

## 環境汚染에 對한 法的 規制

徐 元 宇\*

### I.

今世紀初까지만 하더라도 公害紛爭은 小規模였고 이른바 相隣紛爭의 範圍를 벗어나지 못하였다. 한편 國家權力은 私의生活關係에는 可及의 介入해서는 아니된다고 하는 夜警國家의 思想으로 말미암아 生活放害에 대한 國家機關에 의한 紛爭解決手段은 주로 法院에 맡겨져 民事訴訟으로 處理되었다. 그러나 公害 내지 環境汚染이 大規模化되어 人類의 危機가 云謂될 정도가 되면, 國家的인 統制에 의한 對策이 不可避하게 되며, 國家觀도 또한 變遷하여 生活保障등에서 典型的으로 볼 수 있듯이 國家는 國民의 生活權을 保障하기 위하여 積極的인 姿勢를 갖추지 않으면 아니되는 이른바 福祉國家觀이 高潮되어 公害 내지 環境問題에 대해서도 法的·經濟的 및 行政的인 措置가 강력하게 要請됨에 이르렀다. 우리나라에서는 여러가지 社會經濟的 및 政治的 理由로 말미암아 公害對策은 종래 크게 뒤져있었으나 1963年 11月 처음으로 「公害防止法」이 制定·公布된 바 있어, 綜合的이고도 積極的인 公害對策에의 意志가 엿보이는듯 하였으나, 마야흐로 急피치를 울리기 시작한 經濟開發 5個年計劃의 推進을 背景으로 하여 法 自體의 未備는 고사하고라도 法施行을 위한 政府의 誠意있는 豫算策定, 機構擴張 및 要員確保등의 강력한 對策이 뒤따르지 못한데다가 市民들의 公害에 대한 認識不足 내지 無關心이 法的 實效를 거두지 못하게 하였고 한갓 立法의 구색을 갖춘데 지나지 못하였다.<sup>(1)</sup> 그러는 가운데 1977年 12月 31日에는 보다 綜合的이며 積極的인 規制와 對策을 內容으로 하는 「環境保全法」이 새로이 制定·公布됨으로써 個別的인 公害對象에 대한 對症療法的이며 消極的·局部的인 規制를 特徵으로 하던 「公害防止法」이 廢止되었고, 또한 지난 1979年 12月 28日의 「環境保全法改正」과 今年 1月 1日부터 發足한 環境廳의 新設을 契機로 우리나라에서도 環境保全을 위한 對策이 本格化하기 시작하였다.

이러한 公害 내지 環境對策法的인 變遷은 흔히 衛生法的인 것으로부터 公害法的인 것, 그리고 公害法的인 것으로부터 環境法的인 것으로의 變遷으로 特徵지워지고 있거니와, 公害問題에 대한 法的規制는 最初에는 사람의 健康保護의 側面에서 다루는 衛生問題의 一環으로 인식되다가 그 量的·質的轉換과 함께 사람의 健康保護뿐만 아니라 生活環境의 保全이 重要한

\* 서울大學校 法科大學敎授

(1) 同法은 1969年 11月에야 施行令이 制定되었다.

問題로 대두되면서 傳統的인 衛生行政 내지 衛生法的 領域이외에 公害行政 내지 公害法이라는 새로운 領域으로 展開되기 시작하였다.

그러나 이러한 公害法の 段階에서는 公害의 防止·除去와 그 被害救濟를 內容으로 하는 公害에 대한 對症療法的인 對策에 지나지 않으며 公害에 대한 局部的·消極的·微視的인 處方을 크게 벗어나지 못하고 있다. 그리하여 오늘의 環境法の 段階에서는 人間과 環境과의 相關關係에 입각하여 環境全般的인 管理·保全을 위하여 事前豫防的으로 對處하며 積極的·綜合的·巨視的인 處方을 그 基本的인 性格으로 하고 있다.

이제 이러한 環境對策行政法의 性格變遷을 法理念의 變遷이라는 觀點과의 關聯下에 좀더 具體的으로 살펴보기로 한다.

## II.

어떤 學者는 公害法の 分野야말로 現代에 있어서의 法創造의 實驗室과 같다고 指摘하고 있거니와, 확실히 傳統的인 法制度와 法理念은 公害의 救濟와 豫防에 適切하게 對應함에는 不充分하였다. 따라서 公害法の 分野에서는 緊急한 事態에 對處하기 위하여 既存의 法理에 구애되지 않는 새로운 發想아래 새로운 ‘아이디어’가 不斷히 提示되어 그 가운데 相當한 部分이 法改正이나 法解釋에 의하여 急速하게 實定制度속에 實現되어지고 있는 것이다. 公害私法 특히 不法行爲法の 領域에서의 過失이나 因果關係, 立證責任 그리고 共同不法行爲 등에 관한 새로운 理論이나 判例法の 進展을 비롯하여 公害公法의 領域에서도 많은 새로운 立法과 그를 둘러싼 새로운 法解釋이 關心의 對象이 되고 있음은 周知하는 바와 같다.

이점 公害行政에 관한 法制에 있어서도 事情은 다를바 없다. 公害發生施設에 대한 規制는 종래 警察行政의 一種으로서 産業警察내지 衛生警察이라는 概念에 의해 說明되었었으며, 公害規制는 警察法の 法理에 따라 公共의 危險防止를 위해 必要最小限度로 行使되는 權力作用으로 認識되었던 것이다. 그러나, 消極的인 警察規制라는 觀念을 가지고서는 現代의 公害現象에 適切하게 對應할 수 없기 때문에 보다 積極的인 對策이 要求됨에 이르렀다. 그리하여 公害 내지 環境行政法을 다루고 있는 70年代以後의 최근의 우리나라 行政法教材에 있어서도 公害 내지 環境汚染에 관한 規制는 단순히 公共의 安全과 秩序를 目的으로 함에 그치지 않고 生活環境의 秩序라는 積極的契機를 가지는 整序行政法의 一環으로 보는가 하면<sup>(2)</sup> 消極的인 整序目的을 넘어서서 積極的으로 公共福利의 維持增進을 도모할 目的으로 國民의 活動을 規律하는 作用을 行政的인 警察作用과 구별하여 「規制」라고 觀念지음으로써 環境對策行政法을 規制行政法의 一環으로 다루고 있다<sup>(3)</sup>

이와같이 公害對策에 관한 行政法을 警察法과는 별도로 規制法이라고 하는 公共福利增進

(2) 金道稔, 一般行政法論(下) 青雲社, 1975. pp. 359-395.

(3) 李尙圭, 新行政法論(下) 法文社, 1975. pp. 261-268. 朴鈺炆, 最新行政法講義(下) 國民書館 1980 pp. 428-450.

을 위한 積極的인 權力行政의 領域속에 包括시키는 立場은 公害 내지 環境行政法을 警察法으로부터 理論的으로 獨立시켰다는 의미에서 確實히 중요한 發展의契機를 이루는 것이라고 할 수 있다.

그러나, 다른 한편으로는 積極的인 公共福利의 增進이라고 하는 하나의 抽象的 理念아래 廣範한 範圍에 걸치며 異質的인 內容을 가지는 公害 내지 環境에 관한 對策을 本來的으로 權力作用에 속하는 것으로서 共通的인 解釋法理에 따르게 하는에는 상당한 問題點이 있음을 看過할 수 없다할 것이다. 이제 이상과 같은 認識아래 環境對策行政法의 領域에서의 在來의 議論을 素材로하여 問題點을 指摘해 봄으로써 環境對策行政法의 바람직한 指導理念을 모색해 보기로 한다.

### III.

在來의 警察法制은 私人的 自由 특히 企業活動의 自由를 最大限으로 尊重하며, 公權力의 行使를 “必要惡”이라고 보는 自由主義의 바탕에서 生成된 것이라 할 수 있다. 따라서 警察作用은 公共의 安寧과 秩序를 維持하고 公衆 및 個人으로부터 緊急한 危險을 排除함을 必要最小限으로 行使하는 權力作用으로 理解되었다. 그리하여 現行의 環境規制法속에도 이러한 警察法制에 共通하는 消極性의 殘影이 여러곳에 발견되고 있다.

예컨대, 現行環境保全法 第1條는 그 目的規定에서 「이 法은 大氣汚染, 水質汚染, 土壤汚染, 騒音, 振動 또는 惡臭 등으로 인한 保健衛生上의 危害를 防止하고 環境을 適切하게 保全함으로써 國民保健向上에 寄與함을 目的으로 한다」고 規定하고 있거니와, 環境保全 자체가 法의 目的이 아니라 環境의 惡化에 의한 人爲的인 危害의 發生을 防止하는데 그 目的을 두고 있다는 의미에서 警察法的 내지 衛生法的인 性格을 나타내고 있다.

그 결과 環境汚染對策의 基本目標로서 원래 快適한 環境을 保全하고 環境汚染으로부터 사람의 健康을 保護함에 必要한 基準으로서의 環境基準의 設立에 있어서도 快適原則을 바탕으로 한 것이라기보다 前述한 環境汚染危害의 防止를 直接的인 目的으로 하는 許容原則의 確保를 넘어서지 못하고 있다.<sup>(4)</sup> 그리고 그나마 예컨대 日本의 公害對策基本法 第9條의 경우처럼 「政府는 公害의 防止에 관한 施策을 綜合的 그리고 有效適切하게 함으로써 環境基準이 確保되도록 努力하지 않으면 아니된다」는 義務條項은 規定하고 있지 않다.

그러나 公害 내지 環境汚染에 대한 規制는 一般的인 警察規制처럼 個人의 人間的 被害에 착안하여 人的·物的被害가 發生했거나 또는 그 發生이 確實히 豫見되는 때에 이르러 비로소 團束을 시작하는 것으로는 충분하지 못하다. 흔히 指摘되는바와같이 公害는 事業活動기다 사람의 活動에 의하여 地域의 環境이 破壞 내지 汚染되어 惡化된 環境속에서 계속하여 生活을 영위하는 者의 健康이나 財産을 서서히 좀먹어가다가 마침내 公害로서 發現되는 過

(4) 環境保全法施行規則 第6條「項目別環境基準」에 관한 別表3 參照.

程을 걷는것이 通例이다. 따라서 公害의 顯在化는 環境惡化에 隨伴되는 弊害의 氷山の 一角이라 할 수 있는 것이다. 이렇게 생각할때 公害豫防의 根本的 對策은 먼저 環境破壞의 原因을 規制하여 良好한 環境의 維持와 形成을 指向하여야 하며, 環境惡化에 의한 潛在的被害의 防止를 위한 것이지 않으면 아니된다. 環境法은 따라서 端的으로 말하여 公害對策法으로부터 公害保全法으로 展開되어져야 할 宿命을 지니고 있는 것이다.

예나하던 오늘날 環境保全을 論함에 있어서는 現代의 人間活動이 質적으로나 量的으로 擴大하여 自然이 가지는 自淨復元能力을 능가하는 汚染物이나 超過에너지를 排出함에 따라 自然環境과 資源은 이미 人類에게 있어 無盡藏의 自然財가 아니라 有限한 財貨로서 法的保護와 規制를 받지 않으면 아니된다는 事實을 결코 外面할 수 없기 때문이라 할 수 있다. 그리하여 오늘의 狀況이 이상과 같다면 大氣, 水質, 土壤을 비롯한 地域的 空間은 이를 積極的으로 人爲的으로 管理하여 自然의 許容能力에 따라 適正하게 利用해나가는 것이 人類繁榮의 길이라 할 수 있는 것이다. 결국 이렇게 생각할때 環境法은 불가피적으로 天然自然의 人爲的 管理法에로 發展할 運命에 놓이지 않을 수 없는 것이다.

美國에서 環境行政을 Environmental Management, 그리고 그를 위한 機構를 Environmental Management System이라고 부르는 경우가 많은 것도 이상과 같은 趨勢를 말하는 것이라 할 것이다.

요컨대, 이러한 立場에서의 環境對策行政法은 企業등의 環境利用의 自由, 즉 汚染物排出의 自由라든가 資源利用의 自由를 前提로 하여 그것을 公共의 福祉라는 觀點에서 制約하는 단순한 規制法으로서 보는것이 아니라, 有限의 環境利用을 公的으로 調整하는 管理法 내지 分配法으로서의 性質을 가지는 것으로 인식하는 立場이라 할 수 있는 것이다. 이것은 比喻的으로 말하자면, 마치 道路, 公園등 國民의 共有財産인 公共施設이 國民의 共同利用을 適正하게 確保하게 하기 위하여 行政의 公的 管理에 委託하고 있는것과 마찬가지로 地域環境 그 自體도 人爲的으로 管理되어져야 하며, 그러한 機能이 原則적으로 國家(行政)의 손에 信託되어 있는 것으로 생각하고, 環境對策行政法을 다름아닌 그러한 課業遂行을 위한 法律制度로 이해하려는 것이라 할 수 있다.

종래 公物法の 法理에서의 支配的인 學說이 公物의 自由使用은 國民의 法的權利가 아니고, 反射的利益에 지나지 않는 것으로 理解하는 立場이라 할 수 있다.

그러나, 現代의 社會國家原理에서는 國家나 公共團體가 市民의 健康한 生活에 必要不可缺한 施設이나 環境을 整備하고 市民에게 그것을 提供하는 것은 國民에 대한 가장 基本的인 責務이며, 그에 對應하여 國民側에게는 健康하고도 快適한 生活에 必要한 施設이나 環境을 享受할 權利가 인정되며, 市民은 行政廳의 違法한 環境管理上의 行爲 또는 不行爲에 의해 이러한 權利가 侵害된 경우에는 行政廳에 대하여 그 違法을 是正하고, 良好한 環境의 保全을 請求할 수 있는 것으로 이해해야 할 것이다. 이에 反하여 오늘날 企業등에 의한 大規模

의 環境利用行爲는 이미 自由使用的인 것이 아니라 公物의 特別使用 내지 水利權과 비슷한 特權的인 法的地位이며 公共福利增進이라고 하는 政策的指針에 立脚하여 樹立된 地域環境의 管理計劃에 即應하며 부여된 特權이라 할 수 있는 것이다. 그리하여 이러한 理念下에서는 公害 내지 環境規制의 方式으로서 汚染因子마다 그 地域環境容量이 設定되어 그 總量의 範圍內에서 個別出源에 대한 排出許容量이 割當되는 이른바 總量規制가 規制技術이 허용하는 限度內에서 一般化될 것이 豫想되거니와, 이와같이 割當된 總量排出限度는 發生源에 대해서는 環境의 占用的利用特權과 같은 意味를 가지게 되며 그에 대한 規制는 地域의 環境政策에 即應한 環境裁量의 對象이 된다. 그리하여 環境利用은 警察規制以上の 嚴格한 것이 될 뿐 아니라, 그것은 이미 無償의 것이 아니라, 一定限度以上の 汚染物의 排出許容에 대해서는 道路등의 占用料와 마찬가지로 法理에 따라 그 許容量에 따라 環境使用料라고도 볼 수 있는 環境稅 내지 課徵金을 課하는 것도 立法論으로서 고려될 수 있을 것이다. 물론 이러한 環境稅의 賦課는 企業등의 免罪符가 되어서는 아니된다. 汚染物등의 排出에 의하여 事實上 環境이 汚染되어 그 回復을 期하고자 하는 경우에는 그 費用은 마땅히 原因者負擔으로서 汚染者에게 負擔시켜야 할 것이며, 또한 汚染豫防을 위한 專用施設을 設置함에 있어서도 受益者負擔의 負擔金의 賦課가 必要할 것이다.<sup>(5)</sup>

#### IV.

環境對策行政法은 이상에서 보아온 바와같이 公共의 安寧, 秩序나 個人에의 障害를 除去하기 위한 企業活動을 最小限 限制하는 「警察法」으로부터 地域環境을 保全하고 國民의 健康한 生存을 保持하기 위하여 企業活動을 積極的으로 規制하는 「規制法」에로 發展하고, 더 나아가서 地域環境 그 自體의 人爲的管理를 指向할 「環境管理法」에서 進展하여야 하는 것으로 생각할 경우, 環境對策을 위한 具體的인 規制 내지 制度의 適用·解釋에도 당연히 照明이 가해지지 않으면 아니될 것이다. 이제 이러한 觀點에서의 몇가지 問題點을 指摘해 보기로 한다.

##### (1) 環境基準의 問題點

環境基準는 環境行政에 의하여 實現하고자 하는 努力目標라 할 수 있으며, 이 目標를 向하여 모든 施策이 集約되는 것으로 되어 있다. 따라서 이 基準值의 決定은 環境對策의 基本이 되는 것이며 國民의 健康이나 生活環境에 直接 影響을 미치는 극히 중요한 問題라 할 수 있다. 그런데 이와같이 중요한 의미를 가지는 環境基準值는 大統領令으로 決定하도록 되어있기 때문에 극히 現狀妥協的으로 決定되는 것이 現實이라 할 수 있다. 1963年 WHO가 「大氣의 性質의 判定條件과 測定方法」에 관한 報告에서 提示한 大氣汚染物質의 人體影響에 관한 네가지 段階, 즉

(5) 環境保全法 第43條~第46條 參照.

第1水準：現在の 知識으로는 直接 또는 間接으로도 아무런 影響을 미치지 아니하는 濃度와 露出時間,

第2水準：感覺器를 자극한다거나 植物에 有害하거나 사람의 視野를 減少 또는 環境에 대하여 어떠한 不利한 影響을 주게 되는 濃度와 露出時間,

第3水準：중요한 生理的機能의 慢性疾患이나 壽命의 短縮을 가져오는 變化를 일으키기 쉬운 정도의 濃度 또는 露出時間,

第4水準：感受성이 강한 集團에게는 急性疾患 또는 死亡을 초래할 정도의 濃度 혹은 露出時間,

가운데서 대체로 第3水準에 相當할 것이라고 할 수 있거니와 우리나라에서 事實上 無視할 수 없는 經濟發展과의 어느 정도의 調和를 감안한 政策的見地에서의 妥協의 結果라 할 수 있고 이러한 基準設定은 점차 第2水準 내지 第1水準으로 上向調整되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 이와같이 國民의 福祉에 直接 重大한 關係를 가지는 基本的事項이 全的으로 行政府 내지 專門家の 科學的判斷만으로 一方的으로 決定된다고 하는 것은 環境對策行政이 地域環境을 人爲的으로 管理하기 위한 行政이며 環境基準이 各 地域에 있어서의 開發과 環境保全의 調整을 配慮하는 가운데 環境(權)의 共有者인 國民 내지 住民이 自主的으로 選擇決定하는 計劃上的 目標數值라고 한다면 當然히 國民 내지 住民의 意向이 充分히 反映되는 民主的 節次가 保障되어야 함은 後述하는 住民參與의 原則에서도 問題點의 하나로 제기될 수 있는 것이다.

다시 말하자면, 環境規制의 基點인 環境基準에 관해서는 참다운 國民的合意에 바탕을 두고 國民에 의한 不斷한 監視와 要求를 投入시킴으로써 참다운 國民의 健康과 生活을 保全하는 環境規制의 實効를 거둘수 있는 것이다.

## (2) 綜合的規制의 必要性

現行의 環境汚染對策은 일반적으로 工場 등의 排出口에서 排出되는 汚染物質의 汚染濃度의 許容限度로서 排出許容基準을 設定하여 그것을 지키게 함으로써 規制의 目的을 달성하는 것으로 되어있다.<sup>(6)</sup>

이러한 排出許容基準은 理論上으로는 環境基準의 相關數로서 決定되어야 하는 것이기 때문에 그것이 지켜지기만 하면 環境基準이 達成되는 셈이 된다. 그러나 現實의 排出許容基準은 環境基準과의 嚴密한 相關數關係에서 있지 않는 경우가 적지않을 뿐만 아니라, 모든 工場에 대하여 總排出量의 規制를 행하는 것이 아니고, 또한 排出施設의 使用開始는 申告制를 취하고 있기 때문에(環境保全法 第16條), 一定地域에 排出源인 工場등이 密集하는 것을 規制할 수 없다. 따라서 濃度規制의 基準을 지키게 하는 것만으로는 大都市등에서의 規制는 限界에 다다르고 있는 것이다.

(6) 環境保全法 第6條 參照.

그리하여 이것을 打開하기 위해서 總量規制方式을 導入함과 아울러 特定施設의 新增設을 許可制로 함으로써 그 立地를 規制할 수 있도록 多様하고도 強力한 規制手段을 活用하지 않으면 아니될 것이다.<sup>(7)</sup>

### (3) 履行確保手段의 強化

各種 規制法은 一定한 경우 行政廳으로 하여금 事業者의 計劃變更命令·改善命令·操業停止등 각종의 命을 내릴수 있도록 되어 있거니와 事業者가 이들 命에 따르지 않을 경우에는 罰則에 의해 強制할 수 밖에 없다. 그런데 이들 罰則 특히 罰金額은 最高가 1,500萬圓이며, 懲役刑에 의한 威嚇의 效果도 大企業에 대해서는 그 實效性이 별로 크지 못한 것이 現實이다.

美國에서는 예컨대 聯邦水污染管理法이 정하는 罰金額은 違反日數 1日當 2,500弗以上, 25,00弗以下, 再犯時는 違反 1日當 50,000弗 以下로 定하는 外에도 1日當 10,000弗以下の 民事制裁金制度도 있어 規制命令의 履行確保手段으로서 實效를 거두고 있다고 한다. 우리나라에서도 大企業에 대해서도 充分한 制裁의 效果를 거둘수 있도록 위와같은 制度의 導入을 고려해볼 必要가 있으며, 또한 改善命令 등에 대해서는 命令의 內容을 客觀적으로 明確히 함으로써 事業者가 履行하지 않을 경우에는 行政代執行을 活用할 수 있도록 하는 立法의 措置도 檢討해 볼만 하다 할 것이다.

### (4) 國家와 地方公共團體間의 責任과 權限의 分擔問題

원래 環境汚染이라는 것은 一定地域에 있어서의 環境破壞의 現象이며 地域의 特性에 相應한 適切한 對策을 必要로 하는 것이기 때문에 全國 一律의인 規制手段으로서는 適正한 對策을 期待할 수 없는 것이다. 따라서 環境權의 主體라고도 볼 수 있는 地域住民은 그 環境權의 信託的行使를 地方公共團體에 委託하고 있는 것으로 볼 수 있으며 地域住民을 위해 健康하고도 快適한 生活環境을 保全한다는 것은 地方公共團體의 固有한 事務라고도 볼 수 있는 것이다. 이렇게 생각할때 環境對策行政의 分野에서는 오히려 地方自治團體가 規制의 第1次的責任과 權限을 가지는 것으로 볼 것이며, 國家의 法令에 의한 規定은 最低의 基準을 나타내는 것으로 보아야 할 것이다. 現行法下에서도 第4條 2項의 「地域環境基準」이라든가 第7條의 「特別對策地域」의 指定制度등은 이상과 같은 趣旨에 입각한 規定이라 할 수 있거니와, 일반적으로는 地方自治團體의 條例制定權의 限界와 관련하여 어려운 問題를 제기 하고 있다.

### (5) 規制對策의 多樣化

環境汚染에 대한 規制方法은 보는 觀點에 따라 여러가지로 分類할 수 있으나, 그 名稱이나 範圍에 있어 다소의 差異는 있으나 대체로 크게 法制規制, 補助金制度, 賦課金制의 세

(7) 環境保全法 第15條 參照.

가지로 分類할 수 있으며, 종래 法的規制方法이 가장 普遍的으로 活用되었었다.<sup>(8)</sup> 그러나 이러한 法的規制에도 直接規制(環境基準, 排出基準, 土地利用規制, 排出施設의 設置規制, 燃料規制, 特定行爲의 禁止, 施設管理者에 대한 規制, 排出施設의 運用規制, 許可制, 申告制, 登錄制, 操業停止, 排出施設의 設置許可取消, 私法的救濟手段 등)와 間接規制(汚染規制措置不履行企業의 商店納品制限, 政府契約의 入札契約不認定 등)가 있고, 直接規制에도 公法的인 것과 私法的인 것, 權力的인 것과 非權力的인 것 등 여러가지로 생각할 수 있다. 그러나 이러한 여러가지 規制手段은 技術的·經濟的觀點에서 그 實效성과 效率性등에 있어 여러가지로 評價될 수 있어 어느 한가지 手段 내지 方法만으로는 오늘의 環境汚染을 對處해 나갈수 없음은 明若觀火한 事實이 그 綜合的活用이 強調되는 所以이기도 하다. 또한, 아무리 規制手段이 充實하다 하더라도 그것을 擔當할 環境規制機構와 規制業務要員이 適正하게 確保되지 않는限 그 効果는 期待할 수 없는 것이다. 環境汚染에 대한 法的規制方法에 대한 個別的인 檢討는 時間關係上 割愛하기로 하고 여기서는 최근 條例制定權과 함께 環境汚染規制의 有力한 手段으로서 注意의 對象이 되고 있는 이른바 公害防止協定에 관해 간략하게 問題點을 指摘하는데 그치고자 한다. 一部 見解에 의할것 같으면, 協定에 法的效力을 인정하게 되면 規制行政의 契約에의 逃避가 一般化하고 擴大되어 法律에 의한 行政의 原理는 自己崩壞하게 되어 行政의 相對方을 合意에 의한 協定이라는 이름아래 事實上的 特別權力關係으로 끌어들이는 結果를 가져올 수도 있기 때문에 그것은 法的으로는 아무 意味도 없는 단순한 紳士協定에 지나지 않는다는 消極的인 立場을 취하고 있다.

확실히 이러한 見解에서와 같이 法治行政의 原理는 一般市民의 自由確保를 위한 基本原理이기 때문에 同意에 의하여 法律의 根據가 없는 高權의 規制를 容認하고 그 違法性的인 阻却을 安易하게 承認하는데는 전혀 問題가 없지 않다. 그러나 環境對策行政을 다른 角度에서 생각해 볼 것 같으면 이른바 公害防止協定을 抽象的인 公益을 위해 사람의 自由 특히 精神的인 自由나 身體的自由를 制約하는 것이 아니라, 市民의 環境利益을 지킨다고 하는 大義名分下에서 被規制者에게 그 經濟的인 利益에 대한 任意的인 讓步를 求하는 것이라 할 수 있다. 그렇다면 協定에 대해서도 契約으로서의 法的效果를 인정하더라도 法治國原理에 반드시 反한다고만 할 수 없고, 한걸음 나아가서 環境法을 環境管理法이라 생각하고, 企業등에 의한 大規模의 環境利用行爲를 말하자면 環境의 特別使用이라고 理解한다면 그러한 特權享受者의 特權行使에 대하여 協定으로 特別한 制約을 課하는 것은 一般市民의 自由의 制約과는 次元을 달리하는 事實이라 볼 수 없는 것은 아니라 할 것이다. 최근 西獨이나 日本등 外國의 學界에서는 점차 協定中の 具體的인 義務條項에 대해서는 그것을 契約으로서 法的效果를

(8) 具然昌, “環境規制方法論 — 특히 環境汚染規制의 制度的 接近方法을 中心으로 —”, 韓國法學教授會編『法과 環境』1977, pp. 41-76.



인정하려는 見解가 널리 인정됨에 이르고 있다.<sup>(9)</sup>

#### (6) 行政의 怠慢에 대한 措置

現行의 各種 環境關係規制法(海洋汚染防止法, 汚物清掃法, 下水道法, 鑛業法, 鑛山保安法, 國土利用管理法, 都市計劃法, 環境保全法 등)은 그 具體的規定을 大統領令이나 部令등 行政立法에 委任하거나 實施命令에 의하여 規制의 細目을 定하는 경우가 많거니와, 이들 行政立法에 의하여 法이 目的으로 하는 바가 현저하게 歪曲되어지는 경우가 적지 않다. 이러한 行政立法에 의한 緩和는 다른 規制法令에서도 흔히 볼 수 있는 예라 할 수 있거니와, 國民의 監視가 미치지 않는 곳에서 換骨脫胎가 이루어지는 것은 立法자체의 不備에도 그 責任이 있지만 보다 根本的으로는 行政의 姿勢에 그 問題가 있으며, 이러한 行政의 不當한 怠慢을 허용하지 않기 위한 措置로서 基準改正請求權의 立法化등도 論議의 대상이 될 수 있는 것이다.

#### (7) 規制措置請求權에 관한 論議

經濟發展과의 調和를 基本理念으로 하는 環境規制法下에서는 그 執行을 담당하는 行政의 姿勢가 企業保護에 기울어진다는 것은 어느정도 不可避한 現象일런지도 모른다. 大單位工業團地등에 있어서의 地方行政官署와 企業들의 癒着의 實例는 前述한 行政立法등에 의한 緩和를 비롯하여 여러가지 形態로 나타나고 있다. 法律에 의하여 改善命令을 내릴 수 있는 要件을 충분히 갖추고 있는 경우에도 可及의 行政指導라든가 勸告에 의하여 적당히 보아 넘긴다든가, 혹은 違法한 建築物에 의하여 環境을 汚染하고 있는 경우에도 迅速한 除却命令을 發動하지 않는 事例가 적지 않다.

이런 경우 그러한 事實로 말미암아 被害를 받는 住民에게는 環境管理의 信託者로서의 行政當局에 대하여 直接 適切한 權限을 發動할 것을 要求하는 이른바 行政介入請求權이 保障되어야 할 것이다. 종래의 支配의理論에 의하면 規制 내지 固有權限의 發動을 비록 法定의 要件을 具備하는 경우에도 原則적으로 行政廳의 裁量的 判斷에 따라 決定하는 것으로서, 行政專門家도 아니고 行政에 대한 責任을 지지 않는 法院이 行政權力의 發動與否에 관하여 判斷하거나 命令을 내리는 것은 權力分立의 原理에 反한다고 한다는 것이었다. 그러나 오늘날과 같은 行政國家의 狀況下에 있어서 이상과 같은 行政便宜主義가 일응 일정한 범위내에서 是認된다고 하더라도 사람의 生命·身體에 대한 侵害라고 하는 不可逆의인 環境汚染狀況을 放置한다는 것은 도저히 허용될 수 없는 것이며, 行政의 一定한 狀況下에서는 行政廳의 裁量權限은 「零」으로 收縮되어 規制 내지 團束權限의 發動以外的 選擇이 있을 수 없는 것으로 해석하지 않으면 아니되는 경우가 있을 수 있고, 이러한 경우에는 法院에 의한 이른바 義務化判決을 허용하는 餘地가 인정될 수 있는 것으로 생각되는 것이다. 그러나 아직

(9) 拙著「現代行政法論(上)」1980. pp. 532-533 參照.

까지도 우리나라의 現行行政訴訟制度는 行政權의 過大한 違法行使로 말미암아 自由나 財産이 侵害받은 者가 그 個人的權益의 防衛를 위하여 提起하는 抗告訴訟을 그 主軸으로 삼고 있으며, 行政訴訟法의 理論도 다름아닌 狹義의 抗告訴訟法(取消訴訟)을 中心으로 하는 것이다. 이에 反하여 環境行政訴訟은 行政權의 發動에 의하여 保護를 받기 위하여 地域住民들이 그들의 集團의 利益을 바탕으로 하여 오히려 過小한 行政規制 내지 介入을 非難하고 規制權의 適法한 發動(介入)을 求하는 訴訟이라는 점에서 在來의 行政訴訟制度가 前提로 하는 自由國家의 行政訴訟의 理念과는 그 本質을 달리하는 面을 가지며, 따라서 그에 관한 法理論도 在來의 그것과 다른 여러가지 다른 內容의 것일수 밖에 없는 것이다.<sup>(10)</sup>

#### (8) 住民參與原則의 確立

이상에서 보아온 바와같이 環境保全對策은 地域住民의 福祉를 目的으로 하여 施行되는 것일 뿐 아니라, 行政廳은 地域住民의 共有財産인 自然環境을 適正하게 信託管理하는 任務를 지는 것으로 생각되기 때문에 地域環境에 중대한 影響을 미치는 重要한 計劃이나 決定에 있어서의 住民參與와 環境對策行政에 대한 住民의 監視·監督問題는 매우 重要한 意義를 가진다 할 것이다. 종래의 行政에 있어서는 住民은 行政의 客體이기 때문에 行政의 執行에 의하여 法律上의 具體的權利가 侵害된 경우 이외에는 行政에 대하여 主體의 參與하는 길은 거의 閉鎖되어 있었다고 볼 수 있다. 이러한 環境對策行政에 있어서의 住民參與와 관련하여 一般의 問題로서 이른바 環境影響評價制度가 있거니와 우리나라 環境保全法 第5條가 規定하고 있는 「環境影響評價 및 協議」制度는 政府의 一定한 開發事業에 相關된 計劃樹立에 있어 環境廳의 事前協議를 거치도록 함으로써 環境汚染에 대한 事前規制의 意義는 있으나, 日本이나 美國의 法制에서와 같은 住民參加를 保障하는 節次的 意義는 全無하여 우리나라 環境規制法制의 後進性을 如實히 나타내고 있는 좋은 例가운데 하나라 할 수 있다.<sup>(11)</sup> 한편, 環境行政은 住民의 環境權의 保護를 終局的인 目的으로 하는 것이기 때문에 環境對策行政이 法律에 따라 適切하게 實施되는 것을 保障하기 위해서는 行政過程을 規律하는 法制度속에 住民이 環境對策行政을 監視하는 시스템이 裝置되어 있는 것이 바람직하다. 예컨대 住民參與에 의한 公害監視委員會라든가, 公害음부즈단과 같은 制度에 의하여 不斷히 環境對策行政을 監視하여 그 改善를 提議할 수 있는 體制를 整備하는 것이 必要할 것이다. 다만, 이들 制度는 法的拘束力이 없는 提案制度에 비슷한 것에 그치기 때문에 이 밖에 行政廳이 法定의 規制權限의 發動을 게을리 하고 있을 경우에는 利害關係 있는 住民으로부터 調査의 申請, 또는 規制措置의 發動을 請求할 수 있는 正式의 節次를 인정해 주는 것도 有用할 것이다.

(10) 抽稿, “環境行政訴訟의 課問題”, 『環境法研究』 第2卷, 韓國環境法學會, 1980. pp. 5-28 參照.

(11) 抽稿, “環境影響評價制度의 問題點”, 法務部法務諮問委員會刊『論說集』 第4輯, 1980, 7. pp. 300-355 參照.