

# 환경적 의사결정의 두 방식에 관한 일 고찰:

## 보전 중심의 공유수면의 관리에 대한 함의

박 태 현\*

### <국문초록>

우리 법원은 국가정책적 필요에 따라 대규모의 공공사업이 시행되는 경우 개발과 환경보호 사이의 가치 충돌 문제를 해결하기 위한 균형감 있는 합리적·이성적 접근방식은 개발사업에 소요되는 전체 사회적인 비용과 사업을 통하여 얻을 수 있는 전체 사회적인 편익 내지 국민경제적 가치를 과학적·합리적·이성적으로 평가하는 것이라고 한다. 그러나 자연환경 가치의 특수성에 비추어 본다면 환경적 의사결정의 영역에서 이익형량에 의한 의사결정은 대체로 개발가치에 유리하게 결정이 행해질 개연성이 짙다는 점에서 환경보호의 맥락에서 의사결정방식으로서 이익형량방식의 합리성에 심각한 의문을 가지게 한다.

그렇다면 환경보호의 맥락에서 이익형량방식이외에 다른 대안적 의사결정방식을 탐구할 필요가 제기된다. 대안적 의사결정방식은 개별적 사실관계 및 정황에 터 잡아 그때 그때 개발과 환경보호 가치의 상대비중에 따라 의사결정을 하는 가치중립적 방식이 아니라, 환경보호 가치에 우선성을 두고 환경의 자연적 과정에의 간섭을 정당화하는 불가피한 사정의 존재가 입증되지 않는 한 자연상태의 환경을 그대로 유지하는 것으로 결정하는 가치헌신적 의사결정방식이어야 할 것이다.

우리 자연공원법이나 습지보전법 등에서 입법자는 불가피성 판단방식을 채용하여 생태축 및 생태통로나 공원자연보존지구, 습지보호지역 등의 경우 그것의 보존을 군사상 이익을 포함한 그 밖의 공익과의 관계에서 ‘잠정적’으로 우선시키겠다고 하는 가치선택 (valuative judgment)을 하였다. 이러한 가치헌신적 의사결정방식이 공유수면이라고 하는 자연자원의 관리에 가지는 함의는 보전 중심의 공유수면 관리체계를 확립하기 위해서는 이익형량방식에 기반하고 있는 현행「공유수면관리 및 매립법」상의 의사결정방식을 불가피성 판단방식에 기반한 가치헌신적 의사결정방식으로 이행하여야 한다는 것이다.

주제어 : 환경가치, 이익형량, 가치헌신적 의사결정, 불가피성 판단방식, 공유수면

\* 강원대학교 법학전문대학원 교수

I. 문제 제기
II. 의사결정방식으로서 이익형량의 일반적 합리성과 환경적 맥락에서 그 한계
III. 환경보호의 맥락에서 대안적 의사결정방법의 탐구: 가치현신적 의사결정방식
IV. 사례 연구: 이익형량방식과 대안적 의사결정방식의 적용에 따른 결과 비교
V. 가치현신적 의사결정방식이 공유수면의 관리에 지니는 함의: 『공유수면관리 및 매립법』 개정 제안
VI. 결론

## I. 문제 제기

소위 명지대교 사건에서 법원은 개발과 환경보호 사이의 가치 충돌 문제를 해결하는 합리적·이성적 방법은 사업에 따르는 비용/편익을 과학적·합리적·이성적으로 형량하는 것이라고 보았다. 개발사업으로 인한 환경오염 내지 환경훼손은 개발에 따르는 비용으로 볼 수 있는데 신용할 수 있는 수준으로 이러한 환경오염 내지 환경훼손을 비용으로 적정하게 포착할 수 있음이 전제될 때 개발사업에 따르는 편익과 비용 간의 형량을 통한 개발과 환경가치 간의 충돌문제를 해결하는 그러한 방법의 합리성을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 본문에서 살펴보는 바와 같이 환경오염 내지 환경훼손을 비용으로 산정하는데 따른 과학적 예측 및 경제적 가치평가에서의 이중의 어려움을 생각한다면 개발사업에 따르는 비용편익 간의 형량을 통한 가치 간의 충돌문제를 해결하는 방식이 과연 합리적인 것인지 심각한 의문을 던지지 않을 수 없다.

개발과 환경보전 가치 간의 충돌문제는 현대사회에서 적어도 당분간은 피할래야 피할 수 없는 문제라 할 것이다. 따라서 우리는 이 두 가치 간의 충돌문제를 해결할 합리적 방법을 탐구하지 아니할 수 없다. 이 글은 바로 이러한 개발과 환경보전 가치가 충돌하는 상황에서 이를 해결하기 위하여 어떠한 의사결정방식이 있는지, 또 그것이 환경보호의 맥락에서 어떠한 한계와 함의를 가지는지를 탐구하고, 종국적으로 생태적 보전가치가 높은 자연자원을 보호하기 위한 적정한 의사결정방식을 제안하는데 목적이 있다. 이를 위하여 먼저 개발과 환경보호가 충돌하는 사안에서 법원

이 문제를 해결하기 위하여 채용한 의사결정방식과 이러한 의사결정방식이 환경보호의 맥락에서 가지는 한계점을 살펴본다(II). 이어서 법원이 채용한 의사결정방식 이외에 다른 대안적 의사결정방식을 탐구하고, 이것이 법원이 채용한 방식과 어떠한 점에서 특징적으로 구분되는지 알아보고, 그것이 우리 환경법의 해석에서 어떠한 함의를 가질 수 있는지 검토한다(III). 이후 실제 소송사례를 통하여 이러한 두 유형의 의사결정방식이 문제해결의 결과에서 어떠한 차이를 낳는지 확인할 것이다(IV). 끝으로 대안적 의사결정방식이 생태적으로 보호가치가 자연자원의 관리방식에 어떠한 함의를 가지는지를 공유수면의 관리의 맥락에서 살펴볼 것이다(V).

## II. 의사결정방식으로서 이익형량의 일반적 합리성과 환경적 맥락에서 그 한계

### 1. 의사결정방식으로서 이익형량의 일반적 합리성

법원은 “환경이 헌법에 의하여 보호되어야 하는 가치이기는 하지만 개발 역시 헌법상의 가치”라며, “국가정책적 필요에 따라 대규모의 공공사업이 시행되는 경우 개발과 환경보호 사이의 가치 충돌 문제를 해결하기 위해서는 균형감 있는 합리적·이성적 접근방식을 견지하여야 한다”고 하였다.<sup>1)</sup> 법원은 이러한 균형감 있는 합리적·이성적 접근방식을 “개발사업(명지대교 건설)에 소요되는 전체 사회적인 비용과 사업을 통하여 얻을 수 있는 전체 사회적인 편익 내지 국민경제적 가치를 과학적·합리적·이성적으로 평가하는 것”으로 규정하였다.<sup>2)</sup> 법원은 나아가 “개발사업을 추진할 것인지 여부는 당해 사업으로 얻을 수 있는 국민경제적인 가치와 이로 인하여 훼손되는 자연환경의 가치를 비교하여 결정할 수밖에 없고, 이러한 가치비교를 위해서는 일단은 개발사업의 가치와 자연환경의 가치를 모두 경제적인 가치로 환산하여 비교·교량하는 방법을 따를 수밖에 없다.”고 하였다.<sup>3)</sup> 이와 같이

1) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결(다수의견에 대한 보충의견).

2) 부산고등법원 2006. 6. 18.자 2006라64 결정.

3) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결(반대의견). 반대의견이 개발사업의 가치와 자연환경의 가치 간에 가치비교를 하기 위해서는 두 가치 ‘모두’ 경제적 가치로 환산하여 비교·교량하는 방법에 따를 수 밖에 없다고 함으로써 개발사업 추진여부에 관한 의사결정을 개발사업에 대한 경제성 분석결과로서 비용/편익분석결과에 의존하게 만들었다. 그러나 이익형량을 함에 있어 반드시 정량적 비용편익분석 형태를 취할 필요는 없다. 이와 관련하여 선스타인(Cass. R. Sunstein) 교수는 모든 가치가 금전적 척도로 환원될 수 있다는 견해를 거부하고 있다(Daniel A. Farber, “Saving Overton Park: A

법원은 개발사업을 추진할지 여부를 결정하는 합리적 의사결정방식은 개발에 따른 비용과 편익 사이의 이익형량방식이라고 보고 있다.

구체적인 사안에서 상호충돌하는 가치들과 규범들(이익들, 목표들, 의무들) 사이를 비교하여 그 중 어느 하나가 해당 사안에서 기타의 대안들보다 더 중요하다고 판단하고 이를 선택하는 실천적 판단을 ‘이익형량(또는 ‘가치형량’)이라고 한다.<sup>4)</sup> 이러한 이익형량의 판단은 실천적 추론에서뿐만 아니라 법적 추론에서 매우 중요한 역할을 하며 법적 판단과정 전체에 편재한다.<sup>5)</sup> 사실 우리는 일상에서 맞닥뜨리는 선택의 문제-그것이 A라는 행위를 할지 말지 여부를 결정하는 것일 수도 있고 또는 A 또는 B 중에서 어느 것을 선택할지를 결정하는 문제일 수도 있다-통상 그 행위에 따른 이익과 행위로 인한 손실(비용)의 비교교량 또는 복수행위들의 각 편익과 손실간의 비교교량을 통하여 결정하는데 이는 적어도 직관적으로 그러한 이익형량이 의사결정방식으로 합리적이라고 여기기 때문이다.

이 같이 현실에서 이루어지는 실제 의사결정방식에 비추어 본다면 이익형량의 판단은 실천적 추론에서뿐만 아니라 법적 추론에서 매우 중요한 역할을 한다는 언급이 결코 과장된 진술이 아님을 짐작할 수 있고,<sup>6)</sup> 따라서 개발에 따른 비용/편익의 이익형량방식이 개발사업을 추진할지 여부를 결정하는 합리적 의사결정방식이라는 법원의 기본입장을 일응 수긍할 수 있을 것이다.

## 2. 환경적 맥락에서 이익형량방식에 내재한 문제점

### (1) 이익형량방식의 문제점: 개발가치에 기울어진 의사결정의 개연성

위에서 언급한 바와 같이 의사결정방식으로서 이익형량의 합리성을 인정한다 하더라도, 특정 행위에 따른 편익과 비용을 비교교량이 가능한 형태로 산정하는 것이 곤란한 영역 내지 사안에서도 여전히 이익형량에 의한 의사결정의 합리성을 인정할 수 있을까. 개발이익과 환경보호 이익이 충돌하는 상황에서 이익형량방식이 충돌을 해결하는 적절한 의사결정방식임이 인정되려면, 그 전제로 개발사업으로 인한 환경오염 내지 환경훼손이 개발사업에 따른 비용으로 적절하게 산정되어 이익

---

Comment on Environmental Values”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 146, 1988, 1675.

4) 김도균, “법적 이익형량의 구조와 정당화문제”, 서울대학교 법학, 제48권 제2호, 2007, 31면.

5) 김도균, 앞의 논문, 2007, 31-32면.

6) 김도균, 앞의 논문, 2007, 32면.

형량 과정에 투입되어야 한다.

그런데 환경오염 내지 환경훼손을 개발사업에 따른 비용으로 평가하는 작업에는 다음과 같은 어려움이 존재한다. 우선 개발사업으로 인하여 환경이 오염 내지 훼손될 것인지, 또 그 정도는 어떠할지 등을 객관적으로 예측하는 것이 쉽지 않다는 점이다. 또한 그와 같이 예측한 환경 오염 내지 훼손을 경제적 비용가치로 평가, 환산하는 것은 환경재(특히 대기나 수질정화기능 등 환경서비스)의 경우 통상 시장 가격이 형성되어 있지 아니하여 상당히 어렵다는 것이다. 다시 말하면 개발사업에 따른 환경변화(환경오염 내지 환경훼손)를 사업비용으로 평가하려면 변화되는 자연 환경의 가치 자체에 대한 평가가 선행되어야 하지만 자연환경 가치에 대한 (경제적) 평가에는 다음과 같은 문제점이 내포되어 있다.

“대규모 개발사업의 시행으로 인하여 자연환경이 훼손되는 경우에 그 자연 환경의 가치를 사업시행의 비용으로 참작하여야 할 것인바...자연환경의 가치 중에는 금전적인 수치로 환산하여 평가하기 어렵거나 장래에 이용될 가능성은 있으나 현재로는 이용되지 않고 있는 가치나 그 밖에 현재의 지식으로는 알 수 없는 가치 등 평가의 대상 자체에 포함시키기 어려운 가치가 있다.”<sup>7)</sup>

이처럼 환경오염 내지 훼손에 따른 개발사업의 비용을 평가하는 것이 상당히 어려운 반면에 개발사업의 편익을 측정, 평가하는 것은 비교적 쉽다. 이러한 상황에서 두 가치(특히 경제적 가치로 환산한 결과)를 비교형량한 결과에 따라 의사결정을 한다는 것은 대체로 개발가치에 유리하게 의사결정이 이루어질 개연성이 짙고, 그런 점에서 의사결정방식으로서 그 합리성에 심각한 의문을 가지게 한다.<sup>8)</sup>(이는

7) 대법원 2006. 3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결(대법관 김영란·박시환의 반대의견).

8) 환경 및 자연자원에 관한 의사결정의 맥락에서 비용편익분석을 사용하는 것에 대한 비판적 외국문헌으로는, Frank Ackerman & Lisa Heinzerling, *Priceless: On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing* (2004); Frank Ackerman & Lisa Heinzerling, *Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection*, 150 U. Pa. L. Rev. 1553 (2002); David Driesen, *Distributing the Costs of Environmental, Health and Safety Protection: The Feasibility Principle, Cost-Benefit Analysis, and Regulatory Reform*, 32 B.C. Env'tl. Aff. L. Rev. 1 (2005); David Driesen, *Is Cost-Benefit Analysis Neutral?*, 77 U. Colo. L. Rev. 335 (2006); Thomas O. McGarity, *A Cost-Benefit State*, 50 Admin. L. Rev. 7 (1998); Sidney A. Shapiro & Christopher H. Schroeder, *Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation*, 32 Harv. Env'tl. L. Rev. 433 (2008) 참고.

의사결정체계상 이미 개발가치에 유리하게 결정이 이루어지게 될 것이라는 의미에서 ‘**의사결정체계상의 개발편향성**’이라고 부를 수 있을 것이다). 따라서 개발과 환경보호 간의 가치 충돌 문제를 해결하는 방법으로서 이익형량은 이러한 방법상의 난점을 극복할 수 있는 신용할만한 방안이 제시되지 않는다면 의사결정방식으로서의 합리성을 인정하기가 곤란하다고 할 것이다.<sup>9)</sup>

(2) 환경적 의사결정에 있어 일반적 이익형량방식의 수정

앞서 본 바와 같이 법원은 자연환경가치에 대한 평가에 있어 앞서 언급한 바와 같은 문제점이 있음을 인식하고 있다. 그럼에도 환경 변화를 수반하는 대규모 개발행위를 결정함에 있어서 희생되는 환경의 가치를 포함한 손실(비용)과 개발로 인한 이득(편익)을 비교하여 결정하는 것이 부득이하다고 전제하고, 자연환경가치를 경제적 가치로 환산하는데 따른 문제점(즉 이익형량방식에 내재한 **개발편향적 의사결정가능성**)을 다음과 같이 교정하려고 한다.

“훼손되는 자연환경의 가치를 경제적 가치로 환산할 수 있는 부분만을 평가하여 개발사업의 가치와 비교·교량하는 것만으로 자연환경의 가치를 충분히 고려하였다고 할 수 없고, 개발사업의 국민경제적인 이득이 당해 사업에 소요되는 비용과 이로 인하여 훼손되는 자연환경 가치의 경제적 평가액 등의 손실을 합한 것보다 상당한 정도로 우월한 경우에 비로소 개발사업을 추진할 수 있는 당위성이 인정될 수 있다.”<sup>10)</sup>

여기서 개발사업의 국민경제적인 이득이 상당한 정도로 우월한 경우를, 법원은 “환경의 변화나 훼손은 이를 감수하고서라도 반드시 확보하여야 할 필수불가결한 가치를 얻기 위한 것이거나 아니면 적어도 환경의 희생을 대가로 얻을 수 있는 가치가 월등히 큰 경우”라고 보고 있다.

9) 자연환경은 경제적 이익이나 금전적 가치와 동일한 평면에서 비교되고 대체될 수 있는 가치가 아니”라고 보는 일종의 환경(생태)윤리적 관점을 첨가한다면 더 그러할 것이나, 이 글에서 이러한 점은 논의에서 배제하고자 한다.

10) 대법원 2006. 3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결(대법관 김영란·박시환의 반대의견).

### Ⅲ. 환경보호의 맥락에서 대안적 의사결정방법의 탐구: 가치현신적 의사결정방식

앞서 본 바와 같이 법원은 개발사업의 추진 여부를 개발에 따른 비용과 편익을 (특히 개발사업의 가치와 자연환경의 가치 ‘모두’ 경제적 가치로 환산하여) 비교·교량하는 방식의 이익형량방법에 의하여 결정하는 것이 합리적이라고 보고 있다. 그러나 환경보호의 맥락에서 그러한 이익형량에 의한 의사결정방식에는 개발가치에 편향될 위험성이 있다(법원은 이러한 문제점을 개발사업의 가치는 환경의 변화나 훼손을 감수하고서라도 반드시 확보하여야 할 필수불가결한 가치이거나 그 경제적 가치가 월등하여야 한다는 요건을 부과함으로써 개발가치에 경사(傾斜)된 저울추의 균형을 맞추려고 하고 있음을 앞서 본 바와 같다). 환경보호의 맥락에서 이러한 이익형량이외에 다른 대안적 의사결정방식은 없는 것인지 아래에서 살펴보고자 한다.

#### 1. 매립 등 행위허가결정에 있어 미국 공병대와 환경보호청의 의사결정방식

미국 청정수법(Clean Water Act section) 제404(a)조항은 항행가능수역에 준설 및 매립물질을 배출하기 위하여는 허가를 받도록 규정하고 있다. 동조의 허가는 육군 공병대(Corps of Engineers, Department of the Army)가 발급한다. 공병대와의 행위 허가여부는 허가를 받고자 하는 행위로 인하여 발생가능한 영향(여기에는 누적영향이 포함된다)과 그 행위의 공익성에 대한 평가에 근거하여 결정된다.<sup>11)</sup> 따라서 행위허가 여부를 결정하는 방식은 일반적 이익형량의 방식(the outcome of general balancing process)이라 할 수 있다. 이러한 이익형량방식의 결과 가령 습지

11) 33 C.F.R. § 320.4 (a)(1) (1988). 이해의 편의를 위하여 원문을 적어둔다. “The decision whether to issue a permit will be based on an evaluation of the probable impacts, including cumulative impacts, of the proposed activity and its intended use on the public interest...**The decision** whether to authorize a proposal, and if so, the conditions under which it will be allowed to occur, **are therefore determined by the outcome of this general balancing process**...All factors which may be relevant to the proposal must be considered including the cumulative effects thereof: among those are conservation, economics, aesthetics, general environmental concerns, wetlands, historic properties, fish and wildlife values, flood hazards, floodplain values, land use, navigation, shore erosion and accretion, recreation, water supply and conservation, water quality, energy needs, safety, food and fiber production, mineral needs, considerations of property ownership and, in general, the needs and welfare of the people.

(wetlands) 등 생태적으로 중요한 지역에서의 매립행위도 다양한 평가요소를 비교 교량한 결과 매립에 따른 편익이 습지자원에 미치는 해보다 월등하다(outweigh)고 인정되는 경우 그러한 지역에서의 매립도 허가될 수 있다.<sup>12)</sup>

한편 동법 제404(b) 조항은 환경보호청(EPA)에 행위허가 여부를 결정함에 있어 참고하여야 할 지침을 제정할 것을 명하고 있다. 이 위임에 따라 제정된 환경청의 지침에 의하면 행위허가를 받으려고 하는 자는, (i)수생태계에 영향을 덜 끼치는 실행가능한 대안이 없다는 점, (ii)허가받고자 하는 제안 행위는 수자원에 중대한 부정적 영향을 끼치지 아니할 것이라는 점, (iii)적정하고 실행가능한 영향저감 조치를 마련할 것이라는 점, (iv)허가받고자 하는 행위는 다른 주 또는 연방법률에 위반되지 아니한다는 점을 증명하여야 한다.<sup>13)</sup> 특히 “수생태계에 악영향을 덜 끼치는 실행가능한 대안(practicable alternative)이 상정가능하다면, 이 대안은 환경에 다른 중대한 부정적 결과를 가지지 않는다면 어떠한 매립행위도 허용되지 아니한다고 규정한다.”<sup>14)</sup>

이와 관련하여 환경보호청의 지침은 습지(wetlands), 갯벌(mudflats), 모래톱(reefs)을 포함하는 특별한 수생태지역을 보호하기 위하여 허가를 받고자 하는 행위가 습지 등의 매립 또는 준설 행위를 수반하는 경우 그 제안행위가 수자원에 인접하여 시행되어야 하거나 또는 그러한 수생태지역 내에서의 입지를 필요로 하지 않는다면(이를 “non-water-dependent”라고 한다) 실행가능한 대안의 이용가능하다(availability)고 추정한다.<sup>15)</sup> 이러한 추정은 습지가 아닌 지역에서의 개발이 상대적으로 환경훼손이 덜 한 행위라는 또 다른 추정과 함께 습지등을 보호하는 방향으로 의사결정을 가능하게 한다.<sup>16)</sup> 이에 따라 환경보호청의 지침은 “실행가능한 대

12) 33 C.F.R.. § 320.4(b)(4).

13) 40 C.F.R. § 230.10.

14) 40 C.F.R. § 230.10 (a) (1988). 이해의 편의를 위하여 원문을 적어둔다. “...no discharge of dredged or fill material shall be permitted if there is a **practicable alternative** to the proposed discharge which could have less adverse impact on the aquatic ecosystem, so long as the alternative does not have other significant adverse environmental consequences.” 여기서 실행가능성이라 함은 그 안이 가용하고, 또 사업의 전반적 목적에 비추어 비용, 현행 기술력 및 세부 계획·집행 등을 감안하더라도 이를 시행할 수 있다고 인정되는 경우를 말한다(40 C.F.R. § 230.10 (a)(2) (1988)). 경제적 실행가능성 및 기술적 실행가능성의 해석이 문제된 사례로는 한귀현, 『미국환경법의 이론과 실제』, 동남기획, 2001, 88-89면 참고.

15) 40 C.F.R. § 230.10 (a)(3) (1988).

16) Oliver A. Houck, “Hard Choices: The Analysis of Alternatives under Section 404 of The Clean Water Act and Similar Environmental Laws”, University of Colorado Law



안” 심사(the practical alternatives test)와 “수자원 의존성” 심사(the water dependency test)에 초점을 두고 있다고 평가된다.<sup>17)</sup>(참고로 1987년 이후 공병대의 허가기준에 “환경보호청의 지침(§404(b)(1) Guidelines for Specification or Disposal Sites for Dredged or Fill Material)<sup>18)</sup> 에 부합하지 아니할 경우 허가가 거부될 수 있다”는 구절이 삽입되었다)<sup>19)</sup>

위 청정수법상의 행위허가 결정과 관련하여 환경보호청의 지침에 따른 의사결정 방식을 본다면 환경적 의사결정의 맥락에서 공병대가 채용한 (일반적) 이익형량방식과는 사뭇 다른 의사결정방식이 존재하고 있음을 알 수 있다. 환경보호청이 정한 의사결정방식은 허가를 받고자 하는 행위에 따른 편익과 비용을 비교교량하는 방식이 아니라 허가를 받고자 하는 행위 이외에 사업목적을 달성할 수 있는 (수생태계에 영향을 덜 끼치는) 실행가능한 대안이 없다는 점을 증명하는 경우에 한하여 허가를 할 수 있고 그러한 증명이 없다면 허가를 할 수 없다는 방식이다. 이는 쉽게 말한다면 준설 또는 매립은 달리 다른 방안이 없다고 인정되는 경우에 한하여 비로소 허가를 하는 결정방식이다.

공병대의 의사결정방식과 환경보호청의 의사결정방식의 상이성은 개발과 환경보호라는 두 가치를 대하는 입장 차이에서 파생된 것이다. 즉 공병대는 두 가치 간의 평가에 있어 가치중립적 태도를 취하여 어느 특정 가치에 우선성을 두지 않고 두 가치를 둘러싸고 있는 다양한 관련요소들을 비교교량한 결과에 터잡아 의사결정을 하고자 하는 것이다(이를 “가치중립적 의사결정방식”이라 부를 수 있을 것이다). 반면에 환경보호청은 환경보호 가치를 우선하는 가치현신적 태도를 취하여 준설 등 행위에 의하여 발생할 수 있는 부정적 영향으로부터 수생태계를 보호하는데 우선적 가치를 두어 허가를 받고자 하는 행위에 대한 대안이 없다고 인정하는 경우에만 환경보호 가치를 양보하고자 한다(이를 “가치현신적 의사결정방식이라 부를 수 있을 것이다). 환경보호청의 의사결정방식에 따른다면 의사결정자는 수생태계의 보호가 의사결정의 기준점으로 작용하여 일단 수생태계를 현 상태로 유지하는 것을 우선하고, 행위허가를 받으려는 자가 이 상태를 깨뜨려 환경에 변화를

---

Review, Vol. 60, 1989, 773, 778.

17) Steven Ferrey, 『Environmental Law(fifth ed.)』, Aspen Publishers, 2010, p. 519.

18) 40 C.F.R. § 230.10.

19) 33 C.F.R. § 320.4 (a)(1). 이해의 편의를 위하여 원문을 적어둔다. “For activities involving 404 discharges, a permit will be denied if the discharge that would be authorized by such permit would not comply with the Environmental Protection Agency's 404(b)(1) guidelines.”

일으키려 한다면 실행가능한 대안이 없다는 점을 증명하는 등으로 이를 정당화하여야 한다.<sup>20)</sup>

## 2. 환경법에 나타난 대안적 의사결정방식으로 가치현신적 의사결정방식<sup>21)</sup>

앞서 본 바와 같이 이익형량방식이 개별적 사실관계 및 정황에 터 잡아 그때그때 개발과 환경보호 가치의 상대비중에 따라 개발사업의 추진 여부를 결정하는 일종의 가치중립적 의사결정방식이라면, 대안적 의사결정방식은 환경보호 가치에 우선성을 두어 현 상태로 자연환경을 존중하여 이의 변경을 정당화하는 사정의 존재가 입증되지 않는 한 자연상태의 환경을 그대로 유지하는 것으로 결정하는 일종의 가치현신적 의사결정방식이라 말할 수 있다. 아래에서는 이러한 가치현신적 의사결정방식이 우리 실정환경법에서도 찾아볼 수 있음을 기술하고자 한다.

### (1) 가치현신적 의사결정방식으로서 ‘불가피성 판단방식’

파버(Daniel A. Farber) 교수는 미국 의회가 뚜렷한 일관성을 가지고 환경적 리스크를 경제적·기술적 이행가능성(feasibility)의 고려가 요구되는 경우를 제외하고는 잠정적으로 허용하지 않는(presumptively impermissible)것으로 다루어왔다고 한다. 파버 교수는 이를 예증하는 사례로, “환경보호청은 대기오염의 통제에서 제안된 주(州)이행계획(State Implementation Plan)<sup>22)</sup>의 경제적·기술적 실행가능성을 고려할 의무가 없다”는 판결(*Union Electric Co. v. EPA, 427 U.S. 246, 256 (1976)*), “청정수법(CWA) 아래에서 비용은 편익과의 비례성이 현저히 결여된 경우에 한하여 고려된다”는 판결(*Weyerhaeuser Co. v. Costle, 590 F.2d 1011, 1036 (D.C.*

20) Daniel A. Farber, 앞의 논문, 1998, 1676.

21) 필자의 가치중립적 혹은 가치현신적 의사결정방식에 관한 생각은 파버 교수의 기본입장과 라즈(Joseph Raz) 교수가 주창한 완전주의적 자유관에서 영향을 받았다. 파버 교수의 가치중립적 의사결정방식에 대한 비판 및 가치현신적 의사결정방식으로 환경보호를 의사결정에서 기준선(“environmental baseline”)으로 삼자는 주장으로는 Daniel A. Farber, 『Eco-pragmatism-Making Sensible Environmental Desicions in an Uncertain World』, The University of Chicago Press, 1999, pp. 98-132를, 라즈 교수의 완전주의적 자유주의에 대해서는 김비환, 『자유지상주의자들, 자유주의자들 그리고 민주주의자들-기본권을 통해 본 시장과 민주주의』, 성균관대학교출판부, 2006, 127면 이하를 참고할 수 있다.

22) 주(州)이행계획(SIP)은 청정대기법(CAA)의 입법목적을 달성하기 위한 주요 집행수단으로 동법 제110(a) 조항에 의하면 모든 주는 국가대기질기준(NAAQS)의 이행, 유지 및 집행을 위한 SIP를 수립할 의무가 있다(Jeffrey M. Gaba, 『환경법』, 김형진 역, 형설출판사, 2005, 144면).

*Cir. 1978*)), “청정대기법에 따라 비용편익분석을 해야 한다는 산업계의 주장은 이 유없다”고 한 판결(*Portland Cement Ass'n v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 375, 387 (D.C. Cir. 1973)), “직장에서 근로자의 유독화학물질에의 노출을 규제하는 법령에서 비용편익분석은 허용되지 않는다”고 한 판결(*American Textile Mfrs. Inst., Inc. v. Donovan*, 452 U.S. 490, 512-13 (1981)) 등을 들고 있다. 파버 교수는 이처럼 의회가 환경보호를 의사결정의 기준점으로 채택하여 왔고, 드물게 비용편익분석 내지 개방적 이익형량방식(open-ended balancing)<sup>23)</sup>을 요구하여 왔는데, 그 결과 환경보호를 잠정적으로 우선하는 효과를 낳고 이는 다시 다른 가치를 주창하는 자에게 입증책임을 전환시키는 결과를 가져왔다고 한다.<sup>24)</sup>

우리 환경법에도 **생태축·생태통로, 공원자연보존지구, 습지보호지역** 등 특정 자연환경의 보호에 우선적 가치를 두고 있는 규정들이 다수 존재하고 있다. 생태축 우선의 원칙을 규정하고 있는 자연공원법 제23조의2에 따르면 도로·철도·궤도·전기통신설비 및 에너지 공급설비 등의 시설 또는 구조물은 자연공원 안의 생태축(生態軸) 및 생태통로를 단절하여 통과하지 못한다. 다만, 그것이 지역 여건상 설치가 ‘불가피’하다고 인정하는 ‘최소한’의 시설 또는 구조물인 경우에 한하여 생태축 및 생태통로를 단절하여 통과할 수 있다(그 불가피한 사유는 시설 또는 구조물의 설치하려는 자가 이를 입증하도록 하고 있다). 공원자연보존지구에서의 행위 기준을 정하고 있는 자연공원법 시행령 제14조의2는 ‘공원자연보존지구’에서는 “학술 연구, 자연보호 또는 문화재의 보존·관리를 위하여 이 지역이 아니고는 시행할 수 없다고 인정되는 행위”에 한하여 이를 허용하고 있다. 습지보전법 제10조, 동법 시행령 제6조는 습지보호지역은 공익상 또는 군사상 “불가피한 경우”에 한하여 지정의 해제나 지역의 축소변경을 할 수 있는데 법령은 1.해상항로 건설사업 등 대규모 국책사업으로서 국가경제에 중대한 영향을 미치는 사업의 시행 또는 물적 자원개발을 위하여, 2.홍수예방 등 인명·재산의 피해방지를 위하여, 3.국방부장관이 준작전이나 군사시설의 설치·보호 또는 군사기밀의 보호를 위하여 불가피하

23) 개방적 이익형량방식에 따르면 행정청은 다양한 요소들을 고려하여야 하나 각 요소에 어느 정도 비중을 둘 것인가는 행정청이 재량에 의하여 적절하게 결정할 수 있다. 가령 연방살충제법(Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act)에 따라 환경보호청은 살충제를 허가할 때 일정한 조건을 부과할 수 있는데 이 때 그 조건은 환경에 미칠 수 있는 불합리한 악영향을 피하는데 필요한 범위 내에서 환경보호청이 재량으로 결정할 있다(Sidney A. Shapiro and Christopher H. Schroeder, “Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation”, *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 32, 2008, 433, 480.

24) *Id.*, at 1676-1677.

다고 인정되는 경우를 공익상 또는 군사상 불가피한 경우로 규정하고 있다.<sup>25)</sup>

이러한 환경법은 생태축 및 생태통로, 공원자연보존지구, 습지보호지역은 현존 상태 내지 법적지위를 보호하고자 한다. 그리고 이러한 보호는, 도로·철도·궤도·전기통신설비 및 에너지 공급설비 등의 시설 또는 구조물 설치에 따른 공익(생태축 및 생태통로의 경우), “학술 연구, 자연보호 또는 문화재의 보존·관리에 따른 공익(공원자연보존지구의 경우), 군사상 공익(습지보호지역의 경우) 등을 실현하기 위하여 해당 환경 상태의 부분 내지 전면적 변경이 불가피하다고 인정되는 경우에 한하여 관련 공익에 양보된다.

(2) 가치헌신적 의사결정방식으로서 불가피성 판단방식이 가지는 함의

법원은 “환경의 보전이라는 이념과 국토와 산업의 개발에 대한 공익상의 요청 및 경제 활동의 자유, 환경의 보전을 통한 국민의 복리 증진과 개발을 통한 인근 지역 주민들의 이익이나 국가적 편익의 증대 사이에는 그 서 있는 위치와 보는 관점에 따라 다양한 시각들이 존재할 수 있는 탓에”<sup>26)</sup> “환경의 보전이라는 이념과 산업개발 등을 위한 개인활동의 자유와 권리의 보호라는 상호 대립하는 법익 중에서 어느 것을 우선시킬 것이며 이를 어떻게 조정, 조화시킬 것인가 하는 점은 기본적으로 국민을 대표하는 국회에서 법률에 의하여 결정하여야 할 성질의 것”이라고 보고 있다.<sup>27)</sup> 이러한 관점에서 위 환경법 규정을 읽는다면 우리 입법자는 불가피성 판단방식을 채용함으로써 생태축 및 생태통로나 공원자연보존지구, 습지보호지역 등의 보존을 군사상 이익을 포함한 그 밖의 공익과의 관계에서 ‘잠정적’으로 우선시키겠다

25) 또한 습지보전법 제13조 제1항에 의하면 습지보호지역 안에서는, 1. 건축물 기타 공작물의 신·증축 및 토지의 형질변경이나, 2. 습지의 수위 또는 수량에 증감을 가져오는 행위, 3. 흙등의 채취, 4. 광물의 채굴, 5. 동·식물의 인위적 도입, 경작, 포획 또는 채취 등의 행위를 할 수 없다. 그러나, 「농어촌정비법」에 따른 농업생산기반시설의 유지·관리나 당해 시설을 농업목적으로 사용하기 위하여, 「재난 및 안전관리기본법」 제37조의 응급조치를 위하여, 군 병력투입·작전활동 등 군사목적을 위하여 필요한 경우에는 위와 같이 제한된 행위 중 일부 행위제한이 면제된다. 또한 같은 조 제5항에 의하면 1. 「자연재해대책법」 제2조 제2호의 자연재해 재해의 예방 및 복구를 위한 활동 및 구호 등에 필요한 경우, 2. 습지보호지역등의 보전을 위하여 필요하거나 습지보호지역등에서 농림수산업을 영위하기 위하여 필요한 경우, 3. 해상항로 건설사업 등 대규모 국책사업으로서 국가경제에 중대한 영향을 미치는 사업의 시행 또는 물적 자원개발을 위하여 불가피한 경우, 4. 홍수예방 등 인명·재산의 피해방지를 위하여 불가피한 경우(시행령 제11조의2 제3항)에는 위 제1항에 따른 행위제한 규정이 적용되지 아니한다.

26) 부산고등법원 2004.11.29. 자 2004라41,2004라42(병합) 결정(이른바 도롱농사건).

27) 대법원 1995. 5. 23.자 94마2218 결정.

고 하는 가치선택(valuative judgment)을 하였다고 말할 수 있을 것이다.

이러한 가치간의 조정결과는 실정법을 해석함에 있어 적절하게 반영되어야 함은 두말할 필요도 없다. 행정청과 법원은 각각의 법률에서 사용하고 있는 불가피성의 요건을 해석함에 있어 해당 법률의 입법취지, 관련 규정과의 조화 등을 고려해야 함은 당연하지만, 자연공원법 등 관련 법률의 규정내용을 종합하여 보면 불가피성 요건의 핵심은 바로 해당 지역에서가 아니면 그 행위를 할 수 없다고 하는 가용한 대안지의 부재성이라고 할 것이다(이러한 대안의 부재성은 그 행위를 시행하려는 자가 증명하여야 함은 당연하다).

#### IV. 사례 연구: 이익형량방식과 대안적 의사결정방식의 적용에 따른 결과 비교

여기서는 환경보호를 의사결정에서 기준점으로 삼는 대안적 의사결정방식이 실제 문제해결의 결과에서 어떠한 차이를 가져왔는지 구체적인 사례를 통하여 살펴 보기로 한다.

##### 1. Overton Park 사건<sup>28)</sup>

이 사건은 멤피스 내 고속도로 건설을 둘러싼 분쟁으로부터 발생하였다. 원고들은 Overton 공원을 관통하는 주간(州間) 고속도로의 건설에 재정지원을 하기로 한 교통부의 행정결정을 다투었다. 원고들은 이 소송에서 실행가능하고 현명한 대안노선(feasible and prudent alternative route)이 존재하는 한, 공원을 관통하는 고속도로의 건설을 위하여 연방 재정의 사용을 금지하고 있는 연방법 규정을 원용하였다. 동 법령은 그러한 대안노선이 가용하지 않다면 공원에 끼칠 피해를 최소화하는 모든 가능한 계획의 마련을 전제로 공원을 관통하는 도로 건설의 승인을 허용하고 있다. 정부는 행정청은 법령상의 기준인 ‘prudence’를 해석함에 있어 광범한 재량을 가지고 있다며 행정청은 공원을 관통하지 아니하는 다른 노선의 비용과 안전상

28) 사건의 사실관계 및 법원의 판시는 Daniel A. Farber(주 17), at 1672-1674에 의존하였다. 이 사건을 평석한 한국문헌으로는 김춘환, “미국 연방대법원의 Overton Park 사건에 관한 판결의 검토”, 토지공법연구 제18권, 한국토지공법학회, 2003, 593-609면; 이상규, “Overton Park 사건-환경행정과 사법심사”, 판례연구 제5권, 고려대학교 법학연구원, 1991, 23-33면 참고.

의 고려 및 그 밖의 요인을 공원의 훼손에 따른 해와 교량하여야 하고, 행정청이 이러한 요소들에 부여하는 비중에 기반하여 이를 비교·교량함으로써 가용한 대안 노선의 채택이 현명한 것인지 여부를 결정할 수 있다고 주장하였다.

법원은 그러나 행정청에 그러한 광범한 재량이 부여되지 않았다고 하며 다음과 같이 판시하였다.

의회가 비용 및 지역공동체의 단절이 무시되어야 한다고 의도하지 아니하였음은 분명하다. 그러나 그러한 **법령의 존재 자체**는 공원의 보호에 최고의 중요성이 부여되어야 함을 지시한다. 특정 사건의 맥락에서 진정 이례적인 요소(truly unusual factors)가 없다면 또는 대안노선 건설에 따른 비용 또는 지역공동체의 단절이 극단에 이르는 정도(extraordinary magnitudes)가 아니라면 녹색천국으로서 공원이 상실되어서는 아니된다. 대안노선이 위와 같이 독특한 문제를 제기할 것이라고 인정되지 않는 한 행정청은 공원의 훼손을 승인할 수 없다고 새길 때만 동 법령이 유의미성을 가질 수 있을 것이다.

Farber 교수는 이 사건에서 드러난 문제의 접근방법은 일반적 이익형량의 방법과는 다른 것이었다며 다음과 같이 비평하였다.

Overton 공원사건은 환경적 의사결정의 두 방법 사이에서의 충돌과 관련된다. 정부측 관점에서 보자면 재정지원 결정은 고속도로 노선을 찬성하는 이유와 반대하는 이유를 개별사건의 맥락에서 비교교량 한 결과에 기초하여 가장 적절한 결정을 추구하는 고도의 재량행위이다. 이러한 관점은 합리적 선택의 경제적 모델과 부합되는데 환경법에서 이러한 교량과정의 가장 명시적 형태는 경합하는 가치를 금전이라는 공통적 평가척도로 환산하는 비용편익분석이라 할 수 있다. 이러한 유형의 비교교량방식은 이 사건에서 채택된 접근 방식과는 사뭇 다른 것으로 이 사건에서 의사결정자는 공원 보존에 유리한 방향으로 의사결정에 임할 것을 지시받고 있다.<sup>29)</sup>

## 2. 명지대교 사건

이 사건은 교량의 예정노선이 습지보호지역의 상단에 위치하는 것으로 계획된

<sup>29)</sup> Daniel A. Farber(주 17), at 1673-1674, 1676.

명지대교의 건설은 습지보전법 등에 위반된다고 주장하며 공사의 시행의 중지를 구한 가처분 사건이다. 신청인들은 명지대교가 건설되면 습지보호지역 내에서 명지대교의 직하방의 59,000㎡ 부분과 명지대교로부터 남북 각 50m 지역 및 나머지 습지보호지역과 차단되는 명지대교 북쪽 지역은 철새의 서식도래지로서의 본질적 기능을 상실하게 되는 반면 명지대교 건설은 기존의 하구언 도로를 확장하는 등의 물리적, 기술적으로 가능한 대체방법이 있고, 그 대체방법에 많은 비용이 소요되는 것도 아니어서 명지대교 건설은 습지보호지역에서의 행위가 허용되는 공익상 부득이한 경우에 해당하지 아니하므로 명지대교 건설행위를 승인한 것은 위법하다고 주장하였다.<sup>30)</sup>

법원은 명지대교 건설로 인하여 고니 등의 서식도래지에 어느 정도의 영향이 있을 수 있음을 인정하였다.<sup>31)</sup> 그러나 대규모 공공사업의 시행에 따른 개발과 환경보호 간의 가치가 충돌하는 문제를 해결함에 있어서는 명지대교 건설에 따른 사회적 총비용과 총편익을 비교교량하여야 한다며, 명지대교 인근의 교통수요와 부산광역시 장기교통망구축계획, 기존 도심의 도로현황 및 부산의 경제상황 등을 고려한다면 대체노선의 상정가능성 및 환경가치의 특수성 등을 감안하더라도 신청인들의 침해되는 이익이 위 공익성을 능가한다고 인정하기에는 부족하다며 신청인들의 청구를 기각하였다.<sup>32)</sup>

이처럼 법원의 입장은 명지대교 건설에 따른 개발과 습지보호 간의 가치 충돌 문제는 명지대교 건설에 따른 사회적 총비용과 총편익의 비교교량방식에 의하여 해결하여야 한다는 것이었다.<sup>33)</sup> 그러나 습지보전법은 앞에서 언급한 바와 같이 습

30) 피신청인은 명지대교는 문제가 되고 있는 낙동강 하구 및 울속도 일원의 자연환경, 생태계 등을 모두 충분히 감안하여 설계하였고, 침단의 공법으로 시행할 것이므로 그 건설공사로 인하여 낙동강 하구나 울속도의 생태계 등 자연환경에 별다른 영향을 미치지 않을 것이라고 반론하였다.

31) 법원은 명지대교 건설 예정노선은 습지보호지역의 최상단에 위치하고, 울속도 인공철새도래지로부터 100m이상, 철새들의 주요 먹이가 되는 세모고랭이의 군락지로부터 약 400m이상 떨어진 지점에 위치하고 있고, 명지대교 건설이 환경에 미치는 부정적 영향을 최소화하는 각종 시설을 설치하고, 철새의 활공장애에 의한 영향을 저감하기 위하여 조류 대체복원지 조성을 계획하고 있는 점 등에 비추어 명지대교 건설로 인하여 고니 등의 서식도래지에 어느 정도의 영향이 있을 것이라고 판단하였다.

32) 부산고등법원 2006. 6. 18.자 2006라64 결정.

33) 이러한 법원의 결정에 이익형량의 대상에서 습지보호지역의 보전이라고 하는 공익을 배제한 채 신청인의 환경상의 이익과 명지대교 건설의 공익적 필요성만을 형량한 잘못이 있다는 점 등 여러 측면에서 비판의 메스를 낼 수 있으나, 여기서는 법원이 명지대교 건설이 습지보전법상 습지보호지역에서 허용되는 행위인지 여부를 결정함에 있어 채용한 판단기준이 잘못되었다는 점만에 대해 검토하고자 한다.

지보호지역을 현재 상태대로 보존하는 것에 (잠정적으로) 우선성을 두고, 다만 일정한 요건 아래 일정한 행위를 예외적으로 허용하고 있다. 그런데 습지보전법 제 13조 제5항은 해상항로 건설사업 등 대규모 국책사업으로서 국가경제에 중대한 영향을 미치는 사업의 시행 또는 물적 자원개발을 위하여 불가피한 경우에는 습지보호지역 안에서 건설행위를 허용하고 있다. 따라서 낙동강 하구 및 을숙도 습지보호지역 안에서 명지대교 건설이 허용되는지 여부를 결정하기 위한 판단기준은 명지대교 건설에 따른 사회적 총비용과 총편익의 비교교량방식이 아니라 명지대교의 예정노선이 습지보호지역을 통과하는 것이 불가피한가 하는 것이다.

앞서 언급한 바와 같이 불가피성 요건의 핵심내용은 행위허가를 받고자 하는 제안 행위에 비하여 환경에 해로운 영향을 덜 끼칠 수 있는 실행가능한 대안의 존재 여부로, 이 사안에서는 습지보호지역을 통과하지 않는 실행가능한 대체노선의 존재 여부라 할 것이다. 그런데 이 사건에서 법원은 습지보호지역을 통과하지 않는 대체노선을 상정할 수 있음을 인정하고 있다. 그렇다면 사업자의 입장에서 대체노선이 계획노선보다 건설비용이나 운행소요시간 측면에서 불리하다 하더라도, 그것이 극단적으로 과도한 건설비용이나 운행시간이 소요되지 아니하는 한, 명지대교의 건설이 습지보호지역을 통과하여야 할 불가피성이 인정되지 않는다는 결론을 내릴 수 있었으리라 본다.

이처럼 명지대교 사건 검토를 통하여 습지보호지역 안에서 행위허가여부를 결정하는 판단방식이 어떠한가에 따라 법원의 결론과는 정반대의 결론이 도출될 수 있는바 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

<이익형량 및 불가피성 판단방식의 적용에 따른 결과 비교>

문제 해결 접근 방식	특성: 구체적 판단방법	결 론
이익형량	가치중립적 판단방식: 명지대교 건설에 따른 사회적 총비용과 총편익 간의 비교형량	사회적 총편익<교통수요 및 도심의 도로현황, 국가기간교통망 계획, 경제상황>과 사회적 총비용<대체노선의 상정가능성, 환경가치의 특수성>을 비교형량한 결과 명지대교 건설의 공익성(작지 않음) 인정, 건설 행위 허용
불가피성 판단방식	가치현신적 판단방식: 명지대교 건설의 예정노선이 습지보호지역을 통과하는 것이 불가피한지	대체노선이 상정가능하고, 그 노선이 계획노선보다 건설비용등의 측면에서 극단적으로 과도하지 않다면 습지보호지역 안에서 명지대교 건설의 불가피성이 인정되지 아니함, 건설 행위 불허



## V. 가치현신적 의사결정방식이 공유수면의 관리에 지니는 함의: 「공유수면관리 및 매립법」 개정 제안

이제 불가피성의 판단방식 등 가치현신적 의사결정방식이 자연자원인 공유수면 관리체계로서의 「공유수면관리 및 매립에 관한 법률」(이하 “공유수면관리법”이라 한다)에 가지는 함의를 살펴보고자 한다.

### 1. 현행 공유수면관리법의 의사결정방식: 가치중립적 방식으로서 이익형량 채택

공유수면의 생태환경적 가치<sup>34)</sup>, 공유수면 매립에 따른 해양환경에의 부정적 영향, 그리고 매립을 둘러싼 지역어민들과 사업시행자 사이의 대립과 갈등 등을 감안한다면 공유수면의 지속적 이용가능성을 비가역적으로 훼손하는 공유수면 매립행위는 금지되어야 한다. 그러나 다른 한편 어항시설 건설 등 일정한 필요에 의하여 공유수면을 매립할 수 밖에 없는 경우도 있을 수 있음을 감안한다면 매립행위를 어느 경우에 어떠한 조건으로 허용할 것인지를 결정하는 합리적 기준이 마련되어야 할 필요가 있다.

현행 법은 이익형량방식에 따라 매립면허 여부를 결정하고 있다. 즉, 국토해양부장관은 매립과 관련한 산업의 발전이나 주변여건의 변화 등으로 필요한 경우 직권으로 또는 요청을 받아 수시로 매립기본계획(매립면허는 매립기본계획에 적합한 범위 안에서 할 수 있다는 점에서 동 계획은 매립면허의 기준점이 된다)을 변경할 수 있고(법 제27조), 토지를 수용·사용할 수 있는 공익사업을 위하여 매립이 필요하다면 또는 매립이익이 매립손실을 현저히 초과하는 경우 매립면허를 할 수 있다(법 제30조). 이처럼 현행 공유수면관리법은 공유수면의 보전에 확고하게 헌신결정(committed) 하지 않고 있는데 이는 공유수면의 보전과 친환경적 매립을 통한 효율적 이용을 입법목적으로 병존시키고 있는데서 가장 분명하게 드러난다.

공유수면의 생태환경적 가치, 어민들의 자립적 생활기반으로서의 가치 등을 비중 있게 고려한다면 공유수면은 가능한 한 보전되어야 하고 따라서 공유수면을 비가역적으로 훼손하는 매립행위는 원칙적으로 금지되어야 한다. 이를 위하여 공유수면 보전에 우선적 가치를 부여하여 매립 허용 여부를 결정하는 가치현신적 의사결정방식을 채택하여야 한다.

<sup>34)</sup> Millennium Ecosystem Assessment, “Ecosystem and Human Well-Being: Wetlands and Water”, 2005, pp.30-38.

## 2. 보전 중심의 공유수면 관리를 위한 가치현신적 의사결정방식: 불가피성 판단방식 제안

현행법상의 공유수면관리 패러다임은 다음과 같이 변경되어야 한다. 우선 공유수면은 지속가능한 이용을 위하여 보전되어야 할 자연자원이므로 공유수면관리법의 목적조항을 통하여 공유수면의 지속가능한 이용을 위한 관리법임을 분명히 하여야 한다. 따라서 ‘친환경적 매립을 통한 효율적 이용’은 더 이상 공유수면관리법의 입법목적이 되어서는 안 된다. 또한 공유수면의 지속적 이용가능성을 비가역적으로 불능화시키는 매립행위는 원칙적으로 금지되어야 하고 다만 매립의 불가피성이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 매립이 허용된다고 하는 매립금지의 원칙이 선언되어야 한다. 마지막으로 매립면허에 관한 의사결정방식과 관련하여 매립면허 기준은 불가피한 매립만을 허용할 수 있도록 재정립되어야 하는데 이와 관련하여서는 앞서 살펴본 미국 환경보호청의 지침에 규정된 의사결정기준을 참고할 수 있다고 본다.<sup>35)</sup>

매립허가기준이 불가피성 판단방식으로 바뀐다면, 매립을 수반하는 개발사업의 성격 및 내용 등에 비추어 개발사업은 공유수면에 의존할 수밖에 없는 사업(가령 어항시설 개발사업)으로, 육지부에 현실적으로 가용한 대안지가 부재하다는 점이 사업을 하고자 하는 자에 의하여 입증되는 경우에 한하여, 최소한의 범위 내에서 매립면허가 이루어질 것이다. 현행 공유수면관리법의 의사결정 패러다임과 앞으로 지향해야 할 의사결정방식의 패러다임 방향성을 비교하면 다음 표와 같다.

<현행 공유수면관리법의 패러다임과 미래지향적 패러다임 간의 비교>

패러다임 평가기준	현행 패러다임: 가치중립적 태도	향후 패러다임: 가치현신적 태도
입법 목적	공유수면의 지속적 이용을 위한 보전과 (환경친화적) 매립을 통한 효율적 이용의 병존	공유수면의 지속가능한 이용을 위한 보전 및 관리
매립기본원칙	일반적 공익을 위하여 필요하다면 매립을 허용(공유수면 보전 가치 우선성 불인정)	중대한 공익을 위하여 매립이 불가피한 경우에 한하여 허용 (공유수면의 보전가치 우선성 인정)
매립면허기준	이익형량 방식	불가피성 판단 방식

35) 앞서 언급한 “수자원 의존성”기준과 “실행가능한 대안”기준은 습지의 순손실을 방지(이른바 No Net Loss 정책)하기 위한 일반적 의사결정기준으로 평가되고 있기 때문이다 (Clare Shine and Cyrille de Klemm, Wetlands, “Water and the Law”, IUCN Environmental Policy and Law Paper No.38, IUCN-The World Conservation Union, 1999, p. 230).

## VI. 결 론

우리 법원은 국가정책적 필요에 따라 대규모의 공공사업이 시행되는 경우 개발과 환경보호 사이의 가치 충돌 문제를 해결하기 위한 균형감 있는 합리적·이성적 접근방식은 개발사업에 소요되는 전체 사회적인 비용과 사업을 통하여 얻을 수 있는 전체 사회적인 편익 내지 국민경제적 가치를 과학적·합리적·이성적으로 평가하는 것이라고 한다. 그러나 자연환경가치의 특수성을 고려한다면 이익형량에 의한 의사결정방식은 환경보호의 맥락에서는 의사결정방식으로서 합리적이지 않다. 따라서 보호가치 있는 환경을 보전하기 위해서는 환경보호에 우선적 가치를 부여하는 대안적 의사결정방법을 탐구할 필요가 있다.

자연공원법이나 습지보전법 등에서 우리 입법자는 불가피성 판단방식을 채용하여 생태축 및 생태통로나 공원자연보존지구, 습지보호지역 등에 간섭을 정당화하는 불가피한 사정의 존재가 행위를 하려고 하는 자에 의하여 입증되지 아니하는 경우 자연환경의 보전이 우선한다. 이러한 점에서 불가피한 판단에 의한 의사결정방식을 일종의 가치헌신적 의사결정방식이라 할 수 있다. 보호가치 있는 자연자원으로서 공유수면의 관리결정에서 이러한 가치헌신적 의사결정방식의 채용은 보전 중심의 공유수면 관리체계를 확립하는 데 크게 기여할 것이다.

투고일자 2012.11.2, 심사일자 2012.11.23, 게재확정일자 2012.11.26

## [참고문헌]

### <국내문헌>

김도균, “법적 이익형량의 구조와 정당화문제”, 법학 제48권, 제2호, 서울대학교, 2007.

\_\_\_\_\_, 『권리의 문법-도덕적 권리·인권·법적 권리』, 박영사, 2008.

김비환, 『자유지상주의자들, 자유주의자들 그리고 민주주의자들-기본권을 통해본 시장과 민주주의』, 성균관대학교출판부, 2006.

한귀현, 『미국환경법의 이론과 실제』, 동남기획, 2001.

Jeffrey M. Gaba, 『환경법』, 김형진 역, 형설출판사, 2005.

### <외국문헌>

Oliver A. Houck, “Hard Choices: The Analysis of Alternatives under Section 404 of The Clean Water Act and Similar Environmental Laws”, *University of Colorado Law Review*, Vol. 60, 1989.

Daniel A. Farber, “Saving Overton Park: A Comment on Environmental Values”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 146, 1998.

Sidney A. Shapiro and Christopher H. Schroeder, “Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation”, *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 32, 2008.

Steven Ferrey, *Environmental Law(fifth ed.)*, Aspen Publishers, 2010.

Clare Shine and Cyrille de Klemm, *Wetlands, Water and the Law*, IUCN *Environmental Policy and Law Paper No.38*, IUCN-The World Conservation Union, 1999.

Daniel A. Farber, *Eco-pragmatism-Making Sensible Environmental Desicions in an Uncertain World*, The University of Chicago Press, 1999.

<Abstract>

**Some Thoughts on Two Methods of Making Environmental Decisions:  
An Implications for Conservation-based Management of Public Waters**

Park, Tae Hyun\*

The Korean courts have hold that it is the way that evaluates the societal costs and benefits from developmental projects in a scientific, rational, and reasonable fashion that could be considered a rational and reasonable approach to resolving a clash between development values and environmental protection values when an public project of grand scale is being performed in need of the national policies. But in light of the distinguishing characteristic of environmental values, in an area of environment significant doubts can be cast on whether balancing approach as a decision-making vehicle is rational or not in that the decision-making determined by a balancing process would *systematically* be liable to lead a decision in favor of developmental values due to the very difficulties of economic valuation of environmental goods and services compared to developmental gains.

Therefore in the context of environmental protection, it is needed to explore the alternative methods of decision-making. Putting it succinctly, it would be necessary for a environment values-devoted method of decision-making to be adopted, in accordance with which some alterations of the environment in a state of nature could be justified on half of developmental projects only if and when deemed to be inevitable, that is to say, there are no alternatives.

The environment values-devoted method of decision-making will implicate the management of natural resources such as public water invaluable in that a balancing-based management paradigm is to be replaced with a conservation-based paradigm that can be characterized by the fact that a thumb in favor of environmental values should be placed on the scale in environmental desicionmakings.

Key words : Environmental Values, Balancing(process), Values-devoted decisionmaking, No-Alternative decisionmaking, Public Waters
--

\* Professor of Law, Kangwon University