



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

金香基 教授指導

碩士學位 請求論文

環境行政訴訟上の原告適格에
關한 研究

2010

誠信女子大學校 大學院

法學科

李美英

環境行政訴訟上の原告適格에
關한 研究

A Study on the Standing of the
Environmental Administrative Litigation

金香基 教授指導

이 論文을 碩士學位論文으로 提出함

2009年 11月

誠信女子大學校 大學院

法學科

李美英

인 준 서

이미영의 석사학위 논문으로 인준함.

심사위원_____

심사위원_____

심사위원_____

성신여자대학교 대학원

國 文 概 要

오늘날 환경문제가 나날이 심각해짐에 따라 환경과 관련된 분쟁 및 피해가 증대하고 있으나, 현행 법제나 소송제도로는 이에 효과적으로 대처하기 어려운 상황이다. 즉 환경피해는 민사소송으로도 구제 받을 수는 있지만 민사소송의 제1차적 목적이 개인적 구제인 이상 환경피해의 사전방지에는 도움이 되지 않는 한계가 있다. 또한 환경오염은 그 진행 추이상 불가피하게 국가가 직·간접적으로 매개되어 있기에, 행정청에 대하여 환경오염에 대한 책임을 추궁하는 환경행정소송의 중요성이 점차 증가하고 있는 것이다.

원고적격 문제는 환경행정소송을 제기하려 함에 있어 제일 먼저 부딪치는 문제이다. 행정소송법상 원고적격에 관해서는 각국의 법체계에 따라 상의한 논의가 전개 되어 왔으나, 원고적격을 확대해 가는 추세는 공통된 현상으로 보인다.

우리나라의 경우에는 행정소송법 제12조에서 원고적격의 요건으로 ‘법률상 이익’을 요구하고 있다. 그런데 법률상 이익은 불확정개념으로서 다양하게 해석될 여지가 있기 때문에, 때론 법률상 이익을 판단함에 있어 원고의 범위를 좁게 보아 사법심사를 받을 수 있는 자의 범위가 제한되기도 한다.

그러나 최근 우리 대법원은 근거법령과 관련법령, 침해의 성질과 내용 및 정도 등의 해석을 통해 환경상 이익의 범위를 넓혀 왔으며, 학설 또한 환경침해에 대한 효과적인 권리구제를 위해서 원고적격 확대의 필요성을 인식하고 다각도로 원고적격의 범위 확대를 꾀하고 있다. 제3자의 범위와 관련해서는 당해 처분의 인근지역 안의 주민 뿐 만 아니라 환경영향평가대상지역 및 사전환경성검토대상지역 안의 주민은 특단의 사정이 없는 한 원고적격이

있는 것으로 추정하고 있으나, 환경영향평가대상지역 및 사전환경성검토대상지역 밖의 주민에 대해서는 침해 및 침해의 우려를 입증해야 원고적격을 인정할 수 있다고 하고 있다. 그러나 환경피해의 입증이 쉽지 않은 점을 고려해 볼 때 대상지역 밖의 주민의 입증부담의 완화는 계속해서 문제가 될 것이라 생각한다.

결국 환경은 한 번 파괴되면 회복되기 어렵다는 점과 환경피해에 대한 입증 곤란성 및 환경상 이익의 중요성이라는 점에서 볼 때, 본질적으로 원고적격의 범위는 더욱 확대되는바, 해석론과 입법론적으로 그 방안을 생각해 볼 수 있겠다. 먼저 기존 행정소송법 규정의 탄력적인 해석을 통한 방법이 있다. 즉, 원고적격을 판단하는데 기초가 되는 근거법의 의미를 보다 적극적으로 확장하는 방법으로서, 법률상 이익에서의 법률의 범위에 근거법령과 관련법령 뿐만 아니라 실체법 및 절차법은 물론 헌법까지 포함하여 합리적이고 종합적으로 해석해야 할 것이다. 특히 개별실체법규의 해석만으로는 행정처분의 상대방 또는 제3자가 받는 환경상의 불이익을 법적보호이익이라고 인정하기 어려운 상황에서는, 환경권의 단계적인 해석을 통해 원고적격의 범위를 확대해 갈 수 있을 것이다. 그러나 개별사건에 있어서 처분의 근거법령 내지 관련법령을 적극적으로 해석할 것인지 아닌지는 여전히 명확히 알 수 없고, 사건별로 담당 재판부가 근거법령 등을 어떻게 해석하느냐에 따라 좌우될 수밖에 없는 실정이기 때문에, 이러한 해석론만으로는 환경분쟁의 특성에 충분히 대응하기에는 한계가 있다. 결국 근본적인 해결책은 행정소송법의 개정을 통해 원고적격의 범위를 확대 하는 방안이라 할 수 있다. 즉, 행정소송법제가 환경보호라는 공익적 요청 및 국민의 환경상 이익을 보다 실질적으로 보장하는 구제제도로 정착되어야 할 것이다. 그리고 더 나아가 오늘날 환경문제가 집단적이고 단체적인 특성을 가지고 있다는 점을

되새겨 볼 때, 환경행정소송은 공익적이고 객관적인 환경법의 이념을 구현할 수 있는 방향으로 마련되어야 할 것이다. 따라서 일정한 요건 하에 환경단체 등에 대하여 원고적격을 인정함은 물론, 입법적으로 집단소송제도의 도입을 적극적으로 고려해야 한다고 생각한다.

- 目 次 -

논문개요

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	4
제2장 환경권 및 환경행정소송의 이론적 기초	5
제1절 환경권의 법리	5
I. 서	5
II. 환경권의 의의	6
1. 헌법규정 및 연혁	6
2. 환경권의 개념	7
3. 환경권의 대상	8
III. 환경권의 법적성질	10
1. 자유권적 기본권설	11
2. 사회권적 기본권설	12
3. 종합적 권리설	13
4. 판례	14
5. 소결	15
제2절 환경행정소송의 일반적 고찰	16

I. 환경 행정소송의 의의 및 기능	16
II. 환경 행정소송의 성격 및 분쟁 유형	19
1. 환경 행정소송의 성격	19
2. 환경 행정소송의 분쟁 유형	20
III. 환경 행정소송의 종류	22
1. 제3자 취소소송	22
2. 의무이행소송	23
3. 행정개입청구권	27
4. 국가배상청구소송	31
IV. 환경 행정소송의 대상 (처분성의 범위)	34
1. 처분의 개념	34
2. 판례의 태도	35
3. 소결	37
제3장 우리나라의 현행법상 환경 행정소송의 원고적격	38
제1절 원고적격의 의의	38
제2절 환경 행정소송에서 제3자의 원고적격에 관한 학설 및 판례	41
I. 서	41
II. 학설	42
1. 권리구제설 (권리향수회복설)	42
2. 법률상 이익구제설	44
3. 보호가치이익설	45
4. 적법성 보장설	46
5. 절차적 참가권설	46

6. 소결	47
Ⅲ. 판례	48
1. 판례의 변천	48
2. 판례의 평가	62
제3절 원고적격 요건으로서 ‘법률상 이익’의 해석	64
Ⅰ. ‘법률’의 의미와 범위	64
1. 근거법령 및 관련법령	65
2. 헌법의 포함여부	66
3. 소결	70
Ⅱ. 법령의 해석방법	71
Ⅲ. 법률상 ‘이익’의 의미	72
1. ‘이익’ 개념의 유형화	72
2. ‘이익’의 구체적 판별기준	75
제4절 ‘제3자’의 의미와 범위	79
Ⅰ. 인근주민	79
1. 환경영향평가대상지역주민의 원고적격여부	80
2. 환경영향평가대상 지역 여부의 판단방법	82
Ⅱ. 환경단체	85
Ⅲ. 미래세대	86
Ⅳ. 자연의 권리	87
제4장 환경행정소송상 원고적격에 관한 비교법적 고찰	89
제1절 독일	89
Ⅰ. 원고적격에 대한 개관	89

1. 원고적격에 관한 독일법의 기본구조	89
2. 원고적격 규정의 역사적 성립과정	91
II. 공권이론과 보호규범이론	92
III. 제3자 보호 문제	95
IV. 독일 판례상 원고적격 판단기준	98
1. 건축법 분야	98
2. 환경법 분야	100
제2절 일본	105
I. 일본 행정사건소송제도의 연혁	105
II. 원고적격에 관한 학설	107
1. 관련규정	107
2. 학설의 검토	108
3. 법률상보호이익설과 보호가치이익설의 대립	109
III. 환경행정소송상의 원고적격에 대한 판례	111
1. 원고적격을 인정한 판례	111
2. 원고적격을 부정한 판례	113
제3절 미국	113
I. 원고적격에 대한 개관	113
II. 원고적격에 관한 판례	117
1. Sierra Club v. Morton 판결	117
2. SCRAP 판결	118
3. Lujan v. Defenders of Wildlife 판결	119
4. Laidlaw 판결	121
III. 판례법상 원고적격의 요건	122
1. 사실상의 손해 (injury in fact)	122

2. 인과관계 (causation)	123
3. 구제가능성 (redressability)	124
4. 보호이익의 영역 (zone of interest)	124
제4절 프랑스	125
I. 월권소송의 의의	125
II. 월권소송에서의 원고적격	126
III. 프랑스 판례의 전개	128
제5장 현행 환경행정소송의 문제점 및 원고적격의 개선방안	131
제1절 환경관련 분쟁의 특징 및 환경행정소송제도의 문제점	131
I. 환경관련 분쟁의 특징	131
1. 환경피해의 특징	131
2. 환경관련 분쟁의 특징	133
II. 현행 환경행정소송제도의 문제점	134
제2절 원고적격의 확대	138
I. 원고적격 확대의 필요성	138
II. 환경행정소송상 원고적격의 개선방안	140
1. 해석론을 통한 발전방향 모색	140
2. 입법론을 통한 발전방향 모색	141
III. 환경권의 법리와 원고적격확대론	144
1. 자유권으로서의 환경권과 원고적격확대론	144
2. 사회권으로서의 환경권과 원고적격확대론	146
제3절 집단소송제도의 도입	149
I. 집단소송의 개념 및 필요성	149

Ⅱ. 외국의 집단소송제도	150
1. 미국의 대표당사자소송(class action)과 시민소송(citizen suit)	150
2. 독일의 단체소송(Verbandsklage)	153
Ⅲ. 우리나라의 도입가능성	154
제6장 결론	158

참고문헌

ABSTRACT

第 1 章 序 論

제1절 연구의 목적

자연과 조화를 이루며 자연의 혜택을 받고 사는 것은 인간의 삶에 있어 가장 기본적인데 중요한 전제조건이라 할 수 있겠다. 그러나 20세기 후반에 들어와 발생한 급격한 공업화와 도시화는 자연의 순환과정에 환원될 수 없는 대량의 폐기물을 누적시켰고, 그로 인하여 인간의 생존 자체가 심각하게 위협받게 되었다. 또한 이러한 환경문제는 정도의 차이는 있지만 세계 각국의 일반적인 현상으로 나타나고 있으며, 그 피해는 재산상 피해를 넘어 국민의 건강과 생명, 그리고 정신적인 것에도 치명적인 피해를 발생시키고 있다. 우리나라도 1960년대 이후 고도의 성장정책 하에서 급속한 산업발전 및 무분별한 개발 등으로 환경오염과 생태계파괴가 광범위하게 진행됨에 따라 환경오염 문제가 사회적으로 대두되었고, 1970년대 초부터 환경문제가 법적으로 논의되기 시작했다. 이에 5공화국 헌법 제33조에서는 환경권 조항이 처음으로 신설되었고, 현행 헌법 제35조에서 ‘① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. ② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다. ③ 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거 생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.’ 라고 함으로써 환경권에 대해 규정하고 있다.

그러나 환경오염현상은 계속적으로 이루어지고 환경오염으로 인한 피해의 범위가 더욱 광범위해짐에 따라 그 피해의 내용이 복잡·다기화 되어가는 한편, 그 피해의 원인이 명료하게 밝혀지지 않는 경우가 점점증하게 됨에 따

라 환경의 오염과 파괴에 대해 종래의 시민법적 원리로는 환경문제에 적극적으로 대처 할 수 없게 되었다. 즉 환경오염의 예방 못지않게 이미 발생한 환경피해를 둘러싼 환경분쟁의 신속하고 효과적인 해결이 중요한 과제로 등장하게 된 것이다.

환경관련 소송은 환경상 이익의 보호나 침해된 환경상 이익의 구제를 위하여 제기되는 소송을 총칭하는 것으로, 사법상의 소송인 민사소송과 공법상의 소송인 행정소송으로 이루어져 있다. 이러한 환경관련 소송은 환경피해에 대한 금전적 구제를 요구하는 민사소송이 대부분을 차지하고 있으나, 금전적 구제가 대부분이므로 현실적인 피해 회복에는 도움이 되지 않고, 당사자 본인의 개인적 구제이며, 사후구제로서 피해의 사전방지에는 도움이 되지 않는 한계가 있다.

또한 환경관련법제는 그 본질상 공공 정책적 입법으로서의 성격을 강하게 내포하고 있으므로, 이에 따른 행정부의 역할이 더욱 강화되어야 할 것이다. 이런 의미에서 환경오염 및 환경파괴로 인하여 침해되는 시민들의 권리와 이익을 행정적으로 구제하여야 필요성이 더욱 강조 되고 있고, 행정기관에 의한 환경법규 위반행위에 의한 침해에 대해서도 실효성 있는 소송상 대책이 마련될 필요가 있다. 그러나 우리 현행 행정소송법제는 지금과 같은 심각한 환경행정분쟁을 상징하고 제정된 것이 아니기에 오늘날 다양하게 표출되고 있는 환경문제에 대처하기에는 많은 한계가 있다.

특히 환경행정소송은 환경침해를 받거나 또는 환경침해를 받을 우려가 있다고 주장하는 제3자가 환경침해를 가져오는 상대방의 사업에 대한 인·허가 처분의 취소 또는 적절한 통제를 구하기 위해 제기되는 것이 일반적인 경우인바, 이 경우 환경행정소송을 제기 할 수 있는 제3자의 원고적격의 인정범위 문제가 제기 될 수 있다. 이에 대해 우리 행정소송법 제12조 제1항

은 취소소송 등은 ‘법률상 이익’이 있는 자가 제기 할 수 있다고 함으로써 취소소송의 원고적격에 관하여 규정하고 있다. 그러나 ‘법률상 이익’은 추상적이고 불확정적인 개념으로서 다양하게 해석될 가능성이 있으며, 여러 학설이 대립되고 있는 실정이다.

종래에는 ‘법률상 이익’의 의미를 좁게 해석하여 자기의 권리를 직접 침해당한 자에게만 원고적격을 인정하였으나, 오늘날에는 국가 행정기능의 확대 및 점점 다양해지는 국민의 권리구제 요청이 증대됨에 따라 원고적격의 인정범위가 확대되어가고 있다. 다만 환경분쟁은 그 피해의 광역성과 집단성에 비해 그 원인과 피해의 인과관계의 입증의 곤란성 등으로 주민 등 제3자의 원고적격 인정 문제는 그리 간단치 않다.

따라서 본 논문에서는 환경행정소송에 있어서 원고적격 확대의 필요성이라는 환경행정분야의 현실적 요청에 부응해 보는데 그 목적이 있는바, 환경문제에 대한 지도이념으로서 헌법상 환경권의 개념과 성질을 검토해보고, 우리나라 및 외국의 환경행정소송에서의 원고적격 문제를 학설과 판례를 통해 살펴보고자 한다. 나아가 이러한 검토를 통하여 현행 우리나라 행정소송법상 원고적격의 요건인 ‘법률상 이익’의 해석을 탄력적으로 시도함으로써 환경행정소송상 원고적격이 인정될 수 있는 제3자의 범위를 해석론적으로 폭넓게 인정할 수 있는 방안을 모색해 보고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 논문에서는 환경행정소송에 있어서 원고적격의 문제를 논의하고자 하는 바, 환경행정소송에 있어서 원고적격의 확대화 경향은 비단 우리나라 뿐 만 아니라 독일, 프랑스, 일본, 미국에서도 마찬가지라 하겠다. 이에 원고적격에

대한 우리나라에서의 논의와 외국에서의 논의를 비교법적으로 고찰해보고, 나아가 환경행정소송에 있어서 인근 주민 등과 같은 제3자의 원고적격 인정 범위에 대해 행정소송법 제12조의 ‘법률상 이익’의 의미를 폭 넓게 해석해 보고자 한다.

따라서 본 논문은 제2장에서 이론적 기초로서 환경권 및 환경행정소송의 일반적인 내용을 살펴본 뒤, 제3장에서는 우리나라의 현행법상 환경행정소송의 원고적격을 학설과 판례를 중심으로 살펴보고, 행정소송법 제12조 상의 원고적격의 요건인 ‘법률상 이익’의 의미에 대해 구체적으로 접근해보고자 한다. 또한 제4장에서는 독일, 일본, 미국, 프랑스에서 논의되어 온 원고적격론을 고찰하고, 제5장에서는 현행 환경행정소송의 문제점을 살펴 본 후 원고적격 개선 방안으로서 집단소송문제를 고찰하고, 제6장에서 결론을 맺고자 한다.

통상 행정소송이라 하면 취소소송을 말하는바, 본 논문에서는 취소소송을 중심으로 환경행정소송문제를 다루고자 하며, 국내 공법 교과서와 학술논문 등 문헌자료를 통하여 판례와 학설을 분석하고자 하였다.

第 2 章 環境權 및 環境行政訴訟의 理論的 基礎

제1절 環境權의 법리

I. 서

인간은 공기나 물, 태양 등 자연의 은혜 없이는 하루도 생존 할 수 없는 반면, 자기의 생존을 유지하기 위하여 자연을 파괴하면서 자기의 생존에 필요한 자재를 생산해 왔으며, 이러한 생산이 증대하면 증대할수록 자연의 파괴도 증가하여 자연보존의 필요성이 강조되게 되었다.¹⁾ 특히 1960년대 이후 급격한 산업발달로 인한 회복 불가능한 환경위기에 대한 인식, 무분별한 성장위주의 정책에 대한 비판 및 환경문제의 해결을 위해, 인간의 기본적 권리로써 환경권이 주장되기 시작했고, 우리 헌법 역시 환경권에 대한 명문규정을 두고 있다.²⁾

본 논문의 주제인 환경행정소송에서의 원고적격 문제를 전개하기에 앞서서, 환경행정소송과 유기적인 관련이 있는 헌법상의 기본권인 환경권의 대한 고찰이 선행되어야 할 것인바, 아래에서는 우리 헌법상 기본권 조항으로 규정되어 있는 환경권의 의의 및 환경권의 대상이 되는 환경의 범위와 환경권의 법적성질에 대해 살펴보고자 한다.

1) 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2007, 726면.

2) 환경권을 기본권의 형태로 보장하는 것은 매우 사려 깊은 논의가 전개되어야 하는데, 왜냐하면 기본권으로서 환경권의 보장의 문제는 이와 대립되는 다른 헌법적 가치, 더 나아가서 토양, 공기, 물과 같은 자연적 생활기반에 대한 개인의 처분가능성과 같은 인간의 지배가능성과 같이 해결하기 어려운 여러 가지 난제들이 도사리고 있기 때문이다. 이러한 까닭에 독일의 기본법, 미국의 연방헌법, 그리고 일본의 경우에도 기본권으로서 환경권을 규정하고 있지 않다. 박진완, “환경권과 환경보호 -환경기본권의 기본권의 기능적 측면에서의 검토-”, 환경법학회 제30권, 한국환경법학회, 2008, 4면 참조.

II. 환경권의 의의

1. 헌법규정 및 연혁

우리 헌법 제35조는 ‘① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. ② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다. ③ 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거 생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.’라고 함으로써 환경권에 대해 규정하고 있다.

우리나라는 1960년대 이후 고도의 성장정책 하에서 급속한 산업발전 및 무분별한 개발 등으로 환경오염과 생태계파괴가 광범위하게 진행됨에 따라 환경오염 문제가 사회적으로 대두되었고, 1970년대 초부터 환경문제가 법적으로 논의되기 시작했다.³⁾ 그러나 소극적인 공해규제만으로는 오늘날의 심각한 환경문제에 적절히 대응할 수 없다는 인식이 보편화됨에 따라 헌법상 환경권을 명문화 할 것인지에 대한 논의가 이루어졌다.⁴⁾ 그 결과 1980년 8월 15일 제5공화국 헌법 제33조에서 ‘모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권

3) 이에 1963년 11월 공해방지법이 제정되었으나 실효를 거두지 못하고, 1977년 12월 공해방지법을 대체하여 ‘대기오염·수질오염·토양오염·소음·진동·도는·악취 등으로 인한 보건위생상의 위해를 방지하고 환경을 적정하게 보전함으로써 국민보건향상에 기여함을 목적’으로 하는 환경보전법이 제정되었다.

4) 1980년 1월부터 헌법에 관한 연구를 추진하기 위해 법제처 내에 설치된 헌법연구반보고서의 환경권의 명문화를 둘러싸고 제안된 4가지 안을 살펴보면 다음과 같다.

1. 공화당안 : 제30조 ④ 국민은 환경오염으로부터 보호받을 권리를 가진다.
2. 신민당안 : 제35조 ① 모든 국민은 보다 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 권리를 가진다. ② 국가는 환경의 적당한 이용·관리 및 보전을 위하여 노력하여야 한다. ③ 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.
3. 대한변협안 : 제34조 ② 모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가는 이를 보호할 의무를 가진다.
4. 6인 연구회안 : 제36조 ① 모든 국민은 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다, ② 국가는 환경을 청결하게 유지하고, 국민의 건강과 위생을 위협하게 하는 오염을 제거하며, 산업공해를 방지해야 한다.

리를 가지며, 국가와 국민은 환경보호를 위하여 노력하여야 한다.’ 라고 함으로써 환경권을 헌법상 명문화 하였다.

그러나 이 규정은 환경권이 헌법에 규정되는 경우 국가의 인적·물적 부담이 많으며 배상사태로 국가부담 내지 예산집행상 어려움이 예상되고 경제발전이 둔화될 우려가 있다는 유력한 반대의견⁵⁾을 극복하고 도입된 것으로 환경보호를 헌법에 명문화시킨 국가가 적었던 당시로서는 대단히 진취적인 규정이었다.⁶⁾ 그 후 제8차 헌법 개정을 통해 환경권은 현행 헌법 제35조에 규정 되게 되었다. 환경권의 헌법상 규정은 환경보전의 중요성을 일깨우고, 한편에서는 쾌적하고 건강한 환경의 유지는 공익에 그치는 것이 아니라 개인에게도 중요한 법적 가치를 지니는 것임을 나타내 주는 것으로 적극적인 환경보호정책과 환경피해구제를 가능케 한다는 점에서 장점을 가진다고 할 것이다.⁷⁾

2. 환경권의 개념

환경권(environmental right, Rechtauf eine menscheenwürdige Umwelt)의 개념에 대해 인간다운 환경 속에서 생존할 수 있는 권리⁸⁾ 건강하고 쾌적한 환경에서 공해 없는 생활을 누릴 수 있는 권리⁹⁾ 광의로 오염되거나 불결한 환경의 예방 또는 배제라고 하는 소.극적 성격뿐만 아니라, 적극적으로

5) 「헌법연구반보고서」, 헌법심의자료, 법제처, 1980. 3, 156면.

6) 우리 헌법의 환경권도입과정에서는 환경보호의 필요성이 지나치게 강조된 나머지 그것을 기본권으로 헌법에 규정하게 되면 어떠한 문제가 발생할 것인가에 대하여는 논의가 거의 이루어지지 않았다. 그 결과 환경권에 대한 문제는 전적으로 (헌법)이론의 문제로 남게 되었다. 홍성방, 「헌법학(개정5판)」, 현암사, 2008, 586면.

7) 이상규, 「환경(공해)판례의 연구」, 삼영사, 1993, 20-21면

8) 김철수, 전계서, 726면.

9) 허영, 「한국헌법학」, 박영사, 2008, 439면.

로 청정한 환경을 보전하고 조성하여 줄 것을 국가에 대해 요구할 수 있는 권리¹⁰⁾ 좋은 환경을 누리고 그것을 지배할 수 있는 권리¹¹⁾ 등으로 학자들마다 환경권의 개념에 대해 다양하게 설명하고 있다. 그러나 이는 환경권의 어떤 측면을 강조하는가에 따른 뉘앙스의 차이일 뿐 대체로 헌법 제35조 제1항에서 규정하고 있는 ‘건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’를 표현한 것이라고 할 수 있다.

3. 환경권의 대상

(1) 환경권의 객체

앞서 살펴보았듯이 학자들마다 다양하게 설명하고 있는 환경권의 개념을 구체적으로 이해하기 위해서는 환경권의 내용을 이루는 ‘환경’에 대한 고찰이 있어야 한다.¹²⁾ 환경의 개념은 상대적인 것으로 일반적으로 인간을 주체로 한 환경이란, 인간을 둘러싸고 있는 주위의 일체를 말하며, 인간환경은 자연환경 · 물리적 인공환경 · 사회적 환경으로 구분할 수 있다.¹³⁾

10) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2008, 695면.

11) 大阪辯護士會 環境權研究會, 「環境權」, 日本評論社, 1988, 85면.

12) 우리 헌법 제35조 제2항에는 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다고 하여 환경권의 구체적인 내용과 행사에 관한 사항을 법률에 유보하고 있으므로, 우리 헌법이 환경을 어떻게 이해하는지는 그에 따라 제정된 환경정책기본법을 살펴봄으로써 알 수 있다. 동법 제3조에서는 환경을 자연환경과 생활환경으로 구분하고(동법 제3조 제1호). ‘자연환경’이라 함은 지하·지표(해양을 포함한다) 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관을 포함한다)라고 정의하고 있다.(동법 제3조 제2호) 또한 ‘생활환경’이라 함은 대기, 물, 폐기물, 소음·진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경을 말한다고 정의하고 있다.(동법 제3조 제3호)

13) ① 자연환경이란 대기 · 물 · 일조 · 토양과 같은 무생물적인 것은 물론 동식물과 자연경관 등을 말하고, ② 물리적 인공환경이란 인간이 사회생활을 영위하는데 불가결한 도로 · 공원 등 시설, 전기 · 가스 · 학교시설 등을 말하며, ③ 사회적 환경이란 정치 · 경제 · 행정제도 등을 말한다고 할 수 있다. 천병태, 김명길, 「환경법」, 삼영사, 2000, 99-100면.

학설은 환경권의 대상이 되는 환경의 범위에 대해, 자연환경만을 의미한다는 협의설¹⁴⁾ 자연환경과 생활환경 모두 포함한다는 견해¹⁵⁾ 자연환경 속에서 살 권리, 즉 자연적인 청정한 대기에 관한 권리, 깨끗한 물에 관한 권리뿐만 아니라 보다 좋은 사회적 환경에서 살 권리, 즉 교육권, 의료권, 도로·공원이용권 등도 포함된다는 광의설¹⁶⁾ 자연환경과 문화적·역사적 유산을 의미 한다는 견해¹⁷⁾ 등으로 나뉜다.

그런데 환경권을 광의로 보아 환경권의 대상을 확대하다 보면 극단적으로는 인간의 모든 사회적 행동은 환경보호법과 환경보호정책의 개념에 포섭될 것이며, 심지어는 형법조차도 환경보호법의 한 분야로 분류될 것이어서 오히려 환경권의 본질적 내용마저 보호하지 못하게 될 수 있으며¹⁸⁾ 광의로 환경개념을 파악한다면 환경보전의 영역을 모호하게 하여 오히려 환경보전의 실효성을 저해할 우려가 있기 때문에,¹⁹⁾ 환경권의 대상으로서의 환경은 사회적 환경을 제외한 자연환경과 생활환경으로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

(2) 환경권의 주체

환경권은 인간의 기본적 인권의 하나로서, 인간 생존을 위한 절대권 이므로 모든 국민에게 평등하게 부여된 권리이다. 그런데 이러한 환경권의 향유

14) 홍성방, 전계서, 593면.

15) 권영성, 전계서, 699면.

16) 김철수, 전계서, 726면; 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2007, 626면.

17) 김영훈, “환경권과 공법상 구제”, 법학논총 제1집, 숭실대학교 법학연구소, 1985, 31면; 大阪辯護士會 環境權研究會, 「環境權」, 日本評論社, 1988, 158면.

18) 고문현, “환경권에 관한 최근 판례의 경향”, 「헌법규범과 헌법현실, 권영성 교수 정년기념논문집」, 법문사, 2000, 1045-1046면.

19) 김연태, “헌법상 환경권의 보호대상과 법적 효력”, 「판례연구」 제9호, 고려대학교, 1998, 205면.

주체에 대하여, 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 의미하는 환경권은, 그 성질상 자연인에게만 인정된다는 견해,²⁰⁾ 환경권의 내용의 다양성을 고려하면 널리 사회적 실재인 법인·단체에도 이를 인정해야 한다는 견해,²¹⁾ 공법인이라 하더라도 공적의무의 수행이 아닌 경우에는 기본권의 향유자가 된다는 견해²²⁾ 등이 있다.

생각건대 건강하고 쾌적한 ‘생활을 할 권리’라는 환경권의 본질이 인간의 권리에 속하는 것이기 때문에, 자연인만이 환경권의 향유 주체가 된다고 할 수 있겠다. 따라서 법인은 환경권의 성질상 그 권리의 주체가 될 수 없다고 할 것이다. 그러나 여기서 만일 환경보전을 위하여 환경파괴를 고발하고 제소하는 것만을 목적으로 하는 환경보호단체를 법률상 인정한다면 이 단체도 환경권의 주체가 될 것이냐 하는 것은, 소구권의 인정여부와 관계없이 환경권의 본질에 비추어 주체가 될 수 없을 것이다.²³⁾ 다만 이 문제는 소송법제상 문제로 재검토 되어야 할 것이다.

III. 환경권의 법적 성격

환경권의 법적 성격을 규명하기 위해서는 우선 그것이 기본권의 분류상 어떠한 곳에 위치하는지를 아는 것이 필요하다. 당초 기본권이라는 것이 헌법전에 편제될 때에는 대개 같은 속성의 권리는 같은 곳에 규정함으로써 그

20) 김철수, 전거서, 728면; 권영성, 전거서, 698면; 홍성방, 전거서, 590면; 고문현, “환경권”, 한국토지공법학회, 토지공법연구 제13집, 2001, 282면.

21) 천병태, 김명길, 전거서, 97면.

22) 즉, 환경권의 보호영역을 자연적 환경뿐만 아니라 문화적·사회적 환경을 의미하는 것이라 보는 입장에서는 환경권의 주체를 굳이 자연인에게 한정할 필요는 없다고 본다. 법인도 문화적·사회적 환경과 관련하여 주체성을 인정하여야 할 필요성이 성질상 존재한다고 보기 때문이다. 교육환경권의 주체로서 대학이 그 좋은 예이며, 결국 환경권의 보호영역을 어떻게 이해하느냐에 따라 환경권의 주체가 결정된다고 본다. 조홍석, “헌법상의 환경권 논쟁”, 한국헌법학회, 헌법학연구 제2집, 1996, 208-297면 참조.

23) 정사언, “환경권의 실현방안에 관한 검토”, 한국토지공법학회, 토지공법연구 제31집, 2006, 223면.

기본권에 관련된 여러 가지 것을 일률적으로 선언하는 것이기 때문에 당장 그 체계적인 위치만으로도 많은 것을 알 수 있게 된다. 그러나 환경권에 대해서는 그것이 규정된 위치가 여타 다른 사회적인 기본권과 같은 위치에 규정되어 있으면서도 그것의 발현 형태가 워낙 다양하고 또 깊이 인간의 본질적인 문제와 관련되다 보니 사회권적 성격을 인정함과 아울러 기타 여러 가지 중점사항에 따라 그 밖의 권리의 속성도 아울러 가진 권리로 분류하고 있다.²⁴⁾ 또한 환경권은 다른 기본권과는 달리 여러 특성을 가지고 있기 때문에 그 법적성질을 파악함에 있어 많은 어려움이 있다.²⁵⁾ 환경권의 법적성격에 대해서는 다음과 같은 견해가 대립되고 있다.

1. 자유권적 기본권설

이 설에 의하면 환경권은 자유권적 기본권의 경우처럼 헌법규정만으로도 환경권의 침해에 대해서 법원에 제소할 수 있다고 한다. 즉 환경권은 오염되거나 불결한 환경으로부터의 자유를 의미하며,²⁶⁾ 국민이 국가나 공공단체 또는 개인에게 그리고 국가 또는 공공단체가 국민에게, 환경권의 침해로 생명·신체·재산에 손해를 발생할 염려가 있거나 발생한 때, 그러한 환경침해의 예방과 배제를 청구할 수 있는 방어적 청구권 또는 손해배상청구권의

24) 천병대·김명길, 전계서, 93-94면.

25) 즉 환경권은 첫째, 환경 그 자체는 권리의 대상이 아닌 환경에 영향을 미치는 인간의 행위를 규제함으로써 그 실효성을 나타낼 수 있기 때문에 다른 기본권의 제한을 전제로 하는 기본권이다. 둘째, 환경권은 다른 어느 기본권보다도 그 의무성이 강해서 환경보전의 이행, 상린관계의 존중 등을 통해서만 비로소 실현될 수 있는 기본권이다. 셋째, 환경권은 외형상 산업발전으로 인한 환경오염과 상극의 관계가 있는 것처럼 보이기 때문에, 산업발전을 억제하거나 산업체활동을 제약하는 경제성장의 장애요인으로 기능할 수도 있다. 넷째, 환경권은 현재 살고 있는 세대만의 기본권이 아니라 미래세대의 기본권적인 성격을 아울러 가지고 있다는 점 등의 특성을 가지고 있다. 김종세, “환경권과 국가목표로서 환경보호에 관한 고찰”, 한국환경법학회, 환경법연구 제28권, 2006, 605면.

26) 권영성, 전계서, 697면.

성격을 갖는 배타적 지배권이다. 또한 헌법 제35조에서 환경권을 국민의 권리와 의무로 규정하고 있고, 환경정책기본법 제30조에서 환경오염피해의 구제를, 동법 제31조에서 손해배상의 무과실 책임과 연대책임, 그리고 민법 제205조와 제206조에서 점유권적 청구권, 동법 제214조에서 물권적 청구권, 동법 제217조에서 상린권의 생활방해책임 및 동법 제750조에서 불법행위책임을 규정하여 환경권을 구체적 권리와 의무로 천명하고 있다. 따라서 국민이 환경권의 침해자에게 환경권침해의 방지를 청구할 수 있는 방지청구권과 환경권침해의 손해배상을 청구할 수 있는 배상청구권을 포함하는 구체적 권리라고 할 수 있다.²⁷⁾ 환경권은 이와 같은 자유권적 기본권의 성격에서 구체적 권리인 환경권침해배제청구권이 있다.²⁸⁾

2. 사회적 기본권설

이 설은 환경권은 산업화의 결과 국민 개개인으로서서는 어찌할 수 없는 환경오염과 환경파괴에 직면하여 국가에 대하여 환경의 유지·보존·개선을 요구할 수 있는 권리이기 때문에 사회적 기본권이라고 한다.²⁹⁾ 즉 사회적 기본권은 그 실현이 국가의 급부형성에 의존하게 되며, 따라서 개인이 국가에 대하여 특정한 급부를 요구하는 청구권이 중심이 된다.

사회적 기본권은 그 구체적 실현이 쾌적한 환경이라는 국민의 적극적 요구와 그에 상응하는 국가의 급부에 의해서 이루어지기 때문에, 어느 일방의 조건 충족만으로는 완전한 실현이 어렵다는 특징을 갖는다.³⁰⁾ 이러한 사회

27) 조종현, “환경권의 민사법리”, 「채권법에 있어서 자유와 책임」, 김형배교수환갑논문집, 박영사, 1994, 493면.

28) 김철수, 전계서, 727면.

29) 홍성방, 전계서, 590면.

30) 최윤철, “우리헌법에서의 환경권조항의 의미-기본권 보장 또는 환경보호?-", 환경법연구 제27권 제2

권적 기본권의 특징과 관련하여 사회권적 기본권을 프로그램적 규정으로 보는 견해, 추상적 권리로 보는 견해, 구체적 권리로 보는 견해 등 학설의 다름이 있다.

환경권에 대해 환경침해의 구제를 법률로 제정 할 수 있는 입법방침을 규정할 뿐, 국가의 의무위반에 대하여 정치적 또는 사법적 책임을 물을 수 없다는 프로그램적 규정으로 보게 되면, 국민들의 환경권 실현의 문제는 국가의 재량 문제라는 결론에 도달하게 된다.³¹⁾ 환경권의 성격을 이와 같이 프로그램적 규정으로 보는 견해는 현재 찾아보기 어렵다.

추상적 권리설은 환경권을 쾌적한 환경 속에서 인간다운 생활을 할 수 있도록 필요한 입법을 요구할 수 있는 법적 권리를 보장하고 있다고 보는 견해이다. 따라서 추상적 권리로 환경권이 실현되려면 입법에 의하여 구체적으로 환경권의 실현수단 및 방법이 정해져 있어야 한다.³²⁾

구체적 권리설은 환경권은 인간생존의 직접적인 문제로 헌법에 의하여 직접 소구할 수 있는 구체적인 법적 권리이기 때문에 환경권의 침해에 대해서는 개별 법률에 구체적인 내용과 행사에 관한 규정이 없더라도 재판 등을 통한 권리구제를 요구할 수 있는 구체적인 권리라고 본다. 환경권의 실효성 확보를 위해서는 직접적 권리설의 입장에서 검토하는 것이 바람직하나 헌법 제35조 제2항과의 관계를 같이 검토하여야 한다.³³⁾

3. 종합적 권리설

호, 한국환경법학회, 2005, 381면 참조.

31) 최윤철, 전계논문, 381면 참조.

32) 김철수 교수는, 국가에 대하여 보다 좋은 환경을 조성해 달라고 하는 환경개선·보호조치청구권은 입법에 의해서만 적극적으로 보장될 수 있기 때문에 환경개선청구권은 추상적 권리라고 한다. 김철수, 전게서, 727면.

33) 정사연, 전계논문, 224면.

이 설은 환경권을 기본권으로서 인간의 존엄과 가치·행복추구권에서 파생된 기본권으로서, 자유권적 성격과 사회권적 성격을 모두 가지는 종합적 기본권으로 본다.³⁴⁾ 왜냐하면 환경권은 ① 오염되거나 불결한 환경을 예방 또는 배제하여 주도록 청구할 수 있는 권리라는 의미에서 청구권으로서의 성질이 있고, ② 오염되거나 불결한 환경은 인간다운 생활을 할 수 없게 하고 건강을 침해한다는 점에서 환경권은 인간답게 영위할 생활권이며 보건의 관한 권리라 할 수 있으며, ③ 오염되고 불결한 환경은 인간의 존엄성을 해치고 불행하게 만든다는 의미에서 인간의 존엄성 존중에 위배되고 행복추구권을 침해하는 것이라고 할 수 있기 때문이라고 한다. 그리고 환경권은 종합적 기본권이지만 그 주된 성격은 사회적 기본권성에 있으며, 이러한 성격의 환경권은 불완전하나마 구체적 권리라고 한다.³⁵⁾ 이에 대해 김철수 교수는 환경권을 자유권적 측면과 사회권적 측면을 나누어서, 환경침해배제청구권은 자유권으로부터 파생되므로 구체적 권리이지만, 환경개선청구권은 추상적 권리일 수밖에 없다고 본다.³⁶⁾

4. 판례

환경권의 법적 성질에 관한 판례의 입장은 대체적으로 추상적 권리설의 입장을 취하고 있다. 구체적 권리설을 인정한 듯한 고등법원의 판결이 있었으

34) 환경권은 국가와 국민의 환경보호의무를 전제로 하는 권리와 의무의 복합적 기본권으로서의 성질과 기본권의 헌법적 한계로서의 성질을 동시에 가지는 종합적 기본권이다. 환경권은 많은 기본권의 실효성 확보를 위해서 그 보장이 불가피한 일종의 기본권의 전제조건인 보호로서의 의미도 함께 가지고 있기 때문에, 그 법적 성격도 자유권, 사회권, 인격권 등 획일적으로 말할 수 없다. 더욱이 환경권은 효과적인 환경보호정책 내지는 환경입법에 의해서만 그 실효성을 기대할 수 있기 때문에 법률제도의 보장이라는 제도적 보장의 성질도 함께 내포하고 있으므로 국가는 환경법을 제정이나 정비해야 할 의무가 있다. 허영, 전계서, 442-443면.

35) 권영성, 전계서, 698면.

36) 김철수, 전계서, 727면.

나,³⁷⁾ 일반적으로 대법원은 ‘환경권에 관한 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나, 관계법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 할 것이다.’³⁸⁾ 고 판시 하여 추상적 권리설의 입장을 취하고 있다.

헌법재판소도 새만금간척사업에 대한 정부조치계획의 확정·발표 등 취소 사건에서 ‘헌법 제35조 제1항 소정의 환경권은 개별법령에 의한 구체화된 과정을 통해 실현될 수 있는 권리로서 국민 개개인이 헌법에 직접 근거하여 그 보호를 구할 수 있는 권리는 아니라고 할 것이다. 따라서 이 사건에 있어서 청구인들이 개별법령에 의하여 구체화된 환경권에 터잡지 아니하고 직접 헌법상의 환경권 규정에 근거하여 이 사건 행위가 청구인들의 환경권을 침해하는 위헌적인 공권력의 행사라고 주장함은 타당성이 없다.’³⁹⁾고 하여 환경권을 구체적 권리로 보지 않고 있다.

5. 소결

37) 부산고등법원은 “헌법상 규정된 환경권은 사람이 인간다운 생활을 영위함으로써 인간으로서의 존엄을 유지하기 위하여 필수적으로 요구되는 것이므로 인간의 생래적인 기본권의 하나로서 모든 사람에게 다같이 보장되는 보편적인 권리로서의 성질을 가진다 할 것이고, 이러한 환경권의 내용인 환경에는 공기·물·일광·토양 등 자연적 환경을 비롯하여 자연의 경관도 포함되고, 이러한 자연적 환경 이외에 역사적 문화적 유산인 문화적 환경뿐 아니라, 사람이 사회적 활동을 하는 데 필요한 도로·공원·교량등과 같은 사회적 시설로서 인간 생활상 필요불가결한 사회적 환경도 포함됨은 당연하고, 교육환경 역시 사회적·문화적 환경에 속한다 할 것이다.”(부산고등법원, 1995.5.18 선고, 95카합5판결)라고 하였으나, 이는 마치 헌법 제35조에서 구체적인 사법상의 권리가 나오는 것처럼 판시하였다고 하여 대법원은 잘못이라고 하였다(대법원, 1995.9.15 선고, 95다23378 판결).

38) 대판 1995.5.23, 94마2218

39) 헌재 2003.1.30. 2001헌마579

환경권은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 의미하는 것으로, 여기에는 소극적으로 이러한 환경에 대한 침해를 배제할 수 있는 배타적 권리 뿐만 아니라, 적극적으로 국가에 대하여 깨끗하고 쾌적한 환경을 조성하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리가 내포되어 있다고 할 수 있다. 따라서 환경권은 자유권적 성격과 사회권적 성격을 함께 지니는 종합적 권리로 이해해야 한다고 생각한다. 이렇게 볼 때 우리 헌법 제35조의 환경권 규정은 전체로서가 아니라 단계적으로 나누어 평가할 수 있을 것이다. 즉 헌법 제35조 제1항의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리는 부분적으로 자유권적 기본권의 성격과 부분적으로 사회권적 기본권에 성격을 갖고 있다.⁴⁰⁾ 이에 비해 동조 제3항의 쾌적한 주거생활권은 국가의 특별한 적극적 활동과 배려 및 급부를 요구하는 권리로서 사회적 기본권이라 할 수 있다.⁴¹⁾

제2절 환경 행정소송의 일반적 고찰

I. 환경행정소송의 의의 및 기능

최근 몇 년 사이에 환경오염 및 자연파괴 대한 피해를 해결하기 위해 환경문제와 관련된 분쟁·조정⁴²⁾ 사건 뿐만 아니라 환경관련소송으로 다루어

40) 헌법 제35조 제1항에 의한 공해예방청구권은 국가에 대하여 공해 예방을 요구하는 권리, 즉 규제나 보호조치 등을 요구하는 내용으로, 국가의 급부나 특별한 활동 또는 배려를 요구하는 것이 아니므로, 이런 의미에서 자유권적 기본권과 다를 바 없다. 또한 공해배제청구권 중 국가나 사인에 의한 환경오염이나 환경파괴에 대한 배제청구권의 경우에는 '진행 중인' 환경파괴와 '이미 침해 되지 오래된 것'으로 구별하여 평가하여야 한다. 즉 전자에 배제청구권은 자유권적 성격을, 후자의 배제청구권은 사회권적 성격 갖는다 하겠다. 계희열, 「헌법학(中)」, 박영사, 2007, 804면 참조.

41) 계희열, 전계서, 804면.

42) 환경분쟁의 조정을 위해 설치된 환경부 산하 중앙환경분쟁위원회가 처리한 사건 수(재정·조정·중재합의)에 대한 2006년 12월 30일 현재 통계자료를 보면 중앙환경분쟁조정위원회가 설치된 1991년부터 2006년 12월 30일까지 접수된 사건 1,980건 중 1998년 이전 사건이 249건에 불과하고 나머지 1,609건

지는 사안도 적지 않게 늘어났다. 환경소송이라 함은 환경상 이익의 보호나 침해된 환경상 이익의 구제를 위하여 제기되는 소송을 총칭하는 것으로⁴³⁾ 사법상의 소송인 민사소송과 공법상의 소송인 행정소송으로 이루어져 있다. 이러한 환경관련 소송은 환경피해에 대한 금전적 구제를 요구하는 민사소송⁴⁴⁾이 대부분을 차지하고 있으나, 환경관련법제는 그 본질상 공공정책적 입법으로서의 성격을 강하고 내포하고 있으므로, 이에 따른 행정부의 역할이 더욱 강화되고 있다고 할 수 있다. 이런 의미에서 환경오염 및 환경파괴로 인하여 침해되는 시민들의 권리와 이익을 행정적으로 구제하여야 필요성이 더욱 강조 되고 있고, 행정기관에 의한 환경법규 위반행위에 의한 침해에 대해서도 실효성 있는 소송상 대책이 마련될 필요가 있다.⁴⁵⁾ 환경피해에 대한 공법상구제로 행정쟁송, 국가배상, 환경분쟁조정제도 등이 있으며, 이 중 가장 많이 활용 되는 것은 행정소송 중 취소소송이다. 통상 행정소송이

이 1999년 이후 접수된 사건임을 알 수 있다. 한편 피해 원인은 소음·진동 피해가 제일 많고(전체 사건의 86%) 대기오염, 수질오염, 해양오염 순이었으며, 피해의 내용은 정신적 피해가 제일 많았다.(전체 사건의 46%) 환경분쟁조정사례집(제15집), 중앙환경분쟁조정위원회, 2007, 7면 이하 참조.

43) 박근성, 「행정법론(上)」, 박영사, 2008, 980면.

44) 환경피해로 인한 민사상 손해배상청구는 환경오염으로 인한 신체·재산에 손해를 입은 자가 그 환경오염의 원인행위 등이 불법행위를 구성하는 것을 전제로, 당해 원인행위자를 상대로 민사소송절차에 따라 손해배상을 청구하는 것인데, 가장 보편적인 환경피해구제수단이다. 이러한 민사상 손해배상청구는 민법 제750조의 불법행위 성립요건을 갖추어야 한다. 따라서 환경오염에 대한 민사상 손해배상책임이 성립하기 위해서는 ① 가해자에게 고의 또는 과실이 있을 것 ② 가해행위가 위법한 행위일 것 ③ 가해행위와 손해의 발생 사이에 인과관계가 있을 것 ④ 손해가 발생하였을 것 등의 요건을 갖추어야 한다. 그러나 일반적으로 환경오염 피해에 대한 민사상 손해배상책임을 인정함에는 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째로 환경오염 특히 복합오염의 경우 원인행위자 또는 원인물질이 불명확한 경우가 많아 가해자·피고의 특징이 곤란할 뿐만 아니라, 피해자가 불특정 다수인인 경우가 많기 때문에 가해와 피해 사이에 인과관계 입증에 곤란하다. 둘째로, 환경피해배상문제는 민법 제750조에 의한 불법행위의 법리에 따라 처리되어야 하기 때문에 환경오염사고의 경우에도 고의·과실은 피해자 측에서 입증하여야 하는데 그 고의·과실을 과학적으로 입증하기 어렵다. 셋째로 환경피해에 대한 불법행위를 원인으로 하는 배상책임을 묻기 위해서는 그 가해행위가 위법한 것이어야 하나 환경피해의 경우 피해 결과가 장기간에 걸쳐 서서히 나타나는 경우가 많기 때문에 가해행위의 위법성을 밝히기가 쉽지 않다. 구형근, “환경행정소송에 관한 소고”, 한국법학회, 법학연구 제28집, 2007, 39면.

45) 한편 환경을 둘러싼 갈등은 행정기관과 일반국민 사이에서 뿐만 아니라 국가와 지방자치단체 사이에서도 끊임없이 제기되고 있는데, 바로 이러한 측면에서도 환경문제에 대한 행정적 규제의 필요성이 크다고 볼 수 있다. 구형근, 전제논문, 40면.

라 하면 취소소송을 말한다.

과거 환경문제와 관련한 행정소송은 행정규제를 받는 사업자가 규제 등의 행정처분에 대하여 이의를 갖고 제기하는 경우가 많았다.⁴⁶⁾ 그러나 최근에는 환경보호의 필요성이 강조되고 이에 따라 환경권의 중요성이 널리 인식되어져 오히려 사업자에 대한 행정청의 규제가 너무 약화되어 이로 인하여 피해를 입었다고 하는 사건이 환경행정소송의 주류를 이루고 있다.⁴⁷⁾

이러한 쟁송절차는 첫째, 환경과피의 사전적 예방 기능을 가지게 된다. 즉 환경행정상의 있어서 공권력 행사는 사전적 예방·억제수단으로 쓰이는 경우가 많기 때문에, 이에 관한 분쟁 해결도 환경과피에 대한 예방적 기능을 가지게 된다. 뿐만 아니라 동종 사업에 대한 선례가 되어 위법한 공권력 행사로 인한 환경권침해의 일반적 예방으로서도 기능을 하게 된다. 둘째, 환경행정소송은 분쟁해결을 통하여 행정과정의 민주화를 확보하는 기능을 가진다. 즉 법정은 주민참가와 자료공개의 기회를 제공케 하는 공개 장소로서의 기능을 가짐으로써, 우리나라 행정과정에서 시민참가절차의 불비를 보완하는 기능과 역할을 담당하게 한다.⁴⁸⁾ 셋째, 환경행정소송은 피해구제범위를 확대하는 기능을 가진다. 민사상 유지소송의 효력은 원고에게 한정되지만 행정소송에서는 원고적격의 확대 및 의무이행소송 등이 일반적으로 인정되게 되면 환경피해의 구제의 유형과 범위가 확대되게 된다.

그러나 우리 현행 행정소송법제는 지금과 같은 심각한 환경 분쟁을 상정하고 제정된 것이 아니기에 오늘날 다양하게 표출되고 있는 환경문제에 대처

46) 과거 환경 분쟁과 관련된 행정소송은 일반적으로 엄격한 환경규제로 말미암아 직업선택의 자유 및 영업의 자유 등이 위법하게 침해된 사업자가 영업의 자유회복을 구하기 위해 제기하는 소송만을 가르키는 것으로 여겨졌다. 즉 환경오염의 발생을 산업개발과 지역개발에 따른 필연적인 해악에 지나지 않는 것으로 인식하였으며, 환경이 다소 오염되었더라도 생명·신체에 이상이 발생되지 않으면 된다는 사고에 젖어 있었고, 설령 피해가 발생한다 하여도 금전적으로 배상하면 된다는 안일함에 그치고 있었다.

47) 채우석, “개발행정과 환경행정소송”, 한국공법학회, 공법연구 제33집 제5호, 2005, 235면.

48) 서원우, “환경행정소송의 제문제”, 환경법연구, 제2권, 1980, 9면.

하기에는 여전히 많은 한계가 있다. 따라서 전통적인 행정법 내지 행정소송법을 그대로 적용하기에는 무리가 있기 때문에, 환경행정소송의 특징에 대응할 수 있는 이론과 법 규정이 요구 된다.

II. 환경행정소송의 성격 및 분쟁 유형

1. 환경행정소송의 성격

전통적인 소송을 분쟁지향형소송이라 한다면 환경행정소송은 정책지향형소송이라 할 수 있는데, 이는 환경행정소송에 있어서 집단적 이해와 관련되는 분쟁이다.⁴⁹⁾ 물론 소송법상의 기술적 제약으로 인해 소송은 양 당사자간의 다툼으로서 법률적으로 구성되는 경우가 많겠지만, 소송의 실질적인 쟁점은 당사자에 의해 대표되며 또한 상징되는 집단의 다툼이며 재판은 집단에 대한 이해의 배분이라 할 수 있다.

종래의 분쟁지향형소송에서의 재판은 과거의 사실에 대한 법률적 판단인데 반하여 정책지향형소송에 있어서는 어떤 판단을 내리는 것이 장래에 있어서 어떠한 영향을 정책이나 제도의 방향에 미치는가, 그것이 바람직한가를 판단하지 않으면 안된다. 이러한 판단이 전통적인 법률론 즉, 법조문의 해결이라는 형식으로 나타나는 경우도 물론 적지 않다 그러나 예컨대 정지청구소송에 있어서의 쟁점은 바로 장래 예상되어지는 사태가 바람직한가 하는 정책이나 제도의 방향에 관한 것이라고 할 수 있는 것이다.⁵⁰⁾

49) 분쟁지향소송은 독립대등한 양당사자간의 분쟁으로 당사자이외의 사람의 권리의무는 이 소송에 있어서의 판단에는 문제되지 않는다. 이에 반하여 현대형 소송 또는 정책지향형소송은 환경행정소송에 있어서처럼 집단적 이해와 관련되는 분쟁이다. 조정환, “환경행정소송에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 박사학위논문, 1991, 7면.

50) 서원우, “현대사회에 있어서의 소송·법조·법률”, 대한변호사협회지, 1983, 1, 55면.

현대사회의 복잡성은 한사람의 행동이 대다수의 이익에 영향을 주기 때문에 그 피해가 대형화된다. 이리하여 피해를 가한 사람과 피해를 받은 집단과의 사이에 피해를 둘러싸고 분쟁이 발생하게 되는데, 환경행정소송이 그 대표적인 예라 할 수 있다. 또한 대량피해(Mass injuries)의 가능성은 우리들이 살고 있는 현대사회의 특징이라고 할 수 있으며, 이러한 대량피해를 개인적으로 보면 너무 확산적이며, 너무 작기 때문에 구제의식을 갖지 않게 되고, 소송비용이 막대하며, 가해자인 상대방이 너무 강한 것이 보통이므로, 개인으로서 법정투쟁의 의욕을 갖기 어렵게 되고, 유효한 법정투쟁이 어렵거나 불가능하게 된다.⁵¹⁾ 그리고 대량피해를 둘러싼 집단적인 분쟁은 종래와 같이 당사자간의 권리·의무를 중심으로 한 것에 그치지 않고, 쟁점자체가 당사자 상호간의 문제를 넘어서 사회문제화하게 되어 사회 일반 또는 주민전체에게 커다란 영향을 주는 정치적 쟁점까지로 비화될 수 있다. 이러한 사태에 대하여는 개인만으로는 유효하게 대항할 수 없음은 너무나 명백하며 종래의 개인주의소송제도로서는 해결될 수는 없는 것으로서 새로운 구제와 절차가 필요하게 되는 것이다.⁵²⁾

2. 환경행정소송의 분쟁 유형

환경행정소송을 통해 다투어지는 분쟁의 구조는 크게 세 가지로 설명할 수 있다. 첫째, 행정의 직접 침해로 인한 환경행정분쟁의 구조로서 행정주체가 어떠한 사업의 시행이나 시설물의 설치·운영 등을 통해 직접적으로 환경오염과 훼손의 주체가 되는 경우이다. 그런데 이러한 환경행정분쟁의 유

51) 조정환, 전계논문, 9면.

52) 서원우, 전계논문, 56면.

형은 기본적으로 행정청과 상대방(주민 또는 사업자)간의 양면적 행정분쟁의 구조를 가진 것으로서, 사실 다른 분야의 일반적인 행정분쟁의 구조와 크게 다를 바가 없다.

둘째, 환경 침해적 인·허가관련 환경행정분쟁의 구조로서 환경행정소송을 통하여 다투어지는 분쟁의 전형적인 유형이다. 예컨대 오염 유발 내지 환경훼손의 가능성이 있는 각종 개발사업의 시행을 위한 인·허가권을 행정청이 보유하고 있는 경우, 허가를 발급한 행정청과 당해 허가처분을 통하여 사업을 할 수 있게 된 처분의 상대방인 사업자, 그리고 당해 시설이나 사업 등으로 인하여 환경상·재산상의 이익을 침해당하거나 침해당할 우려가 높은 인근 주민들의 사이에는 삼면의 갈등관계가 형성될 수 있다.

이 경우 허가처분의 상대방인 사업자는 환경침해적 결과의 야기나 가능성에도 불구하고 시설의 설치 또는 사업의 운영을 통하여 원래 의도한 수익을 누릴 수 있게 되므로 스스로가 특별한 분쟁을 야기할 가능성은 거의 없다. 그러나 허가처분의 제3자인 주민 등은 환경오염을 유발하거나 환경을 훼손당하는 당해시설의 설치나 사업을 저지 내지 배제하기 위해서 행정청을 상대로 설치허가 내지 사업허가처분의 위법성 또는 부당성을 이유로 행정심판을 청구하거나 위법성을 이유로 행정소송을 제기하여 다툴 수 있다. 그리고 위법한 허가처분으로 인해 발생한 금전적 손해 등에 대하여는 국가배상절차에 따라 허가청이 속한 국가나 지방자치단체를 상대로 하여 손해배상을 청구할 수도 있다.⁵³⁾

셋째, 규제권 발동 관련한 환경행정분쟁의 구조이다. 즉 법령상 사업자 등의 환경침해적 행위에 대하여는 이를 규제하고 감독할 다양한 규제권한이

53) 문상덕, “환경문제에 대한 행정법적 대응과 행정구제”, 한림법학포럼 제17권, 한림대학교 법학연구소, 2006, 225-226 참조.

행정청에게 부여되어 있는 결과,⁵⁴⁾ 만일 환경침해적 행위로 인하여 극심한 피해를 입고 있는 주민이 환경침해의 방지나 제거를 위하여 관할 행정청에게 적절한 규제권 발동을 요청하였음에도 행정청이 이를 거부하거나 해태하여 방치하는 경우에는, 당해 행정청과 규제의 대상이 될 수 있던 사업자 그리고 행정청의 거부나 무응답으로 인하여 환경 피해를 계속 당하고 있는 주민 사이에는 삼면관계적 분쟁구도를 형성하게 된다.⁵⁵⁾ 이 경우 피해자인 주민은 의무이행심판 및 취소소송 등을 제기 할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 환경행정소송의 종류

1. 제3자 취소소송

제3자 취소소송은 국가나 지방자치단체가 위법한 환경오염물질 배출시설의 허가와 같은 적극적인 작위에 의하여 환경침해를 야기하는 경우에 그 허가의 상대방보다는 이해관계에 있는 제3자(주민 등)적 위치에 있는 자의 권익 구제를 위하여 상대방에게 내린 허가처분의 취소를 구할 것을 내용으로 하는 소송이다.⁵⁶⁾ 따라서 주민이 제3자의 입장에서 배출시설의 설치허가의 취

54) 예컨대 대기환경보전법상의 대표적인 규제권 조항을 보면, 환경부장관 조업 중인 배출시설에서 배출되는 오염물질의 정도가 동법상의 배출허용기준을 초과한다고 인정하는 때에는 기간을 정하여 사업자에게 그 오염물질의 정도가 배출허용기준 이하로 내려가도록 개선명령을 할 수 있고(법 제33조), 또 개선명령을 받은 자가 이를 불이행하거나 기간 내에 이행은 하였으나 배출허용기준을 계속 초과할 때에는 당해 배출시설의 전부 또는 일부에 대한 조업정지를 명할 수 있다.(법 제34조 제1항) 또한 환경부장관은 대기오염으로 인한 주민의 건강상의 위해와 환경사의 피해가 급박하다고 인정하는 때에는 환경부령이 정하는 바에 의하여 즉시 당해 배출시설에 대하여 조업시간의 제한·조업정지 기타 필요한 조치를 명할 수도 있게 하고 있다.(법 제34조 제2항)

55) 조홍식, “환경법 소묘 - 환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰”, 서울대학교 법학 제40권 제2호, 1999, 29면.

56) 설계경, “환경행정소송의 원고적격에 관한 소고”, 환경법연구 제27권, 한국환경법학회, 2005, 181면.

소를 구하게 되는 제3자 취소소송은 배출시설의 설치허가처분의 취소소송의 형태를 띤다. 이 경우 배출시설의 불법한 조업으로 인한 환경오염에 의하여 권익침해를 받고 있는 주민은, 쟁송의 대상인 사업자에 대한 허가처분을 중심으로 볼 때, 처분의 상대방이 아니라 제3자의 지위에 있다.

이렇게 볼 때 제3자 취소소송에 있어서 문제에 대한 초점은 주민이 사업자에 대한 허가처분을 다룰 법률상의 이익을 가지고 있는가에 모아진다. 이에 관하여 행정쟁송법(행정심판법 제9조·행정소송법 제12조, 제35조, 제36조)은 청구인적격 또는 원고 적격을 ‘법률상의 이익이 있는 자’에 한정시키고 있다. 환경행정소송에 있어서의 법률상의 이익의 문제는 특히 배출시설의 설치허가에 대한 관계에서, 제3자적 지위에 있는 주민의 소송제기권과 관련하여 제기된다. 이에 관하여는 판례에서 원고적격·청구인적격의 확대경향⁵⁷⁾이 비교적 뚜렷하게 나타나고 있다.⁵⁸⁾

2. 의무이행소송

의무이행소송(Verpflichtungsklage)이란 행정청이 개인이 신청한 행정행위에 대하여 이를 거부하거나 부작위로 방치하고 있는 경우에 신청에 따른 행정행위를 할 것을 행정청에 명하는 판결을 구하는 소송을 말한다.⁵⁹⁾

57) 주거지역에서 갑이 설치허가를 받아 운영하고 있는 연탄공장으로부터 날아드는 분진, 소음 등으로 피해를 보고 있는 인근지역 주민들은 같은 지역주민인 을을 대표로 선임하여 그 연탄공장 설치허가의 취소청구소송을 제기한 사건에서 대법원은 ‘주거지역 내에서의 일정한 건축을 금지하고 또는 제한하고 있는 것은 ... 공공복리의 증진을 도모하고자 하는데 그 목적이 있는 동시에 한편으로는 주거지역내에 거주하는 사람의 주거의 안녕과 생활환경을 보호 하고자 하는데도 그 목적이 있는 것으로 해석이 된다. 그러므로 주거지역내에 거주하는 사람이 받는 위와 같은 보호이익은 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 바로 법률에 의하여 보호되는 이익’이다. (대판 1975. 5. 13. 73누 96·97)라고 판시하여 원고의 주장을 인용했다.

58) 홍준형, 「환경법」, 박영사, 2005, 372면.

59) 김향기, 「행정법개론」, 삼영사, 2008, 506면.

급부소송 또는 이행소송이라고도 불리는 의무이행소송은 사인이 행정청에 대하여 행정행위를 해 줄 것의 신청을 전제로 하여 행정청이 그것을 거부 또는 방치한 경우 그러한 행정청의 소극적 활동에 대한 불복을 의미한다는 점에서 항고소송의 성질을 갖는 소송이다.

행정심판법은 의무이행심판을 인정하고 있지만(행정심판법 제4조 제3호), 행정소송법은 의무이행소송을 인정하지 않고, 단지 거부처분에 대한 취소소송과 부작위위법확인소송을 인정하고 있을 뿐이며, 또한 법원에서도 이러한 의무이행소송을 허용하고 있지 않다.⁶⁰⁾ 이러한 이유 때문에 현행법하에서 의무이행소송이 가능한가에 대하여 학설대립이 있다.

(1) 소극설

소극설은 권력분립주의를 형식적·정치적으로 파악하여, 행정에 관한 제1차적 판단은 행정권에 맡겨야 하므로 법원은 오직 확인 또는 취소의 판결만을 할 수 있을 뿐 이행판결을 할 수 없다고 보는 견해이다. 즉 일반법원은 행정청에 대한 일반 감독기관이 아니므로 법원이 행정청에 갈음하여 일정한 행위를 결정하고 그것을 하도록 명하는 것은 사법권이 행정권의 고유영역을 침해하는 것이 되어 권력분립의 원칙에 반한다는 것이다. 또한 법령상 행정부의 재량에 맡겨져 있는 분야는 행정청의 책임으로 처리될 수 있는 한 사법심사의 대상이 되지 않으며, 의무화소송의 도입이 입법적으로 바람직하지만 현재로서는 실정법의 근거를 결하기 때문에 불가능하다고 한다. 판례도 소극설에 따르고 있다.⁶¹⁾

60) 대법원은 “신축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 원고의 예비적청구는 행정소송에서 허용되지 아니한다.” (대판 1987.3.24. 86누182) 라고 판시하여 부작위소송 등 일련의 의무이행소송을 부정하고 있다.

(2) 적극설

적극설은 권력분립주의를 실질적·기능적으로 보아 사법권은 행정소송에 있어서 법령의 적정한 집행의 보장을 통하여 개인의 권익을 보호하는 기능을 하는 것이므로, 행정청의 위법한 행위를 취소할 수 있음은 물론, 위법한 부작위에 대한 적극적인 이행판결을 인정하는 것은 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니라고 한다. 즉 권력분립원리는 단순히 국가권력을 분산한다는 데에 의미를 갖는 것이 아니라, 국가권력의 집중에 의해 야기될 수 있는 위험인 권력의 남용을 방지하고, 이를 통해 국민의 기본권을 보장하려는 데 그 본래의 의미가 있는 것이다. 따라서 법원이 행정청에게 일정한 의무를 명하더라도 그것이 국민의 권리구제를 위해 효율적인 것이라면, 의무이행소송을 인정하더라도 권력분립원리와 모순되는 것이라도 볼 수 없다고 한다.⁶²⁾

(3) 절충설(제한적 긍정설)

절충설은 전면적 긍정설과 소극설의 절충적 입장으로서, 행정소송법이 부작위위법확인소송을 인정하고 있으므로 의무이행소송을 전면적으로 긍정하는 것은 행정소송법의 취지에 맞지 않는다고 본다. 따라서 ① 행정청에게 제1차적 판단권을 행사하게 할 것도 없을 정도로 처분요건이 일의적으로 정해져 있고, ② 사전에 구제하지 않으면 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려

61) '우리 행정소송법이 행정청의 부작위에 대하여 부작위위법확인소송만 인정하고 있을 뿐 작위의무이행소송이나 작위의무확인소송은 인정하지 않다.' (대판 1992.11.10. 92누1629 ; 동지, 대판 1997.9.30, 97누3200 ; 대판 1994. 12. 22, 93누21026)

62) 류지태·박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2009, 610면.

가 있으며, ③ 다른 구제 방법이 없는 경우의 요건하에서 의무이행소송이 허용된다고 한다.⁶³⁾

(4) 소결

이상에서 의무이행소송의 가능여부에 대한 학설을 살펴보았다. 권력분립주의의 본질은 3권 상호간의 견제와 균형을 도모함으로써 권력의 남용을 막고 개인의 권리를 보장하려는데 있는 것이므로, 행정소송제도도 국민의 권익구제의 효과성과 실효성을 담보할 수 있어야 한다. 따라서 행정권에 대한 사법권의 관여가 권력분립주의에 반한다는 소극설의 주장은 받아들이기 힘들다고 할 것이다. 현행 행정소송법은 부작위위법확인소송을 인정하였고 그 실효성을 높이기 위하여 거부처분의 취소소송에서의 인용판결이 확정되면 그 판결의 기속력으로서의 행정청의 재처분의무와 간접강제제도를 인정하여 어느 정도 의무이행소송의 목적을 달성할 수 있게 되었다. 그러나 이러한 제도는 간접적인 것에 불과하므로 직접 의무이행소송이 인정되어야 오늘날의 새로운 행정현실에 부응하는 국민의 권리구제가 실현될 수 있을 것이다.⁶⁴⁾ 다만 의무이행소송이 현실적으로 제도화하기 어렵다면 먼저 제한적 긍정설의 입장에 따라 ① 행정청의 작위의무가 법률상 기속되어 있고 그 기속성이 명백하며(일의적 명백성), ② 행정청의 처분을 전혀 기대할 수 없어

63) 박윤훈·정형근, 「최신 행정법강의(上)」, 박영사, 2009, 762면.

64) 2006년 9월 대법원이 국회에 제출한 행정소송법 개정의견에 따르면, 현행법에 따르면 행정청의 위법한 부작위에 대하여는 부작위위법확인소송을, 행정청의 위법한 거부처분에 대하여는 거부처분취소소송을 제기할 수 있는데, 원고가 부작위위법확인소송에서 승소하더라도 행정청이 일정한 처분을 하여야 할 의무를 부담하는 것이 아니고, 거부처분취소소송에서 승소하더라도 행정청은 원래의 거부처분 사유와 다른 별도의 사유로 또는 거부처분 이후의 사정변경을 이유로 다시 거부처분을 할 수 있다. 이와 같이 행정청의 부작위나 거부행위에 대한 권익구제절차가 불완전하므로, 보다 적극적이고 발본적인 구제수단을 마련할 필요가 있다고 하여 의무이행소송을 도입해야 한다고 하고 있다. 행정소송법 개정자료집 1-3, 법원행정처, 2007, 74면.

그 처분을 기다릴 때에는 회복곤란한 손해가 생길 우려가 있고(긴급성), ③ 법정항고소송 또는 공법상 당사자소송 등 다른 구제수단이 없는 경우(보충성)에 의무이행소송이 인정되어야 할 것이다. 그러나 본질적으로 이러한 해석론에 의해서가 아니라 입법자의 법률개정의 방법을 통해 제도적으로 인정하는 것이 바람직 할 것이다.

3. 행정개입청구권

환경행정개입청구권이란 환경문제에 관한 공권력발동청구권을 말하는 것으로서, 환경오염문제에 대한 행정청의 부작위로 인하여 권익을 침해당한 자가 해당 행정청에 대하여 타인에 대한 환경행정권의 발동을 청구할 수 있는 권리를 말한다.⁶⁵⁾

환경관련법령은 환경부장관이나 기타 행정청에게 배출시설의 설치허가권 뿐만 아니라 감독권자로서 개선명령·조업정지명령·시설이전명령 등의 규제명령을 발할 권한을 부여하고 있다.⁶⁶⁾ 그런데 만일 배출시설에서 배출되는 오염물질의 정도가 배출허용기준을 초과함에도 불구하고 환경부장관이 아무런 조치를 취하지 않고 있다면, 이로 말미암아 권리침해를 받은 주민은 개선명령의 발동을 청구할 수 있을 것인가 문제가 된다. 이는 이른바 재량행위의 행정개입청구권 인정 문제로서, 공권의 일종이므로, 공권의 성립요건인 ① 특정처분의무의 존재 ② 관련규정의 사익보호성이라는 요건을 갖추어

65) 이상규, “한국환경법제의 발전과 문제점”, 인권과 정의, 1999, 105면.

66) 예컨대 수질및수생태계보전에관한법 제39조에 의하면 ‘환경부장관은 제37조제1항의 규정에 의한 신고를 한 후 조업 중인 배출시설(폐수무방류배출시설을 제외한다)에서 배출되는 수질오염물질의 정도가 제32조의 규정에 의한 배출허용기준을 초과한다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 기간을 정하여 사업자(제35조제5항의 규정에 의한 공동방지사설 운영기구의 대표자를 포함한다)에게 그 수질오염물질의 정도가 배출허용기준 이하로 내려가도록 필요한 조치를 취할 것(이하 ‘개선명령’이라 한다)을 명할 수 있다.’고 규정하고 있다.

야 한다.

(1) 행정개입청구권의 성립요건

1) 특정처분의무의 존재

어떤 행정처분이 기속행위인지 재량행위인지 여부는 일률적으로 말 할 수 없고 법문의 규정형식, 처분의 성질 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 것이다. 그런데 각종 환경관련법 문언형식은 대기환경보전법 및 수질및수생태계보전에관한법 제41조 (위법시설에 대한 폐쇄조치 등) 및 제38조 (배출부과금)을 제외하고는 모두 이른바 가능규정, 즉 ‘~명할 수 있다.’라는 수권규정형식으로 되어 있는 이상, 일단 재량권이 수권된 것이지, 의무를 부과한 것은 아니라고 할 것이므로 이 문제는 일단 부정적으로 볼 수밖에 없을 것이다. 그러나 행정청에서 재량이 인정되어 있는 경우에도 행정청은 하자 없는 재량행사에 대한 법적의무를 진다는 점에서 재량권에는 한계⁶⁷⁾가 있다. 만일 어떤 법 규정이 행정청에게 재량권을 부여하고 있을 경우, 행정청은 재량범위 내에서 선택의 자유를 갖지만, 동시에 하자 없는 재량행사의 법적의무를 갖게 되어 개인이 행정청에게 하자 없는 행정행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 갖는다고 할 수 있는데, 이것이 무하자재량행사청구권⁶⁸⁾인 것이다. 다만 관계법규정들이 수권규정에 불과하기 때문에 무하자재

67) 우리 행정소송법 제27조가 ‘행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다.’고 규정하고 있는바, 이는 재량한계론을 입법적으로 승인하고 있다고 볼 수 있다.

68) 대법원은 ‘검사의 임용에 있어서 임용권자가 임용여부에 관하여 어떠한 내용의 응답을 할 것인지는 임용권자의 자유재량에 속하므로 일단 임용거부라는 응답을 한 이상 설사 그 응답내용이 부당하다고 하여도 사법심사의 대상으로 삼을 수 없는 것이 원칙이나, 적어도 재량권의 한계 일탈이나 남용이 없는 위법하지 않은 응답을 할 의무가 임용권자에게 있고 이에 대응하여 임용신청자로서도 재량권의 한

량행사청구권이 있다고 하여 그로부터 곧바로 특정행위의무가 도출되는 것은 아니고 재량이 더 이상 선택의 여지가 없이 축소되었다고 볼 수 있을 때, 즉 재량권이 영으로 수축⁶⁹⁾된 경우에만 특정행위의무가 발생한다.

무하자재량행사청구권은 재량수축의 경우, 사안의 성질상 일정한 결정 이외의 결정도 하자 있는 것으로 판단될 수 있는 경우에는 특정내용의 처분을 요구할 청구권으로 나타날 수 있는데, 이것이 바로 무하자재량행위청구권의 법리가 행정개입청구권 성립의 기초를 제공하는 연결점이 된다. 현행 헌법은 제35조 제1항 제2문에서 ‘국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.’고 규정함으로써 환경보전을 위하여 노력해야 할 국가의 헌법적 의무를 부과하고 있다. 이러한 국가의 환경보호의무와 관련하여 볼 때 배출시설에서 배출되는 오염물질의 정도가 배출허용기준을 초과하여 인근주민의 환경권 내지 환경이익이 현실적으로 침해되고 있는데도 행정청이 이를 수수방관 하는 것은 위의 헌법상 환경보전의무에 비추어 정당화될 수 없으며, 이러한 경우 재량의 수축이 인정될 여지가 많다고 할 것이다.

2) 관련규정의 사익보호성

계 이탈이나 남용이 없는 적법한 응답을 요구할 권리가 있다고 할 것이며, 이러한 응답신청권에 기하여 재량권 남용의 위법한 거부처분에 대하여는 항고소송으로서 그 취소를 구할 수 있다고 보아야 하므로 임용신청자가 임용거부처분이 재량권을 남용한 위법한 처분이라고 주장하면서 그 취소를 구하는 경우에는 법원은 재량권남용 여부를 심리하여 본안에 관한 판단으로서 청구의 인용 여부를 가려야 한다.’(대판 1991.2.12. 90누5825)고 판시 한 바, 무하자재량행사청구권을 인정하고 있다고 볼 수 있다.

69) 재량권의 영으로의 수축이론은 행정청에 재량이 부여된 경우에도 구체적 상황여하에 따라서는 그 재량공간이 축소되어 마침내 1또는 0에 도달함으로써 오직 일정한 행위를 하여야 한다는 결론만이 나올 수 있다는 이론이다. 재량수축의 결과 원칙적으로 권한행사·행정개입의 의무가 생기며 하자 없는 유일한 결정을 해야 하고 다른 모든 결정을 선택할 자유를 상실하여 결국 기속행위로 변하게 된다. 이 이론은 원래 경찰법 분야에서 행정재량 내지 행정편의주의를 이유로 한 행정권의 불행사(재량해태)를 막고 재량권 발동을 의무지우며 이에 대응하는 행정개입청구권을 뒷받침하기 위한 이론이다. 김향기, 전게서, 187면.

환경개선명령등의 발동청구권이 인정되기 위해서는 법률상 행정청에 특정 의무를 부과한 취지가 개인의 이익도 보호하는 것이어야 한다. 예컨대 수질 및수생태계보전에관한법 제39조는 환경부장관에게 환경개선명령의 발동에 관한 재량권을 부과한 것으로 볼 수 있지만, 재량권이 영으로 수축하는 경우에는 환경부장관은 개선명령을 발동할 의무를 지게 된다. 이 경우 수질 및수생태계보전에관한법의 취지에서 볼 때 이러한 의무부과가 전체 공익뿐만 아니라 인근 주민 개개인의 이익도 보호하기 위한 것으로 볼 수 있는가 하는 문제가 있다. 이 문제는 수질 및수생태계보전에관한법 전체 구조와 관련해서 관계규정의 목적·취지를 구체적으로 판단하여 결정되어야 할 것이다. 관계규정은 환경기준을 초과하는 오염물질의 배출을 방지하여 적정한 수질을 보전함으로써 국민 전체의 이익을 보호하려는 것은 물론 당해 오염물질의 배출로 특히 피해를 받고 있는 인근 주민의 이익보호도 고려하고 있다고 해석할 수 있다.⁷⁰⁾ 따라서 인근주민은 수질 및수생태계보전에관한법 제39조에 기하여 일정한 요건하에서는 환경부장관에게 개선명령을 발동할 것을 청구할 수 있다고 본다.

(2) 쟁송수단

만약 인근주민에게 개선명령 등의 발동을 요구할 수 있는 행정개입청구권이 인정된다면, 그 소송상의 관철 방법이 문제될 수 있다. 이 경우 의무이행 심판을 제기하여 구제를 받을 가능성이 있으나, 이러한 심판청구가 행정청의 거부 또는 부작위로 인하여 무위로 끝났을 경우에는 행정소송을 제기할 수밖에 없을 것이다. 결국 행정개입청구권의 구체적인 실현은 그 나라의 행

70) 구형근, 전제논문, 45-46면.

정소송제도와 밀접한 관련을 가지는 바, 독일과 같이 의무이행소송이 인정될 때 가장 잘 실현될 수 있다고 할 것이나, 우리나라에서는 의무이행소송이 인정되지 않고 있다.⁷¹⁾ 따라서 현행법상 고려될 수 있는 소송은 거부처분에 대한 취소소송과 부작위위법확인소송만이 인정될 수 있을 뿐이다. 취소소송은 청구인용판결을 통해 행정청의 재처분의무를 부과한다는 점에서 실질적으로는 의무이행소송과 유사한 결과를 기대할 수 있다고 지적되고 있다. 그러나 부작위위법확인소송은 단순히 무응답상태를 제거하기 위한 소송으로서 청구인용시에도 행정청의 거부 등의 응답을 얻어 이에 대해 다시금 취소소송을 제기해야 하는 우회적 효과⁷²⁾를 지닌 것으로 행정청이 끝까지 필요한 처분을 하지 않는 경우에는 법원이 필요한 처분을 명하는 판결을 할 수 없는 결정적인 문제점이 있다. 여기에 직접적으로 강제할 수 있는 의무이행소송의 필요성이 있는 것이다. 이러한 의무이행소송이 인정될 때 비로소 적극적으로 국가로 부터의 급부를 요구하는 사회적 기본권이 실현될 수 있는 것이다.⁷³⁾

4. 국가배상청구소송

71) 박윤훈·정형근, 전계서, 149면.

72) ‘부작위위법확인’의 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결(사실심의 구두변론 종결)시를 기준으로 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에게 처분 등을 하게하고 다시 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분 등을 다투게 함으로써 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도이므로, 소제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수가 없는 것이다.’ (대판 1990.9.25. 89누4758)

73) 황보완, “환경분쟁과 행정재판”, 외법논집 제17집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2004, 265면.

우리나라의 국가배상법 제2조에서는 ‘공권력의 행사 등으로 인한 손해배상’을, 동법 제5조에서는 ‘영조물의 설치·관리 등으로 인한 손해배상’을 규정하고 있다. 따라서 국가 또는 지방자치단체에 의한 환경오염이나 환경훼손행위로 인하여 손해를 입은 자는 국가배상법이 정하는 바에 따라 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 환경행정상의 국가배상의 경우 환경오염의 특성으로 인하여 과실책임주의를 엄격하게 적용하게 되면 피해자가 구제 받지 못하게 되는 불공평한 결과가 일반적인 국가배상의 경우보다 훨씬 빈번하고 일상적으로 발생한다. ‘위험이 있는 곳에 책임 있다.’라고 하는 위험책임의 법리에 의하거나, 개개인의 도의적인 책임의 문제보다는 ‘객관적으로 누구에게 전보책임을 부담시키는 것이 공평한가.’라는 손해부담의 배분적 정의를 기본으로 피해구제의 만전을 기해야 한다는 견지에서 입증책임의 전환의 법리 등을 통하여 점차 과실책임이 무과실책임으로 접근하는 경향이 두드러지게 나타나는 이유도 그런 이유이다.⁷⁴⁾ 이러한 국가배상책임이 발생하는 사례를 유형적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 위법한 배출시설 설치허가에 의해 설치·운영되고 있는 배출시설로부터 환경오염피해를 받은 자가 그 위법한 설치허가를 이유로 국가배상을 청구하는 경우이다. 이 경우는 국가배상법 제2조가 적용되어 공무원의 직무집행상의 과실, 그리고 위법한 허가처분과 환경오염 및 그로인한 손해와 발생간의 인과관계를 입증하는 것이 문제가 된다. 과실에 대해서는 ‘공무원의 위법행위로 인한 국가작용의 흠’ 정도로 완화되어야 한다는 견해 등 과실의 객관화를 인정하려는 경향이 확산되어 있어 큰 어려움은 없다. 또한 설치허가·환경오염·손해간의 인과관계 역시 이를 입증하는데 별반 어려움은 없다고 한다.⁷⁵⁾

74) 홍준형, 전계서, 390면.

둘째, 국가 또는 지방자치단체의 가관이 직접 환경오염이나 환경훼손을 초래하는 행위를 하거나 이들이 운영하는 배출시설 또는 폐기물처리시설에 의해 환경오염이 발생하여 이로부터 손해를 입은 자가 국가배상을 청구하는 경우이다. 이 경우 역시 국가배상법 제5조의 적용사례에 있어서는 그 설치·관리상의 하자의 존재여부가 주로 문제될 것이고 제2조의 경우에는 특히 환경정책기본법 제31조 제1항이 무과실책임⁷⁵⁾을 명시적으로 규정하고 있으므로 별반 문제가 없다. 그 한도에서 환경정책기본법 제31조 제1항과 원자력손해배상법 제3조는 국가배상법의 특별법이라고 할 수가 있다. 또한 환경오염과 손해간의 인과관계의 판단기준도 환경오염으로 인한 손해배상의 특수성으로 상당인과관계설로부터 개연성설로 발전되고 있으며, 판례의 경우도 대체적으로 같은 입장을 취하고 있다.⁷⁷⁾

셋째, 국가 또는 지방자치단체의 환경행정상의 감독자의 해태로 인하여 환경오염이나 환경훼손이 발생하고 그로 인한 손해배상을 청구하는 경우이다. 이 경우는 감독·규제의무의 해태·부작위로 인한 국가배상이 문제되며, 배상책임의 성립여부는 특히 그러한 법적 의무를 무엇으로부터 도출해 낼 것인가에 달려있다. 이러한 규제·감독조치의 법적의무가 관계법규상 명백한 경우에는 문제가 없으나, 그렇지 않은 경우에 문제는 결국, 환경관계법규상의 수권규정의 해석상, 재량의 수축여부를 인정할 수 있는가에 달려 있다.

75) 홍준형, 전계서, 391면.

76) 그러나 환경정책기본법의 이 무과실책임 조항에 대하여 비판이 제기되고 있다. 그러한 비판의 논거로서는 ① 무과실책임에 있어 '사업자 등'의 범위가 불명확하다는 점이다. 이러한 무과실책임의 원칙이 동법 제7조가 규정하는 오염원인자의 비용부담원칙과 어떻게 조화될 수 있는지에 관해서는 의문이라는 것과, ② 오늘날 피해의 양상이 누적된 손해나 격지손해와 같이 점진적으로 나타는 추세인데, 이러한 피해도 무과실책임으로 모두 배상되는 것인지가 불명확하다는 점 등이 제시되고 있다. 류지태, "환경책임 입법론", 공법연구, 제20집, 1992, 316면.

77) '공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 개연성, 즉 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 함으로써 족하다.' (대판 1974.12.10. 72다1774)

국가배상청구소송은 환경행정상의 조치의 위법을 묻는 사법심사의 수단으로서 광범하게 기능하고, 환경 관련 행정소송과 같이 환경행정에 관련된 판례를 형성 제공하는 연원이 되고 있다.⁷⁸⁾

V. 환경행정소송의 대상 (처분성의 범위)

1. 처분의 개념

취소소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송이며, 따라서 취소소송을 제기하기 위해서는 취소의 대상인 행정청의 처분 등이 존재하여야 한다. 즉 취소소송의 소송요건으로 우선 취소의 대상으로서의 처분성을 갖는 행정청의 행위가 존재해야 한다는 것이다.

현행 우리나라 행정소송법은 취소소송의 대상을 ‘처분 등’으로 보고 처분의 개념에 대하여 행정소송법 제2조 제1항에서는 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.’라고 규정하고 있다. 특히 처분의 개념 중 ‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’이란 국민에 대한 권익구제의 폭을 넓히기 위하여 처분의 개념을 확대 규정한 것으로 주목할 만한 사실이다. 그러나 행정소송법은 이처럼 ‘처분’의 개념을 광의로 정하고 있어 그 해석에 있어서는 견해가 대립될 소지가 있다.⁷⁹⁾

첫째, 실체법상 개념설(행정 행위일원설)은 실체법적으로 행정행위의 개념을 정의해 놓고 그 정의에 해당하는 행정청의 행위에 대해서만 처분성을 인정

78) 석인선, 「환경권론」, 이화여자대학교출판부, 2007, 375면.

79) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2008, 702면.

하려는 입장이다. 이 설은 취소소송을 행정행위의 공정력을 깨기 위한 재심 절차로 보아, 취소소송의 대상인 처분은 공정력을 가지는 행정행위에 한정된다고 보고, 처분에 해당하는지 여부는 행위의 성질상의 문제이므로 획일적으로 결정되어야 하며, 또한 다투는 이유나 다투는 측면에 의해서는 처분성의 유무가 달라질 수 없다고 한다.

둘째, 쟁송법상 개념설(형식적 행정처분)은 현대행정에 있어서의 행정기능의 확대에 따른 행정작용의 다양화 및 적극화와 더불어 이들 작용에 대한 항고소송의 권이구제기능을 중시하여 쟁송법상의 처분개념을 실체법상의 행정행위와는 별개의 파악하는 입장이다. 이 설은 항고소송의 대상인 처분을 행정행위에 한정하지 아니하고, 권력적 사실행위 외에도, 공권력행사로서의 실체는 가지지 아니하나 실질적으로 국민에게 계속적으로 사실상의 지배력을 미치는 행정작용에 대해서도 일정 한도에서 그 처분성을 인정할 수 있는 여지가 있다고 본다.⁸⁰⁾

2. 판례의 태도

판례는 기본적으로 처분의 개념을 좁게 해석하여 행정쟁송의 대상이 되는 행정청의 처분에 대해 실체법상 개념설에 따르고 있는 것으로 보인다.

즉 대법원은 ‘항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나, 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리 의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 되는

80) 김동희, 전제서, 703면.

행정처분이 아니다.’⁸¹⁾ 라고 판시하고 있다.

그러나 처분개념을 광의로 파악하고 있는 판례도 있으며,⁸²⁾ 뿐만 아니라 대법원은 이른바 행정계획 일지라도 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져 오게 한다면 행정청의 처분으로서 행정소송의 대상이 된다고 하여 행정계획에 대한 처분성을 인정하기도 하였다.⁸³⁾

또한 행정청이 국민의 신청에 대하여 한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하려면, 행정청의 행위를 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 그 국민에게 있어야 하고, 이러한 신청권의 근거 없이 한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니한 경우에는 그 거부로 인하여 신청인의 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 이를 항소소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없다는 것이 대법원의 태도이다.⁸⁴⁾

이러한 처분규정에 대하여 판례의 경향은 기본적으로 실체법상 개념설에

81) 대판 1999. 10. 22. 98두18435

82) 대법원은 ‘행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적 일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라는 점을 고려하고 행정처분이 그 주체, 내용, 절차, 형식에 있어서 어느 정도 성립 내지 효력요건을 충족하느냐에 따라 개별적으로 결정하여야 하며, 행정청의 어떤 행위가 법적 근거도 없이 객관적으로 국민에게 불이익을 주는 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고, 그 행위의 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 그로 인하여 파생되는 국민의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 구제수단이 필요한 점에 비추어 볼 때 행정청의 행위로 인하여 그 상대방이 입는 불이익 내지 불안이 있는지 여부도 그 당시에 있어서의 법치행정의 정도와 국민의 권리의식 수준 등은 물론 행위에 관련한 당해 행정청의 태도 등도 고려하여 판단하여야 한다.’고 판시하고 있다.(대판 1993.12.10. 93누12619 ; 동지 2007.6.14. 2005두4397)

83) 대판 1982.3.9. 80누105

84) 대법원은 ‘종교단체가 설치하고자 하는 납골탑에는 관리사무실, 유족편의시설, 화장한 유골을 뿌릴 수 있는 시설 그 밖에 필요한 시설물과 주차장을 마련하여야 하나, 위와 같은 시설들은 신고한 납골탑을 실제로 설치·관리함에 있어 마련해야 하는 시설에 불과한 것으로서 이에 관한 사항이 납골탑 설치신고의 신고대상이 되는 것으로 볼 아무런 근거가 없으므로, 종교단체가 납골탑 설치신고를 함에 있어 위와 같은 시설 등에 관한 사항을 신고한 데 대하여 행정청이 그 신고를 이를 일괄 반려하였다고 하더라도 그 반려처분 중 위와 같은 시설 등에 관한 신고를 반려한 부분은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.’(대판 2005. 2. 25. 2004두4031)고 판시하여 신고에 대한 반려행위의 처분성을 부정하였다.

의하되,⁸⁵⁾ 이에 따른 한계를 극복하고자 처분의 개념을 광의로 파악하여 항고소송에 의한 권리구제를 확대하려 하고 있는 것으로 보인다.

3. 소결

행정소송에서의 처분성 문제는 행정소송과 민사소송을 구분하기 위한 요건에 불과하며, 처분성이 인정된다고 하더라도 취소소송이 받아들여지기 위해서는 다시 원고적격과 위법성이 요구된다는 점에서 처분성을 너무 엄격하게 해석하여 법원의 위법성 판단을 받을 기회조차 박탈하는 것은 부당하다고 본다. 특히 환경에 관한 행정소송의 경우는 여타의 행정소송과는 달리 일단 한번 환경이 파괴되면 회복이 어렵다는 고유의 특성을 가지고 있기 때문에, 처분의 개념을 확대할 필요가 있다. 그러므로 지역주민의 환경권을 실질적으로 보장한다는 관점에서 개발행정과 관련된 일체의 행정과정에 대하여 처분성을 인정하여 조기에 취소소송을 제기할 수 있도록 하여야 할 것이다.⁸⁶⁾

85) 기본적으로 법원은 행정쟁송의 대상이 되는 처분에 대하여, ① 공권력발동으로서의 행위(공권성), ② 국민에 대하여 직접 법적 효과를 발생시키는 행위(직접효과성), ③ 최종적인 단계에서 직접적인 효과를 발생시키는 행위(사건성숙성)를 중심으로 이해하고 있는 것으로 생각된다.

86) 이성자, “환경행정소송에 있어서 법원의 역할에 관한 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 2000, 193면.

第 3 章 우리나라 現行法上 環境行政訴訟의 原告適格

제1절 원고적격의 의의

행정소송 중 특히 취소소송에 있어서 원고적격이란 구체적인 사건에 있어서 원고가 될 수 있는 자격을 말한다. 행정소송도 소송당사자가 대립하는 대심의 형식을 취하고 있다는 점에서 민사소송과 본질적으로 다를 것이 없다고 할 것이다. 그러나 행정소송 중 특히 항고소송은 민사소송과 같이 당사자 사이의 권리이익에 대한 대립이 아니라 처분 등의 위법을 이유로 하여 그 취소·변경 등을 구함으로써 그의 권익보호를 도모하는 것이고, 당사자 일방에 대하여 타방의 당사자인 행정청은 단지 행정법규의 집행에 위법이 없음을 주장하는데 지나지 않는다. 따라서 행정소송에 있어서 위법한 처분에 대하여 취소를 구하는 적격을 누구에게 부여할 것인가는 행정처분과 그 상대방 사이에 어떠한 관계가 있는 경우 원고적격을 인정할 것인가의 문제를 의미하며, 이는 행정과 법의 관계, 사법과 행정의 관계 등에 있어서 상대방의 지위가 어떠한가에 의하여 결정되기 때문에 원고적격의 문제는 단순한 소송요건의 하나로서의 문제에 그치지 아니하고, 행정법규의 구조전체의 문제를 의미한다고 할 수 있다.⁸⁷⁾

따라서 행정법상의 원고적격론에서는 첫째, 행정소송이 국민의 권리구제 기능과 행정통제기능 이 두 가지 목적을 적절하게 조화시키려는 특별한 노력이 있어야 하고, 둘째, 행정소송의 경우에는 소의 대상인 행정처분이 사인의 행위에 비하여 공공적 성격이 강하기 때문에 민사소송에 비하여 사회적

87) 박석연, “항고소송의 당사자적격(소의 이익포함)”, 『행정소송에 관한 제문제(上)- 재판자료 제 67집』, 법원행정처, 1995, 177-178면.

으로 광범한 영향력을 가지는 경우가 많으므로, 개개의 소송에 있어서도 당해 사건의 행정처분의 적부를 판단함과 아울러 그 처분의 효과가 사회적으로 미치는 효과 또한 고려대상에 포함시켜야 한다.⁸⁸⁾

모든 국민은 헌법 제27조에 의하여 재판받을 권리가 있으므로 법률에 특별한 규정이 없더라도 그것이 법률상 쟁소인 한 제소가 가능하다고 할 것이다. 그러나 아무런 법적 가치가 없는 제소까지 허용한다면 법원으로서의 소의 홍수 속에서 보호할 가치가 있는 소송조차 적정하게 심판할 수 없을 뿐 아니라 피고도 부당하게 강요된 소송에 응소하여야 하는 폐단이 있기 때문에 이를 방지하기 위하여 구체적인 사건에 있어서 원고가 될 수 있는 자격을 일정한 자격이 있는 자에게만 인정하고 있는데 이것이 바로 원고적격의 개념이다. 원고적격은 행정소송을 제기함에 있어 이러한 자격을 요구하여 법원의 재판에 적합한 소송과 적합하지 않은 소송을 구별하여 법원에 의하여 보호받을 만한 이익을 가지지 않은 자를 소송에서 배제하고 그러한 보호를 받을 이익을 가진 자에게 소송에 의하여 구제받을 기회를 부여하는 기능을 한다.⁸⁹⁾ 즉 원고적격은 행정소송을 이용할 수 있는 결정적인 관문이 되는 것이다.⁹⁰⁾

이러한 원고적격의 문제는 대개 다음과 같은 몇 가지 경우를 생각하여 볼 수 있다고 한다.⁹¹⁾ 첫째는 공익을 대표하는 공적인 대표를 지정하고 이 대표자가 소송을 제기할 수 있게 하는 경우이다. 이러한 경우의 예는 영국의 법제에서 찾아볼 수 있는데 이른바 행정적 기능을 수행하는 법무장관 (Attorney General)이 행정소송 제기의 권한을 가지는 경우이며, 또 한동안

88) 설계경, 전계논문, 185-186면.

89) 윤강열, “환경영양평가와 인민주주의의 원고적격”, 재판실무연구, 광주지방변호사회, 1998, 479면.

90) 최선웅, “행정소송에서의 원고적격- 기존 4개 학설의 의의를 중심으로-”, 행정법연구 제22호, 행정법 이론실무학회, 2008, 32면.

91) 양승두, “취소소송에 있어서의 소의 이익”, 행정관례연구, 서울대학교 출판부, 1992, 168-169면.

스웨덴에서 실시한 바 있는 예로서 옴부즈만에게 행정소송 제기의 권한을 인정한 예가 이에 해당한다.

둘째는 공동체를 구성하고 있는 누구나가 다 제소권을 가지는 경우이다. 이러한 예는 영국, 미국 그리고 프랑스의 행정소송에서 흔히 예를 볼 수 있는데, 프랑스의 월권소송에서 일정한 지위 또는 자격, 이를 테면 영업자, 소비자, 납세자 또는 일정한 지역에 거주하는 주민 등에게 원고적격을 인정하고 있는 예에서 찾아볼 수 있다. 끝으로 볼 수 있는 것은 당해 문제에 관하여 특별한 이해관계를 가지고 있는 사람에게 원고적격을 인정하는 경우이다. 이 경우는 원고적격을 가장 좁게 인정하는 것으로서 이를테면 권리를 침해당한 사람이나 또는 특별한 사실상의 손해를 입은 사람에게 대해서만 원고로서 제소할 지위를 인정하는 경우이다. 그러나 이 경우에는 단순히 제소할 지위에 있는 사람이 누구인가 하는 문제와 더불어 이 사람이 침해당한 특별한 이해가 무엇인가 하는 문제가 서로 얽혀있다.

우리나라 행정소송법 제12조에서 말하고 있는 원고적격은 위의 세 가지 유형 중 마지막 범주에 속하는 것으로, '취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행, 그 밖의 사유로 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우도 같다.' 라고 규정하고 있다.

또한 행정소송법은 취소소송의 원고적격에 관한 동 규정 외에 무효등확인소송의 원고적격은 제35조, 부작위위법확인소송의 원고적격에 대하여는 제36조에서 각각 규정하고 있는데, 이는 모두가 '법률상 이익이 있는 자'만이 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있는 바, '법률상 이익이 있는 자'라는 불확정개념을 사용함으로써 해석상 논란이 되고 있다.

특히 환경문제와 관련된 취소소송은 당사자간의 개인적인 권리나 이익의

구제만을 목적으로 하는 주관적 소송에서, 위법한 행정청의 처분을 배제하고 제3자인 인근 주민의 권리나 이익을 보호하는 객관적 소송의 성격을 가지는 형태로 변모되어야 한다는 점에서, 제3자의 원고적격의 인정 범위가 문제된다. ‘법률상 이익’의 구체적인 범위를 어떻게 해석 하나 하는 것은 그야말로 학계와 실무계에서 미로 내지 혼돈이라고 표현⁹²⁾될 만큼 난제라고 하겠다.

따라서 아래에서는 원고적격론에 관한 우리의 학설과 판례를 살펴보고자 하는바, 특히 현행 행정소송법상 원고적격의 요건인 ‘법률상 이익’의 해석을 통해 원고적격 확대의 가능성을 검토해보고자 한다. 그리고 더 나아가 장을 바꾸어 원고적격에 관한 외국의 이론과 판례를 검토해 보겠다.

제2절. 환경행정소송에서 제3자의 원고적격에 관한 학설 및 판례

I. 서

우리나라는 1984년의 행정소송법 전면개정(제12조⁹³⁾)에서 원고적격의 인정기준으로서 ‘법률상 이익’이라는 개념을 규정하게 되었다. 구행정소송법(1984년 개정 전의 법)에는 원고적격에 관하여 제12조와 같은 구체적인 규정이 없었다. 이러한 상황에서 당시 대법원은 원고적격 문제를 판단하면서, 원고적격의 인정기준을 ‘권리’, 또는 ‘법률상 이익’을 제시하였으나 주된 기준은 ‘권리’였고, ‘법률상 이익’은 엄격하게 해석하고 있었기 때문에 처분의

92) 박재완, “환경행정소송에서의 원고적격”, 「환경법의 제문제(상)-재판자료 제94집」, 법원도서관, 2002, 119면

93) 제12조 (원고적격) ; 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소를 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

제3자의 원고적격은 거의 인정되지 않고 있었다.⁹⁴⁾ 이에 대하여 학자들은 원고적격의 인정범위가 너무 협소하다는 이유로 원고적격 확대론을 주장하였고, 그러던 중 대법원은 1965. 9. 23. 선고 65누88 전원합의체 판결⁹⁵⁾로서 원고적격의 인정기준은 ‘권리’에서 ‘법률상 이익’으로 전면적으로 대체하여 학자들 간의 활발하게 제기된 원고적격 완화론에 따라 처분의 제3자의 원고적격을 인정하기 시작했다. 이렇게 볼 때 1984년 전면 개정된 행정소송법은 위 대법원 전원합의체 판결 및 그 이후의 판례의 입장을 받아들인 것으로 평가된다. 그러나 위 개정 이후에도 원고적격 특히 처분의 제3자의 원고적격의 관하여 학자들간의 논란은 계속되고 있다. 이는 제12조가 원고적격의 인정기준으로서 제시한 ‘법률상 이익’이 불확정 개념이기 때문에 취소소송의 목적, 기능 등에 대한 시각의 차이에 따라 그 해석기준이 달라 질 수 있기 때문이다. 따라서 아래에서는 ‘법률상 이익’에 대한 학설과 판례에 대해 살펴보고자 한다.

II. 학설

1. 권리구제설 (권리향수회복설)

권리구제설은 행정소송 특히 취소소송의 목적 내지는 기능이 위법한 처분

94) 천중호, “취소소송에서의 제3자의 원고적격(上)”, 자치연구 제11권 제1·2합병호, 2002, 96면.

95) ‘위법한 행정처분에 의하여 권리의 침해를 받은 자는 그 처분의 취소 또는 변경을 구하기 위하여 처분청을 상대로 법원에 행정소송을 제기할 수 있다고 할 것이며 그 처분의 직접의 상대방은 물론 제3자라 하더라도 그 처분의 취소변경에 관하여 법률상의 구체적 이익이 있으면 특별한 사정이 없는 한 원고로서 소를 제기 할 수 있다고 할 것인바 본건에 있어서 살피건대 피고의 소외 운명여에 대한 취소처분이 취소되지 아니한다면 동 소외인으로부터 소외 사성여를 거쳐 본건 대지를 매수한 원고로서는 그 소유권을 상실하는 결과가 될 것이므로 본건 취소처분의 취소에 관하여 법률상의 구체적 이익이 있다고 할 것이다.’

에 의하여 침해된 실체법상의 권리보호 내지는 개인의 권리회복에 있다고 보아, 권리⁹⁶⁾가 침해된 자만이 취소소송을 제기할 수 있다고 하는 설로 전통적인 견해이다. 이 설은 취소소송의 본질도 민사소송과 같이 실체법상 권리보호에 있다고 보아 위법한 처분등으로 인하여 권리를 침해당한 자만이 원고적격을 갖는다고 하는 것으로서, 이는 과거의 민사소송이론이 권리보호 청구권설에 입각하여 재판의 본질을 실체법상의 권리보호에 있다고 본 데에서 유래한다고 한다.

이 설에 의하면 사법상의 구제이익은 권리의 범주 여하에 따라 좌우되게 되어 ① 소송의 대상은 국민의 구체적인 권리를 직접 침해하는 처분이라야 하며, 특정인의 권리를 침해하지 않는 처분은 국민에게 불리하게 작용되더라도 선형적인 대상으로서의 적격성이 부정된다. ② 제3자에 대한 처분에 대하여는 그 제3자가 특별한 권리를 가지는 경우를 제외하고는 원칙적으로 원고적격이 인정되지 않는다. ③ 소의 이익은 훼손된 권리가 현실적으로 회복이 법률상·사실상 불가능하게 되면 비록 부수적인 이익의 회복가능성이 남아 있는 경우에도 그 처분의 취소를 청구할 이익이 부정된다.⁹⁷⁾

즉 이 설은 권리를 직접 침해하지 않지만 국민에게 불이익을 주는 경우에는 원고적격이 부정되고 제3자에 대한 처분에서 제3자에 대한 특별한 권리를 가진 자를 제외하고는 원고적격이 인정되지 않는다는 비판이 있다.⁹⁸⁾ 이렇게 볼 때 오늘날 원고적격 확대론과 더불어 원고적격의 중심이 처분의 상대방으로부터 제3자에게 이동되었다는 점에 비추어 볼 때, 원고적격을 엄격히 제한하는 이 설은 지지하기 어려운 견해라고 할 것이다.

96) 김동희 교수는 이 권리를 자유권, 수익권 등의 공권과 재산권 등의 사권이라고 기술하고 있다.; 김동희, 전계서, 687면.

97) 예컨대 면직된 공무원의 지위회복이 불가능하게 되면 봉급청구만을 위한 면직처분의 취소는 청구할 수 없게 된다.

98) 김향기, 전계서, 523면.

2. 법률상 이익구제설

법률상 이익구제설은 우리나라의 통설⁹⁹⁾과 판례의 입장으로서, 취소소송을 전통적 의미의 권리의 관철수단으로 이해하는 것이 아니라 강행법규에 위반하여 ‘법률이 국민을 위하여 보호하고 있는 이익’을 당사자 스스로 방위하기 위한 수단으로 해석한다. 따라서 이 견해는 행정청의 처분이 국민의 이익을 보호하는 보호규범에 위반하여 관계 국민에게 불이익을 주었을 경우에는 비록 그 이익이 권리라고 할 수 없는 경우에도 취소소송의 제기가 가능하기 때문에 원고적격의 범위가 권리구제설 보다 넓어진다. 여기서 법률상 보호된 이익은 법에 의하여 보호되고 있는 직접적이고 구체적인 이익이어야 하고, 공익보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지는 추상적·평균적·일반적 이익이나 반사적 이익과 같이 간접적이거나 사실적·경제적 이익까지는 포함하는 것은 아니라고 한다. 이 견해는 원고적격의 인정기준이 상대적으로 객관적이고 명확하다는 장점이 있다. 반면 원고적격의 판정을 실정법규의 해석에 맡겨 만일 피침해법규의 의도하는 바가 국민의 이익보호에 있는 것이라면 소제기가 허용되지만, 반대로 국민의 이익보호가 아니고 주로 공익목적에 위한 규제에 있는 경우 위법한 처분에 의하여 국민의 중대한 이익이 침해되었다 하더라도 그것은 단순한 반사적 이익의 침해에 불과하여 원고적격이 부정되므로, 원고적격의 판단을 지나치게 입법자의 의사에 의존한다¹⁰⁰⁾는 비판을 받는다.

99) 김동희, 전계서, 689면; 김향기, 전계서, 525면; 류지태·박종수, 전계서, 630면; 박균성, 전계서, 969면; 박윤훈·정형근, 전계서, 786면

100) 박석연, 전계논문, 181면

3. 보호가치이익설

보호가치이익설은 소의 이익에 대한 판정을 실체법에 대한 해석에서 벗어나 보다 실질적으로 개인이 침해 받은 손실을 평가하여 사법적 구제여부를 결정하려는 견해이다. 따라서 원고적격의 문제는 실체법상의 문제가 아니라 소송법상의 문제이고, 그 판단 기준은 법률이 아니라 원고 개인이라고 한다.¹⁰¹⁾ 즉 처분의 위법을 다투는 자가 그 효력을 부인함에 있어서 실질적 이익을 가지는 한, 그것이 법률이 보장하는 이익이건 사실상의 이익이건 널리 취소소송의 소송요건을 충족시키는 것으로 본다. 이 견해에 의하면, 소의 요건을 결정함에 있어서 사실상의 환경침해를 입는데 지나지 않는 자라 하더라도 그 환경침해가 일반적·추상적인 것이 아니라 구체적·개인적 환경침해이며, 동시에 직접적이고 중대한 환경침해인 경우에는 이러한 침해를 받은 자는 그 다툼을 구체적으로 해결하기에 적합한 당사자라는 견지에서 환경침해의 경우와 크게 다를 바 없기 때문에 구제의 필요성이 인정되어야 한다는 입장이다.

그러나 보호가치이익설에 의하면 소의 이익이 더욱 확대되지만, 한편 실체법이 보호하고 있지 않는 소송법상의 이익의 개념과 범위가 모호하기 때문에 법원의 자의적인 해석의 우려가 있다.¹⁰²⁾ 또한 기본적으로 우리나라가 실체법과 소송법을 구별하고 있는 법체계를 가지고 있는 이상 실체법이 보호하지 않는 이익을 소송법으로 보호할 수 없다는 비판이 있다. 다시 말해서 법원은 법이 보호하는 이익을 재판을 통해 보호할 수 있는 것이지 법이 보호하고 있지 않은데 법관이 자의적인 판단에 의하여 보호할 가치가 있는

101) 최선웅, 전제논문, 36면.

102) 김동희, 전제서, 789면 ; 김향기, 전제서, 524면.

지 여부를 판단하여 보호할 수 있는 것은 아니고, 어떤 이익이 보호할 가치가 있는가 여부는 입법자의 판단사항 이라고 한다.¹⁰³⁾

4. 적법성 보장설

적법성보장설은 취소소송의 목적은 개인의 권익 보호뿐만 아니라 행정처분의 적법성을 보장하려는 데 있는 것으로 보는 견해로 취소소송을 객관소송으로 파악하는 견해이다. 따라서 이 설은 행정소송을 제기하는 자의 주관적 권리, 이익 보호에 국한시키려는 앞의 3가지 학설을 비판하고 행정처분의 적법성 유지를 중시하여 처분의 성질상 당해 처분을 다투기에 적합한 상태 있는 자에 대하여 널리 소익을 인정한다. 그러나 이 견해는 취소소송을 우리나라 취소소송이 주관소송이라는 점에서 현행 소송구조를 전면적으로 부인하는 문제점을 갖는다. 또한 적법성보장설은 취소소송을 민중소송화할 우려가 있고,¹⁰⁴⁾ 권리구제의 폭이 지나치게 넓어지게 되어 법원의 업무가 과중하게 된다는 비판이 따른다.¹⁰⁵⁾

5. 절차적 참가권설

절차적 참가권설은 최근에 등장한 학설로, 행정기관의 정책결정에 대하여 이해관계를 가진 당사자가 당해 행정결정절차에 참가할 수 없었던 경우에는 그 행정결정에 대하여 법원에 사법심사를 요청할 ‘standing’을 부여해야 한다는 것이다. 이 견해는 미국 법원에 태도에 기인한 것으로, 종래의 행정소

103) 김남진·김연태, 「행정법 I」 제12판, 법문사, 2008, 666면.

104) 김남진·김연태, 전계서, 666면 ; 김동희, 전계서, 689면

105) 박균성, 전계서, 968면.

송의 기능은 개인의 자유와 재산 보호를 둘러싸고 국가와 전개된 양극적 분쟁의 해결이 주된 것이었으나, 새로운 종류의 이익이 등장함에 따라 행정소송도 다극적 분쟁의 조정이라는 기능을 담당하게 되었고 다극적 분쟁에 있어서는 정부의 영역과 사인의 영역을 구분하기 어려우며, 그 구분 자체의 타당성에 의문이 있으므로 법원은 다투어지고 있는 이익상황의 판단에 있어서 각 행정분야에서 이루어진 공법적 규제의 목적이나 이해대립의 상황 등을 고려하여 판단하여야지 추상적인 사실상의 손해나 보호할 가치 있는 이익이라는 기준을 무리하게 적용시켜서는 안된다고 하면서 원고적격의 유무 판정은 법원에 의하여 구체적 사건에 따라 사례별로 평가되고 또 어떠한 이익이 사법상 보호를 받아야 할 이익인가는 판례를 통하여 구체화 되어야 한다고 한다.¹⁰⁶⁾ 이러한 견해에 대해 절차적 참가권이 명문법규에 의할 경우에는 법률상 이익구제설로, 이것이 헌법상의 기본권 규정 내지 조리에 의한 경우까지 포함하면 보호가치이익설로 포섭하여 설명할 수 있으므로 절차적 참가권설의 독자적 의미는 없지 않은가 하는¹⁰⁷⁾ 비판이 있다.

6. 소결

이상의 학설을 살펴보았을 때,¹⁰⁸⁾ 권리구제설은 원고적격의 인정에 있어서

106) 김영길, “환경행정소송에서의 원고적격”, 자치연구 제12권 제1·2합병호, 2002, 12면.

107) 김향기, “행정소송의 원고적격에 관한 연구 - 환경행정소송에서 제3자의 원고적격을 중심으로-”, 환경법연구 제31권 2호, 한국환경법학회, 2009 226면.

108) 원고적격에 관한 이상의 학설에 대해 최선웅 교수 다음과 같이 평가하고 있다. 즉 기존의 학설들은 모두 행정소송에 있어서 원고적격의 인정범위를 확정하기 위한 요소들과 행정소송의 기능 등을 정도의 차이를 주어 각각 강조한 것에 지나지 않는다. 그렇다면 이제는 원고적격에 관한 특정 학설 명칭 자체를 고집하는 것은 오히려 시대착오적일 뿐만 아니라, 각 학설 자체의 당부를 따지는 것 또한 별다른 의미가 있다고 할 수 없다. 이제는 실제 사례에 있어서 개별·구체적으로 어느 정도 어떻게 원고적격을 근거 지워 인정할 수 있는가에 초점을 맞추는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 최선웅, 전계논문, 49면 참조.

최소한을 의미한다는 점에서 특별한 의미가 없고, 또한 현행 행정소송 중 취소소송이 주관적 쟁송의 성격을 갖는다는 점에서 법률상 이익을 적법성 보장설과 같이 해석 하는데 어려움이 있다. 이렇게 볼 때 현행 행정소송법상 ‘법률상 이익’에 대한 학설을 법률상 이익구제설과 보호가치이익설의 대립이라고 할 수 있다. 그러나 법률문언의 해석상 현행법이 명문으로 ‘법률상’이라고 규정하고 있다는 점, 보호가치이익설은 구체적으로 어떠한 이익이 보호가치 있는 이익인지에 대한 객관적인 기준을 명확하게 제시하고 있지 못하는 점, 우리 행정소송법상 취소소송의 주된 기능이 국민의 권익구제를 위한 주관소송인 점에서 법률상 이익구제설이 타당하다고 생각한다.

다만 법률상이익구제설을 취하면서도 법률의 범위를 처분의 근거법률에만 한정하지 않고 관련 법규, 법 전체 헌법 등을 포함한 법질서 전체로 이해한다면 결국 보호가치이익설과 별 차이가 없다고 할 것이며,¹⁰⁹⁾ 이렇게 볼 때 법률상이익구제설과 보호가치이익설은 상대화되어 가고 있다.

III. 판례

1. 판례의 변천

(1) 연탄공장 건축허가취소청구 사건(대판 1975. 5. 13, 73누96·97)

109) 특히 반사적 이익과 관련하여 이러한 경향은 뚜렷하다. 즉 반사적 이익은 법에 의해 직접 보호되는 이익이 아니므로 그 이익이 침해되어도 재판을 통해 구제되지 않지만, 오늘날 국가 기능의 확대 및 헌법상 국민의 기본권 강화로, 우리나라 판례는 가급적 관계법규에 공익보호와 동시에 개인의 이익보호의 취지도 있는 것으로 해석하여 법적 보호이익의 범위를 확대하고 있다. 따라서 종래의 반사적 이익으로 보았던 것도 관계법규의 합리적 해석을 통해 법적으로 보호되는 이익으로 인정하는 경우가 점차 증대하고 있는 것이다.

주거지역에서 행정청의 연탄공장을 위한 건축허가에 대하여 연탄공장으로 부터 날아드는 분진, 소음 등으로 피해를 보고 있는 주민이 건축허가취소소 송을 제기한 사건에서 대법원은,

도시계획구역 안에서의 주거지역이라는 것은 도시계획법 제17조에 의하여 "거주의 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 위하여 필요하다" 고 인정되어 지정된 지역이고, 이러한 주거지역안에서는 도시계획법 제19조 제1항과 개정전 건축법 제32조 제1항에 의하여 공익상부득이 하다고 인정될 경우를 제외하고는 위와 같은 거주의 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 해치는 모든 건축이 금지되고 있으며, 위와 같은 도시계획법과 건축법의 규정 취지에 비추어 볼 때 이 법률들이 주거지역 내에서의 일정한 건축을 금지하고 또는 제한하고 있는 것은 도시계획법과 건축법이 추구하는 공공복리의 증진을 도모하고자 하는데 그 목적이 있는 동시에 한편으로는 주거지역내에 거주하는 사람의 "주거의 안녕과 생활환경을 보호" 하고자 하는데도 그 목적이 있는 것으로 해석이 된다. 그러므로 주거지역내에 거주하는 사람이 받는 위와 같은 보호이익은 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 바로 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 것이다.

라고 판시하여 주민의 원고적격을 인정하였다. 연탄공장 사건은 도시계획 구역 안에서의 주거지역의 성격과, 도시계획법과 건축법이 주거지역 내에서의 일정한 건축을 금지하고 또는 제한하고 있는 목적을 들어, 주거지역내에 거주하는 인근주민의 '주거의 안녕과 생활환경'을 법률에 의하여 보호되는 이익으로 인정한 최초의 판례라고 할 수 있다. 따라서 행정처분의 직접적인 근거법규에 인근주민들의 이익을 배려하는 규정이 없더라도, 위 도시계획법 등 기타법률에 '주민의 안정과 생활환경'을 보호하는 규정이 있을 경우에는 이 규정에 의거하여 당연히 인근주민에게 원고적격이 인정되어야 할 것이다.¹¹⁰⁾

(2) 화장장설치를 위한 상수원보호구역 변경처분취소청구 사건 (대판1995. 9. 26. 94누14544)

부산시가 운영해 온 당감동 공설화장장이 시설노후와 인근 주택밀집 등의 이유로 폐쇄되자, 대체화장장 설치를 위하여 상수원보호구역인 회동저수지 인접 시소유 공설묘지인 시립영락공원내 부지를 수도법, 도시계획법 등이 정한 절차를 거쳐 1993.8.27. 부산시 고시 제1993457호로 상수원보호구역에서 제외하는 회동수원지 상수원보호구역변경처분을 하고, 이어 같은 해 10.5. 부산시 고시 1993279호로 위 토지상에 화장장을 설치하기로 하는 도시계획결정처분을 하자 위 대체화장장 설치 부지 부근에 거주하던 원고들(299명)이 오염되지 않은 양질의 급수를 받을 이익이 침해되었다고 주장하면서, 위 상수원보호구역변경처분과 도시계획결정처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.¹¹¹⁾ 이에 대해 대법원은,

도시계획법 제12조 제3항의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에관한규칙 제125조 제1항이 화장장의 구조 및 설치에 관하여는 매장 및 묘지 등에 관한 법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어, 도시계획의 내용이 화장장의 설치에 관한 것일 때에는 도시계획법 제12조 뿐 아니라 매장 및 묘지 등에 관한 법률 및 동시행령 역시 그 근거법률이 된다고 보아야 할 것이므로, 매장및묘지등에관한법률 제4조 제2호가 공설화장장은 20호 이상의 인가가 밀집한 지역, 학교 또는 공중이 수시 집합하는 시설 또는 장소로부

110) 서희원, “환경소송에 관한 연구”, 조선대학원박사학위논문, 2003, 79면.

111) 원심법원은 이 사건의 원고적격에 관하여 먼저 상수원보호구역 변경처분에 대하여는, 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 수도법 제5조 제1항 및 동시행령 제7조 제1항이 보호하고자 하는 것은 상수원의 확보와 수질보전일 뿐이고, 그 상수원에서 급수를 받고 있는 지역주민들이 갖는 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 받을 이익은 직접적이고 구체적으로는 보호하고 있지 않음이 명백하여 위 지역주민들이 갖는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로 지역주민들에 불과한 원고들은 위 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없고, 도시계획결정처분에 관하여도 처분의 근거법령인 도시계획법 제12조가 도시계획시설 인근 주민들의 이익을 배려하는 규정이 없으므로 인근주민들이 가지는 이익은 사실적, 경제적 이익에 불과하다고 하여 그 원고적격을 부인하였다.

터 1,000미터 이상 떨어진 곳에 설치하도록 제한을 가하고, 같은 법시행령 제9조가 국민 보건상 위해를 끼칠 우려가 있는 지역, 도시계획법 제17조의 규정에 의한 주거지역, 상업지역, 공업지역 및 녹지지역 안의 풍치지구 등에의 공설화장장 설치를 금지함에 의하여 보호되는 부근 주민들의 이익은 위 도시계획결정처분의 근거법률에 의하여 보호되는 법률상 이익이라 할 것이다.

라고 하여 원고적격을 부인한 원심법원의 위 부분 판단을 파기하였다. 이 판결은 처분의 직접의 근거법률 뿐만 아니라 관련법과 그 시행령의 취지해석을 근거로 하여 원고적격을 인정하였다는 점에서 종래 판결의 중요한 변화로 이해될 수 있다.¹¹²⁾ 다만 당해 판례는 위 이격거리를 기준으로 이격거리 밖에 거주하는 주민의 원고적격은 인정하고 있지 않으나, 공동생활권역에 거주하고 있음에도 실측이 번잡하고 현실적으로도 애매하기 그지없는 단순한 이격거리를 기준으로 원고적격 여부를 가리는 것이 타당한지 의문이다.¹¹³⁾ 결국 소송을 통해 보호하고자 하는 것은 단순한 이격거리가 아닌, '주거의 안정과 생활환경'이라는 법률상 보호이익으로 보아야 하는바, 위 이격거리 내에 거주하는 주민은 당연히 위와같은 법률상 이익이 침해된 것으로 추정될 것이며, 이격거리 밖에 거주하는 주민이더라도 구체적으로 위와같은 생활이익이 침해 받을 우려가 있다는 점을 입증하면 원고적격을 인정받을 수 있어야 하겠다.

(3) 용화집단지구 공원사업시행허가처분 취소청구 사건 (대판 1998. 4.

112) 김향기, 전제논문, 228면

113) 한 동네에 이웃하여 살고 있으면서 동일한 상수원으로부터 물을 공급받고 있음에도 공설화장장으로 부터의 거리가 근소한 차이로 1,000m를 초과하는 장소에 거주하는 주민이라고 하여 그에게 원고적격이 없다고 하는 것은 상식에 어긋난다. ; 이영진, "지역주민들이 공설화장장설치결정처분의 취소를 구할 수 있는 원고적격을 가지는지 여부", 판례월보 제307호, 판례월보사, 1996, 35면

24. 97누3286)

국립공원 속리산내 용화온천 개발과 관련한 식수원분쟁에서, 원심은 위 용화집단지설지구를 발원지로 하는 신월천의 하류지역 거주 주민인 원고들이 이 사건 변경승인 및 허가처분에 의하여 침해받게 되었다고 주장하는 식수원 등의 환경적 이익은, 위 처분들의 근거법률인 자연공원법령에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 아니라 간접적이거나 사실상·경제적인 이해관계에 불과하므로 원고들에게는 이 사건 변경승인 및 허가처분의 취소를 구할 원고적격이 없다고 판단하여 이 사건 소를 각하하였다. 이에 대해 대법원은,

조성면적 10만㎡ 이상인 집단시설지구개발사업을 환경영향평가대상사업으로 정하고 공원계획의 결정 전에 환경영향평가서의 제출 및 협의요청을 하도록 규정하고 있으므로, 피고들이 조성면적 10만㎡ 이상이어서 환경영향평가대상사업에 해당하는 이 사건 용화집단지설지구개발사업에 관하여 이 사건 변경승인 및 허가처분을 함에 있어서는 반드시 자연공원법령 및 환경영향평가법령 소정의 환경영향평가를 거쳐서 그 환경영향평가의 협의내용을 사업계획에 반영시키도록 하여야 하는 것이니 만큼 자연공원법령뿐 아니라 환경영향평가법령도 이 사건 변경승인 및 허가처분에 직접적인 영향을 미치는 근거 법률이 된다고 볼 수밖에 없고, 환경영향평가에 관한 위 자연공원법령 및 환경영향평가법령의 규정들의 취지는 집단시설지구개발사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 집단시설지구개발사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데에 그치는 것이 아니라 그 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위 주민들이 이 사건 변경승인 및 허가처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지게 되는 추상적·평균적·일반적인 이익에 그치지 아니하고 주민 개개인에 대하여 개

별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익이라고 보아야 할 것이다.

라고 판시하여 위 주민들의 원고적격을 인정하였다. 이 판례는 환경영향평가법을 환경영향평가 대상사업에 대한 허가처분의 근거법률 내지 관계법률로 보고, 허가의 대상인 사업으로 인하여 개인적 이익(사익)인 환경상 이익에 대한 직접적이고 중대한 환경침해를 받게 되리라고 예상되는 환경영향평가 대상지역 안의 주민에게 당해 허가 또는 승인처분의 취소를 구할 원고적격을 인정함으로써 취소소송의 원고적격을 획기적으로 넓히고 있다.¹¹⁴⁾ 다만 법률상 이익을 가진 인근주민의 범위를 환경영향평가대상지역에 속하느냐 하는 일률적인 기준에 의하여 정하는 것은 환경영향평가대상지역 선정기준의 객관화가 미흡한 점을 고려할 때 좀 더 검토할 문제라고 할 것이다.¹¹⁵⁾

(4) 영광원자력발전소 부지사전승인처분취소청구 사건 (대판 1998. 9. 4. 97누19588)

한국전력공사가 '원자로등건설사업'(영광원자력발전소 5·6호기 건설사업)을 시행하기 위하여, 그 건설허가를 받기에 앞서 1996.2.10. 원자력법 제11조 제3항에 의하여 피고(과학기술처 장관)로부터 위 토지를 원자로 및 관계시설의 건설부지로 확정하고 그 곳에 굴착·무근콘크리트공사 등의 사전공사를 할 수 있도록 하는 내용의 부지사전승인처분을 받아 위 원자력발전소 부지 부근에 거주하면서 수산업에 종사하고 있던 원고들이 피고를 상대로 위 승

114) 박균성, 전제서, 978면.

115) 김향기, 전제논문, 229면.

인처분의 취소를 구하였다. 이에 대해 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다.

이 사건 부지사전승인처분의 근거 법률인 구 원자력법(1996. 12. 30. 법률 제5233호로 개정되어 1997. 7. 1.부터 시행되기 전의 법률) 제11조 제3항에 근거한 원자로 및 관계 시설의 부지사전승인처분은 원자로 등의 건설허가 전에 그 원자로등 건설예정지로 계획 중인 부지가 원자력법의 관계 규정에 비추어 적법성을 구비한 것인지 여부를 심사하여 행하는 사전적 부분 건설허가처분의 성격을 가지고 있는 것이므로, 원자력법 제12조 제2호, 제3호로 규정한 원자로 및 관계 시설의 허가기준에 관한 사항은 건설허가처분의 기준이 됨은 물론 부지사전승인처분의 기준으로도 된다고 할 것이다.

원자력법 제12조 제2호의 취지는 '원자로등건설사업'이 방사성물질 및 그에 의하여 오염된 물질에 의한 인체·물체·공공의 재해를 발생시키지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 방사성물질 등에 의한 생명·건강상의 위해를 받지 아니할 이익을 일반적 공익으로서 보호하려는 데 그치는 것이 아니라 방사성물질에 의하여 보다 직접적이고 중대한 피해를 입으리라고 예상되는 지역 내의 주민들의 위와 같은 이익을 직접적·구체적 이익으로서도 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위와 같은 지역 내의 주민들에게는 방사성물질 등에 의한 생명·신체의 안전침해를 이유로 이 사건 부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

원자력법 제12조 제3호(발전용 원자로 및 관계 시설의 건설이 국민의 건강·환경상의 위해방지에 지장이 없을 것)의 취지와 원자력법 제11조의 규정에 의한 원자로 및 관계 시설의 건설사업을 환경영향평가대상사업으로 규정하고 있는 구 환경영향평가법(1997. 3. 7. 법률 제5302호로 개정되기 전의 것) 제4조, 구 환경영향평가법시행령(1993. 12. 11. 대통령령 제14018호로 제정되어 1997. 9. 8. 대통령령 제15475호로 개정되기 전의 시행령) 제2조 제2항 [별표 1]의 다의 (4) 규정 및 환경영향평가서의 작성, 주민의 의견 수렴, 평가서 작성에 관한 관계 기관과의 협의, 협의내용을 사업계획에 반영한 여부에 대한 확인·통보 등을 규정하고 있는 위 법 제8조, 제9조 제1항, 제16조 제1항, 제19조 제1항 규정의 내용을 종합하여 보면, 위 환경영향평가법 제7조에 정한 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 방사성물질 이외의 원인에 의한 환경침해를 받지 아니하고 생활할 수 있

는 이익도 직접적·구체적 이익으로서 그 보호대상으로 삼고 있다고 보이므로(당원 1998. 4. 24. 선고 97누3286 판결 참조), 위 환경영향평가대상지역 안의 주민에게는 방사성물질 이외에 이 사건에서 문제가 되고 있는 원전냉각수 순환시 발생하는 온배수로 인한 환경 침해를 이유로 이 사건 부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격도 있다고 할 것이다.

위 판결에 의하면, 위 원자력법 제12조 제2호와 제3호에 기한 원고적격을 달리 보아, 제3호의 원고적격은 환경침해를 이유로 하는 것으로서 환경영향 평가를 전제로 한 환경영향평가대상지역 내 주민들에게만 인정되는데 비하여, 제2호의 원고적격은 생명·신체상의 안전침해를 이유로 하는 것으로서 환경영향평가여부와 관계없이 인정되고, 대상 주민도 환경영향평가대상지역에 국한될 필요 없이 직접적이고 중대한 피해를 입으리라고 예상되는 지역이면 된다.

(5) 남대천 양수발전소 건설사업승인처분취소청구 사건 (대판 1998. 9. 22. 97누19571)

한국전력공사는 강원도 인제군 방대천과 양양군 남대천에 양수발전소를 건설하기 위하여 법에 정해진 환경영향평가를 마치고 통상산업부장관으로부터 전원개발사업실시계획승인을 얻자, 양수발전소건설사업구역 내에 토지와 주택을 소유한 자, 남대천에서 연어 등을 포획하는 자, 환경영향평가 대상지역 안의 주민, 댐 소재지 산에서 송이를 채취하는 주민, 자연을 찾아 즐기거나 연구·보전하려는 산악인·생물학자·생태연구가·사진가·일반시민·환경보호단체 등이 원고가 되어 위 사건 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 이에 대하여 대법원은 이 사건 처분의 근거법령인 전원개발에

관한 특례법령, 구 환경보전법령, 구 환경정책기본법령 및 환경영향평가법령 등의 규정취지는 환경영향평가대상사업에 해당하는 발전소건설사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 당해 사업과 관련된 환경공익을 보호하려는데 그치는 것이 아니라 당해 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는데 있으므로, 주민들이 위 승인처분과 관련하여 갖는 위와 같은 환경상 이익은 단순히 환경공익보호의 결과로서 국민일반이 공통적으로 갖게 되는 추상적·평균적·일반적 이익에 그치지 아니하고 환경영향평가대상지역 안의 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익이라고 보아야 하고, 따라서 위 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경침해를 받게 되리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에게는 위 승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있으나, 환경영향평가대상지역 밖의 주민·일반국민·산악인·사진가·학자·환경보호단체 등의 환경상 이익이나 전원개발사업구역 밖의 주민 등의 재산상 이익에 대하여는 위 근거법률에 이를 그들의 개별적·직접적·구체적 이익으로 보호하려는 내용 및 취지를 가지는 규정을 두고 있지 아니하므로, 이들에게는 위와 같은 이익침해를 이유로 전원개발사업실시계획승인처분의 취소를 구할 원고적격이 없다고 판시하였다.

이상 위의 세 가지 판결(용화온천사건, 영광원자력발전소사건, 남대천양수발전소사건)에 대해, 법률상 이익 여부를 판단하는 근거가 되는 근거법령을 결정할 기준에 대한 설명이 없고, 근거법률에 있는 환경배려조항이 인근주민의 이익을 법률상 이익으로 보호하는 것인지 여부를 판단할 실질적인 기준에 대한 아무런 언급이 없으며, 원고적격 문제의 원리나 이념에 대한 기

본관에 대한 언급조차 없다는 비판도 있다.¹¹⁶⁾ 그러나 그럼에도 불구하고 위 판결들은 이제까지 대법원이 정면으로 인정하지 않았던 ‘인근주민의 환경이익’을 법률상 이익으로 인정하였다는 점과, 법률상 이익을 판단하는 기준이 되는 법률을 당해 처분의 근거법령 뿐만 아니라 환경영향평가법과 같은 관계법령까지 포함했다는 점에서 원고적격 확대에 중요한 진전으로 평가할 수 있겠다.

(6) 쓰레기소각장 입지지역결정고시 취소청구 사건 (대판 2005. 3. 11. 2003두13489)

이 사건은 안성시에서 발생하는 생활쓰레기를 처리하기 위한 쓰레기소각장 설치사업과 관련하여 폐기물소각시설의 부지경계선으로부터 300m 밖에 거주하는 주민들이 폐기물소각시설의 입지지역을 결정·고시한 처분의 취소를 청구한 사건이다. 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다.

구 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 개정되기 전의 것) 및 같은법시행령의 관계 규정의 취지는 처리능력이 1일 50t인 소각시설을 설치하는 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경상의 침해를 받으리라고 예상되는 직접영향권 내에 있는 주민들이나 폐기물소각시설의 부지경계선으로부터 300m 이내의 간접영향권 내에 있는 주민들이 사업 시행 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적인 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위 주민들이 소각시설입지지역결정·고시와 관련하여 갖는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침

116) 조홍식, “분산이익소송에서의 당사자적격-삼권분립과 당사자적격, 그리고 사실상의 손해의 함수관계-”, 『관례실무연구 IV』, 비교법실무연구회, 박영사, 2000, 441면 참조.

해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 폐기물 소각시설의 입지지역을 결정·고시한 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다고 할 것이고, 한편 폐기물소각시설의 부지경계선으로부터 300m 밖에 거주하는 주민들도 위와 같은 소각시설 설치사업으로 인하여 사업 시행 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있음에도 폐기물처리시설 설치기관이 주변영향지역으로 지정·고시하지 않는 경우 같은 법 제17조 제3항 제2호 단서 규정에 따라 당해 폐기물처리시설의 설치·운영으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다.

위에서 본 법리를 기록에 비추어 살펴보면, 원고는 위 부지경계선으로부터 최소 900m 이상 떨어진 지역에 거주하는 자인 데다가 이 사건 폐기물처리시설의 부지와 원고가 거주하는 마을 사이에는 임야가 가로막고 있는 사실을 알 수 있고, 이 사건에서 원고가 위 폐기물처리시설의 설치·운영으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 점을 입증하지 못하고 있으므로, 원고에게는 이 사건 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 있다고 할 수 없을 것이다.

이 판결은 원고적격의 인정여부에 대해 근거법령 상의 관계규정의 취지·목적뿐만 아니라 침해 되는 이익의 내용 및 성질 등을 종합적으로 고려한 판례라는 점에서 의의가 있으며, 침해의 직·간접적 영향권 내에 있는 주민들에 대해서는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려를 사실상 추정하여 원고적격을 인정하였다. 그러나 직·간접적 영향권 밖의 주민의 원고적격에 대해서는 환경이익의 침해 또는 침해우려를 입증해야 한다는 점을 명확히 했다.

(7) 새만금간척사업 시행인가처분 취소청구 사건 (대판 2006.3.16. 2006두330)

당해 사건은 새만금간척종합개발사업을 위한 주무부장관의 공유수면면허처분과 농지개량사업시행인가처분에 대하여 위 사어브이 인근주민 및 기타 지역의 국민이 위 처분의 취소를 구한 사건이다. 이에 대해 대법원은 다음과 같이 판시하였다.

공유수면매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 근거 법규 또는 관련 법규가 되는 구 공유수면매립법(1997. 4. 10. 법률 제5337호로 개정되기 전의 것), 구 농촌근대화촉진법(1994. 12. 22. 법률 제4823호로 개정되기 전의 것), 구 환경보전법(1990. 8. 1. 법률 제4257호로 폐지), 구 환경보전법 시행령(1991. 2. 2. 대통령령 제13303호로 폐지), 구 환경정책기본법(1993. 6. 11. 법률 제4567호로 개정되기 전의 것), 구 환경정책기본법 시행령(1992. 8. 22. 대통령령 제13715호로 개정되기 전의 것)의 각 관련 규정의 취지는, 공유수면매립과 농지개량사업시행으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다고 할 것이므로, 위 주민들이 공유수면매립면허처분 등과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허처분 등의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다. 한편, 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다.

새만금사업의 환경영향평가 대상지역은 군산시, 김제시, 전북 부안군 전 지역인데, 원고 조경훈 등 143명의 원고를 제외한 나머지 원고들(원고 144. 내지 3539.)이 거주하는 목포시, 익산시, 전북 완주군, 전주시, 서울 등의 지역은 환경영향평가 대상지역도 아닌 데다가 위 원고들이 위 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수

인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 점을 입증하지 못하고 있으며, 위 원고들이 이 사건 각 처분과 관련된 구 공수법상의 공유수면에 관하여 권리를 가진 자 또는 농근법상의 이해관계인에 해당한다고 인정할 자료가 없다. 그러므로 위 원고들에게는 이 사건 각 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 있다고 할 수 없다.

또한, 위 원고들은 헌법이나 환경정책기본법에 근거하여 원고적격이 있다고 주장하지만, 헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없고, 환경정책기본법 제6조도 그 규정 내용 등에 비추어 국민에게 구체적인 권리를 부여한 것으로 볼 수 없으므로, 위 원고들에게 헌법상의 환경권 또는 환경정책기본법 제6조에 기하여 이 사건 각 처분을 다룰 원고적격이 있다고 할 수 없다

이 판결은 환경영향평가대상지역 안의 주민에게만 원고적격을 인정하고, 대상지역 밖의 주민에 대해서는 침해 및 침해의 우려에 대한 점을 입증해야 원고적격을 인정했던 종래의 판결을 재확인하면서, 헌법 제35조 제1항의 헌법상 환경권 및 환경정책기본법 제6조의 일반적 규정만으로는 원고적격을 인정할 수 없다고 판시한 점에 의미가 있다.

(8) 공장설립승인처분취소청구사건 (대판 2006.12.22. 2006두14001)

이 사건은 플라스틱 필름·시트 및 판 제조업, 플라스틱 발포·성형제품 제조업, 아스팔트 성형제품 제조업, 플라스틱 봉투 제조업, 기타 인쇄업 등을 영위하기 위한 공장설립승인처분에 대하여 위 공장시설 인근 아파트에 거주하는 주민이 그 승인처분취소를 청구한 사건이다. 이에 대한 대법원의 판결은 다음과 같다.

구 환경정책기본법 제25조 제1항 및 제4항과 같은 법 시행령 제7조 제1항 [별표 2] ‘사전환경성검토대상 및 협의요청시기’의 2. 가. (2)항 및 비고 제7항 등 관계 규정에 의하면, 사전환경성검토협의 대상면적 미만으로 이미 허가를 받은 개발사업지역과 연접한 지역에 추가로 개발사업을 하고자 하는 연접개발이 사전환경성검토협의 대상사업에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서, 위 연접개발에 관하여 규정한 위 비고 제7항은 사업주체가 동일한 경우는 물론 사업주체나 사업시기를 달리하는 경우에도 그 적용이 있다고 해석함이 상당하다고 하면서, 공장과 아파트 사이의 지형적 사실 및 각 공장 업종, 그리고 최근 이루어지고 있는 사전환경성검토협의 대상지역의 통상적 범위 등의 사정을 더하여 보면, 원고들이 거주하는 아파트는 사전환경성검토협의 대상지역 내에 포함될 개연성이 충분하다고 할 것이며, 따라서 위 사전환경성검토협의 대상지역 내에 포함될 개연성이 충분하다고 보이는 주민들인 원고들에 대하여는 그 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 추정할 수 있고 이는 법률상 보호되는 이익에 해당한다고 해석함이 상당하다고 판시하다.

이 판결은 환경영향평가대상지역여부가 아니라 사전환경성검토대상 지역의 여부에 따라 원고적격의 인정여부를 판단하였다는 점에서 의미가 있다. 또한 사전환경성검토대상지역에 포함될 개연성이 충분히 보이는 주민에게는 원고적격을 인정하여 사전환경성검토대상지역의 여부를 법원이 판단할 수 있는 여지를 두었다는 점에 의미가 있다.¹¹⁷⁾

(9) 광업권설정허가처분 취소청구 사건 (대판 2008. 9. 11. 2006두7577)

이 사건은 관할청의 광업권설정허가처분으로 지하수 고갈 및 오염, 지반침하, 가옥균열 등의 환경침해가 우려된다는 토지 및 가옥의 소유자와 점유자,

117) 김향기, 전계논문, 235면.

이해관계인 및 인근주민들이 당해 허가처분에 대한 취소소송을 제기한 사건이다. 이에 대해 대법원의 판결은 다음과 같다.

광업권설정허가처분의 근거 법규 또는 관련 법규의 취지는 광업권설정허가처분과 그에 따른 광산 개발과 관련된 후속 절차로 인하여 직접적이고 중대한 재산상·환경상 피해가 예상되는 토지나 건축물의 소유자나 점유자 또는 이해관계인 및 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 재산상·환경상 침해로 받지 아니한 채 토지나 건축물 등을 보유하며 쾌적하게 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 보호하려는 데 있으므로, 광업권설정허가처분과 그에 따른 광산 개발로 인하여 재산상·환경상 이익의 침해를 받거나 받을 우려가 있는 토지나 건축물의 소유자와 점유자 또는 이해관계인 및 주민들은 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 재산상·환경상 이익의 침해를 받거나 받을 우려가 있다는 것을 증명함으로써 그 처분의 취소를 구할 원고적격을 인정받을 수 있다.

이 판결은 당해 처분 뿐만 아니라 그 후속절차로 인한 피해를 포함하여 환경상 피해와 더불어 재산상의 피해가 예상되는 경우에도 법률상 이익을 인정하고 있으며, 토지와 건축물의 소유자·점유자 또는 이해관계인 및 주민도 그 환경상 이익의 침해나 침해 우려를 증명함으로써 원고적격을 인정할 수 있다고 하여, 원고적격의 범위를 넓힌 것으로 평가할 수 있다.¹¹⁸⁾

2. 판례의 평가

과거 우리 법원의 태도는 소익을 비교적 엄격히 해석하여 권리에 대해서만 원고적격을 인정하고 처분의 직접당사자 외의 제3자에 대해서는 출소권을 인정하지 않는 입장을 일반적으로 유지하여 왔다.¹¹⁹⁾ 그러나 점차 원고적격

118) 김향기, 전제논문, 235면.

119) '민중소송을 제외하고는 행정처분에 의하여 자기의 권리를 침해당한 자가 아니면 처분의 취소를 구

을 넓게 인정하여 위법한 행정처분으로 일정한 권리 또는 법률상 이익을 침해받은 자는 그 처분의 취소·변경을 청구할 수 있다고 하여 법률상 이익구제설의 입장을 취하여 왔으며, 오늘날까지도 이를 취하고 있다.

즉 대법원은 처분의 근거법규의 범위를 점차 확대해 가고 있는 바, 근거법규 뿐만 아니라 관련법규 규정의 합리적 해석을 통해 원고적격을 넓게 인정하고 있으며, 더 나아가 실체법규 뿐만 아니라 절차법규도 근거법규의 범위에 포함하고 있다. 다만 헌법은 근거법규의 범위에서 제외하여 헌법상의 환경권은 법률상 보호하는 이익으로 보지 않았다. 제3자의 범위와 관련해서도 당해 처분의 인접지역 및 주거지역 안의 주민뿐만 아니라 환경영향평가대상지역 및 사전환경성검토대상지역 안의 주민은 특단의 사정이 없는 한 원고적격이 있는 것으로 추정하고 있으나, 환경영향평가대상지역 및 사전환경성검토대상지역 밖의 주민에 대해서는 침해 및 침해의 우려를 입증해야 원고적격을 인정할 수 있다고 하고 있다. 그러나 환경피해의 입증이 쉽지 않은 점을 고려해 볼 때 대상지역 밖의 주민의 입증부담의 완화는 계속해서 문제가 될 것이라 하겠다.¹²⁰⁾

이상의 법률상 이익의 인정여부를 둘러싼 판례의 발전은 원고적격의 확대 경향을 뚜렷하게 인식할 수 있도록 해주고 있다. 원고적격의 확대경향은 일반적인 보호범위의 확대라는 측면에서 긍정적으로 평가되며, 환경법적 관련을 지닌 분야에서 계속 발전하고 있다.¹²¹⁾ 그러나 환경상 행정소송이 개인의 권익을 둘러싼 분쟁이라고 하기 보다는, 오히려 지역협동체의 집단적 이익과 관련한 분쟁으로서의 성질을 갖는다고 볼 수 있기 때문에, 일반적 이

할 원고적격이 없다.’(대판 1962. 5. 31, 4295행상170)

120) 다만 미국의 판례에서 보는 바와 같이 환경단체 회원 중에 당해 처분 등으로 인해 환경피해를 입은 경우 등 환경피해의 입증방법을 통해 일정한 경우 환경단체에 원고적격을 인정하는 적극적인 접근방법도 불가능한 것은 아니라고 생각한다. 김향기, 전제논문, 236면.

121) 설계경, “환경행정소송의 원고적격에 관한 소고”, 191면.

익 및 집단적 이익을 갖는 환경단체가 법률상 이익을 갖는 원고로서 환경문제와 관련하여 법적으로 다룰 수 있도록 하는 자격을 줄 수 있도록 입법적 해결이 요구 된다고 하겠다.

제3절. 원고적격 요건으로서 ‘법률상 이익’의 해석

환경행정소송에서의 원고적격의 관한 문제는 행정소송법 제12조의 규정상의 ‘법률상 이익’에 관한 구체적 판단의 문제를 통해 고찰되어야 할 것이다. 그러나 ‘법률상 이익’이라는 규정은 권리를 포함한 포괄적이고 추상적인 개념으로서 다양한 해석의 여지를 남겨두고 있고, 원고적격의 유무 및 범위의 문제에 대한 학설들이 동일시점에 형성된 것이 아니라, 각각의 역사적·시대적 배경의 변화에 따라 각각 다르게 주장된 것이므로 원고적격의 인정문제는 일반적으로 행정법학계에서 정형적으로 소개하고 있는 학설을 통해 접근되어져 왔다. 그러나 이에 구애됨 없이 원고적격에 관한 실정법 규정을 근거로 하여 현대행정의 특징과 현행행정소송제도의 취지 및 목적에 적합하도록 해석·적용하는 방법도 의미가 있다고 생각되는바, 아래에서는 법문의 ‘법률’과 ‘이익’의 개념을 구체적으로 분석해보자 한다.

I. ‘법률’의 의미와 범위

원고적격의 유무를 결정하는 기준으로서 ‘법률상 이익’에 있어서 ‘법률’의 범위에 대해 당해 처분의 근거법률만 인정하는 견해와 근거법률 이외의 법률도 포함하는 것으로 나눌 수 있다. 그리고 전자는 다시 당해 처분의 근거가 되는 법률의 명문규정으로 보는 견해와, 처분의 근거가 되는 관계법령

전체를 포함하는 것으로 보는 견해로 나뉘며, 또한 후자는 처분의 근거법령 이외의 헌법, 관습법, 조리법 등의 불문법 등을 포함하는 견해를 말한다.

1. 근거법령 및 관련법령

권리이익을 침해한 당해 처분의 근거법률의 명문규정은 ‘법률상 이익’에서 말하는 ‘법률’에 포함된다는 점은 의문의 여지가 없다. 또한 법률의 수권에 의한 법규명령을 근거하여 당해 처분이 이루어진 경우에 그 법규명령의 규정 또한 당해 처분의 근거법령에 포함된다. 법규성이 결여되어 있는 행정규칙은 원칙적으로 근거법령에 포함할 수 없겠으나, 상위법령의 수권에 의해 구체화된 요건규정 등과 같이 법규성이 인정되는 훈령·예규·고시 등의 행정규칙은 근거법령에 포함될 수 있을 것이다. 따라서 여기서 근거법률은 법규명령을 포괄하는 것이므로 ‘근거법령’을 의미한다고 할 것이다.¹²²⁾ 조례가 근거법령에 포함 되는지 여부는 다음의 두 가지 경우가 있을 수 있는 바, 즉 처분 등의 근거가 조례인 경우에는 근거법령에 당연히 포함된다. 그러나 당해 처분의 근거가 법률이나 시행령·시행규칙 등 법규명령인 경우에는 조례를 근거법령으로 포함시킬 수 있는지 문제된다. 조례는 법령에서 전국적 최소기준을 정하고 그 이상의 규정을 지방자치단체의 특수성을 고려하여 자율적으로 정하거나 법령에서 각 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하여 법령의 기준을 초과하여 급부를 강화하는 내용을 정할 수 있다. 이러한 경우에 국가의 법령으로는 보호의 대상이 되지 않지만, 조례에서 그 범위를 넓히는 것에 의해 보호대상이 되는 경우에는 그 조례는 당해 법령에 포함된다고 보아야 할 것이다.

122) 김향기, 전제논문, 237면.

또한 당해 처분의 근거가 되는 법령이 하나일 수도 있으나 다수의 법령이 근거법령이 될 수도 있는바, 그 근거법령의 범위는 구체적·개별적 사례에 따라 법원이 판단할 사항이라 할 것이다. 그리고 그 근거법령은 당해 처분의 근거가 된 요건규범인 실체법규 뿐만 아니라 절차법도 포함된다고 하겠다.¹²³⁾ 한편 당해 처분의 근거법령의 요건을 보충한다든가 그 요건실현을 위한 일정한 절차를 규정한 법령도 관련법령으로서 ‘법률’의 범위에 포함된다고 할 수 있다. 예컨대 당해 처분의 근거법령만으로는 법적으로 보호하고 있는 이익이라고는 반드시 말할 수 없는 경우에도 근거법령과 같이 동일한 목적을 달성하고자 하는 법령이 당해 이익을 보호하는 취지라고 해석되는 경우에는 이 법령을 관련법령으로서 근거법령과 같이 ‘법률’에 포함시킬 수 있다고 할 것이다.¹²⁴⁾

다만 근거법령과 관련법령의 구분은 질적 구분이 아닌 양적인 상대적 구분으로서, 어떤 법령이 근거법령인지, 관련법령인지의 판단은 반드시 명확하진 않다. 이런 점에서 관련법령은 근거법령의 영역을 넓힘으로서 원고적격 확대를 위한 노력의 일환으로 볼 수 있겠다.

2. 헌법의 포함여부

123) 판례는 처분의 근거법률에 직접적 근거규정 이외에 처분을 함에 있어서 적용되는 다른 실체법적 규정과 절차법적 규정을 포함시키고 있다. 예컨대 앞에서 살펴 본 용화집단지설지구공원사업시행허가처분취소판결(1998. 4. 24. 97누3286)에서도 볼 수 있듯이, 국립공원집단지설지구개발사업의 허가처분은 자연공원법령 및 환경영향평가법령 소정의 환경영향평가를 거쳐서 그 환경영향평가의 협의내용을 사업계획에 반영시키도록 하여야 하는 것이니 만큼 자연공원법령 뿐만 아니라 절차법인 환경영향평가법령도 당해 허가처분에 직접적인 영향을 미치는 근거법률이 된다.

124) 판례는 ‘법률상 보호되는 이익에는 당해 처분의 근거 법규에 의하여 보호되지는 아니하지만 당해 처분의 조건을 성취하거나 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 관련 처분들의 근거 법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익도 포함된다.’ (대판 2004. 12. 9. 2003두12073)라고 판시하고 있다.

‘법률상 이익’에서 ‘법률’에 헌법이 포함되는지 여부에 대해서는 견해가 나뉜다. 즉 헌법상 기본권(환경권 등) 역시 국민의 공권을 규정하고 있음은 틀림없는 사실인바, 행정소송 등에 있어서 원고적격의 근거법규로서 그들 기본권규정을 직접 원용할 수 있는지 문제된다. 다시 말하면 주민 등은 헌법상의 환경권을 침해당하였음을 이유로 처분의 취소소송 등을 제기할 수 있는가하는 문제이다.

독일은 기본법에 환경권이라는 기본권이 없고, 다만 1994년 환경보호를 위한 국가목적조항(Staatszielbestimmung)이 규정되었다.(기본법 제20a조) 이 국가목적조항은 단지 객관적 범규범에 불과하며, 입법과 사법의 지도원리로서, 특히 환경관련법률의 사익보호성 여부를 판단함에 있어 헌법합치적 해석을 뒷받침하는 중요한 기능을 수행하고 있다. 그리고 환경인인소송에서 적어도 환경피해의 위험이 절박한 경우에는 직접 기본법 제2조 제2항 소정의 생명·신체의 완전성에 의거하여 인근주민의 원고적격이 인정될 수 있다는 것이 학설의 지배적인 경향이고, 또한 판례상으로도 오래전부터 확인되고 있다.¹²⁵⁾

우리나라는 헌법 제35조 제1항에서 ‘모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위해 노력하여야 한다.’고 규정하고 있고, 제2항에서는 ‘환경권의 내용과 행사에 관한 사항은 법률로 정한다.’라고 규정하여 환경권이 헌법상 권리임을 선언하면서 그 구체적인 내용과 행사에 관한 사항은 법률에 유보하고 있다. 위와 같은 헌법상의 규정에 근거하여 국민 개개인이 누리고 있는 환경상의 이익을 개개인의 구체적인 법적 권리로 인정할 수 있을 것인가에 대해 많은 논란이 있다,

125) 박정훈, “환경침해시설의 설치·가동 허가처분을 다루는 취소소송에서 인근주민의 원고적격 - 독일법의 비관적 검토와 행정소송법 제12조의 해석을 중심으로-”, 『판례실무연구Ⅳ』, 비교법실무연구회, 2000, 491면.

대법원은 환경침해를 이유로 하는 사인간의 유지청구에 있어서 헌법상의 환경권은 그 직접적인 청구권원이 될 수 없다고 하여 원고적격을 인정할 수 없다고 하고 있다.¹²⁶⁾ 그러나 앞서도 살펴보았듯이 환경권은 자유권적 성질도 갖고 있으므로, 국가를 상대로 한 소송에 있어서는 개별 법률이 없더라도 헌법에 근거하여 직접적으로 소구권이 도출될 수 있을 것이다. 나아가 환경권의 침해가 공권력에 의하여 이루어진 경우에는 예외적으로 헌법소원도 가능할 것이다.

이와 관련하여 헌법재판소는 검찰의 수사기록에 대한 복사신청을 거부한 행위에 대해,

헌법상 입법의 공개(제50조 제1항), 재판의 공개(제109조)와는 달리 행정의 공개에 대하여는 명문규정을 두고 있지 않지만 “알 권리”의 생성기반을 살펴볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 “알 권리”, 즉 국민의 정부에 대한 ‘일반적 정보공개’를 구할 권리(청구권적 기본권)라고 할 것이며, 이러한 “알 권리”의 실현은 법률의 제정이 뒤따라 이를 구체화시키는 것이 충실하고도 바람직하지만, 그러한 법률이 제정되어 있지 않다고 하더라도 불가능한 것은 아니고 헌법 제21조에 의해 직접 보장될 수 있다. 이러한 “알 권리”의 보장의 범위와 한계는 헌법 제21조 제4항, 제37조 제2항에 의해 제한이 가능하고 장차 법률에 의하여 그 구체적인 내용이 규정되겠지만, “알 권리”에 대한 제한의 정도는 청구인에게 이해관계가 있고 타인의 기본권을 침해하지 않으면서 동시에 공익실현에 장애가 되지 않는다면 가급적 널리 인정하여야 할 것이고 적어도 직접의 이해관계가 있는 자에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 의무적으로 공개하여야 한다고 할 것이다.¹²⁷⁾

라고 판시함으로써, 당해 기본권을 구체화 하는 법률이 제정되지 아니한

126) 대판 1995. 5. 23. 94마2218, ; 대판 1995.9.15. 95다23378, ; 대판 1997. 7. 22. 96다56153, ; 대판 1998. 9. 22. 97누19571, ; 대판 2006. 3. 16. 2006두330 등
127) 헌재 1991.05.13, 90헌마133, 판례집 제3권, 246-247

경우에 예외적으로 직접 헌법상의 기본권 규정을 원용하여 특정한 개인의 이익을 보호하고 있다. 이러한 논의는 비단 알권리에 한정하는 것이 아니라 환경권에도 적용될 수 있을 것이다.

다만 ‘다수의견이 헌법 제21조의 규정 자체에 의하여 국민이 직접 국가기관에 대하여 그가 보관하고 있는 공문서의 공개를 청구할 수 있다고 판시한 것은, 국민의 기본권을 두텁게 보장하고자 하는 의욕적인 자세는 좋지만, 뚜렷한 논거의 제시도 없이 학설로서도 아직 거론되지 않는 이른바 구체적 권리설을 판례가 앞질러 채택한 것으로서, 무리한 이론구성이라고 하지 않을 수 없다.’¹²⁸⁾고 지적한 이 사건의 최광률 재판관의 반대의견이 일리 있다고 보여 지고, 헌법소원으로는 권리구제의 어려움¹²⁹⁾이 있다는 점을 고려해 볼 때, 행정소송을 통한 권리구제의 길을 적극적으로 마련해야 할 것이다. 이에 법률상 이익의 범주에 헌법상의 기본권을 포함하여 해석하는 것이 바람직하다고 생각한다.

학설은 당해 처분의 근거법률에 헌법을 포함하는 것은 그 의미를 지나치게 확대하는 것으로 보는 입장도 있으나,¹³⁰⁾ 대체로 헌법상의 환경권이 기본법

128) 헌재 1991.05.13, 90헌마133, 판례집 제3권, 260-261

129) ① 헌법소원을 제기하기 위해서는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 다른 권리구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 제기할 수 없고, 법원의 재판은 헌법소원의 청구대상에서 제외되기 때문에 일정한 한계가 있다고 보여 진다. 즉 행정관청의 작위에 의하여 환경권의 침해가 직접적으로 행하여진 경우에는 바로 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 없고, 우선은 그 행정관청을 당사자로 하여 행정심판이나 행정소송을 제기하고 난 후에, 권리구제를 받지 못한 경우에 헌법소원을 청구할 수 있을 것이다. 여기서 행정소송에 의한 재판에 관한 사항은 헌법소원의 대상에서 제외되기 때문에 행정소송에서 권리구제를 받지 못한 경우에도 헌법소원의 대상이 될 수 없는 한계가 있다. 이는 실질적으로 헌법소원을 통한 권리구제가 용이하지 않음을 확인할 수 있는 부분이다. ② 반면 행정소송의 원고적격이 흠결되어 취소소송이 불가능한 처분은 보충적으로 헌법소원의 대상이 되지만, 헌법소원은 단심으로 끝나고 구두변론이 제한되어 있는 등 불완전한 보충적·비상적 권리구제 수단이므로, 원고적격을 확대하여 법원의 사법심사 가능성을 더욱 확장할 필요가 있다.

130) 김홍균, “환경행정소송과 공법상 구제의 확대”, 인권과 정의 통권 제321호, 대한변호사협회, 2003, 138면 ; 김동건, “환경소송에서의 주민의 원고적격”, 환경법연구 제28권 제3호, 한국환경법학회, 2006, 115면.

규 및 관련법규에 포함된다는 입장이 우세하다. 즉 헌법상의 기본권규정으로 부터 개인의 이익보호를 위한 공권을 도출하는 방법 등에 의하여 소익을 확대하는 것이 타당하다고 하며,¹³¹⁾ 헌법의 기본권 보장의 취지 및 객관적 가치질서를 포함하고 있는 헌법규정에 합치하도록 해석하여야 할 것이고, 더 나아가 헌법상 기본권 규정이 직접 적용될 수 있다는 전제하에 그 헌법상의 기본권 규정으로부터 직접 법률상 이익을 도출할 수 있을 것이라고 한다.¹³²⁾ 또한 ‘법률상 이익’에 있어서 ‘법률상’이라는 문구를, 전체 법질서에 비추어 처분의 취소를 구할 수 있는 것으로 판단되는 이익으로 유연하게 해석할 수 있으며, 이러한 판단의 자료로 동원될 수 있는 것으로 기본권과 헌법원리들이 포함된다고 보고,¹³³⁾ 법적인 구제가 필요한 경우에 헌법상의 재판받을 권리를 침해하지 않기 위하여, 처분 자체의 요건에 명시되지 않았다 하더라도 피해실태에 비추어 헌법적 가치가 침해되지 않도록 제3자의 권리이익의 보호를 당연히 도모하는 것이 처분의 발동요건 이라고 해석되므로, 관계법령으로서 헌법을 상정할 수 있고, 그 취지·목적에서 보아 재산권이나 행복추구권 또는 환경권 등을 보호하기 위하여 원고적격을 긍정할 필요가 있다고 한다.¹³⁴⁾

3. 소결

생각건대 ‘법률상 이익’에 있어서 ‘법률’의 범위는 일차적으로 처분의 근거가 되는 법률의 규정을 기준으로 할 것이나, 부차적으로 절차법 등 그 밖의

131) 석종현·송동수, 「일반행정법(상)」, 삼영사, 2009, 863면.

132) 김남진·김연태, 전거서, 668면.

133) 박정훈, 전거논문, 498면.

134) 김향기, 전거논문, 241면.

법률도 기준이 될 수 있다고 생각한다. 헌법이 ‘법률’에 포함되는지 여부에 대해서는 궁극적으로 헌법도 그 기준이 될 수 있다고 생각한다. 다만 헌법 제35조 제2항의 법률유보 규정상 원칙적으로 헌법상 환경권의 내용을 구체화한 법률의 제정을 기다리고, 당해 법률에 의거하여 환경권 침해를 논의해야 할 것이다. 그러나 마땅히 법률이 제정 되어야 하는데 법률이 제정되지 않은 상태에서, 주민의 환경이익이 수인한도를 넘어서 침해되고 있는 경우에는 헌법상 환경권에 의거하여 침해배제의 청구를 할 수 있을 것이다.¹³⁵⁾

II. 법령의 해석방법

법률상 이익 여부를 판단함에 있어서 근거규정의 문언적 해석으로만 그쳐서는 안 되고, 근거가 되는 법률 전체의 목적 및 취지를 합리적으로 해석해야 한다. 즉 실제로 어떤 권리가 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되고 있는지 여부가 명백한 경우는 드물다. 특히 환경법규는 궁극적으로 환경보호를 통한 국민의 생명 내지 건강의 보호에 있으므로 이러한 국민이 받는 이익을 쉽게 공익이 보호됨에 따라 얻어지는 반사적 이익으로 단정하는 것은 옳지 않다 할 것인바, 당해 처분의 근거법규가 개인의 이익도 보호하고 있는지 여부는 명문규정의 없더라도 처분의 직접 근거법규 및 관련법규 등 법체계 전체를 종합적으로 고려하여 합목적적으로 판단하여야 할 것이다. 이는 결국 구체적인 사건에 있어서 처분의 상대방이 아닌 제3자에게 원고적격이 인정되는지 여부는 처분의 근거법규(관련법규 포함) 등의 취지, 목적, 그 처분으로 침해되는 이익의 내용, 성질, 태양 등을 종합하여 개별적으로

135) 신보성, “환경쟁송과 주민의 당사자적격에 관한 고찰”, 환경법연구 제22권, 한국환경법학회, 2000, 358면 참조.

판단되어야 한다는 것을 의미한다.¹³⁶⁾ 판례 또한 법률상 이익의 해석에 있어서 근거법률 및 관계법률의 취지를 목적론적 해석을 통해 원고적격의 인정범위를 확대하고 있다.¹³⁷⁾

Ⅲ. 법률상 '이익'의 의미

1. '이익' 개념의 유형화

급변하고 다양한 현대행정 환경 속에서 이익의 개념을 구체적으로 정의하고 유형화 하여 각 행정처분에 일률적으로 적용하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 사실 원고적격의 인정문제에 있어서는 법률의 범위를 어디까지 할 것인가의 범위확정과 개념정의가 주된 부분이고 이익의 내용과 유형화는 그다지 큰 의미가 없다. 그보다는 판례가 어떤 이익을 법률상 이익으로 인정하느냐가 더 중요하다고 볼 수 있다. 아래에서는 이익의 개념에 대해 원고적격의 문제와 관련해서 일반적으로 논의되는 이익의 내용을 유형화 하여 살펴보고자 한다. 다만 이익의 개념에 대한 다음과 같은 유형화는 이익이 문제된 사안에서 유동적이고 상대적인 것이지 반드시 고정적인 절대적인 분류기준은 아니다.

① 먼저 그 이익이 법적으로 규율된 것인지 여부에 따라서 법적이익과 반사적 이익¹³⁸⁾ (사실상 이익)으로 분류할 수 있는데, 이는 범규범에 의해 보

136) 김홍균, 전계논문, 137면.

137) 대판 1975. 5. 13. 73누 96·97 ; 대판 1983. 7. 12. 83누99 등

138) 행정법상 강행법규에 의하여 행정주체에게 일정한 의무가 부과되거나 행정청의 행위에 일정한 제한이 가해져 있는 경우에, 개인이 그로 인하여 일정한 이익을 받는 경우가 있다. 그러나 관계법규가 전적으로 공익목적만을 위한 것인 때에는 사인이 받는 이러한 이익은 공익적 견지에서 행정주체에 제한 또는 의무를 부과한 반사적 효과로서의 이익에 불과한 것으로 이를 반사적 이익이라 한다. 이러한 반사적 이익의 관념은 행정쟁송에 있어서 원고적격의 인정문제와 관련하여 중요한 의의가 있다. 행정소

호되는 이익인지에 따른 것으로 원고적격의 인정여부의 문제는 원칙적으로 법적이익에 대해서 인정되지만 그것은 고정적이고 절대적인 것이 아니라 유동적이고 상대적인 성질을 가진다고 할 수 있다.

② 또한 이익상황의 내용의 범위에 따른 구별로서 이익의 법적 보호정도에 따라서 최협의의 권리, 보호이익, 보호가치 있는 이익 등으로 분류할 수 있는데, 권리가 원고적격이 있음은 의문의 여지가 없으나, 이익상황의 복잡 다양화로 인하여 권리의 범위가 확대되어 보호이익 또는 보호가치 있는 이익의 원고적격 인정문제가 중요한 관심사로 대두되었다.

③ 행정행위의 이익주체에 따라 행정처분의 직접 상대방이 가지는 이익과 처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 가지는 이익으로 분류하기도 하는데 이와 관련해서는 처분의 상대방에 대해서는 원고적격의 인정에 대해서는 이론이 없으나 제3자의 이익은 원고적격과 관련하여 인정여부와 범위에 대해 문제되고 있다.

④ 이익의 성질에 따라서 개인적 이익과 일반 공공의 집단적 이익(공익)으로 나누어 볼 수도 있는데, 이는 대법원이 원고적격의 인정문제와 관련하여 공장입지지정승인처분의 취소됨으로 인하여 그 공장설립예정지에 인접한 마을과 주위 토지 및 그 지상의 묘소가 분진, 소음, 수질오염 등의 해를 입을 우려에서 벗어나는 것과 같은 이익이 ‘법률상 이익’에 해당하느냐가 문제된 사례에서 ‘행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해 행정처분의 취소

송법 제12조 상의 법률상 이익의 관념에 대하여 우리 판례는 취소소송에 있어서 원고적격은 적어도 법적으로 보호되는 이익이 침해된 경우에만 인정되고, 단순한 사실상의 이익이나 반사적 이익이 침해된 경우에는 인정되지 아니한다는 입장을 취하고 있다. 따라서 위법한 행정처분에 의하여 일응 그 개인적 이익이 침해된 때에도 그 이익이 단순히 반사적 이익에 그치는 것인 때에는 그 이익의 구제를 구하는 소송은 소송요건을 결한 부적법한 것이 된다. 그런데 현대와 같은 국민생활의 행정의존시대, 행정권의 국민생활에의 개입 경향이 커지고 있는 때가 도래하면서 반사적 이익의 공권화 등이 눈에 띈다. 김학세, “취소소송과 원고적격, 법률상 이익 -대법원 1998.4.24. 선고 97누3286 판결과 관련하여-”, 『행정심판연구논문집(II)』, 국무총리행정심판위원회, 법제처, 2004, 28-29면 참조.

를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정되나 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고, 다만 공익 보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적인 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다.’¹³⁹⁾ 라고 판시하여 국민일반이 가지는 공공적 이익은 법률상 이익이 아니라고 하였다.

⑤ 문제되는 이익의 시점에 따라서 과거의 이익, 현재의 이익, 장래의 이익으로 나누는 경우도 생각해 볼 수 있다. 물론 원고적격의 인정여부가 문제되는 것은 주로 현재의 이익이라 하겠다. 과거의 이익은 이미 새로운 행정행위가 행하여져 이를 중심으로 한 많은 법률관계가 형성되어 있으므로 이를 되돌릴만한 중대한 필요성이 없는 한 객관적인 소의 이익이 없다고 하겠다. 문제는 침해가 예견되는 장래의 이익에 대해서도 법률상 이익을 인정할 수 있느냐에 관하여 대법원은 부정적인 입장을 취하고 있다.¹⁴⁰⁾

⑥ 마지막으로 우리나라 판례가 일반적으로 취하고 있는 구별기준으로, 이러한 이익의 규율의 직접성에 따라 직접적 · 구체적 이익과 간접적 · 추상적 이익으로 분류하기도 한다. 판례는 ‘행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3

139) 대판 1995. 2. 28. 94누3964

140) 시외버스운송사업양도양수인가처분취소사건에서 기존사업자의 장래의 기대이익이 법률상 보호되는 이익인지 여부에 관해서 대법원은 ‘자동차운송사업자가 운행계통 등 사업계획을 변경하거나 자동차운송사업을 양도·양수할 때에는 관할관청의 인가 등을 받도록 하고 있는데, 행정관청의 인가·면허 등의 처분 기준 및 절차를 규정한 자동차운수사업인·면허사무처리요령(1993. 7. 13. 교통부훈령 제988호로 개정된 것)은 행정처분 등에 관한 사무처리기준과 처분절차를 정한 것으로서 그 규정의 형식 및 내용 등에 비추어 볼 때 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없다 할 것이고, 위 사무처리요령에서 당해 운행계통에 대한 연구 등에 따라 운행횟수 증회, 운행계통 신설, 변경 등에 관한 인가나 면허를 하도록 규정하고 있다 하더라도 이러한 규정에 의하여 기존의 자동차운송사업자가 장래 운행횟수의 증회, 운행계통의 신설, 변경 등에 관하여 얻을 수 있는 기대이익은 법률상 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이라고 볼 수 없다.’(대판 1997. 4. 25. 96누14906) 고 하여 원고적격을 부정하고 있다.

자라도 당해 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고 적격이 인정되고, 여기서 말하는 법률상의 이익은 당해 처분의 근거법률 등에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고, 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다.¹⁴¹⁾고 하여 이러한 입장을 밝히고 있다.

2. '이익'의 구체적 판별기준

'법률상 이익'을 '법률상 보호되는 이익'이라고 할 때 법률상 보호되는 이익이란 당해 처분의 근거법률 또는 관련법률에 의하여 보호되는 개별적이고 직접적이며 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 일반적이고 추상적인 이익이 생기는 경우는 포함되지 아니한다.¹⁴²⁾ 따라서 '법률상 보호되는 이익'은 행정법규에 의하여 직접 보호되는 개별적인 구체적 이익으로 사익보호성이 인정되는 이익을 말하므로, 공익이나 이로 인한 일반적이고 간접적인 이익인 반사적 이익은 포함되지 않음을 의미하는 것이다. 결국 법률상 이익의 판별은 개인의 공권 내지 사권과 공익 내지 반사적 이익의 구분에 의한다고 할 것이다. 일반적으로 행정실체법은 공익보호를 목적으로 하며 순전히 개인적 이익을 보호하기 위한 경우는 별로 없고, 공익보호와 아울러 사익도 보호하는 것으로 해석되는 경우가 많을 것이다. 여기서 행정실체법이 공익보호와 개인적 이익의 보장을 중복하여 목적으로 하고 있다고 해석하는 경우에 중복하는 목적인 경우와 그렇지 않은 경우를 어떠한 기준으로 구별할 것인가라는 점을 해결하지

141) 대판 1996. 6. 28. 96누3630

142) 대판 2001. 7. 10. 2000두2136 ; 대판 2006. 3. 16. 2006두330 ; 대판 2008. 5. 29. 2007두23873 등.

않는 한 자의적 해석에 빠지게 된다는 의문이 존재하게 된다. 따라서 일반적 공익과 개인의 개별적 이익의 판별기준이 문제된다. 이러한 판별기준으로 법령기준론, 피침해이익기준론, 수인한도론 및 기본권기준론 등을 들 수 있다.¹⁴³⁾

① 법령기준론은 당해 처분의 근거법규의 취지·목적에 비추어 원고가 주장하는 이익을 당해 법규가 보호하고 또한 당해 이익을 개별적으로 개인에게 보호하는 취지의 ‘특별한 규정’이 존재하는가의 여부에 의해 판단하는 입장이다.¹⁴⁴⁾ 이 방법은 당해 처분의 근거법규 및 관련법규의 취지 및 목적해석을 통하여 법률상 이익을 판단하는 방법이라 하겠다. 따라서 법령기준론은 이와 같이 법률구조만으로 행정법상의 지위를 찾아내는 것이므로 지극히 행정법기술적인 방법이라 할 수 있는데, 법치주의의 형식적 이해, 개개의 실제법규의 완전무결과 무오류를 전제로 한 것으로 볼 수 있어 한계가 있다.

② 피침해기준론은 당해 처분이 위법으로 되는 경우에 발생이 예상되는 ‘침해의 중대성’에 비추어 판단하는 입장이다.¹⁴⁵⁾ 이 방법은 당해 이익의 내

143) 판별 기준에 대해 김향기, 전제논문, 244면 이하 참조.

144) ‘당해 처분의 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 법률상 이익이라 함은 당해 처분의 근거법규(근거법규가 다른 법규를 인용함으로 인하여 근거법규가 된 경우까지를 아울러 포함한다)의 명문규정에 의하여 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되지는 아니하나 당해 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거법규 또는 관련법규에서 명시적으로 당해 이익을 보호하는 명문의 규정이 없더라도 근거법규 및 관련법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다.’(대판 2004. 8. 16. 2003두2175)

‘환경상 이익의 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 규정되어 있는 경우에는, 그 영향권 내의 주민들에 대하여는 당해 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해가 발생할 수 있음을 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다.’(대판 2007.6.1. 2005두11500) 등의 판결 내용이 이에 해당한다고 할 수 있다.

145) ‘원자력법 제12조 제2호(발전용 원자로 및 관계 시설의 위치·구조 및 설비가 대통령령이 정하는 기술 수준에 적합하여 방사성물질 등에 의한 인체·물체·공공의 재해방지에 지장이 없을 것)의 취지는 원자로 등 건설사업이 방사성물질 및 그에 의하여 오염된 물질에 의한 인체·물체·공공의 재해를 발생시키

용 및 성질¹⁴⁶⁾ 내지 이것이 침해된 태양¹⁴⁷⁾ 및 정도 등을 고려하여 법률상 이익의 여부를 판단하게 된다. 피침해이익을 판단함에 있어서 생명·신체 등 뿐 만 아니라 재산적·경제적 이익이나 일정한 환경상 이익 등도 충분히 보호의 대상으로 될 수 있다.

③ 수인한도론은 사회통념상 사회공동생활을 영위하는데 당연히 감수하여야 할 ‘수인한도를 초과하는 피해’가 있는 경우에 법률상 이익이라고 판단하는 방법이다. 수인한도의 기준을 결정함에 있어서는 일반적으로 침해되는 권리나 이익의 성질과 침해의 정도뿐만 아니라 침해행위가 갖는 공공성의 내용과 정도, 그 지역환경의 특수성, 공법적인 규제에 의하여 확보하려는 환경기준, 침해를 방지 또는 경감시키거나 손해를 회피할 방안의 유무 및 그 난이 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 사건에 따라 개별적으로 결정하여야 한다.¹⁴⁸⁾ 그런데 환경행정소송에서 환경피해자인 원고가 적극적으로 수인한도를 초과한 것을 주장·입증하여야 하는 것인지, 아니면 가해자인 피고가 수인한도 내에 있다는 것을 주장·입증해야 하는 것이 문제가 되는바, 판례는 일관되게 수인한도를 초과했다는 것을 원고가 입증해야 한다고 판시하고 있다.¹⁴⁹⁾ 그러나 환경분쟁은 첨단과학적 판단이 요구되

지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 방사성물질 등에 의한 생명·건강상의 위해를 받지 아니할 이익을 일반적 공익으로서 보호하려는 데 그치는 것이 아니라 방사성물질에 의하여 보다 직접적이고 중대한 피해를 입으리라고 예상되는 지역 내의 주민들의 위와 같은 이익을 직접적·구체적 이익으로서도 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위와 같은 지역 내의 주민들에게는 방사성물질 등에 의한 생명·신체의 안전침해를 이유로 부지사전승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.’ (대판 1998. 9. 4. 97누19588)고 판결한 것은 피침해이익의 직접성 및 중대성에 비추어 당해 이익을 법률상 보호되는 이익이라고 판시한 것이다.

146) 당해 이익의 내용·성질이란 예컨대 이익의 대체가능성여부, 이익의 내용이 당사자에게 절실한 것인지 여부, 이익의 성질이 법적 보호의 대상으로서 평가할 가치가 있는 것인지의 여부 등을 말한다.

147) 이익이 침해되는 태양이란 침해가 계속적인가 일과성인 것인가, 치명적인가 수복가능한 것인가, 중대한 것인가, 중대한 이익침해인가 경미한 것에 불과한 것인가 등이라 할 것이다.

148) 대판 2005. 1. 27. 2003다49566

149) ‘광업권설정허가처분과 그에 따른 광산 개발로 인하여 재산상·환경상 이익의 침해를 받거나 받을 우려가 있는 토지나 건축물의 소유자와 점유자 또는 이해관계인 및 주민들은 그 처분 전과 비교하여 수

는 경우가 많고 수년에 걸쳐 서서히 피해를 입는 경우도 있고 생태적 관계도 대단히 복잡하여 수인한도의 입증의 쉽지가 않다. 따라서 환경행정소송을 통해 환경상 이익을 보호하려고 한다면 원고적격의 단계에서 요구되는 수인한도의 주장·입증의 정도는 완화되어야 할 것이다.

이상의 법령기준론·피침해이익기준론·수인한도론은 각각 개별적으로 어느 하나의 기준으로 원고적격을 판단하는 요소라기보다는, 이들 세 가지 기준을 종합하여 원고적격 여부를 판단해야 할 것인바, 즉 당해 처분의 근거법령 및 관계법령의 규정방식만이 아니라, 당해 처분에 의해 침해되는 이익의 내용과 성질, 침해되는 태양이나 정도 등을 구체적·실질적으로 판단해야 한다. 나아가 당해 처분의 근거법규 및 관련법규에서 환경상 이익의 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위에 규정되어 있는 경우에는 그 영향권 밖의 주민들은 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는지를 판단하여 원고적격 인정여부를 결정해야 할 것이다.

④ 기본권기준론은 당해 처분의 근거법규 및 관련법규에 헌법이 포함되느냐는 것을 전제로 ‘법률상 보호되는 이익’에 헌법상의 기본권을 포함시키는 방법이다. 다만 판례는 환경권을 법률상 권리로 인정하고 있지는 않지만,¹⁵⁰⁾ 침해된 이익의 내용·성질이 기본권 침해에 해당하는 경우 침해의 태양·정도에 따라 헌법기준론을 근거로 근거법령 또는 관계법령의 해석을 통해 원고적격을 확대해석하는 것이 가능할 것이다.¹⁵¹⁾

인한도를 넘는 재산상·환경상 이익의 침해를 받거나 받을 우려가 있다는 것을 증명함으로써 그 처분의 취소를 구할 원고적격을 인정받을 수 있다.’ (대판 2008.9.11. 2006두7577)

150) ‘환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다.’ (대판 1995. 9. 15. 95다23378)

151) 이러한 방법에는 ‘기본권의 규범내적 효과’와 ‘기본권의 규범외적 효과’로 나누어 고찰 할 수 있다. 전자는 법률의 보호규범의 내용해석에서 기본권을 보충적으로 명확화하기 위해 원용하는 방법이고, 후자는 법률상 보호규범이 존재하지 않는 경우에 예외적으로 직접 기본권으로부터 권리 침해를 도출하

제4절. ‘제3자’의 의미와 범위

I. 인근주민

환경 행정소송에서 제3자란 당해 행정처분의 직접 상대방 이외의 자로서 당해 처분의 취소 등을 구할 법률상 이익이 있는 자를 말한다. 환경행정소송을 통해 다투어지는 분쟁의 형태는 주로 행정청과 사업자 및 인근주민등의 3당사자관계에서 비롯되며, 그 중 인근주민등이 제3자가 되는 것이 보통이다. 예컨대 원자력발전소의 설치허가의 경우 발전소 주변 주민은 발전소 설치로 인한 건강·안정성과 관련하여 피해가 있을 수 있기 때문에, 설치허가 처분은 불이익이 된다. 그런데 원자력 발전소의 설치허가는 상대방에 대해서는 법률상 이익에 영향을 미치는 것이 분명하지만 근거법령의 조문 해석만으로는 어느 범위의 주변주민까지 법적으로 보호되는지 명확한 판단을 하긴 쉽지 않다. 현행법상 인근주민등 제3자의 범위와 관련하여 주로 논의되는 것이 환경영향평가대상지역의 주민의 여부인바,¹⁵²⁾ 아래에서는 이에 대해 살펴보도록 하겠다.

는 방법이다. 즉 행정법은 헌법의 구체화법으로서, 처분의 상대방 이외의 제3자의 법률상 이익을 판단하기 위한 해석지침으로서 ‘당해 법령 및 관계법령’의 취지 및 목적을 고려한다고 할 때 기본권의 규범내적 효과가 있다면, 헌법의 포함여부는 문제될 여지가 없다. 또한 ‘침해된 이익의 태양 및 정도’를 판단함에 있어서 기본권에 관한 헌법규범을 기초로 처분요건의 해석을 하는 것도 허용된다고 할 것이다. ‘기본권의 규범외적 효과’의 경우는, 법률유보의 원칙상 기본권의 보호가 미칠 수 있는 이익을 처분의 규율대상으로 하기 위해서는 요건규정을 둘 필요가 있기 때문에 당해 처분에 대한 관계규정을 두지 않는 법률은 헌법위반이라는 결론을 내릴 수 있다. 따라서 법률이 당해 이익에 대하여 규정을 두고 있지 않은 경우에 중대한 이익침해가 당해 처분에 의해 발생하는 경우에는 당해 이익이 헌법상의 기본권일 때 당해 처분의 근거법규의 위헌성을 이유로 당해 처분의 위법성을 주장할 수 있을 것이다.

152) 환경영향평가제도와 더불어 사전예방적 환경정책수단인 사전환경성검토제도와 관련하여 그 대상지역의 주민에 대한 원고적격 문제 또한 논의될 수 있겠다. 그러나 사전환경성검토와 환경영향평가는 그 대상사업규모와 그 검토·평가의 시기 등에 차이가 있을 뿐 그 취지와 목적은 크게 다르지 않다고 할 것인 바, 원고적격 문제도 달리 취급할 이유가 없을 것이다. 따라서 본 논문에서는 환경영향평가대상지역 주민의 원고적격 문제만 다루도록 하겠다.

1. 환경영향평가대상지역주민의 원고적격여부

‘환경영향평가’란 환경영향평가 대상사업의 사업계획을 수립하려고 할 때에 그 사업의 시행이 환경에 미치는 영향을 미리 조사·예측·평가하여 해로운 환경영향을 피하거나 줄일 수 있는 방안을 강구하는 것을 말한다. (환경영향평가법 제2조 제1호) 환경영향평가는 일반적으로 인간의 개발행위를 대상으로 하는바, 환경영향평가의 대상이 되는 것은 그 시행으로 인하여 ‘중대한’ 환경영향이 발생하는 사업이나 행위이다. 환경영향평가 대상지역의 설정은 단순히 환경영향평가가 실시되는 지역적 한계를 설정한다는 차원에서 뿐만 아니라 환경법상 권리구제의 측면에서도 매우 중요한 의미를 갖는 문제이다. 그 대상지역에 거주하는 주민들에게 대상사업에 대한 승인처분을 다룰 수 있는 원고적격을 인정할 수 있을지를 좌우하기 때문이다.¹⁵³⁾

이에 대해 부정설은 환경영향평가법령의 취지·목적해석으로 환경영향평가 대상지역 안의 주민들에게 인정할 수 없다고 한다. 즉 대다수의 대규모 공익사업이 환경영향평가의 대상에 포함되어 있으므로 그 대상지역 인근주민들에게 원고적격을 인정하게 되면 남소의 우려가 있어, 공공사업에 막대한 지장을 초래하게 된다는 것이다. 또한 사업자의 자의적인 결정을 배제할 객관적이고 과학적인 환경영향평가대상지역의 결정방법이 없고, 환경영향평가서 작성에 있어서 주민의견수렴 등의 절차규정은 사업승인을 받기 위한 요식절차에 불과할 뿐 환경공익의 보호를 넘어 인근주민들의 환경이익까지 보호하려는 것은 아니라 할 것이므로 환경영향평가대상지역을 원고적격의 인정근거로 볼 수 없다는 것이다.

153) 한삼인·강홍균, “환경소송의 원고적격에 관한 고찰”, 동아시아연구논총 제16권 제1호, 제주대학교평화연구소, 2005, 486면.

반면 긍정설은, 환경영향평가서 작성시 미리 환경영향평가대상지역의 주민들의 의견을 수렴하도록 되어 있으므로, 사업시행 후 반드시 남소의 우려가 있다고 단정 할 수 없고, 공익사업의 추진을 위해 환경침해를 수인해야 한다고도 할 수 없을 뿐만 아니라, 부정설은 지나치게 엄격한 법률상이익구제설의 입장으로, 환경행정소송은 환경피해의 특성상 원고적격의 완화를 필요로 한다는 점 등을 들어서 부정설을 비판하고 있다.

그런데 환경영향평가의 취지가 환경영향평가를 실시하여야 할 사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 당해사업과 관련된 환경공익과 환경영향평가대상지역 주민들의 개별적인 환경상 이익을 보호하려는 데 있다고 할 것인바 긍정설이 타당하다고 하겠다.

앞에서도 살펴보았듯이 대법원은 환경영향평가대상사업에 해당하는 용화온천사건, 남대천양수발전소사건, 영광원자력발전소사건 등에서 환경영향평가대상지역내의 주민들에 대한 원고적격을 인정하고 있다. 즉 환경영향평가대상지역의 주민들이 환경영향평가 대상사업의 허가처분 등과 관련하여 갖고 있는 환경상의 이익은 주민 개개인에게 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 이들은 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 위 허가처분 등의 취소를 구할 원고적격이 인정되고, 한편 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 위 허가처분으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는 그것을 입증함으로써 그 처분 등을 다룰 원고적격을 인정받을 수 있다는 것이 판례의 일관된 입장이다. 이것은 환경영향평가대상지역의 안과 밖을 구분하여 원고적격의 가부를 재단한 것이라기보다는, 환경상 이익의 침해 또는 침해우려에 대한 입증의 부담여부를 구분한 것이다. 환경침해는 복잡다양하고 고도의 과학적 판단이 요구되

는 경우도 있어 주민 개인으로는 그 입증의 어려움이 있다는 점에서, 환경영향평가대상지역 안의 주민들에게는 이러한 입증책임의 부담을 완화시켜 준다는 의미라고 할 것이며, ‘특단의 사정이 없는 한’이라는 표현을 통해 환경영향평가대상지역 안이라고 하더라도 직접적이고 중대한 환경침해 또는 침해우려가 없다고 법원이 판단하면 원고적격을 부인할 수 있음을 암시한 것이라 할 것이다.¹⁵⁴⁾

한편 개발사업이 환경영향평가대상사업임에도 불구하고 환경영향평가가 실시되지 아니한 경우, 인근주민들은 환경영향 평가가 실시되었다면 자신들은 환경영향대상지역 범위 안의 주민들에 해당되었을 것이라며 원고적격이 있다고 주장할 수 있을 것인가 하는 점이 문제될 수도 있다. 그런데 사업자의 법령해석 등의 착오로 인하여 환경영향평가를 실시해야 함에도 실시하지 않았을 때 환경영향평가가 실시된 경우보다 더 무거운 입증의 부담을 인근 주민들에게 지우는 것은 부당하다. 따라서 개발 사업이 환경영향평가대상사업임에도 불구하고 환경영향평가가 실시되지 아니한 경우 인근주민들은 환경영향평가가 실시되었다면 자신들은 환경영향대상지역 범위 안의 주민들에 해당되었을 것이라며 원고적격을 주장할 수 있으며, 이 경우 법원은 여러 가지 사정을 종합하여 인근주민들은 환경영향평가대상지역 범위 안의 주민들에 해당한다고 판단할 수 있을 것이다.¹⁵⁵⁾

2. 환경영향평가대상 지역 여부의 판단방법

환경영향평가대상지역의 판단문제는, 환경행정소송에서 환경상 이익의 침

154) 김향기, 전계논문, 249면.

155) 여영학, “환경영향평가와 사법심사”, 강원법학 제23권, 강원대학교비교법학연구소, 2006, 274면.

해 또는 침해우려에 대한 입증이 필요 없는 환경영향평가대상지역의 주민에 해당하는지 판단하는 문제인바, 이는 원고적격문제와 매우 관계 깊은 문제이다. 환경영향평가법상 환경영향평가대상지역은 환경영향평가대상사업의 시행으로 영향을 받게 되는 지역으로서 환경영향을 과학적으로 예측·분석한 자료에 따라 그 범위가 설정된 지역으로(제9조), 환경영향평가대상사업의 사업자 또는 환경영향평가대행자가 환경영향평가서를 작성할 때 그 대상지역도 정한다.(제13조) 그런데 환경행정소송에서 법원은 사업자가 설정한 환경영향평가대상지역에 따라 판단할 것인지 아니면 관계없이 법원이 독자적으로 판단할 것인지 문제되는바 이에 대해 사업자주체설과 법원주체설이 대립하고 있다. 사업자주체설(환경영향평가서 기준설)은 환경영향평가서에서 환경영향을 받게 되는 것으로 예측·분석한 지역이 환경영향평가대상 지역으로서, 환경영향평가서를 작성하는 사업자 또는 환경영향평가 대행자가 판단의 주체라고 보는 설로, 이는 비록 그 대상지역을 객관적으로 결정·공고하는 규정이 없어 다소 추상적이고, 객관적이지 못한 측면이 있지만 위와 같은 검증절차를 거친 평가서를 기준으로 판단할 수밖에 없다는 현실적 측면을 고려한 것이다.¹⁵⁶⁾ 반면에 법원주체설은 환경행정소송의 제3자의 원고적격을 정함에 있어서 환경영향평가대상 지역은 사업자 등이 환경영향평가서나 그 초안을 작성함에 있어 환경영향평가대상 지역으로 설정한 지역을 의미하는 것이 아니라, 환경영향평가대상 사업의 시행으로 환경영향을 받게

156) 학설은 대체로 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 원고적격을 인정받은 이유는 그 대상지역이 당해사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되기 때문이므로, '환경영향평가대상지역안'이라는 부분은 실질적인 기준인 '직접적이고 중대한 환경피해의 우려'의 징표 또는 기준에 불과하다고 주장하면서, 대법원 판결이 사업자주체설을 취하고 있음을 전제로 하여 사업자가 설정한 대상지역 안팎에 의하여 원고적격 유무를 가리는 대법원 판례는 지나치게 형식논리적 이라고 비판하여 왔다. 즉 사업자가 스스로 대상지역을 설정하고 행정청이 승인한 것을 두고 그 대상처분에 대한 원고적격의 판단기준으로 삼는 것은 원고적격 여부를 사업자나 처분청인 행정청에 맡긴 것과 다름없다는 것이다. 하종대, "새만금판결과 행정법상 몇 가지 쟁점", 재판과 판례 제15집, 대구판례연구회, 2007, 714면.

되는 지역을 의미한다고 보는 것이 타당하고, 따라서 법원이 원고적격 유무를 판단함에 있어서 환경영향평가서의 내용에 구속됨이 없이 소송자료와 증거자료 등을 종합하여 원고가 환경영향평가대상 사업의 시행으로 인하여 영향을 받게 되는 지역 안의 주민인지 여부를 판단하여야 한다는 입장이다.¹⁵⁷⁾

생각건대 환경영향평가대상지역은 환경영향평가의 실시애 앞서 환경영향평가의 실시자인 사업자나 환경영향평가 대행자가 스스로 환경영향평가가 필요하다고 정한 지역에 지나지 않는 것이므로 ‘직접적이고 중대한 환경피해의 우려’가 있는 지역과 환경영향평가대상지역이 반드시 일치한다고 볼 수 없다. 또한 사법심사의 범위가 사업자의 그것도 예비적 조사만에 기초한 대상지역에 선정에 의하여 좌우된다는 것은 적절하다고 볼 수 없다.¹⁵⁸⁾ 따라서 환경행정소송에 있어서 법원이 원고적격유무를 판단함에 있어서 환경영향평가서의 내용에 구속되는 것이 아니라, 소송자료와 증거자료 등을 종합하여 원고가 대상사업의 시행으로 인하여 영향을 받게 되는 지역 안의 주민인지 여부를 판단하여야 하므로 법원주체설이 타당하다고 생각된다.¹⁵⁹⁾

157) 예컨대 새만금간척종합개발사업사건의 원심판결에서 이와 같은 입장을 취하고 있다. ‘환경영향평가 대상지역 안의 주민들의 환경상의 이익을 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 환경상의 이익으로 보아 원고적격을 인정하는 것은, 환경영향평가 대상지역이 ‘대상사업의 시행으로 인하여 환경에 해로운 영향을 받게 되는 지역’이라고 과학적으로 예측·분석한 자료에 의하여 그 범위가 설정되기 때문이지, 사업자가 환경영향평가 대상지역을 확정할 수 있는 권한을 갖고 있기 때문은 아니라 할 것이다. 따라서 법원이 제3자의 원고적격 유무를 판단함에 있어서는 환경영향평가서의 내용에 구속됨이 없이 소송자료와 증거자료 등을 종합하여 원고가 대상사업의 시행으로 인하여 영향을 받게 되는 지역 안의 주민인지 여부를 판단하면 되고’ (서울고법 2005. 12. 21. 2005누4412)

158) 김향기, 전제논문, 252면.

159) 김수일, “1일 처리능력 100톤 이상인 폐기물소각시설을 설치하기 위한 폐기물처리시설설치계획 입지 결정·고시처분의 효력을 다투는 소송에 있어서 인근주민들의 원고적격” 특별법연구제7권, 박영사, 2005, 235면.

II. 환경단체

대법원은 환경단체의 원고적격을 부인하고 있는데, 예컨대 이른바 양수발전소사건에서 대법원은 환경영향평가대상지역 밖의 자연을 찾아 즐기거나 연구·보전하려는 산악인, 생물학자, 생태연구가, 사진가, 일반시민, 환경보호단체 등이 동 발전소건설사업승인처분과 관련하여 갖고 있는 환경상 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로서 국민 일반이 가지게 되는 추상적·평균적·일반적 이익에 그치는 이익이라는 취지로 판시하면서 이들의 원고적격을 부인한 바 있다.¹⁶⁰⁾ 환경피해의 광범위성과 집단성이라는 특징을 살펴볼 때 환경단체로 하여금 환경이익을 보호하기 위하여 단체소송 또는 집단소송을 제기할 필요성이 나날이 증가하고 있고, 이에 일정한 요건 하에서 환경단체에게 원고적격을 인정하는 법을 제정할 필요성이 있을 것이다.

현행 환경분쟁조정법은 중대한 자연생태계파괴로 인한 피해가 발생하였거나 발생할 위험이 현저한 경우에는 환경단체로 하여금 위원회의 허가를 받아 분쟁당사자를 대리하여 위원회에 조정을 신청할 수 있도록 하는 한편, 환경단체의 대리권 남용을 방지하기 위하여 대리인 적격을 갖는 환경단체를 다음과 같이 정의하고 있다. ① 민법 제32조의 규정에 의하여 환경부장관의 허가를 받아 설립된 비영리법인일 것 ② 정관에 의하여 환경보호등 공익의 보호와 증진을 목적으로 하는 단체일 것 ③ 구성원이 100인 이상일 것 ④ 신청일 현재 법인으로서의 자연환경분야 활동실적이 2년 이상일 것 (제26조 제1항, 동법 시행령 제20조) 이와 같이 환경단체에 부여된 조정신청권은 환경분쟁조정제도의 전문성과 실효성을 제고하기 위한 것이나, 분쟁당사자로부터의 대리권 수여가 없는 경우에는 의미가 없게 되며, 환경단체에 원고적

160) 대판 1998. 9. 22. 97누19571

격을 인정하고 있지 않는 상황에서는 본질적으로 한계가 있을 수밖에 없다.

Ⅲ. 미래세대

헌법 제10조는 기본적 인권의 보장을 선언하고, 헌법 제35조는 ‘모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가와 국민은 환경 보전을 위하여 노력하여야 한다.’고 규정함으로써, 모든(미래세대를 포함) 국민의 환경권을 명시하고 있다. 또한 자연환경보전법 제3조에서는 ‘자연환경은 모든 국민의 자산으로서 공익에 적합하게 보전되고 현재와 장래의 세대를 위하여 지속가능하게 이용되어야 한다.(제1호)’, ‘모든 국민이 자연환경보전에 참여하고 자연환경을 건전하게 이용할 수 있는 기회가 증진되어야 한다.(제4호)’ ‘모든 국민이 자연환경보전에 참여하고 자연환경을 건전하게 이용할 수 있는 기회가 증진되어야 한다.(제7호)’ 고 규정함으로써, 자연자원의 공익성을 밝히고, 그 이용에 있어 미래세대를 고려할 것을 분명히 하고 있다.

또한 1972년 스톡홀름에서 개최된 유엔인간환경회의(United Nations Conference on the Human Environment)에서 채택한 스톡홀름 선언에서는 ‘인간은 존엄과 복지를 유지할 수 있는 환경에서 자유, 평등, 및 충분한 생활수준을 향유할 기본적 권리를 가지고 있으며 동시에 현재 및 장래세대를 위하여 환경을 보호하고 개선할 엄격한 책임을 진다.’고 선언하고 있으며(원칙1), 1992년 리우에서 열린 유엔환경개발회의(United Nations Conference on Environment and Development)에서는 ‘환경과 개발에 관한 리우선언’을 채택하여 ‘개발을 할 권리는 현재세대와 미래세대의 개발과 환경에 대한 요구를 공평하게 충족할 수 있도록 실현되어야 한다.’(원칙3), ‘지속 가능한 개발을 성취하고 모두의 밝은 미래를 보장하기 위하여 전 세계 청년들의 독창

성, 이상, 그리고 용기가 결집되어 범세계적 동반자 관계가 구축되어야 한다.’(원칙 21)고 선언함으로써 세대 간의 형평성을 강조하고 있다.

이러한 국내법, 또는 국제기구의 선언 및 국제조약 등에 근거하여 미래세대의 환경권, 미래세대의 다양한 동·식물계에 대한 권리, 풍요로운 자연에서 생활할 권리, 인간에 의해 인위적으로 조작·변화 되지 않은 자연유산을 향유할 권리 등 아직 태어나지 아니한 자가 소제기 할 수 있는가 논란이 제기되고 있다. 원고적격의 판단 기준을 근거법규의 보호목적에 두고 있는 한 처분의 근거법규에 해당되기 힘든 국제기구의 선언 또는 국제조약에 근거하여서는 미래세대들에게 법률상 보호되는 이익이 있다고 인정되기 힘들 것이다.¹⁶¹⁾ 즉 미래세대의 권리나 법률상 이익의 침해는 아직 구체화되지 않은 것으로 사건의 성숙성이 결여되어 소송요건 불비로 각하될 위험이 크기 때문이다. 또한 국내법규의 관련규정은 실제적 효력이 아닌 선언적 효력만 있다는 이유로 원고적격이 부인될 소지가 많은 것이 현실이다.¹⁶²⁾

IV. 자연의 권리

원고적격의 확대필요성에 대한 인식은 동·식물의 권리를 인정해야 한다는 주장으로 이어지고 있으며, 인간이 아닌 나무, 동물, 강 등 자연자원 그

161) 김홍균, 전계논문, 140면.

162) 소위 새만금 사건과 관련하여 처분 당시 태어나거나 아직 태어나지 아니한 18세 미만의 미성년자들인 원고들(이른바 미래세대)이 농림수산부장관의 공유수면매립면허처분과 새만금간척종합개발사업인가 처분의 취소를 구하는 소송에서 서울행정법원은, 자연환경보전법, 습지보전법 등은 처분 당시에는 제정되어 있지 아니하므로 당해 처분의 근거법규 또는 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규에 해당될 수가 없고, 환경권은 명문의 법률규정이나 관련법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없어 법률상 보호되는 이익으로 인정될 수 없으며, 원고들이 주장하는 국제기구 선언, 국제협약 등은 처분의 근거법규 또는 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규에 해당하지 않는다는 등의 이유로 원고적격을 부인한 바 있다.(서울행정판 2001.7.25.2000구12811 참조)

자체에도 원고적격이 인정될 수 있다는 견해로까지 발전하고 있다. 이에 따르면 자연에는 그 자체로서 고유한 가치가 있으며, 그 이익을 대변하기 위하여 사람 또는 단체가 이들을 대신하여 소송을 제기할 수 있다는 것이다.

이러한 개념은 원고적격, 더 나아가 소송구조를 인간 중심에서 자연중심으로 전환하는 사고를 포함하게 되면서, 기존 인간 중심의 소송구조가 가지고 있는 한계를 극복하는 하나의 대안으로 떠오르고 있다. 인간에서 자연 중심의 사고전환은 자연에 대한 이해 방법과 정도를 달리 하게 만들 것이다. 인간에게 피해가 발생하여야만 그 피해를 구제할 수 있고, 그것도 법인격을 가지고 있는 자만이 소제기가 가능한 인간을 중심으로 하는 현행법 체제에서 당장 자연의 권리 주체성을 인정하기는 어렵겠지만,¹⁶³⁾ 입법론상으로는 원고적격의 완화 차원에서 충분히 논의될 수 있을 것이다.¹⁶⁴⁾ 우리나라와 같이 정부의 부작위를 강제하는 기능을 갖는 의무이행소송이나 시민소송 등의 제도가 구비되어 있지 못한 상태에서 자연 그 자체를 보호하기 위한 제도적 장치를 마련한다는 것은 큰 의미를 갖게 될 것이다.

163) 법원은 경부고속철도 터널공사로 인해 터널공사구간인 천성산에 서식하는 도롱뇽의 생존환경 및 천성산의 자연환경 파괴를 막기 위하여 자연내지 자연물의 고유의 가치의 대변자인 환경단체가 그 사법적 담당자로서 도롱뇽 또는 위 도롱뇽을 비롯한 자연 그 자체를 신청인으로 하여 공사착공의 금지를 구한 사건에서 신청인에게 당사자능력이 없음을 근거로 각하한 바 있다.(울산지법. 2004. 4. 8. 2003카.합.982.)

164) 김홍균, 전계논문, 142면.

第 4 章 環境行政訴訟上 原告適格에 관한 比較法的 考察

제1절. 독일

I. 원고적격에 대한 개관

1. 원고적격에 관한 독일법의 기본구조

독일의 경우 행정소송의 원고적격과 관련된 조문은 헌법에서 시작되는데, 즉, 독일 연방헌법(Grundgesetz, 기본법) 제19조 제4항 제1문은 ‘누구든지 공권력에 의해 자신의 권리가 침해된 때에는 소송을 제기할 수 있다.’고 규정함으로써 헌법 자체에서 실질적인 기준에 의거하여 행정활동에 대한 국민의 재판청구권을 보장하고 있다. ‘권리가 침해된 때’(in seinen Rechten verletzt) 라는 문구가 바로 그 실질적 기준이다. 다시 말해 개인의 권리가 침해된 경우에는 그 공권력 행사가 어떠한 유형이든지 간에, 그것이 행정행위이든 아니든 간에, 모든 종류의 행정활동에 대한 재판청구권이 보장되고, 이에 행정재판권이 미치는 것이다.¹⁶⁵⁾

위와 같은 헌법규정에 따라 독일 행정법원법(Verwaltungsgerichtsordnung ;VwGO) 제42조 제2항은 취소소송과 의무이행소송의 원고적격에 관해 ‘법률상 별도의 규정이 없는 한, 원고가 행정행위 또는 행정행위의 거부나 부작위로 인하여 자기의 권리가 침해되었음을 주장하는 경우에 한하여 소를 제기할 수 있다.’고 규정하고 있는바, 헌법과 법률 차원에서 ‘권리침해’를 공권

165) 박정훈, “취소소송의 원고적격(1)”, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006, 186면.

력에 대한 권리구제 요건 규정하고 있는 것이다. 이러한 권리구제 중심적 구조는 또한 취소소송의 본안요건에서도 뚜렷이 나타난다. 즉 행정법원법 제 113조 제1항 제1문은 ‘행정행위가 위법하고 이로 인해 원고가 자신의 권리가 침해된 때에는 법원은 당해 행정행위와 존재하는 재결을 취소한다.’고 규정하고 있다. 이와 같이 독일의 취소소송에서는 원고적격 부분에서 ‘권리 침해의 주장’이, 본안요건에서는 ‘권리침해의 사실’이 각각 자리 잡고 있어서 ‘권리침해’가 취소소송의 전 부분을 관통하는 중심축을 이루고 있는 것이다. 이것이 독일 취소소송의 핵심적 특징이다.¹⁶⁶⁾

원고적격의 요건으로서 ‘권리침해의 주장’ 정도에 대해 권리침해에 관한 상당한 정도의 개연성을 요구하는 신빙성설과 권리침해의 가능성으로 족하다는 가능성설로 나뉘는데, 통설 및 판례는 권리침해의 가능성을 인정할 수 있는 사실을 제시하면 된다고 본다. 이러한 원고적격의 요건으로서의 권리침해의 가능성은 두 가지 요소로 분해될 수 있는바, 첫째, 원고가 주장하는 권리가 실제로 원고에게 인정될 가능성과 둘째로, 그 권리가 실제로 침해될 가능성이 그것이다. 이를 환경인인소송과 관련하여 설명하면, 인근주민이 원고적격을 인정받기 위해서는 먼저 그의 주장 사실대로라면 그가 주장하는 권리가 실제로 동인에게 귀속될 수 있을 가능성이 긍정되어야 그 권리가 침해받았을 가능성이 검토되는 것이다. 이때 첫번째 요소인 ‘권리귀속가능성’은 객관적인 법적판단이기 때문에 형식적으로는 ‘가능성’에 관한 판단이지만 실질적으로는 그 권리의 귀속 여부가 종국적으로 판단된다. (다만 사실에 관한 문제로서, 만일 허위로 문제의 환경위해시설로부터 근접한 거리에 있는 지역의 주민임을 주장한 경우에, 그 주장 자체로 권리 귀속이 인정된다

166) 박정훈, “환경침해시설의 설치·가동 허가처분을 다루는 취소소송에서 인근주민의 원고적격 - 독일법의 비관적 검토와 행정소송법 제12조의 해석을 중심으로-”, 「판례실무연구IV」, 비교법실무연구회, 2000, 478면.

면, 원고적격은 긍정되지만, 본안판단에서 권리침해의 사실이 부정되어 기각된다.) 따라서 취소소송의 경우 원고적격의 문제는 객관적인 권리귀속 여부의 판단문제로 집약되는 것이다.¹⁶⁷⁾

2. 원고적격 규정의 역사적 성립과정

독일에 있어서 원고적격을 권리침해와 결부시켜 이해하게 된 역사적 배경은 독일의 행정재판의 성립역사와 관련되어 있다. 19세기 동안의 독일의 행정재판성립의 과정을 살펴보면 북독일에서는 객관적 적법성통제를 목적으로 하는 행정재판이, 남독일에서는 개인의 권리구제를 목적으로 하는 행정재판이 이루어지다가 19세기 말경에 남독일 식의 개인의 권리구제를 목적으로 하는 재판이 독일에 정착되었다.¹⁶⁸⁾

행정소송의 목적을 행정의 적법성통제에 두는 북독일식의 행정재판관념에 따르면, 원고적격의 문제는 원칙적으로 민중소송 및 남소방지의 차원에서 행정의 적법성통제를 위한 계기를 가지는 자, 곧 행정작용에 따라 이해관계

167) 박정훈, 전계논문, 479면.

168) 원고적격으로서의 공권의 성립과정과 관련하여 살펴보면, 북독일의 이론을 대표하는 Gneist의 이론은 행정의 사법통제는 단지 행정의 적법한 집행의 확보를 목적으로 하고 있기 때문에 이에 따라 공권과 행정소송과의 관련성을 부인하였다. 누가 소송을 제기할 수 있는가는 단지 원고적격의 문제라고 하였다. 공권력의 남용에 의한 개인이익의 위험이 사법통제를 통하여 보호받기에 충분하다고 인정되는 경우에, 입법자는 특별한 소송법적 지위로서 원고적격을 부여한다고 하였다. 그로부터 필연적으로 행정소송의 대상에 대한 열기주의가 나왔다. 단지 법률에 의하여 부여된 원고적격은 적법성통제의 개별화를 위한 이론적인 구성에 지나지 않았다. 당연히 Gneist의 이론은 열기주의가 개관주의로 대체된 이후에는 더 이상 원고적격에 대한 어떠한 구체적인 기준을 제공하지 못하였다.

반면에 Sarwey에 의하여 주도된 남독일의 이론은 법률에 의하여 실질적으로 보호되는 이익을 공권으로서 파악하고 이를 제소가능성에 대한 기준으로 만들었다. Sarwey는 단지 공익만을 보호하는 법률과 개인의 이익을 보호하는 법률과를 구별하였다. 만일 관련된 법률이 개인에게 고유한 법적 영역을 주고 그 때문에 개인에게 권리를 부여한다고 해석된다면, 개인은 자신의 권리침해를 행정법원에 제소를 통하여 주장할 수가 있었다. 결과적으로 Sarwey의 이론은 공익을 위하여 발하여지는 법률과 개인의 이익을 보호하는 법률과의 구별문제를 발생시켰다. 정하중, “독일공법학에 있어서 권리의 개념”, 서강법학연구 제3권, 서강대학교법학연구소, 2001, 71-72면.

를 갖는 자의 의미에서 정할 수 있다 그러나 행정재판의 목적을 행정의 적법성통제가 아니라 개인의 권리구제에 두는 남독일식의 행정재판관념에 따르면 원고적격을 갖기 위해서는 원칙적으로 권리침해, 즉 공법의 영역에서는 사권과 구별되는 공권의 침해가 있어야 한다. 따라서 개인에게 귀속되는 권리가 원고적격의 중심에 있게 되었고, 원고는 단지 법률이나 기본권에 의해 그에게 직접 귀속되는 권리만을 주장할 수 있고, 법률의 규정에 의해 반사적으로 누리는 이익이나 개별 법률이 권리의 수준으로 보호하지 않는 이익은 행정소송에서 주장할 수 없다. 즉 이 경우 원고적격은 단지 사실상의 정치적, 경제적 이익과 권리를 구별하는 전제위에서 있다.¹⁶⁹⁾

이렇게 볼 때 누구든지 ‘자신의 권리가 침해된 자에게’는 권리구제가 허용되어야 한다고 규정하고 있는 독일 연방헌법 제19조 제4항은, 한편으로는 2차 세계대전 이전 행정소송(취소소송)의 대상을 일정한 유형의 행정행위에 한정하던 열기주의를 폐지하고, ‘포괄적인 내지 공백 없는 권리구제’를 보장한 것으로 볼 수 있다. 또 다른 한편으로는 바이마르시대까지 행정에 대한 객관적인 법적 통제를 기조로 하던 북독일 행정소송제도를 포기하고 주관적 권리보호를 중심으로 하는 남독일 행정소송제도를 채택하였다는 의미도 갖는다.

II. 공권이론과 보호규범이론

위에서도 살펴보았듯이 독일법상 취소소송의 원고적격은 ‘권리’ 문제로 집약된다고 할 수 있고, 우리의 행정법이 독일법의 영향을 많이 받은 점 등을

169) 정호경, “독일 행정소송의 체계와 유형 - 대상적격과 원고적격을 중심으로 -”, 법학논총 제23권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2006, 11면.

고려해 볼 때, 독일 공법상 중심축의 역할을 하고 있는 권리개념을 살펴보는 것이 우리 행정법학을 이해하는데 필요하다고 생각한다.

개인적 공권이란 개인이 공법상 자기의 고유한 이익을 추구하기 위해 국가 등 행정주체에 대하여 일정한 행위(작위 · 부작위 · 급부 등)를 요구할 수 있는 법적인 힘으로 주관적 공권이라고도 한다.¹⁷⁰⁾ 행정소송과 관련하여 개인의 권리는 행정청의 행정행위의 발령 · 거부 · 부작위 등으로 인하여 그의 권리가 침해되는 때에는 원고가 되어 행정소송을 제기하게 된다. 이렇게 본다면 행정상의 법률관계에서 개인적 공권의 문제와 행정소송에 있어서 원고적격의 문제는 동일한 문제의 표리관계에 있게 된다.¹⁷¹⁾

공권의 개념은 19세기 후반 입헌군주국가시대에서 성립되었다. 시민적 법치국가사상의 발전과 당시의 국가학을 지배하였던 법실증주의와 국가법인설, 그리고 공법과 사법의 분리와 행정법원의 설치는 이른바 사권과 대립되는 공권의 성립과 발전에 기본적인 배경이 되었다.¹⁷²⁾

만일 개인적 공권이 인정되지 않는다면 사인은 국가작용의 단순한 대상일 뿐이고 자신의 이해에 관련되는 국가작용에 대하여 시시비비를 가릴 수 없게 된다. 따라서 법치국가에 있어서 개인이 국가에 대한 관계에서 개인적 공권의 인정은 ① 실체법적인 관점에서는 국가를 상대로 하는 권리를 위한 투쟁에 있어서 중요한 무기가 되며, ② 쟁송법적 관점에서는 개인적 공권에 대한 침해만이 행정상 쟁송의 대상이 된다는 점에서 행정상 쟁송이 되느냐 안 되느냐의 그 여부를 가리는 기준이 된다.¹⁷³⁾

170) 개인적 공권은 자기가 주장하는 이익이 법의 보호를 받는 이익이므로 법의 보호를 받지 못하는 이른바 반사적이익(Rechtsreflex)과 구별된다. 박규하, “주관적 공권과 행정소송의 원고적격”, 외법논집 제 16집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2004, 27면.

171) 박규하, 전계논문, 27-28면.

172) 장하중, 전계논문, 56면.

173) 설계경, “행정소송법상 보호규범론과 제3자소송”, 토지공법연구 제24집, 한국토지공법학회, 2004, 214면.

독일에 있어서 개인적 공권이론은 O. Bühler에 의해서 정립되었다. 빌러는 주관적 공권의 성립 및 보호의 근거를 개인의 국가에 대한 추상적 구도가 아닌 그러한 권리의 내용을 규정하는 실정법 조항에서 찾고 있는데, 그에 의하면 개인이 국가에 대하여 작위·부작위·수인·급부 등을 요구할 수 있는 권리는 ① 강행법규인 법률에 의해 국가(행정)에 그에 상당한 의무가 부과되고, (강행법규성) ② 그 의무가 개인의 사익을 보호하기 위한 것이며, (사익보호성) ③ 개인에게 그 사익을 관철하기 위한 법적인 힘(Rechtsmacht)이 부여되어 있을 것(청구권능 부여성)을 그 요건으로 한다.

위와 같은 빌러의 공권 성립 3요소는 기본법 제정이후에도 그 기본적인 틀은 계속 유지했으나, 공권 성립의 요건상의 상당한 수정이 가해짐에 따라 현재의 통설인 보호규범이론을 체계화하였으며, 나아가 공권의 적용범위가 현저히 확대되었다.

특히 공권개념의 세 번째 요소에 해당하는 ‘청구권능 부여성’은 행정재판의 대상을 열기주의로 규정하던 빌러 당시에는 의미 있는 요건이었지만, 공권력에 의하여 권리를 침해된 자에게 제소를 보장하여 포괄적인 권리보호를 규정한 기본법 제19조 제4항과, 행정법원법이 개괄주의를 채택함에 따라 공권 성립요소로서 의미를 상실하게 되었다. 따라서 오늘날 공권은 강행법규에 의해 국가에 어떤 의무가 부여되어 있고, 국가에 의무를 부여하는 그 강행법규가 개인의 이익을 보호하는 것이어야 한다는 두 가지 요건에 의해 인정되는데, (2요소론) 그 중 결정적인 것은 국가에 의무가 부과하는 바로 그 강행법규가 개인의 이익을 보호하는 것이어야 한다는 점이다. 즉 개인에게 공권이 인정되기 위해서는 개인의 이익을 보호하는 규범인 보호규범(Schutznorm)이 있어야 한다는 것이 보호규범이론¹⁷⁴⁾이다.

174) 독일에서는 그 동안 보호규범이론을 비판하는 견해들이 끊임없이 제기되어 왔는데, 이를 크게 네 가

그런데 어떤 법규가 공익 보호만을 목적으로 하는지, 사익 보호도 목적으로 하고 있는지는 명확하게 판단하기 어렵고, 오직 개인의 사익만을 보호하기 위해 행정에게 어떤 의무를 부과하는 경우에 한하여 공권을 인정하게 된다면 원고적격이 극히 제한된다는 문제점이 있다.¹⁷⁵⁾

Ⅲ. 제3자 보호 문제

보호규범이론을 엄격히 적용한다면 침익적 처분의 상대방도 원고적격을 인정받기 위해서는 자신의 사익을 보호하는 법률규정에 의해 부여된 권리가 침해되었음을 주장해야 한다. 그런데 독일의 통설과 판례는 침익적 행정행위의 직접 상대방에 대해서는 당연히 자기관련성을 가진다고 보아 원고적격

지 입장으로 분류할 수 있다. 첫째는 취소소송의 원고적격 요건으로서 공권은 이제 방어권으로서의 기본권 내지 헌법원리로부터 직접 도출될 수 있기 때문에 법률규정에만 한정된 보호규범이론은 극복되어야 한다는 입장이다 둘째는 법률규정의 규범적 해석에 의해 도출되는 공권 대신에 '보호가치 있는 이익', '국가법규범과의 구체적 관련성' 또는 '사적인 고유한 이해관계'등 사실적 이익 상황을 취소소송의 원고적격의 요건으로 보아야 한다는 입장이다. 셋째는 특히 환경행정소송에 있어 주관적 권리 구체적 기능을 부정함으로써 보호규범이론을 근본적으로 거부하는 입장이다. 마지막으로 특히 주목할 만한 견해는 취소소송의 원고적격 요건으로서 공권개념 자체는 인정하되, 보호규범이론의 시대적·사상적 배경을 비판하면서 공권에 대한 새로운 관념을 제시하는 입장이다. 즉, 시민적 자유주의를 전제로 국가의 권력관계에 대항하는 개인의 권리를 상징하는 보호규범이론은 기본법 하에서는 더 이상 타당하지 않으므로, 공권의 초점을 권력관계에서부터 국가와 개인사이의 법관계로 옮겨 그 법관계에서 개인이 갖는 권리를 공권으로 파악하는 것이다. 이러한 견해는 환경행정소송에서의 실제적 귀결로서, 공권 문제는 '국가-개인'의 二極的 관계가 아니라 대립하는 다양한 사적 이해관계들도 포함하는 多極的 관계로 포착되어야 하며, 또한 개개 법률규정의 보호목적의 해석에 집착할 것이 아니라 헌법과 법률, 법원리 등 전체 법질서의 관점에서 해결되어야 한다는 것이다. 박정훈, 전계논문, 481-482면.

175) 즉 현재 통설·판례에 의해 지지되는 보호규범론에 의하면, 불이익처분의 직접 상대방은 이른바 '상대방이론'에 의하여 언제나 원고적격을 취득하여 위법한 행정처분에 대항할 수 있다. 이에 반하여 수익적 처분의 제3자로서 불이익을 받는 자는 당해 처분의 근거가 되는 법령이 적어도 동시에 그의 사익을 보호하지 않는 한 주관적 공권을 보유하지 않으며, 따라서 당해 처분으로 어떤 이익의 침해를 받더라도 이른바 반사적 이익의 침해일 뿐이고 이러한 처분을 다룰 수 있는 원고적격을 취득하지 못한다. 결국 원고적격의 인정에 있어서 처분의 직접 상대방과 제3자에 대하여 차별성이 존재하는 것이다. 다극적 행정법관계에 연루되는 사인 상호간에 이해가 대립·충돌한다는 점을 고려하면 이러한 차별성은 제거되어야 할 것이다. 이원우, "항고소송의 원고적격과 광의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개선방안", 행정법연구 제8호, 행정법이론실무학회, 2002, 225면.

을 인정하는 소위 상대방이론(Adressatentheorie)을 인정하고 있다.¹⁷⁶⁾

상대방이론은 기본권의 자유권적, 방어권적 성격에 근거하여 침익적 처분의 직접 상대방에 대한 원고적격을 인정하는데, 어떤 개인에게 불이익을 가하는 처분은 적어도 기본법 제2조 제1항에서 규정하는 인격의 자유로운 발현권을 제한하는 것이므로, 처분의 근거·요건이 되는 법률규정을 매개로 하지 않고서도 자유권의 방어권적 기능에 의해 바로 원고적격이 인정된다고 보는 것이다.

이렇게 볼 때 오늘날의 원고적격요건으로 보호규범이 문제되는 것은 원칙적으로 처분의 상대방이 아닌 제3자의 경우로서, 특히 처분의 직접상대방이 아닌 제3자가 직접상대방에 대한 수익처분의 취소를 구하는 건축이나 환경 관련 인인소송(Nachbarklage) 및 경제 관련 분야에서의 경쟁자소송(Konkurrentenklage)에서 제3자의 보호 문제가 발생한다. 즉 오늘날 건축법·환경법·경제법 분야에서의 행정청의 인·허가 행위는 이른바 복효적 행정행위로서 처분의 상대방에게는 유리한 법적효과가 발생하지만 인인이나 경쟁자에게는 불리한 효과가 야기될 수도 있기 때문에, 인인이나 경쟁자와 같은 제3자의 보호 문제가 발생하는 것이다.

독일의 학설과 판례는 헌법과 행정법원법의 규정상 행정소송의 원고적격

176) 무하자재량행사청구권은 재량행위에 대한 취소소송의 원고적격을 인정하기 위해 고안된 개념으로, 근거법규가 행정청에게 재량을 부여하고 있더라도 행정은 재량하자를 범하지 않을 한계를 지켜야 할 의무가 있고, 이에 대해 상대방은 (근거법규의 사익보호성이 인정되는 경우에) 행정에게 하자 없는 재량행위를 요구할 권리인 무하자재량행사청구권을 갖는다는 것이다. 즉 재량행위에 의해서도 원고의 무하자재량행사청구권이 침해될 수 있으므로 재량행위의 상대방은 권리침해라는 원고적격의 요건을 충족하게 되는 것이다. 그런데 침익적 처분의 상대방에 대하여는 근거법규의 규정에 관계없이 직접 기본권에 의거하여 원고적격을 인정하는 '상대방 이론'이 일반적으로 인정되게 됨에 따라, 침익적 처분의 직접 상대방은 당해 행정행위가 기속행위인지, 재량행위인지 여부에 상관없이 원고적격을 인정받게 되었고, 따라서 무하자재량행사청구권은 침익적 처분의 상대방이 제기하는 취소소송에서는 그 의미를 상실하게 되었다. 다만 무하자재량행사청구권은 수익적 행정행위의 발급을 구하는 소송, 즉 의무이행소송을 인정하는 주요한 근거로 기능하게 되었다.

요건으로서 공권개념을 부정할 수 없고, 나아가 이익형량 결정을 통해 기본권 및 헌법 원리를 구체화하는 의회입법권을 존중해야 한다는 논거로 여전히 공권개념과 보호규범이론을 고수하고 있지만, 다른 한편으로는 원고적격의 확대(공권의 확대)를 위해 ‘사익보호성’의 인정범위를 확대하고자 노력하고 있다. 즉 법률이 명확하게 오직 사익만을 보호하기 위한 것이 아니라 오히려 공익의 보호를 주된 목적으로 하더라도, 이와 더불어 사익도 동시에 보호하는 것으로 해석되는 경우에는 사익보호성을 인정하고, 이러한 해석을 위해서 확대해석, 체계적 해석, 목적론적 해석 등의 해석방법과 더불어 헌법합치적 해석도 동원하여 원고적격의 인정범위를 확대하고자 하고 있다.

독일의 판례와 통설이 이러한 보호규범이론을 고수하는 것은 독일 행정소송의 본안판단사항과도 관련이 있다. 독일 행정법원법 제113조 제1항 1문은 본안판단과 관련하여 ‘행정행위가 위법하고 원고가 이로 인하여 자기의 권리를 침해받은 경우에 법원은 행정행위 및 행정심판결정을 취소한다.’고 규정하고 있다. 즉 우리나라의 행정소송의 경우 원고적격 단계에서 ‘법률상 이익’이 있을 것을 요구하고, 본안에서는 계쟁처분의 ‘위법성’만 문제되는데 반하여, 독일의 경우에는 본안단계에서도 계쟁처분의 ‘위법성’외에 ‘권리침해’를 요구하고 있는데, 이때 권리가 침해된다는 것은 곧 계쟁처분이 그 권리의 근거가 되는 보호규범에 위배된다는 의미이다. 즉 권리침해는 항상 위법성과 연관되게 되는데 이를 위법성관련성 (Rechtswidrigkeitszusammenhang) 이라 한다.¹⁷⁷⁾ 결국 원고적격을 부여하는 보호규범이 곧 본안에서의 위법성과 권리침해 판단의 척도 규범으로 연결되는 것이고, 이러한 점에서 독일은 철저한 주관소송적 구조를 취하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

177) 박정훈, “취소소송의 성질과 처분개념”, 「행정법의 구조와 기능」, 박영사, 2006, 153-154면 참조.

IV. 독일 판례상 원고적격 판단기준

1. 건축법 분야

앞서 말했듯이 오늘날 주관적 공권론은 행정작용의 상대방으로부터 행정작용과 직접관련이 없는 제3자 보호의 문제로 그 논의의 중심이 옮겨졌다. 이와 관련하여 독일의 판례와 주류 학설의 입장은 여전히 보호규범이론에 입각하고 있는바, 특정한 행정작용의 근거가 되는 법규범이 공공의 이익을 추구하는 동시에 특정 개인의 법적 이익도 보호하고 있는 경우에, 제3자가 이러한 보호규범에서 정하고 있는 인적범위에 해당하면 자신의 권리침해를 요건으로 원고적격을 부여받아 행정소송을 제기할 수 있다고 한다.

그런데 건축법 등의 규정에서 제3자 보호를 위한 주관적 공권을 이끌어 낸다는 것은 결코 쉬운 일은 아니다. 그 이유는 건축법규범은 다른 분야의 행정법 규범과는 달리 일반적인 공익상의 고려 외에는 특정한 개인의 사익을 보호하는 명시적인 규정을 두고 있지 않는 것이 대부분이기 때문이다.¹⁷⁸⁾ 따라서 건축법규범의 이러한 현실적인 구조를 생각해 볼 때 보호규범론만으로는 제3자의 보호 범위가 지나치게 축소된다는 한계가 있다. 이와 같은 보호규범론의 한계를 극복하고 제3자의 권익보호의 흠결을 보충하기 위해 독일에서는 크게 두 가지 방법이 제기되었는데, 그 하나는 제3자 보호의 규정이 개별법에서 흠결 되어 있어도 그 보호가 헌법적으로 요구되는 경우에는 헌법상의 기본권 조항을 직접 적용하는 방법이며, 다른 하나는 제3자 고려명령론이다.

독일 연방행정법원도 일정한 경우에 헌법상 기본권조항을 제3자의 주관적

178) 김성수, “독일법상 주관적 공권이론의 발전”, 고시계 통권 414호, 고시계사, 1991, 72면.

공권의 근거규범으로 인정하고 있다. 다시 말해 건축허가의 발령이 법에서 정한 허가요건에 어긋나 위법하다는 이유 때문에 곧바로 헌법상 인인의 재산권에 대한 침해가 이루어진 것으로 볼 수는 없지만, 건축주도 쉽게 알 수 있을 정도의 명백한 행정청의 오류로 인하여 건축허가가 부여되고 그것으로 인하여 인인의 토지재산권의 현상이 지속적으로 악화되고, 인인에게 그러한 침해를 수인할 수 없는 심각한 상태를 야기 시키는 경우에 인인들은 자신들의 주관적 공권에 대한 침해를 주장하며 행정소송을 제기할 수 있다는 것이다.¹⁷⁹⁾

제3자 고려명령론은 건축법 분야에서 제3자의 주관적 공권을 확대시키기 위한 노력의 일환으로 1970년대 중반부터 학설과 판례의 주목을 받기 시작한 이론으로서, 그 내용은 건축허가를 부여함에 있어서 법을 해석·적용하는 자는 반드시 주의 인인들의 보호가치 있는 이익을 고려해야 하며 건축허가로 인하여 상당히 보호가치가 있는 제3자의 법적이익이 직접적으로 침해되는 경우에는 그 건축허가가 허용될 수 없다는 것이다. 이처럼 제3자 고려명령론의 핵심은 건축주와 인인 간에 이익이 조화될 수 있는 해석 방법을 모색하는데 있다. 특히 제3자 고려명령은 독일 연방 행정법원의 판결을 통해 구체화되었는바, 1977년 2월 25일의 판결¹⁸⁰⁾은 제3자 고려명령이론에

179) BVerWGE 32, 179 (황보완, “환경행정소송에 있어서 원고적격론에 관한 연구”, 한국외국어대학교 대학원 박사학위논문, 2003, 79면 재인용.)

180) BVerWGE 52, 122 ; 이 사건은 가정집으로부터 25m 떨어진 농가에 약 300~350 마리의 돼지를 사육하기 위한 돈사건축허가처분이 결정되자 집주인이 이 처분의 취소를 구하는 소송을 제기함으로써 시작되었다. 주요 판시 내용은 다음과 같다.

‘영역에서의 설계안은 비록 그것이 특권적 설계안 또는 그 밖의 설계안과 관련된다 하더라도, 여기에 허가를 부여하기에는 부적합하다. 왜냐하면 그 설계안은 타인의 이익을 충분히 고려하고 있지 않기 때문이다. 이는 본 재판부가 이미 여러 번 판시한 바 있다. ... 연방건축법(BBauG) 제35조의 문언에 의거하여 공적관점에서 판단한 방해 내지 침해만으로도 건축설계안의 불허가 사유가 될 수 있다는 점에 대해서는 반론의 여지가 없는 것이다. 보호할 가치가 있는 개인적 이익에 대한 고려명령은 공적 관점에서 행해지는 것이며 그 역은 아니다. 이 명령은 연방건축법 제35조 제3항의 의미를 해석하는데 있어서도 동일한 공적관점으로 적용될 것이다. 제3자 고려명령이 객관적으로 어떤 요구의 바탕이 되어야

있어서 하나의 분기점을 형성하였다. 이 판결에서는 건축주와 인인을 제3자 고려명령에 있어서 각각 의무자와 권리자로 규정하면서 상황에 따라 제3자의 법적지위가 보다 민감하고 보호가치 있는 경우에는 이에 상응하는 정도로 증대 되어야 한다고 판시하고 있다. 여기서 주목되는 것은 연방행정재판소가 제3자 고려명령의 궁극적 목적이 공익의 실현에 있다는 종전의 입장을 견지하면서도 ① 제3자 고려명령의 대상이 되는 인인들이 특별히 보호 자격을 갖추고 ② 동시에 개별화 할 수 있는 범위에 속하여 그렇지 못한 타인들과 명백히 구별될 수 있는 경우에는 인인들이 행정쟁송에서 원고적격을 부여받을 수 있음을 인정하는 것이다.

제3자 고려명령론은 결국 주관적 공권의 성립에 있어서 개별법규범에 마땅히 규정되어야 할 제3자 보호규정이 흠결되는 경우에 기본권의 직접적용을 주장하는 성급한 방법보다 제3자 보호를 위하여 개별법규범을 최대한 헌법합치적 · 목적론적으로 해석하여 권리구제의 흠결을 보완하자는 노력으로 평가할 수 있다.¹⁸¹⁾

2. 환경법 분야

오늘날 환경법상 행정소송의 대부분은 행정처분의 상대방이 아니라 처분과 직접 관련이 없는 제3자에 의해 제기되고 있다. 이것은 결국 건축법 분야에 서와 같이 환경법 분야에서도 제3자효적 행정행위가 증가함에 따라 제3자 보호의 문제가 행정구제와 관련 하여 핵심적인 내용을 이루고 있다는 것을

하는가 하는 문제는 본질적으로 개별사례에서의 제반 상황에 달려있다. ... 개별사례에 대한 정당한 판단을 위해서는 제3자 고려명령에 의하여 이익을 보는 쪽과 그것에 의하여 손해를 보는 쪽에 대하여 제반상황에 따라 기대하여야 할 바가 무엇인지를 양자 사이에서 본질적으로 형량 하는 방향으로 나아가는 것이다.' (황보완, 전계논문, 79-80면 참조.)

181) 김성수, 전계논문, 75면.

간접적으로 방증하는 것이다. 그러므로 이미 건축법 분야에서 논의된 제3자 보호를 위한 보호규범론, 제3자 고려명령론, 기본권의 직접적 적용론은 환경법 영역에서도 타당하다고 하겠다. 연방행정법원의 판례 또한 수많은 시행착오를 거쳐 보호규범론을 환경법 영역에 있어서 제3자 보호를 위한 원리로 정착시켰는데, 독일의 판례는 환경유해시설을 일반적 공해시설과 원자력시설을 나누어서 다른 기준을 적용하고 있다.

먼저 일반적 공해시설을 규율하는 것이 연방입맛뿔안방자법 (Bundes-Immissionsschutzgesetz) 인데, 동법의 규정들에 관해 사익보호성 여부를 판단하는 기준으로 판례상 정립된 것이 위험방지(Gefahrenabwehr)¹⁸²⁾와 사전배려(Vorsorge)¹⁸³⁾의 구별이다¹⁸⁴⁾. 즉 위험방지를 목적으로 하는 규정의 경우에는 인근주민에 대한 사익보호성이 긍정되는 반면, 사전배려를 목적으로 하는 규정의 경우에는 부정된다. 따라서 인근주민이 전자의 규정이 위반되었음을 이유로 공해시설 설치·가동 허가처분을 다투는 취소소송을 제기한 때에는 원고적격이 인정되는데 반해, 후자의 규정이 위반되었음을 이유로 하는 때에는 원고적격이

182) 여기서 위험(Gefahr)이라고 함은 독일법상 전통적인 경찰(질서)행정법의 기본개념으로서, '공공의 안전·질서에 대한 장애가 발생할 것이 충분한 개연성을 가짐'을 의미하고, 이러한 경우에만 -개별수권규정 또는 경찰개팔조항에 의거하여-질서행정권이 발동될 수 있는데, 이러한 '위험'에 해당하는 정도의 환경적 피해를 방지하기 위한 법률규정의 경우에는 인근주민에 대한 사익보호성이 인정되는 것이다. 이는 뒤집어 보면, 그 정도로 중요한 법률규정을 위반했을 때에는 반드시 인근주민의 출소가 보장되어야 한다는 취지이다. 박정훈, "환경침해시설의 설치·가동 허가처분을 다투는 취소소송에서 인근주민의 원고적격 - 독일법의 비판적 검토와 행정소송법 제12조의 해석을 중심으로-", 488면.

183) '사전배려'는 환경행정법에서 새로이 정립된 개념인데, 여기서 '사전'이라 함은 위와 같은 위험이 아직 없는 상태에서 장래의 리스크에 대비한다는 의미이다. 바로 이점에서 행정권 발동의 시점과 정도에서 경찰행정법과 환경행정법이 구별되고, 이를 설명하는 기본개념이 사전배려인데, 어떤 법률규정이 이러한 사전배려를 목적으로 하는 경우에는 인근주민에 대한 사익보호성이 없고, 따라서 그러한 규정의 위반을 이유로 한 취소소송에 원고적격이 인정되지 않는다는 것이다. 박정훈, 전계논문, 489면.

184) 위와 같은 위험방지와 사전배려의 구별은 '환경오염 한계치(Immissionsgrenzwert)'와 '환경유해배출 한계치(Emissionsgrenzwert)'의 구별로 연결된다. 즉 전자는 직접 인근주민에 대한 위험을 유발하는 것이므로 이를 규율하는 법령은 위험방지를 위한 것으로서 사익보호성이 인정되고, 반면에 후자는 인근주민의 위험과는 직접 관련이 없이 단지 환경에 관한 사전배려에 속하기 때문에 이를 규율하는 법령은 사익보호성이 부정된다는 것이다. 박정훈, 전계논문, 489면.

부정되는 것이다.¹⁸⁵⁾ 그 대표적인 규정이 연방임뿔씨온방지법 제5조 제1호와 제2호로서, 제1호는 허가대상인 시설이 ‘공중과 인인에 대하여 유해한 환경적 영향, 기타의 위험, 현저한 피해 또는 현저한 장애를 야기하지 않을 때’에만 허가될 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 문언상 명백하다시피 인인에 대한 위험을 방지하기 위한 것이므로 제3자의 사익보호성이 인정된다. 반면 제2호는 허가대상인 시설이 ‘특히 현재의 기술수준에 따른 환경유해방출 방지조치를 통해 유해한 환경적 영향에 대한 사전배려를 마련했을 때’에만 허가될 수 있다고 규정하고 있는데, 연방행정법원은 이 조항에서는 제3자 보호를 위한 명문의 규정이 없고 다만 환경유해적 영향에 대한 사전적 배려라는 공공의 이익 실현만이 그 목적이기 때문에 제3자 보호가 이루어질 수 없다고 판시하고 있다.¹⁸⁶⁾

원자력시설을 규율하는 것은 원자력법 (Atomgesetz)과 방사능방지법 (Strahlenschutzvorsorgegesetz)인데, 여기에서 판례·학설상 상술한 위험방지와 사전배려의 구별에 상응하는 기준으로 개인적 리스크와 공중리스크가 구별되어 사용되는데, 개인적 리스크를 방지하기 위한 규정은 사익보호성이 긍정되고 일반적 공중리스크를 방지하기 위한 규정은 부정된다. 그러나 양자의 구별기준은 원자력 피해의 중대성을 감안하여 임뿔씨온방지법상 위험방지와 사전배려의 구별보다는 완화 되는데, 즉 피해의 개연성이 ‘위험’수준에 미치지 못하는 경우에도 피해의 범위가 보다 구체적이면 ‘개인적 리스크’에 해당하는 것으로 본다는 것이다. 대표적인 예로, 원자력시설의 설치허가 조건에 관해 시설의 설치와 가동에 따른 피해발생을 방지할 수 있는 현대의 과학·기술의 수준에 합치되는 사전배려를 해야 한다는 규정(원자력법 제7

185) 박정훈, 전계논문, 488면.

186) BVerwGE 65, 313. (김성수, 전계논문, 77면 재인용.)

조 제2항 제3호)과 안전방해행위 기타 제3자의행위를 방지할 수 있는 사전 배려를 하여야 한다는 규정(동항 제5호)에 대하여 사익보호성이 인정 된다. 또한 원자력시설의 운영에 관하여 정상가동 및 고장발생시의 투수량 한계치-이는 임빗씨온방지법상 유해물질방출 한계치에 상응하는 것이지만-를 규율하는 규정도 사익보호성이 인정된다. 그러나 인근주민의 안전과 직결되지 않는 연료절약에 관한 규정은 사익보호성이 부정된다. 유의할 것은 환경행정소송에서는 건축관련분쟁과는 달리 인근주민이 반드시 토지소유자일 필요는 없고 임차인 등 채권적 권리자도 원고적격이 인정될 수 있다는 점이다.¹⁸⁷⁾

그 밖에 환경법 분야에서도 기본권의 직접적용이 문제될 수도 있는데, 이와 관련하여 주목할 만한 사건이 1982년 12월 1일의 연방행정재판소의 판결이다.¹⁸⁸⁾ 이 사건에서 연방행정재판소는 허가처분의 근거가 된 배출법 제2조 제2항의 목적, 내용, 기타 법체계 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 이 규정은 전적으로 해양의 합법적 이용과 같은 중대한 공익의 보호를 그 목적으로 하고 있기 때문에 제3자 보호는 인정될 수 없다고 하면서,¹⁸⁹⁾ 연방행정

187) 박정훈, 전계논문, 490면.

188) BVerWGE 66, 307 ; 사건요지는 다음과 같다. 피고 행정청은 '선박및항공기폐기물로인한해양오염방지를위한협약에관한법률' 제2조 제2항에 따라 한 업자에게 1978년 11월 1일에 1979년 12월 31일까지 독일의 북해에 약 87만 5천톤에 달하는 오염물질을 배출할 수 있게 하는 허가를 내주었다. 이에 대하여 이 사건의 원고인 한 어부가 이 배출허가에 대한 취소소송을 제기함과 동시에 예비적으로 처분의 위법성을 구하였다. 원고는 1965년 이후 배출허가해역에서 매우 성공적인 조업활동을 해왔으나 오염물질의 배출로 인하여 어획고가 현저히 감소하고 결과적으로 자신의 조업활동이 심각한 위협을 받고 있다고 주장하였다. 이에 대하여 제1심 법원인 함부르크 행정재판소는 취소소송은 부적법한 것으로 각하하였으나 예비적으로 제기된 위법확인소송은 적법한 것으로 판단하였다. 원고가 제기한 위법확인소송의 적법성을 인정하는 중간판결에 대하여 피고의 참가인은 항소하였고, 항소심 계속중에도 피고는 참가인에게 계속하여 배출법 제2조 제4항에 의거한 배출허가를 부여하였다. 항소심인 함부르크 고등행정재판소는 이들의 청구를 기각하였다. 연방행정재판소는 이에 대하여 원고가 연방행정재판소법 제113조 제1항 제4문에 의거하여 제기한 확인소송은 적법하며, 동법 제42조 제2항에 의하여 원고적격이 있음을 인정하였다. (황보완, 전계논문, 82면 재인용.)

189) BVerWGE 66, 307 (308). (김성수, 전계논문, 78면 재인용.)

재판소가 건축법분야에서 발전시킨 제3자 고려명령도 적용될 여지가 없다고 판시하고 있다. 그 이유는 계잡이 어부가 이 사건에서 객관적으로 보아 자격을 갖추고 개별화할 수 있는 인인에 해당하지 않는다고 보고 있기 때문이다. 건축법상 건축주와 인인의 관계는 인접한 토지사용관계에 있어서 상호간의 밀접한 연관성이 인정되지만 이 사건에서 계잡이 어부와 배출업자 간에는 그와 비교할만한 어떠한 밀접한 관계가 발견되지 못한다는 것이다.¹⁹⁰⁾ 그럼에도 불구하고 연방행정재판소는 배출허가가 배출법 제2조 제2항에서 규정하고 있는 허가요건에 위배되고 그로 인하여 어업으로 생계를 유지하는 어부가 생업의 기반을 상실하고 이미 확립되고 수행된 영업활동의 마비를 가져오는 경우에는 제3자 보호가 가능하다는 입장을 보이고 있다. 물론 어로행위에 대한 제한이나 어족자원에 대한 침해가 곧바로 어부의 재산권침해로 이어지는 것은 아니며 이는 단순한 영업상 이익의 감소를 의미하는데 불과하다. 그러나 연방행정재판소는 이러한 영업상의 이익 내지 기회가 법에 의하여 객관적으로 보호받고 있고 원고인 어부가 이러한 이익 내지 기회를 바탕으로 하여 그의 영업활동을 수행하여 왔다면 이러한 영업상의 이익 내지 기회가 위법한 배출허가에 의하여 침해되고 결과적으로 이미 확립되고 수행된 영업활동이 중대하고도 수인할 수 없을 정도의 타격을 받아 그 존립 자체가 위태로워지는 경우에는 제3자인 어부의 재산권이 침해되고 그것이 곧 주관적 공권에 대한 침해로 이어진다고 판시하고 있다.¹⁹¹⁾

결국 이 판결을 통하여 분명해진 사실은 일정한 행정작용의 결과 제3자에게 가해진 모든 침해 작용이 그를 위한 주관적 공권을 성립시키는 것은 아니지만 행정청의 허가처분과 재산권의 내용으로서 기존에 확립된 어부의 영

190) BVerWGE 66, 307 (308,309). (김성수, 전제논문, 78면 재인용.)

191) BVerWGE 66, 307 (309) (김성수, 전제논문, 79면 재인용.)

업활동에 대한 침해의 직접성이 인정될 수 있는 한 개별법규범의 침묵에도 불구하고 환경법 영역에 있어서도 역시 기본권에 의한 제3자의 보호가 가능하다는 점이다.¹⁹²⁾

제2절. 일본

I. 일본 행정사건소송제도의 연혁

일본 행정소송제도는 제2차 세계대전의 패전을 기준으로 하여 큰 변화를 겪었다. 즉 2차 세계대전 패전 전의 대일본제국헌법하에는 이른바 민사사건·형사사건에 대해서는 사법재판소가 관할권을 가진데 반해, 행정사건에 대해서는 행정재판소가 관할권을 가졌다. 그러나 제2차 세계대전의 패배로 미국이 주축이 된 연합군의 점령 하에서 채택된 미국법제도의 영향으로 종래의 행정재판소제도가 폐지되고, 행정사건도 원칙적으로 민사소송법에 의해 처리되다가, 이른바 히라노사건(平野事件)¹⁹³⁾에 의하여 행정사건에 대해서 그 특수성을 인정하여 특별한 처리규정의 필요성을 인식하고, 1948년에 ‘행정사건소송특례법’을 제정·시행하였다. 행정사건소송특례법은 ① 소원전치주의를 채택 ② 행정청의 소재지의 재판소가 관할로 인정된다는 점 ③ 출소

192) 김성수, 진계논문, 79면.

193) 히라노 사건(平野事件)은 1947년 사회당 片山哲 내각에서 平野力三 農相이 각내대립이 심하여 연합국총사령부가 片山수상에게 平野 농상의 공직추방을 지시하여, 수상이 사직 권고를 하였으나 平野 농상이 이에 응하지 않았기 때문에, 각내비협력을 이유로 平野 농상을 파면하였다. 이에 平野는 관련처분의 무효확인과 함께, 지위보전을 구하는 가처분 신청을 하였는데, 동경지방법재판소는 이를 인용하는 가처분결정을 하였다. 이에 연합국 총사령부가 강력히 항의를 하였고, 이에 정부가 나서 재판소의 결정은 사법권이 행정권을 잔탈하는 헌법위반의 결정으로서 무효라는 내용의 성명을 발표하였다. 또한 최고재판소장관도 본건 공직추방사건에 대하여 일본 재판소는 관할권을 가지고 있지 않고, 따라서 동경지방법재판소결정은 무효라는 내용의 담화를 발표하였고, 이를 수용하여 동경지방법재판소는 가처분결정을 취소하고 위 가처분신청을 각하한 사건이다.

기간을 6개월로 정하고 있다는 점 ④ 행정사건소송에 원상회복, 손해배상, 기타 청구에 관한 소송을 병합할 수 있도록 했다는 점 ⑤ 집행정지제도를 인정한 점 등의 특색이 있었으나, 실제 운영상 미비점이 많아서 1962년에 새로운 ‘행정사건소송법’이 제정되었다. 행정사건소송특례법이 행정사건에 관하여 민사소송법의 특칙을 규정한 것으로 말 그대로 특례법이라고 할 수 있다면, 행정사건소송법은 민사소송과 대등한 지위를 갖고 행정소송의 일반법으로서의 성격을 갖는다.¹⁹⁴⁾ 이러한 행정사건소송법은 행정사건소송의 종류를 유형화하고, 각각의 소송형식에 따라 적용되는 절차규정을 명시한 점과 이에 따라 이전에 발생하였던 절차상의 처리에 관한 해석상의 의문을 많이 해소하였으며, 절차를 합리화하여 소원전치, 전속과할 등의 규정을 정비함으로써 그동안 일본행정소송제도로서 그 기능을 다하여왔다. 그러나 원래의 입법취지인 국민의 권리구제의 확대가 실제의 재판에 있어서 제대로 반영되지 못한다는 등의 비판을 받아오다가 1999년부터 추진되어 온 사법제도개혁의 일환으로 행정사건소송법의 개정이 추진되게 되었다. 즉 2001년 6월 내각에 제출된 사법제도개혁심의회 의견서에서 사법의 행정에 대한 견제기능을 강화하기 위하여 행정사건소송법 등의 법제도의 개정이 시급하다는 점이 지적되었고, 2001년 12월 내각에 설치된 사법제도개혁추진본부의 산하에 행정사건소송법의 개정을 위하여 행정소송검토회가 설치되어 개정작업을 연구·검토하여 왔고, 2004년 행정사건소송법은 대폭 개정되어 2005년 4월 1일부터 시행되고 있다. 행정사건소송법 개정의 주요내용은 ① 취소소송의 원고적격 확대 ② 의무이행소송·금지소송의 법정 ③ 확인소송을 당사자소송의 한 유형으로서 명시 ④ 법원의 자료제출요구제도의 신설 ⑤ 항고소송의 피고를 행정청에서 행정주체로 변경 ⑥ 제소기간의 연장 등을 들

194) 황보완, 전제논문, 92면.

수 있다.

II. 원고적격에 관한 학설

1. 관련규정

일본 개정행정사건소송법 제9조는 ‘원고적격’이라는 조문의 표제 하에, 제1항에서 ‘처분의 취소의 소 및 재결의 취소의 소는 당해 처분 또는 재결의 취소를 구함에 대하여 법률상 이익을 가지는 자(처분 또는 재결의 효과가 기간의 경과 기타의 이유에 의해서 소멸된 후에도 여전히 처분 또는 재결의 취소에 의해서 회복될 법률상의 이익을 가지는 자를 포함한다.) 에 한하여 제기할 수 있다.’고 규정하고 있다. 이는 종래의 규정을 그대로 유지하면서, 다만 제2항을 신설하여 원고적격의 확대를 꾀하고 있다. 즉 동조 제2항에서는 ‘재판소는 처분 또는 재결의 상대방 이외의 자에 대하여 전항에 규정하는 법률상의 이익의 유무를 판단함에 당하여서는, 당해 처분 또는 재결의 근거로 되는 법령의 규정의 문언에만 의하지 않고, 당해 법령의 취지 및 목적 그리고 당해 처분에서 고려되어야 할 이익의 내용 및 성질을 고려하는 것으로 한다. 이 경우 당해 법령의 취지 및 목적도 참작하는 것으로 하고, 당해 이익의 내용 및 성질을 고려함에 당해서는 당해 처분 또는 재결이 그 근거로 되는 법령에 위반하여 이루어진 경우에 침해되는 이익의 내용 및 성질 그리고 이것이 침해되는 태양 및 정도도 감안하는 것으로 한다.’고 규정함으로써 취소소송에 있어서 원고적격의 유무를 판단할 때 고려할 사항들을 정하고 있다. 요컨대 법률상 이익이 있는 자가 원고적격이 있다는 종래의 입장을 그대로 유지하면서, 법률상 이익에 대하여 해석할 때 몇 가지 요소

를 반드시 고려해야 한다는 것으로, 항목별로 정리하면 ① 제1고려요소는 당해법령의 취지 및 목적이고, ② 제2고려요소는 처분에 있어서 고려되어야 할 이익의 내용 및 성질이며, ③ 제3고려요소는 당해법령의 취지 및 목적을 고려하는데 있어서 당해법령과 목적을 공통으로 하는 관계법령의 취지 및 목적, ④ 제4고려요소는 당해 처분이 위법하게 된 경우 침해되는 이익의 내용 및 성질과 이것이 침해되는 태양과 정도이다.¹⁹⁵⁾

2. 학설의 검토

일본에서는 우리와 마찬가지로 원고적격의 요건인 ‘법률상 이익’의 해석을 둘러싸고, 권리향수회복설, 법률상보호이익설, 보호가치이익설, 적법성보장설 등으로 견해가 나뉜다. 권리향수회복설은 열기주의 하에서의 통설적인 견해로서 취소소송의 목적 내지 기능을 현재 국민의 권리향수를 방해하고 있는 위법한 행정처분의 효력을 배제해서 권리향수를 회복시키는 것에 있다는 견해이며, 법률상보호이익설은 취소소송의 목적 내지 기능을 법률에 의하여 보호되고 있는 이익이 위법한 행정처분에 의해 침해된 경우의 방위수단이라는 전제 아래 그 이익이 법률에 의해 보호되고 있다고 해석되는 자에게 원고적격을 인정하고자 하는 견해이며, 보호가치이익설은 취소소송의 목적 내지 기능을 권리 내지 실체법적 법익의 보호에 이바지하는 절차로 보는 것이

195) 그런데 제2고려요소를 고려함에 있어서 제4고려요소인 ‘당해 처분이 위법하게 된 경우 침해되는 이익의 내용 및 성질과 이것이 침해되는 태양과 정도’도 감안해야 한다. 이 경우 제2고려요소인 ‘이익의 내용 및 성질’은 처분을 행하기 전의 고려요소인 것에 반해 제4고려요소인 ‘이익의 내용 및 성질’은 처분이 있는 뒤에 어떤 결과가 발생할 것인지에 대한 처분의 결과에 관한 것으로서 양자는 경우를 달리 한다. 즉 이 두 가지 고려요소는 둘 다 ‘이익의 내용 및 성질’을 고려요소로 하고 있으나, 동일한 것이 중복되어 규정된 것은 아니고, 각각의 ‘이익’은 별개의 것으로 취급해야 한다. 이와 같이 해석하면 제4고려요소가 신설된 것과 함께 ‘법률상 이익이 있는 자’에 대한 해석은 ‘법률상 보호된 이익설’이라는 종래의 공식을 유지할 수 없으며 적어도 ‘법률상 보호할 가치이익설로 변경해야 할 것이다. ; 吉村良一 ; 水野武夫 ; 藤原猛爾, 「新・環境法入門 : 公害から地球環境問題まで」, 法律文化社, 2007, 167면 .

아니라 실생활상의 개별적·구체적인 분쟁을 법률의 해석·적용에 의하여 해결하는 절차라고 이해하는 입장에 서서 원고적격의 판정을 실정법규의 해석으로부터 해방하여 국민의 행정처분으로 인해 받는 불이익을 평가해서 원고적격의 유무를 판정하려는 견해이며, 적법성보장설은 취소소송의 목적 내지 기능을 개인의 이익보호를 위한 수단만으로 보지 않고 행정 처분의 적법성보장기능, 즉 객관소송적 이념에서 구하는 입장으로써 행정의 적법성 확보의 견지로부터 누가 행정처분의 원고로 되는 것이 가장 적합한 이익 상태에 있는 것일까라는 시점에 서서 원고적격의 유무를 판단하려는 견해라고 할 수 있다.¹⁹⁶⁾ 그런데 권리향수회복설은 과거의 학설로, 원고적격의 범위를 처분의 근거법률상의 권리만으로 한정하게 되어 사법적 구제의 범위를 부당하게 좁히는 결과를 가져오고, 적법성보장설은 일부 학자들에 의해 주목받고 있으나 아직은 소수설로서, 현재로서는 법률상보호이익설, 보호가치이익설이 대립하고 있다.

3. 법률상보호이익설과 보호가치이익설을 대립

법률상보호이익설은 법률에 의해 보호되고 있다고 해석되는 자에게 원고적격을 인정하고자 하는 견해로, 이 설에 의할 경우 고유의미의 권리를 행정처분에 의해서 침해당한 자 뿐만 아니라, 권리라고 할 수 없는 법률상보호된 이익을 침해당한 자에게도 원고적격을 인정하기 때문에, 원고적격이 인정되는 자의 범위는 일반적으로 권리향수회복설에 의할 경우보다 넓어지게 된다.¹⁹⁷⁾ 한편 법률상보호이익설은 일반적으로 다음과 같은 비판을 받는다.

196) 함인선, “행정소송법 개정에서 원고적격의 확대문제-취소소송을 중심으로 한 한·일 비교법적 검토-”, 공법연구 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005, 518면.

197) 황보완, 전제논문, 102면.

첫째, 법률상보호이익설에 의할 경우 원고가 주장하는 이익이 법률이 보호하는 이익이 아닐 경우, 그것은 반사적 이익에 지나지 않는다고 하여 원고적격이 부정되게 됨으로 실정법규가 만능이라는 것이 되어, 국민이 위법한 처분에 의해서 어떠한 불이익을 받는다고 하더라도 원고적격이 인정되지 않게 된다. 둘째, 개개의 실정법규의 규정을 중시하는 결과 실정법 제정 후에 발생하는 새로운 상황에 대응하여 실정법규가 개정되지 않으면, 새로운 생활상의 권리·이익은 보호를 받지 못하게 된다. 셋째, 실정법규의 규정이 원고의 이익을 보호하지 않는 한 원고적격이 인정되지 않는다고 하는 것은 결국 실체법상의 열기주의 내지 위장된 열기주의가 된다는 것 등이다.

보호가치이익설은 원고적격의 판정을 실정법의 해석으로부터 해방시켜 국민이 행정처분에 의해서 받는 불이익 자체를 평가하여 원고적격을 판정하려 한다. 이 설은 원고가 처분에 의해서 직접적으로 불이익을 받고 있고, 그 불이익이 일반국민과 구별될 수 있는 원고 고유의 이익으로서 재판에 의해 보호될 가치가 있는 것이면 원고적격이 인정되어야 한다고 한다. 그러나 보호가치이익설은 보호가치 있는 이익에 해당하는지 여부에 대한 판정이 불명확하다는 비판을 받는다.

이러한 양설의 대립은 취소소송제도의 목적·기능을 행정작용에 기인한 국민의 권리·이익의 침해를 보호하려는 점에 중점을 두려는 입장과, 취소소송제도의 목적·기능을 행정작용의 법률적합성을 실질적으로 담보함으로써 법치행정의 철저와 폭넓은 국민의 불이익구제를 도모하는 것에 중점을 두는 입장의 대립이라고 할 수 있다. 법률상보호이익설은 현재 학계의 통설적 입장이라고 할 수 있으며, 보호가치이익설도 1960년대 이래로 유력하게 주장되고 있다. 그러나 법률상보호이익설의 경우는 법규의 해석과정의 조작에 의해서 원고적격의 확대를 도모하고 있으며, 보호가치이익설의 경우 보

호가치 있는 이익의 제한을 통해서 어느 정도 원고적격의 범위를 제한하고 있는 점을 고려할 때 양설의 차이는 상대화하고 있다고 볼 수 있다.¹⁹⁸⁾

Ⅲ. 환경행정소송상의 원고적격에 대한 판례¹⁹⁹⁾

일본의 최고재판소는 주로 법률상보호이익설에 입각하면서도 어떠한 행정행위의 근거법규가 개개인의 개별적·구체적 이익을 보호하는 것인지의 여부는 명문규정이 없더라도 그 법규 및 그것과 목적을 같이 하는 관련법규의 의해 형성된 법체계 전체의 해석 안에서 판단해야 하는 것으로 보고 있다.

즉 위반법규가 관계인의 개인적 이익을 보호하는 취지에서 행정권 행사를 제약하고 있는 것인가 또는 오로지 공익상의 목적으로 규제하고 있는가에 관한 실정법의 취지를 해석하여 전자의 경우라면 법이 보호하는 이익의 침해로서 관계인의 원고적격을 인정함에 대하여, 후자의 경우라면 단순한 반사적 이익에 침해에 지나지 않는다고 하여 원고적격을 인정하지 않는 태도를 취하고 있는 것이다.²⁰⁰⁾ 원고적격에 관한 몇 가지 대표적인 판례를 살펴보면 다음과 같다.

1. 원고적격을 인정한 판례

① 삼림법상의 보안림지정의 해제처분에 대해, 보안림의 지정 및 해제에 대해 삼림법이 '직접 이해관계를 가지는 자'에게 이의신청을 보장하고 있기 때문에 이 '직접 이해관계를 가지는 자'에 해당하는 '보안림의 별채에 의한 이

198) 황보완, 전계논문, 107면.

199) 이하 森田雅之, 「環境訴訟の視点」, 法律文化社, 1999, 63-64면 참조.

200) 황보완, 전계논문, 118면.

수기능의 저하에 따른 홍수완화, 갈수예방이라는 점에서 직접적으로 영향을 받는 일정범위 지역에 거주하는 주민'에게 원고적격을 인정하였다.(ナイキ基地訴訟, 最判 1982年 9月 9日 民集 36卷 9号 1679頁)

② 항공법상의 정기항공운송사업면허에 대해서, 항공법이 면허심사에서 소음장해의 유무 및 정도를 고려하여 판단하도록 하고 있는 것은 단순히 비행장주위의 환경상 이익을 일반적 공익으로써 보호하려는데 그치지 않고, 비행장주위에 주거하고 있는 자가 항공기 소음에 의해 현저한 장해를 받지 않는다고 하는 이익을 이들 개개인의 개별적 이익으로서도 보호하는 취지라고 해서, 당해 면허에 관련된 노선을 항해하는 항공기의 소음에 의해서 사회통념상 현저한 장해를 받는 것으로 되는 자에게 원고적격을 인정하였다.(新潟空港航空運送事業免許事件, 最判 1989年 2月 17日 民集 43卷 2号 56頁)

③ 원자로등규제법상 원자로 설치허가에 대해 동법 제24조 1항 3호(기술적 능력에 관련된 부분에 한한다.) 4호는 단순히 공중의 생명, 신체의 안정, 환경상 이익을 일반적 공익으로서 보호하려고 하는데 그치지 않고, 원자로시설 주변에 거주해서, 사고가 불러오는 재해에 의해 직접적이고 중대한 피해를 받을 것이 상정되는 범위의 주민의 생명, 신체의 안전등을 개개인의 개별적 이익으로서 보호해야 할 것이라고 하는 취지라는 점에서, 원자로사고 등에 의한 재해에 의해 직접적이고 중대한 피해를 받는 것과 사회통념상 상정된 지역에 거주하는 자(구체적으로는 본건 원자로가 아직 연구 개발단계에 있는 것을 감안하여 볼 때 원자로로부터 약 58km에 거주하고 있는 자)에 대하여 원고적격을 인정하고 있다.(もんじゅ事件, 最判 1992年 9月 22日 民集 46卷 6号 571頁, 1090頁)

2. 원고적격을 부정한 판례

① 공유수면매립법상의 공유수면매립면허에 대해서, 동법은 매립대상이 된 수면주변에서 어업을 영위하는 자의 권리를 보호하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라고 하여, 매립수면의 근접한 수면에서 어업권을 가지는 어업협동조합의 조합원에 대하여 원고적격을 부정하였다.(伊達火力發電所事件, 最判 1985年 12月 17日 判時 1175号 56頁)

② 문화재보호조례·문화재보호법상의 유적지정의 해제에 대해서, 동 조례·동법 규정에는 시민 혹은 국민이 사적 등의 문화재 보존, 활용으로부터 얻는 이익을 그들 개개인의 개별적 이익으로써 보호해야 한다는 취지를 명기하고 있지 않을뿐더러, 또한 각 규정의 합리적 해석에 의해서도 그러한 취지를 끌어내는 것은 불가능 하며, 또한 문화재의 학술연구자에게 일반시민, 국민이 받는 이익을 넘어, 학문 연구상의 이익보호를 부여하려고 하는 취지도 인정되지 않는다고 하여, 그 지방연구자의 원고적격을 부정하였다.(伊場遺跡事件, 最判 1989年 6月 20日 判時 1334号 201頁)

재3절. 미국

I. 원고적격에 대한 개관

미국에서 원고적격론의 출발점이 되는 규정은 ‘사법권은 사건과 분쟁(cases and controversies)에 미친다.’ 라고 규정한 미연방헌법 제3조와 연방행정절차법(The Federal Administrative Procedure Act : APA) 제702조의 ‘행정행위(agency action)에 의하여 법적피해(legal wrong)를 겪고 있거나, 관계 법

령의 취지에 비추어 부정적 영향이나 피해를 받은 자(adversely affected or aggrieved within the meaning of the relevant statute)는 사법심사를 구할 수 있다.’는 규정이다. 그 밖의 주(州)행정절차법, 그리고 개정 대기정화법(The Clean Air Amendments : CAA)을 비롯한 많은 개별법의 제정 또는 개정에 의하여 미국의 원고적격법리는 발전되었다.

소의 이익은 연방행정절차법상의 행정처분으로 인하여 ‘위법한 침해를 당한 자’, ‘불이익을 당한 자’, 또는 ‘이익의 침해를 받은 자’에게 한정된다. 그러나 본래의 전통적인 소익론은 법률상의 권리나 제정법에 의하여 보호되는 이익을 침해 받은 자에 한하여 원고적격이 인정되고 그 이익도 경제적 이익에 한한다는 것이었다. 그러나 1940년대에 들어서면서부터 그 이익의 범위를 판례로 확대해오다가 1960년대에 이르러서는 환경문제가 본격적으로 거론되기 시작되었기 때문에 법원에 의하여 자연자원의 보존을 위한 환경보호 단체에게도 원고적격을 인정하기에 이르렀다.²⁰¹⁾

미국의 원고적격에 관한 판례의 전개는 그 동안 사법모델, 원고적격의 자유화, 권력분립이론을 통한 원고적격의 엄격화의 3단계로 정리될 수 있다.²⁰²⁾ 먼저 사법모델의 단계는 원고적격의 판정기준을 ‘legally protected interest’ 이었는데, 이 기준은 국가가 사인이라고 가정하였을 때 상대방이 Common Law 등에 의하여 보호될 수 있는가에 따라 원고적격 여부를 결정하였다. 이 기준은 원고적격의 문제와 본안의 문제를 혼동하고, 낡은 Common Law의 관념에 의존한 탓으로 너무 경직된 기준이라는 비판으로 1940년대에 들어와서 와해되었다.²⁰³⁾ 사법모델의 해체는 FCC v. Sanders

201) 한창규, 한창규, “미국 행정법상의 소의 이익(Standing)에 관한 연구”, 미국헌법연구 제7호, 미국헌법학회, 1996, 16-17면.

202) 박재완, 전계논문, 144-145면.

203) 박재완, 전계논문, 146면.

Bros . Radio Station 판결²⁰⁴⁾에서 행정행위의 직접 상대방의 경쟁자가 받은 경제적 피해도 원고적격을 부여함에 충분하다고 판시한 것을 시발점으로 하여, 각 특정 행정분야에 관한 개별 행정법률 중 사법심사의 가능성을 인정한 개별규정의 해석론에서 출발하였고, 1946년 당시까지의 판례이론이 반영되어 APA 제702조가 제정되었다. APA 제702조의 의미는 특히 1970년대에 이르러 미연방대법원의 세 판결 즉, 원고적격의 판정 기준이 ‘사실상의 손해 (injury in fact)’와 ‘이익영역(zone of interest)’의 2가지 요건임을 정립하고 경제적 손해가 원고적격의 근거가 될 수 있음을 명시한 1970년의 Association of Date Processing Service Organization v. Camp 사건에 관한 판결,²⁰⁵⁾ 그 뒤 1972년의 연방대법원의 Sierra Club v. Morton 사건에 관한 판결,²⁰⁶⁾ 1973년의 연방대법원의 United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures-SCRAP 사건에 관한 판결 등은 원고적격의 자유화 단계의 기준을 정하는 모델이 되는 판결이라 할 수 있다.²⁰⁷⁾

204) The Communication Act에 근거한 FCC(Federal Communications Commissions)의 방송국개설허가 결정에 대하여 허가를 받은 자와 같이 경쟁하였으나 허가를 받지 못하였던 사람이 위 결정을 다툰 사안에서, 위법은 방송국 개설허가결정으로 피해를 입은 사람은 사법심사를 구할 수 있다고 규정하고 있는데, 이러한 피해를 입은 사람이라는 문구는 비록 위 법의 실제적인 규정들이 보호하고자 하는 것은 공익이지, 원고와 같은 경쟁자들의 경제적인 이익을 보호하고자 하는 것은 아니지만, 원고와 같은 자들에게도 원고적격을 부여하기에 충분할 정도로 넓게 해석 된다는 취지로 판시하였다. 또한 위 판결은 원고적격을 인정하는 근거로 행정행위에 대한 사법적 통제의 필요성을 거론하였다. 즉 의회가 위법에 위와 같은 조항을 둔 것은 법원을 통하여 위 법에 의하여 행하여지는 행정행위의 적법성을 확보하고자 하는 의사를 표현한 것인데, 행정행위에 의하여 경제적인 피해를 입을 가능성이 있는 자들은 위 행정행위의 적법성 여부에 관하여 법원의 개입을 촉구할 수 있는 유일한 사람들이라고 판시하였다. : 309 U. S. 470(1940).

205) Comptroller of Currency가 은행들에게 다른 은행이나 고객을 상대로 한 정보처리업을 기존의 은행 업무에 부가하여 할 수 있도록 허용하는 결정을 내리자, 정보처리업자들의 단체가 은행들과의 경쟁으로 자신들의 수입이 감소된다는 등의 주장을 하면서 위 결정의 적법성을 다툰 사안에서, 사실상의 손해에는 경제적인 손해는 물론 다른 손해도 포함될 수 있으며, 원고가 현재 또는 향후의 경쟁의 격화로 인한 수입의 감소를 주장하고 있는 이상 사실상의 손해의 요건은 충족되었고, 이익 영역의 요건에서도 기존의 ‘legal interest’기준을 채택하여 원고적격을 판단하고자 한 것 자체가 원고적격과 본안을 혼동한 것이라고 하였다. : 397 U. S. 150(1970).

206) 405 U. S. 727(1972).

207) 그 중에서도 특히 Date Processing 사건에서는 소의 이익을 충족시키기 위한 피해에는 경제적 피해

그러나 그 후 연방대법원은 SCRAP판결을 정점으로 계속하여 원고적격을 엄격하게 해석하여 운용하여 왔다. 이것은 의회가 시민을 환경법 집행의 한 축으로 삼고 시민으로 하여금 집행소송을 용이하게 제기할 수 있도록 명문의 규정을 두었음에도 연방대법원은 헌법이 규정하고 있는 권력분립의 이념을 훼손할 우려가 있다는 이유로 원고적격을 가진 시민만이 집행소송을 제기할 수 있다고 하여 왔다.²⁰⁸⁾ 그러나 최근에는 Laidlaw 판결을 통해 원고적격에 관한 요건들을 완화함으로써 원고적격의 범위를 확대하고 있다.

미국의 경우는 판례법상의 원고적격을 실정법상의 명시적인 규정 내지 보호조항 즉 보호규범의 유무를 불문하고 그 법의 목적 등 전체의 취지를 바탕으로 법적으로 보호되는 이익여부를 판단하고 있으며, 특히 환경행정소송상의 환경이익은 개인적인 것뿐만 아니라 지역적·집합적인 이익까지도 포함하는 것으로 보고 있다. 다만 미국의 경우도 환경보호단체 등이 지역적 이익을 보호하기 위한 환경행정소송을 청구함에 있어서는 소송수행자가 공익의 '대표자'라는 것만으로는 원고적격이 인정되지 않고 적어도 그가 지역의 이익을 침해받게 되는 자연환경 등의 '사용자'라거나 또는 행정처분으로 환경상의 이익을 '사실상 침해 받게 될 가능성이 있는 자'라는 것을 주장하여야 한다는 한계가 있기는 하다.²⁰⁹⁾

아래에서는 원고적격에 관한 미국의 주요 판례와 판례를 통해 정립된 원고적격의 요건을 살펴보도록 하겠다.

에 한하지 않고, 심미적, 보존적, 위락적 가치가 있는 피해까지 포함한다고 하였다. 이 사건에 관한 대법원의 판결문에는 'clearly within the zone of interests protected by the Act'라고 표현되고 있는바, 이것은 법률에 의하여 보호되고 있는 이익이면 바로 법률상 이익이 있다는 이른바 보호가치 이익설을 의미하는 것이라 할 수 있다. 따라서 '법에 의하여 보호할 만한 이익이 있으면' 하는 것과 '법률상 이익이 있는' 자라는 표현사이에는 본질상의 차이가 있는 것이 아니라 다만 법원이 어느 범위까지를 법률상의 이익으로 보느냐 하는 문제에 지나지 않을 것이다. 한창규, 전계논문, 20면 참조.

208) 황보완, 전계논문, 123면.

209) 한창규, 전계논문, 20-21면.

II. 원고적격에 관한 판례

1. Sierra Club v. Morton 판결²¹⁰⁾

Sierra Club 판결²¹¹⁾은 사실상의 손해 개념을 명확하게 한 판결로서, 연방 대법원의 다수의견은 심미적, 환경적 이익도 경제적인 이익과 마찬가지로 우리의 사회에서 삶의 질이 중요한 요소이고, 어떤 환경적 이익이 일부의 사람이 아니라 다수에게 분산되어 누려지고 있다는 사실에 의하여 그 이익에 대한 사법심사를 통한 법적보호를 받을 가치가 줄어드는 것은 아니다.²¹²⁾ 라고 함으로서 비경제적 이익이 사실상의 손해로 될 수 있다는 점을 명확히 했다. 그러나 사실상의 손해가 있다고 하기 위해서는 원고 자신이 어떤 피해를 입어야 한다고 하면서, 개인적 피해의 징표로서 이용 내지 사용(Use)이 있어야 한다고 한다. 특히 환경단체와 관련해서는 그 회원들이 실제로 문제되는 환경자원을 이용하는 것이 필요하다고 판시하였다. 즉 단체의 경우 회원의 개인적 피해가 충족되는 경우에만 이를 통해 단체로서의 원고적격이 인정된다는 것이다. 한편 본 판결에서 주목할 점은 Douglas 대

210) Sierra Club v. Morton, 405 U. S. 727, 92 S. Ct. 1361, 31 L. Ed 2d 636(S. Ct. 1972).

211) Mineral King 계곡은 캘리포니아 주 Sierra Nevada 산맥에 위치하여 Sequoia 국립공원의 일부를 이루고 있다. 연방산림국은 Mineral King 계곡에 스키장 개발계획을 밝히고 스키장 개발에 관한 입찰을 하였다. 그 결과 Walt Disney Enterprise 주식회사가 낙찰을 받게 되었으며 이에 디즈니사는 스키장을 포함한 위락시설 건설계획을 1969년 1월에 발표하고 연방산림국에 허가를 받았다. Sierra Club (창립 1892년, 회원총수 7만 8천명)은, 당해지역에 위치하는 국립공원의 자연환경의 보전에 특별히 관심을 가진 비영리법인으로서 상기 계획에 대한 공청회 요구, 혹은 연방산림국, 내무부 등과의 교섭을 시도하였으나 모두 실패하였다. Sierra Club 은 당초에는 이 지역에서의 위락시설의 건설을 반대하지 않았으나 디즈니사의 계획이 자연환경에 미치는 악영향이 점차 드러남에 따라 반대의 입장을 취하게 되었으며 또한 연방산림국이 디즈니사의 계획에 공개적으로 아무런 청문절차를 행하지 않음에 따라 소송을 개시 할 수밖에 없었다고 한다. 이에 Sierra Club 은 공식적으로 상기 계획에 대하여 반대의 의사를 표명한 후, 여러 연방법에 위반된다고 하며 행정절차법 제 10조에 기하여 위법이라는 취지의 선언적 판결과 계획에 대한 인가의 유지명령을 구하여 내무부 장관을 상대로 제소하기에 이른 것이다.

212) 405 U. S. 734

법관의 반대의견이다. Douglas 대법관은 자연의 생태학적 균형을 유지하기 위해 관심을 갖고 있는 대중 뿐 만 아니라 당해지역에 대하여 개인적인 관심을 가진 사람들 나아가 자연계의 생물이나 무생물에 이르기까지 원고적격을 인정하여야 한다고 하였다. 본 판결은 환경소송의 분야에서 심미적 이익, 위락적 이익에 대한 손해가 사실상 손해 기준을 충족시킬 수 있다는 점을 판시한 최초의 것으로 평가할 수 있으며, 결국 본판결의 논리에 따르면 환경보호단체는 자기의 회원이 심미적인 손해를 입었다는 것을 입증하면 원고적격을 인정받을 수 있게 된다.²¹³⁾

2. SCRAP 판결²¹⁴⁾

Sierra Club 판결 1년 후 SCRAP 판결²¹⁵⁾이 내려졌다. 연방대법원은 당해 사건의 원고들의 주장에 대하여 Sierra Club 사건의 원고와 달리 APA 제 10조의 의미의 범위 내에 있어서 ‘손해를 받았다’는 것을 충분히 주장하고 있다고 하였다. 즉 요금의 인상에 의해 회수가능물품의 유통이 저해를 받게 될 것이므로 결과적으로 새로운 자원을 채취하는 편이 보다 더 경제적이 도리 것이며 이에 따라 SCRAP의 각 구성원이 신제품의 구입을 위하여 이전

213) 윤석춘, “미국환경소송상의 원고적격법리에 관한 최근의 동향”, 사회과학연구 제19집 제2권, 영남대학교 사회과학연구소, 2000, 55면.

214) United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures, 412 U. S. 669, 93 s. Ct. 2405, 37 L. Ed. 2d 254(S. Ct. 1973).

215) SCRAP사건은 워싱턴 대학교 로스쿨의 5명의 학생들에 의해 결성된 ‘행정규제절차를 다투는 학생들 (Students Challenging Regulatory Agency Procedures-SCRAP)’이 The National Environmental Policy Act에 따른 환경영향평가서를 작성하지 않았다는 점을 근거로 추가화물운임을 승인한 Interstate Commerce Commission(ICC)의 명령을 다투면서, 원고적격의 근거로 ICC의 명령은 재활용의 권장에 실패했고, 그로 인해 원고들이 사용하는 야영장, 산책로, 낚시터 등의 쓰레기양을 증가시키고, 증가된 쓰레기는 원고들의 미적 이익을 침해한다고 주장한 사안에서, 비록 원고들의 원고적격에 고나한 주장 내용이 단계가 많고 단계별로 연결이 약하다는 점을 인정하면서도 원고적격을 인정한 사건이다.

보다 다액의 지출을 강요받게 되는 것, 또한 자원채취의 방법에 따라서는 원고의 구성원이 캠프, 하이킹, 낚시, 관광 그 외의 레크레이션 및 경관상의 목적으로 이용하고 있는 워싱턴 수도권 주변의 산림, 하천, 산악 및 그 외의 천연자원이 오염 등으로 인해 이용가치를 감소시킬 수 있을 뿐만 아니라 철도운임 인상에도 의해 이러한 이용에도 악영향을 미칠 수 있다는 것 그리고 집적된 폐기물의 처리를 위하여 보다 많은 세금의 지불을 강요받게 되며 나아가 워싱턴 수도권 주변 및 원고거주지역의 대기오염이 심각해 질 수 있다는 것 등이었으며 연방대법원은 이들 주장을 근거로 원고적격을 인정하였다.²¹⁶⁾

3. Lujan v. Defenders of Wildlife 판결²¹⁷⁾

이 사건은 연방내무부장관이 위기종보호법(Endangered Species Act : ESA) 제7조²¹⁸⁾의 적용을 받는 연방행위의 적용범위를 미국 영토와 공해상으로 해석하여 시행하기로 하는 규칙을 제정하자 환경단체인 Defenders of Wildlife가 위 규칙의 부당성을 들어서 규칙의 폐기를 구하기 위하여 소송을 제기한 것이다. 원고인 위 환경단체는 위기종보호법의 시민소송(citizen suit) 규정에 기하여 원고적격을 주장하였는바, 연방대법원은 법률이 누구나(any person) 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있는 시민소송의 경우에도 원고적격이 인정되기 위해서는 원고가 구체적이고 특정되어 있을 뿐만 아니라 현실적으로 급박한 사실상의 침해로 피해를 입고 있어야 하고 그러한 침

216) SCRAP, 422 U. S. 683-685.

217) Lujan v. National Wildlife, 504 U. S. 555, 112 s. Ct. 2130, 119 L. Ed. 2d 351(S. Ct. 1992).

218) 위기종보호법 제7조는 모든 연방기관은 어떠한 행위를 함에 있어서는 내무부장관과 협의를 함으로써 어떠한 위기생물종의 계속적 생존이 위협받지 않도록 하여야 한다고 규정하고 있다.

해는 인과관계를 통하여 문제되는 행정청의 행위로 연결될 수 있어야 하며 법원의 판결을 통하여 구제될 가능성이 있어야 한다고 하였다.²¹⁹⁾

원고는 사실상의 손해에 대해, 위와 같은 규칙이 수정됨에 따라 행정기관에 의하여 재정지원을 받는 행위에 의하여 외국에서 멸종위기에 처한 생물이 더 많이 죽게 될 것이며, 이로 인하여 원고의 회원들이 동물들을 연구, 관찰하고 즐길 수 없게 되는 피해를 입게 된다고 주장하였다. 그리고 이를 뒷받침하기 위해, 회원들 중 두 사람이 이집트와 스리랑카에서 악어와 코끼리 등의 멸종위기에 처한 동물들을 직접 관찰하였고, 향후에도 그 곳을 방문하여 위 동물들을 보고자 한다는 내용의 진술서를 제출하였다. 연방대법원은 이러한 동물들을 이용하고, 관찰하고자 하는 욕구는 특히 그저 즐기기 위한 경우에도 사실상의 손해의 범주에 포함될 수 있는 점을 인정하면서도, summary judgment 단계에서 사실상의 손해가 인정되기 위해서는 첫째, 원고들이 멸종위험성이 커졌다고 주장한 구체적인 동물들이 실제로 연방행정기관의 재정지원을 받아 외국에서 행해진 행위에 의하여 위협을 받고 있다는 점과 둘째, 원고의 회원들이 그로 인하여 직접적으로 영향을 받게 된다는 점이 특정적인(specific) 사실을 담고 있는 입증에 의해 뒷받침되어야 한다고 전제한 다음, 비록 첫째의 점이 인정된다고 가정하더라도, 과거에 방문하였다는 점만으로는 손해가 현재 존재한다고(actual)할 수 없고, 위와 같이 장래의 불특정한 어느 날 다시 이집트나 스리랑카로 가서 멸종위기에 처한 동물을 관찰하겠다는 것만으로는 손해가 임박하다고(imminent) 할 수 없다는 점을 이유로 사실상의 손해가 인정되지 않는다고 판시하였다.²²⁰⁾

219) 540 U. S. 560-561.

220) 540 U. S. 563-564.

4. Laidlaw 판결²²¹⁾

이 사건은 지구의 친구들(Friends of the Earth) 이라는 환경단체가 폐기물 처리업체인 Laidlaw 사(社)가 반복하여 허가상의 배출허용치를 초과하여 강에 유해 물질을 방류한 것에 대해 소송을 제기한 사건으로, 연방대법원은 원고적격을 엄격히 인정했던 최근의 태도를 대폭 완화하여 해석함으로써 결과적으로 원고적격의 범위를 크게 확대시켰다는 점에서 의의를 갖는다.

이 사건에서 원고인 환경단체는 피고회사의 시설로부터 기준을 넘는 수온을 방출됨으로서 시설 근처를 흐르고 있는 노스타이거강이 수온에 오염되었을 것을 염려하여 더 이상 이 강에서 휴양을 즐기거나 강에 인접한 토지 매입을 하지 않게 되었다고 주장하였다. 이에 대해 피고 측에서는 비론 수온을 허가기준을 초과하여 방류하기는 했지만 그 사실만으로 위 강이 사람의 건강을 해칠 정도로 오염되었다는 증거가 없는 만큼 원고의 주장은 막연한 것이고 판례법상 확립된 ‘사실상의 침해’가 일어났다고 할 수 없어 원고적격이 없다고 반박하였다. 이에 대해 연방대법원은 오염물질 배출시설의 인근 강변에 살고 있는 원고 단체의 회원이 위 배출시설에서 허가기준을 초과하여 수온이 배출되어 왔다는 사실을 알고 나서 더 이상 위 강에서 휴양을 즐기는 일을 하지 않게 된 것은 위 강의 미적가치와 휴양적 가치가 감소하였다는 것을 의미하고 그것만으로 헌법 제3조의 해석상 요구되는 ‘사실상의 침해’를 충족한다고 판시하였다. 또한 민사벌금을 부과하는 것도 배출원에 대해서는 장래에 더 이상의 위법행위를 하지 못하도록 하는 억제효과가 있는 것이라고 전제하고 이미 위법행위를 중단한 배출원에 대하여 민사벌금의

221) Laidlaw Envtl . Servs..(TOC), Inc, v. Friends of the Earth, 528 U. S. 167, 120 s. Ct. 693, 145 L. Ed. 2d 610(S. Ct. 2000),

부과를 구하는 것도 구제가가능성이 있는 것이고 따라서 원고적격이 있다고 판단하였다. Laidlaw 판결과 같이 원고적격을 확장하게 되면 결과적으로 원고적격을 용이하게 인정하게 되고, 또한 소송을 제기하는 원고로서도 원고적격 인정여부에 대한 예측이 보다 더 쉬워지게 된다. 이 점에서 많은 학자들로부터 지지를 받고 있는 것이다.²²²⁾

Ⅲ. 판례법상 원고적격의 요건

1. 사실상의 손해 (injury in fact)

사실상의 손해는 원고가 계쟁 행정조치로 인해 일정한 손해를 입었거나 입을 우려가 있음을 구체적으로 주장하면 충족되는 것으로 인정되어 공익소송, 특히 환경소송에서의 원고적격 확대에 결정적인 역할을 하였다.²²³⁾ 원고가 주장할 수 있는 손해 및 손해의 우려가 있는 이익에는 경제적 이익, 환경적 이익, 여가적 이익, 나아가 미적 가치에 대한 이익 까지 포함되는 것으로 이해된다. 사실상의 손해를 주장하기 위해서는 원고가 과거에 침해를 입었거나 장래의 침해에 대한 당면한 위협을 받고 있음을 소명하여야 하는바,²²⁴⁾ 그러한 침해는 현실적이거나 당면한 것²²⁵⁾이어야 하고 또한 구체적이

222) Henry P. Hudson, A Shift in Citizen Suit Standing Doctrine: Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services, Ecology Law Quarterly, Vol. 28, Issue 2, 2001, p247

223) 박정훈, “취소소송의 원고적격(2)”, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006, 217면.

224) 사실상 침해는 원고가 직접적인 신체적 또는 경제적 침해를 주장하면 쉽사리 충족될 수 있는 것이나, 그렇지 않고 일반시민이나 납세자인 경우에는 인정되기가 어려워진다. 다만 원고가 사실상 침해를 구체적으로 적시한 경우에는 원고적격을 인정한 판례를 많이 찾아 볼 수 있다. 예컨대 시애틀 오두본 협회(Seattle Audubon Society)의 회원이 점박이 올빼미에 대한 보호대책을 세우지 않은 산림청에 대하여 산림청의 직무 소홀로 인하여 워싱턴주에 거주하면서 점박이 올빼미를 관찰하는 즐거움이 상실될 우려가 있다는 주장을 편 시애틀 오두본협회에 대하여 원고적격을 인정한 판례가(Seattle Audubon Society v. Espy, 998 F. 2d 669 / 9th Cir. 1994) 그것이다.

거나 특정된 것²²⁶⁾이어야 한다.

2. 인과관계 (causation)

인과관계란 법원이 원고의 침해에서부터 문제가 된 행위로 ‘공정하게 추적할 수 있을(fairly traceable)’때 인정된다. City of Los Angeles v. National Highway Traffic Safety Administration 사건²²⁷⁾에서 D.C지구 연방항소법원은 인과관계 문제를 엄격하게 요구하지 않았던 바, 이에 대해 연방대법원은 Lujan v. Defenders of Wildlife 사건에서 ① 환경영향평가를 빠트림으로써 행정청의 결정이 적정하지 못하게 되었다는 인과관계와 ② 환경영향평가를 빠트린 것이 원고들의 구체적인 이익침해를 야기하였다는 인과관계를 요구됨에도 불구하고 D.C. 지구 연방항소법원이 인과관계를 엄격하게 요구하지

225) 당면성은 Navegar Inc v. United States 사건의 판결이 잘 설명해 주고 있는 바, 이 사건은 폭력범죄통제 및집행에관한법률(Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994.)에 관한 것이었는데 원고인 권총제조회사는 위 법률 중 자기 회사만이 제조하고 있는 특정모델의 권총을 불법시하는 동법상의 규정을 다루기 위해서는 당장에 위 권총회사가 집행될 당면성(imminence)이 있으므로 원고적격이 있으나 다른 많은 회사도 함께 제조하고 있는 모델의 권총을 불법시하는 동법 규정에 대하여는 당면성이 없어서 원고적격이 없다고 판시하였다.

226) 구체적이거나 특정되어야 한다는 것은 예컨대, United States v. Richardson 사건에서 일반시민이 중앙정보국으로 하여금 지출항목을 세분화하도록 하기 위하여 소송을 제기하는 것은 중앙정보국의 경비 지출에 관하여 원고가 갖는 이익은 미국인 일반이 갖는 이익과 공통된 것이어서 특정된 것이라고 보기 어려워 원고적격이 부정되는 경우와 (United States v. Richardson, 418 U. S. 166/ U. S. Supreme Court 1974) Lujan v. National Wildlife Federation 사건에서 구체성이 없는 원고의 주장은 원고적격이 없다고 판시한 것은 이러한 입장에서 있는 판례라고 할 수 있다.

227) 이 사건은 피고 행정청인 국립고속도로교통안전청이 평균연비기준을 정함에 있어서 환경영향평가를 실시하지 않은 것에 대하여, 원고는 이 기준이 자동차원전자의 연료소비를 촉진하게 되어 결과적으로 지구온난화를 초래할 것이라고 주장하였는데, D.C. 지구 연방항소법원은 원고가 ① 피고행정청이 기준 설정에 앞서 환경영향평가를 실시하지 않은 결과 환경상 피해가 야기될 위험성을 고려하지 못하였던 것이며, ② 원고는 피고 행정청의 그릇된 기준으로 환경상의 영향을 받을 장소와 충분한 지역적 연계성이 있음을 소명한 이상 원고적격이 있다고 판시하였다. 여기서 법원은 비록 지구의 온도상승이 모든 국민에게 영향을 주는 것이지만 원고 단체는 캘리포니아주에 살고 있는 원고단체의 회원이 특별히 나쁜 영향을 받을 것임을 증명한 이상 지역적 연계성의 요건을 충족하였으며, 따라서 원고적격을 인정할 만큼 충분히 개인적인 침해에 해당한다고 보았던 것이다. ; City of Los Angeles v. National Highway Traffic Safety Administration. 912 F. 2d 478(1990).

않았음을 비판했다. 인과관계가 존재하게 되면 원고는 자신의 이익침해와 피고 행정청의 행위로 인한 불법, 부당한 행위사이의 관련성을 입증하기 쉬울 것이다. 그러나 전반적으로 원고가 행정청의 제3자에 대한 규율을 다룰 경우에는 인과관계의 존재를 입증하기가 매우 어려울 것이다.

3. 구제가능성 (redressability)

구제가능성이란 원고가 구하고 있는 사법적 구제가 원고가 입고 있다고 주장하는 침해를 치유할 수 있는 관계에 있는 경우를 말한다. 이러한 구제가능성의 요건은 모든 사건에서 법원의 판결이 단지 권고적 의견(advisory opinion)에 머무르지 않도록 보증하는 것이라고도 할 수 있으며, 우리나라 행정법상의 협의의 소익에 해당한다고 볼 수 있다.

4. 보호이익의 영역 (zone of interest)

미국 행정절차법 제702조는 ‘관련법률의 목적범위 내에 있는(within the meaning of a relevant statute)’ 행정기관의 행위로 인하여 침해를 당한 자에 대하여 원고적격을 인정하고 있다. 따라서 원고적격이 인정되기 위해서 원고는 사실상의 침해가 있다는 사실과 청구되는 구제수단이 주장되는 침해를 해결할 수 있을 것이라는 것을 입증하는 것 이외에 원고가 침해당한 이익이 관련법률의 보호범위 내에 있다는 것도 주장하여야 한다. 이 요건은, Date Processing 사건의 판결에서 다수의견이 제시한 요건으로서 그 논거는 행정절차법 제702조를 원고적격에 관한 규정으로 이해하고 동조가 이를 요구하고 있다고 해석하는데서 비롯되었다. 그러나 이 요건을 엄격하게 적용

하게 되면 사법심사를 구할 수 있는 원고의 범위를 지나치게 축소하게 되어 법원에 행정에 대한 통제기능이 위축될 가능성도 있다.²²⁸⁾ 다만 이 사건 판결 이후 보호이익 영역을 다소 완화하여 해석하고 있다.

제4절. 프랑스

I. 월권소송의 의의

프랑스의 월권소송(Recours pour excès de pouvoir)은 행정행위의 위법성을 이유로 그 취소를 구하는 소송으로 우리나라의 취소소송에 상응한다. 월권소송의 대상이 되는 ‘일방적 행정행위’의 범위는 비교적 매우 넓게 이해되어진다. 첫째, 일방적 행정행위이므로 행정계약이 제외되지만, 행정계약 체결 여부에 관한 결정은 행정계약에서 ‘분리되는 행위’로서 월권소송의 대상이 된다. 둘째, 행정행위는 ‘법적행위’이지만, 프랑스에서 법적행위라 함은 독일에서와 같이 상대방의 권리·의무를 변경하는 행위에 한정하지 않고, 전체 법질서에 새로운 요소를 도입하는 것이면 충분하다. 따라서 행정청의 단순한 견해 표명은 제외되지만, 경고, 권고, 공적 시설의 설치 등 그것이 법적인 의미를 갖고 상대방에게 ‘침익적인 영향을 초래하는’ 것인 한 월권소송의 대상이 된다. 셋째, 개별행위 뿐만 아니라 법규제정행위도 포함한다. 따라서 행정입법에 대하여 직접 월권소송을 제기할 수 있다.²²⁹⁾

228) Date Processing 사건에서 소수의견을 낸 Brennan 대법관은 이러한 문제점을 기초하여 원고적격은 사실상의 침해라는 헌법적 요건만 있으면 충분하고 추가적으로 보호영역의 범위에 관한 요건은 필요 없다고 하였다. 브레넌 대법관은 행정절차법 제702조를 원고적격에 관한 규정으로 해석하지 않고 심사가능성(reviewability)에 관한 규정으로 이해하고 있다.

229) 박정훈, “인류의 보편적 지혜로서의 행정소송”, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006, 120면 참조.

프랑스의 월권소송은 그 목적이 적법성 보장에 있는 객관소송으로, 원고적격이 인정될 수 있는 개인적 이익의 범위가 넓다. 그러나 오로지 적법성의 보장만을 위한 제소가 허용되는 것은 아니며, 근거법령과 무관하게 원고의 이익이 개인적이고, 정당하고, 직접적이고 확실하면 원고적격을 인정받을 수 있다.²³⁰⁾

II. 월권소송에서의 원고적격

전통적으로 월권소송의 소제기 적합성의 조건에 관해서 보통 네 가지 요건을 들고 있는데, ① 다툼이 있는 행정행위로서의 성질 ② 소제기 당사자의 자격 ③ 소제기 기간 등과 같은 소제기의 형식적 요건 ④ 월권소송 외 다른 쟁송수단이 없다는 조건 등이다. 따라서 소가 부적합하여 각하되지 않기 위해서는 이들 조건이 모두 충족되어야 한다. 이들 조건 중 세 번째와 네 번째 조건은 특히 객관적 요건들이라 불리는데, 그것은 행정행위나 제소자의 지위에 관한 특별한 검토나 관계없이도 객관적 사실만으로 파악될 수 있기 때문이다. 반면 첫 번째와 두 번째 조건들에 관해서 보면 행정청의 행위나 소제기의 적합한 소송물의 범주에 속하는지 여부 및 제소자가 이러한 행정결정을 재판관으로 하여금 적법, 위법에 관한 판단을 하기 위해서 소를 제기할 자격이 있는지 어떤지를 밝혀야 하기 때문에 재판관은 특별히 주의를 기울여 이들 제소자 조건들을 검토하여야 한다. 따라서 소제기의 적합성에 관한 검토는 이러한 첫 번째와 두 번째 조건에 무엇보다 많은 비중이 있다.²³¹⁾

230) 박재완, 전제논문, 140면.

231) 이진욱, “환경갈등 해소에 관한 법적연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2006, 92면.

앞에서도 살펴보았듯이 프랑스의 월권소송의 대상이 되는 행정행위의 범위는 비교적 매우 넓다. 특히 월권소송에서는 권리침해를 요구하지 않고 이익의 침해나 침해가능성을 요건으로 하고 있기 때문에, 원고적격은 권리침해를 당한 자에 한정하지 않고, 사실상 이익침해의 경우까지 확대하고 있다. 월권소송을 제기할 수 있는 자는 자연인 및 법인(사법인 및 공법인) 뿐 만 아니라, 단체도 단체의 재산이나 지위 또는 단체가 옹호하고자 하는 집단적 이익을 침해하는 처분에 대하여 소송을 제기할 능력을 가진다.²³²⁾

원고적격이 인정되기 위해 요구되는 이익은 물질적 이익 뿐 만 아니라 정신적 이익 및 집단적 이익도 포함한다. 그러나 그러한 이익은 ‘개인적이고 직접적인 이익’ 이어야 한다. ‘개인적’이익 이라 함은 원고가 계쟁 행정행위와 일정한 이익관련성을 가져야 한다는 의미인데, 원고를 상대방으로 하는 개별결정에 대해서는 물론, 제3자에 대한 개별결정과 나아가 행정입법에 대해서도 원고가 사실상의 이익관련성을 갖는 한 인정된다.²³³⁾ ‘직접적’ 이익은 일반적인 요건이라기 보다는 예외적·제한적 요건으로서 기능한다. 즉 주장된 이익이 너무 간접적으로 침해되지 않아야 한다는 것으로, 계쟁행위의 대상이 원고의 법적 상황과 관계가 있어야 한다. 예를들면 사립학교 학생인 미성년인 자녀의 학부모 또는 학부모협회는 교육의 자유를 침해하는 조치를 다룰 원고적격이 인정되지만(C.E. 22 mars 1941, Union des parents d’élèves de l’enseignement libre), 성년의 자에 대한 병역관련결정에 대하여 그 부모는 가족의 일원이라는 자격으로 다룰 수 없는데, 후자의 경우에는 그 자가 직접적 이익을 가지며 부모의 이익은 직접적인 것이 아니라는 이유에서이다.²³⁴⁾ 이 밖의 ‘정당한’, ‘적절한’, ‘확실한’ 이익이어야 한다는 제한적

232) 박균성, “프랑스법상 시설설치허가에 대한 취소소송에서의 인근주민 및 환경단체의 원고적격”, 「판례실무연구 제IV권」, 비교법실무연구회, 박영사, 2002, 501면 참조.

233) 박정훈, “취소소송의 원고적격(2)”, 222면.

요건도 추가되기도 한다.²³⁵⁾

프랑스에서 시설설치허가에 대한 인근주민의 원고적격은 근접성, 시설설치 계획안이나 건축의 중요성, 부지의 성질, 지형 등 사안의 구체적인 상황을 고려하여 개별적으로 판단된다. 그리고 환경영향평가대상지역의 주민이라 하여 이익의 침해가 없이 당연히 원고적격이 인정되는 것은 아니며, 환경영향평가대상지역이 아닌 경우에도 이익의 침해가 있는 경우에는 소의 이익이 인정된다.²³⁶⁾ 또한 인근주민 이외에 환경단체나 지방자치단체도 그 집단적 이익을 보호하기 위하여 원고적격을 갖는다.

III. 프랑스 판례의 전개²³⁷⁾

월권소송의 소의 이익에 관한 성문법적 근거는 존재하지 않으며, 국참사원(Conseil d'Etat)의 판례에 의해 발전되어왔다. 프랑스 초기 판례는 이익의 개념을 극히 제한적으로 보아 권리와 거의 근사치로 해석했다. 따라서 이익의 개념은 권리의 개념에 부가해서 사용되었다. 즉 이익은 소제기의 적합성에 관한 또 다른 조건이기 때문에, 소를 적합하게 제기할 수 있기 위해서는 권리침해를 주장하거나 그러한 다툼에 대해서 판결을 구할 이익을 표현해야

234) 박정훈, 전계논문, 223면.

235) 월권소송이 위법하거나 비도덕적인 상황을 옹호하기 위하여 제기되면 부적법하게 되므로 이익은 '정당'해야 한다. 예를들면 어떤 호텔의 무단점유자는 그 호텔을 아파트로 개조하는 것을 허가하는 건축허가를 다룰 자격이 없다. '적절한'이익은 주장된 이익이 계쟁행위와 일정한 관계를 가지고 있어야 한다는 것이다. 예를들면 상인은 그의 상점 인근의 상업시설에 대한 건축허가를 일조권 등 인근주민의 자격으로 다룰 수는 있지만, 상인으로서 갖는 상업상 이익에 대해서는 다룰 수 없다. 다만 상업시설에 대하여 영업허가가 내려지면 이에 대해서는 상업상 이익에 기하여 원고적격이 부여될 수 있을 것이다. '확실한'이익은 침해의 개연성을 문제 삼는 것으로, 개연성을 완전히 배제할 수 있는 경우가 아닌 한 인정된다. 이 요건은 특히 장래에 이익의 침해가 예상되는 경우에 요구된다. 이 경우에는 통상 이익에 대한 침해의 위험이 중요하고 개연성이 있는 것인지가 문제된다. 박균성, 전계논문, 503-504면 참조.

236) 박균성, 전계논문, 508면.

237) 이진욱, 전계논문, 93-95면 참조.

한다. 그러나 월권소송에 있어서 소제기 적합성의 한 조건으로서 이러한 권리침해라는 요건은 19세기 후반부터 사라지기 시작해서 1901년 Casanova 사건²³⁸⁾에서 결정적으로 종말을 고했다. 그 후 여러 판례들을 살펴보면 1911년 Richemond 판결에서 주(州)의 납세자는 위법한 조세관계의 처분 또는 법규의 취소를 구하는 월권소송을 제기할 수 있으나, 납세자가 중앙정부의 지출을 다룰만한 충분한 소송이익을 갖고 있다는 것을 인정하지는 않았다. 국참사원은 어느 특정한 경우에 있어서 주민의 이익도 소의 이익으로 인정하였다. 예컨대 Bordeaux 시에서 한 회사가 그 시의 어느 지역에 있는 전차선로의 운행을 중단하자 그 지역 주민들은 Bordeaux 대학의 법과대학장의 주도 아래 전차운행에 의한 교통편의를 누린 그들의 권리를 수호하기 위하여 단체를 결성하였으며, 국참사원은 1906년 이 단체로부터 소송을 접수하고 어떤 지역의 권리를 보호한다는 것은 소송의 관리를 정당화할 충분한 이익이 된다고 판단하였다. 이들 판례의 태도는 일정한 지위 또는 자격이 있으면 소의 이익이 있다는 식으로 소의 이익을 이해하고 있다. 1950년 Cicquel 사건에서 국참사원은 행정사건 정부측 논고관인 Chenot는 다음과 같이 소의 이익에 관해 언급했다. ‘월권소송을 제기할 수 있는 사람은 그가 다투는 행정행위에 의해서 직접적이고 개인적으로 특정될 필요는 없다. 그러나 그 행정행위로 인해 그에게 피해를 끼칠 결과발생을 적시하는 것으로는 불충분하고, 그러한 결과 발생에 비추어 제소당사자가 일정한 단위로 구성된 이해관계인의 범주에 속해야 한다.’ 즉 당사자가 주장하는 이익은 그 자신에게만 속하는 특별히 고유한 것일 필요는 없지만, 국가라는 공동체단위

238) Corsica olmeto 지방의회는 1897년 부자나 가난한 사람들에게 똑같이 무료 의료혜택을 주기 위하여 의사를 고용하기로 결의하고 아울러 이러한 목적을 달성하기 위하여 2천 프랑의 차입을 결정하였다. 그 도시에는 이미 두 사람의의사가 개업을 하고 있었는데 이 두 의사는 각기 지방의회 결정을 다룰 충분한 이익을 가지고 있었다. 그런데 국참사원은 납세자의 한사람인 Casanova에게도 이 지방의회의 결정을 다룰 충분한 이익이 있다고 인정하여 소제기 요건을 완화한 사건이다.

까지 이르지 않는 한에서 보다 넓은 범위의 이해관계인으로 구성된 공동체 구성원의 이익에 속해야 한다는 것이다.

이점에서 국참사원 판례의 기본입장은 어떠한 영역에서의 행정행위이든지 행정행위와 관련이 있을 수 있는 불특정 다수인으로 구성된 국가규모의 공동체인 경우에는 소익을 인정하지 않고, 경제적·사회적·법률적으로 정해진 집단구성원들에게만 소의 이익을 인정한다.

이상에서 본 바와 같이 일반적으로 월권소송은 원칙적으로 행정의 적법성 보장을 목적으로 하는 것이고, 또한 그것은 인(人)에 대한 소송이 아니라 행위에 대한 소송으로서의 객관소송이라는 관점에서 소의 이익범위는 가능한 넓게 확장하고 있다. 그러나 객관소송은 누구에게나 원고적격을 인정하는 만인소송과는 다르다. 객관소송에 있어서도 남소로 인한 법원의 부담가중을 방지하기 위해 원고의 개인적 상황을 기준으로 원고적격을 일정한 범위로 제한하고 있다.²³⁹⁾

239) 박정훈, 전제논문, 225면

第 5 章 現行 環境行政訴訟의 問題點 및 原告適格의 改善方案

제1절 環境관련 분쟁의 특징 및 環境행정소송제도의 문제점

I. 環境 관련 분쟁의 특징

1. 環境피해의 특징

현대 자본주의 사회에 있어서의 활발한 산업 활동은 각종 국토개발 및 자연개발을 진행시켰고, 이에 따라 자연환경의 오염 내지 파괴의 위험성은 날로 심각한 상황에 이르러 인간의 생존자체를 위협하는 상황으로 치닫고 있다. 이러한 환경문제는 비단 우리나라만의 문제가 아니라 세계 각국의 일반적인 현상이며²⁴⁰⁾, 그 피해 또한 재산상 피해를 넘어 국민의 건강과 생명 그리고 정신적인 것에도 치명적인 피해를 초래하고 있으며, 이러한 환경피해는 계속적 침해라는 특징을 갖고 있다.

환경 개념의 포괄성과 환경 요소들의 다양성으로 인해 환경을 둘러싸고 별

240) 1960년대 미국 생태학자인 레이첼 카슨(Rachel Carson) 이 「침묵의 봄」(Silent Spring)에서 환경문제, 특히 화학물질의 생태계 파괴 위협성을 경고한 이후, 1972년 스웨덴 스톡홀름서 개최된 유엔인간 환경회의(The U.N. Conference on Human Environment) 이 채택된 이후 국제사회에서 환경문제가 본격적으로 논의되는데, 그 이후로 1992년 6월에는 브라질 리우데자네이루에서 각국정상과 전문가들이 참석한 가운데 환경개발에 관한 유엔회의에서 지구환경의 보전을 위한 27개항의 환경과 개발에 관한 리우선언이 채택되었고, 2002년에는 지구촌 최대 환경회의인 지속가능발전정상회의(WSSD)가 요하네스버그에서 개최되어 1992년 리우회의에서 채택된 행동강령 의제21(Agenda 21) 을 채택하였다. 한편 2005년 현재까지 체결된 국제환경협약은 대기·수질·폐기물 및 자연환경분야에서 총 210여개에 달하고 있으며, 우리나라는 이리 협약 중 지구 온난화 방지를 위한 기후변화 협약, 오존층 보호를 위한 비엔나 협약 및 몬트리올 의정서, 멸종위기에 처한 야생동식물종의 국제거래에 관한 협약등 약 40여개의 협약에 가입하고 있다.

어지는 문제점들은 다음과 같은 특성을 보인다. 우선, 환경을 구성하고 있는 물, 토양, 대기, 폐기물 등과 같은 수많은 환경요소들은 복잡한 관련성 하에 놓여 있어 상호간의 복잡한 인과관계를 통하여 상승작용을 일으키면서 그 심각성을 더해간다. 예컨대 대기오염이 유발되면 이것이 빗물 등을 통해 하천과 지하에 스며들어 물과 토양을 오염시키고 산성비는 동·식물의 생육에 심각한 영향을 미치며, 오폐수에 의해 더러워진 용수와 폐기물 등에 의해 오염된 토양에서 재배된 농수산물을 인간과 동물이 섭취하게 되면 생명과 건강에 치명적인 결과를 초래할 수 있다. 한편 환경문제는 단지 현재의 문제로만 그치지 않고 오염원의 장기간 축적과 환경영향의 시차적 발현을 통해서 미래에도 큰 부담을 끼칠 수 있다. 그리고 어느 정도의 환경오염은 자연의 정화능력에 의하여 복원되는 탄력성을 보이기도 하지만, 자정능력을 넘어서는 오염물질의 축적과 심각한 생태계의 파괴는 회복이 불가능하게 되는 비가역성을 나타낸다. 따라서 환경오염과 훼손을 사전에 미리 예방하는 것이 최선이라는 말은 바로 환경문제의 이러한 특성에 기인한 것이다. 그리고 오늘날 환경문제는 단지 일부 지역 내지 단일국가 내의 문제로 한정되지 않고 범국가적, 범지구적 문제로 확대되는 광역성을 특징으로 한다. 그 반면에 환경문제는 지역적 특수성에 따른 환경여건과 오염양태의 차이로 인해 지역적 차별성을 보이기도 한다.

이와 같이 환경문제의 복잡다양성과 상호연관성, 누적성과 시차성, 탄력성과 비가역성, 광범위성과 지역성 등으로 인해, 환경과 관련된 문제 상황에서는 거의 대부분 복잡한 이해관계의 갈등현상을 관찰할 수 있고, 환경을 대상으로 하는 학문과 실무에 있어서도 다양한 가치와 입장을 고려하고 다각적인 기준과 수단을 동원하여 대응하여야 하는 어려움에 직면하게 된다.²⁴¹⁾

241) 문상덕, 전제논문, 211-212면.

2. 환경관련 분쟁의 특징

환경은 인간의 생존에 매우 중요한 공공재로서, 환경문제는 배타적으로 사용할 수 없는 환경이라는 공동자원의 사용관계에서 일어나는 문제이다. 이러한 환경문제는 대부분 사익 내지 재산권 행사에 의한 시장에서의 단기적인 이익과, 환경이라는 더 큰 시민사회의 공익 사이의 긴장관계에서 초래된다고 할 수 있다. 그런데 사익을 추구하는 재산권자는 외부적인 자극이나 동기가 없더라도 자발적으로 그리고 적극적으로 자기의 이익을 보호하기 위하여 가능한 모든 수단과 방법을 동원하는데 비하여, 공익으로서의 환경이익은 불특정다수의 수혜자에게 분산되어 있는 이른바 분산이익(diffuse interest)이기 때문에, 공익을 위하여 봉사하거나 공익을 위하여 싸우는 사람들은 자신들이 투자한 노력에 비하여 너무나 빈약한 대가를 얻을 수 있을 뿐이다.²⁴²⁾ 결국 환경이익의 보호가 쉽지 않은 것은 바로 이러한 이유에 기인하는 것이다.

행정소송을 통해 나타나는 환경 분쟁의 특성은 첫째, 국가나 지방자치단체의 환경침해가 행정의 적극적인 작위로 인한 경우 못지 않게 오히려 부여된 규제 권한을 행사하지 아니하거나 게을리 하는 등의 부작위로 인한 경우에 발생하는 환경피해가 큰 비중을 차지하고 있고, 둘째는, 위법한 환경오염물질의 배출시설의 허가와 같은 적극적 작위에 의하여 환경상의 권익침해가 야기되는 경우에도 그 허가의 상대방보다는 이해관계 있는 제3자의 권익구제가 보다 중요한 문제로 대두되고 있다는 점이다. 셋째는, 환경피해의 대규모성·광역성, 피해자의 집단성 등으로 인하여 개개인의 이해보다도 지역주민·이익집단의 집단적인 환경상의 이해관계를 보호하여야 할 필요가 있다

242) 조홍식, 전제논문, 20면.

는 점이다.²⁴³⁾ 특히 행정이 직·간접적으로 관여하는 개발시책의 증가와 환경문제의 해결 그리고 환경보전을 위한 행정의 개입 범위가 확대되면서, 사인 간의 환경분쟁 뿐만 아니라 행정작용과 관련된 환경행정분쟁도 크게 증가하고 있다. 이러한 환경행정분쟁은 행정법관계에 있어서의 분쟁으로서 일반적으로 행정법관계에서의 보편성과 특수성의 측면을 동시에 갖는다. 전통적인 행정법관계는 대체로 국민과 행정의 대립이라는 평면적·이원적 구조를 띠고 있지만, 현대 사회로 들어서면서 경험하게 되는 다중심적 사회문제에 있어서는 행정법관계가 이해관계가 대립되는 다수의 국민들과 행정으로서로 다각적으로 대립하는 입체적 구조를 띠게 되는 경우가 많아지고 있다.²⁴⁴⁾

II. 현행 환경행정소송제도의 문제점

현행 우리 환경행정소송제도는 다음과 같은 문제점이 지적 될 수 있는바, 첫째, 현행소송법의 구조가 주관소송제도²⁴⁵⁾ 중심으로 이루어져 있다는 점

243) 천병태·김명길, 전거서, 321면.

244) 문상덕, 전거논문, 223면.

245) 종래 우리 통설은 항고소송을 주관소송으로 파악하였으나, 최근 우리나라의 항고소송을 객관소송으로 보아야 한다는 유력한 견해가 제기되고 있다. 이러한 견해에 따르면 다음과 같은 논거들을 제시함으로써 우리의 항고소송이 객관소송으로서의 성질을 갖는다고 한다. ① 우리 헌법상 독일에서와 같이 '권리침해'를 행정소송의 전제로 명시한 규정은 없고, 오히려 헌법 제107조 제2항은 '처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부'를 대법원이 최종적으로 심사한다고 규정함으로써 항고소송의 핵심이 위헌성과 위법성 판단하는데 있음을 명시하고 있다. ② 법원조직법 제2조 제1항 전단은 '법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 일체의 법률상의 쟁송을 심판하고'라고 규정하고 있는데, 여기서 '일체의 법률상 쟁송'이라 함은 법률에 규정된 모든 종류의 소송을 의미하는 것으로서, 주관소송만이 아니라 객관소송과 민중소송·기관소송까지 포함된다. 이를 국민의 권리의무에 관한 주관소송에 한정하는 것은 문언에 명백히 반하는 해석이다. 다시 말해 항고소송을 객관소송으로 파악하더라도 이는 위 법원조직법 규정에 의한 법원의 심판권에 속하는 것이다. ③ 행정소송법 제12조는 '처분등의 취소를 구할 법률상 이익'을 원고적격의 요건으로 규정하고 있는데, 판례는 비록 '법률상 이익'을 해석함에 있어 법률과의 연결고리를 고수하면서 처분의 근거법률이 원고의 사익을 보호하는 경우에 한정하고 있지만, 독일에서와 같이 개개의 위법사유마다 그 근거규정의 사익보호성을 따지는 것이 아니라, 위법사유를 전

이다. 환경법은 민법이나 행정법에 비해 객관성이나 공익성이 훨씬 강한 법이다. 따라서 환경법이 보호하고자 하는 법익은 개인의 이익보호 보다는 오히려 미래세대를 포함한 인류 전체의 이익 나아가 생태계 자체의 이익, 지구의 이익보호에 중점이 두어진 고도의 공익성과 객관성을 띤 법률이라 할 수 있다.²⁴⁶⁾ 그런데 우리나라의 현행 소송제도는 민사·행정소송에 할 것 없이 어떤 사람의 위법한 행위로 법이 보호하는 이익을 침해받은 사람만이 소송을 제기하여 상대방의 위법한 행위로 침해된 자신의 이익을 다룰 수 있는, 이른바 개인주의적이고 인간중심주의적인 주관소송제도가 중심을 이루고 있다.²⁴⁷⁾ 즉, 어떤 법률이 국민들의 일반적인 이익(공익)을 보호하려는 목적에서 행정청에게 다양한 의무를 부여하고 있을 때, 행정청이 법령이 부여한 여러 의무를 열심히 수행한 결과 일반인들이 얻는 이익은 반사적 이익에 불과하고, 행정청이 의무이행을 게을리 하여 그러한 이익을 침해받더라

제하지 않은 채로 근거법률 전체의 내용에 비추어 계쟁처분과 관련한 원고의 사익이 보호되고 있는가를 문제 삼고 있다. 다시 말해, 독일에서와 같은 원고적격과 위법성과의 견련성이 요구되지 않는다. 위 행정소송법 조문상으로도 ‘처분의 취소를 구할’ 법률상 이익이 요구되는 것이므로, 그 법률상 이익은 계쟁처분의 ‘존재’ 자체에 의해 침해되고 있는 것이면 충분하고, 계쟁처분의 구체적인 ‘위반사항’까지는 문제 삼지 않는다. 이러한 점에서 ‘법률상 이익’은 전체 법질서에 비추어, 보호가치 있는 이익으로서, 프랑스 월권소송의 원고적격인 ‘개인적이고 직접적인 이익’에 유사한 것으로 볼 수 있다. 그렇지 않다 하더라도 최소한 독일에서 보호규범이론에 의한 ‘권리’보다는 훨씬 넓은 개념인 것은 분명하다. ④ 행정소송법 제29조 제1항은 취소판결의 대세효를 명문으로 규정하고 있다. 대세효를 인정한다는 것은 취소소송이 객관적 법질서의 보장을 위한 것이라는 것이다. 월권소송을 객관소송으로 파악하는 프랑스에서는 판결의 대세효를 인정하지만, 주관소송으로 파악하는 독일의 경우에는 취소판결의 효력은 원칙적으로 당사자에게 미치고, 이러한 대세효가 없다고 본다. ; 이상 박정훈, “행정소송법 개혁의 과제-독립·중립·전문적 행정총체로서의 행정소송-”, 한국행정학회 학술대회 발표논문집, 한국행정학회, 2002, 15-17면 참조. ; 이원우, “원고적격과 협의의 소의 이익 ; 행정소송법의 개정방향”, 행정소송법 개정자료집 1-3, 법원행정처, 2007, 320-323면 참조.

246) 강재규, “환경법의 성격과 환경행정소송제도-도농농소송을 중심으로-”, 환경법연구 제27권 제1호, 한국환경법학회, 2005, 36면.

247) 예컨대 시장이나 도지사가 도로건설공사허가를 하였을 때, 이를 법정에서 다투기 위해서는 그러한 허가가 개인의 권리이익을 침해할 정도로 구체적이어야 하고(처분성), 또 건축법이나 환경관련법을 위반하여야 하며(위법성), 위법한 건축허가처분을 취소함으로써 자신에게 돌아올 법률상 이익이 있는 사람만(원고적격)이 소송을 제기할 수 있는 것이다. 그러므로 예를 들어 산 정상부분을 소유하는 개인이 행정청으로부터 위법한 골프장허가를 받아 골프장을 건설하더라도 이러한 공사로 직접적인 손해를 보는 사람이 없다면 이를 중지시킬 방법이 없는 것이다.

도 이는 법이 보호하는 이익이 아니므로, 그러한 이익을 침해받은 사람은 소송을 제기하여 다툴 수 없게 된다. 다시 말해 보다 중요한 가치를 두어야 할 공익은 반사적 이익이라 하여 보호를 방치하는 소송구조를 하고 있는 것이다.²⁴⁸⁾ 행정의 목적이 공익의 실현에 있고, 공익 실현에 봉사하는 법이 행정법임에도 불구하고, 행정소송제도를 공익보호를 위한 제도라기보다는, 오히려 개인을 보호하는 주관적 기능에 중점을 두는 제도로 운용되는 것은 잘못되었다고 본다. 그러므로 국가나 지방자치단체 또는 기업이나 개인이 이들 환경법을 위반하여 환경이익(공익)을 침해하였을 때, 지금의 개인주의적 인 주관소송제도는 객관적이고 공익적인 성격이 강한 생태적 이익을 지켜내기에는 한계가 있다.

둘째, 행정소송법 제12조 상의 원고적격의 요건인 ‘법률상 이익’의 해석상 여전히 환경침해를 입은 인근주민 등 제3자의 권리 구제에 미흡하다는 점이다. 앞서서도 살펴보았듯이, 법원은 처분의 근거법령에 대하여 나름대로 융통성 있는 해석을 이끌어냄으로서 원고적격의 범위를 확대하고자 노력해왔다. 그러나 이러한 법원의 노력에도 불구하고 현재까지의 해석론만으로는 현대형 환경분쟁의 특성을 충분히 대응하기에는 한계가 있다. 즉 개별사건의 원고적격을 인정함에 있어 처분의 근거법령 내지 관계법령을 적극적으로 해석할 것인지 소극적으로 해석할 것인지는 여전히 명확히 알 수 없고, 사건별로 담당 재판부가 근거법령 등을 어떻게 해석하느냐에 따라 좌우될 수밖에 없는 실정이다. 이는 국민의 입장에서 보면 예측가능성을 갖기 어렵게 하여 법률생활의 불안정을 초래하는 요인이 될 수도 있다.

마지막으로, 행정소송법 제12조는 원고적격이라는 표제아래 ‘취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효

248) 강제규, 전제논문, 37면.

과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우 또한 같다.’고 규정하고 있는바, 제12조 전문의 ‘법률상 이익’과 후문의 ‘법률상 이익’의 관계가 문제될 수도 있다. 이에 대해 학설은 동법 제12조 전문의 ‘법률상 이익’과 동조 후문의 ‘법률상 이익’을 구별하여, 전자는 취소소송의 보호대상으로서의 원고적격에 관한 것인 반면, 후자는 취소소송의 권리보호필요성(협회의 소익)에 관한 것이라는 견해²⁴⁹⁾가 유력하다.²⁵⁰⁾ 반면 대법원은 행정소송법 제12조 전문과 후문의 법률상 이익을 구별하지 않고 모두, ‘항고소송에 있어서 소의 이익이 인정되기 위하여는 행정소송법 제12조 소정의 법률상 이익이 있어야 하는바, 그 법률상 이익은 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 해당되지 아니한다.’라고 판시하고 있다.²⁵¹⁾ 결국 법해석적 방법론의 견지에서 볼 때는 판례의 입장과 같이 같은 조문의 전문과 후문에 사용된 ‘법률상 이익’을 동일하게 파악하는 것이 타당할 것이지만, 그렇게 되면 후문의 ‘법률상 이익’의 인정 폭을 너무 좁게 한다는 문제점이 있다. 또한 동법 제12조는 전문과 후문을 구별하지 않고 ‘원고적격’이라는 표제 하에 동일하게 규정하고 있는바, 학설의 입장과 같이 양자의 법적 성격을 다르게 해석할 수 있는지가 문제된다.

249) 대표적으로 김남진·김연태, 전거서, 673면 이하.

250) 원고적격과 협회의 소익은 구별되어 설명 할 수 있는데, 원고적격이란 원고가 소송을 제기할 자격이 있는가 하는 문제이고, 협회의 소익은 구체적인 사안에 있어서 계쟁처분에 대하여 판결을 구할 구체적·현실적 필요성이 있는가 하는 문제이다. 이들은 각각 독자적인 지위를 가진 소송요건이지만, 상호 밀접한 관련이 있다. 덧붙이자면 행정소송법 제12조 전문의 ‘법률상 이익’에 관한 판례가 주로 제3자의 원고적격과 관련하여 형성된 반면, 동조 후문의 ‘법률상 이익’에 관한 판례는 기간을 정한 제재처분을 중심으로 형성되었다.

251) 대판 1995.10.17. 94누14148

이상 현행 환경행정소송제도의 문제점을 간략하게 살펴보았다. 오늘날의 환경문제가 집단적이고 단체적인 특성을 가지고 있다는 점을 볼 때, 환경행정소송은 공익적이고 객관적인 환경법의 이념을 구현할 수 있는 방향으로 마련되어야 할 것이다. 나아가 불확정 개념인 ‘법률상 이익’의 해석상의 다툼을 본질적으로 해결을 위해서는 행정소송법 제12조가 일관된 가치관에 기초하여 개정되어야 할 것이다. 이에 아래에서는 환경행정소송제도에 대한 다양한 개선방법 중, 원고적격 문제와 관련하여, 원고적격확대의 필요성과 그 방안 및 집단소송제도의 도입 문제에 대해 살펴보려고 한다.

제2절 원고적격의 확대

I. 원고적격 확대의 필요성

환경행정소송에 있어서 원고적격 확대의 필요성이 논의되게 된 데에는 다음과 같은 배경이 있다. 첫째로 현대행정에 있어서의 국민의 권리구제 확충의 필요성이다. 주지하다시피 현대행정소송제도에서 원고적격의 유무가 문제되는 상황은 당해 처분의 직접 상대방에 대해서보다는 상대방 이외의 이른바 제3자의 경우에 있어서 주로 발생하는바, 이러한 현대행정법현상의 특성을 무시하고, 상대방 이외의 이해관계인인 제3자는 당해 처분의 근거법규에 의하여 사익(개별적 이익)으로서 보호되지 않는다는 이유만으로 원고적격을 인정하지 않는다면, 사회의 제이해의 조정을 도모하는 법의 취지에 반하게 된다. 따라서 현대행정에 있어서는 행정처분과 관련하여 ‘법률상 이익’ 있는 제3자에게도 당해 처분을 다툴 수 있는 원고적격을 인정하여 사법적 구제를 허용해야 할 필요성이 생기게 된다.²⁵²⁾

둘째는 행정에 대한 견제기능의 강화를 들 수 있다. 원고적격이 특히 문제 되는 경우는 이른바 침익적 처분에 있어서가 아니라, 대부분 다수의 이해관계 있는 제3자가 관련된 수익적 처분에서 발생하는바, 침익적 처분에 하자가 있는 경우에는 그 직접 상대방이 당해 처분의 위법성을 다툴 것이기 때문에 권리의 보장과 행정의 적법성보장기능이 동시에 이루어질 수 있으나, 수익적 처분의 경우에는 원칙적으로 상대방으로부터의 다툼은 상정할 수 없다. 따라서 당해 처분으로 인해 불이익을 당하는 이해관계 있는 제3자에 의하여 당해 수익적 처분의 하자를 다투게 함으로써 제3자의 권리구제와 더불어 행정의 적법성보장기능도 수행할 수 있도록 할 것이 요청된다. 나아가 경우에 따라서는 행정처분의 특정 상대방이 없거나(이른바 일반처분), 또는 다수의 작은 이익이 무시되는 경우가 없지 않다. 그러므로 행정처분에 대해 다툴 기회를 넓히는 것은 권리구제의 범위를 확대할 뿐만 아니라, 사법 및 국민의 행정에 대한 견제기능을 강화하는 계기가 되기도 하는 것이다.²⁵³⁾

마지막으로 판례의 고착화 타파를 들 수 있다. 환경분쟁의 경우에는 오염의 광역성·집단성·인과관계입증의 곤란성 등으로 말미암아 원고적격 확대에 대한 요청이 강하게 요구 되는 실정인바, 판례는 제3자의 원고적격 인정에 대해 점차 그 범위를 확대하고 있으나, 전반적으로 볼 때 여전히 협소한 것이 사실이다. 따라서 이러한 판례 입장이 고착화 또는 정체화 되어 있는 현상을 타파하여, 국민의 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 이해

252) 소송실제에서 제3자로 주로 등장하는 자는 예컨대, 건축행정이나 개발행정에 있어서의 인근주민, 공공요금개정시의 이용자, 소비자행정에서의 소비자, 원자로설치허가에 있어서의 지역주민, 환경행정에 있어서의 주변주민, 인·허가 등의 신청에 있어서의 경원자, 영업허가 등에 있어서의 기존영업자 등이다. 그러나 제3자라고 하더라도 그것은 하등 적극적으로 정의되는 것이 아니라 소극적으로 처분의 상대방 이외의 자를 막연하게 총칭하는데 지나지 않기 때문에 현실적으로는 다양한 이해상황의 제3자가 존재하며, 일률적인 기준을 추출하려고 하는 태도는 적합하지 않다. 여기에 현대행정법관계에 있어서의 원고적격 확대의 필요성과 그 범위획정의 곤란함이 병존하게 되는 것이다. 함인선, 전계논문, 514-515면.

253) 함인선, 전계논문, 516면 참조.

서는 입법적으로 원고적격을 확대할 필요성이 등장하게 된 것이라 할 수 있겠다.

II. 환경행정소송상 원고적격의 개선방안

1. 해석론을 통한 발전방향 모색

해석론을 통한 원고적격 발전방향으로 첫째, 판례에서 일부 시도하고 있는 것처럼 처분의 원고적격 해석의 기초가 되는 근거법의 의미를 보다 적극적으로 확장하는 방법이다. 환경적으로 문제가 되는 사업은 - 특히 대형 국책사업의 경우에는 - 매우 복잡한 절차를 거치고 많은 종류의 인·허가를 받아야 하는데, 이 과정에서 다수의 다양한 법률이 적용된다. 이와 같은 사정을 반영하듯 근래에 제정되는 법률은 그 법률에 의하여 처분을 받으면 여타의 법률에서 요구하는 절차를 모두 거친 것으로 또는 여타의 법률에서 정한 처분을 모두 받은 것으로 의제하는 규정을 두고 있다.(이른바 집중효 규정)²⁵⁴⁾ 이 경우 의제된 법률들을 모두 당해 처분의 광의의 근거법의 범주로 파악함으로써 법률상 이익의 여부를 판단하는 기준이 되는 법률을 넓게 인정하여 결과적으로 인근주민이나 일반국민이 원고적격을 인정받을 가능성을 높일 필요가 있다.²⁵⁵⁾

둘째는 원고적격의 해석에 있어 근거법령 내지 관련법령의 한계를 넘어서

254) 예컨대 대규모 주택건설사업을 시행하기 위해서 주택법 제16조에 의거하여 시·도지사로부터 주택건설사업계획의 승인을 받는 경우에, 동법 제17조에 의하여 건축법상의 건축허가나 신고, 공유수면관리법상의 점·사용허가·실시계획의 인가 또는 신고, 공유수면매립법상의 공유수면매립의 면허·실시계획의 인가 등 총 20여개 이상의 법률에 근거한 각종 인허가나 승인, 결정 등을 받은 것으로 본다고 의제하고 있다.

255) 조홍식, 전제논문, 30-31면 참조.

헌법상의 환경권 규정에 대한 보다 진전된 연구를 통하여 기본권으로서의 환경권을 부분적으로 보호규범 내지 법률상 이익의 개념 범주로 끌어들이는 방법을 생각해 볼 수 있다. 다만 이 경우에는 헌법상의 환경권 규정의 성질이나 효력이 명확하지 않기 때문에 법리구성에 어려움이 있을 수 있다.

셋째는 해석론이라기보다는 사법정책론과도 관련이 있는 방안으로서, 환경행정소송은 지역 환경의 보전을 목적으로 하는, 오염지역에 거주하는 자들의 공통이익과 관련된 분쟁이고 다수의 원고를 옹호하는 집단적 소송의 형태로 나타나는 경우가 많다. 그런데 제3자 허가취소소송의 경우처럼 원고인 당사자는 다수라 하더라도 분쟁 그 자체는 획일적으로 확정되어야 할 성질을 갖는 것이기 때문에 소송물을 실질적으로 하나로 보아도 지장이 없다. 따라서 환경행정소송의 법리는 이러한 소송형태를 근거로 하여 집단적 분쟁 해결에 적절한 절차 아래 진행되는 것이 합리적이다.²⁵⁶⁾

덧붙여 환경문제는 복잡다양성 및 상호연관성 등의 특수성을 지니고 있으므로 인과관계 인정에 어려움이 있다. 따라서 환경행정소송의 원고적격 단계에서 요구되는 인과관계의 주장·입증 정도는 완화되어야 할 것이다. 즉 행정행위 또는 그와 관련된 사인에 의한 환경오염 및 환경오염으로 인한 원고의 피해라는 두 단계의 인과관계의 주장·입증을 요하는 것이 아니라, 문제되는 행위로 인한 원고의 환경적 피해에 대한 ‘우려의 합리성’으로 족하다고 해야 할 것이다.²⁵⁷⁾

2. 입법론을 통한 발전방향 모색

256) 문상덕, 전계논문, 234면.

257) 이와 관련하여 프랑스의 판례가 이익침해의 직접성과 확실성을 요구하면서도 실제 운용에 있어서는 주장된 이익이 너무 간접적으로 또는 너무 불확실하게 침해되지 않았을 것이라는 사상적 방법을 사용하고 있는 점은 참조할 가치가 있다고 하는 견해도 있다. 박재완, 전계논문, 212면 참조.

원고적격에 관한 행정소송법 개정의 기본방향은 다음과 같이 이루어 져야 할 것이다. 첫째, 해석론으로 충분히 해결 가능한 문제들도 학설·판례상 논란이 있는 경우에는 입법적으로 명확하게 해결하여야 할 것이다. 이를 통해 불필요한 학설·판례의 대립을 방지하고, 법원에 대한 판례변경의 부담을 덜어주어야 할 것이다. 둘째, 소송기술적 문제가 아닌 사항들, 예컨대 원고적격, 소의 이익, 처분성 등의 문제들에 대하여는 지나치게 구체적이고 세부적인 기준들을 입법화하여서는 아니 된다고 본다. 예컨대 원고적격의 판단기준으로 직접성, 구체성, 현재성, 자기관련성, 개인적 이해관계 등으로 구체적으로 적시하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 이러한 규정들은 법원으로 하여금 예외적 상황을 포섭할 수 없도록 만들고, 법원의 유연한 적응력을 감소시키게 될 것이기 때문이다. 따라서 일반적 원칙만을 규정하고, 세부 판단기준은 개별사안에 대한 판례를 통해 구체화되도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 셋째, 원고적격과 소의 이익에 관한 한, 가능한 한 이들 요건을 완화하여 국민에게 소송을 폭넓게 인정하여야 할 것이다.²⁵⁸⁾

원고적격을 통한 소권의 제한은 남소의 방지가 제도의 본래 목적인바, 이런 관점에서 볼 때 권리 내지 법률상 이익의 침해를 원고적격의 판단의 절대적 기준으로 채택해야 하는 논리필연적인 이유는 없다고 할 것이다. 종래와 같은 엄격한 주관적 소송 중심의 원고적격론에 대한 한계로, 지난 2004년 행정소송법 개정시안 제12조²⁵⁹⁾에서는 ‘법적으로 정당한 이익’이 있는 경우에 항고소송의 원고적격을 인정하는 새로운 기준을 설정함으로써 원고적격의 범위를 넓히는 계기를 마련하였다.

258) 황보완, 전제논문, 162면.

259) 개정시안 제12조(원고적격) 취소소송은 행정행위등의 취소를 구할 법적으로 정당한 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 행정행위등의 효과가 기간의 경과 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 또한 같다.

행정소송법 제12조의 개정과 관련하여 현행 ‘법률상 이익’을 ‘정당한 이익’으로 대체하자는 주장이 있는바, 원고적격의 확대 및 행정소송법 제12조의 통일적 해석이라는 점에서 주목할 만하다고 생각한다.²⁶⁰⁾ 즉 이 견해는 현행법 제12조의 전문을 ‘취소소송은 처분의 취소를 구할 정당한 이익이 있는 자가 제기 할 수 있다.’라고 수정하는 방법을 제시한다. 여기서 주의할 점은 ‘정당한 이익’이라고 할 때 ‘이익’은 위법한 처분으로 침해되는 개인적인 이익에 한정되지 않는다는 점이다. 즉 처분의 취소를 구할 가장 적합하고 정당한 지위에 있는 자가 원고적격을 갖는다는 의미이다.²⁶¹⁾ 이와 같이 원고적격을 ‘처분의 취소를 구할 정당한 이익’으로 개정하게 된다면, 제12조 후문의 문제도 해결된다. 즉 기간의 경과 등으로 처분의 효과가 소멸한 뒤에도 여전히 그 처분의 취소를 구할 ‘정당한 이익’이 있는가를 문제 삼으면 충분하기 때문이다. 원고적격으로서의 ‘정당한 이익’은 처분으로 인해 피해를 입고 따라서 그 처분을 취소하면 회복될 수 있는 적합하고 정당한 지위를 의미한다. 때문에 원고적격을 ‘취소를 구할 정당한 이익’으로 규정함으로써 협의의 소익 문제는 원고적격에 관한 주의적 규정으로 흡수되고, 그렇게 함으로써 이들 모두 하나의 판단 기준으로 통합된다는 것이다.

한편 환경행정소송에 있어서 원고적격 확대방안으로 일정한 환경단체나 시민단체에게 원고적격을 인정하는 단체소송의 도입에 대한 주장도 제기 될 수 있는데, 이에 대해서는 후술하기로 한다.

260) 이하 박정훈, 전계논문, 33-34면 참조.

261) ‘취소를 구할 정당한 이익’은 시민단체의 원고적격을 인정할 수 있는 발판이 된다. 즉 당해 처분으로 시민단체가 어떠한 피해를 입게 되었는가가 아니라, 그 단체의 설립취지, 활동상황, 구성원, 연혁 등에 비추어 과연 취소소송을 제기할 수 있는 적합하고 정당한 지위에 있는가를 판단할 수 있게 되는 것이다.

Ⅲ. 환경권의 법리와 원고적격확대론

1. 자유권으로서의 환경권과 원고적격확대론

국가의 직·간접적 환경침해에 대하여 환경상의 이익을 침해받는 국민은 자유권으로서의 환경권의 침해를 근거로 국가의 환경침해에 대한 방어권을 주장하며 행정소송을 제기할 수 있는 가에 대해, 통설 및 판례의 견해대로라면 행정소송상 원고적격의 요건인 법률상 이익을 실제법규상의 법적으로 보호되는 이익으로 보기 때문에, 해석상 그렇게 되지 않는 경우엔 각하되고 말 것이다. 그러나 개별법규에서 당연히 보호하여야 할 제3자의 이익이 법규정의 흠결로 보호되지 않는 경우에는 제1차적으로 제3자의 보호를 위한 당해 법규의 '헌법합치적·목적론적 해석'을 통하여 그 흠결을 보충하고, 이렇게 하여도 소기의 목적을 달성할 수 없을 때에는 마지막 방법으로 헌법상의 기본권 조항이 직접 적용 되는 방식에 의해 원고적격의 범위가 확대될 수 있다.

그러나 여기서 중요한 것은 환경권의 직접적용의 한계문제이다. 자유권으로서의 환경권을 구체적 권리라고 보는데 거의 이설이 없다 할 것이므로 이에 따라 곧 환경권이 구체적 권리로서 전면적으로 적용될 수 있는 것으로 생각될 수 있을 것이다. 그렇지만 기본권의 직접적용을 주장하는 독일 연방행정법원의 견해를 보더라도 그것은 어디까지나 개별법 규범을 공권성립의 기초로 인정하고 개별법규가 침묵을 지킬 때 법상의 기본권이 이러한 권리구제의 흠결을 메우기 위한 개념적 도구로 원용됨으로써 공권에 대한 기본권의 보충적 기능이 강조된다는 뜻이기 때문에, 종래의 공권론체계에 대한 전면적인 개편을 전제로 하여 이를 근거로 어느 경우에도 직접 적용될 수

있다는 의미는 아닌 것이다.²⁶²⁾ 따라서 자유권으로서의 환경권을 구체적 권리로 보았다고 하여 이를 근거로 어느 누구나, 어느 경우에도 출소할 수 있다는 것은 아니라는 것이다. 즉 환경권은 다분히 상린관계적 권리의 성격이 짙기 때문에 경미한 침해에 대해서는 이를 수인하고 감수해야 할 의무를 함께 내포하고 있는 기본권이다.²⁶³⁾ 따라서 국가에 의한 환경침해는 물론이고 국가 이외의 제3자의 생활영역에서 발생하는 환경오염의 경우에도 그 정도가 경미한 때에는 그에 대한 방어권과 공해배제청구권이 인정될 수 없다고 할 것이다.

이렇게 볼 때 헌법상 환경권과 환경행정소송상의 원고적격을 논리적으로 결합시키려고 할 때, 이에 대한 획일적인 기준을 정하는 것은 불가능한 일이며, 또한 바람직한 것도 아니라고 본다.

따라서 환경행정소송에서는 기존 학설과 판례의 불충분성을 염두해두면서, 법리구성상 논리적으로 가능한 범위까지는 원고적격을 확대해 나가려는 의도 하에 다음과 같은 단계적인 해석을 통하여 원고적격의 인정여부를 결정하는 것이 하나의 대안이 될 수 있다. 첫째, 기존의 통설 즉 보호규범설의 입장과 같이 행정청의 작위 또는 부작위의 근거가 되는 법규의 명문, 목적, 취지의 해석을 통해 당해 상대방 내지 제3자가 받는 환경상의 이익을 가능한 법률상 보호이익으로 해석해 내고, 둘째, 이것이 곤란할 경우에는 환경권을 헌법상의 기본권으로 명문화한 헌법정신과 환경권 자체가 타 기본권을 실효적인 것으로 하기 위한 기본권의 전제조건이라는 것을 염두에 두고, 실정법규를 가능한 한 헌법에 합치되는 것으로서 해석함으로써 법률상 보호이익성의 여부를 헌법적 평가기준을 매개로 더욱 확대 해석해 내며, 셋째, 위

262) 김성수, “주관적 공권과 기본권”, 행정관례연구Ⅱ, 서울대 출판부, 1996, 16면.

263) 허영, 전제서, 446면.

의 두 단계를 거치고도 소기의 목적을 달성할 수 없을 때에는 제한적, 보충적으로 환경권의 직접적인 적용을 인정해야 할 것이다. 왜냐하면 환경이익은 행정법의 대원칙인 법률의 유보에도 불구하고 헌법과의 관련성이 강조되는 중요한 가치들이기 때문이다. 이러한 해석방법을 통해서 기본적으로는 법적 테두리를 유지하면서도 입법의 미비 내지 법이 실제적 효력을 갖는 규범으로써 작동하도록 할 수 있는 것이다.²⁶⁴⁾

2. 사회권으로서의 환경권과 원고적격확대론

사회권적 환경권은 내용적으로 생활환경조성청구권을 내포하는 것으로서 이는 쾌적하고 건강한 환경을 조성, 보전해 줄 것을 국가에 요구하는 것, 즉 생활의 질을 향상시키기 위해 국가에게 환경급부적 생존배려를 요구하는 것이다.²⁶⁵⁾ 사회적 기본권은 일반적으로 그 규범내용이 불명확하고 적극적 급부청구권과 관련지어 볼 때 누가 청구적격자인지 어떠한 내용과 어느 정도의 급부가 청구객체인가 누가 구체적인 청구상대방인가 하는 것들이 명확하다고 볼 수는 없는 것이 사실이므로 그 구체화 내지 보완의 필요성이 제기되는데, 주의할 점은 규범내용의 불확정성과 그에 따른 보완필요성이 상대적이라는 사실이다.²⁶⁶⁾ 이것은 곧 헌법이 사회적 기본권에 의하여 실현하려고 하는 생활수준을 단계적으로 분리되어지고 그러한 각 단계의 생활수준에 따라 규범적 효력²⁶⁷⁾의 정도 및 그 보완필요성의 정도가 상의하다는 것을

264) 황보완, 전계논문, 171면.

265) 허영, 전제서, 445면.

266) 황보완, 전계논문, 173면.

267) '모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다'는 헌법의 규정은 입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판

의미하며, 규범적 효력의 정도차이에 따라 법원이 각각 다양한 사법심사 가능성을 가진다는 것을 의미하기도 한다.

헌법이 법률을 통하여 실현하려고 하는 생활수준의 경우에 있어서도 입법자에게 그 실현을 강제하려는 생활수준의 경우와 입법자에게 그 실현을 전격으로 일임하는 생활수준의 경우는 각각 법원의 사법심사가능성에 있어서도 차이가 있다고 할 수 있을 것이다. 이를 사회적 기본권의 일종인 생활환경조성청구권의 침해에 대한 구제절차 중 하나인 행정소송상 원고적격과 관련해서 살펴보면 다음과 같다.

먼저 헌법이 스스로 실현하려고 하는 생활수준, 즉 인간의 기본적 수요에 해당하는 최저의 생활환경수준의 유지를 위한 생활환경조성청구권은 환경권 그 자체에서 규범력이 확정되어 있거나 확정될 가능성이 있다고 할 수 있으므로 입법의 보완 없이 즉 개별실체법규의 해석에 의해 법률상 보호의익성을 도출할 필요 없이 헌법상의 환경권 조항이 바로 직접 적용 될 수 있다고 하겠다.²⁶⁸⁾

에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다. 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다는 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다. 국가가 행하는 생계보호의 수준이 그 재량의 범위를 명백히 일탈하였는지의 여부, 즉 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지의 여부는 생활보호법에 의한 생계보호급여만을 가지고 판단하여서는 아니 되고, 그 외의 법령에 의거하여 국가가 생계보호를 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면 등을 총괄한 수준을 가지고 판단하여야 하는바, 1994년도를 기준으로 생활보호대상자에 대한 생계보호급여와 그 밖의 각종 급여 및 각종 부담감면의 액수를 고려할 때, 이 사건 생계보호기준이 청구인들의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵고, 따라서 비록 위와 같은 생계보호의 수준이 일반 최저생계비에 못 미친다고 하더라도 그 사실만으로 곧 그것이 헌법에 위반된다거나 청구인들의 행복추구권이나 인간다운 생활을 할 권리를 침해한 것이라고는 볼 수 없다.' (헌재 1997.5.29. 선고 94헌마 33)

268) 황보완, 전계논문, 174면.

다음으로 헌법이 스스로 실현하려고 하지 않고 법률을 통하여 실현하려고 하는 생활환경수준은 크게 두 가지로 구분할 수 있는데, 먼저 입법자에 대하여 그 실현을 강제하려는 생활환경수준에 대해 살펴보면, 이 경우 입법자에게 규범내용의 종국적 확정을 위한 형성의 자유가 보장되므로 원고적격의 인정문제도 일응 법규의 해석문제로 될 것이나, 그러한 입법형성의 자유는 무제한의 것이 아니라 헌법에서 강제하려는 의도에 비례하는 만큼은 제한당하게 되므로 그러한 한계영역에 대하여는 여전히 헌법의 규범력이 직접적 효력을 가질 수 있고 사법심사의 가능성도 긍정될 수 있다고 하겠다.²⁶⁹⁾

한편 헌법이 입법자에게 전적으로 일임한 최고의 이상적인 생활환경수준의 영역에서는 입법자에게 무제한의 형성자유가 인정되므로 이 경우의 헌법상의 환경권규정은 단순한 프로그램 규정에 불과하다고 할 것이며 입법자의 입법책임도 정치적, 도의적 책임에 머무르고 법적 책임이라고는 할 수 없을 것이며, 따라서 법규가 입법되어 있지 않을 경우에는 사법심사가능성도 부인되게 된다. 따라서 원고적격의 인정문제도 많은 논의의 필요 없이 법적 보호이익성을 부인당하게 될 것이다. 다만 입법자에 의해 그러한 법률이 제정되어 있는 예외적인 경우에 그 법규의 해석을 통해 법적 보호이익이 도출되는 경우에는 원고적격이 인정될 수 있을 뿐일 것이다.²⁷⁰⁾

269) 헌법이 법률에 강제하여 조성하려는 생활환경수준의 영역에서는 원고적격의 인정여부에 자유권으로서의 환경권에 관해 논의 했던 것과 유사한 방법이 적용될 수 있으리라 본다. 그것은 원고적격의 인정이 문제되는 경우에 먼저 개별실체법규의 명문, 목적, 취지의 해석을 통해 법적보호이익을 도출해 보고, 이것이 어려운 경우엔 개별실체법규를 가능한 한 헌법에 합치되는 것으로 해석함으로써 법적 보호이익성의 여부를 헌법적 가치기준을 매개로 더욱 확대 해석해 내며, 위의 두 단계를 거치고도 소기의 목적을 달성할 수 없을 때에는 그럼에도 불구하고 포기할 수 없는 중대한 환경상의 권익의 보호를 위하여 제한적, 보충적으로 환경권을 직접 적용하여야 할 것이다.

270) 황보완, 전제논문, 176면.

제3절 집단소송제도의 도입

I. 집단소송의 개념 및 필요성

환경침해적 사업이나 소비자에게 위해나 불이익을 끼칠 염려가 있는 사업의 시행은 그 피해의 범위가 일부 지역이나 일부 주민에게 국한되지 않고 전체 국민에게 직접적 또는 간접적인 영향을 미치게 되므로 그 피해 범위와 정도를 밝혀내는 일은 전문가가 아닌 일반인으로서로는 쉽지 않고 그 비용 문제도 만만치 않다. 더구나 같은 피해를 입었다고 주장하는 자들이 각 소송에서 동일하게 구제 받을 수 있는지의 여부도 기대할 수 없어 사회적 갈등을 증폭시키는 원인이 될 수도 있다.²⁷¹⁾

그런데 현행 법제에 따른 행정소송제도는 예외적인 경우가 아닌 한, 자기의 공법상의 권리가 침해당한 자만이 소송(헌법소원의 경우는 자기의 기본권의 침해)을 제기할 수 있는 소위 주관적 쟁송제도를 중심으로 하고 있다. 이러한 사정에 비추어볼 때, 현행 소송제도에서와 같이 환경침해를 유발하는 행정청의 조치나 처분에 대한 다툼에 있어서 원고적격을 그와 같은 행정조치나 환경오염행위로 인해 직접적으로 권리침해를 당한 자에 국한시키는 것은 개인의 권리구제를 공허하게 만들 가능성이 매우 높다.²⁷²⁾ 다만 우리 행정소송법 제9조 제2항은 ‘행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법의 규정을 준용한다.’라고 규정하여 민사소송법상의 제도를 준용하여 집단적인 분쟁해결을 꾀할 여지

271) 예를들어 대구 폐놀 방류사건(1990년), 여천에서 좌초된 유조선의 기름유출로 인해 37개 어촌계 대표들에 의한 손해배상청구소송(1995년), 그리고 시화호 매립을 둘러싼 환경분쟁과 부안 핵폐기물처리장 건설사업의 추진과 관련된 부안군 주민들의 집단민원발생 등 적지 아니한 갈등사례가 발생하고 있다.

272) 김해룡, “환경행정소송에 있어서의 원고적격의 확대와 집단소송제도의 도입문제”, 공법연구 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005, 211면.

를 두고 있으나, 우리나라 민사소송법상에서는 단체소송제도가 인정되지 않고 있어서 집단적 분쟁 해결을 어렵게 하고 있다.²⁷³⁾

그러므로 이러한 다수당사자의 집단적 이익이 결부된 현대적인 형태의 집단분쟁의 해결을 위해서는 지금까지의 단순한 개인주의적인 권리보호를 목적으로 하는 소송체계로는 원만한 해결이 사실상 불가능하므로, 환경분쟁과 같은 특수한 집단적 분쟁의 합리적 해결을 위한 제도적 보완책으로 단체소송제도의 필요성이 제기 되었다.

환경관련 집단소송은²⁷⁴⁾ 환경오염을 초래할 행정결정에 대한 항고소송이나 환경피해구제를 위한 민사소송 등에서의 다중의 소송참가자가 참가하는 소송형태를 총칭하는바, 미국이나 영국에서의 대표당사자소송(class action)이나, 독일 등의 단체소송(Verbandsklage)등과 같은 소송제도가 그 전형적인 예이다.

II. 외국의 집단소송제도

1. 미국의 대표당사자소송(class action)과 시민소송(citizen suit)

미국의 환경소송은 대표당사자소송(class action)과 시민소송(citizen suit)의 두 가지 형태가 있다. 대표당사자소송과 시민소송의 차이점은 전자는 환경오염을 야기한 자를 상대로 하는 소송인 반면, 후자는 국가 즉 행정청을 상

273) 다만 민사소송법상 집단적인 분쟁해결 제도로서, 공동소송, 제3자의 소송참가, 선정당사자제도 등이 있으나, 이와같은 민사소송제도는 개인 대 개인의 법적 분쟁의 해결이라는 기본적인 구조를 바탕으로 하는 것이 원칙이므로 수많은 당사자를 예정하고 있는 집단적 분쟁을 해결하는데는 한계가 있다.

274) 우리나라에서는 집단소송에 관한 개념정립이 명백하게 정해져 있지 않기 때문에 집단소송 또는 단체소송, 대표당사자소송 등의 용어가 남용되어 사용되고 있는바, 이하에서는 미국의 대표당사자소송이나 독일의 집단소송을 모두 포함하여, 편의상 집단소송이란 단어를 사용하겠다.

대로 환경오염 행위의 중단이나 행정적 규제권의 발동을 청구하는 의무화소송이라는 점이다.

(1) 대표당사자소송(class action)

대표당사자소송이란 주로 판례를 통해 발전된 제도로서, 다수의 피해자가 발생한 경우 그 피해 집단의 1인이나 수인이 다른 피해자들의 개별적인 수권 없이 가해자를 상대로 모든 피해자들의 손해를 일거에 청구하는 소송제도이다. 그리고 그 판결의 효력은 소송에 참가하지 아니한 모든 피해자들에게 미치도록 한다. 이렇게 볼 때 대표당사자소송은 우리나라 민사소송법상의 선정당사자제도와 유사하지만 선정당사자에 있어서는 선정자들의 개별적인 수권행위(선정행위)가 있어야만 선정당사자가 수권자를 위한 소송수행이 가능하나 대표당사자는 그가 대표하려고 하는 집단에 속하는 자들의 개별적인 수권이 없어도 개개인의 특별한 제외신청이 없는 한 당연히 총원을 위한 소송을 수행하는 것이 가능하고 판결의 효력도 구성원 전원에 대하여 미친다는 점에서 선정당사자제도와 근본적인 차이점을 나타낸다. 요컨대, 선정당사자제도는 다수당사자소송을 단순화한 데 불과하나 대표당사자소송은 법원의 후견 아래 집단소송의 구실을 하고 있다는 점에서 근본적인 차이를 갖고 있다.²⁷⁵⁾ 이와 같이 대표당사자소송은 집단의 구성원 전원이 개별적으로 소송을 하는 경우에 소요되는 노력과 비용의 낭비를 막을 수 있고, 소송물이 개별적 소송을 제기할 만큼 크지 않은 소액피해자에 대하여 손해배상을 통한 권리구제가 용이하다는 점에서 큰 장점을 가지고 있다.

275) 임복규, “환경법 분야에서의 단체소송”, 재판자료 제94집, 법원도서관, 2002, 237면.

(2) 시민소송(citizen suit)

시민소송은 누구나 환경침해를 유발하는 행위를 하는 자 또는 그러한 행위에 대한 규제를 할 수 있는 관할 행정청을 상대로 규제권을 실행할 것을 청구할 수 있는 의무이행을 청구하는 소송을 말한다.²⁷⁶⁾ 여기서 말하는 누구나에 해당하는 시민은 개인 및 개인의 집단, 협회, 또는 주(州)의 대표 등 모든 가능한 사람을 말한다.²⁷⁷⁾

시민소송제도는 1970년에 개정된 미국의 대기정화법(Clean Air Act: CAA) 제304조에 처음 규정된 것으로서, 오늘날 미국환경법의 실효성을 극대화한 제도로 평가되고 있다. 처음 시민소송제도를 도입할 때는 소권의 무차별적인 남용 및 그로인한 법원의 업무 부담을 가중시킬 우려가 있다는 비판을 받았다. 그러나 찬성론자들은 국가가 모든 법률위반행위를 단속하는 데는 한계가 있어서 국가의 법집행 과정에서 간과할 수 있는 위법행위를 포착하여 국가의 법집행행위가 더욱 원활하게 이루어질 수 있도록 할 수 있는 촉진제의 역할을 할 수 있다고 강조하였다.²⁷⁸⁾ 이러한 논쟁 하에 시민소송은 다음의 요건 하에서 제정되었다. 즉 시민소송을 제기하려는 시민은 소송을 제기하기에 앞서 당해 행정청에 의무적으로 제소의 뜻을 통지하도록 하여, 법규위반행위를 제거하기 위한 소송에 국한하고 손해배상청구는 하지 못하도록 하였으며,²⁷⁹⁾ 환경기준이 법원에 의하여 설정될 우려를 방지하기 위하여 관련법령에서 정한 배출허용 기준 또는 법규상의 환경행정명령을 위반한

276) 한창규, “미국의 환경소송제 개관”, 성균관대학교 사회과학연구소 제21권, 1983, 217면.

277) 한창규, 전제논문, 218면.

278) 박수혁, “환경보전을 위한 집단소송제도 도입에 관한 연구”, 저스티스 통권 제94호, 한국법학원, 2006, 227면.

279) 다만, 시민소송에 의해서는 손해배상청구가 허용되지 않기 때문에, 승소판결을 받았을 경우에 이 판결은 후속되는 집단소송이나 손해배상청구소송에서 약식판결에 대한 근거가 될 수 있다.

경우에는 제소할 수 없도록 하였다.²⁸⁰⁾

2. 독일의 단체소송(Verbandsklage)

단체소송은 독일법상 인정되고 있는 제도로서, 일정한 요건을 갖춘 단체가 원고가 되어 개별적인 법률의 보호목적인 공익을 추구하거나 혹은 다른 사람의 개별적인 청구권을 행사하는 것을 말한다.

이러한 단체소송은 부진정 단체소송과 진정 단체소송으로 나누어지며, 진정단체소송은 다시 이기적 단체소송(Egoistische Verbandsklage)과 이타적 단체소송(Altruistische Verbandsklage)으로 나누어진다.

먼저 부진정 단체소송은 단체가 직접 단체 자신의 법률상 이익이 침해되었음을 이유로 또는 그의 법률상 이익을 관철하기 위하여 단체의 이름으로 제소하는 것을 말한다.²⁸¹⁾

그리고 진정 단체소송이란 어느 단체가 단체구성원의 이익을 위하여 또는 단체구성원 이외의 공익을 위하여 단체의 이름으로 소송을 제기 하는 것으로, 이기적 단체소송과 이타적 단체소송으로 구분된다. ① 이기적 단체소송은 행정청의 일정한 행정작용으로 인하여 그 단체에 속한 구성원들의 권리 침해가 이루어진 경우 그 단체가 구성원의 이익을 수호하기 위해 제기하는 소송을 말한다.²⁸²⁾ ② 이타적 단체소송은 어느 단체가 단체 자체의 이익이나 단체구성원의 이익을 직접적으로 방어 또는 관철하기 위한 것이 아니라, 어떤 제도 또는 문화적 가치를 보존하기 위한 목적으로 또는 자연이나 환경

280) 박수혁, 전제논문, 227면.

281) 예컨대, 어느 단체가 등록취소를 당한 경우에 당해 단체의 이름으로 등록취소처분의 취소소송을 제기하는 경우 등이 여기에 해당된다.

282) 예컨대 특정인에게 변호사자격을 부여하는 행정처분에 대하여 변호사회가 전체이익을 위하여 행정처분의 취소 또는 적법확인소송을 제기하는 것을 말한다.

에 대한 훼손을 방지하여 그를 보호할 목적으로 제기하는 소송을 말한다. 그러므로 이타적 단체소송은 그 구성원들의 권리침해를 구제하자는 것이 아니고 행정청의 행위가 객관적으로 위법한 경우에 단체소송을 통하여 그를 시정함으로써 행정의 적법성을 회복하는 제도로 이해할 수 있다.²⁸³⁾

사법 또는 경제법의 영역에서 제도화된 단체소송은 1960년대 후반부터 공법, 특히 행정법의 영역에서 그 도입가능성이 검토되기 시작하였고, 1970년대에 들어와서는 단체소송을 환경보호법 분야에 도입할 것인가 여부에 관한 논의가 진행되었다. 단체소송의 도입이 활발하게 논의된 분야는 주로 환경보호법이나 자연보호법 영역이었는데, 이러한 영역에서는 기존의 법적 수단으로는 환경보호 내지 자연보호의 목적을 충분히 달성할 수 없었기 때문에 단체소송을 통하여 행정청의 일정한 처분을 취소하거나 특정한 행정행위를 요구하기 위한 원고적격을 일정한 자격을 갖춘 단체에게 부여할 필요성이 요구되었기 때문이다.

현재 독일에서는 연방차원에서는 단체소송제도의 입법화가 이루어지지 않는 못하였지만, 독일의 몇몇 주에서 단체소송이 입법화되었다. 1979년 브레멘주에서 자연보호법에 단체소송을 처음 도입한 이후 12개 주 및 시에 단체소송 제도가 도입되어 운영되고 있다.²⁸⁴⁾

Ⅲ. 우리나라의 도입가능성

오늘날 우리나라에서도 환경문제와 관련한 다수피해자들의 보호가 시급한 과제로 부각되고 있다. 또한, 이러한 다수당사자 간의 집단적 피해가 현재의

283) 박노정, “환경분쟁의 조정 및 행정소송에 관한 연구”, 대전대학교대학원 박사학위논문, 2003, 143면.

284) 임규복, 전제논문, 260면.

소송구조 아래에서는 만족할만한 구제를 받고 있지 못하기 때문에 불합리한 경우가 생기거나 급기야 과격한 집단행동으로 이어지는 것을 흔히 목격할 수 있다. 따라서 가해의 주체가 국가이건 개인이건 다수당사자 간의 손해배상을 중심으로 하는 집단적 소송제도의 도입이 현시점에서 시급히 요구된다고 본다. 그러나 환경보호 영역에서 다수의 피해자에게 사후적인 구제수단으로써 손해배상청구권을 중심으로 하는 이기적 소송제도만으로는 소기의 목적을 달성하기 어렵다. 왜냐하면, 환경침해요인이 매우 큰 시설들이 법에서 정한 요건에 어긋나는 행정처분을 근거로 건설되어 피해가 발생하는 경우에 그 것은 피해자 본인의 생명, 신체에 대한 위협은 물론 그 피해의 효과가 후대에도 지속되기 때문에 이 경우에는 금전배상을 통한 구제는 큰 의미가 없고 그보다는 그러한 처분이 내려지기 전의 사전적 구제나 처분의 취소, 행정청의 특정한 작위, 부작위의 이행을 청구하는 소송제도의 도입이 필요하다.²⁸⁵⁾

이렇게 볼 때 환경관련 집단분쟁의 경우에는 환경오염으로 인하여 피해의 구제를 위한 민사분쟁(손해배상청구 내지 환경침해시설의 가동중지를 요구하는 유지청구 등) 뿐 만 아니라 환경분쟁을 초래할 시설물의 시행이나 그 건설허가의 위법성 여부를 다투는 행정소송이 다함께 중요한 비중을 차지한다고 할 것이다.²⁸⁶⁾ 따라서 환경관련 집단소송의 도입 문제는 두 가지 측면에서 고찰되고 논의되어야 할 것인바, 그 한 측면은 환경오염으로 인한 피해 구제에 관한 집단소송이고, 다른 한 측면은 피해자가 없는 환경보호와 유지에 관한 집단소송이다.²⁸⁷⁾

285) 임규복, 전계논문, 266면.

286) 김해룡, “환경관련 집단소송제이 필요성과 도입방안”, 외법논집 제16집, 한국외국어대학교법학연구소, 2004, 85면.

287) 박수혁, 전계논문, 236면.

현행 행정소송법제에 의하면 행정소송, 특히 항고소송에 있어서는 원고적격이 소송으로 다룰 법률상 이익이 있는 자에 한하여 인정된다. 그런 점에서 공익단체의 원고적격이 부인될 뿐만 아니라 대표당사자의 선정에 있어서도 제한요소가 많고, 기판력의 범위에 대해서도 많은 제한이 있다. 이러한 점에서 행정소송법에 집단소송과 관련된 특칙조항을 두어 해결해야 할 것이다. 그 외에도 환경관련 행정소송에 있어서 현행 행정소송법에는 없는 일반적 가치분소송제도나 예방적 중지소송과 같은 예방소송의 유형을 도입할 필요성이 크다.²⁸⁸⁾ 왜냐하면 대부분의 환경행정과 관련된 분쟁은 환경시설물의 건설에 관한 행정결정이 이루어지기 전에 집단적으로 발생하는 특성이 있기 때문이다.

우리나라에서의 단체소송제도에 관한 논의의 대체적인 동향을 살펴보면, 현대형 분쟁에 대응하기 위한 방안으로써 집단적 소송형태의 도입에는 대체로 긍정적이다.²⁸⁹⁾ 다만 미국과 독일의 단체소송 형태 중에서 어느 것을 토대로 할 것인지에 대해서는 의견이 일치하고 있지 않다. 이에 대해 1996년 법무부가 발표한 집단소송법 시안에서는 집단소송의 당사자적격을 집단구성원의 대표자와 공익단체들에게 다함께 부여하는 규정을 둬으로써(집단소송법 시안 제10조) 미국의 대표당사자소송과 독일식 단체소송의 두 가지 형식을 모두 채택하고 있다. 그러나 대표당사자소송제도와 단체소송제도를 하나의 단체소송에서 허용할 경우에 집단분쟁의 해결수단으로서 그 각각의 장점

288) 김해룡, 전계논문, 88면.

289) 입법론적으로 모든 집단분쟁에 적용되는 단일의 집단소송법제를 정비하는 것이 바람직할 것이지만, 모든 집단분쟁의 집단소송을 하나의 단행법으로 통합하여 규율하게 되면, 경우에 따라 지나치게 추상적 규율이 될 가능성이 있다. 그러나 그렇다고 하더라도 각 분야마다 그 적용되는 법률을 달리하는 경우에, 당해 분야에 속하지 아니하는 국민생활관계 속의 분쟁이나 중간 영역에 속하는 분쟁사안에 대해서는 적용될 법규가 부재하는 경우가 발생하게 될 것이다. 이러한 점에서 최소한 집단소송제도의 구조, 즉 집단소송의 당사자적격 및 청구적격, 집단소송의 허용여부, 집단소송에 있어서의 판결의 효력 등은 공통적인 사항이므로 통합법속에 규율하는 것이 필요하다고 생각한다. 김해룡, 전계논문, 86면 참조.

이 조화롭게 발휘될 수 있는가가 의문이다.²⁹⁰⁾

그런데, 미국식 대표당사자소송은 금전적인 배상을 위주로 하는 것이어서 행정처분의 취소 등을 통하여 국민의 권리구제를 실현하려는 행정소송, 특히 환경소송에는 적합하지 않은 면이 있는 것이 사실이다. 그러므로 생각건대, 우리나라 행정법 이론이 독일의 그것을 모태로 하여 발전하여 왔기 때문에 양자간의 행정소송제도상의 기본구조나 법리가 서로 유사할 뿐만 아니라, 미국과는 달리 행정소송절차에 적용할 독자적인 절차법이 존재한다는 점, 그리고 환경법상 집행의 결여에 대한 사법적 통제라는 측면에서 볼 때 독일의 단체소송제도가 보다 더 적합하다고 생각한다.

290) 김해룡, “환경행정소송에 있어서의 원고적격의 확대와 집단소송제도의 도입문제”, 227면.

第 6 章 結 論

오늘날 환경문제는 인류의 생존과 직결되는 문제로서 가장 심각하고 해결하기 어려운 문제 중 하나로 부각되고 있다. 이렇듯 현대사회에 있어서 환경오염은 날로 심각해지는데, 이러한 환경오염은 환경오염물질을 배출하는 기업과 이에 대한 인·허가, 관리·감독상의 책임을 지는 행정, 그리고 개인 모두에게 그 귀책사유가 있다고 하겠다. 특히 환경분쟁은 환경오염의 대규모성·광역성·피해자의 집단성 등으로 인하여 민사상 불법행위를 통한 민사소송제도로는 권리구제 및 환경피해의 사전방지에 한계가 있으며, 그 피해자도 일개인이 아닌 인근주민 또는 지역주민 전체가 되는 경우가 많다. 이러한 상황에서 개인의 환경에 관한 권리, 즉 환경권은 단순한 사권에 그치는 것이 아니라 헌법상 보장되는 공권으로서 자리매김하게 되었다. 또한 환경오염은 그 진행 추이상 불가피하게 국가가 직·간접적으로 매개되어 있기 때문에, 행정청에 대하여 환경오염에 대한 책임을 추궁하는 환경행정소송의 중요성이 점차 증가하고 있다.

앞서 본 바와 같이 행정소송법상 원고적격에 관해서는 각국의 법체계에 따라 상의한 논의가 전개 되어 왔으나, 원고적격을 확대해 가는 추세는 공통된 현상으로 보인다. 즉 독일의 경우, O. Bühler에 의해 체계화된 주관적 공권론은 초기에는 주로 행정작용의 상대방의 권리보호에 치중했으나, 오늘날 행정작용의 양적·질적 팽창으로, 특히 제3자효적 행정작용의 증가함에 따라 제3자보호 문제로 논의의 중심이 옮겨 갔다. 이에 근래에 이르러는 일부 학설과 판례가 기본권과의 해석을 통해 권리의 개념을 확장하려 하고 있고, 건축법 분야와 관련해서 발전된 이론인 제3자 고려명령이론 등이 주목 받고 있다. 제3자 고려명령이론이란 건축허가를 부여함에 있어서 법을 해석·적

용하는 자는 반드시 주위 인인들의 보호가치 있는 이익을 고려해야 하며, 건축허가로 인하여 상당히 보호가치 있는 제3자의 법적이익이 직접적으로 침해되는 경우에는 그러한 건축허가가 허용될 수 없다는 것으로, 이와 같은 논리는 환경행정소송분야에서도 적용될 수 있을 것이다. 이 이론에 의하면 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 없다 하더라도 원고적격을 인정할 수 있는 여지가 있게 되어 원고적격의 범위가 확대되게 된다.

일본의 경우에는 우리나라와 마찬가지로 원고적격과 관련하여 ‘법률상 이익’을 요건으로 하고 있으며, 학설상 법률상보호이익설과 보호가치이익설이 대립하고 있다. 최근에는 보호가치이익설이 주목받고 있으며, 판례에서 보다 적극적으로 원고적격의 인정 범위를 확대하고자 하고 있다.

미국에서의 원고적격론은 ‘사법권은 사건과 분쟁에 미친다.’라고 규정한 미연방헌법 제3조와 연방행정절차법 제702조의 ‘행정행위에 의하여 법적 피해를 겪고 있거나, 관계 법령의 취지에 비추어 부정적 영향이나 피해를 받은 자는 사법심사를 구할 수 있다.’는 규정에 의해 도출된다. 나아가 미국의 경우 판례법상 실정법상의 명시적인 규정 내지 보호조항 즉 보호규범의 유무를 불문하고 그 법의 목적 등 전체의 취지를 바탕으로 법적으로 보호되는 이익 여부를 판단하고 있으며, 특히 환경행정소송상의 환경이익은 개인적인 것뿐 만 아니라 지역적·집합적인 이익 까지 포함하는 것으로 보고 있다.

또한 우리나라의 취소소송에 해당하는 프랑스의 월권소송은 그 목적이 적법성 보장에 있는 객관소송으로, 원고적격이 인정될 수 있는 소의 이익이 기본적으로 매우 넓게 인정된다. 그러나 이 경우에도 남소의 방지를 위해 국민 모두에게 소제기가 허용되는 것이 아니라 ‘충분히 특정적인 것’을 요구하고 있다.

우리나라의 경우에는 행정소송법 제12조에서 원고적격의 요건으로 ‘법률상 이익’을 요구하고 있다. 그런데 법률상 이익은 불확정개념으로서 다양하게 해석될 여지가 있는바, 그 해석과 관련하여 법이 실제법적으로 보호하고 있는 이익만을 의미하는 것인지(법률상 이익구제설), 법이 보호할 가치가 있는 이익을 의미하는 것인지(보호가치 이익구제설)를 둘러싸고 논란이 계속되고 있다. 이에 대해 우리 통설과 판례는 법률상 이익구제설의 입장에 있는 것으로 보인다.

과거 우리 법원의 태도는 소익을 비교적 엄격히 해석하여 처분의 직접 당사자 외의 제3자에 대해서는 출소권을 인정하지 않는 입장을 일반적으로 유지해왔다, 그러나 최근 우리 대법원은 근거법령과 관련법령, 침해의 성질과 내용 및 정도 등의 해석을 통해 환경상 이익의 범위를 넓혀 왔으며, 학설 또한 환경침해에 대한 효과적인 권리구제를 위해서 원고적격 확대의 필요성을 인식하고 다각도로 원고적격의 범위 확대를 꾀하고 있다. 제3자의 범위와 관련해서는 당해 처분의 인접지역 및 주거지역 안의 주민 뿐 만 아니라 환경영향평가대상지역 및 사전환경성검토대상지역 안의 주민은 특단의 사정이 없는 한 원고적격이 있는 것으로 추정하고 있으나, 환경영향평가대상지역 및 사전환경성검토대상지역 밖의 주민에 대해서는 침해 및 침해의 우려를 입증해야 원고적격을 인정할 수 있다고 하고 있다. 그러나 환경피해의 입증이 쉽지 않은 점을 고려해 볼 때 대상지역 밖의 주민의 입증부담의 완화는 계속해서 문제가 될 것이라 생각한다.

환경분쟁은 이전에는 볼 수 없었거나 분쟁의 대상이 되지 않았던 새로운 영역으로서 ‘법률상 이익’의 범위를 종래의 고전적인 주관적 공권에만 한정하는 것은 타당치 못하며, 국민의 권리구제에도 바람직하지 못하다. 결국 환경은 한 번 파괴되면 회복되기 어렵다는 점과 환경피해에 대한 입증 곤란성

및 환경상 이익의 중요성이라는 점에서 볼 때, 본질적으로 원고적격의 범위는 더욱 확대되어야 하는바, 환경분쟁 해결을 위한 원고적격의 확대 방안으로 크게 해석론과 입법론을 생각해 볼 수 있을 것이다.

먼저 해석론적으로 기존 행정소송법 규정의 탄력적인 해석을 통한 방법이 있다. 즉, 원고적격을 판단하는데 기초가 되는 근거법의 의미를 보다 적극적으로 확장하는 방법으로서, 법률상 이익에서의 법률의 범위에 근거법령과 관련법령 뿐만 아니라 실체법 및 절차법은 물론 헌법까지 포함하여 합리적이고 종합적으로 해석해야 할 것이다. 특히 개별실체법규의 해석만으로는 행정처분의 상대방 또는 제3자가 받는 환경상의 불이익을 법적보호이익이라고 인정하기 어려운 상황에서는, 환경권의 단계적인 해석을 통해 원고적격의 범위를 확대해 갈 수 있을 것이다. 다만 법률상 이익의 자의적인 해석을 방지하기 위한 일정한 기준으로 법령기준론·피침해이익기준론·수인한도론·기본권기준론 등의 판별기준을 종합하여 원고적격 여부를 탄력적으로 판단할 수 있을 것이다.

그러나 개별사건에 있어서 처분의 근거법령 내지 관계법령을 적극적으로 해석할 것인지 아닌지는 여전히 명확히 알 수 없고, 사건별로 담당 재판부가 근거법령 등을 어떻게 해석하느냐에 따라 좌우될 수밖에 없는 실정이기 때문에, 이러한 해석론만으로는 환경 분쟁의 특성에 충분히 대응하기에는 한계가 있다. 결국 근본적인 해결책은 행정소송법의 개정을 통해 원고적격의 범위를 확대 하는 방안이라 할 수 있다. 즉, 행정소송법제가 환경보호라는 공익적 요청 및 국민의 환경상 이익을 보다 실질적으로 보장하는 구체제도로 정착되어야 할 것이다. 그리고 더 나아가 오늘날 환경문제가 집단적이고 단체적인 특성을 가지고 있다는 점을 되새겨 볼 때, 환경행정소송은 공익적이고 객관적인 환경법의 이념을 구현할 수 있는 방향으로 마련되어야

할 것이다. 따라서 일정한 요건 하에 환경단체 등에 대하여 원고적격을 인정함은 물론, 입법적으로 집단소송제도의 도입을 적극적으로 고려해야 한다고 생각한다.

參 考 文 獻

I. 단행본

- 계희열, 「헌법학(中)」, 박영사, 2007
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2008
- 김남진·김연태, 「행정법 I」 제12판, 법문사, 2008
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2008
- 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2007
- 김향기, 「행정법개론」, 삼영사, 2008
- 류지태 · 박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2009
- 박균성, 「행정법론 (上)」, 박영사, 2008
- 박윤훈 · 정형근, 「최신 행정법강의(上)」, 박영사, 2009
- 석인선, 「환경권론」, 이화여자대학교출판부, 2007
- 석종현 · 송동수, 「일반행정법(상)」, 삼영사, 2009
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2007
- 이상규, 「환경(공해)관리의 연구」, 삼영사, 1993
- 천병태 · 김명길, 「환경법」, 삼영사, 2000
- 허영, 「한국헌법학」, 박영사, 2008
- 홍성방, 「헌법학(개정5판)」, 현암사, 2008
- 홍준형, 「환경법」, 박영사, 2005

II. 논문

- 강재규, “환경법의 성격과 환경행정소송제도-도롱뇽소송을 중심으로-”, 환경법연구 제27권 제1호, 한국환경법학회, 2005
- 고문현, “환경권에 관한 최근 판례의 경향”, 「헌법규범과 헌법현실, 권영성 교수 정년기념논문집」, 법문사, 2000
- _____, “환경권”, 한국토지공법학회, 토지공법연구 제13집, 2001
- 구형근, “환경행정소송에 관한 소고”, 한국법학회, 법학연구 제28집, 2007
- 김동건, “환경소송에서의 주민의 원고적격”, 환경법연구 제28권 제3호, 한국환경법학회, 2006
- 김성수, “독일법상 주관적 공권이론의 발전”, 고시계 통권 414호, 고시계사, 1991
- _____, “주관적 공권과 기본권”, 행정판례연구Ⅱ, 서울대 출판부, 1996
- 김수일, “1일 처리능력 100톤 이상인 폐기물소각시설을 설치하기 위한 폐기물처리시설설치계획 입지결정·고시처분의 효력을 다투는 소송에 있어서 인근주민들의 원고적격” 특별법연구제7권, 박영사, 2005
- 김연태, “헌법상 환경권의 보호대상과 법적 효력”, 「판례연구」 제9호, 고려대학교, 1998
- 김영길, “환경행정소송에서의 원고적격”, 자치연구 제12권 제1·2합병호, 2002
- 김영훈, “환경권과 공법상 구제”, 법학논총 제11집, 숭실대학교 법학연구소, 1985
- 김종세, “환경권과 국가목표로서 환경보호에 관한 고찰”, 한국환경법학회, 환경법연구 제28권, 2006
- 김학세, “취소소송과 원고적격, 법률상 이익 -대법원 1998.4.24. 선고 97누3286 판결과 관련하여-”, 「행정심판연구논문집(Ⅱ)」, 국무총리행정심판위원회, 법제처, 2004
- 김해룡, “환경행정소송에 있어서의 원고적격의 확대와 집단소송제도의 도입문제”, 공법연구 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005

- _____, “환경관련 집단소송제이 필요성과 도입방안”, 외법논집 제16집, 한국외국어대학교법학연구소, 2004
- 김향기, “행정소송의 원고적격에 관한 연구 - 환경행정소송에서 제3자의 원고적격을 중심으로-”, 환경법연구 제31권 제2호, 한국환경법학회, 2009
- 김홍균, “환경행정소송과 공법상 구제의 확대”, 인권과 정의 통권 제321호, 대한변호사협회, 2003
- 류지태, “환경책임 입법론”, 공법연구, 제20집, 1992
- 문상덕, “환경문제에 대한 행정법적 대응과 행정구제”, 한림법학포럼 제17권, 한림대학교 법학연구소, 2006
- 박규하, “주관적 공권과 행정소송의 원고적격”, 외법논집 제16집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2004,
- 박균성, “프랑스법상 시설설치허가에 대한 취소소송에서의 인근주민 및 환경단체의 원고적격”, 「판례실무연구 제IV권」, 비교법실무연구회, 박영사, 2000
- 박석연, “항고소송의 당사사적격(소의 이익포함)”, 「행정소송에 관한 제문제(上) - 재판자료 제 67집」, 법원행정처, 1995,
- 박수혁, “환경보전을 위한 집단소송제도 도입에 관한 연구”, 저스티스 통권 제94호, 한국법학원, 2006
- 박재완, “환경행정소송에서의 원고적격”, 「환경법의 제문제(上)-재판자료 제94집」, 법원도서관, 2002
- 박정훈, “환경침해시설의 설치·가동 허가처분을 다투는 취소소송에서 인근주민의 원고적격 - 독일법의 비판적 검토와 행정소송법 제12조의 해석을 중심으로-”, 「판례실무연구IV」, 비교법실무연구회, 2000
- _____, “취소소송의 성질과 처분개념”, 「행정법의 구조와 기능」, 박영사, 2006

- _____, “취소소송의 원고적격(1)”, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006
- _____, “취소소송의 원고적격(2)”, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006
- _____, “인류의 보편적 지혜로서의 행정소송”, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006
- _____, “행정소송법 개혁의 과제-독립·중립·전문적 행정총제로서의 행정소송-”, 한국행정학회 학술대회 발표논문집, 한국행정학회, 2002
- 박진완, “환경권과 환경보호 -환경기본권의 기본권의 기능적 측면에서의 검토-”, 환경법학회 제30권, 한국환경법학회, 2008
- 서원우, “환경행정소송의 제문제”, 환경법연구, 제2권, 1980
- _____, “현대사회에 있어서의 소송 · 범조 · 법률”, 대한변호사협회지, 1983
- 설계경, “환경행정소송의 원고적격에 관한 소고”, 환경법연구 제27권, 한국환경법학회, 2005
- _____, “행정소송법상 보호규범론과 제3자소송”, 토지공법연구 제24집, 한국토지공법학회, 2004
- 신보성, “환경쟁송과 주민의 당사자적격에 관한 고찰”, 환경법연구 제22권, 한국환경법학회, 2000
- 양승두, “취소소송에 있어서의 소의 이익”, 행정판례연구, 서울대학교 출판부, 1992
- 윤강열, “환경영양평가와 인근주민의 원고적격”, 재판실무연구, 광주지방변호사회, 1998
- 이상규, “한국환경법제의 발전과 문제점”, 인권과 정의, 1999
- 이영진, “지역주민들이 공설화장장설치결정처분의 취소를 구할 수 있는 원고적격을 가지는지 여부”, 판례월보 제307호, 판례월보사, 1996

- 이원우, “항고소송의 원고적격과 광의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개선방안”, 행정법연구 제8호, 행정법이론실무학회, 2002
- 임복규, “환경법 분야에서의 단체소송”, 재판자료 제94집, 법원도서관, 2002
- 정사연, “환경권의 실현방안에 관한 검토”, 한국토지공법학회, 토지공법연구 제31집, 2006
- 정하중, “독일공법학에 있어서 권리의 개념”, 서강법학연구 제3권, 서강대학교법학연구소, 2001
- 정호경, “독일 행정소송의 체계와 유형 - 대상적격과 원고적격을 중심으로 -”, 법학논총 제23권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2006
- 조종현, “환경권의 민사법리”, 「채권법에 있어서 자유와 책임」, 김형배교수 환갑논문집, 박영사, 1994
- 조홍석, “헌법상의 환경권 논쟁”, 한국헌법학회, 헌법학연구 제2집, 1996
- 조홍식, “환경법 소묘 - 환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰”, 서울대학교 법학 제40권 제2호, 1999
- _____, “분산이익소송에서의 당사자적격-삼권분립과 당사자적격, 그리고 사실상의 손해의 함수관계-”, 「판례실무연구 IV」, 비교법실무연구회, 박영사, 2000
- 채우석, “개발행정과 환경행정소송”, 한국공법학회, 공법연구 제33집 제5호, 2005
- 천종호, “취소소송에서의 제3자의 원고적격(上)”, 자치연구 제11권 제1·2합병호, 2002
- 최선웅, “행정소송에서의 원고적격- 기존 4개 학설의 의의를 중심으로-”, 행정법연구 제22호, 행정법이론실무학회, 2008
- 최윤철, “우리헌법에서의 환경권조항의 의미-기본권 보장 또는 환경보호?-", 환경법연구 제27권 제2호, 한국환경법학회, 2005
- 하종대, “새만금판결과 행정법상 몇 가지 쟁점”, 재판과 판례 제15집, 대구판

- 레연구회, 2007
- 한삼인·강홍균, “환경소송의 원고적격에 관한 고찰”, 동아시아연구논총 제16권 제1호, 제주대학교평화연구소, 2005
- 한창규, “미국의 환경소송제 개관”, 성균관대학교 사회과학연구소 제21권, 1983
- _____, “미국 행정법상의 소의 이익(Standing)에 관한 연구”, 미국헌법연구 제7호, 미국헌법학회, 1996,
- 함인선, “행정소송법 개정에 있어서 원고적격의 확대문제-취소소송을 중심으로 한 한·일 비교법적 검토-”, 공법연구 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005
- 황보완, “환경분쟁과 행정재판”, 외법논집 제17집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2004

Ⅲ. 학위논문

- 박노정, “환경분쟁의 조정 및 행정소송에 관한 연구”, 대전대학교 대학원 박사학위논문, 2003
- 서희원, “환경소송에 관한 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 2003
- 이성자, “환경행정소송에 있어서 법원의 역할에 관한 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 2000
- 이진욱, “환경갈등 해소에 관한 법적연구”, 동국대학교 대학원 박사학위 논문, 2006
- 조정환, “환경행정소송에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 박사학위논문, 1991
- 황보완, “환경행정소송에 있어서 원고적격론에 관한 연구”, 한국외국어대학교 대학원 박사학위논문, 2003

IV. 외국문헌 및 기타 자료

大阪辯護士會 環境權研究會, 「環境權」, 日本評論社, 1988

吉村良一 ;水野武夫 ;藤原猛爾, 「新・環境法入門 : 公害から地球環境問題まで」, 法律文化社, 2007

森田雅之, 「環境訴訟の視点」, 法律文化社, 1999

Henry P. Hudson, A Shift in Citizen Suit Standing Doctrine: Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services, Ecology Law Quarterly, Vol. 28, Issue 2, 2001

「헌법연구반보고서」, 헌법심의자료, 법제처, 1980

환경분쟁조정사례집 (제15집), 중앙환경분쟁조정위원회, 2007

이원우, “원고적격과 협의의 소의 이익 ; 행정소송법의 개정방향”, 행정소송법 개정자료집 1-3, 법원행정처, 2007

ABSTRACT

A Study on the Standing of the Environmental Administrative Litigation

Lee Mi Young
Department of Law
Graduate School of
Sungshin Women's University

Adviser : Professor Kim Hyang Ki

In these days, the environmental pollution is one of the most serious problems in our society. As the environmental problems are more serious, and the damage of the environment are more increased. But the present legal system can not cope with this situation efficiently.

The most important part of requirement to advanced litigation is standing. Specially today, the environmental administrative litigation, it is an issue whether the third party, such as citizens who are living near by environmental pollution area and environmental damages area to be effected by the illegal dispositions of administrative agencies, could have a standing to sue. The standing to sue has been admitted extensively in foreign country, such as Germany, Japan, America, France etc.

Article 12 of our Administrative Litigation Act prescribes for standing of plaintiff of a revocation litigation and necessity of a right protection. This article requires 'legal interests' as the condition of the standing to sue. So a person seeking judicial scrutiny of agency action had to show that he had a legally protected interest - that is, one recognized by statute - that was adversely affected by agency's decision.

However, under the written law, there are some problems which is allowed only to those who have been damaged directly and certainly by pollution act. As a result a third party's reliefs are not enough. So the legal interest test sometimes get the plaintiff out of the judicial review.

For substantial remedy, standing to sue should be more widely admitted. There can be two method to enlarge the standing to sue. First, we can enlarge to interpret flexibly written law. In order to expand the standing to sue according to this, it is needed to provide the individual with an opportunity to receive a trial by admitting his legal interests after considering all the related administrative agency, the particular circumstances of the dispute and the degree of the violated interest, or to prevent excessive suits by limiting them to an adequate range, rather than spending too much energy on such abstractive criteria as whether the interest which the third party claim should be protected by the law, provided that an adequate law gets enacted to replace the current law which shows its limit in admitting the standing to sue as an institution to resolve a dispute between parties. The second making effort to amend the Article 12 of our Administrative Litigation Act.

In recent years, the Supreme Court has expanded the zone of environmental interests protected by interpretation of the basis statute

and the statute concerned, also natures, contents, and degrees.

Nowadays, the extension of plaintiff qualifications is remarkable in the environmental administrative action, more damage people regarding the environmental pollution can be relieved than the past. But the extension of plaintiff qualifications in the environmental administrative action is accomplished through the construction of relevant law, it has the limit as the remedy for the damage people. And the court isn't admit the plaintiff qualifications of the environmental organization, but it should admitted be for the environmental dispute resolution. Therefore class action should be introduced for performing the environmental action efficiently.

주제어 ; 원고적격, 법률상이익, 환경행정소송, 환경권

Key Words ; standing to sue, legal interests, environmental administrative litigation, an environmental right.