

환경법과 공법*

— 한국환경법학회 40년, 쟁점과 과제 —

김 현 준**

차 례

- I. 서
- II. 헌법과 환경법 - 환경권, 환경국가, 환경입헌주의
- III. 행정법과 환경법
- IV. 개별 환경법에서의 공법문제
- V. 맺음말 - 환경입헌주의를 바탕으로 한 환경법 도그마틱의 정립

[국문초록]

창립 40주년을 맞는 한국환경법학회가 주도해 온 환경법학, 그 중에서도 그 공법적 측면을 정리하기 위하여, 환경법과 공법 간의 밀접한 상호작용을 검토하고, 그간의 성과와 과제를 살펴보는 것이 본고의 목적이다.

우선 환경법과 헌법과의 관계에서 중심이 되는 주제는 환경권이다. 우리 헌법상 환경권의 법적 성질을 두고서 다수의 학자가 그 구체적 효력을 인정하고 있지만, 법원의 소송실무에서는 이러한 구체적 효력성이 아직 충분히 실현되지 못하고 있다. 환경헌법성을 강조하는 견해로 환경국가론이 주장되기도 하지만, 환경권의 주관성까지 보장하는 이른바 환경입헌주의가 확립될 필요가 있다. 이를 위해서는 환경권의 내용이 보다 구체적으로 인식될 수 있어야 하는데, 절차적 환경권론 등의 관념은 환경권의 구체적 권리성 확보에 기여할 수 있으리라 생각된다.

환경법과 행정법과의 관계에서는 실효성 있고 빈틈없는 환경행정소송의 보장, 특히 의무이행소송, 예방적 금지소송, 환경단체소송과 같은 다양한 소송유형이 해석론 및 입법론을 통하여 보장되어야 하며, 나아가 이와 결부된 가구제제도의 확립도 필요하다. 또한 환경갈등과 같은 현대적인 환경문제에 적극 대응할 수 있는 법이어야 하는데, 이와 관련하여 최근 독일에서 논의되는 행정법(도그마틱) 개혁론

* 이 연구는 2016년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것이다.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수.

은 환경법영역에서도 참고할 만하다고 할 것이다.

그밖에도 환경법영역에서 기본법의 법적 성질, 환경영향평가법, 폐기물관리법 등 다수의 환경법률에서의 권리·의무의 승계, 토양정화책임, 대기환경보전법 등에서의 행정개입청구권, 공공의 영조물과 관련된 유지청구, 환경법에서의 공법상 계약 및 비공식적 행정작용 등과 같은 현실적으로 문제가 되는 환경법의 법리도 간과할 수 없다.

환경법이 독자적인 학문으로 발전하기 위해서는 환경입헌주의의 확립과 이를 바탕으로 한 환경법 도그마틱의 정립이 필요하리라 생각된다.

I. 서

환경법 역사에서 하나의 분기점이 된 환경보전법이 제정되었던 1977년¹⁾은 우리나라 환경법에 있어서 또 다른 중요한 의미가 있는 해이다. 환경보전법 시행에 따른 환경법연구의 필요성을 인식한 학자들이, 환경법학 연구의 기틀이 될 한국환경법학회를 창설한 때가 마찬가지로 1977년이었기 때문이다.²⁾

1977년 환경보전법이라는 단 한 개의 환경법률에서, 2017년 현재 환경부 소관법률만 58개나 될 정도로 환경법은 큰 발전을 했다. 창립 40년이 지난 한국환경법학회도 학술지 환경법연구가 창간 이후 39년에 걸쳐 한 해도 빠트리지 않고 발간하는 등³⁾

1) 우리나라 환경법의 역사를 공해방지법 시대(1963년-1977년), 환경보전법 시대(1977년-1990년), 환경정책기본법 및 개별환경법 시대(1990년 이후)로 나눌 수 있어(김홍균, 환경법, 2017, 11쪽 이하; 박균성·함태성, 환경법, 2017, 28쪽 이하), 공해방지법을 대체한 환경보전법은 큰 의미를 가지는 법률이었다.

2) 1977. 12. 7. 서울 을지로에 위치한 ‘스칸디나비아클럽’에서는 초대회장(이상규) 및 초대부회장(서원우, 김홍규) 등의 임원선출과 함께 한국환경법학회가 발족하는 역사적인 창립총회가 있었다. 1978. 7. 14. 한국환경법학회 제1회 연구발표에서는 ‘환경보전법의 문제점’(이상규), ‘공해판례의 검토’(구연창)에 관한 학술세미나가 이루어졌다(이균성, “학회회고”, 환경법연구 제1권, 1979, 168쪽).

3) 1979년에는 한국환경법학회의 학술지 환경법연구가 창간됨으로써 명실공히 학술단체로서의 면모를 완비하게 된다. 환경법연구 창간호인 제1권에서는 환경법문헌 소개(구연창), 환경판례 소개(진해화학사건, 대법원 1978. 12. 26. 선고 77다2228 판결)와 함께, 환경공법, 환경사법, 환경형사법, 고유한 성격의 환경법·정책을 아우르는 다수의 학술논문이 수록되어 있다[김정현(당시 보건사회부 환경관리관), “환경오염의 총량규제”, 26-50쪽; 정만조(당시 대법원 재판연구관/서울고법 판사), “환경영향평가제도”, 51-74쪽; 김종원(당시 성균관대 교수), “환경오염에 의한 공해의 형사적 규제”, 75-83쪽; 이용우(당시 서울형사지법 판사), “공해피해에 대한 제소전의

우리나라 환경법학의 중심점이 되는 학술단체로서의 역할을 해 왔다. 학회 창립 40주년을 맞아 필자에게 “환경법학 발전이 공법 이론과 판례에 미친 영향과 환경법학회의 역할”이라는 긴 제목의 연구주제가 주어졌는데, 이는 환경법과 공법 간의 밀접한 상호작용을 검토하고, 한국환경법학회가 주축이 되어 온 한국환경법학의 공법분야에 관한 성과와 과제를 정리하는 것으로 임혀진다.

필자는 이러한 주제와 관련하여, 우선 한국환경법의 역사는 언제부터인지, 나아가 한국환경법‘학’ 역사의 출발은 어디서부터인가에 관하여 생각해 보았다. 한국환경법의 역사가 언제부터인가의 문제는 단순한 연혁적 문제를 넘어 때론 환경책임의 성립 여부를 결정하는 중요한 척도가 되기도 하는데⁴⁾, 대체로 공해방지법이 제정된 1963년을 그 출발점으로 보고 있는 것 같다.⁵⁾ 이에 비하여 한국환경법‘학’의 역사는 조직적·계속적인 환경법연구를 위한 조직체인⁶⁾ 한국환경법학회가 창설된 1977년에 ‘본격적으로’ 시작되었다고 할 수 있다.

본고에서는 그간의 연구성과를 망라하는 총체적 분석보다는, 현재의 시점에서 파악할 수 있는 환경법과 공법⁷⁾과의 상호작용 및 관계를 큰 틀에서 살펴보면서, 아울러 환경법과 공법이 교차되는 문제들 가운데 특히 판례에서까지 다투어진 쟁점을 검토하고, 현재의 전망에서 생각할 수 있는 향후 과제까지 모색해보고자 한다.

이를 위한 논의의 출발점으로서 환경권, 환경국가론, 환경입헌주의와 같은 환경헌법문제를 검토한 뒤(II), 환경행정법적 쟁점으로서 전통적인 행정법 도그마티카와 새로운 방법론에 착안하며, 특히 환경행정소송에 대하여 살펴본다(III). 이러한 총론적

행정상 규제”, 84-100쪽; 김남진(당시 경희대 교수), “환경오염과 행정규제”, 101-115쪽; 김기수(당시 한양대 교수), “공해의 사법적 구제의 방향과 상린관계법적 구성”, 116-143쪽]. 1977년 이후 연 1회 발간되어 온 학술지 ‘환경법연구’는 2001년(제23권)부터 2003년(제25권)까지는 연 2회, 2004년(제26권)과 2005년(제27권)에는 연 4회, 2006년(제28권)부터 연 3회 발간되어 오늘에 이르고 있다.

4) 가령 채영근, “오염된 토양의 정화책임”, 공법연구 30-4, 2002, 333쪽은 토양환경보전법은 1995년 제정되었고(1996년 시행) 토양정화책임규정은 2001년에 포함되었지만(2002년 시행), 토양정화책임의 소급효가 인정될 수 있는 근거로서 1963년 공해방지법을 주목한다. 헌법재판소는 ‘2002.1.1.’과 같은 (토양정화책임에 관한) 법률제정시점을 소급효가 예외적으로 인정될 수 있는 근거로 삼고 있다(헌법재판소 2012. 8. 23. 자 2010헌바167 결정; 2016. 11. 24. 자 2013헌가19 결정). 한편, 소급효제한을 강조하는 주장으로는 김홍균, 환경법, 2017, 830-832쪽 참조.

5) 김홍균, 환경법, 11쪽; 박균성·함태성, 환경법, 28쪽.

6) 이권성, “학회회고”, 환경법연구 제1권, 1979, 168쪽 참조.

7) 여기서의 ‘공법’은 헌법과 행정법만을 포함하는 가장 좁은 의미로 사용되며, 이하 마찬가지이다.

논의를 기초로 개별 환경법의 공법학과의 관계에 대해서는 방대한 환경법률 가운데 분야횡단적 성격을 가지는 환경정책기본법, 환경영향평가법, 환경분쟁조정법, 그리고 대기, 물, 소음·진동, 자연환경, 토양, 폐기물관리에 관한 환경법문제로 범위를 한정하여 살펴본다(IV). 개별 환경법에서는 다분히 순수한 환경법적 성격을 가지는 쟁점도 나타나고 있지만, 여기서는 공법학과의 접점을 이루는 문제만을 검토한다. 끝으로, 환경법학과 공법학과의 관계에 대한 향후 과제를 모색하며, 논의를 맺는다(V).

II. 헌법과 환경법 - 환경권, 환경국가, 환경입헌주의

1. 환경권 - 명목적 헌법에서 규범적 헌법으로

헌법규범과 정치적 현실이 일치하는지 여부를 기준으로 헌법을 구분하는 카알 로벤 슈타인(K. Loewenstein)의 존재론적(ontological) 분류방식에 따르면 헌법은 다음과 같이 3가지로 나뉜다.⁸⁾ 첫째, 규범적 헌법(normative constitution)은 현실적으로 최고규범으로서의 실효성을 발휘하고 있는 헌법이다. 즉 헌법과 헌법현실(Verfassungswirklichkeit)이 일치하는 헌법이다. 둘째, 명목적 헌법(nominal constitution)은 헌법은 있지만 그 내용을 실현할 여러 여건이 미비하여 그 헌법이 현실적 규범으로서의 기능을 발휘하지 못하고 단지 명목적인 것에 불과한 헌법을 말한다. 그러나 언젠가는 규범력을 발휘할 시기가 올 것이라는 기대만은 할 수 있는 헌법이다. 셋째, 장식적 헌법(semantic constitution)은 개인의 자유와 권리의 보장이 아니라, 현재 권력을 장악하고 있는 개인 또는 집단의 지배를 안정시키고 영구화하는데 이용되는 수단 내지 도구에 불과한 헌법을 말한다.

1980년에 만들어진 우리 헌법의 환경권조항은 이 중 어떠한 헌법에 해당하는가?

지난 40년에 가까운 세월동안 환경권조항이 우리나라 정치적, 법적 현실에서 최고규범으로서의 실효성을 제대로 발휘해 왔는지에 대해서는 긍정적인 답변을 하기가 쉽지 않을 것 같다. 환경권을 실효성 있게 행사하고 싶어도, 그 내용과 방법에 대한

⁸⁾ Karl Loewenstein, *Political Power and The Governmental Process*. Chicago 1965. 123-163쪽.

연구성과를 찾기가 쉽지 않았던 것이 환경권조항이 우리 헌법에서 포함될 당시의 현실이었다고 생각된다. 이러한 이유에서 1980년 헌법의 환경권조항은 명목적 헌법으로 출발했다고 평가할 수 밖에 없다. 한국환경법학회가 막 태동했던 그 시절 환경권은 마치 아직 성장하지 않은 어린아이에게 성인에게 맞는 멋진 양복을 제공한 격이었다고 생각된다. 아마 그 당시 헌법제정자는 이 멋진 옷(환경권)을 언젠가 입을 날을 기대하며 옷장 안에 걸어두었던 것이 아닐까 생각된다.

그 후 40년에 가까운 세월이 흐르면서, 우리나라 환경법학의 수준은 비약적으로 발전했다. 환경권이라는 옷을 제대로 입기 위한 수많은 노력과 시도는 환경권에 관한 연구로 나타났고⁹⁾, 다수의 문헌에서 헌법상 환경권은 구체적 효력을 가진다는 견해가 제시되고 있다.¹⁰⁾ 환경권이 헌법에 처음 등장했던 시절과는 비교할 수 없을 만큼 환경행정조직이 확대되었고, 환경단체에 의한 활발한 감시가 이루어지는가 하면, 국민들의 환경의식도 한층 더 성숙해졌다. 이제는 이 옷을 제대로 입을 만한 때가 아닐까 생각해 볼적이다. 그러나, 여전히 커다란 현실의 벽으로 작용하는 것은 법원이 변함없이 환경권의 구체적 효력에 대하여 부정적이라는 점이다.¹¹⁾ 또한, 구체적 효력설이 가지는 역작용을 우려하는 견해¹²⁾, 자칫 법치국가원리를 위협하는 생태독재(Ökodiktatur)를 우려하는 견해¹³⁾, 헌법상 환경권 개정론을 제시하는 견해¹⁴⁾ 등이

9) 환경권에 관해서는 김철수, “환경권”, 환경법연구 3, 1981, 5-37쪽 이후 수 많은 연구가 이루어졌다. 또한 환경보호에 관한 국가목표조항과 기본권조항 등 각국의 환경헌법에 관해서는 고문현, “환경헌법의 바람직한 규정형태”, 환경법연구 26-3, 2004, 1-24쪽.

10) 구체적 효력설에 대해서는 김홍균, 환경법, 34쪽.

11) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 판결(“헌법 제35조 제1항의 환경권에 관한 규정만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없어 이에 근거하여 무효확인을 구할 원고적격이 없다.”), 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결(“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.”) 등이 그 예이다. 이에 대한 반론으로서 환경권의 구체적 내용은 판례나 해석론으로 해결할 수 있는바, 법률의 규정이 없고 내용이 불명확하다는 등의 이유로 구체적 효력을 부인하여서는 안 된다는 김홍균, 환경법, 40쪽 참조. 우리 대법원의 주류적 견해는 환경권의 법적 성질에 있어서 재산권적 이해를 벗어나지 못하고 있다는 지적으로는 이홍훈, “환경오염피해 구제와 법원의 역할”, 환경법연구 38-2, 6쪽. 한편, 이러한 대법원의 입장과 비교할 때 헌법재판소 2008. 7. 31. 자 2006헌마711 결정은 환경권에 대한 보다 전향적인 입장을 보여주고 있다. 이러한 지적으로는 한위수, 한국환경법학회 창립 40주년 기념학술대회 지정토론편(2017.9.15.).

12) 최윤철, “우리 헌법에서의 환경권조항의 의미”, 환경법연구 27-2, 392쪽 참조.

설득력 있게 와 닿는 이유도 아직 환경권에 관하여 풀어야 할 숙제가 남아 있기 때문일 것이다. 그렇다면 법원의 소극적 태도를 탓할 수만도 없을 듯하다. 이와 관련하여, 무엇보다 헌법상 환경권이 행정소송의 원고적격을 위한 보호규범이 될 수 있는지, 또한 민사상 유지청구권의 법적 근거로도 될 수 있는지 등에 대한 충분한 논의가 있어야 할 것이다.

환경권에 관한 문제만 논할 수 없는 여기서는 이에 관한 보다 많은 논의가 이루어지길 기대하면서, 극히 간략한 필자의 입장만 제시한다. 첫째는 환경권의 절차적인 면을 보다 부각하는 것이다. 최근 전 세계적으로 절차적 환경인권에 대한 관심이 커지고 있고, 특히 환경정보액세스권, 환경행정절차참여권, 환경사법액세스권이라는 3대 절차적 환경(인)권이 오르후스협약의 체결 이후에 많이 논의되고 있다. 이러한 환경권의 절차적 측면의 강조를 통하여 환경권이 보다 실효성 있는 권리로써 발전할 수 있지 않나 생각된다. 둘째는 실제적 환경권과 관련하여, 환경권의 내용을 환경권의 ‘환경공동이용권’으로 이해하는 방안이다. 커먼즈(communs)의 법리¹⁵⁾도 이와 관련하여 검토할 만하다고 생각된다. 공공신탁이론¹⁶⁾과의 접점도 생각해볼 수도 있다.¹⁷⁾ 이러한 논의를 바탕으로 환경권의 콘텐츠를 만들어 갈 때, 환경권은 보다 구체적 권리로서의 면모가 드러날 것이라고 생각된다.

2. 환경국가론

-
- 13) 정훈, “환경보호와 범치국가 원리의 충돌”, 환경법연구 25-2, 432쪽.
- 14) [헌법] 제35조 제1항은 “모든 국민은 깨끗한 (또는 인간다운) 자연환경을 향유할 권리를 가지며”로, 동조 제2항은 “환경권의 내용에 관하여는 법률로 정한다.”로 개정하는 것이 바람직하다는 정극원, “헌법규범 자체의 모순과 헌법규범 간 상충의 해결방안에 관한 일고찰”, 공법학연구 18-1, 8쪽 참조.
- 15) 미국의 노벨경제학 수상자인 정치학자이자 경제학자인 Elinor Ostrom 교수를 중심으로 논의되어 온 커먼즈(communs)에 대해서 우리나라에서의 법학적 연구는 그다지 활성화되지 않고 있다. 그 가운데 이에 관한 연구로는 박태현·이병천, “‘커먼즈’로서 기후시스템과 공공신탁법리”, 법학논총 40-2, 275-304쪽. 이에 관한 일반적 이해로는 Elinor Ostrom 저/윤홍근·안도경 역, 공유의 비극을 넘어, 랜덤하우스코리아, 2010 참조.
- 16) 공공신탁이론에 관해서는 특히 조홍식, “공공신탁이론과 한국에서의 적용가능성”, 환경법연구 19, 1997, 192-239쪽.
- 17) 커먼즈의 보호를 위한 법리로서 공공신탁법리를 논하는 박태현·이병천, 앞의 논문, 295쪽.

환경국가론을 중심으로 환경헌법을 강조하는 주장이 있다. 여기서 환경국가란 국가가 달성해야 될 중요과제로서 환경보호를 인정하고, 이를 국가의사결정의 기준이자 근거로 삼는 국가를 말한다. 이러한 환경국가는 개인의 자유와 사회보장수급권과 같은 개별적인 권리를 보장하는 데 그치는 것이 아니라, 환경이라는 공공재에 대한 국가적 보호를 통하여 인간의 존엄을 구현한다는 점에서 기존의 법치국가나 사회국가와 구별된다고 본다. 환경국가원리는 객관적 원리로서 일련의 국가목표규정이나 기본권으로서 환경권조항을 통하여 구현되며 그 구체적인 내용은 입법자에게 유보되어 있지만, 이 경우의 유보는 자유재량적 유보가 아닌 헌법기속적·구체화적 법률유보라고 본다.¹⁸⁾ 다만, 환경국가원리나 이를 구현하기 위한 국가목표규정은 개별적 구민에게 주관적 권리를 부여하지 않는다는 점에서 기본권으로서 환경권과는 구별된다고 한다.¹⁹⁾

환경국가원리를 어떻게 도출할 것인가가 문제되는데, 이를 환경권규정에서 주로 찾고 있다.²⁰⁾ 그밖에도 헌법 제35조 제2항, 헌법 전문의 ‘우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보’ 부분, 헌법 제10조 등을 환경국가원리를 도출할 수 있는 규정으로 본다. 더 나아가 헌법 제11조 제1항, 헌법 제23조 제1항 제2문, 제2항, 제3항, 제120조 제1항, 제122조, 제127조 제1항까지도 환경국가원리의 간접적 근거로서 인정될 수 있다고 한다.²¹⁾

이러한 환경국가원리는 다분히 객관적 목표규정으로서의 환경규정에 착안하고 있는데²²⁾, 일찍이 구체적 효력을 가진 주관적 권리로서의 환경권을 포기하고, 객관적 국가목표조항을 환경헌법규정으로 채택한 독일의 환경친화적 헌법이론이 여기에 영향을 미친 것으로 보인다. 그런데, 그렇다면 환경권의 주관적 측면은 포기할 것인가의 문제가 발생한다. 환경권의 주관적 측면은 일단 별론으로 하고, 객관적 측면을 우선 강조하여 실현하지는 현실적인 입장으로 이해할 수도 있겠지만, 그렇게 보면 환경권의

18) 한상운, “헌법상 환경국가원리에 관한 연구”, 공법연구 34-4(1), 290쪽.

19) Rauschnig, “Aufnahme einer Staatszielbestimmung über Umweltschutz in das Grundgesetz?”, DÖV 1986, 491(한상운, 위의 논문, 291쪽에서 재인용).

20) 김형성, “헌법상 환경규정의 규범적 의의”, 환경법연구 26-4, 2004, 127쪽 이하; 김상겸, “환경국가와 환경영향평가제도”, 환경법연구 25-1, 2003, 9쪽 이하; 김백유, “한국의 환경권에 대한 해석과 현실문제”, 성균관법학 17-1, 104-105쪽.

21) 한상운, 앞의 논문, 298쪽.

22) 김형성, 앞의 논문, 129쪽; 한상운, 앞의 논문, 296쪽 참조.

주관성이 희석될 여지가 있음을 부인할 수 없다. 환경국가론은 헌법에 기초한 환경법·정책의 실현과제를 강조하고, 그에 대한 (헌)법적 근거를 제시하고 있다는 점에서 의미있는 주장이지만, 우리나라와는 환경헌법의 내용이 다른 독일의 이론이 가지는 문제점, 특히 환경권의 주관성이 간과되고 있는 점은 한계가 될 수 밖에 없다.

3. 환경입헌주의

입헌주의는 국가가 헌법에 의해 통치될 것을 요구한다. 즉 입헌주의는 최고 규범인 헌법을 통해 다스림으로써 국가 권력을 제한하고 시민의 인권을 보장하는 데 그 목적이 있다. 우리 헌법이 국민의 환경권을 기본권으로 보장하고, 이를 보장하기 위하여 노력할 의무가 있다면 국가 권력을 제한하고 국민의 인권을 보장하는 중요한 척도 중 하나는 다름 아닌 헌법상 환경권이라고 할 수 있다. 국가가 이러한 헌법적 요청에 따라 통치되는 것을 ‘환경입헌주의’(Environmental Constitutionalism)라고 말할 수 있다.

환경입헌주의는 헌법상 환경권이 구체적으로 우리나라 환경법제에서 어떻게 작동해야 하는가라는 고민에서 출발한다. 그간 명목적 헌법에 그쳤던 우리나라의 환경권이 환경입헌주의 확립을 위한 토대로서 발전하려면 논의의 출발을 환경헌법에서 시작할 수 밖에 없고, 이는 곧 환경입헌주의의 확립으로 이어질 것이다. 환경입헌주의는 환경국가원리와의 유사한 점이 있지만, 환경권의 객관적 측면보다는 환경권의 주관적 측면의 기본권을 더욱 중시한다는 점에서 구별된다. 환경권이 구체적 권리로서 작동하며, 국가의 환경기본권 보장업무, 경우에 따라서는 국가의 환경기본권 보호의무 차원에서 환경침해자인 사인에 대하여 규제해야 할 국가의 의무가 도출된다는 점 등에서 차별성이 있다.

환경입헌주의의 주된 근거는 헌법 제35조 제1항이다. 문제는 이러한 헌법규정을 어떻게 해석할 것인가에 있다. 헌법 제35조 제1항이 더 이상 명목적 헌법이 되지 않고, 우리가 환경권이라는 옷을 입고 맵시를 부리게 될 때 환경입헌주의가 우리나라에서 확립되었다고 할 것이다. 이를 위해서 필요한 것은 국가의 환경기본권보호의무가 인정되어야 하며, 필요한 시기에 적절한 환경규제가 이루어지지 못하는 경우에는 과소금지원칙이 환경권을 근거로 적용되어야 할 것이다. 아직은 다소 구체적인 내용이

불명확한 환경권의 내용은 우선 절차적 환경권을 중심으로 실현해 나가야 할 것이다. 이미 국제적으로 크게 공감을 얻고 있는 환경정보엑세스권, 환경행정절차참여권(의사결정참여권), 환경사법엑세스권은 헌법적 가치로서 보장되어야 한다. 또한, 앞서 본 공동이용권으로서의 환경권 구성 등을 통하여 환경권의 구체적 내용을 확립해 가는 것이 환경입헌주의의 과제라고 생각된다.

Ⅲ. 행정법과 환경법

1. 전통적인 행정법학에서의 환경법문제

(1) 전통적인 행정법 도그마틱과 환경법

행정행위를 중심으로 한 행정작용론(행정행위형식론), 법원론과 하자(瑕疵)론, 행정소송론과 같은 독일 오토 마이어(O. Mayer)류의 전통적인 행정법도그마틱은 환경(행정)법에서도 그대로 적용되고 있다. 아직 위험이 현재화되지 않은 리스크상태를 법적으로 규율하는 문제라든지, 사인의 위험방지의무 내지 그 책임, 새로운 행위형식으로서 비공식 행정작용, 조정(Mediation) 등이 환경법영역에서 두드러지게 제기되면서 행정법 도그마틱의 새로운 도전이 되기도 하지만, 이러한 쟁점들이 우리나라에서 아직 판례를 통하여 현실적으로 문제되는 정도에까지 이르렀던 것으로 보이진 않는다. 전통적 행정법학과 환경법이 교차되는 공법적 쟁점에 관해서는 후술하는 ‘개별 환경법에서의 공법문제’(IV)에서 다루기로 하고, 여기서는 행정법 도그마틱의 핵심에 해당하는 행정소송론과 관련된 환경법문제를 좀 더 살펴본다.

(2) 환경행정소송

1) 실효성 있고 빈틈없는 환경행정소송의 헌법적 요청

굳이 새로운 행정법 개혁론까지 들먹일 필요 없이, 전통적인 시각에서도 우리나라 행정소송은 여러 면에서 개혁의 필요성을 안고 있다. 이 주제에 대해서는 별고에서 더 다루고자 하지만, 무엇보다 이용가능한 행정소송유형이 극히 제한되어 있다는 점은

문제이다. 실체법상 권리가 있으면 이는 원칙적으로 소송을 통하여 빈틈없고 효율적으로 구제될 수 있어야 한다는 것은 법치국가원리와 헌법 제27조의 재판청구권에 따른 헌법적 요청일 것이다.

나아가, 환경행정소송은 이에 더하여 환경사법(司法)액세스권을 포함하는 헌법상 환경권에 근거하여 한층 더 그 접근성이 보장되어야 한다. 이는 입법자에 대하여 보다 실효성 있는 소송유형 정립을 촉구하는 역할과 함께 법원에 대하여 실효성 있는 권리보장을 위한 헌법적 요청에 맞는 행정소송법 해석을 요구할 것이다. 이러한 점에서 가령 법정의항고소송을 철저히 부인하는 해석론²³⁾은 재고되어야 할 것이다.²⁴⁾

2) 주관적 행정소송

이상과 같은 효율적이고 빈틈없는 권리보호를 위한 실체적 권리와 이를 실현할 수 있는 행정소송 유형으로 ①처분에 대한 방어청구권과 취소소송, 무효등확인소송, ②처분에 대한 유지청구권과 항고소송으로서의 예방적 금지소송, ③非처분에 대한 유지청구권, 이행청구권 등과 당사자소송, ④행정발동청구권 및 행정개입청구권과 의무이행소송을 들 수 있다.²⁵⁾

이들 가운데, 우리나라 소송실무에서 현실적으로 이루어지고 있는 행정소송유형은 ①밖에 없다.²⁶⁾ ②와 ④는 현행 행정소송법 해석으로도 권리보호 필요성이 특히 인정되는 예외적인 상황에서는 이용할 수 있을 법하지만, 대법원은 이를 권력분립원리 등을 근거로 일관되게 부정한다. 우리나라와 비교할만한 선진외국에서 이러한 소송유형이 인정되지 않는 국가를 찾아볼 수 없는 가운데²⁷⁾ 우리는 이에 관한 행정소송법

23) 예방적 금지소송을 부인하는 대법원 1987. 3. 24. 선고 86누182 판결. 의무이행소송을 부인하는 대법원 1995. 3. 10. 선고 94누14018 판결; 1997. 9. 30. 선고 97누3200 판결.

24) 이와 관련하여 권력분립원리의 조명 없이 의무이행소송이나 예방적 금지소송(예방적 부작위소송)은 무조건 허용되지 아니한다는 부정설은 이제 지양되어야 한다는 김철용, 행정법, 2017, 451, 452쪽 참조; 법관의 입장에서 의무이행소송에 관한 적극설을 주장하는 김창석, “의무이행소송의 행정소송에 대한 영향”, 저스티스, 2003/10, 75쪽 이하.

25) 이와 관련하여, 김현준, “環境權, 環境行政訴訟 그리고 司法接近性”, 사법 17, 2011 참조.

26) 소송과 관련된 원고적격론, 본안판단에서의 절차상 하자문제 등에 대해서는 후술하는 본고 IV. 2. 참조.

27) 우리와 그나마 비슷하던 행정소송제도를 가졌던 일본에서도 오래전부터 예외적으로나마 의무이행소송, 예방적 금지소송을 인정하였고, 2004년 일본 행정사건소송법 개정으로 이러한 소송들을 전격적으로 입법화하여 환경행정소송 영역에서도 의무이행소송(박광웅, “환경법 분야에서 일본

개정만을 기다려야 하는 상황이다. ③의 당사자소송은 소송실무에서 제대로 활성화되지 않고 있지만, 이와 관련된 학자들의 적극적인 활용론이 주장되고 있는 정도이다.²⁸⁾

이러한 소송의 필요성에 관해서는 일반 행정소송론의 차원에서도 강조되어야 하거니와, 환경권을 실현해야 하는 임무를 함께 가지고 있는 환경행정소송에서는 더더욱 그 필요성이 인정된다 할 것이다. 실효성 있고, 빈틈없는 권리보호 보장의 청신호가 환경행정소송에서부터 나타나, 모든 행정소송에서 정착되기를 기대한다.

3) 환경단체에 의한 환경행정소송 : 환경(공익)단체소송

이상의 4가지 유형의 행정소송 활성화론에는 해석론·입법론이 혼재되어 있지만, 환경(공익)단체소송²⁹⁾은 현행법의 해석론으로는 불가능한 입법론의 문제로서, 법률상 이익, 즉 사익보호성이라는 행정소송의 원고적격요건에서 자유로운 별도의 소송유형을 신설해야 해결될 문제이다.³⁰⁾ 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하기 위해서가 아니라, 환경보호라는 ‘공익’ 보호를 목적으로 하는 일정한 환경단체에 환경행정소송의 제소권을 부여하는 것이 환경단체소송의 골자라고 할 수 있는데, 이는 절차적 환경권 중 환경사법액세스권의 핵심내용이기도 하다.

의무이행소송의 양상”, 법과 정책연구 16-2, 248쪽 이하 참조), 예방적 금지소송(김현준, “예방적 금지소송을 위한 변론”, 토지공법연구 62, 192-193쪽 참조)이 많이 활용되고 있다. 이미 수십년 전에 이러한 제도를 확립하고 있는 영·미, 독일 등과는 비교 자체가 불가능하다.

- 28) 확인소송으로서의 당사자소송에 관해서는 정하중, “행정소송에 있어서 확인소송”, 서강법학 12-1, 173쪽 이하. 이행소송으로서의 당사자소송에 관해서는 정남철, “행정입법부작위에 대한 사법적 통제”, 저스티스, 2009/4, 194쪽 이하.
- 29) 김해룡, “獨逸과 유럽 環境法上の 團體訴訟制度에 관한 고찰”, 환경법연구 23-2, 2001, 261-288쪽; 김해룡·김재호, “團體訴訟制度의 導入에 관한 고찰”, 환경법연구 27-4, 2005, 123-148쪽; 박수혁, “환경보전을 위한 집단소송제도 도입에 관한 연구”, 저스티스, 2006.10, 222-236쪽; 김현준, “독일 환경법상 단체소송의 새로운 전개”, 환경법연구 29-2, 2007, 31-67쪽; 김현준, “환경사법(司法)액세스권과 환경단체소송”, 송동수, “유럽에서의 환경단체소송의 변화와 시사점”, 환경법연구 34-1, 2012, 461-488쪽; 이은기, “환경단체의 원고적격 부여문제”, 서강법학연구 11-1, 2009, 433-462쪽; 이상학, “유럽연합에서의 환경권리구제의 동향”, 공법학연구 15-4, 2014, 331-352쪽; 이형석, “환경공익소송과 오르후스(Aarhus)협약”, 환경법과 정책 14, 2015, 233-262쪽; 조태재, “독일 환경법에서의 단체소송 입법의 현황과 전망”, 한양법학 27-2, 2016, 3-39쪽; 한귀현, “독일 환경법상의 단체소송에 관한 소고”, 공법학연구 17-3, 2016, 135-164쪽.
- 30) 1996년 6월 우리나라 법무부의 주도로 수년간에 걸친 전문가들의 작업을 거쳐 미국의 대표당사자소송과 독일의 단체소송을 포함하는 집단소송법 시안을 만들어진 바가 있다. 이에 대한 상세한 내용으로는 김철용, “우리 나라 집단소송법의 제정을 위한 독일공법 분야의 단체소송 운용실태에 관한 고찰”, 일감법학 3, 1998, 1-19쪽 참조.

4) 환경행정소송에서의 가구제

완성된 사실관계의 문제가 발생하기 쉽고, 특히 사정판결이라는 독특한 제도까지 두고 있는 우리나라 행정소송법 하에서는 가구제가 개인의 권리구제에 큰 의미가 있다. 그러나, 현행 행정소송법상 가구제제도로서는 집행정지제도밖에 인정되지 않고, 가령 거부처분에 대한 취소소송의 경우에는 집행정지도 인정되지 않는 것이 대법원판례의 입장이다.³¹⁾ 거부처분이라는 속성상 집행정지와 어울릴 수 없는 면도 있지만, 가처분이 명문으로도 규정되어 있지 않고, 대법원도 이를 일관되게 부인하고 있다.³²⁾ 가구제는 본안소송과 맞물리는 것이어서 본안소송으로서의 행정소송의 흠결이 가구제의 흠결로까지 이어졌다고도 볼 수 있지만, 어쨌든 설령 의무이행소송·예방적 금지소송이 예외적으로나마 인정된다고 하더라도 그에 맞는 가구제제도가 없는 형편이다. 향후 입법론에서 함께 고려해야 할 사항이지만, 현대 환경행정소송에서 가구제가 가지는 중요성을 간과할 수 없다.³³⁾ 환경권으로서의 환경사법액세스권에는 본안소송만이 아니라 가구제절차까지 포함되어야 함을 잊어서는 안 될 것이다.

2. 환경갈등과 행정법의 한계

법이 수행해야 할 기능으로 ‘갈등해결기능’을 포함한다고 볼 경우³⁴⁾, 우리나라 행정법은 심각한 문제점을 안고 있다. 이른바 공공갈등이라고 불리는 행정주체와 행정상대방 간의 갈등에 기존의 행정법이론이 거의 기여하지 못했기 때문이다. 우리나라에서 나타나는 공공갈등의 면면을 보면 대부분의 환경문제, 즉 환경갈등이라는 점에서 환경법의 역할에 대해서도 마찬가지로 말할 수 있다.³⁵⁾ 새만금사건, 부안해폐기장사

31) 대법원 1991. 5. 2. 자 91두15 결정; 1992. 2. 13. 자 91두47 결정; 1995. 6. 21. 자 95두26 결정; 2009.11.2. 자 2009마596 결정; 2011.4.18. 자 2010마1576 결정.

32) 대법원 1992. 7. 6. 자 92마54 결정 등.

33) 독일의 환경행정소송상 가구제에 대하여는 Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 2017, 436-452쪽; 우리나라에서 이러한 연구로는 김현태, “환경행정소송과 가구제제도”, 사회과학연구 4, 1998, 13-44쪽.

34) Franzius, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, Verw 39, 2006, 335(349).

35) 사회통합과 법의 역할이라는 주제로 개최되었던 제8회 한국법률가대회(2012. 10. 22.-23., 서울 팔래스호텔)에서 한국환경법학회가 주관했던 제3세션 제1분과 세미나의 주제는 ‘환경갈등과 환경법의 역할’이었다. 여기서의 주제발표가 수록되어 있는 김현준, “환경갈등 극복을 위한

건 등에서 행정법, 환경법은 아무런 역할을 못했고, 최근 4대강사건, 제주해군기지사건 등에서도 단지 주어진 결과, 즉 취소소송 대상으로서의 처분에 대하여 ‘위법’ 또는 ‘적법’만을 판단하는 역할을 우리의 ‘법’은 감당해 왔다. 그것도 엄격한 소송요건을 적용시켜 본안판단도 하지 않는 경우가 많았다.³⁶⁾ 어떠한 과정을 거쳐서, 왜 이러한 결과에까지 이르게 되었는지에 관해서는 전통적인 행정법학은 아무런 관심이 없다. 오직 행정행위론, 하자론, 행정소송론에 부합하는 결과물에 대한 판정만이 있을 뿐이다. 이러한 점에서 뭔가 새로운 방법론 모색을 통한 패러다임 전환 가능성도 생각해 보게 된다.

3. 행정법학 개혁론과 환경법학

(1) 제어학으로서의 신행정법학

오늘날 세계화, 지식정보화, 이해관계 다원화, 리스크사회화, 국가기능의 변화, 법의 기능 변화와 같은 행정패러다임의 변화 상황에 지금의 행정법학 방법론이 제대로 대응하지 못한다는 지적이 있다.³⁷⁾ 이러한 위기의식을 일찍이 사각했던 독일의 공법학계에서는 ‘행정법개혁’이란 이름의 일련의 학술대회와 그 결과물인 총서발간 등의 문제 극복시도가 있었고, 이를 통하여 이른바 ‘제어학(조종학)으로서의 행정법학’(Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft)이 위기를 극복할 수 있는 새로운 행정법학 방법론으로 대두되고 있다. 그 주된 내용은 ‘규범의 적용’을 중심으로 하는 ‘해석학’으로부터 ‘규범정립’을 중심으로 하는 ‘행위학문 내지 결정학문’으로 행정법학의 무게 중심이 이동하고 있다는 것이다. 이에 따라 규범정립학(입법학) 연구의 중요성이 강조되면서, 입법을 지도하는 법원리에 보다 중점을 두게 되며, 사실관계 분석, 효과(결과)의 분석, 학제적 연구를 통한 비규범학적 요소의 수용 등을

환경민주화의 법적 과제”, 저스티스 134-3, 2013, 11-38쪽; 이희정, “환경갈등과 환경법의 역할”, 저스티스 134-3, 2013, 39-56쪽 참조.

36) 대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정(“4대강 살리기 마스터플랜’ 등은 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니어서 행정처분에 해당하지 않는다.”).

37) 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구 48, 2017, 86-96쪽; 같은 취지의 김남진, “행정법의 종말론과 재생론”, 제4회 한국행정법학회 연합학술대회(2015. 3. 27) 자료집.

새로운 방법론에 포함시키고 있다.³⁸⁾ 이러한 방법론에 입각한 행정법학을 ‘신(新)행정법학’(Neues Verwaltungsrechtswissenschaft) 또는 ‘신사조(新思潮) 행정법학’³⁹⁾이라 부르며, 이를 바탕으로 특히 법원론, 행정작용론, 행정소송론, 행정조직법 등에서 새로운 접근방법을 시도하는 움직임도 나타나고 있다.⁴⁰⁾

(2) 행정법학 개혁론과 환경법학

그런데, 이와 같은 제어학의 성격을 가지는 ‘신행정법학’의 주된 내용을 살펴보면, 환경법에서 실제로 이루어지는 연구방법론과 유사한 면이 많음을 알 수 있다. 즉, 독일의 행정법개혁론으로 제시되는 행정법학 개선방향의 많은 부분이, 환경법학의 경우 주어진 현실에 맞추어 일반 행정법학의 경우와 비교할 때 이미 폭넓게 수용되고 있다. 해석론보다는 법정책론·입법론이 중시되는 경향, 사실관계와 효과(결과)의 분석이나 학제적 연구를 통한 비규범학의 수용이 중시되는 경향⁴¹⁾은 환경법학에서는 어느 정도 친숙한 것이라고도 할 수 있다. 그렇다고 행정법의 학문적 성과인 전통적인 법도그마틱, 가령 법원론, 행정작용론, 행정소송론을 환경법학이 경시할 수는 없다. 다만, 새로운 도전들을 수용할 수 있는 새로운 범리의 채용가능성을 검토해야 할 것이다. 특히 법정립지향의 법원리, 비규범학의 수용과 같이 환경법에서는 이미 친숙한 면이 있는 과제들을 새로운 행정법 도그마틱을 참고하며 발전시켜야 한다. 이로써 역으로 행정법학의 발전에 기여하는 결과까지 기대할 수 있을 것이다.

IV. 개별 환경법에서의 공법문제

1. 환경정책기본법과 기본법의 의미

38) 이원우, 앞의 논문, 101쪽.

39) 김성수, “독일의 新思潮 행정법학 사반세기”, 강원법학 51, 2017, 321-353쪽.

40) Schmidt-Abmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Mohr Siebeck, 2013.

41) 가령 법학 외에 경제학적 접근방법을 함께 도입한 환경법연구으로 허성욱, “환경법에서의 공법과 사법”, 환경법연구 39-1, 2017, 291-324쪽.

(1) 기본법으로서 환경정책기본법의 체계적 지위

우리는 지금 정체(?)가 불분명한 기본법의 시대에 살고 있다. 법체처 홈페이지 검색 결과 2017년 9월 현재 65개의 기본법이 제정되어 있는데, 이 중 1991년에 제정된 환경정책기본법은 기본법 가운데에서도 오랜 역사를 가진 법률로서 다른 기본법이 제정되는 데에도 큰 영향을 끼쳤다. 그밖에 저탄소녹색성장 기본법, 자원순환 기본법, 그리고 한때 지속가능발전기본법이라는 법명으로 기본법의 지위를 가졌다가 지금은 기본법의 지위를 잃은 지속가능발전법⁴²⁾도 있다.

환경정책기본법을 ‘환경관계법의 헌법’으로 표현하기도 하고⁴³⁾, 실무상 다른 법률과의 관계에서 ‘상위법’의 지위를 이야기하는 경우도 나타난다.⁴⁴⁾ 여기서는 다음과 같은 몇 가지 의문을 제기한다. 기본법이 도대체 어떤 법인가? 기본법은 다른 법률에 비하여 상위법의 지위를 가지는가? 기본법은 다른 법률과의 관계에서 어떠한 역할을 하고 있는가?

환경정책기본법과 같은 기본법의 범형식은 서구의 법제도에서는 찾아볼 수 없고, 일본의 ‘기본법’에서 유래한 것으로 보인다.⁴⁵⁾ 일본의 행정법학자 塩野宏(2008)에 따르면 기본법은 ①계몽적 성격, ②자기완결적인 법률이 아닌 방침적·비완결적 성격, 즉 기본법이 내세우고 있는 이념, 가치, 방침을 실현하기 위해 법제상·재정상 조치가 별도의 법령에서 규정되는 성격, ③계획의 책정을 정부의 의무로 부과하고 있는 계획 법적 성격, ④복수의 부처가 공통적으로 참여하는 업무를 규율하는 부처횡단적 성격, ⑤국민들의 권리·의무에 관한 규율성이 희박한 성격을 특징으로 한다.⁴⁶⁾ 기본법의 성격을 이와 같이 이해한다면, 기본법에는 국민의 권리·의무를 규율하는 구체적 효력

42) 이 과정에서의 문제점을 지적하는 함태성, “녹색성장과 지속가능발전의 관계정립에 관한 법적 고찰”, 환경법연구 31-1, 373쪽; 홍준형, 환경법특강, 2017, 20쪽.

43) 김홍균, 환경법, 63쪽에서의 ‘환경관계법의 헌법’의 의미가 다소 불명확하게 보이는 면이 있는데, 헌법이 가지는 최고규범성을 포함하는 의미라면, 후술하는 기본법의 상위법성을 인정할 수 없다는 입장과는 다른 것이다.

44) 김현준, “저탄소 녹색성장 기본법의 법적 성질 및 다른 법률과의 관계”, 공법연구 39-2, 2010, 498-499쪽에서 인용된 ‘행정실무에서의 기본법에 대한 인식’ 참조. 이러한 기본법 우위의 관념은 실무의 일반적인 인식이 아닌가 생각된다.

45) 일본에서는 1947년 教育基本法이 만들어졌는데, 시기적으로 우리의 기본법(중소기업기본법, 1966. 12.6 제정)에 비해 앞선 것으로 보인다. 일본에서의 기본법에 관한 체계적 연구로는 塩野宏, “基本法について”, 日本学士院紀要 63-1, 2008, 1-33쪽 참조.

46) 塩野宏, 위의 논문, 5-8쪽, 14-18쪽; 김현준, 공법연구 39-2, 502쪽.

을 가진 규정이 포함되어서는 안 된다. 또한 동일한 민주적 정통성을 가진 국회에서 만들어진 법률들 간에는 ‘신법우선의 원칙’이나 ‘특별법우선의 원칙’ 외에 다른 우열 관계를 가리는 원칙은 존재하지 않는다. 즉 ‘기본법우선의 원칙’은 없다.⁴⁷⁾

(2) 기본법에서의 ‘구체적 효력을 가진 규정’

환경정책기본법에서는 이러한 기본법성이 의문시되는 규정이 여전히 포함되어 있다. 환경정책기본법 제44조 제1항은 “환경오염 또는 환경훼손으로 인하여 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인이자 그 피해를 배상하여야 한다.”라고 규정하여 환경오염의 피해에 대한 원인의 무과실책임을 인정하고 있다.⁴⁸⁾ ‘사업장’ 및 ‘사업자’라는 제한이 있었던 구 법하에서 동 규정의 구체적 효력을 판례⁴⁹⁾가 인정했지만, 이러한 제한이 없어진 현행법과 같은 규정 하에서도 종래의 판례가 유지될 수 있을 것인가는 의문이 있었다. 그런데, 최근 대법원⁵⁰⁾은 피해자의 손해에 대하여 사업자나 ‘원인자’는 귀책사유가 없더라도 특별한 사정이 없는 한 이를 배상할 의무가 있다고 판시했다. 동 규정이 기본법적 성격이 없다는 것이 보다 분명해진 셈이다.

구체적 효력을 가진 규정이 기본법에 포함되는 것이 기본법의 성격에 맞지 않는 데도, 이와 같이 포함되고 있는 현실을 부인할 수 없다면, 과연 기본법이라는 범형식이 어떠한 의미가 있는가에 대한 고민은 더 깊어진다. 더욱이 자칫 기본법이 헌법과 일반법률의 중간에 위치하는 상위의 법률로서의 위상을 가지는 것으로 오해할 경우는 법체계를 혼란시킬 수 있는 문제점이 있다.

(3) 기본법의 위상 및 의의

기본법이 다른 법률에 비하여 상위적 효력을 가지지 않는다면, 기본법의 의미는

47) 같은 취지의 홍준형, 환경법특강, 162쪽; 박균성·함태성, 환경법, 251쪽.

48) 2016년부터 시행되는 환경오염피해구제법 제6조 제1항은 “시설의 설치·운영과 관련하여 환경오염피해가 발생한 때에는 해당 시설의 사업자가 그 피해를 배상하여야 한다. 다만, 그 피해가 전쟁·내란·폭동 또는 천재지변, 그 밖의 불가항력으로 인한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 하여 사업자의 환경오염피해에 대한 무과실책임에 관한 규정을 두고 있다.

49) 대법원 2001. 2. 9. 선고 99다55434 판결; 2008. 9. 11. 선고 2006다50338 판결.

50) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다23321 판결.

무엇인가? 그것은 체계정합성의 편의상 유사한 성격의 법률들을 보다 체계적으로 정비하기 위한 입법기술이라고 보아야 할 것이다. 필자로서 그것조차도 과연 필요한지에 대한 의문도 없지 않지만, 기왕에 존재하는 환경정책기본법은 다양한 환경법률들 간의 체계정합성을 확보하는 역할을 해야 할 것이다. 아울러, 환경정책기본법, 저탄소 녹색성장 기본법, 자원순환기본법, 지속가능발전법 간의 관계도 재정비하여 일반 행정법 차원의 전체 기본법에 관한 모델이 되어야 할 것이다.

2. 환경영향평가절차의 공법적 쟁점

환경영향평가법은 행정법 도그마틱 발전의 중심에 있는 법률이다. 그것은 특히 행정소송의 원고적격론과 절차하자론에서 나타난다.

(1) 환경영향평가법과 원고적격

환경영향평가법은 행정소송법의 대표적인 도그마인 원고적격론에서 논의를 촉발시켰던 법률이다.⁵¹⁾ 일본에서도 2004년 일본 행정사건소송법이 개정되면서 많은 논의 끝에 원고적격규정이 개정되었는데, 그 내용은 종래 환경행정관례에서 발전해 온 법리를 성문화한 것이었다.⁵²⁾

우리나라에서도 유사한 상황이 나타난다. 기폭제가 되었던 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누3286 판결은 ‘법률상 이익’의 판단근거로서 절차적 요건에 관한 환경영향평가에 관한 법규도 포함시켜 법률상 이익을 판단하고 있다.⁵³⁾ 그 이후 대법원은 새만금 사건⁵⁴⁾ 등에서 환경영향평가 대상지역 안의 주민들은 특단의 사정이 없는 한 환경상

51) 이와 함께 이른바 위법성건련성(Rechtswidrigkeitszusammenhang) 문제도 환경영향평가법과 관련하여 제기되었다. 이에 대해서는 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 2006, 252쪽 참조.

52) 김현준, “일본의 행정사건소송법 개정과 환경행정소송의 원고적격”, 공법학연구 8-2, 472쪽 이하.

53) 이와 함께 동 판례는 우리나라 행정소송이 객관소송인가, 주관소송인가의 문제를 불리일으켰다. 이 사건에서 위법성의 준거 법규와 원고적격의 근거법규가 일치하지 아니하여 위법성건련성이 부정되어 우리 취소소송이 객관소송적 구조를 가지게 되었다는 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 252쪽. 이에 반대하는 다수의 문헌 가운데 특히 김중권, 제204차 대법원특별소송실무연구회 발표문(2015.7.20.); 김중권, “취소소송에서 계쟁처분의 위법성과 원고적격상의 권리침해의 관련성에 관한 소고”, 법률신문 2017.8.27.

54) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 판결.

의 이익에 대한 침해(우려)가 있는 것으로 사실상 추정되며, 환경영향평가대상지역 밖의 주민이라 할지라도 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는 그 침해(우려)가 있음을 입증함으로써 원고적격을 인정받을 수 있다는 법리를 전개했다. 그리고 이러한 원고적격 확정기준이 된 대상지역은 환경영향평가대상지역에 한정되지 않고, 낙동강취수장사건⁵⁵⁾, 남골당사건⁵⁶⁾ 등에서 널리 환경침해의 영향권 범위 내에 있는 주민들은 법률상 이익이 있음이 추정된다는 법리로 발전하였다. 즉, 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등 사업으로 인하여 환경상 침해를 받으리라고 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우, 그 영향권 내의 주민들에게는 원고적격이 있는 것으로 보게 되었다.⁵⁷⁾ 다만, 영향권 내의 건물·토지를 소유하거나 환경상 이익을 일시적으로 향유하는 데 그치는 사람은 포함되지 않는다고 보고 있다.⁵⁸⁾

그러나 원고적격을 인정받기 위한 환경상 이익은 근거법규 또는 관련법규에 의해 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이어야 한다는 점은 판례가 확고하게 유지하는 바, 이러한 이유로 환경부장관이 자연환경보전법상 생태·자연도 1등급 지역을 2등급 또는 3등급으로 변경한 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다고 보았고⁵⁹⁾, 절대보전지역 변경처분에 대해 지역주민회와 주민들이 환경상 이익 등의 침해를 이유로 제기한 무효등확인소송의 원고적격에 대해서도 이들의 이익이 개별적·구체적·직접적 이익이 아니라는 이유로 부인하였다.⁶⁰⁾ 그리고 자연인이 아닌 수녀원은 환경상 이익을 향유할 주체가 아니라는 이유 등으로 처분의 무효확인을 구할 원고적격이 없다고 판시했다.⁶¹⁾

이와 같이 행정소송론의 중심내용 중 하나인 원고적격론은 환경행정소송 영역에서 주로 문제되어, 일반 행정소송론으로 발전하고 있는 경향이 나타난다.⁶²⁾ 환경행정소

55) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2007두16127 판결.

56) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두6766 판결.

57) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012두24474 판결.

58) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두2825 판결.

59) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두2825 판결.

60) 대법원 2012. 7. 5. 선고 2011두13187 판결.

61) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두2005 판결. 이는 자연인만이 환경권의 주체가 될 수 있다는 종래 통설과 같은 취지라고 볼 수 있는데, 절차적 환경권까지 생각하면 단체의 환경권 주체성을 재검토할 수 있지 않나 생각된다.

송은 행정소송법 발전의 첨병역할을 한다고 볼 만하다.⁶³⁾

(2) 환경영향평가절차의 하자

도창리사격장사건에서 대법원⁶⁴⁾은 환경영향평가를 실시했지만, 환경영향평가의 내용이 부실한 경우에는 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도인지 여부 등을 따져서 그 부실로 인하여 당해 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부 등을 심리하여 그 결과에 따라 처분의 적법 여부를 판단하여야 하지만⁶⁵⁾, 이에 실시 자체를 하지 않은 경우에는 해당 처분을 무효로 보고 있다. 요컨대, 환경영향평가의 불실시는 무효이며, 부실은 실체적 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소가 된다. 이러한 판례의 태도에 대하여, 불실시와 부실 모두 절차적 문제라는 점을 전제로, 불실시의 경우에도 부실의 경우와 마찬가지로 접근해야 한다는 견해가 있다.⁶⁶⁾ 이는 절차의 본질에 관해서는 ‘절차봉사설’과 ‘절차고유가치설’ 가운데 후자에 치중하고 있는 판례와 다수설을 비판하며, 절차상 하자를 이유로 한 취소판결의 기판력이 그 뒤 절차를 밟아 동일처분을 하는 것을 저지하지 못하는 이상⁶⁷⁾ 법원으로서도 소송경제까지 함께 고려하여 절차하자에 과도한 비중을 두어서는 안 된다는 주장이다.⁶⁸⁾ 이러한 입장은 일반 행정절차법 논의에서도 주장되고 있는데⁶⁹⁾, 행정의 효율성과 소송경제를 고려할 때 설득력이 있는 견해라고 생각된다. 다만, 판례를 선해(善解)한다면, 환경영향평가에 관한 다수의 판례에서 제시되고 있는 ‘그

62) 환경행정소송의 원고적격에 관한 다수의 문헌 가운데에서 특히 홍준형, 환경법특강, 250쪽 이하 참조.

63) 독일에서 오르투스협약 등의 영향으로 인한 환경행정소송법에서의 변화가 행정소송법 개혁의 계기가 되고 있다는 논의로는 Pernice-Warneke, “Verwaltungsprozessrecht unter Reformdruck”, DÖV 2017, 846.

64) 대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결.

65) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003두12073 판결. 같은 취지의 대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결. 이러한 판례의 입장이 너무 엄격하다는 견해로는 박군성, “환경영향평가의 하자과 사업계획승인처분의 효력”, 행정판례연구 7, 2002, 380쪽; 김홍균, 환경법, 610쪽.

66) 김중권, “환경영향평가가 결여된 행정행위의 효력에 관한 소고”, 저스티스, 379쪽.

67) 대법원 1987.2.10. 선고 86누91 판결 참조.

68) 김중권, 앞의 논문, 379쪽.

69) 정하중, 행정법개론, 2017, 385쪽.

부실로 인하여 당해 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부 등을 심리하여 그 결과에 따라 처분의 적법 여부를 판단'함으로써 행정절차 하자법리의 발전에 기여할 수 있다고 볼 수 있다. 향후 원고의 입장에서는 환경영향평가서의 부실로 인하여 재량권의 일탈·남용의 결과를 가져왔다는 주장이 필요할 것이고, 이와 관련하여 법원은 직권에 의한 증거조사 및 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대한 적극적인 판단을 할 것이다(행정소송법 제27조 참조).

그런데, 문제를 조금 더 생각해 보자.

환경영향평가 절차를 거치지 않은, 또는 부실한 환경영향평가를 거친 사업자에 대한 행정청의 승인에 대한 통제에만 착안하는 접근방법은 문제가 없는가? 즉, 이러한 일련의 절차에 개입된 주체들의 구체적인 행동은 전혀 고려하지 않은 채, 단지 승인 '처분'이라는 극히 추상적으로 파악된 결과로서의 한 단면만을 법원에서 판단하는 것은 괜찮은가? 이와는 달리, 행위자의 행동, 그 상호작용, 그 작용의 목적에 맞추는 접근방식은 어떠한가? 사후적 판단이 아니라 사전적으로(ex ante) 그 완성에 주안점을 두면서, 최종처분의 통제에만 천착하지 않고 작용 그 자체에 초점을 맞추는 방법론은 어떠한가?⁷⁰⁾

때로 환경법학자들이 환경영향평가 절차하자에 대하여 보는 시각과 행정법학자들의 시각과는 현격한 차이가 있는 점은 매우 흥미로운 부분이다.⁷¹⁾ 사실 법원의 판례나 기존의 행정법이론에 비추어볼 때 다소 무리일 수 있는 주장을 환경법의 차원에서 제기하는 문제상황의 근거에는 근본적으로 현행 방법론에 대한 한계를 토로하는 면도 있지 않나 생각된다. 환경영향평가와 관련해서는 사업자가 환경영향평가를 제대로 하고, 환경부는 이를 제대로 평가하고, 승인행정청은 이러한 복합적인 사정을 종합적으로 고려하여 사업승인여부를 판단하여야 할 것이다. 그런데 현행법의 틀에서는 오직 승인처분의 위법성 여부만을 문제삼는다. 복잡한 과정의 환경영향평가절차는 이러한

⁷⁰⁾ 이러한 2가지 방법론은 Christian Bumke가 발전시킨 '법작용중심의 관점'(Rechtsaktbezogener Ansatz)과 '행동중심의 관점'(Verhaltensbezogener Ansatz)이라는 개념이다. 이에 대해서는 Bumke, *Relative Rechtswidrigkeit*, 255쪽 이하; Schmidt-Aßmann, 앞의 책, 14쪽 참조.

⁷¹⁾ 환경영향평가법상의 '협의'에 대한 처분성을 다루는 입장(김홍균, 환경법, 157쪽; 김홍균, "환경영향평가와 사법심사", 법조 53-6, 2004, 13쪽; 이순자, "환경영향평가법상 협의에 대한 고찰", 환경법연구 34-3, 2012, 87쪽 이하)은 현행 판례나 기존의 행정법학에서는 받아들이기 쉽지 않는 어려운 주장일 것이다. 이러한 배경에는 환경영향평가에 대한 보다 구체적인 상황에 대한 고려를 바탕으로 현실적 문제를 타개해 보려는 의도가 작용하지 않았을까 추측된다.

승인처분의 위법성의 한 요소인 절차적 하자일 뿐이다. 전통적으로 우리의 법적 관심은 오직 최종적인 단면인 승인처분의 위법/적법에만 있을 뿐이다. 당연한 것으로 받아들일 수 있는 이러한 법학방법론이 과연 환경법 현실에 맞는, 올바른 것인가?

3. 환경행정처분과 사인의 권리·의무의 승계

환경법학에서 많은 관심을 모았던⁷²⁾ 화선키메탈사건에 대한 대법원판례⁷³⁾는 행정법학에서도 정립되어야 하는 법리를 담고 있다. 이 판결에서 대법원은 “S은행이 ①소의 H회사에 대하여 대출하고 근저당권설정등기를 경료한 후, 위 회사가 부도나자 근저당권 실행을 위한 경매를 신청하여 공장에 납, 주석 등 당해 특정폐기물 중 일부가 야적·매립, 방치되어 있는 상태에 있는 공장용지 등을 경락받았고, 나아가 ②당해 특정폐기물 중 일부를 배출하여 공장에 야적, 방치하였으며, 그로 인하여 인근 상수원 등에 중대한 위해가 발생할 우려가 있다면, S은행이 당해 특정폐기물의 처리를 한 자에 해당한다.”⁷⁴⁾고 판시했다. 이 사건에서 법원이 원고인 S은행의 폐기물처리명령의 취소를 구하는 소를 기각했는데, 그 이유는 S은행이 직접 배출한 책임부분인 ②와 함께, S은행이 경락인으로서 책임의 승계인이 되었다는 ①에 기인한다. 즉, ②문제를 별론으로 한다면, H회사의 폐기물관리법상 의무가 S은행에게 승계되었기 때문에 S은행은 책임을 지게 된 것이다.

환경법에서 이러한 공법상 의무의 승계에 관한 규정은 ‘권리·의무의 승계’(환경영향평가법 제56조의2), ‘행정처분의 효과의 승계’(동법 제59조의2) 등과 같은 표제하에서 많이 찾아볼 수 있다. 이러한 “승계규정은 방치되는 폐기물의 발생을 예방하기 위하여 오염원인자 책임원칙을 확장한 것으로서 위와 같은 인수자가 사업장폐기물배

72) 조홍식, “토양환경침해에 관한 법적 책임”, 환경법연구 20, 1998, 322쪽은 “양수인이 양수 당시에 토양오염 여부를 알았는지 여부”를 중시하고 있다. 이와 관련하여, 양수인의 주관적 사정으로 공법상 책임이 좌우된다는 것은 의문이라는 견해도 있다(김홍균, 환경법, 618쪽). 이 사건에서 원고가 최저경락 가격의 40%에 불과한 가격으로 매수하여 오염정화비용을 부담하는 것이 형평에 부합한다는 생각이 작용하였을 것으로 볼 수 있다(이러한 취지의 조홍식, 판례환경법, 2012, 497쪽). 이처럼 법원은 승계책임을 인정하면서, 제반사정을 종합적으로 고려했겠지만, 공법상 책임의 승계가 성립하는데 승계인의 주관적 사정을 반드시 고려할 필요는 없지 않나 생각된다.

73) 대법원 1997. 8. 22. 선고 95누17724 판결.

74) ①, ②표시 및 밑줄은 필자에 의한 것임.

출자의 공법상 권리·의무를 승계한다는 취지일 뿐이고, 이로써 사업장폐기물배출자의 사법상 권리·의무까지 당연히 승계되는 것은 아니라고 보아야”⁷⁵⁾하는 공법상 의무 승계라는 성질을 가지고 있다.

이는 행정법학에서 ‘공의무의 승계’, 그 처분의 효력이 침익적인 경우 ‘제재(사유)의 승계’, 더 나아가 ‘경찰책임의 승계’, 또는 권리승계까지 포함하는 개념으로 ‘행정법관계의 승계’⁷⁶⁾라는 이름으로도 논의되고 있다. 이러한 책임의 성립에 대해서는 ①승계가능성(승계적격성)과 ②승계요건의 문제로 나누어볼 수 있다.⁷⁷⁾ ①의 경우 일신전속성이 있는 대인적 행정행위와는 달리⁷⁸⁾ 대물적 행정행위의 효과는 이전 또는 상속이 인정된다고 본다. ②의 문제는 기본권제한이 수반되는 것으로서 법률유보문제에 귀착된다. 요컨대, 대물처분이면서, 승계효과에 관한 명문의 규정이 있어야 피승계인에 대한 제재사유가 승계인에게 이전된다고 할 수 있다. “수질보전법 제49조의3⁷⁹⁾이 정한 ‘공장 또는 사업장 등을 양수한 자’에 경매를 통하여 공장 또는 사업장 등의 소유권을 이전받은 사람은 포함되지 않는다.”는 대법원판례⁸⁰⁾ 역시 이러한 입장에서 이해할 수 있다.

환경법상 권리·의무승계에 관한 또 다른 예는 폐기물관리법 제17조 제6항, 제7항⁸¹⁾, 그리고 동법 제33조의 규정이다. 이와 관련하여, 동법 제17조 제6항, 제7항의 규정과 동법 제33조의 규정 간에는 애매한 표현이 있어 중복의 우려가 있다는 주장이

75) 대법원 2002. 10. 22. 선고 2002다46331 판결.

76) 김중권, 행정법, 117쪽; 정하중, 행정법개론, 1113쪽.

77) 김중권, 위의 책, 117쪽.

78) 가령 대법원 2006. 12. 8. 자 2006마470 결정은 건축법상의 이행강제금 납부의무는 상속인 등에게 승계될 수 없는 일신전속적인 성질의 것이므로 이미 사망한 사람에게 이행강제금을 부과하는 내용의 처분이나 결정은 당연무효라고 판시한다.

79) 현행 수질및수생태계보전법 및 2018. 1. 1.부터 시행되는 물환경보전법에서도 제49조의3에 해당하는 규정이다. 마찬가지로 “공공폐수처리시설 설치 부담금의 징수대상이 되는 공장 또는 사업장 등을 양수한 자는 당사자 간에 특별한 약정이 없으면 양수 전에 이 법에 따라 양도자에게 발생한 공공폐수처리시설 설치 부담금에 관한 권리·의무를 승계한다.”라고 하여 ‘양수인’의 승계만을 규정하고 있는데, ‘경락인’ 등을 제외한 이유, 더 나아가 양수인과 같은 특정승계인의 승계를 규정하면서, 상속인이나 합병회사와 같은 포괄승계인의 승계를 제외한 이유는 대단히 의문스럽다. 어쨌든 승계요건으로 법률유보가 요청되기 때문에 이 사안에 관한 대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두12672 판결은 타당하다고 생각된다.

80) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두12672 판결.

81) 2017. 10. 19.부터 시행되는 현행 폐기물관리법에서는 제17조 제8항, 제9항에 해당하는 규정이지만, 인용의 편의상 제17조 제6항, 제7항으로 나타낸다.

있다.⁸²⁾ 특히 동법 제33조의 ‘허가 등에 따른 권리·의무’의 의미가 불명확하다고 비판한다.⁸³⁾

그러나, 동법 제17조 제6항, 제7항은 사업장폐기물배출자인 피승계인과 그 승계인(양수인, 상속인 등) 간의 승계에 관한 규정이며, 동법 제33조는 폐기물처리업자 등인 피승계인과 그 승계인 간의 승계에 관한 규정이다. 각각의 피승계인의 권리·의무의 내용이 서로 다르고, 이에 따라 승계되는 권리·의무의 내용이 다르기 때문에 양 규정의 구분은 명확하다고 할 것이다. 또한, 허가와 같은 ‘처분’의 효과란 곧 처분상대방의 권리·의무의 직접적이고 구체적인 변동이므로 ‘처분효과의 승계’와 ‘허가 등에 따른 권리·의무의 승계’는 대체로 같은 의미라고 생각된다.

그리고 이러한 승계규정은 공법상 권리·의무규정임을 분명히 할 필요가 있다. 가령 동법 제17조의 사업장폐기물을 배출하는 사업자는 채권·채무의 양도 등과 관련된 민법이나 상법의 규정의 적용을 받게 됨은 물론이다. 그러나 이러한 민·상법에 따라 양수인이 양도인에 대하여 지는 채무는 폐기물법상의 권리·의무의 승계문제와는 무관한 것이다. 전술한 사업장폐기물배출자의 사법상 권리·의무까지 당연히 승계되는 것은 아니라고 본 대법원판례⁸⁴⁾는 이 점을 명확히 하는 의미도 있다.

다만, 입법론으로서 정비가 필요하다고 보는 부분은 폐기물관리법에서 규정하는 다양한 승계유형을 포괄승계와 특정승계(개별승계)로 구분하여 양자의 차이를 둘 필요가 있다는 점이다. 가령 동법 제17조 제6항은 승계사유로서 양도, 상속, 합병을, 제7항은 민사집행법에 따른 경매, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 따른 환가(換價), 국제정수법 등에 따른 압류재산의 매각을 들고 있으나, ‘포괄승계’로서 유사한 성격을 가진 상속과 합병을 함께 규정하고, ‘특정승계’인 양도, 경매, 환가, 압류재산의 매각을 함께 규정하여, 필요한 경우 양자(포괄승계와 특정승계) 간에 승계요건의 차이를 두어야 할 것이다.

기타 대부분의 환경법률에서도 흔히 찾아볼 수 있는 승계규정도 주로 <상속인, 합병회사, 양수인>과 <경락인, 환가에 따른 인수인, 압류재산 매각에 따른 인수인>으로 구분하고 있는데, 이는 <상속인, 합병회사>과 <양수인·경락인, 환가에 따른 인수인,

82) 김홍균, 환경법, 603-607쪽.

83) 위의 책, 607쪽.

84) 대법원 2002. 10. 22. 선고 2002다46331 판결.

압류재산 매각에 따른 인수인>의 구분으로 재조정하는게 바람직할 것이다.

4. 토양환경보전법 등에서의 공법상 환경책임

토양환경보전법에서 토양정화책임을 규정함으로써 행정법각론의 한 부분에서 그다지 실무와 무관하게 자리잡고 있었던 경찰책임론은 빛을 발하게 되었다. 물론 이와 관련해서는 많은 논의와 쟁점별 찬반양론도 없지 않다. 필자는 토양정화책임을 토양손해배상책임과 구분해야 하며, 이에 따라 오염원인자라는 용어대신에 정화책임자 등의 용어가 적절하다는 제언을 공·사 환경책임론을 바탕으로 전개한 바가 있지만⁸⁵⁾, 이러한 독일법과의 비교검토를 바탕으로 한 주장이⁸⁶⁾ 그 후 헌법재판소의 헌법불합치 결정⁸⁷⁾을 거치면서 새로운 법률에서 실정법화되리라고는 생각하지 못한 일이었다.⁸⁸⁾

토양환경보전법상 손해배상책임과는 (그 근거를 어떻게 보건) 성질이 다른 공법적 성격의 토양정화책임을 법리를 도출한 것은 환경법학자들이 공법학에 크게 기여한 부분이라고 생각된다. 이러한 토양정화책임을 경찰책임인지 여부, 그 중에서도 특히 상대책임과 관련된 문제, 책임승계문제, 소급효가 예외적으로 인정되는 경우의 문제 등은 앞으로도 계속해서 논의되어야 할 것이다. 후속논의가 여전히 필요한 토양환경보전법의 여러 쟁점에 관한 논의는 환경법의 고유한 법리로 발전하게 될 것임은 물론이거니와, 행정법과 헌법에도 중대한 영향을 미쳤고, 앞으로도 미칠 것임이 분명하다.

85) 김현준, “토양정화책임 -토양환경법 제10조의3에 대한 비판적 검토”, 공법연구 34-2, 2005, 187-211쪽.

86) 독일의 법제에 대해서는 김현준, “독일 연방토양보호법상의 정화의무자”, 환경법연구 27-3, 2005, 133-155쪽. 독일에서의 분쟁사태에 대해서는 박종원·김현준, 토양정화책임 관련 분쟁사례 분석, 114-147쪽.

87) 헌법재판소 2012. 8. 23. 자 2010헌바28 결정; 2012. 8. 23. 자 2010헌바167 결정

88) 이는 많은 환경법학자들의 논의 결과라고 할 수 있지만, 토양환경보전법의 개정에 있어서 각계 전문가들의 충지를 모으고, 법률의 개정으로 이끄는 데에는 토양환경보전법 개정작업의 연구과제를 책임수행했던 박종원 교수(부경대)의 역할이 결정적이었다. 이에 대해서는 박종원 외, 토양정화책임 명확화를 위한 제도개선방안 연구, 한국법제연구원/한국환경공단, 2013. 이러한 작업결과가 반영된 박종원, “2014년 개정 「토양환경보전법」에 따른 토양정화책임조항에 대한 평가와 전망”, 환경법연구 36-1, 2014, 299-341쪽; 박종원, “복수의 토양정화책임자와 정화조치명령 대상자의 선택 - 2015년 개정 「토양환경보전법 시행령」 제5조의3의 해석과 평가 -”, 환경법연구 36-2, 2015, 1-25쪽 참조.

5. 대기·수질·소음 환경행정법관계에서의 행정개입청구권

행정법학에서 다소 추상적으로⁸⁹⁾ 등장하는 무하자재량행사청구권 및 이와 관련된 행정개입청구권의 문제는 환경법의 영역에서 매우 실감나게 볼 수 있다. 가령 대기환경보전법에서의 배출허용기준⁹⁰⁾을 어긴 사업자(A)에 대한 처분이 인근주민(B)과 같은 제3자에게도 영향을 미치는 경우, 인근주민은 사업자에 대한 일정한 규제처분을 관할행정청(C)에게 요구할 수 있는지가 문제된다. 이때 인근주민(B)의 규제개입청구권의 근거로 삼을 수 있는 규정은 대기환경보전법 제33조(개선명령), 제34조(조업정지명령 등)에서 볼 수 있는 바와 같이 대부분 재량규정이다.⁹¹⁾ 이처럼 근거규정의 재량성으로 인하여 B는 C에 대하여 원칙적으로 무하자재량행사청구권을 행사할 수 있지만, 대기오염으로 인하여 인근주민의 생명·신체가 위협받는 경우와 같은 '재량권의 수축' 상황에서는 무하자재량행사청구권이 행정개입청구권으로 변하게 된다. 그리고 이러한 권리의 실현은 의무이행소송이 없는 우리나라 행정소송 현실상 거부처분에 대한 취소소송을 통하여 이루어져야 하지만, 제3자의 신청권을 부인하고 있는 대법원⁹²⁾의 입장에 따르면 이러한 행정소송의 제기는 소송요건단계에서 '거부처분'의 성립부터 충족하지 못하여 소의 각하로 끝나버릴 가능성이 매우 크다.

이처럼 행정개입청구권은 의무이행소송이 인정되지 않는 우리나라 행정소송체계에서는 결정적인 한계점을 안고 있지만, 신청권법리가 필요 없는 국가배상소송체계에서는 이러한 제약이 없다. 대표적 사례인 낙동강 수질오염에 대한 위자료청구사건에서 대법원⁹³⁾은 이른바 사익보호성의 부재를 이유로 원고의 소를 기각했지만, 이러한

89) 여기서 '추상적'이란 우리 판례에서 아직 '무하자재량행사청구권', '행정개입청구권'이라는 용어가 직접 거론된 바가 없고, 그 내용상으로도 이러한 권리에 관한 문제라고 언급되는 판례는 극소수에 불과하다는 의미에서 붙인 표현이다.

90) 수질 및 수생태계보전법상 배출허용기준 또는 소음·진동관리법상 배출허용기준을 어긴 경우와 똑 같은 문제이다.

91) 그밖에, 수질·수생태계보전법 제34조, 제39조, 소음·진동관리법 제15조(개선명령), 제16조(조업정지명령 등), 토양환경보전법 제15조(토양오염방지 조치명령 등) 등 행정개입청구권의 근거가 될 수 있는 수많은 조항들을 환경법률에서 찾을 수 있다.

92) 대법원 2006. 6. 30. 선고 2004두701 판결; 대법원 1999. 12. 7. 선고 97누17568 판결. 다만, 이른바 '조리상 신청권'의 인정을 기대해 볼 수 있게 하는 판례로는 서울행법 2005. 2. 4. 선고 2001구합33563 판결.

93) 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결.

내용의 행정개입청구권이 인정될 수 있는 사례에서는 공무원의 권한불행사가 위법한 것으로 국가배상책임을 인정될 수 있다.⁹⁴⁾

이상과 같은 무하자재량행사청구권, 행정개입청구권은 환경사법액세스권을 바탕으로 이미 해석론상으로 인정되어야 하는 의무이행소송을 통해 실현되어야 한다. 의무이행소송의 이용이 현실적으로 여의치 않다면, 다소 궁색하지만 ‘조리상’ 신청권의 적극적 해석을 통한 거부처분취소소송의 이용을 기대할 수 밖에 없을 것이다. 한편 환경규제권한 불행사에 대한 국가배상청구사건에서는 이러한 행정개입청구권의 법리를 보다 적극적으로 활용할 필요가 있다고 생각된다.

6. 공공의 영조물로 인한 소음피해와 국가배상, 그리고 유지청구(?)

(1) 공공의 영조물의 설치·관리의 기능적 하자

환경상 이익침해에 관한 민사상 손해배상청구를 위해서는 민법 제750조(고의·과실의 요건에 관해서는 환경정책기본법 제44조)와 함께 민법 제758조를 원용할 수 있는 점과 마찬가지로, 환경상 이익침해로 인한 국가배상청구를 위해서는 국가배상법 제2조와 함께 국가배상법 제5조를 원용할 수 있다. 환경사건에서 국가배상법 제2조의 적용은 주로 환경침해기업에 대한 국가·지방자치단체의 규제권한발동의 부작위를 다루는 사안임에 비하여, 국가배상법 제5조의 적용은 이른바 ‘기능적 하자’에 관한 사건이 대부분이다. 이 ‘기능적 하자’의 법리는 다름이 아닌 환경사건에서 발전된 것이다. 가령, 매향리사건에 관한 대법원판례⁹⁵⁾에 따르면, 국가배상법 제5조 제1항에 정하여진 ‘영조물의 설치 또는 관리의 하자’라 함은 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우까지 포함된다.⁹⁶⁾

⁹⁴⁾ 환경사건은 아니지만, 경찰관의 권한불행사의 위법성(대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다20427 판결), 소방공무원의 권한불행사의 위법성(대법원 2016. 8. 25. 선고 2014다225083 판결)을 인정한 판례는 환경국가배상청구소송에 대한 전망을 밝게 한다. 이와 관련된 종래 판례에 대한 비판적 검토로는 김현준, “규제권한 불행사에 의한 국가배상책임의 구조와 위법성 판단기준 - 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다77795 판결”, 행정판례연구 11-1, 2011 참조.

⁹⁵⁾ 대법원 2004. 3. 12. 2002다14242 판결.

⁹⁶⁾ 대법원 2007. 10. 26. 선고 2005다51235 판결; 2001. 7. 27. 선고 2000다56822 판결.

(2) 공공의 영조물로 인한 환경침해와 유지청구

그런데, 이때 유지청구⁹⁷⁾는 어떠한가?

우리나라에서 민사법의 논의대상인 유지청구를 행정법에서 이러한 용어와 함께 논의하는 경우는 찾아보기 어려운데, 행정소송론에서 다루는 ‘예방적 금지’소송이 이러한 유지청구의 의미를 담고 있다고 할 수 있다.⁹⁸⁾ 다만, 민법에서의 방해의 ‘배제’와 ‘예방’의 구분과는 비교할 수 없을 정도로, 행정소송법에서는 일종의 방해배제소송이라 할 수 있는 취소소송과 방해예방소송이라 할 수 있는 예방적 금지소송의 차이가 큰데, 이는 행정청의 1차적 판단권을 중시하는 행정소송의 특질에 기인하는 것이라 생각된다.

여기서는 국가배상법 제5조가 적용되는 공공의 영조물로 인한 환경침해에 있어서 공법상 유지청구권은 실현될 수 없는가의 문제를 제기하고자 한다. 법원에서도 거의 같은 법리를 적용하고 있는 민법 제758조와 국가배상법 제5조의 적용사안에 있어서, 전자의 경우 통상적으로 유지청구소송을 병행하고 있지만⁹⁹⁾, 후자의 경우 그 방해의 배제 또는 예방을 구하는 청구를 제기한 경우는 찾아보기 쉽지 않다. 가령, 공공의 영조물의 설치·관리에서의 환경상 이익 침해가 문제가 되었던 매항리사격장사건¹⁰⁰⁾, 웅천사격장사건¹⁰¹⁾, 김포공항 항공기소음사건¹⁰²⁾, 대구K2공군기지 항공기소음사

97) 우선 학계에서 일반적으로 사용되고 있는 용례인 ‘유지청구’라는 용어가 최근 대법원에서 명시적인 언급을 자제하고 있다는 인상을 주고 있다. 이 유지청구가 일본식 용어라고 생각하는 경우가 많지만, 일본에서는 이러한 의미로 差止(차지, さしとめ)라는 용어를 쓰고 있어, 우리의 일상에서는 사용되지 않는 ‘유지’(留止)의 출처가 의문스러운 면이 있다. 그러나 이미 실정법률(상법 402조, 424조, 제564조의2)에서, 그리고 경인고속국도사건에 관한 2007.6.15. 선고 2004다37904, 37911 판결에서 유지청구라는 용어를 사용한 바 있다. 최근 대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결에서는 이를 ‘방지청구’라고 부르고 있는데, 이때 ‘방지’를 ‘방어’(Abwehr)의 의미로 새긴다면 이는 적절한 용어라고 생각된다. 이와 관련하여, 제거와 예방을 포괄하는 용어로서 방어청구권을 주장하는 전경운, 환경사법론, 2009, 45-46쪽 참조. 유지청구권의 의의 및 구분 개념에 관해서는 김현준, “환경상 이익 침해에 대한 민·행정법상 유지청구권”, 환경법연구 37-2, 106-110쪽.

98) 가령, 일본에서는 민사법에서는 差止請求, 행정소송법에서는 우리의 예방적 금지소송에 해당하는 差止訴訟을 이야기한다.

99) 가령, 고속국도로 인한 환경상 이익 침해가 있을 때 민법 제758조에 의한 손해배상청구와 함께, 방음벽 설치를 요구하는 유지청구를 하는 경우(대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904, 37911 판결).

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

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

건¹⁰³⁾에서는 공히 손해배상청구만 다투어졌지 유지청구는 문제되지 않았다. 다만, 항공헬기 비행의 금지 등을 구하는 방지청구소송을 (법원이 원고측 주장을 받아들이지는 않았지만) 민사소송의 형태로 인정한 충북지방경찰청 항공헬기 소음사건에 관한 대법원판례¹⁰⁴⁾는 매우 흥미롭다.

이는 행정소송법상 이러한 권리를 실현할 수 있는 행정소송유형이 있느냐의 문제와 밀접한 관련이 있는데, 처분 또는 비처분의 예방적 금지를 구하는 소송의 활용 여부, 그리고 이러한 행정소송과 민사소송과의 관계가 중요한 쟁점이 될 것이다. 앞서 본 효율적이고 빈틈없는 권리구제의 필요성이 헌법적 차원에서 요청된다는 점을 이와 관련하여 유념해야 함은 물론이다.

7. 폐기물관리법, 자연환경법에서의 공법상 계약 및 비공식 행정작용

(1) 공법상 계약

환경행정작용으로서 공법상 계약의 의미는 그것이 행정행위를 대신하는 경우에 두드러지게 나타날텐데, 이를 통해 환경법상 협동의 원칙을 실현하게 될 것이다. 독일의 행정절차법과 같은 공법상 계약에 관한 일반규정이 없는 우리나라에서 특히 권력행정의 영역에서는 법률의 근거 없이도 공법상 계약이 자유로이 성립될 수 있는지에 대해서는 근거필요설, 제한적 인정설, 근거불필요설의 학설이 대립된다.¹⁰⁵⁾ 그 이론적 당부는 별론으로 하고, 실정법률에서 공법상 계약의 근거가 있다면 공법상 계약이 성립할 수 있음은 물론이다. 예컨대, 생물다양성관리계약에 관한 「생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률」에서는 환경부장관은 해양을 제외한 멸종위기 야생생물의 보호를 위하여 필요한 지역, 생물다양성의 증진이 필요한 지역, 생물다양성이 독특하거나 우수한 지역을 보전하기 위하여 토지의 소유자·점유자 또는 관리인과 경작방식의 변경, 화학물질의 사용 감소, 습지의 조성, 그 밖에 토지의 관리방법 등을 내용으로

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

103) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2007다74560 판결.

104) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2013다71098 판결. 이 판결에 대해서는 近刊의 별고에서 검토하고자 한다.

105) 이러한 논의에 대해서는 김철용, 행정법, 246-247쪽 참조.

하는 생물다양성관리계약을 체결하거나 관계 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장에게 생물다양성관리계약의 체결을 권고할 수 있다는 규정을 두고 있으며(제16조 제1항), 그 계약의 이행으로 인해 해당 토지에서 수익이 감소된 자에 대한 실비 보상(동조 제2항), 그 계약을 해지하려는 등의 경우 3개월 이전에 통보할 의무(동조 제3항)까지 규정하고 있다.¹⁰⁶⁾

또한 폐기물관리법 제13조 제2항에 따라 특별자치시장 등은 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 생활폐기물의 수입·운반·처리를 대행하게 할 수 있다. 이 역시 공법상 계약의 일종으로 보아야 할 것이며, 여기서의 대행업자는 행정법관계에서 행정임무를 자기책임 하에서 수행하는 것이 아니라 순수한 기술적인 집행만을 한다고 보아야 하므로 행정보조인의 지위를 가질 것이다.¹⁰⁷⁾

앞서 본 행정개혁론의 관점에서 행정계약이나 민관협력은 행정행위와 병렬적으로 행정법 이론체계에 위치할 정도로 행정행위론이 가지는 수직적 법률관계에 대한 변화 필요성이 강조되기도 한다.¹⁰⁸⁾ 이러한 변화의 바람이 가장 먼저 불어야 하는 곳은 다름 아닌 환경법영역일 것이다. 그리고 환경법에서 시작된 바람을 행정법에서도 볼 수 있으리라 기대한다.

(2) 비공식적 행정작용과 환경법

오염배출업체와 국가·지방자치단체 간에 체결되는 ‘자발적 환경협약’ 또는 일본에서와 같은 ‘공해방지협정’의 법적 성질을 두고 공법상 계약이나 비공식적 행정작용이 논의되는 경우가 있지만, 이는 단적으로 말할 수 없고, 그 협약이나 협정의 내용에 따라서 그 법적 성질을 결정할 수 있다. 요컨대 당사자를 법적으로 구속하는 내용이 포함되어 있으면 공법상 계약, 그렇지 않고 법적 구속력이 없는 신사협정의 성격을 가지는 것이면 ‘비공식 행정작용’이 될 것이다. 환경법영역에서 ‘자발적 환경협약’이 주로 비공식적 행정작용의 형식으로 작동하고 있는데, 이는 행정법의 행위형식론에서

106) 1997. 8월 자연환경보전법 개정으로 처음 신설된 이 제도에 대해서는 2013.3.22. 법률 제11671호에 의하여 자연환경보전법이 일부개정되기 전까지는 자연환경보전법 제37조에서 규정하고 있었다.

107) 정하중, 행정법개론, 61쪽.

108) 오토마이어의 법학방법론의 본질적 문제점에도 불구하고 결코 극복의 대상이 아니라는 김성수, “오토 마이어 -행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가?”, 공법연구 45-2, 252쪽 참조.

비공식적 행정작용 정립에 기여할 것으로 생각된다. 예를 들면, 「자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률 시행규칙」 제4조 및 환경부의 「1회용품사용줄이기 자발적협약 운영지침」에 따라 이루어지는 자발적 환경협약이 있다. 이는 규범대체형 환경협약에 다가가 질서법적 수단이 결합된 형태로 볼 수 있다.¹⁰⁹⁾

행정법 교과서에서 볼 수 있는 강학상의 비공식 행정작용은 그다지 실감나지 않음에 비하여, 환경법실무에서는 다양한 유형의 비공식 행정작용이 이루어지고 있음을 알 수 있다. 환경행정법에서의 법리가 일반행정법에 기여할 수 있는 경우가 분명하다.¹¹⁰⁾

8. 기타

이상과 같은 환경법률 이외에도 환경법과 행정법이 교차되는 중요한 쟁점이 많음은 물론이다. 배출권거래법 등 기후보호법, 재생에너지법 등 환경에너지법, 원자력법, 그리고 2013년¹¹¹⁾ 이후 제정되었던 혁신적 환경법, 즉 화학물질의 등록과 평가 등에 관한 법률, 화학물질관리법(2013년 제정), 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률(2014년 제정), 환경오염시설의 통합관리에 관한 법률(2015년 제정), 자원순환기본법(2016년 제정)에 대한 공법적 쟁점은 여기서는 다루지 못했지만, 특히 중요한 의미를 가질 것이라고 생각된다.

109) 이에 대한 상세는 김현준, “자발적 환경협약”, 환경법연구 29-1, 2007, 25쪽 참조.

110) 이에 대한 환경법 차원의 연구로 김연태, “환경행정에 있어서 비공식적 행정작용으로서의 협상”, 공법연구 23-3, 1995, 233쪽 이하; 송동수, “환경행정법상 새로운 행정작용형태”, 환경법연구 22, 2000, 537쪽 이하; 강재규, “환경보호협약의 가능성과 법적 과제”, 저스티스 70, 2002/12, 269쪽 이하; 이비안, “배출권거래제도에서 자발적 협약의 필요성”, 법학연구 47-2, 2007, 219쪽 이하.

111) 이러한 혁신입법의 제정이 시작되었던 2013년을 환경법역사에서의 하나의 전기로 파악하는 홍준형, 환경법특강, 29쪽 이하.

V. 맺음말 - 환경입헌주의를 바탕으로 한 환경법 도그마틱의 정립

40년 전 한국환경법학회 창립으로 본격적인 학문적 토대를 갖추어 온 환경법학은 이제 불혹(不惑)의 연륜에 맞는 건고한 환경법 도그마틱을 정립해 가야 할 때라고 생각된다. 환경법학이 고유한 학문성을 갖추기 위해서는 무엇보다 그 도그마틱의 정립이 필요하기 때문이다. 통상 법도그마틱이라는 용어가 비(非)실용성의 어감(語感)을 주기도 하지만, 여기서 법도그마틱은 실무나 사회현실과 유리된 개념법학으로서의 도그마틱이 아니다. 환경법 도그마틱 발전이 행정청과 법원의 일상적 법 적용에서 이루어지며, 학문적 성찰을 통해서도 나타나는 것이다.¹¹²⁾ 법해석보다는 법정립을 지향하고, 환경법을 자기완결적인 체계로서 보는게 아니라, 법의 배후에 있는 윤리적·정치적·경제적 요소를 포함시키는 환경법 고유의 법체계가 여기서의 환경법 도그마틱이 될 것이다.

공법학에 많은 바탕을 두면서도 환경법영역에서의 논의를 통하여 공법학의 발전에 기여해왔던 환경법학은 환경입헌주의의 확립을 통하여 (환경)헌법학에 기여하며, 새로운 환경법 도그마틱의 발전을 통하여 행정법학에 기여할 수 있고, 하여야 할 것이다. 이러한 환경법학 발전의 중심에 환경권이라는 몸에 꼭 맞는 멋진 옷을 입고서, 중년의 중후한 자태를 과시할 한국환경법학회가 있으리라 믿어 의심치 않는다.

논문투고일 : 2017. 10. 23. 심사일 : 2017.11. 4. 게재확정일 : 2017. 11. 17.

¹¹²⁾ Schmidt-Aßmann, 앞의 책, 1쪽 참조.

참고문헌

- 강재규, “환경보호협약의 가능성과 법적 과제”, 저스티스 70, 2002/12, 269-288쪽.
- 고문현, “환경헌법의 바람직한 규정형태”, 환경법연구 26-3, 2004, 1-24쪽.
- 김기수, “공해의 사법적 구제의 방향과 상린관계법적 구성”, 환경법연구 1, 1979, 116-143쪽.
- 김남진, “행정법의 종말론과 재생론”, 제4회 한국행정법학회 연합학술대회(2015. 3. 27) 자료집.
- 김남진, “환경오염과 행정구제”, 환경법연구 1, 1979, 101-115쪽.
- 김백유, “한국의 환경권에 대한 해석과 현실문제”, 성균관법학 17-1, 101-146쪽.
- 김상겸, “환경국가와 환경영향평가제도” 환경법연구 25-1, 2003, 1-25쪽.
- 김성수, “독일의 新思潮 행정법학 사반세기”, 강원법학 51, 2017, 321-353쪽.
- 김성수, “오토 마이어 - 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가?”, 공법연구 45-2, 231-255쪽.
- 김연태, “환경행정에 있어서 비공식적 행정작용으로서의 협상”, 공법연구 23-3, 1995, 233-256쪽.
- 김정현, “환경오염의 총량규제”, 환경법연구 1, 1979, 26-50쪽.
- 김종원, “환경오염에 의한 공해의 형사적 규제”, 환경법연구 1, 1979, 75-83쪽.
- 김중권, “취소소송에서 계쟁처분의 위법성과 원고적격상의 권리침해의 관련성에 관한 소고”, 법률신문 2017.8.27.
- 김중권, “환경영향평가가 결여된 행정행위의 효력에 관한 소고”, 저스티스 114, 2009, 363-383쪽.
- 김중권, 제204차 대법원특별소송실무연구회 발표문(2015.7.20.).
- 김중권, 행정법, 법문사, 2016.
- 김창석, “의무이행도입의 행정소송에 대한 영향”, 저스티스, 2003/10, 75-100쪽.
- 김철수, “환경권”, 환경법연구 3, 1981, 5-37쪽.
- 김철용, “우리 나라 집단소송법의 제정을 위한 독일공법분야의 단체소송 운용실태에 관한 고찰“, 일감법학 3, 1998, 1-19쪽.
- 김철용, 행정법, 고시계사, 2017.

- 김해룡, “獨逸과 유럽 環境法上の 團體訴訟制度에 관한 고찰”, 환경법연구 23-2, 2001, 261-288쪽.
- 김해룡·김재호, “團體訴訟制度의 導入에 관한 고찰”, 환경법연구 27-4, 2005, 123-148쪽.
- 김현준, “규제권한 불행사에 의한 국가배상책임의 구조와 위법성 판단기준”, 행정판례연구 11-1, 2011, 267-301쪽.
- 김현준, “독일 연방토양보호법상의 정화의무자”, 환경법연구 27-3, 2005, 133-155쪽.
- 김현준, “독일 환경법상 단체소송의 새로운 전개”, 환경법연구 29-2, 2007, 31-67쪽.
- 김현준, “예방적 금지소송을 위한 변론”, 토지공법연구 62, 2013, 175-200쪽.
- 김현준, “일본의 행정사건소송법 개정과 환경행정소송의 원고적격”, 공법학연구 8-2, 2007, 465-496쪽.
- 김현준, “자발적 환경협약”, 환경법연구 29-1, 2007, 3-34쪽.
- 김현준, “저탄소 녹색성장 기본법의 법적 성질 및 다른 법률과의 관계”, 2010, 공법연구 39-2, 489-518쪽.
- 김현준, “토양정화책임 -토양환경법 제10조의3에 대한 비판적 검토”, 공법연구 34-2, 2005, 187-211쪽.
- 김현준, “환경갈등 극복을 위한 환경민주화의 법적 과제”, 저스티스 134-3, 2013, 11-38쪽.
- 김현준, “환경권, 환경행정소송 그리고 사법접근성”, 사법 17, 2011 참조.
- 김현준, “환경사법(司法)액세스권과 환경단체소송”, 환경법연구 32-2, 2010, 134-163쪽.
- 김현준, “환경상 이익 침해에 대한 민·행정법상 유지청구권”, 환경법연구 37-2, 2015, 103-139쪽.
- 김현태, “환경행정소송과 가구제제도”, 사회과학연구 4, 1998, 13-44쪽.
- 김형성, “헌법상 환경규정의 규범적 의의”, 환경법연구 26-4, 2004, 115-134쪽.
- 김홍균, “환경영향평가와 사법심사”, 법조 53-6, 2004, 5-26쪽.
- 김홍균, 환경법, 홍문사, 2017.
- 박균성, “환경영향평가의 하자와 사업계획승인처분의 효력”, 행정판례연구 7, 2002.
- 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2017

- 박수혁, “환경보전을 위한 집단소송제도 도입에 관한 연구”, 저스티스, 2006.10, 222-236쪽.
- 박용광, “환경법 분야에서 일본 의무이행소송의 양상”, 법과 정책연구 16-2, 2016, 239-266쪽.
- 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.
- 박종원 외, 토양정화책임 명확화를 위한 제도개선방안 연구, 한국법제연구원/한국환경공단, 2013.
- 박종원, “2014년 개정 「토양환경보전법」에 따른 토양정화책임조항에 대한 평가와 전망”, 환경법연구 36-1, 2014, 299-341쪽.
- 박종원, “복수의 토양정화책임자와 정화조치명령 대상자의 선택 - 2015년 개정 「토양환경보전법 시행령」 제5조의3의 해석과 평가 -”, 환경법연구 36-2, 2015, 1-25쪽.
- 박종원 · 김현준, 토양정화책임 관련 분쟁사례 분석, 한국법제연구원, 2012.
- 박태현 · 이병천, “‘커먼즈’로서 기후시스템과 공공신탁법리”, 법학논총 40-2, 275-304쪽.
- 송동수, “유럽에서의 환경단체소송의 변화와 시사점”, 환경법연구 34-1, 2012, 461-488쪽.
- 송동수, “환경행정법상 새로운 행정작용형태”, 환경법연구 22, 2000, 537-561쪽.
- 이근성, “학회회고”, 환경법연구 1, 1979, 168쪽.
- 이비안, “배출권거래제도에서 자발적 협약의 필요성”, 법학연구 47-2, 2007, 219-250쪽.
- 이상학, “유럽연합에서의 환경권리구제의 동향”, 공법학연구 15-4, 2014, 331-352쪽.
- 이순자, “환경영향평가법상 협의에 대한 고찰”, 환경법연구 34-3, 2012, 73-106쪽.
- 이용우, “공해피해에 대한 제소전의 행정상 구제”, 환경법연구 1, 1979, 84-100쪽.
- 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 행정법연구 48, 2017, 86-96쪽.
- 이은기, “환경단체의 원고적격 부여문제”, 서강법학연구 11-1, 2009, 433-462쪽.
- 이형석, “환경공익소송과 오르후스(Aarhus)협약”, 환경법과 정책 14, 2015, 233-262쪽.
- 이홍훈, “환경오염피해 구제와 법원의 역할”, 환경법연구 38-2, 2016, 1-7쪽.
- 이희정, “환경갈등과 환경법의 역할”, 저스티스 134-3, 2013, 39-56쪽.

- 전경운, 환경사법론, 집문당, 2009.
- 정극원, “헌법규범 자체의 모순과 헌법규범 간 상충의 해결방안에 관한 일고찰”, 공법학연구 18-1, 2017, 3-31쪽.
- 정남철, “행정입법부작위에 대한 사법적 통제”, 저스티스, 2009/4, 194-217쪽.
- 정만조, “환경영향평가제도”, 환경법연구 1, 1979, 51-74쪽.
- 정하중, “행정소송에 있어서 확인소송”, 서강법학 12-1, 173-223쪽.
- 정하중, 행정법개론, 법문사, 2017.
- 정훈, “환경보호와 범치국가 원리의 충돌”, 환경법연구 25-2, 2003, 431-450쪽.
- 조태제, “독일 환경법에서의 단체소송 입법의 현황과 전망”, 한양법학 27-2, 2016, 3-39쪽.
- 조홍식, “공공신��이론과 한국에서의 적용가능성”, 환경법연구 19, 1997, 192-239쪽.
- 조홍식, “토양환경침해에 관한 법적 책임”, 환경법연구 20, 1998, 298-343쪽.
- 조홍식, 관례환경법, 박영사, 2012.
- 채영근, “오염된 토양의 정화책임”, 공법연구 30-4, 2002, 321-346쪽.
- 최윤철, “우리 헌법에서의 환경권조항의 의미”, 환경법연구 27-2, 2005, 373-399쪽.
- 한귀현, “독일 환경법상의 단체소송에 관한 소고”, 공법학연구 17-3, 2016, 135-164쪽.
- 한상운, “헌법상 환경국가원리에 관한 연구”, 공법연구 34-4(1), 2006, 290쪽.
- 한위수, “‘한국환경법학 40년, 공법학과의 관계’ 토론회”, 한국환경법학회 창립 40주년 기념 학술대회 자료집(2017. 9. 15), 45-48쪽.
- 함태성, “녹색성장과 지속가능발전의 관계정립에 관한 법적 고찰”, 환경법연구 31-1, 355-376쪽.
- 허성욱, “환경법에서의 공법과 사법”, 환경법연구 39-1, 2017, 291-324쪽.
- Ostrom 저/윤홍근 · 안도경 역, 공유의 비극을 넘어, 랜덤하우스코리아, 2010.
- 塩野宏, “基本法について”, 日本学士院紀要 63-1, 2008. 1-33.
- Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, Mohr Siebeck, 2004.
- Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, C.H.Beck, 2017.

Franzius, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der neuen
Verwaltungsrechtswissenschaft, Verw 39, 2006, 335.

Loewenstein, Political Power and The Governmental Process. Chicago 1965.

Pernice-Warneke, "Verwaltungsprozessrecht unter Reformdruck", DÖV 2017, 846.

Rauschnig, "Aufnahme einer Staatszielsbestimmung über Umweltschutz in das
Grundgesetz?", DÖV 1986, 491.

Schmidt-Abmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Mohr Siebeck, 2013.

[Zusammenfassung]

Umweltrecht und Öffentliches Recht

- Die koreanische Umweltrechtsgesellschaft 40 Jahre,
Bestandsaufnahme und Aufgabe -

Hyun-Joon Kim

(Prof., Yeungnam Univ. Law School)

Die vorliegende Arbeit zielt darauf ab, die Wechselwirkungen zwischen Umweltrecht und öffentlichem Recht zu untersuchen und die bisherigen Leistungen und künftigen Herausforderungen des koreanischen Umweltrechts zu überprüfen, das von der koreanischen Gesellschaft für Umweltrecht, die nun ihren 40. Geburtstag feiert, geleitet wird.

Um dies zu erreichen, sollte das Thema von Umweltrechten diskutiert und die Rechtsprechung, die die konkrete Rechtswirkung der Umweltrechten nicht anerkennt, überprüft werden. In der vorliegenden Arbeit wird der sog. Umweltkonstitutionalismus als Schlüsselbegriff akzeptiert.

In Bezug auf das Verhältnis zwischen Umweltrecht und Verwaltungsrecht sollten wirksame und lückenlose Rechtsschutzwege, wie Verpflichtungsklage, vorbeugende Unterlassungsklage, Umweltverbandsklage und auch vorläufiger Rechtsschutz gewährleistet werden. Darüber hinaus sollte das Umweltrecht mit modernen Umweltproblemen, wie Umweltkonflikten aktiv umgehen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die kürzlich in Deutschland vorgeschlagene verwaltungsrechtliche Dogmatik berücksichtigt wird.

Im Anschluss daran werden die aktuellen umweltrechtlichen Themen wie die Rechtsnatur von Basic Act, Rechtsnachfolge, Umweltverträglichkeitsprüfung, Anspruch eines Dritten auf umweltrechtliches Einschreiten, Bodensanierungshaftung, Öffentliche Verträge und informelle Verwaltungshandlungen als Umweltschutzinstrument behandelt werden.

Damit sich das Umweltrecht zu einer eigenständigen Disziplin entwickeln kann, ist es m.E. notwendig, die Umweltkonstitutionalismus und die darauf

basierende umweltrechtliche Dogmatik zu etablieren.

주 제 어 한국환경법학회, 환경법과 공법, 환경권, 환경입헌주의, 환경법 도그마틱, 환경행정소송

Key Words die koreanische Gesellschaft für Umweltrecht, Umweltrecht und öffentliches Recht, Umweltkonstitutionalismus, das Recht auf Umwelt, umweltrechtliche Dogmatik