環境汚染과 行政救濟

金　南　辰*

목　차

Ⅰ. 序　說
Ⅱ. 環境汚染과 行政訴訟
(1) 權利保護를 위한 實體的 要件
(2) 權利의 貫徹을 위한 訴訟法的 手段
Ⅲ. 環境汚染과 國家賠償
(1) 國家賠償責任의 成立與否
(2) 國家賠償의 範圍 및 求償

Ⅰ. 序　說

특히 1960年代 이후 政府의 施策과 全國民的 에너지가 生產과 輸出에 集中됨으로써 오늘의 經濟成長과 國民生活의 向上을 가져왔음은 누구도 否認치 않는다. 그러나, 위와 같은 成長과 發展은 동시에 많은 弊端과 副作用도 수반하였는 바, 그 중의 하나가 바로 環境의 汚染 내지 破壞이다. 이러한 現象은 물론 우리 나라에 局限된 것은 아니다. 全世界的으로 볼 때, 今世紀를 바로 高度의 工業化, 經濟成長의 時代인 동시에 그에 比例한 資源의 大量的 消費, 枯渴, 自然의 破壞와 汚染의 時代로서 특징지울 수 있는 것이다. 이러한 現象이 그대로 계속되는 경우에 있어서의 人類의 滅亡을 警告한 1972年度의 UN 人間環境會議의 「人間環境宣言」이 環境汚染의 全地球的 現象을 證言하고 있는 셈이다.

우리 政府 역시, 工業化, 經濟成長 등 그의 政策目標에 수반되는 環境汚染에 對處하기 위하여, 이미 1963年 11月에 「公害防止法」을 制定, 施

* 慶熙大學校 法科大學敎授

行해 왔다. 그럼에도 불구하고, 실제로는 同法은 輸出, 經濟成長 등의 優先目標에 밀려남으로써 死文化나 다름없는 處地에 놓여왔다. 그러는 가운데 우리 環境의 汚染度는 世界屈指라는 汚名을 쓰게 되었으며[1] 우리 國民 역시 事態의 深刻性을 직접 體驗을 통해 느끼는 단계에까지 이르고야 말았다.[2] 이러한 國內外의 輿論은 드디어 政府의 施策에 反映됨으로써 舊公害防止法을 補强한 「環境保全法」의 制定과 施行, 「自然保護憲章」의 宣布 등 環境保全을 위한 一聯의 강력한 施策이 채택되게 되었음은 周知하는 바와 같다. 우리의 自然保護憲章(1978年 10月 6日, 宣布)이 明言하고 있는 바와 같이, 「産業文明의 發達과 人口의 膨脹에 따른 空氣의 汚染, 水의 汚濁, 綠地의 荒廢와 인간의 무분별한 훼손 등으로 자연의 평형이 상실되어 生活環境이 악화됨으로써 인간과 모든 生物의 生存까지 위협받고 있는 것이 오늘의 현실인 것이다. 이러한 可恐할 現實에 대처하기 위해서는 우리의 온 知慧와 努力이 傾注되어야 할 것이다. 環境汚染에 대한 行政救濟의 문제도 그러한 綜合的인 對策과 努力의 分岐로서 기능할 때에 비로소 그의 참다운 意義를 가진다고 생각한다.

오늘의 行政國家에 있어서, 環境의 汚染 내지 保全에 있어서의 行政의 役割 역시 그에 기대되는 바 매우 크다. 그리고 이 領域에 있어서의 行政의 役割은 원칙적으로 事後救濟的인 것이 아니라 事前的·豫防的인 것이어야 할 것이다.[3] 다만 筆者에게 주어진 課題가 環境汚染과 관련된 「行政救濟」이므로 그에 국한된 문제만을 여기에서 考察의 對象으로 삼기로 한다. 그러나, 이와 같이 範圍를 限定해 보아도 이 역시 매우 尨大한

---

1) 1972년 10월 11일 公開된 「스미드소니언 研究所」(Smithsonian Institute)의 「韓國 서울의 급격한 都市化에 따른 衝撃」(The Impact of Rapid Urbanization on Seoul's Urban Environment)이란 제목의 報告書는, 서울을 「세계에서 가장 汚染된 都市」로 診斷한 바 있다. 이에 관한 상세한 消息에 관해서는, 徐燉珏 「公害와 環境」, 法과 環境 (韓國法學敎授會 編), p.3 參照.

2) Vgl., 韓國環境保護研究會, 「公害에 대한 市民意識은 높다」 (同研究會研究報告書 第3輯 1976), pp. 18~21 및 徐燉珏 前揭論文 p. 4.

3) 「環境權과 行政上 救濟」라 題한 金元主敎授의 論文(栗山 韓泰淵博士回甲記念論文集pp. 549~572.)은 主로 이러한 視角에서 다루어져 있다. 즉 金敎授는 이 글에서, 「行政的 救濟의 方法」으로서, ⓐ(1) 調査, 啓蒙의 强力한 實施, (2) 行政指導, (3) 防止施設 및 費用援助, (4) 被害者에 대한 補償, (5) 行政計劃에의 國民參與, (9) 環境破壞原因造成者의 公表 등을 提示하고 있다. 前揭論文 pp. 566~571.

문제가 된다. 따라서 다시 한번, 範圍를「環境汚染으로 被害를 입은 者의 行政訴訟 및 國家賠償制度를 통한 救濟」의 문제로 壓縮하기로 한다. 그러나, 國家 등 行政主體가 예컨대 營造物의 設置·管理 등을 통해 環境을 汚染시키고, 그것을 통해 직접 加害者가 된 경우에 있어서의 責任같은 것은, 여기에서 새삼스러히 문제삼을 필요가 없다. 그러한 문제는 이미 制度的으로 確立되어 있기 때문이다. 行政救濟에 관련하여 近來 특히 문제가 되고 있는 것은, 監督權者로서의 行政主體의 權限의 不行使 내지 權限行使의 不充分으로 인해 惹起된 被害의 救濟 문제이다. 公害防止 내지 環境保護에 관한 많은 硏究가 發表[4]되어 있는 우리의 現實에 있어서 그 문제에 관한 한 아직은 많은 글이 발견되지 않기에,[5] 그 문제에 관한 筆者의 所見을 表해 보고자 한다. 또한 이 글은「環境保全과 法」을 主題로 한 韓國環境法學會 第1回 심포지움(1978. 10. 21.)에서의 發表를 土臺로 한 것임을 밝혀 둔다.

Ⅱ. 環境汚染과 行政訴訟

(1) 權利保護를 위한 實體的 要件

(A) 環境保全法은 環境을「自然의 狀態인 自然環境과 사람의 日常生活과 밀접한 관계가 있는 財産의 保護 및 動·植物의 生育에 관한 필요한 生活環境을 말한다」고 定義해 놓고 있다(第2條 1號). 이와 같은 環境은 오늘날 각종의 化學物質(環境保全法施行規則 別表 1참조), 煤煙, 먼지, 가스, 廢水, 騷音, 振動 등에 의해 汚染 내지 破壞되어 있음으로써 우리의 生存을 위협하고 있는 것이다. 그리고 그와 같은 環境汚染에 대해서는 국민 누구나 그의 一部을 담당하고 있는 셈이며, 따라서 국민 누구나 그에 대한 責任의 一端을 져야할 위치에 있다. 그러나, 그 가운데에서도 環境汚染에 대한 最大의 責任은 大

4) 公害防止 내지 環境保全에 관련된 法律學의 論文 또는 單行本만해도 현재 相當數에 이르고 있다. 그 중에서도 筆者의 이 글은 특히 다음의 諸文獻에 많은 것을 힘입었다.「法과 公害」(韓國法學敎授會編 1974),「法과 環境」(韓國法學敎授會編 1977),「公法硏究 第6輯」(韓國公法學會 1978),「環境保全法解說」(具然昌 1978).

5) 이 方面에 있어서의 先驅的인 硏究로서는 韓昌奎敎授의「公害賠償·公害訴訟」(前揭 公法硏究 第6輯, pp. 117~135)이 있다. 이 글을 통해, 筆者는 많은 것을 示唆받았다.

量의 汚染物質을 배출시키고 있는 각종의 工場, 事業體에 귀속시키지 않을 수 없다. 그런데 여기에서 留意할 점은, 그러한 事業體의 活動은 行政活動에 의해 媒介되어 있다는 점이다. 그에 해당하는 行政活動이, 각종의 建築許可, 製造所設置許可, 製品許可, 施設設置許可 등이다. 혹은 그의 根源을 찾아 올라가면, 政府의 開發政策, 國土計劃, 土地利用計劃, 都市計劃 등도 그의 一因을 이룬다고 볼 수 있다.

經濟成長의 役軍이기도 한 그들 公害發生原因者들의 環境汚染에 行政活動이 媒介 또는 關與되어 있다고 할 때, 加害者와 被害者간의 私法的 紛爭解決方式의 觀點을 떠나서, 行政訴訟의 方式을 통한 救濟라는 것이 가능한가 하는 문제가 여기서의 關心事인 것이다. 좀더 具體的인 예를 들어 보기로 한다.

環境保全法은 公害의 防止 내지 環境의 保全을 위한 각종의 權限을 保健社會部長官 및 기타의 行政廳에게 부여하고 있다. 일반적인 것으로서, 排出施設의 設置許可權(第15條), 改善命令權(第17條), 操業停止權(第18條), 施設 등의 移轉命令權(第19條), 排出施設設置許可의 取消權(第20條), 違法施設에 대한 閉鎖措置權(第21條) 등이 그 예이다. 그런데, 保健社會部長官의 排出施設의 設置許可를 받은 某製造所의 環境汚染으로 인해 실제로 被害를 입고 있는 住民이 있다고 할 때, 그 住民은 環境汚染의 直接的 原因發生者인 製造所를 상대로 하여, 私法上의 救濟措置를 취하는 이외에, 製造所에 대한 許可 및 監督權者인 行政廳을 상대로 하여 行政訴訟을 통한 救濟措置를 취할 수는 없느냐 하는 것이다. 현재 行政訴訟의 類型으로서 어떠한 것이 인정될 수 있는가, 특히 行政訴訟法이 明文으로 인정하고 있는 取消訴訟(第1條) 이외에 어떠한 類型의 行政訴訟을 제기할 수 있느냐 하는 것이 다투어지고 있거니와, 그 문제는 다음으로 미루기로 하고, 과연 消極的 또는 積極的 行政權의 發動을 請求할 수 있는 實體法的 權利(廣義)가 인정될 수 있느냐 하는 것이 먼저 해결되어야 한다. 그것은 訴權이 인정되기 위해서는, 그 前提로서 實體法上의 權利가 侵害될 것이 要求되기 때문이다.[6] 물론 우

6) Vgl., W. Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S.I.

리의 現行 行政訴訟法은 行政訴訟의 提起要件으로서 「權利」 또는 「法律上의 利益」의 侵害 등을 明文으로 요구하고 있지는 않다.[7] 그러나, 우리의 判例[8]나 學說[9]이 일치하여, 行政訴訟을 提起할 實體的 要件으로서 「權利」 또는 「法律上의 利益」의 侵害를 요구하고 있음은 周知하는 바와 같다. 단순한 「反射的 利益」의 侵害를 입은 者에게는 原告適格이 인정되지 않는다.

(B) 權利 또는 法律上의 利益의 侵害가 있는 경우에 한해서 訴權 또는 訴의 利益이 인정되고 反射的 利益의 侵害는 行政訴訟을 통한 救濟를 받을 수 없다는 것이 오늘까지의 通說이라고 할 때, 그러면 公害의 防止 또는 環境保全을 위한 行政權의 發動을 통해 享受하게 되는 國民의 利益을 權利 또는 法律上의 利益이라고 할 수 있느냐 하는 것이 다음의 문제로서 등장한다. 과거에 있어서는 國民의 生命·身體·財産 등에 대한 危險防止 作用을 널리 「警察」作用에 包括하여, 그러한 警察作用에 의해 국민이 어떠한 利益을 享受하더라도, 그것은 反射的 利益에 지나지 않으며, 따라서 그의 侵害가 있더라도 法에 의한 保護를 받지 못하는 것으로서 새겨져 왔다. 이러한 과거의 通念이 그대로 유지되는 한 環境이 汚染되고, 그 결과로서 實質的인 不利益을 입더라도 權利 또는 法律上의 利益侵害를 이유로 한 訴의 提起가 매우 困難해진다. 바로 그와 같은 과거로부터의 障碍的 遺産이 있는 까닭으로 근래 「環境權」의 提唱이 國內外에서 활발히 전개되는 것으로 볼 수 있다. 人體나 財産에 害가 없는 環境의 保全, 그것으로부터 얻는 利益을 環境權(environmental right, Recht auf saubere Umwelt)으로서 命名하여 그에 대한 侵害를 權利侵害로 보려는 것이 環境權論者의

---

7) 周知하는 바와 같이, 西獨의 行政裁判所法은 行政訴訟의 提起要件으로서, 原告의 「權利」(Recht)가 侵害될 것을 요구하고 있으며(第42條 2項, 第113條 1項), 日本의 行政事件訴訟法은, 「法律上의 利益」을 가지는 者에 대해서만, 行政訴訟의 原告適格을 인정하고 있다(第 9 條).

8) 大法院은, 「行政訴訟은 그 提起要件으로서 일정한 權利 또는 法律上 利益이 違法한 行政處分으로 인하여 侵害 당하였을 것을 한결 같이 요구하고 있다(大判 1961. 9. 28. 4292 行上 50, 大判 1968. 6. 18. 68 누 19 등). 이러한 判例의 詳細에 관하여는, 韓國行政科學硏究所(代表 金道昶)編 行政判例集(中), 1965面 및 李尙圭 編著, 註釋 判例行政法 I, 888面 以下 參照.

9) 金道昶 全訂 一般行政法論(上) 464面, 朴欽圻 最新行政法講義(上)〔改正版〕 404面, 尹世昌 全訂版 行政法(上) 368面, 李尙圭 全訂增補 新行政法論(上) 412面 등 參照.

意圖라고 할 수 있다.[10] 環境權을 憲法上의 國民의 基本權으로 보아 그에 대한 侵害는 別途의 立法없이도 訴訟을 통해 侵害의 排除를 請求할 수 있다는 것이 우리 나라의 有力說[11] 이거니와, 環境權은 具體的인 立法을 통해 비로소 實體的 權利로서의 效力을 가진다는 주장도 강력히 提起되고 있다.[12]

環境權을 우리 憲法上의 基本權의 하나로서 직접 法的 效力을 가지는 權利로서 볼 수 있을 것인가, 또한 그의 法的 效力으로서 侵害에 대한 排除請求權만을 인정할 것인가 더 나아가서는 그 環境權의 보호를 위한 行政權의 發動을 請求할 수 있는 積極的인 效力까지 인정할 수 있는가 하는 문제는 궁극적으로 國民의 公權(subjektives öffentliches Recht) 내지 그것과 反射的 利益(Reflexrecht, Rechtsreflex)과의 區別의 標識의 문제와 직결된다.

國民의 公權 특히 行政訴訟을 통해 보호받을 수 있는 그것이 어떠한 경우에 발생할 수 있는가에 관해서는, 독일의 學界 및 判例上의 論議가 우리에게 많은 參考가 된다.[13] 즉, 독일에 있어서는 일찌기 불러(Otto Bühler)가 公權을 「行政에 대하여 물건의 給付 또는 일정한 作爲·不作爲를 요구할 수 있는 人民의 法的 地位로서, 私的 利益保護를 목적으로 하는 强行法規에 의하여 承認된 것」이라고 定義하여, 行政法規의 三要素, 즉 ① 强行法規性(zwingender Rechtssatz), ② 私益保護性(Befriedigung von Einzelin-

10) 예컨대, 「環境權」을 憲法 第8條, 第30條, 第31條 등에 근거하고 있는 基本權으로 보고 있는 金哲洙 敎授는, 「環境權이 인정되는 결과 國民은 行政活動이 法令에 違背하여 環境을 保護하지 않고 破壞하는 경우에는 行政訴訟을 통한 救濟를 요구할 수 있을 것이다」라고 記述하고 있다. 同「環境權」, 公法研究 第6輯 24面, 同旨 文鴻柱「環境權序論上」, 考試研究 1977. 9. p. 48., 全昌祚「環境權의 確立」, 法과 環境, p. 213 등.

11) 註 10上의 論文 參照.

12) Vgl., 徐元宇「環境汚染과 被害者救濟」, 檢察, 1978, 제1호, p. 100., 李康爀「環境權과 法的 效用」, 同 憲法의 基本原理, 1978. pp. 325~326., 原田尙彦, 環境權と裁判 p. 5., Hans H. Klein, Ein Grundrecht auf saubere Umwelt? in: In Dienst an Recht und Staat (Festschrift für Werner Weber), 1974, SS. 643~662.

13) 독일의 行政法學界에서의 公權에 관한 論議가 일찍부터 公權과 反射的 利益의 區別이라는 實務的·技術的 見地에서 전개되었는데 比해, 우리 나라나 日本에서는 公權의 包括的 特性을 主로 私權과의 對比下에 探究하여 왔으며 그 결과 別 實益없는 精力을 소모하였다는 점이 근래 反省되고 있음은 周知하는 바와 같다. Vgl., 拙稿「個人의 公法上의 權利」, 法政 1977年 6月號, pp. 24~31., 및 拙著 主觀式精銳問題 行政法, 增補訂正版 pp. 107~110., 原田尙彦, 訴の利益, pp. 36~48.

teressen), ③ 國家에 대한 請求權能(Rechtsmacht)의 附與性을 公權成立의 統一的 標準으로 삼은 이래[14] 그가 세워놓은 理論的 骨格은 오늘에 있어서도 많은 學者에 의해 답습되고 있다.[15] 물론 그 내용에 있어서는 상당한 變化가 있다. 무엇보다도 위의 公權概念의 三要素가 緩和되므로 인해 과거 反射的 利益으로 간주되었던 諸利益이 法에 의해 보호받는 利益 또는 法에 의해 보호받을 만한 價値가 있는 利益 등의 이름으로 公權概念에 包括되므로 인해 公權概念이 매우 擴大된 점을 그 一例로 들 수 있다.[16] 그리고 그러한 變化는 우리 나라의 學說[17]이나 判例[18]에도 뚜렷이 나타나고 있다. 또한 權利의 目錄 역시 매우 多樣해진 점을 또한 指摘하지 않을 수 없다. 이른바 瑕疵없는 裁量行使의 請求權(Rechte auf fehlerfreie Ermessensausübung)[19] 公權力의 發動을 請求하는 權利 또는 行政의 介入請求權(subjektive öffentliche Rechte auf Einschreiten der Verwaltung)[20]과

14) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in den deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1919, S. 21, S. 224., ders., Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Rechte(Gedächtnisschrift für W. Jellinek), 1955, SS. 269~286.

15) Vgl., Bachof, Reflexwirkungen und subjektiven Rechte im öffentlichen Recht in: Jellinek-Gedächtnisschrift, aao., SS. 287~308., Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, 10. Aufl., 1973, S. 185 f., Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 319 f., Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1977, S. 124.

16) Vgl., Erichsen/Martens, aaO., S. 125., Ule, Verwaltungsprozßrrecht, 6. Aufl., 1975, S. 156 f.

17) 예컨대, 李尙圭院長은, 抗告訴訟의 原告適格에 관하여, 「權利」를 침해당한 자이어야 한다고 하면서도, 「여기에서의 權利侵害란 엄격한 의미에서의 權利의 침해인 것을 요하지 아니하며, 法律上 보호함에 족한 정당한 利益의 침해로 보아야 할 것이다」라고 하고 있으며(前揭書 412面), 朴鈗炘管理官은, 抗告訴訟의 原告適格에 관하여 「종래에는 엄격하게 제한적으로 해석하여 「權利의 침해」만으로 보았으나, 최근에는 종래의 견해에 의하면, 단순히 反射的 利益의 침해에 불과한 경우까지도 포함시켜 널리 訴益을 인정하고 있는 것이 일반적 경향이다」(前揭書 404面)라고 記述하고 있다.

18) 判例도 근래에는 訴의 利益을 현저히 擴大하는 경향에 있다. 예컨대 大法院은, 「행정소송에서 원고는 행정처분에 의하여 직접 權利를 침해당한 자임을 보통으로 하나 직접 權利를 침해받은 자가 아닐지라도 소송을 제기할 法律上 利益을 가진 자는 그 행정처분의 효력을 다툴 수 있다」(1969. 12. 30 大判, 69 누 106)고 判示한 바 있다.

19) 詳細는 拙稿「瑕疵없는 裁量行使請求權의 法理」, 考試界 1976年 4月號 및 拙著 前揭書 pp. 404~409. 參照.

20) 詳細는, 拙稿「警察의 介入權과 介入義務, 考試研究 1978年 2月號 pp. 210~216 및「行政權의 發動을 請求하는 權利」, 考試界 1979年 1月號 pp. 000~000,

行政廳의 不作爲請求權[21] 같은 것이 그것이다. 自由尊重의 近代的 行政法秩序에 있어서는, 行政法의 理論이나 制度는 行政權의 濫用을 警戒하며 그것으로부터 個人의 權利나 自由를 옹호하는데 置重하지 않을 수 없었다. 그러나, 現代國家에 있어서와 같이 個人의 生存이 國家權力에 의하여 左右되는 狀況下에 있어서는, 行政權의 不作爲 그 자체가 國民生活에 지대한 영향을 끼치게 되며, 따라서 그러한 경우에 있어서의 國民의 公權力 또는 行政介入에 대한 請求權이 確立되지 않으면 안된다. 環境保全을 포함한 警察行政 또는 秩序行政이라는 것은, 公共의 安寧·秩序를 유지하기 위한 行政作用으로서, 그에 의해 국민이 어떠한 利益을 받더라도 그것은 反射的 利益에 지나지 않으며, 따라서 그것이 侵害를 받더라도 그에 대한 侵害의 排除조차 請求할 수 없는 것으로 보았다. 이러한 觀念이 支配的이었던 까닭에 그 分野에 있어서의 行政權(規制權·團束權)의 發動을 請求하는 權利같은 것은 念頭에 조차 두지 않았다. 그러나, 따지고 보면, 公益이란 私益의 集積에 지나지 않는다고 하겠으며, 警察의 本來의 任務도 個人의 生命·身體·財産의 보호에 있다고 보지 않으면 안된다.[22] 그리고 이 점은 우리의 現行法이 明記하고 있는 바이다.[23] 특히 環境保全法은 그 전체가 國民의 健康과 財産 등 利益을 직접으로 보호함을 목적으로 하고 있으며, 同法에 基한 각종의 行政의 權限 역시 國民의 利益을 보호함을 任務로 하고 있다고 새겨지므로, 環境의 汚染으로 인하여 직접적인 被害를 입고 있음에도 불구하고, 關係行政廳이 所定의 權限(예컨대 環境保全法 第19條上의 操業停止命令 등)의 行使를 懈怠하고 있는 경우에는 同 權限行使를 促求하는 請求權이 被害者에게 발생할 수 있다고 보고 싶은 것이다.[24]

---

21) 詳細는 拙稿「行政廳의 不作爲請求訴訟」, 考試界 1978年 10月, pp. 83~90.

22) 이러한 見地에서, 괏츠(Volkmar Götz)는 警察行政 또는 危險防止(Gefahrenabwehr)를 任務로 하는 行政作用도 給付行政(Leistungsverwaltung)의 하나로 羅列할 수 있음을 示唆하고 있다. ders, Allgemeines und Polizei-und und Ordnungsrecht, 4, Aufl., 1977, S. 72.

23) 警察公務員法 第2條 1項 및 警察官職務執行法 第 1 條 參照.

24) 大法院은 近年 建築法規違反의 연탄工場으로부터 排出되는 騷音과 振動으로 인하여 苦痛받고 있는 住民이 提起한 第三者에 대한 建築許可의 取消請求事件에 있어서, 原審이 「……住居地域에 建築法上 制限이 있음으로써 현실적으로 어떤 利益을 얻고 있는 것이 사실이라 하더라도 이는 그 住居地域의 個個人에게 보호되는 個人的인 利益이 아니고, 但只 公共福利를 위한 建築法規의 制約의 결과로서 생기는 反射的利益에 불과」한 것이

(C) 위에서 擧論한 「反射的 利益」論 이외에, 특히 秩序行政領域에 있어서 國民의 行政介入請求權 등 公權의 成立을 방해한 것의 하나로서 이른바 行政便宜主義(Opportunitätsprinzip der Verwaltung)가 있다. 行政便宜主義란 대체로 行政은 個個의 구체적인 상황에 따라 독자적으로 그의 任務와 責任에 따라 公益上의 目的性의 考慮에 의하여 行政活動의 可否 및 內容을 결정할 수 있음을 의미하고 있다.[25] 그리고 이와 같은 行政便宜主義는 특히 警察 내지 秩序行政領域에서 광범히 인정되는 것으로 보아왔다. 警察關係文獻이 특히 그에 관해 詳說하고 있는 것을 보아도 알 수 있다.[26] 이것은 바꾸어 말하면 秩序行政領域에 있어서는 行政權을 발동하는가 아닌가(決定裁量), 어떠한 내용의 行政權을 발동할 것인가(選擇裁量)에 관해, 行政廳에게 비교적 넓은 영역의 裁量權이 인정되고 있음을 의미한다. 이것은 「危險防止」라고 하는 行政任務가 그만큼 광범하고 그의 대상을 確定的으로 規律하기 어려운데서 由來한다고 본다. 環境保全法 역시 行政廳의 規制權發動에 관하여, 1個條項(第21條)만이 「하여야 한다」는 命令規定(Soll-Vorschrift)으로써 授權하고 있을 뿐, 기타의 條項은 「할 수 있다」식의 裁量條項(Können-Vorschrift)을 통해 權限을 부여하고 있다(第16條~20條). 따라서 行政廳은 당해 團束權의 發動與否 및 內容에 관해 裁量權을 가진다고 보지 않을 수 없다. 行政廳이 이와 같이 行政權의 發動與否에 관해 裁量權을 가지는 한, 國民側에는 당해 行政權의 發動을 請求하는 權利를

라고 判斷한 것을 물리치고, 「……都市計劃法과 建築法의 規定趣旨에 비춘어 볼 때 이 法律들이 住居地域內에서의 일정한 建築을 금지하고 또한 제한하고 있는 것은 都市計劃法과 建築法이 추구하는 公共福利의 증진을 도모하고자 하는 데 그 목적이 있는 동시에 한편으로 住居地域內에 거주하는 사람의 「住居의 安寧과 生活環境을 보호」하고자 하는데도 그 목적이 있는 것으로 해석된다」(大判 1975. 5. 13, 73 누 96. 97)라고 判示하였는 바 이와같은 判例의 動向은, 우리나라에 있어서 行政介入請求權이 確立될 수 있는 素地를 닦아 주는 證佐로 볼 수 있다. 西獨에 이어, 日本에서도 行政介入請求權에 관한 論議가 활발해지고 있다. 이에 관해서는, 原田尙彦 「公權力의 發動を 請求する權利」, 法と 權利(末川 博追悼特集, 1978), 第4卷, pp. 126~147, 및 同 「行政の介入義務と行政訴訟」, 環境と裁判, pp. 183~210.

25) 이에 관한 상세는 Vgl. 拙稿 「行政上의 便宜主義」, 月刊考試 1978年 8月號 pp. 27~34, 「行政에 있어서의 便宜主義原則」, 法曹 1975年 1月號 및 拙著 前揭書 pp. 76~82., F. Mayer, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, 1963.

26) Vgl., Götz, aaO., SS. 68~73., Prews/Wacke,/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 8. Aufl., Bd. I., 1975, S. 135 F., Friauf, Dolizei-und Ordnungsrecht, in; Besonderes Verwaltungsreeht, 4. Aufl., 1976, S. 181 f.

가질 수 없다. 이것은 앞서 본 불러의 公權槪念의 三要素(그 중의 하나로서 强行法規程)에 비추어 보아도 명백하다. 그러나, 法에 의해 附與된 裁量權도 경우에 따라서는 零으로 收縮함으로써 行政權의 發動만이 그 狀況에 있어서 行政廳의 취할 수 있는 唯一한 길이 되는 경우를 豫想할 수 있다. 근래 말하여지고 있는 「裁量權의 零으로의 收縮」(Ermessensschrumpf auf Null) 理論[27]이 그것을 말하여 준다. 따라서 關係規定이 公益과 함께 私益을 도모하고 있으며, 그 경우의 行政廳의 裁量權이 零으로 수축하는 경우에는, 그에 대응하여 行政廳의 (監督)權限의 不行使로 인하며 현저한 不利益을 입는 國民에게는 行政介入請求權이 발생한다고 판단된다.[28] 다만 이와 같은 行政介入請求權의 法理에 관해서는 여러 가지 疑問과 批判도 提起되고 있다. 그 중의 하나가, 第3者에 의한 公害發生으로 인한 被害의 救濟같은 것은 加害者와 被害者라는 私人 상호간의 문제이므로 그것은 私法的 方法에 의해 解決되어야 하며, 行政的 救濟는 私法的 方法으로써는 해결되지 않는 경우에만 呼訴되어야 한다는 것이다. 이른바, 「補充性의 原則」(Subsidiaritäts grundsatz)이라고 하는 것이 그것이다.[29] 그러나, 公害 또는 環境汚染의 문제가 民法上의 相隣關係의 문제로서 취급되던 狀況과 그 문제에 대한 行政의 積極的 介入을 法이 규정하고 있는 狀況과는 同一視할 수 없다. 우리의 오늘의 狀況이 後者에 속하는 것임은 말할 필요도 없다. 그러나, 그렇다고 해서 國民의 行政介入請求權을 無限定으로 인정할 수 없으며, 대체로 다음과 같은 要件이 충족될 때 그것이 인정될 수 있다고 생각한다. ① 關係法規의 保護法益인 個人의 生命·身體·財産 등에 대한 侵害가 현저하며, ② 위와 같은 侵害가 關係行政機關의 權限行使에 의하며 容易하게 阻止될 수 있는 경우 등이다. ③ 補充性의 原則은 個人의 法益이 重大

27) 「裁量權의 零으로의 減少」(Ermessensreduzierung auf Null)라고 말하여지기도 하는 이 理論의 詳細에 관해서는 拙稿 「羈束行爲, 裁量行爲, 自由로운 行爲」, 法政 1977年 9月號, pp. 21~29 및 拙著 前揭書 pp. 209~215 參照. Vgl., Erichsen/Martens,aaO., S. 124 F., Götz, aaO., S. 69 f.

28) 日本에서의 이 문제에 관한 論議 및 判例의 動向에 관해서는, 註 24)의 原田尙彦의 諸論文 參照.

29) 上記한 바와 같은 補充性原則의 法理는 과거에 있어서의 독일의 通說·判例에 의해 지지되었다고 볼 수 있으며, 현재에도 아직 有力說로서 남아 있다. Vgl., Friauf, aaO., S. 185.

한 危險에 處하여 있는 경우는 排除되지 않으면 안된다.30)

(2) 權利의 實徹을 위한 訴訟法的 手段

(A) 工場 등 事業體에 의한 環境汚染으로 인한 被害를 입는 자가 行政訴訟을 통해 救濟받을 수 있기 위해서는, 먼저 그의 實體的 要件으로서 法에 의한 保護를 받는 利益, 즉 權利의 侵害가 있어야 하는 것이므로, 앞에서 그러한 實體的 要件의 充足 문제를 다루었다. 그 결과 筆者는 특히 環境保全法이 제정되어 있는 이 마당에서는 環境汚染의 被害者에게 일정한 경우, 侵害의 排除請求權(行政處分의 取消請求權)만이 아니라 더 나아가서 被害의 救濟 내지는 防止를 위한 行政介入請求權(내지 行政廳의 不作爲請求權)이 발생할 수 있음을 論證하고자 노력했다. 그러한 權利가 일단 인정된다고 하더라도, 그것을 관철하기 위한 訴訟法的 手段이 인정되지 않게 되면 權利救濟의 길이 막히고야 한다. 그런데, 현재 現行法下에서 어떠한 種類의 行政訴訟이 가능한 것인가에 관해 意見이 統一되어 있지 않으며, 判例는 行政處分의 取消 또는 無效確認과 같은 事後的 消極的 訴訟 이외에, 行政權의 發動을 請求하는 것과 같은 적극적인 履行訴訟같은 것은 인정하지 않는 경향에 있으므로 인해31) 行政訴訟을 통한 權利救濟의 길은 매우 狹少한 범위에서 인정되고 있다. 判例 및 消極說이 내세우는 根據로서는, 權力分立主義, 行政에 관한 第1次判斷權의 行政權에의 留保, 明文規定의 缺如, 독립한 行政裁判所의 不在 등이 내 세워지고 있다.32) 그러나, 이러한 消極說에 대해서는, 現行의 行政訴訟法이 行政處分의 「取消」訴訟이외에, 「變更」訴訟을 인정하고 있는 점, 權力分立主義를 채택하고 있는 美國, 西獨 등 국가에서 行政上의 履行訴訟 등이 인정되고 있는 例에 비추어 알 수 있는 바와 같이, 履行訴訟의 인정이 반드시 우리 憲法上의 權力分立主義에 反하는 것이 아니다고 하는 批判이 加해져 왔다.33) 筆者

30) 行政便宜主義를 論하고 있는 文獻(註 26, 28 參照)은 대체로 어느 것이나 同原則의 限界로서 이상의 점을 지적하고 있다.

31) 大判 1965. 4. 27, 64 누 105, 大判 1966. 4. 65, 누 145, 大判 1970. 7. 28, 70 누 66、67,68 등.

32) Vgl., 金道昶 前揭書 pp. 443~444, 朴鈗炘 前揭書, p. 388.

33) 尹世昌 前揭書, p. 356, 李尙圭 前揭書 p. 409 參照.

역시 다른 機會에,[34] 消極說의 不當性을 지적하는 동시, 現行法下에서도 行政訴訟으로서의 履行訴訟 등이 충분히 인정될 수 있음을 강조한 바 있다. 현재에도 그러한 생각에는 變함이 없으므로, 重複을 피하기 위하여 여기에서는 詳論을 略하기로 한다.

(B) 周知하는 바와 같이, 訴訟節次에 의한 權利關係의 確定은 制度의 宿命으로서 長期의 時日을 所要한다. 그 사이에 다툼있는 權利關係의 내용이 실현되어 버리게 되면, 後日에 가서 勝訴하더라도 當事者의 救濟에 충분치 않는 경우가 있을 수 있다. 이러한 事態에 대처하여 暫定的으로 現狀을 保全할 필요가 있다. 民事訴訟法上의 假處分制度(第714條) 및 行政訴訟法의 處分의 執行停止制度(第10條)가 이것을 위한 制度임은 말할 것도 없다. 그러나, 行政訴訟法 第10條의 文面이 가르켜 주듯 同 制度는 行政處分이 發하여진 이후에 있어서의 臨時的 保全措置로서의 性格을 가진다. 따라서 성질상 行政權의 作爲 또는 不作爲를 請求하는 訴訟에 있어서는 그의 機能을 발휘할 수 없다. 環境汚染에 관계되는 行政救濟의 方途로서 履行訴訟 등이 인정될 필요가 있고 또한 現行法上 그것이 가능하다고 할 때, 그에 相應한 保全措置가 필요하다 하지 않을 수 없다. 이른바 義務化訴訟(Verpflichtungsklage) 등을 明文化하고 있는 西獨의 行政裁判所法이 民事訴訟法的 假命令(einstweilige Anoranung) 制度를 또한 明文化(第123條)하고 있음은 당연한 歸結이라 할 수 있다.

우리의 行政訴訟은 그에 관해서도 직접적인 규정을 두고 있지 않고, 同法에 特別한 規定이 없는 事項은 法院組織法 및 民事訴訟法을 準用하도록 규정하고 있다(第14條). 따라서 環境汚染으로 인한 被害의 救濟를 목적으로 하는 行政訴訟에 있어서도, 필요한 경우 그 民訴法上의 假處分制度의 活用을 위한 門은 충분히 열려있는 셈이다. 다만 이 문제 역시 다른 기회에[35] 論한 바 있기에 여기서는 詳論을 피하기로 한다.

---

34) 拙稿, 「無名抗告訴訟」, 考試界, 1978年 1月號, pp. 71~78, 「義務化訴訟」, 司法行政 1978年 12月號, pp. 29~41, 前揭 「行政廳의 不作爲請求訴訟」, 및 拙著 前揭書 pp. 414~419.

35) 拙稿 「行政訴訟과 假處分制度」, 考試研究 1978年 10月號 pp. 141~144.

Ⅲ. 環境汚染과 國家賠償

(1) 國家賠償責任의 成立與否

憲法은 公務員의 職務上 不法行爲에 대한 國家(公共團體 危含) 責任을 규정하고 있으며(第26條), 國家賠償法이 營造物의 設置·管理의 瑕疵로 인한 責任과 아울러, 그 내용을 具體化하고 있다. 구체적으로 同法은 公務員이 그 職務를 執行함에 當하여 故意 또는 過失로 法令에 違反하여 他人에게 損害를 加한 경우, 國家 또는 地方自治團體에게 그 損害에 대한 賠償責任을 지우고 있는 것이다(第2條2項). 그리고 그 公務員의 「職務執行行爲」에 積極的인 作爲行爲는 물론 「不作爲」도 包含된다는 것에 學說은 意見을 같이하고 있으며[36] 不作爲로 인한 損害에 대한 國家責任을 인정한 判例[37]도 적지 않다. 다만 公務員의 「不作爲」에 監督權의 不行使·懈怠와 같은 作用까지도 包含되는가는 불확실하다. 그리고 그러한 문제를 직접 다룬 判例는 아직 발견되고 있지 않다. 그러나, 이 문제는 環境汚染과 관련된 國家賠償의 문제에 있어서는 問題解決의 關鍵이 된다. 그것은 이미 앞에서 본 바와 같이 環境保全法은 環境汚染의 原因이 되는 각종 事業體에 대한 광범하고도 강력한 團束·監督權을 부여하고 있는 바, 行政廳의 權限不行使에 대한 國家의 賠償責任을 肯定할 때, 그로 인한 被害者의 救濟의 길은 擴張될 수 있기 때문이다. 環境汚染의 被害者가 직접적인 加害者인 事業體 등을 상대로 하여 民事的인 救濟措置를 취하는 외에, 그들 事業體에 대한 監督責任을 지고 있는 國家 등 行政主體를 상대로 하여 損害賠償을 청구할 수 있을 것인가 하는 것이 여기서의 關心事이다.

정통적인 行政法理論에 의하면, 事業體 등에 대한 營業許可를 포함한 行政上의 規制는 社會公共의 利益을 실현하는 것으로서, 個個의 국민의 구체적인 法益을 보호하기 위한 作用이 아니므로, 만일에 行政廳이 適法

36) 金道昶 前揭書 p. 384, 朴鈗炘 前揭書 p. 332, 尹世昌 前揭書 p. 285, 李尙圭 判例行政法 I, p.558.

37) 67 다 2609(1968.1.23 大判), 71 다 124(1971.4.6 大判), 68 다 1741(1968.11.19 大判) 등.

하게 權限을 행사하였더라면 국민이 免할 수 있었던 損害를 입은 경우에도, 그것은 反射的 利益의 侵害에 불과하며, 따라서 被害者는 國家의 法的 責任을 追及할 수는 없는 것으로 보았다. 앞서 본 行政便宜主義 역시 行政權限不行使로 인한 國家의 賠償責任成立을 阻害하는데에 큰 역할을 하였다. 즉, 同法理에 의할 때 行政廳이 法律에 의해 부여된 規制權限을 행사할 것인가 아닌가, 또한 어떻게 행사하느냐의 문제는 裁量事項이므로 行政廳이 그 規制權限의 行使便 또는 不行使便로 인해 국민이 어떤 損害를 입을지라도, 그것은 不當의 문제로서 違法이 되지 않으므로 國家에게 어떤 法的 責任이 성립될 餘地가 없다는 것이 된다. 현재까지 우리 나라에 아직 그에 관련된 判例가 발견되지 않음도, 그러한 傳統的인 行政法理論에 起因한 것으로 볼 수 있다.

그러나, 이 역시 앞에서 본 바와 같이, 그러한 종래의 法理論에 많은 變化가 일어나고 있으며, 우리와 類似한 國家賠償責任制度를 가지고 있는 나라에서는, 이 경우에 있어서의 國家責任을 인정한 判例가 속속 나오고 있다.[38] 독일에 있어서는 이미 第2次大戰이전부터 그에 관한 國家責任을 인정하여 왔음은 周知하는 바와 같다.[39]

(2) 國家賠償의 範圍 및 求償

行政上의 監督權의 不行使 내지 懈怠에 대한 國家의 賠償責任을 긍정한다고 하더라도, 물론 그 범위를 無限定 擴大할 수는 없다. 예컨대, 그 數많은 交通事故로 인한 被害의 救濟를, 監督의 懈怠를 이유로 전부 國家의 責任으로 돌릴 수는 없을 것이다. 環境汚染의 경우도 사정은 비슷하다. 결국, 개개의 경우에 발생한 損害의 성질과 個個의 行政監督制度의 취지·목적, 그것이 現代社會에서 담당하고 있는 현실적 기능 등을 고려하여, 國家賠償法이 규정하고 있는 각 要件을 구체적으로 검토하여야 할 것이

38) 西獨에서의 경향에 관해서는, Vgl., Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1976, S.39 f., Bender, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 177. 日本의 최근의 判例傾向에 관해서는 특히, 白井皓喜「國の不作爲と國家賠償責任」, 自治研究 第54卷 第9號(1978. 9), pp. 27~42 參照.

39) Vgl., 拙著 前揭書 pp. 77~80.

다.40) 다시 말하면, 被害의 性質, 그의 豫測可能性, 違法性, 有責性의 有無 등을 判斷하여야 하며, 그것을 통해 적절한 救濟의 實現과 國家責任의 無限大한 責任의 擴大를 阻止할 필요가 있다. 一般的으로 말해서, 行政의 規制權限의 不行使 내지 不當한 行使가 違法·有責으로 되어, 國家責任을 성립시키기 위해서는, 다음과 같은 要件이 充足될 필요가 있다고 본다. 즉, ① 발생한 被害가 社會構造的 要因에 의한 것으로서, 被害者 개인의 責任으로 돌리기에는 가혹한 不測의 損害일 것, ② 行政側에게 그와 같은 被害發生의 豫測이 가능하며, 行政側이 注意를 기울이면 비교적 용이하게 防止될 수 있다고 인정될 것, ③ 그 被害가 行政側의 監督의 懈怠에 의하여 不可避的으로 발생한 것으로서, 이것을 防止할 有效한 手段이 달리 존재하지 않으며, 被害者의 노력으로써는 被害防止가 거의 不可能하였을 것 등이다.41)

위와 같은 엄격한 要件을 적용하는 경우에도, 우리의 現實에 비추어, 環境汚染被害에 대한 國家責任이 성립될 경우는 상당한 量에 이를 것이다. 한편 이와 같은 責任原理를 인정할 때, 國家의 環境保全行政도 좀 더 철저해질 수 있는 刺戟劑가 될 것을 副産物로서 기대할 수 있으리라고 본다. 그러나, 이 경우 國家가 지는 賠償責任은 적접적인 加害者의 地位에서 지는 것이 아니라 일종의 代位責任으로 볼 수 있다. 따라서 진정한 加害者가 判明되는 경우에는 國家는 그에 대해 求償權을 행사함으로써 國家의 經濟的 負擔을 덜 수 있으리라고 본다. 혹은 環境保全法에 규정되어 있는 費用負擔制(第43條~46條)42)를 적극 活用함으로써 問題解決을 용이하게 할 수도 있다고 본다.

40) Vgl., Götz. aaO., S. 73.

41) 이상의 諸點에 관해서는 특히, 原田尙彦「藥害と國家賠償責任」, ジュリスト No 663 (1978. 5. 1), p. 28 참조.

42) 詳細는 具然昌 前揭書 pp. 180~196 參照.