

환경영향평가의 적정성에 대한 현행 사법심사 기준의 비판적 검토와 대안 고찰

박 태 현*·정 남 순**

<목차>

- I. 들어가며
- II. 환경영향평가 내용의 부실이 승인 등 처분의
위법성에 미치는 영향
- III. 현행 사법심사기준의 대안 탐색
- IV. 환경영향평가 내용의 적정성 여부에 관한
사법심사의 유형별 고찰
- V. 나가며

I. 들어가며

최근 이른바 4대강 소송 중 낙동강 사건에서, 법원은 보 건설로 인한 정부의 수질예측과정에 보 건설이나 준설 등으로 달라질 체류시간, 수심, 유속 등에 대한 충분한 고려 없이 사업 시행 전·후에 거의 동일한 반응계수를 사용하여 수질을 예측한 점 등 여러 가지 문제점이 있음을 인정하면서도 환경영향평가를 하지 않은 것과 다를 바 없는 정도의 하자에 해당한다고 보기 어렵다고 하면서, 소위 4대강사업에 환경영향평가법 위반은 없다고 판단하였다. 법원이 위와 같이 판단한 근거에는 환경영향평가의 내용의 부실 정도가 환경영향평가를 하지 아니한

* 주저자 ; 강원대 법학전문대학원 조교수/변호사

** 공동저자 ; 환경법률센터 부소장/변호사

것과 다를 바 없는 정도의 것이 아니라면 환경영향평가법 위반의 문제는 없다고 하는 확립된 대법원 판례법리가 놓여 있다.

이론적으로 환경영향평가의 내용적 적정성 여부는 사법심사의 대상이 된다. 하지만 법원은 평가 내용의 적정성 여부를 환경영향평가제도의 근거법률인 환경영향평가법이라는 틀이 아니라 재량권 일탈·남용이라는 재량행위에 대한 일반적 사법심사 틀 내에서 다루고 있다. 또한 평가내용의 부실성은 승인 등 처분의 위법 여부를 판단하는 “하나의 요소에 그칠 뿐”이라고 표현함으로써 평가의 부실성이 위법성 판단에서 차지하는 비중이 극히 낮다고 할 수 있다. 이처럼 법원이 영향평가의 적정성에 대해 매우 소극적인 심사태도를 취함으로써 재판실무에서 평가의 적정성 여부가 적극적으로 다루어지지 않고 있다.

환경영향평가는 사전예방원칙을 구현하는 대표적인 제도 가운데 하나로 상당수의 나라에서 보편적으로 도입·운영되고 있는 제도다. 따라서 환경영향평가법이 환경법체계에서 차지하는 비중은 높다고 할 수 있다. 그런데 법원이 위와 같이 평가의 적정성 여부에 대한 사법심사의 범위를 극도로 제한함으로써 환경영향평가법의 집행책임은 사실상 전적으로 행정부에 지워져 있다. 따라서 행정부가 환경영향평가법을 부적정하게 집행한 것에 대해 법원에서 이를 제거, 치유할 기회는 사실상 극도로 수축되어 있다. 이는 법의 온전하고 실효성 있는 집행이라는 측면에서 결코 바람직하지 않은 현상이다.

따라서 이 글의 목적은 환경영향평가의 내용적 적정성에 대한 사법통제가 종전보다 밀도 있게 이루어져야 한다는 전제에서 어떠한 기준과 방법에 의거하여 사법심사를 할 것인가에 관한 소견을 제시하는데 있다. 이를 위하여 (1)법원이 환경영향평가 내용의 적정성 여부에 대한 사법심사를 극도로 제한한 이유를 살펴보고, 이러한 법원의 태도에 대한 학계의 비판점을 소개한다(II). 이어서 (2)현행 사법심사기준의 대안을 탐색하는데 이를 위하여 미국과 일본 법원의 태도와 동향을 개관한 다음 간략히 저자의 생각을 제시한다(III). 끝으로 (3)환경영향평가 내용

의 적정성 여부에 관한 사법심사를 유형별로 고찰한다(IV).

II. 환경영향평가 내용의 부실이 승인 등 처분의 적법성에 미치는 영향

1. 판례 법리

환경영향평가 내용의 부실¹⁾이 사업계획승인처분에 어떠한 영향을 미치는지에 관하여 대법원 판례는 일관되게 “환경영향평가의 내용의 부실 정도가 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아니라면, 이는 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그친다”고 하고 있다.²⁾

대법원이 이러한 심사기준을 발전시킨 과정을 간단히 살펴보면, 양수발전소의 건설이 자신들의 환경이익을 침해한다고 주장하며 발전소 건설사업 승인처분의 취소를 구한 사건에서, 원고들은 환경영향평가서 상 녹지자연도의 등급평가 및 희귀식물의 서식분포에 관한 조사가 부실함을 승인처분의 취소사유의 하나로 삼았다. 원심법원은 “철사 원고

1) 환경영향평가의 실제상의 하자라 함은 환경영향평가서가 부실하게 작성되어 제출되고 그 부실이 환경부장관의 협의과정에서 보완되지 않은 것을 말한다(박균성·함태성, 환경법(제4판), 박영사, 2010, 272쪽). 이러한 환경영향평가의 실제상 하자에는 부실 작성 이외에도 허위 작성도 포함될 수 있는데 평가서 작성의 허위성 여부를 입증하는 것이 대단히 어렵고 따라서 실무에서 허위 작성 여부가 다투어지는 경우는 필자의 경험에 비추어 보면 거의 없다. 따라서 이 글에서 허위 작성에 대해서는 다루지 않는다. 한편, 환경부장관의 부동의 의견 또는 조건부 동意的 의견이 충실히 반영하지 아니한 채 승인 등의 처분을 내린 경우도 검토할 필요가 있다. 하지만 이 문제는 이 글에서 중점적으로 다루고자 하는 주제의 문제의식과는 양상이 달라 여기서 따로 검토하지는 않는다.

2) 대법원 1998. 9. 22. 선고 97누19571 판결; 대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결; 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2970 판결; 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003두12073 판결; 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체판결 등.

들의 주장과 같이 조사를 다소 잘못하였다 하더라도 환경부장관과의 협의를 거친 이상 그 때문에 이 사건 승인처분이 위법하다고 할 수 없다”고 하며 원고들의 이 부분 주장을 배척하였다.³⁾ 대법원은 원심법원의 “환경부장관과의 협의를 거친 이상”이라는 판시부분을 “환경영향평가의 부실 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상”이라는 취지로 새기면서 원심법원의 판단은 정당하다고 하였다.⁴⁾ 이후 환경영향평가서 내용의 부실성을 승인처분의 주된 하자로 삼은 경부고속철도차량기지 사건에서, 대법원은 위 대법원 판례를 참고판례로 인용하면서, “구 환경영향평가법 제4조에서 환경영향평가를 실시하여야 할 사업을 정하고, 제16조 내지 제19조에서 대상사업에 대하여 반드시 환경영향평가를 거치도록 한 취지 등에 비추어 보면, 법에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 절차를 거쳤다면, 비록 그 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.”고 하였다.⁵⁾ 그리고 이후 위

3) 서울고법 1997. 10. 23. 선고 96구1681 판결.

4) 대법원 1998. 9. 22. 선고 97누19571 판결.

5) 대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결. 이후 *납골당 사건*에서 대법원은 “구 환경영향평가법에 따라 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 처분이 이루어진 경우 법원으로서 먼저 구 환경영향평가법에 따라 환경영향평가절차가 제대로 진행되었는지 여부와 환경영향평가절차가 제대로 진행되었다면 환경영향평가서를 기초로 환경영향평가의 내용이 부실한지 여부를 따져야 할 것이고, 만약 환경영향평가의 내용이 부실하다면 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서

판결이 선결례로 계속 인용됨으로써 앞서 언급한 바와 같은 대법원 판례법리가 확립되게 되었다.

2. 학계의 비판

환경영향평가서의 내용이 마치 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도로 현저히 부실하다는 특별한 사정이 있는 경우에만 승인 등 처분이 위법하게 된다는 대법원의 태도에 대해 학계의 대체적인 의견은 지나치게 엄격하다는 입장이다.⁶⁾ 특히 김홍균 교수는 “법원 스스로 환경부장관과의 협의를 거친 이상 이라는 의미를 관대하게 해석하는 것은 환경부장관이 검토하였다는 이유로 더 이상의 사법심사는 할 필요가 없다는 즉 사법부의 심사포기선언과 다름없다”며 강하게 비판하고 있다.⁷⁾

위와 같은 대법원의 판례법리를 비판하는 학자들은 현행 사법심사기준의 대안으로 환경영향평가의 내용이 환경영향평가제도의 취지에 비추어 충실하게 작성되었는지 여부를 기준으로,⁸⁾ 또는 환경영향평가

서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도인지 여부, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도에 이르지 아니한 경우에는 그 부실로 인하여 당해 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부 등을 심리하여 그 결과에 따라 당해 처분의 적법 여부를 판단하여야 할 것이다.”고 하였다(대법원 2004. 12. 9. 선고 2003두 12073 판결).

6) 박균성·함태성(주 1), 273쪽; 김홍균, 환경법, 홍문사, 2010, 166쪽; 김홍균, 환경법-문제·사례-, 홍문사, 2007, 96쪽; 박균성, 환경영향평가의 하자과 사업계획승인처분의 효력, 행정관례연구VII, 한국행정관례연구회, 박영사, 2002, 380쪽.

7) 김홍균, 환경법, 166쪽; 김홍균, 환경법-문제·사례-, 96쪽.

8) 박균성·함태성(주 1), 273쪽; 박균성(주 6), 380쪽. “달리 말하면 환경영향평가가 부실하게 됨으로써 승인기관이 사업계획승인 여부의 판단에 있어 중요한 고려사항을 고려하지 못하게 된 경우에는 당해 환경영향평가의 부실은 사업계획승인처분의 위법사유가 되는 환경영향평가의 실체상 하자가 된다고 보아야 한다.”

서의 부실 작성이 최종 의사결정에 영향을 미쳤는지 여부를 기준으로⁹⁾ 환경영향평가의 실제상 하자가 사업계획승인처분의 독자적 위법 사유가 되는지 여부를 판단할 것을 제안한다. 환경영향평가는 승인기관이 환경영향평가의 대상이 되는 사업계획의 승인 여부를 판단함에 있어서 필요한 정보를 제공하여 의사결정을 지원하는 기능을 하는 것이므로 환경영향평가의 내용이 부실이 중대하여 승인처분 여부의 결정에 중대한 영향을 미치는 정도의 것인 경우에는 승인처분의 위법사유가 된다고 보는 것이 타당하다는 것이 그 논거다.¹⁰⁾¹¹⁾

3. 검토

대법원이 위와 같은 판례법리를 확립하게 된 이론적 배경에 대해서는 대법원판례해설 등과 같이 이를 확인할 수 있는 자료가 없고, 따라서 판결이유에서 그 배경이론을 추론할 수밖에 없다. 경부고속철도차량기지 사건 판결이유 중 “구 환경영향평가법...에서...반드시 환경영향평가를 거치도록 한 취지 등에 비추어 보면...그러한 절차를 거쳤다면...”이라는 데서 대법원은 환경영향평가법을 순수 절차법으로 보고 있음을 알 수 있고, 대법원의 판례법리는 이러한 법인식 내지 법판단에서 연유한 것이라는 추론이 가능하다. 즉 대법원은 법에서 정한 환경영향평가 절차를 거쳤다면, 환경영향평가서 내용의 부실은 원칙적으로 문제가 되지 않고, 다만 부실 정도가 너무 커 법적으로 환경영향평

9) 김홍균, 환경법, 166쪽.

10) 박균성·함태성(주 1), 273쪽.

11) 일본에서는 환경영향평가의 실제적 측면의 하자와 관련하여서는 현황조사, 예측, 평가의 신뢰성과 함께 대체안의 존재와 그의 비교검토의 합리성이 통제의 대상으로 되어야 한다는 주장이 있다. 프랑스에서는 환경영향평가서의 내용상의 하자의 판단에 있어서는 사업 및 환경영향의 중요도에 따른 비례의 원칙의 준수 여부를 통제와 환경영향평가서가 ‘완전하고 성의 있게 작성되었는지(complète et sérieuse)’에 중점을 두어 환경영향평가의 충분성 여부를 통제한다고 한다(박균성(주 6), 380-1쪽).

가를 하지 아니한 것과 ‘동가치적’으로 평가할 수 있는 경우에 한하여 내용상의 부실을 절차상의 하자과 같이 다루겠다는 것이다. 또한 “환경영향평가는 일종의 예측을 전제로 한 것이어서 그 내용상 한계가 있는 과학적·기술적 특성 등을 고려할 때 영향평가의 내용은 어느 정도 유연하게 평가함이 상당하다(참고사례로는 부산지방법원 2003. 5. 16. 선고 2005구합 1153 판결)”는 점도 작용하였을 것으로 추측된다.

그런데 환경법학자들은 우리나라 환경영향평가법제는 환경영향평가에 대한 실체적 내용을 심사하고 그것을 사업의 인·허가와 관련시킨다는 측면에서 순수 절차법적 성격보다는 규제법적 성격을 가지는 것으로 보고 있다.¹²⁾ 환경영향평가법의 성격을 규제법으로 볼 것인가 혹은 절차법으로 볼 것인가의 문제는 행정의 책임관계, 쟁송의 형태, 법원의 판단범위 등에 영향을 미친다.¹³⁾

미국에서 환경영향평가제도를 규정하고 있는 국가환경정책법(National Environment Policy Act; 이하 ‘NEPA’라 한다)의 위반 여부를 둘러싸고 다수의 사건들이 연방대법원에서 다루어졌는데, 연방대법원은 NEPA를 “본질적으로 절차적인(essentially procedural)”법이라고 보고 있다.¹⁴⁾ Robertson v. Methow Valley Citizens Council (1989) 사건¹⁵⁾에서, 연방대법원은 NEPA의 절차법의 성격을 감안하여 행정청이 환경영향평가서(Environmental Impact Statement: 이하 ‘EIS’라 한다)에 언급된 저감조치

12) 박균성·함태성(주 1), 226쪽; 조홍식, 환경영향평가절차의 이행방안에 관한 소고, 환경영향평가정책연구회, 1999, 2쪽. 일반적으로 미국의 NEPA는 전자의 성격이 우리나라와 일본의 환경영향평가법제는 후자의 성격이 강하다고 한다(박균성·함태성(주1), 226쪽).

13) 김원주, 환경영향평가제도 환경법연구 제9권, 한국환경법학회, 1987, 47쪽.

14) Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC 435 U. S. 519, 98 S.Ct. 1197. 이러한 입장은 2년 뒤 Striker's Bay Neighborhood Council, Inc. v. Karlen, 444 U.S. 223 (1980)에서 다시 확인되었다(박균성·함태성(주 1), 226쪽의 주14). 이 사건에 대해서는 Jeffrey M. Gaba, Environmental Law Second edition, West Group (2001) [(김형진 옮김, 미국 환경법, 형설출판사, 2005, 87쪽 참고; 해당 인용문은 옮긴 책의 쪽수에 따르기로 한다].

15) 490 U.S. 332, 109 S.Ct. 1835.

를 정식으로 채용하거나 실행할 의무는 없다고 하면서, EIS가 절차적으로 적법하게 작성된 이상, 행정청의 결정을 NEPA 위반을 이유로 취소할 수 없다고 하였다.¹⁶⁾

그런데 우리 환경영향평가법에 의하면 사업자는 환경부장관의 협의 내용에 다른 필요한 조치를 하여야 하고,¹⁷⁾ 승인기관의 장은 협의내용이 사업계획등에 반영되었는지 여부를 확인하여야 하고 반영되지 아니한 경우에는 이를 반영하도록 하여야 한다.¹⁸⁾ 또한 승인기관의 장은 협의내용의 반영 여부 및 반영내용을 협의기관의 장에게 통보하여야 한다.¹⁹⁾ 사업자는 환경영향평가대상사업을 시행하면서 사업계획등에 반영된 협의내용을 이행하여야 하고,²⁰⁾ 승인기관의 장은 사업자가 협의내용을 이행하는지를 확인하여야 한다.²¹⁾ 만약 사업자가 협의내용을 이행하지 아니한 때에는 그 이행을 위하여 필요한 조치를 하도록 명령하여야 하는데,²²⁾ 여기에는 사업의 전부 또는 일부에 대한 공사중지명령까지 포함된다.²³⁾ 즉 우리 환경영향평가법상 환경영향저감조치등의 협의내용은 사업계획등에 반영되어 사업자는 이를 이행하여야 하고 승인기관의 장은 이행여부를 확인, 감독하여야 한다. 특히 저감조치등이 이행되고 있지 아니한 경우에는 승인기관의 장에 필요한 조치를 명할 것을 의무지우고 있다. 따라서, 환경영향평가법을 순수 절차법으로 보는 전제에서 발전시킨 현행 판례법리는 그 전제가 더 이상 타당하다고 볼 수 없어 재검토가 요청된다.

한편, NEPA를 절차법으로 보는 연방대법원은 아래에서 보는 바와

16) Jeffrey M. Gaba(주 14), 87쪽.

17) 제18조 제3항.

18) 제19조 제1항.

19) 제19조 제2항.

20) 제23조 제1항.

21) 제26조 제1항.

22) 제26조 제3항.

23) 제26조 제6항.

같이 EIS의 내용적 적정성에 대하여 우리 대법원보다 밀도 있게 사법 심사를 하여왔다는 점에서도 대법원이 지금처럼 평가서의 실체상 하자 에 대한 사법심사를 현저하게 축소제한하고 있는 태도는 재고되어야 한다고 본다.

III. 현행 사법심사기준의 대안 탐색

1. 미국 법원의 사법심사 기준

(1) 미국 법원은 행정청이 EIS에서 설정, 검토한 대안이나 저감조치가 적정한지 여부를 심사함에 있어 “합리성 원칙(rule of reason)”을 적용한다. 내무부의 해양석유가스 채굴권의 임대와 관련하여 작성한 EIS의 범위가 문제된 *NRDC v. Morton* 사건²⁴⁾에서, 해양 석유 및 가스 채굴의 필요성을 감소시키는 대안이라 하더라도 순수하게 이론적이거나 내무부에게 집행 권한이 없는 대안까지 검토할 필요는 없다는 피고측의 주장에 대하여 법원은 “석탄액화 또는 지열에너지와 같이 가능성이 희박하고 이론적인 대안은 고려할 필요가 없다고 하면서도, 석유수입 할당제의 철폐와 같은 대안은 내무부의 권한사항이 아니라도 EIS에서 검토할 필요가 있다”고 하였다.²⁵⁾ 또한 원자력규제위원회가 특정 원자력 발전소에 사업면허를 부여할 때 에너지 절약을 원자력 발전소 건설에 대한 대안으로 검토해야 하는지 여부가 쟁점이 된 *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC* 사건²⁶⁾에서, 대법원은 합리성의 원칙을 재확인하였으나, 행정청이 에너지 보전을 포함하여 가능한 정책 대안

²⁴⁾ 458 F.2d 827 (D.C. Cir. 1972). 이 사건에서 원고들은 임대계획지역이 미국 최대의 하구습지 지역에 인접하여 있고, 채유과정 중에 원유오염이 발생할 경우 그 지역의 생태계에 심각한 영향이 발생한다고 주장하였다.

²⁵⁾ Jeffrey M. Gaba(주 14, 83쪽).

²⁶⁾ 435 U. S. 519, 98 S.Ct. 1197.

을 모두 검토할 필요는 없다고 하였다.²⁷⁾

국가산림청(National Forest Service; NFS)이 국유림에 서식하는 노새 사슴(mule deer) 무리를 위협하는 스키 리조트 건설을 허가한 행정처분을 다룬 *Robertson v. Methow Valley Citizens Council* 사건²⁸⁾에서, 대법원은 “EIS는 현명하지 않은 결정을 금지하고자 하는 것이 아니라 정보에 근거하지 않은 결정(ill-informed decision)을 금지하기 위한 것이라는 점에 비추어 저감조치에 관한 정보는 합리적 의사결정을 가능하게 할 수 있을 정도의 합리성과 구체성을 가져야 한다”고 하며, 산림청이 국유림에 스키장 건설을 허가할 때 EIS에서 부정적 영향을 저감할 방안 에 대해 ‘합리적으로 완전한(reasonably complete)’ 검토를 할 필요가 있다고 하였다.²⁹⁾

(2) 한편, NEPA 아래에서 행정처분에 대한 사법심사의 범위를 결정 하는데 있어 법원은 행정절차법(Administrative Procedure Act; APA)이 정하고 있는 ‘자의성(arbitrary and capricious)’심사기준을 채용하고 있다.³⁰⁾ 내무부가 국가 전체의 탄광 임대 사업에 대한 프로그램적 EIS와 개별 탄광의 임대 에 대한 개별 EIS만을 작성하기로 하고 광역(regional) EIS를 작성하지 아니한 내무부의 행정결정의 적법성을 다룬 *Kleppe v. Sierra Club* 사건에서 법원은 사법심사 기준으로 자의성 기준을 적용하였다.³¹⁾ *Marsh v. Oregon Natural Resources Council* 사건에서도, 신규 정보에 비추어 보완 환경영향평가서(Supplemental EIS)의 작성이 요구

27) Jeffrey M. Gaba(주 14), 84쪽. 또한 법원은 “행정청의 결정은 단순히 법원이 행정청이 도달한 결과(론)에 만족하지 않는다는 이유로 취소되지 아니 하고 오직 NEPA의 절차적 맥락에서만 취소될 수 있다”고 하였다(Steven Ferrey, *Environmental Law(Fifth Edition)*, Aspen Publishers, 2010, p.130).

28) 490 U.S. 332, 109 S.Ct. 1835, 104 L.Ed.D 351 (1989)

29) Jeffrey M. Gaba(주 14), 84쪽.

30) David C. Shilton, *Is the Supreme Court Hostile to NEPA? Some Possible Explanations for a 12-0 Record*, 20 *Envtl. L.* 551, 562 (1992).

31) 427 U.S. 390, 412 (1976). “행정청의 행위가 자의적이라는 점에 대하여 입증 이 없는 한, 행정청은 자신의 재량을 적절히 행사하였다고 보아야 한다.”

되는지 여부에 관하여³²⁾ 자의성 심사기준이 적용될 수 있음을 확인하였다.³³⁾

한편 대법원은 또 다른 행정법 개념과 원칙을 차용하였다.³⁴⁾ NEPA에 따른 행정청의 의무를 정할 때 법원은 엄격심사 원칙(hard look doctrine)을 원용하였다. 앞서 언급한 Kleppe 사건에서, 대법원은 “법원의 역할은 행정청이 평가대상프로그램이나 개발사업의 환경적 결과에 엄격심사의 태도를 취하는 것을 보장하는 것”이라고 하였다. 다만 이는 “통상의 자의성 심사기준의 틀 내에서 이루어져야 하고 또한 법원의 판단으로 행정청의 판단을 대체하는 것은 허용되지 않는다”고 하였다.³⁵⁾ 위 Marsh 사건에서도 법원은 일응 보완 EIS가 필요하다고 여기게 만드는 신규 정보에 엄격심사의 태도를 취하여야 함을 다시 확인하였다.³⁶⁾ 법원은 주의 깊게 기록을 검토해야 하고, 행정청이 관련 요소를 합리적 이유에 기초하여 평가하였는지를 확인해야 하며, 만약 행정청이 그리하였다면 EIS를 작성하지 않기로 하는 행정청의 결정은 명백한 판단오류(a clear error of judgment)가 있지 않는 한 취소될 수 없다고 하였다.³⁷⁾

한편 법원은 EIS를 둘러싼 사건에서 행정부의 전문성에 대한 존중 원칙을 유지하고 있다.³⁸⁾ 법원은 환경질위원회(Council on Environmental Quality; CEQ)를 존중한다.³⁹⁾ 또한 고도의 기술적 능력을 필요로 하

32) 새로운 정보가 있거나 조치의 내용이 변경되는 경우 원래의 EIS에서 검토되지 아니한 문제가 제기될 수 있다. 이러한 경우 보완 EIS를 작성해야 한다. CEQ 규칙에 의하면 사업이 변경이 상당한 경우 또는 새로운 정보가 중요한 경우에는 보완 EIS를 작성할 의무가 있다(Jeffrey M. Gaba(주 14), 86쪽).

33) 109 S. Ct. 1851, 1859-61 (1989).

34) David C. Shilton(주 30), at 563.

35) 427 U.S. at 410 n.21

36) 109 S. Ct. at 1861.

37) Id. at 1865.

38) David C. Shilton(주 30), at 563.

39) Robertson v. Methow Valley Citizens Council, 109 S. Ct. 1835, 1848-49 (1989) 참고.

는 문제에서 법원은 그 영역에서 전문성을 가진 행정청을 존중한다. Marsh 사건에서 법원은 제안된 댐의 영향에 관한 신규 정보가 의미 있는 것인지 여부에 대한 행정청의 분석을 존중하였다.⁴⁰⁾ Robertson 사건에서도 법원은 관련 기록을 심도 깊게 조사, 검토해야 하지만 행정청이 그 자신의 우수한 전문가의 합리적 의견에 의지할 재량을 존중해야 한다고 하였으며, 이는 법원이 보기에 반대의견이 더 설득력이 있어 보이더라도 그러하다고 하였다.⁴¹⁾

(3) 합리성 원칙이 자의성 심사기준보다 더 엄격하다고 일컬어지기도 하지만, 법원은 합리성 원칙이 자의성 심사기준 유사하고 각 기준에 의한 사법심사는 크게 다르지 않다고 한다.⁴²⁾ Marsh 사건에서 피고는 자의성 기준 대신에 ‘확립된’ 합리성 기준을 적용하여야 한다고 주장하였으나, Stevens 대법관은 합리성 원칙은 모든 연방항소심에서 채용되지는 않으며, 또 실제 적용결과에서 두 기준 간의 차이는 크지 않다고 하였다.⁴³⁾

여하튼 하급심법원은 3가지 요소를 검토함으로써 합리성 원칙을 보다 구체화하고 있다. (1)행정청은 환경가치를 고려하기 위하여 신의성실하게 노력하였는지 여부, 즉 EIS는 환경현황 조사, 예측평가(분석) 및 대안 설정 등에서 그 이유를 충분히 설명하고 있는가. (2)EIS는 과학적 정보와 비기술적 정보에 관하여 적절히 균형을 맞추는 등으로 공공에게 충분한 환경정보를 제공하고 있는가, (3)EIS는 문제점과 비판점을 간과하지 함으로써 행정청의 의사결정과정의 건전성을 보호하고 있는가.⁴⁴⁾

⁴⁰⁾ 109 S. Ct. at 1861.

⁴¹⁾ Id.. “특히 행정청이 자신의 특별한 전문영역 내 최신과학의 견지에서 예측을 하는 경우에 이러한 존중이 적절하다고 하였다.”

⁴²⁾ Steven Ferrey(주 27), p.131.

⁴³⁾ 109 S. Ct. 1851, at 1861 n.23.

⁴⁴⁾ Steven Ferrey(주 27), p.131.

2. 일본 법원의 사법심사 기준⁴⁵⁾

(1) 종래 일본의 판례에는 당해 환경영향평가에는 결코 경시할 수 없는 문제가 있는 점을 지적하면서도, 대체로 환경영향평가라고 할 가치가 없다고까지 해 버릴 수는 없다고 하여 청구를 기각한 것도 있고, 환경영향평가의 불실시와 동일시할 정도의 하자가 아닌 한 인·허가 등은 위법하게 되지는 않는다고 하는 듯한 어투의 판결도 존재하였다(와지로 간석지 소송에 관한 福岡地判 1998年3月31日 判時1669号40頁).

최근의 판례는 그러나 환경영향평가의 하자를 보다 자세하게 검토하여, 하자의 태양·하자에 따라서는 인·허가 등의 법적 효과에 영향을 주는 경우가 있는 것을 보다 넓게 인정하는 경향에 있다.

(2) 구체적으로 살펴보면, 조사방법·항목, 조사결과 분석·평가가 적절한가 아닌가를 둘러싼 다툼과 관련하여 근래 몇 가지 주목할 만한 판결이 나오고 있다. 대표적인 사례로 한신철도 니시오사카 연장선 사업의 도시계획사업 인가처분에 관한 大阪地判 2008年3月27日(判タ1271号109頁)은 소음피해에 대하여, 범용성·신뢰성이 높은 방식에 준거하여 철도소음의 예측을 행하고 있는지 여부, 그 예측결과가 학식경험자의 검토를 거쳐 작성된 소음대책지침치를 하회하는지 여부는 본건 환경영향평가서의 신뢰성을 좌우하는 사항으로, 그것의 오인은 도시계획결정의 기초를 상실케 한다고 하였다.⁴⁶⁾

또한 수도권중앙연결자동차도 아키루노IC 소송의 제1심 판결(東京地判 2004年4月22日 判時1856号32頁)은 환경영향평가서가 소음에 의한 피해 발생을 과소하게 평가한 것이라고 하지 않을 수 없는 점 등을 이유로, 사업인정의 위법을 인정한 바 있다.⁴⁷⁾

45) 이 부분은 오쿠보 노리코, 일본에서의 환경영향평가 소송의 현상과 과제, 「2011 한·중·일 국제학술대회 환경영향평가와 사법심사」, 강원대학교 비교법학연구소 환경법센터, 2011, 19-20쪽을 요약·정리하였음.

46) 大久保規子, 西大阪延伸線都市計画事業認可処分取消請求事件, 判例地方自治 326号(2010年3月), 73쪽 이하.

(3) 학설을 간단히 살펴보면, 환경영향평가의 관점에서 위법사유를 구체적으로 검토하고 있는 학설은 적지만, ① 필요가 되는 조사·예측해야 할 사항이 결여되어 있는 경우, ②조사·예측·평가의 내용이 불충분한 경우, ③대체안의 검토가 이루어지지 않은 경우에 환경영향평가법을 위반한 인·허가로, 당해 인·허가 등도 위법이 된다는 견해⁴⁸⁾가 있다. 반면 환경영향평가법 제33조 소정의 ‘적정한 배려’에서는 예외적으로 밖에 위법으로 되지 않을 것이라는 견해⁴⁹⁾도 있다.⁵⁰⁾

3. 대안적 사법심사 기준의 제안

(1) 대법원 판례법리 중 “환경영향평가의 내용의 부실은 특별한 사정이 없는 한 당해 승인 등 처분을 위법하게 하지 않는다”는 부분은 앞서 설명한 바와 같이 평가서 협의내용을 대상사업계획에 반영하여 이를 이행하도록 명하는 우리 환경영향평가법 아래에서는 더 이상 적절한 심사기준이 될 수 없다. 한편, 미국 법원은 보완 EIS를 작성하지 않기로 한 행정결정 또는 광역(regional) EIS를 작성하지 아니한 행정결정 등의 위법성에 대해서는 약식 규칙 제정(informal rulemaking)에 적용되는 자의성 기준(보다 정확히는 자의성 심사기준이라는 틀 내에서의 엄격심사 원칙)⁵¹⁾이라고 할 수 있다⁵¹⁾에 따라 판단한다.⁵²⁾ 다만, EIS의 내

47) 다만 이 판결은 항소심에서 취소되었다(일본변호사연합회, CASE METHOD 환경법(제2판), 일본평론사, 2006, 172쪽 이하 참고).

48) 水野武夫, 環境影響評價法違反を理由とする裁判, 阿部泰隆·水野武夫, 『環境法學の生成と未來』, 信山社, 1996, 440쪽 이하.

49) 大塚直, 『環境法』, 有斐閣, 2002, 221쪽.

50) 이상은 일본변호사연합회(주 47), 175쪽.

51) Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 410 U.S. 402 (1971)에서 보는 바와 같이 법원은 ①행정청이 부여받은 권한 내에서 처분을 한 것인지, ②행정청의 처분이 적절한 사실관계들을 기초로 한 것인지 그리고 행정청의 판단에 명백한 오류가 없는지, ③행정청이 행정절차법상 절차를 준수했는지 여부를 기준으로 행정결정의 자의성 여부를 판단하면 된다. 다만 이러한 제한적 심리기준 하에서 행정청이 결정을 하는데 이용했던 모든

용이 NEPA 부합하게 적정하게 작성되었는지 여부를 심사함에 있어서는 합리성 원칙을 적용한다.

(2) 우리 대법원은 행정청이 승인 등 처분을 하기 전에 환경영향평가 절차를 거쳐야 하는 경우 환경영향평가법령을 당해 승인 등 처분의 근거 법률로 보고 있다.⁵³⁾ 환경영향평가법은 환경영향평가 대상사업의 사업계획을 수립·시행할 때 미리 그 사업이 환경에 미칠 영향을 평가·검토하여 친환경적이고 지속가능한 개발이 되도록 함으로써 쾌적하고 안전한 국민생활을 도모함을 목적으로 한다.⁵⁴⁾

여기서 환경영향평가제도의 기능을 되새길 필요가 있다고 본다. 환경영향평가의 제1기능은 ‘정보 제공 및 의사결정지원’기능이다. 환경영향평가를 통하여 얻은 정보는 의견수렴절차 등을 통하여 정책결정자 및 지역주민 등에게 제공된다. 그럼으로써 정책결정 시 개발사업이 환경에 미치는 영향의 정도와 사전환경배려의 사항을 반영할 수 있게 된다. 또한 정보의 쌍방향의 유통을 통하여 이해관계자들의 합리적·효율적인 합의 형성에 기여한다.⁵⁵⁾ 환경영향평가제도를 세계에서 최초로

자료들을 대상으로 엄격하게 사실관계를 심리(엄격심사의 원칙)해야 한다 (이영창, 환경소송에서 행정청의 재량에 대한 사법심사의 방법과 한계, 사법논집 제49집, 2009, 272-4쪽). 한편, 자연 환경의 질에 영향을 미치는 행정청의 결정에 대해서 다수의 학자들은 모다 엄격하게 사법심사를 해야 할 특별한 필요가 있음을 인정하고 있다. Leventhal, *Environmental Decisionmaking and the Role of the Courts*, 122 U. PA. L. REV. 509, 514 (1974); Oakes, *The Judicial Role in Environmental Law*, 52 N.Y.U. L. REV. 498, 499 (1977); Stewart, *The Development of Administrative and Quasi-Constitutional Law in Judicial Review of Environmental Decision-making: Lessons from the Clean Air Act*, 62 IOWA L. REV. 713, 740 (1977); Stewart, *Paradoxes of Liberty, Integrity and Fraternity: The Collective Nature of Environmental Quality and Judicial Review of Administrative Action*, 7 ENVTL. L. 463, 469 (1977).

52) Jeffrey M. Gaba(주14), 90쪽 참고.

53) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누3286 판결 등.

54) 제1조.

55) 박균성·함태성(주 1), 223-5쪽. “또한 환경기준을 유지하고 달성할 수 있

도입한 NEPA는 정책결정자와 공중에게 정보를 제공하게 되면 최종 결정의 내용이 개선될 수 있음을 기본 전제로 하는 법이다.⁵⁶⁾ 앞서 본 NRDC v. Morton 사건에서 법원은 내무부의 임대행위는 정부의 전체 에너지 정책의 일부임을 지적하며, EIS의 주요 목적은 의회를 포함하여 정책결정자에게 정보를 제공하는 데 있음을 강조한 바 있다.⁵⁷⁾ 환경영향평가가 대상사업의 환경영향에 관한 적정 정보를 제공하지 못하고 그 결과 적정한 의사결정 지원기능을 제대로 수행하지 못한 것은 환경영향평가제도의 취지를 구현하지 못한 것이라 할 수 있다. 이는 결국 환경영향평가가 대상사업의 친환경적이고 지속가능한 개발을 보장하지 못한 것으로 사업 승인 등 처분의 근거법률(목적)을 위반한 것으로 볼 수 있다. 따라서, 대법원의 입장과 달리 환경영향평가 내용의 부실은 단순히 재량권 일탈·남용의 위법 여부를 판단하는 일요소로 됨에 그치는 것이 아니라, 경우에 따라서는 당해 승인 등 처분의 근거법률의 위반으로 처분의 위법사유가 된다 할 것이다.

이와 관련하여 The Center for Biological Diversity v National Highway Traffic Safety Admin.⁵⁸⁾ 사건은 참고할 만하다. 이 사건은 국립고속도로교통안전청(이하 NHTSA)이 제정한 NHTSA의 2008년-11년 모델 SUV 차량, 픽업트럭 등에 대한 최종 CAFE 기준⁵⁹⁾ 규정을 다툰 사안인데, 법원은 NHTSA가 동 규정을 제정하면서 온실가스 배출 감소의

도록 사업계획을 수정하기도 하고 또는 복수의 대안 중에서 환경영향을 최소화할 수 있는 안을 선택할 수 있도록 한다. 이러한 과정을 통하여 평가제도는 사업계획이 보다 환경보전에 적합한 방향으로 나아가도록 조정하고 유도하는 기능할 수 있다”(박근성·함태성(주 1), 225쪽)

⁵⁶⁾ Jeffrey M. Gaba(주 14), 70쪽.

⁵⁷⁾ Jeffrey M. Gaba(주 14), 83쪽.

⁵⁸⁾ Center for Biological Diversity v. Nat'l Highway Traffic Safety Admin., 538 F.3d 1172 (9th Cir. 2008).

⁵⁹⁾ Corporate Average Fuel Economy Standards의 약자다. 미국에서 판매되는 승용차와 경트럭의 평균연비를 개선할 의도로 제정된 규정으로 NHTSA가 이를 규율한다.

편익을 금전으로 계량화하지 않은 것은 자의적이고, 또 NEPA에 따라 행정청이 수행한 환경평가(EA)만으로 완전한 EIS 작성의 거부를 정당화하기에 충분하지 않다며 EA를 수정보완하거나 또는 필요하다면 EIS를 작성할 것을 명하였다. 이 사건에서 원고는 “NHTSA는 규칙 제정이 온실가스에 가지는 함의에 대하여 엄격심사의 태도를 취하지 않았고, 따라서 합리적 범위 내의 대안 분석 또는 규칙의 누적영향을 검토하지 않았으므로, 동 규정은 NEPA에 비추어 적정하지 않다”는 주장하였다.⁶⁰⁾ 법원은 이에 대해 “NHTSA가 동 규칙이 기후변화에 미치는 영향을 고려하지 않은 것은 공중에 정보를 제공하고 행정청에 행위로 인한 환경영향을 고려할 것을 보장하는 NEPA의 목적을 외면하는 것”이라고 지적하였다.⁶¹⁾

(3) 결국 환경영향평가 내용의 부적정성 즉 실제적 하자가 사업계획 승인처분의 독자적 위법사유가 되는지 여부에 대한 사법심사 기준은 평가서가 “적정 정보를 충분히 제공하고 있는지” 여부라 할 수 있겠다. 환경영향평가서가 적정 정보를 충분히 제공하고 있는지 여부를 판단함에 있어 제1차적 판단기준은 「환경영향평가서 작성 등에 관한 규정」⁶²⁾(이하 “작성규정”이라 한다)이 될 것이다. 대법원은 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖지 않지만, 법령의 규정이 특정 행정기관에게 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한 행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 않아 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 행정규칙은 위에서 본 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을

⁶⁰⁾ Id. at 1181.

⁶¹⁾ Id. at 1213.

⁶²⁾ 환경부 고시 제2008-223호.

보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 되고, 따라서 이와 같은 행정규칙은 당해 법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지는 것으로 보고 있다.⁶³⁾

위 작성규정은 환경영향평가법 및 같은 법 시행령 제12조 제2항 등의 위임을 받아 필요한 사항을 정한 것으로,⁶⁴⁾ 환경영향평가법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다 할 것이다.

(4) 물론 적정 정보의 충분한 제공 여부를 판단함에 있어 자원상의 제약을 고려해야 한다. 미 연방대법원은 행정청의 의사결정과정에서 환경적 우려가 반영되어야 한다는 NEPA의 목적을 인정하면서도, 이에 따른 행정청의 의무를 행정청의 자원제한성과 형량하고 있다.⁶⁵⁾ Metropolitan Edison 사건⁶⁶⁾에서 Rehnquist 법관은 다음과 같이 지적하고 있

63) 대법원은 산업자원부장관이 고시한 ‘공장입지기준고시’의 법적 성격에 관하여 “이 사건 승인처분의 근거 법규인 ‘구 공업배치 및 공장설립에 관한 법률’ 제8조 제4호에 의하면, 산업자원부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 환경오염을 일으킬 수 있는 공장의 입지제한에 관한 사항 등을 정하여 이를 고시하여야 하고, 이에 따라 고시된 산업자원부장관의 공장입지기준고시 제5조 제2호에서는, 공장을 설치함으로써 인근 주민 또는 농경지, 기타 당해 지역의 생활 및 자연환경을 현저히 해하게 된다고 판단하는 경우 시장·군수·구청장은 공장의 입지를 제한할 수 있다고 규정하고 있으며, 위와 같은 공장입지기준고시 제5조 제2호는 법규명령으로서의 효력을 가지는 것”이라고 하였다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003두2274 판결, 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005두11500 판결). 또한, 대법원은 “구 택지개발촉진법 제3조 제4항, 제31조, 같은 법 시행령 제7조 제1항 및 제5항에 따라 건설교통부장관이 정한 ‘택지개발업무처리지침’ 제11조가 비록 건설교통부장관의 지침 형식으로 되어 있다 하더라도, 이에 의한 토지이용에 관한 계획은 택지개발촉진법령의 위임에 따라 그 규정의 내용을 보충하면서 그와 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다”고 하였다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2006두3742, 3759 판결).

64) 제1조 참고.

65) David C. Shilton(주 30), at 560.

66) Metropolitan Edison Co. v. People Against Nuclear Energy, 460 U.S. 766, 773 (1983)

다. “시간과 자원이 매우 한정적이라는 점을 감안한다면, 의회가 항소심법원의 태도처럼 NEPA를 멀리까지 확장적용할 것을 의도하였다고는 볼 수 없다...충분한 정보에 기초하여 심사숙고된’ 의사결정의 보장이라는 NEPA의 목적이 달성되려면 행정청의 조사범위는 ‘다루기에 적절한(manageable)’수준의 것이 되어야 한다.”⁶⁷⁾

IV. 환경영향평가 내용의 적정성 여부에 관한 사법심사의 유형별 고찰

환경영향평가서에는 환경영향평가의 결과로, 가. 평가항목별 조사, 예측 및 평가의 결과, 나. 환경보전을 위한 조치, 다. 불가피한 환경영향 및 이에 대한 대책, 라. 대안설정 및 평가 등이 포함되어야 한다.⁶⁸⁾ 따라서 소송실무상 평가서의 내용적 부실성에 대한 주장은 위 사항에 대한 평가결과를 둘러싸고 제기된다.

1. 환경현황에 대한 조사

(1) 작성규정에 따르면 환경현황조사는 현지조사를 원칙으로 하되, 국가환경DB(국가환경측정망자료, 생태환경조사자료 등), 문헌 등 기존 자료가 있는 경우에는 국가환경DB·문헌 등의 자료를 활용하여 환경현황조사를 할 수 있다. 이 경우 가장 최근의 자료를 인용하고 본문의 해당내용 하단에 인용문헌 또는 그 출처를 표기하여야 한다.⁶⁹⁾ 환경현황조사를 위한 현지조사의 기간 및 횟수 등은 법 제10조에 따른 평가항목·범위 등의 결정을 위한 평가계획서심의위원회의 심의결과에 따른다.⁷⁰⁾

⁶⁷⁾ 460 U.S. at 776.

⁶⁸⁾ 환경영향평가법 제12조 제1항.

⁶⁹⁾ 제20조 제1항

(2) 현지조사를 하여야 할 것인지 여부와 어느 정도로 하여야 할 것 인지는 현지조사의 필요성, 기존의 과학적인 연구자료의 존재 여부 현 지조사의 어려움 및 비용 등을 고려하여 결정하여야 한다.⁷¹⁾ 환경영향 평가는 아니지만 사전환경성검토와 관련하여, 이른바 4대강 소송 중 한강 집행정지 사건에서 반대의견은 “사전환경성검토가 대규모 보 설 치 및 준설이라는 새로운 사업이 계획되었는데도 새로운 현장조사 없 이 무려 5년 전에 실시되었던 현장조사의 결과를 기초로 하여 행하여 졌다는 점에서 사전환경성검토는 부실하다고 볼 여지가 많다”고 하였 다.⁷²⁾

2. 영향의 예측 및 분석

(1) 환경보전방안은 과학적으로 조사·예측된 결과를 근거로 하여 이 루어질 것은 환경영향평가의 기본원칙이다.⁷³⁾ 작성규정에 따르면 환경 영향평가서에는 선정한 조사지역, 조사지점, 예측방법, 예측조건, 예측 에 사용된 계수, 수치 등에 대한 선정근거를 명확히 제시하여야 한 다.⁷⁴⁾ 영향의 예측 및 분석은 환경현황조사내용을 토대로 해당 사업의 시행으로 인하여 변화되는 환경인자를 고려하여 저감방안의 수립 전· 후로 나누어 실시하여야 한다.⁷⁵⁾ 이 때 사업지역 인근에 개발 중에 있 거나 계획이 확정된 사업이 있는 경우에는 그 사업으로 인한 영향을 함께 예측·분석하여야 한다.⁷⁶⁾ 또한 영향의 예측 및 분석은 현재의 기

70) 제20조 제2항

71) 박균성·함태성(주 1), 274쪽.

72) 대법원 2011. 4. 21.자 2010무111 전원합의체결정.

73) 환경영향평가법 제6조 제2호.

74) 제16조 제3항.

75) 제21조 제1항.

76) 제21조 제3항. 이른바 누적영향평가에 관한 규정이다. 이와 관련하여 *경부 고속철도차량기지* 사건에서 원심법원은 “호남고속철도에 대한 기본계획조 차 수립되지 않은 상태에 있었으므로 호남고속철도건설사업의 환경영향을

술적 상황을 고려하여 정량화가 가능한 경우에는 정량적 방법으로, 정량화가 곤란한 경우에는 객관적·정성적 방법으로 하여야 한다.⁷⁷⁾

(2) 4대강 소송 중 낙동강 사건에서, 법원은 보 건설로 인한 피고측의 수질예측과정에는 ①보 건설이나 준설 등으로 달라질 체류시간, 수심, 우속 등에 대한 충분한 고려 없이 사업 시행 전후에 거의 동일한 반응계수를 사용하여 수질을 예측한 점, ②부영양화에 가장 직접적인 척도가 되는 조류 농도에 대한 예측결과는 나와 있지 아니한 점, ③계절별, 기간별 수질 변화추이, 저감대책 전·후 수질변화정도를 예측하지 않은 점, ④비점오염원의 영향에 관하여 SWAT모델링을 제대로 수행하지 않는 등으로 수질예측 모델링 수행이 불충분한 점 등의 사유가 있음을 인정하였다. 그러나 그럼에도 “시간과 자료의 제약 속에서 과학적으로 통용되는 수질예측방법을 이용하여 수질예측을 한 이상, 환경영향평가를 하지 않은 것과 다를 바 없는 정도의 하자에 해당한다고 보기 어렵다”고 판단하였다.⁷⁸⁾

(3) 독일에서는 행정상 미래예측에 관한 사법적 통제요소로 ①미래예측판단에 요구되는 제반 자료를 행정청이 충분히 수집하고 분석하였는가, ②미래예측이 그 대상사업에 부합되는 학문적 방법상의 과정에 의해 도출되었는가, ③미래예측과정에서 행정청이 의거하는 기준과 방법이 엄격히 적용되었는가, ④행정결정사안과 관련 없는 고려요소가 개입되지는 않았는가, ⑤미래예측의 내용이 그에 관한 결정적으로 중요한 요소들에 비추어 타당한 것인가, ⑥형식상의 통제 즉 이유의 부기 등의 요건을 요구한다.⁷⁹⁾

보 건설로 인한 수질예측 결과는 4대강사업의 목적과 내용 등에 비

고려하지 아니하였다고 하여 위 환경영향평가가 잘못된 것이라 볼 수 없다”고 하였다.

77) 제21조 제4항.

78) 부산지방법원 2010. 12. 10. 선고 2009구합5672 판결(41-2쪽).

79) 김해룡, 행정상의 미래예측의 법리-독일의 경우를 중심으로-, 공법연구 제 21집, 334-5쪽.

추어 본다면 환경영향평가에서 높은 비중을 차지하는 평가부분이라고 할 수 있다. 그런데 수질예측과정에서 우선 행정청이 예측판단에 요구되는 제반 자료를 충분히 수집, 분석하였는지, 예측이 대상사업에 부합되는 학문적 방법상의 과정에 의해 도출되었는지 등에 대하여 상당한 의구심이 제기된다. 앞서 언급한 바와 같이 환경보전방안은 과학적으로 조사·예측된 결과를 근거로 하여 이루어져야 한다. 즉 저감방안은 환경현황 및 영향의 예측·분석·평가 등의 내용을 토대로 합리적이고 구체적인 내용으로 수립되어야 한다.⁸⁰⁾ 그런데 앞서 본 것처럼 수질예측 과정에 여러 가지 간과할 수 없는 문제가 있다고 한다면 수질예측 결과의 객관성과 신뢰성도 보장될 수 없고 그 결과 저감방안 등의 환경보전방안은 그 기초를 상실하게 된다고 할 것이다.

(4) 한강 집행정지 사건에서 반대의견은 ①수리·수질모형을 구체적으로 어떻게 적용하였는지 밝히지 아니하여 수질변화 예측의 당부를 검증할 수 없다는 점, ②4대강 사업은 4대강 주변에서의 각종 개발사업과 그에 필연적으로 수반하는 오염부하량의 증가를 전혀 고려하지 아니하고 있다는 점, ③부영양화가 우려되고 있는데도 부영양화 관련 항목이 완화 또는 결여되어 있는 하천 생활환경 기준을 남한강 전 구간에 일률적으로 적용하는 것은 수질을 보전하기에 충분하다고 보기 어려운 점, ④이 사건 사업으로 수량이 증가하면 오염물질이 희석되어 수질이 개선될 것이라는 주장은 오염물질의 양이 일정한 것을 전제로 한 주장으로 타당성을 상실할 수밖에 없다는 등의 사정에 비추어 보면, 이 사건 사업의 시행으로 수질이 오염될 것이라 우려할 만한 사유가 적지 아니한데도, 환경영향평가서에는 그와 같은 우려를 해소할 만한 근거를 제시하지 아니한 채 사업의 시행으로 수질이 개선될 것이라고 예측하고 있어, 평가서 중 수질 부분은 부실하다고 볼 여지가 많다고 하였다.⁸¹⁾

80) 제23조 제1항.

81) 대법원 2011. 4. 21.자 2010무111 전원합의체 결정.

3. 대안의 제시와 평가

(1) 환경영향평가에서 가장 중요한 것이 대안 평가이다.⁸²⁾ 여기서 ‘대안’이라 함은 해당사업의 시행으로 인하여 환경에 미치는 영향을 저감 또는 방지할 수 있는 모든 합리적인 방안으로서 입지, 규모, 토지이용계획, 시기, 공법, 기타의 저감방안 등 조건이 다른 여러 가지를 말한다.⁸³⁾ 사업자는 사업계획에 대한 대안을 설정하고 그에 대한 분석 및 평가를 실시하여야 하는데 이 경우 사업계획이라 함은 사업지역의 위치, 사업규모, 사업시기, 토지이용계획 등 해당 사업의 중요사항을 말한다.⁸⁴⁾ 따라서 대안의 설정은 토지이용계획, 사업입지, 사업규모, 사업시기 등을 대상으로 하고 대안의 평가는 이를 가능한 정량화하고 타당성이 있도록 하기 위하여 종합적인 평가기법 또는 해석기법 등을 이용하여야 한다.⁸⁵⁾

한편, 「사전환경성검토서 작성 등에 관한 규정」은 대안을 환경적 목표와 기준의 유지를 전제로 행정계획의 목표와 방향, 추진전략과 방법, 수요와 공급, 위치와 시기, 공법 등에 대하여 여러 가지 조건을 변경한 결과를 말하는 것으로 정의하며⁸⁶⁾, 대안을 선정할 때는 행정계획을 시행하지 않았을 경우를 포함하여 2개 이상으로 하여야 하며, 각 대안은 행정계획의 목적달성을 위해 실천가능하고 현실적이어야 한다고 한다.⁸⁷⁾ 이상에서 보는 바와 같이 환경영향평가와 사전환경성검토에서 대안의 의미와 범위 등은 다르다. 아래에서 보는 바와 같이 미국 NEPA 및 CEQ 규칙이 정한 대안은 사전환경성검토에서의 대안과 거의 같다.

앞서 언급한 바와 같이 환경영향평가제도는 환경적으로 건전하고 지

82) 박균성·함태성(주 1), 274쪽.

83) 작성규정 제2조 제3호.

84) 작성규정 제26조.

85) 작성규정 별표2(평가서 기재요령).

86) 별표2, 1의 가.

87) 별표2, 1의 다.

속가능한 개발을 보장하기 위한 의사결정 지원제도로, 주된 목적은 정책결정자에게 정보를 제공하는 데 있다. 따라서 사업의 대안검토는 환경영향평가의 본질적 구성부분이다.⁸⁸⁾ 따라서, 사업자는 사업계획에 대한 대안을 설정하고 그에 대한 분석 및 평가를 하여야 한다.

(2) 위와 같이 정의된 대안을 영향평가단계에서 어느 정도까지 검토하여야 하는가가 문제된다. 환경영향평가법은 “경제적·기술적으로 실행할 수 있는 범위”에서 환경영향평가대상사업의 시행에 따른 해로운 환경영향을 피하거나 줄일 수 있는 방안을 강구하도록 하고 있다.⁸⁹⁾ 따라서 대안은 경제적·기술적 측면에서 실행가능한 한도 내에서 모두 검토되어야 하고, 각 대안에 대한 검토는 적절하게 행해져야 한다. 또한 대안의 검토에서는 개발이익과 환경침해를 적절하게 이익형량 해야 한다.⁹⁰⁾

한편, “경제적·기술적 실행가능성”이라는 개념은 불확정개념이다. 법규정에서 불확정개념이 사용된 경우 예외적으로 판단여지가 인정되는 경우가 아닌 한 그 해석과 적용에 관하여는 행정청의 재량이 인정될 여지가 없고 이는 통상의 법률문제라는 관점에서 법원이 적극적으로

⁸⁸⁾ Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (1991)에서도 제안사업에 대한 사업 유보(no-action alternative)안을 포함한 합리적 대안의 기술은 환경영향평가서에 포함되어야 할 ‘최소한의 정보’라고 한다.

APPENDIX II(CONTENT OF THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT DOCUMENTATION) “Information to be included in the environmental impact assessment documentation shall, as a minimum, contain, in accordance with Article 4:

b. A description, where appropriate, of reasonable alternatives (for example, locational or technological) to the proposed activity and also the no-action alternative(available at <http://www.gdrc.org/uem/eia/convention.html#app2>)

⁸⁹⁾ 제6조 제1호.

⁹⁰⁾ 박균성·함태성(주 1), 274쪽. “환경적 가치를 금전으로 환산하는 것은 어려운 것이므로 사업으로 인한 이익과 환경상 불이익을 반드시 정량적으로 이익형량하여야 하는 것은 아니며 정성적인 이익형량을 하여도 무방하다고 보아야 할 것이다.”

행정청이 불확정개념을 올바르게 해석, 적용하였는지 여부를 심리해야 한다.⁹¹⁾ 판단여지는 통상 비대체적인 결정이나 구속적인 가치평가, 예측결정, 행정정책적 결정유형에서 인정된다는 점에서⁹²⁾ 경제적·기술적 실행가능성의 개념은 판단여지가 인정되지 않는 통상의 불확정개념으로 보아야 할 것이다.⁹³⁾

(3) 미국 CEQ의 규칙에서는 EIS에서 고려되어야 할 ‘최소한’의 대안 범위를 다음과 같이 정하고 있다. (a)No-Action Alternative: 아무런 조치를 취하지 않는 안, (b)Primary Alternative: 제안행위 이외의 다른 방법 또는 사업규모로 행정청이 목적을 달성할 수 있는 안, 또는 제안행위와 함께 그 목적을 달성하는데 이바지할 수 있는 안(따라서, 제안행위의 필요성을 감소시키는 안이라 할 수 있다), (c)Secondary Alternative: 제안행위를 다른 장소에서 또는 다른 과학적 방법으로 실행하는 등으로 제안행위를 달리 실행하는 안.⁹⁴⁾

CEQ 규칙은 객관적이고 상호 비교 평가가 가능한 방식으로 제안행위 및 대안행위로 인한 환경영향을 제시할 것을 요구하고 있다. 여기서 행정청이 특정한 대안을 거부한 경우에는 그 이유를 제시하여야 한다. 또한 고려한 대안이 “환경적으로 더 낫다면” 그러한 점을 확인한

91) 이영창(주 45), 288쪽.

92) 정하중, 행정법에 있어서 재량과 판단여지 그리고 사법심사의 한계, 서강법학, 공법연구, 1995, 166-70쪽.

93) 이와 달리 판단여지가 인정된다고 한다면 법원은 행정청으로 하여금 스스로 자신의 처분이 판단여지의 영역에 속하는 곳에서 이루어진 처분임을 입증하게 하고, 행정청의 판단과정이 자의적으로 이루어진 것은 아닌지, 판단과정의 절차적 과정은 잘 준수되었는지, 일반적 경험칙이나 법의 일반원칙에 위반한 것은 아닌지 여부를 심리해야 할 것이다(이영창(주45), 288-9쪽). 한편 독일 판례는 판단여지가 인정되어 사법심사가 제한되는 사례들에 있어서도 첫째 규정된 절차가 준수되었는지, 둘째 결정이 정확한 사실관계에 기초하고 있는지, 셋째 관련 법률이 옳게 해석되고 일반적으로 인정되어진 평가의 원칙이 준수되었는지 여부 및 여타의 사안과 무관한 고려가 개입되었는지 또는 자의성이 개입되지 않았는지를 심사하고 있다(정하중(주 86), 170쪽).

94) Steven Ferrey(주 27), p.127; Jeffrey M. Gaba(주 14), 82-3쪽.

후 경제적, 기술적 그리고 법령적 요소의 측면에서 분석되어야 한다. 상당수의 대안이 고려대상으로 가용하다면 행정청은 합리적 숫자로 고려범위를 제한할 수 있지만 그 선택은 모든 가능성 있는 범위 내에서 이루어져야 한다.⁹⁵⁾

앞서 언급한 바와 같이 미국 법원은 대안의 범위의 설정에서 “합리성 원칙”을 적용하고 있다. Primary Alternative 검토의 적정성 여부와 관련하여 대부분의 법원에서 대안의 검토가 적정하고, 대안의 실행가능성의 결여, 대안에 의한 행정목적의 불충분한 달성 또는 제안행위와 동등한 환경영향 등을 이유로 하는 대안 거부는 정당하다고 인정하였다.⁹⁶⁾ 또한 Secondary Alternative 검토의 적정성 여부와 관련하여, 법원은 일반적으로 대안이 환경적으로 열등하거나 사업목표 달성에 부정적하거나 또는 지나치게 비용과다한 경우 대안 거부는 적절하다고 본다.⁹⁷⁾ 행정청의 대안검토가 부적정하다고 인정한 사건에서, 법원은 행정청이 명백한 문제들을 다루지 않았거나 검토가 정보에 기초하지 아니하여 지나치게 추단적(conclusive)이라고 하였다.⁹⁸⁾

(4) 경부고속철도차량기지 사건에서 원고들은 토지이용계획도상 환경침해 시설물의 배치를 인구가 집중되어 있는 행신 지구쪽으로 할 것인지 아니면 그 반대쪽으로 할 것인지 역시 대안으로 검토하였어야 한다고 주장하였다. 그런데 사업자는 이 사건 사업지구 외 다른 지구에 대한 타당성 검토는 환경영향평가의 범위를 넘는다고 판단하여 사업입지에 대한 대안검토를 하지 아니하였다. 원심법원은 환경영향평가에서 사업입지 관련 대안 검토를 하지 않은 점은 법에서 규정하는 환경영향평가제도의 취지에 비추어 어느 정도 한계가 있을 수밖에 없다고 하였고 대법원은 이러한 원심판단을 정당한 것으로 수긍하였다.⁹⁹⁾

⁹⁵⁾ Id., p.128.

⁹⁶⁾ Id., p.129.

⁹⁷⁾ Id.

⁹⁸⁾ Id.

⁹⁹⁾ 대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결

환경영향평가가 비교적 구체적으로 수립된 사업계획을 대상으로 행해진다는 점에서 사업입지의 타당성 검토 및 사업입지 대안 평가가 부실하게 행해질 가능성이 크다.¹⁰⁰⁾ 그렇지만 가령 사업예정지 부근에 주거지가 밀집하고 있는 경우라면 폐기물처리시설을 설치하려는 사업자로서는 구체적인 사업계획을 수립하는 과정에서 특정 지역이 시설의 입지로서 적정한지 여부 및 대안 입지에 대한 검토를 반드시 해야 한다고 본다. 따라서 경부고속철도차량기지 건설 사업계획 수립과정에서 환경침해 시설물의 배치장소에 관한 대안을 검토하였어야 한다. 다만 대안 검토 결과, 대안이 비용이 과다하여 경제적으로 실행가능성 없거나 또는 기술적으로 실행불가능 하거나 환경적으로 열등하다거나 하는 경우라면 대안 거부가 정당하고 따라서 계획대로의 사업시행이 정당하다고 할 것이다.

(5) 한강 집행정지 사건에서 반대의견은 “사전환경성검토 및 환경영향평가 과정에서 대안을 설정하고 이를 분석 평가하여야 하며 특히 사전환경성검토 과정에서는 사업지역의 위치와 사업규모 등은 물론 사업의 시행 여부 그 자체에 관하여도 합리적이고 실행가능한 모든 대안을 구체적으로 검토하여야 하는데, 4대강 사업에 관한 환경영향평가서에서는 보의 구조 및 제체(堤體) 형식 저수로의 비탈면 경사, 어도의 형식에 관하여만 대안을 검토하고 있을 뿐 달리 보 설치와 준설 외에 물 확보와 수해예방 등의 목적을 달성할 수 있는 타당한 대안이 없는지, 보의 개수와 보 및 준설의 위치, 규모 등에 관하여도 타당한 대안이 없는지 등을 구체적으로 검토하지 아니하였다고 볼 여지가 많다”고 하였다.¹⁰¹⁾

100) 박균성·함태성(주 1), 274쪽.

101) 대법원 2011. 4. 21.자 2010무111 전원합의체결정. 즉 *Primary Alternative*에 대한 검토가 결여된 것이다.

4. 환경저감방안

(1) 저감방안은 환경현황 및 영향의 예측·분석·평가 등의 내용을 토대로 합리적이고 구체적인 내용으로 수립되어야 하며, 일반적인 학문적·기술적 내용을 열거하여서는 아니 되고,¹⁰²⁾ 평가서에 제시하는 저감방안은 가능한 둘 이상의 대안을 비교하여 그 장·단점을 객관적으로 기술하여야 하며, 최종적으로 사업 시행 시 이행할 저감방안을 선정·제시하되, 그 선정사유를 명시하여야 한다.¹⁰³⁾ 또한 사업의 성격상 사업자의 저감대책의 이행주체가 서로 상이한 경우에는 사전에 그 저감방안에 관하여 양자가 협의한 후 그 내용을 제시하여야 한다.¹⁰⁴⁾ 여기서 저감이라 함은 환경에 미치는 영향을 제거·감소·완화시키는 것을 말한다.¹⁰⁵⁾

(2) NEPA 제102조 (2)(c)는 환경에 미치는 부정적 영향을 저감할 것을 검토하도록 명하고 있다. CEQ 규칙은 이를 다음과 같은 검토를 요구하는 것으로 해석하고 있다. ①부정적 환경영향을 회피하거나 최소화하는 조치, ②피해환경을 복구·재생·회복시킴으로써 부정적 영향을 제거하는 경우, ③시간 경과에 따른 영향의 감소 또는 제거를 위한 보존 및 유지 계획의 이용, ④부정적 영향에 대한 보상으로서 대체 자연의 제공.¹⁰⁶⁾

(3) 환경저감방안은 충분히 검토되어야 한다. 환경저감방안을 전혀 행하지 않은 환경영향평가는 부적절한 것으로 취소사유가 된다고 보아야 한다.¹⁰⁷⁾ 부적절성 여부에 대한 확인은 일차적으로 환경영향평가서

102) 작성규정 제23조 제1항

103) 작성규정 제23조 제2항.

104) 작성규정 제23조 제3항.

105) 작성규정 제2조 제4호.

106) Steven Ferrey(주 27), p.129; 김민배, 미국의 환경영향평가와 사법심사, 토지공법연구 제41호, 한국토지공법학회, 2001, 273쪽.

107) 박균성·함태성(주 1), 275쪽.

가 작성규정에 따라 작성되었는지 여부에서 출발하여야 한다. 확인의 중점대상은 저감방안의 내용이 환경현황 및 영향의 예측·분석·평가 등의 내용을 토대로 충분히 합리적이고 구체적인 것인지 여부가 될 것이다. 따라서 환경오염저감방안을 나열할 뿐이며 환경오염저감방안을 전혀 설명하고 있지 않은 경우, 환경오염저감방안이 심히 모호한 경우, 오염저감방안이 기초한 정보가 부적절하거나 부실한 경우에도 오염저감방안은 부적절하다. 또한 현실가능성이 없는 환경오염저감방안도 부적절한 것으로 보아야 한다.¹⁰⁸⁾

(4) 경부고속철도차량기지 사건에서 원고들은 주변 지역의 마을과 농경지의 침수에 대한 저감대책이 막연하고 모호하여 적절하지 않다는 주장을 하였다.¹⁰⁹⁾ 원심법원은 침수피해에 관하여는 구체적인 설계내용을 환경영향평가단계에서 반영할 수 없다고 보았으며, 우수 배수방안은 고양시와 협의할 계획이고, 실시 계획 및 공사 시 최대한 반영하여 침수피해를 최대한 억제할 계획이라고만 하였을 뿐 피해를 막을 수 있는 구체적인 계획에 대하여 언급하지 않았던 사실을 인정하면서도, 침수피해 방지를 위한 구체적인 계획이 없다는 점은 법에서 규정하는 환경영향평가제도의 취지에 비추어 어느 정도 한계가 있을 수밖에 없는 점을 고려할 때, 원고들의 주장대로 그것이 다소 미흡하다 하더라도 그 부실정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아니라고 판단하였다. 그리고 대법원은 이러한 원심법원의 사실인정과 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로 정당하다고 하였다.¹¹⁰⁾

그런데 침수피해에 관한 구체적인 설계내용을 환경영향평가단계에서 반영할 수 없다는 주장은, 침수피해의 저감방안에 관하여 작성규정이 명하는 바는 구체적인 설계내용의 제시가 아니라 가능한 둘 이상의 대

108) 박균성·함태성(주 1), 275쪽.

109) 박균성(주 6), 383-4쪽.

110) 대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결

안을 비교하여 후 합리적이고 구체적인 저감방안을 제시하라는 것이라는 점에서 타당하지 않다. 또한 우수 배수방안은 고양시와 협의할 계획이라는 주장은 “사업의 성격상 사업자의 저감대책의 이행주체가 서로 상이한 경우에는 사전에 그 저감방안에 관하여 양자가 협의한 후 그 내용을 제시하여야 한다”는 작성규정에 위반된 것이다. 마지막으로 실시 계획 및 공사 시 최대한 반영하여 침수피해를 최대한 억제할 계획이라고만 한 부분은 저감방안은 합리적이고 구체적인 내용으로 수립되어야 한다는 규정에 위반한 것이다.

V. 나가며

명문의 규정이 없는 경우에도 환경이익을 승인 등 처분을 함에 있어 고려할 수 있는가 하는 문제와 관련하여 학설은 찬반의견으로 갈려 있지만,¹¹¹⁾ 판례는 이를 긍정하고 있다.¹¹²⁾ 행정청이 이와 같이 환경이익을 고려할 수 있음에 대해 ‘환경배려의무’라는 관념으로 접근할 수 있다. 아직 우리 학계에서 본격적으로 다루어지고 있지는 아니하나 일본에서는 환경배려의무를 강학상 개발행정에 있어 개발이익과 환경이익의 형량과 관련하여 인정되는 것으로서, 개발허가에 있어서의 심사와 같이 행정이 규제권한을 행사함에 있어 환경이익을 배려하여야 한다는 요청과 행정주체가 스스로 사업을 수행함에 있어 부담하는 행정주체 특유의 책임이라는 양 측면을 가지는 것으로 보고 있다.¹¹³⁾

111) 이영창, 전계 논문, 263쪽 참고.

112) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2002두12113 판결 등.

113) 高橋 磁, 環境訴訟と行政裁量, ジュリスト, No.1015, (1993年), 有斐閣, 115면 (조해현, 건축허가와 환경문제, 환경법의 제문제(하), 법원도서관, 2002, 255-6쪽에서 재인용). 환경배려의 의무의 인정근거로는 ‘공공사업의 수행자에 대하여 환경배려를 명하는 불문의 행위규범에 기하여 인정되는 것’이라거나 혹은 ‘개발행정에 있어 일반 신의칙의 요구로서 환경배려의무 특히 생명건강을 중심으로 하는 인격배려의무를 확립시킬 필요가 있다’라고 한다.

환경영향평가법에 따라 환경영향평가를 거쳐야 하는 개발사업에 대한 승인 등을 결정함에 있어서는 환경이익에 대한 고려 또는 배려가 보다 강화되어야 할 것이다. 그리고 이는 환경영향평가 내용의 적정성에 대한 사법심사가 지금보다 더 밀도 있게 이루어져야 함을 함의한다. 특히 행정주체가 시행하는 사업의 경우에는 환경배려는 행정주체의 책임문제로 보아 이에 상응하는 사법통제가 이루어져야 할 것이다.

따라서, 환경부장관이 환경영향평가에 대한 검토를 하였다는 사정만으로 환경영향평가의 적절성에 대한 법원의 통제가 포기되어서는 아니 된다.¹¹⁴⁾ 그렇다고 한다면, 환경영향평가서의 내용이 현저히 부실하다는 특별한 사정이 있는 경우에만 승인 등 처분이 위법하게 된다는 현행 대법원의 판례법리는 재고되어야 하며, 대안으로 환경영향평가서가 제공하는 정보가 적정하지도 또 충분하지도 아니하여 행정청의 합리적 의사결정에 대한 지원이라고 하는 환경영향평가의 제1의 기능을 제대로 수행하지 못한 경우 이는 당해 행위의 근거법률의 목적위반으로 승인 등 처분의 위법사유가 된다고 할 것이다.

투고일자 2011.5.6. 심사일자 2011.5.16. 게재확정일자 2011.5.23.

114) 박균성·함태성, 전계서, 274쪽.

참고문헌

- 김민배, 미국의 환경영향평가와 사법심사, 토지공법연구 제41호, 한국 토지공법학회, 2001
- 김원주, 환경영향평가제도 환경법연구 제9권, 한국환경법학회, 1987
- 김해룡, 행정상의 미래예측의 법리-독일의 경우를 중심으로-, 공법연구 제21집
- 박균성, 환경영향평가의 하자과 사업계획승인처분의 효력, 행정판례연구 VII, 한국행정판례연구회, 박영사, 2002
- 이영창, 환경소송에서 행정청의 재량에 대한 사법심사의 방법과 한계, 사법논집 제49집, 2009
- 정하중, 행정법에 있어서 재량과 판단여지 그리고 사법심사의 한계, 서강법학, 공법연구, 1995
- 조해현, 건축허가와 환경문제, 환경법의 제문제(하), 법원도서관, 2002
- 조홍식, 환경영향평가절차의 이행방안에 관한 소고, 환경영향평가정책 연구회, 1999
- David C. Shilton, Is the Supreme Court Hostile to NEPA? Some Possible Explanations for a 12-0 Record, 20 *Envtl. L.* 551 (1992)
- Lauren E. Schmidt·Geoffrey M. Williamson, Recent Developments in Climate Change Law, 37-*NOV Colo. Law.*63 (2008)
- 김홍균, 환경법, 홍문사, 2010
- 김홍균, 환경법-문제·사례-, 홍문사, 2007
- 박균성·함태성, 환경법(제4판), 박영사, 2010
- 日本辯護士聯合會, ケースメソッド 環境法(第2版), 日本評論社, 2006
- Jeffrey M. Gaba, *Environmental Law*(Second edition), West Group, 2001
[김형진 옮김, 미국 환경법, 형설출판사, 2005],
- Steven Ferrey, *Environmental Law*(Fifth Edition), Aspen Publishers, 2010

<Abstract>

The Critical Review of the Current Judicial Test
with respect to the Adequacy of EIA and a
Inquiry into Its Alternative

Park Tae-Hyun* · Jung Nam-Soon**

The purpose of this article is to critically discuss the current judicial test with respect to the adequacy of Environmental Impact Statement(EIS) and to suggest its alternative test. Judicial observance of the substantial adequacy of administrative actions should not be abdicated just on the basis that EIS has been discussed by the MOE(Minister of Environment).

The current judicial review test that the extraordinary inadequacy of EIS could make void of a permit by the administrative is to be revisited and supplanted with as follows:

The informations relating to alternative of proposed actions and mitigation measures are proper and sufficient enough to serve the primary purpose of EIS, ultimately of Framework Act on Environmental Policy(FAEP), that EIS must be able to inform the public and ensure the environmental impacts of its actions being considered by agency, consequently support reasonable decision-making of the agency. If not as such, EIS would be found inadequate under FAEP, which would be a reason to set aside actions in question.

* First Author

** Corresponding Author

주제어 : 환경영향평가서, 미국환경정책법, 자의성 심사, 합리성 원칙, 대안 검토

Key-word : EIS, NEPA, arbitrary and capricious test, rule of reason, discussion of alternatives