

環境影響評價制度에서 代案의 檢討 필요성:

合理的 代案과 不作爲 代案*

이 비 안**

차 례

- I. 서론
- II. 우리나라의 환경영향평가제도
- III. 미국의 환경영향평가제도
- IV. 결론

[국문초록]

그 동안 우리나라의 환경영향평가제도는 환경영향평가서 작성 상의 '사업자주 의'로 인하여 공정성·신뢰성을 확보하는 것이 쉽지 아니하였다. 그리하여 대상사 업의 환경기준 준수여부만이 환경평가의 주된 내용이 되어 왔고, 그나마 법원이 실제적, 절차적 양 측면에서 심도 깊은 심사를 하기 어렵다는 점으로부터 많은 문 제점을 노정하여 왔다. 그러한 문제점을 개선하기 위한 한 방안이 바로 대안의 제 시 및 평가였다. 우리나라도 「환경영향평가법」 시행령에 그를 반영해 놓고는 있 다. 그러나 개정 「환경영향평가법」이 충분히 기대하는 바 역할을 수행할 수 있을 지 여부는 극히 불투명하다. 그와 관련하여 본 글에서는 미국에 있어서의 대안의 평가 문제를 판례를 통하여 살펴보았다. 한편 잠정적이기는 하나, 미국의 사례를 토대로 우리나라의 대안 평가제도와 관련하여 생각해 볼 점은 다음과 같다.

첫째, 「환경영향평가법」을 환경영향평가 결과에 대한 실제적 심사 규정으로 해 석하기는 어렵다.

* 이 논문은 2009학년도 충북대학교 학술연구지원사업의 연구비 지원에 의하여 연구되었음

** 충북대학교 법학전문대학원 전임강사

둘째, 그렇다면 절차적인 면에서의 통제를 강화하지 아니할 수 없는바, 당해 절차규정이 미비되어 있어 이를 보충하여야 할 필요성이 크다.

셋째, 보충하여야 하는 내용 중 가장 핵심이 되는 내용은 이해관계인이 제시하는 대안에 대하여 그것이 합리적인 이상 검토하여야 한다는 등의 규정을 마련하는 것이다.

넷째, 미국에서 사용하고 있는 “합리성”, “부작위”란 소위 不確定概念에 해당하느냐, 동일한 용어는 우리법 하에서도 사용될 필요성이 높다. 당해 용어를 사용하고 있다는 이유만으로 그 법적 효력을 부인하여서는 아니 될 것이다.

I. 序論

「환경영향평가법」은 환경영향평가를 받아야 하는 대상사업(“환경영향평가대상사업”)을 나열하고(제4조 제1항), 그에 해당하는 사업은 그 시행 전에 환경영향평가를 받도록 하고 있다(제13조). 그에 따라 환경영향평가가 이루어지고는 있으나, 과연 당해 제도가 환경보전을 위한 실효성있는 절차가 되고 있는지에 대해서는 의문이 적지 아니한 상황이다. 최근 4대강 사업에서 보듯 환경영향평가제도의 효용성에 대하여 근본적인 의문이 제기되는 경우도 없지 않다.

위 「환경영향평가법」은 환경영향평가제도의 문제점을 개선하고자 2008년 3월 28일 환경영향평가제도만을 규율할 목적으로 재탄생한 것이다.¹⁾ 그 과정에서 절차적·실체적 내용도 다소 강화되었다. 그 중 특히 “代案의 檢討”를 새롭게 반영한 것은 환경영향평가제도의 기능을 한 단계 업그레이드 시키고자 하는 나름의 의지표현이라고 보아도 무방할 것이다.

그러나 그에 그치고 있을 뿐 환경영향평가서에 포함되어야 하는 대안의 범위를 결정하는 基準은 아직까지 마련되지 못하고 있다. 대안의 검토 규정이 도입된 지 1년이 넘었음에도 불구하고 제대로 대안이 검토된 환경영향평가서를 찾아보는 것이 어려운 상황이기도 하다.

그와 관련하여 본 글에서는 그 동안의 미국에서의 판례의 흐름을 중심으로 우리나라

1) 법률 제9037호

라의 검토되어야 하는 대안의 範圍 및 제도의 問題點에 대한 시사점을 찾아보고자 한다. 미국에서도 일찍이 환경영향평가제도가 ① 대상사업의 합리성 조사를 위한 제도인지, ② 환경을 고려한 정책결정과정을 절차적으로 보장하고자 하는 절차법상의 제도인지, 혹은 ③ 절차법상의 제도일 뿐만 아니라 실체법상의 제도이기도 한 것인지를 점과 관련하여 논란이 적지 아니하였다. 미국의 법원은 처음에는 위 ③의 입장에 서있었다. 그러나 실체적 요건에 대한 분석을 빠지지 않고 반영하여야 한다는 생각 때문에 환경영향평가서가 경우에 따라 10,000 페이지가 넘기도 하는 등 그를 작성하기 위한 시간적·경제적·인력적 부담이 적지 아니하게 되는 결과가 초래되었다. 그 결과 위 환경영향평가제도를 위 ②의 절차적 제도로 축소하여 해석하는 방향으로 선회하였다가, 현재는 위 ① 소정의 대상사업의 합리성 조사를 위한 제도로 대폭 축소되어 운영되어 오고 있다. 그에 따라 환경영향평가서를 작성하는 업무부담은 감소하였지만, 그 필연적 결과로 적게는 환경을 고려한 정책결정절차의 보장, 크게는 환경의 보호라는 환경영향평가제도의 본연의 목적을 상실하고 있다는 비난이 쇄도하고 있는 실정이다. 전반적으로 미국의 움직임은 총평하여 본다면 환경보전과 개발의 필요성이라고 하는 두가지 이익, 또는 環境權의 주체 및 財產權의 주체들 사이의 기본권의 충돌과 관련하여 어떻게 이익형량을 하여야 하는가라는 점에 대하여 치열하게 논의가 전개되고 있는 과정이라 볼 수 있겠다.

이에 본 글에서는 미국 판례를 중심으로 대안의 평가의 범위에 대한 논의의 전개 흐름을 살펴봄으로써 우리나라에 있어서의 대안검토가 어떤 내용이어야 하고, 장래 해결하여야 하는 문제점이 무엇인지 여부를 중심으로 살펴보고자 한다. 우선 II.에서는 개정 「환경영향평가법」의 의의 및 내용, 그 문제점을 살펴본다. III.에서는 미국의 환경영향평가제도의 핵심이라고 할 수 있는 대안검토의 도입배경과 검토 범위에 대해 살펴봄과 동시에 합리적 대안과 부작위대안의 도입배경 및 그 운영 실태에 대하여 살펴본다. IV.에서는 우리의 환경영향평가서에 포함되어야 하는 대안의 범위를 제시하여 보기로 한다.

II. 우리나라의 環境影響評價制度

1. 「환경영향평가법」

우리나라의 환경영향평가제도는 1977년 「환경보전법」이 그 법적 근거를 마련한 이래 수차례의 법령개정을 거쳐 1999년 12월 31일 교통·재해 관련 환경평가와 함께 처음으로 단행법인 「환경·교통·재해등에관한영향평가법」(이하 “통합영향평가법”이라 한다)으로 제정되었다가 2008년 3월 28일 교통·재해를 제외한 환경만을 대상으로 환경영향평가제도로 운영하기 위한 목적에서 「환경영향평가법」으로 재탄생하게 되었다.

2. 환경영향평가제도의 기능

환경영향평가제도의 기능으로는 ① 정보제공기능, ② 합의형성기능, ③ 유도기능, ④ 규제기능을 들 수 있다.²⁾

우선 위 ①의 情報提供機能은 환경영향평가제도의 가장 기본적인 기능이자 목적으로 정책결정자와 공중에게 적절하면서도 충분한 정보를 제공하는 기능이다. 환경에 심각한 영향을 미칠 가능성이 높은 대상사업의 계획단계부터 당해 사업의 환경에 대한 영향 정도를 확인하고 그를 최소화 할 수 있는 환경영향저감방안 등에 관한 정보를 제공하여 정책결정시에 반영되도록 하기 위함이다.

② 合意形成機能은 지역주민에 대한 평가서 공람, 설명회·공청회 개최, 설명자료 배포 등 일련의 환경영향평가 절차를 통하여 지역정보를 수집하는 한편 공중에게 정보를 제공하고 이들로부터 지역의 환경정보를 수집하여 환경영향평가서에 반영시킴으로써 쌍방향적인 정보교류를 활발하게 이루어지도록 하는 과정에서 지역주민과의 관계를 긴밀히 하고, 사업에 대한 이해, 설득 내지는 합의형성을 촉진할 수 있는 기능을 말한다.

2) 환경영향평가 제도와 법(淺野 直人, 1998) p 30~33 내용 재정리, 환경영향평가법 해설, 환경부, p4-5 (2008. 12).

③ 誘導機能은 사업자로 하여금 규제기준 이상으로 강화된 목표를 설정하여 그 목표를 유지 달성할 수 있도록 할 수 있는 방안을 선택하게 하는 등 친환경적인 사업계획이 되도록 유도하는 기능을 말한다. 환경보전이라는 목적을 달성하기 위한 방법으로서 가장 대표적인 것은 각종 규제기준을 설정하여 직접 규제를 하는 것이겠지만, 당해 규제기준은 최소한의 기준에 불과하다는 점으로부터 유도기능의 의미를 찾아볼 수 있겠다.³⁾

④ 規制機能은 대상사업의 시행이 인·허가를 요하는 경우 당해 인·허가 과정에서 환경과 관련한 일부 인·허가 조건을 부가함으로써, 추후 시행과정에서 당해 조건 미이행시 그에 대하여 인·허가 취소 기타 벌칙 등 제재를 과하는 등의 규제를 할 수 있는 기능을 말한다.

참고로 「환경영향평가법」은 공중의 정책결정참여절차와 협의기관과의 협의절차를 강화함으로써 위 ② 협의형성기능과 위 ③ 유도기능을 강화하고있다. 그러나 이를 가능하도록 하기 위해서는 공중과 정책결정자에게 충분한 정보가 제공되지 않으면 아니될 것이므로 위 ① 정보제공기능이 제대로 수행될 수 있는 환경영향평가서가 작성되도록 하는 것이 무엇보다 중요한 점이라 하지 아니할 수 없다.

3. 환경영향평가서의 작성

「환경영향평가법」은 중전의 통합영향평가법과 같이 환경영향평가서 작성 주체를 사업자로 규정하고 있다.⁴⁾ 환경영향평가서의 작성주체를 사업자, 행정기관, 제3의 전문기관인 환경영향평가대행자 중 누구로 할 것인가는 입법정책의 문제이다. 우리나라가 사업자에게 평가서 작성의무를 부과한 이유는 다음과 같다. ① 사업자는 대상 사업에 대한 상세한 정보를 파악하고 있는바, 환경에 대한 악영향을 예방 및 최소화 할 수 있는 방안에 관해서도 누구보다도 잘 파악할 수 있다는 점이다. 행정기관을 평

3) 환경영향평가법 해설, 환경부, p4-5. 정책결정권자에게 환경문제와 관련하여 유용한 정보를 제공하여 친환경적인 계획을 수립하도록 하는 기능을 말한다고 하고 있지만 당해 기능은 정보제공기능에 포함시키는 것이 타당할 것이다.

4) 다만, 제3의 전문기관이 환경영향평가 대행자가 될 수 있으나, 그 여부는 사업자로 하여금 선택할 수 있도록 하고 있다(제34조).

가서의 작성주체로 하면 대상사업으로 인한 환경문제에 대하여 국가 등 공공부문이 책임지도록 하는 것이 용이하다는 장점이 있으나, 행정기관의 전문성·합리성을 확보하기 곤란하고 인력 및 재정상의 부담이 크다는 단점이 있다. ② 평가서 작성 등에 대한 비용을 사업자가 부담하게 함으로써 원인자부담의 원칙에 충실할 수 있다. ③ 평가서에 대한 책임한계를 명확히 함으로써 환경에 대한 영향 결과에 따라 사업자에게 책임을 묻기 쉽고 공사 중지 등 필요한 조치를 취할 수 있다. ④ 사업자도 아니고 행정기관도 아닌 제3의 전문기관으로 하여금 평가서를 작성하게 하는 절충형을 택할 경우 영향평가의 객관성·공정성·전문성·신뢰성 등을 제고할 수 있으나, 이 역시 추가적인 재정적 부담이 따른다. 요약하면 사업의 특성을 가장 잘 이해하고 있는 사업자로 하여금 환경영향평가서를 작성하게 함으로써 대상 사업의 환경에 대한 영향을 확인하고 그 영향 정도를 최소화 할 수 있는 효과적이면서도 효율적인 환경저감 방안을 선택될 수 있도록 하여 전문성·합리성뿐만 아니라 경제성도 기대해 볼 수 있다는 장점이 있는 것이다.

그러나 단점은 객관성·공정성을 보장하기 어렵다는 점이다. 그와 관련하여 「환경영향평가법」은 객관성·공정성을 보장하기 위한 해결책으로 協議節次를 강화하였다(제16조 내지 제22조).⁵⁾ 당해 강화된 협의절차에 따르면 사업자는 환경영향평가서 작성 후 협의기관과 협의절차를 거쳐야만 한다. 이는 “사업자주의”를 기본으로 하여 전문성·합리성·재정상의 효율성을 충족시키는 동시에 협의 절차를 통하여 사업자주의의 단점인 객관성·공정성을 보완하고자 한 의도로 해석될 수 있다. 그리고 이러한 협의절차를 강행규정화하기 위하여 가) 승인을 받아야 할 필요가 있는 사업계획의 경우에는 사업자가 승인 전에 승인기관에게 평가서를 제출하여야 하며, 나) 승인이 필요하지 않은 경우라도 대통령령으로 정하는 바에 따라 환경부 장관에게 평가서를 제출하도록 하고 있는바(법 제16조), 그 결과 협의절차를 거치지 아니한 환경영향평가서를 기반으로 한 사업계획 승인처분은 위법하여 취소의 대상이 될 수 있다. 다만, 협의절차를 결한 경우 환경영향평가절차의 절차상 하자가 경미한 경우에는 당해 하자는 사업계획승인처분의 취소사유는 되지 않고, 그 절차상 하자가 중대한 경우

5) 「환경영향평가법」은 승인기관을 ‘해당 사업계획등에 대한 승인 등을 행하는 기관’으로 정의하면서 승인기관의 장이 중앙행정기관의 장인 경우 환경부장관이, 그 밖의 경우에는 지방환경관서의 장이 협의기관이 되도록 하고 있다(제2조). 환경영향평가법 시행령 제43조 제1항 제14호 및 별표 4.

에 한하여 사업계획승인처분의 독립된 취소사유로 될 가능성이 있다고 보아야 한다.⁶⁾

협의를 기관은 협의절차를 통하여 평가서의 실제적 하자에 대한 심사가 가능하다. 1) 평가서가 「환경영향평가법」 제13조 제2항에 따른 작성내용·작성방법 등에 따라 작성되지 아니한 경우와 2) 환경영향평가대상사업의 시행으로 환경에 해로운 영향을 미칠 우려가 있어 사업계획 등의 조정이나 보완이 필요하다고 인정하는 경우에 협의 기관은 승인기관장에게 평가서나 사업계획 등을 보완하거나 조정할 것을 요청할 수 있다(법 제17조). 이러한 협의내용을 통보받은 승인기관의 장은 이를 지체없이 사업자에게 통보하여야 하며, 사업자는 협의내용에 따른 필요한 조치를 하여야 한다.⁷⁾ 승인기관의 장은 사업계획 등에 대하여 승인 등을 하려는 때에는 협의내용이 사업계획 등에 반영되었는지 여부를 확인하고 만일 협의내용이 사업계획 등에 반영되지 아니한 경우에는 이를 반영하도록 하고 있다(법 제19조).

참고로, 이러한 환경영향평가의 실제적 심사에 대하여 대법원은 환경영향평가의 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 부실의 경우가 아니면 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 아니라고 보고 있다.⁸⁾ 이러한 대법원의 태도는 환경영향평가에 대한 기술성·전문성을

6) 환경법, 박균성, p147-148, 박영사 (2008)

7) 중대한 보완사항이 아닌 경우 조건부협의 제도를 도입하여 평가서의 사후보완을 조건으로 협의완료 조치토록 규제개혁장관회의(2005. 12)에서 결정되었고, 현재 대부분의 평가협의는 사실상 조건부 협의로 이루어지고 있어 「환경영향평가협의 및 협의내용관리 등에 관한 업무처리규정」에 규정하고 있는 조건부 협의제도의 근거를 법령에 규정하였다(법 18조 제2항). 협의내용을 통보받은 승인기관은 해당 협의내용을 사업계획에 반영하고, 협의내용의 이행에 필요한 예산 확보 등 필요한 조치를 취하도록 사업자에게 통보하여야 하며(법제18조제3항), 사업계획을 승인할 때에는 이러한 조치가 사업계획에 반영되었는지 여부를 확인하여야 한다(법 제19조). 사업계획에 대한 조정이 필요한 경우에는 사업계획 등을 재수립하도록 한 후 승인 등을 하여야 하며, 공사시행과정에서 준수하여야 할 경미한 사항은 승인 조건 등으로 부여할 수 있다 (환경영향평가법 해설, 환경부, p60 (2008. 12). 법제18조 제2항).

8) 대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결, 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결 (새만금사건).

고려하여 협의기관의 검토를 전적으로 존중하는 것이다. 그 결과, 환경영향평가의 내용이 환경영향평가제도의 취지에 비추어 충실하게 작성되었는지를 협의기관이 공정하게 판단할 수 있는 충분한 정보가 수집될 수 있는지가 중요한 논점이 되었다.

4. 환경영향평가서의 내용

환경영향평가제도의 핵심은 환경영향평가서이다. 환경영향평가제도의 기능을 다할 수 있도록 「환경영향평가법」은 ① 모든 대상사업에 대한 “스코핑절차”의 강화,⁹⁾ ② 평가항목에 온실가스항목의 추가, ③ 환경영향평가서의 필수고려사항의 법정, ④ 주민 등의 의견수렴 절차 의무화 등의 규정을 신설 또는 강화하였다.¹⁰⁾ 이하 위 각 점에 대하여 간략히 살펴본다.

스코핑 제도는 환경영향평가서 작성 초기에 공개과정을 통해 평가서에 논의될 환경사안의 항목과 범위를 확정하기 위한 제도이다. 우리나라의 경우 1981년 환경영향평가제도가 처음 도입될 당시에는 영향평가제도에 대한 이해부족으로 스코핑 제도가 도입되지 못하였다. 그 결과 모든 항목에 대해 평가를 실시하게 되었고 평가항목과 범위가 지나치게 광범위하고 과도하게 평가된다는 지적이 있었다. 당해 문제점을 개선하고자 2001년 『평가서 작성규정(환경부고시)』에 ‘대상사업별로 중점평가항목’을 정하여 스코핑제도에 같음하고 있었다. 그러나 이 역시 그 실효성을 기대하기는 어려웠다. 그리하여 2003년 12월 30일 통합영향평가법에서 스코핑 제도를 처음으로 도입하게 되었다.

당해 도입 시에는 대상사업에 적용되어야 할 평가항목, 범위 등을 사업자가 결정하고 승인기관장에게 신청하는 “사업자의 신청주의”를 채택하고 있었다. 이 경우 승인기관의 역할이 중요한데 정작 승인기관은 환경영향평가계획서심의위원회 구성 등 업무량이 늘어날 것을 우려하여 소극적으로 대처하고 있었다. 그리고 당연한 일이지만 사업자는 평가기간 및 평가항목이 늘어날 것을 우려하여 법정 평가항목 이외의

9) 스코핑제도란 사업자가 환경영향평가서를 작성하기 앞서 평가해야 할 항목과 범위를 미리 정하는 절차이다. 구)통합영향평가법에서는 대기, 수질, 폐기물, 동, 식물등 총 20개항목을 평가하도록 되어 있으나, 스코핑을 통해 대상사업 및 지역의 특성에 따라 이중 일부 항목만을 평가하려고 하는 것이다.

10) 법제32조

평가항목 및 범위를 신청하는 일 자체를 기피하였다.¹¹⁾ 그리하여 「환경영향평가법」은 스코핑절차를 모든 대상사업에 의무화하고 종전의 23개 법정 평가항목을 중심으로 한 중점평가제도를 폐지하였다. 그에 따라 사업의 종류와 지역의 특성에 맞는 평가항목과 범위의 선택이 불가피하여 질 것으로 판단된다.

한편, 「환경영향평가법」 제13조는 환경영향평가 대상사업을 시행하려 하는 사업자로 하여금 환경영향평가를 작성하도록 하되, 그 작성내용·작성방법 등 평가서 작성에 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 이에 따라 동 시행령 제12조는 작성 내용면에서 반드시 반영하여야 할 8개 항목을 나열하고 있다.¹²⁾ 그 중 주목할 내용은 환경영향평가제도 도입 이후 처음으로 사업자가 결정한 환경영향 저감방안 이외의 방안(“代案”)을 포함하도록 한 것이다(시행령 제12조 제1항 제7호 라목).¹³⁾

그러나 시행령에는 대안에 대한 자세한 내용을 규정하고 있지 아니하다. 다만, 환경부가 제2008-223호로 고시한 「환경영향평가서 작성 등에 관한 규정」(이하 “환경부 고시”)는 代案을 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 가지 안으로 정의하면서,¹⁴⁾ 환경영향저감방안으로 가능한 둘 이상의 대안을 설정하여 이들 간에 경제성·기술성·환경성에 관한 장·

11) 그 결과 20개 법정 평가항목(법제29조 제2항 (2003. 12. 30. 제7020호)에 대한 평가만이 이루어져 제도의 실효성이 발휘되지 못하였다.

12) 「환경영향평가법」 시행령 제12조는 평가서에 포함되어야 하는 사항으로 1. 요약문, 2. 사업의 개요, 3. 환경영향평가대상사업이 실시되는 지역 및 그 주변지역에 대한 환경현황, 4. [환경정책기본법] 제25조에 다른 사전환경성검토에 대한 협의를 거친 경우 그 협의내용의 반영 여부, 5. 법 제10조제3항 및 제5항에 다른 평가항목, 범위 등에 대한 결정 내용 및 그에 대한 사업자의 조치사항, 6. 평가서초안에 대한 주민, 관계 행정기관의 의견 및 이에 대한 사업자의 검토의견, 7. 환경영향평가의 결과, 8. 부록을 규정하고 있다.

13) ① 평가항목별 조사, 예측 및 평가의 결과, ②환경보전을 위한 조치(환경저감방안), ③ 환경에 미치는 불가피한 영향 및 이에 대한 대책과 ④ 대안설정 및 평가를 의미한다.

14) 환경부 고시 제2조 제3호, 동 고시 [별표 2]의 XI는 다음과 같이 기술하고 있다. “대안이라 함은 일정의 목적(환경목표의 달성)을 전제로 하여 해당 개발계획의 위치, 규모, 공법, 시기 등에 대하여 여러 가지 조건을 변경하여 각각의 환경영향평가 결과를 비교, 검토하는 것이다. 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.”

단점이 비교될 수 있도록 객관적으로 기술되어야 하며¹⁵⁾ 이들 대안 중에서 사업시행을 위한 환경저감방안을 선택하고 그 사유도 명시하도록 하고 있다.¹⁶⁾

5. 「환경영향평가법」상 問題點과 대안검토의 필요성

우리나라의 환경영향평가제도는 운영 면에서 3가지 문제점이 지적되어 왔으나 수차례의 개정을 통해서도 이를 해결하기 어려웠다. 위 3가지 문제점이란 ① 환경영향평가서 작성의 '사업자주의'로 인한 공정성·신뢰성 확보의 어려움, ② 대상사업의 환경기준 준수여부만이 주된 협의주제가 되는 협의절차, ③ 법원의 실제적·절차적 심사의 한계이다.

우선 위 ① 문제는 입법자의 의도대로 사업자의 전문성과 기술이 활용되어 대상사업의 환경에 대한 영향이 상세히 파악되고 이에 대한 효율적인 환경저감방안을 찾는 것이 가능하다는 가정이 현실화 되었다면 발생하지 않았을 것이다. 그러나 사업자는 그의 이익을 더 증시하여 환경비용을 고려하지 아니하는 경향이 강하기 때문에 별도의 경제적 인센티브가 없는 이상 사업자가 환경기준 이상의 목표를 달성하기 위한 환경저감방안을 마련할 것을 기대하기 어려운 것이 사실이었다. 그 결과 그를 보완하기 위한 수단으로 협의절차가 마련되어 있다는 점은 이미 살펴보았다.

위 ② 문제는 협의기관이 사업자보다 대상사업에 대한 전문적·기술적 지식이 풍부하거나 그에 대한 충분한 정보를 보유하고 있다면, 통제·감시·검토 절차를 통한 환경영향평가서에 대한 실제적 심사가 가능하여 특정 정책결정이 환경을 고려한 정책결정이 될 수 있도록 함으로써 해결할 수 있었을 것이다. 그러나 협의기관은 사업자에 비하여 대상사업에 대한 전문성·기술 부족으로 사업자가 선택한 환경영향저감방안이 환경기준을 준수하고 있는지 여부만을 주된 검토 대상으로 하여 온 것이 실정이다.

위 ③ 문제는 전문성의 면에서 협의기관보다 우월할 것이 없는 법원으로서의 설사 환경영향평서에 대하여 실제적·절차적 심사가 가능하다고 하더라도 협의절차를 거

15) 환경부 고시 제11조

16) 환경부 고시 제23조 제2항

친 환경영향평가서에 대해서는 협의기관의 의견을 최대한 존중하지 아니할 수 없기 때문에 재량권의 일탈. 남용의 정도에 이르지 아니한 이상 실제적 심사에 있어 한계가 있을 수 밖에 없다는 점으로부터 발생하는 문제이다.

위 ①의 상황 속에서 위 ② 및 ③의 문제에 의해 가) 사업자가 그의 이익을 최우선으로 하여 선택한 환경영향저감방안에 대하여 나) 환경기준을 준수하고 있는지 여부만을 검토하는 것에 그친 것이 그간의 우리나라의 환경영향평가제도였다. 이러한 문제점을 개선하기 위한 방안이 바로 대안의 제시이다. 위 ①의 문제점을 사업자로 하여금 반드시 대안을 제시하도록 하고, 그 대안에는 부작위대안까지도 포함하도록 하며, 각 대안에 대한 환경영향평가결과까지 제출하도록 함으로써, 협의기관의 협의를 위한 기초 정보자료를 충실히 제공받아 위 ② 문제를 해결함과 동시에 그러한 절차를 충실히 이행하였는지 여부를 사법심사의 대상으로 함으로써 법원의 인적시설의 한계 및 전문성 미비로 인한 사법심사의 한계를 회피함으로써 위 ③의 문제를 해결할 수 있는 방안이 될 수 있기 때문이다. 이에 따라 사업자가 제출 및 평가하여야 하는 대안의 범위가 어디까지인지가 주된 관심사가 되었다.

5. 현행 대안평가제도의 문제점

이상의 점을 감안해서인지는 모르겠지만, 「환경영향평가법」 시행령은 대안설정 및 그 평가를 환경영향평가서의 필수적 기재사항으로 도입하였다. 그러나 그러함에도 불구하고 개정법의 실효성을 기대하기는 쉽지 아닐 것 같다.

그 이유 중 하나는 “대안의 검토”를 공중의 의견수렴절차, 스코핑절차, 협의절차와 동등한 절차규정으로 마련하지 않고 있다는 점으로부터 비롯된다. 현재로서는 대안의 검토와 관련된 구체적인 내용은 환경부고시에서 평가서에 포함되어야 하는 내용의 일부로 제시되고 있을 따름이다. 이렇게 대안의 검토를 절차규정으로 마련하지 아니한 이유는 환경영향평가서 작성주체인 사업자가 대상사업의 목적에 적합한 대안을 스코핑 절차를 통해 설정 검토할 것이며 협의절차의 강화를 통해 실제적 심사가 가능하다는 판단에서 비롯된 것으로 보인다. 그러나 실제적 심사 특히 법원의 실제적 심사에는 한계가 있을 수 밖에 없다는 점을 감안하여 본다면 그와 같은 판단은 지

나치게 낙관적이라는 평가를 받을 가능성이 높다. 예컨대, 대안검토의 극단적인 예로 사업자는 대안을 검토하려고 하였으나 대상사업의 목적을 달성할 수 있는 환경영향 저감방안은 자신이 선택한 대안이 유일한 방안으로 다른 대안의 검토는 필요하지 않다는 결론에 도달하여 다른 대안의 검토의 필요성을 배제하고, 승인 내지 협의기관 역시 별다른 제재 없이 당해 사업계획이 승인되는 경우 법원이 당해 승인처분을 취소하여 줄 것을 기대하는 것은 기대하기 어려운 일이 된다.

더구나 환경부고시에서의 代案 관련 규정이 명확하지 아니한 표현의 연속으로 이루어져 있다는 점을 감안할 때 평가서에 포함되는 대안의 범위는 이하 미국 판례에서 살펴보는 바와 같이 대상사업의 목적달성에 적합한 合理的인 방안으로 한정될 것으로 해석될 여지도 없지 않다. 그러한 경우 검토되어야 할 대안의 범위는 현격히 줄어들 가능성이 크다. 그 점을 떠나 현실을 보더라도 개정 「환경영향평가법」이 시행되기 시작한 2009년 1월 1일 이후에도 사업시행방안 이외의 다른 대안을 포함한 환경영향평가서를 찾아보기 어렵기도 하다. 더 나아가 대안의 검토를 결여하였다는 이유로 협의절차에서 대안의 검토를 요구하는 사례도 찾아보기 힘들며, 아직 이르기는 하지만 법원이 이를 이유로 대상사업계획승인을 취소한 사례는 더더욱 찾아보기 힘들다.

만약 대안의 평가를 실체법적 요건으로 보는 경우에는 설사 대안이 환경영향평가서에 제시되고, 평가되었다 하더라도 그것이 대안으로 제시되어야 할 모든 대안을 포함하고 있지 못하다면 당해 환경영향평가서에 기인한 행정처분은 그 적법 또는 유효 여부가 문제될 수 있는 행정처분이라 볼 수 있다. 그러나 법원은 인적 물적 시설의 한계 내지 행정기관의 판단을 존중한다는 차원에서 행정기관의 판단이 일탈, 남용에 이르지 아니한 한 그 효력을 부인하지 아니할 것이다. 그렇다면 다른 대안은 절차법적 규정을 강화함으로써 환경영향평가서에 포함되어야 할 대안을 선정하는 절차에 대한 상세한 규정을 반영하는 것이 필요한 일이 될 수 있을 것이다. 이하에서는 이상의 문제점을 바탕으로 미국에서의 그 동안의 논쟁 과정을 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 美國의 環境영향평가제도

1. 미국의 국가환경정책기본법(National Environmental Policy Act)

미국은 1970년 우리의 환경정책기본법에 해당하는 국가환경정책기본법(National Environmental Policy Act, "NEPA")을 제정하였다. NEPA는 "모든 연방행정기관의 행위¹⁷⁾ 결정 시 "환경을 고려하여" 인간과 자연을 조화할 수 있는 정책수립을 하도록 함을 그 목적으로 하고 있었다. 그에 따라 제정 당시에는 환경입법의 마그나 카르타로 불릴 정도로 높은 평가를 받은 바 있다. 특히 NEPA 제101조는 정부에게 건강한 생태계를 유지하고 보전해야 하는 의무 즉 '환경고려¹⁸⁾의 의무'가 부여되어 있음을 확인하고, 제102조는 환경고려의무의 이행을 위한 '절차'를 규정하였다. 특히 이 제 102조는 환경에 심각한 영향을 발생시킬 가능성이 높은 행위("대상행위")에 대해서 환경영향평가서(Environmental Impact Statement, "EIS")¹⁹⁾ 작성의무를 행정기관에게 부과하였다.²⁰⁾ 동시에 행정기관에게 EIS 작성을 통하여 특정한 결정이 환경을 고려하여 내린 결정임을 공중에게 설명할 의무가 있다고 규정하고 있다.²¹⁾ EIS의 작성주체인 행정기관이란 원칙적으로는 대상행위 승인기관이나 승인기관이 위임하는 경우

17) NEPA의 모든 연방행정기관의 행위란 행정행위, 정책수립, 계획, 입법 등을 포함한 모든 행위를 말한다.

18) Section 101 of NEPA announces NEPA's basic policy "to use all practicable means and measures..... to create and maintain conditions under which man and nature can exist in productive harmony, and fulfill the social, economic and other requirements of present and future generations of Americans." 42 U. S. C. §4332 (C).

19) EIS는 연방행정기관을 위한 중대한 사무로서 NEPA의 시행을 둘러싼 대부분의 분쟁의 중심이 되었다. 사실, Environmental Assessment(EA)라 불리는 총체적 절차는 행정기관의 EIS의 작성여부를 결정한다. 그리 놀라운 사실이 아닌 것은 행정기관은 EA를 작성함에 있어 자신들이 정한 절차에 따르며 그 결과에 따라 Finding of No Significant Effects (심각한환경영향미발견: FONSI)를 작성할 수 있다. FONSI로 결정되었다면, EIS작성은 요구되지 않는다.

20) EIS의 작성주체가 사업자가 아닌 행정기관이라는 점은 우리나라와 다른 점이다.

21) EIS를 작성함으로써 행정기관은 새로운 의사결정원칙을 적용하도록 강제하였다. 새로운 의사결정과정원칙이란 1) 기술적 경제적 가치만이 우선적으로 고려되는 것이 아니라 환경가치도 이들과 동등하게 고려하고, 2) 환경문제는 법체계적, 장기적 특징이 있음을 이해하고, 3) 행정기관의 목적을 낮은 환경비용으로 달성할 수 있도록 대안을 반드시 고려하고, 4) 대상행위의 환경영향에 대한 타행정기관과 공중의 의견을 수렴하는 것이다.

엔지니어링 업체 등이 되기도 한다. 그런 경우라 하더라도 EIS에 관한 전반적인 책임은 대상행위를 주관하는 행정기관이 부담하게 됨은 물론이다.

2. 절차법으로서의 NEPA

NEPA의 의사결정절차의 구체적 내용을 규정하기 위하여 Council on the Environmental Quality²²⁾에서 규칙("CEQ규칙")을 제정하였는바, 당해 규칙은 NEPA의 의무준수사항의 해석 관련 지침 역할을 하고 있다. 현재는 NEPA와 CEQ규칙이 행정기관의 의사결정과정 속에서 환경 관련 의무를 준수하기 위한 절차를 규정한 것으로, 즉, 절차법적 성격이 강한 것으로 해석하고 있다. 그러나 처음부터 NEPA가 절차법으로 해석된 것은 아니다.

Calvert Cliff's Coordinating Comm. v. U. S. Atomic Energy 사건("Calvert 사건")²³⁾은 EIS가 제102조 소정의 절차규정을 준수하여 작성되었음에도 불구하고 당해 EIS가 제101조 소정의 실체적 요건을 결여하였다는 이유로 그 효력을 부인한 사건이다. 이 사건에서 Wright 판사는 행정기관의 의사결정처리과정은 복잡하고 거대한 복도와 같아서 NEPA의 실체적 입법목적인 "행정기관의 환경보전고려의무"가 그 길을 잃을 가능성이 높으므로 NEPA의 입법 목적을 퇴색시키지 않기 위해서라도 법원의 실체법적 심사는 필요하다고 판결하였다.²⁴⁾

그러나 Vermont Yankee Power Group, Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc. 사건("Vermont Yankee 사건")²⁵⁾을 계기로 연방대법원은 NEPA가 "절차법적 성격"²⁶⁾의 것이라 판시하였다.²⁷⁾ 이 사건에서 연방대법원은 NEPA는 국가의 중

22) NEPA가 입법으로 통과되고 약 10년이 지난 1978, NEPA의 Title II (2장)은 환경질에 관한 문제점을 대통령에게 보고하고 조언하는 책임을 지는 위원회로서 창설되었다.

23) Calvert Cliff's Coordinating Comm. v. U. S. Atomic Energy Comm'n 449 F. 2d 1109 (D. C. Cir. 1971).

24) 1) '비용대편익비'의 불균형 경우와 2) 환경가치가 충분히 고려되지 않았다고 사법심사결과 인정된다면 이는 재량의 일탈/남용임으로 법원은 행정기관의 결정을 취소할 수 있다고 하였다. 그는 자신의 주장을 뒷받침 하기 위해 NEPA는 "종이호랑이"가 아니라고 주장하였다.

25) Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. National Resources Defense Council, Inc., 435 U. S. 519, 558 (1978).

26) Tillamook County v. United States Army Corps of Eng'rs, 288 F. 3d 1140, 1143 (9th Cir. 2002)

요한 실제적 목적을 표명한 것이 아니라 행정기관에게 환경보호의무를 부과한 것이라 해석하고, “권력분립” 원칙에 따라 행정권의 영역에 사법부가 침범하는 것을 막기 위하여 NEPA에 대한 실제법적 심사를 할 수 없다고 판단하였다.

그러나 이 판결은 다음과 같은 측면에서 비난받고 있다. 그 이유는 다음과 같다. 우선 행정기관 스스로 NEPA를 시간적·자원적 낭비를 초래하는 방해물로 비난하는 경우가 적지 아니하다는 것이 현실이라는 점이다. 행정기관 스스로도 NEPA를 충실히 이행하는 경우 사업시행이 지연될 것임을 우려하는 경우가 적지 아니하다는 점은 그를 반증한다. 그런 상황 하에서는 행정기관이 절차적규정을 준수한다고 하더라도 내용이 없는 절차의 진행에 그칠 가능성이 높다. 일부 환경론자는 NEPA 규정을 절차규정으로 해석하는 경우 행정기관의 의사결정에 다소의 절차적 지연만이 발생할 뿐 실제적 제약은 전혀 가할 수 없을 것이라 주장하고 있기도 하다. 미국의 학자들 중 일부는 절차규정만으로는 환경보전에 한계가 있음을 지적하고 NEPA를 실제법적·절차법적 성격 모두를 지닌 것으로 해석하여 행정기관의 의사결정에 대한 실제법적 심사의 필요성을 주장하고 있기도 하다.²⁸⁾ 무엇보다 핵심적인 비판은 위 사건을 통하여 연방대법원이 의사결정과정에서 행정기관의 재량권만을 확대시킨 결과를 초래했고 국민이 사법부를 불신하게 되어 결국 사법부의 중립성에 대한 의구심마저 야기하게 되었다는 것이다. 그리하여 NEPA를 적극적으로 지지하는 환경론자들도 현재 법원에 의해 NEPA가 절차법으로 해석됨으로 인하여 그 기능이 약화되고 있다 주장하면서²⁹⁾ NEPA 개정을 위한 로비를 전개하고 있다고 한다. 행정기관과 사법부 모두

(“NEPA is a procedural statute intended to ensure environmentally informed decision-making by federal agencies.”).

27) Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. National Resources Defense Council, Inc., 435 U. S. 519, 558 (1978).

28) James T. B. Tripp & Nathan G. Alley, Streamlining NEPA’s Environmental Review Process: Suggestions for Agency Reform, 12 N. Y. U. Envtl. L. J 74, 74 (2003)

29) Vermont Yankee Power Group, Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc. 사건에서 대법원의 입장은 NEPA는 국가의 중요한 실제적 목적을 표명한 것이 아니라, 행정기관에 대한 위임을 의미하는 것으로 “절차적 성격”임을 판시한바 있다. NEPA의 실제적 목적은 행정기관이 환경에 신중을 기하여 의사결정을 하도록 돕는 것으로, 환경보호만이 행정기관의 의사결정이 전무유일한 목표가 될 수는 없고, 의사결정절차상 연방정부가 고려하여야 하는 수 많은 요소 중에 환경적 요소도 고려할 것을 요구하는 의도로 NEPA를 이해해야 한다고 하고 있다. 이에 따라, 미국 대법원판사의 대다수는 NEPA

가 NEPA에 대한 절차적·실체적 심사가 가능할 수 있는 판단기준을 마련해야 한다는 주장도 동일한 취지에서 나오는 것이다.

이러한 주장들은 일면 그 타당성을 인정할 수 있다. 우리나라도 행정관청의 판단과 관련하여 그 판단이 일탈, 남용에 이르지 아니한 한 그 판단을 자제하여야 한다는 입장에 서있다 볼 수 있다.

우선, 그 주장의 근거로서 내세워지는 한 근거로서는 사법부의 인적, 물적 한계와 그에 따른 전문성 부족 현상을 들 수 있다. 그러한 주장에 일면 타당성이 있음을 부인할 수 없지만, 다른 면에서 보면 모든 판단에 있어 법원이 그 스스로 전문성을 가져야 할 이유가 없기도 하다. 복잡한 증권관련 소송이나 기타 기술적 내용에 대한 지식이 필요한 사안의 경우에도 법원은 실체적 판단을 하고 있다. 그렇게 할 수 있는 이유는 소송이 대심구조를 취하고 있기 때문이다. 법원의 판단 작업을 단순화시켜 보면 각 소송 당사자가 주장하는 내용 가운데 보다 설득력있는 주장이 어떤 것인지를 가려내는 작업에 불과하기 때문이다. 이렇게 본다면 실체법적 판단 문제는 인적·물적 시설의 한계에 의하여 제약될 수 밖에 없는 문제가 아니라, 대심구조 및 원고적격 인정 범위의 확대 또는 원고에게 전문적 지식을 공급해 줄 수 있는 기회의 확대를 통하여 해결할 수 있는 문제로 보아야 할 것이다.

다른 하나의 논거는 Vermont Yankee 사건에서 들고 있는 헌법상의 권력분립이다. 행정의 각 업무는 헌법과 법률의 정하고 있는 제약에 따라야 한다. 그런데 환경영향평가서 관련 핵심 문제는 특정 대상사업 관련 주민의 環境權과 당해 사업으로 인하여 받는 이익 귀속 주체의 財產權 간의 이익 내지 基本權 衡量的 適正性 여부로 요약할 수 있다. 그렇다면 행정부의 특정한 사업 인허가 행위의 적법성 여부는 결국 위 이익형량의 적정성 여부로 재해석할 수 있고, 이는 곧 헌법상의 기본권 사이의 이익형량의 적정성 문제이니, 그것이 사법부의 판단범위에서 벗어난 것이라 선불리 결론 내릴 수는 없다. 다만, 문제는 이익형량을 할 권한이 행정에게 전속적으로 귀속되었다고 볼 여지가 없는 반면, 헌법 자체에는 이익형량의 기준이 명시되어 있지 아니하여 사법부가 행정부의 이익형량의 적정성을 판단할 수 있는 적절한 기준을 찾는 것도 어렵다는 점이다. 그러한 점을 생각한다면 이른바 재량행정과 관련하여 사법

를 절차적법 성격으로 이해하고 있다.

행정의 판단에 개입할 수 있는 범위의 문제는 논리의 문제라기보다는 각 국가에 주어진 인적, 물적 토대³⁰⁾ 위에서 쌓아 올린 사법통제의 범위 관련 역사 내지 관습의 문제라 보아도 과언이 아닐 것이다.

어쨌든 연방대법원의 판결에 따라 NEPA와 CEQ규칙이 실제법적 심사를 할 수 있는 근거규정으로 볼 수 없게 되자, 당해 문제를 절차법적으로 해결하고자 하는 차원에서 “대안의 검토” 및 기타 절차법적 규정들을 적극 활용하여 EIS를 통제할 수 있는 방안을 강구하지 아니하면 아니되었다. 즉, 과거에는 관심을 비교적 적게 받고 있던 절차법적 규정들이 중요 조항으로 부각되게 된 것이다. 더 나아가 절차를 준수한 현명하지 않은 정책결정을 통제할 수는 없게 되었지만, 절차를 준수하는 한 현명한 정책결정에 근접할 수 있도록 절차적 규정을 어떻게 완비할 것인가가 주된 관심의 초점이 되었다.³¹⁾

3. EIS와 대안

위와 같은 배경하에서 CEQ 규칙은 EIS 작성 시 반드시 고려되어야 할 필수 5가지 절차³²⁾ 중에서도 특히 대안의 검토를 핵심적 요소로 규정하고 있다. 이는 대안의 검토를 통하여 공중과 정책결정자에게 적은 환경 관련 비용만으로도 대상사업의 목적을 달성할 수 있는 최적의 방안을 도출하기 위한 필요충분한 정보를 얻을 수 있기 때

30) 위에서 언급한 사법부의 인적, 물적 한계와 그에 따른 전문성 부족 현상에 대한 지적을 이러한 측면에서 이해할 수 있는 여지는 있을 것이다. 그러나 궁극적으로는 기본권 행량을 할 수 있는 권한을 행정에게 넓게 부여하여야 하는 필요성이 있는 만큼, 사법의 심사 범위도 넓히는 것이 답일 것이다.

31) 우리나라와 미국연방법원의 입장과 같이 행정의 처분 등에 대한 사법부의 판단범위에 일정한 제한을 두어야 한다는 입장을 취한다고 하더라도 최소한 행정의 판단의 일탈, 남용 여부를 판단할 수 있는 사법부 입장에서 그에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 충분한 정보가 제공되어 있지 아니하면 아니된다는 점에서도 그러하다.

32) 정부기관이 환경영향평가서를 작성하는 경우, 사법심사의 초점은 당연히 영향평가서의 적절성이게 된다. CEQ (위원회)는 환경영향평가서의 기본적인 체계와 내용을 규정하고 있다. 40 C. F. R. §1502.10-1502.18. 환경영향평가서는, 1) 공중 심사를 유용하게 하도록 하는 요약서, 2) 제시된 행위에 대한 목적과 필요에 대한 설명, 3) 대안에 대한 묘사와 비교 평가, 4) 행위에 의해 영향을 받게 될 환경의 묘사, 마지막으로 5) 제시된 행위와 대안이 가져올 환경결과에 대한 분석을 반드시 포함하고 있어야 한다. 소송은 행정기관의 대안들에 대한 분석의 적절성과 환경결과에 대한 분석의 범위와 세밀성을 중심으로 이루어지게 된다.

문이다.³³⁾³⁴⁾ 그리하여 NEPA는 행정기관이 EIS를 작성할 때 대상행위의 代案을 조사하고 평가하여 그에 대한 상세한 설명을 하도록 하고 있고, 그에 따라 CEQ규칙도 대안을 EIS의 필수기재사항으로 규정하고 있다.³⁵⁾

CEQ규칙은 EIS에 포함되어져야 하는 대안으로 ① 대상행위의 취소를 의미하는 부작위 대안 (No-Action Alternatives), ② 대상행위의 시행을 위한 합리적 대안 (Other Reasonable Courses of Action)³⁶⁾과, ③ 대상행위의 시행과는 거리가 먼 환경영향저감대책 (Mitigation Measures not in the Proposed Action) 3가지를 들고 있다.³⁷⁾ 그리하여 환경영향평가서에는 위 ① 및 ② 대안의 환경영향을 평가·분석하여 상대적인 장·단점이 비교될 수 있도록 상세히 설명되어 있어야 하는 한편,³⁸⁾ 행정기관으로 하여금 환경영향평가서에 환경영향이 평가된 대안 중 대상행위의 시행을 위하여 행정기관이 선택하고자 하는 대상행위 시행방안을 특정하도록 하고 있다. 또한, 위 ③과 관련하여 환경영향평가서에서 환경영향평가가 이루어지 않은 환경영향저감대책이 있다면 그 사유에 대하여 간략히 설명하도록 하고 있다.

4. 合理的 代案

미국법원은 대상행위의 적법성 여부를 판단함과 관련하여 EIS가 NEPA가 요구하는 대안을 충실히 반영하고 있는지 여부를 심사하여야 하였다. 그런데 당해 대안의

33) 또한, 공중에게 정보를 제공하여 공중이 의사결정 절차에 참여하도록 유도함과 동시에 공중이 가진 정보도 수집하여 정책결정을 위한 다방면의 정보를 취득하기 위한 것이기도 하다.

34) NEPA의 궁극적인 목표는 외면적으로는 NEPA의 절차를 준수하지 않은 정책결정을 통제하기 위한 것으로 보이지만, 실제로는 충분한 정보를 기반으로 정책결정이 이루어지도록 하는 것이다. 그러므로 충분한 정보를 제공할 수 있는 대안은 NEPA의 정책조항규정인 환경고려의무와 설명의무 관련 EIS의 가장 핵심적 내용이 되지 아니할 수 없다.

35) 40 C. F. R. §1502. 14 (2004).

36) 합리적 대안은 '대상행위의 목적과 필요'로 라는 개념으로 대안의 범위를 한정한다.

37) 40 C. F. R. §§1508. 25(b)(1)-(3) (2004).

38) U. S. C. §4332 (2)(E) study, develop and describe appropriate alternatives to recommended courses of action in any proposal which involves unresolved conflicts concerning alternative uses of available resources. 대상행위시행결정방안과 모든 대안이 동일하게 분석되도록 하는 이유는 서로의 장·단점이 비교되어 공중에게 충분한 정보제공을 하기 위해서이다.

範圍에 대하여 NEPA 및 CEQ 규칙에서 명시적, 묵시적 기준을 찾아 볼 수 없는 상황에 이르자 법원은 독자적인 기준을 설정하지 아니할 수 없었다. 특히 검토하여야 할 대안의 범위를 무한정 확대하는 경우 발생할 수 있는 문제점을 고려하여 대안의 범위를 적절한 범위 내로 한정할 필요성이 있는데 당해 한정을 어떻게 하여야 할 것인가와 관련한 나름의 기준이 필요하였다.

이와 관련하여 D. C. 순회재판소가 EIS에 포함되어야 하는 대안의 범위를 결정하는 기준을 처음으로 제시하였는데, 당해 기준이란 검토되어야 한다고 주장되는 대안이 “합리적”인 것인가라는 것이었다. 그리고 CEQ 규칙도 이러한 기준을 그대로 받아들여 NEPA가 규정하고 있는 대안이란 “합리적 대안”을 의미한다고 규정하기에 이르렀다.

그러나 “합리적”이라는 용어는 불확정 개념에 불과한 것이어서 구체적인 해석 기준으로서 작용하기에는 역부족이었다. 그리하여 “합리적 대안”이라는 기준을 제시한 D. C. 순회재판소마저도 당해 기준에 대하여 비난을 하는 지경에 이르기도 하였다. 전반적으로 법원은 “합리적 대안”이라는 용어는 그대로 사용하고 있으나 시간이 지날수록 그 개념의 외연을 점점 축소하여 해석하는 경향을 보이고 있다. 다음에서 그 구체적 내용을 살펴보기로 한다.

(1) Morton 사건의 합리성 기준

D. C. 순회재판소는 Natural Res. Def. Council v. Morton 사건³⁹⁾ (“Morton 사건”)에서 환경영향평가서에 포함되어야 하는 대안의 범위 결정기준으로 “합리성 기준(Rule of Reason)”을 제시하였다. “합리성 기준”에 따르면 특정 대안이 합리적이라 판단되는 한 평가되어야 하였다. 구체적으로 살펴보면 특정 대안이 합리적인 안에 해당하는 한, ① EIS작성을 담당하는 행정기관의 권한 내에서 시행할 수 있는 대안 뿐만 아니라, ② 그의 권한 밖의 대안도 검토되어야 하며, 더 나아가 ③ 새로운 입법을 요하는 대안까지도 검토되어야 하는 대안의 범위에 속한다고 한다.

요약하면 Morton 사건의 합리성기준은 실현불가능하거나 기준법체계 전체의 개정

39) Natural Res. Def. Council v. Morton, 458 F. 2d 827, 837 (D. C. Cir. 1972)

을 요구하는 정도에 이르지 아니하는 정도의 대안이라면 설사 위 ②나 ③에 해당하는 대안이라 하더라도 합리적 대안으로 보고 EIS에 그 평가결과를 포함시켜야 한다는 것이다. 이는 대상행위를 시행함에 있어 비용 대 편익, 친환경성, 효율성, 경제성 등 모든 사항을 완벽하게 만족시킬 수 있는 정답을 찾기란 불가능하기 때문에, 합리적이라 판단되는 안인 한 당해 안들을 검토하지 아니하면 부적절한 의사결정을 초래할 가능성이 높다는 판단에서 비롯된다.⁴⁰⁾

Morton 사건의 합리성 기준은 광범위한 대안의 검토를 요구하고 있기 때문에 그에 따르는 경우 대상행위에 의해 야기될 수 있는 모든 문제점들⁴¹⁾에 대한 정보가 비교가능한 형태로 취합되어 판단의 자료로 사용될 수 있다는 장점이 있다.⁴²⁾ 전반적으로 Morton 사건의 합리성기준은 최대한 많은 대안들을 검토하도록 함으로써 사업자 제시안 또는 행정기관 제시안의 장단점을 비교 판단하여 경제, 기술적 측면 뿐 아니라 환경적인 측면에서도 최적의 대안이 선택될 수 있는 길을 열어 놓았다는 평가를 받고 있다. 또한, 결과적으로는 위 판결 이후 아래 (2)에 소개하는 사건에 의하여 사법에 의한 실제적 심리가 불가능해진 상황 속에, 많은 정보를 비교평가할 수 있는 길을 미리 열어 두어 대안 관련 절차를 준수하는 한 최적의 정책결정에 근접하도록 하고자 한다는 절차법적 해결방안을 이미 제시하고 있었다는 점도 평가받아야 할 점이다.

(2) Vermont Yankee 사건의 합리성 기준

Morton 사건 이후 약 10년 동안 법원은 Morton사건과 동일한 기준을 적용하였다. 그러나 Morton 사건의 합리성 기준은 시간적, 비용적 부담이 적지 아니하다는 이유

40) 40 C. F. R. §1502. 14(c).

41) 친환경성 여부 뿐만 아니라 일반 의사결정절차에서 고려되어야 하는 경제성·기술적 측면 등에 관한 문제점

42) 또한, 환경을 최우선으로 고려한 대안을 선택하는 경우 사업자 제시 안에 비하여 시행 시점이 늦어지는 결과가 발생할 때, 당해 늦어짐으로 인한 비용 부분까지 감안하여 비용편익분석 자료가 제출되어야 하므로, 3차원적 분석이 가능해지는 장점도 있다. Id. at §1502. 2(d). See 42 U. S. C. §4331 (2000) (NEPA's statement of substantive environmental values that the federal government is to achieve by "all practicable means.").

로 담당행정기관에서의 불만이 적지 아니하였다. 행정기관들은 Morton사건이 제시하는 기준은 사실상 대안을 무제한적으로 검토할 것을 요구하고 있는 것인바, 그는 사실상 불가능하다고 주장하곤 하였다. 그 결과 Vermont Yankee 사건에서 Morton의 합리성 기준은 과도기를 겪게 된다.

Vermont Yankee 사건은 Morton 사건의 “합리성 기준”의 개념은 그대로 사용하였으나 “합리적 대안”을 “실행가능성(Feasibility)”있는 대안으로 한정하고자 하였다. Vermont Yankee 사건은 “합리적 대안”이 무엇인지 직접 정의하지는 아니하고 EIS의 검토대상에서 제외될 수 있는 대안도 있다고 하면서 가능한 모든 대안이 평가서에 포함되어 있지 않더라도 NEPA를 준수한 EIS로 인정할 수 있다고 하였다. 위 사건의 법원은 위 EIS의 평가 대상에서 제외할 수 있는 대안을 “생소하고 희박한(unknown or remote)” 대안이라 표현하고 있다.⁴³⁾ 더 나아가 “생소하고 희박한” 대안의 범위와 관련하여 대상행위 계획 결정전까지 기술적인 측면에서 실행가능성이 성숙단계에 이르지 못하는 대안에 한정된다고 하였다.

이 Vermont Yankee 사건의 합리성 기준은 이후 수많은 사건에서 인용되었다. 그러나 Vermont Yankee 사건을 인용한 수많은 판례들 대부분은 “생소하고 희박한” 대안의 범위를 Vermont Yankee 사건이 제시한 기술적으로 미성숙한 대안과 같이 엄격하게 해석하지는 않았다. 심지어 행정기관이 희망하는 시행방안과 다른 시행방안을

43) Vermont Yankee 사건에서 법원은 원자력발전소 건설승인 시 Nuclear Regulatory Committee (NRC: 핵규제위원회)은 “에너지 보전”을 위한 대안을 “생소하거나 관련성이 희박한” 대안에 해당하기 때문에 검토할 필요가 없다고 판결했다. 행정기관의 승인결정과 항소심 기간 사이에 국가는 1973년 원유수출금지조약에 의해 에너지 위기에 직면하게 되었다. 그 대응으로 개별 연방행정기관 뿐만 아니라 CEQ도 NEPA의 가이드라인에 에너지보전에 대해 언급하기 시작하였다. 항소법원 역시 1970년대 중반에는 에너지 위기로 인하여 NEPA를 시행하기 위하여 다른 요소와 더불어 에너지보존이라는 개념도 함께 검토되어야 함을 인정하였다. 그러나 Vermont Yankee 사건의 법원은 사법심사가 끝날 때까지도 에너지보전은 미완성된 개념으로 남아 있었다는 점을 이유로 에너지보전 문제를 행정기관이 검토하지 아니하였다는 이유로 행정기관의 결정을 취소할 수는 없다고 하였다. 그러나 Vermont 사건은 에너지보존의 고려요소는 생소하고 관련성이 희박한 대안에서 합리적인 대안으로 전환된 대안이 될 수 있음, 즉, 대안이라는 개념이 시대의 흐름에 따라 계속 그 외연을 바꾸어 나가는 개념이 될 것임을 암시하고 있는 판결로 볼 수도 있다. 또한, 인지와 이해가능성이 높을수록 대안에 포함될 가능성이 높다는 점도 보여주고 있다. 실제 1988년 원유유출사건 (Natural Res. Def. Council, Inc. v. Hodel, 865 F. 2d 288, 296 (D. C. Cir. 1988))에 대하여 D. C. 순회재판소는 에너지보전 문제도 대안의 설정과 관련하여 검토하도록 요구한 바 있다.

검토하지 아니한 사건에서도 Vermont Yankee 사건이 인용되는 등 Vermont Yankee 사건의 합리성 기준을 왜곡하여 사용하는 경우도 적지 아니하였다고 한다. 또한, 종종 일부 법령개정이 필요하거나 담당행정기관의 권한을 넘어서는 정책의 수정이 필요한 대안을 “생소하고 희박한” 대안에 해당한다고 하는 경우도 있었다.⁴⁴⁾ 결과적으로 Morton 사건에서는 위 ② 타행정기관의 권한에 속하는 대안과 위 ③ 관련 법률의 개정을 선결요건으로 하는 대안도 모두 EIS에 포함되어야 하였으나, 이러한 Vermont Yankee 합리성 기준의 왜곡은 종종 ② 및 ③의 대안을 “생소하고 희박한 대안”으로 폄하하여 검토대상 대안에서 배척하는 결과로 이어지게 되었다.

(3) Alexandria 사건의 합리성 기준

Kootenai Tribe v. Veneman 사건도 Vermont Yankee 사건의 왜곡된 합리성 기준을 인용한 전형적인 예이다. 당해 사건은 산림청의 無道露 원칙 (“Roadless Rule”)을 이행할 수 없는 대안은 생소하고 희박한 대안으로 검토의 필요성이 없으며 행정기관의 정책과 NEPA의 환경보전목적에도 반한다고 한다.⁴⁵⁾ 한편, Nat. Wildlife Fed’n v. Federal Energy Reg. Comm’n⁴⁶⁾ 사건은 대안으로 제시된 안을 담당하는 다른 행정기

44) City of Sausalito v. O’Neill, 386 F. 3d 11896, 1209-10 (9th Cir. 2004).

45) 쿠틀나이 사건은 2000년도에 미국 산림청이 제시한 무도로보호구역 (the Roadless Area Conservation Rule)에 관한 규정에 대하여 아이다호주의 쿠틀나이족이 그 정당성을 의심하면서 시작되었다. 동 규정은 도로건설이 금지되는 무도로보호구역으로 5천만에이커가 넘는 지역을 지정하였고, 원고인 쿠틀나이족은 이에 대하여 도로건설금지규정은 화재진압능력과 산림청의 산림재해능력을 저해하기 때문에 환경에 악한영향을 미칠것이라고 주장하였다. 원고에 따르면 산림청은 무도로보호구역에 신도로건설을 전적으로 금지하는 대안 3가지만을 검토함으로써 NEPA를 위배하였다고 한다. 지방법원은 원고의 의견에 동의하고 다음과 결론을 내렸다. 산림청이 제시한 각각의 대안은 도로건설을 금지하고 있기 때문에 실질적인 측면에서 동일하다고 볼 수 있다. 동법원은 무도로보호구역을 보호하는 대안만이 아닌 일부도로의 건설과 목재수확을 허락하는 대안을 고려하지 않은 것은 NEPA의 합리적인 대안의 검토규정을 위반한 것이라고 판결하였다.

제9회순회재판소는 지방법원의 결정을 파기하고 산림청은 NEPA의 대안의 검토규정을 위반하지 않았다고 판결하였다. EIS에는 무도로보호구역내에서의 도로건설을 금지하는 대안에 해당하는 부작위 대안을 검토하고 있었음에도 불구하고, 합리적인 대안의 검토범위에 해당한다고 판시하였다. 행정기관의 목적은 무도로보호구역의 특색에 해당하는 생태학적·사회적 가치와 요소를 저해하는 모든 행위를 금지하는 것으로, NEPA의 대안검토규정은 행정기관의 행위가 자연환경을 저해하기 보다는 보호하는 것이 핵심목적일 때 엄격하게 해석되지 않아야 한다고 덧붙였다.

관이 당해 대안을 선호하지 않을 것으로 예상하여 이를 검토하지 않는 경우이다. 이 사건에서 D. C. 순회재판소는 행정기관 간의 “협의”를 선호하지 않는 卍법령과 정책을 고려해 볼 때 행정기관은 새로운 저수지 건설에 대한 대안으로서의 수도사업을 검토하여야 할 합리적 대안이라고 볼 수 없다는 행정기관의 주장을 받아 들었다.

더 나아가 City of Alexandria v. Slater (“Alexandria 사건”)의 제10순회재판소는 합리적 대안은 대상행위의 목적에 따라 결정된다고 판결하였다. 그 이유는 NEPA 규정이 합리적 대안인지 여부를 심사하여야 하는 법원에게 구속력 있는 지침을 제공하고 있지 아니한 이상 법원은 대상행위의 목적을 참고로 할 수 밖에 없다는 것이다. 하지만 당해 판결에서 유의하여야 할 점은 광범위한 대안의 검토를 피하기 위해 대상행위의 목적을 협소하게 정의해서는 아니된다는 것이다. 이는 행정기관이 시행하고자 하는 대안이 대상행위의 목적을 달성하기 위한 유일한 대안이 될 수 있을 정도로 목적 자체를 협소하게 구성해서는 아니된다는 것을 말한다.⁴⁷⁾ 그러므로 결과적으로 본다면 Alexandria 사건의 합리성 기준은 행정기관에게 합리적인 선택을 할 수 있을 정도로 충분한 범위의 대안을 검토할 의무를 부여하는 것으로 평가할 수 있는 여지도 있다.

그러나 Alexandria 사건의 합리성 기준이 각 순회재판소에 의해 적용되어지면서 “대상행위의 목적과 필요성”에 비추어 부적절하다면 그 대안은 생소하고 희박한 대안으로 검토대상에서 제외되는 결과를 낳았다. 이는 법원이 행정기관의 행위의 적법 여부를 심사함에 있어 행정기관의 대안 선정 행위보다는 행정기관의 대상행위의 목적 내지 필요성에 대한 판단에 더 많은 자율성을 인정하고 있는 경향이 있음을 말한다. 그 결과 행정기관이 자신이 설정한 대상행위의 목적이 합리적이라는 점을 입증하는 한, 당해 목적에 부합하지 아니한 대안은 검토 대상에서 제외되어 버리게 되었다.

46) Nat. Wildlife Fed'n v. Federal Energy Reg. Comm'n, 912 F. 2d 1471, 1485 (D. C. Cir. 1990)

47) 더 나아가 법원은 대상행위의 목적을 염두해 두고 대안분석을 시작하게 되지만 대상행위의 목적 중 일부분을 달성할 수 있는 대안도 검토하였는지를 심사하기도 하였다.

5. 부작위 대안

(1) 부작위대안의 정의

NEPA가 요구하는 대안의 범위와 관련하여 일찍이 레벤설 대법관은 합리적대안 이외에 不作爲代案이 포함되어야 한다고 주장하였다.⁴⁸⁾ 그 영향인지는 알 수 없으나 CEQ 규칙 또한 합리적 대안 이외에 부작위대안의 검토를 요구하고 있다.

CEQ 규칙은 대상행위의 목적 및 필요성에 근거한 합리적대안과 대상행위의 취소로 인한 부작위대안을 EIS에 비교형식으로 검토할 것을 의무화하고 있다. 부작위대안의 검토는 대상행위의 취소결정으로 인한 환경영향을 평가하여 대상행위의 시행 전·후의 환경상태의 비교가 가능하게 한다는 장점이 있다. 또한, EIS에 포함되어야 하는 합리적 대안의 범위를 결정하기 위하여 Alexandria 사건의 합리성 기준이 만연히 사용되면서 EIS는 대상행위의 목적 및 필요성에 적합한 합리적 대안만을 검토하게 되는 위험성이 있으나, 부작위대안이 포함됨으로써 대상행위의 목적에서 벗어난 대안의 검토를 가능하게 하여 EIS가 균형 잡힌 정보를 제공하게 할 수 있다는 장점도 있다.

부작위대안은 대상행위가 취소되는 경우 발생하게 되는 모든 결과를 예상하여 이들의 환경적, 재정적 영향을 검토하여야 함을 의미한다. '발생하게 되는 모든 결과'는 2가지 경우, 즉, ① 추후 새로운 행위의 가능성이 없는 경우와, ② 새로운 행위의 가능성이 매우 높은 경우로 나누어 볼 수 있다. 우선 위 ① 새로운 행위의 가능성이 없는 경우는 대상행위 시행 전의 환경상태를 평가하여 그것을 시행 후의 환경영향 평가 결과와 비교하여야 하고, 위 ②의 경우는 예상되는 새로운 행위를 우선 확인하고 이에 대한 환경영향평가를 실시한 뒤 대상행위와 비교하여야 한다. 위 ②와 관련하여 특정 지역의 교통혼잡을 해결하기 위하여 철도건설을 계획하고 있는 경우를 생각해 보자. 이 경우 우선 철도건설이라는 대상행위의 목적과 필요성에 적합한 합리적 대안과 철도건설의 취소 결정시의 부작위대안을 검토하게 된다. 그런데 철도건설계

48) Leventhal, Environmental Decision-Making and the Role of the Courts, 122 U. PA. L. REV. 509, 537-40(1975).

획 취소 결정으로 야기되는 결과로 도로건설이라는 새로운 행위가 예견된다면 가) 현재의 환경상태와 나) 도로건설로 인한 환경적, 재정적 영향을 평가·비교분석하여야 한다는 것이다.⁴⁹⁾

한편, 부작위대안의 범위를 가장 넓게 해석하고 있는 하와이주의 Hawaii Environmental Policy Act (HEPA)는 “대상행위의 延期결정”도 포함시킬 것을 제시하였다. 다만, 당해 사안은 대안에 대한 연구가 계속되고 있는 중이어서 일단 연기결정을 하는 것이 타당한 경우였다.⁵⁰⁾

(2) 부작위 대안의 검토

그러나 합리적 대안의 검토가 그러했던 것처럼 부작위대안의 검토도 역시 EIS를 작성하여야 하는 담당 행정기관에게는 귀찮은 것일 수 밖에 없었다. 부작위대안이 나타나게 된 한 원인이 합리적 대안이 제대로 제시되고 있지 아니한 현실을 감안한 것이었고, 그러한 이상 부작위란 진정한 “부작위”가 아니라 대안으로 볼 만한 그 어떠한 대안도 찾아 볼 수 없었다는 점에 대한 나름의 입증을 요구하지는 것이기도 하였기 때문이다. 그러한 점에서 부작위대안에 대해서도 그 범위를 축소하고자 하는 부당한 움직임이 있을 것임은 예견하기 어렵지 아니한 일이었다.

그 대표적인 사건이 Kuff v. United States Forest Service 사건(“Kuff 사건”)⁵¹⁾이다. Kuff 사건의 법원은 부작위대안에 대하여 다음과 같은 요지의 판결을 하고 있다. ① 행정기관이 검토한 합리적 대안 중의 한 대안을 부작위대안으로 보아 부작위대안을 검토한 것으로 간주 할 수 있다. ② 새로운 행위를 요하지 아니하는 대안인 이상 당해 대안을 부작위대안으로 인정할 수 있다. 그 결과 ③ 기존의 사업을 연장하는 대안도 부작위대안으로 인정할 수 있다.

위 ①의 결론에 따르면 행정기관이 부작위대안을 제시하지 아니하는 경우에도 법원 스스로 합리적 대안 중의 한 대안을 부작위대안으로 인정할 수 있다는 것이다. 그

49) Hammond v. Norton, 370 F. Supp. 2d 226, 241 (D. D. C. 2005), 40 C. F. R. §1500-08.

50) EIS 작성 시에는 생소하고 희박한 대안에 해당하여 EIS의 검토대상에서 제외될 수 있었으나 추후 사정의 변화로 합리적 대안이 될 가능성이 높은 경우까지 확대하여 적용하는 것이 타당할 것이다.

51) Kuff v. United States Forest Service, 22 F. Supp. 2d 987 (W. D. A. 1998).

러나 이 결론을 정당화시켜줄 어떠한 근거 내지 이유도 당해 판결에서 찾아 볼 수 없다. 오히려 *Communities against Runway Expansion Inc. v. FAA* (“Runway Expansion 사건”) 사건은 모든 합리적 대안과 별도로 부작위대안이 검토된 경우에 한하여 NEPA의 모든 절차가 준수된 것으로 인정할 수 있다고 하였다.⁵²⁾⁵³⁾

위 ② 및 ③과 관련한 한 예는 *Westlands Water District v. United States Department of Interior* (“Westland 사건”)⁵⁴)이다. 당해 사건은 행정기관이 Westlands 자치구에 운하와 댐시설이 운영되고 있는 상황에서 당해 지역에서 상당히 동떨어진 지역에 연방수로를 건설하는 계획을 결정한 사안인데, 이 과정에서 부작위 대안을 검토하였는가 여부가 문제된 사안과 관련된 것이었다. 당해 사건에서 법원은 대상행위의 취소 경우 기존사업이 계속될 수 있다면 기존사업에 대한 환경영향평가가 있는 이상 부작위대안에 대한 환경영향평가가 있었던 것으로 볼 수 있다고 하였다. 즉, 제9순회재판소는 연방수로건설계획을 취소하는 경우 운하 및 댐을 계속하여 이용하게 될 것이라는 점을 근거로 당해 기존 운하 및 댐에 대한 환경영향평가 결과를 부작위 대안에 대한 검토 결과로 인정하였다.

그러나 “부작위” 대안을 위 ②에서와 같이 “새로운 행위 없음 (No New Action)”으로 정의할 수 있다고 하더라도 위 ③의 결론을 항상 정당화시킬 수는 없다. Kuff 사

52) *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. National Resources Defense Council, Inc.*, 435 U. S. 519, 558 (1978). Runway Expansion 사건에서 FAA는 새로운 활주로 건설과 誘導爐 개축건설을 목적으로 공항확장계획을 세웠으나 이익단체가 이를 반대하여 활주로 및 유도로 건설허가를 취소하여 줄 것을 청구하였는데, 콜롬비아 특별구 순회재판소는 FAA의 건설허가결정의 적법여부를 심사하면서 EIS의 적절성을 심사하게 되었다. 당해 사건에서 법원은 EIS에 활주로의 확장건설이 미치는 환경영향과 항공사업의 상업적 영향까지 모두 검토되고 있음을 확인하였다. 주된 평가항목으로 ‘활주로 건설의 유·무로 인해 예상되는 지면, 사업 승인 시 증가될 소음, 그리고 사회경제적 지위에 따른 공항 주변 주민의 소음공해의 수인정도 등이 고려되었다. 이렇게 합리적 대안과 부작위대안이 검토되어 양 대안의 환경적, 경제적 영향이 비교가능하게 되었기 때문에 충분한 정보가 뒷받침 된 의사결정으로 인정될 수 있었다. 이 사건은 NEPA를 단순한 절차적 도구에 불과한 절차적 규정으로 인정하고 법원의 실제적 판단을 통하여 행정기관에게 특정결과를 요구하지 못한다는 대법원의 입장을 충실히 따른 판례이다.

53) 법원은 APA가 규정한 재량의 일탈, 남용의 기준에 따른 NEPA의 분쟁을 심사할 따름이다. 그러므로 법원의 실제적 판단은 절차법이 요구하는 절차를 대체할 수 없기 때문에 합리적 대안 중의 하나를 행정기관이 부작위대안으로 확인하지 않았다면 법원이 나서서 이를 인정할 수는 없다.

54) *Westlands Water District v. United States Department of Interior*, 376 F. 3d 853 (9th Cir. 2004).

건에서 법원은 부작위대안 결과 기존의 사업이 지속되는 경우 당해 기존 사업에 대한 평가를 하였다면 부작위대안을 검토한 것으로 볼 수 있다고 하였다. 여기까지는 Westland 사건과 같다. 하지만, Kuff 사건의 사안은 부작위대안 결과 그 지속여부가 문제된 기존사업이 인·허가를 갱신하지 아니하면 아니되는 사업이었다. 반면, Westland 사건에서는 운하나 댐 시설은 Kuff사건에서와 달리 새로이 인허가를 받아야 하는 사업이 아니어서 연방수로건설계획을 시행하지 아니할 경우 운하, 댐시설을 그대로 운영하는 경우의 환경영향평가를 한 것만으로도 부작위대안에 대한 검토를 한 것으로 볼 수 있었던 경우였다.

부작위시 장애 발생될 결과를 예정하여 그에 대한 환경평가를 실시하는 것도 적법한 부작위에 대한 평가라는 결론도 찾아 볼 수 있다. Greater Yellowstone Coalition v. Flowers 사건("Greater Yellowstone Coalition 사건")⁵⁵⁾은 개발업자가 사유지목장으로 통하는 길목에 골프코스가 포함된 도시개발사업을 시행하고자 하자 이에 반대하는 환경단체가 대안의 검토의 부적절성을 이유로 그 허가의 취소를 구한 사건이다. EIS를 작성한 The Army Corps of Engineers는 EIS 작성시 골프장 등 건설이 취소되는 경우 그 결과로 목장으로 통하는 길목과 목장 전체가 매각되어 목장 전 지역을 대상으로 하는 도시개발사업이 행하여질 가능성이 높다는 점을 전제로 환경영향평가를 실시하였다. 이는 부작위대안을 검토함과 관련하여 대상사업을 시행하지 아니할 경우의 환경영향을 평가하는 것이 아니라, 시행하지 아니할 경우 장애 발생할 수 있는 사안을 예정하여 그를 평가함으로써 사업승인의 정당성을 인정받은 경우이다.⁵⁶⁾ 그러나 장애 발생 결과에 대한 예상은 어디까지나 예상에 불과한 경우가 많아 그를 기준으로 하는 것이 어느 정도 타당한 것인지에 대한 의심을 벗어나기 힘든 면이 없지 아니하다.

위와 같은 점들은 부작위대안을 도입한다고 해서 모든 문제가 해결되는 것은 아니며, 개별적인 사안별로 달리 판단될 여지가 없지 아니하다는 점을 암시하는 것이다.

55) Greater Yellowstone Coalition v. Flowers, 359 F. 3d 1257 (10th Cir. 2004).

56) 골프장건설로 인하여 천연기념물인 대머리 독수리의 서식지가 파괴될 것이라는 환경단체들의 주장에 대하여 부작위대안이 결정될 경우 더 많은 야생동물서식지가 파괴될 가능성이 높다는 이유로 그를 받아들이지 아니하기도 하였다.

IV. 結論

그 동안 우리나라의 환경영향평가제도는 환경영향평가서 작성 상의 '사업자주의'로 인하여 공정성·신뢰성을 확보하는 것이 쉽지 아니하였다. 그리하여 대상사업의 환경기준 준수여부만이 환경평가의 주된 내용이 되어 왔고, 그나마 법원이 실제적, 절차적 양 측면에서 심도 깊은 심사를 하기 어렵다는 점으로부터 많은 문제점을 노정하여 왔다. 그러한 문제점을 개선하기 위한 한 방안이 바로 대안의 제시 및 평가였다. 우리나라도 「환경영향평가법」 시행령에 그를 반영해 놓고는 있다. 그러나 개정 「환경영향평가법」이 충분히 기대하는 바 역할을 수행할 수 있을지 여부는 극히 불투명하다. 그와 관련하여 미국의 사례에 비추어 우리가 향후 고민하여 보아야 할 문제점에 대한 검토가 시급하다 아니할 수 없다. 본 글에서는 잠정적이기는 하나 필자의 견해를 간략하게 피력해 보고자 한다.

첫째, 「환경영향평가법」을 환경영향평가 결과에 대한 실제적 심사 규정으로 해석하는 경우 사업 진행에 지나친 장애를 초래할 수 있다는 점은 미국이나 우리나라나 마찬가지로 상황으로 볼 수 있다.

둘째, 그렇다면 절차적인 면에서의 통제를 강화하지 아니할 수 없다. 이는 절차를 준수한 현명하지 않은 정책결정은 통제할 수 없다고 하더라도, 절차를 준수하는 한 현명한 정책결정에 근접할 수 있다는 점에서도 그러하다. 그러한 점에서 볼 때 우선, 현행 대안평가 관련 규정들의 법규성이 의문시된다는 점을 지적하지 아니할 수 없다. 대안의 평가는 그 내용상 상당히 중요한 내용임에도 불구하고 시행령에 한줄로 간략히 기재되어 있을 뿐이고 시행규칙, 행정규칙에 대한 위임규정도 찾아 볼 수 없다. 현재로서는 환경부장관의 고시 이외에는 대안의 평가에 대한 더 이상의 내용을 찾아 볼 수 없다. 이러한 환경부장관의 고시가 이른바 법률구체화규칙으로서 기능할 수 있을지는 의문이다.

다음으로 현행 대안 평가 관련 조항들의 내용에 대해서도 생각해 보아야 하는 점이 적지 않다. 현재의 규정형태와 관련하여 실무자들 중에서는 “대안 설정 및 그 평가”를 평가서에 반영하여야 한다는 시행령 문구에 불구하고 사업자가 환경평가서 작성 시 내부적으로 둘 이상의 대안을 검토하기 때문에 이러한 내부의사결정의 내용을

평가서에 포함하는 것은 불필요하다는 입장을 취하는 경우도 있었다. 또한 그 정도까지는 아니라 하더라도 사업자가 평가서에서 검토한 대안을 유일한 대안인 것으로 가정하고 그에 대한 평가를 하는 것만으로 환경영향평가작성의무를 충실히 이행한 것으로 보는 것이 우리의 환경영향평가제도의 일반적 운영형태라 보아도 과언이 아니다. 이러한 문제는 대안의 평가를 절차법적 차원에서 상세히 규정하여야 할 필요성이 적지 아니함을 의미하고 있다. 현재의 규정만으로는 대안의 평가를 어느 정도 하여야 하는지에 대한 내용도 불충분하지만, 사업자 또는 행정기관이 대안으로 설정한 대안 이외의 대안은 평가의 대상에 포함되지 아니하여도 그 효력이 부인될 가능성은 높지 아니하다. 법원의 전통적인 관례의 입장은 행정기관의 처분이 일탈, 남용에 이르지 아니한 이상 그를 취소할 수 없다는 것이고 한편, 전문성·기술성 및 실체적 심리를 담당하기 위한 인적, 물적 시설의 부족을 내세워 그를 지지하고 있는 이론도 발견할 수 있는 바, 검토가 필요한 대안이 충분히 제시되지 아니하고 있는 가운데서 법원이 판단을 스스로 자제하게 된다면 그 결과는 명약관하하다.

셋째, 절차규정만으로도 만족할 수 있는 토대는 행정관청이 적정히 절차를 따를 것을 기대할 수 있는 제도의 보장, 특히 이해관계인이 제시하는 대안에 대한 의무적 검토 조항이다. 현재의 이른바 “4대강 사업”은 그러한 측면에서 시사하는 바 크다. 절차규정과 관련한 핵심적 요소는 대안의 마련과 관련하여 사업자 및 행정기관이 제시하는 대안 뿐 아니라 환경단체 등 이해관계인이 주장하는 대안에 대하여도 그것이 “합리적”인 이상 반드시 검토하여야 한다는 등의 규정을 마련하는 것이고, 당해 자료로서의 제기된 대안의 내용, 그에 대한 검토결과, 합리적 대안으로 볼 수 없더라도 검토를 하지 아니하였다면 그 이유를 환경영향평가서에 남겨 두도록 하여야 한다는 점일 것이다.

넷째, 미국에서 사용하고 있는 용어인 “합리성” 및 “부작위”란 소위 不確定概念에 속한다. 대안 관련 각종 규정을 마련함에 있어 불확정개념의 사용은 필수적이다. 다양한 사안별로 다양한 기본권 주체 간의 이익충돌 상황이 있을 수 있음에도 불구하고, 법령으로 이해관계의 형량이 필요한 모든 사안을 예측하여 규정할 것을 기대하기란 어려운 일이다. 이러한 점은 결국 불확정개념을 사용하여야 할 필요성을 낳는다. 그러한 필요성에 불구하고 불확정 개념으로 특정 개인의 재산권 또는 자유권을 구속

할 수 없다는 이유만으로 당해 개념을 사용한 법령을 위한 내지 위법이라고 만연히 판단하여서는 아니될 것이다. 미국의 법원이 “합리적 대안”이라는 애매모호하기 그지 없는 기준을 사용하고 있는 것도 같은 취지에서 이해할 수 있다. 이미 행정법 중 세법분야에서는 불확정개념에 대하여 폭넓게 그 효력을 인정하여 오고 있고, 환경법 학계에서도 불확정개념의 효력을 넓혀 보아야 한다는 의견이 적지 아니하다는 점도 참조할 수 있을 것이다.

논문투고일 : 2010. 4. 9	심사일 : 2010. 4. 16	게재확정일 : 2010. 4. 23
--------------------	-------------------	---------------------

참고문헌

<단행본>

- 淺野 直人, 환경영향평가 제도와 법, 信山社出版 (1998).
박균성, 환경법, 박영사 (2008)
환경부, 환경영향평가법 해설, 환경부 (2008. 12).

<논문>

- Allen James, NEPA Alternartives Analysis: the Evolving Exclusion of Remote and Speculative Alternatives, 25 J. Land Resources & Envtl. L. 287, (2005).
Bartlett, Harvey, Is Nepa Substantive Review Extinct, or Merely Hibernating? Resurrecting NEPA Section 102(1), 13 Tul. Envtt. L. J. 411 (2000).
Jud Baker Shems, The Ninth Circuit's Differential Approach to Alternatives Analysis in NEPA Cases: Westlands Water District v. United States Department of Interior, 35 Envtt. L. 583 (2005).
Knapman Peter S. a Suggested Framework for Judicial Reveiw of Challenges to the Adequacy of an Environmental Impact Statement prepared Under the Hawaii Environmental Plicy Act, 18. U. Haw. L. Rev. 719 (1996).
McTigue James, Hammond v. Norton: Taking Action to Preserve the No Action Alternative, 17. Vill. Envtt. L. J. 459 (2006).
Leventhal, Environmental Decision-Making and the Role of the Courts, 122 U. PA. L. REV. 509, 537-40(1975).
T. B. James Tripp & Nathan G. Alley, Streamlining NEPA's Environmental Reveiw Process: Suggestions for Agency Reform, 12 N. Y. U. Envtt. L. J. 74, 74 (2003)
Wittorff Kelly, a Call to Revitalize the Heart of Nepa: the Alternatives Analysis, 12.

U. Fla. J. L. & Pub. Pol'y 361, (2001).

<판례>

Calvert Cliff's Coordinating Comm. v. U. S. Atomic Energy Comm'n 449 F. 2d 1109 (D. C. Cir. 1971).

City of Sausalito v. O'Neill, 386 F. 3d 11896, 1209-10 (9th Cir. 2004).

Greater Yellowstone Coalition v. Flowers, 359 F. 3d 1257 (10th Cir. 2004).

Hammond v. Norton, 370 F. Supp. 2d 226, 241 (D. D. C. 2005),

Kuff v. United States Forest Service, 22 F. Supp. 2d 987 (W. D. A. 1998).

Natural Res. Def. Council, Inc. v. Hodel, 865 F. 2d 288, 296 (D. C. Cir. 1988).

Natural Res. Def. Council v. Morton, 458 F. 2d 827, 837 (D. C. Cir. 1972).

Nat. Wildlife Fed'n v. Federal Energy Reg. Comm'n, 912 F. 2d 1471, 1485 (D. C. Cir. 1990).

Tillamook County v. United States Army Corps of Eng'rs, 288 F. 3d 1140, 1143 (9th Cir. 2002).

Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. National Resources Defense Council, Inc., 435 U. S. 519, 558 (1978).

Westlands Water District v. United States Department of Interior, 376 F. 3d 853 (9th Cir. 2004).

[Abstract]

Needs to Include Alternatives in EIAs of Korea:
“Reasonable” & “No-Action” Alternatives

Rhee V An

The fact that Environmental Impact Assessments (EIAs) of Korea have been made by the concerned companies of EIA's projects (not by the national government (like the U. S. federal agency)) can hardly guarantee their credibility and fairness. The Environmental Impact Assessment Act (EIAA) of Korea has been amended several times to make the EIA system more efficient. Nevertheless, the EIA system has still focused on whether or not the environmental standards are satisfied by EIA's projects. It is hard to expect to perform the system's fundamental functions, such as providing enough information and leading the pro-environmental attitude so on.

As a solution for these problems, “alternatives” excluded when the EIA system had been introduced into Korea were suggested. Enforcement of Decree of EIAA newly provides that “alternatives” should be included in EIAs. I feel sorry that alternatives were not provided by the EIAA itself. With the newly amended EIAA, it is not easy to get the existing problems of Korea's EIA system solved. The examples of the United States having alternatives included in Environmental Impact Statements (EIS) should be reviewed by Korea.

First, Korea's EIAA provides fewer regulations for substantive review of EIAs than NEPA of the United States. Second, EIAA needs procedural mandates to control EIAs. Third, its procedural mandates should be ensured for government officials to follow. Forth, words used above, “Reasonable” and “No-Action” alternatives are not clearly defined, but it cannot help use these for alternatives.

주 제 어 대안, 합리적대안, 부작위대안, 환경영향평가, 절차법적 심사, 실체법적 심사

Key Words alternatives, reasonable alternatives, no-action alternatives, environmental impact assessment, substantive review, procedural review