

사업계획승인의 관계에 관한 연구

권 성*

차례

- I.
- II. 환경영향평가와 사업계획승인의 관계에 관한 외국의 입법례
- III. 환경영향평가와 사업계획승인의 관계
- IV. 환경부장관의 협의의견의 법적 구속력
- V. 환경영향평가의 하자과 사업계획승인처분의 효력
- VI. 맺음말

국문초록

사업계획승인처분은 밀접한 관계를 갖는다. 환경영향평가와 사업계획승인처분의 관계를 어떻게 볼 것인가에 따라 환경영향평가제도뿐만 아니라 사업계획승인제도의 내용이 달라지게 되고, 환경영향평가와 사업계획승인처분의 위법성 및 효력에 대한 법적 규율이 달라진다. 그런데, 환경영향평가와 사업계획승인처분이 어떠한 관계를 갖는가는 나라 마다 다르다.

대법원은 환경부장관의 환경영향평가 협의의견에 승인기관장은 구속되지 않는다고 하면서 환경부장관의 협의를 단순한 협의로 보고 있다. 그러나, 판례가 환경부장관의 검토의견에 대해 전면적으로 구속력을 부인한 것은 문제이다. 승인기관의 장에 대한 환경부장관의 환경영향평가에 대한 검토의견의 구속력의 문제는 관련 법규정 및 행정기관 상호간의 권한존중의 원칙에 입각하여 해결하여야 한다. 승인기관

* 경희대학교 법학전문대학원 교수

장은 환경부장관의 검토의견 중 환경상 불이익 및 환경보전방안 등 환경영향에 대한 환경부장관의 검토의견을 존중하여야 한다고 보는 것이 타당하다. 환경부의 환경적 영향에 대한 판단에 대해서는 구성요건적 효력을 부여하는 것이 타당하다. 이에 반하여 환경부장관의 검토의견 중 대안제시 및 개발사업불승인의견 자체는 승인기관의 장을 구속하지 않는 것으로 보는 것이 타당하다. 입법론으로는 승인기관장의 조정요청에 대한 환경부장관의 조정 여부 결과의 통보에 대하여도 승인기관장은 환경영향 및 환경보전방안에 관한 조정의견에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 따라야 한다는 것을 명문으로 규정할 필요가 있다.

또한, 대법원은 “환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다”라고 하는 입장을 확고히 하고 있다. 그러나, 판례가 절차의 하자를 독자적 취소사유로 보고 있으므로 판례는 환경영향평가의 절차상 및 실체상 하자를 경미한 하자가 아닌 한 승인처분의 독립된 취소사유로 보는 것이 일관성이 있는 해결이다. 다만, 이론상으로는 환경영향평가의 내용상 부실이 중대하여 승인처분 여부의 결정에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정도의 것인 경우에 한하여 승인처분의 위법사유가 된다고 보고, 환경영향평가의 절차상 하자가 있는 경우에도 그 절차의 하자가 승인처분의 내용에 실질적 영향을 미칠 수 있는 가능성이 있는 경우에 한하여 취소사유로 보는 것이 타당하다. 또한, 미국 환경정책기본법 및 환경질위원회규정에서와 같이 환경영향평가법령에서 환경영향평가의 절차를 엄격히 규정하는 것이 바람직하다.

I.

사업계획승인처분에 있어 중요한 절차이다. 그렇기 때문에 환경영향평가와 사업계획승인처분은 밀접한 관계를 갖는다. 환경영향평가와 사업계획승인처분의 관계를 어떻게 볼 것인가에 따라 환경영향평가제도뿐만 아니라 사업계획승인제도의 내용이 달라지게 되고, 환경영향평가와 사업계획승인처분의 위법성 및 효력에

법적 규율이 달라진다.

대법원은 환경부장관의 환경영향평가 협의의견에 승인기관장은 구속되지 않는다고 하면서 환경부장관의 협의를 단순한 협의로 보고 있다. 그런데, 이러한 판례의 입장은 너무 단순한 견해일 뿐만 아니라 현행 환경영향평가법령에 합치하지 않는 것일 수도 있다. 또한 이러한 판례는 환경영향평가에 대한 환경부장관의 협의의견의 사업계획승인에 대한 반영을 약화시켜 환경피해예방이라는 환경영향평가제도의 취지를 훼손할 수 있다. 더욱이 우리나라의 경우 승인기관의 장은 환경보호의식이 높지 않고 개발지향적이라는 점을 고려할 때 이러한 판례의 파장이 커질 수도 있다. 이러한 점들에 비추어 현행 환경영향평가법령상 환경부장관의 환경영향평가 협의의견의 승인기관장에 대한 구속력을 재검토할 필요가 있고, 현행법상 문제가 있다면 개정방안을 모색할 필요가 있다.

또한, 대법원은 “환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 뒀에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다”라고 하는 입장을 확고히 하고 있는데,¹⁾ 이러한 대법원의 입장은 너무 엄격한 것이 아닌지 논란의 대상이 되고 있다. 이와 관련하여 사업계획승인처분과의 관계에서의 환경영향평가의 법적 성격이 문제되고 있다.

또한, 환경영향평가법 시행령은 환경영향평가 협의요청이 사업계획승인처분 전에 행해지면 되는 것으로 규정하고 있고, 판례도 이를 지지하고 있다. 그런데, 환경영향평가제도의 취지 및 본질이 환경영향평가결과를 사업계획승인처분에 반영하는데 있다고 본다면 이러한 입법 및 판례는 문제가 있다. 이러한 점은 환경영향평가 결과가 사업에 대한 인허가처분 전에 행해지도록 규정하고 있는 외국의 입법례에 비추어 볼 때 재검토의 필요가 있다. 그런데, 환경영향평가 협의요청시기 및 완료시기는 환경영향평가와 사업계획승인 사이의 관계와 밀접한 관련이 있다.

1) 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결 <경부고속철도 사건> ; 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 판결 <새만금 사건> 등.

같이 환경영향평가와 사업계획승인의 관계에 관한 문제가 실무에서 문제가 되고 있음에도 그 동안 환경영향평가제도²⁾, 환경영향평가의 하자의 효력³⁾ 및 환경영향평가의 대상이 되는 사업에 대한 승인처분을 다투는 소송⁴⁾에 관한 연구는 많았지만 사업계획승인과 환경영향평가의 관계를 직접 연구대상으로 하는 연구는 거의 없었다.⁵⁾ 따라서, 이 글에서는 환경영향평가와 사업계획승인의 관계에 관한 법적 문제에 대한 바람직한 해석론 및 입법론을 검토하기로 한다.

II. 사업계획승인의 관계에 관한 외국의 입법례

1.

(1) 의의 및 관계자

미국에서 환경영향평가서는 인허가기관 등 행정기관이 작성한다. 행정기관의 행위로서 중요한 환경영향을 미치는 경우 환경영향평가의 대상이 된다. 환경처(EPA)는 일정한 경우(대기청정법 제309조 등)에 환경영향평가서에 대한 심사권을 갖고, 환경영향평가서 작성을 지원한다.⁶⁾

2) , 환경영향평가제도에 관한 법적 연구, 환경법연구, 제27권 제4호, 2005; 석인선, 환경영향평가 절차상 주민참여: 미국과 우리나라의 경우에 관한 비교법적 고찰을 중심으로, 환경법연구, 제30권 제2호, 2008; 이비안, 환경영향평가제도(環境影響評價制度)에서 대안(代案)의 검토(檢討) 필요성: 합리적(合理的) 대안(代案)과 부작위(不作爲) 대안(代案), 환경법연구, 제32권 제1호, 2010.

3) 박균성, 환경영향평가의 하자와 사업계획 승인처분의 효력, 행정관례연구, 제7권, 2002; 김중권, 환경영향평가가 결여된 행정행위의 효력에 관한 소고, 저스티스, 제114호, 2009; 송동수, 환경영향평가의 하자와 사법심사, 환경법연구, 제34권 제3호, 2012.

4) 함태성, 환경영향평가제도에 대한 법원의 심사, 환경법연구, 제24권 제1호, 2002; 홍준형, 환경영향평가에 대한 행정소송의 법적 쟁점, 행정법연구, 제28호, 2010.

5) 이순자, 환경영향평가법상 협의에 대한 고찰, 환경법연구, 제34권 제3호, 2012.

6) 柳 憲一郎, 環境アセスメント法に關する總合的 研究, 清文社, 2011, 126-128면.

(2) 성격 및 내용

(NEPA)은 대안의 제시를 환경영향평가서의 핵심부분으로 하고 있고, 실제로 실행가능한 모든 대안을 제시하고 상호 비교할 것을 요구하고 있다. 주법 중에는 대안의 작성, 환경에의 악영향을 최소화하는 대안의 선택을 법률로 의무시키고 있는 경우가 있다.⁷⁾

미국의 환경영향평가는 의사형성과정에 대한 시민의 참가절차⁸⁾ 내지 환경분쟁을 해결하기 위함의 합의형성수단의 성격을 갖는다.⁹⁾

미국의 환경영향평가는 절차적 성격을 갖는 것이며 행정기관의 결정내용을 구속하지는 않는다. 그렇지만, 엄격한 절차¹⁰⁾를 통해 합리적인 결정을 담보하는 장치이다.¹¹⁾ 그리고 환경영향평가 절차 위반은 법원에 의한 통제의 대상이 된다.

환경영향평가는 사업의 환경에 대한 영향의 조사·분석, 대안의 검토 및 저감방안을 포함하여야 한다. 환경영향은 직접적 영향뿐만 아니라 간접적 영향 및 누적적 영향을 조사·분석하여야 한다. 대안에는 사업을 하지 않는 대안도 포함되어야 하며 합리적인 대안은 모두 검토되어야 한다. 대안간 비교를 하여야 하고 가장 바람직한 대안 및 환경적으로 가장 바람직한 대안을 선정하여야 한다. 저감방안은 적정하여야 하

7) 淡路剛久, 環境法 第3版, 有斐閣 ブックス, 2004, 158면.

8) 김만배, 미국의 환경영향평가와 사법심사, 토지공법연구, 제14집, 2001, 262면.

9) 柳 憲一郎, 앞의 책, 29면.

10) 미국의 환경영향평가절차는 엄격한 절차로 규정되어 있다. 환경영향평가에 관한 절차는 환경평가(EA)로부터 시작한다. 환경평가(EA)는 환경영향평가(EIS)를 하여야 할 것인가를 결정하기 위한 충분한 증거와 분석을 제공하고, 제안된 행위의 대안을 제시하는 간단한 문서이다. 행정기관이 환경영향평가를 하지 않기로 결정하면 국민에게 공개되는 "의미있는 영향없음의 확인서(FONSI)"를 작성하여야 한다. 이 확인행위는 재판적 통제의 대상이 된다. 행정기관이 환경영향평가를 하기로 결정하면 우선 환경영향평가의 범위와 환경영향평가의 주요 주제를 정하는 절차인 스코핑(scoping)을 행한다. 그 후 환경영향평가서의 작성은 3 단계를 거친다. 행정기관은 환경영향평가서 초안을 작성한 후 관계 행정기관 및 전문가의 의견(comment)을 듣는다. 주요한 기관간 의견의 불일치는 환경질위원회(CEQ)의 심사대상이 되고, 환경질위원회는 권고의 공표, 대통령에 대한 보고 등 다양한 조치를 취할 수 있다. 행정기관은 사업에 대한 승인을 할 단계에 이르면 환경적으로 선호되는 대안 또는 경감조치를 포함하는 행정 결정을 요약하는 결정보고서를 작성한다(Daniel A. Farber, Jody Freeman and Ann E. Carlson, *CASES AND MATERIALS ON ENVIRONMENTAL LAW*, WEST, 2010, p. 460).

11) Daniel A. Farber, Jody Freeman and Ann E. Carlson, *ibid.*

, 적정한(adequate) 저감방안에는 다음의 5개 방안이 있다. 사업의 일부를 하지 않음으로써 영향을 피하는 것, 사업의 정도 또는 규모를 제한함으로써 영향을 줄이는 것, 영향받은 환경을 회복함으로써 영향을 수정하는 것, 보존과 유지를 통해 영향을 축소하거나 제거하는 것, 대체자원을 제공함으로써 영향에 대해 보상하는 것. 주무행정기관의 환경영향평가에 대해서는 환경부 등 관계기관이 의견을 제시하는데, 주무행정기관은 이러한 코멘트에 대해 대응하여야 한다. 가능한 대응방안으로는 제안된 사업 또는 대안을 변경하는 것, 새로운 대안을 개발하고 평가하는 것, 분석을 보완하고 개선하고 변경하는 것, 수정하는 것, 대응이 필요하지 않은 이유를 설명하는 것이 있다.¹²⁾

(3) 인허가에의 반영

인허가 결정시에 인허가기관은 결정서(Record of decision)를 작성하여야 한다. 결정서에는 다음과 같은 사항이 포함된다. 결정의 설명, 결정시 행정기관이 고려한 요소, 고려된 대안 및 환경적으로 바람직한 대안의 설명, 채택된 저감조치 및 저감조치가 채택되지 않은 이유의 설명, 사후조사 및 채택된 저감조치를 위한 집행계획.¹³⁾

인허가권자는 환경영향평가결과를 인허가에 반영한다. 환경가치가 행정결정에서 고려사항이 되어야 한다는 것을 명확히 한 점은 국가환경정책법(NEPA)의 중요한 의의 중 하나이다.¹⁴⁾

환경영향평가가 법상의 절차를 위반한 경우 법원에 의해 통제된다. 미국의 경우 합리적인 대안은 모두 환경영향평가에 포함되어야 한다. 대안에는 사업을 하지 않는 안도 포함된다.¹⁵⁾ 대안이 합리적임에도 평가되지 않은 것은 위법사유가 된다. 비용편익분석이 환경영향평가의 필수요건은 아니다. 그러나, 실제에 있어서 인허가기관이 환경영향평가기관인 점에 비추어 비용편익분석도 환경영향평가에 포함되는 경우가 적지 않고, 비용편익분석이 행해진 경우에는 비용편익분석은 사법적 통제의 대상이 된다.¹⁶⁾

12) Ronald E. Bass, Albert I. Herson and Kenneth M. Bogdan, op. cit, pp. 87-121.

13) ibid, pp. 83.

14) Daniel A. Farber, Jody Freeman and Ann E. Carlson, op. cit, pp. 456-461.

15) Steven Ferry, *Environmental Law*, Fifth Edition, 2010, pp. 127-129.

환경영향평가의 적절성(adequacy)도 통제한다. 다만, 인허가시 환경이익을 고려하는 실체적 부분은 행정의 전문성과 책임성을 고려하여 원칙상 법원에 의해 통제되지 않는 경향이 있다.¹⁷⁾ 법원은 환경영향평가가 자의적인(arbitrary or capricious) 경우에 한하여 환경영향평가의 실체적 내용을 통제한다. 그런데 실제에 있어 더 자주 적용되는 기준은 합리성기준(rule of reason)이다.¹⁸⁾ 하급심 법원의 판례를 보면 합리성기준을 적용함에 있어 세 가지 요소를 고려한다. 첫째로, 행정기관이 환경가치를 고려하는데 성실한 노력(good faith effort)을 기울였는지 여부와 환경영향평가서에서 조사, 분석 및 추론이 충분히 설명되어 있는지 여부. 따라서, 행정기관이 환경가치를 명백히 과소평가한 경우에도 통제를 행한다.¹⁹⁾ 둘째로 환경영향평가서 과학적이고 비기술적인 정보의 합리적인 균형을 갖추어 국민에게 충분한 환경정보를 제공했는지 여부. 셋째로 환경평가가 문제 및 비판이 간과되는 것을 막으면서 행정기관의 결정형성과정의 일체성을 보장하고 있는지 여부.²⁰⁾

2.

(1) 의의 및 관계자

프랑스에서는 사업시행자가 환경영향평가서를 작성하여 인허가권자에게 제출한다. 인허가기관의 사업시행자의 환경영향평가에 대한 통제에 대하여는 조직적으로 규율하고 있지는 않지만, 실제상 인허가기관은 사업시행자에게 환경영향평가의 보완을 명할 수 있다. 인허가권자는 환경담당행정기관의 협의의견을 받아야 한다(환경법전 법률 제122-1조). 환경담당장관의 의견은 법적 구속력을 갖지 않으며 자문의견의 성격을 갖는다.²¹⁾

16) *ibid.* pp. 126-127.

17) , 앞의 논문, 276면 이하.

18) 그리고 자의성기준과 합리성기준은 거의 같은 것으로 평가된다(Steven Ferry, *op. cit.*, pp. 130-131).

19) Daniel A. Farber, Jody Freeman and Ann E. Carlson, *op. cit.*, p. 459.

20) Steven Ferry, *op. cit.*, p. 131.

21) Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, 2011, DALLOZ, p. 113.

(2) 성격 및 내용

환경침해의 방지를 예방하는 수단으로 이해된다. 또한 행정결정에 일반 국민을 참여시키는 절차로서의 성격을 갖는 것으로 본다.²²⁾

환경영향평가는 다음 사항을 포함하여야 한다: 부지와 그 환경의 최초의 상태의 분석, 환경에 대한 영향의 분석, 사업계획이 채택된 이유, 환경에 대한 악영향을 저감하거나 보상하는 조치 및 비용의 산정, 환경영향평가에 사용된 방법 및 부딪친 어려움. 대안의 검토는 반드시 검토하여야 하는 사항은 아니다.²³⁾

(3) 환경영향평가의 인허가에의 반영

환경영향평가의 인허가에의 반영에 관한 규정은 없지만 인허가기관은 당연히 인허가시 환경영향평가를 고려할 수 있다.

환경영향평가의 위법은 환경영향평가의 대상이 된 사업계획 승인의 취소사유가 된다. 법원은 환경영향평가의 형식상 하지는 중요하게 생각하지 않고, 중요하지 않은 형식상 하지는 사업승인의 취소사유로 보지 않는다. 환경영향평가의 내용상 하자에 있어서는 비례의 원칙에의 합치 및 환경영향평가의 충실성(suffisance)을 통제한다. 환경상 이익은 사업승인의 비례원칙에의 합치 여부를 판단함에 있어서 이익형량의 한 요소가 된다. 환경영향평가의 충실성의 정도는 환경영향평가의 대상이 된 사업의 중요성 및 환경에 대한 영향의 중요성에 비례한다. 또한, 환경영향평가의 부실이 사업승인에 결정적인(déterminant) 영향을 미치는 경우에 한하여 위법사유가 된다.²⁴⁾ 환경영향평가가 사업의 직접적 영향²⁵⁾에 한정된 것을 이유로 사업인정(la déclaration d'utilité publique)을 취소한 판례가 있다.²⁶⁾

22) *ibid.*, p. 80.

23) *ibid.*, pp. 104-108. L'article 2 du décret du 12 octobre 1977 modifié par le décret du 25 février 1993.

24) CE 5 juin 1981, Association fédérative régionale de protection de la nature, req. n 21. 346 ; CE 9 juill. 1982, ministre de l'Industrie, Rec. p. 277.

25) 사업의 직접적 환경영향뿐만 아니라 간접적 환경영향도 포함하여야 한다.

26) TA Pau, 2 déc 1992, Association France-Nature-Environnement et autres, RFDA 93, p. 22, concl.

위법은 환경영향평가의 대상이 된 사업승인의 절차상 위법의 성격을 갖는 것으로 본다.²⁷⁾

환경영향평가절차를 거쳐야 함에도 거치지 않은 것은 환경영향평가 대상사업에 대한 허가 등의 의무적 집행정지사유가 되는 것으로 명문으로 규정하고 있다.²⁸⁾

3.

(1) 의의 및 관계자

환경영향평가라 함은 어떤 사업의 입안부터 실시의 과정에서 그 사업이 환경에 미치는 영향을 사전에 조사·예측하고, 그 사업을 실시할 것인가 어떻게 할 것인가, 환경에 대한 피해를 최소한으로 하기 위하여 어떻게 할 것인가, 그 이외에 적절한 대안이 없는가 어떤가 등을 검토하는 것을 말한다.²⁹⁾

사업시행자가 환경영향평가를 실시하여 환경영향평가서를 작성하고(일본 환경영향평가법 제21조), 인허가권자에게 제출한다(제22조). 환경영향평가서는 인허가등을 담당하는 기관에 의해 심사되는 이외에³⁰⁾ 환경부장관은 필요한 경우 환경영향평가서를 검토한 후 그 의견을 인허가권자에게 보낸다(제23조). 인허가권자는 필요한 경우 평가서에 대한 의견을 서면으로 사업자에게 제시한다(제24조). 사업자는 환경부장관의 의견 및 인허가권자의 의견을 받아 평가서를 재검토하고 필요한 경우 추가조사 등을 행한 후 평가서를 보정한다(제25조).

(2) 환경영향평가의 성격 및 내용

일본의 환경영향평가는 환경오염방지를 위한 규제수단으로 이해하는 학자도 있고,

Rey, note Hostiou.

27) Michel Prieur, op. cit, pp. 114-115.

28) 법률 제122-2조.

29) 阿部泰隆 淡路剛久, 앞의 책, 157면.

30) 大塚 直, 環境法, 有斐閣, 2002, 219면.

보면서도 사업자의 자율적인 환경배려를 유도하는 수단으로 보는 학자도 있다.³¹⁾

환경영향평가의 내용에는 환경에 대한 영향의 예측 및 평가, 환경보전대책 등이 포함된다. 대안의 검토를 요하는 법률규정은 존재하지 않고, '환경보전조치지침에 관한 기본적인 사항'에서 대상조치의 검토 및 복수안의 비교검토 등을 요청하고 있을 뿐이다.³²⁾

(3) 인허가에의 반영

일본 환경영향평가법은 “면허권자등이 당해 사업을 심사할 때 평가서의 기재사항에 기초하여 환경보전에 있어서의 적절한 배려가 행해졌는지 어떤지를 심사하여 면허 거부처분 및 면허등에 필요한 조건을 붙이는 것이 가능하다”고 규정하고 있다(제33조). 이 조문을 횡단조항이라 한다. 이 조항의 의의는 면허권자등에게 환경배려에 관한 심사권한을 일반적으로 부여하는 효과가 있다. 따라서 개별사업법규에 환경배려조항이 없어도 행정청은 환경영향평가결과를 존중하여 신청 등을 불허하거나 환경을 보전할 의무가 있고, 판단을 잘못하면 당해 처분이 법원에 의해 위법하게 되는 것으로 되었다고 보는 견해가 있다.³³⁾

III. 사업계획승인의 관계

1. 관계에서의 환경영향평가의 법적 성질

환경영향평가는 기본적으로는 환경영향평가의 대상이 되는 사업에 대한 승인행위의 절차로서의 성질을 갖는다. 환경영향평가는 승인행위의 의견수렴절차이면서 동시에 조사절차의 성질을 갖는다. 환경영향평가법은 주민등의 의견수렴 절차에 관한 규정을 두고 있다(제25조). 그리고 환경영향평가는 개발사업의 환경에 대한 영향의 조

31) 憲一郎, 앞의 책, 30면.

32) 阿部泰隆 淡路剛久, 앞의 책, 157-158면.

33) 阿部泰隆 淡路剛久, 앞의 책, 158면.

및 분석에 관한 규정을 두고 있다. 평가항목·범위 등의 결정(제24조), 환경영향평가서의 작성 및 협의요청(제27조), 환경영향평가서의 검토(제28조), 재협의(제32조), 변경협의(제33조) 등의 규정을 두고 있다.

다만, 환경영향평가에서는 승인의 대상이 되는 사업이 환경에 미치는 영향을 조사하고, 그 환경에 대한 영향 달리 말하면 환경상 이익이 승인처분시 이익형량의 요소가 되기 때문에 환경영향평가는 이러한 점에서는 실제적 성질도 갖는다. 통상 환경영향평가는 승인의 실제적 내용에 영향을 미친다. 실제로 환경영향평가법은 사업계획승인시 환경영향평가 결과를 반영하도록 규정하고 있다. 동법 제30조 제1항은 “사업자나 승인기관의 장은 제29조에 따라 협의 내용을 통보받았을 때에는 그 내용을 해당 사업계획 등에 반영하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.”라고 규정하고 있고, 동조 제2항은 “승인기관의 장은 사업계획 등에 대하여 승인등을 하려면 협의 내용이 사업계획 등에 반영되었는지를 확인하여야 한다. 이 경우 협의 내용이 사업계획 등에 반영되지 아니한 경우에는 이를 반영하게 하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

2. 주체

환경영향평가는 평가서의 작성, 평가서의 검토 및 환경영향의 최종확정의 과정으로 이루어진다. 이에 따라 환경영향평가의 주체는 환경영향평가서 작성자, 환경영향평가서 검토자, 환경영향의 최종적 판단자 내지 확정자로 나누어볼 수 있다.

(1) 환경영향평가의 주체

개발사업으로 인한 환경영향을 평가하는 자는 환경영향평가서 작성자, 환경영향평가서 검토자 및 환경영향에 대한 판단자로 나누어볼 수 있다.

() 환경영향평가서 작성자

환경영향평가법상 환경영향평가서의 작성자는 개발사업자이다. 즉, 승인 등을 받

아니하여도 되는 사업자는 환경부장관에게 협의를 요청할 경우 환경영향평가서를 작성하여야 하며, 승인 등을 받아야 하는 사업자는 환경영향평가서를 작성하여 승인 기관의 장에게 제출하여야 한다(제7조 제2항).

환경영향평가서를 사업자가 작성하는 제도의 장점으로는 사업에 대한 반영이 용이하다는 것을 들 수 있다. 단점으로는 개발사업자가 환경영향을 평가함으로써 환경영향평가의 공정성과 객관성을 담보하기 어렵다는 점이다. 이러한 점 때문에 행정기관이 환경영향을 평가하는 미국의 제도를 도입하는 것이 타당하다는 견해가 있는데, 미국과 같이 인허가기관이 환경영향평가를 행하고 개발이익과 환경이익을 종합적 고려하는 제도를 도입하기 위하여는 승인기관의 환경영향평가능력이 전제되어야 하고 개발에 치우치지 않고 개발과 환경을 통합적으로 고려하려는 의식이 전제되어야 한다.

() 환경영향평가서 검토자

환경영향평가법상 환경영향평가서의 검토기관은 환경부장관이다. 즉, 환경부장관은 제27조 제1항에 따라 협의를 요청받은 경우에는 주민의견 수렴 절차 등의 이행 여부 및 환경영향평가서의 내용 등을 검토하여야 한다(제28조 제1항). 환경영향평가는 전문적인 사항이므로 전문성이 있는 환경부를 환경영향평가의 검토기관으로 한 것은 타당하다. 다만, 환경부도 환경영향평가에 관한 전문성이 불충분할 수 있으므로 다음과 같이 전문가 등의 지원을 받도록 하고 있다. 즉, 환경부장관은 제1항에 따라 환경영향평가서를 검토할 때에 필요하면 관계 전문가의 의견을 듣거나 그에게 현지조사를 의뢰할 수 있고, 사업자 또는 승인기관의 장에게 관련 자료의 제출을 요청할 수 있다. 다만, 한국환경정책·평가연구원 및 해양수산부장관(해양환경에 영향을 미치는 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업만 해당한다)으로부터 그 의견을 들어야 한다(제28조 제2항).

승인기관 장도 환경영향평가서를 검토할 수는 있다. 환경영향평가법은 승인기관장은 환경영향평가 대상사업에 대한 환경영향평가에 대하여 환경부장관에게 협의를 요청하는 경우 환경영향평가서에 대한 의견을 첨부할 수 있다고 규정하고 있다(제27조 제1항). 또한, 승인기관장은 환경영향평가 결과를 반영하여 사업계획을 승인하여

하므로 그 일환으로 환경영향평가서를 검토할 수 있다고 보아야 한다. 다만, 실제에 있어서 승인기관은 환경영향평가서를 체계적으로 평가하고 있지는 않다.

환경부장관은 보완·조정하여야 할 사항이 경미한 경우 또는 해당 사업계획 등에 대한 승인 등을 하거나 해당 사업을 시행하기 전에 보완·조정이 가능한 경우에는 해당 사업계획 등에 관련 내용을 반영할 것을 조건으로 승인기관장등에게 협의 내용을 통보할 수 있다(제29조 제4항). 이 조항은 당연한 사항을 정한 것이며 불필요한 조항이라고 할 수 있다. 오히려 보완·조정하여야 할 사항이 경미한 경우 또는 해당 사업계획 등에 대한 승인 등을 하거나 해당 사업을 시행하기 전에 보완·조정이 가능한 경우가 아닌 경우에는 해당 사업계획 등에 관련 내용을 반영할 것을 조건으로 승인기관장등에게 협의 내용을 통보할 수 없는 것으로 반대해석이 되어 환경부장관의 검토권을 제약하는 결과를 가져올 우려가 있다.

() 환경영향의 최종적 판단자

우리나라의 경우 환경영향의 최종적 판단자를 누구로 볼 것인가가 문제된다. 승인처분과 관련하여 환경영향을 최종적으로 누가 판단할 것인가의 문제는 환경영향평가 절차상 환경영향의 최종적 판단의 문제와 달리 환경영향평가의 구속력과 관련이 있다.

환경영향평가법은 누가 환경영향의 최종적 판단자인지 명확하게 규정하고 있지 않다. 승인기관의 장과 환경부장관 중에 누가 환경영향의 최종적 판단자인지 명확하지 않다. 이 문제와 관련이 있는 환경영향평가법규정은 제27조 내지 제31조 등이다. 환경영향평가법이 환경부장관을 협의기관으로 규정하고 있고, 승인기관의 장이 단독으로 승인결정권을 갖고 있는 점에서는 승인기관의 장이 환경영향의 최종적인 판단자라고 볼 수 있지만, 승인기관의 장이 환경부장관에게 협의를 요청하도록 하고 있는 점, 환경영향평가서에 대한 의견을 첨부할 수 있는 것으로 규정하고 있는 점, 환경부장관은 승인기관장등에게 환경영향평가서 또는 사업계획 등의 보완·조정을 요청하거나 보완·조정을 사업자 등에게 요구할 것을 요청할 수 있고, 이 경우 승인기관장등은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다고 규정하고 있는 점, 승인기관의 장은 사업

등에 대하여 승인 등을 하려면 협의 내용이 사업계획 등에 반영되었는지를 확인하여야 하고, 이 경우 협의 내용이 사업계획 등에 반영되지 아니한 경우에는 이를 반영하게 하여야 한다고 규정하고 있는 점에서는 환경영향의 최종적 판단자를 환경부장관으로 보는 것이 타당하다. 또한, 환경부가 환경보호의 주무기관이고, 환경영향평가에 관하여는 환경부가 전문성을 갖고 있는 점에 비추어도 환경부장관을 환경영향의 최종적 판단자로 보는 것이 타당하다.

3. 결과의 사업계획 및 사업계획 승인에의 반영

(1) 결과의 사업계획에의 반영

환경영향평가제도의 입법의 취지 및 작성자를 사업자로 한 취지에 비추어 환경영향평가 결과는 사업계획에 반영되어야 한다.

환경영향평가법 제30조 제1항은 사업자가 환경부장관의 협의 내용을 승인기관의 장으로부터 통보받았을 때에는 그 내용을 해당 사업계획 등에 반영하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다고 규정하고 있다.

(2) 환경영향평가 결과의 사업계획 승인에의 반영

환경영향평가제도의 취지상 환경영향평가는 행정기관의 결정에 반영되어야 한다. 미국 환경질위원회(CEQ)규정은 사업승인시 대안에 대한 검토가 포함되어야 하고, 환경에 대한 악영향을 피하거나 최소화하는 조치를 채택하여야 한다고 규정하고 있다.³⁴⁾ 이에 관한 명문의 규정이 없더라도 이것은 환경영향평가제도의 입법취지상 당연히 인정된다고 보아야 한다. 또한, 환경영향평가법 제30조 제1항은 승인기관의 장은 환경부장관의 협의 내용을 통보받았을 때에는 그 내용을 해당 사업계획 등에 반영하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다고 규정하고 있고, 동조 제2항은 “승인기관의 장은 사업계획 등에 대하여 승인 등을 하려면 협의 내용이 사업계획 등에 반영되었는

34) CEQ Regulations 1505. 2.

확인하여야 한다. 이 경우 협의 내용이 사업계획 등에 반영되지 아니한 경우에는 이를 반영하게 하여야 한다.”고 규정하고 있다.

환경영향평가의 대상이 되는 사업계획의 승인행위는 통상 재량행위이다. 그 이유는 사업계획의 승인행위가 강학상 특허이거나 공익성이 강해서이기도 하지만, 환경영향평가의 대상이 되는 사업계획의 승인행위에 있어서는 내재적으로 환경상 이익과 개발이익 등의 이익형량을 행하여야 하기 때문이다. 특히 개발사업이 행정기관에 의해 추진되는 경우에 사업계획은 행정계획으로서 계획재량이라는 폭넓은 재량이 인정된다. 따라서, 어떠한 경우이든지 환경영향평가의 대상이 되는 사업계획의 승인에 있어서는 환경상 이익과 개발이익 등의 이익형량을 행하고, 환경상 이익을 판단함에 있어서는 환경영향평가결과를 참조하여야 할 것이다. 다만, 환경부장관의 환경영향평가에 관한 검토의견이 승인기관장을 구속하는지에 관하여는 후술하는 바와 같이 논란의 여지가 있다.

승인기관장이 환경영향평가 결과를 승인결정에 반영하는 유형으로는 변경승인, 승인시 조건의 부여 및 승인거부가 있다. 사업자로 하여금 환경영향평가결과를 반영하여 사업계획을 변경하도록 하고 변경된 사업계획을 승인하는 방법도 있다.

IV. 협의의견의 법적 구속력

1.

판례는 환경부장관의 협의의견(검토의견)이 승인기관장에게 법적 구속력을 갖지 않는 것으로 보았다. 즉, 판례는 승인기관장인 국립공원 관리청이 국립공원 집단시설 지구개발사업과 관련하여 그 시설물기본설계 변경승인처분을 함에 있어서 환경부장관의 환경영향평가에 대한 의견에 반하는 처분을 하였다고 하여 그 처분이 위법하다고 할 수 없다고 하였다.³⁵⁾ 이에 반하여 원심인 서울고등법원은 다음과 같이 환경부장관의 검토의견에 일정한 구속력을 인정하였다. 즉, “피고(환경부장관)가 환경영향평

35) 2001. 7. 27. 선고 99두2970 판결.

하는 과정에서 이 사건 사업에 관한 부정적인 의견을 회신하였음에도, 내무부 장관이 환경적 위해발생을 충분히 고려하지 아니한 채 이 사건 변경처분을 한 것은 환경영향평가협의내용을 제대로 반영하지 않은 것으로서 자연공원법령 및 환경영향평가법령에 위배한 하자가 있고, 그 결과 이 사건 변경처분으로 인하여 원고들에게 이 사건 시설지구의 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 초래할 우려가 있다 할 것이므로, 이 사건 변경처분은 위법하다.”³⁶⁾

그런데, 판례는 환경부장관의 환경영향평가에 관한 검토의견의 법적 구속력을 부인하면서도 승인가장관이 환경적 위해발생을 충분히 고려하지 아니한 것을 재량권의 일탈·남용으로 보았다. 즉, 대법원은 “내무부장관이 이러한 환경적 위해발생을 충분히 고려하지 아니한 채 이 사건 변경처분을 한 것은, 재량권을 일탈 또는 남용한 행위로서 위법하다는 취지의 판단도 포함하고 있다고 보여지며, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 인정과 판단은 결론에 있어 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 자연공원법령과 환경영향평가법령에 관한 법리오해, 심리미진이나 이유불비, 이유모순 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장도 모두 이유가 없다.”고 판시하였다.³⁷⁾

판례는 환경부장관의 협의의견에 대해 법적 구속력을 부인하면서도 승인처분이 이익형량에 환경상 불이익을 포함시켜야 하는데 포함시키지 않은 것은 위법하다는 취지의 판시를 하고 있는 것이다. 판례에 의할 때 협의내용에 반하는 처분을 한 것 자체만으로는 당해 승인처분이 위법하게 되는 것은 아니지만, 재량권의 일탈·남용 여부의 판단에 있어 하나의 고려요소가 된다고 보는 견해³⁸⁾도 있다.

2.

(1) 협의의견의 구속력에 관한 환경영향평가법의 규율

환경부장관은 환경영향평가서를 검토한 결과 환경영향평가서 또는 사업계획 등을

36) 1999. 1. 20. 선고 97구31597 판결.

37) 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2970 판결.

38) 법원환경법분야연구회편, 2011 환경소송의 제문제, 사법발전재단, 2011, 216면.

·조정할 필요가 있는 등 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 승인기관장 등에게 환경영향평가서 또는 사업계획 등의 보완·조정을 요청하거나 보완·조정을 사업자 등에게 요구할 것을 요청할 수 있다. 이 경우 승인기관장등은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다(제28조 제3항).

사업자나 승인기관의 장은 협의 내용 즉, 환경부장관의 검토의견을 통보받았을 때에는 그 내용을 해당 사업계획 등에 반영하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다(제30조 제1항). 승인기관의 장은 사업계획 등에 대하여 승인 등을 하려면 협의 내용이 사업계획 등에 반영되었는지를 확인하여야 한다. 이 경우 협의 내용이 사업계획 등에 반영되지 아니한 경우에는 이를 반영하게 하여야 한다(제2항). 승인기관장등은 사업계획 등에 대하여 승인 등을 하거나 확정을 하였을 때에는 협의 내용의 반영 결과를 환경부장관에게 통보하여야 한다(제3항). 환경부장관은 제3항에 따라 통보받은 결과에 협의 내용이 반영되지 아니한 경우 승인기관장등에게 협의 내용을 반영하도록 요청할 수 있다. 이 경우 승인기관장등은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다(제4항). 이와 같은 규정은 환경부장관의 검토의견에 구속력을 인정하고 있는 것으로 볼 여지가 있다.

그러나, 사업자나 승인기관의 장은 제29조에 따라 통보받은 협의 내용에 대하여 이의가 있으면 환경부장관에게 협의 내용을 조정하여 줄 것을 요청할 수 있다. 이 경우 승인 등을 받아야 하는 사업자는 승인기관의 장을 거쳐 조정을 요청하여야 한다(제31조 제1항). 환경부장관은 제1항에 따른 조정 요청을 받았을 때에는 대통령령으로 정하는 기간 이내에 환경영향평가협의회의 심의를 거쳐 조정 여부를 결정하고 그 결과를 사업자나 승인기관의 장에게 통보하여야 한다(제2항). 승인기관장등은 협의 내용의 조정을 요청하였을 때에는 제2항에 따른 통보를 받기 전에 그 사업계획 등에 대하여 승인 등을 하거나 확정을 하여서는 아니 된다. 다만, 조정 요청과 관련된 내용을 사업계획 등에서 제외시키는 경우에는 그러하지 아니하다(제3항). 이러한 승인기관장의 조정요청권을 고려하면 환경부장관의 검토의견에 법적 구속력을 부인하는 것이 타당할 수도 있지만, 환경부장관의 검토의견에 이의가 있어도 일방적으로 따르지 않을 수 없도록 하고 조정을 요청하도록 하고 있는 점은 환경부장관의 협의의견(검토의견)의 구속력을 강화하는 논거가 될 수도 있다.

말하면 환경부장관의 협의의견을 단순한 협의의견으로 보아 법적 구속력을 부인한 것은 타당하지 않다. 그렇다고 현행 환경영향평가법상 환경부장관의 협의의견을 동의로 보는 견해³⁹⁾ 등 현행 법령상 환경부장관의 협의의견의 법적 구속력을 전적으로 인정하는 것도 문제가 있다. 생각건대, 현행 환경영향평가법은 승인가관의 장은 특별한 사유가 없으면 환경부장관의 협의의견에 따라야 한다고 규정하고 있다(제30조 제4항). 특별한 사유가 무엇인지가 문제되는데 아래에서 고찰하기로 한다.

(2) 구속력의 정도

승인가관의 장에 대한 환경부장관의 환경영향평가에 대한 검토의견의 구속력의 문제는 관계 법령 및 행정기관 상호간의 권한준중의 원칙에 입각하여 해결하여야 한다. 정부조직법 및 환경영향평가법령에 비추어 개발사업으로 침해되는 환경상 이익 등 환경영향에 대한 행정부내에서의 최종적인 판단권은 환경문제의 주무부서인 환경부에 있는 것으로 보아야 한다. 또한 환경부가 환경영향평가에 관하여 최고의 전문성을 갖고 있다. 개발부서인 승인가관은 환경영향평가에 관한 전문성이 부족할 뿐만 아니라 환경보호의식도 매우 낮다. 이에 대하여 개발사업으로 인한 개발이익의 판단 및 개발이익과 환경상 불이익 등 개발불이익의 이익형량 그 자체에 대한 행정부내에서의 최종적 판단권은 개발사업에 대한 승인권을 갖고 있는 승인가관의 장에게 있는 것으로 보아야 한다. 그 이유는 환경부장관은 사업의 환경에 대한 영향과 환경보전방안을 검토한다. 승인가관은 환경영향과 환경보전방안을 검토할 뿐만 아니라 승인기준을 심사한다. 실제에 있어서 승인가관은 승인기준의 심사에 중점을 둔다. 그리고 승인기준에는 환경에 대한 영향 내지 환경이익도 포함된다. 따라서, 승인가관의 장은 환경부장관의 검토의견 중 환경상 불이익 및 환경보전방안 등 환경영향에 대한 환경부장관의 검토의견을 존중하여야 한다고 보는 것이 타당하다. 환경부의 환경적 영향에 대한 판단에 대해서는 구성요건적 효력을 부여하는 것이 타당하다. 이에 반하여 환경부장관의 검토의견 중 사업계획의 변경에 관한 대안제시 및 개발사업 불승인의견 자체는 승인가관의 장을 절대적으로 구속하지는 않는 것으로 보는 것이 타당하다. 왜냐하면 개발승인 또는 불승인 그

39) , 앞의 논문, 87면.

사업계획의 변경은 환경상 이익과 함께 경제적, 사회적 이익 등을 함께 고려하여야 하는데, 개발이익의 판단권은 승인기관의 장에게 있기 때문이다.⁴⁰⁾

입법론으로는 승인기관장의 조정요청에 대한 환경부장관의 조정 여부 결과의 통보에 대하여도 승인기관장은 이 통보 중 환경영향에 관한 의견 및 환경보전방안에 관한 조정의견에 대하여는 원칙상 따라야 한다는 것을 명문으로 규정할 필요가 있다. 미국의 경우 환경영향평가를 인허가기관이 담당하므로⁴¹⁾ 환경영향평가의 구속력의 문제는 제기되지 않는다. 당연히 환경영향평가의 결과는 인허가등에 반영된다. 이러한 점에서 미국에서 환경영향평가 결과는 사실상 구속력을 갖는다고 할 수도 있다.

V. 하자와 사업계획승인처분의 효력

1. 하자의 의미와 성질

환경영향평가의 하자라 함은 환경영향평가를 거쳐야 하는데 거치지 않은 경우, 환경영향평가가 법령상의 환경영향평가의 실행절차를 위반한 경우 및 환경영향평가가 내용상 부실한 경우를 등을 말한다.

환경영향평가의 하자를 절차상 하자과 실체(내용)상 하자로 나누어 볼 수 있다. 환경영향평가의 절차상 하자라 함은 환경영향평가가 의견수렴절차, 환경부장관과의 협의절차 등 법령상의 환경영향평가의 실행절차를 위반한 것을 말한다. 환경영향평가의 실체(내용)상 하자라 함은 환경영향평가가 부실한 또는 불충분한 것을 말하는데, 환경영향에 대한 조사의 불충분, 대안의 제시 및 검토의 불충분, 환경영향저감방안의 불충분 등을 들 수 있다. 환경영향에 대한 조사의 불충분에는 환경영향평가 항목을 빠뜨린 것, 현장조사를 하여야 하는데 하지 않은 것, 조사가 부실한 것 등을 들 수 있다. 직접영향뿐만 아니라 간접영향도 조사하여야 하는데, 간접영향을 조사하지 않은 것도 환경영향평가의 하자이다. 법상 누적영향을 조사·평가하는 것으로 규정하고 있는 경

40) 점에 비추어 협의의견에 반하는 처분을 무효로 명시하지는 입법론(김홍균, 환경영향평가와 사법심사, 법조, 제579권, 2004, 26면)은 원칙상 타당하지만, 일부 예외를 인정할 필요가 있다.

41) 미국의 경우 승인기관이 환경영향평가를 주도하고 환경부는 자문을 행한다.

이를 하지 않은 것도 환경영향평가의 하자이다. 대안을 어느 정도까지 검토하여야 하는가가 문제되는데, 합리적인(reasonable) 대안은 모두 검토하여야 하고, 그 대안에 대한 검토는 적절하게(adequately) 행해져야 한다. 그리고, 대안의 검토에서는 개발이익과 환경에 대한 침해를 적절하게 이익형량하여야 할 것이다.⁴²⁾

환경영향평가는 환경영향평가의 대상이 되는 사업에 대한 사업계획승인처분의 절차로서의 성질을 갖는다. 따라서, 환경영향평가의 하지는 실제상 하자이든 절차상 하자이든 사업계획승인처분의 절차상 하자로서의 성질을 갖는다. 미국⁴³⁾이나 프랑스⁴⁴⁾에서도 환경영향평가의 위법은 환경영향평가의 대상이 된 사업승인의 절차상 위법사유로 본다.

2. 거치지 않은 경우

판례는 원칙상 환경영향평가절차를 거쳐야 하는데 거치지 않고 한 승인처분은 그 위법이 중대하고 명백한 것이어서 무효라고 하고 있다.⁴⁵⁾ 이에 대하여 환경영향평가의 불실시를 재량권의 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 보아야 한다고 하면서 취소사유에 불과한 것으로 보는 견해가 있다.⁴⁶⁾

판례는 환경영향평가절차를 거쳐야 하는데 거치지 않고 한 승인처분의 위법이 왜 중대하고 명백한 위법인지를 설명하고 있지 않다. 환경영향평가절차를 거쳐야 하는데 거치지 않고 한 승인처분의 위법이 원칙상 중대하고 명백한 위법인 이유는 다음과 같다. 환경영향평가절차는 개발사업의 승인에 있어서 중요한 사항이라고 보아야 한다. 따라서, 환경영향평가절차를 거쳐야 하는데 거치지 않고 한 승인처분은 중대한 위법이 있는 처분이다. 그리고, 환경영향평가법은 환경영향평가대상을 대상사업별로 면적이나 길이 등 수치로 명확하게 규정하고 있다. 그러므로 환경영향평가절차를 거쳐야

42) James F. Berry and Mark S. Dennison, *The Environmental Law and Compliance Handbook*, McGraw-Hill, 2000, p. 66

43) Daniel A. Farber, Jody Freeman and Ann E. Carlson, op. cit, p. 460.

44) Michel Prieur, op. cit, pp. 114-116.

45) 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결.

46) 김중권, 앞의 논문, 377-378면.

거치지 않고 한 승인처분은 원칙상 명백한 위법이 있는 처분이다. 다만, 예외적으로 환경영향평가의 대상이 되는지가 명확하지 않은 경우도 있고, 이 경우에는 환경영향평가절차를 거치지 않은 승인처분은 그 위법이 명백하다고 할 수 없고, 그 승인처분은 무효라고 할 수 없다. 판례 중에도 행정청이 광의의 환경영향평가의 하나인 구 환경정책기본법상의 사전환경성검토협의를 거쳐야 할 대상사업에 관하여 법의 해석을 잘못된 나머지 세부용도지역이 지정되지 않은 개발사업 부지에 대하여 사전환경성검토협의를 할지 여부를 결정하는 절차를 생략한 채 승인 등의 처분을 한 사안에서, 그 하자가 객관적으로 명백하다고 할 수 없다고 한 사례가 있다.⁴⁷⁾

3. 실체상 하자(부실)과 사업계획승인처분의 효력

대법원은 환경영향평가의 부실을 ① “그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것인 경우”에는 그것만으로 사업계획승인처분의 위법사유가 된다고 보고, ② “그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 부실이 아닌 경우”에는 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 뒀어 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니라고 보고 있다.⁴⁸⁾

대법원이 환경영향평가의 내용상 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것인 경우에 한하여 환경영향평가의 하자가 사업계획승인처분의 독자적인 위법사유가 된다고 본 것은 너무 엄격한 것이다.⁴⁹⁾

프랑스의 경우 환경영향평가의 실체상의 부실(les insuffisances substantielles de l'étude d'impact)도 재판적 통제의 대상이 된다. 프랑스에서는 환경영향평가서의 내

47) 2009. 9. 24. 선고 2009두2825 판결 【개발사업시행승인처분취소】.

48) 대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결 <경부고속철도 사건>; 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 판결 <새만금 사건> 등.

49) 박군성·함태성, 앞의 책, 319면 ; 김홍균, 앞의 논문, 17-18면.

하자의 판단에 있어서는 사업 및 환경영향의 중요도에 따른 비례의 원칙의 준수여부의 통제⁵⁰⁾와 환경영향평가서가 '완전하고 성의있게 작성되었는지(*complète et sérieuse*)에 중점을 두어 환경영향평가의 충분성 여부를 통제한다.⁵¹⁾ 미국의 경우 환경영향평가가 행해지지 않거나 환경영향평가의 범위 및 내용에 있어서 불충분한(*insufficient*) 것은 재판적 통제의 대상이 된다. 환경영향평가에 있어 권한 남용이 있는(*arbitrary or capricious*) 경우 재판적 통제의 대상이 된다. 다만, 권한남용으로 환경영향평가의 실제적 내용이 통제되는 경우는 많지 않고, 통제의 여지도 거의 없다. 그 이유는 환경영향평가절차가 엄격히 규정되어 있어 환경영향평가에 있어 권한 남용이 있는(*arbitrary or capricious*) 경우는 통상 환경영향평가 절차규정에 위반인 경우가 많기 때문이다.⁵²⁾ 사업계획의 이익을 과도하게 평가한 것도 환경영향평가의 위법 사유가 된다.⁵³⁾

생각건대, 환경영향평가는 승인기관이 환경영향평가의 대상이 되는 사업계획의 승인여부를 판단함에 있어서 필요한 정보를 제공하여 의사결정을 지원하는 기능을 갖는다. 따라서, 환경영향평가의 내용이 불충분한 경우 달리 말하면 환경영향평가의 내용상 부실이 중대하여 승인처분 여부의 결정에 중대한 영향을 미칠 가능성이 있는 정도의 것인 경우에는 승인처분의 위법사유가 된다고 보는 것이 타당하다.

또한, “그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도 이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 부실이 아닌 경우”에는 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니”라는 판례의 견해는 그 의미가 매우 모호하다. 환경상 이익을 승인처분시 충분히 고려하지 않은 위법을 판단함에 있어 환경영향평가의 부실이 하나의 고려사항이 된다는 의미라면 당연한 것을 선언한 것에 불과하다.

50) 중요하고 환경에 대한 영향이 클수록 환경영향평가는 보다 구체적이고 자세해야 한다(CE, 9 juillet 1982, *Ministre de l'Industrie c/ Comité départemental de défense des lignes à très haute tension*, Rec., p. 277).

51) Michel Prieur, *op. cit.*, pp. 114-115.

52) Daniel A. Farber, Jody Freeman and Ann E. Carlson, *op. cit.*, p. 524.

53) Daniel A. Farber, Jody Freeman and Ann E. Carlson, *op. cit.*, p. 497.

4. 절차상 하자과 사업계획승인처분의 효력

환경부장관의 협의절차 등 환경영향평가의 절차상 하자가 있는 경우 사업계획승인처분이 절차상 위법한 처분이 되는가 하는 것이 문제된다.

일본에서는 환경영향평가의 절차상의 하자과 실제적 측면의 하자를 나누어 공청회의 하자과 같은 평가절차상의 하자는 그것이 결과에 영향을 줄 가능성이 있는 경우에만 처분이 위법하게 되고 취소된다고 본다⁵⁴⁾. 그러나, 일본에서는 원칙상 행정행위의 절차상 하자를 그것만으로 독립된 취소사유로 보고 있지 않고 행정청의 실제적 판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 경우에 한하여 독립된 취소사유로 보고 있으므로 일본에서의 그러한 해결은 중대한 절차상 하자 자체를 행정청의 실제적 판단에 대한 영향의 여부와 관계없이 독립된 취소사유로 보는 우리나라에서는 타당할 수 없다. 미국의 경우 법상 규정된 환경영향평가절차 위반은 원칙상 위법하다고 본다.

환경영향평가의 절차는 승인처분의 절차라고도 볼 수 있다. 그리고 우리 나라의 경우 판례는 절차의 하자를 독립된 취소사유라고 본다. 따라서, 이러한 판례의 법리에 따르면 의견수렴절차 등 환경영향평가절차가 행해졌지만 그 절차에 하자가 있거나 의견수렴이 부실하였던 경우에는 그 하자가 경미한 경우에는 당해 하자는 사업계획승인처분의 취소사유는 되지 않지만, 그 절차상 하자가 중대한 경우에는 사업계획승인처분의 독립된 취소사유가 된다고 보는 것이 논리적으로 일관성있는 것이다.

아직 환경영향평가의 절차상 하자가 있는 경우 승인처분을 위법하다고 보아야 할 것인지에 관한 명시적인 대법원 판결은 없다. 다만, 하급심 판결중에는 “환경영향평가 대상지역 주민들 중에서 일부 주민들의 의견수렴절차를 거치지 아니한 환경영향평가는 위법하며 이에 기한 행정처분은 취소사유가 된다”고 한 판결이 있다.⁵⁵⁾

절차의 하자를 처분의 독자적 취소사유로 보는 판례의 입장을 취하는 한 환경영향평가법령상의 환경영향평가의 절차는 승인처분의 절차의 성질도 가지므로 환경영향평가법령상의 환경영향평가의 절차의 하자는 경미한 하자가 아닌 한 독립적 취소사유가 된다고 보는 것이 논리적 일관성이 있다.

54) , 1975. 5. 29. 民集29권5호, 662면.

55) 서울행정법원 2010. 4. 23. 선고 2008구합29038 판결(본 판결은 항소가 이루어지지 않아 그대로 확정되었다).

, 대규모사업승인처분을 절차의 하자로 취소하여도 절차의 하자를 시정하여 동일한 내용의 처분을 하는 경우가 적지 않고, 중국적으로는 국민의 권리를 구제하지 않으면서도 다시 한 번 환경영향평가절차와 승인절차를 거치도록 하여 사업의 지연과 행정불경제를 야기하는 문제가 있다. 따라서, 이론상으로는 환경영향평가의 절차상 하자가 있는 경우에도 그 절차의 하자가 승인처분의 내용에 실질적인 영향을 미칠 수 있는 가능성이 있는 경우에 한하여 취소사유로 보는 것이 타당하다.

또한, 환경영향평가의 내용에 대한 실제적 통제가 어려운 점을 고려할 때 미국 환경정책기본법 및 환경질위원회규정에서와 같이 환경영향평가법령에서 환경영향평가의 절차를 엄격히 규정하는 것이 바람직하다.⁵⁶⁾

VI.

환경영향평가와 사업계획승인처분은 밀접한 관계를 갖는다. 환경영향평가와 사업계획승인처분의 관계를 어떻게 볼 것인가에 따라 환경영향평가제도뿐만 아니라 사업계획승인제도의 내용이 달라지게 되고, 환경영향평가와 사업계획승인처분의 위법성 및 효력에 대한 법적 규율이 달라진다. 그런데, 환경영향평가와 사업계획승인처분이 어떠한 관계를 갖는가는 나라마다 다르다.

대법원은 환경부장관의 환경영향평가 협의의견에 승인기관장은 구속되지 않는다고 하면서 환경부장관의 협의를 단순한 협의로 보고 있다. 그러나, 판례가 환경부장관의 검토의견에 대해 전면적으로 구속력을 부인한 것은 문제이다. 승인기관의 장에 대한 환경부장관의 환경영향평가에 대한 검토의견의 구속력의 문제는 관련 법규정 및 행정기관 상호간의 권한준종의 원칙에 입각하여 해결하여야 한다. 승인기관의 장은 환경부장관의 검토의견 중 환경상 불이익 및 환경보전방안 등 환경영향에 대한 환경부장관의 검토의견을 존중하여야 한다고 보는 것이 타당하다. 환경부의 환경적 영향에 대한 판단에 대해서는 구성요건적 효력을 부여하는 것이 타당하다. 이에 반하여 환경부

56) 들면, 대안의 검토에 관한 절차규정을 두면 환경영향평가시 대안평가가 철저히 이루어져 환경영향평가의 내용이 보다 충실하게 될 수 있고, 대안평가에 관한 절차규정을 위반하여 대안평가를 소홀히 한 것에 대해 실효적인 사법적 통제가 가능해질 것이다(이비안, 앞의 논문, 376면 이하 참조).

검토의견 중 대안제시 및 개발사업불승인의견 자체는 승인기관의 장을 구속하지 않는 것으로 보는 것이 타당하다. 입법론으로는 승인기관장의 조정요청에 대한 환경부장관의 조정 여부 결과의 통보에 대하여도 승인기관장은 환경영향 및 환경보전방안에 관한 조정의견에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 따라야 한다는 것을 명문으로 규정할 필요가 있다.

또한, 대법원은 “환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 뒀을 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다”라고 하는 입장을 확고히 하고 있다. 그러나, 판례가 절차의 하자를 독자적 취소사유로 보고 있으므로 판례는 환경영향평가의 절차상 및 실체상 하자를 경미한 하자가 아닌 한 승인처분의 독립된 취소사유로 보는 것이 일관성이 있는 해결이다. 다만, 이론상으로는 환경영향평가의 내용상 부실이 중대하여 승인처분 여부의 결정에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정도의 것인 경우에 한하여 승인처분의 위법사유가 된다고 보고, 환경영향평가의 절차상 하자가 있는 경우에도 그 절차의 하자가 승인처분의 내용에 실질적 영향을 미칠 수 있는 가능성이 있는 경우에 한하여 취소사유로 보는 것이 타당하다.

: 2013. 7. 30. 심사일 : 2013. 8. 20. 게재확정일 : 2013. 8. 30.

- , “미국의 환경영향평가와 사법심사”, 『토지공법연구』, 제14집, 2001.
- 김중권, “환경영향평가가 걸어진 행정행위의 효력에 관한 소고”, 『저스티스』, 제114호, 2009.
- 김홍균, “환경영향평가와 사법심사”, 『법조』, 제579호, 2004.
- 박근성, “환경영향평가의 하자과 사업계획승인처분의 효력”, 『행정판례연구』, 제7권, 2002.
- 박근성·함태성, 『환경법』, 박영사, 2013.
- 법원환경법분야연구회편, 『2011 환경소송의 제문제』, 사법발전재단, 2011.
- 석인선, “환경영향평가절차상 주민참여: 미국과 우리나라의 경우에 관한 비교법적 고찰을 중심으로”, 『환경법연구』, 제30권 제2호, 2008.
- 송동수, “환경영향평가의 하자과 사법심사”, 『환경법연구』, 제34권 제3호, 2012.
- 이비안, “환경영향평가제도(環境影響評價制度)에서 대안(代案)의 검토(檢討) 필요성: 합리적(合理的) 대안(代案)과 부작위(不作爲) 대안(代案)”, 『환경법연구』, 제32권 제1호, 2010.
- 이순자, “환경영향평가법상 협의에 대한 고찰”, 『환경법연구』, 제34권 제3호, 2012.
- 채우석, “환경영향평가제도에 관한 법적 연구”, 『환경법연구』, 제27권 제4호, 2005.
- 함태성, “환경영향평가제도에 대한 공법적 연구”, 경희대학교 일반대학원 박사학위논문, 2002.
- _____, “환경영향평가제도에 대한 법원의 심사”, 『환경법연구』, 제24권 제1호, 한국환경법학회, 2002.
- 홍준형, “환경영향평가에 대한 행정소송의 법적 쟁점”, 『행정법연구』, 제28호, 2010.
- 大塚 直, 『環境法』, 有斐閣, 2002.
- 阿部泰隆 淡路剛久, 『環境法』, 有斐閣 ブックス, 2004,
- 柳 憲一郎, 『環境アセスメント法に關する總合的 研究』, 清文社, 2011.
- Bass, Ronald E., Albert I. Herson and Kenneth M. Bogdan, *The NEPA BOOK – A step-by-step guide on how to comply with the National Environmental*

Policy Act, Solano Press Books, 2001.

Berry, James F. and Mark S. Dennison, *The Environmental Law and Compliance Handbook*, McGraw-Hill, 2000.

Farber, Daniel A., Jody Freeman and Ann E. Carlson, *CASES AND MATERIALS ON ENVIRONMENTAL LAW*, WEST, 2010.

Ferry, Steven, *Environmental Law Fifth Edition*, 2010.

Prieur, Michel, *Droit de l'environnement*, DALLOZ, 2011.

Résumé]**Etude sur la Relation entre Etude d'Impact et Approbation
du Projet des Travaux**

PARK, Kyun Sung

(Professor, Kyung Hee University)

L'étude d'impact et l'approbation du projet des travaux ont un lien étroit. La relation entre l'étude d'impact et l'approbation du projet des travaux influe non seulement sur le système de l'étude d'impact et le système de l'approbation du projet des travaux mais aussi sur les prescriptions légales concernant l'illégalité de l'étude d'impact et de l'approbation du projet des travaux et son effet. Or, la relation entre l'étude d'impact et l'approbation du projet des travaux est variée selon les pays.

La Cour Suprême a déclaré que l'opinion du Ministre de l'Environnement ne contraint pas l'administration de l'approbation du projet des travaux. Mais cette déclaration est discutable. L'effet juridique de l'opinion du Ministre de l'Environnement à l'égard de l'administration de l'approbation du projet des travaux devrait être décidé selon les prescriptions concernées et le principe du respect de la compétence entre les administration. L'administration de l'approbation du projet des travaux devrait respecter l'opinion du Ministre de l'Environnement concernant les effets environnementaux tels que à proprement parler les effets environnementaux et les projets de la préservation de l'environnement. Par contre il est juste de considérer que les projets alternatifs et l'opinion de rejet de l'approbation du projet des travaux parmi l'opinion du Ministre de l'Environnement, dont la compétence appartient à l'administration de l'approbation du projet des travaux, ne contraint pas l'administration de l'approbation du projet des travaux. Il est souhaitable que la législation intervienne dans le sens que l'administration de l'approbation du projet des travaux devrait suivre l'opinion du Ministre de l'Environnement concernant les effets environnementaux s'il n'y a pas de cause particulière.

La Cour Suprême confirme fermement la position telle que même si le contenu de l'étude d'impact est insuffisante, l'insuffisance dont le degré n'est pas de telle sorte qu'il ne diffère pas de l'absence de l'étude d'impact n'est qu'un des éléments de l'appréciation du détournement du pouvoir discrétionnaire de l'approbation du projet des travaux et n'est pas une cause autonome de l'illégalité de celle-ci. Mais, il est cohérent que selon la jurisprudence qui considère une vice de procédure comme une cause autonome de l'annulation de la décision exécutoire l'on considère l'illégalité de l'étude d'impact comme une cause autonome l'annulation de l'approbation du projet des travaux. Pourtant il est juste que l'on considère l'illégalité de l'étude d'impact comme une cause autonome de l'approbation du projet des travaux seulement dans le cas où l'illégalité de l'étude d'impact a une nature telle qu'elle exerce une grande influence sur l'approbation du projet des travaux. Il est également souhaitable que l'on prescrive rigoureusement les procédures de l'étude d'impact dans la loi de l'étude d'impact comme dans la loi de la politique environnementale nationale et la régulation de la Commission de la qualité environnementale aux Etats-Unis.

제어	, 환경영향평가의 구속력, 환경영향평가 협의의견, 환경영향평가의 하자, 사업계획승인처분
Mots de Clés	Environmental Dispute Adjustment, Arbitration, Damage Amount, Mental Damage, Noise and Vibration, Construction Sites