環境侵害에 대한 民私法的 救濟

안 경 희*

차 례

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 환경침해의 의의
Ⅲ. 환경침해에 대한 사전적·적극적 구제수단: 유지청구
Ⅳ. 환경침해에 대한 사후적·소극적 구제수단: 손해배상청구
Ⅴ. 우리 법의 개정방향

Ⅰ. 문제의 제기

환경침해는 통상 임미시온의 형태로 이루어진다. 자연과학자들의 연구결과에 따르면 이러한 현상은 크게 3단계로 나누어서 살펴볼 수 있다고 한다. 즉 에미시온, 임미시온 그리고 임미시온이 인간 기타 환경전반에 대하여 영향을 미치게 되는 단계가 그것이다. 에미시온이라 함은 가스, 증기 등의 물질이 배출되는 과정을 의미한다(광의의 에미시온). 배출된 물질 그 자체를 에미시온이라고 부르는 경우도 있다(협의의 에미시온). 배출된 물질은 자연적으로 방산되어 인간 기타 환경매체에 이르게 되는데, 이처럼 인간, 동·식물 등에게 인지될 수 있는 물질을 임미시온이라 한다(협의의 임미시온). 그런가 하면 공기오염 등이 基準面에 수용되는 과정을 가리켜 임미시온이라고 하기도 한다(광의의 임미시온). 인간 등에게

* 법학박사, 한경대학교 법학부 조교수

도달한 임미시온은 그들에게 일정한 영향을 미치게 된다.

이러한 자연과학적인 분석을 기초로 임미시온에 대하여 "법적으로" 평가를 내릴 수 있게 된다. 법적으로 볼 때 임미시온은 "중립적"이므로 이 문제에 대하여 公·私法的 視覺으로 접근할 수 있음은 물론이다. 이 때 이 문제를 역시 3단계로 나누어 검토하는 것이 바람직하지만, 에미시온은 임미시온에 의한 침해에 대한 잠정적 원인일 따름이고, 아직 법익침해가 발생하지 않은 상태이므로, 에미시온 그 자체는 -공법의 규율대상은 되지만- 사법의 규율대상이 되지는 아니한다. 배출된 물질이 자연적 경로로 퍼져나가 인간에게 도달하게 되는 제2단계가 되면 私法의 영역에서도 비로소 이 사실행위를 규율할 수 있게 된다. 따라서 공사법 모두에서 임미시온에 대한 규정을 두게 되는 것이다. 그리고 임미시온이 인간에게 영향을 미치게 되는 제3단계에서는 임미시온으로 말미암아 피해를 입은 자에게 어떠한 법적 구제수단을 부여할 것인가를 다루게 되는데, 공사법 모두에서 다양한 구제수단을 마련해 두고 있다.

본 연구에서는 우선 사법상 규율대상이 되는 환경침해의 개념에 대하여 살펴보고 이어서 환경침해에 대한 민사법상 구제수단에 대하여 검토하고자 한다. 사전적·적극적 구제수단인 유지청구와 사후적·소극적 구제수단인 손해배상청구가 주된 내용이 될 것이다. 나아가 환경침해에 대한 법적 구제의 실효성을 확보하기 위해서 앞으로 우리 법이 어떻게 개정되어야 하는지에 대하여 언급하기로 한다.

Ⅱ. 환경침해의 의의

환경침해(Umweltbeeinträchtigung)라는 용어는 실정법상의 용어는 아니다. 이와 유사한 표현으로 민법에서는 생활방해, 환경정책기본법에서는 환경오염이라는 용어가 사용되고 있다. 이하에서는 이들 개념에 대하여 살펴보기로 한다.

1. 환경정책기본법상 환경오염

환경정책기본법 제3조 제4호에서는 환경오염에 대한 정의규정을 두고 있다. 동규정에 따르면 "환경오염"이라 함은 사업활동 기타 사람의 활동에 따라 발생되는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음·진동, 악취, 일조방해 등으로서 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태를 말한다. 동법 제3조 제1호에 따르면 환경이란 자연환경과 생활환경을 말하는데, 여기서 "자연환경"이라 함은 지하·지표(해양을 포함한다) 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연상태(생태계 및 자연경관을 포함한다)를 말하고(동조 제2호), "생활환경"이란 대기, 물, 폐기물, 소음·진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경을 말한다(동조 제3호).

(1) 일정한 현상

환경정책기본법상 환경오염이라 함은 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음·진동, 악취, 일조방해 등을 의미한다(좁은 의미의 환경오염). 구체적으로 환경오염물질에는 어떠한 것들이 있는가에 대하여는 개별환경법에서 규정하고 있다. 가령 대기환경보전법상 "대기오염물질"이라 함은 대기오염의 원인이 되는 가스·입자상물질 또는 악취물질로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다(동법 제2조 제1호).

이처럼 환경정책기본법의 적용대상이 되는 물질들은 크기가 미세한 물질, 즉 不可量物이다. 법문에서 일조방해 "등"이라는 표현을 쓰고 있기 때문에 법문에 예시된 현상 외에 새로운 유형의 환경오염이 등장한다 하더라도, 그 본질과 환경에 영향을 미치는 방법에서 예시된 것들과 유사한 경우에는, 이들도 동법의 의미에서의 환경오염에 포섭될 수 있을 것이다. 결국 구체적으로 어떠한 현상들이 거기에 포섭되는가는 學說·判例를 통한 해석에 일임되었다고 볼 수 있다.

(2) 保護客體에 대한 영향

환경정책기본법의 규율대상이 되는 환경오염이 되려면, 대기오염 등이 일정한

보호객체, 즉 사람의 건강이나 환경에 피해를 미쳐야 한다. 여기에서 “피해를 미친다”라는 것은, 대기오염 등으로 말미암아 보호객체에 구체적으로 일정한 정도의 피해가 발생되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 그러한 현상들이 통상 보호객체에 피해를 줄 수 있는 가능성을 지니고 있다는 것을 의미한다. 즉 “피해를 미친다”는 것은 어떤 시설에서 발생한 에미시온이 그 시설의 경계를 넘어 보호객체에 이르는 과정을 의미한다.[1] 따라서 광의의 환경오염이라 함은 대기오염 등으로 말미암아 환경 자체를 오염, 침해하는 상태 내지는 그러한 환경을 오염시킴으로써 사람의 생명, 신체와 재산에 대하여 피해를 주는 상태를 일컫는 것으로 정의할 수 있다.

2. 임미시온에 의한 생활방해

민법에서는 환경침해 내지 환경오염에 대한 정의규정을 두고 있지 아니하고, 다만 제217조[2]에서 임미시온에 의한 생활방해에 대하여 규율하고 있다.

(1) 일정한 현상

제217조에서는 임미시온의 예로 “매연, 열기체, 액체, 음향, 진동”이 예시되어 있고, 기타 이와 유사한 것에 대하여도 동일한 원칙이 적용된다고 규정하고 있다. 따라서 어떠한 현상들이 “유사한 것”에 포섭되는가는 해석을 통하여 밝혀내야 하는데, 불가량물만이 제217조의 적용대상이 된다고 파악하는 것이 일반적인 견해이다.[3] 不可量物-좁은 의미에서의 임미시온이라는 표현은 판덱텐법학에서 발전

1) Vgl. Feldhaus, Gerhard, Bundesimmissionsschutzrecht. Kommentar, Loseblatt, Stand 88. Erg. Sep. 1999, § 3 Anm. 5; Jarass, Hans D., Bundesimmissionschutzgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2002, § 3 Rn. 5; Stich, Rudolf/Porger, Karl-Wilhelm, Kommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, Band I (Kommentar), Loseblatt, Stand: 18.Lfg. Oktober 1998, § 3 Rn. 15.

2) 이하에서 法名의 언급 없이 인용된 조문은 민법의 조문이다.

3) 권용우, 물권법, 법문사, 2001, 230면; 김상용, 물권법, 법문사, 2001, 362면; 김용한, 물권법론, 박영사, 1996, 251-52면; 김증한·김학동, 물권법, 박영사, 1998, 268면;

된 것으로, 가볍고 크기가 작은 미세한 물질을 의미한다. 제217조에 예시된 것들이 대부분 -기계의 도움을 받지 않는 한- 그 양을 측정할 수 없는 불가량물이라는 점에 비추어 볼 때 "계량가능성"이 유사성 여부를 판단하는 하나의 기준이 될 수 있을 것이다. 따라서 원칙적으로 제217조에 예시된 것과 유사한 성질을 가지는 것, 즉 계량할 수 없는 물질들만이 민법상 생활방해로 인정된다고 보아야 할 것이다.

(2) 외부로부터 오는 적극적인 侵害

"Immission"이라는 단어는 "immittere"라는 동사의 명사형으로, 안쪽으로 보내는 것 내지는 안쪽으로 이끄는 것이라고 해석된다. 따라서 임미시온이라 함은 어떤 물체가 어떤 한 토지로부터 그의 경계를 넘어서 다른 토지로 넘어가는 과정-광의의 임미시온-을 의미한다. 이러한 토지경계를 뛰어넘는 속성으로 말미암아 不可量物이 인접 토지에 영향을 미치게 되는 것이다. 그밖에 이러한 물질들이 "적극적으로", 예컨대 유입 내지 진입해 들어가는 식으로, 이웃 토지에 영향을 미쳐야 한다. 따라서 광선 내지 공기를 차단하는 것과 같은 이른바 소극적 임미시온은 제217조의 의미에서의 생활방해에 해당하지 아니한다.[4)5)] 아울러 이웃토지에 건

이영준, 물권법, 박영사, 1999, 449면; 조홍식, "유지청구 허용여부에 관한 소고", 「민사판례연구[XXII]」, 박영사, 2000, 67면. 반드시 불가량물에 한하지 않는다는 견해: 곽윤직, 물권법,, 박영사, 2002, 246면; 김재형, "소유권과 환경보호", 한국민법이론의 발전(I), 박영사, 1999, 319면; 문광섭, "환경침해에 대한 유지청구", 재판자료, 제94집(2002.7), 306면; 이상태, 물권법, 법원사, 2000, 206면; 이은영, 물권법, 박영사, 2000, 464면; 전경운, "민법 제217조의 의미와 개정방향에 대한 소고", 비교사법, 제7권 1호(2000년 6월), 202면.

4) 독일에서의 通說의 입장이다: Erman, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 10. Aufl., Münster 2000 (Zit.: Erman/Bearbeiter), Erman/Hagen, § 906 Rn. 9; Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 12; Jauernig, Othmar, Zivilrechtlicher Schutz des Gruneigentums in der neueren Rechtsentwicklung, JZ 1986, 605, 609 f.; Küchler, Kurt, Psychische Einwirkungen im Nachbarrecht des BGB, 1973 (Zit.: Einwirkung), S. 20 f.; Marburger, Peter, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts. Gutachten C für den 56. Deutschen Juristentag (Zit.: Gutachten), C. 101; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6,

축자재를 무질서하게 쌓아 놓아 미관을 해치는 경우와 같은 관념적 임미시온도 제217조의 적용대상이 아니다.[6]

(3) 토지관련성

법체계상으로 볼 때 相隣法은 소유권의 내용에 대하여 규율하는 규정에 속한다. 여기에서는 서로 인접해 있는 토지소유자 사이의 이해관계를 어떻게 합리적으로 조정할 것인가에 대하여 다루어지고 있다. 따라서 상린법에 속하는 제217조도 그 적용대상을 명시적으로 토지에 한정시키고 있다.

3. 소결: 민법의 규율대상이 되는 환경침해

제217조("생활방해")와 환경정책기본법 제3조 제4호("환경오염")에서는 상이한 표현이 사용되고 있기는 하나, 이들은 모두 기본적으로 불가량물을 그 적용대

3. Aufl., München 1997 (Zit.: MünchKomm/Bearbeiter), MünchKomm/Säcker, § 906 Rn. 28; MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 28 f.; Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts- und Bundesgerichtshofes, Band III 1. Teil (§§ 854-1011), 12. Aufl., Berlin/New York, 1979 (Zit.: RGRK/Bearbeiter), RGRK/Augustin, § 906 Rn. 24; Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 6, 12. Aufl., Stuttgart, 1989 (Zit.: Soergel/Bearbeiter), Soergel/Baur, § 906 Rn. 33; v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch, 13. Aufl., Berlin 1996 (Zit.: Staudinger/Bearbeiter), Staudinger/Gursky, § 1004 Rn. 46; Wieling, Hans Josef, Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin, 2001, § 23 II 4 a) cc).

5) 독일민법 제906조는 임미시온의 개념에 유입(Zuführung)을 요건으로 하고 있어 소극적 침해가 그 적용대상에서 배제되지만, 그러한 제한이 없는 우리 민법에서는 소극적인 침해도 제217조의 적용대상이 된다고 보는 견해: 김증한·김학동, 전게서, 1998, 299면; 김형석, "소유물방해배제청구권에서의 방해의 개념", 법학, 2004, 402면; 박종두, 물권법, 삼영사, 2005, 306면; 이상태, 전게서, 2000, 207면; 이영준, 전게서, 1999, 450, 562면; 이은영, 2000, 450면.

6) 관념적 침해에 대한 자세한 논의는, 안경희, "관념적 침해에 대한 소고", 재산법연구, 제20권 제2호(2003.12), 63면 이하 참조.

상으로 하고 있다. 이러한 생활방해 내지 환경오염이 법적으로 의미를 갖는 것은 이로 말미암아 法益이 침해되는 경우이다. 민법과 공법은 서로 상이한 보호법익을 가지고 있으므로 결국 그들의 적용범위도 일치하지 아니한다. 즉 환경정책기본법의 보호객체는 사람은 물론 환경전반이므로 환경 자체를 침해하는 경우에도 환경침해를 인정할 수 있다. 이와는 달리 제217조는 相隣法의 한 부분으로서 서로 경계를 같이 하고 있는 "토지 소유자들" 사이에서의 이해관계의 조절을 목적으로 하므로, 환경 그 자체는 사법의 보호대상이 아니다. 따라서 오존층침해, 공기오염, 지하수의 오염 등과 같은 환경침해는 공법상 환경침해에는 해당하나, - 개인적 법익의 침해가 없으므로- 사법상 의미에서의 환경침해에는 해당하지 아니한다. 그러나 환경침해가 동시에 토지 소유권의 침해를 의미하는 경우에는 사법상 의미에서의 환경침해가 있는 것으로 인정될 수 있다.[7] 이를 유형별로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 생태계의 훼손

대부분의 자연생태계는 토지에 조성되는데, 토지는 제98조의 의미에서의 물건이고 따라서 사인의 소유권의 객체가 될 수 있다. 그런데 시설물공사 등으로 인하여 그 일대에 분포하는 야생동식물의 서식지, 도래지 등의 자연생태계가 훼손된 경우에는 소유권의 대상인 물건 자체가 훼손된 것이 아니라, 야생동식물의 서식지로서의 토지의 "질"이 손상을 입은 것이기 때문에, 이러한 토지의 질적인 변화도 소유권침해에 해당하는지의 여부가 문제된다. 이와 관련하여 독일연방행정법원은 소유권이 경제적 가치를 가질 뿐만 아니라 소유자의 자유로운 인격의 발현에도 기여하는 것으로 파악하고 있는데,[8] 이러한 소유권이 가지는 인격적인 기능

7) Baumann, Peter, "Die Haftung für Umweltschäden aus zivilrechtlicher Sicht", JuS 1989, 433; Diederichsen, Uwe, "Verantwortlichkeit für Altlasten - Industrie als Störer", BB 1988, 917; Medicus, Dieter, Zivilrecht und Umweltschutz, JZ 1986, 778; Soergel/Mühl, Vor § 90 Rn 44 ff.

8) BVerwGE 24, 367, 389; BVerwG, NJW 1986, 39 ff.; BGHZ 6, 270, 276; Köndgen, "Ökologische Aspekte des Schadensproblems. Bemerkungen zur

에 비추어 볼 때 제3자에 의하여 소유자의 의도와는 무관하게 물건의 상태가 변화된 경우에도 소유권침해가 있는 것으로 인정될 수 있을 것이다.[9]

(2) 야생식물의 훼손

제99조 제1항에 따르면 식물은, 토지에 부착되어 있는 한, 토지의 구성부분이 되기 때문에, 식물이 멸실·훼손된 경우에는 토지소유권의 침해가 있게 된다.[10] 이는 야생식물은 물론 作物植物의 경우에도 그대로 적용된다.[11] 따라서 시설물 건설 등으로 이러한 식물들에 대한 피해가 우려되는 경우에는 사법상 의미에서의 환경침해가 있다고 볼 수 있다.

(3) 야생동물의 멸실

제252조 제2항에 따르면 야생동물은 無主物이므로, 특정한 권리주체에 귀속되지 아니하는바, 시설물공사 등으로 인하여 야생동물, 야생조류 등이 피해를 입을 개연성이 있다 하더라도, 이는 특정한 개인의 법익에 대한 침해가 있는 것은 아니므로, 사법상 환경침해라고 볼 수는 없다. 나아가 사유지에 서식하는 야생동물이 멸종할 위기에 처한 경우에도 이를 소유권침해로 볼 수 없다.[12] 왜냐하면 야생동물이 사유지에 서식하고 있다고 하여 그 동물이 토지의 구성부분으로 되지는 아니하므로, 토지소유자의 소유권이 이러한 동물에까지 확대되지는 아니한다고 보아야 하기 때문이다.

Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs", AcP 177(1977), 1, 14 f.; Pfeiffer, Thomas, Die Bedeutung des privatrechtlichen Immissionsschutzes, 1987 (Zit.: Bedeutung), S. 266 f.

9) Baumann, JuS 1989, 433, 439; Lytras, Theodor, Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden, Berlin, 1995 (Zit.: Haftung), S. 195.

10) Baumann, JuS 1989, 433, 439; Lytras, Haftung, S. 195.

11) Baumann, JuS 1989, 433, 439; Gassner, Erich, "Der Ersatz des ökologischen Schadens nach dem getenden Recht", UPR 1987, 370, 372 ff.; Lytras, Haftung, S. 195.

12) Lytras, Haftung, S. 185.

Ⅲ. 환경침해에 대한 사전적·적극적 구제수단: 유지청구

1. 유지청구의 의의

환경이 침해된 후에는 이를 회복하는 것이 현실적으로 어렵거나 상당한 시간과 비용이 소요되므로 환경을 보호하기 위해서는 사후적인 치유보다는 사전적인 예방이 보다 효율적이다. 바로 이러한 사전적인 예방수단이 유지청구이다. 유지청구라 함은 환경상의 이익침해를 이유로 적극적으로 환경침해행위의 중단 또는 예방 등을 청구하는 것을 말한다.[13]

2. 유지청구의 법적 근거

(1) 학설

(가) 물권적청구권설

물권적청구권설은, 개인에 의한 환경침해행위를 피해자가 소유하는 토지나 건물의 소유권 또는 점유권의 한 권능을 침해하는 것으로 보는 견해이다. 즉 환경침해가 발생하면 토지나 건물의 이용가치가 저하되고 지대가 하락하는 등 일정한 피해가 발생하게 되는데, 이는 곧 토지나 건물의 소유권, 점유권 기타 물권화된 이용권 등을 침해하는 것으로 볼 수 있다는 입장이다. 따라서 이러한 침해가 일정한 수인한도를 초과하는 경우에는, 피해자는 가해자를 상대로 소유권 기타 물권에 기하여 유지청구를 할 수 있다고 한다.[14]

---

13) 이를 공해방지소송(이용우, “공해방지소송”, 재판자료, 제2집(1979.8), 221면) 또는 방어청구(전경운, “환경침해피해의 사법상 구제법리”, 환경법연구, 제25권 2호(2003), 345면)라 부르기도 한다.

14) 권용우, “공해의 예방 및 배제청구”, 법과 공해, 한국법학교수회, 1974, 159면; 김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997, 289면; 문광섭, 전게논문, 2002, 302면; 손윤하, 전게서, 2005, 370면; 윤철홍, “환경권의 본질과 유지청구권”, 「민사법학」, 제17호(1999), 365면; 전경운, “환경침해에 대한 유지청구권”, 「판례월보」, 제348호(1999년 9월), 40면 이하; 전경운, 전게논문, 2003, 346면; 조성민, “환경침해와 방해배제청구권의 인부”, 「환

(나) 相隣關係說

상린관계설은 제217조의 생활방해의 금지 및 인용의무에 관한 규정을 근거로 하여 유지청구를 인정하는 견해이다. 즉 토지소유자는 제217조 제1항에 의하여 인근토지의 사용을 방해하거나 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조처를 할 의무가 있으므로, 제217조 제2항에서 정하고 있는 인용한도를 초과하는 환경침해가 발생한 경우에, 피해자는 가해자를 상대로 직접 제217조 제1항에 기하여 방해제거 내지 예방을 청구할 수 있다고 한다.[15]

(다) 人格權說

인격권설은, 환경침해를 쾌적한 생활을 자유롭게 향수할 수 있는 인격적 이익을 내용으로 하는 일반적 인격권에 대한 침해로 보고, 일정한 수인한도를 초과하는 침해가 있는 경우에 유지청구를 인정하는 견해이다. 즉 일반적인 인격권의 내용에는 명예, 자유, 프라이버시 등 개별적인 인격권이 모두 포함되는데, 환경침해로 인한 인격적 이익의 침해도 이 범주에 속하는 것으로 볼 수 있고, 따라서 이러한 인격권이 침해된 경우에, 피해자는 가해자를 상대로 인격권이라는 절대권침해를 이유로 침해의 배제나 예방을 청구할 수 있다고 한다.[16]

경법연구」, 제26권 제3호(2004), 244면; 조홍식, 전게논문, 2000, 63면; 홍관희, “환경권의 침해와 생활방해금지에 관한 연구”, 「법학연구」, 제5집(2006년 6월), 11면.

15) 구연창, “환경오염의 사법적 구제 재조명”, 「환경법연구」, 제11권(1989), 168면; 권용우, 전게논문, 1974, 159면; 김기수, “공해의 사법적 구제의 방향과 상린관계법적 구성”, 환경법연구, 창간호(1979), 132-137면; 문광섭, 전게논문, 2002, 305면; 윤진수, “환경권침해를 이유로 하는 유지청구의 허용여부”, 「판례월보」, 제315호(1996년 12월), 42면; 정권섭, “환경오염과 사법상 구제”, 법과 환경, 삼영사, 1977, 141면; 조홍식, 전게논문, 2000, 66면.

16) 권용우, 전게논문, 1974, 160면; 김재형, 전게논문, 1999, 318면; 손윤하, 전게서, 2005, 58면; 윤진수, 전게논문, 1996, 42-43면; Forkel, Hans, Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht, Köln, 1968 (Zit.: Persönlichkeitsrecht), S. 48, 52 f.; Lang, Eberhard, "Grundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutzes in rechtsvergleichender Sicht", AcP 1974, 381, 387; Roth, Günther, “Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes”, NJW 1972, 921, 923.

(라) 不法行爲說

불법행위설은, 자연환경이나 생활환경은 개인이 가지는 법률상 보호되는 생활이익이고, 이러한 생활이익에 대하여 수인할 수 없을 정도의 침해를 가하면 그 가해행위가 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다고 파악한다. 따라서 수인한도를 넘는 환경이익의 침해가 있으면 - 피침해이익의 권리성 유무를 검토할 필요 없이 - 불법행위가 성립되고, 피해자는 가해자를 상대로 제750조에 기하여 손해배상뿐만 아니라 방해의 제거 또는 예방도 청구할 수 있게 된다고 한다.[17]

(마) 環境權說

환경권설은 환경침해에 대한 유지청구의 법적 근거를 헌법 제35조 제1항에서 규정하고 있는 환경권, 즉 "건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리"에서 구하고자 하는 견해이다. 이 설에 따르면 환경권은 헌법상의 기본권일 뿐만 아니라 사인 간에도 효력이 인정되는 배타성을 가지는 절대권이므로, 환경침해가 발생하면 곧바로 위법성이 인정되어 별도의 이익형량 없이 방해행위의 배제나 예방을 청구할 수 있게 된다고 한다.[18]

(2) 判例

판례는 환경권의 구체적 권리성을 부인하고 있다.[19] 그리고 환경침해를 이유

17) 권용우, 전게논문, 1974, 166면.

18) 권용우, 전게논문, 1974, 165면; 김종률, "환경권의 사권성", 권영성교수정년기념논문집 「헌법규범과 헌법현실」, 법문사, 1999, 1070면 이하; 이용우, 전게논문, 1979, 231면 이하; 조성민, 전게논문, 2004, 251면; 조종현, "환경권의 민사법리", 「김형배교수화갑기념논문집: 채권법에 있어서 자유와 책임」, 박영사, 1994. 697면 이하.

19) 대판 1995.5.23, 94마2218 (법원공보 1995, 2236); 대판 1995.9.15, 95다23378 (법원공보 1997, 3617); 대판 1997.7.22, 96다56153 (법원공보 1997, 2636); 대판 1997.7.27, 98다47528 (법원공보 1999, 1755); 대판 1999.7.27, 98다47528 (법원공보 1999, 1755); 대판 2006.6.2, 2004마1148, 2004마1149 (법원공보 2006, 1240); 부산고판 1999.4.29, 98나10656 (하급심판결집 1999-1, 63). 독일의 판례도 독일기본법상 주관적 공권으로서 환경권이라는 기본권은 없으므로, 환경기본권을 근거로

로 한 유지청구의 권원에 대하여 대법원은 원칙적으로 제214조를 청구권원으로 보아 물권설을 따르고 있는 것으로 보이나,[20] 하급심판결 중에는 인격권설에 근거하여 판단한 사례도 있다.[21]

(3) 학설의 검토 및 사견

(가) 법적용면에서의 검토

실무상 법을 적용하는 측면에서 볼 때, 환경침해를 이유로 한 유지청구의 법적 근거에 대한 학설의 대립은 별다른 의미가 없다. 즉 어느 학설을 취하건 동일한 결과에 이르게 된다. 우선 불법행위설과 기타의 학설과의 주요한 차이점은 유지청구에 있어 방해자의 귀책사유를 필요로 하는지의 여부였는데, 불법행위설이 후술하는 이른바 수인한도론과 결합하면서 이러한 차이점이 없어졌다. 즉 통상 유지청구를 함에 있어 방해자의 귀책사유는 요건이 아니라고 파악하는데 반하여, 종래 불법행위설에서는 유지청구와 불법행위에 기한 손해배상청구를 일원적으로 파악하는 결과 유지청구의 경우에도 가해자의 고의·과실을 필요로 한다고 해석하고 있었다. 그런데 수인한도론의 등장과 더불어 불법행위설의 입장에서도 가해자의 귀책사유를 유지청구의 독립한 요건으로 보지 않게 되어, 결국 모든 견해에 있어서 방해자의 귀책사유의 유무는 특별한 의미를 가지지 않게 된 것이다. 그런가 하면 불법행위설의 입장에서만 수인한도를 기준으로 환경침해행위의 위법성을 판단하는 것이 아니라, 물권적 청구권설이나 상린관계설 나아가 인격권설에서도 물권이나 인격권이라는 절대권의 침해가 있는 경우에 곧바로 위법성을 인정하지 아니하고 일정한 수인한도를 초과하는 환경침해에 한하여 위법한 것으로 판단하므로, 법적용 측면에서 이들 학설간의 차이점은 거의 없다고 할 수 있다. 다만 환경권설은 환경침해가 발생한 경우에 별도의 이익형량 없이 유지청구를 할 수 있

하는 사법상 유지청구도 인정되지 아니하는 것으로 해석한다. : BVerGE 54, 211, 219 ff.; OVG Lüneburg, DVBl 1986, 418, 421.

20) 대판 1997.7.27, 98다47528 (법원공보 1999, 1755); 대판 1997.7.22, 96다56153 (법원공보 1997, 2636); 대판 1995.9.15, 95다23378 (법원공보 1997, 3617).

21) 하급심판결집 1995-1, 50.

다는 점에서 종래의 학설과는 다른 특징을 가지고 있다. 그러나 실제로는 환경권설에서도 유지청구에 있어서의 권리남용 문제라든가 위법성 이외의 또 다른 이익형량 과정을 상정하고 있어서[22] 기타의 학설들과 차이점이 거의 없게 되었다.

(나) 이론구성면에서의 검토

이론구성면에서 볼 때 이들 학설은 모두 문제점들을 가지고 있다. 우선 상린관계설은 제217조 제1항을 근거로 환경침해에 대한 유지청구를 할 수 있다고 파악하는 견해인데, 전술한 바와 같이 제217조의 적용대상은 적극적 침해에 한정되므로, 환경침해의 한 유형인 소극적, 관념적 침해는 제217조의 규율대상에서 제외된다. 따라서 제217조는 적극적 환경침해를 이유로 한 유지청구의 법적 근거는 될 수 있지만,[23] 소극적 환경침해에 대한 유지청구의 청구권원은 될 수 없다는 한계점을 가지고 있다.

환경침해를 인격권침해로 파악하는 견해는 인격권이 건강하고 쾌적한 생활을 추구할 수 있는 육체적, 정신적 자유를 본질로 한다는 점에서 일리가 있다. 그러나 일방 당사자의 인격권의 보호는 타방 당사자의 인격권의 침해가 될 수도 있기 때문에 인격권침해의 경우는 일반불법행위의 요건 보다 한층 엄격한 요건을 필요로 하는데, 환경침해의 경우에 이 요건을 충족시키는 것이 용이하지 아니하다. 가령 사법상 인격권은 특정인간의 문제를 다루는 바 가해자가 "특정"의 상대방에 대

22) 이용우, 전게논문, 1979, 223-224 참조.

23) 매연 등에 의한 적극적 생활방해가 발생한 경우에 피해지소유자는 가해지소유자를 상대로 제217조에 규정된 바의 적당한 조치를 취할 것을 청구할 수 있다. 그런데 이웃 토지 소유자의 토지사용을 방해하거나 그의 생활에 고통을 가하는 임미시온은 제211조에 따른 소유자의 권능을 침해하는 것에도 해당하는 바, 이러한 임미시온에 의하여 방해를 받은 자는 제214조를 근거로 방해제거청구권을 행사할 수도 있게 된다. 그렇다면 제214조의 청구권과 제217조의 청구권과의 관계가 문제되는데, 제217조의 청구권은 제214조의 청구권을 전제로 하고 있고, -제214조의 구성요건에 해당하는- 소유권방해 중에서 임미시온에 의한 생활방해의 경우에 한정하여 유지청구를 인정하는 것이라고 파악해야 할 것이다. 즉 두 청구권은 모두 소유권행사가 위법하게 방해받고 있는 경우에, 그 방해상태의 제거를 목적으로 하는 방해제거청구권으로서의 성질을 가진다. 다만 그 적용대상면에서 볼 때 제217조는 제214조의 "특별규정"이라고 할 수 있다.

하여 가해행위를 했어야 하는데,[24] 공장을 정상가동하여 공장 밖으로 유해물질을 배출하는 것을 특정한 이웃에 대한 가해행위라고 보기는 어려울 것이다.

불법행위설은 환경침해의 경우에 제750조에 기하여 금전적 손해배상과는 별도로 그 손해를 발생케 하는 근원인 위법행위의 예방·배제까지도 청구할 수 있는 것으로 파악하는데, 이는 손해배상의 범위에 관하여 금전배상주의를 취하고 있는 우리 법의 태도와 부합하지 아니하는 견해라고 하겠다.[25]

환경권설은 환경권 자체에 기한 사법상 유지청구를 인정하나, 헌법상의 환경권 조항만으로는 개개의 국민에게 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어려우므로,[26] 환경권에 근거하여 방해예방을 청구할 수는 없을 것이다.

그러고 보면 환경침해를 이유로 한 유지청구권의 근거는 제214조에서 찾아야 할 것이다. 제212조에 따르면 토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미치는데, "정당한 이익"에는 비단 토지가 가지는 물질적, 재산적인

24) BGHZ 64, 178, 182 = JuS 1975, 660; BGHZ 95, 307, 310; Künzl, Reinhard, Zur Abwehr ideeller Immissionen, NJW 1984, 774, 776.

25) 곽윤직(편집대표), 민법주해[V], 박영사, 2000 (민법주해/집필자로 인용), 민법주해 [V]/유원규, 310면; 구연창, 전게논문, 1989, 168면; 김종률, 전게논문, 1999, 1070면; 손윤하, 환경침해와 민사소송, 청림출판, 2005, 369면; 오석락, 환경소송의 제문제, 일신사, 1991, 42면; 윤철홍, 전게논문, 1999, 366면; 이용우, 전게논문, 1979, 226면; 전경운, 전게논문, 1999, 39면; 정완, "환경오염피해에 대한 민사책임", 환경법연구, 제25권 2호(2003), 422면; 조성민, 전게논문, 2004, 246면; 홍관희, 전게논문, 2006, 10면; 홍천룡, "환경오염 피해의 구제-손해배상과 유지청구-", 환경법연구, 제14권 (1992), 53면.

26) 김기수, 전게논문, 1979, 25면; 김재형, 전게논문, 1999, 334-335면; 손윤하, 전게서, 2005, 369면; 오석락, 전게서, 1991, 41면; 윤진수, 전게논문, 1996, 40면; 전경운, 전게논문, 1999, 39면; 조홍식, 전게논문, 2000, 53면; 홍관희, 전게논문, 2006, 11면. 독일의 다수설도 독일기본법상 주관적 공권으로서 환경권이라는 기본권은 없으므로, 환경권은 법원에 대하여 직접 구제를 청구할 수 있는 권리는 아니라고 본다: BVerGE 54, 211, 219 ff.; OVG Lüneburg, DVBl 1986, 418, 421; Hoppe, Werner/Beckmann, Martin/Kauch, Petra, Umweltrecht, 2. Aufl., München, 2000, § 4 Rn. 34; Lytras, Haftung, S. 41; Pfeiffer, Bedeutung, S. 187 f.; Schmidt, Reiner, Einführung in das Umweltrecht, 4. Aufl., München 1995, § 2 Rn. 3; Sellner, Dieter, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 2. Aufl., München, 1988, Rn. 8; Steinberg, Rudolf, "Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung", NJW 1996, 1985, 1986.

이익뿐만 아니라, 토지를 이용하는 사람들의 정신적인 발현까지도 포함되므로, 환경이익도 정당한 이익에 포함될 수 있다. 따라서 소유권의 내용을 이루는 환경이익의 침해가 있거나 침해가 염려되는 경우에 피해자는 가해자를 상대로 소유권 침해를 이유로 제214조에 기한 유지청구를 할 수 있다. 이처럼 소유권이 가지는 인격권적인 요소를 강조함으로써 -굳이 법적용의 범위에 문제가 있는 환경권이나 인격권을 원용하지 않더라도- 소유자가 가지는 환경이익을 보호할 수 있을 것으로 본다.

3. 유지청구의 당사자

(1) 청구권자

우리 법은 주지하다시피 "주관적 쟁송제도"를 취하고 있다. 따라서 환경침해가 발생하였거나 침해가 발생할 염려가 있다고 하여 누구나 유지청구를 할 수 있는 것은 아니고, 자신의 권리 내지 법익을 침해받은 자만이 이러한 청구권을 가진다. 사견과 같이 유지청구의 근거에 대하여 물권적 청구권설을 취하는 경우에는 소유권자(제214조), 점유자(제205조), 지상권자(제290조에 의한 제214조 준용), 지역권자(제301조에 의한 제214조 준용), 전세권자(제319조에 의한 제214조 준용)가 유지청구의 주체가 된다.

이때 환경침해로 말미암아 고통을 받고 있거나 고통을 받을 염려가 있는 사람이 반드시 청구권자 자신일 필요는 없다. 그러나 자신의 토지에서 "지속적으로" 거주하거나(가령 임차인) 일을 하고 있는 사람(가령 피용자)이 그러한 고통을 받고 있거나 객관적으로 그러한 고통을 받을 염려가 있어야만 한다. 이러한 "토지관련성"이 인정된다면 자연인은 물론 법인(환경보호단체, 지방자치단체 등)에게도 유지청구권이 인정된다. 최근에 이른바 천성산 도롱뇽사건에서 자연물인 도롱뇽이 유지청구의 주체가 될 수 있는지의 여부가 문제되었는데, 대법원은 도롱뇽은 천성산 일원에 서식하고 있는 도롱뇽목 도롱뇽과에 속하는 양서류로서 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 이 사건을 수행할 당사자능력을 인

정할 수 없다고 판시한 바 있다.[27]

(2) 청구의 상대방

환경침해에 대한 유지청구의 상대방은 방해자이다. 제214조에서는 청구권행사의 상대방으로서 "소유권을 방해하는 자"라고 규정하고 있는데, 다수설은 이는 물권내용의 실현을 방해하는 원인을 현재 자기의 사회적 지배범위에 둔 자를 의미하고, 객관적으로 방해가 있으면 충분하고 방해자의 고의·과실은 있을 필요가 없다고 해석한다.[28] 이에 비해 소수설은 "침해에 대하여 의사적 행위를 하는 자"만을 방해자로 보고,[29] 방해자의 의사적 행위에 귀착될 수 있는 방해에 대해서만 방해제거청구권을 인정하려고 한다.[30] 그런데 이러한 해석은 지나치게 포괄적이어서 방해자의 개념과 방해자에게 책임이 귀속되는 근거를 분명하게 밝히지 못하고 있다. 따라서 이하에서는 방해의 방해자에의 귀속근거를 기준으로 행위방해자와 상태방해자로 구분하여 살펴보기로 한다.

(가) 行爲妨害者

행위방해자라 함은 자신의 행위에 의하여 직접적 또는 간접적으로 방해를 일으키는 자를 말한다. 이 행위방해자가 부담하는 방해제거의무를 "행위책임"이라 한다. 이 경우에는 원칙적으로 자신의 행위에 대한 개인적인 책임이 문제되고, 귀책근거로서는 "원인주의"가 고려된다. 따라서 행위자의 귀책사유는 필요하지 아니하지만, 인간의 作爲 혹은 不作爲를 "직접" 원인으로 방해가 발생되었어야 한다.[31]

27) 대판 2006.6.2, 2004마1148, 2004마1149 (법원공보 2006, 1240).
28) 곽윤직, 전게서, 2002, 357면; 김상용, 전게서, 2001, 412면; 김증한·김학동, 전게서, 1998, 296-297면; 윤철홍, 전게논문, 1999, 367면; 조성민, 전게논문, 2004, 244면; 전경운, 전게논문, 1999, 42면
29) 이영준, 전게서, 1999, 560면.
30) 이영준, 전게서, 1999, 495면.
31) 김형석, 전게논문, 2004, 404면; 윤철홍, 전게논문, 1999, 367면; 전경운, 전게논문, 1999, 42면; Baur, Jürgen Fritz / Stürner, Rolf, Sachenrecht, 17. Aufl., München, 1999 (Zit.: Baur/Stürner, Sachenrecht), § 13 Rn. 13; Brem, Wolfgang/Berger,

행위책임의 전형적인 예는 방해자가 지속적이거나 반복적인 행위로 타인의 소유권을 방해하는 경우이다. 가령 피아니스트가 하루에 8시간씩 피아노를 쳐서 이웃의 생활에 방해를 주는 경우, 생활하수를 이웃 정원으로 흘려보내는 경우 등이 여기에 해당한다. 이처럼 자신의 현재의 행위로 타인의 소유권을 방해하는 자는 귀책사유와 관계없이 그 행위를 중단하여 방해를 제거할 의무를 부담한다. 다만 이러한 방해행위가 중단되어 더 이상 지속되지 아니하는 경우에는 방해제거를 청구할 수 없다. 그러나 방해행위가 종료한 경우에도 그 결과가 남아 타인의 소유권에 방해를 주는 경우에는 행위책임이 인정된다고 보아야 할 것이다.[32] 가령 과거에 주유소를 경영했던 자가 그 영업기간 중에 기름을 다량 유출시켜서 현재 이웃 토지에 피해를 주고 있는 경우에는, 그 주유소 영업을 더 이상 하지 않고 업종을 변경했다 하더라도, 행위방해자로서 방해를 제거할 의무를 부담한다.

(나) 狀態妨害者

상태방해자란 행위에 의해서가 아니라 물건이나 시설의 상태에 의하여 방해를 일으키는 자를 말하는데, 오염배출시설의 소유자나 운영자가 여기에 해당한다. 이러한 상태방해자가 부담하는 방해제거의무를 "상태책임"이라고 한다. 상태책임에서는 행위책임과는 달리 방해자의 직접적인 행위의 개입 없이 방해가 발생한

Christian, Sachenrecht, Tübingen, 2000, § 7 Rn. 22; Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 14; Jauernig(Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen, 10. Aufl., München 2003 (Zit.: Jauernig/Bearbeiter), Jauernig/Jauernig, § 1004 Rn. 16; Müller, Klaus, Sachenrecht, 4. Aufl., Köln, 1997, Rn. 734 f.: Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 63. Aufl., München 2004 (Zit.: Palandt/Bearbeiter), Palandt/Bassenge, § 1004 Rn. 16; Schwab, Karl-Heinz/Prütting, Hanns, Sachenrecht, 28. Aufl., München, 1999 (Zit.: Schwab/Prütting, Sachenrecht), Rn. 573; Schreiber, Klaus, Sachenrecht, 3. Aufl., Stuttgart, 2000 (Zit.: Sachenrecht), Rn. 144; Vieweg, Klaus/Werner, Almuth, Sachenrecht, Köln, 2003, (Zit.: Vieweg/Werner, Sachenrecht), § 9 Rn. 23; Wieling, Sachenrecht, § 23 IV 1 a) aa); Wolf, Manfred, Sachenrecht, 17. Aufl., München 2001 (Zit.: Sachenrecht), Rn. 327.

32) 김형석, 전게논문, 2004, 405면; Wieling, Sachenrecht, § 23 IV 1 a) aa).

다. 여기서 상태책임의 근거는 방해자가 물건에 대한 소유자라는 물권법적 관계에서 도출된다.[33] 즉 소유권은 물건에 대한 완전한 지배권을 의미하는바, 오염배출시설의 소유자는 그의 지배하에 있는 시설을 통하여 타인의 소유권을 방해하고 있고 따라서 귀책사유 없이도 그 방해상태를 제거할 의무를 부담한다는 것이다. 그러나 소유자가 아무런 제한 없이 그의 토지로부터 발생한 모든 방해에 대하여 책임을 부담해야 하는 것은 아니다. 스스로 방해행위를 하지 아니한 소유자는 자신의 의사결정에 의하여 방해상태를 유지하고 방해상태의 제거도 그의 의사에 좌우되는 경우에 한하여 책임을 진다.[34] 이러한 입장에 서면 방해상태가 자연력이나 전쟁 등으로 인하여 발생한 경우에는 방해물의 소유자는 방해제거의무를 면한다.[35] 그런가 하면 방해물의 전권리자에 의하여 방해상태가 야기된 경우에도 현재의 소유자가 방해제거의무를 부담하는 경우가 있게 된다.[36] 예컨대 오염물질

33) 본래 이 상태책임은 경찰법분야에서 인정되는 것이다. 경찰법상 소유자의 책임은 소유자라는 지위 자체에서 비롯되는 것이고, 신속하고 효과적인 위험방지를 위하여 "거의 무제한적으로" 소유자에게 이러한 책임이 부과된다 (Vgl. Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht 1, § 15 Rn. 341). 그에 비해 제214조에서는 특정한 토지소유자들 사이에서의 소유권침해가 문제되는바, 경찰법에서 인정되고 있는 소유자의 무제한적인 상태책임이 민법에 그대로 적용될 수는 없다.

34) 김형석, 전게논문, 2004, 408면; 서광민, "물권적 청구권에 관한 일고찰", 「민사법학」, 제17호(1999), 497면; 윤철홍, 전게논문, 1999, 367면; 전경운, 전게논문, 1999, 42면; Alternativekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, Darmstadt, 1983 (Zit.: AK/Bearbeiter), AK/Winter, § 906 Rn. 39; Brem/Berger, Sachenrecht, § 7 Rn. 25; Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 14; Baur/Stürner, Sachenrecht § 12 Rn. 14; Jauernig/Jauernig, § 1004 Rn. 17; Müller, Sachenrecht, Rn. 749; Palandt/Bassenge, § 1004 Rn. 19; RGRK/Augustin, § 906 Rn. 27, 85; Schreiber, Sachenrecht, Rn. 145; Schwab/Prütting, Sachenrecht Rn. 573; Soergel/Baur, § 31, 62; Staudinger/Roth, § 906 Rn. 105; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 24; Wieling, Sachenrecht, § 23 IV 1 a) bb); Wolf, Sachenrecht Rn. 329.

35) 김형석, 전게논문, 2004, 405면; 전경운, 전게논문, 2003, 350면; Baur/Stürner, Sachenrecht § 12 Rn. 16; Schwab/Prütting, Sachenrecht Rn. 575; Wieling, Sachenrecht, § 23 IV 1 a) bb)

36) 김형석, 전게논문, 2004, 415-416면; Baur/Stürner, Sachenrecht § 12 Rn. 16; Schwab/Prütting, Sachenrecht Rn. 575; Wieling, Sachenrecht, § 23 IV 1 a) bb)

을 배출하는 시설을 건축한 자가 그 시설을 타인에게 양도한 경우에, 현재 그 건물의 소유자인 양수인이 물건의 소유자로서 상태책임을 부담하게 된다. 왜냐하면 양수인이 스스로 방해물을 축조하지는 아니하였지만 그의 의사에 기하여 방해상태를 유지하고 있고 현소유자인 그만이 방해상태를 제거할 수 있기 때문이다. 이 경우 직접 오염배출시설을 건축하였던 양도인은 -그 시설물이 존속하고 따라서 방해상태가 계속되고 있으므로- 행위방해자로서 책임을 부담해야 하지만, 양수인과의 관계에서 시설물을 철거할 수 없는 지위에 있으므로, 그의 방해제거의무는 이행불능으로 소멸한다고 보아야 할 것이다.[37]

4. 유지청구의 요건

(1) 소유권방해

제214조에서는 소유권을 방해하는 것이 무엇인지에 대하여 적극적으로 규정하고 있지 아니하다. 따라서 해석을 통하여 그 개념을 밝혀야 하는데, 우리의 통설은 방해의 개념을 제211조에서 규정하고 있는 소유자의 권능이 점유 상실 이외의 방법으로 장해를 받는 것이라고 소극적으로 해석한다.[38] 그러므로 소유권의 내용의 침해가 있는 한에서는 그것이 사실적인 방해인지 법적인 방해인지는 중요하지 아니하다. 환경침해와 관련해서는 소유권에 대한 사실적 방해가 문제되는데, 이에는 적극적으로 오염물질을 배출하여 환경을 침해하는 형태와 자연적인 이익을 소극적으로 방해하여 이를 침해하는 형태가 있다. 전자의 대표적인 예가 제217조가 정하는 임미시온에 의한 생활방해이다. 그런데 소극적인 방해와 관념상의 방해가 이 범주에 포함되는지의 여부에 대해서는 논란이 있다. 전술한 바와 같이 소극적인 방해와 관념상의 방해는 "침해의 적극성"이 결여되어서 임미시온이라고 볼 수는 없지만, 제214조의 소유권방해에는 해당된다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면

37) 김형석, 전게논문, 2004, 415-416면; Baur/Stürner, Sachenrecht § 12 Rn. 17.
38) 김형석, 전게논문, 2004, 430면; 서광민, 전게논문, 1999, 488면; 조성민, 전게논문, 2004, 244면; 전경운, 전게논문, 1999, 42면.

제212조에 따르면 토지소유권은 정당한 이익 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미치는데, 토지소유자의 "정당한 이익"은 비단 토지의 용도에 따른 사용상의 이익에 한정되는 것이 아니라, 지상의 건물이나 그곳에 거주하는 인간들이 누리는 미관적인 이익, 환경적 이익 등도 이러한 이익에 포함될 수 있기 때문이다. 따라서 일조방해, 조망방해 등도 소유권방해로 인정될 수 있다.[39]

(2) 방해의 계속성 또는 방해의 발생가능성

방해제거청구권을 행사하려면 소유권방해행위 내지 방해상태가 일정기간 계속되고 있어야 한다. 환경침해행위가 1회로 종료되면 유지청구의 대상이 없으므로 유지청구를 할 수 없다.

방해예방청구권을 행사하려면 방해의 염려가 있어야 한다. "방해의 염려"라 함은 아직 구체적으로 방해상태가 발생하지는 않았으나 장차 방해가 발생할 개연성이 있는 것을 의미한다.[40] 이 방해발생가능성은 "객관적"인 사실에 입각한 것이어야 하며 단지 피방해자의 주관적인 판단만으로는 방해예방청구권을 근거지울 수 없다.[41] 예컨대 과거에 방해가 한번 있었던 경우에는 반대의 사정이 없는 한

39) 다만 이러한 방해가 있는 경우에 항상 유지청구가 인용될 수는 없고 그 방해의 정도가 -제217조의 위법성 판단기준을 유추적용하여- 일정한 수인한도를 초과한다고 평가되는 경우에 한하여, 그 방해 제거를 청구할 수 있다고 할 것이다.

40) 곽윤직, 물권법, 2002, 206면; 김상용, 전게서, 2001, 414면; 서광민, 전게논문, 1999, 500면; 송덕수, 민법강의(상), 박영사, 2004,, 576면; 이은영, 전게서, 455면; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2005, 526면; Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 27; Jauernig/Jauernig, § 1004 Rn. 11; MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 95; Palandt/Bassenge, § 1004 Rn. 48; Schreiber, Sachenrecht, Rn. 151; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 10; Westermann Harm Peter / Gursky, Karl-Heinz / Eickmann, Dieter, Sachenrecht, 7. Aufl., Heidelberg 1998 (Zit.: Westermann, Sachenrecht), § 36 IV 2; Wieling, Sachenrecht, § 23 IV 1 c); Wolf, Sachenrecht Rn. 317.

41) 곽윤직, 물권법, 2002, 207면; 김상용, 전게서, 2001, 414면; 서광민, 전게논문, 1999, 500면; 송덕수, 전게서, 2004, 576면; 윤철홍, 전게논문, 1999, 367면; 이영준, 전게서, 1999, 565면; 이은영, 전게서, 2000, 455면; 지원림, 전게서, 2005, 526면; Lytras, Haftung, S. 49; MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 95; Westermann, Sachenrecht, § 36 IV 2.

장래에도 동일한 방해가 발생할 염려가 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.[42] 아울러 추상적으로 피방해자의 권리가 침해될 우려가 있다는 것만으로는 부족하고, 그러한 침해가 발생할 것이 "구체적으로" 예견되어야 한다.[43] 이 때 전문가감정서 등이 중요한 판단자료가 될 수 있다. 대법원도 천성산 도롱뇽사건에서, 활성단층과 관련하여 공사의 안전성 및 지하수 유출 가능성, 무제치늪과 화엄늪 기타 천성산 일원의 여러 습지들 보호 등에 대한 신청인들의 문제 제기에 대하여, 사단법인 대한지질공학회의 자연변화 정밀조사 결과 및 한국환경정책평가연구원 등의 검토의견에서 천성산 터널 공사가 천성산의 환경에 별다른 영향을 미치지 않는 것으로 조사된 사정 등을 참작하여 이 사건 터널 공사로 인하여 신청인들의 환경이익이 침해될 수 있는 개연성이 부족한 것으로 판단하였다.[44]

(3) 방해행위의 위법성

유지청구를 하기 위해서는 방해가 객관적으로 위법한 것이어야 한다. 통상 절대권인 소유권에 대한 방해가 인정되면 위법성도 추정되기 마련이다. 그러나 피방해자가 그 방해를 인용해야 하는 의무를 부담하는 경우에는 위법성이 탈락하

42) 곽윤직, 물권법, 2002, 163면; Brem/Berger, Sachenrecht, § 7 Rn. 31; Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 27; Jauernig/Jauernig, § 1004 Rn. 11; MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 95; Palandt/Bassenge, § 1004 Rn. 32; Schreiber, Sachenrecht, Rn. 151; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 9; Westermann, Sachenrecht, § 36 IV 2; Wolf, Sachenrecht Rn. 317.

43) BGHZ 2, 394, 395 f.; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 12 Rn. 11; Brem/Berger, Sachenrecht, § 7 Rn. 31; Diederichsen, Uwe, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, Referat L zum 56. Deutschen Juristentag, München 1986 (Zit.: Referat), L 50; Gerlach, Johann W., Die Grundstrukturen des privaten Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen Rechts, JZ 1988, 161, 167; Lytras, Haftung, S. 49; MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 95; Müller, Sachenrecht, Rn. 784; Palandt/Bassenge, § 1004 Rn. 33; Schwab/Prütting, Sachenrecht, Rn. 576; Wagner, Gerhard, "Umweltschutz mit zivilrechtlichen Mitteln", NuR 1992, 201, 202 f.; Wieling, Sachenrecht, § 23 IV 1 c); Wolf, Sachenrecht, Rn. 317.

44) 대판 2006.6.2, 2004마1148, 2004마1149 (법원공보 2006, 1240).

고, 따라서 방해자의 소유권방해행위는 적법한 것이 된다. 이러한 인용의무는 법률행위로 설정되거나 법률규정에 근거하여 발생한다. 먼저 법률행위로 인한 인용의무는 제한물권을 설정하거나 계약을 통하여 타인에게 자기의 부동산을 이용하는 것을 허용하는 경우에 생긴다. 법률규정에 의한 인용의무로는 우선 일반적 위법성조각사유인 정당방위(제760조 제1항), 긴급피난(제760조 제2항), 자구행위(제209조)를 들 수 있고, 아울러 공법상 규정 및 사법상 규정(제216조 이하의 상린관계규정)으로부터도 인용의무가 생긴다. 환경침해와 관련해서는 제217조에서 규정하고 있는 위법성판단기준이 중요한 의미를 가지는바, 여기에 대하여는 후술하는 "유지청구행사의 배제"에서 설명하기로 한다.

(4) 방해행위와 방해발생 사이의 인과관계

소유권방해가 인정되기 위해서는 방해행위로 말미암아 피방해자가 위에서 기술한 바와 같은 소유권방해를 당했거나 방해를 입을 개연성이 있어야 한다. 이 인과관계에 대한 입증책임은 피방해자가 부담한다. 인과관계와 관련된 문제들은 후술하는 손해배상청구에서 자세하게 살펴보기로 한다.

5. 유지청구행사의 배제

전술한 바와 같이 피방해자가 방해자의 환경침해행위에 대하여 인용의무를 부담하는 경우에는, 방해자는 그러한 방해를 수인해야 하고 따라서 방해제거 내지 방해예방청구권의 행사는 배제된다. 이 인용의무 내지 수인한도의 기준을 법정하고 있는 것이 제217조이다. 즉 적극적 환경침해의 경우, 가령 매연 등에 의한 생활방해가 발생한 경우에, 피방해자가 방해자를 상대로 제214조 내지 제217조에 근거하여 유지청구를 하려면, 그러한 방해가 이웃 토지 사용자로서 인용할 정도, 즉 수인한도를 초과한 것이어야 한다. 이는 제217조에 규정된 생활방해는 수인한도를 초과하지 않는 한 법률상 허용된다는 것을 의미하고, 따라서 위법하지 않다는 것을 의미한다. 그리고 소극적 침해나 관념적 침해의 경우에는 제214조에 기

하여 유지청구를 하게 되는데, 이들 유형의 침해는 제217조의 의미에서의 임미시온에 해당하지는 아니하나, 이웃들 간의 토지소유권의 충돌이 문제된다는 점에서 유사성을 찾을 수 있으므로, 제217조를 유추적용하여 침해행위의 위법성 유무를 판단해야 할 것이다.[45]

제217조 제2항에서는 매연 등에 의한 생활방해가 토지의 통상의 용도에 적합한 것인 때에는 이웃 거주자에게 인용의무를 부과하고 있다. 문제는 인용의무의 기준으로 제시되고 있는 "토지의 통상의 용도에 적당한지의 여부"를 판단하는 기준이 무엇이냐 하는 것이다. 문헌에서는 이러한 판단기준으로 침해의 중대성, 지역의 통상성, 침해의 회피가능성이 제시되고 있다.

(1) 침해의 중대성

제217조 제1항에서는 "임미시온금지"를 전제로 하고는 있지만, 모든 임미시온이 금지되는 것은 아니고, -독일민법에서와 같이 명문규정을 두고 있지는 아니하지만- 토지의 사용을 침해하지 아니하거나 그 침해의 정도가 경미한 것은 금지되지 아니하는 것으로 새기는 것이 일반적이다.[46] 이처럼 인용해야 하는 경미한 침해와 유지청구를 할 수 있는 중대한 침해와의 경계설정은 용이하지만은 아니하다. 대법원은 생활방해의 "정도가 사회관념상 일반적으로 수인하여야 할 정도"에 이르른 경우에 인용의무를 인정하고 있다. 그리고 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어서는지 여부는 "피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성과 사회적 가치, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성과 사회적 가치, 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 공법적 규제 및 인·허가관계, 지역성, 토지이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여" 판단하여야 한다고 보고 있다.[47] 학설도

45) 동지: Jauernig, JZ 1986, 605, 609; Schwab/Prütting, Sachenrecht, § 28 Rn. 330; Wieling, Sachenrecht, § 23 II 4, S. 324.

46) 김재형, 전게논문, 1999, 320면; 이영준, 전게서, 1999, 450면; 이상태, 전게서, 2000, 208면; 이은영, 전게서, 2000, 463면; 전경운, 전게논문, 2000, 200면.

47) 大判 1974.12.24, 68다1489 (법원공보 1975, 8267); 大判 1995.9.15, 95다23378 (법원공보 1995, 3399); 大判 1997.7.22, 96다 56153 (법원공보 1997, 2636).

이러한 맥락에서 생활방해의 허용성 여부는 생활방해의 정도와 기간, 주위토지의 이용상황 등을 고려하여 판단하여야 하고, 이 때 "객관적·차별적인 기준"이 적용되는 것으로 파악하고 있다.[48] 즉 당해 이웃이 임미시온에 의하여 구체적으로 얼마만큼 방해를 받았는가가 아니라, 보통의 분별력 있는 평균인의 감정이 기준이 된다고 한다(객관적 기준). 평균인이 어떻게 느끼는가를 평가함에 있어서는 방해를 받은 토지의 실제적인 용도가 결정적인 역할을 한다고 한다(차별적 기준).

(2) 지역의 통상성

환경침해의 수인한도를 판단함에 있어서 토지의 지역적 상황도 고려되어야 한다. 우리 민법은 독일민법 제2초안의 예에 따라[49] "이웃토지의 통상의 용도"라는 표현을 쓰고 있다. 지역의 통상성의 해석과 관련해서는 독일판례를 통하여 발전된 각인론(Geprägetheorie)이 일반적으로 적용된다. 이 이론에 따르면 토지의 사용이 그 지역에서 통상적인 것으로 인정되려면, 우선 표준이 되는 비교지역에 다수의 토지가 있고, 그 토지들이 그 사용방법과 범위에 있어서 거의 유사하게 다른 토지에 영향을 미쳐야 한다고 한다.[50]

48) 통설의 입장이다: 곽윤직, 전게서, 2002, 314면; 권용우, 전게논문, 1974, 167면; 김상용, 전게서, 2001, 362면; 김용한, 전게서, 1996, 252면; 김재형, 전게논문, 1999, 320면 이하; 김증한·김학동, 전게서, 1998, 271면. 독일에서의 통설의 입장이기도 하다: AK/Winter, § 906 Rn. 41; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 25 Rn. 27; Erman/Hagen, § 906 Rn. 14 f.; Habscheid, Walther J., Nachbarrecht und Verkehrsfortschritt, MDR 1954, 260, 261; Jauerng/Jauernig, § 906 Rn. 3; Lang, AcP 174(1974), 381, 391; MünchKomm/Säcker, § 906 Rn. 34 ff.; Palandt/Bassenge, § 906 Rn. 22; RGRK/Augustin, § 906 Rn. 32; Soergel/Baur, § 906 Rn. 36; Schwab/Prütting, Sachenrecht, § 28 Rn. 333; Spieß, Pirmin, Der Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB, JuS 1980, 100, 101 f.; Staudinger/Roth, § 906 Rn. 159; Wieling, Sachenrecht, § 23 II 4 b) S. 325; Wolf, Sachenrecht, § 15 Rn. 261.

49) 제1초안 제850조에서는 "지역의 통상성((Ortsüblichkeit)"이라는 용어가 사용되었고, 제2초안에서는 "지역적 관행에 비추어 볼 때 통상적인 방법", 제3초안에서는 "지역의 통상적인 사정"이라는 표현을 쓰고 있었는데, 1959년 독일민법의 일부개정으로 다시금 "지역의 통상성"으로 대체되었다.

어떤 토지를 기준으로 지역의 통상성을 판단해야 하는가에 대하여는 견해의 대립이 있다. 즉 임미시온으로 말미암아 방해를 받은 被害地를 기준으로 해야 한다는 견해,[51] 임미시온을 배출한 加害地를 기준으로 삼아야 한다는 견해,[52] 가해지와 피해지의 사정을 모두 고려하여야 한다는 견해[53]가 제시되고 있다. 판례는 가해지를 기준으로 토지의 통상적 사용여부를 판단하고 있다.[54] 생각건대 독일에서는 보통법시대이래 "에미시온을 배출하는 토지의 사용법"을 고려하여 토지사용의 통상성여부를 판단하였던 예링의 견해가 지배적이었고, 이러한 맥락에서 제217조의 모태가 된 독일민법 제906조에서 가해지를 중심으로 지역의 통상성을 판단하도록 명문규정을 두고 있다는 점, 독일판례를 통하여 확립된 "각인론"에서도 가해지가 속한 지역을 중심으로 지역의 통상성을 판단하고 있다는 점에 비추어 볼 때 제217조에서 말하는 이웃토지는 "가해지"를 의미하는 것으로 해석된다. 따라서 지역의 통상성을 판단함에 있어서는 -침해의 중대성의 경우와는 달리- 가해지에서 배출된 오염물질의 종류와 정도가 표준이 되고, 피해지의 위치와 사용방법은 고려되지 아니한다.

(3) 침해의 회피가능성

환경침해를 회피할 수 있는지의 여부도 수인한도를 판단하는 중요한 기준이 된다. 즉 문제가 된 지역에서 오염물질을 배출하는 것이 통상적인 것으로 평가되는 경우라 하더라도, 피방해자가 항상 인용의무를 부담하는 것은 아니고, 오염물질을 배출한 토지의 이용자들에게 기술적·경제적으로 기대될 수 있는 조치에 의하여 환경침해의 정도가 저감될 수 없는 경우에 한하여 인용의무가 있다.[55] 따라서

50) BGHZ 54, 385, 387.
51) 김상용, 전게서, 2001, 363면; 이은영, 전게서, 2000, 465면.
52) 곽윤직, 전게서, 2002, 313면; 김재형, 전게논문, 1999, 323면; 전경운, 전게논문, 2000, 205면; 전경운, 전게논문, 2003, 352면.
53) 민법주해(V)/유원규, 307면.
54) 大判 1974.12.24, 68다1489 (법원공보 1975, 8267).
55) 이용우, 전게논문, 1979, 240면; 전경운, 전게논문, 1999, 45면; 전경운, 전게논문, 2003, 353면; 정진명, "환경오염 피해에 대한 사법적 구제", 환경법연구, 제21권, 1999, 177면.

기술적·경제적으로 기대할 수 있는 조치를 통하여 임미시온을 저감시킬 수 있는 경우에는, 피방해자는 중대하고 지역에 통상적인 침해라 해도 이를 인용할 필요가 없다. 기술적 기대가능성이 있는 임미시온 저감조치로 평가받으려면, 그 조치가 "기술의 수준"에 상응하는 것이어야 한다. 이러한 조치에는 임미시온을 低減시키기 위한 기술적인 조치뿐만 아니라 영업양식과 관련된 조치(영업시간 단축 등)까지도 포함된다. "경제적 기대가능성"은 방해를 한 영업자 자신이 아니라 그가 속하는 영업에서 "평균적인" 영업자가 기준으로 판단하는데, 이들이 저감조치에 소요되는 비용을 감수할 수 있을 때 경제적 기대가능성이 있다고 할 수 있다.[56]

Ⅳ. 환경침해에 대한 사후적·소극적 구제수단: 손해배상청구

1. 손해배상청구의 의의

환경침해로 인한 손해를 금전으로 배상받는 방법은 사후적이기는 하나 피해자의 구제수단으로 가장 적절하고 보편적인 방법으로 평가되고 있다. 나아가 가해자에게 무거운 배상책임을 인정할 경우, 잠재적 가해자로 하여금 오염물질을 다루는데 있어 그만큼 신중을 기하도록 하는 환경정책적 효과도 기대할 수 있다.[57]

---

56) 전경운, 전게논문, 1999, 46면; 전경운, 전게논문, 2003, 354면. 일반적인 견해: AK/Winter, § 906 Rn. 65; Brem/Berger, Sachenrecht, § 6 Rn. 17; Erman/Hagen, § 906 Rn. 30; MünchKomm/Säcker, § 906 Rn. 121; Palandt/Bassenge, § 906 Rn. 29; Pfeiffer, Bedeutung, S. 137 ff.; RGRK/Augustin, § 906 Rn. 54; Soergel/Baur, § 906 Rn. 98; Staudinger/Roth, § 906 Rn. 207; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 41; Westermann, Sachenrecht, § 62 II 3 b); Wieling, Sachenrecht, § 23 II 4 c) aa); Wolf, Sachenrecht Rn. 346.

57) 전경운, 전게논문, 2003, 340면; 지원림, 전게서, 2005, 1423면; 최광준, "환경민사책임", 환경법연구, 제22권(2000), 248면; Köndgen, Johannes, "Überlegungen zur Fortbildung des Umwelthaftpflichktrechts", UPR 1983, 345, 347 f.; Lytras, Haftung, S. 248 f.; Marburger/Hermann, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Haftung für Umweltscäden, JuS 1986, 354, 359

2. 손해배상청구의 법적 근거

(1) 불법행위법적 이론구성

대부분의 학자들은 불법행위에 관한 일반규정인 제750조를 근거로 손해배상을 청구할 수 있다고 해석한다. 다만 유지청구와의 관계를 어떻게 파악하느냐에 대하여는 다소 상이한 입장을 보이고 있다. 전술한 바와 같이 유지청구의 청구권원에 관한 학설 중 불법행위설은 제750조에 기하여 손해배상뿐만 아니라 유지청구도 할 수 있는 것으로 해석하고 있다.[58] 이에 비해 통설[59]·판례[60]는 유지청구는 물권법적으로, 손해배상은 불법행위법적으로 이론구성을 한다. 이 견해는 유지청구와 손해배상청구는 각각 그 요건을 달리 한다는 전제 하에 있다. 물론 두 청구 모두에 있어 위법성여부는 수인한도를 기준으로 판단하게 되지만, 그 수인한도의 정도에 있어서는 유지청구의 수인한도가 손해배상청구의 그것 보다 높다고 한다(이른바 위법성단계설).

(2) 물권법적 이론구성

일부의 학자들은 환경침해가 발생한 경우에 피해자는 가해자를 상대로 제217조를 근거로 유지청구는 물론 손해배상까지도 청구할 수 있다고 해석한다. 제217조가 무과실책임의 인정근거가 되며, 이와 같은 이론구성을 함으로써 불법행위법

---

58) 이용우, 전게논문, 1979, 225면.

59) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2003, 437면; 구연창, 전게논문, 1989, 157면; 오석락, 전게서, 1991, 34면 이하; 윤용석, "환경오염의 민사책임에 관한 새로운 동향", 재산법연구, 제11권 1호(1994. 12), 72면; 장경학, "공해사건판례", 법과공해, 1974, 203면; 전경운, 전게논문, 2003, 344면; 정완, 전게논문, 2003, 415면 이하; 지원림, 전게서, 2005, 1423면

60) 유지청구의 법적 근거를 물권적 청구권에서 찾은 판례들: 대판 1995.9.15, 95다23378 (법원공보 1995, 3399); 대판 1997.7.22, 96다56153 (법원공보 1997, 2636) 등. 손해배상청구에 관하여 불법행위에 근거를 둔 판례들: 대판 1973.5.22, 71다2016 (대법원판례집 21-2, 3); 대판 1973.10.10, 73다1253 (대법원판례집 21-3, 68); 대판 1974.12.10, 72다1774 (법원공보 1975, 8214) 등.

적 구성의 경우에 부딪치는 고의·과실의 입증곤란을 회피할 수 있고, 손해배상청구와 유지청구 간에 위법성의 정도에 차이를 두는 위법성단계설의 결함을 극복할 수 있으며 나아가 손해배상청구와 유지청구의 법적 근거의 통일적 이해에 이바지할 수 있다는 점 등에서 물권법적 이론구성의 실익을 찾을 수 있다고 한다.[61]

(3) 사견

유지청구와 손해배상청구는 성질을 달리하는 별개의 제도이다. 즉 전자는 가해자를 상대로 적극적으로 방해상태의 제거를 구하는 것을 목적으로 하고, 후자는 소극적으로 이미 발생된 손해를 금전으로 전보하는 것을 목적으로 한다. 따라서 유지청구의 상대방인 방해자가 부담하는 방해제거의무는 어디까지나 그 물건 자체에 관한 것인 바, 방해자에게 제217조의 적당한 조치의 한 내용으로 금전배상을 요구할 수는 없다. 그리고 가해자에게 제750조에 근거하여 방해상태를 제거해 줄 것을 청구할 수도 없다. 따라서 환경침해로 인한 손해배상청구의 법적 근거는 통설의 입장처럼 제750조에 있다고 해석해야 할 것이다.

3. 손해배상청구의 요건

환경침해로 인한 손해배상청구의 권원을 제750조에서 구하고 있는 이상 그 요건도 일반불법행위의 법리에 따라야 한다. 그런데 전통적인 불법행위법의 법리를 환경침해의 경우에 그대로 적용하는 데는 많은 문제점이 따른다. 특히 불법행위의 성립요건인 고의·과실, 위법성 그리고 인과관계의 입증이 문제로 된다.

(1) 고의 또는 과실로 인한 환경침해행위

과실책임주의의 원칙상 환경침해행위에 대하여 가해자에게 책임을 묻기 위해서는 가해행위가 고의 또는 과실로 인한 것이어야 한다. 이 고의·과실은 불법행위의 적극적인 성립요건이므로, 그 입증책임은 불법행위의 성립을 주장하는 피해

61) 김기수, 전게논문, 1979, 132-137면.

자가 부담한다. 그런데 가해자의 고의에 의하여 환경침해가 발생하는 경우는 거의 없을 것이고 보면, 주로 문제가 되는 것은 과실에 의한 환경침해의 경우이다. 다만 환경정책기본법 제31조에서 사업장 등에서 발생한 환경오염으로 인한 손해배상에 대하여 무과실책임을 법정하고 있으므로, 과실여부가 문제되는 것은 동법의 적용을 받지 아니하는 영역으로 한정된다.[62]

불법행위책임의 성립요건으로서 과실은 추상적 경과실이 원칙이다. 통상 추상적 경과실은 주의의무를 게을리하는 것으로서, 그 주의의무의 기준이 되는 것은 일반인· 평균인의 주의정도이지만, 행위자의 직업이나 지위와 사건의 환경 등을 고려하여 거기에서 기대되는 정도의 주의를 할 의무라고 해석한다.[63] 이 과실의 근거를 이루는 주의의무의 내용이 무엇인가에 대해서는 견해가 대립하고 있다.

(가) 방지의무위반설

방지의무위반설은 결과발생의 예방을 위하여 일정한 방지시설을 하여야 할 의무를 위반한 경우에 과실이 있는 것으로 본다. 따라서 손해를 방지하기 위하여 그 사업의 성질에 좇아 상당한 설비를 한 경우에는 과실이 없는 것으로 되어 책임이 조각된다.

(나) 예견가능성설

예견가능성설은 손해발생에 관한 예견가능성이 있으면 조업정지 등을 통하여 손해회피조치를 취함으로써 손해를 방지할 수 있다는 점에서 예견가능성을 과실

62) 다만 제31조가 손해배상청구의 청구권원이 될 수 있는가에 대하여는, 자연환경이나 생활환경에 대한 침해행위로 인하여 손해를 입은 국민 개인은 동 규정에 근거하여 손해배상청구권을 직접 취득한다는 견해(구연창, 전게논문, 1989, 160면; 전경운, 전게논문, 2003, 384면; 정진명, 전게논문, 1999, 179면; 홍천룡, 전게논문, 1992, 10면)와 동 규정은 행정적, 정책적 선언규정으로써 민주주의의 기본원리인 법치행정을 위한 공법상 규제에 관한 규범에 불과할 뿐, 동 규정이 피해를 입은 국민에게 바로 손해배상청구권 등의 사법상 권리를 취득하게 하는 사법상의 효력규정으로 볼 수 없다는 견해가 대립하고 있다(손윤하, 전게서, 2005, 65면 이하; 이은영, 채권각론, 박영사, 2005, 714면).

63) 곽윤직, 전게서, 2003, 391면.

의 중심개념으로 삼는 입장이다. 따라서 행위자가 그의 행위의 결과 환경침해가 발생될 수 있다는 사실은 인식하였으나, 모든 주의를 다 기울였음에도 불구하고, 유해한 결과를 회피할 수 없었던 경우에도 과실은 인정된다.[64]

(다) 신수인한도론

신수인한도론은 피해자가 입은 손해의 종류 및 정도와 가해행위의 태양, 손해의 회피조치 등 가해자측의 요인과 지역성 등 여러 요인을 비교교량하여 손해가 피해자의 수인한도를 넘는 경우라고 인정되면, 예견가능성의 유무를 불문하고 가해자에게 과실이 있다고 인정하는 견해이다. 이 설에 따르면 의무위반, 즉 수인한도를 넘는 손해를 주지 않도록 조치를 취할 의무를 위반한 것을 과실로 보게 된다. 이처럼 신수인한도론은 수인한도를 기준으로 과실유무를 판단함으로써 불법행위의 주관적 요건인 과실개념을 객관화시켜 이를 객관적 요건인 위법성에 접근시키고 있고, 나아가 -후술하는 바와 같이- 이 수인한도를 기준으로 위법성유무를 판단함으로써 결국 수인한도를 척도로 불법행위이론을 일원화하였다. 즉 신수인한도론에 따르면 수인한도를 넘는 환경침해행위가 있으면 가해자의 과실은 물론 침해행위의 위법성도 존재하는 것으로 인정하게 된다. 이 견해에 대하여는 후술하는 "환경침해행위의 위법성"에서 자세하게 살펴보기로 한다.

(라) 판례

판례 가운데에는 방지의무위반설을 따른 사례가 있는가 하면 예견가능성설에 따라 과실유무를 판단한 예도 있다. 가령 대법원은 1973.5.22 선고 71다2016 판결에서는 "원판결 이유에 의하면 원심은 증거에 의하여 피고회사의 이건 비료공장이 그 가동초기에 있어서 원판시 유해까스 제거시설이 미비한 시설상의 하자가 있었고 특히 종업원의 작업기술 미숙의 과실로 인하여 많은 양의 유해까스를 분출시켜 원고 소유 과수원에 막대한 피해를 입힌 사실을 인정함으로써 피고에게

64) 곽윤직, 전게서, 2003, 439면; 손윤하, 전게서, 2005, 62면; 전경운, 전게논문, 2003, 366면.

위와 같은 불법행위로 인한 손해배상 책임을 인정하고 있으므로 소론이 지적하는 바와 같은 불법행위 이론을 곡해하여 손해배상 책임에 관한 귀책사유 판단을 함이 없다는 논지는 이유 없다."[65]고 판시하여 방지의무위반설에 입각하여 과실유무를 판단하였다. 그런가 하면 1973.10.10 선고 73다1253 판결에서는 "공장설립 당시나 그 가동에 있어서 현대과학이 가능한 모든 방법을 취하여 손해를 방지하는 시설을 갖추고 있다 하여 피고가 원고에게 가한 불법행위에 과실이 없다고 말할 수는 없다."[66]고 판시하여 명시적으로 방지의무위반설을 배척하기도 하였다.

(마) 사견

방지의무위반설에 따르면 가해자가 상당한 설비를 갖추면 중대한 환경침해가 발생한 경우에도 가해자의 과실이 인정되지 아니하므로, 가해자는 손해배상책임을 지지 않게 되는바, 이 견해는 가해자의 기업활동의 자유를 적극적으로 보장하는 반면 피해자의 보호에는 무력한 이론이다.[67] 따라서 피해자의 보호를 위해서는 예견가능성설에 따라 가해자가 손해발생을 예견할 수 있었던 경우에는 그에게 과실이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 가해자의 예견가능성의 범위를 지나치게 확대하면 가해자에게 무과실책임을 인정하는 결과가 되므로, 예견가능성의 유무는 동종의 업무에 종사하는 자가 통상 갖추고 있는 전문적 지식을 표준으로 "객관적으로" 판단해야 할 것이다. 이 때 개개의 유해물질의 존재에 대해서까지 예견가능성이 있어야 하는 것은 아니고, 일정한 포괄적인 유해물질의 배출과 그로 인한 손해발생의 가능성만 예견하면 충분하다 할 것이다.[68]

---

65) 대법원판례집 21-2, 3.
66) 대법원판례집 21-3, 68.
67) 곽윤직, 전게서, 2003, 439면; 구연창, 전게논문, 1989, 158면; 손윤하, 전게서, 2005, 62면; 이동아, "환경소송에 있어서 입증책임완화에 관한 연구", 법조, 제563호(2003.8), 69면; 전경운, 전게논문, 2003, 365면.
68) 손윤하, 전게서, 2005, 63면.

(2) 환경침해행위의 위법성

(가) 의의

통상 위법성이라 함은 실정법 내지 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것을 의미한다.[69] 제750조는 가해자의 행위가 위법한 것일 때에 불법행위가 성립한다고 함으로써 위법성을 불법행위의 객관적 요건으로 하고 있다. 따라서 환경침해로 인한 불법행위가 성립하기 위해서는 침해행위가 위법하다고 평가되어야 한다.

(나) 위법성의 판단방법 및 기준

불법행위에 있어 위법성의 유무는 피침해이익의 성질과 침해행위의 태양의 양면에서 판단하는 것이 보통이다.[70] 그런데 환경침해와 관련해서는 이른바 수인한도론이 등장하여 수인한도를 넘으면 곧 위법성이 있는 것으로 판단하므로, 수인한도의 판단여부가 위법성판단의 중요한 기준이 된다.

1) 수인한도론

수인한도론은, 사회공동생활을 하는 이상 일방이 타방에 어떤 피해를 준다 할지라도 상호간에 어느 정도까지는 이를 참고 수인해야 할 범위가 있음을 전제로, 이 수인한도를 넘는 손해를 입히면 위법성이 있는 것으로 판단하는 이론이다. 이 이론에 의하면 피해자가 수인한도를 넘는 위법한 손해가 발생하였다는 사실을 입증하게 되면, 가해자는 그 손해에 대하여 배상책임을 지게 되므로, 가해자에게 "사실상" 무과실책임을 인정하는 결과가 된다.[71] 현재 지배적인 견해[72]로서 판

69) 곽윤직, 전게서, 2003, 398면; 전경운, 전게논문, 2003, 368면.
70) 곽윤직, 전게서, 2003, 399면; 전경운, 전게논문, 2003, 368면.
71) 구연창, 전게논문, 1989, 161면.
72) 곽윤직, 전게서, 2003, 440면; 김재형, 전게논문, 1999, 319면 이하; 손윤하, 전게서, 2005, 68면; 윤진수, 전게논문, 1996, 45면; 조홍식, 전게논문, 2000, 68면; 이용우, "수인한도론 소고", 법조, 제27권 10호(1978.10), 3면 이하; 홍천룡, 전게논문, 1992, 16면 이하.

례도 이를 따르고 있다.[73]

수인한도론은 제217조 제2항에 따른 인용의무와 관련하여 발생된 이론으로서, 인용의무의 범위 내에서의 침해는 피해자가 이를 수인해야 하고 인용의무의 범위를 넘어서는 침해는 위법한 침해가 되는 것으로 해석한다. 즉 제217조의 인용의무와 제750조의 불법행위의 위법성을 수인한도라는 동일한 기준에 의하여 판단한다. 다만 -전술한 바와 같이 위법성단계설을 취하여- 유지청구는 손해배상에 비하여 기업에 주는 타격이 크므로 신중을 기해야 하기 때문에, 유지청구의 수인한도가 손해배상청구의 수인한도 보다 높은 것으로 해석한다.[74]

2) 신수인한도론

신수인한도론은, 수인한도란 통상의 합리적인 사람이라면 사회공동생활을 하는데 있어서 감수할 수 있는 한도를 말하며, 이러한 한도를 넘어서 침해가 있는 경우에 위법성 및 과실이 인정되는 것으로 파악하는 이론이다.[75] 이 이론은 과실유무의 판단을 수인한도를 넘는 피해를 주었는지의 여부에 의하여 결정함으로써 과실과 위법성을 일원화시키려는 것으로서, 기본적으로 과실과 위법성을 일원적으로 파악하려는 행위불법론에 따른 이론전개라 할 것이다.[76] 이 이론에 의하면 결국 수인한도를 넘는 침해가 있을 경우 가해자에게 고의·과실이 없다하더라도 그에게 손해배상책임을 지울 수 있게 되므로, "실질적으로" 가해자에게 무과실책임을 묻는 결과가 된다.[77]

---

73) 대판 1999.1.26, 98다23850 (법원공보 1999, 351); 대판 2000.5.16, 98다56997 (법원공보 2000, 1419); 대판 2001.6.26, 2000다44928, 44935 (법원공보 2001, 1698); 대판 2004.9.13, 2003다64602 (법원공보 2004, 1661) 등 다수.

74) 구연창, 전게논문, 1989, 161면; 손윤하, 전게서, 2005, 68면; 조홍식, 전게논문, 2000, 69면 이하.

75) 전창조, "공해와 과실·무과실", 1974, 101면; 정권섭, "공해와 위법성", 법과 공해, 한국법학교수회, 1974, 120면 이하.

76) 전경운, 전게논문, 2003, 367면.

77) 구연창, 전게논문, 1989, 159면; 이동아, 전게논문, 2003., 57면; 정완, 전게논문, 2003, 418면.

3) 사견

수인한도론과 신수인한도론은 모두 수인한도를 기준으로 위법성 유무를 판단하고, 그럼으로써 가해자에게 무과실책임을 인정하는 것과 같은 결과를 도출하여 환경침해로 인한 피해자를 적극적으로 보호한다는 점에서는 동일하다. 두 학설의 중요한 차이점은 수인한도를 과실의 판단기준으로 삼는지의 여부인데, 이는 제750조의 법체계에 비추어 판단할 문제이다. 주지하다시피 제750조에서 규정하고 있는 불법행위는 "고의 또는 과실로 타인에게 손해를 주는 위법한 행위"를 의미한다. 따라서 이 규정에 근거하여 가해자에게 손해배상 책임을 묻기 위해서는, 가해자의 고의·과실이라는 주관적 요건과 가해행위의 위법성이라는 객관적 요건이 모두 충족되어야 한다. 즉 제750조는 가해자의 귀책사유와 위법성을 별개의 요건으로 규정하고 있고, 이 두 가지의 요건이 모두 갖추어졌을 때 손해배상이라는 책임을 묻고 있는 것이다. 그런데 신수인한도론에 따르면 수인한도를 넘는 손해가 발생하면 위법성은 물론이고 과실도 인정되는 것으로 해석함으로써 객관적 요건과 주관적 요건을 일체적으로 판단하게 되는데, 수인한도를 기준으로 제750조에서 적극적으로 규정하고 있는 과실요건을 배제시키는 것은 논리의 비약으로 현행법의 해석으로 받아들이기는 어렵다고 하겠다.[78] 따라서 제217조에서 정하고 있는 인용의무를 기준으로 제750조의 의미에서의 위법성 유무를 판단하고, 이와 별도로 그 위법행위에 대한 예견가능성을 기준으로 가해자의 귀책사유 유무를 판단하는 것이 제750조의 체계와 부합하는 해석이 될 것이다.

(3) 손해

불법행위가 성립하려면 가해행위에 의하여 손해가 발생하였어야 한다. 따라서 위법한 환경침해행위가 있다고 하더라도 손해의 발생이 없다면 가해자에게 손해배상책임이 발생하지 아니한다. 여기의 손해에는 환경침해행위로 인한 재산상의 손해뿐만 아니라 비재산적 손해까지도 포함된다. 손해의 발생에 대한 입증책임은

78) 동지: 이동아, 전게논문, 2003, 72면.

피해자가 부담한다.

(4) 가해행위와 손해 사이의 인과관계

(가) 의의

불법행위를 원인으로 한 손해배상청구가 성립하기 위해서는 가해행위와 발생한 손해와의 사이에 인과관계가 존재하여야 한다. 인과관계의 범위는 이른바 상당인과관계에 한한다. 불법행위 성립요건으로서 인과관계는 궁극적으로는 현실로 발생한 손해를 누가 배상할 것인가의 책임귀속의 관계를 결정짓기 위한 개념이므로, 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계와는 달리 법관의 자유심증에 터잡아 얻어지는 확신에 의하여 인정되는 법적인 가치판단이다.[79]

(나) 인과관계의 입증

인과관계의 입증은 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합검토하여 특정의 사실이 특정의 결과를 발생케 하였다는 관계를 시인할 수 있을 정도의 고도의 개연성을 증명하는 것이다. "고도의 개연성"이라 함은 통상인이 의심을 가지지 않을 정도로 진실성의 확신을 가지는 것을 의미한다. 이 인과관계에 대한 입증책임은 손해배상을 청구하는 자, 즉 피해자에게 있다.

통상 인과관계를 고찰함에 있어서는, 불법행위의 성립요건으로서의 인과관계(책임발생적 인과관계)와 가해자가 배상할 손해의 범위에 관한 인과관계(책임충족적 인과관계)로 나누어서 분석하는 것이 일반적이다. 일반적인 불법행위에서는 그 성립에 관한 인과관계의 입증은 간단하고 손해의 범위에 관한 인과관계의 입증이 주로 문제된다. 그러나 환경침해에 의한 불법행위의 경우에는 오히려 그 성립에 관한 인과관계의 존부를 입증하는 것이 대단히 복잡하고 어렵다. 왜냐하면 환경침해는 장기간에 걸쳐서 여러 가지의 복합적 원인에 의해서 발생하는 것이 일반적인데, 최신기술과 학문수준으로도 원인물질을 명확하게 밝힐 수 없는 경우

79) 대판 1984.6.12, 81다558 (법원공보 1984, 1263) 참조.

가 많고, 원인물질이 분명한 경우라 하더라도 원인물질이 피해자에게 도달하거나 작용하는 경로를 규명하는 것이 용이하지 아니하기 때문이다. 더욱이 피해원인조사에 대하여 가해자가 협조를 하지 아니하는 경우에, 경제적·지적으로 열세인 피해자가 손해원인에 대한 입증을 하는 것은 거의 불가능하다고 해도 과언이 아니다. 따라서 이러한 환경침해의 특수성을 고려하지 않고 일반원칙에 따라 피해자에게 고도의 개연성을 입증하라고 한다면, 결국 환경침해에 의한 피해자의 구제라는 이념을 실현할 수 없게 되므로, 피해자를 입증의 곤란으로부터 구제하기 위한 다양한 이론들이 제시되고 있다.

(다) 인과관계의 입증을 완화하기 위한 학설

1) 개연성설

개연성설은 환경침해로 인한 인과관계의 입증은 자연과학적으로 엄격한 증명을 요하지 않고, 당해 행위가 없었더라면 결과가 발생하지 않았으리라는 "상당한 정도의 개연성"이 있으면 그것으로 충분하다고 보는 견해이다.[80] 이처럼 개연성설에서는 인과관계에 대한 입증의 정도를 완전한 확신 내지 고도의 개연성에서 상당한 정도의 개연성으로 낮추고 있으므로, 피해자는 환경침해행위와 손해 사이에 인과관계가 존재할 개연성이 있다는 입증을 하기만 하면 입증책임을 다한 것이 된다. 개연성설에서도 그 법리적 구성에 관하여는 몇 가지의 견해로 나뉜다: 사실상 추정설은 환경침해에 대한 인과관계의 증명은 인과관계의 존재에 관한 상당한 정도의 개연성을 입증하면 충분하고, 이의 입증이 있으면 자유심증의 범위 내에서 인과관계의 존재가 사실상 추정된다고 보는 견해이다. 표현증명설은 경험칙상 정형적인 사상경과에 따라서 손해가 발생되면 인과관계의 존재가 입증된 것

80) 구연창, 전게논문, 1989, 163면; 권용우, 전게논문, 1974, 177면; 전경운, 전게논문, 2003, 371면; BGH NJW 1970, 1971; Arens, Peter, Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, ZZP 88(1975), 1, 27 ff.; Hager, Günter, Umweltschäden - ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts,, NJW 1986, 1961, 1968; Marburger, Gutachten, C 123 f.; Walter, Gerhard, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 16.12.1977 (Fluorabgasefall), NJW 1978, 1158, 1159.

과 같은 효과를 인정하는 견해이다. 입증책임전환설은 원고가 인과관계의 개연성 정도를 입증하면 원고측의 인과관계의 입증책임이 피고측으로 전환된다고 파악하는 견해이다.

2) 신개연성설

신개연성설은 인과관계의 발전과정을 몇 개의 단계로 분해하여 입증주제를 유형화한 다음, 간접사실에 의한 증명을 허용함으로써 원고의 입증책임의 부담을 완화시키고자 하는 견해이다. 즉 인과관계인정에 필요한 주요주제에 해당하는 주요사실을 ①피해발생의 메커니즘과 원인물질(病因論) ②원인물질의 피해자에의 도달경로(오염경로) ③가해공장에서의 원인물질의 생성 및 배출(배출행위)의 세 가지로 유형화하고, 원고가 세 가지 중 어느 두 가지를 직접증거 또는 간접증거에 의하여 증명하면 일응 인과관계의 증명이 있다고 보고, 이러한 사정 아래서 피고가 원고가 행한 간접사실의 증명을 동요시키든가(반증) 혹은 별개의 간접사실을 증명(간접반증)하여 인과관계를 부정하지 못하는 한, 그 불이익은 피고에게 귀속된다는 입장이다.[81]

독일에서도 환경침해의 경우에 피해자가 부담하는 책임설정적 인과관계에 대한 개연성 있는 입증이 되려면, 인과관계적합성(Kausalitätseignung), 1차적 인과관계(Initialkausalität), 2차적 인과관계(Grundkausalität) 모두를 증명해야 한다는 견해가 설득력을 얻고 있다.[82] 즉 피해자는, 최소한 문제가 된 에미시온(오염원)이 구체적으로 이미 발생된 손해를 야기하기에 적합한 것이었고("인과관계적합성"), 가해자가 시설을 운영하던 중에 손해원인이 될 수 있는 에미시온으로서 유해물질이 생성되었으며(1차적 인과관계), 피고가 배출한 에미시온이 임미시온으로서 피해자에게 도달했고, 피해자의 법익을 침해했다는 사실을 입증해

81) 구연창, 전게논문, 1989, 166면; Lytras, Haftung, S. 248 f.; Marburger/Hermann, JuS 1986, 354, 358.

82) Baumann, JuS 1989, 433, 437; Diederichsen, Referat L 80 ff.; Lytras, Haftung, S. 248 f.; Marburger/Hermann, JuS 1986, 354, 358; Medicus, JZ 1986, 778, 781.

야 한다고 한다(제2차적 인과관계). 이 제2차적 인과관계를 입증함에 있어서는 지역적 사정과 유해물질의 성질이 중요한 역할을 담당한다고 한다.[83]

3) 위험영역설

위험영역설이란 한편에서는 피해자가 증명결핍에 빠져 있는데 다른 한편에서는 가해자가 적어도 자기의 책임이 문제되는 한도에 있어서 사실관계를 해명하는 것이 가장 손쉬운 입장에 있는 경우에는 입증책임원칙의 일반원칙이 수정되어 가해자가 요건사실의 반대사실에 관한 입증책임을 부담하게 된다는 이론이다.[84] 즉 이 견해에 따르면 피해자가 받은 손해의 원인이 가해자의 위험영역에 존재하는 경우에는, 증명책임이 전환되어 가해자가 환경침해행위의 주관적·객관적 요건의 부존재를 입증해야 하므로, 결국 피해자를 입증책임의 곤란으로부터 구제하게 된다.

4) 역학적 인과관계설

역학적 인과관계설은 임상의학이나 병리학의 입장에서 그 원인 또는 발병의 메커니즘이 밝혀지지 않는 경우에 집단적으로 발병한 질병 내지 건강피해와 원인물질 사이의 인과관계를 추정하는 것과 같은 방법으로 여러 가지 간접사실을 정리·분석하여 그로부터 일정한 법칙에 따라 인과관계를 추정하는 견해이다.

5) 판례

판례는 개연성설 또는 신개연성설을 취하고 있는 것으로 보인다. 대법원은 아황산가스로 인한 과수결실의 불량저하에 대한 손해배상을 청구한 사건(대판 1974.

83) Lytras, Haftung, S. 248 f.; Marburger/Hermann, JuS 1986, 354, 358; Medicus, JZ 1986, 778, 781.

84) 전창조, "위험영역이론과 환경소송에의 적용", 송헌안이준박사화갑기념논문집「민사법과 환경법의 제문제」, 1986, 667면 이하; Baumgärtel, Gottfried, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 2, Köln, 1985 (Zit.: Baumgärtel/Bearbeiter, Beweislast), Baumgärtel/Baumgärtel, Beweislast, § 906 Rn. 15.

12.10, 72다1774)에서 “공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해 행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니 하였으리라는 정도의 개연성이 있으면 그로써 족하다는 다시 말하면 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 하므로써 족하고....”[85]라고 판시하여 개연성설에 따라 인과관계 유무를 판단하였다. 그런가 하면 공장폐수로 인한 김 피해에 대한 손해배상청구사건(대판 1984.6.12, 81다558)에서는 “이 사건에서 (1)피고공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고 (2)그 폐수 중 일부가 유류를 통하여 이사건 김양식장에 도달하였으며 (3)그 후 김에 피해가 있었다는 사실이 각 모순 없이 증명된 이상 피고공장의 폐수배출과 양식 김에 병해가 발생함으로 말미암은 손해간의 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로, 피고가 (1)피고 공장폐수 중에는 김의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며 (2)원인물질이 들어 있다 하더라도 그 해수혼합율이 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 반증을 들어 인과관계를 부정하지 못하는 한 그 불이익은 피고에게 돌려야 마땅할 것이다.” 라고 판시하여 신개연성설을 취하고 있기도 하다.[86]

6) 학설의 검토 및 사견

개연성설에 따르면 상당한 개연성 정도의 입증만 하면 인과관계의 입증으로는 충분한 것으로 보게 되는데, 개연성이라는 개념 자체가 추상적이고 상당한 폭을 갖는 것이어서 무엇을 어떻게 입증하는 경우에 개연성의 입증에 도달하였다고 볼 것인지에 대하여 명확한 기준을 설정하기 어렵다는 난점이 있다.[87] 개연성설에 속하는 대표적인 예인 사실상 추정설에 따를 경우, 원고인 피해자의 입증책임의 정도가 상당한 정도의 개연성으로 경감되므로, 일응 피해자의 입증책임의 경감에

85) 법원공보 1975, 8214.
86) 법원공보 1984, 1263.
87) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München, 2004, § 114 Rn. 19; 구연창, 전게논문, 1989, 165면; 정완, 전게논문, 2003, 419면; 홍천룡, 전게논문, 1992, 30면.

기여하는 것으로 보인다. 그러나 피고가 부담하는 반증의 정도도 역시 상당한 정도의 개연성으로 경감된다고 보아야 하므로, 결국 추정사실은 피고의 반증에 의해 쉽게 번복될 수 있게 된다.[88] 이 경우 원고는 다시 입증책임의 일반원칙에 따라 법관에게 확신을 심어주어야 하는 고도의 개연성의 입증책임을 부담하게 되므로, 사실상추정설이 원고의 입증책임의 완화에 크게 기여한다고 볼 수는 없다.

表見證明(Anscheinbeweis)은 경험칙상 갑이라는 사실이 있으면 을이라는 사실이 생기게 되는 定型的인 事象經過가 인정되는 경우에, 갑이라는 전제사실로부터 을이라는 구성요건적 사실을 추정하는 방법을 말한다.[89] 개별적인 사건에서 사실적인 정황들에 기하여 경험칙상 임미시온과 발생한 손해에 대한 인과관계의 존재를 인정할 수 있는 경우가 있다면 표현증명을 원용할 수 있을 것이다. 가령 상린자들 사이에서 문제가 되는 생활방해의 경우에는, 가해자가 특정되어 있고 가해지와 피해지가 서로 지리적으로도 인접해 있어서 표현증명이 적용되는 예들이 비교적 많을 것이다. 예컨대 이웃에 있는 건축공사장에서 굴착기로 공사를 하고 그 이웃집의 벽에 금이 간 경우에, 경험칙상 공사장으로부터 발생한 진동임미시온과 이웃집의 손해 사이에 인과관계가 존재하는 것으로 인정할 수 있을 것이다. 그러나 상린관계의 범주를 넘어서 환경침해가 발생한 경우에는 이러한 定型的 事象經過가 인정되는 사례는 그리 많지 않을 것이고 보면, 환경침해 전반에 대하여 표현증명을 인정하는 것은 무리이다.[90] 설령 표현증명이 가능한 사례라 하더라도 피고가 반증으로 당해 경우에는 정형적 사상경과에 대한 예외사유가 존재한다는 사실을 입증하게 되면 추정사실은 번복된다. 그런데 표현증명은 사실적으로 존재하는 경험칙을 근거로 하는 것이어서, 그 형평상 이때 피고가 부담하는 입증의 정도도 상당한 개연성으로 경감되는바, 피고가 표현증명을 깨뜨리는 것이 용이하게 된다.[91] 이렇게 되면 다시 일반원칙으로 돌아가서 피고가 경험칙을 원

88) Baumgärtel/Baumgärtel, Beweislast, § 906 Rn. 10; Baumgärtel, Anmerkung zum BGH-Urteil v. 18.9.1984 -VI ZR 223/82 (Kupolofen-Urteil), JZ 1984, 1109, 1110.

89) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 112 Rn. 16.

90) Lytras, Haftung, S. 244; Walter, NJW 1978, 1158 f.

용함이 없이 개별적 증거를 제출하여 주장사실을 입증해야 하므로, 결국 표현증명설을 취하는 경우에도 원고인 피해자에게 유리한 것만은 아니라고 할 것이다.

피해자의 입증책임을 완화시켜주는 가장 확실한 방법은 입증책임을 피고에게 전환시키는 것이다. 그러나 통상 입증책임의 전환은 법률상 추정의 경우에 인정되는데, 현행법상 이에 대한 명문규정이 없는바, 환경침해의 특수성이라는 사실만으로 그러한 예외를 인정하는 근거가 될 수 있을지는 의문이다.

신개연성설은 증명주제에 해당하는 주요사실을 병인론, 오염경로, 배출행위로 유형화·고정화한 결과, 피해자가 그의 법익침해의 원인이 무엇인지 정확하게 모르는 경우라든가 문제가 된 유해물질을 생성·배출한 사람이 누구인지 모르는 경우에는 인과관계 자체를 입증할 수 없게 되므로, 결국 환경침해로 인한 책임은 처음부터 배제되는 결과가 되어 부당하다.

위험영역설은 위험영역에 따라 입증책임을 분배하려는 견해이므로, 위험영역을 어떻게 설정할 것인지가 중요한 의미를 가지는데, 위험영역과 그렇지 않는 영역과의 경계설정기준이 분명하지 아니하다는 난점이 있다.[92] 그리고 이 견해는 위험영역을 지배하는 가해자가 증거와의 거리가 가깝다는 전제 하에, 요건사실의 부존재에 대한 입증책임을 가해자에게 전가시키고 있는데, 증거와의 거리와 공간적인 위험영역이 항상 일치하는 것은 아니어서[93] 위험영역을 지배하는 사람이 반드시 불법행위의 요건사실을 쉽게 증명할 수 있는 것은 아니다. 가령 전술한 공사장으로부터 발생한 진동임미시온으로 인한 손해의 경우에 위험영역을 지배하고 있는 가해자가 피해자에 비하여 증거와의 거리가 가깝다고 말할 수 있는지 의문이다. 이 경우에는 위험영역설이 아니라 표현증명으로 인과관계를 추정하는 것이 바람직하다.

---

91) Baumgärtel, JZ 1984, 1109, 1110; Deutsch, Beweis und Beweiserleichterungen des Kausalzusammenhangs im deutschen Recht, FS für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, Stuttgart, 1992, 433, 438; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 113 Rn. 36; Marburger/Hermann, JuS 1986, 354, 358.

92) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 114 Rn. 18; 오석락, 전게서, 1991, 108면; 전경운, 전게논문, 2003, 374면.

93) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 114 Rn. 18.

임미시온으로 인한 건강침해의 경우에는 오염물질과 건강침해 사이의 인과관계는 의학적 도움이 없이는 입증하기 어려운바, 이 분야에 대한 역학적 연구 성과가 있다면 그것은 인과관계를 증명하는 데 중요한 "참고자료"가 될 수 있을 것이다. 그러나 역학적 연구의 결과는 유해물질로 인하여 손해가 발생할 수 있는 개연성의 비율을 나타내 주는 것에 불과하기 때문에,[94] 그 연구 성과에 절대적인 의미를 부여하는 것은 문제가 있다. 더욱이 역학적 연구는 집단을 대상으로 한 것이어서 그 연구결과에 개개인의 특수한 사정은 반영되지 아니하는바, 이를 기준으로 인과관계 유무를 판단하는 것은 무리가 있다고 하겠다. 아울러 이 역학적 인과관계설은 피해자의 입증책임을 경감하여 피해자를 보호하자는 취지에서 주장되는 것인데, 가령 연구결과 해당물질과 건강침해와의 상관관계가 미미한 것으로 나타날 경우, 이는 피해자에게 절대적으로 불리하게 작용할 것이므로, 이 학설을 주장하는 취지에 반하는 것이 된다.

이상에서 살펴본 바와 같이 인과관계의 입증완화를 위한 다양한 시도들이 전개되고는 있으나, 입법적인 근거를 결하고 있기 때문에 그 요건상의 명확성을 기할 수 없고, 따라서 법적 안정성이 손상될 우려가 있다는 비판을 모면하기는 어렵다[95] 그러나 그럼에도 불구하고 환경침해의 특수성상 입증책임 완화의 필요성을 도외시할 수는 없는바, 사안에 따라 개연성설 또는 신개연성설에 의거하여 인과관계를 추정하는 것이 바람직할 것이다. 가령 경험칙상 전형적인 사상경과가 인정되는 경우에는 표현증명에 의거하여 인과관계를 추정하고, 피해자가 인과관계 적합성, 1차적 인과관계, 2차적 인과관계를 증명한 경우라면, 신개연성설에 따라 인과관계가 추정되는 것으로 보아야 할 것이다.

94) Hager, NJW 1991, 137; 전경운, 전게논문, 2003, 374면; 홍천룡, 전게논문, 1992, 33면.

95) Hübner, Ulrich, Haftungsprobleme der technischen Kontrolle, NJW 1988, 441, 452; Mühl, Otto, Wahrscheinlichkeitsurteile, Prognosen und Kausalitätsfragen im privaten und öffendlichen Recht, FS Hermann Lange zum 70. Geburtstag, Stuttgart, 1992, 582, 597.

Ⅴ. 우리 법의 개정방향

1. 금전적 보상청구권의 신설

토지소유자가 제217조 제1항의 의무에 위반하여 이웃 거주자에게 생활방해를 야기한 경우에, 후자는 전자를 상대로 적당한 조처를 할 것을 청구할 수 있다. 그러나 이웃 거주자가 제2항의 규정에 의하여 인용의무를 부담하는 경우에는, 제1항의 사태를 야기한 행위는 위법성이 조각되는 적법한 행위가 되고, 따라서 이웃 거주자의 유지청구권의 행사가 배제된다. 그런데 "중대한" 생활방해가 발생하였으나 그것이 당해지역에서는 통상적이라는 이유로 이웃거주자에게 무조건 이를 수인하라고 하는 것은, 서로 이웃하는 토지소유자 간의 이해관계의 조절을 목적으로 하는 상린관계법의 기본이념에 반하는 것이라고 하겠다. 따라서 이러한 경우에는 중대한 생활방해를 수인하는 "희생"에 대한 대가로 피해지소유자가 가해지소유자에게 금전적 보상을 청구할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.[96]

독일민법 제906조 제2항[97] 제2문에서는 바로 이러한 금전적 보상청구권을 법정하고 있다. 즉 중대한 침해이기는 하나 그 침해를 회피할 수 없고 지역에 통상적인 임미시온에 대하여는 방어청구권[98]의 행사가 배제되는데, 이러한 청구권의 배제와 결부된 인용의무를 조정적 보상청구권에 의하여 전보시키고 있는 것이다. 이처럼 이 청구권은 "원칙적으로 인정되는" 방어청구권를 행사하지 못하는 "희생"에 대한 보상으로 인정되는 것이므로, 형평적 보상청구권 내지는 희생적 청구

96) 동지: 전경운, 전게논문, 2003, 358면.

97) 제906조 [불가량물의 유입] (2) 다른 토지의 그 지역의 통상적인 이용으로 말미암아 중대한 침해가 야기되고, 이러한 종류의 토지이용자들에게 경제적으로 기대될 수 있는 조치에 의하여 그 침해를 방지할 수 없는 경우에도 그러하다. 이에 따라서 소유자가 그러한 생활방해를 인용해야 하는 경우에, 그 생활방해가 자기의 토지의 지역의 통상적인 이용 또는 그 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 경우에는, 소유자는 그 다른 토지의 이용자에게 적절한 금전보상을 청구할 수 있다.

98) 독일에서는 방해제거청구권과 방해예방청구권을 합하여 방어청구권(Abwehranspruch)이라는 표현을 쓰는 것이 일반적이다.

권으로서의 성질을 가진다.[99]

2. 공법상 인용의무의 명문화

유지청구는, 피해자의 입장에서는 손해가 발생하기 전에 이러한 손해발생원인을 제거한다는 점에서 효과적인 권리구제수단이지만, 가해자의 입장에서는 유지청구가 인용되는 경우 소유권 등 재산권행사의 제한을 초래하는 정도가 크다는 점에서 가혹한 제도이기도 하다. 특히 최근의 천성산사건에서 잘 들어나 있듯이 공익적 사업에 대한 유지청구는 가해기업에 막대한 손실을 입히는 것은 물론이고, 국민경제적으로도 많은 손실을 초래하게 된다. 현재 우리나라에서 공사가 착공된 이후 가처분 신청 등으로 사업이 중단·지연되는 대형국책사업은 사패산터널, 경인운하, 서울외곽순환고속도로 건설사업 등으로 공사 지연으로 인한 손실액만 수조원에 이른다고 한다. 사실 환경보전과 산업개발은 다 같이 중요한 사회적 가치이고, 산업개발을 어느 정도 진행시키고 환경오염을 어느 정도 억제시킬 것인가는 정책적 판단에 속하는 문제이므로, 경제와 환경 중 어느 것을 우선시킬 것인지의 여부는 법원의 판단에 맡길 것이 아니라 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다고 하겠다. 가령 계획수립 및 검토단계에서 시민단체의 참가권을 강화하여 다양한 의견을 수렴하고, 일단 계획이 확정되고 사업이 진행되고 있는 경우에는 사법상 유지청구를 제한하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.[100]

이러한 의미에서 독일연방임미시온보호법 (Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge [Bundes-Immissionsschutzgesetz-BImSchG]) 제14조가 좋은 선례가 될 것이다. 동 규정에서는 임미시온에 의하여 사법상 인용한도를 초과하는 생활방해를 받은 자라 하더라도, 동법상 영업인가를 받은 시설에

99) Baur/Stürner, Sachenrecht, § 25 Rn. 29; Erman/Hagen, § 906 Rn. 23; Schwab/Prütting, Sachenrecht, Rn. 338; Soergel/Baur, § 906 Rn. 102; Wieling, Sachenrecht, § 23 Ⅱ 4 i).

100) 동지: 김재형, 전게논문, 1999, 327-328면; 전경운, 전게논문, 2003, 355면.

대해서는 영업정지를 청구할 수 없고, 단지 방지조치만을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 방지조치도 청구할 수 없는 경우에는 금전적 보상을 청구할 수 있도록 함으로써 민법상 보장된 방어청구권을 행사할 수 없는 피해자의 희생을 금전으로써 보상해 주고 있다. 동규정의 내용은 다음과 같다:

제14조(私法上 防禦請求權의 排除) 어떤 토지로부터 이웃토지에 미치는 유해한 생활방해에 대한 사법상 방어청구권에 기하여서는, 그것이 특별한 권원에 근거하지 아니하는 한, 인가가 확정된 시설의 영업정지를 청구할 수는 없고, 단지 유해한 생활방해를 배제하는 방지조치만을 청구할 수 있다. 그러한 방지조치가 기술의 수준에 비추어 볼 때 실현될 수 없다거나 경제적으로 기대될 수 없는 경우에는, 단지 손실보상만을 청구할 수 있다.

3. 객관적 쟁송제도의 도입

소유권침해를 수반하지 아니하는 순수한 환경침해 내지 생태침해의 경우에는 사법상 유지청구를 할 수 없다. 따라서 이러한 영역에서 환경을 보호하기 위해서는 "객관적" 쟁송제도를 도입하여 구체적·개인적 이익의 침해가 없는 경우에도 환경보호단체 등이 환경소송을 제기할 수 있도록 해야 할 것이다.[101] 특히 전술한 바와 같이 환경문제는 과학·기술적으로 전문적이고 복잡한 분야여서, 개인은 환경이 자신의 권리에 어떠한 영향을 미치는지에 관하여 정확한 정보나 지식을 갖지 못하기 때문에, 인과관계의 입증 등에 있어서 난관에 부딪치게 된다. 따라서 개인에 비하여 환경문제에 관하여 보다 많은 지식과 정보를 가지고 있는 환경단체로 하여금 공익을 위하여 단체소송을 제기할 수 있는 길을 열어 줄 필요가 있다.

2002년에 개정된 독일연방자연보호·경관보전법(Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege)[102]에서는 객관적 쟁송제도를 일부 도입하여 개인적

101) 구연창, 전게논문, 1989, 176면; 김상용, 전게서, 1997, 292면; 손윤하, 전게서, 2005, 25면.

102) BGBl I 2002, 1193. 구법에는 이러한 공익적 단체소송제도는 인정되지 아니하였었고, 다만 일부 주의 자연보호법에서 구연방자연보호법 제29조 제1항 제3호 및 제4호에서 규

법익의 침해가 없는 경우에도 일정한 요건을 갖춘 환경보호단체가 단체소송을 통하여 자연환경을 보존할 수 있도록 하고 있다. 그런데 모든 환경단체에 대하여 단체소송을 제기할 수 있는 원고적격을 부여하게 되면 대규모 국책사업의 수행이 어려워질 수 있기 때문에, 연방 및 주의 자연보호·경관보전법에 따라 행정절차에 참가할 기회를 부여받은 단체에 한하여 원고적격을 인정하고 있다(동법 제61조 제1항). 따라서 환경단체가 공익을 위하여 활동하고 어떤 개인과 사법적인 계약을 통하여 환경소송에서의 대리권을 부여받았다고 하더라도, 절차참가가 인정되는 환경단체가 아닌 한, 단체소송을 제기할 수는 없게 된다.[103] 우리나라에서 이러한 단체소송제도를 도입할 경우에는, 독일에서의 선례를 참조하여 단체소송이 인정되는 범위, 청구권자, 청구요건 등에 대하여 보다 신중한 검토가 필요할 것이다.

정하고 있는 사업에 관한 행정결정이 위법한 경우에 환경단체가 이를 행정소송으로 다툴 수 있다고 규정함으로써 공익적 단체소송을 인정하고 있었다. 동법에 대한 자세한 내용은 안경희, "독일법상 환경침해를 이유로 한 공사중지청구", 판례실무연구[VIII], 2006, 375면 이하 참조.

103) BVerwGE 54, 211, 219 ff.; OVG Hamburg, ZUR 2005, 206.

참고문헌

[국내문헌]

강태성, 「물권법」, 대명출판사, 2000.

곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2002.

곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003.

곽윤직(편집대표), 민법주해[V], 박영사, 2000 (민법주해/집필자로 인용).

구연창, "환경오염의 사법적 구제 재조명", 「환경법연구」, 제11권(1989).

권용우, "공해의 예방 및 배제청구", 「법과공해-오늘과 내일-」, 한국법학교수회, 1974.

김기수, "공해의 사법적 구제의 방향과 상린관계법적 구성", 「환경법연구」, 창간호 (1979).

김상용, 「물권법」, 법문사, 2001.

김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997.

김용한, 「물권법론」, 박영사, 1996.

김재형, "소유권과 환경보호", 「한국민법이론의 발전(I)」, 박영사, 1999.

김종률, "환경권의 사권성", 권영성교수정년기념논문집 「헌법규범과 헌법현실」, 법문사, 1999.

김증한·김학동, 「물권법」, 법문사, 1997.

김형석, "소유물방해배제청구권에서 방해의 개념", 「법학」, 제45권 4호 (2004.12).

문광섭, "환경침해에 대한 유지청구", 「재판자료」, 제94집 (2002.7).

박종두, 「물권법」, 삼영사, 2005.

손윤하, 「환경침해와 민사소송」, 청림출판, 2005.

송덕수, 민법강의(상), 박영사, 2004.

오석락, 「환경소송의 제문제」, 일신사, 1991.

윤용석, "환경오염의 민사책임에 관한 새로운 동향", 「재산법연구」, 제11권 제1호 (1994. 12).

윤진수, "환경권 침해를 이유로 하는 유지청구의 허용 여부", 「판례월보」, 제315

호 (1996. 12).
윤철홍, “환경권의 본질과 유지청구권”, 「민사법학」, 제17호(1999년).
이동아, “환경소송에 있어서 입증책임완화에 관한 연구”, 「법조」, 제563호 (2003. 8).
이상태, 「물권법」, 법원사, 2000.
이승우, “환경오염과 민사책임”, 「환경법연구」, 제25권 2호(2003)
이영준, 「물권법」, 박영사, 1999.
이용우, “수인한도론 소고”, 「법조」, 제27권 10호 (1978.10).
이용우, “공해방지소송”, 「재판자료」, 제2집(1979).
이은영, 「물권법」, 박영사, 2000.
이은영, 「채권각론」, 박영사, 2005.
장경학, “공해사건판례”, 「법과공해-오늘과 내일-」, 한국법학교수회, 1974.
전경운, “환경침해에 대한 유지청구권”, 「판례월보」, 제348호(1999.9)
전경운, “민법 제217조의 의미와 개정방향에 대한 소고”, 비교사법, 제7권 1호 (2000. 6)
전경운, “환경침해피해의 사법상 구제법리”, 「환경법연구」, 제25권 2호(2003).
전창조, “공해와 과실·무과실”, 「법과공해-오늘과 내일-」, 한국법학교수회, 1974.
전창조, “위험영역이론과 환경소송에의 적용”, 송헌 안이준박사화갑기념 「민사법과 환경법의 제문제」, 박영사, 1986.
정권섭, “공해와 위법성”, 「법과공해-오늘과 내일」, 한국법학교수회, 1974.
정권섭, “환경오염과 사법상 구제”, 「법과 환경」, 삼영사, 1977.
정만조, “환경권에 관한 고찰”, 「법조」, 제27권 4호 (1978.4).
정완, “환경오염피해에 대한 민사책임”, 「환경법연구」, 제25권 2호(2003).
정진명, “환경오염 피해에 대한 사법적 구제 -위험책임의 입장에서-”, 「환경법연구」, 제21권(1999).
조성민, “환경침해와 방해배제청구권의 인부”, 「환경법연구」, 제26권 제3호(2004).
조종현, “환경권의 민사법리”, 「김형배교수화갑기념논문집: 채권법에 있어서 자유와 책임」, 박영사, 1994.

조홍식, “유지청구 허용여부에 관한 소고”, 「민사판례연구[XXII]」, 박영사, 2000.
지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2005.
최광준, “환경민사책임”, 「환경법연구」, 제22권(2000).
홍관희, “환경권의 침해와 생활방해금지에 관한 연구”, 「법학연구」, 제5권(2000.6).
홍천룡, “환경오염 피해의 구제-손해배상청구와 유지청구”, 「환경법연구」, 제14권(1992).

[독일문헌]
Alternativekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, Darmstadt, 1983.
Arens, Peter, Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, ZZP 88 (1975), 1 ff.
Baumann, Peter, Die Haftung für Umweltschäden aus zivilrechtlichr Sicht, JuS 1989, 433 ff.
Baumgärtel, Gottfried, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 2, Köln, 1985.
ders., Anmerkung zum BGH-Urteil v. 18.9.1984 -VI ZR 223/82 (Kupolofen-Urteil), JZ 1984, S. 1109 ff.
Baur, Jürgen Fritz/Stürner, Rolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Aufl., München, 1999.
Brem, Wolfgang/Berger, Christian, Sachenrecht, Tübingen, 2000.
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts- und Bundesgerichtshofes, Band III 1. Teil, 12. Aufl., Berlin, 1979.
Deutsch, Erwin, Beweis und Beweiserleichterungen des Kausalzusammenhangs im deutschen Recht, FS für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, Stuttgart, 1992, 433 ff.

Diederichsen, Uwe, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, Referat zum 56. DJT, Bd. 2 München 1986.

ders., "Verantwortlichkeit für Altlasten - Industrie als Störer", BB 1988, 917 ff.

Erman, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 10. Aufl., Münster 2000.

Feldhaus, Gerhard, Bundesimmissionsschutzrecht. Kommentar, Loseblatt Stand: 88, Ers. Sep. 1999.

Forkel, Hans, Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht, Köln, 1968.

Gassner, Erich, "Der Ersatz des ökologischen Schadens nach dem getenden Recht", UPR 1987, 370 ff.

Gerlach, Johann W., Die Grundstrukturen des privaten Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen Rechts, JZ 1988, 161 ff.

Habscheid, Walther J., Nachbarrecht und Verkehrsfortschritt, MDR 1954, 260 ff.

Hager, Günter, Umweltschäden - ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts, NJW 1986, 1961 ff.

Hoppe, Werner/Beckmann, Martin/Kauch, Petra, Umweltrecht, 2. Aufl., München, 2000.

Hübner, Ulrich, Haftungsprobleme der technischen Kontrolle, NJW 1988, 441 ff.

Jarass, Hans D., Bundes-Immissionsschutzgesetz(BImSchG), 5. Aufl., München 2002.

Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl., München, 2003.

Jauernig, Othmar, Zivilrechtlicher Schutz des Gruneigentums in der

neueren Rechtsentwicklung, JZ 1986, 605 ff.

Kloepfer, Michael/Brandner, Thilo, Umweltrecht, 2. Aufl., München, 1998.

Köndgen, Johannes, "Überlegungen zur Fortbildung des Umwelthaftpflichktrechts", UPR 1983, 345 ff.

Küchler, Kurt, Psychische Einwirkungen im Nachbarrecht des BGB, 1973.

Künzl, Reinhard, Zur Abwehr ideeller Immissionen, NJW 1984, 774 ff.

Lang, Eberhard, "Grundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutzes in rechtsvergleichender Sicht", AcP 1974, 381 ff.

Lytras, Theodor, Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden, Berlin, 1995.

Marburger, Peter, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts. Gutachten C für den 56. Deutschen Juristentag, München, 1986.

ders./Hermann Heinrich, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Haftung für Umweltscäden, JuS 1986, 354 ff.

Medicus, Dieter, Zivilrecht und Umweltschutz, JZ 1986, 778 ff.

Mühl, Otto, Wahrscheinlichkeitsurteile, Prognosen und Kausalitätsfragen im privaten und öffendlichen Recht, FS Hermann Lange zum 70. Geburtstag, Stuttgart, 1992, 582 ff.,

Müller, Klaus, Sachenrecht, 4. Aufl., Köln, 1997.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 3. Aufl., München, 1997.

Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 63. Aufl., München 2004.

Pfeiffer, Thomas, Die Bedeutung des privatrechtlichen Immissionsschutzes,

1987.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München, 2004.

Roth, Günther, “Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes”, NJW, 1972, 921 ff.

Schmidt, Reiner, Einführung in das Umweltrecht, 4. Aufl., München, 1995.

Schreiber, Klaus, Sachenrecht, 3. Aufl., Stuttgart, 2000.

Schwab, Karl Heinz/Prütting, Hanns, 28. Aufl., München, 1999.

Sellner, Dieter, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 2. Aufl., München, 1988.

Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 6, 12. Aufl., Stuttgart, 1989.

Spieß, Pirmin, Der Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB, JuS 1980, 100 ff.

v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch, 13. Aufl., Berlin, 1996.

Steinberg, Rudolf, "Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung", NJW 1996, 1985 ff.

Stich, Rudolf/Porger, Karl-Wilhelm, Kommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, Band I (Kommentar), Loseblatt, Stand: 18.Lfg. Oktober 1998.

Vieweg, Klaus/Werner, Almuth, Sachenrecht, Köln, 2003.

Wagner, Gerhard, "Umweltschutz mit zivilrechtlichen Mitteln", NuR 1992, 201 ff.

Walter, Gerhard, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 16.12.1977 (Fluorabgasefall), NJW 1978, 1158 ff.

Westermann Harm Peter/Gursky, Karl-Heinz/Eickmann, Dieter, Sachenrecht, 7. Aufl., Heidelberg 1998.

Wieling, Hans Josef, Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin, 2001.

Wolf, Manfred, Sachenrecht, 17. Aufl., München 2001.

<Zusammenfassung>

Zivilrechtliche Haftung für Umweltbeeinträchtigung

Ahn, Kyung Hee

Das Zivilrecht regelt die Rechtsbeziehungen einzelner personen zueinander. Eine zilvilrechtlicher Umweltschutz beschränkt sich daher auf punktuelle Erscheinungen der Umweltverschmutzung, nämlich auf die konkreten Umweltbelastungen, die zivilrechtlich geschützte Rechte und Rechtsgüter verletzen.

Bei aktiver Abwehr der Umweltbeeinträchigung handelt es sich um Abwehrrecht des Gestörten und Einwendung des Störers. Grundsätzlich bestehen kein Bedenken, dass die relevante Umweltbeeinträchigung verboten werden kann. Streitig ist dabei, auf welcher Anspruchsgrundlage ein Gestörter das Abwehrrecht geltend machen kann. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, bei der Umweltbeeinträchigung liege ein Beeintächtigung gemäß §750 KBGB vor. Aber die herrschende Meinung im Schrifttum hält die Umweltbeeinträchigung als relevante Störung des Eigentums im Sinne des §214 KBGB. Im Prinzip bejaht auch die Rechtsprechung einen nachbarrechtlichen Anspruch. Das Abwehrrecht nach §214 KBGB erfaßt jede Beeinträchtigung, die nicht Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzers ist. Dennoch sind diese Einwirkungen sind unter den Voraussetzungen duldungspflichtig. Nicht verboten werden können sloche Störungen, die die Benutzer des Grundstücks nicht oder nicht unwesentlich beeinträchtigen, und solche, die zwar wesentlich, aber nach den örtlichen Verhältnissen dieser Lage gewöhnlich sind. Also gehören auch die unwesentlichen Einwirkungen zur Beeinträchtigungen im Sinne des §214 KBGB, aber wegen deren weniger Intensitäts sind sie zu dulden.

Bei passiver Abwehr der Umweltbeeinträchigung ist die deliktische Haftung aus § 823 KBGB von besonderer Bedeutung, da sie bei Schäden durch Luft-, Wasser- oder Bodenverschmutzungen eingreifen kann. Dieser deliktische Anspruch ist ein verschuldensabhängiger, auf einen Ersatz in Geld gerichter Anspruch.

주 제 어 : 환경침해, 유지청구권, 손해배상청구권, 중대성, 지역성
Keywords : Umweltbeeinträchtigung, Abwehranspruch, Ersatzanspruch, Wesentlichkeit, Ortsüblichkeit