

정부정책을 다투는 행정소송에서 법원의 역할

- ‘제주지방법원 2010. 12. 15. 선고, 2010구합34 등
판결’에 대한 비평을 중심으로 -

이 계 수*

목 차

- | | |
|---|------------------------------------|
| I. 정부정책과 행정소송 | 3. 갈등은 무엇을 먹고 자라나: 환경 분쟁에서 절차의 중요성 |
| 1. 강정마을 사건의 전말 | III. 정부정책과 사법적 결정의 상관관계 |
| 2. 정부정책을 다투는 소송의 의의 | 1. 행정부 내의 ‘권력분립’과 법원의 역할 |
| 3. 정부정책을 다투는 소송에서 사법절차의 의의와 기능 | 2. ‘생수판결’의 시사점 |
| II. 강정마을 분쟁과 법원의 역할 | 3. 강한 정부와 강한 사법(司法)의 경쟁적 발전 |
| 1. 한 번의 잘못된 결정, 그러나 ‘돌이킬 수 없는’ | IV. 제1심 판결과 자유주의/형식주의 행정법의 한계 |
| 2. 원고들의 주장: 공론의 장에서 검증하고, 반대의 견해를 표명할 수 있는 권리의 보장 | 1. 자유주의 행정법학과 실무의 한계 |
| | 2. (이해·권리) 주체에 대한 형식적 포착 |
| | 3. 대법원 판례의 경향과도 배치(背馳) |

I. 정부정책과 행정소송

1. 강정마을 사건의 전말

제주(특별자치)도지사가 2007년 5월 14일 강정마을 해군기지에 대한 찬성 여론조사결과를 바탕으로(그러나 이 여론조사의 문제점은 뒤에서 보는 바와 같이 당초부터 많은 비판을 받았다), 강정마을에 해군기지를

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

유치하겠다고 발표하고, 이를 받아 국방부가 2007년 6월 경 강정마을을 해군기지 건설지역으로 결정한 지도 벌써 5년여가 흘렀다.

강정주민과 전국의 평화·환경·인권단체는 강정해군기지건설을 처음부터 격렬히 반대해왔다.¹⁾ 제주도민과 야당의 반대도 만만치 않았다. 국제적 연대도 왕성하여 2012년 4월에는 세계 시민들의 반대성명도 발표되었다.²⁾ 강정해군기지에 반대하는 이들은 해볼 수 있는 것은 다 해보았다. 그 수단 중에 하나가 소송이었다. 이 글은 강정해군기지 건설을 반대하기 위해 강정마을 주민과 주민회가 제기한 행정소송 중 하나에 대한 비평³⁾이다.

(해)군기지를 건설하는 문제를 두고 지역주민과 정부·지방자치단체가 충돌해온 이른바 ‘강정마을’ 사건은 오랜 역사를 갖고 있다. 1988년 공군은 제주도 남서쪽 대정 모슬포 지역에 공군 비행장을 건설하는 계획을 발표한 바 있다. 그러나 동 계획은 지역주민 및 시민사회의 반대로 그해 12월 백지화되었다.

이후 1990년대 들어와서는 해군기지건설이 군 내부에서 논의되기 시작했다. 1993년 12월 경 제156차 합동참모회의에서 제주해군기지 신규소요(所要)가 결정되었고, 2년 후인 1995년 12월경 이 소요는 국방중기계획에 반영된다. 그러나 이후 해군기지 사업은 기지예정지로 알려진 서귀포시 안덕면 화순주민들의 강력한 반대에 부딪혀 별다른 진전을 보지 못했다. 2002년 대통령 선거과정에서도 이 문제가 쟁점으로 부각

1) 지역주민과 기지반대활동가들의 반대운동 기록으로 다음 자료를 참고하라. 이주빈, 구름비의 노래를 들어라: 제주 강정마을을 지키는 평화유배자들(오마이북, 2011).

2) 세계 각국의 종교인·지식인 1100명이 참여한 ‘제주해군기지 건설 중단과 동아시아 평화를 촉구하는 세계 시민들의 성명서’가 2012. 4. 19. 발표되었다. 한겨레신문, 2012. 4. 19. 자, <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/529190.html>, 검색일 : 2012.8.31.

3) 이 글은 일반적인 평석논문과는 그 방식을 조금 달리하고 있어 평석이라는 말 대신 비평이라는 용어를 선택하였다.

되어, 당시 노무현 후보는 백지 상태에서 기지 건설을 전면 재검토하겠다고 약속했다. 그러나 그는 당선 이후 위의 약속을 사실상 백지화했다. 국방부는 2005년 봄, 재차 해군기지 건설 계획을 들고 나왔는데, 기지의 규모는 확장되었다. 다만, 이번에는 서귀포시 남원을 위미리가 기지후 보지가 되었다.

위미리 주민들의 반대도 상당하여 이 계획도 무산될 즈음(2007년), 이전까지 한 번도 논의된 적이 없었던 서귀포시 대천동 강정마을이 갑자기 후보지로 부상한다. 그 과정에서 절차상 하자를 안고 있는 강정마을임시총회의 기지유치결의가 중요한 역할을 했다.⁴⁾ 이후 제주도지사는 여러 절차적 하자(주민의견청취절차 생략·도의회 동의 절차상의 하자 등)에도 불구하고 2009년 12월 23일자로 서귀포시 대천동 강정마을 해안변 지역 105,295㎡를 절대보전지역에서 제외하는 절대보전지역 변경을 고시하였다.

강정마을 사건을 소송의 관점에서 들여다보면 크게 보아 두 당사자가 등장한다. 한 당사자는 군비증강과 기지 확대에 명운을 거는 해군본부와 국방부의 관료, 개발과 기지건설로 인한 (일시적) 경제적 효과에 눈이 먼 지방자치단체장과 그에 편승한 (일부) 주민들, 그리고 토건주의 개발에 항상 등장하는 재벌 건설 회사들이다.

또 다른 당사자는 모든 형태의 저항(합법·비합법을 포함)을 조직하고 국가와 지방자치단체의 개발계획에 반대하는 주민, 평화·환경·인권단체이다. 이들은 최초의 잘못된 유치결의를 뒤집기 위해 공식·비공식의 이의제기와 항의를 조직했지만 성과를 얻지 못했다. 그 단계에서 그들이 동원할 수 있는 하나의 효과적인 수단인 (행정)소송이었다.

이 글에서는 이 두 당사자를 염두에 두고, 법원, 특히 제1심 재판부가

4) 제주해군기지 계획을 둘러싼 그간의 경과에 대해서는 우선 다음 자료를 참고하라. 조성윤, “제주도의 평화 정책과 해군기지 문제”, 제주도연구 35집(제주학회, 2011), 56쪽 이하.

이 분쟁에 대해 취했어야 할 태도를 비판적으로 검토해 보았다.

비평대상으로 삼은 이 판결에서도 극명하게 드러났듯이, 법원은 사회 정치적으로 중요한 정부 정책에 대해서는 ‘거의’ 제동을 걸지 않는다. 이러한 사법소극주의적 행태는 이제까지 법원이 일반적으로 선택해 온 방식이어서 사실 그리 놀라운 것은 아니지만, 국민과 주민의 관점에서 보면 그럴 바에야 행정소송, 그리고 (행정)법원은 무엇 때문에 존재하는가 하는 의문을 당연히 갖게 된다.

이 글이 비판의 대상으로 삼은 사건은 강정마을 기지 건설을 둘러싸고 제기된 세 개의 행정소송사건 중 하나인 ‘절대보전지역 변경처분 무효확인소송 등’이며, 그 중에서도 제1심 법원의 판결이다.⁵⁾

강정마을 해군기지 건설을 둘러싼 행정소송은 이 사건 외에도 두 개가 더 있다. 하나는 국방부장관이 환경영향평가 없이 2009년 1월 21일자로 행한 국방·군사시설 실시계획 승인처분의 위법성을 다툰 사안⁶⁾이고, 다른 하나는 절대보전지역 해제처분 및 환경영향평가 절차의 완료를 전제로 부산지방해운항만청장이 행한, 공유수면매립 승인처분의 무효 확인을 구한 사안이다.⁷⁾ 이들 사건은 2012년 7월 5일자로 사실상

5) 이 사건의 정확한 사건번호는 ‘제주지방법원 2010. 12. 15. 선고, 2010구합34, 218 (병합) 판결’이다. 이 사건의 2심은 광주고등법원(제주) 2010누438, 445호로 접수되어 2회 변론기일 후 2011. 5. 18.자로 항소기각되었다. 이어 2011. 5. 30.자로 상고장을 제출, 대법원 2011두13194, 13187호 사건으로 접수되었으나 2012. 7. 5.자로 상고기각 되었다.

6) 서울행정법원 2010. 7. 15. 선고, 2009구합15258 판결; 서울고등법원 2011. 6. 16. 선고, 2010누27273 판결; 대법원 2012. 7. 5. 선고, 2011두19239 전원합의체 판결.

7) 이 사안은 절대보전구역 해제처분 및 환경영향평가절차의 완료로 이 사건 지역에 대한 공유수면 매립행위가 가능하게 되자 부산지방항만청장이 해군총장에 대해 공유수면 매립승인처분을 한 것에 대해 강정주민들이 부산지법 2010구합1928호로 승인처분 무효확인 등을 구한 것이다. 2010. 4. 29.자로 처음 부산지법에 제기된 소송은 3회의 변론기일을 거쳐 변론종결을 하였으나, 관련권 변경에 따른 피고 경정을 위하여 1회 변론 재개 후 피고가 제주특별자치도지사로 되었고, 사건은 2011. 10. 29.자로 제주지법으로 이송되었다. 필자는 제주지법에 이송되어 새로

모두 종결되었다.

2012년 7월 5일은 ‘대법원 2012. 7. 5. 선고, 2011두19239 전원합의체 판결’이 내려진 날이다. 이날 대법원은 절대보전지역해제처분과 밀접한 관련이 있는 국방·군사시설사업 실시계획 승인처분이 일부무효라고 판단한 원심을 파기 환송했다. 파기환송이므로 확정판결은 아니지만 이 날의 판결로 강정마을을 둘러싼 사법적 다툼은 정부 측의 승리로 일단락된 것으로 보아도 무방하다.

글감의 재료로는 대법관 2인(전수안, 이상훈)의 중요한 반대의견(판결문 25쪽 중 14쪽에 이름)이 붙어 있는 위 전원합의체 판결 쪽이 훨씬 비중이 높을 수 있다. 그럼에도 불구하고 대법원판결까지 모두 나온 현재(2012년 8월)의 시점에서 ‘제주지방법원 2010. 12. 15. 선고, 2010구합34 등 판결’을 분석한 데는 두 가지 이유가 있다.

첫째, 필자가 강정마을 분쟁을 둘러싼 행정소송과 관련하여 처음 검토한 사건이 위 판결이므로 이 글은 필자가 이 사건에 대해 쓴 최초의 초고(2011년 3월)를 보완하는 의미를 갖는다.

둘째, ‘대법원 2012. 7. 5. 선고, 2011두19239 전원합의체 판결’은 어찌되었건 본안심리가 진행되고 본안판단이 이루어진 사건이다. 반면 이 글의 비판대상인 제주지법 판결은 소송을 각하한 판결로서 정부정책을 다투는 행정소송에서 법원이 취하는 사법소극주의를 보다 극명하게 드러낸 사례에 해당한다. 필자는 이와 같은 소 각하판결에 대한 평석을 통해 법원의 판결행태를 더욱더 근원적으로 비판할 수 있을 것으로 보았다.

부여된 사건번호를 검색하지 못해 이후의 추이를 정확히 알지 못하나, 1심도 기각된 것으로 알려져 있다. 이 사건은 현재 광주고법 제주항소부나 대법원에 계속되어 있을 것으로 추정되지만, 그 결론은 2012. 7. 5. 자 대법원 전원합의체의 그것을 따를 것으로 예상된다.

2. 정부정책을 다투는 소송의 의의

2010년 12월 15일, 제주지방법원 행정부는 제주해군기지가 들어설 예정지인 서귀포시 대천동 강정마을 주민들(강정마을회, 강정동 토지의 소유자, 임차인으로서 강정동에 거주하는 주민)이 제기한 절대보전지역 변경처분 무효확인소송 등에 대해 원고적격 없음이라는 소 각하 판결을 하였다. 재판장은 판결 선고 직후 다음과 같이 말한 것으로 전해졌다.

“오늘 판결이 중요하기 때문에 법원에 오신 분들이 대부분 강정마을 주민들과 도에서 나온 분들 일 것(이다). (……) 법원은 어떤 사건에 대해서도 법률적 판단을 할 수밖에 없다. 강정 주민들은 이런 부분을 이해해 달라. (……) 제주도와 주민들은 머리를 맞대고 합리적 판단을 해야 한다. 주민들도 법적으로 문제를 해결하기 위해 소송을 할 것이 아니라 제주도와 대화하는 노력을 당부 드린다.”⁸⁾

원고들에게는 참으로 답답하기 그지없는 말이다. 대화가 가능하고, 또한 대화를 통해 문제 해결이 가능했으면 법원에까지 오지도 않았을 것이다.⁹⁾ 원고들은 본안심리 대상인 위법사유들¹⁰⁾에 대해 주장하였지

8) 제주의 소리, “제주지법 ‘법률적 판단 할 수밖에...이해해 달라’ 대화 주문”, 2010. 12. 15. 자, <<http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=92676>>, 검색일 : 2012. 8. 31.

9) 재판부는 대화를 통한 문제해결을 주문하지만 제주도와 해군본부가 이에 응하지 않고 있으니 원고들은 행정소송을 제기하기에 이른 것이다. 실제로 이 사건 판결 이후 재판부의 의도와는 다르게 해군은 대화와 타협을 하기는커녕 법원의 판결을 핑계 삼아 무차별 강제연행까지 감행하면서 일방적으로 공사를 강행하였다.

10) 원고들은 절대보전지역 지정을 해제할 수 없음에도 불구하고 도지사가 재량권을 일탈·남용하여 지정을 해제한 실제적 하자가 있다는 점, 절대보전지역 해제처분 전에 행해야 할 주민의견청취절차를 이행하지 않아 절차상 하자가 있다는 점, 도의회의 동의절차에 하자가 있다는 점 등을 주장하였으나 재판부는 이들 부분에 대해 아무런 판단도 하지 않았다.

만, 재판부는 법적 논점을 원고적격의 문제로 축소시켜버렸다.

이렇게 함으로써 동 재판부는 “그 영향이나 파급효과가 중대하고 이해관계인이 많은” “이 사건과 같은 대규모 국책사업”¹¹⁾에 대한 실체적 판단을 비켜갈 수 있었다. 다툼의 본질은 해군기지 건설이라는 ‘국책사업’의 계속 여부인데, 법원은 이를 원고적격이라는 소송법적 문제로 바뀌버렸다.

국책사업 혹은 정부정책을 다투는 소송은 행정소송이나 민사소송의 형태로 제기될 수 있다. 특히 전자의 경우, 이러한 유형의 소송은, 본안의 관점에서 보면 행정재량을 통제하는 소송에 해당한다. 행정부에 의한 결정(=행정결정), 행정부의 법률해석 중 정책적 재량(판단여지)이 강한 판단에 대해 사법부가 심리·통제하는 소송이 정부정책을 다투는 소송이다.¹²⁾

한국의 현실에서는 이러한 유형의 소송이 아직은 예외적인 사례에 속한다. 1998년에 김대중 정부가 출범하기 이전까지는 이른바 여당에서 야당으로 정권이 바뀐 예가 한 번도 없었으므로, 정부정책을 사법부가 적극적으로 심리한 예는 많지 않았고, 그 필요성도 크지 않았다. 50년 넘게 지속된 보수정권의 보수적 행정결정과 한국사법부를 지배해온 보수적 태도가 상호작용하여 사법소극주의를 지속시켜온 면이 있다.¹³⁾

11) 대법원 2012. 7. 5. 선고, 2011두19239 전원합의체 판결 중 전수안, 이상훈 대법관의 반대이견에서 인용.

12) 정부정책을 다투는 소송의 의미 및 의의에 대한 본격적인 분석은 다음 기회로 미룬다. 그 의의와 관련해서는 이러한 소송의 법사회학적 함의 등을 중심으로 깊이 있는 연구가 필요하다. 특히, 환경운동의 영역에서 환경소송전략은 사회적 투쟁을 파편화시킨다는 비판이 있다. 따라서 권리중심의 운동의 한계를 지적하는 견해에 유의하면서 이런 소송의 의의를 검토하는 자세가 필요하다. 알란 헌트, 이상수 번역, “권리는 진보적 사회이념의 구현에 기여할 수 있는가”, 민주법학 제7호(민주주의법학연구회, 1993), 315쪽 이하 참고.

13) “지난 40년 동안 판사로서의 재판 경험, 외부 기관에서 파견 근무한 경험, 변호사로서의 송무 및 자문 경험 그리고 외국 유학 및 시찰 경험 등을 통해서 실질적으로

그러나 ‘여야 정권교체’가 이루어진 1990년대 말 이후에는 헌법소송을 포함하여 정부정책을 다투는 소송이 급증하며, 재판관의 정치적 성향과 판결과의 상관관계가 심심치 않게 논의되기 시작한다. 그럼에도 불구하고 ‘정부정책을 소송으로 다투는 것’의 의미는 여전히 불분명하고, 행정소송에서 판사의 정치적 성향과 판결의 상관관계에 대한 본격적인 분석은 아직까지 이루어진 바 없다.¹⁴⁾

반면, 미국 행정법학에서는 사정이 다르다. 정부정책을 다투는 소송이라고 하더라도 그 내부에는 이른바 보수적 (연방/주) 정부에 의한 보수적 결정을 다투는 소송과 리버럴한 (연방/주) 정부에 의한 리버럴한 결정을 다투는 소송이 있을 수 있고, 그에 대한 사법부의 대응 또한 판사의 정치적 입장에 따라 다르게 나타날 수 있음을 논증하는 논문과 그에 대한 반론이 행정법학의 논의를 풍부하게 만들고 있다.¹⁵⁾

사법부와 검찰을 지배하는 일련의 법칙이 있음을 발견하게 되었다”고 술회하는 양삼승 변호사는 사법부의 특징을 다음과 같이 요약한다. 그의 ‘관찰’에 따르면 사법부의 판사들은 자존심은 높으나 실천력·행동력, 조직력과 결속력이 약하다. 양 변호사는 “이러한 모습은 사법 인접의 외부 권력인 대통령, 국회, 검찰 및 언론에 대한 관계에서도 나타난다”고 하면서, 결국 판사들은 “자신의 위치를 지키기 위하여 인접 권력과 대립하고 투쟁하기보다는 적절한 선에서 양보하고 타협하며 최소한의 자존심이라도 확보하려고 애(쓰는) 존재들”이라고 평하고 있다. 판사집단에 대한 미시적 고찰로는 흥미로운 분석일 수 있으나, 이러한 분석에는 법원이 사법소극주의를 지속해온 거시적·계급적 요소에 대한 고찰이 빠져 있다. 대한변협신문, 양삼승, “사법부와 검찰을 지배하는 8가지 법칙”, 2012. 8. 13. 자(제410호), 15쪽.

- 14) 행정소송과 판사의 정치적 성향의 관계에 대한 분석 필요성을 제기한 필자의 글로는 다음을 참고하라. 이계수, “행정법과 법사회학”, 행정법연구 제29호(행정법이론실무학회, 2011), 135-152쪽. 특히 이 글에서 필자는 아래와 같은 지적도 한 바 있다. “예컨대 새만금 사건에서 김지형 대법관은 다수의견에 서면서 보충의견을 제출했다. 평소의 태도라면 새만금 판결에서 제시된 2인의 소수의견에 가담할 수도 있지 않았을까 싶지만 전북출신인 만큼 전라북도의 공식 입장을 배척하는 판단을 하기는 어려웠을 것이다. 이처럼 법관의 판단에는 사회 계층적 출신성분만으로는 단정하기 어려운 여러 요소들도 존재한다.” 이계수, 위의 논문, 147쪽 각주 52번.

- 15) 대표적으로 마일스(Thomas J. Miles)/선스타인(Cass R. Sunstein)과 같은 ‘법현실주의’자들의 행정판례 성향분석과 그에 대한 에드워즈(Harry T. Edwards)의 반

정부정책을 다투는 소송이 점차 늘어나고 있는 한국에서도 향후에는 이 문제를 둘러싼 실증연구와 판결에 대한 비판적 분석이 나올 것이고 또한 나와야 한다. 다만, 아직은 그러한 연구가 일천한 상황이므로 일단 이하에서는 정부정책을 다투는 소송의 기능과 역할 등을 중심으로 논의를 계속해보자.

3. 정부정책을 다투는 소송에서 사법절차의 의의와 기능

정부정책에 대한 사법심사 거부는 다양한 방식으로 이루어진다. 이 사건 판결처럼 아예 처음부터 원고적격 등 소송요건 심사단계에서 사건을 종결하는 경우도 있고, 본안심리에 들어가서는 재량을 이유로 ‘심리미진’인 상태에서 재판을 종결해버리는 경우도 있다. 예컨대 낙동강 정비사업의 적절성여부에 대한 사법적 판단가능성이 다투어진 사건에서 부산지방법원 행정부는 다음과 같이 실시하고 있다.

“그러나 원고들이 제출하는 증거들만으로는 피고들이 대운하 사업을 계획하고 있다고 인정하기에 부족한 이 사건에서, 홍수예방과 수자 확보보라는 사업목적의 정당성이 인정되고 이를 위한 사업수단의 유용성이 인정되는 만큼, 사업시행에 따른 문제점이 인정된다고 하더라도 사업시행의 계속 여부, 그 범위를 판단하는 문제는 사법부가 감당하기에 버거운 주제임에 틀림없다. 왜냐하면, 사법부는 적법성 여부를 심사하는 데 적합한 구조를 가지고 있고 판례와 경험의 축적으로 이를 충분히 감당할 수 있지만, 적절성 여부를 심사하는 데는 구조적·경험적 한계를 가지고 있고, 설령 사업시행의 적절성에 문제가 있다고 하

론을 들 수 있다. 이들 마일스/선스타인의 주장과 에드워즈의 반론, 그리고 이들을 둘러싼 논쟁에 대한 자세한 소개는 다음 문헌을 참고하라. 正木宏長, “ニュー・リーガルリアリズムとアメリカ行政法: マイルズとサンステインの挑戦”, 立命館法学 341号(立命館大学, 2012), 48-101쪽.

더라도 정치 및 행정의 영역에서 대화와 토론을 통하여 대안을 찾는 것이 사법의 영역에서 일도양단(一刀兩斷)식으로 해결하는 것보다 더 효과적이기 때문이다.”¹⁶⁾ (밑줄은 필자)

비밀유지 때문에 접근이 불가능한 국가안보나, 아니면 경제·사회정책처럼 다루는 범위가 넓고 다중심적 측면들을 고려해야 하는 경우처럼 법원이 사실관계에 접근할 수 없는 영역에서 판사들은 적합한 결정을 내릴 수 있는 권한이 없다는 논리이다. 즉, “사법절차는 일도양단 식의 양극적 절차이고, 어떤 사건이 발생한 후에야 비로소 대응하는 방식의 절차이며, 서로 간의 다툼을 가리는 성격의 절차”인데, 그러한 절차에 익숙한 판사들에게는 “다(多)중심적 결정을 내리는 데 필요한 광각렌즈”가 구비되어 있지 않다는 것이다.¹⁷⁾

그러나 사법절차의 의미, 혹은 법원의 역할을 일도양단식 분쟁해결에서만 찾는 것은 잘못이다. 법원이 정부정책의 위법성 여부에 대한 판단을 꺼리는 것은 사법절차 혹은 재판에서 자신이 해야 할 역할을 오해한 것과 무관하지 않다. 어떤 사건이 사법심사에 적합하다고 해서, 판사가 당해 사안의 최종 결정자여야 한다는 뜻은 아니다. 민사사건과 형사사건에서는 그런 경우가 대부분이다. 그러나 행정사건에서는 오히려 그렇지 않은 경우가 더 많다. 행정사건에서는 판사가 최종 권한을 갖지 않더라도 의미 있는 역할을 수행할 수 있다. 법원이 어떤 문제를 다루는 데 반드시 최종적인 권한을 지닐 필요는 없다.¹⁸⁾ 강정마을에 해군기지가 들어서는 것이 국가안보 혹은 국익에 적합한 것인지를 법원이 최종적으로 판단해야 하는 것은 아니다.

물론 이것이 쉬운 말은 아니다. ‘절차위법만을 지적하는 것이므로,

16) 부산지법 2010. 12. 10. 선고, 2009구합5672 판결(하천공사시행계획취소).

17) 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 인권의 대전환(교양인, 2009), 238쪽.

18) 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 위의 책, 246쪽 참고.

국가안보와 관련된 사안이라고 하더라도 법원은 간단히 위법판단을 내릴 수 있는 것 아닌가'라고 말하지는 않겠다. 비트겐슈타인의 말을 빌자면 모든 형태의 절차 안에는 항상 실질적인 가치가 담겨 있다.¹⁹⁾ 필자는 절차위법을 지적한다고 하더라도 그것 자체가 국방부의 일방적 주장을 배척하는 의미로 해석될 수 있음을 인정한다. 그래서 필자 또한 이러한 일이 쉽지 않다는 점을 인정하지만, 그럼에도 불구하고 법원은 그러한 일을 해야 할 헌법적 위임을 받고 있다는 사실을 망각해서는 안 된다고 생각한다.

이런 사안에서, 헌법으로부터 위임받은 법원의 역할은 이런 것이다. 법원은 의사결정자를 제치고 자기 결정을 내리는 것이 아니라, 의사결정자에게 왜 어떤 의무는 여태껏 지키지 않고 있는지, 또 왜 어떤 의무는 지키면서 여타 의무는 무시하는지 등을 묻고 판별해야 한다.²⁰⁾ 법원은 어떠한 (정책적) 결정이 법률에 합치하지 않는다고 선언함으로써 그 문제에 관한 정치 토론을 재개하도록 할 수 있고, 사법심의 과정을 거쳐 독특하게 얻은 통찰로써 그 토론을 더욱 풍부하게 만들 수 있다.²¹⁾ 이렇게 해서 소송은 하나의 포럼으로 기능할 수 있다.²²⁾

정부의 정책을 다투는 소송을 제기하는 이들도 일반 민사소송 혹은

19) 객준혁, 경계와 편견을 넘어서: 우리시대의 정치철학자들과의 대화(한길사, 2010), 185쪽.

20) 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 위의 책, 253쪽.

21) 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 위의 책, 249쪽.

22) 이러한 측면을 행정법학에서는 재량(행위)에 대한 절차적 심사로 설명하고 있다. 재량에 대한 절차적 심사는 행정의 절차 혹은 판단과정에 대한 심사 혹은 통제를 말한다. 이러한 심사는 크게 두 부류로 나뉜다. 하나는 행정결정에 이르는 절차에 대한 심사이고, 다른 하나는 판단과정에 대한 심사이다. 전자에서는 청문 등에서 자기의 주장과 증거를 충분히 제출할 수 있는 기회를 부여받았는지가, 후자에서는 판단 시 고려하지 말아야 할 사항을 고려하였거나 그 반대의 경우, 그리고 평가와 판단을 그르치는 것이 각각 문제가 된다. 김철용, 행정법(고시계사, 2012), 186쪽; 이계수, 일반행정법 워크북(한국방송통신대학교 출판부), 50쪽.

형사소송의 당사자들과 마찬가지로 1차적으로 승소를 목적으로 삼는다. 승소는 정부가 추진하거나 계획하고 있는 대규모 토목사업(최근에는 원자력 발전 사업이 특히 문제가 되고 있다)에 대한 일종의 자기허가 자체를 쟁송을 통해 취소하는 것을 의미한다. 그러나 이것이 쉽지만은 않기 때문에, 원고들에게는 이의제기자로서의 실질에 부합하도록 소송이 설계될 필요가 있다.

즉, 이러한 소송에서 원고들이 바라는 것은 정부가 승인한 개발계획의 실현을 최대한 지연시킬 수 있는 힘을 갖는 것이다. 그러한 지연은 당초 계획에 대한 신중한 재검토의 계기가 될 수 있다. 또한 지연으로 인한 건설비용 증가는 개발계획 혹은 건설계획 자체의 사실상의 폐기로도 귀결될 수 있다.²³⁾ 이런 맥락에서, 개발과 관련된 정부정책을 다투는 소송에서 얻을 수 있는 최대한의 성과는 당초계획의 지연 혹은 수정이라고 말하는 편이 솔직할 것이다.²⁴⁾

한편, ‘객관소송’으로서 행정소송의 성격을 생각하면, 법원은 당해 소송의 사회적 의미가 충분히 드러날 수 있도록 심리하고 판결하여야 한다. 법원은 원고들의 소송지연 전략에 적절히 응함으로써 정부정책을 ‘소극적’으로나마 견제할 수 있다. 또한 법원의 적극적인 재판진행이

23) 사카구치 교수는 ‘원자력발전소설치와 주민참가 법률’이라는 논문에서 주민참가의 목표를 크게 세 개로 나누고 있다. 제안된 원자로설치의 불허가결정을 얻어내는 것, 원자로건설이 연기되도록 함으로써 연기로 인해 늘어난 건설비용을 감당하지 못하는 전력회사가 스스로 건설계획을 폐기하는 가능성을 노려보는 것, 그리고 한 층 강화된 안정성을 확보하거나 혹은 특정의 환경손해를 방지하기 위해 계획을 변경하도록 하는 것이 그것이다. 坂口洋一, 『アメリカと日本の公害法』(成文堂, 1980), 82-83쪽.

24) 독일 출신이면서 뉴질랜드 오클랜드 대학에서 환경법을 강의하고 있는 보셀만은 다음과 같은 의미 있는 지적을 하고 있다. “법원의 도움으로 이룰 수 있는 최상의 성과는 대형건물 건축계획, 원자력발전소, 소각시설, 교통계획을 수정하거나 늦추는 것이었다. 법체계를 통해 산업사회를 생태학적으로 재편성하기란 불가능한 일이다.” 클라우스 보셀만, 진재운/박선영 옮김, 『법에 갇힌 자연 VS 정치에 갇힌 인간』(도요새, 2011), 275쪽.

이루어진다면 소송당사자들은 정부가 보유한 자료들을 재판과정에서 다수 확보할 수 있다. (패소한) 원고들은 그러한 자료들에 기초하여 또 다른 소송을 진행해나갈 수 있다.

이러한 일들이 실제 소송에서 일어난다면 소송의 당사자들은 패소사례를 통해서도 일정한 성과를 거둘 수 있으며, 그것들은 이후 사건에서의 승소를 위해 새롭게 고민해야 할 지점들을 검토하는 소재로 이용될 수 있다.²⁵⁾ 나는 이를 사법부에 의한 소극적 방식의 개입이라고 부르고 싶다. 다만, 이러한 메커니즘이 작동하려면 원고적격 유무에 대한 전향적 해석과 행정소송 제기의 효과로서 집행정지가 제도적으로 뒷받침되어야 한다.

하버마스는 사법부의 개입이, 민주주의 과정을 대체함으로써 정치적 정당성의 토대에까지 과도하게 개입하는 것이 되어서는 안 된다는 점을 전제한 뒤, “여러 형태의 심의에서 최선의 논증이 중요한 역할을 할 수 있도록 법원이 보장한다는 의사소통적 추장”과 “공평한 협상 조건을 보장해주는 절차”²⁶⁾가 사법과정에서 동시에 보장되어야 한다고 지적했다. 정책소송의 비중이 조금씩 커지고 있는 행정소송에서 이는 매우 의미 있는 대목이다.²⁷⁾

25) 그러나 이 ‘사건’의 재판장처럼 재판하면 당사자는 물론이고 정부정책에 대해 비판적인 일반국민들이 패소사례로부터 배울 수 있는 것은 아무 것도 없다. 패소사례로부터 당사자들이 혹은 국민들이 끌어내야 할 교훈에 대한 일반적인 지적으로는 다음을 참고하라. 北村喜宣, 環境法(弘文堂, 2011), 37-38쪽.

26) 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 앞의 책, 262쪽.

27) 유사한 취지로 정호경, “기본법의 관점에서 본 독일 행정소송제도의 기능: 특히 법치국가원리의 관점에서”, 공법연구 제39집 제2호(한국공법학회, 2010), 598쪽. 정호경은 “재판자체가 하나의 의사소통의 수단으로서 민주주의의 위기에 대한 보완적 기능을 수행할 수 있다.”고 지적한다.

II. 강정마을 분쟁과 법원의 역할

1. 한 번의 잘못된 결정, 그러나 ‘돌이킬 수 없는’

모든 공적 권력이 정당성을 갖추려면 그 권력의 소유자가 일반 대중에게 영향을 끼치는 어떤 의사 결정을 내렸을 때 자신의 결정을 합당하게 설명할 수 있어야 한다. 권력자들이 그러한 설명을 제시하는 지 여부를 철저하게 감독하는 것, 그것이 법원의 특별한 역할이라고 할 수 있다.²⁸⁾ 이 사건에서 강정마을 주민들이 요구하는 것, 그리고 그 요구에 부응하여 법원이 감당해야 할 역할도 바로 이런 것이다.

처음에는 강정마을 주민들도 대체로 군사기지 건설 계획에 공식·비공식적으로 ‘찬성’하는 입장이었다. 그러나 찬성 입장이 공식화되는 과정에서 일어난, 조급하고, 절차적 정의에 반하는 결정이 이후 분란을 만들어냈고, 주민들을 갈라놓았다. 해군기지에 반대하는 주민들에 의해 해임된 전 마을회장이 2007년 4월 25일 어촌계 총회에서 한 발언은 이 사건의 발단을 잘 보여준다.

“바쁜 시간에 여러분을 뵙게 되어 죄송하다. 해군기지의 장소선정이 4월 말까지라 시급하다. 이런 기회가 일생에 한번 올까말까 한 일인 것 같다. 화순은 반대하다 지금은 유치동의서를 받으러 다닌다고 한다. 화순과 위미가 하지 않은 해군기지를 유치해야 하는 이유는 일일이 만나서 대화하고 해결해야 하는 문제지만, 오늘 결정을 하여 내일 마을 회의를 거쳐 신청을 하는 게 시급하여 더 많은 설명을 자세히 드리지 못하여 죄송하다.”²⁹⁾ (밑줄은 필자)

28) 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 앞의 책, 252쪽.

29) 2007. 4. 25. 어촌계 총회 회의 녹취록, 1쪽; 이보라, “제주도 내 군사기지 유치 담론을 통해 본 평화 만들기의 정치학”, 제주도연구 제33집(제주학회, 2010), 153쪽에서 재인용.

주민들은 해군기지가 무엇인지 상상하기 힘든 상황에서, 화순과 위미의 두 마을에서 이전에 반대했던 것에 대한 불안과 전 마을회장 말대로 ‘기회’일 것 같기도 한 것 사이에서 갈등하고 있었다. 그러다가 전 마을회장이 계속해서 ‘시간이 없다’고 재촉하자 합리적 판단을 위한 말미도 없이 기지 유치결의안을 마을 임시총회 당일 모였던 주민 86명의 만장일치로 통과시켰던 것이다(2007년 4월 26일). 그러나 문제는 이때부터 시작되었다. 이 날의 만장일치 결정에 참여한 주민은 물론이고 그렇지 않은 주민들도 한 번의 잘못된 결정이 초래한 ‘돌이킬 수 없는’ 결과에 당황해하면서, 이후의 단계적 절차에서 한 때의 성급한 결정이 철회될 수 있기를 기대했다.

그러나 제주도(와 해군)는 얼씨구나 하고, 한 달도 안 된 사이에 여론조사를 거쳐 ‘해군기지 강정동 유치결정’을 발표해버렸다(2007년 5월 14일). 이후 여론조사절차에 문제점이 많다는 지적도 끊임없이 제기되었지만 한번 엮іл려진 물은 주어 담기 힘들었다. 처음부터 끝까지 형식적 합법성을 가장한 절차만 있었을 뿐, 절차적 정의는 존재하지 않았다. 당시의 상황을 설명하는 녹취기록을 잠시 읽어보자.

“4월 26일 총회가 만장일치 박수를 통해 결정이 됐다 하더라도 우리는 이거 절차적으로 잘못됐기 때문에 이것을 인정 못한다. 그래서 우리가 [기지]반대위 출범을 해서 5월 21일 날 이 자리[마을회관]에서 전 마을회장과 협상을 했수다게. 우리는 절차적인 측면을 요구했습니다. 왜냐면은 그 이유는 첫 번째가 찬반전문가를 모시고 주민들 설명회를 하자, 2번째는 찬반전문가를 모시고 주민들의 궁금증을 듣는 청문회를 하자, 3번째는 찬반전문가, 찬반주민 동수, 언론인을 모시고 전국해군기지를 실사하자, 4번째가 실사내용을 보고하자, 그리고 주민투표하자, 결과에 승복하자, 차후에 일을 서로 의논하면서 하자, 그런 식으로 아주 민주적인 절차로 잘 할려고 (……) 근데 이게 받아들여지지 않았습니다. 그래서 그때 긴급히 내놓은 7번째 제안은 해군기지 문제는 서로 추진하

지 말고, 추진하게 되면 상호의논에 의해서 추진하자, 요거만 합의가 됐는데, 이 사항은 한 번도 지켜지지 않았거든요?”³⁰⁾

2. 원고들의 주장: 공론의 장에서 검증하고, 반대의 견해를 표명할 수 있는 권리의 보장

“제주 해군기지 건설을 둘러싼 논란은 바로 안전과 위협에 대한 판단의 문제다. 또한 그 판단에 시민의 참여와 통제가 보장되고 있는지, 절차적 정당성은 갖추었는지에 관한 문제다. 국가안보의 중요성을 무시해서는 안 되겠지만 누구의 안전이 우선되어야 하는지, 위협에 대한 군의 판단과 해석은 사회적 합의에 바탕을 둔 것인지, 절차적 정당성은 획득한 것인지가 우선 검토되어야 한다.”³¹⁾

그렇다면 이 사건에서 소송을 제기한 주민들이 법원에게 요구하는 것은 무엇인가? 해군기지건설을 둘러싼 정책적·실체적 판단의 적부(適否)인가 아니면 자신들이 납득할 수 없는 방식으로 절대보전지역 변경처분이 이루어진 것이 위법하므로 새로 절차를 진행하여 다시 한번 제대로 된 결정을 해달라는 것인가. 필자는 후자 쪽으로 보고 있다. 실제로 이 사건 원고들의 주장은 다음과 같이 요약된다.

① 제주특별자치도의 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(이하 제주도 특별법이라 함)과 제주특별자치도 보전지역 관리에 관한 조례(이하 도 조례라 함)에 의하면 지하수자원·생태계·경관보존지구 1등급지역을 절대보존지역으로 지정하도록 하고 있다. 강정마을에 위치한 이번 사건 지역은 경관미도 매우 높다는 이유로 절대보전지역으로 지정받은 경관보존지구 1등급지역이다. 따라서 이 사건 지역에

30) 주민의견 녹취, 이보라, 위의 논문, 155쪽에서 재인용.

31) 박정은, “제주 해군기지 반대운동에 주목하는 이유”, 2011. 6. 29. 자, <<http://weekly.changbi.com/547>>, 검색일 : 2012.8.31.

대하여 절대보전지역 지정을 해제하고자 한다면 현장조사를 해서 그 결과 환경여건의 변화로 인해 더 이상 1등급지역을 유지할 수 없다는 판정을 받은 다음 이를 해제했어야 한다. 그러나 이러한 절차를 거치지 않았다. (제주도특별법 제292조 제1항 제5호, 도 조례 제2조)³²⁾

② 도 조례 제3조에 의하면 주민의견청취 절차가 마련되어 있으나 이를 이행하지 않았다.³³⁾

③ 절대보전지구의 변경에 대한 도의회의 동의절차에 하자가 있다. (제주도특별법 제291조 제1항)³⁴⁾

그런데 이 사건 재판부는 이 사안이 정책적인 가치판단이 필요한 사례로 보았던 것 같다. 이는 제1심 재판부로서는 대단히 부담스러운

32) 도 조례 제2조는 다음과 같다. ‘제주특별자치도 보전지역 관리에 관한 조례’ (2010. 1. 6. 조례 제597호로 개정되기 전의 것) 제2조(보전지역의 지정·적용기준 및 조사의 방법 등) ① 절대보전지역·상대보전지역, 관리보전지역(이하 “보전지역”이라 한다)의 지정기준은 다음 각 호와 같다 1. ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’ (이하 “법”이라 한다) 제292조에 따른 절대보전지역 지정기준은 보전지역 보전지구별 등급지정기준 별표 1의 지하수자원·생태계·경관보전지구(이하 “보전지구”라 한다) 1등급지역으로 한다. (……).

33) 도 조례 제3조는 다음과 같다. 제3조(주민의견 청취 등) ① 도지사가 법제292조부터 제294조의까지의 규정에 보전지역·지구 등을 지정(변경을 포함한다)하고자 하는 때에는 주민의견을 들어야 한다. 단, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경미한 사항의 변경의 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 보전지역·지구 등의 면적의 축소 2. 보전지역·지구 등의 면적의 100분의 10이내의 확대.

34) 특별법 제291조(자연환경 보전·관리의 기본방향) ① 제주자치도는 정책·계획을 수립·시행함에 있어서 환경적으로 건전하고 지속가능한 발전이 이루어지도록 하며, 자연환경의 혜택은 주민이 함께 공유할 수 있도록 함과 동시에 장래의 세대가 동등한 기회를 가지고 자연을 이용할 수 있도록 보전·관리하여야 한다. 제292조(절대보전지역) ① 도지사는 도의회의 동의를 얻어 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역을 자연환경의 고유한 특성을 보호하기 위한 지역(이하 “절대보전지역”이라 한다)으로 지정할 수 있다. 이를 변경할 때에도 도의회의 동의를 얻어야 한다. 1. 한라산·기생화산·계곡·하천·호소·폭포·도서·해안·연안·용암동굴 등으로서 자연경관이 뛰어난 지역 2. 수자원 및 문화재의 보존을 위하여 필요한 지역 (……) (밑줄은 필자).

일에 해당하므로 본안심리에 들어가지 않고 형식논리에 입각하여 그 판단을 회피할 길을 찾게 된 것 같다. 이것이 실제 재판에서는 각하판결로 나타났다.³⁵⁾

이 사건에서 주민들이 법원에 대해 요구하고 있는 것이 과연 정책적 가치판단의 적부인가? 반드시 그렇다고 볼 수는 없다. 순식간에 자기 마을의 운명을 바꾸어버린 기막힌 결정 앞에서 주민들은 평화적 생존권이나 헌법상의 평화주의, 해군기지의 군사적 의의에 대해 차근차근 말할 여유조차 없는 것처럼 보인다.

물론 원고들은 소송당사자로서 자신들의 지위를 근거 짓기 위해 헌법상의 (평화적) 생존권, 행복추구권, 환경권을 끌어들었다.³⁶⁾ 그러나 이들 권리들이 이 소송에서 핵심적인 부분은 아니다. 다시 말해, 이 사건에서 강정마을 주민들은 해군기지가 주민들의 평화적 생존권을 침해하기 때문에 위헌이라고 본격적으로 주장하고 있는 것은 아니다.³⁷⁾ 주민들이 이 소송에서 주로 공격하고 있는 포인트는 모든 결정이 자신들의 절차적 권리를 철저히 짓밟으면서 내려졌다는 부분이다.³⁸⁾

35) 이 사건 재판부와 앞의 본문에서 인용한 부산 지방법원 재판부의 판단의 저변에는 정치적인 것(the political)과 법적인 것(the legal)을 완강히 구분하는 사법부의 전통적인 입장이 자리 잡고 있다. 여기서 ‘정치적 결정’은 개인의 이익과 사회의 욕구 사이에서 하나를 선택해야 하는 어려운 결정으로 규정된다. 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 앞의 책, 236쪽 참고.

36) 그러나 이 사건 재판부는 이러한 주장을 수용하지 않았다.

37) 물론 제주 강정마을 해군기지 문제는 참여정부 시절 평택 대추리 미군기지 이전사건과 함께 동아시아의 평화와 인권의 측면에서 매우 중요한 사안임에는 틀림없다. 평택 대추리 미군기지 이전과 함께 제주 강정마을 해군기지 건설은 미국이 의도하는 대중국 견제 군사력 강화라는 측면을 안고 있어, 제주도와 제주도민은 물론이고 한반도, 나아가 동아시아 전체의 평화와 인권이라는 측면에서 대처해야 할 사안으로 얘기되고 있다 (평화의 섬 제주). 실제로 최근에는 강정해군기지의 설계과정에 미군의 요구가 반영되었다는 이제까지의 주장이 증거에 의해서도 뒷받침되고 있다. 제주의 소리, “제주해군기지 미군 핵 항공모함출입 설계”, 2012. 9. 7. 자, <<http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=119943>>, 검색일 : 2012.9.10.

38) 이 글의 교정을 마무리하는 시점에서도 이 점은 명확하다. 2012년 10월 25일 서귀포

그러므로 이 사건에서 법원의 역할은 주민들의 절차적 권리를 확인하고, 그것을 회복하는 것이 되었어야 했다. 이를 통해 이후 재개될 심의과정에서 적법절차가 준수되고 최선의 논증이 이루어지도록 보장하면 되는 것이다. 그런데 이 사건 재판부는 자신들이 감당해야 할 바로 그러한 역할을 방기하였고, 그것이 사법의 불신을 자초하고 있음은 명약관화하다.³⁹⁾

3. 갈등은 무엇을 먹고 자라나: 환경 분쟁에서 절차의 중요성

소수자들이 정치 과정에서 배제될 때, 또는 그들의 목소리가 조직적으로 침묵을 강요당할 때, 대의민주주의는 제대로 작동하지 못한다. 법원의 민주적 역할은 이러한 사태의 해소와 연계되어 있으며, 사법의 기능이 정당성을 지닐 수 있는 것도 바로 이와 같은 역할을 수행하기 때문이다.⁴⁰⁾ 법원이 그러한 역할을 담당해야 한다는 사실은 환경문제

시청 제2청사에서 총리실과 행정안전부, 국방부, 환경부 등 8개 부처가 참석하는 지역발전설명회를 열었다. 주민들이 단상 앞을 가로막고 설명회 중단을 촉구했다. 그러자 총리실 제주정책관은 “지금 상황에서는 회의 진행이 쉽지 않다. 반대 측 주민들의 반발이 거세 설명회를 속개하기 힘들다. 설명회 추가 개최계획은 아직 없다. 민군복합형관광미항 사업은 예정대로 진행할 것이다”는 취지로 말했다. 이에 대해 강정마을 여성위원장은 이렇게 반박했다. “왜 우리 주민들을 무시하는가. 이놈의 국가는 왜 이렇게 비겁한가. 해군기지 하지 말라는 게 아니라 우리를 설득하고 납득시켜 보란 말이다. 그동안 이렇게나 많은 불법 탈법적인 문제가 밝혀졌으면 일단 공사는 중단시키고 설명회를 하든지 해야 할 것 아닌가.” <<http://cafe.daum.net/peacekj/GdUL/250>>, 검색일 : 2012.10.25.

39) 제주해군기지 관련 재판으로 바라본 사법불신 문제 토론회(창조한국당 법률인권위원회 · 여성위원회, 제주 강정마을회, 제주환경연합 주최, 2011. 3. 10) 참조.

40) 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 앞의 책, 264-265쪽. 조직적으로 배제의 대상이 되는 소수자와 다수결 투표에서 언제든 나타날 수 있는 일시적인 패자들(소수파)을 구분하기 위해, 사법심사의 대의제 강화 기능은 오직 ‘명백히 구분되는 특정한 소수자 집단’만을 목표로 삼는다는 주장도 있다. 여기서 “명백히 구분되는 소수자 집단”이란 “도저히 합리화될 수 없는 이유 때문에 다원주의의 장으로부터 배제되는 사람

에서 갈등이 생겨나는 구조만 보아도 명약관화하다.

환경문제에서 갈등은 무엇을 먹고 자라나? 갈등의 씨앗은 부정확한 정보를 부정직하게 흘리는 사람들로 인해 뿌러지고 날치기 절차에 의해 확대된다. 설명회나 공청회는 절차적 알리바이가 될 공산이 크다. 그러나 국책사업의 문제를 정확히 인식하기 위해서는 정보는 공개되어야 하며, 이해 당사자들은 충분히 자기 입장을 개진할 수 있는 기회를 제공받아야 한다. 그래야 문제의 성격이 드러난다.

공청회는 말 그대로 대중의 이야기를 듣는 자리이다. 대중의 말을 귀담아 들어야 해당 사업의 문제를 정확히 이해할 수 있다. 대중은 전문가가 아니지만 그 지역에서 수십 년을 살아온 지역 전문가이다. 그 지역의 지질이나 해수의 흐름, 역사, 향후 발전방향을 누구보다 잘 알고 있는 현장 전문가이다.

공청회의 목적이 일방적 의사전달이 아니라 쌍방 의사소통이라면, 무엇보다 이들을 존중하고 현장의 목소리를 듣기 위해 노력해야 한다. 그리고 경우에 따라서는 공청회를 연 다음 주민들의 만족도를 그 자리에서 바로 조사하여 정부의 설명이 충분치 않았거나 의견수렴이 미흡하다는 결과가 나오면 공청회를 다시 열도록 하는 제도가 필요하다. 공청회를 요식적인 것으로 만들면 안 된다.

그런데 결정은 이미 다 내려놓고 의논하자고 한다. 정부가 국민에게 가능한 한 빨리 정보를 제공해야 국민도 미리미리 생각한다. 다 결정하고 나서 제공하는 정보는 일방적 통보나 다름이 없다.⁴¹⁾ 정보제공의 시기나 내용뿐만 아니라 국민들 사이에서 피드백 된 정보가 어떻게 처리되는지 또한 중요하다. 국민들은 자신들의 의견이 의사결정 시스템

들” 그리고 “그들의 욕구와 희망을 선출직 관리들이 해소해주려고 하지 않는 소외된 사람들”을 의미한다. 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 앞의 책, 267-268쪽.

41) 이런 것을 막기 위해 환경영향평가에서도 전략 환경영향평가제도가 마련되어 있는 것이다. 현행 환경영향평가법은 행정계획에 대한 전략 환경영향평가제도를 최근 새롭게 도입하였다(2011. 7. 21. 개정).

내에서 어떻게 합리적으로 처리되었는지 지켜본다.⁴²⁾ 이런 프로세스가 적법하게 보장받지 못할 때 사법이 개입하는 것은 너무 당연하다.

제주해군기지 건설과 관련하여 당사자들은 각자의 입장이 있을 것이다.⁴³⁾ 다만, 각 당사자들이 어떠한 입장을 갖고 있더라도 그 입장의 관철에서는 절차적 정당성이 보장되어야 한다. 그러나 앞서도 보았듯이 해군기지건설을 추진하는 과정에서 해군과 제주도는 무리하게 후보지를 변경하고 주민동의 절차를 날림으로 받아내는 등 기지건설의 정당성에 대한 중대한 문제제기를 스스로 자초하였다. 이것이 갈등 증폭의 원인으로 작용했음은 부인할 수 없다.⁴⁴⁾ 사정이 이러하다면 법원의 역할은 바로 그러한 절차적 정당성에 대한 법적 판단을 적극적으로 내리는 것이 되어야 했다.

42) 이상의 서술은 박진섭/소병천, 지속 가능한 세상을 향한 발돋움: 환경갈등이라는 복잡한 숙제풀기(창비, 2008), 제3장을 참고하였다.

43) 이경원/김정화는 강정마을 문제를 둘러싼 갈등당사자들의 입장을 다음과 같이 정리한다. “첫째, 당위를 국가안보의 입장에서 제기하는 국방부의 입장이 있다. 둘째, 해군기지건설에 호의적인 입장으로, 낙후된 지역발전을 위한 전환의 계기로 삼을 수 있다는 경제적 측면에서 기지건설을 보는 입장이다. 일부 주민 그리고 수동적이지만 기지건설을 찬성하는 제주특별자치도가 대표적이다. 셋째, 앞의 둘과는 대립하는 시각으로, 제주 역사 속에 점철되어 있는 피해와 수난의 지역으로 해군기지건설의 부당함을 주장하는 입장이다. 외부로부터 끊임없는 수탈의 역사와 제주 4·3 그리고 이러한 기억들을 극적으로 반전시킨 ‘평화의 섬’이 그 부당함을 주장하는 배경으로 자리 잡고 있다. 그리고 마지막으로, 강정 마을을 포함, 제주의 자연환경과 공동체 훼손에 대해 부정적인 입장이다. 군사시설은 물론 급급적 인위적인 개발 자체를 반대하는 생태론적 입장이다. 이러한 네 가지 가지 주장이 강정마을의 입지결정에서 현재에 이르기까지 갈등을 둘러싼 담론의 줄기를 이루고 있다.” 이경원/김정화, “공공갈등과 공익의 재검토”, 경제와 사회, 통권 89호(비판사회학회, 2011 봄호), 312쪽.

44) 이경원/김정화, 위의 논문, 같은 곳.

Ⅲ. 정부정책과 사법적 결정의 상관관계

1. 행정부 내의 ‘권력분립’과 법원의 역할

‘법원은 국책사업에 개입하지 않는다.’ 이번 사건에서 제주지방법원이 취한 태도를 한 마디로 요약하면 이렇다. 많아야 3명으로 구성되는 합의부 재판부가 몇 천억 단위의 혹은 그 이상의 재정이 투입되는 사업을 파탄시킬 수 있겠는가라는 고민을 하지 않을 수 없을 것이다. 그러한 고민은 충분히 이해할 만하다.⁴⁵⁾ 그러나 앞에서도 보았듯이 법원이 해야 할 판단은 중국적인 것이 아니다. 이 사안에서 법원은 주민들의 원고 적격을 인정한 바탕 위에, 절대보전지역 변경처분의 절차상 위법을 지적함으로써 정부와 주민 사이는 물론이고 정부 내에서의 재논의를 촉발시키면 되는 것이다.

사실, 행정부 내의 권력분립이 중요하게 논의되고 있는 현실에서 정부정책에 대한 정부 자체 내에서의 재논의도 매우 중요하다. 그러나 부처 이기주의 등에 의해 그러한 논의의 계기는 사실상 봉쇄되어 있다고 본다면, 사법부의 결정이 새로운 돌파구나 계기가 될 수도 있음을

45) 그렇기 때문에, 이 사건 소송과 유사한 내용의 소송이었던 나가누마(長沼) 기지소송(1973)에서 원고승소 판결을 내렸던 재판장 후쿠시마 시게오의 고뇌가 인간적인 공감을 일으키는 것이다. 일본정부의 농림대신은 북해도 유바리군 나가누마초(北海道夕張郡長沼町)에 항공자위대의 ‘나이키 지대공 미사일 기지’를 건설하기 위해 1969년, 산림법에 기해 국유보안림의 지정을 해제하였다. 그러한 결정에 반대하는 주민들은 기지에는 공익성이 없으며 ‘자위대는 위험, 보안림해제는 위법’하다고 주장하면서 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 제1심 삿포로 지방법원은 이 사건에서 주민들의 원고적격을 인정하였을 뿐 아니라 본안판단에서 보안림 지정 해제 처분도 취소하였다(1973년 9월 7일). 이 소송의 전모 및 판결문, 그리고 재판장이었던 후쿠시마 시게오의 증언은 다음 문헌을 참고하라. 福島重雄/大出良知/水島朝穂 編著, 長沼事件 平賀書簡: 35年目の証言, 自衛隊違憲判決と司法の危機(日本評論社, 2009).

인정할 필요가 있다.

2010년 천안함 사건 이후 정부는 북한의 전력에 대응하는 게 우선이라며 기존의 대양해군 전략을 ‘사실상’ 폐기했고, 그 자리에 북한에 대한 ‘적극적 억제전략’, 연안(沿岸) 방어 전략을 배치했다.⁴⁶⁾ 행정부 내에도 제주 해군기지 건설에 대해 탐탁지 않게 여기는 분위기가 존재하는 점은 여러 경로를 통해 간접적으로 확인된 바 있다. 예컨대 국토해양부 관계자는 2008년 당시 “군 기지를 만드는데 왜 국토해양부가 예산을 지출해야 하느냐”며 노골적으로 불만을 나타냈다고 한다.⁴⁷⁾ 그러한 ‘내부적’ 불만이 천안함 사태 이후에는 더욱 강해졌을 것으로 추정된다.

이런 일련의 사정을 통해 추론해 볼 때, 정부 내부에도 8,000억이 될지 아니면 그 이상이 될지도 모를 돈을 쏟아부어가면서 해군기지를 건설해야 하는가에 대한 회의(懷疑)가 존재하는 것으로 보이며, 이러한 회의는 국방부 ‘내부’에서조차 일정하게 존재하는 것이 아닌가 생각된다.⁴⁸⁾

그러나 사정이 이렇다고 하더라도 군 내부에서 그동안 상대적으로 열세의 지위에 있다고 생각해온 해군본부가 기지건설을 스스로 중단할 리는 없다. 나아가 정부 내의 의사결정구조 상 다른 부처가 군사기지건설을 대놓고 반대하기도 쉽지 않다. 이러한 상황, 즉 행정부 내의 ‘체크 앤드 밸런스’가 작동하지 않는 상황은 법원의 개입 필요성을 증대시킨다.

이 사안은 어쩌면, 부처이기주의에 빠져 있는 행정부 스스로도, 그리고 국가안보논쟁에 말려들어가기 싫어하는 여야 정치세력도 풀지 못하

46) 실제로 이러한 방향으로의 전환을 입법화한 ‘국방개혁법률’ 개정안이 2011년 5월에 국무회의를 통과하여 동년 8월 임시국회에 제출되었지만, 동 법안은 17대 국회의 종료와 함께 자동 폐기되었다.

47) 오마이뉴스, “대운하로 ‘뽕 치시더니’ 이젠 바다에서도...”, 2011. 7. 10. 자, <http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001593040>, 검색일 : 2012.8.31.

48) 국방부 내부에서조차, 해군이 “사실상 효용성 없는 해군기지를 굳이 건설하려는 것은 오로지 육군에 대해 상대적 박탈감을 갖고 있는 해군의 몸집 키우기”라는 회의가 존재한다는 점에 대해서는 장비주관논평, 박정은, 앞의 글 참고.

는 문제일 수 있다. 이 대목에서, 법원이 개입할 수 있고, 개입해야 하는 틈새가 생긴다. 그리고 그 개입의 방식으로 법원은 절차위법이라는 지극히 법 형식적인 체크포인트 같은 것을 사용할 수 있는 것이다.

이 사안처럼 정책적 고려가 얹히고설킨 문제일수록 법원은 그것의 절차적 적법성을 깊이 있게 들여다보아야 하며, 거기서부터 문제해결의 실마리를 찾아내야 한다. 즉, 법원은 절대보전지역 변경처분을 절차위법을 이유로 취소하는 판단을 통해 이해관계자에게 ‘새롭게 말할 기회’⁴⁹⁾를 부여하고 대중의 새로운 참여를 보장할 수 있다. 나아가 법원의 개입이 실체적 부분에 대한 판단을 직접적으로 혹은 간접적으로라도 건드리는 경우라면 그 판단 자체가 정책전환의 중요한 계기로도 작용할 수 있다.

2. ‘생수판결’의 시사점

많지는 않지만 법원은 몇몇 중요한 사안에서 바로 그러한 역할을 수행해왔다. 생수시판금지고시의 위헌성이 다투어진 ‘대법원 1994. 3. 8. 선고, 92누1728 판결’⁵⁰⁾이 좋은 예이다.

당시의 상황은 이렇다. 낙동강 폐놀오염사건으로 생수에 대한 국민들의 욕구가 상당했던 시점에서 보건사회부는 생수시판과 금지 사이에서 고민에 빠졌다. 대법원 판결이 나온 1994년 이전인 1991년 시점에서 발표된 어느 글에도 다음과 같은 지적이 나오고 있다.

49) 주민들은 자기들이 추천하는 전문가를 통해 그러한 기회를 충분히 활용할 수 있을 것이다.

50) 전량 주한 외국인 판매와 수출만 하는 것을 조건으로 허가를 받은 폴무원샘물 등 8개 생수회사는 1992년 보건사회부 장관을 상대로 위의 허가 조건 위반에 대한 과징금부과처분 취소소송을 제기하였다. 이에 대법원은 위 판결에서 “생수의 국내 시판을 불허하는 보건사회부 고시는 헌법상 보장된 직업의 자유와 행복추구권, 환경권을 침해하므로 무효”라고 하여 원고패소 판결을 깨고 사건을 서울고법으로 돌려보냈다.

“정부는 내년 1월 1일부터 생수의 제조허가권과 관리권이 각 시·도지사에게 넘겨지는 것을 계기로 생수의 시판을 전면 허용할 방침이라고 한다. (……) (그러나) 대부분의 환경단체, 시민단체 및 국회에서조차 반대하는 생수시판이 내년에 허용될 경우 생수를 먹지 못하는 대부분의 국민들은 어떻게 해야 할까?”⁵¹⁾ (밑줄은 필자)

고민의 핵심은 생수의 국내시판 허용이 그렇지 않아도 불신감이 높아가고 있던 수돗물에 대한 국민의 불안을 증폭시킬 수 있다는 데 있었다. 게다가 생수시판에 대해서는 국회 차원의 반대도 만만치 않았다. 그러나 그렇다고 1988년부터 본격적으로 제기되어온 생수시판 문제⁵²⁾와 낙동강 폐놀사태로 인해 촉발된 수돗물에 대한 국민들의 불안을 마냥 모른 척 할 수도 없는 상황에서 주무부서는 아무런 결정도 내리지 못하고 있었다.⁵³⁾ 주무부서인 ‘보건사회부’가 그러고 있는 판에 환경부 같은 부서가 끼어들어 생수국내시판에 대해 왈가왈부하기도 힘들다.⁵⁴⁾

이 대목에서 홍준형 교수는 “(결국은) 모두가 원하지만 아무도 결정하지 않는” 이런 ‘이상한’ 상황에서 대법원 판결이 나왔으며, 그 결과 이 사건은 “주무부서인 보건사회부가 내렸어야 할 생수판매규제정책의 방향전환에 대한 결정이 사법적 결정에 의해 대체”된 사례로 이해될 수 있다고 적고 있다.⁵⁵⁾ 그는 또한 이 사안을 “권력분립원리의 역동적 측면을 엿볼 수 있게” 하는 사건으로 평가하고 있다.⁵⁶⁾

51) 정홍식, “생수시판 허용보다 수돗물에 대한 불신감 해소부터”, 한국건강관리협회지 15권 11호(한국건강관리협회, 1991), 36-38쪽.

52) 조길영, “생수시판 허용에 따른 문제점과 정책방향”, 환경과 생명 통권 1호(발행기관, 1994), 212쪽.

53) 그러나 보건사회부 장관은 대법원 판결을 기다렸다는 듯이 곧바로 생수시판을 허용한다고 발표(1994. 3. 16)하였다.

54) 생수시판이 이루어지면서 관련 업무는 환경처로 이관되었다.

55) 홍준형, 판례행정법(두성사, 1999), 37쪽; 홍준형, 법정정책의 이론과 실제(법문사, 2008), 329쪽.

필자는 생수시판과 관련된 당시의 이해관계를 위와 같이 정리하는데 동의하지 않는다. 결국 사후적으로 증명되었듯이 생수시판은 수도물에 대한 불신을 키워 국가와 자치단체의 수도물 정책에 커다란 어려움을 불러왔고 생수를 담는 페트병의 환경문제도 양산하였다. 그 외에도 광천음료수 업자들이 지하수 시추공을 마구잡이로 박는 바람에 많은 지역에서 주민식수인 마을우물이 고갈되는 사태도 발생하였다. 이러한 일은 이미 생수시판 당시에 예견되었고, 이를 우려하는 목소리도 많았다.⁵⁷⁾

그러므로 생수판결을 두고 ‘모두가 원하지만 아무도 결정하지 않는 상황’에서 내려진, 권력분립원리의 역동적 측면을 보여주는 판결로 단정 짓기는 어렵다. 필자가 보기에 생수판결은 중산층 자유주의 시민계급의 안전한 물에 대한 열망과 생수기업의 시장 확대 욕구가 절묘하게 결합되어 나온 판결에 불과하다.

그럼에도 불구하고 이 판결에서 필자가 주목하는 대목은 행정부의 정책에 대한 법원의 적극적인 개입이—그러한 개입이 자유주의 시민세력의 열망과 기업의 이익을 우선하는 방식으로만 흐르는 것을 경계해야 하는 것은 당연하지만—촉발시키는 심의 민주주의의 확장 가능성이다.

3. 강한 정부와 강한 사법(司法)의 경쟁적 발전

국방행정, 개발행정에서 정부는 대단한 힘을 갖고 있다. 행정부가 강력한 힘을 행사하면 사법부도 이에 맞서 강력한 견제력을 발휘해야 한다. 그러나 (한국의) 사법부는 그렇게 하지 않았다. 그렇게 할 힘이 없었거나 의지가 없었다. 사법적 판단에서 정부편향성은 많은 경우 문

56) 홍준형, 판례행정법, 37쪽.

57) 조재우, “생수시판 허용, 아직도 넘어야 할 산 많다”, 환경관리인연합회보 94호(한국환경기술인연합회, 1994), 11쪽.

제를 회피한 결과 나타났다.⁵⁸⁾

행정은 정당한 규제권한을 행사해야 한다. 그러나 그러한 기대가 항상 충족되는 것은 아니다. 아니, 행정은 특수권익집단의 수단적 존재로 전락하거나 독재화 될 위험을 항상 안고 있는 존재이다. ‘정부의 실패’이다. 그래서 사법제도 개혁은 이러한 실패를 교정하기 위한 하나의 방안이 되어야 한다고 얘기되기도 한다. 사법제도개혁의 이념이 ‘사전 규제로부터 사후규제로’라는 말로 표시되는 까닭이 여기에 있다.⁵⁹⁾ 그런데 이러한 ‘개혁’ 방향성은 정당한 규제마저도 철폐하여 행정을 약체화하는 반면 사법의 역할은 지나치게 강화하는 또 다른 폐해를 낳는다. 이른바 약한 정부와 강한 사법이다. 87년 헌법체제 하에서, 특히 1997년을 전후하여 한국에서도 이러한 상황이 나타나고 있다.⁶⁰⁾

이것 또한 문제라면 향후의 방향성은 “강한 정부와 강한 사법의 경쟁적 발전”⁶¹⁾에서 찾아야 한다. 이러한 발전은 어떻게 가능한가. 공해 혹은 환경오염과 환경훼손으로 인한 피해에 대응하는 민사소송과 행정소송을 중심으로 이에 대해 부연해보자.

강한 사법은 사법이 사후적이지만 규제의 책임을 떠안는 상황에서 그 진면목을 발휘한다. 그렇다면 사법은 어떻게 사후규제의 담당자가 될 수 있는가. 그에 대한 답은 미국의 사법체계에서 널리 활용되고 있는 금지청구(injunction)에서 찾을 수 있다. 미국 법원은 권리침해가 있는 이상 그 권리의 종류를 가리지 않고 금지청구를 원칙적으로 인정한다.⁶²⁾ 대기오염의 예를 들어보면, 행정이 대기오염방지를 위한 규제규

58) 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 앞의 책, 241쪽 참고.

59) 井上達夫, “三權分立の意味と司法の役割”, 日本弁護士連合会(編), 使える行政訴訟へ: 「是正訴訟」の提案(日本評論社, 2003), 16쪽 참고.

60) 필자는 다음 논문에서 이 점을 구체적으로 논증하였다. 이계수, “자유주의와 한국행정법”, 행정법연구 제31호(행정법이론실무학회, 2011), 51-77쪽.

61) 井上達夫, 앞의 글, 18쪽.

62) 김차동, “금지(유지)청구권에 관한 비교법적 고찰: 대한민국과 미국을 중심으로”,

법을 사전(事前)에 행정입법으로 정하면서 그 규제강도를 대폭 낮추었을 때, 필연적으로 공해피해가 발생하게 된다. 엄격한 사전규제의 탈락으로 인한 피해발생이다. 이러한 상황에서 민사소송은 사후(事後)적이지만 유효한 구제수단으로 등장할 수 있는데, 그 구제가 금전배상에 그치지 않고 더 이상의 피해를 막기 위한 민사상 금지청구 형태로 실행된다면 사법은 이른바 공해기업에 대한 사후규제의 담당자로 기능할 수 있다. 실제로 이러한 모델이 미국 사법체계를 특징짓고 있으며, 이것이 한국의 사법제도 개혁에서도 중요한 참고가 될 수 있다. 그래서 주민 모두가 환경권에 기하여 공해기업의 가동중지 혹은 위법한 군사기지 건설공사의 중지를 청구할 수 있는 금지청구권을 보장받게 된다면,⁶³⁾ 결여된 혹은 부족한 사전규제는 사법에 의해 충분히 사후적으로 보완될 수 있다.

그렇다면 공해 혹은 환경오염과 환경훼손에 대응하는 행정소송은 어떻게 설계되어야 강한 정부를 견제하는 강한 사법의 기능을 수행할 수 있는가. 2000년대 이후 대법원과 법무부의 행정소송법 개정안 작업에서 핵심적인 부분을 차지한 것이 항고소송에서의 처분과 원고적격의 확장 및 항고소송의 한 형태로서 의무이행소송, 예방적 금지소송의 도입 등이었다. 이런 제도개혁이 강한 사법을 위한 하나의 방편인 것은 맞다.⁶⁴⁾ 즉, “원고적격, 대상적격, 소의 이익의 문제는 행정소송의 목

법학논총 제26집 제4호(한양대, 2009), 234쪽.

63) 오승철은 헌법 제35조의 환경권을 직접 사인 간에도 적용 가능한 구제적인 사권으로 보는데, 그의 이러한 견해는 부동산소유권에 기한 방해배제청구(금지청구, injunction)만을 인정하는 재판실무와 다수학설에 대한 비판으로 읽힌다. 그는 “부동산을 소유하지 않은 사람은 자신의 주변에서 일어나고 있는 환경침해에 대하여 금지청구의 기회조차 가질 수 없게 되었다. (……) 부동산을 소유하지 않은 사람도—그 사람이 설령 노숙자일지라도—환경권을 침해받고 있다면 직접 헌법에 근거해서 그 침해금지를 청구할 수 있어야 한다.”고 말한다. 오승철, 헌법이야기(태운당, 2011), 556쪽.

64) 처분성과 원고적격 등을 확대하려는 대법원의 이러한 ‘전향적’ 태도는 헌법소원과 의 경쟁 속에서 나타난 것이다. 1988년 이후 ‘행정소송의 경쟁자’로 헌법재판소의

적·기능, 국민의 재판청구권을 어떻게 이해할 것인가의 문제와 불가분의 관계에 있을 뿐만 아니라, 국가기능의 수행에서 법원이 어떠한 역할을 수행해야 하는가라는 보다 근본적인 문제와 관련을 맺고 있다.”⁶⁵⁾는 지적은 원론적으로는 맞는 얘기이다.

그러나 이것만으로는 부족하다. 원고적격 등의 확대가 소유자 등 재산적 이익의 보유자들의 권리보호를 확장하는 면에서는 효과적인 수 있지만, 정작 개발행정 영역에서 정부정책을 통제하는 데에 어느 정도 실효적일 지는 검증되지 않았다. 그렇기 때문에 필자가 보기에 시급한 것은 원고적격 등의 확대라기보다는 정부정책에 대한 사법적 통제에서 사법소극주의로 일관해온 법원의 태도를 타파할 심리(審理)제도의 개혁이라고 생각한다. 특히, 집행부정지원칙(행정소송법 23조)이나 사정판결제도(동법 28조)의 폐지가 시급히 논의되어야 한다. 이 부분에 대한 보다 자세한 논의는 다음 기회로 미루겠지만 개략적으로 정리하자면 다음과 같은 얘기를 해볼 수 있을 것 같다.

정책적 의미가 강한 행정소송에서 법원이 적극적인 역할을 수행하려면 사실심 법원인 1심, 2심 법원의 적극적인 심리와 판단이 보장되어야 한다. 이를 위해 행정소송에도 집중심리를 원칙적으로 채택할 필요가 있다. 또한 원고승소판결에 대한 항소금지 혹은 제한원칙(사안에 따라 예외인정)을 입법화하여 1심 혹은 2심 법원의 권한과 책임을 동시에 강화할 필요도 있다. 지금도 행정소송은 집중심리로 이루어지는 경우가 있지만, 이를 원고승소판결에 대한 항소금지와 적절하게 연계시키는 방안을 검토해 볼 수 있는 것이다.

재판은 법관만의 산물은 아니다. 그것은 법관과 소송당사자의 합작물이다.⁶⁶⁾ 그러므로 만약, 이러한 방향으로의 제도개혁이 이루어진다

헌법소원이 널리 활용되면서 행정소송에서 법원의 입지는 약화되고 있다.

65) 조흥식, “행정소송에서의 소익과 헌법”, 법학 제41권 4호(서울대학교 법학연구소, 2001), 410쪽.

면 소송당사자들은 사실심인 제1심에 더욱더 전력하게 될 것이고, 포럼과 정책검증의 장으로서 행정소송의 역할은 증대될 수 있다. 아울러 이러한 제도 개혁은 원고패소판결에 대한 2심, 3심법원의 정책적 판단여력도 덩달아 증대시킬 수 있다.

다만, 앞서서도 지적하였듯이 행정정책 통제라고 하더라도 진보적 행정정책이 보수적 사법에 의해 통제되는 경우와 그 반대의 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우를 염두에 두고 전자와 같은 상황이 벌어지더라도 사법부의 적극적인 행정정책 통제를 지지할 수 있을지는 더 고민해보아야 한다. 실제로 향후 정부정책을 통제하는 행정소송의 비중이 커지면 위와 같은 문제도 현실화될 것이다. 이에 대해서는 앞으로 진지하게 논의해 보아야겠지만, 우선 다음과 같은 세 가지 답변으로 만족하려고 한다.

첫째, 법적 소송이 민주주의를 보완하려면 통상적인 민주절차에 온전히 참여하지 못했던 사람들에게 소송을 통한 참여의 기회를 부여하는 방식이 되어야 한다. 따라서 행정소송이 기존의 민주적 절차를 통해 자신의 의사를 잘 반영할 수 있었던 사람들에게 추가로 주어지는 참여의 기회·주장의 기회로 기능해서는 안 된다.⁶⁷⁾

둘째, 행정소송의 심리원칙에 대한 고민이 깊어져야 한다. 원고 측과 피고 측은 완전히 공세적이거나 완전히 방어적인 자세로 법원에 나오기 쉽고 당사자 중심의 완고한 입장에서 법원을 설득할 목적만 지니고 있기 십상이다. 이는 통상적인 민사재판이나 형사재판에서 흔히 볼 수 있는 광경이다. 그러나 정부정책과 관련한 소송은 통상의 민사재판 절차의 특징인 양극화된 다툼을 초월하는 방식으로 해결되는 것이 바람직하다. 특히 재판진행과 소송참가규정을 조절하여(예컨대 시민단체의 광범위한 참가가능성 인정) 여러 광범위한 관점들이 논의에 포함될 수

66) 서원우, “현대형 행정재판과 법조의 역할”, 전환기의 행정법 이론(박영사, 1997), 954쪽.

67) 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 앞의 책, 260쪽.

있도록 제도적 뒷받침이 이루어져야 한다.⁶⁸⁾ 또한 깊이 있고 집중적인 심리, 필요하다면 정부정책을 지연시키는 효과를 갖는 장기적인 심리도 할 수 있도록 소송법제적 보완장치를 마련하여야 한다(제소기간과 재판기간을 탄력적으로 운용하기 등).

셋째, 행정소송에서도 어느 소송에서와 마찬가지로 사법적 편향성이 발생할 수 있지만, 그러한 편향성으로 인한 부정적 효과는 민사소송이나 형사소송보다 심각하다. 이러한 점을 고려할 때 행정법원 및 행정재판부의 구성방법(예컨대 선거를 통한 행정법원 판사 임용)에 대한 정치적 고민도 향후 심도 깊게 이루어져야 한다.

IV. 제1심 판결과 자유주의/형식주의 행정법의 한계

1. 자유주의 행정법학과 실무의 한계

이상 다분히 법사회학적·법정책학적 논의를 마쳤다. 마지막으로 일종의 보론 격으로 이 사건 판결에 대한 법해석학적 비판을 몇 가지 추가해보겠다.

이 사건 재판부는 “이 사건 처분은 소유권행사를 제약하던 절대보전 지역지정처분을 해제하는 수익적 처분으로서 어느 누구의 권리도 침해하는 처분이 아닐 뿐 아니라 그 자체가 해군기지건설을 허용하는 처분은 아니므로 이 사건 처분의 직접 상대방이 아닌 원고들에게는 해군기지 건설계획 자체에 관한 처분의 취소를 구할 법률상 보호되는 이익이 있는지 여부는 별론으로 하고 이 사건 처분의 취소를 구할 수 있는 법률상 보호되는 이익이 없으므로 이 사건 소는 원고적격이 없는 사람

68) 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 위의 책, 260-261쪽 참고.

들에 의한 소로서 부적법하다.”는 피고의 주장을 수용하였다.

즉, 재판부는 ① 절대보전지역의 해제는 소유권에 가한 제한을 해제하는 수익적 처분에 해당하는 것으로서 그 자체가 당연히 인근주민의 생활환경에 영향을 주는 사업의 시행이나 시설의 설치를 내포하고 있는 것은 아닌 점, ② (……) 위 법령의 각 규정들에 따라 절대보전지역이 지정됨으로써 보호되는 것은 인근주민의 주거 및 생활환경 등이 아니라 제주의 지하수·생태계·경관 그 자체라고 보아야 하는 점, ③ 위 조례 제3조 제1항도 절대보전지역의 지정 및 변경에는 주민들의 의견을 듣도록 하고 있으나 보전지역을 축소하는 경우에는 예외로 한다고 규정함으로써 그 절차에 있어서도 지정으로 인하여 환경상 혜택을 받는 주민들이 아닌 권리의 제한을 받게 되는 주민들을 주된 보호의 대상으로 하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 원고들에게는 소를 제기할 법률상 이익이 없다고 판단하였다(밑줄은 필자).

19세기 이래의 지배적 견해가 된 소유(권)와 영업의 자유 중심의 자유주의 행정법학의 형식논리가 여기서도 그대로 되풀이 되고 있다. 이 사건 판결은 절대보전지역의 해제는 소유권에 기한 제한을 해제하는 수익적 처분에 해당하는 것으로서 그 자체가 당연히 인근주민의 생활환경에 영향을 주는 사업의 시행이나 시설의 설치를 내포하고 있지 않다고 판시하였다.

판결의 논지는 현대행정법의 특징인 절차법적 사고(思考) 중시를 무시하는 형식논리의 극치를 보여주고 있다. 수익적 처분이니 하는 논리는 환경을 침해하는 대규모 개발이 거의 없었던 시절 혹은 절차적 권리보장의 관념이 없었던 시절에 만들어졌던 낡은 행정법이론이다. 이 사건 재판부는 이러한 형식 논리를 그대로 차용하고 있다.

백번 양보하여 이 사건 판결처럼 침해유보설에 입각하여 원고적격을 판단한다고 하더라도, 오늘날 침해의 의미는 이 판결이 이해하듯이 그렇게 협소한 것이 아니다. 침해유보설에서 말하는 자유와 재산의 의미는

계속 확대되어 현재는 일반적인 행위의 자유와 재산적 가치를 가진 모든 법익을 포함하기에 이르렀다.⁶⁹⁾ 이 점은 공법학계에서 상식으로 통한다.

절대보전지역의 해제로 인해 예전과 같은 어업활동이나 (제한적) 경작활동이 불가능해 진다면 이것은 당연히 자유에 대한 침해에 해당한다. 또한 절대보전지역의 해제가 (결과적으로) 토지소유자의 교환 가치적 재산에는 수익적으로 작용할지 모르겠으나, 토지임대인의 경작권이 라는 헌법상 보장된 재산권을 침해하는 작용이 될 수 있다.⁷⁰⁾ 그럼에도 불구하고 이러한 해제를 수익적 처분이라고만 볼 수 있는지 의문이다.

절대보전지역은 제주도 특별법에 의거 제주도에만 인정되고 있는 제도이다. 이는 화산섬인 제주도의 특수한 지형을 보존한다는 의미와 함께, 제주도라는 특수한 환경에서 살아가는 (예컨대 수자원 부족 등) 제주도민의 “생명, 신체, 재산, 건강 기타 생활의 안전 등의 이익”도 아울러 보호하고자 하는 제도라고 해석해야 한다. 그럼에도 불구하고 제주도 특별법상의 절대보전지역에 의해 보호되는 이익을 반사적 이익으로 치부하는 재판부의 판단은 수용하기 어렵다.

2. (이해·권리) 주체에 대한 형식적 포착

이 사건 재판부는 강정마을 주민들(강정마을회, 강정동 토지의 소유자, 임차인으로서 강정동에 거주하는 주민)의 원고적격을 부인함으로써 이해(利害)·권리 주체의 이해(理解)에서 행정법관계의 다면성을 고려하여야 한다는 인식을 수용하지 않았다.

현대 행정법관계에는 삼면적 관계 또는 다면적 관계가 많다. 쉽게 말해 삼각관계이다. 삼각관계란 행정의 어떤 결정이 한쪽에는 유리하게

69) 김철용, 앞의 책, 26쪽.

70) 재산권의 다양한 측면에 대해서는 이계수, “주거권의 재산권적 재구성”, 민주법학 제46호(민주주의법학연구회, 2011), 13쪽 이하 참고.

다른 한쪽에는 불리하게 작용하는 관계, 따라서 복잡 다양한 이해관계의 조정을 필요로 하는 동태적인 행정법관계이다.

종래 행정상의 규제란 행정청이 전적으로 공공의 안전·질서유지라는 공익목적을 실현하기 위해 피규제자(예컨대 ‘협오’시설·위험시설의 설치자)의 자유 혹은 재산을 제약하는 작용으로 보아 규제를 둘러싼 법률관계는 공익의 관리를 담당한 행정청과 자유권의 귀속자인 피규제자와의 이면적(二面的) 대립관계로 파악되었다. 규제에 의하여 지켜져야 하는 국민대중의 이익은 행정이 관리하는 공익 속에 포함·해소(解消)되어 독립의 법익으로는 인정되지 않았던 것이다. 그러나 국민의 권리의식이 높아지면 규제에 의하여 지켜져야 하는 국민대중의 권리주체성도 승인되지 않을 수 없다. 규제행정은 단지 공익지향작용만이 아니고 사회적 위험으로부터 사람들(예컨대 위험시설의 인근주민들)의 생존이익(안전, 건강, 쾌적한 생활과 환경)을 지키는 것을 목적으로 하는 작용으로 인식되기에 이르렀다. 규제를 둘러싼 법률관계는 행정청과 피규제자 간의 이면적 대립관계가 아니라 규제에 의하여 지켜지는 사람들을 포함한 삼면관계로 재구성되는 것이다.⁷¹⁾

하나 더 지적할 것은 이 사안은 삼면적 법률관계를 대상으로 할 뿐만 아니라 국가 혹은 지방자치단체의 이른바 ‘자기허가’를 다투는 사건에 해당한다는 점이다. 이러한 사안에서의 원고적격 판단은 기존의 이면적 관계에서의 원고적격 법리와는 다른 접근이 필요하다.

3. 대법원 판례의 경향과도 배치(背馳)

나아가 이 사건 판결은 대법원 판례의 최근 경향과도 배치된다. 대법원은 취소소송의 원고적격 판단에서, 그 기준이 되는 법률상 이익을 도출해내기 위해 근거법규를 확대하고 있으며, 이러한 판례의 태도는

71) 原田尙彦, 行政法要論(學陽書房, 1999), 76-77쪽.

대법원과 법무부의 행정소송법 개정 시도 등에 의해 뒷받침되고 있음은 앞서도 지적한 바 있다.

아무튼 원고적격과 관련하여 최근 대법원은 당해 처분의 근거법규는 물론이고 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우에도 원고적격을 인정하고 있다. 이와 관련하여 구체적으로 몇 가지 유형에서 중요한 판례들도 형성되고 있다(경업자 소송이나 경원자(競願者) 소송에서의 기존업자나 경합 중인 신청자에게 원고적격이 인정되는 유형에 대한 설명은 생략한다).⁷²⁾

첫째, 대법원은 개발허가, 시설의 설치허가 등에 관련된 인근주민의 이익과 관련하여 처분의 근거법규가 인근주민의 절차적 참가권을 정하고 있는 경우에는 인근주민의 개별이익도 보호한다는 취지라고 보아 이들에게 원고적격을 인정한다.⁷³⁾

둘째, 대법원은 절차 참가규정이 없더라도 인근주민의 건강·안전과 관련된 경우에는 비교적 넓게 원고적격을 인정한다. 원자로시설부지 사전 승인처분이 다투어진 영광원자력발전소 사건이 대표적인 예이다.⁷⁴⁾

72) 취소소송의 원고적격에 대한 설명은 石川敏行 外, はじめての行政法(有斐閣, 2007), 168쪽 이하를 참고하였다.

73) 대법원은 국립공원 속리산 용화지구사건에서 처분의 실체적 요건에 관한 법규뿐만 아니라 그 절차적 요건인 환경영향평가에 관한 법규도 처분의 근거법률에 해당하는 것으로 보고 이에 의거하여 법률상 이익을 도출한 바 있다(대법원 1998. 4. 24. 선고, 97누3286 판결). 이 판결 이후 법원은 최소한 환경영향평가 대상지역 내의 주민들에게는 예외 없이 원고적격을 인정하고 있다. 나아가 판례는 주민의 원고적격을 더욱 확대하여 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 자라도 직접적이고 중대한 환경피해를 입을 것이 예상된다는 점을 주장·입증하면 원고적격을 인정받을 수 있다고 판시하고 있다(새만금사건, 대법원 2006. 3. 16. 선고, 2006두330 전원 합의체 판결).

74) 이 사건에서 대법원은 원전냉각수가 순환할 때 발생하는 온배수로 인한 환경침해와 방사성물질에 의한 생명·신체의 안전침해를 나누어 각각 원고적격을 검토하였다. 전자를 이유로 취소를 구하는 부분은 환경영향평가대상지역 내의 주민이, 후자를 이유로 취소를 구하는 부분은 “방사성물질에 의하여 보다 직접적이고 중대한 피해를 입으리라고 예상되는 지역” 내의 주민이 원고적격을 갖는 것으로 판시하였다(대

셋째, 반면 건강피해 이외의 환경이익, 소비자이익과 같이 넓고 얇게 불특정 다수인에게 관련되는 이익이 문제가 되는 사안에서 대법원이 원고적격을 인정한 예는 찾아보기 어렵다.

이 사건 재판부는 이번 사안이 세 번째 유형에 해당하여 원고적격이 없다고 하거나 절대보전지역 변경처분 그 자체로 해군기지 건설에 대한 승인이 이루어지는 것은 아니므로, 해군기지 건설로 인해 인근주민에게 안전상의 불이익이 생긴다고 하더라도 이 사안과는 무관한 것이라고 판단한 것으로 보인다. 그렇다면 이 사안이 첫 번째 유형에 속할 가능성은 있을까?

독일 연방건설법전 제3조 제1항은 “일반인(일반주민)은 가능한 한 이른 시기에, 계획의 일반적인 목적·목표, 지역의 신개발 및 발전에 대한 기본적인 점에서 다른 해결(방안), 계획의 예측되는 효과에 관하여, 공개의 방법으로 보고를 받을 수 있다. 일반인(일반주민)에 대해서는 의견표명과 청문의 기회(Gelegenheit zur Äußerung und Erörterung)가 주어져야 한다.”고 규정하고 있다.

여기서 “이른 시기에”란 “계획이 이미 기본적인 부분에서는 변경의 여지가 없고, 세부사안을 미세조정 하는 것밖에는 달리 할 게 없는 것과 같은 단계에 달하지 않았을 것”을 의미한다고 해석된다. 일반(주민)의 개념도 반드시 토지의 권리자로만 한정되지 않고 넓게 해석되고 있다.⁷⁵⁾

이러한 법제 하에서는 첫 번째 유형, 즉 개발허가, 시설의 설치허가 등에 관련된 인근주민의 이익은 주장 가능한 하나의 권리로 포섭될 수 있다. 반면, 현행법령에는 그와 같은 일반적 조항이 없으므로 개발 사업에 반대하는 인근주민의 이익이 두텁게 보호되기는 어렵다. 여기까지가 일반론이다.

법원 1998. 9. 4. 선고, 97누19588 판결).

75) 原田純孝, 日本の都市法Ⅱ(東京大学出版会, 2001), 417쪽(제14장, 都市計劃と住民參加).

그런데 이 사안에는 주민의 원고적격을 인정할 중요한 근거조항이 있다. 도(道) 조례 제3조(주민의 의견 청취 등)가 그것이다. 동 조는 주민들에게 원고적격을 부여할 근거법령으로 ‘충분히’ 원용될 수 있다. 그러나 재판부는 이 점에 대해 아무런 판단도 하지 않았다.

나아가 판례의 일반적 경향은 아니지만 보호가치 이익설에 따라 원고적격을 인정한 판례도 존재하므로, 재판부는 보다 적극적으로 원고적격을 인정하는 해석을 시도했어야 했다.⁷⁶⁾

민사소송 사례지만, 일본 후쿠시마 지방법원이 토모노우라(蕨の浦) 세계유산소송에서 공유수면매립면허의 금지를 청구하고 동시에 가구제를 신청한 원고들에게 관습법상의 배수권자와 인근에 거주하는 거주자에게는 법적으로 보호할 만한 가치가 있는 경관이익을 갖는 것으로 보아 신청인적격(원고적격)이 있다고 판단한 것은 시사점이 많다.⁷⁷⁾

(투고일 2012년 8월 31일, 심사(의뢰)일 2012년 9월 14일, 게재확정일 2012년 10월 12일)

주제어 : 강정(구럼비 해안), 법원의 역할, 행정소송, 정부정책, 제주 해군기지 건설반대

76) 참고로 다음 판결을 읽어볼 것. “다만, 공공용재산이라고 하여도 당해 공공용재산의 성질상 특정개인의 생활에 개별성이 강한 직접적이고 구체적인 이익을 부여하고 있어서 그에게 그로 인한 이익을 가지게 하는 것이 법률적인 관점으로도 이유가 있다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 그와 같은 이익은 법률상 보호되어야 할 것이고, 따라서 도로의 용도폐지처분에 관하여 이러한 직접적인 이해관계를 가지는 사람이 그와 같은 이익을 현실적으로 침해당한 경우에는 그 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 보아야 할 것이다.” 대법원 1992. 9. 22. 선고, 91누13212 판결(밀줄은 필자).

77) 히로시마 지방법원 2008. 2. 29. 결정(平成 19년 제13호, 16호 사건). 다만 결론적으로 신청은 각하되었다. 원고적격의 확대는 일본의 개정 행정소송법(2004)의 영향도 받은 것으로 보인다.

참고문헌

1. 단행본

- 강경선/이계수, 행정법 I, 한국방송통신대학교출판부, 2009.
- 김철용, 행정법, 고시계사, 2012.
- 박진섭/소병천, 지속 가능한 세상을 향한 발돋움: 환경갈등이라는 복잡한 숙제풀기, 창비, 2008.
- 샌드라 프레드먼, 조효제 옮김, 인권의 대전환, 교양인, 2009.
- 서원우, 전환기의 행정법 이론, 박영사, 1997.
- 이계수, 일반행정법 워크북, 한국방송통신대학교출판부, 2011.
- 이주빈, 구름비의 노래를 들어라: 제주 강정마을을 지키는 평화유배자들, 오마이북, 2011.
- 클라우스 보셀만, 진재운/박선영 옮김, 법에 갇힌 자연 VS 정치에 갇힌 인간, 도요새, 2011.
- 홍준형, 법정책의 이론과 실제, 법문사, 2008.
- 坂口洋一, アメリカと日本の公害法, 成文堂, 1980.
- 日本弁護士連合会(編), 使える行政訴訟へ: 「是正訴訟」の提案, 日本評論社, 2003.

2. 논문

- 신용인, “절대보전지역변경처분과 주민의 원고적격”, 법과 정책 제 17집 1호, 제주대학교 법과정책 연구소, 2011, 143-167쪽.
- 알란 힌트, 이상수 번역, “권리는 진보적 사회이념의 구현에 기여할 수 있는가”, 민주법학 제7호, 민주주의법학연구회, 1993, 300-331쪽.

- 이경원/김정화, “공공갈등과 공익의 재검토”, 경제와 사회 통권 89호, 비판사회학회, 2011, 298-332쪽.
- 이계수, “자유주의와 한국행정법”, 행정법연구 제31호, 행정법이론 실무학회, 2011, 51-77쪽.
- _____, “행정법과 법사회학”, 행정법연구 제29호, 행정법이론실무학회, 2011, 135-152쪽.
- 이보라, “제주도 내 군사기지 유치 담론을 통해 본 평화 만들기의 정치학”, 제주도연구 제33집, 제주학회, 2010, 131-180쪽.
- 정호경, “기본법의 관점에서 본 독일 행정소송제도의 기능: 특히 법치국가원리의 관점에서”, 공법연구 제39집 제2호, 한국공법학회, 2010, 571-595쪽.
- 조성윤, “제주도의 평화 정책과 해군기지 문제”, 제주도연구 35집, 제주학회, 2011, 39-66쪽.
- 正木宏長, “ニュー・リーガルリアリズムとアメリカ行政法: マイルズとサンスティンの挑戦”, 立命館法学 341号, 立命館大学, 2012, 48-101쪽.

3. 기타

- 양삼승, “사법부와 검찰을 지배하는 8가지 법칙”, 대한변협신문, 제410호, 2012. 8. 13. 자. 인터넷신문, 제주의 소리, <http://www.jejusori.net/>

[Zusammenfassung]

Die Rolle des Gerichts beim Verwaltungsprozess gegen die Regierungspolitik

Kye-Soo Yi*

Im Streit um den geplanten Bau eines neuen Stützpunktes der südkoreanischen Marine auf Jeju hat das Bezirksgericht der Insel entschieden, dass Bewohner des Inseldorfes Gangjeong(Gurumbi Küste) und Gangjeong-Dorfverband kein Prozessbefugnis beim Prozess gegen die rechtswidrige Verfügung des Jeju-Gouverneurs haben(Der Jeju-Gouverneur hat verfahrensrechtswidrig eine Gebietsfeststellung aufgehoben, in der die künstliche Umformung und Veränderung verboten ist). Dadurch konnten die Bewohnern, die aus Gründen des Umweltschutzes und um des Friedens willen gegen das Bauprojekt sind, keine Gelegenheit erhalten, ihre eigene rechtliche Standpunkt beim Gericht zu behaupten. Das Gericht sollte zwar die demokratischen Entscheidungen oder Verfügungen des Exekutiven respektieren, aber es muss die bürgermeinungsvernachlässigenden politischen Entscheidungen des Exekutiven streng kontrollieren. In diesem Aufsatz habe ich versucht, wie das Gericht diese Kontrollfunktion ernsthaft wahrnehmen können.

Stichwörter : Gangjeong(Gurumbi Küste), Die Rolle des Gerichts,
Verwaltungsprozess, Regierungspolitik, Gegen den Bau des
Kriegshafens auf der Insel Jeju

* Juristische Fakultät an der Law School der Kon-Kuk Universität