環境規制行政

李 尙 圭*

≫차 례≪

Ⅰ. 序 論
Ⅱ. 環境規制行政의 내용
(1) 環境基準의 設定
(2) 汚染物質規制
(3) 廢棄物處理
Ⅲ. 環境規制行政의 法形式
(1) 權力的 行政作用
(2) 非權力的 行政作用
Ⅳ. 環境規制行政의 指導原理
(1) 法適合性의 原則
(2) 環境保全優先의 原則
(3) 過剩規制禁止의 原則
(4) 公平負擔의 原則
(5) 信義誠實의 原則
Ⅴ. 環境規制行政과 行政救濟
(1) 行政爭訟
(2) 行政上의 損害補償

Ⅰ. 序 論

우리 나라에서도 工業化의 촉진과 人口의 急增 및 都市化의 進展 등에 따라 公害現象이 두드러지게 나타나게 됨으로써 1960年代의 後半부터 公害防止 내지 環境保全에 대한 관심이 높아지게 되었고, 마치 그 관심의 높이를 反映이라도 하듯이 1971年에는 公害防止法이 制定·公布되고, 1977年에는 다시 소극적인 公害防止에서 한 걸음 나아가서 적극적인 環境保全을 도모하기 위한 環境保全法의 制定·公布를 보게 되었다. 그와 동시에, 學界에서는 개인의 基本權의 일종으로서의 環境權에 대한 硏究 내지 論議가 활발하게 전개되었다.

원래, 環境權은 基本的 人權의 根底를 이루는 人間尊重의 정신에 바탕을 둔 것이라고 할 수 있으며, 그러한 環境權의 내용적 실현을 도모하기 위한 行政活動인 環境規制行政은 現代福利國家에 있어서는 바로 一次元的 行政作用에 속하는 것이라고 하겠다. 그럼에도 불구하고, 종전에 基本的

* 本學會會長·辯護士.

人權의 구체적 내용의 하나로서의 環境權이나 그의 確保를 도모하기 위한 環境規制行政이 觀心을 끌지 아니하였던 것은 不足함을 느낄 수 없었던 空氣·물·光線 등 人間의 天惠的인 自然的 環境에 대한 無限한 기대, 거의 무진장한 것으로 인식되었던 自然的 環境의 汚染 또는 破壞可能性에 대한 沒認識 및 環境은 萬人의 共有에 속하는 것이라는 觀念 때문이었다고 할 수 있다.

아뭏든, 第2次 世界大戰 이후의 급격한 科學技術의 발달과 工業化의 進展 및 人口의 增加로 말미암아, 人間의 生活環境의 保全에 대한 깊은 우려를 낳게 하는 公害現象이 나타남에 따라, 한 편에서는 개인의 基本權으로서의 環境權에 대한 관심이 높아지고, 다른 한 편에서는 국가의 機能面에서 環境規制作用이 浮刻되게 되었다. 1972年에 UN 주최로 Stockholm에서 열린 人間環境會議에서의 環境宣言을 계기로, 각국에서는 憲法의 규정 또는 解釋論으로 環境權의 존재가 두드러지게 되고, 우리 나라의 新憲法 제33조는 국민의 生活權的 基本權의 일종으로 環境權을 明示하기에 이르렀다. 環境權에 대한 認識의 高潮는 필연적으로 環境權의 內容的 實現을 도모하기 위한 수단의 講究를 요청하는 바, 그 主된 수단은 行政作用에서 찾지 않을 수 없으며, 여기에 現代國家에 있어서의 環境規制行政의 중요한 意義를 엿볼 수 있다.

Ⅱ. 環境規制行政의 내용

現代產業社會에 있어서 개인의 건강하고 문화적인 생활에 필요한 環境的 條件을 保全·整備·改善하고 일정한 環境秩序를 形成하기 위하여 하는 規制的 行政作用을 가리켜 環境規制行政이라고 한다. 環境規制行政은 어떠한 法理念的인 문제에서 우러난 것이 아니라, 당면한 현실적인 문제의 처리를 위한 절실한 필요에서 우러난 것이라고 할 수 있다.[1] 그렇기 때문에, 環境規制行政의 내용이나 法形式은 法理的으로 整然한 體系를 갖추고 있는 것이 아니라, 環境規制行政으로 수행되는 것들의 歸納을 통하

1) Friedmann, Law in a Changing Society, 2nd ed., 1972, p.521.

여 그 자체의 體系를 짜내고 있다고 하여도 過言이 아니다.

環境規制行政의 내용, 즉 環境規制行政으로 追求되는 實體는 각국이 處하고 있는 구체적인 環境與件 및 立法政策에 따라 차이가 있지만, 일반적으로는 環境保全(preservation of environment)과 土地利用規制(land-use regulation)로 요약할 수 있으며, 특히 狹義로 環境規制行政이라고 할 때에는 前者, 즉 環境保全만을 가리키는 바, 여기에서는 狹義의 것에 局限하여 살펴보기로 한다.

環境規制行政은 인간의 生活環境을 保全·整備 및 改善함으로써 일정한 環境秩序의 形成을 도모하려는 行政作用이기 때문에, 그 내용은 環境基準(environmental condition)의 設定, 環境汚染物質의 規制 및 廢棄物處理로 이루어지는 것이 보통이다.

(1) 環境基準의 設定

環境問題 또는 環境對策 등과의 관계에서 먼저 고려되어야 할 중요한 課題는 '과연 무엇을 環境惡化 또는 破壞로 규정지울 것인가?'하는 문제이다. 사람의 각종 社會·經濟的인 활동은 大小間에 모두 環境에 영향을 미치는 것이라고 할 수 있다. 그러므로, 어느 정도의 行爲를 環境惡化問題로 다룰만한 영향을 미치는 것으로 볼 것인지? 바꾸어 말하면, 어느 정도의 環境上의 條件을 유지하여야 할 것인지? 하는 것이 先行條件으로 提示되지 않으면 아니된다.

環境基準(environmental condition)이란 사람의 건강하고 快適한 生活環境을 保全하기 위하여 유지하여야 할 環境上의 條件에 관한 基準을 말한다. 그러므로, 環境基準은 環境規制行政의 目標이자 環境規制行政을 통하여 확보할 實體인 것이다. 다만, 環境基準은 그 성격이 基準的인 것(guide-line, standard)이거나 目標的인 것(goal)이거나에 관계없이 그 자체로서 곧 직접적인 法律效果를 발생하는 것이 아니라, 예컨대 大氣汚染에 대한 硫黃酸化物·一酸化炭素·窒素酸化物의 環境基準, 水質汚染에 대한 비소·카드뮴·크롬 등의 環境基準 등을 통하여 環境影響評價 및 汚染物質排出規制를 誘導하게 되는 것이다.

아뭏든, 環境基準이 지니는 行政目標的인 意義로 말미암아 각국의 環境立法은 거의 예외없이 環境基準의 設定을 政府의 중요한 義務의 하나로 규정하고 있는바, 日本의 公害對策基本法 제 9 조 제 1 항 및 美國의 大氣淨化法(Clean Air Act, 1970) 제 109 조 등은 그 예에 속하며, 우리 나라의 環境保全法 제 4 조도 같은 취지의 것이다. 다만, 여기에 特記할 점은 實定法規에 環境基準의 設定에 관한 明文의 규정의 有無에 관계없이 環境基準의 設定은 현실적으로 불가피하다는 것이다. 왜냐하면, 環境基準은 環境影響評價나 排出基準의 바탕이 되는 것이기 때문이다.

(2) 汚染物質規制

汚染物質規制(control of emission)는 環境規制行政의 핵심을 이루는 부분인 바, 環境保全上 필요한 일정한 상태는 결국 汚染物質의 規制를 통하여 確保·維持된다. 汚染物質의 規制는 일반적으로 排出基準의 設定, 排出施設의 規制 및 汚染物質의 排出規制라는 段階的 手段을 통하여 이루어진다.

(가) **排出基準의 設定**: 排出基準(emission standard)은 排出許容基準이라고도 하는데, 排出基準이란 汚染物質排出施設에서 排出되는 環境汚染物質의 最大許容値를 말하는 것으로서, 일정한 수준, 즉 排出基準 이상의 環境汚染物質의 排出을 억제함으로써 環境保全의 목적을 달성하려는 것이다. 그러므로, 排出基準과 環境基準은 밀접·불가분의 관계에 있는 것으로서, 排出基準은 環境基準을 전제로 하는 반면에, 環境基準은 排出基準을 통하여 효과적인 실현을 기대할 수 있는 것이다.

排出基準의 設定方式으로 대표적인 것은 濃度規制方式과 總量規制方式을 들 수 있다. 濃度規制方式은 排出基準을 汚染物質의 排出口 또는 被害地點에서 排出되는 汚染物質의 濃度를 尺度로 하여 設定하는 方式을 말한다. 그러므로, 濃度規制方式에 있어서는 排出物質의 濃度만이 문제될 뿐, 排出物質의 總量은 큰 고려의 대상이 되지 아니하기 때문에, 汚染源의 數와 規模가 늘어남에 따라 環境 속에 汚染物質이 蓄積되게 된다는 사실에 비추어 再檢討가 불가피하게 되었다. 여기에, 각 地域의 大氣·河川 등의

狀態라던가 氣象·地形 등을 조사하고 汚染限度量을 算出하여 이를 바탕으로 그 地域에 있는 排出施設 등에 대하여 汚染物質의 排出限度量을 割當하는 方式인 總量規制方式이 채택되게 되었으며,[2] 차츰 濃度規制에서 總量規制로 흐르는 경향을 보이고 있다. 우리 나라 環境保全法은 特別對策地域에서 大氣 및 水質汚染의 방지를 위하여 필요한 때에는 總量規制方式에 의할 수 있도록 하고 있다(同法 36條·26條).

排出基準의 法的 效果는 立法政策에 따라 두 가지로 大別할 수 있는데, 하나는 排出基準은 汚染物質의 排出規制를 위한 하나의 基準이 되는 데 그치고 그 자체로서 직접 어떠한 法的 效果를 발생하지 아니하는 경우이고, 다른 하나는 排出基準에 違反됨으로써 곧 일정한 制裁가 과하여지게 되는 경우이다. 우리 나라의 環境保全法 및 美國의 大氣淨化法(Clean Ai Act, 1970) 제 2 조 제 3 항 제 2 호 ⓐ는 前者의 예이고, 英國의 環境汚染規制法(Control of Pollution Act, 1974) 제 77 조, 카나다의 大氣淨化法(Clean Air Act, 1971) 제 9 조 및 獨逸聯邦 immission 防止法(Bundes Imr missionclutzgesetz, 1974) 제 62 조 등은 後者의 예에 속한다.

(나) **排出施設의 規制**： 汚染物質의 排出防止는 排出源에 대한 規制를 통하여 가장 효과적으로 이루어질 수 있다. 그렇기 때문에, 排出施設, 즉 大氣·水質 또는 土壤을 汚染하거나 騷音·振動·惡臭 등으로 건전한 生活環境의 被害를 줄 우려가 있는 汚染物質을 排出하는 施設·機械·器具 등 物體의 設置·稼動에는 미리 관계 行政廳의 許可를 받도록 하며, 許可를 받아 稼動되고 있는 排出施設에 대한 事後管理를 하게 하는 등의 規制가 매우 보편적으로 채택되고 있다.

排出施設의 規制는 排出豫防的 作用이라고 할 수 있는바, 그 내용은 排出施設의 設置·變更에 대한 許可, 排出施設의 改善命令 또는 操業中止 및 規制違反行爲에 대한 制裁로 이루어지는 것이 보통이다. 우리 나라의 環境保全法 제 15 조 내지 제 17 조, 西獨의 聯邦 immission 防止法 제 5 조 내지 제 21 조 및 프랑스의 環境保護對象施設에 관한 法律 제 2 조·제 3 조는 排出施設規制에 대하여 정한 대표적인 예이다. 다만, 그에 관한 立法

2) 具然昌, 「環境保全法解說」, 1978, 39 면.

例를 종합하여 본다면, 우리 나라나 西獨의 경우와 같이 일정한 排出施設의 設置·變更에는 미리 관계 行政廳의 許可를 받도록 하는 예와, 카나다의 경우처럼 관계 行政廳은 미리 일정한 施設基準과 汚染物質排出基準을 제시하고 排出施設의 設置·操業者에게 당해 排出施設의 狀況 및 操業計劃을 보고하도록 한 다음, 所定의 基準에 어긋나는 경우에만 그 改修 또는 操業中止를 命하게 하는 예로 大別할 수 있는 바, 前者를 豫防的 方法이라고 한다면, 後者는 矯正的 方法이라고 할 수 있다.

(다) **汚染物質排出規制**: 汚染物質排出規制(regulation of emission)는 사람의 生活環境을 汚染할 요인이 될 物質의 일정한 基準 이상의 排出을 억제하는 作用을 말하는 것으로서, 汚染物質規制의 최종적인 수단(last resort)이라고 할 수 있다.

汚染物質의 排出規制는 法令의 규정 자체에 의하여 직접 이루어지는 경우와 法令에 의거한 구체적인 行政行爲에 의하여 행하여지는 경우가 있는데, 英國의 環境汚染規制法(Control of Pollution Act, 1974) 제 31 조 및 제 77 조에 의한 汚染物質排出規制는 前者의 예에 속하고, 우리 나라의 環境保全法 제 27 조 및 제 34 조의 2에 의한 措置는 後者에 속한다. 직접 法令의 규정에 의하여 이루어지는 排出規制는 일정한 排出基準을 초과하는 汚染物質의 排出行爲를 行政犯으로 設定하고 그에 대하여 일정한 制裁를 과하는 방법인데 대하여, 行政行爲에 의한 排出規制는 環境汚染의 우려가 있는 일정한 汚染物質의 排出行爲를 억제하기 위한 구체적인 行政行爲를 하고 그 行政行爲의 내용을 확보하는 방법으로 이루어지는 것이 보통인 바, 汚染物質의 효과적인 排出規制를 위하여는 위의 두 가지 방법의 합리적인 併用이 요구된다.

(3) 廢棄物處理

經濟活動의 발전 및 生活水準의 향상 등에 따라 廢棄物의 總量이 급격하게 증가함에 따라 廢棄物(waste)의 문제는 커다란 社會問題로 등장하게 되었다. 廢棄物에 관하여 생각할 수 있는 것은 廢棄物의 量은 앞으로도 계속 증가할 것이고, 廢棄物의 不適正한 처리는 環境破壞를 가져올 뿐만

아니라 人體被害를 수반하는 2次公害를 誘發할 우려가 있으며, 資源問題와의 관련아래 廢棄物에 대한 새로운 방향에서의 연구가 요청된다는 것이다. 이러한 점들에 비추어 볼 때, 廢棄物處理施設의 規模擴大와 完全處理能力의 開發은 물론, 廢棄物의 再活用 내지 資源化에 관한 요구가 울어나온다.

廢棄物은 사람의 日常的인 生活活動의 결과 발생되는 廢棄物인 一般廢棄物과 일정한 産業活動으로 말미암아 生成되는 産業廢棄物로 大別할 수 있는데, 廢棄物을 一般廢棄物과 産業廢棄物로 나누는 것은 主로 廢棄物의 處理責任의 分配와의 관계에서 중요한 의미를 가진다. 즉, 一般廢棄物의 處理는 국가 및 지방자치단체와 같은 行政主體에 의무지우는 데 대하여, 産業廢棄物은 당해 廢棄物을 生成하게 된 事業者가 處理義務를 지게 하는 것은 그 예이다(汚物淸掃法 5條·6條, 環境保全法 50條 내지 52條, 日本 廢棄物處理 및 淸掃에 관한 法律 6條·10條).

아뭏든, 廢棄物의 不適正한 處理로 인한 環境汚染 내지 破壞를 막기 위하여 廢棄物의 科學的이고 合理的인 處理方案의 講究가 필요하다. 廢棄物處理에 관하여 제도적으로 확립되지 않으면 아니되는 요소로는 ① 廢棄物에 관한 情報體系, ② 廢棄物處理에 관한 費用負擔制度, ③ 廢棄物流通(waste floe)의 社會制度 및 ④ 廢棄物處理技術體系를 들 수 있는바, 英國의 環境汚染規制法(Control of Pollution Act, 1974) 제1항, 西獨의 廢棄物除去法(Abfallbeseitigungsgesetz, 1972, 1977) 및 日本의 廢棄物處理와 淸掃에 관한 法律(1970, 1976)은 廢棄物處理에 관한 대표적인 立法例로 들 수 있는 것들이다.

우리 나라의 현행 環境保全法은 産業廢棄物의 處理에 관한 극히 부분적인 문제(處理業의 許可, 處理의 制限, 廢棄物 終末處理)에 대하여 규정하였을 뿐(同法 50條~52條)이고, 廢棄物의 處理에 관한 一般法으로는 汚物淸掃法을 들 수 있으나, 同法도 오히려 종래의 일반적인 汚物處理의 영역을 크게 벗어난 것이라고는 하기 어렵다.

Ⅲ. 環境規制行政의 法形式

Friedmann 교수도 적절히 지적한 바와 같이 現代國家에 있어서의 規制

行政의 行爲形式의 다양성과 범위는 거의 無限한 것이라고[3] 하여도 過言이 아니다. 그렇기 때문에, 規制行政의 法形式을 體系的으로 파악하기란 매우 어려운 일이며, 그에 대한 학자들의 태도도 매우 구구한 것이 사실이다. 물론, 規制行政의 성질상 그의 대표적인 行爲形式이 權力的 行政作用이라는 것은 쉽사리 알 수 있는 일이나, 非權力的 行政作用이 加味되는 경우도 적지 아니하다.

環境規制行政은 規制行政의 한 부분인 까닭에, 그 行爲形式도 規制行政 일반의 경우와 크게 다를 것이 없다.

(1) 權力的 行政作用

(가) 직접 法令에 의한 規制 : 엄격한 의미에서의 環境規制行政은 行政作用으로서 行하여지는 것을 가리키는 것이나, 法令이 行政行爲를 느 다릴 것 없이 직접 일정한 規制效果를 발생하는 경우가 있다. 이는 이른바 處分法 (maßname Gesetz)에서 그 예를 볼 수 있는 것으로서, 汚染物質排出規制에 관한 英國의 環境汚染規制法 제 31 조 및 제 77 조라던가, 汚染物質의 投棄 등의 禁止에 관한 우리 나라 環境保全法 제 37 조 제 1 항은 직접 法令에 의한 環境規制의 形式에 속한다.

직접 法令에 의하여 環境規制가 이루어지는 때에는, 당해 法令이 정하는 바에 해당하는 者는 그 法令의 규정에 의하여 직접 일정한 作爲·不作爲·受忍 등의 義務를 지게 되고, 그 義務에 위반하는 경우에는 行政罰의 대상이 되는 것이 보통이다.

(나) 行政行爲에 의한 規制 : 環境規制行政의 行爲形式의 本領은 위에서 설명한 바와 같이 行政行爲이다. 왜냐하면, 環境規制行政의 내용은 主로 環境의 汚染 내지 破壞를 방지하기 위하여 일정한 不作爲의 義務를 과한다거나 環境保全을 위하여 필요한 일정한 作爲義務를 과하고, 環境保全을 위하여 일반적으로 禁止되어 있는 行爲를 일정한 條件을 갖춘 특정한 경우에 解除하며, 環境保全에 관련된 일정한 行爲를 할 수 있는 法的 地位를 부여하는 것 등으로 이루어지기 때문이다. 그러므로, 環境規

3) Friedmann, The State and the Rule of Law in a Mixed Economy, 1971, pp. 42~44.

制行政은 主로 規制下命, 規制許可, 規制特許 및 規制認可 등 行政行爲의 行爲形式으로 나타난다. 예컨대, 排出施設의 任意的인 設置·使用의 禁止(環境保全法 15條·16條)나 排出基準에 부합되지 아니하는 排出施設의 改善命令 또는 操業停止令(同法 18條·17條)과 같은 規制下命, 排出施設의 設置許可(同法 15條)나 河川汚損行爲의 許可(同法 26條 1項)와 같은 規制許可, 產業廢棄物處理業의 特許(環境保全法 50條 1項)와 같은 規制特許 등이 곧 그것이다.

다만, 環境規制行政이 行政行爲의 형식으로 이루어지는 것은 위에서 본 바와 같은 法律行爲的 行政行爲에 의하는 것만이 아니라, 排出施設의 使用開始申告에 따르는 檢査(同法 16條)나 汚染防止施設業의 登錄(同法 47條) 등과 같은 準法律行爲的 行政行爲에 의하는 경우도 적지 아니하다.

(2) 非權力的 行政作用

(가) 行政計劃： 行政計劃은 行政主體가 일정한 行政目的을 위한 目標를 設定하고, 서로 관련되는 行政手段의 綜合·調整을 통하여 目標로 제시된 장래의 일정한 時點에 있어서의 일정한 秩序를 실현하기 위한 活動基準의 設定을 뜻하는 것이기 때문에, 특히 長期性과 綜合性을 필요로 하는 環境規制行政의 분야에 있어서 중요한 의미를 가진다. 都市計劃에 의한 用途地區의 지정(都市計劃法 18條)이라던가, 環境保全을 위한 特別對策地域에 대한 特別綜合對策의 樹立(環境保全法 7條) 등은 行政計劃의 형식에 의한 環境規制의 예이다.

環境規制行政이 行政計劃의 형식으로 이루어 지는 때에는, 당해 行政計劃의 내용에 따라, 단순히 行政組織 內部에서의 장래의 活動基準에 그치는 경우가 있는가 하면, 관계 法令이 당해 行政計劃에 대하여 부여한 일정한 法律效果가 발생함으로써 개인에게 일정한 義務를 지우게 되는 경우가 있다.

(나) 行政指導： 環境規制行政으로 달성하려는 목적은 개인의 活動을 일정한 방향에로 調整·抑制하려는 것이기 때문에, 그 실효성의 확보는 국가의 規制目的에 협력하려는 개인의 社會·經濟倫理에 의존하는 바가 크다. 그러므로, 環境規制行政은 主로 權力的 作用에 의하면서도,

行政指導를 통하여 개인의 自發的인 協力에 기대하는 경우가 적지 아니하다. 다만, 行政指導는 非權力的 事實行爲이기 때문에, 그 자체로서는 아무런 法的 效果도 발생하지 아니하고 오직 상대방의 任意的인 受容을 기대할 뿐이므로, 環境規制面에 있어서의 實效는 그만큼 미약한 것이 사실이다.

Ⅳ. 環境規制行政의 指導原理

環境規制行政을 이끄는 指導原理, 즉 한 편에서는 環境規制行政의 指針이 되고, 다른 한 편에서는 環境規制行政을 制約함과 동시에 環境規制行政法의 解釋原理로서 작용하는 중요한 原理로서 다음의 것을 들 수 있다.

(1) 法適合性의 原則 (Rechtmässigkeitsprinzip)

環境規制行政은 環境의 保全·改善을 위하여 개인의 社會·經濟的 活動을 調整·規制하는 것이므로, 主로 權力的 手段에 의하여 개인에게 命令·强制한다거나 일정한 法律關係를 形成·變更 또는 消滅시키는 등 직접으로 개인의 權利·義務에 영향을 미치는 것이 보통이기 때문에, 法에 의거하여야 할 뿐만 아니라, 實體的으로나 節次的으로 法에 適合하여야 한다. 여기에서 法이란 成文의 法令에 限하는 것이 아니라 慣習法 및 條理와 같은 不文法도 포함하는 것임은 물론이다.

環境規制行政에 있어서의 法適合性의 原理는 法治主義의 요구에 비추어 볼 때 다른 모든 行政作用의 경우와 크게 다를 것이 없으나, 環境規制行政이 지니는 權力的 性質에 비추어 그 의미가 특히 강하다.

(2) 環境保全優先의 原則 (Prioritätsprinzip)

環境保全과의 관계에서 특히 開發途上國家 (developing countries)에 있어서 문제되는 것은 開發을 촉진하여 經濟成長을 우선시킬 것인지, 아니면 經濟開發은 環境保全의 범위안에 매어둘 것인지의 문제이다. 開發途上國家에 있어서는 經濟成長의 중요성을 過小評價할 수 없는 것이 否認할

수 없는 현실적인 문제임에는 틀림없다. 그러나, 아무리 經濟成長에 높은 價値를 부여하여 經濟開發을 앞세운다고 하더라도, 經濟開發의 결과 사람의 건강한 생활을 위협할 정도의 環境破壞를 초래하게 되는 경우에는 經濟成長의 참된 의미는 상실되고 만다. 그러므로, 사람이 건강한 生活을 유지할 수 있는 環境의 확보는 經濟建設에 우선하는 것이라 아니할 수 없다. 특히, 環境은 汚染 내지 破壞된 다음에는 그의 회복이 거의 불가능하거나 莫大한 時日과 費用을 필요로 하는 것이 보통이라는 점에서 더욱 그러하다.

우리 나라 憲法 제 33 조는 국민의 生活權的 基本權의 하나로 環境權(environmental right)을 보장함과 동시에, 국가와 국민이 가지는 環境保全의 義務를 闡明하고, 環境保全法 제 5 조는 環境影響評價(environmental impact assessment) 制度를 채택하고 있는 바, 이는 사람의 건강한 生活環境의 확보에 우선적인 價値를 부여하고 있음을 나타내는 것이라고 할 수 있다.

(3) 過剩規制禁止의 原則(Übermassverbot)

環境規制는 環境權의 내용적 실현을 도모하기 위하여 불가피한 것이기는 하지만, 環境保全에 장애가 될 개인의 社會·經濟活動을 調整·規制하는 것을 내용으로 하기 때문에, 그만큼 개인의 활동이 억제되는 것을 피할 수 없다. 따라서, 環境規制行政은 權力的 行政作用 일반의 경우에 볼 수 있는 바와 같이 필요하고 합리적인 범위안에 머물러야 한다.

(4) 公平負擔의 原則

環境規制行政에 있어서는 環境保全을 위하여 필요한 일정한 作爲·不作爲·支給 또는 受忍의 義務를 과하는 경우가 적지 아니하며, 특히 負擔金 또는 賦課金의 형식으로 일정한 金錢支給義務가 과하여지는 예가 많다. 즉, 일정한 環境有害行爲에 대하여 賦課金(charge)을 과한다거나, 環境汚染의 原因이 될만한 활동을 하는 者에게 負擔金을 과하는 것을 비롯하여, 環境保全을 위하여 특별히 지정된 地域안에서는 일정한 行爲를 制限하는

등은 그 예라고 할 수 있다.

우리 나라의 현행 環境保全法 제 43조는 汚染者負擔의 原則(polluter's pays principle)을 규정하고 있을 뿐만 아니라, 環境保全을 위한 土地利用規制(land-use control)의 하나로서의 用途地域 또는 地區의 지정(zoning)을 통하여(國土利用管理法 9條·14條 내지 16條, 都市計劃法 17條 내지 21條 등) 각종 行爲制限의 負擔이 과하여 진다. 이러한 負擔은 各人에 대하여 공평하여야 하며, 부득이 特定人의 負擔으로 環境保全을 도모하여야 하는 경우에는 그 특별한 負擔을 전체의 負擔으로 補償하지 않으면 아니된다(憲法 22條 3項).

(5) 信義誠實의 原則(Trau und Grauben)

모든 사람은 社會共同生活의 一員으로서 서로 상대방의 信賴를 헛되이 하지 아니하도록 誠實하게 행동할 것이 요구된다. 이 倫理的 規範을 法에서 존중하여 體系化한 것이 곧 信義誠實의 원칙이다.

民法 제 2조 제 1항은 信義誠實의 원칙을 明文으로 규정하고 있으나, 이는 法의 一般原理的인 성질의 규정임에 비추어 公法關係에 있어서도 그대로 존중되는 것이 원칙이다. 특히, 環境規制行政은 개인의 社會·經濟活動에 대한 적극적인 關與를 수반하게 될 뿐만 아니라, 長期性을 가지는 경우가 많기 때문에, 信義誠實의 원칙의 준수가 강하게 요구된다.

V. 環境規制行政과 行政救濟

環境規制行政은 行政指導나 行政計劃과 같은 非權力的 作用으로 이루어지는 경우도 있으나, 그 本體는 權力的 規制作用이다. 따라서, 不適正한 環境規制行政으로 말미암아 權益의 침해를 받은 者는 法的 救濟를 받을 수 있어야 함은 물론인바, 環境規制行政에 대한 救濟의 方式은 行政爭訟과 損害補償으로 大別할 수 있다. 環境汚染으로 말미암아 損害를 입은 경우에 대한 救濟手段으로는 行政救濟외에 직접 汚染物質排出者를 상대로 하는 紛爭調整 및 民事訴訟節次가 있을 수 있으나, 여기에서는 環境規制行政에 대한 救濟에 焦點을 맞추어 살펴보기로 한다.

(1) 行政爭訟

環境汚染의 防除機能은 行政活動에 기대하는 바가 매우 크다는 것은 周知의 사실이나, 環境行政體系는 아직 충분히 확립되었다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 行政廳에 부여되어 있는 行政規制機能도 바람직스럽게 수행되고 있다고 보기 어려운 側面이 적지 아니하다. 行政廳이 環境規制機能을 適法·妥當하게 수행하지 아니함으로써 權益의 침해를 입은 국민은 당해 行政作用의 瑕疵를 이유로 法的 爭訟手段에 의하여 그 是正을 求할 수 있어야 한다. 즉, 瑕疵있는 積極的 環境規制作用으로 말미암아 權益이 침해된 때에는 그의 取消 또는 變更을 求하고, 法律上 義務지워진 일정한 環境規制作用을 하지 아니함으로 인하여 權益의 침해를 입은 때에는 그 不作爲의 違法確認 내지 作爲의 義務化를 求하는 爭訟을 제기하는 것이 곧 그것이다.

다만, 環境規制行政에 대한 救濟手段으로서의 行政爭訟에는 여러 가지의 制約이 없지 아니한 바, 訴의 利益 내지 原告適格의 문제와 不作爲에 대한 行政爭訟의 문제가 그 대표적인 예에 속한다. 특히, 行政訴訟法 및 訴願法 등 우리 나라의 現行 行政爭訟法規는 行政廳의 不作爲에 대한 爭訟을 직접 인정하고 있지 아니한 탓으로,[4] 行政廳의 不作爲에 대한 違法確認 내지 作爲의 義務化를 求하는 行政爭訟은 원칙적으로 인정되지 아니하는 것으로 보는 것이 아직 통설[5]과 판례[6]의 태도로 되어 있다. 그러나, 憲法 제 33 조에 의하여 보장된 環境權은 그 바탕을 인간의 生活權에 두고 있기 때문에, 그의 정당한 행사는 인간으로서 인간다운 생활을 하기 위하여 不可缺한 것임과 동시에, 그 權利의 실현을 위하여는 각종 行政作用을 필요로 하는 것이므로, 環境權의 內容的 實現을 위하여 필요한 때에는 行政廳에 대하여 積極的 作用을 求할 수 있어야 한다고 하겠다.

아울든, 環境權觀念의 확립은 '깨끗한 環境' 享有의 個人的 權利性을 뚜렷이 함으로써 行政爭訟制度의 運用에 많은 변화를 요구할 수 있다고 할

4) 國稅基本法 55 條 1 項은 "…필요한 處分을 받지 못함으로써 權利 또는 利益을 침해당한 者는 이 章의 규정에 의한 審査請求를 하여… 필요한 處分을 請求할 수 있다"라고 하여 不作爲에 대한 行政審判을 인정하고 있다.
5) 金道昶, 全訂「一般行政法論(上)」, 442, 444 면.
6) 大判 1965 년 4 월 27 일(64 누 105); 大判 1970 년 7 월 28 일(70 누 66~68).

수 있다.

(가) **原告適格의 擴大**: 環境權의 인정은 일정한 環境規制作用이 적극 또는 소극적으로 違法하게 행하여짐으로써 環境惡化를 초래하는 경우에는 그 영향을 받은 一團의 住民들이 당해 行政作用을 다툴 수 있는 原告適格을 부여받을 수 있는 근거가 될 수 있다. 종래의 일반적인 行政爭訟法理에 의하면 行政廳의 瑕疵있는 行政作用으로 말미암아 地域住民의 生活環境이 惡化된 경우에도 그 住民들은 당해 行政作用의 是正을 求하기 위한 行政爭訟을 제기하기 위한 原告適格을 가지지 아니하는 것으로 이해되었다. 왜냐하면, 建築法 등이 環境保全을 위한 規制制度를 취하고 있는 것은 오직 公益的 配慮에 의한 것이지 개인으로서의 住民의 利益保護를 직접 목적으로 하는 것이 아니므로 그러한 制度에 의하여 住民 각 개인이 받는 利益은 反射的 利益에 불과하다는 것이다. 그러나, 環境權觀念은 그러한 反射的 利益論을 극복하고 '깨끗한 環境' 享有를 住民 각자의 法的 權利로 인정할 수 있는 바탕을 제시하였다. 그러므로, 環境權의 憲法的 承認은 瑕疵있는 環境規制行政으로 인한 環境惡化의 경우에 行政爭訟을 제기하기 위한 住民의 原告適格을 인정시키는 것이 된다고 하겠다.[7]

(나) **抗告訴訟의 目的物의 擴大**: 環境權觀念의 확립에 따라 環境汚染의 방지를 求할 住民의 利益이 法的 利益으로서 訴訟에 의한 法的 保護를 받게 됨에 따라 抗告訴訟의 대상인 '處分'의 범위가 그만큼 擴大되지 않을 수 없다. 즉, 環境惡化의 원인이 될 수 있는 公共施設이 行政廳의 잘못된 판단의 결과 設置되게 된 경우에는 그 영향을 받는 住民은 당해 公共施設의 設置를 行政爭訟으로 다툴 수 있어야 한다.[8]

(다) **行政廳의 違法한 不作爲에 대한 訴訟의 인정**: 環境權의 내용적 실현을 도모하기 위하여는 行政廳이 法律上 義務지워진 일정한 環境規制行政을 하지 아니하는 경우 그 不作爲의 違法確認訴訟 내지 義務化訴訟을 불가피하게 한다. 즉, 일정한 環境規制作用을 하여야 할 法的 要件이 갖추어졌는 데에도 불구하고 그 作用을 하지 아니함으로써 環境惡化가

7) 大判 1975년 5월 13일(73 누 96·97).
8) 東京地判 昭和 45년 10월 14일(行裁例集 21卷 10號 1187面).

초래되도록 放置하고 있는 경우에는 당해 環境規制行政의 利益享受者인 개인이나 住民은 所定의 行政作用을 청구할 수 있는 權利가 인정되어야 하는 것이며, 그 權利는 결국 行政廳의 違法한 不作爲에 대한 違法確認訴訟 내지 義務化訴訟(Verpflichtungsklage)의 方式으로 행사될 수밖에 없다.

그런데, 우리 나라의 통설과 판례는 위에서 본 바와 같이 行政廳의 權限에 속하는 사항의 第1次的 決定(primary decision)은 行政廳 스스로가 하여야 하는 것이며, 法院이 그에 갈음하여 판단하는 것은 權力分立主義에 어긋난다는 이유로 行政廳의 不作爲에 대한 行政訴訟을 否認한다. 그러나, 行政訴訟의 대상인 行政廳의 行爲에는 별도의 특별한 정함이 없는 限 적극적인 作爲와 소극적인 不作爲를 모두 포함하는 것임은 行爲槪念上 당연한 일일 뿐만 아니다, 이른바 第1次的 判斷權이라는 것도 결코 절대적인 것은 아니고 그 權限의 행사 여부가 一義的으로 확정될 수 있는 것인 때에는 司法權의 판단에 맡겨질 수 있는 것이며, 權力分立主義를 憲法上의 원칙으로 채택하고 있는 先進諸國에서 行政廳의 不作爲에 대한 行政訴訟을 인정하고 있는 것은[9] 行政廳의 不作爲에 대한 行政訴訟의 인정이 그 자체로서 곧 權力分立主義에 어긋나는 것이 아님을 反證하는 것이라고 할 수 있다.

아뭏든, 環境權의 憲法的 確認으로 環境惡化의 被害者에게 實體法上 行政權發動請求權이 인정될 수 있는 것이라고 한다면, 이를 訴訟上으로 실현하기 위하여 抗告訴訟으로써 行政廳의 일정한 不作爲의 違法確認 내지 義務化訴訟의 인정이 불가피하다고 하겠다.

(2) 行政上의 損害補償

環境規制行政의 결과로 損害를 입은 者는 實體的으로 적정한 損害補塡을 받을 수 있어야 함은 行政作用 일반의 경우와 다를 것이 없다. 環境規

9) 英美法系 國家에서 行政廳의 違法한 不作爲에 대한 訴訟方式으로 인정되는 mandamus나 positive injunction이라던가, 西獨行政裁判所法 제42조에 의한 不作爲의 義務化訴訟 및 日本의 行政事件訴訟法 제3조 제5항의 不作爲의 違法確認訴訟 등은 行政廳의 違法한 不作爲에 대한 行政訴訟例이다.

制行政 그 자체는 아무런 瑕疵없이 이루어졌지만 그 行政作用으로 말미암아 특정인이 상당한 歸責事由없이 '특별한 희생' (besonderes Ofper)을 입은 경우에는 公益目的을 위한 負擔의 公平한 分配를 도모하는 입장에서 정당한 損失補償 (compensation)이 이루어져야 하고(憲法 22條 3項 참조), 行政廳의 違法한 環境規制行政(作爲나 不作爲)으로 말미암은 環境惡化 등으로 損害를 입은 者는 국가나 지방자치단체에 대하여 損害賠償을 청구할 수 있는(憲法 28條 1項, 國家賠償法 2條) 것이[10] 곧 그것이다. 그런데, 環境規制行政으로 인한 損害補償의 문제로서 특히 중요한 의미를 가지는 것은 後者, 즉 行政上의 損害賠償이라고 할 수 있는데, 이는 당해 行政作用과의 관련아래 環境惡化를 초래하는 社會·經濟的 活動을 현실적으로 행한 者의 民事上의 責任과 併列關係에 있는 것이라고 하겠다.

10) 日本에서 널리 문제되었던 이른바 '스몬事件'은 좋은 예이다.