

환경권 침해에 터잡은 가처분 사건의 소송요건*

오 정 후**

차 례

- I. 머리말
- II. 이 사건 소송요건의 판단
- III. 맺음말

평석대상결정 : 대법원 2006. 6. 2.자 2004마1148, 1149 결정

[사건의 경과]

1. 사실관계

한국고속철도건설공단은 경부고속철도 건설사업을 위하여 한국고속철도건설공단법에 따라 1992년 설립된 공단인데, 한국고속철도시설공단이 철도산업발전기본법 및 한국철도시설공단법에 따라 경부고속철도 사업에 관한 한국고속철도건설공단의 자산과 권리를 포괄적으로 승계하였다. 이에 따라 소송에서도 한국고속철도시설공단은 한국고속철도건설공단의 소송수계인이 되었다(아래에서는 한국고속철도건설공단

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 지원을 받아 작성되었음.

** 서울대학교 법과대학 조교수, 법학박사

과 한국철도시설공단을 구별하지 아니하고 피신청인이라고 한다). 경부고속철도 노선 중 부산·경남권 노선에는 천성산을 관통하는, 길이 약 13.5km의 원효터널(아래에서는 ‘이 사건 터널’이라 한다)의 건설이 계획되어 있다. 피신청인은 1992년 4월 경부고속철도 부산·경남권 노선에 대한 환경영향평가를 작성하게 하였고, 1993년 9월 환경처 장관에게 협의를 요청하여 협의내용을 통보받았다. 그런데 2001년 6월 무렵부터 이 사건 터널의 안전성과 이 사건 터널이 환경에 미치는 영향이 크다는 이유 등으로 경부고속철도 노선의 재검토를 요구하는 목소리가 높아졌다. 1992년의 환경영향평가 후 천성산 일원에 있는 보호대상 동식물이 추가로 파악되고 일부 지역이 자연생태계보호구역과 습지보호지역으로 지정되었으며 새로운 단층대가 발견됨에 따라, 피신청인은 2002년 6월 자연변화 정밀조사를 의뢰하였다. 한편 2003년 3월 경부고속철도 부산·경남 노선 공사가 중단되고 노선을 재검토하게 되었는데, 2개의 대안노선과 기존 노선을 비교·검토한 결과 기존노선대로 건설하기로 결정되었다. 그러자 2003년 10월 천성산에 있는 2개 사찰(아래에서는 ‘신청인 사찰들’이라 한다)과 환경단체 ‘도롱뇽의 친구들’(아래에서는 ‘신청인 단체’라 한다)이 각각 이 사건 터널의 공사착공금지가처분을 신청하였다. ‘도롱뇽의 친구들’은 신청인으로 자신과 도롱뇽을 내세웠다. 이 두 가처분 사건은 항고심에서 병합되었다.

2. 법원의 판단

(1) 당사자들의 주장

먼저 신청인들이 가처분을 신청할 자격에 관하여는 ① 신청인 사찰들은 이 사건 터널이 자신들의 소유지 내지 경내지를 통과하게 됨을 전제로, ② 신청인 도롱뇽은 현행법 하에서도 자연의 권리소송 이론에 따라 당사자능력이 있으므로 ‘자연 내지 자연물의 고유의 가치의 대변자’인 신청인 단체를 사법적 활동의 담당자로 삼아, ③ 신청인 단체는 자연 자체를 보호하기 위하여 제기된 소(또는 이 사건의 경우 가처분)에서는 자연의 파괴와 직접적인 관련성을 가진 특정 이해관계인뿐만 아니라 환경보호단체나 간접적인 관련을 가진 사람에게도 자연 내지 자연물의 가

치를 대변하고 환경을 보호하기 위하여 소송을 수행할 자격이 폭넓게 부여되어야 한다고 주장하면서, 이 사건 터널의 공사착공금지가처분을 구하였다.

그 이유는 다음과 같다: ① 헌법 제35조 제1항이 보장하는 환경권은 모든 사람에게 보장되는 보편적인 권리로서 부당한 환경변화나 유해무익한 환경과괴가 초래되는 경우 환경이익을 누리는 구성원은 그러한 환경이익의 침해를 미리 방지할 수 있는 권리인 ‘환경이익의 부당침해방지권’을 가지는데, 신청인 도롱뇽과 신청인 단체는 이 사건 터널의 공사로 인한 신청인 도롱뇽의 생존환경 및 천성산의 자연환경이 파괴되는 것을 막기 위하여 환경권 내지 자연방위권을 피보전권리로 삼아, ② 신청인 사찰들은 이 사건 터널공사로 토지소유권 및 종래 신청인 사찰들이 누리던 환경이익에 수인한도를 넘는 피해가 발생할 것이 예상되므로 신청인 사찰들은 환경이익의 부당침해방지권·인격권 내지 소유권에 기한 방해배제청구권을 피보전권리로 삼아서 이 사건 가처분을 신청한다.¹⁾

피신청인은 ① 본안전 항변으로 신청인 도롱뇽은 당사자능력이 없고, 신청인 단체는 자신의 권리나 이익이 침해되었음을 내세우지 아니하므로 당사자적격이 없으며, 또 피보전권리인 자연방위권이라는 것이 우리 법제상 인정되지 아니하는 권리이므로 이 사건 가처분 신청은 부적법하다고 주장하고, ② 본안에 관하여는 이 사건 터널 건설에 관하여 신청인들이 주장하는 절차적인 하자가 없고, 이 사건 터널 공사로 인하여 천성산의 생태계나 자연환경에 아무런 영향을 미치지 아니하며, 헌법상의 환경권 규정을 근거로 특별한 법률 규정도 없이 바로 이 사건 신청과 같이 공사착공금지를 구할 수 없다고 주장하였다.

(2) 법원의 판단

이 사건의 여러 쟁점에 대하여 가처분법원²⁾과 항고법원³⁾, 재항고법원의 판단이

1) 그 밖에 이 사건 터널 건설계획승인 등에는 사정이 변화하였는데도 환경영향평가를 재실시하지 아니한 점, 이 사건 터널이 전통사찰인 이 사건 사찰들의 경내지 아래를 지나도록 설계되었는데도 전통사찰보존법 제9조의 협의 절차를 거치지 아니한 점 등 몇 가지 절차상 하자가 있다는 것도 신청이유로 주장되었다. 이 글에서는 이 부분은 다루지 아니한다.

2) 울산지방법원 2004. 4. 8.자 2003카합959결정, 2003카합982결정.

거의 같다. 그래서 법원의 판단을 심급별로 나누지 아니하고 쟁점별로 서술한다.

① 신청인 도롱뇽의 당사자능력: 현행법상 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여 당사자능력이 인정되지 아니하고 그러한 관습법도 존재하지 아니하므로 신청인 도롱뇽의 이 사건 가처분 신청은 부적법하다.

② 신청인 단체의 당사자적격과 ‘자연방위권’의 인정 여부: 소송요건의 흠결이 있거나 가처분으로써 구하는 신청취지 그 자체가 법률상 허용될 수 없는 경우와 달리, 피신청인이 지적하는 사정들은 본안에서 피보전권리의 유무로 판단되어야 할 사항이므로 피신청인의 주장은 이유 없다. 곧, 신청인 단체의 당사자적격이 인정되며, ‘자연방위권’의 인정 여부는 본안에서 판단될 문제이다.

③ 환경권은 근거로 한 주장: 헌법 제35조 제1항만으로는 그 보호대상인 환경의 내용 및 범위, 권리의 주체 등이 명확하지 못하여, 이 규정만으로 개개의 국민에게 직접 구체적인 사법상의 권리를 부여한다고 보기 어렵다. 또 헌법 제35조 제2항이 ‘환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.’고 하므로 환경권이 사법상의 권리로 인정되려면 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 하는데, 신청인들이 주장하는 환경이익이라는 것이 현행의 사법체계 아래에서 인정되는 생활이익 내지 상린관계에 터잡은 사법적 구제를 초과하는 의미의 권리의 주장이라면 그러한 권리의 주장으로서 직접 국가가 아닌 피신청인에 대하여 사법적 구제수단인 이 사건 가처분을 구할 수 없다.

③ 자연방위권의 인정 여부: 권리의무는 국가가 그 시대적 요청과 필요에 의해 법률로 제정할 때 비로소 구체화되고 발생하는 것이므로, ‘자연방위권’은 우리나라 법률상 그 주체, 내용, 행사방법이 구체적으로 정립된 바 없어 실정법상의 권리로 인정되기 어렵다.

④ 그 밖의 쟁점에 대하여는, 이 사건 터널 공사에 관련하여 절차 위반이 있다고 할 수 없고 신청인 사찰들이 주장하는 환경이익의 침해를 인정할 수 없다고 판단하였다. 보전의 필요성에 관하여는, 이 사건에서 보전의 필요성에 관한 소명이

3) 부산고등법원 2004. 11. 29.자 2004라41, 42 결정.

없을 뿐만 아니라, 환경 교통 재해 등에 관한 영향평가법에 의하면 승인기관의 장이 협의내용의 이행 여부에 관하여 관리 감독을 하며 환경에 중대한 영향을 미칠 사유가 발생할 경우 그 공사의 중지명령까지 할 수 있어 공사 도중 환경피해를 초래할 긴급한 사정이 발생할 경우 이에 대처할 제도까지 마련되어 있는 점에 비추어 보면 이 사건 가처분은 그 보전의 필요성 역시 인정하기 어렵다고 하였다.

이와 같이 판단하고 가처분법원은 신청인 도롱농의 이 사건 가처분신청을 각하하고, 나머지 신청인들의 가처분신청을 기각하였으며, 항고법원과 재항고법원은 항고와 재항고를 각각 모두 기각하였다.

[대상결정의 연구]

I. 머리말

이 사건 가처분 신청과 항고, 재항고 사건은 이른바 ‘도롱농 소송’으로 지난 몇 년 동안 언론과 일반 국민의 지대한 관심을 받았다. 이 글을 읽으시는 법률가와 법학자들께서도 이 사건에 대하여 잘 알고 계실 것이고, 이 사건과 대상결정에 대하여 독자적인 견해를 가지신 분들도 많으시리라 생각한다. 이 글은 이 사건에서 언론과 일반 국민의 관심을 끄는 계기가 되었던 요소를 다루려는 것이 아니다. 환경단체의 당사자적격이나 환경권의 해석, 자연방위권 등을 새로이 인정하자는 주장⁴⁾ 등을 둘러싼 법률적 논쟁에 끼어들려는 것도 아니다. 이 글에서는 그러한 점을 모두 배제하고, 오로지 전통적인 - 무미건조한 - 민사소송법학의 관점에서 이 가처분 사건의 소송요건을 판단하려 한다.

우선, 보전처분의 발령절차에서도 일반 민사소송과 마찬가지로 본안에 대한 재

4) 예컨대 안경희, 독일법상 환경침해를 이유로 한 공사중지청구, 비교법실무연구회 편, 판례실무연구 (VIII), 박영사 2006, 356면 이하. 조홍식, 계약주의의 시각에서 본 법원 - 환경단체의 민사소송상 원고적격을 글감으로 하여, 같은 책 383면 이하.

판을 하기 전에 소송요건을 심사하여야 하는지 본다. 그리고 개별적인 소송요건의 판단에 들어가서, 당사자에 관한 소송요건을 민사소송법학에 따라 당사자확정, 당사자능력, 당사자적격의 순으로 살펴본다. 이 사건에서 다투어졌듯이 당사자능력은 신청인 도롱뇽에 대하여, 당사자적격은 신청인 단체에 대하여 살펴보게 될 것이다. 그리고 소송물에 관한 소송요건으로 이 사건 피보전권리의 권리보호 자격에 대하여 생각하여 본다.

II. 이 사건 소송요건의 판단

1. 보전절차에서 소송요건의 심사

보전처분은 현행 법 체계상 민사집행법(제4편 보전처분, 제276조 이하)에 규정되어 있다.⁵⁾ 그러나 그러하다고 하여 보전처분에 관한 절차가 민사집행절차인 것은 아니다. 보전처분에 관한 절차는 보전처분의 발령절차와 보전처분의 집행절차로 나누어지는데, 보전처분의 발령절차는 재판절차로 판결절차와 비슷한 절차이다.⁶⁾ 보전처분의 발령절차에는 민사소송법이 준용되므로(민사집행법 제23조 제1

5) 2002년 민사집행법 제정 전에는 민사소송법 제7편 강제집행, 제4장 가압류와 가처분(제696조 이하)에 규정되어 있었다.

6) 이시윤, 신민사집행법, 보정판, 박영사 2005(아래에서는 이시윤, 민집으로 인용한다), 439면은 가압류절차에 대하여 '가압류명령을 구하는 가압류소송절차와 이 가압류명령의 집행을 구하는 가압류집행절차가 있고, 가압류소송절차는 법 편제상 민사집행법에 속해 있지만 재판절차라고 한다. 475면 이하에서는 가처분절차에 대하여서 같은 설명을 한다. 주식 민사집행법/조관행, (VI), 한국사법행정학회 2004, 43면 이하와 방순원, 민사소송법 (하), 제2전정판, 한국사법행정학회 1993, 480면은 보전절차를 보전명령절차와 보전집행절차로 나누고 원칙적으로 보전명령절차에는 민사소송법이, 보전집행절차에는 민사집행법이 준용된다고 한다. 보전명령절차가 민사집행법 제4편에 규정된 것은, 보전처분이 강제집행의 기능이 제대로 발휘되도록 하기 위한 것이며 보전명령의 집행에 강제집행에 관한 규정을 준용할 필요가 있다는 것에 기인할 뿐, 보전명령절차와 판결절차의 유사성을 부정하는 것은 아니라고 한다. 독일 민사소송법도 보전절차를 제8편 강제집행 안에 규정하나, 독일의 통설은 보전처분의 발령절차는 (약식) 재판절차라고 한다. Jauernig, Othmar, Zwangsvollstreckungs- und

항), 이 절차에서도 그 성질에 반하지 아니하는 한 소송요건을 심사하게 된다.⁷⁾ 민사집행법은 보전처분의 발령절차에 관하여 소송요건인 관할을 명시적으로 규정하고(민사집행법 제278조, 제303조, 제311조), - 우리 민사소송법과 민사소송 법학에 따르면 소송요건으로 분류되는 것은 아니나 신청서의 적식 여부에 관한 요건인⁸⁾ - 보전처분 신청서의 필수적 기재사항을 규정한다(같은 법 제279조 제 1항, 제301조).⁹⁾ 그 밖에 민사집행법에서 따로 규정하지 아니한 소송요건 가운데에서 보전처분의 발령절차에 관하여 당사자능력, 당사자적격, 소송능력이 주로 언급되고,¹⁰⁾ 보전의 필요성이 권리보호이익의 특수한 형태인지 법률요건인지의

Insolvenzrecht, 21. Aufl., München 1999(아래에서는 Jauernig, ZVR로 인용한다), § 34 III; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., München 1997, § 74 III 1; Blomeyer, Karl, Arrest und einstweilige Verfügung, ZJP 65, S. 54; Stein/Jonas/Grunsky, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Tübingen seit 2002, vor § 916 Rn. 2 등 참조.

- 7) 이시윤, 민집, 448면; 주석 민사집행법/조관행, (VI), 171면에서는 ‘가압류신청에 대하여 소송요건의 흠이 있으면 신청을 각하한다’고 하여 소송요건을 인정한다. 독일에서도 대개 교과서에서 보전처분의 발령절차의 소송요건을 명시적으로 다루지는 아니하나, 소송요건을 인정한다. Walker, Wolf-Dietrich, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Tübingen 1993, Rn. 167 ff; Blomeyer, Karl, Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, ZJP 81, S. 37 ff; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Heinze, 2. Aufl., München 2000, vor § 916 Rn. 38.
- 8) 우리나라 문헌은 ‘소가 소송법의 형식에 맞게 제기될 것’을 소송요건으로 분류하지 아니한다. 예컨대, 이시윤, 신민사소송법, 제2권, 박영사 2004(아래에서는 이시윤, 민소로 인용한다), 176면; 호문혁, 민사소송법 제5판, 법문사 2006, 240면 등. 우리 민사소송법에 따를 때 이것은 ‘소장이 필수적 기재사항을 갖추고 그 밖의 형식에 맞을 것’으로서, 소의 적법 이전의 단계인, 소장의 적식 여부 심사에 해당하기 때문이다. 이시윤, 민소, 174면; 호문혁, 앞의 책 238면 등 참조. 독일에서는 소장의 적식을 별도의 단계로 심사할 문제로 보지 아니하므로, ‘소(신청)가 소송법에 맞게 제기될 것’을 소송요건으로 본다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004, § 93 Rn. 19; Stein/Jonas/Brehm, a.a.O., vor § 1 Rn. 245 등.
- 9) Walker, a.a.O., Rn. 178은 독일 민사소송법에 따라 이것을 보전처분의 발령절차의 소송요건으로 검토한다.
- 10) 주석 민사집행법/조관행, (VI), 73면 이하.

다툼과 관련하여 권리보호이익이 논의된다.¹¹⁾ 그밖에 명시적으로 소송요건이라고 하지는 아니하나, 피보전권리는 소로써 주장할 수 있는 권리이어야 한다.¹²⁾¹³⁾

이처럼 보전처분의 발령절차에서도 소송요건을 심사하여야 함을 전제로 하고, 아래에서는 당사자능력, 당사자적격, 권리보호자격을 살펴본다. 당사자에 관한 소송요건을 심사하려면 당사자가 확정되어야 하므로, 당사자능력의 심사에 앞서 이 사건 가처분신청서에 당사자가 특정할 수 있을 정도로 표시되었는지 본다. 순서상으로는 이것을 가장 먼저 살펴보아야 할 것이다. 법원에 관한 소송요건(관할, 재판권, 민사사건일 것)은 이 사건에서 특히 문제가 되지 아니하고, 당사자에 관한 소송요건 가운데에서도 소송능력, 대리권 등도 그리하며, 소송물에 관한 소송요건에서도 소송물의 특정 여부와 권리보호이익은 별달리 살펴볼 점이 없어서 이들 요건은 이 글에서 다루지 아니한다.

2. 가처분신청서의 당사자 표시

개별 소송에서 누가 당사자가 되어야 하는지 심사하는 과정은 3단계로 나누어진다. 차례대로 당사자확정, 당사자능력의 심사, 당사자적격의 심사이다.¹⁴⁾ 어떤 소송의 당사자가 누구인지 확정되지 아니하면 그의 당사자능력과 당사자적격을 심사할 수 없다는 것은 논리적으로 당연하다. 당사자는 형식적당사자개념에 따라 소장(이 사건에서는 가처분신청서)에 당사자로 표시된 사람으로 확정되므로¹⁵⁾,

11) 이시윤, 민집, 439면; 주석 민사집행법/조관행, (VI), 60면; Jauernig, ZVR, § 35 I 2; Rosenberg/Gaul/Schilken, a.a.O., § 75 II 2 등. 보전의 필요성이 권리보호이익인지, 법률요건인지에 대한 논쟁은 이 글의 범위를 벗어나므로 더 논하지 아니한다. 여기 인용된 문헌에는 보전의 필요성을 권리보호이익으로 보는 견해와 법률요건으로 보는 견해가 모두 포함되었다.

12) Rosenberg/Gaul/Schilken, a.a.O., § 75 II 1. 여기서의 가압류의 피보전권리가 소로써 주장할 수 있는(klagbar, Klagbarkeit에 관하여는 아래 주 34 참조.) 실제법적 청구권이어야 한다고 한다. 가처분에 대하여서도 마찬가지로 볼 것이다.

13) Walker, a.a.O., Rn. 178 ff.는 본문에 언급한 소송요건 몇 가지 외에 다른 요건들에 대하여도 보전처분의 발령절차에서 법률요건보다 먼저 심사하여야 하는지 검토한다.

14) 이시윤, 민소, 113면; 호문혁, 앞의 책, 171면; Jauernig, Othmar, Zivilprozeßrecht, 27. Aufl., München 2002(아래에서는 Jauernig, ZPO로 인용한다), § 18 I

소장(신청서)의 당사자표시는 당사자가 누구인지 알아볼 수 있고 동일성을 특정할 수 있을 정도로 기재하여야 한다.¹⁵⁾ 당사자가 이 정도로 표시되지 아니하면 그 소장(신청서)은 부적식이므로 재판장은 보정을 명하여야 하고, 보정되지 아니하면 소장(신청서)을 명령으로 각하하여야 한다(민사소송법 제254조).¹⁷⁾

이 사건 가처분신청서에서 신청인 도롱뇽에 대하여 당사자표시 문제를 생각해 보자. 이 사건 가처분신청서에 신청인 ‘도롱뇽’이 특정할 수 있을 정도로 표시되었는가? 신청인 단체의 주장에 따르면, 신청인 ‘도롱뇽’은 천성산에 서식하는 도롱뇽 또는 위 도롱뇽을 포함한 자연 그 자체라고 한다.¹⁸⁾ 우선 ‘도롱뇽을 포함한 자연 그 자체’는 범위가 명확하지 아니하여 특정되었다고 볼 수 없다. ‘천성산에 서식하는 도롱뇽’도 개별적으로 특정되었다고 할 수 없다. 신청인 ‘도롱뇽’이 하나 또는 특정 숫자의 개체를 뜻한다면¹⁹⁾ ‘천성산에 서식하는 도롱뇽’만으로는 신청인을 특정하기에 부족하고, 천성산에 서식하는 도롱뇽 개체 전부를 의미한다면 ‘천성산’의 범위가 어디까지인지, ‘서식’의 정의가 무엇인지 등에 따라 그 범위와 개체 수를 명확히 특정하기 힘들 것이다. 설사 ‘신청인 도롱뇽’으로 ‘천성산에 서식하는 도롱뇽 개체 전부’를 가리키는 것이 가능하다 하더라도 문제는 있다. 이 경우 공동소송이 되는 셈인데, 공동소송에서는 모든 당사자를 표시하여야 하고

15) 이시윤, 민소, 109면, 114면 이하; 호문혁, 앞의 책, 168면, 171면 이하.

16) 이시윤, 민소, 225면; 호문혁, 앞의 책, 87면.

17) 위 주 8에 적은 것과 같이, 독일 민사소송법은 소장의 적식을 소의 적법 이전에 별도로 심사하도록 하지 아니하므로 독일에서는 이 문제를 소송요건으로 본다. 그리고 당사자는 개별적으로 특정되고 표시되어야 하므로, 특정되지 아니한 사람(Unbekannter) 또는 (막연하게) ‘관계인’이 당사자인 소는 부적법하므로 각하하여야 한다고 한다(Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 41 Rn. 1.)

18) 항고심 결정 12면.

19) 항고심 결정 주 12에서는 ‘이 가처분을 신청한 도롱뇽이 천성산 도롱뇽 전부를 대표할 수 있다고 볼 근거도 없’다고 하여, 신청인 ‘도롱뇽’을 한 개체로 본 듯하다. (원문은 ‘이 가처분을 신청한’이 아니고 ‘이 소송을 제기하고 있는’이다. 우선 이 사건에서 문제가 되는 것은 소 제기가 아니고 가처분신청이고, ‘소송을 제기’한다는 표현도 옳지 아니하며[호문혁, 앞의 책, 70면, 주 1], 소 제기나 가처분신청은 일회적인 행위이지 계속적인 행위가 아니어서 ‘하고 있는’이라 쓸 수 없으므로 ‘이 가처분을 신청한’이라고 바꾸어 적었다. 이 글에서는 가처분신청서나 결정문에 이와 같은 잘못이 있으면 가능한 한 바르게 바꾸어 적는다.)

그들 모두를 하나의 당사자 표시 아래 묶듯 그려 쓸 수는 없기 때문이다. 그렇다면 이 사건 가처분신청서는 신청인 ‘도롱뇽’이 특정할 수 있을 정도로 표시되어 있지 아니하여 부적식이다. 재판장은 이 신청서의 보정을 명하고, 흠이 보정될 수 없는 것이거나 보정되지 아니하하는 경우 신청서를 명령으로 각하하였어야 한다.

3. 당사자에 관한 소송요건

(1) 당사자능력

이 사건 신청인 사찰들은 민사소송법 제52조가 적용될 대상인 법인격 없는 사단이므로 당사자능력이 인정된다.²⁰⁾ 신청인 단체도 법인격 없는 사단으로 볼 수 있는 실질을 갖추고 있고 대표자가 있다면 당사자능력이 인정될 것이다. 이 사건에서 문제가 된 것은 신청인 도롱뇽의 당사자능력이다. 위 II. 2.에서 본 바와 같이 이 사건 가처분신청서에 신청인 ‘도롱뇽’이 특정할 수 있을 정도로 기재되지 아니하여 당사자를 확정할 수 없으므로 당사자능력을 검토할 여지도, 필요도 없다. 그러나 이 사건에서 신청인 단체가 가처분신청을 신청할 때만이 아니고 항고, 재항고를 통하여 거듭 신청인 ‘도롱뇽’의 당사자능력을 주장하였고, 이에 따라 각 심급 법원이 신청인 도롱뇽의 당사자능력을 검토하였으므로 법원의 판단이 옳은지 본다.

이 사건 각 심급 결정 가운데 당사자능력을 가장 상세히 검토한 것은 항고심 결정이다. 항고법원은 ‘당사자능력이란 일반적으로 소송당사자가 될 수 있는 소송법상의 능력을 말하는 것으로서 자기의 이름으로 재판을 청구하거나 또는 소송상의 효과를 받을 수 있는 자격을 말한다. … 민사소송법 제51조는 당사자능력에 관하여 민사소송법에 특별한 규정이 없으면 민법과 그 밖의 법률에 따르도록 정’한다고 하면서, ‘자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여 당사자능력을 인정하는 현행 법률이 없고, 이를 인정하는 관습법도 존재하지 아니하므로

20) 사찰의 당사자능력에 관하여는 대법원 1988.3.22. 선고 85다카1489 판결 등 여러 판결이 있다.

신청인 도롱뇽이 당사자능력이 있다는 신청인 단체의 주장은 이유 없다'고 한다. 이는 민사소송법의 당사자능력을 바르게 이해한 것으로 딱히 덧붙일 것이 없으나, 엄밀하게 보면 '자연물이나 자연 그 자체에 당사자능력을 인정하는 현행 법률이 없다'는 서술은 오해의 소지가 있다. 현재 민사소송에 관하여 당사자능력을 규정하는 법 규정은 민사소송법 제51조와 제52조밖에 없다.²¹⁾ 그것도 민사소송법 제51조는 '당사자능력 ... 은 이 법에 특별한 규정이 없으면 민법, 그 밖의 법률에 따른다.'고 하여 당사자능력을 민법 또는 다른 법률의 권리능력 규율에 따르도록 하는 조문이고,²²⁾ 민사소송법 제52조만이 권리능력 없는 존재에게 당사자능력을 부여하는 조문이다. 이 조문은 법인이 아닌 사단·재단이 법률분쟁에 관계된 경우 사단의 구성원 전원이 당사자가 되어야 하는 점 등 소송상의 불편함을 덜기 위한 규정이다.²³⁾ 만약 민사소송법이나 다른 민사절차법이 법인이 아닌 사단·재단 외에 또 다른 권리능력 없는 존재의 당사자능력을 인정하는 조문을 둔다면, 그것 역시 소송상의 불편함을 해소하기 위한 것으로서 실체법의 문제에는 영향이 없을 것이다. 그러나 이 사건에서 자연물이나 자연 자체의 당사자능력을 인정할 것인가의 문제는 이처럼 소송상의 불편함을 더는 것과는 상관이 없다. 오히려 이 사건에서 신청인 단체가 문제로 삼은 것은 자연 또는 자연물의 권리능력이다. 그러므로 이 사건에서는 당사자능력의 원칙적인 인정 방법, 곧 민법이나 다른 실체법에 따라 권리능력이 있는지에 따라 당사자능력을 판단하여야 할 것이다. 자연물인 도롱뇽이나 자연 그 자체에 당사자능력이 없는 것은 현행법이 이러한 존재

21) 행정소송법 제13조 제1항에서 행정청이 취소소송의 피고가 된다고 정하나, 이는 민사사건이 아닌 행정사건에 관한 것이며 또 일반법-특별법의 관계에서도 민사소송법의 특별법인 행정소송법의 조문이므로 민사소송에 적용될 여지가 없다.

22) 민사소송법 제51조는 '당사자능력 ... 은 이 법에 특별한 규정이 없으면 민법, 그 밖의 법률에 따른다.'고 하므로, '민사소송법 외의 다른 법률로 정한 당사자능력'에 따른다고 새긴다고 생각할 수도 있을 것이다. 그러나 이 조문의 의미는 '당사자능력은 민법 그 밖의 법률의 권리능력에 따른다'는 것이다. 독일 민사소송법 제50조 제1항은 '권리능력이 있는 사람은 당사자능력이 있다'고 한다. 우리 민사소송법의 뿌리라고 할 독일 민사소송법을 참고하며 우리 민사소송법 제51조를 보면, 위와 같이 권리능력에 따라 당사자능력을 정한다고 새기는 것이 옳으며 확실도 그러하다. 이시윤, 민소, 120면; 호문혁, 앞의 책, 176면 등.

23) 이시윤, 민소, 122면; 호문혁, 앞의 책, 178면.

에 권리능력을 부여하지 아니하기 때문이다. 이 점에서 ‘자연물이나 자연 그 자체에 당사자능력을 인정하는 현행 법률이 없다’는 항고법원의 설시보다 ‘자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여는 현행법의 해석상 그 당사자능력을 인정할 만한 근거를 찾을 수 없다’고 한 가처분법원의 설시가 법학의 논리에 맞는 서술이다.

(2) 당사자적격

이 사건의 신청인들 가운데 도롱뇽은 당사자적격을 심사할 필요가 없으므로, 신청인 사찰들과 신청인 단체의 당사자적격을 살펴본다. 신청인 사찰들은 자신들의 토지소유권에 터잡은 방해배제청구권이 피보전권리라고 주장하므로,²⁴⁾ 자신의 권리를 주장하는 것으로서 당사자적격이 인정된다.

다음으로 신청인 단체의 당사자적격을 살펴본다. 위 I.에 적은 것과 같이 이 글은 환경단체에게 당사자적격을 널리 인정하자는 주장과 같은 문제는 다루지 아니하고 현재의 민사소송법학의 관점에서 대상결정을 살펴보려는 것이므로, 신청인 단체가 ‘천성산 일원의 자연 자체를 보호하기 위하여 제기된 이 사건에서는 자연의 파괴와 직접적인 관련성을 가진 특정 이해관계인뿐만 아니라 신청인 단체와 같은 환경보호단체나 간접적인 관련성을 가진 자에게도 ... 당사자적격이 폭넓게 부여되어야 한다’고 주장한 부분은 검토하지 아니한다.

24) 신청인 사찰들은 환경이익의 부당침해방지권, 인격권 또는 토지소유권에 터잡은 방해배제청구권을 주장하였는데, 이 가운데 환경이익의 부당침해방지권과 인격권은 비법인사단인 신청인 사찰들에게 인정될 수 있는지의 문제가 있다. 환경권은 자연인에게 인정되는 권리이고(권영성, 헌법학원론 2004년판, 법문사 2004, 687면; 성낙인, 헌법학, 제6판, 법문사 2006, 610면), 인격권의 내용으로 열거되는 것도 대부분 자연인에 관한 것이다. 인격권은 권리의 주체와 분리할 수 없는 인격적 이익을 누리는 것을 내용으로 하는 권리이고 그 내용은 생명·신체·명예·신용·정조·초상·학문이나 예술에 의한 창작·사생활 등의 보호를 포함한다고 하는데(곽윤직, 민법총칙, 제7판, 박영사 2002, [26] II; 권영성, 앞의 책, 445면), 이 내용 가운데에서 명예만이 법인에게도 인정된다(곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사 2003, [215] II (1) (c)). 이 사건에서 인격권의 주장은 명예와는 관계없을 것이다. 그러나 신청인 사찰들의 토지소유권에 터잡은 방해배제청구권을 피보전권리로 한 부분은 비법인사단에게 인정될 수 있는 권리로, 당사자적격을 인정할 수 있을 것이다.

피신청인은 ‘신청인 단체가 자신의 권리나 이익이 침해되었음을 내세우지 아니하므로 이 사건 가처분신청은 부적법하’다고 하였으나, 가처분법원과 항고법원은 ‘피신청인이 지적한 사정은 본안에서 피보전권리의 유무로 판단되어야 할 사항’이라고 하면서 신청인 단체의 당사자적격을 인정하였다. 재항고법원도 원심의 판단은 정당하고 신청인 단체의 당사자적격에 대한 법리오해 등의 위법이 없다고 하였다. 그러나 보전처분의 발령절차에서도 당사자적격은 판결절차에서와 마찬가지로 생각하여야 한다. 곧, 보전처분의 발령절차에서도 당사자적격은 어느 특정 사건에서 누가 자기 이름으로 당사자가 되는 것이正当한지 따지는 것으로, 원칙적으로 권리의 주체라고 주장하는 사람과 그에 대한 의무자라고 주장되는 사람이 당사자적격자이다.²⁵⁾ 따라서 이 사건에서 피신청인이 지적한 사정은 피보전권리의 유무로 판단될 문제가 아니고, 법원은 신청인 단체가 자신의 권리를 주장하는지 여부를 따져 당사자적격을 판단하였어야 한다.

신청인 단체의 당사자적격을 판단하기 위하여 신청인 단체의 주장 가운데 ‘자연 내지 자연물의 고유의 가치의 대변자’라는 부분을 보자. 신청인 단체는 ‘자연이나 자연물이 권리주체가 될 수 있으나, 기술상의 문제로 자연 그 자체가 직접 법정에 출석하여 소송을 수행할 수 없으므로 “자연 내지 자연물의 고유의 가치의 대변자”로서 인간이 필요하다’고 한다.²⁶⁾ 위 II. 3. (1)에서 본 바와 같이 우리 현

25) 주석 민사집행법/조관행, (VI), 75면 이하; Walker, a.a.O., Rn. 191.

26) 이 사건 가처분 신청서 신청이유 [2] 1. 다. (2). 이 부분은 ‘도롱뇽과 그 대변인의 원고적격에 대하여’라는 큰제목과 ‘(자연 내지 자연물의) 원고적격성에 대하여’라는 작은제목 아래에 있다. 그러나 신청서의 이 부분에서는 자연물 또는 자연 자체에 권리능력이 있고 따라서 당사자능력이 있다는 주장을 할 뿐이며, 당사자적격을 특별히 거론하지 아니한다. 한 당사자의 당사자적격을 심사하기 위하여서는 먼저 그의 당사자능력이 인정되어야 함은 틀림없다. 그리고 신청인 단체가 생각하는 대로 자연물 또는 자연 자체가 권리능력이 있고 따라서 당사자능력이 인정된다면, 민사소송법에 따를 때 자기 권리를 주장하는 권리자의 당사자적격은 문제없이 인정되기도 한다. 그렇다고 하여도 당사자적격에 대하여 따로 주장하지 아니하고 당사자능력에 대한 주장을 하는 것으로 그칠 것이라면, 왜 신청서의 이 부분의 제목을 ‘자연물의 권리능력/당사자능력’이라 하지 아니하고 ‘자연물의 원고적격성’이라고 하였는지 이해할 수 없다. 아마도 신청인 단체가 당사자능력과 당사자적격을 명확히, 그리고 빠르게 구별하지 못한 탓이 아닐까 싶다. 예컨대 신청이유 [2] 1. 다. (1) (나)에서 ‘... 동식물이나 지역개체군 등에 소송당사자능력이나 원고 적격성을 승인하는 것은 충분히 가능

행 법 체계가 자연 또는 자연물의 권리능력을 인정하지 아니하니, ‘자연 내지 자연물의 고유의 가치의 대변자’는 이들의 권리능력을 인정하는 것을 전제로 하는 점에서 이미 문제가 있다. 그러나 신청인 단체의 주장대로 자연물 내지 자연 자체의 권리능력을 인정한다고 하더라도, 신청인 단체가 ‘자연 내지 자연물의 고유의 가치의 대변자’를 어떻게 파악하는지 살펴보아야 한다. ‘기술상의 문제로 자연 그 자체가 직접 법정에 출석하여 소송을 수행할 수 없’어서 권리능력자인 자연이나 자연물을 위한 ‘대변자’가 필요하다면, 이 ‘대변자’를 법적으로 어떻게 평가하여야 하는가? 우리 현행 법 체계에서 권리능력은 권리와 의무의 주체가 될 수 있다는 일반적·추상적인 자격으로서, 권리능력자가 실제로 혼자서 유효하게 구체적인 권리를 취득 또는 행사하고 의무를 부담 또는 이행할 수 있느냐라는 현실적 행위의 능력은 권리능력과 별개의 문제이다.²⁷⁾ 후자는 의사능력 또는 행위능력의 문제이고, 행위능력에는 무능력을 보충하기 위한 제도인 대리가 마련되어 있다.²⁸⁾ 곧, ‘직접 법정에 출석하여 소송을 수행’하는 문제는 행위능력 또는 소송능력의 문제이며, 행위무능력자나 소송무능력자를 위하여 법정대리인 - 법인의 경우에는 대표자 - 이 있다. 따라서 신청인 단체의 주장에 따를 때 ‘대변자’는 법정대리인과 유사한 존재가 된다. 그런데 신청인 단체는 또, 인간은 자연 내지 자연물의 권리 또는 가치를 보호할 권리를 가지고 있는데 자연 내지 자연물의 권리 또는 가치가 침해되면 인간의 이 권리가 침해된 것이므로 ‘자연 내지 자연물의 고유의 가치의 대변자’인 자연인 또는 단체가 당사자적격이 있다고 한다.²⁹⁾ 신청인 단체의 주장을 정리하면, 신청인 단체가 주장하는 ‘자연 내지 자연물의 고유의 가치의 대변자’는 ‘직접 법정에 출석하여 소송을 수행’하지 못하는 자연물 내지 자연 자체의 법정대리인과 유사한 존재이면서, 자연 내지 자연물의 권리 또는 가치를 보호할 - 인간의 - 권리의 침해를 스스로 당사자로서 주장하는 존재라는 것이 된다.

신청인 단체 스스로 ‘대변자’를 이처럼 이원적으로 설명하므로 신청인 스스로의

하고 ...’라 하는 것을 보면, 당사자능력과 당사자적격을 구별하지 아니하고 함께 다룬다.

27) 박윤직, 민법총칙, [38].

28) 박윤직, 민법총칙, [150] II (2).

29) 가치분 신청서 신청이유 [2] 2. 다.

주장에 따라 당사자적격을 판단하기도 어려우나, 이 주장을 선택하여 신청인 단체가 자신의 권리를 주장한다고 할 수도 있을 것이다.³⁰⁾ 그렇다면 일단 신청인 단체의 당사자적격은 인정된다고 볼 것이다.

4. 권리보호자격

권리보호자격은 권리보호요건의 하나로서, 당사자의 청구의 내용이 본안재판을 받기에 적합한지에 대한 일반적인 자격이다.³¹⁾ 개인이 국가기관인 법원에 권리보호를 구할 때, 그가 주장하는 권리 자체가 보호할 가치가 있는 것이어야 국가의 보호를 받을 수 있다. 보호할 가치가 없는 것을 보호하려 하는 것은 법원의 시간과 노력을 낭비하는 것이며, 그로 인하여 정말 보호받아야 할 다른 사람의 사건에 쏟을 법원의 시간과 노력이 그만큼 줄어들는다. 권리보호요건은 이와 같은 폐해를 방지하기 위하여 요구되는 것이다. 이 권리보호요건 가운데 하나인 권리보호자격을 볼 때에도 국가기관이 법원이 무익하게 활동하는 것을 막는다는 취지를 염두에 두고 있으면 좋을 것이다.

대개 권리보호자격은 ① 구체적 권리·법률관계에 관한 청구일 것, ② 법률상계약상 소 제기가 금지되지 아니하였을 것, ③ 제소장애사유가 없을 것, ④ 같은 청구에 대하여 확정판결이 없을 것으로 나누어 설명한다.³²⁾ 이 사건에서 생각하여 볼 것은 이 내용 가운데 첫 번째이다. 구체적 권리·법률관계에 관한 청구라고 하려면, 먼저 그 청구가 소 - 이 사건의 경우에는 가치분신청 - 로써 재판을 구할 수 있는 것이어야 한다.³³⁾³⁴⁾ 이 사건에서 신청인들은 환경이익의 부당침해

30) 신청인 단체는 ‘인간이 가지는, 자연 내지 자연물의 권리 또는 가치를 보호할 권리’를 자연방위권과 헌법상의 환경권에서 끌어내는데, 자연방위권이라는 권리가 인정되는지, 환경권이 단체에 인정되는지의 문제가 있다. 이 점은 당사자적격과는 다른 문제이므로 여기서 논하지 아니한다. 항고심 결정은 ‘자연방위권은 우리 법제상 인정되지 아니하는 권리이므로 이 사건 가치분신청이 부적법하다’는 피신청인의 주장을 신청이유 3. 나. ‘신청인의 당사자적격에 관한 판단’에서 당사자적격과 함께 판단하였다. 이는 옳다고 할 수 없다.

31) 이시윤, 민소, 165면; 호문혁, 앞의 책, 241면.

32) 이시윤, 민소, 186면 이하; 호문혁, 앞의 책, 242면 이하.

33) 소로써 재판을 구할 수 있는 권리일 것 외에 권리·법률관계에 관한 청구일 것, 구체적 분

방지권을 주장하며 그 근거로 헌법상의 환경권과 자연방위권을 들었고, 그 밖에 신청인 사찰들은 토지소유권에 터잡은 주장도 하였다. 토지소유권이 소로써 재판을 구할 수 있는 권리임은 명백하니, 환경권과 자연방위권에 터잡은 환경이익의 부당침해방지권의 주장이 소로써 재판을 구할 수 있는 청구인지 분다.

환경권에 관하여 가처분법원과 항고법원은, 환경권이 사법상의 권리로 인정되려면 그에 관한 명문의 법률 규정이 있거나 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 하므로, 신청인들이 주장하는 환경이익이 현행 사법체계에서 인정되는 생활이익 내지 상린관계에 터잡은 사법적 구제를 초과하는 의미에서의 권리의 주장이라면 이것을 국가가 아닌 피신청인에 대하여 직접 주장하면서 사법적 구제수단인 가처분을 구

쟁에 관한 것일 것, 현재의 권리·법률관계를 주장하는 청구일 것 등도 '구체적 권리·법률관계에 관한 청구일 것'의 내용으로 언급된다. 위 주 32의 책 참고.

- 34) 이시윤, 민소, 186면은 '소로써 재판을 구할 수 있는 청구일 것'을 Klagbarkeit이라고 하는데, 독일 민사소송법학의 Klagbarkeit의 범위는 우리 민사소송법학의 '소로써 재판을 구할 수 있는 청구일 것'의 범위와 같지 아니하다. 우선, 독일 민사소송법학은 권리보호자격이라는 소송요건을 인정하지 아니하여서 Klagbarkeit가 독자적인 소송요건으로 인정된다(반대 견해로는 Jauernig, ZPO, § 33 IV 3. 그는 Klagbarkeit가 소송요건이 아니고, 통설에서 Klagbarkeit 흠결로 소를 각하하여야 한다고 하는 경우에 청구를 기각하여야 한다고 본다. MünchKomm/Lüke, a.a.O., vor § 253 Rn. 9는 Klagbarkeit를 소송요건으로 보기는 하나, Statthaftigkeit가 이행의 소에 적용되는 경우 가운데 하나라고 한다. Statthaftigkeit에 대하여는 아래 주 37 참조). 그리고 우리 민사소송법학이 '소로써 재판을 구할 수 없는 청구'에 포함시키는 것 가운데 종교단체나 대학 내부 분쟁 등 법률이 간섭할 수 없는 생활영역에 속하는 분쟁은 독일 민사소송법학의 Klagbarkeit에 포함되지 아니한다(아래 주 37와 38 참조). '소로써 재판을 구할 수 없는 청구'의 또 다른 예인 약혼의 강제이행청구도 독일 민사소송법학의 Klagbarkeit에는 포함되지 아니한다(Stein/Jonas/Schumann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21. Aufl., Tübingen 1996, vor § 253 Rn. 93; Stech, Jürgen, Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht, ZZP 77, S. 178 ff.). 반면, 우리 민사소송법학이 '소로써 재판을 구할 수 있는 청구일 것'과 함께 권리보호자격의 내용을 이루는 것으로 보는 '계약상 제소가 금지되지 아니하였을 것'이 독일 민사소송법학에서는 Klagbarkeit에 포함된다(Stein/Jonas/Schumann, a.a.O., vor § 253 Rn. 90 f). 독일의 통설은 Klagbarkeit라는 개념을 실체법상 완전한 청구권이고 재판 외에서는 제한 없이 행사할 수 있으나 재판상으로는 행사할 수 없는 권리에 대하여만 사용하기 때문에 이러한 차이가 생긴다.

할 수 없다고 한다. 그 이유를 항고법원은 다음과 같이 설명한다: 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 헌법 제35조 제1항만으로는 그 보호대상인 환경의 내용 및 범위, 권리의 주체 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접 구체적인 사법상의 권리를 부여한다고 보기 어렵고, 환경의 보전이라는 이념과 국토와 산업의 개발에 대한 공익상의 요청 및 경제활동의 자유, 환경의 보전을 통한 국민의 복리 증진과 개발을 통한 인근 지역 주민들의 이익이나 국가적 편익의 증대 등은 관점에 따라 달리 볼 수 있으므로 이들을 어떻게 조정하고 조화시키며 사인에게 어떤 권리를 부여할 것인가 하는 문제는 국민을 대표하는 국회에서 법률로 결정하여야 할 성질이기 때문이다. 그래서 헌법 제35조 제2항이 '환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.'고 한다.³⁵⁾ 이와 같이 실시한 후, 가처분법원과 항고법원은 환경권에 기초한 신청인들의 주장은 이유 없다고 한다. 또 가처분법원과 항고법원은 자연방위권에 대하여, 권리의무는 국가가 그 시대적 요청과 필요에 의하여 법률로 제정하여야 비로소 구체화되고 발생하는 것이므로 자연보호의 당위성이 있다고 하여도 그것이 법률상 권리의무라고 할 수는 없다고 한다. 따라서 자연방위권을 피보전권리로 하여 민사상의 가처분으로 이 사건 터널 공사의 착공금지가처분을 구할 수 없다고 한다. 재항고법원은 원심법원의 견해에 찬동하였다.

법률의 규정 없이는 환경권이 사법상의 권리로 인정될 수 있는지 여부에 관하여서는 견해가 나뉠 수 있다.³⁶⁾ 이 글은 I.에 밝힌 바와 같이 환경권에 대한 논의를 하려는 것이 아니므로, 법원의 환경권에 대한 견해를 전제로 하고 이 견해를 따를 때 민사소송법상 어떤 결과가 되는지 살펴본다.

법원은 이 사건에서 자연방위권은 인정하지 아니하였고 환경권은 법률 규정이 없어 사법상의 권리로 주장할 수 없다고 하면서, 피보전권리가 인정되지 아니한다는 이유로 가처분신청을 기각하였다. 피보전권리가 없다는 것은 가처분신청사

35) 이는 대법원 1995.5.23. 자 94마2218 결정 이후 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결; 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결 등 여러 재판에서 반복하여 실시된 내용이다.

36) 항고심 결정도 주 14에서 환경권에 관한 다양한 견해를 언급한다.

권의 법률요건이 갖추어지지 아니하였다는 것이므로, 언뜻 보기에 가처분신청을 기각한 것은 옳은 것 같다. 그런데 여기서 피보전권리가 ‘없다’는 것은 법률상 그러한 종류의 권리가 아예 인정되지 아니한다는 것이지, 법률상 인정되는 종류의 권리가 그 사건의 사실관계로 판단하건대 당사자에게 없다는 것은 아니다. 뒤의 경우 신청 - 또는 소 - 을 기각하는 것은 당연하다. 그런데 앞의 경우에도 신청 - 소 - 을 기각하여야 할까? 뒤의 경우는 당사자가 주장하는 권리가 사실과 증거에 의하여 ‘구체적으로’ 존재하지 아니하는 것이고, 앞의 경우 당사자가 주장하는 권리는 ‘추상적으로’, 곧 법원이 그 사건의 사실관계를 어떻게 판단하든 간에, 존재하지 아니한다.³⁷⁾ 그렇다면 법원이 그러한 권리주장을 민사소송법의 절차에 따

37) Lüke, Gerhard, Die Prozeßführungsbefugnis, ZJP 76, S. 21은 이것을 다음과 같이 설명한다: 현행 실체법에 없는 청구를 이행의 소로써 주장하는 것은 부적법하다. 현행 법에 없는 법률효과를 주장하는 소에서 문제가 되는 것은, 주장된 사실에 터잡아 그 청구가 정당한지 여부가 아니고 소구된 법률효과가 현행법에 아예 규정되지 아니하였다는 것이다. 그러므로 주장된 청구는 절대적으로 인정되지 아니한다. 곧, 그 이행청구를 위한 규범이 없다. Lüke는 이렇게 법적규범이 없어서 소가 부적법한 것을 ‘이행의 소의 대상이 아니다(unstatthaft)’라고 한다. [어떤 제도의 대상이 되는가(Statthaftigkeit)라는 개념은 독일 민사소송법에서 상소의 경우와 증서소송(Urkundenprozess)의 경우에 사용되는 것으로, 어떤 제도를 이용할 수 있는 대상을 정하는 것을 말한다. 예컨대, 우리 민사소송법 제390조에 따라 항소는 제1심법원의 종국판결에 대하여 할 수 있다. 종국판결이 아닌 재판에 대하여서나 판결절차의 제1심법원이 아닌 법원의 재판에 대하여서 항소를 하는 경우 ‘항소의 대상이 아니다(unstatthaft)’라고 한다. Statthaftigkeit에 대하여는 Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 134 Rn. 5; Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs ZPO, 6. Aufl., München 2002, Rn. 503 등 참조.] Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983, S. 40 ff.는 이것을 다음과 같이 설명한다: 본문에 적은 상황 가운데 뒤의 경우는 원고(가처분신청의 경우는 신청인)가 주장한 권리가 존재하지 아니할 뿐만 아니라 피고(피신청인)가 정당하게(zu Recht) 이행을 거절하는 것이다. 이 점에서 피고(피신청인)의 행동은 법적으로 정당하다고 인정된다. 반면, 본문의 앞의 경우는 법질서가 규율하지 아니하는 문제이다. 따라서 피고(피신청인)의 행태에 대하여 기판력 있는 재판을 하지 말아야 할 것이다. 이처럼 본안에 대하여 재판하지 아니하는 것은, 소송에서는 소(가처분신청)를 - 뒤의 경우에 기각하는 것과 달리 - 각하하는 것으로 나타난다. 이러한 사건은 법적으로 의미가 없으므로(rechtlich unerheblich) 법원 앞에 와서는 안 된다. 그리고 Canaris는 이렇게 법의 규율을 받지 아니하는 영역(rechtsfreier Raum)을 ‘특정한 소송법에 속하는 법 영역의 관점에서 볼 때 어떤 생활사실관계가 의미 없다(unerheblich)’고 설명하고, ‘법의 규율을 받지 아니하는

라 판단하는 것은 의미가 없다. 이러한 문제를 법원이 재판하는 것은, 법원의 시간과 노력을 무익하게 사용하는 것으로서 방지되어야 할 것이다. 말하자면, 법률상 인정되지 아니하는 권리는 ‘소로써 재판을 구할 수 없는 것’으로서 권리보호자격이 없다. 그리고 권리보호자격이라는 소송요건이 갖추어지지 아니하였으므로 이 사건 가처분신청을 각하하여야 할 것이다.³⁸⁾

참고로, 민사사건은 아니나 헌법재판권에서 입법행위의 소구청구권은 인정되지 아니하므로 입법행위를 소로써 구하는 것은 부적법하다고 판시한 예가 있다.³⁹⁾ 그렇다면 실정법에서 인정될 수 없는 자연방위권을 소로써 주장하는 것도 부적법하다고 보아야 할 것이고, 환경권은 실정법(헌법)상의 권리가기는 하나 사법상의 권리는 아니니 환경권을 사권으로 주장하는 것도 부적법하다고 보아야 할 것이다.

영역’을 소극적 소송요건으로 파악하자고 제안한다. Canaris가 법이 규율하지 아니하는 영역 또는 법적으로 의미 없다고 본 것은 기본적으로 관습이나 도덕 같은 것으로, 이 사건에서 문제가 된 환경권처럼 (어떤 식으로든) 법적 문제인 것과 다르다. 그러나 그는 ‘법적으로 의미 없는(rechtlich unerheblich)’ 것을 설명하면서 민법의 불법행위가 형법의 범죄가 되지 아니할 수 있다는 예를 들어 법 영역마다 법적으로 의미 있는 것을 달리 파악한다는 점을 지적한다. 또 ‘특정한 소송법에 속하는 법 영역의 관점에서 볼 때 의미 없는 생활사실관계’라 하면 환경권의 문제처럼 사법 또는 민사소송법의 관점에서 의미 없는 것도 포함될 것이다.

38) 반대 견해는 Jauernig, ZPO, § 35 V; Stein/Jonas/Schumann, a.a.O., vor § 253 Rn. 95. Schumann은 위 주 37에 인용한 Canaris의 견해에 대한 반론을 편다. ‘법의 규율을 받지 아니하는 영역’의 분쟁에서도 피고는 원고의 청구를 받아들일 이유가 없기 때문에, 이러한 소송상 청구는 이유 없는 것이고 기각되어야 한다고 한다. 이러한 경우 법적 상황은 재판상이나 재판 외에서 같으므로(위 주 34의 Klagbarkeit 개념 참조), 이것은 소송상의 흠이 아니고 실체법적인 문제라는 것이다. 그러나 Stein/Jonas/Schumann, a.a.O., Rn. 97에서 Schumann은 권리보호자격(Rechtsschutzfähigkeit)과 관련하여 위 주 37의 Lüke의 견해와 비슷한 서술을 한다. 그에 따르면, 오늘날 Rechtsschutzfähigkeit라는 개념을 인정할 필요는 없으나, 만약 이것을 소의 종류마다 실체법에 관련되는 특별한 요건이라고 이해한다면 독자적인 의미는 있을 것이라고 한다. Rechtsschutzfähigkeit를 이렇게 이해하면, 이행의 소의 경우 민법전에 규정된 청구권만이 권리보호자격이 있다. 이것은 Lüke가 말하는 ‘법적규범이 없어 이행의 소의 대상이 되지 아니함(Statthaftigkeit)’과 비슷하다.

39) 헌법재판소 1989. 3. 17. 88헌마1 전원재판부.

Ⅲ. 맺음말

지금까지 이른바 ‘도롱뇽 사건’의 각 심급 결정들을 현재의 민사소송법학의 소송요건 이론에 비추어 살펴보았다. 대상결정과 그 하급심 결정에 대하여 감히 총평을 하여도 된다면, 이 사건에 쏠린 언론과 일반 국민의 비법률적인 관심에 영향을 받지 아니하고 냉철히 현재의 민사소송법에 따른 판단을 한 점을 높이 평가하고 싶다. 세부적으로 살펴보면, 이 사건 가처분신청을 신청인 도롱뇽에 대하여 각 하한 것은 옳다고 생각하나, 신청인 단체의 당사자적격을 피보전권리의 유무로 판단할 문제라고 본 점, 현행법상 사법상의 권리로 인정되지 아니하는 환경권과 자연방위권에 터잡은 청구를 피보전권리가 없다고 하여 기각한 점에는 동의할 수 없다. 그밖에 재판장은 이 사건 가처분신청서에 신청인 도롱뇽의 표시가 신청인을 특정할 수 있을 정도로 적혔는지 심사하였어야 한다.

소송요건에 관하여 강의하거나 글을 쓸 때면 언제나 드는 생각이지만, 우리 법원은 소송요건을 그리 중요하게 여기지 아니하는 듯하다. 특히 보전처분의 발령절차에서는 판결절차에서보다 소송요건이 문제되는 경우가 적을 것이다. 그러나 소송요건은 판결절차에서만 아니고 집행절차나 보전절차 등 법정절차가 규정된 곳이면 어디에서나 의미가 있는 것이다. 소송요건을 요구하는 이유는 요건마다 다르지만, 당사자를 보호하기 위하여, 법원이 무의미하게 활동하는 것을 막기 위하여, 소송이 특정인의 자의에 좌우되는 것을 막기 위하여⁴⁰⁾ 등 결코 가볍게 볼 수 없는 것들이다. 소송요건 또는 소송법의 제도가 실체법의 문제를 제치고 앞에 나서서는 아니 되겠으나, 법원이 소송요건을 무시하고 실체법적 판단에만 치중하는 것 또한 옳지 아니하기에, 이 글을 마치면서 평소 이 점에 대하여 느끼던 우려를 덧붙여 본다.

40) 호문혁, 앞의 책, 239면.

참고문헌

- 곽윤직, 민법총칙, 제7판, 박영사 2002.
곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사 2003.
권영성, 헌법학원론 2004년판, 법문사 2004.
방순원, 민사소송법 (하), 제2전정판, 한국사법행정학회 1993.
성낙인, 헌법학, 제6판, 법문사 2006.
이시윤, 신민사소송법, 제2판, 박영사 2004.
이시윤, 신민사집행법, 보정판, 박영사 2005.
호문혁, 민사소송법 제5판, 법문사 2006.
주석 민사집행법/집필자, (VI), 한국사법행정학회 2004.
Jauernig, Othmar, Zivilprozeßrecht, 27. Aufl., München 2002.
Jauernig, Othmar, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl., München 1999.
Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs ZPO, 6. Aufl., München 2002.
Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004.
Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., München 1997.
Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung/Bearbeiter, 2. Aufl., München 2000.
Stein/Jonas/Bearbeiter, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21. Aufl., Tübingen.
Stein/Jonas/Bearbeiter, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Tübingen.
Blomeyer, Karl, Arrest und einstweilige Verfügung, ZZP 65, S. 52 ff.
Blomeyer, Karl, Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit

bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, *ZZP* 81.

Canaris, Claus-Wilhelm, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Aufl., Berlin 1983.

Lüke, Gerhard, *Die Prozeßführungsbefugnis*, *ZZP* 76, S. 1 ff.

Stech, Jürgen, *Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht*, *ZZP* 77, S. 161 ff.

Walker, Wolf-Dietrich, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tübingen 1993.

<Zusammenfassung>

**Prozessvoraussetzungen beim Antrag auf die einstweilige Verfügung
aufgrund des Rechts auf Umweltschutz**

Oh, Jung Hoo

Im so genannten ‘Eidechsenprozess’ wies der koreanische Obergerichtshof den Antrag auf einstweilige Verfügung(Verbot des Tunnelbaubeginns) zurück mit den Gründen, ① Antragsteller ‘Eidechse’ sei parteiunfähig, also der Antrag sei in dieser Hinsicht unzulässig, ② Antragsteller ‘Freunde der Eidechsen (ein nichtrechtsfähiger Verein)’ sei zwar prozessführungsbefugt, aber der Antrag sei unbegründet. Der Vorsitzende hätte aber vor der Prüfung der Parteifähigkeit der Eidechse die Ordnungsmäßigkeit des Gesuchs prüfen müssen. Die Bezeichnung des Antragstellers ‘Eidechse’ ist nicht hinreichend, um den Antragsteller individuell zu bestimmen. Das stimmt zwar, dass der Antragsteller ‘Eidechse’ tatsächlich unparteifähig nach der geltenden Rechtsordnung ist. Die Parteifähigkeit kommt allerdings nicht zur Prüfung, wenn es nicht feststeht, wer Partei ist. Der Antragsteller ‘Freunde der Eidechsen’ ist zwar prozessführungsbefugt, aber die unteren Instanzen hatten insoweit unrecht, dass sie die Prozessführungsbefugnis nicht danach geprüft haben, ob der Antragsteller sein eigenes Recht geltend macht. Und das Recht auf Umweltschutz als Grundrecht besitzt zwar den verfassungsrechtlichen Rang, kann jedoch ohne gesetzliche Regelung nicht durch privatrechtliche Klage geltendgemacht werden. So fehlt dem Antrag die Rechtsschutzfähigkeit, und damit wäre der Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

주 제 어 : 가처분신청의 소송요건, 당사자능력, 당사자적격, 권리보호자격, 특정된 당사자표시 Keywords : Prozessvoraussetzung beim Antrag auf einstweilige Verfügung, Parteifähigkeit, Prozessführungsbefugnis, Rechtsschutzfähigkeit, Bestimmbare Parteibezeichnung
