

생물 다양성과 법

— 일본에 있어서의 「환경법의 조용한 혁명」의 행방 —*

翻譯: 박 용 숙**

- I. 머리말
- II. 생물 다양성 관리를 둘러싼 「법체계 등」
- III. 생물다양성 기본법의 동력원 —「환경법화」와 지역전략
- IV. 생물다양성 환경소송·생태 리스크 소송의 대두
- V. 맺음말

I. 머리말

일본의 환경법이 「조용한 혁명」 「패러다임(paradigm) 전환」의 초기 단계에 있다는 지적이 일기 시작했다.¹⁾ 그 원동력이 「생물 다양성」이다. 생물 다양성 조약의 비준(1993년) 이후, 일본에서는 관련 신법의 제정이나 기존의 자원 관리 법령의 개

* 본고는, 2012년 9월 17일에, 강원 대학교·아주 대학교 주최의 국제 학술 대회 「각국의 생물 다양성 보호를 위한 법적·정책적 동향과 과제」(장소: 강원대학교(한국, 강원도 춘천시 소재)에서의 보고 내용에 가필한 것이다. 발표의 기회를 주신 박태현 교수님(강원대학교 비교법학 연구소 환경법센터장)과 마츠히사 미요히코(松久三四彦) 교수님(호카이도대학 대학원 법학연구과장)에게 깊은 감사의 말씀을 올린다. 또, 여정 등의 각종 어레인지먼트를 담당해 준 박용숙 연구원(강원대학교 비교법학연구소 전임연구원)에게도 감사의 말씀을 드리고 싶다. 덧붙여 본고는, 2012~2014년도 문부과학성 과학연구비(도전적 새싹 연구) 「생물 다양성 기본법에 근거하는 새로운 지역 자원 관리—「환경법화」와 지역전략의 상승효과(synergy)」(연구 대표자: 오이카와 히로키(及川敬貴))의 연구 성과의 일부이다.

** 강원대학교 비교법학연구소 연구원

1) 줄저 『生物多様性というロジック—環境法の静かな革命』(勁草書房, 2010년)의 부제이기도 하다. 줄저출판 1년 후에 출판된, 北村喜宣 『環境法』 105쪽(弘文堂, 2011년)에서도, 일본에 「환경법의 패러다임전환」으로서, 조화조항의 제거, 환경기본법의 제정, 순환 기본법의 제정과 함께, 생물 다양성 기본법의 제정을 들고 있다.

정이 진행되고, 그 분위기는 2000년대에 들어와도 쇠약해지지 않았다. 2008년에는 생물 다양성 기본법이 제정되어, 「생물의 다양성」 확보가 국가 정책의 기본으로 자리 잡게 되었다.²⁾ CBD/COP10(생물 다양성 조약 제10회 체결국 회의)의 자국 개최에 따라, 생물 다양성 관리를 위한 「법체계 등」의 정비가 급격하게 진행되었다. 한편, 법규범의 정비와 비교하자면 약간 완만한 페이스이지만, 환경 소송의 현장에서도 「지역의 실정」에 맞는 자원 관리나 생태계 서비스의 금전 평가 등의 새로운 관점이 주장·입증의 단서로 작용하고 있다. 「생물 다양성 환경 소송」, 「생태 리스크 소송」³⁾이라는 용어도 등장하게 되었다.⁴⁾

본고에서는, 이러한 「조용한 혁명」, 「패러다임(paradigm) 전환」의 배경·현상에 대해 소개·설명함과 함께, 향후의 제도 전개의 행방에 대해서도 언급하고자 한다. 물론, 지면 관계상, 여기서의 내용은 요약된 것이지만, 보다 자세한 제도 분석에 대해서는 최근의 저저(『생물 다양성이라고 하는 논리—환경법의 조용한 혁명』(勁草書房, 2010년)) 및 줄고(「자연 보호 소송의 동향—생태 리스크의 「법적 관리」의 행방」 환경법정책학회 잡지 제15호 65~83쪽(2012년))에 기술하였으므로, 그 쪽을 참고하길 바란다. 여기에서는, 생물 다양성을 둘러싼 「법체계 등」의 발전 경위와 내용 (II), 생물 다양성 기본법에 준비된 자원 관리의 구조(개발법의 「환경법화」와 생물 다양성 지역 전략)의 활용 가능성 (III), 생물 다양성이나 생태 리스크에 관련된 최근 판례 (IV)에 관하여 개관한 다음, 향후의 과제 등에 대해 살펴보고자 한다 (V).

- 2) 생물 다양성 기본법에 대해서는 많은 소개가 있지만, 가장 최근의 것으로, 畠山武道「生物多様性保護がつくる社会(생물다양성보호가 만드는 사회)」,法律時報83卷1号(법률시보 제 83권 1호)1쪽(2011년)을 제시하고 싶다.
- 3) 생물 다양성 환경 소송이라고 하는 용어는, 그 통용도는 별론으로 하더라도 이미 『われらと生き物の未来II—生物多様性環境訴訟の現状と未来—(우리들과 생물의 미래 II—생물 다양성 환경 소송의 현상과 미래-)』(2010년도 중부 변호사회 연합회 심포지엄 보고서, 2011년)로 사용되고 있다. 이 보고서에서, 생태 리스크 소송이라는 용어는 눈에 띄지 않지만, 본고에서는 자연과학상의 개념인 생태 리스크의 사고를 참고 해 최근 판례의 정리를 시도하고 있으므로, 편의상 그러한 용어를 만들어 보았다.
- 4) 생물 다양성 기본법의 제정까지의 10여 년 동안, 일본에서는 전통적인 자연 보호법(예 : 자연공원법이나 조수(鳥獸)보호관리법)의 개정 강화, 개발 촉진 관련 제법(예 : 하천법이나 해안법)에의 환경보전 규정의 삽입, 유전자 재조합 생물이나 외래 생물 등의 문제에 대응하기 위한 신법 제정(예 : 카르타헤나법이나 외래 생물법) 등이 진행되었다. 이러한 제도적 특징과 등장하는 법체계(등)에 대해서는, 大塚直『環境法(제3판)』517쪽 이하(有斐閣, 2010년)나 줄저·전계주1)을 참조하길 바란다. 선진 제국의 제도 동향에 대해서는, 畠山武道·柿澤宏昭 편저『生物多様性保全と環境政策—先進国の政策と事例に学ぶ—(생물 다양성 보전과 환경 정책—선진국의 정책과 사례에서 배우다—)』(北海道大学出版会, 2006년)에서 상세히 살펴볼 수 있다.

본고와 같은 내용이, 일본어 이외의 언어에 의해 전해졌다고 하는 이야기를(적어도 필자는) 들어 본 적이 없다. 그러므로, 여기서 제공되는 지식과 견문은, 향후 제도 비교를 진행시키는데 있어서의 구체적인 자료의 하나가 될 것이다. 그러한 비교 제도 연구를 통해서 처음으로, 상기의 「조용한 혁명」, 「패러다임(paradigm) 전환」이 세계적인 관점으로 살펴보았을 때, 선진성이나 획기성을 갖춘 것일지 어떨지를 검증할 수 있게 될 것이다. 구체적으로는, 한국·인도·코스타리카 등의 생물 다양성 관리법의 비교 분석을 한국이나 일본 등의 환경법연구자들이 함께 진행시켜 나가는 것을 염두에 두고자 한다.

II. 생물 다양성 관리를 둘러싼 「법체계 등」

1980년대까지의 일본 환경법에서는, 공해 대책 기본법 아래에 자연 보호 관련 법률이 매달린 변형된 구조였다. 그러나 1990년대에 들어와 변화되고 2000년대를 거쳐 「법체계 등」이 점차 그 모습을 나타내기 시작했던 것이다. 이러한 변화를 지지했던 것이, 조약 등의 국제 제도에 반영된 「생물 다양성이라는 논리」였다.

1. 생물 다양성이라는 논리(logic)

생물 다양성에 관한 국제 제도의 선구자는 1993년에 발효된 생물 다양성 조약(Convention of Biological Diversity)이다. 구체적으로 조문을 인용하여 이 조약에 담긴 논리(기본적인 생각)를 생각해 보고자 한다.⁵⁾

논리①: 생물 다양성 조약은, 보전과 이용이라고 하는 2개의 목적을 나열한다(제1조). 이것에 의해, 생물 다양성은 보전과 이용의 「관계」를 확보하는 계기가 된다. 즉, 생물 다양성은, 자연 자원의 보전을 바라는 측과 이용을 바라는 측의 쌍방이 지속 가능한 발전을 향해, 대화를 진행시키기 위한 개념적인 플랫폼(사회적 공통 기반)이 될 수 있다.

논리②: 한편, 이 조약의 발효에 의해 생물종과 그 유전자는, 「지구상에 사는 만민의 공유물」이라고 하는 것보다는 오히려, 지역의(경제적인) 자원으로서 파악할

5) 자연 자원 관리에 있어서의 구형의 논리로부터 새로운 논리에의 전환에 대해서는, 줄저·전계주 1) 제1장 제2절(17쪽 이하)에서 검토하고 있다.

수 있게 되었다. 생물 다양성 조약의 목적은, 보전과 이용만이 아니다. 유전자원의 이용에서 발생하는 이익의 공정하고 형평성 있는 분배의 실현도 목적(의 하나)으로 규정하고 있다(제1조). 그리고 체결국이 자국의 천연자원에 대해서 주권적 권리를 가지는 것과, 법적 대응의 baseline이 각국의 국내법인 것이 인정되었다(제15조).

생물 다양성 조약의 체결국은 계속 증가하여, 현재 세계의 200여 나라들이 그 체결국이다. 이 점을 감안한다면, 이러한 ①②의 논리가 「생물자원 관리의 글로벌·스탠다드」로서의 지위를 얻기에 이르렀다고 평가할 수 있을 것이다.

이 조약이 등장하기 이전의 자원 관리 논리는 「생물자원은 지구상의 모두의 공유물이다」는 것이었다. 이 논리 아래에서, 생물자원은 국경을 넘어 보전되는 일도 있었지만(예 : 국제 습지 조약(Ramsar Convention)이나 워싱턴 조약), 똑같이 국경을 넘어 수탈 되고 있었던 것이다(예 : 선진국 기업이 개발도상국으로부터 생물자원을 가져와, 그것을 이용해 큰 이익을 향수하는 한편으로, 해당 개발도상국에는 해당 이익이 환원되지 않는 상황. Biopiracy(생물 자원 수탈)라고 하는 용어로 설명되어지는 경우도 많다).

생물 다양성 조약의 발효는(1993년) 자원 관리 논리의 역사적인 전환점이라고 생각된다. 이하에서 소개하는, 일본에서의 법령이나 소송과 관련되는 수많은 변화도 위의 논리①②에 대응하는 것으로 이해하는 것이 합리적일 것이다.

2. 개별법으로부터 시작된 변용

생물 다양성 조약을 비준한 이후, 일본의 자연 자원 이용 관련 법제의 변화는 눈부시다. 격변이라고 하는 표현이 적절해 보인다. 이러한 변용은 개별의 여러 법령의 제정·개정에서 시작 하였다.

(1) 보전과 이용의 「관계」

자연 자원 보전에 관한 법률에 대해서는, 「이용」의 관점으로부터의 개혁이 진행되고 있다.⁶⁾ 위의 [그림1]의 우측 상부에 위치하는 법령군에 대한 변용이다. 생물 다양성 조약에 있어서의 논리①에 대응하는 것이라고 할 수 있다.

6) 여기서의 기술은, 줄저·전계주 1) 43쪽 이하에 의거한다. 그 외의 법령의 변화에 대해서도 같은 곳에서 검토하고 있다.

예를 들어, 자연공원법에서는 국립공원이라고 하는 구역을 지정해 그 구역 내에서 일정한 행위 규제를 할 수 있지만, 동법의 2002년 개정으로 설치된 이용 조정 지구(제23조 이하)는, 출입 규제 지구 등과 달리, 「질서 있는 이용에 의해 자연 본래의 장점을 즐기는」 것을 목표로 한 구조이다. 이에 따라, 출입허가증 교부를 받은 사람만의 출입이 가능해지고, 그 교부·재교부에는 수수료 징수도 가능하게 되었다. 이 구조는, 종래 일본인의 「자연의 풍경은 무료(공짜)로 언제나 즐기고 싶을 때에 이용할 수 있다」라고 하는 발상을 전환하는 계기가 될지도 모른다.

2006년에 처음으로, 이용 조정 지구는 요시노쿠마노(吉野熊野) 국립공원의 오-다이가하라니시(大台ヶ原西)쪽의 구역으로 설정되었다(西大台利用調整地区). 하루 출입 인원수는 통상기(평일 30명, 토·일요일·휴일 50명), 여름 방학(휴가)이나 단풍 시즌 등의 이용 집중기(평일 50명, 토·일요일·휴일 100명), 그리고 한개 단체 최대10명으로 한정되어 있다. 또, 출입할 때에는 1명당 1000엔의 수수료를 징수하고, 출입허가증의 교부 후에 [이용조정지구] 이용전 강의(lecture)를 수강할 것이 요구된다.

이러한 「이용」의 관점으로부터의 개정이 다양한 법률로 나타나게 되었지만, 향후 생물 다양성의 가치를 금전적으로 평가하여, 그것을 시장에서 거래한다고 하는 구조가 도입될지도 모른다. 해외에서는 벌써, 미국의 습지 बैं킹, 오스트레일리아의 생물 다양성 बैं킹이라고 하는 제도가 시작되고 있다.⁷⁾ 이러한 제도에서는, 생물종과 그 유전자가 「지역의 (경제적) 자원이다」라고 하는 생물 다양성 조약에 있어서의 논리^②가 가장 눈에 띈 것이다.

(2) 개발법의 「환경법화」

개발 촉진·산업 보호를 목적으로 하고 있던 많은 법에 대해서는 이용 편중에서 「보전」도 생각하는 자원 관리의 움직임이 보여 진다. 환경보호나 생태계 보전 관련 규정이 더해지거나 그러한 법률 그 자체가 신법이 되어 다시 태어나거나 한다.⁸⁾ 줄져 『생물 다양성이라고 하는 논리』에서는, 「제법의 환경법화」로서 파악했다

7) 습지 बैं킹과 생물 다양성 बैं킹에 대해서는, 舛田陽介·及川敬貴 『米国の湿地バンキングにみる生物多様性市場の現状と課題(미국의 습지 बैं킹에서 보는 생물 다양성 시장의 현상과 과제)』 Law & Technology 50호 8~9쪽(2011년) 및 동 『オーストラリアの生物多様性バンキング— No Net Loss から Net Gain へ(오스트레일리아의 생물 다양성 बैं킹— No Net Loss로부터 Net Gain에)』 Law & Technology 51호 24~25쪽(2011년)에서 간단하게 설명하고 있다.

8) 여기서의 기술은, 줄져·전계주1) 60쪽 이하에 의거한다.

<표 1>. 뒤의 [그림 1]의 우측 가운데 부분에 위치하는 범령군([그림 1]에서는 「제법」이라고 표기한)에 대한 변용이다. 생물 다양성 조약에 있어서의 논리①(보전과 이용의 「관계」)에 대응하는 것이라고 할 수 있다.

<표 1> 제법의 환경법화(의 일례)

| | | |
|-------|-----------------|--|
| 1997년 | 하천법 개정 | 치수와 수리에 추가하여, 하천 환경의 보전을 법률의 목적으로 명기(제1조). 수림대를 하천 관리 시설로서 특정(제3조 2항) |
| 1999년 | 해안법 개정 | 국토 보전이나 재해 방지에 추가하여, 「해안 환경의 정비와 보전」이나 「공중의 해안의 적절한 이용」을 법률의 목적으로 명기(제1조) |
| 1999년 | 식료·농업·농촌 기본법 제정 | 농업 기본법을 개정해, 「자연 환경의 보전」을 포함한 농지의 다면적 기능의 증진을 정책 과제로 내건다(제3조) |
| 2001년 | 삼림·임업 기본법 개정 | 삼림이 가지는 다면적 기능으로서 「자연 환경의 보전」이나 「지구 온난화의 방지」를 명기(제2조 1항) |
| 2001년 | 수산 기본법 제정 | 수산 어업 관계의 법률로서 처음으로, 「수산자원이 생태계의 구성요소」(제2조 2항)라고 법률에 명기 |
| 2001년 | 토지 개량법 개정 | 목적 및 원칙의 부분에 「환경과의 조화를 생각하면서」라는 문언을 추가(제1조 2항). 시행령에서도 「환경과 조화를 생각함」을 사업의 시행에 관한 기본적 요건으로서 추가(제2조 6호) |
| 2004년 | 삼림법 개정 | 삼림의 환경보전 기능의 관점으로부터, 간벌을 요하는 삼림(숙아베기(간벌,間伐) 또는 보육이 적정하게 실시되어 있지 않은 삼림에서, 이것들을 시급하게 실시할 필요가 있는 것)을 강제적으로 관리하는 구조(사업의 권고나 임목의 소유권 이전 등에 대해 협의해야 할 취지의 권고)의 도입(제10조의 10 및 11) |
| 2004년 | 문화재 보호법 개정 | 里山(사도야마)*를 포함한 문화적 경관이 새롭게 보호 대상으로 자리매김(제134조 이하) |

<출전> 줄저 『생물 다양성이라고 하는 논리-환경법의 조용한 혁명』 64쪽(勤草書房, 2010년)

이러한 「제법의 환경법화」가 정책론이나 소송에도 영향을 미치고 있다. 전자의 구체적인 예가 「초록의 댐」론이다. 1997년 개정에 의해 「환경법화」된 하천법(<표 1> 참조) 아래에서는, 삼림에 홍수 조절 기능이 인정 되는가 그렇지 않은가라고 하는 「초록의 댐」론이 국가의 심의회 등에서 정면으로 논의되게 되었다. 1997년의 개정 하천법이 치수·수리와 함께 환경보전을 법목적으로 추가하고, 더욱이 삼림에 하천 관리 시설로서의 기능을 인정할 수 있다고 규정했기 때문이다.

* (번역자 주) 군락 또는 마을에 인접하여 사람의 영향을 받은 생태계가 존재하는 산을 말한다.

덧붙여 <표 1>에서 보여지는 것처럼, 「환경법화 된 제법」은 적지 않지만, 그것들 모두 새로운 정책론을 드러내고 있는지 어떨지, 또한 「환경법화 된 제법」이 사실은 개발 촉진을 위한 「트로이 목마」로 되지는 않은가 등에 대해서는, 향후 검증 작업이 필요하다.⁹⁾

(3) 신법의 제정

상기 ①②는 「사람의 손에 의한 개발 행위」를 생물 다양성의 관점에서 어떻게 관리하는가에 초점을 맞추고 있다. 이에 대해, 2000년대에 들어오고 나서는 과학기술의 발전이나 글로벌화의 진전에 따라 현저하게 드러난 문제(예 : 유전자 재조합 생물이나 침략적 외래종의 리스크)에의 법적인 대응을 피하기 위한 제도의 정비가 진행되었다. 외래 생물법이나 자연 재생 추진법 등은, 이러한 문제에 대해서 새로운 문제의식(예 : 과학적 불확실성이나 부의 비축(stock))이나 방법(예 : 리스크 평가나 자주적 방법)에의 대응을 규정하고 있다. 뒤의 [그림 1]의 우측 하단에 위치하는 법령군에 대한 변용이다.

3. 생물 다양성 기본법 아래에서의 「법체계 등」

1993년부터 2000년대 중반까지, 상기와 같이 다양한 변용이 생겼지만, 그것들은 모두 자연 자원 관리에 관한 개별법 레벨에 지나지 않았다. 「생물 다양성과 법」이라고 하는 측면으로부터 전체를 종합 해, 이념이나 기본 원칙을 나타내는 것과 동시에, 개별법전체를 관철하는 것 같은 법적 장치를 정하는 것 같은 법규범이 존재하지 않았던 것이다. 유사한 기능을 하는 것으로서 1995년 이래, 생물 다양성 국가 전략이 책정되고 있었지만, 이것은 국내법상의 근거를 가지는 것은 아니고, 각 부처가 하고 싶은 것·지금까지 해온 것의 오합지졸적인 색조가 진했다. 이러한 가운데 2008년에 제정된 것이 생물 다양성 기본법이다.

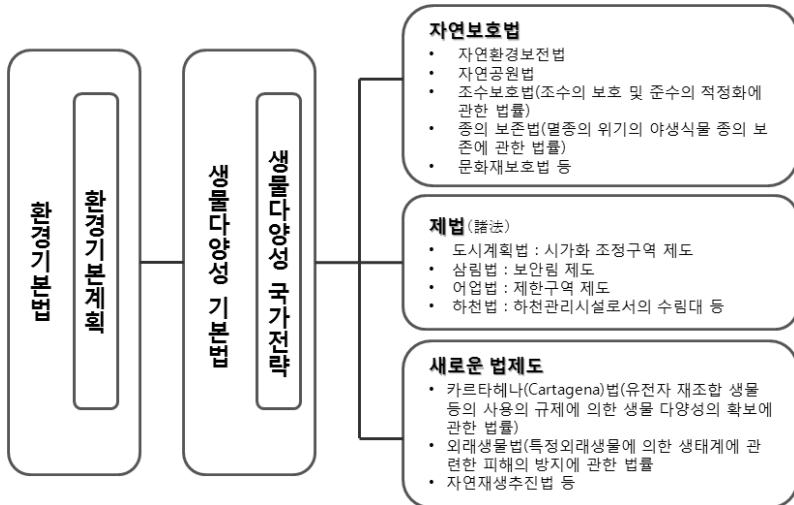
이 법률은 개인에 대한 일정한 행위의 의무 부여나 그것의 위반에 대한 벌칙 등을 정하는 것 같은 이른바 규제법은 아니다. 이념이나 기본 원칙 거기에 행정상의 계획적 관리 수법 등이 쓰여진 이른바 기본법(Basic Act)이다. 여기에는, 「생물 다

9) 일본에서의 「제법의 환경법화」와 그 법정정책적 의의에 대해서는, 유엔대학 고등연구소가 진행한 里山·里海 서브 글로벌 평가의 보고서 검토회의에서도 언급했는데, 해외의 참가자로부터 매우 흥미로운 현상이며, 다른 나라들에서도 같은 트렌드 및 법정정책적 의의가 있는지 고찰 해 주었으면 한다는 코멘트를 받았다.

양성의 혜택을 장래에 걸쳐서 향수할 수 있다 ... 사회의 실현」이라고 하는 이념(제1조), 「예방적인 대전 방법」과 「순응적인 대전 방법」에 따르는 대응이라고 하는 기본 원칙(제3조), 생물 다양성 국가 전략과 생물 다양성 지역 전략이라고 하는 행정상의 관리 방법의 채용(제11~제13조) 등이 규율되어 졌다.

이러한 내용은 주로 생물 다양성 조약 논리①(보전과 이용의 「관계」)에 대응한 것처럼 보이지만, 생물 다양성 「지역」 전략을 법정 전략으로 한 점 등에는 동 조약의 논리②(생물종과 그 유전자가 지역의 자원인 것)의 취지가 반영되고 있다고 해석할 수도 있을 것이다.

[그림 1] 생물 다양성 관리의 「법체계 등」



<출전> 줄져 『생물 다양성이라고 하는 논리—환경법의 조용한 혁명』40쪽 (勤草書房, 2010년)

개략 이상과 같은 경위로, CBD/COP10(생물 다양성 조약 제10회 체결국 회의)가 개최되기 직전에, 일본에서의 생물 다양성 관리를 위한 「법체계 등」은 그 모습을 나타낸 것이다.

Ⅲ. 생물다양성 기본법의 동력원—「환경법화」와 지역전략

생물다양성기본법의 제정을 정점으로 하는 일련의 제도발전이, 환경법의 「조용

한 혁명」 「패러다임 전환」을 촉진한다고 평가되고 있는 것은 앞에서 지적하였다. 그렇다면, 어떤 조직이 어떠한 의미로 「조용한 혁명」 「패러다임 전환」을 촉진하는 것일까? 생물다양성기본법의 전면시행이 그다지 시간이 경과하지 않았기 때문에 그 본격적인 평가는 시기상조라고 생각되나, 일본 법학연구자 및 실무가의 주목을 모으고 있는 두 개의 법적인 조직에 대해서 소개하고, 약간의 고찰을 더해보도록 하자.

1. 개발법의 「환경법화」의 의무부여(부칙 제2조)

이미 서술한대로 1990년대 후반에 들어와, 일본에서는 하천법이나 삼림법 등의 개발법이 「환경법화」되는 현상이 시작되고 있다. 상술한 <표 1>을 참조하길 바란다. 이것을 수용하여, 여러 가지 정책상의 변화가 일어난다고 생각할 수 있으나, 생물다양성 기본법이 제정되기까지 「환경법화」는 「현상」이었을 뿐이라는 것에 주목해야 한다. 확실히, 개발법의 「환경법화」는 진행되었으나, 그것은 입법상·행정상의 의무가 아니기 때문에 「환경법화」를 생각하지 않는 구태의연한 개발법이 존재해도 그것은 그것대로 (법적으로는) 문제가 없었다. 이 상황을 변화시킬 가능성이 있는 것은 생물다양성기본법의 다음 규정이다.

동법에는,

「정부는 이 법률의 목적을 달성하기 위해, 야생생물 종의 보존, 낮은 산, 농지, 습원, 갯벌, 하천, 호수 등의 자연환경의 보전 및 재생 그 이외 생물의 다양성 보전에 관한 법률시행 상태에 대해 검토 후, 그 결과에 기초해서 필요한 조치를 강구 한다」

라는 규정이 마련되었다(부칙 제2조).

이에 따라, 개발법의 「환경법화」는 공공정책 상 하나의 현상을 넘어, 정부가 달성해야 할 책무가 되었다고 할 수 있을 것이다. 이후, 생물 다양성의 보전에 관계되는 모든 법률이, 이 규정에 따른 검토의 대상이 되고, 결과에 따라서는 법 개정까지도 고려되기 시작했다. 여기서 개발법의 「환경법화」는 공공정책 상의 하나의 「현상」을 넘어서, 법률에 근거한 입법적·행정적인 의무의 일부가 되었다. 공유수면매립법이나 자갈채취법 등은 최초 타겟이 될 것이다.

2. 생물다양성 지역전략의 책정노력의무화 (제13조)

국가적 차원에서는 1995년 이래, 「생물다양성 국가전략」이 책정되었으나, 생물다양성 기본법의 제정에 의해, 지역적 차원에서도 「생물다양성 지역전략」을 책정하는 것이 의무화 되었다.¹⁰⁾ 변화의 속도가 빠르고, 玉石混淆(옥석혼효)^{**}의 정보가 넘치는 가운데, 장래 시나리오를 그리는 일의 중요성이 높아지고 있다. 시나리오라는 것은, 장래 일어날 가능성이 있는 사태에 대해서, 과학적인 측면·가치나 경제시스템·사회구조·정책 및 여러 가지 확실성과 불확실성을 고려하면서 작성한 「대본」이다.¹¹⁾

생물다양성 지역전략은 당해 지역의 자원관리 시나리오의 역할에 충실할 것이 기대된다. 일본 지역사회의 장래를 생각할 경우, 저출생 고령사회의 영향(예: 里山(사토야마) 등의 「손질」(예: 잡초 제거) 부족)이 지역마다 다르고, 각종 자원이 편재되는 것에서도, 자원관리 시나리오는 일본전국이 동일하다고 할 수 없다. 또, 지방분권의 진전에 의해서 제정법상의 자원 관리 관련 권한의 대부분이 앞으로 점점 더 지방자치단체로 이양되는 것도 합리적으로 예측가능하다.

이에 입각하면, 자원관리에 관한 지역 수만권의 시나리오가 만들어져야 하는 시대가 도래하는 것이다. 이러한 의미에서 지역전략이 법률에 책정근거를 가지는 행정계획으로 인정된 의의는 적지 않다(생물다양성 기본법 제13조). 시나리오라고 해도 연극의 시나리오나 법률에 근거하지 않는 정책문서까지 여러 가지이지만, 법률을 근거로 해서 쓰이는 시나리오(=생물다양성 지역전략이라는 법정전략)는, 지역 의사결정(예: 예산의 배분이나 새로운 정책적 조치 제안)으로 매우 큰 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 법률은 국가권력의 최고기관인 국회의 의결을 거쳐 만들어진 료(규범)이고, 이것에 근거하는 시나리오(=생물 다양성 지역전략)에 따라 지역 자원 관리 내용물을 디자인·실행해가는 것은, 간접적이지만 일본국민의 의사를 구현하는 일이 될 것이다.

10) 여기서의 기술은, 줄저·전계주1) 134쪽 이하에 의거한다.

** (번역자 주) 옥석혼효(玉石混淆) : 질 좋은 것과 나쁜 것이 뒤섞여 있음.

11) 浦野紘平·松田裕之『生態環境リスクマネジメントの基礎—生態系をなぜ、どうやって守るのか—(생태 환경 위기관리의 기초—생태계를 왜, 어떻게 지켜야 하는가—)』(오ーム社, 2007년) 186쪽 참조.

IV. 생물다양성 환경소송·생태 리스크 소송의 대두

생물다양성관리를 위한 「법체계 등」이 모습을 드러내기 시작하고, 생물 다양성 기본법의 제정(2008년)에 의해 「생물다양성의 확보」가 국가정책의 기본으로 자리 잡은 반면, 생물다양성 관련 소송에 대해서는, 「법원이 실제 판결을 행한 사안은 많지 않다. 하물며 … 인용판결이 내려진 예는 극히 드물다. 원고적격이 없는 것 등을 이유로 청구가 각하되는 일이 많다 …」고 평가되었다.¹²⁾

그러나 최근 일본에서는 자연과학의 분야에 있어, 복잡성·가변성·불확실성이라는 생태계의 특징을 근거로 한 리스크 관리(이른바, 생태 리스크 관리)¹³⁾의 사고방식이 발전을 보이며, 그것이 구체적으로 판례에서 주장, 입증의 내용에서도 직접·간접적으로 반영되고 있는 것으로 보인다. 이러한 인식 하에서, 2004년 이후의 판례를 정리하고, 「생물다양성 환경소송」또는 「생태 리스크 소송」의 싹으로 파악될 것 같은 동향을 정리한 것이, 줄고 「자연보호소송의 동향—생태 리스크의 「법적 관리」의 행방」이다.¹⁴⁾ 이하 기술의 대부분은 줄고에 근거한다.

1. 복잡성에 대한 법적대응

복잡성이라는 개념 그 자체에 대해서는 자연과학상의 정해진 의미가 있는 것은 아니지만, 예를 들어, 「다수의 요소가 강하게(「강하다」는 것은 「비선형으로」를 의미한다) 상호작용하는 것으로 생겨나는 요소전체로서의 다양한 현상」을 의미한다고 설명된다.¹⁵⁾ 생태계에 대해서는, 「생물과 물질에서 생기는 다수의 요소 간에 비

12) 大久保規子「生物多様性の保全をめぐる訴訟(생물 다양성의 보전을 둘러싼 소송)」環境法政策学会編(환경법정책학회 편)『生物多様性の保護—環境法と生物多様性の回廊を探る(생물 다양성의 보호—환경법과 생물 다양성의 회랑을 찾는다)』125쪽 (商事法務, 2009년) 참조.

13) 자연과학상의, 게다가 감정적인 개념 설정에 지나지 않고, 법적인 개념으로서 정립되고 있는 것은 아니지만, 「생태 리스크」란 생태계 시스템 전체의 큰 상태 변화가 일어날 가능성이 높음을 의미하고, 「생태 리스크 관리」란 복잡성, 가변성, 불확실성이라고 하는 생태계의 특징을 근거로 한, 환경 부하의 삭감과 그 임계점의 이동을 의미하는 것이다. 浦野・松田, 전계주11) 159~160쪽 참조.

14) 이런 검토를 위한 baseline을 제공하고 있는 것이, 畠山武道「生物多様性保護と法理論—課題と展望—(생물 다양성 보호와 법리론—과제와 전망—)」環境法政策学会編『生物多様性の保護—環境法と生物多様性の回廊を探る(생물 다양성의 보호—환경법과 생물 다양성의 회랑을 찾는다)』1쪽 이하 (商事法務, 2009년) 이다.

15) 兩宮隆「複雑系の科学がとらえた生態環境問題(복잡계의 과학이 파악한 생태 환경 문제)」

선형적인 생물학적 상호작용이 있고, 시스템으로서 기능을 발현하고 있기」 때문에, 이런 복잡성이 그 특징의 하나가 된다.¹⁶⁾ 이러한 지견에 비춰보면, 근거조문으로 형식적인 적합성에서 즉시, 생태 리스크를 높이는 행위(예: 개발행위)에 관한 공법적인 관리(인허가처분)의 합리성을 추인하는 것은 어렵다. 근거조문에는 고려해야 할 사항이 (당해 생태계의 복잡성 관점에서 보면) 충분히 표현되고 있다고는 할 수 없기 때문이다. 이점에 관해서, 최근 판례에서는 ① 환경영향평가법이나 ② 「환경법화」된 제법(예: 1999년에 개정된 해안법)의 적용·해석의 역할이 문제시 되고 있다.¹⁷⁾

(1) 환경영향평가법

환경기본법 중, 「국가는 환경에 영향을 미친다고 인정되는 시책을 책정하고, 또 실시함에 있어 환경보전에 대해서 고려해야한다」는 조문(제19조)은, 근거조문으로 형식적인 적합성만을 가지고, 개발행위 등에 관한 인허가처분의 합리성이 확보되는 것은 아니라는 것을 나타내고 있다. 이른바 환경고려(배려) 의무규정이다. 이 규정의 법적의미를 해명하는 작업이 적극적으로 행해지고 있으나¹⁸⁾, 대부분의 판례에서는 앞의 규정을 더 구체화 한, 환경영향평가법상의 규정인 환경보전으로의 「적정한 고려(배려)」(제1조)의 역할이 대항되고 있다.¹⁹⁾

일본에서는, 환경영향평가법에 따라 중대한 환경영향이 수반되는 개발행위에 대해서, 근거법규가 예상하지 못한 다양한 요소를 고려한 의사결정을 행하는 조직(환

科学76卷10号1047頁 (2006년) .

16) 浦野·松田·전계주11) 158쪽 참조.

17) 이 관점에서 다수의 판례를 종합적으로 분석하여, 체계적인 정리를 시도한 것으로, 山村恒年 『行政法と合理的行政過程論(행정법과 합리적 행정 과정론)』(慈学社, 2006년)이 있다.

18) 이 점에 관해서, 北村喜宣 『行政の環境配慮義務と要件事実(행정의 환경 배려 의무와 요건 사실)』, 伊藤滋夫編 『環境法の要件事実(행정법의 요건사실)』, 91쪽 이하(日本評論社, 2009년)에서 면밀한 검토를 하고 있다.

19) 일본의 환경영향평가법(1997년 제정)은, 2011년에 개정되어, 대상사업의 확대(교부금 사업의 추가)나 어세스먼트 절차의 앞당김 등이 진행되었다. 2011년 개정에 대해서는, 浅野直人 『環境影響評価法の改正と今後の課題(환경 영향 평가법의 개정과 향후의 과제)』, 환경법정책학회편 『환경 영향 평가』(商事法務, 2011년) 3쪽 이하, 大久保規子 『環境影響評価法環境影響評価法の2011年改正について(환경영향평가법 환경영향평가법의 2011년 개정에 대하여)』, 류리스트 1430호 30쪽 이하(2011년), 大塚直 『環境影響評価法の改正と残された課題(환경 영향 평가법의 개정과 남겨진 과제)』, Law & Technology 52호 4쪽 이하(2011년) 등이 있다.

경 평가)을 채용하고 있다. 환경평가에 대해서는, 평가항목의 선정이나 기재가 적절하게 행해진다면, 복잡성의 대해 효과적인 대응이 될 수 있으나, 많은 판례에서 지적되고 있는 것은, 두찬(杜撰:건거나 출처가 확실하지 못한 저술)이다. 단지, 법정절차의 무지나 의도적인 회피, 법령 등이 정하는 평가항목의 기재결여라는 중대한 위반이 인정되는 경우를 제외하고, 환경영향평가법상의 위법이 인정되는 일은 적다(예: 那覇地判平成21年2月24日(나하 지방법원 2009년 2월 24일) · 판례집 미탑재(신 이시가키공항소송)).

생태계의 복잡성을 염두에 둔다면, 개발행위의 내용이나 진행방법이 신청된 그 하나에 한정될 수 있는 것은 아닐 것이다. 많은 나라의 환경평가제도의 기준이 된, 미합중국의 NEPA(국가환경정책법)에서는 개발행위에 관한 대체안의 비교검토는, 환경영향 「평가서의 핵심」이라고 한다.²⁰⁾ 이에 대해, 일본 환경영향평가법에서는, 대체안의 비교검토에 대해서 명확한 의무부여를 하지 않는다.²¹⁾

대체안의 검토 필요성에 대해서는 개별법의 해석을 둘러싼 논쟁이 있다. 권양도 아키루노IC소송 1심판결(圏央道あきる野IC訴訟一審判決) (東京地判平成16年4月22日 · 訟月51卷3号593頁)은, 토지수용법 제20조 제3호의 심사에 관해, 법령상 근거가 적절치 않아 대체안의 검토가 필요하다고 서술했다. 이 견해는 항소심판결(東京高判平成18年2月23日 · 訟月54卷5号1013頁)에서 부정되고 있다.

(2) 개발법의 「환경법화」

개발행위의 근거법규 그 자체가, 다양한 요소의 비교검토를 요하는 구조로 되어 있다면, 그것도 또 복잡성에 대한 합리적인 대응의 하나라고 할 수 있을 것이다. 이에 관해, 이미 서술한대로, 1990년대 중반 이후의 일본에서는 개발촉진·산업보호를 목적으로 하고 있던 여러 법에 환경보호나 생태계 보전관련 규정이 더해지거나, 그 법률 자체가 신법이 되거나 하였다<표 1>.²²⁾

이러한 「환경법화」와 관련하여, 최근 다음과 같은 판례 등이 나타나기 시작했다.

最二判平成19年12月7日(民集 61권 9호 3290쪽)은, 「환경법화」된 해안법 아래의

20) 大塚·전계주4) 268쪽 참조.

21) 위와 동일.

22) 같은 현상에 대해, 北村喜宣 교수의 「グリーン化(그린화)」(北村·전계주 1) 25쪽 및 527쪽)나 交告尚史 교수의 「環境法家族論(환경법가족론)」(동 「国内環境法研究者の視点から(국내 환경법연구자의 시점으로부터)」 환경법정책학회편 「生物多様性の保護—環境法と生物多様性の回廊を探る(생물 다양성의 보호—환경법과 생물 다양성의 회랑에서 찾는다)」 42쪽 이하(商事法務, 2009년) 등의 고찰·논의가 있다.

해안 점용의 허락여부 판단(해안법 제37조의 4)이 논쟁되었다. 이 판결의 입장에 대해, 최고재판소는, 「당해 지역의 자연적 또는 사회적인 조건, 해안환경, 해안이용의 상황 등 제반의 사정을 충분히 감안하고, 행정재산의 관리측면에서만 아니라, 동법 [1999년에 개정된 해안법]의 목적 하에서 지역 실정에 입각하여 그 허락여부를 판단해야 한다.」([안 및 밑줄은 필자에 의한다.)고 서술했다.

지역특성에 입각한 개발행위 규제 of 합리성에 대해서는, 「환경법화」되지 않은 개발법규의 해석에 있어 견해의 차이를 보인다. 구체적으로는, 채석법 관련 사안에 있어 高知地判平成14年12月3日(判タ1212号108頁)은, 자방자치단체가 채석법 및 삼림법의 인·허가기준을 해석함에 있어, 「지역 특성에 따른」 대응으로 법률 조문에 열거되지 않은 사정(예: 환경이나 경관)을 고려하는 것도 가능하다고 해석할 여지가 없는 것은 아니라고 서술했다. 한편, 公調委裁定平成19年5月8日(判タ1244号335頁)은, 채석법의 채취 인가기준으로 신청 대상지의 자연환경과 지역의 특성을 중시해야하는 것을 이해할 수 없다고 했다.

이 점에 관해서, 상기 최고재판소 판결은, 보전목적을 갖춘 자원관리법 하에서 「지역실정에 입각해서」 개발행위를 통제하는 것의 합리성을 인정했다. 「환경법화」된 제법 하의 생태 리스크의 법적 관리의 역할을 최고재판소가 언급한 것으로서 주목된다.

2. 가변성에 대한 법적대응

생태계는 비정상적이기 때문에, 생태계 시스템 전체에 큰 상태변화가 급격하게 일어날 가능성은 당해 시스템에 내재되어 있다. 현행법에 있어서도, 이것을 전제로 불가역적인 변화의 회피를 염두에 두고 있다.²³⁾ 예를 들면, 생물다양성 기본법은 「한번 손상된 생물 다양성을 재생하는 것이 곤란하다」는 규정을 둔다(제3조 제2항). 다만, 이러한 규정은 어느 정도의 인식을 나타내는 것이며, 사법판단의 구체적 기준으로 쓰이는 일은 거의 없을 것이다. 또, 이미 소개한 것과 같이, 많은 판례에 있어 (불가역적이라고도 할 수 있는) 생태계의 변화회피에 의해 얻을 수 있는 이익은, 원고적격·당사자적격을 기초지우는 것으로 간주되지 않는다(예: 앞서 기술한 横浜地判平成23年3月31日(요코하마 지방법원 2011년 3월 31일)·판례집 미탑재).

23) 浦野·松田·전계주11) 158쪽 이하 참조.

한편, 생태계에 대한 인간 측면에서의 움직임 그 자체에 관한 「변화」는, 법적 관리의 대상으로 된 것이다. 구체적으로 개발계획이나 zoning*** 등의 「재검토」이다. 이러한 「재검토」를 어떻게 관리 할 것인가가 최근 판례에서도 논의되고 있다.

(1) 사업계획의 재검토

주민소송인 아와세갯벌사건(泡瀬干潟事件)에서는, 이른바 경제합리성원칙(지방 공공단체의 사무처리에 대해서 「최소 경비로 최대의 효과를 올리」는 것으로 한다고 정한 지방자치법 제2조 제14항과 지방재정법 제4조 제1항 등)에 기초하여, 매립사업 등에 관한 재무회계행위의 위법성을 도출하여, 당해 행위의 일부에 대한 금지가 인정되었다(那覇地判平成20年11月19日(나하 지방법원 2008년 11월 19일)·判例自治328号43頁, 福岡高裁那覇支判平成21年10月15日(후쿠오카 고등법원 나하지판 2009년 10월 15일)·判時2066号3頁). 합리적인 이유 없이 부당하게 거액을 지출하는 등, 집행기관이 그 재량권을 이탈하고, 또는 이것을 남용했다고 인정되는 경우에는, 상기원칙에 비추어 재무회계행위가 위법이 된(예: 東京高判平成19年8月30日(동경고등법원 2007년 8월 30일)·판례집 미탑재)때, 이 사건에서는 지방자치단체의 장(나하시장)에 의해 「재검토」가 선언된 매립사업계획에 경제적 합리성이 인정되는가가 문제시 되었던 것이다.²⁴⁾ 법원은 당해 재검토가 「전면적인」 또 「근본적인」 것이었던 점을 인정한 후, 당해매립사업계획에 대해 이러한 「전면적인」 또 「근본적인」 재검토의 관점에서 경제적 합리성의 유무가 조사·검토되지 않는 것 등을 지적하고, 당해계획에는 법률에서 요구되는 매립면허 등의 변경허가(공유수면매립법 제13조의2)를 받을 수 있는 예측(경제적 합리성의 유무)이 없다는 판단을 내렸다.²⁵⁾

*** (번역자 주) 도시 계획 등에서 특정 지역의 이용법을 정하는 일. 지역 설정 계획.

24) 자연 보호 관계의 판례에서는, 최근에도 임야 개발(福島地判平成14年5月14日·판례집미탑재), 댐 개발(名古屋地判平成22年6月30日·판례집미탑재), 공유 수면 매립(那覇地判平成20年11月19日·判例自治 328호 43쪽, 福岡高裁那覇支判平成21年10月15日·판례시보 2066호 3쪽) 등, 많은 사안이 있다(다만, 아와세 갯벌 소송 판결을 제외하고, 주민측의 청구는 인정되지 않았다).

25) 여기에서는, 변경 허가를 받을 수 있는 전망의 판단과 경제 합리성의 존부의 판단이 오버랩, 또는 치환 되고 있는 것으로 해석될 수 있다. 참고 「泡瀬干潟事件—埋立費用支出差止めを求める住民訴訟(아와세 갯벌 사건-매립 비용 지출 금지를 요구하는 주민소송)」, 「환경법판례 백선(제2판)」, 194~195쪽(有斐閣, 2011년) 덧붙여 사회환경의 변화에 의거해 종전의 도시계획을 변경하는 경우에, 새로운 기초 조사에 의거하지 않고 새로운 도시계획을 정하는 것에 대하여, 합리성을 결한 위법으로 판단한 판례로서 東京高判平成17年10

또한, 본판결 확정 후 2010년 8월, 나하시는 새로운 토지이용계획을 국가에 제출하여 그것이 인용되었다. 앞으로는, 이런 새로운 토지이용계획이 전술한 관점에서 경제적 합리성의 유무조사·검토(구체적으로는 본판결에서 말하는 「상당정도로 견실한 검증」작업)를 거치는 것이 의무화 되었다.

(2) 「제도생태계」의 관리

大阪地判平成21年8月20日(오사카 지방법원 2009년 8월 20일)(판례집 미탐재)에서는, 녹지보전법에 근거한 녹지협정폐지인가의 취소가 요구되었으나, 청구는 처리되지 않았다. 협정폐지에 필요한 토지소유자의 인원 수(과반수)를 토지분필에 의해 확보된(의도적인)협정과기라고 주목되는 사례이나, 협정폐지신청의 허가에 대해서 정한 조문 중에 이런 행위를 통제하기 위한 합리적 결정 규범 같은 것은 보이지 않는다(도시녹지법 제52조).

이 사안은, 사회적인 제도에 의해 창출된 생태계(예: 녹지보전법에 근거한 녹지협정대상지)의 관리 역할(태도)이, 법적 문제로 되는 것을 시사하고 있다. 예를 들어, 제도적으로 확보된 도시녹지(생태계)의 가치는, 도시로의 인구집중이 진행됨에 따라 높아가지만 그러한 변화(가치의 증대)는 근거법의 제정 시에 항상 적절하게 파악되는 것은 아니다. 이러한 「제도생태계」라고 하는 것에 의해 양성된 이익도 법적인 가치로 인식하고, 그것에 부수되는 각종 리스크를 관리하는 작업은, 법률(학)의 수비범위 내에 있는 것으로 생각된다. 또한, 「제도생태계」에 대해서는 복수의 제도 집단과 거기서의 「관계(연결)」방식을 중시하는 의미에서 광의의 그것과, 여기서 말한 것과 같이 자연생태계와의 유추의 의미로 쓰이는 협의의 의미를 구별할 필요가 있을 것이다.²⁶⁾

3. 불확실성에 대한 법적대응

月20日 (判例地方自治272号79쪽)이 있다.

26) 제도 생태계(institutional ecosystem)라고 하는 개념은, 환경법의 적용·해석에는 향후 더욱 더 법령간의 링크가 중요해진다고 하는 인식에 의거해, 졸저·전계주1) iii 및 41쪽에 제안한 것이다. 이 책에서는, 광의의 의미로 사용되고 있지만, 향후는 협의의 제도 생태계를 포함한 개념으로서 구체적 제도나 판례 등에 언급되어, 이론적 고찰을 진행시켜 나가는 것이 과제이다. 덧붙여 광의의 의미에서의 제도 생태계는, 山村恒年 박사에 의한, 개발·자원법도 포함한 「제도 환경법」의 개념, 北村喜宣 교수의 「グリーン化(그린화)」(北村·전계주 21), 交告尚史 교수의 「환경법가족론」(交告·전계주 21) 등과의 친화성이 높다.

생물다양성기본법은 생물의 다양성 보전과 이용에 있어 「과학적으로 해명되지 않는 사상(事象)이 많은 것」으로 비춰서, 「예방적인 대전방법」에 의한 대응을 의미하는 것으로 규정하고 있다(제3조 제3항).²⁷⁾ 그 때문에 불확실성에 대한 법적대응이라는 관점에서는, 자연보호소송의 예방원칙 적용상황에 대해서도 검토되어야 하나, 필자의 능력부족의 이유로 이것은 하지 못했다. 이점에 관해서는, 이후 과제로 하지 않을 수 없다.²⁸⁾ 여기서는, 불확실성이라는 문언을 넓게 파악하고, 정량평가(생태계 서비스의 금전평가를 포함)로 언급하는 최근의 판례를 중심으로 소개한다.²⁹⁾

(1) 정량평가와 입증 정도

이사하야만 간척(諫早湾干拓) 문제 관련 민사소송(民事差止訴訟)으로 가처분이 요구된 사안에 있어, 佐賀地決平成17年1月12日(사가 지방법원 2005년 1월 12일)(訟月53卷3号766頁)은, 「통상인이 특정 사실이 특정 결과발생을 초래한다는 관계의 존재를, 확신하지 않아도 일단 확실할 것 같다는 심증을 가질 수 있는 것인지 아닌지로 판결해야한다」는 판단을 내렸다. 그러나, 그 항소심판결인 福岡高決平成17年5月16日(후쿠오카 고등법원 판결 2005년 5월 16일)(訟月53卷3号711頁)은, 「본건과 같이 행위의 중지(금지)를 요구하는 경우에는, 그 사정의 성질 상 소명의 정도가 일반 경우와 비교해서 높은, 이른바 증명에 가까운 것이 요구되어도 어쩔 수 없다」고 한 후, 「현재, 본건 사업과 아리아케(有明) 바다의 어업환경의 악화와 관련성에 대해서는, 이것을 부정할 수 없다는 의미의 정성적(定性的)으로는 일단 인정되나, 그 비율 혹은 정도라는 정량적 관련성에 대해서는, 이것을 인정함에 족한 자료가 아니라고 할 수 밖에 없다」고 서술하고 있다.

또, 이사하야만 간척(諫早湾干拓)을 둘러싼 분쟁에 대해서는, 그 후 佐賀地判平成20年6月27日(사가 지방법원 2008년 6월 27일)(判時2014号3頁)이 어업권에 근거

27) 생물 다양성 기본법에 대해 「특히 주목 받는」점의 하나가 예방 원칙의 도입이다. 大塚・전계주4) 571쪽 참조.

28) 이 점에 대해서는, 畠山・전계주 14) 12~13쪽이, 생물 다양성 보전에 예방 원칙을 적용하는 데 있어 고려해야 할 포인트(①과학적 지견이나 데이터의 충실성에 따라 해소 할 수 없는 불확실성(내재적 불확실성)에의 대응의 역할, ②생태 리스크에 있어서의 원인과 결과의 인과관계의 명확성, ③예방 원칙(강한 예방 원칙)이 「아무것도 하지 않는 것」을 정당화 하여, 적절한 대책을 강구할 기회를 탈피하는 것으로 이어질 염려)를 정확하게 추출하고 있다. 이러한 포인트를 근거로 해 향후의 본격적인 검토·논의가 진행될 것이다.

29) 또한 이러한 넓은 의미에서의 불확실성을 낮추기 위한 일은, 환경 영향 조사에 의한 예측이나 사업 재검토 등을 통해, 지금까지도 실천되어 온 것이라고 할 수 있다.

한 금지를 인용하고, 그 항소심인 福岡高判平成22年12月6日(후쿠오카 고등법원 2010년 12월 6일)(判時2102号55頁)도 원심 판단을 인정하고 있다(단, 당해분쟁 그 자체가 끝난 것은 아니다).

(2) 생태계 서비스의 금전평가

생태계서비스(Ecosystem Services)라는 것은, 사람들이 생태계로부터 받는 수많은 「은혜」이다. 이 개념의 통용도(通用度)는, 지구상의 생물다양성의 상태를 조사한, 유엔 밀레니엄 생태계 평가(Millennium Ecosystem Assessment)(통칭 MA)의 보고서를 통해서 급속히 높아졌다.³⁰⁾ MA에서는, 이 개념을 사용해 생물 다양성의 중요성을 설명했다. 즉, 생태계 서비스는 크게 나누면, ① 기반 서비스, ② 공급 서비스, ③ 조정 서비스, ④ 문화 서비스가 있다. 인류의 생존은 기본적으로 이러한 서비스의 공급에 의존하고 있어, 생물 다양성은 각종의 서비스의 전제가 된다고 하는 설명이다.

생태계 서비스라고 하는 사고는 생태계 가치의 정량적인 파악과 쌍으로 제안된 것은 아니지만, 최근 세계 각국에서 이 서비스를 금전적으로 평가하여 시장에서의 거래를 진행시키려는 움직임이 현저하다.³¹⁾ 일본 판례에 있어서도 그러한 움직임

30) Millennium Ecosystem Assessment 편(요코하마 국립대학 21세기 COE번역 위원회역) 「国連ミレニアムエコシステム評価—生態系サービスと人類の将来(유엔 밀레니엄 생태계 평가—생태계 서비스와 인류의 미래)」(오ーム社, 2007년)가 해당 보고서이다. 이하의 생태계 서비스에 관한 기술도 같은 책에 의거한다.

31) 이러한 움직임은, Madsen, B. et al., Update: State of Biodiversity Markets (Forest Trends, 2011), Gretchen Cara Daily=Katherine Ellison(藤岡伸子·谷口義則·宗宮弘明역) 「生態系サービスという挑戦—市場を使って自然を守る(생태계 서비스라고 하는 도전—시장을 이용해 자연을 지킨다)」(名古屋大学出版会, 2010년), 林希一郎 『生物多様性・生態系と経済の基礎知識—わかりやすい生物多様性に関わる経済・ビジネスの新しい動き(생물 다양성·생태계와 경제의 기초지식—알기 쉬운 생물 다양성에 관련되는 경제·비즈니스의 새로운 움직임)」(中央法規出版, 2009년) 등, 많은 문헌으로 전해지고 있다. 그렇지만, 금전이라고 하는 공통 척도의 채용에 의해, 생태계의 지역성이나 복잡함은 등한시 되어 버릴지도(금전적 가치에 반영되지 않는다) 모른다. 지역성이나 복잡함을 새로운 각도에서 파악해 새로운 가치를 부여해 나가는 작업이, 동시 병행적으로 진행되어야 한다. 이런 점에서 향후 주목받는 것은, 「참가형 생물 다양성 평가」와 「생물 다양성 지역 전략(일본에서는 생물 다양성 기본법에 의거하는 법정 전략이다)」일 것이다. 국내외에서의 구체적인 실천예와 그 활용의 방향성에 관해서, Lawrence A., ed. Taking Stock of Nature: Participatory Biodiversity Assessment for Policy, Planning and Practice (Cambridge University Press, 2010), 浜口哲一 외 「茅ヶ崎市における指標種を用いた市民参画による環境評価調査について(치가사키시에 있어서의 지표종을 이용한 시민 참가에 의한 환경평가 조사에 대하여)」, 保全生態学研究 15호 297쪽(2010년), 출처·전계주1) 제4

과 부합하는 주장을 볼 수 있다.

임도(林道) 사업에 관한 공금 지출의 금지가 요구된 福島地判平成14年5月14日(후쿠시마 지방법원 2002년 5월 14일)(판례집미탐재)판례를 보면, 피고는 임도(林道) 개설에 의한 삼림 관리의 비용 대비 효과를 산정하는 기초 자료로서 산림청(林野庁, Forestry Agency****)에³²⁾의한 「삼림의 공익적 기능」 평가의 시산(試算) 결과(연간 74조 9,900억엔)를 제시했다. 이것에 대해서, 원고는 해당 시산(試算) 결과는 임도(林道)의 효과의 증가로 연결되어 있다는 비판을 하고 있다. 한편, 홋카이도의 주민인 원고들이 제기한 주민소송인, 에리모의 숲 주민소송(平成23年10月14日(2011년 10월 14일)·판례집 미탐재)에서는, 재산적 손해의 산출에 즈음하여 홋카이도가 작성한 「삼림의 공익적 기능」의 평가 결과가 이용되었다. 원고들은 「홋카이도에서의 삼림의 공익적 기능의 평가액에 대하여」에서 평가액(연간 11조 1,300억엔) 가운데, 별채 면적에 따른 비율의 손해, 또는 별채된 입목 202그루의 시장가격 상당한 손해가 발생한 취지의 주장을 전개하고 있다.

생태계 서비스의 금전 평가와 관련하여 주목해야 할 판례로서 이사하야만 자연의 권리(짱뚱어) 소송(長崎地判平成20年12月15日(나가사키 지방법원 2008년 12월 15일)·판례집미탐재)이 있다. 원고들은 국영 이사하야만 토지 개량 「사업에 의해 이사하야만 갯벌이 없어진 것에 의해, 갯벌이 가지고 있던 정화 능력을 잃어버려, 자연 환경에 중대한 영향을 미치고 있으므로 갯벌의 정화 능력 상실량을 요구할 수 있고, 이것을 대체하기 위해서 필요한 하수처리 시설 건설비 및 유지 관리비로 환산해 요구할 수가 있기 때문에, 이것을 부의 효과 또는 비용으로 산정해야 한다」며, 구체적인 숫자(560억 1,600만엔)를 제시했다.

V. 맺음말

이상, 본고에서는 일본의 생물 다양성 관리의 「법체계 등」의 개요를 정리하며,

장(133~178쪽), 及川敬貴·茂岡忠義 「生態系を‘そまつ’にしないために(생태계를 ‘기다리게’ 하지 않기 위해)小池文人·金子信博·松田裕之·茂岡忠義 編 「生態系の暮らし方: アジア視点の環境リスク-マネジメント(생태계의 사는 방법: 아시아 시점의 환경 리스크-매니지먼트)」(東海大学出版会, 2012년) 등이 참조될 수 있다.

**** (번역자 주) 삼림을 보호하며 계속 배양, 임산물의 안정공급의 확보, 임업의 발전, 임업자의 복지의 증진 및 국유림사업의 적절한 운영을 꾀하는 것을 임무로 하는(농림수산성법 제30조), 농림 수산성의 外局(External Bureau)이다.

그 핵심에 위치하는 2008년의 생물 다양성 기본법으로 마련된 2개의 법적 구조(「환경법화」의 입법적·행정적 의무화(부칙 제2조)와 생물 다양성 지역 전략의 책정 노력 의무화(제13조))의 활용 가능성에 대해 검토했다. 그리고 최근 판례로 종래의 자연 보호 소송이 「생물 다양성 환경 소송」 또는 「생태 리스크 소송」으로 변화하고 있는 현상을 살펴보았다.

개발법의 「환경법화」와 생물 다양성 지역 전략은, 모두 향후 일본에서 「보전과 이용의 관계 확보」와 「생물종과 그 유전자를 지역의 자원으로 관리하는 것」이라고 하는 「생물 다양성이라고 하는 논리」를 실천하기 위한 법적인 수단으로서 활용되게 될 것이다. 특히, 이 두개의 구조가 「법률에 의거하는 것」으로 된 것의 의의는 크다. 다만, 앞의 예상은 법제도의 표면으로부터 끌어낼 수 있는 이론적인 것이므로, 향후에는 실증 연구의 시행착오가 필요하다. 그러한 실증 연구는 지금까지 존재하지 않았지만, 2012년도부터 필자를 연구 대표자로 하는 2012~2014년도 문부 과학성 과학 연구비(도전적 새싹 연구) 「생물 다양성 기본법에 근거하는 새로운 지역 자원 관리—「환경법화」와 지역 전략의 상승효과(synergy)」가 시작되었다(제1회의 연구회는 2012년 9월 20일에 도쿄에서 개최 예정). 향후, 해당 연구의 성과를 공표해 나갈 것이다.

한편, 「생물 다양성 환경 소송」, 「생태 리스크 소송」에 대해서는, 본고로 설명한 것 같은 판례가 벌써 존재하고 있다. 거기서, 이러한 판례에 관해 깨달은 것을 몇 개 적으며, 맺음말에 갈음하고 싶다.

1. 복잡성과 「지역의 실정」

인간의 건강 위험(리스크)과 달리, 생태 리스크에 대해서는 Endpoint(회피하고 싶은 「 좋지 않는 사건」 혹은 「바람직하지 않은 사상(事象)」³²⁾)가 확실치 않다. 생태 리스크가 현저한 모양이나 그것에의 적용력은 지역마다 크게 다르기(복잡성) 때문이다. 「지역의 실정」에 입각해서 생태 리스크의 Endpoint를 결정하려고 한 최고재판소의 판결(전술한 最二判平成19年12月7日(2008년 12월 7일))은, 생태 리스크의 특징에 대응한 것이라고 할 수 있다. 생물 다양성 기본법도 같은 특징에의 대응을 염두에 두고 제정된 것이라고 볼 수 있다(제3조 1항 또는 제13조 등).

그런 의미에서 법률 시행 조례에 의한 「지역의 실정」의 규범화가, 향후 법적 리

32) 浦野・松田・전계주11) 189쪽 참조.

스크 관리의 열쇠가 될지도 모른다. 개발 범규의 「환경법화」<표 1>은 그것을 위한 근거와 계기를 제공 한다(상기의 최고재판소의 판결 참조³³⁾). 또, 법정 계획이 된 지역 전략(생물 다양성 기본법 제13조)에도 일정 정도의 규범적 역할을 기대할 수 있다. 거기서 나타난, 지역마다의 리스크 인식이나 관리 이념·방향성 등은, 후속하는 법(정책)적 판단 내용을(관대하긴 하지만) 구속하기 때문이다.³⁴⁾

이와 같이 정립 된 규범이, 향후, 원고 적격의 판단이나 행정 재량의 통제에 영향을 미치게 되는 것은 아닐까? 어떠한 형태로든 규범화를 경험한 「지역의 실정」이, 원고 적격 판단에 있어서의 관계 법령(행정사건소송법 제9조 제2항)이나 이른바 판단 과정 심사에 있어서의 고려사항의 중요한 일부가 되는 것처럼 생각 된다.³⁵⁾

2. 가변성과 사업 계획 등의 「재검토」

생태 리스크에 관해서는, 얼마나 엄밀한 리스크 평가를 실시했다고 해도, 그것은 가능성의 영역으로만 나타낼 수 있다.³⁶⁾ 그래서, 순응적 관리 즉, 리스크 관리의 전제가 된 가설 등의 타당성에 대해서 끊임없이 「재검토」하는 것이 중요하다.³⁷⁾

아와세 갯벌 사건(전술의 那覇地判平成20年11月19日(나하지방법원 2008년 11월 19일) 및 福岡高裁那覇支判平成21年10月15日(후쿠오카 고등법원 나하지판 2009년 10월 15일)에서는, 「재검토」되었던 토지 이용 계획과 관련되는 공금의 지출이 실정 법상 위법으로 지적되었다.³⁸⁾ 사업 계획 등의 「재검토」가 예외적이었던 시대라면,

33) 근거법의 「환경법화」에 의해 즉시 「지역의 실정」의 규범화가 가능해지는 것은 아니다. 해당 사무의 성질 등의 검토가 필요하다. 예를 들어, 해안법 제37조의4와 관련되는 「구체화 조례」의 제정 가능성에 대해, 三好規正 「해안·해역의 공물 관리 법제와 사법 심사에 관한 고찰」, 山梨学院 로저널 5호 99, 105~106쪽 (2010년) 참조.

34) 생물 다양성 지역 전략에 대해서는, 줄저·전계주1) 133쪽 이하로 법정적인 관점으로 부터 일정한 고찰을 하고 있다.

35) 이 점에 관해서, 본고 탈고 후에, 北村喜宣 「環境行政訴訟(展開講座 環境法入門 第8回 [環境法總論](환경행정소송(전개 강좌 환경법입문 제8회 [환경법총론])) 법학교실 374호 145쪽(2011년)을 접했다. 향후의 원고적격론과 「지역의 실정」의 규범화의 관계성과 관련되는 샤프한 논의가 전개되고 있다.

36) 생태계에는 부하에 대한 역치(閾値) 있는 것이 많이 보고되고 있지만, 그 역치(閾値)를 예측하는 것은, 현재도 곤란하다고 한다. 雨宮·전계주 15) 논문 참조.

37) 생물 다양성 기본법의 제정에 의해, 순응적 관리는 법률상의 개념이 되었다(제3조 제3항). 그러나 그것이 입법 정책이나 소송에 어떠한 영향을 미치고 있는지·미칠 수 있는 지에 관해서는 충분한 검토가 이루어지지 않았다. 향후의 과제의 하나로 적어두고 싶다.

38) 이하의 검토는, 줄고·전계주 25)를 근거로 하고 있다.

이 사건도 특수 사안으로서 정리되었을 지도 모른다. 그러나, 급변화하는 요즈음 사회에 있어, 「재검토」는 매우 일반적인 현상이 되고 있다. 사업 계획 등의 「재검토」를 실시해, 실정법상의 관련 규정(예 : 공유 수면 매립법 제13조의 2에 의거하는 변경 허가)을 어떻게 해석할까하는 것은, 향후 더욱 더 중요한 논점으로 부상한다. 아와세 갯벌 사건은 그 선례로서의 의의를 갖고 있는 것이라 생각되어 진다.

또, 이 사건에서 토지 이용 계획의 「재검토」와 후속하는 법적 판단이 어떻게 진행되는지도 주목해야 한다. 즉, 해당 「재검토」는 지방자치단체의 오랜 영단으로서의 측면도 있지만, 그것이 되기 위한 문맥은, 환경영향평가법(이하, 어세스법(Assessment Act))에 의거하는 평가 절차를 통해서 양성되고 있었다. 어세스법에 따라, 사업 계획 등의 「재검토」와 후속 하는 법적 판단이 이루어지기 위한 문맥이 만들어 졌던 것이다. 규범적 문맥 형성 기능이라고도 말할 수 있는 것은 아닐까(생물 다양성 지역 전략에도 같은 기능이 갖춰지고 있다고 생각되는 것에 대하여는 상술했다).³⁹⁾ 어세스법 그 자체에서 유래하는 위법이 인정되지 않기 때문이라 하여, 동법이 생태 리스크 관리의 법적 관리에 도움이 되지 않는다고 하는 것은 아니다.

한층 더 시점을 넓힌다면, 자연 보호 소송 그 자체가 적절한 「재검토」를 하기 위한 포럼이 될 수 있을지도 모른다.⁴⁰⁾ 즉, 「지대하고 불가역적인 생태계의 변화라고 하는 리스크에 대해서, 무엇이 적절한 「재검토」일까를 지켜보기 위한 공법적인 포럼」으로서, 자연 보호 소송이 자리 매김 할 가능성이 있다. 거기에는, 원고·피고·법원이 소송법상의 구조(예 : 행정사건소송법 제23조의 2에 의거하는 구해명권****)의 행사나 증거의 제출 청구)를 이용하면서, 주장 입증에 대해 협동하는 것을 염

39) 이 점도, 줄고·전개주 25)를 근거로 한 것이다. 법(정책)적인 판단은, 갑자기 해낼 수 있는 것은 아니라고 생각된다. 그것을 해낼 수 있는 환경이 점진적으로 정돈되어 이루어지는 경우가 적지 않은 것이 아닌가. 법(정책)적인 판단을 위해서 필요한 환경을, 여기에서는 「규범적 문맥」이라고 하는 말로 표현해 보았다(보다 적절한 표현이 있을 수 있다고 생각되므로, 부디 알려주었으면 한다). 구체적으로는, 어세스법에 의거하는 절차나 생물 다양성 기본법에 근거하는 지역 전략 등을 통해서 「지역의 실정」이 완만하게 규범화 되는 상황을 염두에 두고 있다.

40) 여기에서는, 자연 보호 소송 그 자체를 순응적 관리적인 사고에 근거하는 하나의 포럼으로서 파악하는 관점을 제시한 것이며, 순응적 관리를 구체적 환경법정책에 도입할 때의 문제점이나 관련한 사법 심사의 역할에 대해 논하고 있는 것은 아니다. 후자에 대해서는, 畠山·전개주 14) 논문의 고찰이 참조될 수 있다. 덧붙여 여기서의 「포럼」이라고 하는 방법을 제시함에 있어, 「〈座談會〉 差止めと執行停止の理論と実務(〈좌담회〉 금지와 집행정지의 이론과 실무)」 판례 타임즈 1062호 8쪽 이하(2001년)에 있어서의 大塚直 교수의 발언(동20쪽)과 동석담회에서 논의로부터도 많은 시사를 얻었다.

두에 둔다.⁴¹⁾

3. 불확실성과 생태계 서비스의 금전 평가

생태계의 은혜의 금전적 평가 결과는, 자원 개발의 비합리성(예 : 전술의 札幌地判平成23年10月14日(삿포로 지방법원 2011년 10월 14일) 뿐만 아니라, 그 합리성(예 : 전술의 福島地判平成14年5月14日(후쿠시마 지방법원 2002년 5월 14일)을 보충하는 재료로서도 이용되어 왔다. 자연 자원의 다면적 기능(예 : 삼림의 공익적 기능)의 발휘가 산업 보호·개발 촉진법으로 제정 된 것, 즉 제법의 「환경법화」라고 하는 실정법상의 변화 <표 1>에 따른 소송상의 변용이라고 할 수 있다.

생태계 서비스라고 하는 사고가 통용되기 시작한 요즈음은, 이사하야만 자연의 권리(짱뚱어) 소송(전술의 長崎地判平成20年12月15日(나가사키 지방법원 2008년 12월 15일)으로 원고들이 전개한, 갯벌의 생태계 서비스의 금전 평가에 관한 생각·환산 방법은 주목할 만하다. 법원으로부터 일축 되었지만, 해외에서는 동일한 사고·환산 방법을 적용한 정책 판단이 채용되고 있다. 원고들의 전기 입론(立論)에는, 향후의 같은 재판에 있어서의 주장·입증의 모델로서의 의미·의의가 있을 것이다.

***** (번역자 주) 구해명권(求積明権)이란, 사실관계나 법률관계를 분명히 하기 위해, 당사자에 대해서 사실상 혹은 법률상의 사항에 대해 법원이 질문하거나, 또는 입증을 재촉하는 것을 말한다.

41) 행정 재량의 통제 방법의 하나인 판단 과정 심사 방식과의 관련으로, 최근 이러한 생각이 제기되었다. 畠山武道 「行政裁量に対する司法統制のあり方—現状の問題点と解決の方向性—(행정 재량에 대한 사법 통제의 역할—현상의 문제점과 해결의 방향성—)」, 58~59 쪽(『われらと生き物の未来II—生物多様性環境訴訟の現状と未来—(우리들과 생물의 미래II—생물 다양성 환경 소송의 현상과 미래-)』전계주 3) 수록) 참조. 본고에서는, 복잡성, 가변성, 불확실성이라고 하는 생태 리스크의 성질을 근거로 할 경우, 이런 생각이 가장 잘 조화되는 것은 자연 보호 소송이라고 하는 영역이 아닐까 생각한다.