

環境行政訴訟에 관한 研究

保健行政科 李 輔 泳
副 教 授

I. 序 論

「環境인가 開發인가」라고 하는 兩者의 相剋을 어떻게 解決할 것인가는 環境法에 있어서의 최대의 根本課題이다. 특히 環境問題의 重點이 環境汚染에 起因하는 比참한 健康被害의 事後 救濟로부터 環境保全·環境管理으로 옮겨져가고 있는 現狀에 있어서는 環境과 開發의 衝突問題는 그것을 回避해서 지나갈 수 없는 심각한 現代的 課題로서 우리들에게 그 解決을 절실하게 요구해 오고 있다. 실제의 訴訟에 있어서도 環境과 開發의 調和點을 어디에다 구할 것인가 라는 問題는 公害發生施設의 設置維持를 청구하는 民事訴訟이라든가 公共施設의 設置許可의 取消을 구하는 行政訴訟이라는 형태로 環境保全이 事前豫防的으로 주장되었을 경우 현실적으로 解決해야 할 法律問題로서 裁判官의 눈 앞에 나타나지 않을 수 없는 것이다. 그러나 아직도 우리 나라에서는 이러한 어려운 問題를 처리함에 있어 指針이 될만한 一般的 價値基準은 반드시 確立되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 그 만큼 環境訴訟에 있어서의 具體的 事件의 解決을 實踐하지 않을 수 없는 裁判官에게 매우 어려운 價値裁判을 요구함에 이르게 된다.

얼마 前까지만 하더라도 우리나라의 法律裁判에 있어서는 開發의 價値가 지나치게 優越視된 나머지 環境保全의 價値는 상대적으로 輕視내지 無視되어 있었다. 그러던 것이 최근의 環境保全法의 制度와 아울러 새로 發足하게 된 環境廳의 設置 등을 계기로 하여 점차 産業優位 내지 開發一邊倒의 생각은 비판을 받게 되고 특히 憲法에의 環境權條項 新設 등의 論議와 함께 거꾸로 環境保全의 價値가 언제나 開發에 優先하는 法的 價値를 가진다고 하는 正反對의 主張조차 없지 않다.

II. 環境行政訴訟의 意義

環境汚染의 被害者가 民事訴訟에 의하여 救濟를 받기 위해서는 因果關係의 究明이라든가 過失의 立證 등 많은 困難이 예상되었었다. 그러나 그 동안의 環境(公害)訴訟을 통하여 이른바 疫學的 因果關係論의 導入이라든가 無過失責任에 가까운 取扱 등으로 말미암아 環境汚染

被害者の 民事救濟는 커다란 변모를 보이고 있으며 그 救濟도 어느 정도 용이하게 되었다.¹⁾ 그러나 이러한 民事救濟의 發展에 의하여 아무리 被害者の 救濟가 용이하게 되었다 하더라도 거기에는 일정한 限界가 있다. 즉 民事救濟는 ① 실제 발생한 健康被害 등의 具體的 回復에는 도움이 되지 않으며 ② 當事者本位의 個人救濟이며 地域全體의 環境惡化를 회복할 수 없다. ③ 事後救濟이기 때문에 被害의 未然防止에는 도움이 되지 않는 등 결함이 지적되고 있다. 따라서 최근에는 環境汚染의 未然防止를 民事訴訟으로서는 被害發生의 우려가 현저하거나 加害行爲가 계속 중이며 被害補償의 불가능이 확실히 예상되는 경우에는 加害行爲의 維持를 내용으로 하는 民事上의 維持訴訟(公害防止訴訟)을 제기함으로써 어느 정도 環境汚染發生을 미연에 防止하고 地域環境保全의 效果를 기하고 있다. 그러나 民事上의 維持訴訟에 의하여 어느 정도의 效果를 거두고 있는 것은 사실이지만 民事訴訟의 제1차적 목적이 개인적인 救濟인 이상 지역 전체의 건강하고도 쾌적한 주민생활을 지키기 위하여 환경파괴를 방지하고 바람직한 環境保全을 도모하는 責務를 民事法院에 기대하는 것만으로는 부족하고 제1차적으로는 國家나 地方自治團體의 立法 및 行政에 기대해야 할 것이라는 데 異論이 있을 수 없다. 최근 論議의 대상이 되어 있는 憲法上의 人權으로서의 이른바 環境權은 바로 國家나 地方自治團體에 대한 이상과 같은 責務의 실현을 청구하는 國民의 地位保障을 의미하는 것이라 할 수 있다.

오늘날 우리들은 이러한 環境權에 의거하여 ① 國家나 地方自治團體가 立法的 措置를 강구하여 적절한 環境汚染發生源의 團束基準을 설정하고 그것에 의거하여 行政權을 발동하여 확실하게 그것을 規制해 줄 것 ② 公共主體가 環境汚染防止事業을 適宜實施하여 地域의 環境保全을 도모할 것 ③ 國家 스스로가 公共事業의 실시나 地域開發을 담당할 경우에는 當該地域의 意向을 참작함으로써 環境保全을 위한 配慮를 게을리하지 않을 것 등을 요구할 수 있는 地位를 가진다고 할 것이다. 이러한 國民의 地位에 관해서는 종래의 學說과 判例는 그것을 이른바 反射的 利益論 내지 行政의 便宜主義와의 관련하여 그 權利性을 인정하지 않고 있었다.²⁾

우리나라의 傳統的 行政訴訟理論에 있어서는 環境汚染規制와 관련된 行政訴訟은 일반적으로 지나치게 엄격한 環境規制로 말미암아 營業의 自由 등이 違法하게 침해된 事業者가 營業의 自由回復을 구하여 제기하는 訴訟만을 가르키는 것으로 보아왔다. 여기에서는 덜 엄격한 規制에 대하여 環境汚染被害者가 環境權에 의거하여 行政訴訟을 제기하는 것은 고려되어 있지 아니했던 것이다. 그러나 環境 내지 公害行政이라는 것이 본래 住民들의 環境上의 利益과 事業者의 經濟上의 利益間의 調整을 도모함을 그 목적 가운데 하나로 하는 行政作用이라고 한다면 環境 내지 公害行政上의 法律關係에 있어서는 基本的으로 行政廳事業者, 被害者住民이 동등한 입장에서 三面的인 法律關係를 구성하는 것으로 볼 수 있기 때문에 住民側에도 環境 내지 公害行政에 主體的으로 참여할 法的 權能이 인정되어야 할 것이고 만약 그렇다면 環境

¹⁾ 徐元宇, 「環境汚染과 被害者救濟」, 檢察 1978 第1輯, pp.83~111.

²⁾ 이러한 存在의 學說내지 判例의 立場에 대한 批判으로는 金南辰, 「環境汚染의 行政救濟」, 環境法研究 創刊號, 1979. 참조

規制를 게을리하고 있는 行政廳에 대하여 그 義務의 履行을 촉구하기 위한 行政訴訟은 당연히 허용되어야 할 것으로 생각한다.

우리나라의 通說과 判例가 이러한 行政訴訟을 아직도 消極的으로 해석하고 있는데 비하여 美國이나 日本 등에서는 實定法과 判例를 통하여 그것을 積極的으로 인정하는 경향이 있음은 매우 注目할 만한 事實이라 할 것이다.

그런데 이와 같이 地域環境保全의 義務가 제1차적으로 國家나 地方自治團體의 行政作用에 속하며 그러한 義務違反이 있을 경우에는 그 是正을 구하는 權能이 住民側의 環境權에 의거한 行政訴訟에 의해 보장될 수 있다고 한다면 이러한 訴訟은 廣域的인 環境汚染의 未然防止와 環境保全이라고 하는 大目的을 달성하기 위하여 될 수 있는대로 광범하게 그리고 빠른 段階에서 제기할 수 있도록 해주지 않으면 그 制度的 意味가 없어져 버린다는 점에 이른바 環境行政訴訟의 특징이 있다고 할 것이다. 보다 구체적으로 말하자면 行政廳이 環境破壞의 우려가 있는 行爲를 행하거나 또는 행하려고 하는 경우에는 우선 그것으로 말미암아 環境惡化가 예상되는 지역에 사는 住民들에게는 될 수 있는대로 넓게 原告適格을 인정할 필요가 있을 것이고 또한 環境行政의 目的이 被害 事後救濟가 아니고 未然防止에 있다는 것을 생각할 것 같으면 環境 파괴의 우려가 강한 行政決定이 행해졌을 때에는 될 수 있는대로 빠른 段階에서 訴訟의 成熟性을 인정하여 疑義가 있는 行政決定을 再吟味하고 그것을 反芻할 기회를 마련해 주어야 할 것이다.

Ⅲ. 環境行政訴訟의 機能

일반적으로 抗告訴訟은 그 機能面으로 볼 때 行政과 國民사이에 있어서의 公權力의 行使의 適法性에 관한 紛爭의 解決節次라 할 수 있다. 그러나 첫째로 公權力의 行使는 環境行政上에 있어서는 事前的 豫防·抑制手段으로서 쓰이는 경우가 많고 따라서 그에 관한 紛爭의 解決도 環境 파괴의 事前豫防으로서의 기능을 가지게 된다. 아울러 그것은 同種의 事業에 대한 先例가 되어 違法한 公權力의 행사로 인한 環境權侵害의 一般的 豫防으로서도 기능을 하게 된다. 둘째로 環境行政訴訟은 분쟁해결을 통하여 行政過程의 民主化를 확보하는 기능을 가진다. 즉 現代國家에 있어서의 一般的인 현상이라 할 수 있는 議會制民主主義의 空洞化로 말미암아 少數이지만 강력한 政治力을 가진 集團에 의하여 여러 가지 형태로 지배당하고 있는 광범위에 걸치는 多數의 사람들에게 동일한 政治力을 부여함으로써 實質的인 民主化를 촉진하는 것을 의미한다.³⁾

法廷에서는 약한 多數의 사람들의 의견도 충분히 발표할 수 있으며 대등한 입장에서 行政

³⁾ Joseph L. Sax, "The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law", in Michigan Law Review Vol.68, No. 3 1970.

에게 자료를 공개시켜 그에 대한 反論을 할 수 있으며 行政에 의한 環境의 영향에 대한 事前 評價의 檢討의 不充分함을 밝혀내게 할 수 있는 것이다. 다시 말하면 法廷은 住民參加와 資料 公開의 기회를 제공케 하는 公開의 장소로서의 기능을 가지게 됨으로써 극히 불충분한 判斷 아래 행해진 行政을 適正節次에 따라 그리고 신중한 판단아래 행해지게 함으로써 우리나라의 行政過程에서의 市民參加節次의 不備를 補完하는 기능과 역할을 담당하게 된다.⁴⁾ 세계로 環境 行政訴訟은 被害救濟範圍를 확대하는 기능을 가진다. 民事上的 維持訴訟에 있어서도 救濟를 도모할 기회가 있지만 그 효력은 原告에게 한정된다. 그러나 行政訴訟에는 原告適格의 확대라든가 義務化訴訟 등이 일반적으로 인정되게 되면 救濟의 類型 範圍가 한결 넓어져서 關係地域住民一般에게 그 판결의 효력에 의한 環境上의 救濟가 널리 미치게 되는 것이다.

오किन대 行政은 國民으로부터 위탁된 良好한 環境의 管理를 위하여 각종의 行政法規에 의거하여 여러 가지 내용의 行政活動을 행하는 것으로 되어 있거니와 그러한 行政活動을 행함에 있어서 혹은 行政活動을 행하지 않음에 있어서 適法성과 관련된 紛爭解決이라는 형식으로 그 違法의 良心을 구하는 것이 環境에 관한 行政(抗告) 訴訟이라 할 수 있다. 이밖에 環境關係法에 의거한 規制를 받은 자가 그 規制의 違法성을 不服하여 그 排除를 구하는 경우도 있을 수 있으나 그에 대하여는 전통적인 行政法 내지 行政訴訟法의 理論이 거의 그대로 타당할 수 있으므로 특별한 고찰의 대상은 될 수 없다 할 것이다.

이에 대하여 여기서 말하는 環境行政訴訟의 경우에는 당해 公權力의 行使가 原告이외의 環境汚染의 發生源에게 행해지는 것이거나 혹은 一般的 處方의 형식을 취하는 경우가 많기 때문에 반드시 전통적인 理論은 그대로 타당할 수 없다. 바로 이 점이 環境行政訴訟에 있어서의 그 特質에 대응할 수 있는 새로운 理論의 展開가 요구되는 까닭이라 할 수 있는 것이다.

생각컨대 環境汚染의 責任의 一端이 行政主體에 있고 또한 民事上的 救濟가 一定한 限界에 봉착한다 할 때 行政廳에게 環境汚染에 대한 責任을 묻는 環境行政訴訟은 可能的 것이며 또한 必要한 것이라 하겠다.

이러한 環境行政訴訟이 提起되는 경우 다음 세가지 事項이 主要한 問題로 등장된다.

첫째 環境行政訴訟에 있어서의 原告適格의 問題

둘째 環境行政訴訟의 類型으로써 어떠한 것이 認定될 수 있는가? 特히 取消訴訟外에 行爲 要求訴訟이 認定될 수 있는가의 問題

셋째 環境行政訴訟의 한 特殊形態로서 市民訴訟制度의 도입이 可能的가의 問題가 그것이다.

⁴⁾ Sax教授는 環境訴訟의 一般的 特성을 概述하면서 「訴訟은 環境政策의 形成過程이 合理的으로 分別 있게 그리고 市民의 關心事의 온갖 局面에 잘 對應하는 感覺을 가지고 作動하기 위한 지렛대의 또 하나의 源泉이 되는 것이며...보다 伸縮性있는 行政過程에의 門戶를 開放하는데 도움을 준다」고 말하고 있다 (J.L. Sax, *Defending the Environment: A Strategy for citizen Action*, 1970: 山川·高橋 公譯 「環境의 保護」, 1974, p.130.

IV. 原告適格의 法理

우리 憲法은 第35條에서 「모든 國民은 깨끗한 環境에서 生活할 權利를 가지며 國家와 國民은 環境保全을 위하여 노력하여야 한다」고 規定함과 아울러 第27條에서 國民의 裁判받을 權利를 規定하고 있다. 그러나 國民의 裁判請求權을 行使하는 것 즉 訴의 提起는 어느 경우에도 또 누구에게나 함부로 許容되는 것은 아니며 一定한 資格이 부여되고 訴訟遂行의 必要性이 認定되는 者에 限하여 許容되는 것이다.

이는 이른바 原告適格의 問題로서 市民訴訟의 當事者適格의 問題와 廣義의 訴의 利益의 問題를 이루고 있다.⁵⁾ 우리 行政訴訟法은 行政訴訟의 提起要件으로서 權利 또는 法律上的 利益의 侵害 등을 明文으로 要求하고 있지는 않다. 그러나 우리의 裁判⁶⁾이나 學說⁷⁾은 대체적으로 行政訴訟提起要件으로서 “權利” 또는 “法律上的 利益”의 侵害를 要求하며 단순한 反射的 利益의 侵害는 原告適格이 인정되지 않는다고 한다.

日本の 行政訴訟法은 抗告訴訟의 類型으로서 處方의 取消訴訟, 裁決의 取消訴訟, 無效確認訴訟 및 不作爲違法確認의 訴의 4種類를 規定하고 그 原告適格에 관하여 각각 다음과 같이 規定하고 있다. 즉 處分 및 裁決의 取消訴訟에 대하여는 “당해 處分 또는 裁決의 取消를 구함에 法律上的 利益을 가지는 者에 限하여 제기할 수 있다.” “無效確認의 訴에 대하여는 당해 처분 또는 裁決에 계속하는 處方으로 損害를 입을 危險性이 있는 者 및 當該處分 또는 裁決의 無効 등의 確認을 求함에 法律上的 利益을 가지는 者으로써” 라고 規定하고 있으며 또 不作爲 確認訴訟의 原告適格에 대해서도 “處分 또는 裁決에 대하여 申請을 한 者에 대하여 提起할 수 있다”고 規定하고 있다.

또한 西獨의 行政裁判所法은 行政訴訟의 提起要件으로서 原告의 權利가 侵害될 것을 要求하고 있다.⁸⁾

그러나 이러한 取消訴訟의 訴의 利益의 문제로서 제기되는 이 權利 또는 法律上的 利益이라는 觀念은 너무나도 明確하지가 않다. 그리하여 결국 이것은 단순히 實定法的·技術的인 文理解釋에 의해서만 처리할 것이 아니라 取消訴訟의 目的 및 기능을 어떻게 이해할 것인가에 따라 判斷되어야 할 것이라는 견해가 대두된다.⁹⁾

環境行政訴訟에 있어서의 原告適格의 判定基準을 外國의 法理와 비교하여 살펴 보기로 한

⁵⁾ 千柄泰, 「抗告訴訟에 있어서의 訴의 利益」, 公法研究 第7輯, 1971. pp.111~119.

⁶⁾ 大法院은 “行政訴訟은 그 提起要件으로써 일정한 權利 또는 法律上 利益이 違法한 行政處分으로 인하여 侵害당하였을 것”을 한결같이 要求하고 있다. (大判 4292 行上50 1961. 9. 28 宣告: 大判 68누19. 1968. 6. 18宣告 등) 이러한 判例의 詳細에 관하여는 韓國行政科學研究所(代表 金道稔)編 行政判例集(中) p.1965 및 李尙圭編著 註釋 行政判例法(I) p.888.

⁷⁾ 金道稔, 全訂一般行政法論(上), 博英社 p.464(1980); 朴鈞哲, 最新行政法講義(改正版. 上) 國民書館 p. 404(1981)

⁸⁾ Vgl. W. Henke, Das Subjektive öffentliche Recht, S. 6.

⁹⁾ 原田尙彦, 「訴의 利益」, 行政法講座 第3卷. p.256.

다.

1. 原告適格의 判定基準

1) 權利享受回復說

이 說은 取消訴訟의 目的과 機能을 현재의 國民의 權利享受를 妨害하고 있는 違法한 行政處分의 効力を 排除하여 權利享受를 回復시키는데 있다는 것으로 學說과 判例의 전통적인 견해이다.

이 理論의 근거는 三權分立論에 있어서의 司法權의 本質論에 그 기초를 둔 것으로서 즉 司法權은 權力分立의 原則上 行政權에 대하여 一般의인 감독권을 가지고 있지 않고 단순히 당사자간에 있어서 權利·義務에 관하여 분쟁이 있는 경우에 具體的인 法の 適用만을 保障하는 機能만을 가지고 있는 것이므로 國民의 具體的인 權利救濟에 필요한 限度內에서의 行政의 適法性을 審査할 수 있는데 불과하다는 것이다.

따라서 이 見解에 의하면 司法上의 救濟利益은 權利의 범주 여하에 좌우되게 되어 첫째로 訴訟의 對象은 國民의 具體的 權利를 직접 침해하는 處分이라야 하며 特定人の 權利를 侵害하지 않는 處分은 비록 國民에게 不利하게 作用하더라도 先驗的으로 對象으로서의 適格性이 否定된다(例컨대 公道이 廢止處分의 경우) 둘째로 第三者에 대한 處分에 대해서는 그 第三者가 特別한 權利를 가지는 경우를 除外하고는 原則的으로 原告適格은 인정되지 않는다.(例컨대 인근 住民保護規定에 위반한 建築許可에 대한 隣近住民의 地位) 그리고 세째로 訴의 利益은 毀損된 權利가 現實的으로 回復될 可能性이 없으면 認定되기 어렵기 때문에 基本的 權利의 回復이 法律上 또는 事實上 不可能하게 되면 비록 附隨的인 利益의 回復可能性이 남아 있는 경우에도 그 處分의 取消을 訴求할 利益은 否定된다(例컨대 免職된 公務員의 地位 回復이 不可能하게 되면 俸給請求만을 위한 免職處分의 取消을 請求할 수 없게 된다)

이 見解에 의하면 訴의 利益이 許容되는 범위는 극히 限定된다.¹⁰⁾

2) 法律上 保護되고 있는 利益救濟說

이 說은 取消訴訟을 固有의 意味로서의 權利의 貫徹手段으로 해석하는 것이 아니라 適法한 處分에 대하여 法律이 國民을 위하여 保護하고 있는 利益을 當事者 스스로가 防衛하기 위한 手段으로 해석한다. 따라서 이 說에 의하면 行政處分이 國民의 利益을 保護하는 強行法規에 違反하여 관계 國民에게 不利益을 주었을 경우에는 비록 그 利益이 權利라 할 수 없는 경우에도 取消訴訟의 提起가 可能하다고 하는 것이므로 取消訴訟의 保護法益은 權利享受回復說에 비하여 擴大되는 셈이다. 또 法律이 保護하는 利益 내지 權能이 違法한 處分에 의하여 沮止되어 있는 이상은 그것이 回復되어야 하므로 이의 主된 權利의 回復이 不可能한 경우라도 그에

¹⁰⁾ 이 見解에 따른 것이라 볼 수 있는 우리 大法院 判例로는 4292行上 19號判決, 1961. 8. 17宣告와 69누 91號判決, 1971. 6. 29. 宣告 등을 들 수 있다.

부수되고 從된 權利나 利益의 回復이 處分の 取消으로써 可能한 경우에는 行政處方の 取消의 필요성이 容認되는 것이다. 이 說은 現在 西獨과 日本과 우리나라의 學說의 多數가 支持하는 立場이다.¹¹⁾

3) 保護할 價値있는 利益救濟說

이 說은 訴의 利益의 判定을 번거로운 實定法規의 解釋으로부터 解放시켜 보다 實質的으로 國民이 받는 損失을 評價하여 司法的 救濟의 可否를 결정하려는 見解이다. 이 說에서는 訴訟은 權利 내지 實體法的 保護法益의 옹호를 위한 節次라고 보지 않고 그것을 實生活의 個別的·具體的인 분쟁을 法律의 해석적용에 의하여 해결하려는 절차로 이해한다. 따라서 處分の 違法을 다루는 者가 그 効力を 否認할 만한 實質的인 利益이 있는 限 그것이 法律上 보호하는 利益이거나 事實上的 利益이거나를 가리지 않고 널리 訴의 利益의 要件을 充足하는 것이라고 주장한다. 다시 말하면 事實上的 不利益을 입는데 지나지 않는 者라 하더라도 그 不利益이 一般的·抽象的이 아니라 具體的·個人的인 不利益이며 동시에 直接的이고 重大한 不利益인 경우에는 이러한 不利益을 받은 者는 그 다툼을 具體的으로 解決하기에 적절한 當事者라는 견지에서 權利내지 法的 利益이 侵害된 경우와 크게 다를 바 없기 때문에 救濟의 필요성이 인정되어야 한다는 것이다.¹²⁾

4) 處分の 適法性 保障說

이상의 여러 學說은 모두 根本的으로는 取消訴訟의 本質을 主觀的인 個人的 利益 보호에 있다고 하는 이른바 主觀的 訴訟의 理念에 그 바탕을 두고 있기 때문에 訴의 利益의 有·無를 주로 保護法益인 原告의 主張利益의 性質에 착안하여 그 評價만으로 결정하려는 데 대하여 이 說은 取消訴訟을 個人的 利益 보호만을 위한 手段으로 보지 않고 그 특징을 오히려 行政處分の 適法性 維持機能에 求하고 있다. 그리하여 訴訟法上的 個別的 具體的인 問題를 해결함에 있어서는 處分の 適法性의 維持 즉 客觀的 訴訟의 理念을 指導理念으로 하지 않으면 안된다고 한다. 따라서 이 說에 의하면 訴의 利益은 종래와 같이 原告의 主場利益의 性質만을 判定의 기준으로 하는 것이 아니고 오히려 係爭處分の 性質을 감안하여 당해 處분이 司法審査의 可能性을 確保하고자 하는 것이다. 따라서 處分の 性質을 判斷하여 그 處分을 다루는 데 있어서 가장 적합한 利益상태에 있는 者가 訴訟을 提起하였을 경우에는 그 訴의 利益을 승인하여 이를 受理하여야 한다고 한다.¹³⁾

¹¹⁾ 大判 64누 8號 判決, 1964. 9. 30. 宣告; 64누 106判決, 1969. 12. 30 宣告; 75누 12號 判決 1975. 7. 22. 宣告

¹²⁾ 이러한 學說을 따르고 있다고 보이는 日本의 判例로는 「公衆浴場 營業許可無効確認請求事件」 最高裁昭和 37年 1月 19日 民集 16卷 1號 p.57.

¹³⁾ 原田尙彦, 前掲書, p.18.

2. 環境行政訴訟에 있어서의 原告適格의 擴大化

이상에서 取消訴訟의 本質과 그것이 訴의 利益을 判定하는 限界에 어떠한 관계가 있는가를 개관하여 보았다. 그런데 環境行政訴訟의 경우 오늘날의 環境汚染의 現況이 廣域的 環境汚染을 그 特性으로 하고 있음을 반영하여 租稅訴訟 등과 같이 個人의 財産上의 利益保護를 위한 것이라기보다는 廣域的 環境汚染의 防止 乃至 豫防이라는 地域住民에 共通하는 集合的 利益(環境上의 利益)에 관한 訴訟이 中心을 이루고 있는 것이 그 世界的 傾向이다. 특별히 個個市民의 環境上의 利益이 直接的인 財産上의 利益性を 缺如하고 있는 경우가 많으며 나아가 地域住民의 集合的인 環境上의 利益이 公共性を 띠는 경우가 많아 이러한 경우 原告適格을 如何히 인정할 것이냐가 문제가 되는 것이다. 따라서 美國, 日本과 우리의 大法院 判例의 立場을 살펴보기로 한다.

1) 美國의 法理

美國의 環境行政訴訟에 있어서의 原告適格의 法理는 크게 70年代 以前과 以後 즉 行政節次法(Administrative Procedure Act)을 기초로 하고 聯邦法院의 判例에 의하여 原告適格이 擴大되어 가던 時期와 1970年の 改正 大氣泥化法(Clean Air Act Amendments)을 필두로 立法的으로 해결되어가는 時期로 區分할 수 있다.¹⁴⁾

元來 聯邦行政訴訟에 있어서의 原告適格은 行政節次法 第10條 2項 所定の 「行政處分으로 因하여 違法的인 侵害(legal wrong)를 當한 者 또는 關係 法律의 意味에서 不利益을 받거나(Adversely affected) 利益의 侵害를 받은 (Aggrieved)者는 그 處分에 대한 司法審査(Judicial Review)를 請求할 수 있다」는 司法審査條項에 의하여 規律되고 法院의 傳統的인 原告適格理論은 法律上의 權利나 制定法에 의하여 保護되는 利益을 侵害받은 者에 限하여 原告適格이 認定되고 그 利益은 經濟的 利益에 限한다는 것이었으나 1960年代에 들어서서 環境保護問題가 本格的으로 舉論되면서 環境破壞는 광범하고 지속적인 영향을 미치는 성질의 것이고 또 環境保護訴訟은 그 經濟的인 面이나 技術的인 面으로 보아 個人의 訴訟遂行이 거의 不可能하다는 점을 인식하기에 이르러 法院에 의하여 自然資源의 保存訴訟을 中心으로 하여 環境保護團體의 原告適格이 인정되게 되었다. 1965年の 第2巡回區 聯邦抗訴法院의 Scenic Hudson Preservation conference vs. F. P. C件的 判決¹⁵⁾ 1972年の 聯邦大法院 Sierra Club vs. Morton 事件的 判決,¹⁶⁾ 1973年の 聯邦大法院의 United States vs. SCRAP (Students Challenging Regulatory Agency Procedure) 事件的 判決¹⁷⁾ 등은 위 원고적격의 기준을 제시하는 Model이 되는 判決이라 할 수 있다. 現

¹⁴⁾ Gabriel N. Steinberg, Is the citizen Suit a Substitute for the class action in environmental Litigation? An Examination of the Clear Air Act of 1970, Citizen Suit Provision, Vol. 12 Standiego Law Review 107, 1974, pp.107~148.

¹⁵⁾ 354, F.2d. 608. Cert. denied, 384, U.S. p.41(1966)

¹⁶⁾ 405, U.S. 727 (1972)

¹⁷⁾ 412, U.S. 667 (1973)

수의 美國 判例法上の 原告適格의 法理는 環境上の 利益을 實定法上 明示的인 그 配慮 내지 保護條項의 有無를 不問하고 그 目的 條項 등 全體의 취지로 보아 法的으로 보호되는 利益으로 보며 또 이러한 環境上の 利益은 個人的인 것 뿐만이 아니고 地域的·集合的 利益을 包括하는 것이라 본다.¹⁸⁾

그런데 事實 오늘날에 있어서는 1970年의 改正大氣泥化法(Clean Air Act Amendments) 第304條가 「어느 市民도 自身の 利益을 위하여 ① 이 法上の 排出基準 및 制限 또는 그 基準 등에 關하여 環境廳長이 發하는 命令에 違反하는 政府機關 또는 어느 市民을 相對로 하거나 ② 環境廳長이 그의 自由裁量에 속하지 않는 바의 이 法上の 義務나 行爲를 履行하지 않을 때에는 環境廳長을 相對로 하여 聯邦地方法院에 위 基準 制限 및 命令의 준수나 위 義務 등의 履行을 命하는 訴訟을 提起할 수 있다」고 規定하였음을 契機 내지 模型으로 하여 그 후에 汚染의 種類別로 制定된 一聯의 公法的 規制 即 1972年의 改正聯邦水質汚染規制法(Federal Water Control Act), 1972年의 海洋保護法 1972年의 騒音規制法(Noise Control Act), 1976年의 毒性物質規制法(Toxic Substances Control Act), 1976年의 自然資源保存法(Resource Conservation and Recovery Act) 등에서 위와 유사한 市民訴訟條項을 設定함으로써 이들에 關한 環境訴訟에 있어서의 市民의 原告適格은 立法的으로 解決되었다 하겠다.¹⁹⁾

2) 日本의 法理

最近 公害의 防止와 生活環境의 保全을 둘러싸고 日本에 있어서도 環境行政訴訟의 提起가 년에 필 정도로 증가하고 있으며 위의 原告適格의 問題도 個人的 環境上の 利益이 行政訴訟法 9條의 法的 利益에 包含된다 함은 이제 多數說의 地位를 점하고 있고²⁰⁾ 더 나아가 地域住民의 原告適格 즉 地域住民이 一般的인 地域的·集合的 利益(環境上の 利益)의 侵害만을 理由로 하여 위 環境訴訟을 提起할 수 있는 資格이 있느냐의 問題가 그 中心을 이룬다. 게다가 이에서 더 나아가 그 原告適格을 인정하는 한편 國家 乃至 地方公共團體가 行하는 糞尿 또는 芥處理場의 設置工事, 道路建設工事 등과 같은 從來에는 非公權力的 行爲로 取扱되던 行爲도 이를 抗告訴訟의 對象이 되는 行政處分으로 抱括하고 이에 대하여 環境行政訴訟 및 그 執

¹⁸⁾ 다만 環境保護團體 등이 地域的 利益保護를 위하여 環境行政訴訟을 訴求함에 있어 그들이 公益의 代表者라는 것만으로는 原告適格이 부정되며 적어도 그 構成員이 위 地域的 利益을 侵害받게 되는 自然環境 등의 使用者라거나 또는 그 行政處分으로 위 環境上の 利益을 事實上 侵害받게 될 可能性이 있다는 것을 主張함을 要한다는 限界(즉 순수한 의미의 公益訴訟은 否定된다)가 지적되고 있다 (Association of Data processing service Organization vs. camp 事件 397. U. S. 150, 1970, 348, F. Supp. 219, N. D. Calif, 1912)

¹⁹⁾ 위 立法的 詳細에 關하여는 Gabier N. Steinberg, *op.cit.*, p.117이하; Developments in the Law-Class Action, *Havard Law Review* Vol. 89, number 71318, 1976, pp.1331~1352 참조

²⁰⁾ 田中館照楠 「行政事件における 地域住民の 原告適格」 法學 세미나 194號 p.14.

原田尚彦 「環境行政訴訟の 問題點」 環境權と 裁判 (昭和52年) p.136.

行停止申請을 許容하려는 傾向까지 發展하고 있다.²¹⁾

3) 우리 大法院 判決의 경우

우리나라는 美國이나 日本과는 달리 그 工業化가 늦어 最近에 이르기까지 (비록 環境汚染의 深刻化 遍在化 현상이 두드러지게 나타나고 있지만) 아직 地域住民의 一定地域의 環境保護를 위한 行政訴訟은 없었다고 할 것이고 다만 大法院 1975. 5. 13 宣告 73누 9697 判決이 「都市計画法에 따라 住居地域으로 지정된 淸州市 地域에 原動機를 使用하여 許可한 淸州市長을 被告로 하여 그 工場으로부터 70cm사이에 連接한 같은 住居地域內에 家屋을 所有하고 있는 原告가 同 工場의 原動機 稼動으로 인한 소음 때문에 住居의 安寧 등을 侵害받고 있음을 들어 위 建築許可處理의 取消을 구한 事案에서 「住居地域에 居住하는 사람이 받는 都市計画法 建築法 등에 의한 保護利益은 단순한 반사적 이익이나 事實上的 利益이 아니라 바로 法律에 의하여 보호되는 利益이라고 할 것이다」라고 判示하여 그 原告適格을 인정하는 한편 同 工場으로부터 相當한 거리에 居住하고 있는 또 다른 原告에 대하여는 「…被害者の 이 事件 行政處方으로 인하여 받은 不利益의 정도는 결코 社會의 協同生活上 용인할 限度를 초과하지 않는 것이므로 그 提訴利益이 없다 하여 原告의 訴를 却下한 것은 正當하다…」고 判示하고 있다.

이 侵害(環境의 利益侵害)에 관한 것이라고 하더라도 個人的 具體的 利益의 保護를 위한 傳統的인 類型의 抗告訴訟에 관한 것이라고 할 수 있을 뿐, 이로써 위의 美國이나 日本의 경우에서 본 것처럼 地域住民의 地域의 一般的 環境上的 利益만으로 法律에 의하여 보호되는 利益 即 原告適格이 인정된다고는 단정하기 어렵다 할 것이다.

이상에서 環境行政訴訟에 관한 原告適格의 法理에 대하여 살펴보았고 특히 美國·日本의 경우와 우리 大法院判例에 대하여 살펴보았는데 우리나라도 이제 工業化를 이룩하여 이미 環境汚染의 深刻化, 遍在化 長期化 現象이 一般化되어 있다고 할 수 있다.

이미 環境汚染의 廣域化現象을 경험하고 이에 대한 對策에 부심하고 있는 美國·日本 등 先進工業國에서 環境汚染防止를 위한 對策의 一環으로서 立法的으로 또는 學說·判例에 의해서 環境行政訴訟의 原告適格을 擴大하고 있음은 前述한 바와 같거니와 이에 대비하여 볼 때 우리 大法院 判例는 一般 抗告訴訟에 있어서의 原告適格의 認定조차도 지나치게 인색한 傾向이 짙다.²²⁾

우리나라의 경우 이미 環境汚染의 累積的 效果가 나타나기 始作하였으므로 市民의 生命과 身體를 그 重大한 侵害로부터 保護하기 위하여 環境汚染의 防止 및 豫防을 위한 措置가 시급하여졌다 할 것이다.

²¹⁾ 東京地裁 昭和 48. 5. 31. 判決, 大阪地裁岸和田支部, 昭和 47. 4. 1. 決定; 廣爲高裁 昭和 48. 2. 14 判決, 最高裁 昭和 30. 2. 24. 判決, 最高裁 昭和 39. 10. 29. 判決, 東京地裁 昭和 45. 10. 14. 判決.

²²⁾ 李在性, 「行政訴訟의 訴益」, 公法研究 第7輯, (1979) p.77.

깨끗한 環境에서 生活할 市民의 權利가 憲法에 의하여 認定된 지금 一定한 環境圈에 있는 市民集團이야말로 環境規制違反을 効果的으로 감시할 수 있으며 法의 執行에 있어서도 最善의 監視者임을 留意하고 環境行政訴訟의 分野에 있어서의 訴의 利益의 擴大는 行政의 專斷을 防止하고 環境의 破壞를 예방하는 데 크게 기여할 수 있다는 점 등을 고려할 때 우리나라에 있어서도 地域住民이 一般의인 地域的·集合的·利益의 侵害만을 理由로 즉 環境上의 利益의 侵害만을 理由로 하여서도 環境行政訴訟을 提起할 수 있는 資格을 가진다고 해석하는 것이 우리의 現實과 法意識에 비추어 적합하리라 생각된다.

V. 環境行政訴訟의 類型

1. 概觀

위에서 環境汚染으로 인한 行政訴訟에 있어서의 原告適格의 法理 특히 一定地域住民의 環境上의 利益이 原告適格을 인정케 하는 法的 利益이 될 수 있느냐의 側面에서 살펴 보았거니와 이러한 環境行政訴訟이 提起될 경우 어떠한 類型 어떠한 形式의 것이 인정될 수 있는가의 問題가 그 다음의 問題로 등장된다. 우리 行政法上 行政訴訟의 類型으로써 첫째 訴訟이 行政權力의 發動에 관한 것인가? 그렇지 않으면 對等한 權利主體로서의 行政主體에 대하여 提起되는가의 구별에 따라 抗告訴訟과 當事者訴訟으로 區分하고 둘째 訴訟의 目的이 주로 個人的 權利·利益의 保護를 위한 것인가? 혹은 行政法規의 適正한 執行保障을 위한 것인가? 라는 觀點에서 主觀的 訴訟과 客觀的 訴訟으로 구분하여 위의 두 分類를 가장 重要한 것으로 취급하는 것이 一般의인 傾向이다.

客觀的 訴訟에 관한 問題는 다음으로 미루기로 하고 여기에서는 주로 主觀的 訴訟의 類型으로서의 環境行政訴訟의 모습만을 살펴본다 할 때 環境行政訴訟의 경우는 언제나 行政權力의 發動에 관한 것만 問題될 뿐 당사자 訴訟으로서의 여지는 없다 할 것이다. 그렇다면 여기에서는 抗告訴訟으로서의 環境行政訴訟만이 問題되겠는데 抗告訴訟의 形式 가운데서 어떠한 形式의 것이 인정될 수 있는가가 問題된다.

抗告訴訟의 形式으로는 處分 및 裁決의 取消訴訟, 無効 등의 確認訴訟, 不作爲違法確認訴訟 등을 생각할 수 있는 바 環境行政訴訟에 있어서의 行政廳이 法上 環境汚染에 대한 規制義務를 지고 있음에도 불구하고 그 義務를 履行하지 않거나 義務에 違反하여 즉 規制權限을 發動하지 않거나 잘못 發動하여 個人的 權利나 利益을 侵害한 경우 行政廳에게 規制를 할 義務가 있음을 確認하는 訴訟, 規制를 하지 아니함이 不作爲에 의한 違法임을 確認하는 不作爲違法確認訴訟法, 規制를 할 義務가 있으므로 規制를 要求하는 行爲要求訴訟 등의 形式이 주로 問題가 된다 할 것이므로 環境行政訴訟의 경우는 行爲要求訴訟이 인정될 수 있는가가 主要問題가 된다 할 것이다. 먼저 그 認定與否에 대한 學說을 살펴보고 外國의 法理를 살펴보기로 한다.

2. 環境行政訴訟으로서의 行爲要求訴訟의 可能

1) 意義

行爲要求訴訟은 行政行爲를 要求할 權利 또는 利益을 가진 者에 대하여 行政廳의 職務行爲가 行하여지지 않는 경우에 그 侵害된 權利 利益을 救濟하기 위하여 認定되는 訴訟이다. Menger는 行政訴訟의 核心인 廣義의 抗告訴訟을 行하여진 行政行爲에 대한 抗告訴訟과 放置된 職務行爲를 履行할 것을 主張하는 訴訟 즉 義務化訴訟으로 나누고 義務化 訴訟을 다시 拒否反射訴訟과 不作爲訴訟으로 나누는데 여기서 主要 問題가 되는 것은 이른바 義務化訴訟이 될 것이다. 卽 環境汚染問題를 前提로 할 때에는 主要 義務化訴訟 다시 말해서 拒否反射訴訟과 不作爲訴訟이 問題가 된다는 것이다. 拒否反射訴訟에는 默示的 拒否處分이 있는 경우를 消極處分에 의한 拒否處分으로 보아 이에 대한 拒否反射訴訟을 提起하는 경우와²³⁾ 國民의 申請에 대하여 아무 意見表示없이 가만히 있되 一定한 法定期間이 定하여져 있지 아니한 경우의 拒否反射訴訟이 있을 것인바 Menger는 이 兩者를 모두 義務化訴訟이라 한다.

이에 대하여 雄川一郎教授는 國民의 申請에 대하여 明示的·默示的 拒否를 한 경우의 拒否處分 取消訴訟과 行政廳의 不作爲를 違法이라고 하여 어떤 行爲를 할 것을 要求하는 訴訟을 不作爲 訴訟이라 하고 行政廳에 대하여 처음부터 特定한 行爲를 할 것을 請求하는 訴訟을 義務化訴訟이라고 한다.²⁴⁾

公害問題가 결부시켜 볼 때에는 主要 Menger가 말하는 바 拒否反射訴訟과 不作爲訴訟을 合한 概念으로서의 義務化訴訟과 雄川一郎가 말하는 바 義務化訴訟이 그 主要問題가 될 것이다.

2) 學說

現在 우리 나라에서는 義務化訴訟類의 行爲要求訴訟이 可能한가에 대하여 學說이 크게 對立되어 있다. 이른바 消極說과 積極說의 對立이 그것인 바 먼저 兩說의 論據를 살펴보기로 한다.

消極說의 論據를 보면 첫째 行政權과 司法權의 分立 그 組織과 기능의 特異性 또는 行政責任의 歸屬 등의 問題를 고려할 때 權力分立의 原則上 不可能하다.²⁵⁾ 둘째 行政上의 法律關係에 대해서는 行政廳이 그것을 規制할 權限을 가지고 있는 것이며 行政上의 法律關係의 대부분은 行政廳의 獨自의인 認定權을 매개로 하여 形成, 具體化되게 되므로 行政에 관한 司法審査는 자연 事後審査 즉 行政廳의 認定判斷을 前提로 하는 것이 되어야만 한다. 즉 義務化訴訟이 行政廳의 裁量權을 侵害하기 때문에 不可能하다.²⁶⁾ 셋째 法上

²³⁾ 雄川一郎, 「行政爭訟法」, 法律學全書, p.6.

²⁴⁾ 雄川一郎, 教授는 他人의 申請을 拒否한데 대한 取消請求訴訟, 行政廳의 不作爲를 違法이라 하여 어떤 行爲를 할 것을 請求하는 不作爲訴訟, 行政廳에 대하여 特定한 行政行爲를 할 것을 請求하는 義務化訴訟이 있다고 한다. 前掲書, p.97

²⁵⁾ 金道昶, 前掲書, pp.443~444.

²⁶⁾ 朴鈞折, 前掲書, p.388.; 田中二郎, 新行政法(上), 全訂第一版, pp.284~285(1971)

行政府의 自由裁量에 맡겨져 있는 分野는 現在에도 넓은데 이 領域에서는 行政廳의 責任으로 處理할 수 있는 限 司法審査의 對象이 되지 않는다. 즉 義務化訴訟이 行政廳의 裁量權을 侵害하기 때문이 不可能하다.²⁷⁾ 세째 義務化訴訟類의 行政訴訟의 導入이 立法論의 으로는 바람직하지만 現在로서는 實定法의 根據를 缺하므로 不可能하다. 네째 西獨에 있어서 義務化訴訟이 인정되고 있는 것은 그들의 行政裁判所가 고유한 司法機關이 되었다고는 하지만 通常司法裁判所에 대한 特殊性이 무시되지 않고 있음에 기인한다고 볼 수 있다. 그러나 우리나라의 경우 司法法院의 構成(非專門性) 節次(辯論主義) 등이 義務化訴訟類의 行爲要求訴訟을 審理하기에는 지극히 부적합하다는 것²⁸⁾ 등을 든다.

위와 같은 消極說의 論據에 대하여 積極說은 다음과 같은 論據로 義務化訴訟의 可能性을 인정한다.

첫째 權力分立을 組織論의인 權限과 分配原理라고만 이해할 경우에는 아마도 義務化訴訟을 인정할 여지는 全無하겠으나 權力分立을 國家作用의 機能的 分立이라는 의미로 이해하게 되면 國民의 法的 權利의 確認은 다름아닌 司法府의 任務가 아니라 할 수 없을 것이다. 따라서 權力分立의 理論은 義務化訴訟의 可否를 決定하는데 있어서 決定的인 論據를 제공하는 것일 수는 없을 뿐만 아니라 또한 그 可否에 관해 兩者擇一의인 決定이 반드시 現實에 있어서 妥當한 結論을 도출하는 것이라 할 수도 없을 것이다. 따라서 權力分立이라는 抽象論 내지 觀念論으로부터 一義的 結論을 끌어내기 보다는 行政訴訟法의 해석으로서는 國民의 權利救濟 내지 保護를 主眼으로 하여 고찰하고 傳統의인 抗告訴訟으로서 救濟받을 수 있는 것은 그것에 의하게 함을 原則으로 하되 그것으로 權利救濟의 實効를 기하기 어려운 경우는 例外的으로 義務化訴訟 등을 인정하여 違法的 公權力 行使에 대한 權利保護의 確實을 기하는 것이 옳을 것이다.²⁹⁾

둘째 行政權에 대한 第一次的 判斷權이 行政權에 專屬한다는 論據에 대하여 行政廳의 作爲 不作爲의 義務의 存在가 法律上 一義的으로 明瞭하여 이미 行政廳의 第一次的 判斷權을 유보할 필요성이 없는 경우 또는 그것에 의하여 國民에게 重大한 損害 내지 危險이 絶박하고 있으며 또한 달리 救濟를 구할 적절한 方法이 없다고 하는 事情이 있는 경우 義務化訴訟을 제기할 수 있다고³⁰⁾ 할 것이며 그 밖에 義務化訴訟의 경우 行政廳이 訴訟의 前段階에서 그 나름대로 審査하여 判斷할 기회를 가졌다고 보아야 할 경우가 많고 訴訟의 관계에 있어서 行政

²⁷⁾ 田中二郎, 前掲書, pp.284~285.

²⁸⁾ 金道昶, 前掲書, p.444. 大判 65누 145, 1966. 4. 6. 宣告, 大判 64누 127, 1965. 4. 27 宣告, 大判 66누 130, 1966. 11. 22. 宣告.

²⁹⁾ 徐元宇, 現代行政法論(上), 博英社 p.804, 1983.; 山內敏房, 「無名抗告訴訟의 問題點」 實務民事訴訟講座, 8卷 p.157; 南博方·原田尙彦·田村悅一編, 行政法(2), 1976. p.210.

³⁰⁾ Vgl. K. Meyer, Herstellung der Spruceife Grundsatz und Grenyen dargestellt am Baurecht, DVBL, 1961, S. 75ff Eyermann Frohler, Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Aufl. 1964, Rdnr. 6113zu §113; F. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 1974, Rdnr, 13zu §113.

廳은 發給義務의 存否에 關係 主張·立證할 기회가 주어지므로 여기에서도 行政廳에게 行政問題에 關係 第一次의 判斷權의 行使가 保障된다고 할 것이다.

세째 義務化訴訟이 行政廳의 裁量權을 侵害하는 것이 아니냐는 論據에 대해서 義務化訴訟에 있어서의 法院의 判決이라는 것이 西獨의 明文規定에서 보는 바와 같이 事案이 判決을 할 만큼 成熟된 경우에만 할 수 있게 되어 있고 法院이 判決成熟性을 訴訟지휘 등을 통해 創出할 義務를 지고 있는 反面에 法院이 무엇이든 철저히 審理하여 判決成熟性을 形成하라는 것이 아니고 行政機關의 專門·技術的 檢討를 요하는 것에 대하여는 判例가 인정되고 있으므로 義務化訴訟이 行政廳의 裁量權을 侵害하는 것이라 할 수 없다.

네째 積極說의 立場에서는 實定法上的 근거로서 다음과 같은 것들을 들고 있다.

즉 “行政訴訟法 第1條의 取消의 概念”속에는 당연히 全部取消과 一部取消을 전부 포용하는 것이라 할 수 있는 바 行政訴訟法 第1條에서 取消과 별도로 變更을 인정한 것은 文字 그대로의 變更 즉 積極的 變更을 인정한 것으로 보지 아니할 수 없다.³¹⁾라든가 “同法上的 處分”을 받드서 積極的 處分으로 制限的으로 해석함으로써 不作爲에 대한 行政訴訟을 부인할 理由는 없다.³²⁾ 혹은 “本法에 特別한 規定이 없는 事項은 法院組織法 및 民事訴訟法의 規定의 定하는 바에 의한다”는 行政訴訟法 第14條의 規定도 消極說의 主張을 반박할 수 있는 충분한 論據가 될 수 있다.³³⁾ 그리고 行政訴訟法 第1條上的 “其他 公法上的 權利”關係에 關係한 訴訟을 廣義로 處分의 取消·變更訴訟 이외에 其他의 일체의 公法上的 行政訴訟으로서 새길 수 있다. 즉 하나의 無名抗告訴訟으로 보자는 것이라는 등의 實定法의 根據가 그것이다. 다섯째 우리나라 司法法院의 構成과 節次上 不適當하다는 見解에 대하여는 전형적인 行政裁判制度를 가지고 있는 프랑스에 있어서 義務化訴訟이 부인되고 전형적인 司法國家主義를 취하고 있는 美國에서는 그것이 인정되는 것에 비추어 볼 때 司法法院의 構成이나 節次는 義務化訴訟을 인정하는데 별 불편을 주지 않는다고 하기도 한다.

3) 外國의 法理

西獨의 경우를 살펴보면 東獨의 行政裁判所法은 義務化訴訟에 關係하여 第113條 4項에서 상세히 規定하고 있는데 그 내용은 다음과 같다.

“行政行爲의 拒否 또는 그의 放置가 違法이며 또한 그에 의해 原告의 權利가 侵害되는 限 法院은 事案이 判決할만큼 성숙되어 있을 때에는 行政廳이 申請된 職務行爲를 하여야 할 義務”가 있음을 宣言한다.³⁴⁾

이 規定을 분석하여 보게 되면 西獨行政裁判所法上的 義務化訴訟은 ① 拒否된 行政行爲를

³¹⁾ 尹世昌, 全訂版 行政法(上), 博英社, p.356(1975)

³²⁾ 李尙圭, 新行政法論, 法文社, p.402, 1985.

³³⁾ 全南辰, 主觀式精銳問題 行政法(增補版), 華學社, pp.292~295(1977).

³⁴⁾ Vgl. Ule, Verwaltungs prozeßrecht, 6. Aufl. 1975, S. 120f; Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung 3. Aufl. 1977. S.586.

行政廳으로 하여금 行하게 하는 訴訟(拒否訴訟) ③ 個人的 許可 등 行政行爲를 申請한데 대하여 行政廳이 可否間에 아무런 應答을 하지 않을 경우, 그 申請된 職務行爲를 행하게 하는 訴訟(不作爲 訴訟) 및 ③ 法院의 審理結果 行政廳에 일정한 措置를 취해야 함은 明白하나 具體的인 措置의 內容에 관해서는 行政廳에게 裁量의 餘地가 있다고 判정되는 경우, 行政廳으로 하여금 法院의 法的 見解를 존중하여 일정한 職務行爲를 하게 하는 訴訟(指令 訴訟 또는 判決) 등으로 構成된다고 볼 수 있다.³⁵⁾ 또한 西獨裁判所法은 義務化訴訟과는 별도로 履行(給付) 訴訟에 관하여 規定하고 있으므로 西獨에서는 行政訴訟으로서의 履行訴訟의 可能性은 實定法上 明文으로 해결되어 있으며 그들의 관심은 주로 事案의 判決成熟性 등 實體的 要件에 쏠려 있는 것으로 볼 수 있다.³⁶⁾

日本의 경우는 1963년에 制定된 日本의 現行 行政事件訴訟法은 抗告訴訟의 類型으로 處分の 取消訴訟, 裁決의 取消訴訟, 無効確認訴訟 및 不作爲違法確認의 訴까지의 4種類를 규정하고 있으나 義務化訴訟類의 履行訴訟에 관하여는 여전히 明文規定을 두고 있지 않음으로써 그의 許容性에 관하여는 學說이 나누어져 있는 것이 日本의 現實이다.

義務化訴訟에 관한 日本의 學說·判例는 여러가지로 紐앙스를 달리함으로써 正確히 分類할 수는 없으나 基本的으로 ① 消極說 내지 否認說 ② 制限的 肯定說 ③ 全面的 肯定說 내지 成熟說의 셋으로 나눌 수 있다고 한다.

消極說과 肯定說은 前述한 우리나라의 消極說과 積極說의 內容과 大同小異하다.³⁷⁾ 制限的 肯定說은 全面的 肯定說과 否定說의 折衷의 立場에 해당하는 것으로서 要約하면 ① 行政廳이 行政行爲를 하여야 할 것 및 하여야 할 內容이 一義的으로 明瞭하여 이미 行政廳의 第1次的 判斷權을 留保할 必要性이 없는 경우 ② 國民에게 重大한 損害 내지 危險이 絶박하고 있으며 ③ 달리 救濟를 구할 적절할 方法이 없는 경우 등의 要件下에 義務化訴訟의 許容性을 肯定하는 立場이다.³⁸⁾

이러한 說은 오늘날 日本에서 有力化하고 있으며 判例上으로는 이 制限的 肯定說이 定着化했다고 傳해지고 있다.³⁹⁾

英美의 경우는 이른바 職務執行令狀制度和 禁止令狀制度 등이 인정되어 있어서 行政廳에 대하여 行政行爲 내지 職務行爲를 要求하거나 禁止하는 權利가 보장되고 있으며⁴⁰⁾ 특히 美國

³⁵⁾ Vgl. Ule, a.a., O. S. 120f : Kopp, a.a. O. S. 586

³⁶⁾ Ule, verwaltungsprozessrecht S. 227f. ; kopp a.a. O. S. 613f., ; Eyermann Frohler Verwaltungsgerichtsordnung 7. Aufl. 1977. S.714f.

³⁷⁾ 消極說은 田中二郎, 前掲書, pp.284-285. 同「司法權의 限界」杉樟三郎先生古稀記念·公法の研究(下)(1974) p.729. 肯定說은 今村成和「行政訴訟」宮澤俊還歷記念·日本國憲法體系 第6卷(1965) 및 阿部泰隆「義務づけ訴訟論」田中二郎先生古希記念·公法の理論(下)(1977).

³⁸⁾ 原田尚彦「行政廳의 豫防訴訟와 義務づけ訴訟」, 田上權治·市原昌三部, 行政法(上) p.265(1967)

³⁹⁾ 行政判例集 行政爭訴編 3.31. p.99이하; 阿部泰隆, 前掲論文, p.2107

⁴⁰⁾ B. Schwartz and H.W. R. Wade, Legal control of Government Administrative Law in Britain and the United States, pp.223~225(1972)

의 聯邦行政節次法(A. P. A) 第10條 7項도 消極行爲에 대한 義務化訴訟을 明文으로 인정하고 있다.

3. 整理

이상에서 義務化訴訟의 可能性에 관하여 學說과 外國의 立法例를 검토하여 보았거니와 西獨과 英·美에서는 明文으로 義務化訴訟을 認定하고 있고 日本에서는 不作爲違法確認의 訴를 規定함으로써 國民이 行政行爲를 要求하는 訴訟을 提起할 수 있는 側面으로 조금 接近하였고 學說 判例는 制限의 肯定說 쪽으로 기울어져 가고 있음을 보았다.

우리나라의 경우 우리 大法院判例는 한결같이 義務化訴訟의 可能性을 否認하는 立場을 取하여 왔다.⁴¹⁾

環境行政訴訟의 경우 行政廳이 法上 規制義務를 지고 있음에도 불구하고 그 義務를 履行하지 않거나 그 義務에 違反하여 即 規制權限을 發動하지 않거나 잘못 發動하여 個人의 權利나 利益을 侵害하였을 때에는 規制를 할 義務가 있음을 確認하는 訴訟, 規制를 하고 있지 아니함이 不作爲에 의한 違法임을 確認하는 不作爲違法確認訴訟, 規制를 要求하는 行爲要求訴訟이 環境行政訴訟의 主役이 된다 함은 前述한 바와 같다.

특히 西獨에 있어서 行政裁量에 대한 司法審査의 범위를 擴大하려는 努力의 産物으로써 西獨의 行政法理論 및 判例를 통하여 發展되어 온 瑕疵없는 裁量行爲請求權의 法理 또한 義務化訴訟을 인정하는데 중요한 理論的인 근거가 된다.

瑕疵없는 裁量行爲請求權이란 裁量行爲의 決定過程에 있어서 瑕疵가 있음으로써 結果적으로 不利益을 입은 者가 瑕疵없는 裁量行爲를 求하는 權利를 의미한다.

이 法理의 內容은 行政廳의 裁量權에는 限界가 있으며 裁量은 恣意를 許容하는 것이 아님을 前提한다. 즉 行政廳은 裁量權을 行使함에 있어서 公益原則에 따라야 하며 平等原則·比例原則 등 法的 規準을 준수하는 등의 義務에 적합한 行動을 취하지 않으면 안된다는 것이다.

즉 이러한 意味의 裁量은 「義務에 適합한 裁量」이 아니면 안된다는 것이다. 私인은 行政廳에 대해 裁量行爲일지라도 裁量에 적합한 다시 말하면 瑕疵없는 裁量行使를 기대하는 法的地位를 가진다고 볼 수 있는 바 이러한 경우의 私人的地位를 하나의 權利로까지 高揚시키는 것이 瑕疵없는 裁量行爲請求權의 法理인 것이다.

이 瑕疵없는 裁量行爲請求權의 法理와 上記한 消極說과 積極說의 여러 論據와 대비하여 볼 때 積極說의 論據가 上揭한 여러 批判이 지적하는 바와 같이 妥當하다.

특히 環境行政訴訟의 경우 그 原告適格은 擴大되어야 할 것이므로 그 訴訟形式 또한 擴大되어야 할 것이다.

⁴¹⁾ 다만 判例 가운데 確認判決의 形式을 취하였으나 실제로 履行判決과 같은 效果를 가져온 것이 하나 있을 뿐이다. 즉 京畿中學立學試驗不合格決定에 대한 不服의 訴에 대한 서울高判 65구 6. 11. 30. 1955. 3. 30. 宣告

또한 實定法上으로도 우리의 憲法原理나 行政訴訟의 規定이 결코 義務化訴訟을 妨害하고 있지 않음은 勿論이요 行政處分の 存在도 하지 않아야 할 行爲를 違法하게 함으로써 나타나는 處分の 存在만을 뜻하는 것이 아니라 하여야 할 行爲를 違法하게 하지 않음으로써 나타나는 國家行爲까지를 포함시킴으로써 國民의 權利·利益·自由는 보다 더 保障될 수 있는 것이라고 해석할 수 있기 때문에⁴²⁾ 義務化訴訟은 더욱 提起될 수 있다고 생각된다.

특히 環境行政의 特質이 一定한 環境基準을 設定하고 그 基準을 초과하여 環境을 汚染시키는 者에 대한 各種의 規制를 通하여 環境을 適正하게 保全하는데 있으므로 行政廳이 一定한 基準을 超過하여 環境을 汚染시키는 者에 대한 各種의 規制를 게을리하는 경우 그에 의하여 被害를 입은 市民 또는 그 規制에 대하여 環境上의 利益을 가지는 市民에게 그 規制를 請求하는 訴訟을 提起케 함으로써 適正한 環境의 保全을 기할 수 있다 할 것이므로 環境保全을 위해서도 行爲要求訴訟은 絶실히 要求된다 할 것이다.

VI. 環境行政訴訟으로서의 市民訴訟

1. 概觀

環境汚染으로 인한 被害는 점점 集團化되고 廣域化되고 있으며 이에 대하여 直接的이고 긴밀한 利益을 가지는 市民集團에 原告適格을 擴大할 필요가 있다함은 前述한 바와 같다. 環境을 汚染으로 부터 保全하기 위하여는 政府의 努力뿐만 아니라 環境保全을 위한 一般國民의 올바른 인식과 적극적인 참여가 강력히 요청되는 것이다.

오늘날 各國은 環境法에 市民의 參與를 권장하는 규정을 두거나 參與義務가 있음을 규정하기도 하고⁴³⁾ 政策의으로 環境管理 諮問委員會 및 公廳會에 市民의 參與를 인정하며 그 참여를 권장하기도 하고 環境保護를 위한 權利에 대한 司法廳과 行政廳의 法解釋을 통하여 市民의 環境保護에의 참여를 義務化함과 同時에 參與의 方法을 마련하고 있다.

環境保護를 위한 各種의 市民의 參與方法 가운데서 가장 直接的이고 實質的인 方法은 訴訟을 통한 參與의 方法이라고 할 수 있으나 環境行政訴訟을 통하여 市民이 環境의 保護에 참여할 경우, 첫째 이 訴訟에 소요되는 時間과 各種 費用이 너무 엄청나기에 市民 個人으로서의 訴訟을 수행하기가 극히 어렵다는 것과 둘째 市民訴訟으로서의 環境行政訴訟은 公共訴訟의 性格을 띠는 경우가 많아 종래의 理論과 判例로서는 이러한 公共性을 띠 環境行政訴訟을 수용하기 어렵다는 두 가지의 난관에 먼저 봉착하게 된다.

⁴²⁾ 韓昌奎 「公害賠償·公害訴訟」, 公法研究 第6輯 p.134 (1978)

⁴³⁾ 市民의 環境保護에의 參與義務를 規定한 國家 및 그 立法例를 보면 日本의 公害對策基本法 第6條, 東獨의 1963年 憲法 第15條 22項, 蘇聯의 水質法 第9條, 美國의 全國環境對策法 第101條도 또한 市民이 環境의 保全과 그 改善에 기여할 義務가 있음을 규정하고 있으며 西獨의 경우 아직 明文의 규정은 없으나 1971년에 채택한 人間環境保護計劃에 市民의 責務를 규정하고 있음은 다 아는 사실이다.

먼저 첫째 問題는 公害被害는 軍線的이 아니며 廣域的이고 集團的이라는 面과 관련되어 公害訴訟의 當事者를 集團化시키는 基本要因이 된다. 被害者의 側面에서 생각할 때 그들 個個人이 個別的으로 訴訟을 遂行하는 것보다 그들이 集團化하여 訴訟을 수행하게 될 때 먼저 訴訟에 소요되는 費用과 支해가 모아지고 또한 集團化됨에 따라 社會的인 輿論의 지지를 받게 되며 工業體나 行政官廳에 대한 壓力의 効果도 커지겠기에 訴訟當事者가 集團化되는 것은 그들에게 有利할 뿐더러 그 必要性이 絶실히 要請되는 것이다.

公害被害의 特殊性에 비추어 볼 때 理論上으로도 그 전통적인 理論을 수정하고 발전시키 나아갈 需要가 있다함은 前述한 바와 같거니와 이러한 특수성이 있는 環境汚染의 被害로부터 市民을 保護하기 위해서는 節次法上으로도 公害被害의 集團性과 廣域性에 대처한 効率的인 訴訟形態의 開發이 요청되며 市民들이 環境汚染防止를 위한 努力에 적극 참여할 수 있도록 유도하는 節次法上의 制度의 出現이 기대된다 할 것이다.

이러한 要請에 부응하여 美國에 있어서는 節次面에 있어서 集團의 被害救濟에 대처할 수 있는 集團訴訟(Class action)이 公害訴訟에서 利用되고 있으며 또한 各種의 公害防止法에 市民이 法院을 통하여 公害法의 執行을 보조 감독할 수 있게 한 市民訴訟(Citizen suit)이 마련 되어 있다.

集團訴訟이란 消費者訴訟, 公害訴訟 등 다수의 被害者가 있는 경우에 集團의 全構成員이 個別的으로 訴訟을 제기하는 경우의 勞力과 費用의 낭비를 피할 수 있고 특히 이들이 個別訴訟을 제기하기 어려운 少額被害者인 경우 이들에게 裁判의 기회를 부여하는 기능을 가진다는 점에서 公害訴訟에 있어 주목할만한 有用한 制度이나 이에 관하여는 民事訴訟法學上의 市民訴訟制度의 발달을 기대하며 本 論文에서는 環境行政訴訟으로서의 市民訴訟制度에 관하여 먼저 美國의 경우를 고찰하여 보고 다음으로 우리나라의 경우를 고찰하여 보기로 한다.

2. 美國의 市民訴訟

1) 意義

市民訴訟(Citizen suit)이란 1970년의 「聯邦大氣淨化法(the clean air act 1970)」 第304條를 模型(Prototype)으로 하고 그 이후에 汚染의 對象 내지 種類別로 制定된 一連의 公法的 規制法規 즉 1972년의 「聯邦水質汚染規制法(The Water Pollution Control Act 1972)」 「騒音規制法(Noise Control Act 1972)」 「海洋保護法(Marine Protction and Sanctuaries Act 1974)」 「深海港法(Deep Water Port Act 1974)」 1976년의 「毒性物質規制法」 (Toxic Substances Control Act) 「資源保存 및 復舊法 (Resources Conservation and Recovery Act)」 등에 規定된 訴訟形態를 말한다.⁴⁴⁾

2) 市民訴訟의 理論的 根據

⁴⁴⁾ Gabriel N. Steinberg, *op.cit.*, p.117.

市民訴訟은 市民 個個人에게 大氣淨化法 등 環境汚染防止를 爲하여 여러 制限規定을 두고 있는 前述한 聯邦制定法에 違反한 汚染物質排出者에 대하여 뿐만 아니라 環境廳長을 포함한 의 諸法의 執行機關에 對하여 法에 따른 執行의 強制를 法院에 請求할 수 있는 個人的 權利를 認定하였다는 점에 그 特色이 있다 하겠는 바 이와같은 提訴權의 根據는 Michigan 大學의 Sax教授에 의하여 說明된 公共住宅의 理論(Public trust doctrine)에 그 근거를 두고 있다 한다.⁴⁵⁾

公共信託의 理論은 Rome法이래의 전통적인 私法上의 信託理論에 기초하는 것으로 國家가 土地 其他의 再生可能한 資源을 現在 및 未來의 國民을 위한 受託者로서 管理한다는 理論이다.

이 理論은 오랫동안 公園·海岸·野性動物 등에 적용되어 왔으나 최근에는 國家的 및 國際的인 次元에서 環境保護全般에 適用되는 것으로 생각되고 있다. 이 理論에 따르면 自然資源은 公衆 모두의 것이고 政府는 그 管理를 맡은 受託者이다.

自然資源에 대한 信託關係에 있어서 受託者인 政府는 受益者인 一般市民(公衆)이 資源을 그의 特性에 따라 自由롭게 使用하도록 유지해야 하며 信託目的에 背馳되게 自然資源을 特定한 私的目的으로 轉換하거나 賣渡할 수 없고 受託任務를 任意로 拋棄할 수도 없다. 이러한 公共住宅關係에 의하여 市民(信託者)은 受託者인 政府에 대하여 法院을 通하여 公共信託을 強制하는 權利를 가진다는 것이다.

이상의 理論을 그 理論的 背景으로 하는 市民訴訟은 信託者의 受託業務의 수행을 補助 감독하는 부수적인 強制手段이라고 할 수 있다.⁴⁶⁾

3) 市民訴訟의 內容

모든 市民訴訟規定의 模型이라고 할 수 있는 1970年의 改正大氣淨化法 第304條는 다음과 같은 規定을 두고 있다.

本條 (a) (b)의 경우를 除外하고는 누구든지 그 自身을 위하여 다음과 같은 사람을 相對로 民事訴訟(Civil action)을 提起할 수 있다.

① 本法에 의하여 設定된 排出基準이나 制限(an emission standard or limitation) 또는 環境廳長이나 州가 그와 같은 基準이나 制限에 관하여 發한 命令에 違反되었다고 主張되는 사람(合衆國과 修正憲法 制1條에 의하여 許容되는 범위에서 其他行政機構(Government Instrument)나 獨立官廳(Agency)을 포함한다)

② 環境廳長에게 裁量權이 부여되어 있지 아니함에도 불구하고 本法상의 「어떤 措置나 義務

⁴⁵⁾ Sax, "The public trust Doctrine in natural resources Law" Effective Judicial Intervention, 68 Mich L. Rev. 473. 1970, Nanda & Ris, "The public trust doctrine, Aavailable approach to International Environmental protection", 5 Ecol L. O. 291. 1976.

⁴⁶⁾ See Cohen, "The Constitution, the public trust doctrine, and Environment", 1970, VTAH, L. Rev. 388 for constitutional Agreement. : See also J. Sax, "Defending the Environment : A Strategy for citizen Action, 1970., : Gabriel N. Steinberg, *op.cit.*, pp.117~119.

의 履行을 하지 아니하였다고 主張되는 環境廳長-地方法院은 訴訟物 價額이나 當事者의 市民 權如何에 관계없이 排出基準이나 制限 또는 그에 관한 命令을 強制하고 事件에 따라서는 環境廳長에게 本法에 의한 어떤 措置나 義務를 履行하도록 命令할 수 있는 管轄權을 가진다...」고 規定하고 있다.

本條에서 사람(Person)이라 함은 自然人(Individual), 法人(Corporation), 組合(Partnership), 團體(Association), 州(State), 自治團體(Municipality) 및 州의 下部自治團體(Political Subdivision)를 意味한다.

따라서 이 市民訴訟은 個人뿐만 아니라 市民團體에 의하여서도 提起될 수 있다.

그렇다고 아무 利害關係도 없는 市民이 提起할 수 있는 것은 아니나 違法行爲에 의하여 健康이나 財産에 事實상 被害가 있다고 主張하는 사람이나 團體면 原告適格이 인정된다.⁴⁷⁾

市民訴訟의 管轄權은 一般的으로 聯邦地方法院이 가진다.

市民訴訟에서는 損害賠償請求는 許容되지 않으며 市民訴訟의 訴訟物은 同法 第304條(f)에 規定된 바 모든 規則을 준수하도록 하는 것이다.⁴⁸⁾ 第304條의 (i)의 規定은 다음과 같다.

本條에서 “本法에 의한 排出基準 또는 制限”이라 함은 本法(第118條의 理由에 의해서 적용된 前提條件을 포함한다) 또는 適用 가능한 施行計劃(Implementation plan)에 有效하게 된 다음의 것을 말한다.

- ① 法規履行·排出의 制限 性質의 基準 또는 排出의 基準에 관한 細部計劃 또는 日程表
- ② 自動車 燃料의 附加物에 대한 統制나 禁止

3. 우리나라의 경우

美國의 大氣淨化法은 大氣汚染의 統制責任을 第一次的으로 州에 두고 最終責任을 聯邦政府에 두는 것으로 구성되어 있다. 1975年 중순이나 늦어도 1977年 하순까지는 全國的으로 大氣를 건강에 적합한 良質의 것으로 만들기 爲하여 同法은 엄격한 時間表를 規定한다.

聯邦環境廳長은 1971年 4月 30日 全國周圍空氣의 質의 基準(National ambient air quality standard)를 公布하는데 그 第1次的 基準은 公衆의 健康을 보호하기 위한 것이고 第2次基準은 公衆의 福祉를 保護하기 위한 것이다. 다음 9個月內에 또는 1972年 1月 31日까지 各州는 州內에서 大氣汚染源으로 부터의 排出을 減少시키기 위한 節次나 規則이 포함된 施行計劃(Implementation plan)을 採擇하여 環境廳의 承認을 받아야 한다. 州가 이와 같은 計劃樹立을 지연하면 聯邦政府가 스스로 規則을 制定할 수 있다. 이 施行計劃은 排出의 制限과 이 排出의 制限을 履行하기 위한 日程表를 그 重要內容으로 한다. 이와 같은 規則이 州에 의하여 採擇되고 環境廳長의 承認을 받거나 州가 規則制定을 懈怠하여 環境廳이 이를 制定하면 이 규칙은 州와 環境廳과 市民에 의해 強制履行되는 聯邦法이 되는 바 大氣淨化法上的 市民訴訟은 이와

⁴⁷⁾ See, Gabriel N. Steinberg, *op.cit.*, pp.123~125.

⁴⁸⁾ See, Gabriel N. Steinberg, *op.cit.*, p.133.

같이 環境廳에서 承認되거나 制定된 施行計劃의 內容을 強制實現하기 위한 훌륭한 附隨의 手段으로 利用되고 있다.⁴⁹⁾

우리나라의 경우를 보면 우리 나라의 環境汚染防止를 위한 基本法이라 할 수 있는 環境保全法은 同法 第4條에서 「保健社會部長官은 快適한 環境을 保全하고 環境汚染으로 부터 사람의 健康을 保護함에 必要한 環境基準을 設定한다」고 규정하고 있으며 同法 第5條에서 環境影響平價制度를 第6條에서 常時測定制度를 두고 있으며 第14條에서 排出施設에 대한 排出許容基準을 保健社會部令으로 定하게 하고 第16條에서 排出施設을 設置하고자 하는 者에게 環境廳長의 許可를 받게 하고 第17條以下에서 위의 排出許容基準에 위반하는 경우 環境廳長이 改善命令·措施停止命令·施設 등의 移轉命令, 許可의 取消, 違法施設에 대한 閉鎖措置 등을 할 수 있음을 규정하고 있으며 第3章에서 大氣保全에 관하여 第5章에서 水質 및 土壤의 保全을 爲하여 各種의 規制規定을 두고 있으며 個別法으로서의 海洋汚染防止法은 海洋汚染의 防止를 爲하여 各種의 基準과 그에 의한 規制規定을 두고 있다.

그러나 環境保全法이나 海洋汚染防止法은 위의 여러 環境保護를 爲한 排出基準 등 諸基準을 違反하는 者에게 대하여 環境廳長 등 行政機構가 規制措置를 게을리하는 경우 위 規制措置에 對하여 環境上의 利益을 가지는 市民 또는 市民團體가 環境廳長 등의 行政機構에 위 規制措置를 구하는 訴訟을 提起할 수 있는가에 대하여는 전혀 규정하지 않고 있다.

우리나라의 경우도 1900年代 이후의 經濟의 急速한 成長을 爲한 各種의 經濟開發로 環境汚染 현상은 보편화하였고 심각하여졌으며 環境汚染으로 인한 被害는 점차 集團化되어 가고 廣域化되어 가고 있다함은 詳述한 바 있거니와 環境保護의 重要性이 提高되고 있는 現實에 비추어 우리나라의 경우에도 環境保全을 위한 市民의 參與가 절실히 要請된다 할 것이다.

憲法 35條도 그 前段에서 “모든 國民은 깨끗한 環境에서 生活할 權利를 가진다”고 規定하여 모든 國民에게 環境權이 있음을 선언하고 있으며 아울러 그 後段에서 “國家와 國民은 環境保全을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하여 國民에게 環境保全을 위하여 노력하여야 할 “義務”가 있음을 宣言하고 있다. 그러나 우리나라의 環境對策立法은 아직 不充分하며 美國의 경우와 같은 市民의 環境保全을 爲한 參與方法은 마련되고 있지 않다.

이러한 상황에서 어느 정도 客觀的 訴訟의 性格을 띤 美國의 市民訴訟制度가 우리 나라에서 도 實際로 運用될 수 있는가를 생각할 때 선뜻 그대로 인정하기는 어렵지 않은가 한다.

그러나 우리 現行法의 立場下에서도 環境汚染源의 規制에 대한 環境上의 利益을 가지는 市民(또는 市民團體)에게까지 原告適格을 擴大하여야 하며 이러한 環境行政訴訟이 提起되는 경우 그 訴訟形式이 단순한 取消訴訟에서 더 나아가 行爲要求訴訟의 形式으로까지 그 범위가 확대됨이 필요하며 現行法의 解釋으로도 行爲要求訴訟의 形式이 可能하다는 立場에 설 때 우리 나라에서도 利害關係 있는 市民(또는 市民團體)이 環境行政訴訟을 提起할 수 있음을 인정

⁴⁹⁾ See, Garier N. Steinberg, *op.cit.* pp.135~143.

할 근거는 충분하다 할 것이다.

그러나 우리 現行法¹의 解釋上 明文의 規定이 없기 때문에 이러한 市民訴訟類의 環境行政訴訟이 客觀性을 떨 수는 없는 것이다.

즉 그 訴訟物에 대한 法律上의 利益을 가져지 않는 者에게까지 이러한 市民訴訟類의 環境行政訴訟이 認定될 수는 없는 것이다.

다만 法律上의 利益의 범위를 市民의 環境上의 利益으로까지 확대시켜 原告適格의 범위를 확장시키는 것은 環境保護를 위한 市民의 참여를 促進시키기 위하여 꼭 필요한 것이며 이 環境行政訴訟에 있어서의 原告適格의 확대화는 世界的인 傾向이다.

이러한 市民訴訟類의 環境行政訴訟을 認定한다 할 때 아직 訴訟制度上 Class action制度가 도입되어 있지 않고 環境立法이 지극히 不充分한 現實에 비추어 訴訟의 運營上 많은 難點이 있다함은 否認할 수 없다 하겠다.

環境保護를 위한 市民의 참여를 보다 積極的으로 유도하는 立法의 확장이 요망된다 할 것이다.

VII. 結 論

以上에서 環境行政訴訟에 관해서 살펴 보았다. 環境과 開發의 相衡은 언제나 한쪽이 다른 한쪽에 우선하는 성질의 것이 아니라 兩者의 調和의 문제로 보는 것이 바람직하다고 생각한다. 이러한 調和點의 發見은 본질적으로는 國民의 政治的 選擇의 문제라고 생각할 경우 본질적으로는 政治的 決斷을 내포하는 環境-開發問題에서 司法的 關與에는 일정한 限界가 있음을 감안하면서도 이른바 節次的 審理方式은 중요한 의의가 있는 것이다. 그러나 비록 이러한 限定된 節次的 關與를 실현함에 있어서도 우리의 現實을 생각할 때 法院은 舊態依然하게 消極的 내지 否定的 對應을 되풀이할 것이 아니라 環境破壞의 未然防止라고 하는 現代的 課題에 충분히 적응할 수 있도록 보다 積極的이며 또한 創造的인 審理의 展開를 강력히 期待해 마지 않는다.

오늘날과 같은 激動하는 社會狀況下에 있어서는 既存의 制度 내지 法理는 새로운 問題解決에 적당하지 못하거나 空白·缺陷·矛盾이 적지 않다. 環境規制關係法이나 消費者保護法第 相互間의 未調整 등은 그 代表的인 一例라 할 수 있거니와 法院은 모름지기 時代의 變化와 그에 따른 새로운 要請을 的確하게 吸收하면서 具體的 事實의 審理를 통하여 法令이나 制度上의 空白이나 矛盾을 밝히고 한 걸음 나아가서 그들을 건전한 條理法으로 補完하면서 새로운 立法에의 契機를 마련할 責務가 있다고 할 것이다.

최근 民事訴訟으로서의 公害訴訟制度가 많이 發展하여 어느 정도 被害의 救濟가 이루어지고 있다고는 하지만 다음과 같은 限界가 지적되어 오고 있다.

民事上의 救濟는 첫째 健康被害 등의 現實的 回復에는 도움이 되지 않으며 둘째 當事者本

位의 個人救濟이며 세계 地域全體의 環境惡化를 회복할 수 없으며 事後救濟이기 때문에 被害의 未然防止에는 도움이 되지 않는다는 점을 첨언해 두고 싶다.

참 고 문 헌

1. 金南辰, 環境汚染의 行政救濟 行政法研究, 創刊號, 1979.
2. 金南辰, 主觀式 精銳問題行政法(增補版) 서울, 華學社, 1977.
3. 金道稔, 全訂一般行政法論(上) 서울, 博英社, 1980.
4. 朴鈞沂, 最新行政法講義(上), 서울, 國民書館, 1978.
5. 徐元宇, 環境汚染과 被害救濟, 檢察第1輯, 1978.
6. 徐元宇, 現代行政法論(上), 서울, 博英社, 1983.
7. 尹世昌, 全訂版 行政法(上), 서울, 博英社 1975.
8. 李尙圭, 新行政法論(上), 서울, 法文社 1985.
9. 李在性, 行政訴訟의 訴益 公法研究, 第7輯, 1979.
10. 李鳴九, 行政法原論, 서울, 大明出版社, 1986.
11. 千柄泰, 抗告訴訟에 있어서의 訴의 利益, 公法研究, 第7輯, 1971.
12. 韓昌奎, 公害賠償, 公害訴訟, 公法研究, 第6輯, 1978.
13. 原田尙彦, 訴의 利益, 行政法講座, 第3卷 1
14. 原田尙彦, 環境訴訟의 問題點. 環境權と裁判, 昭和52年.
15. 田中館照橘, 行政事件に おける 地域住民의 原告適格, 法學야미나 194號
16. 雄川一郎, 行政爭訟法, 法律學全書.
17. 田中二郎, 新行政法 (上), 全訂第一版, 1971.
18. 田上穰治·市原昌三郎, 行政法(上), 1967.
19. Joseph L. Sax, "The public Trust Doctrine in Natural Resource Law" in Michigan Law Review Vol. 68. No.3, 1970.
20. Vgl. W. Henke, Das Subjektive Öffentliche Recht S. 6. 1971.
21. Gabriel N. Steinberg, Is the citizen Suit a Substitute for the class action in Environmental Litigation? 1974.
22. Vgl. Ule, Verwaltungs prozeßrecht, 6, Aufl, 1975
23. Eyermann Frohler, verwaltungsgerichts ordnung, 6 Aufl. 1964.
24. F. Kopp, Verwaltungsgericht ordnung, 1974.
25. Eyermann-Frohler, verwaltungsgerichtsordnung, 7, Aufl., 1977.
26. B. Schwarz and H.W.R. Wade, Legal control of Government Administrative Law in Britain and the United States, 1972.
27. Nanda & Ris, The public trust doctrine, Avairable approach to International Environmental protection, 1976.
28. Cohen, The Constitution, the public trust doctrine and Environmental, 1970.

A Study on Legal Procedures Concerned with Environmental Administration

Bo-Young Lee

Dept. of Health Administration

Kwangju Health Junior College

>Abstract<

In the mutual contradictions between environment and development, one is not always prior to the other in each of their basic qualities, but they both have the same point that they must be harmonious with each other.

Related to the sought after similar points between the two diverging views, when people regard this kind of government policy as a problem of political choice by themselves on principle, the way of procedural deliberation is very significantly meaningful in case that there exist such circumstances as require fundamentally political decisions, that is to say, those which we admit certain limits existent on the matter of Judicial interference in developmental projects.

However, in the due process of realizing this kind of limited procedural involvement, when our real situations go concerned, the court should not repeat the old and hackneyed, passive and negative confrontations, connected with legal problems in developments, but the judiciary is now strongly expected to take more active and creative legal accounts of those cases in order to properly adapt itself to the modern problems of preventing environmental destructions from occurring.

Under such rapidly changing social circumstances as nowadays, the established social systems and laws are not considered so appropriate for giving right solutions to various legal cases, and they are much believed to have many blanks, defects and inconsistencies.

For example, there is a prominent problem of unfinished adjustment between laws of Environmental Regulations and legal clauses of Consumer Protection Laws.

Therefore, the judiciary has the principal obligations to take in current social changes and their ensuing social demands with accuracy and adequacy, and through the liberation process of concrete facts, the court shall find out blanks and inconsistencies in decrees, laws and legal systems, and furthermore, it ought to revise and renovate those kinds of legal demerits into healthy, correct and lawful clauses and articles so that it can create proper opportunities to lay the legal foundation for further new legislations.

Of late, though some degrees of damages have been made up for due to more developed and improved Litigation System on Public Damages which is a kind of civil suit, there are some real limits which have been pointed out as the following.

The compensations won by civil suits, first, do not do any good to the real restoration required for damages done by construction projects and so on, second, are individual compensations between those concerned, and third, cannot restore the all-area environmental deterioration, and finally, because they are correctional measures which can take place only posteriorly, I would like add to this conclusion that they turn out to be by no means helpful to the prevention of the damages.