

環境法の 生成과 法院의 進路

宋 相 現*

■ ————— > 차 례 < ————— ■

- | | |
|------------------------|-------------------------|
| I. 序 說 | (A) 過去와의 連續 |
| II. 生態學的 問題의 根源 | (B) 環境法の 特徵 |
| (1) 人 口 | (4) 環境問題解決에 있어서의 法院의 機能 |
| (2) 技 術 | (A) 節次法的 審理 |
| (3) 經濟學 | a) 行政行爲에 대한 決定 |
| (4) 經濟體制와의 문제 | b) 情報蒐集 |
| III. 環境危機에 있어서 司法府의 機能 | (B) 實體的 審査의 限界 |
| (1) 司法府가 취할 수 있는 態度 | (5) 環境審査의 將來 |
| (2) 法官의 管理業務와 관련된 困難 性 | (A) 技術的 問題와 一般法官 |
| (3) 法的 分析과 環境法 | (B) 公衆의 反應과 政治制度 |

I. 序 說

Barry Commoner가 말한대로 社會生態學(ecology)의 第一法則은 모든 것이 서로 有機的 關聯을 맺고 있다는 점일 것이다.¹⁾ 따라서 生態學的의 연구에는 이처럼 多樣한 相關關係의 質과 程度에 따라 經濟學, 社會學, 政治學, 法學, 自然科學과 技術이 동원되어야 하고, 長期的 均衡을 促進하는 變數들의 콤비네이션을 찾아내어 育成하여야 한다. 그러나, 現在 生態學은 개념과 실천의 면에서 많은 誤解를 拂拭하지 못하고 있다. 生態學이라고 하면 健康食品이나 아니면 人間의 福祉에 앞선 動物愛護家의 邊덕을 연상시킬 정도로 되어 있는 것이 外國의 실정이 아닌가 한다. 그렇지 않다고 하더라도 혹자는 산발적으로 깨끗한 공기나 물을 외치고, 혹자는 광농의

*서울대학교 法科大學敎授

1) Barry Commoner, *The Closing Circle* (1971). p. 29

크낙새나 기타 사라져가는 천연기념물을 보호하자는 캠페인을 하거나 자동차 대신 자전거 타거나 걷기 운동을 옹호하는 정도이다. 이것들도 그 자체 고귀한 생각임에는 틀림없으나 이것이 環境上의 相互關係(environmental interrelationships)의 本質이나 오늘날 全世界가 當面하고 있는 巨大한 문제점에 대한 正確한 理解가 없이 一時的으로 主張된다면 그 의미는 半減된다. 예컨대 에너지, 失業, 인플레이션, 旱害, 飢餓, 洪水와 火災, 過剩人口에 결부된 여러 가지 문제는 바로 대단히 중요한 生態學的 意味를 가진다. 이들은 모두 物理的·社會的·經濟的 및 政治的 相關關係의 產物인 것이다. 따라서 좀더 종합적인 理解가 필요하고 좀더 協同的인 어프로치를 취해야 한다. 오늘날의 문제점에 대한 生態學的 解答은 部分的으로는 多樣한 相互關係의 네트워크에 알맞는 計劃過程과 그 中心概念으로서 均衡과 調和를 이루는 安定社會를 포함하게 될 것이다. 이러한 接近方法은 언제나 高度의 成長과 技術革新 및 主油從炭으로 상징되는 消費獎勵 등을 優先目標로 하는 우리 나라의 발전추세와 당장에는 相衝될 것이고, 또한 이러한 方向의 環境運動이 發展經濟體制의 核心概念과 충돌하면 이러한 體制下에서 덕을 본 中上階層과 아직 成功은 못했으나 늘 기회를 엿보는 下層庶民의 抵抗과 反感을 誘發할 것이다. 따라서 대부분의 경우에 環境에 관한 運動이나 政策은 長期間의 安定보다 短期間의 利益을 위하여 置重된다. 長期間의 一般經濟的 福祉를 主張하더라도 商業的 내지 產業的 利害關係에 의하여 저항을 계속 받게 된다. 이러한 利害關係를 잘못 조정하면 직접적으로는 洪水, 火災, 旱魃, 大氣汚染, 水質中毒, 地震, 腐蝕 등 自然的 災害가 人間의 극성스러운 生物圈侵害에 의하여 일어나게 된다. 그리고 간접적으로는 農土, 水資源, 에너지 기타 原資材의 大量不足으로 나타나서 우리 社會 內部的 政治的, 經濟的 및 法的 制度를 混亂으로 이끌게 된다. 우리는 이러한 점에 대한 디렘마를 회피하기 위하여 경제발전에만 대한 계획과 규제를 통하여 좀더 安定되고 環境的으로 調和될 수 있는 社會으로 轉移하여 가야 할 것이다. 安定된 福祉社會에로의 圓滑한 轉移는 앞으로 法曹界에 대한 큰 挑戰이 될 것이다.

II. 生態學的 問題의 根源

(1) 人 口

Paul Ehrlich 는 人口問題가 全般的 環境問題의 가장 重要한 構成要素라고 지적한 바 있다. 2) 물론 Herman Kahn 과 같이 資源과 技術의 活用으로 增加하는 人口를 扶養하고 成長을 繼續할 수 있다는 樂觀論을 펴는 學者도 있다. 3) 그러나, 좀더 現實的인 상황은 로마클럽의 報告書와 같은 指數에 의한 聯關豫測을 통하여 느껴진다. 4) 急增하는 人口에 대한 充分한 資源은 存在하지도 아니하며 既存資源은 急速히 消費되어 大量缺乏이 생길 것이다. 人口의 土地에 대한 衝激은 옛부터 存在하여 왔다. 原始人들도 道具를 써서 나무를 베고 草原을 불사르고 土壤을 붕괴시키고 쓰레기를 排出하였으며 野生動物을 죽였다. 그러나, 原始人들은 數字도 적었고 生態體系에 들어킬 수 없는 傷處를 줄만한 技術도 없었다. 그들은 地球의 負擔能力內에서 살았고 土地는 그 정도의 衝激을 吸收해서 本質的으로 均衡된 安定狀態를 유지할 수 있었다. 이에 反하여 現代의 人口는 地球의 負擔能力의 限界에까지 爆發하였고 이를 넘어설 展望이다. 現在 40억 人口가 年 2%의 率로 늘어나면 2045년에는 160억이 될 것이다. 人口의 增加와 資源의 不足 또는 高갈이 충돌을 不可避하게 할 것이다. 基本的인 食糧生産의 分野에서만도 人口增加는 食糧不足이나 飢餓를 促進할 것이다. 全世界可耕地의 상당 부분이 이미 化學肥料와 灌溉에 의하여 生産中이다. 물과 石油도 장래에 不足해질 것이고 뿐만 아니라 主要農土가 매년 侵蝕, 公害 또는 新開發에 의하여 喪失된다. 그러므로 증가하는 人口를 먹여살리는 기본 과제가 예측하기 어려운 氣候條件에 비추어 지극히 어려워질 것이다.

(2) 技 術

2) Paul Ehrlich, *The Population Bomb* (1968).

3) H. Kahn, A. Weiner, *The Year 2,000* (1968).

4) D. Meadows, J. Randers, W. Bekrens, *The Limits to Growth* (1972), p. 29.

技術은 새로운 現象은 아니다. 太古의에도 技術은 있었으나 最初의 技術은 전체적인 生態學的 均衡을 켈 만큼 危脅的 存在는 아니었다. 技術이 廣範圍하게 環境的 危害를 招來할 만큼 된 것은 産業革命과 함께 시작되었다. 石炭을 연료로 하여 증기기관의 利用이 시작되었다. 再生할 수 있는 나무를 버리고 一回使用의 石炭과 石油로 動力源을 바꾸었다는 것은 動力의 劇的 增加와 代替할 수 없는 自然資本의 消費開始를 뜻하였다. 産業革命에서 誕生한 技術은 能率成長 및 進步라는 理想의 產物이었다. 그리하여 技術革新은 그것이 能率의 이고 成長 그 자체는 좋은 것으로 看做되고 進步는 最終目標가 없는 경우에도 자연스럽고 바람직하고 緊要한 것으로 생각되었기 때문에 높이 評價되었다. 生活의 質보다 成長과 能率만을 위주로 해온 점이야말로 人類文明의 基本的 缺陷인지도 모른다. 技術의 展開에 있어서 成長과 能率을 모두 包容한 결과 일부 필요없거나 원치 않는 消費財도 生産하게 되었다. 그리하여 社會內에서 이들의 出現에 대해서 새로운 수요를 창조하고 社會로 하여금 그들의 存在에 대하여 應答하도록 強要한다. 近代技術은 그 必要와 存在價値를 넘어서 점점 더 物理的 環境에 큰 壓力을 가할 만큼의 규모와 범위로 되어가는 경향이 있다. 뿐만 아니라 生産品은 종종 自然界에 보통 존재하지 아니하는 物質을 放出하거나 그런 물질로 만들어진다. 環境은 이같은 汚染物質을 점차로 붕괴시키거나 分解 또는 吸收할 수 없는 경우도 있다. 技術利用에 관한 문제점은 이를 利用하는 사람들이 分散된 方式으로 이용하려는 경향이 있고, 문제와 기술과 環境의 다른 요소들 간의 복잡한 상호관계를 인식하지 못한 채 개별적으로 문제해결을 試圖한다는 것이다. E. F. Schumacher는 *Small is Beautiful*에서 이러한 問題에 관하여 論理와 理性에 의하여 해결될 수 있는 convergent problem과 그렇지 못한 divergent problem으로 나누어 記述하고 있다. 技術的 人間은 論理와 理性에 의하여 解決될 수 있는 convergent problems를 選好하고 創造하며 그것이 解決된 때에는 解決策을 記錄하여 다른 사람에게 전해 줄 수 있다.⁵⁾ 반대로 divergent problems는 反對와 調和의 끊임없는 상호작용과 관련되기 때문에 절대로

5) Schumacher, *Small is Beautiful*, p.97.

궁극적 해결이 있을 수 없는 것이다. 예컨대 政治, 經濟, 教育, 結婚 등의 制度에서 진정한 문제는 항상 反對의 극복과 조화의 문제이다. 이것들은 divergent problems로서 보통 의미의 解決策이란 존재하지 아니한다. 어떤 公式를 제의하여 어느 정도 해결책을 강구할 수 있으나 오래가지 못한다. 왜냐하면 그런 解決策이란 두 가지 相反要素 중 하나를 계율리하여 결국 人間生活의 質을 喪失하기 때문이다.

技術官僚과 科學者들은 본질적으로 divergent problems에 속하는 것을 技術的 處理를 통하여 解決할 수 있는 convergent problems로 轉換시킬려고 한다. 技術이 과거에 야기한 많은 문제점에도 불구하고 技術崇拜者들은 우리의 將來를 機械가 支配하는 理想郷으로 轉移시킬 社會技術的 解決策을 열광적으로 들고 나온다.⁶⁾

문제는 環境(environment)이라 함은 기술(technology)에 의하여 解決되는 孤立的 問題들로서 구성되어 있지 아니하다는 것이다. 그것은 相互關聯된 構成要素들의 網이기 때문에 서투른 기술적 침투는 필연적으로 많은 第二, 第三의 다른 결과와 부작용을 招來하여 대부분 애당초의 문제 범위를 훨씬 초과할 것이다. 예컨대 자동차는 인간의 운송에 관한 필요에 대하여 기술적 해결책이지만 예측하지 못했던 여러 가지 다른 문제, 즉 大氣汚染, 油濁, 郊外發展과 市內中心地의 슬럼화, 金屬의 不足 등을 초래하게 된 것이 그것이다.

(3) 經濟學

西洋學者들은 經濟體系와 環境危機의 기초가 되는 自然에 대하여 西洋的, 즉 유대교 내지 기독교적 見解를 당연한 것으로 가정한다. 즉, 自然은 지혜를 가졌기 때문에 自然보다 優位에 있는 것으로 간주되고 自然의 不可分한 一部로 간주되지 않는 人間의 利益을 위하여 存在하고 人間에 의하여 支配되기 위하여 존재한다는 見解가 그것이다.⁷⁾

이에 대하여 東洋思想이 自然을 거역하지 아니하고 自然과의 調和를 기

6) H. Kahn & W. Brown, L. Martel, *The Next 200 Years: A Scenarios for America and the World* (1976).

7) White, "The Historical Roots of Our Ecological Crisis," 155 *Science* 1203-07 (1967).

리고 있는 것은 우리가 다 아는 바와 같다. 그러나, 실제로는 自然調和思想을 노래하는 東洋人을 포함하여 人類는 自然에 대하여 철저히 侵入해 왔음을 否認할 수 없다. 특히 西洋産業文明은 自然이란 人間의 善을 위하여 支配되어야 하고 自然資源은 經濟的 所得을 위하여 商品으로서 利用되어야 한다는 見解를 가지고 있다.

아담 스미스의 “보이지 않는 손”이라는 概念도 利己主義의이고 營利追求의 個人이 法的인 強要없이 독립적으로 資源을 가장 잘 分配할 것이라는 취지가 아닌가 한다. 그러므로 自由市場經濟에서 利潤이라는 基準은 合理的 個人과 社會的 決斷의 基本指數라고 보았던 것이다. 自由陣營國家들은 기본적으로 이러한 概念에 입각하여 法的·政治的 構造가 支配된다고 본다. 기본적으로는 私有財産과 個人의 經濟的 創意에 입각하여 成長과 進歩는 資源과 利潤의 不公平한 配分과 不滿에 대한 解答으로서 생각되어 왔다. 資源과 利益分配가 不公平한 경우에는 富의 適正한 配分보다는 좀더 큰 富를 創造하는 方向으로 解答을 찾는 傾向이 있어 왔음이 사실이다.

(4) 經濟體制와의 문제

첫째, 市場經濟體制下에서는 大氣, 물 및 土地를 自由財 또는 經濟財로 취급해 왔기 때문에 이러한 보편적인 것들을 汚染시키는 것은 資本主義의 습은 費用으로서 財貨의 市場價格에 반영되지 아니하는 경향이 있다.⁸⁾

둘째, 經濟的 政策決定이 利潤을 기준으로 이루어지는 한 문제가 있다. 環境의 質과 生活의 質을 염두에 둔 決定이 내려지기보다 量的인 經濟的 利益을 위주로 한 결정이 내려지는 것이 대부분이기 때문이다.

Barry Commoner의 “The Poverty of Power”를 보면, 미국의 대도시에서 에너지도 절약되고 公害가 적은 電車나 電動트물리를 大衆交通手段의 大宗으로 삼다가 이를 모두 없애고 버스로 代替하였다. 그러나, 이는 이를 制作한 GM에만 暴利를 주었고 오늘날 大氣汚染, 에너지 浪費 그리고 서비스 面에서도 훨씬 非能率의인 結果를 가져와서 결국 부분적으로나마 대

8) W. Ophuls, *Ecology and the Politics of Scarcity*(1977), p. 176.

都市에서 郊外로 脫出하는 현상을 招來하였다고 지적한다.⁹⁾

그리하여 궁극적으로는 利潤率이 低下되고 勞動生産性이 向上되고(일자리가 적어진다), 資本의 生産性이 줄고 새로 資本을 誘致하기가 어려워져서 豐饒의 시스템에서 점차 缺乏의 시스템으로 이행하는 데에 經濟體制 그 자체의 문제가 있다.

가장 不足이 염려되는 것은 基本에너지인 石炭과 石油이다. 이를 開發하는 데에 資本을 조달하기가 점차 어려워지고 海底探査나 大型油槽船으로부터 또 다른 汚染을 초래한다.

環境을 파괴하는 人間의 能力과 技術 그리고 人口過剩은 이제 氣候와 그에 따른 生活類型까지도 激甚하게 變化시킬 수 있는 경지에까지 이르렀다.

그러나, 限定된 資源, 增加하는 人口, 넌리 퍼지는 公害, 飢餓 및 에너지 不足과 같은 大量問題에도 불구하고 技術과 經濟學的 知識을 제대로 應用하기만 하면 곤란을 克服할 수 있을 뿐만 아니라 成長을 繼續할 수도 있다고 믿는 經濟的, 政治的 및 科學的 樂觀論者들이 있다. 반대로 Robert Heilbroner 와 같이 環境的 또는 政治的 災難의 가능성을 豫測하는 사람도 있다.¹⁰⁾ 아 물론 現代文明이 沒落하지는 아니하더라도 思想家들은 적어도 經濟體制나 政治制度나 秩序, 全般的 消費類型 및 人間의 環境에 대한 關係에 있어서 基本的 變化가 오리라는 점을 주장한다.¹¹⁾

III. 環境危機에 있어서 司法府의 機能

(1) 司法府가 취할 수 있는 態度

法은 어떤 形態로 存在하든지 간에 社會의 發展과 變化의 主要한 手段이다. 法은 社會的 意思一致에 따라 주어진 一般原則에 비추어 紛爭解決을 위한 메카니즘을 제공한다.

9) *Supra* 217.

10) R. Heilbroner, *An Inquiry into the Human Prospect*(1974), p. 135.

11) D. Bell, *The Coming of the Post-Industrial Society*(1974); Reich, *The Greening of America*(1971).

法이나 原則의 制定은 立法府, 行政機構 또는 法院에서 이루어진다. 或者는 法院의 法創造能力이나 權限을 否認하기도 하나 이것은 裁判의 不可避한 副産物이고 法令의 解釋과 適用을 통하여 法을 창조하기는 法院도 마찬가지이다. 行政的·法的 行爲의 促進者로서 法院의 環境問題에 대한 接近方法은 다음 몇 가지가 생각될 수 있다.

첫째, 法院이 法律에 立脚한 政府의 行政方針과 對立하는 경우를 생각할 수 있다. 이러한 경우는 法律을 文字 그대로 해석함으로써 政府의 손을 붙잡아 매고 나아가서는 國會로 하여금 關係法律을 改正하게 만드는 경우이다.

둘째, 가능성은 行政府의 決定(예컨대 環境保全委員會의 決定, 檢·警의 環境犯罪에 대한 搜查, 公署와 관련된 負擔이나 租稅賦課決定等)에 대하여 法院이 이를 無效確認 또는 取消함으로써 결과적으로 行政府의 決定에 좀 더 여러 가지 變化要素를 고려하도록 유도하는 方法이다. 法律의 細心한 解釋보다 政策決定時에 여러 가지 變數를 고려하도록 하는 것이다.

세 번째 方法은 法院이 環境法律을 機能的으로 解釋하여 制定法을 立法者의 原意圖에 비추어 現在의 狀況과 變化에 맞도록 彈力的으로 과감하게 운영하여 法律自體의 性格을 바꾸는 경우이다. 이런 경우에는 立法府가 法律制定에서 包含시키려고 하는 意圖보다 더 값어치 있고 필요하다고 생각하는 原則들이 法院에 의하여 수립되게 된다. 그리하여 進步的인 美國의 法院(특히 Warren Court)의 경우에는 法院의 解釋이 既成社會의 秩序와 法律의 機能에 커다란 影響을 미치는 것을 보아 왔다. 그러나, 반대로 이러한 影響력을 행사할 能力이 있음에도 불구하고 現狀을 維持하려는 保守的 態度를 취하여 時代錯誤의 原則들을 반영하거나 고수하는 法院도 있다. 前者의 進步的 法院은 그가 취하는 새로운 입장에 대하여 充分한 支持를 받지 못한 채 既成秩序의 反感을 사서 法院 및 그 새로운 立場에 대한 反動을 招來할 危險이 있다. 따라서 法院이 취할 수 있는 또 한가지 接近方法은 法院이 節次法的 理由나 기타 限定된 理由를 들어 事件을 棄却 내지 却下하면서도 그 理由說示에서 새로운 原理나 立場에 대한 약간의 힌트를 주는 경우이다. 大法院이 正面으로 前進的 判決을 내리기 어려운 때에는 이러한 方法으로 점차 새로운 思想과 立場을 옹호할 수 있다. 어

는 경우를 막론하고 공통된 것은 大法院이야말로 環境問題가 제기하는 漸增하는 壓力에 대하여 既成制度에 대한 새로운 指導理念과 原理를 구축해 나가는 데에 가장 適切한 기관이라는 點이다.

미국의 聯邦法院의 現況을 보자.

聯邦抗訴法院들은 최근 環境法規의 解釋適用에 基礎를 제공하는 重要원칙을 提示하였다. 예컨대 國家環境政策法¹²⁾ (The National Environmental Policy Act of 1969)의 解釋適用에 관한 一般原則을 宣言하고 法院은 環境廳의 業務遂行을 면밀하게 관찰할 것이라고 한 判例가 있다.¹³⁾ 또한 이 法下에서 聯邦이나 州政府의 擔當機關은 環境計劃樹立機能이 있다는 判決을 하면서,¹⁴⁾ 環境廳과 聯邦法院은 共히 각 環境擔當機構의 地域의 業務遂行의 監視者라고 하였다.

그러나, 聯邦大法院은 몇 개 抗訴審法院의 이러한 態度에 同調하지 아니하고 法律의 規定에 입각하여 엄격한 文理解釋을 하고 있다. 大法院은 環境分野에서 間接的 政策決定機能을 擔當하기를 주저하고 그 대신 判決의 結果나 立法意圖가 어떠한 간에 法律의 規定에 충실한 文理解釋을 한다. 예컨대 聯邦法律인 The Clean Air Act의 제 118 조에는 聯邦施設은 環境施行計劃許可基準의 적용을 받는다는 明文의 規定이 없으므로 聯邦施設은 地方自治體의 大氣汚染基準을 遵守하지 아니하여도 된다고 한 것이 그 例이다.¹⁵⁾ 이러한 大法院의 태도에 同調하는 見解는 法院의 適切한 機能이란 法律의 明文을 해석하고 그것이 憲法的 限界에 맞는지를 判斷하는 것이라고 본다. 그러나, 반대로 法院도 경우에 따라서는 어느 정도 적극적으로 法律規定에다가 現實問題解決에 適當한 意味와 結果를 붙여 넣기 위하여 신축성 있는 解釋을 할 필요가 있다는 立場도 있다. 法院이 이러한 現實感覺있는 태도를 反復的으로 취하면 결국 司法過程에서 確立한 原則에 따른 法律改正을 유도하게 될 것이다. Burger 大法院長下의 大法院은 특

12) 42 U.S.C. § § 4321-4347.

13) Calvert Cliffs Coordinating Comm. Inc. v. Atomic Energy Comm. 449 F.2d 1109 (D. C. Cir. 1971).

14) Natural Resources Defense Council, Inc. v. Environmental Protection Agency 489 F. 2d. 390(5th Cir. 1974).

15) Hancock v. Train, 426 U.S. 167(1976).

히 保守的 態度를 취하여 環境法原則의 形成에 관한 司法的 機能을 포기한 듯한 印象이 짙다. 예컨대 土地使用과 관련된 環境法分野에서 公共訴訟(public action)의 當事者適格을 制限하였다. 즉, 단순한 事實上 損害의 主張만으로는 不充分하고 事實上 被害를 입었음과 동시에 請求하는 救濟策으로부터 실제로 效果的으로 利益回復할 수 있을 것임을 立證하여야 한다고 한다. 16) 뿐만 아니라 內務部를 상대로 曠物租借法상의 義務의 履行을 하도록 環境論者들이 提起한 訴訟에서 辯護士費用을 授與할 수 없다고 하였다. 17) 또한 土地使用規則上 人種差別的 效果를 가져온다고 하여 그 자체가 곧 憲法違反의 推定을 가져오는 것은 아니라고 한 것도 있다. 18) 그리하여 大法院의 積極的 解釋이 없고 보니 一般的 語調로 되어 있는 全國 環境政策法은 종합적이고 시기에 맞는 政策決定을 위한 구체적 指針이 아니라 一般的 政策聲明처럼 되어가고 있다. 요컨대 Burger 主導下의 大法院은 環境法分野에서 聯邦司法府의 機能을 縮少하기로 態度를 취하고 있는 듯하다. 그리하여 미국의 경우에 環境問題에 관한 權限과 責任은 現在 주로 立法府의 手中에 있다고 볼 수 있다.

(2) 法官의 審理業務와 관련된 困難性

環境法에 관한 司法府의 機能이 積極的인지는 消極的인지는 간에 環境에 관한 規制法規가 增加함에 따라 傳統的·法的 道具에 의한 解決에 항상 따를 수만은 없는 곤란한 문제를 法院에 안겨 준다. 技術的 複雜性 및 環境問題의 社會的 重要性和 결부된 이러한 새로운 難題는 法院이 立法的 基準을 활발하게 解釋適用하는 데 있어서 상당한 抑止要因으로 作用하여 왔다. 미국의 首都管轄 抗訴法院의 한 判決은 環境問題에 관한 法官의 機能의 限界와 관련된 문제점을 보여 준다.

Ethyl Corp. v. Environmental Protection Agency¹⁹⁾ 사건에서 揮發油의 鉛含有量 減少를 규정한 EPA의 規程의 效力問題에 관하여 合議部法

16) Warth v. Seldin, 422 U.S. 490(1975).

17) Alyeska Pipeline Ser. Co. v. Wilderness Society, 421 U.S. 240(1975).

18) Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Co. 429 U.S. 252(1977).

19) 541 F. 2d 1 (D.C.Cir) (en banc), Cert. denied, 426 U.S. 941 (1976).

官이 5對 4로 나뉘었다. 多數意見과 少數意見은 呼吸器의 吸入과 傳染病學에 관한 중요한 쟁점을 다루고 있었다. 이 件에서 首席判事 Bazelon은 科學技術的 問題에 無識한 法官이 數學的·科學的인 證據를 實質的으로 檢討함은 危險하고 믿을 수 없다고 주장한다. 그러므로 法官은 그러한 實質的 檢討를 피하는 대신 行政團束節次의 強化에 努力을 集中하여야 한다고 結論짓고 있다.²⁰⁾ 이에 대하여 同僚法官인 Leventhal은 法院은 行政行爲가 法的 限界內에서 이루어지도록 確保하여야 할 議會로부터 委任받은 責任이 있다는 점을 지적하면서 反論을 편다. 良心의 法官은 公부를 함으로써 恣意的이고 非理性的인 것에 대항하는 결정을 내릴 수 있도록 科學技術의 分野에 충분히 精通해 질 수 있다는 것이다. 이 두 法官이 提起한 論點은 단순히 特定事件이나 行政法의 一局面을 넘어서 중요한 문제로 등장한다. 즉, 이 문제는 法官이 特定種類의 事件에서 그네들의 기능을 스스로 어떻게 생각하느냐와 관계가 있을 뿐만 아니라 모든 국민이 자기네의 生活의 質에 기본적으로 영향을 미치는 決斷過程을 어떻게 보느냐와 관련된다. 우선 環境法과 法科大學에서 가르치는 法 之間에는 너무나 큰 間隙이 있어서 문제가 없는 것은 아니나, 法에서 環境의 역할과 環境法에서 法官의 역할은 다음과 같은 假定下에서 생각할 수 있다. 즉, 우리와 같은 政府制度와 對立當事者主義 訴訟構造下에서는 이 分野에서 좀더 積極的인 司法機能을 發揮하는 것을 두려워할 필요가 없다는 前提이다. 이러한 假定은 事件의 性質에 따라 좀 달라질 수 있고, 다른 분야에서는 司法府의 積極的 姿勢에 대한 危險 및 비판이 따를 수 있다고 하더라도 環境分野에서는 政治的·法的·社會的 要因의 複合이 도리어 司法府의 銳利한 關心과 創造性을 要求한다고 생각한다.

(3) 法的 分析과 環境法

(A) 過去와의 連續

1973년 前記 Bazelon 判事는 環境訴訟은 行政法에 있어서 새로운 時代를 代表한다고 한 바 있다.²¹⁾ 環境法에는 새로운 것이 많으나 過去와 連

20) 541 F.2d at 67.

21) International Harvester Co. v. Ruckelshaus, 478 F.2d 615, 651(D.C.Cir. 1973).

結되어 있음을 否認할 수 없다. 實體法의 次元에서는 環境法이란 環境保全에 관한 各種 實定法에서 由來하지만 不法行爲法, 物權法, 債權法, 資源法, 租稅法 및 國際關係 등으로 構成되어 있다. 그러나, 이러한 個別의 法源은 각기 內在의 限界가 있어서 그 어느 것이나 法官이나 辯護士로 하여금 生態學(ecology)이라고 하는 包括的 學問에 대한 올바른 見解를 가질 수 없게 한다.

新生 環境法을 과거와 接續시키는 一例은 nuisance 또는 emission의 法理에 의한 處理이다. 옆 工場의 煤煙, 기타 汚染物質의 排出로 隣近土地 所有者가 被害를 입으면 그는 不法行爲理論에 의하여 責任을 물을 것이다. 이 때 法院은 오직 提訴者 個人에 대한 損害만을 고려하게 된다. 또 工場의 汚染이 合理的 線을 넘지 아니한 것으로 볼 때에는 그 個人은 이른바 受忍義務를 負擔하여야 될 경우도 있다. 이런 觀點에서 보면 nuisance, emission 기타 不法行爲理論은 결국 工場의 煤煙 등으로부터 社會全體가 입는 被害가 工場의 運營으로부터 社會가 얻는 利益보다 더 큰지 與否를 따지는 데에는 매우 不適當하다. 또한 公害의 利益과 被害를 量的으로 따져서 均衡을 찾는 것도 대단히 主觀的이고 힘든 일이다. 이러한 從來의 法理論만을 배우고 응용해 온 法官이나 辯護士가 傳統的方法 외에 環境問題에 대한 새로운 分析과 訓練을 거치지 아니하고는 環境分野에 맞는 判斷을 하기 어려운 경우가 많을 것이다. 물론 傳統的인 解釋法學的 接近方法으로 解決할 수 있는 경우가 있음을 否認하는 것은 아니다. 예컨대 環境保全法에서 揭記하는 汚染物質에 구체적으로 납이 列擧되지 아니했다라도 문제가 된 事件에서 法官은 「기타 有害한 要素」라는 法句節中에 立法趣旨나 法律의 全體의 構造 등에 비추어 납도 危險한 大氣汚染要素로서 包含시키는 解釋作用을 할 수 있다. 이것은 傳統的 接近方法을 통하여서도 法院이 積極的 立場을 취할 수 있는 例이다. 따라서 이러한 法規解釋作用을 통하여 法院은 상당한 部分의 環境問題를 解決할 수 있다.

(B) 環境法의 特徵

이처럼 從來의 方式과 틀 속에서도 문제를 어느 정도 解決할 수 있으나 環境法은 많은 다른 特徵을 가지고 있다. 이러한 특징은 環境法의 對象과

그 性質, 立法, 그리고 그에 따른 法的 解釋面에서 차이를 가져온다. 첫째, 環境問題의 分析에는 多方面으로 고려해야 할 점이 많다. 어떤 公法的 規制도 이처럼 많은 미묘한 關係의 複雜한 均衡을 요구하는 경우는 없다. 다른 분야는 考慮해야 할 要素도 限定되어 있고 主된 變數(考慮要素)는 상대적으로 量을 測定할 수 있는 單位를 써서 費用效果分析에 따라 참작할 수 있다. 그러나, 環境分野는 考慮하여야 할 變數가 無限하고 이를 數字的으로 測定하기가 지극히 어렵다. 自動車運轉에서부터 發電所建設에 이르기까지 騒音, 大氣, 水質, 쓰레기 處理, 土地利用, 運輸, 食品提供, 에너지, 健康, 經濟的 面 뿐만 아니라 美學的 要素와 人間關係(에인미셀레)에 관한 것까지 고려되어야 하겠지만 이에 대한 評價는 評價者의 나이, 健康, 位置, 社會階層, 意識構造 등에 따라 다르게 내려진다. 뿐만 아니라, 現在 살아 있는 사람만을 위한 判斷으로 足하지 아니하고 未來의 世代, 滅種危機에 있는 動植物, 古蹟까지도 고려되어야 한다. 이러한 評價는 또한 時代風潮나 자기가 處한 環境, 知識程度에 따라 서로 달라진다. 國會는 國民의 意思를 종합할 수 있는 곳이므로 일단 이러한 모든 문제는 思慮깊은 討議를 거쳐 國會에서 立法하는 形式을 취하게 된다. 그러나, 環境問題는 다른 公法的 規制와 마찬가지로 일일이 國會를 통과하여 처리되지 아니하고 行政府로의 委任이 例外보다 原則이 되어 있다. 議會의 權限이 強大한 美國도 國家環境政策法을 보면 行政府로 하여금 環境에 대한 效果, 環境에 대한 逆效果 또는 人間環境의 短期使用과 長期生産性的 提高 및 維持와의 관계 등을 評價하도록 一任하고 있다. 聯邦殺虫劑規制法(The Federal Environmental Pesticide Control Act of 1972)²²⁾도 環境廳으로 하여금 殺虫劑의 사용으로 인한 社會的·經濟的·環境的 費用과 利益을 고려하여 人間이나 環境에 대한 不當한 危險을 고려하도록 要求하고 있다. 國會는 一般的 條項으로서 政策을 세우는 線의 立法을 하고 緊要한 爭點에 대한 더 중요한 政策決定은 行政府에서 이루어진다.

行政法上 行政府에로의 委任은 새로운 것은 아니지만 環境法分野에서는 特別한 意味를 갖는다. 다른 분야에서는 豊富한 先例와 發達된 理論으로

22) U.S.C. § 136-136y (Supp. V. 1975).

傳統的 法理論에 따라 처리할 수 있지만 環境法에서는 具體的 事實과 政策 決定者의 主觀에 따라 좌우되는 경향이 있다. 왜냐하면 先例나 理論이 日 淺하고 既述한 바와 같이 考慮되어야 할 要素가 많으며 이들간의 關係가 數量的으로 測定하거나 特定하기 어렵기 때문이다. 따라서 이 點은 行政 府의 政策決定者에게 相關要素의 選擇과 이 要素의 比重을 결정하는 데 裁 量權을 주는 要因이 된다. 그리고 이들이 法的 決定이라고 하여 내린 先 例는 많은 경우에 法的 用語가 쓰이지 아니하고 科學技術的 用語로 된 事 實의 決定이어서 先例로서의 價値가 거의 없는 경우가 많다.

(4) 環境問題解決에 있어서 法院의 機能

前述한 바와 같이 다른 特徵을 가진 環境法에 대한 司法府의 反應도 좀 더 참신하고 傳統에서 脫皮한 判例로 나타나야 할 것이다.

(A) 節次法的 審理

Bazelon 判事は 環境事件審理에 節次法的 接近方法을 主唱하는 사람이 다. 環境事件의 性質에 비추어 法院은 擔當官廳으로 하여금 自然環境에 대 한 全體消費者의 利害關係를 保護함에 適切한 政策決定節次를 確立하도록 判例를 통하여 誘導 내지 要求하여야 한다고 주장한다.²³⁾ 필요하다면 傳統의 行政法의 原則을 넘어서라도 節次上 安全裝置를 確立해야 한다는 것이다. 이러한 Bazelon의 接近方法은 行政節次의 범위를 침범하는 것이라는 비판 도 있다.²⁴⁾ 그러나, 環境事件審理에 있어서는 法官이 새로운 概念들을 理 解하고 裁判할 수 있도록 節次의 改革이 필요할 것이다. 이를 위하여는 첫째, 法院은 行政機構의 裁量權을 감시할 수 있고, 둘째, 擔當行政機構 가 關係當事者로부터 情報를 要求 또는 蒐集하는 方法과 節次를 監視 내지 統制할 수 있어야 할 것이다.

a) 行政行爲에 대한 決定: 行政廳은 일반적으로 發議, 調查, 交渉, 執 行, 解決, 企劃, 推薦과 監督에 있어서 廣範圍한 非公式的이고 非體系의 內部決定을 내린다. 그런데 미국 법원의 태도에서 나타나는 것은 法院은

23) Int'l Harvester Co. v. Ruickelhaus, 478 F.2d. 615, 651 *supra*.

24) Wright, "The Courts and the Rulemaking Process: The Limits of Judicial Review," 59 *Cornell L.R.* 375 (1974).

司法的 審査나 公衆의 參加가 없이는 環境廳의 裁量의 政策決定能力을 抑制하려는 傾向이다. 25) 그리하여 D. D. T. 금지에 대하여도 環境廳의 單獨의인 調査, 評價 및 決定을 막고 이 문제는 公聽會를 거쳐서 探究되어야 함이 法の 취지라고 宣言한 것이 그것이다. 이러한 方式의 法院의 權限行使는 行政機構의 日常意思決定까지 統制한다는 뜻은 아니고 相當한 公衆의 利害關係가 있는 경우에 擔當行政機關의 閉鎖的·獨自的 決定보다 法院이 公聽會에서 衆知가 모아질 때까지 行政行爲가 내려지지 아니하도록 영향력을 行使할 수 있을 것임을 뜻한다.

b) 情報蒐集：대부분의 環境法規는 情報蒐集에 관한 규정을 缺하거나 있더라도 막연하게 규정하고 있다. 우리 環境保全法도 環境保全諮問委員會와 環境研究機關의 設置만 규정하고 있을 뿐 利害關係集團이나 一般大衆으로부터 關係情報를 紛爭前에 體系의으로 수집하여 政策決定이나 規則制定에 반영할 길을 制度化하고 있지 아니하다. 26) 오직 事後的 紛爭調停과 被害賠償을 基本으로 하고 있다. 環境問題는 어느 環境被害者 個人에 대한 救濟에 관한 것이라기보다 全體國民 또는 子孫萬代에 影響을 주는 基準設定이 중요하기 때문에 法律 그 자체는 물론, 司法府로서도 行政府의 政策決定過程에 利害關係人과 專門家의 參考가 보장되었는가 여부를 監視하는 데에 重點을 맞출 필요가 있다. Bazelon 判事가 International Harvester 事件에서 交互訊問權을 인정한 判決을 Wright 判事は The Clean Air Act 에는 交互訊問에 관한 法規定이 없음을 들어 法律의 根據가 없는 判斷이라고 비난하였다. 그러나, Bazelon 判事は 環境問題는 一般行政問題와는 달라서 司法府에 의한 그 정도의 節次的 變形은 擔當行政廳에게 큰 부담을 주지 않는 한 必要不可缺하다고 반박한다. 우리 나라의 傳統的으로 保守的인 法院이 이러한 機能的 接近方法을 취할른지는 의문이나 이런 정도의 積極의 態度가 없이는 個人에 대한 事後救濟 외에 얼마나 더 意味 있는 司法的 審査를 할 수 있을 것인가. 法律根據가 없는 判決이라는 非

25) Environmental Defense Fund, Inc. v. Ruckelhaus 439 F. 2d. 584(D.C.Cir. 1971)이 그 예이다.

26) 同法 제57조는 분쟁발생 후의 사실조사를 규정한다.

難에도 불구하고 이와 같은 Bazelon 判事의 意見은 다른 法院에서도 점차 채택되어, 27) 法律이 明文으로 禁止하지 않는 한 利害關係人의 效果的 參考와 意見開陳機會가 주어지지 아니한 環境政策決定이나 基準設定은 받아들일 수 없다는 태도를 보인다.

(B) 實體的 審査의 限界

이 문제는 위에서 잠깐 學論한 대로 法院이 科學的 討論의 細部에 이르기까지 審査할 것인가의 문제이다.

미국의 判例는 環境廳長에게 政策決定에 대한 理由를 좀더 자세하게 說明하도록 要求 또는 還送하는 방법을 통하여 어떤 것은 좀더 審査하고 어떤 것은 더 광범위한 記錄을 하도록 하기도 한다. 28)

그리고 行政機構의 行爲를 環境效果의 面에서 審査하는 경우에는 그 機構가 모든 關聯要素를 고려하였으며, 그러한 決定의 理由를 明白히 提示하였는지 여부를 살핀다. 이처럼 事實調查와 關係要素參酌을 제대로 하였는지를 심리하여 不足 또는 不履行이 있는 경우에는 이를 關係機關으로 還送하여 充分한 再檢計를 促求한다. 29) 아 물론 政策決定이나 環境影響陳述書(Environmental Impact Statement)를 작성함에 있어서 擔當機構는 關係된 環境要因을 適切히 고려하였음을 立證할 책임이 있다고 判示한다. 30) 물론 이에 대하여 行政機關이 극히 形式的으로만 法院의 判例에 따르는 경우에 法院으로서는 그 이상 더 적극적으로 介入하여 是正할 길은 없겠으나 法院은 實體的 審査에 관하여도 위에 말한 바와 같은 機能을 遂行할 수 있다.

(5) 環境審査의 將來

環境分野는 다른 法分野와는 다를 뿐만 아니라 通常의 法理論과 救濟策을 環境에 관한 特殊問題에 應用하여 이를 節次的으로나 實體的으로나 심

27) Appalachian Power Co. v. EPA, 477 F.2d 429(4th Cir. 1973).

28) South Terminal Co. v. EPA. 504 F.2d 646(1st Cir. 1974).

29) Scenic Hudson Preservation Conf. v. FPC. 354 F.2d. 608(2d Cir. 1965).

30) Conservation Society v. Secretary of Transportation, 362 F. Supp. 629(D.Vt. 1973) aff'd, 508 F.2d 927(2d Cir. 1974) vacated and remanded on other grounds, 423 U.S. 809(1975), rev'd per curiam, 531 F.2d 673(2d Cir. 1976).

사하는 과정이 미국에서도 그리 成功하고 있다고 보기는 어렵다. 그러나, 法官이 環境問題의 특유한 문제에 관심을 가지고 좀더 적극적으로 司法的 審査를 담당할 것을 期待한다.

(A) 技術的 問題와 一般法官

法官은 법이나 아는 存在여서 技術的 問題를 理解하고 分析하는 데에는 서투르다는 비판이 있다. 이것은 部分的으로 틀린 두 가지 假定을 담고 있다. 첫째는 法官은 단순한 非專門家(generalist)라는 점과 둘째 非專門家의 審査는 반드시 나쁘다는 前提이다. 法官은 科學技術的 概念과 用語에 익숙할 能力이 없다는 것은 사실이 아니다. 現在에도 自動車, 船舶, 기타 各種 重機械나 化學藥品 등이 관련된 각종 民刑事事件이나 特許事件 등에서 法官들이 보여 주는 理解能力은 이러한 批判이 근거 없는 것임을 뒷받침한다. 물론 法官은 環境行政擔當者나 專門家 만큼 環境問題를 잘 理解할 수 없을지는 몰라도 環境機構나 官廳이 恣意的으로 또는 不當하게 行爲를 했는지 여부에 대한 判斷을 하기 위해서는 專門家 만큼 깊은 知識은 不要하다. 法官이 技術的 細部事項에 無知하다 하더라도 行政官廳, 關係産業, 公益團體, 利害關係者, 環境保全協會 등이 제출하는 準備書面이나 鑑定書를 보고 判決에 必要한 最小限度의 知識은 確保할 수 있으며 그 다음에는 담당 法官의 良識의 문제로 된다. 이처럼 具體的 事件을 담당하면서 지식을 얻는 경우 외에 法官에 따라서는 그의 學歷과 經歷上 關係分野의 專門知識과 經驗이 있을 수도 있다. 뿐만 아니라 鑑定人 또는 鑑定證人을 통하여 또는 受命法官이 準備節次를 進行하는 과정에서 必要한 專門知識을 얻을 수도 있고 그 외에도 여러 가지로 科學的 知識에 대한 도움을 얻을 길은 열려 있다. 따라서 法官은 科學技術的 專門知識에 관하여 無識하거나 實體的 審理責任을 해낼 수 없다는 主張은 근거가 없고 오히려 公平無私한 司法府의 審査와 統制를 강화하여야 될 것이다. 또한 非專門家인 法官의 審査는 不適當하고 도리어 해롭다는 批判도 받아들일 수 없다. 專門家들이 자기네들 相互間에만 對話를 하면 누구를 위하여 決定이 내려지고 있는가 하는 커다란 문제의 윤곽을 忘却하는 경향이 있다. 또한 이들 技術者가 法官이 理解할 수 있도록 說明하는 경우에는 一般大衆도 역시 理解할 수

있다. 이 점은 非專門家인 法官이 審査할 때 一般大衆이 얻을 수 있는 利益이다. 그리하여 最終的으로 費用을 負擔해야 할 大衆에게 環境問題에 대한 결정이 더 理解하기 쉬워질 것이다. 뿐만 아니라 非專門家로서의 法院은 專門家の 意見에 대한 비싼 通譯者로서의 機能보다 훨씬 더 중요한 기능을 한다. 일단 專門家들로만 法院을 구성하여 法官과 法律家가 專門家로서만 채워지면 그들간에 독특하게 形成된 좁은 범위의 知識과 閉鎖性으로 인하여 外部의 새로운 發展에 肯定的으로 對處하지 못하는 폐단이 생겨나는바 이것을 防止할 수 있게 된다.

(B) 公衆의 反應과 政治制度

法官의 積極的 行動主義에 대하여 三權分立精神에 어긋난다는 主張이 있다. 그러나, 環境行政擔當機關은 그들의 決定이 行政府內에서 뿐만 아니라 一般利害關係人の 提起에 의하여 司法府의 統制와 審査도 받는다는 것을 알면 그들의 政策決定이 慎重해질 것이고 이를 통하여 다소 牽制와 均衡이 이루어질 것이다. 法院의 實體的 審査에는 既述한 內在的 限界가 있지만 이는 누구든지 여러 渠道를 통하여 最終的 結果에 영향을 미칠 수 있는 가장 合理的인 政治過程이라고 할 수 있다. 法院이 環境法規와 關聯行政措置의 審査에서 과감한 決斷을 내리면 이는 여러 方面으로 영향을 미치는 바가 커서 나중에는 關係法律의 改正에까지 이르게 될 것이고 적어도 法院의 判決이 社會的 耳目을 集中시키고 討論의 始發點을 제기할 수 있다. 關係機關도 단순히 法院의 判決에 기계적으로 反應하기보다 지적된 문제점을 중심으로 一般的 對策을 세우게 될 것이다. 法官은 獨立한 裁判機關으로서 주어진 사건에 대한 創造的 解決策을 發展시킬 좋은 기회를 가지고 있으므로 個別의 事件보다 一般的으로 適用할 수 있는 解決策을 審査를 통하여 提示하도록 노력하여야 한다.

環境問題에 관한 積極的 審査의 利點을 강조하여 이 글을 끝맺기 전에 두 가지 假定을 제기하고자 한다. 司法的 審査는 오직 審査하는 法官 만큼 좋다는 明白한 假定이다. 司法府의 質이 低下하면 無反應과 專門知識의 缺如는 물론 創造性과 같은 利點이 적어진다. 그러나, 이 점에 대해서는 우리 司法府의 質과 良識을 信賴할 수 있다. 둘째의 假定은 環境訴訟에서

公益集團을 育成하여 이들이 主要機能을 담당하도록 保護 育成하여야 한다는 것이다. 環境保全協會(環境保全法 제61조)와 같은 公的 補助機關 뿐만 아니라 私的으로 形成된 環境保護集團들, 예컨대 미국의 Natural Resources Defense Council, The Environmental Defense Fund, Friends of the Earth, The Sierra Club 또는 地域的인 The Scenic Hudson Preservation Conference 등과 같은 단체의 積極的 育성과 活動이 요망된다. 그리하여 이들은 政府나 産業과는 반대로 一般消費者의 立場에 선 反對主張이나 難點을 파헤침으로써 法院을 도울 수 있다. 良識있는 法官과 積極的인 公共利益辯護가 있는 한 環境法分野에서 積極的인 司法機能을 수행함에 있어서 두려워할 것이 없다.