

不確定概念의 解釋과 環境法의 退步*

- 미국의 판례를 중심으로 -

이 비 안**

차 례

- I. 서론
- II. 수질환경 관련 미국의 최근 판례
- III. 판결에 비추어 본 불확정개념 논의
- IV. 결론(보이는 손과 Chevron 판결)

[국문초록]

미국 연방대법원은 1960년대부터 2000년 중반까지 비교적 환경친화적 판결을 하여 왔다. 그러나 그러한 경향은 2000년대 중반 이후 일변하고 있다. 2000년대 이후 연방대법원은 환경보다는 경제 쪽에 치중한 판결들을 잇달아 내리고 있다. 흥미로운 점은 그 도구가 된 것이 바로 법률에서 사용되는 不確定概念의 解釋이었다는 점이다. 미국은 Chevron 판결 이후 법률이 명시적으로 규정하고 있는지 여부를 먼저 판단하고, 명시적으로 규정하지 아니하고 입법의도 역시 명확히 읽히지 아니하는 경우에는 법률에 대한 行政의 해석을 그것이 합리적(reasonable)인 한 존중(defer)하여야 한다는 입장을 취하고 있었다. 그러나 위 2000년대 이후의 판결에서 발견할 수 있는 것은 연방대법원이 환경이익에 부합하는 행정의 법해석을 내치고자 하는 경우 행정의 해석 대상이 된 법률 용어가 일견 불명확해 보이는 면이 없지 아니함에도 불구하고 명확하다 판단하고 있다는 점이다. 이는 연방대법원이 외견적으로는 Chevron 판결을 따르고 있지만, 실질적으로는 꼭 그렇지만은 아니함을 시

* 이 논문은 2011학년도 충북대학교 학술연구지원사업의 연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 충북대학교 법학전문대학원 조교수

사하고 있다. 그러한 점에서 볼 때 불확정개념의 해석에 있어 Chevron 판결이 중요한 역할을 하고 있다기보다는, 각 대법관의 결론을 정당화하기 위한 도구로서 정도만의 의미를 가지고 있는 것은 아닐까라는 의문을 가질 수 있다.

그리하여 이 논문은 미국의 수질환경법(Clean Water Act, CWA)과 관련한 Rapanos v. United States 사건, Coeur Alaska, Inc. v. Southeast Alaska Conservation Council 사건, Entergy v. Riverkeeper 사건을 검토한 후 다음과 같은 결론을 내리고 있다.

1. 법원은 “불확정개념여부 → Chevron 판결원용여부 → 환경이익보호여부”의 순서로 판단하는 것이 아니라 그 반대의 순으로 판단한다. 외견상으로 불확정개념이 獨立變數인 것처럼 보이지만, 실제로는 從屬變數일 가능성이 높다.

2. 불확정개념 該當與否, 불확정개념의 有無效與否, 불확정개념의 사법심사 기준으로서의 임의성, 자의성(우리식으로 말하면 逸脫, 濫用), 사법심사의 強度 등이 모두 판단자의 기본권에 대한 가치체계와 연동되어 있다.

3. 그러한 점에서 보면 어떤 기본권가치체계를 갖춘 사람을 법관으로 임용하느냐가 중요한 문제인바, 민주적정당성의 측면에서 보았을 때 현행 대법관, 헌법재판소 재판관 인선 방식에는 문제가 있다.

I. 서론

1. 문제의 제기

미국 연방대법원은 1960년대부터 2000년 중반까지 비교적 환경친화적 판결을 하여 왔다. 몇 가지 예를 들어보자. Tennessee Valley Authority v. Hill 사건¹⁾에서 연방대법원은 스네일다터라는 희귀어류의 보호를 위해 멸종위기종법(The Endangered Species Act) 제7조를 근거로, 5억 달러를 투자하여 이미 공정의 80%가 진행된 댐의 건설을 중지시켰다. American Textile Manufacturers Institute, Inc. v. Donovan 사건²⁾에서는 종업원들의 건강과 관련하여 직업안전 및 건강관리법(Occupational Safety

1) Tennessee Valley Authority v. Hill et al., or TVA v. Hill, 437 U.S. 153 (1978).

2) American Textile Manufacturers Institute, Inc. v. Donovan, 101 S. Ct. 2478 (1981).

and Health Administration) 상 목화에서 발생하는 먼지방지기준을 설정함에 있어 비용편익분석방법을 사용하여서는 아니 된다고 판결하였다. Whitman v. American Trucking Associations, Inc. 사건³⁾에서는 청정대기법(Clean Air Act, 1970) 제109조⁴⁾의 해석상 광역국가대기질기준(The National Ambient Air Quality Standards)을 설정함에 있어 비용을 고려하여서는 아니 된다고 판결한 바 있다. 이상의 판결들은 환경과 그를 지키기 위하여 소요되는 비용 중에서 전자에 더 우선권을 둔 판결이라 할 수 있겠다.

그러나 이러한 경향은 2000년대 중반 이후 일변하고 있다. 2000년대 이후 연방대법원은 환경보다는 경제 쪽에 치중한 판결들을 잇달아 내리고 있다. 흥미로운 점은 그 도구가 된 것이 바로 법률에서 사용되는 不確定概念의 解釋이었다는 점이다. 미국은 Chevron 판결⁵⁾ 이후 법률이 명시적으로 규정하고 있는지 여부를 먼저 판단하고, 명시적으로 규정하지 아니하고 입법의도 역시 명확히 읽히지 아니하는 경우에는 법률에 대한 行政의 해석을 그것이 합리적(reasonable)인 한 존중(defer)하여야 한다는 입장을 취하고 있었다. 그러나 위 2000년대 이후의 판결에서 발견할 수 있는 것은 연방대법원이 환경이익에 부합하는 행정의 법해석을 내치고자 하는 경우 행정의 해석 대상이 된 법률 용어가 일견 불명확해 보이는 면이 없지 아니함에도 불구하고 명확하다 판단하고 있다는 점이다.⁶⁾ 이는 연방대법원이 의견적으로는 Chevron 판결을 따르고 있지만, 실질적으로는 꼭 그렇지만은 아니함을 시사하고 있다. 그러한 점에서 불명확개념의 해석에 있어 Chevron 판결이 중요한 역할을 하고 있다기보다는, 각 대법관의 결론을 정당화하기 위한 도구로서 정도만의 의미를 가지고 있는 것은 아닐까라는 의문을 가질 수 있다. 또한, 각 대법관의 결론을 진정으로 좌우하는 요소가 무엇 일까라는 점에 대한 의문이 발생하기도 한다.

이하에서는 위와 같은 상황을 특히 미국의 수질환경법(Clean Water Act, CWA)⁷⁾

3) Whitman v. American Trucking Associations, Inc., 531 U.S. 457 (2001).

4) 42 U.S.C. §7409.

5) Chevron U.S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

6) 예컨대 법률용어의 명확성과 관련하여 대법관 사이에 5:4로 그 견해가 갈리는 경우라면 그러한 현상 그 자체로 법률용어가 명확하다 볼 수 없다. 명확성의 여부는 일반인의 관점에서 판단할 수 있어야 하는 것이기 때문이다. 그러함에도 불구하고 연방대법원은 행정의 해석을 내치고자 하는 경우 문제되는 법률용어가 명확하여 행정의 해석여지가 없다고 한다.

과 관련한 판례를 통하여 먼저 소개하고(II), 분석하여 본 후(III.1.), 불확정개념의 해석과 관련하여 우리 행정법 일반이론에 대한 시사점을 살펴보기로 한다(III.2. 및 IV).

2. 미국에서의 불확정개념 논의

불확정개념이란 법규의 요건부분에 사용된 추상적, 다의적 또는 불명확한 개념을 말하는 것으로서 독일의 학설, 판례에서 연유하는 용어이다.⁸⁾ 독일의 경우 재량의 폭을 줄이고자하는 취지에서 法律效果부분에 재량의 여지를 인정하고 있는 경우에만 재량의 여지를 인정하고, 要件부분에 사용된 불확정개념에 대해서는 원칙적으로 재량의 근거로 삼을 수 없다는 입장을 취하여 오고 있다.⁹⁾ 그 결과 행정의 판단을 사법이 심사하여야 하는데, 행정보다 인적·물적 능력이 더 우월하다고 보기 어려운 사법이 행정의 결정을 전면적으로 심사하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없었다.

한편, 원래 독일이 재량의 폭을 줄이고자 하였던 이유는 과거 재량결정이 취소소송의 대상에서 제외되었었기 때문이었다. 그러나 裁量瑕疵論에 의거 재량결정도 사법심사의 대상이 될 수 있게 된 현재는 더 이상 과거와 같이 재량의 폭을 줄여야 할 특별한 이유가 없게 되었다. 그러나 요건재량을 인정하고 있지 아니하여 온 독일에선 불확정개념에 대하여 재량의 여지를 인정하는 것이 아니라 판단여지만을 인정하지는 설이 대두되었다. 즉, 불확정개념에 대해서는 재량은 있을 수 없지만 일정한 조건하에서 행정청에게 판단여지가 인정됨으로써 법원의 전면적 사법심사가 제한된다고 한다.¹⁰⁾ 이 표현 속에서 재량은 효과부분에 대한 意志의 문제로, 판단여지는 요건부분에 대한 認識의 문제로 각 구분하는 독일의 통설, 판례의 입장을 엿볼 수 있지만, 동일한 내용의 규정을 재량규정으로도, 불확정개념을 이용한 규정으로도 만들 수 있음을 감안한다면 설득력이 떨어진다는 점을 부인할 수 없다. 다만, 독일에서 논의되는 판단여지를 인정하는 범위들을 보면 후술하는 미국에서의 재량인정범위에 비하여 상

7) The Clean Water Act, 33 U.S.C. § 1251 (1970).

8) 박정훈, “불확정개념과 판단여지”, 『행정작용법(중법 김동희교수 정년기념논문집)』, 박영사(2005), 250면.

9) 박정훈, 전계논문, 253면.

10) 박정훈, 전계논문, 250-8면 참조.

당히 좁다는 점에서 과거의 역사적 경험 때문에 불확정개념에 대하여 긴장의 끈을 놓지 아니하고자 하는 독일의 입장을 나름 이해할 수 있겠다.

어쨌든, 이상의 내용은 재량결정에 대해서와 같이 불확정개념에 대해서도 사법심사의 강도를 낮추어야 한다는 것으로 요약될 수 있겠다. 다만, 국내에서는 재량의 경우에는 일탈·남용이론으로서 사법심사의 강도문제로 접근하지만, 불확정개념의 경우 판단여지설을 주창하면서 불확정개념이 사법심사의 대상에서 제외된다고 보는 듯한 견해들이 적지 않다.

반면, 프랑스는 법규의 요건과 효과를 구별하지 아니하고 법규에 의해 행정결정의 내용이 명확하게 확정되어 있지 아니함으로써 행정청이 갖는 行政의 自由를 재량(권)이라 한다. 그러므로 불확정개념의 해석, 적용도 재량으로 파악되고, 효과부분의 재량과 본질적으로 차이가 있는 것으로 이해되지 아니한다고 한다. 재량에 대해서는 최소심사, 통상적심사, 최대심사로 나누는데, 불확정개념의 경우 원칙적으로 최소심사에 그친다고 한다.¹¹⁾

재량과 불확정개념을 구분하지 아니하는 점은 미국도 마찬가지이다. 즉, 불확정개념이 법률에서 사용되는 경우 당해 불확정개념의 해석·포섭 등 문제는 모두 裁量의 문제로 보고 있다. 그리하여 미국에서 주로 문제가 된 것은 사법심사 강도의 문제라 볼 수 있다. 미국 행정절차법은 독일에서의 재량하자론과 유사하게 행정의 재량결정에 대하여 당해 재량결정이 임의적·자의적(arbitrary and capricious)인 경우에는 재량을 남용한 것으로 보아(abuse of discretion) 취소된다고 규정하고 있다.¹²⁾ 그러므로 불확정개념의 경우에도 그 해석 및 포섭과 관련하여 위와 같은 조항이 적용된다. 다만, 무엇이 임의적·자의적인 것인지 여부와 관련하여 폭넓은 해석이 가능하다는 문제점이 있었다.

그와 관련하여 1984년의 Chevron 판결은 (1) 의회가 특정한 문제에 대한 명확한 입장을 밝히고 있지 아니하고, (2) 문제되는 법률과 관련한 행정청의 해석이 合理的(reasonable)이라면, (3) 설사 그 해석이 最上의 입법해석이나 가장 합리적인 입법해석이라 볼 수 없다 하더라도, (4) 당해 행정청의 해석은 존중(defer)되어야 한다고 한다. 그리하여 불확정개념과 관련한 한 사법심사의 강도가 현저히 떨어지게 되었다.

11) 박정훈, 전게논문, 258면.

12) APA 706(2)(A).

다만, 위 (1) 부분은 법률문장 그 자체로는 의회가 특정한 문제에 대하여 명확한 의사를 밝히고 있는지 여부를 잘 알 수 없는 경우가 적지 아니하여, 의회의 의사를 파악함에 있어 법률제정자의 의도, 입법시의 각종 문서 등도 참고의 대상이 되지만, 결국은 법관의 의회의 의사에 대한 해석에 의존하는 부분이라 볼 수 있다. 그리하여 대법관들 사이에서 같은 개념을 두고도 혹자는 의회가 의사를 명확히 밝히고 있다고 하고, 혹자는 그렇지 아니하다고 하여 견해가 나뉘는 경우를 종종 발견할 수 있다. 또한, 위 (2) 부분도 무엇이 합리적인 것인지 여부에 대한 뚜렷한 기준이 있는 것도 아니고, 특히 그를 판단함에 있어 위 (3) 부분을 감안한다면 적법과 위법의 경계가 무척 모호하다는 점을 알 수 있겠다.

결국 Chevron 판결은 행정결정에 대한 사법심사의 강도를 원론적으로는 결정하고 있지만, 그것만으로 해결되는 것은 매우 적다 볼 수 있다. 오히려 개별 대법관이 어떤 가치관을 가지고 있는지, 즉, 보수성향인지, 진보성향인지 여부 및 특히 본 글에서 다루는 환경 관련 사건의 경우 경제 등 다른 이익 내지 기본권에 비하여 환경이익 내지 환경권에 어느 정도의 우선권을 부여하고 있는지 여부에 따라 대법관이 미리 결론을 내려두고 그 결론에 맞추어 (1) 및 (2)에 대한 입장을 결정하는 경향이 있다고 보는 것이 오히려 타당한 것 같다.

II. 수질환경 관련 미국의 최근 판례

1. Rapanos v. United States 사건¹³⁾

(1) 사안

원고인 라파노스(Rapanos)는 미시간 주에 거주하는 건축업자였다. 그는 습지(wetland)를 보유하고 있었는데, 당해 습지는 강이나 호수로부터 32킬로미터 떨어진 위치에 있기는 하였지만, 실개천이나 배수로를 통하여 강이나 호수로 연결되어 있는

13) Rapanos v. United States, 547 U.S. 715 (2006).

곳이었다.¹⁴⁾ 1980년대 후반 라파노스는 그가 보유하고 있는 습지 세 곳을 포함한 22 에이커 토지 지상에 쇼핑몰을 건축하고자 하였다. 그를 위하여 라파노스는 습지의 물을 빼고 모래로 매립하였는데, 관련 관청의 허가를 얻지 아니한 상태였다. 그리하여 매립 당시부터 미시간주 자연보호청¹⁵⁾으로부터 당해 행위가 위법이라는 경고를 받았고, 심지어 자신의 법률대리인도 위법한 행위라고 말했다고 한다. 미국환경보호청(Environmental Protection Agency, "EPA") 역시 매립하지 아니할 것을 명하는 이행 명령을 하기도 하였다. 결국 이 행위로 인하여 라파노스는 기소되어 몇 번의 파기환송 끝에 최종적으로 집행유예의 형을 받았고 수백만 달러에 달하는 벌금을 부과받기도 했다. 라파노스는 당해 습지는 CWA의 적용을 받지 아니하여 연방정부에 관할권이 없다 주장하는 방식으로 그에 대응하였다.

(2) 주된 쟁점

위 사건의 주된 쟁점은 연방정부가 사안의 습지를 규율할 권한이 있는지의 문제였다. 미국의 CWA는 航行可能水域¹⁶⁾(navigable waters)에 허가 없이 준설토를 버리거나(discharge dredged), 매립물을 매립(fill material)하지 아니하도록 규정하고 있었다.¹⁷⁾ 그리고 항행가능수역을 "the waters of the United States"라 정의하였다.¹⁸⁾

참고로 준설토의 투기행위나 매립물의 매립행위에 대한 허가권자는 EPA가 아닌 미육군공병대(United States Army Corps of Engineers, "USACE")이다. 그런데 USACE는 위 정의를 해석하여 規則화함에 있어 위 정의를 광범위하게 해석하였다. 즉, '전통적의미의 항행가능수역'¹⁹⁾뿐만 아니라, 그런 수역의 지류(tributaries)²⁰⁾, 그런 수역에

14) Stevens 대법관의 반대이견 4면 참고.

15) Michigan Department of Natural Resources.

16) 수역이란 표현은 waters를 번역한 것이다. 달리 번역할만한 적당한 단어가 없어 수역이라 번역하였으나, waters의 의미가 주된 쟁점이 된 사안이므로, 이 글을 참고함에 있어 '수역'이라는 번역 용어 그 자체에 의미를 두어서는 아니 된다.

17) 33 U.S.C. 1311(a), 1342(a).

18) 33 U.S.C. 1362(7).

19) 33 CFR 328. 3(a)(1) 州間 또는 국제 통상을 위하여 사용할 수 있는 곳을 말한다("All waters which are currently used, or were used in the past, or may be susceptible to use in interstate or foreign commerce, including all waters which are subject to the ebb and flow of the tide"). 즉, 강, 대양,

隣接한(adjacent to) 습지도 포함된다고 규정한 것이다.²¹⁾ USACE는 또한, 隣接한 습지 개념에 대하여 비록 인공적인 제방 등으로 인하여 전통적의미의 항행가능수역에서 떨어져 있다고 하더라도 경계를 같이하거나 연결하고 있는 습지를 말한다고 규정하고 있다.²²⁾ 그런데 라파노스가 보유하고 있던 토지는 항행가능수역으로부터 약 32킬로미터가 떨어진 지역에 있는 습지였다. 그에 따라 당해 습지가 과연 항행가능수역과 인접해 있다 볼 수 있는지 여부가 주된 쟁점이 되었다.

한편, USACE는 CWA 제정 이후 30여년 동안 당해 사건과 같은 사건에서 습지를 항행가능수역에 해당한다고 판단하여 왔고²³⁾, 이 사건 이전까지는 대법원도 그를 지지하고 있었다. 그리하여 항소법원은 USACE, 즉 연방정부가 관할권을 가지고 있는 것이 맞다 보아 원고의 청구를 기각하였다.

(3) 대법원의 판단

연방대법원은 원심을 파기하였다. 연방대법원은 쟁점 토지가 CWA가 적용되는 수역인지 여부에 대하여 적극적으로 찬동하는 견해 4인 및 반대하는 견해 4인으로 각 나뉘어졌다. 나머지 1인이 파기환송에 찬성하였다는 점에서 파기환송이 다수의견이 되었으나, 그 내용이 달라 실질적으로 이 판결은 그 어떤 견해도 과반수의 지지를 받지 못한 것으로 볼 수 있다.

(가) 다수의견²⁴⁾ (CWA가 적용되지 아니한다는 견해)

주에 걸쳐있는 호수 등이 그 예이다.

20) 33 C.F.R 328. 3(a)(5) "Tributaries of waters identified in paragraphs (a) (1) through (4) of this section;"

21) 33 C.F.R 328. 3(a)(7) "Wetlands adjacent to waters (other than waters that are themselves wetlands) identified in paragraphs (a) (1) through (6) of this section."

22) 33 C.F.R 328. 3(c).

23) USACE는 종전부터 위와 같은 규정에 따라 항행가능수역을 지류나 기타 비슷한 것들을 통하여 전통적 의미의 항행가능수역으로 연결(connected to or linked to)되는 지역을 포함한다고 해석하고 있었다. 또한, CWA에 따라 만들어진 규칙들은 간헐천(intermittent streams), 우기에만 호수가 되는 지역(playa lakes), 호수가 접점이 있는 평원(prairie potholes), 늪지(sloughs), 습지(wetlands)가 CWA가 규율하는 수역(waters)에 해당한다고 하고 있기도 하다. Code of Federal Regulations, 33 CFR Part 328; 40 CFR 122. 2; 40 CFR 230. 3(s).

CWA가 적용되지 아니한다는 견해는 문리해석에 그 무게의 중점을 두고 있다. 즉, CWA는 “the waters”라는 정관사 및 복수를 이용한 표현을 사용하고 있으므로, “물”이면 모두 다 항행가능수역에 해당된다 해석할 수는 없다고 한다. 그리하여 사전적 의미를 중심으로 살펴보아야 하고, 웹스터 사전에서의 정의에 따라 항상 물이 흐르는 천(stream), 해양, 강, 호수 등으로 해석되어야 한다고 한다. 그러므로 상시 물이 흐르지 아니하는 간헐천이나 우수 배수를 위한 운하 등은 항행가능수역에 해당되지 아니한다고 한다.²⁵⁾

의회가 특정 사안에 대하여 불명확하게 규정한 경우라면 Chevron 판결에 따라 행정의 해석이 합리적인 한 존중되어야 하겠지만, CWA에 사용된 waters라는 용어의 의미가 명백한 이상, 그 의미를 임의적으로 광범위하게 해석하고 있는 USACE 제정 규칙은 그 효력을 인정할 수 없다고 한다.²⁶⁾

(나) 반대의견(CWA가 적용된다는 견해)

반대의견은 CWA 상의 waters라는 용어가 다수의견과 같이 지표면에 물이 항상 흐르는 강 등만을 말하는 명확한 용어라 볼 수 없고, 그러한 이상 Chevron 판결에 따라 그 의미를 해석할 수 있는 권한이 USACE에게 있으며, 당해 권한에 따라 USACE가 제정한 규칙은 그것이 합리적인 한 존중되어야 한다고 본다.

그리고 USACE가 제정한 규칙에는 전통적인 항행가능수역에 인접한 곳도 항행가능수역에 포함된다고 규정하고 있고, 당해 인접성 여부에 대하여 다소 넓게 해석하여 규칙을 적용하여 오고 있었는바, 이러한 인접성(adjacent) 여부에 대한 USACE의 판단도 합리적 범위 내의 판단이라 볼 수 있다고 한다.

24) 과기환경청해가 5인, 반대견해가 4인이긴 하였으나, 문제되는 waters의 해석과 관련하여서는 4:1:4로 구분하여 볼 수 있어서 다수의견이란 표현이 부적절한 면이 있다. 다만, 논의 편의상 다수의견이라 표현하기로 한다.

25) 이는 CWA가 항행가능 수역으로부터의 간헐적인 배수 목적의 운하(channel)와 도관(conduit)을 점오염원(point source)라 독립적으로 정의하고 있는 점으로부터도 알 수 있다고 한다. 33 U.S.C. 1362(14).

26) 또한, 항행가능수역에 인접한 습지인지 여부와 관련하여 인접이란 개념은 바로 표면상 항행가능수역에 연결되어 있는 개념이라 보아야 한다고 한다. 한편, 전통적으로 주가 관할하고 있는 토지의 사용 관련 규정을 연방이 삭제하기 위해서는 명백한 규정이 필요한테 명백하다 보기 어렵다는 점도 지적한다.

(가) 우선 의회의 意思面에서 볼 때 waters라는 용어가 다수의견과 같이 지표면에 항상 흐르는 강 등만을 말한다고 보기는 어렵고, 그러한 이상 그 의미를 해석할 수 있는 권한이 USACE에게 있다고 본다. CWA는 항행가능수역의 화학적, 물리적, 생태학적 완전성(integrity)을 회복하고 유지하는 것을 목적으로 하고 있다는 점,²⁷⁾ CWA가 비용상의 문제로 인한 닉슨대통령의 거부권 행사에 불구하고 양원에서 재의결하여 제정되었다는 점 등 입법취지 및 입법경과를 살펴 볼 때 waters의 의미를 다수의견과 같이 좁혀 볼 일이 아니라 한다. 1977년 의회에서 습지를 제외할 것인지 여부 내지 USACE의 습지에 대한 규제권을 제한할 것인지 여부가 논의되었음에도 불구하고 제외 내지 제한하지 아니한 사실이 있었는바, 이는 이상과 같은 해석이 입법의 의사와도 일치하는 면이 있다고 주장한다. 최소한 1970년대 CWA가 처음 만들어졌을 때에 비하여 그 중요성이 떨어진 면이 있다는 점에 대한 확신이 없는 이상 종전의 판례는 그대로 유지되어야 한다고 한다. 사전적 의미로 보더라도 1년 365일 물이 흐르는 곳만이 천(stream)에 해당하는 것은 아니라는 점을 지적한다. 일 년에 290일만 물이 흐른다고 해서 규제 대상에서 제외하면 환경에 미치는 악영향을 피할 수 없다는 것이다. 습지를 점오염원(point source)이라 표현하는 법문도 있지만, 그러한 용어가 간헐천을 waters로부터 배제하는 의미를 가지고 있는 것도 아니라 한다. 의회는 오히려 오염원천에서부터 오염물질을 차단하는데 주안점을 두고 있다고 한다.

(나) 그러므로 다수의견과 달리 행정의 해석 및 포섭에 있어 재량의 여지가 생기는데, USACE는 습지가 홍수저장기능, 수질정화기능, 생태서식지로서의 기능 등을 수행하고 있어 인접한 항행가능수역 및 그 하류의 질을 보호하는데 중요하다는 판단을 하고 있었고, 그에 따라 인접성 여부에 대한 판단을 넓게 하고 있는 것인바, 그러한 판단은 존중되어야 한다는 것이다. 다수의견은 “인접(adjacent to)”을 항행가능수역과의 연속된 표면으로의 연결로 해석하고 있는데, 그렇게 축소 해석할 이유도 없다고 한다. 사전적 의미로 보더라도 adjacent란 바로 접촉하고 있지 아니하는 경우도 포함된다고 한다.²⁸⁾ 30년 동안 USACE의 습지 관련 해석이 유지되어 오고 있었고, 대법원도

27) 33 U.S.C. 1251(a).

28) 그러므로 USACE가 인접의 의미를 사람이 만든 제방이나 장벽, 자연적으로 형성된 갯길, 해안모래언덕 등으로 인하여 항행가능수역과 분리된 습지도 인접한 습지로 인정하고 있는데, 그러한 해석이 辭典적 의미로 보아 잘못되었다 볼 수 없다 한다. 또한, 습지의 보호로 인한 이익과 그로 인하여 드는 비용

그를 지지하고 있었다는 점, USACE의 해석이 그 동안 CWA의 목적을 충실하게 달성하여 왔다는 점 등도 USACE의 규칙을 통한 법률해석이 합리적이라 할 수 있는 근거가 될 수 있다 보았다.²⁹⁾

이상과 같이 반대의견은 Chevron 판결에 충실한 견해라 볼 수 있다. 한편, 파기환송을 한다는 점에서 위 (1)과 결론이 같아, 다수의견으로 분류되는 별개의 견해가 있었다.³⁰⁾

(다) 소결론

위 사건에서는 환경을 보호하고자 하는 입장의 소수의견이 Chevron 판결의 적용을 주장하는 반면, 그에 비하여 덜 환경친화적이라 할 수 있는 다수의견은 waters라는 법 개념의 의미가 명확하여 Chevron 판결의 적용여지가 없다고 한다.

의 편익비용분석은 행정에 의하여 행하여져야 하고, 사법이 그 판단을 대신할 수는 없다고 한다.

29) 한편, 주의 권한을 연방이 함부로 침해해서는 아니 된다는 근거조항으로 들고 있는 조항은 “주의 1차적인 책임과 권한을 인식, 보존, 보호”한다는 것인데 CWA에는 주에게 CWA 소정의 규정보다 더 강화된 기준을 적용할 수 있는 권한을 부여하고 있다는 점에서 문제가 없다고 한다. 또한 주 권한을 침해해서는 아니 된다는 것이 간헐천등을 waters 개념에서 제외하여야 하는 근거로 될 수도 없다고 한다.

30) 케네디 대법관은 항행가능수역과 중요하게 연결(significant nexus)되어 있다면 습지도 CWA상의 항행가능수역으로 볼 수 있다고 판단할 수 있다는 점에 대해서 동의한다. 그리고 그 연결(nexus) 여부는 CWA의 입법취지로부터 찾아보아야 한다고 한다. 그에 따르면 CWA는 국가의 수역의 화학적, 물리적, 생태학적 완전성(integrity)을 회복하고 유지하는 것을 목적으로 하고 있으므로 문제의 습지가 항행가능수역이 될 수 있는지 여부는 당해 습지가 독자적으로, 또는 다른 토지와 함께, 전통적 의미의 항행가능수역에 화학적, 물리적, 생태학적 완전성(integrity)에 중요한 영향을 미치는지 여부를 판단하여 결정하여야 할 문제라고 한다. 그런데 하급심이 그에 대한 판단을 하지 아니하였으므로 파기환송하여야 한다고 한다. 케네디 대법관의 위와 같은 판단은 위 (1)과 (2)의 중간적 위치라 볼 수 있다. 즉, 문리해석만으로는 충분하지 아니하고 입법취지까지 감안한 해석을 하여야 한다는 점에서 위 견해 (2)와 유사하다. 그러나 입법취지를 감안한 판단을 하기 위한 사실판단 등 필요한 판단을 원심에서 수행하지 아니하였기 때문에 파기환송하여야 한다고 판단하고 있는바, 결과적으로 하급심 판결을 파기한다는 점에서 위 (1)과 같은 견해가 되었다. 이에 대하여 소수의견은 습지가 전통적의미의 항행가능수역과 중요한 연결(significant nexus)이 되어 있는지 여부에 따라 항행가능수역에 해당하는지 여부를 판단하여야 하는 것에 대하여 반대한다. 이는 화학적, 물리적, 생태학적 의미에서 중요하지 아니한 습지의 경우에는 개별적으로 USACE가 심사하여 허가를 하여 주면 될 일로 해석하기 때문이다. 즉, 케네디대법관의 견해에 따르면 사안에 따라 USACE가 규제권한을 가지고 있는지 여부부터 일일이 심사하여야 하는데, 그러느니 USACE가 항행가능수역 인접 습지에 대한 규제권을 가지고 중요하지 아니한 습지에 대해서 일일이 심사하여 허가 여부를 결정하면 된다는 것이다.

2. Coeur Alaska, Inc. v. Southeast Alaska Conservation Council 사건³¹⁾

(1) 사안

2004년 Coeur Alaska는 알래스카 서남부지역에 소재하는 켄싱턴 금광산을 개설하고자 하였다. 당해 회사는 거품浮遊 選鑛방식(froth-flotation)의 가공절차를 거쳐 암석으로부터 금을 분리하고자 하였다. 당해 가공과정에서 분쇄된 암석은 물 및 화학약품이 혼합된 상태로 금과 분리된다. 당해 혼합물을 현탁액(tailings slurry)라고 하는데 이에는 알미늄, 주석, 납, 수은들도 포함되어 있다. 즉, 현탁액이란 위와 같은 물질, 분쇄된 암석, 물이 혼합된 탁한 액체라 볼 수 있다. 그 중 약 40%는 광산을 다시 매우는데 사용되고, 나머지들은 근처에 있는 Lower Slate라는 호수에 버려질 예정이었다.

그 계획에 따르면 당해 호수는 원래 수면에 비하여 약 15미터(50피트)정도 상승하고, 호수표면은 세배 정도로 넓어질 것이라 예상되었다. 당해 호수에는 각종 생물들이 서식하고 있는데 위와 같은 계획 실행 결과 당해 생물들이 계속하여 서식 가능한지 여부는 불확실하다고 한다.³²⁾ 위 계획에 따른 현탁액(tailing slurry)의 호수에 대한 방출과 관련하여 허가권을 가지고 있는 USACE는 2005년 9월 그를 허가하였다. 그에 대하여 환경보호단체인 Southeast Alaska Conservation Council은 허가를 내 준 USACE 및 허가를 받은 Coeur Alaska에 대하여 각각 소송을 제기하였다. 이중 후자의 소송이 본건 문제된 소송이다.

(2) 주된 쟁점

CWA 301(e)와 306(e)에 따르면 EPA는 배출제한선(effluent limitation guidelines)

31) Coeur Alaska, Inc. v. Southeast Alaska Conservation Council, 486 F. 3d 638, 654-655 (2007).

32) 이 부분은 긴스버그(Ginsburg) 대법관이 작성한 반대(dissenting)의견 각주 1 참조. 원고들은 현탁액의 방출이 호수의 PH를 10으로 상승시키게 되어 모든 생물을 절멸시킬 것이고, 회복가능성도 없게 된다고 주장했다. 알래스카 원주민들도 동일한 허가가 다른 광산이나 산업에도 나게 되는 경우 그들의 어업에 지대한 악영향을 미친다고 주장했다. 반면, 이후 기술할 Ragas Memorandum에는 USACE의 직원들이 호수의 생태에 영향이 없을 것이라 판단하고 있었다는 내용이 포함되어 있었다고 한다.

을 만들어 기존 및 신규 오염원으로부터의 오수의 방출(discharge)을 최대한 제한하여야 하였다. 그러한 목표를 달성하기 위하여 CWA는 두가지 조항을 만들었다.

그 첫째가 402조에 의한 EPA의 허가이다. 당해 허가는 특정한 물질의 방출이 위 301조 및 306조에 의하여 요구되는 배출제한기준을 충족하는지 여부를 심사하는 것이다. 둘째는, 404에 의한 USACE의 허가로서 준설물(dredged) 또는 매립물(fill material)을 방출하는 것과 관련한 심사이다.

이중 본 건에서 문제가 되는 매립물(fill material)의 정의와 관련하여, EPA와 USACE가 2002년 공동으로 제정한 規則(이하 “2002년 규칙”)에서 “수면을 상승시키는 효과를 가진 물질(material [that] has the effect of... changing the bottom elevation)”이라고만 정의하고 있었다. 현탁액을 방출함으로써 호수면이 높아질 것은 자명하였기 때문에 위 현탁액이 매립물에 해당할 수 있다는 점에 대해서는 아무런 문제가 없었다.³³⁾

문제는 매립물에 해당한다면 402조가 적용되지 아니하는냐는 것이었다. 만약 402조도 동시에 적용된다면 404조 관련 USACE의 허가만으로는 현탁액을 호수에 방출하는 것은 불가능하다. 즉, 402조 관련 301조 및 306조를 따르고 있는지 여부에 대한 심사를 따로 받아야 한다. 참고로, 그와 관련하여 규칙(regulations)에서도 당해 문제에 대하여 명확히 해석될 수 있는 규정을 두지 아니하였다.

그 결과 EPA와 USACE의 그 동안의 관행과 문서 등이 문제되었다. CWA 제정 이후 30여년 동안의 관행은 매립물일 경우 EPA가 다시 402조에 의한 허가를 할 필요가 없다는 것이었다. 문서상으로는 2004년에 습지담당 EPA 책임자인 Ragas라는 사람이 작성한 ‘공표되지 아니한’ 공문(이하 “Ragas Memorandum”)이 있었는데, 당해 공문상으로는 402조와 404조를 중복적용하지 아니한다고 한다. 다만, 현탁액의 호수까지의 유입에 대해서는 중복적용하지 아니하지만, 호수로부터 하류로의 방출시에는 402조가 적용된다고 한다.

반대로, ‘공표된’ 문서상으로는 그와 달리 해석할 수 있는 여지가 있는 내용들이 몇 건 있었다. 예컨대, 1986년에 EPA와 USACE가 매립물(fill material)의 정의를 통일하는 과정에서 작성한 양해각서(memorandum of understanding), 2002년 규칙의 서문,

33) 2002년 규칙에도 매립물에 현탁액이나 유사한 분쇄 관련 문질을 포함하도록 하고 있었다. 40 CFR 232. 2.

당해 규칙을 공포할 때 표명한 양 기관의 견해들이 그것이다.

항소심인 제9순회 재판소(the Ninth Circuit)는 그 동안의 관행을 깨고 USACE의 허가가 무효라 판결하였다. 즉, 매립물(fill material)이라 하더라도 301 및 306조의 기준을 충족하지 아니한다면 USACE는 허가해서는 아니된다는 것이었다.

(3) 대법원의 판단

반면, 2009년 6월 22일 연방대법원은 위 사건을 파기환송하였다. 주된 논점은 법문 또는 의회의 의사가 명확하지 아니하다 보아³⁴⁾, 행정관청의 의사를 존중할 것이냐의 문제였다.

(가) 다수의견

다수의견은 404조는 402조와 적용범위를 달리하는 것이라 하고 있다. 402조가 규율하는 대상들 중에서 404조는 특별히 매립물(fill material)만을 떼어서 USACE의 관할 하에 둔 것이라 판단한다. 그러므로 EPA의 심사를 받아야 하거나 USACE가 심사 시 402조 허가를 위하여 필요한 요건을 따로 심사할 이유가 없다고 본다. 다수의견은 위와 같은 결론을 도출하기 위하여 Chevron 판결의 논리를 원용한다.

즉, 그 제1단계로 CWA의 문리해석 면에서 명확한 해석을 찾기 어렵다 본다. 402(a)는 ‘달리 정한 바를 제외하고는’ 어떤 오염물질에 대해서도 EPA는 그 방출에 대하여 허가할 수 있다고 규정하고 있는바, 위에서 404조가 그 달리 정한 경우라 판단하기는 어렵다 한다. 또한, 402조에는 301조 및 306조에서 정한 배출기준을 준수하여야 함을 요구하고 있지만, 404조에는 그러한 내용이 없다는 것도 매립물(fill material)에 대하여 301조 내지 306조에 의한 심사를 면제하는 것으로 해석하기 어렵다고 한다. 이렇게 법문 상으로 애매한 점이 있다 봄으로써 Chevron 판결을 적용할 수 있는 여지가 발생하였다.

제2단계로, 행정부의 규칙의 형태로 공포한 내용이 있는지 여부 및 그것이 합리적인

34) “만약 법원이 의회가 문제된 쟁점과 관련하여 특정한 의사를 가지고 있었다고 확신한다면, 그 의사가 곧 법이고, 당해 의사 내용대로 효력을 부여야 한다.” Chevron v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984).

지 여부를 살펴보아야 하는데, 규칙형태로 공표된 부분 중에서는 명백하게 해답을 찾을 수 있는 부분이 없었다.³⁵⁾ 즉, 규칙(regulation)도 법률의 애매함을 해결하고 있지 아니하다. 그 결과 본건의 경우에는 직접적으로 Chevron 판결을 적용하기도 어려웠다.³⁶⁾

그런데 뜻밖에도 다수의견은 최후의 수단으로 외부에 공표되지 아니한 문서인 Ragas Memorandum에 의존한다. 다수의견은 비록 이 문서가 정식(formal) 절차를 따른 것이 아니어서 Chevron 판결을 적용하기는 어렵지만, 그 내용에 포함된 다음 다섯 가지의 점을 볼 때 그 해석상 명백히 오류가 있거나 규칙과 어긋나지 아니하므로 (plainly erroneous or inconsistent with the regulation), 존중될 수 있다고 한다.

1. 현탁액이 호수로 유입될 때에 한하여 402조의 적용을 배제하고, 당해 현탁액이 호수로부터 하류로 이전될 때는 402조가 적용된다고 하는 점.
2. 404조만을 적용한다는 것이 오염물 방출자가 EPA의 이행기준을 회피하기 위한 시도로 악용될 수 있는 것을 의미하지는 아니한다고 하고 있는 점.
3. 현탁액 방출이 공공의 이익에 부합하는지 여부를 결정할 권한이 USACE에 있다고 판단하는 한편, 그들은 전문가이고, 그들의 판단에 따르면 현탁액이 호수를 넓고 깊게 하여 더 많은 생물이 살 수 있게 될 것이라 판단하고 있다는 점.
4. 404조만을 적용한다는 것이 독성 오염물이 항행가능수역에 들어가는 것을 허용하는 것은 아니라는 점.
5. 이상의 해석이 합리적해석이고 306, 402, 404를 조화롭게 해석하는 방법이라 보인다는 점.³⁷⁾³⁸⁾

35) EPA의 규칙 중에서 404조가 적용되는 것은 허가를 요하지 아니한다는 취지의 문언이 있지만, 이는 EPA가 당해 404조와 동일한 내용의 허가를 할 권한이 없다는 정도의 의미만이 있을 뿐, 402조 소정의 허가도 요하지 아니한다는 해석으로까지 확장될 수 있는 것은 아니었다. 40 CFR 232. 2.

36) Mead 사건(United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218 (2001))에서 연방대법원은 특정 성문 조항의 행정적 실행은 그것이 의회가 행정에게 법의 힘을 실시하기 위한 규칙을 만들 권한을 위임하였고, 그런 권한의 행사 과정에서 공표되는 경우에 한하여 Chevron 판결이 적용된다고 한다. 반면, 스칼리아 대법관은 이 사건에서도 Chevron 판결이 적용될 수 있다고 본다. 그렇지 않다면 당해 판결은 Chevron 판결을 존중(Chevron deference)하는 다른 하나의 판례가 아니라 별도의 원칙을 채용한 것이라 볼 수 있다고 한다(Coeur Alaska deference).

37) 반면, 위 Ragas Memorandum은 정식으로 공표된 문서가 아닌 반면, 공식으로 공표된 견해 들 중에서 오히려 Ragas Memorandum과 다른 내용이 들어 있는바, 그렇다면 당해 메모에 법적 효력을 부여할 수 없다는 원고의 주장에 대하여 ① 비록 원고가 1986년에 EPA와 USACE 사이에 매립물(fill material)의 정

결국 이상의 다수의견에 의하면 본건은, 설사 Chevron 판결이 직접 적용될 수 없다고 하더라도, 그와 유사한 결론을 내리는 것이 가능하다는 것이다. 법에 402조와 404조의 관계를 명시하지 아니하고 있음에 반하여, 행정청의 공표되지 아니한 문서상으로 그 둘의 관계를 정해 놓은 것이 있었고, 그것이 합리적이라 볼 수 있으므로, 위사건의 경우 404조만이 적용되어 USACE의 허가만으로도 충분하다는 것이다.³⁹⁾

(나) 반대의견

소수의견은 먼저 현탁액이 알미늄, 주석, 납, 수은 등을 포함하고 있고, 그것이 호수의 생물을 죽일 것이라는 점이 명백하다고 하는 인식을 서두에 깔고 있다.

소수의견의 주요 내용은 원심의 판단이 문리적 해석에 부합한다는 것이다. 원심은 원고들의 주장 내용인 306(e)는 “새로운 오염원의 소유자 또는 운영자가 그 원천에 적용되는 이행기준(any standard of performance)을 충족하지 못하면 위법”이라 규정하고 있다는 점, 당해 규정에 있어 어떤 예외규정도 두고 있지 아니하다는 점, 거품부유선광방식의 금채광 및 그에 의한 부산물에 대한 어떤 기준도 EPA가 채택하고 있지 아니하다는 점 등을 근거로, CWA가 명확하게 매립물에 대해서도 306조가 적용되어야 함을 천명하고 있으므로, 그와 다른 행정해석은 아무런 의미가 없다고 한다. 다수

의를 통일하는 과정에서 작성한 양해각서(memorandum of understanding)에서 402조가 적용된다 하고 있지만, 이는 호수에서 그 하류로 방류할 때 적용한다는 의미일 수 있으므로 메모 내용과 다르지 않다는 점, ② 위 2002년 규칙의 서문에서 매립물(fill material)에 대한 기존의 거품부유선광방식(froth-flotation) 금 채굴에 있어서의 이행기준을 대체하는 것은 아니라는 규정 역시 기존의 이행기준이란 것이 매립물에 속하지 아니하는 경우 306조가 적용된다는 것이고, 실무 역시 그러해 왔다는 점, ③ 두 기관이 위 규칙을 공표할 때 한 언급, 즉, 이행기준에 대한 EPA의 기존의 결정은 여전히 유효하다는 표현 역시 호수에서 그 하류로 방류할 때를 염두에 둔 것이라는 점 등을 들어 받아들이지 아니하였다.

- 38) 원고가 매립물(fill material)에 대하여 306조에 의한 이행기준을 적용한 사례를 전거하지 못한 반면, 피고는 404조에 의하여 허가를 한 예를 두 사례 들었다는 점도 들고 있다. 그리고 EPA 및 USACE로부터의 이중의 허가를 요하는 경우 혼선, 지연, 비용, 불확실성이 발생할 수 있다는 점도 판시하고 있다.
- 39) 파괴환경에 참여하기는 하였지만, 다른 논거를 제시하고 있는 브라이어대법관은 매립물과 306조의 오염물을 구분할 수 있다고 주장한다. 매립물(fill material)이라 하더라도 그것이 오염된 것이라면 오염물로 볼 수 있고, 단순한 암석이라면 오염물로 보지 아니할 수 있다 한다. 매립물에 화학물 등이 섞여 있지 아니하다면 굳이 406조에 따라 EPA의 심사를 받게 할 이유가 없다는 것이다. 오염된 물건을 해수면을 상승시킬 수 있는 한 매립물이라 주장하려는 시도가 있을 수 있다는 반대의견에 대해서는 USACE의 404조 관련 계획에 대하여 그것이 도시에 대한 수도공급, 조개나 어류서식지, 야생동물, 레크리에이션활동에 받아들일 수 없는 악영향이 있는 경우에는 비토권을 행사할 수 있다는 점(1344(c))도 든다.

의견이 Chevron 판결을 사실상 원용하고 있지만, 의회의 의사가 명확한 이상 당해 판결을 원용하는 것은 처음부터 불가능하다는 것이다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

(다) 소결론

위 사건에서는 Rapanos 사건과 반대로 환경을 보호하고자 하는 입장의 소수의견이 법문, 특히 306(e)의 의미가 명확하여 Chevron 판결이 적용될 수 없다 주장하는 반면, 그에 비하여 덜 환경친화적이라 할 수 있는 다수의견은 그 의미가 명확하지 아니하다고 보아 Chevron 판결과 동일한 논리를 적용하고 있다. 특기할만한 점은 United States v. Mead Corp. 사건에 의하면 본건이 Chevron 판결을 적용할 수 없는 경우임에도 불구하고 그와 동일한 결론을 도출하였다는 점이다.

3. Entergy v. Riverkeeper 사건⁴²⁾

(1) 사안

Entergy Corporation은 원자력 및 화력발전소를 운영하고, 그로부터 산출되는 전기를 판매하는 회사이다. 발전 과정에서 많은 열이 발생하는데 그를 식히기 위하여 강으로부터 다량의 물을 흡입하여야 한다. 그런데 그 흡입 과정에서 크기가 큰 어류들은 흡입구

40) 소수의견은 CWA의 서문에 미국의 수역의 화학적, 물리적, 생태학적 완전성을 확보하고 유지하기 위하여 제정되었고, 법제정자가 강, 호수, 시내, 대양을 쓰레기처리시스템으로 사용하는 것은 허용되지 아니한다고 법 제정자가 말하고 있다는 점, 모든 오염물을 통제하기 위하여 402조를 두고 있고 그에 따라 National Pollution Discharge Elimination System을 운용하고 있는 반면, 404는 기본적으로 통일되고 기술에 기반을 둔 오염통제기준이 되지 아니한다는 점, 수면을 높일 수 있는 것이라면 무엇이든 매립물로 보아 404조만이 적용된다면 오염물도 얼마든지 402조에 의한 규제를 피할 수 있다는 점 등을 근거로 제시하고 있다.

41) 소수의견은 자신의 해석이 타당하다는 근거로, 다수의견이 “선광방식으로부터 나오는 처리수(process water)를 미국의 수역(waters)에 방출하는 것은 금지된다”는 규칙(40 CFR 440. 104(b)(1))에 위배된다고 하는 점을 들고 있기도 하다. 그러나 당해 조항은 “there shall be no discharge of process wastewater to navigable waters from mills that use the froth floatation process”라 하고 있어 호수에서 하류로 방류되는 경우에만 적용된다 볼 수 있는 여지도 없지 않다.

42) Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc., 129 S. Ct. 1498 (U.S. 2009).

에 흡착되고⁴³⁾, 작은 생물들은 아예 흡입되어⁴⁴⁾, 죽거나 다치는 일이 발생하게 되었다. 당해 현상은 모든 발전소에서 공통으로 발생하는데, 그로 인한 미국 내 피해는 어획 활동 관련 피해만으로도 일년에 약 7-8천만 달러에 달하고, 생태계에 미치는 영향이나, 어획활동과 무관한 수생생물에 대한 피해 등까지 합치면 그보다 훨씬 크다고 한다. 한편, 원고인 Riverkipper는 허드슨 강과 그 지류의 환경을 보호하기 위한 시민단체이다.

(2) 주된 쟁점

CWA는 위와 같은 피해를 막기 위하여 냉각수 흡입 시설의 설치장소, 디자인, 건설, 용량은 환경에의 악영향을 최소화하기 위하여 ‘이용가능한 최상의 기술(Best Available Technology, “BAT”)’를 사용하여야 한다고 규정하고 있다.⁴⁵⁾

이 BAT 強制 규정과 관련하여 EPA는 단계별로 규칙을 만들었다. 우선, 新規시설에 대해서는 2001년에 계산된 피해 수치 대비 피해규모가 98% 감소할 수 있도록, 처리수의 재활용(closed-cycle)을 할 수 있는 장치를 도입하도록 하였다. 既存시설에 대하여는 2004년에 규칙을 제정하였는데, 원칙적으로 이들 시설도 재활용 장치를 도입하도록 함으로써 큰 어류들의 피해는 계산된 피해 수치 대비 80-95%, 작은 수생생물의 경우에는 60-90% 감축할 수 있도록 하여야 한다고 한다.⁴⁶⁾

그런데 당해 규칙에는 既存시설에 관한 한 반드시 재활용장치를 설치하지 아니하여도 될 수 있도록 대체적 방안을 사용할 수 있는 길을 열어 놓았다. 즉, 행정청이 예상한 것보다 소요되는 비용이 현격하게 크거나(significantly greater than), 그 비용과 편익을 분석(Cost-Benefit Analysis, “CBA”)하여 전자가 현격하게 클 경우에는, 재활용시설을 만드는 대신 기존기술을 활용하거나, 추가적 어류보호기술을 사용하거나, 어류 등에 대한 피해회복수단을 강구하는 등 다른 방법을 사용하여 위 목표를 달성하여도 된다는 것이다.⁴⁷⁾ 피고인 Entergy Corporatoin도 당해 방법에 따른 허가를 받았다.

43) ‘impingement’라 한다. 사전적 의미로는 침해인데, 위와 같이 해석하였다.

44) ‘entrainment’라 한다.

45) CWA 316(b) “the location, design, construction, and capacity of cooling water intake structures reflect the best technology available for minimizing adverse environmental impact”

46) 40 CFR 125. 94(b)(1), (2).

문제는 그와 같은 대체적 방법이 CWA가 규정하는 ‘이용가능한 최상의 기술(BAT)’과 부합하느냐 여부였다. 원고인 Riverkeeper는 EPA 규칙에 반영되어 있는 대체적인 방법들은 CWA가 요구하고 있는 ‘이용가능한 최상의 기술’에 부합하지 아니한다고 주장했다. 이는 발전소 운영주체가 비용이나 편익을 왜곡하여 산정할 수 있으며, 신기술을 발전시키는데 저해요인으로 작용할 수 있고, 동일한 목표를 달성한다고는 하지만 목표 달성 여부에 대한 심사도 사실상 어려워 CWA의 입법취지를 달성하기 어렵다는 점 때문이었다. 원심인 제2순회재판소도 그러한 주장을 받아 들었다.

(3) 대법원의 판단

(가) 다수의견

다수의견은 원심의 판단을 Chevron 판결을 이용하여 과기 환송하였다.

그 제1단계로 BAT라는 용어가 명확한 용어라 볼 수 없다고 한다. 다수의견은 의회가 BAT라는 용어 내에 CBA가 포함되는지 여부를 결정하지 아니하였다고 보았다.⁴⁸⁾ 그 결과 Chevron 판결이 적용될 여지가 생겼다.

제2단계로, 그러한 경우 행정이 한 해석은 그 해석이 합리적인 한 사법에 의하여도 존중되어야 한다. 즉, 행정이 BAT 속에 CBA가 포함된다고 해석하는 경우, 그러한 해석이 합리적 범위 내에 있는 한, 비록 그러한 해석이 최상의 입법해석결과라거나 또는 가장 합리적인 해석방법에 해당하지 아니한다고 하더라도, 행정의 결정은 존중되어야 한다고 한다.

그 다음 단계로 BAT 속에 CBA가 포함되는 것으로 해석하는 것이 합리적 판단으로 볼 수 있다고 한다. 다수의견은 BAT가 특정 상품을 가장 잘 만들 수 있는 기술을 의미할 수도 있지만, 당해 상품을 가장 효율적으로 만들 수 있는 기술을 의미할 수도 있다고 해석한다. 그리고 CWA에는 “환경에의 악영향을 ‘최소화’하기 위하여”라는 단어가 나오는데, 이 때 최소화의 의미에 대해서도 정도의 문제로 볼 수 있으며, 같은 법의 다른 용어 예를 보면 “오염물방출의 박멸”, “극단적인 문서작업의 최소화” 같은

47) 40 CFR 125. 94(a)(5)(i), (ii).

48) 다른 용어, 즉, “경제적으로 실현가능한 최상의 이용가능기술”이나 “이용가능한 확실한 통제기술” 등은 CBA를 배제하는 듯 보이지만, BAT라는 용어가 CBA를 배제하는지 여부는 분명하지 아니하다고 한다.

표현이 있는바, 그에 비해서는 오히려 약한 개념이라 볼 수 있다고 주장한다.

그리하여 결과적으로 BAT에 CBA를 포함시킨 행정의 해석은 존중되어야 한다고 한다.⁴⁹⁾

(나) 소수의견

소수의견은 의회가 사용한 BAT라는 개념으로부터, 의회가 스스로 그 내용을 장악하려 하고자 하는 의사만을 찾을 수 있을 뿐, 행정에게 그 해석을 위임하고자 하는 의사는 찾아 볼 수 없다고 한다. 그러므로 당해 용어의 해석 과정에서 CBA가 포함될 수 있다고 한 EPA의 결정은 허용될 수 없고, 그 결정이 합리적인지 여부는 따져 볼 필요도 없다고 한다.

(다) 소결론

위 사건에서는 Rapanos 사건과 반대로 환경을 보호하고자 하는 입장의 소수의견이 법문, 특히 306(e)의 의미가 명확하여 Chevron 판결이 적용될 수 없다 주장하는 반면, 그에 비하여 덜 환경친화적이라 할 수 있는 다수의견은 그 의미가 명확하지 아니하다고 보아 Chevron 판결과 동일한 논리를 적용하고 있다.

III. 판결에 비추어 본 불확정개념 논의

1. 불확정개념의 해석에 한정하여 본 위 각 사건의 분석

앞서 본 CWA 관련 사건들은 모두 법률에서 사용된 불확정개념 또는 법률이 명확

49) 브라이어대법관은 '이용가능한 최상의 기술'이라는 개념을 의회가 스스로 정의내리지 아니하였다는 점에서 행정에게 해석의 여지는 있다 볼 수 있다고 한다. 그러나 그 해석상의 합리성에 대해서는 더 살펴 봐야 한다는 견지에서 원심을 파기 환송하는 다수의견에 찬동하였다. 실질적 내용상으로는 소수 의견에 더 가까운데, CWA 입법과정에서 CBA를 허용하면 허가절차가 지연되고 비용이나 편익을 왜곡하여 산정할 수 있으며, 신기술을 발전시키는데 저해요인으로 작용할 수 있다는 점 등을 감안하여 CBA를 제한하려고 하는 의사가 있었던 것으로 보인다고 한다. 다만, 그렇게만 해석하는 경우 경제적 문제가 발생할 수 있다는 점 때문에 위와 같이 판시한 것으로 보인다.

히 해석되는지 여부가 문제되는 부분과 관련하여 논쟁이 발생한 것이다. 그런데 연방 대법원은 어느 경우에는 문제되는 법률 개념이 불확정개념에 해당한다고 보아 Chevron 판결을 적용하여 행정의 해석을 존중하고, 어느 경우에는 불확정개념에 해당하지 아니한다고 보아 Chevron 판결을 적용하지 아니하여 행정의 해석을 따르지 아니한다.

그런데 세 사안을 비교하여 보면 불확정의 정도와 판단의 결과가 서로 잘 맞지 아니하는 듯한 느낌이 없지 않다. 유일하게 확실한 것은 세 판결 모두 환경이익 측면에서 불리한 판결이라는 점이다. 이 글의 제목을 '불확정개념의 해석과 환경법의 퇴보'라 붙인 것도 그 때문이다.

(1) Rapanos v. United States 사건

라파노스사건에서 주된 쟁점이 된 것은 문제의 습지가 CWA 소정의 the waters of United States라 볼 수 있는지 여부였다. CWA가 시행된 이래 30여년 이상 문제의 습지와 같은 지역은 위 waters 개념에 포함된다고 해석하여 오고 있었다. USACE는 전통적인 의미에서의 항행가능수역 이외에 그에 인접한 습지도 waters에 포함된다는 규칙을 제정하고 있었고, 그렇게 해석하는 것이 수질 환경에 도움이 되기도 했다.

그런데 다수의견은 USACE가 제정한 규칙의 효력을 부인한다. 그러나 그와 같은 결론을 도출하기 위해서는 Chevron 판결의 적용여지를 부인하여야 하였다. 그리하여 다수의견은 법률을 통하여 살펴볼 수 있는 입법의 의사가 명확하여, Chevron 판결이 적용될 여지가 없다고 말하여야 하였다. 그 결과 waters가 불확정개념이 아니라는 결론으로 흐르지 아니할 수 없었다.

그러나 그와 같은 해석이 타당한 것인지에 대하여는 의문의 여지가 없지 않다. 무엇보다 waters가 “지표면에 영속적으로 물이 흐르는 곳”이라는 해석에 의문의 여지가 없다 보기 어렵다. 사안의 습지는 강이나 호수로부터는 32킬로미터 정도 떨어진 위치에 있었지만, 실개천이나 배수로를 통하여 강이나 호수로 연결되어 있었다. CWA의 입법목적은 전통적 의미의 항행가능수역의 수질보호로 한정한다고 하더라도, 문제의 습지가 실개천이나 배수로를 통하여 전통적의미의 항행가능수역과 연결되어 있다는

점을 감안한다면, 당해 습지도 전통적의미의 항행가능수역의 수질에 위협을 가할 수 있었다. 그러므로 CWA의 입법취지를 감안한다면 waters를 다수의견과 같이 해석함은 적절하다 보기 어려웠다.

더 나아가 대법관들 사이에서 의미의 명확성을 가지고 4:4로 팽팽히 맞서고 있다는 현실 그 자체가 waters라는 용어의 의미가 명확하지 아니하다는 점을 반증한다. 다른 두 사건의 경우 용어의 명확성에 대하여 다투고 있었지만, 모두 명확하지 아니하다는 결론으로 흘렀고, 凡人도 아닌 대법관 사이에서마저도 해석에 다툼이 있는 정도라면 불확정개념으로 보는 것이 타당하다는 측면에서 본다면 그러한 결론을 비난하기 어려운 점이 없지 않았는데, Rapanos 사건은 반대였던 것이다.

(2) Coeur Alaska v. Southeast Alaska Conservation Council 사건

재미있게도 라파노스 사건에서 다수의견, 즉, Chevron 판결의 적용여지가 없다고 주장하였던 대법관들은, Coeur Alaska 사건에서는 Chevron 사건과 동일한 논리를 적용하여야 한다고 판결하였다. Coeur Alaska 사건에서 종전의 실무 방식은 현탁액은 CWA 소정의 매립물이고, 매립물에 관한 한 402조의 적용여지가 없어 허가권자는 USACE만이 된다는 것이었다.

매립물에 대해서는 404조가 적용되지 아니한다는 문구가 402조에 있었다면 다수의견은 쉽게 환경단체의 주장을 내칠 수 있었을 것이다. 그런데 402조에 그와 같은 문구가 없고, 달리 402조와 404조의 관계를 규정한 조항도 없었으며, 오히려 402조 및 그 근거가 되는 301조, 306조의 내용을 살펴보면 설사 404조의 매립물에 해당하더라도 402조에 의한 심사를 따로 받아야 한다고 해석될 여지도 있음을 발견하게 되었다. 그에 따라 다수의견은 매립물에 대하여 402조에 따른 심사를 받아야 하는지 여부에 대하여 의회가 애매한 태도를 취하고 있다고 판단함으로써 Chevron 판결에 의지하게 된다. 이미 행정 실무상으로는 매립물에 대해서 402조를 적용하지 않고 있었기 때문이다.

그런데 실무처리 내용에 불구하고 USACE나 EPA가 제정한 규칙상으로는 매립물에 대하여 402조를 적용하지 아니하여도 된다는 문구가 없었다. 그러므로 위 사안은 Chevron 판결이 적용될 수 있는 전형적인 사안이 아니었다. Mead 사건⁵⁰⁾에서 연방

대법원은 (i) 의회가 행정에게 법을 실행하기 위하여 규칙을 만들 권한을 위임하고, (ii) 그 권한 행사 결과가 공표된 경우에 한하여, Chevron 판결이 적용될 수 있다고 하고 있었다. 그런데 위 사건에서는 공표된 규칙을 찾아 볼 수 없었다. 유일하게 찾을 수 있었던 근거가 Ragas Memorandum 이었는데, 그 역시도 외부로 공표된 것은 아니었다. 그러함에도 불구하고 다수의견은 매립물에 대하여 402조를 적용하지 아니하는 행정의 해석을 존중하여야 한다고 하여 Mead 판결과 달리 사실상 Chevron 판결을 적용하고 있다.

이러한 해석은 비난 받을 가능성이 적지 아니하였다. Chevron 판결을 적용하기 위하여 402조, 306조의 의미가 명확하지 아니하다고 하고 있지만, 306조의 문언을 보면 앞서 Rapanos 사건에서 의미가 명확하다고 본 waters 보다는 오히려 더 명확한 편이었다. 더 나아가 당해 사건의 경우에는 規則(regulation) 중에서 402조의 적용을 배제할 수 있는 근거조항이 없다는 점에서 Chevron 판결을 적용할 수 없는 경우이기도 했다.

환경보호의 측면에서도 문제가 많았다. 물론, 다수의견도 문제의 호수가 오염될 가능성을 전혀 도의시킬 수는 없었다. 그래서 나온 것이 Ragas Memorandum의 내용 중에 호수에 대한 현탁액 방출과 관련하여 허기를 한 USACE가 전문가로 구성되어 있고, 그들의 판단에 따르면 현탁액이 호수를 넓고 얇게 하여 더 많은 생물이 살 수 있게 될 것이라고 한다는 부분이 들어 있다는 지적을 하는 것이었다. 그러나 그러한 믿음은 얼마나 타당한 것인지는 의심의 여지가 없지 않았다. 문제의 현탁액 속에 알루미늄, 주석, 납, 수은들도 포함되어 있다는 점이 심리과정에서 나타나 있는 상황이라면 최소한 문제 호수가 오염될 여지가 없지 않다는 생각을 할 수 있었다. 그러함에도 불구하고 환경단체의 주장을 받아들이지 아니할 수 있었던 수단이, Ragas Memorandum에 있는 내용인, 호수 그 자체로의 현탁액의 유입에는 402조가 적용되지 아니하지만, 그것이 전통적의미의 항행가능구역으로 흘러들어가게 될 때는 402조가 적용될 수 있다는 것이었다. 이것이 말하는 것은 최소한 전통적 의미의 항행가능구역에 오염물이 유입되는 것은 막을 수 있을 것이니, 실무의 입법해석이 나름 합리적이라 볼 수 있다는 것이다. 그러나 그를 거꾸로 해석하면 하류로 방류만 되지 아니한다면 호수 그 자체의 오염에는 신경 쓰지 아니하겠다는 말이 된다.

50) United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218 (2001).

(3) Entergy v. Riverkipper 사건

사건 당시 행정의 실무는 EPA 제정 규칙에 따른 CBA 결과에 의해 경우에 따라서는 재활용장치를 이용하지 아니할 수 있다는 것이었다. 다수의견은 그와 같은 행정의 실무(행정규칙)를 그대로 따르고자 하였다. 그러기 위해서는 CWA에서 사용되고 있는 BAT가 기술적 측면에서 보았을 때 최상의 기술을 말하는, 명확한 용어라 해석하여서는 아니 되었다. 그리하여 BAT는 명확한 용어가 아니며, CBA가 포함될 수 있는지 여부를 의회가 결정하지 아니하였다는 결론을 내린다. 그 이후 BAT에 CBA가 포함된다 해석하는 것이 합리적 해석이라는 결론을 내려야 하는데, 그에 걸리는 부분이 CWA에서 “환경에의 악영향을 최소화하기 위하여”라는 부분이었다. 당해 부분에 대해서도 최소화라는 용어보다 강한 어조의 다른 표현들이 CWA에 있다는 점에서 “최소화”라는 문언적 의미에 너무 구애될 필요가 없다는 태도를 취한다.

이 판결에 대해서도 비판의 여지가 없지 아니하다. 소수의견이 말하는 바와 같이 Best Available Technology라는 용어는 기술적인 측면을 언급한 것으로 해석하는 것이 문언 그 자체에 충실한 해석으로 보이는 면이 없지 않다. 다수의견을 제시한 대법관들은 Rapanos 사건에서 waters를 애매하지 아니한 명확한 용어라 하였는데, 위와 같은 BAT라는 용어는 최소한 waters 보다는 덜 애매한 용어로 보인다.

(가) 우리 행정법에 대한 시사점

1) 불확정개념의 효력

미국 연방대법원은 불확정개념이 사용되는 경우 議會의 意思가 무엇인지 파악하는 것을 최우선의 과제로 보고 있다.⁵¹⁾ 반대로, 의회가 어떤 사안에 대하여 불명료한 용어를 사용하여 명확한 해법을 만들어 두지 아니하였다면, 행정에게 해석의 여지를 남긴 것이라 해석하는 것이 일반적이다. 물론 미국도 Wayman 판결⁵²⁾에서 “(의회가) 중요한 사항에 대하여는 직접 결정을 내리고, 기타의 부분에 대해서는 위임할 수 있

51) 독일 역시도 판단여지의 근거로서 1990년대 이후에는 判斷授權說이 주장되고 있다. 박정훈, 전제 논문, 256면.

52) Wayman v. Southard, 23 U.S. 10 Wheat. 11 (1825).

다”는 기준을 제시하였고, Hampton 판결⁵³⁾은 의회가 수권의 목적과 내용을 명확히 규정함으로써 행정부가 이를 따를 수 있도록 해야 한다는 고려 하에 “明瞭한 原則”을 授權 基準으로 제시하기도 하였다. 그러나 무엇이 “명료한 원칙”인지에 대해서는 Krislov가 “역사적으로 법원은 진정한 단서를 발견하지 못한 채 의회의 지침들이 전혀 구속력을 가지지 않는 것으로 생각되는 경우에도 이들 지침의 합헌성을 인정해 왔다. 대부분의 판결에서 이 점을 지적하고 있으며, 공익(the public interest)을 의회의 위임에 대한 충분히 명료한 원칙으로서 인정한 판례들을 최선의 증거로서 인용하고 있다”고 서술하고 있는 것처럼⁵⁴⁾ 구체적인 내용을 찾아보기 힘든 것이었다. 실제의 사례를 보면 수권법률에 사용된 “정당하고 합리적인 기준”, “공공의 편익과 필요”, “공공의 이익” 등의 기준에 대하여 그 의미의 모호성, 불명확성에 불구하고 수권법률 자체를 위헌으로 보지 아니하였다.

반면, 우리 헌법재판소의 결정들을 보면 議會의 意思보다 文理에 치중하는 듯한 해석을 하는 경향이 없지 아니하다. 특히 불확정개념을 이용한 위임규정의 효력을 부인하는 경우 그러한 경향을 보인다. 자유나 재산에 영향을 미치는 행정법, 예컨대, 환경법, 세법의 경우 불확정개념은 그 의미만으로 대강의 내용을 예측할 수 있어야 하고, 그렇지 아니하면 위헌을 면할 수 없다는 판단을 쉽게 찾아 볼 수 있다.⁵⁵⁾ 이점 우리 헌법재판소가 의회의 의사보다도 문언 그 자체에 천착하는 듯한 느낌을 받을 수 있는 대목이다. 미국이 제헌 헌법 때부터 권력분립에 대하여 강하게 규정하고 있으면서도 이미 살펴본 바와 같이 法律留保의 원칙은 사실상 사문화되고, 法律優位의 원칙만이 남아 있다 보아도 과언이 아닌데⁵⁶⁾, 우리나라의 경우에도 입법의 한계를 고려하여 본다면 법률유보 원칙을 너무 편협하게 해석할 일만은 아니다.

53) J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States - 276 U.S. 394 (1928).

54) Samuel Krislov, The New Separation and Delegation of Powers Doctrine, in Handbook of Regulation and Administrative Law, 1994, 60. 김철용, 홍준형, 송석윤, 「위임입법의 한계에 관한 연구」, 헌법재판소(1996), 262·263면에서 재인용.

55) 헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정; 2001. 9. 27. 선고 2001헌가5 결정; 1998. 4. 30. 선고 95헌바55 결정; 1994. 6. 30. 선고, 93헌바9 결정.

56) 이에 대한 자세한 내용은 김성균, 이비안, “본질성이론의 관점에서 본 불확정개념의 효력”, 조세법연구(2008. 4.) 참고.

2) 불확정개념에 대한 사법심사여부 및 강도

미국은 입법으로 불확정개념에 대한 행정의 결정이 임의적·자의적(arbitrary and capricious)이지 아니하면 취소하지 아니하도록 하고 있다. 그런데 그 해석과 관련하여 Chevron 판결은 행정의 결정이 입법에 대한 最上의 해석이나 가장 합리적인 해석이 아니라 하더라도 무방하다는 입장을 취한다. 즉, 최상의 해석이나 가장 합리적 해석이 아니라 하더라도 합리적 해석으로 볼 여지가 있고, 합리적 해석인 이상 존중되어야 한다고 한다. 그 결과 사법심사의 강도가 현저히 약하여졌다고 볼 수 있다.

그러한 경향은 위 Coeur Alaska 사건이나 Entergy 사건에서 찾아 볼 수 있다. Coeur Alaska 사건에서 다수의견의 결정은 호수 그 자체의 수질은 포기하겠다는 의사와 마찬가지로 볼 수 있고, Entergy 사건에서의 다수의견은 환경 기술의 개발이 외면되는 결과가 초래될 것이라는 우려를 낳게 한다. 그러한 점에서 본다면 행정해석이 합리적인 것인지 여부에 대한 의심의 여지가 없지 아니함에도 불구하고 연방대법원은 합리적이라 보고 있는 것이다. 어쨌든 미국의 경우 불확정개념의 경우에도 최소한 그 관련 행정의 해석이 임의적·자의적인지 여부를 심사하고, 그 기준에서 일탈하지 아니하면 합리적이라 보아 존중하고, 기준에서 일탈하면 재량의 남용(abuse of discretion)이라 보아 위법하다 보는 과정을 거치고 있다. 불확정개념에 대하여 판단여지설을 주장하면서 사법심사의 대상에서 제외된다고 주장하는 일부 국내 학설과는 대비되는 대목이다. 불확정개념의 경우에도 사법심사의 강도가 문제될 뿐 사법심사의 대상에서 제외시켜서는 아니된다.

3) 불확정개념 해당여부에 대한 판단

위 세 판결을 보면 waters, BAT 등 용어가 불확정개념에 해당하는지 여부 그 자체 만으로도 많은 다툼이 있는 것을 발견할 수 있었다. 우리 헌법재판소는 불확정개념을 사용한 위임규정의 위헌여부를 판별함에 있어 예측가능성을 기준으로 제시하고 있고, 당해 예측의 주제로서 一般人을 기준으로 하고 있다⁵⁷⁾. 그런데 심지어 憲法裁判所 裁判官들 사이에서 예측가능성을 두고 치열한 논전을 벌인 이후임에도 불구하고 문제되는 용어가 예측가능성이 있어 합헌이라 해석하는 경우가 적지 않다. 이는 예측가능성

57) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바23결정; 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 결정; 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정 등.

이라는 개념이 假裝개념이라는 점을 알 수 있는 대목이다. 어찌 보면 헌법재판소 재판관들의 평등권, 환경권 및 재산권 중 무엇을 더 우선시 하는가라는 기본권 사이의 선호체계가 특정 불확정개념의 유무효를 결정하고 있다 보는 것이 더 정확해 보이는 면이 없지 않다.

이 글에서 살펴 본 미국의 세 판례 역시 동일하다. 재산이나 경제적 가치에 비하여 환경가치에 대한 고려 정도가 어느 정도인지 여부가 특정 단어를 불확정개념으로 볼 것인지 여부를 가르는 직접적인 기준이 되고 있다 보아도 과언이 아니다.⁵⁸⁾ 다수의견이, 보다 덜 명확해 보이는 waters라는 개념에 대하여 명백하다 보는 반면, 보다 더 명백해 보이는 BAT에 대하여는 명백하지 아니하다 주장하는 이유는 그로써 해석 가능할 것이다.

이점 불확정개념이란 문리 그 자체만으로 판단되는 개념이 아니고, 기본권에 대한 선호체계에 따라 해당여부가 달라질 수 있는 개념임을 반증하는 것이라 하겠다.

4) 심사기준의 의미

미국의 경우 불확정개념 관련 행정결정에 대한 위법심사기준은 당해 결정이 임의적·자의적(arbitrary and capricious)이라 볼 수 있느냐 여부이다. 임의적·자의적이지 아니하다면 合理的이라 보아 행정의 결정을 존중하고, 그렇지 아니하다면 재량남용(abuse of discretion)으로 보아 위법하다고 한다. 우리나라에서는 불확정개념 관련 행정결정에 대한 사법심사의 기준에 대하여 달리 논의되지 아니하지만, 재량과 불확정개념을 구분하지 아니하는 입장에서는 재량에 있어서의 일탈·남용이라는 기준을 그대로 적용하여도 무방할 것이다.

다만, 사건으로는 逸脫, 濫用 및 위법하다 볼 수 없는 不當이라는 개념의 기준을

58) 세 판결을 보면 어떤 경우는 다수의견이, 어떤 경우에는 반대의견이 Chevron 판결을 인용하고 있음을 알 수 있다. 반면, 다수의견 및 반대의견에 서는 사람들의 구성은 매 사건에서 거의 동일하다. 이는 Chevron 판결이 보여주는 사법소극주의 입장 그 자체는 중요한 것이 아니고, 각 대법관이 다른 기본권에 비하여 환경권에 대하여 어느 정도 우선권을 두느냐가 더 중요한 문제라는 점을 보여준다. 그 판단 결과에 따라 Chevron 판결의 인용여부가 가려지고, 다시 그 결과에 따라 특정 개념이 불확정개념인지가 가려진다. “불확정개념여부 → Chevron 판결원용여부 → 환경이익보호여부”의 순서로 판단되는 것이 아니라 그 반대의 순서로 판단되고 있는 것이다. 외견상으로 불확정개념이 獨立變數인 것처럼 보이지만, 실제로는 從屬變數일 가능성이 높다.

객관적으로 구분할 수 있는지 여부에 대하여 회의적이다. 살펴 본 세 사건 모두에서 발견할 수 있는 점은 환경에 대한 가치를 어느 정도 두느냐에 따라 불확정개념에 해당하는지, 행정의 결정이 임의적·자의적이라 볼 수 있는지 여부가 갈라진다는 점이 었다. 어찌면, 불확정개념 해당 여부는 물론, 일탈·남용, 부당이라고 하는 개념 모두가 基本權에 대한 選好體系를 가장하기 위한 假裝개념인지도 모른다.

5) 사법적극주의, 사법소극주의

더 나아가 사법적극주의, 사법소극주의라는 행정의 결정에 대한 사법통제의 강도에 대한 언급도 가장개념에 불과한 것인지 모른다. 앞서 *Rapanos* 사건은 행정의 결정을 내치고 있다는 점에서 사법적극주의입장에 가깝다. 반면, 다른 두 사건은 사법소극주의 입장에 가깝다. 그러나 세 경우 모두 환경비친화적인 다수의견의 견해라는 점을 감안하면, 사법적극주의, 사법소극주의라는 용어는 기본권에 대한 선호체계의 발현과정에서 결과적으로 그렇게 비추어질 뿐인 면이 적지 아니하다.

살펴 본 세 사안 모두 하급심은 환경친화적 판결을 하였고, 연방대법원은 환경 비친화적 판결을 하였을 뿐, 일관하여 행정의 결정을 내치고 있거나 존중하거나 하고 있는 것은 아니다. 이점 하급심은 사법적극주의, 연방대법원은 사법소극주의를 따르고 있는 경향을 보인다는 세간의 인식이 그리 올바른 것이라 볼 수 없다는 점을 보여주고 있다.

6) 핵심주체로서의 기본권에 대한 가치체계

이상에서 불확정개념 該當與否, 불확정개념의 有無效與否, 불확정개념의 사법심사 기준으로서의 임의성, 자의성(우리식으로 말하면 逸脫, 濫用), 사법심사의 強度 등이 모두 판단자의 기본권에 대한 가치체계와 연동되어 있다는 점을 알 수 있었다.

유일하게 중요하게 작용한 것은 위와 같은 용어들이 아니라 환경에 대한 의지였다. 최근 *Massachusetts v. EPA* 사건⁵⁹⁾과 같은 예외적인 사건이 있긴 하였지만, 위 세 사건에서 공통적인 부분을 꼽으려면 모두 환경 비친화적 판결이라는 점이다. 환경 비친화적 판결을 이끌어 내기 위하여 어느 경우에는 *Chevron* 판결을 적용할 수 있다

59) *Massachusetts v. EPA* 549 U.S. 497 (2007).

하고, 어느 경우에는 적용할 수 없다고 하는 상반된 판결을 하고 있다. 또한, 같은 목적을 위하여 어느 경우에는 행정의 판단이 임의적·자의적이라 하고, 어느 경우에는 그렇지 아니하다는 판결을 하고 있다. 다른 한편, 그러면서도 그 표결 결과가 5:4 내지 6:3이고 파기환송 이유까지 들여다 보면 4:4 내지 4:3인 사건들이 대부분이라는 점을 알 수 있는데, 이는 결국 대법관의 구성이 사안에 미치는 영향이 작지 아니함을 잘 알려 주는 것이라 할 수 있다. 그러한 점에 비추어 본다면, 현재 대법원장만이 제청권을 갖는 대법관 인선 절차는 再考해 볼 필요성이 크다 보지 아니할 수 없다.

IV. 결론(보이는 손과 Chevron 판결)

마지막으로 Chevron 판결이 우리 현실에 맞는 것이라 볼 수 있는지 여부에 대한 언급을 하여야겠다. 미국의 경우 활발한 시민단체 운동이 있기도 하거니와 각종 변호사단체들이 입법에 적극적으로 관여하는 등 비교적 입법과정에 있어서의 통제가 우리나라에 비해서는 잘 이루어지고 있는 편이다.⁶⁰⁾ 행정에 대한 통제와 관련하여서도 환경문제와 관련하여 적극적으로 소송이 제기되고 있고, 그러한 소송 과정에서 시민단체들에게 비교적 넓게 원고적격이 인정되고 있기도 하다.

반면, 각종 기업 등 이익단체의 압력에 취약해질 수밖에 없는 것이 현재 의회의 실정이기도 하다. 보이지 아니하는 다수의 이익을 대변하는 것이 아니라 보이는 일부 단체들의 이익을 대변하기 쉬운 조직이기도 하다. 그 점 행정부 역시 다르지 아니하다. 오히려 입법보다 행정이 취약한 면을 보이고 있다. 미국에서도 온실가스를 危害大氣汚染物質로 보는 것과 '사실상' 같은 입장을 취하는 판결(Massachusetts v. EPA 사건) 등 보기 드물긴 하지만, 연방대법원이 적극적 판결을 하는 경우를 찾아 볼 수 있는데, 특히 위 판결은 그 동안 행정이 국민 모두의 이익보다는 특정 자동차 단체의 이익을 더 비호하여 왔다는 의심이 바탕에 깔렸기 때문에 가능하였다 보는 시각이 없지 아니하다.

60) 특정 조항의 개정과 관련하여 뉴욕변호사협회 등 유관기관으로부터 제출된 장문의 의견서를 찾아보는 일이 어렵지 아니하다.

이러한 점은 우리나라라 하여 다르지 아니하다. 오히려 입법이나 행정이 보이는 손에 의하여 좌우되는 정도가 다른 선진제국과 비교하여 작다 보기 어려운 것이 사실이다. 그러한 상황에서 합리성이라는 기준만으로 행정결정이 위법성 판단을 피해간다면 특정 단체의 이익을 제외한 기타 국민의 이익은 도외시되는 결과로 귀착될 가능성마저 있을 수 있다.

앞서 불확정개념과 관련한 각종 논점에 있어 기본권의 선호체계가 가장 중요한 요소라는 점을 살펴보았다. 이는 불확정개념은 재산권, 자유권 및 환경권, 평등권 사이의 대립관계에서 언제든지 그 해석을 달리 할 수 있는 개념임을 말한다. 그런데 의회의 입법이나, 당해 입법을 근거로 한 행정의 행정결정이 국민 다수의 이익을 대변한다는 보장이 없는 상황이라면, 당해 입법 내지 행정에 대한 통제역할을 할 수 있는 다른 방법이 있지 아니하면 아니 되고, 그러한 측면에서 마지막으로 기댈 수 있는 곳이 법원이라 볼 수 있는 면이 없지 않다.

그러한 면에서 볼 때 합리적인 한 최상의 결정이 아니거나 가장 합리적인 결정이 아니라 하더라도 행정의 결정은 존중되어야 한다는 Chevron 판결은 그 참고에 있어야 유의하여야 할 점이 없지 아니하다.

참고문헌

[국내문헌]

- 고영훈, “재량과 판단여지”, 과학기술법연구 9집 2호, 2003. 12.
- 권종걸, “연방대법원 Massachusetts v. EPA 판결을 통해 본 미국 환경법 판례의 경향”, 영남법학 제30호, 2010. 3.
- 김동희, 행정법I(12판), 박영사, 2006.
- 김성균, 이비안, “본질성이론의 관점에서 본 불확정개념의 효력”, 조세법연구, 2008. 4.
- 김철용, 홍준형, 송석윤, 「위임입법의 한계에 관한 연구」, 헌법재판소, 1996.
- 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2011.
- 박정훈, “불확정개념과 판단여지”, 「행정작용법(중범 김동희교수 정년기념논문집)」, 박영사(2005).
- 이광윤, “Chevron 판결의 파장과 행정국가”, 미국헌법연구 6호, 미국헌법연구소, 1995.
- 이영창, 환경소송에서 행정기관의 재량에 대한 사법심사의 방법과 한계“, 사법논집 제 49집(2009), 법원도서관.
- 조원경, “불확정개념에 대한 사법심사 강도”, 서울대학교 석사학위청구논문, 2003.
- 조홍식, “분산이익소송에서의 당사자적격-삼권분립과 당사자적격, 그리고 사실상의 손해의 함수관계” 판례실무연구IV, 비교법실무연구회.
- 한지형, “판례평석: Massachusetts v. EPA, 549 U. S 497 (2007)”, 「2011 환경소송의 제문제(이홍훈 대법관 퇴임기념)」, 사법발전재단, 2011.

[영미문헌]

- Endicott, Timothy, Administrative Law, Oxford University Press(2009).
- Richardson, Nathan, “Greenhouse Gas Regulation Under the Clean Air Act: Does Chevron set the EPA Free?”, 29 Stan. Envl. L.J. 283 (2010).
- Scalia, Antonin, “The Rule of Law as a Law of Rules”, University of Chicago Law

Review(56-4), Fall 1989.

H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press(2009).

[미국판례]

Chevron U.S. A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

Coeur Alaska, Inc. v. Southeast Alaska Conservation Council, 486 F. 3d 638, 654-655 (2007).

Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc., 129 S. Ct. 1498 (U.S. 2009).

Hampton v. United States, 276 U.S. 394 (1976).

Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992).

Massachusetts v. Environmental Protection Agency 549 U.S. 497 (2007).

United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218 (2001)

Rapanos v. United States, 547 U.S. 715 (2006)

Wayman v. Southard, 23 U.S. 1 (1825).

[Abstract]

Amorphous Concepts and Retrogression of Environmental Regulations

- Focusing on Cases of United States -

Rhee, Vian

The Supreme Court of the United States had shown the tendency of pro-environmentalism from 1960's and the mid of 2000's. Unfortunately, since the mid of 2000's, the most cases of the Supreme Court seem that it prefers the economy to the environment. "Amorphous Concepts" make this possible.

According to Chevron case, courts defer to administrative agencies' interpretation of legislations as long as it is reasonable. However, since the mid of 2000's, the Supreme Court has been against the interpretation of agencies on amorphous concepts, which were to protect environmental interests. It argued those legislations did not need to require agencies to interpret because their meaning was clear. It is difficult to deny importance of Chevron case but the Supreme Court considers it as the tool of justifying its decisions.

Therefore, this paper studied *Rapanos v. United States*, *Coeur Alaska, Inc. v. Southeast Alaska Conservation Council* and *Entergy v. Riverkeeper*. They were recent and famous cases of the United States, which were related with Clean Water Act, CWA. The paper reached the three conclusions. First, the Supreme Court did not judge amorphous concept cases by the steps which were generally applied: a) whether a legislation included an amorphous, b) if so, whether Chevron case should be applied, and then c) whether environmental interests should be prioritized. Second, arbitrary or capricious and an 'abuse of discretion' standard for amorphous concepts seems to depend on Justices' value of rights. Third, the way to designate Justices could be questioned, because they lack democratic justification and judicial decisions have been influenced by their value.

주 제 어 불확정개념, 기본권, 재량권의 남용, 일탈, 사법심사기준, Chevron 판결, 환경이익
Key Words Amorphous Concept, Basic Rights, Abuse of Discretion, Judicial Review Standard,
Chevron Case, Environmental Interest