



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.

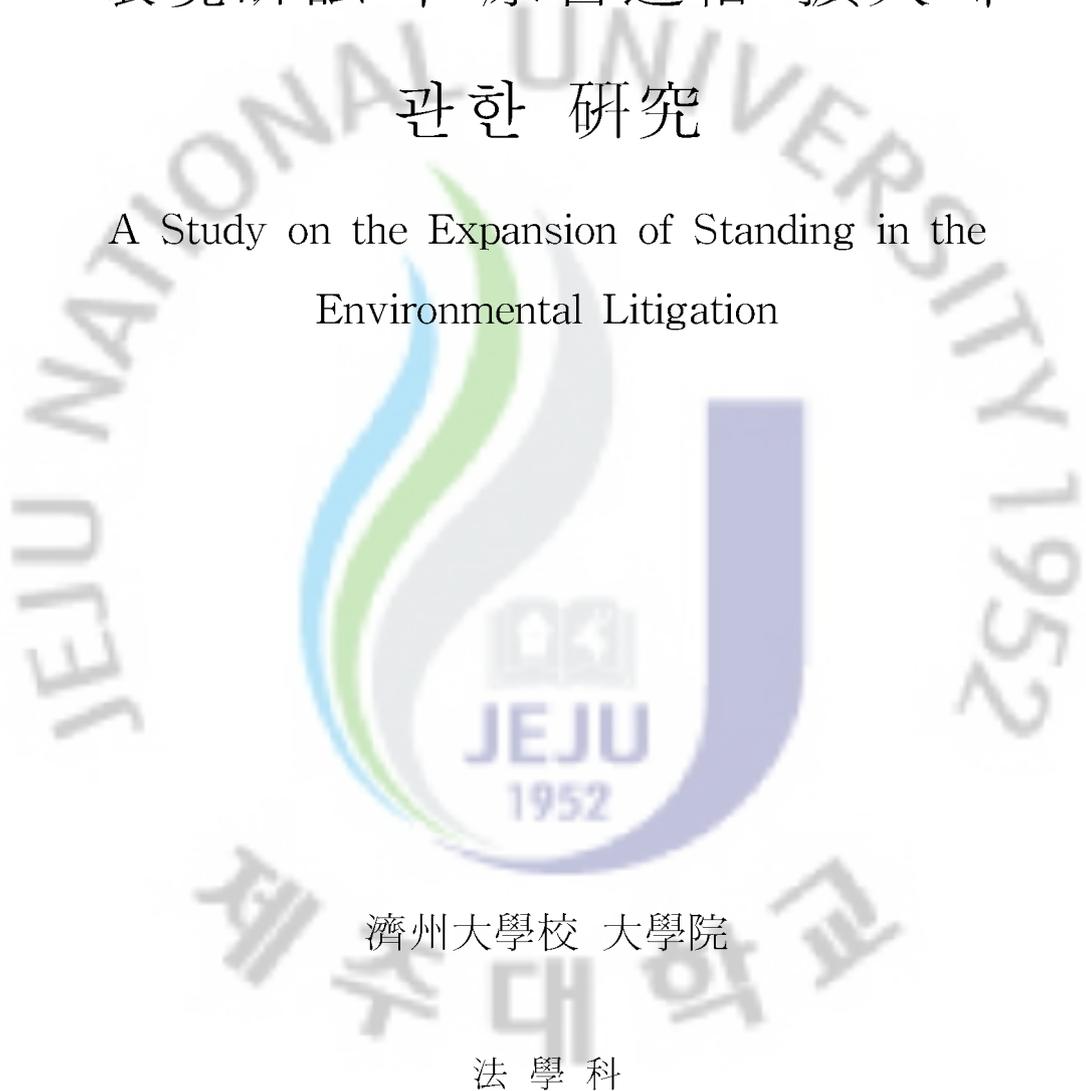
이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

博士學位論文

環境訴訟의 原告適格 擴大에  
관한 研究

A Study on the Expansion of Standing in the  
Environmental Litigation



濟州大學校 大學院

法學科

姜 洪 均

2011年 2月

# 環境訴訟의 原告適格 擴大에 관한 研究

指導教授 韓 三 寅

姜 洪 均

이 論文을 法學 博士學位 論文으로 提出함

2011年 2月

姜洪均의 法學 博士學位 論文을 認准함

審査委員長 \_\_\_\_\_ (印)

委 員 \_\_\_\_\_ (印)

委 員 \_\_\_\_\_ (印)

委 員 \_\_\_\_\_ (印)

委 員 \_\_\_\_\_ (印)

濟州大學校 大學院

2011年 2月

# A Study on the Expansion of Standing in the Environmental Litigation

**Kang, Hong Kyoon**

(Supervised by Professor Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement for the  
degree of Doctor of Law

2011. 2.

Department of Law  
GRADUATE SCHOOL  
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

## Abstract

### A Study on the Expansion of Standing in the Environmenta

#### 1 Litigation

Kang, Hong Kyoong

Department of Law

Graduate School

Jeju

National University

Directed by

Professor Han, Sam In

The economic activities and developmental administration of a modern society cannot help but inevitably lead to various environmental damages. More victims of environmental infiltration have been coming out of the woodworks to file lawsuits to remove environmentally harmful facilities or to secure the rights of enjoying the sunshine and the view. However, with the traditional structure of civil suits or administrative procedure for administrative lawsuits, the reality is that a group conflict cannot be resolved effectively to relieve most of the environmental damages. As such, there has been a demand for an establishment of a new concept called environmental lawsuit. An environmental lawsuit refers to a court trial procedure specifically aimed at saving the environment from damages. The environmental lawsuit which is a modern integrated type of lawsuit can be said to encompass all the lawsuits that occur for the purpose of saving the environment which had been endangered due to the violation of the environment or to protect the environmental benefits.

The subject for environmental lawsuits have various origins and there are

many cases where it would be hard to prove or claim responsibility. The scope of the damage especially has a wide distribution range. With just the subjective lawsuit structure which mainly focuses on realistic rescuing operation after the actual violation, it is not possible to amply resolve environmental matters. This is precisely why environmental matters cannot be resolved fully. Environmental lawsuits should also be equipped with the four abilities. Namely, ability of the adversary, appropriateness of the plaintiff, ability to carry out a lawsuit, and ability to plead which are the necessary requirements to proceed with the lawsuit appropriately. However, the environmental lawsuits which have the purpose of saving the natural disaster areas, go about arguing the qualifications as to whether you are able to propose a lawsuit rather than the validness of the lawsuit itself and gets blocked most of the time. In most cases, attempts to pass the first obstacle of fulfilling the criteria of plaintiff when trying to file an environmental lawsuit end in failure.

The lawsuit procedure structure in Korea which is based on the modern law system has the limit of not fully being able to protect the environmental benefits which has the strong characteristics of being publicly aggressive and objective. The adversary of the environmental pollution is almost always an urban civilian or an agricultural folk who lack specialized scientific knowledge. Not only do most of these people not realize that their health benefits have been victimized by several kinds of environment pollutants but even when they do know the source of the pollutant, they do not have the expertise to possess or obtain the proof. In the case where they can't properly demand their legal environmental benefits, even when they are environmentally violated, they will not be acknowledged as the plaintiff and basically lose even the opportunity to have a fair legal trial.

Following these turn of events, there have been several discussions in which they assert that in the environmental lawsuit which has the

characteristics of an integrated and modern nature, the right of standing to sue should be expanded so that the victims who have been environmentally violated can be properly protected and saved. In the procedure of an environmental lawsuit, the tendency for the extension of standing to sue is appearing not only in Korea but has materialized in the same format in Germany, France, Japan and so on. Although the ways and methods to extend the standing to sue are diversely different, the tendency to acknowledge the standing to sue is concurrent in each country.

Following the protective standard theory which is being formed in Korea or Japan, the scope of the standing to sue is being limited. That is to say, it is stating that the protective standard theory must or should be a standard that protects individual benefits acknowledged by law. This is somewhat different from the French legislative law which acknowledges individual rights with the nation ubiquitously which had been set up through the people's revolution. In addition, this is a point which can be compared to the British law which looks at everything belonging to an individual's freedom and right unless otherwise stated by the positive law following the principles of legal domination. In Germany's case, with the suggestion that the protective standard theory has issues of an environmentally beneficial nature from a legal practical view, several discussions have been underway to expand on the right of standing to sue.

Japan's appropriateness of the plaintiff theory is also being developed focusing around the interpretation that there must be a legal benefit when proceeding with a lawsuit. Japan's precedents show a flexible interpretation that says the appropriateness of the plaintiff must be acknowledged even in the case where the legally valuable benefit is infiltrated while at the same time putting importance in the basic legal benefit. Practically speaking, they have the aim of guaranteeing relief afterwards or preventing environmental infiltration beforehand by extending on the standing to sue.

In Korea's case, it could be surmised that there have been discussions just like Japan in terms of extension of standing to sue. The supreme court has recently been reconfirming the current interpretive methods of the appropriateness of the plaintiff through the verdict of the *Saemangeum* case. At the same time, they are not denying the possibility of the expansion of the appropriateness of the plaintiff which takes the legal order and the aim of the legislation into consideration. In light of the complex modern administration procedure, the necessity of the expansion of the appropriateness of the plaintiff is being strengthened even further especially since the collective environmental dispute is occurring constantly. With such developments, the discussions to extend the standing to sue are becoming very active to reduce unnecessary national finance spending and to proceed with environmental preservation policy.

The following are the main points of the discussions for the extension of standing to sue. First, the right of specific environmental rights according to the constitution becomes possible with acknowledgement. The environmental rights refer to the right to live in a healthy, pleasant environment. The right to demand the creation of a clean and pleasant environment to the government is contained within this right as well. Within the code of environmental rights constitutionally, by deducing the result of the extension of standing to sue in environmental lawsuits, the constitutional concept of saving the environmental benefit can be realized. With the environmental rights as a basis, the public trust theory may be implemented as well. If the public trust theory were to be legislated, the citizens will be equipped with the basic right to demand the protection of the natural resources to the government which should act as the trustee.

Secondly, in the legislation sense, it is possible to proceed through article no. 12 of the public administration lawsuit law. The supreme court has already had a case where it submitted the revised bill of the public

administration lawsuit law to the National Assembly to comply with the demand of the modern society followed by the extension of standing to sue. Although the public administration lawsuit law's revised bill with the contents of the purpose of expanding the range of the appropriateness of the plaintiff expired with the termination of the term of office of the 17th National Assembly automatically, the discussions for revision to protect the environmental benefits in a practical and specific way should continue. Under the current public administration lawsuit law, the appeal can only have an objective characteristic and in that sense, it would be advisable to change the term 'legal benefits' under article number 12 of the public administration lawsuit law into 'justifiable benefit'.

Thirdly, in relation to large scale environmental group dispute such as the 4 river project, I believe there is a need to implement a collective lawsuit system not unlike that of America's or Germany's class action suit or civil suit. The environmental disputes in most cases occur as a complex series of events in various fields such as soil contamination, urban development, and toxic substances. In the case of a group environmental dispute, it might be logical to choose a method whereby a certain environmental group is selected and given the standing to sue. In the environmental law field, the positive function of the collective lawsuit should be considered, and if we were also to take into account the fact that some environmental groups have become considerably specialized, even when the right to standing to sue is given to the environmental group, it is judged that they will do an excellent job of preserving the natural environment. Having said that however, in terms of selecting the environmental group, there needs to be a stricter and more justifiable standard to block out any side effects such as suing too many times over the limit.

Fourth, the natural rights lawsuits which are in the spotlight now as the new type of nature preservation should be investigated further. The natural

rights lawsuit began in earnest in the USA and commanded an extensive social interest in 2003 with the 'Salamander Case' which eventually triggered a lot of active arguments. The natural rights lawsuit is a method where the nature or the natural objects itself becomes the adversary and carries on with the lawsuit. The human being becomes a spokesperson for the nature, and judges the benefit that nature has been forfeited with and thus can demand a just judgement. The natural rights lawsuit is the most controversial dispute in the sense that it goes against the positive law system. From the view point of putting importance on the ecological environmental law, it suggests an opinion that only by implementing the natural rights law can the natural environment protective system be firmly established. In the event of implementing the natural rights lawsuit, from a legislative theoretical view, it would be logical to choose the spokesperson from environmental groups, scientists groups or a statutory guardian to legally represent the specific natural being.

It would be impossible to implement the above mentioned extension of standing to sue methods of environmental lawsuits in Korea as it is and realistically speaking, it would be highly inappropriate to say the least as it currently stands. If we were to take a closer look from a totally practical point of view, out of these methods, the giving of rights of standing to sue to an environmental group specifically would be the most feasible. Since the collective lawsuits regarding stock bonds or consumer collective lawsuits are already underway, the most urgent priority should be in proceeding with legislating the policy where environmental groups which can protect public benefits is selected through appropriate standards so that they can go ahead with the procedure for environmental lawsuits.

## 目 次

第1章 序論 .....	1
第1節 研究의 目的 .....	1
第2節 研究의 範圍 .....	5
第3節 研究의 方法 .....	6
第2章 環境訴訟의 理論的 基礎 .....	8
第1節 環境被害의 發生과 對應體系의 變遷 .....	8
1. 環境의 개념 .....	8
2. 環境피해의 구제 .....	11
(1) 環境피해의 의의 .....	11
(2) 環境피해의 特징과 分類 .....	13
3.  대응체계의 變遷 .....	16
(1)  국제사회의 變遷과정 .....	17
(2)  우리나라의 變遷과정 .....	18
第2節 環境訴訟의 意義와 特殊性 .....	21
1. 環境피해의 구제방안 개관 .....	21
2. 環境소송의 의의 .....	23
(1) 環境소송의  개념 .....	23
(2) 環境소송의  필요성 .....	25
(3) 環境소송법 .....	26
3. 環境소송의  특수성 .....	26

(1) 환경문제의 발생원인의 다양성 .....	26
(2) 입증책임의 곤란성 .....	27
(3) 피해의 광역성 .....	27
(4) 과도한 비용과 장시간의 필요 .....	28
<b>第3節 環境訴訟의 種類 .....</b>	<b>28</b>
1. 환경민사소송 .....	29
(1) 환경민사소송의 종류 .....	29
(2) 유지청구권과 손해배상청구권의 법적근거 .....	31
(3) 유지청구 .....	35
(4) 손해배상청구 .....	38
2. 환경행정소송 .....	45
(1) 의의 .....	45
(2) 기능 .....	46
(3) 성격 .....	47
(4) 유형 .....	47
<b>第3章 環境訴訟에 있어서 原告適格의 法理 .....</b>	<b>54</b>
<b>第1節 原告適格 一般論 .....</b>	<b>54</b>
1. 원고적격의 제도적 의의 .....	54
(1) 원고의 의의 .....	54
(2) 광의의 소의 이익 .....	55
(3) 환경소송과 원고적격 .....	57
2. 환경행정소송상 원고적격의 법리 .....	58
(1) ‘법률상 이익’에 대한 학설의 경향 .....	58
(2) 원고적격에 대한 판례의 경향 .....	64
(3) 사건 .....	66

3. 환경민사소송상 원고적격의 법리 .....	66
(1) 손해배상청구의 원고적격 .....	66
(2) 유지청구의 원고적격 .....	70
(3) 사건 .....	72
4. 현행법상 원고적격을 인정할 수 있는 경우 .....	74
(1) 폐기물처리시설설치 촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률 .....	74
(2) 환경·교통·재해등에 관한 영향평가법 .....	74
(3) 먹는물 관리법 .....	75
<b>第2節 原告適格論에 대한 比較法的 考察 .....</b>	<b>75</b>
1. 독일의 원고적격론 .....	75
(1) 독일 행정소송상 원고적격의 요건 .....	75
(2) 주관적 공권과 보호규범론 .....	76
2. 프랑스의 원고적격론 .....	78
(1) 월권소송의 의의 .....	78
(2) 월권소송의 원고적격 .....	79
(3) 판례에 대한 검토 .....	79
3. 미국의 원고적격론 .....	81
(1) Standing의 해석문제 .....	81
(2) 미국법상 원고적격의 존재이유 .....	82
(3) 환경소송상 원고적격의 요건 .....	84
(4) 원고적격에 관한 판례의 변천 .....	88
4. 일본의 원고적격론 .....	99
(1) 행정사건소송법 제9조 .....	100
(2) 법률상보호이익설과 보호가치이익설의 대립 .....	100
(3) 판례에 대한 검토 .....	104
5. 중국의 원고적격론 .....	109
(1) 법률상 이해관계에 대한 규정 .....	109
(2) 법률상 이해관계와 원고적격의 기준 .....	111

6. 사건 .....	111
<b>第3節 原告適格 擴大論 .....</b>	<b>113</b>
1. 환경소송상 원고적격의 확대 필요성과 등장배경 .....	113
(1) 원고적격 확대의 필요성 .....	113
(2) 원고적격 확대론의 등장배경 .....	117
2. 환경권 법리와 원고적격 확대론 .....	118
(1) 환경권의 의의와 권리성 .....	118
(2) 환경권의 주체와 원고적격의 확대 .....	125
(3) 공공신탁이론의 도입과 활성화 방안 .....	129
3. 원고적격 확대론에 대한 비교법적 고찰 .....	133
(1) 독일 판례상 원고적격의 확대 경향 .....	133
(2) 미국 법원의 원고적격 확대화 경향 .....	135
(3) 일본의 ‘법률상 이익’ 확대 해석 .....	136
(4) 사건 .....	137
4. 항고소송의 객관소송화 .....	138
(1) 우리나라에서의 객관소송화 논의 .....	138
(2) 환경소송의 객관소송화 가능성 .....	139
5. 원고적격 확대에 대한 입법론적 고찰 .....	140
(1) 행정소송법상 원고적격의 판단기준 .....	140
(2) 17대 국회에 제출된 행정소송법 개정안 제12조의 검토 .....	142
<b>第4章 原告適格 擴大 法理의 實際 .....</b>	<b>148</b>
<b>第1節 隣近住民의 原告適格 .....</b>	<b>148</b>
1. 인인소송의 유형과 판례의 검토 .....	148
(1) 인인소송의 의의 .....	148
(2) 인인소송의 유형 .....	149

(3) 인인보호 판례에 대한 검토 .....	150
2. 환경영향평가 인근주민의 원고적격에 대한 판례의 검토 .....	157
(1) 환경영향평가제도의 의의와 내용 .....	157
(2) 새만금 간척사업 사건 .....	158
(3) 제주도 송악산 관광지 사건 .....	160
(4) 남대천 양수발전소 사건 .....	162
(5) 영광원자력발전소 사건 .....	163
(6) 판례에 대한 검토 .....	163
4. 환경영향평가 대상지역의 설정과 원고적격 부여 .....	164
(1) 대상지역 선정의 문제점 .....	164
(2) 대법원의 진일보한 입장 .....	166
(3) 원고적격 인정기준의 문제점 .....	167
(4) 사건 .....	168
5. 독일의 제3자 고려명령이론에 대한 검토 .....	169
(1) 제3자 고려명령이론의 의의 .....	169
(2) 건축법 분야 .....	170
(3) 환경법 분야 .....	171
第2節 集團訴訟制度 導入에 의한 原告適格의 擴大 .....	172
1. 우리나라의 집단환경분쟁 사례 .....	172
(1) 4대강 정비사업 .....	173
(2) 태안 허베이 스피리트호 기름유출 사고 .....	174
(3) 사건 .....	175
2. 집단소송에 관한 외국의 입법례 .....	176
(1) 집단소송의 입법 양태 .....	176
(2) 미국의 대표당사자소송과 시민소송 .....	177
(3) 독일의 단체소송 .....	181
(4) 일본의 주민소송 .....	184
3. 환경분야의 집단소송제도 도입에 대한 검토 .....	186

(1) 우리나라의 집단소송 입법례 .....	186
(2) 환경분야 집단소송제도 도입의 필요성 .....	190
(3) 집단소송제도의 입법 방향 .....	192
<b>第3節 環境保護團體에 대한 原告適格 賦與方案 .....</b>	<b>197</b>
1. 독일 환경단체소송상 NGO의 원고적격 검토 .....	197
(1) 절차참가권에 기한 환경단체 원고적격의 한계 .....	197
(2) 주 자연보호법상 환경단체의 원고적격 .....	201
2. NGO의 국제환경법상 주체성 .....	202
(1) NGO의 개념 .....	202
(2) 국제사회에서 NGO의 활동 .....	204
3. 현행 소송법체계에서 NGO의 대응수단과 한계 .....	205
(1) 환경단체 활동영역의 확대 .....	205
(2) 선정당사자제도와 공동소송제도의 문제점 .....	206
(3) 비법인사단의 원고적격 한계 .....	208
4. 우리나라에의 도입 가능성 .....	208
(1) 현행법상 환경단체의 행정절차 관여 입법례 .....	208
(2) 도입 가능성의 검토 .....	209
(3) 환경단체 승인에 대한 선정기준 .....	211
<b>第4節 事例를 통해 본 原告適格 擴大 必要性 .....</b>	<b>214</b>
1. 국책사업 개발과 환경간의 갈등 .....	214
2. 원고적격에 대한 새로운 인식전환 필요성 .....	215
3. 원고적격의 확대를 위한 제안 .....	217
(1) 환경소송에 있어 소송구조의 도입 .....	217
(2) 건강하고 쾌적한 환경에 대한 독립적인 권리인정 .....	219
<b>第5章 原告適格 擴大의 特殊問題 .....</b>	<b>222</b>

<b>第1節 自然의 權利訴訟의 原告適格</b> .....	<b>222</b>
1. 자연의 법적가치의 인정 .....	222
2. 자연의 원고적격성 .....	223
(1) ‘자연의 권리’의 개념 .....	223
(2) 자연의 원고적격성 검토 .....	224
3. 자연의 권리 소송의 의의 .....	226
4. 외국에서의 자연의 권리소송 논의 .....	227
(1) 미국 .....	228
(2) 일본 .....	231
5. 자연의 권리소송의 도입가능성 .....	233
(1) 자연의 원고적격성 찬반론 .....	233
(2) 실정법 체계와의 저촉 .....	234
(3) 새로운 소송제도의 도입 필요성 .....	235
(4) 자연에 대한 후견인 제도 .....	236
<b>第2節 도롱뇽 訴訟에 대한 檢討</b> .....	<b>237</b>
1. 도롱뇽 소송의 경과 .....	237
2. 도롱뇽의 원고적격 주장 .....	238
3. 대법원의 입장 .....	239
4. 대법원 결정에 대한 검토 .....	240
<b>第3節 自然環境 自體의 被害에 대한 原告適格</b> .....	<b>241</b>
1. 무주의 자연환경피해에 대한 국가의 주체성 .....	241
(1) 자연환경 자체의 피해의 개념 .....	241
(2) 환경의 공공성과 국가의 책무 .....	242
(3) 국가후견이론 .....	244
2. 국가의 원고적격에 대한 검토 .....	248

(1) 명예훼손과 국가의 원고적격 .....	248
(2) 국가의 손해배상청구소송 논의 .....	249
(3) 국가의 항고소송상 원고적격 .....	252
(4) 사건 .....	257
<b>第6章 結論 .....</b>	<b>258</b>
<b>參考文獻 .....</b>	<b>264</b>



# 第 1 章 序 論

## 第1節 研究의 目的

21세기는 환경의 시대다. 현대의 환경문제는 개개인의 일상범위에서 벗어나 초국가환경피해로 이어지고 있다. 지구환경은 산업화와 개발정책의 부작용으로 지구온난화, 오존층 파괴, 산성비, 사막화, 생태계 파괴 등의 문제에 직면하였다. 인류는 환경훼손에 따르는 대재앙으로 고통받고 있다. 지구 온난화에 따른 기후변화는 이상저온과 이상고온으로 새로운 유형의 환경난민을 양산하고 있다.

위기의 환경문제를 해결하기 위하여 각 국은 밖으로는 환경관련 국제선언 및 국제조약을 채택하고, 안으로는 각종 환경법제 및 환경정책을 마련하는 등 다양한 노력을 전개하고 있다.

그러나 각국 정부의 이러한 노력은 한편으로 바람직한 환경정책으로 옹호되는가 하면, 다른 한편으로는 민간단체의 환경보호 요구와 맞물려 법적 분쟁으로 비화되는 사례가 많다. 우리나라의 경우도 예외는 아니다. 현재 진행중인 4대강 정비사업은 '4대강 사업 위헌·위법심판을 위한 국민소송단'에 의해 서울행정법원과 전국 4곳의 법원에 행정소송이 제기되어 있다. 국민소송단은 4대강 살리기 마스터 플랜 정부기본계획의 취소와 각 강 유역별로 고시된 지방국토관리청의 하천공사 시행계획 및 국토해양부 장관이 수자원 공사에 대하여 한 실시계획처분 승인을 취소하는 동시에 각 처분의 효력을 정지해달라는 집행정지를 신청하였다. 그러나 4대강 정비사업 소송은 원고적격 미비로 각하를 면치 못할 가능성이 높다. 대법원 판례는 일반적인 행정소송의 원고적격에서는 물론이려니와 새만금사업이나 경부고속철도사건과 같은 대규모 환경관련 사건에서도 고전적인 원고적격 이론을 고수하면서, 처분의 관계법규에서 보호하는 이익이 있는 자나 환경영향평가대상 지역 내의 주민, 혹은 밖에 있더라도 피침해이익이 수인할 수 없는 경우가 아니라면 원고적격을 부인해왔

다.

그러나 수조원의 예산이 투입되는 4대강 정비사업과 같은 대규모 환경관련 국책 사업이 법원의 본격적인 본안심리를 받아보지도 못한 채 강행된다는 것은 권력분립의 견지에서 보더라도 타당하지 않다고 보여진다. 환경문제의 심각성이나 환경오염 피해의 특성을 감안할 때 전통적인 소송구조하에서 환경문제를 충분히 해결할 수 있느냐는 기본적인 의문이 꾸준히 제기되어 오고 있다. 환경소송은 발생원인이 다양하고, 입증책임이 곤란한 경우가 많으며 피해가 광역성을 띠는 현대형 소송이다. 이에 따라 현실적인 권리침해를 전제로 하는 대증요법적인 사후구제 중심의 주관적 소송구조를 탈피하여 보다 근원적으로 환경피해에 대한 구제의 목적을 달성하기 위한 예방소송적·민중소송적 소송구조로 발전하여야 한다는 시대적 요청이 제기된다.

우리나라 헌법은 제27조에서 국민의 재판청구권을 명시하고 있는 바, 헌법에 보장된 재판청구권을 국민이 제대로 누리기 위해서는 국민 개개인이 일상생활에서 일어나는 모든 법률상의 분쟁에 대해서 국가사법기관의 판단을 받을 기회를 누구에게나 공개적이고 적절하게 부여하는 것이 요구된다고 하겠다. 그러나 이를 누구에게나 무한정 인정한다면 한정된 인력과 예산에 의해서 운영되는 국가사법기관인 법원의 업무처리능력에 한계를 초래할 뿐만 아니라 무용한 소송의 남발로 인해 행정청의 행정력의 낭비를 초래하거나 상대방 또는 제3자에게 불측의 경제적, 시간적 피해를 입히는 경우가 발생하는 부작용이 있을 수도 있다. 이 때문에 소송을 적법하게 수행하기 위해서는 당사자능력, 원고적격, 소송능력, 변론능력 등 네가지 능력을 갖추어야 한다. 이중 당사자능력과 소송능력은 소송요건인 동시에 소송행위의 유효요건이고, 원고적격은 소송요건이며, 변론능력은 소송행위의 유효요건일 뿐이다. 그럼에도 불구하고 자연환경피해 구제를 목적으로 하는 환경소송에 있어서는 소송행위의 유효요건보다 소송요건에서부터 차단되는 경우가 많다.

환경법은 민법이나 행정법에 비해서 객관성과 공익성이 훨씬 강하다. 환경법이 보호하고자 하는 법익은 개인의 이익보호에 있다기보다는 오히려 미래세대를 포함한 인류 전체의 이익, 나아가 생태계 자체의 이익, 지구의 이익보호에 중점이 두어진 고도의 공익성과 객관성을 띠고 있다. 환경소송은 이러한 공익적이고 객관적인 법익이 침해당했을 때 제기하는 소송이라 할 수 있다. 즉 지금까지 인간의 이익보호에 중점을 둔 민법이나 행정법과 같이 개인주의 또는 인간중심주의에 사상적 토

대를 두는 것이 아니라, 미래세대를 포함하는 인류 나아가 인간도 자연의 일부라는 생태주의 사상에 토대를 둔 것이 환경법의 보호법익이다.

그런데 우리나라의 현행 소송제도는 민사·행정소송 할 것 없이 어떤 사람의 위법한 행위로 법이 보호하는 이익을 침해받은 사람만 소송을 제기하여 상대방의 위법한 행위로 침해된 자신의 이익을 다룰 수 있는, 이른바 개인주의적이고 인간중심적인 주관소송제도가 중심을 이루고 있다. 행정소송의 예를 들면, 시장이나 도지사가 도로건설공사허가를 하였을 때, 이를 법정에서 다투기 위해서는 그러한 허가가 개인의 권리이익을 침해할 정도로 구체적이어야 하고(처분성), 또 건축법이나 환경관계법을 위반하여야 하며(위법성), 위법한 건축허가처분을 취소함으로써 자신에게 돌아올 법률상 이익이 있는 사람(원고적격)만 소송을 제기할 수 있는 것이다. 이들 소송요건이 충족되지 않으면 재판이 성립되지 않거나 문전박대 당하게 되는데 사실 이러한 요건들을 충족하기란 낙타가 바늘구멍 통과하기만큼 까다로운 것이다. 개인의 이익보호에 치중하는 민법이나 상법은 물론이고 공익의 실현을 목적으로 하는 행정법 역시 개인의 이익을 보호하는 주관적 기능에 중점을 두는 행정소송제도를 운용하는 것은 문제가 아닐 수 없다.

국가나 지방자치단체, 또는 기업이나 개인이 환경법을 위반하여 환경공익을 침해하였을 때 현재의 주관소송제도를 통해서도 결코 객관적이고 공익적인 성격이 강한 환경이익을 지켜낼 수 없는 것이고, 이러한 소송제도는 한계에 부딪힐 수 밖에 없는 것이다. 또한 현대형 소송인 환경소송은 당사자 측면에서는 원고측의 집단성과 피고측의 복수성을 지니고 있고, 피해의 측면에서는 피해의 특정화가 용이하지 않고 정신적 피해가 증폭되는 특성을 갖고 있다. 구제방법의 측면에서도 장래 발생할 위험이 있는 침해의 방지와, 현재 침해를 야기하고 있는 행위의 중지 사이를 비교 교량하여야 하는 성격을 지니고 있다. 이 때문에 집단적 분쟁의 특성에 부합하는 환경소송제도의 정비가 요구된다.

근대법 체계에 입각한 우리의 소송구조에서 가장 먼저 부닥치는 문제중의 하나가 바로 원고적격이다. 환경오염 피해의 당사자인 개인은 전문적인 과학기술적 지식이 부족하여 과연 자기의 건강이익이 어떠한 환경오염원으로부터 침해를 받고 있는지를 인식조차 하지 못하는 경우가 많을 뿐만 아니라, 설사 어떤 오염원의 존재를 인식하고 있다고 하더라도 과연 환경침해를 유발하는 오염원이 자기의 권리를 어느

정도 침해하고 있는가를 주장할 수 있는 입장에 있지 못한 것이 일반적이다. 이 때문에 환경소송에 있어서 원고적격의 확대 논의가 꾸준히 제기되고 있는 것이다. 환경소송에 있어서의 원고적격 확대화 경향은 우리뿐만 아니라 독일과 프랑스, 일본과 미국에 있어서도 마찬가지이다. 원고적격을 확대하려는 접근수단과 방법은 다르지만 폭넓게 원고적격을 인정하려는 경향은 일치하고 있다. 대륙법과 영미법, 서양과 동양이라는 서로 다른 독특한 법제와 문화적 배경을 가지고 있고 행정소송의 기능에 대한 기본적 관념도 조금씩 다르지만 지금의 현실은 유럽의 통합과 같은 법제도의 세계화, 통합화의 경향에 따라 실질적으로 서로 상호 접근하는 경향을 보이고 있다.

원고적격의 확대 경향은 생태주의 환경법리의 발전에 맞춰 자연이나 자연물에 대해서까지 원고적격을 인정하는 방향으로 흐르고 있다. 자연의 권리소송은 이미 미국에서 여러 차례 제기됐으며, 일부 소송에서는 자연이나 자연물의 원고적격이 인정받기도 하였다. 국내에서도 최초의 자연의 권리소송이라 할 수 있는 천성산 도롱뇽 소송이 제기된 바 있으며, 환경단체들이 소송 주체로 나서서 대규모 국책사업에 의한 환경과피를 심판해달라고 요청하는 사례도 빈번해지고 있다.

인간중심주의에서 생태주의로의 전환이 요구하는 시대적 변화는 근대법 체계에 머물고 있는 우리의 소송법 체계와의 저축을 야기할 수밖에 없다. 다행히 원고적격의 범위를 확대하려는 논의의 결과로 행정소송법 제12조 등을 개정하려는 움직임이 지속되고 있으나, 지난 제17대 국회에 제출됐던 행정소송법 개정안은 회기만으로 자동폐기된 상태다.

우리나라의 원고적격 확대론은 독일 공법학의 공권개념과 관련이 있다. 독일에서는 개인이 국가에 대하여 일정한 조건하에서 권리를 가질 수 있다는 점이 강조되는데, 이는 외견적 입헌군주제하에서 우월적 국가권력에 대립하면서 동시에 그와 타협하는 시민계급의 자유주의적 요구를 반영하는 것이었다. 이는 시민혁명을 통하여 개인의 국가에 대한 권리가 보편적으로 인정되는 프랑스 행정법체계와 다르다. 또 법의 지배의 발전에 힘입어 실정법에 의해 금지되는 것이 아니면 모두 개인의 자유와 권리에 속하는 것으로 간주되는 영국과도 비교된다. 따라서 독일에서 형성되고 발전된 보호규범론의 역사적 전개과정을 고찰함으로써 우리의 원고적격론을 보다 상세히 이해할 수 있을 것이며, 독일법을 계수한 일본 행정소송제도의 학설과 판례

도 연구대상이라 할 것이다. 독일과 일본에서 보호규범론을 극복하기 위해 다양한 대안들이 제시되었지만 아직까지 판례와 통설의 주류적 태도는 여전히 보호규범설에 입각하고 있다. 반면 미국의 경우는 판례법상의 원고적격을 실정법상의 명시적인 규정 내지 보호조항 즉 보호규범의 유무를 불문하고 그 법의 목적 등 전체의 취지를 바탕으로 법적으로 보호되는 이익 여부를 판단하고 있으며, 환경행정소송상의 환경이익은 개인적인 것뿐만 아니라 지역적·집합적인 이익까지도 포함하는 것으로 보고 있다. 최근 들어 독일과 일본의 판례가 보호규범설을 완화하는 듯한 판례를 내놓고 있으나, 우리 대법원 판례는 법률상이익에 대해 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 갖는 추상적, 평균적, 일반적 이익과 같이 간접적이나 사실적, 경제적 이해관계를 갖는데 불과한 경우는 인정되지 않는다는 일관된 태도를 보이고 있다.

본 논문은 현대형 환경소송에서 한계를 드러내고 있는 보호규범론을 비롯한 근대법 체계의 원고적격 이론을 검토하고 새로운 대안으로 제시될 수 있는 제3자 고려 명령이론, 헌법상 기본권의 직접 적용론을 비롯 자연의 권리소송, 환경단체와 국가의 원고적격 인정 가능성 등을 법리적으로 판단함으로써 환경소송의 원고적격 확대라는 환경소송의 현실적 요청에 부응코자 하는데 그 목적이 있다.

## 第2節 研究의 範圍

본 논문은 환경소송에 있어서 원고적격의 확대문제를 다루고자 한 바, 환경소송은 광의의 환경법 영역에 속한다 할 것이다. 환경법은 그 범위가 민사법, 형사법은 말할 것도 없고 법률학의 전 영역을 포괄하는 광범위한 학문이다. 환경피해의 구제를 목적으로 하는 재판절차인 환경소송 역시 현대적 쟁송의 전형적인 기능과 특징을 갖고 있으며, 환경분쟁의 집단적·객관적 성향이 두드러진 점을 감안할 때 그 이론적 정립이 아직은 미숙하다 할 수 있다. 환경피해의 법원을 통한 구제는 행정소송의 경우 원고적격의 문제에서부터 부딪히고, 민사소송의 경우에도 피해자가 스스로 인과관계와 위법성 등을 입증해야 하는 어려움에 부딪히게 된다. 피해자는 그럼에도 불구하고 권리구제를 위한 최후의 방법으로 직접 행정청이나 가해자를 상대로 하

여 행정소송이나 민사소송을 제기하는 수밖에 없다. 그러나 환경피해로 인해 개인의 구체적인 권리가 침해되었다고 인정되지 않는 한 소송의 제기를 통하여 환경피해의 구제를 받을 수가 없게 된다. 현실적으로 아무리 심각한 환경피해를 당하더라도 법원의 판단 자체를 받을 수 없는 결과를 야기한다. 본 논문은 이에 따라 환경소송의 가장 첫 관문이랄 수 있는 원고적격을 법리적으로 확대할 수 있는 방안을 모색하고자 한다.

제1장 서론에서는 본 논문의 연구목적과 방법, 범위를 살펴본다.

제2장에서는 환경소송의 이론적 기초로서 환경문제의 발생과 그 대응체계가 어떻게 변천해왔는지를 검토하고, 환경소송의 특수성을 살펴본다.

제3장에서는 환경소송에 있어서 원고적격의 법리를 국내와 주요국가로 나눠 검토한다. 독일에서의 보호규범론, 프랑스의 월권소송을 살펴보고, 미국 환경행정소송과 일본에서의 법률상 이익설과 보호가치이익설의 대립을 살펴본다. 이를 토대로 우리나라에서의 원고적격 확대론을 고찰하고, 입법론적 과제를 제시한다.

제4장에서는 원고적격 확대법리의 실재를 사실관계를 바탕으로 다루고자 한다. 환경영향평가 대상지역 밖에 거주하는 주민의 원고적격 여부를 검토하고, 현재 진행되고 있는 4대강 정비사업과 새만금사건 등을 통해 집단소송제도 도입 가능성과 환경보호단체에 대한 원고적격 부여 방안을 제시한다.

제5장에서는 원고적격 확대 필요성을 전제로 원고적격 확대의 특수문제로서 자연이나 자연물, 국가 등이 환경소송의 원고가 될 수 있는지를 고찰한다. 자연의 권리소송의 입법화 가능성을 검토하고, 국가가 항고소송의 당사자로서 가능한지 여부를 살펴본다.

제6장에서는 본 논문의 결론을 맺고자 한다.

### 第3節 研究의 方法

본 논문의 연구 목적은 현대형 소송인 환경소송의 원활한 피해구제를 위해 원고적격의 확대 법리를 도출하는 것이다. 이러한 분석을 수행하기 위해 본 연구에서는 주요 국가의 국내법, 입법례, 판례, 국제협약 등 다양한 법률자료를 참조하기로 한

다. 이들을 통하여 다양한 외국의 사례들이 실질적으로 어느 정도의 실효성이 있는지를 분석하여 우리나라에 줄 수 있는 시사점을 파악한다.

연구방법으로는 국내외 환경 소송 관련 교과서와 학술논문, 일간신문, 학술잡지, 대학 출판물, 연구논문 등을 고찰하는 문헌연구의 방법을 주로 취했으며, 필요한 부분에서는 국내외 대표적 판례를 분석하고 이를 평가하는 판례연구방법을 보충적으로 취하였다.

첫째, 비교법적·제도적 연구방법으로 독일, 프랑스, 일본, 미국 등의 이론과 판례 그리고 법제를 비교 평가하여 문제를 제기하고, 시사점을 찾아내 우리나라에의 도입 가능성을 검토한다.

둘째, 문헌조사방법으로 본 연구의 초점이 환경소송의 법리 해부를 통한 원고적격 확대 필요성 도출에 있는 만큼 상당한 분야에 걸친 광범위한 문헌을 원용한다.

본 논문은 종래의 원고적격이론만으로는 집단적 환경분쟁과 특수한 환경피해 해결에 한계가 있음을 부각시키는데 그치지 아니하고 그 대안을 제시하고, 환경소송에서 난제의 하나인 원고적격론의 새로운 체계화를 시도하고자 한다.

## 第 2 章 環境訴訟의 理論的 基礎

## 第1節 環境被害의 發生과 對應體系의 變遷

### 1. 環境의 개념

환경이라는 용어는 다의적으로 사용되고 있다. 환경에 대한 완벽한 통일적 또는 법적 정의는 아직 확립되지 않았다고 할 수 있다. 이희승의 국어대사전은 환경이란 생활체를 둘러싸고 그것과 일정한 접촉을 유지하고 있는 외계라고 풀이하고 있다. 옥스퍼드사전은 주위, 주변물체, 주변지역 또는 주변상태(surroundings, surrounding objects, region or circumstances)<sup>1)</sup> 라고 정의하고 있다.

환경이란 헌법상 기본권으로 보장된 환경권의 대상으로 인간을 둘러싸고 있는 주위의 일체를 말한다고 할 수 있다. 이러한 환경은 통상 자연환경, 인공환경, 사회환경으로 구분된다. 자연환경은 사람과 생물이 생존하기 위한 자연적 조건의 총칭으로써 환경권이나 환경법에 의하여 보호되어야 하는 가장 기본적인 요소이다. 일반적으로 사람이나 동식물의 생존에 커다란 영향을 미치는 눈, 비, 바람 등의 기후적 조건이나 산, 강, 바다, 공기, 햇빛, 흙 등의 자연적 조건을 망라한다.

사회환경은 인간의 사회생활과 밀접하게 관련된 주위의 상태를 말한다. 일상생활과 관련된 생활환경이 대부분 포함된다. 인공환경은 물리적 인공환경과 불가시적 인공환경으로 구분할 수 있다. 물리적 인공환경이란 사람이 사회생활을 영위하는데 필요한 각종의 시설(도로, 공원, 교육, 의료시설 등)과 인류가 다년간에 걸쳐 쌓아온 역사적, 문화적 유산을 말한다. 불가시적 인공환경은 정치, 종교, 경제, 기술, 행정 제도, 더 나아가 정신환경 등을 의미한다.<sup>2)</sup> 불가시적 인공환경은 환경법의 대상이 되지 않는다. 이를 포함시킬 경우 빈곤문제까지 환경법의 규제대상으로 삼아야 하기 때문이다.

환경이라는 용어를 사용하는 국제조약, 선언문, 행동규칙, 지침들은 정확히 그리고 통일적으로 정의하고 있지는 않다. 유엔환경계획기구(UNEP)는 환경을 자연환경

1) Oxford, Concise Oxford Dictionary, 5th ed, 1972, p. 406.

2) 조은래, 「환경법」, 세종출판사, 2003, 1면.

과 인간환경으로 구분하여 자연환경은 대기, 대양, 물, 암석권, 육상생태계로 구성되고, 인간환경은 인구, 주거, 건강, 생물계, 산업, 에너지, 운송, 관광, 환경교육 및 홍보, 평화와 안전을 꼽고 있다. 세계환경개발위원회(WCED)는 환경은 우리가 살고 있는 곳<sup>3)</sup>이라고 간결히 표현하였다. 1992년 체결된 월경 수로 및 호수의 보호와 사용에 관한 협약은, 환경은 인간의 건강과 안전, 동물, 식물, 토양, 대기, 수질, 기후, 경관, 역사적 기념물 또는 물리적 구조물 등을 포함한다고 규정하였다. 유럽연합(EU)법상 환경은 인간과 물, 대기, 토지 그리고 모든 생물과의 관계를 포함한다. 국제조약과 선언들은 환경이라는 용어를 간접적으로 정의하고 있으나 확립된 통일적인 정의는 아직 존재하지 않는다.<sup>4)</sup>

한편 우리 헌법 제35조 제1항이 규정하고 있는 환경에 대해 학설은 나누어져 있다. 환경을 대기, 물, 바다, 산, 하천, 호수, 자연경관 등의 자연환경에 한정시켜 이해하는 견해<sup>5)</sup>, 자연환경과 생활환경을 포함한다는 견해<sup>6)</sup>, 자연환경과 인문적 역사적 유산은 물론 도로, 공원, 교육, 의료 등 사회적 환경까지도 포함하는 것으로 이해하는 견해<sup>7)</sup>가 그것이다. 현재 학계의 지배적 견해는 자연환경과 문화적 유산은 물론 도로, 공원, 교육, 의료 등 사회적 환경까지도 포함한다는 것이다. 그 논거로서 환경권에서 말하는 환경은 헌법 제10조 제1항(인간의 존엄과 가치 및 행복 추구권), 제 35조 제3항(쾌적한 주거생활을 할 권리), 제34조 제1항(인간다운 생활을 할 권리) 및 제36조 제3항(국민의 보건에 관한 국가보호)을 통합적으로 이해하여야 하기 때문이라고 한다.<sup>8)</sup> 우리 헌법은 환경권을 기본권(사회적기본권)의 하나로 열거하고 있으나 헌법상 환경의 개념에 대한 구체적인 규정은 없는 실정이다.

우리나라 환경정책의 기본이 되는 사항을 정하기 위하여 1990년 제정된 환경정책기본법은 환경을 자연환경과 생활환경으로 나누고 있다. 헌법상 환경의 정의에 관한 명문규정이 없는 상태에서 환경의 개념을 교육제도나 의료제도 등 총체적 사회적 환경까지 너무 포괄적으로 고찰할 경우 인간의 모든 사회적 행동을 포함시켜야 할 우려가 제기된다. 이에 따라 환경정책기본법의 정의에 맞추어 환경개념에 대

3) World Commission on Environment and Development, Our Common Future, 1987, xi.

4) 노명준, 「신국제환경법」, 법문사, 2003, 2면.

5) 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2005, 439면.

6) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005, 688면.

7) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2005, 878면.

8) 김철수, 상계서, 814면.

한 이해를 모든 자연의 상태인 자연환경과 인간의 일상생활 상태인 생활환경의 범위로 보는 것이 타당하다 할 것이다.

그렇다면 자연자원과 환경과의 관련성은 어떻게 분석할지가 문제된다. 환경 관련 외국법제에서 자주 등장하는 자연자원(natural resource)은 ‘토지, 서식지, 어류, 야생동식물, 대기, 물, 지하수 및 생태계와 같은 생물 또는 비생물적 자원들을 포함하는 것’으로 정의되고 있다.<sup>9)</sup>

이러한 자연자원을 소유의 형태를 기준으로 하여 구분한다면 사유재, 공공재, 공유재로 나눌 수 있다. 소유와 이용을 중심으로 자연자원의 형태를 세분화하는 것은 각각의 대상에 포함된 법적관계를 살펴볼 수 있기 때문이다. 이는 환경피해에 대한 원고적격 여부를 검토하는 본 연구의 목표와도 연관된다.

사유재(private goods)는 목재·석탄 또는 골재와 같이 포획·채집 또는 관리가 가능하여 재산권을 설정하기 쉬운 재화를 말한다. 특정성과 배타성, 그리고 양도성을 특징으로 하고 비교적 소유관계가 명확한 재화를 말한다.<sup>10)</sup>

공공재(public goods)는 공기·햇빛 또는 바람과 같이 소유가 곤란하고 거래가 어려운 재화들을 말한다. 자유재(free goods)와 같이 획득에 특별한 비용이 요구되는 것은 아니지만 이를 이용함에 있어 어느 정도의 외부효과를 발생시키게 된다. 외부효과의 발생 가능성에도 불구하고 우리나라 현행 법제는 공공재를 오염규제의 대상으로 규제할 뿐 관리의 대상인 자연자원으로 파악하지는 아니한다.<sup>11)</sup>

공유재(common goods)는 석유·가스 또는 물과 같이 변이성이 있어 자연상태에서는 재산권의 설정이 곤란하여 포획·채집을 요하는 재화를 의미한다. 배타성이 없다는 속성 때문에 공유지의 비극(tragedy of the commons)이라는 문제가 발생하게 된다.<sup>12)</sup> 공유재에 해당하는 자연자원은 시장의 수요에 따라 이용되지 아니하고 과소비 또는 낭비를 초래한다는 점에서 비극을 낳는다는 것이다.

이러한 자연자원들의 총체 또는 이들 사이의 상호관계를 결국 환경이라는 포괄적

9) “Natural resources and defines as including living and non-living natural resources such as land, habitats, fish, wildlife, air, water, ground water and ecosystems.” Edward H. P. Brans, Liability for Damage to Public Natural Resource – Standing, Damage and Assessment–, (Kluwer Law International, 2001), 11.

10) Jan G. Laitos, Natural Resources Law, Handbook Series(West Group, 2002), 2.

11) 전재경, 「자원고갈과 환경오염에 대비한 자연자원 관리법제(Ⅰ)」, 한국법제연구원, 2006, 24면.

12) Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, Science, New Series, Vol. 162, No. 3859, 1243-1248, (Dec. 13, 1968).

인 개념으로 파악할 수 있다. 특정인의 소유가 가능한 사유재부터 소유하기는 어려우나 이용이 가능한 공공재, 그리고 채집을 해야만 선점이 가능한 공유재까지 모든 자연자원은 결국 환경을 구성하는 요소가 된다.<sup>13)</sup>

## 2. 환경피해의 구제

### (1) 환경피해의 의의

환경법은 환경보전과 환경오염·환경훼손의 방지 및 그 침해로 인한 피해의 구제를 과제로 하고 있다. 전자는 사전적·예방적인 환경행정의 측면이고, 후자는 사후적·진압적 환경구제의 측면이다. 환경법의 사후적 환경구제의 측면은 환경보전을 위한 사전적·예방적인 행정상의 조치에도 불구하고, 환경피해가 발생하여 야기되는 국민의 권익침해를 사후적 구제조치에 의해 해결하는 것이다. 그러나 현행의 환경관계법에서는 환경침해행위에 대한 국민의 권리구제에 대해 직접적 규정을 두고 있지 않다.

환경피해에 대한 민사법상의 보호법익은 어느 하나의 권리로 특정할 수는 없다할 것이다. 그 대상은 환경상의 이익은 물론 생명, 신체 및 건강, 생활상의 이익, 그리고 재산적 이익을 모두 포함한다고 할 것이다. 환경피해는 환경오염과 환경훼손, 환경과피에 따른 재산적, 신체적 피해를 통틀어 일컫는 말이다.

환경소송은 환경피해와 연관되는 소송이다. 따라서 환경소송의 의미를 명확히 밝히기 위해서는 환경오염, 환경훼손 및 환경과피에 대한 개념정립이 선행되어야 한다.

환경과피에는 공간적 의미의 파괴로서 대규모적인 환경과피와 소규모적인 환경과피가 있다. 공간적으로 대규모적인 환경과피는 주로 각종의 개발행위나 건설행위에 따른 자연환경의 파괴 및 생활환경의 파괴이거나, 천재지변이나 그것과 연관되어 발생하는 자연환경과 생활환경의 파괴이다.<sup>14)</sup> 소규모적인 환경과피에는 물리학적 파괴와 생물학적 파괴가 있고, 화학적 파괴와 미생물학적 파괴가 있다. 환경과피는

13) 이은재, “자연환경 자체의 피해에 대한 법적 구제”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2008, 28면.

14) 심학무·김오식, 「환경소송학-법리와 기술」, 홍문관, 2004, 38면.

환경법상의 용어는 아니다. 산지개발, 농지개발, 도시개발, 도로 및 철도건설, 산업단지조성, 주택단지조성 등의 각종 건설행위는 물리화학적 환경파괴이고 공간적인 환경파괴이다. 또한 벌채, 수종갱신, 사냥, 낚시 등은 환경훼손이나, 그 행위가 지나치면 생물학적인 환경파괴가 된다. 각종의 화학물질, 유해물질, 발암물질, 환경호르몬물질 등에 의한 환경오염은 화학적인 환경파괴이다. 각종의 수인성, 기인성, 토양성의 박테리아 및 바이러스 등에 의한 환경오염은 환경훼손이지만, 그 결과가 대규모이면 미생물학적인 환경파괴가 된다. 도시개발이나 농지개발 및 사회기반시설의 건설시에 주변의 자연환경적 특성을 충분히 고려하지 않거나 무시함으로 인하여 폭우시에 주변의 제방이 무너져서, 그 지역주민들의 주택과 농경지와 축사 및 공장 등의 생활터전 즉 생활환경을 훼손하여 이재민으로 만들어버리는 경우는 부작위에 의한 환경파괴의 구체적인 실례이다.<sup>15)</sup>

환경법에서의 환경훼손은 자연환경의 본래적 기능에 중대한 손상을 주는 상태로 한정하고 있다. 즉 자연환경의 물리학적 및 생화학적 기능에 손상을 초래하는 것이므로, 공간적인 자연환경의 파괴나 생활환경의 파괴와는 상당히 거리가 먼 의미이다. 통상적인 경관의 훼손 자체도 환경법상의 환경훼손에 속하지 않는다.

이러한 환경훼손과 환경파괴는 필수적으로 환경오염을 수반한다. 이 때문에 환경피해는 환경오염피해라는 용어로 대표되고 있다. 환경오염은 국민의 건강에 위해를 미치거나 쾌적한 환경보전을 저해하는 대기오염, 수질오염, 소음·진동 또는 악취 등의 현상을 의미한다. 이에 더해 환경오염현상은 경제적, 사회적, 지리적 여건이나 과학기술의 발전도와 밀접한 관계가 있으므로 용어정립이 어려우며 학문상으로도 아직 이에 대한 정설이 확립된 바 없다는 견해<sup>16)</sup>도 있다.

환경정책기본법은 환경오염이라 함은 사업활동 기타 사람의 활동에 따라 발생하는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음, 진동, 악취 등으로서 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태라고 정의하고 있다. 이를 토대로 환경오염의 요건을 살펴본다. 첫째, 환경오염은 사람의 활동에 의해서 발생한다. 등산, 관광 등 여가활동이나 가정에서의 일상활동에서도 발생한다는 점에서 태풍, 지진, 화산폭발 등 자연재해와 구별된다. 둘째, 환경오염이라고 하기 위해서는 사람의 활동에

15) 심학무·김오식, 상계서, 42면.

16) 김도창, 「일반행정법론(하)」, 청운사, 1992, 620면.

의해서 대기오염, 수질오염, 토양오염, 방사능오염, 소음, 진동, 악취 등 환경을 해치는 요인이 발생하여야 한다. 환경오염 요인은 각 요인별로 단행법에 처벌규정이 있고, 자의적인 행정규제를 막는다는 의미에서 제한적, 열거적으로 규정되었다고 보여진다. 따라서 새로이 나타나는 오염요인은 별도의 단행법을 제정하거나 법개정을 통해 규제가 가능하다. 셋째, 환경오염은 이러한 오염현상에 의해 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태가 발생하여야 한다. 사람의 건강은 생명, 신체적 건강은 물론 정신적 건강도 포함되어야 한다. 환경은 자연현상과 생활환경 모두를 포함한다고 하겠다.

## (2) 환경피해의 특징과 분류

환경피해의 대표적 유형인 환경오염은 근대 시민법이 예상조차 못하였던 새로운 침해유형이다. 따라서 환경오염으로 인한 피해의 구제에 타당한 새로운 법리는 환경오염의 특질에서 비롯된다고 할 수 있다. 지금까지 학설·판례가 지적하고 있는 환경오염의 특성을 살펴본다.<sup>17)</sup>

가. 피해의 누적성·계속성: 환경오염의 피해는 발생과 피해에 있어 일회적이지 아니하고 계속적이며 서서히 진행되는 것이 일반적이다. 일시적인 돌발사고에 의한 산업재해와 구별되고 그 원인이 되는 인위적 활동이 계속되는 동안은 침해도 계속된다.<sup>18)</sup> 그러므로 환경오염으로 인한 피해의 구제는 이미 발생한 손해를 전보해주는 것만으로는 불충분하고, 이미 존재하는 환경오염을 근원적으로 제거하고 장래에 발생할 우려가 있는 피해를 방지하기 위하여 사전예방대책의 수립도 필요하다.

나. 간접적 침해: 환경오염피해는 인간의 행위에 의한 침해로서 사람이나 물건에 대한 직접적 침해도 있으나 대부분 물, 대기, 토양, 진동, 음향 등의 어떤 매체를 통하여 간접적으로 발생한다.<sup>19)</sup> 매체를 통한 간접적 피해이기 때문에 손해의 발생, 정도, 내용 등이 불명확하고 환경오염원인인 가해행위와 손해발생 사이에 인과관계가 불분명하여 입증이 곤란한 경우가 많다. 환경오염피해는 사전에 그 원인물질이

17) 구연창, 「환경법」, 법문사, 1993, 35면.

18) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2004, 945면.

19) 서돈각, “공해로부터의 자유”, 「법과 공해」, 한국법학교수회, 1974, 11면.

매개체에 미치지 않도록 조치하는 것이 보다 효과적이라는 특색이 있다.<sup>20)</sup>

다. 피해범위의 광역성: 환경오염은 물, 대기, 토양, 진동, 음향 등 매체를 통하여 불특정다수의 주민에게 광범위하게 확산되는 특성을 갖고 있다. 이에 따라 그 피해도 무한정 확대될 수 있으며 후유증 또한 심각하다. 가해자의 경우도 피해에 대하여 부담하여야 할 배상액이 막대한 액수에 이르게 된다. 그 결과 가해자의 배상능력이 충분하지 못하면 피해자의 손해배상청구권은 유명무실하게 되고, 만일 가해자에게 상당한 배상능력이 있더라도 가해자는 배상책임의 이행으로 과멸을 가져오는 수가 많으므로 불특정 제3자를 위한 환경오염보험이나 환경오염으로 인한 피해보상기금 제도가 시행되어야 한다는 주장도 있다.<sup>21)</sup> 환경오염피해는 지역사회에 광범위하게 미치는 피해로서 상린관계로서의 생활방해와는 범위를 달리하며, 구제 역시 민사적 수단에 의존할 경우 불충분할 수밖에 없다.

라. 침해의 심각성: 환경오염피해는 사람의 건강과 자연환경에 심각한 유해를 끼친다. 재산 및 건강뿐만 아니라 쾌적한 생활을 방해 위협하는 생활 전반에 대한 침해이다. 침해가 포괄적이고 전면적이라는 점에서 다른 불법행위와 구별된다.<sup>22)</sup> 개개의 발생원에서는 적은 양의 유해물질이 배출되었다 할지라도 축적될 경우 매우 큰 피해를 야기할 수 있다는 것이다.

마. 발생의 인위성: 환경오염은 인위적인 것에 의하여 발생하는 피해다. 사람의 행위에 의하여 환경 또는 사람의 건강과 생명 및 재산에 유해한 결과를 가져오게 하는 것이다. 인위적이라는 점에서 자연현상에 기인하는 자연재해와 구별된다. 환경오염피해는 이처럼 인위적이기 때문에 그에 대한 방지도 인위적인 힘으로 가능하다. 따라서 환경오염을 유발시키는 매체를 지배하는 자에게 그 예방에 관한 의무를 부담시키고 환경오염 책임을 묻게 된다.<sup>23)</sup>

바. 피해자 및 가해자의 특정 곤란성: 환경오염은 광역적으로 발생하므로 피해자가 다수 발생하기 마련이고 가해원인도 복합적이어서 가해자도 다수인 경우가 많다. 여러 가지 매체물을 통하여 간접적인 침해로 이루어지는 특질이 있기 때문에 이로 인하여 발생하는 손해와 그 정도 및 내용 등이 명료하지 않다. 환경오염의 이

20) 조은래, 전계서, 181면.

21) 이균성, “공해의 피해자구제와 보험”, 「환경법연구」 제2권, 한국환경법학회, 1980, 73면.

22) 전창조, “공해의 사법적 구제의 법리에 관한 연구”, 「동아대 논문집」 11권, 동아대학교, 1974, 25면.

23) 구연창, 전계서, 35면.

러한 특질은 사법적 구제에 있어 여러 제약과 한계를 주게 되며, 개별적 소송을 원칙으로 하는 현대 민사소송구조와의 관계에서도 문제점을 야기한다.<sup>24)</sup>

사. 지위의 비교환성: 환경오염피해에 있어서 가해자와 피해자의 입장과 지위의 비교환성이 뚜렷하다.<sup>25)</sup> 가해자는 일반적으로 일정한 생산활동에 종사하는 기업이고, 피해자는 인근의 주민이므로 가해자와 피해자의 지위는 뒤바뀔 가능성이 거의 없다. 또 가해자와 피해자간에 사회적, 경제적 힘이 불균형한 경우가 보통이다. 따라서 경제적 약자로서 당사자로서의 지위도 약해질 수밖에 없기 때문에 피해자 구제에 만전을 기할 수 없는 만큼 피해자의 적극적 구제를 위한 법리의 정립이 필요하다.

이러한 환경오염은 그 관점에 따라 첫째, 현상별 분류(대기오염, 수질오염, 소음, 진동 등), 둘째 인간행위의 목적과 행태를 기준으로 한 발생원인별 분류(산업환경오염, 도시환경오염, 기타 환경오염 등), 셋째 원인물질별 분류(카드뮴환경오염, 납환경오염, 아황산가스환경오염 등), 넷째 環境源別 분류(자동차환경오염, 공장환경오염, 선박환경오염 등), 다섯째 행위양상별 분류(생산환경오염, 소비환경오염), 여섯째 피해지명별 분류(인천환경오염, 부산환경오염 등), 일곱째 환경오염대책의 순위나 방법을 정하기 위한 것으로 환경오염 현상의 시점에서부터 위험도래의 시간적 차이에 의한 분류(위기영역, 장기적 파괴 등)로 나눌 수 있다.

이중 가장 보편적으로 이용되는 분류는 현상별 분류방법이다. 현행 환경정책기본법도 대기오염, 수질오염, 소음, 진동 등 환경오염에 대한 정의를 현상에 따라 분류하고 있다. 미국이나 영국, 프랑스 등 선진국의 환경오염대책 역시 이러한 환경오염의 현상별 분류에 따른 개별화된 입법의 형태를 취하고 있다.<sup>26)</sup>

환경정책기본법과 민법 제217조를 중심으로 한 환경오염의 유형을 살펴보면 첫째, 외부로부터의 물리적 침해에 의한 생활방해(먼지, 그을음, 점토입자, 재, 불꽃, 툽밥 등의 고체와 물, 증기, 폐수 등의 액체, 소음, 진동, 빛의 반사 등 에너지에 의한 침해), 둘째 외부로부터의 정신적 침해에 의한 생활방해로서 고압전선의 가설, 공중화장실의 설치, 화재 또는 폭발위험이 있는 물질의 저장, 불치의 병자를 위한

24) 전창조, 전계논문, 25면.

25) 조은래, 전계서, 183면.

26) 구연창, “공해방지를 위한 입법례”, 「국회보」 제154호, 국회사무처, 1976, 69면; 국제환경문제연구소, 「환경육법해설」, 1990, 27면.

진료소 등 인근주민에 불쾌한 인상이나 불안감을 주는 생활방해, 셋째 기업의 사업 활동에 수반하여 발생하는 산업폐기물(오니, 폐유, 폐산, 폐알칼리, 폐고무, 폐합성 수지 등)에 의한 인간생활과 자연환경의 오염, 넷째 일조방해, 통풍방해, 조망 및 경관방해 등과 같이 가해자가 인근에 건물을 축조하거나 나무를 심는 행위 등으로 사람의 일상생활과 밀접한 관계가 있는 재산이나 동식물의 생육에 필요한 생활환경의 침해 등으로 분류할 수 있다.<sup>27)</sup>

### 3. 대응체계의 변천

환경문제의 발생에 대한 대응체계는 국제사회와 개별국가에 의한 환경규제, 그리고 환경오염 피해자들이 제기하는 피해구제 등 이원적으로 나눌 수 있다. 누적된 환경오염과 자연파괴로 인하여 야기된 생존에의 위기는 지금까지 개발지상주의적 사고에 안주하던 인류의 의식에 일대 경종을 울리게 된다. 그 결과는 무분별한 개발 또는 환경오염에 대한 직간접적 규제로 나타난다. 산업화 과정에서 발생한 환경오염문제에 대하여 오염자에게 책임을 지게 하는 등 법적인 규제가 시작된 것이다.

법적인 규제는 사법분야에서 먼저 등장하였다. 환경오염이 수인한도를 초과한 경우 오염피해자에게 Immission<sup>28)</sup>의 금지청구권을 인정하였다. 또 불법행위로 인한 손해배상청구권과 방해배제 및 예방청구권도 환경피해구제에 효과적으로 작용하였다. 그러나 민사적 해결만으로는 날로 증가하고 사회문제화되어가는 환경오염문제를 능동적으로 해결할 수 없었다. 이에 따라 제2차 세계대전 이후 환경권이 헌법상의 권리로서 보장되고, 행정적·형사적 규제를 가하게 된 것이다. 동시에 많은 환경행정법과 벌칙규정들이 제정되게 되었다. 사법분야도 중전의 과실책임주의, 위법성론, 피해자의 인과관계 입증책임주의 등은 환경피해구제에 효과적으로 대응할 수 없다는 반성이 제기되면서 무과실 책임주의, 연대책임론, 신수인한도론, 입증책임의 완화이론, 책임보험제도 등이 등장하게 되었다.<sup>29)</sup>

27) 박철우, “공해의 사법적 연구에 관한 해설”, 「법경논문」, 우석대학교, 1970, 43면.

28) 영미법에서는 생활방해(nuisance), 프랑스법에서는 근린피해(troubles de voisinage), 일본에서는 공해라한다.

29) 조현권, 「환경법」, 법률문화원, 2006, 98면.

## (1) 국제사회의 변천과정

국제사회에서의 환경규제는 1945년 유엔과 그 전문기관의 창설과 더불어 시작되었다. 유엔은 환경보전을 위하여 별도의 전문기관을 설치하지는 않았으나 식량농업 기구(Food and Agriculture Organization), UNESCO, GATT 등의 전문기관이 환경문제를 취급하기 시작하였다.<sup>30)</sup>

환경보호를 위한 국제조약의 체결이 본격화되고, 환경에 관한 새로운 관습법원칙들도 출현하게 된 계기는 1972년 스톡홀름에서 개최된 UN인간환경회의(U.N. Conference on Human Environment)이다. UN인간환경회의 이후 국제사회에서 통치 및 협의의무, 긴급사태의 통고의무, 내외국인의 동등한 출소권, 법규적용에 있어서 외국인에 대한 차별금지 등의 원칙이 확립되었다. UN인간환경회의 20주년이 되는 1992년 6월 3일부터 14일까지 브라질 리우 데 자네이루에서 UN환경개발회의가 개최되었다. UN환경개발회의는 개발과 환경보전을 조화시키고 양립시킬 수 있는 개념을 창출, 공식화하였는데 환경적으로 건전하고 지속가능한 개발(Environmentally Sound and Sustainable Development: ESSD)<sup>31)</sup>이 그것이다. 리우유엔환경개발회의 이후 10년간 세계의 지속가능한 발전의 정도를 평가하기 위해 2002년 8월 26일부터 9월 4일까지 남아공화국의 요하네스버그에서 191개국의 정부, 유엔전문기구, 정부간 기구(IGOs), 비정부간 기구(NGOs), 민간단체, 학계에서 2만1천여명이 참가한 가운데 지속가능발전 세계정상회의가 개최되었다.

법률적 규제분야도 변천을 거듭한다. 2차 세계대전 이후 다양한 환경사고를 겪으면서 환경권이 헌법상의 권리로 보장되고, 행정적 형사적 규제도 뒤따르게 되었다. 규제의 증가는 수많은 환경행정법과 벌칙규정 제정으로 나타났다. 미국에서 환경보호에 대한 연방법률의 수는 1970년 이래 2배이상 증가하였다. 영국의 경우도 환경에 관한 법령수는 1885년 6개에서 1945년 21개로, 1970년에는 거의 100개로, 현

30) Philippe Sands, Principles of International Environmental Law, vol. I, 1995, p. 30.

31) 세계환경개발위원회(WCED)는 “미래세대가 그들의 필요성을 충족시킬 능력을 손상시키지 않으면서 현재 세대의 필요성을 충족시키는 개발(development that meets the needs of the present without compromising the ability of the future generations to meet their own needs)”이라고 지속가능한 발전을 정의하였다. 지속가능한 발전의 원칙은 세대간 형평의 원칙, 자연자원의 지속가능한 사용의 원칙, 자연자원의 공평한 사용의 원칙, 환경과 개발정책과의 통합의 원칙으로 구성되어 있다(The World Commission on Environment and Development, Our Common Future(1987), p. 43; 노명준, 전거서, 85면).

재로 약 300개로 증가하였다. 환경법령제정활동은 1980년대에 전 세계에 걸쳐 최고조를 이루었다.<sup>32)</sup> 환경과 관련된 다자조약 또는 양자조약, 지역간 협약 등 국제조약은 1000여개에 이르고 있다.

## (2) 우리나라의 변천과정

### 1) 1960년대~1970년대 중반

우리나라의 본격적인 환경문제는 제3공화국 정부가 경제개발 5개년 계획을 수립하여 공업화를 추진하기 시작한 1960년대에 싹트었다고 볼 수 있다. 이에 대처하기 위한 방안으로 1963년 11월 우리나라 최초의 환경법인 공해방지법이 법률 제1436호로 제정되었다. 그러나 공해를 다루는 전담기관이나 법시행에 필요한 예산 등의 조치가 없었으며, 또한 하위법인 시행규칙이 1967년 5월에야 제정됨으로써 공해입법의 명목에 그쳤을 뿐 법의 실효성 확보는 미흡하였다고 평가받고 있다. 당시 환경행정은 1967년 2월 보건사회부 환경위생과로 겨우 출발한 상태였으며, 그마저 공해방지 차원에 머무는 단계였다.

이후 1960년대 경제개발이 가속화되는 과정에서 공해현상이 국지적으로 발생하게 된다. 이에 따라 정부는 1971년 1월 법률 제2305호로 공해방지법을 개정, 전문 27개조 및 부칙으로 공포하였다. 개정법은 배출허용기준, 배출시설 설치허가제도, 이전명령제도 등을 도입하여 법적성격은 이른바 공해법의 성격을 가지게 되었다. 그러나 개정법 역시 시대적 한계를 노출하고 있었다. 환경 전반에 대한 배려없이 공해 자체의 규제, 그것도 사후적 규제에 집중된 입법으로 환경기준제도를 전혀 알지 못하고 있었다. 다만 배출시설의 개념이 도입되어 환경행정에 있어 규제방법의 전환점을 가져오는 계기가 되었다.<sup>33)</sup>

### 2) 1970년대 후반~1980년대 후반

도시화·산업화의 급진전이 일어난 1970년대는 우리나라 환경문제의 심각화가 표출되는 시점이다. 이에 따라 종래의 공해방지법으로서는 오염물질의 효율적 관리가

32) 조현권, 전게서, 83면.

33) 조은래, 전게서, 7면.

어렵고 보다 체계적이고 통일적인 입법이 요구되게 된다. 오염물질의 효율적인 관리와 환경을 사전에 보전·이용·관리하는 것에 중점을 둔 환경보전법이 1977년 12월 31일 법률 제3078호로 제정되기에 이른다. 그러나 법의 집행은 아직도 소극적이었고 형식적인 틀에서 벗어나지 못하였다. 이밖에 국제적인 해양오염규제의 필요성에 따라 1977년 12월에 해양오염방지법이 제정되었으며, 농촌지역 근대화에 따른 농촌지역의 폐비닐문제 등이 심각함에 따라 1979년 12월에 합성수지폐기물 처리사업법이 제정되었다. 1983년 5월에는 환경오염방지사업을 효율적으로 수행하기 위하여 환경오염방지사업법이 제정되었다. 이 법에 따라 환경관리공단의 전신인 환경오염방지사업단이 설립되었다.

1980년대는 국민생활의 질을 본격적으로 따지기 시작하였다. 무엇보다도 1980년의 제5공화국 헌법 제33조에 국민의 기본권으로 환경권을 천명하고, 중앙환경행정기관이며 환경주무관청으로 환경청이 발족되었다. 환경보전을 위한 새로운 제도도 잇따라 도입되었다. 각종 개발사업으로 인한 환경영향을 사전에 규명하고 환경피해를 최소화하며, 자원의 합리적 이용과 보전을 위한 예방적 수단으로 환경영향평가를 실시하였다. 배출허가기준을 초과하는 경우에 경제적 부담을 지우는 배출부과금제도도 도입하였다. 1986년에는 환경보전법을 개정하여 환경영향평가의 대상을 민간사업까지 확대하였다. 또 폐기물관리법을 제정하여 환경보전법과 오물청소법의 이원화된 법체계를 단일화하였다.

### 3) 1990년대 초반 이후

1990년대 초반 이후에는 환경오염의 심각성이 다양한 방식으로 제기되기에 이르렀다. 다양하고 현저하게 제기되는 환경문제를 단일법 체계로 대응하기에는 역부족이었으며, 많은 문제점이 노출되었다. 입법의 비대화현상, 중요한 입법사항임에도 불구하고 법률이 아닌 행정규칙에 의하여 규율되는 입법형식상의 기형화 현상 등이 나타났다. <sup>34)</sup>

이러한 시대적 요청에 부응하기 위하여 1990년 8월 법률 제4492호로 환경정책기본법이 제정되었다. 환경정책기본법은 경제발전에 상응하는 환경보전체계를 구축하는 등 그간 우리나라의 환경행정 여건변화에 대응하기 위한 법률이다. 환경정책

34) 조현권, 전거서, 100면.

기본법은 법적 성격이 규제법이나 집행법이라기보다 정책법이다. 이에 따라 오염대상 분야별로 개별법이 속속 제정되기에 이른다. 환경정책기본법은 헌법상의 환경권과 환경보전의무를 구현하기 위한 각종의 개별대책법의 기본지침을 명확히 해줌으로써 헌법과 환경대책법을 연계시켜주는 중요한 기능을 담당한다. 현재 미국이나 일본의 법체계처럼 환경관계 개별 대책법의 선도적 지위를 갖고 있는 것이다. 환경정책기본법은 2008년 3월 개정후 현재에 이르고 있다.

환경정책기본법 제정으로 우리나라 환경법은 복수법주의 시대로 접어들게 된다. 오염종류별로 혹은 사항별로 개별화하여 수개의 독립된 법률을 제정하게 된 것이다. 우리나라 환경법은 헌법-환경정책기본법-개별법 형태로 구성되었다. 1990년 8월에 대기환경보전법, 수질환경보전법, 소음·진동규제법, 유해화학물질관리법, 환경오염피해분쟁조정법 등의 환경 관련법이 제정되었다. 2002년 1월에는 낙동강, 영산강, 금강 수계의 수질을 개선하여 주민에게 맑은 물을 공급하기 위한 오염물질총량관리제도 등을 도입한 낙동강특별법, 영산강특별법, 금강특별법이 제정되었다.

2007년에는 잔류성유기오염물질관리법, 전기·전자제품 및 자동차의 자원순환에 관한 법률, 지속가능발전 기본법 등 3개 법률이 제정되었으며, 2008년에는 환경교육진흥법, 환경보건법 등 2개 법률이 제정되었다. 2009년 현재 환경부가 관장하는 법률은 총 46개에 이른다. 이밖에 환경부가 직접 관장하고 있지 않으나 실질적으로 환경법의 범주에 포함된다고 볼 수 있는 해양오염방지법, 지하수법, 산림법 등 다른 부처가 관장하는 환경 관련 법률도 60여개에 이르고 있다.

## 第2節 環境訴訟의 意義와 特殊性

### 1. 환경피해의 구제방안 개관

환경피해에 대한 권리구제 제도는 행정쟁송, 국가배상, 손실보상 등 행정구제법상의 제도 및 헌법소원, 청원, 민원제도, 그리고 분쟁조정제도와 민사상의 각종 구제수단 등 다양한 제도가 있다. 이러한 각종 구제제도들은 환경상의 권익구제에 기여할 뿐만 아니라, 환경침해로 발생한 피해에 대한 법적 책임을 과함으로써 궁극적으로 환경규제수단으로서의 기능을 함과 동시에 환경보전의 목적에 기여하는 것이라

할 수 있다.<sup>35)</sup>

환경구제의 개념에 대하여는 행정구제의 개념을 원용하여 환경국가의 원리에 따라 국민의 경제활동 또는 국가의 행정작용으로 인하여 국민의 환경권과 환경이익이 침해되었거나 침해될 것으로 주장하는 자가 법원이나 일정한 판정기관에 손해진보·원상회복, 경제활동의 유지 또는 행정작용의 취소·변경을 청구하거나, 기타 피해구제 또는 예방을 청구하고 이에 대하여 법원이나 일정한 판정기관이 심리하여 환경권익보호에 관한 판정을 내리는 것이라고 하는 견해가 있다.<sup>36)</sup> 구체적으로 환경상의 권리구제란 환경보전 또는 환경규제라는 행정적 목적이 아니라, 환경오염으로 인한 분쟁의 해결 및 환경상의 권익구제를 의미한다. 이것은 환경오염의 피해에 대한 구제와 환경행정으로 인한 권익침해의 구제를 포함한다.

환경오염으로 인한 구제는 내용과 수단에 따라 다음과 같이 나눌 수 있다. 피해구제의 내용에 따라 피해의 예방·배제와 발생한 손해의 전보로 나누게 된다. 피해의 배제의 경우 환경오염은 그 성질상 사전적 구제, 피해발생시의 효과적인 진압 및 사후적 구제라는 세 가지 측면에서 법적 대응을 필요로 하게 된다. 피해구제의 방법은 그 수단에 따라 행정적 구제, 司法的 구제, 私的 구제 등 3종으로 구분할 수 있다. 행정적 구제는 행정주체가 관련 법규를 통하여 행하는 구제이다. 이에는 국가 또는 지방자치단체에 의한 분쟁조정, 중재 등이 있다. 진정이나 민원처리도 이에 해당한다고 하겠다. 司法的 구제는 법원에 의하여 실현되는 구제이다. 이에는 公法的 구제와 私法的 구제가 있다. 공법적 구제에는 환경관련법 등 행정적 규제입법에 의한 행정소송과 형법적 규제수단에 의한 피해자 구제가 대표적이다. 형법적 규제수단에 의한 피해자 구제는 불특정다수의 생명이나 건강을 위협하는 사회적 해악을 행할 때 형법적 처벌로서 환경침해범에게 심리적으로 환경침해의 발생을 억제하는 효과를 기대할 수 있다. 私法的 구제는 그 방법에 있어서 손해배상청구와 유지청구의 두 가지가 인정된다. 손해배상청구는 환경침해로 인하여 손해를 입은 경우에 이를 금전으로 배상하는 것이고, 유지청구는 오염피해가 현실로 발생하였다고 또는 발생이 예측되는 경우에 그 배제 또는 예방을 구하는 것으로서 보통 조업의 정지, 제한이나 일정한 예방, 개선조치 등이 있다.<sup>37)</sup>

35) 조은래, 전계서, 180면.

36) 조홍식, “환경구제법 소고”, 「환경법 연구」 제21권, 한국환경법학회, 1999, 103면.

私的 구제는 당사자간의 합의에 의하거나 자력으로 이루는 구제이다. 자력구제는 권리의 보호, 실현을 위하여 私力에 의존하는 것으로서 원칙적으로 국가는 이를 인정하지 않는다. 분쟁해결의 수단으로서 사적 해결에 호소하는 경향은 사법적 구제가 지닌 제 문제점, 예컨대 비용·시간·절차의 복잡성 등에서 그 이유를 찾을 수 있지만, 다른 한편 환경소송에 관하여는 피해자측이 인과관계의 입증곤란으로 패소할 가능성이 크기 때문에 사회적으로 경제적인 강자인 가해자측이 제시한 구제조건에 어쩔 수 없이 응할 수밖에 없다는 현실에서 중요한 이유를 찾을 수 있다. 이처럼 사적 구제수단은 법적 절차를 거치지 아니하고 합의로 해결된다는 점에서 간편하다는 장점을 가지나, 일반적으로 가해자측의 유리한 입장에 지배당하기 쉬워 피해자에게는 가해자가 제시한 조건의 수락을 강요당하는 것이 보통이다. 따라서 환경보전과 피해구제의 형평과 공정을 기하기 어렵다. 또 사적 해결은 손해배상계약의 형태로 이루어지는 경우가 보통이고, 이것이 이행되지 않을 경우 계약불이행과 사정변경이 다시 문제가 되어 결국 민사소송에 의할 수밖에 없다<sup>38)</sup>는 단점이 있다.

## 2. 환경소송의 의의

### (1) 환경소송의 개념

환경소송은 환경피해의 구제를 목적으로 하는 재판절차를 말한다. 환경오염피해에 대한 민사상 책임은, 환경오염으로 인한 피해의 배제 내지 예방을 구하거나, 그로 인한 손해의 填補를 구하는 방법으로 실현된다. 전자의 경우가 留止청구이고, 후자의 경우는 손해배상청구라 한다. 이 두 가지는 환경오염책임의 구성내용이 된다.<sup>39)</sup>

현대사회에 들어서면서 환경과 관련된 분쟁 즉 환경위해시설의 설치 등과 관련된 소송, 일조권, 조망권 등의 소송이 급증하고 있다. 이러한 소송들은 민사소송이나 행정소송의 형태로 제기되고 있으나 환경피해 구제라는 새로운 문제를 해결하기에

37) 이동기, “환경소송에 있어서 입증책임 완화에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2006, 23면.

38) 佐藤竺西原道雄, 「公害對策Ⅱ」, 有斐閣, 1970, 31面.

39) 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법」, 법률행정연구원, 2003, 1233면.

는 한계가 많다. 이 때문에 환경소송이라는 새로운 개념의 정립이 요구되는 것이다.

환경소송의 개념을 구체적으로 살펴본다. 환경소송은 환경피해를 그 대상으로 한다. 환경이란 헌법상 기본권으로 보장된 환경권의 대상으로, 인간을 둘러싸고 있는 주위의 일체를 말한다. 환경피해라 함은 이러한 환경에 대한 일체의 가해행위를 말하며, 가해자로는 환경침해사업을 하도록 인허가를 한 행정청과 직접 환경침해사업을 하고 있는 사업자를 들 수 있다.<sup>40)</sup> 환경소송은 재판을 통한 구제절차이다. 환경오염으로 인한 피해를 입은 국민은 사법상, 공법상 그 구제를 받을 수 있다. 사법상 구제는 무과실 책임론, 공해의 유지청구의 법리, 인과관계에 있어서의 개연성 이론, 사법상의 환경권론 등의 법리발전을 통해서 그에 대한 구제도 어느 정도 용이해졌다. 그러나 사법상의 구제는 실제 발생한 피해 등의 현실적 회복에는 도움이 되지 못하며, 사후구제이기 때문에 피해의 미연 방지에는 효율적이지 못하다는 지적이 제기되고 있다. 가해행위의 留止를 내용으로 하는 유지소송의 경우도 개인적인 구제인 이상 지역사회 전체의 환경과피해를 방지하고 환경보전을 도모하는 책무를 수행하기에는 역부족이다.

대부분의 환경오염행위가 행정주체에게 그 책임의 일단이 있다고 볼 수 있는 현대행정국가에서는 민사상의 구제가 일정한 한계에 부딪히고 있다는 점을 고려할 때 행정주체에게 환경오염에 대한 책임을 추궁하는 환경행정소송의 중요성이 커지고 있다고 할 것이다. 형사소송은 국가기관인 검사가 환경법상의 벌칙조항을 근거로 국가의 형벌권의 존재 여부를 확정하는 목적으로 기소한 피고인이 유죄인가 무죄인가를 판단하는 절차다. 직접 환경피해에 대한 구제를 목적으로 하지 않는다는 점에서 환경소송의 범위에서 제외하는 견해<sup>41)</sup>도 있다.

환경소송은 소득재분배의 역할을 하는 소송이다. 국가나 지방자치단체 또는 법인 및 개인이 환경을 계획 또는 개발하거나 오염시킴으로 인하여, 상당한 이익을 취하고 있으며 경제적인 부의 편중도 야기한다고 볼 수 있다. 환경과피나 환경훼손 및 환경오염으로 인하여 재산적, 신체적 피해를 입은 사람은 대부분이 경제적인 약자이다. 재산상의 피해에 대해서는 자연인과 법인이 모두 손해배상청구권을 갖는다. 이처럼 환경소송은 경제적 강자의 재산 일부를 경제적 약자의 재산으로 전환시키는

40) 서희원, 「환경소송」, 북피디닷컴, 2004, 19면.

41) 서희원, 전제서, 20면.

불평등의 평등화 내지 재분배의 작용을 하고 사회보장적 내지 사회보험적인 역할도 하는 것이다. 환경파괴나 환경훼손 및 환경오염과 연관되는 소송은 그 현상을 환경과학적으로 해석하고, 그 피해액을 환경공학적으로 산정해야 하므로, 일반적 민사소송 또는 행정소송이라기 보다 특정의 환경소송으로 인정하게 된 것이다.<sup>42)</sup> 결국 환경소송이라 함은 환경상 이익의 보호나 침해된 환경상 이익의 구제를 위하여 제기되는 소송을 총칭한다.<sup>43)</sup>

## (2) 환경소송의 필요성

환경문제나 환경권 이론은 근대법이 전혀 예상하지 못한 새로운 법영역으로 볼 수 있다. 그러나 그 구제방법은 엄격한 공·사법의 구별을 전제로 하는 행정소송이나 민사소송이라는 전통적인 소송의 형태 그대로이기 때문에, 현대의 환경권의 이념이 적정하게 사법의 장에 구현되기도 어려웠다. 현대의 시민은 제3자로서의 지위에서 자신의 이익을 보호하기 위하여 행정처분을 다투기도 하고, 경우에 따라서는 일반 시민의 입장에서 공익보호를 위하여 다투는 필요가 인정된다.<sup>44)</sup> 그럼에도 불구하고 주로 환경오염피해의 發生機序의 복잡성으로부터 유래되는 환경오염피해의 불명료성은 가해자의 고의과실, 가해행위와 손해발생간의 인과관계에 대한 피해자의 입증을 어렵게 만드는 한편 사안의 해명에 과학적, 전문적 지식을 요구하게 된다.<sup>45)</sup> 특히 가해자는 국가나 대기업과 같이 경제력이 있는 경우가 많은 반면 피해자는 일반 시민으로서 경제력이 약해 현저한 경제적 불균형을 초래하며 결국 효과적인 환경피해 구제를 어렵게 만드는 요인이 되고 있다.

환경파괴로 인한 피해는 대부분 인간의 생명이나 자연환경에 대한 피해를 수반하는 것으로 그 원상회복이 어렵다는 특성을 가지고 있어 기존의 개인간의 법익침해를 전제로 하는 법리를 그대로 적용할 수는 없다. 법원을 통한 구제는 행정소송의 경우 원고적격의 문제에서부터 부딪히고, 민사소송의 경우도 피해자가 스스로 위법성과 인과관계 등을 입증해야 하는 어려움을 겪어야 한다. 그럼에도 환경피해를 당

42) 심학무·김오식, 전제서, 51면.

43) 박균성, 「제2관 행정법론(상)」, 박영사, 2003, 821면.

44) 류지태, 「환경법」, 고려대학교 출판부, 2000, 103면.

45) 오석락, 「환경소송의 제문제」, 삼영사, 1996, 64면.

한 개인의 입장에서는 권리구제를 위한 최후의 방법으로 직접 행정청이나 가해자를 상대로 행정소송이나 민사소송을 제기하는 수밖에 없다. 환경법이나 환경문제가 기존의 공사법의 영역과는 구별되는 환경권 사상을 기본 이념으로 한 제3의 독립된 법영역 이라면, 환경침해에 대한 구제방법 역시 비록 현행 절차법의 체계상 공사법의 구별을 전제로 하는 전통적인 행정소송과 민사소송의 형태에 의존할 수밖에 없을 지라도 환경침해에 대한 소송이라는 통일적인 구성의 필요성이 제기되는 이유가 여기에 있다. 기존의 민사소송과 행정소송과 구별되는 어느 정도 일관되고 독립된 요건과 형식을 갖춘 환경소송이 필요한 것이다.

### (3) 환경소송법

환경법은 환경과 관련된 헌법, 행정법, 형법 등의 실체법이고, 환경소송법은 이러한 환경과 관련된 실체법을 재판과정에서 적용하는 절차법이다. 이에 따라 환경법은 수질, 토양, 대기, 폐기물, 소음 등 행정규제와 관련된 행정법규가 그 중심이 되는데 반해, 환경소송법은 환경분쟁과 관련된 재판절차를 정하고 있는 법인만큼 행정소송법과 민사소송법이 그 중심이 된다. 또 환경소송법은 환경피해의 구제에 관한 재판절차라는 점에서 단순히 행정소송법과 민사소송법에 한정할 것이 아니라, 환경권 등 헌법규정은 물론이고 손해배상청구와 유지청구 등 민법의 규정을 포함하여 재판을 통한 환경피해의 구제와 관련이 있는 범위 내에서의 모든 법령을 포함한다고 할 것이다.<sup>46)</sup> 이에 더해, 환경소송법에 헌법재판소법, 형사소송법, 행정심판법을 포함시켜야 한다는 견해<sup>47)</sup>도 있다.

### 3. 환경소송의 특수성

환경소송 역시 대립되는 당사자 사이의 법적분쟁인 만큼 다른 법적분쟁과 본질적으로는 같다고 하겠다. 다만 환경소송은 환경을 매개로 한다는 점에서 기타 소송과 구별이 된다. 다른 일반적인 분쟁에 비해 환경소송이 가지는 특성은 다음과 같다.

46) 서희원, 전제서, 26면.

47) 고영훈, 「환경법」, 법문사, 2002, 45면; 천병태·김명길, 「환경법」, 삼영사, 2000, 63면.

### (1) 환경문제 발생원인의 다양성

환경문제는 대부분 여러 가지 원인이 종합적으로 반응하여 발생한다. 행정청의 환경정책 및 행정처분 등에 의한 오염과 파괴, 기업체의 오염물 배출에 의한 오염과 파괴, 생활오폐수의 배출 등이 그것이다. 환경오염은 발생주체, 원인물질, 피해의 종류에 따라 다양하며, 결국 환경분쟁의 불명확성을 초래하게 된다. 원인의 다양성은 환경소송의 해결방식이 다양하게 되는 결과를 가져온다.

환경오염 또는 파괴로 인한 피해는 즉시 나타나는 것도 있겠지만 대부분의 경우 장기간에 걸쳐 아주 느리게 나타날 뿐만 아니라, 발생지에서 하천이나 공기 등을 따라 유동할 수 있기 때문에 멀리 떨어진 지역까지 그 영향을 미칠 수 있다. 이는 환경행정소송을 통한 환경피해의 사법구제에 소요되는 시간의 장기화와 비용의 증가를 초래하게 되고 피해구제를 더 어렵게 만드는 결과를 초래한다.

### (2) 입증책임의 곤란성

환경소송 역시 원칙적으로 피해자가 구성요건을 입증해야 한다.<sup>48)</sup> 그러나 환경피해는 양적으로는 멀리까지 많은 사람들에게 미칠 뿐 아니라, 질적으로는 장기간에 걸쳐 피해자 자신도 모르는 사이에 누적되어 인간의 건강과 재산에 피해를 끼치기 때문에 쉽게 환경피해의 원인을 인식하지 못하게 된다. 다이옥신, 석면, 공사장 소음 등의 원인물질과 암의 발병, 가축의 출산 감소 및 질병 사이의 인과관계를 과학적으로 명확하게 규명하지 못하는 경우가 적지 않다. 또 가해자의 환경침해행위가 적법한 기업행위일 경우 그 위법성과 과실을 입증하는 것이 쉽지 않으며, 손해의 정도 역시 정신적 피해와 같이 계산이 곤란한 경우가 많다. 이러한 부분을 입증하기 위해서는 전문적인 지식이 필요하고, 많은 시간과 비용이 소요된다. 가해자는 국가나 대기업과 같이 경제력이 있는 경우가 많은 반면 피해자는 일반 시민으로 경제력이 약해 현저한 경제적 불균형을 초래하는 만큼 효과적인 환경피해 구제를 어렵게 하고 있다.<sup>49)</sup>

48) 한건우, 「현대행정법 I」, 인터랙, 2000, 781~782면.

### (3) 피해의 광역성

일반적인 행정처분 혹은 행정행위로 인한 피해는 특정 상대방에게만 미치지만 환경오염 또는 파괴의 범위가 상대적으로 광범위한 것을 고려하면 이로 인한 피해 역시 광범위하다고 할 수 있다. 불특정 다수인에게 피해가 돌아간다는 것이다. 피해는 사람만이 아니라 다른 생물에까지 미칠 수 있으며, 먹이사슬로 인해 생활환경의 악화를 초래하고 결과적으로 인간에게 그 피해가 되돌아오는 악순환이 초래될 수도 있다. 이 때문에 환경오염 피해는 넓은 지역에서 나타나고, 피해자도 불특정 다수인 경우가 많아 피해자를 확정하고 피해액을 산출하기가 어렵다. 피해 구제에 막대한 비용이 소요될 경우 가해자가 비용을 감당하기 어렵거나 아예 불가능하게 되는 경우도 생각해볼 수 있다. 피해가 공단 등에서 발생한 경우에는 가해자가 다수로 책임분담이 불명확해 결과적으로 피해구제에 어려움을 겪게 된다. 이 경우에는 광역적 피해로 규정해 지역사회 전반에 걸친 문제로 해결하는 방안이 요구된다.

### (4) 과도한 비용과 장시간의 필요

여러 원인이 복합적으로 작용하여 발생하는 환경피해의 경우 피해원인을 규명하고 관련 사실관계를 인정하며 증거를 확보하기 위해서는 사회적 약자에 위치한 피해자들에게 있어 많은 시간이 소요된다. 장기간의 투자는 결과적으로 비용의 증가를 의미, 피해 당사자들이 중간에 소송을 포기하는 경우도 생겨나게 된다. 반면 가해자인 국가나 행정청, 공공단체 혹은 기업체들은 사회적으로 강자의 위치에 있고 경제력을 가지고 있는 만큼 장기간에 걸친 재판에도 소송비용이 별 문제가 되지 않는다. 이 때문에 환경소송은 시간이 오래 걸리고<sup>50)</sup> 비용이 들면서도 승산은 불확실하다는 체험적 법의식이 자리잡고 있다.

49) 서희원, 전제서, 24면.

50) 1972년 진해화학의 공해로 김양식장을 망친 어민들이 제기한 손해배상청구소송은 14년만인 1986년 10월에야 비로소 최종 승소판결을 받았다. 이 소송을 진행하는 동안 강자인 피고측에서 고의적인 소송지연작전을 펼치므로써 이로 인해 재판비용을 감당하지 못해 소송을 중도에 포기하는 경우가 있었고, 또 장기간 소송이 진행되는 중에 피해어민 2명이 자살한 사건도 있었다(홍준형, 「환경법」, 박영사, 2001, 346면).

### 第3節 環境訴訟의 種類

종래의 환경행정은 소극적인 경찰행정적 규제수단에 머물러 주로 위반자에 대한 과태료 부과 등의 형태로 수행되었다. 이러한 결과 기업활동의 자유가 우선적으로 보호되었으며, 환경오염은 산업개발과 지역개발에 따르는 부산물로 간주되었다.<sup>51)</sup> 그러나 오늘날 환경에 대한 인식은 환경파괴를 미리 방지하고 환경을 적극적으로 보전하여 국민들에게 건강하고 쾌적한 환경을 제공하는 것으로 전환되었다. 이에 따라 환경소송 역시 인접주민의 원고적격 확대 등 다양한 방식으로 개선이 이뤄지고 있다. 환경소송은 환경상 이익의 보호나 침해된 환경상 이익의 구제를 위하여 제기되는 소송을 말한다. 환경소송에는 공법상 소송인 행정소송도 있고, 사법상의 소송인 민사소송도 있다. 형사소송을 환경소송의 범주에 포함시킬지 여부에 대해서는 논란의 여지가 있다. 형사소송으로 환경훼손이나 환경오염에 대한 책임을 명확히 하여 입증한 후에 민사소송으로 손해배상을 청구하는 경우가 많은 법현실을 감안해 포함시키는 것이 타당하다고 보여지나, 본 논문의 성격상 원고적격 확대와는 무관하므로 더 이상 검토하지 않겠다.

환경소송 이외의 구제방법으로는 환경분쟁조정제도와 행정심판, 헌법소원, 청원, 감사청구 및 정보공개청구, 진정·민원처리제도 등이 있다. 최근에는 대체적분쟁해결제도(ADR)가 환경분쟁조정의 또다른 대안으로 떠오르고 있다. ADR은 이미 발생한 환경분쟁을 해결하는 중요한 방법에 해당할 뿐 아니라 이를 예방하는 차원에서 요구되는 절차적 수단이라고 볼 수 있다.<sup>52)</sup>

#### 1. 환경민사소송

##### (1) 환경민사소송의 종류

51) 황보 완, “환경분쟁과 행정재판”, 「외법논집」 제17집, 외국어대학교, 2004, 247면.

52) 권영호·김은주, 「환경분쟁해결의 공법적 이해」, 제주발전연구총서 07, 도서출판 가이드, 2009, 71~72면.

통상적으로 환경민사소송은 폐수·유해가스·방사능폐기물·유류 등 유해물질의 배출로 인한 피해, 소음·진동·분진 등의 배출로 인한 피해, 일조·조망·프라이버시 등의 침해로 인한 피해의 형태를 띤다. 환경오염으로 인한 피해자는 사법적 구제수단으로 가해자에 대하여 손해배상을 청구하거나, 가해행위의 중지와 방지조치의 실시를 요구하는 유지청구를 할 수 있다. 이에 대한 법적 근거로는 통상 손해배상청구권에 대해서는 무과실책임을 규정한 환경정책기본법 제31조와 과실책임을 규정한 민법상의 불법행위에 관한 규정인 제750조 등을 들고 있다. 유지청구권에 대하여는 민법상의 물권적 방해제거·예방청구권 및 매연 등에 의한 생활방해금지에 관한 규정인 제205조, 제206조, 제214조, 제217조 등을 들고 있다. 이처럼 두개의 청구권이 불법행위법과 물권법에 분리되어 규정되어 있는 것은 민법을 제정할 당시에는 환경오염이라는 특수한 피해유형을 예상하지 못한 상황에서 제정한 결과이다.<sup>53)</sup>

환경오염에 관한 민사소송은 행정소송과 그 구성요건에서부터 다르지만 특히 원고적격과 환경권의 내용과 관련하여 다른 특징을 갖고 있다. 민사소송에서는 원칙적으로 원고적격이 문제되지 않는다. 손해배상과 유지청구는 이행의 소라고 할 수 있는데, 이행의 소에 있어서 정당한 당사자인지 여부는 주장 자체에 의하여 이행청구권이 명확하다면 당사자적격을 구비하게 되고, 실제로 이행청구권이 존재하느냐는 본안심리를 거쳐서 판단되며, 본안심리 결과 이행청구권이 존재하지 않는다면 소 각하판결이 아니라 청구 기각판결을 해야 한다.<sup>54)</sup> 반면 행정소송에서는 행정소송법 제12조에 법률상의 이익이 있는 자만이 소송을 제기할 수 있도록 원고적격이 엄격히 제한되고 있어, 아무리 위법한 행정처분이 있더라도 원고적격이 없는 한 본안에서 위법성에 관한 판단 자체를 받을 수가 없다.

민사소송에서는 포괄적으로 환경권과 환경정책기본법에서 인정되거나 최소한 조리상 인정될 수 있는 환경이익이나 생활이익은 권리로서 보호받을 수 있다. 그러한 이유로 하나의 사실관계에서 발생한 환경분쟁이라 하더라도 민사소송에서 주장하는 환경권의 내용과 행정소송에서 주장하는 환경권의 내용이 달라질 수 있다.<sup>55)</sup> 환경민사소송은 환경오염으로 인한 피해가 광역적이고 인체 내지 생활환경에 중대한 영

53) 최상희, “환경오염의 민사책임법리”, 충북대 박사학위논문, 2001, 22면.

54) 김상원 편, 「주석 민사소송법(1)」, 한국사법행정학회, 1996, 257면.

55) 서희원, 전게서, 171면.

향을 미치기 때문에 통상의 민사소송과 비교하여 여러 가지 면에서 다른 특징을 가지고 있다.<sup>56)</sup> 환경민사소송은 소송비용이 막대하며 시일도 장기화하는 것이 일반적이다. 환경오염으로 인한 피해의 구제는 손해의 공평한 분담 실현 차원에서 사실상 무과실책임을 인정하는 방향으로 가고 있으며, 위법성에 관하여는 어느 정도 범위를 넘는 환경오염에 대하여만 위법성을 띠게 된다고 보는 수인한도라는 개념이 사용된다. 환경오염 원인이 불명료한 경우가 많은 만큼 피해자에게 엄밀한 인과관계의 증명을 요구하는 것은 사실상 피해자 구제를 거절하는 것이 되므로 사회형평의 관점에서 수정이 요구된다 할 것이다.

## (2) 유지청구권과 손해배상청구권의 법적근거

환경피해에 대한 유지청구나 손해배상 청구의 법적근거를 우리나라의 학설은 상린관계법이나 불법행위법중 어느 하나로 설명하려는 일원주의와 환경침해에 대한 유지청구는 민법 제217조의 상린관계법으로 처리하고, 손해배상청구는 민법 제750조 이하의 불법행위법으로 해결하자는 이원주의로 나눌 수 있다.

### 1) 일원주의

가. 불법행위론으로 구성하는 견해

#### (가) 순수 불법행위설

환경오염이 민법 제750조의 요건을 구비하는 경우에는 불법행위가 성립되어 가해자는 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하게 된다. 우리 민법 제750조는 이미 발생한 손해에 대하여 배상책임을 있다는 것을 규정하여 불법행위에 대한 구제방법은 전보배상을 원칙으로 하고 있지만, 논리상 그 침해가 장래에도 계속될 것이 객관적으로 명백한 경우 불법행위의 효과로써 유지청구를 하는 것을 금지하는 것이라고는 볼 수 없어 불법행위의 효과로써 유지청구를 인정한다.<sup>57)</sup>

56) 정진명, “환경오염피해에 대한 민사법적 책임체계”, 「환경법연구」, 한국환경법학회, 1995, 149면.

57) 권용우, 「불법행위론」, 고시원, 1974, 245~246면; 東孝行, 「公害訴訟の理論實務」, 有信堂, 1971, 89면.

(나) 신수인한도론적 불법행위설

신수인한도론을 불법행위론에 도입하여 수인한도를 초과하는 피해를 부여한 자는 그에 대한 배상책임이 있으며, 유지의무가 있다는 견해이다. 고의·과실은 수인한도를 판단하기 위한 하나의 요건에 불과하다고 하여 사실상의 무과실 책임을 피하고 있다는 점에서 고의·과실을 불가결의 요건으로 하는 순수 불법행위설과 다르다.<sup>58)</sup>

(다) 절충설

손해배상청구에 관하여는 순수 불법행위설과 같은 입장에서 민법 제750조의 고의·과실을 필요로 하나, 유지청구에 관하여는 이를 필요로 하지 않는다는 견해이다. 따라서 객관적으로 위법한 침해가 있으면 유지청구는 인정된다고 본다.

(라) 비판

손해배상청구는 물론 유지청구에 관하여도 그 근거를 불법행위이론으로 구성하는 이 견해에 대해서는, 유지청구는 과거의 침해에 대한 금전배상을 원칙으로 하는 불법행위와는 그 요건에 있어서나 효과에 있어서 서로 다르므로 입법론적으로는 몰라도 해석론으로는 실정법의 근거를 결할 뿐만 아니라 명문의 규정에도 반한다<sup>59)</sup>는 비판이 제기된다. 또 환경오염피해가 불법행위의 요건을 충족하지 않으면 유지청구가 인정되지 않는다는 점에서 환경오염분쟁의 해결에 있어서 피해자의 사회적, 경제적 지위를 전혀 고려하지 못한다<sup>60)</sup>고 한다.

나. 상린관계적으로 구성하는 견해

(가) 내용

유지청구권 및 손해배상청구권의 근거를 상린관계법적인 구성을 통하여 해결하려는 견해<sup>61)</sup>이다. 민법 제204조는 점유회수, 제214조는 소유물방해제거 및 방해예방

58) 澤井裕, 「公害差止の法理」, 日本評論會, 1976, 43面.

59) 이정우, 전제논문, 11면.

60) 정재현, “공해의 사법적 구제”, 「사법연구자료」 제6집, 1988, 155면.

61) 김기수, “공해의 사법적 구제의 방향과 상린관계적 구성”, 「환경법연구」 창간호, 한국환경법학회, 1979,

청구의 손해배상담보, 그리고 상린관계에 관하여는 제218조(수도시설권), 제219조(주위토지통행권) 등에 손해배상청구권을 규정하고 있다. 이는 유지청구권이 결코 예방만을 감당하는 것이 아니고 손해배상청구권, 보상청구권을 감당하는 배상이론으로 이해될 수 있으며, 환경오염으로 인한 손해배상과 유지청구를 상린관계법적으로 구성할 수 있다는 것이다.

민법은 물권의 효과와 불법행위의 효과를 엄격하게 구별하면서도 물권적 효과의 내용으로써 배상청구를 함께 규정하고 있으므로, 이는 상린관계법적 구성의 형식적 근거가 될 수 있다고 한다. 우리 민법 제217조의 해석상 상린관계법리는 상린적 공동생활체의 이론에 의하여 상린자 상호간에 일정한 의무를 부과하여 공동관계를 유지시키는 것으로 그 의무에는 적극적 작위의무, 무과실 배상의무, 배상수령의무와 피해방지 및 회피의무 등이 포함되고 또한 그 외에 물권적 유지청구권의 내용해석 및 배상청구가 포함된다고 본다.<sup>62)</sup>

#### (나) 비판

상린관계설에 대하여는 실정법상 근거가 부족하다는 비판이 있다. 우리 민법 제217조가 근린방해에 관하여는 손해배상은 물론 손해진보에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않다는 것이다. 또 상린관계설은 상린관계법과 불법행위법의 적용 영역상의 차이를 무시한다고 한다. 토지소유자 상호간의 관계규율을 위한 규정을 부당하게 확대해석하는 결과가 된다는 것이다.<sup>63)</sup>

### 2) 이원주의

#### 가. 내용

이원주의는 환경침해에 대한 유지청구는 민법 제217조의 상린관계법으로 처리하고, 손해배상청구는 민법 제750조 이하의 불법행위법의 문제로 해결하자는 견해이다. 유지청구의 근거를 민법 제217조에 의한다면 수인한도를 넘는 경우 즉 위법성

116면; 김재호, “환경피해의 구제(I)”, 「법학연구」 제14권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2003, 86면.

62) 이동기, 전계논문, 44면.

63) 서희원, 전계서, 176면; 오석락, 전계서, 38면.

이 있고 인과관계가 있으면 고의·과실이 없더라도 즉시 유지청구를 할 수 있고, 손해배상청구는 민법 제750조에서 위법성과 인과관계 이외에 가해자의 고의·과실 등 일반불법행위의 요건을 갖추어야 한다는 견해이다. 우리나라의 다수설<sup>64)</sup>과 판례<sup>65)</sup>의 입장이다.

#### 나. 비판

이원설은 유지청구권과 손해배상청구권의 각 요건이 서로 다를 수 전제로 하는 것인데, 각 청구권의 구성요건의 차이는 신수인한도론에 의하여 해소된다는 입장에서 보면 구별의 실익이 없어진다<sup>66)</sup>는 비판을 받고 있다. 또 환경소송은 대부분 현재까지 침해행위가 계속되어 왔고 앞으로도 계속되는 경우가 많은데, 이원주의는 유지청구와 손해배상청구를 별개의 법이론으로 구성하고 있음으로 인하여 하나의 사실관계에 대하여 유지청구권은 민법 제217조, 손해배상청구권은 민법 제750조를 적용하게 되어 비합리적이고 또 판단의 균형을 유지하기가 어렵게 된다. 즉 하나의 환경오염에 대하여 손해배상청구권이나 유지청구권이나에 따라 그 위법성이 달라진다는 것은 납득하기 어려울 뿐 아니라 특히 하나의 소송에서 손해배상청구와 유지청구를 함께 구하는 경우, 손해배상청구의 판단에 있어서는 환경오염이 위법하고 유지청구의 판단에 있어서는 위법하지 않다고 하면 기이한 일이 아닐 수 없다는 것이다.

환경소송에 있어서 유지청구와 손해배상의 청구는 이질적인 것이 아니고 사법적 구제의 방법론적 차이에 불과한 것으로서 어느 것이나 동일하게 수인한도를 벗어난 경우에 침해행위의 종류와 정도, 사회적 손실의 종류와 정도 등의 형량 고려에 의하여 정하여 지기 때문에 그 적용결과가 같아지게 된다.<sup>67)</sup>

64) 권용우, 전게서, 257면; 김현태, “공해책임의 사법적 연구”, 「연세행정논총」 제6집, 연세대학교, 1979, 181면; 안이준, “공해에 대한 사법적 고찰”, 경희대학교대학원 박사학위논문, 1974, 7면; 오석락, “공해의 사법적 구제”, 법무부자문위원회 논설집 제4집, 법무부자문위원회, 1980, 260~265면; 윤철홍, “환경이익침해에 대한 사법적 구제”, 「비교사법」 제7권 1호, 한국비교사법학회, 2000, 549면; 전경운, “환경침해로 인한 위법성 판단과 환경정책기본법 제31조의 효력”, 「민사법학」 제22호, 한국민사법학회, 2002, 427면.

65) 대판 1973. 5. 22, 71다1774; 대판 1973. 10. 10, 73다1253; 대판 1973. 11. 27, 73다919; 대판 1974. 12. 10, 72다1774; 대판 1977. 4. 12, 76다2707; 대판 1978. 4. 25, 78다106; 대판 1978. 12. 26, 77다2228; 대판 1979. 1. 23, 78다1658; 대판 1984. 6. 12, 81다558; 대판 1985. 11. 12, 84다카1968 등.

66) 김기수, 전게논문, 128면; 伊藤商義, “留止請求權”, 「現代損害賠償法講座」 5卷, 1979, 396면; 清水兼男, “公害留止の不法行爲法的構成”, 「民法雜誌臨時增刊號」 第78卷 第1号, 有斐閣, 1978, 384면.

67) 서희원, 전게서, 35면.

### (3) 유지청구

#### 1) 의의

종래 환경오염으로 인해 발생한 손해에 대해서는 사후적으로 전보하는 손해배상이 대부분이었다. 그러나 손해배상은 이미 발생한 손해에 대한 사후적, 소극적 구제 수단이라는 점에서 한계가 있다. 환경침해는 한번 일어나면 환경 그 자체의 원상회복이 어려운 점이 있고, 대부분의 환경오염 현상은 장래에 걸쳐 계속 반복되고 또 피해가 누적되기 때문이다. 환경피해는 단순히 재산적 손해를 넘어 사람의 생명과 건강을 해치고 나아가 생활 모든 영역에 심각한 영향을 미치는 특징을 가지고 있는 만큼 이미 발생한 손해의 전보만으로는 충분한 피해구제가 이루어졌다고 할 수 없다.

이 때문에 피해자의 구제책으로서 현재의 당면한 침해행위에 대하여는 그 정지 또는 배제를, 장래 발생할 염려가 있는 침해행위에 대하여는 사전에 예방을 청구할 권리를 인정하는 것이 필요하다.<sup>68)</sup> 이러한 구제가 인정된다는 것은 학설·판례도 시인하고 있다. 이것이 바로 환경침해에 대한 留止請求<sup>69)</sup>로, 유지청구에 의한 사전적·예방적 구제방법이 사후적 구제인 손해배상보다 더 적절하고 효과적이라는 것은 분명하다 하겠다.

유지청구란 피해자가 가해자를 상대로 피해자에게 손해를 주는 행위를 중지할 것을 법원에 청구하는 것으로서, 방지설비의 설치나 오염시설의 철거 등 일정한 작위 또는 오염시설 설치의 금지나 오·폐수배출의 금지 등 부작위를 청구하는 것을 그 내용으로 한다. 환경침해에 대한 이러한 사전적·예방적 구제방법은 피해자 입장에서는 손해발생 위험을 미리 차단한다는 점에서 효과적이지만, 기업운영의 사회·경제적인 측면이나 공적인 운영시설의 측면에서는 문제가 생길 수 있다. 주무관청으로부터

68) 池田恒男, “長良川河口堰建設差止訴訟控訴審判決: 大規模公共事業による環境破壊を理由とする差止請求”, 「ジュリスト別冊」 171号, 2004, 212面.

69) 유지청구라는 용어는 법에 명시적으로 규정되어 있지 않으나 상법 제402조의 규정을 원용하여 일반적으로 사용되고 있다(오석락, 전거서, 198면). 일본에서는 差止請求라고 하고 있고, 우리나라에서도 유지 외에 중지, 금지, 정지 등의 용어가 사용되고 있다. 독일민법 제1004조의 방해제거청구권과 방해예방청구권을 합하여 방어청구권(Abwehrenspruch)이라는 용어가 상용되고 있음에 비추어 防禦請求權이라는 용어가 사용(박준서 편, 주석 민법 [채권각칙(8)], 44~45면)되기도 한다. 현재는 유지청구라는 용어가 이미 가장 일반화되어있고, 하급심 판결인 서울지방법원 동부지원 1990. 4. 10. 88카합8127에서는 “방해배제 또는 예방청구권(유지청구권)”, 청주지방법원 1998. 2. 2. 97카합613에서도 “유지청구권”이라는 표현을 사용한 바 있다.

적법하게 건축허가나 공해배출시설 허가를 얻어 공사나 조업을 하고 있는 기업에 대해 법원이 관여해 금지나 제거를 명하게 되면 당연히 반발이 제기될 수밖에 없다. 그러므로 유지청구가 인정되기 위해서는 환경침해로 인한 피해의 발생이 어느 정도 이상으로 높은 개연성을 가지고 구체적으로 예측할 수 있는 것이어야 하고, 그러한 침해에 대하여는 피해자측의 피해의 정도, 피침해이익의 종류, 침해행위의 태양, 손해회복의 가능여부, 기업활동의 공공성 등의 사회적 유용성, 유지가 양 당사자에게 가져오는 효과 등의 제반요소를 종합적으로 고려해 판단할 필요가 있다.

## 2) 이론적 근거

환경오염피해에 관하여 유지청구를 인정하는 것이 일반적이나 그 근거에 대하여는 문제가 되고 있다. 기본적으로 물권설에 서있고<sup>70)</sup> 여기에 인격권설을 가미하거나 환경권설까지 확장하는 경향<sup>71)</sup>도 있으며, 학설 상호간에도 결합과 보완이 이루어지고 있다. 물권설·인격권설 같은 종래의 권리설은 수인한도론에서와 같이 널리 이익교량을 허용하고, 불법행위설도 수인한도론과 결합하여 피고측의 고의·과실을 유지청구의 독립요건으로 보지 않게 된 결과, 양자는 이론구성상의 문제에 불과하고 실제 적용에 있어 차이점을 발견할 수 없게 되었다.<sup>72)</sup>

### 가. 상린관계설

환경오염이 발생하면 상린관계 규정인 민법 제217조 제1항의 적당한 조치의 청구를 근거로 하여 직접 이 규정에 의하여 유지청구가 인정된다는 견해다. 금전보상을 규정한 독일 민법 제906조를 유추하여 물권침해를 구제하여야 한다는 것으로, 환경오염분쟁을 상린관계적으로 이론구성하게 되면 무과실책임의 인정근거가 되어 고의·과실의 입증의 어려움을 피할 수 있다고 한다.<sup>73)</sup> 이 설에 대하여는 민법 제

70) 이정우, “공해에 대한 사법적 구제”, 「저스티스」 제11권 제1호, 한국법학원, 1973, 83~85면; 加藤一郎, 「公害法の生成と發展」, 岩波書店, 1970, 436~442면.

71) 김홍균, “환경오염피해에 대한 사법적 구제의 효율성 제고방안”, 「인권과 정의」 제294호, 대한변호사협회, 2001, 131면; 조성민, “환경침해와 방해배제청구권의 인부”, 「환경법연구」 제26권 3호, 한국환경법학회, 2004, 251~252면.

72) 이광섭, “환경침해에 대한 유지청구”, 「환경법의 제문제 [상] -재판자료 제94집」, 법원도서관, 2002, 298면.

73) 김기수, “공해의 사법적 구제의 방향과 상린관계적 구성”, 「환경법연구(창간호)」, 삼영사, 1979, 136~137면; 구연창, “공해관례의 연구”, 「현대 민법학의 제문제(김증한 박사 화갑기념논문집)」, 박영사, 1981, 594면.

217조는 일반적으로 환경오염의 범위와 일치하지 않아 환경오염에 관한 사법적구제의 원칙규정으로 삼을 수 없고, 상린관계법은 피침해이익이 물권과 같은 재산권인 경우에는 타당하겠지만 물권이 아닌 인격권적 침해나 생활방해의 경우에는 그 적용이 곤란하다는 등의 비판이 있다.<sup>74)</sup>

#### 나. 물권적 청구권설

환경침해를 피해자가 지배하는 토지·건물의 소유권·점유권 등의 물권 또는 물권화한 임차권 등에 대한 침해로 파악하여 피해자는 물권적 청구권에 기하여 침해행위의 예방·배제를 구할 수 있다는 보는 설이다. 가장 전통적이고 소박한 이론으로 재산권을 기본 축으로 하는 근대 민법의 기본 틀을 유지하면서 재산권 개념을 확장하려는 이론이다. 우리나라의 종래 통설이고, 우리 대법원 판례<sup>75)</sup>와 유지청구를 인용한 일본 판례의 다수도 이 견해에 입각해 있다. 이 설에 대하여는, 물권을 갖지 않는 자는 청구권이 없어서 그들의 보호에 불충분할 뿐 아니라, 실제 소송에서 다수 원고들이 일일이 물권을 증명하여야 하므로 소송의 복잡화와 지연을 가져올 우려가 있다는 비판이 있다.<sup>76)</sup>

#### 다. 인격권설

환경오염피해는 물적손해보다 인체의 건강을 해치고 정신적 고통을 줌으로써 인간의 쾌적한 생활을 방해하는 면이 강하므로 인간의 생활 자체에 대한 피해, 즉 인격권의 침해로 보는 견해이다.<sup>77)</sup> 인격권은 물권과 마찬가지로 하나의 절대권이고 배타적 성격을 가지고 있으므로 그 침해에 대하여 배제나 예방을 청구할 수 있다는 것이다.<sup>78)</sup> 우리나라 하급심판결<sup>79)</sup>에서는 생활방해나 주거환경의 침해로 인한 피해 법익은 인간의 건강하고 쾌적한 생활이익으로서 법익의 성질상 인격권의 일종에 속

74) 조종현, “환경권의 민사법리”, 「채권법에 있어서의 자유와 책임(김형배 교수 화갑기념논문집)」, 1994, 693면; 정해운, “공해의 사법적 구제에 관한 이론”, 「경기대 논문집」 제11집, 1982, 187면; 오석락, “공해의 사법적 구제”, 「법무부 논설집」 제4집, 법무부, 1980, 262~264면.

75) 대판 1995. 9. 15. 95다23378; 대판 1997. 7. 22. 96다56153.

76) 이광섭, 전개논문, 287면.

77) 加藤一郎 編, 「公害法の生成と展開」, 岩波書店, 1970, 20面; 擇井 裕, “差止請求權と利益衡量”, 法律時報, 1971, 10面.

78) 이용우, “공해방지소송”, 「공해문제와 재판」 재판자료 제2집, 법원행정처, 1979, 224면.

79) 부산고판 1995. 5. 18. 95카합5(부산대사건). 그러나 상고심에서는 이 입장이 채택되지 않았다.

하므로 일정한 한도를 초과하는 침해에 대해서는 토지소유권 기타 물권 유무에 관계없이 곧바로 인격권에 터잡아 방해배제 또는 방해예방청구권을 행사할 수 있다고 하여 인격권설을 채용한 적이 있다. 이 설에 대하여는, 우리 헌법 제10조는 인간으로서의 존엄과 가치를 불가침의 기본적 인권으로 선언하고 있으나, 이러한 헌법상의 기본권조항이 사법관계에 직접적으로 적용될 수는 없다는 것이 통설이므로 민법상 일반적인 인격권이 승인된다고 보는 것이 무리<sup>80)</sup>라는 비판이 있다.

#### 라. 환경권설

환경권이라는 하나의 새로운 절대권을 인정하면서 환경권을 헌법상의 추상적인 권리가 아니라 직접 침해행위의 배제를 구할 수 있는 실정법상의 구체적이고 배타적인 지배권으로 보아야 한다는 설이다.<sup>81)</sup> 이 설은 물권적 청구권설과는 물권침해에 한정되지 않고 또 토지사용자에 한하지 않으므로 권리의 청구권자가 확대된다는 점에서, 불법행위설과는 고의·과실을 요건으로 하지 않는 점에서, 인격권설과는 인격침해에 미치지 않는 단계에서의 금지가 가능해진다는 점에서 각 다르다. 이 설에 대하여는, 환경권은 어디까지나 추상적 권리이지 개개인에게 사법상 권리가 창설되었다고는 볼 수가 없다<sup>82)</sup>는 비판이 제기되고 있다. 환경보전과 산업발전은 다같이 중요한 사회적 가치인데 환경보전우위론만을 강조하면 산업은 정체되거나 포기될 우려가 있는 등 균형있는 사회발전에 대처하지 못한다는 비판도 있다.<sup>83)</sup>

#### (4) 손해배상청구

##### 1) 개설

환경문제에 대한 심각성이 증대되면서 법적접근의 중심은 사후적 구제인 司法的 구제로부터 사전의 예방적인 公法的 規制로 옮겨가고 있다. 그러나 행정적 規制의 효과를 거둘 수 없는 경우나 환경오염으로 인한 피해자를 구제할 다른 방안이 없는 경우에는 손해배상청구소송이 최후의 구제수단이 된다. 손해배상청구소송에 의한

80) 박윤직편, 「민법주해 [V], 물권(2)」, 박영사, 1996, 310면.

81) 이용우, 전제논문, 226면.

82) 문광섭, “환경침해에 대한 유지청구”, 「환경법의 제문제 [상]」, 재판자료 제94집, 법원도서관, 2002, 289~290면.

83) 서원우, “환경권의 성질과 효력”, 「법학」 제25권 제1호, 서울대학교, 1984, 99면.

구제의 강화 내지 엄격한 실현은 다른 한편으로 오염발생을 자발적으로 억제하게 하는 일반예방적 효과를 가져다준다.

환경오염으로 인한 피해가 발생할 경우 피해자는 통상 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권을 가진다. 그러나 전통적으로 불법행위를 원인으로 한 손해배상책임이 성립하기 위해서는 가해자의 고의·과실에 기한 위법행위가 있어야 하고, 위법행위로 인한 손해가 발생하여야 하고, 위법행위와 손해간에 인과관계가 있어야 하며, 나아가 원고 스스로 이 모든 점에 대한 입증을 하지 않으면 안된다. 그런데 환경오염피해는 간접적·계속적인 침해의 형태를 가지고 있고, 그 피해범위가 광역적이며, 인체 내지 생활환경에 대한 중대한 침해라는 특성을 가지고 있으므로 현행 민법상의 사법적 구제의 법리를 환경오염피해의 구제에 그대로 적용함에는 여러 가지 문제점이 파생된다. 따라서 종래 전통적인 불법행위의 성립요건인 고의·과실, 위법성, 인과관계, 손해의 발생 등의 법리는 환경오염피해의 효과적인 구제를 위하여 수정적 발전이 요구되어 왔다.

가해자의 환경침해의 태양이 유지청구의 요건까지는 이르지 않거나 혹은 유지청구와 손해배상청구의 두 가지 요건을 동시에 구비하고 있다 하더라도 피해자의 재산적, 인격적 손실이 현저하고 그 침해행위자가 불법행위의 요건을 갖추고 있는 경우에는 이에 대한 법적 구제방법은 손해배상청구에 의하는 경우가 보통이다. 이 두 가지 요건을 모두 구비하고 있는 경우에는 피해자는 자기의 피해를 구상받기 위하여 자유로이 그 일방 또는 양방을 선택하여 행사할 수 있다. 유지청구와는 달리 손해배상청구의 대상으로 될 수 있는 것은 현재 진행되고 있는 침해행위는 물론 과거에 있었던 침해행위에 대해서도 가능하다.<sup>84)</sup>

## 2) 손해배상청구의 근거

### 가. 법적근거

환경오염에 대한 구제로서의 손해배상청구권의 실정법적 근거로는 물권법과 채권법의 규정 및 특별법의 규정을 들 수 있다. 물권법의 규정으로는 민법 제204조와

84) 吉村良一·橋本佳幸, “環境危険責任の基本構造”, 「民法學のあゆみ」, 法律時報 75卷 12号(937号), 日本評論社, 2003, 103面.

제205조를 들 수 있으며, 채권법의 규정으로는 민법 제750조, 제758조가 있고, 특별법의 규정으로는 원자력손해배상법 제3조, 광업법 제91조, 환경정책기본법 제31조 등을 들 수 있다.

환경오염에 대한 손해배상에 관하여는 영미법과 같이 불법행위이론에 의하여 처리하는 것이 종래의 견해다. 손해배상은 원칙적으로 민법 제750조 규정에 입각한 과실책임주의를 근거로 하고 예외적으로 환경정책기본법 제31조 등에서 무과실책임을 인정하고 있다. 그러나 위 특별법에서 규정하고 있는 무과실 책임은 이른바 사업장에서 발생한 환경오염으로 인한 손해배상책임을 추궁함에 있어 적용되기 때문에 이 무과실책임이 인정되지 않는 영역에서는 아직도 민법 제750조의 규정은 환경오염으로 인한 손해배상청구에 있어 최후의 방패역할을 한다는 점에서 그 의의가 있다 하겠다.<sup>85)</sup>

#### 나. 민법 제750조에 의한 손해배상청구

손해배상청구권의 성립요건에 대한 종래의 학설과 판례는 첫째 가해자의 고의·과실이 있을 것, 둘째 위법한 행위일 것, 셋째 가해자는 책임능력이 있을 것, 넷째 가해행위로 말미암아 손해가 발생하였을 것, 다섯째 위법행위와 손해발생 사이에 인과관계가 있을 것 등을 요구하고 있다. 손해에는 침해행위로 말미암아 입은 과거의 손해는 물론 현재와 장래에 미칠 손해도 대상이 되며, 손해의 내용은 재산상, 정신상의 손해는 물론 건강에 미치는 손해까지도 포함된다 하겠다. 또 물건에 대한 이용가치의 저하, 법정과실 및 천연과실에 있어서는 그 취득가능성의 저하 등도 배상범위에 포함된다 할 것이다.

#### 다. 민법 제758조에 의한 손해배상청구

우리 민법 제758조는 공작물의 설치 또는 보관의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 공작물의 점유자가 1차로 배상책임을 지고, 점유자가 손해의 방지에 과실이 없을 때 2차로 소유자가 손해배상책임을 진다고 규정하고 있다. 이 규정은 공작물의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우 점유자는 손해의 발생을 막는데 필요한 주의를 베풀 때에는 면책이 되지만 소유자에게는 무과실 책임을 인

85) 이동기, 전제논문, 49면.

정한 것이라 하겠다.<sup>86)</sup>

공작물책임규정을 환경오염에 적용하자는 견해<sup>87)</sup>가 있다. 민법 제758조는 토지의 공작물에 한하고 있지 않기 때문에 토지를 기초로 하는 기업시설은 물론 기타 기업시설 일반 및 공작물 일반이 책임의 대상으로 될 수 있어서, 환경오염으로 인한 피해의 대부분이 공작물책임 손해로 볼 수 있다는 것이다. 공작물하자의 존재에 관하여는 피해자측에서 입증할 책임이 있으나, 실제로는 공작물로 인하여 손해가 발생한 경우에는 하자의 존재를 추정할 수 있는 경우가 많으므로 오히려 점유자, 소유자측에서 하자에 대한 부존재의 입증책임을 지게 됨으로써 입증책임이 전환되어 환경오염 피해자의 보호는 더욱 두터워질 것이라 한다. 불법행위 중에서 무과실 책임을 인정한 민법 제758조는 환경소송에 있어서 무과실책임에 대한 필요성이 특히 강조되고 있는 오늘날에 있어서는 환경오염해결의 유망한 범영역으로 기능할 것으로 기대된다.

### 3) 손해배상청구의 내용

불법행위에 의한 손해배상청구권의 행사는 당해 불법행위와 상당인과관계에 있는 범위 내의 모든 손해의 배상을 청구할 수 있다. 일반적으로 불법행위에 의한 손해 배상에 관하여는 통상 피해자의 재산상의 손해와 정신상의 손해를 구별하여 배상청구가 행하여진다. 정신상의 손해인 위자료 산정에 있어서 위자료는 여타의 손해액 수와 같이 이를 증거에 의하여 입증할 수 없는 것이므로 법원의 재량에 의하여 액수를 산정할 수밖에 없다. 따라서 법원이 위자료를 산정함에 있어서는 특히 환자의 여명, 수입 및 생활상황 등 제반사정을 참작하여야 한다.<sup>88)</sup>

위자료 산정에 있어서 빼놓을 수 없는 것은 환경오염피해의 특질을 고려하여 공평·타당하고 합리적인 손해의 부담이라는 불법행위의 이념에 부합하도록 하여야 한다는 점이다. 일본에서는 이와 관련 포괄청구방식이 인정되고 있다. 생명침해의 경우 사망자가 얻을 수 있으리라 기대되는 총이익중 일실이익에 대해서는 입증의 곤란과 소송의 지연을 회피하기 위하여 위자료액 산정에 포함시켜 청구하는 것이다.

86) 박윤직, 「채권각론(민법강의 IV)」, 박영사, 2003, 422면.

87) 淡路剛久, 「公害賠償の理論」, 有斐閣, 1975, 42면.

88) 대판 1959. 8. 27, 4292민상90.

일본 항소심 판결은 이따이이따이병 사건에 대하여 “재산상의 손해에 관하여는 입증의 곤란과 심리기간의 장기화 등에 의한 피해자 구제의 지연을 방지하기 위하여 이를 위자료산정의 참작사유로 하여 위자료액에 포함시켜 청구하는 것은 허용되어야 할 것이다”라고 판시하고 있다.<sup>89)</sup>

#### 4) 손해배상청구의 문제점

사법적 구제는 환경오염으로 인한 피해자에게 궁극적인 수단이지만 그 효과에 있어서는 몇 가지 문제가 있다. 첫째, 재판에 의한 해결은 기본적으로 사후적인 해결 방법이지 예방수단으로서는 부족한 측면이 있다. 둘째, 손해배상청구에 의한 사법적 구제는 개별적 해결방법이지 지역사회 전체의 환경오염대책과는 직접적으로 연관된 해결방법은 아니다. 특히 법원에 의한 절차는 기본적으로 원고와 피고라는 1대1의 당사자구조에 입각하여 진행되기 때문에 환경오염피해와 같이 지역사회 전체의 사회적 문제가 되는 분쟁에 대하여는 적절한 분쟁해결방법이라고 할 수 없다.<sup>90)</sup> 환경소송절차가 가지는 여러 가지 문제점 즉, 비용과 시간이 많이 소요된다는 점, 복잡한 절차에 의존한다는 점 등은 피해자들로 하여금 우선 私的 구제수단에 호소하게 되며, 결국 최종적인 단계에 가서야 소송을 제기하도록 미루는 요인이 되고 있다.

##### 가. 시효완성으로 인한 소멸 가능성

환경오염피해는 장기적이고 잠행적이라는 특징과 관련하여 그 손해배상청구권의 소멸시효가 문제된다. 우리 민법 제766조는 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 3년의 단기소멸시효와 10년의 장기소멸시효로 규정하고 있다. 그런데 환경오염은 불법행위를 한 날로부터 10년 이내에 그 피해가 나타날 수도 있겠지만 20년, 30년 혹은 극단적인 경우에는 유전인자의 작용으로 자손대에 이르러서야 그 피해가 나타날 수도 있다. 그래서 법의 근본이념인 사회정의, 공평의 개념으로 보아 환경오염 분쟁을 일반불법행위에 의한 손해배상청구권의 소멸시효와 같이 취급한다면 환경분쟁이 발생했을 경우 손해배상청구권은 시효로 인하여 소멸할 가능성이 크다.

89)名古屋高判 1972. 8. 9, 判例時報 674号, 25面.

90) R. Clark, ed., Water and Water Right: Water Pollution and Quality Controls, Allen, Smith, 1967, vol. 3, pp. 29~30; Meyers and A. Dan Tarlock Water Resource Management, Foundation Press, 1971, p. 648.

광업법 제96조는 “손해배상청구권은 피해자가 손해 또는 배상의무자를 안 때로부터 1년간 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다. 손해가 발생한 때로부터 5년을 경과한 때에도 또한 같다. 전항의 기간은 진행중에 있는 손해에 대하여는 그 진행이 정지하는 때로부터 기산한다”고 규정하고 있어 입법에 있어 참고가 될 것이다. 장기의 시효기간 기산점을 손해의 인식에 두고 있는 점이 민법의 불법행위를 한 날과 다르고, 민법 제204조 2항의 방해가 종료된 날로부터 1년 이내에 손해배상청구권을 행사하여야 한다는 것과 비슷하여 환경오염의 장기적이고 잠행적 특징에 대응할 수 있다 할 것이다. 진행중의 손해에 대해서는 그 진행이 정지한 때를 시효의 기산점으로 하고 있는 점도 참고해야 할 것이다.<sup>91)</sup>

#### 나. 과실과 위법성 입증의 곤란성

우리나라 판례는 지금까지 환경오염피해 손해배상에 관하여 불법행위(Unerlauble Handlungen)의 법리구성에 기초하여 판단하여 왔다. 따라서 피해자는 원인자에게 고의·과실이 있을 것과 침해가 위법일 것, 손해와 위법행위 사이에 인과관계가 있을 것을 입증해야 했다. 고의·과실에 대하여 최근에는 사회적으로 요구되는 주의의무에 위반한 것인가의 여부를 객관적인 여러 요소를 가지고 판단하기 시작하였다. 판례도 환경오염사건에 관하여 이른바 예견가능성설을 택함으로써 가해자가 과실로부터 해방될 수 있는 경우를 거의 봉쇄하고 있다.

이와 관련 수인한도론이 받아들여지고 있다. 수인한도론이란 위법성의 유무를 피침해이익의 성질과 정도, 지역성, 피해자가 지니고 있었던 지식, 토지이용의 선후관계, 상당한 방지조치, 규제기준위반여부 등을 판단하여 사회적으로 수인할 수 있는 범위를 넘어 타인에게 손해를 준 자는 손해배상의 책임을 진다는 이론이며, 이는 실질적으로 무과실책임을 인정하는 것과 같이 된다. 그러나 법제상으로는 과실책임주의의 연장선상에 있기 때문에 수인정도를 넘은 침해가 있었는지 여부는 피해자가 입증해야 한다.<sup>92)</sup>

#### 다. 인과관계 입증의 곤란성

91) 이동기, 전제논문, 53면.

92) 구연창, “환경보전법을 둘러싼 제 문제점”, 「법조」 제25호, 법조협회, 1979, 45~46면.

가해행위와 손해발생과의 인과관계의 입증책임은 일반적으로 불법행위론에서는 피해자가 부담하는 것으로 되어 있다. 그러나 환경오염사건의 경우에 있어 가해행위와 손해발생간의 인과관계의 과정에 대한 입증은 매우 전문적인 지식을 요할 뿐만 아니라 과학기술이 이를 증명할 수 없는 경우도 있으므로 소송원칙을 엄격히 준수하게 되면 피해자는 패소할 수밖에 없을 것이다. 이 때문에 사회형평의 견지에서 가해행위와 손해발생 사이에 인과관계가 존재할 것이라는 상당한 가능성이 있으면 가해자측에서 인과부존재에 대한 반증이 없는 한 인과관계의 존재를 인정해도 좋다는 개연성설을 비롯한 인과관계의 입증책임을 완화하려는 경향이 나타나고 있다.<sup>93)</sup> 최근에는 疫學<sup>94)</sup>의 인과관계론의 도입도 제기되고 있다.

#### 라. 복수원인자가 존재하는 경우의 문제점

환경오염피해의 원인자는 불특정 다수인 것이 보통이며, 특정되더라도 복수인 경우가 많다. 종래 불법행위론에서는 이와 같은 경우에는 청구절차가 복잡해지거나 손해배상청구가 사실상 불가능하게 된다. 책임자가 많다는 것은 피해자가 각각의 원인자와 결과 사이의 인과관계를 입증하는데 어려움이 있고 각각의 가해자에게 각 얼마의 피해를 부담시킬 것인가를 정하는 것이 어려울 뿐만 아니라 원인자측에서도 내부의 구상관계를 어떻게 할 것인가 하는 곤란한 문제가 제기된다.<sup>95)</sup>

## 2. 환경행정소송

### (1) 의의

행정소송은 행정상 법률관계에 관한 다툼의 해결을 법원의 재판절차에 의하여 행

93) 대판 1974. 12. 10, 72다1774; 대판 1984. 6. 12, 81다558; 대판 1991. 7. 23, 89다카127.

94) 역학(Epidemiology)이라 함은, '인구집단의 질병 및 상해의 분포와 그 결정요인을 탐구하는 학문'(박종구, 「현대역학」, 연세대학교 출판부, 1999, 15면)으로서, '인간집단 내에 발생하는 모든 생리적 상태 및 이상상태의 빈도와 분포를 기술하고 이들의 빈도와 분포를 결정하는 요인들을 원인적 관련성 여부에 근거를 두고 그 발생원인 및 투입된 사업의 작동기전을 규명함으로써 효율적 예방법을 개발하는 학문'(김정순, 「역학인론」, 신광출판사, 1987, 11면), '집단현상으로서의 질병의 발생, 분포, 소멸 등 이에 미치는 영향을 자연적, 사회적 제요인의 영향, 또는 질병이 만연히 사회에 미치는 영향을 연구하고 이 지식에 기하여 질병의 확산을 방지, 제어하고 그 사회생활에 미치는 위험을 제거하기 위한 학문'(吉村良一, 「不法行爲法」, 有斐閣, 1996, 93面)이라 할 수 있다.

95) 이정우, 전제논문, 80면.

하는 쟁송절차를 말한다. 행정소송법 제1조는 행정구제적 기능을 명시적으로 밝히고 있다. 환경오염으로 인한 권익침해가 행정청의 행위로 인하여 발생하는 경우 그에 상응하는 행정쟁송수단에 의하여 권익구제를 받을 수 있음은 물론이다. 오늘날에는 국민의 환경의식이 증대하면서 환경분쟁의 해결을 위한 공법상 구제제도의 활용이 증가하고 있으며, 이 중에서 가장 많이 활용되는 것이 행정소송이라 할 수 있다.<sup>96)</sup>

환경행정으로 인한 권익구제에 관한 한, 국가나 지방자치단체가 행하는 환경침해와 같은 행정의 적극적인 작위로 인한 권익침해 못지않게 오히려 규제권한의 불행사나 해태 등으로 인한 환경오염의 피해가 큰 비중을 차지하고 있다. 위법한 환경오염물질 배출시설의 허가과 같은 작위에 의하여 야기되는 경우에도 그 허가의 상대방보다는 이해관계 있는 제3자의 권익구제가 보다 중요한 문제로 대두되고 있다. 나아가 환경오염의 대규모 광역성, 피해자의 집단성 등으로 인하여 개개인의 이해보다도 지역주민의 집단적인 환경상의 이해관계를 보호하여야 한다는 요청이 환경행정쟁송의 특징을 이루고 있다.

일반적으로 환경행정소송이란 행정청이 환경보전을 위하여 행정법규에 따라 행정활동을 행하거나 행하지 않음에 있어서 적법성과 관련된 분쟁해결이라는 형식으로 그 위법의 시정을 구하는 소송을 의미한다.<sup>97)</sup> 환경행정소송은 광역적인 환경오염의 미연방지와 환경보전이라고 하는 목적을 달성하기 위하여 될 수 있는 대로 광범위하게, 그리고 빠른 단계에서 제기할 수 있도록 하지 않으면 그 제도적 의미가 없어져 버린다. 이에 따라 행정청이 환경과피의 우려가 있는 행위를 행하거나 또는 행하려고 하는 경우에는 우선 그것으로 말미암아 환경악화가 예상되는 지역주민에게는 될 수 있는 대로 넓게 원고적격을 인정할 필요가 있을 것이다. 또한 환경행정의 목적이 피해의 사후구제가 아니고 미연방지에 있다는 것을 생각할 때 환경과피의 우려가 있는 행정결정이 행해졌을 때에는 가능한 한 빠른 단계에서 소송의 성숙성을 인정하여 이의가 있는 행정결정을 검토할 기회를 마련해 주어야 할 것이다.

## (2) 기능

96) 김홍균, “환경행정소송과 공법상 구제의 확대”, 「인권과 정의」 제219호, 대한변호사협회, 2003, 131면.

97) 조정환, “환경행정소송에 관한 연구”, 단국대학교대학원 박사학위논문, 1991, 6면.

환경행정소송은 행정과 국민 사이에 있어 공권력 행사의 적법성에 관한 분쟁의 해결절차라 할 수 있다. 환경행정소송은 다음과 같은 기능을 수행한다.

첫째, 환경피해에 대한 사전예방적 수단으로써 기능한다. 공권력의 행사는 환경행정상에 있어서는 사전적예방·억제수단으로 쓰이는 경우가 많고, 따라서 그에 관한 분쟁의 해결도 환경파괴의 사전예방 기능을 수행하게 된다. 특히 동종 사업에 대한 선례가 되어 위법한 공권력의 행사로 인한 환경권침해에 대해 일반적 예방 기능을 하게 된다.

둘째, 환경행정소송은 분쟁해결을 통하여 행정과정의 민주화를 확보하는 기능을 가진다. 법정에서는 다양한 의견도 충분히 발표될 수 있으며, 대등한 입장에서 행정자료가 공개되는 만큼 그에 대한 반론이 가능하다. 행정이 환경영향에 대한 사전평가를 충실히 했는지 여부도 밝혀낼 수 있다. 즉 법정은 주민참가와 자료공개의 기회를 제공하는 공개된 장소로서의 기능을 가지게 됨으로써, 불충분한 판단아래 행해진 행정을 적정절차에 따르도록 유도한다. 이에 따라 행정과정에서의 주민참여절차의 不備를 보완하는 수단과 역할을 담당하게 된다.

셋째, 환경행정소송은 피해구제 범위를 확대하는 기능을 가진다. 민사소송은 기본적으로 일대일의 개별적 소송에 입각하고 있으므로 피해구제에 관한 판결의 효력은 원고에게 한정된다. 그러나 행정소송에서는 원고적격의 확대라든가 의무이행소송 등이 일반적으로 인정될 경우 구제의 유형, 범위가 한결 넓어져서 관계 지역주민 일반에게 그 판결의 효력에 의한 환경상의 구제가 널리 미치게 된다.<sup>98)</sup>

### (3) 성격

종래의 행정소송을 분쟁지향형 소송이라고 한다면 환경행정소송은 현대형소송, 정책지향형 소송이라고 할 수 있다. 분쟁지향형 소송은 독립대등한 양 당사자간의 분쟁으로 당사자 이외에는 이 소송에 있어서의 판단에 문제가 되지 않는다. 이에 반해 현대형 소송 또는 정책지향형 소송은 환경행정소송에 있어서처럼 집단적 이해

98) 김충목, “환경행정소송의 본질에 관한 고찰”, 「지역개발연구」 제1권, 군산대학교 지역개발연구소, 1989, 11~12면.

와 관련되는 분쟁이다. 물론 소송법상의 기술적 제약으로 말미암아 소송은 양 당사자간의 다툼으로 법률구성되는 경우가 많겠지만, 소송의 실질적인 쟁점은 당사자로 대표되는 집단간의 다툼이며 재판은 집단에 대한 이해의 배분이라 할 수 있다. 분쟁지향형 소송에서는 재판은 과거의 사실에 대한 법률적 판단인데 대하여, 정책지향형 소송에 있어서는 어떤 판결을 내리는 것이 장래에 있어서 정책 혹은 제도의 향방에 어떠한 영향을 미치는가, 그것이 바람직한가 아닌가에 따라 판단되지 않으면 안된다. 99)

분쟁지향형 소송과 정책지향형 소송은 소송에 대한 대처방식에 있어서 그 발상의 형식을 달리한다. 분쟁지향형 소송은 개개의 분쟁 당사자 개인을 위하여 정의에 적합한 해결이 요청되며, 정책지향형 소송은 무엇이 바람직한 정책 내지 제도의 목표인가가 고찰된다. 환경행정소송은 가해자와 피해를 당한 집단과의 분쟁을 해결하는 대표적인 예라 할 수 있는 만큼 종래의 개인주의 소송제도 이외에 새로운 구제절차가 필요하다 할 것이다.

#### (4) 유형

##### 1) 개관

행정소송은 국민의 권리 또는 이익을 보호하고 공법상의 권리관계에 관한 분쟁을 해결하기 위한 주관적 소송과, 개인의 권익구제가 아닌 순수 행정작용의 적법성 확보를 위한 객관적 소송으로 나누어진다. 주관적 소송에는 항고소송과 당사자소송이, 객관적 소송에는 민중소송과 기관소송이 속한다. 항고소송이라 함은 행정청의 위법한 처분 등이나 부작위로 인하여 권리·이익을 침해받은 자가 그 위법을 다투기 위하여 제기하는 소송으로 취소소송, 무효확인소송, 부작위위법확인소송이 포함된다. 당사자소송은 항고소송과 같이 행정청의 처분 등을 원인으로 하더라도 처분 등의 효력 자체가 소송의 대상이 아니라 그로 인한 법률관계 자체가 소송의 대상이 되고, 처분 등을 행한 행정청이 아닌 그 법률관계의 권리주체인 한 쪽 당사자를 피고로 하는 점에서 항고소송과 다르다.

환경과 관련한 행정소송의 가장 일반적인 행태는 행정청의 처분의 위법을 주장하

99) 서원우, “현대사회에 있어서의 소송법조법률”, 「대한변협회지」 1983년 1월호, 1983, 55면.

여 그 취소를 구하는 취소소송이며, 통상 행정소송이라 함은 취소소송을 말한다.<sup>100)</sup> 환경행정소송을 통하여 다투어지는 분쟁의 전형적인 구조는 환경오염물질을 배출하는 배출시설의 사업자와 이로 말미암아 권익침해를 받은 주민, 그리고 배출시설의 설치허가·개선명령 등 일정한 작위 또는 부작위를 통하여 이에 관련하고 있는 행정청 간의 삼면관계를 바탕으로 이루어지는 것이 일반적이다. 이 경우 사업자와 행정청간의 양면관계에서 배출시설의 설치허가나 각종 규제명령을 둘러싸고 다투어지는 분쟁 역시 환경행정소송의 전형적인 대상으로서 중요성을 갖는 것이 사실이지만 이는 일반적인 행정소송의 분쟁구조와 크게 다를 바 없다. 또 사업자와 주민간의 관계에서 환경오염의 직접적 원인 제공자인 사업자를 상대로 배출중지나 손해배상을 청구하는 것은 민사상 구제의 성격을 띠게 된다. 따라서 문제는 환경오염의 직접 피해자인 주민이 배출시설에 대한 허가 및 감독권자인 행정청을 상대로 하여 어떠한 내용의 권익구제를 청구할 수 있느냐 하는 것이다. 그 행정작용의 매개요소가 무슨 내용인가에 따라 행정소송의 유형은 주민이 제3자의 입장에서 배출시설의 설치허가의 취소를 구하게 되는 제3자 취소소송과 주민이 규제행정청에 사업자의 오염물질배출을 규제해달라고 청구하게 되는 행정개입청구소송으로 나누어진 다.<sup>101)</sup>

## 2) 제3자 취소소송

환경행정소송에 있어서 제3자 취소소송은 환경피해를 입은 주민이 제3자의 입장에서 환경오염물질 배출시설 등의 설치허가에 대한 취소를 구하는 소송형태를 말한다. 이러한 소송과 관련하여 불법배출시설의 조업으로 인한 환경오염에 의하여 권익침해를 받고 있는 주민은 소송의 대상인 사업자에 대한 허가처분을 중심으로 하여 볼 때 처분의 상대방이 아닌 제3자의 지위에 놓이게 된다. 따라서 제3자 취소소송에 있어서 문제의 초점은 주민이 사업자에 대한 허가처분을 다룰 수 있는지 여부에 모아지는데, 이에 관하여 행정소송법은 원고적격을 법률상 이익이 있는 자에 한정시키고 있다. 따라서 문제는 환경피해를 입은 주민이 허가처분의 취소를 구할 법률상 이익을 가지는가에 귀착된다고 할 것이다.<sup>102)</sup>

100) 서희원, 전거서, 81면.

101) 홍준형, 「환경법」, 박영사, 2001, 382면.

102) 이창환, “환경오염피해에 대한 구제수단”, 「법정논총」 제32권(통권 제46집), 중앙대학교 법과대학, 1997, 104면.

### 3) 행정개입청구권

환경관계법령은 환경부장관이나 기타 행정청에게 배출시설의 설치허가권 뿐만 아니라 감독권자로서 개선명령·조업정지명령·시설이전명령 등의 규제명령을 발할 권한을 부여하고 있다. 이와 관련하여 만일 배출시설에서 배출되는 오염물질의 정도가 배출허용기준을 초과함에도 불구하고 행정기관이 아무런 조치를 취하지 않고 있다면 이로 인하여 권익침해를 받은 주민은 개선명령의 발동을 구할 수 있는지가 문제된다.

행정개입청구권이란 행정기관이 재량권을 행사할 수 있는 사안의 경우 당사자가 자신을 위해 자기 또는 타인에 대하여 행정권 발동을 요구할 수 있는 공권을 말한다. 이는 행정기관의 모든 재량행위에 대하여 인정되는 것이 아니고 재량권이 0으로 수축된다고 볼 수 있는 예외적인 경우에 인정되는 것이다.<sup>103)</sup> 일반적으로 사람의 생명·신체 및 재산 등에 대하여 중대하고 급박한 위험이 존재하고, 그러한 위험이 행정권의 발동에 의해 제거될 수 있는 것으로 판단되며, 피해자의 개인적인 노력으로는 위험의 방지가 충분히 달성되기 어렵다고 인정되는 경우에는 재량권이 0으로 수축된다고 본다. 현행 환경관련 법률들은 행정기관에게 각종 규제명령과 관련하여 재량권을 부여하고 있기 때문에 행정기관에게 개선명령 등의 발동을 요구할 수 있는 행정개입청구권이 인정되기 위해서는 그 재량이 0으로 수축되어야 한다.<sup>104)</sup> 이러한 경우에는 환경오염으로 인하여 권익침해를 받은 주민은 행정개입청구권을 행사할 수 있다.

무하자재량행사청구권은 재량수축의 경우, 다시 말해 사안의 성질상 일정한 결정 이외의 여하한 결정도 하자있는 것으로 판단될 수 있을 경우에는 특정한 내용의 처분을 요구할 청구권으로 나타날 수 있다. 즉 무하자재량행사청구권의 법리가 행정개입청구권의 성립의 기초를 제공하게 되는 연결점이 있는 것이다. 이러한 논리적 과정을 거쳐 개선명령 등의 발동을 요구할 수 있는 행정개입청구권이 실체법적으로 인정된다면, 소송상의 관철방법이 문제가 될 것이다. 행정심판의 경우 현행법상의 무이행심판이 허용되고 있으므로 이 경우 의무이행심판을 제기하여 구제를 받을 수

103) 이상돈·이창환, 「환경법」, 이진출판사, 2003, 377면.

104) 김춘환, “재량권의 영으로의 수축이론”, 「토지공법연구」 제3집, 한국토지공법학회, 1996, 99면.

있다. 그러나 이러한 심판청구가 행정청의 거부 또는 부작위로 인하여 무위로 끝났을 때에는 행정소송을 제기하는 수밖에 없다.

환경피해를 입은 주민의 행정개입청구권이 인정되는 경우 피해자가 구제받기 위하여 행할 수 있는 가장 효과적인 소송유형은 의무이행소송이라고 할 수 있다. 그러나 우리 대법원은 일관되게 의무이행소송을 행정소송법상 허용되지 않는 소송형태라고 보고 있다.<sup>105)</sup>

따라서 현행법상 고려될 수 있는 소송유형으로는 거부처분에 대한 취소소송과 부작위위법확인소송이 있을 뿐이다. 전자는 청구인용관결을 통해 행정청의 재처분의무를 부과한다는 점에서 실질적인 의무이행소송과 유사한 결과를 기대할 수 있다고 평가받고 있는 반면 후자는 단순히 무응답상태를 제거하기 위한 소송으로서 청구인용시에도 행정청의 거부 등의 응답을 얻어 이에 대해 다시 취소소송을 제기하여야 하는 우회적인 효과를 지니는 것으로 파악되고 있다.<sup>106)107)</sup>

#### 4) 의무이행소송

의무이행소송이란 상대방의 신청에 대하여 행정청이 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 않고 방치하거나, 신청된 처분을 거부한 경우에, 행정청에 처분을 할 것을 명하는 내용의 판결을 구하는 소송을 말한다.<sup>108)</sup>

우리나라 행정소송법은 항고소송으로서 취소소송·무효 등 확인소송 및 부작위위법확인소송의 3종의 소송을 정하는 데 그치고 있어 의무이행소송이 우리 행정소송법상 인정될 수 있는지에 대하여 견해가 일치되지 않고 있다. 소극설은 현행법상 항고소송의 종류는 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송의 세 가지로, 이외에 의무이행소송은 인정되지 않는다는 견해다. 권력분립주의를 형식적·정치적으로 파악한다. 즉 법원은 행정청에 대한 일반감독기관이 아니므로 법원이 행정청에

105) 대판 1986. 8. 19, 86누223; 대판 1989. 5. 23, 88누8135; 대판 1989. 9. 12, 87누868 등.

106) 홍준형, 전계서, 369면.

107) 대판 1990. 9. 25, 89누4758; 부작위위법확인 소는 행정청이 국민의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 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, 소 제기의 전후를 통하여 판결시까지 행정청이 그 신청에 대하여 적극 또는 소극의 처분을 함으로써 부작위상태가 해소된 때에는 소의 이익을 상실하게 되어 당해 소는 각하를 면할 수 가 없는 것이다.

108) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2007, 677면.

같음하여 일정한 행위를 결정하고 그것을 하도록 명하는 것은 사법권이 행정권의 고유영역을 침해하는 것이 되어 권력분립의 원칙에 반한다고 한다. 반면 적극설은 행정소송법 제4조에 규정된 항고소송의 종류는 예시적인 것으로서 판례나 관습법에 의한 법정소송 외에 다른 항고소송의 형태를 배제하는 것은 아니라는 견해다. 의무이행소송은 사법부가 행정부의 고유권한에 간여하는 수단이 아니라 필요한 처분이 행하여지지 않거나 거부됨으로써 권리가 침해된 원고가 권리구제의 차원에서 제기하는 소송이므로, 사법부에 의한 행정부 견제라는 권력분립의 원칙에 오히려 부합하다는 것이다. 이 견해는 권력분립주의를 실질적·기능적으로 파악하여 행정소송이 권리구제기능을 다하도록 하기 위하여 취소소송, 부작위위법확인소송뿐만 아니라 의무이행소송 등의 무명항고소송도 인정되어야 한다는 입장<sup>109)</sup>으로 오늘날 학설의 대세를 이루고 있다. 그러나 우리 대법원은 여전히 의무이행소송을 인정하지 않는 소극설을 견지하고 있다.<sup>110)</sup>

현대국가는 복지행정기능이 확대되어 개인생활의 의존도가 커지게 되었고, 이에 따라 행정청의 위법한 부작위로 인한 권익침해의 소지가 증가하고 있다. 행정청의 부작위에 의한 권익침해를 구제하는데 있어 부작위위법확인소송은 지나치게 우회적이라 하지 않을 수 없다.<sup>111)</sup> 따라서 행정소송이 권리구제기능을 다하도록 하기 위하여 의무이행소송을 인정할 필요가 있고, 이는 해석론적으로 접근하기보다 입법론적으로 해결하는 것이 바람직하다 할 것이다. 법무부가 국회에 제출했으나 폐기된 행정소송법 개정안에는 의무이행소송을 도입하는 것으로 되어있었다.<sup>112)</sup>

##### 5) 예방적 금지소송

예방적 금지소송이란 장래 행정청이 일정한 처분을 할 것이 명백한 경우에 그 처분을 하지 않을 것, 즉 부작위를 구하는 내용의 소송을 말한다. 일종의 소극적 형태의 의무이행소송이라 할 수 있다.<sup>113)</sup> 행정청의 처분에 의한 사업계획이 환경침해적 결과를 가져올 것으로 예상되는 경우 그 침해를 사전에 예방하기 위하여 특정한 행

109) 김동복, “행정청의 부작위에 대한 소송”, 「토지공법연구」 제11집, 한국토지공법학회, 2001, 129면.

110) 대판 1995. 3. 10. 94누14018.

111) 김동복, “의무이행소송에 관한 소고”, 「토지공법연구」 제10집, 한국토지공법학회, 2000, 305~306면.

112) 정부가 2007년 11월 19일 국회에 제출한 행정소송법 전부개정안에 따르면 제4조에 항고소송의 유형 중의 하나로 의무이행소송을 신설한 바 있다.

113) 김남진·김연태, 「행정법 I」, 법문사, 2007, 648~649면.

정처분의 금지 등을 구하는 소송을 말한다.<sup>114)</sup> 예방적 금지소송을 인정할 것인가에 대하여는 학설이 나뉘고 있다. 소극설은 행정소송법상 항고소송의 구분에 관한 규정을 제한적으로 해석하여 부정한다. 다수설인 제한적허용설은 공권력에 의한 침해가 절박한 경우에 문제되는 것으로, 단순히 현상악화를 방지하고자 하는 공권력 행사에 대한 소극적 방어행위라고 볼 수 있기 때문에 예방적 금지소송을 인정할 수 있다고 본다. 다만 권력분립원칙 및 행정청의 제1차적 판단권의 존중이라는 관점에서 일정한 제한적 요건 하에서만 인정된다고 한다. 그 요건은 처분이 행해질 개연성이 있고 절박하며, 처분요건이 일의적으로 정해져 있으며, 미리 구제하지 않으면 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있으며, 다른 구제수단이 없는 경우다.

대법원은 의무이행소송에서와 마찬가지로 예방적 금지소송에 대해서도 부정적 입장이다.<sup>115)</sup> 그러나 현대행정의 특성을 고려할 때 환경행정의 영역 등 제한된 영역에서는 예방적 금지소송을 인정할 필요성이 있다고 판단되므로, 일정한 요건하에서 이를 허용하는 것이 바람직하다고 판단된다. 법무부가 국회에 제출했던 행정소송법 개정안에서는 예방적 금지소송 역시 도입한 바 있다.<sup>116)</sup>

114) 조두현, “개정행정소송법하에서의 무명항고소송의 문제”, 「공법연구」 제14권, 한국공법학회, 1986, 125면.

115) 대판 1987. 3. 24, 86누1182.

116) 폐기된 행정소송법 개정안은 제4조 제4호에 예방적 금지소송의 개념을 규정하고 있고, 세부적인 내용은 제3장(취소소송 이외 항고소송) 제3절(예방적 금지소송) 이하에 제48조 내지 제50조까지 규정을 두고 있다. 개정안에 따르면 예방적 금지소송은 “행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분을 금지하는 소송”으로 정의되어 있다(개정안 제4조 제4호). 예방적 금지소송은 행정청이 장래에 일정한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분의 금지를 구할 법률상 이익이 있는 자가 사후에 그 처분을 다투는 방법으로는 회복하기 어려운 손해가 발생할 것이 명백한 경우에 한하여 제기할 수 있다(개정안 제48조).

### 第 3 章 環境訴訟에 있어서 原告適格의 法理

#### 第1節 原告適格 一般論

##### 1. 원고적격의 제도적 의의

###### (1) 원고의 의의

원고라 함은 취소소송의 경우 행정청의 처분 등에 불복하여 그의 취소 또는 변경을 구하기 위하여 소제기를 한 자를 말한다. 환경행정소송에서의 원고적격은 구체적인 행정처분에 대하여 누가 원고로서 그 취소를 구하는 소송을 제기하여 본안판결을 받을 수 있는 자격이 있느냐에 관한 문제라고 할 것이다. 원고적격이란 결국 행정소송에서 원고가 될 수 있는 자격을 의미한다. 원고적격은 본안인 소송물과 밀접한 관계가 있지만 그것과는 다른 본안전 소송요건의 하나로서, 현실적 소송요건 또는 실체적 소송요건이라고도 한다. 따라서 원고적격 유무의 심사는 법원이 권한으로 하여야 하고, 변론 종결시를 기준으로 이를 심사하여 원고적격이 없다고 인정

되는 경우에는 그 소가 부적법하다고 하여 각하하여야 하며, 청구기각의 판결을 하여서는 안된다. 환경행정소송에서의 원고적격은 민사소송에서와 같이 단순한 소송요건의 하나로서의 문제에 그치지 아니하고, 행정법의 구조 전체의 제도적 표현으로서의 문제를 의미한다고 할 수 있다. 따라서 행정법상의 원고적격론에서는 행정소송이 갖는 국민의 권리구제기능과 행정통제기능 이 두 가지 목적을 적절하게 조화시키려는 노력이 필요하며, 개개의 소송에 있어서도 사건의 행정처분의 적부를 판단함과 아울러 그 처분의 효과가 사회적으로 미치는 효과 또한 고려대상에 포함시켜야 한다.

이러한 특수성 때문에 원고적격 유무를 판단하는 데는 특별한 어려움이 따른다. 현대와 같이 행정의 영역이 확대되어 복잡 다양화된 상황에서는 원고적격에 관하여 하나의 기준을 가지고 모든 행정분야에 적용하는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 기준을 구체적 사안에 따라 적용할 필요성이 있다. 그러나 원고적격 유무를 판단함에 있어 구체적 사안에 따라 과도하게 신축성을 부여한다면 법적 안정성이 손상될 수도 있으므로 각 행정영역에 적합한 원고적격 판단기준을 정립하는 일은 매우 중요한 문제가 아닐 수 없다.<sup>117)</sup> 행정관청이 처분이나 행위를 비록 잘못했다 하더라도 누구나 이를 취소하기 위하여 법원에 제소할 수 있다면, 법원은 폭주하는 소송에서 헤어날 수 없을 뿐만 아니라 피고가 되는 행정청 역시 과도한 소송제기를 감당할 수 없게 된다.<sup>118)</sup> 최근에는 원고적격의 기능과 존재이유에 관하여 권력분립이론이 그 기본이론 내지 지도이념이 되어야 한다는 주장도 제기되고 있다.<sup>119)</sup>

행정소송법 제12조는 취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 원고적격을 법률상의 이익이 있는 자로 한정하고 있는 것이다. 그러나 환경문제와 관련된 취소소송은, 당사자 사이의 개인적인 권리나 이익의 구제만을 목적으로 하는 주관적 소송을 벗어나, 위법한 행정청의 처분을 배제하고 제3자인 인근 주민의 권리와 이익을 보호하는 객관적 소송의 성격을 가지는 형태로 변모되어야 한다는 점에서, 법률상의 이익이 구체적으로 무엇을 뜻하는지에 대해서는 그야말로 미로 내지 혼돈이라고 표현<sup>120)</sup>되고 있다. 1984년 개

117) 노청석, “환경행정소송의 소제기요건에 관한 연구-한국법과 중국법을 중심으로”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2004, 57면.

118) 박규하, “취소소송의 소의 이익에 관한 대법원의 판례의 경향”, 「외법논집」 3집, 한국외대, 1996, 134면.

119) 조홍식, “분산이익소송에서의 당사자적격”, 「판례실무연구 IV」, 비교법실무연구회, 2000, 443면.

정 행정소송법에서 소의 이익에 관한 규정을 신설하여 소익에 관한 종래의 의견다툼을 입법적으로 정리하였다고 하겠으나, 법률상 이익이라는 불확정 개념을 사용함으로써 취소소송에 있어서 소의 이익의 문제를 완전히 해결하였다고 볼 수 없게 된 것이다.

## (2) 광의의 소의 이익

국민의 일상생활에서 발생하는 모든 분쟁에 대하여 국가 사법기관의 판단을 받을 기회를 부여하는 것이 헌법상 재판받을 권리에 부합하다 할 것이다. 그러나 국가사법기관인 법원의 업무처리능력에는 한계가 있을 뿐만 아니라, 무용한 소송의 제기로 인해 행정청이 행정력 낭비를 초래하거나 상대방 또는 제3자에게 예측하지 못한 경제적·시간적 피해를 주는 경우도 충분히 상정해볼 수 있다. 따라서 행정소송 제도를 이용할 만한 필요성(이익)이 있는 분쟁만을 국가사법기관을 통하여 그 해결을 도모하도록 하는 제도적 장치가 필요하게 되는바, 그러한 여과기능을 담당하는 장치가 광의의 소의 이익제도라고 할 수 있다. 행정소송제도에 있어서의 광의의 소의 이익은 행정청의 행위가 취소사유 등의 하자를 가지는지를 심사하는 본안의 문제라기보다는 행정청의 행위 등이 사법심사의 대상으로 될 수 있는지에 관한 소송요건의 문제에 해당한다. 또 원고적격은 단지 소송요건의 하나에 지나지 않는 것이 아니라, 행정소송의 목적과 기능, 나아가서는 현대국가의 사인의 관계 내지 국법질서에 있어서의 사인의 지위를 어떻게 자리매김할 것인가라는 문제와 깊이 관련된다.<sup>120)</sup>

이러한 광의의 소의 이익에는 행정작용이 소의 대상으로 하기에 적합한 것인가의 문제(처분성의 문제)와, 누가 처분으로 인해 발생한 분쟁을 해결해줄도록 법원에 제소할 원고로서의 적격을 가지는지의 문제(원고적격 문제), 그리고 국가사법기관인 법원이 재판을 할만한 가치가 있는 객관적인 필요성 내지 실익이 있는지의 문제(소의 객관적 이익 내지 협의의 소의 이익 문제)로 나누어진다. 이들 3가지 문제는 이

120) 박재완, “환경행정소송에서의 원고적격”, 「환경법의 제문제 [상]」, 재판자료 제94집, 법원도서관, 2002, 119면.

121) 遠藤博也, “取消訴訟の原告適格”, 「實務民事訴訟講座」第8卷, 日本評論社, 1983, 73面.

론적으로는 구별이 가능하지만, 실제 판단에 있어서는 상호 밀접한 관련성을 가진다. 예컨대, 어떤 도시계획결정의 취소소송을 도시계획에 의해서 생활환경상 영향을 받는 주민이 제기한 경우에, 그 도시계획결정이 행정소송법 제19조상의 처분에 해당하는가의 측면에서 보면 처분성 문제가 되고, 분쟁의 성숙성이라는 측면에서 보면 협의의 소의 이익의 문제가 되며, 당해 계획의 실시로 주민이 받을 것이 예상되는 불이익이 행정소송법 제12조상의 법률상 이익의 침해에 해당하는지의 측면에서 보면 원고적격의 문제가 되는 것이다.

이처럼 광의의 소의 이익은 그것을 이루는 3가지 요소가 상호 밀접한 관련성을 가지는 것이나, 처분성 문제가 어떠한 행정작용을 다투게 할 것인가라고 하는 국가사법작용의 대상의 문제인데 비하여, 원고적격문제는 어떠한 행정작용을 누구에게 다투게 할 것인가라고 하는 국가사법작용의 이용주체의 문제라고 할 수 있다. 따라서 원고적격의 범위를 어떻게 규정할 것인지는 국가사법작용의 이용주체인 국민의 재판받을 권리의 보장과 직접적으로 연결되게 된다. 122)

### (3) 환경소송과 원고적격

환경오염 피해자가 어떠한 법적구성에 기하여 손해배상청구나 유지청구, 또는 취소소송을 제기하느냐 하는 문제는 환경소송에 있어 중요한 의미를 가진다. 그것은 단순히 청구권의 존부의 판단과 관련된 문제에 그치는 것이 아니라, 소송상 원고적격이나 입증책임의 분배 따위와도 밀접한 관련을 맺고 있는 문제라고 할 수 있다. 123) 소송을 제기하는 것은 국가재판제도의 이용이며 헌법 제27조가 이를 제도적으로 보장하고 있다. 그렇지만 소송의 제기는 누구에게나 함부로 허용되는 것이 아니라 반드시 일정한 자격의 구비와 필요성이 허용된 자에게만 부여된다. 이것이 바로 원고적격의 문제로서 광의의 訴의 利益의 문제를 이룬다. 원고적격은 무의미한 소송을 배제하기 위한 제도이다. 또 남의 권리에 대하여 아무나 나서서 소송하는 이른바 민중소송(Popularklage)을 막는 장치도 된다. 원고적격이 있는 자를 정당한 당사자(영미법에서는 standing)라고도 하며, 권한의 면에서 파악하여 소송수행권이

122) 伊藤眞, “訴えの利益”, 『現代行政法大系』 第4卷, 有斐閣, 1983, 237~238面.

123) 오석락, 『환경소송의 제문제』, 삼영사, 1996, 24면.

라고도 한다. 원고적격은 누가 정당한 당사자로서 소송을 수행하고 본안판결을 받기에 적합한 자격이 있는가의 문제라는 점에서, 현재 계속중인 소송에서 누가 당사자인가를 가리는 당사자 확정 문제와는 다르다. 또 특정사건과의 관계에서 검토되어야 하는 문제인 점에서, 구체적인 사건을 떠난 일반적·인격적 능력의 문제인 당사자능력이나 소송능력과는 구별된다.<sup>124)</sup>

민사소송의 경우 이행의 소에서는 자기에게 이행청구권이 있음을 주장하는 자가 원고적격을 가지며, 그로부터 이행의무자로 주장된 자가 피고적격을 갖는다. 확인의 소에서는 그 청구에 대해서 확인의 이익을 가지는 자가 원고적격자가 되며<sup>125)</sup>, 원고의 이익과 대립·저촉되는 이익을 가진 자가 피고적격자로 된다. 형성의 소는 법규 자체에서 원고적격자나 피고적격자를 정해놓고 있는 경우가 많다.

환경민사소송의 대표적 유형인 손해배상청구나 유지청구는 이행의 소에 포함된다. 이행의 소에서는 주장 자체에 의하여 원고적격이 판가름나기 때문에, 원고적격을 갖기 위해 실제로 이행청구권자나 의무자일 것을 요하지 않는다. 따라서 원고가 실제 이행청구권자이며 피고가 이행의무자인가는 本案審理에서 가릴 문제로서, 본안심리 끝에 실제 이행청구권자나 의무자가 아님이 판명되면 청구기각의 판결을 하게 된다.<sup>126)</sup> 이에 따라 환경민사소송에서는 원칙적으로 원고적격이 문제가 되지 않는다. 원고적격은 소송요건으로 법원의 직권조사사항이며, 조사 결과 그 흠이 발견된 때에는 판결로 소를 각하해야 한다.

그러나 환경행정소송의 경우 법률상 이익이 있는 자만이 원고적격을 가질 수 있도록 행정소송법 제12조가 규정하고 있다. 또 사인간 분쟁해결에 초점을 맞추는 민사소송과는 달리 환경행정소송은 공공적 성격이 강하기 때문에 사회적으로 광범한 영향력을 가지는 경우가 많으므로 원고적격 유무를 판단하는데 특별한 어려움이 따를 수밖에 없다. 그러면 이하에서는 환경행정소송을 중심으로 원고적격론을 고찰하고자 한다.

## 2. 환경행정소송상 원고적격의 법리

124) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2010, 127면.

125) 대학생의 학부모는 총장임명무효 또는 총장자격부존재확인 소를 제기할 당사자적격이 없다(대판 1994. 12. 22, 94다14803).

126) 이시윤, 전계서, 128면.

## (1) ‘법률상 이익’에 대한 학설의 경향

현행 행정소송법상 원고적격의 문제는 제12조의 ‘법률상 이익’을 어떻게 해석할 것인가의 문제로 귀착되고 있다. 현재 권리구제설, 법률상보호이익설, 보호가치이익설, 적법성 보장설, 절차적 참가권설 등 5가지 학설이 소개되고 있으나 이중 법률상보호이익설과 보호가치이익설 두 가지 견해가 중심이 되고 있다. 현재 통설 및 판례에서 원고적격이 문제되는 것은 원칙적으로 처분의 직접 상대방이 아닌 제3자의 경우이다. 불이익처분의 직접 상대방의 경우에는 원칙적으로 원고적격을 취득하여 위법한 행정처분에 대항할 수 있다는데 이론이 없다.<sup>127)</sup>

### 1) 법률상 보호이익설

#### 가. 법률상 이익의 해석

형사소송법 제12조의 법률상 이익이란 법으로 보호되는 이익을 의미하며, 따라서 법률상 이익이 침해된 자만이 원고적격을 가진다고 보는 것이 우리나라 학계의 지배적인 견해다.<sup>128)</sup> 판례도 같은 입장이다. 법률상 보호이익설의 근거는 다음과 같다. 첫째, 법률문언의 해석상 현행법이 명문으로 ‘법률상’이라고 규정하고 있기 때문에 법률문언을 무시하고 이를 사실상 이익으로 확대해석할 수는 없다는 점이다. 둘째, 보호가치 이익설은 구체적으로 어떠한 이익이 보호가치 있는 이익인지에 대한 객관적인 기준을 명확히 제시하지 못하기 때문에 부당하다고 비판한다. 셋째, 우리 행정소송법상 항고소송은 국민의 권리구제를 위한 주관소송이라고 한다. 넷째, 법률상 보호이익설이 원고적격의 범위를 좁게 봄으로써 야기되는 문제는, 처분의 근거 법규의 범위를 확대하고 관계법의 탄력적 목적론적 해석에 의하여 해결할 수 있다고 한다.

통설인 법률상 보호이익설은 원고적격을 지나치게 좁게 해석하여 다양한 현대 행정작용으로 인하여 발생하는 국민의 권익침해를 구제하는 데 문제가 있다는 비판을

127) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2003, 635면.

128) 김동희, 상계서, 638면.

받고 있다. 즉 원고적격을 인정하기 위해 침해된 이익의 보호규범의 존재를 요구함으로써 원고적격의 범위를 부당하게 제한한다는 것이다. 사실상 국민에게 중대한 손해를 야기하고 달리 구제방법이 없는 경우에도 보호규범이 존재하지 않으면, 위법한 행정에 의한 손해를 감수할 수밖에 없다는 부당한 결과를 가져온다는 것이다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 보호규범의 범위를 넓게 보려는 입장이 등장하고 있지만, 이 경우 과연 어떠한 법률까지를 보호규범으로 보아야 할 것인지에 대한 명확한 기준이 없다. 법률상 보호이익설은 독일의 보호규범론에 기초한 것인데, 독일의 특유한 역사적 경험을 바탕으로 독일의 헌법 및 행정소송법제의 이론적 토대로 형성된 것인 만큼 우리 행정소송법제도는 그것과 차이가 있다는 점에서 현행법의 해석상으로도 법률상 보호이익설은 문제가 있다는 비판이다.

#### 나. 법률상 이익의 침해가능성 판단

법률상 보호이익설에 따르면 원고의 침해된 이익이 처분의 근거법규에 의하여 보호되는 이익이면 원고적격을 취득한다고 한다. 그 판단기준은 근거법규가 당해 이익을 보호하고 있느냐이다. 따라서 추상적인 법령의 해석을 통해 법률상 이익이 존재하면, 즉 관계법규에 사익보호성이 있으면 바로 원고적격을 인정하게 된다는 문제가 생긴다. 그러한 법률상 이익이 침해되었는지, 아니면 침해될 가능성이 있는지 등에 대한 판단이 상실된다는 것이다. 만일 이들을 판단하게 된다면 법령해석과 사실문제를 모두 판단하여야 하는데 이는 본안판단의 문제를 모두 본안 전에 판단하게 되어 부당하다는 것이다. 이와 관련, 최근에는 독일의 해석론인 이른바 ‘가능성설’을 도입하여, 권리침해의 객관적 가능성이 있는지를 기준으로 원고적격의 유무를 판단하여야 한다는 견해가 제시되고 있다.<sup>129)</sup>

#### 다. 원고적격의 구체적 요건

법률상 보호이익설의 입장에서 원고적격의 구체적 요건을 살펴본다.

첫째, 근거법규가 있어야 한다. 구체적으로 처분의 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 법률상 이익이란 처분의 근거법규(근거법규가 타 법령을 인용함으로써 인하여 근거법규가 된 경우까지를 아울러 포함한다)의 명문규정에 의하여 보호되는

129) 홍준형, 「행정구제법」, 도서출판한울, 2001, 372면.

법률상 이익, 처분의 근거법규에 의하여 보호되지는 아니하나 처분의 행정목적을 달성하기 위한 일련의 단계적인 관련 처분들의 근거법규에 의하여 명시적으로 보호 받는 법률상 이익, 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 개인적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다.<sup>130)</sup>

둘째, 침해가능성이 있어야 한다. 원고적격이 인정되기 위해서는 처분의 근거법규 또는 관련법규에서 개인의 구체적·직접적인 법률상 이익을 보호해야 할 뿐 아니라, 나아가 그 보호의 인적범위에 있어서 행정처분의 취소를 구하는 자가 그 행정처분으로 인하여 위 근거법규 또는 관련법규에 의해 보호되는 구체적·직접적인 법률상의 이익을 침해당할 가능성이 있는 자에 해당하여야 하며, 실제로 법률상의 이익을 침해당했는가 여부는 본안에서 판단할 사항이다.<sup>131)</sup>

## 2) 保護價値利益說

원고적격을 인정함에 있어서 보호대상인 이익을 근거법률의 해석으로부터 도출하지 않고, 사실상 이익의 침해라는 사실적 요소에 의하여 판단하는 설이다. 즉 보호할 가치가 있는 이익의 구체설이다. 보호가치 이익설은 취소소송의 의의가 실체법상 권리 또는 보호되는 이익의 구체에 있는 것이 아니라, 소송상 보호될 만한 가치가 있는 이익을 구체하는데 있는 것으로 이해한다. 따라서 사실상 이익침해가 자기 관련성, 현재성, 직접성, 객관적 관련성 등의 판단기준에 부합하는가를 판단하여 원고적격을 인정하게 된다. 이러한 기준에 부합하는가를 구체적으로 입증하여야 하는 것은 아니고 그러한 가능성을 인정할 수 있는 사실을 소명하면 된다고 본다. 따라서 소이익의 범위결정을 실체법의 규정에 의하는 것이 아니라, 분쟁해결이라는 소송목적에 비추어 쟁송법상 보호가치가 있다고 인정되는가의 여부를 기준으로 결정한다.

보호가치이익설에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 첫째, 실체법과 절차법을 구별하는 현행법 아래서 실체법이 보호하지 않는 이익을 쟁송법으로 보호하고자 하

130) 이용세, “일조권 침해와 환경소송”, 「환경법의 제문제 [상]」 재판자료 제94집, 법원도서관, 2002, 315면.

131) 이용세, 상계논문, 315~316면.

는 것은 문제가 있다는 것이다. 둘째, 법관은 스스로 보호할 가치가 있는지 여부를 판단하여 보호할 수 있는 것이 아니라 법이 보호하고 있는 이익만을 보호할 수 있기 때문에, 보호가치이익설은 결과적으로 법원의 기능에 속하지 않는 법창조적 기능을 법원에 부여하는 효과를 가져왔다. 셋째, 소이익을 확대하여 남소의 폐단을 초래하며, 행정의 원활한 운영을 저해하고 법원에 과도한 부담을 줄 수 있다는 것이다.<sup>132)</sup>

### 3) 권리구제설

권리구제설은 권리를 직접 침해받는 자만이 원고가 될 수 있다는 견해다. 취소소송의 기능 목적이 실체법상 권리보장에 있다는 점을 근거로 위법한 행정처분에 의하여 실체법상 권리를 침해당한 자에게 소이익을 인정하겠다는 입장이다. 사법권은 국민의 구체적인 권리구제에 필요한 한도 내에서 행정의 적법성을 심사하는데 불과하다고 한다. 이러한 견해는 행정소송법상 법률상 이익을 실체법상의 권리로 해석한다. 이 때문에 소이익을 인정하는 범위가 지나치게 좁다는 비판이 제기된다.

### 4) 적법성보장설

취소소송의 기능을 국민 개인의 이익보호만을 위한 수단으로 인정하지 않고, 행정처분의 적법성 보장을 위한 것으로 이해하고자 하는 경우가 있다. 적법성 보장설은 소이익의 문제를 행정처분의 적법성 유지라는 측면에서 이해하고, 계쟁된 행정처분의 성질을 감안하여 될 수 있는 한 사법적 심사의 가능성을 넓히려 한다. 행정처분의 적법성 유지기능, 즉 객관적 소송의 이념을 지도이념으로 하고 있다.<sup>133)</sup>

### 5) 절차적참가권설

행정기관의 정책결정에 대하여 이해관계를 가진 당사자가 행정결정절차에 참가할 수 없었던 경우에는 그 행정결정에 대하여 법원에 사법심사를 요청할 ‘Standing’을 부여해야 한다는 견해다. 이는 사법재량의 문제를 법원과 행정기관간의 합리적 역할의 배분이라는 관점에서 보고자 하는 미국 법원의 태도에서 기인한 것이고, 미국

132) 노청석, 전계논문, 61면.

133) 서희원, 전계서, 110면.

의회의 제정법에 의하여도 확립되어져 가고 있다. 이 견해는 종래의 실체적 권리만이 아니라, 새로운 종류의 이익인 절차적 참가권을 보호하는데 크게 기여하였고, 행정결정에 근거가 된 제정법규나 행정절차법 규정의 해석에 폭넓은 재량권의 행사를 가능하게 하여 Standing의 전통적인 기준에 의하여 사법심사가 거부되었던 자에게 까지도 Standing을 인정함으로써 인정폭의 확대를 가능하게 하였을 뿐만 아니라, 행정기관에게 의회의 제정법으로 행정기관이 실시하는 정책으로 인하여 영향을 입을 모든 이익을 충분히 고려할 적극적인 의무를 부과하게 되었다는 평가를 받고 있다.<sup>134)</sup>

#### 6) 사건

법률상 보호이익설이 통설이다. 그러나 오늘날 국민생활의 행정의존성이 현저하게 증대되고 있는 상황에서 취소소송의 보호범위를 확대하여야 한다는 요구에 따라 보호가치이익설의 입장이 설득력을 얻어가고 있다.<sup>135)</sup> 그 이유는 우리 행정소송법상 항고소송은 객관소송으로서의 성격을 무시할 수 없다는 점이다. 또 행정소송법 제12조의 문언을 자세히 살펴보면 규정형식 자체에서 독일 행정법원법과는 차이가 있다는 것이다. 독일의 법 규정은 자신의 권리가 침해당하였음을 주장하는 자에게 원고적격을 부여하고 있는데 반하여 우리 행정소송법 제12조는 취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 우리 학설이 이를 법률상 이익이 침해된 자로 해석하는 것은 독일법의 해석론에 영향을 받은 것으로 보인다.<sup>136)</sup> 우리 행정소송법 규정형식상으로도 취소를 구할 법률상 이익이라는 소송법적 관점에서 원고적격을 부여하기 위한 것으로 보는 것이 타당하다는 것이다.

환경행정소송에서 근거법률의 사익보호성 결여를 이유로 처분의 제3자에게 원고적격이 인정되지 않는다면, 행정소송은 환경보호를 위해서는 이용할 수 없고 단지

134) 천병태, “미국환경행정소송에 있어서의 ‘standing’법리의 전개”, 「민사법과 환경법(안이준박사화갑기념논문집)」, 1986. 668면.

135) 보호가치이익설을 지지하는 견해로는 서원우, “취소소송에 있어서의 소의 이익”, 「전환기의 행정법이론」, 박영사, 1997. 922~936면; 이원우, “현대 행정법 관계의 구조적 변화와 경쟁자소송의 요건”, 「경쟁법연구」 제7권, 2001, 139~186면 등.

136) 이원우, “원고적격과 협의의 소의 이익”, 「2002년도 행정소송법 법관세미나 자료」, 사법연수원, 2002, 37면.

환경위해시설을 운영하고자 하는 사업자만이 허가거부처분이나 허가취소·조업정지 처분을 다루기 위해 이용할 수 있는 반환경적 제도라는 비판<sup>137)</sup>까지 제기되고 있다.

## (2) 원고적격에 대한 관례의 경향

우리 관례는 통설과 마찬가지로 법률상 보호이익설을 따르고 있다. 관례는 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 행정처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정되지만, 여기서의 법률상 이익이라 함은 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 의미하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적인 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이익은 여기에 포함되지 않는다고 한다.<sup>138)</sup>

### 1) 근거법규 범위의 확대경향

1990년대부터 2000년 이후까지 이어지는 관례의 경향을 보면, 처분의 근거가 되는 법률의 범위를 점차 확대하고 있다. 대법원 1995. 9. 26. 선고 94누14544 판결은 처분의 근거법규가 구체적인 내용을 위임하거나 준용 또는 참작하도록 규정하고 있는 법규도 처분의 근거법규로 인정된다고 하였다. 이 판결은 도시계획결정처분의 직접 근거는 구 도시계획법 제12조이지만, 같은 법 제12조 제3항의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에 관한 규칙 제125조 제1항이 화장장의 구조 및 설치에 관하여는 매장및묘지등에 관한 법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있으므로, 결정되는 도시계획의 내용이 화장장의 설치에 관한 것일 때에는 매장및묘지등에 관한 법률 및 동 시행령 역시 위 도시계획결정의 근거법률이 된다고 보았다.

대법원 1998. 4. 24. 선고 97누3286 판결은 근거법규의 범위를 더 확장하고 있다. 이 판결은 공원사업시행허가처분의 근거법규인 자연공원법 관계조문에서 사건에 환경영향평가를 거치도록 한 경우에는 환경영향평가법도 동 처분의 근거법규로

137) 황보 완, “환경행정소송에 있어서 원고적격론에 관한 연구”, 한국외국어대학교 대학원 박사학위논문, 2003, 157면.

138) 대판 1998. 9. 4, 97누19588; 1990. 5. 25, 90누813; 1992. 12. 8, 91누13700; 1993. 7. 27, 93누8193; 1995. 9. 26, 94누14544; 1998. 9. 22, 97누19571 등이 있다.

보았다. 즉 당해 처분의 요건을 규정한 직접 근거법규가 아니더라도 당해 처분을 위하여 일정한 전단계절차를 거치도록 하고 있다면 그러한 절차를 규율하는 법규도 처분의 근거법규에 포함된다는 것이다.

대법원 2005. 5. 12. 2004두14229 사건 역시 환경영향평가법을 근거법규로 보아 지역주민의 원고적격을 인정하였다. 이 판결은 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다고 하였다. 즉 폐기물처리시설을 설치하는 경우에는 폐기물처리촉진법에 따른 환경상 영향조사 뿐만 아니라, 환경영향평가법에 따른 환경영향평가 대상사업에도 해당하므로 폐촉법령뿐만 아니라, 환경영향평가법령도 위와 같은 폐기물처리시설을 설치하기 위한 폐기물 소각시설 설치계획 입지가 결정·고시처분의 근거 법령이 된다고 보았다. 따라서 폐기물처리시설 설치계획 입지가 결정·고시된 지역 인근에 거주하는 주민들에게 이 처분의 근거법규인 환경영향평가법에 의하여 보호되는 법률상 이익이 있으면 위 처분의 효력을 다룰 수 있는 원고적격이 있다고 인정하였다.

## 2) 사실적 요소의 고려 여부

근거법규가 보호하고 있는 이익 여부를 판단함에 있어 법적요소 이외에 현실적인 침해의 발생이라는 사실적 요소가 어디까지 판단되어야 하는지에 대하여 살펴보면, 우리 대법원은 명확한 입장을 표명하지 않고 있으나 어느 정도는 고려하고 있다고 판단된다. 대법원은 2001. 7. 27. 99두2970 사건에서 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 이익은 개별적 이익이라고 판시하였다. 이 판결은 “국립공원 집단시설지구개발사업의 조성면적이 10만㎡ 이상인 경우, 환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가법령상의 관련 규정의 취지는 집단시설지구개발사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경 침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다”며 “주민들이 변경승인처분과 관련하여 갖고 있는 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적 구체적인 이익이라고 보아야 할 것이어서, 국립공원 집단시설지구개발사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환

경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들은 취소를 구할 원고적격이 있다”고 보았다.

반면 대법원은 1998. 9. 22. 97누19571 사건에서 국민·산악인·사진가·학자·환경보호단체 등의 환경상의 이익은 근거법률에 개별적·구체적·직접적 이익으로 보호하려는 내용 및 취지를 가지는 규정을 두고 있지 아니하므로 취소를 구할 원고적격이 없다고 보았다.

### (3) 사건

우리 대법원은 원고적격의 확대에 있어서 법률상보호이익설의 입장에 중심이 놓여있음을 명확히 하고 있다. 단지 그 처분의 근거법률의 범위를 제한적으로 보지 않고 확대해석하여 원고적격의 범위를 넓히려는 노력을 보여준다.

환경상 이익은 일반적 법률상 이익과는 그 이해를 달리해야 함에도 불구하고 여전히 환경 관련단체의 법적다툼에 있어 제3자의 경제적 이해관계와 같은 범주에 놓고 있는 것처럼 보여진다. 오늘날 환경소송의 객관화 현상에서 단체의 이해관계 중요성을 단순히 개인적 권리중심성의 범위 즉 주관소송의 관점에서만 판단하는 것은 무리가 있다고 여겨진다.

현행 다수설과 판례는 기본적으로 원고적격에 대한 법률상 이익의 개념을 법률상 보호이익으로 보고 있다. 다만 판례의 경우 제3자의 이해관계에 대해서 처분법률뿐만 아니라 관계법률까지 확장해석을 통하여 보호이익에 대한 원고적격의 확대를 꾀하는 경향이 있다. 또 학설의 동향도 전통적 보호규범이론인 반사적 이익과 권리와 구별에 한정하지 않고 폭넓게 이해하려는 태도를 보이고 있다고 할 수 있다. 그러나 현재로서는 입법론적으로 명확한 기준을 기대할 수 없는 만큼 환경소송과 관련하여 보호가치이익설에 무게를 두어 권리주장 당사자의 범위를 확대시키고 점차 일반 행정소송상 원고적격 기준에도 적용해나가는 것이 바람직하다고 생각된다.

## 3. 환경민사소송상 원고적격의 법리

### (1) 손해배상청구의 원고적격

환경침해를 원인으로 한 손해배상의 경우에도 소송당사자는 불법행위책임에 관한 일반론이 그대로 적용된다. 환경오염 피해자는 전통적인 불법행위의 성립요건인 고의·과실, 위법성, 인과관계, 손해의 발생 등을 입증해야 손해배상청구권을 가진다. 그러나 환경오염피해는 간접적·계속적인 침해의 형태를 가지고 있고, 피해범위가 광역적이며, 인체 내지 생활환경에 대한 중대한 침해라는 특성을 가지고 있으므로 원고적격의 판단에 있어서 환경침해의 유형별로 검토가 필요하다 하겠다.

#### 1) 수질오염

수질오염으로 인하여 재산상 손해를 입은 자는 손해배상청구의 원고가 될 수 있다. 예컨대 공장에서 배출되는 폐수로 인하여 김이나 양식어류가 폐사하거나 농작물에 피해를 입은 경우를 들 수 있다. 또 카드뮴이나 수은 등 중금속에 오염된 어류, 농작물, 음용수를 섭취함으로써 신체적·정신적 피해를 입은 자도 원고가 될 수 있다.<sup>139)</sup> 지하수 오염의 경우에는 지하수 개발로 인하여 그 이전부터 인근 토지 내의 원천에서 나오는 지하수를 이용하고 있는 인근 토지소유자의 음용수 기타 생활상 필요한 용수에 장애가 생기거나 생길 염려가 있는 경우 그 인근 토지소유자가 원고가 될 수 있다.<sup>140)</sup>

#### 2) 소음

소음으로 인하여 재산적 손해를 입은 자는 원고적격이 있다고 하겠다. 예컨대 영업장에서 영업을 중단하거나 고객이 감소함으로써 손실을 입은 자, 작업능률의 저하에 따른 손실을 입은 자, 소유 부동산의 가격이 하락함으로써 손실을 입은 자, 소음으로 인하여 종전 거주지에 거주할 수 없어 이주함으로써 이주비 등의 손실을 입은 자 등을 들 수 있다. 또한 소음발생지의 인근에 거주하면서 소음으로 인하여 신체적·정신적 고통, 예컨대 창문 등을 개폐할 수 없으므로 인한 생활의 불편, 대화나 전화·텔레비전 시청의 곤란, 수면방해, 불안감 등을 당한 자도 원고가 될 수 있다.<sup>141)</sup>

139) 일본의 *이타이타이* 病事件이나 新瀉水俣病事件

140) 서희원, 전계서, 193면.

판례에 나타난 구체적인 사례로는 건설공사시의 소음·진동으로 인하여 인근에서 현저한 기능감퇴 현상이 초래된 사육돼지들을 모두 처분하고 양돈사업을 일시 중단한 양돈업자<sup>142)</sup>, 폭파작업으로 인하여 양계를 염가 처분한 양계업자<sup>143)</sup>, 전투기소음과 사격장에서의 폭음 등으로 피해를 입은 매향리 사격장 인근 주민<sup>144)</sup>, 항공기소음으로 피해를 입은 김포공항 인근 주민<sup>145)</sup>을 들 수 있다.

매향리 사건과 김포공항 사건에서 하급심 판결들은 영조물의 하자개념을 확장하여 영조물 자체의 물리적·외형적 흠결 외에 영조물의 이용과 관련하여 그 이용자 또는 제3자에게 사회통념상 참을 수 없을 정도의 위해를 발생케 할 위험성까지도 영조물의 하자로 보았다. 공항이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 인근 주민들에 대하여 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우 그 공항은 하자가 있는 영조물에 해당한다고 판시한 후, 수인한도를 넘는 소음을 발생시키는 공항의 설치·관리자인 대한민국 또는 한국공항공단에 국가배상법 제5조 제1항, 민법 제758조에 의한 손해배상책임을 인정하였다.

반면 인천지방법원 부천지원 1998. 12. 4, 95가합865사건은 항공기의 이착륙시에 발생하는 소음에 대한 방지지설의 설치·관리와 유지·보수 사업을 한국공항공단의 사업으로 규정한 폐지 전의 한국공항공단법 규정이 추상적인 규정이라고 하여, 한국공항공단에 별도의 소음방지대책을 적절하게 수립, 시행할 의무가 발생하지 않는다고 보아 원고들의 한국공항공단에 대한 청구를 기각하였다.

### 3) 일조권 침해

일조권 침해로 인한 손해배상청구의 원고는 피해건물에 거주하고 있는 토지 및 건물의 소유자와 그 가족 또는 동거인이며,<sup>146)</sup>그 외 임차인, 병원의 입원환자, 유치원 아동, 보육원 아동도 원고가 될 수 있다. 다만 그들이 입은 손해는 서로 다르기 때문에 위자료액에서 차이가 날 수 있다. 가해건물이 완공되어 일조방해가 초래된 후에 건물의 소유권을 새로 취득한 자는, 그 취득가격에 일조가 방해되는 사정을

141) 서회원, 전계서, 195면.

142) 대판 1996. 11. 8, 96다32225, 32232.

143) 대판 1974. 11. 12, 74다1321.

144) 서울지판 2002. 1. 9, 2001나29253(매향리사건).

145) 서울지판 2002. 5. 14, 2000가합6945; 서울지판 2002. 8. 20, 2000가합29887(김포공항사건).

146) 서울지판 2001. 4. 26, 99가합34203.

반영할 수 있으므로 원칙적으로 일조방해로 인한 재산적 손해에 대한 배상을 청구할 수 없다고 보아야 하며, 취득가격에 일조방해로 인한 사정이 반영되지 않았다면 이는 양자 사이의 하자담보책임의 문제가 될 뿐이다.<sup>147)</sup> 피해건물을 분양받아 대금을 완납하고 거주하고 있으나 절차상의 문제로 아직 소유권 보존 등기를 하지 못한 경우와 같이 실제 처분권자라고 볼 수 있는 경우에는 손해배상청구권이 있으나<sup>148)</sup>, 단순히 건물을 매수한 후 대금을 지급하고도 아직 이전등기를 마치지 못한 자는 법률상 소유권자에게 인정되는 손해배상청구권을 행사할 수 없을 것이다.<sup>149)</sup>

#### 4) 조망권 침해

조망권 침해는 인접지에 건물이 건축됨으로써 자기의 토지에서 바라보는 자연경관과 기타 조망이 저해되었을 때 문제된다. 조망권은 景觀權과 보통 함께 쓰이며, 자연경관을 손상당하지 않고 이를 볼 수 있는 권리를 말한다. 오늘날 고층건물의 난립으로 아름다운 자연경관을 가리는 경우가 많기 때문에 조망 및 경관권이 환경권의 내용으로 요청되고 있다.<sup>150)</sup> 자연경관이 좋은 풍경을 고층건물이나 댐 등의 조성으로 파괴하는 것은 조망 및 경관권을 침해할 수 있다.<sup>151)</sup>

조망권의 침해는 보통 조망의 차단이라는 형태를 취하며, 조망의 대상인 경관 자체를 파괴하는 것은 조망권의 침해라 보기 어렵다. 무형의 재산인 시각 대상으로서의 경관을 조망할 수 있다는 것은 토지나 건물의 장소적 관계에 따라서 경관과 조망자 사이에 차단물이 존재하지 않는다는 우연한 사실에 의한 것으로, 본래 이는 일종의 반사적 이익에 지나지 않는 것이며, 그 자체가 당연히 법적으로 보호될 수 있는 사권의 대상으로 되는 것은 아니다. 다만 특정한 상황 하에서 특정의 장소가 조망이라는 측면에서 독립된 가치를 가지고 그 건물의 소유자 내지 점유자에 의한 조망 이익의 향수가 사회관념상 독자의 이익으로서 승인되어야 할 중요성을 가진

147) 서울고판 2000. 7. 7, 99나52567, 52574.

148) 서울고판 2000. 11. 3, 99나13555, 99나13562.

149) 서희원, 전제서, 199면.

150) 조망권은 바다나 강이 보이는 아파트의 가격과 보이지 않는 아파트의 가격이 현저히 차이가 나는 현상을 유발하고 있다. 서울지법 민사합의14부는 2002. 6. 9. 판결에서 “조망 자체가 거주자에게 주관적으로 중요하다 하더라도 사회, 문화적 가치가 객관적으로 인정되지 않는 한 법적 보호대상이 되지 않는다”며 “만약 모든 조망권이 보호를 받는다면 평지에 먼저 건물을 짓는 자가 나중에 들어서는 모든 건물에 대해 조망권 침해를 주장할 수 있는 불합리한 결과가 발생한다”고 판시했다.

151) 대법원은 이를 소유권에 기한 방해배제청구권으로 보고 있다(대판 1995. 9. 15, 95다23378).

경우에는 법적으로 보호되어야 할 이익이 되는 것이다.<sup>152)</sup> 즉, 일반적으로 조망은 풍물을 바라보는 자에게 미적 만족감과 정신적 편안함을 부여하는 점에 있어서 생활상 적지 않은 가치를 가지고 있으나, 더 나아가 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 조망, 조용하고 쾌적한 환경 등이 그에게 있어 하나의 생활이익으로서의 가치를 지닌다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것이다. 따라서 객관적인 법적보호의 대상이 될 정도의 특별한 조망이 아니라 단순히 주택가에서 새로운 건물로 인하여 기존 건물에서 바라다 보이는 시야가 좁아졌다는 것만으로는 그 정도가 현저히 심하지 않는 한 조망권 침해는 인정받기 어려울 것이다.

하급심 판결은 경관이 조망되지 않는 평지에 고층건물을 축조하여 너른 지역을 조망할 수 있게 된 경우 다른 고층건물의 건축에 대하여 조망권을 주장할 수 없다고 하고 있다.<sup>153)</sup> 부산지방법원 2001. 5. 3, 2001카합600 사건은 주거용건물인 아파트의 조망이익이 보호받기 위한 요건으로 ① 일반통념에 비추어 조망 가치가 있는 경관이 존재할 것 ② 당해 건물의 가치가 당해 경관의 조망에 상당히 의존하고 있을 것 ③ 조망의 보존과 유지가 주위 토지의 이용상황과 조화를 이룰 수 있을 것 등을 요구하기도 했다. 조망의 침해는 소음이나 대기오염, 일조권 침해 등과 달리 생활에 절실한 것은 아닌 점에 비추어 그 인정에 특히 엄격한 요건이 필요하다 할 것이다.<sup>154)</sup>

## (2) 유지청구의 원고적격

환경침해에 대한 사전적·예방적 구제방법인 유지청구는 피해자의 입장에서는 손해가 발생하기 전에 손해의 발생을 차단한다는 면에서 효과적이지만, 기업운영의 사회·경제적인 측면이나 국민생활에 중요한 운영시설과 공적인 운영시설의 측면에서는 문제가 있다. 그러므로 유지청구가 인정되기 위해서는 환경침해로 인한 피해의 발생이 어느 정도 이상으로 높은 개연성을 가지고 구체적으로 예측할 수 있는

152) 대판 1999. 7. 27, 98다47528.

153) 부산고판 1999. 4. 29, 98나10656.

154) 올림픽대로변의 아파트에서 한강이 보이는 조망에 대하여 법적으로 보호받을 수 있는 생활이익에 해당한다고 볼 수 없다(서울지판 2002. 5. 21, 2000가합5775).

것이어야 하고, 그러한 침해에 관하여는 피해자측의 피해의 정도, 피침해이익의 종류, 침해행위의 태양, 손해회복의 가능여부, 기업활동의 공공성 등의 사회적 유용성, 留止가 양 당사자에게 가져오는 효과 등의 제반요소를 종합적으로 고려하여야 한다.

유지청구의 주체는 환경침해 피해자가 될 것이나 그 범위는 유지청구의 근거와 관련이 있다고 하겠다. 유지청구의 근거를 민법 제217조에 두는 상린관계설에 의하면, 토지소유권을 가지지 않더라도 토지 위에서 보호받을 만한 생활이익을 누리고 있는 이웃 거주자도 원고적격이 있다고 하겠다. 인격권설에 의하면 물권이 없는 사람이라도 환경오염으로 인격권이 침해되었다면 당연히 유지청구를 할 수 있다. 불법행위설에 의하면 타인의 불법행위로 인하여 환경이익을 침해당한 자가 주체가 될 것이다. 환경권설에 의하면 환경권을 침해당한 자라면 반드시 소유자가 아니더라도 자신이 관계하는 일반적 환경이 침해되면 제소할 수 있다고 본다. 판례의 입장인 물권설에 의하면, 원칙적으로 명문 규정에 의하여 뒷받침 되는 소유권이나 점유권 등의 물권을 가진 자이다. 다만 물권설에 의하더라도 소유권 외에 그에 준하는 권리자, 즉 주택임대차보호법상의 임차인이나 점유권자 기타 특별법상의 물권인 공업권이나 어업권 등의 물권자도 유지청구권을 가질 수 있다.<sup>155)</sup>

환경침해를 받은 토지를 계속적으로 이용하는 피고용인이나 교육목적 방문객들도 소유권자와 같이 토지 관련성을 가진다고 보아 원고적격을 인정할 것인지 여부가 문제된다. 상린관계설, 인격권설, 환경권설의 입장에서는 이러한 경우 당연히 원고적격을 가진다고 볼 것이다. 소유자나 점유자와 비슷한 방법으로 토지에 대한 침해에 노출된 물권적인 비권리자, 즉 피고용인이나 교육 목적으로 방문해야 하는 피교육자에게는 환경침해에 대한 방해제거나 방해예방청구권이 인정되어야 한다. 피고용인이나 교육장의 방문자로서 이들은 침해받은 토지에 규칙적으로 장기간 체재하여야 하므로 침해에 대해서 지속적으로 벗어날 수 없기 때문이다.<sup>156)</sup> 법인체가 소유하는 건물이 인근 건물로부터 일조, 조망의 침해를 받거나 소음, 진동, 매연 등 공해의 피해를 입게 된다면 그 건물에 거주, 생활하는 개개인을 떠나 법인체 스스로가 직접 방해배제청구를 할 수 있다고 보아야 한다.

155) 윤철홍, “환경권의 본질과 유지청구권”, 「민사법학」 제17호, 1999, 366면.

156) 문광섭, 전제논문, 311면.

### (3) 사건

환경오염피해의 손해배상청구에 있어서 원고적격의 인정 여부는 단순히 소송당사자의 문제가 아니라 위법성, 인과관계 등에 대한 종합적인 검토가 필요하다 할 것이다. 특히 환경오염피해는 다수의 지역주민들에게 동종의 손해를 공통적으로 입힌다는 측면 등 그 특성으로 인하여 일반불법행위의 경우와 다른 독자적인 배상법리가 필요하다고 하겠다. 원고적격의 인정 역시 환경소송의 특성을 반영하는 법리적 진화가 요구된다.

환경침해로 인한 재산상 손해의 입증이 곤란한 경우, 피해자가 생명·신체에 대한 손해를 재산적 손해와 정신적 손해로 구별함이 없이 포괄적인 형태로 파악하여 배상청구를 하는 소위 포괄청구 또는 일괄청구를 인정하는 것이 바람직하다 할 것이다. 환경소송이란 피해자가 영세한 농어민, 도시 소시민이기 쉽고, 그 소송형태도 집단소송적 성격을 띠는 경우가 많으며, 포괄청구는 피해자가 일일이 개별적 손해를 입증할 필요가 없게 되어 손해액에 대한 입증부담으로부터 거의 해방되는 효과를 얻을 수 있다. 이러한 개별입증의 생략은 소송의 촉진이나 피해자의 구제에 절대적인 기여를 할 것이다. 결과적으로 손해배상청구에 있어 포괄청구의 인정은 환경오염피해자의 원고적격 인정을 확대하는 순기능을 가져올 것으로 판단된다. 대법원 판결<sup>157)</sup>은 전면적인 포괄청구는 부정하고 있으나, 하급심 판결에는 비산된 유리섬유로 인하여 건강장해 및 생활방해를 당한 인근 주민들이 치료비와 위자료를 합한 금액의 의미로 위자료를 구하고 있는 사안에서, 가해기업에게 주거지와 가해공장과의 거리 및 거주기간에 따라 건강장해 및 생활방해로 인한 위자료를 지급할 의무가 있다고 판시한 예가 있다.<sup>158)</sup>

157) 위자료액을 산정함에 있어서 피해자측과 가해자측의 제반사정을 참작하여 그 금액을 정해야 하므로 피해자가 가해자로부터 당해 사고로 입은 재산상 손해에 대하여 배상을 받을 수 있는지의 여부 및 그 배상액의 다과 등과 같은 사유도 위자료액 산정의 참작사유가 되는 것은 물론이며 특히 재산상 손해의 발생이 인정되는 데도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수 있다고 할 것이나, 이러한 위자료의 보완적 기능은 재산상 손해의 발생이 인정되는 데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것이므로 함부로 그 보완적 기능을 확장하여 그 재산상 손해액의 확정이 가능함에도 편의한 방법으로 위자료의 명목아래 사실상 손해의 전보를 피하는 것과 같은 일은 허용되어서는 안 될 일이다(대판 1984. 11. 13. 84다카722).

유지청구는 환경오염피해의 사전적 구제방법으로서 가장 효과적이라 할 수 있다. 유지청구의 법적근거로서는 단순히 물리적 청구권에 의한 해결이 가능할 때에는 이를 근거로 삼고, 물권적 청구권에 의해 해결이 불가능하거나, 피해의 실질상 인격권에 명백한 침해로 인정되는 사안에 대해서는 제반사정을 참작하여, 인격권에 의한 구제를 인정하는 것이 바람직하다고 판단된다. 인격권에 의한 구제를 인정하는 것이 공공이익이라 할 수 있는 환경이익의 보호에 부합된다 할 것이다. 대법원은 환경소송의 경우에는 아직 인격권에 기한 유지청구를 인정할 수 있는 지에 대하여 그 입장을 표명한 바 없다. 그러나 다른 소송사건에서는 인격권을 명시적으로 승인하고 있는 사례<sup>159)</sup>가 있다. 특히 인격권으로서의 명예권에 기초하여 가해자에 대해 현재의 침해행위의 배제 또는 장래의 침해행위의 금지를 청구할 수 있다는 대법원 판례<sup>160)</sup>도 나오고 있는 만큼, 인격권에 기한 유지청구가 수용될 여지도 있다 하겠다.

다만 유지청구는 피해자의 구제확보에는 적절한 방법이지만, 가해자인 기업에 있어서는 사업활동에 큰 타격을 입을 뿐만 아니라, 유지청구를 용이하게 인정하게 되면 사회적으로 유용한 사업활동의 정지 또는 폐업을 초래할 우려도 있는 만큼 이익의 균형배분이 요구된다 할 것이다.

#### 4. 현행법상 원고적격을 인정할 수 있는 경우<sup>161)</sup>

##### (1) 폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률

폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률은 환경부 장관이나 지

158) 인천지판 1999. 8. 18, 96가합8303.

159) 표현행위자가 타인에 대하여 비판적인 의견을 표명하였다는 사유만으로 이를 위법하다고 볼 수는 없지만, 만일 표현행위의 형식 및 내용 등이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나, 혹은 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서서 사실을 왜곡하는 공표행위를 함으로써 그 인격권을 침해한다면, 이는 명예훼손과는 별개 유형의 불법행위를 구성할 수 있다(대판 2009. 4. 9, 2005다65494).

160) 명예는 생명, 신체와 함께 중대한 보호법익이고 인격권으로서의 명예권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리라고 할 것이므로, 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 대하여 사회로부터 받는 객관적인 평가인 명예를 위법하게 침해당한 자는 손해배상 또는 명예회복을 위한 처분을 구할 수 있는 이외에 인격권으로서 명예권에 기초하여 가해자에 대하여 현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 생길 침해를 예방하기 위하여 침해행위의 금지를 구할 수도 있다(대결 2005. 1. 17, 2003마1477. 서적발행 판매 반포 등 금지가처분). 이밖에 대판 1999. 5. 25, 98다41216, 대판 1997. 10. 24, 96다17851도 인격권에 의한 손해배상청구 또는 침해행위 금지청구권을 인정하고 있다.

161) 조현권, 전게서, 316~320면 참조.

방자치단체의 장이 일정규모 이상의 폐기물 처리시설을 설치하는 경우에 적용된다. 이 법은 환경부 장관 또는 지방자치단체의 장은 일정규모 이상의 폐기물처리시설을 설치·운영하고자 하는 경우에는 입지선정계획을 결정·고시하여야 하며, 폐기물처리시설 설치기관은 입지선정계획을 공고한 때에는 주민대표가 참석하는 입지선정위원회를 설치하여 당해 폐기물처리시설의 입지를 선정하여야 한다는 등의 규정을 두고 있다. 이러한 규정들은 폐기물처리시설의 설치로 인하여 영향을 받게 되는 지역주민의 이익을 보호하기 위한 규정이다. 따라서 폐기물처리시설의 설치로 인하여 영향을 받게 되는 지역 주민은 폐측법 절차이행상의 하자 등을 이유로 폐기물처리시설 설치계획의 취소를 구할 원고적격이 있다고 보아야 한다.<sup>162)</sup>

### (2) 환경·교통·재해등에 관한 영향평가법

환경·교통·재해등에 관한 영향평가법은 환경영향평가 대상사업의 사업계획을 수립·시행함에 있어서 미리 그 사업이 환경에 미칠 영향을 평가·검토하여 환경적으로 건전하고 지속 가능한 개발이 되도록 함으로써 쾌적한 환경을 유지·조성함을 목적으로 하는 법률이다. 이 법률 규정들은 환경영향평가 대상지역 안의 주민들의 이익을 직접적·구체적으로 보호하기 위한 것들이다. 따라서 환경영향평가 대상지역 안에서 환경영향평가 대상사업을 시행하는 경우 그 지역 안에 거주하는 주민은 대상사업의 허가취소를 구할 법률상의 이익을 가지므로 원고적격이 있다.

### (3) 먹는물 관리법

162) 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률 및 같은 법 시행령의 관계규정의 취지는, 처리능력이 1일 50톤인 소각시설을 설치하는 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경상의 침해를 받으리라고 예상되는 직접 영향권 내에 있는 주민들이나 폐기물소각시설의 부지경계선으로부터 300미터 이내의 간접영향권 내에 있는 주민들이 사업 시행전과 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 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다 할 것이고, 한편, 폐기물소각시설의 부지경계선으로부터 300미터 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 법 제17조 제3항 제2호 단서의 규정에 따라 당해 폐기물처리시설의 설치·운영으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 원고적격을 인정받을 수 있다(대판 2005. 3. 11, 2003두 13489).

먹는물 관리법은 일정한 규모 이상의 샘물을 개발하고자 하는 자는 환경부장관의 허가를 받도록 규정하고 있다. 이러한 규정들은 샘물개발로 인하여 수량감소 또는 지하수 오염의 영향을 받는 주변지역 주민의 이익을 직접적·구체적으로 보호하기 위한 것이라고 보아야 한다. 따라서 샘물개발허가로 인하여 위와 같은 영향을 받게 되는 주민은 샘물개발허가 등의 취소를 구할 원고적격이 있다.

## 第2節 原告適格論에 대한 比較法的 考察

### 1. 독일의 원고적격론

#### (1) 독일 행정소송상 원고적격의 요건

독일 헌법상 행정소송의 원고적격은 단지 권리침해를 요건으로 인정된다. 다시 말해 독일에서는 행정소송의 원고적격의 요건으로서의 권리침해는 헌법상의 제한이다.<sup>163)</sup> 이러한 헌법규정에 따라 독일행정법원법(VwGO) 제42조에서 행정행위의 거부나 부작위로 인하여 자기의 권리가 침해되었음을 원고가 주장하는 경우에 한하여 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 행정행위의 거부 또는 부작위로 인하여 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 사람에게만 원고적격이 인정된다는 것이다. 이와 같이 원고적격의 요건을 권리침해의 주장으로 규정한 것은 바로 독일 헌법상의 주관적 권리구제 중심의 행정소송제도를 구현한 것이다.

독일에서는 주관적 공권이론이 그 역할을 담당하면서 독일행정법 이론체계의 핵심이 되었다. 일반적으로 주관적 권리는 법률관계의 당사자가 상대방에 대하여 직접 자신의 이익을 추구하기 위하여 작위 혹은 부작위, 수인 또는 급부 등 특정한 행위를 요구할 수 있는 법률상의 힘을 의미한다. 이는 사법상의 영역에서 발전한 개념으로 오늘날에 와서는 행정법상의 법률관계에도 적용되어 개인이 국가에 대하여 일정한 요건을 충족하여 직접 자신의 이익을 실현할 수 있는 법적인 힘을 부여 받는 것이 주관적 공권이다.<sup>164)</sup> 결국 독일에 있어서 원고적격의 문제는 어떤 경우

163) Sachs, Grundgesetz, München 1996, Art. 19 Rn.104-112; 황보 완, 전제논문, 49면에서 재인용.

에 권리침해가 있다고 인정할 수 있는가의 문제로 논의가 집약되고 이 문제는 결국 공권과 반사적 이익의 구별문제로 결론짓게 된다.

독일 연방헌법(Grundgesetz) 제19조는 누구든지 공권력에 의한 자신의 권리가 침해된 때에는 소송을 제기할 수 있다고 규정함으로써 헌법 자체에서 실질적인 기준에 의거하여 행정활동에 대한 국민의 재판청구권을 전면적으로 보장하고 있다. 권리가 침해된 때라는 문구는 재판 청구에 있어 실질적인 기준을 제시한다. 이는 개인의 권리가 침해된 경우에는 그 공권력 행사가 어떠한 유형이든지 간에, 그것이 행정행위이든 아니든 간에, 모든 종류의 행정활동에 대해 재판청구권이 보장되고, 이에 대해 행정재판권이 미친다는 것이다.

권리 중심적 구제는 또한 취소소송의 本案 요건에서도 뚜렷이 나타난다. 행정법 원법 제113조는 행정행위가 위법하고 이로 인해 원고가 자신의 권리가 침해된 때에는 법원은 그 행정행위와 존재하는 재결을 취소한다고 규정하고 있다. 이와 같이 독일의 취소소송에서는 원고적격 부분에서 권리침해의 주장이, 본안요건 부분에서는 권리침해의 사실이 각각 자리잡고 있어서 권리침해가 취소소송의 전 부분을 관통하는 중심축을 이루고 있다 할 수 있다.<sup>165)</sup>

## (2) 주관적공권과 보호규범론

주관적 공권론의 논의의 중점은 행정작용의 상대방으로부터 행정작용과 직접관련이 없는 제3자 보호의 문제로 전환되었고 주관적 공권론에 있어서 새롭게 발생된 제3자 보호의 문제와 이의 해결을 위해서 독일의 학설 및 판례의 주류는 소위 보호규범론 혹은 보호목적론으로 불리우는 견해를 제시하고 있다. 보호규범론에 의하면 특정한 행정작용의 근거가 되는 법규범이 공공의 이익을 추구하는 동시에 특정한 개인들의 법적인 이익도 보호하고 있는 경우에 제3자가 이러한 보호규범에서 정하고 있는 인적범위에 해당하면 자신의 권리침해를 요건으로 원고적격을 부여받아 행

164) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl, S. 121; 김성수, “독일법상 주관적 공권이론의 발전”, 「고시계」, 1991. 8, 62면, 각주2번 재인용.

165) 박정훈, “환경위해시설의 설치·가동 허가처분을 다투는 취소소송에서 인근주민의 원고적격-독일법의 비판적 검토와 행정소송법 제12조의 해석을 중심으로-”, 「판례실무연구 IV」, 비교법실무연구회, 박영사, 2000, 478면.

정쟁송을 제기할 수 있다는 것이다.

즉, 독일에 있어서는 건축법, 환경법 분야에서의 隣人·競業者와 같은 제3자 보호의 문제가 원고적격론의 주요한 관심사로 대두되면서 헌법을 포함하는 관계법규의 문리적 해석뿐 아니라, 목적·취지를 고려한 해석을 통하여 당해 법규가 관계시민의 이익도 보호하고 있다고 판단되면 공권의 성립을 인정하다고 하는 保護規範論이 통설적 지위를 차지하고 있다. 보호규범론에 따르면 처분의 근거법규가 오직 공익만을 목적으로 하는 경우에 사인이 누리는 사익은 반사적 이익에 불과하고 법이 보호하는 이익이 아니라고 한다. 따라서 처분의 근거법규가 직접 사익보호를 위한 것이거나 적어도 공익과 동시에 사익 또한 보호하고자 하는 경우에만 그러한 이익은 법이 보호하는 이익이고, 이러한 법적으로 보호된 이익이 침해된 경우에만 사인은 원고적격을 취득한다. 따라서 당연히 법규범의 보호 목적이 커다란 의미를 갖게 된다.<sup>166)</sup>

이러한 보호규범론에 대해서는 법실무적으로 규범의 보호목적의 확인이 난해하다는 문제가 대두되는 등 문제점이 제기되고 있다. 자본주의가 고도화되고 다원주의적인 현대사회에서 행정과 개인은 수직관계가 아니라 수평관계에 서서 그 이익을 조정해야 하는 분야가 점차 증가하고 있다는 것이다. 행정은 개인 상호간의 분쟁에 직면하여 이들의 이해를 조정하고 해결하고 있으며, 이는 최근의 환경분쟁이나 소비자분쟁과 관련하여 여실히 드러나고 있다. Henke는 통설적 공권이론인 보호규범설을 역사적·법이론적 관점에서 비판하고 독자적인 이론체계를 확립하였다.<sup>167)</sup> Zuleeg는 침해적 행정영역 전체에 있어 개별법상의 권리는 기본권(자유권)에 의하여 대체되었으며, 이른바 보호규범설은 사회적 급부행정 또는 정치적 참여영역에서나 비로소 그의 존재가치를 찾을 수 있다고 주장하였다. 특히 제3자는 건축관계영역에서는 재산권, 경제행정영역에서는 일반적 인격권, 직업의 자유를 근거로 하여 직접 행정소송을 제기할 수 있다고 주장하였다.<sup>168)</sup>

최근 강화되고 있는 유럽통합의 영향 하에서 독일 행정소송의 주관적 권리구제기능에의 편향과 법률에 집착하는 보호규범이론을 의문시하고 그 대신 프랑스법 그리

166) 김성수, "독일법상 주관적 공권이론의 전개", 「고시계」, 1991년 8월, 79~80면.

167) W. Henke, Festschrift für W. Weber, 1974, S. 495ff; 황보완, 전계논문, 71면에서 재인용.

168) Zuleeg, a.a.O, S, 515 ff; Sening, Bayrische Verwaltungsblätter, 1982, S. 428; 황보완, 전계논문, 73면에서 재인용.

고 이를 모범으로 한 유럽법원의 개인적이고 직접적인 이익을 원고적격의 판단기준으로 삼아야 한다는 견해도 주장되고 있다. 최소한 독일 국내에 직접효력을 갖는 유럽공동체법을 근거로 독일 법원에 독일행정청의 처분을 다투는 행정소송을 제기할 때에는 유럽공동체법의 유럽 내에서의 통일적·효율적인 적용을 위해서 독일의 보호규범이론이 폐기되어야 한다는 주장<sup>169)</sup>이 그것이다.

## 2. 프랑스의 원고적격론

### (1) 월권소송의 의의

프랑스에서의 월권소송(Recours pour excès de pouvoir)이란 행정재판소에 의한 위법한 행정처분의 취소를 내용으로 하는 소송으로 이 소송의 목적은 법의 일반 원칙에 따라 합법성원칙의 보장에 있다. 월권소송은 우리나라의 취소소송에 해당되는 것으로 취소청구만이 인정되며, 재판소의 권한도 취소권에 한정되어 있다.<sup>170)</sup> 프랑스에 있어서 월권소송은 법의 일반원칙에 의하여 인정되며 법적 근거 없이도 모든 행정행위에 대하여 허용되는 것이므로 법률에 의한 명시적인 규정이 없이는 배제할 수 없다. 또 월권소송은 원고와 피고간의 주관적인 권리관계를 확정지으려는 소송이 아니라 위법한 행정처분의 취소를 그 목적으로 하는 객관소송이라 할 수 있다. 월권소송은 소송물이 법집행의 적법성이라는 점과 판결의 효력이 대세효를 갖는다는 점, 변호사를 요하지 않고 신속한 절차로 진행된다는 점에서 객관소송으로 이해되고 있다. 프랑스의 학설의 전통은 법의 적법성을 침해한 이익의 침해라는 객관적 법적 상태에 중점을 두어왔다. 이러한 전통은 판례의 의해 영향받고 투영되어 프랑스에 있어서 원고적격은 독일의 취소소송에 비해 객관성을 더 갖는다고 일반적으로 보고 있다.<sup>171)</sup>

169) 박정훈, 전제논문, 492~493면.

170) 한건우, 「프랑스 행정제도상 월권소송에 있어서의 소의 이익」, 「연세대법학연구」 창간호, 연세법학연구회, 1990, 219면.

171) 김동희, 「프랑스 행정법」, 박영사, 1980, 118면; 양승두, 「프랑스 행정법서설」, 연세대학교 출판부, 1983, 186면.

## (2) 월권소송의 원고적격

L. Duguit의 분류에 따르면 행정소송은 권리에 관한 소송인 주관적 소송과 법에 관한 소송인 객관적 소송으로 나누어진다. 객관적 소송이란 행정행위의 범규에 대한 적법성을 다투는 법에 관한 소송을 말하고, 주관적 소송이란 어떤 자가 권리의 향유자인가의 여부를 다투는 소송을 말한다.<sup>172)</sup> 월권소송에서의 원고적격의 논의는 주관적 공권개념에 집착하지 않고, 이익의 침해라는 기준에서 파악하기 때문에 민사소송법상의 소송수행권에 한정하지 않는다. 이는 행정소송을 민사소송과 달리 독자적으로 파악하는 입장에서 기인하는 것으로 보이며, 독일의 경우 소송수행권과 동일하게 보는 것이 다수설인 점과 비교해볼 때 상당한 차이가 있다.

월권소송의 원고적격은 취소소송의 본질을 객관적인 범규범의 통제의 관점에서 파악하기 때문에 객관적이고 실용적인 측면을 가지며, 이는 원고적격의 문제에 있어서 좀 더 유연한 사고를 하는 것이 가능하도록 하였다. 이러한 경향에 의해 국민의 권리구제의 폭을 일찍부터 넓히는 작용을 하며 판사로 하여금 재판을 할 때마다 무엇이 권리인가를 고민하지 않고 원고적격을 넓게 인정하는 선에서 판단의 부담을 경감하는 기능을 하였다. 또 본안판단에 들어가서 이익의 균형에 관한 여러 가지 원칙들을 발견해 나가는데 상당히 중요한 역할을 해왔다.

## (3) 판례에 대한 검토

월권소송은 원칙적으로 그 목적이 적법성 보장에 있는 객관소송이므로 원고적격이 인정될 수 있는 개인적 이익의 범위가 넓다. 월권소송에서의 원고적격에 대한 판례는 초기에는 원고적격을 매우 제한적으로 인정하여 처분의 직접적 대상자만이 소를 제기할 수 있었다. 그러나 현재는 이웃건물에 내려진 건축허가에 대한 취소소송의 경우에는 처분의 직접적 당사자가 아니라도 소를 제기할 수 있다. 개인의 집단적 이익에 대한 원고적격의 인정문제를 살펴보면, 납세자<sup>173)</sup>는 지방자치단체의 재정과 재산에 영향을 미치는 행위에 대한 소송을 제기할 수 있다.

단체의 집단적 이익에 관한 소송에 있어서 원고적격을 살펴보면, 모든 단체는 직접

172) 이광윤, “프랑스법상 공권과 소의 이익”, 「고시계」, 1991. 8, 53면.

173) C.E. 1901. 3. 21. CASANOVA 판결.

적으로 단체의 이익을 침해하는 조치에 대하여 월권소송을 제기할 수 있고 또한 단체는 단체원의 집단적 이익을 보호할 수도 있다. 단체는 단체의 임무와 관계된 행위에 관해서만 소익이 인정된다. 예를 들어 운송업자단체는 국영철도회사의 운임에 관한 명령에 관하여 소익이 인정되지 아니한다.<sup>174)</sup> 또 상인연합은 약국의 폐쇄에 관한 명령에 관한 소익을 인정받을 수 없었다.<sup>175)</sup> 행정청도 국민과 마찬가지로 월권소송을 제기하기 위하여는 이익의 침해가 있어야 한다. 행정청은 일반적으로 그들의 특권이나 권한을 방어하기 위하여 소송을 제기한다. 장관들 사이의 소익도 인정되고 있으며, 지방자치단체들은 주민의 집단적 이익을 위해 소익을 인정받는다. 국가도 물론 지방자치단체에 대한 사법적 감독을 위한 소송을 인정받는다.<sup>176)</sup>

월권소송상 집단소송의 원고적격에 대한 판례의 경향을 보면, 원래 집단소송은 하나의 처분에 관한 다수원고의 소송과, 다수처분에 관한 다수 원고의 소송이 있는데, 전자에 대한 집단소송은 Conseil d'Etat의 1958년 7월 11일 federation nationale des organismes de securite sociale et fradin 판결 이래 허용되고 있다. 다수처분에 관한 다수원고의 소송은 C.E.의 1973년 3월 30일 David 판결 이래 허용되고 있다. 즉 현재의 판례태도는 원고들 사이에 충분한 관련이 있으면 집단소송을 인정하고 있다.

이상에서 살펴본 바에 의하면, 월권을 이유로 한 취소소송에 있어서의 원고적격의 문제는 주관적 공권개념을 매개함이 없이 법적이든 사실적이든, 물질적이든 정신적이든, 현재의 이익이든 미래의 이익이든지를 불문하고 있는데 이와 같은 개방적 태도는 객관소송으로서의 월권소송을 권리개념에 집착함으로써 야기되는 복잡성과 제한성으로부터 해방시켜 활성화하는데 공헌하였다는 평가를 받고 있다. 프랑스는 행정법에 있어서 불문법국가이며 법관의 역할은 단순히 법을 적용하는데 그치는 것이 아니라 법이 무엇인가를 발견하고 선언하는데 있어서 주도적 역할을 한다는 사실이 우리와 다르다. 또 실정법규가 존재하지 않거나 그 기능을 발휘하지 못할 경우에는 그 이전에 판례에 의해 찾아진 행정법의 일반이론을 충실히 반영하고 있다는 점도 우리와는 차이가 있는데 법원의 원고적격의 판단에 대한 합리적인 기준

174) C.E. 1949. 7. 30. Fed. net. transpoteurs; 이광윤, 전계논문, 각주 25)재인용.

175) C.E. 1940. 2. 16. Union nationale 판례; 이광윤, 전계논문, 각주 26)재인용.

176) C.E. 1950. 1. 20. Vulle de Tignes; 이광윤, 전계논문, 각주 33)재인용.

만 담보된다면 이러한 객관적이고 유연한 프랑스의 태도는 충분히 참고할 만하다 할 것이다.

### 3. 미국의 원고적격론

#### (1) standing의 해석문제

미국 판례상 원고적격, 즉 standing의 문제는 소송당사자가 분쟁에 대하여 또는 특정한 쟁점에 대하여 본안 판결을 구할 권한을 가지느냐의 여부에 관한 것이다. 이러한 standing의 문제는 일반적으로 연방헌법 제3조 제2절의 사법권에 관한 cases or controversies(사건 또는 쟁송)의 관념과 연방행정절차법(Administrative Procedure Act) 제10조의 관청의 행위에 위법한 침해를 받거나 관계 법률의 의미에 있어서의 불이익을 받는 자 혹은 이익이 침해된 자는 그 행위에 관하여 사법심사를 받을 권리가 있다는 규정의 해석문제라 할 수 있다. 현행 연방행정절차법 제702조와 주행정절차법, 그리고 개정 대기정화법(The Clean Air Act Amendment USC)을 비롯한 많은 개별법의 제정 또는 개정에 의하여 해석논의가 발전되고 있다.<sup>177)</sup>

미국연방헌법상 원고적격의 문제는 당사자가 법원에 당해 소송의 본안 또는 특정한 쟁점의 본안에 대하여 판단을 받을 수 있는 권한이 있는가의 여부에 관한 문제로서 소송을 심리하는 법원의 권한을 결정하는 모든 소송에서의 전제문제라고 할 수 있다. 미국에서 환경소송이 잇따라 제기되기 시작한 것은 1960년대 이후라고 할 수 있으나, 환경소송을 제기하려고 하는 경우에는 기존의 법이론으로서는 해결할 수 없는 많은 장애에 직면하지 않을 수 없었으며, 그 가운데 하나가 원고적격의 문제였다. 기존 원고적격 법리는 legally protected interest에서 출발하였다. 즉 원고는 헌법, 법률 및 Common Law에 의하여 보호를 받을 수 있는 이익이 행정행위에 의하여 악영향을 받을 경우에만 원고적격을 인정받을 수 있었고, 개인적이거나 경제적인 이익만으로는 부족하였다. 그러나 환경소송을 제기하려는 개인이나 단체가 이러한 사실을 입증한다는 것은 매우 어려운 일이었다.<sup>178)</sup>

177) 한창규, “미국 행정법상 소의 이익(standing)에 관한 연구”, 「미국헌법연구」 7호, 1996, 해암사, 16면.

## (2) 미국법상 원고적격의 존재이유

미국법상 원고적격의 존재이유와 관련하여 많은 논의가 이뤄지고 있다. 존재이유로는 ① 소송당사자가 정당한 이해관계의 대립성을 가지고 효과적으로 그 입장을 제시할 수 있도록 하기 위한 것 ② 당해 문제에 대하여 가장 직접적인 관련성을 갖고 있는 자가 소를 제기할 수 있도록 보장하기 위한 것 ③ 사건에 대한 구체적인 정보에 근거하여 법원이 판결을 내릴 수 있도록 하기 위한 것 ④ 법원이 의회의 정책결정 기능을 침범하는 것을 방지하기 위한 것 등이 제시되고 있다.<sup>179)</sup> 이는 크게 대상성설과 권력분립설이라는 2개의 학설로 나뉜다고 할 수 있다.

### 1) 대상성설(Adverseness Rationale)

대상성설은 원고적격을 취소소송에서 처분을 다룰 가장 적합한 상태에 있는 자를 선정하기 위한 제도적 장치라 본다. 그 선발의 기준으로 이해관계의 대립성을 제시한다. 대립성이라는 개념은 소송에 있어서 상호간에 진정으로 대립하는 소송 당사자를 요구하는 개념으로 판단된다.<sup>180)</sup> 행정소송은 대립하는 이해관계인을 당사자로 하는 신청에 대하여 중립적인 지위를 갖는 판사가 관계 법률을 적용하는 법적 절차로 본다. 이러한 절차가 그 목적을 다하기 위해서는 문제의 판단에 가장 첨예한 대립적 이해관계를 가진 자를 선발할 필요성이 생기게 되고 이러한 필요성으로 인하여 원고적격이라는 개념이 창출되었다는 것이다.<sup>181)</sup>

### 2) 권력분립설(Separation of Power Rationale)

권력분립설은 원고적격을 헌법에 따라 제한되는 법원의 역할이 적절하게 유지되도록 하고 법원이 행정권 또는 입법권의 영역을 침범하지 못하도록 보장하기 위한, 즉 삼권분립의 원리를 실천하기 위한 제도적 장치라 보는 입장이다. 즉 어떠한 사

178) 박재완, “환경행정소송에서의 원고적격”, 「환경법의 제문제(상)」, 국회도서관, 2002, 142면.

179) William A. Fletcher, The Structure of Standing. 98 Yale L.J. (December. 1988), p. 222.

180) David M. Drisen, Standing for Nothing: The Paradox of Demanding Concrete Context for Formalist Adjudication, 89 Cornell L. Rev.(May, 2004), p. 818.

181) 조홍식, “분산이익소송에서의 당사자적격-삼권분립과 당사자 적격, 그리고 사실상의 침해의 함수관계-”, 「관례실무연구IV」, 박영사, 2000, 445면.

안에 대한 사법심사로 인하여 권력분립의 원리상 심각한 문제가 발생할 우려가 있다고 판단되는 경우 법원이 원고적격의 부재를 이유로 사법심사를 거부한다는 것이다.<sup>182)</sup>

### 3) 검토

미국 내에서는 많은 비판에도 불구하고 권력분립설이 지지되고 있다고 한다.<sup>183)</sup> 그러나 권력분립설에 의지할 경우 미국 판례가 일반적으로 지지하고 있는 것으로 판단되는 사실상의 이익침해, 인과관계, 구제가능성 등의 요소가 어떠한 이유로 원고적격의 판단기준이 되는지를 제대로 설명할 수 없게 된다. 반면 대립성이라는 기준만으로 원고적격을 인정하게 되면 법원으로 하여금 그 권한 밖의 일에 휘말리게 되는 것을 막지 못하는 결과가 초래될 수도 있다는 점에서 문제가 있다고 판단된다. 이는 민주주의의 기본원리에 해당되는 권력분립의 와해, 즉 행정권 및 입법권에 대한 사법권의 우위를 초래할 수도 있다는 점에서 문제가 있다고 판단된다. 결국 원고적격의 존재이유는 대립적 이해관계, 혹은 권력분립의 원리 어느 하나에 있다고 못박을 것이 아니라 이들을 포함한 여러 가지 이유로 인해 필요한 개념으로 해석된다고 생각된다. 그 이유 중에는 원고의 청구에 대한 불필요한 사법심사 가능성의 축소를 통한 재판의 신속성 및 효율성의 향상도 포함될 것이다.

#### (3) 환경소송상 원고적격의 요건

연방대법원은 헌법상의 원고적격의 요건으로서 사실상의 손해, 인과관계 및 구제가능성을 들고 있다.<sup>184)</sup> 또 행정절차법상의 요건인 규범적 차원의 이익영역(zone of interest)을 포함시킬 수 있다. 이익 영역은 원고 주장의 이익이 법률의 명시적 목적과 지나치게 무관하거나 혹은 상충해서 의회가 소송을 허용했다고는 도저히 생각할 수 없는 경우가 아니라면 그 요건은 충족된다고 매우 관대하게 해석하고 있

182) 김동진, “미국에서의 납세자의 원고적격”, 「공법연구」 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003, 515면.

183) 이원우, “항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안”, 「행정법연구」 제8호, 행정법이론실무학회, 2002, 235면.

184) Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, Administrative Law Process in a Nutshell, West Publishing Co. 1997, pp. 357~370.

다.<sup>185)</sup> 원고적격은 헌법에 의하여 도출되는 헌법상 원고적격(Constitutional Standing)과 법률에 의하여 도출되는 법률상 원고적격(Statutory Standing)으로 분류된다. 이러한 점에서 원고적격은 헌법적 이론이라고 할 수 있으며<sup>186)</sup>, 또 법률적 이론이라고 할 수도 있다.

#### 1) 사실상의 손해(injury in fact)

연방대법원은 사실상의 손해가 충족되었다고 하기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다고 본다.<sup>187)</sup> 사실상의 침해를 주장하기 위해서는 원고가 과거에 침해를 입었거나 장래의 침해에 대한 당면한 위협을 받고 있음을 증명하여야 한다.

##### 가. 법적으로 보호되는 이익에 대한 침해가 존재할 것

자신의 원고적격을 입증하기 위해서는 경제적·비경제적인가를 불문하고 법원이 인식할 수 있는 이익(cognizable interest)에 대하여 손해를 입어야 한다. 연방의회 및 연방헌법이 보호이익이라고 인정하고 있지 않는 경우에도 법원 스스로가 보호이익을 만들어 낼 수 있으나, 환경에 관련된 이익은 비교적 최근의 소송상의 현상이라고 할 수 있다.

##### 나. 침해는 법적 보호이익에 대하여 구체적이며 또한 특정적일 것

사실상의 손해기준을 충족시키기 위해서는 소송당사자 자신이 손해를 입은 자 가운데 포함되어 있어야 한다. 그 손해는 원고에 대하여 개인적인, 그리고 개별적인 방법으로 영향을 미친 것이어야 한다. 법원이 개인적이라고 하는 용어를 사용하는 경우에는 원고가 그 소송의 결과에 대하여 개인적 이해관계를 가지고 있어야만 한다는 의미이다. 손해가 모든 사람들에게 공유되고 있는 손해의 경우에는 원고적격을 인정하지 않는 것이 연방대법원의 기본적인 태도라 할 수 있다.<sup>188)</sup>

##### 다. 당해 손해는 법적 보호이익에 대하여 현실적이거나 또는 급박할 것

원고가 법적보호이익에 대한 개인적인 손해를 충분히 주장한다고 하더라도, 그

185) 조홍식, 전제논문, 462~465면.

186) 박수현, “미국법상 입법자의 원고적격에 관한 고찰-Raines v. Byrd 사건을 중심으로-”, 「토지공법연구」 제30집 제4호, 한국토지공법학회, 2002. 6, 273면.

187) Gottlieb, How Standings Has Fallen : The Need to Separate Constitutional and Prudential Concerns, 142 U. PA. L. REV. 1063, 1076(1994).

188) 윤석춘, “미국환경소송상의 원고적격법리에 관한 최근의 동향”, 「사회과학연구」 제19집 제2호, 영남대학교 사회과학연구소, 2000, 75면.

손해는 발생 가능한 것이어야 하며, 그 발생이 단지 추측적(speculative)인 것이어서는 아니 된다는 것이다. 현재성 또는 급박성에 관한 예로는 *Navegar, Inc. v. United States* 사건<sup>189)</sup>이 제시되고 있다.<sup>190)</sup>

## 2) 인과관계(causation)

인과관계는 법원이 원고의 침해에서부터 문제가 된 행위까지 공정하게 추적할 수 있을 때 인정된다. 인과관계는 이에 따라 행정기관의 행위로 인하여 원고에 대한 침해가 발생되었는지를 따지는 추적가능성으로 불리기도 한다.<sup>191)</sup> 인과관계가 존재하게 되면 원고는 자신의 이익침해와 피고 행정청의 행위로 인한 불법, 부당한 행위 사이의 관련성을 입증하기가 쉬울 것이다. 인과관계의 문제에 있어서도, 원고가 행정청의 제3자에 대한 규율을 다룰 경우에는 인과관계의 존재를 입증하기가 매우 어렵다. 원고는 訴狀에서 그 손해가 피고의 작위 또는 부작위로 추적 가능한 것으로 나타나거나, 또는 피고의 행위에 의하여 손해가 야기되었다는 것을 주장해야 한다.

## 3) 구제가능성(redress ability)

구제가능성이란 원고가 구하고 있는 사법적 구제가 그 침해를 치유할 수 있는 관계에 있는 경우를 말한다. 구제가능성은 우리나라 행정법상의 협의의 소익에 해당한다고 볼 수 있다. 원고가 행정청을 상대로 제3자에게 어떠한 행위를 할 것인가를 구하는 소송을 제기하는 경우에는 원고적격을 인정받기가 매우 어렵다. 연방헌법 제3조의 요건을 충족시키기 위해서는 원고가 주장하고 있는 손해가 피고의 행위의 결과이거나, 또는 원고가 기대하는 구제방법이 그 손해를 제거할 수 있다는 것을 입증할 필요가 있는 것이다. 이러한 구제가능성의 요건은 모든 사건에서 법원의 판결이 단지 권고적 의견에 머무르지 않도록 보증하는 것이라고도 할 수 있다.<sup>192)</sup>

189) *Navegar, Inc. v. United States*, 103 F. 3d 994, 1997.

190) 이한성, “미국 환경법상의 원고적격에 관한 판례의 동향”, 「현대공법학의 과제」, 청담 최송화교수 회갑기념논문집, 2002, 566~567면.

191) 김춘환, “멸종위기야생동식물보호법에 있어서의 시민소송의 원고적격”, 「공법연구」 제30집 제2호, 한국공법학회, 2001. 12, 309면.

192) 윤석춘, 전계논문, 76면.

#### 4) 보호이익의 영역(zone of interest)

행정절차법 제702조는 관계 법률의 목적범위 내에 있는 행정기관의 행위로 인하여 침해를 당한 자에 대하여 원고적격을 인정하고 있다. 이 규정의 해석을 통해 볼 때, 원고적격이 인정되기 위해서는 행정기관의 행위에 대하여 다투는 자가 행정기관의 행위로부터 일정한 침해를 당하고 있다는 사실과, 행정기관의 행위가 관계 법률의 범위 내에 속하는 것이어야 함을 입증하여야 한다. 따라서 관계법률의 보호이익의 영역을 어디까지 인정할 것인가에 따라 원고적격의 인정범위가 판이하게 달라질 수 있다.

원고는 사실상의 침해가 있다는 사실과 청구되는 구제수단이 주장되는 침해를 해결할 수 있을 것이라는 것을 입증하는 이외에 원고가 침해당한 이익이 관련법률의 보호범위 내에 있다는 것도 주장하여야 한다.<sup>193)</sup> 이에 따라 보호이익의 영역이라는 기준을 도출함에 있어 무엇을 근거로 해야 하는가의 문제가 제기된다. 대법원은 이에 관하여 법률 전체의 취지를 고려하여 보호이익의 영역을 판단하여야 한다는 입장과, 원고가 원용하는 개별규정에서 보호이익의 영역을 도출해내야 한다는 입장으로 나뉘어 있다.

보호이익영역을 기준으로 원고적격이 부정된 사례를 살펴본다. Hazardous Waste Treatment Council v. EPA 사건은 유해폐기물을 연료로 소각하도록 하는 규칙에 대하여 유해폐기물 처리회사와 처리장비 제조업자 협회가 규제를 더욱 강화할 것을 구한 사건으로서, 법원은 원고가 소송을 통해 환경상의 이익을 보호하고자 하는 것이 아니라 규제강화를 통하여 자신들이 생산하는 기계 매출을 증대시켜 영업상 이익을 증가시키고자 하는 것이므로 보호이익의 영역에 속하지 않는다고 판시하였다.<sup>194)</sup> Nevada Land Action Association v. U.S. Forest Service 사건에서 법원은 네바다주의 목장주가 산림청의 목초생산량 축소계획이 국가환경정책법 위반이라는 원고의 주장에 대하여 목장주가 소송을 통하여 얻게 되는 이익은 목초 판매로 인한 경제적 이익으로서 국가환경정책법이 보호하고자 하는 환경보전과 관련이 없다는 이유로 원고적격을 부정한 바 있다.<sup>195)</sup> 이를 통해 알 수 있듯이, 보호이익

193) Association of Data Processing Service Organizations, Ins. v. Camp. 397 U.S. 153(U.S. Supreme Court 1970).

194) Hazardous Waste Treatment Council v. EPA. 861 F. 2d 277(1988).

195) Nevada Land Action Association v. U.S. Forest Service. 8F. 3d 713(1993).

영역을 기준으로 원고적격이 부정된 사건은 인근주민이나 환경단체의 원고적격을 부인한 것이 아니라, 그와 무관하게 자신들의 경제적 이익을 옹호하기 위하여 소를 제기한 자들에 대한 것이 대부분이다. 즉 이익 침해와 법률과의 객관적 관련성이 없었기 때문에 보호이익 영역 기준을 충족하지 못한다고 보았던 것이다.

반면 연방대법원이 1997년에 선고한 *Bennett v. Spear* 사건 판결은 위기종보호법의 보호이익 영역에 관하여 새로운 해석론을 제시하였다. 통상 위기종보호법은 영리적인 주체는 보호이익의 영역에 포함되지 않는 것으로 해석되었다. 그러나 오레곤주 지방관개사업소와 목장 경영자가 연방어류야생동물청이 위기종보호법을 위반하여 원고들의 경제적 이익을 침해하였다는 이유로 제소한 소송에서 동법은 경제적 영향도 고려할 것을 요구하는 것으로 해석될 수 있다고 하여 원고들이 위기종보호법상의 보호이익의 영역에 들어있다고 판시한 것이다.<sup>196)</sup> 연방항소법원들은 법률 전체의 취지에서 보호이익의 영역을 이끌어내야 한다는 입장과 개별규정에서 이끌어내야 한다는 입장으로 나뉘어 있었으나, *Bennett v. Spear* 사건 판결은 분명하게 개별규정에 따라서 보호이익의 영역을 도출하도록 요구하고 있다.<sup>197)</sup>

#### (4) 원고적격에 관한 판례의 변천

판례상 원고적격의 구조는 일관성이 없다는 이유로 지속적인 비판의 대상이 되어 왔다.<sup>198)</sup> 연방최고법원의 동향을 통하여 판례상 standing법리가 어떻게 변천되어 왔는가를 살펴보면 시기적인 변화가 있음을 알 수 있다. 19세기까지는 법원이 행정 사건을 심사한다는 것 자체가 법적 혼란과 불확실성을 야기한다는 이유만으로 그 심사를 거부해오다가 1902년 *American school of Magnetic Healing v. McAnnulty* 사건<sup>199)</sup>에서 처음으로 행정사건에 대한 사법 심사를 인정하기 시작한다. 그러다가 1924년에 *Chicago Junction* 사건<sup>200)</sup>과 1930년의 *Alexander Sprunt*

196) 연방대법원은 첫째, 위기종보호법상의 시민소송에 관한 규정이 다른 환경보호법률과는 달리 누구라도(any person) 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있고, 위기종보호법 제4조가 위기종의 서식지를 지정함에 있어서는 경제적 영향과 그 밖의 관련된 영향을 고려하도록 규정하고 있으며, 위기종보호법 제7조도 가능한 최고의 과학적, 상업적 자료를 기초로 하도록 규정하고 있는 점을 이유로 들었다.

197) Matthew R. Schulz, *Bennett v. Spear Ecology Law Quarterly* vol. 26(1996), p. 694.

198) William A. Fletcher, *The Structure of Standing*, 98 *Yale L.J.*(December, 1988), p. 221.

199) 187 U.S. 94, 23 S. Ct. 33, 47 L. ed. 90.

200) 264. U.S. 258.

and Son Inc. v. United States 사건<sup>201)</sup>까지 경우에는 특정인이 법적 권리(legal right)를 침해당했을 때에만 소송을 제기할 권리가 있다고 제한적으로 인정하였다.

이후에는 행정절차법이 처음으로 제정된 해인 1946년 이전과 그 이후가 다르고, 그 뒤 많은 환경 관련법이 제정된 때인 1970년대 이전과 그 이후가 크게 다르다. 특히 Data Processing 사건에서는 standing을 충족시키기 위해서는 그 침해된 법익이 경제적 침해에 한하지 않고 심미적, 보존적, 오락적 가치 있는 침해까지 포함한다고 하였다.

1980년대에 들어서면서부터는 연방최고법원은 사실상의 손해의 요건, 인과관계의 요건의 충족 또는 손해의 해소 가능성의 유무에 대하여 폭넓은 재량권을 행사함으로써 상당히 엄격한 태도를 취해 왔다.

이를 정리해보면, 미국의 원고적격에 대한 판례의 태도는 사법모델, 원고적격의 자유화, 권력분립이론을 통한 원고적격의 엄격화의 3단계로 나눌 수 있다. 이하에서는 원고적격의 인정여부와 관련해서 각 단계별로 중요한 의미를 갖는 대표적인 판례를 중심으로 고찰하고자 한다.

#### 1) 사법모델 단계

연방대법원은 원고가 주장하는 이익이 common law상 보호되고 있는 법적 권리에 해당하는가의 여부를 원고적격의 판단기준으로 보는 이른바 법적 권리심사 방식을 채택하였다. 즉 행정행위로 인하여 경제적 손실을 입고 있는 자라 하더라도 그 사실만으로는 원고적격이 인정되지 아니하고 경제적 손실이 계약법, 재산권법, 불법행위법 등 보통법상의 권리에 따른 것임을 입증하여야 원고적격이 인정될 수 있었던 것이다. 이와 관련된 판례로 Tennessee Elec. power Co. v. TVA사건을 들 수 있다. 이 판단기준은 원고적격의 문제와 본안의 문제를 혼동하고, 넓은 관습법의 관념에 의존한 탓으로 너무 경직된 기준이라는 비판으로 1940년대에 들어서 와해되었다.<sup>202)</sup>

#### 가. TVA사건 판결<sup>203)</sup>

201) 281. U.S. 249.

202) 서희원, 전계서, 106면.

1939년 18개의 경쟁회사가 TVA에 의한 발전 및 전력의 판매를 위법이라 하여 TVA의 협의의 중지를 청구하는 소를 제기한 사건이다. 연방대법원은 이 사건에서 원고적격의 존재여부를 판단하는 기준으로서 오랜 동안 통용되는 법적이익의 기준이라는 용어를 처음으로 사용하였다. 연방대법원은 이 사건에서 어떠한 제정법의 유효성을 다투어 정부기관에 대하여 그 집행의 제한을 구하는 제소를 인정하는 원칙은 법적 권리 즉 재산권, 계약에 관한 권리, 불법침해로부터 보호받는 것에 기한 권리 및 특권을 부여하는 제정법에 기한 권리가 침해되고 있지 않으면 적용되지 않는다는 취지로 판시하였다.<sup>204)</sup> 이 판결은 원고적격의 판단기준으로서의 법적 이익의 기준은, 법적 권리가 침해된 경우에만 원고적격을 인정한다는 것으로 제정법에 기한 권리에 한정된다고 보았다.<sup>205)</sup> 당시에는 원고적격의 이론을 법률문제로서 취급하고 있었다.<sup>206)</sup>

## 2) 원고적격의 자유화 단계

사법모델의 해체는 FCC v. Sanders Brothers Radio Station, 309 U.S. 470(1940)판결에서 행정행위의 직접 상대방의 경쟁자가 받은 경제적 피해도 원고적격을 부여함에 충분하다고 판시<sup>207)</sup>한 것에서 출발한다. 이러한 판례이론이 반영되어 행정절차법 제702조가 제정되었다.<sup>208)</sup> 이 조항의 의미는 특히 1970년대에 이르러 미연방대법원의 세 판결, 즉 원고적격의 판정기준이 사실상의 손해와 이익영역의 2가지 요건임을 정립하고 경제적 손해가 원고적격의 근거가 될 수 있음을 명시한 Association of Data Processing Service Organizations v. Camp(1970), 사실상의 손해의 개념을 명확히 하고 환경단체의 원고적격의 기준을 제시한 Sierra Club v. Morton(1972), 피해와 문제가 된 행정행위가 간접적이고 우회적으로 연결

203) Tennessee Power Co. v. TVA. 306 U.S. 118, 137(1939).

204) Sunstein, What's Standing After Lujan? Of Citizens Suits, injuries and Article III, 91 MICH. L. REV. 163, 181(1992).

205) Hays, Standing and Environmental Law : Judicial Policy and the Impact of Lujan v. National wildlife Federation, 39 KAN. L. REV. 997, 1006(1991).

206) 윤석춘, 전계논문, 52면.

207) 이 사건은 기존의 방송국이 새로운 방송국의 설치를 허가한데 대하여 경쟁에 의한 경제상의 불이익을 이유로 소를 제기한 사건인 바, 원고의 법률상의 침해가 없었음에도 불구하고 원고적격을 인정한 대표적인 판례라 할 수 있다.

208) Jonathan Poisner, Environmental Values and Judicial Review after Lujan—Two Critiques of the Separation of Powers Theory of Standing, Ecology Law Quarterly, 1991, p. 339.

된 경우까지 원고적격을 완화한 United states v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures(1973)에 의하여 정립되었다.

가. Data Processing 판결<sup>209)</sup>

연방대법원이 원고적격의 판단기준으로서 현재 통용되고 있는 사실상의 손해의 기준에 관한 기초적인 이론을 명확히 한 판결로 평가된다. 이 사건은 연방은행감독국장이 은행의 부수적 업무로서 고객에 대하여 Data Processing Service(금융, 투자관계의 정보분석)를 제공하는 것을 연방은행법이 금지하는 것은 아니라고 판단하여 이 분야에 대한 은행의 진출을 허용하는 결정을 내린 바, 이에 대하여 비즈니스 일반에 대하여 Data Processing Service를 제공하고 있는 회사(상고인)가 행정절차법 제10조에 기하여 이의신청을 한 사건이다. 이 사건에서 연방대법원은 원고가 연방행정청의 행위에 대해 standing을 갖기 위한 요건으로서 다음의 두 가지 이론을 채용한 후, 결국 상고인의 원고적격을 인정하였다.

첫째로, 연방헌법 제3조의 사건 또는 쟁송에 관한 것으로서, 이의신청의 대상이 된 행위가 경제적인 것이거나 비경제적인 것인가를 불문하고 원고에 대하여 사실상의 손해를 발생시켰다고 할 수 있는가를 묻는 것이다. Data Processing Service업에 있어서의 연방면허은행과의 경쟁에 따른 장래의 손해가 상고인에게 발생할 수 있다는 것을 이유로 상고인이 이러한 기준을 갖추고 있다는 것은 의심의 여지가 없다고 하였다(사실상의 침해기준).<sup>210)</sup> 두 번째로, 연방행정절차법 제10조와 관련하여 원고가 청구로서 보호를 구하려고 하는 이익(즉, 문제의 행정행위에 의하여 침해된 이익)이 법규 또는 헌법에 의하여 보호 또는 규제되고 있는 이익의 범위 내에 있다고 논할 여지가 있는가의 여부(보호이익의 영역기준)를 묻는 것이다. 연방대법원은 최초로 두 번째 기준에서 말하는 이익 가운데에는 경제적인 이익 외에 심미적, 보존적, 위락적 가치있는 이익을 포함한다고 판시하였다. 그러나 최소한 어느 정도의 손해가 발생하여야만 사실상의 손해로 볼 수 있는지 여부에 관해서는 별다른 기준을 제시하지 않았다. 이 판결은 사실상의 손해라는 요건, 이익의 범위라는 요건을 수용하였고, 이후의 많은 판례가 이 이론에 따르고 있다.

209) Association of Data Processing Service Organization Inc. v. Camp, 397 U.S. 150(1970).

210) William A. Fletcher, The Structure of Standing, 98 Yale L.J. 221, 230(1988).

나. Sierra Club v. Morton 판결<sup>211)</sup>

이 판결은 환경소송 가운데에서도 최초로 원고적격의 요건으로서 두 가지 기준을 천명한 후, 손해 개념을 넓게 파악하여 원고적격을 광범하게 인정한 대표적인 연방 대법원 판결이다.

사건개요는 다음과 같다. 캘리포니아주 Sierra Nevada 산맥에 위치한 Mineral King 계곡은 Sequoia 국립공원의 일부를 이루고 있다. 연방산림국은 미네랄계곡에 스키장개발계획을 밝히고, 스키장 개발에 관한 입찰을 모집하였다. 그 결과, Walt Disney Enterprise 주식회사가 낙찰을 받게 되었으며, 이에 Disney사는 스키장을 포함한 레크리에이션 시설의 건설계획을 1969년 1월에 발표하고, 연방산림국의 허가를 받았다. Sierra Club(창립 1982년, 회원총수 7만8천명)은 이 지역에 위치하는 국립공원의 자연환경의 보전에 특별히 관심을 가진 비영리법인으로서, 개발계획에 대한 공청회의 요구 혹은 연방산림국, 내무부 등과의 교섭 등을 시도하였으나 모두 실패하였다. 이에 Sierra Club은 공식적으로 이 계획에 대하여 반대의 의사를 표명한 후, 여러 연방법에 위반된다고 하며, 행정절차법 제10조에 기하여, 위법이라는 취지의 선언적 판결과 계획에 대한 인가의 유지명령을 내무부장관을 상대로 제소하기에 이른 것이다.

연방대법원의 다수의견은 이에 대해, 비경제적 이익이 사실상의 손해로 될 수 있다는 점을 분명히 했다. 연방대법원의 이러한 태도는 손해가 개인적일 것을 요구하는 것이다. 특히 환경단체와 관련해서는 그 회원들이 실제로 문제되는 환경자원을 이용하는 것이 필요하다고 판시하였다. 즉 단체의 경우 회원의 개인적 피해가 충족되는 경우에만 이를 통하여 단체로서의 원고적격을 인정받을 수 있다는 것이다.<sup>212)</sup> 이 판결에서는 Douglas 대법관이 소수의견을 내놓아 주목을 받았다. Douglas 대법관은 자연의 생태학적 균형을 유지하기 위해 관심을 갖고 있는 대중 뿐만 아니라

211) Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727(1972).

212) 미국 판례상 단체의 경우 회사와 같은 사익적 단체와는 달리 환경보호단체와 같은 공익적 단체의 경우에는 현재로서는 그 회원이 개인으로서 원고적격을 가지는 경우에만 원고적격을 인정받을 수 있고, 공익적 단체가 원고적격을 인정받기 위해서는 ① 회원의 개인적 원고적격 이외에도 ② 보호받고자 하는 이익이 단체의 목적에 부합할 것 ③ 구하고 있는 구제수단이 개인의 참여가 반드시 필요한 경우가 아닐 것의 2가지 요건이 추가로 필요하나 위 ②의 요건은 극히 완화되어 운용되고 있고 ③의 요건은 금전적인 배상을 구하는 경우에만 문제로 되기 때문에 실질적으로는 ①의 요건만이 소송에서 문제로 된다.(Ernest Gellhorn & Ronald M. Levin, Administrative Law and Process in a Nutshell, West Publishing Co.(1997), p. 364.)

이 지역에 대하여 개인적인 관심을 가진 사람들 나아가 자연계의 생물이나 무생물에 이르기까지 원고적격을 인정하여야 한다고 하였다. 이 판결은 환경소송의 분야에서 심미적, 위락적 이익에 대한 손해가 사실상의 손해기준을 충족시킬 수 있다는 것을 판시한 최초의 것으로 평가할 수 있으며, 결국 이 판결의 논리에 따르면 환경보호단체는 자신의 회원이 심미적인 손해를 입었다는 것을 입증하면 원고적격을 인정받을 수 있게 된다.<sup>213)</sup>

#### 다. SCRAP 판결<sup>214)</sup>

원고적격에 관한 주장에 대하여 단계별 연결이 약하다는 점을 인정하면서도 원고들의 편을 들어주었는데, 이 판결은 원고적격에 대하여 가장 완화된 입장을 취한 판결로 평가되고 있다.

SCRAP사건이란, 화물운임을 인상하려는 철도회사에 대하여 州間통상위원회(Interstate Commerce Commission)가 허가하는 명령을 내린바, 환경보호를 목적으로 결성된 SCRAP<sup>215)</sup>는, 통상위원회가 내린 명령은 국가환경정책법(National Environmental Policy Act :NEPA)에 위반된다고 주장하면서, 연방행정절차법 제 10조에 기하여 이 명령의 유지를 구하여 제소한 사건이다. 원고인 SCRAP는 화물운임이 인상되게 되면, 재생가능한 상품의 회수·운반을 위한 비용이 증가하게 되므로, 상품의 재생에 지장을 초래하게 되며, 그 결과 보다 많은 자연자원이 소비하게 될 것이므로, 그 일부는 자신들이 이용하고 있는 자연공원에서 채취되어 공원의 이용이 방해받을 지도 모른다고 주장하였다.

연방대법원은 원고인 SCRAP가 연방행정절차법 제10조에 해당하는 사유로서 주장한 각종의 손해, 좀 더 구체적으로는 SCRAP의 각 구성원이 신제품의 구입을 위하여 이전보다 다액의 지출을 강요받게 되는 것, 원고의 구성원이 캠프, 하이킹, 낚시, 관광, 그 밖의 레크리에이션 및 경관상의 목적으로 이용하고 있는 워싱턴 수도권주변의 산림, 하천, 산악 및 그 외의 천연자원이 오염 등으로 인해 이용가치를 감

213) 윤석춘, 전제논문, 55면.

214) United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures(SCRAP), 412 U.S. 669(1973).

215) 사실관계의 검토에 의하면, SCRAP라 함은, 1971년 9월, 환경의 보호를 목적으로 조지 워싱턴대학교 로스쿨의 5명의 학생이 결성한 '행정규칙절차를 다루는 학생들(Students Challenging Regulatory Agency Procedures)'이라는 단체명의 머리글자이다.

소시킬 수 있다는 것, 그리고 집적된 폐기물의 처리를 위하여 보다 많은 세금의 지불을 강요받게 되며, 나아가 워싱턴 수도권주변 및 원고 거주지역의 대기오염이 심각해질 수 있다는 것 등을 근거로 원고적격을 인정한 것이다.

SCRAP 판결에 대해서는 행정행위와 환경상의 손해와의 간접적인 인과관계까지를 인정한 것으로 평가할 수 있으며, 결국 행정행위에 기한 환경상의 손해를 폭넓게 인정하여 원고적격을 용이하게 인정하는 연방대법원의 전형적 입장을 표명한 것이라 할 수 있다. 이 판결에 이어 1978년의 Duke Power Company 사건<sup>216)</sup> 등에서 볼 수 있는 것처럼, 1970년대 후반까지의 연방대법원은, 다른 소송유형과 비교하더라도 극적이었다고 표현할 수 있을 정도로 환경소송의 원고적격을 자유롭게 인정하였다. 연방대법원이 이와 같은 태도를 취하게 된 배경으로서는, 정부기관 특히 입법부와 행정부가 환경보호에 관하여 기대할 만한 역할을 하지 못하였다는 위기감에서, 일반 개인이 환경소송을 제기할 수 있는 가능성을 열어 줌으로써, 이를 통하여 환경보호에 기여하고자 한 점을 들 수 있을 것이다.<sup>217)</sup>

### 3) 원고적격의 엄격화 단계

1980년대 들어서면서 연방대법원은 행정기관에 대한 소송의 원고적격을 제한하는 판결을 내리기 시작하였다. 1984년의 Allen v. Wright<sup>218)</sup> 판결을 통하여 권력분립이론이 확고하게 원고적격 법리의 기초로 자리잡았다. 따라서 권력분립이론이 원

216) Duke Power Company v. Carolina Environmental Study Group, Inc., 438 U.S.59(1978). 이 사건의 개요는 다음과 같다. 환경보호단체와 노동조합 등이, 그 환경보호단체의 회원의 주거지 주변지역에 원자력발전설비를 건설하고 있었던 Duke Power Company 와 원자력규제위원회에 대하여 제소하였다. 그에 즈음하여 원고는, Price-Anderson Act가 원자력발전산업의 발전을 촉진시킬 목적 등을 위하여, 원자력발전설비의 조업에 수반하는 원자력사고에 의한 손해배상액을 일정액으로 제한하고 있는 것은 무효라는 취지를 주장하고, 동규정은 위헌이라고 하는 선언판결을 구한 것이다. 이에 대해 연방대법원은, 먼저 문제가 되고 있는 원자력발전설비의 부근에 있는 2개의 호수에 대하여 열오염 등의 환경적 영향을 초래하는 것을 이유로 사실상의 손해요건을 갖추고 있다고 판시하였다. 그리고 원자력산업의 전문가가, 만일 Price-Anderson 법에 의한 책임제한의 보장이 없었다면, 원자력발전설비의 건설에는 참가하지 않았을 것이라는 증언을 인용하여, 결국, 원고는 만일 Price-Anderson 법이 없으면, 당해 원자력발전설비는 완성되지 못하게 되고, 그 악영향을 발생시키지 않을 것이라고 하는 사실적 가능성이 있다는 판단에 기하여 구제가능성의 요건도 갖추고 있다고 판시하였다.

217) Note, Standing for Environmental Groups : An Overview and Recent Developments in the D.C. Circuits, 19 ENVTL. L. REP. 10289(1989).

218) 소수자인 학부모가 IRS가 백인들만 받아들이는 사립학교에도 세금감면 혜택을 부여함으로써 백인학생들이 공립학교에 다니지 않게 됨에 따라 그들이 인종적으로 통합된 공립학교에서 자녀를 교육시킬 법률상, 헌법상의 권리가 침해되었다며 IRS의 세금감면제도를 다투는 사안에서, IRS가 세금감면제도를 바꾼다고 하여도 사립학교들이 백인학생만 받아들이는 정책을 바꿀지 여부가 확실하지 않다는 이유로 원고적격을 부정하였다 (468 U.S. 737).

고적격의 이론적 기반이 됨에 따라 인과관계(원고의 피해가 행정행위로 인한 것이라는 요건)와 구제가능성(원고가 구하는 구제수단이 실제로 원고의 피해를 회복 또는 완화시킬 것이라는 요건)이 추가되고, 여기에 원고가 입었다는 사실상의 손해가 구체적이고 개별적이며 실제 발생하고 있거나 발생할 것이 임박한 것이라는 점이 입증될 것이 요구됨으로써 원고적격이 인정될 수 있는 범위가 현저히 축소되었다.<sup>219)</sup> 1990년에는 종래의 관대한 태도에서 벗어나 환경보호주의자나 환경소송을 제기하려는 사람들에게 충격을 준 Lujan v. National Wildlife Federation 판결이 내려졌다. 1992년에는 미국 연방헌법상의 원고적격과 연방의회의 입법권한과의 관계에 관하여 판단한 Lujan v. Defenders of Wildlife 판결이 나왔다. 2000년에는 입증의 정도를 완화, 장래 위반행위에 대한 예방적 효과에 의하여 구제가능성이 인정될 수 있다고 한 Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Service, Inc 판결이 나왔다.

가. Lujan v. National Wildlife Federation 판결<sup>220)</sup>

환경보호단체인 NWF가 피해의 특정성에 대한 입증을 하지 못하였다고 하여 원고적격을 부정당한 사건이다. 이 사건의 개요는 다음과 같다. 종래부터 연방이 소유하는 공유지에 대해서는 자연상태 그대로의 보전·유지를 위한 여러 가지 제도가 시행되고 있었으나, 연방의회가 이러한 종래의 제도를 폐지하고, 공유지를 다목적으로 사용·관리하기 위하여 연방토지정책관리법(Federal Land Policy and Management Act)을 1976년에 통과시켰다. 그 후 1981년에 이르러, 내무부 소속기관인 토지관리국이 연방토지정책관리법에 의한 토지보류검토계획에 기하여 종래의 제도를 철폐하기 위한 심사에 착수하였다. 이에 대하여, 450만의 회원이 가입하고 있으며, 자연자원의 보호 및 그 교육보급을 목적을 설립된 비영리조직인 National Wildlife Federation이 나섰다. 이 계획이 연방토지정책관리법의 규정을 자의적으로 적용한 것이며, 재량권을 남용하고 있다는 등의 이유를 들어 제소하게 된 것이다. NWF는 이 계획에 의하여 건설부지가 공업, 그 외의 상업이용 등의 개발에 이용되어 환경이 파괴되며, 그 결과 건설부지의 부근 토지를 이용·향수하고 있는 두 사람의 회원

219) 박재완, 전제논문, 156~157면.

220) Lujan v. National Wildlife Federation, 497 U.S. 871 (1990).

이 이 계획에 의하여 영향을 받게 된다고 주장하였다.

연방대법원은 이에 대해, 환경보호단체인 NWF가 실제의 영향을 입었다고 하기 위해서는, 그 회원 두 사람이 행정의 활동에 의하여 영향을 받는 특정된 토지를 이용하고 있지 않으면 안되며, 200만 에이커의 소유토지 가운데 4500에이커가 영향을 받는다고 한 것만으로는 지역을 특정한 것이 되지 않는다고 보았다. 결국 피해의 특정성에 관한 입증이 이루어졌다고 볼 수 없다고 하여 NWF의 원고적격을 부정하였다. 연방대법원은 대법관 5인의 다수의견에 따라 원고적격을 부정하였으나, 이에 반대한 대법관도 4인에 이르렀다. 이 판결의 특징은 특정성의 정도에 대해 매우 높은 수준을 요구하였다는 것이다.

#### 나. Lujan v. Defenders of Wildlife 판결<sup>221)</sup>

이 판결은 시민소송조항에 기한 원고적격 문제에 관한 최초의 연방대법원 판결이며, 나아가 시민소송조항을 적용해 위헌이라고 한 점에서 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 연방대법원은 정부를 상대로 하는 소송에서는 적어도 구체적인 손해라고 하는 요건이 유지되어야 한다고 판단했다. 이에 따라 환경단체가 소송을 제기하기 위한 원고적격을 결여하고 있다고 판결했다. 즉, 원고는 위기종보호법(Endangered Species Act)의 시민소송 규정에 의하여 원고적격을 주장하였는바, 연방대법원은 법률이 누구나(any person) 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있는 시민소송의 경우에도 원고적격이 인정되기 위하여는, 원고가 구체적이고 특정되어 있을 뿐만 아니라 현실적으로 급박한 사실상의 침해로 피해를 입고 있어야 한다고 보았다. 그러한 침해는 인과관계를 통하여 문제되는 행정청의 행위로 연결될 수 있어야 하며, 법원의 판결을 통하여 구체될 가능성이 있어야 한다고 하였다.

이 사건은 내무부장관이 위기종보호법 제7조<sup>222)</sup>의 적용을 받는 연방행위의 적용 범위를 미국 영토와 공해상으로 해석하여 시행하기로 하는 규칙을 제정하자 환경단체인 Defenders of Wildlife가 위 규칙의 부당성을 들어서 규칙의 폐기를 구하기 위하여 소송을 낸 것이다. 원고인 환경단체는 訴狀에서 후진국가에 대한 원조를 함

221) Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. -, 112 S Ct 2130, 119 L Ed 2d 351 (1992).

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

에 있어서 내무부장관과의 협의요건 규정을 적용하지 않게 되면 후진국의 개발로 인하여 그곳에서 서식하고 있는 위기생물종들이 멸종의 위협을 받게 될 것이라고 주장하였다. 소송을 제기하는 이유로는, 연방기관의 원조를 받은 후진국가가 마구잡이 개발을 하여 위기생물종이 멸종하게 되면 원고단체의 회원 두 사람이 위기생물종이 살고 있는 나라에 여행할 경우 이러한 동물들을 보는 즐거움을 잃게 될 것이라는 점을 내세웠다.<sup>223)</sup>

원고 환경단체는 소송을 제기하는 근거로서 위기종보호법상의 시민소송규정을 내세웠다. 즉 위기종보호법 제7조 제②항은 연방정부의 기관이 위기생물종에 영향을 미칠 행위를 함에 있어서 내무부장관과 사전협의를 거치도록 규정하고 있음에도, 내무부장관은 이에 관한 시행규칙을 제정하면서 사전협의를 제한적으로 요구하도록 해 법을 위반했다는 것이다. 이 법 제11조 제①항은 내무부장관이 이 법상의 의무를 이행하지 않을 경우, 누구라도(any person) 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있으므로, 원고단체는 내무부장관의 규칙 제정 때문에 피해를 입었다고 주장하였다.

이에 대하여, 원심인 제8지구 연방항소법원은 원고단체의 주장을 인용하여 원고단체들에 대하여 원고적격을 인정하였다. 그러나 연방대법원은 원고의 이와 같은 주장을 모두 배척하였다. 먼저 내무부장관이 사전협의의무의 적용범위를 제한함으로써 결과적으로 이집트와 스리랑카에 있는 악어, 코끼리와 표범의 서식지가 파괴되어 위와 같은 동물들이 멸종하게 되면 원고단체의 회원인 이들이 장래에 이러한 나라에 여행을 가서 동물들을 구경하는 즐거움을 잃게 될 것이라는 주장에 대하여는, 동물들에 대한 침해가 어떻게 원고단체의 위 회원들에게 당면한 이익침해가 되는지를 전혀 적시하지 못하고 있다고 판시하였다.

또한 원고단체가 절차적 이익을 침해당했다는 주장에 대하여는, 내무부장관이 위기종보호법에 의하여 부담하고 있는 절차에 관한 규칙제정의무는 직접 특정한 개인

---

223) 원고 환경단체의 회원이라는 Joyce Kelly와 Amy Skigred는 각각 다음과 같이 주장하였다. Joy Kelly는 1986년도에 이집트를 여행한 일이 있는데 그 때 나일강의 악어 서식지를 보고 매우 강한 인상을 받았으며 장래에 언젠가는 나일강 악어를 보러갈 예정이라면서 미국정부가 이집트의 수자원개발계획을 지원하게 되면 나일강 악어의 생존을 위협하게 되고 자기가 나일강 악어를 보는 즐거움을 상실하게 될 것이라고 주장하였고, Amy Skigred는 1981년에 스리랑카를 방문한 일이 있는데 그곳에서 아시아 코끼리와 표범을 구경하였으며 미국정부의 AID프로그램에 의한 스리랑카 지원은 이러한 위기생물종의 서식지를 위협하여 자신의 장래에 스리랑카에 갈 때 이러한 동물을 보지 못하게 될 것이라고 주장하면서 구체적인 일정에 대하여는 모두 막연하게 장래에 언젠가 가볼 계획이라고만 밝혔다.

의 구체적인 이익을 보호하는데 있지 않으므로 비록 이를 위반하였다고 하여도 개인이 이를 근거로 소송을 제기할 수는 없다고 판시하였다. 즉 위기중보호법이 중앙행정기관의 장으로 하여금 내무부장관과 사전협의를 거치도록 한 절차는 예컨대 면허신청에 대하여 이를 거부하기에 앞서 거쳐야 할 청문절차나 연방정부가 건설사업을 벌이기에 앞서 거쳐야 할 환경영향평가절차 등과는 다르다는 것이다.

이 판례는 원고적격의 법리에 많은 영향을 미쳤다. 이 판례는 SCRAP사건 판결을 정점으로 하는 일련의 확장된 원고적격법리에 대하여 제동을 걸면서 원고적격을 지나치게 넓게 해석·운용할 경우에 헌법적 문제가 일어날 수 있음을 지적한 점에서 의미를 가지는 것이다.

#### 다. Laidlaw 판결<sup>224)</sup>

연방대법원은 이 판결에서 사실상의 손해를 뒷받침하기 위한 주장, 입증의 정도를 완화하였으며, 장래위반행위에 대한 예방적 효과만 있어도 구제가능성이 인정될 수 있다고 판시하였다. 이 판결은 원고적격의 엄격화 경향을 정지시켰다는 평가를 받고 있다.

피고 레이드로 회사(Laidlaw Environmental services)는 사우스캐롤라이나 주 노스타이거강에 배출을 하는 유해폐기물소각시설을 설치하였다. 위 시설은 사우스캐롤라이나주 환경보건부로부터 연방수질정화법(Clean Water Act)에 따라 배출허가를 받았다. 지구의 친구들(Friends of the Earth)이라는 환경단체는 위 시설이 1987년부터 1995년 사이에 허가상의 수은배출한계를 489회나 초과한 사실을 밝혀내고 연방지방법원에 소송을 제기하였다.

연방지방법원은 원고단체의 회원들이 소장에서 주장하는 내용에 의하면 구체적으로 침해를 입은 사실이 인정된다고 밝히고 피고 회사가 허가상의 배출기준을 이행하지 않음으로써 취한 이득이 100만달러 이상 되므로 이에 상응하는 40만5800달러의 민사벌금을 부과하고 이것이 장래에 위반행위를 범하지 않도록 하는 억제기능도 지니는 것이라고 지적하였다.

이 판결에서 연방대법원은 오염물질 배출시설의 인근강변에 살고 있는 원고 단체의 회원이 위 배출시설에서 허가기준을 초과하여 수은이 배출되어 왔다는 사실을

224) Friends of The Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Service, Inc. 120 S. Ct. 693(2000).

알고 나서 더 이상 이 강의 풍치를 즐기거나 이 강에서 휴양을 즐기는 일을 하지 않게 된 것은 이 강의 미적가치와 휴양적가치가 감소하였다는 것을 의미하고, 이는 사실상의 침해를 충족한다고 판시하였다.

Laidlaw 판결은 민사벌금을 통하여 배출원의 위법행위를 억제하려는 시민소송의 효용을 드높여 주었다는 점에서도 의의가 크다. 종래에는 시민소송을 통한 구제가 유지명령을 구하는 것에 한정되었다. 그러나 최근에 일부 환경제정법이 민사벌금을 통한 시민소송도 허용하게 되었는데<sup>225)</sup>, 이 경우에 구제가능성을 엄격히 해석한다면 구제가능성의 요건을 충족시키지 못하여 제소를 하지 못하게 되고 결국 민사벌금을 위한 시민소송제도의 의미가 퇴색될 것이기 때문이다.

Laidlaw 판결은 원고적격에 관한 몇 가지 요건을 대폭 완화하여 해석함으로써 결과적으로 원고적격의 범위를 크게 확대하는 결과를 가져왔다. 먼저 원고적격이 확대된 결과 환경법의 집행을 위한 시민소송의 허용범위도 함께 넓어지게 되었다. 연방대법원은 SCRAP판결을 정점으로 계속하여 원고적격을 엄격하게 해석하여 운용하여 왔다. 의회가 시민을 환경법 집행을 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 하여왔다. 원고적격을 대폭 확대한 Laidlaw 판결은 의회와 시민의 의지에 좀 더 접근하게 되었다는 점에서 큰 의의를 찾을 수 있을 것이다. Laidlaw판결과 같이 원고적격을 확장하게 되면 결과적으로 원고적격을 용이하게 인정하게 되고 또한 소송을 제기하는 원고들로서도 원고적격 인정여부에 대한 예측이 보다 쉬워지게 된다.<sup>226)</sup>

#### 4. 일본의 원고적격론

##### (1) 행정사건소송법 제9조

일본 헌법은 제32조에 국민의 재판받을 권리를 보장한다고 규정하면서, 행정

225) 예를들어 대기정화법(Clean Air Act) 제304조 제①항은 당초에는 유지명령에 대해서만 규정하고 있었는데 1990년에 개정되면서 민사벌금도 가능하도록 하였다.

226) Hudson P. Henry, A shift on Citizen Suit Standing Doctrine : Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services Ecology Law Quarterly vol. 28(2001), p. 247.

재판소에 관한 규정을 별도로 두지 않고, 모든 사법권은 최고재판소 및 하급재판소에 속한다고 밝히고 있다. 행정사건에 대하여도 終審으로서 행정으로부터 독립한 사법재판소에서 재판할 것을 보장하고 있다. 재판소법 제3조는 재판소는 一切의 法律上 爭訟을 재판하는 권한을 가진다고 규정하고, 민사사건·행정사건을 구별하지 않고, 법률상 쟁송에 해당할 경우에는 사법권의 판단에 따른다는 것을 명확히 하였다. 현행 일본 행정사건소송법 제9조는 처분 취소의 소 및 재결취소의 소는 당해 처분 또는 재결의 취소를 구함에 있어서 법률상 이익을 가지는 자에 한하여 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 우리 행정소송법 제12조는 이 조항을 그대로 답습한 것이다. 이 조항은 취소소송이 주관소송으로 소의 이익이 존재하는 한 인정된다는 것과, 원고가 될 수 있는 처분 또는 재결의 상대방에 한정되지 않고, 취소를 구할 법률상 이익을 가지면 누구나 취소소송의 제기가 가능하다는 것을 나타내고 있다.<sup>227)</sup> 즉 취소소송의 원고는 소를 제기함에 있어서 개인적인 법률상의 이익을 가져야 하지만 그 법률상의 이익이 구체적으로 어떠한 내용의 것인지는 밝히지 않고 있다. 이 점에 대하여 우리의 경우와 동일하게 학설의 논의가 이루어지고 있으며 결국 법률상 이익의 해석의 문제가 취소소송에서의 원고적격의 인정 여부를 결정짓게 된다고 볼 수 있다. 일본에서도 원고적격의 판단기준인 법률상 이익의 구체적 내용에 관하여는 대립이 있다.

## (2) 법률상 보호이익설과 보호가치이익설의 대립

原田 教授는 법률상 이익에 관한 학설을 권리향수회복설, 법률상 보호이익설, 보호가치이익설, 적법성보장설 등 4가지로 분류하고 있다.<sup>228)</sup> 그러나 통설은 기본적으로 법률상 보호이익설에서 있으며, 최근 법률상 보호가치 이익설의 견해를 지지하는 학설도 나타나면서 대립하는 양상을 보이고 있다. 原田 教授의 四分類에서 권리향수회복설과 적법성보장설은 호응을 얻지 못하고<sup>229)</sup> 있기 때문에 논의대상에서 제외한다.

227) 황보 완, 전제논문, 96면.

228) 原田尙彦, 「訴えの利益」, 弘文堂, 1982, 4~5면.

229) 김문성, “환경소송상 원고적격에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2006, 34면.

### 1) 법률상 보호이익설

취소소송을 고유의 의미에서 권리의 관철수단이 아닌, 법률이 국민을 위해 보호하고 있는 이익이 위법한 처분에 의해서 침해된 경우에, 당사자가 이것을 방위하기 위한 수단이라고 본다. 이 설에 의하면, 처분이 국민의 이익을 보호하는 강행법규에 위반하여 관계국민에게 불이익을 미치고 있는 경우에는, 그 이익이 권리라고 할 수 없다고 하더라도, 취소소송의 제기가 인정되게 되므로 취소소송의 보호이익은 상당히 확대된다. 이 설은 문리적으로도 행정사건소송법 제9조와 가장 조화될 수 있는 해석을 제공하는 것이기 때문에 학설의 지지를 받는 통설적 견해다.<sup>230)</sup>

### 2) 보호가치이익설

訴의 이익의 판정을 복잡한 실정법규해석에서 해방시켜, 실질적으로 국민이 입은 손실을 평가하여 사법적 구제의 可否를 결정하려고 하는 견해다. 이 설은 소송을 권리 내지 실체법의 보호이익을 옹호하는 절차가 아닌 실생활상의 개별적, 구체적 인 분쟁을 법률의 해석작용을 통해서 해결하는 절차로서 이해한다. 따라서 처분의 위법을 다투는 자가 그 효력을 부인하는데 있어서 실질적 이익을 가지는 한, 그것이 법률이 보호하는 이익이든지 사실상의 이익이든지를 구별하지 않고 취소소송의 소의 이익을 충족시키는 것으로 해석한다. 이 설에 의하면, 행정사건소송법 제9조에 명시된 법률상 이익은 법률상 보호되는 이익이 아니고, 사실상의 이익을 포함하여 법률상 보호가치있는 이익을 의미하는 것이 되어, 실질적 구제를 도모할 수 있다고 한다.<sup>231)</sup>

### 3) 사건

대립적인 법률상 보호이익설과 보호가치이익설을 중심으로 검토해본다. 법률상 보호이익설은 취소소송을 법률이 국민을 위해서 보호하고 있는 이익이 위법한 행정처분에 의해서 침해당한 경우의 방위수단이라고 이해하여, 침해당한 이익이 법률에 의하여 보호되고 있다고 이해되는 자에게 원고적격이 있다고 인정한다.

230) 宮崎良夫, “原告適格”, 「行政法の争点」, 有斐閣, 1990, 211面.

231) 原田尚彦, 「行政法要論」, 學陽書房, 1992, 334~335面.

법률상 보호이익설의 논거는, 행정사건소송법 제9조에는 원고적격에 대해서 법률상 이익을 가지는 자라고 규정하고 있는 만큼 문리해석상 사실상·경제상의 이익을 가지는데 지나지 않는 자의 원고적격을 부정한다고 볼 수 있다는 것이다. 또 주관소송으로서 규정된 취소소송의 원고적격에 대해서 실정법규정을 단서로 하여 법률적 이익을 고찰한다는 한정을 설정함으로써, 재판소의 운영에 객관적 기준을 부여하여 재판을 안정시키고, 관계자의 법적 안정성을 보장함과 더불어 원고적격이 무한하게 확대되어 취소소송이 객관소송으로 되는 것을 방지할 수 있다는 것이다.<sup>232)</sup>

법률상 보호이익설에는 다음과 같은 비판이 제기되고 있다. 첫째, 법률상 보호이익설에 의할 경우, 원고가 주장하는 이익이 법률이 보호하는 이익이 아닐 경우, 그것은 반사적 이익에 지나지 않는다고 하여 원고적격이 부정되게 되므로 실정법규가 만능이라는 것이 되어, 국민이 위법한 처분에 의해서 어떠한 불이익을 받는다 하더라도 원고적격이 인정되지 않게 된다. 둘째, 개개의 실정법규의 규정을 중시하는 결과, 실정법 제도 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 列記主義 내지 위장된 열기주의가 된다. 넷째, 실정법규별로 보호되는 이익이 분산되며, 행정과정이 분산되어 행정과정의 실효성 있는 통제가 곤란하게 된다는 것 등이다.

보호가치이익설은 원고적격의 판정을 실정법의 해석으로부터 해방시켜 국민이 행정처분에 의해서 받는 불이익 자체를 평가하여 원고적격을 판정하려 한다. 원고가 처분에 의해서 직접적으로 불이익을 받고 있고, 그 불이익이 일반국민과 구별될 수 있는 원고 고유의 이익으로서 재판에 의해 보호될 가치가 있는 것이라면 원고적격이 인정되어야 한다고 한다.<sup>233)</sup>

보호가치이익설에 대해서는 다음과 같은 비판이 가해지고 있다. 첫째, 보호가치 있는 이익에 해당하는가의 여부 판정이 불명확하다. 구체적 위법사유와 무관하게 불이익의 직접성·중대성에 의해서 보호할 가치가 있는지 여부를 판정할 수 있는가, 그것이 타당한 결과를 가져올 수 있는가라는 문제가 있다고 한다. 둘째, 행정사건소

232) 田中二郎, 「司法權の限界」, 弘文堂, 1987, 36面.

233) 原田尚彦, 「環境權と裁判」, 弘文堂, 1977, 289面.

송법 제10조 제1항<sup>234)</sup>과의 관계이다. 제10조 제1항은 일반적으로 본안심리에 있어서 주장제한에 관한 것으로, 원고적격의 문제에 관한 것이 아니라고 한다. 포괄적 자유권 개념을 전제로 하여 제9조의 법률상 이익을 법이 보호할 가치 있는 이익이라고 해석할 경우, 동일한 법률상 이익이라고 하는 어구를 포함하는 제10조 제1항이 과연 위법사유를 제한하는 규정으로서 의미를 가질 수 있을 것인가라는 문제가 있다고 한다. 즉, 취소소송은 단순히 추상적으로 파악된 위법한 처분에 의한 불이익을 구제하는 것이 아닌, 처분이 구체적으로 위법하기 때문에 발생하는 불이익을 구제하는 것으로서 구성되어 있다고 볼 수 있고, 제10조 제1항은 본안심리에 관한 것으로 원고적격에 관한 것이 아니라 하더라도, 이것이 어느 정도 원고적격 문제에 반영되는 것은 피하기 어렵다고 볼 수 있다는 지적이 제기된다.<sup>235)</sup>

법률상 보호이익설은 현재 일본학계의 통설적 입장이라고 할 수 있다. 보호가치 이익설 역시 1960년대 이래로 유력하게 주장되고 있다. 그러나 법률상 보호이익설의 경우, 법규의 해석과정의 조작에 의해서 원고적격의 범위의 확대를 도모하고 있으며, 보호가치이익설은 보호가치 있는 이익의 제한을 통해서 어느 정도 원고적격의 범위를 제한하고 있는 점을 고려할 때 양설의 차이는 상대화하고 있다고 볼 수 있다. 법률상 보호이익설은 원고적격 유무의 판단의 근거를 실정법에서 구하는 것으로서, 일면으로서는 건실한 방법이지만, 한편으로는, 개별 법률의 제정에 있어서 입법자가 원고적격의 존부까지 고려하고 있다고는 생각되지 않아서, 결국 실정법 존중의 명분 아래 사회적 타당성을 결여한 결론에 이르게 될 우려가 있다. 이 때문에 학설상으로는 실정법에 구애없이 원고적격의 유무를 소송법의 차원에서 판단하고자 하는 법적으로 보호가치 있는 이익설도 타당하다<sup>236)</sup> 하겠다. 다만 보호가치 이익설을 적용하는 경우에는 법적으로 보호가치 있는 이익에 해당하는지 여부에 대한 명확한 판단기준 제시가 선행되어야 할 것으로 생각된다.

### (3) 판례에 대한 검토

234) 행정사건소송법 제10조 제1항; 취소소송에서는 자신의 법률상의 이익과 관계가 없는 위법을 이유로 하여 취소를 구할 수 없다.

235) 雄川一郎, 「行政訴訟の法理」, 有斐閣, 1986, 288面.

236) 芝池義一, 「行政救濟法講義(第2版補訂版)」, 2003, 37面.

일본의 최고재판소는 주로 법률이 보호하는 이익설을 취하고 있다고 보이나, 사안에 따라서는 보호가치 이익설의 입장을 따른 것으로 볼 수 있는 판례도 있어 점차 소의 이익의 범위를 확대하여 가는 경향에 있다고 할 수 있다. 일본 최고재판소는 最判 1985. 12. 17.(伊達火電事件)에서 변화의 징조를 보인 이후 最判 1989. 2. 17.(新潟空港事件)과 最判 1992. 9. 22.(もんじゅ事件)에서 법적으로 보호가치있는 이익설로 접근하는 변화를 보였다.<sup>237)</sup> 법률이 보호하는 이익설을 취할 때 취소소송의 원고적격을 가지는 자라 함은 일반적으로 행정처분의 근거법규에 의하여 개별적으로 보호되는 권리이익을 침해당하거나 또는 필연적으로 침해당할 염려가 있는 자라고 설명된다. 이 경우 침해 또는 침해당할 염려가 있는 자는 자연인인가 법인인가, 혹은 권리능력 없는 사단인가 또는 재단인가, 또 처분의 상대방인가 제3자인가를 묻지 아니하고 처분의 취소를 소구할 수 있다. 그러나 행정처분으로 인하여 사실상의 영향을 받을 뿐인 경우에는 원고적격이 없게 된다.

일본의 현재 판례는 행정처분을 정한 법규의 취지나 목적과 그것을 통해서 보호하려 하고 있는 이익의 내용·성질 등을 고려해서 불특정 다수자의 구체적 이익을 오로지 일반적 이익 가운데 흡수·해소시키는 것에 그치는 것인가, 개개인의 개별적 이익으로서도 이것을 보호해야만 하는 것이라는 취지를 포함하는가를 판단하려는 것이라 할 수 있다.<sup>238)</sup>

1) 원고적격을 부정한 사례  
가. 長沼ナイキ其他訴訟<sup>239)</sup>

이 사건은 나이키기 건설을 위한 보안림의 지정해제에 공익성이 있는가를 지역주민이 다툰 사안이다. 보안림의 지정에 의하여 지역주민이 받는 이익은, 산림법이 자연재해의 방지, 환경의 보존, 풍치의 보존 등의 일반적인 공익의 실현을 목적으로 하는 보안림지정제도를 채용한 것에 따른 반사적 이익에 지나지 않는 것인가 아니면 법률상 보호되는 이익인가가 문제가 된 것이다. 최고재판소는 일반적 공익의 보호를 통하여 부수적, 반사적으로 보호되는 이익의 지위를 갖는 것에 불과한 것으로

237) 芝池義一, 前掲書, 42面.

238) 阿部泰隆, “原告適格判例理論の再検討”, 「判例時報」1743号, 165面.

239) 最判 1982. 9. 9, 民集 36卷 9号, 1679面.

해석되지만, 다른 한편으로 법률이 그러한 이익을 오로지 일반적 공익의 속에 흡수 해소시키는 것에 그치지 아니하고 그러한 이익의 전부 또는 일부를 개개인의 개별적인 이익으로 하여 보호할 수 있는 것도 가능하고, 특정의 법률 규정이 그러한 취지를 포함하고 있다고 해석될 때에는 그러한 이익을 침해받은 개개인은 처분의 취소를 구할 적격을 갖는다고 판시하여 인근주민들에게 그 처분의 취소를 소구할 자격이 있음을 인정하는 듯하다가, 결론으로서는 원고들이 본건 처분으로 입은 불이익은 대체시설의 설치에 의하여 홍수 및 갈수의 위험으로부터 해소되어 동 처분의 취소를 구할 소의 이익은 소멸되기에 이르렀다고 판시하여 원고적격을 부정하였다.<sup>240)</sup>

나. 伊達火電埋立免許取消請求事件<sup>241)</sup>

매립면허에 대한 매립해역 주변 어민의 취소소송 사건이다. 최고재판소는 “처분의 효과로서 자기의 권리의익을 침해당하거나 필연적으로 침해될 우려가 있는 자에 한하여 행정처분 취소소송의 원고적격이 있는 것인데, 처분에 의하여 법률상으로 영향을 받는 권리 이익이란, 처분이 그 본래적 효과로서 제한을 가하는 권리의익에 한하지 아니하고 행정법규가 개인의 권리의익의 보호를 목적으로 행정권의 행사에 제약을 가함에 의하여 보호되는 권리의익도 이에 해당한다”고 보았다. 이어 “처분의 근거법률인 구 공유수면매립법에 공유수면 주변의 수면에서 어업을 영위하는 자의 권리를 보호함을 목적으로 하여 매립면허 또는 준공인가권의 행사에 제약을 가하는 명문의 규정이 없을 뿐 아니라, 그 법의 해석에 의하여도 이러한 제약을 도출해 내기 곤란하므로, 주변어민들은 매립면허 및 준공인가처분의 취소를 구할 원고적격이 없다”고 판시하였다.

2) 원고적격을 인정한 사례

240) 이 사안은 농림수산부장관이 1969. 4. 7. 北海道 夕長郡 長沼町 소재의 保安林에 관하여 항공자위대의 미사일기지를 설치하기 위한 용지로 사용하기 위하여 그 지정을 해제한 사건으로서, 자위대의 위헌성 문제와 맞물리어 일본 여론의 주목을 받은 이른바 長沼미사일 基地訴訟의 상고심판결이다. 1심인 札幌地方裁判所는 1973. 9. 7. 대체시설의 공사에 의하여서도 홍수의 위험이 완전히 제거되는 것은 아니기 때문에 여전히 인근 주민들에게 소의 이익이 있다고 판시하면서, 본안에 들어가 자위대의 위헌성을 정면으로 인정하는 한편 本件 처분은 산림법 소정의 요건을 흠결하여 위법한 것이라고 판시하였지만, 최고재판소는 이와 견해를 달리하고 원고적격을 부정하였다.

241) 最判 1985. 12. 17, 判例時報 1179号, 56面.

가. 新潟空港訴訟<sup>242)</sup>

공항주변에서 소음에 고통 받을 우려가 있는 주민이 공항운송사업의 면허의 취소를 구한 소송이다. 新潟空港(니이가타공항)<sup>243)</sup> 주변에 거주하는 주민들은 運輸大臣이 소외 甲 항공회사에 대하여 新潟-小松-서울 간을 노선으로 하는 정기항공운송사업면허를, 소외 乙 항공회사에 대하여 新潟-仙臺 간을 노선으로 하는 정기항공운송사업면허를 부여하자 소음피해 등을 이유로 하여 그 면허처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 최고재판소는 “행정법규가 불특정다수인의 구체적 이익을 오로지 일반적 이익 속에 흡수 해소시키는 것에 그치지 아니하고, 그것이 귀속하는 개 개인의 개별적 이익으로서도 보호할 수 있는 취지를 포함하는 것으로 해석될 경우에는 그러한 이익은 법률상 보호되는 이익으로 보아야 한다”고 보았다. 이어 “항공법 제1조와 관련법규인 공공용비행장 주변에서의 항공기소음방지에 관한 법률에서도 運輸大臣에게 소음을 방지하기 위한 각종 조치를 강구할 권한이 부여되고 있기 때문에 항공운항사업면허의 심사에 있어서 소음장애의 유무 및 정도를 고려에 넣어 신청사업계획을 평가하여야 하는 점 등에 비추어 신규노선 면허에 의하여 생기는 항공기소음에 의하여 사회통념상 현저한 장애를 받게 되는 자는 그 처분의 취소를 구할 법률상의 이익을 가지는 자로서 원고적격이 있다”고 판시하였다.

이 판결에 대해서는 기본적으로는 법률상 보호되는 이익설을 유지하고 있지만, 종래의 판례보다는, 특히 법률의 범위를 넓게 파악함으로써, 원고적격의 인정범위를 상당히 넓은 판례로 평가할 수 있다<sup>244)</sup>고 한다. 반면 이 판결에 대해서는, 오사카 공항소송이 民事留止訴訟을 각하한 것의 뒷수습으로서 행정소송을 인정할 수 밖에 없는 결과, 무리한 논리를 내세운 것일 뿐 판례의 변화라고는 볼 수 없다<sup>245)</sup>는 비판이 있다.

나. もんじゅ事件<sup>246)</sup>

242) 最判 1989. 2. 17, 判例時報 1306号, 5面.

243) 국가가 설치 관리하는 제2종의 공항으로서 2000미터의 활주로를 가진 일반 지방공항의 하나이다.

244) 芝池義一, 前掲書, 41面.

245) 原田尚彦, “空港騒音と行政訴訟”, 「ジュリスト」932号, 1989, 49面.

246) 最判 1992. 9. 22, 民集 46卷 6号, 571面.

고속증식로의 주변주민이 원자로의 설치허가의 취소를 구한 소송이다. 최고재판소는 “원자로설치허가기준을 규정한 원자로등규제법 제24조는 단순히 공중의 생명, 신체의 안전, 환경상의 이익을 일반적 공익으로서 보호하려는데 그치지 아니하고 원자로시설 주변에 거주하고 또한 원자로사고가 초래하는 피해에 보다 직접적이고 중대한 피해를 입으리라고 예상되는 범위의 주민의 생명, 신체의 안전 등을 개인의 개별적 이익으로서도 보호하여야 할 것이라고 하는 취지를 포함하고 있다고 해석된다”고 보았다. 이어 “주민이 거주하는 지역이 원자로사고 재해에 보다 직접적이고 중대한 피해를 입으리라고 예상되는 지역인지 여부에 관하여는 원자로의 종류, 구조, 규모 등 구체적인 여러 조건을 고려하는 이외에 주민이 거주하는 지역과 원자로의 위치와의 거리관계를 중심으로 하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다”고 보았다.

이어 “원자로 규제법의 제규정에 나타난 재해방지목적, 설치허가기준 등에 비추어 위 규정은 단지 공중의 생명, 신체의 안전, 환경상의 이익을 일반적 공익으로서 보호하는데 그치지 아니하고 원자로 시설주변에 거주하여 그 사고 등이 가져오는 재해에 의하여 직접적이고 중대한 피해를 입을 것을 예상되는 범위의 주민의 생명, 신체의 안전 등을 개개인의 개별적인 이익으로서도 보호하는 취지라고 해석하여 원자로로부터 반경 58km에 거주하는 주민에게도 원고적격을 인정할수 있다”고 하였다.

이 판결은 보호되고 있는 이익의 실질을 고려하고 있는 점에서 실질적으로는 법적 보호가치 있는 이익설에 가깝다고 볼 수 있다. 반면 법률상 보호이익설에 의하고 있다고 보는 입장에서는 이 판결은 재해의 방지라고 하는 문언의 해석으로부터 출발하고 있으나, 원자로의 허가제는 민사상의 사후구제로는 사고를 적절하게 방지할 수 없기 때문에 도입된 제도이고, 여기서 문제되는 이익은 지구온난화와 같이 세계전체의 것이 아니라 개별·구체적인 인근주민의 것이기 때문에 이것은 최초부터 주변주민의 이익을 지키는 제도라고 이해한다면, 법률상 보호이익설에서도 원고적격을 충분히 긍정할 수 있다고 한다. 즉 최고재판소는 법률상 보호되는 이익설의 틀을 유지하면서도 환경행정사건에서는 법적으로 보호가치있는 이익설의 사고방식을 실질적으로 도입하고 있는 유연한 해석방법을 취한 것으로 평가할 수 있다.<sup>247)</sup>

247) 藤原静雄, “もんじゅ事件”, 「ジュリスト別冊(公害・環境判例百選)」 126号. 1994, 有斐閣, 195面.

### 3) 사건

일본의 판례들은 우리나라 판례와 마찬가지로 대체로 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 처분 등의 취소를 구할 법률상의 이익이 있으면 원고적격을 가진다고 한다. 그러나 법률상의 이익을 직접적이고 구체적인 이익으로 한정하고, 간접적이거나 사실적, 경제적인 이해관계를 가지는 자에게는 원고적격성을 부인하고 있기 때문에 환경권을 근거로 한 단체 또는 隣人들에게는 아직 원고적격을 부여하고 있지 아니하다. 즉 위법법규가 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 반해, 후자의 경우에는 단순한 반사적 이익의 침해에 지나지 않는다고 하여 원고적격을 인정하지 않는 태도를 취하고 있는 것이다. 다만 일본의 일부 최고재판소 판결은 隣人 내지 지역주민들이나 공용물이용 관계에서 파행하는 이해관계인 및 가스시설이용자 등에게도 원고적격을 인정한 사례에서 보듯이, 생활환경상의 불이익의 침해까지도 법률상 보호되는 이익의 침해라고 평가하는 등 우리 대법원의 판례보다는 원고적격의 범위를 보다 넓게 인정하고 있다고 할 수 있다.<sup>248)</sup>

일본의 보안림해제처분으로 인하여 인근 주민들이 받는 불이익을 개별적 구체적인 법적 불이익으로 고양시킨 판결<sup>249)</sup>은 비록 결론으로서는 원고적격이 부정된 사건이지만, 보안림 주변의 일정지역에 사는 주민들이 가지는 농업용수 및 음용수의 확보, 홍수예방 등의 이익은 개별적·구체적인 법적 이익으로서 위 보안림의 지정해제로 인하여 이러한 이익이 침해받는다면 그 주민은 산림법 제27조 제1항에 규정되어 있는 직접의 이해관계를 가지는 자에 해당한다고 본 점에서 보호할 가치 있는 이익구제설의 입장으로 발전한 판례라고 평가할 수 있다. 이 판결은 실정법규의 해석을 통하여 결론에 이르는 방식에서 한걸음 더 나아가 일반적으로 공익 속에 흡수되어 버리기 쉬운 지역주민의 이익을 보호하려고 하였다는 점에서 향후 환경행정소송에 큰 영향을 미친 것으로 판단된다.<sup>250)</sup>

248) 황보 완, 전제논문, 118면.

249) 最判 1982. 9. 9. 民集 36卷 9号, 1679面.

新潟空港 소음사건에 관한 판결은 종래의 판례들이 제3자의 원고적격을 인정하기 위하여는 어떤 형태로든지 명문의 규정을 요구한 것과는 달리 법률의 규정과 관계법규의 규정을 포함한 법체계를 고려하여 신청인의 원고적격을 인정하였다는 점에서 보다 새로운 방법을 채용한, 진일보한 판례로 평가된다.<sup>251)</sup>

일본의 주류적 판례가 원고적격의 인정범위에 관한 판정방식으로서 개개 법조 또는 법률의 규정취지가 공익보호에 있는가 아니면 개인의 권리보호도 포함하고 있는가 여부에 관한 해석을 통하여 최종적으로 법률상의 이익인가 또는 사실적, 반사적, 경제적 이익인가를 판정하고 있는 바, 이러한 양자택일식의 판정으로는 다양한 이해관계를 가지며 변화하는 행정사건에 능동적으로 대처하기에 어려운 경우가 있을 것이므로, 관계법률, 나아가 헌법의 이념까지도 고찰하는 자세가 필요하다고 생각된다.

## 5. 중국의 원고적격론

### (1) 법률상 이해관계에 대한 규정

원고적격문제는 행정소송법에서 규정된 법률개념은 아니다. 중국 행정소송법 제24조는 본 법의 규정에 따라 소제기를 한 공민, 법인 혹은 기타 조직은 원고로 한다고 규정하고 있다. 또 인민법원은 합의부를 구성하여 원고의 소제기에 대해 심사를 하여야 한다고 규정하고 있다.<sup>252)</sup> 원고적격과 관련하여 학자들에 따라 원고적격의 개념에 대한 이해가 서로 다르지만 공통된 관점은 원고적격은 행정소송의 소제기가 원고가 될 수 있는 제한조건을 의미한다는 것이다. 즉 법원에 소제기를 한 자가 모두 원고가 될 수 있다는 것이 아니라 일정한 자격을 갖춘 자만이 원고가 될 수 있다는 것이다. 따라서 원고적격은 행정기관의 구체적인 행정행위와 법률상 이해관계가 있는 자 중 소송을 통해 구할 직접적인 이익이 있는 자로 정의할 수 있다.

250) 磯部力, “保安林指定解除と訴の利益”, 「ジュリスト別冊(行政判例百選 II)」, 1993, 402面.

251) 古城誠, “定期航空運航事業免許取消訴訟の原告適格”, 「ジュリスト別冊(行政判例百選 II)」, 1993, 394面.

252) 楊寅吳楷林, 「中國行政訴訟制度研究」, 人民法院出版社, 2003, 153面; 노청석, “환경행정소송의 소제기요건에 관한 연구-한국법과 중국법을 중심으로-”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2004, 64면에서 재인용.

현행 행정소송법 제2조는 공민, 법인 혹은 기타 조직은 행정기관과 행정기관 공무원의 구체적인 행정행위가 자기의 합법적인 권익을 침해하였다고 인정할 경우 본 법의 규정에 따라 법원에 소송을 제기할 권리가 있다고 규정, 행정소송을 제기하는 전제로 구체적인 행정행위가 자기의 합법적인 권익을 침해하였을 경우에만 소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 여기서 특별히 강조되는 것은 직접적인 피해에 대해서만 소송을 제기할 수 있다는 것이다. 자기의 합법적인 권익이 침해당하지 않은 자는 원고적격이 인정되지 않는다.

행정소송법의 원고적격에 관한 규정에 대해 최고인민법원은 보충규정인 「약간문제의 해석」 제12조에서 구체적인 행정행위와 법률상 이해관계가 있는 공민, 법인 혹은 기타 조직은 해당 행정행위에 불복할 경우 법률의 규정에 따라 행정소송을 제기할 수 있다고 규정을 하여, 구체적인 행정행위와 법률상 이해관계가 있는 자의 원고적격을 인정하고 있다. 최고인민법원은 법률상 이해관계를 기준으로 원고적격을 결정, 원고가 될 수 있는 이해관계인들의 범위를 확대하고 있다. 이러한 점을 고려해본다면, 법률상 이익, 즉 실질적인 법률상 이해관계가 존재하여야만 소를 제기할 수 있는 이익이 있다고 할 수 있을 것이다.<sup>253)</sup>

## (2) 법률상 이해관계와 원고적격의 기준

원고적격의 기준과 관련하여 일부학자들은 최고인민법원에서 사법해석의 형식을 통해 법률상 이해관계를 원고적격의 기준으로 삼은 것은 하나의 진보로 평가하고 있다.<sup>254)</sup> 이를 진보로 볼 것인가, 아니면 원고적격의 문턱을 높였는가의 관건은 어떤 기준을 참조하였는가에 있다. 첫째, 「약간문제의 해석」 제12조의 법률상 이해관계 기준은 행정소송법의 제3자의 기준과 거의 같거나 혹은 중복되었다고 할 수 있다. 다시 말하면 제3자로 행정소송에 참가하는 자들은 원칙적으로 모두 원고적격이 있는 것으로 해석할 수 있어 행정상대방의 기준과 비교할 경우 법률상 이해관계의 기준은 원고적격의 제한조건을 폭넓게 완화한 것이 되는 것이다. 둘째, ‘인신권,

253) 노청석, 전계논문, 66면.

254) 甘文, 「行政訴訟法司法解釋之評論-理由, 觀點與問題」, 中國法制出版社, 2000, 63面; 노청석, 전계논문, 68면에서 재인용.

재산권 및 기타 헌법권리와 민사권리'에 대한 기준과 비교할 경우에도 법률상 이해관계의 기준은 원고적격의 제한 조건을 완화하였다고 할 수 있다. 왜냐하면 법률상에서 주장 가능하거나 혹은 주장하여야 할 직접적인 이익이 있으면 그 이익이 행정법, 헌법 혹은 민법상의 이익인지를 막론하고, 또 이미 법률에 명확히 규정되어 있는 권리인지를 불문하고 소제기자는 원고적격이 있다고 할 수 있다. 그런데 현실적으로 보면 소제기자가 법원에 인신권, 재산권의 범위에 포함되지 않는 권리유형에 대한 보호를 청구하거나 혹은 보호청구를 한 권리가 아직 입법을 통한 법정권리유형에 포함되지 않은 경우에 법원으로서의 소제기자의 청구를 기각하거나 혹은 이러한 새로운 유형의 권리에 대해 명명을 해야 하는 난감한 처지에 처하게 된다. 하나의 새로운 권리가 순조롭게 창설된 경우야 법원은 아무 문제없이 소제기자의 원고적격을 인정하고 사건을 수리할 수 있지만 이런 모델방식은 국민의 입장에서는 소권을 보장받는데 아주 불리한 면이 없지 않다. 이런 의미에서 법률상 이해관계의 기준은 하나의 진보라고 평가될 수 있다.<sup>255)</sup>

## 6. 사건

이상에서 주요 국가들에 있어서 논의되고 있는 환경소송의 원고적격에 대한 학설 및 판례의 방향을 살펴보았다. 이를 정리하고 우리나라의 환경소송에 있어 원고적격론 해석과 입법론 전개에 어떠한 시사점을 줄 수 있는지 검토한다. 환경소송의 원고적격은 각국의 법체계에 따라 다르게 논의되어 왔다.

독일의 경우 보호규범설이 통설화되었으며, 근래에 이르러는 일부의 학설 판례가 기본권과의 접맥을 통해 해석상 권리 개념을 확장하려 하고 있다. 독일에서는 개인이 국가에 대하여 일정한 조건하에서 권리를 가질 수 있다는 점이 강조되는데, 이는 외견적 입헌군주제하에서 우월적 국가권력에 대립하면서 동시에 그와 타협하는 시민계급의 자유주의적 요구를 반영하는 것이었으며, 이는 시민혁명을 통하여 개인의 국가에 대한 권리가 보편적으로 인정되는 프랑스 행정법 체계와 다르다. 또 법의 지배의 발전에 힘입어 실정법에 의해 금지되는 것이 아니면 모두 개인의 자유와 권리에 속하는 것으로 간주되는 영국과도 비교되는 점이다. 이에 따라 독일의 주관적 공권론은 초기에는 주로 행정작용의 상대방의 권리보호에 치중하였으나 제2차

255) 노청석, 전계논문, 69면.

세계대전 이후 행정작용이 양적·질적으로 팽창하고 특히 제3자효적 행정작용이 증가함에 따라 주관적 공권론은 제3자 보호에 그 논의의 중심이 옮겨지게 되었다. 이러한 관점에서 제3자의 주관적 공권보호의 시각을 열게 한 보호규범론은 획기적인 것이기는 하지만 보호규범론 역시 제3자의 주관적 공권보호를 목적으로 하는 개별법 규범의 존재, 처분의 위법성, 그로 인한 권리의 침해라는 주관적 공권론의 고전적 틀을 벗어나고 있지 못하기 때문에 이로 인한 권리보호의 흠결이 문제점으로 지적되고 있고, 특히 환경행정소송을 비롯한 현대형 소송에서는 그 한계를 드러내고 있는 것이다.

프랑스의 원고적격은 주관적 공권개념을 매개함이 없이 폭넓게 인정된다고 볼 수 있다. 법원이 원고적격의 판단에 대한 합리적인 기준만 제공해준다면 객관적이고 유연한 프랑스의 원고적격 확대경향은 우리나라도 참고할 만 하다.

미국에서의 원고적격론은 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 것 뿐만 아니라 지역적, 집합적인 이익까지도 포함하는 것으로 보고 있다.

일본에서는 법률상 이익 개념에 관한 학설인 법률상보호이익설과 보호가치이익설의 대립과 관련하여, 최근에 보호가치이익설이 원고적격의 확대를 시도하는 유력설로서 주목받고 있다. 또 최고재판소 판례와 하급심 판례도 우리나라 판례보다는 원고적격을 인정하는데 있어 보호규범론을 완화하려는 입장이다. 특히 환경행정소송과 관련된 판결에서는 법률상 보호이익설의 틀은 유지하면서 보호가치이익설의 사고방식을 실질적으로 도입하고 있는 유연한 해석방법을 취한 것으로 평가할 수 있는 판결도 나오고 있다.

중국의 경우 원고적격과 관련하여 최고인민법원이 사법해석의 형식으로 법률상 이해관계를 그 기준으로 제시한 것은 진보적인 사안으로 평가되고 있다.

국내에서의 논의도 일본에서와 같이 주로 실정법규가 해석상 관계개인의 이익도 보호한다고 해석되는 경우에 그 이익을 법률상 이익이라고 보는 입장과 실체법규의 해석을 떠나 소송상 보호할 가치가 있다고 인정되는 경우에 원고적격을 인정하려는 입장을 중심으로 이루어져 왔다. 또 항고소송의 성격은 주관소송으로 파악하고 있

다. 그러나 최근에 항고소송이 객관소송으로서의 성격을 내포하고 있다는 견해가 주목받고 있으며, 행정소송법 개정논의에 있어서도 행정소송법 제12조의 법률상 이익이 있는 자에서 법률상 이라는 수식어를 삭제하고 ‘정당한’ 이익으로 개정하자는 법률안이 국회에 제출되었던 사실은 외국에서의 다양한 논의에서 시사점을 받은 것이라 해석된다.

### 第3節 原告適格 擴大論

#### 1. 환경소송상 원고적격의 확대 필요성과 등장배경

##### (1) 원고적격 확대의 필요성

환경분쟁에 있어서 오염의 광역성·집단성·인과관계 입증의 곤란성 등은 원고적격의 확대에 대한 요청을 두드러지게 하고 있다. 환경행정소송에서 국민에게 보다 널리 소송을 통한 권리보호의 길을 열어주어야 한다는 문제의식이 설득력을 얻고 있다. 원고적격이란 일반적으로 구체적인 소송에서 원고로서 소송을 수행하여 본안 판결을 받을 수 있는 자격을 말한다. 취소소송에 있어서 첫 번째로 문제가 되는 것은 과연 누가 소송을 제기할 수 있는가 하는 것이다. 가장 넓게 인정하여 누구나 법치행정의 원칙에서 벗어난 행정청의 처분을 법원에 제소하여 이를 취소할 수 있도록 할 수도 있고, 정반대로 가장 좁게 인정하여 행정청의 처분과 직접적인 이해관계를 가진 사람만이 소송을 제기할 수 있도록 할 수도 있을 것이다. 행정소송법 제12조는 취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 원고적격의 문제는 법률상 이익이 있는 자의 해석문제로 돌아간다. 판례는 법률상 이익이란 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하며, 공익보호의 결과로 일반 국민이 공통으로 가지는 추상적·일반적 이익과 같이 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가진데 불과한 반사적 이익과 구별하고 있다.<sup>256)</sup>

256) 대판 1992. 12. 8, 91누13700; 대판 1993. 7. 27, 93누8139; 대판 1994. 4. 12, 93누24247; 대판

특히 환경소송에 있어서 취소소송을 제기할 법률상의 이익이 있는 경우에는 제3자라도 원고적격이 인정된다고 보아지므로, 제3자에게 소송을 제기할 법률상 이익이 있는지의 여부가 문제되며, 이는 법률상 이익의 범위를 어떻게 설정할 것인가의 문제로 귀결된다. 환경오염 및 환경훼손의 문제가 심각하게 나타남에 따라 환경보호의 중요성이 무엇보다도 강조되어야 함은 분명한 사실이다. 따라서 환경오염방지·환경보전을 목적으로 하는 환경규제입법의 집행에 의하여 보호되는 환경상의 이익은 법률상으로 보호되는 이익으로 인정되어, 환경피해 발생지역의 인근주민에게도 개발행위 등의 인·허가를 다투는 원고적격을 인정하는 경향이 나타나고 판례도 원고적격을 확대하여 제3자의 원고적격을 인정하기에 이르렀다.<sup>257)</sup> 환경소송에서의 원고적격의 문제는 환경관계법의 해석을 통하여 해결하여야 할 것이며, 환경관계법의 해석에 있어서 환경권 및 국가의 환경보전의무에 관한 헌법규정으로부터 결정적인 지침을 도출해내는 적극적 해석론과 이에 따른 판례의 형성이 요청된다고 할 것이다.<sup>258)</sup>

이처럼 국민들의 재판받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여서는 원고적격의 범위를 확대할 필요가 있다. 특히 현대행정에서 원고적격 확대 필요성이 강화된 이유는 다음과 같다고 할 수 있다.

#### 1) 국민의 권리구제 확충

현대행정소송제도에서 원고적격의 유무가 문제되는 상황은 처분의 직접 상대방에 대해서보다는 상대방 이외의 이른바 제3자의 경우에 있어서 주로 발생한다.<sup>259)</sup> 이는 건축·개발행정, 환경행정, 소비자행정 등에서 보듯이 현대행정의 특색이 행정과 사인간의 양극적 행정법관계로 그치는 것이 아니라, 이른바 이해관계 있는 다수의 제3자를 포함하는 다극적 행정법관계의 성질을 지니는 경우가 많기 때문이다.<sup>260)</sup> 이러한 현대 행정법 현상의 특성을 무시하고, 상대방 이외의 이해관계인인 제3자는

1995. 9. 26, 94누14544.

257) 대판 1975. 5. 13, 73누9697; 대판 1995. 9. 26, 94누14544, 대판 1998. 4. 24, 97누3286; 대판 1998. 9. 4, 97누19588; 대판 1998. 9. 22, 97누19571.

258) 조은래, 전거서, 273~278면.

259) 함인선, “행정소송법 개정에서 원고적격의 확대문제-취소소송을 중심으로 한 한일 비교법적 검토-”, 「공법연구」 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005. 6, 513면.

260) 芝池義一, “行政法における公益・第三者利益”, 「行政法の争点」 第3版, 有斐閣, 2004, 12~13면.

처분의 근거법규에 의하여 사익(개별적 이익)으로서 보호되지 않는다는 이유만으로 원고적격을 인정하지 않는다면, 사회의 제이해의 조정을 도모하는 법의 취지에 반하는 한편, 법이 보호하는 공익(일반적 이익)의 범위가 확대되면 확대될수록 국가사법제도에 의한 국민의 권리구제의 범위는 협소해진다는 결과가 된다. 따라서, 현대행정에서 행정책처분과 관련하여 법률상 이익 있는 제3자에게도 처분을 다룰 수 있는 원고적격을 인정하여 사법적 구제를 허용해야 할 필요성이 생기게 된다.

그런데 소송의 실제에서 이러한 제3자로서 주로 등장하는 자는, 건축행정이나 개발행정에 있어서의 인근주민, 공공요금 개정시의 이용자, 소비자행정에서의 소비자, 원자로설치허가에 있어서의 지역주민, 환경행정에 있어서의 주변주민, 영업허가 등에 있어서의 기존영업자 내지 경업자 등이다. 그러나 제3자라 하더라도 처분의 상대방 이외의 자를 막연하게 총칭하는데 지나지 않기 때문에, 현실적으로는 다양한 이해상황의 제3자가 존재하며, 일률적인 기준을 추출하려고 하는 태도는 적합하지 않다.<sup>261)</sup> 여기에 현대행정법관계에 있어서의 원고적격 확대의 필요성과 그 범위 확정의 곤란함이 병존하게 되는 것이다.

## 2) 행정에 대한 점검기능의 강화

오늘날 행정소송 제도의 목적은 국민의 권리구제와 행정의 적법성 보장에 있다고 할 수 있다. 일반적으로 항고소송은 당사자소송과 더불어 당사자간의 법률관계에 있어서의 구체적 분쟁에 대해 사법적 해결을 도모한다는 의미에서 주관소송의 성격을 가지는데 반하여, 민중소송·기관소송은 구체적인 권리의무에 관한 분쟁의 존재를 전제로 하지 않고서도 사법판단을 구할 수 있다는 점에서 객관소송의 성격을 가진다고 한다.<sup>262)</sup>

제3자의 원고적격 인정과 관련, 특히 문제가 되는 경우가 이른바 침익적 처분에 있어서가 아니라, 다수의 이해관계 있는 제3자가 관련된 수익적 처분에 있어서 발생한다는 점을 상기하여 볼 때 원고적격 확대의 필요성이 도출된다. 즉 침익적 처분에 하자가 있는 경우에는 그 직접 상대방이 처분의 위법성을 다룰 것이기 때문에 권리의 보장과 행정의 적법성 보장 기능이 동시에 이루어질 수 있으나, 수익적 처분의 경우에는 원칙적으로 상대방으로부터의 다툼은 상정할 수 없다고 볼 수 있다.

261) 安念潤同, “取消訴訟における原告適格の構造(1)”, 「國家學會雜誌」 97卷 11·12号, 1984, 45面.

262) 박정훈, “행정소송법 개정의 주요쟁점”, 「공법연구」 31집 3호, 2003. 3, 62면.

따라서 처분으로 인해 불이익을 당하는 이해관계 있는 제3자에 의하여 수익적 처분의 하자를 다투게 함으로써, 제3자의 권리구제와 더불어 행정의 적법성 보장기능도 수행할 수 있도록 할 것이 요청된다. 이에 더해 행정처분의 특정 상대방이 없거나, 또는 다수의 작은 이익이 문제될 경우에는 이를 무시해버릴 가능성이 높다. 이러한 경우에 대비해 환경단체나 소비자단체 등 일정한 단체에 대하여 원고적격을 인정할 것인지도 문제된다. 행정처분에 대하여 다른 기회를 넓히는 것은 권리구제의 범위를 확대할 뿐만 아니라, 사법 및 국민의 행정에 대한 점검기능을 강화하는 계기도 되는 것이다.

### 3) 판례의 고착화의 타파

우리나라 대법원은 현행 원고적격에 관한 규정인 법률상 이익의 해석 및 적용과 관련해 그 범위를 협소하게 파악하고 있다고 할 수 있다. 근래에 들어서는 그 처분의 근거법률에 한하지 아니하고, 근거법률과 목적을 공통으로 하는 관련법령까지도 고려하여 원고적격 유무를 판단하고 있는 점에서는 종래보다 유연한 입장을 취한다고 할 수 있으나 전반적으로 볼 때 아직도 협소한 것이 사실이다. 이처럼 판례의 입장이 고착화 또는 정체화 되어있는 현상을 타파하여, 국민의 재판받을 권리를 실질적으로 보장하기 위해 입법으로 원고적격을 확대할 필요성이 공감대를 형성하게 된 것이라 할 수 있다.<sup>263)</sup>

## (2) 원고적격 확대론의 등장배경

현대국가에 있어서의 행정활동의 다양화에 따라 개개의 행정사건에서 국민이 입는 불이익의 상황은 종류나 성질 및 그 정도에서 다양할 수밖에 없다. 예를 들면 최근 각국에서 문제시되고 있는 쾌적한 일상생활환경의 형성, 자연환경의 보전, 자연경관·문화재의 보호, 원자력시설로부터의 안전 등 다수의 집단적인 국민과 관련된 이익의 등장 등 새로운 이익의 유형을 둘러싸고 분쟁의 내용도 다각적이고 복잡한 양상을 보일 수밖에 없기 때문에 사실상의 손해나 보호할 가치있는 이익이라는 기

263) 박균성, “항고소송의 원고적격 및 항고소송에 관한 기타 논점”, 「행정소송법 개정안 공청회 자료」, 2004, 99~100면.

준만으로는 그 분쟁의 해결을 합리적으로 도출해낼 수 없다는 의문이 제기되어 온 것이 사실이다.

더구나 현대국가의 행정기관은 서로 대립하는 관계에 서있는 사적 이익을 그 이익이 존재하는 특수한 사실적 정황 및 관련법규에 반영되고 있는 정책을 고려하면서 조정하는 것을 임무로 한다. 이러한 이익의 조정과정에서 행정기관은 조직화된 이익에 대해서는 부당하다고 생각될 정도로 혜택을 베푸는 반면, 조직화되지 못한 소비자나 환경보호단체 등의 이익을 희생시키는 경우가 많았다. 미국에 있어서 법규의 제정과정에서 빈민층의 이익을 대변할 수 있는 행정기관 또는 소비자나 공공시설이용자를 위한 이익대변기관을 창설해야 된다는 요청이 끊이지 않고 있음이 이러한 사실을 증명한다. 또 일본의 경우에도 사적인 이익에 배려해야 할 행정절차가 완비되어있지 못함으로써 행정분쟁의 해결을 위한 법원의 문호개방의 요청이 더욱 절실하다는 견해가 제기되어왔다.

이상과 같은 배경으로 등장한 취소소송의 원고적격의 확대경향은 1960년대 이후의 세계적 추세로서 일본의 학설에서는 原田尚彦 교수의 법이 보호할 가치있는 이익구제설이나 兼子교수의 소송법적 보호이익설이 이를 보여주고 있다.<sup>264)</sup> 또 미국의 법원은 행정기관의 정책결정에 대하여 이해관계를 가진 당사자에게 그러한 정책결정절차에 참가할 수 있는 권리를 인정함으로써 행정기관이 오류를 시정할 수 있는 효과적인 사법심사의 길을 열어놓고 있다. 이는 참가권의 범리로 아직 확립된 원칙이라 할 수는 없지만, 미국 사법부가 사법적 자제이론을 충분히 활용하면서 사법심사를 용이하게 이용할 수 있는 원칙을 세우려는 노력의 일환으로 볼 수 있다.

이러한 다양한 원고적격 확대의 세계적 추세에 따라 우리나라 역시 행정소송 현실에 적합한 기준을 세워야 한다는 논리가 설득력을 얻고 있다. 복잡한 현대행정 상황에서 본다면 가능한 사법심사의 범위를 넓혀 나가야 한다는 것이다. 이는 현대 행정행위의 분쟁이 종래의 시민 대 정부, 사적자치 대 정부권력이라는 이중적 분쟁 구조에서 이익상호간의 조정이라는 측면으로 이동하고 있다는 면에서도 타당하다.

## 2. 환경권 법리와 원고적격 확대론

264) 原田尚彦, 「訴の利益」, 弘文堂, 1978, 1~2面; 兼子仁, 「行政争訟法」, 筑摩書房, 1973, 316面.

## (1) 환경권의 의의와 권리성

### 1) 환경권의 의의

환경권 이론은 환경위기의 인식과 함께 환경문제의 해결을 도모하기 위하여 등장하였다. 전통적 시민법 원리에 의하면 공기, 물, 일조, 자연경관 등 인간의 생명을 둘러싼 자연환경은 권리의 대상으로 삼을 수 없는 自然財로 생각되었다. 이러한 전통적 관념의 한계를 극복하고자 환경은 만인의 공유에 속하는 것이라는 환경 공유의 법리를 이론적 근거로 하여 환경권이 탄생하였다.

현대적 의미의 환경권은 인간다운 환경속에서 생존할 수 있는 권리<sup>265)</sup>, 청정한 환경속에서 건강하고 쾌적한 생활을 누릴 수 있는 권리<sup>266)</sup>, 건강하고 쾌적한 환경에서 공해 없는 생활을 누릴 수 있는 권리<sup>267)</sup> 등으로 학자들마다 다른 표현을 사용하고 있다. 이러한 환경권(environmental right)의 정의를 한 마디로 확정할 수는 없다. 개개 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 의미한다는 실질적 내용에는 크게 차이가 없다 할 것이다. 즉 환경권이라 함은 환경의 이익을 향유할 권리로서 사람이 건강한 생활을 할 수 있는 쾌적한 환경과 자연현상의 쾌적한 환경을 향유할 수 있고, 환경침해로 인한 재산과 신체 또는 생명의 침해를 배제할 수 있는 배타적인 권리를 의미한다.<sup>268)</sup>

환경권의 객체로서의 환경이란 개념은 절대적인 것이 아니라 상대적인 것이다. 환경이란 용어는 생물체 또는 생태계에 작용하는 물리적·화학적·생물학적 요소의 복합체와 개인과 집단행동에 영향을 주는 정치적·경제적·사회적·문화적 제조건의 집합체를 모두 포괄하는 개념이라고 할 수 있다. 우리 헌법 제35조 제1항이 규정하고 있는 환경에 대해서 학설은, 환경을 대기, 물, 바다, 산, 하천, 호수, 자연환경에 한정시켜 이해하는 견해<sup>269)</sup>, 자연환경과 생활환경을 포함한다는 견해<sup>270)</sup>, 자연환경과 문화적·역사적 유산은 물론 도로, 공원, 교육, 의료 등 사회적 환경까지도 포함하는 것으로 이해하는 견해<sup>271)</sup>로 나눌 수 있다.

265) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2005, 875면.

266) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2004, 684면.

267) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2005, 439면.

268) 천병태·김명길, 「환경법론」, 삼영사, 1997, 73면.

269) 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2005, 590면.

270) 권영성, 상계서, 688면.

헌법상 기본권으로서의 환경권은 1980년 제8차 개정헌법에서 처음으로 채택됐다. 현행 헌법은 제35조 제 1항에서 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다고 규정하고 있는데, 그 근거는 헌법 전문과 제10조의 인간의 존엄과 행복추구권, 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리, 제36조 건강에 관한 국가의 보호 등에서 찾을 수 있다. 그러나 우리 헌법의 환경권 도입 과정에서는 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 헌법이론의 문제로 남게 되었다. 환경권의 내용과 행사에 관한 사항을 법률로 정하도록 한 헌법 제35조 제2항의 규정은 이를 단지 입법권자에게 입법형성의 재량을 부여하는데 그치는 것이 아니라 헌법 제35조 제1항에 의한 환경권 및 국가의 환경보호의무를 구체화해야 할 입법의무를 부과하는 것으로 해석해야 한다. 그러나 대법원의 입장은 법률에 의해 그 내용이 구체화되지 않는 한 환경권을 직접 소구할 수는 없다고 판시하였다.<sup>272)</sup> 다만, 국가나 지방자치단체의 책무를 강조하여 법률의 구체화 여부를 따지지 않은 채 환경권의 법적 효력을 시인하는 태도도 보이고 있다.<sup>273)</sup>

## 2) 환경권의 법적성질

우리 헌법이 보장하는 환경권은 모든 국민은 최소한 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 그러한 환경보호를 국가에 요구할 수 있는 것을 그 주된 내용으로 한다고 볼 수 있다. 우리 헌법은 환경권을 일종의 기본권 형성적 법률유보 규정으로 보장하고 있다. 하지만 환경권의 법적 성질에 대한 국내학자들의 견해는 통일되어 있지 않고 매우 다양하다.

### 가. 자유권적 기본권설

환경권은 헌법 제10조에 근거하여 자유권이라는 성질을 가진다고 해석되기 때문에 환경권을 근거로 하여 주로 국가나 공공단체에 의한 환경이익 침해가 배제된다

271) 김철수, 전거서, 878면.

272) 대판 1995. 5. 23, 94마2218.

273) 대판 1996. 7. 12, 95누11665.

고 본다. 따라서 환경권은 자유권적 기본권의 경우처럼 헌법규정만으로도 환경권의 침해에 대하여 법원에 제소할 수 있다고 한다. 즉 환경의 개발로 인하여 환경권이 침해되었을 경우 생명·신체에 직접적인 피해가 유발될 가능성이 많은데, 이러한 경우에는 환경권이 자유권적 성격이 있음을 이유로 침해배제청구나 방해배제청구권으로 대항할 수 있다<sup>274)</sup>는 것이다. 이러한 자유권적 성격 때문에 환경의 침해로 생명, 신체, 생활환경에 침해나 위협을 받은 국민은 직접 사법적 구제를 받을 수 있다<sup>275)</sup>는 것이다.

#### 나. 생존권적 기본권설

환경권은 국가에 대하여 쾌적한 환경을 요구할 수 있는 권리이므로 인간다운 생활을 보장하기 위한 기본권이라고 한다.<sup>276)</sup> 환경권은 보다 적극적으로 국가에 대하여 좋은 환경의 확보를 요구하는 권능을 가진 권리로서 생존권적 기본권으로서의 일면을 지니고 있다는 것이다. 이 설은 인간의 생존 자체에 위협이 되고 있는 환경 침해 상황에 적합하도록 헌법을 실천적 목적론적으로 해석하여야 할 것이라면, 환경권의 성질을 생존권적 기본권에서 구하는 것이 타당하다고 한다.

#### 다. 복합적 사회적 기본권설

환경권은 사회적 기본권과 인격권의 성질을 아울러 가지는 복합적 기본권이라는 견해, 환경권은 그 본질에 있어서 국가에 대하여 환경과피의 예방·저지·회복·개선 등 환경의 보호와 개선을 적극적으로 청구할 수 있는 사회적 기본권에 속한다는 견해, 자유권적 성격과 청구권적인 성격도 가진 복합적인 기본권이라고 보는 견해 등이다. 이러한 견해에 의하면, 환경권도 결국은 사회권 중의 하나이기 때문에 환경권 고유의 법적 성격을 가짐과 동시에 그것이 사회권으로서 일반적으로 갖게 되는 공통의 법적 성격도 아울러 가지게 된다는 것이다.<sup>277)</sup>

#### 라. 종합적 기본권설

274) 안용교, “환경권”, 「고시연구」, 1981. 5. 36면.

275) 김철수, “환경권”, 「공법연구」 제6집, 한국공법학회, 1978, 23면.

276) 문홍주, 「한국헌법」, 해암사, 1987, 317면.

277) 홍성방, “환경 기본권, 환경오염의 법적 구제와 개선책”, 「한림과학원총서」 47권, 1996, 66면.

환경권은 인간의 존엄성 존중을 그 이념적 기초로 하면서 자유권, 청구권, 생활권 등의 여러 가지 성격을 가지는 종합적 기본권의 성질을 가진다고 한다. 즉 환경권은 오염되거나 불결한 환경을 예방 또는 배제하여 주도록 청구할 수 있는 권리라는 의미에서 청구권으로서의 성질을 가지며, 오염되거나 불결한 환경은 인간다운 생활을 할 수 없게 하고 건강을 침해한다는 점에서 인간다운 생활권 또는 보전에 관한 권리라 할 수 있고, 오염되고 불결한 환경은 인간의 존엄성을 해치고 불행하게 만든다는 의미에서 인간의 존엄성 존중에 위배되고 행복추구권을 침해하는 것이라고 한다. 환경권은 효과적인 환경보전정책 내지는 환경입법에 의해서만 그 실효성을 기대할 수 있기 때문에 법률제도의 보장이라는 제도적 보장의 성질도 함께 내포하고 있으므로 환경법을 제정·정비해야 할 국가의 의무가 여기서 나온다고 한다.<sup>278)</sup>

#### 마. 소결

환경권의 기본권적 성질에 대하여 견해가 다양하지만, 대체로 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리로서, 자유권적 기본권 뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치·행복추구권으로부터 도출되는 생존권 또는 사회적 기본권으로서의 성격을 갖는 종합적 기본권이라 할 수 있다. 그리고 환경권과 다른 기본권과의 관계에 있어서 기본권의 충돌시 해석상의 방법으로서 생명권·환경권의 재산권에 대한 우위론이 주장되고 있다. 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조를 최고의 헌법적 가치로 인정하고 환경권을 종합적 권리로 인식해야 한다는 전제 하에 환경권은 재산권·영업권에 대하여 우위성을 인정해야 하고, 이러한 환경권 우위론은 재산권 침해에 대응하는 적극적인 이론구성으로 평가되어야 할 것이다.<sup>279)</sup>

#### 3) 환경권의 권리성 검토

환경권의 법적 권리성에 대해서도 여러 학설이 대립되고 있으나 이제는 크게 구체적 권리설과 양면적 권리설로 좁혀졌다 할 수 있다. 프로그램규정설과 추상적 권리설, 구체적 권리설, 양면적 권리설 등이 있다.<sup>280)</sup>

278) 허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2005, 567~568면.

279) 김춘환, “공법적 환경권 이론”, 「공법연구」 제29집 제29호, 한국공법학회, 2001, 354면.

280) 이강혁, “헌법적 시각에서의 환경문제”, 「헌법논총」 제6집, 헌법재판소, 1995, 130~134면.

#### 가. 프로그램 규정설(입법방침 규정설)

프로그램 규정설은 헌법에 있어서 환경권의 보장은 국민에게 권리를 보장한 것이 아니라 입법자에게 환경입법에 대한 입법의 방침을 제공한 프로그램적 의미에 불과하다고 본다. 따라서 국가에게 강제되는 것이 아니므로 정치적 책임을 물을 수는 있어도 재판규범이 되지는 못하는 것이라고 한다. 즉 개인에 대하여 일정한 환경보전조치를 구하는 청구권을 보장하는 것이 아니라, 입법권자에게 입법의 방침을 지시하는 규정이라고 본다.<sup>281)</sup>

#### 나. 추상적 권리설

추상적 권리설에 따르면 헌법상의 환경권 규정은 단순한 입법을 요구할 수 있는 법적 권리로 보고, 이 권리는 추상적이기 때문에 위헌성을 소구할 수는 없고, 다만 입법이 된 경우에 한해서 법원에 소구할 수 있다고 한다. 이 설은 입법방침규정설이 생존권에 관한 헌법규정을 지나치게 과소평가한 점에 대응하여 적극적으로 효력을 인정해보려는 의도에서 제기되었으나, 구체적 청구권의 용인 여부는 입법정책으로 본다는 의미에서 프로그램 규정설과 다를 바 없다 하겠다.<sup>282)</sup> 종래에는 다수설이었으나 현재는 명시적으로 주장하는 학자가 드물다.

#### 다. 구체적 권리설

구체적 권리설은 헌법상 환경권으로부터 환경침해행위의 유지청구, 방해배제, 예방청구 등의 구체적 청구권이 발생한다고 보아 그 침해에 대해서 법원에 직접 소구할 수 있는 권리라고 한다. 즉 사회적 기본권에 관한 헌법규정은 그 규정을 구체화하는 입법이 존재하지 않는 경우에도 현실적인 효력을 갖는 규정이고, 완전한 권리로서의 사회적 기본권을 보장하는 것이라고 한다. 따라서 환경권은 생존권의 일종으로서 구체적 권리로 인정하여 국민 개개인이 직접 법원에 환경권, 즉 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 청구할 수 있다고 한다.<sup>283)</sup> 입법부가 의무를 이행하지 않는 것에 의하여 생기는 환경권의 침해에 대해서는 그 부작위가 위헌임을 확

281) 계획열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2004, 689면.

282) 안용교, 전계논문, 36면.

283) 김종민, 「환경법」, 행법사, 1993, 94면.

인하는 위헌확인소송을 헌법재판소에 제기할 수 있다고 한다.<sup>284)</sup> 환경권의 역사성과 헌법의 규범논리적 구조에서 연역하여 볼 때, 환경권 조항은 헌법에 의한 입법구속에 있어서의 입법재량의 문제로 보자는 것이 구체적 권리설의 입장이다.

#### 라. 양면적 권리설

환경권의 권리성은 자유권적 측면에서 환경에 대한 침해가 있을 때 그의 배제를 직접 법원에 청구할 수 있는 구체적 권리로서의 효력을 가지며, 생존권적 측면에서는 건강하고 쾌적한 환경에서 생활환경의 조성·유지에 대한 추상적 권리로서의 효력을 가지는 양면성을 가진다는 학설<sup>285)</sup>이다.

#### 마. 소결

환경권은 헌법적 가치의 기본권으로 구체적 청구권이 발생한다고 하는 구체적 권리설이 타당해 보인다. 그러나 아직까지 헌법재판소나 대법원은 헌법상 환경권에 대해 구체적인 司法上 권리를 인정하고 있지 않고 있으며, 학설의 다수적 견해도 아니라고 할 수 있다. 대법원은 여러 판결에서 환경권을 구체적 권리로 볼 수 없다는 점을 거듭 밝혀왔다.<sup>286)</sup> 이러한 판례의 태도를 비판하는 견해도 유력하게 제기되고 있다. 우리나라와 같이 헌법이 명문으로 인정하고 있는 환경권에 대해 그 구체적 권리성을 쉽게 배척해서는 안된다는 견해가 그것이다.<sup>287)</sup> 이 견해는 판례나 학설이 헌법이나 법률에 명시적인 규정이 없는 일조권, 조망권, 프라이버시권 등을 인정하고 있을 뿐만 아니라, 현재 분야별로 구체적인 환경권을 보호하고 그 내용과 행사방법을 제시하고 있는 환경관계 법률만도 수십개에 이른다는 점을 주된 근거로 들고 있다.

대법원 역시 일부 판결에서 비록 환경권이라는 용어를 직접 사용하지는 않았지만

284) 최상호, 「환경권」, 형설출판사, 1998, 85면.

285) 김도창, 「일반행정법론(하)」, 청운사, 1992, 519면.

286) 대법원은 환경권의 법적 성격에 대하여 “환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개의 국민에게 직접적으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기에는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 수립될 수 있어야 한다”고 판시해 헌법 제35조에 기한 환경권은 구체적인 사법상의 권리가 아님을 명백히 하였다(대판 1995. 9. 15, 95다23378). 대법원은 이후 수많은 판결에서 동일한 내용의 문구를 반복하여 실시하고 있다.

287) 김홍균, 「환경법」, 홍문사, 2007, 3~11면.

주민 개개인의 직접적·구체적인 환경상의 이익에 대한 권리를 인정하고 있다.<sup>288)</sup> 대법원은 깨끗한 물을 마실 수 있는 환경상의 이익은 원고나 행락객들이 가지는 영업상의 이익 또는 여가생활 향유라는 이익보다 훨씬 우월하다고 하거나<sup>289)</sup>, 환경권을 개인의 재산권이나 영업의 자유보다 우위에 있는 권리로 보는<sup>290)</sup> 판결도 내놓고 있다. 하급심 판례에서는 환경권은 일정한 범위내에서 사법상의 구체적 권리로서의 성격을 가지고 있음을 명확히 하였다.<sup>291)</sup>

실천적으로 중요한 것은 구체적인 현실에서 환경권이 어느 정도로 실효성있게 보호되고 있는가 하는 점이다. 환경권 보호의 수준을 결정하는 것은 환경 관련 입법 및 행정 뿐만 아니라 환경사법의 수준이다.<sup>292)</sup> 환경에 대한 권리는 단순히 개인의 권익 및 재산상 이익으로만 보아서는 안되며, 환경권이 침해된 경우에는 입법의 不備나 불충분의 경우에도 제한적이거나 재판이 가능할 수 있어야 한다고 생각된다. 현대사회에서 환경권의 적극적 권리성을 인정하는 것은 시대적 상황의 요청일 뿐 아니라 환경소송의 원고적격에 대한 확대 기준과 범위를 설정하는데 있어서 필요한 전제가 된다 하겠다.

## (2) 환경권의 주체와 원고적격의 확대

288) “...환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여, 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적인 이익까지도 이를 보호하려는데 있다 할 것이므로, 위 주민들이 이 사건 변경승인 및 허가처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 단순히 환경공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지게 되는 추상적·평균적·일반적 이익에 그치지 않고 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익이라고 보아야 할 것이다(대판 1998. 4. 24, 97누3286)”. 이 판결에 대해 당시 동아일보(1998. 4. 25, 26면) 등은 식수원에 환경권을 처음 인정한 판결이라고 보도하기도 했다.

289) 대판 2001. 7. 27, 99두5092.

290) 대판 1999. 8.19, 98두1857.

291) “환경권의 법적 성질에 대하여는 사법상의 구체적인 권리로서 인정하여 환경권 자체의 침해의 우려에 대하여 그 배제청구권을 인정할 수 있을 것인지의 여부를 놓고 권리의 대상이 된 환경의 범위와 이에 대한 지배의 내용, 권리의 주체, 객체 및 그 내용, 나아가 법적 안정성의 문제를 둘러싸고 다툼이 있는 것은 주지의 사실이다. 그러나 구성원이 현재 누리고 있는 환경이익은 그 환경으로부터 받고 있는 현재의 이익에 대한 정당한 유지를 목적으로 하는 법익으로서 정당하게 보호받아야 할 필요가 있고 이러한 환경이익에 대한 부당한 침해, 즉 부당하게 환경을 악화시켜 손해를 주는 것은 당연히 법률상 불법행위를 구성하여... 그래서 현재 환경이익을 누리는 구성원은 그 환경이 명백히 부당하게 파괴될 우려, 다시 말하면 환경이익이 명백히 부당하게 침해될 위험이 발생한 경우에는 그와 같은 부당한 침해를 사전에 거절하거나 미리 방지할 수 있는 권리, 이른바 ‘환경이익의 부당침해방지권’ 을 가진다고 봄이 상당하고”라고 판시(부산고판 1995. 4. 17, 95라4)하여 환경권은 일정한 범위내에서 사법상의 구체적 권리로서의 성격을 가지고 있음을 명확히 하였다. 같은 취지판결로 서울지판 1995. 9. 7, 94카합6253; 서울고판 1995. 8. 31, 94구27634; 서울지법 남부지판 1994. 2. 23, 91가합23326; 대전지판 1995. 2. 8, 93가합3237.

292) 여영학, “환경권과 환경소송의 현실”, 「인권법평론」, 전남대 공익인권법센터, 2008, 32면.

### 1) 환경권의 주체

환경권 침해에 대해 사법적 절차를 통하여 구제 받으려고 할 경우 제소권자가 누구냐 하는 문제에서 환경소송의 원고적격의 문제가 제기된다. 이는 환경권의 주체와 연결된다. 일반적으로 환경권을 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리로 인식한다면 환경권 향유의 주체는 자연인에게만 인정된다고 보는 것이 다수설이다. 환경권은 타인의 사용을 배제하고 개인이 독점할 수 없는 공공적 성질을 가지며 집단의 공동이익을 보호한다 할 것이다. 또한 환경권의 본질이 인간의 존엄 내지 사회적 기본권에 속하기 때문에 사람의 권리에 해당하고 자연인은 환경권 향유자가 되며, 환경권의 본질에서 외국인도 당연히 환경권의 주체가 된다.<sup>293)</sup>

환경권의 주체가 자연인이라는 데는 이론이 없으나 미래의 자연인에게도 인정되는가 하는 문제가 있다. 현행헌법 전문의 ‘우리들과 우리들 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서’라는 규정을 들어 미래의 자연인도 권리의 주체가 된다고 주장하는 견해<sup>294)</sup>와 환경권은 현재의 침해에 대한 구제로서 인정되는 실체적 권리이므로 존재하지도 않는 후손에게는 권리주체성을 인정할 수 없다는 견해<sup>295)</sup>가 있다. 환경권의 대상인 자연환경은 우리 세대의 것만이 아니고 우리 후손에게도 직접적인 관계가 있기 때문에, 국가와 국민은 환경을 깨끗이 보전하여 후손에게도 물려줄 의무가 있다고 본다. 그러나 환경권은 상속할 수 없으므로 미래의 자연인에게 환경권이 인정된다고 보기 어렵다. 즉 미래의 자연인은 현존하는 자연인이 아니므로 아직은 환경권의 주체가 될 수 없을 것이다. 아직 태어나지 않은 세대는 출생을 전제하고 태아에게 인정되는 극소수 예외를 제외하고는 현행법상으로는 권리주체성이 인정되지 않으므로, 국가는 현재 살고 있는 사람을 보호해야 할 의무가 있는 것처럼 장래 살게 될 세대를 보호할 의무가 있다는 것, 곧 현재 살고 있는 우리는 오늘날 발생시킨 위험으로부터 후세대를 보호할 의무가 있기 때문에, 미래의 세대가 충분히 그들의 깨끗한 환경에 대한 권리를 누릴 수 있도록 모든 노력을 해야 한다는 의미로 이해하면 될 것이다.<sup>296)</sup>

환경권의 주체는 자연인에 한하는가 아니면 법인 등도 환경권의 주체가 될 수 있

293) 조홍석, “환경권에 관한 논쟁”, 「헌법학 연구」 제2집, 1996, 207면.

294) 김철수, 전계서, 877면; 허 영, 전계 「한국헌법론」, 419면.

295) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2004, 646면.

296) 홍성방, 「환경보호의 법적문제」, 서강대학교 출판부, 1999, 51면.

는가에 관하여는 견해의 대립이 있다. 환경권은 인간다운 생활 및 건강한 생활환경을 보호하는 것이 본질이므로 법인에게서 환경권의 주체성을 부인한다. 즉 환경권은 헌법상의 인권으로서 자연인만이 환경권의 주체가 되는 것은 당연하다고 보는 견해는 법인에 대하여 환경권의 주체성을 부인한다.<sup>297)</sup> 환경권의 본질상 법인에게 그 주체성을 인정하지 않는 것이 통설적 입장이다. 하지만 환경권은 현실적으로는 특정한 환경에 대해 일정한 이해관계를 가진 모든 국민, 즉 오염된 환경으로 피해를 입은 모든 국민이 주체가 된다고 보면, 법인 및 단체의 활동을 인정하는 것은 그들의 인격성을 인정하는 것이며, 또 사회적으로 그들의 활동성을 부인할 수도 없다. 미국의 경우에는 환경권의 침해로 받은 지역주민이나 자연보호단체 등에 환경소송에 있어서의 원고적격을 인정하는 방향으로 나아가고 있으며, 독일에서는 지방자치단체 등의 제소권을 인정하고 있다.

## 2) 환경권의 효과와 원고적격의 확대

### 가. 환경권의 효과

입법방침규정설에 따르면 환경권은 입법권만 구속한다고 할 수 있으나, 구체적인 법적 권리로 볼 경우 환경권은 입법권, 행정권, 사법권을 직접 구속한다고 할 것이다. 따라서 행정청이 법령에 위반하여 환경을 보호하지 않고 환경을 파괴할 경우에는 행정쟁송의 방법으로 구제를 구할 수 있도록 하고, 부작위에 의한 손해발생(예컨대 환경오염물질의 방치로 인한 신체·건강에 대한 손해의 발생 등)에 대하여는 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 이에 따른 환경권의 행정법적 효과로는 환경행정의 지도이념의 전환, 반사적 이익론의 극복, 원고적격의 확대 등을 들 수 있다. 또 사법적 효과로는 환경오염에 대한 위법성론의 극복, 유지청구의 용이화, 손해배상청구의 용이화 등을 들 수 있다.

유지청구권의 근거를 환경권에서 구하면, 건강 또는 물적침해의 발생 이전의 단계에서 자기와 관련있는 환경침해가 있으면 주민은 바로 유지청구를 할 수 있으며, 현실적인 환경침해가 없을지라도 그 위험성이 있으면 예방청구권이 인정된다. 또 유지청구의 주체는 물권자에 한하지 않고 널리 환경침해로부터 보호받아야 하는 자

297) 김철수, 전계서, 877면; 권영성, 전계서, 687면.

까지 확대되어 보호예방의 범위도 확장되고, 유지의 요건으로서 가해자의 고의·과실도 문제삼지 않기 때문에 피해자 구제를 용이하게 하는 장점이 있다.<sup>298)</sup> 환경권의 승인으로 환경을 오염시키는 행위가 있으면 구체적인 피해발생의 여부와 관계없이, 곧 환경권에 대한 침해로 되어 불법행위가 성립하게 된다. 그러므로 환경오염피해에 대한 민사책임은 위험한 시설을 설치하여 오염물질을 배출하기 시작한 처음 단계에서 가해자의 손해배상책임을 추궁할 수 있게 되어 보다 두터운 피해구제가 가능해진다.<sup>299)</sup>

#### 나. 원고적격의 확대

종래의 견해에 의하면 행정소송을 제기하기 위해서는 원고적격이 필요하며, 원고적격이 인정되기 위해서는 법률상 이익이 요구되는 바, 법률상 이익이란 국민의 개별적·구체적 권리 및 소송구제의 가치가 있는 보호이익을 의미하며, 단순한 반사적 이익을 포함하지 않는 것으로 이해되고 있다. 그러나 환경권의 승인으로 인하여 행정청의 환경파괴행위나 환경보전과 관련된 법령위반행위는 곧 주민의 환경권을 침해하는 것이 되고, 따라서 주민의 원고적격이 인정됨은 물론이다. 나아가 환경권은 행정소송을 통한 권리구제의 확대를 도모할 수 있다.

환경권이란 궁극에 있어서는 환경문제를 법원에 가져가기 위한 법기술이라 할 수 있다. 왜냐하면 법원에 소를 제기하기 위해서는 원고의 법률적 이익의 침해가 요구되기 때문이다. 따라서 환경권의 침해를 전통적인 의미의 권리침해와 동일시하여 원고에게 원고적격 내지 출소권을 인정할 수 있는가가 가장 큰 문제가 된다. 환경소송은 대개 행정청을 상대로 하여 제기되는 경우가 많은데, 법원은 이 경우 원고가 주장하는 피침해이익을 경제적 이익에 국한시키지 않고 자연미의 보존이익에 대한 침해도 범주에 포함시킴으로서 결국 출소권을 확대하는 경향을 보이고 있다. 헌법재판소는 적어도 보충적으로는 기본권을 보호규범으로 인정하여야 한다<sup>300)</sup>고 보

298) 서원우, “환경권의 성질과 효력”, 「법학」 제57호, 1984. 5, 서울대학교, 31면; 전창조, “환경권의 확립”, 「법과 환경」, 한국법학교수회편, 삼영사, 1977, 222면.

299) 仁藤一, “環境權の提唱”, 「ジュリスト」 第492号, 1971, 232面.

300) 주세법 제38조의7 등에 대한 위헌제정사건에서 헌법재판소 전원재판부는 “법률상 보호이익설은 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자의 원고적격을 판단함에 있어서 주관적 공권의 성립여부를 그 기준으로 삼고 있는데, 여기서 공권이란 행정청의 특정의무를 규정하는 객관적인 법규범이 존재하고 그 법규범이 공익뿐만 아니라 사익의 보호도 의도하고 있는 경우에 비로소 인정된다고 하겠다. 이 사건에서 보건대, 설사 국제청장의 지정행위의 근거규범인 이 사건 조항들이 단지 공익을 추구할 뿐 청구인 개인의 이익을 보호하려는 것이 아

고 있어 원고적격 확대 가능성을 열어두고 있다.

### (3) 공공신탁이론의 도입과 활성화 방안

#### 1) 공공신탁이론의 의의

공공신탁이론(Public Trust Doctrine)은 환경권을 근거로 환경소송에서 원고적격을 널리 인정할 수 있는 새로운 이론으로 대두되고 있다. 공공신탁이란 어떠한 자원은 일반 국민 모두에게 중요하므로 모든 시민을 위하여 보존되어야 하고, 그 사용은 그 자체가 공공적 성격을 지니므로 특정 개인의 사적 이용에 제공하는 것은 부적합하다는 것이다.<sup>301)</sup>

공공신탁이론은 역사적으로 해안지역의 토지이용을 중심으로 발전된 것인데 로마법 당시에는 토지가 항행, 통상, 어로에 매우 중요하였기 때문에 해안지역의 공공적 이용은 만인의 권리라고 규정한 것이 공공신탁이론을 근거할 수 있는 역사적 연원이라 할 수 있다. 이 이론에 기초하여 공동체의 존속과 번영에 필수적인 귀중한 자연자원은 일반국민의 이익을 위하여 소유자에게 신탁되어 있다고 이론구성을 하게 된 것이다. Michigan 대학의 Sax 교수는 1970년에 발표한 논문에서 로마법에 기원을 두고 있는 공공신탁이론을 전반적인 환경문제 및 자원활용문제에 적용하자고 주장하였다.<sup>302)</sup> 공공신탁이론은 일반국민의 변화하는 조건과 필요를 충족시키기 위하여 변형·확장된 이론으로 유연성 있고 역동적인 이론으로 평가되고 있다.<sup>303)</sup>

#### 2) 미국의 공공신탁이론과 판례의 검토

##### 가. 공공신탁이론의 형성

나라는 이유로 청구인에게 취소소송을 제기할 법률상 이익을 부정한다고 하더라도, 국세청장의 지정행위는 행정청이 병마개 제조업자들 사이에 특혜에 따른 차별을 통하여 사경제 주체간의 경쟁조건에 영향을 미치고 이로써 기업의 경쟁의 자유를 제한받게 된 자들은 적어도 보충적으로 기본권에 의한 보호가 필요하다. 따라서 일반법규에서 경쟁자를 보호하는 규정을 별도로 두고 있지 않은 경우에도 기본권인 경쟁의 자유가 바로 행정청의 지정행위의 취소를 구할 법률상의 이익이 된다 할 것"이라고 판시하고 있다(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가 18 결정).

301) 이상돈, "환경보호법리로서의 공공신탁이론과 해안 및 강안지역의 환경법적 문제에 관한 소견", 「법조」, 1983. 9. 24면.

302) Sax, The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law : Effective Judicial Intervention 68 Mich. L. Rre. 471(1970).

303) 김춘환, "환경법원리로서 공공신탁이론의 역할", 「토지공법연구」 제12집, 한국토지공법학회, 2001, 468면.

미국은 모든 州가 각각 공공신탁이론을 가지고 있다고 할 정도로 수많은 학자들에 의해 정의되고 복잡하고 다양한 형태로 변형 발전되었다. 공공신탁이론은 현대 미국법의 발전사에서 논란거리를 가장 많이 제공한 이론중의 하나로 평가된다. 그 이유로는 첫째, 공공신탁이론은 재생이 불가능하고 인간이 그 대체물을 만들 수 없는 귀중한 자연자원을 다루고 있으며, 둘째 이와 같은 귀중한 자연자원의 소유자(보통의 토지소유자)의 기대이익과 일반대중의 기대이익 사이에서 균형을 잡기 위하여 소유자에게 귀중한 자연자원의 보호자로서 봉사할 수탁인으로서의 관리의무를 부과하였다는 점이다.<sup>304)</sup> 엄청난 면적의 국토를 가진 미국에서 강과 바다는 통상을 수월하게 하고 개척지로의 이민을 가능하게 하며 州들간의 국민을 하나로 묶는 역할을 하였다. 따라서 미국에서의 해안은 엄청난 가치가 있었고 국민들에게 그 자유로운 이용을 보장해줄 필요가 있었던 것이다. 이러한 수자원의 중대하고 실질적인 가치를 인식한 미대법원은 19세기 들어와 공공신탁이론을 발전시키기 시작하였고 이에 각 주들의 공공신탁이론을 토대로 한 헌법 및 제정법에 힘입어 미국의 공공신탁이론은 그 입지를 단단히 할 수 있었다.

#### 나. 판례의 검토

미국화된 공공신탁이론이 발휘된 첫 판결은 1821년 New Jersey주 최고법원이 내린 *Arnold v. Mundy* 사건이다. 이 사건은 간만의 조수가 있는 항구와 만, 해안은 항해와 어로 등 여러 목적을 위하여 만인이 소유한 것이며, 비록 그 소유권자도 이에 반하여 재산권을 행사하지 못한다고 판시하였다.

공공신탁이론이 본격적으로 발휘된 사건은 1892년에 연방대법원이 판결한 *Illinois Central Railroad v. Illinois*<sup>305)</sup>다. 연방최고법원은 州가 보통법에 근거하여 호수 밑의 토지소유권을 가지듯이 일정범위 내에서 미시건호의 航水 아래의 토지소유권을 가진다고 보았다. 이 토지소유권은 사인의 방해나 간섭 없이 자유롭게 항행하고 거기서 통상하고 어로의 자유로운 확보를 향유할 수 있도록 州의 모든 사람들을 위하여 신탁된 것이라고 판시하였다.

1979년 환경보호단체인 Audubon 협회 등이 중심이 되어 Mono Lake로 유입되

304) 조홍식, “공공신탁이론과 한국에서의 적용가능성”, 「환경법연구」 제19권, 한국환경법연구회, 1997, 196면.

305) 146 U.S. 308(1892).

는 지류로부터 취수량의 제한을 요구하는 소송을 제기하였다. California 법원에서는 공공신탁이론이 Mono Lake 및 여기로 유입되는 지류에 적용된다는 사실을 인정하면서 1940년 이후 LA시가 동 유역으로부터 취수를 해온 것은 환경보전을 고려하지 않은 위법이 있다고 판시하였다.<sup>306)</sup> California 대법원은 “공공신탁에 의한 통행지역권은 전통적으로 항행, 통상 및 어로이다. 그것은 낚시, 사냥, 수렵, 보트 및 일반적인 레크리에이션을 위하여 州의 可航水를 이용하고 가항수 밑의 땅을 정박, 정지 기타의 목적에 이용할 권리를 포함하는 것이다. 공공신탁이론이 가항수역에서의 가항성과 기타 공공신탁이용을 침해하는 물의 유입을 제한하는데 적용된다면 그것은 가항성과 기타 공중의 이익을 침해하는 물의 유출을 위해서도 적용되어야 한다”<sup>307)</sup>고 판시하였다.

#### 다. 공공신탁이론의 입법화

공공신탁이론은 판례법을 통하여 형성된 이후 각 州마다 입법에 나서고 있다. 공공신탁이론의 명문화는 州헌법에 명시한 경우와 州의 실정법에 명시한 경우로 나눌 수 있다. 공공신탁에 관해 州헌법에 선언하는 경우는 Pennsylvania 州, Virginia 州가 있다. Hawaii와 Alaska 州 헌법규정에도 공공신탁이론이 포함되어 있다는 분석도 있다.<sup>308)</sup> Pennsylvania 헌법 제1조는 “펜실바니아 공공의 천연자원은 장래세대까지 포함해서 모든 사람들의 공통의 재산이다. 주정부는 이들 자원의 수탁자로서 그것들을 모든 사람들의 이익을 위하여 보전하고 유지하기로 한다”라고 규정하고 있다.

州의 실정법으로 명시하고 있는 경우도 있다. Michigan 州 환경보호법에서는 공공신탁이론에 관해 대기, 물 및 천연자원 및 그것들에 관한 공공신탁이라는 표현을 사용하며 명확히 선언하고 있다. 이 법은 공공신탁이론에서 州환경소송의 근거를 찾을 수 있고 공공신탁의 대상을 천연자원 일반에까지 널리 확대한 획기적 법률로

306) National Audubon society v. Superior Court of Alpine County, 33 Cal. 3d 419, 658 P. 2d 709, 189 Cal. Rptr, 346(1983). cert. denied, 464 U.S. 977(1983). Dunning, The Mono Lake Decision : Protecting a Common Heritage Resource from Death by Diversion. 13 ELR 10144(1983).

307) Johnson, Public Trust Protection for Stream Flows and Lake Levels, 14 U.S.D.L. Rev. 233, 257-258(1980).

308) Leaphart, “Public Trust” as a Constitutional Provision in Montana, 33 Mont. L. Rev. 175, 180(1971).

평가받고 있다. New York 州법과 Maryland 州법은 공공신탁재산의 관리방법을 절차법·실체법 양쪽에서 보다 구체적으로 명시한 법률이다. New York 州법은 1973년 특별한 자연미, 야생적 성질 또는 지리적, 생태적인 또는 역사적 중요성을 가지는 토지를 보호하기 위하여 신탁위원회를 설립하였다. 위원회는 New York 州 헌법으로 정한 환경정책 실시에 대하여 입법부, 주지사를 지원하면서 권고할 책임을 진다. Maryland 州는 환경의 심미적, 자연적, 건강, 복지적, 과학적 및 문화적 質의 보전과 발전에 책임을 지는 州의 기관으로 메릴랜드 환경신탁위원회를 설립하고, 그 보호대상에는 토지, 물, 대기, 야생동물, 과학적 특성, 유희공간 등을 포함시켰다.

### 3) 우리나라에의 도입 가능성

성문법주의를 채택하고 있는 우리나라는 공공신탁이론이 아무리 이상적이라 할지라도 실정법적 근거가 없다면 적용할 수 없다. 우리나라 법규정의 적극적인 해석을 통하여 공공신탁이론을 도입하고자 한다면 헌법규정에서 그 단서를 찾는 것이 가장 설득력이 있다 할 것이다.

헌법 규정상 공공신탁이론의 요소를 내포 또는 함축하고 있는 가장 근접한 규정은 헌법 제35조 제1항 및 제23조 제2항을 들 수 있다. 그러나 일반국민이 직접 국가를 상대로 추상적인 헌법조항을 근거로 권리구제를 실현할 수 없기 때문에 법원의 적극적인 판결자세와 법해석이 요구된다 할 것이다.<sup>309)</sup> 또 궁극적으로는 공공신탁이론을 반영한 헌법 개정이 바람직하다 할 것이다. 공공신탁이론 자체가 공동체적 유지와 존속에 필수적인 자연자원은 이를 보호해야 한다는 사회적 신념에서 기초한 이론이므로 필연적으로 대원칙을 천명하는 선언적 규정에 알맞은 헌법에 반영하는 것이 불가피하다 여겨진다.

공공신탁을 헌법에 명문화한다면 국민의 행동규범에 있어 실천기능을 선도하는 역할을 하게 될 것이다. 공공신탁이론을 우리나라 헌법에 도입할 수 있는 이론적 근거는 첫째, 정부가 귀중한 자연자원의 수탁자로서 이를 보호하고 관리할 의무가 있다고 선언하는 공공정책 규정들이 있고, 둘째 국민은 수탁자인 국가에게 그 자연자원의 보호를 요구할 기본적 선언규정이 있고, 셋째 정부가 자연자원의 수탁자로

309) 문경열, “환경권의 실현방안에 관한 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 2007, 172면.

서의 기능을 수행함에 있어 필요한 재원을 마련할 수 있는 재정지원규정을 들 수 있다.

### 3. 원고적격 확대론에 대한 비교법적 고찰

#### (1) 독일 판례상 원고적격의 확대경향

독일에서 보호규범이론에 대한 비판은 제기되고 있지만, 여전히 통설은 헌법과 행정법원법의 규정상 행정소송의 원고적격요건으로서 공권개념을 부정할 수 없다는 것이다. 나아가 이익형량결정을 통해 기본권 및 헌법원리를 구체화하는 의회입법원칙을 존중해야 한다는 논거로서 공권개념과 보호규범이론을 고수하고 있다. 이에 대한 판례의 태도는, 목적론적 해석과 헌법합치적 해석을 통해 법률의 私益保護性 범위를 확대하고자 노력하고 있기 때문에 헌법과 기본권에서 바로 공권을 도출할 필요가 없다는 것이다. 즉 판례는 여러 가지 구별기준에 의거하여 문제된 개개의 법률규정마다 사익보호성 여부를 판단하고 있다. 보호규범론을 전제로, 건축·환경소송에서의 원고적격 판단기준에 관한 독일의 판례를 살펴기로 한다. 독일 판례상 현재 보호규범이론의 적용범위는 건축 및 환경과 관련하여 인근주민인 제3자의 사익이 보호되는가에 국한되어 있기 때문이다.

#### 1) 건축인인소송의 원고적격

독일 건축관련법은 개개의 건물을 규율하는 건축질서법(Bauordnungsrecht)과 도시계획을 규율하는 건축계획법(Bauplanungsrecht)으로 나누어진다. 주법률로 규율되는 건축질서법은 판례상 경계이격거리, 화재방지, 소음 기타 임의시온방지 등에 관한 법령규정은 인근 주민의 사익을 보호하는 것으로 해석한다. 반면 건축물 거주자의 안전, 용적률·건폐율에 관한 규정은 그렇지 않은 것으로 해석되고 있다. 건축계획법은 연방법률인 건설법전(Baugesetzbuch)에 의해 규율되는데, 도시지역을 거주지역인 내부지역과 주변지역인 외부지역으로 나누고, 내부지역에 대해서는 도시상세계획이 수립되어있는 지역과 그렇지 않은 지역으로 나누고 있다. 판례는 도시상세계획이 수립되어 있지 않은 내부지역의 경우, 그 주변사정에 적합한 건축만이

허용된다고 규정한 건설법전 제34조에 의하여 사익보호성을 인정하고 직접 이로부터 인근주민들은 그 지역의 건축용도가 준수될 것을 요구할 수 있는 권리가 있음을 인정하였다.<sup>310)</sup> 판례는 또 법률의 사익보호성을 인정할 수 없는 경우에 있어서도 인근주민의 소유토지의 상황이 현저하게 변화하고 그로써 인근주민에게 중대하고 수인가능성이 없는 피해를 야기하는 때에는 보충적으로 기본권인 재산권으로부터 직접 원고적격이 도출될 수 있는 가능성을 인정하고 있다.<sup>311)</sup>

## 2) 환경인인소송의 원고적격

독일 연방임및씨온방지법(Bundes-Immissionsschutzgesetz, BImSchG)은 일반적 공해시설을 규율한다. 이 법의 규정들에 관해 사익보호성 여부를 판단하는 기준으로 판례상 정립된 것이 위험방지와 사전배려의 구별이다. 즉 위험방지를 목적으로 하는 규정의 경우에는 인근주민에 대한 사익보호성이 긍정되는 반면, 사전배려를 목적으로 하는 규정의 경우에는 부정된다. 따라서 인근주민이 위험방지 규정위반을 이유로 공해시설의 설치나 가동, 허가처분을 다투는 취소소송을 제기한 때에는 원고적격이 인정되는 반면, 사전배려 규정 위반을 이유로 하는 때에는 원고적격이 부정되는 것이다.<sup>312)</sup> 여기서 위험이라 함은 독일법상 전통적인 경찰(질서)행정부의 기본개념으로서 공공의 안전·질서에 대한 장애가 발생할 것이 충분한 개연성을 가짐을 의미한다. 이러한 경우에만 질서행정권이 발동될 수 있는데 이러한 위험에 해당하는 정도의 환경적 피해를 방지하기 위한 법률규정의 경우에는 인근주민에 대한 사익보호성이 인정되는 것이다. 반면 사전배려는 위와 같은 위험이 아직 없는 상태에서 장래의 리스크에 대비한다는 의미이다. 어떤 법률규정이 이러한 사전배려를 목적으로 하는 경우에는 인근주민에 대한 사익보호성이 없고, 따라서 그러한 규정의 위반을 이유로 한 취소소송에서 원고적격이 인정되지 않는다는 것이다. 대표적인 예는 연방임및씨온방지법 제5조 제1호와 제2호이다. 제1호는 허가대상인 시설이 공중과 隣人에 대하여 유해한 환경적 영향 기타의 위험, 현저한 피해 또는 현저한 장애를 야기하지 않을 때에만 허가될 수 있다고 규정하고 있다. 이는 문언에서

310) BVerwGE 94, 151 - NJW 1994, 1546 'Garagenurteil'.

311) 박정훈, 전계논문, 487면.

312) 대표적인 판례로는 BVerwGE 65, 313(320).

명백하게 隣人에 대한 위험을 방지하기 위한 것이므로 인근주민에 대한 사익보호성이 인정된다. 반면 제2호는 허가대상 시설은 특히 현재의 기술수준에 따른 유해환경 방지조치를 통해 유해한 환경적 영향에 대한 사전배려를 마련했을 때에만 허가될 수 있다고 규정함으로써 사전배려를 위한 것임이 명백한 경우 隣人에 대한 사익보호성이 부정된다. 원자력시설에 관하여는, 개인적 리스크와 일반적 공중 리스크를 구별하여 개인적 리스크를 방지하기 위한 규정은 사익 보호성이 긍정되고, 일반적 공중 리스크를 방지하기 위한 규정은 사익보호성이 부정된다. 그러나 원자력 피해의 중대성을 감안하여 피해의 개연성이 위험의 수준에 미치지 못하는 경우라도 피해의 범위가 보다 구체적이면 개인적 리스크에 해당하는 것으로 본다.<sup>313)</sup>

## (2) 미국 법원의 원고적격 확대화 경향

미연방대법원은 1970년에 Data Processing 사건을 비롯한 많은 사건에 대한 판결과 Class Action, Citizen Suit의 폭발적인 증가, 그리고 공공의 이익을 위하여 국민에게 객관소송 제기권을 확대해 주어야 한다는 요청의 증대와 맞물려 폭넓게 원고적격을 인정하였다. 그러나 1980년대 이후 지금까지 연방대법원의 판례는 이른바 범위기준을 바탕으로 원고적격을 신축적으로 해석하면서 법원은 행정처분에 대한 심리의 주도권을 가지되 원고적격의 범위를 합리적으로 축소하는 경향이 일반적이라는 평이다.<sup>314)</sup>

지금까지의 판례에서 보듯이 연방대법원의 원고적격에 관한 이론적 근거는 연방헌법 제3조의 사건성과 분쟁성이고, 이 요건만 충족된다면 당연히 사법권관할과 당사자요건이 인정된다는 것이다. 연방대법원은 원고적격을 확대시키기 위해 비록 그것이 특정개인이나 단체의 이익침해가 없다고 하더라도 행정작용의 적법성 여부 심사의 길을 열어놓고 있는 것이다. 연방대법원의 訴益요건은 대체로 사실상의 침해, 객관적 추정이 가능한 침해, 사법구제의 실익이 있는 침해일 것을 요구하고 있다. 여기서 말하는 사실상의 침해라 함은 위법한 행정작용으로 말미암아 개인적 손해가

313) 박정훈, 전계논문, 488~489면.

314) ABA. Project, State Judicial Review of Administrative Action 43 Administrative L. Review 571 605-05, Fall, 1991, Id, p. 22.

발생되어야 하나, 이 손해의 범위는 재산상 또는 계약상의 손해보다는 넓게 해석하여야 한다는 것이고, 객관적 추정이라 함은 손해가 누구나 예측할 수 있고 인지 가능한 손해여야 하고 장래의 가정을 바탕으로 한 불이익은 손해로 볼 수 없어 소익이 부인되어야 한다는 것이다. 또 사법구제의 실익은, 개인적 차원의 이익구제가 아니라 사회전체의 이익을 고려한 이익구제여야 하되 법원이 행정부에 대하여 단순히 조언적 견해를 피력한다거나 권력분립의 조화를 파괴하는 것이어서는 안된다는 것이다.

미국 판례상 standing의 확대문제는 독립하여 나타나는 현상이 아니라 행정절차에의 참가권의 확대와 표리관계를 이루고 있으며, 또 미국에서는 행정절차법에 관한 제정법 및 판례법이 정비 발달되어 있다는 점을 감안해야 할 것으로 보인다. 즉, 행정법국가로서는 후발국가인 미국에 있어서도 처음에는 권리개념을 원고적격의 요건으로 요구했으나 국가행정작용의 발달과 법원의 적극주의에 의해 권리 뿐 아니라 보호할 가치있는 이익과 사실상의 이익이 있는 경우에도 많은 부분 원고적격을 인정하고 오히려 이를 통제하는 방향으로 발전하고 있음을 알 수 있다. 더 나아가 연방행정절차법 등을 통해 원고적격을 더욱 넓히고 시민소송을 인정함으로써 상당히 진보적인 태도를 취하고 있다. 우리의 경우 미국의 standing이론의 변화를 유의하여 그 방향을 분석해본다면 입장정리에 도움을 받을 수 있을 것이다.<sup>315)</sup>

### (3) 일본의 '법률상 이익' 확대해석

최근 일본의 학설은 행정사건소송법 제9조에 대해, 행정행위로 인하여 권리침해 또는 법적 이익의 침해로 받은 자만이 출소할 수 있다고 해석하지 아니하고, 일반적으로 청구의 내용과 원고 개인의 사이에 어떠한 이해관계, 이를테면 사실상의 이익도 포함하여 법적으로 보호할 가치 있는 이익의 침해를 입은 자에 대해서까지 널리 취소소송의 제기를 허용하여야 한다고 한다.<sup>316)</sup> 이 이익의 범위를 점차로 확대하는 경향은 국토개발행정의 전개나 원자력발전을 비롯한 원자력 건설행정의 전개,

315) 천병태, “미국 연방최고법원의 판례를 통해 본 standing 법리의 형성서설 5”, 「법학연구」 35집, 부산대학교 법학연구소, 1984, 85면.

316) 천병태, 「行政訴訟における訴の利益」, 有斐閣, 1988, 7면.

국민의 권리의식의 변화에 따른 행정분쟁의 양적 및 질적 변화 그리고 새로운 종류의 법익의 출현을 배경으로 매우 활발하게 나타난다. 이러한 현재의 사회적 상황을 반영한 법률상 이익의 확대해석은 행정소송이 원래부터 연혁적으로 가진 두 개의 기능, 즉 국민의 권리의익의 옹호와 행정의 적법성 보장이라는 기능을 수행하는데 크게 기여하게 될 것이다. 그러나 반면 법원이 행정청의 처분에 대하여 어느 정도까지 개입이 가능한가 하는 사법권의 한계와 관련된 문제라든가, 취소소송의 객관화 경향과 이에 따른 취소소송과 민중소송과의 구별문제 등이 새롭게 등장한다.<sup>317)</sup>

일본의 행정법학자들이 행정행위 개념으로부터 공권력성을 배제함으로써 처분성을 확대하려고 하는 것이라든지, 또 원고가 입고 있는 사실상의 손해를 법해석을 통해 법적으로 보호되는 이익으로 구성하고 원고적격을 확대하려는 해석을 취하는 것은 결국 행정사건에 대한 사법심사를 미국의 법리에 접근시키려는 것이라는 평가를 받고 있다.

#### (4) 사건

주요국가의 원고적격 확대 논의를 살펴본 결과 판례상 또는 학술적으로 우리나라의 환경소송 현실에 시사점을 주는 사항이 있음을 알 수 있었다. 독일이나 미국, 일본 등은 환경소송의 원고적격 확대 필요성을 인식해 적극적으로 판례나 학설을 통해 이를 제기하면서도 무조건적인 원고적격의 확대에는 신중한 태도를 견지하고 있다고 보여진다. 무분별한 원고적격 확대에 따른 환경소송의 남발이나 비경제성의 초래에 대하여 심각하게 고민하고 경계한다는 것이다.

이러한 태도는 향후 우리나라가 원고적격의 확대를 위한 입법화를 추진할 경우 중요한 시사점을 제공한다고 볼 수 있다. 독일은 보호규범이론에 대한 비판을 제기하면서도 여전히 헌법과 행정법원법의 규정상 행정소송의 원고적격 요건으로서 공권개념을 부정할 수 없다는 입장을 고수하고 있다. 판례는 이에 따라 여러 가지 구별기준에 의거하여 개개의 법률규정마다 사익보호성 여부를 판단하고 있다. 판례는 건축 및 환경과 관련하여 인근주민인 제3자의 사익이 보호되는가에 대해 보호규범론을 전제로 판시하고 있다.

317) 천병태, “취소소송의 원고적격”, 「고시연구」, 1990. 6. 114면.

미국 연방대법원은 원고적격을 확대하기 위해 특정개인이나 단체의 이익침해가 없더라도 행정작용의 적법성 여부를 심사할 수 있는 길을 열어두고 있다. 또 연방 행정절차법 등 제정법을 통해 시민소송을 인정하는 등 원고적격을 넓히는 진보적인 태도를 취하고 있다. 일본은 다양한 종류의 법익 출현을 배경으로 법률상 이익에 대한 확대해석이 활발하게 나타나고 있다. 이러한 경향들은 우리나라에 있어서 대두되는 환경소송의 원고적격 확대 필요성 강화에 긍정적 실마리를 제공한다 할 것이다.

#### 4. 항고소송의 객관소송화

##### (1) 우리나라에서의 객관소송화 논의

최근 들어 우리나라에서 항고소송의 성격을 주관소송으로 파악하기에는 문제가 있으며 오히려 객관소송으로 봐야 한다는 주장이 제기되고 있다.<sup>318)</sup> 항고소송의 객관소송화 논거는 다음과 같다.<sup>319)</sup> 첫째, 우리나라의 행정소송의 목적은 독일의 포괄적 권리규제와는 달리 처분의 위헌·위법을 심사하는 데 있다고 한다. 둘째, 통설이 사법본질상의 한계로서 법률상 쟁송이어야 한다는 것을 논거로 주관소송으로 보고 있으나, 논리필연적으로 법률상 쟁송이 주관적 쟁송에 국한되는 것은 아니며, 법률적 쟁송을 주관적 쟁송에 한정시킬 것인가의 여부는 그 나라의 정치적, 문화적, 역사적 배경하에서 헌법적 결단과 입법자의 형성에 의해 결정되는 것이며 따라서 우리 행정소송이 객관소송인지 여부는 우리 행정소송법의 해석 여부에 따라 달라질 수 있다는 것이다. 셋째, 행정소송법 제4조 제1호는 취소소송을 행정청의 위법한 처분 등의 취소 또는 변경을 구하는 소송이라고 정의함으로써 취소소송의 개념요소로 권리침해나 그 구제는 포함되어 있지 않기 때문에 우리 행정소송법상 취소소송의 본안 요건은 위법성이며, 권리침해는 여기에 속하지 않는다. 이는 행정소송을 객관적 소송으로 파악하고 있는 나라와 공통된 것이다. 넷째, 행정소송법 제29조 제1

318) 박정훈, “취소소송의 성질과 개념”, 「고시계」, 2000. 9. 17면; 이원우, “항고소송의 대상인 처분의 개념요소로서 처분청”, 「현대공법학의 과제」, 최송화교수학감논문집(I)-행정소송의 의의기능본질-, 2000. 3., 30면.

319) 윤준, “항고소송의 원고적격 및 소의 이익”, 사법연수원, 2002, 2~5면.

항이 취소판결의 대세효를 명문으로 규정하고 있는데 대세효를 인정한다는 것은 취소소송이 객관적 법질서의 보장을 위한 것이라는 의미라 할 수 있다. 또한 독일의 위법판단 기준시가 대부분 판결시로 바뀌었고 처분사유의 추가, 변경이 허용되고 있는 것은 취소소송의 주관적 성격에 기인한 것이라 할 수 있는데, 우리의 판례는 처분시를 엄격하게 고수하고 있고 추가, 변경도 제한하고 있는 점이 독일과는 다른 입장이라고 한다.<sup>320)</sup>

## (2) 환경소송의 객관소송화 가능성

현행 행정소송법 제12조를 쟁송 기능상 개인의 권리구제의 주관소송이라고 한다면, 객관소송의 기능을 행정의 적법성 보장만으로 볼 것이 아니라 공익목적 차원의 권리보호기능도 갖고 있다고 보아야 하며, 또한 객관소송의 소송구조적 모습으로 볼 때, 그 본안요건을 객관적 위법성으로 보아 권리·이익의 침해와는 직접적 관련이 없다고 한다면 순수한 주관적 소송을 전제로 하는 원고적격 확대 비판론은 타당하지 않다고 생각된다. 현대 행정소송의 전형적인 형태가 환경소송이라고 볼 때 개인의 권리구제와 더불어 중요하게 부각되는 것이 공익적 목적의 환경보호이기 때문에 단체소송을 주관소송의 논점에서 객관소송 형태로 보아 원고적격의 확대를 부인하는 태도는 바람직하지 않으며, 앞으로도 이러한 단체소송 형태의 환경분쟁이 더욱 빈번해질 것을 예상하더라도 제1차적 목적 내지 기능만을 고집해서는 보다 객관적인 사법구제에 도움을 주지 못할 것이다.<sup>321)</sup>

## 5. 원고적격 확대에 대한 입법론적 고찰

### (1) 행정소송법상 원고적격의 판단기준

원고적격에 대한 현행 행정소송법 체계의 문제점에 대한 이상의 논의를 기초로

320) 박정훈, “행정소송법 개정의 문제점”, 「법학」 제45권 제3호 통권 제132호, 서울대학교 법학연구소, 2004. 1, 376~416면.

321) 김문성, “환경소송상 원고적격에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2006. 85면.

그 개정방향을 검토해 보기로 한다. 해석론으로 충분히 해결가능한 문제들도 학설이나 판례상 논란이 있는 경우에는 입법적으로 명확히 규정하는 것이 바람직할 것이다. 이를 통해 불필요한 학설·판례의 대립을 방지하고, 법원에 대한 판례변경의 부담을 덜어주어야 할 것이다. 다만 원고적격 등의 문제는 지나치게 구체적이고 세부적인 기준들을 입법화하여서는 안된다고 본다. 예컨대 원고적격의 판단기준으로 직접성, 구체성, 현재성, 자기관련성, 개인적 이해관계 등을 구체적으로 적시하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 구체적이고 세부적인 법규정은 법원으로 하여금 예외적 상황을 포섭할 수 없도록 만들고, 법원의 유연한 적응력을 감소시키게 될 것이기 때문이다. 따라서 일반적 원칙만을 규정하고, 세부판단 기준은 개별사안에 대한 판례를 통해 구체화되도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 원고적격에 관한 한 가능하면 요건을 완화하여 국민들에게 폭넓은 소송기회를 인정하여야 할 것이다.<sup>322)</sup>

원고적격의 확대를 어떻게 정할 것인지를 비교법적 검토를 통해 도출된 내용을 토대로 정리해보면, 권리뿐 아니라 사실상 이익이 침해된 자에 대해서도 원고적격을 인정하는 것이 바람직하다고 본다. 다만 모든 사실상 이익침해에 대하여 원고적격을 인정할 수는 없고 일정한 제한은 필요하다. 대체로 다음의 4가지 정도 기준에 부합하는 경우에 원고적격을 인정하면 될 것으로 보인다.<sup>323)</sup>

#### 1) 자기관련성

행정소송은 기본적으로 자신의 이익이 침해된 경우에만 제기할 수 있다. 프랑스와 미국에서는 이를 개인적 이익이라고 한다. 처분의 상대방에게 자기관련성이 인정되는 데에는 문제가 없을 것이고, 제3자에게 자기관련성을 인정할 수 있느냐가 문제인 것이다. 그러나 어떤 처분이 제3자에게 사실상 이익을 침해하고, 침해된 이익이 그 제3자에게 귀속될 수 있는 이익인 경우에는 자기관련성이 인정된다고 볼 것이다.

단체도 단체 자신의 이익이 침해된 경우에는 원고적격이 인정됨은 물론이다. 단체의 목적이나 임무에 해당하는 이익이 침해된 경우에도 자기관련성을 인정하여야

322) 황보 완, 전개논문, 162면.

323) 황보 완, 상개논문, 163~165면.

할 것이다. 이 경우 단체의 목적이나 임무는 충분히 개별화될 수 있어야 한다. 자기 관련성을 인정하기 위해서는 ‘자기’의 범주가 특정되어야 하기 때문이다. 공익에 봉사한다는 것과 같이 일반적 추상적 이익을 목적으로 한 경우에는 사회일반으로부터 자신이 특정되지 않기 때문에 자기관련성을 인정하기 어렵다고 본다. 이러한 자기 관련성은 이익의 주관적 내지 인적 관련성을 의미한다.

#### 2) 현재성

이익의 침해는 현재적이어야 한다. 그러나 침해가 현실화될 것이 확실히 예측되는 경우에는 현재적 이익침해라고 보아야 한다. 이 기준은 예방적 소송의 한계를 설정하기 위한 기준으로 사용될 수 있을 것이다. 현재성은 시간적 관련성을 의미한다.

#### 3) 직접성

이익의 침해는 직접적이어야 한다. 직접적이라 함은 다른 행위를 매개하지 아니하고 행정작용에 의하여 직접 침해가 야기된다는 것을 의미한다. 이 기준은 특히 법규명령을 행정소송의 대상으로 하는 경우에 중요한 기준으로 사용될 수 있을 것이다. 물론 법규명령 이외의 행정작용으로 인한 이익의 침해에도 적용된다. 그러나 다른 매개행위가 있는 경우에도 이를 대상으로 하는 구체절차가 없거나 구체절차가 있더라도 구체의 기대가능성이 없는 경우 또는 불필요한 우회절차를 강요하게 되는 경우에는 직접성을 인정하여야 할 것이다. 특히 행정작용이 다른 매개행위를 통하여 이익을 침해하는 경우에도 그 행정작용이 그러한 매개행위를 예정하고 있는 경우에는 직접성이 있다고 본다. 예컨대 행정규칙은 법규성이 없어 법원과 국민을 구속하지는 않지만, 행정조직 내부에서는 구속력있는 규범이므로 그러한 행정규칙에 따른 집행행위는 이미 예정된 것이고, 이 점에서 직접성이 인정된다고 본다. 즉 법규명령이나 행정규칙에 대한 통제에 있어서 직접성의 요건은 충족된다고 볼 수 있다.

#### 4) 객관적 관련성

이는 처분으로 인한 이익침해가 원고와 특별한 관계에 있어야 한다는 것을 의미

한다. 이 기준은 개별 영역별 구체화가 필요한 기준이다. 예컨대 환경행정소송에 있어서는 공간적 관련성이 요구된다. 競業者로서 경제적 이익 침해는 위법한 영업허가처분과 객관적 관련성이 있지만, 건축허가와와는 객관적 관련성이 없다고 본다. 건축허가를 다투려면 인근주민의 지위에서 환경이나 안정의 危害 등을 이유로 제기해야 한다. 이 기준은 물적 관련성 또는 사항적 관련성이라 할 수 있다.

## (2) 17대 국회에 제출된 행정소송법 개정안 제12조의 검토

### 1) 행정소송법 개정 작업의 경위

대법원에 설치되어 2002년 4월부터 활동을 시작한 행정소송법 개정위원회는 2년여 동안 17차례의 위원회와 7차례의 소위원회를 개최하면서 행정소송법 개정을 위한 검토를 하여 왔다. 개정위원회는 2004년 10월 행정소송법 개정시안을 마련하여 공청회를 개최하였다. 행정소송법 개정 움직임은 우리 행정소송법이 1951년에 제정되고, 1984년 전문개정된 이래 20년만의 대폭적인 개정작업이라 할 수 있다. 개정시안의 주요내용은 의무이행소송·예방적 금지소송이라는 새로운 항고소송 유형의 신설, 법규명령 등 다양한 행정작용에 대한 항고소송의 대상 확대, 법원의 자료제출 요구제도의 신설, 행정소송과 민사소송 간의 소의 변경제도의 신설, 가처분제도의 도입, 원고적격에 관한 규정의 개정 등을 들 수 있다. 이러한 행정소송법 전부개정안은 2007년 11월 국회에 제출되었다. 그러나 국회에서의 논의가 지지부진하다 2008년 5월 17대 국회의 임기만료로 자동폐기되었다. 이후 현재까지 행정소송법 개정안에 대한 국회 차원의 움직임은 없는 상태다.

### 2) 개정안 제12조 등의 내용

원고적격에 대한 행정소송법 개정안은 다음과 같다.

「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.」

「제44조(원고적격) 무효 등 확인소송은 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 구할 법적으로 정당한 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.」

「제48조(원고적격) 의무이행소송은 처분이나 명령 등을 신청한 자로서 행정청의 거부 처분 등 또는 부작위에 대하여 처분이나 명령 등을 할 것을 구할 법적으로 정당한 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.」

개정안은 취소소송을 비롯 무효등확인소송, 신설되는 의무이행소송의 원고적격요건을 현행 법률상 이익에서 법적으로 정당한 이익으로 개정한 것이다.<sup>324)</sup> ‘법적으로 정당한 이익이 있는 자’라는 표현은 일본의 행정사건소송법 제9조를 차용한 것으로 보인다.<sup>325)</sup> 개정안 논의 과정에서는 법률상 보호이익설이 권리 또는 보호이익의 개념을 무한히 확장해온 결과 이제는 형체가 없는 것이나 다름없고, 법률상 이익 개념은 하나의 무거운 껍데기이며 이론적 구도로 전락하였기 때문에, 법률상 이익이 있다는 표현을 취소를 구할 보호가치 있는 이익, 충분한 이익, 사실상 이익, 개인적·직접적·중대한 이익, 정당한(소 제기를 정당화할) 이익, 혹은 단순히 취소를 구할 이익으로 표현하고, 구체적인 한계는 법원의 판단에 맡기는 등 공권론, 보호규범론의 입장에서 벗어나 보호가치이익설의 입장에서 원고적격론을 검토하자는 주장<sup>326)</sup>도 함께 제기되었다.

그렇다면 ‘법적으로 정당한 이익’의 의미가 무엇인지 문제된다. 개정위원회 박군성 교수는 이에 대해 원고적격에 관한 법률규정은 원고적격에서 당연히 배제되어야 하는 부정당한 이익과 사실상 이익을 배제하는데 그치고, 원고적격의 인정범위는 원고적격을 둘러싼 법적·사실적 상황에 맞추어 판례 및 학설에 의해 구체화되도록 하는 것이 타당하다고 주장한다.<sup>327)</sup>

개정안은 법적으로 보호할 가치있는 이익, 취소를 구할 구체적 이익, 취소를 구할

324) 개정안중 원고적격 규정이 성립되기까지 경과에 대하여 개정위원회 위원인 박정훈 교수는 다음과 같이 전하고 있다. “원고적격에 관해 법률에의 ‘족쇄’를 끊기 위해서는 현행법의 해석론으로도 ‘법률상 이익’을 ‘법적으로 보호할 가치있는 이익’으로 파악하면 된다. 그러나 아무래도 ‘법률상’이라는 문구가 걸림돌이 될 뿐만 아니라, 대법원으로서의 판례변경의 부담이 있다. 따라서 개정위원회에서 위 문구를 삭제하자는 데에 의견이 대부분 일치되었는데, 그 대안으로는, 처음에 ‘법적으로 보호할 가치있는 이익’, ‘취소를 구할 구체적 이익’등의 제안도 있었으나, 결국 ‘취소를 구할 정당한 이익’으로 다수안이 만들어졌다. 최근, 이로써 원고적격이 무한정 확대될지 모른다는 우려를 이유로 이에 반대하는 소수안과 타협하여, ‘법적으로’ 한정된 문구를 추가하여 ‘취소를 구할 법적으로 정당한 이익’으로 하는 절충안이 전원일치로 채택되었다”(박정훈, “행정소송법 개정의 과제”, 『법학』 45권 3호, 서울대학교 법학연구소, 2004. 9, 400면).

325) 윤 준, “항고소송의 원고적격 및 소의 이익에 대한 지정토론문”, 『행정소송법개정 자료집 I』, 법원행정처, 2007. 3, 350면.

326) 이기영, “취소소송 원고적격의 개정방향”, 『행정소송법개정자료집 I』, 법원행정처, 2007. 3, 361~366면.

327) 박군성, “항고소송의 원고적격 및 항고소송에 관한 기타 논점”, 『행정소송법 개정안 공청회 발표집』, 2004, 101면.

정당한 이익 등의 의견 중 절충적 대안으로 취소를 구할 정당한 이익을 제시하였다. ‘법적으로’는 해석여지에 대한 판단을 넓게 하여 개인적 권리 뿐 아니라 공익적 목적 차원의 권리에 대해서도 원고적격을 확대할 수 있는 길을 열어놓은 것으로 보인다. 또 ‘정당한 이익’은 주관적 공권과 반사적 이익의 구분이라는 전통적 보호규범론의 틀에서 벗어나 미국의 시민소송에서처럼 사실상의 손해라는 개념을 운용할 수도 있게 될 것이며, 기존 논의에서 보호가치이익설로의 접근이 용이해지도록 배려한 것으로 보인다.

### 3) 개정안에 대한 비판적 견해

원고적격 개정안에 대해서는 여러 학자들에 의해 비판적 견해가 제시되고 있다.

첫째, 정당한 이익론은 일정한 법적지위나 권익을 보호하는 실정법의 규정을 위반하여 행하여지는 행정행위 등 행정작용에 대하여 이를 시정할 자격을 부여하는 통상적인 원고적격론과는 달리 소송에서의 원고적격론을 순수히 소송법적 편의에 의하여 정하겠다는 발상으로 보인다. 따라서 위법한 행정행위 등 행정작용에 대한 시정을 행정작용의 근거가 되는 실체법 내용과는 단절시켜 그로 인한 침해의 직접적인 당사자보다는 그러한 정당한 사회적이익을 자신의 존재근거로 내세우는 ‘원고외적 인사들’에게 원고로서의 우선권을 내어주는 우를 범할 수 있다.<sup>328)</sup>

둘째, 법률상 이익의 개념은 지난 20년간 우리 판례에 의하여 안정화된 개념이며, 특히 보호규범이론은 독일에서 이미 100년 이상 생명력을 지닌 유용한 개념으로 입증되었으며, 입법, 행정 및 사법간에 균형된 관계를 정립시키고 있다. 개정안에 따르면 법률상 이익이라는 안정화된 개념 대신에 법적으로 정당한 이익이라는 미지의 불확실한 개념이 새로이 도입된다. 누구나 다 법적으로 정당한 이익이 있다고 주장하면서, 법규명령과 행정행위에 대하여 취소소송을 제기하고 그 거부나 부작위에 대하여 의무이행소송을 제기하며, 그에 추가하여 예방적 금지소송을 제기하는 경우에 법원은 과연 이를 어떻게 통제할 것인가. 한편으로 濫訴현상을 충분히 예견할 수 있을 뿐 아니라, 다른 한편으로 아무런 법적·정치적 책임을 지지 않는 법원은 행정부의 슈퍼감독기관으로 군림하게 될 가능성이 크다. 행정소송법 개정에서

328) 김성수, “항고소송의 원고적격 및 기타 논점에 대한 지정토론”, 「행정소송법 개정안 공청회 발표집」, 2004, 123면.

유념하여야 할 것은 법원에 그가 감당하기 어려운 부담을 부과하여서는 안되며, 또한 사법에 전적으로 이질적 기능인 행정감독기능이 부여되어서는 안 된다는 것이다.<sup>329)</sup>

셋째, 기왕 법적으로라는 한정어를 붙일 바에야 구태여 정당한 이익이라는 불명확한 용어를 사용할 필요가 있는지 의문을 가진다. 그대로 입법이 될 경우 이 개념을 명확히 하기 위하여 학설과 판례는 한동안, 족히 수년간은 암중모색의 과정을 겪어야 할 것이다. 행정소송법 제12조의 법률상 이익이라는 표현은 지난 20여년간 우리나라의 행정판례가 지향한 일정한 준거점으로 그 법적 안정화의 효과를 결코 무시할 수 없을 것이다. 따라서 현행법 하에서 원고적격에 관한 법원의 해석이 지나치게 엄격했다고 판단한다면 그 표현을 그대로 두고서도 엄격성을 완화할 수 있는 다른 수단을 생각해 보아야 할 것이다. 일본의 개정행정소송법이 결국은 법률상의 이익이라는 용어의 한정성에도 불구하고 이를 대치할 만한 다른 적당한 용어가 없어 이를 버리지 못하고 그대로 존치하면서, 이의 보완책으로 일본 최고재판소 판례가 발전시킨 원고적격 확대의 해석방법을 입법화한 것은 훌륭한 참고가 된다고 생각한다.<sup>330)</sup>

넷째, 어떤 행정처분등에 대하여 다툼 자신의 법률상 이익이 있다고 하여 소를 제기한 경우에는 행정처분의 근거법률(또는 관계법률)에 한정할 필요없이 국가법체계 내에서 그 이익이 법률에 의하여 보호되는 이익인지 여부를 판단하여, 그것이 긍정되면 원고적격을 인정하여 본안의 심리를 받을 수 있도록 하여야 한다. 이러한 관점에 선다면, 굳이 현행 법규정을 개정할 필요가 있을지는 의문이다. 문제는 법규정에 있는 것이 아니라, 그것을 해석 적용하는 판례·학설에 있다고 할 것이다. 원고적격에서 문제되는 이익상황이 복잡다양하고, 그것을 구체적으로 명확하게 명문화한다는 것은 용이한 일이 아니며, 이는 대안으로서 주장되는 여러 견해들에 의한다 하더라도 해석·적용상에 있어 명확하지 아니한 점이 여전히 지적되는 것에서도 알 수 있다. 이러한 점을 고려할 때, 원고적격의 확대를 위해서는 현행 행정소송법의 원고적격에 관한 규정은 제1항으로 존치하고, 제2항에 “전항의 법률상 이익을 해석함에 있어서는 처분등의 근거법령 또는 관계법령에 한정하지 아니하고, 국가법체계

329) 정하중, “행정소송법 개정안의 문제점”, 법률신문, 2004. 11. 4.

330) 석종현, “행정소송법 개정시안에 대한 의견”, 법률신문, 2004. 12. 13.

전반에 근거하여 이루어져야 한다”라는 부가조항을 신설하는 것이 바람직하다고 생각된다. 이에 의하여, 원고적격을 판단함에 있어서는 행정처분의 근거법령 뿐만 아니라 국가법체계 전반에 비추어 법률상 이익이 있는지 여부를 기준으로 하고, 원고가 구하는 행정처분의 위법성 심사는 본안심리에 들어가서 행정처분의 근거법령(또는 관계법령)도 중요한 고려요소로써 판단하면 충분하다고 생각된다.<sup>331)</sup>

#### 4) 행정소송법 제12조 개정문안에 대한 검토

행정소송법 개정안이 제17대 국회의 임기만료로 자동폐기되었으나, 앞으로도 행정소송법에 대한 개정논의는 계속될 것이다. 원고적격을 규정하고 있는 행정소송법 제12조 역시 개정 대상이 될 가능성이 높다. 특히 환경소송의 특수성 때문에 원고적격 확대 논의가 논리적으로 제시되고 있는 만큼 입법화가 필요한 시점이기도 하다. 여기서는 제12조의 개정방향을 문리적으로 검토해보고자 한다.

원고적격 문제는 헌법상 재판을 받을 권리에의 통행증이라고 할 수 있다. 국민으로 하여금 국가사법제도를 이용하게 하는 여과지 역할을 한다고 볼 수 있다. 따라서 원고적격의 범위를 어떻게 정할 것인지는 국민의 재판을 받을 권리, 법원의 사건담당 능력, 행정통제의 필요성, 현대행정에서의 다양한 이해의 조정의 요청 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제다.

원고적격을 사실상 이익의 침해까지 확대하면서 일정한 제한을 가하기 위해서는 현행 행정소송법 제12조의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자에서 법률상이라는 수식어를 삭제하고, 그 대신에 다른 수식어를 규정하여야 할 것이다. 사실상, 개별적, 개인적, 직접적, 충분한, 정당한, 보호가치 있는 등의 수식어를 생각해볼 수 있겠다. 사실상 이익이라는 개념은 지나치게 광범위하여 불필요한 사안까지 포함될 우려가 있다. 개별적 이익이라고 규정하는 경우에는 일반처분이나 단체소송을 위축시킬 우려가 있다. 단체소송의 경우에는 집합적 이익도 고려되어야 하기 때문이다. 물론 이 경우 단체소송에 대하여 따로 원고적격을 규정하는 방법도 가능할 것이다. 다만 개인적 이익이라는 문언은 행정소송의 객관소송으로서의 성격에도 부합하지 않는 용어라고 본다. 집합적 이익은 행정입법에 대한 항고소송이나 예방적 항고소송을 위축시킬 우려가 있다. 또한 단체소송을 위한 단체의 원고적격을 인정하는 데

331) 함인선, 전계논문, 540면.

에도 제약요소가 될 수 있다.

이상의 수식어들은 원고적격을 판정하는 기준의 일부만을 포섭하고 다양한 판정 기준의 형성을 저해할 우려가 있기 때문에 부적절하다고 본다. 따라서 충분한, 정당한, 보호가치 있는 등의 수식어가 대안으로 남게 된다. 충분한 이익은 법해석 방향을 제시하지 않는 막연한 수식어라는 점에 문제가 있다. 법원의 판례형성에는 그만큼 자유를 부여한다는 장점도 있겠지만, 우리나라의 입법실무상으로는 많이 사용되지 않는 용어라는 점에서 어색해 보인다. 따라서 정당한 이익이나 보호가치 있는 이익이 적절한 대안이라고 생각된다. 보호가치 있는 이익은 곧 취소를 구할 보호가치 있는 이익을 의미하는 것이므로 불필요한 수식어에 불과하게 된다. 따라서 정당한 이익이 비교적 입법적으로 어색하지 않고 무난한 대안<sup>332)</sup>이라 생각된다. 현행 행정소송법상 항고소송이 객관소송을 띠고 있는 점을 부인할 수 없다는 점, 우리 판례 역시 독일의 보호규범론에 기원을 둔 권리라는 관념에 엄격히 구애되지 아니하고 실질적으로 이익의 개별성·직접성·구체성을 판단기준으로 삼고 있다는 점에서 현행 행정소송법 제12조의 법률상 이익은 정당한 이익으로 개정하는 것이 바람직하다<sup>333)</sup>고 생각된다.

#### 第 4 章 原告適格 擴大 法理의 實際

본 장에서는 비교법적 고찰을 통해 타당성이 확인된 원고적격 확대의 법리를 실제 사안과 관련하여 검토한다. 우선 개발대상지역 이웃주민이 사업의 취소를 구할 원고적격을 가질 수 있는지를 살펴본다. 우리나라에서 대단위 개발지역은 환경영향평가를 거치도록 의무화되어 있는 만큼 인근주민의 원고적격 부여 여부에 대해서는 환경영향평가 대상지역 밖의 주민의 경우가 문제되고 있다. 이어 최근 급증하는 집단환경분쟁과 관련된 갈등을 합리적으로 조정한다는 차원에서 집단소송제도를 환경분쟁에 도입하는 방안을 알아본다. 미국의 대표당사자소송과 시민소송, 독일의 단체소송, 일본 주민소송의 법리를 살펴보고 우리나라에의 도입 가능성에 대한 시사점이 있는지 판단해본다. 환경보호단체에게 원고적격을 부여하는 독일 사례에 대한

332) 황보 완, 전개논문, 166면.

333) 박정훈, “행정소송법 개정의 주요 쟁점”, 「공법연구」 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003. 3, 87~88면.

분석을 통해 우리나라에도 일정조건을 갖춘 환경단체에게 환경소송의 원고적격 인정이 가능할지를 검토한다.

## 第1節 隣近住民의 原告適格

### 1. 인인소송의 유형과 판례의 검토

#### (1) 인인소송의 의의

隣人訴訟이라 함은 단어 그대로 어떤 지역에 어떠한 시설을 설치하도록 허가하는 처분이 내려진 경우에 그 지역에 거주하는 인근주민이 그 처분의 취소를 다투는 소송을 말한다. 특정인에게 주어지는 수익적 행위가 그 시설의 인근주민에게는 법률상 이익이 침해되는 경우 인근주민이 다투는 소송이다. 이웃소송이라고도 한다.<sup>334)</sup>

행정처분의 상대방은 당연히 그 권리의무가 처분의 대상이기 때문에 원고적격에서 말하는 법률상의 이익을 갖는 자에 해당되며, 제3자라 하더라도 그 처분의 취소에 관하여 법률상의 이익이 있으면 특별한 사정이 없는 한 원고적격이 있다.<sup>335)</sup> 여기서 제3자는 競業者인 경우와 인근 주민인 경우로 나눌 수 있는데, 판례는 오래전부터 경영자의 경우에는 사실상 처분의 상대방과 유사한 이해관계가 있기 때문에 폭넓게 인정하여 왔다.<sup>336)</sup> 문제는 특히 환경소송과 관련하여 처분의 상대방 이외의 사람, 즉 제3자인 인근 주민이 법률상의 이익을 가진 자에 해당될 수 있는가이다. 환경소송에서도 처분의 근거법률이 공익 뿐만 아니라 인근주민의 이익도 보호하고 있다고 해석되는 경우에는 원칙적으로 원고적격이 인정된다.

행정작용은 일반적인 사법상의 법률행위와 달리 그 사회적 영향력이 크다. 이때문에 처분의 직접적인 당사자에게만 원고적격을 인정한다면 그것은 현대복지행정이 추구하는 상황과는 동떨어진 결과를 초래하게 된다. 이에 따라 원고적격 확대의 필요성이 현실적인 문제로 제기되었고 결국 우리 대법원도 1965년 대법원 전원합의

334) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2006, 780면.

335) 대판 1965. 9. 23, 65누88 전원합의체 판결에서 확립된 입장이다.

336) 대판 1987. 9. 22, 85누985; 대판 1982. 7. 27, 81누271; 대판 1975. 7. 22, 75누12; 대판 1974. 4. 9, 73누173.

체 판결로 종전의 견해를 변경하여 법률상 보호이익설을 받아들였다. 판례가 제3자의 원고적격을 인정하여 혐오시설 주변의 인근주민에게 권리구제의 길을 열어 놓았다고 하더라도 그것은 무한정 인정되는 것이 아니라 여전히 일정한 제한을 두고 있다. 최근 판례는 소송에서 원고에게 원고적격이 있는가 여부를 판단함에 있어서, 일차적으로 처분의 근거가 되는 법률(시행령 및 법규명령 포함)을 기준으로 할 것이나, 부차적으로 절차법 등 그 밖의 법률 및 궁극적으로는 헌법도 그 기준이 될 수 있는 것으로 보는 경향을 취하고 있다. 즉, 원고적격의 문제는 행정처분의 직접 상대방보다는 주로 이웃 또는 경업자와 같은 제3자의 보호범위를 어떻게 정하느냐이며, 법률상 이익이라는 표현은 행정처분의 상대방 뿐만 아니라 제3자에게까지도 원고적격을 확대한다는 뜻으로 이해하여야 할 것이다.<sup>337)</sup>

## (2) 인인소송의 유형

인근주민의 소송은 그 사례가 다양하고 광범위하게 제기되고 있는 실정이어서 유형별로 체계적인 분류가 용이한 일은 아니다. 인인소송의 유형을 침해이익의 양태에 따라서 유형별로 나눈다면 가. 혐오시설이나 공장 기타 위험한 시설물의 설치와 관련된 사례 나. 일반 건축허가 등과 관련된 사례 다. 도시계획결정과 관련된 사례 라. 공공시설이나 공익사업의 이용과 관련된 사례 마. 환경영향평가 대상사업과 관련된 사례로 분류할 수 있겠다.

이중 환경영향평가 대상사업과 관련된 사례는 최근 들어 각종 관광개발 사업등이 진행되면서 인근주민의 원고적격 인정 여부가 쟁점으로 떠오르고 있는 사안이다. 이 때문에 여기서는 환경영향평가 대상사업과 관련된 사례를 중점적으로 살펴보고, 나머지 인인소송 유형에 대해서는 기존 판례를 분석하여 원고적격이 긍정된 경우와 부정된 경우로 나눠 검토하고자 한다.

## (3) 인인보호 판례에 대한 검토

오늘날 환경분쟁은 전형적인 三角關係(행정청-사업시행자-인근주민)를 형성한다.

337) 설계경, “행정소송법상 보호규범론과 제3자소송”, 토지공법연구 제24집, 한국토지공법학회, 2004. 12, 221~222면.

예컨대, 행정청이 사인인 사업시행자에게 허가 등을 주고, 그 사업운영으로 인하여 다른 사인인 인근주민에게 피해를 주는 경우를 생각할 수 있다. 이 경우에 종래에는 민사상의 권리구제수단을 통해 해결하였으나, 오늘날에는 기본권의 방사효과, 국가의 보호의무 등의 이론을 통하여 피해를 입은 사인이 국가에 대하여 방해배제청구권을 행사할 수 있는지가 고려되고 있다. 즉 이것은 기본권의 제3자효의 문제이며, 또한 공법상 相隣關係의 문제이다. 이러한 경우에 개별법령에 법적근거가 없는 경우에는 직접 헌법상의 환경권조항을 근거로 권리구제를 받을 수 있는지가 문제되었다. 현재 대법원의 입장에 따르면 헌법상의 환경권을 추상적 권리로 보기 때문에 이를 인정하기는 쉽지 않다. 따라서 개별법령에서 환경오염침해배제청구권을 도출하여야 한다. 종래 대법원 판례를 분석하면, 처분의 근거 법규가 있는 경우는 물론이고, 근거 법규 또는 관련법규에서 명시적으로 이익을 보호하는 법규정이 없더라도 근거 법규 및 관련 법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석하는 경우도 법률상 이익으로 보고 있다.<sup>338)</sup>

#### 1) 원고적격을 인정한 사례

##### 가. 물금 취수장 공장설립 사건<sup>339)</sup>

2010. 4. 15. 대법원이 선고한 공장설립 승인처분 취소에 대한 판결로 환경침해를 받을 수 있는 영향권 안에 있는 주민의 원고적격 요건에 대한 가장 최근의 사례라고 할 수 있다.

이 사건은 김해시장이 낙동강에 합류하는 하천수 주변 토지에 공장설립을 승인하는 처분을 하자, 공장설립으로 수질오염 등이 발생할 우려가 있는 물금취수장에서 물을 공급받는 부산광역시 또는 양산시에 거주하는 주민들이 공장설립승인처분을 취소해달라고 제기해 원고적격을 인정받은 것이다. 판결은 “행정처분의 근거 법규 또는 관련법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등 사업으로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우에는, 그

338) 정남철, “환경소송과 인인보호-소위 새만금사건과 관련하여-”, 「환경법연구」 제28권 1호, 2008, 247면.

339) 대판 2010. 4. 15. 2007두16127.

영향권 내의 주민들에 대하여는 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 인정됨으로써 원고적격이 인정되며, 그 영향권 밖의 주민들은 처분으로 인하여 그 처분전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 증명하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다”고 하였다. 이어 “김해시장이 소감천을 통해 낙동강에 합류하는 하천수 주변의 토지에 구 산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 제13조에 따라 공장설립을 승인하는 처분을 한 사안에서, 상수원인 물금취수장이 소감천이 흘러 내려 낙동강 본류와 합류하는 지점 근처에 위치하고 있는 점, 수돗물은 수도관 등 급수시설에 의해 공급되는 것이어서 거주지역이 물금취수장으로부터 다소 떨어진 곳이라고 하더라도 수돗물의 수질악화 등으로 주민들이 갖게 되는 환경상 이익의 침해나 우려는 그 수돗물을 공급하는 취수시설이 입게 되는 수질오염 등의 피해나 우려와 동일하게 평가될 수 있는 점에 비추어, 공장설립으로 수질오염 등이 발생할 우려가 있는 물금취수장에서 취수된 물을 공급받는 부산광역시 또는 양산시에 거주하는 주민들도 위 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 개별적·구체적·직접적으로 보호되는 환경상 이익, 즉 법률상 보호되는 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 주민으로서 원고적격이 인정된다”고 판시하였다.

#### 나. 레미콘공장 설립허가취소 사건<sup>340)</sup>

행정처분으로 인하여 환경상 이익이 침해될 것으로 예상되는 영향권의 범위가 관련 법규에 규정되어 있는 경우, 영향권 범위 안 주민들과 범위 밖 주민들에 대한 원고적격 판단기준을 제시한 사건이다. 레미콘 공장 설립 예정 부지와 바로 연접된 지역에서 생활하고 있는 원고들의 생활환경상 이익은 공장의 신설로 인해 침해될 우려가 높다고 판단하여 원고적격을 인정하였다.

판결은 “행정처분의 근거법규 또는 관련법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위나

340) 대판 2007. 6. 1, 2005두11500.

사업으로 인하여 환경상 이익의 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 규정되어 있는 경우에는, 그 영향권 내의 주민들에 대하여는 처분으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해가 발생할 수 있음을 예상할 수 있고, 이와 같은 환경상 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적 구체적 이익으로서 그들에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정되는 것이다. 그 영향권 밖의 주민들은 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 입증하여야만 비로소 원고적격이 인정되는 것이다”고 전제하였다.

이어 “환경오염을 일으킬 수 있는 공장 설치와 관련한 인근주민의 생활환경상 이익은 이 사건 승인처분의 근거법규(산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률)에 의해 보호되는 이익으로 볼 수 있다. 원고들은 레미콘 공장 부지와 바로 연결된 토지의 지상에서 생업에 종사하는 등 생활하고 있다고 할 것인바, 레미콘 공장의 경우 그 특성상 시설·설비 등의 여하에 따라서는 공장의 가동과 레미콘 운송차량의 통행으로 소음, 분진, 진동이 발생하고 오폐수의 배출과 그로 인한 지하수의 오염 및 레미콘 운송시의 교통혼잡 등을 야기하는 등 환경오염을 일으킬 개연성이 높은 공장일 수 있다는 점을 아울러 고려하면, 이 사건 공장 부지와 바로 연결한 지역에서 생활하고 있는 원고들의 생활환경상 이익은 이 사건 공장의 신설로 인해 침해될 우려가 있다고 봄이 상당하고, 따라서 원고들에게는 이 사건 승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다고 할 것이다”고 판시하였다.

#### 다. 플라스틱 공장 설립 취소 사건<sup>341)</sup>

플라스틱 및 포장지 인쇄공장 설립을 승인처분한 광주시장에 대해 공장부지 인근 아파트 주민들이 설립취소를 요구하며 제기한 사건이다. 사전환경성 검토협의 대상 지역 내에 포함될 개연성이 충분하다고 보이는 주민들에게 그 협의대상에 해당하는 창업사업계획 승인 처분과 공장설립 승인 처분의 취소를 구할 원고적격이 있다고 인정하였다.

341) 대판 2006. 12. 22, 2006두14001.

판결은 “원고들이 거주하는 신일아파트의 부지와 이 사건 각 임야의 경계를 기준으로 가장 가까운 거리는 71m에 불과하고, 실제 공장시설과 가장 근접한 신일아파트 제104동의 직선거리 역시 최소 144m 내지 최대 301m에 불과한 사실 또한 알 수 있으므로, 비록 피고 주장의 반대사정, 즉 각 공장 부지에서 신일아파트가 육안으로 보이지 아니하는 점, 공장 부지가 아파트 바로 위쪽이 아닌 다른 능선쪽에 위치하고 있는 점 등을 참작한다 하더라도, 이러한 지형적 사실에 사전 환경성 검토협의 대상지역의 통상적 범위 등의 사정을 더하여 보면, 원고들이 거주하는 신일아파트는 사전 환경성 검토협의 대상지역 내에 포함될 개연성이 충분하다 할 것이다. 그렇다면 사전 환경성 검토협의 대상지역 내에 포함될 개연성이 충분하다고 보이는 주민들에 대하여는 그 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 추정할 수 있고 이는 법률상 보호되는 이익에 해당한다고 해석함이 상당하다”고 하여 원고적격을 인정하였다.

## 2) 원고적격을 부정한 사례

### 가. 제주 난산풍력발전단지 개발사업 사건<sup>342)</sup>

제주 성산읍 난산리에 풍력발전단지를 조성하려는 개발사업자에 대해 인근주민 등이 제주도를 상대로 개발사업 시행승인처분 취소를 구한 사건이다. 원심<sup>343)</sup>인 광주고법에서는 인근주민들의 원고적격이 인정되었으나 대법원에서 원고적격이 부정되면서 원심판결이 파기되었다.

판결은 “환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정되는 자는 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권 내의 주민들을 비롯하여 그 영향권 내에서 농작물을 경작하는 등 현실적으로 환경상 이익을 향유하는 자도 포함된다고 할 것이나, 단지 그 영향권 내의 건물·토지를 소유하거나 환경상 이익을 일시적으로 향유하는데 그치는 자는 포함되지 않는다고 할 것이다. 개발사업의 사전 환경성 검토협의 대상지역의 범위는 이 사건 개발사업 부지 및 그 반경 1km 내지 1.2km내의 주변지역으로 될 개연성이 크다고 원심이 판단한 것은 정당하다고 수긍할 수 있다. 그러나 원고 16은 그 거주지와 개발사업 부지 사이에 표

342) 대판 2009. 9. 24, 2009두2825.

343) 광주고판 2009. 1. 8, 2008누586.

고 236.4m의 영주산이 있어 이 사건 사업부지 및 그 반경 1km 내지 1.2km 내에 거주하지 않고, 다만 이 사건 개발사업 부지에 근접하는 방목장을 운영하는 것으로 보이고, 나머지 원고들은 모두 이 사건 개발사업 부지 및 그 반경 1km 내지 1.2km 밖에 거주하면서 개발사업 부지에 인접한 지역에 토지를 소유하고 있는 사실을 알 수 있으므로, 원심으로서는 이 법리에 따라 원고들이 현실적으로 환경상 이익을 향유하는 자에 해당하는지 여부를 심리하였어야 한다. 그런데도 원심은 원고들이 이 사건 개발사업 부지에 인접한 지역에 토지를 소유하고 있다는 등의 사실만을 토대로 이 사건 처분의 무효확인 또는 취소를 구할 원고적격이 있다고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 이유로 행정처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 원고적격에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 판시하였다.

나. 삼풍백화점 건축허가처분 취소 사건<sup>344)</sup>

이 판결은 삼풍백화점 건축허가처분에 대한 취소 사건으로 하급심이다. 삼풍백화점 부지는 상업지역인데 건축법상 상업지역에서의 건물에 관하여 일조확보를 위한 높이제한을 하고 있지 않으므로 건물건축으로 인하여 일조방해가 발생하더라도 원고들이 건축법상 보호되는 법률상 이익이 침해되었다고 할 수 없고, 이는 헌법·민법 등 건축허가처분과 직접 관계되지 않는 다른 법령에 의하여 보호되는 이익에 불과하므로, 원고에게 건축허가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다고 하였다.

다. 콘크리트·벽돌 제조공장 설치 사건<sup>345)</sup>

공장설립 부지에서 500m 이상 떨어진 곳에 거주하는 주민은 원고적격이 없다고 한 사안이다. 판결은 “행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 행정처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정되나 여기서 말하는 법률상 이익은 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 다만 공익보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적인 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과

344) 서울행정법원 2001. 3. 31, 2000구14633.

345) 대판 1995. 2. 28, 94누3964.

한 경우는 여기에 포함되지 않는다.

공장의 설립을 위한 입지지정승인의 근거가 되는 법률인 공업배치 및 공장설립에 관한 법률 등 관계 규정들은, 그 공장입지지정 승인처분이 건축된 공장의 가동으로 인하여 발생할 공해의 발생까지 정당화하는 것은 아니나 이는 별도의 법률의 규제를 받게 되므로, 서울에 거주하며 그 공장설립 예정지에 인접한 곳에 2필지의 토지를 공유하여 그 지상에 선대의 묘 4기를 두고 있는 자나 공장설립예정지로부터 약 500m 떨어진 곳에서 살고 있는 주민 등은 그 지정승인처분의 취소를 구할 원고적격이 없다”고 하였다.

### 3) 판례의 검토

최근 대법원 판례는 행정처분으로 이뤄지는 사업으로 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 그 처분의 근거법규 등에 구체적으로 규정되어 있는 경우, 영향권 내의 주민에게 행정처분의 취소 등을 구할 원고적격을 인정하고 있다. 또 영향권 밖의 주민들에 대하여는 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 입증하여야만 법률상 보호되는 이익으로 보아 원고적격을 인정하고 있다.

협오시설이나 공장, 기타 위험한 시설물의 설치와 관련된 판례의 원고적격 인정 여부에 관한 기준을 분석해보면, 명백하지는 않으나 관련 시설물의 설치로 인해서 인근주민의 주거의 안녕과 생활환경에 구체적이고 직접적인 위해를 주는 경우에 원고적격을 인정하고 있다고 할 수 있다. 즉 위험, 협오시설과의 거리나 위험발생의 가능성 등을 고려하여 판단하고 있다. 일반 건축 허가 등과 관련된 인근주민의 소송과 관련 우리 대법원은 인접하는 대지나 주택의 소유자가 사생활보호나 일조권 등 생활환경상의 이익을 건축관련법규가 보호하는 법률상의 이익으로 판단하는데 부정적인 입장이라고 생각된다. 다만 최근에는 고층 아파트의 건축과 관련해서 많은 분쟁이 야기되는 일조권과 관련해서는 상당부분 인근주민에게 원고적격을 인정해주고 있다. 사회통념상 수인할 수 있는 범위를 벗어난 경우를 법률상 이익으로 보는데 우리 대법원은 수인여부의 판단기준을 구체적으로 제시하고 있다. 예컨대, 하루 일조시간이 최소 2시간이 되어야 하는데 자신의 아파트에 지나치게 높이 설치된 옹벽 때문에 입주인이 충분한 햇빛을 받지 못한다면 시공사가 이에 대한 책임을

져야 한다고 판결하고 있다. 또 동지일을 기준으로 오전9시부터 오후3시까지 6시간 중 연속해서 2시간 이상 햇빛이 들어오도록 해야 한다며 하루중 보장되어야 하는 최소한의 일조시간을 제시하고 있다.

또한 건축허가나 건축물 준공처분에 대한 인근주민의 소송에서 대법원이 소각하의 판결을 하는 경우가 일반적이는데 이 때에도 인근주민의 원고적격을 부정해서 소를 각하하기 보다 행정소송법 제12조의 협의의 소의 이익이 없다는 이유로 하는 경우가 대부분이다.<sup>346)</sup>

혐오시설이나 공장, 위험시설과 관련된 사례에서 대법원은 문제된 시설물이나 위험원과의 법정 이격거리를 중요시하여 일정한 거리 이내에 거주하는 주민에 대하여서만 원고적격을 인정해 주고 있다. 그러나 이러한 대법원의 태도는 인근주민이 소송을 하기전에 개개인이 자신이 법정 이격거리내에 거주하는지를 스스로 조사해야 하는 절차를 요구하는 것이다. 이는 사실상 일반인에게 있어서는 매우 번거로운 것이고, 잘못하면 소송을 제기할 수 있는 적절한 시간을 넘겨서 사실상 소송 수행을 어렵게 할 소지가 많다고 하겠다.

또한 법정 이격거리 내의 거주여부가 명확하지 않거나, 동일한 생활권에 거주하면서 시설물과의 많지 않은 거리상의 차이로 어떤 주민에 대해서는 원고적격을 인정하면서, 다른 주민의 원고적격은 부정하게 되는 불합리한 결과를 야기할 수 있다.<sup>347)</sup>

## 2. 환경영향평가 인근주민의 원고적격에 대한 판례의 검토

### (1) 환경영향평가제도의 의의와 내용

#### 1) 의의

환경영향평가(Environmental Impact Assessment)란 환경영향평가 대상사업의 사업계획을 수립함에 있어서 자연환경, 생활환경 및 사회·경제 환경에 미치는 해로

346) 조용호, “인접 건물 소유자의 준공처분에 대한 쟁송”, 「관례해설」 20호, 대법원, 1994, 231면.

347) 이영진, “지역주민들의 공설화장장설치결정처분의 취소를 구할 수 있는 원고적격을 가지는지 여부”, 「관례월보」 제307호, 관례월보사, 1996, 35면.

운 영향을 미리 예측·분석하여 환경영향을 줄일 수 있는 방안을 강구하는 것을 말한다. 효과적인 환경보전을 위한 제도로서 환경침해 요인들을 사전에 예측 평가하여 통제하는데 주안점을 둔다. 사전배려 또는 예방의 원칙에 배경을 둔 효과적인 환경보전수단의 하나이다.<sup>348)</sup>

환경영향평가 절차 관련 법령으로는 환경영향평가 법령 이외에 환경정책과 관련된 법령, 기타 부처가 관장하는 법령 및 고시 등이 있다. 또 사전 환경성 검토협의 제도와 관련하여 환경정책기본법과 시행령, 사전 환경성 검토업무편람, 관련개별법령 등이 근거가 되고 있다. 원자력법, 자연공원법, 국토이용관리법, 농어촌정비법, 먹는물관리법 등 각 개별법에서 환경영향을 평가하도록 한 경우에도 환경영향평가와 관련하여 검토해야 한다.

## 2) 환경영향평가의 대상사업

환경영향평가는 일반적으로 인간의 개발행위를 대상으로 한다. 인간의 모든 행위는 정도의 차이는 있지만 환경에 영향을 미친다. 그러나 모든 행위가 환경영향평가의 대상이 되는 것은 아니다. 환경영향평가의 대상이 되는 것은 그 시행으로 인하여 중대한 환경영향이 발생하는 사업이나 행위이다. 환경영향평가 대상사업을 결정하는 기준은 영향의 중대성이다. 사업시행이 환경에 미치는 영향이 중대하다는 가능성을 확인한 때에는 환경영향평가 대상사업으로 정하고, 그렇지 않은 때에는 대상사업에서 제외한다.<sup>349)</sup>

나라별로 환경영향평가의 대상이 되는 사업을 결정하는 형태는 크게 3가지 유형으로 분류된다. 첫째, 대상사업을 미리 정하지 않고 스크린과정을 통해서 결정하는 방법으로서, 미국의 국가환경정책법과 캐나다 등지에서 채택하고 있다. 평가대상을 인간환경 질에 중대한 영향을 미치는 행위 등으로 포괄적으로 규정하고 각 행위(정책, 프로그램, 사업 등)별로 구체적인 환경영향을 사전 심사하여 평가대상 여부를 결정하는 방식이다.<sup>350)</sup> 둘째 방법은 대상사업을 미리 법으로 정하여 운영하는 것으로 우리나라와 동남아시아 등지에서 채택하고 있다. 이 방법은 관계법에 따라 환경

348) 홍준형, 「환경법」, 박영사, 2000, 185면.

349) 김동욱, 「환경영향평가」, 도서출판 그루, 2004, 98면.

350) 남영숙, “환경영향평가의 실효성 확보를 위한 스코프제도 도입방안 연구”, 한국교원대학교수논총, 1999. 12, 138면.

영향평가를 받아야 하는 대상사업을 명확히 함으로써 법적 안정성을 확보할 수 있으나, 사업의 특성과 대상지역을 제대로 고려할 수 없는 한계점을 지니고 있다. 셋째는 대상사업의 대범주를 미리 법으로 정한 후 예비환경평가(initial environmental evaluation)를 통해 구체적인 대상사업을 결정하는 방법이다. 우리나라 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 제4조 제1항은 환경영향평가 대상사업을 총 17개 분야의 63개 단위사업으로 정하고 있다.

## (2) 새만금 간척사업 사건<sup>351)</sup>

### 1) 사안의 개요

농림수산부장관이 전라북도에 위치한 만경강, 동진강의 하구해역에 방조제를 설치하고 공유수면을 매립·간척하여 28,300ha의 농지와 11,800ha의 담수호를 조성하는 것을 내용으로 하는 새만금간척 종합개발사업을 1991년 11월 13일 시행인가 처분하였다. 이에 환경단체와 새만금 지역 주민들이 국무총리와 농림부장관을 상대로 정부조치계획의 취소 등을 구하는 행정소송을 제기, 2001년 8월 22일 제1심 소송을 시작으로 대법원까지 소송이 진행된 사건이다. 대법원은 2006년 원고적격이 없고, 피해정도를 인정할 증거가 없다는 이유로 원고패소를 확정하였다. 그러나 새만금간척 종합개발사업은 농지의 필요성, 해양환경 및 경제적 타당성 등에 있어 사업의 중국적인 목적을 달성하지 못할 정도로 당초 예상하지 못한 중대한 사정변경이 생겼다고 볼 수 있어 이 사업을 취소할 공익상 필요가 있다고 본 소수의견이 제시돼 주목을 끌기도 했다. 즉 개발이익과 환경이익의 대립이라는 현대행정상의 분쟁에 있어 해결할 수 없는 어려운 과제를 제시했다는 의미도 갖고 있다. 개발이익과 환경이익 어느 일방도 포기될 수 없는 중요한 법익이므로, 두 법익의 조정이 어느 때보다 중요하며, 이에 대한 대안적 해결방안으로 친환경적 개발의 필요성이 강조된 사안이다.

### 2) 판례의 요지

① 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 행정처분으로 인하여 법률상

351) 대판 2006. 3. 16, 2006두330.

보호되는 이익을 침해당한 경우에는 그 처분의 무효확인을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다. 여기에서 말하는 법률상 이익이라 함은 처분의 근거 법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고, 공익보호의 결과로 국민 일반이 가지는 일반적·간접적·추상적 이익이 생기는 경우에는 법률상 보호되는 이익이 있다고 할 수 없다. ② 공유수면 매립면허처분과 농지개량사업 시행인가처분의 근거법규 또는 관련법규가 되는 구 공유수면매립법 등 관련규정의 취지는, 공유수면 매립과 농지개량사업 시행으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이, 이전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다고 할 것이다. 주민들이 공유수면매립면허처분 등과 관련하여 갖고 있는 환경상의 이익은 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익으로서 특단의 사정이 없는 한 환경상의 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 공유수면매립면허취소처분 등의 무효확인을 구할 원고적격이 인정된다고 할 것이다. ③ 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면 매립면허처분 등으로 인하여 처분전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다고 할 것이다. ④ 새만금간척종합개발사업은 구 환경정책기본법 제 26조의 환경영향평가 대상사업에 해당한다. 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 아닌데다, 원고들이 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 처분전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 점을 입증하지 못하고 있다. 원고들이 처분과 관련된 구 공수법상의 공유수면에 관하여 권리를 가진 자 또는 농근법상의 이해관계인에 해당한다고 인정할 자료가 없다. 그러므로 원고들에게는 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 있다고 할 수 없다. ⑤ 원고들은 환경영향평가 대상지역에 거주하지도 아니하고 원고들이 각 처분전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있

다는 점을 입증하지 못하고 있다는 이유로, 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다고 본 결론은 정당하다. ⑥ 공공사업의 경제성 내지 사업성의 결여로 인하여 처분이 무효로 되기 위하여는, 공공사업을 시행함으로써 인하여 얻는 이익에 비하여 공공사업에 소요되는 비용이 훨씬 커서 이익과 비용이 현저하게 균형을 잃음으로써, 사회통념에 비추어 사업목적은 실질적으로 실현할 수 없을 정도에 이르렀다고 볼 정도로 과도한 비용과 희생이 요구되는 등 하자가 중대하여야 할 뿐만 아니라, 그러한 사정이 객관적으로 명백한 경우라야 할 것이다.

### (3) 제주도 송악산 관광지 사건<sup>352)</sup>

#### 1) 사안의 개요

이 사건은 남제주리조트개발 주식회사가 제주 남제주군 대정읍 상모리에 있는 송악산 분화구 지역 일대를 관광지로 개발하기 위해 1999년 12월 30일 제주도지사로부터 구 제주도개발특별법 제11조에 의해 송악산관광지 개발사업시행승인처분을 받아내자, 대정읍 하모리에 거주하는 주민이 이 처분으로 인하여 송악산 분화구의 원형훼손 및 대기질 악화 등 환경상의 이익을 침해받게 되었다고 주장하여 제주지방법원에 처분의 취소를 구하는 본안소송을 제기하면서 효력정지신청을 한 것이다. 제주지방법원 행정부는 원고적격이 없다는 이유로 소를 각하하였으며, 원고는 이에 불복해 광주고등법원 제주부에서 효력정지결정을 받아냈다. 제주도지사는 이에 대법원에 재항고해 원심결정을 파기하는 결정을 받아냈다.

#### 2) 판결의 요지

① 행정소송은 행정청의 처분이 취소됨으로 인하여 법률상 직접적이고 구체적인 이익을 가지게 되는 사람만이 제기할 수 있고, 단지 간접적이고 사실상의 이해를 가지는데 지나지 않는 사람은 제기할 수 없다. ② 이 사건은 제주개발법 및 환경영향평가법 소정의 환경영향평가를 거쳐서 그 환경영향평가의 협의내용을 사업계획에 반영시키도록 하여야 하는 것이니만큼 제주개발법 뿐 아니라 환경영향평가법도 처분에 직접적인 영향을 미치는 근거법률이 되고, 환경영향평가대상지역 안의 주민에게는 환경침해를 이유로 처분의 취소를 구할 원고적격이 있다. 그러나 환경영향평

352) 대결 2001. 3. 26, 2001부1집행정지.

가 대상지역 밖의 주민·일반국민·학자 등의 환경상 이익은 근거법률에 이를 개별적·구체적·직접적 이익으로 보호하려는 내용 및 취지를 가지는 규정을 두고 있지 아니하므로, 이들에게는 이익침해를 이유로 이 사건 처분의 취소를 구할 원고적격이 없다 할 것이다. 이 사건 개발사업에 따른 환경영향평가 대상지역은 그 사업지구로부터 반경 3km이내 지역인데 상대방은 환경영향평가 대상지역 밖의 주민으로 보일 뿐, 개발사업으로 인하여 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 직접적이고 중대한 환경침해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가 대상지역 안의 주민이라는 사실에 관한 소명이 있다고 보여지지 아니한다. ③ 그렇다면 상대방에게는 처분의 효력정지를 구할 신청인적격이 없다 할 것이다.

#### (4) 남대천 양수발전소 사건<sup>353)</sup>

##### 1) 사안의 개요

한국전력공사는 강원도 인제군 방대천과 양양군 남대천에 양수발전소를 건설하기 위하여 법에 정해진 환경영향평가를 마치고 통상산업부 장관으로부터 電源개발사업 실시계획 승인을 얻었다. 이에 대해 양수발전소 건설사업 구역 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, 생태 연구가, 사진가, 일반 시민, 환경보호단체 등이 원고가 되어 그 취소를 구하였다.

##### 2) 판결의 요지

電源개발사업 실시계획승인처분의 근거 법률인 전원개발에 관한 특례법령, 환경영향평가법령 등의 규정취지는 그 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 보호하려는 데에 있다. 주민들이 승인처분과 관련하여 갖고 있는 환경상 이익은 단순히 환경공익보호의 결과로서 국민 일반이 공통적으로 갖게 되는 추상적·

353) 대판 1998. 9. 22. 97누19571. 이에 대한 평석으로 윤강열, “환경영향평가와 인근주민의 원고적격”, 재판 실무연구, 1999, 광주지방법원, 463~491면 참조.

평균적·일반적 이익에 그치지 않고 환경영향평가 대상지역 안의 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익이라고 보아야 한다. 따라서 직접적이고 중대한 환경침해를 받게 되리라고 예상되는 환경영향평가 대상지역 안의 주민에게는 승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다. 그러나 환경영향평가 대상지역 밖의 주민·일반국민·산악인·사진가·학자·환경보호단체 등의 환경상 이익이나 전원개발사업 구역 밖의 주민 등의 재산상 이익에 대해서는 근거법률에 개별적·구체적·직접적 이익으로 보호하려는 내용 및 취지를 가지는 규정을 두고 있지 아니하므로, 이들에게는 이익침해를 이유로 전원개발사업 실시계획승인처분의 취소를 구할 원고적격이 없다.

(5) 영광원자력발전소 사건<sup>354)</sup>

1) 사안의 개요

한국전력공사는 영광원자력발전소 5·6기 건설사업을 시행하기 위하여 피고 과학기술처 장관으로부터 원자로 및 관계시설의 건설부지로 확정하고 그곳에 굴착·무근콘크리트 공사 등의 사전공사를 할 수 있도록 하는 내용의 부지 사전승인처분을 받았다. 이 부지 인근 주민인 원고들이 원전냉각수 순환시 발생하는 온배수로 인한 해양환경침해를 이유로 사전승인처분의 취소를 구하였다.

2) 판결의 요지

원자력법 제12조 제2호의 취지는 방사성물질에 의하여 보다 직접적이고 중대한 피해를 입으리라고 예상되는 지역내 주민들의 이익을 직접적·구체적 이익으로 보호하려는 데에 있다. 지역내 주민들에게는 방사성물질 등에 의한 생명·신체의 안전침해를 이유로 사전승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

원자력법 제12조 제3호의 취지와 원자력법 제11조의 규정에 의한 원자로 및 관계시설의 건설사업을 환경영향평가대상으로 규정하고 있는 구 환경영향평가법규정의 내용을 종합하여 보면, 환경영향평가법 제7조에 정한 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 방사성 물질 이외의 원인에 의한 환경침해를 받지 아니하고 생활할 수

354) 대판 1998. 9. 4, 97누19588. 이에 대한 평석으로 김남진, “원자로 시설부지 사전승인과 법적 문제”, 「법제」 제494호, 1999. 2, 20~33면.

있는 이익도 직접적·구체적 이익으로서 그 보호대상으로 삼고 있다고 보인다. 환경영향평가 대상지역 안의 주민에게는 방사성 물질 이외에 원전 냉각수 순환시 발생되는 온배수로 인한 환경침해를 이유로 사전승인처분의 취소를 구할 원고적격도 있다.

#### (6) 관례에 대한 검토

새만금 판결 등은 환경영향평가 밖의 주민도 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에 그 입증만 하면 법률상 이익을 인정할 수 있다고 하였다. 이들 판결이 대체로 지지를 받는 이유를 보면 첫째, 지금까지 대법원이 정면으로 인정하지 않았던 ‘인근 주민의 환경이익’을 법률상 이익으로 인정하기 시작하였다는 것이고, 둘째 법률상 이익여부를 판단하는 기준이 되는 법률을 처분의 근거법령, 즉 처분이 발하여질 수 있는 근거가 된 수권법령 뿐만 아니라 환경영향평가법과 같은 관계법령까지도 포함하는 것으로 보았다는 것이다.<sup>355)</sup> 즉 비경제적인 환경이익을 법률상 이익으로 인정하였고, 법률상 보호되는 이익 여부의 판단의 근거가 되는 근거법령의 범위를 처분의 절차나 과정에 관련된 법령에까지 확대시켰다는 것이 특징이다.

일부 판결의 경우 실질적으로는 법적으로 보호가치 있는 이익설을 취한 것으로 보는 견해도 있다.<sup>356)</sup> 이 판결들이 외형상으로는 독일식의 보호규범이론을 따르고 있으나, 원고들이 본안의 위법사유로 문제된 법령규정들에 의하여 부여된 법률상 이익 내지 공권이 침해되었음을 주장하는가 여부는 문제삼지 않고, 단지 관련 법령들을 열거하면서 그 규정들의 사익보호성을 검토하고 있다는 점에서 취소소송의 구조면에서 볼 때 독일과 우리나라의 차이점을 정확하게 반영하고 있다고 한다.<sup>357)</sup>

비판도 제기되고 있다. 이 판결들은 첫째, 법률상 이익 여부를 판단하는 근거가 되는 근거법령을 결정할 기준에 대한 설명이 없다. 둘째, 근거 법률에 있는 환경배려조항이 인근주민의 이익을 법률상 이익으로 보호하는 것인지 여부를 판단할 실질

355) 조홍식, “분산이익소송에서의 당사자적격”, 『관례실무연구 IV』, 비교법실무연구회, 박영사, 2000, 440면.

356) 박정훈, “환경위해시설의 설치가동 허가처분을 다루는 취소소송에서 인근 주민의 원고적격”, 『관례실무연구 IV』, 비교법실무연구회, 박영사, 2000, 498면.

357) 박재완, 전계논문, 215면.

적인 기준에 대한 아무런 언급이 없다. 셋째, 원고적격 문제의 원리·이념에 대한 기본관에 대한 아무런 언급이 없다는 것이다.<sup>358)</sup>

#### 4. 환경영향평가 대상지역의 설정과 원고적격 부여

##### (1) 대상지역 설정의 문제점

환경영향평가의 공간적·시간적 범위선정은 지역환경 현황, 개발사업의 특성, 오염원의 종류, 오염물질의 발생량, 성상 및 확산범위 등을 고려하여 결정되어야 한다. 공간적 범위를 너무 광범위하게 설정하거나 시간적 범위를 너무 장기적으로 설정할 경우 환경영향평가자에게 시간적·경제적 부담을 주게 되고 그 범위를 너무 작게 잡으면 합리적이고 실질적인 환경영향을 평가할 수 없게 된다.<sup>359)</sup>

환경·교통·재해등에 관한 영향평가법 제31조(환경영향평가 대상지역)는 환경영향평가는 대상사업의 시행으로 환경영향을 받게 되는 지역으로서 환경영향을 과학적으로 예측·분석한 자료에 의하여 범위가 설정된 지역에 대하여 실시하여야 한다는 원칙적인 사항을 규정하고, 환경영향평가서 작성 등에 관한 규정 별표 4(평가서 기재요령)에서 항목별로 현황조사의 범위와 영향예측의 범위를 상세히 설명하고 있다.

환경영향평가 대상지역의 설정은 단순히 환경영향평가가 실시되는 지역적 한계를 설정한다는 차원에서뿐만 아니라 환경법상 권리구제의 측면에서도 매우 중요한 의미를 가진다. 그럼에도 불구하고, 환경영향의 종류에 따라 과학적인 예측·분석이 현실적·기술적으로 어려운 경우가 많다. 예를 들어, 사회경제적인 환경영향의 경우에는 사회경제 현상을 과학적으로 예측·분석하기 어렵기 때문에 사업지구를 포함하는 시 또는 군을 영향지역으로 하고, 사업규모가 클 때는 인접 시나 군까지를 포함하는 지역을 조사대상 지역으로 정하는 경우가 있다. 조사대상 지역의 범위도 원론적으로 정한 것이 많고, 구체적으로 정한 것(예를 들어 육상동식물의 경우 사업대상지역의 장축길이의 2배 면적)도 그 과학적인 근거가 의심스러운 경우가 많다.<sup>360)</sup>

환경영향평가 대상지역 선정을 사업자가 맡는다는 것도 문제다. 사법심사의 범위

358) 조홍식, 상계논문, 442면.

359) 김영화, 「최신 환경영향평가론-이론·기법·실무」, 신광출판사, 2001, 47면.

360) 김동욱, 전계서, 114면.

가 사업자의, 그것도 예비적인 조사에 기초한 대상지역 선정에 의하여 좌우된다는 것은 적절하지 않다고 생각된다.<sup>361)</sup> 그동안 환경영향평가제도를 운영하면서 나타난 문제점 중에서도 대상지역 선정 관련이 많이 지적된다. 환경부의 환경영향평가제도 개선 세미나에서는 제도 운영상의 미숙, 평가대행자의 전문성 및 책임성 부족, 현지 조사 없는 평가서 작성, 평가서 허위 작성, 객관성이 떨어지고 부실한 평가서, 주변 환경영향 유발요소 미고려, 사업의 특성을 무시한 획일적 평가 등이 주요 문제점으로 제기됐다.<sup>362)</sup>

## (2) 대법원의 진일보한 입장

세만금 판결은 환경영향평가 대상지역 안과 밖의 주민으로 구분해 법률상 이익 여부를 인정하던 기존 입장에서 벗어나 “환경영향평가 대상지역 밖의 주민도 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다”고 하여 원고적격 범위를 확대하려는 시도를 보여주고 있다. 이러한 판례의 입장은 2010년 4월 15일 물금 취수장 공장설립 사건<sup>363)</sup>에서 다시 확인되고 있다. 이 사건에서 대법원은 “환경 영향권 밖의 주민들은 당해 처분으로 인하여 그 처분전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있다는 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있음을 증명하여야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격이 인정된다”고 하였다.

대법원은 이에 앞서 쓰레기소각장입지지역결정고시 취소청구사건<sup>364)</sup>에서도 “폐기물소각시설의 부지경계선으로부터 300m 밖에 거주하는 주민들도 소각시설 설치사업으로 인하여 사업 시행 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있을 경우, 폐기물처리시설의 설치·운영으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 처분의 무효확인을 구할 원고적격을

361) 박재완, “환경소송에서의 원고적격”, 「재판자료 제94집 환경법의 제문제(상)」, 법원도서관, 2002, 216면.

362) 이무춘, “환경영향평가서의 공정성과 객관성 확보방안”, 환경영향평가제도 개선을 위한 세미나, 환경부/환경정책평가연구원, 2000. 4. 7.

363) 대판 2010. 4. 15, 2007두16127.

364) 대판 2005. 3. 11, 2003두13489.

인정받을 수 있다”고 판시하였다. 즉 소각시설을 설치하려는 사업으로 인하여 중대한 환경상의 침해를 입을 것이 예상되는 직접영향권 내의 주민과 폐기물소각시설의 부지경계선으로부터 300m이내의 간접영향권 내의 주민이 모두 법률상 이익을 가진 것으로 인정하고 있을 뿐만 아니라, 간접영향권을 벗어나는 300m 밖의 주민들도 수인한도를 넘는 환경피해를 입었거나 입을 우려가 있다는 입증만 하면 법률상 이익을 인정한다는 것이다.

이 판례들은 환경영향평가대상지역 안 주민의 원고적격은 인정하고, 대상지역 밖 주민들의 원고적격은 부정해오던 기존 판례보다는 진일보한 것으로 평가된다. 그러나 이 판례들도 원고적격의 문제를 입증책임 전환의 문제로 해결하는 오류를 범하고 있다는 점에서 한계를 지니고 있다. 원고적격은 소송을 제기할 수 있는 당사자적격의 문제로서, 적어도 법률상 이익, 즉 개인적 공권이 침해되는 것을 전제로 한다. 개인적 공권이 침해되었을 경우에 제소권이 발생한다는 것이다. 그러나 개별법령 규정에서 도출할 수 없는 개인적 공권을 입증책임의 전환으로서 해결하려는 것은, 입증책임의 곤란에 따른 원고적격의 부인으로 이어질뿐 아니라,濫訴의 문제를 야기할 수도 있다.<sup>365)</sup> 새만금 판결 역시 환경영향평가 대상지역 밖의 주민의 원고적격이 부인된 사례이다. 이를 종합해보면 대법원이 환경영향평가 대상지역 안과 밖을 기준으로 원고적격 여부를 판단하는 기본 입장을 완전히 바꾸지는 않은 것으로 판단된다.

### (3) 원고적격 인정기준의 문제점

대법원이 원고적격이 인정되는 인근주민의 범위를 환경영향평가대상지역 내외로 명확하게 구별하고 있다는 것은 앞에서 본 바와 같다. 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 원고적격을 인정받는 이유는 그 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되기 때문이다. 여기서 ‘환경영향평가대상지역 안’이라는 부분은 실질적인 기준인 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는, 즉 직접적이고 중대한 환경피해의 우려의 징표에 지나지 않는다 할 것이다. 환경영향평가대상지역 안의 주민이라면 직접적·구체적 이익이 침해될 것으로 추정하는 것으로

365) 정남철, 전계논문, 250면.

보는 견해<sup>366)</sup>는 이 판결들이 원고적격을 인정함에 있어서 사용한 실질적인 기준이 직접적이고 중대한 환경피해의 우려이고, 환경영향평가지역은 그 실질적 기준의 적용상 특히 입증의 편의를 위한 대응물임을 사실상 인정하는 것이라고 할 것이다.<sup>367)</sup>

더구나 환경영향평가대상지역 그 자체는 환경영향평가의 실시에 앞서 환경영향평가의 실시자인 사업자나 환경영향평가 대행자가 스스로 환경영향평가가 필요하다고 정한 지역에 지나지 않는 것이므로, 직접적이고 중대한 환경피해의 우려가 있는 지역과 환경영향평가대상지역이 상호 일치하지 아니할 가능성은 얼마든지 있는 것이다. 따라서 직접적이고 중대한 환경피해의 우려를 주장하는 자들은 비록 환경영향평가대상지역 밖에 거주하더라도 원고적격을 인정받아야 할 것이다. 환경영향평가대상지역 안의 주민 중에서도 현실적으로 전혀 피해를 입거나 입을 가능성이 없는 사람이 있을 수 있고, 비록 지역 밖의 주민의 경우일지라도 실제 피해가 예상될 수 있기 때문에 사법심사를 받을 필요가 있다고 판단되는 사람이 존재하는 것이다.<sup>368)</sup>

그럼에도 불구하고 대법원 판결들이 환경영향평가대상지역 밖의 주민들의 경우는 원고적격을 인정받을 여지가 없는 것으로 판시한 것은 한편으로는 원고적격의 인정범위를 한정하려는 기본의도와 아울러, 손쉽게 운용할 수 있는 기준을 마련할 필요성 때문이기도 하겠지만, 근본적으로는 근거법률에 집착하는 법률상 보호되는 이익설의 틀을 유지하고자 하는 고심의 결과로 해석된다.<sup>369)</sup>

#### (4) 사건

환경영향평가대상지역 밖의 주민이나 일반국민, 산악인, 사진가, 학자, 환경보호단체 등의 환경상 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로서 국민일반이 공통적으로 갖는 추상적·평균적·일반적 이익에 그치므로 원고적격이 없다는 것이 대법원의 기본적인 입장이라 하겠다. 이 때문에 환경영향평가대상지역의 설정은 단순히 환경영향평

366) 김동진, “환경행정소송과 지역주민의 원고적격”, 「행정관례연구회 V」, 한국행정관례연구회편, 서울대학교 출판부, 2000, 212면.

367) 박재완, 전계논문, 216면.

368) 조홍식, 전계논문, 458면.

369) 박재완, 상계논문, 217면.

가가 실시되는 지역적 한계를 설정한다는 차원에서 뿐만 아니라 주민들에게 대상사업에 대한 승인처분을 다룰 수 있는 원고적격을 인정할 수 있는지 여부를 좌우하고 있다.

그러나 원고적격이 인정되는 인근주민의 범위를 명확하게 구별하는 태도는 타당하지 않다고 본다. 그 이유로서는 첫째, 환경영향평가 대상지역은 행정기관이나 지역주민이 아니라 환경영향평가 실시자인 사업자나 환경영향평가 대행자가 스스로 설정한 지역에 지나지 않는다. 직접적이고 중대한 환경피해의 우려가 있는 지역과 환경영향평가 대상지역이 상호 일치하지 않을 가능성은 얼마든지 생겨날 수 있다. 둘째, 환경영향평가 대상지역 안에 사는 주민인지 여부는 법원이 원고적격을 따지는 기준의 적용상 입증의 편의 차원에서 제시하는 일종의 대응물로 보여진다. 현실적으로 환경영향평가대상지역 안의 주민 중에서도 피해를 입을 가능성이 없는 사람이 있을 수 있고, 환경영향평가대상지역 밖의 주민 중 피해를 입는 주민이 존재할 수도 있다. 셋째, 환경영향평가 대상지역의 설정에 관한 환경영향평가서 작성 등에 관한 규정은 단순히 과학적으로 예측 분석하여 설정한다는 추상적 규정만 두고 있다. 환경영향평가서 작성 등에 관한 규정의 애매모호성으로 인하여 정확하고 구체적인 대상지역의 설정이 기술적으로 한계가 많을 것으로 판단된다.

이에 따라 우선 환경영향평가 대상사업의 범위를 확대하는 입법적인 보완조치가 요구된다. 또 환경행정소송의 원고적격에 관한 법이 보호하는 이익의 범위를 판단함에 있어서는 헌법규범까지를 고려하여 판단하는 대법원의 변화된 모습이 요구되며, 궁극적으로는 환경오염 피해자가 환경권에 의거하여 행정소송을 제기하는 길을 열어주는 방향의 전환이 필요하다 하겠다.

## 5. 독일의 제3자 고려명령이론에 대한 검토

### (1) 제3자 고려명령이론의 의의

독일에서는 1970년대 중반부터 보호규범론의 한계를 극복하기 위해 제3자의 주관적 공권을 확대시키기 위한 노력의 하나로 제3자 고려명령이 학설과 판례의 주목을 받고 있다. 제3자 고려명령은 주관적 공권의 성립에 있어서 개별법규범에 마땅

히 규정되어야 할 제3자 보호규정이 흠결되는 경우에 기본권의 직접 적용을 주장하는 방법보다 제3자 보호를 위하여 개별법규범을 최대한 헌법합치적·목적론적으로 해석하여 권리구제의 흠결을 보완하자는 것이다. 제3자 고려명령의 내용은 건축허가를 부여함에 있어서 법을 해석·적용하는 자는 반드시 주위 隣人들의 보호가치 있는 이익을 고려해야 하며 건축허가로 인하여 상당히 보호가치 있는 제3자의 법적 이익이 직접적으로 침해되는 경우에는 그러한 건축허가가 허용될 수 없다는 것이다. 즉 개별법 규범에서 당연히 보호되어야 할 제3자의 이익이 법규정의 흠결로 보호되지 않는 경우에는 제1차적으로 제3자의 보호를 위한 법규범의 헌법 합치적·목적론적 해석을 통하여 그 흠결을 보충하고, 법규범의 해석을 통해서도 소기의 목적을 달성할 수 없어서 제3자의 생명·신체·환경상의 중대한 법익이 침해당하는 때에는 마지막 방법으로 헌법상 기본권조항이 직접 적용되어야 한다는 것이다.

제3자 고려명령에 대해서는 법에 명문의 규정이 존재하지 않음에도 불구하고 해석을 통하여 제3자를 보호한다면 이는 전통적인 주관적 공권이론과 보호규범론의 전면적인 파기를 의미할 뿐만 아니라 입법의 의사보다는 행정 및 사법의 의사를 일방적으로 우월시 함으로써 그들이 입법기능까지 행사하는 결과를 초래하고 있다는 비판이 있다.<sup>370)</sup>

## (2) 건축법 분야

독일에 있어서 건축법상 隣人의 보호 및 인인소송에 관한 문제는 지난 30년간 특히 연방행정법원의 관례를 통하여 크게 부각됨으로써 건축법관계가 건축주와 隣人간의 단순한 사법관계가 아니라 건축주, 인인과 더불어 행정청이 포함되는 공법관계임이 분명해지게 되었다.<sup>371)</sup> 그럼에도 불구하고 오늘날까지도 과연 어떠한 경우에 행정청이 건축주에 대한 건축허가 부여로 인하여 행정법원법 제42조 제2항과 제113조 제1항에 규정되고 있는 인인의 주관적 공권이 침해되는가에 대하여 극심한 견해차를 보이고 있고 행정법원법 또한 법이론적으로 일관된 태도를 보이고 있

370) Redeker, Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme. Deutsches Verwaltungsblatt. 1984. S. 870ff. 황보 완, 전계논문, 76면에서 재인용.

371) R. Wahl, Der Nachbarschutz im Baurecht, Juristische Schulung, 1984, S. 577ff; 황보 완, 전계논문, 77면에서 재인용.

지 못하다. 건축허가의 법적구조를 관찰해보면 건축주는 건축허가를 통하여 적법한 건축행위를 할 수 있기 때문에 그에게 건축허가는 법적효과 면에서 수익적 행정행위에 해당하지만 건축주와 인인관계에 있는 제3자의 입장에서는 건축행위로 인한 소음의 발생, 일조권 침해의 가능성 기타 생활의 불편 등이 야기될 수 있으므로 부과적 행정행위에 해당한다. 특히 제3자효적 행정행위는 오늘날 행정작용이 다양화됨에 따라서 건축법 분야 뿐만 아니라 환경법 분야, 경제행정법 분야에까지 확대되어 이러한 영역에서 제3자 보호의 문제들을 발생시키고 있다.<sup>372)</sup>

제3자 고려명령의 핵심내용은 건축주와 隣人 상호간에 이익이 조화될 수 있는 해석방법을 모색하는데 있다고 볼 수 있다.<sup>373)</sup> 제3자 고려명령이론은 결국 주관적 공권의 성립에 있어서 개별규범에 마땅히 규정되어야 할 제3자 보호규정이 흠결되는 경우에 기본권의 직접 적용을 주장하는 성급한 방법보다는 제3자 보호를 위하여 개별법규범을 최대한 헌법합치적·목적론적으로 해석하여 권리구제의 흠결을 보완하고자 하는 노력으로 평가되고 있다. 이를 통해 정리해보면 원칙적으로 행정처분의 상대방이건 그와 직접적인 관계가 없는 제3자이건 그들에게 주관적 공권이 성립하기 위해서는 개별법규범에 그들의 이익을 보호하는 명시적인 규정이 필요함을 알 수 있다.

### (3) 환경법 분야

환경분쟁과 관련된 행정소송의 대부분은 처분의 직접 상대방이 아니라 처분에 의해 피해를 입은 제3자가 제기하므로 이미 건축법 분야에서 논의된 제3자를 보호하기 위한 보호규범론, 제3자 고려명령론, 기본권의 사후적 적용론은 환경법의 영역에 있어서도 동일하게 적용된다. 독일 연방행정재판소 또한 많은 시행착오를 거치면서 판례를 통해서 보호규범론을 환경법 영역에 있어서 제3자를 보호하기 위한 원리로 정착시켰다.<sup>374)</sup>

372) 김성수, 전제논문, 71면.

373) Dürr, Das Gebot der Rücksichtnahme eine Generalklausel des Nachbarschutzes im öffentlichen Baurecht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1985, S.719ff; 황보 완, 전제논문, 79면에서 재인용.

374) Kloepfer, Rechtschutz im Umweltschutz, VerwArch, 76(1985), S.371FF(382); 천명은, “항고소송의 원고격에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 석사학위논문, 2006, 49면에서 재인용.

보호규범론과 제3자 고려명령에 의하여 제3자 보호를 위한 목적이 달성되기 어려운 경우에 환경법분야에서도 역시 기본권의 직접 적용이 문제될 수 있는데 이 문제와 관련하여 주목할 만한 사안이 1982년 12월 1일의 연방행정재판소 판결이다.<sup>375)</sup> 이 사건에서 연방행정재판소는 “허가처분의 근거가 된 배출법 제2조 제2항의 목적, 내용, 기타 법체계들을 종합적으로 고려해 볼 때 이 규정은 전적으로 해양의 합법적 이용과 같은 중대한 공익의 보호를 그 목적으로 하고 있기 때문에 제3자 보호는 인정될 수 없다”고 하면서 동시에 연방행정재판소가 건축법 분야에서 발전시킨 제3자 고려명령도 적용할 여지가 없다고 판시하고 있다. 그럼에도 불구하고 연방행정법원은 배출허가가 배출법 제2조 제2항에서 규정하고 있는 허가요건에 위배되고 그로 인하여 어업으로 생계를 유지하는 어부가 생업의 기반을 상실하고 영업활동의 마비를 가져오는 경우에는 제3자 보호가 가능하다는 입장을 보이고 있다. 이 판결의 의미를 분석해 보면 일정한 행정작용의 결과 제3자에게 가해진 모든 침해작용이 그를 위한 주관적 공권을 성립시키는 것은 아니지만 행정청의 허가처분과 재산권의 내용으로서 기존에 확립된 어부의 영업활동에 대한 침해의 직접성이 인정될 수 있는 한 개별법규범의 침묵에도 불구하고, 환경법 영역에 있어서도 역시 기본권에 의한 제3자 보호가 가능하다<sup>376)</sup>는 점을 확인할 수 있다는 것이다.

## 第2節 集團訴訟制度 導入에 의한 原告適格의 擴大

### 1. 우리나라의 집단환경분쟁 사례

환경관련 집단분쟁은 환경피해를 주장하거나 환경피해를 우려하는 피해자 내지 당사자의 숫자가 대규모일 경우를 말한다. 환경 관련 집단분쟁은 환경오염원과 환경피해간의 인과관계 증명의 어려움, 피해의 광역화, 피해의 잠복성 등의 특성으로 인하여 단순한 손해의 증명이나 손해배상액의 산정 문제에 국한되지 않고 심각한 사회적 갈등을 야기하게 된다. 현대사회는 산업화, 도시화가 실현되고 국가가 수행

375) BVerwGE 66, 307. 이 사건은 행정청이 한 업자에게 배출법(Einbringungsgesetz) 제2조 제2항에 따라 독일의 북해에 오염물질을 방류할 수 있는 허가처분을 하자 게잡이 어부가 배출허가처분의 위법성과 자신의 권리침해를 이유로 그 처분의 취소를 구하게 된 것이다.

376) 김성수, 전계논문, 79면.

하는 대규모 사회기반시설 건설사업은 물론이고 기업에 의한 산업시설의 건설과 가동에 따르는 환경오염 상당수가 집단 환경분쟁으로 전개되는 양상을 보이고 있다.

우리나라의 경우도 예외는 아니다. 현재 진행중인 4대강 정비사업을 비롯 1990년 대구 폐놀 방류사건, 1995년 여천 유조선 기름유출 사건, 시화호 매립사건, 부안 핵폐기물처리장 건설사업 추진(2003~2005년)과 관련된 부안 주민들의 집단민원발생 등 적지 않은 집단환경분쟁으로 갈등을 겪으며 사회적 비용을 지출해왔다. 경부고속철도 천성산 통과구간 터널 공사(2003~2006년), 사패산 터널공사(2001~2003년), 새만금 간척사업(2001~2006년) 등도 주요 집단환경분쟁 사례로 꼽힌다.

#### (1) 4대강 정비사업

한반도 대운하는 2006년 이후 찬반양론으로 심각한 국론 분열을 야기하고 있으며, 4대강 살리기 사업으로 이름이 바뀐 2008년 이후에도 여야 정책 대립의 핵심적 사안으로 자리잡고 있다.

4대강 정비사업에 투입되는 예산은 22조원대에 이른다. 그러나 운하반대전국교수모임은 최근 낙동강과 한강을 대상으로 4대강 사업비용 편익을 분석한 결과 편익대 비용의 비율이 0.16~0.23으로 나타났다고 밝혔다. 이는 4대강 사업에 100원을 투자했을 때 최소 16원, 최대 24원만을 얻을 수 있다는 의미다. 이 분석에 따르면 4대강사업은 총편익에서 총비용을 뺀 경우 최소 8조6000억원에서 최대 10조2800억원의 적자가 나는 것으로 나타났다.<sup>377)</sup> 다수의 환경단체들도 4대강 살리기 사업이 하천 생태계를 파괴한다며 다양한 방법의 반대운동을 벌이고 있다.

법률적 다툼도 진행되고 있다. 대학교수, 일반시민, 환경단체 회원 등으로 구성된 '4대강 살리기 위헌·위법 국민소송단' 1만여명은 2009년 11월 26일 서울행정법원(한강)과 부산(낙동강) 대전(금강) 전주(영산강)지법에 각각 국토해양부장관, 부산국토관리청장, 한국수자원공사 등을 상대로 일명 낙동강 소송(하천공사 시행계획 및 실시계획에 대한 취소소송 및 효력정지 가처분신청)을 제기했다. 환경영향평가 협의내용을 실시계획에 반영하지 않은 상태에서 공사를 추진하는 것은 하천법과 환경

377) 경향신문 2010. 9. 15.

영향평가법을 위반한 처사라는 것이 소 제기 이유다.

4대강 사업은 그동안 수자원 장기종합계획이나 유역종합치수계획 등 4대강과 관련된 상위계획에 없었으나 이명박 대통령 공약사업이던 한반도 대운하가 국민적 저항에 부딪히자 2008년 12월 4대강 살리기 사업으로 이름을 바꿔 추진하고 있다. 이 사업이 무리하게 추진된다는 것은 그동안 함안보에서 나타난 침수문제와 보수 위 조절, 금강보 건설현장에서의 물고기 수천마리 떼죽음, 안동 하회보의 계획과 폐기, 집중호우시 홍수 위험, 준설로 인한 발암성 물질 추출 등에서 속속 확인되고 있다.<sup>378)</sup>

국토해양부 4대강 살리기 추진본부는 2010년 7월말 현재 4대강 전체 공구의 평균 공정률은 22.4%로 나타났다고 밝혔다. 4대강 사업은 16개 보를 쌓고 5억2100만<sup>3</sup>m<sup>3</sup> 가량의 강바닥을 퍼내는 것이 주된 사업이다.<sup>379)</sup>

4대강 살리기는 엄청난 예산이 투입됐음에도 불구하고 국론분열과 사회갈등 표출로 집단환경분쟁의 대표적 사안으로 자리매김되고 있다. 엄청난 환경오염이 우려되는 초대형 국책사업에 따른 환경분쟁이 합리적으로 해결되지 못하는 것은 현행 소송제도 아래서 이를 사전에 예방할 수 있는 수단이 없었기 때문으로 생각된다.

## (2) 태안 허베이 스피리트호 기름유출 사고

이 사건은 2007년 12월 7일 인천에서 거제로 가던 삼성중공업 소속 크레인 부선이 태안 앞바다에 정박중이던 대형유조선 허베이 스피리트호와 충돌, 유조선에 실려있던 원유 약 7만8000배럴이 바다로 유출되어 서해안 일대를 크게 오염시킨 우리나라 사상 최악의 환경재난이다. 해안선 375km, 육지 70.1km가 오염됐고, 태안을 비롯한 충남·전남북 지역 11개 시군이 피해를 입었다.

유류오염 피해주민들은 아직도 보상을 제대로 못받고 있다. IOPC펀드(국제유류오염보상기금)의 손해 배·보상 지연에 따라 주민들이 어려움을 겪고 있는 것이다. 정부는 2008년 2월 허베이 스피리트호 유류오염사고 피해주민의 지원 및 해양환경의 복원 등에 관한 특별법을 제정해 주민피해보상과 복구지원에 나서고 있지만 아직까

378) 경향신문 2010. 8. 8. 변창흠 세종대 교수 시론에서 인용.

379) 경향신문 2010. 8. 2.

지 보상이 원활하게 이뤄지지 않아 주민들의 원성이 큰 실정이다. 지금까지 배상·보상이 안 되는 이유는 IOPC펀드의 절차 때문이다. IOPC펀드의 엄격한 사정절차 진행으로 인과관계가 부족하거나, 증거자료가 불충분한 청구는 보상받지 못한다. 객관적 피해를 입증하기 위해 사고 전 3년간 번 돈의 평균금액과 사고 뒤 1년 동안 수입의 차를 계산해야 한다. 굴을 양식하는 태안 어민 1544가구 가운데 65%인 1013가구가 무허가라 피해배상과 보상이 어려운 실정이다.<sup>380)</sup> 청구가 이뤄진다 해도 청구 건수와 액수가 많아 사정에 긴 시일이 필요하다.

이 사건 역시 보상이 조기해결되지 않고 장기화되고 있으며 집단분쟁이 가속화될 소지가 커서 제도권 내의 합리적 해결을 위한 집단소송의 길이 마련될 필요가 제기된다.

### (3) 사건

환경이익은 일반적 이익이거나 집단적 이익인 경우가 많다. 행정소송법 제12조의 법률상 이익을 대법원 판례와 같이 법률상 보호되는 이익으로 보는 한 이러한 이익을 침해당한 개인에게 항고소송을 제기할 원고적격을 인정할 수 없게 된다. 개인의 권리보호에 중점을 둔 우리나라의 현행 행정소송제도는 집단적 이익이 문제로 되는 경우 그 한계를 노출하게 된다. 이러한 이익도 법적으로 보호되어야 한다면 집단소송은 이를 달성하기 위한 하나의 유효한 기법이라고 말할 수 있다. 환경관련 집단소송은 환경오염을 초래할 행정결정에 대한 항고소송이나 환경피해구제를 위한 민사소송 등에서 다중의 소송참가자가 참가하는 소송형태를 총칭한다.

선진외국의 다수는 개인의 법적 이익의 침해를 요건으로 하는 통상의 행정소송으로는 환경이익을 충분히 보호할 수 없다는 인식하에 집단소송을 도입하여 환경행정에 대한 사법적 통제를 강화하고 있다.<sup>381)</sup> 처음에는 단체소송에 회의적인 의견이 많던 독일에서도 자연보호의 영역에서는 환경단체의 참가권을 법정하여 참가권의 침해에 대한 소송(참가소송)이나 자기의 법적이익의 침해를 요건으로 하지 않는 공익적(이타적) 단체소송을 인정하고 있다. 우리나라의 경우 집단환경분쟁과 관련 이

380) 서울신문 2008. 5. 13.

381) 박균성, “환경침해의 공법적 구제”, 「행정법연구」 제6호, 2000, 56면.

러한 집단소송은 인정되지 않고 있다. 다만 환경오염피해로 인한 사인간의 분쟁을 조정해주는 환경분쟁조정절차에 1997년부터 환경단체의 조정신청제도를 두고 있을 뿐이다.<sup>382)</sup> 본 논문은 독일 환경법에서의 참가소송 및 공익적 단체소송과 독일 州 자연보호법상의 환경단체의 원고적격에 초점을 맞춰 우리나라 환경단체에도 환경소송상 원고적격을 부여할 수 있는지를 검토하고자 한다.

## 2. 집단소송에 관한 외국의 입법례

### (1) 집단소송의 입법 양태

우리나라에서 집단소송은 독일의 단체소송(Verbandeklage) 또는 미국의 집단소송(Class Action·Citizen Suit) 등의 용어로 혼용하여 사용하고 있다. 여기서 단체소송이란 어떤 법인체 또는 기구가 나서서 사원의 이익을 위하여 소를 담당하는 것이었는데, 점차 사원 이외의 자를 위해서도 소송수행이 가능하도록 확대된 소송유형이고, 집단소송은 개인 또는 몇몇의 이해관계자가 나서서 소송을 수행하되, 그 소송물의 성질로 인하여 이해관계인의 범위를 수소법원이 결정하여 정하는 것이다.<sup>383)</sup>

집단소송과 관련 여러 국가들이 여러 형태의 집단소송제도를 입법화하고 있다. 스웨덴은 법원에 대하여 자연 환경에 유해한 활동의 정지 청구를 얻기 위해서 제소하는 원고적격은, 단순히 행정기관에 대해서뿐만 아니라 사적 개인에 대해서도 간접적인 권리의 침해의 경우까지 인정하고 있다. 영미법계 국가의 경우에는 집단이익의 수호를 위해 정부기관이 직접 나서서 국가의 관련자소송(Relator Action)이 있다. 또 뉴질랜드의 경우는 법무부장관이 공익의 대표자로서 직권이나 관련자 신청에 의해 소송을 제기할 수 있는 관련자소송이 있다. 프랑스에 있어서 단체소송은 환경단체 등 사단이 그 정관에서 정하는 사단의 이익이 침해된 경우에 그러한 이익

382) 환경분쟁조정법 제26조 제1항; 다음 각호의 요건을 갖춘 환경단체는 중대한 자연생태계파괴로 인한 피해가 발생하였거나 발생할 위험이 현저할 경우에는 위원회의 허가를 받아 분쟁당사자를 대리하여 위원회에 조정을 신청할 수 있다.

1. 민법 제32조의 규정에 의하여 환경부장관의 허가를 받아 설립된 비영리법인일 것
2. 정관에 의하여 환경보호 등 공익의 보호와 증진을 목적으로 하는 단체일 것
3. 기타 대통령령이 정하는 요건에 해당할 것.

383) 설계경, “환경관련 집단소송제도에 관한 입법론적 고찰”, 「법제논단」 2006. 2, 법제처, 23면.

을 침해하는 행정행위를 다룰 원고적격을 갖는다. 즉 사단은 그가 담당하는 집단적 이익을 옹호하기 위하여 소송을 제기할 자격을 갖는다. 그러나 사단이 추구하는 목적을 벗어나는 이익을 옹호하기 위한 소송은 인정되지 않는다. 또 일반적인 목적을 갖는 사단은 특수한 행위에 대하여 소송을 제기할 자격이 없다. 영국의 대표당사자 소송은 공통쟁점선택방식과 개별쟁점방식의 선도소송을 도입하고 있다는 점에 특징이 있다. 이에 따라 집단분쟁의 일관적이고 빠른 해결을 기도한다.<sup>384)</sup>

이중 우리나라 집단소송 제도 도입에 시사점이 크다고 생각되는 미국과 독일 및 일본의 집단소송제도에 관하여 살펴본다. 그러나 본 논문은 행정처분의 위법성 여부를 다투는 원고적격 문제를 대상으로 하고 있는 만큼, 법규위반행위 해소에 중점을 두는 미국의 시민소송과 같은 경우는 논리전개상 검토 필요성이 없다고 생각된다. 다만 시민소송은 미국 환경소송에 있어 유연한 원고적격 확대의 사례를 보여주고 있기 때문에 간략하게 검토한다.

## (2) 미국의 대표 당사자 소송과 시민소송

### 1) 대표당사자 소송

#### 가. 의의

대표 당사자 소송은 공통의 이익을 가진 집단의 1인 또는 수인이 그 구성원을 위해 제소하거나 피소될 수 있는 소송형태를 말한다.<sup>385)</sup> 많은 개인들이 각자별로 경미하게 피해를 당하였지만, 소송을 제소하고자 할 때, 소송비용을 아끼기 위하여 법이 허용하는 한 그들의 주장을 한데 묶어 소송을 제기할 수 있는데 이를 Class Action이라 한다.<sup>386)</sup> 여기서 집단 또는 群(Class)이라는 것은 특정한 조직을 가진 단체를 의미하는 것이 아니라 불량한 제조물로 인하여 손해를 받은 다수의 소비자나 환경피해로 인한 주민 등과 같이 단순한 공통적인 이해관계인의 집합을 말한다.

대표당사자 소송은 이렇게 볼 때 우리 민사소송법상의 선정당사자제도와 유사하

384) 권혁제, “영국의 집단소송제도”, 「저스티스」 통권 76권, 2003, 147면.

385) Steven H. Gifis, Law Dictionary, New York : Barron's, 1991, p. 74.

386) 한창규, “미국의 환경소송제 개관”, 「성균관대학교 사회과학연구소」 제21권, 1983, 222~223면.

다. 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 수행한다는 것이 가능하고 그 판결의 효력도 구성원 전원에 대하여 미친다는 점에서 선정당사자제도와 근본적 차이점을 나타낸다. 선정당사자제도는 다수 당사자소송을 단순화한데 불과하나 대표당사자소송은 법원의 후견하에 집단소송의 구실을 하고 있다는 점에서 근본적인 차이를 갖고 있다.<sup>387)</sup> 대표당사자 소송은 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.<sup>388)</sup>

이 제도는 원래 영국 Equity 법원의 濫訴防止狀(bill of peace)에서 유래된 것으로 영미에서 판례를 통해 발전되어 오다가 1848년 뉴욕주 민사소송법(New York Code of Procedure)<sup>389)</sup>에서 본격적으로 활용되기 시작하였다.<sup>390)</sup> 1938년 보통법과 형평법이 통합되어 미연방민사소송규칙이 탄생하였다. 집단소송은 연방민사소송규칙 제23조에 의하여 명문화되었으며 수차에 걸친 개정이 있었다.

공중의 건강을 보호하고, 자연자원을 보존하자는 차원에서 州를 대표하여 주행정청이 공해 야기자를 상대로 하는 소송도 늘고 있다. 캘리포니아주 Water Code 13340조는 주법무부장관이 공해를 야기한 자를 민사 또는 형사로 소추할 수 있다고 규정하고 있으며, 텔라웨어주는 Title VII. 6462조에 의하여 환경청으로 하여금 그의 이름으로 소송을 제기할 수 있게 하고 있으며, 일리노이주 역시 같은 내용의 제정법을 가지고 있다. 이는 모두 주정부가 공익의 대표자로서 소를 제기할 수 있는 원고가 되는 것이다. 위스콘신주의 공해법, 미시간주의 환경보전법은 주·지방행정청·어떤 시민(any citizen)이든지 환경소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>391)</sup>

387) 임복규, “환경법분야에서의 단체소송”, 「재판자료」 94집, 법원도서관, 2002. 7. 237면.

388) 나채준, “취소소송에 있어서의 원고적격에 관한 고찰-원고적격의 확대에 관하여”, 경희대학교 대학원 석사학위논문, 2002, 124면.

389) Hamburger, State Class Action and the Federal Rule, 71 Colum. L. Rev, 1971, pp. 612~629.

390) 김홍규, “집단분쟁처리를 위한 특별법 제정에 관하여”, 「법무자료」 제149집, 법무부, 1991, 5면.

391) 한창규, 전개논문, 203면.

## 나. 대표당사자소송의 인가 요건

대표당사자소송의 개시과정에서 인가의 과정은 매우 중요한 단계이다. 소송이 인가될 경우 그것이 공표되는 것만으로도 제소된 기업에 불리한 영향을 주므로 대표당사자는 유리한 지위에서 기업과 협상할 수 있고, 사실심리에 들어가기 전의 단계에서 분쟁이 화해에 의하여 종료되는 수가 많다. 이 인가결정은 중간적 재판으로서 이에 대하여는 독립하여 불복할 수 없는 것이 보통이므로 인가결정은 매우 중요하다. 전체적으로 일곱 가지 요건이 필요하며, 요건의 충족은 원고가 입증하여야 한다. 처음 두 가지 요건은 법원의 관례로서 발전되어 온 것이다.

이와 함께 개정된 연방민사소송규칙 제23조(a)와 (b)에 규정된 Class Action의 요건은 다음과 같다. ① 다수인이 하나의 群을 이룰 것 ② 대표당사자가 위 군의 소속 구성원일 것 ③ 위 군에 속하는 자가 다수인일 것 ④ 위 군에 공통되는 법률상 또는 사실상의 문제가 있을 것 ⑤ 대표당사자의 청구 또는 항변이 군의 청구 또는 항변의 전형적인 것일 것 ⑥ 대표당사자가 군의 이익을 공정하고 적절하게 보호할 수 있을 것 ⑦ 다음의 세가지 범주에 해당할 것 즉 a) 개별소송이 군의 반대당사자 또는 군의 개별 구성원의 이익을 침해할 염려가 있는 경우 b) 群의 반대당사자가 군에 일반적으로 적용되는 근거에 의하여 행위하거나 행위하기를 거절함으로써 전체로서의 군과 관련하여 종국적인 留止의 구제 또는 이에 준하는 선언적 구제를 부여하는 것이 적당한 경우 c) 群의 구성원에 공통되는 법률상 또는 사실상의 문제가 개별구성원에게만 영향을 주는 문제를 압도하고 대표당사자 소송의 방법이 분쟁의 공정하고 효과적인 심판을 위하여 다른 방법보다 우수한 경우이다.

## 2) 시민소송(Citizen Suit)

### 가. 의의

미국에서는 대기오염 등에 관한 누구든지(any person) 행정청의 비자유재량적 의무이행을 강제하기 위한 소송을 제기할 수 있는데, 이를 보통 시민소송이라고 한다. 여기서 말하는 시민은 개인 및 단체소송을 제기하여 유지하는 개인, 또는 시민의 한 계층이거나, 州 또는 개인, 협회 등을 망라한 모든 사람, 누구든지를 말한

다.<sup>392)</sup>

미국은 1970년 연방대기정화법(The Federal Clean Air Act)<sup>393)</sup>을 시작으로 하여 각 개별법마다 약간의 차이는 있으나, 그 후 많은 법률<sup>394)</sup>에서 Citizen Suit에 관한 규정을 두고 있다. 연방대기정화법의 Citizen Suit 제도는 처음에 도입여부를 둘러싸고 의회에서 많은 논란을 불러 일으켰다. 산업계 대표들의 입장은 Citizen Suit는 타인을 괴롭히기 위한 수단으로 악용될 소지가 있으며, 소송의 증가로 법원의 의무부담을 가중시킬 수 있다고 주장하였다. 반면 찬성론자들은 정부가 모든 법률의 위반행위를 단속하는데 한계가 있으므로 정부의 법집행과정에서 간과될 수 있는 위법행위를 포착하여 정부의 법집행행위가 제대로 이루어질 수 있도록 촉발시킬 수 있다고 주장했다.

Citizen suit는 이러한 논쟁의 결과물로서 일정한 요건을 가진 경우에만 제기할 수 있도록 제한되었다. 즉 Citizen Suit를 제기하려는 시민은 소송을 제기하기에 앞서 관련 행정기관에 의무적으로 제소의 뜻을 통지하도록 하였고, 법규위반행위를 해소하기 위한 소송에 국한하고 손해배상청구는 하지 못하도록 제한을 두었다.<sup>395)</sup>

Citizen Suit의 이론적 근거는 1970년 Michigan 대학의 Joseph L. Sax교수의 공공신탁이론(Public Trust Doctrine)에 의하여 설명할 수 있다. 이 이론은 로마법 이래 인정되어온 공중(public people)의 하천, 해안 등에 대한 자유로운 사용권에서 시작하여 공기, 물, 공원, 기타 자연자원에까지 확대된 것으로, 이러한 자연자원은 공중 모두의 것이고 정부는 그 관리를 맡은 受託者라는 것이다.

#### 나. 소송근거

Citizen Suit는 쟁송총액에 관계없이, 당사자의 시민권에 관계없이 어느 누구라도 (any person), 어느 누구에 대해서도 소송을 제기할 수 있다고 법문상 되어있다.

392) James B. Macdonald, John E. Conway, Environmental Litigation, Department of Law, University of Wisconsin Extension, 1972, p. 115.

393) 미연방대기정화법은 배출허용기준 또는 환경행정명령에 위반한 사람들에 대하여도 소송을 제기할 권한이 있고, 환경청이 비재량적 의무를 불이행할 경우 환경청장을 상대로 그 이행을 강제하는 소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다.

394) Citizen suit에 관한 제정법으로는 Federal Water Pollution Control Act(FWPCA) 305조, 505조; Noise Control Act 4911조; Safe Drinking Water Act 300조; National Environmental Policy Act(NEPA) 1416 조, Resource Conservation and Recovery Act, Toxic Substances Control Act가 있다.

395) 조현권, 전게서, 269면.

그러나 판례는 위반행위로 인하여 불리한 영향을 받거나 받을지도 모르는 자이어야 한다고 하고, 다만 이 경우 경제적 이익 뿐 아니라 미학적 가치, 여가선용 등 비경제적 이익도 무방하다고 한다.<sup>396)</sup>

연방대기정화법(The Federal Clean Air Act) 제304조를 중심으로 Citizen Suit의 제소요건을 살펴보면, 정부나 개인을 상대로 하는 경우, ① 정부기관 또는 개인이 대기정화법에 의하여 설정된 배출기준이나 제한 또는 환경청장이나 州가 동법에 설정된 기준이나 제한에 관하여 발한 명령에 위반행위를 할 것, ② 원고는 소제기 전 60일까지 미리 적당한 조치를 취할 수 있도록 환경청에 통지하지 않으면 안되고, ③ 환경청장이나 州가 배출기준, 제한, 명령의 준수를 요구하기 위하여 합중국이나 주법원에 Citizen Suit를 제기하여 성실히 소송을 수행하고 있는 경우가 아닐 것 등이다.

### (3) 독일의 단체소송

#### 1) 의의

단체소송(Verbandsklage)이란 불공정한 거래행위, 불량한 제조물 등에 의한 소액 다수 소비자들의 피해나 다수의 환경피해 등에 대한 집단적 분쟁해결을 위해 특정한 단체가 당사자적격을 부여받는 것을 말한다. 여기서 단체는 원칙적으로 사법상의 권리능력 있는 단체로서 법인을 의미하기 때문에 단순한 집단적인 이해관계인의 집합체인 집단과는 구별되는 하나의 결사체이다. 그러한 의미에서 헌법상 집회·결사의 자유에서 말하는 결사와 같은 의미이다.<sup>397)</sup> 독일에서는 집단적 분쟁을 법률로 정한 특수한 사건에 한하여 단체소송을 허용하고 있다. 독일에 있어서 환경법제상의 단체소송은 그 내용과 성격에 비추어 실정법상 다양하게 인정되고 있다. 독일에서의 환경단체소송은 첫째, 일정한 환경보호단체에게 절차법상의 절차적 참가권(Beteiligungsrecht)을 인정하고 이 참가권이 침해된 단체에 대해 절차상의 위법을 이유로 소송을 제기할 수 있게 하는 단계에서, 둘째 환경보호단체가 그 소속원 내지 일반 공중이 환경상 이익을 침해받은 경우에도 환경보호단체에게 원고적격을 인

396) Chesapeake Bay Foundation v. American Recovery Co. In., 769 F. 2d(4th Cir. 1985); Friends of the Earth v. Concolidated Rail Corp., 768 F. 2d 57(2d Cir 1985).

397) Faver, Die Vervandsklage im Verwaltungsklage, 1972, S.2; Skouris, Uber die Vervandsklage im Verwaltungsklage, 1982, S. 101; 설계경, 전계논문, 26면에서 재인용.

정하는 단계로 발전이 이루어졌다.<sup>398)</sup> 독일은 환경보호단체에게 공익의 대변자로서 역할을 맡기도 있다고 할 수 있다.<sup>399)</sup>

## 2) 단체소송의 유형

단체소송은 不眞正 단체소송과 眞正단체소송으로 나누어진다. 진정 단체소송은 다시 利己的 단체소송(Egoistische Verbandsklage)과 利他的 단체소송(Altruistische Verbandsklage)으로 나누어진다.

첫째, 不眞正단체소송은 어느 단체가 직접 단체 자신의 법률상 이익이 침해되었음을 이유로 또는 그의 법률상의 이익을 관철하기 위하여 단체의 이름으로 제기하는 소송을 말한다. 예를 들면, 어느 단체가 등록취소를 당한 경우에 단체 자신의 이름으로 등록취소처분의 취소소송을 제기하는 경우 등이 여기에 해당한다.

둘째, 眞正단체소송이란 어느 단체가 단체구성원의 이익을 위하여 또는 단체 구성원 이외의 공익을 위하여 단체의 이름으로 제기하는 소송으로 이기적 단체소송과 이타적 단체소송으로 구분된다.

利己的 단체소송은 행정청의 일정한 행정작용으로 인하여 그 단체에 속한 구성원들의 권리침해가 이루어진 경우 그 단체가 구성원의 이익을 수호하기 위하여 제기하는 소송을 말한다. 예를 들면, 특정인에게 변호사자격을 부여한 행정처분에 대하여 변호사회가 전체 이익을 위해서 행정처분의 취소 또는 위법확인소송을 제기하는 것을 말한다. 利他的 단체소송은 환경보호나 문화재보전을 단체의 목적으로 정관에 설정한 단체가, 행정청의 행정작용이 환경보호나 문화재보전을 위한 법규범에 위배되는 경우에 제기하는 단체소송을 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.

## 3) 환경보호 영역의 단체소송

398) 김해룡, “환경행정소송에 있어서의 원고적격의 확대와 집단소송제도 도입문제”, 「공법연구」 제33집 제5호, 2005. 6, 한국공법학회, 217면.

399) 이승우, “환경오염으로 인한 손해배상”, 「환경법연구」 제26권 2호, 한국환경법학회, 2004, 244면.

독일에서의 단체소송은 영업상의 이익단체를 위하여 1909년에 처음으로 부정경쟁방지법에 규정되었고, 1965년 대량거래와 이로 인한 피해방지를 위하여 소비단체에게 원고적격을 인정하는 입법이 단행되었다. 그리하여 현재는 부정경쟁방지법<sup>400)</sup> 제13조, 보통거래약관규제법 제13조<sup>401)</sup> 등에서 단체소송이 인정되고 있다.<sup>402)</sup> 환경보호영역에 있어서 단체소송이 확립된 시기는 1980년대라고 볼 수 있다.

자연보존 및 환경보호가 보다 효율적이 되기 위해서는 자연보호단체와 같은 단체에 제소권을 허용하여야 된다는 주장에 따라, 1979년 Bremen州의 州法에서는 환경보호를 위한 단체소송을 도입한 바 있다.<sup>403)</sup> 따라서 환경보호의 분야에 있어서 단체소송은 1979년에 이르러 Bremen州의 자연보호법<sup>404)</sup> 및 행정사건절차법에 의하여 독일연방공화국에 처음으로 도입되었다. Bremen州에서 환경보호단체에게 환경침해에 대한 원고적격을 부여한 법안을 보면, 환경단체가 원고적격을 인정받기 위해서는 다음 세 가지 요건을 갖춘 단체로서 환경청에 의한 승인을 받아야 한다. 첫째 정관이 정하는 바에 따라서 오로지 자연보호의 추진을 목적으로 하는 단체일 것, 둘째 적어도 하나 이상의 Land에 걸치는 활동영역을 가지는 단체일 것, 셋째 적당액의 보증금을 제공할 것 등이다. 이러한 요건을 갖춘 단체는 행정청의 행위에 의하여 불이익을 받지 아니하는 경우에도 환경소송에서 원고적격이 인정된다. 그 이유는 환경소송은 특정의 개인에 대한 불이익이 문제가 되는 것이 아니고, 불특정 다수의 시민의 불이익만이 문제가 되기 때문이다. 이러한 단체소송의 판결의 효력은 단체 자신 뿐만 아니라 여타 다른 자연인에게도 그 효력이 미친다.

환경소송에서 단체소송을 인정한 Bremen州에 이어 Hessen州, Hamburg州에서도 단체소송이 인정되었다.

400) 이시윤, “집단소송에 대한 입법론적 고찰”, 「인권과 정의」, 1991, 21~22면

401) 이시윤, 상계논문, 21~22면.

402) 김성수, “행정법상의 단체소송”, 「집단소송의 법리」, 법무자료 제 149집, 법무부, 1991, 199면.

403) Soel, Naturschutz und Landschaftspflichtenrecht, in Saizwelel, Grundzuge des Umweltsrechts, 1983, S.565ff.

404) Bremen州의 자연보호법 제44조 제1항은 “제43조 제2항에 의하여 공권으로 승인된 권리능력 있는 단체는 동조 제2항의 요건을 충족하면, 자신의 권리침해를 주장함이 없이 주 또는 행정관청에 의한 행정행위의 발령, 거부 또는 부작위가 연방자연보호법, Bremen州 자연보호법 또는 양법을 근거로 제정된 법규정에 위배되는 경우에는 취소 또는 의무화소송을 제기할 수 있다”라고 하여 단체소송을 인정하였다.

#### (4) 일본의 주민소송

##### 1) 의의

일본의 주민소송제도는 본래 미국의 각 州에서 널리 인정되고 있는 납세자소송 (taxpayer's suit)을 본보기로 하여 1948년 지방자치법 개정 법률 제179호에 따라 일본에 도입되어 시행되어 왔다. 그 후 1963년 지방재무회계제도의 개혁을 내용으로 하는 지방자치법 개정법률 제97호를 통해, 종래 관례적으로 사용되어온 납세자소송이라는 용어 대신 주민소송이라는 정식호칭을 사용하게 되었다.<sup>405)</sup>

주민소송은 주민이 자기의 법률상의 이익이나 권리와는 상관없이, 지방자치단체의 집행기관 및 직원에 의한 위법한 재무회계상의 관리·운영을 재판소에 제기함으로써 지방자치행정의 공정과 주민단체의 이익을 보장함을 목적으로 한다.<sup>406)</sup> 지방자치단체의 재무회계의 공정한 관리·운영이 주민소송의 본래의 목적이지만, 이와 같은 소송의 형태는 환경문제 등의 영역에 있어서도 활용되기 시작하고 있다.

##### 2) 주민소송의 환경소송 기능 사례

일본의 주민소송이 공해소송 또는 환경소송으로서의 기능을 발휘한 사례로서는 다음과 같다.

첫째, 山子浦港의 汚濁物 堆積 주민소송사건을 들 수 있다.<sup>407)</sup> 이 사건은 静岡縣 주민 19명이 田子浦港의 오락물퇴적문제에 관련하여 현의 지사, 현지사 개인, 제지회사 4사에 제기한 주민소송이다. ① 현의 지사에 대하여는 그가 관리하는 하천에 피고 4사에 의한 製紙가스 등을 함유한 오수배출을 정지하도록 하는 것을 태만히 한 것과 현이 관리하는 田子の浦港水域에 위의 오수의 유입을 정지하도록 하는 것을 태만히 한 것은 모두 위법임을 확인하는 소를 제기하였다. 현의 지사 개인에 대하여는 그가 현지사로서 1969년 준설공사를 위해 1억여엔의 縣費를 지출한 것은 위법한 공금의 지출에 해당하므로 현에 代位하여 선불금 1000만엔의 지불을 청구하였다. ② 피고 4사에 대해서는, 오염배출은 현의 재산을 침해하는 공동불법행위

405) 成田頼明, “住民訴訟(納稅者訴訟)”, 「行政法講座」 第3卷, 有斐閣, 1978, 201面;

406) 牛山 積, “住民訴訟”, 「市民のための行政争訟」, 勅草書房, 1981, 323面.

407) 1審: 静岡地判 1974. 5. 30 判示 第745號; 2審 東京高裁 1977. 9. 5 行裁列集 第28卷 第9号, 893面.

로서 현을 대위하여 준설공사의 선불금 1000만엔의 지불을 청구하고, 또한 현을 대위하여 오염물질 10ppm, 생물화학적 산소요구량 및 화학적 산소요구량 각 4ppm, 유화물 0.3ppm 이상을 함유한 오수의 배출정지를 청구하였다.

이에 대하여 1심판결은, 현의 지사에 대한 懈怠사실의 위법확인의 청구에 관하여는 소를 각하하고, 기타 청구는 모두 기각판결을 하였다. 그러나 2심 판결에서는 4사에 대한 손해배상청구를 기각한 부분은 취소하고, 연대하여 현에게 1000만엔을 지불할 것을 명하였다. 즉 4사에 대한 손해배상청구에 관해서는 공장폐수배출행위는 허용한도를 초과하여 위법이고, 현은 항만관리자로서 위법한 공장폐수의 배출 때문에 田子の 浦港에 퇴적한 오탁의 준설을 부득이 하는 것이기 때문에 오탁물퇴적준설은 4사 등 공장폐수를 배출한 자의 공동불법행위에 의해 야기된 손해라고 하여 현을 대위하여 행한 지불청구 전액을 인용하였다.

둘째, 長振町 入振權 주민소송사건을 들 수 있다.<sup>408)</sup> 이 사건은 愛媛縣 長振町の 町民이 町長을 상대로 하여, 町民의 長振 해수욕장의 이용 및 경관미의 향유를 내용으로 하는 생존권 및 환경권, 入振權을 침해한 것은 위법이며, 본건 어항은 한정된 소수 어민을 위한 불요불급의 시설인데, 여기에 町재정을 압박하는 거액의 경비를 투입하는 것은 위법이라는 이유를 들어 長振町 해수욕장의 일부에 어항구축을 하기위한 공금지출의 유지를 청구하는 내용의 주민소송이다. 이에 대하여 재판소는, 피고는 어항의 시설공사 등에 관한 일체의 계약 및 동 계약에 의거하여 공금의 지출을 해야한다 라는 취지로 해석함으로써 청구를 기각하였다. 즉, 해수욕을 할 수 있다는 것은, 해안과 해변은 국가가 관리하는 자연공물로서 국가가 그의 이용을 허용함으로써 얻게 되는 반사적인 이익으로 보았다. 따라서 어항의 구축은 위법이라고 할 수 없다는 것이 기각의 이유이며, 일부의 소수자를 위하여 불요불급의 시설에 거액의 경비를 투입한 것은 위법이라는 주장에 대하여는 어항수축의 부당성만이 문제가 된다고 판시하였다.

### 3. 환경분야의 집단소송제도 도입에 대한 검토

#### (1) 우리나라의 집단소송 입법례

408) 松山地判 1978. 5. 29 判示 第889号, 3面.

우리나라도 집단환경 분쟁이나 위법부당한 예산집행 사례가 나타나면서 집단소송 도입 논의가 활발해지고 있다. 2010년 현재 시행중인 집단소송제도는 미국식의 대표당사자소송에 해당하는 증권관련 집단소송과 소비자단체소송이다. 미국의 납세자소송과 일본의 주민소송을 참고해 주민소송제도도 도입했다. 정부의 사법제도개혁 추진위원회는 지방자치단체 소속 공무원의 위법 부당한 예산 집행 등에 대한 사법적통제에 이어 국가 공무원 등을 상대로 한 유사한 사법통제제도, 즉 국민소송제도 도입에 대해 검토하고 있다.

1) 증권관련 집단소송법(2004. 1. 20 공포, 2005. 1. 1 시행)

증권관련 집단소송법은 증권관련 집단소송의 허가요건으로서 집단구성원이 주장하는 쟁점의 공통성 이외에 동 집단소송이 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적이어야 한다는 규정을 두고 있다. 집단소송의 제기요건으로서 50인 이상의 집단구성원을 요건으로 규정하면서 그들이 피고 회사 발행 보유주식을 보유해야 하는 것과 3년간 3건 이상의 증권관련 집단소송에서의 대표당사자 내지 소송대리인이었던 자에게 대표당사자 내지 소송대리인이 되는 것을 불허하는 조항과 같은 증권관련 집단분쟁에서의 특수성을 반영하는 조항들을 두고 있다. 증권관련 집단소송을 제기함에 있어서 변호사 강제주의를 채택하고 있고, 집단소송 허가결정시 소제기로 인하여 피고가 입게 될 손해에 대하여 피고의 신청에 의해 원고에게 일정한 담보를 제공할 것을 명하는 규정을 두고 있는 점이 특색이다.

증권관련 집단소송은 2005년 입법화가 이뤄진 후 2010년 현재까지 1건이 제기됐다. 서울인베스트클럽 등은 진성티이씨를 상대로 2009년 4월 수원지방법원에 “진성티이씨가 통화옵션 상품 키코 손실을 숨기고 실적을 허위로 공시, 추가하락으로 인해 투자자들에게 손실을 입혔다”며 회사측을 상대로 20억2621만원과 20%규모의 이자 등을 손해배상으로 청구하는 증권관련 집단소송을 처음으로 제기했다. 수원지방법원은 2010년 5월 4일 진성티이씨와 대표당사자들이 제출한 화해허가신청안대로 화해를 허가, 현금 13억7169만원과 자사주 19만9664주를 배상하도록 판결했다.<sup>409)</sup>

409) 헤럴드경제, 2010. 5. 4.

2) 소비자 단체소송 (소비자 기본법; 전부개정 2007. 9. 27, 공포 2008. 1. 1)

저질수입상품 등에 따른 소비자 안전위해, 악덕상술, 과장광고 등 불공정거래행위로 인한 소비자 권익침해행위의 방지, 소제기를 우려한 사업자의 자발적인 위법중지와 예방, 제품의 품질과 안전성의 향상 그리고 제품결함의 사후시정 등을 목적으로 일정한 요건을 갖춘 소비자단체·사업자단체가 다수 소비자의 생명·신체·재산 등 소비자의 권익을 침해하는 사업자의 위법행위에 대하여 법원에 금지·중지를 청구하는 소비자단체소송을 도입하였다. 소제기 요건은 공익상 필요가 있을 경우로 제한하는 등 소비자단체소송의 요건·절차에 관한 사항을 규정하였다.

소비자단체소송이 허용된 2008년 1월 이후 경제정의실천연합·녹색소비자연대·소비자시민모임·한국YMCA전국연맹 등 4개 소비자단체들이 하나로텔레콤(현 SK브로드밴드)을 상대로 제기한 개인정보 보호를 위한 소비자단체소송이 2008년 10월 14일 서울남부지방법원에 의해 처음으로 허가됐다. 경제정의실천연합 등 4개 소비자단체들은 2008년 7월 24일 하나로텔레콤이 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한법률을 악용해 소비자들의 동의없이 개인정보를 제3자에게 제공했다면서 이를 금지해달라는 소비자단체소송을 제기했다.<sup>410)</sup> 경제정의실천연합 등 4개 소비자단체들은 SK브로드밴드가 소송 제기 이후 공정거래위원회와 방송통신위원회 중재로 이용자 동의가 필요한 개인정보 활용 및 제공범위를 명확히 하는 쪽으로 이용약관을 바꾸기로 하자 소비자단체소송을 취하였다.

3) 주민소송(지방자치법 개정 2005. 1. 27, 공포 2006. 1. 1)

미국의 납세자 소송과 일본의 주민소송을 참고하여 주민소송제도를 도입하였다. 지역주민이 지방자치단체의 위법한 재무회계행위에 대하여 자기의 권리나 이익에 관계없이 주민자격으로 그 시정을 법원에 구하는 객관소송이다. 濫訴 방지를 위하여 감사청구전치주의를 채택하고 있다. 일정 수 이상의 주민에 의한 감사청구 선행이 요구된다. 현행 지방자치법상 주민소송은 2006년 1월 1일 이후에 행하여진 감사청구분부터 이를 적용토록 하고 있다. 주민소송제도가 도입되면서 주민감사 청구가 잇따르고 있으며, 구의회의 의회운영공통경비 부당사용에 대하여 감사청구가 제

410) 뉴시스통신 2008. 10. 22.

기되자 자진반납한 사례가 생기는 등 제도시행에 따른 긍정적 효과도 나타나고 있다. 서울특별시와 각 구를 대상으로 한 주민감사청구건수는 2007년 12건에서 2008년 21건, 2008년에는 32건이 제기된 것으로 나타났다. 대구시 북구 주민들은 2006년 북구청장의 업무추진비에 대한 주민감사를 청구, 9600만원의 업무추진비를 직원격려용으로 부당하게 횡령한 의혹이 있다고 주장해 5명이 징계를 받도록 했다.<sup>411)</sup>

그러나 공익을 위해 제기된 주민소송이라도 손해의 존재와 구체적 손해액에 대한 입증이 요구된다는 1심 판결이 나와 주민소송제도의 활성화가 쉽지는 않을 것으로 판단된다. 서울행정법원은 2010년 8월 8일 서울 관악구 주민 5명이 현재의 관악구청장을 상대로 과거 구청장에게 손해배상을 청구해달라며 제기한 주민소송에서 원고패소 판결했다. 판결은 “과거 관악구청장이 2008년 구 홍보프로그램 제작을 맡은 업체에 대해 검증절차를 거치지 않고 3500만원을 용역대금으로 지급한 사실은 인정된다. 그러나 비용지출과정에서 일부 하자가 있다는 사실만으로는 관악구에 어떤 손해가 발생했는지에 관해 주민들이 그 입증을 다했다고 볼 수 없다. 공익을 위해 제기된 주민소송이라 하더라도 현 관악구청장으로 하여금 전 구청장에게 손해배상을 청구할 것을 요구하는 소송인만큼 손해의 존재와 구체적 손해액에 대한 입증이 요구된다”고 판시했다.<sup>412)</sup>

위법한 재무회계행위를 한 지방자치단체장과 직원에게 고의 또는 과실이 없거나 지방자치단체에 손해가 발생하지 않은 경우 주민소송에 의한 손해배상이행청구가 인정되지 않으며, 그 손해배상청구권의 성립요건 사실에 대한 주장 증명책임은 원고에게 있다는 1심판결<sup>413)</sup>도 나왔다.

411) 서울신문 2010. 8. 30.

412) 한국일보 2010. 8. 8.

413) 주민소송중 손해배상이행청구소송의 경우에는 통상의 손해배상청구소송과 마찬가지로 그 성립요건으로서 위법성, 고의과실, 손해의 발생, 인과관계 등이 필요하므로, 지방자치단체장 및 직원의 재무회계행위에 위법사유가 존재하더라도 그 행위자에게 고의 또는 과실이 없거나 지방자치단체에 손해가 발생하지 않은 경우에는 주민소송에 의한 추급이 인정되지 않는다. 여기에서의 과실은 국가배상법 제2조 제2항, 지방재정법 제94조 제1항 및 회계관계 직원등의 책임에관한법률 제4조 제1항이 모두 중대한 과실을 요건으로 하는 취지에서 비추어 그보다 더 중한 책임을 부과할 특별한 이유가 없으므로 역시 마찬가지로 행위자의 중대한 과실을 의미하는 것으로 봄이 상당하고, 위와 같은 손해배상청구권의 성립요건사실에 대한 주장 증명책임은 원칙적으로 이를 주장하는 원고에게 있다. 군수와 부군수가 업무추진비에서 전별금, 경조사비, 격려금, 출향인사 접대비 등을 직원 등에게 지출한 것이 위법한 공금의 지출로 지방자치단체의 재정에 손해를 가져왔다는 이유로 주민소송에 의한 손해배상이행청구를 한 사안에서, 업무추진비의 성격, 원활한 기관운영, 대민활동의 도모, 시책사업의 추진이나 주요투자사업의 유치를 위한 지출의 필요성 등의 사정에 비추어, 위 업무추진비 지출이 지방자치단체의 공무원 행동강령규칙이나 지방공무원법의 보수에 관한 규정 등을 위반하지 않아 위법성이 없다(대전

#### 4) 국민소송제도 도입의 검토

국가공무원의 위법부당한 예산집행 등에 대한 사법통제 제도로 도입이 검토되고 있다. 국가기관 등의 위법한 재무회계행위에 대하여 국민이 자기의 권리나 이익에 상관없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송이다. 개인의 권리나 이익이 아닌 공공의 이익을 보호하기 위한 소송으로서 객관소송중 민중소송에 해당한다. 정부의 사법제도개혁추진위원회는 2006년 5월 22일 제11차 회의보고 안건을 통해 국민소송제도 도입방안을 제시했으며, 가칭 국민소송법 시안을 공개했다.<sup>414)</sup>

시안은 국민소송제도의 목적으로 “국가기관과 공공단체의 재정 운영 및 관리 사무에 대한 감사청구와 국민소송에 관한 사항을 규정함으로써 국가의 재정낭비를 방지하고 재무회계행위의 건전성을 확보함”을 내세우고 있다. 국민소송은 감사청구 전치주의를 채택하며, 중대한 손해를 예방하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우는 감사결과를 기다리지 아니하고 국민소송을 제기할 수 있도록 예외조항을 두고 있다. 국민소송 대상은 공금의 지출, 재산의 취득·관리·처분, 계약의 체결·이행, 공금의 부과·징수를 태만히 하는 행위 등이다. 국민소송의 종류는 ① 행위를 계속할 경우 회복이 곤란한 손해를 발생시킬 우려가 있는 때에는 행위의 전부 또는 일부의 중지를 구하는 소송 ② 행정처분의 취소 또는 변경을 구하거나 효력의 유무 또는 존재 여부의 확인을 구하는 소송 ③ 해태사실의 위법확인을 구하는 소송 ④ 국가기관 또는 공공단체의 장 및 직원, 행위와 관련이 있는 상대방에게 손해배상, 부당이득반환 또는 원상회복의 청구를 할 것을 요구하는 소송. 다만, 직원이 회계 관계직원 등의 책임에 관한 법률 제4조 등 다른 법령에 의하여 변상책임을 져야하는 경우에는 변상명령을 할 것을 요구하는 소송 등이다.

#### (2) 환경분야 집단소송제도 도입의 필요성

환경분쟁은 환경오염원과 피해 간의 인과관계 증명의 어려움, 피해의 광역화 와

지관 2008. 5. 14, 2007구합2038).

414) 사법제도개혁추진위원회 제11차 회의보고 안건, “국민소송제 도입방안”, 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 2006. 5. 10면.

잠복성, 피해자의 불특정 다수화, 집단분쟁의 양상을 나타내고 있다. 특히 국책사업의 입지단계부터 지역주민·기업·환경단체·지방자치단체·정부 등 다수 이해관계자간의 갈등이 표출되고 있으며, 근래에는 새만금 관련 소송, 천성산 관련 소송에서와 같이 환경단체가 소송당사자로 나서는 소송이 발생하고 있다. 이는 국민들의 환경주권의식 성장과 더불어 환경보호단체(NGO)의 급성장<sup>415)</sup>에 기인한 것으로서, 향후 환경단체가 참여하는 환경분쟁이 급증할 것으로 예상된다.

우리나라가 집단적 환경분쟁을 해결하기 위한 제도를 도입한다고 하는 것은 다의적인 용어의 표현과 상관없이 미국의 Class Action과 독일의 단체소송(Verbandsklage) 모두를 포함한 소송형태라고 판단된다. 집단적 분쟁에 대처하고 있는 미국의 Class Action과 독일의 단체소송은 나름대로의 특색을 지니고 있기 때문에 이를 도입할 경우에는 그 장단점을 고려하여야 할 것이다. 미국의 Class Action과 독일의 단체소송의 가장 근본적인 차이점은 다음과 같다. 미국의 Class Action은 단체구성원의 1인의 피해자가 당사자가 되고, 손해배상청구와 유지청구 등 모든 소송물이 소송의 대상이 되지만, 독일의 단체소송은 피해자인 자연인이 아니라 제3의 특정한 단체가 당사자가 되고 원칙적으로 유지청구에 한한다는 점이다.

현행 행정소송법상으로는 미국의 Citizen Suit과 같이 행정청을 상대로 하여 집행강제를 법원에 소구하는 의무이행소송을 인정하기는 어렵다. 그것은 현행 행정소송법이 부작위위법확인소송을 인정하는데 그치고 있어서, 행정청에 대하여 작위나 부작위를 요구하는 소송은 일반적으로 부정되고 있다고 볼 수 있으며, 또한 현행 행정소송법상으로는 환경과괴행위자 또는 환경과괴의 우려가 강한 행위를 하는 자를 상대로 그 유지를 요구하는 소송은 원고적격을 인정받기 어렵다.<sup>416)</sup>

현대사회와 같이 대량생산과 대량소비의 경제구조로 인하여 단체피해가 일상화된 현실에서, 환경오염의 가해자들은 담당공무원과 비공식적으로 해결하거나 벌금 또는 과태료를 내는 것이 경제적으로 더 이익이 된다는 계산에서 법규위반이나 침해행위를 계속하고 있다. 그런데 이러한 제도의 不備를 이용한 기업의 환경오염물질 배출 등 다수인을 상대로 한 부당한 행정행위 등은 결국 그 비용이 사회의 전 구

415) 환경부, 2008환경통계연감; 환경부 소관 비영리법인은 1990년 10개에 불과했으나 1995년 19개, 2000년 181개로 증가했으며, 2007년 12월말 현재 350개로 늘어났다.

416) 이재후, 「미국에 있어서의 공해구제소송으로서의 집단소송(Class Action)과 시민소송(Citizen Suit)」, 「환경문제와 재판」, 대법원, 1978, 176~178면.

성원에게 전가되어 국가경제 전반에 악영향을 끼치게 된다. 사회전체이익을 무시한 몰가치적인 경제이익의 추구는 현재의 세계적 추세와도 맞지 않는다. 왜냐하면, 앞으로 이러한 단체소송의 대상이 되는 침해행위는 Green Round<sup>417)</sup>에 의하여 국제무역에도 치명적인 손실을 입힐 수도 있기 때문이다. 따라서 국제사회에서 진정으로 경쟁력을 기르기 위해서는 우리나라도 국제적인 수준에 맞는 법적 제도를 도입하여, 분쟁해결 및 적응훈련을 해야 한다. 이러한 훈련을 위한 법적 장치 중의 하나가 단체에게 소송적격을 부여하는 단체소송의 도입이다.<sup>418)</sup>

단체소송 도입의 당위성을 성립시키는 사회현상을 보면, 그동안 우리의 환경소송은 물론 제조물과 관련된 소비자보호소송 등의 단체분쟁과 관련하여 정치력이나 행정관청이 나서서 압력을 행사하는 등의 비공식적인 절차로 문제를 해결하여 왔다. 따라서 사실상 다수단체피해는 목살되거나 별 수 없이 타협할 수밖에 없었다. 더구나 자신들의 불만에 대해 단체로 소를 제기한다는 것은 상상하기도 힘든 일이었다. 이와 같이 환경소송에 대하여 권리주장을 활발하게 하지 못하였던 원인에 대해서는 첫째, 일반국민들이 법에 대한 소극적인 태도나 인식에서 찾는 견해도 있으나 이를 실현할 수 있는 제도적 장치가 없다는 점이 직접적인 이유가 된다. 둘째, 일반 민사사안과는 달리 환경문제는 단체소송에 해당하는 사건들이 많은데, 그동안 법제가 미비한 점을 악용하여 불특정 다수에게 가해자들이 부담해야 할 비용을 전가함으로써 이익을 향수하여 왔으므로, 이를 쉽게 포기하는 것은 경제적 또는 심리적으로 기득권을 포기하는 것으로 생각하여 왔다. 이러한 일련의 문제점 들은 단체소송 제도를 도입할 필요성을 더욱 제기하고 있다고 생각된다. 소송경제 측면에서도 공통된 사안을 쟁점으로 하는 다수의 소송이 제기될 경우 소송의 격증으로 인해 소송절차가 지연되는 등 난점이 있다. 이러한 문제해결에도 집단소송제도의 도입이 필요하다.

### (3) 집단소송제도의 입법방향

417) Philip L. Comella, "Understanding A Sham : When is Recycling, Treatment?", Boston College Environmental Affairs Law Review Vol. 20, No. 3, 1993, p. 415.

418) 정동윤, "집단소송제도의 도입과 상장회사의 대응", 「上場協」 제36호, 한국상장회사협의회, 1997, 117면.

### 1) 입법형식의 문제

환경관련 집단분쟁의 경우 환경오염으로 인한 피해의 구제를 위한 민사분쟁(손해배상의 청구 또는 환경침해시설의 가동중지를 요구하는 유지청구 등)과 환경분쟁을 초래할 시설물의 건설이나 그 건설허가의 위법성 여부를 다투는 행정소송이 다함께 비중을 차지한다. 이 때문에 집단소송제도를 도입할 경우에 독자적인 단행법으로 제정할 것인가, 아니면 그것을 필요로 하는 분야별로 법규내에 소송절차특칙의 형식으로 삽입할 것인가가 문제된다.

이에 대하여 첫째, 민사소송법의 선정당사자제도를 적절하게 개선하여 적용하는 견해<sup>419)</sup>가 있다. 이는 개방형 선정당사자 제도라고 할 수 있는데, 濫訴방지를 위하여 일정숫자 이상의 선정자들, 예를 들면 全被害者의 선정소송과정은 뒤로 미룬 채 일단 약 25인 이상의 선정을 받은 피해자들로 하여금 소송제기를 할 수 있도록 하는 것이다.<sup>420)</sup> 둘째, 단체소송제도를 특별법으로 입법화해야 한다는 주장이 있다.<sup>421)</sup> 즉 특칙의 공통점을 단행법내에 규정하는 것이 더 능률적이고 합리적이라는 것이다. 셋째, 현행 환경관련법을 개정하여 집단소송 관련 규정을 신설하는 방안이다. 현행 소송제도의 틀 내에서 개별 환경법에 환경분쟁의 특수성을 반영하여 소송법 특례규정을 신설하는 방안으로, 환경관련 집단소송제도와 현행 소송제도를 연계함으로써 제도 도입비용이 감소하는 등 시너지 효과를 기대할 수 있다. 반면에 전면적인 집단소송 제도 도입 자체가 어렵고, 다양한 환경분쟁상황을 예상하여 개별법에 모두 포섭하기가 곤란할 것으로 판단된다.

이에 따라 단체소송은 특히 공익적 성격이 강하므로, 집단적인 분쟁이 발생한 경우에 피해단체 전체의 이익, 공공이익이 충분히 보호되도록 세심한 배려를 하기 위해서라도 특별법으로 제정하는 것이 낫다고 본다.<sup>422)</sup>

개별법에서 소송특칙을 규정할 경우 개별법에서 대처할 수 없는 새로운 형태의 분쟁발생시 그 개별법으로 즉각 대처할 수 없기 때문에 일반적으로 적용할 수 있는 특별법을 제정하는 것이 나으며, 단체민사소송사건 뿐만 아니라 단체행정소송사건

419) 이시윤, 전제논문, 25면.

420) 김대휘, “집단적소송에 관한 법률의 제정방향”, 「법무자료」 제149집, 법무부, 1991, 161면.

421) 정동윤, “미국의 대표당사자 소송”, 「법무자료」 제149집, 법무부, 1991, 58면.

422) 김홍규, “집단분쟁처리를 위한 특별절차법제정에 관하여”, 「민사재판의 제문제」, 민사실무연구회, 1993, 15~17면.

까지 포함하는 것이 바람직하다는 전제에서 단행법인 특별법으로 제정해야 할 것이다. 그 이유는 단체소송에 대한 특별법에서 특히 유념해야 할 점은 대량·소액피해자, 광범위한 지역에 걸치는 다수의 환경침해로 인한 피해에 대하여 손해배상을 구할 수 있을 뿐만 아니라, 그 이외의 비경제적 침해 특히 행정청의 환경과괴적 조치에 대한 행정처분의 취소를 구하거나 행정청이 환경과괴적 행위를 방치하고 있는 경우, 이를 방지하기 위한 조치를 구하는 소송까지 이 단체소송 특칙에 포함시키기 위해서이다. 행정소송에 의한 분쟁해결을 위해 특별규정을 필요로 한다면, 필요한 경우 사건에 따라 개별법에서 규정을 둘 경우에도 특별법에서 행정소송에 관한 부분적인 규정을 두어야 한다고 본다.

즉 단일특별법으로서 환경분야 집단소송법을 제정하는 것이 장래 환경오염 피해자의 손해배상액을 별도로 책정하는 등 환경분쟁의 특수성을 반영함으로써 피해자의 권리구제에 용이할 것으로 판단된다.

## 2) 환경분야 집단소송법 제정시 고려사항

### 가. 소송형식

외국의 입법례를 보면 집단소송제도는 미국과 영국 등지의 대표 당사자 제도(Class Action)와 독일을 비롯한 유럽법에서의 단체소송(Verbandsklage) 구조로 나눌 수 있다. 이를 우리나라에 도입할 경우 대표 당사자소송 제도를 적용할 것인지, 단체소송을 적용할 것인지, 아니면 대표 당사자소송과 단체소송을 모두 포함시킬 것인지가 문제된다.

(가)대표당사자소송제도는 다수 피해자를 위하여 그중의 1인 또는 수인(대표당사자)이 소송을 수행하는 것으로 피해자가 광범위한 경우에 개별적인 소를 제기할 필요 없이 집단분쟁을 일회적으로 신속히 해결할 수 있는 장점과 분쟁해결의 효율성이 있다. 특히 다수 피해자가 손해배상을 일거에 받을 수 있다. 반면 공통쟁점을 다룰 대표당사자가 존재하지 않거나 공통쟁점이 불분명한 경우에는 환경문제가 이슈화되지 않고 방치될 우려도 있다.

(나) 단체소송제도는 다수 피해자를 위하여 법령이 정한 단체(대표단체)가 소송을 수행하는 제도로써 NGO의 환경감시 활동을 유인하는 등 제3섹터의 자율적 역량을

활성화하는 반사적효과를 기대할 수 있다. NGO의 문제제기만으로 소제기를 우려한 사업자가 자발적으로 환경오염 행위를 중지하는 등 정부규제가 어려운 부문에서 민간의 자율감시 활동을 보장하여 궁극적으로 소송에 의한 고비용 문제 해결보다 당사자간 합의에 기초한 참여적·민주적 분쟁해결 조성에 기여할 수 있는 제도라 할 수 있다. 이 제도는 피해자의 금전적 피해구제를 위한 손해배상청구소송보다는 환경오염행위의 금지·중지를 구하는 유지청구소송 및 행정소송에 적합하다고 할 수 있는데, 소비자기본법의 소비자단체소송 규정도 유지청구소송에 한정하고 있다.

(다) 대표당사자소송과 단체소송을 모두 도입하면 다수 피해자를 위하여 피해당사자 중 1인 또는 수인이 대표당사자로서 소송을 수행하거나 법령이 정한 단체가 소송을 수행할 수 있는 제도가 될 수 있다. 환경분쟁이 도시개발·유해물질 등 다양한 분야에서 복잡한 양상으로 전개됨을 감안할 때 이와 같이 다양한 방식의 집단소송제도를 인정하는 것이 이상적이라 하겠다. 다만 의문이 제기되는 것은 대표당사자소송 제도와 단체소송 제도를 하나의 단체소송에서 허용할 경우에 집단분쟁의 해결수단으로서 그 각각의 장점이 조화롭게 발휘될 수 있겠는가 하는 점이다. 예를 들어 환경피해를 주장하는 집단참가자들의 대표당사자와, 공익을 추구하는 환경단체가 공동으로 집단소송을 진행하게 되는 경우에 주요쟁점에 관한 의견대립이나 소송수행상 방법상의 차이가 드러나게 되어 집단분쟁의 해결에 오히려 장애를 초래할 가능성이 있다는 것이다.<sup>423)</sup>

이에 따라 양 소송간 관계설정 규정을 마련하는 것이 필요한데, 우선적으로 피해자 구제원칙에 입각하여 피해자인 대표당사자에게 소송진행 권한을 인정하되, 공익단체에게는 부수적으로 소송참가자의 지위를 인정하고 공통쟁점을 다룰 대표당사자가 존재하지 않거나 공통쟁점이 불분명할 경우 공익단체에게 소송을 허가하는 방식 규정을 고려할 수 있다.

#### (라) 검토 결과

1986년 법무부가 발표한 집단소송법 시안에서는 집단소송의 당사자적격을 집단 구성원의 대표자와 공익단체들에게 다함께 부여하는 규정을 둠으로써 미국식 대표당사자소송과 독일식 단체소송의 두 가지 형식을 모두 채택하고 있다.<sup>424)</sup> 환경분쟁

423) 설계경, 전계논문, 34면.

은 다양한 분야에서 복잡한 양상으로 전개되는 사례가 많은 만큼 대표당사자소송제도와 단체소송제도를 모두 도입해 넓은 의미의 집단소송을 인정하는 것이 바람직하다 하겠다.

#### 나. 적용범위

증권관련 집단소송법상의 증권관련 집단소송은 손해배상청구소송을 대상으로 하고, 소비자기본법의 소비자단체소송 규정은 유지청구소송을 대상으로 하는 등 현재 우리나라에서 시행중인 집단소송제도는 모두 민사소송만을 적용대상으로 하고 있다. 반면 미국과 유럽에서는 각 국가의 소송구조 및 역사에 따라 적용범위를 다르게 규정하고 있는데, 당사자간 분쟁해결을 중시하는 미국의 경우 민사소송(손해배상청구소송)을, 유럽국가들은 행정소송과 민사소송(유지청구)을 동시에 규정하고 있다.

##### (가) 민사소송만 대상으로 하는 경우

환경오염으로 인하여 발생한 피해의 구제를 위한 민사소송만 도입하는 경우, 소처분권주의·변론주의·판결의 효력(기판력) 등에서 근본적 변화가 필요하다. 소처분권주의의 예외로서 법원의 허가를 받아 소를 제기하고 또 종료할 수 있도록 하고, 변론주의 완화로서 법관이 직권으로 당사자가 주장하지 않은 사실에 대해서도 판단할 수 있도록 하며, 판결의 효력 범위에 대한 예외를 두어 피해자 전원에 대해서 판결의 효력이 미치도록 하여야 한다. 대표당사자소송에서 제외신청을 한 경우나 별도로 소를 제기한 경우는 제외한다. 민사소송만을 대상으로 하는 경우에도 환경오염행위의 정지를 구하는 유지청구소송만 규정할 것인지, 피해자의 금전적 피해구제를 구하는 손해배상청구소송을 대상으로 할 것인지를 정해야 한다. 이 때 손해배상청구제도는 피해자의 사후적 손해배상을 목적으로 하는 대표당사자소송에 적합한 반면, 유지청구는 대표단체소송에 적합하다. 따라서 대표당사자소송과 대표단체소송을 모두 선택할 경우 유지청구 소송 및 손해배상청구소송 모두 가능하다 하겠다.

##### (나) 민사소송 및 행정소송 모두를 대상으로 하는 경우

424) 김해룡, “단체소송제도의 도입에 관한 고찰”, 『환경법연구』 제27권 4호, 한국환경법학회, 2005. 220면.

환경오염시설 입지선정 및 건설허가와 관련된 행정소송과 환경오염으로 인한 피해의 구제를 위한 민사소송의 이원적 요소를 모두 반영하는 것으로서 민사소송제도 변화 뿐 아니라 현행 행정소송제도의 근본적 변화를 초래할 수 있다. 행정소송까지 포함할 경우 정부와 기업, 피해자간 분쟁의 일회적 해결이 가능하다는 점에서 이상적인 대안이지만, 행정소송의濫訴로 인해 시급을 요하는 국책사업이 장기간 지연될 가능성도 있을 것이므로 남소예방을 위한 장치도 필요하다 할 것이다.

#### (다) 검토 결과

환경관련 집단분쟁의 경우, 환경오염으로 인한 피해의 구제를 위한 민사분쟁뿐만 아니라 환경분쟁이 예상되는 시설물의 건설이나 그 건설허가의 위법성 여부를 다투는 행정소송도 중요한 비중을 차지한다. 따라서 환경오염피해를 둘러싼 분쟁의 해결을 위해서는 공·사법 영역을 포괄적으로 다룰 수 있도록 행정쟁송법제와 민사소송법제의 이원적 요소를 모두 반영시켜 행정소송법 및 민사소송법의 특례를 규정하되,濫訴 등 부작용에 대한 예방대책이 고려되어야 할 것이다.濫訴 방지를 위해 피해집단 구성원이 상당한 다수이며, 환경관련 집단소송이 피해집단 총원의 권리실현이나 이익보호에 적합하고 효율적인 수단일 경우에 한하여 소송을 허가하되 원고소송대리인은 변호사로 한정하여 법률적 검토없는 소송남발을 차단할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

### 제3절 環境保護團體(NGO)에 대한 原告適格 賦與方案

#### 1. 독일 환경단체소송상 NGO의 원고적격 검토

##### (1) 절차참가권에 기한 환경단체 원고적격의 한계

독일에서 환경단체가 원고가 될 수 있는 소송에는 단체 피해자소송, 참가소송, 이기적 단체소송, 이타적 단체소송의 4가지 유형이 있다고 볼 수 있다.<sup>425)</sup> 단체 피해

425) Harings, Die Stellung der anerkannten Naturschutzverbände im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1997, S. 538ff; 황보 완, 전제논문, 186면에서 재인용.

자소송은 단체가 토지소유권 등 자기의 실체적 권리를 지킬 목적으로 제기하는 소송이다. 이 경우 단체는 다른 자연인이나 법인과 마찬가지로 특별한 규정이 없어도 원고적격이 인정된다. 연방자연보호법은 환경단체의 승인제도를 두어 승인단체에 특별한 참가권을 부여하고 있다. 이 절차적 권리는 공권이며 그 침해에 대하여 단체는 참가를 구하는 소송(참가강제소송)이나 행정결정의 취소소송 등을 제기하는 것이 가능하다. 이기적 단체소송의 경우 단체가 스스로 헌법상 결사의 자유를 근거로 하여 구성원들의 권리를 수호하기 위한 소송을 제기할 수 있다. 그러나 헌법상 결사의 자유를 보장하는 규범이 이기적 단체소송을 가능하게 한다는 견해에 대해서는 결사의 자유의 내용을 잘못 이해하고 있다는 비판이 가해지고 있다.<sup>426)</sup> 이타적 단체소송은 환경의 보호나 문화재 보전 혹은 보호가치가 인정되는 특정한 제도를 단체의 정관을 통하여 단체의 목적으로 설정하고, 행정청의 행정작용이 환경보호나 문화재 보전을 위한 법규범에 위배되고 동시에 정관 등에서 정한 단체의 활동 목적에 저촉되는 경우에 제기되는 단체소송을 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.<sup>427)</sup> 이타적 환경단체소송은 독일의 몇몇 주 자연보호법에 의해 도입되어 있다.

이렇게 볼 때, 독일에서 실제 환경단체가 원고적격을 갖는 경우는 참가소송과 각 주 자연보호법에 의한 경우 등 2가지로 볼 수 있다.

그러나 참가소송은 환경보호를 위한 사전구제방법인 만큼, 본 논문이 다루고 있는 원고적격 확대와 직접적 관련은 없다고 할 수 있다. 다만 참가소송의 경우 일정한 요건을 갖춘 환경단체에게 인정되며, 또 독일연방자연보호에 규정된 일정 요건 기준은 각 주의 환경단체 원고적격 부여시 일종의 가이드 라인이 되고 있다. 이에 따라 참가소송 분야는 원고적격 확대에 시사점을 줄 수 있는 참가소송의 환경단체 인정요건을 중심으로 간략히 살펴본다.

#### 1) 참가소송의 의의와 요건

독일연방자연보호법 제29조 제1항 제4호는 환경단체에게 환경관련 법규명령의

426) Bettermann, Archiv des öffentlichen Rechts 99(1974), S 501ff; 황보 완, 전계논문, 187면에서 재인용.

427) Bender · Spasser · Engel, Umweltrecht, 1988, S. 225; 황보 완, 전계논문, 189면에서 재인용.

제정이나 개별적 행정결정의 절차에 절차참가권(Beteiligungsrecht)을 인정하는 제도를 규정함으로써, 절차참가권이 침해된 환경단체가 이 권리에 근거하여 행정소송을 제기할 수 있는 제도를 도입하였다.

행정절차에의 참가권이란 각 주 행정청에 의한 법규명령 제정절차나 환경오염유발 우려가 있는 시설물의 계획확정절차, 건설허가 혹은 지역계획의 수립절차에 참가하여 문서의 열람 및 의견제출 등을 행할 권리를 말한다. 환경단체가 환경관련 법규명령의 제정절차나 주요한 환경관련 행정결정절차에 참가하여 문서를 열람하고, 이의를 제기하고, 그리고 정식 청문절차에 참가하여 구술할 수 있는 행정절차 참가권을 갖는다는 것은 그것만으로도 환경보호를 위한 측면에서 매우 중대한 의의를 가진다.

참가소송은 일정한 요건을 가진 환경단체, 즉 환경이익의 대표자나 환경행정의 감시자로서의 책임을 담당할 수 있는 환경단체에게만 인정된다. 단체승인은 이러한 환경단체를 선정하기 위한 것이다.<sup>428)</sup> 승인의 첫째 요건은 정관에 비추어 이념적으로 동시에 계속적으로 주로 환경보호·경관보전의 목적을 가진 단체이어야 한다. 원칙적으로 원예업자·동물사육자 등 영리사업자의 직업단체나 수렵단체, 낚시 동호회 등 보존된 자연의 이용을 목적으로 하는 취미활동단체에게는 절차참가권이 주어지지 않는다. 정관에 복수의 목적이 기재되어 있는 경우에는 무엇이 주된 목적인지가 심사된다. 둘째의 요건은 정관상의 환경보호목적은 주범이 적용되는 주 전역을 대상으로 하는 단체에 한한다. 적어도 하나의 주를 포함한 지역을 활동영역으로 삼아야 하는 것이다. 따라서 환경보호를 목적으로 하는 단체라도 주 전역에 걸쳐 활동하지 아니하고 일정한 지역범위 내에서의 활동목적에 한정되는 단체는 절차참가권이 인정되지 못한다. 이 점은 환경보호단체의 입장에서 볼 때 그 단체의 활동역량에 비추어 일정한 지역범위 내에서의 환경보호에 주력하고자 하는 것도 환경보호를 위해 매우 의미가 있다고 할 것이라는 점에서, 주 전역을 대상으로 하는 공익적 활동단체에 한하여 절차참가권을 인정하는 것은 타당하지 못한 측면이 있다 할 것이다.<sup>429)</sup>

셋째 요건은 종래의 활동의 종류와 범위, 구성원의 범위와 단체의 활동능력에 비

428) 연방자연보호법 제29조 제1항.

429) 김해룡, 전계논문, 219면.

추어 임무의 적절한 이행이 보증되고 있어야 한다. 단체의 활동능력은 조직구조·재정능력 등을 기준으로 하여 판단된다. 넷째의 요건은 그 단체의 목적을 지지하는 누구에게나 정회원으로 가입할 수 있는 길이 열려있어야 한다는 것이다. 환경보호 단체에의 가입이 폐쇄되어 있는 경우는 공익적 환경단체로서의 지위를 의심할 만한 사유로 볼 수 있기 때문이다. 절차참가권이 보장되는 환경단체 승인은 신청에 기하여 행해지는 기속행위이며, 이상의 요건이 충족되는 단체에게는 승인이 주어져야 한다. 승인의 거부에 대하여는 의무이행소송을 제기할 수 있다. 행정절차참가권은 각 주의 최고 자연보호행정청이 요건의 충족 여부를 심사한 후 승인함으로써 인정되는데, 개별 주에 따라서는 개개의 환경단체의 연합회에 대해서만 참가권을 인정하는 경우도 있다.<sup>430)</sup>

## 2) 참가소송의 한계

의견표명의 기회가 부여되지 않은 통지누락의 경우나 감정서에 대한 열람이 거부된 경우, 청문절차에서의 의견진술기회 박탈 등의 위법이 있는 경우에는 절차법상의 단체소송을 제기할 수 있다.

환경단체가 연방자연보호법 제29에서 보장된 절차참가권이 침해된 것을 이유로 행정절차를 거쳐서 내려진 행정결정에 대해 취소소송을 제기할 수 있도록 하는 것이 타당한 것인가에 대한 법리적 논란은 당초부터 있어왔다.<sup>431)</sup> 반대 견해는 연방자연보호법 제29조에서 보장된 환경단체의 절차참가권은 어디까지나 단순한 절차적 권리에 불과하고, 그것이 아무런 실체법적 권리가 아니라는 것이었다. 긍정하는 견해는 이 조항의 취지는 환경단체에게 단순한 절차참가권만을 보장하는 것을 넘어 이들 단체의 정관에 표명된 환경보호 이익을 관철하는 실체적 법적지위까지 보장한 것이고, 따라서 그와 같은 실체적 법적 지위가 침해된 행정절차를 거쳐 행해진 행정결정에 대한 위법성을 다룰 수 있어야 한다는 입장이다.<sup>432)</sup> 독일연방행정법원 역시 환경보호단체에게 인정된 절차참가권이 단체의 실체법적 지위까지 보장하는 것에 동의하고 있다.<sup>433)</sup>

430) 바덴 뷔르템베르크 자연보호법 제51조 제3항.

431) 조태제, “환경법상 단체소송”, 「토지공법연구」 제15집, 한국토지공법학회, 2002, 427면.

432) Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, §42 Rn, 113; 김해룡, 전계논문, 220면에서 재인용.

433) BVerwGE 82, 72.

환경단체에게 보장된 절차참가권이 침해되었을 때, 환경단체가 행정절차를 거쳐 내려진 행정결정의 취소를 구할 원고적격이 인정된다는 것은 연방자연보호법 제29조 제1항의 규정만으로도 독일 전역에서 본격적인 환경행정소송의 길이 열려있다고 볼 수 있는 것이지만, 여기에는 제도적 한계가 분명히 있다. 즉 이때 환경단체에 의한 행정소송은 오직 그 단체가 행정절차상의 참가권, 예를 들어 행정절차의 개시통보를 받지 못하였거나, 문서열람이 거부되었거나, 청문절차에서의 청문기회가 부여되지 못하였을 경우 등에 한하여 소제기가 가능하다는 한계가 있다는 점이다.<sup>434)</sup> 그러므로 이와 같은 절차참가권에 근거한 환경단체소송은 환경단체 자신에게 보장된 절차참가권의 침해가 없는 일반적인 행정결정상의 흠결에 대하여는 전혀 다룰 수 없는, 즉 원고적격이 부여되지 않는 한계를 지닌다고 할 수 있다.

## (2) 주 자연보호법상 환경단체의 원고적격

독일 연방자연보호법상 절차참가권에 근거한 단체소송은 본격적인 공익적 단체소송이라 할 수 없다. 독일에서는 이에 따라 州 차원에서 자연보호법상 단체소송에 관하여 규정, 공익적 단체소송을 허용하고 있다. 그 효시는 1979년 9월 제정된 Bremen주 자연보호법 제44조<sup>435)</sup>다. Bremen주는 자연보호구역내에서의 금지 또는 하명에 저촉한 경우에 그리고 자치단체의 계획확정 절차상의 결정이 자연과 경관침해와 관련이 있는 경우에 한하여 환경단체에게 원고적격을 인정하고 있다.

Bremen주의 뒤를 이어 Hessen주도 1980년 자연보호법을 제정하고 동법 제36조에서 Bremen주 모델을 따르고 있다. 현재 바덴 뷚르템베르크주, 바이에른주, 노르트라인 베스트팔렌주 및 메클렌부르크 포아포메른주를 제외한 12개주에서 자연보호의 분야에 한하여 이타적(공익적) 단체소송이 인정되고 있다. 브란덴부르크주나

434) 김해룡, 전계논문, 221면.

435) Bremen州 자연보호법 제44조 제1항; 제43조 제2항에 의하여 공적으로 승인된 권리능력있는 단체는 동조 제2항의 요건충족하에 자신의 권리침해를 주장함이 없이 州 또는 Gemeinde 행정관청에 의한 행정행위의 발령, 거부 또는 부작위가 연방자연보호법, Bremen州 자연보호법 또는 양법을 근거로 제정된 법규정에 위배되는 경우에는 취소 또는 의무이행소송을 제기할 수 있다. 제2항: 제소권은 ① 제43조 제1항 제1단 제3호 및 제4호에 의하여 단체에 대한 참가권이 인정된 경우 ② 당해 행정처분, 거부처분 또는 부작위가 단체의 정관상의 업무범위에 저촉하는 경우 ③ 취소소송의 경우에는 제43조 제1항 제1목 제3호 및 제4호의 참가권을 행사한 경우 ④ 당해 행정처분, 거부처분 또는 부작위가 행정소송절차에 의한 판결에 의하여 행해지지 않는 경우에 한하여 인정된다.

작센주의 주헌법은 환경보호 영역에서의 단체소송의 허용성을 명문으로 정하고 있다. 독일 각 주의 자연보호법에 규정되어 있는 공익적 단체소송의 요건 등은 다소 차이가 있으나 대체적으로 보면 다음과 같은 공통점이 있다. 첫째, 연방자연보호법 제29조 제1항 제4호에 부합되는 환경단체일 것 둘째, 소송의 대상이 된 환경관련 행정결정의 절차에 소를 제기하고자 하는 환경단체의 절차참가가 승인된 경우일 것 셋째, 환경관련 행정결정의 내용이 소를 제기하고자 하는 환경단체 정관상의 활동 목적 내지 그 임무와 직접적인 관련성이 있을 것 넷째, 소를 제기하고자 하는 환경단체가 소 제기 대상인 행정결정의 절차에 참가하였을 것 등이다.

독일의 각 주법에 규정되어 있는 이와 같은 환경단체소송제도를 연방의 법제에 도입하려는 시도도 계속되고 있다. 연방법에 근거한 연방행정청의 행정결정에 대해서는 주법상의 공익적 단체소송이 불가능하기 때문이다. 예컨대 1980년대 당시의 야당인 사회민주당과 녹색당이 이타적 단체소송의 도입을 내용으로 하는 행정법원법 및 연방자연보호법의 개정안을 제출하였다. 1998년에 나온 환경법전 초안에도 단체소송 규정이 포함되었다. 동법 초안 제45조는 “연방자연보호법에서 규정하고 있는 요건을 갖추고 제41조 규정에 의해 절차참가권이 승인된 단체는 자신의 권리 침해를 주장함이 없이 행정청의 조치, 부작위에 대한 적법성 심사 및 의무이행을 구할 행정소송을 제기할 수 있다”고 하고 있다.

## 2. NGO의 국제환경법상 주체성

### (1) NGO의 개념

NGO(Non Governmental Organization)는 그대로 직역하여 의미를 새긴다면 비정부간기구로 정부가 아닌 사인에 의해 설립되며, 공익적 목적을 두고 민주적인 의사결정체제를 갖추고 있는 민간단체를 일컫는다.<sup>436)</sup> NGO는 분권화와 다원화라는

436) 국내법에서 어떠한 방식으로 NGO를 정의하고 있는지 살펴본다. 우리나라 민법 제32조에 의하면 “학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다”고 규정하고 있다. 또한 재단법인 또는 사단법인으로서 사회일반의 이익에 공여하기 위하여 학자금, 장학금, 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인에 대하여는 민법이 아닌 특별법인 ‘공익법인의 설립·운영에 관한 법률’의 적용을 받도록 하고 있다. NGO의 사회적 역할이 증대되자 NGO를 제도권 내에서 다룰 법적인 필요성이 등장하여 비영리민간단체지원법이라는 특별법이 2000

현대사회의 흐름속에서 정부와 대립 또는 협력의 관계를 구축하며 정치, 사회, 문화 등 전 영역에서 정부 못지않은 많은 역할을 해내고 있다. NGO는 인권, 노동, 환경 분야와 같이 국가의 정책이 공익과 동떨어질 수 있는 분야에 참여해 순기능적인 역할을 하고 있음을 부정할 수 없다.<sup>437)</sup>

반면 국제적으로 NGO의 법적인 개념에 대해 정의하고 있는 국제조약은 존재하지 않으며 일반 국제법에서도 NGO의 명확한 개념을 찾아보기는 힘들다.<sup>438)</sup> NGO라는 용어를 최초로 규정한 국제연합헌장 제71조 역시 경제사회이사회가 NGO와의 협의를 위하여 적절한 약정(arrangement)을 체결할 수 있다는 것만을 규정하고 있을 뿐이다. 국제NGO의 대표적인 활동분야는 인권, 환경, 인도적 구호, 평화, 교육 등이나 특히 인권과 환경분야에 가장 많은 NGO들이 활동하고 있다. 환경NGO의 증가세는 두드러져서 1953년 불과 2개이던 환경NGO가 현재는 전체의 15%를 차지하고 있다. 국제적 조직망을 갖춘 환경NGO는 시에라클럽(Sierra Club), 내셔널 오두본 소사이어티(National Audubon Society), 전국야생동물협회(National Wildlife Federation), 와일드니스 소사이어티(Wildness Society), 어스 퍼스트(Earth First), 그린피스(Greenpeace), 세계자연보호기금(World Wide Fund for Nature), 지구의 벗(Friends of Earth) 등이 있다.

## (2) 국제사회에서 NGO의 활동

NGO는 국제사회에서 국제여론의 형성을 통해 국제협약의 제정 필요성을 제기하고, 협약의 초안을 완성하기도 하며 또한 직접적으로 협의과정에 참여함으로써 국

---

년 1월 제정되었다. 법률 제6118호로 제정된 이 법은 시민단체의 자발적 활동보장과 공익활동 증진 등을 목적으로 제정되었으며 해당 단체의 주된 활동 관련 주무장관에게 등록하게끔 하여 보조금 지원 및 조세경감 등의 혜택과 관리감독의 장치를 마련하고 있다. 이 법은 제2조에서 비영리단체를 영리가 아닌 공익활동을 수행하는 것을 주된 목적으로 하는 민간단체로서 사업의 직접 수혜자가 불특정 다수일 것, 구성원간 이익분배를 하지 않을 것, 특정 종교의 교리전파를 목적으로 설립·운영되지 않을 것, 상시 구성원수가 100인 이상일 것, 최근 1년이상 공익활동 실적이 있을 것 등을 요구하고 있다. 이를 요약하면 NGO는 공익성과 비영리성을 주된 요소로 하며 소극적 요건으로서 정치활동과 종교활동을 주된 목적으로 하지 않을 것을 요구하고 있다; 김광수, 「사회운동과 우리사회; 시민운동의 체제와 법제도; NGO법의 내용과 개정방안」, 「사회이론」, vol. 22, 2002, 268면.

437) Pippa Norris, Introduction: "The Growth of Critical Citizen", Pippa Norris ed., Critical U.N. Doc. S/PRST/1998/13(1998).

438) Bruno Simma ed., The Charter of the United Nations: A Commentary(Oxford University Press, 2002), p. 1072.

제법의 입법과정에서 활약하고 있다. 국제환경법에서는 멸종위기에 처한 야생 동식물의 국제거래에 관한 협약(Convention on the International trade in Endangered Species), 생물다양성협약(Convention on Biological Diversity) 등이 환경NGO들이 초안을 작성하는 등의 주도적인 역할로 만들어졌다.

환경NGO들은 인류의 공동유산인 남극의 자연보전에도 큰 역할을 해냈다. 1970년대 말부터 80년대에는 남극의 광물자원 개발을 둘러싸고 남극조약 당사국들과 제3세계 국가군간의 치열한 이해다툼이 있었다. 시에라클럽이나 지구의 벗, 그린피스 등은 자체적인 활동과 유엔총회 자료제출 등을 통해 국제공원 개념을 통한 남극보호에 동참하였다.<sup>439)</sup> 이를 토대로 1991년 환경보호에 관한 남극조약의정서가 마드리드에서 채택되었다. 남극조약의정서는 남극을 평화와 과학을 위해 전용될 수 있는 자연보전지구로 규정하고 남극지역에서 광물자원과 관련된 일체의 활동을 전면 금지하고 회원국간의 이를 위한 상호협력의무를 규정하여 놓았다.

환경NGO가 가장 두드러진 활동을 보이고 있는 분야는 국제법의 이행과정에서의 준수사항여부를 감독하는 것이다. 환경분야, 예를 들어 멸종위기에 처한 동식물의 거래에 관한 국제협약(CITES)에서 NGO는 야생생물 거래를 추적하는 것 또는 보존제도 자체에 대한 평가 등에서 효과적인 역할을 담당하며, 기후변화협약에서도 NGO는 정책이행의 평가를 개별국가별로 배포하는 역할을 담당하고 있다.<sup>440)</sup>

환경NGO들은 직접적으로 국제법정에 소를 제기할 수는 없다. 전통적으로 국제법정은 NGO를 소송당사자로 인정하지 않고 있다.<sup>441)</sup> 그러나 NGO들은 간접적으로 소송개시를 위한 여론 형성 및 중재재판을 이용하여 국제분쟁의 사법적 해결을 요구하고 있다. NGO들은 소위 법정조언자로서 소송에서 사실관계의 분석이나 법률적 전문가로서 역할을 담당해 국제법의 발달에 공헌하기도 한다. 환경분쟁과 같이 사실관계의 파악에 있어서 전문적 기구의 도움이 필요할 경우 합리적이고 정확한 의견에 도달하는데 있어 법정조언자의 의견서는 중요한 의미를 갖는다.

이와 같이 볼 때, 환경분야에서 국제NGO는 국제사회의 기본정책을 포함한 입법,

439) James N. Barnes, "Protection of the Environmental in Antarctic", Antarctic Treaty System in World Politics, 1990, pp. 186~190.

440) A. Dan Tarlock, "The Role of non-governmental organizations in the Development of International Environmental Law", Chicago-kent Law Review, vol. 68(1992), p. 62.

441) 소병천, "NGO의 국제법적 주체성-국제환경법을 중심으로-", 「국제법평론」 통권 제23호, 2006, 97면.

집행절차에의 참여를 통해 공익적 역할을 담당하고 있다. 이는 국내의 환경보호단체들이 공익소송을 통해 행정기관이 간과한 헌법상의 가치를 일깨워 주는 역할과 동일하다고 할 수 있다.<sup>442)</sup>

결론적으로 국제환경NGO는 국제법정에 당사자로서 권리침해 구제를 호소할 수 없다는 점에서 국제법적 주체성을 주장하기는 어려울 것이다. NGO는 정부 대표기관이라고 할 수 없기 때문에 국제법상 주체성을 인정할 수도 없다. 그러나 인권과 환경보호라는 국제공동체의 기본목적을 달성하고, 국제관계와 국제법의 괴리를 줄이기 위해서라도 환경NGO 등 국제 체제내 주요 행위자들의 법적지위를 정립하는 것이 필요하다<sup>443)</sup>는 견해도 있다.

### 3. 현행 소송법체계에서 NGO의 대응수단과 한계

#### (1) 환경단체 활동영역의 확대

1960년대 이후 급속한 경제성장을 위한 각종의 경제개발로 환경오염현상이 보편화되고 심각해졌으며 그 피해도 점차 광역화되고 있다. 그러나 환경대책입법이 아직 충분하지 않으며 시민이나 관계 이익단체의 환경보전을 위한 참여방법도 미비한 실정이다.<sup>444)</sup> 환경보전의 목적을 달성함에 있어 민간환경단체의 역할은 중요하다. 즉 민간환경단체들의 활동은 공공부문에 의한 환경행정 못지않은 효과와 영향력을 지닌다. 환경부를 위시한 환경전담 부서 이외의 행정기관은 각기 본래의 업무에 치중할 뿐 환경보호나 환경오염의 방지에 관한 업무를 부차적으로 다루려는 경향이 있다. 이 때문에 독일의 공익적 환경단체소송처럼 우리나라도 환경보호단체에게 환경감시를 위한 법적 장치를 보장할 필요성이 제기되고 있다. 그러나 독일의 환경단체소송과 같은 집단소송 법체계는 기존의 법의 지배의 원리와는 근본적으로 다른 차원이기 때문에 전통적 법의 지배원리와 마찰이 예상된다. 환경보호단체들의 적극

442) 이재근, “국제환경법과 비정부간기구(NGO)”, 「법학연구」 제7권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1996, 114면.

443) Herman Mosler, The International Society as a Legal Community, 140 RUCUEIL DES COURS 1, 19(1974).

444) 한창규, “환경행정소송의 연구”, 「공법논총(요강)」, 박일경박사회갑기념집, 1980, 580면.

적 활동 보장을 가로막는 현행 소송법체계의 문제점을 짚어본다.

## (2) 선정당사자제도와 공동소송제도의 문제점

선정당사자제도는 공동의 이해관계를 가지는 다수자가 공동소송을 할 수 있는 경우에 피해를 입은 사람들이 모여서 자신들의 대표인 선정당사자를 뽑은 후 그로 하여금 재판을 진행하게 하는 것이다. 재판비용을 여러 명의 원고가 분담할 수 있기 때문에 원고 각자에게 돌아가는 액수는 작아지며, 따라서 문제의 해결에도 도움이 될 수 있다. 그러나 집단피해자중 일부가 선정당사자 제도를 이용하여 판결을 받았다 해도 그 효력은 선정자와 선정당사자에게만 미칠 뿐, 선정자군에 포함되지 않는 다른 피해자에게는 효력이 미치지 않는다.<sup>445)</sup> 그리고 공동의 이해관계를 갖는 자 중에서 선정해야 하기 때문에 제3자를 선정당사자로 넣을 수가 없다.

환경보호단체는 공동의 이해관계가 없는 한 선정당사자가 될 수 없다. 즉 집단적 이익을 보호하려고 해도 자격이 없기 때문에 구체적 분쟁해결에 적절한 역할을 할 수 없게 되는 것이다. 더구나 선정당사자의 자격요건에는 집단적 이익을 보호하기에 적합해야 한다는 자격제한도 없으며, 심지어 선정당사자가 상대방과 야합하여 배신행위를 하는 것을 방지하는 견제책도 없다.<sup>446)</sup> 이 제도로서는 고도산업사회로 발전하면서 더욱 가속적으로 방대한 수에 이르는 소액소비자나 광범한 지역에 걸치는 다수의 공해피해자들의 집단적 소송에 대처하기에는 불충분하다. 이는 현행법이 개인 중심의 분쟁을 대상으로 제정되어 있고 법원의 기구나 조직도 이에 따라서 구성되어 있기 때문이다.

공동소송제도는 민사소송법 제61조가 규정하고 있다. 소송의 목적되는 권리나 의무가 수인에 대하여 공통된 때 또는 동일한 사실상, 법률상 동종의 원인에 기한 때에는 그 수인이 공동소송인으로 당사자가 될 수 있다. 공동소송제도는 동일한 원인에 의한 공동의 피해를 받은 자들이 가해 기업에 대하여 대항하여 소송을 제기하는 수단으로 활용할 수 있는 제도의 하나라 할 수 있다. 그 이유는 공동소송제도가 각개의 소송을 하나의 소송절차를 통하여 심리할 수 있는 것이라는 점에서 의견상으

445) 구연창, “공해소송과 다수당사자-다수당사자소송연구-”, 「법무자료」 제90집, 법무부, 1987, 193면.

446) 이시윤, 전계논문, 24면.

로는 일종의 집단소송 형태라 할 수 있기 때문이다.

그러나 현행 민사소송법상 공동소송제도는 집단적 분쟁을 해결하기 위한 소송제도로서는 많은 한계를 지니고 있다. 첫째, 공동소송에 있어서는 수많은 피해자가 모두 원고로서 법정에 출석해야 하고, 공동소송인 독립의 원칙이 지배하므로 법원은 일일이 개별 원고에게 기일소환장을 보내야 하고, 원고 각자의 소송 수행활동 여하에 따라 소송의 결과도 상이하게 발생한다. 따라서 소송자료의 통일, 소송진행, 공동소송의 강제 등이 불가능하여 집단분쟁을 일거에 해결할 수 없게 된다. 둘째, 소액 피해자들의 소송참가가 소극적인 경우에는 집단분쟁의 적절한 해결수단이 되지 못한다.<sup>447)</sup> 셋째, 청구내용이 필요적 공동소송에 해당하는 경우에는 소송당사자가 되기를 꺼리는 자가 있는 한 분쟁사안을 일괄적으로 해결할 수가 없는 한계가 있다. 공동소송제도는 오늘날 사회문제가 되고 있는 환경오염 및 소비자 분쟁과 같은 집단분쟁의 해결을 위하여 마련된 것이 아니고, 단지 민사소송에 있어서 소송사안이 공통적인 다수당사자들의 소송수행의 편의를 위하여 마련하고 있는 제도에 불과하다.<sup>448)</sup> 환경보호단체들의 공익적 이익보호를 위한 활동과는 무관한 제도인 것이다.

선정당사자제도와 공동소송제도가 환경단체의 원고적격 확대를 해결해줄 수는 없는 제도이지만, 양 제도가 현행 소송구조상 원고적격의 문제를 보완해주고 있는 긍정적 기능을 부정하는 것은 아니다. 다만 환경단체의 원고적격 부여를 위해 양 제도를 뛰어넘는 입법적 개선이 필요하다는 생각이다.

### (3) 비법인 사단의 원고적격 한계

현행 민사소송법과 행정소송법은 자연인·법인과 같이 법인격이 인정되는 자 이외에 법인격 없는 사단이나 재단에 대해서도 당사자 능력을 인정하고 있다.<sup>449)</sup> 이들 법조항에서 당사자 능력 있는 사단이란 계속적인 목적을 추구하고 있는 단체로 그 구성원 개인의 가입·탈퇴 여부와 무관하게 지속적으로 존속하고, 내부적으로 단체의

447) 김철용, “집단소송의 법제와 현황-주로 행정소송의 측면에서”, 「자치연구」 제13호, 1994. 3, 1면.

448) 설계경, 전제논문, 32면.

449) 민사소송법 제48조, 행정소송법 제8조 제2항.

의사결정과 업무수행기관이 구성되어 있고 대외적으로 단체를 대표할 자가 있을 것을 요건으로 한다고 해석<sup>450)</sup>되는 만큼, 이와 같은 조직체가 구성되지 아니한 소액 다수의 피해자는 이를 활용할 수 없다는 입장<sup>451)</sup>이라 할 것이다. 어떠한 면에서는 일응 법인격 없는 사단이라도 환경분쟁 등을 다룰 수 있는 당사자 적격을 갖고 있다는 측면에서 별도의 단체소송제도 도입 논의가 필요없다는 견해도 제기될 수 있다. 그러나 민사소송법과 행정소송법이 규정하고 있는 바는 단체가 그 스스로의 권리·의무에 침해를 받았을 경우에 한정되고 있는 만큼 환경보호단체의 원고적격 확대에 대한 한계점은 여전히 남아있다 할 것이다.

#### 4. 우리나라에의 도입 가능성

##### (1) 현행법상 환경단체의 행정절차 관여 입법례

우리나라 현행법상 비정부기구 시민단체인 환경단체가 환경행정절차에 관여하는 경우가 있다. 사전환경성 검토협의 제도상 의견수렴에 대해 규정하고 있는 환경정책기본법 제25조의5(의견수렴) 제1항은 관계 행정기관의 장이 행정계획에 대한 검토서를 작성함에 있어서는 사전환경성검토에 관한 주민, 관계 전문가, 환경단체, 민간단체 등 이해당사자의 의견을 들어야 하며, 환경측면에서 타당하다고 인정되는 의견에 대하여는 행정계획에 반영하여야 한다고 규정하고 있다. 또 동법 시행령 제8조의2 제1항에서도 관계행정기관의 장(행정계획을 수립하는 행정기관의 장을 말하되, 행정계획을 수립하는 자가 행정기관이 아닌 경우에는 허가 등을 하는 행정기관의 장을 말한다)이 법 제25조5에 따라 주민, 관계전문가, 환경단체, 민간단체 등 이해당사자의 의견을 들으려는 때에는 제8조 제1항 제1호 내지 제4호의 내용을 포함한 검토서 초안을 작성하여야 한다고 규정하고 있다.

환경영향평가법 시행령 제28조(이의신청심의회 구성) 제2항은 이의신청심의위원장은 환경부의 환경영향평가업무 담당 국장이 되고, 이의신청심의위원회의 위

450) 이시윤, 전거서, 142면; 대판 1967. 1. 31, 66다2334.

451) 오재창, “공익관련 집단소송제 도입방안-집단소송법 시안에 관한 개요 및 개선방안을 중심으로”, 「저스티스」 통권 72호, 2003, 10면.

원은 다음 각호의 사람중에서 이의신청심의위원장이 임명하거나 위촉하는 사람으로 한다. 1. 환경영향평가 담당 공무원 2. 관계 중앙행정기관의 공무원 3. 환경영향평가와 관련하여 학식과 경험이 풍부한 사람 4. 시민단체, 산업계 등에서 추천하는 사람이라고 규정하여 환경단체의 참여가능성을 열어두고 있다. 이와 같이 환경단체의 환경행정절차에의 참여가 인정된다면 독일의 환경소송에서와 같이 행정절차에 관여한 경우에는 제한적으로나마 해당 환경단체에게 원고적격을 인정해도 무리는 아니라고 본다.<sup>452)</sup>

## (2) 도입 가능성의 검토

공공성을 갖는 환경보전을 위해 비정부민간단체인 환경단체에 대해 원고적격을 인정하기 위해서도 단체소송제도의 도입은 불가피하다. 단체소송제도를 도입할 경우 영미법상의 시민소송(Citizen suit) 및 대표당사자소송(Class Action) 혹은 독일법상의 단체소송(Verbandsklage)제도를 도입할 것인가는 입법적 선택의 문제이다. 우리나라 행정법 이론이 독일의 이론을 중심으로 전개되어 왔고 행정소송제도의 기본구조나 법리가 유사하며 미국과는 달리 행정소송절차에 적용할 독자적 절차법이 존재한다는 점, 환경법상 집행의 결여에 대한 사법적 통제라는 측면에서 볼 때 독일의 단체소송제도가 더 적합한 제도라는 점을 들며, 독일의 단체소송제도를 도입하는 것이 우리나라의 기존 법질서를 크게 변화시키지 않으면서 수용 가능한 것으로 보는 것이 다수의 입장이다.<sup>453)</sup>

독일에서는 자연보호법의 영역에 단체참가나 공익적 단체소송이 도입된지 이미 20년 이상 경과하였다. 학자들은 지금까지 승인단체의 참가 및 공익적 단체소송에 대해 대체적으로 긍정적인 평가를 내리고 있다고 한다. 첫째로 독일에서는 협동원칙이 환경법의 기본원칙의 하나로 고려되고 있다. 협동원칙이란 환경문제를 해결하기 위해서는 모든 주체의 적절한 역할분담과 협력이 불가결하며, 다양한 사회적 세력이 환경정책의 형성에 조기단계부터 참가하도록 할 필요가 있다는 사고이다. 따

452) 이은기, “환경단체의 원고적격 부여문제”, 「서강법학」 제11권 제1호, 2009, 449면.

453) 이상경, “환경법상 집행결여와 단체소송제도”, 「환경문제연구총서 [VI]」, 대한변호사협회, 1996, 110~113면.

라서 환경정책에서는 다양한 형태의 환경파트너십의 구축이 도모되고 있으며, 단체 참가제도도 중요한 구조로서 이해되고 있다.<sup>454)</sup> 둘째로 환경단체의 전문화, 조직화가 진행됨에 따라 단체참가에는 환경이익의 집약·보호 및 사후의 분쟁회피라는 기능은 물론 정보의 수집, 전문적 능력의 활용이라는 기능이 강하게 기대되고 있다. 이러한 의미에서 참가단체의 활동범위나 활동능력에 엄격한 요건을 설정하는 승인단체 제도는 단체참가의 목적에 합치하는 것이라고 말할 수 있다. 그렇지만 행정청의 승인을 얻은 단체에만 참가를 인정하는 구조에서는 행정청이 자의적인 승인거부를 행할 가능성을 부인할 수 없다. 일반적으로 종래의 실무는 승인규정을 완화하여 해석·운용하고 있다고 평가되고 있지만, 그 결과 본래 자연경관의 보호를 주된 목적으로 하고 있지 않은 직업단체나 이용자단체까지도 승인되고 있는 것에 대해서는 비판도 있다.<sup>455)</sup> 셋째로 공익적 단체소송은 승인단체가 활용할 수 있는 궁극적인 수단일 뿐이므로 실제의 소송건수도 그 정도로 다수가 아니다. 그만큼 일단 소송이 제기된 경우에는 승인단체의 승소율은 높다고 한다. 따라서 처음에 공익적 단체소송에 관하여 제기되던 일련의 절차의 지연, 법원의 가중부담, 단체소송의 남용 등의 의문은 일반적으로 기우에 불과했다고 평가되고 있다. 집행결여의 원인에는 행정의 인원, 재원의 부족 등 다양한 것이 있으므로 단체소송에 의해 이들의 요인을 모두 제거하는 것은 처음부터 불가능하지만 단체소송도 유효한 대책의 하나로 이해되고 있는 것이다.

우리나라에서도 단체소송을 도입하여야 한다는 주장에 대해서는 우리나라의 환경단체는 지역에서 활동하는 소규모의 임의단체가 많고 歐美의 단체와는 전문적 능력에서 커다란 차이가 있다고 하여 그 소송수행능력을 의문시하여 부정적으로 보는 의견이 많았다. 그러나 환경법 분야에서 단체소송이 갖는 긍정적 기능을 고려하고 일부 환경단체는 상당한 정도로 전문화되어 있다는 점을 염두에 둔다면 이제 우리도 단체소송의 도입에 대한 구체적인 검토를 해야 한다는 생각이다. 이 경우 환경단체의 승인제도를 채택하여 승인단체에 특별한 참가권과 출소자격을 부여하고 있는 독일의 제도와 경험은 우리나라에서 단체소송제도를 검토할 때 고려하여야 할

454) Schmidt, Einführung in das Umweltrecht, 1995, S. 175; 황보 완, 전계논문, 210면에서 재인용.

455) Gassner, Zur Mitwirkung von Naturschutzverbänden in Verwaltungsverfahren, Nature und Recht 1991, S.212ff; 황보 완, 전계논문, 211면에서 재인용.

시사점이 많다 할 것이다. 456)

### (3) 환경단체 승인에 대한 선정 기준

위에서 검토한 결과 우리나라에서 환경단체에게 원고적격을 부여할 경우 가장 바람직한 방식은 독일의 이타적 단체소송이라 판단된다. 즉 일정한 승인요건을 갖춘 환경단체를 선정해 환경행정의 감시자로서의 책임을 담당케 하고, 환경침해행위에 대해서 환경소송을 제기할 수 있도록 보장하는 것이다. 이 경우 문제는 어느 정도 규모의, 어떠한 활동을 하고 있는 환경단체를 승인단체로 선정할 것인가 하는 것이다.

독일 연방자연보호법은 자연보호분야에서 참가소송 및 이타적 단체소송을 수행할 수 있는 승인단체 요건을 규정하고 있다. 이 규정은 우리나라에도 시사점을 줄 수 있는 만큼, 앞서서도 언급했지만, 간략히 승인요건을 살펴보기로 한다. 독일 연방자연보호법 제9조 제2항이 규정하는 승인단체 요건은 다음과 같다. 첫째, 정관에 비추어 이념적으로 동시에 계속적으로 주로 환경보호·경관보전의 목적을 가져야 한다. 둘째, 정관상 적어도 하나의 주를 포함한 지역을 활동영역으로 하고 있을 것. 셋째, 종래의 활동의 종류·범위, 구성원의 범위·단체의 활동능력에 비추어 임무의 적절한 이행이 보증될 것. 넷째, 공익목적으로 추구하는 단체라는 이유로 법인세법 제5조 제1항 제9호에 의하여 법인세가 면제될 것. 다섯째, 그 단체의 목적을 지지하는 누구에게나 정회원으로서의 가입의 길이 열려있을 것. 즉 투표권이 있는 정회원과 투표권이 없는 찬조회원으로 구성원을 분리하는 것은 허용되지만, 가입희망자에게 자유로운 선택을 인정하고 단체의 구성원이 평등하게 의사형성에 참가할 수 있는 가능성을 보장할 것 등이다.

이와 함께 1977년 B. Bender교수가 발표한 전문 12조로 구성된 단체소송법초안<sup>457)</sup>의 단체승인 요건도 음미해볼 필요가 있다. 벤더교수의 초안은 제3조에서 단체의 공적승인 절차에 관하여 규정하고 있다. 단체에 대한 승인은 주정부가 정하는 주의 최상급 소관행정청에 의해 행해지게 되어 있는데, 그러한 승인을 받기 위해서

456) 황보 완, 전계논문, 211면.

457) Bender, Deutsches Verwaltungsblatt, 1977, S. 169ff; 황보 완, 전계논문, 204면에서 재인용.

는 단체가 ① 권리능력을 가지며 정관상 일정한 공익의 보호와 증진을 목적으로 할 것 ② 정관상 단체의 활동범위가 적어도 하나의 주 전체에 미칠 것 ③ 적절한 임무 수행에 대한 보증이 있을 것 ④ 적어도 75명의 자연인 또는 그 단체가 임무영역에서 활동하며 최소한 75명의 구성원을 가지는 단체를 구성원으로 할 것 ⑤ 단체가 법인세법 제5조 제1항 제9호에 의하여 공익목적의 추구라는 이유로 법인세를 면제 받을 것 등의 요건을 갖추도록 하고 있다.

독일에 이어 우리나라 단체소송상 승인기준을 살펴본다. 우리나라의 경우 현행법상 소비자기본법 제70조 내지 제76조와 증권관련 집단소송법에 의해 법원의 소송허가를 얻은 경우에만 단체소송을 인정하고 있다. 만일 환경분야 단체소송을 입법한다면 이들 중 소비자기본법의 단체소송 대상단체 허가기준이 하나의 지침이 될 가능성이 높다. 소비자기본법 제70조(단체소송의 대상등)는 소비자권익침해행위의 금지·중지를 구하는 소송을 제기할 수 있는 단체 요건을 3가지 경우로 나눠 규정하고 있다. 첫째, 공정거래위원회에 등록된 소비자단체의 경우로 ①정관에 따라 상시적으로 소비자의 권익증진을 주된 목적으로 하는 단체일 것 ② 단체의 정회원수가 1천명 이상일 것 ③ 등록후 3년이 경과하였을 것이다. 둘째, 상공회의소법에 따른 대한상공회의소, 중소기업협동조합법에 따른 중소기업협동조합중앙회 및 전국 단위의 경제단체로서 대통령령이 정하는 단체다. 셋째, 비영리민간단체지원법 제2조의 규정에 따른 비영리민간단체로 ① 법률상 또는 사실상 동일한 침해를 입은 50인 이상의 소비자로부터 단체소송의 제기를 요청받을 것 ② 정관에 소비자의 권익증진을 단체의 목적으로 명시한 후 최근 3년이상 이를 위한 활동실적이 있을 것 ③ 단체의 상시 구성원수가 5천명 이상일 것 ④ 중앙행정기관에 등록되어 있을 것 등 요건을 충족하여야 한다.

그러나 증권관련 집단소송법이나 소비자기본법상 단체소송은 사익추구를 우선적인 목표로 한다고 판단된다. 이에 반해 환경소송은 공익 추구를 목적으로 하기 때문에 증권 관련 또는 소비자 소송의 단체허가기준을 절대적으로 추종할 수는 없다고 생각되는 만큼 참고 자료로서만 검토한다.

이를 감안하여, 환경 단체소송을 제기할 수 있는 승인단체 요건을 다음과 같이 제시하고자 한다. 첫째, 환경부에 등록된 법인으로 정관상 상시적으로 환경보호를 목적으로 할 것. 둘째, 비영리민간단체지원법 제2조 규정에 따른 비영리민간단체로

서 일정 요건을 갖출 것. 그 일정 요건으로는 ① 법률상 또는 사실상 동일한 침해를 받은 50인 이상의 주민으로부터 단체소송의 제기를 요청받을 것 ② 정관에 환경보호를 단체의 목적으로 명시하고 최근 3년 이상 이를 위한 활동실적이 있을 것 ③ 단체의 상시 구성원수가 100명 이상일 것 ④ 중앙행정기관 또는 광역지방자치단체에 등록되어 있을 것 등이다. 소비자단체소송의 요건과 달리 광역지방자치단체 등록 단체까지 범위를 확장한 것은 소비자권의 침해는 제조물 성격상 전국적으로 동일피해가 발생하는 사례가 대부분이겠지만, 환경침해의 경우 지역별로 그 양태가 천차만별일 수밖에 없으며, 또한 서울에 있는 환경단체가 제주도의 지역사정을 잘 알 수 없는 것처럼 지역의 환경문제는 지역의 환경단체가 가장 확실히 인지할 것이라는 개연성이 있기 때문이다.

단체의 상시 구성원 하한요건도 소비자단체소송의 5000명이상에서 100명 이상으로 낮추는 것이 타당하다고 본다. 그 이유는 환경단체 구성원은 소비자운동처럼 정태적이고 제조업체를 상대로 하는 활동을 펼치기보다는 직접 개발현장에서 환경침해 여부를 감시하고 각종 환경피해사례를 조사 수집하는 동태적 활동을 위주로 해야 하는 만큼 단순히 구성원 숫자를 명목으로 단체를 질적으로 평가하는 것은 오류발생의 여지가 높다고 판단되기 때문이다. 특히 비영리민간단체지원법 제2조가 상시 구성원수 100인 이상일 것을 요건으로 하고 있는 만큼 이 조항을 따르는 것이 법적근거를 갖출 수 있고 합리적이라 생각된다.

#### 第4節 事例를 통해본 原告適格 擴大 必要性

##### 1. 國策사업 개발과 환경 간의 갈등

시화호의 담수화 계획 포기, 동강댐 건설 백지화, 경부고속철도 천성산 구간 공사 착공 지연 및 새만금 간척사업 공사중단과 재개, 4대강 정비사업 등 대규모 국책사업에서 환경보호를 이유로 한 갈등이 증가하고 있다. 시화호의 담수화 계획 포기와 동강댐 건설 백지화는 환경보호단체들의 시민운동을 통하여 이루어진 반면 천성산 구간 공사 착공 지연과 새만금 간척사업은 시민운동이 소송을 병행하면서 제도권 안에서 개발과 환경간의 갈등이 본격적으로 다루어진 사례다.

도롱뇽사건으로 불렸던 천성산구간 공사착공 지연사건에서는 동식물의 권리를 인정하여야 할 것인가 즉 도롱뇽도 소송의 원고가 될 자격이 있는지 여부와 환경영향평가 이후 사정변경을 이후로 사업시행을 중지할 수 있는 지 여부 등이 쟁점이 되었다. 이들 국책사업 이외에도 1980년대 이후 속리산 국립공원의 용화온천사건<sup>458)</sup>, 남대천양수발전소 사건<sup>459)</sup>, 영광원자력발전소사건<sup>460)</sup>, 청담공원사건<sup>461)</sup>, 부산대사건<sup>462)</sup>, 봉은사사건<sup>463)</sup>, 경부고속철도 서울차량기지 정비창 건설사업사건<sup>464)</sup>, 남골당사건<sup>465)</sup>, 도창리사격장사건<sup>466)</sup> 등 개별 건설공사 현장에서도 환경과의 갈등이 꾸준히 제기되고 있음을 알 수 있다.

새만금사건<sup>467)</sup>의 경우 2000년 5월 4일 첫번째 행정소송이 제기된 이후, 2006년 3월 10일 두번째 행정소송의 대법원 판결시까지 약 6년에 걸쳐 진행되었다. 새만금소송 역시 환경보호론자와 개발론자 간에 법률공방이 이어졌다.

대규모 정부조치계획의 경우 공간적 범위가 광대하고 사업기간도 장기인 경우가 많으며, 이러한 계획은 초기계획 혹은 기본계획이라는 대강의 밑그림 아래 수많은 세부계획 내지 부문계획과 실시계획 등이 있어서 크게 한 덩어리로 사업계획 자체에 대해 법적성질을 논하는 것은 무의미할 수도 있다. 따라서 세부적인 실시계획이 수립 확정되고 그것이 개인의 권리·의무에 일정한 영향을 미칠 때에서야 법적 성질을 따지는 것이 전통적인 주관적 쟁송제도를 취하는 우리 법제의 현실이다. 4대강 정비사업과 관련해서도 환경법적 문제, 문화재보호법상 문제들이 다양하게 제기되고 있다.<sup>468)</sup>

현대국가에 있어서의 행정기관은 서로 대립하는 관계에서 있는 사적 이익을 그 이익이 존재하는 특수한 사실적 상황 및 관련법규에 반영되고 있는 정책을 고려하면서 조정하는 것을 임무로 한다. 이러한 이익의 조정과정에서 행정기관은 조직화

458) 대판 1988. 4. 24, 97누3286; 대판 2001. 7. 27, 99두5092.

459) 대판 1998. 9. 22, 97누19571.

460) 대판 1998. 9. 4, 97누19588.

461) 대결 1995. 5. 23, 자 94마2218.

462) 대판 1995. 9. 15, 95다23378.

463) 대판 1997. 7. 22, 96다56153.

464) 대판 2001. 6. 29, 99두9902.

465) 대판 2004. 12. 9, 2003두12073.

466) 대판 2006. 6. 30, 2005두14363.

467) 대판 2006. 3. 16, 2006두330.

468) 정 훈, “4대강 정비사업에 따른 법적 쟁점”, 「법학논총」 제30집 제1호, 전남대 법학연구소, 2010. 4, 313~321면.

된 이익에 대해서는 부당하다고 생각될 정도로 혜택을 베푸는 반면, 조직화되지 못한 소비자나 환경보호단체 등의 이익을 희생시키는 경우가 많았다. 미국에 있어서 법규의 제정과정에서 빈민층의 이익을 대변할 수 있는 행정기관이나 소비자나 공공 시설이용자를 위하여 특별한 이익대변기관을 창설해야 한다는 요청이 끊이지 않고 있음이 이러한 사실을 증명한다. 일본의 경우에도 사적인 이익을 배려해야 할 행정 절차가 완비되어 있지 못함으로써 이러한 행정분쟁의 해결을 위한 법원의 문호개방 요청의 목소리가 높다.

앞에서 살펴본 사례를 통해서도 알 수 있듯이 우리나라의 경우도 재판을 받을 수 있는 첫 관문인 원고적격의 인정이 아직도 주관적 이익 여부에 머물러 있는 것이 현실이다. 제3자 인인소송이나 집단분쟁 등에 있어 환경단체와 인근주민의 원고적격을 확대, 공익이라고 할 수 있는 환경이익 보호에 만전을 기해야 할 필요성이 여기에 있다 할 것이다.

## 2. 원고적격에 대한 새로운 인식전환 필요성

앞서 살펴본 바와 같이 새만금 사건에서 다수견해에 대해 대법관 김영란, 대법관 박시환의 반대의견이 있었다. 이들 반대의견은 환경상 이익과 경제적 이익은 단순히 계량화하여 평가할 수 있는 것이 아니므로, 평가의 차원을 달리해야 하며, 입증책임도 전통적인 사법적 입증책임 분배법칙과 달라야 하고, 환경이익이라는 공익을 위해서는 주관적 이익구제를 최우선으로 하는 기존의 쟁송법상 관점이 바뀌어야 한다고 주장했다. 물론 이에 대해 소수의견은 입증의 중간영역이라는 개념을 사용하고 있으나 이는 현행 사법체계와 모순되는 개념이라는 지적<sup>469)</sup>도 제기되고 있다.

그러나 소수의견은 환경소송의 원고적격 인정에 대해 새로운 인식을 제시하였다는 점에서 원고적격 인정문제에 획기적인 계기를 마련한 것으로 생각된다. 소수의견은 새만금사업의 공익적 취소 가능성에 대해 “새만금사업에는 농지의 필요성, 수질관리, 해양환경 및 경제적 타당성과 사업성 등의 측면에서 당초 예상하지 못한 사정변경이 생겼다고 할 것인데, 그와 같은 사정변경은 아래에서 보는 바와 같이

469) 홍봉주, “부동산 개발과 환경간의 갈등에 관한 연구-새만금간척사업의 소송들을 중심으로-”, 「일감법학」 제15호, 2009, 363면.

사업 자체를 취소하지 않으면 안 될 공익상 필요가 있는 사유에 해당한다 할 것이다”고 하였다. 이러한 소수의견의 태도는 기존의 공법상 권리구제절차와 사법제도의 취지에 비추어 지지받기에는 어려운 것이 사실이다. 즉 전통적인 사법제도의 지향점은 대립하는 당사자간에 충돌하는 이익을 조정하고 분쟁을 해결하는 데 있으며, 이 경우 이익이나 분쟁은 각 당사자의 주관적인 이익이나 주관적인 지위와 관련된 것이다. 따라서 법원으로서 각 당사자가 계쟁 법률관계와 어떠한 주관적 관련성을 갖는가를 찾는 것이 제1차적인 과제일 수밖에 없었다. 즉 직접 당사자 개인의 주관적인 이익이나 권리가 관련되어 있는지, 그리고 그러한 권익이 관련법에서 보호되는 이익인지, 나아가 이러한 권리침해와 관련하여 침해되었다고 주장하는 자의 입증이 충분한지 등이 분쟁해결에 있어서 중요한 대전제가 되었다.

그러나 환경보호의 측면에서 이러한 고전적인 사법의 역할은 일정한 한계에 직면할 수밖에 없다. 우선 헌법상 규정된 환경권의 정체성을 확고히 규명하는데 많은 논란이 있는 만큼 권익의 대상으로서 환경 그 자체는 물론이고 환경상 이익도 대상이나 범위, 행사주체, 내용 면에서 여타의 이익과 달리 경계를 명확히 하기가 어렵다는 점이다. 이러한 환경문제의 특성은 손에 잡히지 않지만 누구도 부인할 수 없이 명백히 존재하고 특히 인류의 생존과 직결되는 문제인 만큼 환경보호를 위해서는 특정 당사자의 주관적 이익과 무관하게 누군가는 감시자가 되어야 한다. 따라서 현행 환경법상 환경보호를 위해 제1차적으로 국가 등에게 책무를 지우고 있는 것이다. 문제는 4대강 정비사업처럼 국가 등이 사업주체가 되어 환경을 위협할 경우 당연히 제2차적으로 국민 일반이 감시자가 되어야 하고, 이를 위해 고전적인 원고적격론, 즉 주관적인 이익관련성에 입각한 원고적격론은 수정이 가해져야 할 것이다. 이러한 견해는 그간 몇차례 대형 국책사업에서 이미 제기된 바 있다.<sup>470)</sup>

### 3. 원고적격 확대를 위한 제안

#### (1) 환경소송에 있어서 소송구조의 도입

우리나라보다 환경소송 제기가 비교적 용이한 외국의 사례에 있어서도 실제로 환

470) 정 훈, 전제논문, 326면.

경단체에 의해 제기되는 자연자원 피해소송이 그리 많지는 않다. 외국의 경우 공익 단체의 원고적격이 인정됨에도 불구하고 환경단체가 더 자주 피해소송을 제기하지 않는가에 대한 이유를 명확하게 밝힐 수는 없지만, 한 가지 중요한 요소는 민사소송상 발생하는 고비용과 다른 당사자의 비용까지 부담해야 하는 패소비용의 부담일 것이라 생각된다. 이러한 패소비용과 법적 절차에 따른 소송비용은 일반적으로 공익단체들이 더욱 적극적으로 소송을 청구하는 것에 방해가 된다. 따라서 일부 사례에서는 공익단체들의 소송수행에 따른 비용을 경감시켜 주기 위해 시민들이 기금을 조성하거나 비용을 지원하는 경우도 있다.<sup>471)</sup> 소송비용의 경감은 공익단체의 중요성 증대와 환경보호 강화에도 일정한 역할을 수행할 것이다.<sup>472)</sup>

그러나 소송기금 모금운동 등은 소송의 명분축적 등을 위한 캠페인성 이벤트 역할에 치중할 뿐 환경소송에 있어서 필요한 소송비용 증담문제의 근본적 해결책이 되지 못하는 못한다. 이에 따라 최근 들어 소송비용을 부담할 자력이 없는 피해자를 위해 소송구조 제도를 적극 활용할 필요가 있다는 인식이 높아지고 있다. 특히 환경소송의 경우 피해자 대부분이 영세한 농어민이거나 도시소시민인 경우가 많으므로 소송구조의 필요성은 더욱 강조되며, 이들 환경오염피해자에게 소송구조의 부여가 부당하게 거부된다고 하면 그것은 곧 그들로부터 소권 즉, 재판을 받을 권리를 사실상 박탈하는 결과가 되어버리고 만다. 환경단체에게 단체소송 원고적격을 부여하더라도 소송구조의 필요성은 마찬가지로 논리로 타당하다 할 것이다.

#### 1) 민사소송법상 소송구조제도

민사소송법 제128조가 규정하고 있는 訴訟救助제도는 국민의 재판을 받을 권리의 보장수단으로서 최소한의 것이라 할 수 있다. 민사소송법 제128조 제1항은 “법원은 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람의 신청에 따라 또는 직권으로 소송구조를 할 수 있다. 다만 패소할 것이 분명한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고, 제2항에서 소송구조 신청인은 구조의 사유를 소명하여야 한다고 규정하

471) U.K. House of Lords Select Committee on the European Communities, 2nd Report, Sess. 1996-1997, Community Environmental Law: Making It Work, H. L. 10, London 1997; Art. 9 of the 1998 UN/ECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters(Aarhus Convention), 38 ILM 517(1999).

472) 우리나라에서도 ‘4대강사업 위헌·위법 심판을 위한 국민소송단’을 모집하면서 소장작성, 변론비용, 인지세, 송달료 등 소송비용으로 쓰기 위해 소송모금을 진행한 사례가 있다.

고 있다. 疏明은 원래 증명과는 달리 법관에게 一應의 신용을 품게하는 정도로서 족한 것이므로, 법정에서 증인의 신문이나 문서의 제출로서도 이를 행할 수 있게 된다.<sup>473)</sup>

소송구조의 본질에 대해서는 은혜설, 권리설(형식적 보장설), 사회보장설(실질적 보장설) 등 학설이 제기되고 있으나 권리설<sup>474)</sup>이 현재의 통설이며, 대부분 관례도 이를 따르고 있다.<sup>475)</sup> 사회보장설은 소송구조를 사회보장적 관점에서 이해하려는 점에서 권리설과 차이를 보인다. 소송구조의 객관적 범위는 재판비용의 납입유예, 변호사 및 집행관의 보수와 채당금의 지급유예, 소송비용의 담보면제, 대법원규칙이 정하는 그 밖의 비용의 유예나 면제 등이다. 소송구조는 이를 받은 사람에게만 효력이 미친다.

## 2) 소송구조 확대를 위한 입법론적 제언

환경소송에서 소송구조제도에 대한 문제의식이 특히 강조되는 이유는 환경오염피해자의 영세성에 비하여 환경소송의 준비·수행비용은 터무니없는 다액에 이른다는 데 있다. 환경단체가 환경소송의 원고로서 소송을 수행할 경우에도 마찬가지다. 환경오염 피해자나 환경단체가 오염피해의 입증을 다하기 위하여서는 과학적·전문적 문헌자료를 연구 검토하여야 하고, 감정 및 검증 등을 시행하여 증거자료를 수집하지 않으면 안된다.

이에 따라 환경소송에 있어서 소송구조 역시 환경소송의 특질과 조화를 이루는 구조이론의 구성이 요청된다 할 것이다. 그러나 아무리 환경오염피해의 특성을 강조한다 하여도 실정법의 해석론에는 스스로 한계가 있는 것이므로 현행 소송구조제도 자체가 내포하고 있는 결함을 보완하기 위해서는 입법에 의한 해결을 기대할 수 밖에 없다고 할 것이다.

즉 환경분야 단체소송을 인정하는 특별법을 제정하면서 소제기 전의 조사 기타 준비활동에 소요되는 비용도 소송구조의 객관적 범위에 포함하고, 통상의 변호사

473) 방순원, 「전정판 민사소송법(상)」, 한국사법행정학회, 1989, 295면.

474) 권리설은 소송구조를 소송상 또는 헌법상의 권리로 이해하려는 견해이다. 이 설에 의하면 소송구조의 신청권은 민사소송에 있어서의 당사자권이나 추상적 소권 또는 헌법상의 재판을 받을 권리나 평등권으로부터 파생되는 권리라고 한다.

475) 오석락, 전계서, 223면.

비용 역시 구조의 범위에 포함하는 것이 바람직하다 할 것이다. 단체소송 패소시 비용부담의 문제는 환경부가 환경소송기금과 같은 공적부조기금을 조성한뒤 해당 단체의 소송수행과정을 종합적으로 평가해 지원하는 방안을 검토할 수 있다 할 것이다.

## (2) 건강하고 쾌적한 환경에 대한 독립적인 권리 인정

환경을 더욱 보호하기 위해서는, 건강하고 쾌적한 환경에 대한 실질적인 권리를 각 개인들에게 보장해주는 것이 중요하다. 불법행위법 하에서, 사인은 원칙적으로 그들의 재산적 이익이 침해된 경우에만 소를 제기할 권리를 갖는다. 이러한 이유로, 원칙적으로 무주의 자연자원에 피해가 발생한 경우 사인은 그 피해에 대하여 소를 제기할 원고적격을 갖지 않는다. 무주의 자연자원에 대한 피해가 발생한 경우에 민법상 법적 절차를 창설하기 위한 사인의 권리의 확대는 이러한 문제를 해결할 수 있을 것이다. 이는 사인에게 건강하고 쾌적한 환경에 대한 권리를 제공함으로써 가능하다. 이러한 권리의 침해는 사인에게 건강하고 쾌적한 환경에서 그의 사익을 보호하기 위하여 그리고 심지어 발생한 피해에 대한 금전적 배상을 구하기 위하여 책임당사자에 대한 법적 청구를 제기할 수 있는 자격을 부여하게 될 것이다.

많은 국가들은 쾌적하고 건강한 환경에서 살 권리를 헌법에 명시하고 있다. 예컨대, 네덜란드 헌법은 행정당국은 국가를 살기 좋고 환경을 보호하고 향상시키기 위한 고려를 하여야 한다고 명문화하였다. 그러나 동조항은 다양하게 상충하는 이익에 대하여 고려하고 있고, 주정부의 재량의 여지를 많이 남겨두었기 때문에 법적 가치가 제한되어 있다. 이 해석은 또한 이 조항과 비교되는 다른 헌법에도 적용된다. 더욱이 네덜란드 헌법에는 사인에게 쾌적하고 건강한 환경에 대한 사권에 대한 규정을 하고 있지 않다. 그러므로 건강한 환경에 대한 새롭고 추가적인 기본권을 형성하기 위한 제안들이 있어왔다. 이 새로운 기본권은 주정부에게 의무를 부과하지 않고, 건강한 환경을 위한 실체적 권리를 각 개인들에게 부여한다.<sup>476)</sup>

우리 헌법 제35조 제1항에서도 환경권을 국민의 기본권의 하나로 명시함과 동시에, 환경보전을 위한 국가의 책무를 확인하고 있다. 환경권의 공공성에 대해서 대법

476) 이은재, 전제논문, 240~241면.

원은 “환경권은 명문의 법률규정이나 관계 법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야만 인정되는 것이므로, 사법상의 권리로서의 환경권을 인정하는 명문의 규정이 없는데도 환경권에 기하여 직접 방해배제청구권을 인정할 수 없다”라고 판시함으로써 환경권이 공법상의 권리이지, 사인에 대한 사법상의 구체적 권리로는 볼 수는 없다는 입장을 밝힌 바 있다. 우리 헌법에서 명시하고 있는 모든 국민에게 건강하고 쾌적한 환경을 보장하여 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 해주어야 한다는 시대적 요청이 환경권의 실질적 보장을 통해 가능한 것이라는 점을 고려한다면, 환경권의 구체성은 법체계적으로 이미 이루어져 있고, 판례나 해석론으로 충분히 이를 해결할 수 있는 바, 법률의 규정이 없고 내용이 불명확하다는 등의 이유로 구체적 효력을 부인하여서는 안 될 것이다.<sup>477)</sup> 이러한 새로운 기본권을 도입하는 장점은 일반적으로 환경에 대한 피해가 발생한 경우 국민들에게 재판상의 접근을 제공하게 된다는 것이다. 건강한 환경에 대한 일반적이거나 공통의 이익은 사익이 된다. 따라서 이러한 소송은 환경법에 의하여 그 시행과 이행을 보다 확실히 보장받아야 하며, 정부가 자연 자원의 피해에 대하여 소극적일 경우에 더욱 중요한 의미를 갖게 된다.

477) 김홍균, 「환경법」, 홍문사, 2007, 27면.

## 第 5 章 原告適格 擴大의 特殊問題

### 第1節 自然의 權利訴訟의 原告適格

#### 1. 자연의 법적가치의 인정

현행 민사소송법과 행정소송법에 기초한 기존 제도나 법이론만으로는 지금과 같은 대규모 자연환경 훼손에 대처하기가 역부족이라는 사실은 앞에서 살펴본 바와 같다. 문제는 현행 법체계와 소송제도를 개선해 인근 주민의 원고적격성을 확대하고, 집단환경분쟁 해결을 위해 독일의 환경단체소송과 같은 제도를 도입한다고 하여도 환경훼손이라는 현대적이고 총체적인 재난을 막기에는 부족하다는 것이다. 이는 그동안 환경법이 자연환경 그 자체에 대한 피해보다는 환경오염이나 환경훼손으로 야기된 인간의 생명·건강·재산에 대한 피해를 주된 영역으로 삼아왔기 때문이다.

자연환경피해는 일단 발생하면 완전한 복구가 불가능하거나 피해의 복구를 위해서는 막대한 노력이 필요한 경우가 대부분이다. 이러한 문제의 심각성 때문에 일부 환경법학자를 중심으로 자연 또는 자연물에 법적 인격을 부여하자는 논의가 진행되고 있다. 또 無主의 자연환경 자체의 피해에 대한 법적 주체도 정립돼야 한다는 논의가 제기되고 있다. 법인격 없는 자연 또는 자연물의 법적 주체성을 인정하고 그 권리가 침해될 경우 자연인이나 법인과 마찬가지로 방해배제, 원상회복은 물론 손해배상을 받을 수 있도록 해야 한다는 것이다. 또 누군가는 무주(無主)의 자연환경 자체

의 피해에 대하여 원고적격을 가져야만 하고, 수탁자로서 행위할 수 있는 권한 및 책임을 인정받아야 한다는 것이다.

인간은 그 존재를 자연에 깊이 의존하고 있고, 이는 인간과 자연의 고유한 존재 양식을 존중할 의무가 있다는 것을 전제로 한다. 즉 자연의 가치는 그 자체로서 법률상 보호할 가치있는 이익이라는 것이다. 인간이 자연을 원칙적으로 보호해야만 하는 의무를 가진다는 것은 인류의 문명이 자연에 대하여 계속적인 침해를 해왔다는 역사적 인식과, 그 파괴 정도가 이미 회복 불가능할 정도까지 이르러 인류의 지속적 생존조차 위협하고 있다는 현실 인식에 기초를 두고 있다.

회사와 같은 법인이 법인격의 주체가 된 것은 오랜 역사가 있는 것이 아니다. 법인 역시 처음에는 실체가 없다하여 법적주체성에 의문이 제기되었으나, 현재 법인의 인격성에 대해 아무도 의문을 제기하지 않는다. 마찬가지로 현재는 자연 또는 자연물의 법적 주체성에 모두가 의문을 제기하고 있지만 언젠가는 당연히 자연의 법적 주체성을 인정하는 날이 올 것으로 전망된다.

환경소송과 같이 공공성이 강한 영역에서는 개인적 이익의 보호 역할에 만족하고 있는 기존 민법이나 행정법의 역할에서 벗어나 순수하게 자연 그 자체의 보호를 목적으로 하는 법이념과 체계의 정립이 요구된다 할 것이다. 그렇기 때문에 자연의 권리소송이라는 새로운 유형의 환경소송이 필요한 것이다. 자연의 권리소송은 환경보호에 관한 현행법 체계의 문제점과 한계로부터 창출된 개념이다. 이론적으로는 환경보호사상이나 환경철학 분야에서 제기한 문제점을 어떻게 하면 법적 주장으로 살릴 수 있는가 하는 관점에서 논의의 출발점이 되었고, 법적으로는 자연의 법적 가치를 과연 인정할 수 있을지, 인정한다면 그 법적 보호방법 특히 원고적격을 부여할 수 있을 것인가 하는 점이 가장 어려운 숙제라 할 수 있다. 자연이나 자연물에게 소송을 제기할 수 있는 원고적격의 부여는 원고적격 확대론에서도 특수한 이론과 체계를 필요로 한다.

## 2. 자연의 원고적격성

### (1) '자연의 권리'의 개념

통상 ‘자연’이라는 것은 인간의 생존기반 또는 진화의 기반으로서의 자연을 의미하고, 그것은 우선 질서, 원리, 법칙 세계의 시간적·공간적 전개를 의미한다. 자연계에 존재하는 사물이나 그 총합도 인간의 실존의 전제를 이루고 있는 것으로서, 다양한 인간활동에 물질적인 자원을 제공하며 인간의 문화나 정신성을 규정하는 조건이 된다. 즉 자연은 인간의 생물학적 생존의 기초이고, 진화의 기반임과 동시에 일체의 경제활동을 위한 자원이다. 이러한 관점에서 생각할 때 자연은 인간 외부의 것이 아니라, 인간과 일체의 것, 인간의 내적인 것이라고 생각하여야 한다.<sup>478)</sup>

자연의 권리라는 개념은 자연 및 그 구성요소인 자연물의 고유의 법적 가치를 승인하고, 더불어 인간의 자연에 대한 보호의무를 인정하고, 시민이나 환경단체에 대하여 자연 내지 자연물의 고유한 가치의 대변자로서 그러한 자연 등의 고유한 가치를 침해하는 인간의 행위에 대하여 법적인 방어활동을 할 수 있는 지위를 부여하는 것이라 할 수 있다.<sup>479)</sup>

예를 들면 특정의 지역에 생식하는 야생생물이 진화의 과정을 거쳐 형성하여 온 자연환경속에서 특정 종이나 지역개체군으로서 생태를 유지할 수 있는 권리 내지 권능을 갖는다는 의미다.<sup>480)</sup> 이는 자연 자신(또는 자연물 자신)이 법적 권리를 가진다는 것이고, 그 자연의 권리의 구체적인 내용은 크게 자연의 법적 가치에 의해 도출되는 자연의 존재를 침해받지 않은 권능과 이에 따른 자연에 대한 인간의 보호의무(자연이 존재할 권리), 자연의 가치를 보호하기 위한 실질적인 방법으로 소송을 제기할 수 있는 권리를 말한다.<sup>481)</sup> 최근의 자연환경보호사상은 자연이란 어떠한 생명체라도 독자적인 가치를 가지며, 원칙적으로 보호할 가치가 있다는 사고를 밑바탕에 깔고 있다. 자연의 공공적 의의에 대해서도 자연이 갖는 자원적 가치와 더불어 환경적 관점에서 의미를 부여하기에 이른 것이다.<sup>482)</sup> 자연의 권리의 한 형태로 국가나 지방자치단체가 자연보호정책을 추구하기 위해 스스로 자연의 대리인이나 수탁자가 되는 것을 들 수 있다.

478) 山田隆夫, “奄美自然の權利訴訟の提起するもの”, 「自由と正義」第49卷 第10号, 1998, 14~23面.

479) 이동준, “도롱뇽, 자연물의 권리소송”, 「부산법조」 제21집, 부산지방변호사회, 2004, 57~59면.

480) 山村恒年, 「環境保護の法と政策」, 信山社, 1996, 117面.

481) 설계경·정희근, “자연의 원고적격에 관한 소고”, 「토지공법연구」 제44집, 한국토지공법학회, 2009. 5, 155면.

482) 鬼頭秀一, 「自然保護を問いなおす」, ちくま新書, 1996, 34面.

## (2) 자연의 원고적격성 검토

### 1) 자연의 법적 주체성

자연이라는 법익의 공공성은 국가제도나 역사적 한정성을 초월하는 성격을 가지는 것이다. 자연의 법적가치는 이른바 사적인 이익을 넘는 성격을 띠며, 한 개인에게 환원할 수 없는 공간적이고 역사적인 확대성을 가진다. 다만 자연 고유의 법적 가치를 인정한다 하더라도, 실정법의 세계에서 법적주체성을 인정받을 수 있는지는 문제가 된다.

현행법은 자연인에 한정하지 않고 법인에게도 그 권리주체성을 인정하고 있는데, 법인의 본질과 그 권리주체성의 근거에 대하여 어떠한 입장을 취하더라도, 법인이 자연인과는 본질적으로 다른 존재라는 것을 인정하지 않을 수 없다. 또한 권리능력 없는 사단이나 재단, 민법상의 조합에 대하여도 당사자 능력을 인정하고 있지만, 그러한 법인 등이 자연인인 인간 개인이 향유할 수 있는 권리와 똑같은 권리의 주체가 될 수 없다는 것은 법인의 권리능력의 기술적 성격 때문에 당연하다.

이를 바꿔 생각하면 법인의 권리주체성 자체가 법적 장치인만큼 자연이나 자연물에도 법적 장치를 승인할 수 있다는 것이다. 다만 현실적으로 자연의 법적주체성의 지위를 인정한다고 하더라도 실제적으로 인간에게 인정되는 법적 권리나 권능 전부가 인정되는 것은 아니라는 것이다. 개개의 구체적인 법제도와 관련하여, 자연에 대해 어떠한 경우에, 어떠한 범위 안에서 당사자로서의 지위를 인정할 것인가의 문제가 제기된다.

이러한 문제의 하나로, 예를 들면 동식물이나 지역개체군 등에 소송당사자 능력 혹은 원고적격성을 승인하는 것도 검토가 필요하다. 이는 사회적인 행위규범의 형성기능을 높이고, 재판이라는 법적 실천과정에 있어서 환경문제의 본질을 명확하게 할 것이다. 결국 자연의 원고적격 인정 여부는 그 필요성과 효과에 의한 기술적인 문제에 불과하다고 볼 수 있다. 비인간적인 존재에 권리능력을 인정하는 것 또한 정책적 합리성의 검토문제이기 때문이다. 민사소송법 제52조는 권리능력을 갖지 못한 비법인사단이나 재단의 경우에도 대표자나 관리인이 정해져 있고 외부에 대하여 어느 정도 단체성을 가지고 있으면 당사자능력을 인정하고 있다. 그러나 이같은 형식논리에도 불구하고 법률적으로 자연의 권리 소송이 실제로 가능하기 위해서는 민

사소송법 제52조에 자연이나 자연물도 원고가 될 수 있다는 내용을 신설하거나 환경 관련 특별법에 별도조항을 마련하는 입법적 해결이 필요하다.

## 2) 자연의 대변자

자연의 권리주체성을 인정할 경우, 커다란 기술상의 문제는 실제적으로 누가 소송을 수행하고, 판결이 어떠한 범위내에서 주관적 기관력을 가질 수 있느냐는 것이다. 자연 그 자체가 스스로 움직일 수 없음은 물론 직접 법정에도 출석하여 소송을 수행할 수 없는 것이기 때문에, 자연 고유의 가치의 대변자로서 인간이 필요하다. 자연의 가치를 대변할 수 있는 인간, 즉 자연의 가치를 바르게 이해하고 자연보호의 관점에서 주장, 입증활동을 할 수 있는 개인 혹은 환경NGO가 대변인이 될 수 있다.

## 3. 자연의 권리소송의 의의

자연의 권리를 인정할 경우 자연이 법정에 설 수 있음은 형식논리상 당연하다. 즉 자연의 권리 소송이 가능해진다. 자연의 권리 소송은 자연물이 직접적인 소송 당사자가 되고 인간이 그에 대한 대변인이 되어 당사자인 자연이 침해당하고 있는 이익(자연이 가지고 있는 가치의 침해)에 대해 판단을 하고 이에 근거한 판결을 요구하는 소송으로 지금까지의 소송에서는 찾아볼 수 없는 목적과 내용을 가진 새로운 유형의 자연보호 소송이다.<sup>483)</sup>

자연의 권리 소송은 미국의 Christopher D. Stone 교수가 1972년에 쓴 「Should Trees Have Standing?」(수목의 원고적격)의 출간과 병행해 제기됐다. 이후 미국에서 산림, 강, 동물 등의 보호를 위한 일련의 소송들을 필두로 하여 독일, 일본 등으로 확산되기 시작하였다. 중국에서도 2005년 처음으로 자연의 권리 소송이 제기된 바 있다.<sup>484)</sup>

우리나라에서 자연의 권리소송 1호는 1998년에 있었다. 환경단체인 녹색연합이 1998년 낙동강에서 폐죽음을 당한 재두루미를 대신해 문화재청을 상대로 재두루미

483) 양철호, “자연의 권리와 도롱뇽소송”, 「본」 제19집, 한양대학교 법과대학, 2004, 113면.

484) 중국 쑹화강 유독물질 오염사건과 관련 베이징대 교수와 학생 등 6명이 철갑상어, 쑹화강 등 자연을 원고로 하여 100억위안(한화 약 1조2620억원)의 배상을 요구하는 민사소송을 하이룽장성 고급인민법원에 제기하였으나 소장 접수를 거부당하였다(연합뉴스 2005. 12. 22. 보도).

를 원고로 내세워 소송을 제기했으나 원고적격의 결여를 이유로 각하됐다.

자연의 권리 소송이 신문이나 방송 등 언론을 통해 등장한 것은 2003년 11월 천성산에 서식하는 도롱뇽이 신청인이 되어 고속철도공단이 시행하는 천성산 구간 원효터널 공사의 금지를 구하는 소송을 제기한 사안이다. 재판과정에서 1심과 항고심, 재항고심에서 잇따라 도롱뇽이 원고적격이 없다는 결정을 받게 되자 자연의 권리 소송에 대한 관심이 고조되었다.

자연의 권리란 용어는 자연에는 자연 고유의 가치가 있는 것이고, 사람이 자연을 대변하여 자연의 가치를 보존하기 위해 소송을 제기할 수 있다<sup>485)</sup>는 점에 중점을 둔다. 자연의 권리 개념중 대표적인 것은 자연보호운동의 한 형태로서 자연의 권리를 말하는 것과 사상으로서의 자연의 권리를 말하는 것이다. 전자는 자연보호의 실현을 법정에 맡기는 것, 즉 법정투쟁에 의한 자연보호실현을 목표로 한 액션을 자연의 권리소송으로 이해하고, 자연의 권리 개념은 자연의 권리소송과 직결된 것으로 본다. 후자는 자연에는 고유의 가치가 있고 존중해야 할 권리가 있다는 의미에서 이른바 자연의 권리소송이라는 것은 사회에 대하여 자연이 갖고 있는 고유의 가치를 인정하고 자연을 존중할 의무가 있다는 확인을 구하기 위한 수단으로 평가되고 있다.<sup>486)</sup>

Christopher D. Stone 교수는 만약 자연물이 어떤 위험에 빠졌을 때 자연물의 안전과 이익에 관심이 있는 사람이 법원에 그 자연물을 위한 후견인의 임명을 청구할 수 있는 제도적 장치가 있어야 한다<sup>487)</sup>고 논거를 제시했다. 이는 자연보호 그 자체를 목적으로 하는 소송의 본격적인 시발점으로 새로운 법적 수단의 제시라는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

#### 4. 외국에서의 자연의 권리소송 논의

자연의 권리소송은 주민의 생명·신체나 재산 보호를 위한 전형적 소송유형과는 달리 자연 그 자체를 소송당사자로 하여 그 보호를 추구하는 새로운 유형이다. 1970

485) 강제규, “자연의 권리소송”, 「공법연구」 제29집 제1호, 한국공법학회, 2000, 489면.

486) 이동준, “도롱뇽, 자연의 권리와 환경권”, 「부산법조」 제22집, 부산지방변호사회, 2005, 141면.

487) 크리스터퍼 D. 스톤 지음, 허범 역, 「법정에 선 나무들」, 도서출판 아르케, 2003, 42면.

년대 미국에서 산림, 강, 동물 등의 보호를 위한 일련의 소송들을 필두로 하여 일본 등으로 확산되기 시작하였다.

#### (1) 미국

자연의 권리소송 이론은 앞에서 살펴보았지만 미국 캘리포니아대학의 법학교수인 Christopher D. Stone이 1972년에 발표한 “Should Trees Have Standing” 논문에서 처음 제기되었다. Stone 교수는 이 논문에서, 권리주체에 대한 법역사학적 관점에서 보면 나무나 자연물이 권리주체가 되는 것은 이상할 것이 없다는 논지를 폈다. 즉 과거 흑인, 여성, 태아 등에 대하여 법인격이 인정되지 않았다가 오늘날 이들에게도 권리능력이 인정된 사례에서 보듯이, 인간중심의 세계관에서 벗어나 자연의 존재가치를 인정하게 되면 자연의 권리주체로서의 당사자 능력을 인정하는 것이 이상하지 않다는 주장이다. 이 논문은 당시 진행중이던 Mineral King 계곡 사건<sup>488)</sup>의 미연방최고재판 판결에도 영향을 주었다. 자연의 권리소송의 효시로 꼽히는 이 소송은 리조트건설로 파괴될 위협에 처해있는 나무와 바위, 야생동물을 원고로 하여 소가 제기됐다. 1심인 구법원(District Court)에서는 원고적격을 인정하였으나, 항소법원에서 각하되고, 연방대법원에서 원고적격 결여를 이유로 소를 각하한 항소법원의 판단이 그대로 받아들여졌다. 이 사건에서 다른 대법관과 함께 소수의견을 제시한 Douglas 대법관은 “자연의 생태적 균형에 대한 공중의 관심은, 보호의 대상인 자연물이 소송을 제기할 수 있을 것을 요구한다. 생명이 없는 사물도 경우에 따라서는 소송의 당사자가 되어야 하고, 해사소송에서 선박이 바로 대표적인 예”라고 하였다. <sup>489)</sup>

이 판결이후 미국에서는 강, 새 등의 이름으로 자연보호단체를 대변자로 삼아 제기한 소송이 간헐적으로 이어졌으며, 법원도 자연물을 소송당사자로 하는 표시를 받아들이는 경향을 보였다. 특히 1973년 멸종위기종 보호법(The Endangered Species Act of 1973)이 제정된 이후 그 법에 규정된 생물종의 서식지 보호지역 보호에 실패하였다고 주장하며 그 희귀종을 원고로 삼아 소송을 제기한 여러 건의 재판에서 자연물이 소송당사자로 받아들여졌다.<sup>490)</sup> 멸종위기종보호법은 범위반 행

488) Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727, 735-36 n. 8(1972).

489) 강재규, 「미국 환경법과 법원」, 세종출판사, 1998, 243면.

위가 있는 경우 누구나 그 시정을 요구하고 소를 제기할 수 있는 시민소송 조항을 두어 자연의 권리를 실현할 수 있는 수단을 마련하였고, 이 법에 의한 여러 건의 소송에서 대부분 당사자적격이 인정되었다. 대표적인 소송사례로는 희귀종인 하와이 새 빠리야 사건(palilla, 1979), 북부 점박이 올빼미 사건(Northern Spotted Owl, 1988), 그래엄산 붉은 다람쥐 사건(Mt. Graham Red Squirrel, 1991), 하와이 까마귀 사건(Hawaiian Crow Alala, 1991), 플로리다 사슴 사건(Key Deer, 1994), 바다오리 사건(Marbled Murrelet, 1996) 등이 있다.

#### 1) 빠리야 사건(palilla, 1979)

하와이 주정부는 하와이 섬에 위치한 빠리야의 서식지 내에 사냥을 즐기는 사람들을 위하여 많은 수의 야생 염소와 양을 유지시키기로 하는 결정을 하였다. 이에 시에라클럽과 국립 오두본 협회(491), 하와이 오두본협회 등은 이러한 결정은 빠리야의 서식지를 파괴할 수 있는 행위로 주정부가 위기종보호법을 위반하였다고 주장하며 자신들과 빠리야를 원고로 하여 소송을 제기하였다. 이 사건에서 법원은 원고적격에 대하여 하와이 희귀종인 빠리야도 고유한 권리를 가진 법인격으로서 법률상 지위를 가지며 연방법원에 소송을 제기할 수 있다고 판시하고, 하와이 주정부는 위기종보호법을 위반하였으며 빠리야 서식지 내에서 야생염소와 양을 제거하는 계획을 시행하라고 판결하였다.<sup>492)</sup>

#### 2) 하와이 까마귀 사건(Hawaiian Crow Alala, 1991)

1982년 연방내무장관은 위기종보호법이 요구하는 것으로 하와이 까마귀 알라라 보존계획을 마련하였다. 이 계획에 의하면 내무장관은 알라라가 멸종되는 것을 막을 수 있는 효과적인 조치, 가령 서식지로부터 알라라를 포획하거나 알을 약탈하는 행위를 모두 금지하는 조치들을 시행하도록 되어 있었다. 그런데 어떤 사유지의 경우 그 소유자가 반대하여 이러한 조치들을 취할 수 없었다. 그러자 하와이 오두본 협회와 국립 오두본협회 그리고 하와이 비영리법인 등은 내무장관이 사유지 소유자

490) 강제규, 전제논문, 33면.

491) 미국의 조류학자였던 John James Audubon을 추앙하여 조직된 미국의 자연보호단체. 1785년 출생한 Audubon은 1827년부터 「The birds of America」를 출간하였다.

492) Palilla v. Hawaii Dept. of Land and Natural Resources, 471 F. Supp.985(D.Hawaii 1979)

의 반대에 대하여 법적 조치를 취하지 않은 것은 위기종보호법을 위반하였다며 자신들과 희귀종인 알라라를 원고로 하여 내무장관과 사유지 소유자를 상대로 소송을 제기하였다. 이 소송에서 피고들은 알라라는 새이기 때문에 위기종보호법을 근거로 소송을 제기할 원고적격이 없다고 항변하였다. 이에 대하여 법원은 알라라는 위기종보호법상 시민소송 조항에서 규정한 사람(any person)에 해당되지 않는다면 알라라의 이름으로 제기된 부분은 각하하였다.<sup>493)</sup>

### 3) 바다오리 사건(Marbled Murrelet, 1996)

대리석무늬바다오리는 일생의 대부분을 바다에서 보내고 오래된 숲에서 새끼를 낳기 위해 수십마일을 날아간다. 근래에 그 수가 현격히 줄어들어 대리석무늬바다오리는 1992년 위기종보호법상 위기종으로 분류되어 그들의 서식지는 보호받게 되었다. 태평양목재는 목재회사로 캘리포니아 홈볼트 카운티에 오래된 삼나무와 미송으로 울창한 440에이커의 숲을 보유하고 있었는데 이곳은 태평양 해안으로부터 약 22마일 떨어져 있었고 대리석무늬바다오리가 새끼를 낳고 기르기엔 아주 이상적인 곳이었다. 그런데 이 회사는 이 숲 440에이커 중 237에이커에서 벌목할 계획을 세우고 주정부로부터 허가도 받기 전에 벌목을 시작하였다. 이에 환경보호정보센터(Environmental Protection Information Center)와 대리석무늬바다오리는 태평양목재를 상대로 소송을 제기하였다. 법원은 대리석무늬바다오리는 위기종보호법에 의한 보호종으로 자신의 권리로 소송을 제기할 원고적격이 있다고 하면서 희귀종인 바다오리의 생존에 위해를 줄 수 있는 방식으로 벌목행위를 하여서는 안된다고 판결하였다.<sup>494)</sup>

### 4) 판례 분석

동물을 포함하여 자연물이 원고가 되어 실제로 진행된 이들 소송을 살펴보면 하와이 까마귀 사건과 돌고래 카마 사건(Kama, 1993)을 제외하고는 모두 원고적격이 인정되었다. 이에 대해서는, 법원이 피고측에서 문제를 삼지 않는 한 자연물이 원고가 되어 청구한 소송에 대한 법적 판단을 내릴 필요가 없었다는 사정이 있고, 이의

493) Hawaiian Crow(Alala) v. Lujan. 906 F. Supp. 549. (D.Haw. 1991)

494) Marbled Murrelet v. Babbitt. 83 F. 3d 1060(9th Cir. 1996)

가 제기된 사건에서 원고의 청구를 각하한 사실을 결부시켜 법원은 동물 등 자연물이 원고로 소송을 제기한다는 부분에 별반 의미를 두지 않은 것이 아닌가 하는 의문도 완전히 배제하기 어렵다는 의견도 있다.<sup>495)</sup>

자연물의 이름으로 제기된 소송도 많지 않을뿐더러 이들 소송에서도 각종 환경단체들이 원고적격 문제에 대비하여 사람이나 환경단체를 대변자로 하여 자연물과 공동으로 원고를 구성하는 현상을 보여준다. 원고를 자연물 단독으로 하여 소송을 제기한 경우는 1건도 없었다. 따라서 자연물만을 원고로 하여 소송을 진행하였다면 법원이 원고적격에 대하여 어떻게 결정했을 것인지에 대해 알 수 없다는 문제가 제기된다. 법원은 피고측에서 문제삼지 않는 한 자연물의 원고적격 여부에 대해 법적 판단을 굳이 내릴 필요가 없었던 것으로 해석될 수도 있다. 미국에서는 국가환경정책법(NEPA) 제정 이후 연방의 많은 환경법과 주의 환경보호법이 제정됐으며 이들 법률은 환경과피 행위에 대하여 누구나 소송을 제기할 수 있는 시민소송제도를 규정하고 있다. 환경단체들이 소송을 제기할 수 있는 자격이 널리 인정되면서 자연물을 원고로 한 소송제기는 줄어들게 되었다고 볼 수 있다.<sup>496)</sup>

## (2) 일본

일본의 경우 자연보호를 목적으로 한 행정소송으로 유명한 사건은 日光太郎杉 소송사건<sup>497)</sup>을 들 수 있다. 이 사건은 자연보호를 청구하였던 원고(東照宮)가 승소한 점, 개발이 만능이었던 시절이었음에도 불구하고 판결의 내용이 오늘날의 환경보호사상에도 타당할 수 있는 격조높은 자연보호론을 전개한 점, 행정재량에 대한 사법심사 방법에 대하여 수준높은 일반론을 전개하였다는 3가지 점에서 아주 특징적인 사건이었다.<sup>498)</sup> 일본에서는 지방자치법 제242조의 2에서 규정하고 있는 주민소송을 자연보호를 위한 소송수단으로 활용하고 있으나, 최고재판소가 주민소송의 요건을 아

495) 홍준형, “도롱뇽소송의 적법여부에 대한 고찰”, 『현대공법학이론의 새로운 전개』, 삼지원, 2005, 650면.

496) 미시건주 환경보호법(MEPA)과 미네소타주 환경권법(MERA)은 “대기, 물, 토지, 자연 기타 자연자원의 오염, 손상, 파괴나 환경에 중대한 악영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 행위”에 대해서 모든 주민에게 선언적 판결, 중지판결 등을 구할 수 있는 자격을 부여하고 있다. 이들 법률의 특징은 원고적격의 제한을 실질적으로 철폐하였다는 점이다.

497) 宇都宮地判 1969年 4月 9日 「行集」第20卷 第4号 373面; 東京高判 1973年 7月 13日 「行集」第24卷 第6号, 第7号 533面.

498) 山村恒年, 「公害・環境判例百選」, 有斐閣, 1994, 184面.

주 엄격하게 해석함으로써 주민소송 역시 자연보호소송으로서 기능을 제대로 수행하고 있지 못한 실정이라고 한다.<sup>499)</sup> 이에 따라 일본에서도 환경보호소송제도의 개선을 위해 자연 그 자체를 원고로 하는 자연의 권리 소송이 제기되기 시작하였다. 일본의 자연의 권리 소송은 미국의 자연의 권리 소송의 영향을 받았다.<sup>500)</sup>

#### 1) 아마미 쿠로우사기(야생토끼)소송

동물을 원고로 내세운 최초의 소송으로 1995년 2월 23일에 가고시마(鹿兒島)지방법원에 제기되었다. 이 소송은, 가고시마현이 아마미오시마(奄美大島)에 골프장 개발을 위하여 임지개발허가처분을 내준데 대해 아마미섬의 야생토끼, 개똥지빠귀, 도요새, 루리어치 등 4종의 동물 이름을 포함하여 아마미의 주민 5명, 외지인 17명 등이 원고가 되어 가고시마현 지사를 피고로 삼아 자연의 권리, 자연향유권의 침해, 삼림법 위반 등을 이유로 야생동물의 종보존에 관한 범위만 및 관련 조약의 위반을 주장한 사건이다. 2001년 1월 22일 가고시마지법은 원고적격 결여를 이유로 소를 각하했고, 이어 2002년 3월 19일 항소심에서도 항소각하판결을 내렸으나 원고들은 상고하지 않았다. 그러나 아름다운 자연을 갖고 있는 아마미섬을 골프장 개발로부터 지키기 위해 제기된 아마미소송은 자연보호이념, 생물다양성에 대한 국제적 정책의 흐름, 미국 환경소송의 전개 등을 부각시킴으로써 중요한 의미를 부여했다.<sup>501)</sup>

#### 2) 오오히시쿠이(큰기러기)소송

茨城縣의 큰기러기의 일종인 오오히시쿠이의 월동지 전역을 조수보호구로 지정하지 않았기 때문에 무리가 쇠퇴하고 중요한 자연환경이 훼손되었다고 하여 지방자치법의 주민소송 규정에 근거하여 지사 개인을 피고로 하여, 현에 대해 지사의 연 수입분 약 2200만엔의 손해배상을 청구한 소송으로 1995년 12월에 제기되었다. 원고로 오이히시쿠이와 시민의 이름을 연서하여 제기하였다. 물갈퀴가 달린 기러기의 발로 날인한 소장을 법원에 제출하기도 했다. 이에 대해 水戸 지방재판소는 오오히

499) 畠山武道·古城誠木佐茂男 編著, 「環境行政判例の總合的研究」, 北海道大學圖書刊行會, 1995, 80面.

500) 山村恒年, 「環境法入門」, 昭和堂, 1999, 44面.

501) 籠橋隆明, “自然の權利訴訟と市民の權利”, 「公害環境法理論の新たな展開」, 日本評論社, 1997, 289面; Amami rabbit to be plaintiff in case to stop construction, Japan Times, 1994. 11. 3.

시쿠이를 원고로 한 부분에 대해서만 변론을 분리하였다. 1996년 2월 소장 각하가 아니라, 오오히시쿠이를 상대방으로 각하판결을 하였다. 판결내용은 “소송관계의 주체가 될 수 있는 당사자능력은 인간사회를 전제로 한 개념으로밖에 볼 수 없으며, 자연이 단독으로 소송을 수행하는 것이 불가능하다는 것은 명백하며, 자연물의 보호는 사람이 그 상황을 인식하고 대변함으로써 비로소 소송의 장으로 나아갈 수 있는 것이며, 자연물이 존엄하기에 이에 대한 인간의 윤리적 의무는 성립한다 할지라도, 그렇다고 하여 자연물에 법적 권리가 있다고 볼 수는 없다”고 하였다.<sup>502)</sup>

## 5. 자연의 권리 소송의 도입 가능성

### (1) 자연의 원고적격성 찬반론

도롱뇽 소송 사건을 계기로 국내에서도 자연의 권리 소송에 대한 활발한 논의가 시작되었다. 자연의 권리능력을 적극적으로 인정하는 입장에서부터, 자연의 권리를 논리적으로 증명할 수 없다며 부정하는 입장도 있다.

긍정적인 입장은 헌법 제35조의 환경권 규정을 사인에게도 적용되는 구체적 사권을 보장한 규정으로 보아 환경의 시대에 맞는 법관의 전향적 자세가 필요하다는 지<sup>503)</sup>, 당사자 능력이 반드시 자연인이나 법인처럼 민법상 권리능력을 가져야 인정되는 것이 아닌 이상 자연도 비법인사단이나 재단처럼 당사자능력을 가질 수 있는 여지가 있다는 견해<sup>504)</sup>도 있다. 또 자연에게 권리능력이 인정되기 위해서는 자연에게 누릴 수 있는 일정한 이익이 있어야 하고, 법이 그 이익을 인정해야 하는데, 국제법으로는 생물다양성협약, 습지에 관한 람사협약, 국내법으로는 환경정책기본법이나 자연환경보전법, 자연공원법, 야생동·식물보호법, 습지보전법 등 자연의 이익을 인정하는 법률이 있고, 한편 도롱뇽은 야생동·식물보호법 제19조 제1항, 같은 법 시행규칙 제24조 별표 6에서 규정하고 있는 포획금지 포유류, 조류, 양서류 및 파충류 중 양서류에 해당하므로, 도롱뇽, 도롱뇽 개체군 내지 군집에 대하여는 적어도

502) Court seeks animal plaintiffs' details, Japan Times, 1995. 12. 21.

503) 강재규, 전계논문, 33면.

504) 홍준형, 전계논문, 655면.

생물다양성의 범위안에서 권리능력이 있다는 주장<sup>505)</sup>도 있다.

부정적인 견해의 논거는, 자연의 권리를 인정하는 것만이 현재의 환경위기를 극복할 수 있는 단 하나의 해결책도 아니고, 자연의 권리란 사실상 존재하지도 않고 논리적으로 증명할 수도 없으며, 감정적으로 받아들이기도 어렵다는 것이다.<sup>506)</sup> 성문법주의 현행법 해석으로서는 도롱뇽을 비롯한 자연 또는 자연물 자체에 권리주체성이나 당사자능력을 인정하자는 주장은 아직 시기상조라는 견해<sup>507)</sup>도 있다. 도롱뇽소송의 항고심 결정이유에도 도롱뇽의 당사자능력을 인정할 수 없는 이유를 비교적 자세히 실시하고 있다<sup>508)</sup>는 것이다.

## (2) 실정법 체계와의 저촉

도롱뇽 등 자연의 권리소송 인정은 실정법에 저촉된다. 앞서 살펴본, 당사자능력이 반드시 민법상 권리능력을 가져야 인정되는 것이 아닌 이상 자연도 비법인 사단이나 재단처럼 당사자능력을 가질 수 있다는 견해는, 해석론상 논리의 비약으로 받아들여질 수 있는 한계가 있다. 헌법 제35조에 규정된 환경권을 근거로 자연에게 권리능력을 물론 당사자능력을 인정할 수 있을지를 살펴보면, 대법원 판례의 확립된 입장<sup>509)</sup>은 환경권을 일반 사인에게 인정되는 구체적인 사권으로 보지 않고 있다.

그러나 법인에 권리주체성을 인정해준 것은 바로 법률이고, 그러한 법률규정이 존재하기 때문에 권리능력이 인정되는 것이다. 정책적 합리성의 검토 결과 필요하다고 인정되면 언제든지 현행법의 테두리 안에서도 당사자능력을 인정할 수 있는 것이다. 이 경우에는 당사자능력의 인정 범위가 무한정으로 확대될 수 있다는 문제가 발생한다. 또 정책적 합리성의 검토 결과만으로 권리 주체 나아가 당사자 능력

505) 신용인, “자연의 권리”, 『부산법조논집』 창간호, 2006, 157~158면.

506) 홍성방, “자연의 권리주체성”, 『한림법학 FORUM』 4권, 한림대학교 법학연구소, 1995. 9, 18면.

507) 허상수, “도롱뇽의 당사자능력과 환경소송”, 『관례연구』 제18집, 부산관례연구회, 2007, 554면.

508) 항고심 결정이유로 “신청인중 하나인 도롱뇽에 대해서 외국의 하급심에서는 특이한 판결이 있었지만 대부분의 나라에서 자연물에 대한 소송당사자 자격여부에 대해서는 아직 확립되지 않았다. 성문법률도 없고 관습법으로도 통용되고 있지 않은 이상 입법부가 아닌 법원이 당사자능력에 관한 새로운 법을 창설할 수는 없다”고 하였다. 부산고등법원 2004. 11. 29 자 2004라41 공사착공금지가처분결정 및 부산고등법원 2004. 11. 29 자 2004라42(병합) 공사착공금지가처분결정.

509) 대판 1995. 5. 23, 94마2218 등 참조.

까지 인정하게 되면 법원은 당사자능력을 가리는데 시간과 정력을 낭비하게 될 위험이 있게 된다.<sup>510)</sup> 따라서 이러한 주장들은 결국 입법정책에 대한 주장으로서 경청할 만한 가치가 있다고 보지만, 성문법주의 하의 현행법 해석으로서는 자연의 원고적격을 인정하는 것은 실정법 저축이 될 수밖에 없다. 따라서 환경소송의 특수성을 인정하는 범위 내에서 자연의 원고적격 부여를 위한 입법적 검토가 필요하다는 생각이다.

### (3) 새로운 소송제도의 도입 필요성

국가나 지방자치단체, 또는 기업이나 개인이 환경법을 위반하여 환경이익을 침해하였을 때, 현재의 인간중심주의적이고 개인주의적인 주관소송제도를 통해서도 결코 객관적이고 공익적인 성격이 강한 생태이익을 지켜낼 수 없는 것이고, 현행 소송제도는 한계에 부딪힐 수밖에 없다. 즉 국가나 지방자치단체 또는 기업이나 개인이 환경과괴행위를 하는 경우에는 이 사회 구성원이면 누구나 소송을 제기하여 환경이익을 지켜낼 수 있어야 한다고 본다. 나아가 도롱뇽소송과 같이 자연동식물도 법정에서 원고의 자격이 부여돼 자신의 이익을 위해 법정에 설 수 있는 법제를 마련하는 것이야말로 환경법이 지향하는 이념이나 가치를 제대로 구현할 수 있는 방안이라 할 것이다.

환경윤리학이나 환경 철학, 나아가 환경 법학 등 여러 학문분야에서도 이러한 제도에 대한 윤리적, 철학적, 법학적 근거를 마련하기 위한 연구가 활발히 전개되고 있다. 지구상의 생물들이 지금껏 진화되어 왔듯이, 헌법상의 기본권을 포함한 권리 역시 역사적으로 발전·진화되어 왔다고 할 수 있다. 그리고 행정소송의 경우에는 그 기관(행정청)에게도 피고의 지위를 인정하여 소송을 수행할 수 있는 자격을 부여하고 있다. 이는 소송의 당사자는 반드시 권리의 주체여야 하는 것은 아니라는 점을 반증하는 것이기도 하다.

새로운 소송제도 도입을 위해서는 구체적으로 환경법에서 자연의 권리소송을 인정하는 조항을 두는 것이 바람직하다. 다만 자연 동식물은 사람처럼 법정에서 직접 자신의 이익을 다룰 수 없으므로, 공익대표자(환경단체, 환경관련 학자, 환경법상

510) 허상수, 전계논문, 554면.

규제행정청 등)가 동식물을 대신하여 소송을 제기하는 구조를 생각해볼 수 있을 것이다. 헌법과 법원조직법에 따르면 이른바 환경보호를 위한 민중소송과 같은 객관 소송의 창설은 입법정책의 문제로서 법제화의 가능성은 언제나 열려있다.<sup>511)</sup>

#### (4) 자연에 대한 후견인 제도

헌법과 기본권을 포함한 각종 권리가 역사적으로 발전·진화하여 왔듯이 소송 당사자 제도 역시 발전과 진화가 요구된다. 자연물의 원고적격 인정이 법논리적으로는 가능하다 하더라도, 현실적으로 현행 법률에 근거를 두지 않고 있는 이상 법정에서의 논의는 무가치할 수밖에 없다. 도롱뇽 소송에 대한 대법원의 결정 역시 현행 법률이나 관습법이 자연물이나 자연 자체의 당사자 능력을 인정하지 않고 있음을 판단기준으로 삼고 있다.

자연의 권리 소송이 현실화하려면 법제화가 당연히 필요하다. 자연의 권리 소송을 실질적으로 보장할 수 있는 법제화 방안에 대한 검토에서 자연의 권리 소송을 처음으로 주창한 Christopher D. Stone 교수의 견해는 경청할 만하다. 동식물을 포함해 ‘누구나’ 소송을 제기할 수 있도록 한다면 남소 가능성이 높아 현실적으로 소송의 폭주를 감당하지 못하게 된다는 것이다. 이에 따라 특정 자연물에 대한 후견인-피후견인 관계를 도입할 필요가 있다고 한다. 독일의 경우 특별법령에 의하여 공인된 환경단체를 특정 숲의 후견인으로 임명하였다. 독일에서는 특수한 단체들에게 원고적격을 인정하는 주의 수가 1992년 5개에서 1996년에는 12개로 늘었다.<sup>512)</sup> 미국에서도 상무성의 국립해양대기권국이 미국 어업전관수역 내에 있는 어류, 해양포유동물 및 이들을 지탱해주는 해양생태계를 위한 수탁인이다. 국립해양대기권국은 자신의 피관리자에 대하여 침해를 가하는 당사자에 대하여 원상회복비용을 청구하는 소송을 제기할 수 있는 권한을 가지고 있다.<sup>513)</sup>

우리나라의 경우 자연의 가치의 대변자, 즉 후견인으로서 지위를 부여할 수 있는 기관으로는 환경보호단체나 국가 및 지방자치단체, 과학자단체, 검찰 등을 들 수 있

511) 강제규, “자연의 권리”, 『환경법연구』 제30권 3호, 한국환경법연구회, 2009, 65면.

512) 크리스토퍼 D. 스톤, 허범 역, 전계서, 305면.

513) Superfund Amendments and Reauthorization Act of 1986(SARA), 42 U.S.C.

다. 입법론으로는 이들 법정 후견인이 특정 자연물을 대리하여 침해를 당한 특정 자연물의 이름으로 객관소송인 환경보호소송을 제기하는 방식을 제시하는 것이 좋겠다고 본다. 피후견인이 되는 특정 자연물로는 환경부 지정 멸종위기 동식물, 국제적 멸종위기종이나 생태계보전지역, 습지보전법에 의한 습지, 국립공원 등을 꼽을 수 있겠다.

## 第2節 도롱뇽 訴訟에 대한 檢討

### 1. 도롱뇽 소송의 경과

2003년 10월 15일 도롱뇽과 ‘도롱뇽의 친구들’(공동 선정당사자 지율스님, 박영관, 손정현)이 원고가 되어 한국고속철도공단이 시행하는 대구-부산간 경부고속철도 건설공사중 경남 양산시 하북면 소재 천성산 아래 부분을 통과하여 시행할 계획인 원효터널 건설공사에 대하여 그 공사의 착공을 금지하는 공사착공금지 가처분 신청을 제기하였다. 소송당사자인 꼬리치레도롱뇽은 1급수 환경지표종으로 1989년 환경처에 의해 감소추세종으로 지정, 멸종위기로부터 특별히 보호되고 있으며 천성산 일대가 대규모 서식지로 파악되고 있다.

도롱뇽 소송은 한국고속철도 건설공단에서 두 차례 실시한 환경영향평가서에서 30종 이상 되는 법정 보호동식물이 누락되어 소송을 통해 고속철도 공사 강행의 부당성을 알리고 공사를 중지시키기 위해 제기된 것이다.<sup>514)</sup> 환경영향평가서는 천성산에 도롱뇽, 특히 1급수 지표종인 꼬리치레도롱뇽이 살고 있는 것으로 자연보호 단체와 학계에 의해 확인됐음에도 불구하고, 계획노선 주변에는 특별히 보호를 요하는 동식물이 없다고 밝혀 도롱뇽 소송의 원인을 제공했다고 원고측은 주장하였다.

514) 당시 ‘고속철도관통반대 천성산비상대책위원회’는 도롱뇽소송의 취지를 다음과 같이 밝혔다. 천성산 문제는 더 이상 고속철도 관통이라는 환경문제에 국한되지 않는다. 잘못된 개발모델과 근시안적인 경제논리로 처참하게 파괴되고 있는 우리 산하의 아픔의 상징으로 자리잡았다. 그러므로 천성산은 이미 사라져간 많은 생명들을 품어안고 도롱뇽의 친구들이라는 일반인에 의해 희망을 만들어가는 환경성지로 거듭날 수 있어야 한다. 이를 위해 고속철도 천성산관통저지 전국비상대책위원회는 천성산 일대에 서식하는 1급수 환경지표종인 꼬리치레도롱뇽의 이름으로 환경부와 한국고속철도건설공단을 상대로 생존권을 지키기 위한 소송을 제기한다. 특히 부실한 환경영향평가가 개발에 대한 면죄부를 주고 있는 모순된 현실에서 환경영향평가서에 고의 혹은 과실로 누락된 각종 법정보호종과 못 생명들에 대한 책임감을 갖고 공식적으로 문제를 제기함으로써 생물종에 대한 권리를 회복하고, 환경부와 환경보전을 위한 각종 법률이 제자리를 찾을 수 있는 계기를 만들어 이땅의 미래의 거울이 되고자 한다(<http://www.cheonsung.com>).

도롱뇽소송의 쟁점은 신청인인 도롱뇽이 한 가치분 신청의 적법 여부에 모아졌다. 도롱뇽의 원고적격을 인정할 수 있는지의 문제였다. 물론 신청인들이 주장하는 공사착공금지 가치분 사유의 존부에 대한 실체판단도 쟁점이었지만 이는 본 논문의 연구범위를 벗어난 것이기 때문에 검토대상에서 제외한다.

도롱뇽소송에 대한 1심 결정은 2004년 4월 9일 나왔다. 1심법원(울산지방법원 합의부)은 “도롱뇽은 현행법의 해석상 당사자능력을 인정할 근거가 없다”며 신청인 중 도롱뇽 부분은 각하하고, 나머지는 모두 기각하였다.<sup>515)</sup> 신청인들은 1심결정에 불복 2004년 4월 26일 부산고등법원에 항고를 하였으며, 부산고등법원은 2004년 11월 29일 원심 결정과 같은 취지의 항고심결정을 내렸다.<sup>516)</sup> 신청인들은 이에 대해 2004년 12월 22일 대법원에 재항고장을 제출했으며, 대법원은 2006년 6월 2일 재항고를 기각했다.

## 2. 도롱뇽의 원고적격 주장

신청인들이 법원에 제출한 공사착공금지가처분 신청서와 재항고이유서 중 도롱뇽의 원고적격성을 주장하는 내용을 간추려본다.

첫째, 자연이나 자연물에 대하여 기술적인 법적 주체성을 인정하는 것은 가능하다. 이는 현대의 환경침해행위 등을 둘러싼 분쟁해결에 유효적절한 수단으로서 일정한 효과를 기대할 수 있다. 따라서 자연물, 예를 들면 동식물이나 지역개체군 등에 소송당사자 능력 혹은 원고적격성을 승인하는 것은 충분히 가능하고 이는 사회적인 행위규범의 형성기능을 높이고, 재판이라는 법적 실천과정에서 환경문제의 본질을 명확하게 하고, 자연 내지 자연물의 가치를 보전하여 자연환경의 보전에 지대한 기여를 할 것이다.

둘째, 인간은 자연 내지 자연물을 파괴하는 행위에 대하여 이를 보호할 의무가 있는 것이고, 이는 역으로 말하면 인간은 자연 내지 자연물의 권리 또는 가치를 보호할 권리를 가지고 있다는 것이다. 자연 내지 자연물의 권리 또는 가치가 침해를 받는 경우 이는 인간이 자연 등의 권리 또는 가치를 보호하여야 할 법적 권리가 침

515) 울산지결, 2004. 4. 8. 자2003카합959.

516) 부산고결, 2004. 11. 29. 자2004라41, 42(병합).

해되는 것과 마찬가지로다. 따라서 자연 등의 권리 또는 가치를 대변할 수 있는 대변자의 지위에 있는 인간이 그러한 침해행위를 금지시킬 수 있는 법적 이해관계인에 해당하여 그 권리주체성이 인정되는 것이다.

셋째, 자연 내지 자연물의 권리 또는 가치에 대한 대변자의 지위에 있는 인간에게도 법률상 원고적격이 있다고 보아야 한다. 이는 현행 자연환경보호법령이나 헌법상의 자유권, 사회권 그리고 조약이나 국제합의에 의해 뒷받침되는 실정법상의 명문의 규정이다.

### 3. 대법원의 입장

대법원은 원심 및 항고심과 마찬가지로 신청인 도롱뇽의 당사자능력을 인정하지 않았다. 대법원은 신청인 도롱뇽의 당사자능력에 대해 도롱뇽은 천성산 일대에 서식하고 있는 도롱뇽목 도롱뇽과에 속하는 양서류로서 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 이 사건을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없다고 결정했다.<sup>517)</sup>

대법원 결정은 원심 및 항고심의 판단을 그대로 수용한 것이다. 항고심은 우리 민사소송법 제51조는 당사자 능력에 관하여 민법과 그 밖의 법률에 따르도록 정하고 있고, 같은 법 제52조는 대표자나 관리인이 있는 경우 법인 아닌 사단이나 재단에 대하여도 소송상의 당사자능력을 인정하고 있으나, 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여는 현행법의 해석상 그 당사자 능력을 인정할만한 근거를 찾을 수 없다고 결정했다. 신청인 단체가 피보전권리로 삼은 자연 방위권이라는 개념도 우리 법제상 인정되지 않는 권리라 하여 부적법하다고 판단하였다.<sup>518)</sup>

### 4. 대법원 결정에 대한 검토

대법원은 자연 또는 자연물의 원고적격성은 물론 자연방위권과 같은 자연의 권리 개념도 현행법상 근거가 없다는 이유로 배척한 것으로 해석된다. 자연물인 도롱뇽

517) 대결 2006. 6. 2, 2004마1148, 1149(병합).

518) 부산고결 2004. 11. 29, 자2004라41, 42(병합).

또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 원고적격을 인정할 수 없다고 하여 자연의 권리소송을 부인한 것이다. 대법원은 다만 공동원고인 ‘도롱뇽의 친구들’의 경우 자연환경과 생태계의 보존운동 등을 목적으로 설립된 법인 아닌 사단이라고 하면서, 이 단체가 환경권 또는 자연방위권 만을 피보전권리로 주장하고 있는 이 사건에 있어서 신청인 도롱뇽의 친구들의 당사자적격에 관한 법리오해의 위법이 없다고 판시하였다. 이러한 점에서 환경보호단체에 당사자적격을 인정해준 의미있는 결정이라고 볼 수 있다.<sup>519)</sup>

대법원이 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 당사자능력을 인정할 수 없다고 한 결정이유는 단 4줄에 불과하다. 전원합의체에 회부되지 않은 결로 봐서 관여 대법관 전원일치로 내린 결론이다. 만일 전원합의체에 회부되어 도롱뇽의 권리소송도 가능하다는 소수의견이 제시됐더라면 자연의 권리 소송 논의에 획기적 계기가 됐을 것으로 판단된다. 환경파괴의 심각성, 환경보호 관련 입법절차가 늦어지고 있는 마당에서 법원은 자연의 권리소송을 부인만 할 것이 아니라 구체적 논의를 통해 법률적 정리를 제시해야 할 것으로 생각된다.

도롱뇽 소송 사건은 자연의 권리소송을 인정할 필요성과 현행법상 그 가능성 타진의 단계에 들어섰다는 점에서 그 결론을 떠나 소송 역사적으로 의미가 매우 크다 할 것이다.

### 第3節 自然環境 自體의 被害에 대한 原告適格

#### 1. 무주의 자연환경피해에 대한 국가의 주체성

##### (1) 자연환경 자체의 피해의 개념

환경피해는 일반적으로 소유권의 범위에 포함되는 자연환경에 대한 피해와 자연환경 그 자체에 대한 피해로 구분할 수 있다. 그러나 이 둘에 대한 피해의 형태를 확정하기에는 아직 다소 혼란이 발생하고 있다. 미국의 학자들은 자연환경 자체의 피해를 정의하기 위해 생태적 피해(ecological damage), 純 環境被害(pure

519) 강제규, “환경법의 성격과 환경행정소송제도-도롱뇽소송을 중심으로-”, 「환경법연구」 제27권 제1호, 한국환경법학회, 2005, 32면.

environmental damage), 자연환경 자체에 대한 피해 등의 용어를 빈번하게 사용하고 있다. 자연환경 자체의 피해는 환경의 본래적 기능에 중대한 훼손을 주는 피해라고 정리할 수 있다. 즉 자연환경 자체의 피해는 일반적인 환경피해나 환경 관련 피해와 구분되어야 한다. 따라서 환경에 대한 침해로 인해 환경 그 자체에 대한 피해가 아닌 환경을 매개로 한 피해, 즉 인간의 건강이나 재산상의 손실, 일실소득에 대한 손해 등 생활환경에 피해를 주는 상태는 자연환경 자체의 피해에 포함되지 않게 된다. 다양한 자연자원들에 대한 침해가 곧 자연환경 자체의 피해로 인정되는 것은 아니며, 이들 중 일부는 생활환경의 피해로 나타나기도 한다.

불법행위법은 대부분의 환경 관련 피해 유형을 다룬다고 할 수 있다. 예컨대 자연환경 자체에 대한 피해의 결과라 하더라도, 이를 매개로 하여 발생하는 소유권의 침해, 인적상해 또는 순 경제적 손실 등은 소유자 또는 그 밖의 사인의 이익이 침해된 것으로 원칙적으로 불법행위법에 의해 다루어진다.<sup>520)</sup> 요컨대 환경피해의 배상은 자연자원의 침해를 금전적으로 가치화한 것이라 할 수 있다.<sup>521)</sup> 환경을 매개로 하여 발생하는 이러한 종류의 피해나 소유권 또는 토지, 거주지와 같은 생활환경으로 구성되는 소유권의 침해는 명목상 환경을 매개로 한 것이지만, 자연환경 자체에 대한 피해와의 직접적인 관련성은 적다<sup>522)</sup>

결국 자연환경 자체의 피해가 법적의미를 갖는 경우는, 무주의 자연환경에 대한 피해와 사익의 가치를 초월하는 공공의 이익을 포함하고 있는 자연환경 자체의 피해로 나눌 수 있다. 전자는 발생 자체가 공공의 이익을 침해한 것이 되나, 후자는 소유자가 해당 자연환경 자체의 피해에 대한 완전한 회복을 구하지 않을 경우에 한하여 공공의 이익을 침해하게 된다는 차이가 있다.<sup>523)</sup> 즉, 사적 소유의 토지에 위치한 멸종위기종, 철새를 비롯한 기타 자연자원은 물론이고 공공의 가치를 지닌 사 소유의 토지 일부 또한 포함될 것이다.

자연환경 자체에 대한 피해는 불법행위라는 전통적인 법리에 딱 들어맞지 않는

520) E.K. Banakas, *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, 1996, p.3.

521) Valerie Ann Lee and P. J. Bridgen, *The Natural Resource Damage Assessment Deskbook: A Legal and Technical Analysis*, Environmental Law Institute, 2002, pp. 1~2.

522) 우리나라에서도 이른바 '유사환경권' 또는 '사이비 환경권'이라는 개념을 제시하여, 이를 실질적인 환경에 관한 것과 구별하려는 견해가 있다(조홍식, "유지청구 허용여부에 관한 소고", 「민사판례연구」 [XVII], 박영사, 2000, 38면).

523) 이은재, 전계논문, 43면.

경우가 허다하다. 왜냐하면, 무주의 자연환경 그 자체에 대한 피해는 사익보다는 공익에 영향을 더 미치게 된다는 것이다. 그런데 이렇게 공익에 영향을 미치는 사건들이 사익에 영향을 미칠 정도로 확대되지 않는다면, 유감스럽게도 대개 그 이상의 법적인 권리관계 또한 더 이상 진행되지 않는 것이 보통이다.<sup>524)</sup> 이것이 자연환경 자체의 피해에 불법행위법이 적용될 수 없는 가장 큰 이유다. 전통적인 불법행위법 규정은 주로 사익의 보호에 대해 다루기 때문에, 이러한 이익들은 자연환경 그 자체에 대한 피해가 발생할 경우 직접적으로 적용될 수 없으며, 설사 적용된다 하더라도 간혹 간접적인 영향만을 미칠 뿐이다.

## (2) 환경의 공공성과 국가의 책무

사적 소유의 대상인 자연환경 자체의 피해가 단순히 침해를 한 자와 피해를 입은 자만의 문제라고 한다면, 피해자는 불법행위법에 의해 침해자를 상대로 소를 제기함으로써 자신의 피해를 구제받을 수 있을 것이므로, 이러한 피해의 구제에 대하여 따로 특별한 배려를 하기 위한 논의는 별 필요가 없을 것이다. 그러나 상당수의 환경에 사익을 넘어선 공공에 대한 이익이 포함되어 있다는 것은 그 환경에 대한 침해가 비단 개인의 수준에만 머무는 사적인 문제가 아님을 의미한다. 따라서 일부 또는 특정 환경에 대한 피해라 할지라도 이는 곧 다수 및 공중에 대한 피해라는 결과를 야기할 수 있다. 결국 자연환경 자체의 피해의 구제의 이면에는 그것이 사적 소유권의 대상이든 無主의 것이든, 불측의 피해를 입게 된 공중에 대한 배려가 내재되어 있는 셈이며, 이를 통하여 피해를 보다 신속하고 적절하게 회복시키는 것은 공중에 대한 피해를 최소화하면서 공공의 법익을 보호하는 최선의 수단이 될 것이라는 논리로 연결된다 하겠다.

세계는 어떠한 의미에서 우리 공동의 유산(common heritage)이라는 말은 큰 의미를 준다.<sup>525)</sup> 그럼에도 불구하고 그동안 환경은 자연자원이라는 요소로서 경제학적 측

524) H. Bocken, Developments with Respect to Compensation for Damage Caused by Pollution, in B. S. Markesinis(editor), *The Gradual Convergence : Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of 21st Century*, (Oxford Univ. Press, 1994), p. 240.

525) P. Wetterstein, *A Proprietary or Possessory Interest: A Condition Sine Qua Non for Claiming Damages for Environmental Impairment?*, in Wetterstein, *Environmental Impairment Liability in Admiralty*, (Abo Akadimin Univ. Press, 1992), p. 9.

면에서 오직 인간의 효율성 판단을 위해서만 이용되었을 뿐, 그 개발이나 이용에 대한 결정에 있어서 환경용량, 자연정화능력의 한계, 그리고 지역주민의 생활에 대한 환경적 요소는 별로 고려되지 않았다. 환경의 공공성은 이를 이용하는 이들에게는 낭비로 인한 고갈을 경고하고 보전의 필요성을 제시하는 역할을 함과 동시에, 이를 관리하는 이들에게는 적극적인 보호조치를 취할 수 있는 근거를 마련하게 한다. 그렇게 때문에 ‘사적 소유권의 대상이 되지 않는 무주의 환경은 누구의 소유가 되는가’라는 전통적인 문제는 그 배타적 소유 중심의 논의를 벗어나 현대적인 의미로 바뀌면서 공공의 자연자원과 자연환경 자체를 보전하기 위하여 과연 누구에게 이들의 피해배상을 주장할 수 있는 원고적격을 부여할 것인가의 문제로 나타나게 되었다.<sup>526)</sup>

현행 헌법은 국토 및 자연자원의 관리와 관련하여 국토와 자원의 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립할 의무를 국가에 지웠고(헌법 제120조 제2항), 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 필요한 제한과 의무를 국가가 과할 수 있음을 선언하였다(헌법 제122조). 이러한 의미에서 자연자원의 관리와 관련된 우리 헌법의 규정은 지속가능한 발전의 이념을 구현하기에 적합하게 구성되어 있다.<sup>527)</sup> 즉 ‘성장이善’이라는 추론은 이 지속가능한 발전 이념과는 배치된다.<sup>528)</sup> ‘균형있는 개발과 이용(헌법 제120조 제2항) 및 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전(헌법 제122조)’의 이념은 국제환경법상의 지속가능한 발전 이념과 맥락을 같이 한다고 새길 수 있다. 따라서 헌법이 선언한 균형이란 형평성(equity)의 다른 표현이며, 이 형평성이란 국토에 대한 시책을 결정함에 있어 어느 한쪽에 치우치지 않아야 한다는 공공성의 논리가 내재되어 있다. 그렇기 때문에 우리 헌법은 국토 및 환경의 관리에서 시장을 통한 효율과 정부를 통한 형평을 동시에 추구할 것을 명하고 있는 것이다.

헌법에 근거한 각종의 환경관련법규들은 국가와 지방자치단체에 환경보전을 위하여 오염물질의 배출규제와 환경영향평가를 통하여 환경보전을 도모하여야 할 규제적 행정기능을 부여하고 있다.<sup>529)</sup> 또 환경정책기본법 제29조와 제30조는 환경피

526) 이은재, 전계논문, 177면.

527) 전재경, 「환경책임 법제 연구」, 한국법제연구원, 2003, 42면.

528) James Salzman and Barton H. Thompson Jr., Environmental Law and Policy (Foundation Press, 2003), p. 24.

해구제가 신속하고 공정하게 처리될 수 있도록 효과적인 시책을 강구할 책임을 분명히 하고 있다. 이 규정들의 선언성 여부를 떠나 자연환경 자체의 피해에 대한 국가 시책 수립의 책무 근거를 여기에서 찾아볼 수 있다 하겠다.

### (3) 국가후견이론

미국에는 무주의 자연자원을 비롯하여 공공의 자연자원에 대한 침해, 파괴, 훼손에 따른 피해를 회복하도록 하는 비교적 짜임새 있는 연방법규들이 존재하고 있다. 연방정부, 주정부 및 인디언부족들에게 공공의 자연자원에 대한 침해에 따른 손해배상을 청구할 수 있는 권한을 부여하는 연방법규<sup>530)</sup>들은 common law 법리, 특히 공공신탁이론과 국가후견이론을 배경으로 하고 있다<sup>531)</sup>. 이중 국가후견이론은 자연자원의 후견자로서 주정부에 대해 자연자원피해소송에 관한 원고적격을 가질 수 있다는 근거를 제시한다.

#### 1) 의의 및 배경

국가후견이론(parens patriae doctrine)<sup>532)</sup>은 자연자원과 그에 대한 시민의 이익을 보호하기 위하여 행정청이 행사할 수 있는 또 다른 common law 법리이다. 본래 common law 상의 국가후견이론은 주 정부가 자기 자신을 적절하게 변호할 능력이 없는 시민의 후견인(guardian)으로 간주됨을 의미하는 것이다.<sup>533)</sup> 이 이론은 공공의 생활방해(public nuisances)의 배제 또는 공공경제의 보호와 같이, 주정부가 일

529) 이상규, 「환경법론」, 법문사, 1998, 247면.

530) 자연자원피해에 관한 대표적인 미국의 연방환경법규로는 유류오염법(The Oil Pollution Act of 1990:OPA)과 종합환경대응배상책임법(Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act: CERCLA)이 있다. CERCLA는 1980년에 제정되었고, 1986년 ‘Superfund 수정 및 재위임법(Superfund Amendments and Reauthorization Act)’에 의하여 수정된 법이다. OPA는 기름유출로 인한 자연자원피해에 대한 책임을, CERCLA는 유해물질의 배출에 따른 자연자원피해에 대한 책임을 각각 다루고 있다. 이들 법규는 연방정부, 주정부와 인디언 부족들에게 이들에게 속하거나, 이들에 의해 관리되거나, 수탁되거나, 소유된 것이거나, 또는 이들에 의해 규제되는 자연자원의 침해에 따른 피해를 회복할 수 있는 권한을 부여하고 있다 (T. Fox, Natural Resource Damages: The New Frontier of Environmental Litigation(1993) 34 S. Tex. L. Rev. p. 536).

531) W. H. Rodgers, Environmental Law(St. Paul, 1977), p. 176.

532) ‘parens patriae’는 영어로는 ‘parent of country’로 번역된다. 헌법 및 형법에서는 이를 흔히 國親思想이라고 번역하고 있다. 그러나 국친이론이라는 의미는 국가주의적 사상을 강조하는 느낌이 강해 여기서는 국가후견이론으로 사용한다.

533) Garner, Black’s Law Dictionary(6th ed.). (Thompson, 1996), p. 769; G. B. Curtis, The Checkered Carrer of Parens Patriae: The State as Parent or Tyrant?, 25 Depaul L. Rev. (1976) p. 895.

반 공중을 대신하여 특정 당사자의 이익과는 구별되는 이른바 準主權的 利益 (quasi-sovereign interest)을 보호하기 위하여 소를 제기할 수 있다는 내용으로 확대되어 왔다.

국가후견자로서 주정부는 그 준주권적 이익을 보호하기 위하여 국가후견소송을 제기할 수 있다. 국가후견소송을 제기하려면 일정한 요건을 충족시켜야 하는데, 주정부는 특별한 사인 당사자의 이익과 구별되는 그 특유의, 독립적이고, 구별되는 이익을 갖고 있음을 보여야 한다. 국가후견소송은 집단소송(class action)의 代替訴訟이 아니다.<sup>534)</sup> 국가후견소송에서 주정부는 해당 사인에 대한 피해의 회복이나 그 주민들의 사권을 대표할 것을 목적으로 하는 것이 아니라, 주정부 자신의 준주권적 이익을 보호하기 위하여 소를 제기하는 것이다. 따라서 국가후견이론은 주정부에게 소송을 주장할 수 있는 원고적격의 근거를 제공해준다는 것이다.<sup>535)</sup>

## 2) 손해배상 및 유지청구

국가후견인으로서 소송을 수행하고 그 준주권적 이익을 보호하기 위한 주정부의 권리가 인식된 것은 오래 전의 일이다. 1907년에도 이미 주정부의 국가후견소송이 허용된 예가 있다.<sup>536)</sup> Tennessee Mining Company라는 제련공장에서 배출된 대기오염물질로 인하여 인접한 Georgia주의 산림, 곡물 및 과수들에 대한 상당한 규모의 피해를 야기한 사건에서, 비록 Georgia주정부가 소유한 재산에 대한 피해규모가 극히 적었음에도, 미대법원은 주정부가 그 국가후견능력에 따라 소를 제기할 수 있다고 하면서 Georgia 주정부의 원고적격을 인정하였다.

국가후견소송 사례들 중 대부분은 주의 준주권적 이익에 대한 침해를 금지하기 위한 유지청구의 형태였다.<sup>537)</sup> 국가후견이론에 따라 주 정부가 유지청구소송을 제기할 수 있음은 일반적으로 받아들여졌으나, 이 이론에 의하여 금전적 피해배상청구를 할 수 있는지에 대해서는 법원의 의견이 분분하였다. 피해배상청구소송에 대한 주된 논쟁들 중 하나는 준주권적 이익과 시민들 개인의 이익 모두가 피해를 입

534) 주정부는 국가후견이론에 의해 사인의 피해에 대한 소송을 주장할 수 없다는 *statsky v. Paramount Comm. Inc.*, 7 F.3d 1464, 1470 (10th Cir. 1993) 판결이 있다.

535) R. L. White, *Natural Resource Damages: Trusting the Trustees*, 27 *San Diego L. Rev.*, 1993, p. 451.

536) *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907).

537) G. B. Curtis, *The checkered Carrer of Parens Patriae: The State as Parent or Tyrant?*, 25 *Depaul L. Rev.* 1976, p. 913.

있을 때 발생하는 이중배상(double recovery)의 문제였다. 법원은 주의 준주권적 이익의 피해와 개인의 피해를 구별함으로써 이중배상을 회피하여 왔다.

### 3) 국가후견이론의 적용

주정부가 준주권적 이익에 대하여 피해배상청구를 할 수 있는지에 대한 사안이 법률로 규정되지는 않았지만, 일부 판례법은 명시적으로 자연자원침해에 따른 피해에 대한 주정부의 금전적 피해배상의 청구를 인정하고 있다.<sup>538)</sup> 국가후견이론에 입각하여 주정부의 피해배상 소송을 명확하게 인정한 판례들 중 하나가 바로 *Maine v. M/V Tamano* 사건인데, 이 사건에서 연방항소법원(federal district court)은 *M/V Tamano*가 갑작스런 충돌로 인하여 Casco Bay에 십만갤런의 기름을 유출시킨데 대하여, Maine주는 국가후견인으로서 인근 연안에 대한 침해는 물론이고 인근 연안에 관련된 모든 자연자원들에 대한 손해배상을 청구할 수 있다는 판단을 하였다.<sup>539)</sup> 이 사안에서 선박의 소유자는 Maine주가 실질적으로 개개 시민에 대한 피해를 회복하려 하는 것인지의 여부와 국가후견소송을 인정하기 위하여 인근연안과 해양생태계 및 해양생물에 대하여 충분한 독립적 이익이 부족한 것은 아닌지에 대하여 다투면서, 국가의 청구는 피해의 제3영역(the third category)이며 따라서 청구는 기각되어야 한다고 주장하였다. 법원은 Maine주의 근해 수역과 자연자원에 대한 주권적 이익이 주법과 연방 common law에 의해 충분히 지지될 수 있다고 하면서, 피고인 선박소유자의 주장을 받아들이지 않았다. 법원은 Maine주의 근해수역과 해양생태계에 대한 침해는 주 환경과 그 시민들의 휴양의 기회 및 복리에 치명적인 위해가 되었기 때문에, Maine주는 피해를 입을 수 있는 사인과는 별도의 이익을 갖는다고 판시하였다.<sup>540)</sup>

국가후견이론은 주정부가 유지청구를 할 수 있는 근거로 주로 사용되었으나, 일부 사건<sup>541)</sup>들을 통해 법원은 주정부가 국가후견이론에 근거하여 금전상의 피해배상을 청구하는 것까지도 허용하고 있다고 분석된다. 국가후견이론이 피해배상청구의

538) F. Halter and J. T. Thomas, Recovery of Damages by states for Fish and wildlife Losses Caused by Pollution, 10 Ecol. L. Q. 1982, p. 10.

539) *Maine v. M/V Tamano*, 357 F. Supp. 1102.

540) *Maine v. M/V Tamano*, 357 F. Supp. 1101.

541) *Idaho v. Southern Refrigerated Transp. Inc.*, 1991 WL 22479, 18(D. Idaho, Jan. 24, 1991); *Calif v. S.S. Bournemouth*, 307 F. Supp. 929 (1969); *In re Steuart Transp. Co.*, 495 F. Supp. 39 (1980).

근거가 되는지 여부의 불명확성에도 불구하고, 이 이론이 그러한 목적으로 사용될 수 있음을 확인하는 판례들이 존재한다는 것은 자연자원피해소송에서 큰 의미를 갖는다. 국가후견이론은 주정부가 환경오염으로 인한 피해로부터 시민들을 보호하고, 주의 소유에 속하지 않는 자연자원이라 할지라도 그 피해의 회복을 구하기 위한 소송 당사자로서의 적격을 부여하는 것이다. 침해가 일반적인 다수의 시민들의 복리에 대한 것일 때만 주정부가 국가후견이론 소송을 제기할 수 있기 때문에, 주정부는 모든 시민들의 이익을 대표하는 것으로 간주된다. 결론적으로 말해서, 주정부가 국가후견인으로서 행위를 한다면, 주정부의 행위에 따른 이익과 구별된 이익을 갖지 않는 사인 당사자들은 주정부의 피해배상 청구에 관한 법원의 판결에 법적으로 구속된다.<sup>542)</sup>

## 2. 국가의 원고적격에 대한 검토

### (1) 명예훼손과 국가의 원고적격

서울중앙지법 민사합의14부는 2010년 9월 15일 국가가 박원순 희망제작소 상임이사를 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 국가의 청구를 기각하였다. 판결은 “국가는 국민의 기본권을 보장할 의무를 지는 수범자이지 기본권을 누릴 수 있는 주체는 아니다. 국가 기관의 업무는 국민들의 광범위한 비판과 감시의 대상이 될 수밖에 없고, 국가는 이를 반드시 수용해야 한다. 원칙적으로 국가는 명예훼손으로 인한 피해자로서 소송을 제기할 자격이 없다. 비판의 내용이 현저히 악의적이거나 허위일 경우에는 국가도 예외적으로 명예훼손 소송을 낼 수 있지만, 입증은 국가가 해야 한다”고 하였다.<sup>543)</sup> 서울중앙지법은 이 사안에서 국가의 원고적격을 부인해 각하하지 않고 청구 기각판결을 내렸다.

542) Cestjion L. McFarland & Bart J. Freedman(editors), *Natural Resource Damages*, (Government Institues, Inc, 1993, p. 20.

543) 한겨레 2010. 9. 15. 이 사안은 박원순 희망제작소 상임이사가 시사주간지 <위클리 경향>과의 인터뷰에서 ‘국정원이 민간인을 사찰해 시민단체들의 사업이 무산되고 있다’고 발언하자, 박 상임이사가 언론 인터뷰를 통해 허위사실을 주장해 국가정보원과 국가의 명예를 훼손했다며 국가가 2억원의 손해배상을 청구하는 소송을 제기한 것이다. 국가가 명예훼손으로 인한 피해자가 될 수 있는지 여부가 쟁점이었던 사안으로 여론의 큰 관심을 받았다.

영국은 국가가 명예훼손에 의한 손해배상을 청구하는 것 자체를 금지하고 있다. 미국은 표현의 자유를 제한할 위험이 있는 소송의 경우 원칙적으로 각하하도록 하고 있다. 미국 캘리포니아주 등 20여개 주는 ‘공공참여에의 전략적 봉쇄소송 방지법(Anti-SLAPP. Strategic Lawsuit Against Public Participation)’을 제정해 언론이나 시민단체의 비판을 막기 위해 제기되는 부당한 소송을 금지하고 있다. SLAPP란 정부활동이나 공적이슈에 대한 개인과 단체의 비판활동을 봉쇄하기 위한 목적으로 제기되는 소송을 말한다. 이처럼 미국은 국가나 주정부가 부당한 명예훼손 소송으로 시민단체나 언론에 재갈을 물리려는 시도를 원천봉쇄하고 있다. 이러한 사안들을 살펴보면, 국가에게 명예훼손에 의한 손해배상청구소송의 원고적격을 인정하기는 어려울 것으로 분석된다. 국민의 기본권인 표현의 자유 보장이 국가의 명예훼손보다 더 상위에 있다고 보기 때문이다.

국가의 법적지위는 통상적으로 행정주체로서의 지위에 중점이 두어진다. 행정소송법 제3조에서는 항고소송을 행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송이라고 규정하고 있어서, 실질적으로 행정주체인 국가는 항고소송에 있어서 원고가 될 수 없다고 해야 할 것이다. 앞서 살펴봤듯이, 명예훼손 소송의 주체로 국가가 나설 수 없는 것도 이 때문이라 할 수 있다. 또한 행정주체인 국가가 항고소송을 제기하기 위해서는 그 소송이 법률상 쟁송에 해당되어야 하는데(법원조직법 제2조 제1항), 전통적으로 법률상 쟁송이란 헌법 제27조의 재판을 받을 권리를 근거로 한 것이고, 재판을 받을 권리가 국민의 권리인 이상 법률상 쟁송도 국민의 권리의무에 관한 분쟁이라고 이해될 수 있기 때문에, 국가가 제기하는 항고소송은 이러한 법률상 쟁송에 해당된다고는 할 수 없다. 행정주체에 대한 私人的 법적지위 보장에 중점을 두는 전통적 행정구제이론은 국가의 항고소송상 원고적격을 부인한다. 그러나 일본의 경우에는 국가를 포함한 행정주체가 원고가 되어 다른 행정주체의 기관을 피고로 하여 행정처분에 대한 항고소송을 제기하는 경우를 예정하고 있다<sup>544)</sup>고 한다.

## (2) 국가의 손해배상청구소송 논의

544) 塩野宏, 「行政法Ⅲ」, 有斐閣, 2006, 220面.

오염물질 불법배출에 대한 지속적인 단속 및 형사처벌에도 불구하고 환경오염행위는 감소되지 않고 있으며, 이로 인해 정부가 막대한 예산을 들여 환경개선사업을 시행하는 일이 반복되고 있다. 환경오염행위에 상응하는 충분한 제재가 가해지지 않아 환경오염이 날로 심화되고 있다는 것이다. 사실 현행법상 오염행위에 대한 제재규정이 강도가 약하거나 없는 경우도 있다. 예컨대 오염물질 불법배출로 인한 이익이 벌금 등 제재수단보다 훨씬 많을 경우 사업자는 환경오염물질 배출을 강행하려 들 것이다. 사업자들의 오염물질 불법배출 동기를 억제하기 위해서는 불법배출로 인한 경제적 이익을 회수할 필요가 있다.<sup>545)</sup>

이에 따라 환경오염행위자에 대한 제재의 수단으로 국가가 오염물질 배출자를 상대로 생태계파괴에 대한 손해배상청구소송을 제기하는 것이 어떤가 하는 논의가 제기되고 있다. 국가가 오염행위자를 상대로 손해배상을 청구하는 문제는 환경오염방지를 위한 하나의 예방수단이 될 수도 있다. 또 오염자책임 원칙의 철저한 실현을 위해서도 검토할 가치가 충분하다 하겠다. 미국의 징벌적 손해배상제도를 활용, 오염행위를 징벌하기 위해 실제 피해액보다 많은 손해배상액을 국가가 청구할 수도 있을 것이다.

#### 1) 손해배상청구권의 주체

해양오염사고에 대해서는 해양오염방지법 제5조에서 국가의 손해배상청구권을 명문으로 인정하고 있다. 그러나 하천·호소의 오염에 대해서는 오염원인자에 대한 국가의 손해배상청구권을 명문으로 인정하고 있지 않으므로 일반법인 민법에 의해 해결되어야 할 것이다. 민법 제750조는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 따라서 민법 제750조를 적용, 국유재산에 대한 손해가 발생했을 경우 국가도 오염원인자를 상대로 하여 손해배상청구가 가능하다.<sup>546)</sup>

이 경우 하천·호소가 국유재산인지가 문제가 될 것이다. 하천, 공유수면은 국유이다(하천법 제3조, 공유수면관리법 제2조). 호소는 국유재산인지 여부에 대한 법률상 명문의 규정은 없으나, 무주의 부동산은 국유이므로 사유지가 아닌 호소는 국유로

545) 조현권, 전거서, 299면.

546) 전경훈, 「독일환경사법론」, 법원사, 1998, 106면.

보아야 한다(국유재산법 제8조).

미국의 공공신탁이론에 의하면 재생이 불가능하고 인간이 그 대체물을 만들 수 없는 공기·물·공원 기타 자연자원은 모든 국민의 이익을 위해 존재하고, 이는 정부에 수탁되어 있으므로 정부는 신탁자원에 대한 수탁자의 지위에서 생태계 손해에 대한 손해배상청구권의 행사가 이론상 가능할 것이다.<sup>547)</sup>

## 2) 손해배상의 범위

국유하천이나 호소가 오염될 경우 손해액의 범위를 어디까지 한정할 것인지가 문제된다. 오염제거와 회복비용은 청구가 가능하다 할 것이다.<sup>548)</sup> 오염제거 및 회복비용이 교환가치를 초과한 경우에도 마찬가지다.

우리 민법상으로는 생태계파괴로 인한 손해배상청구권을 행사하기 위해서는 우선 생태계가 소유권의 대상이 될 수 있는지 여부를 먼저 검토하여야 한다. 현행 민법상 토지의 소유권은 토지의 상하에 미치므로(민법 제212조)<sup>549)</sup>, 토지에 부착되어 있는 식물이나 토양은 소유권의 대상이 된다. 따라서 국유토지에 부착되어 있는 식물이나 토양을 오염시킨 경우에는 소유권의 침해가 된다. 어패류나 기타 야생조수의 경우, 야생동물이 수렵권한이나 어업권한의 형식으로 국유에 속하는 경우에는 손해배상청구의 대상이 될 것이다. 반면 수렵권한이나 어업권한의 대상이 아닌 야생동물은 소유권의 대상이 될 수 없으므로 손해배상청구의 대상이 될 수 없다.<sup>550)</sup> 그러나 일정범위의 국유토지 내에서만 서식하면서 국가가 관리 또는 통제하는 야생조수나 물고기의 소유권은 국유로 볼 수 있다 할 것이므로 손해배상청구권의 대상이 될 수 있다 할 것이다. 다만, 국유와 사유 토지를 왕래하면서 서식하는 주인없는

547) 조홍식, “공공신탁이론과 한국에서의 적용 가능성”, 「환경법연구」 제19권, 한국환경법학회, 1997, 235면.

548) 피고 소유의 특수화물차량을 운전하던 피고 피용인의 과실로 차량전복사고가 발생하고 이로 인하여 유출된 유독성화학물질이 도로 인근의 하천에 흘러들어가 그 결과 하천과 연결된 지하수인 원고 선변리의 식수원이 오염되었으므로 피고에게 그로 인한 손해배상책임이 있다고 본 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍된다(대판 1992. 12. 22, 91다22346).

549) 토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위내에서 토지의 상하에 미치므로 토지소유자는 법률의 제한범위 내에서 그 소유토지의 지표면 아래에 있는 지하수를 개발하여 이용할 수 있다 할 것이나, 소유권의 방해제거 예방청구권에 관한 민법 제214조의 규정과 용수장해로 인한 용수권자의 손해배상청구권 및 원상회복청구권에 관한 민법 제236조의 규정을 종합하여 보면, 어느 토지소유자가 새로이 지하수 개발공사를 시행하여 설치한 취수공 등을 통하여 취수함으로써 말미암아 그 이전부터 인근토지 내의 원천에서 나오는 지하수를 이용하고 있는 인근 토지소유자와 음료수 기타 생활상 필요한 용수에 장해가 생기거나 그 장해의 염려가 있는 때에는 그와 같은 생활용수 방해를 정당화하는 사유가 없는 한 인근 토지소유자는 그 생활용수 방해의 제거(원상회복)나 예방을 청구할 수 있다(대판 1998. 4. 28, 97다48913).

550) 전경훈, 전계서, 104면.

생물은 국유라고 볼 수 없을 것이다.<sup>551)</sup> 그러나 동물계에 대한 침해시 토지소유권에 대한 침해가 성립할 수 있는지 여부는 고려의 여지가 있다는 견해도 있다.<sup>552)</sup>

국유에 속하는 생태계피해에 대하여 이론상으로는 손해배상청구가 가능하다. 생태계 피해에 대한 재산상 피해액은 피해지역의 복구나 대체가 가능한 때에는 복구 또는 대체비용이 그 기준이 될 수 있을 것이다. 환경재화는 시장기구를 통하여 사고 팔 수 있느냐에 따라 시장재화와 비시장재화로 구분할 수 있다. 시장재화 가운데 전기, 수돗물과 같은 것은 시장이 존재하기 때문에 시장가격으로 해당 재화의 가격을 평가할 수 있다. 그러나 깨끗한 공기, 아름다운 경관, 반달곰, 생물다양성 등은 시장에서 사고 팔 수 있는 것이 아니기 때문에 가치를 측정하기가 곤란하다. 이러한 비시장재화에 대해 가치를 측정하기 위한 방법으로 가상상황평가법(contingent valuation method)이 있다. 이는 시장이 실제로 존재하는 것처럼 가상적 시장을 설정하고 설문조사 등을 통해 소비자들에게 환경재에 대한 지불용의 액수를 직접 묻거나 또는 우편조사를 통해 얻은 자료를 바탕으로 비시장재화의 가격을 산정하는 방식이다. 이 방법은 환경개선의 효과, 휴양지, 자연경관, 문화적·역사적 생태적 가치가 있는 장소 등의 가치평가에 많이 이용되고 있으며, 근래에는 복합적 생태시스템이나 멸종위기에 처한 동식물에 대한 평가 등에도 폭넓게 활용되고 있다.<sup>553)</sup>

### (3) 국가의 항고소송상 원고적격

지방자치단체에 대한 국가기관의 감독은 지방자치단체의 자치권을 침해하는 것이므로 이는 법률유보의 최소한의 원칙인 침해유보설의 입장에서 보아도 법적인 근거

551) 이 경우 국가가 천연기념물 또는 멸종위기 야생동식물로 지정하여 법률에서 특별히 보호하고 있는 야생동식물이 문제된다. 이를 국유라고 볼 경우에는 위와 같은 동식물을 포획 채취하는 경우에는 형법상 절도죄로 처벌해야 하는 문제가 발생한다. 그러나 위와 같은 동식물을 포획 채취하는 경우 절도죄로 처벌하는 것이 아니라 개별법에서 정한 별도의 벌칙규정으로 처벌하고 있는 점으로 볼 때 국유재산으로 보지는 않는 것으로 보인다.

552) 전경훈, 전거서. 104~106면; 일정지역의 생물공동체에서의 토양식물계와 동물계는 분리할 수 없는 관계를 가지고 있고, 소유권에 포함된 소유자의 그의 선택에 따른 목적에 토지를 이용할 수 있는 권능은 이러한 이용에 상응한 동물들에 대한 보호를 포함하고 있기 때문이라고 한다.

553) 미국에서는 가상상황평가법을 적용한 사례가 있다. 원유수송선 엑손 발테즈(Exxon Valdez)호는 1989. 3. 24. 알래스카 해안에 좌초되면서 미국 최대의 원유유출사고를 일으켰다. 이로 인하여 Sound 지역에 있는 1600마일이 오염되었다. 이 사고로 엄청난 양의 생태계가 파괴되었다. 이에 알래스카 주정부는 Exxon 사에 대해 손해배상을 청구하기 위해 가상상황평가법을 이용하여 전 미국을 표본대상지역으로 선정하고 시민들을 면접조사했는데 추정된 비상용가치는 28억달러가 되었다. 이 엄청난 금액 때문에 환경오염우려가 있는 업체로부터 비난을 받는 등 많은 파문을 일으켰으나, 결국 미국 대법원에서도 그대로 인정되었다.

가 요구된다. 그러므로 법적인 근거없는 국가기관의 감독권 행사는 항상 인정되는 것이 아니다.<sup>554)</sup> 따라서 지방자치단체의 위법한 처분으로부터 국가의 법익을 보호할 수 있는 수단이 필요하며, 이때 활용될 수 있는 것이 항고소송이다.

#### 1) 지방자치단체의 피고적격

행정주체인 국가가 항고소송상 원고가 되기 위해서는 이에 갈음하여 행정소송상의 피고가 존재하여야 한다. 행정소송법은 피고적격과 관련하여 제13조에서 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분을 행한 행정청을 피고로 한다라고 규정하고 있다. 이러한 행정청에 지방자치단체의 기관이 포함된다는 것에 대해서도 현재 논란의 여지가 없어 보인다. 왜냐하면 지방자치단체는 지방자치법 제3조 제1항에 의하여 국가로부터 독립한 법인체로서 관할지역 내에서 국가와 마찬가지로 공권력을 행사하는 행정주체로서의 법적지위가 부여되어 있기 때문이다. 다시 말해서 지방자치단체가 법인격을 갖는 공법상의 단체라는 것은 국가가 법률을 통하여 지방자치단체의 권한과 의무 등을 규정하며 그 설립, 구역의 변경, 폐지와 분합이 역시 법률을 통하여 이루어질 수 있음을 의미하는 것이다.<sup>555)</sup>

#### 2) 국가의 원고적격

항고소송에서 원고적격의 문제는 구체적인 행정처분에 대하여 누가 원고로서 취소소송 등 항고소송을 제기하여 본안판결을 받을 자격이 있느냐에 관한 문제이다. 행정소송법에서는 원고적격에 대하여 법률상 이익을 가진 자로 규정하고 있으며, 여기에 행정주체인 국가도 포함되는지에 대해서는 일반적으로 부정되고 있다. 전통적인 항고소송은 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하는 것을 목적으로 하는 것으로 항고소송의 구제기능은 당연히 위법한 처분 등으로 인하여 침해된 사인의 법률상 이익, 즉 사인의 주관적 공권을 중심으로 하여 발달하여 왔기 때문이다. 이는 근대 입헌주의 및 법치주의 발달과정에서 사법권의 역할이 국가와 대립되는 사인의 권리보호에 있었음을 전제로 하여, 항고소송의 기능 역시 사인의 권리보호가 중심

554) 박근성, 「행정법론(하)」, 박영사, 2009, 182면.

555) 김상태, “국가의 항고소송상 원고적격-국가와 지방자치단체의 관계에 있어서-”, 「한양법학」 제21권 제1집, 한양법학회, 2010. 2, 217면.

이며 전통적으로 주관적 공권은 사인을 염두에 두고 발전하여 왔기 때문이었다.

그러나 결코 항고소송이 사인의 권리보호에 한정된다고는 할 수 없다. 즉 전통적 주관적 공권이 사인을 염두에 두고 있다고 하여도 사인 이외의 주체가 주관적 공권에서 배제된다고 보아야 할 이유는 없으며 이는 단지 당시의 입법자에 의한 표현에 불과하다는 점, 국가는 지방자치단체와는 독립된 별개의 법인격을 갖는 공법상 법인이므로 지방자치단체가 자치사무를 수행할 때의 국가와 지방자치단체의 관계는 국가기관간의 단순한 내부관계가 아닌 외부관계를 이룬다는 점에서 국가는 행정소송법이 허용하는 범위 안에서 항고소송을 제기할 수 있다고 보아야 한다.<sup>556)</sup>

또 명문규정이 없어서 국가가 지방자치단체를 상대로 항고소송을 제기할 수 있는지 불명확하다는 주장이 있을 수 있지만, 이에 대하여 현행법에서 국가의 항고소송 제기 가능성을 완전히 봉쇄하고 있다고는 볼 수 없다. 행정소송법 제3조에 의하면 항고소송은 행정처분(지방자치단체가 자치사무를 수행할 경우) 등으로 인해 자기의 법률상 이익이 침해되고, 또한 그것을 다룰 소송경제적 이익을 가진 자가 제기할 수 있다고 규정되어 있다. 우선 지방자치단체가 행하는 개별적 조치(처분)는 개별적이고 구체적으로 행하는 일방적 의사표시이므로 행정처분성을 가지며, 둘째 국가는 헌법 등에 의하여 공익(예컨대 국가안전보장)을 보호해야 하는 의무와 더불어서 이러한 공익을 향유하는 주체이므로 행정소송법 제12조의 법률상 이익을 가지고, 셋째 행정주체인 지방자치단체의 처분에 의한 국가의 이익 침해에 대한 소송의 제기는 바로 국가의 권리(이익)회복이라는 쟁송상의 이익이 존재한다고 할 것이므로 국가는 지방자치단체의 위법한 구속적 처분에 대하여 행정법원에 항고소송을 제기할 수 있다는 법리는 무리가 없다고 할 것이다.<sup>557)</sup>

일본 학설중에서는 국가 또는 지방자치단체가 일반 사인과는 이질적인 고유한 자격으로, 어느 한 쪽이 처분의 상대방으로 되어 있는 경우에는 행정주체간의 분쟁도 법률상의 쟁송에 해당한다는 견해<sup>558)</sup>가 있다. 또 정보의 관리 및 공개의 사무는 지

556) 김상태, 전계논문, 218면.

557) 지방자치단체가 국가를 상대로 항고소송을 제기할 수 있는지에 대해, 지방자치단체의 자치권이라는 주관적 요소가 국가의 처분에 의하여 침해되었을 때에는 지방자치단체도 국가를 상대로 하여 항고소송을 제기할 수 있다고 보는 견해가 있다. 김상태, “지방자치단체의 자치권 침해에 대한 사법적 구제수단”, 「행정법연구」 제24호, 2009. 8, 249~256면; 조성규, “지방자치단체의 행정소송상 원고격”, 「행정법연구」 제7호, 2001, 110면.

558) 山本隆司, “行政組織における法人”, 「行政法の發展と変革(上卷)」, 有斐閣, 2001, 861面.

방자치단체의 고유사무이더라도, 해당 정보의 제공자가 국가일 경우 국가는 자기의 이익침해를 이유로 취소소송을 제기할 수 있다는 견해<sup>559)</sup>도 있다.

### 3) 판례의 입장

우리나라에서 행정주체인 국가의 원고적격을 인정한 판례는 서울행정법원 2000. 6. 2. 선고 99구24030 사건이 유일하다.<sup>560)</sup> 서울행정법원은 이 사건에서 “자치사무에 관하여 국가는 지방자치단체장의 위법한 처분에 의하여 그 자신의 법익을 침해당한 경우 그 침해를 직접 배제하기 위하여 소를 제기할 법률상 이익이 있다”는 취지로 판시하면서, 사법부 최초로 행정주체인 국가에게 법률상 이익이 있다고 인정한 바 있다.<sup>561)</sup>

#### 가. 사건의 개요 및 판결의 요지

진천건설주식회사(피보조참가인)는 파주시 탄현면 문지리 산12 소재 임야를 비롯한 인근의 여러 필지상에 휴양시설을 건축할 목적으로 피고(파주시장)에게 건축허가 신청을 하였고, 피고는 참가인 회사가 건축허가 신청을 한 위 필지들이 舊 군사시설보호법 제3조 제2호 소정의 제한보호구역에 해당하여 동법 제10조 제3호에 의하여 관할부대인 제103여단의 여단장의 동의를 필요함에 따라 위 부대에 작전성 검토를 요구하여 동의를 받았다. 이에 따라 파주시장은 1997년 5월 17일 참가인 회사에게 파주시 탄현면 문지리 산13 소재 임야 29750㎡에 관하여 지하1층 지상 10층의 휴양콘도미니엄의 건축을 허가하는 이 사건 처분을 하였다.

그 후 위 여단장은 이 사건 군사시설보호구역상의 동의와 관련하여 뇌물을 수수한 혐의가 밝혀져 유죄판결이 확정되었다. 이에 원고 대한민국은 관할부대장인 위 여단장의 건축허가결정은 절차상 그 내용상 중대·명백한 하자가 있어 무효이므로, 이러한 무효의 동의결정에 기하여 이루어진 이 사건 처분 역시 당연 무효인 바, 이 사건 처분으로 인하여 국가안전보장에 심각한 위협을 받게 되었다고 주장하면서, 위 파주시장의 건축허가처분의 무효확인을 구하는 소를 제기하였다.

559) 芝池義一室井力浜川清, 「行政事件訴訟法國家賠償法」, 日本評論社, 2004, 77面.

560) 박영만, “군사시설보호법상의 협의절차와 항고소송”, 「행정관례연구 VI」, 2001, 175~177면.

561) 이 사건 판결은 원고(대한민국)가 패소하였고, 이후 항소심(서울고법 2001. 4. 12. 2000누8044)에서도 역시 패소하여 상고하였으나, 대법원(대판 2001. 9. 19. 2001두4177)에서도 기각되었다.

서울행정법원은 이 사건에 대하여 다음과 같은 판결을 내렸다.<sup>562)</sup> 관할 부대장이 동의권 행사에 하자가 있음을 내세워 이 사건 처분의 무효확인을 소로써 구하는 것은 이 사건 처분으로 인하여 침해받게 되었다고 주장하는 법익인 국가의 안전보장을 보호하기 위한 것이므로, 결국 원고에게는 이 사건 소를 제기할 법률상 이익, 즉 원고적격이 있다. 다만, 일반적인 행정법규상 보호하고자 하는 공공의 이익이 추상적인 이익인데 반하여 이 사건에서와 같이 동의권 등에 의하여 보호하고자 하는 국가안전보장이라는 법익은 관련 법령의 각 규정과 군사시설보호구역의 기능 등을 고려할 때 구체적이고 직접적인 법익이라는 점에서 양자는 차이가 있다.

#### 나. 검토

군부대의 하자있는 동의에 의한 건축허가 등의 효력을 다룰 수 있는 자로 생각하여 볼 수 있는 것은 관할부대장과 대한민국이다. 일반적으로 소송의 주체, 즉 소송 당사자나 참가인이 될 수 있는 능력을 가지는 것은 권리능력 있는 자연인과 법인임이 원칙이지만, 법인격없는 사단이나 재단도 대표자 또는 관리인이 있으면 그 이름으로 당사자가 될 수 있다. 따라서 원칙적으로 소송에 있어서 당사자가 될 수 있는 자는 법률에 특별한 규정이 없는 한 법인격을 가지고 있어야 한다. 그러므로 관할 부대장은 항고소송에서 원고가 될 수 없다고 해야 하므로, 결국 대한민국만 원고가 될 수 있다.<sup>563)</sup>

항고소송을 제기할 수 있는 자는 법률상 직접적이고 구체적인 이익을 가져야 하고, 사실상으로 간접적인 관계를 가지는데 불과할 때에는 소의 이익이 없다는 것이 대법원의 입장이다.<sup>564)</sup> 그렇다면 이 사건에서 대한민국에게 소의 이익이 있는 지를 살펴보기 위해서는 군사시설보호법이 보호하고자 하는 법익이 어떤 것인지를 살펴 봐야 할 것이다. 서울행정법원은 “관할 부대장의 동의권 행사에 하자가 있음을 내세워 이 사건 처분의 무효확인을 소로써 구하는 것은 이 사건 처분으로 인하여 침해받게 되었다고 주장하는 법익인 국가의 안전보장을 보호하기 위한 것이므로, 결국 원고에게는 이 사건 소를 제기할 법률상 이익 즉 원고적격이 있다”고 판시하였

562) 서울행정법원 2000. 6. 2, 선고 99구24030.

563) 박영만, 전계논문, 189면.

564) 대판 2004. 8. 16, 2003두2175; 대판 2006. 3. 16, 2006두330 전원합의체.

다. 즉 군사시설보호법이 보호하고자 하는 국가안전보장은 구체적·개별적 법익으로서 행정소송법상의 법률상 이익에 해당된다고 하였다.

#### (4) 사건

위에서 살펴본 바를 토대로 생각하건대, 환경피해에 대하여 국가는 손해배상청구의 주체가 될 수 있다. 국유재산인 경우 환경침해를 당했을 때 국가는 손해배상청구소송의 원고적격을 가진다고 볼 수 있다. 문제는 무주의 자연환경 자체의 피해인 경우인데 이 경우에도 미국의 공공신탁이론을 활용할 경우 국가가 신탁자원에 대한 수탁자의 지위에서 손해배상청구권의 행사가 이론상 가능할 것으로 생각된다. 그러나 현행법상 국가가 민사상 손해배상청구권을 행사하더라도 환경오염에 대해서는 국유재산 여부문제, 손해액 산정의 어려움, 소송의 장기화, 과도한 소송비용부담 등의 이유로 효율적인 소송수행은 어려울 것으로 전망된다.

국가에게 항고소송상 원고적격을 인정할 수 있을지도 문제가 된다. 독일법체로부터 영향을 받은 우리나라의 행정소송은 개인의 이익을 법률상 이익의 판단기준으로서 중요하게 고려되는 철저한 주관소송이기 때문에, 행정기관에게 원고적격을 인정하는데 이론적 어려움이 있다. 또한 행정소송법에서는 항고소송을 행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송이라고 규정하고 있기 때문에, 실질적으로 국가는 행정소송에서 피고가 될 수 있을 뿐, 원고가 될 수 없다는 것은 당연할 수도 있다. 그러나 최근에는 항고소송에 대하여 국민의 권익구제 뿐만 아니라, 행정의 적법성 통제기능도 강조되고 있고, 특히 관례가 지방자치단체의 자치사무 수행에 한하여 국가에게 법률상 이익이 있다고 인정하고 있다. 이에 따라 자치사무와 관련하여 지방자치단체의 위법한 처분이 원인이 되었을 경우에는 지방자치단체의 장이 행정청이 될 것이며, 이러한 경우에는 국가에게 원고적격이 있다고 보아야 할 것이다. 즉 대규모 환경침해로 파괴되는 환경이익을 국가의 법익으로 볼 수 있는 만큼, 국가 법익의 개별성·구체성을 인정할 수 있을 것이다.

## 第 6 章 結 論

유엔 생태계와 생물 다양성의 경제학 프로젝트 보고서는 자연 파괴가 세계 경제에 미치는 영향이 1년에 2조 내지 5조 달러에 이르는 것으로 집계했다. 생물다양성이 놀란 만한 속도로 줄어들고 있기 때문에 국가가 정책을 수립할 때 생태계 가치를 충분히 고려해야 한다는 것이다. 세계은행은 생태계의 가치를 수치로 환산한 지수를 만들기로 결정했다. 간과되는 자연계의 가치를 경제정책에 반영하자는 취지다. 국가 자산 전체의 큰 그림을 그리기 위해서는 생태계 보존과 착취의 가치를 비교해야 한다는 것이다. 유엔 차원의 이러한 논의는 개별 국가의 자연자원의 가치가 환경파괴에 대한 제도적 방지책 수립 여부에 달려있다는 결론을 제시한다.

환경소송은 환경파괴 방지를 위한 효과적인 수단이다. 환경소송은 이 때문에 통합적이고 현대적인 성격을 띤다. 환경소송의 원고적격은 민사소송에 의한 사후적 구제 또는 행정청에 대한 책임추궁을 의미하는 행정소송의 제기가 가능한지 여부를 판단한다는 의미에서 환경소송 연구의 1차적 관문이라고 할 수 있다.

본 논문은 주요국가들의 환경소송 원고적격론에 대한 비교법적 고찰을 통해 주관적 소송구조하에 있는 우리나라의 경우도 원고적격이 확대되어야 한다는 필요성을 제기하였다. 입법론적으로 현행 행정소송법 제12조의 개정 필요성과 개정방향을 제시하였으며, 4대강 정비사업 및 새만금사건소송 등의 사례 분석을 통해 환경보호단체(NGO)에 대한 원고적격 부여 필요성을 제기하였다. 미국에서 촉발된 자연의 권리소송 가능성도 검토하였다.

환경소송의 원고적격 확대론은 그야말로 현재진행형이며 앞으로 다양한 방향으로 발전될 수 있는 살아있는 연구분야로 생각된다. 혁신적인 이론이 더 제시될 가능성이 많다고 판단된다. 본 연구의 범위에는 속하지 않지만 원고적격 확대에 따른 소송납발이나 소송비용의 증가 등 파생되는 비경제성 문제나, 행정부의 업무를 사법부가 좌지우지해버리는 권력분립 이론의 충돌 등 부작용에 대한 대안 제시도 필요하다고 판단된다. 환경소송은 법이론적, 판결기술적, 소송기능적인 면에서 아직 넘어야 할 부분이 많은 것이 사실이다.

본 논문에서 기술했던 환경소송상 원고적격 확대 관련 논점을 정리해 보겠다.

비교법적 고찰 결과 환경소송상 원고적격은 각국의 법체계에 따라 상이한 논의전개가 진행되어 왔다. 논의의 방향은 원고적격의 확대로 모아지고 있다. 독일은 보호

규범론에 대해 법실무적으로 규범의 보호목적 확인이 난해하다는 문제가 제기되면서 다양한 논의가 제시되고 있다. 최근 강화되고 있는 유럽 통합의 영향 하에서 독일 행정소송의 주관적 권리구제 기능에의 편향과 법률에 집착하는 보호규범이론을 의문시하고, 그 대신 프랑스법 그리고 이를 모범으로 한 유럽법원의 개인적이고 직접적인 이익을 원고적격의 판단기준으로 삼아야 한다는 견해도 주장되고 있다. 보호규범론은 제3자의 주관적 공권보호를 목적으로 하는 개별법규범의 존재, 처분의 위법성, 그로 인한 권리의 침해라는 주관적 공권론의 고전적 틀을 벗어나지 못하기 때문에 이로 인한 권리보호의 흠결이 문제점으로 지적되고 있으며, 환경소송을 비롯한 현대형 소송에서는 그 한계를 드러내고 있는 것이다.

프랑스 월권소송의 원고적격은 주관적 공권이론에 집착하지 않음으로써 취소소송의 본질을 객관적인 법규범의 통제의 관점에서 파악하기 때문에 객관적이고 실용적인 측면을 가진다. 이는 원고적격의 문제에 있어서 좀 더 유연한 사고를 하는 것이 가능하도록 작용하였다. 법원 스스로가 집단소송의 활성화를 위해 원고적격을 넓히면서도 민중소송을 제한하는 선에서 원고적격 인정의 논리를 구사하고 있다. 프랑스의 경우 월권을 이유로 한 취소소송에 있어서의 원고적격의 문제는 주관적 공권 개념을 매개함이 없이 법적이든 사실적이든, 물질적이든 정신적이든, 현재의 이익이든 미래의 이익이든지를 불문하고 있다. 이와 같은 개방적 태도는 주관소송의 복잡성과 제한성으로부터 월권소송을 해방시켜 활성화하는데 공헌하였다는 평가를 받고 있다.

미국의 원고적격에 대한 판례의 태도는 사법모델, 원고적격의 자유화, 권력분립이론을 통한 원고적격의 엄격화 3단계로 나눌 수 있다. 연방대법원은 *Sierra Club v. Morton* 판결을 통해 손해개념을 넓게 파악함으로써 환경소송의 원고적격을 광범하게 인정하기 시작하였다. 그러나 1980년대 들어서면서 행정기관에 대한 소송의 원고적격을 제한하는 판결을 내리게 된다. 2000년 이후에는 사실상의 손해 주장을 통해 장래 위반행위에 대한 구제가능성이 인정될 수 있다고 한 판결도 나오고 있다.

일본의 원고적격론은 법률상 이익에 관해 법률상 보호이익설과 보호가치 이익설의 대립 경향을 보이고 있다. 기본적으로 법률상 보호이익설에 서있으나 최근 보호가치 이익설에 접근하는 사례도 생겨나고 있다. 특히 환경소송과 관련된 판결에서

법률상 보호이익설의 틀을 유지하면서 보호가치 이익설의 사고방식을 실질적으로 도입하고 있는 유연한 해석방법을 취하고 있다.

국내 논의의 중심도 법률상 보호이익설과 보호가치 이익설의 대립에 있는데, 양설의 차이점보다는 법전체적인 질서나 헌법취지 등의 고려 여부와 관련이 있다고 보여진다. 대법원은 최근 새만금간척사업 판결을 통해 법률상 보호이익설에 서있는 기존의 해석방법을 명확하게 한 것으로 보여지며, 단체소송에 관한 원고적격의 원칙적 부정의 입장을 나타내고 있다.

국내외 원고적격론에 대한 분석 결과 국민들의 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위해서는 원고적격의 범위를 확대할 필요가 있다고 생각된다. 현대행정에 있어서 원고적격 확대 필요성이 강화된 이유로는 국민의 권리구제 확충, 행정에 대한 점검기능의 강화, 관례의 고착화의 타파를 들 수 있다. 원고적격 확대 법리는 우선 환경권의 직접적 구속력 인정을 통해 가능하다. 환경권은 일반적으로 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 의미한다. 여기에는 소극적으로 이러한 환경에 대한 침해를 배제할 수 있는 배타적 권리 뿐 아니라 적극적으로 국가에 대하여 깨끗하고 쾌적한 환경을 조성하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리가 내포되어 있다. 따라서 환경권은 자유권적 성격과 사회권적 성격을 동시에 포함하는 종합적 기본권으로 파악할 수 있다.

자유권적 환경권은 헌법상의 다른 자유권과 마찬가지로 구체적 권리성을 인정할 수 있기 때문에 원칙적으로 모든 국가권력에 대해 구속력을 가진다고 할 수 있다. 사회권적 환경권은 쾌적하고 건강한 환경을 조성해 줄 것을 국가에 요구하는 생활환경조성청구권을 그 내용으로 한다. 이러한 권리의 법적 성격에 관하여 종래 프로그램 규정설, 추상적 규범설, 구체적 권리설 등으로 학설이 나누어져있고, 관례의 입장은 추상적 규범설을 취하고 있다. 환경권 법리와 환경소송상의 원고적격에 대한 일반적 고찰을 통해 도출된 결과물들을 논리적으로 결합한다면, 헌법상의 환경권 규정이 실제적인 효력을 가진 규범으로서 작동할 수 있을 것이다. 이렇게 될 경우 법적 테두리를 벗어나지 않고서도 원고적격의 확대가 가능해질 것으로 생각된다.

환경권을 근거로 환경소송에서 원고적격을 널리 인정할 수 있는 새로운 이론인 공공신탁이론의 도입과 활성화 방안도 검토해보았다. 궁극적으로는 공공신탁이론을

반영한 헌법 개정 또는 법률제정이 바람직하다고 여겨진다. 공공신탁을 명문화한다면 국민은 수탁자인 국가에게 그 자연자원의 보호를 요구할 기본적인 권리를 갖게 된다. 공공신탁 취지에 반하는 입법활동을 금하는 의회권한 제정권도 갖게 됨으로써 이에 위반하는 입법활동이나 행정작용에 대한 헌법재판소의 위헌결정을 기대할 수 있게 된다.

여기에 더해 입법론적으로 현행 행정소송법 제12조의 개정이 바람직하다. 대법원은 현대사회의 요구에 부응하기 위해 행정소송법 개정작업에 착수, 의무이행소송 및 예방적 금지소송의 신설, 법규명령 등 다양한 행정작용에 대한 항고소송의 확대, 원고적격 규정 개정 등을 반영한 행정소송법 개정안을 2007년 11월 국회에 제출하였으나 2008년 5월 국회의 임기만료로 자동폐기되었다. 개정안은 취소소송을 비롯 무효확인소송, 의무이행소송의 원고적격 요건을 현행 법률상 이익에서 법적으로 정당한 이익으로 개정코자 하였다. 현행 행정소송법상 항고소송이 객관소송적 성격을 띠고 있다는 점을 부인할 수 없다는 점, 우리 판례 역시 독일의 보호규범론에 기원을 둔 권리 관념에 엄격히 구애되지 아니하고 실질적으로 이익의 개별성·구체성·직접성을 판단기준으로 삼고 있다는 점에서 '정당한 이익'으로의 개정은 바람직하다고 생각된다.

원고적격 확대 법리를 실제 사건들에 적용, 비교·검토한 결과 환경영향평가 대상 지역 밖의 주민에 대해 원칙적으로 원고적격을 인정하지 않는 것은 법리적 문제가 있다고 판단된다. 제주도 송악산 관광지 사건의 경우 대법원은 환경영향평가 대상 지역 밖의 주민이나 일반국민, 학자 등의 환경상 이익은 근거법률에 이를 개별적·구체적·직접적 이익으로 보호하려는 내용 및 취지를 갖고 있지 않으므로 이들에게는 처분의 취소를 구할 원고적격이 없다고 판시하였다. 반면 새만금 판결은 환경영향평가 대상지역 안과 밖의 주민으로 구분해 법률상 이익 여부를 인정하던 기존 입장에서 벗어난 진보적 입장을 취하였다. 그러나 이 판례는 원고적격의 문제를 입증책임의 전환의 문제로 해결하는 오류를 범하고 있다는 점에서 한계를 지니고 있다. 환경영향평가 대상지역 선정 자체가 사업자가 스스로 정한 지역에 지나지 않는다는 점에서, 사법심사의 범위가 사업자의 예비적 조사에 기초한 대상지역 선정에 의해 좌우된다는 것은 적절치 않다는 판단이다.

4대강 정비사업 등 집단환경분쟁과 관련해서는 미국의 대표 당사자 소송(Class

Action)이나 독일의 단체소송과 같은 집단소송제도 도입이 필요한 것으로 생각된다. 우리나라는 현재 미국식 대표 당사자 소송에 해당하는 증권관련 집단소송과 소비자단체소송, 주민소송제도를 도입해 시행하고 있다. 환경분쟁은 토양오염이나 도시개발, 유해물질 등 다양한 분야에서 복잡한 양상으로 전개됨을 감안할 때 대표 당사자 소송제도와 단체소송제도를 모두 도입해 넓은 의미의 집단소송을 인정하는 것이 바람직하다 하겠다.

환경보전을 위한 시민단체의 역할이 증대되면서 환경단체에 대한 원고적격 부여 필요성도 제기되고 있다. 환경법 분야에서 단체소송이 갖는 긍정적 기능을 고려하고 일부 환경단체는 상당한 정도로 전문화되어 있다는 점을 염두에 둔다면 독일의 단체소송과 같이 환경단체의 승인제도를 채택, 출소자격을 부여하는 것이 바람직하다고 생각된다.

환경소송 원고적격의 특수한 분야로 자연의 권리와 무주의 자연자원 피해를 들 수 있다. 자연의 권리소송은 자연물이 직접 소송당사자가 되고 인간이 그에 대한 대변인이 되어 당사자인 자연이 침해당하고 있는 이익에 대한 판단을 하고 판결을 요구하는 새로운 유형의 자연보호 소송이다. 자연의 권리 소송은 2003년 도롱뇽 소송을 시작으로 사회적 관심을 끌기 시작해 활발한 논쟁을 촉발하고 있다. 자연의 권리 소송은 무엇보다 실정법 체계에 저촉된다는 점에서 찬반논란이 거센 만큼 입법정책을 통해 해결할 수밖에 없다고 생각된다. 공익적인 환경이익을 지켜내기 위해서는 인간중심적이고 개인주의적인 주관소송제도는 한계에 부딪힐 수밖에 없다. 입법론적으로는 환경보호단체나 과학자단체 등 법정 후견인이 특정 자연물을 대리하여 객관소송인 환경보호소송을 제기하는 방식이 타당하다 할 것이다.

무주의 자연자원 피해는 개인 소유 토지에 위치한 멸종위기종이나 철새를 비롯한 자연자원에 대한 침해, 공공의 이익을 포함하고 있는 자연환경 자체의 피해로 나눠 볼 수 있겠다. 자연환경의 공공성 측면에서 무주의 자연환경 피해에 대해서는 국가에게 자연자원 관리에 대한 수탁의무가 부여되어 있다는 법리를 적용, 국가에게 환경소송의 원고적격을 부여하는 방안이 바람직하다 할 것이다. 미국이 국가후견이론을 적용해 자연자원의 후견자로서 주정부에 대해 자연자원 피해소송에 관한 원고적격을 부여하고 있다는 사실은 우리에게도 많은 시사점을 주고 있다 하겠다.

환경소송의 원고적격 확대는 합리적 기준에 따른 사법적 판단의 축적된 판례를

통해 이론을 형성하고, 입법적 노력을 통해 해결해 나가야 한다는 생각이다.

다만 위에서 나열한 환경소송의 원고적격 확대방안을 우리나라의 소송법체계에 일괄적으로 도입한다는 것은, 장래에 대비한 이론검토 차원이라면 몰라도, 현실적으로 불가능하며 타당하지도 않다고 판단된다. 자연의 권리 소송의 경우 실정법 저촉은 물론이고 국민의 법감정에 비춰볼 때 아직은 논의 자체가 시기상조라는 지적도 나오고 있는 게 사실이다.

이러한 한계를 토대로 살펴볼 때, 가장 현실적이면서도 구체적으로 도입 가능성과 필요성이 제기되는 방안은 환경단체에 대한 원고적격 부여라고 생각된다. 엄격한 승인기준을 거친 환경단체가 객관성 있고 국민적 공감대를 형성할 수 있는 환경소송을 제기할 수 있도록, 원고적격을 인정해주는 특별법 제정을 검토할 시점이 되었다고 판단된다.

#### 참고 문헌

[국내문헌]

<단행본>

강재규, 「미국 환경법과 법원」, 세종출판사, 1998.

계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2004.

고영훈, 「환경법」, 법문사, 2002.

곽윤직, 「채권각론(민법강의 IV)」, 박영사, 2003.

곽윤직편, 「민법주해 [V]」, 물권(2)」, 박영사, 1996.

구연창, 「환경법」, 법문사, 1993.

권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005.

권영호·김은주, 「환경분쟁해결의 공법적 이해」, 제주발전연구총서 07, 도서출판 가이드, 2009.

김남진·김연태, 「행정법 I」, 제11판, 법문사, 2007.

김도창, 「일반행정법론(하)」, 청운사, 1992.

김동욱, 「환경영향평가」, 도서출판 그루, 2004.

김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2007.

김상원 편, 「주석 민사소송법(I)」, 한국사법행정학회, 1996.

김영화, 「최신 환경영향평가론-이론·기법·실무」, 신광출판사, 2001.

김정순, 「역학원론」, 신광출판사, 2001.

김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2005.

김홍균, 「환경법」, 홍문사, 2007.

노명준, 「신국제환경법」, 법문사, 2003.

류지태, 「환경법」, 고려대학교 출판부, 2000.

박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2003.

———, 「행정법론(하)」, 박영사, 2009.

박종구, 「현대역학」, 연세대학교 출판부, 1999.

서희원, 「환경소송」, 북피디닷컴, 2004.

심학무·김오식, 「환경소송학-법리와 기술」, 홍문관, 2004.

오석락, 「환경소송의 제문제」, 삼영사, 1996.

윤양수, 「행정법개론」, 제주대학교 출판부, 2005.

이상규, 「환경법론」, 법문사, 1998.

이상돈·이창환, 「환경법」, 이진출판사, 2003.

이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2010.

이은영, 「채권각론」, 박영사, 2004.

- 전경훈, 「독일환경사법론」, 법원사, 1998.
- 전재경, 「자원고갈과 환경오염에 대비한 자원자원 관리법제(I)」, 한국법제연구원, 2006.
- \_\_\_\_\_, 「환경책임 법제 연구」, 한국법제연구원, 2003.
- 조은래, 「환경법」, 세종출판사, 2003.
- 조현권, 「환경법」, 법률문화원, 2006.
- 천병태·김명길, 「환경법」, 삼영사, 2000.
- 최상호, 「환경권」, 형설출판사, 1998.
- 크리스토퍼 D. 스톤 지음, 허범 역, 「법정에 선 나무들」, 도서출판 아르케, 2003.
- 한건우, 「현대행정법 I」, 인터백, 2000.
- 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법」, 법률행정연구원, 2003.
- 한상욱·성현찬·이상훈·장영기, 「신제 환경영향평가론」, 향문사, 2000.
- 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2005.
- \_\_\_\_\_, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2005.
- 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2005.
- \_\_\_\_\_, 「환경 기본권, 환경오염의 법적 구제와 개선책」, 한림과학원총서 47, 1996.
- \_\_\_\_\_, 「환경보호의 법적문제」, 서강대학교 출판부, 1999.
- 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2006.
- 홍준형, 「행정구제법」, 도서출판한울, 2001.
- \_\_\_\_\_, 「환경법」, 박영사, 2001.
- 환경부, 「환경보전을 위한 토지이용관계의 합리화 방안」, 환경부, 1998.
- \_\_\_\_\_, 「환경통계연감」, 환경부, 2008.

<논문>

- 강재규, 「자연의 권리」, 「환경법연구」 제30권 3호, 한국환경법연구회, 2009.
- \_\_\_\_\_, 「자연의 권리소송」, 「공법연구」 제29집 제1호, 한국공법학회, 2000.

- \_\_\_\_\_, “환경법의 성격과 환경행정소송제도(도롱뇽소송을 중심으로)”, 「환경법 연구」 27권 1호, 2005.
- 강정혜, “대체적 분쟁해결제(ADR)로서의 환경분쟁조정과 환경소송”, 「환경법 연구」 제30권 3호, 2009.
- 구연창, “공해방지를 위한 입법례”, 「국회보」 제154호, 국회사무처, 1976.
- \_\_\_\_\_, “공해소송과 다수당사자-다수당사자소송연구-”, 「법무자료집」 제90집, 법무부, 1987.
- \_\_\_\_\_, “공해판례의 연구”, 「현대 민법학의 제문제(김증한 박사 화갑기념 논문집)」, 박영사, 1981.
- \_\_\_\_\_, “환경보전법을 둘러싼 제 문제점”, 「법조」 제25호, 법조협회, 1979.
- 권혁제, “영국의 집단소송제도”, 「저스티스」 통권 76권, 2003.
- 김광수, “사회운동과 우리사회; 시민운동의 체제와 법제도; NGO법의 내용과 개정방안”, 「사회이론」, vol. 22, 2002.
- 김기수, “공해의 사법적 구제의 방향과 상린관계적 구성”, 「환경법연구 (창간호)」, 삼영사, 1979.
- 김남진, “원자로 시설부지 사전승인과 법적 문제”, 「법제」 제494호, 법조협회, 1999.
- 김대휘, “집단적소송에 관한 법률의 제정방향”, 「법무자료」 제149집, 법무부, 1991.
- 김동건, “미국에서의 납세자의 원고적격”, 「공법연구」 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003.
- \_\_\_\_\_, “환경 행정소송과 지역주민의 원고적격”, 「행정판례연구회 V」, 한국 행정판례연구회편, 서울대학교 출판부, 2000.
- 김동복, “의무이행소송에 관한 소고”, 「토지공법연구」 제10집, 한국토지공법 학회, 2000.
- \_\_\_\_\_, “행정청의 부작위에 대한 소송”, 「토지공법연구」 제11집, 한국토지 공법학회, 2001.
- 김상태, “국가의 항고소송상 원고적격-국가와 지방자치단체의 관계에 있어서”, 「한양법학」 제21권 제1집, 한양법학회, 2010.

- \_\_\_\_\_, “지방자치단체의 자치권 침해에 대한 사법적 구제수단”, 「행정법연구」 제24호, 2009.
- 김성수, “독일법상 주관적 공권이론의 발전”, 「고시계」, 1991.
- \_\_\_\_\_, “독일법상 주관적 공권이론의 전개”, 「고시계」, 1991.
- \_\_\_\_\_, “항고소송의 원고적격 및 기타 논점에 대한 지정토론”, 「행정소송법 개정안 공청회 발표집」, 2004.
- \_\_\_\_\_, “행정법상의 단체소송”, 「집단소송의 법리」, 법무자료 제 149집, 법무부, 1991.
- 김재호, “환경피해의 구제(I)”, 「법학연구」 제14권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2003.
- 김철용, “집단소송의 법제와 현황-주로 행정소송의 측면에서”, 「자치연구」 제13호, 1994.
- 김춘환, “공법적 환경권 이론”, 「공법연구」 제29집 제29호, 2001.
- \_\_\_\_\_, “재량권의 영으로의 수축이론”, 「토지공법연구」 제3집, 한국토지공법학회, 1996.
- \_\_\_\_\_, “환경법원리로서 공공신탁이론의 역할”, 「토지공법연구」 제12집, 한국토지공법학회, 2001.
- \_\_\_\_\_, “멸종위기 야생동식물보호법에 있어서의 시민소송의 원고적격”, 「공법연구」 제30집 제2호, 한국공법학회, 2001.
- 김충묵, “환경행정소송의 본질에 관한 고찰”, 「지역개발연구」 제1권, 군산대학교 지역개발연구소, 1989.
- 김해룡, “단체소송제도의 도입에 관한 고찰”, 「환경법연구」 제27권 4호, 한국환경법학회, 2005.
- \_\_\_\_\_, “환경행정소송에 있어서의 원고적격의 확대와 집단소송제도 도입문제”, 「공법연구」 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005.
- 김형진, “환경분쟁조정법의 제문제”, 「법조」 제50권 제12호, 법조협회, 2001.
- 김홍규, “집단분쟁처리를 위한 특별법 제정에 관하여”, 「법무자료」 제149집, 법무부, 1991.
- \_\_\_\_\_, “집단분쟁처리를 위한 특별절차법제정에 관하여”, 「민사재판의

- 제문제」, 민사실무연구회, 1993.
- 김홍균, “환경오염피해에 대한 사법적 구제의 효율성 제고방안”, 「인권과 정의」 제294호, 대한변호사협회, 2001.
- \_\_\_\_\_, “환경행정소송과 공법상 구제의 확대”, 「인권과 정의」 제219호, 대한변호사협회, 2003.
- 남영숙, “환경영향평가의 실효성 확보를 위한 스코핑제도 도입방안 연구”, 「교수논총」, 한국교원대, 1999.
- 노청석, “환경행정소송의 소제기요건에 관한 연구-한국법과 중국법을 중심으로”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2004.
- 류지태, “환경오염피해분쟁조정제도의 비교법적 고찰”, 「인권과 정의」 제219호, 대한변호사협회, 1994.
- 문광섭, “환경침해에 대한 유지청구”, 「환경법의 제문제 [상]」, 재판자료 제94집, 법원도서관, 2002.
- 박규하, “취소소송의 소의 이익에 관한 대법원의 관례의 경향”, 「외법논집」 제3집, 한국외국어대학교, 1996.
- 박균성, “항고소송의 원고적격 및 항고소송에 관한 기타 논점”, 「행정소송법 개정안 공청회 발표 자료집」, 2004.
- \_\_\_\_\_, “환경침해의 공법적 구제”, 「행정법연구」 제6호, 2000.
- 박수현, “미국법상 입법자의 원고적격에 관한 고찰-Raines v. Byrd 사건을 중심으로-”, 「토지공법연구」 제30집 제4호, 한국토지공법학회, 2002.
- 박영만, “군사시설보호법상의 협의절차와 항고소송”, 「행정관례연구 VI」, 2001.
- 박재완, “환경소송에서의 원고적격”, 「재판자료 제94집 환경법의 제문제 (상)」, 법원도서관, 2002.
- 박정훈, “취소소송의 성질과 개념”, 「고시계」, 2000.
- \_\_\_\_\_, “행정소송법 개정의 과제”, 「법학」 제45권 제3호 통권 제132호, 서울대학교, 2004.
- \_\_\_\_\_, “행정소송법 개정의 문제점”, 「법학」 제45권 제3호 통권 제132호, 서울대학교, 2004.

- \_\_\_\_\_, “행정소송법 개정의 주요 쟁점”, 「공법연구」 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003.
- \_\_\_\_\_, “환경위해시설의 설치·가동 허가처분을 다투는 취소소송에서 인근주민의 원고적격-독일법의 비판적 검토와 행정소송법 제12조의 해석을 중심으로-”, 「관례실무연구 IV」, 비교법실무연구회, 박영사, 2000.
- 사법제도개혁추진위원회, “국민소송제 도입방안”, 사법제도개혁추진위원회 기획추진단, 2006.
- 서원우, “취소소송에 있어서의 소의 이익”, 「전환기의 행정법이론」, 박영사, 1997.
- \_\_\_\_\_, “환경권의 성질과 효력”, 「법학」 제25권 제1호, 서울대학교, 1984.
- 석종현, “행정소송법 개정시안에 대한 의견”, 법률신문, 2004.
- 설계경·정희근, “자연의 원고적격에 관한 소고”, 「토지공법연구」 제44집, 한국토지공법학회, 2009.
- 설계경, “행정소송법상 보호규범론과 제3자소송”, 「토지공법연구」 제24집, 한국토지공법학회, 2004.
- \_\_\_\_\_, “환경관련 집단소송제도에 관한 입법론적 고찰”, 「법제논단」, 법제처, 2006.
- 소병천, “NGO의 국제법적 주체성-국제환경법을 중심으로-”, 「국제법평론」 통권 제23호, 2006.
- 신용인, “자연의 권리”, 「부산법조논집」 창간호, 2006.
- 안용교, “환경권”, 「고시연구」, 1981.
- 양철호, “자연의 권리와 도롱뇽소송”, 「본」 제19집, 한양대학교 법과대학, 2004.
- 여영학, “환경권과 환경소송의 현실”, 「인권법평론」, 전남대 공익인권법센터, 2008.
- 오석락, “공해의 사법적 구제”, 「법무부자문위원회 논설집」 제4집, 법무부 자문위원회, 1980,
- 오재창, “공익관련 집단소송제 도입방안-집단소송법 시안에 관한 개요 및 개선 방안을 중심으로”, 「저스티스」 통권 72호, 2003.

- 윤강열, “환경영향평가와 인근주민의 원고적격”, 「재판실무연구」, 광주지방법원, 1999.
- 윤석춘, “미국환경소송상의 원고적격법리에 관한 최근의 동향”, 「사회과학연구」 제19집 제2호, 영남대학교 사회과학연구소, 2000.
- 윤 준, “항고소송의 원고적격 및 소의 이익”, 사법연수원, 2002.
- \_\_\_\_\_, “항고소송의 원고적격 및 소의 이익에 대한 지정토론문”, 「행정소송법개정 자료집 I」, 법원행정처, 2007.
- 윤철홍, “환경권의 본질과 유지청구권”, 「민사법학」 제17호, 1999.
- \_\_\_\_\_, “환경이익침해에 대한 사법적 구제”, 「비교사법」 제7권 1호, 한국비교사법학회, 2000.
- 이강혁, “헌법적 시각에서의 환경문제”, 「헌법논총」 제6집, 헌법재판소, 1995.
- 이광섭, “환경침해에 대한 유지청구”, 「환경법의 제문제 [상] -재판자료」 제94집, 법원도서관, 2002.
- 이광운, “프랑스법상 공권과 소의 이익”, 「고시계」, 1991.
- 이균성, “공해의 피해자구제와 보험”, 「환경법연구」 제2권, 한국환경법학회, 1980.
- 이기영, “취소소송 원고적격의 개정방향”, 「행정소송법개정자료집 I」, 법원행정처, 2007.
- 이동기, “환경소송에 있어서 입증책임 완화에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2006.
- 이동준, “도롱뇽, 자연물의 권리소송”, 「부산법조」 제21집, 부산지방변호사회, 2004.
- \_\_\_\_\_, “도롱뇽, 자연의 권리와 환경권”, 「부산법조」 제22집, 부산지방변호사회, 2005.
- 이무춘, “환경영향평가서의 공정성과 객관성 확보방안”, 「환경영향평가제도 개선을 위한 세미나자료집」, 환경부/환경정책평가연구원, 2000.
- 이상경, “환경법상 집행결여와 단체소송제도”, 「환경문제연구총서VI」, 대한변호사협회, 1996.
- 이상돈, “환경보호법리로서의 공공신탁이론과 해안 및 강안지역의 환경법적

- 문제에 관한 소견”, 「법조」, 법조협회, 1983.
- 이승우, “환경오염으로 인한 손해배상”, 「환경법연구」 제26권 2호, 한국환경법학회, 2004.
- 이시윤, “집단소송에 대한 입법론적 고찰”, 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 1991.
- 이영진, “지역주민들의 공설화장장설치결정처분의 취소를 구할 수 있는 원고적격을 가지는 지 여부”, 「판례월보」 제307호, 판례월보사, 1996.
- 이원우, “원고적격과 협의의 소의 이익”, 「2002년도 행정소송법 법관세미나 자료」, 사법연수원, 2002.
- \_\_\_\_\_, “항고소송의 대상인 처분의 개념요소로서 처분청”, 「현대공법학의 과제」, 최송화교수화갑논문집(I)-행정소송의 의의·기능·본질-, 2000.
- \_\_\_\_\_, “항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안”, 「행정법연구」 제8호, 행정법이론실무학회, 2002.
- \_\_\_\_\_, “현대 행정법 관계의 구조적 변화와 경쟁자소송의 요건”, 「경쟁법연구」 제7권, 한국경쟁법학회, 2001.
- 이은기, “환경단체의 원고적격 부여문제”, 「서강법학」 제11권 제1호, 서강대, 2009.
- 이은재, “자연환경 자체의 피해에 대한 법적 구제”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2008.
- 이용세, “일조권 침해와 환경소송”, 「환경법의 제문제 [상]」 - 재판자료 제94집, 법원도서관, 2002.
- 이재곤, “국제환경법과 비정부간기구(NGO)”, 「법학연구」 제7권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1996.
- 이창환, “환경오염피해에 대한 구제수단”, 「법정논총」 제32권(통권 제46집), 중앙대학교 법과대학, 1997.
- 이한성, “미국 환경법상의 원고적격에 관한 판례의 동향”, 「현대공법학의 과제」, 청담 최송화교수 회갑기념논문집, 2002.
- 이홍훈, “여천공단의 환경오염실태와 그 법적 고찰”, 「민사법 연구」 제6집, 호남민사법연구회, 1997.

- 임복규, “환경법분야에서의 단체소송”, 「재판자료」 94집, 법원도서관, 2002.
- 전경운, “환경침해로 인한 위법성 판단과 환경정책기본법 제31조의 효력”, 「민사법학」 제22호, 한국민사법학회, 2002.
- 정 훈, “4대강 정비사업에 따른 법적 쟁점”, 「법학논총」 제30집 제1호, 전남대 법학연구소, 2010.
- 정남철, “환경소송과 인인보호-소위 새만금사건과 관련하여-”, 「환경법연구」 제28권 1호, 2008.
- 정동윤, “미국의 대표당사자 소송”, 「법무자료」 제149집, 법무부, 1991.
- \_\_\_\_\_, “집단소송제도의 도입과 상장회사의 대응”, 「上場協」 제36호, 한국상장회사협의회, 1997.
- 정진명, “환경오염피해에 대한 민사법적 책임체계”, 「환경법연구」, 한국환경법학회, 1995.
- 조성규, “지방자치단체의 행정소송상 원고적격”, 「행정법연구」 제7호, 행정법이론실무연구회, 2001.
- 조성민, “환경침해와 방해배제청구권의 인부”, 「환경법연구」 제26권 3호, 한국환경법학회, 2004.
- 조용호, “인접 건물 소유자의 준공처분에 대한 쟁송”, 「관례해설」 20호, 대법원, 1994.
- 조정환, “환경행정소송에 관한 연구”, 단국대학교대학원 박사학위논문, 1991.
- 조종현, “환경권의 민사법리”, 「채권법에 있어서의 자유와 책임(김형배 교수 화갑기념논문집)」, 1994.
- 조태제, “환경법상 단체소송”, 「토지공법연구」 제15집, 한국토지공법학회, 2002.
- 조홍석, “환경권에 관한 논쟁”, 「헌법학 연구」 제2집, 1996.
- 조홍식, “공공신탁이론과 한국에서의 적용 가능성”, 「환경법연구」 제19권, 한국환경법학회, 1997.
- \_\_\_\_\_, “대안적 분쟁해결제도(ADR)의 경제학-환경분쟁조정제도에 대한 평가를 중심으로”, 「비교사법」 통권 제32호, 2006.
- \_\_\_\_\_, “분산이익소송에서의 당사자적격-삼권분립과 당사자 적격, 그리고

- 사실상의 침해의 함수관계-”, 「판례실무연구IV」, 박영사, 2000.
- \_\_\_\_\_, “유지청구 허용여부에 관한 소고”, 「민사판례연구 [XVII]」, 박영사, 2000.
- \_\_\_\_\_, “환경구제법 소고”, 「환경법 연구」 제21권, 한국환경법학회, 1999.
- 천병태, “미국환경 행정소송에 있어서의 standing법리의 전개”, 「민사법과 환경법(안이준박사화갑기념논문집)」, 1986.
- \_\_\_\_\_, “취소소송의 원고적격”, 「고시연구」, 1990. 6.
- \_\_\_\_\_, “미국 연방최고법원의 판례를 통해 본 standing법리의 형성서설5”, 「법학연구」 35집, 부산대학교 법학연구소, 1984.
- 최상희, “환경오염의 민사책임법리”, 충북대학교 대학원 박사학위논문, 2001.
- 한건우, “프랑스 행정제도상 월권소송에 있어서의 소의 이익”, 「연세대법학 연구」 창간호, 연세법학연구회, 1990.
- 한창규, “미국 행정법상 소의 이익(standing)에 관한 연구”, 「미국헌법연구」 제7호, 해암사, 1996.
- 함인선, “행정소송법 개정에 있어서의 원고적격의 확대문제-취소소송을 중심으로 중심으로 한 한·일 비교법적 검토-”, 「공법연구」 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005.
- 허상수, “도롱뇽의 당사자능력과 환경소송”, 「판례연구」 제18집, 부산판례 연구회, 2007.
- 홍봉주, “부동산 개발과 환경간의 갈등에 관한 연구-새만금간척사업의 소송들을 중심으로 -”, 「일감법학」 제15호, 건국대학교 법학연구소, 2009.
- 홍성방, “자연의 권리주체성”, 「한림법학 FORUM」 4권, 한림대학교 법학연구소. 1995.
- 홍준형, “도롱뇽소송의 적법여부에 대한 고찰”, 「현대공법학이론의 새로운 전개」, 삼지원, 2005.
- 황보 완, “환경행정소송에 있어서 원고적격론에 관한 연구”, 한국외국어대학교 대학원 박사학위논문, 2003.
- \_\_\_\_\_, “환경분쟁과 행정재판”, 「외법논집」 제17집, 외국어대학교, 2004.

[국외문헌]

<일본>

- 淡路剛久, 「公害賠償の理論」, 有斐閣, 1975.
- 池田恒男, “長良川河口堰建設差止訴訟控訴審判決: 大規模公共事業による環境破壊を理由とする差止請求”, 「ジュリスト別冊」171号, 有斐閣, 2004.
- 伊藤眞, “訴えの利益”, 「現代行政法大系 第4巻」, 有斐閣, 1983.
- 磯部力, “保安林指定解除と訴の利益”, 「ジュリスト別冊(行政判例百選Ⅱ)」, 有斐閣, 1993.
- 牛山 積, “住民訴訟”, 「市民のための行政争訟」, 勅草書房, 1981.
- 遠藤博也, “取消訴訟の原告適格”, 「實務民事訴訟講座」第8巻, 日本評論社, 1983.
- 塩野宏, 「行政法Ⅲ」, 有斐閣, 2006.
- 雄川一郎, 「行政訴訟の法理」, 有斐閣, 1986.
- 鬼頭秀一, 「自然保護を問いなおす」, ちくま新書, 1996.
- 加藤一郎, 「公害法の生成と發展」, 岩波書店, 1970.
- 佐藤竺·西原道雄, 「公害対策Ⅱ」, 有斐閣, 1970.
- 芝池義一, 「行政救済法講義(第2版補訂版)」, 有斐閣, 2003.
- \_\_\_\_\_, “行政法における公益·第三者利益”, 「行政法の争点」 第3版, 有斐閣, 2004.
- 芝池義一·室井力·浜川清, 「行政事件訴訟法·國家賠償法」, 日本評論社, 2004.
- 畠山武道·古城誠·木佐茂男 編著, 「環境行政判例の総合的研究」, 北海道大學圖書刊行會, 1995.
- 畠山武道, 畠山武道(淡路剛久·寺西俊一 編), “自然保護の訴訟”, 「公害環境法理論の新たな展開」, 日本評論社, 1997.
- 田中二郎, 「司法權の限界」, 弘文堂, 1987.
- 宮崎良夫, “原告適格”, 「行政法の争点」, 有斐閣, 1990.
- 東孝行, 「公害訴訟の理論實務」, 有信堂, 1971.

- 藤原静雄, “もんじゅ事件”, 「ジュリスト別冊(公害・環境判例百選)」126号, 有斐閣, 1994.
- 成田頼明, “住民訴訟(納税者訴訟)”, 「行政法講座」第3卷, 有斐閣, 1978
- 原田尚彦, 「訴の利益」, 弘文堂, 1978.
- \_\_\_\_\_, 「環境権と裁判」, 弘文堂, 1977.
- \_\_\_\_\_, “空港騒音と行政訴訟”, 「ジュリスト」932号, 有斐閣, 1989.
- \_\_\_\_\_, 「行政法要論」, 學陽書房, 1992.
- 古城誠, “定期航空運航事業免許取消訴訟の原告適格”, 「ジュリスト別冊(行政判例百選 II)」, 有斐閣, 1993.
- 安念潤同, “取消訴訟における原告適格の構造(1)”, 「國家學會雜誌」97卷 11・12号, 1984.
- 山田隆夫, “奄美自然の権利訴訟の提起するもの”, 「自由と正義」第49卷 第10号, 1998.
- 山本隆司, “行政組織における法人”, 「行政法の發展と変革(上卷)」, 有斐閣, 2001.
- 山村恒年, 「公害・環境判例百選」, 有斐閣, 1994.
- 山村恒年, 「環境法入門」, 昭和堂, 1999.
- 山村恒年, 「環境保護の法と政策」, 信山社, 1996.
- 吉村良一, 「不法行為法」, 有斐閣, 1996.
- 吉村良一・橋本佳幸, “環境危険責任の基本構造”, 民法學のあゆみ, 「法律時報」75卷 12号, 日本評論社, 2003.

<구미>

- A. Dan Tarlock, “The Role of non-governmental organizations in the Development of International Environmental Law”, Chicago-kent Law Review, vol. 68, 1992.
- ABA. Project, State Judicial Review of Administrative Action 43 Administrative L. Review 571 605-05, Fall, 1991.

- Bruno Simma ed., *The Charter of the United Nations; A Commentary*, Oxford University Press, 2002.
- Christopher D. Stone, *The Gnat is older than Man*, 1993.
- Cestjion L. McFarland & Bart J. Freedman(editors), *Natural Resource Damages*, Government Institutes, Inc, 1993.
- David M, Drisen, *Standing for Nothing: The Paradox of Demanding Concrete Context for Formalist Adjudication*, 89 *Cornell L. Rev.* May, 2004.
- Dunning, *The Mono Lake Decision :Protecting a Common Heritage Resource from Death by Diversion*. 13 *ELR* 10144, 1983.
- Edward H. P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resource – Standing, Damage and Assessment–*, Kluwer Law International, 2001.
- E.K. Banakas, *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, 1996.
- Ernest Gellhorn & Ronald M. levin, *Administrative Law Process in a Nutshell*, West Publishing Co. 1997.
- F. Halter and J. T. Thomas, *Recovery of Damages by states for Fish and wildlife Losses Caused by Pollution*, 10 *Ecol. L. Q.* 1982.
- Garner, *Black's Law Dictionary*(6th ed.), Thompson, 1996.
- Gassner, *Zur Mitwirkung von Naturschutzverbänden in Verwaltungsverfahren*, *Nature und Recht* 1991.
- Gottlieb, *How Standings Has Fallen : The Need to Separate Constitutional and Prudential Concerns*, 142 *U. PA. L. REV.* 1994.
- H. Bocken, *Developments with Respect to Compensation for Damage Caused by Pollution*, in B. S. Markesinis(editor), *The Gradual Convergence : Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of 21st Century*, (Oxford Univ. Press, 1994)
- Harings, *Die Stellung der anerkannten Naturschutzverbände imverwaltungs*

- gerichtlichen Verfahren, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht  
1997.
- Hays, Standing and Environmental Law : Judicial Policy and the Impact of  
Lujan v. National wildlife Federation, 39 KAN, L, REV. 1991.
- Hudson P. Henry, A shift on Citizen Suit Standing Doctrine : Friends of  
the Earth. Inc. v. Laidlaw Environmental Services Ecology Law  
Quarterly vol. 28, 2001.
- James N. Barnes, “Protection of the Environmental in Antarctic” ,  
Antarctic Treaty System in World Politics, 1990.
- James Salzman and Barton H. Thompson Jr., Environmental Law and  
Policy, Foundation Press, 2003.
- Jan G. Laitos, Natural Resources Law, Handbook Series, West Group,  
2002.
- John Passmore, Man's Responsibility for Nature, G. Duckworth & Co. Ltd.  
1974.
- Johnson, Public Trust Protection for Stream Flows and Lake Levels, 14  
U.S.D.L. Rev.,1980.
- Jonathan Poisner, Environmental Values and Judicial Review after  
Lujan-Two Critiques of the Separation of Powers Theory of  
Standing, Ecology Law Quarterly, 1991.
- Joseph L. Sax, Defending the Environmental : A Strategy for Citizen  
Action, New York : Alfred A Knopf, 1971.
- Leaphart, “Public Trust” as a Constitutional Provision in Montana, 33  
Mont. L. Rev. 1971.
- Louis, Bundesnaturschutzgesetz, 1994.
- Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 2000.
- Meyers and A. Dan Tarlock, Water Resource Management, Foundation  
Press, 1971.
- Note, Standing for Environmental Groups : An Overview and Recent

- Developments in the D.C. Circuits, 19 ENVTL, L. REP. 1989.
- P. Wetterstein, A Proprietary of Possessory Interest: A Condition *Sine Qua Non* for Claming Damages for Environmental Impairment?, in Wetterstein, Environmental Impairment Liability in Admiralty, Abo Akadimin Univ. Press, 1992.
- Philippe Sands, Principles of International Environmental Law, vol. I, 1995.
- Pippa Norris, Introduction: "The Growth of Critical Citizen", Pippa Norris ed., Critical U.N. Doc. S/PRST/, 1998.
- Schmidt, Einführung in das Umweltrecht, 1995.
- Steven H. Gifis, Law Dictionary, New York : Barron's, 1991.
- Sunstein, What's Standing After Lujan? Of Citizens Suits, 'injuries' and Article III, 91 MICH, L. REV. 1992.
- T. Fox, Natural Resource Damages: The New Frontier of Environmental Litigation 34 S. Tex. L. Rev, 1993.
- The World Commission on Environment and Development, Our Common Future, 1987.
- U.K. House of Lords Select Committee on the European Communities, 2nd Report, Sess. 1996-1997, Community Environmental Law: Making It Work, H. L.10, London 1997; Art. 9 of the 1998 UN/ECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters(Aarhus Convention), 1999.
- Valerie Ann Lee and P. J. Bridgen, The Natural Resource Damage Assessment Bocken, Developments with Respect for Compensation for Damage Caused by Pollution,in B. S. Markesinis(editor), The Gradual Convergence : Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of 21st Century, Oxford Univ. Press, 1994.
- Kloepfer, Rechtschutz im Umweltschutz, VerwArch, 1985.

Waskow, Mitwirkung von Naturschutzverbänden in Verwaltungsverfahren,  
1990.

William A, Fletcher, The Structure of Standing. 98 Yale L.J. 1988.

Wilrich, Mitwirkungsrechte anerkannter Naturschutzverbände in  
Rechtsetzungs und Planungsverfahren in Mecklenburg  
-Vorpommern, NUR, 2000.

