

위헌법률심판제청신청

사	건	2002누 2803호 온천개발계획불승인처분취소
원	고	울진○○온천개발(주)
피	고	경상북도지사
피고보조참가인		울진군수

신청인: 위 피고보조참가인

2003. 6.2

대구고등법원 귀중

위헌법률심판제청신청

사 권 2002누 2803호 온천개발계획불승인처분취소
원 고 울진○○온천개발(주)
피 고 경상북도지사
피고보조참가인 울진군수

신청인: 위 피고보조참가인

위헌으로 해석되어야 할 법률: 온천법 제 2조, 제 7조 제 1항,
 동법 시행령 제 5조 제 5항, 제 6항

신청취지

위 사건에 대하여 온천법 제 2조, 제 7조 제1항, 동법 시행령 제 5조 제 5항, 제 6항의 위헌여부에 관한 심판을 제청한다

라는 결정을 구합니다.

신청이유

1. 온천개발의 현황과 문제점

2003년 현재 전국의 온천지구는 모두 109개 지역(이 지역을 포함하여 현재 온천수 발견지역 202개 지역)으로 전체 면적이 모두 총 4,647만 5,800여 평을 넘어섰고 이는 가로세로 200m 크기의 축구장 3800여개에 해당하는 면적에 온천장 및 그에 딸린 숙박시설, 상가와 식당 등 위락시설을 메운 것과 같은 규모입니다.

더욱이 자연적으로 용출하던 20여 곳의 온천지역을 제외하고 새롭게 개발되고 있는 온천지역은 대부분 자연환경이 뛰어난 보존가치 있는 지역에서 온천개발이 이루어지고 있는 점에서 엄청난 면적의 산림이 고스란히 훼손되어 가고 이로 인한 자연 생태계 파괴가 발생하고 있습니다.

2. 위헌법률 심판대상 법률과 관련규정의 개요

가. 온천법 제 2조

온천법 제 2조에서 “온천”이라 함은 지하로부터 용출되는 섭씨 25도 이상의 온수로서 그 성분이 인체에 해롭지 아니한 것을 말한다고 되어 있습니다. 즉 온천법은 제2조에서 온천의 요건으로 두 가지를 들고 있습니다. 첫째 섭씨 25도 이상의 지하수일 것, 둘째 성분이 인체에 해롭지 않을 것입니다.

위와같은 규정으로 인하여 두가지 요건 중 엄격한 요건이라 할 수 있는 온도규정만 해도 지하 100미터당 약 2.6~2.8℃의 온도가 증가하는 것(지하 증온율)을 염두 해 보면 우리나라에서 전 국토 어느 곳을 굴착한다 하더라도 온천개발을 지정받는 것은 어려움이 없는 것이 현실로 온천난개발을 부추기고 있는 것이며, 이는 국토훼손과 직결되는 문제점을 안고 있습니다(이러한 문제점은 1995. 12. 30. 제 5121호 온천법 개정 당시 내무위원회에서 개정안에 대한 심사에서도 문제제기 되었으나 온천 개발업사들의 반대와 지하증온율 제도를 적용할 경우 지하 심도에 따라 온도의 불균형이 초래되는 불합리한 경우가 있다는 이유로 반영되지 못하였음 - 기재출된 올제27호증 1995. 12. 국회 내무위원회 온천법개정법률안 심사보고서 참조 - 이는 온천에 대한 개념을 온도 하나의 기준으로 하여 판단하고 있는 한계를 여전히 내포하고 있는 것으로 아래에서 구체적으로 살펴보겠습니다). 특히 이 규정에 날개를 달아준 것은 같은 법 제 14조 및 제 17조입니다. 즉 소규모의 온천개발도 가능케 해 이른바 전국의 ‘온천개발 열풍’에 지대한 공헌을 했습니다.

온천의 온도와 관련한 입법례를 살펴보면 현행 온천법과 대체로 유사합니다. 일본 25℃, 유럽 20℃ 미국 21℃입니다. 그러나 일본 등지에서 운영중인 온천들의 직수 온도가 실제로 규정이상으로 높습니다. 우리의 경우는 직수온도(지하의 온도에서 똑바로 얻은 온천수)가 규정치에 다가서는 정도의 수준인 탓에 직수를 곧바로 사용하지 못하고 저장하여 인위적으로 온도를 높혀 사용하는 것이 공지의 사실이 아닌가 합니다.

온천법은 단순히 ‘인체에 해롭지 않은 성분’이면 온천으로 간주하고 있습니다. 상당히 막연하고

단순한 규정입니다. 실제 성분이 해롭다는 이유로 온천지구 지정 신청 등이 반려된 사유가 많은 지도 의문입니다. 이런 애매한 규정은 온천에 대한 대다수 국민들의 법감정이나 정서에도 맞지 않습니다. “항상 25℃ 이상의 온천으로서 관련성분 및 유리탄소(free CO2)의 함유량이 물 1kg중 1g 이 되지 않는” 단순온천이 현재 전국적으로 개발되고 있는 온천의 대부분이라고 하면 온천 이용객들이 갖는 심리적인 충격은 적지 않을 것입니다.

나. 온천법 제7조 제1항, 동법시행령 제5조 제5항 제6항

(1) 온천법 제7조 1항 “시장·군수가 온천개발계획을 수립하지 아니한 때에는 대통령령이 정한 2년의 기간이 만료된 날로부터 15일 이내에 시장·군수가 6월 이내의 기간을 정하여 서면으로 그 이행을 명하여야 하며, 시장·군수가 그 기간 내에 이를 이행하지 아니한 때에는 당해 온천공이 있는 토지소유자로서 제 18조의 규정에 의하여 온천의 우선 이용을 허가받을 수 있는 자가 온천개발계획을 수립하여 시·도지사의 승인을 얻을 수 있다”

온천법시행령 제5조 제5항 “시·도지사는 시장·군수또는 구청장이 제5조 제1항에서 정한 기간 내에 온천개발계획을 수립하여 승인을 신청하지 아니한 때에는 제 4항의 규정에 의한 이행명령기간이 종료된 날부터 10일 이내에 법 7조 제1항 단서의 규정에 의한 온천의 우선이용권자에게 온천개발계획을 수립하여 승인을 신청할 것을 통지하여야 하며, 온천의 우선이용권자로부터 그 신청이 있는 경우에는 그 승인신청을 받은 날부터 60일 이내에 승인 여부를 결정하여야 한다”

같은 조 제6항 “법 제7조 제1항 단서의 규정에 의하여 온천의 우선이용권자가 온천개발계획을 수립하여 시·도지사에게 승인을 신청하고 시장·군수 또는 구청장에게 당해 온천원보호지구의 온천개발계획과 관련된 의견을 조회하여서는 아니된다”

(2) 아래에서 보는 바와 같이 온천개발의 주체는 지방자치단체라 할 것임에도 불구하고 개정된 온천법은 온천개발의 주체를 개발업자에게 부여함과 동시에 온천개발의 주체인 자치단체가 공익적 이익형량에 기초하여 온천개발을 반대할 경우 온천개발계획과정에서 완전히 배제시키고 있는 것입니다.

지방자치법 제9조 2항 제3호. 차. 지역산업의 육성·지원, 타. 중소기업의 육성, 제 4호. 가. 지역개발사업, 사. 자연보호활동, 카. 도립·군립 및 도시공원, 녹지 등 관광·휴양시설의 설치 및 관리, 거. 지역경제의 육성 및 지원, 제5호. 나. 도서관·운동장·광장·체육관·박물관·공연장·미술관·음악당 등 공공교육·체육·문화시설의 설치 및 관리 등의 규정과 온천법 제3조 온천지구의 지정 등에 있어 시장·군수의 신청권한, 온천지구의 지정해제 신청권한, 제4조 온천공보호구역의 지정, 제7조 온천개발계획의 수립, 제8조 온천굴착허가에 대한 시장·군수의 허가, 제9조 굴착허가의 제한, 제10조 시장·군수의 토지의 원상회복명령권한, 제11조 시장·군수의 동력장치설치의 허가, 제13조 시장·군수의 온천의 이용허가, 제14조 시장·군수의 이용허가의 취소 또는 제한, 제17조 온천발견자의 시장·군수에게의 신고규정 등을 종합하여 볼 때 온천개발계획의 수립은 기초지방자치단체장의 권한에 속한다고 판단됩니다.

뿐만 아니라, 지방자치법 제 10조 지방자치단체의 종류별 사무배분기준 규정에 비추어 볼 때 온천개발계획의 수립 사무는 전국적으로 동일한 기준에 의하여 처리되어야 하는 사무가 아니라, 기

초지방자치단체가 온천개발에 따른 지역경제의 활성화의 측면과 이로 인하여 발생하게 될 산림의 훼손, 지하수 고갈에 따른 인근주민의 용수권 보호의 측면, 고온의 폐수 방류에 따른 주변환경오염의 우려 등을 종합하여 지역실정에 맞는 개발계획을 수립하여야 하는 기초자치단체의 자치사무라 할 것입니다.

(3) 즉 온천의 개발주체는 원칙적으로 지방자치단체의 시장, 군수입니다. 온천발견자의 신고에 따른 개발(제 17조, 18조)은 시장, 군수가 전권을 행사한다. 온천지구지정(제3조 제1항), 온천공보호구역 지정(제7조 제1항)은 도지사 등 광역자치 단체장의 승인을 조건으로 하지만 어디까지나 온천 개발의 주체는 기초자치단체 장인 시장, 군수인 점은 틀림이 없습니다.

3. 재판의 전제성

(1) 위헌법률심판에 있어서 재판의 전제성이라 함은 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속되어 있거나 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당한 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말합니다(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10 등 전원재판부 결정).

두 번째 요건과 관련하여 헌법재판소는 ‘제청 또는 청구된 법률조항이 법원의 당해사건의 재판에 직접 적용되지는 않더라도 그 위헌 여부에 따라 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌여부가 결정되거나 당해재판의 결과가 좌우되는 경우 또는 당해사건의 재판에 영향을 미치는 경우 등과 같이 양 규범 사이에 내적 관련이 있는 경우에는 간접 적용되는 법률 규정에 대하여도 재판의 전제성을 인정할 수 있다’는 취지의 판시를 한 바 있습니다(헌법재판실무제요, 헌법재판소 1998, 79쪽 참조).

세 번째 요건에서 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우란 법원이 심리중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떤 영향을 주는 경우, 재판의 이유를 달리함으로써 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우, 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리하는 데 관련되어 있는 경우를 말합니다(헌재 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정 참조).

(2) 본 건에 있어서 원고의 온천개발계획불승인 처분에 대한 항소심 재판이 귀원에 계류 중에 있고, 위헌제청 대상 규정인 온천법 제2조는 원고의 본건 온천개발에 전제되는 기초이므로 그 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 결론과 이유의 변경에 관련이 있다할 것이며 또한 온천법 제7조는 본건 성류온천 개발과정에서 개정된 내용으로 위 규정의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 결론에 직접 관련성이 있으므로 그 재판의 전제성이 인정됨에 의문의 여지가 없다할 것입니다.

4. 온천법 제2조의 위헌성에 관하여

가. 국가의 환경보전의무와 국민의 환경권

헌법 제120조는 제1항에서 “광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다”고 하고, 제 2항에서“국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형 있는 개발과 이용을

위하여 필요한 계획을 수립한다”고 규정하고 있습니다. 이 헌법조항에 따라 국가는 자연자원에 관한 강력한 규제권한을 가지는 한편 자연자원에 대한 보호의무를 지게 되었습니다.

또한 헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하여, 국민의 환경권을 보장함과 아울러 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부과하고 있습니다.

나. 온천법 제 2조의 위헌성

(1) 헌법 제 35조 위반의 점

(가) 온천법 제2조에서 온천에 대한 정의를 ‘지하로부터 용출되는 섭씨 25도 이상의 온수로서 그 성분이 인체에 해롭지 아니한 것’으로 내리고 있습니다. 이는 입법 당시의 굴착기술을 수준으로 규정하였기에 굴착기술이 발달한 현재에 있어서 지하중온율이 100m당 2.6~2.7℃라고 본다면 국토의 어느 곳을 굴착한다하여도 700~800m 지하를 굴착하면 보통의 지하수도 온천수로 개발할 수 있는 문제가 생깁니다. 이는 개발을 통해 막대한 경제적 이익을 추구하려는 목적하에 무분별한 온천개발 및 탐사가 가능하게 하는 요인이 되고 있습니다.

(나) 온천의 3대 요소는 온도, 수질, 그리고 수량으로 정의될 수 있습니다. 이러한 세가지 요소가 온천의 성격을 결정하게 됩니다. 위에서 언급한 바와 같이 현행 온천법은 온도만을 규정한 채 동법 시행규칙에서 불완전하게나마 수량에 대한 내용을 담고 있을 뿐 수질에 대한 내용은 없는 실정입니다.

온천의 요소 중 온도는 가열에 의하여 보완될 수 있는 항목이지만 수질을 인위적으로 보완할 수 없는 항목이고, 온천이 일반 주거지에 위치하고 있는 목욕탕과 명백히 구분될 수 있는 것은 수질의 차이로 할 것입니다. 즉 일반 목욕탕에서 상수도나 일반 지하수를 가열하여 입욕이 가능한 수온을 확보하고 있는 점에 비추어 온천법에서 온도만을 온천의 정의로 규정하고 있는 것은 온천을 특별히 보호해야 하는 입법 목적과도 부합되지 않는 정의규정으로 온천법의 존재이유에 강한 회의를 야기하는 것이라 아니할 수 없습니다.

(다) 비교법적으로 고찰하더라도 온천에 대한 체계적인 이론의 확립은 독일을 비롯한 유럽에서 시작되었고 일본의 온천법은 독일의 나우하임결의의 기준(아래표 2)이 그대로 적용되어 정해진 것이라고 합니다. 일본의 온천법 제 2조에 의하면 온천이라 함은 “지층으로부터 유출되는 온수, 광수 및 수증기 그 외 가스성분(탄화수소를 주성분으로 하는 천연가스성분을 제외함)으로 아래 표 1에 기재된 온도 혹은 물질을 갖고 있는 것”으로 정의되어 있습니다. 이와 같이 일본도 우리나라와 마찬가지로 25℃이상의 지하수를 온천으로 정의하고 있습니다. 하지만 일본에서는 온도조건 이외에 용존 물질의 함량이 어느 한계 이상 함유되어 있을 경우에 온천으로 인정하고 있으며, 이 부분이 우리나라와 크게 다릅니다.

표 1)일본에서의 온천의 정의(일본 온천법)

1. 온도 (원천으로부터 채취될 때의 온도)	25℃ 이상
2. 물질 (아래 서술한 것 중 하나)	
물질명	함유량(1kg 중)
용존물질(가스성의 것은 제외)	總量 1000 mg 이상
유리아산화탄소(CO ₂)	250 mg 이상
리튬 이온 (Li ⁺)	1 mg 이상
스트론튬 이온(Sr ⁺)	10 mg 이상
바륨이온 (Ba ⁺)	5 mg 이상
총철이온(Fe ²⁺ + Fe ³⁺)	10 mg 이상
망간이온 (Mn ²⁺)	10 mg 이상
수소이온 (H ⁺)	1 mg 이상
브롬이온 (Br ⁻)	5 mg 이상
요오드이온 (I ⁻)	1 mg 이상
불소이온 (F ⁻)	2 mg 이상
비소산수소이온 (HAsO ₄ ⁻²)	1.3 mg 이상
총 유황(S)[HS ⁻ + S ₂ O ₃ ⁻² + H ₂ S에 대응되는 것]	1 mg 이상
메타붕소산 (HBO ₂)	5 mg 이상
메타규소산 (H ₂ SiO ₃)	50 mg 이상
탄화수소나트륨(NaHCO ₃)	340 mg 이상
라돈 (Rn)	20×10 ⁻¹⁰ 큐리단위 (2,000pCi) 이상
라듐 (Ra)	1×10 ⁻⁸ mg 이상

표2) 요양천의 정의 (나우하임 결의, 독일)

1. 천연의 원천 혹은 인공적으로 개발된 원천의 물일 것.
2. 화학성분 조성, 물리적 특성은 지정된 요양천분석법에 의해 해명되었으며 지속적으로 자동분석을 행하여 천질의 변동이 없음을 확인하고 추가적으로 시험된 것을 말한다.
3. 질병의 치료, 완화, 혹은 예방상의 효용은 온천치료학의 연구기관 혹은 확립된 온천치료학에 따라 증명된 것
4. 요양천은 적어도 음료수에 요구되는 위생학적 요건을 만족하고 있을 것
5. 적어도 다음에 기재된 조건 중 하나에 적합한 물. 단 요양천으로서 이용함에 적합하지 않은 성분 혹은 특질이 없어야 할 것
 - a) 용존고형 광물질 1g/kg 이상을 함유하는 물
 - b) 용존고형 광물질의 다소에 관계없이, 하기의 특수활성물질의 1종 이상을 함유할 것. 이 활성물질은 이용장소에 따라서 적어도 하기의 한계량이상을 함유하는 물
 - 1) 함철천 10mg/kg Fe
 - 2) 함비소천 0.7mg/kg As로써 1.3mg/kg H₂AsO₄²⁻
 - 3) 함요오드천 1mg/kg I

- 4)함유황천 1mg/kg S
 - 5)함라돈천 18nCi/L(50 마웨/L)
 - 6)함이산화탄소천 1,000mg/kg free CO₂
 - c) 용출시의 천온이 20℃ 以上の 물
 - d) 상기의 제요건을 만족하지 않는 물로서, 임상적 감정에 의해 상기한 질병의 치료, 완화 및 예방의 효용이 증명되어 있는 물
 - e) 용존성분함량 및 천온의 변동폭은 15%까지로 하며, 변동에 의해 요양천의 천질(분류명)이 변하지 않는 범위에 있을 것
-

위와 같은 내용을 살펴볼 때 현행 온천법 상 25℃ 규정이 낮다고 볼 수 없습니다. 또한 용존물질의 함량에 대한 규정이 없다고 하여 위험이라고 단정할 수는 없고 온천에 대한 정의는 입법정책적인 문제로 볼 수도 있습니다.

그러나 용존물질의 함량에 대해 규정되어 있지 않은 관계로 일반 지하수와 다른없는 물이 온천수로 개발이 가능함에 따라 무분별한 지하수에 대한 굴착이 가능하고 전국적으로 이용율이 20% 수준밖에 이르지 않는 온천의 과도한 개발을 불러일으키고 있습니다.

그러나 용존물질의 함량에 대해 규정되어 있지 않은 관계로 일반 지하수와 다른없는 물이 온천수로 개발이 가능함에 따라 무분별한 지하수에 대한 굴착이 가능하고 전국적으로 이용율이 20% 수준밖에 이르지 않는 온천의 과도한 개발을 불러일으키고 있습니다.

(라) 본건 성류온천의 경우에도 원고들은 보양온천으로 광고를 하고 있으나 한국자원연구소의 본건 온천공에 대한 조사보고서에 의하면 “조사공은 전국평균치보다 약간 높은 증온율을 보이는 심부지하수형의 단순천으로 분류된다”고 결론 짓고 있습니다.(을제28호증 올린 수곡지구 온천공 조사보고서 제33면 결론 부분 참조) 다시 말하면 현재 우리나라에서 온천관련 분쟁시 항시 대두되며 표현되고 있는 소위 “맹물온천”이라는 것입니다.

이에 덧붙여 온천법에는 방출폐수의 온도에 대한 제한 규정이 존재하지 않습니다. 이로써 고온의 온천폐수의 방류에 대해 아무런 규제도 가하지 않고 있기에 주변지역의 환경오염을 불러일으키는 것으로 불완전한 법률규정으로 인해 국민의 환경권을 침해하는 위헌법률이라 하겠습니다.

즉 현행 온천법상 온천에 대한 용존물질의 함량, 부존량, 가채수량, 하루 용출가능량에 대한 법률상 명확한 규정없이 온도 기준만으로 온천을 정의한 것은 과도한 온천개발을 조장함으로 인하여 온천개발 자체로 인한 주변지역의 자연환경을 훼손시킴으로써 주변 지역 주민의 헌법 제35조에 의해 보장되는 국민의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 기본권을 침해하는 것이라 하겠습니다.

(마) 또한 지하수가 땅 속에 스며드는 속도는 지질에 따라 다르지만 일반 지표수의 흐름보다는 현격히 낮다할 것이고 침투성이 낮은 지질의 경우 1년에 수cm 또는 수m에 불과하기에 지하 1000m 까지 들어가는 데는 평균 1000년쯤 걸리며, 이것이 복귀되려면 수십 세대가 지나야하므로(자연용출 온천인 부산 동래온천의 경우 무분별한 온천 채수로 인하여 온천원의 고갈이 문제되고 있음) 온천의 용존물질, 부존량, 가채수량, 하루 용출가능량에 대한 구체적인 기준이 없이 온천개발여부

를 결정할 수 있도록 하고 있는 온천법 규정은 온천의 과도한 개발을 초래하여 온천원의 고갈을 초래함으로써 인해 미래세대의 온천사용권을 침해하는 측면이 있습니다.

(2) 헌법 제120조 2항, 제 122조 위반의 점

25℃의 수온은 목욕물로 저온이기에 이를 적당한 온도로 가열하여 사용하고 있는 현상은 물을 데우기 위해 화석연료를 사용함으로써 인해 대기 오염이라는 또 다른 문제를 불러일으키고 있습니다.

그러므로 온천법 제2조의 온천에 대한 정의는 25℃이상의 온수(또는 지하중온수를 고려한 온도산정)면서 인체에 유익한 용존 물질의 일정한 함량으로 규정함과 아울러 굴착 깊이에 따른 온도조건의 강화를 규정함으로써 온천개발을 위한 지하수에 대한 과도한 굴착을 방지하고, 산림의 훼손을 방지하며, 온천의 난립에 의한 고온의 폐수에 따른 인근 생태계의 파괴를 막을 필요성이 인정된다 할 것입니다.

결국 일반지하수와 온천수가 본질적인 차이점을 가질 수 있도록 온천수에 대한 정의를 규정하여야 함에도 이를 규정하고 있지 않은 온천법 제2조의 규정은 과도한 온천개발을 유발하게 됨으로써 헌법 제 120조 2항, 제 122조 국토의 균형있는 개발과 이용에 대한 국가의 의무에 관한 헌법 원리에 반하는 위헌적 법률이라 할 것입니다.

(3) 헌법 제23조, 제37조 1항 및, 제 10조 위반의 점

온천법 규정에 있어 부존량, 가채수량, 하루 용출가능량, 굴착깊이에 대한 규정이 존재하지 않은은 위에서 살펴본 바와 같습니다. 물론 온천법 시행령에서 온천지구의 지정·변경에 있어 온천원의 부존지역 및 부존량을 고려하여 지구지정여부를 고려하여야 한다고 규정하고 있으며, 온천법 제3조 3항에 따른 온천전문기관의 검사 사항에 온천의 부존량 및 1일 적정양수량이 포함되어 있으나, 이에 대한 명확한 기준을 규정하고 있지 않기 때문에 25℃의 온도 기준만으로 온천개발을 허용하는 경우 부존량을 초과하는 온천수의 사용을 초래하여 주변 지하수의 고갈을 일으켜 인근 주민의 물 사용권을 침해하게 되어 헌법 제 23조에 의해 보호되는 국민의 재산권과 헌법 제37조 1항 및 제10조에 의해 보호되는 행복추구권과 맑은 물을 사용할 수 있는 권리를 침해하게 됩니다.

또한 온천개발로 인한 경제적 편익의 관점에서 살펴보면, 본건온천개발 지역인 왕피천은 오염되지 않은 1급수의 수질과 뛰어난 몇 되지 않는 원시하천으로, 현재 전국적으로 온천개발이 이루어지고 있는 많은 지역이 본건 온천개발예정지역과 같이 보존의 필요성이 있는 뛰어난 자연환경을 지닌 곳들입니다. 이러한 자연환경은 이 지역의 인근 주민들뿐만 아니라 전국민이 향유하는 공공재라 할 것입니다. 온천 개발업자 개개인의 합리적 경제행위(그 개발로 인한 이익은 개발업자에게 귀속)의 사회적 결과는 보호가치있는 자연환경의 황폐화를 유발하는 것이고, 온천개발로 인한 자연생태계 파괴, 지하수 자원의 고갈과 오염, 녹지대의 파괴. 그리고 지반침하로 인한 환경 피해 등 많은 공공악이 발생할 것이고 이러한 공공의 소비 또한 전 국민이 부담하여야 하는 것입니다. 과거 개발 제일주의 가치 아래 무분별한 개발로 인한 회복하기 어려운 환경파괴가 이루어져 왔고 이러한 훼손된 환경(자연생태계)을 회복하기 위하여 전 국민이 부담하는 조세로 막대한 비용을 들여 환경회복 정책의 이름으로 시행되고 있는 것이 작금의 현실입니다. 이 또한 개발로 인한 이익

의 귀속과 그 사회적 공공약의 제거비용 부담에 대한 귀속이 불일치함으로 인하여 전 국민의 재산권을 간접적으로 침해하고 있는 것이라 아니할 수 없습니다.

결론적으로 온천의 정의를 내림에 있어 용존물질, 부존량, 가채수량, 하루 용출가능량에 대해 규정하지 않은 불완전한 입법을 통해 국민의 기본권을 침해하는 위헌 법률이라 할 것입니다.

5. 온천법 제7조 제1항의 위헌성에 관하여

가. 헌법 제117조에서 지방자치제도를 보장하고 있으며 이를 구체화한 지방자치법에 의해 기초지방 단체와 광역지방자치 단체별로 고유의 권한을 보유하며 자치사무를 처리할 수 있습니다.

나. 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 위반의 점

(1) 입법목적의 정당성 판단

동조항은 유사한 개발위주의 다른 법률과의 관계에 비추어서 특이한 입법형식입니다. 즉 온천법과 성격을 같이하는 도시계획법, 도시재개발법 등과 비교해보면 더욱 그렇습니다.

도시계획법상의 도시기본계획(제6조, 제8조), 도시재개발 기본계획(제6조, 제8조), 도시재개발 기본계획수립(도시재개발법 제3조)등에 원칙적으로 시장, 군수의 참여를 당연시하고 있습니다. 위 규정 등이 개발업자가 기본계획을 수립하는 것은 허용하고 있지 않습니다. 따라서 온천법이 또 다른 형태의 “개발법”인 점에서 문제의 규정은 상당히 특이한 입법형태임에는 틀림없습니다. 입법체계의 형평에 비추어도 지나치게 국토이용계획 등에 개인을 끌어들인 점도 간과할 수 없습니다.

그렇다면, 이렇게 특이한 입법형태를 취할 정당한 목적이 있는지, 즉 온천법 제 7조 제1항이 입법목적의 정당성을 가지고 있는지 살펴보겠습니다.

온천법 제7조 제1항은 본건 온천개발과 관련하여 개정된 입법배경을 가지고 있습니다.

주지하고 있는 사실입니다만 간략히 살펴보면, 1993. 온천발견 신고가 접수되어 온천개발을 위한 절차를 진행하다 1996. 상수원과 생태계보호를 이유로 울진군은 개발계획수립불가 결정을 내렸습니다. 이로 인해 개발업자와 개발을 거부하는 기초자치단체간의 대립이 계속되었으며, 이에 대해 행정자치부는 울진군의 결정이 위법이라는 유권해석을 내리고 상급자치체인 경상북도는 10차례에 걸쳐 개발계획을 수립하라는 공문을 보내오고, 1999. 울진군을 감사하여 관련 공무원 2명을 징계하라는 명령을 내렸으나 자연 환경의 보존이 온천개발로 인한 이익을 상회한다고 판단한 기초자치단체는 온천개발계획의 수립을 거부하면서 그 결정을 고수하였습니다.

그러나 2000.1. 온천법이 개정됨으로 인해 “기초자치단체장은 온천지구 지정일로부터 만2년 내에 개발계획을 수립하여야한다”는 기존의 제7조 1항에 “기초단체장이 개발계획을 수립하지 않을 경우 개발업자가 직접 개발계획을 수립하지 않을 경우 개발업자가 직접 개발계획을 수립해 광역단체의 승인을 받을 수 있다”는 조항이 덧붙여짐으로써 기초단체장이 개발계획을 수립하지 않으면 개발업자가 세운 뒤 광역단체장의 승인을 받아 개발할 수 있도록 되었습니다.

이러한 입법배경을 살펴볼 때, 온천법상의 다른 규제조항들 즉 이용허가의 취소, 제한(14조), 수질 검사, 성분검사(15조), 공동급수(16조), 온천자원의 보전, 관리(19조) 주체는 시장, 군수이면서 유독 온천개발계획 신청에 대해서만 예외를 인정하는 것은 합리적인 근거도 없을뿐더러 지방자치 행정의 본질을 훼손시킬 우려가 있습니다.

(2) 비례원칙 위반의 점

온천법 제7조 1항 단서, 동법시행령 제5조 제5항, 제6항은 비례원칙을 위반하여 지방자치제도의 본질적 내용을 침해하고 있다는 점입니다. 즉 위 규정은 지방자치 단체의 자치권을 인정하고 있는 헌법규정(제117조 제1항)을 정면으로 위반하고 있습니다.

지방자치제도는 민주정치의 요체이며 현대의 다원적 복합사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현시키기 위한 제도적 장치로서 지방의 공동관심사를 자율적으로 처결함과 동시에 주민의 자치역량을 배양하여 국민주권주의와 자유민주주의 이념 구현에 이바지함을 목적으로 하는 제도입니다.(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 100) 헌법은 제117조 제1항에서 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고, 제118조에서는 “지방자치단체에 의회를 둔다. 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하여 지방자치를 제도적으로 보장하고 있습니다. 이와 같은 지방자치의 원칙은 지방자치법을 비롯하여 공직선거 및 부패방지법, 지방재정법, 지방세법, 지방교육세법, 지방교육자치에관한법률, 보조금의 예산및관리에관한법률 등과 그밖에 일반적·개별적 법령 외에 지방자치단체의 조례와 규칙 등에 의하여 구체화되고 있습니다.

그런데 지방자치제도의 헌법적 보장의 구체적인 내용을 확정하려면 위의 헌법규정의 규범적 의미 내용을 검토하고 그것에 따라서 지방자치의 이념과 의의를 분명하게 밝혀내는 것이 중요하다고 하겠습니다. 이 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미합니다. 다시 말하면 중앙정부의 권력과 지방자치단체간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화 과정에서 지방자치의 핵심영역은 침해되어서는 안되는 것이므로, 이와같은 권력분립적·지방분권적인 기능을 통하여 지역주민의 기본권보장에도 이바지하는 것입니다.

온천법 제7조 제1항과 동법 시행령 제5조 제5항, 제6항은 온천의 우선이용허가권자에 의한 온천개발계획의 수립, 승인신청과 관련하여 당해 지자체가 공익적 이익형량에 기초하여 온천개발을 반대할 경우 그 개발계획수립과정에서 지자체를 완전히 배제시키고 있습니다. 온천지구개발 계획수립 및 승인 과정에서 그나마 짜임새 있는 규제 및 통제장치가 부족한 형편인데 이 규정으로 말미암아 그 지역의 사정과 능력을 잘 아는 지자체가 배제된 채 개발계획이 수립된다면 사실상 무분별한 난개발 및 생태계 파괴, 지하수 오염 등의 피해자 등 공익적 요소를 고려한 지자체의 지역개발계획고권을 박탈하는 것이라 아니할 수 없는 것으로 개발계획의 수립과 적정성 여부에 대한 판단은 1차적으로 기존 지자체에 두는 것이 입법체계상 도리에 맞는 것입니다.

이러한 개발계획수립·신청권한의 부여는 기초자치단체의 1차적 판단권을 배제하고 시·도지사의 승인을 통한 개발계획의 수립을 인정함으로써 기초자치단체가 지역 실정을 고려하여 적합한 개발 계획을 수립한다는 지방자치단체의 계획고권을 침해하는 위헌법률이라 할 것입니다. 또한 이러한 규정은 주민밀접 행정의 수행이라는 지방자치 행정의 본질을 훼손하는 위헌법률이라 아니할 수 없습니다.

6. 결어

앞에서 살펴본 것과 같이 온천법 제2조는 헌법 제35조, 제120조 2항, 제122조, 제23조, 제37조 1항 및 제10조 등에 위반하여, 온천법 제7조 제1항은 헌법 제117조, 제37조 제2항 등에 위반하여 각 위헌이라고 판단되므로, 신청인의 소송대리인은 귀원에 위헌법률심판을 제청해 주실 것을 신청하기에 이르렀습니다.

참고자료

1. 한국온천수의 수질적 특성(Ⅰ,Ⅱ,Ⅲ) 1부

2003. 6. 2

위 피고보조참가인 소송대리인

변호사 권 용 일

대구고등법원 귀중