

韓國의 環境權에 대한 解釋과 現實問題

- 公法的 側面에서의 環境權의 具體的 保障을 위한 制度的 方案 -

김 백 유*

I. 環境權	II. 環境上の 權利保護制度(公法的 救濟)
1. 概觀	1. 概觀
2. 基本權으로서의 環境權	2. 環境權保障의 憲法的 實現
3. 憲法國家의 基本原理 및 國家目標規定(Staatszielbestimmung)으로서의 環境國家原理	3. 環境權保障의 行政法的 實現(環境行政訴訟)
4. 外國의 立法例	III. 結論
5. 憲法上 基本權으로서의 法的 特性 및 性質	

I. 環境權

1. 概觀

제2차 세계대전이후의 급격한 인구의 증가와 도시화 및 과학기술의 발달에 따른 고도의 공업화는 한편으로는 인구의 과밀로 인한 생활공간의 粗惡化를 야기하였고, 또한 각종 화학공업의 급진적인 발달은 환경오염 내지 생활 환경의 파괴라고 하는 심각한 문제를 야기하였다. 1950년대와 1960년대에 런던과 로스앤젤레스, 그리고 뉴

* 한성대학교 행정학과 교수, 법학박사.

육에서 간헐적으로 발생한 짙은 스모그(Smog)와 이로 인한 호흡기환자의 발생과 사망은 인류의 환경관리능력에 대하여 경종을 울리기에 충분하였다. 일본의 경우에도 1953년 미나마타에서 발생한 수은중독 사건과 1960년 富山縣 神通川유역에서 소위 카드뮴을 그 원인으로 하는 이타이 이타이병이 발생하였고, 1967년 3월에 초대형 유조선 Torry Canyon 호가 英佛해협에서 좌초하여 사상 유래 없는 油類汚染을 초래하였으며, 그 충격이 가시기 전인 1969년 1월에 캘리포니아의 Santa Barbara 근해에서 석유시추플랫폼에서 또다시 원유가 분출하는 오염사고가 발생하였다. 그리고 1986년 구 소련에서는 체르노빌(Tschernobyl) 원자력발전사고가 발생하였고, 스위스의 바젤에 있는 세계적인 화학회사인 Sandoz의 라인강오염사건은 오늘날 환경문제가 그 얼마나 우리 인류가 해결해야만할 현실적인 문제인가로 대두되고 있다. 우리나라에서도 지난 91년 두산전자 구미공장에서 페놀 원액을 낙동강으로 방류하여 이 페놀 원액이 정수장에서 원수의 염소 소독 과정에서 클로로페놀로 변해 대구시에 공급되는 수돗물에서 악취가 발생한 낙동강 페놀방류사건, 시화호 오염 및 새만금간척지사업 등을 들 수 있고, 국토확장과 해안지역의 물자원 확보'라는 명목 아래 추진된 시화호의 1997년 무단 방류사건 등이 있다.¹⁾

환경문제라는 용어가 보편화되고 더 나아가서 환경위기에 대한 경종이 울린 것은 대체로 1960년 후반기부터라고 할 수 있다. 예컨대 미국의 선교사 Rachel Carson 부인이 DDT에 의한 생태파괴를 경고한 '침묵의 봄(Silent Spring)'을 출간한 것은 1962년 이었으며, Garrett Hardin이 '콤몬의 비극(The Tragedy of the Commons)'이란 짧은 논문에서 매우 강력한 환경이론을 제시한 것은 1968년 이었다. 그리고 1971년에 Barry Commoner는 'The Closing Circle' 을, 그리고 1972년에 Barbara Ward 와 Rene Dubos 는 '하나뿐인 지구(Only One Earth)'를 출판하였으며 같은 해에 흔히 로마클럽 보고서라고 불리는 '성장의 한계(The Limit to Groth)'가 발표되었다.²⁾

1970년대의 이와 같은 노력으로 인한 계몽 등에 의하여 주요 선진국에서의 환경은 많이 개선 · 향상되었으나 한편으로는 후진국 내지 개발도상국에서의 생태계 파괴문제가 심각히 대두 되었다. 또한 과거에는 미처 인식하지 못하였던 새로운 차원의 환경문제가 계속적, 그리고 새롭게 제기되고 있다. 1980년에 미국의 국무성과 환경평가회의가 작성하여 그 당시의 Carter 대통령에게 보고한 '서기 2000년 보고서(Global 2000 Report 와 Global Future: Time To Act)'는 서기 2000년의 인구 · 자원 ·

1) <한겨레> 99. 9. 8.자 참조.

2) 이상돈, 오존층의 보호를 위한 국제협약에 관한 연구, 한국환경과학협의회1990년 4월호, 207면.

환경문제는 더욱 악화될 것을 예측하고 가까운 미래에 발생할 이러한 불행을 예방하기 위하여 ‘적정화된 개발’의 기본관념에 입각한 국가적 정책과 국가간의 협력이 절대적으로 필요하다고 강조하였다. 그리고 2005년 2월 16일 일본에서 대기환경의 개선을 위한 이산화탄소의 배출량을 줄이기 위한 교토의정서³⁾가 발효되게 되었다.

2. 基本權으로서의 環境權

종전의 우리 나라의 학자들은 종래의 환경보전법이 “대기오염 · 수질오염 · 토양오염 · 소음 · 진동 또는 악취 등으로 인한 보건위생상의 危害를 방지하고 환경을 적정하게 보전함으로써 국민보건향상에 기여함을 목적으로 한다”고 하면서 국가의 공해방지의무와 환경보호를 위한 정책수립 및 감독의 책임, 행정적 규제조치 및 생명 · 신체의 피해에 대한 무과실책임까지 규정(제69조)하였기 때문에 바로 이것이 우리 나라에서는 이미 환경권 · 건강권이 실정법적 근거를 확보한 것이라고 주장하였다⁴⁾. 헌법상으로는 헌법전문이나 인간의 존엄성과 가치에 관한 제8조, 인간다운 생활을 할 권리에 관한 제30조, 건강한 생활을 할 권리의 31조 그리고 헌법에 열거되지 아니한 이유로 輕視되지 아니한다는 규정(제32조 1항)등을 들어 제4공화국헌법하에서도 환경권이 인정된다고 보는 것이 다수설이었다. 그러나 위와 같은 규정만으로는 불충분하다고 생각하여 1980년 10월 27일 시행된(제8차 개정헌법) 제5공화국 헌법 제33조에서는 “깨끗한 환경에서 생활할 권리”라고 하여 환경권을 국민의 기본적인 권리(기본권)로 명문화하였고, 1987년 12월 29일(제9차 개정헌법)에 개정된 현행 헌법 역시 제35조 제1항에 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력 하여야 한다”고 개정하여 환경권은 인간의 존엄성 유지와 행복추구에 필요불가결한 기본권임을 구체적으로 천명하고, 제35조 제2항에서는 “환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다”고 하여 명시적 헌법위임에 의한 법률유보조항으로 두고 있다.⁵⁾

3) 지구 온난화 주범으로 꼽히는 온실가스의 배출량 감축을 위해 세계 141개국이 비준한 교토의정서가 2005년 2월 16일 공식 발효되었다. 사상 최대 규모의 환경보호 계획이 실행에 옮겨지는 것이다. 하지만 세계 최대의 이산화탄소 배출국인 미국이 지난 2001년 교토 협약에서 탈퇴했고 신흥공업국이 온실가스 배출감축 의무이행국에서 제외돼 실효성에 의문이 제기되기도 한다. 교토의정서가 발효되면, 주로 선진국인 의무이행 대상국가 39국은 2008년-2012년까지 각국의 온실가스 배출총량을 1990년 배출량보다 평균 5.2% 줄여야 한다. 이 약속이 지켜지지 않을 경우, 2013년부터 감축 공약치를 이행하면서 30%를 더 감축해야 한다.

4) 김철수, 환경권, 환경법연구, 3권 21면 이하.

3. 憲法國家의 基本原理 및 國家目標規定(Staatszielbestimmung)으로 서의 環境國家原理

세계 여러 나라는 인간을 둘러싸고 있는 환경이 생존을 위한 기초라는 인식 하에 1970년대 이후 헌법적 차원에서 환경문제를 본격적으로 다루었다. 환경문제가 헌법에 편입되는 과정에서 기본권으로 수용하지 않은 국가들은 국가의 목표 내지 방침으로 수용하였다.⁵⁾ 특히 독일은 환경에 대한 인간의 권리라는 인식과 함께 국가나 국민에게 환경은 보전을 위하여 노력해야 할 대상으로써 보았고, 그 과정에서 1980년대 후반에 들어오면서 환경국가(Umweltstaat)라는 용어가 출현하였다.⁷⁾ 이렇게 등장한 환경국가는 이미 헌법의 명문규정을 통하여,⁸⁾ 또는 불문의 기본원리로서 현대헌법국가의 기본원리로 인정되는 기존의 민주주의 · 법치국가 · 사회국가 · 공화국 · 연방국가원리 처럼 또 하나의 국가원리로 볼 수 있는지 여부에 대하여는 논란이 있다.⁹⁾

헌법상 기본원리란 헌법의 이념적 기초로서 헌법을 총체적으로 지배하는 지도원리를 말하며, 그 존재형태는 헌법전에 명문, 혹은 추상적으로 반영되어 있긴, 이는 국가와 국민이 준수하고 존중해야 할 최고의 가치규범이다. 이미 헌법 여러 조항에 걸쳐 있는 환경과 개발의 문제는 환경국가원리가 다른 헌법상의 기본원리처럼 헌법국가의 틀 속에서 국가와 사회에 있어서 기본적인 의미를 가질 수 있다고 본다. 또한 환경은 인간에 있어서 자연적인 삶의 기초로서, 미래세대에 대한 기성세대의 책임으로서 그 핵심적인 의미를 갖고 있기 때문에 헌법을 지배하는 기본원리로서 가치

5) 다만 여기서 환경권의 법적 성격이 추상적 권리이나, 혹은 구체적 권리이나에 따라 기본권형성적 법률유보 혹은 기본권 구체화적 법률유보조항으로 나누일 수 있다.

6) 이하 환경국가원리에 관한 내용은 김상겸, 환경국가와 환경영향평가제도, 한국환경법학회 제73회 학술대회발표논문.

7) 환경국가라는 용어를 처음 사용한 학자는 독일의 Michael Klöpfer 교수라고 한다. Klöpfer, Auf dem Weg zum Umweltstaat?, in: ders. (Hrsg.), Umweltstaat, 1989, S. 43f. 이에 대해서 자세히는 Hofmann, Umweltstaat, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50Jahre Bundesverfassungsgericht II, 2001, S. 875. 환경국가와 동일한 의미로 환경적 헌법국가라는 표현을 쓴 학자도 있다 (Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998).

8) 독일의 경우 기본법 제20조 제1항은 독일 연방공화국은 민주적·사회적 법치국가라고 규정하고 있으며, 제28조 제1항 제1문은 각주의 헌법질서는 기본법에 있어서 공화적, 민주적, 사회적 법치국가의 기본원리에 상응(Homogenitätssprinzip)해야 한다고 기본원리를 명문화하고 있다.

9) 김상겸, 환경국가와 환경영향평가제도, 한국환경법학회 제73회 학술대회발표논문.

를 갖는다.¹⁰⁾ 따라서 환경국가원리는 헌법을 지배하는 국가원리로서 보아야 한다.¹¹⁾¹²⁾ 환경국가원리가 헌법국가의 기본원리로 인정된다면, 이는 국가목표규정으로서의 기능과 역할을 하며,¹³⁾ 우리 헌법재판소가 이미 밝히고 있듯이 헌법상의 기본원리는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계이며 국가정책결정의 방향을 제시한다.¹⁴⁾¹⁵⁾

4. 外國의 立法例

‘환경보호’를 헌법상 명문으로 규정한 헌법례로서는 그리이스 헌법(제24조), 인도 헌법(제 48 A, 49 조), 이란헌법(제50조), 스위스헌법(제24의 7), 태국헌법(제65조), [중국헌법 제11조) 등을 들 수 있고, 직접 ‘환경권’을 명문으로 규정한 헌법례로서는 포르투갈헌법(제66조 제1항), 스페인헌법(제45조), 헝가리헌법(제57조), 유고헌법(제192조), 미국의 Pennsylvania 주헌법, 미국의 Illinois 주헌법, 독일 Bayern 주(지방)헌법 제141조 등이 있다.

이에 반하여 환경권을 헌법상의 기본권으로 규정하지 않거나,¹⁶⁾ 비록 헌법에 규정하더라도 환경에 관한 규정을 국가목표규정(Staatszielbestimmung)¹⁷⁾으로 헌법에서 수

10) Schulze-Fielitz, in: Dreier Grundgesetz, Art. 20a Rn. 31 ff.

11) 독일의 경우 많은 학자들이 새로운 국가목표인 환경보호를 기존의 헌법상의 기본원리나 기본권에 의한 여러 제약에도 불구하고 민주주의원리, 법치국가원리, 사회국가원리나 연방국가원리와 동등한 기본원리로 보고 환경국가원리로 명명하고 있다. 이에 대해서는 Hofmann, "Umweltstaat": Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen und Schutz vor den Gefahren und Risiken von Wissenschaft und Technik in staatlicher Verantwortung, in: Badura/Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 875 참조.

12) 김상겸, 환경국가와 환경영향평가제도, 한국환경법학회 제73회 학술대회발표논문.

13) 김형성, 헌법상 환경규정의 규범적 의의, 환경법연구 제26권 제4호, 환경법학회(2004.12), 127-128면 참조.

14) 헌재결 1989. 9. 8. 88헌가6.

15) 김상겸, 폐기물관련법제에 관한 헌법적 고찰, 한국환경법학회, 제77회 학술대회(2004.4.21), 폐기물정책과 법.

16) 미국의 경우 연방헌법에 환경권이나 환경에 관한 명문의 규정이 없으나, 환경권을 하나의 인권으로 보고 보통 연방헌법 증보 제5조나 제9조를 근거로 삼고 있다. 연방의 권리장전 제5조는 적법절차 규정으로써 환경의 침해는 국민의 생명과 자유, 재산에 대한 침해로 볼 수 있으며, 자연권을 규정하고 있는 제9조의 의하여 환경권의 부정이나 경시는 용인될 수 없다고 본다(김상겸, 환경국가와 환경영향평가제도, 한국환경법학회 제73회 학술대회발표논문).

17) 국가목적(Staatszweck), 국가목표(Staatsziel), 국가목표규정(Staatszielbestimmung), 국가의무(Staatsaufgabe)는 독일에서도 학자들이 이들간의 용어를 명확하게 구분하지 않고 국가목표에 해당하는 것은 국가목적이라고 칭하는 등 서로 혼용하여 사용하고 있다. 그러나 이들은 그 의미

용하고 있는 국가로는 독일을 들 수 있다.¹⁸⁾ 국가목표규정이란 독일의 연방내무성과 법무성의 해석에 따르면, “국가행위의 확정된 프로그램이며, 국가활동의 지침과 지시가되며, 입법과 행정입법의 해석근거”¹⁹⁾가 된다고 한다.²⁰⁾ 국가목표규정은 국가에 대하여 구체적 목표를 정하여 그 방향으로 나가야 할 것을 정하고 계속적으로 충족시킬 것을 규정하고 있는 법적 구속력을 갖는 헌법규범이라고 할 수 있다.²¹⁾ 국가목표규정은 장래 국가가 지향하고 이루어야 할 과제를 부여하고 있으나 그 실현시기와 방법 등은 입법자의 결정에 달려 있다는 점에서 그 특색이 있다. 또한 국가목표규정

와 내용이 약간씩 다르다. 국가목적(Staatszweck)은 추상적·철학적 개념으로서 국가의 존립 근거(국가의 존재의의) 및 이를 위한 활동의 정당성을 나타내는 것으로서(Christoph Link, Staatszwecke im Verfassungsstaatsnach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVdStRL Bd. 48, S. 17), 국가 존립의 근거는 이들의 실현을 위하여 활동할 경우에 한하여 존재한다. 국가목표는 국가 목적을 추구·실행하는(완성시키는) 하나의 과정·방법이다. 그리고 국가목표규정(국가목표조항: Staatszielbestimmung)은 국가 목적을 실현하기 위하여 부분적으로 헌법상 규정되어 있는 내용들을 의미한다. 예컨대 사회국가원리·법치국가원리 등의 헌법상의 규정이 국가목표규정이다. 국가의무(Staatsaufgabe)는 추상적 의미의 국가목표를 구체적으로 달성시키고자하는 방법이다. 따라서 하나의 국가목표는 여러 가지 형태의 국가의무들의 수행에 의하여 이루어진다. 예컨대 사회국가에서의 국가목표(Staatsziel)는 교육 기타 사회원조(Sozialhilfe)등에 의하여 이루어진다(J. Isensee/P. Kirchhoff, Handbuch des Sttztsrechts, Bd. III, Heidelberg 1988, § 57 Rn. 115). 이와 같은 관점에서 환경보호는 국가목적(Staatszwecke)이 아닌 국가 목적을 달성하기 위한 수행목표(Hanslungsziel)이며, 국가 목적을 달성하기 위한 구체적 과정이 되는 것이다. 환언하면 환경보호는 국가목적(국가의 존재의의)을 달성하기 위한 국가목표이며, 국가기관은 환경보호라는 목표를 달성함을 통하여 국가가 존재하는 목적(정당성)의 일부를 수행하는 것이된다. 따라서 환경보호(Umweltschutz)를 국가목적조항이라고 번역하는 것은 문제가 있다고 보여진다 왜냐하면 환경보호를 국가목적이라고 이해한다면, 환경보호만을 국가기관이 수행한다면 그 국가는 정당성을(Legitimation und Rechtfertigung)을 갖게 되지만, 국가의 목적(존재의의)은 단순히 환경보호만을 위하여 존재하는 것은 아님은 주지의 사실이기 때문이다(최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 313면 각주 6) 참조); 이에 관한 상세한 내용은 Staatszwecke, Staatsziele, Staatsaufgaben: Begriffe Abgrenzung und Funktion, in: Prof. Dr. Murswiek Seminar über Staatszwecke, Staatsziele, Staatsaufgaben WS 92-93, Uni. Freiburg); 고문현, 독일에서의 환경보호, 공법연구 제32집 제1호(2003.11), 357면 참조.

18) 독일에 있어서 환경권과 관련하여 헌법의 전개과정과 태도에 대해서는 김세규·한귀현, 현대국가의 과제와 환경보호, 동아법학 제23호 (1997), 280면 이하 참조; 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 313면.

19) Der Bundesminister des Innern/Der Bundesminister der Justiz(Hg.), Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Rdnr. 7.

20) 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 314면.

21) Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20a Rn. 20 ff.

은 개개의 국민에게 주관적 권리를 부여하지 않는다는 점에서 기본권조항과 구별된다.²²⁾ 따라서 독일의 경우 그러한 기본법 제20a조를 근거로 어떠한 주관적 공권을 주장하거나 환경과 관련한 결정에 대하여 소송을 제기하거나 국가에 대하여 구체적인 급부도 요구할 수 없다. 국가목표규정은 전적으로 국가를 그 수범자(Adressat)로 하기 때문에 일반국민은 환경과 관련하여 국가의 작위 혹은 부작위를 이유로 법원에 소송을 제기할 수 없다.²³⁾

그러나 독일 기본법 제20a조는 입법권자는 헌법질서 안에서 법률의 제정(Gesetzgebungsauftrag)과 행정부와 사법부에는 이러한 법률(Gesetz)과 법(Recht)의 기준에 따라 생활기반과 동물보호의 책임을 부과하고 있다. 따라서 입법권자는 불명확하고 포괄적으로 규정되어 있는 기본법상의 환경보호에 관한 내용을 법률을 통하여 구체화 해야할 과제를 부담한다(Handlungsauftrag). 그러나 입법자는 법률을 제정함에 있어서 광범위한 입법 형성의 자유를 가지며, 여기에는 국가적 보호의 과제와 충돌하지 않는 한 법률을 제정하지 않을 수 있는 것도 포함된다. 그러나 국가는 자연적 생활기반과 동물보호를 하여야할 의무를 지니기 때문에 입법의무를 지닌다고 보는 것이 타당하다.²⁴⁾ 또한 입법권자는 현행 환경보호관련 법률들이 고도로 발달하는 기술수준에 신속하고 적합하게 대응할 수 있는지를 주의깊게 관찰해야할 의무를 부담하고, 필요하다면 법률개선 의무(입법개선 의무)를 지게 된다.²⁵⁾

5. 憲法上 基本權으로서의 法的 特性 및 性質

(1) 法的 特性

환경권은 다른 기본권과 비교하여 볼 때 다음과 같은 특성이 있다. 즉 환경권은 환경에 미치는 인간의 행위를 규제하기 위하여, 다른 기본권(재산권 · 영업권)을 제한 하는 특성을 지니므로 기본권의 충돌의 문제를 야기하고 있고, 환경권은 동시에 의무(환경보전 의무)를 수반하는 기본권으로서 헌법상 객관적 가치질서(사회공동체의

22) 김상겸, 환경국가와 환경영향평가제도, 한국환경법학회 제73회 학술대회발표논문.

23) M. Klöpfer/T. Brandner, Umweltrecht, München 1998, S. 123; 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선 의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 314면.

24) 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선 의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 323면.

25) M. Klöpfer/T. Brander, Umweltrecht, München 1998, S. 129; Rudolf Steinberg, verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, S. 1985 f.

가치질서)준수의무를 지니는 양면적 특성을 지닌다.

(2) 法的 性質: 綜合的 基本權(總合的 基本權)

환경권의 법적 성질은 자유권적 성격 뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치행복추구권으로서의 성격을 갖는 ‘종합적 기본권(Gesamtgrundrecht)’²⁶⁾이라고 할 수 있다. 우리나라에서는 환경권의 핵심적 내용이 사회적 기본권의 구성부분을 이루는 것으로 보고, 이를 사회적 기본권으로 수용²⁷⁾하는 것이 일반적 견해이지만, 종래와 같은 전통적 기본권의 분류·체계로 나누어 볼 경우의 분류방법에 해당되는 것이고, 종래의 전통적 분류방법으로는 설명할 수 없는 기본권, 즉 종합적 기본권으로 보는 견해도 유력하다. 예컨대 종합적 기본권임을 주장하는 허영교수는 환경권은 국가와 국민의 환경보전의무를 전제로 하는 권리와 의무의 복합형태 인데, 기본권의 전제조건을 보장하는 기본권으로서의 성질과 기본권의 헌법적 한계로서의 성질을 함께 가지고 있기 때문²⁸⁾²⁹⁾이라고 하고, 권영성 교수는 환경권은 오염되거나 불결한 환경을 예방 또는 배제하여 주도록 청구할 수 있는 권리라는 의미에서 ‘청구권’으로써의 특징을 지니며, 오염되거나 불결한 환경은 인간다운 생활을 할 수 없게 하고 건강을 침해한다는 점에서 ‘인간다운 생활권’이요 ‘보건에 관한 권리’라고 할 수 있고, 오염되고 불결한 환경은 인간의 존엄성을 해치고 불행하게 만든다는 의미에서 인간의 존엄성 존중에 위배되고 ‘행복추구권’을 침해하는 것이라고 할 수 있기 때문”이라고 한다.³⁰⁾³¹⁾

26) 권영성, 헌법학원론, 법문사 2005, 686면.

27) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 686면.

28) 허영, 헌법이론과 헌법[중], 박영사 1984, 269면.

29) 환경권은 헌법 제9조의 이념적 기초에 비추어 「나쁜 환경으로부터의 자유」라는 의미에서는 자유권이라 할 수 있고, 「나쁜 환경을 예방 또는 배제하여 주도록 청구할 수 있는 권리」라는 의미에서는 청구권이라 할 수 있으며, 「나쁜 환경은 인간다운 생활을 불가능하게 한다」는 의미에서는 인간다운 생활을 할 권리라고 할 수 있을 뿐만 아니라, 「나쁜 환경은 건강을 침해하는 것」이라는 의미에선 보건에 관한 권리라고도 할 수 있고, 더욱이 「나쁜 환경은 인간의 존엄성을 해치고 인간을 불행하게 만든다」는 의미에서는 인간의 존엄성과 행복추구권을 침해하는 것¹⁾이라고 하는 데서도 알 수 있듯이, 제기본권의 복합요인을 모두 갖는 종합적 기본권이라는 데 다언을 요하지 않는다. 더욱이 환경권은 많은 기본권의 실효성확보를 위해서 그 보장이 불가피한 일종의 「기본권의 전제조건 보호」로서의 의미를 가지는 한편, 때로는 다른 기본권의 행사를 제약하는 의미도 함께 가지고 있어서 그 성격은 종합적이라 할 수 있다(허영, 헌법이론과 헌법[중], 박영사 1984, 165면.).

30) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 686면.

31) 권영성, 환경권, 월간고시, 1981년 2월호, 75면; 한상범, 인권으로서의 환경권의 법리, 고시연구, 1981년 1월호, 65면.

종합적 기본권으로서의 환경권은 헌법조문의 배열구조로 본다면 기본권으로서의 환경권의 법적 성격은 인간의 존엄성과 행복추구권으로 볼 수도 있고, 인격권과 생존권 및 자유권적인 기본권까지도 포함하는 인권으로 해석될 수도 있어서, 환경권을 인권으로서 종합적 성격을 띤 기본권으로 이해하는 견해는 타당하다고 보여진다.³²⁾³³⁾ 다만 본고에서는 우리나라에서는 일본·미국·독일 등과는 달리 환경권을 헌법상의 기본권의 한내용으로 포함시키고 있으므로 환경권은 분명히 국민의 기본권의 한 내용이고, 다수설의 입장이 환경권의 핵심적 내용은 사회적 기본권으로 이해하는 논거에 따라, 기본권으로서의 환경권에 관한 법적 성격을 정리하고자 한다.

(3) 法的 權利性

1) 프로그램(Programm, program)的 規定說(立法方針規定說)

프로그램규정설은 헌법에 있어서 환경권의 보장은 개인에 대하여 일정한 환경보호·개선조치를 요구할 수 있는 청구권(Unmittelbar einklagbare Ansprüche)을 구체적으로 보장한 것이 아니고, 다만 환경권과 관련하여 부담하는 입법자의 법적·도의적 의무라고 본다.³⁴⁾ 따라서 입법자에게 환경보호·개선을 위한 법을 제정하도록 법적 의무를 지운 것에 불과한 것일 뿐만 아니라 국민의 구체적 청구권규정여부에 있어서도, 국가의 재량에 의하여 제한을 받는 입법정책의 문제로서만 인식하고 있다. 프로그램적 규정설에 의할 경우에 있어서의 국가의 환경권보호에 관한 의무위반에 대하여 그 '정치적 책임'을 물을 수는 있어도 재판을 통하여 소구할 수 있는 국민의

32) 환경권이 자유권적 성격을 기저로 하고 사회권적 성격이 전면에 나타난 권리라는 점에서 환경권은 종합적 기본권이라고 할 수 있다(한상범, 인권으로서의 환경권의 법리, 고시연구, 1981년 1월호, 66면). 기본권으로서의 사회권이 물질적인 생산의 혜택의 공정한 배분을 주안점으로 환경경제성장이란 관점에서 제기되어 온 기본권임에 반하여, 이 환경권은 그러한 경제성장위주의 성장정책에 따른 한계에서 나온 것임을 생각할 때, 이러한 산업문제의 국가에 의한 해결은 생존권의 입법취지에도 적합한 것이란 점에서 타당하다 하겠다. 다만 환경권은 산업사회가 발전하면서 물질적 풍요와 인간중심적 생활편의를 추구하는 과정에서 인간 자신 스스로도 생물인 「중」으로서 자기의 생존기반을 위태롭게 하는 한계에서 벗어나야 한다고 하는 상황에서 제기된 것임을 인식하여야 한다. 따라서 환경권은 생명권·행복추구권·인격권·재산권·사회권 등의 복합적인 요소를 포함하는 것이고, 그것이 지향하는 목표는 물질적인 데 치중하는 것이기 보다는 쾌적한 환경 위의 건전한 생활의 질을 확보하자는 데 있다고 보는 것이 보다 타당한 해석이라 할 것이다.

33) 정훈, 환경보호에 관한 헌법적 규율, 환경법연구(2003.9), 제25권 1호, 한국환경법학회, 456면.

34) Rupert Scholz, Niechtraucher contra Raucher, JuS 1976, S. 234.

직접적인 청구권의 근거가 될 수는 없다고 본다.³⁵⁾ 오늘날 사회적 기본권의 법적 성격을 규정할 때 입법방침규정설을 취하는 학자가 없는 것처럼, 환경권의 경우도 이설을 취하는 학자는 없다.

2) 抽象的 權利說

프로그램적 규정설이 사회적 기본권에 관한 헌법규정을 지나치게 과소평가하는 것에 대항하여 더욱 적극적으로 효력을 인정해보려는 의도에서 제기된 이론이 추상적 권리설이다. 이 이론은 사회권에 관한 헌법규정이 확실히 개별적·구체적인 권리를 직접적으로 설정하고 있지는 않지만, 국가에 대하여 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 하기 위한 입법 내지는 기타 국가정책상 필요한 조치를 강구할 것을 요구하는 추상적인 권리를 인정한 것이고, 국가는 이에 대하여 추상적 의무를 갖는다고 해석한다.³⁶⁾ 즉, 추상적 권리설에 따르면 환경권의 보장은 모든 국민이 인간다운 환경에서 살 수 있도록 필요한 입법을 요구할 수 있는 법적 권리를 보장한 것으로 본다. 그러나 이 권리는 추상적인 것이므로 이 권리를 구체화하는 입법작용·예산조치가 있을 때에야 비로소 국민은 그 법률에 따라 국가에 대하여 구체적 환경보호·개선조치를 요구할 수 있다고 본다.³⁷⁾ 국민은 국가에 대하여 추상적 권리를 가지며, 국가는 「입법 기타 국정상 필요한 조치를 강구」할 ‘추상적 의무’를 진다고 보는 견해이다.³⁸⁾ 그러나 추상적 권리설도 법률이 있을 때 환경권의 실질적이고 구체적인 법적 권리성이 보장된다는 의미에서는 프로그램적 규정설보다는 진보적·적극적인 의미를 가지고 있으나, 구체적 청구권의 용인여부는 입법정책 내지는 입법방침으로 본다는 의미에서 입법방침규정설이라고도 불리우는 프로그램적 규정설과 실질적으로 별로 다를 바 없다³⁹⁾고 하겠다.

3) 具體的 權利說

이는 국민개개인이 직접 법원에 환경권 즉 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 직접 청구할 수 있다는 학설이다. 즉 환경권은 법적 권리로서 그 침해에 대하

35) 안용교, 환경권, 고시연구, 1981년 5월호, 34~35면.

36) 池田政章, 「프로그램規定における消極性と積極性(一)(二)」, 立憲法學 第3號, 1961, 30頁; 同7號, 1965, 37頁 以下 參照.

37) 박일경, 환경권, 고시연구, 1981년 2월호, 24면.

38) 안용교, 환경권, 고시연구, 1981년 5월호, 35면.

39) 안용교, 환경권, 고시연구, 1981년 5월호, 37면.

여 법원에 직접 소구할 수 있는 구체적 권리라고 주장하는 학설이다. 권영성교수는 “환경파괴에 대한 인권의 대량침해 · 대량파괴는 기존의 사회권이론 즉 추상적 권리론을 가지고는 대응할 수 없음이 명백하다”고 주장하면서 그 이유는 공해기업이 환경을 일방적 · 독점적으로 이용하면서도, 영업의 자유 · 재산권의 자유로운 행사를 논리적 방패로 내세워 자행하는 일방적인 환경파괴행위에 대해서는 종래의 추상적 개념을 가지고는 대응할 수 없기 때문”이라고 한다. 그리고 이에 대한 효과적인 대책을 수립하기 위해서는 새로운 적극적인 이론구성이 이루어 져야 하는데 그 한가지 예로 “생명권 · 보건권의 재산권 · 영업권에 대한 우위론 이라는 기본권해석론이 있고, 사실 인간의 존엄과 가치 그리고 행복추구권을 규정한 헌법 제10조를 최고의 헌법적 가치로 보고 또 환경권을 총합적 권리로 해석한다면, 생명권 · 보건권이 재산권 · 영업권보다 우월성을 충분히 인정할 수 있다”고 한다.⁴⁰⁾ 그리고 이러한 구체적 권리설에 입각하면, 환경침해행위에 대하여 유지청구, 방해배제, 예방청구 등의 구체적 청구권이 발생한다.⁴¹⁾

4) 兩面的 權利說

이는 환경에 대한 침해가 있을 때 그의 배제를 직접 법원에 청구할 수 있는 구체적 권리로서의 측면⁴²⁾과 건강하고 쾌적한 환경에서 생활환경의 조성 · 유지에 대한 추상적 권리로서의 측면을 지닌다는 학설이다.

5) 小結

생각 건대, 헌법적 차원에서 환경권을 생존권, 생활권 혹은 사회적 기본권으로 파악하면 환경권은 추상적 권리인 것처럼 보이지만, 현행 헌법이 이미 제35조 제1항에서 환경권을 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다」고 하여, ‘총합적 기본권’으로 (명시적으로) 인정하고 있고, 환경권은 자유권적 기본권 및 사회적(생존권적) 기본권의 측면에서도 법원에서의 訴求가 가능한 권리라고 할 수 있

40) 다만 여기서 권영성교수는 환경권을 사회적 기본권의 한 내용으로 보는 경우에는 불완전한 구체적 권리로 볼 수 밖에 없으므로 환경권이 재산권 · 영업권 보다 우월한 권리라고 인정할 수 없기 때문에, 이를 총합적 기본권으로 보아 재산권 · 영업권보다 더 우월한 권리로 보는 것 같다(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 686-687면 참조).

41) 윤명선, 환경권, 월간고시(1993.8), 75면.

42) 자유권적 침해보전청구권: 왜냐하면 환경권은 헌법에 기본권으로 명시되어 있기 때문에 최소한 배제청구권(防禦權: Abwehrrecht)이 있는 것으로 볼 수 있다.

다. 다만 환경권은 다분히 상린관계적인 권리로서의 성격이 많기 때문에 합리적 이유가 있고 '경미한 침해(Bagatellbelästigungen)'인 경우에는 이를 수인해야 할 의무, 즉 수인의무를 함께 내포하고 있는 기본권이다. 따라서 국가에 의한 환경침해의 경우는 물론이고 국가 이외의 제3자의 생활영역에서 발생하는 환경오염의 경우에도 그 정도가 (극히) 경미한 때에는 이에 대한 방어권(Abwehrrecht)과 방해배제청구권이 인정될 수 없다.⁴³⁾ 다만 어느 정도 수인해야 하는가 하는 것은 그때 그때의 구체적 사정에 따라 결정해야 할 것이다.

특히 생존권으로서의 성격을 지니는 사회적 기본권인 환경권에서 유래하는 청구권은 두가지로 나누어 설명할 수 있는데 1) 국가에 대하여 환경을 침해하는 자에 대한 공법적 규제를 청구하는 권리(행정개입청구권과 이에 따른 의무이행소송)와 2) 적극적인 의미에서 국가에 대하여 깨끗하고 쾌적한 환경을 조성하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리⁴⁴⁾가 그것이다. 먼저 환경을 침해하는 자에 대하여 국가가 일정한 공법적 규제를 가하는 경우에는 법률에 의하거나(durch das Gesetz; 법률유보; Gesetzesvorbehalt) 법률의 근거(auf Grund eines Gesetzes; 법률의 유보; 법규유보; Vorbehalt des Gesetzes)를 갖추어야 한다. 그런데 여기서 문제가 되는 점은 첫째, 이러한 법률을 국가가 제정하지 않는 경우에 입법을 강제할 입법부작위위헌확인소송의 인정문제 둘째, 공법적 규제를 위반한 기업 등에 대하여 공공기관이 이에 대응하는 적절한 제재를 아니하였을 경우, 그에 대한 의무이행소송 내지 위헌확인소송도 아직까지 한국에서 인정되지 않는 점에서 대국가적 효력을 가지는 청구권으로서의 환경권은 헌법의 규정만으로서의 사법권에 의하여 강행되는 구체적 권리라고 하기는 어렵다고 보여진다. 또한 명실공히 적극적 의미에서 국가에 대하여 깨끗하고 쾌적한 환경을 조성하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리로 보는 경우에도 재정문제 · 입법강제의 불가능 등의 문제들이 있어서 구체적인 권리성이 한층 더 약하다.

그러나 구체적인 입법없이 법원에 의한 환경보호 · 개선조치를 청구할 수 없다 할 지라도 환경권의 구체적 권리를 전면적으로 부정할 수는 없을 것이다.⁴⁵⁾ 왜냐하면 현대적 환경권의 형성과정과 헌법의 규범논리적 기능으로 보아 환경권은 단순한 입법정책 내지 입법재량의 문제가 아니라, 헌법에 의하여 구속을 받는 입법정책 내지는 입법재량으로 보아야 하기 때문이다. 즉 입법권자는 환경관련법률을 입법형성권

43) 허영, 헌법이론과 헌법[중], 박영사 1984, 272면; J. Lücke, DÖV 1976, S. 291; Michael Klöpfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978, S. 20 f.

44) 박일경, 환경권, 고시연구, 1981년 2월호, 25면.

45) 안용교, 환경권, 고시연구, 1981년 5월호, 37면.

을 이유로 법률의 제정여부에서부터 법률의 내용등에 관한 모든 사항을 독자적으로 결정할 수 있는 것이 아니고, 그러한 법률을 제정하는 경우에 환경권의 내용에 관한 헌법해석에 구속되며, 이러한 범위내에서 구체적인 법률의 내용을 어떻게 정할 것인가에 대해서만 입법형성의 자유를 가진다고 보아야 한다.⁴⁶⁾ 대국가적인 측면에서의 환경권은 오늘날 헌법소송이 활성화되어 있고, 위헌법률심판 및 헌법소원제 등이 존재하는 한 헌법재판을 통한 권리구제가 용이하고 따라서 구체적 권리임이 부인되기는 어려울 것으로 보인다.⁴⁷⁾

(4) 效力

1) 對國家的 效力

환경권의 법적 성격을 구체적 권리 혹은 최소한도의 불완전한 구체적 권리로 본다면, 현행 헌법 제35조 제1항은 국가권력을 구속한다. 따라서 입법부는 환경권을 실행하기 위한 구체적 입법형성의무를 질뿐만 아니라, 입법자는 환경보호법률이 제정된 이후에도 당해 법률이 헌법에 합치되는 지, 그리고 위험방지 및 예방을 위하여 현행법률이 타당한지에 대한 입법자의 법률관찰(die Beobachtung von Gesetzen)의무가 계속적으로 이루어져야 한다. 그리고 필요하다고 판단되는 경우에는 당해법률의 개정·보완 등을 통하여 계속하여 환경보호의무를 수행해 나아가야 할 입법개선 의무(법률개선 의무)가 있다.⁴⁸⁾ 특히 고도의 과학기술적인 요소를 내포하고 있는 환경관련 법제들은 오늘날 과학기술 및 환경오염 측정기술의 발전 등에 의하여 더 이상 그 효력을 지속할 수 없는 경우가 다른 법률에 비하여 빈번하게 발생하게 된다. 따라서 비록 입법당시에는 법률의 하자(Mangel)가 없었다 하더라도 현재의 시점에서는 당해 법률의 적용이 국민의 기본권을 침해하는 위헌법률(입법불충분에 따른)이 되어버리고 마는 경우가 발생 할 수도 있는 것이다.⁴⁹⁾ 따라서 입법형성권자는 이러한 법률의 결함(Gesetzesfehler)과 법률의 흠결(Gesetzeslücke)을 항상 발견하도록 예의 주시해야 할 의무를 지니고 있다(상세한 내용은 후술하는 부진정·상대적 입법부작위(입법불충분) 내지 사후적 부진정입법부작위 참조).

46) 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선 의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 313면 참조.

47) 송기춘, 환경권의 대사인적 효력, 공법연구(제28집 제3호), 한국공법학회(2000.3), 132면.

48) 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선 의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 316면.

49) Vgl. BVerfGE 56, 54(79 ff.); 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선 의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 317면.

또한 행정부와 사법부는 환경법에 위반하여 환경권의 침해를 야기하는 행위를 할 수 없다. 만약 행정관청이 법령에 위반하여 환경을 파괴하는 경우에는 행정소송등의 공법적 구제방법이 있으며, 부작위에 의한 손해발생의 경우에도 국가배상책임을 인정해야 한다.⁵⁰⁾ 그리고 헌법 제35조 제2항의 법률유보조항은 제35조 제1항의 헌법적 결정을 보다 더 구체화하고 또한 제1항을 위배하지 않는 범위에서만 입법자의 입법(형성)권이 인정된다고 보아야 한다.⁵¹⁾

2) 對私人的 效力

a) 學說

헌법이 명문으로 규정으로서 환경권을 인정하면서 국민의 환경보전의무를 규정하고 있기 때문에 환경권은 당연히 私人 상호간의 관계에도 적용된다.⁵²⁾ 私인에 의하여 환경침해를 받은 경우에는 그리고 이로 인하여 건강을 훼손당하거나 재산상의 피해를 입은 경우에는 오염배제나 손해배상청구 등과 같은 구제수단이 있다. 다만 환경권의 대사인적 효력은 기본권의 대사인적 효력에서 적용되는 간접적용설의 입장이 타당해 보인다. 다만 우리 헌법 규정이 “... 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다(제35조 제1항 후단)”고 하여 직접적 효력을 가지는 것처럼 규정하고 있다고 지적은 하면서도 학자들은 일반적으로 간접적용설의 입장을 취하고 있다.⁵³⁾ 이 견해에서는 환경권은 사권으로서 국민의 건강한 생활을 향유할 수 있는 권리를 보호하려는 인격권이며 사법상의 공서양속의 원칙을 통하여 간접적용되며 공해배제청구소송 등을 할 수 있다고 한다. 그리고 ‘사법상 일반원리’를 매개로 간접적용된다는 논리는

50) 다만 여기에는 단순히 국가의 작위의무를 위반한데 대한 부작위위법책임을 묻는 경우 및 행정개입청구권의 법리에 따라 의무이행을 소홀히 하였기 때문에 국가배상책임을 지는 경우로 나누어 설명할 수 있을 것이다.

51) 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선 의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 313면 참조.

52) 김형성, 헌법상 환경규정의 규범적 의의, 환경법연구 제26권 제4호, 환경법학회(2004.12), 125면 이하 참조.

53) “사인상호간에 있어서의 기본권의 효력(제3자적 효력)은 일반적으로 공서양속을 통한 간접적용설이 타당하다고 보고 있으나 현행헌법은 「국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」고 하는 의무규정으로 보아 직접효력설같이 보인다. 그러나 이 규정은 환경보전과 노력의 한계가 문제이므로 원칙적으로는 구체적인 법률에 의해서 효력이 발생된다고 보아야 할 것”(구병삭) “우리 헌법은 국민에게 환경보전의 의무를 규정하고 있어 직접적 효력을 인정한 것처럼 볼 수도 있겠지만, 이 조항이 곧 사법관계에 직접 적용되는 것을 의미하지는 않는다(윤명선, 환경권, 월간고시(1993.8), 80면 참조).

최고법인 헌법이론을 하위규범에서 도출하는 것이므로 바람직하지 않으며,⁵⁴⁾ 헌법 제10조를 매개로 하여 간접적으로 환경권규정이 적용된다고 하는 이론도 있다.⁵⁵⁾

b) 판례(一般的 傾向)

우리 대법원의 일반적 판례는 환경권의 구체적 권리성을 부인하는 입장이다. 대법원 판례는 헌법 제35조의 사법적 권리성에 대하여 부인하는 입장을 취하지만, 하급심 판결에서는 환경권에 관하여 사법적 권리로서의 구체적 권리성을 인정한 경우도 있다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾ 대법원의 헌법상의 환경권규정에 의하여 사법상의 권리로서 환경권을 인정할 수 있는지의 여부에 관하여 다음 대한민국이 주식회사 강암주택을 상대로 낸 공사중지가처분사건에 대한 대법원 판례 및 강남구 청담동 지역주민들이 신청한 공작물설치가처분신청등과 같은 판례들을 보면 알 수 있다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾

“헌법 제35조 제1항은 '모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경 보전을 위하여 노력하여야 한다'고 규정하여 환경권을 국민의 기본권의 하나로 승인하고 있으므로, 사법(私法)의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 할 것임은 당연하다고 할 것이나, 헌

54) 윤명산·김병목, 헌법체계론, 법지사, 1998, 328면.

55) 윤명산·김병목, 헌법체계론, 법지사, 1998, 583면.

56) 김형성, 헌법상 환경규정의 규범적 의미, 환경법연구 제26권 제4호, 환경법학회(2004.12), 124면.

57) 부산고등법원 1995.5.18 선고 95카합5; 서울고등법원 1996.11.21 선고 95나41804 판결; 청주지방법원 1998.2.26. 선고 97카합613 판결.

58) 대법원 1995.5.23.자 94마2218 결정. 대법원 1995. 9. 15. 선고, 95다23378 판결(공사중지가처분 이의); 대법원 1997. 7. 22. 선고, 96다56153 판결(공사금지처분) 등.

59) 대법원 1995.5.23 자 94마2218결정: 이 사건은 서울시 강남구의 청담공원 주변에 거주하는 주민들(신청인)이, 피신청인이 이 사건 골프연습장을 설치·운영함으로 인하여 위 골프연습장에 출입하는 차량에 의한 교통체증과 소음, 골프연습장에서의 골프공 타격 소리와 연습장 내 조명 등으로 인근 주민들인 신청인들의 생활환경을 침해하게 된다는 이유로 공작물설치를 금하는 가처분을 신청한 데 대하여, 제1심에서는 연습장 설치가 신청인들의 환경권을 침해하지 않는다는 이유로 신청을 기각하였으며, 고등법원에서도 피신청인이 서울특별시 강남구청장으로부터 위 골프연습장설치 인가처분을 받음에 있어 위 골프연습장에 대한 주차장의 충분한 확보, 완벽한 방음시설, 건물 전면에 소로 개설, 주택가로의 조명 차단, 그린(Green)에 인조잔디를 입힐 것 및 최소한의 녹지훼손 등을 인가조건으로 하여 인가처분을 받았는데 ... 위 인가조건에 충족하도록 건립하는 경우에는 위 골프연습장의 운영으로 말미암아 그 인근 주민인 신청인들이 입게 되는 생활환경 침해는 그것이 인근 주민들이 사회 통념상 수인할 수 있는 정도의 범위 내라고 봄이 상당하다 할 것이고, ... 위 골프연습장의 운영으로 인하여 신청인들에게 수인할 수 없는 정도의 생활환경 침해 결과가 발생한다고 단정할 만한 자료가 없으므로 민법상의 상린관계 내지 신청인들의 생활이익을 피보전권리로 한 가처분 주장은 이유 없다고 판단하여 항고를 기각하였다.

법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로서 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 또 사법적 권리인 환경권을 인정하면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없으므로, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 할 것이다. 그것은 환경의 보전이라는 이념과 산업개발 등을 위한 개인활동의 자유와 권리의 보호라는 상호 대립하는 법익 중에서 어느 것을 우선시킬 것이며 이를 어떻게 조정·조화시킬 것인가 하는 점은 기본적으로 국민을 대표하는 국회에서 법률에 의하여 결정하여야 할 성질의 것이라고 보아야 할 것이기 때문이다. 헌법 제35조 제2항에서 '환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다'고 규정하고 있는 것도 이러한 고려에 근거한 것이라고 여겨진다.“고 판시하였다.⁶⁰⁾

사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 할 것이라는 환경권의 추상적 권리성에 대한 이해를 바탕으로 이 판례에서는 헌법상의 환경권에 근거한 주장(환경권의 대사인적 효력)을 배척하였으며 이러한 취지는 계속되어 대부분의 사례에서 환경이익의 침해를 주장한 당사자가 패소하고 있다.⁶¹⁾

다만 대법원 1995. 9. 15. 선고, 95다23378 판결(공사중지가처분)에서는 「헌법 제35조의 규정이 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이 아니고 달리 사법상의 권리로서의 환경권을 인정하는 명문의 법률규정이 없는데도 원심이 마치 신청인이 환경권에 기하여 방해배제를 청구할 수 있는 것처럼 실시하고, ... 있는 데에 잘못」이 있다고 하면서 다만 민법상의 소유권에 기한 방해배제청구권을 기초로 주장을 인용하고 있다.

이상의 판결에 나타난 환경권에 대한 이해는, 환경권이 국민의 기본권의 하나이기 때문에 법원의 재판과정에서 사법의 해석과 적용이라는 국가 사법작용에서 충분히 보장되도록 하여야 하는 것이긴 하지만, 그 내용과 범위나 권리자의 범위 등이 명확하지 않기 때문에 기본권 규정만으로는 국민에게 직접 사법상의 권리 즉 사권을 부

60) 대법원 1995. 5. 23. 선고, 94마2218, 공작물설치가처분결정.

61) 대법원 1995. 9. 15. 선고, 95다23378 판결(공사중지가처분의의); 대법원 1997. 7. 22. 선고, 96다56153 판결(공사금지가처분) 등.

여한 것이라고 보기 어렵다는 것이다. 이러한 판례는 환경권에 관한 입법부의 법률에 의하여 그 내용과 범위 권리자의 범위 등이 확정되어야만 이를 기초로 사법상의 환경권을 인정할 수 있다는 점에서 추상적 권리설의 입장을 따른 것이라고 볼 수 있을 것이다. 다만 대법원 판례의 입장은 사법상의 권리로서 환경권은 인정할 수 없으나, 생활이익이나 교육환경 등과 같은 것은 토지소유권에 기하여 방해배제청구권(민법 제214조: 유지청구권)이나 생활방해금지(민법 제217조: 임미시온)는 인정한다는 취지이다. 이는 아래에서 언급하는 바와 같이 법률의 해석·적용과 관련하여 일정한 환경적 이익을 고려한 것으로서, 이러한 대법원 판례의 취지는 민법이나 민법의 특별법으로서의 사법이 환경권에 관한 분명한 근거규정을 가지고 있어야 한다는 것이나, 사인관계에서 적용되는 권리관계의 근거법률이 반드시 민법 내지는 사법영역을 법률이어야 하는 것은 아니며, 이는 헌법과 법률체계를 부정하는 결과를 야기하기 때문에 이러한 판례는 문제가 있다.⁶²⁾

c) 法律의 解釋·適用과 관련하여 一定한 環境的 利益을 考慮한 判例

대법원 판례에서는 환경권이 추상적이기 때문에 이를 기초로 구체적 권리를 도출해내지는 않지만 법률의 해석·적용과 관련하여 일정한 환경적 이익을 고려한 판례도 찾아 볼 수 있다.

즉 부산대학교사건에서 “환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다. 인접 대지 위에 건축중인 아파트가 24층까지 완공되는 경우, 대학교 구내의 첨단과학관에서의 교육 및 연구 활동에 커다란 지장이 초래되고 첨단과학관 옥상에 설치된 자동기상관측장비 등의 본래의 기능 및 활용성이 극도로 저하되며 대학교로서의 경관·조망이 훼손되고 조용하고 쾌적한 교육환경이 저해되며 소음의 증가 등으로 교육 및 연구 활동이 방해받게 된다면, 그 부지 및 건물을 교육 및 연구시설로서 활용하는 것을 방해받게 되는 대학교측으로서는 그 방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 한 그것이 민법 제217조 제1항 소정의 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것에 해당하는지 여부를 떠나 그 소유권에 기하여 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있고...”⁶³⁾

62) 김형성, 헌법상 환경규정의 규범적 의의, 환경법연구 제26권 제4호, 환경법학회(2004.12), 126면.

또한 봉은사사건에서 “어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경 관이나 조망, 조용하고 쾌적한 종교적 환경 등이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것 이라 할 것이므로, 인접 대지에 어떤 건물을 신축함으로써 그와 같은 생활이익이 침 해되고 그 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 경우 에는 위 토지 등의 소유자는 그 소유권에 기하여 그 방해의 제거나 예방을 위하여 필요한 청구를 할 수 있다”⁶⁴⁾고 한다.⁶⁵⁾

또한 “환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가의 규정들의 취지는 집 단시설지구개발사업이 환경을 해치지 않는 방법으로 시행되도록 함으로써 집단시설 지구개발사업과 관련한 환경공익을 보호하려는 데 그치는 것이 아니라 그 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적 한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데 있다 할 것이므 로, 위 주민들이 당해 변경승인 및 허가처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경 상의 이익은 단순히 환경공익보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지게 되는 추 상적·평균적·일반적인 이익에 그치지 아니하고 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보 호되는 직접적·구체적인 이익이라고 보아야”한다⁶⁶⁾고 판시하였다.

이러한 법원의 태도는 환경권을 근거로 직접적인 청구는 인정되지 않지만 헌법상 의 환경권이 헌법의 하위법률인 민법상의 소유권에 기한 방해배제청구권(제214조)이 나 생활방해금지(제217조) 조항으로써 보호하고자 하는 이익 즉 환경이익 또는 생활 이익으로 보다 구체화되는 경향을 감지할 수 있으며, 그러한 환경상의 이익이 환경 공익만이 아니라 주민 개개인에 대하여 개별적 구체적으로 보호되는 이익이라고 본 것은 환경이익이 더 명확하게 고려되고 있음을 나타내는 것이라고 하겠다. 특히 위 에서 언급한 대법원 1998. 4. 24. 선고, 97누3286 판결은 환경영향평가와 관련되는 법령도 허가나 변경승인에 대하여 원고적격을 인정하였는바, 이는 헌법상 환경권의 구체화를 위한 중요한 진전이라고 볼 수 있다.⁶⁷⁾

63) 대법원 1995.9.15. 선고, 95다23378 판결.

64) 이 판례에 대해서 환경권이 명문의 규정이 없기 때문에 환경권에 의한 방해배제청구권을 행사 할 수 없음에도 마치 종교적 환경권을 통해 유지청구권을 인정할 수 있는 듯이 한 표현은 불필 요한 오해를 살 여지가 있다는 비판(윤철홍, 환경이익의 침해와 유지청구권-대법원 1997. 7. 22. 선고, 96다56153 판결에 대한 판례평석-, 법률신문 1998. 7. 6.자(제2707호), 13면)이 있다.

65) 대법원 1997. 7. 22. 선고, 96다56153 판결.

66) 대법원 1998. 4. 24. 선고, 97누3286 판결.

그러나 환경적 이익을 구체화시킨다고 해서 그것이 판례상 헌법상의 환경권을 직접적인 근거로 권리구제가 가능해진다는 의미는 아니며 종래 소홀히 취급되었던 환경적 이익을 종교적 환경이니 생활이익이니 하는 표현을 통하여 고려함으로써 이를 사법상의 권리구제의 근거로 한다는 것이라고 보인다. 다만 이러한 판례의 태도는 사법의 해석에 헌법상 보장되는 환경권을 충실히 고려함으로써 국민의 기본적 인권 보장에 진전을 보여주고 있다고 할 것이다.⁶⁸⁾

II. 環境上の 權利保護制度(公法的 救濟)

1. 概觀

환경오염으로 인한 당사자간의 분쟁해결 및 환경상의 권익구제를 실현하기 위한 법목적은 환경오염으로 인한 피해의 구제와 환경행정으로 인한 권익침해의 구제를 포함한다. 이러한 환경상 권리구제제도는 일반적인 피해구제의 수단이 적용될 수 있는데 이에는 자력구제, 그리고 직접 상대방을 그 대상으로 하는 민사소송에 의한 사법적 구제⁶⁹⁾수단과 행정적 구제의 측면에서 고찰하는 공법적 구제수단(행정쟁송 · 국가배상 · 손실보상)과 같이 일반행정구제법상의 권리구제제도를 비롯하여 헌법소원(Verfassungsbeschwerde) · 청원권의 행사(헌법 제26조) 그리고 비정형적 권리구제수단등이 있다.⁷⁰⁾

67) 홍준형, 판례행정법, 두성사, 1999, 403면.

68) 송기춘, 환경권의 대사인적 효력, 공법연구(제28집 제3호), 한국공법학회(2000.3), 141면.

69) 민사구제는 주로 민법 제750조 이하에 의한 불법행위로 인한 손해배상책임과 유지소송(留止請求權을 인정하는 법적 근거에 관하여는 물권적 청구권설, 인격권설, 환경권설 등 절대권 내지 배타적 지배권의 침해로부터 이를 도출하려는 입장과 불법행위설이 있다. 오석락, 환경소송의 제문제, 16-20면, 40-43면, 125면 이하 참조; 홍천룡, 환경오염피해의 구제, 환경법연구 제14권(1992), 48면 이하 참조) 등에 의하여 주어진다.

70) 다만 자발적으로 배출시설 및 방지시설을 운영하여 배출허용기준을 준수하겠다는 내용의 각서를 작성하는 것등과 같은 자기통제협약(Selbstbeschränkungsabkommen) 등을 통한 권리구제가 가능한가 하는 점이 문제된다. 자기통제협약은 비공식적 행정작용으로 이루어지며, 이는 법적인 의무 보다는 자발적인 협력을 구하는 것이 그 목적이기 때문에 사업자의 법적 이행의무는 발생하지 않는다고 보여진다. 그러나 이경우에도 협약의 구속력을 확보할 가능성이 전혀 없는 것은 아니며, 행정청과 사업자의 자기통제협약이 체결되는 과정에서 당해 행정청은 사업자에게 환경보호의무와 이를 위반할 경우 이에 대한 제재적 행정처분을 내릴수 있다는 것을 암시하기 때문에(자기통제협약은 사업자의 순수한 자발적 협력은 아니며, 국가에 의하여 유도된 협력이고, 국가는 '면전에서 부드러운 미소를 짓고있으나, 보따리 짐속에는 항상 회초리가 대기상태' Udo Di

2. 環境權保障의 憲法的 實現

(1) 環境權의 憲法規範的 意味

환경권의 구체화, 즉 사회적 기본권의 헌법소송적 실현방법을 검토하기 위해서는 (불완전한) 구체적 권리설의 입장에서 다음의 점을 다시 한번 확인해 둘 필요가 있다. 첫째, 환경권의 구체적 내용은 직접 헌법규정에 의하여 확정되는 것이 아니라 이 헌법규정을 구체화하는 입법(법률)으로써 결정된다. 다시 말하면 환경권이 완전한 의미에서 구체적인 내용을 가진 권리가 되려면, 청구권적 기본권·정치적 기본권 등과 마찬가지로 입법에 의하여 그것이 구체화될 필요가 있다. 둘째, 헌법은 환경권을 구체화할 입법의무를 국가에 부과하고 있다. 환경권을 규정한 헌법규정은 청구권적 기본권·정치적 기본권 등과 같이 불완전한 형태로 권리를 보장한 것이기 때문에, 환경권 보장에 대응하는 국가적 의무는 환경권을 구체적인 내용의 기본권이 되게 할 입법의무를 진다고 보아야 한다. 셋째, 입법부가 환경권실현에 필요한 입법을 태만히 할 경우, 개인의 입장에서는 입법부작위헌확인소송을 헌법재판소에 제기할 수 있으며, 헌법재판소는 입법부의 입법부작위가 헌법위반임을 확인(헌법불합치결정)할 수 있을 뿐 아니라, 더 나아가서는 입법촉구결정까지 할 수 있다고 본다. 헌법재판소는 헌법의 수호와 함께 헌법의 실현을 보장하는 헌법기관이므로, 이 경우 헌법불합치·입법촉구결정이라는 사법적 판단을 거부하거나 회피한다면 그것은 위헌행위라 아니할 수 없다. 따라서 입법태만이 있는 경우에 헌법재판소가 스스로 입법을 하는 것이 아니라 헌법불합치·입법촉구결정을 한다면, 현대 헌법국가의 기본원리로서 환경국가원리를 실현을 위한 적극적인 헌법재판권의 행사를 의미하므로, 그것은 오히려 바람직하다.⁷¹⁾

(2) 憲法訴訟的 · 節次法的 實現方法

Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56(1997), S. 254 ff), 이를 통하여 간접적인 협약의 구속력을 이끌어 낼수도 있다. 김성수, 환경법상 협력의 원칙, 공법연구(제28집 제2호), 한국공법학회(2000.1), 446면 참조.

71) 사회적 기본권의 헌법적 실현가능성 및 헌법적 실현형태에 관한 논문은 한병호, 사회적 기본권의 법적 구조, 서울대학교 석사학위논문(1984), 100면 이하 참조.

1) 概觀

우리나라의 학설·판례는 입법부작위를 다음과 같이 세가지로 구분하여 설명하고 있다. 첫째, 법률의 제정여부에 대한 결정권이 전적으로 입법권자에게 있고, 이에 따라 입법권자가 법률제정이 필요없다고 보아 법률을 제정하지 않는 단순입법부작위(추상적 법률유보조항) 둘째, 헌법에서 법률유보를 하였음에도 불구하고 입법자가 법률의 제정을 해태하거나 무시하는 경우의 진정입법부작위(구체적 법률유보조항) 셋째, 입법자가 법률을 제정하였으나, 당해 법률에 결함이 있어서 사실상 법률로서의 기능을 상실해버린(불완전한 입법) 부진정 입법부작위로 나눈다.⁷²⁾⁷³⁾

2) 憲法上의 抽象的 法律留保規定에 대한 單純立法不作爲의 경우

단순입법부작위는 헌법에서 보장하는 기본권이 추상적 법률유보조항으로 해석되는 경우에 발생한다, 따라서 이 경우에는 입법자가 처음부터 입법에 관한 헌법의 추상적인 수권위임을 무시함으로써 기본권을 침해하는 경우이다. 그러나 입법권자가 추상적 법률유보조항을 이유로하여(환경권을 입법방침으로 보거나 추상적 권리로 보아 구체적 입법이 없이는 법원에 의한 권리구제가 불가능하다고 보는 경우) 입법부작위행위를 한 경우, 즉 단순입법부작위의 경우에는 헌법 제26조의 규정에 의하여 청원권을 행사하거나 하는 방법 이외에는 구체적인 입법을 입법권자에게 강요하는 소송절차적인 방법은 없다.⁷⁴⁾ 우리헌법재판소도 이 경우에는 일반국민이 입법을 해달라는 청원권을 행사하는 방법 이외에 입법행위를 위한 소구청구권은 원칙적으로 인정되지 아니한다고 판시하고 있다.⁷⁵⁾

그러나 생각건대 헌법 제35조 제1항의 환경권이 생래적 기본권의 하나로서 모든 사람에게 보편적으로 보장되는 권리로서의 환경권을 선언한 것이라면,⁷⁶⁾ 동조 제2항

72) 헌재결 1989.3.17. 88헌마1; 1996.10.31. 94헌마204; 1999.3.25. 97헌마99; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 368면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 300면; 정재황, 헌법재판개론, 2003, 429면 이하; 정중섭, 헌법소송법, 2004, 555면; 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 320면.

73) 우리 헌법재판소는 불완전입법만을 부진정 입법부작위라고 표현하고 있지만(헌재결 1993.9.27. 89헌마248; 헌재결 1996.3.28. 93헌마27; 헌재결 1996.6.13. 95헌마115) 부진정 입법부작위에는 입법개선의무까지 어긴 경우를 포함하여야 한다는 견해가 있다(허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 300면). 입법개선의무라는 표현이외에 법률개선의무라는 표현도 있다(최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 322면 이하 참조).

74) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 301면.

75) 헌재결 1989.3.17. 88헌마1.

76) 정극원, 기본권으로서의 환경권과 국가목적규정으로서의 환경권, 공법연구 제32집 제2호

은 환경권의 내용과 행사가 가능하도록 하기 위한 국가의 의무로서 법률의 제정을 포함시키고 있는 것으로 보아야 하며, 따라서 환경권의 성격을 추상적 권리로 보는 입장에서든 당연히 법률제정의무를 지는 것이며, 이를 해태하거나 무시하면 입법부 작위를 이유로한 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다.⁷⁷⁾

3) 憲法上의 具體的 法律留保規定에 대한 眞正·絶對的 立法不作爲(立法不存在)의 경우

a) 立法不作爲違憲確認訴訟 · 立法義務履行訴訟

입법부작위위헌확인소송은 헌법규정을 구체화하는 데 필요한 법률이 존재하지 아니하고(입법부존재), 이를 계속하여 방치함으로써 결국 입법부작위 상태가 계속되는 것을 말한다.

헌법에서 법률유보(구체적 법률유보), 즉 ‘입법자가 입법에 관한 구체적이고 명시적인 헌법상의 수권위임을 무시한 경우’⁷⁸⁾를 하였음에도 불구하고 입법자가 법률의 제정을 해태하거나 무시하여 문제가 되는 진정 · 절대적 입법부작위(입법부존재)를 대상으로 하여 제기할 수 있는 소송의 형태는 환경보호에 관한 입법의 부존재(부작위)는 위헌이라고 주장(입법부작위위헌확인소송)하는 방법이다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾ 우리 나라의 현행 소송법 체계상 부작위위법확인소송은 존재하나 부작위위헌확인소송은 (아직) 존재하지 않으므로 이에 대한 헌법소송절차법 내지는 헌법사건절차법의 제정이 필요하다. 그리고 국민이 입법권에 대하여 그 권리의 내용에 적합한 입법을 행하도록 청구할 수 있는 작위의무이행소송(입법의무이행소송)을 제기할 수 있을 것이다.⁸¹⁾ 입법부작위위헌소송이 가능한 이유는 첫째, 현행 헌법상의 위헌심판제도는 구체적 사건성(구

(2003.12), 535면.

77) 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선 의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 325면.

78) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 301면.

79) 長尾一絃, 立法府の不作爲に對す憲法訴訟, 法學新報, 第79卷 第1號; 大須賀明, 社會權の法理, 公法研究, 第34號, 113-125面; 浦部法穂, 憲法學教室, 1988, 279-280面; 정만희, 생존권적 기본권의 법적 성격, 고시연구, 1995(10월호), 35면.

80) 입법의 부작위가 위헌심판의 대상이 된다는 것에 대한 상세한 내용은, 안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1989, 512면 이하 참조; 권영성, 헌법규범성考, 헌법논총, 제2집(헌법재판소 1991.12), 194면 이하에는 안용교교수의 견해에 대한 내용이 실려있다.

81) 이와 관련한 상세한 내용은 野中俊彦, 憲法訴訟の原理と技術, 有斐閣, 1995, 79面 以下 參照.

체적 규범통제)을 출소요건으로 삼고 있고, 따라서 당사자의 구체적 권리의무관계에 대한 재판상의 다툼이 없으면 위헌소송을 제기할 수 없게 되어있다는 점, 둘째, 사회국가적 기본권의 침해는 국가의 부작위에 의하여 생기는 이상 만약 국가의 부작위가 위헌심판의 대상이 되지 않는다면 그 권리의 구체적 · 법적 권리성은 상실되고 말 것이며 셋째, 당사자적격과 관련하여 볼 때, 환경권은 직접 입법부를 (법적으로) 구속하는 주관적 공권인 이상, 그것은 시행법률을 매개로 간접적으로만 시행되는 것이 아니라고 보아야 하기 때문이다.

b) 憲法訴願

환경권을 입법자가 입법을 통해서 구체화하지 않을 경우, 이는 국가기관이 입법부작위를 통하여 국민의 기본권행사를 불가능하게 하는 것이므로 국민은 「헌법상 보장된 기본권(환경권)이 입법의 부작위로 말미암아 침해되었음을 이유」로 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다.⁸²⁾

헌법재판소도 「입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로 인정할 수밖에 없다고 할 것인 바, 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우가 여기에(입법촉구결정) 해당될 것이며, 이때에는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 상당할 것이다」라고 판시하고 있다.⁸³⁾ 또한 헌법재판소는 「입법자에게는 형성의 자유 또는 입법재량이 인정되므로 입법의 시기 역시 입법자가 자유로이 결정할 수 있음이 원칙이라 할 것이다. 그러나 입법자는 헌법에서 구체적으로 위임받은 입법을 거부하거나 자의적으로 입법을 지연시킬 수는 없는 것이므로, 가령 입법자가 입법을 하지 않기로 결의하거나 상당한 기간 내에 입법을 하지 않는 경우에는 입법재량의 한계를 넘는 것이 된다. 따라서 입법부작위는 이와 같이 입법재량의 한계를 넘는 경우에 한하여 위헌으로 인정되는 것이다」라고 하였다.⁸⁴⁾ 이 경우 헌법재판소는 「입법의 부작위는 헌법에 함치하지 아니한다(헌법불합치결정)」 내지는 「입법자는 환경권을 구체화하기 위한 구체적인 입법의 의무가 있다(입법촉

82) 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선 의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 324면.

83) 헌재결 1989.3.17. 88헌마1, 헌판집 1권, 9(17)면.

84) 헌재결 1994. 12. 29. 89헌마2.

구결정)」라는 결정을 할 수 있다.⁸⁵⁾

4) 不眞正・相對的 立法不作爲(立法不充分)의 경우

부진정 · 상대적 입법부작위란 입법자가 입법당시에 내린 예측이 빗나갔거나, 입법후의 여러 가지 사정으로 인하여 입법당시와는 현저하게 다른 사정이 나타나서 법률을 현실에 맞게 새로이 개정해야 함에도 불구하고 입법권자가 이를 해태 · 무시하여 그대로 방치함으로써 결과적으로 국민의 기본권을 침해하는 경우를 말한다.⁸⁶⁾ 부진정 부작위는 결과적으로 ‘입법개선의무’⁸⁷⁾ 내지는 ‘입법자의 법률개선의무’⁸⁸⁾를 위반하는 것이 된다. 이 경우는 결국 법률은 존재하나 그 내용이 실질적으로 환경권의 보장에는 불충분한 입법불충분의 결과가 되었기 때문에, 이 경우 헌법재판소는 1) 당해 법률에 대한 헌법불합치결정을 내리거나 2) 법률의 개정을 내용으로 하는(이 경우는 일단 법률은 존재하기 때문에 법률을 개정하는 의미의) 입법촉구결정을 할 수 있다.

따라서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 내리거나 이에 부가하여 입법개선촉구를 하였음에도 불구하고 입법자가 이를 이행하지 않아 입법촉구기한을 도과하는 경우, 당해 법률은 그 효력을 상실한다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾

5) 積極的 違憲法律制定行爲가 存在하는 경우

입법부가 헌법규정에 위반되는 내용의 법률을 제정하거나 정부의 행정입법에 의한 법규명령 내지는 자치법규가 헌법 혹은 법률에 위반한 경우와 같이 국가의 적극적인 작위에 의한 헌법위반적 입법행위를 행한 경우, 이는 위헌법률제정행위(적극적

85) 정만희, 생존권적 기본권의 법적 성격, 고시연구, 1995(10월호), 39면.

86) 이를 ‘사후적 부진정 부작위’라고 부르는 견해도 있다(최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 321면).

87) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 300면.

88) 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 321면 이하.

89) 헌재결 1997.7.16. 98헌가6-13; 헌재결 2001.10.25. 2000 헌마92 · 240(병합).

90) 다만 이 경우 헌법재판소가 설정한 기한이 도과하면 1) 당연히 즉시무효, 즉 해당법률 또는 조문이 즉시 폐지되는지, 혹은 2) 해당 법률 또는 조문은 효력만을 상실한 채 입법자가 별도로 명시적인 폐지를 할 때까지 그대로 존속하는지, 아니면 3) 헌법재판소가 해당 법률 또는 조문에 대하여 최종적인 효력 부인을 위한 취지를 가진 별도의 위헌결정을 해야하는 지는 별론으로 한다. 최윤철, 환경법과 입법자의 법률개선의무, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 327면 참조.

위헌법률제정행위)에 해당된다.⁹¹⁾ 이 때에는 헌법재판소에 대하여 헌법상 보장된 환경권을 ‘침해’당하였음을 이유로 하여 적극적으로 침해배제를 청구하는 내용의 헌법소원을 제기할 수 있다. 이 경우 헌법재판소법 제68조 제1항의 보충성의 원리가 적용되지 아니한다.⁹²⁾ 헌법재판소는 당해 법률에 대한 위헌확인결정에 그치지 아니하고, 환경권 등이 헌법상 보장되는 기본권의 하나임을 확인한다는 뜻의 결정까지 내릴 수 있을 것이다.

3. 環境權保障의 行政法的 實現(環境行政訴訟)

(1) 序說

환경침해는 일반 개인 상호간에서만 일어나는 것이 아니라 공공시설의 설치·운영 또는 방치등 국가 및 지방자치단체의 행정작용등에 의해서도 발생할 수 있다. 일반적으로 환경행정쟁송의 대상은 ① 위법한 환경오염을 야기하는 시설에 대한 허가 와 같이, 당해 행정청의 적극적 작위에 의하여 제3자에 대한 환경상의 권익침해가 (예컨대 주민)야기되는 경우이다.⁹³⁾ ② 국가나 지방자치단체 자신의 환경침해 같은 행정의 적극적인 작위로 인한 피해 ③ 규제권한의 불행사·해태 등으로 인한 환경오염의 피해가 발생하였을 경우 ④ 구체적이고 충분한 환경보호법률이 존재하는 경우에 환경오염이 발생한 경우 ⑤ 행정주체의 행정행위가 비례의 원칙을 넘어 행정처분을 행한 경우 등이다.⁹⁴⁾ 이러한 침해가 행정청의 작위(예컨대 위법한 배출시설의 허가)나 부작위(영업시설에 대한 개선명령 등의 해태)로 인하여 발생하는 경우에는 이에 상응하는 취소심판, 의무이행심판, 취소소송 및 부작위위법확인소송 뿐만 아니라 집행정지신청 등과 같은 행정쟁송수단에 의하여 권익구제를 구할 수 있다. 이러한 문제상황을 전제로 하여 환경행정쟁송에 관하여 특히 문제되는 것만을 중심으로

91) 이는 인간으로서의 존엄과 가치·행복추구권(헌법 제10조), 근로의 권리(헌법 제32조)와 인간다운 생활권(헌법 제34조 참조)을 규정한 헌법규정을 정면으로 부정하는 것이기 때문이다.

92) 헌법재판소는 「... 공권력행사의 일종이라고 할 입법, 즉 법률 자체에 의한 기본권침해가 문제가 될 때에는 일반법원에 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 길은 없어, 구체절차가 있는 경우가 아니므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구체절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야하는 제약이 따르지 않는 이른바 보충성의 예외적인 경우라고 볼 것이다」라고 판시하고 있다(헌재결 1989.3.17. 88헌마1, 헌판집 1권, 9[20]면).

93) 이 경우에는 허가의 상대방인 사업자보다는 이해관계 있는 제3자의 권익구제(제3자취소소송)가 문제된다.

94) 김원중, 환경침해에 대한 공법적 규제와 구제에 관한 연구, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 77면.

간략히 설명하고자 한다.

(2) 環境行政訴訟의 紛爭構造와 爭訟의 類型

1) 環境行政訴訟의 紛爭構造(事業者 · 住民 · 行政廳)

환경행정쟁송을 통하여 다투어지는 분쟁의 전형적인 구조는 환경오염을 야기하는 사업자와 이로 말미암아 권익침해를 받은 주민, 그리고 허가·명령 등 일정한 작위 또는 부작위를 통하여 이에 관련하고 있는 행정청간의 삼각관계를 바탕으로 이루어지는 것이 일반적이다. 그러나 이러한 환경행정쟁송의 삼각관계에서의 실질적 당사자는 허가를 받은 사업자의 환경오염행위로 말미암아 피해를 받고 있는 주민을 중심으로 구성되고 있다.⁹⁵⁾ 여기서 문제되는 것은 「환경오염의 직접적 피해자인 주민이 허가 및 감독권자인 행정청을 상대로 하여 어떠한 내용의 권익구제를 청구할 수 있느냐」 하는 것이다. 생각건대 사업자의 환경오염행위로 인하여 권익침해를 받은 인근주민이 행정쟁송을 통하여 구제를 받을 수 있기 위해서는, 주민의 피해가 당해 행정청의 허가 등의 행정작용으로 인하여 야기되었다는 것이 인정되어야 한다. 이러한 행정청의 행정작용이 무엇을 내용으로 하느냐에 따라 행정쟁송의 유형은 1) 행정청의 위법한 허가를 대상으로하여 주민이 제3자의 지위에서 행정처분의 취소를 구하는 제3자 취소쟁송 및 2) 행정개입청구권(행정청의 사업자에 대한 규제권의 발동의무를 전제로 한 규제명령의 불행사)을 내용으로 하는 의무이행소송의 두가지로 분류할 수 있다.

2) 違法的 許可를 對象으로 하는 경우: 제3자 取消爭訟(許可의 取消)

a) 意義

제3자 취소쟁송이라 함은 주민이 제3자의 입장에서 허가의 취소를 구하는 쟁송이다. 즉 환경오염물질의 배출시설에 대한 위법한 허가과 같이, 당해 행정청의 적극적 작위에 의하여 환경상의 권익침해가 야기되는 경우이며, 이 경우에는 허가의 상대방

95) 이와같은 경우 물론 사업자와 행정청간의 양면관계에서 배출시설의 설치허가나 각종 규제명령을 둘러싸고 다투어지는 분쟁 역시 환경행정쟁송의 전형적인 대상이 된다. 또한 사업자와 주민간의 관계에서 환경오염의 직접적 원인제공자인 사업자를 상대로 배출중지나 손해배상을 청구하는 경우는 민사상 구제의 성질을 지닌다.

인 사업자보다는 이해관계 있는 제3자의 권익구제(제3자취소쟁송)가 문제된다. 이러한 제3자 취소쟁송은 원칙적으로 허가처분에 대한 「취소심판」과 「취소소송」의 형태를 띄며, 이 경우 환경오염에 의하여 권익침해를 받고 있는 주민은 쟁송의 대상인 사업자에 대한 허가처분을 중심으로 하여 볼 때, 「행정처분의 상대방」이 아니라 당해 행정처분으로 인하여 피해를 받는 제3자의 지위(복효적 행정행위)에 있다.

b) 現行法上の 原告適格: ‘法律上 利益이 있는자’

aa) 問題의 提起

제3자 취소쟁송에 있어서 문제의 초점은 주민이 사업자에 대한 허가처분을 다툼 법률상의 이익을 가지느냐 하는 것인데, 행정심판법 제9조 및 행정소송법 제12조, 제35조 및 제36조에 근거하여 판단할 때, 환경소송에서 주민이 허가처분의 취소를 구할 ‘법률상 이익’을 갖느냐 하는 점이 문제된다.⁹⁶⁾

판례는 “법률상 이익”을 일반적으로 “당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고 당해 행정처분과 관련하여 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다”라고 보고 있다.⁹⁷⁾ 법률상 이익에 관한 판례의 입장을 분석하면 다음과 같다. ① 원고적격의 판단에 있어서 보호규범을 「처분의 근거법률」에 한정하고 있다. ② 원고적격의 요소가 되는 이익은 처분의 근거법률에 의해 “보호되는 직접적이고 구체적인 이익”이다. 공익보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지게 되는 추상적·평균적·일반적인 이익이 침해된 자에게는 원고적격이 인정되지 않는다.⁹⁸⁾ 이는 그 행정처분에 대

96) 일본은 2004년 5월 사법개혁의 일환으로 行政事件訴訟法을 개정하여 2005년 5월 시행 예정이다. 항고소송의 유형으로 새로이 의무이행소송(義務付けの訴え)과 예방적 금지소송(差止め of 訴え)을 도입하고, 제소기간을 6월로 연장하면서 정당한 이유가 있는 때에는 제소기간의 제한을 받지 않는 것으로 규정하여 불변기간이 아닌 것으로 규정하였으며, 항고소송에 관한 가처분에 해당하는 임시의무이행명령(仮の義務付け) 및 임시금지명령(仮の差止め)제도를 도입하였다. 그러나 항고소송의 대상에 관하여 종래의 “행정청의 처분 기타 공권력 행사에 해당하는 행위”라는 정의규정 및 항고소송의 원고적격에 관해서는 종래의 “처분의 취소를 구할 법률상 이익”이라는 규정을 그대로 두면서 그 법률상 이익을 해석함에 있어 근거법령의 규정문언에만 한정하지 않고 그 법령의 취지와 목적, 당해 처분에서 고려되어야 할 이익의 내용 및 성질, 그리고 관계법령의 취지와 목적까지 고려해야 한다는 소위 해석규정을 추가하고 있는데, 이는 일본 학계의 일부로부터 미완의 개혁이라고 비판받고 있다고한다(박정훈, 행정소송법개정안 공청회, 대법원, 2004, 26-27면 참조).

97) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002두12465 판결.

한 집행정지신청을 구할 신청인적격이 있는지 여부를 판단함에 있어서도 마찬가지라고 보아야 할 것이라고 판시하고 있다.⁹⁹⁾

bb) 判例

환경행정쟁송에 있어 법률상의 이익의 문제는 특히 행정청의 허가(위법한 허가)와 관련하여 제3자의 지위에 있는 주민의 쟁송제기권과 관련하여 제기된다. 이에 관하여는 판례는 비교적 뚜렷한 청구인적격 내지 원고적격이 범위를 확대하여 해석하는 경향이 증가하고 있는데, 환경행정법상 원고적격의 확대를 가져온 결정적인 계기가 되었던 것은 다음과 같은 대법원의 연탄공장건축허가취소송(건축허가처분취소소송)에서 찾을 수 있다. 주거지역에서 설치허가를 받아 운영하고 있는 연탄공장에서부터 날아드는 분진, 소음 등으로 피해를 보고 있는 인근지역주민들은 같은 지역주민인을 대표로 선임하여 그 연탄공장 설치허가의 취소청구소송을 제기하였다.¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾ 이에 대하여 대법원은 “주거지역 내에서의 일정한 건축을 금지하고 또한 제한하고 있는 것은 ① ... 공공복리의 증진을 도모하는데 그 「목적」이 있는 동시에 ② 주거지역 내에 거주하는 사람의 「주거의 안녕과 생활 환경을 보호」하고자 하는데도 그 「목적」이 있다고 해석된다. 따라서 주거지역 내에 거주하는 사람이 받는 이익은 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라, “법률에 의하여 보호되는 이익”¹⁰²⁾이라고 판시하여 원고의 주장을 받아 들였다.

또한 과거에는 원고적격의 범위를 근거법규가 직접보호하고 있는 경우에만 원고적격을 인정하였으나, 최근의 대법원 판례는 원고적격의 범위를 넓혀 환경영향평가(Umweltverträglichkeitsprüfung)¹⁰³⁾에 관한 법률 까지도 처분의 근거법규로 보고, 환경

98) 대법원, 1998.4.24 선고 97누3286 판결.

99) 부산대학교사건 대법원 1994.12.30. 자 94두34 결정 【건축허가처분효력집행정지】

100) 이에 대해 관할 고등법원은 “원고가 주거지역에서 건축법상 건축물에 대한 제한규정이 있음으로 말미암아 현실적으로 어떤 이익을 받고 있다 하더라도, 이는 그 지역거주의 개개인에게 보호되는 개인적 이익이 아니고, 다만 공공복리를 위한 건축법상의 제약의 결과로서 생기는 「반사적 이익」에 불과한 것”이라고 하여 원고의 소를 각하 하였다.

101) 서울고법 72구558, 573.

102) 대판 1975. 5. 13, 73누 96, 집23(2특): 1. 주거지역내에 거주하는 사람이 “주거의 안녕과 생활 환경을 보호”받은 이익은 단순한 반사적이익이나 사실상의 이익이 아니라 바로 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 것이다. 2. 행정소송에 있어서는 비록 당해 행정처분의 상대자가 아니라 하더라도 그 행정처분으로 말미암아 위와 같은 법률에 의하여 보호되는 이익을 침해받는 사람이면 당해 행정처분의 취소를 訴求하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있는 것이라고 할 것이다.

103) 환경영향평가는 미국의 환경영향심사제(environmental impact statement or enviornmental impact

영향평가법에 의하여 보호되는 지역 주민들은 법률상 이익이 있다고 하여 취소소송을 제기할 수 있는 원고 적격을 인정하고 있고,¹⁰⁴⁾ 환경영향평가와 관련되는 법령도 허가나 변경승인에 대하여 원고적격을 인정한바 있다.¹⁰⁵⁾

그밖에 대법원 판례¹⁰⁶⁾는 공설화장장 설치계획결정에 대한 지역주민이 제기한 취소소송에 대하여 원고적격을 인정하였다. 즉 「... 도시계획법(제12조 제3항)의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에 관한 규칙(제125조 제1항)이 화장장의 구조 및 설치에 관하여는 매장및묘지등에관한법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어, 도시계획의 내용이 화장장의 설치에 관한 것일 때에는 도시계획법 제12조 뿐만 아니라 매장및묘지등에관한법률 및 같은법 시행령 역시 그 근거법률이 된다고 보아야

assessment)로부터 유래하며, 환경행정의 주체가 초기단계에서 환경과 관련되는 정보의 수집과 평가를 가능하게 하기 위한 목적으로 도입되었다(Jens-Peter Schneider, Nachvollziehender Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, S. 35). 미국에서는 1969년 의회가 국가환경정책법(National Environmental Policy Act)을 제정하여 모든 연방행정청으로 하여금 환경침해의 영향이 있는 사업을 시행하기 이전에 당해 사업이 환경에 미치는 영향을 심사하도록 하면서 이 제도가 보편화되었고, 우리나라의 환경영향평가제도는 과거 환경정책기본법에 규정되어 있었으나 지난 1993년 환경영향평가법이 별도로 제정되면서 독립적인 법적 근거를 가지게 되었다(김성수, 환경법상 협력의 원칙, 공법연구(제28집 제2호), 한국공법학회(2000.1), 438-439면)

104) 김원중, 환경침해에 대한 공법적 규제와 구제에 관한 연구, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 76면.

105) 대판 1998.4.24. 97누3286: 「... 국립공원 용화집단지설지구개발사업계획의 변경승인 및 허가처분을 다룰 환경영향평가 대상지역 주민들에게 원고적격을 인정하였는바, 「... 조성면적 10만 m² 이상이어서 환경영향평가대상사업에 해당하는 당해 국립공원집단지설지구개발사업에 관하여 당해 변경승인 및 허가처분을 함에 있어서는 반드시 자연공원법령 및 환경영향평가법령 소정의 환경영향평가를 거쳐서 그 환경영향평가의 협의내용을 사업계획에 반영시키도록 하여야 하는 것이니 만큼 자연공원법령뿐 아니라 환경영향평가법령도 당해 변경승인 및 허가처분에 직접적인 영향을 미치는 근거법률이 된다. 환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가법령의 규정들의 취지는 집단시설지구개발사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 집단시설지구개발사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데에 그치는 것이 아니라 그 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위 주민들이 당해 변경승인 및 허가처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 단순히 환경공익보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지게 되는 추상적·평균적·일반적인 이익에 그치지 아니하고 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익이라고 보아야 한다. 당해 국립공원용화집단지설지구개발사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에게 환경영향 평가대상사업에 관한 변경승인 및 허가처분의 취소를 구할 원고적격이 있다」고 판시 하였다.

106) 대판 1995.9.26. 94누14544.

할 것 ...」이라고 판시함으로써 화장장설치지역 인근주민이 제기한 공설화장장 설치 도시계획결정에 대한 취소소송의 원고적격을 인정한바 있다. 이는 근거법규 뿐만 아니라 근거법규가 원용하고 있는 법규(원용법규)도 근거법규로 인정하여¹⁰⁷⁾ 원고적격의 인정범위에 속하는 법률상 이익이 있는자로 인정하고 있다.

이러한 판례들은 환경영향평가가 특정한 시설의 설치가 자연환경과 인간의 생활 환경에 미치는 생태학적·환경적 영향 뿐만 아니라 대상사업의 실행으로 인하여 영향을 받게될 생활환경 및 사회·경제환경분야를 포함하여 분석함으로써 이러한 시설 설치의 타당성 여부를 사전적으로 심사하는 제도로써, 환경영향평가의 결과에 따라 당해 사업의 승인에 부정적 요소가 있는 경우에는 이를 제거하여 환경보호를 위한 적절한 조치들을 강구할 수 있게 하고, 또한 사업자, 관계행정청, 주민 등과 같은 이해관계인을 여기에 참여시킴으로써 주민의 권리구제를 위한 제도임을 고려할 때, 이는 타당한 판례라고 여겨진다.

c) 處分性

우리 나라에서는, 행정청의 처분이 아니라고 하는 「처분성의 결여」를 이유로 소송이 각하되는 사례가 결코 적지 않은 것이 현실인데, 특히 환경행정의 실행수단 중 환경보전을 위한 행정조치(주로 규제조치)가 행정행위의 법적 성질을 띠는 경우에는 이를 행정쟁송의 대상으로 삼는 데에는 별문제가 없지만, 「법규명령이나 일반처분」 또는 「행정계획 및 행정지도」등으로 행하여지는 경우에는 그 처분성 및 사건의 성숙성의 미숙 등으로 인하여 訴를 각하하는 경우가 흔히 발생하고 있는 실정이다. 그러나 환경행정은 전통적인 의미의 행정행위 이외에도 환경정책 및 기타 비권력적 행정작용들을 통해서 이루어 지는 것들이 많고, 이러한 조치들은 통상 일반성·지역성·신속성을 가져야 하는 경우가 많기 때문에, 전통적인 소송법원리에 따른 법적 요건들을 그대로 엄격하게 요구하는 것이 과연 환경소송문제를 해결하는데 있어서 현실적으로 타당한가 하는 문제점이 제기되고 있다.

3) 具體的이고 充分한 法律이 存在하는 경우

구체적이고 충분한 내용을 가진 법률이 존재하는 경우에는 국민 개개인은 당연히

107) 김원중, 환경침해에 대한 공법적 규제와 구제에 관한 연구, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 76면.

헌법과 당해 법률에 따라 권리를 주장할 수 있다. 이때의 권리는 구체적 권리이다.¹⁰⁸⁾ 따라서 법률에 의하여 보장되는 국민의 권리와 이 권리에 대응하는 국가의 (구체적) 의무를 국가가 이행하지 아니할 경우, 개개인은 국가에 대하여 그 의무의 이행(법률에 규정된 내용의 환경보호의 청구)을 청구(행정행위발급청구권 내지 행정개입청구권)¹⁰⁹⁾할 수 있다. 이 경우 환경권의 구체화 작업에 있어서의 가장 효과적인 소송의 형태는 의무이행소송(Verpflichtungsklage)의 형태가 될 것이다. 다만 여기서 문제가 되는 점은 현행 우리 나라의 행정심판법에서는 의무이행심판은 인정하나(행정심판법 제4조 제3호 참조), 행정소송법에서는 의무이행소송은 인정하고 있지 않고, 우리 나라의 대법원도 일관된 판례로서 권력분립 등을 이유로 의무이행소송은 인정하고 있지 않고 있어서 환경권의 구체적 실현에 걸림돌이 되고 있다. 의무이행소송제도의 도입은 환경권의 절차법적 보장을 위해서도 필수적으로 요청된다 할 것이다. 아무튼 구체적이고 충분한 법률이 존재하는 경우, 국민 개개인은 당해 법률에 의거한 구체적인 청구권을 가지며, 만약 국가가 이를 해태하는 경우 이는 의무이행책임의 해태 혹은 부작위위법의 책임을 면할 수 없다. 더 나아가서는 헌법과 당해 법률에 대한 위반이 될 뿐 아니라 나아가서는 손해배상책임을 면할 수 없게 된다.¹¹⁰⁾

108) 同旨 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2001, 597면.

109) 학자에 따라서 행정개입청구권을 자기를 위하여 타인(제3자)에 대해(서만) 행정권을 발동할 것을 요구할 수 있는 공권으로 정의하고 있는 견해도 있다. 즉 행정개입청구권을 「행정청의 부작위로 인하여 권익을 침해당한 자가 당해 행정청에 대하여 타인에 대하여 일정한 행정권의 발동을 청구할 수 있는 권리(이상규, 석종현, 박윤훈, 홍정선). 김남진 교수는 행정개입청구권을 광의와 협의로 나누어 정의하고, 광의의 행정개입청구권은 행정권발동청구권, 즉 행정권의 발동을 청구할 수 있는 일체의 공권을 의미하고, 협의의 행정개입청구권은 자기를 위하여 타인에 대해 행정권을 발동할 수 있는 공권을 의미한다고 한다. 그리고 우리 나라에서 행정개입청구권이라 할 때는 이 중 특히 협의의 개념이 통용되는 것으로 보인다고 한다(김남진, 행정법 I, 법문사, 1998, 115면). 생각건대 행정개입청구권은 자기의 권익이 침해 내지는 위협을 받고 있는 경우에도 당연히 행정(경찰)개입청구권이 발생하므로, - 물론 이 경우는 별도로 행정행위발급청구권이라 칭할 수도 있겠지만 - 구태어 행정개입청구권을 정의함에 있어 반드시 ‘타인(제3자)에 대해’라는 개념요소를 강조할 필요는 없다고 본다. 독일의 문헌(Vgl. Wilke, Der Anspruch auf behördliches Einschreiten im Polizei-, Ordnungs- und Baurecht, in: FS für H. U. Scupin, 1983, S. 831 ff.; von Münch(Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988, S. 227 f) 역시 ‘타인에 대하여’라는 요소를 특별히 강조하고 있지 않다. 상세한 내용은 김백유, 행정개입청구권과 사법적 권리구제, 同人 육종수교수 정년기념논문, 2002; 同人 무하자재량행사청구권, 윤희일교수 화갑기념논문, 2002; 同人 행정재량의 한계와 사법심사, 2002, 성균관대학교, 비교법연구소 91면 이하 참조.

110) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2001, 597면; 권영성, 헌법규범성考, 헌법논총, 제2집(헌법재판소

4) 行政主體의 行政處分이 比例의 原則을 違反한 경우

행정주체의 행정행위가 비례의 원칙을 넘은 경우에도 취소소송이 가능하다고 본다. 행정주체의 행정처분이 그로 인하여 불이익을 받는 개인이나 주민의 불이익보다 클 경우에 한하여 위법성을 조각할 것인바, 행정주체의 환경처분이 그지역에 거주하는 주민이나 개인의 수인한도를 넘어서 피해를 받는 경우에는 행정청의 처분에 대하여 취소를 구할 수 있다. 따라서 폐기물처리시설이나 쓰레기소각장설치 등에 관하여 행정주체가 사업을 실시할 경우 공익상의 이익이 주민의 환경권보다 가치가 월등히 높지 않은 이상 취소소송의 대상된다.¹¹¹⁾ 이 경우 행정심판에 관한 한, 현행법상의 무이행심판이 허용되고 있으므로 이 경우 의무이행심판을 제기하여 구제를 받을 가능성을 염두에 둘 수 있다. 그러나 이러한 의무이행심판청구가 행정청의 거부 또는 부작위로 인하여 무위로 끝났을 경우에는 행정소송을 제기하는 수밖에 없고, 이 때 가장 유효적절한 소송유형은 행정행위이행소송 또는 의무이행소송(Verpflichtungsklage)이 될 것이다.

그러나 이미 언급한바와 같이 우리 대법원은 일관된 판례로 이행소송 또는 의무이행소송을 행정소송법상 허용되지 않는 것으로 보고 있기 때문에¹¹²⁾ 만약 다음과 같은 사례가 발생한다면, 현행법상 고려될 수 있는 소송은 거부처분에 대한 취소소송과 부작위위법확인소송이 있을 뿐이다. 즉 주민들로부터 사업자에 대하여 개선명령등을 발해 달라고 요구받은 환경부장관이 다음과 같은 행동을 취할 경우 ① 무응답으로 일관하는 경우에는 부작위위법확인의 소를 제기하거나¹¹³⁾ ② 행정청이 주민

1991.12), 206면.

111) 김원중, 환경침해에 대한 공법적 규제와 구제에 관한 연구, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 77면.

112) 대판 1986.8.19, 86 누 223; 대판 1989.9.12, 87 누 868; 대법원 1989.5.23 88누8135판결, 공852.1022(45) (참조) 870526 87누119판결: 1. 행정소송법상 행정청으로 하여금 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이른바 「이행판결」을 구하는 소송은 허용되지 않는다. 2. 행정소송법상 취소소송이나 부작위위법확인소송에 있어서는 당해 행정처분 또는 부작위의 직접상대방이 아닌 제3자라 하더라도 그 처분의 취소 또는 부작위위법확인을 받을 법률상의 이익이 있는 경우에는 원고적격이 인정되나 여기서 말하는 법률상의 이익은 그 처분 또는 부작위의 근거법률에 의하여 보호되는 「직접적이고 구체적인 이익」을 말하고, 간접적이거나 사실적·경제적 관계를 가지는데 불과한 경우는 포함되지 않는다.

113) 이는 「청구가 받아 들여 졌을 때」(청구인용)에는 행정청의 명시적 거부 등의 의사표시를 유도하여 냄으로써, 이에 대해 다시금 취소소송을 제기한다는 것으로써 취소소송을 유도 하여내

의 요구에 대하여 명시적인 거부의를 표시하는 경우에는 거부(처분)에 대한 취소소송을 제기할 수 있다. 명시적 거부의를 표시한 경우에는 이에 대한 취소소송을 제기할 수 있으며, 이러한 취소소송은 청구인용판결을 통해 행정청의 재처분의무를 부과한다는 점에서 실질적으로 의무이행소송과 유사한 결과를 기대할 수 있다.¹¹⁴⁾

(3) 環境行政訴訟의 改善方案

1) 行政介入請求爭訟(義務履行訴訟)의 導入

환경보전관계법은 기타 행정청에게 예컨대 배출시설의 설치허가권 뿐만 아니라 감독권자로서 개선명령·조업정지명령·시설이전명령 등의 규제명령을 발할 권한을 부여하고 있으나, 현행 환경개별법의 문언형식은 일반적으로 「~명할 수 있다」라는 수권규정의 형식으로 되어 있기 때문에, 이는 일단 재량권이 수권된 것인지 일정한 의무(Verpflichtung)를 행정청에게 부과한 것은 아닌 것처럼 보인다. 그러나 행정청에게 재량이 인정되어 있는 경우에도 행정청은 「하자 없는 재량행사에 대한 법적 의무」를 진다는 점에서 재량권에는 한계가 있는 것은 당연하고, 이러한 재량한계론은 오늘날 더 이상 의문시되지 않는 행정법의 중요한 구성부분으로 확립되어 있다.¹¹⁵⁾ 특히 현행 행정소송법 제27조가 “행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다”고 규정하는 것은 이를 입법적으로 승인한 것이라 할 수 있다.¹¹⁶⁾

또한 국민이 적극적으로 국가에 대하여 특정한 행위를 할 것을 요구한다든지, 국가의 보호를 요청한다든지 하는 「청구권적 기본권」인 「주관적 공권」의 성립요건과

기 위한 전단계로서의 일종의 우회적 방법인 것이다.

114) 그 밖에 환경행정쟁송과 관련하여 고려될 수 있는 소송상의 방법으로는 행정 소송법상 처분에 해당되지 않는 비행정행위적 행정작용에 관한 「공법상의 당사자 소송」을 들 수 있다. 그러나 공법상 당사자소송은 현재까지의 판례의 경향으로 볼 때 제한된 이용가치만을 부여받고 있는 실정이다.

115) 상세한 내용은 김백유, 행정개입청구권과 사법적 권리구제, 同人 육종수교수 정년기념논문, 2002; 同人 무하자재량행사청구권, 유희일교수 화갑기념논문, 2002; 同人 행정재량의 한계와 사법심사, 2002, 성균관대학교, 비교법연구소 91면 이하 참조.

116) 이와 같은 관점에서 어떠한 법규정이 행정청에게 재량권을 부여하고 있을 경우, 행정청은 재량권의 범위 내에서 일정한 선택의 자유를 갖지만 이와 동시에 「하자 없는 재량권행사의 법적 의무」를 가지는 것이라고 할 수 있는바, 이는 바로 ‘주어진 권리’와 ‘주어진 권리의 이성적 행사’와의 관계를 합리적으로 조화 시켜야 한다는 것을 의미한다고 하겠다.

관련시켜볼 때, 문제는 그 재량을 수권하는 규정이 개인의 이익도 아울러 보호할 것을 목적으로 하는 것인가 하는 것이 문제되는데, 만약 이 점이 긍정된다면 개인은 행정청에 하자 없는 재량행사를 요구할 형식적 권리, 즉 무하자재량행사청구권 (Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung)을 가질 수 있다. 앞에서 설명한 바와 같이 행정청에는 일단 재량이 부여되어 있으나 행정청은 재량을 하자없이 행사하여야 하며, 또한 그러한 규제조치는 단순히 공익만을 위한 것은 아니고 이와 함께 인근주민의 이익을 보호하기 위한 것이기도 하기 때문에 주민은 무하자재량행사청구권을 가진다고 하겠다.¹¹⁷⁾

그러나 우리 나라의 경우, 현행 환경관계법규정들은 위에서 설명한 바와 같이 일단은 재량규정 즉 “명할 수 있다”(Kann-Vorschrift)라는 수권규정이 그 대부분을 차지하므로, 그로부터 당해 행정청의 특정행위의무가 도출되는 것은 오로지 당해 행정청의 재량이 더 이상 선택의 여지없이 축소되었다고 볼 수 있을 때, 즉 「재량권의 수축」(Ermessensschumpfung auf Null, Ermessensreduzierung)이 인정될 때 인데, 이는 바로 ‘할 수 있다(Kann-Vorschrift)’는 규정이 그 문언의 해석상 ‘하여야 한다(Muß-Vorschrift)’는 것으로 전환될 경우에만 인정된다는 것이다. 이와 같이 「사안의 성질상 일정한 결정 이외의 다른 어떠한 결정도 하자있는 것으로 판단」될 수 있을 경우에는, 개인이 당해 행정청에 대하여 「특정한 내용의 처분」(특정행위명령판결: Vornahmeurteil; 집행소송: Vornahmeklage)을 요구할 청구권, 즉 행정개입청구권을 주장할 수 있는 것이다.

또한 우리 나라의 현행 헌법은 제35조 제1항 제2문에서 “국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 규정함으로써 환경보전을 위하여 노력해야 할 국가의 헌법적 의무를 부과하고 있고 이를 통하여 우리나라가 환경국가원리를 지향하고 있음을 천명하고 있다고 보아야 할 것이다. 이러한 국가의 환경보호의무와 관련하여 볼 때, 인근주민의 환경권 또는 법률상의 이익을 현실적으로 침해하고 있는데도 행정청이 아무런 조치를 취하지 않고 수수방관하는 것은 위의 헌법이 부여하고 있는 국가의 환경보전의무에 비추어 정당화될 수 없으며, 이러한 경우에 바로 행정청의 「재량권 수축」의 이론에 의하여, 행정개입청구권이 발동될 여지가 많다고 할 것이다.¹¹⁸⁾ 이러한 공권에 입각하여 주민은 의무이행심판 내지는 부작위위법확인소송을

117) 김남진, 행정법(II), 법문사 1995, 638면 참조.

118) 독일의 경우, 재량권의 수축을 인정하기 위해 당초에 요구되었던 침해될 위험이 있는 법익의 중대성이 오늘날 더 이상 요구되지 않는다는 점은 이 행정개입청구권을 경찰법영역 내에서는 물론, 여타의 법영역, 예컨대 환경오염방지법과 같은 환경보호법이나 원자력법 등의 분야에서

제기할 수 있다(이 경우 특히 의무이행소송이 바람직함은 다언을 요하지 않는다).

2) 處分性概念의 擴大

환경오염으로 인한 피해의 경우 오염의 광역성·집단성 그리고 인과관계에 관한 입증의 곤란성 등을 해결하기 위한 방법의 하나로 처분성등과 관련하여 국민에게 보다 널리 소송을 통한 권리보호의 길을 열어주어야 한다는 의식이 일반화되고 있다. 특히 오늘날에는 사후구제로서의 행정심판이나 행정소송등에서, 사인의 권리 또는 이익을 보호·구제하는 길을 넓히기 위하여, 소송이나 심판의 대상인 처분의 개념을 확대하는 추세에 있다.¹¹⁹⁾

예컨대 “행정계획”에 관하여는 대법원이 도시계획법 제12조에 의한 「도시계획결정」은 「행정부의 처분」이라는 견해를 밝힌바 있다.¹²⁰⁾ 이와 같은 판례를 원용한다면, 환경관련 지역이나 지구 등의 설정(예: 환경정책기본법 제22조 제1, 2항 및 동시행령 제5조에 의한 특별대책지역의 설정) 역시 도시계획으로 결정되는 것인 이상, 이러한 대법원의 판례취지에 따라 행정소송의 대상이 된다고 할 것이다.¹²¹⁾ 또한 사업상 환경기초시설물이나 보건위생을 설치할 경우, 이는 환경 및 보건위생의 목적하에 행하

계속 확충시켜나갈 수 있는 가능성을 열어주었다.

119) 2004년 12월 대법원 공청회에서 논의된 행정소송법 개정시안에 의하면, 항고소송의 대상을 종래와 같이 ‘처분’으로 부르는 것이 바람직한가하는 것이 문제되었고, 종래의 행정처분이라는 용어를 행정행위라는 명칭으로 바꾸고(이는 개정위원회의 위원인 최송화 교수의 제안(최송화, 한국의 행정소송법 개정과 향후방향, 『행정판례연구』 제8집, 2003, 432-455면 (448면) (2003. 4. 18. 한국법제연구원·한국행정판례연구회 공동주최 국제학술대회 『한일 행정소송법제의 개정과 향후방향』의 주제발표문)에 따라 이를 ‘행정행위’로 개정하기로 합의하였다), 개정안은 항고소송의 대상을, 현행법상 제한적 징표들을 모두 삭제하되, 법적인 행위뿐만 아니라 사실적인 행위까지 포괄한다는 취지를 명시하여, “행정청이 행하는 법적·사실적 행위로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용”으로 정의하고 있다(제2조 제1항 제1호). 전형적인 공권력 행사가 아닌 소위 비권력적 사실행위도 필요에 따라서는 포섭할 수 있도록 하기 위해 ‘이에 준하는 행정작용’이라는 포괄적 문구를 존치하기로 하였다. 위와 같은 개정안의 정의에 의하면, 종래의 처분은 물론 사실행위와 행정입법이 모두 항고소송(따라서 의무이행소송을 포함하여)의 대상으로 포괄된다.

120) 도시계획법 제12조 소정의 도시계획결정이 고시되면 도시계획구역 안의 토지나 건물소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축·개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되는데, 이런 점에서 볼 때 고시된 「도시계획결정」은 특정개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 「행정부의 처분」이라 할 것이고 이는 행정소송의 대상이 되는 것이라 할 것이다(대판 1989.3.9, 80누105).

121) 그러나 개발제한구역의 경우에는 그 사실상의 침익적 효과가 존재함에도 불구하고 처분성이 부정되고 있는 것이 현실이다.

는 사업으로서 관련 법률하에서 시설물 설치라는 작용은 국민에게 구체적 피해가 발생한 경우, 이는 처분으로 보아 취소소송의 대상이 될 수 있다. 이는 행정주체의 내부결정에 의한 환경기초사업실시에 있어서 국가기관의 승인을 얻은 경우에 한하여 처분성을 인정하여 인근 주민은 당해 사업승인에 대하여 취소소송을 제기할 수 있다는 것보다 한걸음 더 나아간 것이라 볼 수 있다.¹²²⁾ 보건위생시설로서의 화장장 설치나 환경기초시설물로서의 쓰레기 매립장설치 등의 도시계획설정도 여기에 해당한다.¹²³⁾

「대판 1995.9.26. 94누14544: 화장장설치사건」

도시계획법 제12조 제3항의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에관한규칙 제125조 제1항이 화장장의 구조 및 설치에 관하여는 매장및묘지등에관한법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어, 도시계획의 내용이 화장장의 설치에 관한 것일 때에는 도시계획법 제12조 뿐만 아니라 매장및묘지등에관한법률 및 같은법 시행령 역시 그 근거법률이 된다고 보아야 할 것이므로, 같은법 시행령 제4조 제2호가 공설화장장은 20호 이상의 인가가 밀집한 지역, 학교 또는 공중 이 수시 집합하는 시설 또는 장소로부터 1,000m 이상 떨어진 곳에 설치하도록 제한을 가하고, 같은법 시행령 제9조가 국민보건상 위해를 끼칠 우려가 있는 지역, 도시계획법 제17조의 규정에 의한 주거지역, 상업지역, 공업지역 및 녹지지역 안의 풍치지구등에의 공설화장장설치를 금지함에 의하여 보호되는 부근 주민들의 이익은 위 도시계획결정처분의 근거법률에 의하여 보호되는 법률상 이익이다.

3) 原告適格의 擴大

행정심판법(제9조)과 행정소송법(제12조, 제35조, 제36조)의 청구인적격·원고적격에 관한 규정은 쟁송법적 차원에서 주관적 공권의 확대를 제도화한 것으로 파악하는 데 의문이 없다. 즉 이 ‘법률상 이익’의 해석을 통해 「본래적 의미의 권리」 뿐만 아니라 ‘법적으로 보호되는 이익’의 침해에 대한 구제가능성이 열리게 되었다는 것이다. 이러한 해석론적 논의에 부응하여 구체적으로 「법률상 이익의 인정여하」를 둘러싼 판례의 발전은 원고적격의 확대경향을 뚜렷하게 인식할 수 있도록 해주고 있는데, 그

122) 박균성, 환경피해의 공법적 구제, 환경법연구(2001.9), 제23권 1호, 한국환경법학회, 136-137면.

123) 김원중, 환경침해에 대한 공법적 규제와 구제에 관한 연구, 환경법연구(2004.4), 제26권 1호, 한국환경법학회, 75면.

중에서도 특히 보호범위의 확대라는 측면에서 긍정적으로 평가되어 마땅한 이러한 원고적격의 확대경향은, 아래의 판례의 변천에서 알 수 있는 바와 같이, 특히 환경행정법적 연관성을 지닌 분야에서 계속적으로 관철되어왔다.

경업자에 의한 신규 인·허가처분 취소청구, 또는 주거지역에서의 연탄공장이나 자동차 LPG충전소의 건축으로 거주상의 불이익(소음·진동·공기오염·폭발화재위험·주택가격하락 등)을 받는 인근주민에 의한 동 건축허가의 취소청구를 인용한 판례를 비롯하여, 종전의 반사적 이익설이 보호이익으로 변화하여 특히 환경소송의 경우 원고적격의 범위가 확대되는 추세를 뚜렷이 볼 수 있다.

행정소송법 개정시안 제12조는 종래의 “법률상 이익”을 “법적으로 정당한 이익”으로 대체함으로써 원고적격을 확대하고자 하고 있다. 『행정소송법 개정위원회 주요논의사항』에 따르면 이와 같은 새로운 기준을 설정함으로써 원고적격의 범위를 넓히는 계기를 마련한다는 의도가 분명히 드러나고 있다. 즉, 이로써 행정행위의 근거법규에 의하여 보호되는 직접적·구체적 이익이 아닐지라도 명예·신용회복, 헌법상 기본권 등 일반적 법규에 의해 보호되는 정당한 이익이 있는 경우 등에도 원고적격이 있다고 해석할 수 있게 되는 반면, 사실상 이익이나 반사적 이익이 포함되지 않음을 명확히 하기 위하여, 그리고 민중소송화의 남용을 막기 위하여¹²⁴⁾ ‘법적으로 정당한 이익’이라고 표현한 것이라고 한다.¹²⁵⁾ 아무튼 법률상의 이익의 개념에는, 법률상 보호이익 뿐만 아니라, 보호가치이익과, 또한 점차로 객관소송적인 요소를 도입할 수 있는 문호가 열려 있다고 할 것인즉, 지역주민, 주민단체, 자연보호단체 그리고 소비자보호단체에게 원고적격을 인정하는 문제가 그 예라고 할 수 있다.¹²⁶⁾ 그리고 환경행정소

124) 박균성, 향고소송의 원고적격 및 향고소송에 관한 기타논점, 행정소송법개정안 공청회, 대법원, 2004, 100면 참조.

125) 홍준형, 행정소송법 개정안에 대한 지정토론, 행정소송법개정안 공청회, 대법원, 2004, 83면 이하 참조.

126) 서울행정법원 제3부 재판부(강영호 재판장)은 새만금 방조제 사건에서 원고측(지역주민과 환경단체들)이 제기한 대로 ‘피고 농림부장관이 2001년 5월 24일에 원고들에 의하여 한 공유수면 매립면허 등 취소신청 거부처분을 취소한다’고 하면서 공사에 대한 일반중단의 조정권고안을 제시하였다(2005년 2월4일). 재판부가 밝힌 이유는 ‘공유수면매립법 제32조가 정하는 사유가 발생하였으므로 피고 농림부 장관으로서 이 사건 공유수면매립면허 및 사업시행인가처분을 취소하거나 변경하는 등의 필요한 처분을 하여야 할 의무가 있음에도 불구하고, 피고 농림부장관이 위와 같은 필요한 처분을 하지 아니한 채 이 사건 거부처분을 한 것은 위법함’이라고 하였다. 새만금 사업: 1991년 시작된 새만금사업은 전북 군산~부안 앞바다에 33km의 거대한 방조제를 쌓아 서울 여의도 면적의 140배에 이르는 1억 2000만평 규모의 농지와 담수호를 조성하는 사업이다. 사업목적은 ▲대규모 우량농지 및 수자원 확보 ▲배후농지(1만 2000ha) 침수 방지 ▲관광 활성화 등이다. 지금까지 총 공사비 2조 5144억원 가운데 1조 7483억원이 투입돼

송에 있어 원고적격의 문제는 환경관계법의 해석을 통하여 해결되어야 할 것이며 환경권 및 국가의 환경보전의무에 관한 헌법규정(제35조)으로부터 지침을 도출해내는 적극적 해석론과 이에 따른 판례형성이 요망된다고 할 것이다. 처분의 근거법률뿐만 아니라 관계법률에 의해 보호되는 이익이 침해된 경우에도 원고적격이 인정되어야 한다.¹²⁷⁾ 행정행위에 의해 기본권이 침해된 경우에도 원고적격을 인정하여야 한다는 견해가 늘고 있다. 기본권을 행정소송법 제12조상의 법률상이익으로 보지 않더라도 보충적 구제제도인 헌법소원에 의해 구제가 될 것이지만, 행정권 행사를 다투는 소송은 기본적으로 행정소송으로 하는 것이 타당하다.¹²⁸⁾

4) 因果關係立證 緩和

a) 概觀

환경오염피해의 법적 구제의 실현에 있어서 가장 큰 문제점은 가해행위와 피해 사이에 존재하는 「인과관계의 입증」¹²⁹⁾문제이다.¹³⁰⁾ 이러한 인과관계를 입증할 책임

2개 구간 2.7km를 뺀 모든 구간의 공사가 마무리된 상태다. 정부는 연내 기존 구조물에 대한 보강공사와 신시배수갑문 공사를 마치고 내년 초 나머지 2.7km 구간의 물막이에 나서 연말까지 공사를 끝낼 계획이었다.

127) 대법원, 1998.4.24 선고 97누3286 판결 ; 대법원 1998.9.22 선고 97누19571 판결.

128) 박군성, 항고소송의 원고적격 및 항고소송에 관한 기타논점, 행정소송법개정안 공청회, 대법원, 2004, 97면 참조.

129) 인과관계에 관한 대법원판례(대법원 1973.11.27 73다919판결, 공479.7631(1)): 원심은 소위 공해사건에 있어서 인과관계의 인정은 일반 불법행위와는 달리 인과관계를 추정할 수 있는 개연성만 있으면 일응 입증이 있는 것으로 소송상 추정되어서 가해자는 피해자의 손해를 배상할 책임이 있게되고 피고(가해자)가 그 불법행위의 책임을 면하려면 「인과관계가 없다는 적극적 증명(반증)」을 할 책임이 있다는 전제하에 판결하였으나 소위 공해사건에 있어서의 이와 같은 입증에 관한 특별취급에 관한 위 전제는 본원이 인정할 수 없다(☞ 가해자의 반증(반증)책임을 인정하지 않은 판례에 해당).; 공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 개연성, 즉 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 함으로써 족하다(대법원 1974.12.10 72다1774판결, 공504.8214(4)); 대법원 1984.6.12 81다558판결, 공734.1263(1) 집32(3민).53: 1. 불법행위 성립요건으로서의 인과관계는 궁극적으로는 현실로 발생 한 손해를 누가 배상할 것인가의 「책임귀속」의 관계를 결정짓기 위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계와는 달리 법관의 자유심증에 더잡아 얻어지는 확신에 의하여 인정되는 「법적 가치판단」이다. 2. 불법행위로 인한 손해배상청구사건에 있어서 가해행위와 손해발생과의 사이에 인과관계가 존재함에 관한 입증책임은 피해자에게 있음이 분명하지만, 공해소송에 있어서 피해자에게 사실적 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구한다는 것은 결과적으로 공해피해에

은 피해자가 부담하게 되어 있는데, 이를 입증하기 위해서는 우선 ① 환경오염을 야기한 물질(원인물질) 및 ② 누가 이러한 환경오염을 야기하였는가 하는 원인자의 특정 ③ 원인물질의 도달경로 등과 같은 것을 입증하여야 하는데, 이를 위하여는 사실상 고도의 자연 과학적 지식이 요구된다. 따라서 이를 위하여는 고도의 전문지식을 가진 자나 기관에 의뢰하여야 하는데, 이를 수행할 수 있는 개인이나 공적 조사기관이 불충분하고, 일반적으로 가해자의 협력을 기대하기는 더욱더 곤란할 뿐만 아니라, 피해자의 시간적·경제적인 여력등도 역시 불충분하여 환경오염으로 인한 피해구제가 불가능해지는 경우가 많다. 따라서 이러한 피해자의 '입증곤란(Beweisnotstand)'을 타개함으로써 피해자를 보호하고자 그 인과관계의 입증정도를 완화 내지 경감시켜야 한다는 취지에서 대두한 학설 및 판례가 바로 개연성설¹³¹⁾ 및 신개연성설이다.

b) 學說

aa) 蓋然性理論

개연성이론은 「원고는 인과관계의 존재에 대한 단순한 개연성을 증명하면 충분하고 피고는 이에 대한 반증으로써 인과관계가 존재하지 않음을 구체적으로 증명하지 않는 한 책임을 면할 수 없다」는 이론으로 피해자의 입증의 범위를 줄이고 가해자의 반증의 범위를 확대하고자 하는 이론이다. 개연성설은, 형사소송이나 민사소송과는 달리 환경소송의 경우에 있어서의 인과관계의 증명은 과학적으로 엄밀한 증명을 요하지 아니하고, 단순히 침해행위와 피해와의 사이에 인과관계가 존재하는 '상당한 정

대한 사법적 구제를 사실상 거부하는 것이나 다름없게 될 우려가 있으므로 공장폐수와 김의 생육에 대한 피해 사이의 인과관계가 문제로 된 이 사건에 있어서 피해자인 원고로서는 (1) 피고 공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고 (2) 그 폐수중의 일부가 해류를 통하여 이 사건 어장에 도달되었으며 (3) 그 후 김에 피해가 있었다는 사실을 각 모순없이 입증하면 이로써 피고가 배출한 폐수와 원고가 양식하는 김의 생육에 대한 피해 사이에 인과관계가 존재하는 것으로 일응 추정된다 할 것이고 이러한 추정을 깨뜨리기 위해서는 피고가 (1) 피고 공장폐수중에는 김의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어있지 않으며 또는 (2) 원인 물질이 들어있다 하더라도 그 혼합물이 안전농도범위를 벗어나지 아니함 을 입증하지 않으면 안된다 할 것이며 이러한 입증에 실패하면 그 불이익은 이들 피고에게 돌림이 마땅하다 할 것이다(☞ 가해자의 반증(반증)책임을 인정한 판례에 해당).

130) 이승우, 환경침해소송의 인과관계, 환경법연구(2003.9), 제25권 1호, 한국환경법학회, 299면.

131) 개연성설(Wahrscheinlichkeitstheorie)은 원래 일본의 德本 鎮교수가 鑛害로 인한 손해배상을 청구하는 경우에 있어서의 광업권자의 행위와 손해의 발생 간의 인과관계에 관한 피해자의 입증책임을 완화하려는 목적으로 제창한 이론이라고 한다. 오석락, 환경소송의 제문제, 93면; 德本 鎮, 鑛害賠償における因果關係, 戒能通孝 編, 公害法の研究, 63면 이하 참조.

도'¹³²⁾ 즉 「일반적으로 요구되는 정도」의 증명의 개연성으로도 족하다는 것으로 이해되고 있고, 가해자는 이에 대하여 '적정한 반증'을 한 경우에만 인과관계의 존재를 부인할 수 있다고 하는 것이다.

개연성이론에 입각한 판례로는 서울고등, 72나1809 살초제분진사건의 판결에서 「일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서 인과관계의 증명은 손해배상을 청구하는 피해자측에 그 책임이 있다는데 대하여 이론이 없으나 이 사건과 같은 공해사건에 있어서는 (가) 일반적으로 피해자는 가사 기술적으로 용이한 조사이더라도 비용관계, 가해자의 비협조 (기업기술의 비공개를 이유로한 원인 조사목적의 공장출입의 거부등)로 원인사실의 조사가 어렵고, (나) 이미 발생한 공해에 관하여 원인의 소급적 조사는 어려운 일이며 그리고 공적 공해관측기관이 그 원인을 밝힐수 있는 세밀한 조사자료를 모아두고 있지 않은것이 현실이고, 또 발생후의 조사에 관하여도 공적 조사기관이 정비되어 있지 아니하며, (다) 공해원인탐지기술은 그 공해발생의 공장기술의 개발에 미치지 못하는 실정이고, (라) 가해자의 공장이 어떠한 물질에네르기를 발산하는 이상 그 무해성을 입증하여야 함은 사회적 의무이기 때문에 피해자의 인과관계의 입증책임을 완화하여 그 개연성의 입증으로 족하고 가해자가 그 손해배상책임을 면하기 위하여는 그 개연성을 뒤흔들만한 반증이 있어야 한다고 해석이 타당할 것이다. 이 사건에 있어서는 피고공장에서 식물의 발아억제, 낙엽추진, 생장조지, 엽경고사의 효능을 지닌 피.씨.피 및 엠.씨.피가 발산되었고, 동 공장 가동기간에 동 공장 주위의 500내지 600미터 이내의 초목엽이 많은 피해를 입었을 뿐 아니라 원고의 인삼포 주위의 아까시아 잎에도 피해가 있었던 사실과 원고의 인삼포의 토질이 인삼재배지로 부적격지가 아니고 그 인삼재배관리도 양호한 편이었던 사실을 인정한 다음 다시 나아가서 이러한 사실에 비추어 볼 때 원고의 인삼포의 피해상황은 일응 피고 회사의 공장에서 발산되는 위피.씨.피 및 엠.씨.피의 분진이 인삼포에 떨어져 인삼의 엽경에 접촉되었기 때문인 것으로 추정할 수 있다」는 것으로 판단 하였다.

그러나 동사건에 있어서 대법원은 인과관계의 입증에 있어서 다음과 같이 1973년 11월 27일 판례에서는 하급심 판결에서 채택한 개연성이론을 인용하지 않았다.

132) 德本 鎮, 鑛害賠償における因果關係, 戒能通孝 編, 公害法の研究, 205면은 이를 「疎明의 범위는 벗어나지만 증명에는 이르지 않는 정도의 입증」이라고 못박고 있다. 오석락, 환경소송의 제문제, 일신사 1991, 94면.

사건번호:73다919(사건일자:1973.11.27.)

요지: 원심(제1심 서울민사지방, 제2심 서울고등, 72나1809 판결)은 소위 공해사건에 있어서 인과관계의 인정은 일반 불법행위와는 달리 인과관계를 추정할 수 있는 개연성만 있으면 일응 입증에 있는 것으로 소송상 추정되어서 가해자는 피해자의 손해를 배상할 책임이 있게 되고 피고(가해자)가 그 불법행위의 책임을 면하려면 인과관계가 없다는 적극적 증명(반증)을 할 책임이 있다는 전제하에 판결하였으나 소위 공해사건에 있어서의 이와 같은 입증에 관한 특별취급에 관한 위 전제는 본원이 인정할 수 없다. 위와같은 원심의 판결이유 설시는 인과관계 개연성의 입증에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 않고 증거없이 또는 증거의 취사선택을 잘못하여 인과관계 있다고 판단한 위법이 있다. 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상 청구서건에 있어서 그 불법행위와 손해발생과의 간에 인과관계가 있다는 주장·입증책임은 청구자인 피해자에게는 있는 것이고, 이른바 본건과 같은 공해사건이라고 하여 위의 입증책임의 소재가 달라진 것은 아니다.

그러나 한편 1974년 아황산가스사건에서 대법원은 “공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해 행위가 없었다면 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 개연성이 있으면 그것으로 족하다”¹³³⁾는, 다시 말하면 가해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 하면 되고 가해자는 이에 대한 구체적인 반증을 한 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다고 판시한 바 있다.¹³⁴⁾ 이러한 판례는 물론 입증책임을 피해자에서 가해자에게 완전히 전환시킨 것은 아니었고, 또한 원고의 입증책임을 단순히 낮춘 ① 「증명도의 인하」인가, 아니면 ② 「일응의 추정(prima faci)」 내지 ③ 간접반증이론을 적용한 피해자와 가해자간의 「입증책임을 분담」한 것인가가 분명치 않았었다.

bb) 新蓋然性理論

신개연성설은 개연성이론의 약점을 소송법적으로 극복하려는 견해인데, 이는 개연성이론에 의하여 주장된 피해자의 입증책임을 부담경감을 보다더 구체화하기 위한 이론인데, 이 견해에 의하면 인과관계의 존재라고 하는 종합적 사실을 ① 피해발생의 메카니즘(Mechanismus)과 원인물질 ② 원인물질의 피해자에 대한 도달경로 ③ 가

133) 대법원 1974.12.10 72다1774: 공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해 행위가 없었다면 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 개연성, 즉 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 함으로써 족하다.

134) 오석락, 공해소송의 제문제, 259면 참조.

해공장에서 원인물질의 생성 및 배출 등과 같은 세가지의 주요사실로 분석하되, 이러한 주요사실을 직접증거에 의하여 증명하는 것은 곤란하지만 「간접사실」에 의하여 그중 두가지의 것만을 증명하면 되는 것이다. 따라서 가해자 측에서 부담하는 것은 피해자가 행한 ① 「간접사실의 증명을 동요」시키던가(반증: Gegenbeweis) 혹은 ② 「다른 간접사실을 증명(간접반증: indirekter Gegenbeweis)」하여야 하는 것이며 만약 가해자가 이를 못하는 경우에는 피해자가 제시한 두개의 사실로부터 법원은 환경오염에 관한 인과관계의 존재사실을 인정할 수 있다는 것이다.

신개연성설은 개연성설이 단순히 막연하게 피해자의 입증책임을 경감시키려고 한 데 반하여 신개연성이론은 가해자 측에 「간접반증책임」을 부과하는 것으로¹³⁵⁾ 이론구성을 함으로써 경험법칙이 작용하는 부분을 보다 명확하게 한 것이다. 그리고 개연성이론은 「자연적 인과관계」의 기초사실을 추인하는 과정인데 반하여, 신개연성이론은 「법적 인과관계」를 인정하는 것이다. 따라서 전자의 경우에 있어서 경험칙의 작용은 종래의 「사실상의 추정」의 범위내에 이루어지나, 후자에 있어서의 경험칙의 작용은 그것이 순수한 사실인정의 범위를 넘는 것이며 법관의 법적 가치판단의 분야에 미친다는 점에서 전자의 경우와 그의 성격을 달리한다.¹³⁶⁾

다음의 1984년의 김양식장 사건에서 대법원은 「... 가해기업이 배출한 어떠한 유해한 원인물질이 피해물질에 도달하여 손해가 발생하였을 경우에는, 가해자 측에서 그 무해함을 입증하여야 하며, 이를 입증하지 못하는 경우에는 그에 대한 책임을 면할 수 없다」고 판시함으로써 ① 일응의 추정 내지 ② 간접반증이론에 의한 「입증책임분담」의 판지를 분명하게 나타냈고, 「... 불법행위 성립요건으로서의 인과관계는 궁극적으로는 현실로 발생한 손해를 누가 배상할 것인가의 책임귀속의 관계를 결정짓기 위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계와는 달리 법관의 자유심증에 터잡아 얻어지는 확신에 의하여 인정되는 법적인 가치판단이다」¹³⁷⁾라고 판시

135) 대법원 1991.7.23 89다카1275: ㉔ 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에 있어서 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 입증책임은 청구자인 피해자가 부담하나, 대기오염에 의한 공해를 원인으로 하는 손해배상청구소송에 있어서는 기업이 배출한 원인물질이 대기를 매개로 간접적으로 손해를 끼치는 경우가 많고 공해문제에 관하여는 현재의 과학수준으로 해명할 수 없는 분야가 있기때문에 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 과정을 모두 자연과학적으로 증명하는 것은 곤란 내지 불가능한 경우가 대부분인 점등에 비추어 가해기업이 배출한 어떤 유해한 원인물질이 피해물질에 도달하여 손해가 발생하였다면 「가해자 측에서 그 무해함을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다」고 봄이 사회형평의 관념에 적합하다.

136) 구연창, 환경법론, 법문사 1993, 585면 이하.

137) 대판 1984. 6. 12, 81다558. (대법원 1984.6.12 81다558판결, 공734.1263(1) 집32(3민).53

함으로서 신개연성이론에 의한 판시를 한바있다.

[대법원 판례]

수질오염으로 인한 공해소송에서 “... (1) 피고공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고, (2) 그 폐수 중 일부가 해류를 통하여 이 사건 김양식장에 도달하였으며, (3) 그 후 김에 피해가 있었다는 사실이 모순없이 증명된 이상 피고공장의 폐수배출과 양식김에 병해가 발생함으로 말미암은 손해간의 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로, 피고가 (1) 피고공장폐수 중에는 김의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며 (2) 원인물질이 들어 있다 하더라도 그 해수혼합물이 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 반증을 들어 인과관계를 부정하지 못하는 한 그로 인한 불이익은 피고에게 돌려야 마땅할 것이다”.¹³⁸⁾

그후 대법원은 양식하는 농어폐사사건에서도 「... 공사장에서 배출되는 황토 등이 유입되어 농어가 폐사한 경우 황토와 폐수의 배출과 양식 농어가 폐사하여 입은 손해에 대하여 인과관계가 성립된다」고 보았고,¹³⁹⁾ 서해안 부근의 서천화력발전소사건에서 배출된 온배수가 김양식장에 피해를 주어 인과관계가 문제되었을 때 대법원은 「... 인과관계를 부정할 만한 반증을 제시하지 못하는 이상 손해배상책임을 면할 수 없다」¹⁴⁰⁾고 판시 하였다.

5) 形式的 行政處分理論의 適用

행정작용에 대한 국민의 권익구제의 폭을 높이기 위하여, 행정쟁송법상의 ‘처분개념’을 별도로 정립·확장하려는 취지에서 일본에서 새로이 등장한 이론이 ‘형식적 행정처분’의 이론인데 이를 구체적으로 설명하면 다음과 같다.¹⁴¹⁾

138) 대판 1984. 6. 12, 81다558. (대법원 1984.6.12 81다558판결: 불법행위 성립요건으로서의 인과관계는 궁극적으로는 현실로 발생한 손해를 누가 배상할 것인가의 책임귀속의 관계를 결정짓기 위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계와는 달리 법관의 자유심증에 터잡아 얻어지는 확신에 의하여 인정되는 법적인 가치판단이다.

139) 대판 1997.6.27. 선고, 95다2692 판결.

140) 대판 2002.10.22. 선고, 2000다65666, 65673 판결.

141) 형식적 행정처분론은 原田尙彦 교수와 兼子 仁 교수에 의하여 그 내용이 구체적으로 전개된 이론이다. 山田幸男, 給付行政法, 岩波講座 現代法 4卷(東京: 岩波書店, 1966) 51面 참조. 이는 일본의 다수설로 되어가고 있고, 또한 판례상으로도 지지경향이 나타나고 있다.

① 행위 자체는 공권력의 행사라는 실체를 가지고 있지 않은 비권력적 행정작용의 경우, 따라서 이른바 공정력이나 불가쟁력 등의 효력도 없으며, 또한 항고쟁송의 배타적 관할에 속하지 않는다 할 지라도, 실질적으로 국민생활을 “일방적으로 규율하는 행위”, 또는 개인 법익에 대하여 계속적으로 “사실상의 지배력을 미치는 경우”에는, 항고쟁송의 대상이 되는 처분성을 인정하여야 한다는 것이다.

② 종래의 공권력이 없는 사실행위, 국민에 대한 구체적인 법적 효과가 발생하지 아니하는 행정지도, 행정내부행위에 불과하다는 행정규칙, 중국적인 권리·의무의 발생단계가 아니라는 사건의 성숙성이 없다는 행정상입법·일반처분 등이 「처분성」이 모두 부인되어 행정소송의 대상이 되지 않는데 대한 항의적인 개념으로서 등장한 이론이라고 할 수 있다.

학설상 처분성의 확대를 주장하는 견해로는 이밖에도 상대적 행정처분론¹⁴²⁾ 혹은 소송법적 행정처분론¹⁴³⁾ 등이 있다.

그러나 행정심판법이나 행정소송법상 ‘처분’의 개념(형식적 의미의 행정행위개념)과 실체법상의 처분개념(학문적 의미의 행정행위개념)을 해석하는 문제와, 이를 바탕으로 새로이 형식적 행정처분개념을 정립하는 문제는 별개의 문제로 보아야 한다. 형식적 행정처분개념에 관하여도 “형식적 행정처분론은 법익구제면에 있어서, 취소소송이 민사소송에 의하는 것보다 우위성을 지닌다는 것을 전제로 하고 있지만, 비

142) 이 설을 주장하는 阿部泰隆 교수의 견해에 의하면 처분성이라 함은 항고소송으로 당해 분쟁을 해결할 것인가를 다투는 문제 인데, 항고소송의 대상성을 행위의 성질에 의해서 일률적으로 결정하는 방법을 지양하고, 다투는 사람의 종류, 다투는 이유 등을 면밀히 파악하여 그들이 가지는 분쟁의 상황여하에 따라서 항고소송의 대상이 되는가의 여부를 합리적으로 판단하여야 한다는 것이다. 阿部泰隆, 取消訴訟の對象, 現代行政法大系 4卷(東京: 有斐閣, 1983), 234面.

143) 이설은 항고소송의 목적이 행정처분의 위법성의 판단을 통하여 국민의 권리 이익을 확보하는 것이라고 전제하면서, 항고소송은 행정처분에 의해서 상대방의 권리가 침해되었는가의 여부를 판단할 필요없이 다만, 당해 행정처분이 법규에 적합한가의 여부를 판단하도록 하되, 만약 위법한 행정처분의 경우, 그러한 위법한 행정처분의 시정을 통해서 분쟁을 해결하는 제도라고 이해한다. 특히 山村恒年の 견해에 의하면, 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정권 행사로서의 공권적 행위이며, 그것의 적법·위법의 판단이 가능한 행위이면 충분하며, 법적 효과의 발생 혹은 상대방의 권리를 제한 하거나 침해하여 의무를 부과하는 결과를 발생시키는 것은 행정처분의 요건이 되지않는다고 한다. 山村恒年, 行政處分概念の再檢討, 判例タイムス205號(1967), 39-40面.

권력적 행정활동을 형식적 행정처분으로 구성하여 처분성을 부여할 경우, 당해 행위가 취소소송의 배타적 관할에 속하는 것이 되어 공정력과 불가쟁력을 수반하게 되는 점은 부인하기 어려우며, 따라서 이것은 결과적으로 볼 때 비권력적 법률관계에 공정력이나 불가쟁력 등의 권력적 요소를 도입하는 결과를 초래하게 되며, 따라서 이는 오히려 상대방의 권리구제의 측면에 있어서는 오히려 제한적 의미를 지니게 된다는 견해가 있다.¹⁴⁴⁾

III. 結論

오늘날 환경문제의 심각성이나 환경행정상의 분쟁의 원인이 되는 집단적 · 광역적으로 발생하는 환경오염의 특성을 감안할 때 전통적인 소송구조하에서는 이러한 문제들을 해결할 수 없다. 이러한 관점에서 볼 때 현실적인 권리침해를 소송의 전제조건으로 하는 대중요법적인 「사후구제」를 중심으로 하는 「주관적 소송구조」를 탈피하여 보다 근원적으로 환경상 행정구제의 목적을 달성하기 위한 「예방소송적 구조」로 발전하여야 한다는 시대적 요청이 제기된다. 이미 사법적 권리구제를 설명함에 있어서 언급한 독일의 일부주에서 자연보호법과 관련하여 부분적으로 도입된 단체소송(Verbandsklage), 미국의 경우 허용되고 있는 대표소송(class action)이나 대기정화법상의 시민소송(citizen suit) 또는 공익소송(public action)같은 소송유형들은 이러한 맥락에서 성립된 제도들이라 할 수 있다.

그리고 이미 설명한 「행정개입청구쟁송」과 같은 것 등은 환경권을 헌법상 인정된 권리(헌법 제35조 참조)로 인정하는 이상, 그리고 환경국가의 이념을 실현하기 위해 서라도 당연히 이러한 소송유형을 제도화해야 할 것으로 사료된다. 한편 사후구제인데다가 행정개입청구를 인정하지 않고 있는 현행법상의 행정쟁송제도의 제도적 맹점을 보완하는 의미에서 처분청 또는 감독청에 대하여 규제 · 감독권의 발동을 촉구하는 행정개입신청을 제도화할 필요가 있다. 이러한 행정개입신청제도는 효율적인 사전구제에 이바지할 것이라는 점에서 바람직하다고 볼 수 있지만, 이를 제도화한다고 해도 결국 의무이행소송(Verpflichtungsklage)을 인정하지 않는 제도하에서 어떻게 그 실효성을 보장할 것인가 하는 문제가 제기될 것이다. 따라서 입법론적으로는 특히 처분 의무, 기타 조치의무의 이행을 구하는 행정소송, 즉 행정상 「의무이행소송」의 도

144) 室井 力, 形式的行政處分について田中二郎先生古稀記念, 公法の原理(下) I (東京 : 有斐閣, 1977), 1742面.

입」이라는 입법론적 대책이 환경행정소송의 개선을 위한 구체적인 방안이 된다고 할 수 있다. 여기에는 물론 행정소송이 단순한 기성권리를 보호할 뿐만 아니라 개인의 공권을 구체화하고 확대·형성하는 과정에서 근본적인 역할을 수행할 수 있다는 기대가 전제되고 있다. 아울러 환경보호를 위한 헌법적 측면에서의 입법부작위위헌확인소송·입법위무이행소송 및 헌법소원제도의 활성화도 아울러 강조되어야 할 것이다.