즉 법원칙의 수범자로서 일반 시민이나 법공직자의 관점에서 본다면, 법원칙은 충분히 실질적인 규범력을 발휘한다고 볼 수 있으며, 당연히 법체계의 존재를 전제로 일정한 효과를 창출하는 것이다. 오히려 관건은, 그러한 기준이 적절히 자격을 갖춘, 진정한 의미에서의 ‘법원칙’인지 여부이다. 결국 법원칙의 개념과 특징에 대한 보다 적극적인 설명이 요청된다. 이러한 과제를 해결하기 위한 출발점으로, 우선 ‘법원리’의 본질과 특성에 대해 적극적으로 이론을 전개한 라렌츠와 드위킨의 견해를 비판적으로 검토해보자. 환경법상 일반원칙을 논하는 맥락에서, 두 법원리 이론들이 갖는 의의와 한계를 고찰해보고, 이를 기초로 대안 이론을 모색하는 단계로 나아갈 것이다.

## 2. 라렌츠의 ‘정당한 법원리 이론’: 법원리의 본질, 기능과 존재방식

독일의 법학자 라렌츠(Kal Larenz)는 법원리 규범의 특성과 기능에 대해 다음과 같이 말했다.

38) 크리스틴 M. 코스가드 (김양현, 강현정 역), 『규범성의 원천』, 철학과학원사, 2011.

법원리란 어떤 법적인 규정의 지도사상이다. 이 지도사상은 그 자체로서는 ‘적용’ 가능한 규정은 아니나, 그러한 규정으로 전환될 수 있는 것이다. 법원리는 어떤 규정을 도입하기에 이르는 사상적인 내용을 제시하는 ‘실체적인’ 원리이거나는 하나 범명제의 형식, 즉 보다 세밀하게 정하여진 구성요건을 일정한 법률효과에 결합시키는 형식을 갖추고 있지는 않다.<sup>39)</sup>

앞서 살펴보았듯이, 환경법상 일반 원칙(PEL)의 효력에 대한 회의론자들이 라렌츠가 말한 법원리의 이런 특성을 적극적으로 활용한 것으로 해석해볼 수도 있다. 하지만 이는 확정적 범규범인 법규칙과의 대립구조 안에서 법규칙과 구별되는 법원리의 고유한 특성에 관한 설명인 것이지, 그것이 곧 법원리의 효력을 정당화하는 설명으로 보기는 어렵다. 또한 라렌츠에 따르면, 법원리의 기능에는 적극적 기능과 소극적 기능이 있다. 법원리의 적극적 기능은 “후속되는 법적 판단에 대하여 방향을 부여하고, 또 이로써 그 판단에 의하여 만들어지는 법규정에 영향을 미치는 기능”이다. 법원리의 소극적 기능은 법원리 “자신에 모순되는 가치평가와 그에 의거한 범규범설정을 배제하는 기능”을 말한다. 이러한 기능을 통해 “정당한 법원리는 자신에 상응하는 규정을 정당화하고, 자신에게 합치하지 않는 규정을 부당한 것으로 만든다.”<sup>40)</sup> 일각에서는 법원리가 확정적 범규범인 법규칙과 달리 그 내용이 추상적이고 불확정적이기에 범규범으로서의 역할을 하지 못한다는 지적이 있다. 하지만 라렌츠는 법원리의 이러한 기능에 기대어 법원리도 범규범으로서의 역할을 수행할 수 있다고 말한다.<sup>41)</sup> 이를테면 다른 방식의 정당화로 볼 수 있겠다.

법원리들이 규범 또는 개별규정으로 ‘농축’되기 위해서는 ‘구체화’를 필요로 한다. 그리고 이 구체화에는 또한 추가적인 가치판단이 필요하다. 따라서 법원리들은 적극적 기능을 할 때에는 상대적인 불확정요소를 갖는다. 소극적 기능의 경우에는 ‘극단적인 경우’를 제외하고는 불확정적이지 않다. 법원리가 그 적극적 기능의 측면에서 상대적인 불확정성을 가진다고 해서 법원리를 ‘공허한 형식’이라고 한다면, 그것은 법원리의 사상적인 내용을 과소평가하고 그 소극적인 기능을

39) Karl Larenz (양창수 역), 『정당한 법의 원리』, 박영사, 2008, 13면.

40) Karl Larenz (양창수 역), 『정당한 법의 원리』, 14면.

41) 이상영·김도균, 『법철학』, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 42면.

간과하는 것이다.<sup>42)</sup>

라렌츠는 법원리의 존재방식 및 인식방법에 대해서도, “법원리 발견과정에서 하나의 법원리가 어느 하나의 법규정의 근거에 있는가, 여러 규정의 근거에 놓여 있는가는 문제가 되지 않는다.”고 주장한다. 그는 “‘일반화의 정도’가 아니라 ‘정당화 근거’라는 특성과, 하나 또는 다수의 규정에 표현되어 있다는 것이 법원리에 있어서는 결정적이다.”고 말했다.<sup>43)</sup> 즉 법원리는 하나 또는 수개의 법규정들이나 판례들의 근거에 놓여 있는 지도적인 이념이나 가치로, 그것을 올바르게 인식하기 위해서는 심층적 관점에서의 가치평가활동이 필요하다.

라렌츠는 법원리의 본질과 기원에 관하여 중요한 통찰을 제공하였다. 하지만 ‘정당한 법원리’라는 그의 표현에서도 알 수 있듯이, 라렌츠의 법원리 개념은 필연적으로 도덕적 가치를 내포하며 궁극적으로는 정의이념에 호소한다고 볼 수 있다. 말하자면, 법원리는 도덕원리의 부분집합이자 특별한 한 종류인 것이다. 이러한 설명은 과연 환경법상 일반원칙들의 본질에 대해 ‘적절한’ 설명을, ‘여백 없이’ ‘충분히’ 제공하는가?

결론부터 말하면, 필자의 답은 부정적이다. 법원리는 개념 내재적으로 정의원리를 담고 있다는 이런 식의 ‘도덕주의적 설명’은 일부 환경법상 일반원칙에 대해서는 적용되기 어렵다고 본다. 만약 라렌츠의 ‘정당한 법원리 이론’을 그대로 받아들인다면, 환경법상 일반 원칙들 중 일부 기준, 예컨대 ‘오염원인자 책임 원칙’이나 ‘지속가능개발의 원칙’의 경우에는 그 본질을 법원리로 설명하기 힘들 수 있다는 것이 필자의 문제의식이다. 국제환경법에서 ‘지속가능한 개발의 원칙’이 처음 등장한 때도 그러했고, 오늘날 여러 학자들이 이 원칙을 일종의 ‘경제정책적 원칙’으로 설명하기도 한다<sup>44)</sup>는 점, 이 원칙이 ‘지속가능’이라는 가치를 담고 있지만<sup>45)</sup> 그것이 반드시 도덕적

42) Karl Larenz (양창수 역), 『정당한 법의 원리』, 14면.

43) Karl Larenz (양창수 역), 『정당한 법의 원리』, 16-17면.

44) “이 원칙은 본질적으로 **경제학적 원칙**에 불과하며 하나의 **법원칙**으로 성숙되었다고 보기 어렵다”, 박병도, “국제환경법상 오염자부담원칙의 우리나라 환경법예의 수용”, 344면. (밑줄 및 강조표시는 필자에 의한 것.) 만약 라렌츠의 ‘정당한 법원리 이론’을 극단적으로 밀고 나간다면, 그의 이론이 역으로 박병도 교수의 이런 설명에 대한 정당화 이론으로 활용될 수 있는 가능성도 있어 보인다.

45) 필자가 다음 장에서 대안 이론으로 제안하는 ‘법관행주의’ 논변에서 전제하는 ‘관행(convention)’

가치로 보기는 어려우며 경우에 따라서는 개발중심주의라는 특정한 경제 논리나 정책적 결단에 따른 것으로 볼 수도 있다는 점 역시 필자의 주장을 뒷받침하는 근거가 될 수 있다.

가치다원주의사회에서 가치의 통약불가능성을 강조하는 실증주의자들<sup>46)</sup> 입장에서 보면, 법원리에 대한 이러한 전통적인 ‘도덕주의적 설명법’이나 ‘정당한 법원리 이론’이 갖는 무게감은 PEL의 법적 위상과 규범력을 논증하는 이론으로 삼기에는 다소 부담스럽게 느껴질 수 있다. 앞서 살펴본 ‘지속가능개발의 원칙’과 같이, 어떤 법원칙이 (i)특정한 가치를 담고는 있지만 그것이 꼭 보편적 당위를 지향한다고 단정 짓기는 어려우며, 따라서 (ii)규범성을 갖기는 하지만 그 규범력의 원천이 반드시 도덕성에 기반하고 있다고 볼 수는 없는 법원칙도 있을 수 있다. 그런데 우리는 그러한 기준들의 위상 역시 ‘법원칙’으로 말하곤 한다. 또한 특히 환경법과 같은 특수 영역에서는 그런 원칙에 대한 공적인 승인이 더욱 중요한 의미를 가질 수 있다.

결론적으로, 라렌츠의 도덕주의적 법원리 이론은 현대 사회에서 ‘법원칙’으로 명명되는 기준의 본질을 해명하기 위한 일반 이론으로 채택하기에는 적용상의 한계가 있다는 것이 필자의 판단이다. 그리고 환경법상 일반원칙의 경우에도 같은 문제가 발생한다고 본다. 따라서 법실증주의나 자연법론과 같은 법철학적 입장 차이에도 불구하고 적어도 설명이론의 차원에서는 공통되게 받아들일 수 있는 좀 더 포용적인 대안 이론이 필요할 것 같다.

### 3. 드워킨의 이원 모델: ‘규칙(Rule)’ vs. ‘원리(Principle)’

법원칙의 개념과 특성에 대한 가장 적극적인 이론을 제시한 현대 영미 법철학자로 는 드워킨(Ronald Dworkin)을 들 수 있다.<sup>47)</sup> 드워킨은 법을 ‘1차 규칙과 2차 규칙들

은 일종의 규범적 질서로서, 법적 관행 정식의 조건(1)에 따르면 “**관행 규칙 R은 특정한 목표(point)나 가치(value)를 전제**”로 한다. 자세한 설명은 본고 IV.를 참고.

46) 배제적 법실증주의자들의 입장이 대략 그러하다. 국내에서는 특히 조홍식 교수가 이 점을 강조한다. 조홍식, 『사법통치의 정당성과 한계』, 박영사, 2010.; 조홍식, “환경법의 해석과 자유민주주의”, 『서울대학교 법학』, 제51권 제1호, 2010. 등 참고.

47) ‘원리규범’ 연구에 천착한 대표적인 현대 영미법철학자가 드워킨이라면, 독일에서는 알렉시(Robert Alexy)를 들 수 있다. 알렉시 역시 드워킨과 같이 비실증주의적 입장에서 법원리의 본질 해명과 관련하여 중요한 통찰을 제공해준다. 그는 “법원리란, 기타의 법적 가치(법원리)들과

의 연합'으로 정의내린 하트(H.L.A. Hart)의 법실증주의적 규칙 모델<sup>48)</sup>에 대한 강력한 반론이자 대안으로, 이른바 '법원리주의'를 주창하였다. '법원리주의'란 법체계가 확정적 법규범으로서 '법규칙(legal rule)'과 '법원리 규범(legal principle)'으로 이루어져 있다는 견해를 말한다. 그의 설명에 따르면, 법규칙과 법원리는 '논리적으로 구별'되며, 그 개념적 구조, 적용에 있어서의 작동방식 등에서 질적인 차이가 있다. 하지만 양자는 법규범의 상이한 두 유형일 뿐 동등한 법적 효력을 가지며 법체계를 구성한다. 즉, 법원리도 구속력 있는 법이다. 그렇다면 법원리의 개념과 그것의 핵심적인 특징은 무엇일까?

법원리(legal principle)란 실정법으로 명백하게 표현되지는 않았지만, 문명화된 사회들 또는 한 사회의 구성원들이 분쟁해결의 기준으로 적절하다고 일반적으로 승인하는 가치들을 말한다.<sup>49)</sup> 논자에 따라서는 '법원리'와 '법원칙'을 개념적으로 구분하면서, '법원칙'은 "사안을 해결하기에 충분하도록 보다 구체화된 내용을 갖춘 법원리"로 설명한다.<sup>50)</sup> 즉 실정법에서 "~~원칙" 이라고 명시적으로 표현된 규준들이 그러하

---

의 관련 속에서 그리고 현실적으로 주어진 조건 내에서 자신이 규정하고 있는 내용이 '가능한 최대로 보장될 것'을 요청하고 있는 이상적 당위의 성격을 가지는 법규범이다."고 정의한다. Robert. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 87면 이하. (김도균, "법적 이익형량의 구조와 정당화 문제", 『서울대학교 법학』, 제48권 제2호, 2007, 36.면에서 재인용.) 그는 원리를 법적·사실적 가능성과 관련된 최대실현요청 규범으로 규정하며, 원리는 비례성 원칙을 내포한다고 주장한다. 특히 법원리의 '작동' 차원에서 알렉시가 입론한 '형량 이론(balancing)'과 공식은 오늘날 기본권 간의 충돌사안을 해결하는데도 중요한 해법을 제공한다. 이에 관해서는, Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002.(한국어 번역서로는, 로베르트 알렉시(이준일 역), 『기본권 이론』, 한길사, 2007.); 김도균, "법적 이익형량의 구조와 정당화 문제" 참고. 우리나라 환경법제가 대륙법계의 영향도 많이 받았다는 점에서 알렉시의 법원리 이론을 참고하는 것도 의의가 있다. 하지만 본고의 연구는 구체적으로 법원리의 작동방식이나 원리간의 충돌 사안을 해결하는 것을 목표로 하기 보다는, 필요한 한에서 법원리 개념이나 특정 해명에 초점이 맞춰져 있기에 지면의 한계 상 본고에서는 드워킨과 별도로 알렉시의 논의를 추가로 다루지는 않았다. 이 점에 대해 양해를 구한다. 참고로 법원리 본성에 관한 독일 쪽의 대표적인 논의를 모은 문헌으로는, Martin Borowski(Ed.), *On The Nature of Legal Principles*, Franz Steiner Verlag, 2010. 참고.

48) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1964.

49) '환경법의 일반 원칙'이 아닌, 일반 '법원리'로서 말할 수 있는 것은, "자신의 불법행위로 이득을 얻는 것을 법(국가기관)이 도와서는 안 된다."; "타인의 어려운 처지를 약용하여 이득을 취해서는 안 된다."; "사정이 바뀌면 애초의 계약 내용도 그에 맞추어 조정되어야 한다."; "손해와 이득은 공평하게 부담해야 한다."; "자기책임의 원리" 등을 예로 들 수 있다. 이상영·김도균, 『법철학』, 한국방송통신대학교출판부, 2012. 참고.

50) 이상영·김도균, 『법철학』.

다. 예컨대, 계약자유의 원칙, 사적 자치의 원칙, 신의성실의 원칙<sup>51)</sup>, 명확성의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 죄형법정주의 원칙 등을 들 수 있다.<sup>52)</sup>

법규칙과 법원리 규범은 크게 두 가지 면에서 구분된다. 첫째, 법적 효과 실현방식의 측면에서 보면, 법규칙은 구성요건이 충족되면 그것이 요구하는 내용이 100% 실현될 것을 요구하는 규범이다.('전부 혹은 전무의 방식'으로 작동) 이에 반해 법원리 규범은 그 내용이 가능한 한 최대로 실현될 것을 요청하는 성격을 갖는 법규범이다. 둘째, 법규범 충돌 시 그 해결방식에 있어서 차이가 난다. 법규칙들 간의 충돌 경우, 즉 동일 행위에 대해 상이한 법률 효과를 규정하는 상호 충돌하는 법규칙들이 다수 있다면, 이 중 하나의 법규칙만이 효력을 갖고 여타의 법규들은 법으로서의 효력을 상실하게 된다. 이렇듯 법규칙들 사이의 규범충돌이 발생할 경우에는 다른 규칙-예컨대 특별법 우선의 원칙, 신법 우선의 원칙 등-을 통해 해결하거나, 아니면 예외조항을 두는 방식으로 해결한다. 이에 반해, 법원리들 간의 충돌 시에는 비중(weigh)과 중요도의 비교를 통해서 규범충돌을 해결한다. 즉, 단지 해당 사안에서만 어느 법원리가 물러날 뿐이며, 그것의 효력이 완전히 부인되거나 법체계에서 사라지는 것은 아니다.<sup>53)54)</sup> 법원리는 개별 사안의 구체적 상황을 고려하여 충돌하는 원리들 중 어떤

51) “민법상 신의성실의 원칙은 ‘법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 행위에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안 된다’는 추상적 규범 을 말하는 것인 바, 이러한 추상적 규범을 구체적인 법률관계에 적용함에 있어서는 상대방의 이익의 내용, 행사하거나 이행하려는 권리 또는 의무와 상대방이익과의 상관관계 및 상대방의 신뢰의 타당성 등 모든 구체적인 사정을 고려하여 그 적용여부를 결정하여야 한다.” (대판 1989.5.9. 87다카2407) (밑줄은 필자에 의한 것.)

52) “헌법에 명문의 규정으로 선언되어 있는 것은 아니지만 그것 없이는 ‘헌법규정의 보편적 가치’와 ‘헌법의 토대를 이루고 있는 도도한 의미의 흐름’을 제대로 파악하기 어려운 다수의 법적 원칙을, 우리는 투명한 이성적 통찰로 발견하여 이를 ‘헌법에 내재하는 헌법의 기본원리’라는 이름으로 수용하여 온 것은 어찌 오늘의 일이 아니다. 물론 치밀하고 신중한 사색이 거듭되어야 할 일이지 만 그 논리와 결론의 타당성이 인정되고 그로 인한 부작용의 폐단이 확인되지 않는 이상 기왕에 발견된 헌법원리의 목록에 하나를 더 추가하는 일을 반드시 자제하여야 할 이치는 없다. 그러므로 스스로의 생각에 따라 자유롭게 행동할 권리가 있고 그 대신 자기의 행위에 대하여는, 그리고 자기의 행위에 대하여만, 자기가 책임을 진다는 자기책임의 원리는 충분히 자명하고 합당한 보편적인 법적 원칙이어서 이를 (...) 헌법의 내재적 원리의 하나로 파악하는 것이 옳고, 이에 반하는 제재는 그 자체로서 하나의 헌법위반을 구성한다.” (헌재 2005.12.22. 2005헌마19)

53) Ronald Dworkin (염수근 역), 『법과 권리』, 한길사, 89-96면.

54) 가령 소급입법금지의 원리는 분명 법원리로서 입법과 법해석에서 중요한 역할을 하지만, 정의의 념이나 공익 실현을 위한 특별한 사유가 있으면 소급입법의 원리는 해당 사안에서 물러나게 된다. 이 경우 소급입법금지의 법원리와 정의실현의 법원리는 서로 충돌하지만, 이들 중 어느

원리가 뒤로 물러나야 하는지를 결정하는 판단작용인 ‘형량(weighing; balancing)’ 방식을 통해 규범충돌 문제를 해결한다는 특징이 있다.<sup>55)</sup>

<표 1> 법규범의 표면적 구조에 따른 법규칙과 법원리 구별<sup>56)</sup>

		법적 요건	법적 효과
법원리		추상적	불확정적
법규칙	일반조항적 규칙	추상적	확정적
	통상의 규칙	구체적	확정적

<표 2> 법규범의 두 유형과 특성

	법규칙	법원리
실현 차원	- 요구하는 바가 발생 or 발생X - A matter of All- or-nothing	- 최적실현명령(optimization) - A matter of degree - ‘방향 지시’
충돌 차원	- 규범세계에서 완전 퇴출	- 해당사안에서 후퇴 - 비중의 차원
적용 차원		- 형량(balancing; weighing) - 개별 사안에서 충돌하는 법원리들 간의 중요도 측정

드위킨의 설명에 따르면, 원리의 두 번째 역할은 ‘정책(policy)’과도 대조된다. ‘원

한 법원리가 효력을 상실하고 영원히 법체계에서 사라지는 것은 아니다. 다만 해당 사안에서 법적 안정성이나 소급입법금지의 원리보다 정의원리에 우선적 지위가 인정될 뿐이다. 이상영·김도균, 『법철학』, 43-44면.

55) 하지만 드위킨이 ‘규칙’과 ‘원리’에 대한 논리적 구별을 시도한데 대한 반론도 적지 않다. 예컨대 라즈(Joseph Raz)는 법원칙의 존재 자체는 긍정하지만 규칙과 원리는 논리적 구별 가능성을 부인하면서 양자의 차이를 ‘구체성’ 혹은 ‘일반성’의 정도 차이로 설명한다. 즉 규칙들은 상대적으로 구체적인 행위를 지시하는 반면에 원리들은 매우 불특정한 행위들을 지시한다는 것이다. Joseph Raz, “Legal Principle and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 838-839. 참고.

56) 안준홍, 『비실증주의 법원리론 비판』, 서울대학교대학원 법학박사학위논문, 2008, 36면. 이 표에서의 설명은 법체계의 중층적 구조를 전제하는 것이다.

리'가 법적 권리나 도덕적 원리에 기초한 결정으로 이해되는 반면, '정책'은 결과에 기초한 결정이다. 입법부는 종종 정책 근거에 관한 결정을 내리는데, 이는 어떠한 결정이 사회에 전체적으로 가장 큰 혜택을 가져올지에 관한 결정인 것이며 따라서 입법부에 적합하다. 하지만 사법부는 오직 권리에 기초하여 결정함으로써 '원리의 전당(forums of principle)'이어야 한다고 그는 말한다.<sup>57)</sup> 이렇듯 드워킨은 입법부와 사법부의 영역을 명확히 구분하고, 원리는 사법부에, 정책은 입법부에 적합한 기준으로 분담한다.

그렇다면 드워킨의 이러한 법원리 이론은 환경법상 기본원칙들(PEL)의 본질을 해명하는데 적합인가? 그런데 앞서 살펴본 환경법상 기본 원칙들의 특징들을 반추해 보면, PEL은 그가 말한 정책이 갖는 속성도 상당부분 포함한다는 것을 알 수 있다. 일각에서 논하듯, 예컨대 '경제정책적 원칙'으로 설명되기도 하는 오염원인자 책임의 원칙 등은 드워킨식의 원리와 정책의 성격을 모두 포함한다. 결론적으로, 드워킨의 '규칙-원리 이분법', 그리고 '정책'과도 개념적으로 구별되는 드워킨식의 '원칙' 이론을 환경법상 일반 원칙의 본질 해명에 그대로 적용하기에는 역시 결함이 있다. 따라서 대안적 설명이 요청된다.

## IV. 법원칙의 법적 위상 및 효력

### 1. 법원칙의 효력에 대한 두 가지 접근 방식

법실증주의나 자연법론(혹은 비실증주의)이라는 법철학 입장 차이에도 불구하고, 대부분의 학자들은 법원칙의 존재나 그것이 갖는 중요한 역할에는 수긍한다.<sup>58)</sup> 다만 원칙의 법적 위상과 효력에 있어서는 입장 차가 존재한다. 법원칙의 지위를 어떻게 파악하느냐에 따라 법공직자들이 환경입법 및 행정, 환경사법의 영역에서 이를 법원(法源)으로 원용할 수도 있고, 관련 당사자들에 대한 구속력 여부도 설명 가능하다.<sup>59)</sup>

<sup>57)</sup> Brian H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, 2004, p. 166.

<sup>58)</sup> 예컨대 배제적 법실증주의자인 라즈 역시 법에서의 원리의 역할을 대단히 강조한다. Joseph Raz, "Legal Principle and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.

이것이 결국 본고에서 규명하고자 하는 ‘환경법상 일반원칙의 본질과 효력’ 문제의 핵심이다. 이 문제와 관련하여 우선 일반 법이론 차원에서 법원칙의 구속력에 대한 드워킨의 다음 진술은 참고할 만하다. 그는 법원칙에 대한 상이한 두 접근 방식을 다음과 같이 말한다.

① 우리는 우리가 법적 규칙을 다루는 방식처럼 법적 원칙을 다룰 수 있고, 어떤 원칙은 법으로서 구속력이 있으며 법적 의무에 대해 결정해야 하는 법관들이나 법률가들에 의해서 고려되어야 한다고 말할 수 있다. 만일 우리가 이 방안을 취한다면, “법”이 규칙뿐만 아니라 원칙도 포함한다고 말해야 한다. : <“**법원리주의**”>

② 우리는 어떤 규칙이 구속력이 있는 것처럼 원칙이 구속력을 가질 수 있다는 것을 부인할 수 있다. 대신에 리그나 헤닝슨 같은 사안에서 법관은 그가 원할 경우 자유롭게 따를 수 있는 초법적인(extra-legal) 원칙에 의뢰하기 위해서 그가 적용해야 하는 규칙을 넘어선다.(즉, “법”을 넘어선다.)<sup>60)</sup> : <“**실증주의 사법계량**” 이론>

드워킨은 법규칙에 대한 두 접근방식을 ‘법규칙을 갖는다’와 ‘법규칙으로 삼는다’로 구분한다. 그리고 이것을 법원칙에도 적용하여, 위 인용문에서의 ①의 방식을 ‘갖는다’로, ②의 방식을 ‘삼는다’는 표현과 연결시킨다. 그리고 법원칙에 대해서도 궁극적으로 ①의 방식이 타당하다고 주장한다. 즉, 법원칙도 하나의 구속력 있는 법규범이며, 따라서 법공직자들은 법적 의무에 관한 판단이나 공적 의사결정을 함에 있어서도 그것을 법원(法源)으로 다룰 수 있게 된다. ‘법원리주의’란 바로 이러한 설명에 터잡아, 법체계란 확정적 법규범인 ‘법규칙’과 ‘법원리’ 라는 상이하지만 동등한 법적 효력을 갖는 두 개 유형의 규범으로 이루어져있다는 견해를 말한다. 즉 법원리주의는

<sup>59)</sup> 국제환경법의 일반 원칙과 관련한 관한 글에서도 같은 취지의 설명을 확인할 수 있다. “소위 ‘원칙’의 법적 지위 및 의의에 따라 조약의 구속력 또는 회원국의 의무 강제에 관한 해석이 달라질 수 있으며 국제환경법의 준수에 대한 기대 또한 달라질 수 있을 것이다.” 서원상, “국제법상 원칙, 규범, 규칙의 법적 의의-국제환경법원칙의 법적 지위를 중심으로”, 『국제법평론』, 2010, 35면.

<sup>60)</sup> Dworkin (염수근 역), 『법과 권리』, 97면. (밑줄 및 < > 괄호 안의 표현은 필자.)

법원리 역시 실정법규칙(legal rule)처럼 법으로서의 동등한 구속력을 갖는다고 주장한다.<sup>61)</sup>

## 2. 법원칙의 원천 및 법에서의 역할

그렇다면 이러한 법원칙이 법규범의 위상을 갖는 근거는 무엇일까? 라렌츠가 적절히 설명하고 있듯이, 법원리는 그것의 일반화나 보편화 정도에 따라 근거지어지는 것이 아니다. 추상적인 법원리가 효력 있는 법규범인 이유는 그것이 법관의 ‘형량’ 작업을 통해서 내용이 구체화되고, 사안에 적용 가능한 법규칙으로 전환될 수 있기 때문이다. 그리고 법원리는 법체계 안에서 법규칙 제정의 근거, 법규칙 해석의 기준, 법규칙 판단의 기준 역할을 한다. 우리 대법원도 실정법 체계에 내재해 있는 가치들을 담고 있는 법원리에 의한 법해석을 함으로써, 법원리 규범을 원용하여 판결을 내리는 경우가 종종 있다.<sup>62)</sup>

한편, 행정법학계에서도 행정법의 일반 원칙의 법원성을 증명하면서, 그것의 법적 위상을 ‘조리’로 이해하는 견해가 많다.<sup>63)64)</sup> 우리 대법원 판례 역시 “조리는 법의 일반 원칙으로서 통상 판례에 의하여 인식되지만, 그것은 보편타당한 가치에 근거한 사회의 승인을 전제로 하는 것으로서”로 실시한 바 있다. 즉, 사물의 본성이나 정의, ‘문명국에 의해 승인된 법일반 원칙’<sup>65)</sup>으로 정의되는 조리의 법원성에 대한 논의가

61) 이상영·김도균, 『법철학』, 45면.

62) 예컨대, 대법원은 공해소송에 있어서 인과관계의 입증책임 문제와 관련하여 ‘손해와 이익의 공평부담원리’라는 정의 원리를 원용하여 판결하였다. 이상영·김도균, 『법철학』, 45면

63) 대표적으로 박정훈 교수가 그러하다. 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005. 다만 박정훈 교수는 ‘법원칙’의 개념 자체를 성문화되지 않은, 즉 명시적으로 규정되지 않은 묵시성이나 비공식성을 필수적인 개념요건으로 삼는다는 특징이 있다.

64) “법의 기본이념인 정의의 원칙에 직접 근거한 ‘일반적 법원칙’이 행정법 영역에 적용되어 도출된 것이 행정법의 일반 원칙이라고 하는 견해도 있으나, 행정법의 일반 원칙은 단일한 법원 범주를 구성하는 것이 아니라 법률의 유추, 관습법, 판례법, 헌법의 구체화 등 다양한 연원을 갖는다는 견해가 일반적이었다. 최근에는 행정법의 일반 원칙들의 궁극적인 근거를 헌법에서 찾으면서, 법치주의 민주주의 등 헌법원리들이 구체화된 것이 행정법의 일반 원칙이라고 하는 견해가 유력하다. 바로 이러한 독일의 ‘헌법화’ 경향이 우리나라에 영향을 미쳐 행정법의 일반 원칙과 헌법원리를 동일시하는 현상이 나타나고 있는 것으로 추측할 수 있다.” 박정훈, “행정법의 일반 원칙과 헌법원리”, 3-4면.

65) 최병조, “제1조”, 『민법주해』, 제1권, 박영사, 2010, 53-56면.

유사하게 원용될 수 있는 것이다.

### 3. ‘법원리주의’는 PEL의 효력을 근거 지을 수 있는가?

#### 1) 법원리주의 논변의 공과

그럼 다시 원래의 문제로 되돌아가보자. 필자는 환경법상 일반 원칙(PEL)의 효력을 긍정 또는 부정하는 양측에서 공통되게 사용하는 ‘법원칙’ 개념을 단초로 삼아 일종의 ‘역진술’로 해법을 구하고자 하였다. 즉, 회의론자들이 갖고 있는 ‘법원칙’에 대한 이해방식을 분석하여 명제화하고 그것을 비판적으로 재검토함으로써, 일차적으로는 법원칙 개념이나 그 이론 자체에서부터 PEL의 효력 근거를 구할 방법을 모색하였다. 그렇다면 ‘법원리주의’는 성공적인가? 결론부터 말하면, 필자는 이 문제에 대한 ‘법원리주의 논변의 점수표’는 부분적인 성공과, 부분적 실패로 평가할 수 있다고 생각한다. 왜 그러한가?

필자는 본고의 “II-3. 논쟁의 재구성: 회의론을 넘어 이론적 대안으로”에서 회의론들에서 발견되는 핵심 주장을 다음과 같은 명제들로 정리하였다.

- ① “PEL은 [원칙이긴 하지만] 구속력 있는 법원칙이 아니다”
- ② “PEL은 원칙이 아닌 접근 방법에 불과하다”
- ③ “PEL은 법률에 의해 명시적으로 규정되지 않는 한 구속력 없는 행위 원칙에 불과하다”
- ④ “개념의 모호성과 불분명함, 그로인한 적용상의 어려움이 PEL의 구속력을 약화시킨다”
- ⑤ “경제 개발 또는 경제성장이 가치있다는 것을 전제하고 있다는 점은 원칙의 구속력을 약화시킨다.”

또한 필자는 이러한 주장들에 찬동하거나 반박하기 위해 이론적으로 우선 해명해야 할 질문들을 다음과 같이 제시하였다. 첫째, ‘법원칙’의 개념과 본질은 무엇인가? 둘째, ‘법원칙’은 그 자체로 구속력 있는 규범임을 필합하는가? 아니면 법원칙 중

어떤 것은 구속력 있고 어떤 것은 없는 것인가? 셋째, 실정화·성문화는 어떤 규범이 구속력을 얻기 위한 필수요건인가? 넷째, 개념의 모호성, 넓게는 불확정성이나 적용상 어려움은 그 규준의 존재나 효력을 위협하는 요인이 되나? 다섯째, 구속력 있는 원칙이 되기 위해서는 반드시 도덕적 관점에서 올바른 것이어야 하는가? 최종적인 질문은 동일하다. 그렇다면 ‘법원리주의’ 논변은 이러한 질문들에 대한 ‘적절한’ 답을, ‘충분히’ 제공하는가?

첫째, ‘법원리주의’ 논변은 PEL이 법원칙으로서 갖는 지위 자체를 정당화하는데 일조한다. ‘법원리주의’는 법원칙이 갖는 논리필연적인 특징, 예컨대 법적 요건이나 효과에 있어서 추상성과 불확정성을 만든다는 점을 잘 설명해 주는데, 이는 ‘요건과 개념의 모호성’을 이유로 한 회의론(③)에 대한 재반박 논거가 될 수 있다. 둘째, ‘법원리주의’는 법원칙이 그 자체로는 개별 사안에서 직접적인 결과를 ‘지시’하지는 않으며 다만 방향을 제시하는 방식으로만 작동한다는 것, 그리고 법원리는 법관의 ‘형량’ 작업을 통해 그 내용이 구체화되고 법규칙으로 전환될 수도 있다고 주장한다. 이런 설명은 PEL에 가해지는 비판 중 하나인 ‘적용상의 어려움’(④)이 법원칙의 효력 자체를 부인하는 근거가 될 수는 없음을 보여준다. 콜먼이 지적하듯이, 규범의 ‘존재’와 ‘적용’의 문제는 다른 차원의 것이다.<sup>66)</sup> 지금까지의 논의를 간단히 정리하면 다음과 같다.

#### <반론1>: 내용, 요건, 효과의 불확정성

- \* 법원칙은 본질적으로 ‘요건과 효과에 있어서 추상성과 불확정성’을 특징으로 함.
- \*\* 따라서 ‘개념의 불확정성’과 ‘요건의 추상성’이 법원칙의 존재나 효력을 약화시키거나 부정하는 이유가 될 수 없음.

#### <반론2>: 적용에 있어서의 한계

- \*\* 규범의 ‘존재나 효력’의 문제와 ‘적용’의 문제는 차원이 다름.
- \*\* 법원칙은 ‘형량’의 방식을 통해 요건과 효과를 구체화함.

66) Jules L. Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford University Press, 2001.

**<반론3>: PEL은 행정법에서의 일반원칙과 같은 구속력 있는 법원칙이 아님.**

- \*\* 환경법은 행정법의 특별판이 아님.
- \*\* 환경법의 분야의 특수성을 고려한 설명과 정당화 이론이 필요함.

**<반론4>: 구체적 효력 없음. 단지 행위지도원리나 프로그램적 지침에 불과함.**

- \*\* 실제로 환경법과 관련한 환경입법, 행정, 사법실무에서 PEL의 규범력을(경험적으로, 사회적 사실로서) 확인할 수 있음.
- \*\* 법원칙이 효력을 발휘하는 방식은 법규칙과 같이 구체적이고 직접적인 ‘결과 지시’가 아니라 ‘방향 제시’임.

위와 같은 점에 비추어볼 때, ‘법원리주의’는 환경법상 일반 원칙의 효력을 부인하는 회의론에 대응하기 위한 대항 논변으로서 상당 부분 중요한 기여를 한다고 볼 수 있다. 하지만 적절히 설명해내지 못하는 공백도 분명 존재한다. 따라서 ‘법원리주의’를 PEL의 효력을 해명·정당화하는 이론으로 삼기에는 한계가 있다. 한 예로, 그 본질이 사실은 정책적 결단의 산물이라는 이유로 법원칙이 아니라고까지 주장하는 회의론에 대해서는 법원리주의가 반박하지 못한다. 물론 드워킨이 말하는 법원칙이라는 것도 시공의 맥락을 초월한 보편타당한 초월적 규범을 말하는 것은 아니다. 하지만 적어도 ‘범이념-법원칙-법규칙’이라는 삼항 구도에서 분석해보면, 법원리주의가 말하는 법원칙은 본질적으로 정의이념에 호소하고 많은 부분 의존하고 있는 도덕원리로 볼 수 있다. 그렇다면 남겨진 과제는 이러한 한계를 보완할 대안 이론을 정립하는 것이다.

## 2) 대안 이론의 필요성과 가능성

드워킨식의 법원리주의 논변은 불가피하게 특정한 법철학적 입장, 즉 비실증주의 혹은 자연법론과 결부될 수밖에 없다는 한계가 있다. 환경법학계 안에서도 ‘법원칙’을 도덕 원칙 중 특별한 한 유형으로 전제하는 입장들이 많다.<sup>67)</sup> 만약 이런 입장에 찬동한

67) “즉 법원칙이란 도덕적 원칙 중에서 사법기관, 입법기관, 법집행기관으로부터 특정 사건 또는 배상의 결정에 구속력 있는 원칙으로 적용된 것을 말한다. 이처럼 원칙이 법적 논쟁이나 의사결정 속에서 구속력을 얻어 가는 과정을 거치면서 그 내용이 구체화되고 잠재된 규범성이 일반화되어

다면, 앞서 검토한 법원리주의 논변이 합당할 수 있다. 하지만 이러한 설명은 환경법상 일반 원칙의 가능한 후보를 부당하게 제한하거나, 혹은 이미 인정되어온 일부 원칙들에 대한 설명이나 정당화에 실패할 수 있다. 예컨대 특별한 정책적 목적 하에 인정되어온 정책지향적 원칙들이 그러할 수 있다. ‘법원리주의’는 기본적으로 드워킨의 ‘정답테제’와 연결된다. 이는 진정한 도덕적·법적 권리자를 찾는 사법결정의 맥락에서 등장한 이론이기에, 태생적으로 자연법론적 지향을 갖고 있을 수밖에 없다. 그런데 이러한 접근은 환경법상 일반 원칙의 존재이유나 역할을 고려해볼 때, 여러 한계가 있으며 환경법상 일반 원칙의 효력 이론으로서 설명력도 제한적일 수밖에 없다. 예컨대 법률이나 판례 등 명확하게 확인 가능한 연원(pedigree)을 통해서만 유효한 법으로서의 자격을 인정하는 배제적 법실증주의자나, 소위 포용적 법실증주의자들<sup>68)</sup>은 법률이나 관습법, 판례 등 사회적 사실로 확인될 수 있는 법의 연원에 도덕규범이 포함될 수 있으며, 법체계는 그런 방식으로만 도덕을 포함할 수 있다는 입장이다.<sup>69)</sup> 따라서 만약 누군가가 강고한 법실증주의 입장을 취한다면, 법원리주의 모델에 대한 여하한 수정에도 불구하고, PEL에 대한 법원리주의적 정당화 논변은 근본적으로 받아들이기 어려운 점이 있다.

또한 다음과 같은 드워킨의 진술은 또 다른 측면에서 문제적일 수 있다.

법원칙으로서 이런 원칙들의 기원은 어떤 입법부나 법원의 특정한 판결에 있는 것이 아니라 오랫동안 전문가나 대중 속에서 발전되어 온 적합성에 대한 하나의 직감(sense of appropriateness) 속에 있다. 그것들이 힘을 계속 갖는 것은 이 적합성에 대한 직감이 유지되고 있는 것에 의존한다.<sup>70)</sup>

---

가는 것이다” 서원상, “국제법상 원칙, 규범, 규칙의 법적 의미\_국제환경법원칙의 법적 지위를 중심으로”, 36면.

<sup>68)</sup> Jules Coleman, “Incorporationalism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis”, p. 145.; Jules Coleman, “Inclusive Legal Positivism”, in *The Practice of Principle*, Oxford University Press, 2001, pp. 103-119.

<sup>69)</sup> “법원리……중 입법이나 판결을 통해 실정법질서의 원리나 그 직접적인 목적론적 배경을 이루고 있는 것은 객관적인 법이라 할 수 있을 것” 심현섭, 『법철학 I-법·도덕·힘』, 법문사, 1989, 58면.

<sup>70)</sup> Dworkin (염수권 역), 『법과 권리』, 116-117면.

그런데 위 인용문을 약간 다른 각도에서 재해석해보면, 법원리주의 논변의 내용을 완전히 거부하지 않으면서도 대안 이론으로서 보완할 수 있는 여지를 발견할 수 있다. 말하자면, 법원칙을 해당 공동체 구성원들의 상호작용과 공감을 통해 자율적으로 형성·진화된 규범으로 재규정할 수 있는 가능성이 생긴다.<sup>71)</sup> 또한 때론 정책적 성격이 강하고, 불가피하게 정치도덕적 관점에서 긴장 관계에 놓일 수도 있는 환경법규범의 특수성을 고려한다면, 도덕 원리나 정치적 도덕성에 호소하는 본래적 형태의 법원리주의는 수정이 필요해 보인다.

정리하자면, PEL의 효력 근거를 구하는 대안 이론에 기대할 요소는 한편으로는 ‘도덕성’에 호소하는 비실증주의적 ‘법원리주의’ 논변과 구별되면서, 또 다른 한편으로는 이와 정반대에 있는 강고한 법실증주의 진영에서 주장하는 규범의 ‘제정성’이나 ‘강제성’과도 다른 것일 수 있다. 이를 법이념론의 차원으로 옮겨보면, 대안 이론의 가치지향점은 정의 이념이나 강한 법적 안정성 안에만 갇히지 않고, 현실적합성, 개방성, 실용성 등도 함께 고려될 수 있을 것이다. 요컨대, 대안 이론은 PEL의 규범성의 원천을 합동 결의(joint commitment)나 수용, 혹은 조정력 등과 같이 해당 규범 공동체 안에서 구성원들의 사회적 상호작용에 기초한 모종의 정당화 논변을 동원할 수도 있을 것이다.

## V. 조정 관행으로서 환경법상 일반 원칙<sup>72)</sup>

필자는 환경법상 일반 원칙들의 본질과 효력을 해명하기 위하여, 우선 극복해야 할 회의론의 논점들을 정리한 후(II), 법철학에서의 대표적인 법원리 이론들을 검토하였다.(III, IV) 결론적으로 라렌츠의 ‘정당한 법원리 이론’이나 드워킨의 ‘법원리주의’

71) 물론 드워킨의 저서에서 위 인용문은 결코 그런 정도의 의미를 담고 있지 않음은 분명하다. 이는 지나친 확장해석일 수 있다는 비판을 받을 수도 있지만, 적어도 이론적 접점의 가능성을 구할 수는 있겠다는 것이 필자의 생각이다.

72) 필자는 ‘환경법상 일반원칙’의 본질과 효력을 해명하는 대안이론으로서 법관행주의를 제안하였다. 따라서 이를 다루는 본고 제5장(V)에서의 내용은 필자가 구축한 ‘법학적 관행 이론’에 대한 설명이 큰 비중을 차지한다. 그 결과 이 장에서의 본문 내용과 각주 일부는 필자가 이전에 다른 학술지에 발표한 논문들과 불가피하게 겹치는 부분이 있다. 이 점에 대해 양해를 구한다. 해당 논문은 각 부분에서 그 출처를 밝힌다.

논변은 여러 강점에도 불구하고 PEL의 효력을 구명하는 일반 이론으로 삼기에는 한계가 있다. 즉 기존의 법원리 이론들은 근본적으로 도덕원리와의 필연적 연관 속에 그것에 대한 의존에서 자유로울 수 없기에, 특히 법실증주의 진영에서는 선택 받아들이기 쉽지 않을 수 있다. 이러한 배경 하에, 필자는 하나의 대안 이론으로서 ‘관행주의’ 논변을 제안하고자 한다.

## 1. ‘관행주의’, ‘관행’, 그리고 ‘법적 관행 정식’

‘관행주의(conventionalism)’란 어떤 현상이 관행으로부터 발생하고 관행에 의해 결정된다는 교의(doctrine)를 뜻한다.<sup>73)</sup> 다시 말해, 어떤 종류의 근본 원리들이 사회 안에서의 명시적 혹은 묵시적 합의들에 근거를 두고 있다는 철학적 태도를 ‘관행주의’라 한다. 관행주의를 구성하는 개념소(概念素)들을 분절해보면, ‘인식 대상’과 ‘관행’ 그리고 그것을 연결 짓는 서술어로서 ‘발생하거나 설명된다’는 연결사가 있다. 관행주의에 대한 정의에서도 알 수 있듯이 이는 기본적으로 설명 이론의 성격을 갖는다. 하지만 필자는 각각의 구성 요소와 관계항들에 대한 적절한 개념화와 입론을 통해 관행주의를 정당화 논변으로도 활용할 수 있다고 생각한다.<sup>74)</sup> 즉 관행주의를 현재까지의 논의 맥락에 옮겨보면, 필자는 ‘환경법상 일반 원칙’의 본질을 관행 개념에 기해서 설명하고, 그것의 효력 근거 역시 이른바 ‘법학적 관행 이론’에 의거하여 구하고자 한다.

‘관행(convention)’<sup>75)</sup>이란 합리적 주체가 공동의 조정 혹은 협력 문제에 직면하여 실천적인 추론 과정을 통해 수립된 균형점으로서, 명시적인 합의나 약속이 없이도 행위자들 간의 사회적 상호작용을 통해 형성되고 자율적으로 존속하는 묵시적인

<sup>73)</sup> Michael Rescorla, “Convention”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, p. 4.

<sup>74)</sup> 마머는 법의 규범성에 관한 철학적 이해관심은 ①설명적 과제와 ②정당화 과제의 두 측면으로 구분된다고 말한다. 자세한 설명은 Andrei Marmor and Alexander Sarch, “The Nature of Law”, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2001.

<sup>75)</sup> 본고에서 필자가 사용하는 ‘관행’이란 용어는 영어 ‘convention’에 대응하는 번역어이다. 언어관용상 ‘convention’의 번역어로 관행, 관례, 관습 등이 혼용되고 있으며, 특히 국제법영역에서는 ‘practice’를 ‘관행’으로, ‘convention’을 협약 등으로 옮기는 경향이 있다. 하지만 필자는 특별한 경우가 아닌 한, 본고에서 다음과 같이 용어법을 통일한다. ‘관행(convention)’, ‘실행(practice)’, ‘관습(custom)’, ‘관습법(customary law)’ 등. 자세한 설명은 지면의 한계 상 생략한다.

규범적 질서이다. 관행은 실천됨을 존재론적 기반으로 삼는 특별한 사회적 규칙으로서, 그 자체의 메커니즘 상 참여자에게 행위 이유를 제공하고, 행위를 향도하며, 준수 의무를 창출할 수 있는 규범이다.<sup>76)</sup> 관행에는 여러 유형이 존재할 수 있는데, 그 중에서도 특히 ‘조정 관행(coordination convention)’<sup>77)</sup>은 ‘거듭 반복하여 발생하는 조정 문제를 해결하기 위해 마련된 해법’으로 정의할 수 있다. 관행 개념에 대한 최초의 분석적 탐구를 수행한 루이스(David Lewis)는 관행의 본질을 ‘조정 관행’으로 설명했다.<sup>78)</sup> 루이스의 관행 이론은 관행의 본질이 ‘임의성’<sup>79)</sup>과 ‘준수의존성’<sup>80)</sup>에

76) 이현경, “조정 관행의 개념적 구조와 요소-관행 개념 재구성과 대안 이론을 위한 분석적 기초”, 『법철학연구』, 제20권 제1호, 한국법철학회, 2017, 168-169면.

77) ‘조정 관행’이 아닌 다른 종류의 관행도 존재한다. 대표적으로는 마머가 말한, ‘구성적 관행(constitutive convention)’이 있다. Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton University Press, 2009.

78) 루이스가 제시한 관행 정식은 다음과 같다.

■ 일정 규모의 인구집단 P(Population)의 구성원들이 반복적으로 야기되는 상황 S에 위치할 행위자일 때 그들의 행동으로부터 규칙적으로 일어나는 현상 R(Regularity, 이하 ‘정규성’)은 만일 P의 성원들 가운데 S의 어떠한 상황 하에서도 다음과 같은 사실이 참이고 또한 P의 사회에서 공통 지식(common knowledge)인 오직 그 경우에만 관행이 된다.

- (1) 거의 모든 사람들이 R을 준수한다.
- (2) 거의 모든 사람들이 자기 이외의 거의 모든 사람들이 R을 준수하기를 기대한다.
- (3) 거의 모든 사람들이 행위의 모든 가능한 조합들에 대해 대략 같은 선호를 갖는다.
- (4) 거의 모든 사람들은, 거의 모든 사람들이 R을 준수한다는 조건 하에서 누구라도 R을 준수하기를 선호한다.
- (5) 거의 모든 사람들이 R\*를 준수한다는 조건 하에서라면, 거의 모든 사람들은 누구라도 R\*를 더 많이 준수하기를 선호할 것이다.

S에서 P의 구성원의 행위 안에서 R\*가 가능한 정규성이면, P의 구성원들 사이에서 S의 그 어떤 상황에서도 어느 누구도 R\*와 R을 동시에 준수할 수 없다.

David Lewis, *Convention*, Blackwell Publishing, 1969, p. 78. 루이스의 관행 이론과 그에 대한 비판적 검토는, 이현경, “사회적 관행 이론의 세 모델: 비판적 고찰”, 『법학논집』, 제21권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017, 제2장 제1절 참고.

79) ‘임의성(arbitrariness)’이란 중대한 비용이나 손실의 부담 없이 현재의 관행이 추구하려는 가치나 목표를 실현할 수 있는 대안 규칙이 존재함을 뜻한다. 루이스의 표현을 빌자면, “만약 대안 관행이 없다면 그것은 조정 균형이긴 하더라도 진성의 관행은 아닌 것”이다. Lewis, *Convention*, p. 45.

80) 관행에 따르는 주된 이유는 ‘준수 의존적 이유’이다. 우리가 관행을 준수하는 이유는 그것의 실질적인 내적 장점 때문이기보다는 거의 대부분의 구성원들이 그것을 준수하며 그러한 전체 하에 서로가 준수하고자 기대한다는 사실에 있다. 다만, 준수 의존적 이유는 필수적이긴 하지만 관행에 따를 이유의 일부가 될 뿐이다. 또한, ‘일반적 준수’란 반드시 시간적 혹은 수직적 면에서의 양적 기준을 뜻하지 않는다.

있다는 점을 규명했다는 점에서 큰 의의를 갖는다. 하지만 그는 자격을 갖춘 진성 관행은 특별한 종류의 규범이라는 점을 간과했고,<sup>81)</sup> 법적 맥락에서 유의미하게 고려 되는 법적 관행 개념의 필요성을 인식하지 못했다는 점에서 한계가 있다. 필자는 이러한 결함을 개선한 대안적 설명법으로 ‘법학적 관행 이론’<sup>82)</sup>을 제안한 바 있다. 그 이론에 따르면 ‘법적 관행’ 개념은 다음과 같이 정의된다.

<표 3> 법적 관행 정식<sup>83)</sup>

<p>■ 다음의 조건들이 획득되면, 어떤 규칙 R은 법적 관행이 된다.</p> <p>(1) R은 특정한 목표(point)나 가치(value)를 전제로 하는 협력적 실천으로,</p> <p>(2) 일정 규모의 집단 P의 구성원들에게는 상황 C 하에서 R을 준수할 이유 혹은 이유들의 조합 A가 존재하지만, R에의 준수 이유나 결의가 참여자들에게 반드시 명확하게 인식/공지될 필요는 없다.</p> <p>(3) P의 구성원들은 어떤 상황 C에서 공동체 내 다른 사람들의 일반적 준수를 조건으로 대부분의 사람들이 규칙 R을 준수하기를 선호하리라 기대하며, 일반적 준수에 대한 정당한 기대를 조건으로, 대부분의 사람들이 R을 준수한다.</p> <p>(4) 하나 이상의 잠재적인 규칙 R*가 존재하며, 만약 상황 C에서 P의 구성원들이 실제로 R*를 준수한다면, 이 사실은 R 대신에 R*를 준수할 충분한 이유가 된다. 다른 조건들이 동일하다면, 상황 C에서 R과 R*를 동시에 준수하는 것은 불가능하거나 무의미하다.</p> <p>(5) ①관행에 관여된 행위자 중 일부가 법체계상 공적인 지위를 갖거나 그러한 역할과 연관되는 경우, ②관행이 헌법적 사항을 규율하는 경우, ③관행이 법규범에</p>
--

81) “내가 관행에 대해 제시했던 정의는 규범적 용어들(“ought”“should”“good”등)을 포함하지 않았다. (...) 따라서 “관행” 그 자체는, 나의 분석에서는, 규범적 용어가 아니다. 그럼에도 불구하고, 관행은 규범의 한 종류가 될 수도 있다: 누군가 그것을 준수해야만 한다고 우리가 믿는 정규성.” Lewis, *Convention*, p. 97.

82) 이현경, “법학적 관행 이론 소묘-관행의 규범성에 대한 다각적 고찰을 중심으로”, 『법철학연구』, 제20권 제3호, 한국법철학회, 2017.

83) 지면의 한계 상 각 요건과 내용에 대한 자세한 설명은 생략한다. ‘법적 관행 정식’에 관한 상세한 설명은 이현경, “법적 관행의 개념과 그 요건”, 『법학논총』, 제37권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2017. 참고.

의해 제도적으로 지지를 받는 경우[관행이 법규범에 의해 창출되고 인정된 경우], 그리고 ④그것이 만약 분쟁화 되었을 때 관계인의 직접적인 법적 권리·의무 관계로 전이될 가능성이 큰 경우 이는 ‘법적 관행’으로 인정된다.

(6) R은 그것의 생성/소멸에 있어 명시적 합의/약속 등의 시점적 절차를 요하지 않으며, 정규성의 경우에도 단선적인 시간 지속성은 요하지 않는다.

위 정식에서 특히 ‘법적(legal)’을 나타내는 것은 조건 (5)이다. 따라서 어떤 규범이 조건 (5)를 포함한 위의 모든 조건들을 충족하면 ‘진성의 법적 관행(genuine legal convention)’으로 인정받고, 이는 모종의 규범력을 가지며 법질서 안에서 일정한 법적 자격을 얻게 된다. ‘조정 관행’은 조건 (1)에서 규정한 목표나 취지가 ‘조정 문제 해결’로 볼 수 있다. 그렇다면 환경법상 일반 원칙들은 위의 법적 관행 정식을 충족하는가? 만약 그러하다면 PEL의 본질을 ‘조정 관행’으로, 그것의 법적 위상을 ‘법적 관행’으로 규정할 수 있고, 우리는 법적 관행 이론에 따라 환경법상 일반 원칙의 효력 문제도 논할 수 있게 된다.

생각건대, 환경법상 일반 원칙은 그 기원이나 기능을 고려해볼 때 ‘조정 문제에 대한 해법’으로 등장한 자율적인 규범적 질서<sup>84)</sup>로 볼 수 있다. 그리고 위 ‘법적 관행 정식’의 각 요건을 각각의 PEL에 대입해 봐도 특별히 어긋남이 없다. 따라서 ‘조정 관행’으로서 환경법상 일반 원칙’을 재규정할 수 있다.

## 2. ‘추정적 효력 테제’와 다층적 정당화 논변

관행은 참여자들의 자율적인 규범질서로 우선 존중되어야 한다. 이를 ‘관행 존중의 원칙’<sup>85)</sup>이라 불러보자. 보다 구체적으로 말하면, ‘관행 존중의 원칙’이란 관행 정식을

84) ‘자율적인 규범적 질서’의 의미에 대해서는, Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007.; 이현경, “제도적 사실로부터 제도적 규범질서로: 맥코믹의 제도적 법개념 발전과정과 변천에 관한 고찰,” 『법학논총』 제30권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2017. 참고.

85) ‘관행 존중의 원칙’이라는 용어 자체는 대법원 판결문에서 착안하였다. “비과세 관행 존중의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 납세자의 신뢰를 보호함이 정의에 부합하는 것으로

충족한 진성 관행은 그 자체로 존중받을 자격이 있음을 뜻한다. 규범으로서 관행은 추상적인 이상적 질서나 초월적 규범이 아니며, 사람들의 ‘실천됨’에 의해 그 존재론적 효력을 부여받는 실효적인 사실상의 질서다. 관행은 선형적인 도덕 원리나 초월적 이념에 호소하는 것이 아니라, 구성원들의 끊임없는 상호작용을 통한 참여와 헌신을 통해 형성·유지됨으로써 정당성을 획득한다. ‘관행 존중의 원칙’의 기저에는 그 공동체 구성원으로서 평온한 공존과 협력을 추구하는 이상이 자리한다.

‘법학적 관행 이론’이 말하는 ‘추정적 효력 테제(Presumptive Validity Thesis)’는 ‘관행 존중의 원칙’을 법적 명제로 변환한 것이다. 즉 ‘추정적 효력 테제’란 법적 관행 정식을 충족하여 자격을 갖춘 진성의 법적 관행은 그 자체로 효력이 추정됨을 뜻한다. 효력이론은 ‘요건’과 ‘효과’의 두 부분으로 구성된다.<sup>86)</sup> 법적 관행 정식을 충족한 법적 관행은 효력이 추정되며, 따라서 일반적 준수 의무가 수반된다. 즉 ‘추정적 효력 테제’를 통해, 존재하는 관행은 일차적으로 정당성을 갖는다고 추정된다. 그 논거로서 ①발생적 차원에서 획득된 민주적 권위에 기한 자기 정당성 획득(‘발생적 정당성 논변’), ②조정 문제에 대한 해법으로서 조정력과 조정적 권위(‘기능주의 논변’), ③심리학적 논거(‘심리학적 논변’)와 ④계약주의 논거(‘계약주의 논변’) 등이 가능하다.<sup>87)</sup> 이러한 논거들은 관행의 규범성의 원천이자 관행의 ‘추정적 효력 테제’의 정당화 근거가 될 수 있다. 여기서 ‘추정적’이란 관행의 존재 자체로부터 그 효력이 일용 부여되지만, 그것이 확정적이거나 종국적이지 않음을 의미한다. 즉 진성 관행에 부여된 효력은 ‘추정적’이며, 그 임계점을 넘은 경우 그 관행은 무효화될 수 있다. 관행의 효력을 박탈할 특별한 이유가 있는 경우, 예컨대 그것이 소위 ‘나쁜 관행’으로 판정되거나 관행성(conventionality)을 현격히 상실하는 등의 경우가 그러하다. 또한 여기서 말하는 ‘효력’이란 기본적으로 법학적 효력 개념으로서 ‘합법성’을 말하지만, 최소한의 전제조건으로 실효성을 요한다.<sup>88)</sup> 특히 실효적인 ‘일반적 준수의존성’을

인정되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 적용되는 예외적인 법 원칙이다.” (대법원 2013.12.26.선고 2011두5940)

86) 최봉철, “법의 효력: 요건과 효과를 중심으로”, 『법철학연구』 제17권 제3호, 2014.

87) 이에 대한 자세한 설명은, 이현경, “규범으로서의 관행: 분류적 차원의 고찰”, 『법학논총』 제34집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2017, 제5장.(V. 관행 규범성의 원천) 참고.

88) 이러한 입장은 대부분의 실증주의자들이 공유하는 점이며, 법률실증주의자인 켈젠 역시 이점을 강조한 바 있다. Hans Kelsen (변종필·최희수 역), 『순수법학』, 길안사, 1999. ; Hans Kelsen (심헌섭 역), 『켈젠 법이론 선집』, 법문사, 1990. ; Hans Kelsen (김성룡 역), 『규범의 일반이론

관행성의 핵심요소로 삼는 관행 이론에 따르면, 어떤 관행 규범이 대다수 사람들에 의해 더 이상 준수되지 않는 사태가 되면, 그 질서는 관행성을 상실하여 관행으로서의 본질을 상실하게 된다.<sup>89)</sup>

### 3. 조정 관행으로서 환경법상 일반 원칙: 관행주의 논변의 의의

결국 하나의 물음으로 귀결된다. ‘환경법상 일반 원칙’의 본질을 ‘조정 관행’으로, 그것의 위상을 ‘법적 관행’으로 볼 수 있을까? 만약 그러한 전략이 성공한다면, 우리는 환경법상 일반 원칙의 본질과 효력 근거를 ‘법학적 관행 이론’에 기해 적절히 설명할 수 있게 된다. 결론부터 말하면, 필자의 주장은 다음과 같다. (i)환경법상 일반 원칙의 본질은 ‘조정 관행’이며, (ii)그것의 위상은 ‘법적 관행’으로서, (iii)법학적 관행 이론의 ‘추정적 효력 테제’에 의하여 그 효력이 추정되며, (iv)따라서 관련 주체들은 일반적 준수 의무가 있다.

본고 제2장(II)에서 필자는 환경법상 일반 원칙들(PEL)로 ‘지속가능개발의 원칙’, ‘사전예방 및 사전배려의 원칙’, ‘오염원인자 책임의 원칙’, 그리고 ‘협동의 원칙’을 살펴보았다. PEL은 ‘합리적 주체가 공동의 조정 혹은 협력 문제에 직면하여 실천적인 추론 과정을 통해 수립된 균형점으로서, 명시적인 합의나 약속이 없이도 행위자들 간의 사회적 상호작용을 통해 형성되고 자율적으로 존속하는 묵시적인 규범질서로서, 그 자체 메커니즘상 참여자에게 행위이유를 제시하고 준수의무를 창출하는 사회적 규칙<sup>90)</sup> 이라는 관행의 일반적 정의에 부합한다. 또한 앞서 제시한 ‘법적 관행 정식’에 대입해보아도 무리 없이 모든 요건을 충족하기에 ‘법적 관행’으로 볼 수 있다. 일부 PEL은 조정 문제에 대한 해법으로 등장하고 기능하는 ‘조정 관행’의 본질을 갖는다.

그렇다면 ‘법학적 관행 이론’에 기한 ‘법관행주의’ 논변은 (i)기존의 전통적인 회의

1., 아카넷, 2016.

89) 하지만 길버트(Margaret Gilbert)는 ‘준수의존성’이 관행의 필수요건임을 부정한다. 그리고 ‘만찬 후 감사 쪽지 보내기 관행’을 반례로 들면서, 관행은 행위의 준수(conform to) 없이도 존재할 수 있다고 반박한다. Margaret Gilbert, *On Social Facts*, Routledge, 1989.; Margaret Gilbert, “Social Convention Revisited”, *Topoi*, Vol. 27.

90) 이현경, “조정 관행의 개념적 구조와 요소-관행 개념 재구성과 대안 이론을 위한 분석적 기초”, 168-169면.

문들이 제기한 문제들에 대해 적절히 답할 수 있는가? 그리고 (ii) ‘법원리주의’ 논변에 비하여 어떠한 특별함과 강점을 갖는가?

이 대안 이론이 갖는 가장 중요한 장점은, 필자가 법원리주의 논변에서 설명의 한계점으로 지적하였던 ‘지속가능개발의 원칙’이나 ‘오염원인자 책임의 원칙’과 같이 그 본질이 정책적 결단으로 취급받던 PEL의 경우에도 적절한 설명이 가능하다는 것이다. 다시 말해 법관행주의 논변은 정의원리에 호소하거나 어떤 도덕 원리적 기반을 요하지 않는다. 오히려 동등한 대안의 존재를 전제하는 관행 정식의 ‘임의성’ 요건은 경제·정책적 성격을 갖는 PEL에 대해서도 무리 없이 적용 가능하다. 또한 ‘조정 관행’의 경우에는 일차적으로 조정문제를 해결해준다는 기능주의적 측면에서 효력의 근거를 구할 수도 있다. 물론 ‘추정적 효력 테제’의 정당화 논거로 동원된 여러 논변들이 각각의 PEL의 특징에 맞게 선택적으로 동원될 수 있다. 즉 법학적 관행 이론을 통하여 ‘법적’·‘조정 관행’으로서 ‘환경법상 일반 원칙’의 법적 위상과 효력을 논할 수 있다.

나아가 ‘추정적 효력테제’에서 말하는 효력의 임계점에 관한 설명- 소위 ‘나쁜 관행’이나 실효성을 현저히 상실한 ‘무의미한 관행’<sup>91)</sup> 등의 경우에는 법적 관행으로서의 효력이 소멸된다는 설명-은 가변적인 PEL의 속성에 대해서도 유용한 설명력을 발휘한다. 환경법상 일반 원칙으로 인정되어온 어떤 원칙이 시대와 사회의 변화된 환경에서 법원성을 획득하거나 상실할 수도 있는데, 관행주의 논변은 이런 변천의 과정에 대해서도 적절한 설명을 제공할 수 있다. 관행주의는 기본적으로 역사주의를 전제하며, 관행 규범이 형성되고 ‘살아있는 규범’으로서 기능하는 시·공간의 맥락을 중요시한다. 그리고 해당 공동체의 참여자들의 공감, 합동 결의<sup>92)</sup>와 수용 등을 규범성의 원천으로 삼기에 각 영역과 층위에서 환경법주체들 간에 이루어지는 공동 승인이 PEL의 규범력 존속에 실질적으로 중요한 역할을 한다. 또한 이러한 접근은 잠재적인 PEL로서 거론될 수 있는 많은 후보 법원칙들을 적절히 자격화 하고 그 위상을 이론적으로 설명할 수 있는 가능성 역시 부여한다.

91) ‘나쁜 관행(bad convention)’과 ‘무의미한 관행(pointless convention)’의 의미와 그 기준에 대해서는, 이현경, “법학적 관행 이론 소묘”, 제4장(IV). 참고.

92) 관행의 규범성에 대한 가장 강력한 옹호자인 길버트는 관행의 규범성과 효력의 원천을 집단 엄명(collective fiat)에 대한 ‘합동 결의(joint commitment)’로 설명한다. 자세한 사항은, Gilbert, *Joint Commitment: How We Make the Social World.*; Gilbert, *On Social Facts.*

다만 유의할 점이 있다. 본고에서 필자는 하나의 이론적 시도로서 ‘환경법상 일반원칙’의 본질과 효력을 법관행주의 논변을 통해 규명하고자 하였다. 하지만 이러한 결론이 반드시 ‘법원칙 일반’으로 확장되는 것은 아니다. 서두에서도 언급했듯이, ‘환경법상’이란 한정수식이 갖는 제약 조건이 중요하다. 즉 필자가 일종의 대안 이론으로서 ‘법학적 관행 이론’에 기해 해명을 시도한 것은 ‘환경법상 일반원칙’이지 모든 법원칙이 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 다시 말해, 환경법 분야의 특수성을 적극적으로 고려하고<sup>93)</sup> 그에 적합한 설명·정당화 논변으로서 ‘법학적 관행 이론’을 제안한 것뿐이다.

## VI. 맺으며: 환경법철학을 향하여

본고에서 필자는 ‘환경법상의 일반 원칙(PEL)’의 본질과 효력에 관한 이론적 기초를 마련하고자 하였다. 기존의 환경법학계 내부의 논의를 반복·재정리하기 보다는 보다 근본적인 법철학적 탐구를 통해 새로운 관점과 대안 이론을 제시하고자 시도하였다. 이를 위해 우선 기존의 환경법학계와 실무에서 거론되는 주요 원칙들의 내용과 특징을 검토한 뒤, 특히 회의론을 둘러싼 논점들을 분석하고 그 핵심을 명제화하여 정리함으로써 쟁점을 분명히 하였다. 그리고 ‘법원칙’의 본질과 효력에 대해 적극적으로 입론한 대표적인 법철학 이론으로 라렌츠의 ‘정당한 법원리 이론’과 드위킨의 ‘법원리주의’ 논변을 비판적으로 검토하였다. 이러한 기존의 법원리 이론들은 여러 장점에도 불구하고 태생적으로 도덕 원칙이나 정의이념에 호소하는 도덕주의적 색채가 짙어서 가치다원주의를 배경으로 한 현대사회에서<sup>94)</sup> 법원리에 관한 (1)일반이론의

93) 이와 관련하여 다음의 인용문에 주목해보자. “환경문제의 법적 해결책을 연구하면서 제가 갖게 된 깨달음은 해결의 열쇠가 환경이 아니라 법에 있다는 것입니다.” 조홍식, “환경법의 해석과 자유민주주의”, 282면. 필자는 조홍식 교수의 이런 주장에 전적으로 동의하지는 않는다. 환경법 사안의 법적 해결에 있어서 해결 ‘수단과 방식’의 대부분은 ‘법’이라는 장르에서 구해야함은 분명하다. 하지만 필자는 소위 ‘환경법적 추론’의 적어도 ‘시작점’, 그리고 하드 케이스에 있어서 최종의 ‘마침표’를 구하는 것은 결국 ‘환경’이란 자원의 특별한 가치와 환경문제의 특수성에 대한 고려를 필요로 한다고 생각한다. (물론 조홍식 교수도 초기 논문에서 환경이라는 주제의 특별함, 환경법의 연구대상과 그 고유성에 대한 인식의 중요성 자체는 강조한 바 있다. 조홍식, “환경법 소묘-환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰”, 320-323면.)

차원에서, 그리고 환경법일반이론에 대한 (2)특수이론의 차원에서도 한계가 있음을 지적하면서 대안적 접근의 필요성을 논구하였다. 필자는 환경법상 일반 원칙의 본질과 효력 근거에 관한 대안적인 설명·정당화 이론으로 ‘법관행주의’ 논변을 제안하였다. 이는 환경법상 일반원칙의 본질을 ‘조정 관행’으로, 그것의 위상을 ‘법적 관행’으로 재규정함으로써, ‘법학적 관행 이론’과 그 ‘추정적 효력 테제’에 기하여 PEL의 본성과 효력을 적절히 설명할 수 있게 된다.

환경문제에 대한 법적 대응의 여러 국면에서 기존의 전통적인 실정법리나 확고한 법규칙에만 의존하기에는 오늘날 너무 많은 한계적 상황들이 존재한다. 그렇다고 그러한 모든 상황들을 이른바 ‘법의 흠결’이라 규정하고, 사법 ‘재량’이란 이름으로 처리하기에도 부담이 클 뿐만 아니라 바람직하지도 않다.<sup>95)</sup> 이러한 경우 결국 법공직자로서 호소할 수 있는 법적 자원과 의지치는 ‘환경법상 일반 원칙’일 수 있다.

급격한 과학기술의 발달로 인한 불확실성의 증가, 예측 불가능한 수많은 잠재적 위험의 도래라는 급변하는 현실의 배경 하에, 특히나 ‘환경’이라는 자원과 환경문제 및 환경법 영역의 특수성을 고려할 때, 비실정화된 법원칙의 효력을 긍정하는 방향의 연성법적 접근이 중요한 대안 중 하나로 떠오른다.<sup>96)</sup> 또한 실증주의적 견지에서 보더라도, 오늘날 실제로 환경입법이나 행정, 환경사법의 영역에서 환경법상 일반 원칙은 다양한 방식으로 많은 역할을 해오고 있다. 그럼에도 불구하고, 환경법상 일반 원칙들의 본질과 법적 위상에 대한 적절한 설명과 정당화 이론의 부재는 환경법실무를 제대로 설명해주지 못할 뿐 아니라 건설적이고 미래지향적인 관점에서 보더라도 중요한 법적 자원의 활용 가능성을 제약하는 효과를 낳기도 한다. 그러므로 여러 국제협약이나 문서, 국내의 환경법실무에서 ‘사회적 사실’로서 확인되는 환경법상 일반 원칙들의

94) 상충하는 가치들 간의 통약불가능성을 전제로 메타이론 차원에서 공적인 가치판단방식을 궁구하고, 또 법의 본질을 그러한 조정 문제를 해결하는 조정 규범으로 논하는 연구로, 조홍식, 『사법통치의 정당성과 한계』; 조홍식, “환경법의 해석과 자유민주주의” 참고.

95) 물론 법원리주의를 주창한 드워킨은 “사법적 재량에 대한 실증주의자들의 법원리론”의 문제를 비판한다. 그리고 ‘재량’의 의미를 세 가지 층위로 구분하고, ‘재량’이라 논하는 대부분의 사안은 ‘법의 적용’이라고 반박한다. 그리고 법실증주의자들이 논하는 진정한 의미에서의 재량은 세 번째 강한 재량에 한정된다고 주장한다. 자세한 사항은 Dworkin (염수균 역), “규칙의 모델 I”, 『법과 권리』, 100-115면.

96) 유사한 취지의 견해로, “환경문제에서 특히 연성법적 접근법이 필요한 것은 과학적인 확증이 아직 없고 경제적 짐이 부담스러운 시기에 연성법이 행동의 자유를 엄격하게 제한함이 없이 국가들이 공동으로 환경문제를 해결해 주기 때문이다.” 김한택, “국제환경법의 연원 연구”

존재와 규범력을 해명하고 정당화할 수 있는 이론적 토대가 필요하다.

이제 남은 과제는 오히려 그렇게 산재해있는 데이터들을 큰 그림 안에서 적절히 재배열하고 그 함의를 이론적으로 규명하고 정당화하는 작업일 것이다. 그러한 방향과 취지에서 볼 때, 본고는 새로운 밑그림과 도안을 제시하는 하나의 시도로 이해될 수 있겠다. 세세하게 확인하고 따져 물어 해명해야 할 ‘정보’적 지식도 많지만, 그보다는 먼저 근본적인 접근법과 철학적 기초를 궁구하는데 본 연구의 주안점을 두었다.<sup>97)</sup> 이를 통해 이 주제와 더 넓게는 환경법학의 논의 지평을 확장하고, 새로운 관점과 접근법을 제시할 수 있기를 바랐다. <‘환경법(학)의 미래’라는 관점에서.> 더불어 환경법학의 중요한 한 축으로서 ‘환경법철학(Jurisprudence of Environmental Law)’<sup>98)</sup>의 필요성과 가능성을 조심스레 말하며, 그 길에 이 연구가 작으나마 기여할 수 있기를 소망하며 부족한 글을 맺는다.

논문투고일 : 2018. 3. 31. 심사일 : 2018. 4. 25. 게재확정일 : 2018. 4. 27.

97) 본고는 크게 두 가지 점에서 한계가 있다. 첫째, 개별 원칙들 간에 차별화된 검토를 쟁점별로 충분히 하지 못했다. 환경법의 일반원칙으로 거론되고 있는 개별 원칙들은 저마다 그 요건이나 효과의 ‘불명확성’을 두고도 조금씩 차이가 있다. 그리고 이를 국제적 또는 국내적으로 수용하고 있는 협약, 법령, 그 밖의 문서에 따라 그 제도화 내지 수용되어 있는 정도도 다른데, 이에 대해서는 본고(II)에서 차별적인 검토를 충분히 하지 못하였다. 둘째, 본고에서 필자는 문제제기에서 출발하여 기존 이론들의 한계를 극복하기 위한 ‘대안 이론’을 제시하는 것까지를 연구 범위로 한정하였다. 그 결과 필자가 대안으로 제안한 ‘판행주의’적 접근을 구체적인 판례나 사례에 적용하여 대안 이론의 타당성을 실증적으로 검증해 보이는 작업(특히 각주22 참고)까지는 연구 범위와 지면의 제약 상 본고에 담지 못했다. 본고에서의 이러한 아쉬운 점들은 별도의 후속 연구 논문을 통해 충실히 보완해나갈 것을 약속드린다.

98) 사법(史法)의 영역에서 본격적으로 환경법학을 다룬 저서로는 대표적으로 전경운, 『환경사법론』, 집문당, 2009. ; 조홍식, 『판례환경법』, 박영사, 2012. 등을 들 수 있다. 이러한 시도는 매우 중요하고 의미있다고 생각되지만, 전자는 실정법리만을, 후자는 판례분석만에 집중했다는 점에서 아쉬움이 남는다. 필자가 강조하는 이른바 ‘**환경법철학(Jurisprudence of Environmental Law)**’은 법철학에서의 이론적·방법론적 성과를 환경법학에 적극적으로 도입 적용하면서 동시에 ‘환경법’의 특수성과 고유성에 대한 탐구를 결합하는 것이다. 이는 기존의 ‘환경윤리학’과도 명확히 구별된다.

## 참고문헌

- 김도균, “법적 이익형량의 구조와 정당화 문제”, 『서울대학교 법학』, 제48권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2007.
- 김백유, 『환경법』, 동방문화사, 2013.
- 김영환, 『법철학의 근본문제』, 제3판, 홍문사, 2012.
- 김한택, “국제환경법의 연원 연구”
- 김혁기, 『법의 불확정성 연구』, 서울대학교대학원 박사학위논문, 2009.
- 김홍균, “환경법상 사전배려원칙의 적용과 한계”, 『저스티스』 통권 제119호, 한국법학원, 2010.
- 김홍균, 『환경법』, 제2판, 홍문사, 2012.
- Robebrt Alexy (이준일 역), 『기본권 이론』, 한길사, 2007.
- Ronald Dworkin (염수균 역), 『법과 권리』, 한길사.
- 박균성, “과학기술위험에 대한 사전배려원칙의 적용에 관한 연구”, 『행정법연구』 제21호, 행정법이론실무학회, 2008.
- 박균성 · 함태성, 『환경법』, 제5판, 박영사, 2012.
- 박병도, “국제환경법상 오염자부담원칙의 우리나라 환경법예의 수용”, 『환경법연구』 제34권 1호, 2012.
- 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005.
- 박정훈, “행정법의 일반 원칙과 헌법원리”
- 서원상, “국제법상 원칙, 규범, 규칙의 법적 의의-국제환경법원칙의 법적 지위를 중심으로”, 『국제법평론』, 2010.
- 심헌섭, 『법철학 I-법 · 도덕 · 힘』, 법문사, 1989.
- 안준홍, 『비실증주의 법원리론 비판』, 서울대학교대학원 법학박사학위논문, 2008.
- 윤영채, “환경정책의 기본원칙과 관련사례 연구”, 『사회과학연구』 제18권 가을호, 충남대학교 사회과학연구소, 2007.
- 이상영 · 김도균, 『법철학』, 한국방송통신대학교출판부, 2012.
- 이현경, “사회적 관행 이론의 세 모델: 비판적 고찰”, 『법학논집』 제21권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017.

- 이현경, “조정 관행의 개념적 구조와 요소-관행 개념 재구성과 대안 이론을 위한 분석적 기초”, 『법철학연구』 제20권 제1호, 한국법철학회, 2017.
- 이현경, “법적 관행의 개념과 그 요건”, 『법학논총』 제37권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2017.
- 이현경, “제도적 사실로부터 제도적 규범질서로: 맥코믹의 제도적 법개념 발전과정과 변천에 관한 고찰”, 『법학논총』 제30권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2017.
- 이현경, “규범으로서의 관행: 분류적 차원의 고찰”, 『법학논총』 제34집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2017.
- 이현경, “법학적 관행 이론 소묘-관행의 규범성에 대한 다각적 고찰을 중심으로”, 『법철학연구』 제20권 제3호, 한국법철학회, 2017.
- 전경운, 『환경사법론』, 집문당, 2009.
- 전훈, “사전배려원칙과 사법적 통제-프랑스 콩세이데타 판결을 중심으로”, 『공법학연구』 제15권 제1호, 2014.
- 조홍식, “환경법 소묘-환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰”, 『서울대학교 법학』 제40권 2호, 1999.
- 조홍식, 『사법통치의 정당성과 한계』, 박영사, 2010.
- 조홍식, “환경법의 해석과 자유민주주의”, 『서울대학교 법학』 제51권 제1호, 2010.
- 천병태·김명길, 『환경법론』, 삼영사, 1997.
- Karl Larenz (양창수 역), 『정당한 법의 원리』, 박영사, 2008.
- 크리스틴 M. 코스가드 (김양현, 강현정 역), 『규범성의 원천』, 철학과현실사, 2011.
- 최병조, “제1조”, 『민법주해』, 제1권, 박영사, 2010.
- 최봉철, “법의 효력: 요건과 효과를 중심으로”, 『법철학연구』 제17권 제3호, 2014.
- Tom L. Beauchamp & James F. Childress (박찬구·최경석·김수정 외3인), 『생명 의료윤리의 원칙들』, 제6판, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2014.
- 한귀현, 『환경법의 기본원리』, 세종출판사, 1997.
- Hans Kelsen (심헌섭 역), 『켈젠 법이론 선집』, 법문사, 1990.
- Hans Kelsen (변종필·최희수 역), 『순수법학』, 길안사, 1999.
- Hans Kelsen (김성룡 역), 『규범의 일반이론 1』, 아카넷, 2016.

허남오, 『환경의 법이념을 찾아서』, 넥서스, 1996.

홍준형, 『환경법』, 박영사, 2001.

Andrei Marmor and Alexander Sarch, “The Nature of Law”, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2001.

Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton University Press, 2009.

A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, 3e edition mis a jour, PUF, 2011.

Brian H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, 2004.

David Lewis, *Convention*, Blackwell Publishing, 1969.

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1964.

Jeremy Waldron, “The Need of Legal Principles”, *82 Iowa L. Rev.*, 1997.

Joseph Raz, “Legal Principle and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.

Jules Coleman, “Inclusive Legal Positivism”, in *The Practice of Principle*, Oxford University Press, 2001.

Jules Coleman, “Incorporationalism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis”

Margaret Gilbert, *On Social Facts*, Routledge, 1989.

Margaret Gilbert, “Social Convention Revisited”, *Topoi*, Vol. 27.

Martin Borowski(Ed.), *On The Nature of Legal Principles*, Franz Steiner Verlag, 2010.

Margaret Gilbert, *Joint Commitment: How We Make the Social World*, Oxford University Press, 2014.

Michael Rescorla, “Convention”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011.

Neil MacCormick, *Institutions of Law : An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007.

Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, Clarendon Press, 1992.

- Philippe Sands and Jacqueline Peel, with Adriana Fabra and Ruth MacKenzie, *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2012.
- Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002.
- Sanford E. Gaines, “The Polluter-Pays Principles: From Economic Equity to Environmental Ethos,” *Texas International Law Journal*, Vol. 26, 1991, p. 468.
- U. Kettlewell, “The Answer to Global Pollution? A Critical Examination of the Problems and Potential of Polluter-Pays Principle,” *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 3, No. 2, 1992.

**[Abstract]****Jurisprudential Considerations on the Nature and Validity  
of General Principles in Environmental Law**

Lee, HyunKyung

(Senior Researcher, Center for Legal Theory, Seoul National University./  
Collegiate Professor, School of Undergraduate Studies, DGIST.)

The issue of the nature and validity of the ‘General Principles in Environmental Law’ is a very important topic in environmental law theory and practice. The general principles, due to multifaceted problems in particular, are gaining more significance in the area of environmental legislation, administration, and environmental justice such as the remaining scientific uncertainty or unpredictable issues in relation to whole environment. Compared to this importance, comprehensive and theoretical researches on this issue are not sufficient. The various norms, which do not exist in positive law and are called ‘general principles’ or ‘legal principles’ in the international and domestic environmental law fields, suffer from a lack of understanding of what they are. In order to do much more productive research, it would be useful to refer to a more fundamental philosophical discussion rather than to repeat and reconstruct the existing debate. Such philosophical considerations toward the issues in the field of environmental law allow to find the alternative theory that fits better with our legal system. Therefore, this article begins with a reflection on the concept of ‘legal principles’ from the point of view of legal philosophy, then reviews the legal status of ‘general principles in environmental law’ and finally explores the ground of its validity. In other words, as a starting point, it is critically examined so called ‘legal principlism’ argument of Ronald Dworkin and the moralist account of the nature of legal principle. And this criticism eventually indicates the necessity of alternative theory. The results of this study is that the nature of general principles in environmental law could be redefined as ‘coordination convention’ and its validity theory refers to ‘Presumptive Validity Thesis’ of ‘Legal Convention

Theory'. Hereby this study attempts to establish a theoretical basis for expanding the horizon of discussion and contributing not only to the environmental law theory, but also to the legal practice. It could be stated as 'Jurisprudence of Environmental Law'.

<b>주 제 어</b>	법원리, 법원칙, 환경법상 일반원칙, 본질과 효력, 조정 관행, 법학적 관행이론
<b>Key Words</b>	Legal Principle, General Principles in Environmental Law, Nature and Validity, Coordination Convention, Jurisprudence Convention Theory