

# 환경상 이익 침해에 대한 민·행정법상 유지청구권

— 유지청구와 관련한 공·사법상 청구권의 교차분석 —

김 현 준\*

## 차 례

- I. 머리말
- II. 유지청구권의 의의 및 구분개념
- III. 환경상 이익 침해에 대한 민사상 유지청구권
- IV. 환경상 이익 침해에 대한 행정법상 유지청구권
- V. 환경상 이익 침해에 대한 민·행정법상 청구권의 비교
- VI. 맺음말

## 【국문초록】

환경상 이익의 침해에 대한 사전적 구제로서 유지청구는 사후구제만으로 충분하지 않는 경우에 유용한 구제수단이다. 이러한 이유로 지금까지 환경상 이익 침해에 대한 유지청구가 많이 논의되어 왔는데, 다만 이는 주로 민사법영역에 한정된 것이었다. 그러나 국가나 지방자치단체의 행정작용이 행해짐으로써 사인의 환경상 이익이 침해될 우려가 있는 경우에 그 예방적 조치를 구하는 행정법상 구제수단도 주목할 필요가 있다. 본고는 환경상 이익 침해에 대한 민사상 유지청구권만이 아니라 행정법상 유지청구권까지도 검토하게 된다.

민사상 유지청구의 경우 우선 그 법적 근거가 다투어지는데, 다수설 및 판례가 취하고 있는 물권설을 극복하고 환경권을 토대로 한 법리적 모색이 필요하다. 이를 위해 ‘환경공유’가 아닌 ‘환경공동이용’의 법리를 문제제기 차원 정도에서 제시한다.

행정법상 유지청구의 경우 이를 소송상 실현할 수 있는 예방적 금지소송의 입법

\* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

론 또는 해석론이 유지청구권을 행사하기 위한 관건이 될 것이다. 이와 함께 행정법 관계에서의 실체적 공권의 정립문제도 중요한 과제이다. 아울러, 대항리사격장사건, 김포공항소음사건과 같은 사안의 경우 영조물 설치·관리의 하자로 인한 손해배상 청구 이외에 (공법상의) 유지청구도 할 수 있다는 점을 지적한다. 이는 처분이 아닌 행정작용에 대한 예방적 금지소송의 인정을 통하여 실현될 수 있겠지만, 행정소송이 여의치 않다면 민사소송에 의한 구제라도 빈틈없는 권리구제라는 법치국가원리에 따라 가능해야 할 것이다.

그밖에 환경상 이익 침해에 대하여 행사할 수 있는 【사인의 행정주체에 대한 민사상 유지청구】, 【민사상 유지청구와 행정법상 취소·변경청구】, 【민사상 유지청구와 행정개입청구】, 【민사상 유지청구와 공작물책임 배상청구】, 【행정법상 유지청구와 영조물책임 배상청구】, 【민사상 유지청구와 행정법상 유지청구】를 공·사법상 청구권의 교차분석의 차원에서 살펴본다.

## I. 머리말

환경상 이익의 침해에 대하여, 사후적 구제로서 손해배상청구권과 사전적 구제로서 유지청구권을 행사할 수 있다. 전자가 이미 발생한 손해에 대하여 금전상 전보를 구하는 것이라면, 후자는 ① 아직 행해지지 않았지만 행해질 우려가 있는 침해행위의 예방을 구하거나 ② 이미 발생하여 계속될 우려가 있는 침해행위의 중지·배제를 구하는 것이다.<sup>1)</sup>

이러한 유지청구는 감사·주주·사원의 위법행위유지청구권, 주주의 신주발행유지청구권(402조, 424조, 제564조의2 참조)과 같이 상법에서는 명문규정을 두고 있어 실정법상 개념이 되어 있지만, 환경상 이익 침해에 대한 유지청구의 경우에는 그 근거가 분명하지 않아 논란이 되고 있다. 본고는 이러한 환경상 이익 침해에 대한 유지청구를 주제로 삼는다. 환경침해는 그 속성상 한번 이루어지면 그것이 기성사실로 되어 사후구제수단으로는 회복이 어려운 경우가 많기 때문에 이를 사전에 예방하려는 유지청구는 환경법에서는 빼 놓을 수 없는 구제수단이다. 이러한 이유에서인지 유지청구에 대해서는 상당한 선행연구가 축적되어 있다.<sup>2)</sup> 다만, 이는 주로 민사법영역에

1) 유지청구의 내용으로 ①, ② 모두를 포함할 것인지, ①만 포함할 것인지는 후술하는 바와 같이 논란의 여지는 있다.

집중되어 있는데, 본고에서는 행정법상 유지청구권까지 연구대상으로 포함하여 환경상 이익 침해에 대한 공·사법상 유지청구권을 종합적으로 살펴보고자 한다.

민사상 유지청구는 대법원이 부친경인고속국도사건<sup>3)</sup>에서 명시적으로 ‘유지청구’라는 용어를 사용하는 등 판례를 통해서도 어느 정도 정리되어 있다고 할 수 있다. 이에 비하여, 행정주체가 사인의 권익을 침해하려고 하는 경우에 그 권익침해가 발생하지 아니하도록 예방적 조치를 구하는 ‘행정법상 유지청구’에 대해서는 아직 생소하게 느낄 정도로 논의되지 않는 것이 우리의 현실이다. 환경침해를 발생시킬 개발사업에 대한 행정청의 인허가처분이 임박한 때에 개발사업으로 환경상 이익의 침해를 받게 될 우려가 있는 인근주민은 행정청을 상대로 개발사업 인허가처분의 예방적 금지를 구할 수 있어야 할 것이다. 이와 같이 행정법상 유지청구 역시 환경구제수단으로서 간과할 수 없는 의미가 있다. 또한, 환경상 이익의 침해가 있는 경우 민·행정법상 유지청구권을 비롯하여 다양한 공·사법 영역에 걸친 사인의 권리가 문제되는데, 이를 종합적으로 살펴보는 것도 환경상 이익에 관한 권리를 정립하는데 유용하리라 생각된다.

2) 김상천, 환경침해의 유지청구, 재산법연구, 제27권 제1호, 2010, 389-427면; 김세규, 환경권에 기초한 유지청구의 가능성, 토지공법연구, 제68집, 2015, 337-362면; 김차동, 금지(유지)청구권의 일반근거규정 도입에 관한 연구, 법학논총, 제31권 제4호, 2014, 281-310면; 김태선, 미국법상 금지명령 제도, 민사법학, 제61호, 2012, 473-504면; 김태천, 환경권 침해에 대한 유지청구, 건축관련판례 50선, 대구판례연구회, 2012, 510-520면; 안경희, 환경침해를 이유로 한 유지청구의 법적 근거, 환경대학교 논문집 제38집, 2006, 89-103면; 안경희, 환경침해에 대한 민사법적 구제, 환경법연구, 제28권 제3호, 2006, 3-57면; 윤진수, 환경권 침해를 이유로 하는 유지청구권의 허용 여부, 민법논고, 박영사, 2008, 364-383면; 이승우, 소음공해에 대한 유지청구, 환경법연구, 제32권 제3호, 291-320면; 이승우, 생활환경사익침해에 대한 환경권의 작용, 환경법연구, 제36권 제1호, 2014, 33-64면; 이영창, 민사소송을 통한 환경오염피해 구제의 현실과 한계 -소음피해로 인한 소송을 중심으로-, 환경법연구, 제36권 제1호, 2014, 66-122면; 전경운, 소음침해에 대한 방해제거 및 방해예방청구권의 법적 근거와 인용의무 등, 민사법학, 제42호, 2008, 405-455면; 전경운, 우리나라에서의 환경침해에 대한 유지청구권의 논의현황, 환경법과 정책, 제1권, 2008, 147-176면; 전경운, 환경오염피해구제를 위한 민사법제의 개선방안 및 대안모색, 환경법연구, 제36권 제1호, 2014, 123-173면; 전병서, 추상적 유지청구의 적법성, 인권과 정의, 제382호, 2008, 145-157면; 정완, 환경침해피해에 대한 민사책임, 환경법연구, 제25권 제2호, 2003, 409-430면; 조은래, 생활방해에 있어서의 유지청구권, 비교법학, 제16권, 2005, 171-194면; 조홍식, 상린관계의 법정책: 항공기소음을 글감으로 하여, 서울대학교 법학, 제50권 제3호, 285-335면.

3) 대법원 2007.6.15. 선고 2004다37904,37911 판결. 다만, 그 이후 판례에서 이러한 용어가 잘 발견되지 아니하는 점도 특기할 만하다.

이를 위해 이하에서 ‘유지청구권’의 의미를 우선 정리한 뒤(II), 환경상 이익 침해에 대한 민사상 유지청구권(III), 행정법상 유지청구권(IV)을 살펴보고, 유지청구권을 중심으로 민·행정법상 권리를 비교·검토한 후(V), 논의를 맺고자 한다(VI).

## II. 유지청구권의 의의 및 구분개념

먼저 본고의 중심논점에 해당하는 유지청구권의 의미를 이와 관련된 용어들과의 비교를 통하여 분명히 할 필요가 있다.

### 1. 유지청구권과 영미법상의 injunction

유지 또는 유지청구권은 신속히 피해자의 권리를 보호하기 위하여 여러 가지 특칙 하에서 운용되고 있는 영미법의 injunction에서 유래하는 것으로 보고 있다.<sup>4)</sup> injunction은 다시 mandatory injunction과 prohibitive injunction으로 나눌 수 있는데, 전자를 ‘강제적 명령’, 후자를 ‘금지적 명령’이라고 부른다.<sup>5)</sup>

유지청구의 구체적 내용은 ‘적극적 청구’와 ‘소극적 청구’로 나타나는데, 전자는 허용기준을 위반한 소음의 배출을 금지하거나 허용기준에 맞도록 소음방지시설을 설치하게 하는 것과 같이 적극적인 작위의무를 부과하는 것이고, 후자는 단순히 특정 행동을 금지하는 것이다.<sup>6)</sup> 일정한 작위를 구하거나(방음벽 설치, 방음터널 설치 등) 부작위를 구하는(소음원 가동제한, 가동중지 등) 청구에 대하여 각각 ‘작위·부작위청구’라는 용어를 사용함이 좋을 것 같다는 견해<sup>7)</sup>는 이와 같은 유지청구의 내용인 작위·부작위청구에 주안점을 둔 것으로 보인다.

4) 김연, 영미법상의 Injunction 소송절차 소고, 경성법학, 제2호, 1992, 111면.

5) 전병서, 앞의 논문, 149면 각주 13.

6) 전병서, 앞의 논문, 149면 각주 13.

7) 이영창, 앞의 논문, 67면.

## 2. 유지청구권과 독일법상 방어청구권(Abwehranspruch)

독일 민법 제1004조<sup>8)</sup>는 방해배제청구권(Beseitigungsanspruch)과 부작위청구권(=금지청구권)(Unterlassungsanspruch)을 규정하고 있다. 그리고, 이 둘은 ‘방어청구권’으로 번역될 수 있는 ‘Abwehranspruch’라는 개념으로 묶을 수 있다.<sup>9)</sup> 여기서 ‘방어’는 ‘제거’(Beseitigung)와 ‘금지’(Unterlassung)를 합친 개념이다.<sup>10)</sup> 이때 금지는 ‘억제적 금지’가 아닌 ‘예방적 금지’이다. 우리 민법 제214조의 방해배제청구권은 제거청구권, 같은 조의 방해예방청구권은 금지청구권에 상응하는데, 유지청구권이란 이 중 ‘주로’ 방해예방청구권의 개념이며, 독일의 방어청구권은 이 양자를 합친 개념이라 할 수 있다. 즉, 우리나라에서 유지청구권을 논하는 문헌에서는 ‘유지’가 ‘배제(제거)+예방’의 의미로 쓰이는데,<sup>11)</sup> 이러한 광의의 유지개념은 방어개념과 별반 차이가 없게 된다. 그러나, 유지를 예방적 금지로 이해한다면, 유지는 Unterlassung, 배제는 Beseitigung, 그리고 양자를 포괄하는 용어는 Abwehr가 될 것이다. 유지는 예방의 의미가 강하므로 제거와 예방을 포괄하는 용어로서 방어청구권의 도입을 주장하는 견해는<sup>12)</sup> 이 점을 보다 명확하게 하려는 취지로 이해된다. 이른바 소극적 청구권(negarorischer Anspruch)의 관념을 인정할 필요가 있고 연속선상에 위치해 있으면서 공히 소극적 청구권에 속하는 방해제거와 방해예방을 묶을 수 있는 개념범위가 명확한 용어가 필요하다는 점에서 설득력 있는 주장이라 생각된다.

8) 독일 민법 제1004조 (방해배제청구권 및 부작위청구권) ① 소유권이 점유침탈 또는 점유이익 이외의 방법으로 방해받은 때에는 소유자는 방해자에 대하여 그 방해의 배제를 청구할 수 있다. 앞으로도 방해받을 우려가 있는 때에는 소유자는 부작위를 소구할 수 있다. ② 소유자가 수인의 의무를 지는 경우에는 제1항의 청구권은 배제된다. 양창수, 독일민법전, 박영사, 2005, 615면(필자가 ‘금지’로 번역한 Unterlassung을 부작위로 번역하고 있으나, 의미의 차이는 없다고 생각됨).

9) 전경운, 환경사법론, 집문당, 2009, 45-46면(Staudinger/Gursky, Kommentar BGB, §1004 Rn. 1에 더 참고 있음).

10) 이러한 양 청구권을 합친 용어로 방어청구권이 널리 사용되고 있지만(BeckOK BGB/Fritzsche BGB § 1004, 2015, Rn. 5 참조), 독일 민법 제1004조에서는 Abwehr라는 용어를 명문규정으로 쓰지는 않고, 배제(Beseitigung)와 금지(Unterlassung)라는 2개로 구분되는 용어만을 사용하고 있다.

11) 조은래, 앞의 논문, 172면 등 참조.

12) 전경운, 앞의 책, 45-46면.

### 3. 유지청구권과 일본법상의 差止請求權

‘유지’라는 말을 일본식 용어로 오해할 여지도 있으나, 이에 해당하는 일본의 법률 용어는 差止(さしとめ)이다. 즉 우리의 유지청구권에 해당하는 일본 민법상 용어는 差止請求權이다.

한 가지 특기할 만한 것은, 우리의 ‘유지’에 해당하는 일본어 ‘差止’는 공법과 사법의 영역에서 같은 의미로 일반적으로 사용되고 있다는 점이다. 가령, 2004년 일본 행정사건소송법에서는 差止訴訟이라는 소송유형을 새로이 도입했는데, 이러한 행정소송 유형을 우리나라에서는 ‘예방적 금지소송’<sup>13)</sup> 또는 ‘예방적 부작위소송’<sup>14)</sup>이라고 부른다.

말하자면, 일본에서는 差止를 민법 및 행정법에 걸쳐 통일된 용어로 사용하고 있는데 비해, 우리나라의 경우 민법에서는 ‘유지’, 행정법에서는 ‘예방적 금지’(또는 ‘예방적 부작위’)로 나타내면서, 이와 함께 ‘중지’<sup>15)</sup>, ‘금지’, ‘작위·부작위’라는 말도 함께 쓰고 있다. 다만, 일본의 민사법 영역에서의 差止는 우리의 ‘유지’처럼 ‘예방+배제’의 의미로 주로 쓰이며,<sup>16)</sup> 행정소송으로서의 差止訴訟의 ‘差止’는 예방의 의미로<sup>17)</sup> 주로 쓰이고 있는 것으로 보인다.

### 4. 유지청구권과 물권적 청구권

유지청구권과 물권적 청구권은 둘 다 현재의 침해를 배제하거나 장래의 침해를

13) 김남진, 예방적 금지소송의 허용성과 요건 등, 고시연구, 2005.4, 17면. 2006년 대법원 행정소송법 개정건의안, 2007년 법무부 행정소송법 개정안.

14) 김철용, 행정법, 고시게사, 2014, 536면.

15) 지방자치법 제17조 제2항 제1호는 “해당 행위를 계속하면 회복하기 곤란한 손해를 발생시킬 우려가 있는 경우에는 그 행위의 전부나 일부를 중지할 것을 요구하는 소송”을 주민소송의 하나로 규정하고 있는데, 여기서 ‘중지’는 이러한 ‘유지’의 의미로 새겨진다.

16) 일본에서도 差止를 ‘배제+예방’으로 이해하는 것으로 보인다. 根本尚徳, 差止請求權の理論, 有斐閣, 2011, 1頁(“현재의 침해를 배제하거나 장래의 침해를 예방하기 위해 사인이 差止를 청구하는 것……”).

17) 일본 행정사건소송법 제3조 제7항 : “差止의 소”란 행정청이 일정한 처분 또는 재결을 하여서는 아니 됨에도 불구하고 이를 행하려고 하는 경우에 있어서, 행정청이 당해 처분 또는 재결을 행하여서는 아니 된다는 취지를 명하는 소송을 말한다.

예방하는 것을 목적으로 하는 점에서 본질적으로 같은 면이 있다. 물권적 청구권은 물권에 기한 유지청구권으로 유지청구권의 전형적인 한 유형이라 할 수 있다.<sup>18)</sup> 따라서 유지청구권의 법적 근거를 물권적 청구권에서 구할 경우 유지청구권은 물권적 청구권의 문제로 귀착된다. 반대로 유지청구권의 법적 근거를 물권적 청구권에 두지 않는다면 양자는 적용범위에서 차이가 발생할 것이다.

우리 민법상 물권적 청구권에는 점유물 또는 소유물의 반환청구권도 있고,<sup>19)</sup> ‘유지’가 제거·예방을 모두 포함하는 것인지, 예방만을 포함하는 것인지도 아직 명확하게 정리되지 않은 면도 있다. 따라서 양자를 동일시할 수는 없다. 또한 소유권 등 물권이 없으면 유지청구권도 없게 된다는 점에서 양자를 동일시할 때 발생하는 폐단도 생각해볼 수 있다.

## 5. 유지청구권과 금지청구권

유지를 우리말로로는 ‘금지’로 나타내는 경우도 많다. 금지청구란 ‘장래를 향한 구제 수단으로서 침해행위의 중지(이미 발생하였고 앞으로도 반복 또는 계속될 염려가 있는 침해행위를 장래를 향하여 제거하도록 하는 것) 및 예방(아직 행해지지 않았지만 행해질 염려가 높은 침해행위를 방지하도록 하는 것)의 의미로 사용한다.<sup>20)</sup>

독일식 개념으로는 광의의 금지에는 사전적(事前的) 의미인 예방적 금지(vorbeugende Unterlassung)와 사후적(事後的) 의미인 진압적 금지(repressive Unterlassung)가 있다. 전자는 중지, 후자는 예방에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 예방적 성격의 유지를 한정적으로 나타내려면 예방적 금지라는 용어를 쓰면 될 것이다.

이렇게 본다면, 위에서 본 ‘유지’의 의미를 대신할 수 있는 다양한 용어 가운데, ‘금지’가 가장 그 뜻을 명확하게 하고 있다고 생각된다. 본고에서는 ‘유지’라는 용어가

18) 根本尚徳, 前掲書, 12頁 참조. 일본 민법은 우리의 경우와 달리 물권적 청구권에 관한 명문의 규정이 없지만, 물권이 위법하게 침해되는 경우에 그 침해를 제거하기 위한 수단으로서 물권의 권리자에게 물권적 청구권이 인정된다는 데에 대체로 학설상 일치를 보고 있다고 한다. 上掲書, 11-12頁. 또한, 根本尚徳에 따르면 유지청구권은 물권적 청구권의 기초라고도 하나, 이는 법적 근거에 있어서 물권설을 취하는 경우에 타당한 주장이라고 할 것이다.

19) 그밖에 명문의 규정에는 없지만, 수거허용청구권을 물권적 청구권의 일종으로 인정해야 한다는 주장도 있다. 송덕수, 민법강의, 박영사, 2012, 501면.

20) 김태선, 앞의 논문, 475면.

실정법이나 판례 등에서 이미 널리 사용되는 점을 감안하여 논의의 편의상 ‘유지’와 ‘금지’를 병용하지만, 본고에서 사용하는 두 용어는 원칙적으로 같은 의미이다.

### Ⅲ. 환경상 이익 침해에 대한 민사상 유지청구권

#### 1. 의의

환경상 이익의 침해가 아예 발생하지 아니하도록 조치하거나, 침해가 이미 발생되었을 경우 더 이상 침해가 확대되지 않도록 민사상의 유지청구를 할 수 있다. 이는 주로 침해행위에 대한 소극적 또는 적극적인 조치를 구하는 형식이 될 것이다. 이미 발생한 침해의 제거까지 유지청구로 포함시키기도 하지만, 후자는 정확하게 말하면 ‘배제’라고 할 수 있다.

손해배상청구권과 유지청구권을 일원적으로 파악하는 견해도 있고, 양자를 이원적으로 보는 경우에도 양자 공히 ‘손해’와 결부시키는 입장도 있다.<sup>21)</sup> 그러나, 유지청구에서의 ‘침해’와 손해배상(원상회복)에서의 ‘손해’는 구분되어야 한다. 침해는 권리의 행사 또는 법익의 향수에 대한 현재 또는 장래의 사실상의 방해상태 내지 그 원인을 말하며, 손해는 과거에 생긴 재산적 불이익을 말한다.<sup>22)</sup> 손해란 소유자가 그 소유권의 행사를 사실상 제한받아 그에 의해 무엇인가의 불이익을 입는 것으로 소유권의 사실적 가능성의 상실에 그치는 것이지만, ‘침해’는 단순히 소유자가 그 소유권의 구체적인 효력인 각종의 법적 가능성을 잃는 것에서 더 나아가 소유자로부터 빼앗은 법적 가능성이 침해자에게 사실상 귀속될 것을 요구한다는 점에서 양자를 구분하기도 한다. ‘침해’와 ‘손해’는 그 내용을 달리 하기 때문에 양자 간에 개념적인 교차가 발생할 수 없고 (일방으로부터 타방으로의) 이행도 생각할 수 없다는 것이다.<sup>23)</sup> 이는 불법행위법에서 말하는 손해(Schaden)와는 다른 침해(Beeinträchtigung)가 유지청구의 기

21) 根本尚徳, 前掲書, 51-52頁에서의 인용부분 참조.

22) 上掲書, 53頁.

23) Picker, “Zur Beseitigungshaftung nach §1004 BGB - eine Apologie - zugleich ein Beitrag zur bürgerlichrechtlichen Haftungsdogmatik -”, Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, S. 335.

초가 된다는 것이며, 이러한 침해는 고의·과실과 같은 주관적 귀책사유와는 무관한 객관적 성질에 따라 파악하게 된다.

## 2. 유지청구의 법적 근거

### (1) 법적 근거에 대한 학설

유지청구의 법적 근거로서 물권설, 인격권설, 불법행위설, 환경권설 등이 주장된다.

#### (가) 인격권설

인격권설은 환경상 이익 침해를 개인의 인격권을 침해하여 고통을 가하는 것으로 보는 견해이다.<sup>24)</sup> 이에 따르면 환경상 이익 침해는 물적 손해보다는 신체적 손해나 정신적 고통을 주어 쾌적한 생활을 방해하는 면이 강하고, 건강이나 생활상 이익의 침해를 이유로 유지청구권을 인정하는 것이 그 인정범위가 넓어 피해자 보호에 유리하다고 본다.<sup>25)</sup>

부산고등법원은 “매연, 소음, 진동 등에 의한 생활방해나 일조, 통풍, 정온, 조망 등 주거환경의 침해는 … 인격권의 일종에 속한다고 보아야 하고 이러한 인격권은 그 지배권 내지 절대권적 성격으로부터 물권적 청구권에 준하는 방해배제청구권이 인정되고 있으므로, … 인격권에 터잡아 방해배제 또는 방해예방청구권을 행사할 수 있다…”<sup>26)</sup>라고 하여 인격권설을 취한 바 있다.

인격권설에 대해서는 그 내용과 범위가 불명확하고, 인격권과 무관한 물권 침해까지 보호하지 못한다는 비판이 있다.

#### (나) 불법행위설

불법행위설은 환경상 이익 침해에 대한 유지청구의 근거로서 반드시 물권, 인격권,

<sup>24)</sup> 유지청구의 법적 근거에 대하여, 물권적 청구권에 관한 규정이 없는 일본에서의 다수설과 판례의 입장이다(이영창, 앞의 논문, 72면).

<sup>25)</sup> 원칙적으로 물권설을 따르면서 일정한 경우 인격권설을 적용해야 한다고 보는 손윤하, 환경침해와 민사소송, 청림출판, 2005, 58면은 이러한 입장에 가깝다.

<sup>26)</sup> 부산고등법원 1995.05.18. 선고 95카합5 판결.

환경권 등의 지배권의 존재를 요구할 필요가 없고, 생활이익의 침해에 의하여 불법행위를 구성하는 경우에 그 효과로서 손해배상만이 아니라 유지까지 구할 수 있다는 입장이다. 민법 규정은 이미 발생한 손해에 관하여는 손해배상청구권의 발생을 규정하고 있지만, 장래에도 계속적으로 침해를 발생시킬 것이 인정되는 경우에 어떠한 책임을 지울 것인가는 명확하게 정하고 있지 않다는 점을 들어 불법행위의 효과로서 유지청구를 할 수 있다고 본다. 불법행위설에는 민법 제750조의 고의·과실을 요건으로 하는 순수 불법행위설의 입장도 있고, 손해배상청구권의 경우와는 달리 유지청구권에는 고의·과실을 필요로 하지 않고 객관적으로 위법한 침해가 있으면 유지청구가 인정된다는 입장도 있다.<sup>27)</sup>

불법행위설은 유지청구와 불법행위를 일원적으로 보는 견해인데, 이는 유지청구권의 성립요건으로 위법성을 어떻게 파악할 것인가와 관련하여 차이를 발생시킨다. 최근 법무부 민법개정위원회의 민법개정안은 불법행위의 효과로서 금지청구권에 관한 규정을 신설하고자 하는데, 이에 대해 개정안이 국회를 통과한다면 환경침해에 대한 유지청구권의 법적 근거가 민법 제214조 등과 새로운 유지청구권 규정으로 양립하게 되며, 새로운 규정에 따를 경우 민법 제217조의 해석과 관련하여 새로운 환경침해에 대한 인용의무의 규정이 없는 것이 되어 문제라는 비판이 있다.<sup>28)</sup> 그밖에도 불법행위설에 대해서는 손해배상과는 요건과 효과가 상이한 유지청구를 불법행위론으로 무리하게 포섭할 필요가 없다는 비판도 따른다.<sup>29)</sup>

#### (다) 물권설

물권설은 유지청구의 법적 근거를 물권, 즉 물권적 청구권이나 상린권에서 찾는 견해이다.<sup>30)</sup> 판례는 주로 전자의 입장인데, 부산대사건에서 대법원<sup>31)</sup>은 경관·조망의

27) 주로 일본 학계에서 주장되고 있는 불법행위설에 대해서는 최상호, 환경오염에 대한 민사책임, 계명대출판부, 1999, 327-331면.

28) 전경운, 환경오염피해구제를 위한 민사법제의 개선방안 및 대안모색, 환경법연구, 제36권 제1호, 2014, 140면.

29) 일본과 한국에서 제기되고 있는 다양한 유지청구의 법적 근거와 문제점에 대해서는 최상호, 앞의 책, 315면 이하 참조.

30) 조홍식, 유지청구 허용 여부에 관한 소고, 민사판례연구, 제22집, 2000, 87면 이하; 안경희, 환경침해에 대한 민사법적 구제, 환경법연구, 제28권 제3호, 2006, 16면; 전경운, 환경침해피해의 사법상 구제법리, 환경법연구, 제25권 제2호, 348면.

훼손, 소음 증가 등으로 인한 교육환경의 저해에 대해 “민법 제217조 제1항 소정의 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것에 해당하는지 여부를 떠나 그 소유권에 기하여 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다”고 보았다. 한일병원사건에서 대법원<sup>32)</sup>은 “만일 원고가 입는 고통이 위 정도를 초과할 때에는 그 수인의무가 없고 오히려 그 방해사유의 제거 내지 예방을 청구할 수 있으며, 따라서 피고는 그 방해사유의 제거 내지 예방을 위하여 적당한 조치를 할 의무가 있음은 민법 제217조에 비추어 분명하다.”라고 하여 민법 제217조를 원용한 경우도 있다.<sup>33)</sup>

봉은사사건에서 대법원<sup>34)</sup>은 토지 등의 소유자는 소유권에 기하여 방해의 제거나 예방을 위하여 필요한 청구를 할 수 있다고 하여 사찰로부터 6m의 이격거리를 둔 채 높이 87.5m의 19층 고층빌딩을 건축 중인 자에 대하여 사찰의 환경이익 침해를 이유로 전체 건물 중 16층부터 19층까지의 공사를 금지시킨 바 있다. 그 이후 부천경인고속도로사건에서 대법원<sup>35)</sup>은 ‘유지청구’라는 용어를 명시적으로 사용하면서, 물건에 기한 유지청구권을 인정하게 된다. 그리고, 수인할 정도를 넘어서는지의 여부는 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성, 가해자의 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 인·허가 관계 등 공법상 기준에의 적합 여부, 지역성, 토지이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하도록 함으로써 1995년 부산대사건 등에서 정립되어 온 이른바 ‘종합고려’를 일관되게 채택하고 있다.

물권적 청구권에 관한 규정이 없는 일본 민법과는 달리 물권적 청구권의 규정이 있는 우리 민법 하에서는 학설대립과는 관계없이 소유권자는 그 소유권에 기하여 방해배제, 방해예방을 청구할 수 있음은 물론이다. 말하자면, 소유권이나 점유권이 인정되는 범위 내에서는 당연히 방해예방청구권이 인정되고 있어, 굳이 유지청구권의 법적 근거를 논할 실익도 이 점에 관한 한 크지도 않다. 문제는 이러한 물권을 가지지 못한 자의 경우에 나타날 것이다. 물권설은 물권이 없는 자는 환경상 이익의 침해가 있더라도 유지청구를 할 수 없다는 난점에 봉착하게 된다는 한계가 있다. 또한 환경침

31) 대법원 1995.9.15. 선고 95다23378 판결(공사중지가처분이익).

32) 대법원 1974.12.24. 선고 68다1489 판결(시체실등사용금지)

33) 수인한도의 개념을 민법 제217조에서 찾아야 한다는 전경운, 앞의 논문(주 28), 131면.

34) 대법원 1995.5.23. 자 94마2218 결정【공작물설치금지처분】.

35) 대법원 2007.6.15. 선고 2004다37904,37911 판결.

해를 물권침해로 파악함으로써 피해의 실질에 적합하지 않는 점, 피해자에게 신체적 피해와 물질 손해가 동시에 생기고 있는데 이 중 보다 절실한 것은 대체성 없는 신체적 피해인데도 이를 부동산의 소유권 등에 대한 침해로 파악하는 것은 우회적인 설명방법이라는 점 등도 비판으로 제기된다.

#### (라) 환경권설

환경권설은 유지청구의 법적 근거를 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리인 환경권에서 구하는 입장이다. 사권으로서의 환경권은 일본에서는 1970년 처음으로 주장되었다.<sup>36)</sup> 그 무렵 ‘오사카변호사연합회 환경권연구회’가 구성되어 본격적으로 사권으로서의 환경권에 대한 관심이 모아진다.<sup>37)</sup> 여기서 환경권을 ‘양호한 환경을 향수하고 이를 지배할 수 있는 권리’로 정의했고, 환경은 지역주민이 공유(共有)하는 것이라는 ‘환경공유의 법리’가 나타난다. 환경권을 환경과괴행위의 유지를 청구하는 효과를 가지는 사권임과 동시에 기본적 인권이면서 공해의 공법적 규제의 근거라고도 보았다. 이러한 입장에서, 타인의 공동이용을 저해하려는 환경의 배타독점적인 이용은 그 자체가 다른 공유자의 권리 침해이며, 위법이라고 보게 된다. 그리고 유지청구권은 환경권이 지배권으로서 배타성을 가지기 때문에 생길 수 있으며, 환경권은 인격권·재산권의 양 측면을 가지면서도 이들과는 독립되는 권리라고 한다.<sup>38)</sup>

일부 하급심판례가 환경권을 전향적으로 본 적도 있지만,<sup>39)</sup> 대법원은 봉은사사건<sup>40)</sup> 등에서 “환경권은 명문의 법률규정이나 관계 법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야만 인정되는 것이므로, 사법상의 권리로서의 환경권을 인정하는 명문의 규정이 없는데도 환경권에 기하여 직접 방해배제청구권을 인정할 수 없다”고 하여 유지청구권의 법적 근거로서 환경권을 받아들일 수 없음을 분명히 해 왔다. 그러나 최근 음성태극광산 사건에서 대법원은 “광산에서 금광의 탐광 및 채광을 위한 굴진공사를 계속 진행할 경우 인근 주민들에게 수인한도를 넘는 환경침해가 발생할 개연성이 있고, 그 침해이익이 생명,

36) 中山充, 環境共同利用權, 成文堂, 2006, 1頁.

37) 大阪弁護士連合會環境權研究会, 環境權, 1973, 21頁 以下.

38) 上掲書, 87, 109, 165, 191頁.

39) 서울지법 1995. 9. 7. 선고 94카합6253 판결; 청주지법 1998. 2. 26. 선고 97카합613 판결.

40) 대법원 1995.5.23. 자 94마2218 결정.

건강 기타 금전으로 배상하기 어려운 생활상 이익에 관한 것이므로, 위 주민들은 토지 소유권 및 환경권에 기초하여 굴진공사의 중지와 금지를 청구할 권리가 있다.”고 판시했다. 최근 음성태극광산사건에서 대법원은 토지소유권과 환경권을 함께 들고 있긴 하지만, 환경권을 근거로 하여 금지청구를 인정하고 있는 점은 종래의 입장과 비교할 때 특기할 만하다. 다만, 동 판례에서는 ‘유지’라는 표현을 쓰지 않고, ‘중지와 금지를 청구할 권리’로 나타내고 있어 ‘유지’라는 표현사용을 더 이상 사용하지 않으려는 의도인가 하는 생각도 가지게 된다.

## (2) 사건

환경상 이익 침해에 대한 구제는 환경권을 근거로 할 때에야 환경상 이익 침해에 대하여 보다 효율적인 구제가 가능해지리라 생각된다. 따라서 유지청구를 근거지울 수 있는 설득력있는 환경권의 법리를 모색해야 할 과제가 주어져 있다고 할 것이다.

일찍이 일본에서도 환경공유의 법리 등을 통하여 환경권을 정립하고자 하는 시도가 많았지만,<sup>41)</sup> 환경권론에 대해서는 판례만이 아니라 학설로도 많은 비판이 따랐다.<sup>42)</sup> 환경권론의 약점으로 지적된 것들을 요약하자면, ①환경권의 대상이 되는 환경의 범위와 환경권자의 범위가 불명확한 점, ②환경에 어느 정도 변화가 생긴 때에 환경권의 침해 또는 피해가 생겼다고 할 것인지가 불명확한 점, ③이익형량을 배제한다는 원칙이 어느 경우에까지 타당한지 의문스러운 점, ④환경권의 성질이 재산권인지, 인격권인지 애매한 점, ⑤민법, 민사소송법의 논리체계를 바탕으로 피해가 각자에게 구체적으로 나타나지 않은 단계에서 원고에게 소의 이익이 어떻게 인정되는지, 원고의 범위는 어떻게 결정되는지, 패소할 경우 판결의 기판력은 주민 전체에게 미치는지 등이 분명하지 않는 점, ⑥소송비용은 다수 원고 전체를 기준으로 정할 것인지, 아니면 원고의 수에 따라 결정할 것인지가 불명확한 점 등이다.<sup>43)</sup>

여기서는 이에 관한 필자의 기본관념만 언급한다.

첫째, 우리 헌법은 제35조 제1항에서 명시적으로 기본권으로서의 환경권을 규정하고 있다는 점을 간과해선 안 된다. 우리 헌법상 환경권은 민사상 유지청구권의 법적

41) 大阪弁護士連合会環境権研究会, 前掲書, 21頁 以下.

42) 中山充, 前掲書, 63頁.

43) 上掲書, 63-65頁 참조.

근거로서의 사법상 환경권의 정립을 한결 용이하게 할 것이라 생각된다. 가령 헌법에 환경권에 관한 기본권규정이 없는 일본의 경우 인격권 등으로 눈길을 돌리지 않을 수 없지만, 우리의 경우 헌법적 근거가 분명하게 주어져 있다. 이와 관련하여, 헌법, 행정법, 민법에서 각각 말하는 환경권의 관계에 대한 검토도 필요할 것이다.

둘째, 환경권이 유지청구의 근거가 되기 위해서는 권리의 절대성·배타성이 인정될 수 있어야 할 것이다.<sup>44)</sup> 이러한 속성을 가지려면 한 개인의 권리로서 환경권의 정립은 생각하기 어렵다. 이를 극복하기 위해 일찍이 제시되었던 ‘공유의 법리’가 많은 난점을 가지고 있음을 부인하긴 어렵다. 필자로서는 이와 관련하여 이른바 ‘환경공동이용권의 법리’에 주목하게 된다. 공동이용의 대상인 환경을 개인이 침해한 경우 나머지 공동이용권자가 절대적·배타적 권리인 환경(공동이용)권에 기하여 유지청구를 할 수 있다는 것이다.<sup>45)</sup>

### 3. 유지청구의 성립요건

유지청구의 성립요건은 법적 근거로서 어떠한 입장을 취하느냐에 따라 구체적으로 살펴보아야 하는 문제이다. 그러나, 본고에서는 유지청구의 법적 근거에 대해서 비교적 간략하게 검토한 만큼 성립요건과 관련해서도 다음 논점만을 살펴본다.

#### (1) 피해

유지청구권의 성립요건으로 피해의 금전적 평가가 곤란할 것, 피해의 회복이 금전 보상으로는 어려운 성질의 것일 것을 들기도 한다.<sup>46)</sup> 음성태극광산 사건에서 대법원 은<sup>47)</sup> “광산 이웃 토지 소유자이거나 근접 토지 거주자들은 종전부터 향유하고 있던

44) 유지청구의 근거로서의 환경권이 반드시 절대적·배타적 성질을 가질 필요가 없다고 보는 견해(김홍균, 환경법, 홍문사, 2014, 1040면)도 있지만, 이에 대해서는 절대·배타성이 없는 권리를 근거로 타인에게 침해금지를 위한 작위·부작위를 요구할 수 있는가의 문제가 제기될 것이다.

45) 이에 관한 논의로는 中山充, 前掲書, 103頁 以下. 여기서, ‘피해가 일시적이 아니라 계속적이며 중대하고 명백할 것’, ‘피해가 인용한도를 초과할 것’을 요건으로 든다. 환경공동이용권에 대한 보다 상세한 논의는 다음 기회로 미룬다.

46) 김홍균, 앞의 책, 1041면; 박균성·함태성, 박영사, 2013, 173면.

47) 대법원 2008.9.25. 선고 2006다49284 판결.

자연환경 및 생활환경에 대하여 수인한도를 넘는 침해가 발생하며, 또 그 침해되는 환경적 이익이 그들의 생명, 건강 기타 금전으로 배상하기 어려운 생활상의 이익에 관련된 것이 충분히 증명되었으므로 피고들을 포함한 인근 주민들은 토지 소유권 및 환경권에 기초하여 이 사건 공사의 중지와 금지를 청구할 권리가 있다.”라고 판시한 바 있다.

그러나, 유지청구권을 인정하기 위해서는 이러한 요건이 반드시 필요한지는 의문스럽다. 금전적 평가가 가능하거나, 피해의 회복이 금전보상으로 가능한 침해에 대해서도 그 제거나 예방을 위해 유지청구를 인정해야 하는 경우도 있다고 생각되기 때문이다. 피해에 대한 ‘가치보장’보다는 ‘존속보장’을 우선하는 것이 구제를 보다 충실하게 한다는 점에서도 유지청구를 금전보상의 후순위에 두는 것은 적절치 않다. 환경상 이익 침해사실이 손해배상청구권과 유지청구권을 동시에 발생시킬 수 있는 경우라면, 유지청구권의 성립요건으로 이 요건을 드는 것은 문제가 없지 않다. 구체적인 상황에서 실무상 금전보상으로 피해자가 만족할 수 있다고 보는 경우 유지청구까지는 인정할 필요가 없다고 판단할 수도 있지만, 그렇다고 이 요건이 유지청구의 성립을 위해 불가결한 것은 아닐 것이기 때문이다.

이와 관련하여 봉은사사건 제1심판결<sup>48)</sup>은 “환경이익은 그 법익의 성질상 원래 금전에 의한 평가가 극히 곤란하고 금전배상만으로는 거의 그 목적을 달성할 수 없는 것이므로 환경이익보호의 방법으로서 손배배상만으로는 충분하지 않고 그 부당한 침해행위 즉 환경의 부당악화 그 자체를 유효·적절하게 금지시키는 방법이 강구되어야 할 것이다.”고 하여 금전평가의 곤란성을 언급하고 있지만, 이는 유지청구의 요건 이라기보다 환경이익 보호방법으로서의 유지청구의 유효·적절성을 밝힌 것으로 보아야 할 것이다. 또한, 위의 음성태극광산판결에서 대법원의 취지 역시 마찬가지라고 생각된다.

비교법적으로 미국법에서는 손해배상청구와 유지청구의 관계에서 유지청구는 예외적·보충적 성격이 있었지만, 손해배상이 인정되는 경우에도 이와 상관없이 인용됨으로써 보다 일반화하는 경향으로 발전해 왔다.<sup>49)</sup> 우리나라에서도 유지청구가 손해배상청구와의 관계에서 보충성이 있다고 볼 이유는 없다. ‘유지’는 ‘침해’와 관련되는

48) 서울지방법원 1995. 9. 7. 선고 94카합6253 판결.

49) 김차동, 앞의 논문, 229-230면.

것으로서 ‘손해’에 관한 금전배상과는 다른 성질을 가지고 있으며, 금전적 평가가 가능하여 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있는 것과 별도로 유지청구를 할 수 있다고 보아야 한다.

## (2) 위법성

유지청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권의 관계에서 일원설을 취할 경우 유지청구권의 성립요건으로서 위법성은 불법행위의 성립요건으로서 위법성의 개념과 일치할 것이다. 그러나, 양자를 달리 파악하는 이원설을 취할 경우 유지청구권의 요건으로서 고의·과실이 불필요하게 되지만, 위법성의 정도는 손해배상의 경우에 비하여 더욱 엄격한 요건을 충족해야 한다는 이른바 ‘위법성 2단계설’이 일반적으로 받아들여진다. 가령, 부산지방법원 2009. 8. 28. 자 2009카합1295 결정은 “일조의 침해에 대하여 불법행위를 원인으로 손해배상을 구하는 것이 아니라 공사 자체의 금지를 구하는 경우에는 상대방의 헌법상 보장된 재산권 행사 자체를 전면적으로 제한하게 되는 점에 비추어 위와 같이 수인한도를 넘는지 여부에 대하여 더욱 엄격히 심사할 필요가 있다”고 하여 이러한 위법성 2단계설을 취하고 있다.<sup>50)</sup>

그리고, 유지청구의 성립요건으로 이러한 위법성의 판단은 불법행위의 위법성에서와 같이 수인한도설을 판례는 취하고 있고, 그 수인한도를 판단함에 있어서는 이른바 종합고려의 입장을 취하고 있다.

## 4. 유지청구의 구체성 - 추상적 유지청구의 인정여부

유지청구의 내용은 작위청구나 부작위청구의 형태로 나타난다. 상대방이 환경침해의 원인이 되는 행위를 하지 아니하면 곧 침해가 방지될 경우에 피해자는 소극적인 부작위를 명할 것을 구하겠지만, 침해의 방지설비의 설치가 필요한 경우에는 상대방으로 하여금 적극적으로 침해방지설비를 설치하는 작위를 명할 것을 구해야 할 것이다.<sup>51)</sup>

유지청구의 내용과 관련하여, 준수해야 할 구체적 행위(예: 공사착공금지)를 적시하

50) 김홍균, 앞의 책, 1043면 참조.

51) 이에 관한 상세는 최상호, 앞의 책, 374-379면 참조.

지 아니한 채, 일정 수치 이상을 초과하여 배출해서는 아니 된다는 식의 추상적인 부작위 명령을 구하는 ‘추상적 유지청구’가 가능한지도 문제된다. 추상적 유지청구의 인정여부는 한때 일본에서는 ‘유지청구의 겨울시대’(差止め冬の時代)를 열었던 2개의 원인 중 하나가 될 만큼 유지청구론의 장애가 된 적도 있었지만,<sup>52)</sup> 오늘날엔 일반적으로 인정되고 있다.<sup>53)</sup>

우리나라의 문헌과 판례는 이러한 청구 역시 특정성이 있다고 볼 수 있고 그에 대한 강제집행수단으로서 ‘간접강제’의 방법이 있다는 점을 들어 추상적 유지청구권의 성립가능성을 긍정하고 있다.<sup>54)</sup>

## 5. 유지청구의 실현방법

민사상 유지청구권을 실현할 수 있는 방법으로 본안적·종국적인 성격의 본안소송과 예비적·잠정적인 성격의 가처분제도를 이용할 수 있다.<sup>55)</sup>

우리나라에서는 유지청구권의 행사로서 가처분제도를 활용하는 경우가 많은데, 이는 본안소송의 판결확정시까지 많은 시간이 소요되고, 일단 침해될 경우 원상회복이 쉽지 않은 환경침해의 성격상 가처분신청을 통하여 신속한 대응이 필요하기 때문일 것이다. 가처분신청을 위해서는 피보전권리가 존재해야 하는데, 피보전권리는 앞서 본 유지청구권의 법적 근거의 문제로 귀착될 것이다.

어느 정도에서 보전의 필요성이 소명된 것으로 볼 것인지가 문제되나, 계쟁물에 대한 가처분의 경우에는 ‘현상의 변경으로 인하여 권리의 실행을 불능케 하거나 현저한 곤란을 생기게 할 우려가 있는 경우’, 임시의 지위를 정하는 가처분의 경우에는 ‘특히 계속하는 권리관계에 현저한 손해를 피하거나 급박한 강폭을 방지하기 위하여

52) 吉村良一, 公害差止理論の展開と課題, 富井利安(編), 環境・公害法の理論と実践, 日本評論社, 2004, 219頁. 또 다른 장애원인은 후술하는 오사카국제공항사건을 계기로 나타난 ‘침해행위의 공공성을 이유로 청구를 기각하는 재판소의 판단경향’이었다(같은 책, 220쪽 참조). 이러한 2개의 장애원인이 타파되면서 유지청구가 일본에서 확립되는 과정에 대해서는 上掲書, 221-228頁.

53) 일본에서의 추상적 유지청구가 인정되는 과정에 대한 상세한 소개는 전병서, 앞의 논문, 151-153면.

54) 김홍균, 앞의 책, 1042면; 대법원 2007.6.15. 선고 2004다37904,37911 판결.

55) 영미법상 injunction제도에도 permanent, perpetual, final injunction과 preliminary, temporary injunction이 있다(최상호, 앞의 책, 356면 참조).

또는 기타 필요한 경우'에 보전의 필요성이 인정된다고 할 것이다.<sup>56)</sup>

## IV. 환경상 이익 침해에 대한 행정법상 유지청구권

### 1. 실체적 청구권으로서의 유지청구권

#### (1) 행정법상 청구권 일반론

행정법관계에서 실체법상 청구권이 가지는 의미는 민사관계의 경우와 비교하면 미약한 편이다. 가령 대표적인 행정소송인 취소소송과 결부되는 '취소·변경청구권'이라는 실체적 권리에 대해서는 행정법학에서 거의 논의되지 않고 있다. 그 이유는 무엇보다 항고소송이 법률관계에 관한 소송이 아니라 행위소송이라는 형태로 이루어지고 있다는 점에 있다. 행정소송의 중심을 이루는 취소소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송(행정소송법 제4조 제1호), 즉 행정청이 행하는 공익 실현 임무로서의 작용 중 특정한 성질을 가지는 '처분'이라는 행위의 효력을 파기하는 기능(kassatorische Funktion)을 주로 수행한다.

이러한 경향에 대하여, 행정법관계에서 사인의 실체적 청구권에 주목하면서, 행정법상 실체적 청구권은 ①권리침해에 대한 배제청구권, ②침해에 대한 '예방'청구권, ③행정상대방의 법률이행청구권(적극적인 요구청구권), ④제3자의 요구청구권(행정개입청구권)의 4유형으로 분류하여 체계화하려는 입장은 행정소송구조에서 나타날 수 있는 법률관계 내지 권리의 경시 경향을 지적하는 것인데,<sup>57)</sup> 이는 행정법관계에서 사인이 환경상 권익의 침해를 받는 경우에도 그대로 타당하다.

#### (2) 행정법관계에서의 유지청구권

이상의 공권 중 제2유형의 공권이 바로 본고에서 초점을 맞추고 있는 행정법상

56) 김중기, 환경소송에 있어서의 가치분신청, 형평과 정의, 제6집, 1991, 105면; 전경운, 앞의 책, 112면.

57) 그 상세는 김현준, 실체적 공권의 4유형과 행정소송법상 항고소송, 공법학연구, 제13권 제2호, 2012, 63면 이하.

유지청구권이다. ‘유지’개념을 넓게 보아, ‘배제+예방’을 포괄하는 것으로 본다면 제1유형까지 포함하겠지만, 행정법관계에서 제1유형과 제2유형의 구분은 너무나 뚜렷한 것이어서 취소소송과 관련되는 제1유형은 별론으로 하고, 제2유형만을 본 고의 논의대상으로 삼는다. 제2유형의 실체적 공권, 즉 사인의 예방적 금지청구권은 말 그대로 예방적 성격을 가진다. 그리고 여기서 ‘예방’의 의미는 ‘리스크(Risiko)<sup>58)</sup>의 사전배려’(Vorsorge)가 아니라, ‘방어’(Abwehr)의 개념에 포함될 수 있는 예방적 금지(Unterlassung)의 의미이다. 제1유형의 실체적 공권과 마찬가지로 방어청구권에 속하는 이 제2유형의 실체적 공권은 사인이 그의 자유영역의 침해에 대하여 주관적으로 반응하는 청구권(subjektiver Reaktionsanspruch)이며, 방어청구권은 이러한 자유영역 침해가 이미 발생했을 때와 발생할 우려가 있을 때 공히 인정되는 것이다.<sup>59)</sup>

제2유형의 공권과 관련한 가장 큰 문제점으로 우리나라에서는 행정의 제1차적 판단권 존중을 바탕으로 예방적 금지를 구하는 행정소송의 유형은 부인되고 있다는 점을 들 수 있다.<sup>60)</sup>

## 2. 환경상 이익 침해에 대한 행정법상 유지청구

행정작용으로 사인의 환경상 이익의 침해가 우려되는 상황에서 행정법상 유지청구권을 행사할 수 있는 경우를 살펴본다. 여기서 사인의 환경상 이익을 침해할 우려가 있는 행정작용은 ①권력적 성격의 행정처분과 ②비권력적 행정작용을 포함할 것이다. 우리나라 행정소송법 개정안에서 포함된 바 있는 예방적 금지소송이나 2004년 일본 행정사건소송법에 새로이 포함된 差止訴訟은 이 중 ①과 관련된 소송이다. ①의 경우만이 아니라 ②의 경우에서도 후술하는 바와 같이<sup>61)</sup> 유지청구권은 인정할 필요가 있지만, 우선 ①의 경우부터 살펴본다.

우리나라에서는 이에 관한 명문규정도 없고 판례도 이를 인정한 바가 없어, 일본

58) 일상적 표현으로 같은 의미로 쓰이기도 하는 ‘위험’(Gefahr)과 ‘리스크’(Risiko)는 엄격히 구분해야 하는 개념으로, 양자는 무엇보다 발생개연성의 정도에서 차이가 있다.

59) 김현준, 앞의 논문, 64면 참조.

60) 대법원 1987. 3. 24. 선고 86누182 판결.

61) 후술하는 IV. 3. (2) 참조

도모노우라(鞆の浦) 세계유산소송<sup>62)</sup>에서의 자연경관을 해치는 사업의 면허에 대한 유지청구를 예로 든다.

히로시마(広島) 현지사와 후쿠야마(福山) 시장은 교통체증 해소 등을 목적으로 예로부터 명승지로 유명했던 도모항(鞆の浦, 도모노우라)을 약 2헥타르 매립하고 항구 안을 횡단하는 길이 약 180미터의 다리를 놓아 도로를 정비할 목적으로 공사기간 10년으로 하는 그 지역의 명승지 도모항(도모노우라)의 매립·가교를 계획했고, 관할 행정청(히로시마 현지사)에게 사업자(히로시마현·후쿠야마시)가 매립면허를 신청했다. 매립면허신청이 확실하게 된 단계에서, 매립·가교에 의해 자신들이 누리는 경관 이익이 침해될 것이라고 주장하는 인근주민 등은 관할행정청이 공유수면매립면허를 내리기 전에 그 처분을 예방적으로 금지하고자 差止訴訟을 제기했다.

이에 2009. 10. 1. 히로시마 지방재판소는 경관이익의 침해를 주장하는 인근주민의 원고적격<sup>63)</sup>과 ‘중대한 손해를 발생할 우려’를<sup>64)</sup> 인정하여 소가 적법한 것으로 보았다. 나아가 본안판단에 있어서 히로시마 현지사가 이 사건 매립면허를 행하는 것은 재량권의 범위를 넘는다고 판단하여<sup>65)</sup> 원고의 청구를 인용하였다.<sup>66)</sup> 본 판결에서 경관이익에 관한 손해를 취소소송을 제기하고 집행정지를 받더라도 그 구제를 도모하는 것이 곤란하다고 본 점이 주목된다.

### 3. 행정법관계에서 유지청구권을 실현하는 행정소송

#### (1) 항고소송으로서 예방적 금지소송

환경상 이익을 침해할 우려있는 행정처분이 내려지고 나면 돌이킬 수 없는 손해가

62) 広島地判 2009.10.1. 判時2060号3頁.

63) 일본 행정사건소송법 제37조의4 제3항의 문제.

64) 일본 행정사건소송법 제37조의4 제1항의 문제.

65) 일본 행정사건소송법 제37조의4 제5항의 문제.

66) 差止소송과 동시에 가구제수단으로서 가예방금지(仮の差止)를 구하기도 했지만, 이는 받아들여지지 않았다. 그밖에도 이 소송은 원고적격의 쟁점 등도 중요하게 다루어질 수 있지만, 환경상 이익 침해에 대한 행정법상의 유지청구의 측면에서만 이 소송을 간략하게 살펴보는 본고에서는 기타의 논점은 별론으로 한다. 이 판례에 관해서는 이미 다수의 일본문헌이 나와 있다. 그 중에서도 角松生史, 鞆の浦世界遺産訴訟, 淡路剛久·大塚直·北村喜宣(編), 環境法判例百選, 有斐閣, 2011, 178-179頁 참조.

예상되는 경우에는 그러한 침해를 하게 되는 처분의 발령을 미리 막는 유지청구권이 사인에게 인정되어야 한다. 이러한 사인의 유지청구권은 소송절차를 통하여 실현될 수 있어야 함은 물론이다. 그리고, 유지청구권을 실현할 예방적 금지소송은 <행정청-가해자-피해자>라는 3면 관계에서 발생하는 경우가 많을 것이다. 환경상 이익을 직접 침해할 수 있는 사업에 대한 행정청의 인허가처분을 사전에 예방적으로 금지하려는 것이다.

예방적 금지소송이란 행정청이 장래에 위법한 처분을 할 것이 임박한 경우에 그 처분의 금지를 구하는 소송이다.<sup>67)</sup> 사건으로는 예방적 금지소송은 헌법상 법치주의원리와 행정소송사항의 개괄주의를 근거로 현행 행정소송법 하에서도 범정의 항고소송으로서 인정될 수 있다고 보지만,<sup>68)</sup> 이를 부인하는 것이 다수설,<sup>69)</sup> 판례의 입장이다.<sup>70)</sup> 따라서 행정소송법 개정을 통하여 예방적 금지소송이 우리나라에서도 도입되어야 하며, 이러한 소송유형은 환경상 이익 침해에 대한 행정법상 유지청구권의 실현을 위해서도 필요하다고 볼 수 있다. 여러 차례의 행정소송법 개정안에서 예방적 금지소송이 포함되었던 것도<sup>71)</sup> 국민들의 이러한 유형의 권리를 보장하고자 하는 취지였다고 할 수 있다.

## (2) 당사자소송으로서 예방적 금지소송

우리나라와 일본에서는 예방적 금지소송(差止訴訟)을 항고소송에 한정하여 논하는 경향이 있다. 우리나라 행정소송법 개정안과 2004년 일본 개정 행정사건소송법에서도 도입된 소송유형도 그러하다. 말하자면, 예방적 금지소송을 처분의 발령을 예방적으로 금지하는 유형에 한정하는 것이다. 항고소송이 중심인 행정소송 현실에서 이러한 논의는 자연스러워 보이는 면도 있지만, 사인의 (행정주체·행정청에 대한) 유지청구권은 처분의 금지에 국한되는 문제가 아니다. 군부대 사격장에서 발생하는 소음으로 인하여

67) 2012년 법무부 행정소송법 개정시안에서의 예방적 금지소송 개념 정의.

68) 김현준, 행정법관계에서의 사인의 권리와 의무, 2012, 법문사, 11면.

69) 대법원 1987. 3. 24 선고, 86누182 판결; 2006. 5. 25 선고, 2003두1198 판결.

70) 위의 판례 참조.

71) 2007년 법무부의 행정소송법 개정안, 2006년 대법원의 개정건의안, 2011년 박선영 의원 개정안. 2012년 법무부 행정소송개정위원회 개정시안에서 예방적 금지소송은 포함되어 있었지만, 2013.3.20. 법무부가 입법예고한 행정소송법 개정안에서는 예방적 금지소송이 빠져 있다.

인근 주민이 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입고 있는 경우 인근주민은 어떠한 구제를 받을 수 있는가를 생각해 보자. 이들이 소음이라는 환경상 이익의 침해로 인하여 재산적·신체적·정신적 손해를 입은 경우에 공공의 영조물을 설치·관리한 국가에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는데, 웅천사격장 사건,<sup>72)</sup> 매향리사격장 사건,<sup>73)</sup> 김포공항소음사건<sup>74)</sup>은 그 예이다.

그런데, 필자의 의문은 이러한 소송에서 이미 발생한 손해에 대한 전보만을 청구하는데 그치고, 왜 앞으로 발생할 환경상 이익의 침해에 대한 예방적 금지는 하지 않았는가 하는 점이다. 사인이 다른 사인에 대하여는 가지는 민사상 유지청구권과 마찬가지로 행정주체에 대한 유지청구권도 인정할 수 있지 않은가? 예방적 금지의 대상이 되는 행정작용은 처분에 국한할 필요는 없지 않은가?

고속도로 인근에 거주하는 주민들에게 민사상 유지청구권이 인정되는 경우를 예로 들어보자.<sup>75)</sup> 이 경우 피고를 ‘한국도로공사’로 한 유지청구소송이 이루어진다. 헌법 제29조 제1항의 국가배상책임의 주체가 국가, 공공단체로 되어 있지만, 이 헌법규정을 구체화한 법률인 국가배상법에서는 국가배상책임의 주체를 국가와 지방자치단체로 한정하고 있어 한국도로공사에 대한 손해배상청구는 국가배상법이 아닌 민법이 적용된 사례라고 할 수 있다. 즉 이 경우 손해배상청구와 유지청구 둘 다, 요건이 충족되는 한 행사할 수 있다.

이에 반하여, 민법의 배상책임규정에 대한 특별법적 성격을 가진 국가배상법이 적용되는 영역에서는 손해배상청구는 가능하지만 유지청구를 하지 못하는(하지 않는?) 상황을 웅천사격장 사건, 매향리사격장 사건, 김포공항소음사건 등에서 볼 수 있다.

이러한 유지청구권도 인정할 필요가 있다. 이러한 주장은 아직 처분의 예방적 금지를 구하는 소송조차 실현되지 못하는 상황에서 요원한 듯 보일 수도 있겠지만, 부인될

72) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다57975 판결.

73) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2002다14242 판결.

74) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2003다49566 판결.

75) “건물의 소유자 또는 점유자가 인근의 소음으로 인하여 정온하고 쾌적한 일상생활을 영유할 수 있는 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상 수인한도를 넘어서는 경우에 건물의 소유자 또는 점유자는 그 소유권 또는 점유권에 기하여 소음피해의 제거나 예방을 위한 유지청구를 할 수 있다.”

이유가 없다고 생각된다. 그리고 처분 이외의 행정작용의 예방적 금지를 구하는 소송 형태는 행정소송법 제3조 제2호의 당사자소송이 되어야 할 것이다. 행정행위에 대한 예방적 금지소송만이 아니라 단순고권작용에 대한 예방적 금지소송(Klage auf Unterlassungsschlichten Verwaltungshandelns)을 인정하고 있는 독일의 행정소송은 이와 관련하여 좋은 시사점을 주고 있다.<sup>76)</sup>

### (3) 집행정지 등 가구제제도

취소소송을 제기함과 동시에 집행정지를 신청할 경우 예방적 금지청구권이 실현될 수 있을까? 만일 그렇다면 애써 예방적 금지소송을 도입할 필요가 없을 것이다. 그러나 개별처분마다 취소소송을 제기하여 집행정지를 얻는 것이 실질적으로 불가능하거나, 불가능하진 않더라도 원고의 권리이익의 구제에 현저히 부담이 되는 경우에는 ‘취소소송+집행정지’만으로는 한계가 있다. 즉 예방적 금지소송이어야 사인의 유지청구권이 제대로 보장될 수 있는 경우가 많고, 이 경우 예방적 금지소송의 역할을 집행정지제도가 대신하지 못한다.

그런데 반드시 예방적 금지소송을 제기해야 할 만큼 급박하지 않다면, 처분이 행해진 후에 그 처분에 대한 취소소송을 제기하면서 잠정적인 권리구제(vorläufiger Rechtsschutz)수단인 집행정지를 신청하는 것만으로 사인의 예방적 금지청구권이 실현될 수도 있다. 앞서 본 일본의 도모노우라 세계유산소송의 경우와는 비교되는 다른 예를 들어보자. 오사카 지방재판소는 2006. 2. 22. 내린 판결을 통하여<sup>77)</sup> 인허가행정청(A)에 대하여 사업자(B)가 산업폐기물처분업의 허가신청을 한 데 대하여 인근 주민(C)이 신청에 대한 허가처분의 예방적 금지를 구한 사안에서 원고적격은 인정하면서도 중대한 손해의 요건은 충족되지 않는다고 보아, 소의 적법성을 인정하지 않았다. 동 재판소는 A의 B에 대한 허가처분이 행해짐으로써 원고(C)에게 생길 우려가 있는 환경상 이익 침해로 인한 손해는 허가처분이 내려지고 난 후에 그 허가처분취소소송을 제기하면서 집행정지를 신청함으로써 피

<sup>76)</sup> 이러한 유형의 예방적 금지소송과 관련한 독일 판례로는 BVerwGE 40, 323, 326; 54, 211, 215 f. 등. 이와 함께 Sodan/Ziekow, VwGO(Großkommentar), 4. Aufl., Nomos, 2014, § 42 Rn. 54.

<sup>77)</sup> 大阪地判 2006.2.22. 判タ1221号238頁.

할 수 있는 성질·정도의 것으로 보았다. 이와 같이 예상되는 환경상 이익 침해로 인한 손해가 처분의 발령 자체를 금지해야 할 정도의 중대한 손해가 아닌 경우에는 집행정지제도를 통하여 유지청구권이 실현될 수 있다. 따라서 예방적 금지소송과 ‘취소소송+집행정지’를 경우에 따라 적절히 운용될 수 있는 제도가 필요할 것이다.

#### (4) 기타

본고에서 상세히 다루진 않지만, 실제적 청구권을 실현하는 수단으로서 행정소송 외에 행정심판도 이용될 수 있음은 물론이다. 행정심판법상 취소심판을 제기하면서 집행정지를 신청할 수 있고,<sup>78)</sup> 행정심판법에서는 행정소송법에서와는 달리 임시처분이라는 가구제도를 가지고 있는데, 이들은 모두 일정 부분 유지청구권을 실현하는 제도가 될 수 있다.

## V. 환경상 이익 침해에 대한 민·행정법상 청구권의 비교

환경상 이익 침해의 구체적 상황에서 행사할 수 있는 민·행정법상 청구권을 유지청구권을 중심으로 살펴본다.

### 1. 행정주체에 대한 사인의 '민사상 유지청구'

국가배상법 제5조의 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 환경상 이익의 침해 및 손해를 입은 경우에 손해배상청구와는 별도로 유지청구를 할 수 있는가? 앞서 언급한 바와 같이 필자는 매향리사격장 사건, 웅천사격장 사건, 김포공항 소음사건과 같은 사안에서 이러한 유지청구를 구할 여지가 있었다고 보지만, 판례에서는 손해배상책임만이 문제되었다.

<sup>78)</sup> 행정소송법상 집행정지에 비하여 행정심판법상 집행정지는 다소 요건이 완화되어 있다.

이는 실제법상 청구권의 인정여부 문제만이 아니라, 이를 실현할 수 있는 소송수단의 문제와도 결부되어 있다. 취소소송 중심의 행정소송 구조 하에서 처분에 대한 예방적 금지청구도 인정되지 않은 현실상 처분이 아닌 행정작용에 대한 예방적 금지청구는 더더욱 인정되기 어려운 면도 있지 않았나 생각할 수 있다. 따라서, 만일 이러한 경우 행정소송을 통하여 유지청구권이 실현되지 않는 경우, 민사소송을 통한 실현이라도 가능해야 할 것이다. 한국도로공사가 고속도로상의 소음피해에 대한 책임을 지는 경우와 국가가 국도상의 소음피해에 대한 책임을 지는 경우를 비교할 때, 전자의 경우에만 유지청구가 인정된다는 것은 형평성의 면에서도 타당하지 않다. 후자는 원칙적으로 행정소송법 제3조 제2호의 당사자소송으로 해결되어야 하겠지만, 이 방법이 여의치 않다면 민사소송을 통한 유지청구권의 실현이 이루어져야 한다. 행정법상 의무불이행에 대해 민사상 강제집행의 수단으로 그 의무이행을 실현할 수 없는 것이 원칙인데도,<sup>79)</sup> 민사소송의 방법으로 시설물의 철거를 구하는 이외에는 이를 실현할 수 있는 다른 절차와 방법이 없는 경우에는 민사소송의 방법으로 시설물 철거를 구할 수 있다고 한 판례는<sup>80)</sup> 이 문제와 관련하여 좋은 참고가 된다. 이러한 경우 무엇보다 빈틈없는 권리구제라는 법치국가원리가 작동되어야 하기 때문이다. 말하자면, 국민의 권리구제의 사각지대가 있어서는 안 된다는 것이다.

이와 관련하여 행정법과 민법이 교차되는 사례로서 일본의 유명한 환경사건인 오사카국제공항사건<sup>81)</sup>을 예로 들어 좀 더 자세히 살펴본다.<sup>82)</sup>

오사카국제공항은 1959년 국제공항으로 개설되어, 이후 확장을 거듭하여 대형제트기가 빈번히 이착륙하게 되었다. 이에 따라 공항 인근에는 소음피해가 커지게 되었고, 1969년 인근주민 등이 공항설치자인 국가를 피고로 하여 오후 9시부터 다음날 아침 7시까지의 공항사용의 예방적 금지와 과거 및 장래의 손해배상을 구하는 ‘민사소송’을 제기했다. 제1심 및 제2심의 판결에서는 청구를 기본적으로 인용하였지만, 최고재판

79) 행정대집행절차가 인정되는 공법상 의무의 이행은 민사소송의 방법으로 구할 수 있는지 여부에 대하여 소극적으로 판시한 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다18909 판결 참조.

80) 대법원 2009.6.11. 선고 2009다1122 판결.

81) 大阪国際空港夜間飛行禁止等請求上告事件(事件番号 昭和51年(オ)第1395号) 1981年(昭和56年)12月16日 民集35卷10号1368頁.

82) 이에 대해 참고할 수 있는 古城誠, 大阪国際空港事件 - 空港公害と差止請求, 淡路剛久·大塚直·北村喜宣(編), 環境法判例百選, 有斐閣, 84-85頁.

소는 이착륙을 위한 공항사용행위는 공권력의 행사와 일체(一體)이어서 민사상 유지(民事差止)는 허용되지 않는다고 하여 소를 각하했다. 항공서비스가 적절하게 제공되려면 이착륙을 위한 공항이 적절하게 제공되는 것이 불가결하며, 공항의 적절한 사용을 위해서는 공권력(항공행정권)에 의한 사용 강제가 필요한데 공항사용의 유지(差止)는 이와 불가분 일체관계에 있는 공권력(항공행정권)의 유지까지 구하는 것이 되어 민사소송으로 이를 허용할 수 없다는 것이 핵심판지이다.<sup>83)</sup> 이에 대해서는 이 사건에서 소수의견을 제시한 4명의 최고재판관 외에도 학자들의 비판이 따랐다.<sup>84)</sup>

생각건대, 사인과 행정주체 간의 공법상 법률관계에서 민사상 유지청구권 행사를 인정하지 않은 것이 본 판결의 취지라고 할 수 있다. 그렇다고 처분의 발동의 금지를 구하는 형식의 유지청구권을 예방적 금지소송을<sup>85)</sup> 행사하는 것도 가능하지 않았을 것이다. 왜냐하면 일정한 시간 내에 이착륙을 위한 공항사용 또는 그 금지와 같은 행정작용은 처분의 성격을 가지지 않아 항고소송의 대상적격이 인정될 수 없기 때문이다. 따라서 민사상 유지청구권이 아니라 행정법상 유지청구권, 더 정확하게 말하면 처분이 아닌 행정작용의 금지를 구하는 유지청구권을 행사했어야 했다고 생각된다.<sup>86)</sup> 그리고, 이러한 유지청구권을 실현할 수 있는 소송은 행정소송법상 당사자소송이 되어야 할 것이다. 그런데, 당사자소송을 통한 권리실현이 아직 어렵다면, 법치국가원리의 요청상 민·행정소송을 가리지 않고 권리구제가 실현될 수 있어야 할 것이다. 공·사법 체계의 준별(峻別)보다 빈틈없는 권리구제라는 법치국가원리에 더 비중을 둘 필요가 있다. 요컨대 이 사건의 경우 원칙적으로 비권력적 행정작용의 예방적 금지청구권을 실현할 수 있는 행정소송이 인정되어야 하겠지만, 그것이 여의치 않으면 민사소송을 통하여 이러한 권리가 실현될 수 있어야 할 것이다.

83) 그밖에도 장래에 있을 손해에 대한 배상책임이라는 흥미로운 쟁점이 다투어졌지만, 동 판결에서는 법원은 이를 부인했다. 이에 대해서는 田井義信, 大阪國際空港事件 - 人格權に基づく差止と将来の損害賠償など, 淡路剛久·大塚直·北村喜宣(編), 環境法判例百選, 有斐閣, 86-87頁.

84) 가령, 今村成和, 空港管理權と差止請求-大阪國際空港事件最高裁判決批判, *ジュリスト* 第761号, 1982.3, 27-34頁.

85) 일본에서는 2004년 행정사건소송법 개정으로 예방적 금지소송(差止訴訟)이 도입되기 전에도, 예외적으로나마 이러한 소송을 인정한 판례들이 있다.

86) 동 판결에서는 물론, 이에 대한 일본 학자들의 논의에서도 이러한 법리구성을 발견되지 않는다.

## 2. '민사상 유지청구'와 '행정법상 취소·변경청구'

처분상대방과 제3자의 이해가 대립하는 이른바 제3호 행정행위가 내려지는 경우 민·행정법상 청구권이 동시에 문제되는 경우가 많다. 가령 행정청(A)이 건축허가신청자(B)에게 인근 건축물의 일조·조망을 해칠 수 있는 건축허가를 한 경우 환경상 이익의 침해를 우려하는 건축예정부지의 인근주민(C)은 그의 환경상 이익을 보호하기 위해 어떠한 권리를 행사할 수 있을까?

첫째, 건축허가처분이 위법한 경우에는 인근주민인 사인 C는 A에 대하여 처분취소·변경청구권을 행사할 수 있다. 다만 '변경'과 관련하여 행정소송법 제4조의 '변경'의 의미는 적극적 의미의 변경이 아니라 '일부 취소'를 의미한다고 보고 있고,<sup>87)</sup> 이러한 건축허가의 경우 처분의 특성성·가분성도 인정되지 않아 일부취소도 불가능한 경우 이어서<sup>88)</sup> 행정소송을 통한 처분변경청구권은 행사할 수 없다는 한계가 있다. 따라서 처분이 위법할 경우 오직 전부취소만이 취소소송을 통하여 가능할 것이다. 그러나, 이러한 취소나 변경은 처분의 '위법'을 전제로 하는 것이다. 그리고 항고소송에서의 '위법'은 당사자 간의 권리침해의 결과에 착안하는, 즉 결국 '수인한도론'으로 귀착되는 것이 아니라, 해당 처분이 관계 법규범에 합치하는지 여부를 기준으로 하는 이른바 '행위위법'이다. 이러한 문제상황과 관련하여 공·사법간의 위법개념이 상이하게 나는 경우도 없지 않다.<sup>89)</sup> 따라서 행정법상 취소·변경청구권을 행사하고자 하는, 즉 (현행 행정소송 현실상) 처분의 위법을 주장하며 그 취소를 구하는 C는 취소소송<sup>90)</sup>에서 기각판결을 받게 되더라도 그의 사법상 권리는 여전히 주장할 수 있는 여지가 남게 된다.

둘째, 인근주민 C는 위의 행정법상 취소·변경청구권의 행사여부와는 별도로 건축주 B를 상대로 환경상 이익 침해를 이유로 한 민사상 손해배상청구 및 유지청구(가령, 공사금지가처분신청)를 할 수 있다. 그리고 유지책임의 성립요건으로 '위법'을 판단함에 있어서 건축허가처분의 위법문제는 다양한 요소를 종합적으로 고려함에 있어서

87) 대법원 1962. 6. 14. 선고 62누14 판결; 1989. 5. 23. 선고 88누8185 판결.

88) 대법원 1998. 4. 10. 선고 98두2270 판결.

89) 이러한 상황이 항고소송의 위법과 국가배상소송의 위법이 동일한지 여부의 논의를 가져오기도 한다.

90) 취소심판의 경우도 마찬가지이다.

하나의 요소가 될 것이다.<sup>91)</sup> 민사상 유지청구에서는 ‘수인한도론’이 위법성 문제의 핵심잣대가 되고 있다.

이상과 같이 민사상 유지청구권과 행정법상의 처분취소·변경청구권은 양자를 선택적으로 또는 둘 다 행사하는 것이 환경상 이익의 침해가 문제되는 경우에 전형적으로 나타나는 모습이다.

### 3. ‘민사상 유지청구’와 ‘행정법상 행정개입청구’

관할행정청 A의 허가를 받아 조업 중인 B의 사업장으로 인하여 환경상 이익의 침해를 받고 있는 인근주민 C는 B에 대하여 민사상 유지청구를 할 수 있다. 그런데 C는 B에 대한 민사상 유지청구와는 별도로, B의 환경침해행위에 대해서 관할행정청 A가 법률상 규제권한을 행사할 수 있는데도 이를 행사하지 않고 있는 점을 문제삼을 수 있는가? 특히 A의 규제권한을 재량의 형식으로 규정하고 있을 때에 C의 이러한 청구권의 성립여부가 문제된다. 가령, 환경오염사업장에 대하여 개선명령·조업정지명령 등과 같은 규제조치를 할 수 있다고 규정한 대기환경보전법 제33조, 제34조, 수질수생태계보전법 제39조, 제40조 등을 근거로 하여 C가 A에 대하여 환경오염사업장 B를 규제하라고 요구하는 경우가 될 것이다. 즉 C의 행정개입청구권의 문제이다.

이때 A가 B에 대하여 규제권을 발동할 것을 구하는 C의 행정개입청구권은 다음과 같은 2가지 유형의 소송으로 전개될 수 있다.

첫째, 취소소송 등의 항고소송이다. 현행 행정소송법 하에서는 거부처분취소소송을 구하는 것이 가장 일반적인 형태이다. 문제는 거부처분의 성립요건으로 C의 ‘신청권’이 인정되기 어렵다는 것이다.<sup>92)</sup> 무하자재량행사청구권→재량권의 0으로의 추축→행정개입청구권으로 이어지는 행정개입청구권의 법리를 통하여 신청권을 ‘당연히’ 인정하려는 견해들도 보이지만, 이는 행정개입청구권과 신청권의 구분을 제대로 하지 못한 잘못된 견해이다. 이와 같은 사안에서 거부처분취소소송의 소의 적법성을 부정하고 있는 판례의 태도는 이 점에 관한 한 타당하다고 할 것이다.<sup>93)</sup>

91) 대법원 1995.9.15. 선고 95다23378 판결(부산대사건).

92) 대법원 2006. 6. 30. 선고 2004두701 판결; 1999. 12. 7. 선고 97누17568 판결.

93) 거부처분취소소송, 의무이행소송 등에 관한 행정소송의 근본적인 법리가 상세하게 검토되어야

둘째, C의 행정개입청구권은 이른바 ‘공무원의 부작위로 인한 국가배상’을 구하는 국가배상청구소송으로도 실현될 수 있다. 첫째의 경우와 같은 ‘신청권’의 요건이 필요 없는 국가배상책임은 우리 판례에서도 여러 차례 인정된 바 있는데,<sup>94)</sup> 환경상 이익 침해의 경우에도 충분히 활용될 수 있다고 생각된다.

이상과 같이, 사인이 민사상 유지청구권을 행사하면서, 이와 함께 행정청에 대해서는 행정개입청구권을 행사할 수 있어야 하는데, 현행법상으로는 항고소송은 - 그 개선 필요성의 문제는 별론으로 하고 - 여러모로 어려운 점이 있지만, 국가배상청구소송을 통해서도 행정개입청구권이 상대적으로 용이하게 실현될 수 있다고 할 것이다.

#### 4. ‘민사상 유지청구’와 ‘민법상 공작물 책임’

시설물의 설치·관리 (또는 설치·보존<sup>95)</sup>)의 하자로 인하여 환경상 이익의 침해가 문제되는 경우에 우선 그 시설물의 법적 성질에 따라, 즉 공공의 영조물인가, 민사상 공작물인가에 따라 행정법상의 유지청구권 또는 민사상 유지청구권을 행사할 수 있다.

‘공물’이 아니라 통상적인 공작물이 그 설치·보존의 하자가 있는 경우, 가령 인근 주민(C)의 건축물에 설치된 실외기의 (수인할 수 없는) 소음으로 인해 손해를 입은 B는 C에 대하여 민법 제758조의 공작물책임을 근거로 손해배상청구를 할 수 있다. 공작물의 물적 하자가 없는 경우에도 그 공작물을 이용하는 과정에서 수인할 수 없는 피해가 있는 경우에는 이는 마찬가지로 설치·보존의 하자로 볼 수 있을 것이다(이른바 ‘기능적 하자’ 또는 ‘이용상 하자’). 국가배상법이 적용되지 않는 한국도로공사가 관리하는 고속국도와 관련된 소음사건에서도 마찬가지로 민법 제758조를 근거로 한 손해배상청구가 이루어지고 있다.<sup>96)</sup>

그런데 이러한 손해배상청구와는 별도로 유지청구를 할 수 있는가?

이와 관련하여, 이른바 기능적 하자론에 기초한 공작물책임에 관한 판례를 비판하

하는 이 문제에 대한 상세한 논의는 여기서 다 할 수 없어, 본고에서는 결론적인 사항만을 제시할 수밖에 없다.

<sup>94)</sup> 대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다95666 판결; 2005. 6. 10. 선고 2002다53995 판결 등.

<sup>95)</sup> 국가배상법 제5조는 ‘설치·관리의 하자’, 민법 제758조는 ‘설치·보존의 하자’라는 표현을 쓰고 있지만, 그 의미는 마찬가지이다.

<sup>96)</sup> 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904,37911 판결(경인고속국도사건) 등.

는 견해가 있다. 그에 따르면, 설치·보존의 하자만으로 책임이 인정되어 무과실책임의 성격을 가지는 공작물책임규정은 지나치게 범위가 넓어질 수 있고, 기존의 개별법상 무과실책임규정이나 환경정책기본법상의 무과실책임규정과 조화문제가 생긴다고 한다.<sup>97)</sup> 그러나, 다음과 같은 이유로 이러한 입장은 의문스러운 점이 있다. ① 공작물책임은 손해배상책임의 일종이므로 유지청구와는 성질이 다른 문제이다. 공작물책임의 성립요건인 설치·보존의 하자의 의미로서 우리 판례가 물적 하자 외에 기능적 하자까지 포함하고 기능적 하자가 있는지의 판단기준이<sup>98)</sup> 유지청구의 수인한도 판단기준과 유사한 면이 있을 뿐이다. ② 공작물책임과 종래의 무과실책임에 관한 법규정과의 관계에 대해서도 공작물책임과 불법행위에 기한 손해배상책임은 서로 처음부터 다른 구조와 취지를 가진 책임이어서 각각 그 고유한 의미를 가지고 있다. 공작물책임은 ‘물건’의 설치·보존의 하자가 있으면 인정되며, 이때 (특히 점유자가 아닌 소유자의 경우) 무과실책임이라고 하더라도 하자를 어떻게 이해할 것인가에 따라 다분히 주관적인 요소도 하자의 의미에 포함될 여지도 있다. 그리고, 경우에 따라서 공작물책임과 민법 제750조의 책임이나 개별법상의 무과실책임이 경합되는 경우도 있지만, 이러한 경합가능성이 공작물책임이 개별법상의 무과실책임을 형해화하는 것으로 볼 수는 없다. ③ 실제로 소음 피해 등이 문제되는 경우 민법 제758조가 피해자의 권리구제에 큰 역할을 하고 있다는 점도 간과할 수 없다.

## 5. ‘행정법상 유지청구’와 ‘국가배상법상 영조물책임’

민법 제758조가 적용되는 공작물이 아니라 국가배상법 제5조가 적용되는 공공의 영조물이 그 설치·관리 하자가 있는 경우에는 국가배상청구권을 우선 생각할 수 있다. 그런데, 이와 함께 행정법상 유지청구권도 행사할 수 있는가?

97) 전경운, 소음침해에 대한 방해제거 및 방해예방청구권의 법적 근거와 인용의무 등, 민사법학, 제42호, 2008, 448-449면.

98) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904,37911 판결 : “...제3자의 수인한도의 기준을 결정함에 있어서는 일반적으로 침해되는 권리나 이익의 성질과 침해의 정도뿐만 아니라 침해행위가 갖는 공공성의 내용과 정도, 그 지역환경의 특수성, 공법적인 규제에 의하여 확보하려는 환경기준, 침해를 방지 또는 경감시키거나 손해를 회피할 방안의 유무 및 그 난이 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 사건에 따라 개별적으로 결정하여야 한다.”

이는 민사상 유지청구와 공작물책임에서와 같은 취지로 이해할 수 있다. 이때에도 특히 처분안인 행정작용 발동의 예방적 금지에 관한 소송형태로서 당사자소송의 인정 여부가 문제가 될 것이며, 이와 관련된 여러 문제점은 앞서 검토한 바와 같다.<sup>99)</sup> 그리고, 공공의 영조물로 인한 환경상 이익의 침해에 대하여 ‘민사상’ 유지청구권을 행사할 수 있는지가 이를 실현할 소송형태와 연관하여 문제될 수 있지만, 부득이한 경우 민사소송을 통한 권리실현이라도 이루어져야 할 것이다.

## 6. ‘민사상 유지청구’와 ‘행정법상 유지청구’

행정상대방 B가 대규모 시설건설사업, 특히 폐기물처리장과 같은 비선호시설의 건립을 계획하면서 관할행정청 A에 대하여 인허가를 신청하려고 하는 경우 그 인근에 거주하고 있는 주민 C는 향후 발생할 수 있는 환경상 이익의 침해를 우려하게 될 것이다.

이때 C는 A에 대해서는 행정법상 유지청구를, 그리고 B에 대해서는 민사상 유지청구를 할 수 있다. 나누어 살펴보자.

첫째, A의 처분이 내려질 경우 C의 환경상 이익이 침해되어 중대·절박한 손해가 있을 것으로 예상된다면 C는 A에 대하여 예방적 금지청구권을 행사할 수 있어야 한다. 그러나, 예방적 금지소송에 관한 규정이 우리나라 행정소송법에 없고, 판례도 이러한 소송유형을 부인하고 있다.<sup>100)</sup> 그러나 적극적인 해석론을 통하여 현행법의 해석으로도 이러한 소송이용이 가능해야 하겠지만, 이 문제는 보다 근본적으로 행정소송법 개정을 통하여 풀어야 할 숙제이다.

둘째, C는 B에게 민사상 유지청구를 할 수 있다. 이러한 C의 권리가 침해되는 경우에는 민사소송에 있어서 본안소송을 제기할 수도 있고, 보전소송인 가처분절차를 이용할 수도 있다.

요컨대, 민사상 유지청구와 행정법상 유지청구가 선택적으로, 또는 동시에 행사할 수 있으며, 각각 ‘사인간의 이익조절이라는 민사법의 취지’와 ‘사인의 권익구제 및 행정의 적법성 보장이라는 법치국가원리’에 따라 C는 이를 선택적으로 행사할 수

<sup>99)</sup> 앞의 IV. 3. (2).

<sup>100)</sup> 대법원 1987. 3. 24 선고, 86누182 판결; 2006. 5. 25 선고, 2003두1198 판결.

있어야 한다.

## VI. 맺음말

이상에서 환경상 이익 침해에 대하여 행사할 수 있는 민·행정법상의 청구권을 유지청구권을 중심으로 살펴보았다. 유지청구권이라고 할 때 이를 민사상 권리로만 이해하는 경향이 있다. 그러나, 행정법상 유지청구권 역시 이용할 수 있어야 하며, 이는 환경상 이익 침해에 대한 구제수단이 될 수 있다. 이미 환경상 이익이 침해된 경우만이 아니라 침해가 우려되는 경우에도 사전에 이를 예방적으로 금지하는 권리는 민사관계 및 행정법관계에서 인정될 수 있고, 되어야 한다.

이와 함께 본고에서는 민사상 권리와 행정법상 권리가 상호 교차되는 여러 가지 경우에 대해서 유지청구권을 중심으로 살펴보았다.

유지청구와 예방적 금지청구라는 용어가 민법과 행정법의 영역에서 각각 따로 논의되고 있지만, 학제적 연구가 특히 필요한 환경법 분야에서 양자는 종합적으로 연구될 필요가 있음은 긴 말을 요하지 않는다. 본고는 이러한 문제의식을 바탕으로 한 것이다.

환경상 이익 침해에 대한 민사상 유지청구와 함께 행정법상 유지청구가 민사·행정소송을 통하여 효율적으로 이루어져, 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리가 보다 공고하고 체계적으로 보장되길 바라며, 본고가 이에 작은 기여라도 할 수 있다면 다행일 것이다.

논문투고일 : 2015. 7. 15. 심사일 : 2015. 8. 13. 게재확정일 : 2015. 8. 20.

## 참고문헌

- 김남진, “예방적 금지소송의 허용성과 요건 등”, 『고시연구』, 2005.4.
- 김상천, “환경침해의 유지청구”, 『재산법연구』, 제27권 제1호, 2010.
- 김세규, “환경권에 기초한 유지청구의 가능성”, 『토지공법연구』, 제68집, 2015.
- 김 연, “영미법상의 Injunction 소송절차 소고”, 『경성법학』, 제2호, 1992.
- 김중기, “환경소송에 있어서의 가치분신청”, 『형평과 정의』, 제6집, 1991.
- 김차동, “금지(유지)청구권의 일반근거규정 도입에 관한 연구”, 『법학논총』, 제31권 제4호, 2014.
- 김철용, 『행정법』, 고시계사, 2014.
- 김태선, “미국법상 금지명령 제도”, 『민사법학』, 제61호, 2012.
- 김태천, “환경권 침해에 대한 유지청구”, 『건축관련판례 50선』, 대구판례연구회, 2012.
- 김현준, 『행정법관계에서의 사인의 권리와 의무』, 법문사, 2012.
- 김현준, “실체적 공권의 4유형과 행정소송법상 항고소송”, 『공법학연구』, 제13권 제2호, 2012.
- 김홍균, 『환경법』, 홍문사, 2014.
- 박균성·함태성, 『환경법』, 박영사, 2013.
- 손윤하, 『환경침해와 민사소송』, 청림출판, 2005.
- 송덕수, 『민법강의』, 박영사, 2012.
- 안경희, “환경침해를 이유로 한 유지청구의 법적 근거”, 『한경대학교 논문집』, 제38집, 2006.
- 안경희, “환경침해에 대한 민사법적 구제”, 『환경법연구』, 제28권 제3호, 2006.
- 양창수, 『독일민법전』, 박영사, 2005.
- 윤진수, “환경권 침해를 이유로 하는 유지청구권의 허용여부”, 『민법논고』, 박영사, 2008.
- 이승우, “소음공해에 대한 유지청구”, 『환경법연구』, 제32권 제3호, 2010.
- 이승우, “생활환경사익침해에 대한 환경권의 작용”, 『환경법연구』, 제36권 제1호, 2014.

- 이영창, “민사소송을 통한 환경오염피해 구제의 현실과 한계 -소음피해로 인한 소송을 중심으로-”, 「환경법연구」, 제36권 제1호, 2014.
- 전경운, “우리나라에서의 환경침해에 대한 유지청구권의 논의현황”, 「환경법과 정책」, 제1권, 2008.
- 전경운, 『환경사법론』, 집문당, 2009.
- 전경운, “소음침해에 대한 방해제거 및 방해예방청구권의 법적 근거와 인용의무 등”, 「민사법학」, 제42호, 2008.
- 전경운, “환경오염피해구제를 위한 민사법제의 개선방안 및 대안모색”, 「환경법연구」, 제36권 제1호, 2014.
- 전병서, “추상적 유지청구의 적법성”, 「인권과 정의」, 제382호, 2008.
- 정 완, “환경침해피해에 대한 민사책임”, 「환경법연구」, 제25권 제2호, 2003.
- 조은래, “생활방해에 있어서의 유지청구권”, 「비교법학」, 제16권, 2005.
- 조홍식, “유지청구 허용 여부에 관한 소고”, 「민사판례연구」, 제22집, 2000.
- 조홍식, “상린관계의 법정책: 항공기소음을 글감으로 하여”, 「서울대학교 법학」, 제50권 제3호, 2009.
- 최상호, 『환경오염에 대한 민사책임』, 계명대출판부, 1999.
- 角松生史, “*梶の浦世界遺産訴訟*”, 淡路剛久・大塚直・北村喜宣(編), 『環境法判例百選』, 有斐閣, 2011.
- 古城誠, “*大阪国際空港事件 - 空港公害と差止請求*”, 淡路剛久・大塚直・北村喜宣(編), 『環境法判例百選』, 有斐閣, 2011.
- 根本尚徳, 『差止請求權の理論』, 有斐閣, 2011.
- 今村成和, “*空港管理權と差止請求-大阪国際空港事件最高裁判決批判*”, 「ジュリスト」, 第761号, 1982/3.
- 吉村良一, “*公害差止理論の展開と課題*”, 富井利安(編), 『環境・公害法の理論と実践』, 日本評論社, 2004.
- 大阪弁護士連合会環境権研究会, 『環境権』, 1973.
- 田井義信, “*大阪国際空港事件 - 人格權に基づく差止と将来の損害賠償など*”, 淡路剛久・大塚直・北村喜宣(編), 『環境法判例百選』, 有斐閣, 2011.

中山充, 『環境共同利用権』, 成文堂, 2006.

Fritzsche, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, C.H.Beck, 2015.

Picker, “Zur Beseitigungshaftung nach §1004 BGB - eine Apologie - zugleich ein Beitrag zur bürgerlichrechtlichen Haftungsdogmatik -”, in: Lange/Nörr/Westermann(Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, 1993, S. 315 ff.

Sodan/Ziekow, VwGO(Großkommentar), 4. Aufl., Nomos, 2014.

<Zusammenfassung>

Die zivil- und verwaltungsrechtlichen Abwehransprüche  
gegen beeinträchtigende Umwelteinwirkungen  
- eine Querschnittsanalyse über die privat- und öffentlichrechtlichen  
Haftungen -

Kim, Hyun-Joon

(Professor, Yeungnam Univ. Law School)

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den zivil- und verwaltungsrechtlichen Abwehransprüchen gegen beeinträchtigende Umwelteinwirkungen. Hierbei ist vor allem zu berücksichtigen, dass das Umweltprivatrecht und das öffentliche Umweltrecht auf vielfältige Weise ineinander verschränkt und unterstützt sind.

Die koreanische Rechtsprechung findet die Grundlage des zivilrechtlichen Abwehranspruchs im sachenrechtlich negatorischen Anspruch nach § 214 des koreanischen BGB. Aber der Abwehranspruch könnte sich aus dem Recht auf Umwelt ergeben.

Bei den verwaltungsrechtlichen Abwehransprüchen gegen die Verfügung in Bezug auf beeinträchtigende Umwelteinwirkungen geht es vor allem um den Zugang zu den Verwaltungsgerichten, der den Anspruch verwirklichen kann. Aus diesem Grund soll die vorbeugende Unterlassungsklage sowohl de lege lata als auch de lege ferenda hierzulande anerkannt werden. Darüber hinaus sollen auch Abwehransprüchen gegen schlichtes Verwaltungshandeln berücksichtigt werden.

Wie die zivil- und verwaltungsrechtlichen Abwehransprüche im Einzelfall harmonisiert werden können, wäre die rechtsdogmatisch vordringliche Aufgabe des Umweltrechts. Dabei hofft die vorliegende Arbeit dazu beitragen zu können.

주 제 어: 민·행정법상 유지청구권, 공·사 환경책임의 교차, 환경상 이익 침해, 물권적 청구권, 환경권, 예방적 금지소송

Key Words: zivil- und verwaltungsrechtliche Abwehransprüche, Verschränkung von privat- und öffentlichrechtlichen Umwelthaftungen, Beeinträchtigung des Umweltinteresses, sachenrechtlich negatorischer Anspruch, Recht auf Umwelt, Unterlassungsklage