

環境行政訴訟의 諸問題

徐 元 宇*

■—————>>차 례<<—————■

I. 序 論	(4) 原子爐의 安全性判斷尺度로서의 環境基準
II. 環境行政訴訟의 意義와 機能	(5) 原子爐設置許可節次와 判斷過程의 統制
III. 伊方原子力發電所判決의 概要와 問題點	(6) 假權利救濟制度
IV (1) 事件의 概要	(7) 기 타
(2) 原告適格問題	N. 結 論
(3) 原子爐의 安全性에 관한 司法審査	

I. 序 論

「環境인가 開發인가」라고 하는 兩者의 相剋을 어떻게 해결할 것인가는 環境法에 있어서의 최대의 根本課題이다. 특히 環境問題의 重點이 環境汚染에 起因하는 比참한 健康被害의 事後救濟로부터 環境保全·環境管理에 로 옮겨져가고 있는 現狀에 있어서는 環境과 開發의 衝突問題는 그것을 피해서 지나갈 수 없는 심각한 現代的 課題로서 우리들에게 그 解決을 絶실하게 要求해 오고 있다. 실제의 訴訟에 있어서도 環境과 開發의 調和點을 어디에다 구할 것인가라는 問題는 公害發生施設의 設置留止를 청구하는 民事訴訟이라는가 公共施設의 設置許可의 取消를 구하는 行政訴訟이라는 형태로 環境保全이 事前豫防의으로 주장되었을 경우, 현실적으로 解決해야 할 法律問題로서 裁判官의 눈 앞에 나타나지 않을 수 없는 것이다. 그러나 아직도 우리 나라에서는 이러한 어려운 問題를 처리함에 있어 指針이 될만한 一般的 價值基準은 반드시 確立되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 그 만큼 環境訴訟에 있어서의 具體的 事件의 解決을 實踐하지 않을

*서울大法大 教授

수 없는 裁判官에게 매우 어려운 價値判斷을 요구함에 이르게 된다.

얼마 前까지만 하더라도 우리 나라의 法律制度에 있어서는 開發의 價値가 지나치게 優越視된 나머지 環境保全의 價値는 상대적으로 輕視 내지 無視되어 왔었다. 그러던 것이 최근의 環境保全法の 制定과 아울러 새로 發足하게 된 環境廳의 設置 등을 계기로 하여, 점차 產業優位 내지 開發一邊倒의 생각은 비판을 받게 되고, 특히 憲法에의 環境權條項新設 등의 論議와 함께 거꾸로 環境保全의 價値가 언제나 開發에 優先하는 法的 價値를 가진다고 하는 正反對의 주장조차 없지 않다.

本稿에서는 이상과 같은 環境과 開發의 衝突이 가장 예리한 형태로 나타나는 公共施設의 設置許可에 대한 地域住民에 의한 取消請求와 관련된 事例를 環境行政訴訟의 例로 잡아 거기에서 제기되는 여러 가지 問題點을 살펴봄으로써 앞으로의 環境行政法의 形成에 있어서 環境行政訴訟이 담당해야 할 役割 등을 검토해 보고자 한다. 다만, 이러한 環境行政訴訟이 우리 나라에서는 아직 具體的인 事件으로서 提起된 예가 없기 때문에, 편의상 本稿에서는 그러한 事件이 최근 늘어나고 있으며, 또한 法律上의 解釋問題를 둘러싸고 많은 論難이 제기되고 있는 日本의 原子力發電所設置許可와 관련된 環境行政訴訟을 素材로 다루어 보기로 한다.

II. 環境行政訴訟의 意義와 機能

(A) 環境汚染의 被害者가 民事訴訟에 의하여 救濟를 받기 위해서는 因果關係의 究明이라든가 過失의 立證 등 많은 困難이 당초 豫想되었었다. 그러나 그 동안의 環境(公害)訴訟을 통하여 이른바 疫學的 因果關係論의 導入이라든가 無過失責任에 가까운 取扱 등으로 말미암아 環境汚染被害者의 民事救濟는 커다란 變貌를 보이고 있으며, 그 救濟도 어느 정도 용이하게 되었다.¹⁾ 그러나 이러한 民事救濟의 發展에 의하여 아무리 被害者의 救濟가 용이하게 되었다 하더라도 거기에는 일정한 限界가 있다. 즉, 民事救濟는 ① 실제 발생한 健康被害 등의 現實의 回復에는 도움이 되지 않

1) 拙稿, 「環境汚染과 被害者救濟」, 檢察 1978, 第1輯, pp. 83~111.

으며, ② 當事者本位の 個人救濟이며 地域全體의 環境惡化를 회복할 수 없다. ③ 事後救濟이기 때문에 被害의 未然防止에는 도움이 되지 않는 등 결함이 지적되고 있다. 따라서 최근에는 環境汚染의 未然防止를 民事訴訟으로서의 被害發生의 우려가 현저하거나 加害行爲가 계속 중이며 被害補償의 불가능이 확실히 예상되는 경우에는 加害行爲의 留止를 내용으로 하는 民事上의 留止訴訟(公害防止訴訟)을 제기함으로써 어느 정도 環境汚染發生을 미연에 방지하고 地域環境保全의 효과를 기하고 있다.

그러나 民事上의 留止訴訟에 의하여 어느 정도의 效果를 거두고 있는 것은 사실이지만 民事訴訟의 제 1차적 목적이 개인적인 救濟인 이상, 지역 전체의 건강하고도 쾌적한 주민생활을 지키기 위하여 環境破壞를 방지하고 바람직한 環境保全을 도모하는 責務를 民事法院에 기대하는 것만으로 는 부족하고, 제 1차적으로는 國家나 地方自治團體의 立法 및 行政에 기대해야 할 것이라는 데 異論이 있을 수 없다. 최근 論議의 대상이 되어 있는 憲法上의 人權으로서의 이른바 環境權은 바로 國家나 地方自治團體에 대한 이상과 같은 責務의 실현을 청구하는 國民의 地位保障을 의미하는 것이라 할 수 있다.

오늘날 우리들은 이러한 環境權에 의거하여 ① 國家나 地方自治團體가 立法的 措置를 강구하여 적절한 環境汚染發生源의 團束基準을 설정하고 그것에 의거하여 行政權을 발동하여 확실히 그것을 規制해 줄 것, ② 公共主體가 環境汚染防止事業을 適宜實施하여 地域의 環境保全을 도모할 것, ③ 國家 스스로가 公共事業의 실시나 地域開發을 담당할 경우에는 當該地域의 意向을 참작함으로써 環境保全을 위한 配應를 게을리하지 않을 것 등을 요구할 수 있는 地位를 가진다고 할 것이다. 이러한 國民의 地位에 관해서는 종래의 學說과 判例는 그것을 이른바 反射的 利益論 내지 行政의 便宜主義(opportunitätsprinzip)와 의 관련 아래 그 權利性을 인정하지 않고 있었다.²⁾

(B) 우리 나라의 傳統的 行政訴訟理論에 있어서는 環境汚染規制와 관

2) 이러한 존재의 學說 내지 判例의 立場에 대한 批評으로는 金南辰, 「環境汚染의 行政救濟」, 環境法研究 創刊號, 1979 참조.

런된 行政訴訟은 일반적으로 지나치게 엄격한 環境規制로 말미암아 營業의 自由 등이 違法하게 침해된 事業者가 營業의 自由回復을 구하여 제기하는 訴訟만을 가르키는 것으로 보아왔다. 여기에서는 덜 엄격한 規制에 대하여 環境汚染被害者가 環境權에 의거하여 行政訴訟을 제기하는 것은 고려되어 있지 아니했던 것이다. 그러나 環境 내지 公害行政이라는 것이 본래 住民들의 環境上의 利益과 事業者의 經濟上의 利益間의 調整을 도모함을 그 목적 가운데 하나로 하는 行政作用이라고 한다면, 環境 내지 公害 行政上의 法律關係에 있어서는 基本的으로 行政廳, 事業者, 被害者住民이 동등한 입장에서 三面的인 法律關係를 구성하는 것으로 볼 수 있기 때문에 住民側에도 環境 내지 公害行政에 主體的으로 참여할 法的 權能이 인정되어야 할 것이고, 만약 그렇다면 環境規制를 게을리하고 있는 行政廳에 대하여 그 責務의 履行을 촉구하기 위한 行政訴訟은 당연히 허용되어야 할 것으로 생각한다.

우리 나라의 通說과 判例가 이러한 行政訴訟을 아직도 消極的으로 해석하고 있는데 비하여 美國이나 日本 등에서는 實定法과 判例를 통하여 그것을 積極的으로 인정하는 경향이 있음은 매우 注目할만한 사실이라 할 것이다.

그런데, 이와 같이 地域環境保全의 責務가 제 1차적으로 國家나 地方自治團體의 行政作用에 속하며, 그러한 責務違反이 있을 경우에는 그 是正을 구하는 權能이 住民側의 環境權에 의거한 行政訴訟에 의해 보장될 수 있다고 한다면 이러한 訴訟은 廣域的인 環境汚染의 未然防止와 環境保全이라고 하는 大目的을 달성하기 위하여 될 수 있는대로 광범하게 그리고 빠른 段階에서 제기할 수 있도록 해주지 않으면 그 制度的 意味가 없어져 버린다는 점에 이른바 環境行政訴訟의 特徵이 있다고 할 것이다.

보다 구체적으로 말하자면, 行政廳이 環境破壞의 우려가 있는 行爲를 행하거나 또는 행하려고 하는 경우에는 우선 그것으로 말미암아 環境惡化가 예상되는 지역에 在住하는 住民에게는 될 수 있는대로 넓게 原告適格을 인정할 필요가 있을 것이고, 또한 環境行政의 目的이 被害의 事後救濟가 아니고, 未然防止에 있다는 것을 생각할 것 같으면 環境破壞의 우려가 강한

行政決定이 행해졌을 때에는 될 수 있는대로 빠른 段階에서 訴訟의 成熟性을 인정하여 疑義가 있는 行政決定을 再吟味하고, 그것을 反芻할 機會를 마련해 주어야 할 것이다.

(C) 일반적으로 抗告訴訟은 그 機能面으로 볼 때, 行政과 國民 사이에 있어서의 公權力의 行使의 適法性에 관한 紛爭의 解決節次라 할 수 있다. 그러나 첫째로, 公權力의 行使는 環境行政上에 있어서는 事前的 豫防·抑制手段으로서 쓰이는 경우가 많고, 따라서 그에 관한 紛爭의 解決도 環境破壞의 事前豫防으로서의 기능을 가지게 된다. 아울러 그것은 同種의 事業에 대한 先例가 되어 違法한 公權力의 행사로 인한 環境權侵害의 一般的 豫防으로서도 기능을 하게 된다. 둘째로, 環境行政訴訟은 분쟁해결을 통하여 行政過程의 民主化를 확보하는 기능을 가진다. 즉, 現代國家에 있어서의 一般的인 現象이라 할 수 있는 議會制民主主義의 空洞化로 말미암아 少數이지만 강력한 政治力을 가진 集團에 의하여 여러 가지 형태로 지배당하고 있는 광범위에 걸치는 多數의 사람들에게 동일한 政治力을 부여함으로써 實質的인 民主化를 촉진하는 것을 의미한다.³⁾

法廷에서는 약한 多數의 사람들의 의견도 충분히 발표할 수 있으며, 대등한 입장에서 行政에게 자료를 공개시켜 그에 대한 反論을 할 수 있으며, 行政에 의한 環境의 影響에 대한 事前評價의 檢討의 不充分함을 밝혀내게 할 수 있는 것이다. 다시 말하자면, 法廷은 住民參加와 資料公開의 기회를 제공케 하는 公開의 장소로서의 기능을 가지게 됨으로써 극히 불충분한 判斷 아래 행해진 行政을 適正節次에 따라, 그리고 신중한 판단 아래 행해지게 함으로써 우리 나라의 行政過程에서의 市民參加節次의 不備를 보완하는 기능과 역할을 담당하게 된다.⁴⁾ 셋째로, 環境行政訴訟은 被害救濟範圍를 확대하는 기능을 가진다. 民事上의 留止訴訟에 있어서도 救濟를 도

3) Joseph L. Sax, "The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law," in *Michigan Law Review* Vol. 68, No. 3, 1970.

4) Sax 教授는 環境訴訟의 一般的 特徵을 概述하면서, 「訴訟은 環境政策의 形成過程이 合理的으로, 分別 있게, 그리고 市民의 關心事의 온갖 局面에 잘 對應하는 感覺을 가지고 作動하기 위한 지렛대의 또 하나의 源泉이 되는 것이며, ...보다 伸縮性 있는 行政過程에의 門戶를 開放하는 데 도움을 준다」고 말하고 있다. (J.L. Sax, *Defending the Environment: A Strategy for Citizen Action*, 1970: 山川·高橋共譯, 「環境의 保護」, 1974, p. 130) .

모할 기회가 있지만 그 효력은 原告에게 한정된다. 그러나 行政訴訟에서는 原告適格의 확대라든가 義務化訴訟 등이 일반적으로 인정되게 되면 救濟의 類型, 範圍가 한결 넓어져서 關係地域住民一般에게 그 판결의 효력에 의한 環境上의 救濟가 널리 미치게 되는 것이다.

요컨대, 行政은 國民으로부터 위탁된 良好한 環境의 管理를 위하여 각종의 行政法規에 의거하여 여러 가지 내용의 行政活動을 행하는 것으로 되어 있거나와 그러한 行政活動을 행함에 있어서 혹은 行政活動을 행하지 않음에 있어서 適法성과 관련된 紛爭解決이라는 형식으로 그 違法의 是正을 구하는 것이 環境에 관한 行政(抗告)訴訟이라 할 수 있다. 이 밖에 環境關係法에 의거한 規制를 받은 자가 그 規制의 違法성을 不服하여 그 排除를 구하는 경우도 있을 수 있으나 오히려 그것은 環境行政訴訟으로서에는 예외적인 경우일 뿐만 아니라 그에 대해서는 전통적인 行政法 내지 行政訴訟法の 理論이 거의 그대로 타당할 수 있으므로 특별한 고찰의 대상은 될 수 없다 할 것이다.

이에 대하여 여기서 말하는 環境行政訴訟의 경우에는 당해 公權力의 行使가 原告 이외의 環境汚染의 發生源에게 행해지는 것이거나 혹은 一般的 處分의 형식을 취하는 경우가 많기 때문에 반드시 전통적인 理論은 그대로 타당할 수 없다. 바로 이 점이 環境行政訴訟에 있어서의 그 特質에 대응할 수 있는 새로운 理論의 展開가 요구되는 까닭이라 할 수 있는 것이다.

Ⅲ. 伊方原子力發電所判決의 概要와 問題點

環境行政訴訟에서의 紛爭의 核心이 되는 이른바 環境과 開發의 衝突이 가장 예리한 형태로 나타나는 領域은 發電所立地에 관련된 事件이라 할 수 있거나와⁵⁾ 그 대표적인 예로 여기서는 최근 日本에서 많은 論難의 대상이

5) 發電所의 立地問題는 여러 先進國家에서 에너지와 環境의 衝突問題로서 環境法上の 심각한 課題가 되어 [있다(National Academy of Science-National Research Council, Committee on Energy and the Environment, *Energy and Environment*, 1977: Roberts & Stewart, "Energy and the Environment," in H. Owen & C. Schultze eds., *Setting*

되어온 伊方原子力發電所事件을 택하여 環境行政訴訟과 관련된 몇 가지 問題點을 검토·고찰해 보기로 한다.

(1) 事件의 概要

本件은 「核原料物質, 核燃料物質 및 原子爐의 規制에 관한 法律」(原子爐 등 規制法) 第24條에 의거한 內閣總理大臣의 四國電力株式會社에 대한 原子爐設置許可處分の 取消을 그 周邊住民이 請求한 行政訴訟이다.⁶⁾

(2) 原告適格問題

일반적으로 原告適格의 範圍에 관해서는 行政(取消)訴訟의 目的·機能을 어떻게 보는가에 따라 좌우되는 것이며, 學說上 「權利享受回復說」, 「法律上 保護되어 있는 利益救濟說」, 「保護할만한 價値있는 利益救濟說」, 「處分の 適法性保障說」의 네 가지 見解가 주장되고 있는 가운데 「法律上 保護되어 있는 利益救濟說」이 현재의 通說이 되어 있거니와,⁷⁾ 本件 原子爐設置許可處分取消訴訟에서와 같이 行政廳의 許認可處분이 相對方에게 利益을 주는 동시에 第3者에게 不利益을 주는 이른바 複數的 行政行爲에 관해서 第3者가 그 取消을 청구할 原告適格을 가지는가가 문제된다. 日本의 通說은 當該 實定法規의 趣旨·目的의 해석에 따라 판단하는 것으로 보고 있다. 즉, 實定法規가 제3자의 이익을 보호하는 취지일 것 같으면 原告適格이 긍정되며, 그렇지 않을 때에는 제3자가 받는 이익은 이른바 反射的 利益에 지나지 않으므로 原告適格은 부인된다는 것이다.⁸⁾ 本判決도 이상과 같은 通說의 입장에 따라 原子爐 등 規制法은 原子爐에 의한 災害를 방지하고 公共의 安全을 도모함과 동시에 주변주민의 權利利益을 보호함을 그 취지로

National Priorities: The Next Ten Years, 1976: Willrich, "The Energy-Environment Conflict; Siting Electric Power Facilities," in Environment Law Review, 1973, p. 161

f). 한편, 各國의 原子力訴訟에 관해서는, 鹽野宏, 「兩ドイツ原子力訴訟의 特色」; 淡路剛久, 「フランスにおける原發立地と裁判」; 綿貫芳源, 「アメリカにおける原子力發電所建設等の許可と司法審査」(以上 모두 *ジュリスト* No. 668에 收錄되어 있다) 참조.

6) 昭和 53年 4月 25日 松山地裁判決.

7) 拙著, 現代行政法論 上, 博英社, 1979, pp. 811~819.

8) 이러한 立場을 취하고 있는 최근의 代表的인 예가 이른바 「*유스訴訟*」으로 불리어지는 最三小判 昭和 53. 3. 14. 判例時報 880號 3面을 들 수 있다.

하는 것으로 해석하여 事故 등이 있으면 피해를 입게 되는 입장에 있는 原告들의 原告適格을 인정하였다.

原子爐 등 規制法은 原告들의 安全과 관련된 규정으로서는 단지 「災害의 防止」(第24條¹⁾)라고 밖에 規定하고 있지 않다. 따라서 이러한 規定은 흔히 단순한 一般抽象的인 公益을 보호하는 데 지나지 않고, 주변주민의 생명·건강의 보호를 목적으로 한 것이 아니라고 하는 反射의 利益論이 전개되기 쉬웠다는 점을 감안할 때 本判決이 위와 같이 判斷하여 주변주민의 보호를 도출해낸 것은 주목할 만한 점이라 할 것이다.⁹⁾

이 判決에 대해서는 또한 「原子爐 등 規制法」에 安全性確保에 관한 規定이 전혀 없었을 경우라 할지라도 국민의 생명·건강은 憲法의 보호하는 바이기 때문에 原子爐의 위험에 접하게 되는 자는...原告適格이 인정된다는 見解¹⁰⁾라든가, 西獨의 原子力法 第1條처럼 「核에너지와 放射線의 危害한 영향의 위험으로부터 生命, 健康, 財貨를 보호」한다는 것을 正面으로 法制化해야 한다는 주장들이 제기되고 있다.¹¹⁾

둘째로, 被告는 原子爐의 平時運轉時에 있어서의 微量放射線에 의한 人身의 손상이나 原子爐事故 등은 발생할 가능성이 없기 때문에 原告들의 주장은 論理的·經驗的 根據를 결하며, 具體性 없는 假定的인 것이라고 주장한 데 대하여 법원은 사고의 蓋然性이 명확히 부정되지 않음을 이유로 被告의 주장을 배척하였다. 이에 대해서는 原子爐의 安全性에 관하여 科學者들간에도 견해가 갈라져 있는 오늘날 原子爐의 위험성을 말하는 原告들의 주장은 原子爐의 안전성을 믿는 자에게 있어서는 비록 假定的이며 具體性을 결하는 경우라 하더라도 제 3자에게는 일응 審理를 요하는 具體的

9) 다만, 이 判決이 原告適格을 肯定하기 위하여 原子爐 등 規制法의 24條 1項 4號의 規定 이외에 同法附屬法規라든가 安全設計審査基準, 原子爐立地審査基準, 氣象要覽 등을 세심스럽게 끌어내고 있는 점은 거꾸로 그러한 行政內部的 規定이 없이 原子爐 등 規制法 만이라면 原告適格이 부정될런지도 모른다는 疑問을 남기 한다는 批評이 加해지고 있다 (阿部泰隆, 「原發訴訟ためじる法律上の 論點」, ジュリスト No.668, 1978年 7月 1日號, p.17).

10) 阿部, 上掲論文, p.17.

11) 西獨의 原子力法과 관련된 環境行政訴訟에 있어서의 原告適格問題에 관해서는 J. Schwarze, Rechtsfragen bei der Errichtung von Kernkraftwerken, DÖV. 1973., 701. 참조 : 美國의 環境訴訟上の 原告適格法理에 관해서는 拙稿, 「美國判例法上の 原告適格法理」, 서울대학교 法學 第18卷 1號(通卷37號), pp.35~38 참조.

主張이라 할 것이다」는 論評이 가해지고 있다.¹²⁾

세째로, 被告는 原子爐의 設置許可處分과 原子爐의 稼動간에는 각종의 認可, 檢査 등이 개재하기 때문에 原子爐의 가동에 의하여 비록 피해가 발생했다 하더라도 그것은 許可의 效果와는 관계가 없다고 주장하고 있는데, 이에 대하여 법원은 許可에 있어서 행해지는 原子爐의 安全審査에 過誤·缺陷이 있는 이상 그로 말미암아 原告들이 피해를 입게되었다는 것이 原告들의 주장이며, 原告들이 주장하는 피해가 本件 許可에 의한 것이 아니라 할 수 없다는 이유로 被告의 주장을 배척하였다.

이에 대해서는 「係爭中 原子爐建設이 진행되어 原子爐設置許可處分과 原子爐의 稼動간에 개재하는 각종 行政處分에 대한 取消訴訟의 出訴期間도 도과해버린 이제 와서 위 被告의 주장이 받아들여진다면 그것은 原告의 구제를 모두 배척하는 가혹한 생각일 것이다.」 그리고 「原子爐의 稼動段階에서 비로소 다루게 한다면 既成事實의 발생으로 말미암아 유효한 권리 구제는 저해되므로 早期救濟의 필요상 이상과 같이 생각이 채용된다」는 해석이 가해지고 있다.¹³⁾

네째로, 被告가 本件에 대한 救濟方法으로는 妨害豫防의 訴 등 民事訴訟이 따로 있음을 이유로 本件 許可處分の 取消를 청구할 이익이 없다고 주장하였으나 역시 법원에 의해 받아들여지지 않고 있다. 이에 대해서는 「抗告訴訟과 民事訴訟은 각각 그 要件·效果·節次 등을 달리하며 利害得失이 다르다. 특히 行政의 判斷過程이나 節次의 統制는···行政訴訟에 친속하는 것이며, 과연 民事訴訟에서도 유효하게 활용할 수 있을 것인가는 의문이다. 따라서 要件을 충족하는 이상, 어느 쪽 訴訟도 허용되어야 할 것이며, 民事訴訟이 허용된다고 해서 抗告訴訟을 허용하지 않는다는 것은 原告가 본래 가지는 裁判을 청구할 권리를 침해하는 것이 될 것이다」라는 論評이 가해지고 있다.¹⁴⁾

12) 이 論評은 또한 「原子爐의 安全性에 관하여 被告에게 立證責任이 있다고 한다면, 더우기 原告의 主張의 不充分함을 이유로 하여 原告適格을 否定할 수는 없다」고 말하고 있다(阿部, 前掲論文, p. 17).

13) 阿部, 前掲論文, p. 17. 西獨의 原發訴訟에 있어서도 本件의 被告主張과 같은 思考가 제기되고 있지만 그 主張은 받아들여지지 않고 있다고 한다(Schwarze, a.a.O. DÖV. 1973, 702).

(3) 原子爐의 安全性에 관한 司法審査

原子爐의 安全性如何는 상당한 전문가들 사이에 있어서도 견해가 갈라지는 高度의 專門技術의 問題이다. 따라서 그것을 肯定하는 行政의 判斷에 대하여 法律의 전문가에 지나지 않는 법원이 과연 어느 정도 개입할 수 있을 것인가가 문제된다. 이것은 일반적으로는 行政과 司法의 機能分擔의 문제이며, 司法權과 行政權의 職責, 國民의 權利救濟의 必要性 등 여러 가지 사정을 종합적으로 판단하여 결정해야 할 문제이지만 環境訴訟 등에 있어서 原告適格이 확대되어 법원이 開發 對 環境이라고 하는 高度의 政策的 問題와 관련된 本案審理에 直面함에 이르게 됨에 따라 諸外國에서도 긴급히 해명이 요하는 과제라 할 수 있다.

주지하는 바와 같이 通常의 行政訴訟에서는 당해 行政行爲가 행정청의 自由裁量을 인정하는 것이 아닌 이상, 行政行爲의 法規適合性에 대해서 법원은 전면적으로 스스로의 판단에 따라 審理하며, 그 結果와 行政의 判斷이 일치하면 그것을 시인하며, 일치하지 않으면 행정처분을 취소하는 이른바 「實體的 判斷代置方式」이 취해지고 있다.¹⁵⁾ 이것은 다시말해서 법원의 판단을 우선시하고 종국적인 것으로 하는 審理方式이라 할 수 있다.

그러나 原子爐의 安全性과 관련된 訴訟에 있어서는 「災害의 防止上 지장」이 있는가 어떤가라고 하는 不確定概念의 適用이 문제되고 있거니와¹⁶⁾ 이러한 고도의 전문적 판단을 내용으로 하는 訴訟에 있어서도 위와 같은 審理方式이 그대로 타당할 것인가가 문제된다. 이러한 점에 관하여 이제 본件에 있어서 제기되는 몇 가지 問題點을 살펴보기로 한다.

첫째로, 原子力訴訟의 결과에 따라 크게 좌우될 政府의 에너지政策에 관해서는 行政當局이 국민에게 책임을 지는 것이지 법원이 그를 대신하여 책임을 지는 입장에 있지 않다는 점, 둘째로 법원은 原子爐의 安全性이라고

14) 이러한 民事訴訟과 行政訴訟의 關係에 관한 一般의인 問題에 관해서는 拙稿, 「行政責任의 民事的 強制」, 考試研究 1979年 9月號: Vgl. B. Bender/R. Dohle, *Nachbarschutz im Zivi- und Verwaltungsrecht*, 1972, S. 9ff.

15) 金道程, 行政法論(上), 青雲社, 1978, p. 470; 李尙圭, 新行政法論(上), 法文社, 1979, p. 423.

16) 拙著, 前掲書, pp. 377~380.

하는 고도의 과학기술상의 문제에 대하여 行政當局이 전문가를 동원하여 에너지政策과의 관련 아래 이룩한 결정에 대하여 通常의 訴訟에서와 같이 實體的 判斷代置方式이 타당할 것인가의 문제——原子力發電所設置에 대한 찬성과의 반대와 중 어느쪽이 당장 재판관이 되는가라고 하는 극히 우연한 사정에 따라 승부가 달라지는 이러한 종류의 司法審査方式의 타당성 여부의 문제 등이 지적되는 한편, 세째로 이와는 反對立場에서 비록 그것이 고도의 과학기술논쟁에 관한 것이라 할지라도 그것이 국민의 생명·건강의 안전에 영향을 주는 것인 이상, 법원은 처음부터 實體的 審査를 회피하거나 제한한다는 것은 용납될 수 없다는 주장이 엇갈려 제기된다. 특히 우리 나라에서는 원칙적으로 이른바 「實質的 證據法則」이 채용되고 있지 않기 때문에 原子爐의 安全性과 같은 전문적 평가도 하나의 事實問題로서 법원의 심사대상이 된다는 見解, 그리고 우리 나라에서는 行政節次가 불비하기 때문에 司法審査의 範圍를 제한한다는 것은 그 만큼 行政의 恣意的 判斷을 看過해버리는 결과를 가져온다는 見解들이 엇갈려 문제해결을 어렵게 하고 있다.¹⁷⁾ 그리하여 이상에서 보아 온 바와 같은 贊反의 立場을 될 수 있는대로 조정하기 위한 새로운 제3의 司法審査方式으로서 이른바 「節次的 審理方式」이라는 것이 최근 커다란 관심을 끌고 있다. 즉, 이 방식에 의하면, 原告側이 行政의 判斷形成節次나 過程에 관하여 具體的 事實을 바탕으로 하여 疑惑點을 疎명한 경우에는 법원은 주민측의 未知의 不安을 해소하기 위하여 司法的 懷疑心을 가지고 입해야 할 것이며, 被告行政廳에게 그 疑惑點에 관한 釋明을 요구함으로써 行政判斷의 合理性을 설

17) 이 밖에도 實體的 審理代理方式을 反對하는 立場으로서만 일 原子力發電一般의 危險性을 指摘하면서 그것을 阻止하려는 것은 原子力關係法生命 國會가 制定하여 原子力의 平和的 利用을 促進하려는 國會의 立法政策 자체를 애당초 阻止하는 不當한 결과를 가져온다는 見解도 있다(座談會「原子力發電と公害」, 公害研究 4卷 1號, 1974, p. 31). 그리고, Ossenbühl에 의하면 實體的인 全國的 審査方式은 다음과 같은 不便이 있다고 하면서 消極的으로 평가하고 있다. 즉, 에너지政策의 混害와 관련되는 發電所設置·操業의 遲延, 에너지技術을 習得하고 責任을 가지고 決定하지 않으면 아니되는 法官의 過大한 負擔, 他事件의 處理 및 他市民의 權利救濟의 遲延, 限定된 專門家를 되풀이 動員하지 않으면 아니되는 점, 企業에게 있어서도 一企業이 負擔하기 어려운 정도의 投資의 浪費 등이 그것이라고 한다(F. Ossenbühl, Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken, DVBL. 1978, S. 4).

명시될 필요가 있다는 것이다. 行政側이 주민들의 疑惑과 不安에 성실하게 응답하는 태도를 나타내지 않을 경우에는 당해 行政處分을 취소해야 할 것이지만, 行政側이 일찍부터 이러한 節次的 審理方式을 강력히 주장해오던 일본의 한 學者에 의하면, 「한편으로는 專門이라는 이름 아래 行政의 恣意獨斷을 배제하면서, 다른 한편으로 끝없는 科學裁判을 피하기 위해서는 이러한 (節次的) 審理의 方式이 결국은 가장 中庸의인 司法的 關與의 恣勢가 아니겠는가」라고 말하면서 法院이 이러한 節次的 審理方式의 新生面을 開發할 것을 촉구하고 있다.¹⁸⁾

科學的 資料의 뒷받침 아래 성실하게 응답한 경우에는 行政側이 제시한 判斷資料와 그것을 바탕으로 한 行政廳의 推論過程의 合理性을 심리하는데 그치고, 그것이 經驗法則上 立證 合理的이라고 인정되는 이상, 行政判斷을 維持尊重해야 한다는 것이다.¹⁹⁾

伊方原發訴訟에 있어서는 原子爐의 安全性與否의 判斷을 高度의 政策的 判斷과 관련된 被告의 裁量處分이라는 전제 아래 「當該 原子爐가 안전한 것으로 판단함에 있어 相當性이 있는 것」은 安全審査資料를 보유하며 專門家를 갖추고 있는 被告가 立證할 事項이라 判示하고 있다. 이러한 判示에 대하여 한 論評家는 「법원이 科學技術上의 다툼이 있는 문제에 대하여 이처럼 明快한 判斷을 내릴 수 있었다는 것에 대하여 놀라는 사람도 있지만, 이것은 原子爐의 安全性에 관하여 被告의 判斷에 相當性을 인정하고 原告의 主張에 의하여 그것이 뒤엎어지지 않는 한, 原子爐의 安全性을 확인한다고 하는 上記의 審理方式(節次的 審理方式——引用者)에 의한 것으로 풀이된다. 따라서, 이 判決은 原子爐의 安全性이라고 하는 科學論爭에 있어서 스스로 적극적으로 모든 것에 대한 判斷을 내린 것은 물론 아니고, 단지 被告의 主張이 相當할 것으로 본 것에 지나지 않는다」고 논평하고 있다.²⁰⁾ 다만, 이상과 같은 節次的 審理方式이 전제로 하는 立證責任의 所在에 관해서는 다음과 같은 問題點이 지적되고 있다.

18) 拙稿, 「行政決定過程과 行政訴訟」, 栗山 韓泰淵博士回甲記念論文集, 1977, pp. 507~524 참조.

19) 原田尙彦, 環境權と裁判(環境權と環境行政訴訟の役割), 弘文堂, 1977, p. 150.

20) 阿部, 前掲論文, p. 19.

일반적으로 裁量濫用은 原則의 例外이기 때문에 그 立證責任은 原告가 지는 것으로 되어 있다.²¹⁾ 그러나 本件에 있어서는 상술한 바와 같이 立證責任이 被告에게 있는 것으로 判示한 것은 주목할 만한 점이라 할 수 있다. 그런데 이러한 判示를 높이 評價하는 한 論評者에 의하면 「法律이 行政廳에게 裁量權을 부여하는 것은 장차 일어날 모든 事實을 예견하여 그에 가장 알맞는 個別的 解決을 지시하는 것이 一般抽象的인 法規의 성격상 불가능하기 때문에 行政廳에게 事案에 상응한 解決을 위임하고 있는데 지나지 않으며, 또한 그것은 단순한 私法上的 權利行使와도 다르기 때문에 行政廳은 마땅히 裁量權을 適正하게 행사할 義務를 지며, 따라서 자기의 裁量權行使에 대한 濫用の 혐의를 스스로 積極的으로 부정하여야 하며, 또한 그것이 가능한 立場에 있다」고 하며, 이에 반하여 「行政의 外部에 있는 原告는 裁量濫用に 대한 疑惑을 가지면서도 그 이상 그것을 立證하기가 곤란한 立場에 있다. 따라서 行政廳은 자기의 裁量權行使의 合理的理由를 설명하고 裁量濫用に 해당되지 않는다는 것을 立證할 責任이 있다」고 논하고 있다.²²⁾

그러나 高度의 專門的 判斷을 필요로 하는 環境訴訟 등에 있어서는 이상과 같은 立證責任의 轉換論단으로는 피해자의 權利救濟의 要請에 충분한 배려가 주어진 것으로 생각할 수 없다는 점을 看過해서는 안 될 것이다. 왜냐하면, 本判決에서 볼 수 있는 바와 같이 專門技術의 事項에 관련된 判斷의 相當性을 설명하기란 專門家인 行政當局(被告)에게는 극히 용이한데 반하여 그러한 判斷에 주어진 相當하다는 評價를 뒤집기란 누구에게나 용이한 것이 못되기 때문이다. 결국 本件判決이 의거한 審理方式은 行政判斷追從主義에 빠질 우려가 없지 않는 것이며, 原告의 주장을 충분한 이유도 제시함이 없이 배척하고 被告의 判斷에 相當性을 인정함으로써 피해자의 권리구제의 실효가 줄어들 가능성이 없지 않다는 것이다.

그렇다면, 科學上的 다름을 법원이 終局的으로 스스로 裁定하는 결과를 회피하면서도 行政判斷追從主義에도 빠지지 않고 국민의 權利救濟의 요청

21) 拙著, 前掲書, p. 851.

22) 阿部, 前掲論文, p. 19.

을 실현하는 審理方式으로서, 전술한 節次的 審理方式은 어떻게 해석해야 할 것인가? 그런데 이 문제에 관해서는 일응 다음과 같은 方向을 생각할 수 있는 것으로 본다. 즉, 原子爐의 安全性은 국민의 생명·건강에 관련된 사항이며 법률상으로 비록 抽象的이기는 하나 「災害의 防止上 支障이 없다」고 하는 明文規定이 마련되어 있으므로 이러한 概念의 適用에 있어서는 본래적 의미에서의 裁量은 인정될 수 없다고 하는 이른바 「裁量의 零收縮論」²³⁾의 解釋이 그것이다.

이와 같이 본래적 의미의 裁量이 인정되지 않는 경우에 있어서는 前述한 節次的 審理方式이 그대로 적용될 수 없다. 왜냐하면 節次的 審理方式은 行政에 裁量이 인정되는 경우에만 適用되기 때문이다. 어쨌든 이와 같이 裁量이 부정되는 것으로 해석하게 되면, 行政行爲의 適法性의 立證責任에 관한 一般原則에 따라 被告가 原子爐의 安全性에 대하여 스스로 積極的으로 立證하지 않으면 아니되며, 단순히 裁量權行使의 相當性의 立證으로는 부족하다는 해석이 가능하게 된다. 그리하여 이러한 입장에서서는 原告는 原子爐의 安全性에 대한 疑惑이나 不安을 제시하기만 하면 충분하며, 被告는 그러한 疑惑을 해소함에 충분한 證據나 說明을 제시하지 않으면 안 되는 것이 된다. 다만, 이 경우에 있어 법원은 原子爐의 安全性에 대하여 스스로의 입장에서 終局的으로 判定할 입장에 있는 것이 아니기 때문에 이 경우에는 中立的인 제 3자적 입장에서 과연 被告의 설명으로 그 疑惑이 해소된 것으로 볼 수 있는가의 여부를 심리하게 될 것이다. 그리하여 兩當事者의 주장의 어느 쪽에도 이유가 있기 때문에 어느 쪽이 타당한가를 判定하기 곤란한 경우에는 이른바 西獨의 「判斷餘地(Beurteilungsspielraum)說」²⁴⁾의 과정에서 被告의 주장을 받아들여 함으로써 법원의 科學上的 多를 判定하는 결과를 회피할 수 있다는 見解가 나타나게 된다. 이러한 이른바 「判斷餘地說的」觀點에 입각할 것 같으면, 被告가 原子爐의 安全性에 관한 相當性을 설명하면 그것에 맞서 原告가 그것을 뒤엎지 않으면 아

23) 「裁量權의 零으로의 收縮理論」에 관해서는 拙稿 「國家의 不作爲와 國家賠償責任」, 考試研究, 1979年 3月號, pp. 19~24; 金南辰, 「行政法」, 華學社, 1978, p. 81 以下 참조.

24) 判斷餘地說에 관한 說明으로는 拙著 前掲書, pp. 378~380 참조; 金南辰, 上掲書, pp. 216~220 참조.

나된다고 하는 本判決의 立場과는 그 해석을 약간 달리하고 있음을 알 수 있지만 結論에 있어서는 本判決의 그것과 별로 다를 바가 없다 할 것이다.

(4) 原子爐의 安全性判斷尺度로서의 環境基準

또 한가지 이러한 專門技術的 判斷을 내용으로 하는 司法審査에 있어 문제가 되는 것은 判斷의 客觀的 基準 내지 國民的 合意가 필요하다는 점이다. 일반적으로 말해서 開發과 環境의 衝突은 결국은 妥協과 選擇의 문제에 귀착하는 것이기 때문에 發電所의 操業에 따르는 環境上 영향이 지역 주민들에게 忍容限度 이하가 되도록 設計되었을 경우에는 發電所의 설치허가는 災害의 防止上 支障이 없는 것으로서 適法하며, 이러한 忍容限度의 判定기준으로서 環境基準 내지 國際放射線防護委員會가 정하는 許容被曝線量이 일용의 尺度가 될 것이다.²⁵⁾ 따라서 一部 環境權論者들의 주장처럼 비록 環境權이라고 하는 權利가 實定法上 인정된다고 하더라도 단순히 그러한 環境權의 侵害라고 하는 이유만으로 다투게 할 수는 없을 것이다.²⁶⁾ 그러나, 反面, 環境權 자체가 아닌 環境基準을 勝敗의 分岐點으로 삼는 경우에 있어서도 그러한 環境基準이 企業이나 行政 등 開發主體側の 免罪點이 되어서는 아니될 것이다. 基準 이내라 하더라도 아직 汚染도를 낮추도록 최대의 기술을 활용하여 최대한의 노력을 다할 義務가 있음은 두 말할 나위도 없다. 그러나 이러한 義務는 道義的·社會的 義務이기 때문에 그 실현가능성이 社會通念上 자명한 경우를 제외하고는 직접 裁判上의 強制에 친숙한 것이라 할 수 없으며, 재판상 강제를 받는 行政判斷의 基準으로서 是일 環境基準에 의하지 않을 수 없을 것이다.

이러한 環境基準은 각 實定法上의 環境條項을 매개로 하여 發電所設置나 環境免許 등 開發行爲의 許可에 있어 사실상 間接的이기는 하지만 法規에 가까운 기능을 발휘하게 되며, 環境과 開發의 衝突을 조정하는 「사부」로서의 現實的 機能을 하게 될 것이다.

25) 原田, 前掲書, p. 152.

26) 拙稿, 「環境汚染과 被害者救済」, 檢察 1978年 第1輯, p. 100; 拙著, 前掲書, p. 45 脚註 16 참조.

그러나 環境基準에게 위와 같은 기능을 부여하여 環境影響評價의 尺度로 삼고 그러한 基準을 초과하는 汚染源이 될 우려가 있는 施設 등의 設置에 대해서는 일체 그것을 허가하지 않는다는 原則에 대해서는 약간의 異論이 없지 않다. 즉, 環境基準이라는 것은 본래 「유지할 것이 바람직한 基準」 「希望的인 基準」으로서, 말하자면 行政의 努力目標로서의 數値를 정한 것이지 결코 그 자체 일정한 法的 拘束力이 있는 것이 아니며, 그 設定節次面에서 보더라도 法的 拘束力을 授權할만한 의미를 가지는 것은 못되기 때문이라고 한다. 이러한 이유 때문인지는 모르나 開發業者側에서는 環境基準을 절대시하여 그것을 초과하는 汚染源이 되는 施設 등의 新設을 허가해서는 안된다고 하는 見解에 대해서는 反對見解를 가진 경우가 적지 않다.

그러나, 이러한 環境基準의 法的 性質 내지 效果는 한 마디로 斷定할 수 없고,²⁷⁾ 비록 그것이 직접적으로는 法的 拘束力을 가지는 법규가 아닌 경우라 할지라도 環境行政上의 施策의 統一을 도모하기 위한 實現可能性까지를 배려하여 마련된 計劃數値이기 때문에 적어도 新設對象인 施設이 그것을 초과하는 環境汚染이나 破壞를 가져올 것이 事前調査에서 확실하게 예측되는 데도 불구하고 行政當局이 만연히 그것을 허가한다는 것은 環境行政에 不統一을 가져오는 自己矛盾이라 하지 않을 수 없을 것이다. 이러한 의미에서 볼 때, 實定法이 環境配慮條項을 許可基準으로 삼고 있을 경우에는 環境基準을 초과하는 環境惡化가 뒤따를 것이 예측되는 施設에 대해서는 그것이 地域住民의 便益施設로서 직접 汚染을 입게 되는 地域住民이 특히 그것을 희망한다고 하는 특별한 사유가 없는 한, 허가하는 것은 용납되지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 특히 公共施設이라는 抽象的 理由만으로 일부 지역주민에게 環境惡化의 희생을 강요하는 것은 회피되지 않으면 안 될 것이다.

끝으로 이상과 같은 문제와 관련하여 立法論적으로 지적될 수 있는 것으로는 피해를 입을 가능성이 있는 住民들의 合意를 얻기 위한 住民參加

27) 環境基準의 性質에 관해서는 具然昌, 「環境規制方法論——특히 環境汚染規制의 制度의 接近方法을 중심으로——」, 法과 環境, 三英社, 1977, pp. 46~50; 原田尚彦, 公害と行政法, 弘文堂, 1973, p. 85 以下 등 참조.

節次라든가 環境影響評價節次의 制度化²⁸⁾를 비롯하여 環境問題를 광범하게 都市計劃 내지 土地利用計劃의 一環으로서 해결하는 방법²⁹⁾을 생각할 수 있으며, 또한 行政적으로는 原子力委員會와 같은 安全審査機構를 보다 충실화함과 동시에 거기에 利害關係人의 參加에 의거한 審査節次를 마련한 뒤, 이른바 實質的 證據의 原則을 明文化함으로써 법원의 심사권을 正面으로 제한하는 방법 등도 생각해 볼 수 있을 것이다.³⁰⁾

(5) 原子爐設置許可節次와 判斷過程의 統制

原子爐의 安全性과 같이 고도의 科學的 專門性을 내용으로 하는 문제에 대해서 법원이 정면으로 實體的 判斷代置方式을 취하는 것이 불가능하거나 적어도 바람직하지 못하다고 할 것 같으면, 司法審査의 實效性을 확보하기 위해서는 行政의 判斷過程이 合理的이 있는가의 여부를 통제하는 것이 반드시 필요하게 된다. 이것은 법률에서 정해진 節次의 遵守에 그치지 않고, 일반적으로 널리 行政의 判斷形成過程이 正常的이 있는가의 여부를 문제삼는 것으로서, 이러한 統制方法은 行政의 裁量을 침해하는 것이라는 反論도 없지 않으나 그것은 行政의 裁量을 법원 스스로의 입장에서 통제하는 것이 아니라 中立의인 제3자로서의 입장에서 보아 合理的이 있는가의 여부를 심리하는 것이기 때문에 司法權으로서의 限界를 벗어난 것으로 볼 수는 없을 것이다.³¹⁾

本件에 있어서도 原告들은 예컨대, 委員의 缺席 내지 代理가 많고, 議事錄이 작성되지 아니했기 때문에 무엇을 심리했는가를 잘 알지 못한채 結

28) 環境基準의 維持를 施設設置의 前提要件으로 하는 경우에는 公共施設, 특히 地域住民에게 日常的인 便益을 제공하는 施設의 建設과 環境基準間에 심각한 문제가 제기되거나, 이러한 경우에는 정확한 環境影響事前豫測과 便益에 관한 情報을 널리 周知시킨 다음, 住民의 主體의 選擇이 가능하도록 環境影響評價(Environmental Impact Assessment)節次를 形成할 필요가 있다. 그리하여 각종의 公共施設의 種別에 따라 적절한 住民參加가 보장된 行政節次의 準備가 앞으로의 環境行政法의 중요한 課題가 될 것이다(權泰竣·徐元宇·楊秉彝, 「國土利用計劃과 環境影響評價制度確立」, 環境論叢 第5卷 第1號, 1978).

29) 拙稿, 「環境保全과 土地利用規制」, 法과 環境, 三英社, 1977, pp.24-40 참조.

30) Ossenbühl은 立法論으로서 原子爐安全委員會와 같은 機構에 法律專門家를 참여시켜 審査케 하고, 法院은 高等法院을 第1審으로 하여 節次 및 명백한 事實이 考慮되지 아니하였는가의 與否만을 審理케 해야 할 것이라고 提議하고 있다(F. Ossenbühl, a.a.O.S.9).

31) 拙著, 前掲書, pp.396~402.

論이 내려졌다는 등 本件 安全審査過程의 慎重性缺如 등에 관한 사정이 많이 주장되었었다. 그러나 법원은 예컨대 代理出席이 있었다는 사실만으로 최종결의가 위법이 된다고 단정하기 어렵다든가 出・缺席의 多寡가 곧 調査審議의 불성실을 의미하는 것은 아니며, 또한 代理出席者의 決議參加가 그 결의자체를 위법케 하지는 않으며, 原子力委員會가 本件 原子爐의 設置許可基準適合性의 意見答申을 함에 있어 강한 先入觀을 가졌었다고 단정할 수 없다는 등 하여 原告들의 주장을 하나 하나 배격하고 있다. 이상과 같이 「단정할 수 없다」는 이유만을 들어 原告들의 주장을 배격하고 있는 本件判決의 태도에 대해서는 그것이 原告에게 立證責任이 있다는 것을 전제로 하고 있는 것으로 생각된다. 그러나... 裁量權行政의 合理性에 관해서는 被告가 立證責任을 진다고 생각할 것 같으면 被告가 취한 節次의 適法性은 물론 被告의 立證責任에 속하는 사항이기 때문에 단순히 그렇게 「斷定할 수 없다」는 이유만으로 原告의 主張을 배격할 수 있을 것인가라고 의문을 제시하고 있다.³²⁾

다음으로 위에서 말한 審議過程의 不誠實性이 비록 그 자체로서는 獨立的으로 허가의 위법사유가 되지 않는다 하더라도 그것이 쌓이고 쌓여 전체로 보면 安全審査過程의 正當性을 의심케 하는 경우도 있을 수 있다.³³⁾ 本件 의 경우 原子力委員會가 직접 許認可를 한 것이 아니라 할지라도 그의 專門技術의 判斷이 실질적인 最終判斷이 된다는 점을 생각할 것 같으면 일반의 諮問機關과는 달리 스스로 責任을 지고 內容妥當한 판단이 가능하도록 恣意判斷이 의문시되지 않을만한 實體를 갖추고 있지 않으면 아니된다는 주장이 나타나게 된다. 따라서 原子爐安全審査委員會의 판단과정에 전술한 바와 같은 문제점이 있는 경우에는 일응 原子爐의 安全性을 보장하기에 충분한 合理性, 正常性은 결여된 것으로도 판단할 수 있다는 각도에서의 보다 깊이 파고들어진 審理가 아쉬웠다는 평가도 가해질 수 있는

32) 阿部, 前掲論文, p. 21.

33) 現代行政法에 있어서는 行政過程의 最終段階인 行政立法이나 行政行爲, 行政強制만을 個別的으로 분리시켜 다룰 것이 아니라, 現實의 行政過程全體가 어떠한가를 고찰의 대상으로 하여야 한다고 하는 이른바 行政過程論的 接近論이 主目を 끌고 있다(拙著, 前掲書, pp. 23~24; Vgl. O. Bachof/W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL. Heft 30, 1972).

것이다.

그리고, 本件判決에 대해서는 예컨대 醫藥品の 製造承認에 있어서 그 潛在的 危險性 때문에 세계최소의 學問水準에 바탕을 둔 審査에 의할 것을 필요로 하고 있거나와,³⁴⁾ 本件의 原子爐의 安全性審査에 있어서도 被告가 그러한 角度로부터의 配慮가 있었는가의 여부가 신중히 음미되었어야 했다는 論評이 가해지고 있다.³⁵⁾

(6) 假權利救濟制度

本件에서는 執行停止의 申請도 제기되고 있는데, 법원은 5년 가까이 심리한 끝에 原子力發電所가 이미 가동을 개시한 뒤, 本案判決과 함께 申請을 却下하였다. 확실히 本件과 같은 어려운 사건에서는 執行停止의 재판에도 특별한 신중함을 요하는 것은 물론이지만, 다른 한편으로는 그것을 지나치게 신중하게 다루게 되면 不可逆的인 既成事實의 발생을 未然에 저지하기 위한 暫定的인 權利救濟制度의 의미가 크게 감소되어 버린다. 本件의 경우, 법원은 執行停止의 신청에 바로 응답하지 아니했던 것에 대해서는 당사자의 主張·立證의 重點 및 本案에 관한 법원의 心證如何에 의하는 것이기 때문에 外部에서 경솔하게 비판할 성질의 것이 못되는 지도 모르지만 本件의 경우 設置許可 자체의 效力停止는 둘째 문제로 하고라도 최소한 그 뒤에 계속되는 發電所의 稼動留止 정도는 고려될 수 있지 않으나 생각되며, 制度로서도 어쨌든 “잠깐!”이라는 정도의 執行停止制度는 창설할 필요가 있을 것이다.

물론, 現行行政訴訟法 第10條가 규정하는 執行制度가 원래 개인의 財産保護라고 하는 傳統的 典型的인 取消訴訟을 전제로 한 것이기 때문에 그要件을 一律的·機械的으로 적용해 가지고서는 環境利益과 관련된 取消訴訟에 있어서 반드시 적절한 假權利救濟가 확보된다는 보장은 없을 것이다. 더구나 오늘에 있어서와 같이 다종다양한 내용을 가진 紛爭이 取消訴訟이라고 하는 統一의인 經路를 통하여 다루어지는 상황 아래에 있어서는 저

34) 世稱「北陸스론判決」(金澤地判 昭 53.3.1 判例時報 879號, 26面).

35) 阿部, 前掲論文, p. 22.

마다의 紛爭事案의 성질에 상응한 執行停止의 要件의 해석에 보다 伸縮性이 가해져야 할 것으로 생각된다.³⁶⁾ 그러하여 環境行政訴訟과 관련하여 假權利救濟制度上的 몇 가지 문제점을 지적하면 다음과 같다.

첫째는 執行停止의 被保全利益을 문제인데 前述한 바와 같이 現行行政訴訟法の 執行停止의 被保全利益은 원칙적으로 個人的 利益을 전제로 하는 것이지만,³⁷⁾ 個人的 利益과 公衆의 利益을 排他的으로 峻別하는 것은 비현실적일 뿐만 아니라 타당하지도 못하다. 地域住民의 생활에 현실적으로 발생하는 지장은 그것이 다수인에게 공통하는 公衆의 利益인 동시에 個人的 利益으로서 執行停止의 被保全利益을 포함하여 이해해야 할 것이다. 다시 말하자면, 環境行政訴訟에 있어서는 현저한 環境惡化로 말미암아 지역주민의 생활에 有形無形의 不快不便을 생기게 함이 뚜렷하면 그것이 特定個人的 財產權의 權利라 할 수 없더라도 執行停止의 被保全利益에 포함시켜 생각해야 할 것이다.³⁸⁾ 둘째는 執行停止의 緊急性에 대한 解決問題이다. 일반적으로 取消訴訟에 있어서 執行停止를 구하기 위해서는 긴급한 救濟를 필요로 하는 原告個人的 具體的 事情의 疎明이 요구된다. 이것은 訴提起에 執行停止效를 인정하고 있지 않은 現行法上 당연한 것이라 할 수 있다. 그러나, 이러한 原則은 어디까지나 執行을 허용하더라도 뒤에 가서 經濟的 利益調整 등에 의해 救濟가 가능하다는 전제하에 비로소 分理性을 가지는 것이지 執行에 의하여 전혀 補償이 기대할 수 없는 중대한 損害를 발생케 하는 處分에 대해서까지 一律적으로 적용하기에는 不適當한 原則이라 할 수 있다.

우리 나라에서와 같이 事前的 住民參加節次가 충분히 정비되어 있지 못한 現段階에서는 司法過程이 어느 범위까지는 行政節次의 代價의 機能을 담당하지 않으면 아니되는 것으로 생각되거나, 그렇다면 既成事實을 만들

36) 執行停止의 要件解釋의 伸縮性에 관해서는 拙著, 前掲書, pp. 837~839 참조.

37) 日本의 한 高等法院判決은 「... 市内一團에 洪水의 危險을 가져오고 一般民衆에게도 回復不能의 損害를 끼치는 것이 必然的이며, 이 損害를 피하기 위한 緊急한 必要가 있다 할지라도, 이러한 損害는 本案의 原告인 申請人 個人的 權利와 상관없는, 一般公衆에 미치는 損害에 지나지 않으므로 이것을 가지고 當該處分의 執行을 停止할 事由로 함에 充分하지 못하다」고 하면서 執行停止의 申請을 却下하고 있다(東京高決 昭和 31. 7. 18 行裁例集 7卷 7號, 1881面).

38) 原田, 前掲書, p. 158.

어버리기 전에 司法過程을 통하여 論議해볼 필요성이 그만큼 강하다고 할 수 있으며, 따라서 執行停止의 要請도 매우 크다고 할 수 있다. 특히 埋立工事라든가 發電所設置 등이 만료되어 버린 경우에는 取消訴訟은 訴의 利益을 상실해버리든가, 기껏해야 事情判決(行政訴訟法第12條)의 대상이 되어버리기 때문에 環境行政訴訟에 있어서는 自然環境의 不可逆의인 破壞를 가져오는 處分 같은 것이 다투어졌을 경우에는 법원으로서는 굳이 原告 個人의 救濟의 緊急性을 음미할 필요없이 處分 자체 속에 環境原狀凍結의 緊急性을 인정하여 오히려 執行停止의 申請을 原則的인 것으로 허용하는 방향으로 運用할 것이 요망되기도 한다. 環境과 開發의 調和를 위한 行政訴訟을 활용하려는 입장에서는 이 점은 특히 강력히 요청되지 않으면 아니될 것이다.³⁹⁾ 물론, 執行停止를 原則化하여 운용해야 할 것이라는 이상과 같은 주장에 대해서는 그것이 行政訴訟法上의 執行不停止의 原則에 반한다고 하는 形式的 反論 이외에도 濫訴의 提起를 가져오며, 공연히 發電所의 건설을 지연시켜 公共福祉를 저해할 우려가 있다는 것이 지적된다. 따라서, 執行停止를 원칙으로 한다고 하더라도 申請人側이 本案에 있어서 一般의 抽象的 議論 기타 理由답지 않은 理由를 제기하는 데 지나지 않을 경우에는 執行停止를 인정할 필요가 없음은 두말할 나위도 없다. 그러나 原告側으로부터 具體的 事實을 지적하면서 진지하게 環境에의 우려가 제시되고 있음에도 불구하고 당해사업이 公益事業이라 하는 先驗的 判斷에 의하여 執行停止를 배척함으로써 工事を 진행시켜 既定事實化해버리는 것은 허용되지 않는다 할 것이다. 비록 公益事業이라 할지라도 앞으로 不可逆의인 環境變化를 가져오는 工事의 執行을 인정하기 위해서는 行政廳側은 당해 公益事業을 서두는 公益上의 必要性和 관련하여 새로운 需要의 動向, 既存施設 내지 事業의 操業度, 事業遲延으로 말미암아 야기될 他地域에서의 公害狀況 등 여러 가지 關聯要因을 具體的 數量的으로 論證하는 것이 요청된다. 특히 우리 나라가 종래의 經濟成長—邊倒의 政策에 반성을 가하기 시작한 요지음의 상황을 생각할 때 公益事業이라 하여 주민들의 반대를 무릅쓰고 긴급하게 強행할 필요성을 당연한 것으로 인정된 시대는 지나갔다

39) 上揭書, p. 159.

고 하여도 잘못은 아닐 것이다. 요컨대, 公共性的 알맹이를 구체적으로 분석 검토할 필요성이 있는 것이다.

(7) 기 타

本件判決에서는 使用濟燃料라든가 固形廢棄物의 終末處分方法의 심사의 결여를 위법이라 지적하면서도, 그것은 處分의 違法과 결부되지 않으며, 또한 原告들이 주장할 수 있는 法律上的 利益의 範圍에 포함되지 않는 것이라 하여 그것을 배척하였다. 그 상세한 내용은 생략하기로 한다.

IV. 結 論

이상, 장황하게 일본에 있어서의 原子爐設置許可의 取消訴訟에 관한 事例를 소재로 하여 環境과 開發의 衝突에 관한 行政上的의 紛爭에 있어서 法院이 여하히 대처하며 어떠한 問題點들이 제기되는가를 살펴보았다.

이를 요약하면, 첫째로 이러한 종류의 環境行政訴訟에 있어서는 法院은 環境汚染이나 惡化에 의하여 不快不便을 받게 되는 地域住民의 不服을 광범하게 받아들여, 行政廳이 發電所設置에 관한 許認可를 부여함에 있어 環境保全에 관해서도 충분한 配慮 아래 判斷을 형성했는가의 여부에 대하여 行政廳의 判斷形成過程을 주로 節次的 側面에서 審理하는 것이 바람직하다는 것이었다. 보다 具體的으로 말하자면, 行政廳이 法定의 節次에 위반했거나 恣意的 偏見에 의해 判斷을 내린 경우라든가, 신중한 環境事前調査를 실시하지 않거나 혹은 所定의 環境基準을 초과한 汚染이 예측되는데도 불구하고 굳이 許可를 부여한 경우 등에 있어서는 그것을 일단 取消함으로써 다시 한번 올바른 判斷形成을 시도하도록 해야 한다는 것이었다. 環境과 開發의 相剋은 언제나 한쪽이 다른 한쪽에 우선하는 성질의 것이 아니라, 兩者의 調和의 문제인 것이다. 그리고 이러한 調和點의 發見은 본질적으로는 국민의 政治的 選擇의 문제라고 생각할 경우, 본질적으로는 政治的 決斷을 내포하는 環境—開發問題에의 司法的 關與에는 일정한 限界가 없을 수 없다는 관점에서 이튼바 節次的 審理方式은 중요한 의의

가 있는 것이다. 그러나 비록 이러한 限定된 節次的 關與를 실현함에 있어도 우리의 現實을 생각할 때 法院은 舊態依然하게 消極的 내지 否定的 對應을 되풀이할 것이 아니라, 環境破壞의 未然防止라고 하는 現代的 課題에 충분히 적응할 수 있도록 보다 積極的이며, 또한 創造的인 審理의 展開를 강력히 期待하여 마지 않는다.

오늘날과 같은 激動하는 社會狀況下에 있어서는 既存의 制度 내지 法理는 새로운 問題解決에 적당하지 못하거나 空白, 缺陷, 矛盾이 적지 않다. 環境規制關係이나 消費者保護法制 相互間의 未調整 등은 그 代表的인 一例라 할 수 있거니와, 法院은 모름지기 時代의 變化와 그에 따른 새로운 要請을 的確하게 吸收하면서 具體的 事實의 審理를 통하여 法令이나 制度上의 空白이나 矛盾을 밝히고, 한 걸음 나아가서 그들을 進進한 條理法으로 補完하면서 새로운 立法에의 契機를 마련할 責務가 있다고 할 것이다.