

환경피해에 대한 공법적 구제

- 주민소송을 중심으로 하여 -

함 인 선*

차 례

- I. 처음에
- II. 환경관련 주민소송의 유용성
- III. 주민소송의 소송요건
- IV. 환경관련 주민소송의 구체적 사례
- V. 마치며 - 환경관련 주민소송의 과제

I. 처음에

(1) 오늘날 환경문제만큼 지구적 차원에서 국가, 사회단체 및 개개인의 관심을 끌고 있는 대상은 드물 것이다. 환경문제는 산업이 고도로 발달된 현대에 들어서 더욱 그 피해의 심각성이 증가하게 된 측면을 감안하여 볼 때, 환경과 산업은 양자가 양의 함수관계에 있다고만은 할 수 없을 것이다. 즉, 산업이 고도로 발달된 현대에 있어서 오히려 환경피해의 정도는 증가한다고 할 수 있다. 나아가 현대의 환경문제는 복잡다양한 현대산업사회의 영향으로 환경피해의 태양도 복합적으로 전개되는 양상을 띠고 있다고 할 수 있다.

이와 같은 환경피해의 특성상 현행 권리구제제도가 과연 어느 정도 이에 대처

* 전남대학교 법학과

할 수 있는지에 대해서는 공·사법 양자로부터 문제제기가 이루어져 왔다. 국내에만 하여도 환경피해에 대한 권리구제에 관하여 수많은 연구성과가 축적되어 있음이 이를 반증한다. 그러나, 이러한 연구물들은 대부분 개인적 법익의 침해에 대한 구제에 관한 것으로, 이러한 현상은 기존의 권리구제의 법시스템이 개인적 권리구제 위주로 구성되어 있음을 고려하여 볼 때 지극히 당연하다고 할 수 있다. 그러나, 환경피해는 개인적 법익에 대한 피해로서의 성격을 가짐과 동시에 중대한 공공적 성격도 가지고 있음을 고려하여 볼 때, 개인적 법익구제 위주의 현행법 시스템과 그것을 중심으로 한 연구의 한계를 지적하지 않을 수 없다.

(2) 이와 관련하여 주목을 끄는 것이 주민참여에 의해 지방자치단체사무의 적정성·적법성을 확보하고자 하여, 근래, 지방자치법에 여러 가지 주민참여제도를 도입하고 있다는 점이다. 지방자치단체는 주민들과 직접적으로 관련된 사무를 처리한다는 점에서 주민들의 이해와 밀접한 관계를 가지고 있고, 그런 만큼 주민들의 관심도 크다고 할 수 있다. 또한 주민들의 가까이에 위치하기 때문에 주민 자신들의 의견을 표출하기도 수월하다고 할 수 있다. 따라서 이러한 주민참여는 직접민주주의의 실현을 위한 하나의 좋은 통로역할을 기대할 수 있다. 근년들어, 이러한 관점에서 설치된 주민참여제도로서는 주민투표제도(1994년), 조례의 제정·개폐 청구제도(1999년), 주민감사청구제도(1999년), 주민소송제도(2005년), 주민소환제도(2006년)를 들 수 있다.

이들 여러 제도 가운데에서 환경피해에 대한 구제와 관련하여 관심을 끄는 것은 주민소송제도라고 할 수 있다. 동 제도는 2005년 1월의 지방자치법 개정에 의하여 신설되어, 2006년 1월 1일부터 시행되고 있다. 주민소송은 행정소송법상의 민중소송의 하나로서 “국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송”(동법 3조 3호)이므로 객관소송으로서의 성격을 가진다. 따라서, 개인적 법익구제제도 위주로 되어 있는 현행법시스템 하에서는 예외적인 제도로서의 성격을 가진다고 할 수 있다. 이로 인해, 민중소송은 “법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다”(행정소송법 45조)고 규정하고 있고, 따라서 주민소

송은 지방자치법상의 규정의 범위 내에서 그 기능을 할 수 있게 되는 셈이다.

그런데, 우리 지방자치법은 주민소송과 관련하여, “공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항을 감사청구한 주민”이 “그 감사청구한 사항과 관련있는 위법한 행위나 해태사실에 대하여” 제기할 수 있도록 규정하고 있다(동법 13조의5 1항 참조). 공금의 지출 등 이른바 재무회계사항에 대하여 주민감사청구를 거친 주민만이 그 재무회계사항과 관련있는 위법한 행위나 해태사실에 대하여 주민소송을 제기할 수 있다는 것이다. 이와 같은 우리 주민소송제도는 일본의 그것을 모델로 하여 도입된 것이라는 점은 주지하는 바와 같다. 그런데, 일본의 경우에는 주민감사청구가 이른바 재무회계사항에 한정되고, 이에 따라 주민소송도 그에 한정되는 법시스템을 가지고 있지만, 실제 운영에 있어서는 이른바 비재무회계사항에 대한 위법성을 추궁하는 제도로서도 기능하고 있다. 그 가운데에는 환경문제에 대한 것도 적지 아니한 비중을 차지하고 있다. 나중에 살펴보는 바와 같이, 우리나라 지방자치법상의 주민감사청구와 주민소송에 관한 규정은 일본의 그것과 반드시 동일한 면만을 가지고 있는 것은 아니다. 다시 말하면, 법문상으로는 판례·학설의 해석·적용에 따라서는 이른바 재무회계사항만에 한정하지 않고 지방자치단체의 적법성통제를 위하여 폭넓게 운용될 수 있는 여지가 있다고 생각한다.

(3) 본 발표에서는 위와 같은 일본 주민소송제도의 운영실제도 고려하면서, 우리 지방자치법상의 주민소송제도를 활용하여 환경피해에 대한 사전적·예방적 또는 사후적 구제제도로서 이용할 수 있는 여지는 없는지 검토하고자 한다. 아직 우리나라 주민소송제도가 시행된 지 일천한 관계로 주민소송에 관한 사례가 그다지 축적되어 있지 않은 상황을 감안하여, 우리나라보다 오랜 제도시행의 결과 수많은 사례가 축적되어 있는 일본의 경우를 중심으로 하여 고찰해 보기로 한다.

II. 환경관련 주민소송의 유용성

1. 주관적·사후적 행정구제제도의 한계 극복

현행 행정구제제도는 개인적 법익이 침해된 경우에 비로소 국가기관(행정청, 법원 등)에 그 구제를 청구할 수 있는 주관적·사후적 권리구제제도 중심으로 설정되어 있다. 즉, 행정심판의 청구나 항고소송의 제기에는 ‘법률상 이익’의 존재를 요구하고(행정심판법 9조, 행정소송법 12조 등 참조), 손해진보에 있어서도 ‘손해’의 발생이나 재산권에 대한 ‘침해’를 요구한다. 이러한 현행 행정구제제도는, 본래, ‘국가로부터의 자유’를 추구하던 소극행정의 시대에 성립된 것으로서 피해가 발생한 경우에 개인의 권리구제가 이루어지면 충분한 것이었다.

그러나, 현대행정은 ‘국가에로의 자유’를 추구하는 적극행정이 그 기본으로 되어 있고, 거기에서는 국민의 생활배려를 위하여 광범위한 영역에서 행정작용이 수행되고 있다. 이로 인해, 사회의 발전과 더불어 현대행정법관계가 대단히 복잡 다양한 성격을 띠게 되어 종래의 단순한 소극행정시대와는 다른 형태의 행정법현상이 발생하고 있다. 이러한 현대행정법현상 가운데 대표적인 것이 환경문제라 할 수 있다. 그런데, 환경문제는 공공적 성격과 불가역성을 그 특징으로 한다. 환경문제의 이러한 특징으로 인하여, 주관적 행정구제제도를 중심으로 하는 현행 행정구제제도는 환경피해의 구제에 있어서 한계에 봉착하지 않을 수 없다. 즉, 환경문제에 있어서는 주관적·사후적 권익구제와 더불어 객관적·사전적 권익구제가 요청된다고 할 것이다.¹⁾

그런데, 주민소송은 객관소송인 민중소송의 일종으로서, 우리 지방자치법은 일정한 사항에 대하여 감사청구한 주민이라면 개인적 법익의 피해 여부와 무관하게

1) 홍준형 교수도 유사한 문제인식을 나타낸다. “집단적 환경분쟁의 경우 환경문제의 심각성이나 환경분쟁의 원인이 되는 환경오염의 특성을 감안할 때 전통적인 소송구조하에서 이 문제를 충분히 처리할 수 있느냐 하는데 대해서는 기본적인 의문이 있다. 이러한 관점에서 현실적인 권리침해를 전제로 대증요법적인 사후구제를 중심으로 하는 주관적 소송구조를 탈피하여 보다 근원적으로 환경상 권리구제의 목적을 달성하기 위한 예방소송적·민중소송적 소송구조로 발전하여야 한다는 시대적 요청이 제기된다.” 동인, 환경법(2판), 박영사, 355쪽.

주민소송을 제기할 수 있는 자격을 부여한다. 따라서, 환경피해에 대한 권리구제에 있어서는, 주관적·사후적 권리구제 위주의 현행 행정구제제도와 더불어, 주민소송제도는 객관적·사전적 법익구제제도로서의 기능도 그 활용 여하에 따라서는 기대된다고 할 것이다.

2. 주민에 의한 행정의 민주적 통제 가능

환경문제에 대한 현행 권리구제제도로는 행정책임을 묻는 것이 곤란한 경우가 적지 않다. 즉, 민사소송의 경우에는 그것이 손해배상청구이든 유지청구이든 가해기업 등의 불법행위라고 하는 법적 책임을 묻는 것이기 때문에 거기에 직접·간접으로 관여한 행정책임은 전면에 드러나지 않기 쉽다. 이에 대해서 항고소송의 경우에는 민사소송에 비하여 환경행정의 책임을 추궁할 수 있으나 항고소송도 위와 같은 기능을 달성할 수 있기 위해서는 개인의 생명·건강 등에 직접 관련되는 법익의 피해가 발생하는 경우에 한정된다. 그에 반하여, 주민소송은 개인의 권리이익의 구제를 목적으로 하지 않고, 행정기관의 행위의 적법성심사를 구하는 것이기 때문에 행정청의 환경행정의 책임을 전면에서 법원이라는 공적 장소를 통하여 명백히 하는 것이 가능하게 된다.²⁾ 실제로 일본의 경우를 보면, 주민소송은 민중소송으로서 당해 지방자치단체의 일정한 자격을 가진 주민들이라면 제기할 수 있기 때문에, 가령 행정소송(취소소송)에 의하는 경우에는 원고적격이나 처분성 등의 제약으로 인하여 각하될 사례에 대해서도 주민소송에서는 대다수가 분안판단이 이루어지게 된다. 결과적으로 주민소송의 대부분은 기각되는 경우가 일반적이지만, 이러한 주민소송의 준비 및 제기과정과 판결에 이르기 까지 당해 환경 문제가 사회적으로 이슈화되어 사회적 관심을 끌게 되고, 소송 이전에는 공개되지 않았던 정보도 나오게 되는 등 커다란 효과를 보는 경우가 적지 아니하다. 이로 인하여, 소송의 승패와는 무관하게 당해 개발사업 등이 변경되거나 보류되는 경우도 적지 않다고 한다.³⁾

2) 園部逸夫 編, 住民訴訟(實務·自治体財務の焦点4), きょうせい, 1989, 247쪽(高橋信隆) 참조.

3) 秋田仁志編, 住民訴訟の上手な對處法, 民事法研究會, 2003, 476쪽 참조.

또한 환경문제는 지역성을 띠는 경향이 있고, 그러한 경우에 당해 지역에 거주하는 주민들이 누구보다 민감하게 그에 대처하게 될 것이다. 환경문제는 불가역적 특징으로 인해 그것이 발생하기 전에 주민참여절차에 의해 감시될 것이 요청된다. 그러나, 이러한 절차의 미비로 또는 위법하게 절차를 거치지 않고 환경문제가 발생한 경우에는 개인의 법익피해가 존재하는지의 여부와 상관없이 주민들이 그것을 다루는 구제체도가 필요하다. 주민소송은 이러한 용도에 적합하게 활용될 가능성을 충분히 가지고 있다. 주민소송은 법원의 행정에 대한 적법성통제기능과 더불어 주민참여에 의한 직접민주주의의 실현이라는 이념에 입각한 특수한 소송 제도라고 할 수 있다.

3. 주민소송의 원고적격 및 대상의 포괄성

(1) 주민소송은 민중소송의 하나이기 때문에 “법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기”할 수 있으며, 우리 지방자치법은 일정한 재무회계사항에 관하여 주민감사청구를 한 주민이면 주민소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서, 일정한 자격을 가지고 법적 절차를 거친 주민이면 누구라도 주민소송의 원고적격을 가질 수 있는 셈이다. 행정쟁송제도가 ‘법률상 이익’의 존재를 요구하고 있는 것에 비추어 주민소송은 원고적격을 포괄적으로 규정하고 있다고 해석할 수 있다.⁴⁾

(2) 또한 주민소송의 대상과 관련하여서는 “공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항을 감사청구한 주민”이 “그 감사청구한 사항과 관련있는 위법한 행위나 해태사실”에 대하여 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 규정에 의하면, 공금의 지출 등 이른바 재무회계사항에 대하여

4) 다만, 주민소송의 경우에는 19세 이상의 일정한 수 이상의 주민의 연서에 의한 주민감사청구를 거쳐야 하므로 그러한 점에서는 제약이 없는 행정쟁송제도에 비하여 취약한 점이 있다고 할 것이다.

주민감사청구를 하고, 그 결과에 불복이 있는 경우에 “그 감사청구한 사항과 관련 있는 위법한 행위나 해태사실”을 대상으로 주민소송을 제기하도록 하고 있기 때문에 지방자치단체사무 가운데에서 이른바 재무회계사항만으로 한정되는 것으로 해석될 수 있다. 그러나, 일본의 주민감사청구가 이른바 재무회계사항만에 한정되고 따라서 주민소송의 대상도 그에 한정되는 데 반하여, 우리나라 주민감사청구는 지방자치단체사무 전반에 미치며, 주민소송의 대상과 관련하여서도 이른바 재무회계사항과 “관련있는” 위법한 행위나 해태사실에 대하여 그 대상으로 하도록 규정하고 있는 점에 비추어, 일본 지방자치법상의 규정 형식과 적지아니한 차이가 있음을 인정할 수 있다. 일본과 같이 엄격한 형태의 규정 하에서도 이른바 비재무회계사항의 위법성을 추궁하는 수단으로서 주민소송제도가 널리 활용되고 있고, 최고재판소를 비롯한 각급 재판소도 이를 점점 수용하고 있는 실정에 비추어 볼 때, 주민소송제도 시행의 초기에 있는 우리나라의 경우에는 환경피해에 대한 실효적인 권리구제수단으로 기능하기 위하여 학설·판례의 보다 유연하고 신축적인 해석·적용이 요청된다고 할 것이다.

(3) 현행 행정쟁송제도는 행정처분을 그 대상으로 하는 것이 원칙이기 때문에 처분성의 유무에 의하여 행정쟁송에 의한 권리구제 여부가 결정되게 된다. 그런데 처분이란 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용”(행정소송법 2조 1항 1호)으로서 강학상의 행정행위 개념을 중심으로 하여, 다양한 행정작용 중 그 일부만을 그 대상으로 파악하고 있다. 따라서, 그밖의 행정작용, 즉, 행정입법, 행정계획, 행정지도, 사실행위 등에 대해서는 원칙적으로 처분성이 없음을 이유로 행정쟁송의 대상에서 제외하고 있다. 이로 인하여 자신의 권리가 침해된 경우에도 행정쟁송제도에 의한 권리구제를 받지 못하는 경우가 적지 아니하다.

이에 반하여, 주민소송은 행정의 행위형식에 의한 제약이 없는 것이 원칙이다. 즉, 행정처분은 물론, 행정입법이나 행정계획, 행정지도, 사실행위, 민사상 계약 등에 대해서도 다룰 수 있다. 이러한 점에서 현행 행정쟁송제도에 비하여 법익구제의 폭이 대단히 넓다고 할 수 있을 것이다.

(4) 또한 현행 행정구제제도는 처분등이 이루어진 이후의 사후적 권리구제를 중심으로 하지만, 주민소송제도는 그 대상의 포괄성으로 인하여, 사전의 계획수립단계에서부터 다룰 수 있다는 이점이 있다. 이러한 점 때문에 주민소송은 개발행위나 사업활동에 의한 환경과피를 사전에 예방하는 역할을 수행할 수 있고, 또한 동시에 계획수립단계에서 반영되지 않았던 지역주민의 의견을 반영시키는 주민참여수단으로서도 기능할 수 있다. 예컨대, 지방자치단체의 폐기물처리시설설치계획에 대하여 동 설치계획의 위법을 이유로 해서 시장 개인 등에 대해 건설예정지의 구입중지 또는 구입비 상당액의 손해배상청구를 한 주민소송을 제기할 수 있는 경우를 들 수 있을 것이다.

4. 다양한 소송유형의 제공

우리 지방자치법은 주민소송으로서 취할 수 있는 소송유형으로 4종을 규정하고 있다. 즉, ① 당해 행위를 계속할 경우 회복이 곤란한 손해를 발생시킬 우려가 있는 경우에는 당해 행위의 전부 또는 일부의 중지를 구하는 소송, ② 행정처분인 당해 행위의 취소 또는 변경을 구하거나 효력의 유무 또는 존재여부의 확인을 구하는 소송, ③ 당해 해태사실의 위법확인을 구하는 소송, ④ 당해 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회 의원, 당해 행위와 관련이 있는 상대방에게 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것을 요구하는 소송이 그것이다.⁵⁾ 이들 소송유형은 민사소송과 행정소송의 주요한 소송유형이 함께 포함되어 있어서 주민들은 당해 사안에서 가장 유효하다고 판단되는 소송유형을 단일로 또는 복수로 선택할 수 있다. 이러한 점에서 주민소송제도는 환경피해라는 공공적 성격을 가지는 사안에 적합한 측면을 가지고 있으며, 또한 실효적인 권리구제수단으로 기능할 수 있다고 본다. 즉, 환경피해에 대한 권리구제의 원스톱서비스가 가능하다.

5) 이들 소송유형을 각각 1호소송, 2호소송, 3호소송, 4호소송이라 칭하기도 한다.

Ⅲ. 주민소송의 소송요건

주민소송은 “공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항을 감사청구한 주민”이 “그 감사청구한 사항과 관련있는 위법한 행위나 해태사실에 대하여 당해 지방자치단체의 장(당해 사항의 사무처리에 관한 권한을 소속기관의 장에게 위임한 경우에는 그 소속기관의 장을 말한다. 이하 이 조 및 제13조의6에서 같다)을 상대방으로” 하여 제기하는 소송을 말한다.

따라서, 주민소송을 적법하게 제기할 수 있기 위해서는 첫째, 주민감사청구를 거쳐야 하고(주민감사청구전치주의), 둘째, 당해 지방자치단체의 일정한 자격을 가진 주민이 당해 지방자치단체의 장을 상대로 하여야 하고(당사자적격), 셋째, 주민소송이 민중소송인 관계로 법률(지방자치법)이 정한 일정한 사항을 대상으로 하여야 한다.

1. 주민감사청구전치주의

주민소송을 제기하기 위하여서는 반드시 적법한 주민감사청구를 거쳐야 하는 바, 이를 주민감사청구전치주의라고 한다. 주민감사청구제도는 주민참여제도의 하나로서 주민소송제도와 필연적으로 결부시킬 당위성이 존재하는 것은 아니나, 우리 지방자치법은 주민소송을 제기하기 위해서는 반드시 주민감사청구를 거치도록 하여, 양 제도를 유기적으로 연관시켜 운영하도록 하고 있다.

(1) 주민감사청구는 적법한 것이어야 한다. 예컨대, 법정된 주민수 이상의 연서가 필요한 데 그에 미치지 못한다든지 나중에 서명주민의 이의신청에 의해서(법 13조의4 9항, 13조의3 6항 참조) 요건을 갖추지 못한 것으로 되어 요건불비를 이유로 당해 주민감사청구가 각하된 경우에는 주민감사청구를 거치지 않은 것으로 되기 때문에 당해 사항을 대상으로 하는 주민소송이 제기되더라도 부적법

각하된다.

(2) 적법한 주민감사청구가 피청구인인 주무부장관 또는 시도지사에 의해 부적법하다고 하여 각하된 경우 어떻게 될 것이냐가 문제된다. 이에 대해서는 “적법한 주민감사청구를 부적법하다고 하여 각하한 경우에 당해 청구를 한 주민은 곧바로 주민소송을 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 동일한 재무회계상의 행위 또는 해태사실을 대상으로 하여 다시 주민감사청구를 하는 것도 허용된다.”⁶⁾고 하는 견해가 참고로 될 수 있을 것이다.

또한, 부적법한 주민감사청구를 적법하다고 하였을 경우에 주민소송의 단계에서 부적법각하를 할 수 있을 것이냐가 문제된다. 예컨대, 주민감사청구기간(13조의4 2항)을 도과한 것을 모르고 주민감사청구를 수리하여 이에 대해 결정한 경우를 들 수 있다. 이러한 경우에는 본래 주민감사청구적격을 갖추지 못하였기 때문에 주민소송의 단계에서라도 그 요건의 불비를 이유로 각하할 수 있다고 본다.

(3) 우리 지방자치법은 일본의 그것과는 달리, 주민감사청구는 “당해 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무”(법 13조의4 1항)의 처리가 위법 또는 부당한 경우에 청구할 수 있도록 되어 있다. 지방자치단체의 사무에 속하는 한, 그것이 자치사무인 경우는 물론 기관위임사무인 경우에도 주민감사청구를 할 수 있다. 즉, “공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항” 등의 이른바 재무회계사항 뿐만 아니라 그것이 지방자치단체의 사무에 속하는 한 원칙적으로 전부 주민감사청구의 대상이 된다. 이 점에 있어서 일본 주민감사청구제도 및 주민소송제도와와의 중요한 차이점을 지적할 수 있다. 즉, 일본의 경우에는 주민감사청구의 단계에서부터 그 대상이 이른바 재무회계사항으로 한정되고, 이를 전제로 하여 주민소송의 대상이 결정되는 것이 원칙인데 비하여, 우리나라의 경우에는 주민감사청구의 대상에 제약이 없으므로 주민감사청구에 있어서 이른바 재무회계사항에 관한 것과 함께 그와 관련된 환경문제도 더불어 청

6) 最高裁 1998.12.18, 民集 52卷9号, 2039쪽 참조.

구하는 것도 가능할 것이다. 또한 주민소송도 재무회계사항을 감사청구한 경우에 “감사청구한 사항과 **관련있는** 위법한 행위나 해태사실”을 그 대상으로 하기 때문에 일본의 경우보다는 환경관련 주민소송이 훨씬 본안판결의 대상이 될 가능성이 크다고 할 것이다.

(4) 또한 주민감사청구는 위법은 물론 부당한 지방자치단체 사무에 대해서도 가능하지만, 주민소송은 위법한 사무에 대해서만 제기할 수 있다. 따라서, 지방자치단체 사무가 부당하다고 하여 주민감사청구를 한 경우에는 감사결과에 대하여 주민소송을 제기하는 경우에는 부적법하게 된다.⁷⁾

2. 주민소송의 당사자적격

(1) 원고적격

지방자치법은 13조의5 1항에서 “제13조의4제1항의 규정에 의하여 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항을 감사청구한 주민은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 그 감사청구한 사항과 관련있는 위법한 행위나 해태사실에 대하여 당해 지방자치단체의 장(당해 사항의 사무처리에 관한 권한을 소속기관의 장에게 위임한 경우에는 그 소속기관의 장을 말한다. 이하 이 조 및 제13조의6에서 같다)을 상대방으로 소송을 제기할 수 있다.”고 규정하고 있다. 따라서, 주민소송의 원고적격은 지방자치단체의 주민으로서 적법한 주민감사청구를 거친 자에게 인정된다고 할 것이다.

(1) 먼저, ‘지방자치단체’의 의미와 관련하여서는, 이른바 보통지방자치단체⁸⁾

7) 高田敏村上武則 編, 『ファンダメンタル地方自治法』, 法律文化社, 2004, 124-125쪽(寺田友子) 참조.

8) 우리 지방자치법은 ‘보통지방자치단체’라는 용어를 사용하고 있지 않으나(법 2조 1항 참조), 일본지방자치법상의 지방자치단체의 분류(일본지방자치법 1조의3 1항)를 채용하여, 일반적으로 지방자치단체를 보통지방자치단체와 특별지방자치단체로 분류하고 있다. 홍정

로서의 특별시, 광역시와 도 및 특별자치도(광역자치단체)와 시, 군 및 자치구(기초자치단체)가 여기에 포함된다는 것은 명백하나, 특별지방자치단체도 이에 포함될 것인지가 문제된다. 일본의 경우에는 “보통지방공공단체의 住民”이라고 규정하고 있는 데 반하여 우리나라의 경우에는 “지방자치단체의 주민”이라고만 규정하고 있기 때문이다. 특별지방자치단체는 보통지방자치단체 외에 특정한 목적을 수행하기 위하여 필요한 경우에 설치되는 지방자치단체이다(법 2조 3항 참조). 특별지방자치단체로서 구체적으로 어떠한 것이 해당되는지는 문제이나, 지방자치법상의 지방자치단체조합(법 149조 이하)을 특별지방자치단체로 보는 것이 일반적이다.⁹⁾ 이러한 특별지방자치단체에게 주민소송제도의 목적취지에 상응하는 ‘주민’의 관념을 상정할 여지가 있을 것인지가 문제된다.

이에 대해서는, 조합의 구성원은 조합을 조직하는 지방자치단체이므로 주민은 존재하지 않고 조합구성원인 지방자치단체의 주민은 간접적으로 구성원이 되는데 그친다고 하는 주장(간접적 구성원설)과 주민은 직접적인 관계를 가진다고 하는 주장(직접적 구성원설)이 있다.¹⁰⁾ 전자에 의하면, 특별지방자치단체의 구성원인 지방자치단체의 주민은 당해 특별지방자치단체에 대하여 주민소송을 제기할 수 없게 되나, 후자에 의하면 그것이 가능하게 될 것이다. 생각건대, 특별지방자치단체인 지방자치단체조합의 구성원인 지방자치단체의 주민은 특별지방자치단체가 수행하는 특정한 사무가 당해 지방자치단체의 관련사항이기 때문에 일정한 요건이 충족되면 주민인 지위에서 원고적격이 인정된다고 하여야 할 것이다.

(2) 지방자치법은 ‘주민’에 관하여, “지방자치단체의 구역안에 주소를 가진 자는 그 지방자치단체의 주민이 된다.”고 규정하여, ‘주소’라는 요건만을 요구하고 있다. 따라서, 주민자격의 판단은 주소의 인정 여부에 달려있게 되지만, 지방자치

선, 지방자치법학(제2판), 법영사, 87쪽 이하 ; 박윤훈, 최신행정법강의(하), 2004, 박영사, 104쪽 이하 등 참조.

9) 홍정선, 지방자치법학(제2판), 90쪽 ; 박윤훈, 최신행정법강의(하), 106쪽 ; 김성수, 개별행정법(제2판), 법문사, 344쪽 ; 류지태, 행정법신론(제9판), 신영사, 709쪽 참조. 이에 대해 의문을 표시하는 견해로서는, 이기우, 지방자치행정법, 50쪽 참조.

10) 園部逸夫 編, 住民訴訟(實務·自治体財務の焦点4), 109쪽(山下 淳) 참조.

법은 주소에 관하여 명확한 규정을 두고 있지 않으므로 주소에 관한 일반법적 역할을 하는 민법상의 관련규정에 의하게 된다. 민법은, 자연인의 주소와 관련하여 “생활의 근거되는 곳”(동법 18조 1항)을 주소로 하고, 법인의 주소에 대해서는 “그 주된 사무소의 소재지에 있는 것”(동법 36조)으로 하고 있다.¹¹⁾

그런데, 주민등록법은 “시장·군수 또는 구청장은 30일 이상 거주할 목적으로 그 관할구역안에 주소 또는 거소(이하 “거주지”라 한다)를 가진 자(이하 “주민”이라 한다)를 이 법의 규정에 의하여 등록하여야 한다.”(동법 6조 1항)고 하고, “다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 이 법에 의한 주민등록지를 공법관계에 있어서의 주소로 한다.”(동법 17조의7 1항)고 규정하고 있다. 따라서, 주민소송의 원고적격 유무를 판단함에 있어서의 주민의 주소는 주민등록지가 되는 셈이다.

(3) 지방자치단체의 주민의 자격에는 원칙적으로 자연인·법인, 성별, 연령, 행위능력의 유무, 국적 여부를 묻지 않는다.¹²⁾ 따라서, 자연인은 물론, 법인도 해당이 되고, 또한 무국적자나 외국인도 주민의 자격을 가질 수 있다.

지방자치법은 이른바 주민감사청구전치주의를 채택하여 주민감사청구를 한 주민에 대해서만 주민소송의 원고적격을 인정하고 있다. 그런데, 주민감사청구를 할 수 있는 자는 “19세 이상의 주민”에 한정되므로(법 13조의4 1항 참조), 주민소송을 제기할 수 있는 주민의 연령도 ‘19세 이상’으로 제한되게 된다. 또한, 주민감사청구를 하기 위해서는 “사·도는 500명, 제161조의2의 규정에 의한 50만 이상 대도시는 300명, 그 밖의 시·군 및 자치구는 200명을 초과하지 아니하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 19세 이상의 주민수 이상”(법 13조의4 1항)의 연서로 할 것이 필요하다. 따라서, 지방자치단체의 조례의 규정에 따라서 복수의 주민의 연서가 필요하게 되는 것이 일반적이겠지만, 주민소송은 주민감사청구를 거쳤으면 그러한 주민 중의 1인만으로도 제기가 가능하다고 본다.

또한, 외국인도 주민감사청구의 청구인적격과 주민소송의 원고적격을 가질 것

11) 한편, 상법은, 법인 가운데 특히 회사의 주소와 관련하여, “본점소재지에 있는 것”(171조 2항)으로 규정하고 있다.

12) 홍정선, 지방자치법학(제2판), 102쪽 참조.

인지가 문제된다. 지방자치법은 주민감사청구를 하기 위하여서는 선거권자인 주민일 것을 요하므로(법 13조의3 1항 및 13조의4 1항 참조) 외국인은 주민감사청구의 주체가 될 수 없다는 주장이 있다.¹³⁾ 그러나, 지방자치법 13조의3 1항의 규정(“「공직선거법」 제18조의 규정에 의한 선거권이 없는 자는 제외한다.”)에서 말하는 공직선거법 18조의 규정에 의한 선거권이 없는 자에는 “1. 금치산선고를 받은 자, 2. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자, 3. 선거법, 「정치자금법」에 규정된 죄를 범한 자 등, 4. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자”를 말하는 것으로, 거기에 ‘외국인’은 규정되어 있지 않다. 나아가, 현행 공직선거법은 일정한 요건을 구비한 외국인에 대해서도 “지방자치단체의 의회의 원 및 장의 선거권”이 있음을 명시적으로 규정하고 있다(동법 15조 2항 2호 참조). 따라서, 일정한 요건을 갖춘 외국인도 주민감사청구를 할 수 있다고 해석하여야 할 것이다.

(2) 피고적격

지방자치법은 주민소송의 피고와 관련하여, “당해 지방자치단체의 장(당해 사항의 사무처리에 관한 권한을 소속기관의 장에게 위임한 경우에는 그 소속기관의 장을 말한다. 이하 이 조 및 제13조의6에서 같다)을 상대방으로 소송을 제기할 수 있다.”(법 13조의5 1항)고 규정하고 있다. 일본지방자치법상의 주민소송이 피고적격과 관련하여 명확한 규정을 두고 있지 않기 때문에 적지 아니한 견해의 대립이 있는 것에 비하여, 우리의 경우는 입법적으로 비교적 명확한 입장을 취하고 있다.¹⁴⁾ 그렇다고 하여, 현행규정의 해석상 의문의 여지가 없다고 할 수 없다.

13) 홍정선, 전거서, 116쪽 참조. 한편, “주민투표법과 같이 외국인에게 주민투표권을 부여하는 명시적 규정이 없는 이상 현행법의 해석상 외국인의 주민소송 원고적격은 인정하기 어렵다”고 하는 견해로서, 김용찬외, 주민소송, 박영사, 139쪽(선정원) 참조.

14) 한편, 지방자치단체의 장은 개인으로서가 아니라 집행기관으로서의 지위에서 피고가 되기 때문에 지위의 승계가 있더라도 피고의 변경을 가져오는 것이 아니라 새롭게 그 직에 취임한 자가 피고가 된다.

(1) 권한의 위임이 이루어진 사무와 관련하여 주민소송을 제기하는 경우에 그 피고는 위임자가 될 것인지 수임자가 될 것인지가 문제된다. 이에 대해서는, 위임자는 권한을 이전하여 당해 사무의 처리권한이 없기 때문에 수임자가 피고가 된다는 견해¹⁵⁾와 권한의 위임이 되었다 하더라도 주민이 이를 알기는 곤란하다는 점, 위임자는 수임자에 대하여 지휘감독권에 기하여 수임자의 행위를 중지시키는 것이 가능하다는 점 등을 이유로 위임자도 피고적격이 있다는 견해¹⁶⁾가 대립한다.

지방자치법은 이와 관련하여, 권한의 위임이 '소속기관의 장'에 대해서 이루어진 경우에는 수임자인 소속기관의 장을 피고로 하여 주민소송을 제기하도록 명문의 규정을 두고 있다. 따라서, 권한의 위임과 관련한 문제는 일용 수임자를 대상으로 하여 주민소송을 제기하도록 하는 것이 우리 지방자치법의 태도라고 해석하여야 할 것이다. 그렇다고 하여 해석상 의문의 여지가 없는 것은 아니다.

우선, '위임'에는 '내부위임'(위임전결 등도 포함)도 포함하는 것으로 보아야 할 것인지가 문제된다. 내부위임(위임전결)은 권한의 위임과는 달리 권한의 이전이 이루어지지 않고, 원래의 기관에 그대로 존속한다. 따라서, 지방자치단체의 장의 권한의 내부위임(위임전결)이 있는 경우에도 주민소송의 피고는 변함없이 당해 지방자치단체의 장이 된다고 보아야 한다.¹⁷⁾ 다만, 소속기관의 장에게 권한의 위

15) 대법원 1997. 2. 28, 96누1757(성업공사가 체납압류된 재산을 공매하는 것은 세무서장의 공매권한위임에 의한 것으로 보아야 할 것이므로, 성업공사가 한 그 공매처분에 대한 취소 등의 항고소송을 제기함에 있어서는 수임청으로서 실제로 공매를 행한 성업공사를 피고로 하여야 하고, 위임청인 세무서장은 피고적격이 없다.) ; 園部逸夫編著, 住民訴訟, 104쪽(山下 淳) 참조.

16) 山村恒年, 差止請求の諸問題, 民商法雜誌 95卷4号, 541쪽 ; 大和勇美, 住民訴訟の諸問題, 56쪽 참조.

17) 대법원 1995. 12. 22, 95누14688(행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않다고 할 것이며, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수임행정청이 정당한 권한에 기하여 그 명의로 한 처분에 대하여는 말할 것도 없고, 내부위임이나 대리권을 수여받은 데 불과하여 원행정청 명의로 대리관계를 밝히지 아니하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명의자인 행정청이 피고가 되어야 할 것이다.) 참조.

임이 이루어진 경우에 있어서의 권한의 내부위임(위임전결)에 있어서는 소속기관의 장이 피고가 된다고 하여야 할 것이다.

다음으로, 권한의 위임이 이루어진 경우에 있어서의 '소속기관의 장'이란 구체적으로 무엇을 의미하는지가 문제된다. 여기서 '소속기관'의 의미와 관련하여 살펴보면, 우리 지방자치법은 지방자치단체의 '집행기관'이라는 章 아래에 '지방자치단체의 장', '보조기관', '소속행정기관', '하부행정기구'와 '교육·과학 및 체육에 관한 기관'으로 나누어 규정하고 있다. 따라서, 이들 기관 들 가운데 어느 범위까지 '소속기관'으로 인정할 것인가가 문제이다. 그런데 소속기관이 문제되는 상황은 지방자치단체 장의 사무의 위임과 관련된 것이므로 지방자치법상의 관련규정을 살펴볼 필요가 있다. 지방자치법은 이와 관련하여, "지방자치단체의 장은 조례 또는 규칙이 정하는 바에 의하여 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다."(95조 1항)고 규정하고 있다. 따라서, '소속기관'이란 보조기관, 소속행정기관 또는 하부행정기관에 한정하는 것으로 볼 수 있을 것이다.¹⁸⁾ 나아가, 지방자치법은 사무의 위임등에 관하여, 지방자치단체의 장은 조례 또는 규칙이 정하는 바에 의하여 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속행정기관 또는 하부행정기관이나 관할지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)에 위임 또는 위탁할 수 있다고 규정하고 있고(95조 2항 참조), 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다고 규정하고 있다(95조 3항 참조). 따라서, 이러한 경우에 권한의 위임이나 위탁이 소속행정기관 이외에게 행하여질 때 누구를 피고로 하여 주민소송을 제기할 것인가가 문제된다. 생각건대, 지방자치법은 주민소송의 피고와 관련하여 원칙적으로 당해 지방자치단체의 장이 되고, 예외적으로 권한의 위임이 있는 경우에 한하여 소속기관의 장이 되도록 하고 있는 점, 관할지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)이나 사인들은 위에서 살펴본 것과 같이 소속기관에 속한다고 할 수 없는 점 등에 비추

18) 김용찬외, 전거서, 142-144쪽(선정원) 참조.

어, 원칙으로 돌아가서 그러한 경우에는 당해 지방자치단체의 장을 피고로 하여야 한다고 할 것이다.

한편, 권한의 위임이 이루어진 경우에 일반주민은 이러한 사실을 알기 어려운 경우가 적지 아니며, 특히 주민소송의 경우에 주민감사청구전치주의를 취하고 있어서 주민감사청구에 있어서의 피청구인은 주무부장관 또는 시·도지사인데 반하여 주민소송에 있어서는 당해 지방자치단체의 장 또는 소속기관의 장이 피고가 되는 점에서 피고를 틀리게 제소하는 경우도 충분히 상정할 수 있다. 이러한 경우에는 지방자치법 13조의5 17항이 “소송에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 행정소송법에 의한다.”고 규정하고 있고, 행정소송법은 “원고가 피고를 잘못 지정한 때에는 법원은 원고의 신청에 의하여 결정으로써 피고의 경정을 허가할 수 있다.” (동법 14조)고 하여 피고경정에 관하여 규정하고 있으므로, 주민소송에 있어서도 이를 적극 활용하여야 할 것이다.¹⁹⁾

(2) 권한의 대리는 권한의 위임과는 달리 권한의 이전이 이루어지지 않고, 원래의 기관에 그대로 존속한다. 따라서, 지방자치단체의 장의 권한의 대리가 있는 경우에도 주민소송의 피고는 변함이 없이 당해 지방자치단체의 장이 된다고 보아야 한다.²⁰⁾ 다만, 소속기관의 장에게 권한의 위임이 이루어진 경우에 있어서의 권한의 대리에 있어서는 소속기관의 장이 피고가 된다.

(3) 한편, 지방의회의 위법한 사무처리와 관련하여서는 누구를 피고로 할 것인가

19) 대법원 1997. 2. 28. 96누1757(세무서장의 위임에 의하여 성업공사가 한 공매처분에 대하여 피고 지정을 잘못하여 피고적격이 없는 세무서장을 상대로 그 공매처분의 취소를 구하는 소송이 제기된 경우, 법원으로서의 석명권을 행사하여 피고를 성업공사로 경정하게 하여 소송을 진행하여야 한다.)

20) 대법원 1995. 12. 22. 95누14688(행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 소송의 대상인 행정처분 등을 외부적으로 그의 명의로 행한 행정청을 피고로 하여야 하는 것으로서 그 행정처분을 하게 된 연유가 상급행정청이나 타행정청의 지시나 통보에 의한 것이라 하여 다르지 않다고 할 것이며, 권한의 위임이나 위탁을 받아 수입행정청이 정당한 권한에 기하여 그 명의로 한 처분에 대하여는 말할 것도 없고, 내부위임이나 대리권을 수여받은 데 불과하여 원행정청 명의로 대리관계를 밝히지 아니하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명목자인 행정청이 피고가 되어야 할 것이다.) 참조.

지 문제된다. 예컨대, 지방의회에서 의원들이 이른바 관광성 해외출장을 간 경우에 누구를 피고로 하여 주민소송을 제기하여야 할 것인지의 경우이다. 이에 대해서는, 지방의원이 사용하는 각종 경비의 지출이 조례나 규칙에 의해 지방자치단체장으로부터 위임을 받아 당해 지방의회사무처(또는 사무국)에서 처리되기 때문에 주민소송의 피고는 지방의회의 의장이 아니라 의회사무처장(또는 사무국장)이 되어야 한다는 주장이 있다.²¹⁾ 그러나, 의회사무처(또는 사무국)는 지방의회 의장의 지휘·감독을 받고 사무처장(또는 사무국장)은 의장의 명을 받도록 되어 있는 것이 일반적인 점²²⁾과 의회사무처(또는 사무국)가 소속기관에 속한다고 할 수 없는 점에 비추어, 지방의회관련 주민소송은 원칙적으로 당해 지방자치단체장을 피고로 하여야 한다고 볼 것이다. 다만, 주민소송의 형태는 주로 4호소송이 될 것이 예상되고, 그러한 경우에는 책임있는 지방의회의장이나 의원 등을 상대로 손해배상청구나 부당이득반환청구를 하도록 요구하는 소송을 제기할 수 있을 것이다.

3. 주민소송의 대상

지방자치법은 “공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항을 감사청구한” 주민이 “그 감사청구한 사항과 관련있는 위법한 행위나 해태사실에 대하여” 주민소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다(법제13조의5 1항 참조). 이러한 지방자치법의 규정에 의하면, 주민소송의 대상이 될 수 있기 위해서는 우선 주민감사청구를 거쳤을 것이 필요하고, 또한 그 사항들이 공금의 지출 등 일정한 재무회계사항으로서 그와 관련있는 위법한 행위나 해태사실일 것이 필요하다.

따라서 주민소송의 대상과 관련하여서는 첫째, 공금의 지출 등의 재무회계사항

21) 김용찬외, 전거서, 144쪽(선정원) 참조.

22) 예컨대, 서울특별시의회사무처설치조례 2조 2항, 3조 3항 참조.

일 것과, 둘째, 재무회계사항과 관련있는 위법한 행위나 해태사실일 것의 의미를 고찰할 필요가 있다.

(1) 재무회계사항

지방자치법은 “공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항”을 감사청구한 주민이 주민소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다(법 제13조의5 1항 참조).

(가) 공금의 지출에 관한 사항

① ‘공금’이란 지방자치단체가 관리하는 현금 및 유가증권을 말한다. ‘지출’이란 지방자치단체에 대한 금전채권을 가지는 자에게 지출원의 지급명령에 기하여 출납원이 현금의 교부 등의 수단에 의하여 지불하는 것을 말한다. 따라서, ‘공금의 지출’이란 당해 지방자치단체가 그 목적을 달성하기 위한 행정작용을 수행함에 있어서 사용할 수 있는 현금 및 유가증권의 지출을 말한다. 구체적으로는 급여, 수당, 교제비, 접대비, 보상금, 보조금, 조성금, 대여금, 변호사비용 등 여러 가지 명목에 의한 금전의 지출을 말한다.

‘공금의 지출’은 지방자치단체 또는 그 기관이 관리하는 현금·유가증권에 의한 지급행위뿐만 아니라 그 전제인 지출원인행위(지방재정법 67조 참조)와 지급명령(지방재정법 70조 참조)도 포함하는 것으로 해석된다²³⁾. 공금의 지출과 직접 관련있는 절차가 위법하지 않더라도, 그 공금지출의 원인인 행정결정 등에 위법성이 있다면 그 후속행위인 공금의 지출도 위법성을 가질 수 있게 된다. 공금의 지출은 그 성격상 모두 재무회계상의 행위에 속하며, 주민소송의 대상으로 될 수 있다. 대부분의 행정활동에는 공금지출을 수반하게 되므로, 앞으로 주민소송의

23) 園部逸夫編, 住民訴訟(最新地方自治法講座4), ぎょうせい, 2002, 143쪽(關哲夫) 참조.

대상도 공금의 지출에 관한 사항이 중심이 될 것으로 예상할 수 있다.²⁴⁾

② ‘공금의 지출’과 관련한 일본 주민소송의 판례를 살펴보면, ㉠ 제지회사들이 배출한 슬러지가 어항에 퇴적되었기 때문에 슬러지준설을 현비로 행한 것에 대하여 위법한 공금의 지출이라고 하여 현지사 및 제지회사들에 대하여 손해배상청구의 주민소송을 제기한 데 위법하지 않다고 하여 청구를 기각한 사례²⁵⁾, ㉡ 백사장 해안에 대한 매립면허가 위법하다고 하여, 그로 인한 공금지출의 중지를 청구한 주민소송에 있어서 당해 매립면허는 적법하고 공금지출도 적법하다고 하여 청구를 기각한 사례²⁶⁾, ㉢ 町長이 해수욕장의 일부를 매립하여 어항을 축조하고자 하는데 대하여, 주민들이 어항축조 및 공금지출의 중지를 청구한 주민소송에 있어서, 해수욕장은 국가가 관리하는 자연공물이며, 정장이 본건 어항축조정책을 세우는 것은 정장의 직무상 의무에 위반하는 것이 아니라고 하여 청구를 기각한 사례²⁷⁾, ㉣ 인공섬매립사업에 대해 시민단체들이 원고가 되어 사업과 관련한 일체의 공금의 지출과 시장개인에 대한 손해배상청구를 주민소송에서 본건 매립면허가 현저히 합리성을 결하여 예산집행의 적정확보의 견지에서 간과할 수 없는 하자가 존재한다고까지 말할 수 없다고 하여 청구를 기각한 사례.²⁸⁾

(나) 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항

① 지방자치법에 의하면, ‘재산’이란 “현금외의 모든 재산적 가치가 있는 물건 및 권리”(133조 3항)를 의미한다.²⁹⁾ 법 13조의5 1항에서 규정하는 “재산의 취

24) 공금의 지출을 둘러싼 문제의 다수는 지출원인으로 된 선행행위의 위법과 그 후의 공금지출행위의 위법과의 관련을 어떻게 해석할 것인지에 있다. 이에 대해서는 위법성의 승계문제로서 나중에 살펴보기로 한다.

25) 最高裁 1982.7.13 民集36卷6号 970쪽.

26) 高松高裁 1994.6.24 判タ851号 80쪽.

27) 松山地判 1978.5.29 判時889号 3쪽.

28) 福岡地判 1998.3.31 判時1669号 40쪽.

29) 한편, 2005년 8월에 제정된 「공유재산및물품관리법」에서는 공유재산의 범위에 대하여 “1. 부동산과 그 중물 2. 선박·부잔교(부잔교)-부선거(부선거) 및 항공기와 그 중물 3. 공영사업 또는 시설에 사용하는 중요한 기계와 기구 4. 지상권·지역권·광업권 그 밖에 이에 준하는 권리 5. 저작권·특허권·의장권·상표권·실용신안권 그 밖에 이에 준하는

득·관리·처분”에서의 ‘재산’도 위와 같다고 해석된다.³⁰⁾

‘재산의 취득’이란 지방자치단체에 ‘재산’취득의 효과를 발생시키는 것을 목적으로 하는 집행기관 또는 직원의 행위를 말한다. 그것이 행정처분인지 계약등의 비권력적 행위인지를 불문한다. 예컨대, 부동산매매계약의 체결은 ‘재산의 취득’에 해당하지만, 지방자치단체에 대한 유증과 같이 지방자치단체에 재산취득의 효과를 발생시키는 것이라 하더라도 집행기관 또는 직원의 행위가 존재하지 아니한 경우에는 ‘재산의 취득’에 해당하지 않는다.³¹⁾ 그런데, 부동산매수계약과 같이 당해 지방자치단체에게 특정한 상대방에 대한 일정액의 금전지급의무를 발생시키는 행위는 동시에 지출원인행위로서의 ‘공금의 지출’에도 해당한다. 따라서, ‘재산의 취득’과 ‘공금의 지출’은 상호배타적 개념은 아니라고 할 수 있다.

‘재산의 관리·처분’이란 ‘재산’에 대해서 그 재산가치의 유지·보전 또는 실현을 직접목적으로 하는 집행기관 또는 직원의 행위를 말한다. ‘재산의 처분’에 해당하는 예로서는, 공유지의 무상양도, 공유지의 부적정한 대가에 의한 양도, 공유지의 무상대부, 공공시설의 사용료면제 등을 들 수 있다. ‘재산의 관리’에는 법적 행위는 물론, 사실행위도 포함한다(예; 공립초등학교 校舎의 철거의 중지청구³²⁾). 한편, 일본 지방자치법과 달리, 우리나라 지방자치법은 ‘재산의 관리의 해태’에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않고 다만 ‘공금의 부과·징수의 해태’만을 규정하고 있기 때문에 ‘재산의 관리의 해태’는 ‘재산의 관리’에 포함하여 다루어야 하리라고 본다. 다만 그 경우에 있어서의 주민소송의 유형은 일반적으로 3호청구 또는 4호청구가 될 것이다.

② ‘재산의 관리’와 구별하여야 할 것으로 ‘공물의 관리’가 있다. ‘공물의 관리’는 공물의 존립을 유지하고 당해 물건을 공적 목적에 공용함으로써 공물 본래의 목

권리 6. 주식, 출자로 인한 권리 및 사채권·지방채증권·국채증권 그 밖에 이에 준하는 유가증권 7. 부동산신탁의 수익권”으로 규정하고 있다(동법 4조 1항 참조).

30) 일본 하급심판례 가운데에는 소학교 校舎, 어린이놀이터, 시민회관 등에 대해서는 ‘재산’성을 인정하였으나, 공영주택의 건물의 사용권, 하천 및 항만에 대해서는 ‘재산’성을 부정한 것이 있다.

31) 園部逸夫編, 住民訴訟, 165쪽(關哲夫) 참조.

32) 東京地判 1977.1.28 行裁集 第28卷11号 235쪽 참조.

적을 달성시키기 위한 작용³³⁾을 말하며, ‘재산의 관리’와 겹치는 부분이 있으나 양자는 일치하는 것은 아니라고 볼 수 있다.³⁴⁾ 예컨대 공사의 목적으로 도로부지의 일부에 대하여 도로관리자가 공사도급계약의 상대방인 회사에 대하여 행하는 점용허가는 공물의 관리작용으로 재무적 처리를 목적으로 하는 것이 아니기 때문에 ‘재산의 관리·처분’에는 해당하지 아니한다고 본다. 이에 대하여, 도로부지의 일부에 대해서 전력회사에게 전주설치의 목적으로 행하는 점용허가는 배타적 이용권의 설정으로서 강학상의 특허에 해당하며, 공물관리상의 행위에 그치지 않고 도로부지의 재산적 가치에도 영향을 미치는 재무회계상의 행위이므로 ‘재산의 관리·처분’에 해당한다고 해석한다.³⁵⁾

③ ‘재산의 취득·관리·처분’과 관련한 일본 주민소송의 판례를 살펴보면, ㉠ 도쿄 히비야(日比谷)공원 옆의 고층건물건축허가 및 그 전제인 도시계획결정을 취소하지 않은 것은 재산의 관리를 해태한 사실로서 위법하다는 확인청구 등을 구한 주민소송에서 도시계획 및 건축허가처분은 그 자체로서는 비재무적인 목적 및 성격을 가지는 도시계획행정 또는 건축행정의 일환을 이루는 행위이며, 가령, 그 결과로서 히비야공원 또는 그 부지 등의 재산에 대해서 원고들이 주장하는 것과 같은 사태가 발생한다고 하더라도 그것은 각 행위의 본래적·직접적인 효과가 아니기 때문에 위 각 행위를 가지고 피고가 재산의 처분 또는 관리에 해당하는 행위를 한 것으로 볼 여지는 없다고 하여 청구를 기각한 사례³⁶⁾, ㉡ 사유지를 골프장 용도로 임대한 것은 그 재산적 가치를 하락시키고 자연환경파괴를 초래하는 것이라고 하여 골프장 용도목적의 제공중지와 토지의 관리를 해태한 사실의 위법 확인을 청구한 주민소송에서 보통재산인 사유지는 경제적 가치에 중점을 두어 소

33) 박윤훈, 최신행정법강의(하), 박영사, 2004, 487쪽 ; 박근성, 행정법강의, 박영사, 2006, 100쪽 ; 홍정선, 행정법특강, 박영사, 2006, 995쪽 ; 류지태, 행정법신론, 신영사, 2006, 867쪽 이하 참조.

34) 일반적으로 유체물의 이용 그 자체를 행정목적으로 하는 공물관리행정에는 양자가 서로 겹치는 것이 보통이기 때문에 구별론이 어디까지 의미를 가질지는 제검토의 여지가 있다고 하는 견해로서는, 園部逸夫編, 住民訴訟(實務自治体財務の焦点4), 53쪽(曾和俊文) 참조.

35) 園部逸夫編, 住民訴訟, 166쪽(關哲夫) 참조.

36) 東京地判 1978.10.26 判例時報 945号 32쪽 참조.

유되는 재산으로 유지 보전되어야 하고, 임대료도 부당하게 저렴하다고 할 수 없다고 하여 청구를 기각한 사례³⁷⁾, ㉞ 그밖에 ‘재산의 관리·처분’에 해당하지 않는 행위라고 한 사례로서는, 도로법에 근거한 노선의 폐지·인정, 도로구역의 결정, 도로의 공용개시³⁸⁾, 도로구역변경처분³⁹⁾, 행정재산의 용도변경⁴⁰⁾, 도시공원용지를 도시공원구역으로부터 제외하는 처분⁴¹⁾ 등을 들 수 있다.

(다) 계약의 체결·이행에 관한 사항

① ‘계약의 체결·이행’에서 ‘계약’이란 당해 지방자치단체가 일방 당사자로서 행하는 의사표시와 상대방의 의사표시의 합치에 의하여 법률상의 효과(구속력)가 발생하는 법률행위를 말한다고 할 수 있다. 우리 민법은 매매, 증여, 교환, 소비대차, 사용대차, 임대차, 고용, 도급, 현상광고, 위임, 임치, 조합, 종신통기금, 화해의 14종류의 전형계약을 규정하고 있고, 이들 이외에도 이른바 비전형계약 또는 무명계약이라고 하는 것이 일반적으로 인정되고 있다. 채무회계상의 목적에서 체결되는 계약은 동시에 채무부담행위로서의 성질을 가지는 경우가 있는바, 그 경우에는 ‘공급의 지출’에도 해당하게 된다.⁴²⁾ 실제로, 계약의 체결에 기하여 공급이 지출될 때에는 공급의 지출로서도 대상적격성을 긍정할 수 있기 때문에 계약의 체결·이행이 독자적으로 문제되는 경우는 적다고 할 수 있다.⁴³⁾

일본의 판례는 주민소송이 위법한 채무회계사항의 시정을 그 목적으로 하기 때문에 그 대상인 계약도 채무회계상의 목적을 가진 것에 한정되고, 공해방지협정이나 환경보전협정, 지역개발협정과 같이 일반행정상의 측면에서 이루어진 것은

37) 長野地判 1999. 1. 28 判例地方自治198号 51쪽.

38) 東京地判 1980.10.9 行裁集 第31卷10号 2069쪽 ; 그 항소심 東京高判 1982.2.25 行裁集33卷1-2号 201쪽 참조.

39) 浦和地判 1980.4.28 行裁集 第31卷4号 1039쪽 참조.

40) 東京地判 1987.6.25 行裁集 第38卷6-7号 491쪽 ; 그 항소심 東京高判 1989.6.30 行裁集 39卷5-6号 690쪽 참조.

41) 京都地判 1986.1.23 判例タイムズ590号 46쪽 참조.

42) 園部逸夫 編, 住民訴訟(最新地方自治法講座4), 35쪽(橋本 勇) 참조.

43) 園部逸夫編, 住民訴訟(實務自治体財務の焦点4), 55쪽(曾和俊文) 참조.

포함되지 않는다고 본다.

② ‘계약의 체결·이행’과 관련한 일본 주민소송의 판례를 살펴보면, ㉠ 촌이 방위시설국장, 육상자위대시설학교장 및 현과의 사이에서 당해 촌내의 토지를 자위대의 폭파훈련장으로 사용하는 것을 전제로 해서 그 훈련의 종류·내용 등을 규제하는 것을 골자로 하는 협정을 체결하였던 바, 주민들은 촌 및 촌장 개인을 피고로 해서 그 협정의 무효확인 및 이에 기한 일체의 협력행위의 중지를 청구한 주민소송에 대해, 주민소송제도의 취지에 비추면, ‘계약의 체결’에서 말하는 계약이란 재무적 처리를 직접 목적으로 하는 것에 한정되고, 비재무적인 행정상의 사무처리의 일환으로서 행하여지는 계약은 설령 결과적으로 지방자치단체에게 재산상의 손해를 야기하는 것이라고 하여도 이것에 포함되지 않는 것이라고 해석하여야 할 것인바, 본건 협정은 재무적 처리를 직접의 목적으로 한 계약에 해당하지 않는 것이 명백하다고 하여 청구를 각하한 사례⁴⁴⁾, ㉡ 區가, 주택지 내를 관통하는 도로개설을 계획하고 도로용지의 매수를 추진하는 것은 본건도로의 개설로 배기가스에 의한 대기오염, 소음·진동으로 인한 양호한 주거환경을 파괴하여 부근 주민의 환경권을 침해하는 위법한 행위라고 하여 용지매수의 중지 등을 청구한 주민소송에서, 설령 도로개설이 위법하다고하더라도 용지매수는 도로개설행위와는 구별된 독립된 행위이기 때문에 용지매수가 위법하게 되지 않는다고 한 사례⁴⁵⁾, ㉢ 시가 식육센터를 신설하면서 부근의 어업협동조합의 조합원과의 사이에서 조합원들이 어업권을 포기하는 조건으로 시가 5억5천만엔의 보상금을 지불할 것을 내용으로 하는 어업보상계약을 체결한 것이 위법하다고 하여 제기된 4호 청구에 대하여 시장에게 5억5천만엔의 손해배상이 명하여진 사례⁴⁶⁾, ㉣ 교토시가, 보안림에 도로건설을 계획하고, 보안림해제가 이뤄지지 아니한 사이에 삼림법에 위반하여 공사도급계약을 체결하여 공사를 착수시킨 것에 대하여 위법공사로 인한 손해배상을 청구한 주민소송에서 하급심은 원고의 청구를 인용하였으나

44) 水戸地判 1989.3.14 判例タイムズ711号 222쪽.

45) 最高裁 1984.11.6 判例時報 1139号 30쪽 참조.

46) 高松高判 2003.2.27 判例タイムズ1177号 160쪽 참조.

상고심은 도로건설공사를 하게 한 행위는 재무회계상의 행위에 해당하지 아니한다고 하여 주민패소판결을 한 사례.⁴⁷⁾

(라) 공금의 부과징수의 해태에 관한 사항

① ‘공금의 부과징수의 해태’란 부과징수하여야 하는 지방세·사용료·수수료·과태료·분담금 등의 결정을 하지 않는 것, 이들에 대해 법령이나 조례에 근거하지 않고 감면조치를 결정하는 것, 잊어버리고 징수를 하지 않는 것, 또는 이들의 체납에 대하여 아무런 조치도 강구하지 않는 것 등을 말한다.⁴⁸⁾

공금의 부과징수의 해태와 관련한 주민소송의 유형은 주로 당해 해태사실의 위법확인을 구하는 소송인 3호청구와 당해 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회 의원, 당해 행위와 관련이 있는 상대방에게 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것을 요구하는 소송인 4호청구가 된다.

② ㉠ 시 역외에서 배출된 산업폐기물등의 시의 청소공장예의 반입의 허용과 소각은 모두 행정목적달성하기 위한 행위에 지나지 않아 재무사항에 해당하지 않고, 또한 시가 산업폐기물의 처리수수료를 징수하지 않은 행위에 대하여 징수에 법령상의 근거가 없었다고 하여 해태가 존재하지 않았다고 한 사례⁴⁹⁾, ㉡ 하수도사업의 부담금을 수익자의 요청에 기하여 지방자치단체가 대신하여 부담한 것에 대해 그것이 위법하다고 하여 손해배상을 청구한 주민소송에서 ㉠이 수익자에 대신해서 부담금의 일부를 지불한 것은 공익상 필요가 있다고는 할 수 없다고 하여 청구를 인용한 사례.⁵⁰⁾

(2) 대상의 확장 : 위법성의 승계

지방자치단체의 재무회계행정의 적법성을 확보하기 위하여 등장한 주민소송제

47) 最高裁 1990.4.12 判例時報 1348号 30쪽 참조.

48) 高田敏·村上武則編, 『ファンダメンタル地方自治法』, 117쪽(寺田友子) 참조.

49) 大阪地判 2003.4.17 判例自治 245号 61쪽 참조.

50) 名古屋高判 1980.9.29 判時1005号 90쪽.

도는 오늘날 일본의 경우에 재무회계사항에 한하지 않고 비재무회계적 사항의 위법성을 추궁하는 제도로도 자주 이용되고 있다. 즉, 비재무회계적 행위가 위법하게 이루어지고, 이러한 행위에 기하여 재무회계적 행위(예컨대, 공금의 지출 등)가 이루어진 경우에, 선행행위(또는 원인행위)인 비재무회계적 행위의 위법성이 적법하게 이루어진 후행행위인 재무회계적 행위에 승계되어 재무회계적 행위의 위법성을 주민소송으로 다투는 것이다. 이러한 경우가 인정되면, 재무회계적 사항만을 그 대상으로 제도설계된 현행 주민소송제도는 비재무회계적 사항으로 그 대상범위를 확장하게 되는 결과가 되는 셈이다.

이러한 주민소송의 대상과 관련하여 위법성의 승계를 논할 실익은 위법한 선행행위인 비재무회계사항을 주민소송의 대상으로 실질적으로 다투고자 할 때, 또한 위법한 선행행위⁵¹⁾가 감사청구기간(법 13조의4 2항)을 도과한 탓으로 다투 수 없는 경우에 그 후행행위를 다투고자 할 때에 인정된다 할 것이다.

(가) 위법성의 승계가 인정되는 경우

① 선행행위의 행정기관과 후행행위의 행정기관이 동일한 경우를 들 수 있다. 예컨대, 지방자치단체장이 공무원을 징계면직처분을 하여야 할 사유임에도 불구하고 의원면직처분을 하여서, 그 공무원에게 퇴직금 등을 지급한 경우에 있어서 의원면직처분이 위법하다면, 퇴직금지급도 또한 위법하게 되기 때문에 지방자치단체장 개인의 손해배상책임을 묻는 4호청구가 가능하다고 본다.⁵²⁾

51) 이 경우에는 선행행위가 굳이 비재무회계사항에 한정되지 않는다. 즉, 재무회계사항이라 할지라도 감사청구기간이 도과된 경우에는 인정할 실익이 있다.

52) 最高裁 1985.9.12 判例タイムズ572号 54쪽 참조. 이에 따라, 하급심판례도 같은 입장을 나타냈다. 예컨대, “지방자치단체의 집행기관 또는 직원이 한 재무회계상의 행위와 그 집행기관 또는 직원이 한 당해 재무회계상의 행위의 원인이 되는 행위 사이에 후자가 전자의 직접 원인을 이루는 일체적인 관계가 있는 경우에는 당해 원인이 되는 행위가 위법하면 당해 재무회계상의 행위도 당연히 위법하게 되는 것이다.”(東京地判1987.11.24 判例自治42号 54쪽 참조) 그러나, 최고재판소는 이후 “당해 직원의 손해배상책임을 묻는 데에는 선행하는 원인행위에 위법사유가 존재하는 경우라고 하더라도, 원인행위를 전제로 해서 이루어진 당해 직원의 행위 자체가 재무회계법규상의 의무에 위반하는 위법한 것인 때에 한한다.”고 하여 다른 입장을 나타내고 있다. 最高裁 1992.12.15 民集46卷9号 2753쪽 참조.

② 선행행위의 행정기관과 후행행위의 행정기관이 서로 다르고, 후행행위의 행정기관이 선행행위의 취소정지권을 가지는 경우를 들 수 있다. 예컨대, 지방자치단체장의 권한의 위임을 받은 하급행정기관이 징계면직처분을 하여야 할 공무원을 의원면직처분을 하고 그에 따른 퇴직금 등을 지급한 경우에, 지방자치단체장이 선행행위의 행정기관에 대해 지휘감독권을 가질 때에는 후행행위의 행정기관(지방자치단체장)은 선행행위인 위법한 의원면직처분을 취소 또는 정지할 권한을 가진다(지방자치법 96조 참조). 따라서, 지방자치단체장이 위법한 선행행위(의원면직처분)를 취소 또는 정지시키지 않고 후행행위(퇴직금등의 지급)를 하는 것은 조리상 선행행위의 취소가 제한되는 경우를 제외하고 원칙적으로 위법하게 된다고 본다.

③ 선행행위에 중대하고 명백한 하자(무효사유)가 있는 경우를 들 수 있다. 이러한 경우에는 행정법상의 하자승계론에서도 선행행위의 하자가 후행행위에 승계됨이 인정된다. 주민소송에 있어서도 당연무효의 경우에는 원인행위의 위법성이 후행행위에 승계된다고 해석함이 타당하다.⁵³⁾ 예컨대, 구청장이 도로법에 근거하여 행한 노선의 설정 및 도로구역의 결정이 위법하다고 하더라도 그 위법이 중대하고 명백한 것이 아닌 한 그 위법을 이유로 하여 당해 도로용지의 매수행위의 증지를 청구하거나 용지매수를 위하여 공금을 지출함으로써 인한 손해배상을 청구할 수 없다고 한 것을 들 수 있다.⁵⁴⁾

53) 동경도교육위원회는 권장퇴직에 응한 도내 공립학교 교감들에게 1983년 3월 31일자로 1일만 명목상으로 교장에 임명하여, 명예승급제도를 적용해서 2호급 승급시킨 뒤에 퇴직승인처분을 하였다. 이에 대하여 주민소송을 제기한 사건에서 “도교위가 한 직원의 임명, 승급, 퇴직의 승인 등의 처분은 이것에 중대명백한 하자가 있어 당연무효로 되는 경우가 아닌 한, 이른바 공정력을 가지며 유효한 것으로 취급되어야 하는 것으로 본건 각 처분에 중대하고 명백한 하자가 있다고 할 수 없는 이상, 퇴직금지급은 위법하지 않다”(東京高判 1986.5.29 判例自治 32号 39쪽)고 한 것을 들 수 있다. 그러나, 이러한 판결에 대해서는, 행정처분의 공정력은 항고소송제도의 반사적 효과로서 당해 처분의 통용력을 잠정적으로 승인하는 데 불과하기 때문에 처분의 효력을 부정하는 것이 아닌 경우에 까지 이것을 확장하는 것은 문제라고 하는 견해가 있다. 園部逸夫編, 住民訴訟(實務自治体財務の焦点4), 64쪽(曾和俊文) 참조.

54) 東京高判1981.5.27 行裁集 34卷2号 138쪽 참조.

(나) 위법성의 승계가 부정되는 경우

① 선행행위의 행정기관과 후행행위의 행정기관이 서로 권한상 별개 독립의 관계에 있는 경우이다. 예컨대, 교육위원회는 교원의 임명에 대해서 지방자치단체장으로부터 독립된 권한을 가지므로 그 임명행위가 위법하다고 하더라도 무효가 아닌 한 지방자치단체장은 이를 저지하거나 무시할 수 없고, 임명된 자에 대해서 급여를 지급할 의무를 지기 때문에 지방자치단체장에 의한 급여지급은 당해 지방자치단체에 대한 관계에서 위법하다고 할 수 없다고 보는 입장⁵⁵⁾이 그것이다.

② 선행행위의 행정기관이 후행행위의 행정기관에 대한 지휘감독권을 가지는 경우에 위법성 승계의 인정여부가 문제된다. 이에 대해서는, 상급자의 직무명령은 중대하고 명백한 하자가 없는 한 하급자를 구속하고, 하급자는 당해 지방자치단체에 대한 관계에서 그 명령을 준수하여야 할 의무를 지기 때문에, 이에 따라서 이뤄진 하급자의 행위가 대외적인 관계에서는 위법하다고 하더라도 그 행위는 당해 지방자치단체에 대한 관계에서는 원칙적으로 위법하지 않고 하급자인 공무원은 당해 지방자치단체에 대하여 불법행위책임을 지지 않는다고 보는 견해가 있다. 예컨대, 지방자치단체장이 징계면직처분을 하여야 할 공무원에 대해서 의원면직처분을 하고, 그 공무원에 대해서 지방자치단체장의 위임을 받은 하급자인 국장이 퇴직금을 지급한 경우에 지방자치단체장의 하급자인 국장은 지방자치단체장의 의원면직처분이 설령 위법하다고 하더라도 그것이 중대명백한 하자가 아닌 한 이에 구속된다. 따라서, 이러한 경우에 위법성의 승계가 인정되지 않는다고 하는 것이다.⁵⁶⁾ 다만, 선행행위에 중대하고 명백한 하자가 인정되는 경우에는 그 행위는 후행행위의 행정기관을 구속하지 않기 때문에 후행행위가 이뤄진 때는 그 행위는 위법성이 승계되어 위법하다고 본다.

그러나, 이러한 견해는 공무원의 명령복종의무(지방공무원법 49조 참조)만을 강조하는 것으로서, 공무원의 또다른 중요한 의무인 법령준수의무(지방공무원법 48조 참조)를 경시하는 입장이라고 하지 않을 수 없다. 설령 상급자의 처분이라

55) 最高裁 1992.12.15 民集46卷9号 2753쪽 참조.

56) 園部逸夫編, 住民訴訟, 122-123쪽(關哲夫) 참조.

고 하더라도 명백히 위법한 경우에는 법령준수의무를 우선하여 당해 처분을 거부할 수 있고 또한 거부할 의무가 있다고 본다.⁵⁷⁾ 그러하지 아니한 경우에는 그로 인한 민·형사상 및 징계책임을 지게 된다고 하여야 할 것이다.⁵⁸⁾ 따라서, 위 사례의 경우에는 상급자의 처분이 당연무효가 아니라 하더라도 그 위법성이 명백한 경우에는 위법성의 승계를 인정할 수 있다고 본다.⁵⁹⁾

IV. 환경관련 주민소송의 구체적 사례

1. 타고노우라(田子の浦)사건

(1) 사건의 개요

제지회사 Y₃-Y₆의 4사(피고, 피항소인, 상고인)는 각 공장에서 시즈오카현 내의 하천에 직접 또는 간접으로 폐수를 방류하였다. 동 폐수는 하천을 거쳐 농업피해와 어업피해를 일으켰기 때문에 현은 배수로를 설치한다든지 어민에게 손실보상을 하거나 어업권의 매수로 대처해 왔다. 한편, 1961년에 타고노우라항이 완공되었는데 위 공장폐수가 하천을 거쳐서 항내에 유입되어 슬러지(sludge)가 퇴적되었다. 그 때문에 현은 매년 현비를 1억엔 이상 지출해서 슬러지의 준설·항외투기를 하여 왔지만, 오히려 오염을 스루가만에 까지 확대시키게 되었다. 그로 인해 어업에의 영향도 심각하게 되자 연안주민이 준설에 반대하여 1967년 4월 이후 타고노우라항의 준설은 중지되었다. 그 후, 항내에는 슬러지가 더욱 퇴적되어 항의 기능에 현저히 중대한 지장을 초래하게 되었다.

따라서 현의 주민인 X들(원고, 항소인, 피상고인)은 지방자치법상의 주민감사 청구절차를 거쳐 주민소송을 제기하였다.

57) 동지, 류지태, 행정법신론(제10판), 682쪽 ; 홍정선, 행정법특강(제5판), 925쪽 참조.

58) 대법원 1997.4.17, 96도3376 참조.

59) 다만, 단순위법 또는 부당의 문제에 그치는 경우에는 복종의무가 있으므로 승계가 부정될 수 있다. 홍정선, 행정법특강(제5판), 925쪽 참조.

X들의 청구의 취지는 다음과 같다.

(1) 현지사 Y₁(피고, 피항소인)이 Y₃-Y₆의 4사가 본건 하천에 제지찌꺼기 등의 오수배출을 중지시킨 것을 해태한 사실, 타고노우라항의 수역에 오수유입을 정지시키는 것을 해태한 사실의 위법확인청구(3호소송)

(2) 현지사 개인 Y₂(피고, 피항소인)는 위법한 슬러지준설을 하여, 그 비용은 본래 불법행위책임 또는 원인자부담책임으로서 Y₃-Y₆에게 부담시켰어야 할 것임에도 불구하고, 부담을 명하지 않고 현비를 지출하였기 때문에 시즈오카현에 대해 1,000만엔의 손해배상청구(4호소송)

(3) Y₃-Y₆의 공동불법행위를 이유로 하는 현에 대한 1,000만엔의 손해배상청구(4호소송)

(4) Y₃-Y₆에 대한 현에 대위하는 타고노우라항에의 오수배출의 중지청구(4호소송)

(2) 각급 재판소의 판결 요지

(1) 제1심⁶⁰⁾은, (1)(4)에 대해서 하천 및 항만의 재산성과 관련하여 공물관리권은 지방자치법 238조 1항 4호의 「준하는 권리」에 해당하지 않고, 타고노우라항이 영조물로서 주민소송의 대상이 된다고 해도 주민이 오수유입중지의 근거로서 드는 법령은 공해행정, 하천관리행정, 어업행정을 위한 것으로 항만관리의 견지에서 행사해야 할 것이 아니고, 또는 항만시설 그 자체의 손상을 금하는 것이며, 오수배출을 단속할 수는 없기 때문에 결국 현지사에게는 오수배출의 중지권한이 없고, 따라서 항만관리를 위법하게 해태했다고는 말 할 수 없다고 하여 각하하였다. (2)에 대해서는 준설공사 자체는 위법하지 않고, 또한 공사비용을 피고 4사에게 부담시키지 않은 것도 위법하다고는 할 수 없다고 해서 청구를 기각하였다. (3)에 대해서는 4호청구의 전제로서 “당해 행위 또는 해태사실”이 필요한 바, 그것이 없다고 하여 청구를 기각하였다.

60) 静岡地判 1974.5.30 行集25卷5号 470쪽.

(2) 항소심⁶¹⁾은, 본건 하천 및 항은 시즈오카현의 재산이 아니고, 또한 하천 및 항만의 관리권은 주민소송의 대상으로 되지 않는다고 하여, 지사가 그것을 해태한 사실의 위법확인을 청구한 (1)과 그 상대방인 Y₃ 등 4사에 대한 오수배출의 중지청구인 (4)에 대해 모두 부적법 각하하였다. 또한 (2)에 대해서는 준설사업 자체는 현의 사무이고 비용을 원인자에게 부담시킬 법적 근거가 없다고 해서 항소를 기각하였다. 그러나, (3)에 대해서는 수질지도기준을 훨씬 초과한 오수배출은 위법하고, 이로 인하여 현에 대해 슬러지 준설비를 Y₃ 등 4사의 공동불법행위로 인한 손해라고 인정하여, Y₃ 등 4사에 대해 현에 대해 1,000만엔의 손해배상 청구를 인용하였다. 이에 피고 4사(Y₃-Y₆)가 (3)의 부분에 대해 상고하였다.

(3) 상고심인 최고재판소⁶²⁾는 다음과 같이 판시하면서 원심을 파기환송하였다.

① 일반적으로 하천·항만 등 이른바 자연공물에 대한 오수의 배출은 사회통념상 일정한 한도까지는 허용되는 것으로 해석되고, 이러한 한도를 초과하지 않는 오수배출의 결과 발생한 오염 내지 슬러지퇴적 등은 당해 자연공물의 관리권자인 지방자치단체의 행정작용에 의해 처리되어야 한다. 또한 오수의 배출이 사회통념상 허용된 일정한 한도를 초과한 결과 오염 내지 슬러지 퇴적 등이 발생한 경우라 하더라도 그 같은 상태에 이른 원인 가운데서 행정상의 대책의 불비 등이 있어서 오수배출자에게 모든 책임을 지우는 것이 적당하지 않는 경우도 있을 수 있기 때문에 지출해야 할 비용 및 그 부담에 대해서는 공물관리권자의 합리적이고 합목적적인 행정재량에 의해 특별한 지출조치를 강구하는 것이 허용되는 경우도 있다고 해석함이 상당하다.

그러므로, 오염 내지 슬러지퇴적 등의 제거에 요하는 비용의 지출에 대해서도 <1>당해 지방자치단체가 행정상 당연히 지출해야 할 부분, <2>당해 지방자치단체가 그 행정재량에 의해 특별한 지출조치를 강구하는 것이 상당하다고 하는 부분, <3>오수배출자의 불법행위등에 의한 손해의 전보에 해당하여 종국적으로는 당해 오수배출자에게 부담시키는 것을 상당하다고 하는 부분으로 구분하여 생각하지

61) 東京高判 1977.9.5 行集28卷9号 893쪽.

62) 最高裁 1982.7.13 民集36卷6号 970쪽.

않으면 안된다. 그리고, 주민이 당해 지방자치단체에게 대위해서 오수배출자에 대해 손해배상청구권을 행사할 수 있는 것은 <3>의 부분에 한정된다.

② 따라서, 본건 슬러지준설비 가운데 <3>의 부분의 유무 및 그 금액에 대해서 인정판단을 하지 않으면 안되는 것으로, 슬러지준설비 지출원인에 오수배출자의 불법행위가 존재한다는 하나의 사실만을 가지고서 준설비 전액을 당연히 피상고인(X들)이 대위해서 오수배출자에게 청구할 수 있는 금액이라고 인정할 수는 없다. 이는 지방자치법상의 규정의 해석적용을 잘못하고 나아가 이유불비의 위법을 범하였다고 하지 않을 수 없다.

(3) 판결의 의의

일본의 경우에 산업화 과정에서 환경오염으로 인한 많은 문제가 발생하였지만, 대개는 회사의 불법행위로 인한 손해배상청구소송으로 다투어 왔다.

그에 대해, 본건은 지방자치단체의 이른바 비재무회계적 사항인 환경행정에 대해서도 환경문제의 원인자에게 그 불법행위로 인해 발생한 손해에 대해서 일정한 범위에서 주민소송을 이용하여 손해배상청구를 할 수 있다는 점을 인정한 최초의 최고재판소 판결이라고 할 수 있다. 이에 의하여, 주민이 주민소송제도를 이용하여 지방자치단체가 가지는 손해배상청구권을 대위행사할 수 있게 되었고, 그에 따라서 비재무회계적인 원인행위의 위법성 여부가 손해배상청구의 전제문제로서 사법심사의 대상이 될 수 있게 하여 사법적 통제가 가능하게 되었다는 점에 큰 의의를 인정할 수 있다.⁶³⁾

2. 오다가하마(織田が浜)사건

(1) 사건의 개요

통칭 「오다가하마(織田が浜)」는 에히메현(愛媛縣) 이마바리시(今治市)에 위치하는 길이 1.7km정도의 백사장해안으로 이 가운데 1.1km정도는 도시계획공원

63) 原田尚彦, 田子の浦へドロ訴訟上告審判決, ジュリスト792号, 59쪽 참조.

으로 지정되었고, 또한 오다가하마(織田が浜) 인근해안은 자연공원법에 근거한 瀬戸内海 국립공원으로 지정되었다. 시는 이마바리항 제3차항만계획을 책정하여, 그 중에 오다가하마(織田が浜)의 인근해면의 매립을 계획하고 매립면허권한을 가진 이마바리시장에 대해서 매립면허를 신청하여 면허를 얻었다. 이에 대해 주민들은 「이마바리오다가하마를 지키는 모임」이라는 단체를 결성하고, 본건 매립면허는 瀬戸内海環境保全特別措置法 및 공유수면매립법에 위반하여 위법하고, 동면허에 기하여 이뤄진 본건 매립행위도 위법하다고 하여, 매립공사와 관련된 공금지출의 중지를 청구하는 주민소송을 제기하였다.

(2) 각급 재판소의 판결 요지

(1) 제1심⁶⁴⁾은, 원인행위(본건 매립면허)의 위법성은 그것이 중대하고 명백한 경우에 한하여 당해 공금지출의 중지를 인정할 만한 위법성을 지닌다고 하면서, 본건의 경우는 위법하다고 할 수 없다고 하여 본 청구를 기각하였다.

(2) 항소심⁶⁵⁾은, 주민소송의 중지청구에서는 대상인 재무회계행위의 특정이 필요한 데, 본건에서는 그 특정이 없기 때문에 재판소가 판단불가능한 점과 원고인 주민들이 오다가하마(織田が浜)의 자연환경의 파괴와 주민의 환경권의 침해로 인하여 중지의 필요성을 주장하지만, 이러한 청구는 쟁송성이 없다는 점을 이유로 하여, 원심판결을 취소하고 소를 각하하였다.

(3) 상고심⁶⁶⁾은, 중지청구의 대상인 본건 공금지출의 범위는 식별가능하고 이것을 전체적으로 일체로 보아서 그 적부를 판단할 수 있기 때문에 원고인 주민들의 청구에는 중지청구의 대상을 특정할 수 없지 않고, 또한 본건 소는 쟁송성을 결하여 부적법한 것이라고는 할 수 없다고 하여 원판결을 파기 환송하였다.

(4) 파기후 환송심⁶⁷⁾은, 본건 매립이 인접해안에 미치는 영향은 경미하여 매

64) 松山地判 1987.11.2 判時1295号 27쪽.

65) 高松高判 1991.5.31 判時1389号 38쪽.

66) 最高裁 1993.9.7 民集47卷7号 4755쪽.

67) 高松高裁 1994.6.24 判タ851号 80쪽.

립은 적법하고, 공금지출도 적법하다고 하여 청구를 기각하였다.

(3) 판결의 의의

(1) 일본에서는 자연해변을 매립해서 항만이나 공장용지를 조성하는 개발사업들이 적극적으로 추진되었는데, 이 경우에 공유수면매립법상의 매립면허는 강학상의 특허처분으로, 면허권자의 고도의 재량이 허용되는 것으로 해석되었다. 그 반면에, 매립에의 동의권은 대상해역의 어업권자 등으로 한정되어 있어서 단지 자연공물로서의 해변을 자유사용하는 부근주민은 사실상의 반사적 이익을 향수하는데 불과하다고 하여, 이를 다투는 행정쟁송은 법률상 이익이 없다고 하여 각하되었다. 본 사건이 주민소송이라는 수법을 취한 배경에는 이러한 매립면허를 다투는 취소소송이나 집행정지 등의 수단으로는 원고적격이라는 허들을 넘지 못한 점에 있었다고 할 수 있다.⁶⁸⁾

(2) 본 판결(제1심)은 법리적으로 원인행위의 위법성의 승계와 관련하여, 종래와는 달리 원인행위가 행정처분인지 여부와 관계없이 중대하고 명백한 위법성이 있는 경우에만 승계를 인정하는 점을 그 특징으로 들 수 있다. 즉, 위법성 승계론에서 원인행위가 행정처분인 경우에 공정력과의 관계에서 원인행위에 중대하고 명백한 위법성이 있는 경우에만 위법성의 승계를 인정하는데, 본 판결은 원인행위가 행정처분이 아닌 경우에도 같은 기준을 적용하고 있어서 1호청구의 가능성을 좁혔다는 비판을 받는다.⁶⁹⁾

(3) 본 사례는 환경보전과 개발의 선택에 있어서 사후적인 사법적 심사로서는 한계가 있다는 점을 드러낸 것으로서 행정청의 정책결정이 내려지기 이전단계에서의 공청회등의 주민참여절차가 필요하다는 점과 공공사업에 있어서 사업주체와 면허권자가 동일인인 경우에 적절한 행정통제가 이루어질 수 없다는 점⁷⁰⁾ 등의 법제도개선의 과제를 선명히 한 점도 큰 의의의 하나라고 할 수 있다.

68) 磯辺 力, 織田が浜事件差戻後高裁判決, 環境判例百選(別冊ジュリスト171号), 187쪽 참조.

69) 秋田仁志編, 住民訴訟の上手な對處法, 488쪽 참조.

70) 磯辺 力, 織田が浜事件差戻後高裁判決, 187쪽 참조.

V. 마치며 - 환경관련 주민소송의 과제

(1) 환경피해에 대한 법적 구제의 문제는 사후적 구제와 더불어 사전적 구제가 중요함은 환경피해의 광역성, 불가역성, 공공적 성격 등을 고려할 때 의문의 여지가 없다고 할 것이다. 이미 살펴본 바와 같이, 기존 권리구제법제는 사후적·주관적 구제제도로서의 성격을 가지고 있어서 환경피해의 경우에는 그 기능이 일면적이라고 밖에 할 수 없다. 환경피해의 경우 개인이 그 대상이 되는 경우는 물론, 당해 지역, 국가, 나아가서 지구적으로 그 영향이 미치는 경우가 적지 아니하기 때문이다. 따라서, 환경피해에 대한 구제제도는 사후적·주관적 구제제도와 함께, 사전적·객관적 구제제도의 존재이유가 강조되는 것도 쉽게 납득할 수 있을 것이다. 이러한 이유로 최근 지방자치법에 도입되어 이제 막 돛을 올린 민중소송으로서의 주민소송제도가 환경피해와 관련하여 어떻게 활용될 수 있는지를 살펴본 것이 본 발표의 취지라고 할 수 있다.

(2) 그러나, 환경관련 주민소송에 있어서는 여전히 몇 가지의 과제가 남아 있다고 본다.

첫째로, 주민소송의 대상과 관련한 문제이다. 우리나라 주민소송제도는 일본의 그것을 모델로 한 때문에 주민소송의 대상을 이른바 재무회계사항에 한정하는 태도를 취하고 있다는 점이다. 이와 관련하여서는, 이미 언급한 바와 같이, 우리나라 지방자치법상의 주민소송제도는 일본의 그것을 모델로 하고 있지만, 구체적인 규정을 살펴보면 적지 아니한 차이점이 존재한다는 점이다. 즉, 우리나라의 경우 주민감사청구의 대상은 위법 또는 부당하게 처리된 “당해 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무”가 해당이 되고, 주민소송의 단계에서 이른바 재무회계사항에 관한 것일 것을 요구하며, 그 경우에도 감사청구한 사항과 “관련있는” 위법한 행위나 해태사실을 그 대상으로 하고 있다는 점이다. 이러한 점이 주민감사청구의 단계에서부터 이른바 재무회계사항일 것을 요구하며, 주민소송의 단계에서 그 대상이 동일성을 요구하는 일본의 경우와는 차이가 있다는 점은 명백하다. 따라서, 이러한 법문상의 차이를 반영하여, 주민소송제도를 해석·적용함에 있어서 학설·판

례의 적극적인 자세가 요청된다.

둘째로, 주민소송제도가 객관소송인 민중소송의 하나라는 특성상 개인의 법익 침해를 요하지 아니하고, 이러한 점 때문에 자신의 이익과 관련없는 경우에도 주민소송제도를 적극적으로 활용할 것인지 여부는 순전히 지방자치단체의 주민의 몫이라고 할 수 있다. 따라서 환경문제와 관련하여서는 자신의 직접적인 이익과 관련이 없는 경우에도 환경보전을 해하는 지방자치단체의 조치에 대해서는 주민감사청구와 주민소송을 적극적으로 활용하고자 하는 주민의식이 요청된다고 할 것이다.

셋째로, 환경문제와 관련하여서는 이른바 님비현상이 두드러지는 경향이 있다. 따라서, 주민소송제도도 그러한 연장선상에서 그 불복수단으로 이용될 가능성도 여전히 존재한다고 할 것이다. 그러나, 일본의 주민감사청구 및 주민소송에 있어서는 一人이라도 청구가 가능한데 비하여, 우리나라의 경우에는 주민감사청구에 있어서 “19세 이상의 주민은 시·도는 500명, 제161조의2의 규정에 의한 50만 이상 대도시는 300명, 그 밖의 시·군 및 자치구는 200명을 초과하지 아니하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 19세 이상의 주민수 이상의 연서”로 청구할 수 있다고 규정하여 일정한 제약을 가하고 있다. 이러한 점에서 일본의 경우에 비하여 주민에 의한 주민감사청구나 주민소송의 남용의 여지는 상당히 축소되어 있다고 할 수 있다. 그러나, 주민소송제도가 환경피해에 사전적·사후적 구제수단으로 공익소송으로서의 역할을 온전히 수행하기 위해서는 결국 주민들의 성숙한 시민의식에 의지할 수밖에 없을 것이다.

<Abstract>

**Public Law' Relief to the Environmental Damage
: Centered on the Resident's Suit**

Ham, In Seon

This article is "Public Law' Relief to the Environmental Damage - centered on the Resident's Suit". So far, Public Law' Relief to the Environmental Damage is almost subjective Relief. But the Resident's Suit established newly is objective Relief. And it is able to be made use of for Public Law' Relief to the Environmental Damage.

The contents of this article is as follows;

Chapter 1 - Introduction

Chapter 2 - The usefulness of the Resident's Suit to the Environmental Damage

Chapter 3 - Conditions of the Resident's Suit

Chapter 4 - A few cases for the Resident's Suit to the Environmental Damage

Chapter 5 - Conclusion : Problems for the Resident's Suit to the Environmental Damage