

環境被害의 公法的 救濟

朴均省*

I. 머리말

환경피해에 대한 司法的 救濟 즉 재판을 통한 구제는 피해의 구제뿐만 아니라 환경보호를 위한 구제의 실효성을 담보하는 수단이 된다. 특히 환경피해에 대한 공법적 구제는 이러한 성격이 강하다. 그런데, 그 동안 환경피해에 대한 공법적 구제는 사법적 구제에 비하여 잘 활용되지 못하였고, 그에 관한 연구도 매우 적었다. 그러나, 환경보호와 관련하여 행정기관의 권한과 역할이 커지면서 환경피해에 대한 공법적 구제의 필요성도 커지고 있다.

환경피해에 대한 공법적 구제는 환경에 대한 침해를 가져오는 행정조치를 다투어 침해상태를 제거하는 것을 내용으로 하는 환경취소소송과 행정권의 행사 또는 불행사로 인하여 야기된 손해의 전보 즉, 손해배상 또는 손실보상을 주된 내용으로 하고 있다.

환경취소소송에서는 소송요건으로서 처분성 및 원고적격이 문제되고, 본안문제로서 재량처분시의 환경이라는 공익의 고려, 토지수용법상의 사업인정시 환경이익의 고려 및 환경영향평가상 하자의 사업계획승인의 적법성에 대한 영향 등이 문제되고, 국가배상청구소송에서는 행정권이 환

* 경희대 법대 교수

경보호의무를 게을리 한 경우의 배상책임 및 영조물의 관리상 야기된 환경오염에 대한 국가의 배상책임이 문제된다.

II. 環境取消訴訟

1. 處分性

환경에 대해 중대한 영향을 미치는 사업을 취소소송을 통하여 저지할 수 있기 위하여는 우선 개발사업시행조치의 ‘처분성’이 인정되어야 한다.

행정소송법은 취소소송이나 무효확인소송의 대상이 되는 처분을 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용”이라고 정의하고 있다(제2조 제1항 제1호).

판례는 “항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상의 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것”이라고 판시하고 있다¹⁾. 판례는 행정권 행사가 국민의 권리의무에 대하여 직접 영향을 미치는지 여부를 기준으로 하여 처분성 여부를 판단하고 있다고 할 수 있다.

따라서 개발사업이 국가나 지방자치단체에 의해 행정내부의 결정만으로 실시되는 경우에는 처분성이 인정되지 않아 민법상의 방해배제청구나 가처분은 별론으로 하고 취소소송이나 집행정지제도를 통한 구제가 불가능하다. 다만, 지방자치단체가 실시하는 사업이 지방자치단체의 사무이

1) 大判, 1996.3.22, 96누433 : 이 사건에서 대법원은 위법 건축물에 대한 단전 및 전화통화 단절조치 요청행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 보았다.

고 이 사업의 실시에 있어 국가기관의 승인을 받도록 하고 있는 경우에 당해 사업승인은 처분이 되기 때문에 원고적격이 인정되는 인근주민은 당해 사업승인에 대해 취소소송을 제기할 수 있다.

예를 들면, 폐기물처리시설(폐기물매립시설, 폐기물매립시설 등)의 설치에 있어 지방자치단체의 장이 폐기물처리시설을 설치하고자 하는 경우에는 폐기물처리시설설치계획을 수립하여 환경부장관의 승인을 받아야 한다(폐기물처리시설축진및주변지역지원등에관한법률 제11조의3 제2항)). 이 경우 폐기물처리시설설치계획승인은 처분이므로 취소소송의 대상이 된다. 그런데, 만일 환경부장관이 폐기물처리시설을 설치하는 경우에는 내부적인 의사결정만에 의해 폐기물처리시설이 설치되기 때문에 처분이 존재하지 않고 따라서 인근주민이 폐기물처리시설의 설치를 다투는 길이 없게 된다. 다만, 폐촉법 제10조의 폐기물처리시설의 입지선정의 결정고시는 입지안에 있는 주민의 재산권 행사를 제한하는 효과를 가져오므로 처분으로 보고 다룰 수 있을 것이다.

신청없이 행정기관의 일방적인 결정에 의해 행해지는 사업이라 하더라도 당해 행정기관의 일방적 결정이 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 경우에는 처분성을 갖는 것으로 인정되고 취소소송의 대상으로 된다. 예를 들면, 위에서 본 바와 같이 폐촉법상의 폐기물처리시설입지선정, 공설화장장설치를 내용으로 하는 도시계획결정²⁾ 등이 이에 해당한다.

2. 原告適格

공권력행사에 의해 환경상 이익이 침해되는 경우에 침해되는 환경상 이익이 개인의 특정된 구체적인 이익이며 그것이 근거법규에 의해 보호

2) 大判, 1995.9.26. 94누14544. 행정계획중 도시계획결정 등은 처분성이 인정된다.

되고 있는 이익인 경우에는 그러한 이익은 행정소송법상의 법률상 이익이 되고 그러한 이익을 침해받은 자는 당해 공권력 행사에 대하여 항고소송을 제기할 원고적격을 가진다.

환경보호를 위하여 개발사업허가 등의 취소를 청구하는 자로는 개발사업의 인근주민 또는 환경단체를 들 수 있는데, 현행법은 인근주민의 원고적격은 일정한 범위 내에서 인정하고 있지만 환경단체의 원고적격은 인정하고 있지 않다.

(1) 隣近住民의 原告適格

행정소송법 제12조는 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”고 규정하고 있다. 취소소송을 제기할 수 있는 자격을 원고적격이라 하는데 현행 행정소송법은 취소소송을 제기할 수 있는 자를 “법률상 이익이 있는 자”에 한정하고 있다.

판례는 행정소송법 제12조의 법률상 이익은 처분 또는 부작위의 근거법규에 의해 보호되는 직접적이고 구체적인 개인적인 이익을 말한다라고 보고 있다.

처분을 규제하는 법규에서 환경을 배려하는 규정이 있는 경우에 당해 ‘환경배려조항’이 공익으로서의 일반 환경이익의 보호만을 목적으로 하고 있고 이로 인하여 인근주민이 반사적으로 이익을 얻고 있을 때에는 인근주민의 원고적격이 인정되지 않고 환경배려조항이 공익으로서의 환경이익뿐만 아니라 인근주민의 개인적인 환경상 이익도 직접 보호하고 있다고 판단되는 경우에는 인근주민에게 처분을 다룰 원고적격이 인정된다.

판례는 원칙상 처분의 근거가 되는 법규 달리 말하면 처분요건을 정하는 법규의 보호목적을 기준으로 하여 처분의 근거법규가 공익뿐만 아니

라 개인의 이익도 보호하고 있다라고 판단되는 경우에 원고적격이 있는 것으로 보고 있다. 이와 같이 처분의 근거법규의 보호목적은 기준으로 하여 원고적격을 인정하는 것은 미국이나 프랑스의 입법례와 비교하여 원고적격을 좁게 인정하는 것이며 이것이 환경보호를 위한 개발사업허가의 취소를 구하는 소송에 대한 제약요건이 되고 있다³⁾.

다만, 판례는 점차 취소소송의 원고적격을 확대하고 있다. 이러한 현상은 환경보호를 목적으로 하는 취소소송에서 두드러지고 있다. 즉, 판례는 처분의 직접 근거가 되는 법규에서 나아가 처분의 근거가 되는 법규가 원용하고 있는 법규, 그리고 환경영향평가에 관한 법률까지도 처분의 근거법규로 보고 있다.

또한, 판례는 처분법규의 보호목적이 공익뿐만 아니라 개인의 이익도 보호하고 있다고 점차 넓게 해석함으로써 인근주민의 원고적격을 확대하고 있다.

- 1) 處分の 根據法規가 公益으로서의 일반 환경이익의 보호뿐만 아니라 個人的 環境上 利益도 보호하고 있는가.

가. 인근주민의 원고적격을 부정한 판례

① 상수원보호구역의 변경에 대한 그 상수원으로부터 급수를 받는 인근주민의 원고적격을 부인한 사례 : '상수원보호구역 설정의 근거가 되는 수도법 제5조 제1항 및 동 시행령 제 7조 제1항이 보호하고자 하는 것은 상수원의 확보와 수질보전일 뿐이고, 그 상수원에서 급수를 받고 있는 지역주민들이 가지는 상수원의 오염을 막아 양질의 급수를 받을 이익은 직접적이고 구체적으로는 보호하고 있지 않음이 명백하여 위 지역주민들

3) 미국과 프랑스에서는 근거법규에 의해 보호되는 개인적 이익을 침해받거나 받을 우려가 있는자에 한정하지 않고 처분 또는 부작위에 의하여 개인의 이익이 직접 구체적으로 침해되기만 하면 취소소송의 원고적격을 인정한다.

이 가지는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로 지역주민들에 불과한 원고들에게는 위 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.'라고 판시하였다.⁴⁾

② 산림훼손허가 및 중소기업창업사업계획승인처분에 대하여 농경지의 풍수해를 우려한 인근주민의 원고적격을 부인한 사례 : '피고가 소의 회사에 대하여 한 산림훼손허가 및 중소기업창업사업계획승인처분의 근거가 되는 중소기업창업지원법 및 산림법 등의 관계규정에 비추어 볼 때, 그 처분이 취소됨으로 인하여 제3자인 원고들과 같은 인근주민들의 농경지 등이 훼손 또는 풍수해를 입을 우려가 제거되는 것과 같은 이익은 위 각 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 수 없다.'라고 판시하였다.⁵⁾

③ 국유도로의 공용폐지처분 및 다른 문화재의 발견을 원천적으로 봉쇄한 피고의 주택건설사업계획승인처분을 다툼 인근주민의 원고적격을 부인한 사례 : '일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로서 일반국민은 이를 자유로이 이용할 수 있는 것이기는 하나, 그렇다고 하여 그 이용관계로부터 당연히 그 도로에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 개인에게 부여되는 것이라고까지는 말할 수 없으므로, 일반적인 시민생활에 있어 도로를 이용만 하는 사람은 그 용도폐지를 다툼 법률상의 이익이 있다고 말할 수 없지만,⁶⁾ 공공용재산이라고 하여도 당해 공공용재산의 성질상 특정개인의 생

4) 大判, 1995.9.26. 94누14544.

5) 大判, 1991.12.13.90누10360.

6) 이 사건에서는 원고가 거주하는 금강빌라의 주민들에 대하여는 그 빌라의 준공당시부터 30m 대로에 연결되는 폭 6m의 진입로가 별도로 설치되어 있어 통행에 아무런 불편이 없고, 이 사건 도로는 빌라 뒤쪽 사유지 사이에 위치한 매우 좁은 도로로서 거의 일반통행에는 제공이 되지 않고 위 주민들의 산책로 등으로 가끔 이용될 뿐이었다. 이 판결에서 대법원은 원고가 이 사건 도로

할에 개별성이 강한 직접적이고 구체적인 이익을 부여하고 있어서 그에 게 그로 인한 이익을 가지게 하는 것이 법률적인 관점으로도 이유가 있다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 그와 같은 이익은 법률상 보호되어야 할 것이고, 따라서 도로의 용도폐지처분에 관하여 이러한 직접적인 이해관계를 가지는 사람이 그와 같은 이익을 현실적으로 침해당한 경우에는 그 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.

문화재는 문화재의 지정이나 그 보호구역으로 지정이 있음으로써 유적의 보존 관리등이 법적으로 확보되어 지역주민이나 국민일반 또는 학술연구자가 이를 활용하고 그로 인한 이익을 얻는 것이지만, 그 지정은 문화재를 보존하여 이를 활용함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류 문화의 발전에 기여한다고 하는 목적을 위하여 행해지는 것이지, 그 이익이 일반국민이나 인근주민의 문화재를 향유할 구체적이고도 법률적인 이익이라고 할 수는 없다. 원고가 주장하는 공원경관(公園景觀)에 대한 조망(眺望)의 이익이나 문화재의 매장가능성 문화재 발견에 의한 표창 가능성에 따른 일반 국민으로서의 문화재 보호의 이해관계 역시 직접적이고 구체적인 이익이라고 할 수 없어, 원고는 이 사건 민영주택건설사업계획승인처분을 다들 법률상의 이익이 없다.'라고 판시하였다.⁷⁾

나. 인근주민의 원고적격을 긍정적인 판례

도시계획법상 주거지역에 설치할 수 없는 연탄공장 건축허가처분에 대한 지역주민의 원고적격을 인정한 사례가 있다: '주거지역 안에서는 도시계획법 제19조 제1항과 개정 전 건축법 제32조 제1항에 의하여 공익상

를 산책로 등으로 가끔 이용하였던 정도의 이해관계만으로는 이 사건 도로의 용도폐지처분을 다들 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다고 보았다.

7) 大判, 1992.9.22. 91누13212. 평석: 도로공용폐지등을 다들 원고적격, 백윤기, 대법원판례해설 18호 참조.

부득'이 하다고 인정될 경우를 제외하고는 위와 같은 거주지의 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 해치는 모든 건축이 금지되고 있으며 이와 같이 금지되는 건축물로서 건축법은 '원동기를 사용하는 공장으로서 작업장의 바닥 면적의 합계가 50평방미터를 초과하는 것'을 그 하나로 열거하고 있다.(이 사건 공장이 위 제한을 초과하고 있음은 물론이다) 위와 같은 도시계획법과 건축법의 규정 취지에 비추어 볼 때 이 법률들이 주거지역 내에서의 일정한 건축을 금지하고 또는 제한하고 있는 것은 도시계획법과 건축법이 추구하는 공공복리의 증진을 도모하고자 하는데 그 목적이 있는 동시에 한편으로는 주거지역 내에 거주하는 사람의 '주거의 안녕과 생활 환경을 보호'하고자 하는데도 그 목적이 있는 것으로 해석이 된다. 그러므로 주거지역 내에 거주하는 사람이 받는 위와 같은 보호이익은 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 바로 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 것이다.'라고 판시하였다.⁸⁾

2) 처분의 근거가 되는 법규가 援用하고 있는 법규의 보호목적을 기준으로 한 원고적격의 인정

판례는 공설화장장설치를 내용으로 하는 도시계획결정에 대해 지역주민이 취소소송을 제기한 사건에서 다음과 같이 원고적격을 인정하고 있다: '도시계획법 제12조 제3항의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에 관한규칙 제125조 제1항이 화장장의 구조 및 설치에 관하여는 매장및 묘지등에 관한법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어, 도시계획의 내용이 화장장의 설치에 관한 것일 때에는 도시계획법 제12조 뿐만 아니라 매장및묘지등에 관한법률 및 같은법시행령 역시 그 근거 법률이 된다고 보아야 할 것이므로, 같은 법 시행령 제4조 제2호가 공설화장장은 20

8) 大判, 1975.5.13. 73㉞96, 97.

호 이상의 인가가 밀집한 지역, 학교 또는 공중이 수시 집합하는 시설 또는 장소로부터 1,000m 이상 떨어진 곳에 설치하도록 제한을 가하고, 같은 법 시행령 제9조가 국민보건상 위해를 끼칠 우려가 있는 지역, 도시계획법 제17조의 규정에 의한 주거지역, 상업지역, 공업지역 및 녹지지역 안의 풍치지구 등에의 공설화장장 설치를 금지함에 의하여 보호되는 부근 주민들의 이익은 위 도시계획결정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 법률상 이익이다.'라고 판시하였다.⁹⁾

이 판결의 의의는 계쟁처분의 직접적인 근거법규이외에 당해 근거법규에서 요건규정으로 원용하고 있는 법규도 당해 계쟁처분의 근거법규로 보고 인근주민의 원고적격을 인정하였다는 점에 있다.

3) 環境影響評價에 관한 法을 근거법규로 보고 環境영향평가대상 지역주민에게 원고적격을 인정한 사례

최근에 대법원은 환경영향평가의 대상이 되는 개발사업의 인근주민이 개발사업의 허가를 취소 청구하는 소송에서 환경영향평가법을 개발사업 허가처분의 근거법으로 보면서 환경영향평가법은 평가의 대상이 되는 개발사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 개발사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데에 그치는 것이 아니라 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적인 이익까지도 이를 보호하고 있다고 보면서 개발사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에게 환경영향평가 대상사업을 허가하는 처분의 취소를 구할 원고적격을 인정하고 있다.

9) 대판, 1995.9.26. 94누14544. 동지의 판례 : LPG자동차충전소설치허가처분에 대한 인근주민의 원고적격 인정(대판, 1983.7.12. 83누59).

① 국립공원 용화집단지설지구개발사업계획의 변경승인 및 허가처분을 다룰 환경영향평가대상지역주민의 원고적격인정 : '조성면적 10만²m² 이상'이어서 환경영향평가대상사업에 해당하는 당해 국립공원 집단시설 지구개발사업에 관하여 당해 변경승인 및 허가처분을 함에 있어서는 반드시 자연공원법령 및 환경영향평가법령 소정의 환경영향평가를 거쳐서 그 환경영향평가의 협의내용을 사업계획에 반영시키도록 하여야 하는 것이니 만큼 자연공원법령뿐 아니라 환경영향평가법령도 당해 변경승인 및 허가처분에 직접적인 영향을 미치는 근거 법률이 된다. 환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가법령의 규정들의 취지는 집단시설지구개발사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 집단시설지구개발사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데에 그치는 것이 아니라 그 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위 주민들이 당해 변경승인 및 허가처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지게 되는 추상적·평균적·일반적인 이익에 그치지 아니하고 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적인 이익이라고 보아야 한다. 따라서, 당해 국립공원 용화집단지설지구개발사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에게 환경영향평가대상사업에 관한 변경승인 및 허가처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.'라고 판시하였다.¹⁰⁾

② 電源개발사업실시계획승인처분을 다룰 환경영향평가대상지역주민

10) 大判, 1996.4.24. 97누3286.

의 원고적격 인정 : ‘전원(電源)개발사업실시계획승인처분의 근거 법률인 전원개발에관한특별법령, 구 환경보전법령, 구 환경정책기본법령 및 환경영향평가법령 등의 규정취지는 환경영향평가대상사업에 해당하는 발전소건설사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 당해 사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데 그치는 것이 아니라 당해 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있으므로, 주민들이 위 승인처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로서 국민일반이 공통적으로 갖게 되는 추상적·평균적·일반적 이익에 그치지 아니하고 환경영향평가대상지역 안의 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적·구체적 이익이라고 보아야 하고, 따라서 위 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경침해를 받게 되리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에게는 위 승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다. 그러나, 환경영향평가대상지역 밖의 주민·일반 국민·산악인·사진가·학자·환경보호단체 등의 환경상 이익이나 전원(電源)개발사업구역 밖의 주민 등의 재산상 이익에 대하여는 위의 근거 법률에 이를 그들의 개별적·직접적·구체적 이익으로 보호하려는 내용 및 취지를 가지는 규정을 두고 있지 아니하므로, 이들에게는 위와 같은 이익 침해를 이유로 전원(電源)개발사업실시계획승인처분의 취소를 구할 원고적격이 없다.’라고 판시하였다.¹¹⁾

이와 같이 판례는 환경영향평가법을 환경영향평가대상사업에 대한 허가처분의 근거법률로 보고, 허가의 대상인 사업으로 인하여 직접적이고

11) 大判, 1998.9.22. 97누19571.

중대한 환경침해를 받게 되리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에게 당해 허가 또는 승인처분의 취소를 구할 원고적격을 인정함으로써 취소소송의 원고적격을 획기적으로 넓히고 있다. 다만, 환경영향평가대상지역 안의 주민 모두에게 자동적으로 원고적격이 인정되는 것으로 보는 것은 타당하지 않으며 '허가의 대상인 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경침해를 받게 되리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민에 한하여 원고적격을 인정하여야 한다.

(2) 環境團體의 原告適格

환경이익은 일반적 이익이거나 집단적 이익인 경우가 많다. 이 경우에는 그러한 이익을 침해당한 개인에게 항고소송을 제기할 원고적격을 인정할 수 없다. 이러한 환경문제의 특수성에 비추어 환경분야에서는 단체소송을 인정하여야 한다는 요구가 강하다.

단체소송이라 함은 환경단체가 당해 단체가 목적으로 하는 일반적 이익 또는 집단적 이익의 보호를 위하여 제기하는 소송을 말한다. 우리나라에서는 단체소송을 인정하고 있지 않지만 선진외국에서는 환경단체에게 환경이익을 침해하는 공권력행사를 다룰 수 있는 자격을 인정하고 있다.

1) 프랑스법상 환경단체의 원고적격

환경단체는 단체의 定款(statut)에서 정하는 단체가 옹호할 임무를 갖는 이익이 침해된 경우에 그러한 이익을 침해하는 행정행위를 다룰 원고적격을 가진다. 달리 말하면 환경단체는 그가 담당하는 集團的 利益(intéret collectif)을 옹호하기 위하여 소송을 제기할 자격을 갖는다. 프랑스에서 환경단체는 국가에 의해 승인을 받은 단체와 승인을 받지 않은 단체 사이에 법적 지위에 차등이 두어지고 있는데, 승인받지 않거나 신고되

지 않은 환경단체에게도 소송을 제기할 자격이 인정된다. 4명 내지 5명으로 구성된 거의 실질적인 활동을 하지 않는 환경보호단체에 대하여도 당해 단체가 보호하고자 하는 지역에 있어서의 모든 건축허가를 다룰 소의 이익을 인정한다.¹²⁾

그러나, 환경단체가 추구하는 목적을 벗어나는 이익을 옹호하기 위한 소송은 인정되지 않는다.

① 地域團體 또는 特定目的을 갖는 團體는 보다 넓은 지역이나 그의 특정목적을 넘는 조치에 대하여 소송을 제기할 자격이 없다.¹³⁾ 예를 들면, 특정계곡과 강유역의 보호를 목적으로 하는 단체는 지역적으로 제한되어 있으므로 이 지역이 포함되지 않는 어떤 레지옹(Région)¹⁴⁾에 악영향을 미칠 시설의 설치승인을 다룰 원고적격이 없다.¹⁵⁾

② 이와 반대로 一般的인 목적을 갖는 단체는 너무 특수한 행위에 대하여 소송을 제기할 자격이 없다.¹⁶⁾ 예를 들면, 레지옹(Région)차원의 지리적 관할을 갖는 환경옹호단체는 지역적(local) 성격의 조치를 다룰 원고적격이 없다.¹⁷⁾ 정관상의 목적이 프랑스 전체의 환경문제에 관한 협회는 어떤 자치단체의 도시계획을 다룰 수 없다.¹⁸⁾

③ 또한 단체는 일반적 조치에 대하여 그의 구성원들을 보호하기 위하

12) Michel Rougevin-Baville, Renaud Denoix de Saint Marc, Daniel Labetoulle, Leçons de droit administratif, 1989, p.443.

13) C.E. 31 mars 1989, Assoc. Regroupement des organismes de l'Oise, Tab. 835 ; C.E. 30 octobre 1992, Min. Aff. étr. c/ Assoc. de sauvegarde du site Alma-Marceau, Rec.

14) 프랑스에서 지방자치단체는 꼬뮌느, 도, 레지옹의 3단계로 되어 있는데, 레지옹은 도보다 규모가 큰 가장 넓은 지방자치구역이다.

15) T.A. Orléans, 23 avril 1991.

16) C.E. 31 octobre 1990, Union régionale pour la défense de l'environnement en Franche-Comte, Rec., 304 ; 24 octobre 1994, commune de La Tour du Meix, Rec., 462 ; 10 mars 1995, Assoc. <<Le droit pour la justice et la démocratie>>, Tab.

17) C.E. 26 juil.1985, URDEN ; 21 juil. 1989, Fédération des associations du sud-est pour l'environnement.

18) T.A. Rouen, 6 juin 1994, Ste pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France.

여 소송을 제기할 자격이 있다. 그러나, 단체는 단체의 구성원의 개인적인 이익을 침해하는 처분을 다룰 수는 없고, 이 경우에는 당해 개인이 취소소송을 제기하여야 한다.¹⁹⁾

다만, 오늘날 환경분야에서 환경단체에 의한 소송의 제기가 급증하고 있기 때문에 판례는 환경분야에서 환경단체의 소의 이익을 엄격하게 해석하는 경향이 있다.²⁰⁾

2) 미국법상 환경단체의 원고적격

환경단체가 옹호하는 환경상 이익이 침해되었다는 것만으로는 원고적격이 인정되지 않고 환경단체의 회원들이 누리던 환경상 이익이 침해되었거나 침해될 개연성이 있는 경우에 회원을 대리하여 환경단체가 원고적격을 갖는다.

시에라클럽사건에서 연방대법원은 원고 시에라클럽이 미네랄킹계곡의 보존에 관하여 깊은 관심을 가져왔다고 주장한 것에 대하여는 이를 이념적인 이익(ideological interest)에 불과하다고 하여 원고적격을 부정하였지만, 만일 시에라클럽 자체나 그 회원중 일부가 미네랄킹 계곡에서 수시로 하이킹을 하며 자연을 즐겨왔으며 미네랄킹계곡의 개발로 인하여 이러한 이익을 상실하게 되었다고 주장했었다면 원고적격을 인정할 수 있었을 것이라고 판시하였다²¹⁾.

판례는 단체가 회원들을 대신하여 소송을 수행할 수 있는 자격 즉 원고적격을 가지기 위한 판단기준을 다음과 같이 제시하고 있다 : ① 그의 회

19) C.E. Ass. 4 novembre 1977, Synd. nat. des journalistes de l'ORTF, Rec. 429, AJDA, 1978, 111, concl. Massot ; 13 decembre 1991, Synd. CGT de la Mairie de Nimes, Rec. 443.

20) SYLVAIN OLIVIER et GUY ROLAND, Environnement et contentieux administratif, 1995, p.37.

21) Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727. 이한성, 미국 환경법집행제도에 관한 연구, 서울대학교 박사 학위논문, 195면 참조.

원들이 독자적인 권리로서 소송을 제기할 원고적격을 가지고 있고, ② 그 단체가 보호하고자 하는 이익이 그 단체의 목적과 밀접한 관계가 있으며 ③ 주장된 청구나 청구된 구제수단이 그 개별회원의 그 소송에의 참여를 필요로 하지 않아야 한다²²⁾.

3. 違法性

(1) 環境影響評價절차의 瑕疵

환경영향평가절차상의 하자 즉, 환경영향평가가 행해지지 않은 것 또는 환경영향평가가 불충분하게 행해진 것 또는 환경영향평가절차에 법상 인정된 주민참여의 기회가 보장되지 않은 것 등이 있는 경우에 환경영향평가의 대상이 되는 개발사업허가가 그것만으로 위법하게 되는가하는 문제가 제기된다.

우리나라에서는 행정처분의 절차상의 하자는 독립된 취소사유가 된다고 본다. 따라서, 문제는 환경영향평가상의 하자가 개발사업허가의 절차상의 하자가 되는가 하는 점이다.

아직 이에 관한 판례는 없다. 우리나라에서 환경영향평가의 대상이 되는 사업은 법령상 열거되어 있으므로 환경영향평가없이 개발사업의 허가가 주어지는 예는 거의 없을 것이다. 그러나, 환경영향평가가 불충분하게 행해지거나 환경영향평가절차상 인근 주민에게 보장된 의결제출절차 등 참가절차가 주어지지 않거나 충분히 보장되지 않은 하자는 존재할 수 있다.

일본의 경우에는 환경영향평가의 절차상의 하자과 실제적 측면의 하자

22) Hunt v. Washington State Apple Advertising Com'n, 432 U.S. 333, 343, 97 S.Ct. 2434, 2441, 53 L.Ed.2d 383(1977).

를 나누어 공청회의 하자과 같은 평가절차상의 하자는 그것이 결과에 영향을 줄 가능성이 있는 경우에만 처분이 위법하게 되고 취소된다고 본다²³⁾. 환경영향평가의 실제적 측면의 하자과 관련하여서는 현황조사, 예측, 평가의 신뢰성과 함께 대체안의 존재와 그의 비교검토의 합리성이 통제 대상으로 되어야 한다는 주장이 있다²⁴⁾.

그러나, 우리나라에서는 절차상의 하자가 처분의 독립된 취소사유가 된다는 것이 판례의 입장이므로 환경영향평가의 불충분성과 환경영향평가절차상의 하자가 무시할 수 있을 정도의 경미한 하자가 아닌 한 당해 환경영향평가의 대상이 된 개발사업의 허가는 위법하게 된다고 보아야 할 것이다.

프랑스의 경우 환경영향평가의 위법성 또는 하자는 당해 환경영향평가의 대상이 되는 처분에 대한 취소소송에서 절차의 하자(un vice de procédure)로 심사된다.²⁵⁾ 환경영향평가의 하자는 환경영향평가서의 형식상 하자과 내용상 하자를 포함한다. 판례는 평가항목 등 환경영향평가서의 형식상 하자의 판단에 있어서는 엄격하지 않다. 환경영향평가서의 내용상의 하자의 판단에 있어서는 비례의 원칙의 준수여부의 통제와 환경영향평가서가 '완전하고 성의있게 작성되었는지(complète et sérieuse)' 달리 말하면 충분한지 아니면 불충분한지를 통제한다. 판례는 필요한 요소 또는 정보를 누락한 경우에도 그것이 결정적인(déterminant) 것이 아닌 한 환경영향평가의 하자과 보지 않고 있는데 이는 비판의 대상이 되고 있다²⁶⁾. 또한, 환경영향평가가 의무적임에도 환경영향평가없이 사업허가가 내려진 경우에 환경영향평가의 부존재는 당해 허가의 자동적인 집행

23) 최고재판소, 1975.5.29. 민집29권5호, 662면.

24) Hatakeyama Takemichi, 自然保護の訴訟, 公害環境法理論の新たな展開, 280면

25) Michel Prieur, Droit de l'environnement, DALLOZ, 2001, p.90.

26) ibid.

정지사유가 된다²⁷⁾.

(2) 比例의 原則과 環境利益의 考慮

일반적으로 대규모개발사업의 허가나 행정계획은 재량행위인 경우가 보통이다. 이 경우에 재량행위의 통제원칙중에서 환경보호와 관련하여 비례의 원칙이 중요하다.

비례의 원칙이란 행정조치를 취함에 있어서 달성되는 공익 및 사익과 그로 인하여 침해되는 공익과 사익 사이에 균형을 유지하여야 한다는 원칙을 말한다. 그리하여 만일 전자와 후자 사이에 이익형량을 하여 후자가 전자보다 월등히 큰 경우에는 당해 행정조치는 위법하게 된다. 그런데, 행정조치에 의하여 침해되는 공익은 많은 경우에 환경상 이익이 된다.

행정조치를 규제하는 법령이 환경을 배려할 것을 규정하고 있는 경우에 환경상 공익을 이익형량에서 고려하여야 하는 것은 분명하다. 문제는 환경배려규정이 존재하지 않는 경우이다. 생각건대 이 경우에도 행정기관은 비례의 원칙을 적용함에 있어서 환경이익을 이익형량에 포함시켜야 한다. 왜냐하면 헌법상 환경권이 보장되고 있고 국가에게는 환경보전을 위하여 노력할 의무가 부과되고 있기 때문이다(헌법 제35조).

판례도 다음과 같이 일정한 경우에 환경배려조항이 없는 경우에도 환경이익을 고려할 것을 요구하고 있다.

① 법규에 명문의 근거가 없더라도 환경보전을 이유로 산림훼손허가를 거부할 수 있다고 본 사례 : 산림훼손행위는 국토의 유지와 환경의 보전에 직접적으로 영향을 미치는 행위이므로 법령이 규정하는 산림훼손 금지 또는 제한지역에 해당하는 경우는 물론 금지 또는 제한지역에 해당하

27) 자연보호법률 제2조(행정법원에서 급속심리에 관한 2000년 6월 30일 법률 제2000-597호 제20조에 의해 수정된 환경법전 제122-2조).

지 않더라도 허가신청은 산림훼손허가신청 대상토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 환경의 보전 등 중대한 공익상 필요가 있다고 인정될 때에는 허가를 거부할 수 있고, 그 경우 법규에 명문의 근거가 없더라도 거부처분을 할 수 있으며, 산림훼손허가를 함에 있어서 고려하여야 할 공익침해의 정도 예컨대 자연경관훼손정도, 소음·분진의 정도, 수질오염의 정도 등에 관하여 반드시 수치에 근거한 일정한 기준을 정하여 놓고 허가·불허가 여부를 결정하여야 하는 것은 아니고, 산림훼손을 필요로 하는 사업계획에 나타난 사업의 내용, 규모, 방법과 그것이 환경에 미치는 영향 등 제반 사정을 종합하여 사회관념상 공익침해의 우려가 현저하다고 인정되는 경우에 불허가할 수 있다.²⁸⁾

② 택시운송사업자가 차고지와 운송부대시설을 증설하는 내용의 자동차운송사업계획변경인가를 신청한 것에 대하여 교통행정 및 주거환경 등의 공익을 이유로 한 거부처분이 비례의 원칙에 반하지 않는다고 한 사례: 택시운송사업자의 차고가 설치될 경우 소속 택시들이 비포장도로를 비롯한 주민들의 통행로 및 학생들의 통행로로 자주 운행하고 차고 내에서 차량을 정비함으로써 분진과 소음을 발생시키고 환경오염물질을 배출하는 등 심히 인근 주민들의 주거환경을 저해할 우려가 크다면 교통행정 및 주거환경 등의 공익을 고려할 때 비록 차고지와 운송부대시설을 증설하는 내용의 자동차운수사업계획변경인가 신청이 거부됨으로 인하여 택시운송사업자가 불이익을 입게 된다고 하더라도 위 신청을 받아들이지 아니하여야 할 공익상의 필요성이 훨씬 크다고 볼 수밖에 없어 위 신청에 대한 거부처분이 이익교량의 원칙에 반한다거나 재량권을 남용한 것이 아니다.²⁹⁾

28) 大判, 1997.9.12 선고 97누1228.

③ 환경보전의 측면에서 중대한 공익상 필요가 있는 경우 채광계획의 변경인가 신청을 거부한 것이 적법하다고 한 사례 : 채광계획의 변경인가는 기본적으로 채광의 위치와 방법 등이 종전의 채광계획과 동일하지 아니할 경우에 변경된 채광계획의 내용을 합리성과 사업성 및 안전성의 측면에서 심사하는 것이기는 하나 당해 채광계획이 특히 산림훼손을 수반하는 경우에는 그로 인하여 초래되는 자연경관의 훼손, 소음과 분진의 발생, 수질 오염의 정도 등을 국토와 자연의 유지 및 상수원 수질과 같은 환경 보전의 측면에서 고려하여 중대한 공익상의 필요가 있다고 인정될 때에는 이를 거부할 수가 있고, 또 그와 같은 사항은 반드시 구체적 수치에 의하여 설정된 기준을 근거로 하여 심사하여야 하는 것은 아니고, 당해 채광계획에 나타난 사업의 내용, 규모, 방법과 그것이 환경에 미치는 영향 등 제반 사정을 종합하여 사회 관념상 공익 침해의 우려가 현저한지 여부에 의하여 판단 할 수 있다. 채광예정지가 단양 제1 팔경인 구룡팔문 지역에 위치하는 등 주변의 자연경관을 보전할 가치가 있고 주민의 식수 오염 등 공해 발생의 우려가 있음을 이유로 한 채광계획변경불인가처분이 적법하다.³⁰⁾

④ 환경보전 등을 위한 중대한 공익상의 필요가 있는 경우 채광의 시행을 위하여 제출한 산림형질변경허가신청을 거부한 것이 적법하다고 한 사례 : 산림형질변경허가는 법령상의 금지 또는 제한지역에 해당하지 않더라도 신청 대상 토지의 현상과 위치 및 주위의 상황 등을 고려하여 국토 및 자연의 유지와 상수원 수질과 같은 환경의 보전 등을 위한 중대한 공익상의 필요가 있을 경우 그 허가를 거부할 수 있으며, 이는 산림형질변경 허가기간을 연장하는 경우에도 마찬가지이다. 천연기념물로 지정된

29) 大判, 2000.5.26. 선고 98두6500.

30) 大判 2000.4.25. 선고 98두6555 판결.

천호동굴에 인접한 토지에 대한 산림형질변경 허가기간 연장신청에 대하여 그 주변 지역의 자연경관 보호 등을 고려하여 이를 거부한 행정처분은 재량권 남용에 해당하지 않는다.³¹⁾

(3) 裁量權의 零으로의 收縮

공익목적을 위하여 행정권에게 규제권(예, 공해배출업소에 대한 조업정지명령권 등)이 부여된 경우에 행정권의 발동 여부는 통상 행정청의 재량에 속한다고 보고 있다. 그 이유는 행정권의 발동의 대상이 되는 行政現實이 매우 多樣하고 行政의 人的, 物的 手段이 制約되어 있기 때문에 행정권의 개입여부의 판단을 일차적으로 행정권에게 맡길 필요가 있기 때문이다. 그러나, 국민의 생명·신체 등에 대한 중대한 위험이 존재하는 경우에는 일정한 조건하에 행정청의 재량권은 없어지며 행정권은 발동되어야 한다고 보아야 한다. 이러한 이론을 ‘재량권의 영으로의 수축이론’이라 한다.

일반적으로 다음과 같은 경우에 裁量權이 零으로 收縮된다고 본다. :
 1) 사람의 생명, 신체 및 재산 등에 중대하고 급박한 위험이 존재하고, 2) 그러한 위험이 행정권의 발동에 의해 제거될 수 있는 것으로 판단되며 3) 피해자의 개인적인 노력으로는 권익침해의 방지가 충분하게 이루어질 수 없다고 인정되는 경우가 그러하다. 재량권수축이론은 취소소송에서 보다는 행정청의 규제권한의 불행사로 인한 국가배상청구소송에서 더욱 큰 힘을 발휘한다.

(4) 土地收用法上의 事業認定과 環境利益考慮

공공의 필요를 위한 토지의 수용에는 법률의 근거가 있어야 한다. 토지

31) 大判, 2000.7.7. 선고 99두66 판결.

수용법 제3조는 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업을 열거하고 있고 기타 개별법률에 수용 또는 사용의 근거가 두어지고 있다. 그러나, 법률의 근거가 있다 하더라도 공공의 필요가 없으면 수용은 인정될 수 없다. 공공필요는 수용의 정당화사유가 된다³²⁾.

공공필요라는 개념은 공익이라는 개념과 같은 것이라고 볼 수 있다. 다만, 오늘날 '私人을 위한 수용'이 인정됨에 따라 공공필요는 상당히 넓은 개념이 되고 있다. 오늘날 공공필요는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리와 함께 국가 또는 지역경제상의 이익도 포함한다.

실제에 있어서 수용을 정당화하는 공공필요의 판단은 공익사업을 위한 사업인정시 比例의 原則에 의해 행해진다. 즉, 비례의 원칙(이익·불이익형량이론)이 공공필요의 판단기준이 된다. 수용으로 인하여 달성하는 공익과 수용으로 인하여 침해되는 이익(공익 및 사익)을 비교형량하여 침해되는 이익이 지나치게 크지 않는 한 수용은 정당한 것이 된다. 수용으로 인하여 침해되는 공익의 예로는 환경상 이익 등을 들 수 있다.

그런데, 우리나라에서는 사업인정시 환경의 이익을 거의 고려하지 않고, 사업인정처분이 환경에 대한 침해를 이유로 법원에서 다투어진 예도 없다.

프랑스 판례는 수용의 공공필요성의 판단에 있어서 利益-不利益의 衡量(balance des avantages et des inconvénients)의 理論을 채택하고 있다. 이 이론에 의하면 수용으로 인하여 달성하는 공익과 수용으로 인하여 침해되는 이익을 비교형량하여 후자가 지나치게 크다(excessif)고 여겨지지 않는 한 수용은 적법한 것으로 인정된다. 이익-불이익형량이론에서 고려되는 침해이익은 私益에 대한 침해와 함께 사업의 財政上 費用, 環境의 침해, 다른 公益에 대한 침해가 또한 고려되고 있다³³⁾.

32) 헌법 제23조 제3항

그리고 프랑스에서는 공익사업의 공공성판단에 있어서 원칙상 환경영향에 대한 조사서(사업의 규모나 성질에 따라 정식환경영향평가서 또는 약식 환경영향조사서)를 제출하도록 하는 입법을 제정하여 시행하고 있다³⁴⁾.

일본에서 역사적 경관 및 문화재를 훼손하는 도로의 확장을 위한 사업인정을 다룬 사건³⁵⁾에서 사업인정의 요건중의 하나인 '토지의 적정하고 합리적인 이용에 기여할 것'이라는 요건의 판단에 있어서 '그 토지가 그 사용에 제공되는 것에 의해 달성될 수 있는 공익과 그 토지가 그 사업에 제공됨으로써 잃게 되는 이익을 비교형량하여야 한다'고 보면서 도로의 확장으로 인한 개발이익이 역사적 경관과 문화재를 보호한다는 환경보호 이익보다 크지 않다고 본 하급심판례가 있다. 그리고, 이 사건에서 사업인정이 위법하다고 판단된 이유중에는 우회로(bypass)를 만드는 등 문화재 및 경관을 훼손하지 않을 수 있는 代替案이 있다는 사실이 있었다.³⁶⁾

II. 國家賠償請求訴訟

국가배상법 제2조는 행정권의 행사 또는 불행사로 인하여 국민에게 손해가 발생한 경우의 국가배상책임을 규정하고 있고, 동법 제5조는 영조물의 설치 또는 관리의 하자로 인한 국가배상책임을 규정하고 있다. 환경

33) 박균성, 프랑스법상 수용의 요건으로서의 공공필요, 이명구박사화갑기념논문집(III), 378면 참조.

34) 자연의 보호에 관한 1976년 법률; 영향평가의 내용 및 범위를 정하는 1977년 10월 12일 데크레. 영향평가서는 사업계획안의 환경에 대한 영향과 환경에 대한 침해를 완화하거나 제거하기 위한 대책을 포함하여야 한다.

35) 日光太郎杉事件(中島 晃, 歴史的景觀訴訟, 公害環境法理論の新たな展開, 301면 참조).

36) 一審: 宇都宮地判, 1969.4.9. 판례시보 556호, 23면; 抗訴審: 東京高判, 1973.7.13. 판례시보 710호, 23면.

피해로 인한 국가배상책임의 문제는 주로 환경보호를 위해 행정권에 주어진 권한의 불행사로 인한 손해의 경우와 도로 등 영조물로 인한 공해의 경우에 제기된다.

1. 環境保護義務違反과 國家賠償 : 行政權의 不行使와 國家賠償

환경보호를 위하여 행정권에게 규제권이 부여된 경우에도 당해 행정권의 발동은 통상 행정청의 재량에 속한다는 것은 전술한 바와 같다. 이 경우에는 행정권에게 국민에 대한 관계에서 구체적인 환경보호의무가 인정된다고 보기 어렵다. 그러나, 전술한 바와 같이 재량권이 영으로 수축하는 경우에는 환경보호를 위한 행정권의 개입의무가 인정되고 이 경우에 행정권이 개입하지 않아 국민의 생명·건강 또는 재산에 피해가 발생한 경우에는 국가배상책임이 인정될 수 있다.

우리나라에서도 행정권의 불행사로 인한 국가배상책임이 인정된 사례는 있지만 아직까지 환경보호를 위한 행정권의 불행사로 인한 국가배상책임은 인정된 예가 없다.

일본에서는 환경행정권의 불행사로 인한 국가배상책임이 인정된 예가 많지는 않지만 몇 건이 있다. 高知古비닐공해소송에서는 농가의 원예용 비닐하우스의 古비닐이 하천을 경유하여 연해로 유출되어 어업에 피해를 준 경우에 있어서 시, 현, 국가에게 폐기물의처리및청소에 관한법률에 의한 수집, 운반, 처분의무를 인정하고 국가배상법에 근거하여 손해배상의무를 인정하였다³⁷⁾.

水俣病국가배상사건에서는 생명·건강에 대한 구체적인 위협의 절박, 행정의 인식의 용이성, 규제권한 불행사에 의한 결과발생의 불가피성, 국

37) 高知地判, 1974.5.23. 下民25권 5-8호, 459면.

민의 규제권한 행사에의 기대, 결과발생방지의 용이성이 모두 충족되면 규제권의 행사에 있어서의 재량권이 수축되고 그 불행사가 위법하게 된다고 보면서 이 사건에서 행정으로서는 가능한 수단을 다하여 위험발생을 방지·배제할 의무가 있었지만 국가 또는 현지사가 이를 게을리하여 규제권한을 행사하지 않은 것은 위법하다라고 재량권수축론에 근거하여³⁸⁾ 국가배상책임을 인정한 판결이 있다.³⁹⁾ 水俣病국가배상사건은 이외에도 5개가 있는데, 국가배상책임을 인정한 판결로는 위의 熊本地判이외에 熊本水俣病소송 제2진 제1심 판결,⁴⁰⁾ 水俣病京都소송 제1심 판결이 있고⁴¹⁾, 국가배상책임을 부정한 판결로는 水俣病동경소송 제1심 판결⁴²⁾, 水俣病關西소송 제1심 판결⁴³⁾, 新潟水俣病 제2차 소송 제1진 제1심 판결⁴⁴⁾이 있다.

2. 公害와 營造物의 設置·管理上의 瑕疵

국가배상법 제5조는 영조물의 설치 또는 관리의 하자로 인하여 손해가 발생한 경우의 국가 또는 지방자치단체의 배상책임을 규정하고 있다.

判例는 營造物의 설치 또는 관리의 瑕疵를 ‘營造物 자체가 통상 갖추어야 할 安全性을 갖추지 못한 상태에 있음(물리적 하자)’을 말한다고 보고,⁴⁵⁾ 또한, 영조물 관리상의 管理義務違反(안전확보의무위반)도 국가배상법 제5조의 영조물의 설치·관리의 하자로 보고 있다.⁴⁶⁾

38) 阿部泰隆, 裁量收縮論の擁護と水俣病國家賠償責任再論, 公害環境法理論の新たな展開, 135면 이하 참조.

39) 熊本地判, 1987.3.30, 판례시보 1235호 3면 : 熊本水俣病 제3차소송 제1진 제1심판결.

40) 熊本地判, 1993.3.25. 판례시보 1455호, 3면.

41) 京都地判, 1993.3.25. 판례시보 1476호 3면.

42) 東京地判, 1992.2.7. 판례시보(임시증간), 1992.4.25.

43) 大阪地判, 1994.7.11. 판례시보 1506호, 5면.

44) 新潟地判, 1992.3.31. 판례시보 1422호, 39면.

47) 大判, 1967.2.21, 66다1723.

그런데, 영조물의 설치 또는 관리로 인하여 발생한 공해도 국가배상법 제5조의 영조물의 설치 또는 관리의 하자로 볼 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 일본에서는 이를 긍정하고 있다. 이착륙하는 항공기의 소음⁴⁷⁾, 영조물로부터의 배수에 의해 공공수역이 오염된 것⁴⁸⁾, 도로를 주행하는 자동차에 의한 소음, 진동, 배기가스에 의한 대기오염⁴⁹⁾과 같은 영조물의 기능적 하자도 수인한도를 넘는 경우에는 영조물의 설치 또는 관리의 하자로 볼 수 있고 따라서, 이로 인하여 국민에게 발생된 손해에 대하여는 국가배상을 인정할 수 있다고 보고 있다.

일본 판례는 영조물의 설치 또는 관리의 하자(수인한도)는 '침해행위의 태양과 침해의 정도, 피침해이익의 성질과 내용, 침해행위의 공공성 내지 공익상 필요성의 내용과 정도등을 비교검토하는 외에도 침해행위의 개시와 그 후의 경과 및 상황, 그 동안 채택된 피해의 방지에 관한 조치의 유무 및 그 내용, 효과 등의 사정도 고려하는 등 이들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다'라고 하고 있다.⁵⁰⁾

국도와 그 위에 건설된 고속도로로부터의 소음, 대기오염 등으로 피해를 입고 있는 인근주민이 금지청구와 손해배상을 청구한 한신고속도로사건⁵¹⁾에서 일본 최고재판소는 도로의 공공성을 주된 이유로 금지청구는 받아들이지 않았지만 당해 피해가 수인한도를 넘는다고 보면서 국가 및 한신고속도로공단⁵²⁾의 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 배상책임

46) 大判, 1997.4.22, 97다3194.

47) 大阪空港訴訟 : 최고재판소, 1981.12.16. 판례시보 1025 -39.

48) 최고재판소, 1968.4.23. 민집23권4호, 963면.

49) 최고재판소, 1995.7.7. 판례시보 1544호, 18면.

50) 松村弓彦, 環境法學, 111-112면.

51) 주35 참조(자세한 것은 김창조, 도로공해와 도로의 설치·관리자의 배상책임, 행정판례연구IV, 458면 이하 참조).

52) 우리나라에서 국가와 지방자치단체만이 국가배상법의 적용을 받지만 일본에서는 공공단체도 국가배상법의 적용을 받는다.

인정하였다.

위와 같이 수인한도론에 의해 영조물의 설치 또는 관리의 하자를 판단하는 일본의 판례가 우리나라에서도 타당할지는 신중한 검토를 요한다. 사법분야에서 수인한도론은 손해상의 문제가 될 수 있지만 공공성을 전제로 하여 논의되는 수인한도론은 행정법에서는 오히려 손실보상의 문제로 논하는 것이 타당하다. 영조물의 설치 또는 관리상 어쩔 수 없이 발생하는 공해로 인한 손해는 적법행위로 인한 손해로 보고 당해 손해가 수인한도를 넘는 특별한 손해일 때 손실보상을 해주는 것으로 보는 것이 타당하다고 할 수 있다.

III. 맺음말

현행법상 환경피해에 대한 공법적 구제의 가능성을 해석론을 중심으로 모색하면서 현행법의 한계도 검토하였다. 결론적으로 말하면 현행법상 환경피해에 대한 공법적 구제는 선진외국에 비하여 크게 불충분하다고 할 수 있다.

판례는 환경배려조항이 공익으로서의 환경이익뿐만 아니라 널리 개인의 생명·신체 또는 환경이익도 보호하는 것을 목적으로 하고 있다고 넓게 해석함으로써 인근주민의 원고적격을 넓게 인정하고 있고, 환경영향평가법도 처분의 근거규범으로 보는 등 원고적격판단의 기준이 되는 보호규범의 범위를 확대하고 있지만 여전히 처분의 근거법규 내지 관계법규에 한정하고 있다. 처분의 근거법규 또는 관계법규에 한정하지 않고 처분으로 인하여 이익이 사실상 침해되었거나 침해될 것이 확실한 경우에

는 원고적격을 인정하는 미국이나 프랑스에 비하여 원고적격이 크게 제한되고 있다. 우리나라에서도 미국이나 프랑스에서처럼 근거법규 또는 관계법규에 의해 보호된 개인적 이익이 침해된 경우에 한정하지 않고 개인적 이익이 침해된 경우에는 취소소송의 원고적격을 인정하는 방향으로 취소소송의 원고적격을 확대하여야 할 것이다. 이러한 해결은 현행법의 해석을 통하여도 가능하다고 본다.

그리고, 환경단체에게 취소소송을 제기할 원고적격을 인정하는 것도 프랑스에서와 같이 환경단체가 보호목적으로 하는 환경상 이익이 침해된 경우에는 그것만으로 원고적격을 인정하거나 미국에서처럼 환경단체는 소속회원에게 원고적격이 있는 경우에는 회원을 대변하기 위하여 원고적격을 갖는 것으로 볼 수 있을 것이다. 이러한 해결이 현행법의 해석으로 어렵다면 환경단체에게 일정한 요건 하에서 원고적격을 인정하는 법을 제정함으로써 입법을 통하여서 해결하여야 할 것이다.

환경에 대한 침해를 가져올 수 있는 행정권의 행사에 있어서 환경배려조항이 없는 경우에도 이익형량에서 환경의 이익을 고려할 의무가 행정권에 인정되는 것으로 보는 판례가 있지만 아직은 일반적인 판례의 경향은 아니라고 할 수 있다. 행정권의 환경배려의무를 보다 확실히 하기 위하여 각 개별법에 환경배려조항을 두고 환경영향평가법에도 환경영향평가의 대상이 되는 사업을 허가함에 있어서는 환경에 대한 침해를 고려하여 사업허가를 거부할 수 있다는 규정을 둘 필요가 있다.

행정권의 행사 또는 불행사 또는 영조물의 설치 또는 관리상의 공해로 인하여 발생된 환경피해에 대하여 일본의 판례에서와 같이 국가배상을 통한 구제를 확대하여야 할 것이다. 다만, 영조물의 설치 또는 관리상의 공해로 인하여 발생된 환경피해에 대하여 일본의 판례에서와 같이 국가배상을 통하여 구제하는 것이 우리나라 법원의 판례에 의해 인정될 수 있

을지는 의문이 가며 이 경우에 손실보상을 통하여 구제하는 것이 손해전보의 체계상 타당하다고 생각된다.