

環境爭訟과 住民의 當事者適格에 관한 考察

愼保晟*

목차

I. 序論

III. 行政訴訟에 있어서의 住民의 原告適格

II. 行政審判에서의 住民의 當事者適格

IV. 結論的 考察

I. 序論

한국은 본래 錦繡江山이라 하여 자연환경이 깨끗하고 아름다운 나라로 평판이 높았던 나라이다. 그러던 한국이 산업의 발달과 더불어 공기의 오염, 물의 오염, 녹지의 황폐와 인간의 무분별한 훼손 등으로 자연의 형평이 상실되어 생활환경이 악화됨으로써 인간과 모든 생물의 생존까지 위협당할 정도에 이르고 있음은 주지의 사실에 속한다고 하겠다. 최근에 신문에 보도된 다음과 같은 기사내용도 그러한 사실을 여실히 나타내 준다.

[불법 매립쓰레기·방치폐기물 등으로 전국의 토양이 신음하고 있는 가운데 시내 주유소와 지하 기름저장 탱크 주변 토양의 오염상태도 심각한 것으로 드러났다. 특히 경기도 안산시 중앙합성 주변 토양의 경우 저장탱크에서 줄줄 새어 나온 기름으로 환경기준치를 무려 57배 초과한 4천5백 42ppm을 기록했지만 아직까지 시설개선이나 토양복원이 이루어지지 않은 것으로 나타났다. 이 같은 사실은 24일 환경부가 '97년도 토양오염도실태 조사 현황'에서 밝혀졌다]¹⁾

* 수원대학교 법과대학 교수

1) 중앙일보 1998. 10. 26, 42판 참조. 같은 날, 조선일보(1998. 10. 26, 2판, 기자수첩)는 "기름 땅 모른

현실이 이러하고 보니, 국민의 환경에 대한 의식도 매우 예민해지고 있으며, 그에 따라 각종의 분쟁 또는 쟁송이 일어나고 있음도 잘 알려져 있는 사실이다. 뒤에서 살펴보는 바와 같이, 근년에는 그에 관련된 소송, 즉 주민소송에 관한 판례도 상당수 축적되어 있다. 그리고 그들 주민소송에 있어서 가장 큰 쟁점이 되고 있는 것이 주민의 원고적격에 관한 것이다. 行政訴訟法은 법률상 이익이 있는 자에 대해서만 원고적격을 인정하고 있는데(제12조 등 참조), 관련 주민에게 그러한 원고적격이 있는가 하는 점이 환경쟁송에 있어서 최대의 쟁점이 되고 있는 것이다.

그런데 행정쟁송(행정심판 및 행정소송)에 있어서의 당사자적격(행정심판의 청구인적격 및 행정소송의 원고적격)의 문제는, 근년에 있어서와 같이 그 문제가 행정쟁송상의 문제로서 크게 부각되기 이전부터 뜨거운 논쟁의 대상이 된 바 있다. 行政審判에 있어서 “법률상 이익”이 있는 자에게만 청구인적격을 인정하고 있는 것은 모순이 아닌가, 그에 따라 관계규정(행정심판법 제9조)을 조속히 개정할 필요가 있는 것이 아닌가 하는 문제가 다투어졌으며, 行政訴訟(특히 취소소송)과 관련하여서는 行政訴訟法(특히 동법 제12조)에서 말하는 “법률상 이익”이 법률 또는 ‘법이 실제법적으로 보호하고 있는 이익’을 말하는 것인가 아니면 ‘법이 보호할 가치있는 이익’까지를 의미하는 것인가 하는 점이 계속 쟁점이 되어 온 것이다.

그들 문제가 주로 추상적으로 또는 이론(학설)상으로 다투어지고 있는 가운데, 실무(재판)상으로는 그 문제가 보다 구체적인 모습으로 대두되고 있다. “법률상 이익”이라고 하는 경우, 그 ‘법률’에 오직 처분의 근거규정만 포함되는 것인가 아니면 잘차법등 관련법규도 포함되는 것인가, 그 법률상의 이익에 憲法상의 環境權도 포함되어 직접 헌법에 근거하여 환경이익의 침해를 논할 수 있는 것인가 등의 문제가 그에 해당한다.

후술하는 바와 같이, 1990년대초에 행정쟁송상의 당사자적격의 문제가

책"이라는 제목하에 거의 같은 내용의 보도를 하고 있다.

학계(행정법학계)의 뜨거운 논쟁의 대상이 된 바 있으며, 당시 필자도 그들 논쟁에 가담하여 소견을 발표한 바 있다. 1990년대말의 오늘의 시점에서 그 문제를 다시금 살펴 볼 때, 아직 미해결의 문제가 많이 남아 있다고 하지 않을 수 없다. 그들 미결의 문제(행정심판의 청구인적격 및 행정소송의 원고적격의 문제)를 그뒤의 학설·판례의 발전을 바탕으로 재조명하고자 하는 것이 이 논문의 목적이다.

II. 行政審判에서의 住民의 當事者適格

1. 現行法の 規定

行政審判法은 ‘法律上 利益’이 있는자에 대해서만 당사자적격(청구인적격)을 인정하고 있다. [취소심판청구는 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다](제9조 제1항), [무효 등 확인심판청구는 처분의 효력유무 또는 존재 여부에 대한 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다](동조 제2항), [의무이행심판청구는 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정한 처분을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다](동조 3항) 등의 규정이 그것을 가리켜 준다. 따라서 주민이 행정심판을 제기하기 위해서는 주민 역시 처분의 취소등을 구할 “법률상 이익”이 있어야 한다. 주민이 처분의 직접 상대방인 경우는 물론 제3자의 지위에 있는 경우에도 마찬가지이다.

2. 學說의 傾向과 爭點

1) 筆者의 疑問提起

위 行政審判法 제9조에 의거하여, 행정청의 적극적인 처분이나 거부처분 또는 부작위로 인하여 환경 영역에 있어서의 ‘법률상의 이익’을 침해당하

거나 침해당할 가능성이 있는 주민 등이 취소심판, 무효등확인심판 또는 의무이행심판 등을 통해 구제방법을 취할 수 있음은 말할 필요가 없는 일이다.

여기에서 생각할 점은, '법률상 이익'이 있는 자에 대해서만 행정심판의 당사자적격을 인정한다는 것은 '반사적 이익' 또는 '사실상 이익'이 있는 자에 대해서는 당사자적격(청구인적격)을 인정하지 않음을 의미하는 것인데, 그것이 타당한가, 특히 부당한 처분에 대해 행정심판을 인정하고 있는 행정심판제도와 조화될 수 있는 것인가 하는 점이 바로 문제점인 것이다. 필자가 이러한 내용의 문제제기를 한 것은 오래 전의 일이며, 그의 요지는 다음과 같다.

[생각컨대, 行政審判의 청구인적격이 行政訴訟(항고소송)의 원고적격과 달라야 함은 자명하다. 대표적으로 취소심판은 “행정청의 위법 또는 부당한 처분의 취소 또는 변경을 하는 심판(행정심판법 제4조)”인데 대하여 취소소송은 “행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송(행정소송법 제4조)이기 때문이다.

행정행위(처분)가 “부당”하다고 함은 행정행위가 법을 어기지 않는 것만(적법), 재량을 그릇친 경우를 의미한다. 그리고 재량을 그르침으로써 개인이 입게되는 불이익은 권리침해가 아니라 반사적 이익이나 사실상의 이익침해에 해당케 된다.

그렇다면, “법률상 이익”이 무엇을 의미하는가 하는 문제를 떠나서, “위법 또는 부당한 처분의 취소”를 구할 수 있는 자의 자격과 “위법한 처분의 취소”를 구할 수 있는 자의 자격은 구분되어 마땅하다. 그럼에도 불구하고 우리의 行政爭訟法(행정심판법·행정소송법)이 양자를 동일하게 규정하고 있으며, 다수학자가 그것을 간과하고 있음은 모순이라 하지 않을 수 없다.]²⁾

2) 이상은 필자가 月刊考試 1991년 1월호에 기고한 내용이며, 직접적으로는 拙著인 行政法の諸問題 (1992. 8)에서 인용하였다(503-504면).

2) 同調的 見解

필자가 위와 같은 주장을 한 당시만 하더라도 그 문제는 학계의 관심사가 아니었다.³⁾ 그러나 그 뒤 이 문제가 우리 학계에서의 쟁점으로 부상한 이래,⁴⁾ 현재는 필자와 견해를 같이 하는 입장이 오히려 다수에 이르렀다고 보이는데, 다음과 같은 주장이 그에 해당한다.

[행정심판에 있어서는 사실문제·법률문제·재량문제가 모두 심리·재결의 대상이 될 수 있으므로, 행정소송의 원고적격보다는 행정심판청구인적격이 더 넓게 인정되는 것은 당연하다]⁵⁾

[행정심판법이 행정심판의 청구인적격을 행정소송(항고소송)의 원고적격과 동일하게 “법률상 이익이 있는 자”에게만 인정한 것은 중대한 입법상의 과오로 생각되며, 조속히 개정될 필요가 있다. 그 이유는 행정심판은 ‘위법한 처분’만이 아니라 ‘부당한 처분’을 대상으로 하여서도 제기할 수 있게 되어 있는 것이므로(동법 1조·4조 등 참조), 반사적 이익(또는 사실상 이익)을 침해받았거나 반사적 이익을 향수하기 위해서도 행정심판을 제기할 수 있도록 되어야 하는 것이며, 따라서 그러한 반사적 이익을 배제하는 의미의 ‘법률상 이익이 있는 자’에게만 행정심판의 청구인적격을 인정하고 있는 것은 모순이기 때문이다]⁶⁾

[...행정심판의 대상이 부당한 처분인 때에는 청구인적격을 위법인 경우보다 그 범위를 확대하는 내용으로 변경되어야 하리라고 생각된다]⁷⁾

3) 필자에 앞서서, 金南辰교수는 “법률상 이익의 개념적 혼란과 대책”이라는 제목의 글(考試研究 1990. 11, 107면 이하)을 통해 우리의 행정쟁송법상의 ‘법률상 이익’의 오용·남용에 대해 지적한 바 있다.

4) 필자가 위의 논문을 발표한 이후, 그 문제를 직접 다룬 논문이 많이 발표되었는데, 다음이 그에 해당한다: 姜求哲, 公權의 관념에 대한 小考(고시연구, 1991. 2); 徐元宇, 행정심판의 청구인적격(고시연구, 1991. 4); 金東熙, 행정심판상의 청구인적격의 문제(고시연구, 1991. 7); 同人, 행정심판에 있어서의 청구인적격(고시계, 1993. 6); 柳至泰, 부당한 권리침해와 권리구제(고시계, 1993. 8); 金南辰, 행정쟁송과 법률상의 이익(고시연구, 1994. 12) 등.

5) 姜求哲, 行政法, 보정판, 763면

6) 金南辰, 行政法 I, 668-669면

7) 柳至泰, 行政法新論, 제2판, 436면

[어떤 처분에 의하여 자기의 법률상 이익을 침해당한 자만이 그 처분을 다룰 수 있다고 한다면, 다른 정당화사유가 없는 한, 그 처분은 위법한 처분일 것이므로 행정심판은 위법한 처분에 대해서만 제기할 수 있다는 결과가 된다. 따라서 행정심판의 청구인적격으로 법률상 이익을 요구하는 행정심판법의 태도는 행정심판의 본질에 반하는 것이라 할 것이므로 정당화될 수 없다는 결론에 이른다]⁸⁾

3) 異見

위와 같은 다수학자의 견해와는 달리, 행정심판법상의 청구인적격 규정에 잘못이 없다는 견해도 있는데, 다음과 같은 견해가 그에 해당한다.

[...개인의 권리 또는 이익은 위법한 처분뿐만 아니라 부당한 처분에 의하여도 침해될 수 있는 것으로, 양자 사이에는 그 침해의 樣態上에 차이가 있을 따름이다. 따라서 원고적격에 관한 행정심판법 제9조가 立法過誤라는 주장은 타당하지 않다고 본다]⁹⁾와 같은 주장이 그에 해당한다.

4) 立法的 解決의 必要

行政審判의 請求人適格에 관한 行政審判法 제9조가 이치상 잘못 되었으며, 따라서 조속히 개정되어야 함은 위의 여러 학자들의 견해를 통해 충분히 입증되었다고 할 수 있다. “어떤 행정처분이 타인의 법률상 이익을 침해한 경우, 그것을 정당화하는 사유가 없는 한 위법일 수밖에 없다”라고 하는 점, “복수행위간의 선택의 자유가 인정되어 있는 경우, 행정청이 그중 어느 하나를 선택한 경우에 있어서, 다른 하나를 선택해 주기를 바라는 입장에 있는 자는 그중 어느 하나를 해줄 것을 요구할 권리(법률상 이익)를 가지지 않으나, ”부당한 처분을 통해 반사적 이익 또는 사실상의 이익의 침해당

8) 홍준형, 행정구제법, 제2판 264면

9) 金東熙, 行政法(신정보판), 551-552면.

하였음을 주장할 수는 있다“고 하는 점 등을 생각할 때, 또한 일본이나 독일과 같은 나라도 행정심판의 청구인적격과 행정소송의 원고적격을 달리 규정하고 있는 사실¹⁰⁾ 등을 생각할 때, 행정심판청구인적격에 관한 우리의 行政審判法 제9조는 분명히 잘못 되었다고 말할 수밖에 없으며, 따라서 다시 한번, 당해 규정의 조속한 개정을 촉구하는 바이다.

Ⅲ 行政訴訟에 있어서의 住民의 原告適格

1. 行政訴訟法上の 原告適格에 관한 規定

1951년에 제정된 舊行政訴訟法은 [行政廳 또는 그 所屬機關의 違法에 대한 그 處分의 取消 또는 變更에 관한 訴訟 기타 公法上の 權利關係에 관한 訴訟節次는 本法에 의한다](제1조) 라는 말을 통해 取消訴訟에 대해서만 명기하였으며,¹¹⁾ 原告適格에 관하여는 아무런 규정도 두지 않았다. 다행히 1983년경부터 새로운 행정소송법 제정을 위한 작업이 진행되던 끝에¹²⁾ 1985년 10월 1일을 기하여 새 行政訴訟法이 시행되기에 이르렀다. 이에 의하여 현행 행정소송법은 행정소송을 크게 항고소송·당사자소송·민중소송 및 기관소송으로 나눈 다음(동법 제3조), 항고소송을 다시 취소소송·

10) 일본의 行政不服審査法(제4조)은 우리의 행정심판에 해당하는 것을 불복심사라고 하는데, 동법은 그 불복심사를 제기할 수 있는 자의 자격에 관하여 특별히 규정하지 않고, 단순히 “행정처분에 불복이 있는 자”는 불복심사를 청구할 수 있게 하고 있으며, 독일의 행정법원법(제69조)은 우리의 행정심판에 해당하는 이의신청(Widerspruch)에 관하여, 단순히 [진심절차는 이의신청의 제기로서 시작된다](Das Vorverfahren beginnt mit der Erhebung des Widerspruchs)라고만 규정하고 있다. 그에 대해 행정소송에 있어는 법률상 이익이 있는 자(일본의 경우) 또는 권리를 침해받은 자(독일의 경우)에 대해서만 원고적격을 인정하고 있는 것이다.

11) 물론, 그밖에 “公法上の 權利關係에 관한 訴訟”이라는 것을 인정하고 있었으나, 구체적으로 어떠한 소송이 그것에 포함되는가 하는 점이 명확하지 않았으므로 인하여, 舊行政訴訟法은 실질적으로 取消訴訟만 명기하였다고 보아 잘못이 없을 것이다.

12) 당시 法務部가 주도하여 行政審判法의 제정 行政訴訟法의 개정이 추진되던 과정에 양법률안에 대한 試案이 공표되고, 그 시안을 둘러싸고 學界에서 활발한 논의가 진행되었는데, 筆者는 “行政行爲와 行政處分—行政訴訟法改正案의 處分과 關係하여”(考試研究, 1984. 7; 줄서, 상계서, 119-127면)라는 논문을 통해 그들 논의에 참여한바 있다.

무효등확인소송 및 부작위위법확인소송으로 나누어 놓고 있는데(제4조), 행정소송법에 명시되어 있는 위 행정소송이 열거적인 것으로서, 그들 행정소송 이외에는 인정하지 않는 취지인지, 아니면 그들 행정소송은 예시적인 것으로서, 예를 들면 의무이행소송 또는 부작위청구소송과 같은 無名抗告訴訟(또는 法定外 抗告訴訟)이 인정될 수 있는 것인가 하는 점이 다투어지고 있으며, 法院은 아직까지는 부정적인 태도를 취하고 있는 상태이다.¹³⁾

현행 행정소송법은 원고자격에 관하여도 명문의 규정을 두고 있는데, 먼저 행정소송법 제12조는 '원고적격'이라는 제호아래 [취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다]는 말로써 취소소송의 원고적격에 관하여 규정하고 있으며, 무효 등 확인소송의 원고적격에 관하여는 [무효등확인소송은 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다](제35조), 부작위위법확인소송의 원고적격에 관하여는 [부작위위법확인소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다](제36조)라고 각 규정하고 있다.

위와 같은 원고적격에 관한 규정 가운데 행정소송법 제12조 2문의 규정은 협의의 소익(권리보호의 필요)에 관한 규정이라고 보는 것에 거의 異論이 없다.¹⁴⁾ 따라서 그에 관한 규정 역시 立法을 통한 정비가 요청되는 셈인데, 여기서는 그 문제에 대해서는 깊이 논하지 않기로 한다.

13) 참조판례 : ① [행정청에 대하여 행정상의 처분의 이행을 구하는 청구는 특별한 규정이 없는 한 행정소송의 대상이 될 수 없고, 가옥대장 내지 건축물대장에 일정한 사항을 통제하는 행위는 행정사무집행의 편의와 사실증명의 자료로 삼기 위한 것일 뿐 그 동재행위로 인하여 당해 가옥에 관하여 실체상의 권리관계에 어떠한 변동물 가져오는 것은 아니므로 가옥대장의 동재행위는 행정처분이라 할 수 없으니 구청에 비치된 가옥대장에 한 동재의 말소를 구하는 소는 부적법하다(대판 1990. 10. 23, 90누5467) ; ② [신축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 원고의 예비적 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다](대판 1987. 3. 24, 86누1182).

14) 金南辰, 전거서, 759면, 金東熙, 전거서, 613면 등 참조.

2. “法律上 利益”에 관한 學說上的 不同

행정소송법 제12조 등에서 사용되고 있는 “법률상 이익”이 무엇을 의미 하는가와 관련하여 우리나라의 행정법교과서 등은 거의 예외없이 ① 權利回復說, ② 法律上 보호되는 利益救濟說, ③ 保護價値있는 利益救濟說 및 ④ 適法性保障說에 관하여 소개·설명하고 있는데, 크게 “법률상 보호이익설”을 지지하는 입장과 “보호가치있는 이익설”을 지지하는 하는 입장으로 나누어져 있는 것이 현황이다.

1) 法律上 利益救濟說(法이 보호하는 利益救濟說)의 입장

다음과 같은 설명에서 그 전형적 입장을 찾을 수 있다.

[행정소송법 제12조상의 ‘法律上 利益’에 權利가 포함된다라는 점에는 의문의 여지가 없고, 반면에 우리나라 행정소송법상의 취소소송은 주관적 소송이라는 점에서 볼 때, 同條의 법률상 이익을 適法性保障說과 같이 광의로 해석할 수 없다고 본다. 따라서 궁극적으로는 法的 保護利益說과 保護價値利益說 중에서 어느 견해가 타당한가의 문제만이 남게 된다.

保護價値利益說은… 침해되고 있는 이익의 실질적 성질에 비추어 원고 적격을 인정하려는 것이라는 점에서, 국민의 권리구제의 면에서는 바람직하다고 할 수 있다. 그러나 이 설은 침해되고 있는 이익이 재판에 의하여 보호할 만한 가치가 있는지 여부의 판단에 관한 객관적 기준이 제시되어 있지 않다는데 기본적 문제점이 있다.

이에 대하여, 法的 保護利益說은 행정소송법 제12조의 규정에도 보다 합치되는 것으로 보인다. 또한 實體法의 해석을 통하여 보호가치의 소재를 명확히 하는 것은 法官의 임무에 당연히 포함된다고 할 것이다. 그러한 점에서는 法的 保護利益說에 서면서 관계법의 탄력적 또는 목적론적 해석에 의하여 原告適格의 범위를 점진적으로 확대하여 가는 것이 바람직한 것으로 보인다.¹⁵⁾

[생각건대 ①說(권리구제설 또는 권리향유회복설)과 ②說(법이 보호하는 利益救濟說)은 이론상 같은 것으로 볼 수 있으며, ③說(보호할 가치있는 이익구제설 또는 이익구제설)은 이론상 모순으로 볼 수밖에 없다. 實體法과 爭訟法을 구별하는 法體制를 가지고 있는 이상 實體법이 보호하지 않는 이익을 爭訟法으로 보호할 수 없다. 또한 法官은 법이 보호하는 이익을 爭訟法으로 보호할 수 있는 것이지 법이 보호하고 있지 않은데 법원이 스스로 보호할 가치가 있는지 여부를 판단하여 보호할 수 있는 것은 아니다. 어떤 이익이 보호할 가치있는가 여부, 그에 입각한 보호의 여부는 立法者의 판단사항이다. 이 문제의 판단에 있어서는 그 법에 헌법, 그 밖의 모든 실정법이 포함된다는 점, 權利의 성격이 自由權的이고 侵害의 排除請求權的인 것인가 아니면 履行請求權의 성질을 가지는 것인가 하는 점 등이 고려될 필요가 있다].¹⁶⁾

2) 보호할 가치있는 利益救濟說

우리나라에서 이 說을 취하는 대표적 견해로서는 李尙圭변호사의 그것을 예시함이 보통이다. 따라서 아래에서 李변호사의 설명을 살펴보기로 한다.

먼저 李변호사는 보통 “보호할 가치있는 이익구제설” 또는 “이익구제설” 등으로 불리고 있는 학설을 스스로는 “保護價值利益救濟說”로 부르며, 그 내용에 대해 [이 설은 항고소송을 행정의 법적합성을 바탕으로 위법한 행정작용의 시정을 목적으로 하는 제도인 것이므로, 權利 내지 利益이 침해된 자의 訴益이 인정되는 것은 당연한 일이나, 그에 그치지 아니하고 實體적으로 보호된 이익이 아니라도 실질적으로 보호할 만한 價值있는 구체적 이익이 있는 한 取消訴訟의 原告適格을 인정하여야 한다는 것이다]라고 소개하고 있다.¹⁷⁾

15) 金東熙, 전계서, 612-613면

16) 金南辰, 전계서, 756면

17) 李尙圭, 新版 新行政法論(上), 1997, 823면

그런데 우리나라의 통설·판례가 法的利益救濟說을 취함을 인정한 다음 [그러나 현대행정의 광역화와 다양화에 따라 개인생활의 행정의존도가 비약적으로 증가함에 따르는 행정구제의 기회확대를 도모하는 뜻에서 法的으로 보호할 구체적인 가치있는 이익은 法律上 利益으로 보아 訴의 利益을 인정함이 타당할 것이다]18)라고 결론짓고 있다. 이와 같은 李 변호사의 입장이 “법적보호이익구제설”과 구별되는 “보호가치이익구제설”에 속함은 분명하다.

그러나 李 변호사는 위에 인용한 글에 이어 [학자에 따라서는 實體法이 보호하지 않는 이익을 爭訟法으로 보호할 수 없는 것이며, 법이 보호하고 있지 않는 이익을 법관이 보호할 가치있는 이익인지 여부를 판단하여 보호하는 것은 타당하지 않은 것으로 주장하기도 하나, 실제법적으로 원고의 주장이 이유있는 것인지의 여부는 소송절차를 통한 심리의 결과 판단되는 것이며, 訴의 利益 내지 原告適格의 문제는 實體的인 주장을 제기할 수 있는 자격에 관한 것에 그치는 것이라는 점 및 法的으로 보호되는 이익 내지 법적으로 보호할 가치있는 이익인지의 여부의 판단은 법으로부터 자유로운 상태에서의 것이 아니라 關係法의 취지와 구체적 사안의 내용을 종합하여 하는 法的 判斷이라는 점을 유의할 필요가 있다고 하겠다]19)라고 記述하고 있는데, 이부분에서의 李 변호사의 설명만 보게 되면, 李 변호사의 입장이 “법률상보호이익설”에 속하는지 “보호가치이익구제설”에 속하는지 판단하기 어렵다고 하지 않을 수 없다.

학자 가운데에는 法律上利益救濟說 및 保護價値利益救濟說에 각각 문제점이 있음을 지적한 연후에 [우리 행정소송법의 운영에 있어서도 오늘날의 국민의 권리구제의 요청에 부응하기 위하여서는 ‘법률상이익’의 개념을 완화·확대하여 실생활상의 이익을 포함시킴으로써 점차 保護價値利益救濟說의 입장을 받아드리는 방향으로 나아가야 할 것으로 본다]20)라는 입장을

18) 李尙圭, 전계서, 825면

19) 이상규, 삼계서, 825면

취하기도 하는데, 이러한 견해는 親保護價値利益救濟說이라고 할 수 있다.

3) 筆者의 立場

이 문제와 관련하여 筆者는 과거에 “取消訴訟의 實體的 要件”이라는 제목으로 논문²¹⁾을 발표하는 가운데, “보호받을 가치있는 이익구체설”에 대해 다음과 같이 비판한 바 있다.

[다수설과 판례가 “法律上 보호되는 利益救濟說”을 취하고 있다고 볼 수 있는 점에 관하여는 異論이 없는 것 같이 보인다. 그러나 “보호받을 가치있는 利益救濟說”에 대하여 지지하거나 호의를 나타내는 說이 있음도 주목할만 하다. “생각건대 법률상 이익이든 반사적 이익으로서의 사실상 이익이든 실질적으로 보호할 가치있는 이익이라면 소의 이익은 인정하여 원고적격을 확대하여야 할 것이다”라고 하는 견해,²²⁾ “종전에는 실체법적으로 반사적 이익에 지나지 아니하는 것으로 인정되었던 것이라도 소송으로 보호할만한 개인의 실질적·구체적 이익은 ‘법률상 보호의 가치있는 이익’으로서 행정소송의 영역에 포용하는 추세를 보이고 있음은 크게 주목할만한 일이다”라고 평가하는 입장²³⁾이 등이 그에 속한다.

그러나 行政訴訟이 법률상 이익 있는 자에 대해서만 원고적격을 인정하고 있는데 “반사적 이익으로서의 사실상 이익”도 보호받을 수 있는 것은 法の 明文에 정면으로 충돌하는 것으로 보이며, 실체법적으로 반사적 이익에 지나지 아니하는 것도 訴訟으로 보호할 수 있다는 것은 實體法과 節次法(爭訟法)을 나누고 있는 우리의 法系에서는 어려운 일로 생각된다]²⁴⁾

이상과 같은 필자의 글을 다시금 살펴 볼 때, 필자가 保護價値利益救濟

20) 朴鈞奭, 最新行政法講義(上), 개정판(23판), 859면

21) 月刊考試 1988년 6월호에 게재된 것으로서 현재는 拙著인 行政法の 諸問題(1992) 509-518면에 수록되어 있음.

22) 필자는 이곳에서 1988년에 발간된 孟長燮교수의 新行政法學(上), 405면을 인용해 놓고 있다.

23) 이곳에서 필자는 그 당시(1991)의 李尙圭변호사의 저서(新行政法論(上), 738면)를 인용해 놓고 있다.

24) 拙著, 行政法の 諸問題, 514-515면

說을 비판하고 法律上利益救濟說을 취하였음은 틀림없는 사실이다. 그러나 오늘의 시점에서 되돌아 볼 때, 단순히 法律上利益救濟說을 취한다하여 문제가 해결되는 것은 아니라는 생각을 가지지 않을 수 없다. 法律上利益救濟說을 취한다고 하더라도, 거기에서의 法律을 쟁송의 대상이 되는 처분의 직접 근거가 되는 법률로만 볼 것인가 아니면 憲法(특히 기본권규정) 및 그 밖의 관련 실정법(절차적 법률 등)도 그 안에 포함시킬 것인가 하는 문제 등이 검토될 필요가 있는 것이다.

결론부터 말하면, 筆者는 취소소송에서의 원고적격을 판단함에 있어서, 원고에게 원고적격이 있는가 여부를 판단함에 있어서는, 일차적으로 처분의 근거가 되는 법률(시행령 등 법규명령²⁵) 포함)을 기준으로 할 것이나, 부차적으로 절차법 등 그 밖의 법률 및 궁극적으로는 헌법도 그의 기준이 될 수 있다고 생각하며, 그러한 소견이 근년의 판례의 경향과도 일치된다고 여겨진다. 여기에서는 이러한 점만 밝혀 두며, 그 이상의 것은 판례를 살펴 본 다음에 매듭짓고자 한다.

3. 判例의 傾向

取消訴訟의 原告適格과 관련하여 法律上 利益救濟說과 保護價値利益救濟說이 다투어지고 있는 가운데, 우리의 판례가 전자의 입장을 취하고 있음은 여러 학자가 지적하고 있는 바라고 하겠다. 住民의 原告適格과 관련된 주요 판례를 연대순으로 살펴보면, 다음과 같다.

1) 대법원 1975. 5. 13. 선고, 73누96, 97 판결(연탄공장건축허가취소)

[도시계획법 및 건축법이 도시계획구역 중 주거지역에서 원동기사용 공

25) 法規命令이 무엇인가, 법규명령과 행정규칙을 구분함에 있어 형식(긴급명령 또는 위임명령인가 집행명령인가 여부 등)을 기준으로 할 것인가 실질(대외적 효력을 지니는가 대내적 효력을 지니는가 여부)을 기준으로 할 것인가 여부가 세심 의론의 대상이 되고 있는 가운데, 필자는 형식설을 취한다는 점을 밝히는 바이다.

장 등 주거의 안녕과 건전한 생활환경의 보호를 해치는 건축을 금지 또는 제한하고 있는 것은 도시계획법 및 건축법이 추구하는 공공복리의 증진을 도모하고자 하는데 그 목적이 있는 동시에 한편으로는 주거지역 내에 거주하는 사람의 주거의 안녕과 생활환경을 보호하고자 하는데도 그 목적이 있는 것으로 해석되므로, 주거지역내에 거주하는 사람이 받는 위와 같은 보호이익은 법률에 의하여 보호되는 이익이다. 따라서 약 70cm 인접한 가옥 소유자인 원고는 피고의 소외회사에 대한 연탄공장건축허가처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

2) 대법원 1995. 5. 23. 선고, 94마2218 결정(공작물설치금지처분)

① 헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 있으므로, 私法の 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 하나, 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵다.

② 都市公園法상 근린공원으로 지정된 공원은 주민들이 다른 사람의 공동사용을 방해하지 않는 한 자유로이 이용할 수 있지만 그러한 사정만으로는 인근 주민들이 누구에게나 주장할 수 있는 공원이용권이라는 배타적인 권리를 취득하였다고는 할 수 없고, 골프연습장 설치 인가처분에 하자가 있다는 이유만으로는 근린공원 내의 개인 소유 토지상에 골프연습장을 설치하는 것이 인근 주민들에 대한 불법행위가 된다고 할 수도 없다.

3) 대법원 9. 15. 선고, 95다23378 판결(공사중지가처분)

환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환

경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 함은 소론이 주장하는 바와 같다(당원 1995. 5. 23.자, 94마2218 결정 참조).

4) 대법원 1995. 9. 26. 선고, 94누14544 판결(상수원보호구역변경처분등취소)

① 상수원보호구역 설정의 근거가 되는 수도법 제5조 제1항 및 동 시행령 제7조 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 지역주민들이 가지는 이익은 상수원의 확보와 수질보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하므로 지역주민들에 불과한 원고들에게는 위 상수원보호구역변경처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다.

② 도시계획법 제12조 제3항의 위임에 따라 제정된 도시계획시설기준에 관한규칙 제125조 제1항이 화장장의 구조 및 설치에 관하여는 매장및묘지등에관한법률이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어, 도시계획의 내용이 화장장의설치에 관한 것일 때에는 도시계획법 제12조 뿐만 아니라 매장 및 묘지등에 관한 법률 및 같은 법시행령 역시 그 근거 법률이 된다고 보아야 할 것이므로, 같은법 시행령 제4조 제2호가 공설화장장은 20호 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 등에 의 공설화장장 설치를 금지함에 의하여 보호되는 부근 주민들의 이익은 위

도시계획결정처분의 근거법률에 의하여 보호되는 이익이다.

5) 대법원 1998. 4. 24.선고, 97누3286 판결(공원사업시행허가처분 취소)

조성면적 10만m² 이상이어서 환경영향평가대상사업에 해당하는 당해 국립공원집단지설지구개발사업에 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 근거법률이 된다.

6) 대법원 1998. 9. 22.선고, 97누19571 판결(발전소건설사업승인처분취소)

① 전원개발사업실시계획승인처분의 근거 법률인 전원개발에 관한 특별법령, 그 환경보전법령, 구 환경정책기본법령 및 환경영향평가법령 등의 규정 취지는 환경영향평가대상사업에 해당하는 발전소건설사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 당해 사업과 관련된 환경공익을 보호하려는데 그치는 것이 아니라 당해 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있으므로, 환경평가대상지역 안의 주민에게는 위 승인처분의 취소를 구할 원고적격이 있다.

② 환경영향평가대상지역 밖의 주민·일반 국민·산악인·사진가·학자·환경보호단체 등의 환경상 이익이나 전원개발사업구역 밖의 주민 등의 재산상 이익에 대하여는 위 (1)항의 근거법률에 이를 그들의 개별적·

직접적·구체적 이익으로 보호하려는 내용 및 취지를 가지는 규정을 두고 있지 아니하므로, 이들에게는 위와 같은 이익 침해를 이유로 전원개발사업 실시계획승인처분의 취소를 구할 원고적격이 없다.

4. 判例의 分析

위의 여러 판례를 분석해서 얻은 결론은 다음과 같다.

1) 우리의 판례가 학자들이 일반적으로 지적하고 있는 바와 같이, 행정소송(항고소송)의 원고적격과 관련하여 法律上利益救濟說을 취하고 있는 것만은 분명하다고 말할 수 있다.

2) 행정소송법 제12조의 “법률상 이익”과 관련하여, 종래에는 [그 법률상 이익은 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고 간접적이거나 사실적 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 해당되지 아니한다]라고 하는 것이 종래의 우리 판례의 기본적 입장이었다고 할 수 있다(대판 1995. 10. 17, 94누14148 등). 그러나 근래에는, ‘처분의 근거법규’이외의 관련법규(환경영향평가법 등)에 의한 보호이익도 ‘법률상이익’으로 보는 경향을 뚜렷이 나타내고 있음을 알 수 있다.

3) 대법원은 헌법상의 환경권을 주민의 권리침해의 직접적 법적 근거로 하는 것에 대해서 거듭 부정적 입장을 취하고 있음이 분명하다. 그러나, 하급심(부산고등법원 1995. 5. 18. 선고, 95카합5 결정 등) 가운데에는 헌법상의 환경권을 근거로 주민의 환경이익의 침해를 인정하려는 태도를 보인 바 있음도 주목할 필요가 있다.

4) 대법원이 최근에 “환경단체 등의 환경상 이익, 전원개발사업구역 밖의 주민의 이익”에 대하여는, 법률이 그들의 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하려는 취지를 담고 있지 않음을 이유로 그들의 원고적격을 부인하였음은(대법원 1998. 9. 22. 선고, 97누19571판결), 대법원이 엄격한 법률상

이익구제설을 취하고 있음이 분명하다. 그러나 초기의 판례(대법원 1975. 5. 13. 선고, 73누96. 97판결) 가운데에는 법의 취지를 넓게 해석하여 주민의 원고적격을 인정한 예도 있었음을 주목할 필요가 있다고 생각된다.

IV. 結論的 考察

1. 行政審判法 제9조의 조속한 개정의 필요

필자가 1991년 초에 행정심판법 제9조의 모순성을 지적할 때만 하더라도 우리 학계에서 그 문제에 대해 관심을 가지는 학자는 거의 없었다.²⁶⁾ 그러나 그 뒤, 그 문제가 학계에서의 뜨거운 논쟁의 대상이 되고, 여러 학자가 그 문제에 대해 관심을 가지게 됨에 따라 행정심판법 제9조의 모순성은 이제 公知의 사실이 되었다 하여도 잘못이 없을 것이다.²⁷⁾ 사태가 그에 이르른 이상, 하루 속히 당해 규정을 개정함으로써 立法的 過誤를 시정하는 일만 남았다고 하지 않을 수 없다.

2. 法이 보호하는 利益救濟說(法律上 利益救濟說)의 妥當性

행정소송법 제12조 제1문에 규정되어 있는 '법률상 이익'과 관련하여, 우리 학계에서 '법률상 이익구제설'과 '보호가치이익구제설'이 대립되어 있는 가운데, 필자가 이전에 前說에 찬동하는 입장을 취하였다고 함은 앞에서 밝힌 바 있거니와,²⁸⁾ 그러한 입장을 현재에도 변경할 필요가 없음을 확인하는 바이다. 다만, 다수 학자가 '법률상 이익구제설'이라고 표현하는 것을 '법이 보호하는 이익구제설'이라고 부르며, 그 법에 처분의 근거법규만이 아니라 관련된 다른 법규(절차적 규정 등) 및 경우에 따라서는 헌법까지

26) 본 논문의 주 2) 및 3)을 참조 요망

27) 본 논문의 주 5)에서 8)에 이르기까지의 문헌 참조 요망.

28) 본 논문의 주 19) 참조 요망.

그 안에 포함시킬 수도 있다고 보는 입장²⁹⁾에 찬동하고자 한다.

무엇보다도 최근년의 판례³⁰⁾에 나타나 있는 바와 같이, 주민의 이익이 오로지 처분의 근거법규에 의해서만 보호되어야 하는 것은 아니고 관련된 다른 법규에 의해 보호되는 이익도 '법이 보호하는 이익'에 속하는 것으로 보아야 할 것이다. 예컨대, 상수원보호구역 설정의 근거는 水道法일지라도, 매장 및 묘지등에 관한 법률에 의하여 인근주민의 이익(화장실설치제한 등)이 보호되고 있다면, 그 이익이 침해된 주민에게는 水道法 위반의 처분의 취소소송에 있어서의 원고적격이 인정되어야 하는 것이며(대법원 94누 14544판결의 경우), 자연공원법위반의 처분의 취소소송에 있어서 환경영향평가법 등 다른 법률이 주민의 이익을 보호하는 법적 근거로서 원용될 수 있는 것이다(대법원 97누3286판결의 경우). 그러한 점에서 처분법규이외의 법규를 포함하는 의도에서 '법률상 이익구제설'이라는 명칭보다도 '법이 보호하는 이익구제설'이라는 명칭을 의도적으로 선택하는 입장³¹⁾에 대해 찬의를 표하는 바이다.

3. 憲法上 基本權規定의 援用

헌법상의 기본권(환경권 등) 역시 국민의 公權을 규정하고 있음은 틀림 없는 사실이다. 문제는 행정소송 등에 있어서 원고적격의 근거법규로서 이들 기본권규정을 직접 원용할 수 있는 것인가, 다시 말하여 주민 등은 헌법상의 기본권을 침해당하였음을 이유로 처분의 취소소송 등을 제기할 수 있는 것인가?

그 문제는 기본권의 종류에 따라 구체적으로 판단할 일이다. 예컨대, 주민이 법적 근거도 없이 행정청에 의하여 거주이전의 자유를 침해받고 있다

29) 본 논문의 주 15)를 참조 요망.

30) 앞에 소개한 대법원의 94누14544판결, 97누3286판결 및 97누19571판결 등 참조.

31) 본 논문의 주 15)를 참조 요망.

면, 그들 주민은 직접 헌법 제14조를 근거로 하여 처분의 취소소송을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그러나, 환경권의 경우는 사정이 다르다고 보아야 할 것이다. 헌법이 환경권에 대하여, [환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다](제35조 2항)라고 규정하고 있으므로, 원칙으로 그 헌법상의 환경권의 내용을 구체화한 법률의 제정을 기다리고, 당해 법률에 의거하여 환경권침해를 논해야 할 것이다. 그러한 점에서 헌법상의 환경권 규정의 직접적 원용가능성을 부인한 판례(대법원 94마2218판결 및 95다23378판결)의 태도에 대해 일단 찬의를 표하지 않을 수 없다.

그러나 여기에도 예외를 인정하여야 할 것이다. 즉 마땅히 법률이 제정되어야 하는데 법률이 제정되지 않은 상태에 있어서, 주민의 환경이익이 수인한도를 넘어서 침해되어 있는 경우에는 헌법상의 환경권에 의거하여 침해배제의 청구를 할 수 있다고 보아야 한다는 것이다. 직접 국민의 환경권을 헌법(기본법)에서 보장하고 있지 않은 독일에 있어서, 주민의 환경이익이 수인한도를 넘어 침해되고 있는 경우, 헌법상의 재산권보장규정(제14조 제1항)에 의거한 당사자적격을 인정하고 있는 독일의 학설·판례의 사례³²⁾에서 많은 시사를 받을 수 있을 것으로 생각된다.

32) 이러한 점에 관하여는 vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1997, S. 155f; Erichsen(Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, S. 226f; 金南辰, 전거서, 110면 이하; 金性洙, 獨逸法上 主觀的 公權理論의 發展, 考試界 1991. 8, 61면 이하.