

# 2012년 한국사회의 환경쟁점과 법원의 사법판단:

사대강 정비사업 관련 행정소송을 중심으로\* \*\*

이 유 봉\*\*\*

## 차 례

- I. 들어가며
- II. 사대강 정비사업 개요
- III. 한강 정비사업에 대한 집행정지 가처분소송
- IV. 낙동강 하천공사시행계획 취소소송
- V. 한강 하천점용허가 취소처분 취소소송
- VI. 맺으며

## 국문초록

2012년은 그 동안 국가주도로 행해진 대형 국책사업들이 상당부분 진행되어 오고 이를 뒷받침하는 정부의 결정들에 대하여 문제를 제기한 소송들이 있어 법원의 판단들이 계속적으로 나오고 양적으로도 축적되어 가고 있는 시점임과 동시에 정권에 대한 국민의 재평가가 이루어지는 시점이라는 점에서 지난 수년간 논란이 되었던 환경사건들에 대하여 객관적 평가의 기회를 제공한다. 이 글에서는 주로 사대강 정비사업과 관련한 행정소송들을 상세히 검토 및 분석하였는데, 각 유역별로 제기된 다수의 사건들 가운데, 최초의 대법원사건이면서 다수의견과 반대의견 간의 상

\* 이 글은 2012년 12월 7일 개최된 112회 한국환경법학회 정기 학술대회에서의 발표를 위하여 작성된 발제문의 일부를 재구성한 것임을 밝힘. 또한 이 학술대회의 기획을 담당하신 이회정 교수님과 최근의 환경사건 동향에 관하여 조언을 주신 박태현 교수님, 그리고 자료수집과 정리에 도움을 주신 김주현 씨에게도 감사의 뜻을 전함.

\*\* 이 글은 한국연구재단의 지원으로 작성된 것임.

\*\*\* 한국법제연구원 부연구위원

당한 견해 차이를 나타낸 한강 정비사업에 대한 집행정지 가처분소송과 하급심의 심급 간에 있어 상호 다른 법리 해석이 제시된 낙동강 하천공사시행계획 취소소송 및 한강하천점용허가 취소처분 취소소송에 대하여 다루었다.

이들 사건들은 현행 행정소송법의 한계를 드러내면서, 집행부정치원칙, 사정 판결제도 등에 관한 행정소송제도의 개선의 필요성을 뒷받침하고 있다. 또한 이들 사건들은 정부정책의 정당성확보와 통제를 위한 기제들이 제대로 작동하고 있는지에 대한 비판적 검토의 기회도 제공하며, 나아가 정부정책이 변경된 경우 이에 대한 국민의 신뢰를 보호해야 하는지 여부 및 어떻게 보호할 것인가에 관한 보다 근본적인 문제를 제기한다.

이들 사건들을 통하여 나타난 문제점들은 사법판단 메커니즘의 한계로 나타나는 동시에 입법적 개선의 여지를 남겨두고 있으며, 이러한 검토를 바탕으로 최근의 「행정소송법」의 개정 움직임에 유의하면서 입법적 개선방향을 제시하였다.

## I. 들어가며

이 글은 2012년 한해의 막바지에 이르러 2012년 또는 근접한 시점에서 법원에서 결정되었던 환경판례들을 파노라마식으로나마 살펴보기 위하여 작성되었다. 2012년 말은 5년간 지속되었던 이명박 정부의 정책이 상당 부분 진척이 이루어진 반면, 이에 대한 문제제기가 가시적인 판단으로 나오고 있는 시점이면서 또한 대선을 정점으로 지난 정부의 정책에 대하여 국민적 신뢰여부를 표출하는 시점이라는 점에서, 최근 수년간 논란이 되었던 환경이슈들에 대하여 객관적으로 평가할 수 있는 시각을 확보할 수 있는 시기이기도 하다. 최근 수년간 대형 국책사업이 진행됨에 따라 수년 간 전국 각지의 하급 법원에서 시작되어 진행되어 오던 몇 건의 사건들이 대법원에서 최종 결정을 보게 되었다. 사대강 사업의 경우, 전국 유역단위로 행해지고 있으므로, 권역별로 별도의 소송이 진행되어 왔으며, 하천공사시행계획 등의 취소소송은 아직 대법원의 판결을 받은 바 없으나, 본안소송과 더불어 제기되었던 몇 건의 집행정지소송들의 대법원 결정이 있었다.<sup>1)</sup>

1) 학술회의 발표 당시 “2012년 한국사회의 환경쟁점과 법원의 사법판단”에 소개된 판례들에는 사대강

사대강 사업과 관련하여서는 구역별로 다수의 사건들이 존재하지만, 여기서는 최초로 대법원판결이 내려진 사건이면서 다수 및 소수의견 간에 상당한 의견차이가 제시된 한강 정비사업에 대한 집행정지 가처분소송과, 하급심 심급간 법리해석에 있어서 서로 다른 견해를 제시하였던 낙동강 하천공사시행계획 취소소송과 한강 하천점용허가 취소처분 취소소송에 대하여 검토하였다.

위 각각의 사건들에 있어 사실관계와 법원에서 주로 다루어진 법적 쟁점들을 검토하였다. 판결내용의 주요 논점은 지방법원판결을 포함하여 하급심판결들의 내용을 모두 검토한 후 각 심급 간에 주로 논란이 되었던 부분 위주로 기술하였다.

여기서 언급된 사건들은 모두 행정소송의 형태로 제기되었던 사건들이며, 이 사건들에 대한 법원의 판단내용은 현행 행정소송제도의 한계점을 드러내는 동시에 그 개선의 필요성을 뒷받침할 수 있는 중요한 사례를 제공한다.

또한 이 사건들은 대형공공사업과 같이 국가재정이 막대하게 소요되는 동시에 부존자원과 국민생활에 광범위하게 영향을 미칠 수 있는 사업의 경우, 아무리 그것이 정책적 판단에 근거하여 이루어진 것이라 하더라도, 그 정부정책의 타당성과 정당화에 대한 판단을 뒷받침하는 기제들이 제대로 기능하고 있으며 문제가 있는 정책에 대하여 이를 통제할 수 있는 기제들이 제대로 주어져 있는지에 대한 검토의 기회도 제공한다.

아래에서는 사대강 정비사업과 관련된 각각의 사건들이 제시하는 문제점들을 이와 같은 점에 주목하여 검토해 보고자 한다.

## II. 사대강 정비사업 개요

사대강과 관련하여 과거 유신정권하에서도 사대강 유역의 수자원 및 토지자원의 이용보전과 종합개발에 관한 사항을 심의하기 위하여 설치한 사대강유역종합개발위원

---

관련 소송 이외에도, 토양환경보전법에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정과, 제주 국방·군사시설사업 실시계획승인 무효확인소송, 수정구 성 모트라피스트 수녀원 사건, 제돌이 사건이 포함되어 있었으나, 이 글에서는 사대강 정비사업 관련 소송들에 한하여 검토하였으며, 나머지 판례는 추후에 보다 자세히 검토하는 것으로 남겨둔다.

회'에 관한 규정이 있었다.<sup>2)</sup> 그리고 최근의 사대강 정비사업의 성격과는 다소 다른 상수원의 적정한 관리와 이에 따라 손해를 입은 주민지원을 합리적으로 하기 위하여 제정된 사대강법(각 수계 별로 '한강수계 상수원수질개선 및 주민지원 등에 관한 법률'등)이 있었다. 일련의 이 법들이 주로 하천주변의 이용을 제한하는데 초점을 두었다면, 사대강 정비사업은 하천 및 주변지역의 이용에 더 중점을 두었다는 점에서 큰 차이가 있을 것이다.

2008년 12월 29일 착수에 들어간 4대강 살리기 정비사업은 하천법에 따른 유역 종합치수계획 및 하천기본계획, 그 밖의 관계 법령에 따라 한강, 낙동강, 금강, 영산강 등 4대강에 대하여 시행되는 사업 중 홍수·가뭄을 방지하여 물 문제를 해결하고, 하천생태계를 복원·활용하며, 지역균형발전과 지역경제 및 문화·관광을 활성화하기 위하여 체계적·중점적으로 관리·시행이라는 사업목적으로 실시되었다.<sup>3)</sup>

국토해양부, 환경부, 문화체육관광부, 농림수산식품부 등 4개부는 2009년 6월 8일, 4대강 사업의 기본방향을 제시하기 위하여 4대강 마스터플랜을 확정·발표하였고,<sup>4)</sup> 이에 나타난 사업목표는, 기후변화대비, 자연과 인간의 공생, 국토 재창조, 지역균형 발전과 녹색성장기반 구축 이었다. 4대강 사업은 크게 본사업, 직접연계사업, 연계사업으로 구분되어 실시되었는데, 구체적인 사업실시는 전체 구간을 267공구로 분할하여 실시되었으며, 4대강 사업의 전체 사업비는 약 22조 2,000억 원으로 예측되었다.

이 사업은 2012년까지 최종완료를 목표로 진행되어 22조가 넘는 예산이 투입되었음에도 불구하고 불과 4년이 채 안되는 기간 동안 시행됨으로써 현재 이미 완료되어 있는 상태이다.

2) 대통령 훈령 제246호, 2009.4.17 공포, 정훈, 4대강 정비사업에 따른 법적 쟁점, 법학논총 제30집 제1호, 2010, 310면.

3) 4대강 살리기 추진본부의 구성 및 운영에 관한 규정」 제2조.

4) 이에 「4대강 살리기 추진본부」는 2009. 8. 24. 4대강 마스터플랜의 최종보고서를 발간·배포하였다. 4대강 마스터플랜은 강과 주변 지역의 관련 사업을 체계적으로 추진하기 위하여 수립하는 종합계획으로 4대강 사업의 기본방향을 제시하는 계획이라고 하고, 구체적인 내용은 설계 및 시공과정에서 조정될 수 있도록 하고 있다.

< 표 1 > 4대강 사업 개요5)

4대강 사업		
비전	4대강 사업은 “생명이 넘치는 강, 새로운 대한민국”을 비전으로 제시	
목표	①기후변화대비, ② 자연과 인간의 공생, ③ 국토 재창조, ④ 지역균형발전과 녹색성장기반 구축 등	
과제	① 물 부족과 홍수피해를 근본적으로 해결 ② 수질개선과 하천복원으로 건전한 수생태계 조성 ③ 국민 여가문화 수준 및 삶의 질 향상 ④ 녹색뉴딜사업으로 지역경제 활성화 견인 ⑤ 물 관리 글로벌리더로서 국가경쟁력 제고	
과제별 구체적 추진계획	수해 예방을 위한 유기적 홍수방어 대책	기후변화의 영향과 200년 빈도 이상의 홍수에 대비한 홍수조절능력 9.2억 증대를 위한, ① 5.7억㎡의 퇴적토 준설(한강 0.5억㎡, 낙동강 4.4억㎡, 금강 0.5억㎡, 영산강 0.3억㎡)을 통한 홍수위 저하, ② 5개의 홍수 조절지 및 강변 저류지 설치로 홍수조절능력 증대, ③ 620km의 노후제방 보강으로 치수안전도 증대, ④ 하굿둑 배수문증설로 홍수배제 효과 증대, ⑤ 96개의 농업용 저수지 증고, 3개의 중소규모 댐 건설등 물 확보 방안에 의한 홍수조절효과, ⑥ 도류제 설치로 합류부의 물흐름 개선
	물 부족 대비 풍부한 수자원 확보	장래 물 부족(2011년 8억㎡, 2016년 10억㎡)과 가뭄에 대비하여 용수 확보량 13억㎡ 증대를 위한, ① 16개의 다기능 보(淤) 설치(한강 3개, 낙동강 8개, 금강 3개, 영산강 2개), 하상 퇴적토 준설 등으로 용수확보 및 지하수위 저하 방지, ② 중소규모댐 건설로 지역적 물 부족 해소, ③ 농업용 저수지 증고로 갈수기 지류 및 본류 유량증대 등을 추진
	수질개선 및 생태복원	당초 2015년까지로 목표했던 “수영 가능한 좋은 물”(II급수, BOD1) 3mg/L)의 2012년 조기 달성을 위하여 오염도가 높은 34개 유역의 체계적 관리, 환경기초 시설 방류기준 선진화, 353개의 T-P2)처리시설 등 환경기초시설 확충 및 고도화, 비점오염원 저감대책 추진, 생태하천 929km조성, 수변생태벨트 조성 등을 계획
	지역주민과 함께 하는 복합공간 창조	주변지역으로 방치되었던 수변공간을 국토의 중심이 되는 삶의 공간으로 적극 활용하기 위하여 ① 주차장, 화장실, 음수대, 자전거보관대 등의 편의시설, 정자, 벤치, 야외탁자 등 휴게시설, 위락·체육시설, 자연관찰시설을 설치하여 강을 활용한 여가공간조성, ② 상하류를 연결하는 자전거도로 1,728km 조성, ③ 수변 접근성 개선 및 수변중심 도시재생, ④ 둔치활용 다양화, 아름다운 수변공간 창출 등을 계획
강 중심의 지역발전	① 지천(지방하천, 소하천 등)도 이수·치수·환경·친수·문화·관광 등을 종합적으로 고려하여 정비, 지방하천의 홍수방어능력을 재평가하여 주요 도시구간은 국가하천과 같이 100년 ~ 200년 빈도 홍수에 견딜 수 있도록 보강하는 지천 살리기, ② 문화가 흐르는 4대강 살리기를 위해서 문화관광콘텐츠 개발,	

		③ 4대강 주변 개발여건이 유리한 마을에 농어촌개발 사업을 종합 지원하여 미래 금수강촌의 모델로 제시하고, 마을개발에 민간투자를 유도하기 위해서 제도개선 및 프로그램개발을 함으로써 활력 넘치는 금수강촌 만들기, ④ 4대강 상류유역 산림정비, ⑤ 4대강 수자원확보를 위해 주변 저수지를 대상으로 저수지 수변지역의 우수한 농촌 어메니타자원을 활용하여 4대강 살리기와 연계되는 도농교류 공간조성을 통해 명소화하는 저수지 수변개발, ⑥ 4대강을 활용한 녹색성장산업 활성화 등
사업 범위	사업 내용 범위	① 본사업: 홍수조절·물확보 등을 위해 4대강 본류에 시행하는 사업으로 국토해양부·농림수산식품부·환경부가 시행하되, 2011년(담·저수지 등은 2012년) 완료를 목표 ② 직접연계사업: 섬진강과 13개 주요 지류 국가하천정비와 하수처리시설 등의 확충을 위한 사업으로 2012년 완료를 목표 ③ 연계사업: 강살리기로 확보되는 수변경관 등의 인프라를 활용하는 사업으로 국토해양부·농림수산식품부·문화체육관광부·행정안전부·지식경제부·방송통신위원회 등 해당 부처의 계획에 따라 연차별로 시행
	공간 범위	① 한강은 본류(남한강)·북한강·섬강, ② 낙동강은 본류·남강·금호강·황강·서낙동강·맥도강·평강천, ③ 금강은 본류·미호천·갑천·유등천, ④ 영산강은 본류·황룡강·함평천·섬진강
사업 실시	4대강 사업 전체 구간을 공사의 규모, 행정구역, 주후 통합관리의 편의성 등을 고려하여 267개 공구로 분할	
사업비	전체 사업비는 약 22조 2,000억 원(본사업 16조 9,000억 원, 직접연계사업 5조 3,000억 원)	

### Ⅲ. 한강 정비사업에 대한 집행정지 가처분소송

#### 1. 사실관계

4대강 살리기 마스터플랜에 따른 '한강 살리기 사업'은, 한강 유역에 0.5억 의 퇴적토 준설, 2개의 강변저류지 설치, 131km의 노후제방 보강, 3개의 다기능 보 설치, 12개의 농업용저수지 증고, 55개의 하·폐수처리장 등 환경기초시설 확충 및 고도화,

5) 부산고등법원 2011. 1. 14. 선고 2011누228 판결 내용 중 4대강 마스터플랜의 내용에 관한 부분을 표로 구성한 것임.

13 의 하천 내 농경지 정리 및 생태습지조성, 193km의 수계 내 생태하천 조성, 305 km의 자전거 도로 설치 등을 주요 사업내용으로 하고 있다.

이 사건 사업을 위한 세부계획으로 한강 유역을 여러 공구로 나눈 다음, 각 공구별로 구체적인 사업시행계획을 담아, 피신청인인 서울지방국토관리청장은 각 공구 사업에 대하여 2009년 10월 23일, 2009년 10월 28일, 2009년 11월 12일, 2009년 11월 17일, 2010년 1월 21일, 서울지방국토관리청 고시로 각 하천공사시행계획을 고시하였다.<sup>6)</sup>

이에 공동 피신청인인 국토해양부장관은 각 공구 사업에 대한 실시계획을 승인한 다음, 2009년 11월 23일, 2009년 12월 1일, 국토해양부 고시로서 이를 고시하고, 2010년 2월 5일, 이들 공구 사업에 대한 각 실시계획변경(1차)을 승인한 다음 이를 고시하였다.<sup>7)</sup>

이에 사업구간 인근에 거주하는 6,212인의 주민들이 피신청인들의 이 사건 사업을 위한 세부계획으로 인하여, ① 토지 소유권 기타 권리를 수용당하고, ② 환경상 이익과 건강권에 대한 손해를 입으며, ③ 생명 신체에 대한 침해와 손해를 당할 우려가 있고, ④ 생태계 파괴로 인한 우려가 있다는 이유로, 하천공사시행계획 등의 취소청구의 본안소송과 더불어,<sup>8)</sup> 4대강 정비사업에 대한 정주기본계획, 각 사업 실시계획 승인처분, 각 사업 실시계획변경 승인처분, 각 하천공사시행계획에 대한 집행정지를 신청하였다.<sup>9)</sup>

## 2. 주요판결내용

행정소송에서의 집행정지는 형식적 요건으로 ① 그 대상인 처분 등이 존재하고 ② 적법한 본안소송이 법원에 계속 중이어야 하며, 실체적 요건으로서, ① 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있고, ② 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우

6) 서울지방국토관리청 고시 제2009-310호(2009.10.23.), 제2009-311호(2009.10.28.), 같은 청 고시 제2009-317호(2009.10.28.), 같은 청 고시 제2009-337호~339호(2009.11.12.), 같은 청 고시 제2009-334호~336호(2009. 11.17.), 같은 청 고시 제2010-14호(2010.1.21.).

7) 국토해양부 고시 제2009-1084호(2009.11.23), 같은 부 고시 제2009-1112호, 제2009-1121호, 제2009-1122호(2009.12.1.), 같은 부 고시 제2010-57호~60호(2010.2.5.).

8) 서울행정법원 2010. 12. 3. 선고 2009구합50909 판결.

9) 서울행정법원 2010. 3. 12. 선고 2009아3749 결정.

려가 없으며, ③ 본안청구의 이유 없음이 명백하지 않아야 한다고 하고 있다.<sup>10)</sup>

집행정지의 요건 판단에 있어, 대법원 전원합의체 판결에서 다수설은 서울행정법원과 서울고등법원의 판단을 거의 그대로 인정하며 본 사건에서의 신청이 집행정지 요건을 결여하였다고 판단하였다.

각각의 집행정지 요건에 대한 법원의 해석을 보면 다음과 같다.

첫째, 행정소송법 제23조 제2항에서 정하고 있는 집행정지 요건인 '회복하기 어려운 손해'라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 이는 금전보상이 불가능한 경우 내지는 금전보상으로는 사회 관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 말하고, '긴급한 필요'라 함은 회복하기 어려운 손해의 발생이 시간적으로 절박하여 손해를 회피하기 위하여 본안판결을 기다릴 여유가 없는 것을 말한다고 하는 한편,<sup>11)</sup> 회복하기 어려운 손해는 신청인의 개인적 손해에 한정되고, 공익상 손해 또는 신청인 외에 제3자가 입은 손해는 포함되지 않는다고 하였다.<sup>12)</sup>

이러한 전제하에 서울행정법원은 신청인들이 주장하는 내용 각각에 대하여 판단하면서, ① 수용을 원인으로 각종 보상을 받게 되어 있는 점을 볼 때 수용으로 인한 손해가 금전보상이 불가능한 현저히 회복하기 어려운 손해에 해당하지 않으며, ② 식수오염 등 환경상의 이익침해에 있어서도 수인한도를 넘는 손해정도나 손해를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있는 정도의 구체적 심각성에 대한 소명이 부족하고, ③ 침수 등의 손해에 있어서도 가능한 정도를 넘는 구체적·확정적 발생에 대한 소명이 부족하고, ④ 생태계 파괴로 인한 손해는 신청인 개인의 손해가 아니므로 행정소송법 제23조 제2항이 요구하는 집행정지요건을 만족하지 못하였다고 하여 신청을 기각하였다.<sup>13)</sup>

이러한 태도는 서울고등법원과 대법원의 다수의견에 의하여 그대로 유지되었는데, 특히 대법원에서는 행정처분 자체의 적법 여부를 가지고 불복사유로 삼을 수 있는지 여부가 문제되었다.

10) 「행정소송법」 제23조 제1항.

11) 대법원 1999. 12. 20. 선고 자 99무42 결정, 2004. 5. 12. 선고 자 2003무41 결정 등 인용.

12) 서울행정법원 2010. 3. 12. 선고 2009아3749 결정, 대법원 2010. 7. 13. 선고2010무111 전원합의체 결정.

13) 위 결정.

여기서 대법원의 다수의견은 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서는 행정처분 자체의 적법 여부가 아니라 행정처분의 효력이나 집행 등을 정지시킬 필요가 있는지 여부, 즉 행정소송법 제23조 제2항에서 정한 요건의 존부만이 판단 대상이 된다고 하면서, 그러한 판단에 있어 하급심 판결과 같은 판단과 결론에 이르렀다.<sup>14)</sup> 그러나 대법원의 소수의견은 행정소송법 제8조 제2항에 의해 행정소송에도 준용되는 민사소송법 제442조<sup>15)</sup>를 근거로 원고들의 주장은 효력정지 요건의 해석에 있어서의 법리오해에 관한 것이 포함되어 있으므로 정당한 재항고 이유에 해당한다고 하여 재항고 이유의 당부에 관하여 판단하였다.<sup>16)</sup>

“여러 가지 측면에서 특수성을 띠고 있는 환경문제가 포함된 이 사건의 규모와 성격, 직·간접적 파급효과 등을 고려할 때 효력정지 요건 충족 여부와 관련하여 ‘회복하기 어려운 손해’ 및 ‘긴급한 필요’의 의미를 종전과 다르게 해석하여야 한다거나 그렇지 않다고 하더라도 소명책임과 관련된 소명의 정도를 완화하여야 한다는 취지의 주장을 하고 있는데, 이는 법리오해 주장으로서 적법한 재항고 이유이다.”<sup>17)</sup>

소수의견은 이러한 전제하에, 헌법 제35조 제1항, 환경정책법 환경정책기본법 제2조를 근거로 환경권 및 시차성, 탄력성, 비가역성을 가진 환경문제의 특수성을 인정하면서 다음과 같이 판시하였다.

“현재의 잘못된 정책으로 인하여 이 사건 사업지역 인근에 거주하거나 한강을 상수원으로 삼는 재항고인들뿐만이 아닌 미래의 세대인 우리들 자손의 중요한 삶의 터전이 될 환경이 오염되거나 훼손되지 아니하도록 각별한 주의를 기울일 필요가 있다.”<sup>18)</sup>

14) 대법원 2010. 7. 13. 선고 2010무111 전원합의체 결정.

15) 민사소송법 제442조는 “항고법원·고등법원 또는 항소법원의 결정 및 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반을 이유로 드는 때에만 재항고할 수 있다”고 규정하고 있다.

16) 대법원 2010. 7.13. 선고 2010무111 전원합의체 결정. 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 반대의견.

17) 위 결정 중 소수의견 부분.

18) 위 의견 부분.

또한, '손해예방을 위한 긴급한 필요'와 관련하여, ① 상위계획과의 정합성 결여, ② 효율성에 대한 검토의 결여, ③ 불충분한 대안검토, ④ 제대로 된 현장조사 없는 사전 환경성검토, ⑤ 수질 부분 환경영향평가의 부실을 이유로, 이 사건 사업의 시행여부를 다시 결정할 필요가 있다는 점을 생각하면, 하천공사시행계획 등으로 발생할 수 있는 손해예방을 위한 긴급한 필요를 인정할 수 있다고 하였다.

“정당한 이익형량 여부를 판단함에 있어 재항고인 측에서 상대방들이 이 사건 하천공사시행계획 등을 입안·결정할 때에 관련자들의 이익을 정당하게 비교·교량하지 아니하였다고 의심할 만한 사유들을 구체적으로 주장하면서 이를 뒷받침하는 단서들을 제시하고 있는 반면, 상대방 측에서는 관련자들의 이익이 정당하게 비교·교량되었다는 점을 충분히 해명하지 못하고 있어, 이 사건 하천공사시행계획 등은 형량에 흠이 있어 위법하다고 볼 여지가 많다.”<sup>19)</sup>

따라서 행정청이 집행정지 장애사유로서의 '공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려' 요건에 대한 주장·소명책임을 다하지 못한 이상, 하천공사시행계획 등의 효력을 정지하는 것이 타당하여 신청인들의 재항고 주장을 받아들이는 의견을 제시했다.<sup>20)</sup>

### 3. 평가

행정소송법 제23조는 집행부정지의 원칙을 규정하면서, 공공복리를 해하지 않는 한 항고소송에서 처분에 따른 집행으로 회복하기 어려운 손해가 발생하거나 이를 예방할 긴급한 필요가 있다고 인정되는 경우에 한하여 집행정지를 법원이 결정할 수 있도록 하고 있다.<sup>21)</sup> 대법원 다수의견은 이 행정소송법 제23조 제2항의 요건을 문언 그

19) 위 의견 부분.

20) 위 의견 부분.

21) 행정소송법(1951.8.24., 법률 제213호로 제정, 2013.3.23., 법률 제11690호로 개정), 제23조(집행정지) ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다. ② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을

대로 충실히 따르고 있어 보인다. 그러나 집행부정지 원칙이 엄격하게 적용될 경우, 소송이 장기화되고 후에 언급될 사정판결제도와 결합되어진다면, 행정처분이 위법하다 하더라도 이것이 시정될 가능성은 사실상 매우 낮아지게 될 수밖에 없다. 따라서 집행부정지제도는 해석에 있어서는 물론 입법론상으로도 재론의 여지를 남겨둔다.

일본의 경우도 취소소송의 경우 집행부정지원칙이 적용되고 있지만,<sup>22)</sup> 2004년 행정사건소송법 개정으로 엄격한 요건이 다소 완화되었다. 즉, 집행정지요건이 '회복곤란한 손해'로부터 '중대한 손해'<sup>23)</sup>로 바뀌었고, 여기서 중대성의 판단에 있어서는 회복곤란의 정도를 고려하고, 손해의 성질·정도, 처분의 내용·성질을 고려하여 정하도록 하였다.<sup>24)</sup> 집행정지의 요건에 관하여, 원래 일본 「구행정사건특례법」에서는 '보상할 수 없는 손해'<sup>25)</sup>라고 규정되었던 것이 「행정사건소송법」에서 '회복곤란한 손해'로 규정되어졌고 이에 대한 법원의 적용도 특히 환경소송에 있어서는 많은 비판을 받아왔다.<sup>26)</sup> 위법한 행정처분도 이미 사실상태가 진행되어 공사가 완성된 후에는 사실상 되돌리기가 어려웠기 때문이었다.

프랑스의 경우를 보면, 각종 특별법으로 특수한 상황에서의 집행정지절차를 두고 있는데, 도시계획·자연환경보호영역에 적용되는 집행정지규정을 별도로 두고 있

달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다. ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다. ④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.

22) 일본 行政事件訴訟法(1962.5.16, 법률 제139호로 제정, 2011.8.10., 법률 제94호로 최종개정), 제25조 ① 처분의 취소를 구하는 소의 제기는 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행을 방해하지 않는다. ② 처분의 취소를 구하는 소를 제기하는 경우에, 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행에 의해 발생하는 **중대한 손해**를 피하기 위한 긴급의 필요가 있을 때는, 재판소는 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 수속의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 정지에 의해 목적을 달성할 수 있는 경우에는 처분의 효력을 정지할 수 없다. ③ 재판소는 전항에서 규정하는 중대한 손해를 발생시키는지 여부를 판단함에 있어서 **손해회복의 곤란의 정도**를 고려하여야 하고, **손해의 성질 및 정도** 및 **처분의 내용 및 성질**도 감안하여야 한다. ④ 집행정지는 **공공의 복지**에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때 또는 **본인에 대하여 이유가 없다**고 볼 수 있을 때에는 할 수 없다. ⑤ 제2항의 결정은 소명에 의한다.

23) 위 법률 제25조 제2항.

24) 위 법률 제25조 제3항.

25) 제10조 제2항.

26) 越智 敏裕, 行政事件訴訟法の改正と環境訴訟の展望, 上智法学論集 第48卷 3・4号, 上智大學法學會, 2005, 35~36면 참조.

다(L. 554-10~12)<sup>27)</sup> 즉, “계쟁행위의 적법성에 있어 진지한 의심이 드는 것이 명백한 경우”에는 집행정지가 인정되고, (L. 554-10) 지역개발계획의 허가결정에 있어 사전적 환경평가가 결여된 경우나, (L. 554-11) 사전 공청회 등이 필요한 지역개발결정에 있어 공청회절차에 일정한 하자가 있는 경우에도 집행정지를 명문으로 인정하고 있다(L. 554-12)<sup>28)</sup> 독일의 경우에는, 독일행정법원법<sup>29)</sup>에서 공과금 및 비용의 집행정지에 있어, 집행으로 인한 부당 가혹한 결과와 더불어 “계쟁 행위의 위법성에 대한 상당한 (진지한) 의심”을 요건으로 하고 있다.<sup>30)</sup>

이러한 세계적 입법례를 볼 때, 우리나라에서도 행정소송개정안으로 집행정지요건의 완화가 주장되고 있음은 당연하다 할 수 있으며, 그 내용으로서 회복불가능성이나 긴급성 외에도 ‘행정행위 등이 위법하다고 현저히 의심이 가는 경우’와 같이 행정처분 자체의 적법성 여부를 요건으로 하지는 의견이 제시되는 점을 볼 때,<sup>31)</sup> 본 판결의 다수의견의 해석에 있어 현행 입법상의 결함과 위와 같은 경향에 부합하는 입법론적 고려가 반영되지 않은 점은 아쉽다고 할 수 있으며, 소수의견에서는 이를 현행법의 해석을 통해 최대한 받아들이기 위해 노력하였던 점을 읽을 수 있다.

#### IV. 낙동강 하천공사시행계획 취소소송

##### 1. 사실관계

앞서 기술한 4대강 마스터플랜에 따른 ‘낙동강 살리기 사업’은 낙동강의 이용 및 개발에 관한 사업으로서 중부산에서 창녕군에 이르는 제1권역, 경북 고령군에서 안동에

27) L.554-10~12 du Code de Justice Administrative(L. n° 2000-597 du 30 juin 2000), Legifrance 홈페이지, <http://www.legifrance.gouv.fr> (2013. 3. 20.방문)참조; , 行政訴訟に関する外国法制調査: フランス(下), JURIST, 1237号, 有斐閣, 2003, 1~15, 227면 참조.

28) 위 논문, 같은 면 참조.

29) § 80 Abs.4 Nr.3 VwGO.

30) 朴正 · 徐元宇(訳), 韓国における行政訴訟法の改革(下), 自治研究 第80卷 5号, 2004, 106면; 박정훈, 行政訴訟法 改革의 課題, 법학연구 제45권 제3호, 2004, 409면 참조.

31) 앞의 논문, 같은 면.

이르는 제2권역의 두 개의 권역으로 나뉘어 시행되었으며, 사업비는 총 5조 9,379억 원 소요되었다.

국토해양부장관(피고)으로부터 권한을 위임받은 부산지방국토관리청장(공동 피고)은 낙동강 살리기 사업을 위한 세부계획으로서, 하천법 제27조에 따라 각 공구별 사업시행계획에 관하여 2009년 11월 23일, 2009년 11월 25일, 2010년 2월 12일, 2010년 5월 6일에 각 하천공사 시행계획 및 그 변경 고시를 하였다. 한편, 2009년 9월 25일, 국가정책 조정회의 결과 피고보조참가인인 한국자원공사는 4대강 사업 중 일부 공구의 사업을 자체사업으로 투자·시행하기로 결정되었고, 이에 따라 「구 한국수자원공사법」<sup>32)</sup> 제10조에 의거 국토해양부장관에게 위 사업 중 5, 16, 18 내지 25, 29 내지 34, 36공구 사업에 대한 실시계획을 작성하여 승인을 요청하였고, 국토해양부장관은 2009년 11월 12일, 2010년 2월 5일, 3월 5일, 4월 19일 승인 요청된 각 사업에 대한 실시계획 및 실시계획변경을 각각 승인·고시하였다.

이에, 공구 주변지역에 거주하는 1,800여명의 국민소송단이 국토해양부장관 등을 상대로 4대강 정비사업에 대한 정부기본계획, 각 공구별 사업시행계획, '4대강 살리기 마스터플랜'에 따른 '낙동강 살리기'사업을 위한 세부계획인 각 공구별 하천공사 시행계획(변경)의 승인·고시처분, 각 하천공사의 실시계획의 승인·고시처분 등의 취소를 청구하였다.

## 2. 주요판결내용

이 사건은 현재 부산지방법원과 부산고등법원을 거쳐 대법원에서 심리 중에 있는데, 하급심 두 소송에서 모두 원고가 패소하였으나, 부산고등법원은 처분이 적법하다고 본 부산지방법원의 판결과 달리 처분의 위법성은 인정하되 사정판결을 내렸다.

### (1) 소송요건

원고적격에 대한 판단에 있어, 부산지방법원과 부산고등법원은 환경영향평가 대상

32) 2009. 6. 9. 법률 제9758호로 개정되기 전의 것.

지역 안의 주민이나, 수도물을 공급받아 이를 마시거나 이용하는 주민의 경우, 환경영향평가법과 「국토계획법」을 처분의 근거 법규로 하여 법률상 이익을 인정할 수 있다고 하였다. 그러나, 환경영향평가 대상지역 및 식수원수 음용지역 외 거주민들의 경우, 「헌법」, 「환경정책기본법」에 의하여는 사인의 직접·구체적인 권리를 인정하기 어렵다는 이유로, 또한 「하천법」은 하천이용상의 공공복리증진을 위한 법으로 거주자들의 생활상의 이익을 보호하는 직접·구체적인 권리를 도출하기 어렵다는 이유로 보호되는 법률상 이익이 없어 원고적격을 부정하였다.<sup>33)</sup>

## (2) 처분의 적법성

원고적격이 인정된 원고들에 대하여는 원고들이 주장하는 처분의 위법성여부가 판단되어졌다.

원고들은 이 사건에서의 하천공사 시행계획처분 등이 ① 「하천법」, ② 「환경정책기본법」, ③ 「건설기술관리기본법」, ④ 「문화재관리법」, ⑤ 「수자원 공사법」, ⑥ 「국가재정법」등 관련 법률의 절차에 관한 규정에 위배된다고 주장하였으나, 부산지방법원은 각 법률의 위반주장에 대하여 기각하였다. 또한, 행정청 재량권 일탈·남용에 대한 주장에 대하여 행정계획을 입안·결정에 있어서의 행정청의 광범위한 형성의 자유의 인정과 계획재량판단에 있어 사법자제적인 입장을 내세워 사업목적의 정당성과 수단의 적절성의 측면에서 재량권을 일탈·남용한 위법을 인정하기 어렵다고 하였다.

“행정계획에 있어서 폭넓은 형성의 자유, 즉 계획재량이 인정되는 반면, 현대사회에서의 과학기술과 산업의 발전과 각종 조사분석기법의 고도화·전문화 등으로 인한 사법심사의 사실상의 한계성 문제뿐 아니라 특히 정치적 의사결정이 내포되어 있고 정치적 이해관계가 첨예하게 대립되는 대규모 국책사업을 위한 사업시행계획을 계획재량통제 법리를 통하여 행정주체의 판단을 사법부의 판단으로 대체할 수 있는가, 대체할 수 있다고 하더라도 그것이 과연 바람직한 것인가, 구체적으로 어느 정도의 하자가 있으면 대체가 가능하다고 할 것인가 등에 대한 의문이 생길 수밖에 없다. 따라서 이 사건 4대강 사업과 같이 정치적 의사결정이 내포되어 있고 정치적 이해관계가 첨예하게 대립되는 대규모 국책사업을 위한 사업시행계획을 계획재량

33) 부산지방법원 2010. 12. 10. 선고 2009구합5672 판결.

통제 법리를 적용하여 사법적 통제를 하기에는 현실적인 어려움이 있다. 그렇다면 사법부가 행정부의 계획재량판단을 대체할 수 있는 경우란 그 행정계획 수립 시 국민 누구라도 용인할 수 없을 정도의 이익형량 하자가 심대하고 명백한 경우를 의미하고, 그 정도가 아니라면 사법부가 계획재량 통제 법리를 통하여 재량권 일탈·남용이라는 판단은 스스로 자제하는 것이 옳다.”<sup>34)</sup>

처분의 절차적 정당성을 다툼에 있어서는, 앞서 열거한 법률들 가운데, 국가재정법 위반 여부가 가장 문제가 되었다. 이 법 제38조에 따르면 총사업비 500억 원 이상, 국가지원 300억 원 이상인 건설사업에 대하여는 기획재정부 장관이 사전에 예비타당성 조사를 하도록 하고 있다.<sup>35)</sup> 이에 원고들은 제38조 이 사건의 시행계획이 제1항에 따른 예비타당성 조사를 하지 않은 위법이 있으며, 정부가 4대강 사업을 내용별로 구분하여 총사업비가 500억원 이하의 개별 사업이라는 이유로 예비타당성 조사를 하지 않았고, 특히 보의 설치와 준설에 대하여는 총사업비가 500억 원 이상인 사업인데도 재해예방사업이라는 이유로 예비타당성 조사를 하지 않은 것은 위법하다고 주장하였다. 특히, 「국가재정법」시행령 제13조 제2항에서 예비타당성조사의 제외사유로서 제6호 중 「재해예방 지원 목적으로 시급한 추진이 필요한 사업」<sup>36)</sup> 부분은 예비타당성 조사제도를 시행령만으로 무력화시킨 것으로서 모법의 위임범위를 벗어나 무효이고, 그렇지 않더라도 보의 설치와 준설은 재해예방사업에 해당하지 않을 뿐 아니라 시급히 추진할 필요성도 인정되지 않으므로, 국가재정법시행령 제13조 제2항 제6호 소정의 예비타당성 조사 제외사업에 해당하지도 않는다고 주장하였다.

이에 피고들은 「국가재정법」은 이 사건 각 처분의 근거 법률이 아닐 뿐 아니라, 이 사건 사업 중 「국가재정법 시행령」 제13조 제2항 제6호에서 규정하고 있는 재해예방 사업으로 시급한 추진이 인정되는 보 설치와 준설 등의 사업과 제7호에서 규정하고 있는 법령에 따라 설치하거나 추진하여야 하는 사업인 하수처리장 건설사업은 예비타당성 조사에서 제외되어 예비타당성 조사를 하지 않았고, 그 외 생태하천, 자전거도로, 댐 건설, 농업용 저수지 등의 사업은 예비타당성 조사를 하였다고 주장하였다.<sup>37)</sup>

34) 부산지방법원 2010. 12. 10. 선고 2009구합5672 판결.

35) 국가재정법 제38조, 동법 시행령 제13조.

36) 「국가재정법」시행령 제13조 제2항 제6호.

37) 기획재정부에서는 4대강 사업 중 보의 설치, 준설, 제방보강, 하굿둑 설치 등의 사업에 대해 홍수조절

부산지방법원은 피고의 주장대로, 국가재정법상의 예비타당성조사는 대규모 개발 사업에 대한 예산 편성에 앞서 그 사업의 경제성 등을 사전에 평가하여 그 결과에 따라 예산을 편성·운용하기 위한 제도로서 예산안 편성의 사전 절차에 관한 규정이므로, 이미 특정 사업에 예산이 편성·심의·의결되고 난 후에, 구체적인 사업 실행을 위하여 행하여지는 행정처분의 근거 법령으로 볼 수는 없다고 하였다.

그러나 부산고등법원은 이에 대하여 다른 판단을 하였는데, i) 개정 시행령 제13조 제2항 제6호의 '재해예방' 부분을 이 사건 사업과 같이 대규모 재정이 투입되는 국책사업에 대하여 재해예방이라는 이유를 들어 예비타당성 조사 대상에서 제외한다고 해석한다면, 이는 모법인 국가재정법의 입법취지에 정면으로 반하고 국가재정법의 위임범위를 벗어난 해석으로 그 효력을 인정할 수 없고, ii) 설령 그 효력을 인정한다고 하더라도 이 사건 사업 중 보의 설치의 재해예방사업이라고 볼 수도 없을 뿐 아니라, iii) 보의 설치, 준설 등의 사업이 예비타당성 조사를 면제시킬 정도로 시급성이 인정되는 사업이라고 할 수도 없다고 하였다. 그럼에도 불구하고 피고들이 이 사건 사업 중 보의 설치, 준설 등의 사업에 대하여 예비타당성 조사를 거치지 아니한 것은 국가재정법 제38조 제1항을 위반한 것으로, 재량권 일탈·남용 여부를 살필 필요도 없이 위법하다고 하였다.<sup>38)</sup>

그러나 부산고등법원은 행정처분이 위법한 경우에는 이를 취소하는 것이 원칙이라고 하면서도 그 위법한 처분을 취소·변경함이 현저히 공공의 복리에 적합하지 않는 경우에는 예외적으로 취소를 허용하지 않는 행정소송법 제28조상의 사정판결을 할 수 있는 경우라고 결론지었다.<sup>39)</sup>

그 이유로는, 첫째, 대규모 국책사업인 이 사건 사업은 이미 대부분의 공정이 90% 이상 완료되어 원상회복이 사실상 불가능한 상태이며, 둘째, 제소기간이 도과되어 위법성을 다룰 수 없는 공구들에 대한 처분을 제외한 채 나머지 일부 공구에 대한 처분

기능을 수행하므로 재난 및 안전관리 기본법, 자연재해대책법에서 규정하고 있는 재해를 사전적으로 예방하는 것을 주목적으로 하는 사업이라고 판단하고, 최근 급격한 기후변화 등으로 인한 자연재해를 정확히 예측하기 어려운 상황에서 4대강 사업의 치수대책이 지연될 경우 예기치 못한 재해의 발생 가능성이 있고, 대규모의 재해가 발생할 경우 심각한 피해가 우려되는 점에서 시급하다고 판단하여 예비타당성 조사를 하지 않았다고 밝혔다.

38) 부산고등법원 2011. 1. 14. 선고 2011누228 판결.

39) 위 판결.

만을 취소하는 것은 이 사건 사업시행에 있어 매년 투입되는 유지관리비를 감인하더라도 전체 사업을 위해 이미 투입된 예산의 효율성을 현저히 침해하는 결과를 초래하게 되고, 셋째, 이미 광범위한 토지에 대한 수용절차가 완료되는 등 앞선 처분을 토대로 다수의 이해관계인들과 새로운 법률관계가 이미 형성되었는바, 이를 다시 취소한다면 이미 형성된 법률관계에 큰 혼란이 발생할 것이 우려되며, 넷째, 이 사건 각 처분이 그 수립절차 관련 법률에 위반된다고 평가되기는 하나 그 사업 자체 목적의 정당성·필요성이 인정되고, 재정의 효율성은 차치하더라도 재정사업의 효과(홍수예방, 수자원 확보, 지역균형발전, 경기부양, 수변지역 개발, 수생태계 복원 및 레저공간 활용 등)는 결코 무시될 수 없으므로, 완성단계에 있는 사업을 원점으로 되돌리는 것보다는 이미 구축된 강 살리기 사업의 성과물들을 현명하게 유지, 관리하고 그 주변발전계획을 철저히 수립·활용하는 것이, 국민들의 삶의 질을 한 차원 높일 수 있는 시설로서 후세에 물려줄 성과로 이어질 수 있고, 아울러 이 사건 사업 시행으로 인하여 직접적인 피해가 예상되는 일부농민들에 대한 철저한 보상이 마련될 수 있을 것으로 기대할 수 있으며, 다섯째, 위와 같은 혼란 등 공공복리에 반하는 사태를 방지하기 위하여 굳이 이 사건 각 처분을 취소하여 이를 토대로 하여 형성된 법률관계의 효력을 전면적으로 부정하기보다는 그 효력을 유지하되 다만 이 판결의 주문에서 처분이 위법함을 명시하는 것이 공공의 복리에 반하는 결과를 방지함과 동시에 법률이 정한 절차를 준수하지 않은 행정작용에 대한 사법적 통제의 필요성을 동시에 충족할 수 있는 적절한 방법이므로, 이 사건 각 처분에는 행정소송법 제28조에 의하여 사정판결을 할 사유가 충분하다고 하였다.

또한 부산고등법원은 사정판결의 필요성을 감안하여 재량권 일탈·남용 여부도 판단하면서 재량권의 넘지는 않은 것으로 보았다.

“전체적으로 볼 때 이 사건 사업의 필요성과 수단의 적정성을 부인할 수 없고, 따라서 피고들이 이 사건 각 처분을 함에 있어 원고들이 주장하는 바와 같이 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락하였거나 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성을 결여하였다고 인정하기 어렵고, 이 사건 각 처분의 내용은 피고들이 그 목표를 달성하기 위한 수단으로 선택할 수 있는 재량범위 내에 있다고 판단된다.”<sup>40)</sup>

### 3. 평가

사대강 정비사업 완성에 이르기까지는 22조 가량의 예산이 들었다. 2008년 당시 정부예산 전체가 195조 가량이었던 점을 생각하면, 매우 큰 규모의 재정지출이었음을 알 수 있다. 2008년에서 2009년으로 넘어가면서 사회간접자본분야에 투입되는 예산이 26.0%(6.4조원)나 증가하였는데, 이는 전년도인 2008년의 증가율에 비해 77%가 높으며 사회간접자본에 대한 예산지출의 평균 증가율이 2004년에서 2008년까지 사업 시작 당시로부터 과거 5년간 2.5%였다는 점을 비교해보면 이례적인 증가수준이라고 할 수 있다.

재정상의 효율성은 국가가 적정한 정책목적을 위하여 한정된 자원을 어떻게 가장 효과적으로 사용할 것인가에 관한 것으로, 오늘날 법의 제정이나 실행에 있어서도 중요한 고려요소가 되고 있다. 특히, 정부역할이 확대됨에 따라 재정상의 효율성검토는 입법활동이나 행정행위에 대한 사전적 통제기능을 수행하기도 한다. 특히 예비타당성 조사는 무분별한 대규모투자사업이 초래하는 예산낭비를 막기 위하여 1999년에 구 예산회계법 시행령<sup>41)</sup>의 개정을 통하여 도입되었다.<sup>42)</sup> 그 이전에는 타당성조사제도가 있었는데, 이는 사업추진을 정해진 사실로 하고 기술적 검토와 예비설계검토에 국한하였던 반면, 예비타당성조사는 국가재정운용이라는 틀 하에 사업의 정책적 의의와 경제성을 판단하고 효율적이면서도 현실적인 사업추진방안을 제시하는데 목적을 두는 것으로, 근본적인 사업의 목적과 의의, 적정투자시기, 경제적 타당성 여부, 대안의 준부, 자원조달계획의 실현·구체성, 파급효과 등을 검토하는 것으로 기존의 타당성 제도를 보완하기 위하여 실시하게 되었다.<sup>43)</sup> 이는 예비타당성조사가 단순히 예산의 편성과 운영을 위한 것만이 아니라 재정 및 경제적 관점에서의 사업 자체의 타당성

40) 위 판결.

41) 1999.5.24., 대통령령 제16348호로 개정, 1999.7.1. 시행. 그러나 당시 위 시행령 제9조의 2는 총사업비가 500억원 이상인 사업으로서 건설공사가 포함된 사업인 대규모개발사업에 대하여는 예비타당성조사비, 타당성조사 및 기본설계비, 실시설계비, 보상비와 공사비에 소요되는 경비를 당해연도의 예산으로 요구하도록 하는 내용이었으므로, 예비타당성조사 자체의 직접적 실시근거규정은 아니었다고 볼 수 있다.

42) 박종수, 법원칙으로서의 재정효율성, 토지공법연구 제43집 제1호, 2009, 630면.

43) 앞의 논문, 같은 면.

여부도 판단하는 것임을 의미한다. 이러한 배경 하에 국가재정지출의 효율성확보를 위하여 기존의 법규를 보완하여 구체화한 것이 「국가재정법」 제38조이다.<sup>44)</sup>

그러나 부산고등법원은 이와 같은 예비타당성조사를 거치지 않은 하천공사시행계획처분의 절차적 위법성은 인정하면서도, '재정상의 효율성'은 별론으로 하고 홍수에 방, 수자원 확보, 지역균형발전, 경기부양 등의 재정사업의 효과를 사정판결을 내린 이유 중의 하나로 들고 있다. 이는 예비타당성조사를 거치지 않은 사업일지라도 그 하자가 예산 심의·의결 후의 사업시행에 영향을 미치지 않는다고 본 부산지방법원의 태도보다는 적극적 의미를 부여한 것으로 볼 수 있으나 예비타당성조사를 행정의 경제적 합리성확보를 위한 사전적 통제수단으로 이해했는가는 분명치 않다.

그러나 사대강 정비공사가 완공된 지 얼마 지나지 않아 정권교체에 접어들자 감사원이 설계에서부터 시공, 관리에 이르기까지 부실이라는 감사결과를 발표하고,<sup>45)</sup> 공정거래위원회에서 담합여부를 조사하는 등 정부 각 부처에서 이를 다시 재검토하려는 움직임이 있을 만큼 본 사업의 타당성에는 많은 문제가 제기되어 왔다. 그럼에도 불구하고, 앞의 사건은 막대한 국가재정이 투입되는 사업의 타당성을 판단하고 통제하는 것이 행정절차에 있어서도 그리고 사법절차에 있어서도 사실상 쉽지 않았던 현실을 보여준다.

이러한 문제에 대한 우려는 앞에서 언급한 행정소송에서의 집행부정지원칙과 함께 사정판결제도와 관련되어 일찍부터 제기되어 왔었다.<sup>46)</sup> 사정판결은 본래 일본에서

44) 2006.10.4., 법률 제8050호로 제정, 2013.1.1., 법률 제11614호로 최종개정, 2013.1.1. 시행. 이 법 제38조 제1항은 기획재정부장관이 대통령령으로 정하는(500억 원 이상) 대규모사업에 대한 예산을 편성하기 위하여 미리 예비타당성조사를 실시하고, 그 결과를 요약하여 국회 소관 상임위원회와 예산결산특별위원회에 제출할 것을 의무화하고 있다는 점에서 앞의 예산회계법의 태도와 다르며, 조사결과를 국회에 제출하도록 하고 있는 점에서 결국 대규모 재정지출에 대해 국민의 통제 하에 두어야 하는 취지를 가지고 있다고 보아야 하며, 그 예외를 인정하는 것은 최소화되어야 한다.

45) 감사원은 4대강 정비사업과 관련하여, 2010년에 '세부계획 수립 및 이행실태(1단계) 감사', 2012년에 '주요시설물 품질 및 수질 관리실태(2단계) 감사'를 실시하였고, 최근 2013.1.17.에 후자에 대한 감사결과를 발표하였다. 이에 따르면, 설계부실로 총 16개 보 중 11개 보의 내구성이 부족하고, 불합리한 수질관리로 수질악화가 우려되는 한편, 비효율적인 준설계획으로 향후 과도한 유지관리비용(연간 2890억원 가량)소요가 예상되고, 보 내구성을 위한 보강공사, 실효성 있는 수질개대책 및 합리적 준설방안이 필요하다고 지적하였다(감사원 감사결과, 감사원 홈페이지, <http://www.bai.go.kr>).

46) 서원우, 환경행정소송에서의 제문제, 환경법연구 제2권, 1980, 25면; 宏, 行政法 II, 有斐閣, 2004, 165면.

판례에 의해 생성되고 이용되어 오던 제도를 1951년 우리나라 행정소송법 제정 당시 도입한 것으로서 독일법 등의 다른 나라에서는 일반적으로 존재하지 않는다.<sup>47)</sup> 일본에서 형성된 사정판결제도는 취소소송에서 처분이 위법한 경우에도 처분을 취소하는 것이 공공복지에 적합하지 않은 경우 청구를 기각하되, 이후의 민사소송에서의 손해배상을 용이하게 하기 위하여 위법하다고 선언하도록 한 것이었다.<sup>48)</sup>

일본에서 사정판결의 전형을 제공한 사례는 댐건설로 인한 '소가와사건( )'이었는데,<sup>49)</sup> 이 사건에서 하천사용허가를 받은 후 수력발전용 댐이 건설되었고 댐건설허가가 위법한 것으로 드러났다. 이 사건에서 어업권, 유목권, 관개용수권을 침해한 하천점용허가처분은 위법이었지만 이를 취소할 경우 완성한 댐을 철거해야 하므로 그 사회적 손실을 생각하여 행정소송에서의 취소청구는 기각하고, 별도의 손해배상청구소송에서 불법행위의 성립을 인정하여 손해배상금의 지불을 명하였다.<sup>50)</sup> 사정판결제도는 이러한 상황을 상정하고 이에 대처하기 위하여 1948년 「행정사건소송특별법」의

47) 이은기, 사정판결과 공공복리, 행정법연구 제27호, 2010, 154면; 이광윤, 사정판결의 요건, 행정판례평선, 박영사, 2011, 906면. 행정소송법(1951.8.24., 법률 제213호로 제정, 2013.3.23., 법률 제11690호로 개정), 제28조(사정판결) ① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다. ②법원이 제1항의 규정에 의한 판결을 함에 있어서는 미리 원고가 그로 인하여 입게 될 손해의 정도와 배상방법 그 밖의 사정을 조사하여야 한다. ③원고는 피고인 행정청이 속하는 국가 또는 공공단체를 상대로 손해배상, 제해시설의 설치 그 밖에 적당한 구제방법의 청구를 당해 취소소송 등이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

48) 南博方·大久保規子, 要説 環境法, 有斐閣, 2009, 227~228면 참조. 일본 「行政事件訴訟法」(1962.5.16, 법률 제139호로 제정, 2011.8.10., 법률 제94호로 최종개정) 제31조는 취소소송에 있어 처분 또는 재결이 위법하지만 이를 취소하는 경우 공공의 이익에 현저한 장해를 일으키는 경우, 원고가 받는 손해의 정도, 그 손해의 배상 또는 방지의 정도 및 방법 그 외 모든 사정을 고려하여 처분 또는 재결을 취소하는 것이 공공의 복리에 적합하지 않는다고 인정하는 때에는 재판소는 청구를 기각할 수 있도록 하고, 이러한 경우 해당 판결의 주문에 대하여 처분 또는 재결이 위법인 것을 선언하도록 하고 있다.

49) 行政裁判所 昭7·12·20判決, 行録 43輯 1105頁.

50) 田中二 言, 行政事件訴訟特例法逐条研究, 有斐閣, 57年, 420~421면, 中村義幸, 事情判決制度: 再論, 明治大学短期大学紀要 第49卷, 明治大学短期大学, 1991, 31~32면에서 재인용. 이 사건은 사정판결 제도가 성립되기 전인 1926년에서 1933년까지 장기간 소송이 진행된 끝에 행정소송과 민사소송에서 위와 같은 판단이 내려졌으나, 사실상 화해에 의해 종결되었다. 田中二郎發言, 逐条研究, 421면, 中村義幸, 成立過程からみた事情判決制度の諸問題, 一事情判決制度論(1), 明治大学短期大学紀要, 明治大学短期大学, 1986, 2~3면에서 재인용한 부분 참조; “小牧ダム”, 위키백과( <http://ja.wikipedia.org/wiki/%E5%B0%8F%E7%89%A7%E3%83%80%E3%83%A0>, 2013. 4. 29 방문) 참조.

제정으로 처음으로 명문화되었다가<sup>51)</sup> 이후 행정사건소송법에 규정되게 되었고, 처분의 취소에 의한 손실이 큰 경우에는 취소하지 말고 대신 이로 인한 손해를 금전으로 배상하는 방식으로 조정한다는 것이 본래의 입법취지였다.<sup>52)</sup>

당시 1930년대 일본은 한창 국가주의와 산업발전을 강화하는 시점이었으므로 이러한 제도가 탄생할 수 있던 배경으로 작용하였을 것임을 미루어 짐작할 수 있다. 그러나 이러한 사정이 오늘날에도 동일하게 전제되고 있는 것은 재고의 여지가 있으며, 이러한 배경하에 성립된 제도가 그러한 배경적 정취를 다시 재현했던 것은 우연으로만 볼 수 없는 법제도에 의한 역사적 재생을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

## V. 한강 하천점용허가 취소처분 취소소송

### 1. 사실 관계

‘한강 살리기 사업’ 사업구간에 속하는 각 점용장소에서 점용기간 동안 각 하천점용허가를 받아 유기농업을 하던 농민들(원고)에 대하여, 각 점용기간 만료 전인 2010년 3월 23일 피고(양평군수)는 4대강 정비사업의 일환으로 ‘한강 살리기 사업’을 추진하고 있는 서울지방국토관리청장의 요청에 따라 청문절차를 거쳐 원고들에게 「하천법」<sup>53)</sup> 제70조 제1항에 의거 각 점용장소에 대한 각 점용허가를 취소하는 점용허가 취소처분을 하였다.

이에 원고들은 이 사건 공사시행계획은 국가재정법등 소정의 절차를 위반한 위법이 있을 뿐만 아니라 내용적으로도 위법한 이상 이를 전제로 한 이 사건 각 처분 역시 위법하고, 이 사건 각 처분은 원고들이 유기농업을 영위하지 못하게 됨으로써 발생하는 이익 침해를 정당화할 정도의 공익성을 갖추지 못하여 신뢰보호원칙 및 비례원칙을 위배하였다는 이유로 양평군수의 위 하천점용허가 취소처분에 대한 취소소송을 제기하였다.

51) , 앞의 논문, 7면 참조.

52) 中村義幸, 앞의 논문, 1991, 31~32면.

53) 2009. 4. 1. 법률 제9605호로 개정된 것.

## 2. 주요 판결내용

### (1) 공사시행계획 위법여부와 하천점용허가취소처분에의 영향

수원지방법원은 공사시행계획에는 당연무효라고 볼 만한 위법사유를 발견할 수 없고, 위 시행계획은 하천공사의 구체적인 시행계획을 정하는 것인 반면 하천점용허가 취소처분은 기존의 하천점용허가를 장래에 향하여 소멸시키는 것이므로 양자는 법률 효과를 달리하여 위 시행계획의 위법성이 위 각 처분에 승계되지도 않는다고 하였다.<sup>54)</sup>

### (2) 하천점용허가의 철회에 있어서의 신뢰보호

하천법<sup>55)</sup> 제70조 제1항에 의하면 하천관리청은 하천수량의 부족 또는 하천상황의 변경으로 부득이한 경우(이 사건 조항 제1호), 공익에 대한 피해를 없애거나 줄이기 위하여 필요한 경우(같은 항 제2호), 하천공사를 하기 위하여 필요한 경우(같은 항 제3호), 공익사업을 위하여 필요한 경우(같은 항 제4호)에 하천점용허가를 취소할 수 있는데, 그 문언에도 불구하고, 법원은 이러한 사유에 기한 하천점용허가 취소는 철회의 성질을 갖는다고 보았다. 그런데 하천점용허가는 수익적 행정처분이어서 그 철회는 상대방의 신뢰와 법적 안정성을 해할 우려가 있으므로 철회사유가 있다고 하더라도 그 철회권의 행사는 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익 보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 입는 불이익 및 법적 안정성의 유지 등 제이익과 비교 교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 위법한 처분이라고 보았다.<sup>56)</sup>

여기서 법원은 이 사건에서 철회사유가 존재하느냐 여부에 대하여 중점적으로 판단하였는데, 수원지방법원은 이 사건에 있어 점용허가 발급 이후 위 제1호, 제2호, 제

54) 수원지방법원 2011. 2. 15. 선고 2010구합10427 판결.

55) 2009. 4. 1. 법률 제9605호로 개정된 것.

56) 대법원 1995. 8. 25. 선고 95누269 판결.

3호의 사유가 발생했다고 보기 어렵다고 본 반면<sup>57)</sup> 서울고등법원은 하천공사는 양수리 지역의 치수불안정성, 점용장소에서의 경작이 야기하는 하천의 수질오염 등의 문제를 해소하기 위하여 호안공, 제방역할의 하천관리용 도로를 설치하고 하천변 오염물질 배출요소인 비닐하우스 등을 제거하는 등 점용장소를 최대한 자연 그대로의 원형지로 보존하기 위한 것이어서 제1항 제3호의 철회사유가 존재한다고 판시하였다.<sup>58)</sup> 또한 제4호에 기한 ‘공익사업의 필요성’의 유무에 있어 수원지방법원도 그러한 사업의 존재는 인정하면서도 추구해야 할 공익보다 처분 상대방의 신뢰이익이나 법적 안정성 등의 이익이 더 크다고 보아 신뢰보호원칙 및 비례원칙에 반한다고 하였다.<sup>59)</sup>

“원고들의 점용허가에 따른 권리가 통상의 물권 등에 미치지 못하는 약한 의미의 권리나 이익의 성격을 갖고 있다고 하더라도 점용에 대한 신뢰가 형성되어 온 기간, 생계관련성, 유기농업의 특성을 고려할 때 2002년 말까지 이 사건 각 점용장소를 점용할 것에 대한 원고들의 신뢰이익이 작지 않다고 보이고, 따라서 이 사건 각 처분으로 인하여 침해되는 원고들의 신뢰이익 및 세계유기농대회를 개최하지 못함으로써 발생하는 국가가 위신의 실추 등 법적 안정성 유지의 이익이 위 각 처분으로 인하여 달성되는 공익보다 우월한 것으로 보인다.”<sup>60)</sup>

그러나 서울고등법원은 제4호의 철회사유를 인정하면서 하천점용허가를 철회할 사정변경없이도 공익사업의 필요성만으로 철회를 할 수 있도록 한 것이고, 위와 같은 법률상 철회사유의 존재와 점용허가부관으로서 철회권이 유보되어 있어 원고들이 신뢰보호를 주장할 수 없고, 이 사건 각 처분을 통하여 달성하려는 공익상의 필요가 각 처분으로 인하여 침해되는 원고들의 하천점용허가의 존속에 대한 신뢰 내지 기득권의 보호, 법적 안정성의 유지 등의 사익보다 우월하여 비례의 원칙에 어긋나지 않는다고 하였다.<sup>61)</sup>

57) 수원지방법원 2011. 2. 15. 선고 2010구합10427 판결.

58) 서울고등법원 2011. 11. 23. 선고 2011누7900 판결.

59) 수원지방법원 2011. 2. 15. 선고 2010구합10427 판결.

60) 위 판결.

61) 위 판결.

### 3. 평가

이 사건은 과거 기존의 유기농 육성정책에 따라 취해진 하천점용허가가 또 다른 정책인 한강 살리기 사업에 따라 사실상 철회됨으로써 이에 대한 농업인들의 신뢰를 법적으로 보호해야하는지 여부가 핵심 쟁점이 된 사안이다.

신뢰보호의 원칙은 원래 영미법상의 ‘금반언의 원칙’<sup>62)</sup>과 같은 민법상의 계약법리에서 유래한 것으로 이해되기도 하는 한편, 20세기 확대된 국가권력을 바탕으로 국가 권력을 통제하고 개인의 주관적인 지위를 강화하기 위한 헌법상의 원칙으로 독일에서 발전되어온 원리라고 보기도 한다.<sup>63)</sup> 계약상의 신뢰보호는 당사자의 자유의사보다는 합의에 의해서 형성된 공동관계에 대한 신뢰를 더 중요시하는 관점에서 비롯되었다면,<sup>64)</sup> 공법상 논의되는 신뢰보호는 공익의 행사로서 대별되는 행정재량을 제한하고 그에 대한 개인의 신뢰이익을 보호한다는 사고임을 다같이 고려해 보면, 기본적으로 신뢰보호에 관한 논의는 그 의사표시 내지 행위가 사적이든 공적이든 간에 의사표시 행위의 자유와 그 한계와 책임에 관한 기본적인 관념의 반영이 아닐까 한다. 따라서 신뢰보호의 원칙이 민법상의 기본원칙인 신의성실의 원칙과도 결부되어 논의되는 것도 그러한 측면에서 이해될 수 있다.

그러나 실제 사례들에서는 신뢰보호원칙위반여부에 대한 판단은 신뢰를 깨뜨리는데 있어서의 이익과 신뢰를 유지하는데 있어서의 이 이익 가운데 어느 쪽이 나은가를 선택하는 이익형량에 대한 판단으로 나타나는 경우가 많은데, 법원이나 헌법재판소도 신뢰보호의 원칙을 이익형량이나 비례원칙과 결부하여 판단하고 있다. 즉, 법원은 행

62) 일반적으로 ‘금반언의 원칙(Estoppel Prinzip)’은 영미법에서 발전된 원칙으로 이해되고 있는데 “자기의 과거의 언동에 반하는 주장을 함으로써 그 과거의 언동을 신뢰한 상대방의 이익을 해치는 행위는 허용되지 않는다”라는 것을 의미하는 것으로 이해되고 있다. 이상철, 일본 행정법에 있어서의 신뢰보호원칙론, 안암법학 제3호, 1995, 284면. 그러나 더 일찍이 로마법에 의해 확립된 원칙인 것으로 밝히고 있는 문헌도 있는데, “일정한 권리를 가지고 있는 자가 더 이상 자기의 권리를 행사하지 않을 것과 같은 외관을 외부에 명시적 또는 묵시적으로 표시한 경우에는 그 권리는 차후 자신의 선행행위와 모순된 주장을 해서는 안된다”것에서 유래되어 오늘날 선행행위와 모순되는 후행 행위의 법적 효력을 부인하는 일반적인 법리로 이용되고 있다고 보는 경우도 있다. 최신섭, 금반언의 원칙과 그 효과, 법학연구 제3권, 2000, 210면.

63) 이상철, 독일 행정절차법상의 신뢰보호원칙 고찰, 안암법학 제2호, 1994, 203~224면.

64) 권영준, 계약관계에 있어서의 신뢰보호, 서울대학교 법학 제52권 제4호, 2011, 217~224면.

정행위의 취소의 경우에는 특히 처분이 수익적 행정행위인 경우에는 처분을 취소하여야 할 공익적 필요와 취소에 따라 당사자가 잃게 되는 이익과 신뢰 그리고 법적 생활 안정성의 침해 등을 형량하여 당사자의 불이익을 정당화할 수 있을 만큼 공익이 클 경우에 한하여 취소할 수 있다고 판시하여 왔다.<sup>65)</sup>

이러한 이유로 신뢰보호의 원칙이 이익형량원칙과 구별되는 원칙인가가 논해지기도 하는데,<sup>66)</sup> 이익형량이 이루어진 경우라 하더라도 보호되어질 이익의 우월성과는 별개로 보호법칙으로서의 '신뢰'가 인정될 수 있는가는 추가적 논의를 거쳐야 할 것으로 보이나, 생각컨대 일단 형성된 당사자의 신뢰는 이익의 우월성과는 별도로 적어도 절차적인 측면과 이익의 일정내용 및 한도를 권리로서 보장하는 방식으로 보호될 수 있을 것이다. 독일의 경우에도 신뢰보호의 원칙이 존속보장과 보상에 기한 보장으로 나타나고 있고,<sup>67)</sup> 특히, 독일 행정절차법에서는 보상보호에 관한 규정을 두고 있다.<sup>68)</sup> 즉, 독일 행정절차법은 행정행위를 취소 또는 철회하는 경우 수익적 행정행위의 경우는 당사자가 행정행위의 존속을 신뢰하였고, 그 신뢰가 보호가치가 있는 경우에 발생한 재산적 손실을 행정청으로 하여금 보상토록 하고 있다.<sup>69)</sup>

우리나라 행정절차법은 신뢰보호원칙을 신의성실원칙과 결부시키고 있는데, 행정청에 의한 법령해석이나 관행이 신뢰를 형성한 경우 공익이나 제3자의 이익을 현저히 침해하지 않는 한, 새로운 관행이나 해석에 의해 소급하여 불이익하게 적용하여서는 안된다는 것으로,<sup>70)</sup> 새로운 행정처분에 대하여도 적용되는지 여부는 법규정의 명

65) 대법원 1987. 2. 25. 선고 85누664 판결; 1986. 10. 14 선고 83누584판결; 1990. 2. 27. 선고 89누2189 판결 등.

66) 이부하, 헌법상 신뢰보호원칙에 대한 고찰: 신뢰보호원칙의 성립요건과 다른 원칙의 관계를 중심으로, 한양법학 제21권 제4집, 2010, 162~163면 참조.

67) 고영훈, 행정법상의 신뢰보호의 요건과 방법에 대한 비판적 고찰, 법학논총 제28집 제1호, 2011, 168면 참조.

68) §§ 48-49 VwVfG; 이상철, 1994, 앞의 논문, 226~233, 247~249면 참조.

69) § 48 Abs. 3, § 49 Abs. 6, VwVfG; 이상철, 1994, 앞의 논문, 위 부분 참조.

70) 1996.12.31, 법률 제5241호로 제정, 2012.10.22, 법률 제11498호로 최종개정, 2013.1.23. 시행. 제4조 (신의성실 및 신뢰보호) ① 행정청은 직무를 수행할 때 신의( )에 따라 성실히 하여야 한다. ② 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

문에 기하면 긍정하기 힘든 것으로 보인다.

또한 독일과 같이 보상에 기한 보장에 대한 규정이 없으므로 이에 대하여도 소송상 주장할 수 있는 근거가 명확치 않다. 일본의 경우도, 그러한 입법적 근거는 명확하지 않아 법일반론에 의지하고 있는데, 지방자치단체의 기업유치정책에 대한 신뢰에 따라 투입된 자금이나 노력의 상실에 기한 손해배상의 근거를 신의형평원칙(민법 제1조 2항의 신의성실의 원칙)의 위반에 따른 불법행위 책임에서 찾고 있다.<sup>71)</sup> 미국에서도 금반언의원칙을 연방정부의 행위에도 적용될 수 있는가에 관한 논의에 있어, 연방대법원은 그 적용에 있어서는 한계를 인정하면서도 공무원이 잘못된 신뢰를 형성한 경우에 입는 피해에 대하여는 보상 등에 관한 새로운 입법의 필요성을 언급한 바 있다.<sup>72)</sup> 따라서 외국의 입법론을 함께 고려하여 생각해보면, 신뢰이익의 구체적 보장을 위하여 독일의 입법례를 참조하여 보다 신뢰이익 보호의 구체적 근거를 마련하는 것은 어떨까 한다.<sup>73)</sup>

## VI. 마치며

앞서 언급한 다수의 사례들에서 대법원의 판단이 아직 남아 있으므로 평가와 결론을 내리기에는 다소 이른감이 있으나, 2012년에 있었던 주요 사례들을 통하여 보면, 최근에 나타나는 환경적 문제들의 경우 정책적 판단의 영향을 강하게 받고 있다는 점이 눈에 띈다. 반면, 정책과 법의 사이에서 정책적 결정에 대한 절차상의 통제를 비롯하여 정책적 결정을 합리적으로 견제할 수 있는 법적 수단은 상당히 약화되어 있음을 볼 수가 있다. 이러한 사건들에서의 법원의 판단들은 많은 경우에 비례원칙에 따른 이익형량에 관한 것으로 나타나는 데, 법원이 행정적 판단재량에 대하여 재고함에는

71) 昭和56.1.27判決, 判時994-26; 이상철, 일본 행정법에 있어서의 신뢰보호원칙론, 안암법학 제3호, 1995, 272~284면.

72) Office of Personnel Management v. Richmond, 469 U.S.414 (1990), 김영조, 연방정부에 대한 금반언원칙의 적용과 헌법상 한계, 미국헌법연구 제17권 제2호, 2006, 265~269면 참조.

73) 독일에서의 행정행위의 취소와 철회에 있어서의 신뢰보호에 대한 입법에 관한 하여는, 이상철, 독일 행정절차법상의 신뢰보호원칙 고찰, 안암법학 제2호, 1994, 203~252면을 참조할 것.

일정한 한계가 존재할 수밖에 없다는 점을 감안하면, 각종 정책결정상의 사전적 견제 장치들의 역할이 중요할 수 있다. 또한 그러한 견제장치의 하나로서 개인의 신퇴나 권리의 설정과 이에 대한 법원의 확인이 건전한 견제역할을 할 수 있을 것이다. 그러나 우리나라 사법기능이 행정소송에서의 집행부지원칙과 사정판결제도 하에 놓여 있고,<sup>74)</sup> 시간과 속도, 정보의 보유, 규칙을 만드는데 있어서의 영향력을 누가 더 많이 보유하고 있는가를 생각해 볼 때, 핵심 국가기관들 간의 힘의 불균형이 점점 더 커지고 있는 것으로 보인다. 이러한 상황 하에서는 사법적 견제장치는 이상적인 모습으로 제대로 작동되기는 어려울 것이다.

따라서 위의 사례들을 검토한 결과 적어도 다음과 같은 점에 있어 현행 법제도의 개선이 필요하다고 본다.

첫째, 행정소송에 있어 집행정지가 가능하도록 요건을 완화할 필요가 있다. 다행히 지금 법무부에 의하여 제출되어 있는 행정소송법 개정안에는 집행정지의 요건을 일본과 같이 '회복하기 어려운 손해'에서 '중대한 손해'로 완화하여 금전상 손해라도 손해가 중대한 경우에는 집행정지가 가능하도록 하는 안이 제시되어 있다.<sup>75)</sup> 또한 가처분 제도를 도입하여 한시적 수익적 행정행위의 경우에 갱신여부를 다투는 경우 기존의 이용행위를 지속할 수 있도록 하고 있다. 이러한 개정이 이루어진다면 앞서 지적한 집행정지의 어려움과 사정판결제도의 문제가 일정 부분 보완될 것으로 기대되지만, 한발 더 나아가면 프랑스와 같이 손해가 초래되는 법익의 성격을 반영하여 집행정지제도를 세분화하는 것도 향후 입법론적으로 고려할 수 있을 것이다.

둘째, 국가의 예산이 다수 투입되는 공공사업의 경우, 특히 예비타당성조사, 환경영향평가 등의 사전통제수단의 실질적 보장이 이루어지도록 하여야 할 것이다. 일단 사업이 진행되고 나면, 이의제기에도 불구하고 이를 되돌리는 것은 극히 어려우며, 나중에 그러한 사업에 문제가 있음이 드러난다고 하더라도 마찬가지이다. 이러한 문제가 집행정지의 합리적 운용을 통해 일부 완화되어질 것을 기대해 볼 수는 있으나, 사업의 실질적인 타당성을 판단하기 위하여는 다소 시간이 걸리더라도 사업시행 전에 행정결정 단계에서 실질적인 평가가 이루어지도록 하는 것이 바람직할 것이다. 엄밀

74) 행정소송법 제23조 제2, 3항, 제28조.

75) 법무부, 행정소송법 전부개정법률안, 2013; 법무부, 보도자료, 법무부, 행정소송법 전부개정안 입법예고 - 국민 권익구제절차 확대, 이용하기 쉬운 행정소송 도입 -, 2013. 3. 20.

한 사전적 평가만이 재정의 건전한 운용을 가능케 하며 자원의 낭비를 막고 또한 자연적 균형이 근시안적 계획에 의해 파괴되는 것을 방지할 것이다.

셋째, 법적으로 보호되어지는 '신뢰'를 보다 구체화할 필요가 있다. 행정재량권 앞에서 국민의 신뢰를 도외시할 경우 그 결과 국민의 대국가적 불신이 초래될 것이며, 이는 협치를 이루기 어려운 여건을 만들고 이에 대한 사회적 비용 또한 예상외로 크다. 다만, 신뢰의 대상은 적법한 행위도 있지만 위법한 행위일 수도 있으므로, 어떠한 경우를 법적으로 보호되는 '신뢰'로 볼 것인가는 향후 세밀한 논의가 필요할 것으로 보인다.

마지막으로, 이러한 집행부정지제도, 사정판결제도, 신뢰보호원칙의 연원을 살펴보면 이들 제도나 원칙의 형성에 공통적으로 작용했던 배경은 국가권력 또는 국가행정기능의 확대라는 것임을 알 수 있다. 이들 제도들이 형성·발전된 나라들에서는 그러한 현실을 받아들이면서도 이를 통해 초래되는 개인의 손해를 손해배상 등을 통해 보완하기 위한 장치도 동시에 마련하였던 점에 주목하여 할 필요가 있다. 지금처럼 법원이 복잡한 정책적 판단이 개입되는 공익과 사익의 충돌을 구체적 기준없이 이익형량판단에 의해 단순하게 평가하게 됨으로써 과도하게 정책적 판단의 부담을 지게 되고 그 판단 결과에 있어서도 일도양단적 승패로 귀결되어지는 문제를 보완하기 위하여는 제도적으로 이를 완충할 수 있는 보상수단 등이 마련되어야 한다. 보상에 대한 권리자체가 하나의 행정의 합리화를 위한 통제수단으로 작용할 수 있을 뿐만 아니라, 궁극적으로는 사적 손실이 국민의 정부에 대한 불신으로 번지는 것을 방지할 수 있을 것이다.

논문투고일 : 2013. 4. 1.

심사일 : 2013. 4. 16.

게재확정일 : 2013. 4. 24.

## 참고문헌

- 감사원, “감사원 감사결과”, 감사원 홈페이지(<http://www.bai.go.kr>).
- 고영훈, “행정법상의 신뢰보호의 요건과 방법에 대한 비판적 고찰”, 법학논총 제28집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2011.
- 권영준, “계약관계에 있어서의 신뢰보호”, 『서울대학교 법학』 제52권 제4호, 2011.
- 김영조, “연방정부에 대한 금반언원칙의 적용과 헌법상 한계”, 『미국헌법연구』 제17권 제2호, 2006.
- 박종수, “법원칙으로서의 재정효율성”, 『토지공법연구』 제43집 제1호, 2009.
- 박정훈, “行政訴訟法 改革의 課題”, 『법학연구』 제45권 제3호 통권 제132호, 서울대학교 법학연구소, 2004.
- 법무부, “행정소송법 전부개정법률안”, 2013.
- \_\_\_\_\_, 보도자료, “법무부, 행정소송법 전부개정안 입법예고 - 국민 권익구제절차 확대, 이용하기 쉬운 행정소송 도입 -”, 2013. 3. 20.
- 서원우, “환경행정소송에서의 제문제”, 『환경법연구』 제2권, 1980.
- 이광윤, 사정판결의 요건, 『행정판례평선』, 박영사, 2011.
- 이부하, “헌법상 신뢰보호원칙에 대한 고찰: 신뢰보호원칙의 성립요건과 다른 원칙의 관계를 중심으로”, 『한양법학』 제21권 제4집, 2010.
- 이상철, “일본 행정법에 있어서의 신뢰보호원칙론”, 『안암법학』 제3호, 1995.
- \_\_\_\_\_, “독일 행정절차법상의 신뢰보호원칙 고찰”, 『안암법학』 제2호, 1994.
- 이은기, “사정판결과 공공복리”, 『행정법연구』 제27호, 2010.
- 정 훈, “4대강 정비사업에 따른 법적 쟁점”, 『법학논총』 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010.
- 최신섭, “금반언의 원칙과 그 효과”, 『법학연구』 제3권, 인하대학교 법학연구소, 2000.
- 朴正 · 徐元宇 (記), “韓国における行政訴訟法の改革(上)”, 『自治研究』, 第80卷 3号, 2004.
- \_\_\_\_\_, “韓国における行政訴訟法の改革(下)”, 『自治研究』, 第80卷 5

- , 2004.
- ・大久保規子, 『要説 環境法』, 有斐閣, 2009.
- 越智 敏裕, “行政事件訴訟法の改正と環境訴訟の展望,” 「上智法学論集」, 第48巻 3・4号, 上智大學法學會, 2005. 3. 31.
- 橋本博之, “行政訴訟に関する外国法制調査 フランス(上),” 「ジュリスト」, 1236号, 有斐閣, 2002. 12. 15.
- , “行政訴訟に関する外国法制調査: フランス(下),” 「ジュリスト」, 1237号, 有斐閣, 2003. 1. 1.
- 塩野 宏, 『行政法 II』, 第3版, 有斐閣, 2004.
- 中村義幸, “成立過程からみた事情判決制度の諸問題, 一事情判決制度論(1),” 「明治大学短期大学紀要」, 明治大学短期大学, 1986.1.20.
- , “事情判決制度・再論,” 「明治大学短期大学紀要」, 49巻, 明治大学短期大学, 1991.
- ウィキペディア, “小牧ダム,” ウィキペディア 홈페이지, <http://ja.wikipedia.org/wiki/%E5%B0%8F%E7%89%A7%E3%83%80%E3%83%A0>.

**Abstract]**

The Controversial Environmental Cases and Courts' Decisions  
in 2012 Korea: the administrative cases on Four Great Rivers  
Refurbishment Project

Lee, Eubong

(Research Fellow, Korea Legislation Research Institute)

The year of 2012 provides chance for objective observation of controversial recent environmental issues not only in that a considerable portion of the large-scale national policy projects initiated and driven by government has progressed but also that there was an election for a new president.

This article reviewed and analysed focusing on administrative cases on Four Great Rivers Refurbishment Project in details. Among lots of cases claiming against national projects in each watershed of four big rivers, this review dealt with: firstly injunction case against Han River refurbishment project on which Supreme Court' decision was decided after intense arguments between majority and dissenting opinions; secondly a revocation suite against the implementation plan for Nakdong River works where lower courts' different decisions in each level were provided; thirdly a revocation suite against government's revocation of a permit for Han River riverside use where district court's decision was reversed in a high court.

This series of cases uncovers limit of 'Administrative Litigation Act' and proves need to refine an administrative litigation system including a principle of no suspension of execution and dismissal of a claim for the sake of public interest regardless of its illegality. Moreover, they provides an opportunity to critically examine if a mechanism for legitimacy and control of government policy soundly works. Furthermore, they give birth to need to contemplate on more fundamental questions on how to protect public trust when government's policy is changed.

Not only do the problems examined through the cases above reflect limit of

a mechanism for judicial decisions but also remain demand for legislative improvement. Based on this observation, this article suggests directions to improve legislations considering recent movement for amendment of 'Administrative Litigation Act.'

주 제 어 환경소송, 행정소송, 사대강정비사업 사건, 집행부정지원칙, 예비타당성조사, 사정판결, 신뢰보호원칙

Key Words environmental case of Korea, administrative litigation, Four Great Rivers Refurbishment Project case, a principle of no suspension of execution, trust protection principle, estoppel prinzip