

多段階 許可節次에 관한 研究

- 독일의 원자력발전소 허가절차를 중심으로 -

金明淵*

차 례

- I. 서 설
- II. 다단계 행정절차의 의의 및 구조
 - 1. 다단계 행정절차의 의의
 - 2. 원자력발전소의 다단계 허가절차의 구조
- III. 다단계 허가절차의 법적 불안전성
- IV. 제1차 부분허가의 구속력의 범위(규율내용)
 - 1. 서 설
 - 2. 입지적합성확인
 - 3. 잠정적 긍정적 전체판단
 - 4. 재량결정
- V. 제1차 부분허가의 구속력의 강도
 - 1. 서 설
 - 2. 입지적합성확인
 - 3. 잠정적 긍정적 전체판단
 - 4. 재량결정
- VI. 결 어

* 韓國法制研究院 先任研究員

I. 서 설

최근 우리나라에서는 공항·발전소·댐 등과 같은 이른바 대규모 사회간접자본의 건설과 관련하여 심각한 정치·사회적 문제가 발생하고 있으며, 이러한 문제는 최근 자치시대를 맞이하여 더욱 증폭되고 있다.¹⁾ 이는 대규모 사회간접자본시설의 건설과 관련하여 이해관계가 행정·국민·사업자 등에 걸쳐 광범위하고 다양하게 관계되어 있기 때문이다. 이러한 면에서 대규모 사회간접자본의 건설에 있어 보다 적절한 결정을 도출하기 위한 각종 이해관계의 조정 및 주민과 지방자치단체의 의견의 반영 등 절차법적 그리고 쟁송법적 장치를 마련하는 것이 우리나라에도 시급한 과제로 등장하고 있는 것이다. 이에 대하여 독일의 경우는 대규모시설의 건설을 위한 행정절차로써 기본적으로 원자력시설과 환경시설 일반에 대한 다단계 허가절차(Gestuftes Genehmigungsverfahren, 이하에서는 「다단계절차」라고 한다)와 공항²⁾·철도·운하·고속도로³⁾·방사선폐기물저장시설 등에 대한 계획확정절차(Planfeststellungsverfahren)의 두 가지의 행정절차가 마련되어 있으며, 전자는 원자력법과 연방임미시온방지법⁴⁾이 각각의 절차를 규정하고 있고, 후자의 계획확정절차에 대해서는 개별법이 정하는 바에 따라 행정절차법의 계획확정절차가 적용된다.⁵⁾

이 글의 목적은 독일의 대규모시설의 설치를 위한 행정절차 중 다단계절차

-
- 1) 사회간접자본의 건설과 관련한 분쟁사례에 대해서는 한국지방행정연구원, 『지방자치시대의 갈등사례』(1996) 참고.
 - 2) 김해룡, “환경영향이 심대한 거대국가건설계획의 결정절차: 한국과 독일의 공항건설계획을 중심으로”(한국공법학회 제12회 월례발표회, 1990.11), 31~44면 참고.
 - 3) 오준근, 『도로의 설치·관리관련법제의 현황과 개선방안』(한국법제연구원, 1995), 90~92면.
 - 4) 임미시온방지법상의 다단계절차에 관해서는 김연태, “독일의 폐기물매립시설설치에 대한 계획확정”(고려대학교 행정법학회 제1회 월례발표회, 1995.2), 2~3면 참고.
 - 5) 독일의 계획확정절차에 대해서는 우리나라에서도 자세히 소개되고 있다. 김남진, 『행정법의 기본문제』(1994), 337면 이하; 석중현, “서독의 연방행정절차법상의 계획확정절차”, 『현대공법의 이론』(김도창박사 화갑기념논문집, 1982), 412면 이하; 박규하, “서독행정절차법상의 계획확정절차”, 『고시연구』1988년 10월호, 105면 이하; 김해룡, “행정계획의 확정절차”, 『고시계』1995년 10월호, 97면 이하 등 참고.

의 전형이라고 할 수 있는 원자력발전소의 건설·운영허가절차를 대상으로 당해 절차의 각 단계에서 발하여지는 부분결정⁶⁾에 의하여 복잡한 이해관계가 어떻게 조정되는가를 고찰함에 있다. 원자력발전소의 건설 및 운영에 있어서는 미국의 드리마일 원자력발전소사고나 구소련의 체르노빌 원자력발전소사고에서 보는 바와 같이 원자력사고로 인한 방사선폐해는 인류에게 지대한 것이기 때문에 안전성의 확보가 절대적으로 전제되어야 한다. 이러한 원자력발전소의 안전성은 건설 및 운영허가, 운영에서의 안전과 환경보호 등 3가지 측면에서 검토될 수 있는 바,⁷⁾ 안전규제의 첫 단계로써 건설 및 운영허가가 가장 중요하다.

원자력발전소의 허가방법은 대체로 단일허가제와 복수허가제가 있으며, 후자는 다시 2단계 허가방법과 다단계 허가방법으로 나눌 수 있다.⁸⁾ 그리고 우리나라의 원자력발전소의 허가절차는 건설허가와 운영허가를 구분하여 각각 허가하는 2단계 허가구조를 취하고 있다(원자력법 제11조·제21조). 한편 원자력법은 원자력발전소를 건설하려는 사업자가 건설허가취득전에 부지에 대한 사전승인을 신청할 수 있고, 사전부지승인을 얻은 자는 제한된 범위에서 기초공사를 할 수 있도록 하는 사전부지승인 및 제한공사제도를 규정하고 있다(동법 제11조제3항·제4항). 이 제도는 원자력발전소의 특성상 설계·허가취득까지 복잡한 과정과 장시간이 소요되는 점을 고려하여⁹⁾ 미리 원자력발전소부지를 확보하고 건설허가취득 전이라도 사업자로 하여금 제한된 공사를 할 수 있도록 허용하는 제도이다. 그런데 사전부지승인제도는 뒤에서 보는 바와 같이 독일에서 원자력발전소의 입지의 적합성을 사전에 확인하는 예비결정(Vorbescheid)과 유사하며,¹⁰⁾ 또한 제한공사제도는 기초공사가

6) 여기서는 부분결정(Teilentscheidung)을 부분허가(Teilgenehmigung)와 예비결정(Vorbescheid)의 상위개념으로 사용한다.

7) 핵에너지의 안전규제에 관한 자세한 내용은 과학기술처, 『원자력안전백서』(1995년) 참고.

8) 원자력발전소허가유형에 대해서는 차철순, “핵에너지의 법적 규제에 관한 연구”(중앙대학교 박사학위논문, 1994), 135면 이하 참고.

9) 우리나라의 원자력발전소 표준건설공정에 의하면 계획수립에서 준공까지 약 139개월이 소요되며, 총공사기간 중 부지매수착수까지가 39개월이 소요된다고 한다(박동화, 『원자력발전공학』(동일출판사, 1987), 225면).

10) 현행법상 독일의 예비결정과 아주 유사한 것으로 건축법상 사전결정을 들 수 있

착수되는 최초의 부분허가(제1차 부분허가)와 비교될 수 있다. 이러한 점에서 우리나라의 원자력발전소허가가 건설허가와 운영허가를 구분하는 2단계구조를 취하고 있다고 하나 내용적으로는 완전히 동일하지는 않지만 독일의 다단계허가절차와 상당히 유사한 점이 발견된다.¹¹⁾ 이와 같이 우리나라의 원자력발전소의 허가절차가 원자력발전소에 대한 안전성의 요구와 사업자의 조기의 공사착공의 타협의 산물이라고 할 때 부지사전승인¹²⁾ 및 제한공사착공, 건설허가 및 운전허가가 각각 어떠한 관계에 있으며, 특히 선행의 조치가 후행의 조치에 대하여 어떠한 영향(구속력)을 미치는가가 규명될 필요가 있다. 왜냐하면 사업자가 부지사전승인을 얻어 기초공사를 한 후 신청한 건설허가가 거부되는 때에는 이제까지 부지확보 및 기초공사에 대한 투자는 무의미한 것이 되어 사업자는 심각한 경제적 손실을 입을 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서 이에 대한 논의가 전개되지 않는 것은 원자력발전소의 건설에 있어 형식상으로는 과학기술처라는 허가행정청과 한국전력공사라는 사업주체가 분리되어 있으나 한국전력공사는 사실상 국영기업으로 원자력발전소의 독점적 사업자이며, 또한 한국전력공사사장이 원자력법상 원자력위원회의 상임위원이기 때문에(원자력법 제5조) 허가행정청과 사업주체의 구분이 사실상 무의미하게 되어 건설허가를 취득하는데 아무런 문제가

다. 즉, 건축법 제7조제1항은 「대통령령이 정하는 용도 및 규모의 건축을 하고자 하는 자는 제8조제1항의 규정에 의한 건축허가신청 전에 시장·군수·구청장에게 당해 건축물을 해당 대지에 건축하는 것이 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 허용되는지의 여부에 대한 사전결정을 신청할 수 있다」고 규정하고 있다. 한편 원자력법상의 사전부지승인과는 달리 건축법 제8조제3항은 사전결정이 있는 경우 시장·군수·구청장은 그 결정내용에 따라야 하며, 다만 건축주가 허가신청시의 건축에 관하여 계획을 현저히 변경하거나 사전결정의 통지를 받은 후 1년 이내에 정당한 이유없이 건축허가를 신청하지 아니할 경우에는 사전결정에 구속되지 않는다고 하여 사전결정의 구속력에 관하여 정하고 있다.

11) 현행법상 부분허가에 관한 입법례는 없으나 해석론상 부분허가가 인정될 여지가 전혀 없는 것은 아니다. 즉, 행정청은 법치국가의 행정절차의 원칙을 위반하지 않는 한 행정청이 전체허가에 대한 최종적인 결정권한을 가지는 때에는 개별법률의 수권이 없더라도 구속적인 부분허가를 발급할 수 있다고 해석할 수 있기 때문이다(동지: 홍준형, 『행정법총론』, 1994, 243면).

12) 법률상으로는 “승인”이라는 용어를 사용하고 있으나 이는 강학상으로는 “허가”에 해당하는 것으로 생각된다.

없었다는 것에 기인하는 것으로 생각된다.¹³⁾ 그러나 최근과 같이 원자력발전소에 대한 국민의 저항이 거세고, 경우에 따라서는 부지가 사후에 적합하지 않은 것으로 판명될 수도 있으며, 향후 원자력발전사업이 미국·독일·일본 등과 같이 민영화될 수 있기 때문에 이에 대한 규명은 절실히 요구된다고 할 것인 바, 독일의 경우는 이러한 문제에 대응하여 각 부분결정의 요건 및 성질, 부분결정의 구속력의 범위와 구속력의 강도 등과 관련하여 학설·판례상 활발한 논의가 전개되고 있다. 따라서 독일의 원자력발전소의 허가절차를 둘러싼 이러한 논의를 고찰하는 것은 우리의 논의의 발전을 위한 많은 시사점을 얻을 수 있을 것으로 생각한다.

한편 이 글에서는 독일 원자력행정의 기본법인 원자력법 제1조에 규정되어 있는 원자력의 연구·개발·이용을 진흥한다고 하는 진흥목적(Förderungs-zweck)과 원자력의 위험과 방사선의 유해한 영향으로부터 국민의 생명·건강·재산을 보호한다는 보호목적(Schutzzweck)에 주목한다. 연방행정법원은 이 두 목적 중 보호목적이 진흥목적에 우선한다는 것을 명확히 하고 있으나,¹⁴⁾ 중요한 것은 두 목적이 구체적으로 어떻게 실현되고 있는가 하는 것이다. 따라서 원자력발전소의 다단계절차의 다양한 기능 중에서 원자력법상의 진흥목적과 보호 목적을 각각 구체화하는 것으로 생각되는 안정화기능과 유연화기능을 중심으로 이 두 기능의 관계를 규명할 필요가 있다. 즉, 원자력발전소라는 기술적으로 해결되어야 할 많은 문제가 있는 시설의 건설을 허가하는 경우에는 최신의 과학·기술을 적용하기 위하여 건설이 개시된 후에도 과학·기술의 발전에 따라 당초의 계획을 수정하는 것이 필요하다(이하에서는 이를 「柔軟性」이라고 한다).¹⁵⁾ 그러나 이와 같은 유연성은 허가신청인의 입장에서

13) 차철순, 앞의 논문, 150면; 김동완, “원자력발전소 허가절차에 관한 연구”(고려대학교 석사학위논문, 1993), 81면.

14) BVerwGE vom 16.3.1972, DVBl 1972, 678, 680.

15) 원자력발전소 건설허가의 유연성과 관련하여 오센뉘(Ossenbühl)은 「발전의 개방성(Entwicklungs-offenheit)이 프로젝트 전체의 완성에 이르기까지 유지되는 것은 원자력법상의 허가절차에 특유한 것으로, 이는 그때 그때의 발전된 과학·기술수준의 적용이 필요하기 때문이며, 원자력발전소의 건설에 있어 요구되는 유연성은 건설을 개시할 시점에서 구체적이고 세부적인 사항의 모두가 확정되는 때에는 상실되고 말 것인 바, 과학·기술수준의 급속한 발전에 적합한 안전요구의 강화는 최초의 허가에 의하여 모든 것이 확정되지 않는 경우에만 최고로 보장된다」고 한다(Ossenbühl,

볼 때 원자력발전소를 완성할 수 있는가가 불분명한 상태에서 막대한 투자를 하여야 한다는 것을 의미한다. 사업자의 투자보호가 허가절차에서의 진흥목적의 구체화라면 원자력발전소가 허가될 수 있는지가 가능한 한 조기에 명확하게 되고, 이것이 긍정된 경우에는 가능한 한 반복되지 않을 필요성¹⁶⁾도 있다(이하에서는 이를 「安定性」¹⁷⁾이라고 한다).

II. 다단계 행정절차의 의의 및 구조

1. 다단계 행정절차의 의의

원자력발전소와 같은 대규모산업시설에 대한 안전조치는 장기에 걸친 복잡한 것이며, 따라서 그 안전성을 점검하는 행정재판도 복잡할 수 밖에 없고, 따라서 관계인과 법원이 이를 이해하는 것은 상당히 곤란하다. 이러한 이유로 복잡한 과정을 복수의 단계로 분해하여 행정과정을 관계인과 법원으로 하여금 이해하기 쉽도록 하고자 하는 제도가 독일의 원자력법·임미시온보호법에 도입되었는 바, 이것이 예비결정·부분허가제도이며, 학설은 다단계 행정절차의 이론으로 발전시키고 있다. 결국 다단계 행정절차는 복잡하고 전문기술적인 대규모건설계획의 국가의사결정을 위해 생겨난 제도이다.

원자력법상 다단계 행정절차의 의의는 우선 행정과정에 대한 파악가능성에서 찾을 수 있다. 행정과정의 파악가능성은 사회적 법치국가의 행정에 있어 매우 중요한 문제로 파악가능성이 존재하지 않는다면 배분과 참가 등이 개연성에 의하여 지배되어 국민에게는 불투명한 것이 될 수 밖에 없다. 또한 행정과정의 파악가능성은 사법적 통제와 관련해서도 상당한 의미가 있다. 행정과정이 파악가능한 것으로 됨에 따라 법관의 판결이유에도 신뢰성이 높아지게 되고, 또한 법관이 행정과정을 혼란시키지 않고 바람직한 방향으로 수정

Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts, *DÖV* 1981, 803, 807).
 16) Frank Wilting, *Gestuftes atomrechtliches Genehmigungsverfahren und Bürgerbeteiligung*, 1985, S.22.
 17) Vgl. Christoph Degenhart, *Kernerergirecht in der Entwicklung-Schwerpunkte, Ergebnisse und Tendenzen neuerer Rechtsprechung*, *ET* 1983, 230, 242.

하여 가는 것이 가능하게 되기 때문이다.¹⁸⁾ 따라서 다단계 행정절차의 가장 중요한 의의는 복잡한 행정결정과정을 복수의 단계로 분해하여 절차적·재판적 권리보호의 실효성을 제고하는 데 있다고 할 수 있다.¹⁹⁾

다음으로 다단계 행정절차의 두 번째 의의는 절차의 조기의 단계에서 중요한 쟁점을 확정할 수 있다는 것에서 찾을 수 있으며, 중요한 쟁점을 조기의 단계에서 확정하는 것은 이해관계인에 대하여 조기에 권리보호의 기회를 부여한다는 의미도 있다.

다단계 행정절차의 세 번째 의의는 과학·기술의 발전에 부응한 안전규제의 가능성에 있다. 원자력발전소와 같은 대규모시설의 경우에는 허가와 건설에 많은 시간이 걸린다. 이러한 이유로 그 사이에 과학·기술의 수준이 향상될 가능성이 많다. 시설안전성의 면에서 보면 과학·기술수준의 발전에 부응하여 끊임없이 허가시에 요구되는 안전성을 제고할 필요가 있다. 이러한 점에서 다단계절차를 채용하는 경우 원자력발전소의 건설·운영을 1회로 모두 허가하는 것이 아니라 각 단계에서 일부분의 건설 또는 운영만을 허가하고 잔여부분은 다음의 단계에서 허가함으로써 최신의 과학·기술을 적용하는 것이 용이하다. 왜냐하면 허가청은 허가발급시점에서의 과학·기술수준을 기본으로 하기 때문이다. 따라서 다단계절차는 과학·기술의 발전을 각각의 부분 허가의 발급시에 적용할 수 있어 유연성을 유지할 수 있는 것이다.²⁰⁾

끝으로 1969년 원자력법 개정에 의하여 원자력발전소의 허가에 예비결정·부분허가의 제도를 도입한 이유 중 하나가 원자력시설에 대한 투자리스크의 감소에 있다고 하는 것²¹⁾에서 알 수 있는 바와 같이 다단계행정절차는

18) E.Schmidt-Aßmann, Institute gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung, in: *Festschrift aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, 1978, S.569.

19) F.Wilting, *a.a.O.*, S.17ff.; F.Hufen, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 1986, S.261ff.

20) Vgl. Ossenbühl, Regelungsgehalt und Bindungswirkung der 1. Teilgenehmigung im Atomrecht, *NJW* 1980, 1353.; H.W.Rengeling, Die Konzeptgenehmigung und das vorläufige positive Gesamturteil in der ersten atomrechtlichen Teilgenehmigung, *NVwZ* 1982, 217; Breuer, Der massgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Kontrolle atom- und immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen, *DVBl* 1981, 300, 307.

사업자의 투자를 보호하는 측면도 있다. 이에 대해서는 뒤에서 자세히 보기로 한다.

결국 원자력발전소의 건설·운영허가의 예비결정과 부분허가제도는 복잡한 행정결정을 단계적으로 해결하고 구체화하는 데 그 목적이 있는 가장 전형적인 다단계 행정절차의 내용이라고 할 수 있다. 이들은 시간적으로 장기간을 요하고 복잡한 결정사안을 계통적으로 구분하여 조기 단계에서 부분적으로나마 확정시킴으로써 많은 이해 당사자들간의 법률관계를 조기에 명확히 하고 사실관계상의 수많은 기성사실들이 완성되고 있는 시점에서 그 법적 관계를 명확히 해줌으로써 당사자로 하여금 조기의 권리주장의 기회를 제공하고, 행정과정의 파악가능성을 제고하여 법원의 심리를 용이하게 하며, 동시에 사업자의 사업추진상의 예측가능성과 비용투자상의 위험을 감소시켜주는 기능을 한다.

2. 원자력발전소의 다단계 허가절차의 구조

독일에서 원자력발전소의 건설·운영은 기본적으로 원자력법²²⁾과 이를 세부적으로 정하는 원자력법 절차령(Atomrechtliche Verfahrensverordnung)²³⁾에 의하여 규제되고 있다. 원자력법 제7조는 원자력시설의 건설·운영에는 허가를 필요로 한다고 규정하고 있으며, 원자력발전소를 건설하려는 자는 예비결정(Vorbescheid)을 받고, 그 후 2년 이내에 허가신청을 하여야 한다(동법 제7a조). 부분허가는 잠정적 긍정적 전체심사에 의하여 허가의 전제조건이 충족되고 부분허가를 발부할 정당한 이익이 있다고 인정되는 때에 발부된다(절차령 제18조). 부분허가는 건설부분허가, 운영부분허가, 연속운영허가 등으로 구분되는 다단계구조를 취하고 있다.²⁴⁾

21) BT-Drs.5/4071. S.6; BT-Drs.6/2868, S.33.

22) 독일의 원자력법의 정식명칭은 「원자력에너지의평화적이용과그위험에대한보호에관한법률」(Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und Schutz gegen ihre Gefahren vom 31.10.1976)이며, 통칭 「원자력법」(Atomgesetz)라고 한다.

23) 정식명칭은 「원자력법제7조에의한시설허가시의절차에관한명령」(Verordnung über das Verfahren bei der Genehmigung von Anlagen nach §7 des Atomgesetzes, vom 18.2.1977(BGBl I, S.280))이다.

24) 원자력발전소 허가절차에 있어 지방자치단체 및 주민참가절차에 관해서는 박균성,

(1) 부분허가와 예비결정

어떠한 행정결정사안에 대한 중국적 결정이 행하여지기 전에 발동되는 잠정적 행위인 假行政行爲나 추후에 내려질 결정내용 전반에 관한 사전적 약속인 確約의 경우와는 달리 복잡한 행정결정사안을 단계적인 절차를 통해 부분 부분 따로 중국적 결정을 내리는 제도가 예비결정 및 부분허가이다.²⁵⁾ 부분허가는 시설의 일부의 건설·운영에 대하여 확정적인 허가를 발급하는 것으로 부분허가가 수차례에 걸쳐 계속적으로 이루어짐으로써 시설 전체의 건설이 완성되어 운영에 이르게 된다. 이에 대하여 예비결정은 허가여부를 좌우하는 개개의 문제(특히 입지문제)에 대하여 행정청이 신청에 근거하여 사전 확인을 하는 것이다. 행정청의 확인은 후속 행정절차시의 행정청의 판단을 구속한다.

다단계절차는 사업자가 란트행정청에 부분결정의 신청으로 시작된다(원자력법 제24조제2항). 부분허가와 예비결정의 다른 점은 예비결정이 부분허가와 달리 입지와 구상(Konzept)의 적법성을 확인하는 것으로 건설과 운영이라는 활동을 인정하는 것이 아니라는 점, 불가쟁력발생 후 2년 이내에 허가의 신청이 없는 경우 구속력이 소멸한다는 점(원자력법 제7a조제1항제2문)에 있다. 한편 양자는 공통적으로 행정행위에 해당하며,²⁶⁾ 또한 각각 원자력

“원자력행정에 대한 지방자치단체와 주민의 참여”, 『환경, 원자력과 지방자치』(경희대학교 법학연구소 1996년도 춘계 학술발표회, 1996.6), 34면 이하; 김동완, 앞의 논문, 65면 이하 참고.

25) 예비결정 및 부분허가의 다단계행정절차와 확약 및 가행정행위의 구별에 대해서는 김남진, 앞의 책, 308면 이하; 김해룡, 앞의 글, 98면 이하; 신보성, “다단계 행정과정의 법적 고찰”, 『고시연구』 1992년 5월호, 57면 이하 참고.

26) Vgl. Siegfried de Witt, Die Bindungswirkung von Bescheideninsbesondere Zwischenbescheiden- und Präklusion, in: Rudolf Lukes(hrsg.), *Sechstes Deutsches Atomrechts Symposium, Referate und Diskussionsberichte*(이하 6AtRS라고 한다), 1980, S.297f.; F.Kopp, *Verwaltungsverfahrgesetz*, 2.Aufl., §9 Rdnr.37; Klaus Obermayer, *Verwaltungsverfahrgesetz*, 1983, §35 Rdnr. 259f.; Michael Ronellenfitsch, *Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren*, 1983, S.404; Klante, *Erste Teilerrichtungsgenehmigung und Vorbescheid im Atomrecht*, 1984, S.46; Wilting, *a.a.O.*, S.14.

법 제7조, 제7a조에 규정된 요건 이외에 절차령 제18조의 잠정적 긍정적 전체판단이 요구된다.²⁷⁾

법률은 허가에 앞서 예비결정(동법 제7a조)에서 허가와 관련한 개별문제의 적법성(주로 입지가 원자력발전소건설에 적합하다는 것이 확인된 이후에 부분허가의 신청이 이루어지는 것을 예정하고 있으나, 실제로는 처음부터 부분허가를 신청하는 것이 일반적이다.²⁸⁾ 부분허가의 대상은 원칙적으로 사업자

27) 예비결정에는 잠정적 긍정적 전체판단을 규정하고 있는 절차령 제18조의 규정이 적용되지 않기 때문에(절차령 제19조 참조) 잠정적 긍정적 전체판단이 불필요하다는 견해(Klante, *a.a.O.*, S.95; Wilting, *a.a.O.*, S.33)도 있으나 다수의 판례·학설은 예비결정에도 잠정적 긍정적 전체판단을 요건으로 하고 있다(Karl Hermann v. Keiser, Vorbescheid und Bauartzulassung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren aus der Sicht von Energieversorgungsunternehmen, in: Rudolf Lukes(hrsg.), *Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium* (이하 *5AtRS*라 한다), 1977, S.208; Breuer, *6AtRS*, S.248; Ulrich Bündenbender/Ulrich Mutschler, *Bindungs- und Präklusionswirkung von Teilentscheidungen nach BImSch und AtG*, 1979, S.58; Klaus Hansmann, Die Bindungswirkung von Beischeiden- insbesondere Zwischenbescheiden- und Präklusion, *6AtRS*, S.263, 264; Mutschler, Die Bindungswirkung von Beischeiden- insbesondere Zwischenbescheiden- und Präklusion, *6AtRS*, S.279, 283; Albrecht Weber, Vorbescheid und Teilgenehmigung im Atomrecht, *DÖV* 1980, 397, 398; Ronellenfitsch, *a.a.O.*, S.397. 판례로는 BVerwG vom 16.3.1972, *DVBI* 1972, 678, 679; VGH Baden-Württemberg vom 26.2.1979, *NJW* 1979, 2528, 2530; BVerwG vom 9.7.1982, 960, 962).

28) 예비결정이 실제로 거의 활용되지 않는 이유는 예비결정에서도 원자력법절차령 제18조의 잠정적 긍정적 전체판단의 심사가 필요하기 때문에 확인을 구하는 개별문제 뿐만 아니라 계획전체에 대해서도 자료를 제출하여야 하고(vgl. Keiser, *a.a.O.*, S.208; Karl- Peter Winters, Zur Entwicklung des Atom- und Strahlenschutzrechts, *DÖV* 1978, 265, 275; Ronellenfitsch, *a.a.O.*, S.395) 이는 자료의 제출의 면에서 볼 때 처음부터 제1차부분허가를 신청하는 경우와 크게 다를 것이 없어 예비결정을 거치지 않고 건설작업을 개시할 수 있는 제1차부분허가를 신청하는 것이 통례로 되고 있으며, 또한 예비결정을 포함한 부분결정은 법원에서 다루어지는 것이 오늘날의 관례가 되고 있으며(vgl. Ossenbühl, Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken, *DVBI* 1978, 1), 법원의 심리에는 장기간의 시간을 요하기 때문에 예비결정에 대한 재판의 계류 중에 제1차부분허가의 신청이 이루어져(Weber, *DÖV* 1980, 398; Klante, *a.a.O.*, S.19)

의 신청에 의하여 정하여지며, 원자력발전소마다 다르다. 다만, 일반적으로는 제1차 부분허가에 의하여 기초공사가 시작된다. 이후 몇차례의 부분(건설)허가에 의하여 원자력발전소 전체가 완성된 후에 운영이 개시되며, 운영단계에 있어서도 몇단계의 부분(운영)허가에 따라 점진적으로 출력이 단계적으로 높아져 최종적으로 완전출력에 이르게 되는 것이다. 부분허가의 수도 각각의 원자력발전소마다 다르다.

(2) 잠정적 긍정적 전체판단

다단계 행정절차는 각 단계에서 일부분의 건설 또는 운영만을 허가하고 잔여부분은 다음의 단계에서 허가함으로써 최신의 과학·기술수준을 적용할 수 있어 안전성을 제고할 수 있는 장점이 있다. 왜냐하면 허가청은 허가의 시점에서 과학·기술의 수준을 기본으로 하며,²⁹⁾ 따라서 과학·기술의 발전할 때 부분허가에 계속적으로 적용할 수 있어 유연성을 유지할 수 있기 때문이다.

그러나 다단계 행정절차는 최초의 단계에서 시설 일부의 건설만이 허가된다는 점에서 국가경제, 인근주민 및 사업자에게 많은 불합리한 점을 야기할 수 있다. 즉, 원자력발전소의 건설에는 막대한 비용을 필요로 하고 또한 원자력발전소는 도로 등과 달리 최종단계까지 허가되는 경우에 비로소 의미를 가지는 시설이기 때문에³⁰⁾ 최초의 단계에서 전체로서 허가될 수 있는 계획인가의 여부가 불분명한 상태에서 부분허가가 발급되는 것은 국민경제의 관점에서 문제라고 할 것이다. 또한 인근주민에게는 일부 시설의 건설의 안전성에 대해서만 심사하고 운영시의 안전상의 위험 등 많은 문제를 남긴 상태에서 원자력발전소의 건설을 개시하는 경우에는 차량에 결함이 있음에도 불구하고 충분한 정비도 없이 열차가 출발하는 것과 같은 불안감을 야기시킨

결과적으로 예비결정에 의하여 허가의 신청전에 개별문제의 적법성에 대하여 판단을 하더라도 투자의 위험을 감소시킨다는 예비결정의 기능은 발휘될 수 없기 때문이다.

29) Vgl. Breuer, Der massgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Kontrolle atom- und immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen, *DVBl* 1981, 300, 307.

30) Walter Schmidt, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, 1982, S.91.

다. 한편, 다단계절차에서는 사업자는 각각의 부분허가를 얻어 부분적으로 건설·운영에 대하여 투자를 하기 때문에 운영단계까지 와서 안전성을 결하였다는 이유로 운영허가를 얻지 못하는 경우에는 지금까지의 투자가 무의미한 것으로 될 우려가 있다.

이와 같은 문제점을 인식하여 판례는 허가를 받는 것을 요하는 시설은 오직 운영되기 위해서 건설된다고 하여 허가청은 운영상의 위험을 사전에 건설허가의 단계에서 심사하여야 한다고 판시하여 왔는 바,³¹⁾ 이러한 판례의 입장을 구체화한 것이 잠정적 긍정적 전체판단을 부분허가의 요건으로 규정한 1977년의 원자력법 절차령 제18조이다. 즉, 절차령 제18조제1항은 「잠정적 심사에 의하여 시설 전체의 건설 및 운영에 관한 허가요건을 충족하고 또한 부분허가의 발부에 관하여 정당한 이익이 있는 경우에 한하여 신청에 근거하여 부분허가를 발부할 수 있다」고 규정하고 있다.

이 절차령 제18조의 잠정적 긍정적 전체판단의 일차적인 기능 내지 목적에 대해서는 원자력사업자의 투자보호에 있다는 견해와 인근주민의 권리보호에 있다는 견해가 대립하고 있다.³²⁾ 그러나 시설의 위험에 대한 보호는 건설 이후에도 어느정도 유효하게 실현될 수 있지만, 투자는 시설이 건설된 후에 비로소 안전한 운영을 할 수 없다는 이유로 운영허가가 거부될 경우 지금까지의 투자는 무의미한 것으로 확정되어 회복할 수 없게 된다. 이러한 점에서 잠정적 긍정적 전체판단은 비록 잠정적이기는 하나 복잡한 시설전체를 심사하여 후속단계에서는 構想(Konzept)상의 이유로 건설이 중지되거나 또는

31) BverwG vom 16.3.1972, *DVBI* 1972, 678, 679; BayVG vom 22.11.1974, *DVBI* 1975, 199, 202f; VG Schleswig vom 9.2.1977, 358, 359; VG Freiburg vom 14.3.1977, *NJW* 1977, 1645.

32) 뷔덴벤더/무터슐러(Büdenbender/Mutschler) 및 빌팅(Wilting)은 명령제정자의 의도는 막대한 투자를 요하는 양세계획 및 건설작업이 개시되기 전에 프로젝트의 주체를 위하여 원칙적인 점에 대하여 명확하게 해 두는 것에 있다고 하여 잠정적 긍정적 전체판단의 투자보호기능을 중시하는 것(Büdenbender/Mutschler, *a.a.O.*, S.78; Wilting, *a.a.O.*, S.29)에 대하여, 연방헌법재판소는 사전에 시설의 계획화 및 건설의 단계에서 필요한 보호예방적 조치(Schutzvorkehrungen)가 고려되는 경우에만 위험에 대한 효과적인 보호가 적절하게 보장된다(BVerfG vom 20.12.1979, *NJW* 1980, 759, 760)고 하여 잠정적 긍정적 전체판단의 권리보호기능을 중시하고 있다.

운영이 금지되지 않는다는 것을 선결적으로 해결하는 것에 일차적 목적이 있다고 할 것이다.³³⁾ 따라서 잠정적 긍정적 전체판단의 조기의 유효한 권리보호기능과 투자위험으로부터의 사업자의 보호기능 중에서 투자위험의 회피에 우선적 목적이라고 보아야 할 것이다.

어찌되었던 사업자의 입장에서는 잠정적 긍정적 전체판단이 인정되는 것은 허가청이 사업자가 작성한 계획의 적법성을 일응 인정하는 것을 의미하기 때문에 사업자는 이후 인정된 계획에 따라 계획을 구체화하는 때에는 구상상의 이유로 부분허가가 거부될 위험성은 줄어들게 된다. 그리고 이것은 사업자가 최초의 단계에서 제출하는 잠정적 긍정적 전체판단과 관련한 자료가 보다 광범위하고 구체적일수록 더욱 축소되게 될 것이다.³⁴⁾

Ⅲ. 다단계 허가절차의 법적 불안전성

다단계절차가 결정대상을 몇 개의 부분으로 분할하여 결정하는 것이라고 할 때, 비록 잠정적이라고 하더라도 시설전체의 건설·운영에 대한 요건을 심사하는 잠정적 긍정적 전체판단은 다단계절차 본래의 체계와는 부합되지 않는다고도 할 수 있다.³⁵⁾ 한편 절차령 제18조는 부분허가의 발급시에는 시설의 일부의 건설에 대한 요건과 시설전체의 건설·운영에 대한 요건이 심사된다고 규정하고 있을 뿐 여기서 이루어진 판단이 후행부분허가에 대하여 어떠한 의미를 가지는가에 대해서는 명확하게 규정하고 있지 않다. 그러나 다단계절차의 장점이 유지되기 위한 전제조건으로 무엇보다 각각의 절차단계에서 결정되는 내용과 구속력이 명확하게 확정되어야 한다.³⁶⁾

33) Ossenbühl, *Regelungsgehalt und Bindungswirkung der 1. Teilgenehmigung im Atomrecht*, *NJW* 1980, 1353, 1357.

34) Büdenbender/Mutschler, *a.a.O.*, S.79; Weber, *DÖV* 1980, 399; Ossenbühl, *a.a.O.*, S.1357; Wilting, *a.a.O.*, S.31.

35) Vgl. Breuer, *Die Entwicklung des Atomrechts 1974~1976*, *NJW* 1977, 1121, 1124; ders., *6AtRS*, S.248.

36) Ronellenfitsch, *a.a.O.*, S.395f.; Rainer, *Der Regelungsgehalt von Teilentscheidungen in mehrstufigen Planungsverfahren*, *DÖV* 1975, 373, 377; Schmidt-Aßmann, *a.a.O.*, S.573; Breuer, *6AtRS*, S.246; Heinz Haedrich, *Atomgesetz* 1986, §7 Rdnr. 28.

허가청이 부분결정에서 무엇을 결정하고, 무엇에 구속력이 발생하는가를 명확하게 확정하는 것은 인근주민의 입장에서는 소송으로 시설전체의 건설·운영을 허가하는 것이 아닌 부분결정을 다룰 수 있는가, 만약 소송을 제기할 수 있다면 그 부분결정의 어떤 부분을 대상으로 소송을 제기할 수 있는가를 명백히 하는 것을 의미한다. 또한 부분결정의 내용과 구속력을 명확히 확정하는 것은 사업자의 법적 안정성의 측면에서도 중요한 의미를 가진다. 다만 계절차에 있어 원자력발전소 사업자에게는 다단계절차를 채용한 것에 의하여 다른 하나는 원자력발전소 건설허가의 성질에서 크게 두 가지의 법적 불안정성이 있는 바, 이는 사업자의 투자를 무의미하게 할 정도의 위험성이다. 두 가지의 법적 불안정성은 다음과 같다.

우선 다단계절차에서는 시설의 각 부분별로 허가되기 때문에 각 부분허가는 상대적으로 독립적이며, 사업자에게는 어떤 부분허가를 발급받았다 하더라도 후행부분허가의 발급을 청구할 수 있는 청구권이 있는 것은 아니라고 한다.³⁷⁾ 따라서 사업자의 입장에서는 몇 차례의 부분허가를 발급받아 투자를 하여 일부의 시설을 건설한 후에 신청한 후행부분허가가 거부될 위험성이 있게 된다. 잠정적 긍정적 전체판단은 제1부분허가의 발급시점에서 허가청이 전체계획의 적법성을 일응 승인하는 것으로 이 위험성을 어느 정도 완화시키지만, 전체계획의 적법성의 승인은 제1차 부분허가시점에서의 적법성의 승인이며, 후행부분허가에서도 잠정적 긍정적 전체판단이 반드시 인정되는 것은 아니다. 각 단계마다 허가의 가부가 심사된다는 점에서 부분허가가 전체허가보다 법적 불안정성이 크다고 하지 않을 수 없다(이를 「제1의 법적 불안정성」이라고 한다).

다음으로 사업자에게는 원자력법 제7조의 허가에 허가청의 거부재량(Versagungssermessen)이 인정된다는 점에서도 법적 불안정성이 발생한다.³⁸⁾

37) Bödenbender/Mutschler, *a.a.O.*, S.50; Ossenbühl, Rechtsanspruch auf Erteilung atomrechtlicher Genehmigungen und Versagungssermessen, *ET* 1983, 668; Heardrich, *a.a.O.*, §7 Rdnr.25.

38) 연방헌법재판소는 거부재량의 허용성여부에 대하여 「원자력법 제7조제2항은 허가유보부 예방적 금지(präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)를 규정하고 있다. …입법자는 국가가 침해할 수 있는 권리영역 자체를 확정할 의무가 있으며, 이를 행정청의 재량에 위임할 수 없다. … 그럼에도 불구하고 원자력법 제7조제2항이

거부재량은 원자력발전소의 위험성을 중시하여 허가요건의 규정 당시에는 고려하지 못한 특별한 사정이 과학·기술의 발전에 따라 이후에 발견된 경우 이를 고려하여 허가를 거부할 수 있는 재량을 허가청에 부여하는 것이다. 따라서 허가청은 거부재량에 의하여 원자력발전소의 건설허가에 있어 유연성을 발휘할 수 있다. 그러나 이것은 사업자의 입장에서는 법정의 허가요건을 충족한 경우에도 다른 이유에 근거하여 허가가 거부될 위험이 있기 때문에 일반적으로 허가가 기속행위라는 점에서 볼 때 상당한 법적 불안정성을 의미한다.³⁹⁾(이를 「제2의 법적 불안정성」이라고 한다).

학설·판례는 이러한 사업자의 법적 불안정성을 완화하기 위한 이론의 정립에 노력하고 있다. 즉, 허가청이 제1차 부분허가에서 본래는 후행부분허가에서 고려하여야 할 사항을 선취하여 행한 사실심리·평가에 후행부분허가의 허가청에 대한 구속력을 인정하여 후행부분허가에서의 허가청의 평가를 구속함으로써 후행부분허가의 거부의 여지를 축소시키는 것이다.

IV. 제1차 부분허가의 구속력의 범위(규율내용)

1. 서 설

여기서는 제1차 부분허가가 발급된 경우에 제1차 부분허가의 어느 부분이

행정청에게 이에 대한 재량의 여지를 부여하는 것에 대해서는 헌법상 이의가 제기될 수 없다. 원자력법은 많은 점에서 특별한 지위에 있다. 확실히 입법자는 허가유보부 예방적 금지라는 수단을 사용하는 경우 원자력법의 영역에 있어서도 법률유보의 원칙에 따라 일반적인 허가요건 자체를 확정할 의무가 있다. 그러나 입법자가 원자력법 제7조제2항에서 이를 확정하지 않았다고 하더라도 원자력법 제7조제1항에 따라 허가를 요하는 시설의 고도의 잠재적 위험을 고려하여 행정청에 보충적인 거부재량을 부여함으로써 예측하지 못한 특별한 사정에 따라 필요한 경우에 그 자체는 발급되어야 할 허가를 거부할 수 있는 가능성을 행정청에 부여한 것이라는 점에서 헌법상의 이의가 제기될 것은 아니다. 즉, 이는 입법자가 허가청의 재량의 범위를 원자력법 제1조, 특히 규범화된 보호목적에 의하여 충분하고 정확히 한계를 지우고 있기 때문에 더욱 타당하다」고 한다(BVerfG vom 8.8.1978, ET 49, 89, 145f).

39) 같은 다단계절차가 채용되고 있는 임시시온방지법 제4조이하의 허가는 기속행위이기 때문에 임시시온방지법 영역에서는 제1의 법적 불안정성만이 존재한다. vgl. Breuer, Umweltschutzrecht, in: Ingo von Münch(hrsg.), *Besonders Verwaltungsrecht*, 7 Aufl., 1985, S.568f.

후행부분허가(정확히는 후행부분허가를 발급하는 허가청)를 구속하며,⁴⁰⁾ 이것이 앞에서 본 사업자의 법적 불안정성의 해소에 있어 어떠한 역할을 하는지에 대하여 살펴보고자 한다.

구속력의 발생여부가 문제되는 것은 허가의 전제로서 이루어지는 평가이다. 전체허가는 시설 전체의 건설·운영에 대하여 1회로 허가가 발급되고, 그 전제로 이루어지는 법정의 요건사실을 포함한 사실의 인정 및 그 평가도 1회로 모두 이루어지므로 여기서의 평가가 최종적이다. 그러나 다단계절차의 경우에는 법률이 전체허가를 전제로 하여 요건을 정하고 있기 때문에 어느 부분허가에서 이루어진 평가가 최종적인지가 명확하지 않다. 즉, 다단계절차에서는 선행부분허가의 발급시점에서는 허가가 발급될 수 있는 평가가 있었음도 불구하고 후행부분허가의 발급시점에서 동일한 사실에 대하여 다른 평가가 이루어져 후행부분허가가 거부될 가능성이 있다. 따라서 제1차 부분허가의 일부의 건설허가의 전제로 이루어진 평가에 후행부분허가(의 허가청)를 구속하는 구속력이 발생하는가가 문제된다.

구속력을 발생하는 부분을 규율내용(Regelungsgehalt)이라고 하는 바,⁴¹⁾ 제1차 부분허가의 규율내용에는 우선 시설 일부의 건설허가가 포함된다. 따라서 허가청은 후행부분허가에서 건설허가를 사전에 취소하지 않는 한 내용

40) 학설은 부분허가의 허가청에 대한 구속력을 본래적 구속력(Primärbindung)과 부차적 구속력(Sekundärbindung)(Bödenbender/Mutschler, *a.a.O.*, S.13f) 또는 기본효과(Basiswirkung)와 후속효과(Folgewirkung)(Schmidt-Aßmann, in: *Festgabe für BVerwG*, S.580)로 구별하기도 한다(반대 Ossenbühl, *NJW* 1980, 1353f.). 본래적 구속력·기본효과는 행정행위의 일반적인 구속력인 허가를 발급한 허가청에 대한 구속력을 말하며, 부차적 구속력·후속효과는 선행부분허가가 가지는 후행부분허가의 허가청에 대한 구속력을 말한다. 모든 부분허가를 동일한 허가청이 발급한다는 것을 고려하면 후자는 전자에 포함되고, 후자는 다단계절차에 있어서의 전자의 특수한 형태라고 생각된다(vgl. Ronellenfisch, *a.a.O.*, S.387ff.). 이 글에서의 구속력은 후자의 구속력을 의미한다.

41) 규율내용의 규율은 행정행위의 징표의 하나이나 그 의미에 대해서는 의견이 일치되어 있지 않다(vgl. Wolfgang Löwer, *Die Zeugnisnote ein Verwaltungsakt?*, *DVBl* 1980, 952, 954ff.; Ronellenfisch, *a.a.O.*, S.386ff.; Klante, *a.a.O.*, S.66f.). 이는 뒤에서 보는 바와 같이 규율내용의 범위에 대한 의견대립의 한 요인이 되고 있다. 다만, 이 글에서는 규율내용을 「행정청이 일방적으로 법효과를 발생하게 하는 의식활동의 내용」이라는 의미로 사용한다.

적으로 이 건설허가와 모순되는 결정을 할 수 없다.⁴²⁾ 다만, 이 부분의 규율 내용의 구속력은 후행부분허가의 재량의 수축에 대해서는 사실상의 영향을 제외하면 그다지 의미가 없다. 부분허가의 규율내용 중에서 후행부분허가에 대한 허가청의 재량수축과 관련하여 중요한 의미가 있는 것은 후행부분허가의 고려사항을 선취하고 있는 부분으로 제1차 부분허가의 전제로 이루어진 입지적합성확인, 잠정적 긍정적 전체판단 및 재량결정(Ermessenentscheidung)이다.

2. 입지적합성확인

원자력법은 원자력발전소의 입지적합성을 부분허가의 신청에 앞서 예비결정에서 확인할 것을 규정하고 있지만(원자력법 제7a조), 앞에서 본 바와 같이 실제로는 예비결정이 독립적으로 신청되지 않고 원자력발전소의 허가절차는 제1차 부분허가부터 시작하는 것이 일반적이다. 한편 원자력법 제7조제2항제6호는 입지선택에 관하여 우월적인 공익에 반하지 아니할 것을 요건의 하나로 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 제1차 부분허가에서 신청된 시설 일부의 건설에 대한 입지적합성은 심사되지만 시설 전체의 건설·운영에 대한 입지의 적합성이 심사되는지는 명확하지 않다. 그러나 제1차 부분허가에서 그 토지가 원자력발전소 전체의 건설·운영에 적합한지의 여부가 심사되고, 그 평가에 구속력이 발생하지 않는다면 제1차 부분허가가 발급되더라도 후행부분허가의 발급시에 이 토지가 원자력발전소에 적합하지 않다는 이유로 후행부분허가가 거부될 위험성이 있게 된다. 입지의 적합성확인 은 통상 제1차 부분허가의 주문에 기재된다.⁴³⁾ 이 입지적합성확인을 제1차 부분허가의 규율내용의 일부로 보아야 하는가 제1차 부분허가와 함께 발급되는 입지예비결정으로 보아야 하는가에 대하여 다툼이 있지만⁴⁴⁾ 결정주문에 기재된 확인이

42) BVewG vom 22. 12. 1980, *DÖV* 1981, 294, 298; Bündenbender/Mutschler, *a.a.O.*, S.74f; Breuer, Die Bedeutung der Entsorgungsvorsorgeklausel in atomrechtlichen Teilgenehmigungen, *VerwArch* 1981, 261, 265; Hans Werner/Rengeling, Die Konzeptgenehmigung und das vorläufige positive Gesamturteil in der ersten atomrechtlichen Teilgenehmigung, *NVwZ* 1982, 217, 218.

43) Klante, *a.a.O.*, S.22ff.

후행부분허가에 대한 구속력을 가진다는 것에 대해서는 의견이 일치되어 있다. 후행부분허가에 대한 구속력의 존부가 문제되는 것은 입지적합성확인이 결정주문에 기재되어 있지 않는 경우이다.⁴⁵⁾

그러나 제1차 부분허가에서의 입지적합성확인에 구속력을 부인하는 것은 단계적 행정절차를 취하는 목적에 반한다. 따라서 입지에 관한 승인여부가 제1차 부분허가의 주문이나 이유에 명시적으로 나타나 있는가는 중요하지 않으며, 사업신청자는 허가행정청의 확정적 심사가 가능하도록 원자력법 절차령 제18조제2항에 따라 제1차 부분허가 신청시에 입지에 관한 충분한 자료를 제출하여야 한다.⁴⁶⁾

3. 잠정적 긍정적 전체판단

허가청은 잠정적⁴⁷⁾ 긍정적 전체판단에서 후행부분허가에서 고려할 사항을

44) 입지적합성확인을 제1차 부분허가의 규율내용의 일부로 보는 견해로는 Büdenbender /Mutschler, *a.a.O.*, S.82, 86ff.; Mutschler, *6AtRS*, S.285f.; de Witt, *6AtRS*, S. 306f.; Ossenbühl, *NJW*, S.1354f.; Degenhart, *Kernenergierecht*, S.65, 75; ders, *ET* 1983, 240; Ronellenfitsch, *a.a.O.*, S.413. 판례로는 OVG Lüneburg vom 17.10.1977, *DVBI* 1978, 67, 68; Bay VGH vom 9.4.1979, *DVBI* 1979, 673, 679; OVG Koblenz vom 16.6.1981, *NJW* 1982, 197, 198. 입지적합성확인을 예비결정으로 보는 견해로는 Dieter Sellner, Die Genehmigung nach dem Bundes- Immissionsschutzgesetz, *NJW* 1975, 801, 802f; Kurt Schäfer, Zur Beschleunigung des Genehmigungsverfahren nach dem Bundes- Immissionsschutzgesetz, *DÖV* 1977, 85, 87; Hansmann, *6AtRS*, S.269f; Klante, *a.a.O.*, S.67ff. 판례로는 BVerG vom 16.3.1972, *DVBI* 1972, 678, 679; VGH Baden- Württemberg vom 8.10.1975, *DVBI* 1976, 538, 539; BVerG vom 22.20.1987, *DVBI* 1988, 148. 한편 입지적합성확인은 제1차 부분허가의 본래의 대상인 시설의 일부의 건설에 대한 입지의 적합성과 시설전체의 건설·운전에 대한 입지의 적합성이 구별될 수 있는 바, 제1차 부분허가에서의 입지적합성확인이 규율내용에 포함되는지의 여부가 문제가 되는 것은 후자의 입지적합성이다(Büdenbender/Mutschler, *a.a.O.*, S.87; Ossenbühl, *NJW* 1980, 1358).

45) Klante, *a.a.O.*, S.41f.

46) Ossenbühl, *a.a.O.*, S.1353; Degenhart, *a.a.O.*, S.75; Wilting, *a.a.O.*, S.28.

47) 「잠정적」 심사에서는 대강의(überschlagig) 심사로 충분하다는 견해도 있으나 (Alex Schulz, Neue Atomrechtliche Verfahrensverordnung, *DVBI* 1977,

선취하여 평가하여 적법한 계획의 전체상을 제시한다. 잠정적 긍정적 전체판단에 의하여 각 부분허가가 계획전체 가운데 점하는 위치를 파악할 수 있으며, 따라서 잠정적 긍정적 전체판단은 각 부분허가를 결합하는 기능을 한다.⁴⁸⁾ 이 잠정적 긍정적 전체판단에 후행부분허가에 대한 구속력이 인정되지 않는 경우에는 제1차 부분허가의 잠정적 긍정적 전체판단에 의하여 사업자의 계획이 승인된 경우에도 후행부분허가의 잠정적 긍정적 전체심사에서 행정청은 종전과 다른 평가를 하고 따라서 그 계획을 승인할 수 없다고 하여 후행부분허가를 거부할 수 있게 된다.

브로이어(Breuer)는 잠정적 긍정적 전체판단의 후행부분허가에 대한 구속력을 다음 네 가지의 전제하에서 논하여야 한다고 한다.⁴⁹⁾ 첫째, 행정청의 사실심사범위와 이에 근거하여 발급되는 부분행위의 내용범위는 명확하게 일치한다는 것이다. 이것은 이후에 이루어지는 부분행위의 내용에 포함되지 않는 사실심사는 행정절차를 불필요하게 팽창시켜 바람직한 단계화를 손상하기 때문이다. 둘째, 부분행위의 규율내용과 구속력은 일치한다는 것이다. 구속력의 범위가 축소되면 앞서 이루어진 사실심사와 결정이 부분적으로 무의미한 것이 되기 때문이다. 셋째, 예비결정과 부분허가의 구속력은 이익을 얻는 사업자와 불이익을 받는 이해관계인에게 동일하게 미쳐야 한다. 隣人權形成效(nachbarrechtsgestaltende Wirkung)가 발생하지 않는 부분행위는 그 분할기능을 수행할 수 없기 때문이다. 넷째, 예비결정과 부분허가의 구속력은 후행의 절차단계와 그것에서 발하여지는 부분행위에도 미친다. 선행의 절차단계에서 결정된 것은 후행 절차단계의 심사 및 결정대상이 되지 않는다.

326, 330), 허가청에 대강의 심사를 인정하는 것은 인근주민의 권리보호와 투자위험으로부터 사업자를 보호한다는 입법목적에 반하게 된다(Büdenbender/Mutschler, *a.a.O.*, S.75). 잠정적 심사와 최종적 심사는 심사과정의 정확성이나 신뢰도에 의하여 구별되는 것이 아니라 현재의 심사자료와 전체판단의 기초가 되는 사실상의 기초가 불충분하다고 하는 것에 의하여 구별된다(Ossenbühl, *NJW* 1980, 1353, 1357; Ulrich Battis, Standortplanung für Kraftwerke OVG Münster, *NJW* 1976, 2360; von Mutius/Schoch, *DVBI* 1983, 152f; Mutschler, *a.a.O.*, S.283f). 따라서 사업자는 설치·운전에 관한 가능한 모든 자료를 잠정적 긍정적 전체심사시에 제출하여야 한다.

48) Vgl. Weber, *DÖV* 1980, 397.

49) Breuer, *6AtRS*, S.246ff.

그렇지 아니하는 경우에는 추구되어진 단계화는 법적으로 보장되지 않기 때문이다.

따라서 브로이어에 의하면 사실심사의 범위와 예비결정 또는 부분허가의 내용범위에 의하여 구속력의 범위가 결정되게 된다. 따라서 원자력법 절차령 제18조는 잠정적 긍정적 전체판단으로 제1차 부분허가에서 원자력발전소의 운영과 관련한 위험을 사전에 심사할 것을 요청하고 있으므로, 잠정적 긍정적 전체판단은 당연히 제1차 부분허가의 내용에 포함되어 구속력을 가지게 된다.

한편 오센빌은 부분허가의 구속력의 범위에 대하여 이와 같은 법률문제가 발생하는 원인은 구속력을 정확히 확정하는 법률규정의 흠결에 일차적 원인이 있으며, 따라서 구속력 범위의 확정에는 행정법상 일반원칙을 적용하여야 함을 강조한다.⁵⁰⁾ 부분결정의 구속력범위의 확정에 있어 적용되어야 하는 일반원칙은 “사실심사, 규율내용 및 구속력의 일치”(Kongruenz zwischen Sachprüfung, Regelungsgehalt und Bindswirkung)이론(이하에서는 「一致理論」이라고 한다)이다. 일치이론은 행정청이 심사하여야 하는 것이 행정청의 결정내용이고, 행정청의 결정내용이 된 것이 구속력을 발생하는 기초가 된다는 것이다. 즉, 사실심사가 모두 행정청의 결정 및 규율내용에 포함되고 이에 합치하여(entsprechend) 구속력이 발생한다는 것이다.

우선 “규율내용과 구속력의 일치”에 대해서 보면 구속력은 규율에 내재하며, 구속력(Bindungswirkung)이 없는 규율은 생각할 수 없고, 구속력이 없는 고권적 규율은 자기모순이다. 따라서 중요한 것은 무엇이 규율내용인가 하는 것이며, 그것에 의하여 구속력의 범위도 결정된다. 행정행위의 규율내용에 해당하는지의 여부는 행정의 의사, 즉 그것이 행정행위 전체에 있어 어떻게 나타나 있는가에 의하여 결정되며, 규율내용은 반드시 주문에 한정되는 것이 아니라 결정이유에서도 도출될 수 있다.⁵¹⁾

이와 같이 법률의 명시적 규정이 없는 이상 규율내용은 행정청의 의사에 근거하여 확정한다고 하지만 행정행위의 주문·이유에서 행정청의 의사를 확정하는 것은 반드시 용이하지 않다. 또한 허가를 발급함에 있어 행정청이 최

50) Ossenbühl, *NJW* 1980, 1353ff.

51) Ossenbühl, *a.a.O.*, S.1354f.

초단계에서의 평가를 최종단계까지 유지할 의도인가는 명확하지 않으며, 따라서 제1차 부분허가에서 잠정적 긍정적 전체판단이 이루어졌다 하더라도 그 잠정적 긍정적 전체판단이 후행부분허가에서 행정청의 판단을 구속하는 것을 의미하는 것만은 아니라고 할 것이다.⁵²⁾⁵³⁾

이러한 점에서 제1차 부분허가의 구속력을 결정함에 있어서는 행정청의 의사뿐만 아니라 다단계절차의 목적 내지 취지도 충분히 고려하여야 한다. 즉, 다단계절차의 취지는 전체를 단계적으로 분할하고 결정을 단계적으로 구체화함에 있으며, 이는 행정내부과정에 국한되는 것이 아니라 어떤 부분문제를 사업자와 인근주민을 포함한 법률관계 가운데서 해결하고, 여기서 법률관계를 형성하여 이를 전제로 다음의 문제를 취급함으로써 복잡한 문제를 해결할 수 있게 되는 것이다. 따라서 사전에 이루어진 확인은 후행절차단계의 기초와 고려의 사안적(sachlich) 기초를 형성하며, 이 결정절차는 전체결정이 단계적 구체화과정으로 전개되는 경우에만 의미를 가지고, 체계적 정당성을 가질 수 있다. 따라서 부분결정의 사안적 결정내용에 구속력을 부여하지 않고 최후의 단계에서 구체화하는 것은 다단계절차의 취지목적과 모순된다.⁵⁴⁾ 또한 복잡한 문제는 인근주민에게 어떤 단계에서 이루어진 사실인정의 평가를 그 단계에서 다룰 수 있는 기회를 부여하여 문제의 일부를 그 단계에서 최종적으로 해결함으로써 인근주민과의 권리충돌문제가 보다 사전에 해결될 수 있다. 제1차 부분허가에서는 시설 일부의 건설만을 허가하는 것이기 때문에 운영과 관련한 위험은 실제로는 운영허가의 단계에서 발생하고 제1차 부분허가의 단계에서는 잠재적인 것에 지나지 않지만 원자력발전소 운영사고의 중대성을 고려할 때 운영허가의 단계까지 기다리지 않고 운영시의 위험에 대하여 소송으로 다룰 수 있게 하여야 한다. 이것은 인근주민에게 조기의 단계에서 권리보호의 기회가 부여될 필요성때문이다.

일치이론은 인근주민에게 제1차 부분허가에서 입지적합성확인·운영시의

52) Klante, *a.a.O.*, S.71, 127.

53) 일치이론에 대해서 행정청의 의사는 주문에만 나타나며, 또한 일치이론을 취할 경우 법적 명확성을 상실한다는 비판(Jarass, *UPR* 1983, 243; Klante, *a.a.O.*, S.75; Wilting, *a.a.O.*, S.37f.)도 있다.

54) Ossenbühl, *a.a.O.*, S.1355.

위험에 대하여 다룰 수 있는 근거를 제시하여 조기의 권리보호에 기여한다. 즉, 입지적합성확인과 잠정적 긍정적 전체판단이 규율내용에 포함되게 되면 이것들은 외부적 효과를 가지게 되어 인근주민에 대하여 사실상의 영향을 넘어 법적인 영향을 미치게 된다. 특히 잠정적 긍정적 전체판단에 대해서 보면 사고를 일으킬 수 있는 위험성이 있는 계획이 잠정적 긍정적 전체판단에서 결정되게 되면 후행부분허가는 그 계획에 구속되고, 그것에 따라 구체화되기 때문에 그 시점에서 이미 인근주민의 권리이익을 침해하고 있다는 것을 의미한다. 따라서 인근주민은 제1차 부분허가에서 이를 다룰 수 있게 하는 것이 인근주민의 권리보호에 보다 효과적인 기여를 할 수 있게 한다.⁵⁵⁾

잠정적 긍정적 전체판단의 구속력의 여부는 사업자에게 있어서도 중요한 의미가 있다. 왜냐하면 잠정적 긍정적 전체판단에 구속력이 발생하게 되면 사업자가 제출하여 행정청이 승인한 전체계획이 구속력을 가지게 되며, 특히 행정청은 자신이 승인한 계획을 후행부분허가의 판단의 기초로 하여야 하고 사업자는 제1차 부분허가에서 승인된 계획에 따라 이를 구체화하는 때에는 후행부분허가가 거부될 위험성이 감소하게 되기 때문이다. 이와 같이 제1의 법적 불안정성, 즉 각 부분허가의 대상이 다름으로 인하여 발생할 수 있는 후행부분허가의 거부 위험은 후행부분허가의 고려사항에 대한 평가에 구속력을 인정함으로써 감소하게 되는 것이다.

이상에서 본 바와 같이 일치이론에 의하면 허가청이 시설 일부의 건설을 인정하는 제1차 부분허가를 발급하면 당연히 잠정적 긍정적 전체판단도 후행부분허가에 대한 구속력을 발생한다. 이는 다시 말하면 다단계절차에서 어떤 부분허가에서 무엇을 심사하고 무엇을 결정하는가에 따라 행정청의 재량이 일치이론에 의하여 수축한다는 것을 의미한다.⁵⁶⁾ 따라서 사업자는 후행부분허가를 신청함에 있어 신뢰보호의 원칙에 의한 보호를 받게 되지만 다른 한편으로 사업자는 제1차 부분허가의 신청시 잠정적 긍정적 전체판단을 가능하게 하는 충분한 자료를 제출할 필요성이 있게 되는 것이다.⁵⁷⁾

55) Degenhart, *a.a.O.*, S.66.

56) Ossenbühl, *ET* 1983, 668.

57) Vgl. Mutschler, *6AtRS*, S.285; Ossenbühl, *NJW* 1980, 1358.

4. 재량결정

제2의 법적 불안정성과 관련된 것이 재량결정이다. 행정청은 부분허가의 발급시에 재량으로 법률이 정하는 요건사실 이외의 사실을 고려할 수 있다.⁵⁸⁾ 거부재량은 허가요건을 충족하고 있더라도 허가청이 허가요건 이외의 사항을 고려·평가하여 허가를 거부할 수 있는 재량을 말한다. 여기서 특히 제1차 부분허가의 발급시점의 사회·경제·정치적 사정이 후행부분허가의 발급시점에 이르러 변화한 경우에 이를 이유로 행정청은 재량으로 후행부분허가를 거부할 수 있는가가 문제된다. 이는 제1차 부분허가의 발급시에 재량으로 요건사실 이외의 사실에 대한 행정청의 평가에 구속력이 인정되는가의 문제로 직결된다.

이 문제와 관련하여 제1차 부분허가 발급시의 잠정적 긍정적 전체판단에 의하여 허가청의 후행부분허가에 대한 거부재량의 여지가 수축되며, 따라서 허가청의 거부재량을 수축시키는 부분허가의 규율내용은 잠정적 긍정적 전체판단이라는 견해가 있다. 즉, 허가청의 거부재량의 여지는 먼저 제1차 부분허가에 의하여 범위가 확정되고, 그 범위 안에서 후행부분허가가 발급됨에 따라 더욱 수축되며, 원자력발전소가 건설된 때에는 허가청은 운영허가의 거부를 정당화하는 지금까지 알려지지 않는 새로운 사정이 없는 한 운영허가를 반드시 발급하여야 한다고 한다. 또한 원자력법상의 허가절차에 있어서의 후행부분결정에 대한 기초는 허가청이 제1차 부분허가의 발급시에 심사한 잠정적 긍정적 전체판단으로 허가청의 재량결정은 제1차 부분허가의 발급과 동시에 상당부분 수축하고, 후행부분허가가 발급될 때마다 더욱 더 수축하게 된다고 한다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 한편 이 견해는 달리 잠정적 긍정적 전체판단과는 별도로

58) 허가청이 재량적으로 고려할 수 있는 사항으로는 폐기물처리·선행부분허가의 係爭·에너지수요예측의 변경·에너지정책의 변경·과학·기술의 진보·원자력발전의 효율 등이 있다(vgl. Ossenbühl, *ET* 1983, 666ff).

59) Ossenbühl, *ET* 1983, 668.

60) 빌팅 역시 허가청의 거부재량은 제1차부분허가의 발급시 잠정적 긍정적 전체판단에 포함된 원칙결정에 구속되고, 이 재량구속은 당초의 구상이 유지되는 한, 후행부분허가에 의하여 점점 더 수축되어 결과적으로 최종적인 운영허가에 대한 행정청의 거부재량이 영(零)으로 수축된다고 한다. 허가청의 거부재량이 영으로 수축된 때에는

재량결정을 규율내용의 일부분으로 구성하여 재량결정의 구속력을 논하는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 특정의 프로젝트가 안전정책상 승인될 수 있는지에 대한 행정청의 원칙결정은 1회의 결정만으로 충분하고, 행정청이 재량으로 어떤 프로젝트를 승인한 때에는 이것에 의하여 이 프로젝트의 원칙적인 허용성의 문제는 해결된 것이라고 한다. 따라서 행정절차가 단계화되어 프로젝트가 부분적으로 허가된다는 사실에 의하여 행정청이 부분허가의 발급시마다 재량권을 행사하여 특정 프로젝트의 안전정책상의 허용성여부에 대한 원칙결정을 재심사할 수 있는 것은 아니라는 것이다.⁶¹⁾

브로이어는 재량결정에 대하여 「행정청이 제1차 부분허가의 발급시에 시설 전체의 건설·운영을 원칙적으로 승인한다고 하는 사정은 재량결정의 기준인 사실 및 지식이 변화할 수 있는 범위 안에서 그것도 변화할 수 있다. 이는 또한 행정청이 문제의 시설의 안전 정책상의 평가에 대한 기본적인 방침을 변경하는 경우에도 타당하다. 행정청은 이러한 경우 지금까지의 실무와는 달리 장래 동종시설의 허가를 재량으로 거부할 수 있지만, 제1차 부분허가의 발급시에 이미 원칙적으로 승인된 시설에 대하여 후속부분허가의 발급을 거부할 수는 없다. 그러나 허가청은 거부재량권을 처음부터 1회의, 즉 제1차 부분허가의 발급시에만 행사할 수 있다는 견해는 타당하지 않다. 확실히 행정청의 시설전체의 구상에 대한 재량결정은 제1차 부분허가의 규율내용에 포함되어 구속력을 발생한다. 그러나 후속부분허가의 발급시에도 개개 시설부분의 안전정책상 및 안전법상의 성질(Qualität)은 심사된다」고 한다.⁶²⁾

브로이어가 지적하는 바와 같이 허가청의 재량에 의한 평가는 제1차 부분허가에서 뿐만 아니라 후행부분허가에서도 이루어진다고 할 것이다. 그러나 실제로는 제1차 부분허가 발급시에 원칙적 문제에 대한 재량결정이 이루어지게 되면 후행부분허가 발급시 허가청의 재량에 의한 평가의 여지는 크게 수축하게 될 것이다. 따라서 제1차 부분허가의 규율내용에 재량결정을 포함시킴으로써 거부재량에 의하여 발생하는 제2의 법적 불안정성이 크게 감소되게

당연히 사업자에게는 운영허가의 발급을 구하는 청구권이 인정되게 된다(Wilting, *a. a. O.*, S.32).

61) Bädenbender/Mutschler, *a. a. O.*, S.90f.

62) Breuer, *VerwArch* 1981, 271ff..

된다. 결국 제1차 부분허가 발급시에 입지의 적합성, 시설전체의 적법성 및 이후 절차의 전제가 되는 에너지정책과 에너지수급계획의 기본적인 사항이 결정되고 후행부분허가에서는 제1차 부분허가 발급시에 결정된 범위안에서 구체화된다. 이와 같이 절차의 최초의 단계에서 이후의 결정의 범위가 한정되게 되면 사업자의 법적 안정화에 크게 기여할 수 있게 되는 것이다.

V. 제1차 부분허가의 구속력의 강도

1. 서 설

이상에서 본 바와 같이 일치이론에 의하면 부분허가, 특히 제1차 부분허가의 본래의 내용인 부분시설의 건설허가뿐만 아니라 그 전제로 고려된 사항의 평가에도 후행부분허가에 대한 구속력이 발생한다. 이는 허가청의 후행부분허가에 대한 거부의 여지를 수축시켜 사업자의 법적 안정화에 크게 기여한다. 그러나 원자력발전소는 기술적으로 해결되어야 할 많은 문제점을 가진 시설이라는 점에서 과학·기술의 발전에 따라 이러한 문제점을 해소하기 위한 새로운 과학·기술을 적용할 필요가 있다. 특히 잠정적 긍정적 전체판단을 규율내용의 일부분으로 포함시키는 것에 대한 회의적인 견해가 행정청이 이에 구속되어 새로운 과학·기술을 도입하는 것이 곤란할 우려가 있다는 점을 그 이유로 하고 있는 것도 원자력발전소의 이러한 특성에 기인한 것이다.⁶³⁾ 그러나 잠정적 긍정적 전체판단과 입지적합성확인을 규율내용으로 하는 것은 앞에서 보는 바와 같이 사업자의 투자보호뿐만 아니라 인근주민의 권리보호라는 점에 있어서도 중요하다. 따라서 잠정적 긍정적 전체판단과 입지적합성확인이 규율내용에 포함된다는 것을 인정하지 않을 수 없는 것이다.

일부의 학설과 판례는 이러한 사정을 감안하여 잠정적 긍정적 전체판단·입지적합성확인·재량결정을 규율내용으로 하면서도,⁶⁴⁾ 다른 한편으로 최신

63) Ronellenfitsch, *a.a.O.*, S.402.

64) 제1차부분허가의 규율내용은 건설조치·입지·구상·잠정적 긍정적 전체판단·재량결정을 드는 경우(Rengeling, *NVwZ* 1982, 218f), 입지허가·잠정적 긍정적 전체판단·건설조치의 허가를 드는 경우(OVG Koblenz vom 16.6.1981, *NJW* 1982, 276f), 시설의 일부에 대한 최종결정·시설 전체의 건설·운영에 관한 허가

의 과학·기술을 쉽게 도입하기 위한 방안으로 규율내용에 따라 약한 구속력만을 인정하는 방법을 제시하고 있다. 여기서 약한 구속력이라고 함은 사실 및 법상태의 변화, 과학·기술수준의 발전, 행정의 안전철학의 변경 등 사정변경이 있는 경우에⁶⁵⁾ 그 구속력이 소멸하는 것을 말한다.⁶⁶⁾ 한편, 원자력법 제17조제3항 내지 제5항은 원자력발전소허가의 철회요건을 규정하고 있으며, 동법 제17조는 부분허가와 예비결정에도 적용되는 바, 행정청이 철회행위를 통하여 그 규율내용에 따른 구속력을 배제할 수 있는 경우에 인정되는 구속력을 약한 구속력과 대비하여 강한 구속력이라고 한다.

이하에서는 입지적합성확인, 잠정적 긍정적 전체판단 및 재량결정에 대한 제1차 부분허가의 구속력의 강도에 대하여 살펴보고자 한다.

2. 입지적합성확인

학설 중에는 사정변경에 의하여 입지적합성확인의 구속력이 소멸한다는 견해도 있으나,⁶⁷⁾ 일반적으로 취소·철회를 규정하고 있는 원자력법 제17조가 예비결정에도 준용된다는 것을 근거로 예비결정에 최종적인 구속력을 긍정한다.⁶⁸⁾ 판례 역시 입지적합성확인에 최종적인 구속력을 인정하는 것이 일반적인 경향이다.⁶⁹⁾ 따라서 제1차 부분허가에서 입지적합성이 확인되면 후행

요건에 대한 잠정적 긍정적 전체판단·시설 전체의 건설·운영에 관한 재량결정을 드는 경우(Breuer, *VerwVrch* 1981, 265ff) 등 논자에 따라 다르다.

65) 사실상태의 변화로는 동형의 원자력발전소의 사고를, 법상태의 변화로는 허가요건의 변경을, 행정청의 안전철학의 변경은 과학·기술수준이 변화하지 아니하였음에도 행정청이 허가기준을 변경하는 것을 의미한다(Klante, *a.a.O.*, S.328f., 333f.).

66) 제17조에 의한 구속력의 소멸인가, 사정변경에 의한 구속력의 소멸인가의 구별은 원자력법 제18조의 허가의 철회로 인한 사업자의 손해에 대한 행정청의 보상여부에도 관련된다.

67) Salzwedel, *a.a.O.*, S. 85; Sellner, *Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen*, 1978, Rdnr.285.

68) Schmieder, *5AtRS*, S.171f.; Büdenbender/Mutschler, *a.a.O.*, S.82; Peter Selmer, *Vorbescheid und Teilgenehmigung in Immissionsschutzrecht*, 1979, S.12; Breuer, *6AtRS*, S.285f.; Mutschler, *6AtRS*, S.285f.; de Witt, *6AtRS*, S.299; Ossenbühl, *NJW* 1980, 1358; Selmer/Schulze-Osterloh, *JuS* 1981, 398; Rengeling, *NVwZ* 1982, 218; Degenhart, *ET* 1983, 241; Ronellenfitsch, *a.a.O.*, S.412ff..

69) BVerwG vom 9. 7. 1982, *DVBl* 960, 961; BVerwG vom 11. 1. 1985,

부분허가에서는 입지가 적합한가를 문제삼을 수 없고, 그 입지가 적합하다는 것을 전제로 후속허가를 심사하여야 한다.

3. 잠정적 긍정적 전체판단

잠정적 긍정적 전체판단의 구속력의 강도에 대해서는 학설·판례상 약한 구속력을 인정하는 견해와 강한 구속력을 인정하는 견해가 대립하고 있다.

(1) 약한 구속력을 인정하는 견해

잠정적 긍정적 전체판단의 자료가 잠정적이라는 것과 원자력법의 보호 목적을 근거로 잠정적 긍정적 전체판단에 약한 구속력을 인정하는 견해가 있다.

빌팅(Wilting)은 「전체에측은 잠정적인 것에 불과하기 때문에 행정청은 사실 또는 법상태의 변함이 없는 경우에 한하여 이에 구속된다. 사업자가 기본구상(Grundkonzept)을 변경하는 새로운 자료를 제출하고 이것이 원자력법 제7조제2항의 요건에 적합하지 아니하는 경우에는 행정청은 지금까지의 판단에 구속되지 않고 부정적인 전체판단에 근거하여 즉시 후행부분허가를 거부할 수 있을 뿐만 아니라 사실 및 법상태가 변화한 경우에도 후행부분허가를 거부할 수 있다. 따라서 후행부분허가의 발급과 관련한 구속력은 사정변경이라는 경감된 요건하에서도 배제될 수 있는 것이다. 잠정적 긍정적 전체판단에 강한(starre) 구속력을 인정하는 것은 원자력법 제1조제2항의 보호목적의 달성에 필요한 유연성과 모순된다. 종전의 전체판단에 대한 구속력은 기본구상의 변경에 의하여 자동적으로 소멸한다. 이는 종전에 제출된 자료에 근거하여 이루어진 전체구상이 잠정적이라는 것을 생각할 때 당연하다. 이는 과학·기술수준의 발전에 따라 새로운 지식을 습득한 경우에도 타당하다. 긍정적 전체판단은 단지 잠정적인 것이며, 따라서 행정청은 생명·건강의 보호(원자력법 제1조제2호)를 위하여 일정한 요건하에서 종전의 긍정적 전체판단과는 다른 판단을 할 수 있다. 종래의 예측에 대하여 강한 구속력을 인정하는 것은 이 경우에도 원자력법의 보호목적과 모순되는 바, 행정청은 원자력법상의 보호 목적을 보장할 의무가 있기 때문이다. 이 경우 허가청은 반드시 원자력법 제17조의 철회의 방법에 의거하여 구속력을 배제하

DVBI 1985, 401, 402.

여야 하는 것은 아니다. 구상전체의 허가가능성을 판정하는 전체판단은 필연적으로 현재의 과학·기술수준을 기준으로 하며, 따라서 긍정적 전체판단은 지식변경(Erkenntnisänderung)의 유보하에 있다고 할 것이다. 이러한 점에서 투자보호의 취지·목적은 신청인의 일체의 재정상의 위험을 제거할 정도로 광범위하게 미치는 것을 의미하는 것은 아니다. 사업자의 위험은 오히려 지식변경의 가능성 가운데 있고, 이는 원자력법 제1조제2항의 보호목적이 위위에 있다는 점에서 그가 부담하여야 하는 것이다」라고 한다.⁷⁰⁾

또한 뮌스터(Münster) 상급행정법원도 「전체판단이 다른 결론에 이를 것이 분명함에도 불구하고 종전의 잠정적 판단에서 후속허가단계에 대한 최종적인 구속력을 도출하는 것은 원자력법의 보호목적상 타당하지 않다. 따라서 잠정성에 일정한 구속력을 인정하는 경우에도 허가청은 새로운 보고와 지식에 근거하여 종전의 판단에 구속되지 않고 후행부분허가에서 필요한 조치를 취하거나 또는 후행부분허가를 거부할 권한이 있다고 할 것이다」고 한다.⁷¹⁾

(2) 강한 구속력을 인정하는 견해

잠정적 긍정적 전체판단에 강한 구속력을 인정하는 견해는 부분허가에 원자력법 제17조가 적용된다는 것과 사업자의 투자보호를 논거로 하고 있다.⁷²⁾ 오센빌은 「잠정적 긍정적 전체판단은 제1차 부분허가의 본질적 결정요소(Entscheidungselement)이며, 따라서 허가의 구성요소(Genehmigungsbestandteil)라고 할 때 제1차 부분허가에 약한 구속력을 인정하는 것은 타당하지 않다. 부분허가 자체는 이에 귀속하는 구속력에 의하여 취소 또는 철회만이 가능하다. 철회 또는 취소의 방법에 의해서만 배제할 수 있는 구속력을 약화시키는 것은 법률에 반한다. 후발적 변경이라는 사실관계는 법률로 규정된 철회·허가요건 중에 고려되어 있으며, 따라서 입법자가 가치판단한

70) Wilting, *a.a.O.*, S.41f.

71) OVG Münster vom 16. 6. 1978, *NJW* 1979, 380, 381.

72) 강한 구속력을 인정하는 학설도 엄격히 구분하여 보면 잠정적 긍정적 전체판단이 일단 행하여지면 시설전체는 더 이상 문제되지 않는다는 입장(Ossenbühl, *NJW* 1980, 1358)과 기본구상(Grundkonzeption)과 세부적인 문제를 구분하여 전자에는 강한 구속력이 인정되고 후자에는 단지 약한 구속력만 인정된다는 입장(Degenhart, *Kernenergierecht*, S.69f.; Rengeling, *NVwZ* 1982, 220f.)이 있다.

것이기 때문이다」⁷³⁾라고 하고, 또한 「안전기술상의 발전에 따라 이를 단계적으로 고려한다고 하는 것이 결코 그 단계단계의 최신의 과학·기술수준을 전체적으로(in toto) 고려한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 이는 이미 불가능하다고 할 것인 바, 원자력발전소는 그 건설에 장시간을 요하는 것에 대하여 기술은 1년도 안되어 세대교체하기 때문에 이에 의할 경우 결국 원자력발전소는 완성될 수 없게 되기 때문이다. 오히려 기술의 발전과 관계없이 제1차 부분허가의 발급과 함께 허가발급의 시점에서 요구되는 기술상의 안전수준은 고정된다. 이 고정은 제1차 부분허가에서 이루어진 잠정적 긍정적 전체판단으로 나타난다. 잠정적 긍정적 전체판단이 있을 때에는 시설은 전체적으로서는 원칙적으로 더 이상 문제가 되지 않는다. 후속결정의 대상은 시설의 일부와 그 수정에 한정되고, 이는 기술의 발전에 따라 형성되기 때문에 시설구상을 유지하면서 그 이후의 단계에서 고려할 수 있을 것이다. 그러나 기술의 발전에 따른 시설구상의 본질적 변경은 원자력법 제17조의 범위 내에서, 즉 이미 발급된 허가의 철회와 이에 따른 보상을 조건으로 하는 경우에 한하여 허용될 수 있다」⁷⁴⁾고 한다.

(3) 학설의 평가

오센빌은 제1차부분허가의 구속력의 강도에 대한 견해의 대립은 기본적으로 부분허가의 거부로 인한 리스크를 사업자와 행정 중 누가 부담하여야 하는가에 기인하며, 허가의 발급여부에 대한 결정권한을 가진 행정청이 일단 허가를 발급한 경우에는 행정청은 그 이후의 판단 및 평가리스크를 부담하여야 하고, 잠정적 긍정적 전체판단에 약한 구속력을 인정하는 것은 이러한 리스크를 사업자에게 전가하는 것으로 법률이 부여한 행정청의 임무에 반한다고 한다.⁷⁵⁾

그러나 잠정적 긍정적 전체판단의 구속력의 강도는 결정리스크(Entscheidungsrisiko)의 분배뿐만 아니라 잠정적 긍정적 전체판단의 전제가 되는 자료의 불충분성과 원자력법상의 보호목적도 동시에 고려되어야 한다. 즉,

73) Ossenbühl, *NJW* 1980, 1358.

74) Ossenbühl, *ET* 1983, 671; Degenhart, *Kernerenergierecht*, S.70.

75) Ossenbühl, *NJW* 1980, 1356; Günter Gaentzsch, Konkurrenz paralleler Anlagengenehmigungen, *NJW* 1986, 2787, 2791.

잠정적 긍정적 전체판단은 제한적인 심사와 이에 따른 규율내용의 잠정성으로 인하여 내용적으로 완전한 허가는 아니며, 따라서 후속 절차단계에서 사업자가 제출한 자료가 새로운 원칙적인 안전법상의 문제를 야기하는 경우에는 그 구속력은 소멸한다는 것을 인정하여야 할 것이다.⁷⁶⁾ 또한 원자력법상의 보호목적이 진흥목적보다 우위에 있고, 다단계절차의 취지가 그때 그때의 최신의 과학·기술수준의 도입에 있다고 할 때 잠정적 긍정적 전체판단의 구속력은 사정변경에 의하여 소멸하는 상태유보하에 있다는 것을 인정하지 않을 수 없다.⁷⁷⁾ 이와 같은 이유에서 연방행정법원도 잠정적 긍정적 전체판단에 약한 구속력을 인정하고 있다.⁷⁸⁾

4. 재량결정

재량결정의 구속력에는 강한 구속력이 인정되고 있다.⁷⁹⁾ 따라서 제1차 부분허가 발급시점에서의 에너지정책과 에너지수요계획이 후행부분허가의 기준이 되고 그 이후에 에너지정책이 변경되어 원자력발전소의 프로젝트를 더 이상 진전시킬 수 없는 경우에는 허가청은 제1차 부분허가를 보상하고 철회하여야 한다.

76) Breuer, *VerwArch* 1981, 269.

77) von Mutius/Schoch, *DVBI* 1983, 154.

78) 「잠정적 긍정적 전체판단의 구속력에는 판단의 기초가 되는 심사의 잠정성으로 인하여 부분허가의 대상인 시설부분이 최초로 계획된 바대로 실현될 수 없는 것이 명백한 경우에는 그 구속력은 소멸하고, 또한 사실 또는 법상태의 변화로 인하여 잔여 시설부분에 현재 새로운 조치가 필요한 경우 그 구속력은 소멸하는 두 가지의 제한이 있다. 이러한 제한으로 인하여 잠정적 긍정적 전체판단의 구속력은 당연히 최종심사(endgültige Prüfung)에 근거한 예비결정의 구속력보다 상당히 제한적이다」(BVerwG vom 19. 12. 1985, *DVBI* 1986, 190, 193).

79) 앞에서 본 잠정적 긍정적 전체판단과 재량결정을 구별하는 견해와 잠정적 긍정적 전체판단에 재량결정이 포함되는 견해는 잠정적 긍정적 전체판단에 약한 구속력을 인정하는 견해와 강한 구속력을 인정하는 견해가 각각 대응한다. 즉, 전자의 견해는 잠정적 긍정적 전체판단과 별도로 재량결정이라는 규율내용의 유형을 도출하고 이에 강한 구속력을 인정하는 것에 대하여 후자의 견해는 재량결정을 잠정적 긍정적 전체판단에 포함시켜 강한 구속력을 인정하는 것이다.

VI. 결 어

독일의 원자력법상의 다단계 허가절차는 행정·사업자·인근주민의 법관계를 프로젝트 전체의 실현가능성을 고려하여(잠정적 긍정적 전체판단) 부분적·단계적으로 확정(부분허가)함으로써 대규모시설의 건설과 관련한 복잡한 이해관계의 조정에 성공하고 있는 것으로 평가되고 있다. 그러나 부분허가의 구속력의 범위와 강도에 관해서는 앞에서 본 바와 같이 학설 및 판례가 대립하고 있다. 이에 대해서는 행정청이 결정의 전제로서 행한 사실인정·평가를 구체적으로 검토하여 구속력의 범위를 확정하는 일치이론이 그 하나의 해답이 될 수 있을 것이다. 그러나 일치이론은 행정이 실제로 행한 사실인정·평가를 전제로 하는 것이어서 각각의 단계에서 행정청이 고려하여야 할 사항에 대해서는 아무런 언급을 하고 있지 않다. 또한 다단계 허가절차를 취하는 경우에도 완전허가와 마찬가지로 최신의 과학·기술수준을 도입하는 것이 곤란할 가능성도 있을 수 있다.

한편 다단계절차가 관계인의 권리보호에 중요한 역할을 한다는 것에 대해서는 앞에서 본 바와 같다. 그러나 조기에 권리보호의 기회를 부여하는 것이 역으로 관계인에게 출소의 부담을 과하는 것이 될 수도 있다.⁸⁰⁾ 원자력법 제7b조는 예비결정·부분허가에 불가쟁력이 발생한 후에는 관계인은 시설의 허가와 관련한 이후의 절차에서 이미 주장된 사실 또는 공람이 이루어진 자료 및 결정에 관하여 이의를 제기할 수 없도록 하고 있는 바, 이를 존속력에 대한 배제효(Bestandskraft-Präklusion)라고 한다.⁸¹⁾ 또한 원자력법 절차령 제7조제1항제2문은 초기단계에서 쟁점을 정리하기 위하여 특별한 사법상의 권한에 근거하지 아니한 이의신청은 공람기간의 만료와 동시에 배제된다고 규정하여 관계인에게 행정절차에의 참가책임을 규정하고 있는 바, 이를 존속력에 대한 배제효와 대비하여 실권에 관한 배제효(Verwirkungs-

80) W.Blümel, Demokratisierung der Planung oder Rechtsstaatliche Planung?, in: *Festschrift für E.Forsthoff*, 1972, S.24.

81) Ronellenfisch, *a.a.O.*, S.417ff.; Wilting, *a.a.O.*, S.47ff.; R.Strein, Materielle Präklusion und Verfahrensbeteiligung im Verwaltungsrecht, *VerwArch*.Bd.79(1988), 272.

Präklusion)라고 한다. 그리고 연방행정법원의 판례와 학설은 이 규정의 취지는 절차에 참가하지 아니한 제3자·인근주민에 대하여 이후에 실시되는 일체의 절차와 재판에 있어 그 주장을 제시하는 것을 허용하지 아니한다는 것에 있다고 한다.⁸²⁾ 따라서 다단계절차에서 조기참가와 조기의 권리보호를 인정하는 것은 이에 대응하여 참가책임을 국민에게 부과하는 것이 되는 것이다.⁸³⁾

82) Vgl. Wilting, *a.a.O.*, S.42ff.

83) K.Redeker, Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe, *NJW* 1980, 1597f.

※ 이 연구논문은 李鍾永박사(한국법제연구원 선임연구원, 법학박사)의 많은 조언을 얻어 작성되었습니다.